

憲法附則 제5조의 몇 가지 문제점

Several Issues on the Article 5 of Addenda of the Constitution

박찬주*
Park, Chan-Ju

목 차

- I. 意義
- II. 違憲宣言의 形式
- III. 違憲確認決定의 對象法律
- IV. 違憲確認機關
- V. 羈束力
- VI. 舊憲法附則과의 關係
- VII. 廢止된 慣習法과 憲法附則 제5조
- VIII. 맺음말

국문초록

학계에서의 헌법부칙 제5조와 관련한 논의는 거의 이루어지고 있지 않다. 그러한 점에서 이 글은 헌법부칙 제5조에 관한 최초의 시론이라고 할 수 있다. 이 글에서 필자가 주장하는 중요요지는 다음과 같다.

현행헌법부칙 제5조를 위반하는 현행헌법 시행전의 법률에 대한 위헌선언권한은 헌법재판소가 독점하는 것은 아니며, 대법원을 정점으로 하는 법원도 공유한다.

헌법재판소가 위헌선언을 하는 경우에 가능한 형식은 무엇인가. 헌법부칙 제5조는 「이 헌법 시행 당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위반되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다.」고 규정하고 있는 점에 비추어 결정에 의해 비로소 법률의 효력이 장래를 향해 효력을 발생하게 하는 위헌결정이나 일정한 경과규정을 두고 입법자의 법개정시까지 법률의

논문접수일 : 2009. 6. 30.

심사완료일 : 2009. 7. 23.

게재확정일 : 2009. 7. 23.

* 변호사·조선대학교 법과대학 교수

효력을 유지시키는 헌법불합치결정은 허용되지 않으며, 현행헌법에 위반함으로써 헌법부칙에 의해 이미 효력을 상실하였다는 점을 확인하는 위헌확인결정이 가능할 뿐이다.

만일 가능한 결정형식이 위헌확인결정이라고 본다면 위헌확인결정에 필요한 정족수로 헌법재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 하는가, 단순과반수로 가능한가, 이에 대하여는 단순과반수로 가능하다는 점을 지적하고 있다.

구헌법부칙규정에 의해 합헌적이었던 법률이라고 하더라도 현행헌법에 위반하는 경우에는 헌법부칙 제5조가 적용되며, 따라서 구헌법하에서의 적용을 반복할 수 있다.

한편 대법원은 헌법재판소가 관습법의 위헌심사의 적격성에 대해 소극적인 태도를 이용하여 관습법을 폐지하고 있는데, 관습법의 폐지가 허용되더라도 관습법이 성문법임을 가정하고 그 관습법 현행헌법의 시행과 동시에 효력을 상실하는 경우에 국한하여야 한다고 논하고 있다.

주제어 : 위헌결정, 위헌확인결정, 헌법불합치결정, 권리보호의 이익, 비대의입법, 위헌결정의 기속력, 대법원에 의한 관습법의 폐지

1. 意義

헌법부칙 제5조는 『이 헌법 시행 당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위반되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다.』고 규정하고 있다. 이와 유사한 규정을 제헌헌법 제100조에서 『現行法令은 이 憲法에 抵觸되지 아니하는 限 效力을 가진다.』라고 하여 취한 바 있으며 그 후 維新憲法(1972. 12. 27. 개정) 제6조 제1항, 제5공화국헌법(1980. 10. 27 개정) 제9조에서 답습하여오던 방식이다.

부칙 제5조를 反對解釋하면 현행헌법 이전에 제정된 법령과 체결된 조약으로 현행헌법에 배치되는 경우에는 현행헌법의 시행과 동시에 그 효력을 상실하였다는 것이 되며,¹⁾ 비록 헌법재판소나 대법원에서 위헌선언을 하지 않고 있는 상태라는 이유로 그대

1) 현행헌법의 시행에도 불구하고 헌법 부칙 제6조에 의해 헌법에 의해 설치할 기관이 실제로 설치될 때까지는 새로 설치될 기관의 권한에 속하는 직무를 행하고 있는 기관이 잠정적으로 새로 설치될 기관의 권한을 행하도록 규정하고 있고, 한편 헌법재판소법 부칙 제1조에 의하여 헌법재판소법은 1988. 9. 1.부터 시행하도록 되어 있다. 그러나 이는 헌법재판소가 현실적으로 설치되기 전에는 제5공화국 헌법에 의하여 설치된 憲法委員會가 헌법재판을 할 수 있다는 것에 불과하고 현행헌법 시행 전에 제정된 법률의 효력상실시점이 달라지는 것을 의미하는 것은 아니다. 헌법재판소 2001. 6. 28. 선고 99헌마436 결정은 『헌법재판소가 설치되기 전에 있었던 공권력에 의한 기본권 침해에 대한 헌법소원심판 청구기간은 헌법재판소가 구성된 1988. 9. 19.부터 기산하여야 한다.』고 실시하고 있으나, 약간의 의문이 있다. 제5

로 적용하는 것은 위헌으로 선언된 법률을 그대로 적용하였다면 잘못이라고 할 수 있다.

이와 같이 현행헌법의 시행과 동시에 그 효력을 상실한 법령과 조약에 대해 위헌이 문제된 경우에 그 위헌을 확인하거나 선언할 기관이 반드시 헌법재판소에 국한하는가. 대법원을 정점으로 하는 법원도 가능한 것인가, 헌법재판소가 위헌을 확인하거나 선언하는 경우에 그 선언형식으로 변형결정이 가능한 것인가 등이 문제될 수 있는데도 불구하고 폐지된 법률에 대한 위헌선언기관은 헌법재판소에 한정된다는 헌법재판소 1989. 12. 18. 선고 89헌마32·33 결정을 제외하고는 헌법재판소는 물론이고 학계에서도 아직까지 부칙 제5조가 가지는 함의에 대한 검토는 전혀 이루어지지 아니하고 있다. 그런데다 대법원은 2003. 7. 24. 선고 2001다48781 전원합의체판결 및 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체판결에서 특정한 관습법을 폐지한 바 있는데, 그 위헌성을 헌법 부칙 제5조와 관련하여 검토할 여지는 전혀 없는 것인가 라는 점이 문제될 수 있다.

현행헌법에 대한 개정논의는 참여정부 시절 노무현 대통령에 의해 제기된 바 있지만, 이명박 정부가 들어선 지금도 끊임없이 제기되고 있다. 그런 점에서 이 글은 헌법부칙 제5조가 지니는 여러 문제점을 검토함과 동시에 앞으로 헌법개정이 이루어지는 경우에 현행 헌법 부칙 제5조와 같은 조항을 두는 경우에 유의하여야 할 점에 대한 문제를 제공하고자 하는 취지에서 작성되었다. 다만 헌법 부칙 제5조는 持續效의 문제를 법령과 조약 일반에 걸쳐 규정하고 있지만, 이 글에서의 논의대상은 원칙적으로 『법률』에 국한하고 있다. 이 글은 위헌법률에 대한 위헌선언의 형식과 주체를 중심으로 작성되고 있기 때문이다.

II. 違憲宣告의 形式

현행헌법에서 위헌법률에 대한 위헌선언은 헌법재판소가 독점한다. 그러나 앞에서 제기하듯 현행헌법에 반하는 법률에 대한 위헌확인에 대하여는 헌법재판소 뿐 아니고 대법원을 정점으로 하는 법원도 가능한 것이 아닌가 라는 문제가 있다. 그러나 여기서

공화국 헌법에 의한 헌법위원회가 헌법소원에 대해 심판권한을 가지지 못하였기 때문에 헌법위원회는 현행헌법 시행에도 불구하고 헌법소원에 대해 심판권한을 가지지 못하였다고 해석할 수도 있겠으나, 만일 헌법위원회가 행사할 수 없었던 管掌事項 가운데 헌법소원 이외의 管掌事項에 대해 헌법재판이 제기되는 경우에 헌법위원회가 권한을 가지지 못하였다는 사항이라 하여 심판을 청구할 수 없다면 헌법재판소제도가 크게 훼손당할 수 있다. 헌법상의 제도로 격상되면서도 만일 현실적으로 설치되지 못한다면 憲法侵害(Verfassungsdurchbrechung)나 憲法變遷((Verfassungswandlung)이라는 이름 아래 헌법상의 제도는 명목적인 것으로 전락되어 버릴 위험이 있기 때문이다. 물론 위 헌법재판소 결정과 같이 헌법소원심판 청구기간의 기산일을 잡는다면 헌법소원을 제기하는 자에게 유리한 것은 분명하나, 다른 헌법재판 관장사항과 관련하여서는 首尾一貫하지 못하다 할 수 있다.

는 이 문제는 잠시 덮어두고 헌법재판소가 위헌선언을 하는 경우에 그 위헌선언의 형식은 어떠해야 하는가 라는 점을 논하고자 한다.

1. 違憲決定

헌법부칙 제5조에 의해 현행헌법의 시행과 동시에 이미 효력을 상실하여 버린 법률은 법률로서의 효력을 가지지 못하기 때문에 헌법재판소는 현행헌법의 시행 이전에 시행되고 있던 법률이 현행헌법에 위반하는 법률인가가 문제되는 경우에 현행헌법에 위반되어 이미 효력을 상실하여버린 법률인가 아니면 현행헌법에 위반하지 아니하므로 그대로 효력을 지속하는가의 여부만을 결정할 수 있을 뿐이며, 이는 현행헌법의 시행 이후에 제정된 법률에 대한 위헌 여부를 심사하여 위헌법률로 판단되는 경우에 위헌결정을 하는 것과는 다르다. 왜냐하면 현행헌법의 시행 이전에 시행되어 오던 법률은 위헌법률로 판단되는 경우에는 현행헌법부칙 제5조에 의해 그 효력상실시점이 바로 현행헌법의 시행시점으로 국한되는데, 이는 헌법재판소법 제47조 제2항에서는 형벌에 관한 법률 이외의 법률에 대해서 위헌결정이 있었던 날 위헌법률은 법률로서의 효력을 상실하는 것으로 때문이다. 물론 헌법재판소와 대법원은 형벌 이외의 법률에 대해서 開始者 惠澤(Ergreiferprämie)이라거나 병행사건(Parallelfälle) 또는 일반사건(Folgefälle) 등의 이름을 붙여 위헌선언된 법률에 대해 遡及效를 인정하기도 하지만,²⁾ 이는 별개의 문제이다.

2) 소급효에 대한 헌법재판소의 기본입장은 헌법재판소 1993. 5. 13. 선고 92헌가10, 91헌바7, 92헌바24·50 결정에 의해 제시되고 있다. 헌법재판소는 동 결정에서 소급효가 인정되는 경우로서 ① 구체적 규범통제의 실효성의 보장의 견지에서 (a) 법원의 제청·헌법소원의 청구 등을 통하여 헌법재판소에 법률의 위헌결정을 위한 계기를 부여한 당해사건, (b) 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌 여부에 관하여 헌법재판소에 위헌제청을 하였거나 법원에 위헌제청신청을 한 경우의 당해 사건, (c) 그리고 따로 위헌제청신청을 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건에 대하여는 소급효를 인정하여야 할 것이고, ② 당사자의 권리구제를 위한 구체적 타당성의 요청이 현저한 반면에 소급효를 인정하여도 법적 안정성을 침해할 우려가 없고 나아가 구법에 의하여 형성된 기득권자의 이익이 해쳐질 사안이 아닌 경우로서 소급효의 부인이 오히려 정의와 형평 등 헌법적 이념에 심히 배치되는 때에 소급효를 인정하는 것은 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 근본취지에 반하지 않을 것이라고 하면서, 「어떤 사안이 후자와 같은 태두리에 들어가는가에 관하여는 본래적으로 규범통제를 담당하는 헌법재판소가 위헌선언을 하면서 직접 그 결정주문에서 밝혀야 할 것이나, 직접 밝힌 바 없으면 그와 같은 경우에 해당하는가의 여부는 일반 법원이 구체적 사건에서 해당 법률의 연혁·성질·보호법의 등을 검토하고 제반이익을 형량에서 합리적·합목적적으로 정하여 대처할 수밖에 없다」고 실시하고 있다. 그러나 대법원 1993. 1. 15. 선고 92다12377 판결에서는 「헌법재판소의 위헌결정의 효력은 위헌제청을 한 당해 사건, 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌 여부에 관하여 헌법재판소에 위헌여부심판제청을 하였거나 법원에 위헌여부심판제청신청을 한 경우의 당해 사건과 따로 위헌제청신청은 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건뿐만 아니라 위헌결정 이후에 위와 같은 이유로 제소된 일반사건에도 미친다고 봄이 타당하다 할 것」이라는 이유로 소급효가 인정되는 일반사건의 범위를 헌법재판소가 예상하지 못한 범위까지 확장하여버리고 있다. 이

헌법재판소의 위헌결정의 성질을 둘러싸고 당연무효설과 폐지무효설이 대립하고 있다. 當然無效說(Nichtigkeitstheorie)란 위헌법률은 법률로서의 外觀은 가지고 있지만 상위법인 헌법에 위반되어 처음부터(ex tunc) 별도의 조치가 필요없이 무효이고(jpso jure) 헌법재판소는 그 무효를 확인하는데 불과하다는 입장이고, 廢止無效說(Vernichtbarkeitstheorie)이란 헌법에 위반되는 법률도 일단 권위있는 기관의 판단이 있을 때까지 유효하며 사실상 법질서의 일부를 구성하기 때문에 특별한 취소행위에 의해 폐지될 때까지는 비록 헌법에 위반되기는 하지만 유효하다는 입장이다.³⁾ 헌법재판소법 제47조 제2항이 폐지무효설에 입각한 것인가 라는 점에 대해서는 논의가 있을 수 있지만,⁴⁾ 위헌결정의 장래효를 원칙으로 하는 헌법재판소법 제47조 제2항의 취지에 비추어 현행헌법에 위반하는 현행헌법의 시행 이전에 시행중이던 법률에 대한 위헌선언의 형식으로 위헌결정은 허용되지 아니한다고 할 것이다.

그러나 여기서 허용되지 아니한다는 위헌결정 형식은 소위 단순위헌결정에 국한하고 한정합헌결정이나 한정위헌결정과 같은 위헌결정⁵⁾은 현행헌법의 시행 이전에 제정

러한 대법원의 태도는 위헌성이 문제될 수 있으나, 헌법재판소법 제68조 제1항에 의해 법원의 재판이 헌법소원의 대상에서 제외되고 있기 때문에 동 규정이 위헌임이 선언되기 전에는 대법원의 자의적인 소급효 확대를 막을 방법은 없다고 할 수 있다.

- 3) 當然無效說과 廢止無效說의 상세한 내용에 관하여는, 남복현, "법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구", 박사학위논문, 한양대학교 대학원, 1994, 216-245쪽; 최희수, "법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구 -소송법적 효력을 중심으로-", 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 2001, 134-133쪽 참조
- * 윤명선, 「인터넷시대의 헌법학」, 법원사, 2002, 1003쪽에서는 위헌법률은 처음부터 법률일 수 없다는 당연무효 또는 소급무효가 논리적으로는 합당하지만, 헌법재판소법은 법적 안정성을 증시하여 장래효를 인정하고 있다고 설명한다.
- 4) 獨逸基本法 제94조 제2항에서는 「연방법률은 연방헌법재판소의 조직과 절차를 규정하고 어떤 경우에 그 결정이 법률상의 효력을 갖는지를 규정한다.」고 규정하고 있으며, 현행 聯邦憲法裁判所法 제78조에서는 「헌법재판소가 연방법이 기본법과, 또는 州法이 기본법 혹은 기타의 연방법과 합치하지 아니한다는 확신에 이른 경우에는, 연방헌법재판소는 그 법률을 무효로 선언한다. 동일한 법률의 다른 규정이 동일한 이유로 기본법 기타의 연방법과 합치하지 아니하는 경우에는, 연방헌법재판소는 그 규정을 무효로 선언할 수 있다.」고 되어 있다. 위에서 인용하듯 연방헌법재판소법 제78조 본문에서는 「宣言한다(erklären)」로 되어 있으나, 개정전의 조항은 「確認한다(feststellen)」로 되어 있었다. 독일에서의 다수설은 당연무효설이나 그렇다고 위와 같은 표현상의 전환이 廢止無效說로의 선회를 의미하는 것은 아니라 한다. 최희수, 앞의 「법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구」, 135쪽.
- * 이에 대해 허영, 「헌법소송법론」, 박영사, 2006, 235쪽에서는 廢止無效說에서 볼 때 위헌결정의 성질을 당연무효로 볼 것이냐 폐지무효로 볼 것이냐 하는 문제는 합헌성 내지 합법성(Rechtmäßigkeit)에 관한 것이고, 위헌법률에 遡及效(將來效, 未來效) 가운데 어떤 효력을 부여할 것이냐 하는 문제는 법률의 효력(Gültigkeit)에 관한 것으로 구별되어야 하며, 폐지무효설을 취하더라도 일정 범위에서 소급효를 인정하는 것은 가능하다고 주장하고 있다.
- 5) 한정합헌결정과 한정위헌결정의 관계에서는 학설이 대립한다. 一說은 한정위헌결정과 한정합헌결정은 反對解釋을 허용하고 있는 이상 접근하는 방식에 따라 주문형식만 달리하는 사실상 동일한 내용의 決定決定이라고 본다(남복현, "헌법재판소결정의 효력에 관한 쟁점 및 해결방안", 「헌법재판연구」, 제7권, 헌법재판소, 1996, 314쪽; 소순무, "한정위헌결정의 법원에 대한 기속력", 「재판자료」, 제75집, 헌법문제

된 법률에 대해서도 가능한 것은 당연하다. 한정위헌결정이나 한정합헌결정은 헌법과 법률의 해석과 관련하는 것이고, 헌법재판소가 지적하는 위헌적 해석방법을 배제하는 한 위헌법률이라는 이유로 법률로서의 효력을 상실하는 것은 아니기 때문이다.

2. 憲法不合致決定

헌법 부칙 제5조가 현행헌법에 위배되는 법령의 효력을 현행헌법의 시행과 동시에 실효된 것으로 보는 이상 장래효의 발생이 원칙인 違憲決定이 허용되지 아니한다는 것은 앞서 지적한 바이지만, 그렇다면 憲法不合致決定은 허용되는 것일까. 그러나 이러한 불합치결정은 허용되지 아니한다고 보아야 한다. 헌법불합치결정이란 본래 위헌법률에 대해 그 효력상실을 결정이후의 일정시기까지 미루는 결정이다. 그런데 현행헌법에 위배되는 헌법시행전의 법률에 대해서도 헌법불합치결정이 허용된다면 이는 헌법재판소가 이미 효력을 상실하여버린 법률에 대해 위헌결정을 하면서 일정시기까지 그 효력상실을 늦추는 것이 되기 때문에 헌법부칙 제5조의 정신과 상충하지 못한다고 할 수 있다. 따라서 불합치결정을 하면서 동시에 이루어지는 입법촉구결정은 위헌결정과 함께 입법촉구결정을 함으로써 극복하여야 할 것이다.

현행헌법에 위반되어 효력이 상실한 법률이나 법률조항이 형벌에 관한 것인 경우⁶⁾

와 재판 [上]. 법원행정처, 1997. 547쪽). 二說은 한정합헌결정에서 헌법재판소가 합헌이라고 해석한 의미 이외의 본문에 대해서 그 부분은 합헌이든 위헌이든 아무런 판단을 하지 않고 남겨둔 것으로 보아야 하고, 한정위헌결정도 마찬가지로 위헌으로 밝히지 아니한 나머지 부분의 위헌여부에 대해서는 그 판단을 유보하는 것으로 본다(허영, 앞의 「헌법소송법론」, 242-243쪽). 三說은 한정위헌결정에서는 합헌으로 해석되는 의미 이외의 나머지 의미 부분은 모두 위헌이지만, 한정위헌결정은 위헌법률심판의 대상이 된 법률, 법률조항이 다의적 해석이 가능한데 일단 위헌으로 해석될 여지가 존재하는 것이 분명하면 나머지 부분의 판단을 보류하고 위헌부분을 드러내어 해당 법률, 법률조항의 의미에서 제거하고자 하는 결정으로 파악한다(정종섭, 「헌법소송법」, 박영사, 2006. 311쪽; 신평, 「헌법재판법」, 법문사, 2007. 372-373쪽) 이 입장에 의하는 한, 한정합헌결정의 경우에는 합헌으로 해석되는 부분을 제외한 나머지 부분은 위헌으로 해석되는 부분이지만, 한정위헌결정의 경우에는 위헌으로 해석되는 부분의 나머지 부분은 위헌이 아니라는 것일 뿐 합헌으로 해석된다고 확정되지 않는다. 따라서 헌법재판소가 다음 기회에 나머지 부분에 대하여 위헌으로 해석되는 의미를 발견한 경우에는 그런 의미에서 다시 위헌부분을 제거할 수 있게 된다. 살피건대, 한정합헌결정에 관한 헌법재판소의 논리에 의하면 한정합헌결정은 헌법재판소가 해석하는 합헌해석이 장래에 제기되는 위헌주장의 모든 논거를 완전히 포괄할 수 있는 경우에만 가능하다고 보아야 한다. 그렇지 않으면 헌법재판소가 예상하지 아니하였던 사안과 관련하여 합헌성이 문제되었을 경우에 중전의 한정합헌결정으로 해결할 수 없는 사태가 생기기 때문이다. 물론 우리 헌법재판소법 제47조 제1항에서는 기속력이 인정되는 결정을 위헌결정에 한정하고 있고 헌법재판소는 기속력의 제한을 받지 않는다는 것이 일반적이므로 헌법재판소법 제23조가 정하는 바에 따라 입장을 바꾸는 것이 가능하다고 보이지만 아름다운 모습이라 할 수는 없을 것이다. 여기서 지적하는 점은 2설에 대해서도 마찬가지이다. 이런 점에서 3설에 찬성하고자 한다.

6) 헌법재판소 1992. 4. 28. 선고 90헌바24 결정 : 도주운전차량운전자에 대한 가중처벌에 관한 特定犯罪加

에는 법률제정 당시로 소급하여 효력을 상실한다고 보는 것이 타당하겠고 헌법재판소 법 제47조 제2항 단서도 그와 같이 규정하고 있지만, 헌법 부칙 제5조와의 관계상 반드시 위헌성이 존재하지 않는다고 볼 수는 없다.

3. 違憲確認決定

1) 폐지 또는 실효된 법률에 대한 일반 논의

앞서 설명한 바와 같이 현행헌법 시행 이전에 시행중이던 법률에 대해 위헌선언을 하는 경우에 그 형식으로 위헌결정도, 불합치 결정도 허용되지 아니한 경우에 예상할 수 있는 선언형식으로는 위헌확인결정을 들 수 있다.

현행헌법의 시행과 동시에 이미 효력을 상실하여버린 법률이나 법률조항은 헌법재판소의 위헌결정을 기다리지 아니한 상태에서 이미 위헌판정을 받은 것과 다를 바 없다. 이 점은 현행헌법이 시행된 후 제정된 법률이나 법률조항이 헌법재판소의 현실적인 위헌결정이 있기 전에 폐지되어 효력을 상실하여 버린 것과는 다르다.

본래 위헌법률심판의 대상인 법률은 원칙적으로 현행법률이다. 위헌심판제청의 목적은 위헌결정에 의해 법률의 효력을 상실시키기 위함인데 있으므로, 법률이 폐지되어 이미 효력이 상실되어버렸다면 제청의 실익이 없다는데 근거한다. 이는 이미 헌법재판소의 위헌결정으로 효력을 상실한 법률에 대해서도 마찬가지이다 따라서 효력을 상실해버린 법률에 대해 위헌법률심판의 선언을 구하는 헌법소원이 제기된 경우에 헌법재판소는 제기된 헌법소원에 대해서 각하할 수밖에 없는데, 그 이론적 근거는 권리보호의 이익이 존재하지 아니하다는데 있다. 『권리보호의 이익』(Rechtsschutzbedürfnis od. Rechtsschutzinteresse)이란 민사소송법학에서 말하는 소송요건(Prozessvoraussetzungen)에 해당한다.⁷⁾ 다만 헌법재판소는 폐지된 법률이라고 하더라도 침해의 이익이 현존한다면 심판의 대상이 될 수 있다고 보고 있는데,⁸⁾ 그 이론적 근거에 대해 다음과 같이 설명한다 : 『법률의 위헌결정에 의하여 일반적으로 그 효력이 상실되는 우리나라의 법제하에서 이미 효력이 상실된 법률에 대하여서는 새삼스럽게 효력을 상실시킬 실익이 없다고 할 수 [있]다. 그러나 폐지된 법률에 의한 권리침해가 있고 그것이 비록 과거의 것이라 할지라도 그 결과로 인하여 발생한 국민의 법익침해와 그로 인한 법률상태는 재판시까지 계속되고

重處罰동에관한法律 제5조의3(改正 1984. 8. 4)에 관한 위헌결정

7) 헌법재판소 1994. 8. 31. 선고 91헌가1 결정

8) 헌법재판소 1989. 12. 18. 선고 89헌마32·33 결정

있는 경우가 있을 수 있는 것이며, 그 경우에는 헌법소원의 권리보호이익은 존속한다 서고 하여야 할 것이다.

헌법재판소는 위헌선언의 대상에서 제외되는 법률과 관련하여 개정되어 이미 실효 되어버린 법률의 지위는 폐지되고 대체법률도 제정되지 아니한 법률과 동일하게 취급하고 있다. 다만 법률이 개정된 결과 신법이 소급적용됨으로써 구법이 더 이상 적용 될 소지가 없는 경우에는 구법에 대한 위헌제청은 제청대상의 소멸로 말미암아 부적 법하게 되었다고 할 수 있다.⁹⁾

2) 變形決定의 등장

형형헌법 하에서 단순위헌결정과 단순합헌결정 이외의 결정형식으로서의 변형결정 이 허용될 것인가의 문제에 대해 헌법재판소와 대법원 사이에 오랜 갈등이 존재하여 왔다. 독일에서는 오래전부터 위헌결정의 성질에 대해 當然無效說이 주류를 이루고 있었기 때문에 연방헌법재판소가 위헌법률에 대해 經過規定(Überleitungsregelung)¹⁰⁾을 설정하여 소급효를 제한하지 않는 경우에는 단순한 위헌결정만으로는 장래효라는 목적 을 달성할 수 없는 것은 당연하다 할 수 있다. 그리고 위헌결정에 따른 위헌법률 또는 법률조항의 무조건적인 제거는 필연적으로 기존 법체계에 혼란을 가져올 뿐 아니라 위헌성이 제거된 입법을 기다리는 동안의 법의 공백상태가 불가피하므로, 문제되는 위 헌성이 헌법해석을 통하여 가능한 한 제거될 수 있다면 그러한 헌법합치적 해석을 통해 바로잡는 것이 바람직할 수도 있다. 이러한 사정으로 限定決定이 등장한 것이고, 그 후 그때그때의 필요성으로 다양한 변형결정이 등장한 것이다.¹¹⁾

9) 헌법재판소 1989. 7. 14. 선고 88헌가5·8. 89헌가44 결정에서는 사회보호법 제5조에 대한 위헌여부의 심 판이 제청되어 헌법재판소에서 심리하던 중 법이 일부개정되어 심사대상이 되었던 법 제5조의 규정은 위1의 나의 (4)에 기재한 바와 같이 변경되었고, 신법 부칙 제1조에 따르면 신법은 공포한 날로부터 효 력을 발생하고, 부칙 제4조에는 개정법률 시행당시 재판이 계속중인 감호사건에 대하여는 개정법률 규 정을 적용하도록 되어 있었던 사안과 관련하여, 「비록 구법이 개정되었다고 하더라도 법원이 당해 소송 사건을 재판함에 있어서는 행위시에도 처분의 적법한 근거 법률이 있어야 하므로, 구법이 위헌이었느냐 의 문제와 신·구법중 어느 법률의 조항이 더 피감호청구인에게 유리하느냐의 문제가 판단된 뒤에 비로 소 결정될 수 있는 것이다. 따라서 이러한 경우에는 구법에 대한 위헌여부의 문제는 신법이 소급적용될 수 있기 위한 전제문제이기도 하거니와, 제청법원인 대법원이 신법이 시행된 1989. 3. 25.부터 상당한 기 간이 경과한 지금까지 위 법률의 조항의 위헌제청에 대하여 철회의 의사를 밝히지 아니하고 제청신청 을 계속 유지함으로써 아직도 심판을 구하고 있는 것으로 볼 수밖에 없는 이 사건에서 헌법재판소로서 는 위 법률의 조항에 대한 위헌여부를 심판하지 않을 수 없는 것이다.」라고 실시하고 있다.

10) 독일에서의 經過規定에 대한 일반적 논의로는, 이영수, "위헌법률의 효력과 경과규정", 석사학위논문, 경북대학교 대학원, 1999. 계속효력명령과 함께 경과규정이 설정되었는데도 불구하고 입법자가 입법을 계속리 한 경우에는 법원은 스스로 위헌으로 행위하고 싶지 않다면 계속된 법적 분쟁을 합헌적으로 판결할 수밖에 없을 것이다. 앞의 논문 84쪽

11) 상세한 것은 남북현, 앞의 "법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구", 139-149쪽

우리 헌법재판소법 제45조에서는 「헌법재판소는 법률 또는 법률조항의 위헌 여부만을 심판한다.」라고만 규정하고 있어 제정당시에는 變形決定을 염두에 두지 않았다고도 볼 수 있다. 이는 오스트리아聯邦憲法 제140조 제5항에서는 예외 없이 위헌결정에 대해 將來效만을 인정하는 외관을 취하는 우리 헌법재판소법 제47조 제2항과는 달리 원칙적으로 將來效를 인정하면서도, 나아가 1년의 범위 내에서 廢止를 유예할 수 있다고 규정하고 있기 때문으로 보인다.¹²⁾ 그러나 헌법재판소가 변형결정의 불가피성을 인정하여 헌법불합치결정을 한 이래 변형결정이 허용되어서는 아니 된다는 학설은 보이지 않고 있다. 헌법재판소는 변형결정의 불가피성에 대해 「현대의 복잡다양한 사회현상, 헌법상황에 비추어 볼 때 헌법재판은 심사대상 법률의 위헌 또는 합헌이라는 양자택일 판단만을 능사로 할 수 없다. 양자택일 판단만이 가능하다고 본다면 다양한 정치·경제·사회현상을 규율하는 법률에 대한 합헌성을 확보하기 위한 헌법재판소의 유연·신축성있는 적절한 판단을 가로막아 오히려 법적공백, 법적혼란 등 법적안정성을 해치고, 입법자의 건전한 형성자유를 제약하는 등 하여 나아가 국가사회의 질서와 국민의 기본권마저 침해할 사태를 초래할 수도 있다. 이리하여 헌법재판소가 행하는 위헌여부 판단이란 위헌 아니면 합헌이라는 양자택일에만 그치는 것이 아니라 그 성질상 사안에 따라 위 양자의 사이에 개재하는 중간영역으로서의 여러가지 변형재판이 필수적으로 요청된다. 그 예로는 법률의 한정적 적용을 뜻하는 한정무효, 위헌법률의 효력을 당분간 지속시킬 수 있는 헌법불합치, 조건부 위헌, 위헌성의 소지있는 법률에 대한 경고 혹은 개정촉구 등을 들 수 있고, 이러한 변형재판은 일찍이 헌법재판제도를 도입하여 정비한 서독 등 국가에서 헌법재판소가 그 지배로운 운영에서 얻어 낸 판례의 축적에 의한 것이다.」라고 설명하고 있다.¹³⁾ 이와 같이 변형결정이 등장하게 된 것은 부득이

12) 오스트리아 연방헌법 제140조 제5항 : 「법률을 위헌이라고 하여 폐지하는 헌법재판소의 판결이 있게 되면 연방수상 또는 당해 州知事는 이를 공고할 의무를 부담한다. 제4항에 따른 선언(헌법재판소의 판결 전에 법률이 효력을 상실한 경우에도 헌법위반을 선언할 수 있다는 규정)의 경우에도 이 규정이 준용된다. 헌법재판소가 기한을 정한 경우를 제외하고는 그 폐지는 공고한 날로부터 효력을 발생한다. 그 기한은 1년을 초과할 수 없다.」

오스트리아 헌법재판소가 권한을 가지는 期限設定은 立法者의 立法形成權을 존중한다는 배려에서 인정되는 것으로 헌법에 의하여 주어지는 것이기 때문에 독일에서와 같은 변형결정의 논란은 전혀 문제되지 않고 있다. 남복현, 앞의 「법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구」, 179쪽.

13) 헌법재판소 1989. 9. 8. 선고 88헌가6 결정

* 다만 위 결정에서 「헌법재판소법 제45조의 취지가 위와 같다면 동법 제47조 제2항 본문의 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다”라는 규정취지도 이에 상응하여 변형해석하는 것이 논리의 필연귀결이다. 즉 제45조에 근거하여 한 변형재판에 대응하여 위헌 법률의 실효여부 또는 그 시기도 헌법재판소가 재량으로 정할 수 있는 것으로 보아야 하며 이렇게 함으로써 비로소 헌법재판의 본질에 적합한 통일적, 조화적인 해석을 얻을 수 있는 것이다.」라고 부언하는 것은 일종의 헌법의 법률합치적 해석(gesetzesforme Auslegung der Verfassung)을 시도하는 것

한 일이지만 변형결정. 그 중 헌법불합치결정은 입법자의 정책적 판단이나 입법재량과 무관한 경우에도 이루어진다는 점이고, 앞으로 경계해야 할 점이다.

3) 위헌확인결정의 등장

헌법재판소에서 위헌선언의 형식으로서의 위헌확인결정의 적용대상을 극히 한정적으로 운용하고 있다. 그것은 違憲確認決定이란 본질적으로 이미 위헌임이 확정되어 효력이 상실된 법률에 대해 헌법재판소가 그 위헌상태를 확인하여주는 결정이기 때문에 권리보호의 필요성이라는 소송요건이 결여된 법률에 대해 그 결여를 이유로 각하하여야 하는 것이 마땅하지만, 각하 대신 위헌확인결정을 하여 줌으로써 청구인에게 일부 승소의 효과를 달성시켜주는 운용형식이라는데 근거한다. 사실 헌법재판소는 위헌심사형 헌법소원이 제기된 상태에서 법원에 의해 재청된 위헌심판제청사건에서 헌법재판소가 위헌결정을 하게 되자 헌법소원에 대해 심판계속 중 이미 헌법재판소가 위헌결정을 선고한 바가 있다는 이유로 위헌임을 확인하는 결정을 한 바 있다.¹⁴⁾

그러나 이러한 위헌확인결정은 지극히 편의적인 운용형식이다. 위헌확인결정을 이끌어낸 헌법재판소의 사안은 위헌결정이 이루어진 사건과 마찬가지로 이미 헌법재판소에 위헌선언을 구하는 위헌심판제청사건이 계속중인 상태에서 제기된 헌법소원사건이므로 일종의 병행사건(Parallelfälle)에 해당한다. 그리고 이러한 위헌확인결정을 할 당시에는 이미 대법원에서 소급효의 범위를 일반사건으로까지 확장하고 있었기 때문에, 헌법재판소가 제기되고 있는 헌법소원은 이미 실효된 법률을 대상으로 하고 있다는 이유로 각하한다고 하여 헌법소원청구인에 대한 권리보호가 소홀하여진다고 할 수는 없을 것이다.

물론 이에 대해서는 반론이 있을 수 있다. 민사소송법학에서 소송요건에 대한 판정시기를 사실심 변론종결시를 기준으로 하는 경우에 사실심의 변론종결 뒤에 생긴 사실로 변론을 종결할 때에 하자가 있었던 소송요건이 구비되거나 반대로 구비되었던 소송요건에 하자가 있게 된 경우에, 법률심인 상고심이 이들 기준시 이후의 사실을 고려하여 소송요건의 구비 여부를 새로 판단하여야 하느냐의 점이 문제되고 있기 때문이다. 이러한 논의는 최근 대법원이 원고가 말소등기를 청구하는 구하고 있는 근저당권설정등기가 상고심 係屬중에 낙찰을 원인으로 하여 말소된 경우,¹⁵⁾ 사법고시의 1차 시험불합격처분에 대한 취소소송이 대법원에 계속되어있던 상태에서 새로 실시한 1차

로서 문제가 전혀 없는 것은 아니다. 헌법의 법률합치적 해석에 대하여는, 박찬주, 「법형성학」, 조선대학교출판부, 2009, 118쪽 이하 참조

14) 헌법재판소 1999. 6. 24. 선고 96헌바67 결정

15) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2002다57904 판결

시험에 합격한 경우,¹⁶⁾ 해고무효소송이 대법원에 계속 중 정년이 경과한 경우¹⁷⁾에, 설사 승소한다 하더라도 그 말소나 재시험 또는 복직가능성이 없다는 이유로 소의 이익을 부정하고 원심판결을 破棄自判하여 각하하는데¹⁸⁾ 영향을 받은 것으로, 이를 찬성하는 입장이 있다.¹⁹⁾ 상고심법원도 또한 소송요건을 직권조사할 수 있기 때문에 소의 적법 여부와 관련된 새로운 사실이 밝혀지면 법률심의 성격에도 불구하고 이러한 새로운 사실을 근거로 하여 소를 부적법각하할 수 있다는데 근거한다.²⁰⁾

4) 위헌확인결정의 적용대상에 대한 새로운 인식의 필요성

그런데 앞서 설명하듯 종래 헌법재판소가 운용하여 오던 위헌확인결정은 사실 불필요한 운용형식이라고 하더라도 그러한 운용형식이 전혀 불필요한 것으로 볼 것은 아니다. 그리고 그 운용영역을 헌법부칙 제5조에 의해 실효된 법률에 대한 위헌선언에서 찾아야 할 것으로 본다. 이 문제는 단순히 『현행』헌법부칙 제5조의 운용과 관련하여서만 제기되는 문제가 아니다. 우리 헌정사에서 형행헌법 제5조와 같은 입법형식은 앞으로 헌법에 대한 전면개정이나 제정이 이루어지는 경우에도 되풀이될 수 있기 때문이다.

사실 현행헌법이 시행됨과 동시에 현행헌법에 배치되어 효력을 상실하여버린 법률이나 법률조항이 헌법재판소에 위헌여부심판제청이 이루어졌다거나 헌법소원의 대상이 된 경우에 헌법재판소는 위헌결정을 하여서는 아니 되고 위헌법률로 이미 효력을 상실하였음을 이유로 違憲確認決定을 하여야 하며, 굳이 위헌결정을 구하는 취지라면 각하하여야 할 것이다. 그렇다면 헌법부칙 제5조에 의해 이미 효력을 상실하여버린 현행헌법 시행전의 법률에 대해서 법률보호이익이 결여되어 있다는 이유로 각하하지 아니하는 것은 어떠한 근거에서인가. 이 점에 대해 헌법재판소는 『법률은 원칙적으로 발효시부터 실효시까지 효력이 있고, 그 시행중에 발생한 사건에 적용되기 마련이므로

16) 대법원 1996. 2. 23. 선고 95누2685 판결

17) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002다57362 판결

18) 근저당권의 경우는 부당이득이나 物上代位(민법 제370조, 제342조)에 의해, 해고의 경우에는 해당기간에 대한 임금청구에 의해 해결할 것을 예정하고 있다. 불합격처분의 경우도 손해배상을 구할 수도 있겠으나, 불합격처분을 취소한 경우에는 설사 원고가 다시 1차시험에 불합격하더라도 취소된 처분에 의해 한 번 더 2차시험에 볼 기회가 주어질 수 있다는 점에서 부당하다 할 수 있다.

19) 정동윤·유병현, 「민사소송법」, 법문사, 2007, 353쪽; 김용진, 「실체법을 통하여 본 민사소송법」, 신영사, 2008, 95쪽.

20) 이러한 설명은 소송요건의 판단시기를 사실심변론종결시가 아닌 상고심의 심리종결시로 하는 것과 다를 바가 없다는 점에서 상고심에서 결여하기에 이른 소송요건이 소송요건의 결여를 무시하고 내린 판결이 무효가 되거나 판결에 따른 집행이 무의미해지는 경우(위의 예에서 원고가 말소등기를 청구하는 구하고 있는 근저당권설정등기가 상고심 係屬중에 낙찰을 원인으로 하여 말소된 경우, 해고무효소송이 대법원에 계속 중 정년이 경과한 경우 등)로 국한하여야 한다고 본다.

법률이 폐지된 경우라 할지라도 그 법률의 시행당시에 발생한 구체적사건에 대하여서는 법률의 성질상 더 이상 적용될 수 없거나 특별한 규정이 없는 한, 폐지된 법률이 적용되어 재판이 행하여질 수밖에 없는 것이고, 이때 폐지된 법률의 위헌여부가 문제로 제기되는 경우에는 그 위헌여부심판은 헌법재판소가 할 수 밖에 없는 것이다. 만일 헌법재판소가 폐지된 법률이라는 이유로 위헌심사를 거부하거나 회피하면 구체적 사건에 대한 법적분쟁을 해결하여야 하는 법원으로서는 법률에 대한 위헌여부결정권이 없다는 것을 이유로 하여 위헌문제가 제기된 법률을 그대로 적용할 수밖에 없는 불합리한 결과가 생겨나게 되기 때문이다.」라고 설명한다.²¹⁾ 이 결정은 헌법재판소가 어떠한 형식으로는 위헌선언을 하여야 하는 것은 소송요건의 결여를 이유로 법원의 위헌심판제청이나 국민의 헌법소원을 각하하는 경우에는 법률을 적용하여 재판을 하여야 하는 법원으로서 위헌법률을 합헌법률로 인정하고 그대로 적용하지 않을 수 없는 현실에서 구하고 있다. 헌법재판소의 위 설명 중 「헌법재판소가 폐지된 법률이라는 이유로 위헌심사를 거부하거나 회피하면 구체적 사건에 대한 법적분쟁을 해결하여야 하는 법원으로서는 법률에 대한 위헌여부결정권이 없다는 것을 이유로 하여 위헌문제가 제기된 법률을 그대로 적용할 수밖에 없는 불합리한 결과가 생겨난다」라는 부분은 현행헌법의 시행으로 효력을 상실하여버린 현행헌법 시행전의 위헌법률에 대한 위헌확인기관을 헌법재판소로 국한한다는 취지에서 문제가 있기 때문에 그대로 원용할 수는 없다고 하더라도, 위헌인 법률을 그대로 적용할 수 없다는 취지에서 그 확인을 구할 권리보호의 이익이 있다고 보는 것이 타당하다.

헌법재판소는 현행헌법에 위배되는 법률의 효력상실에 대해 판단할 기회가 있었음에도 기회를 놓쳐버렸다. 헌법재판소는 舊국가보안법 (1980. 12. 31. 법률 제3318호로 전문개정된 것으로서, 1991. 5. 31. 법률 제4373호로 일부개정되기 전의 것) 제7조 제1항·제3항·제5항 및 제8조 제1항에 대한 헌법소원 사건에서 訴願人은 舊국가보안법은 국가보위입법회의법(법률 제3260호)에 의하여 설치된 국가보위비상대책위원회에서 1980. 10. 28. 제정·공포한 것인데 국가보위비상대책위원회는 정당한 입법기관이라 할 수 없고 국가보위비상대책위원회에서 의결·제정한 국가보위입법회의법은 입법권이 국회에 속함을 규정하고 있는 현행 헌법은 물론 국가보위비상대책위원회 설치당시의 소위 유신헌법(1972. 12. 27. 공포)이나 국가보위입법회의법 공포당시의 제5공화국 헌법(1980. 10. 27. 공포)의 관계규정에도 위반되어 위헌무효라고 주장하였다. 이에 대해 위 헌법재판소 결정에서는 「(舊국가보안법에 관하여) 1980. 10. 27. 공포된 구 헌법 부칙 제6

21) 헌법재판소 1989. 12. 18. 선고 89헌마32·33 결정

조 제1항·제3항 및 1987. 10. 29. 공포된 현행 헌법 부칙 제5조의 규정에 비추어 보면, 국가보위입법회의에서 제정된 법률은 “그 내용”이 현행헌법에 저촉된다고 하여 이를 다투는 것은 별론으로 하고 “그 제정절차”에 하자가 있음을 이유로 하여 이를 다룰 수는 없다고 보아야 한다.”라고 실시하면서 판단을 회피하여버렸다.²²⁾ 「헌법재판소가 폐지된 법률이라는 이유로 위헌심사를 거부하거나 회피하면 구체적 사건에 대한 법적분쟁을 해결하여야 하는 법원으로서 법원에 대한 위헌여부결정권이 없다는 것을 이유로 하여 위헌문제가 제기된 법률을 그대로 적용할 수밖에 없는 불합리한 결과가 생겨난다. 라는 취지 하에 내려진 위헌결정은 헌법부칙 제5조와 관련하여 이루어진 것은 아니기 때문에, 위헌확인결정과 위헌결정 사이에 어떠한 결정형식이 헌법합치적인 결정형식인지에 대한 직접적인 판단을 한 것은 아니라고 보아야 한다. 어찌되었든 헌법재판소는 현행헌법에 위반하여 효력을 상실하여버린 현행헌법 시행전의 위헌법률에 대해 違憲決定²³⁾과 憲法不合致決定²⁴⁾을 하여오고 있다. 헌법재판소가 이러한 운용형식은 지금까지 정면으로 위헌확인결정을 구하는 헌법소원을 구하는 사건이 없었고, 이 문제를 제기하는 학설도 존재하지 아니하였기 때문이기도 하지만,²⁵⁾ 심하게 생각하면

22) 헌법재판소 1997. 1. 16. 선고 92헌바6 결정

23) 헌법재판소 2002. 8. 29. 선고 2001헌마788, 2002헌마173 결정 : 금고이상의 형의 선고유예를 받은 공무원에 대한 당연퇴직을 규정하는 지방공무원법 제61조, 제31조 제5호(1966. 4. 30. 법률 제1794호로 개정된 것)에 대한 결정으로 종전의 헌법재판소 1990. 6. 25. 선고 89헌마220 결정을 변경하였다.

24) 헌법재판소 1993. 3. 11. 선고 88헌마5 결정 : 모든 공무원의 노동쟁의를 금지하는 노동쟁의조정법 제12조 제2항(改正 1987. 11. 28)에 대해 「모든 공무원에게 단체행동권, 즉 爭議權을 근본적으로 부인하고 있는 勞動爭議調整法 제12조 제2항중 「국가·지방자치단체에 종사하는 노동자」에 관한 부분은 현행(現行) 헌법 제33조 제2항의 규정과 저촉되고 충돌되는 것으로 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보조항에 의하여서도 정당화될 수 없는 것이지만, 헌법 제33조 제2항의 규정은 일부 공무원에게는 단체행동권을 주지 않는다는 것도 전제하고 있으므로 합헌적인 면도 포함되어 있다. 따라서 위 규정은 單純違憲宣言을 하여 무효화시킬 법률이 아니고, 앞으로 현행 헌법규정과 충돌됨이 없이 合憲의 상태가 되도록 고쳐져서 재정비되어야 할 규정이다.」는 이유로 헌법불합치결정

25) 이 문제를 간접적으로 언급한 분은 정태호 교수가 유일하다. 그러나 廢止無效說을 옹호하고 當然無效說을 비판하는 과정에서 언급한 것일 뿐 구체적으로 주장하고 있는 典據는 인용하고 있지 않다. 정태호, 「법원에 대한 위헌결정의 소급효문제에 대한 비판적 고찰」, 『법률행정논총』, 제19집, 전남대학교 법률행정연구소, 2000, 203-204쪽에서는 이렇게 논하고 있다. 「당연무효설은 그 밖에도 (독일)基本法 이전에 제정된 법률이 기본법하에서도 효력을 유지하기 위한 조건을 명시하고 있는 기본법 제123조 제1항 (“연방의회의 성립(Zusammentritt) 이전에 있던 법은, 그것이 기본법에 반하지 않는 한, 효력을 지속한다”)에 대한 해석론을 “이 헌법 당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다”고 규정하고 있는 현행 헌법부칙 제5조에 응용하고 있다. 즉, 기본법 제123조 제1항의 해석상 기본법에 반하는 구법은 당연히 효력을 상실하는 만큼 기본법 이후의 법도 기본법에 반할 경우 당연무효이며, 이에 대한 연방헌법재판소의 판단은 창설적 의미가 아닌 선언적 의미만을 갖는 것으로 이해되고 있는 만큼(J. Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit vom Norm und Einzelakt, 1980, S. 161ff를 전거로 들고 있다) 유사한 조문구조를 갖는 우리 헌법부칙 제5조도 동일하게 해석될 수 있다는 것이다.」고 當然無效說의 주장을 소개하면서, 「당연무효설은 기본법 제1항과 우리 헌법 부칙 제5조가 다.」고 當然無效說의 주장을 소개하면서, 「당연무효설이 기본법 제123조 제1항과 관련하여 전개한 해석론적 조문구조가 같다는 주장 하에 독일의 당연무효설이 기본법 제123조 제1항과 관련하여 전개한 해석론적

대법원의 헌법해석에 대한 관여를 봉쇄하고자 하는 의도라고도 보인다. 그러나 심판대상인 법률이나 법률조항이 현행헌법에 위반되어 현행헌법의 시행으로 이미 효력을 상실하였는지 여부는 직권으로 판단하여야지 당사자의 주장을 기다려 판단할 사항은 아니다. 결국 헌법재판소는 이 문제에 대해 무관심을 넘어 무지하다 할 수밖에 없다. 지금이라도 현행헌법의 시행으로 효력을 상실한 법률이나 법률조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정은 그 성질상 위헌확인결정으로 보아야 할 것이다.

Ⅲ. 違憲確認決定의 對象法律

주의해야 할 점은 현행헌법 시행 전에 시행중이던 법률이 현행헌법시행 후 위헌성이 제기된다고 하여 모두 위와 같은 문제가 제기된다고 보아서는 아니 된다는 점이다. 현행헌법의 시행전에 시행중이던 법률이라고 하더라도 위헌성이 문제되지 아니하는 법률조항에 대한 개정이 이루어지는 경우가 적지 않는데, 이 경우에 위헌성으로 효력이 당연히 상실하여버린 조항에 대해 어떠한 개정조치가 이루어지지 아니하고 있는 사정을 어떻게 평가하여야 할 것이냐의 문제와 관련하기 때문이다.

법률제정을 담당하는 입법자는 어느 법률을 제정할 때 제정하고자 하는 법률이 합헌적 법률임을 의심하지 아니하고 있겠지만, 그 판단에 전혀 오류가 없다고 할 수는 없다. 그와 마찬가지로 어느 법률이 현행헌법에 위반하는 조항을 가지고 있고 그 조항이 헌법부칙 제5조에 의해 효력을 상실해 버렸음에도 불구하고 이를 인식하지 못하고 방치하고 있을 수 있다. 그러나 이러한 방치만으로 헌법부칙 제5조에 의해 이미 실효되어버린 법률이 위헌성을 지닌 채 再制定되었다고 볼 것은 아니다. 그러나 어느 법률이 현행헌법에 위반하는 조항을 가지고 있는데도 불구하고 그대로 존치시키면서 위헌성이 문제되지 아니한 조항에 대해서는 개정을 하는 등의 조치를 취하는 경우에는 사정이 다르다. 이 경우에는 입법자는 효력이 상실되어버린 법률조항에 대해 재입법을 한 것과 마찬가지로 볼 수 있는 여지가 적지 않다. 만일 이와 같이 해석을 할 수 있다면

결과를 우리 헌법 부칙 제5조의 해석에 전용하고 있으나, 이 또한 당연무효설을 뒷받침할 수 없다. 기본법 제123조 제1항은 선·후 관계에 있는 두 개의 법질서의 관계를 규율하는 것이며, 동일한 법질서내의 상하관계에 있는 규범들 상호간의 관계에 대해서는 아무런 정보를 제공해 주지 못한다(C. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3 Aufl. 1991, § 20 I Rdnr. 16을 전거로 들고 있다).」고 비판하고 있다. 정태호 앞의 논문, 219쪽. 위 주장은 當然無效說에서 헌법 부칙 제5조를 근거로 내세우지 못하게 하기 위한 일종의 예방적 차원의 것으로 보이지만, 분명한 것은 기본법 제123조 제1항이 적용되는 경우에 독일연방헌법재판소의 위헌결정은 단순히 위헌확인결정에 지나지 않는다는 점을 인정하고 있다는 점이다.

그 위헌법률조항에 대해 위헌확인결정이 아닌 위헌결정을 하여야 한다는 논리를 이끌어낼 수 있는 것이다.

그러면 왜 그와 같은 해석을 하여야 하는가. 이는 우리나라의 불행한 입법현실 때문이기도 하지만, 非代議機關에 의한 입법이 적지 아니하기 때문이다. 비대의기관에 의한 입법으로는 유신헌법 제정전의 非常國務會議, 제5공화국 출범에 앞선 國家保衛立法會議에 의한 입법이 있다. 유신헌법 부칙 제7조에서는 「비상국무회의에서 제정한 법령과 이에 따라 행하여진 재판과 예산 기타 처분 등은 그 효력을 지속하며 이 헌법 기타의 이유로 제소하거나 이의를 할 수 없다」고 규정하고 있고, 제5공화국헌법부칙 부칙 제6조 제3항에서는 非代議機關인 國家保衛立法會議가 제정한 법률의 효력을 보장하기 위해 「국가보위입법회의가 제정한 법률과 이에 따라 행하여진 재판 및 예산 기타 처분 등은 그 효력을 지속하며, 이 헌법 기타의 이유로 제소하거나 이의를 할 수 없다」고 규정하는 한편, 부칙 제9조에서는 「이 헌법 시행당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다」고 규정하고 있다. 이와 같은 부칙을 들 당시의 정치상황에 비추어보면 위와 같은 부칙들은 비대의기관에 의해 제정된 비대의입법에 대해서는 단순히 그 법률이 비대의기관에 의해 제정된 법률임을 이유로 위헌법률임을 다룰 수 없다는 것은 선언하는 것에 그치지 아니하고 그 내용에 대하여도 위헌성을 다룰 수 없다는 취지로 보아야 할 것이다. 이는 舊국가보위입법회의법 부칙 제4조 후단²⁶⁾에 의해 면직된 공무원이 제기한 헌법소원사건에 관하여 헌법재판소는 「구 헌법 부칙 제6조 제3항의 규정은 구 헌법의 기본권보장 규정과도 모순, 충돌되는 것이었던 만큼 현행 헌법에서는 국민의 민주화요구에 부응하여 반성적 견지에서 제소금지 조항을 승계하지 않았다고 봐야 할 것이고 따라서 모든 국민은 아무런 제약이 따르지 않는 기본권에 의하여 언제 어떤 절차로 만들어졌느냐에 관계없이 모든 법률에 대하여 법정절차에 의해서 그 위헌성을 따지는 것이 가능하다고 할 것이다」고 실시하는 것은 그러한 해석의 여지를 남기고 있다고 할 수 있다.²⁷⁾ 그러나 비대의입법은 그 내용의

26) 부칙 제4조 : 「이 법 시행당시의 국회사무처와 국회도서관은 이 법에 의한 사무처 및 도서관으로 보며, 그 소속 공무원은 이 법에 의한 후임자가 임명될 때까지 그 직을 가진다.」

27) 헌법재판소 1989. 12. 18. 선고 89헌마32·33 결정. 위 결정에서는 본문에서 인용하는 부분에 앞서 「구 헌법의 제소금지 규정의 배경을 살펴보면 국가보위입법회의라는 비상기관에서 비상절차에 의하여 제정된 각종 법률에 대하여 헌법적 근거를 부여함과 동시에 그 제정절차, 즉 성립의 하자를 문제삼는 것을 예방하기 위한 비상제동장치를 마련하는데 있었다고 사료되며 그 내용의 위헌성 여부를 다루는 것을 봉쇄하는데 그 의도가 있었던 것으로 보여지지 않는다」고 실시하여 부칙 제6조 제3항 규정에 불구하고 내용에 대한 위헌성 여부를 다루는 것은 허용된다고 해석하고 있으나, 부칙 제6조 제4항에서 「국가보위입법회의는 政治風土의 쇄신과 도의정치의 구현을 위하여 이 헌법시행이전의 정치적 또는 사회적 부패나 혼란에 현저한 책임이 있는 자에 대한 정치활동을 규제하는 법률을 제정할 수 있다」고 규정하여 국가보위입법회의가 헌법 시행후에도 상당기간 정치에 관한 기본권까지 제한할 수 있는 법률을 제정할

합헌성 여부에 관계없이 바로 비대의기관에 의한 입법임을 이유로 위헌이라는 주장이 없는 것은 아니다. 일부학자는 비대의기관에서 제정한 법률을 일률적으로 위헌선언할 경우 생길 법적 공백과 혼란을 막아야 한다는 현실적 이유 — 이를 허용하는 경우에는 수십 년간 형성된 법질서가 붕괴되어 법적 공백과 공황이 도래한다는 이유로 합헌성을 긍정하고 있다.²⁸⁾ 그렇다면 형성된 법질서가 단기간인 경우에는 무효일 수 있다는 논리가 성립할 수도 있을 것이다.

생각건대, 만일 비대의입법임을 이유로 위헌법률이라고 하는 경우에는 단순히 일부 조항이 위헌성이 문제되는 것이 아니라 법률 자체에 대해서 위헌성이 문제된다. 그런데도 불구하고 비대의입법임을 이유로 위헌성을 문제삼을 수 있는 시기가 도래하였음에도 불구하고 비대의입법이 위헌임을 이유로 폐지하지 아니한 채 일부조항에 대해서 개정하는 것은 그 비대의입법과 동일한 법률을 대의입법으로 수용하면서 그 일부에 대해 개정하는 것으로 보아야 한다. 이 경우에 비대의입법과 동일한 형식의 법률제정이라는 입법형식을 밟은 것은 아니지만 오랜 기간 동안 형성된 법질서가 붕괴되어 법적 공백과 공황이 도래하는 것을 방지하기 위해 이를 대의입법과 동일한 것으로 받아들여기로 하는 관습헌법(Verfassungsgewohnheitsrecht)의 형성 내지 헌법변천(Verfassungswandelung)이 이루어진 것으로 볼 여지는 충분하다. 그리고 이러한 논리는 어느 법률이 현행헌법에 위반하는 조항을 가지고 있고 그 조항이 헌법부칙 제5조에 의해 효력을 상실해 버렸는데도 불구하고, 그 법률의 다른 규정이 개정되는 기회에 개정되지 아니한 채 그대로 존속하고 있다는 것은, 그 실효된 법률과 동일한 내용의 법률을 위헌성은 인식하지 못한 상태에서 재입법한 것으로 볼 수 있을 것이다. 그렇다고 한다면 이러한 경우에는 그 위헌선언은 위헌확인이 아니라 위헌결정의 형식을 취하여야 할 것이다.

IV. 違憲確認機關

1. 憲法裁判所

법원에 현행헌법 시행 이전에 제정된 법률이 현행헌법에 실효됨으로써 효력을 상실

수 있도록 하고 있는 점에 비추어 의문이다. 국가보위입법회의법 부칙 제2조에서는 「이 법은 헌법에 따라 새로 구성되는 국회의 최초의 集會日 前日까지 그 효력을 가진다.」고 규정하고 있다.

28) 문광삼, 「한국헌법학(국가조직론)」, 삼영사, 2008, 57쪽.

한 경우에는 법원에 효력상실을 확인하는 권한이 존재한다 하여 헌법재판소에 이에 대한 심판권한이 존재하지 않는다는 것을 의미하지는 않는다. 법원과 헌법재판소 사이에 효력상실 여부가 다투어지는 경우에 그에 대한 최종적인 無效確認決定은 헌법재판소에 귀속한다는 것은 헌법분쟁에 있어서 당연한 귀결이다. 다만 대법원이 무효확인을 한다고 하더라도 최종적인 판단은 헌법재판소에서 이루어질 뿐이다.

2. 法院

헌법 부칙 제5조가 현행헌법에 위반되는 법률의 효력이 상실되었음을 명백히 하였으므로 그 효력상실을 확인할 수 있는 기관이 문제된다. 이에 관하여 직접적으로 언급한 헌법재판소의 결정은 없지만, 앞서 소개한 법률은 원칙적으로 발효시부터 실효시까지 효력이 있고, 그 시행중에 발생한 사건에 적용되기 마련이므로 법률이 폐지된 경우라 할지라도 그 법률의 시행당시에 발생한 구체적사건에 대하여서는 법률의 성질상 더 이상 적용될 수 없거나 특별한 규정이 없는 한, 폐지된 법률이 적용되어 재판이 행하여질 수밖에 없는 것이고, 이때 폐지된 법률의 위헌여부가 문제로 제기되는 경우에는 그 위헌여부심판은 헌법재판소가 할 수 밖에 없는 것이다. 만일 헌법재판소가 폐지된 법률이라는 이유로 위헌심사를 거부하거나 회피하면 구체적 사건에 대한 법적분쟁을 해결하여야 하는 법원으로서는 법률에 대한 위헌여부결정권이 없다는 것을 이유로 하여 위헌문제가 제기된 법률을 그대로 적용할 수밖에 없는 불합리한 결과가 생겨나게 되기 때문이다. 라는 결정²⁹⁾은 충분히 주목할 필요가 있다. 이 결정은 비록 법률이 폐지된 경우를 중심으로 논의하고 있지만, 폐지된 법률에 대해 헌법재판소가 반드시 그 법률에 대한 위헌선언을 할 수 있는 헌법적 근거가 있다는 점을 밝히는 것은 아니다. 오히려 헌법적 근거는 존재하지 아니한다는 것을 전제로 그와 같이 해석하여야 할 당위성이 있을 뿐이라는 설시이다. 그리고 그 당위성이라는 것은 폐지된 법률에 대해 헌법재판소가 위헌선언을 하는 것은 헌법재판소가 폐지된 법률에 대한 위헌선언을 하여 주지 아니한다면 그 선언을 할 수 있는 기관이 존재하지 아니하기 때문이라는 데 근거한다. 그런데 정작 문제는 위 결정에서 당위성의 근거로서 설시하고 있는 헌법재판소가 폐지된 법률이라는 이유로 위헌심사를 거부하거나 회피하면 구체적 사건에 대한 법적분쟁을 해결하여야 하는 법원으로서는 법률에 대한 위헌여부결정권이 없다는 것을 이유로 하여 위헌문제가 제기된 법률을 그대로 적용할 수밖에 없는 불합리한 결과

29) 헌법재판소 1989. 12. 18. 선고 89헌마32·33 결정

가 생겨[난]다는 논리는 헌법적 근거가 없이 이루어진 循環論法(vicious circle)의 오류를 범하는 것이라는 점이다. 헌법적 근거가 없는 마당에 헌법재판소가 폐지된 법률에 대해 위헌선언을 할 수 있다는 당위성은 대법원을 정점으로 하는 법원은 당연히 헌법적 근거가 없는 상태이지만 법원도 당연히 그에 대한 선언권한이 없다는 것을 전제하는 것이다. 그러나 폐지된 법률에 대해 헌법재판소가 위헌선언을 할 수 있는 헌법적 근거가 없는 상태에서는 헌법재판소가 그에 대한 권한을 가지는 것과 별개로 대법원을 정점으로 하는 법원도 그 권한을 가질 수 있다는 논리는 충분히 성립할 수 있고, 이러한 점에서 법원이 폐지된 법률에 대해 위헌선언을 할 수 있는 권한이 존재하지 않는다고 설시하는 것은 일종의 월권이다. 그런데도 불구하고 대법원을 정점으로 하는 법원은 그에 대한 권한을 가지지 못하고 헌법재판소만 독점한다면 이 점에 대해서는 일종의 관습헌법이 성립되었다는 것을 의미한다고 해석하여야 할 것이다.³⁰⁾

다만 이러한 해석을 함에 있어서는 이 헌법시행 당시의 법률과 이 헌법시행 후에 제정된 법률은 구별할 필요가 있다. 폐지된 법률에 대해 헌법재판소가 위헌선언을 할 수 있는 헌법적 근거가 없다는 점은 폐지된 법률이나 헌법부칙 제5조에 의해 이 헌법에 위반함으로써 이 헌법의 시행과 동시에 효력을 상실한 것으로 보아야 하는 이 헌법시행 당시의 법률이나 모두 법률로서의 효력을 가지지 못한다는 점에서 동일하다는 점에서 마찬가지로의 지위에 있다. 그러나 위헌선언의 기관에 있어서는 본질적으로 차이가 있다. 앞서 설명하듯 이 헌법시행 후 제정되었다가 폐지된 법률이나 이 헌법에 위반되지 아니하여 이 헌법시행 후에도 효력을 가지다가 비로소 폐지된 법률은 헌법재판소가 출범한 후 폐지된 법률이기 때문에 헌법재판소가 그에 대한 위헌선언을 독점한다는 관습헌법이 형성된다고 하더라도 무방하겠지만, 이 헌법시행 당시의 법률로서 이 헌법에 위반함으로써 이 헌법시행과 동시에 효력을 상실하여 버린 법률에 대해서는 그 위헌선언권한을 헌법재판소에 독점시켜야 할 당위성은 존재하지 않는다고 보아야 할 것이다.

30) 헌법재판소가 왜 그와 같이 폐지된 법률에 대해서 헌법재판소가 위헌선언을 하는 헌법적 근거가 없다고 본 것인지, 그 이론적 배경은 알 수 없다. 따라서 추측에 지나지 아니하지만, 헌법재판소법 제47조 제2항 본문에서 형벌 이외의 법률에 대한 위헌결정의 효력에 대해 장래효를 원칙으로 하는 법리를 폐지된 법률에 대해서는 적용할 수 없다는 점을 염두에 둔 것이라고 할 수 있다. 장래효의 원칙을 폐지된 법률에도 적용한다면, 폐지된 법률이 위헌법률임을 이유로 그 위헌선언을 하는 경우에 폐지된 법률의 효력상실시키는, 개시자혜택을 중심으로 하는 소급효를 염두에 두지 아니하는 한, 그 법률의 폐지시가 된다. 이는 위헌법률에 대한 위헌선언의 實效性을 현저하게 제한하는 것이 되고, 폐지된 법률에 대해 굳이 헌법재판소의 관장사항이라고 보아야 할 당위성은 존재하지 않는다는 점을 의미한다. 다만 이러한 사정은 형벌에 관한 법률의 경우에는 다르다. 그러나 위헌결정의 장래효가 원칙인 이상은 폐지된 법률에 대해서 반드시 대법원이 위헌선언을 할 수 없다는 결론이 도출되지 않는 이상은 헌법재판소의 위헌선언의 독점은 관습헌법의 형성으로 이해하는 것이 타당하다.

그와 같이 이 헌법 시행과 동시에 효력을 상실하여 버린 법률에 대한 위헌확인도 효력을 상실한 법률을 적용하여 재판을 하여야 하는 법원도 가능하다고 보아야 한다. 그와 달리 만일 그 확인도 헌법재판소만이 할 수 있고 법원에게는 허용되지 아니한다고 본다면 재판에는 효력을 상실하여 버린 법률에 대해 위헌여부에 대한 심판제청을 하고 헌법재판소의 결정을 기다려 재판하든지 합헌성 추정하에 위헌법률을 적용하여 재판하고 위헌성 여부는 헌법소원을 통해 해결하도록 할 수밖에 없어 『迅速한 裁判』의 이념에 반하고 당사자의 지위도 불안정하게 만든다. 이에 대하여는 독일의 경우를 참고할 필요가 있다. 독일연방헌법재판소는 독일기본법이 제정되기 전의 법률에 대하여는 법원이 독자적으로 결정할 수 있다고 보면서, 다만 기본법 발효 후에 입법자가 『스스로의 의사로 수용』한 헌법 이전의 규범에 대해서는 예외로 하고 있다.³¹⁾ 물론 독일기본법 제123조 제1항에서도 우리 헌법 부칙 제5조와 유사한 『연방의회의 집회 이전부터 있었던 법은, 그것이 기본법에 반하지 않는 한, 계속 효력을 유지한다』고 규정하고 있으나, 우리 헌법은 전면개정의 방법을 취하는 경우가 대부분이며, 전면개정을 하면서 일정한 형식으로 제정한 법에 대하여는 위헌 문제를 제기할 수 없다는 등의 규정을 두는 경우도 적지 아니하기 때문에³²⁾ 前文에서는 전면개정의 성격에 관하여 비록 『개정』이라는 용어를 사용하나 실질적으로는 『제정』이라고 보아야 하는 경우가 많다. 따라서 독일연방헌법재판소가 취하는 『기본법 발효 후에 입법자가 『스스로의 의사로 수용』한 헌법 이전의 규범』에 해당하느냐 여부에 따라 차이를 둘 필요는 없다고 보아야 한다.³³⁾

31) 제회열 譯(Konrad Hesse 저), 『독일헌법원론』, 박영사, 2001, 406쪽; 남북현, 앞의 “법률의 위헌결정에 관한 연구”, 117-118쪽 참조. 독일에서 이와 같이 보는 것은 연방기본법 제100조에 의해 연방헌법재판소가 廢棄權(Verwerfungsmonopol)을 가지게 되었으므로 일반법원이 연방헌법재판소를 이용하는 것은 형식적 의미에서 제헌 이후의 법률뿐이라는데 있다. 그리고 연방기본법 제100조를 當然無效說의 근거로 내세우는 학설도 있다. 남북현, 앞의 논문, 같은 쪽 참조.

32) 제5공화국헌법 부칙 제6조 제3항에서는 『國家保衛立法會議가 制定한 法律과 이에 따라 행하여진 裁判 및 豫算 기타 處分등은 그 效力을 持續하며, 이 憲法 기타의 이유로 提訴하거나 異議를 할 수 없다』고 규정하는데, 유신헌법 제9조, 제3공화국헌법 제5조에서 이와 유사한 규정 등을 두고 있다.

33) 이런 점에서 폐지된 법률에 대해 헌법재판소가 위헌선언 권한을 독점한다는 점을 선언한 헌법재판소 1989. 12. 18. 선고 89헌마32·33 결정은 부당하다.

* 이러한 해석에 대해서는 「이 글에 대한 심사의견에서 헌법 제5조는 개정 헌법이전의 헌법을 근거로 제정된 법령 및 조약 등의 효력의 지속성에 대하여 규정하고 있음. 따라서 그것이 개정 헌법체계에서도 위헌성이 발견되지 않는다면 지속효가 인정됨을 의미하고 있음. 만약 그것이 개정 헌법체계에서도 효력을 유지할 수 없는 사유가 발생한다면, 개정 헌법체계하에서의 절차 및 심판대상기관에 의하여 효력을 유지할 수 없음. 또한 그 심판기관 역시 개정 헌법체계에서 고려되어야 할 것임. 즉 그 심판대상의 규범적 체계에 따라 헌법재판소 또는 대법원이 그 심판관할법원이 될 것임. 아울러 그 결정형식 또한 위·합헌결정 형식 외에 변형결정 형식 또한 가능할 것임..」이라는 의견이 있었다. 그러나 의견에서 말씀하시는 「개정 헌법체계에서 효력을 유지할 수 없는 사유가 발생한다면」이라는 부분이 「현행헌법 시행 이후에 발생하는 後發的 사유」라면 당연한 것이다. 그러나 이 헌법시행 당시에 시행중이던 법률로서 이 헌법에 위반하는 법률은 헌법시행과 동시에 효력을 상실한 것이 되기 때문에, 반드시 헌

V. 羈束力

헌법재판소법 제47조 제1항에서는 위헌결정에 대하여 羈束力을 인정하는데, 기속력이 적용을 받는 기관에는 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체가 포함된다. 그리고 기속력이 인정되는 물적 범위는 통설에 따르는 한 위헌결정의 主文뿐 아니라 주문의 근거를 명백히 하는 『중요한 결정이유(tragende Entscheidungsgründe)』까지 포함한다.³⁴⁾ 그러나 한정결정을 하는 경우에는 기속력을 인정하는 내용을 모두 주문에 포함시키는 것이 불가능한 것은 아니라 하더라도 적절하지 못하기 때문에 합헌결정을 하면서 이유에서 한정합헌취지를 실시하는 경우가 있을 수밖에 없고,³⁵⁾ 이러한 경우에 주문에 포함되지 못하였다는 이유로 기속력을 배제하는 것은 타당하지 않다.³⁶⁾ 한편 헌법 부칙 제5조는 비록 헌법시행 전에 제정된 법 가운데 어떤 법이 어떠한 근거에서 현행헌법에 위배되어 효력을 상실하였는가 하는 점을 현실적으로 밝히지 아니하고 있다 하

법재판소가 위헌선언을 독점할 근거는 없다는 것이 이 글의 초점이고, 따라서 심사의견에 따를 수 없음은 유감이다.

- 34) 인정설 : 허 영, 앞의 『헌법소송법론』, 173쪽; 최우정, 『한국헌법학』, 진원사, 2008, 780쪽; 김정환, “헌법재판소 결정의 효력에 관한 일반적 고찰”, 『헌법재판연구』, 제7권, 헌법재판소, 1996, 62-68쪽; 남복현, 앞의 “헌법재판소 결정의 효력에 관한 쟁점 및 해결방안”, 84-187쪽.
부인설 : 정종섭, 앞의 『헌법소송법』, 「중요성」 여부를 헌법재판소가 하는 것이 아닌 이상 불분명한 구분에 의해 기속력의 범위를 정하는 것은 헌법재판의 규범력과 정당성을 약화시킨다는 이유이다.
독일에서의 논의는 남복현, 앞의 “법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구”, 69-82쪽 참조.
- 35) 헌법재판소 2002. 11. 28. 선고 98헌바101 결정
* 이 사건에서 3인의 재판관은 「법률의 위헌선언권을 유일하게 갖고 있는 헌법재판소로서는 어떤 법률 조항에 대하여 위헌적인 법 적용 영역과 그에 상응하는 해석가능성이 존재할 경우 그러한 위헌적인 부분을 종국적으로 배제하는 결정을 선고함으로써 그 결정에 따른 기속력을 법원을 비롯한 모든 국가기관 및 지방자치단체에게 미치도록 하는 것을 원칙으로 삼아야 하고, 그 기속력의 수범자중의 하나인 법원이 그 법률조항에 대하여 헌법재판소와 동일한 합헌적인 해석을 하고 있다고 하여 그 법률조항에 여전히 존재하고 있는 위헌적인 부분을 제거하지 않은 채 방치할 수는 없으므로, 위 지방공무원법 조항에 존재하는 위헌적 부분을 결정주문에 명시적으로 밝혀 「지방공무원법 제29조의3은 지방공무원 본인의 동의를 요하지 않는다고 해석하는 한 헌법에 위반된다」는 내용의 한정위헌결정을 선고하여야 한다.」라는 이유로 기속력이 인정되는 부분은 주문에 포함시킬 것을 주장하였다.
- 36) 정재황, 『헌법재판개론』, 박영사, 2003, 323쪽 참조.
* 위헌여부심판에 대한 결정에 대해 기속력이 인정되느냐 하는 문제와 일반 헌법재판에 대해 기속력을 인정할 수 있느냐 하는 문제는 다소 성질을 달리한다 할 수 있다. 헌법재판소 1997. 7. 17. 선고 95헌마290 결정에서는 불기소처분에 대한 헌법소원과 관련하여 「헌법 제75조 제1항이 헌법소원의 피청구인에 대하여 가지는 뜻은 헌법소원의 인용결정이 있으면 피청구인은 그 인용결정의 취지에 맞도록 공권력을 행사하여야 한다는데 있다. 따라서 검사의 불기소처분을 취소하는 헌법재판소의 결정이 있는 때에는 그 결정에 따라 불기소한 사건을 재기하여 수사하는 검사로서는 헌법재판소가 그 결정의 주문 및 이유에서 밝힌 취지에 맞도록 성실히 수사하여 결정하여야 한다.」고 판시함으로써 「이유」에 대한 기속력을 인정한 바 있다.

더라도 헌법의 시행과 동시에 효력을 상실시켰다는 점은 변함이 없으므로 부칙 제5조는 그 자체가 위헌결정과 같은 법적 성질을 가지는 것이라고 볼 수 있다. 그렇기 때문에 설사 헌법재판소가 그 법률에 대해 위헌결정을 하더라도 이는 위헌확인결정에 지나지 아니하는 것이다.

문제는 헌법재판소가 위헌결정을 하든 위헌확인결정을 하든 그것이 현행헌법 시행 후의 법률에 대해 위헌결정을 하는 경우와 완전히 동일한 프로세스를 거친다고 한다면 뒤에서 논하듯 현행헌법의 시행으로 효력을 상실하여버린 법률에 대해 법원도 현행헌법의 시행 후에 제정된 법률에 대해 위헌확인을 할 수 있다는 점을 제외하고는, 헌법 부칙 제5조가 가지는 의미를 거의 무의미한 규정으로 만들어버린다는 점이다. 따라서 최대한 헌법 부칙 제5조의 취지를 살리려 한다면, 헌법부칙 제5조에 의해 헌법시행전의 법률이 효력을 상실하였는가 하는 점이 쟁점이 되는 경우에 헌법재판소법 제23조 제2항 제2호가 규정하는 『종전에 헌법재판소가 판시한 헌법의 해석적용에 관한 의견을 변경하는 경우』와 같이 재판관 6인 이상의 찬성을 얻을 필요는 없다고 할 것이다.³⁷⁾ 현행헌법에 위배되는 법률이 효력을 가지지 못한다는 것은 헌법부칙 제5조의 규정에 의한 것이지 헌법재판소의 결정에 의한 것은 아니므로 헌법재판소법 제23조 제2항 제2호가 규정하는 『종전에 헌법재판소가 판시한 헌법의 해석적용에 관한 의견을 변경하는 경우』에는 해당하지 않기 때문이다. 어쨌든 이 점은 필자의 試論이기는 하지만, 현행헌법을 제정함에 있어서 국민투표에 의해 도출된 의사를 憲法制定權力의 統一體的 의사로 본다 하더라도 현실적으로는 單純多數決에 의해 결정되고 있기 때문에 당해법률의 위헌성 확인도 이와 같은 단순다수결 이상의 찬성으로 결정되어야 한다고 볼 수는 없을 것이다. 그리고 이는 대법원이 위헌확인을 하는 경우에 단순과반수로 그 확인이 가능하다는 점과도 균형을 이룬다고 할 수 있다.³⁸⁾

이와 같이 보아야 하는 또 다른 근거는 현행헌법의 제정 당시에는 헌법제정권력의 의사와 헌법재판관의 판단 사이에는 동질성을 가정하더라도 양자 사이에 큰 乖離가 생기지 아니하지만, 헌법이 제정된 후 상당 시간이 경과하고 정권이 바뀌고 정권담당

37) 따라서 5인의 재판관이 위헌의견인 경우에는 헌법 부칙 제5조에 의한 기속력에 의해 위헌확인결정을 하여야 할 것이다. 위헌확인결정은 5인의 재판관의 찬성으로 가능하다. 그런데도 헌법재판소 2000. 2. 24. 선고 97헌마13·245 결정에서는 재판관 5인은 위헌의견이고 재판관 4인은 심판청구 부적법을 이유로 각하의견을 제시하였는데도 「헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 규정된 헌법소원 인용결정의 정족수에 미달하므로 심판청구를 기각할 수밖에 없다」고 결론지은 것은 헌법 부칙 제5조의 「기속력」과 「위헌확인결정」의 법리를 오해한 것으로 부당하다.

38) 이 문제에 대해서는 별도의 기획에 「헌법재판과 정족수」 문제로 다루기로 한다. 이에 대해서는 학술진흥재단의 공모과제로 선정된 바 있다. 그리고 이 문제에 대해 필자는 박찬주, 앞의 「법형성학」, 463-466쪽에서 試論을 제시한 바 있다.

자의 이데올로기의 영향 하에서 소위 코드에 맞는 자들이 재판관으로 임명되는 경우에는 헌법제정권력의 의사에서 벗어나 이데올로기를 질게 반영하는 결정이 내려지지 않는다는 보장이 없기 때문이다. 우리는 이미 행정수도의 이전과 관련한 헌법재판소의 두 차례 결정에서 어느 정도 이러한 현상을 목격하였지만, 이를 막는 방법이란 헌법 부칙 제5조에 의한 위헌법률의 효력상실에 羈束力을 인정하는 길 이외에는 존재하지 아니한다. 그리고 이와 같은 기속력은 현행헌법이 시행된 후 제정된 법률로서 그 법률이 현행헌법에 위배되어 헌법의 시행과 동시에 효력을 상실한 법률을 거의 그대로 답습한 類似立法인 경우에도 마찬가지로 인정되어야 할 것이다.

Ⅵ. 舊憲法附則과의 관계

앞서 지적하듯, 제5공화국헌법부칙 부칙 제6조 제3항에서는 非代議機關인 國家保衛立法會議가 제정한 법률의 효력을 보장하기 위해 「국가보위입법회의가 제정한 법률과 이에 따라 행하여진 재판 및 예산 기타 처분 등은 그 효력을 지속하며, 이 헌법 기타의 이유로 제소하거나 이의를 할 수 없다」고 규정하는 한편, 부칙 제9조에서는 「이 헌법 시행당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다」고 규정하고 있다. 그런데 현행헌법부칙 제5조는 「이 헌법 시행 당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위반되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다」고 규정하고 있다. 여기서 제기되는 문제는 제5공화국헌법부칙 제6조 제3항, 제9조에 의해 합헌적으로 평가되는 법률에 대해 현행헌법 부칙 제5조를 근거로 그 법률이 현행헌법에 위반되는 법률로서 위헌이라고 평가할 수 있느냐 라는 문제가 제기될 수 있다. 왜냐하면, 제5공화국헌법과 제6공화국 헌법에 대해 모두 진정한 헌법제정권력의 결단으로 볼 수 있는가 라는 점에 대해서는 논란이 있을 수 있겠지만, 모두 헌법제정권력의 결단이라고 이해하는 경우에 舊憲법과 관련한 헌법제정권력의 결단을 현행헌법에 관한 헌법제정권력에 의해 부정할 수 있는가 라는 문제와 연결되기 때문이다. 앞서 설명하듯 헌법재판소는 「구 헌법 부칙 제6조 제3항의 규정은 구 헌법의 기본권보장 규정과도 모순, 충돌되는 것이었던 만큼 현행 헌법에서는 국민의 민주화요구에 부응하여 반성적 견지에서 제소금지 조항을 승계하지 않았다고 봐야 할 것이고 따라서 모든 국민은 아무런 제약이 따르지 않는 기본권에 의하여 언제 어떤 절차로 만들어졌느냐에 관계없이 모든 법률에 대하여 법정절차에 의해서 그 위헌성을 따지는 것이 가능하다고 할 것이다.」고 실시하고 있다.³⁹⁾ 이 결정은 이는 舊憲법하에서의 합헌적 법률이라고 하더라도 현행헌법에 배치되는 경우

에는 현행헌법의 시행과 동시에 효력을 상실하였다고 볼 수 있다는데 그치지 아니하고, 현행헌법에 의해 舊헌법하에서 제정된 법률의 적용 자체를 무효화할 수 있다는 것이 된다. 이는 헌법제정권력이란 도대체 어떠한 권력을 의미하는가. 헌법제정권력은 無誤한가 라는 헌법제정권력의 근원과 관련하여 문제를 제기하고 있다.⁴⁰⁾

이 문제를 덮어둔다면 법률의 전부개정, 일부개정과 관련한 대법원의 입장과 크게 다를 바가 없을 것이다. 대법원은 개정법률에 다시 경과규정을 두지 않았다고 하더라도 부칙의 경과규정이 당연히 실효되는 것은 아니지만, 개정법률이 전문개정인 경우에는 기존법률을 폐지하고 새로운 법률을 제정하는 것과 마찬가지로 종전의 부칙은 물론 부칙규정도 모두 소멸하였다고 보아야 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한 종전의 법률부칙의 경과규정도 모두 실효된다고 보아야 한다고 판시하고 있다.⁴¹⁾

그러나 이러한 법리는 자칫하면 위험한 결론을 끌어들이 수 있다. 전면개정된 법률이라고 하더라도 개정전법률 중에는 그 전면개정에도 불구하고 개정법률에서 온전하게 개정전 규정형태를 유지하거나 개정전법률의 조항과 사이에서 종전규정의 취지가 손상되고 있지 않는 규정들이 있을 수 있고 이와 관련한 개정전법률의 부칙규정의 정신을 그대로 유지시켜야 할 경우가 있는데도 불구하고 관례가 실시하는 법리에 의하면 그 규정에 대한 개정전법률의 부칙규정이 효력을 상실하는 문제가 발생하기 때문이다. 예를 들어보자. 구민법 당시에는 부동산을 매수하거나 시효취득한 경우에 당사자 사이에 등기가 없어도 소유권을 취득하였는데(구민법 제176조), 현행민법에서는 등기를 하지 않으면 소유권을 취득할 수 없다(민법 제186조). 구민법 하에서 의사표시만으로 부동산에 대한 소유권을 취득하였다는 효력을 그대로 허용하는 경우에는 현행민법 시행 후에는 의사표시만으로 소유권이 변동된 부동산과 등기를 하여야 소유권이 변동되는 부동산이 혼재하게 되어 제3자로서는 이를 알 수 없게 되는 문제가 발생하게 된

39) 헌법재판소 1989. 12. 18. 선고 89헌마32·33 결정. 위 결정에서는 본문에서 인용하는 부분에 앞서 '구헌법의 재산금지 규정의 배경을 살펴보면 국가보위입법회의라는 비상기관에서 비상절차에 의하여 제정된 각종 법률에 대하여 헌법적 근거를 부여함과 동시에 그 제정절차, 즉 성립의 하자를 문제삼는 것을 예방하기 위한 비상제동장치를 마련하는데 있었다고 사료되며 그 내용의 위헌성 여부를 다투는 것을 봉쇄하는데 그 의도가 있었던 것으로 보여지지 않는다.'고 실시하여 부칙 제6조 제3항 규정에 불구하고 내용에 대한 위헌성 여부를 다투는 것은 허용된다고 해석하고 있으나, 부칙 제6조 제4항에서 국가보위입법회의는 政治風土의 쇄신과 도의정치의 구현을 위하여 이 헌법시행일이전의 정치적 또는 사회적 부패나 혼란에 현저한 책임이 있는 자에 대한 정치활동을 규제하는 법률을 제정할 수 있다고 규정하여 국가보위입법회의가 헌법 시행후에도 상당기간 정치에 관한 기본권까지 제한할 수 있는 법률을 제정할 수 있도록 하고 있는 점에 비추어 의문이다. 국가보위입법회의법 부칙 제2조에서는 이 법은 헌법에 따라 새로 구성되는 국회의 최초의 集會日 前日까지 그 효력을 가진다. 고 규정하고 있다.

40) 이에 대한 필자의 입장은 박찬주, 앞의 「법형성학」, 59-66쪽 참조

41) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001두11168 판결

다. 이에 부칙에서는 舊民法에서 이미 효력이 생긴 효력에 대해서는 영향을 미치지 아니한다는 원칙에 예외를 인정하고, 1965. 12. 31.까지 유예기간을 설정하고 유예기간 동안 등기를 하지 않으면 1966. 1. 1.부터 소유권을 상실하는 규정(민법 부칙 제10조)을 두었다. 이 경우에 구민법에 의해 소유자이었던 매수인은 소유권이전등기청구권을 행사하여 매도인으로부터 이전등기를 경로받을 수 있으나, 그 청구권은 채권적청구권에 지나지 아니하여 소멸시효의 대상이 된다.⁴²⁾ 다만 구민법상의 소유자가 점유까지 하고 있는 경우에는 매수인의 등기청구권은 소멸시효에 걸리지 아니한다고 보아야 하므로.⁴³⁾ 민법 부칙 제10조 제1항에 의해 소유권을 상실한 자는 언제든지 등기이전을 청구할 수 있다.⁴⁴⁾ 구민법상의 소유자인 매수자가 취득시효기간 동안 점유를 하고 있어서 소멸시효에 걸리지 아니하는 등기이전청구권을 가지는 상태에서 제3자에게 매도한 경우에는 제3자는 등기상의 소유권이 변경되지 아니하는 한 매수인의 등기청구권을 代位行使하여 등기부상의 소유자를 상대로 이전등기를 구하거나, 자신의 취득시효를 원인으로 하는 이전등기청구권을 행사하여 등기를 구할 수 있다.⁴⁵⁾ 다만 후자의 경우에는 시효소멸의 대상이 된다. 그런데 현행민법에 대해서는 17대 국회에서 개정논의가 있었고 개정안이 국회에 계류중인 상태에서 17대 국회의원의 임기가 종료됨으로 인해 폐기되었다(헌법 제51조 단서 참조). 민법개정은 이명박 政府에서도 추진중에 있으므로 개정이 이루어질 가능성이 높다. 이때의 민법개정은 전면개정의 가능성이 아주 높다. 그런데 대법원의 설시법리로 인하여 현행민법 부칙 제10조가 실효되어버린다면 등기에 관하여 형식주의가 그대로 유지된다고 하더라도 구민법 규정에 의해 부동산을 매수하고 등기를 하지 아니하였으나 소유권을 취득한 것으로 보는 매수인은 다시 소유권을 취득하는 것이 된다. 대법원판례의 취지는 이해하지 못하는 바가 아니다. 개정전법을 부칙의 적용을 받는 개정전법규정이 전면개정에 의해 부분적으로 손질이 된 경우에 그러한 변경이 과연 그 규정의 취지에 대해 영향을 미칠 것인가를 판단하는 것은 용이하지 않고 그로 인해 법창조활동이 되는 것을 경계한 것으로 보이기 때문이다.

대법원판결의 더 큰 문제는 이러한 법리가 범규범 일반에 적용되는 법리라고 할 수

42) 대법원 1966. 9. 20. 선고 66다1151 판결

* 위 판결에서는 구민법 당시에는 등기청구권은 소멸시효의 대상이 아니었다고 실시하는데, 이는 등기를 요하지 아니하고 물권이 변동되기 때문에 소유권이전등기청구권의 행사는 소유자로서의 이전등기청구에 해당하기 때문이다.

43) 대법원 1976. 11. 6. 선고 76다148 전원합의체판결 (근거에 대해서는 소멸시효 부분에서 살핀다)

44) 대법원 1992. 3. 10. 선고 91다24311 판결

45) 취득시효가 완성되더라도 이를 원인으로 소유권이전등기를 하지 않는 한 소유권을 취득하는 것은 아니다. 따라서 매수자로부터 양수한 자는 당연히 소유자라고 할 수는 없다. 대법원 2001. 9. 4. 선고 2000다44379 판결

있는가 라는 점이다. 우리 헌법에 대한 수차례의 개정 가운데는 실제로는 헌법제정에 해당하는 경우가 많은데도, 이 법리를 적용하는 한 종전헌법의 부칙규정이 모두 효력을 유지하는 것이 될 수 있기 때문이다. 헌법은 본질적으로 헌법제정권력의 결단이라는 측면이 강하므로 헌법개정을 하면서 개정전 헌법의 부칙규정이 그대로 유효하다고 보는 것은 타당하지 못한 측면이 있다. 이와 달리 입법자가 동일한 법률의 경우에는 일부개정이 경우에 종전부칙규정이 그대로 효력을 가진다고 보더라도 크게 무리하지 않는다는 점에서 헌법과 법률의 일부개정에는 현격한 차이가 있다고 보아야 할 것이다.

Ⅵ. 廢止된 慣習法과 憲法附則 제5조

1. 大法院에 의한 慣習法の 廢止

대법원이 폐지한 관습법은 상속회복청구권에 대한 20년간의 제척기간에 관한 종래의 관습법⁴⁶⁾과 종원을 성년남자로 국한한 관습법⁴⁷⁾의 두 가지가 있다.

헌법 제111조 제1항 제1호에서는 헌법재판소의 권한으로서 「법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판」을 규정하고, 한편 소송의 당사자가 법원에 위헌심판제청을 구하였음에도 불구하고 법원이 이를 받아들이지 아니하는 경우에는 헌법 제111조 제1항 제5호에서 정하는 헌법소원을 제기함으로써 위헌 여부의 심판을 구할 수 있다(헌법재판소법 제68조 제2항). 그런데 헌법재판소는 원칙적으로 국회가 입법절차에 의거한 의결을 거쳐 제정된 이른바 「형식적 의미의 법률」만이 위헌제청 대상인 법률에 해당된다고 보고 있다.⁴⁸⁾ 그렇다면 법률과 동위의 효력을 가지는 관습법이 위헌제청의 대상이 될 수 있겠느냐 하는 문제가 제기되는데, 아직까지는 이에 대한 판례가 없으나, 헌법재판소는 이를 부인하는 것이 아닌가 보인다.⁴⁹⁾

46) 조선고등법원 1935. 7. 30. 연합부판결에서는 상속인 또는 그 법정대리인이 상속권을 침해 당한 사실을 안 때 또는 相續開始時로부터 각 「상당한 기간」 내에 한하여 상속회복청구권을 행사할 수 있다고 다소 막연하게 판시하였다. 그러다가 조선고등법원 1937. 8. 27. 판결에서 단기제척기간과 관련하여 침해 사실을 안 날로부터 6년으로 설정하였고, 다시 조선고등법원 1939. 6. 30. 판결에서 장기제척기간을 20년으로 설정하였다. 그 후 대법원은 조선고등법원판결에서 판시한 내용들은 모두 관습법으로 정리하면서 대법원 1981. 1. 27. 선고 80다1362 판결을 통하여 민법 제정 전의 관습법에서는 상속권의 침해사실을 안 때로부터 6년, 상속이 개시된 때로부터 20년이 경과하면 소멸하는 것으로 이해되어 왔다.

47) 대법원 1991. 11. 8. 선고 91다25383 판결

48) 헌법재판소 1996. 6. 13. 선고 94헌마20 결정

49) 헌법재판소, 「헌법재판실무제요」, 헌법재판소, 1998. 75쪽에서는 (4) 명령, 규칙, 조례, 관습법이라는 표

필자는 종전부터 일반론으로서 대법원에 의한 관습법의 폐지는 허용되지 않으며 헌법재판소의 위헌결정에 의해 실효되어야 한다고 주장하여왔다.⁵⁰⁾ 이 점에 대해서는 재론을 피하며, 이하에서는 문제되는 관습법의 폐지가 헌법부칙 제5조와 상용할 수 있는가의 문제에 대해서만 고찰하기로 한다.

2. 相續回復請求權과 관련된 慣習法의 폐지

그러나 이와 달리 그 이전에 선고된, 상속회복청구권에 대한 20년간의 제척기간에 관한 종래의 관습법과 관련하여 대법원 전원합의체판결에서는 폐지의 근거에 대해 「헌법을 최상위 규범으로 하는 법질서 전체의 이념에도 부합하지 아니하여 정당성이 없다」는 것을 전제로, 관습법상의 제척기간은 「이를 적용하게 되면 위 20년의 경과 후에 상속권 침해행위가 있을 때에는 침해행위와 동시에 진정한 상속인은 권리를 잃고 구제를 받을 수 없는 결과가 되므로 진정한 상속인은 모든 상속재산에 대하여 20년 내에 등기나 처분을 통하여 권리확보를 위한 조치를 취하여야 할 무거운 부담을 떠안게 되는데, 이는 소유권은 원래 소멸시효의 적용을 받지 않는다는 권리의 속성에 반할 뿐 아니라 진정한 상속인으로 하여금 참칭상속인에 의한 재산권침해를 사실상 방어할 수 없게 만드는 결과로 되어 불합리하고, 헌법을 최상위 규범으로 하는 법질서 전체의 이념에도 부합하지 아니하다」라고 설명하고 있다.⁵¹⁾

대법원이 언급하는 사유는 현행헌법 이전부터 존재하던 위헌적 사정에 해당하므로 대법원에서 헌법 부칙 제5조를 적용하여 합헌적으로 폐지할 수 있는 권한 내의 관습법이라 할 수 있다.⁵²⁾

제를 붙이고, 76쪽에서는 「“조례”나 “관습”은 위헌제청이 되지 않으며, 그것이 헌법에 위반되는지 여부는 법원이 스스로 판단할 수 있다」고 설명하고 있는데, 그 설명이 과연 「관습법」에 대한 것이라고 보아야 할 것인지는 의문이 있다. 한편 허영 교수는 헌법재판소 1996. 10. 4. 선고 96헌가6 결정을 들어 慣習法이 위헌법률심판제청의 대상이 되지 아니한다고 설명하고 있다. 허영, 앞의 「헌법소송법론」, 211쪽) 참조. 그런데 위 결정은 「법원의 위헌여부심판제청은 “법률”이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에 할 수 있는 것이고, 명령이나 규칙이 헌법에 위반되는 여부는 법원 스스로 이를 판단할 수 있는 것이므로, 이 사건 위헌여부심판제청 중 국민연금법시행령 제54조 제1항에 대한 부분은 법률이 아닌 대통령령에 대한 것으로서 부적법하다」고 설명하는데 불과하고 「慣習法」 자체에 대한 결정이 아니라는 점에서 부당한 유추라 할 수 있다.

50) 박찬주, “대법원에 의한 관습법의 폐지”, 「법조」, 제598호, 법조협회, 2005, 19-75쪽.

51) 대법원 2003. 7. 24. 선고 2001다48781 전원합의체판결

52) 대법원판결에서 언급하고 있는 상속권침해 부분을 보면 피상속인의 사후양자로 선임되지 아니한 참칭 사후양자의 처가 임의로 사후양자로 선임된 것처럼 신고를 한 후(그 일자 는 나와 있지 않다) 1994. 4. 6. 사후양자 앞으로 소유권이전등기가 종료되었던 것으로 소유권이전등기일을 기준으로 관습법을 적용하면 구제가 가능할 수 있는가 하는 의문이 제기되나, 굳이 상고이유에서 장기제척기간을 문제삼은

3. 宗員을 남계로 국한하는 慣習法の 폐지

宗中の 宗員 자격과 관련한 전원합의체판결⁵³⁾에서는 ① 宗中에 대한 社會一般의 認識 變化⁵⁴⁾와 ② 社會의 法秩序의 變化와 관련하여 종원의 자격을 성년 남자만으로 제한하고 여성에게는 종원의 자격을 부여하지 않는 종래 관습에 대하여 우리 사회 구성원들이 가지고 있던 법적 확신은 상당 부분 흔들리거나 약화되고 있을 뿐 아직 관습법의 성립요건인 법적 확신이 부존재하게 된 상태인 것은 아니라는 점을 명백히 하면서도 헌법을 최상위 규범으로 하는 우리의 전체 법질서는 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 한 가족생활을 보장하고, 가족 내의 실질적인 권리와 의무에 있어서 남녀의 차별을 두지 아니하며, 정치·경제·사회·문화 등 모든 영역에서 여성에 대한 차별을 철폐하고 남녀평등을 실현하는 방향으로 변화되어 왔으며, 앞으로도 이러한 남녀평등의 원칙은 더욱 강화될 것⁵⁵⁾이라는 예측 하에, 『종래의 관습법은 공동선조의 분묘수호와 봉제사 등 종중의 활동에 참여할 기회를 출생에서 비롯되는 性別만에 의하여 생래적으로 부여하거나 원천적으로 박탈하는 것으로서, 위와 같이 변화된 우리의 전체 법질서에 부합하지 아니하여 정당성과 합리성이 있다고 할 수 없다』는 이유로 이제 더 이상 법적 효력을 가질 수 없게 되었다고 판시하고 있다. 위 전원합의체판결은 성년남자만을 종원으로 하는 관습법이 兩性平等에 반한다는 점을 정면으로 인정하지 아니하는 상태에서 전체 법질서에 반한다는 이유로 관습법의 효력을 부인한 것은 단순히 관습법의 존재

것은 6년의 단기제척기간을 적용할 수 없었기 때문으로 추측된다. 한편 헌법재판소 2001. 7. 19. 선고 99헌바9·26·84, 2000헌바11, 2000헌가3, 2000헌가23 결정에서는 민법(2002. 1. 14. 법률 제6391호로 개정되기 전의 것) 제999조 제2항 중 「상속이 개시된 날부터 10년」 부분과 구 민법(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되기 전의 것) 제999조에 의하여 준용되는 제982조 제2항 중 「상속이 개시된 날로부터 10년」 부분은 헌법에 위반된다는 결정을 하였으며, 그에 따라 제999조는 「① 상속권이 참칭상속권자로 인하여 침해된 때에는 상속권자 또는 그 법정대리인은 상속회복의 소를 제기할 수 있다. ② 제1항의 상속회복청구권은 그 침해를 안 날부터 3년, 상속권의 침해행위가 있는 날부터 10년을 경과하면 소멸된다.」는 내용으로 개정되었다. 여기서 제기되는 문제는 대법원이 장기제척기간에 대한 종전의 관습법을 폐지하면서 관습법을 적용한 원심판결을 파기하고 원심으로 환송하였는데, 과연 원심법원이 위 헌법재판소의 위헌결정으로 舊민법규정이 장기제척기간이 더 단축되는 형식으로 정비된 마당에 장기제척기간은 기간의 제한이 없다는 논리를 펴기 전에는 원고에 대한 구제가 허용될 수 있는가 하는 점이다. 이런 의미에서 위 대법원판결은 관습법의 폐지를 대법원이 할 수 있다는 권한을 선언하기 위한 수단으로 이용되었다는 점을 제외하고는 전혀 사리에 맞지 않는 판결이라 할 수 있다.

53) 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체판결

54) 대법원판결에서는 「족보의 편찬에 있어서 과거에는 아들만을 기재하는 경우가 보통이었으나 오늘날에는 딸을 아들과 함께 기재하는 것이 일반화되어 가고 있고, 전통적인 유교사상에 입각한 가부장적 남계혈족 중심의 종중 운영과는 달리 성년 여성에게도 종원의 지위를 부여하는 종중이 상당수 등장하게 되었으며, 나아가 종원인 여성이 종중의 임원으로 활동하고 있는 종중들도 출현하게 되었다.」는 점을 언급하고 있다.

를 발견하는 활동에 그친 것이 아니라 法形成 활동은 한 것으로, 관습법의 성립을 國家承認說에 입각하는 방향으로 선회한 것으로 평가할 수 있다.⁵⁵⁾ 그러나 그보다 중요한 것은 대법원판결 자체에서도 종원을 男系로 국한한 관습법은 이를 폐지할 당시에도 아직 관습법으로서의 법적확신이 근본적으로 동요되었다거나 정면으로 양성평등에 반하는 정도에는 이르지 못하고 있다고 보고 있기 때문에, 현행헌법이 시행될 당시에 이미 양성평등 등을 이유로 위헌적 관습법으로 볼 여지는 전혀 없었다는 점이다. 이런 점에서 종원을 남계로 한정하는 관습법을 헌법재판소가 아닌 대법원에서 폐기한 것은 위헌이라고 할 수 있다.⁵⁶⁾

Ⅷ. 맺음말

앞서 머리말에서 지적한 바이지만, 학계에서의 헌법부칙 제5조와 관련한 논의는 거의 이루어지고 있지 않다. 그러한 점에서 이 글은 헌법부칙 제5조에 관한 최초의 시론이라고 할 수 있다. 그러나 그 작성과정에서 참고할 문헌이 거의 없기 때문에, 헌법교과서와 논문들에서의 헌법부칙 제5조와 관련하지 아니하는 일반적 논의를 끌어들이 작성할 수밖에 없었다. 그러나 이 글에서 제기한 문제점들은 과소한 것으로 평가하여서는 아니 된다.

현행헌법부칙 제5조를 위반하는 현행헌법 시행전의 법률에 대해 헌법재판소가 위헌선언을 독점하느냐, 대법원을 정점으로 하는 법원도 공유하느냐, 헌법재판소가 위헌선언을 하는 경우에 그 형식으로 위헌결정 내지 불합치결정이 가능하느냐, 아니면 위헌확인결정으로 국한하느냐 라는 문제가 제기되기 때문이다. 만일 위헌확인결정이라고 본다면 위헌확인결정에 필요한 정족수로 헌법재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 하는가, 단순과반수로 가능한가라는 문제가 제기될 수 있기 때문이다. 한편 대법원은 헌법재판소가 관습법의 위헌심사의 적격성에 대해 소극적인 태도를 이용하여 관습법을 폐지하고 있는데, 관습법의 폐지가 허용되더라도 관습법이 성문법임을 가정하고 그 관습법 현행헌법의 시행과 동시에 효력을 상실하는 경우에 국한하여야 한다고 논하고 있다.

이 글에서 제기한 이러한 점들에 대하여 학계의 논의가 활발하여지기를 기대한다.

55) 박찬주, 앞의 “대법원에 의한 관습법의 폐지”, 19-75쪽, 특히 23쪽, 같은 취지로 오세혁, “관습법의 현대적 의미”, 『법철학연구』, 제9권 제2호, 한국법철학회, 2006, 161쪽.

56) 관습법이 위헌제청신청이나 헌법소원의 대상이라는 점을 지적한 학자로서는 필자 이외에 신 평, 앞의 「헌법재판법」, 347쪽이 유일하다.

참고문헌

- 계희열 譯(Konrad Hesse 著), 「독일헌법원론 [제20판]」, 박영사, 2001.
- 김용진, 「실체법을 통하여 본 민사소송법 (제5판)」, 신영사, 2008.
- 문광삼, 「한국헌법학 (국가조직론)」, 삼영사, 2008.
- 박찬주, 「법형성학」, 조선대학교출판부, 2009.
- 신 평, 「헌법재판법」, 법문사, 2007.
- 윤명선, 「인터넷시대의 헌법학」, 법원사, 2002.
- 정동윤·유병현, 「민사소송법 [제2판]」, 법문사, 2007.
- 정재황, 「헌법재판개론 (제2판)」, 박영사, 2003.
- 정종섭, 「헌법소송법 (제4판)」, 박영사, 2006.
- 최우정, 「한국헌법학」, 진원사, 2008.
- 허 영, 「헌법소송법론」, 박영사, 2006.
- 헌법재판소, 「헌법재판실무제요」, 헌법재판소, 1998.
- 남복현, “법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구”, 박사학위논문, 한양대학교 대학원, 1994.
- _____, “헌법재판소결정의 효력에 관한 쟁점 및 해결방안”, 「헌법재판연구」, 제7권, 헌법재판소, 1996.
- 박찬주, “대법원에 의한 관습법의 폐지”, 「법조」, 제598호, 법조협회, 2005.
- 소순무, “한정위헌결정의 법원에 대한 기속력”, 「재판자료」, 제75집 헌법문제와 재판 [上], 법원행정처, 1997.
- 오세혁, “관습법의 현대적 의미”, 「법철학연구」, 제9권 제2호, 한국법철학회, 2006.
- 이영수, “위헌법률의 효력과 경과규정”, 석사학위논문, 경북대학교 대학원, 1999.
- 전정환, “헌법재판소 결정의 효력에 관한 일반적 고찰”, 「헌법재판연구」, 제7권, 헌법재판소, 1996.
- 정태호, “법률에 대한 위헌결정의 소급효문제에 대한 비판적 고찰”, 「법률행정논총」, 제19집, 전남대학교 법률행정연구소, 2000.
- 최희수, “법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구 -소송법적 효력을 중심으로-”, 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 2001.

[Abstract]

Several Issues on the Article 5 of Addenda of the Constitution

Park, Chan-Ju

Professor of Law, Chosun University: lawyer

Discussions about Article 5 of Addenda of the Constitution are seldom found among scholars. In this respect, this article is, perhaps, the starter for the discussion. The writer's main contentions are as follows.

① The power to declare a law unconstitutional is not monopolized by the Constitutional Court, but are co-owned by the courts with the apex of the Supreme Court.

② What types of decision are possible when the Constitutional Court declares a law unconstitutional? As Article 5 of Addenda of the Constitution provides "Acts, decrees, ordinances and treaties in force at the time this Constitution enters into force, shall remain valid unless they are contrary to this Constitution.", decision of acceptance on the unconstitutionality which deprives the effect of the law *ex-nunc*, or decision of incoincidence with the Constitution are not permitted. The only possible declarable decision is the type of decision of confirmation of unconstitutionality, i.e., a law loses its validity from the very time of the Constitution's entering into force due to the law's contravention of the Constitution.

③ If the possible type of decision is confined to the decision of confirmation of unconstitutionality, the necessary quorum can be affected according to the types of decision, i.e., whether the declaration is possible with the affirmative vote of six or more Justices is required like the decision of acceptance on the unconstitutionality or possible with the affirmative vote of mere majority of Justices participating in the final trial. The writer said in the latter position.

④ A law which was assumed constitutional under the previous Constitution can be examined its unconstitutionality under the present Constitution. So if the law

contravenes the current Constitution, the Constitutional Court can confirm its unconstitutionality and overrule its application.

⑤ The Supreme Court has, several times, abolished the customary law as the Constitutional Court takes the passive attitude in treating the customary law as eligible. But the writer asserts its possibility should be confined to the law whose unconstitutionality has existed before the current Constitution has entered into force.

Key words : decision of acceptance on the unconstitutionality, decision of incoincidence with the Constitution, decision of confirmation of unconstitutionality, interest of protecting right, laws enacted by non-representative legislative, binding force of the decision of acceptance on the unconstitutionality, abolition of customary law by the Supreme Court

