

憲法裁判所の 違憲決定과 그 根據의 提示

崔 大 權*

1.

1987년에 새로 改正된 憲法에 따라 構成된 憲法裁判소에 의한 최초의 違憲決定이 1989년 1월 25일에 나왔다. 訴訟促進 등에 관한 特例法 제 6 조 1항(但書條項)을 違憲이라고 宣言한 憲法裁判所の 違憲決定이 그것이다. 新聞報道에 의하면 과거에 惡法으로 지목되었던 다수의 法律이 憲法訴願이나 違憲審判提請의 方法을 통하여 憲法裁判소에 계류되어 지금 그 審判을 기다리고 있다.⁽¹⁾ 이같은 아직도 憲法裁判所の 審判을 기다리고 있는 社會保護法 제 5 조 1 항, 集會 및 示威에 관한 法律 제 3 조 및 제 14 조, 國家保安法 제 7 조, 國土利用管理法 제 21 조 및 제 31 조 등의 違憲여부의 문제에 비하면 訴訟促進등에 관한 特例法 제 6 조 1 항 단서의 문제는 아주 쉬운 「相對」라 할 수 있다. 그러나 쉬운 相對라고 하여 쉽게 처리할 수 있다는 결론은 나올 수 없을 것이라고 생각한다. 왜냐하면 憲法裁判所の 決定은 行政官廳의 決定이 아닐 뿐더러 具體的인 事件을 다루는 一般法院의 判決도 아니고 바로 立法府가 制定한 法律의 違憲여부를 判斷하는 決定이기 때문이다.

물론 우연히도 訴訟促進 등에 관한 特例法이 民主的正當性の 疑問을 지닌 國家保衛立法會議에 의한 立法이었다는 事實에서 나오는 問題點이 전혀 없는 것은 아니다. 그러나 이점은 제 6 조 1 항 단서만의 문제가 아닐 뿐만 아니라 위 憲法裁判所の 審判에 있어서 爭點이 되었던 問題도 아니다. 그러한 의미에서 위 憲法裁判所の 決定에 影響을 주지도 아니하였고 또 影響을 주어서도 아니되는 問題點이라고 생각된다. 그렇다면 正常의 立法機關에 의한 立法을 전제로 하여 우리의 論議를 전개하여 보자. 만약 이 點이 決定에 影響을 조금이라도 주었다면 決定文에 그 點이 明示的으로 지적되었어야 한다고 믿는다.

아무튼 民主的 正當性을 갖춘 立法機關에 의한 法律의 違憲여부를 전제로 하여 이야기할 때에 憲法裁判소에 의한 違憲法律審査란 民主的 選出方法에 의하여 選出된 國民의 代表인 立法府가 制定한 立法에 대하여 그것이 憲法에 違背되느냐의 여부를 民主的 選出方法이 아닌 任命節次에 의하여 任命된 少數의 法官으로 構成된 憲法裁判所가 審判함을 뜻한다. 즉 立法府가 民選된 國民의 代表機關이자 동시에 立法權을 가지는 憲法上の 立法機關이고 立

* 서울大學校 法科大學 教授

(1) 中央日報 1989. 3. 13일자에 의하면 현재 違憲法律審判提請事件이 72건, 憲法訴願事件이 76건 憲法裁判所に 접수되어 있다고 한다. 東亞日報 1989. 3. 7일자 憲法裁判所 관계 보도도 참조.

法이란 民主政治過程上の 多數의 意思를 의미함을 주의할 필요가 있다. 그러한 만큼 民主의 正當性의 측면에서나 權力分立 原則의 측면에서, 그리고 多數支配 原則의 측면에서 볼 때 憲法裁判所の 機能의 하나는 立法府의 立法機能을 존중하여 주는 것이다 라는 命題가 나온다고 생각한다. 立法(法律)의 合憲推定の 原理라든지 憲法合致의 解釋의 原理등이 이로부터 나오는 것임은 물론이다. 그러한 까닭에 그렇게 하지 않으면 안되는 부득이한 合理的理由나 充分한 根據가 없는 한 法律을 함부로 違憲이라고 宣言하여서는 안된다고 믿는다. 그만한 合理的理由 내지 正當化의 根據가 존재할 때에만 憲法裁判所는 立法府의 判斷과는 달리 당해 法律의 違憲決定을 내려야 하는 것이다. 그러하지 아니하면 立法府의 立法權을 憲法裁判所가 찬탈하여 스스로 立法機能을 담당하는 결과를 가져온다. 이러한 결과는 憲法이 豫定하고 있는 多數決의 原則이라든지 權力分立의 原理에 反하게 되는 것임은 물론이다. 그리고 憲法裁判所の 獨立에 敵對的인 勢力에 의한 批判이나 攻擊을 뜻하지 않게 불러들일 우려도 있다.

사실 憲法裁判所の 獨立 또는 司法府의 獨立이란 社會科學的으로 이야기할 때에 대단히 미묘한 支持基盤 위에 서 있음을 주의할 필요가 있다고 생각한다. 그 支持基盤이 어디에 있는지 한번 냉정히 따져보자. 憲法裁判所나 司法府의 支持基盤이 選舉에 있어서의 勝利라든지 議會에서의 過半數에 의한 支持와 같은 民主의 正當性에 있지 아니함을 우선 지적하지 않을 수 없다. 이 점이 바로 憲法裁判所나 司法府가 立法府 및 行政府와 다른 점이다. 憲法裁判所나 司法府 獨立의 支持基盤은 궁극적으로는 이를 받아 들이는 國民에게 있는 것이지만 政治過程에 뛰어난 政治의 理念이나 利害에 얽히고 들튼 國民이 아니고 冷徹하게 合理的主張에 귀 기울여주고 경우에 따라 참아주는 理性的 國民임을 주의할 필요가 있다. 즉 열면 民主의 多數가 아니고 理性的인 合理的 國民이 그 支持勢力인 것이다. 그러한 만큼 違憲 또는 合法決定의 理由 내지 根據는 이러한 國民을 說得하기에 充分한 것이어야 한다. 이러한 國民을 說得하기에 대단히 不足한 소위 五共時節의 消極主義와 같은 지나친 消極主義도 司法府獨立 또는 憲法裁判所獨立의 支持基盤을 喪失케 하는 것이지만 동시에 이러한 國民을 납득시키기에 不充分한 지나친 積極主義도 司法府獨立 또는 憲法裁判所獨立에 대한 敵對的인 政治勢力의 壓力에 저항하여 그 獨立을 지켜주는 支持基盤을 弱화시킨다. 違憲決定이든 合憲決定이든 그것은 이같은 國民을 支持基盤으로 하여 하는 것이어야 한다. 그러한 만큼 憲法裁判所の 違憲決定이나 合憲決定은 合理的인 正當性의 根據를 가져야 한다. 뿐만 아니라 문제의 立法이 憲法에 違背된다고 判斷하여 그 無效임을 宣言하지 않을 수 없을 만큼 充分하고 合理的인 根據가 있다고 하는 경우에 또는 그것을 合憲이라고 宣言하기에 充分한 合理的인 根據가 있다고 하는 경우에 그 根據를 憲法裁判所 審判官들의 內心에만 묻어 둘 것이 아니라 決定文에 제시하는 일이 중요하다고 믿는다. 憲法裁判 또는 司法過程에 있어서의 合理性이란 憲法裁判所 또는 司法府가 그 獨立이 危機에 처하게 되었을 때에 기댈 수

있는 많지 아니한 資産 가운데 하나이다. 위에서 지적한 바와 같이 憲法裁判 또는 司法判決은 理性的인 國民의 支持를 염두에 두고 행하는 작업이며, 따라서 그것이 合理的인 根據에 바탕을 두었을 때 理性的인 國民의 支持가 부여되는 그러한 것이다. 이 점은 憲法裁判所 또는 司法府가 그 決定 또는 判決을 통하여 말할 수 있을 뿐이고 달리 宣傳이나 通信의 手段이나 方法을 가지고 있지도 아니하며 또 가져서도 안된다는 사실, 그리고 그 決定이나 判決을 強制할 수 있는 獨自의 物理力을 가지고 있는 것도 아니라는 사실과도 관련되어 있다. 이러한 점도 憲法裁判所 또는 司法府가 立法府 및 行政府와 다른 점이라고 생각한다.

이러한 問題點들은 政治的으로 민감한 法律 또는 法律條項의 違憲與否 判斷과 관련하여 가장 뚜렷하게 나타난다. 違憲法律審査制度가 확립되어 있는 美國과 같은 나라의 經驗 등이 이를 잘 보여주고 있음은 물론, 지나간 우리 자신의 經驗, 예컨대 지나친 消極主義로 부터 결과된 國民의 司法府不信, 그 反作用이라 할 수 있는 憲法裁判所制度의 도입 등도 이를 응변하여 주고 있다고 믿는다. 이번엔 우리 憲法裁判所가 다른 違憲審査의 문제가 비교적 쉬운 「相對」였다고 한 것은 이러한 맥락에서이다. 즉 政治的으로 민감한 문제가 전혀 아니었기 때문이다. 더구나 과거 獨裁政權시절에 濫用되었던 國家權力에 대한 反作用으로 오늘날 國家는 어느 의미에서 여러 部分에 걸쳐 「民主化」의 손쉬운 攻擊對象이 되고 있다. 이번의 違憲여부의 審判對象이 된 것이 國家에 대한 特例의 문제인 것도 이같은 時代추이의 한 反映인지 모르겠다. 國家 또는 國家의 利益을 옹호하는 것은 비록 그것이 옳은 것이더라도 마치 거의 反民主的인 것으로 들리는 것이 지금 이 시점의 우리나라 社會의 분위기인 것이다.

사실 司法府나 憲法裁判所가 과감하게 積極的으로 나아갈 것을 요구하고 있는 것이 또한 지금의 우리나라 社會의 분위기이기도 하다. 그리고 이러한 時流을 거스른다는 것이 쉽지 아니함은 물론이다. 그러나 時流에 편승하여 과감히 積極主義로 나아간다는 것만이 司法府나 憲法裁判所의 獨立을 우리나라 社會에 심고 확립하는 데에 있어서 能事가 아니라고 생각한다. 그것은 時流가 바뀌었을 때를 가정하면 逆機能的으로도 작용할 수 있기 때문이다. 法에 기초를 둔 合理的인 根據가 있을 때, 오직 그러한 때에 과감히 나아간다는 態度를 보여주고 그러한 이미지를 심어주는 것이 司法府 獨立 및 憲法裁判所의 獨立을 위하여 대단히 중요하다고 생각한다. 지금 당장은 혹시 消極主義로 비쳐질지 모르나 法에 기초를 둔 合理的인 根據가 充分히 있을 때에만 司法府가, 특히 憲法裁判所가 움직이며 과감하게 나아간다는 態度를 견지하고 그러한 이미지를 심어주는 것은 時流가 바뀌어 司法府나 憲法裁判所의 獨立에 反하는 政治活動이나 社會勢力이 지배하게 될 때 이로부터 스스로를 지키는 가장 좋은 길이 된다고 믿는 것이다. 따라서 司法府 또는 憲法裁判所의 判斷은 時流에 거스르는 것이더라도 그것이 기초를 두고 있는 合理的인 根據에 동의할 수 있고 동의는 혹시 보내지 못하더라도 그러한 根據도 충분히 一理있음을 수긍할 줄 아는, 司法府 또는 憲法裁判所 獨立의 當爲性을 신봉하는 냉철한 理性的인 國民의 支持에 바탕을 두고 행하는 것이라는

결론을 얻을 수 있다고 생각한다.

2.

그러면 이번의 憲法裁判所に 의한 違憲決定의 決定文 전부를 소개하고 憲法學的인 視角에서의 分析을 행하여 보자.

憲法裁判所決定

88헌가 七

[제청 법원]

서울민사지방법원 88.12.12. 88카 56573위헌제청

[제청신청인] 정 인 봉

〔主 文〕 소송촉진 등에 관한 특례법(1981.1.29, 법률 제3361호) 제6조 제1항 중『다만 국가를 상대로 하는 재산권의 청구에 관하여는 가집행의 선고를 할 수 없다』라는 부분은 헌법에 위반된다.

〔理 由〕 1. 이 사건 위헌제청 이유의 요지는 소송촉진 등에 관한 특례법(법률 제3361호) 제6조 제1항은『재산권의 청구에 관한 판결에는 상당한 이유가 없는 한 당사자의 신청 유무를 불문하고 가집행할 수 있음을 선고하여야 한다. 다만 국가를 상대로 하는 재산권의 청구에 관하여는 가집행의 선고를 할 수 없다』라고 규정하여, 재산권의 청구에 관한 민사소송의 원고승소판결에는 상당한 이유가 없는 한, 법원으로 하여금 반드시 가집행의 선고를 붙이도록 하면서도 유독 국가가 피고인 경우에만은 가집행의 선고를 붙일 수 없도록 예외 규정을 한 것은 평등한 수평적 관계에서 진행되는 민사소송에 있어서 사경제(私經濟)의 주체에 불과한 국가에게 우월적 지위를 부여하는 것이어서 결국 위 예외규정은 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙에 위배되는 위헌 규정이라고 해석될 여지가 있다는 것이다.

2. 헌법은 그 전문에『정치, 경제, 사회, 문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고』라고 규정하고 제11조 제1항에도『모든 국민은 법 앞에 평등하다』고 규정하여 기회균등 또는 평등의 원칙을 선언하고 있는 바 평등의 원칙은 국민의 기본권 보장에 관한 우리헌법의 최고원리로서 국가가 입법을 하거나 법률 해석 및 집행함에 있어 따라야 할 기준인 동시에, 국가에 대하여 합리적 이유없이 불평등한 대우를 하지 말 것과, 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든 국민의 권리로서, 국민의 기본권중의 기본권인 것이다. 그리하여 이러한 평등의 원칙은 헌법 제23조에 의하여 보장된『모든 국민의 재산권』과 헌법 제27조 제3항에 의하여 보장된『모든 국민의 신속한 재판받을 권리』의 실현에도 당연히 적용되어야 할 것이므로 재산권 등 사권(私權)의 구체절차인 민사소송에서도 당사자가 누구인가에 따라 차별대우가 있어서는 아니되는 것이며, 국가가 민사소송의 당사자가 되었다고 해서 합리적 이유없이 우대받아서는 아니되는 것이다. 왜냐하면 비록 국가라 할지라도 권력적 작용이 아닌, 민사소송의 대상이 되는 국고작용(國庫作用)으로 인한 법률관계에 있어서는 사인(私人)과 동등하게 다루어지야 하기 때문이다. 나아가서 소송촉진 등에 관한 특례법 제6조 제1항을 보건대 가집행의 선고는 불필요한 상소권의 남용을 억제하고 신속한 권리실행을 하게 함으로써 국민의 재산권과 신속한 재판받을 권리를 보장하기 위한 제도인데 위 특례법의 규정에 따르면, 법원은 국가가 원고가 되어 일은 승소판결에는 상당한 이유가 없는 한 반드시 가집행의 선고를 하여야 하나, 반면에 국민이 국가를 상대로 한 소송에서 얻어낸 승소판결에는 아무리 확실있는 판결이라고 할지라도 가집행의 선고를 할 수 없게 되어 있어 결국 재산권과 신속한 재판받을 권리의 보장에 있어 소송당사자를 차별하여 국가를 우대하고 있는 것이 명백하고 이처럼 민사소송의 당사자를 차별하여 국가를 우대할 만한 합리적 이유도 찾기 어렵다.

3. 법무부장관은, 국가에 대하여 가집행을 금지한 예외규정을 두었다고 해서 헌법 제11조의 평등의 원

칙에 위배된다고 볼 수 없을 것이라는 의견서를 당 재판소에 제출하고 그 이유로서,

첫째, 가집행제도의 근본취지는 집행불능을 사전에 방지하려는 것인데 국가는 성질상 집행불능의 상태가 생길 수 없으므로 국가에 대한 가집행을 불허하더라도 집행불능의 문제가 생길 수 없고,

둘째, 국가에 대한 가집행을 허용할 경우에는 소송과 직접 관계가 없는 국가기관에 대한 집행등으로 국가회계질서의 문란이 초래될 우려가 있으며,

셋째, 가집행을 한 후 상소심에서 판결이 번복되었으나 원상회복이 어려운 경우에는 국고손실이 예상되며, 회복이 가능한 경우라도 회복에 따르는 인력과 예산낭비 등의 우려가 있다고 주장한다.

그러나, 가집행의 선고는 불필요한 상소권의 남용을 억제하고 신속한 권리실현을 위하여 둔 제도이지 집행불능을 사전에 방지하려는 제도가 아니므로, 국가에 대하여 집행이 불가능하게 될 염려가 없다고 해서 가집행 선고의 필요가 없는 것도 아니고, 가집행으로 인한 국가회계질서문란의 우려는 국가 스스로 얼마든지 이를 예방할 수 있는 것이므로 아무런 문제가 될 수 없으며, 가집행후 상소심에서 판결이 번복되었을 경우 원상회복이 어렵게 될 경우를 예상할 수 있으나, 이러한 문제는 국가가 피고일 경우에만 생기는 문제가 아니라 가집행제도의 일반적인 문제라 할 것이어서, 이러한 문제는 법원의 판결을 함에 있어 가집행을 불이치 아니할 상당성의 유무를 신중히 판단하고 민사소송법 제199조 제1항에 의한 담보제공 명령이나 같은 법조 제2항에 의한 가집행면제제도를 적절하게 운용하며 또, 국가로서도 민사소송법 제473조, 제474조에 의하여 법원에 신청하여 가집행 정지명령을 받는 등 방법으로 사전에 예방할 수 있는 것이므로 위와 같은 문제가 있다고 해서 그것이 국가에 대하여 예외적으로 가집행선고를 금지할 이유가 될 수 없다. 따라서, 법무부장관이 주장하는 사유는 어느 것이나 필요적 가집행선고를 규정한 소송촉진등에 관한 특례법 제6조 제1항 본문에도 불구하고 국가에 대하여 차별적 우대를 하는 예외적 규정을 두어야 할 합리적 이유가 될 수 없다.

4. 이상과 같은 이유로써 소송촉진 등에 관한 특례법 제6조 제1항중 『다만 국가를 상대로 하는 재산권의 청구에 관하여는 가집행의 선고를 할 수 없다』라는 부분은 헌법 제11조 제1항에 위반됨이 명백하므로 헌법재판소법 제45조에 의하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

1989.1.25

재판장 재판관 조규봉	재판관 변정수	재판관 한병채	재판관 이시윤
재판관 김양균	재판관 김문희	재판관 이성열	재판관 김진우
재판관 최광물			

첫째로 憲法裁判所의 이 違憲決定이 제기하는 문제점은 이 事件의 경우에 存在함이 분명한 法律改正의 必要性 내지 理由만으로 違憲決定의 充分한 理由 내지 根據가 될 수 있으나, 法律改正의 理由만 있으면 違憲決定이 가능한 것이냐 하는 문제라고 생각한다. 왜냐하면 어느 法律改正의 必要性 내지 理由의 判斷은 立法府가 행하는 것이며 立法府가 法律改正의 必要性 내지 理由를 발견하여 그 法律을 改正(즉 立法)하느냐 여든아하는 문제는 立法府가 決定하여야 할 立法事項인데, 立法(즉 改正) 理由의 發見만으로 憲法裁判所가 그 法律의 違憲決定을 행한다면 憲法裁判所는 違憲決定이라는 이름 밑에 사실상 立法을 행하는 것이 아니냐 하는 질문을 제기할 수 있는 까닭이다. 다른 말로 표현하면, 違憲決定은 立法理由 보다는 上位의, 違憲決定을 내리지 아니하면 아니될 理由 내지 根據가 될 憲法的 判斷이, 예컨대 立法府가 立法權의 範圍를 逸脫하였든지 國民의 基本權(平等權 포함)을

侵害하였다고 함과 같은 憲法的 判斷이 필수적으로 포함되어야 하는 것은 아닐까 하는 질문이 그것이다. 國家에 대한 特例를 인정한 訴訟促進 등에 관한 特例法 제 6조 1항 단서를 삭제하는 일은 立法府에 맡겨야지 굳이 憲法裁判所가 違憲判決을 내려 처리하여야 할 문제는 아니지 않는가 하는 질문으로도 이 점을 표현할 수 있다고 믿는다.

원래 訴訟促進 등에 관한 特例法(1981.1.29) 제 6조는 그 이전의 民事訴訟에 관한 臨時措置法(1961.6.21) 제 3조의 規定을 그대로 수용한 것이며 訴訟促進 등에 관한 特例法 제 6조 1항 단서도 民事訴訟에 관한 臨時措置法 제 3조 1항 단서(이 단서 조항 자체는 1970.8.7의 改正에 의하여 삽입된 것이다. 이 以前에는 1967.3.3의 但書新設에 의하여 國家에 대한 1審判決에 대하여서만 假執行宣告를 할 수 없게 되어 있었다)로 부터 유래한 것이다. 이 特例에 대한 原則을 규정한 民事訴訟法 제 199조에 의하면 財產權의 請求에 관한 判決에는, ① 法院이 必要하다고 認定한 때에는, ② 職權 또는 當事者의 申請에 의하여, ③ 擔保를 提供하거나 提供하게 하지 아니하고(手票·어음에 관한 判決에서는 擔保의 提供없이) 假執行宣告를 붙일 수 있게 되어 있었으며(제 1항), 이같은 即時執行에 의한 債權者의 利益保護와 균형이 맞게 債務者의 損害防止를 위하여 法院은 假執行宣告와 함께 職權 또는 當事者의 申請에 따라 擔保를 提供하고 假執行을 免除받을 수 있음을 宣告할 수 있게 하였고(제 2항), 나아가 敗訴한 當事者(債務者)가 上訴한 때에는 역시 當事者의 申請에 의하여 擔保를 제공케 하고 또는 擔保의 提供없이 假執行宣告에 의한 執行의 停止를 가능케 하고 있다(제 474조). 이러한 民事訴訟法(제 199조)상의 原則을 바꾸어 위의 特例法은 ① 相當한 理由가 없는 한, ② 當事者의 申請여부에 상관 없이, ③ 過대한 擔保를 要求하지 말고 반드시(즉 必要的으로), 法院은 財產權에 관한 判決에 假執行宣告를 붙이도록 하였던 것이다. 그러므로 假執行宣告의 必要性의 存否 및 擔保提供 여부의 判斷을 전적으로 法院의 裁量에 맡기자는 것이 위 特例法 제 6조 1항의 立法理由라고 할 수 있다. 그러므로 特例法 제 6조 1항 단서의 「國家에 대한 例外」는 「相當한 理由」에 관한 法院의 裁量權을 國家를 相對로 하는 財產權상의 請求에 관하여는 立法的으로 排除한 것이 된다. 그렇다면 이같은 立法權의 行使가 憲法이 豫定하고 있는 立法權의 範圍를 逸脫한 것이냐 혹은 國民의 基本權(平等權)을 憲法상의 根據없이(예컨대 憲法 제 37조 2항에 反하여) 侵害한 것이냐 아니냐의 문제가 제기될 수 있다고 생각한다. 사실 民事訴訟法상의 原則에 대한 特例⁽²⁾를 규정하면서 國家에 대하여는 바로 이 特例에 대한 例外를 두는 것이 바람직하나 어떠하냐가 문제될 수 있고⁽³⁾ 그리하여 特例法 제 1항 단서를 改正·削除하고자 하는 改正案이 提出되었다가 廢棄된 적도

(2) 民事訴訟法상의 原則에 대한 이 特例 자체에 대하여도 그것이 적절한 것인지의 의문이 제기되었다. 方順元, 民事訴訟法(上), 增訂版, (서울: 普成文化社, 1981), 378면 註(1); 金祥源·李時潤, 註釋 民事訴訟法(中), 李英變 編, (서울: 韓國司法行政學會, 1980), 119면.

(3) 前掲 金祥源·李時潤, 註釋 民事訴訟法(中), 199면; 鄭東潤·鄭東旭, 民事訴訟法(全), 三訂版, (서울: 三英社, 1986), 509~510면 등.

있었다.⁽⁴⁾ 이 修正案이 提出되었을 때의 提案理由로 제시되었던 理由와 이번 憲法裁判所의 違憲決定의 理由가 거의 그대로 같고⁽⁵⁾ 修正案提案理由 이상의 憲法的 判斷을 보여주지 아니하였다는 것이 이 곳에서 문제삼고자 하는 문제점인 것이다. 과연 立法府는 위 特例法 제 6조 1항 단서 條項을 통하여 立法權을 逸脫하였느냐 또는 基本權을 侵害하였느냐? 만약 이러한 判斷이 어렵다면 立法(즉 改正) 理由는 될 수 있을지언정 違憲判決의 理由는 될 수 없는 것이 아니냐 하는 의문이 제기되는 것이다. 더구나 正式으로 國會에 제기되었던 위 修正案이 國會에 의하여 廢棄되었었다는 事實은 어떻게 評價할 것이냐 하는 質問도 제기된다고 생각한다. 法務部 長官이 제출한 意見書에 대한 反駁의 理由부분을 볼 것 같으면 假執行과 관련하여 兩當事者 사이의 衡平의 문제를 法院의 裁量에 맡길 것이냐, 후술하는 바와 같이 國家는 단순히 私個人이 아닌 까닭에 國家가 被告인 경우에 바로 國家의 利益(즉 公益)을 위하여 法院의 裁量여지를 排除할 것이냐 어떠한 하는 문제는 立法府가 決定할 立法政策의 문제가 아닌가 하는 생각을 금할 수 없다고 생각한다. 물론 立法時 立法府는 事物의 性質上 同一하게 규정해야 할 것은 同一하게 규정해야 하고 同一하게 취급해서는 안되는 것은 同一하게 취급해서는 안된다. 이같은 立法에 있어서의 平等의 原則은 굳이 憲法 제11조를 거론하지 아니하더라도 따라야 할 法の 本然의 要請이라 할 수 있다. 즉 이같은 일에 있어서 立法은 國家를 다르게 취급할 수 있는 게 아니냐 하는 것이다. 그러므로 刑事訴訟이나 行政訴訟이 아니고 民事訴訟에 있어서도 國家를 따로 취급케 해야 할 特別한 事由가 있느냐, 그러한 事由가 있느냐 없느냐 하는 判斷을 누가 할 수 있느냐 하는 것이 문제된다고 생각한다. 문제의 特例法의 경우에는 立法府가 國家를 따로 취급할 特別한 事由가 있다고 判斷한 것이다. 그러므로 문제는 이러한 立法府 判斷이 立法權의 範圍를 逸脫한 判斷이나 혹은 憲法 제11조를 侵害한 것이냐 하는 것이 된다고 생각한다. 그러한 만큼 憲法裁判所의 違憲決定은 國家를 달리 취급하지 않는 것이 바람직하다는 立法의 知慧(legislative wisdom)에 反하는 立法이라는 主張 이상의, 憲法違反이라는 主張 및 그 根據 제시가 충분치 아니하였던 것이라고 믿어진다. 왜냐하면 論理的으로 憲法에는 違反함이 없이 그러나 平等의 原則—平等의 原則이라기 보다는 民事訴訟의 構造上 요청되는 原則이라고 보는 것이 妥當하리라—에 違反하여 立法府는 立法을 행할 수 있는 領域도 있을 수 있을 것이기

(4) 國會圖書館 소장의 議案카드 訴訟促進 등에 관한 特例法 부분의 3-5면 참조. 이에 의하면 高泳喬 議員外 81인이 1981.12.2에 제안한 修正案에는 特例法 제 6조 1항 단서를 삭제하고자 하는 改正 提案理由가 들어 있다. 이 改正은 1984.7.7에 廢棄된 것으로 되어있다.

(5) 改正提案理由로 「한편으로는 第6條 第1項 但書에서 國家를 相對로 하는 財產權의 請求에 關하여는 假執行宣告를 할 수 없다고 規定함으로써 本法의 目的과는 正面으로 背馳되는 規定을 하였을 뿐 아니라 國家가 民事訴訟의 當事者가 되는 것이고 一般의 私經濟의 主體인 國民과 아무 다를바 없는 對等한 關係에 있는 것이며 어떠한 優越의地位에 서는 것이 아닌에도 불구하고 國家에 對하여 假執行宣告를 禁하는 것은 平等의 理念에도 違背되는 것이므로 削除되는 것이 마땅하다」고 하고 있다.

때문이다. 즉 平等의 原則에 反하였다고 하여 다 憲法違反은 아닐 것이기 때문이다.⁽⁶⁾ 憲法裁判所の 違憲決定은 平等의 原則에 反할 뿐만 아니라 그것이 동시에 憲法違反이 된다는 것을 충분히 보여주고 있지 못하다. 그러므로 첫째로는 國家는 단순한 個人이 아니고 全體의 利益, 全體의 國民을 대표하는 實體인데, 이같은 國家의 利益과 私個人的 利益과의 比較衡量이 없었고, 둘째로 이것이 과연 憲法 제11조가 규정하는 平等의 原則, 특히 平等權을 侵害한 것이냐 아니냐, 셋째로 이같이 國家를 우대함에 있어서 立法府는 立法權을 逸脫한 것이냐 아니냐의 判斷이 없었다는 결론이 된다고 생각한다. 憲法裁判所가 제시하고 있는 바와 같이 立法府가 적절치 못하게 國家를 우대한 것은 事實이다. 그러나 그것이 바로 憲法違反이 되는 것인지 그 決定文만으로는 납득할 수 없다. 즉 平等하게 대하지 아니한 것이면 다 憲法(제11조)에 反한다는 결론이 나오는 것은 아니지 않는가 하는 것이다. 決定文이 提示하고 있는 根據理由만으로 判斷하면 오히려 立法政策의 문제, 특히 賢明치 못한 立法政策수립의 문제가 아니었는가 하는 의문을 제기케 한다고 생각한다. 사실 主權免除(sovereign immunity)의 原則을 거론할 것도 없이 巨視的, 沿革的으로 볼 것 같으면 國家를 相對로 하는 訴訟 자체가 立法政策의 문제가 아닌가? 말할 것도 없이 假執行宣告制度 자체가, 즉 어떠한 訴訟에서 어떠한 條件下에 假執行宣告를 許容할 것인가 아닌가 하는 문제 자체도 또한 立法政策의 문제인 것이다.

로마법은 일찍부터 占有事件에 있어서는 敗訴者側에서 上訴를 提起하였는가 어떠한에 관계 없이 裁判의 執行을 허용하였다고 한다. 그 후 이 原則은 獨逸普通法에 승계되어 占有事件 어음事件 기타 급속을 요하는 事件에 대하여는 로마법의 原則이 채택되었으나 그밖에는 判決이 確定되어야 執行力이 생기는 것이 原則이었었다고 한다. 프랑스법에 의하면 判決의 執行力은 그 送達에 의하여 바로 생기게 하였고 假執行은 異議 또는 上訴의 提起에 관계없이 할 수 있게 하고 있으며, 그리고 獨逸에서는 바로 이 原則이 도입되어 현재의 獨逸民事訴訟法の 기초가 되었다고 한다. 현재의 日本民事訴訟法이나 우리 民事訴訟法은 假執行宣告를 할 수 있는 경우를 獨逸法이나 日本 舊民事訴訟法에서처럼 개별적으로 규정하지 아니하고 概括的으로 규정하되 이 制度가 當事者 쌍방에게 미치는 利害得失이 큰 점을 감안하여

(6) 大法院 判決(1970.1.29 68다 1280)은 이점에 관하여 憲法の 國民의 平等의 原則에 違背되는 것이 아니라고 하고 있다. 물론 이 判決은 당시 民事訴訟에 관한 臨時措置法 제3조 1항 단서 條項에 따라 國家에 대한 第1審判決에 대하여서만 假執行宣告를 붙일 수 없었던 때(1970.8.7. 改正 이전)의 判決이기는 하다. 그렇더라도 憲法上の 國民의 平等의 原則에 反하는 것이 아니라는 判斷만은 주목할만 하다. 그러나 그 理由 내지 根據의 提示가 없었다는 점에 관하여는 비판받아 마땅하다고 믿는다. 大法院의, 특히 違憲法律審査權을 가지고 있던 당시의 大法院의 判決은 憲法判例法의 形成을 위하여 또는 장차의 立法이나 下級審判決에 대한 基準의 제시라는 점에서 대단히 중요한 의미를 가지는 것이기 때문이다. 上告理由書는 憲法上の 平等의 原則이란 國民相互間에서의 문제이지 國民과 國家間의 문제가 아니라는 점을 지적하고 있음은 흥미롭다.

假執行宣告 여부를 法院의 裁量에 의한 判斷에 맡겼고⁽⁷⁾, 特例法은 위에서 본 바와 같이 이보다 더 積極的으로 규정하여 相當한 理由가 없는 한 假執行宣告는 原告勝訴判決에 으레 붙이도록 하였고 다만 國家가 敗訴한 被告人 때에는 假執行宣告를 할 수 없게 한 것이다. 즉 國家를 위하여는 立法府가 「相當한 理由」를 立法으로 判斷하여 法院의 裁量에 의한 判斷의 여지를 排除하고 있는 것이다.

沿革의으로 볼 때 이처럼 假執行宣告制度 자체가 立法政策에 속하는 事項인 것이다. 그러므로 國家에 대하여 假執行宣告制度를 排除한 것이 立法府의 立法權의 範圍를 벗어나 憲法을 違反한 것이다 라는 判斷과 이 判斷을 正當化하는 合理的根據가 要求되는 것이다. 위에서 잠깐 언급한 바와 같이 國家는 國民全體의 利益 또는 公益을 代辯한다. 아무리 民事訴訟에 있어서의 문제이지만 私益과 公益이 衝突하는 경우인 까닭에 公益을 다르게 保護하여야 할 필요성이 있을 수 있는데(예컨대 法務長官이 그 意見書에서 제시한 理由 등) 그렇다면 이 兩者를 어떻게 調和할 것이냐, 아니면 公益이더라도 전혀 무게가 같고 다르게 保護할 필요가 없는 것이냐의 判斷이 필요하리라. 그리고 이러한 判斷에는 다음과 같은 變數도 반드시 고려되어야 하리라 믿는다. 즉 假執行宣告制度의 意義는, 특히 特例法 제 6조 1항의 意義는 가령 判決이 確定되지 않고는 執行力이 없다고 가정할 때의 被告의 上訴權의 濫用에 의하여 原告의 신속한 權利實現을 막아 正當한 債權者를 소위 골탕먹이는 폐단을 방지하자는 것인데, 公益의 代辯者인 國家도 相對方의 正當한 權利實現을 不當하게 방해하는 惡意의 私人和 같은 存在이나, 만약 國家가 이러한 實體가 아니라면 그리고 公益과 正義를 실현하는 주체라면 國家에 대하여 例外를 인정하는 것이 正當化 될 수 있지 않느냐 하는⁽⁸⁾ 질문이 제기될 수 있는 것이다. 적어도 國家를 相對方을 理由없이 골탕먹이는 惡漢視할 수는 없으며 오히려 公正을 표방하는 주체일 수 있지 아니한가. 그리하여 가령 國家에 대하여 假執行이 이루어졌다고 하는 경우에 上訴審에서 번복되어 원상으로 되돌려야 하는 경우가 생긴다면 國家(公益)에 되돌릴 수 없는 被害를 끼칠 수 있는 것이 아니냐? 그래서 國家를 위한 例外를 규정하였던 것이 아니냐? 이 문제와 관련하여 私益과 公益을 比較衡量함에 있어서 國家도 相對方을 不當하게 골탕먹일 수 있는 惡한 私人和 마찬가지로는 事實判斷에는 그 證據(소위 Brandeis brief)가 요구된다고 믿어진다. 이것은 國家는 단순히 私個人이 아니고 바로 公益을 代辯하는 實體이기 때문에 그렇다.

다음으로 國家와 個人사이의 不平等이 憲法 제11조가 豫定하고 있는 平等의 문제이나 하는 문제를 거론하여야 한다고 믿는다. 國家를 하나의 法人으로 볼 수 없는 것도 아니고 그

(7) 이상의 假執行制度의 法史에 관한 記述은 前掲 金祥源·李時潤, 註釋 民事訴訟法(中), 115면에 의함.

(8) 金祥源, 民事訴訟法, 增補版, (서울: 考試研究社, 1982), 543면은 「그 취지는 執行에 있어서의 國家의 公權力을 고려한 데 있다」는 점을 들어 特例法에서의 國家에 대한 例外 조항을 설명하고 있다.

러한 視角에서 民事訴訟의 主體로서의 國家와 個人을 同等한 地位에 있는 것으로 볼 수 없는 것도 아닐 것이다. 그러나 그렇다고 하여 그것이 憲法 제11조의 문제를 의미한다고 반드시 말할 수는 없을 것이다. 憲法 제11조의 「平等」이 法律 앞의 平等 뿐만 아니라 法에 있어서의 平等까지 의미하고 있으며 모든 「國民」이 가지는 「平等權」을 즉 主觀的 公權으로서의 平等을 규정하고 있으나 그것은 동시에 「客觀的 法秩序」의 중요한 한가지 構成要素가 되고 있음을 규정하고 있다는 점에 관하여 아마도 異論이 없을 것이다. 그러나 어떠한 의미로 이해하든 憲法 제11조에서 말하고 있는 平等은 法에 있어서의 사람 사이(間)의 平等한 取扱 또는 待遇를 이야기하는 것이지 私個人과 國家와의 關係의 문제를 平等의 문제로 파악하고 있는 것은 아니지 않는가 하는 점을 거론하지 않을 수 없다. 그러므로 문제는 民事訴訟에 있어서 國家를 私個人과 달리 取扱해야 할 理由가 없다는 것이 과연 憲法 제11조의 平等의 문제이나 하는 점이다. 民事訴訟의 主體로서의 國家를 訴訟節次上으로 私個人과 달리 取扱해야 할 理由가 없다는 것은 民事訴訟法의 屬性上 要請되는 平等의 문제이지 그것이 반드시 憲法 제11조상의 平等을 의미한다고 할 수는 없다. 憲法이 保障하는 平等, 그것을 侵害하였을 경우에 違憲이 되는 平等이란 法에 있어서의, 즉 法 앞의 私個人間的 取扱上的 平等을 의미하는 것이기 때문이다. 國家는 우선 私個人이 아니다. 다만 위에서 본 바와 같이 國家를 하나의 法人으로 보지 못할 理由는 없다. 그러나 만약 그러한 경우라면 國家는 바로 公益을 代辯하는 까닭에 그렇다면 憲法 제37조 2항에 따라 國家에 대하여 인정한 例外조치가 正當化될 수 있는지 없는지 여부의 判斷을 하였어야 한다고 생각된다. 따라서 제37조 2항에 따른 判斷 없이 바로 違憲이라고 判斷하는 것은 論理의 비약이라 할 수 있리라. 이러한 점에서도 憲法裁判所の 違憲決定은 憲法的判斷을 缺하고 있는 것이 아닌가 하는 의심을 갖게 한다.

마지막으로 제기하여야 한다고 믿는 憲法上の 문제점은 民事訴訟節次上 國家에 대하여 위에서 본 바와 같은 例外的인 地位를 인정하는 條項을 法律에 規定한 것이 立法府에 의한 立法權(憲法 제40조)의 範圍를 逸脫한 것이 되느냐 하는 질문이라고 생각한다. 물론 이 문제는 立法權이란 무엇이나, 그 範圍는 어디까지냐 하는 문제를 論理的前提로 한다. 다만 실제의 接近에 있어서는 憲法에 의하여 어떠한 制限 내지 限界가 가하여져 있는가 하는 질문이 훨씬 유용하리라 믿어진다. 일반적으로 이야기하면 憲法에 의하여 具體的 明示的으로 制約이 가하여진 경우(예컨대 제13조 2항, 3항)가 아닌 한 한편으로는 國民의 基本權保障 규정에 의하여 그리고 다른 한편으로는 行政府 및 司法府가 각기 가지는 行政權 및 司法權에 의하여 그 範圍 내지 限界가 그어져 있다고 할 수 있을 것이다. 그렇다면 문제는 立法府가 國家에 대하여 例外條項을 규정함으로 司法權을 侵害한 것이 아니냐 하는 질문이 되리라 믿어진다. 國家에 대하여 例外를 인정한 條項이 憲法 제11조의 平等의 문제라고 하는 경우에 있어서의 國民의 基本權의 측면(제11조, 제37조 2항 등)에서는 이미 언급하였고 行政權에

대한 侵害는 성질상 문제가 되지 아니하는 까닭이다. 假執行制度를 두느냐 어떠한의 문제는 이미 살펴본 바와 같이 立法權의 範圍에 속하는 문제인 이상, 그렇다면 假執行制度의 運營은 當事者 사이의 衡平을 위하여 法院의 裁量(相當한 理由의 有無 判斷)에 맡겨야 마땅한데 法院의 裁量에 制約을 줌으로써 결국 立法府가 法院이 행하여야 할 裁量權을 立法을 통하여 스스로 行使한 것이 된다. 그렇다면 바로 이것이 立法에 의한 司法權의 侵害가 되는 것이냐 아니냐 하는 문제가 되리라고 믿는다. 가령 具體的 事件에 있어서의 「相當한 理由」의 有無 判斷이라는 裁量 判斷이 假執行制度 운영에 매우 중요한 요소이고 이러한 裁量判斷이야 말로 屬性上 司法機能에 속하는 것인데도 불구하고 立法府가 立法을 통하여 具體的인 이같은 司法機能을 행사하는 것이냐 다름 없다는 判斷이 혹시 가능하다면 立法府는 立法權의 範圍를 逸脫하여 스스로 司法機能을 수행하는 것이 되어 司法權을 侵害한 것이 되고 따라서 이것은 違憲이라고 할 수 있으리라. 그러나 과연 立法을 통한 國家에 대한 例外的 認定이 立法府에 의한 具體的인 裁量權行使에 상당하다고 할 수 있느냐 어떠한의 判斷이 중요하리라고 생각된다(裁量權 자체는 立法에 의하여 부여될 수 있더라도 具體的 事例와 관련하여 그 裁量權을 스스로 행사하는 결과가 된다면 그것은 司法權의 侵害가 될 수 있으리라 믿는다). 결국 우리 憲法裁判所의 違憲決定은 國家에 대한 例外規定을 둠으로써 立法府는 立法權을 逸脫하여 立法을 행한 것이냐, 司法權을 侵害하는 立法을 행한 것이냐의 憲法的 判斷을 缺하고 있다고 생각된다.

3.

憲法裁判所는 訴訟促進 등에 관한 特例法 제 6 조 1항 단서 條項이 平等의 原則에 反한다는 法曹實務界의 支配的인 意見을 反映하여 그것이 違憲이다 라는 決定을 행하였다. 그것이 잘 된 立法이 아니라는 데 대하여는 문제가 없다. 그러나 그것이 憲法에 反하는 立法이었다는 判斷의 根據가 充分한지에 관하여는 의문이 있다. 憲法裁判所의 違憲決定의 結論에 반드시 동조 못하는 바는 아니면서도 그 結論에 이른 過程에는 동조하기 어렵다. 그 結論에 이르게 될 때에 제기되는 憲法的인 爭點에 대한 判斷이 결여되고 있는 것이다. 憲法裁判所의 結論은 마치 具體的 事件에 法을 適用하는 民刑事裁判과 같이 三段論法式이다. 平等의 原則에 反하니까 憲法違反이다 라는 論法이라고 할 수 있다. 그러나 憲法裁判이란 憲法的으로 保障하여야 할 諸利益間의 比較衡量이 오히려 正常이라 할 수 있다. 違憲法律審査란 具體的 事件에 대한 法의 適用이 아니고 立法府가 행한 立法(立法權의 行使)이 上位法인 憲法에 反하느냐 어떠한의 判斷임을 주의할 필요가 있다고 생각한다. 그러한 만큼 憲法裁判所의 이번 違憲決定은 그 違憲決定에 이르려면 반드시 다루고 넘어갔어야 한다고 생각되는 중요한 憲法的 爭點에 대한 判斷을 충분히 행하지 않으므로써 장차의 立法에 대하여 아무런 (立法의) 指針을 주지 못한 결과가 되었다고 믿어진다.