

헌법재판과 사실인정  
-헌법재판소 조사역량 강화를 위한  
제도개선 연구-



헌 법 재 판 소



## 머 리 말

본 연구는 2023년도에 헌법재판소가 발주하고 한국공법학회가 수주한 정책 개발 연구용역과제를 수행한 결과물입니다. 헌법재판소 조사역량 강화를 위하여 헌법재판과 사실인정의 제도를 개선하는 것을 목표로 한 본 연구용역과제에는 한국공법학회 회원으로서 이명웅 변호사님, 박진영 교수님, 공진성 교수님, 강일신 교수님 그리고 제가 공동연구원으로, 그리고 정다영 박사님이 연구보조원으로 참여하였습니다.

재판은 증거조사를 거쳐 전제가 되는 사실을 인정한 다음, 여기에 법규범을 적용하여 도출한 결론을 판결 또는 결정의 형식으로 선언하는 국가작용입니다. 올바른 사실의 인정은 정확한 사실자료의 수집을 전제로 한다는 점에서 사실조사는 적절한 사실인정의 전제조건이 됩니다. 적시에, 정확한 사실정보의 확보와 올바른 사실의 인정은 헌법재판의 정당성과 직결됩니다. 당사자에게 소송자료 수집·제출을 맡겨두는 민사소송과 달리, 원칙적으로 직권탐지주의가 적용되는 헌법재판에서는 적시에, 정확한 사실을, 실효성 있게 확보할 수 있도록 하는 헌법재판소의 사실조사 권한과 역량이 매우 중요한 의미를 갖습니다. 그러나 헌법재판에 대해 직권탐지주의가 적용된다고 일반적으로 이해되고 있음에도 불구하고, 사실인정 및 증거조사 등과 관련해서 직권탐지주의에 걸맞게 관련 법제도가 충분히 마련되어 있지 않아서, 사실조사와 인정과 관련한 제도의 운영에서 종종 치명적인 한계가 노정되고 있습니다.

헌법재판에서 사실조사와 인정에 있어서 정확성·적시성·실효성을 담보할 수 있도록 하는 법제도 개선방안을 모색하기 위해서, 우선 헌법재판에서 사실조사, 사실인정과 관련한 일반이론을 검토하고(제2장), 헌법재판 유형별로 헌법실무 현황과 관련 법제도의 미비점을 확인한 후(제3장), 국내외 관련 법제도를 조사·분석하여 법제도 개선방안의 준거를 검토하였습니다(제4장). 마지막으로, 제2장 이론연구와 제3장 비교법제도연구의 결과를 종합하여, 헌법재판에서 사실인정의 합리성을 제고하기 위해 헌법재판소의 사실조사역량 강화를 위한 법제도 개선방안을 제안하였습니다(제5장). 본 연구에서는 문헌연구를 수행하되 단순한 비교법적 제도의 소개와 선행연구들의 외삽(外插)을 지양하고, 헌법실무의 현실로부터 출발하여 연구 관점을 확정하고 그에 기초하여

이론연구와 비교법제도연구를 수행하였습니다. 아울러, 연구의 실무적합성과 실천성을 확보하기 위해서, 사례연구와 함께 헌법연구관에 대한 인터뷰를 진행함으로써, 실무의 문제의식을 적절히 포착하고 그에 대응하는 법제도 개선 방안을 모색하였습니다.

사실인정과 관련한 일반이론 및 국내외 관련 법제도의 조사·분석은 주로 공동연구원으로서 공진성 교수님과 강일신 교수님이 참여하였고, 헌법재판 유형별로 헌법실무 현황 및 관련 법제도의 미비점과 문제점을 파악하고 그에 대응한 개선방안의 마련에는 이명웅 변호사님, 박진영 교수님, 공진성 교수님이 참여하였습니다. 공동연구책임자인 저는 각종 국가위원회의 직권조사제도의 현황, 관련 법제 및 실제 운영 사례를 파악하고 도움이 될 수 있는 착안점을 발견하고자 하였고, 본 연구용역과제의 서론과 결론 부분을 정리하였습니다. 특히 본 연구의 궁극적인 목표인 제도적 개선방안은 모든 참여 연구진이 활발히 의견을 개진하여 마련하였습니다. 그리고 정다영 박사님은 연구보조원으로서 원고의 취합 및 편집에 많은 도움을 주었습니다. 연구를 시작할 때의 예상과 희망에 다소 미치지 못하여 아쉬운 점이 없지 않지만, 짧은 연구기간 중에 각자 맡은 부분을 정성껏 수행해주신 여러 공동연구원께 깊이 감사드리며, 본 연구 결과물에 대한 최종적인 책임은 전적으로 공동연구책임자인 저에게 있음을 밝힙니다. 연구진이 제시한 법제도 개선방안이 조속하게 실천되어서 헌법재판에 대한 당사자와 국민일반의 신뢰성을 제고하고, 국민의 기본권 보호와 입헌주의를 실현하는 데 기여하기를 희망합니다.

끝으로 본 연구용역과제의 수행 과정에서 관련 자료의 제공과 인터뷰 등으로 많은 도움을 주신 헌법재판소와 헌법재판연구원의 여러 관계자께도 감사를 드립니다.

2023. 10. 31.

**공동연구책임자 김종권**

# 목 차

## 제1장 서론

제1절 연구의 목적과 차별성 .....	1
I. 연구의 목적 .....	1
II. 연구의 차별성 .....	2
제2절 연구의 범위와 방법 .....	3
I. 연구의 범위 .....	3
II. 연구의 방법 .....	3

## 제2장 헌법재판에서 사실인정 일반론

제1절 헌법재판과 사실 .....	5
I. 헌법재판에서 사실의 중요성 .....	5
II. 헌법재판에서 문제되는 사실의 유형 .....	6
제2절 헌법재판에서 사실의 수집 .....	7
I. 사실수집의 원칙 .....	7
1. 직권탐지주의 .....	7
2. 우리 헌법재판소법상 사실수집의 원칙 .....	10
II. 헌법재판에서 사실수집의 방법 .....	11

제3절 헌법재판에서 사실의 인정 .....	12
I. 사실인정의 원칙 .....	12
1. 자유심증주의 .....	12
2. 우리 헌법재판소법상 사실인정의 원칙 .....	14
II. 증명책임의 문제 .....	15

### 제3장 헌법재판 유형별 사실인정과 조사업무의 현황과 문제점

제1절 규범통제심판에서 사실인정과 조사업무 .....	18
I. 규범통제심판에서 사실인정, 직권탐지주의와 증명책임 .....	18
1. 규범통제심판과 사실인정의 대상: 사법사실과 입법사실 .....	18
2. 직권탐지주의에 의한 사실조사 .....	20
3. 입법사실의 증명: 증명책임 .....	22
II. 규범통제절차에서 사실인정이 문제되는 영역 .....	23
1. 적법요건판단 .....	23
2. 본안판단 .....	24
III. 실무상 사실인정 현황과 문제점 .....	31
1. 적법요건 관련 사법사실에 관한 확인 .....	31
2. 입법사실확인 기초가 되는 입법자료의 미비와 입법자료 취득의 한계 .....	33
3. 규범통제절차에서 구두변론과 증거조사: 구두변론과 증거 조사의 제한적 활용 .....	36
4. 법무부장관이나 이해관계기관의 의견서 제출: 임의제출형식의 한계 .....	39

5. 국가기관 또는 공공단체 기관에 대한 자료제출 등의 요구	40
6. 준용을 통한 증거조사	42
7. 기타 사회과학적인 조사·연구결과 등의 참조	43

**제2절 헌법소원심판에서 사실인정과 조사업무** ..... 45

I. 개론	45
II. 서면심리주의의 문제점	47
III. 증거조사 절차와 사실인정	48
1. 자료제출명령·사실조회 관련 규정의 미비점	50
2. 헌법연구관의 증거자료 확보와 관련한 법적 근거 필요	60
3. 심판확정 전 사건기록 열람·등사에 관한 규정 명문화 필요	63
4. 사실확정이 중요한 사안에서 사실인정의 근거 적시의 문제	66
IV. 입증책임	68

**제3절 권한쟁의심판에서 사실인정과 조사업무** ..... 70

I. 권한쟁의심판에서 변론주의, 직권주의 및 증명책임	70
II. 권한쟁의심판에서 사실조사 현황	74
1. 개론	74
2. 사실조사의 방식	75
3. 사실인정에서 증명력 문제	80
III. 권한쟁의심판에서 문제점	82
1. 사실조사 방식 관련 문제	82
2. 사실인정의 대립 문제	83
3. 증거조사 관련 문제	88

<b>제4절 탄핵심판에서 사실인정과 조사업무</b> .....	<b>90</b>
I. 탄핵심판의 구조 .....	90
II. 탄핵심판에서 사실조사 현황 .....	91
1. 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1 [대통령(노무현) 탄핵] .....	91
2. 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1 [대통령(박근혜) 탄핵] .....	94
3. 헌재 2021. 10. 28. 2021헌나1 [법관(임성근) 탄핵] .....	97
4. 헌재 2023. 7. 25. 2023헌나1 [행정안전부장관(이상민) 탄핵] .....	99
III. 탄핵심판에서 문제점 .....	100
1. 실무상 문제점 .....	100
2. 증명책임 문제 .....	102
3. 심판절차의 정비 문제 .....	104
 <b>제5절 정당해산심판에서 사실인정과 조사업무</b> .....	 <b>106</b>
I. 정당해산심판 절차의 준거법: 민사소송에 관한 법령의 준용 문제 .....	108
1. 형사소송법이 준용되어야 한다는 입장 .....	108
2. 민사소송법이 준용되어야 한다는 입장 .....	110
3. 소결 .....	111
II. 필요적 변론주의와 직권탐지주의 원칙의 조화 .....	113
III. 증거조사 절차 .....	114
IV. 입증책임 .....	116
1. 입증의 정도 .....	117
2. 증명책임 .....	118



3. 증거의 종류와 위법수집증거 등의 배제 .....	119
4. 증거조사와 증거의 평가 .....	119
V. 소결 .....	121

## 제4장 사실인정과 조사업무 관련 국내외 법제도

### 제1절 미연방대법원의 사실인정 원칙과 실무 .....

I. 연방대법원의 헌법사건 관할 .....	123
II. 미국에서 입법사실론의 전개 .....	124
1. 데이비스(Kenneth C. Davis) 이전의 논의 .....	125
2. 데이비스(Kenneth C. Davis)의 입법사실론 .....	126
3. 데이비스(Kenneth C. Davis) 이후의 논의 .....	127
III. 연방대법원에서 입법사실의 수집 .....	130
1. 대립당사자주의와 연방대법원의 사실판단권 .....	130
2. 연방대법원의 입법사실 수집방법 .....	131
3. 비판과 대안 .....	135
IV. 증명책임 .....	136

### 제2절 독일 연방헌법재판소의 사실인정 원칙과 실무 .....

I. 사실인정에 대한 직권탐지원칙과 그 제한 .....	136
1. 사실인정의 필요성 .....	136
2. 직권탐지원칙과 그 제한 .....	137
II. 사실인정의 방법 .....	139

1. 좁은 의미의 증거조사 방법: 증인 및 감정인 심문 등 ..	139
2. 증거조사 이외의 사실인정 방법 .....	141
III. 사실인정의 운용 방식 .....	149
1. 사실인정의 실제 운용 .....	149
2. 심판유형별 사실인정의 방식 .....	152
3. 증명책임 .....	161
<b>제3절 유럽인권재판소의 사실인정 원칙과 실무 .....</b>	<b>162</b>
I. 유럽인권재판소의 사실조사 권한 .....	162
II. 유럽인권재판소에서 사실의 조사 .....	163
1. 증거방법 .....	163
2. 증거수집 .....	163
III. 유럽인권재판소에서 사실의 인정 .....	166
<b>제4절 일본 법원의 사실인정 원칙과 실무 .....</b>	<b>167</b>
I. 일본의 헌법재판 - 위헌법률심사제도 .....	167
1. 일본헌법의 유권해석자 .....	167
2. 부수적 위헌심사제와 행정해석, 입법해석 .....	168
II. 재판에서 사실인정 .....	169
1. 사실인정의 중요성 .....	169
2. 헌법사실에서 사법사실과 입법사실 .....	170
III. 헌법사실로서의 입법사실과 인정방법 .....	172
1. 의의 .....	172

2. 국회가 인정한 입법사실 .....	174
3. 입법사실의 심사 .....	175
4. 입법사실의 유형(소송법상의 유형) .....	176
5. 입법사실의 도출방법 .....	179
6. 판례의 태도 .....	182
7. 법해석방법론과 입법사실론 .....	189
IV. 재판에서 사실을 확인하기 위한 제도적 장치 .....	190
1. 변호사의 사실조회 제도 .....	190
2. 재판소의 조사권한 .....	192
V. 결론 .....	195

## **제5절 우리나라 법원의 직권조사제도 ..... 196**

I. 행정소송법상 직권심리제도 .....	196
1. 직권 증거조사 .....	201
2. 사실의 직권 탐지 .....	204
II. 가정법원의 가사조사관제도와 소년조사관제도 .....	206
1. 가사조사관제도 .....	206
2. 소년조사관 제도 .....	210
III. 민·형사소송법상 전문심리위원제도 .....	213
1. 제도의 취지 .....	213
2. 전문심리위원의 재판절차 참여방법 .....	215
3. 감정인, 기술심리관과의 차이점 .....	216
4. 전문심리위원의 활용사례 .....	217
5. 전문심리위원 제도의 문제점 .....	218

제6절 국내 행정위원회에서 사실조사제도:	
행정심판위원회, 국가인권위원회, 국민권익위원회 .....	219
I. 행정심판위원회 .....	219
II. 국가인권위원회 .....	223
III. 국민권익위원회 .....	230
제7절 입법조사처의 사실조사제도 .....	233

## 제5장 헌법재판 유형별 사실인정 관련 조사역량 강화를 위한 제도적 개선방안

제1절 규범통제심판 .....	237
I. 협력의무 관련 일반조항 도입 .....	237
II. 재판진행 중인 사건기록 등 자료제출범위의 확대 .....	239
III. 제3자의 의견표명에 대한 일반조항의 도입 .....	239
IV. 국회로부터 입법자료취득을 위한 방안 .....	240
V. 사실조사 관련 전문인력의 활용 .....	242
1. 사회과학적인 조사 연구결과의 처리를 위한 전문인력의 확보 ...	242
2. 변론 등에서 사실조사 관련 전문가의 적극적 활용 .....	243
제2절 헌법소원심판 .....	243
I. 변론의 활성화 .....	244
II. 헌법소원심판절차 관련 법령 정비 .....	244

1. 예외적으로 변론을 열 수 있는 사건에 대한 규정의 정비 ...	244
2. 헌법연구관의 활용 .....	245
3. 다양한 자료조사방법에 관한 규정 정비 .....	247
4. 당사자나 이해관계인의 확정전 사건기록 열람·복사에 관한 근거규정 마련 .....	248
III. 법원의 직권조사 관련 제도로부터 시사점 .....	250
<b>제3절 권한쟁의심판 .....</b>	<b>251</b>
I. 효과적인 사실조사 방법 .....	251
1. 구두변론 절차의 간소화 및 변론준비기일 확대 .....	251
2. ‘심판준비절차’의 적극 활용 .....	252
3. 수명재판관에 의한 증거조사 활용 .....	253
4. 헌법연구관의 조사제도 활용 .....	254
5. 관계기관의 협조의무 .....	255
II. 증거의 거시(擧示) 문제 .....	256
<b>제4절 탄핵심판 .....</b>	<b>257</b>
I. 추가적인 사실조사 방법 .....	257
II. 기록인증등본송부촉탁 등의 효율성 증진 .....	258
III. 수명재판관 제도의 활용 .....	259
IV. 심판준비절차를 통한 입증방법 조정 .....	260
V. 관련 규칙의 정비 .....	261

제5절 정당해산심판에서의 법제도 개선방안 ..... 261

제6절 정리 ..... 262

I. 재판절차 운영상 개선방안 ..... 262

1. 변론의 활성화 ..... 262

2. 변론절차의 효율적 운영 ..... 262

II. 인적·조직적 역량 강화 방안 ..... 265

1. 전문인력의 확보 ..... 265

2. 사실조사 지원조직 신설 ..... 265

III. 외부기관과의 협력 ..... 266

1. 협조의무 명문화 ..... 266

2. 입법정보에의 접근 방안 모색 ..... 266

IV. 사실인정의 합리화 ..... 267

## 제6장 결론

1. 규범통제심판 ..... 268

2. 헌법소원심판 ..... 272

3. 권한쟁의심판 ..... 274

4. 탄핵심판 ..... 275

5. 정당해산심판 ..... 277

참고문헌 ..... 278

# 제1장 서론

## 제1절 연구의 목적과 차별성

### I. 연구의 목적

재판은 증거조사를 거쳐 전제가 되는 사실을 인정한 다음 여기에 법규범을 적용하여 도출한 결론을 판결 또는 결정의 형식으로 선언하는 국가작용이다. 사법부의 중요한 임무 중 하나는 분쟁에서 문제되는 사실관계를 스스로 조사하거나 분쟁당사자들의 도움을 얻어 확인하는 것이다. 이처럼, 재판에서 사실의 수집과 사실의 인정은 재판의 결과를 좌우하는 요인이라고 할 수 있다. 흔히 사실의 인정은 소송에 현출된 사실이 과거에 존재하였다는 점에 대한 확신을 얻는 과정으로 알려져 있다. 그런데, 올바른 사실의 인정은 정확한 사실자료의 수집을 전제로 한다는 점에서 사실조사는 적정한 사실인정의 전제조건이 된다고 할 수 있다.

헌법재판에 있어서도 사실인정의 합리성은 재판 결과의 타당성을 뒷받침한다. 적시에, 정확한 사실정보의 확보와 올바른 사실의 인정은 헌법재판의 정당성과 직결된다고 해도 과언이 아니다. 당사자에게 소송자료 수집·제출을 맡겨두는 민사소송과 달리, 원칙적으로 직권탐지주의가 적용되는 헌법재판에서는 적시에, 정확한 사실을, 실효성있게 확보할 수 있도록 하는 헌법재판소의 사실조사 권한과 역량이 중요한 의미를 갖는다. 문제는 헌법재판에 대해 직권탐지주의가 적용된다고 일반적으로 이해되고 있음에도 불구하고, 사실인정 및 증거조사 등과 관련해서 직권탐지주의에 걸맞는 관련 법제도가 충분히 마련되어 있지 않다는 점이다. 본 연구는 헌법재판에서 사실조사와 인정에 있어서 정확성·적시성·실효성을 담보할 수 있도록 하는 법제도 개선방안을 모

색해봄으로써, 재판결과의 타당성과 헌법재판에 대한 당사자와 국민일반의 신뢰성을 제고하고, 중국에는 국민의 기본권보호와 입헌주의 실현에 기여하는 것을 목적으로 한다.

## II. 연구의 차별성

첫째, 본 연구의 연구내용에 있어서의 차별성은 다음과 같다.

종래 국내 (헌)법학계에서 헌법재판에서 사실인정의 중요성을 언급하는 연구, 헌법재판에서 사회과학적 지식의 활용 필요성을 주장하는 연구, 입법사실에 관한 연구, 과잉금지원칙 심사강도에 관한 연구, 헌법재판에서 객관적 증명책임에 관한 연구 등이 수행된 바 있으나, 헌법재판소의 사실조사 권한, 역량과 관련한 법제도 연구는 없었다. 본 연구는 이론적 연구와 비교법제도적 연구를 병행하지만, 그 범위는 어디까지나 우리 헌법실무의 문제점을 확인하고 개선방안을 도출하는데 필요한 범위내로 한정하였다. 우리 헌법실무의 현실과 필요성으로부터 출발하여, 그에 대응하는 적실성있는 법제도 개선안을 도출하고자 하는데 본 연구의 특징이 있다.

둘째, 본 연구의 연구방법에 있어서의 차별성은 다음과 같다.

본 연구는 법령, 판례, 논문 등에 기초한 문헌연구를 수행하면서도, 문제점의 정확한 인식과 대안의 실무적합성을 담보하기 위한 목적에서 연구방법으로 헌법실무에서 사실이 문제되는 사례연구와 함께 헌법연구관에 대한 인터뷰를 병행하였다. 이러한 방법론적 차별성에 더하여, 전문가 자문을 통해 연구결과의 객관성과 타당성을 확보하고자 하는데 본 연구의 특징이 있다.

셋째, 본 연구의 연구진 구성에 있어서의 차별성은 다음과 같다.

본 연구는 헌법재판과 행정쟁송법에 정통한 공법학계 원로교수를 연구책임자로 하고, 헌법재판소에서 헌법연구관(원)으로 근무하였고 최근까지 대리인이나 참고인으로 실제 헌법재판에 활발하게 참여해온



실무가와 실무출신 교수를 공동연구원으로 구성하여 연구를 수행하였다. 아울러, 공동연구원 중 일부는 사실인정과 입법사실에 대한 연구를 수행한 바 있어, 실무 층위에서만 아니라 이론 층위에서도 전문성을 확보하고 있다는 점에 본 연구의 특징이 있다.

## 제2절 연구의 범위와 방법

### I. 연구의 범위

본 연구에서는 우선 헌법재판에서 사실조사·사실인정 관련 일반이론을 검토하고(제2장), 헌법재판 유형별로 헌법실무 현황과 관련 법제도의 미비점을 확인한 후(제3장), 국내외 관련 법제도를 조사·분석하여 법제도 개선방안의 준거를 검토하였다(제4장). 이어서, 본 연구는 제2장 이론연구와 제3장 비교법제도연구 결과를 종합하여, 헌법재판에서 사실인정의 합리성을 제고하기 위한 헌법재판소의 사실조사역량 강화를 위한 법제도 개선방안을 제언하였다(제5장).

### II. 연구의 방법

본 연구에서는 문헌연구를 수행하되 단순한 비교법적 제도의 소개와 선행연구들의 외삽(外挿)을 지양하고, 헌법실무의 현실로부터 출발하여 연구 관점을 확정하고 그에 기초하여 이론연구와 비교법제도연구를 수행하였다. 아울러, 연구의 실무적합성 내지 실천성을 확보하기 위하여 사례연구와 함께 헌법연구관에 대한 인터뷰를 진행함으로써 실무의 문제의식을 적절히 포착하고 그에 대응하여 법제도 개선방안을 모색하였다.

본 연구는 크게 4부분으로 구성되는데, 각 부분별로 구체적인 연구

방법을 제시하면 다음과 같다.

첫째, 헌법실무와 현행 제도의 문제점을 진단하고 연구방향을 설정하기 위해서 국내외 관련 연구를 분석하여 분석의 틀을 확립하였다. 이 경우 문헌연구를 주로 수행하였다.

둘째, 위와 같은 이론연구에 기초하여 헌법실무와 현행 법제도의 현황과 문제점을 분석하였다. 이 경우 현행 법제도 분석과 함께 헌법연구관 인터뷰를 통해 실무상의 애로점과 문제점을 파악하였다. 이를 통해 사실의 조사와 인정에 있어서 실무상 애로점과 개선이 필요한 지점에 대한 수요를 확인하였다.

셋째, 현행 법제도와 헌법실무의 문제점을 토대로 하여 이론연구와 비교법제도연구를 수행하였다. 비교법제도연구의 경우 해외 법제도연구와 국내 법제도연구를 병행하였다. 해외 법제도연구의 경우 단순히 제도를 소개하는데 그치지 않고, 그 나라 헌법재판의 전체적인 맥락에서 자료수집 역량을 제고하는 법제도를 검토하였다. 국내 법제도 비교연구에 있어서도 마찬가지로 해당 법제도가 위치하는 맥락과 관련 법제도를 규율하는 법리와 함께, 해당 법제도가 실제로 어떻게 운용되고 있는지를 확인하였다.

넷째, 이론연구와 비교법제도연구 결과, 그리고 헌법연구관 인터뷰 결과 등을 토대로 하여 법제도 개선(안)을 도출하고, 개선방안에 대한 전문가 검토를 거쳐 최종 개선방안을 제시하였다.

## 제2장 헌법재판에서 사실인정 일반론

### 제1절 헌법재판과 사실

#### I. 헌법재판에서 사실의 중요성

재판은 증거조사를 거쳐 전제가 되는 사실을 인정한 다음 여기에 법률을 적용하여 도출한 결론을 판결 또는 결정의 형식으로 선언하는 국가작용이다. 법원의 중요한 임무 중 하나는 법규에 포섭하는데 필요한, 분쟁의 대상이 되고 있는 사실관계를 독자적으로 조사하거나 분쟁 당사자들의 도움을 얻어 확인하는 것이다. 재판의 전제가 되는 사실이라 함은 원칙적으로 일정한 법률효과를 발생시키는 요건이 되는 사실, 즉 민사재판에 있어서는 요건사실, 형사재판에 있어서는 구성요건적 사실을 말하고, 이러한 사실을 흔히 주요사실이라 부른다.<sup>1)</sup> 재판에서 이러한 사실의 수집과 인정은 재판의 결과를 좌우하는 중요한 요소이다. 흔히 사실의 인정은 소송에 현출된 사실이 과거에 존재하였다는 점에 대한 확신을 얻는 과정으로 이해된다.<sup>2)</sup> 올바른 사실의 인정은 정확한 사실자료의 수집을 전제로 한다는 점에 비추어 보면 효과적인 사실조사는 적정한 사실인정의 전제조건이 된다고 할 수 있다.

헌법재판 또한 재판이기 때문에 사실정보의 획득과 그러한 정보의 진실성을 확인하는 과정으로서 사실인정이 당연히 중요한 의미를 갖는다. 예를 들어, 헌법소원의 경우 청구인이 주장하는 공권력의 행사가 있었는지, 청구인의 기본권이 제한되었는지 등의 사실판단이 필요하고, 규범통제의 경우 입법목적과 효과를 둘러싼 여러 사회적 사실들에 대한 주장, 소명 혹은 증명, 그에 대한 평가가 필요하다.<sup>3)</sup> 다만, 위

1) 조원철, “간접증거에 의한 사실의 인정”, 사실인정방법론의 정립, 법원도서관, 2006, 33면.

2) 이상돈, 법이론, 세창출판사, 2005, 247면.

3) 김하열, “헌법재판의 증명책임”, 헌법재판연구 제8권 제1호, 2021, 302-305면.

헌법률심판을 중심으로 하는 규범통제에서는 통상적인 법적 분쟁에서와는 다른 특징이 나타난다. 여기에서는 특정 사실관계를 해당 법규정에 포섭하는 것이 문제가 아니라 법률이 헌법에 합치하는지가 핵심문제로 등장한다. 이는 일견 순수하게 규범적인 판단인 것처럼 보이지만, 법률의 위헌성을 확인하려면 그 전제되는 입법사실을 확인하는 것이 필요하다. 규범통제는 사실 판단을 매개로 하여 하위규범의 헌법합치성을 판단하는 절차이기 때문이다.<sup>4)</sup>

## II. 헌법재판에서 문제되는 사실의 유형

헌법재판에서 문제되는 사실의 분류 방식에는 여러 가지가 있을 수 있지만, 통상은 미국 헌법학과 헌법실무에서 발전한 입법사실과 사법사실간 구별이 활용되고 있다. 이러한 입법사실/사법사실 이분론을 보완하여 헌법학자 파이그만(David Faigman)은 헌법재판에서 문제되는 사실을 3가지로 분류한 바 있다.<sup>5)</sup> 그에 따르면, 헌법재판에는 전형적인 사법사실(adjudicative facts)로서 사안관련사실(case-specific facts) 이외에도, 헌법법리사실(constitutional doctrinal facts)과 헌법심사사실(constitutional reviewable facts)이 문제된다. 사안관련사실은 분쟁의 직접 당사자와 관련된 사실로서 “누가, 어디서, 언제, 어떤 동거나 의도를 가지고 무엇을 했는지”에 관한 사실을 의미한다. 반면, 헌법법리사실은 헌법해석이나 헌법변천 정당화에 활용되는 사실로서 일종의 헌법해석의 전제사실이라고 할 수 있다. 예컨대, 헌법재판소가 헌법 제36조 제1항 “혼인” 개념의 외연에 동성혼을 포함시키고자 한다면, 그것이 헌법해석이든 아니면 헌법변천이든 간에, 혼인의 목적과 역사

---

4) 정태호, “규범통제에서의 사실확인 과 법률의 실제효과예상: 미국 연방대법원 및 독일 연방헌법재판소의 실무에 대한 비교를 중심으로”, 법률행정논총 제21집 제1호, 2001, 133면.

5) David L. Faigman, *Constitutional Fictions: A Unified Theory of Constitutional Facts*, Oxford University Press, 2008, pp. 46-49.

적 의미변천을 지지하는 사회적 사실을 제시하여 논증하여야 할 것이다. 헌법심사사실은 이른바 입법사실(legislative facts)에 해당하는 것으로서, 어떤 법률의 합헌성(또는 위헌성)을 결정짓는 사실이라고 할 수 있다.

헌법재판에서 적법요건 판단단계에서 문제되는 사실은 대부분 사안 관련사실로서 사법사실이라고 할 수 있다.<sup>6)</sup> 본안판단의 관점에서 보면, 우선 규범통제절차에서는 과잉금지원칙, 평등원칙, 신뢰보호원칙 등을 적용함에 있어서 입법사실로서 헌법적용사실이 문제될 수 있다. 이러한 입법사실에는 입법의 기초되는 사실로서 협의의 입법사실과 입법자의 장래 예측의 합리성 판단에 활용되는 일종의 경험칙으로서 사회과학적 지식이 모두 포함된다.<sup>7)</sup> 반면, 구체적 공권력작용이나 국가기관의 작용, 또는 정당의 목적이나 활동을 판단대상으로 하는 헌법소원심판, 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판의 경우, 본안판단에서 문제되는 헌법적 사실은 일반재판의 경우와 마찬가지로 사법사실로서 사안관련사실이 대부분을 차지한다.

## 제2절 헌법재판에서 사실의 수집

### I. 사실수집의 원칙

#### 1. 직권탐지주의

변론주의란 소송자료, 즉 사실과 증거의 수집·제출의 책임을 당사자

---

6) 위헌법률심판과 위헌심사형 헌법소원심판의 경우, 재판의 전제성 판단에서는 법률의 해석이 문제되고, 따라서 법률의 해석을 일정한 방향으로 뒷받침하는 사실로서 입법목적, 입법연혁, 입법체계 등과 관련된 입법사실이 문제될 수 있다.

7) 강일신, “입법사실: 위헌법률심판에서의 함의”, 법학논고 제81집, 2023, 11-13면 참조.

에게 맡기고, 당사자가 수집하여 제출한 소송자료만을 재판의 기초로 삼아야 한다는 입장이다. 변론주의는 사법영역에서의 사적 자치를 반영하고, 당사자의 이기심을 활용하여 진실발견을 촉진하며, 당사자가 예측하지 못한 불이익을 방지하고 당사자에 대한 보다 효과적인 절차 보장을 가능케 한다는 데 그 근거를 두고 있다. 일반적으로 변론주의는 민사소송처럼 사인간의 분쟁을 해결하는 소송절차에 적용된다. 반면, 직권탐지주의는 재판기관이 사건의 진실을 밝히기 위해서 필요하다면 당사자들이 신청하지 아니한 증거도 직권으로 조사할 수 있고, 경우에 따라서는 조사할 것을 요구하는 입장이다. 변론주의가 형식적 진실을 추구한다면, 직권탐지주의는 실질적 진실을 추구한다고도 할 수 있는데, 일반적으로 직권탐지주의는 형사소송처럼 공익성이 강한 소송절차의 기본원칙으로 채택되고 있다.<sup>8)</sup>

사실조사의 방법을 달리하는 것 이외에는, 직권탐지주의하에서도 변론주의와 마찬가지로 법관의 심증형성은 사실관계의 충분한 해명을 전제로 해야 한다. 이것은 법원에게 법적 분쟁의 해결을 위하여 필요한 범위내에서 기대가능한 수준까지 사실관계를 해명하도록 하는 의무를 부담시킨다. 법원은 고려되는 모든 확인수단을 소진하였음에도 불구하고 재판에 의미있는 사실을 해명할 수 없는 경우에 비로소 객관적 증명책임에 따라 결정을 내려야 한다. 이처럼, 직권탐지주의하에서 법원은 사실의 탐지의무를 부담하며, 법원이 자신에게 기대가능함에도 불구하고 판결에 의미있는 사실관계의 추가적인 해명을 하지 못한다면, 이는 직권탐지주의에 따른 해명의무를 위반하는 것이 된다.<sup>9)</sup>

직권탐지주의하에서 사실관계의 탐지는 정식절차뿐만 아니라 비정식절차에 의한 증거조사에 의해서도 행하여질 수 있다. 우선적으로 법원은 당사자를 사실확인에 참여시켜야 한다. 법관은 특정한 사실관계

---

8) 이시윤, *신민사소송법*(제13판), 박영사, 2019, 326, 334면 참조.

9) 정하중, “행정소송(行政訴訟)에 있어서 직권탐지주의(職權探知主義)와 입증책임(立證責任)”, *고려법학* 제64호, 2012, 214-215면.

가 해명될 경우에 유리한 입장에 처하게 될 당사자에게 이에 대하여 진술하고 증거방법을 특정하고 그에 상응하는 문서와 물건을 제출하도록 할 수 있다. 법원은 또한 상대방이 보유하고 있는 문서와 정보를 제출하도록 명할 수도 있다. 이러한 예비적이고 무형식의 수단들에 의하여 사실관계가 충분히 밝혀지지 않는다면, 통상 정식절차에 따른 증거조사가 행해진다. 법원은 전문가에게 감정을 위촉하거나 검증할 수 있고, 문서의 내용과 유효성에 대하여 의심이 존재한다면 증거조사를 할 수 있다. 이러한 정식의 증거조사는 원칙적으로 변론절차에서 행하여야 하나, 필요한 경우에는 변론준비절차에서 재판장 또는 수명법관에 의하여 행하여질 수 있다.<sup>10)</sup>

직권탐지주의하에서 법원의 석명권행사는 특히 중요한 의미를 갖는다. 법원은 소장의 형식적 하자를 제거하고 명확하지 않은 청구취지를 분쟁해결에 적합하도록 하고 불충분한 사실진술을 보충하도록 하며, 사실관계의 확인과 판단에 본질적인 진술을 하도록 석명할 권한과 의무를 갖는다. 석명의무는 직권탐지주의의 또 다른 표현으로서 당사자의 법적 청문권과 절차적 정의의 실현에 기여하는 한편, 공법관계소송에 존재하는 국가측의 개인에 대한 정보상의 우월을 규제하여 균형을 달성하는 기능을 수행하기도 한다.<sup>11)</sup>

직권탐지주의하에서 법원은 혼자서만 사실관계를 파악할 수 없으며, 필연적으로 당사자의 협력이 필요하다. 우선적으로 원고는 소장에서 청구취지와 청구원인을 기재함으로써 소송물의 확정에 필요한 기본적인 사실관계와 쟁점을 제시하여야 한다. 원고의 소장이 잘못된 사실관계를 내용으로 한 경우에는 피고는 답변서를 통하여 반박하여야 한다. 변론절차에서 원고는 자신의 권리구제를 받기 위하여 판결의 기초가 되는 사실관계를 진술하여야 하며, 피고 또한 원고의 진술이 잘못되거나 불완전한 경우에는 이에 대하여 지적하여야 한다. 이러한 방식으로

---

10) 정하중, 앞의 논문, 215-217면.

11) 정하중, 앞의 논문, 220면.

모든 소송당사자는 법원의 사실관계의 확인에 있어서 포괄적으로 협력하여야 한다. 당사자가 이와 같은 기대가능한 협력책임을 이행하지 않는 경우에는 원칙적으로 법원의 탐지의무의 범위와 요구되는 증거 조사의 강도는 축소된다고 할 수 있다. 협력의 거부나 협력책임의 부인으로부터 사실확인에 대한 부정적인 추론이 허용되는지 문제될 수 있다. 구체적 상황에 따라 법원은 사실해명과 관련하여 당사자에게 단순히 기대가능하였음에도 불구하고 진술을 거부하거나 해태한 경우에는 일정한 범위에서 그에 대한 부정적인 추론을 할 수 있다고 할 것이다. 협력책임의 불이행은 입증책임을 전환시키지 않으나, 변론의 전취지로 고려될 수는 있다.<sup>12)</sup>

직권탐지주의하에서도 법원은 당사자의 절차참여권을 보장하여야 한다. 직권으로 탐지한 사실이나 증거를 곧바로 판결의 기초로 삼는다면 예상 밖의 불리한 재판이 될 수 있으므로, 이의 방지를 위하여 미리 당사자에게 알려 그에 관한 의견진술의 기회를 부여하여야 한다.<sup>13)</sup> 같은 취지에서, 직권탐지주의하에서도 당사자는 당사자권의 일환으로서 사실자료나 증거자료를 자유롭게 제출할 수 있다고 보아야 한다.<sup>14)</sup>

## 2. 우리 헌법재판소법상 사실수집의 원칙

우리 헌법재판소법(이하 헌재법이라 함)은 제31조 제1항에서 “재판부는 사건의 심리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 증거조사를 할 수 있다”고 규정하고 있는데, 이 조항이 헌법소송에서 직권탐지주의를 원칙으로 삼았는지를 두고

12) 정하중, 앞의 논문, 221-226면.

13) 다음 ‘특허법’ 조항 참조. 특허법 제159조(직권심리) ① 심판에서는 당사자 또는 참가인이 신청하지 아니한 이유에 대해서도 심리할 수 있다. 이 경우 당사자 및 참가인에게 기간을 정하여 그 이유에 대하여 의견을 진술할 수 있는 기회를 주어야 한다.

14) 이시윤, 앞의 책, 335면.



해석상 다툼이 있을 수 있지만, 헌재법 제31조 제1항은 대체로 직권탐지주의를 선언한 것으로 이해되고 있다. 헌법재판에서는 민사재판과는 달리 헌법규범의 해석과 이를 통한 객관적 헌법질서 보장이 중요한 의미를 갖기 때문이다. 헌법재판소가 소송당사자들의 사실주장이나 증거신청에 구속된다면 그에게 부여된 ‘헌법의 수호자’로서의 기능을 충실히 수행할 수 없을 것이다.<sup>15)</sup>

이러한 취지에서, 헌재법은 재판부의 직권탐지를 돕기 위하여 국가기관에 대해서 자료제출요구를 할 수 있도록 하고 있다(제32조). 그 밖에도 헌법재판소 심판규칙은 법원, 검찰청, 그 밖의 공공기관이 보관하고 있는 기록 가운데 불특정한 일부에 대하여도 문서송부의 촉탁을 신청할 수 있도록 하는 한편(제40조), 문서의 전부 또는 일부의 송부를 촉탁 받은 사람 또는 문서가 있는 장소에서의 서증조사 대상인 문서를 가지고 있는 사람에게 협력의무도 부과하고 있다(제42조).

## II. 헌법재판에서 사실수집의 방법

헌법재판에서 직권탐지주의가 원칙적으로 적용된다고 하더라도 현실적으로 헌법재판소 스스로 모든 사실자료와 증거자료를 조사할 수는 없다. 헌재법은 증거가 될 수 있는 방법, 즉 증거방법이나 증거방법의 조사에 의하여 얻은 내용, 즉 증거자료를 한정하지 않고 있다. 사실자료와 증거자료가 헌법재판에 현출되는 경로는 ① 당사자, 이해관계인, 참고인 등 절차관계자의 제공, ② 헌법재판소 스스로에 의한 조사가 있을 수 있다. 후자는 다시 재판부의 증거조사 또는 사실조회 등을 통한 ‘공식적’ 수집, 재판관이나 헌법연구관 등의 개인적인 사실확인과 같은 ‘비공식적’ 수집으로 나눌 수 있다.

현행 헌재법은 구체적인 사실수집 경로가 될 수 있는 다양한 규정들을 두고 있다. 첫째, 재판부가 직권으로 변론을 열어 당사자 또는 증

---

15) 헌법재판연구원, 주석 헌법재판소법, 2015, 780-782면.

인의 신문, 당사자 또는 관계인에 대한 증거자료의 제출 요구, 감정 및 검증을 요구하는 방법이 있다(헌재법 제31조). 둘째, 당해 소송사건 당사자, 법무부장관이나 이해관계 있는 국가기관 등이 제출한 법률의 위헌여부에 관한 의견서나 관련 자료를 참조하는 방법이 있다(헌재법 제44조, 제74조). 셋째, 재판부가 국가기관이나 공공단체에 대하여 사실 인정에 필요한 사실조회를 하거나, 기록의 송부나 자료의 제출을 요구하는 방법이 있다(헌재법 제32조). 넷째, 각종 심판청구서와 답변서를 참조하는 방법이 있다. 다섯째, 부적법한 심판청구에 대하여는 재판장이 보정명령을 내리는 방식으로 사실인정을 보충할 수 있다(헌재법 제28조).

## 제3절 헌법재판에서 사실의 인정

### I. 사실인정의 원칙

#### 1. 자유심증주의

민사소송법과 형사소송법은 증거의 증명력 판단과 관련하여 자유심증주의를 채택하고 있다(민소법 제202조, 형소법 제308조). 자유심증주의라 함은 법관이 재판의 기초로 되는 사실을 인정함에 있어서 사실 주장이 진실인지 아닌지를 판단하는데 참작하여야 할 증거의 증거력에 관하여 적극적 또는 소극적으로 일정한 증거법칙을 정하지 않고, 오로지 법관의 자유로운 심증에 의해 사실인정을 할 수 있다는 입장이다. 이에 반해, 법정증거주의는 증거의 증명력에 관하여 법관에게 판단의 자유를 인정하지 않는 입장이다. 법정증거주의는 특정한 사실은 특정한 증거에 의해서만 인정하여야 하거나 일정한 경우에는 특정

한 사실을 인정하여야 한다는 것을 내용으로 한다.<sup>16)</sup>

자유심증주의에 의하더라도 입증의 정도가 문제될 수 있는데, 입증의 정도란 법관이 확신에 도달하는 데 필요한 확실성의 정도를 말한다. 민사소송법도 자유심증의 정도에 대해서는 명문의 규정을 두고 있지 않으며, 이에 대하여는 고도의 개연성을 증명하면 충분하다는 견해가 주장되고 있다.<sup>17)</sup> 이에 비하여, 형사소송법은 범죄사실의 인정을 위해서 합리적인 의심을 배제할 정도의 증명이 이루어질 것을 요구하고 있다(형소법 제307조 제2항).

자유심증에 의한 사실인정에도 내재적 제약은 있기 때문에 그 과정은 논리법칙과 경험법칙에 구속되어 적법한 증거조사로부터 얻어진 기초자료에 기하여 합리적으로 취사선택된 경험칙을 매개로 하지 않으면 안된다. 이러한 내재적 제약을 담보하는 수단으로 판결서에 이유 설명이 요구되고 있다. 예컨대, 판결서의 기재사항으로 민사소송법 제208조 제1항은 ‘이유’를 요구하고 있어서 법관은 재판의 기초로 될 변론에 나타난 당사자의 주장 및 증거를 법원의 인식에 기하여 정리·요약하여 기재하지 않으면 안된다. 다시 말해, 다툼이 있는 사실을 어떠한 증거에 의해서 어떻게 인정하였는지를 기재하여야 하고, 이유의 기재가 불충분하고 모순이 있는 경우는 이유 불비 내지 이유 모순의 위법이 있게 되어 상고이유가 된다. 전혀 증거설시를 하지 않고 사실을 인정하는 것은 당사자와 일반국민이 납득할 수 없는 주먹구구식 재판을 초래할 위험이 있으므로, 법관에게 지나친 부담을 지우지 않는다면 자의적이고 부정확한 판단을 방지하기 위해 인정한 사실에 대하여 그 근거로 채용한 증거를 적시하여 설명하는 것이 필요하다.<sup>18)</sup>

---

16) 이시윤, 앞의 책, 530-531면.

17) 이시윤, 앞의 책, 535면.

18) 이시윤, 앞의 책, 538면.

## 2. 우리 헌법재판소법상 사실인정의 원칙

현행 헌재법에 이와 관련한 명문의 규정은 없으며, 헌재법 제40조에서 다른 소송법령을 준용하도록 하고 있을 뿐이다. 헌재법은 헌법소송에서 원칙적으로 민사소송법령을 준용하되, 탄핵심판에서는 형사소송법령을, 권한쟁의 및 헌법소원에서는 민사소송법령과 함께 행정소송법을 준용하도록 하고 있다(제40조). 행정소송법은 입증의 정도에 관한 독자적인 규정을 두고 있지 않고, 특별한 규정을 두고 있지 않은 경우에는 민사소송법령을 준용하도록 하였으므로(행소법 제8조 제2항), 헌법소송에서는 입증의 정도와 관련해서 탄핵심판을 제외하고는 원칙적으로 민사소송법령을 준용하게 된다. 이에 따르면, 헌법재판의 경우에도 자유심증주의가 적용되고, 그 입증의 정도는 원칙적으로 탄핵심판의 경우에는 ‘합리적 의심을 배제할 정도’, 그 밖의 절차의 경우에는 ‘고도의 개연성이 인정되는 정도’일 것이 요구된다.

물론 이러한 준용은 각 심판절차의 본질에 부합할 것을 전제로 한다. 관련하여, 정당해산심판에서 입증의 정도에 민사소송법령의 수준을 요구하는 것은 정당해산심판의 준형사절차로서의 성격에 반하므로, 탄핵심판에서처럼 ‘합리적 의심을 배제할 정도’의 입증이 필요하다고 보는 견해가 있다. 나아가, 이 견해는 탄핵심판과 정당해산심판 이외의 절차에도 직권탐지주의 원칙이 타당함에 비추어 본다면 변론주의에 입각해 형식적 진실의 추구를 목표로 하는 민사소송에서의 입증의 정도로 족할 것인지에 대해서도 의문을 제기하고 있다. 이 견해에 따르면, 탄핵심판과 정당해산심판 이외의 절차에 있어서도 독일법과 마찬가지로 ‘확신에 근접하는 높은 개연성’이 요구된다.<sup>19)</sup> 헌법재판이 공법관계소송이고 권력분립원칙을 고려할 때, 입증의 정도와 관련하여 민사소송과는 다른 원칙 정립이 필요하다.<sup>20)</sup>

19) 헌법재판연구원, 앞의 책, 785면.

20) 특히, 탄핵심판 이외의 심판절차에서 입증의 정도와 관련한 원칙은 헌법재판소 판례 법리를 통해 정립해나갈 필요가 있다. 궁극적으로는, 판례 법리를 통해 정립된 원칙을 심판규칙과 헌재법에 명시하는 것이 바람직하다.

과도한 부담이 되지 않는 이상 헌법재판소는 사실인정을 충분한 이유로 근거지워야 한다. 헌법재판소는 사실인정에 있어서 구체적인 증거를 거시하지는 않는 것이 통례인데, 이러한 경우 어떤 증거가 어떤 조사과정을 거쳐 어떻게 사실로 인정되었는지 파악하기 곤란하고, 이로 인해 당사자의 절차권이나 일반대중의 신뢰 또한 훼손될 위험이 있다. 특히 헌법재판소는 전문적이고 기술적 사안에서 전문가를 위촉하지 않는 경우 어떻게 결정에 필요한 전문지식을 획득하였는지를 결정의 이유에서 설득력있게 밝히는 것이 바람직하다. 또한 헌법재판소가 전문가를 위촉하였다고 하더라도, 전문가는 어떤 법칙성과 전문지식을 근거로 판결에 의미있는 사실을 추론하였는지 명확히 설명하여야 하고, 과도한 부담이 되지 않는 범위에서 헌법재판소는 당해 전문가가 자신의 판단을 올바른 사실에 근거지우고 있는지 검토하고 결정문에 밝히는 것이 바람직하다.

## II. 증명책임의 문제

직권탐지주의가 지배하는 헌법소송에서는 패소를 면하기 위해 증거를 제시하여야 할 책임을 의미하는 주관적 입증책임은 적용되지 않는다. 이 점을 고려하여 헌재법 제26조 제2항도 청구서에 필요한 증거서류 또는 참고서류를 첨부하도록 강제하지 않고, 이를 청구인의 임의에 맡겨 놓고 있는 것으로 보인다. 소송관계자에게 자료제출 책임이 인정되더라도, 그것은 ‘헌법재판소 심판 규칙’ 제42조 제1항이 규정하는 협력의무에 지나지 않는다.<sup>21)</sup> 그러나 직권탐지주의가 적용되는 경우에도

21) ‘헌법재판소 심판 규칙’ 제42조(협력의무) ① 헌법재판소로부터 문서의 전부 또는 일부의 송부를 촉탁 받은 사람 또는 문서가 있는 장소에서의 서증조사 대상인 문서를 가지고 있는 사람은 정당한 이유 없이 문서의 송부나 서증조사에 대한 협력을 거절하지 못한다. 참고로, 독일 ‘연방헌법재판소법’ 제23조 제1항은 “소송절차의 개시 신청은 서면으로 연방헌법재판소에 제출하여야 한다. 신청에는 이유가 소명되어야 하고, 필요한 증거방법이 제시되어야 한다”고 규정하여, 이른바 신청시의 협력의무(Mitwirkungspflicht) 내지 이유제시의무(Begründungspflicht)를 부과하고 있다. 그러나 이 또한 주관적 증명책임이 아닌 기껏해야 증명책임 없는 당사자의 사안해명의무의 인정이라고 할 수 있다. 이른바 사안해명의무에 대해서는, 김홍규/강태원, 민사소송법(제5판), 삼영사, 2020, 490면 참조.

입증을 위한 노력에도 불구하고 요증사실이 불명한 경우가 있을 수 있고, 그에 따라 그 위험부담을 누가 질 것인가의 문제, 즉 객관적 입증책임의 문제가 대두될 수 있다.<sup>22)</sup>

문제는 진위불명상태의 경우 위험을 누구에게 부담시키느냐 하는 점이다. 사법사실의 경우에는 원칙적으로 민사소송법상 입증책임의 분배가 그대로 적용될 수 있다. 다만, 위헌법률심판에서 주로 문제되는 요증사실은 입법사실인데, 이는 특정한 사실이 실제로 존재하는지 여부라는 질문을 넘어 입법자의 입법사실 확인과 예측이 합리적인지에 대한 평가 문제까지 포함한다. 이 때문에 위헌법률심판에서 객관적 증명책임의 문제는 입법사실의 인정과 그에 기초한 예측판단에 대한 입법자의 논증과 추론의 밀도 문제로 전환된다.<sup>23)</sup>

특히 경험칙으로서 입법사실의 진위가 불분명할 때, 입법자의 평가 우선권을 존중하고 “입법자에게 우호적으로(in favorem legis)” 판단을 내릴 것인가, 아니면 “의심스러울 때에는 자유의 이익으로(in dubio pro libertate)” 입법자에게 불리한 판단을 내릴 것인가가 문제될 수 있다. 헌법재판소에서 재검토하는 입법사실의 경우 문제되는 것은 개별적 사법사실과 같이 ‘진실성’이라기보다는 입법자의 현실인식과 예측판단의 ‘합리성’이라고 할 수 있다. 따라서, 이 경우 객관적 증명책임의 문제는 입법자의 ‘설명책임’ 또는 ‘논증책임’으로 전환된다고 보아야 한다. 실체법적 비례원칙과 절차법상 입증책임 분담의 결합으로서 심사강도론은 헌법재판소가 입법자의 사실인정을 존중하는 것, 입법자의 사실인정 결과를 존중하되 그 경과를 문제삼는 것, 독자적으로 사실을 조

---

22) 헌법재판연구원, 앞의 책, 365면.

23) 이하 내용은 강일신, 앞의 논문, 15-17면 참조. 이에 따르면, 협의의 입법사실과 경험칙으로서 입법사실을 나누어 접근하는 것이 적절하다. 과잉금지원칙 적용시 그 판단의 기초되는 사실, 즉 협의의 입법사실이 진위불명 상태인 경우 객관적 증명책임의 문제가 발생할 수 있고, 이 경우 원칙적으로 입법자가 그 위험을 부담한다고 보아야 한다. 이에 반해 경험칙으로서 입법사실이 진위불명 상태인 경우, 이는 전형적인 객관적 증명책임 문제로 접근하기는 어렵고, 심사강도론으로 전환하여 접근하는 것이 적절하다.

사하여 헌법재판소의 판단으로 대체하는 것과 관련된다. 위헌법률심판에서 이른바 객관적 증명책임 문제는 헌법재판소 입장에서는 이와 같은 심사강도의 선택문제로 전환된다고 할 수 있다. 민사소송에서 주로 개인간 법률관계가 문제되는 국면과 달리, 헌법재판에서 개인과 국가가 얽히는 순간, 개인과 국가의 대립만이 아니라 국가기관 상호간 적정한 권한분배를 통해 개인의 자유를 보호해야 하는 과제가 발생하기 때문이다.

과잉금지원칙 적용을 예로 들어보면, 헌법재판소는 분야의 특성, 입법자의 정확한 판단 가능성, 분쟁에서의 법적 이해관계의 중요성과 개별사례의 특수성을 고려하여 입법자의 입법사실 인정과 평가에 대해 논증과 추론의 밀도를 달리 요청하여야 한다.<sup>24)</sup> 입법자가 수행한 예측에 대한 가장 낮은 심사강도는 ‘명백성통제’(Evidenzkontrolle)이다. 이 경우에는 헌법재판소가 입법자의 예측이 입법의 근거를 전혀 뒷받침할 수 없을 정도로 명백히 잘못되었는지 여부만을 심사한다. 이른바 ‘납득가능성통제’(Vertretbarkeitskontrolle)의 경우에는 헌법재판소가 입법자가 입수할 수 있는 자료에 기초하여 사실상황을 적정하게 판단하였을 것을 요구한다. 그와 같은 자료에 기초한 입법자의 예측이 객관적으로 유지될 수 없는 것으로 밝혀질 경우에만 헌법재판소는 그 예측을 탄핵할 수 있다. 가장 엄격한 통제는 ‘강화된 내용통제’(intensivierte Inhaltskontrolle)이다. 이 경우 헌법재판소는 입법자가 고려하지 아니한 자료에도 기초하여 독자적인 예측을 하고, 입법자의 예측이 잘못된 것으로 판단된 경우에는 입법자의 예측을 탄핵할 수 있다.

---

24) 독일 연방헌법재판소에서 정립된 심사강도론의 내용에 대해서는, 방승주, “독일 연방헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도”, 헌법논총 제7집, 1996, 299면 이하 참조.

## 제3장 헌법재판 유형별 사실인정과 조사업무의 현황과 문제점

### 제1절 규범통제심판에서 사실인정과 조사업무

#### I. 규범통제심판에서 사실인정, 직권탐지주의와 증명책임

##### 1. 규범통제심판과 사실인정의 대상: 사법사실과 입법사실

헌법재판소는 위헌법률심판(헌재법 제41조), 위헌심사형 헌법소원심판(헌재법 제68조 제2항), 법령소원심판(헌재법 제68조 제1항)의 형식으로 규범통제심판을 한다. 위헌심사형 헌법소원심판은 당해사건 재판을 계기로 구체적 규범통제가 행해진다는 점에서 위헌법률심판과 본질적으로 동일한 규범통제절차이다. 법령소원심판의 경우 청구인을 위한 주관적 권리구제절차이기도 하지만, 법령 자체가 심판대상이고 위헌결정으로 해당 법령의 효력이 상실된다는 점에서 실질적으로는 규범통제절차이기도 하다. 뿐만 아니라 권리구제형 헌법소원심판절차에서 관련 법률조항의 위헌여부가 공권력의 행사 또는 불행사에 대한 위헌여부의 선결문제가 되는 경우, 관련 법률조항에 대해 부수적 규범통제가 이루어지기도 한다(헌재법 제75조 제5항).<sup>25)</sup>

규범통제절차에서 사실인정의 대상이 되는 사실은 기본적으로 일반 법원의 재판에서 사실인정의 대상이 되는 사실과는 그 유형이 구분된다. 일반 법원의 재판은 구체적 사안과 관련된 사실이 법적 요건을 충족하는지 여부를 포섭의 방식으로 법규범을 구체적 사안에 적용한다. 따라서 일반 법원의 재판에서 사실인정의 대상이 되는 사실은 법적

---

25) 그 밖에 권한쟁의심판절차에서 규범통제의 가능성에 관하여는 헌법재판소, 헌법재판실무제요, 2023, 148면 참조.



요건에 의해 포섭 대상이 되는 분쟁 당사자와 관련되는 사건에 관한 사실이다. 이를 ‘사법사실’ 내지 ‘사안사실’이라고 한다. 반면, 규범통제 심판은 헌법을 기준으로 법률 등이 헌법(상 위헌심사기준)에 위배되는 지 여부를 판단하는 심판이므로, 원칙적으로 구체적 사안과 관련된 사실이 법규범에 포섭되는지 여부가 문제되는 것이 아니라 심판대상인 법률 등 법규범 그 자체와 관련된 사실이 문제된다. 즉 입법의 기초와 근거가 되는 사실(‘입법기초사실’ 내지 ‘좁은 의미의 입법사실’), 그러한 사실에 근거하여 법규범의 적용을 통해 장래에 발생할 것이라고 판단되는 입법자에 의해 예측된 사실이다(예측사실). 이러한 심판대상규범과 관련된 사실을 포괄하여 입법사실이라고 한다.<sup>26)</sup> 물론 규범통제심판의 본안판단에서 구체적 사안과 관련된 사실이 문제되는 경우를 상정해 볼 수 있다. 예컨대 법률이 그 성립에 요구되는 정족수규정 등 입법절차에 위배되는지 여부에 대한 판단은 구체적·개별적 사실에 관한 판단이다. 그러나 규범통제심판의 본안판단에서 사안사실이 문제되는 경우는 위와 같이 매우 특수한 경우에 한정될 것이므로, 이하 규범통제심판의 본안판단에서의 사실인정은 입법사실에 관한 사실인정을 중심으로 보기로 한다.<sup>27)</sup>

한편 규범통제심판에서 사안사실은 적법요건판단에서 문제된다. 위헌심사형 헌법소원심판(헌재법 제68조 제2항)이나 권리구제형 헌법소원심판(헌재법 제68조 제1항)의 적법요건판단의 경우 당사자의 구체적인 행위, 상태와 개별적·구체적인 사실관계에 의해 결정되는 경우가 많다.

---

26) 사법사실과 입법사실의 구별에 관하여는 특히 강일신, 앞의 논문, 8-13면; 김하열, 앞의 논문, 302-305면 참조.

27) 사안사실과 규범통제심판의 본안판단에 관하여는 김하열, 앞의 논문, 313-314면 참조.

## 2. 직권탐지주의에 의한 사실조사

직권탐지주의에 의하면 당사자가 아니라 법원이 사실관계에 대하여 규명할 책임을 진다. 헌법재판소는 헌법재판에서 직권탐지주의에 의하여 사건과 관련된 사실관계를 파악한다.<sup>28)</sup> 이에 따라 당사자가 주장·제출하지 않은 사실도 직권으로 수집하여 재판의 기초로 삼을 수 있다. 헌법재판에서 직권탐지주의가 적용되는 이유는 기본적으로 헌법질서를 수호·유지하는 헌법재판의 객관적 성격에 기인한다.<sup>29)</sup> 법령소원

---

28) 김하열, 헌법소송법, 박영사, 2021, 97면: “헌법재판소법 제25조, 제26조, 제30조, 제31조, 제32조, 제37조, 제68조, 제71조 등에 의하면 헌법소원심판제도는 변호사강제주의, 서면심리주의, 직권심리주의, 국가비용부담 등의 소송구조로 되어 있어서 민사재판과 같이 대립적 당사자간의 변론주의 구조에 의하여 당사자의 청구취지 및 주장과 답변만을 판단하면 되는 것이 아니고, 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 변호사의 필요적 조력을 받아 그 침해된 권리의 구제를 청구하는 것이므로 소송비용과 청구양식에 구애되지 않고 청구인의 침해된 권리와 침해의 원인이 되는 공권력의 행사 또는 불행사에 대하여 직권으로 조사 판단하는 것을 원칙으로 하고 있다.” 현재 1993. 5. 13. 91헌마190, 판례집 5-1, 312, 320면.

29) 강일원, “헌법소원과 사실인정”, 법학평론 제10권, 2020, 12-14면: “헌법소원심판을 포함하여 헌법재판이란 헌법분쟁 또는 헌법침해의 문제를 헌법규범을 기준으로 유권적으로 결정함으로써 헌법질서를 수호·유지하는 국가작용으로서, 국가권력의 기본권기속과 국가권력 행사의 절차적 정당성을 확보하기 위한 기능적 권력통제의 한 장치이고, 헌법소원심판은 주관적인 기본권 보호기능 외에 객관적인 헌법질서에 관한 수호·유지기능도 함께 가진다. 이에 헌법재판소는 헌법소원심판청구의 적법요건이 일부 흠결되었더라도 해당 청구와 관련하여 헌법적 해명이 필요하거나 기본권의 침해가 반복될 위험성이 있는 경우 등에는 심판의 필요성을 예외적으로 인정하여 본안에 관하여 판단하기도 하고, 심판대상도 청구인의 청구취지에 엄격하게 제한되는 것이 아니라 사건에 따라 확대·축소 내지 변경하기도 하며, 본안 판단에서는 청구인의 주장에만 얽매이지 않고 가능한 모든 범위에서 헌법상의 기본권 침해의 유무 등을 직권으로 심사하고, 법률 조항의 위헌결정으로 인하여 해당 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌결정을 하는 등(헌재법 제75조 제5항, 제6항, 제45조 참조) 헌법소원심판절차에서 직권주의를 광범위하게 적용하고 있다. 이러한 헌법재판의 정의나 헌법소원심판이 수행하는 객관적인 헌법질서에 관한 수호·유지기능, 그리고 헌법소원심판의 직권주의적 성격과 심판비용의 국가부담 원칙, 변호사강제주의, 국선대리인제도 등에 관한 헌재법의 규정 내용 등을 종합하여 보면, 당사자비용을 제외한 심판비용을 국가가 모두 부담하는 헌법소원심판절차에서 청구인이 승소하였는지 아니면 패소하였는지를 구분하지 않고 승소자의 당사자비용을 그 상대방인 패소자에게 반드시 부담

의 경우 심판대상규범에 대한 입법사실에 대한 정보에 접근하기 어려운 청구인에게 입법사실에 대한 수집·제출의 책임을 지울 수 없다. 만약 청구인에게 그와 같은 책임을 지운다면 법령소원의 헌법질서 유지 기능에 큰 장애를 초래한다. 더군다나 법원이 위헌제청하는 위헌법률심판이나 위헌심사형 헌법소원심판의 경우 그와 같은 책임을 지울 수 있는 청구인을 상정하기 어렵다.

헌법재판소가 직권탐지주의가 지배하는 규범통제절차에서 입법사실을 확인하기 위해 수행하는 절차와 방식은 다음과 같다. 위헌법률심판과 (위헌소원과 법령소원을 포함한) 헌법소원심판의 경우 기본적으로 서면심리에 의하는데, 재판부가 필요하다고 인정하는 경우에는 변론을 열어 당사자, 이해관계인, 그 밖의 참고인의 진술을 들을 수 있다(헌재법 제30조). 재판부는 사건의 심리를 위해 필요하다고 인정할 경우 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 증거조사를 할 수 있다(헌재법 제31조). 증거조사는 당사자 또는 증인을 신문하거나, 당사자 또는 관계인이 소지하는 증거자료의 제출을 요구하고 영치하거나, 특별한 학식과 경험을 가진 자에게 감정을 명하거나, 필요한 물건·사람·장소 또는 그 밖의 사물의 성상이나 상황을 검증하는 방식으로 이루어진다(헌재법 제31조). 또한 재판부는 결정으로 다른 국가기관 또는 공공단체의 기관에 심판에 필요한 사실을 조회하거나, 기록의 송부나 자료의 제출을 요구할 수 있다(헌재법 제32조 본문).<sup>30)</sup> 그 밖에 재판부는 명문의 근거는 없지만 사회과학적인 조사·연구결과 내지 경험칙에 입각하여 직권으로 심판대상규범에 대한 입법기초사실이나 예측사실을 파악하기도 한다.

헌법재판소는 규범통제절차에서 직권탐지주의에 따라 심판대상규범

---

시켜야만 하는 민사소송법과 행정소송법의 소송비용에 관한 규정들을 준용하는 것은 헌법재판의 성질에 반한다고 보아야 한다.” 헌재 2015. 5. 28. 2012헌사496, 판례집 27-1하, 393, 397.

30) 다만, 재판·소추 또는 범죄수사가 진행 중인 사건의 기록의 경우 송부를 요구할 수 없는 제한을 받는다(헌재법 제32조 단서).

에 관하여 입법자가 해당규범을 정립할 때 기초했던 입법사실에 구속되지 않고, 스스로 독립적으로 증거조사를 통하여 입법사실을 전면적으로 심사하여 새롭게 확인·판단할 수 있다.<sup>31)</sup> 입법의 기초와 근거가 되는 사실은 물론이고 그에 기반하여 입법자가 장래에 발생할 것이라고 예측된 사실까지도 증거조사를 통해 부정할 수 있다.

### 3. 입법사실의 증명: 증명책임

직권탐지주의가 지배하는 규범통제절차에서 당사자가 증거를 제출해야 할 책임을 의미하는 주관적 입증책임은 적용되지 않는다. 다만, 직권탐지주의가 적용되는 경우에도 요증사실이 분명하지 않은 경우가 있는데 그 위험부담을 누가 질 것인가의 문제, 즉 객관적 입증책임의 문제가 발생할 수 있다.<sup>32)</sup> 대립당사자를 상정하기 어려운 헌법재판소의 규범통제절차에서 입법사실의 진위여부가 불분명할 때 그 위험부담은 누가 져야 하는지 문제된다. 특히 입법자의 입법사실 확인과 예측이 합리적인지에 관한 평가가 규범통제에서 중요한 역할을 한다는 점에 유의해야 한다. 입법자가 입법 당시 예측한 사실이 맞지 않을 경우 심판대상규범의 위헌성이 초래된다면, 그러한 예측은 기본권제한의 정당성의 문제가 된다. 여기서 헌법재판소는 입법사실에 대한 객관적 입증책임의 문제를 위헌심사의 강도의 문제로 전환하여 해결한다.<sup>33)</sup> 즉 헌법재판소는 규범통제절차에서 과잉금지원칙 등 심사기준에 따른 위헌심사를 하면서 그 심사강도를 조정함으로써 입법자의 입법사실에 대한 장래 예측을 어느 정도 존중할지 결정한다.<sup>34)</sup>

---

31) 헌법재판연구원, 앞의 책, 2015, 357면; 강일신, 앞의 논문, 14면 참조.

32) 헌법재판연구원, 앞의 책, 365면.

33) 강일신, 앞의 논문, 16면.

34) 객관적 증명책임과 심사강도론에 관하여는 헌법재판연구원, 앞의 책, 368-370면; 강일신, 앞의 논문, 15-17면 참조.

## II. 규범통제절차에서 사실인정이 문제되는 영역

### 1. 적법요건판단

위헌법률심판과 위헌심사형 헌법소원심판에서 공통되는 중요한 적법요건은 재판의 전제성(① 당해사건의 소송계속, ② 심판대상조항이 당해 사건에 적용될 것, ③ 위헌결정에 따라 당해사건 재판의 주문, 결론이나 재판의 법적 의미나 효력이 달라질 것)이다. 특히 위헌심사형 헌법소원심판에서 요구되는 적법요건은 위헌제청신청 기각결정, 기각결정 통지받은 날부터 30일 이내의 청구기간 준수(헌재법 제69조 제2항), 반복제청신청 금지(헌재법 제68조 제2항 단서), 변호사인 대리인 선임(헌재법 제25조 제3항)이다.

적법요건판단에서 문제가 되는 사실인정의 대상은 사건 당사자와 관련된 개별적·구체적 사실(사법사실 내지 사안사실)이다. 예컨대 재판의 전제성 요건 중에서 당해 사건 당사자가 소 취하의 행위를 했는지 여부, 당해 사건에서 심판대상조항에 의해 포섭되는 사실, 청구기간 내 청구행위 등이 사법사실에 해당한다.<sup>35)</sup>

한편 법령소원의 경우 적법하기 위해서는 ① 청구인이 기본권주체여야 하며, ② 심판대상이 법령이어야 하고, ③ 그 법령으로 인하여 청구인 자신의 기본권이 현재 직접 침해받아야 하며(기본권침해가능성, 자기관련성, 현재성, 직접성), ④ 청구기간을 지켜야 하고, ⑤ 변호사인 대리인을 선임하여야 한다. 위와 같은 적법요건판단에서 문제가 되는 사실인정의 대상도 사법사실에 해당한다. 예컨대 청구인이 국민이라는 사실, 기본권침해의 법적 관련성을 충족하는데 필요한 사실, 청구기간을 준수하여 청구한 사실이 이에 해당한다.

---

35) 사법사실과 위헌심사형 헌법소원심판의 적법요건 판단에 관하여는 김하열, 앞의 논문, 312-313, 316-317면 참조.

## 2. 본안판단

위헌법률심판 등 규범통제심판에서 문제되는 사실인정의 대상은 위헌여부의 심판대상인 법률 등 규범과 관련된 사실, 즉 입법사실이다. 입법사실에는 입법의 기초와 근거가 되는 사실(입법기초사실 내지 좁은 의미의 입법사실), 그러한 사실에 근거하여 범규범의 적용을 통해 장래에 발생할 것이라고 판단되는 입법자에 의해 예측된 사실이 있다(예측사실).

### 가. 과잉금지원칙심사와 입법사실

과잉금지원칙심사에서 입법목적의 정당성심사 및 법익균형성심사는 본질적으로 규범적 가치평가가 문제되는 영역이다.<sup>36)</sup> 우선, 심판대상조항의 입법목적 그 자체가 무엇인지 확인하는 것은 본질적으로 사실의 문제가 아니라 법령 해석과 법적 평가의 문제이고, 입법목적의 헌법적 정당성을 확인하는 것도 본질적으로 헌법에 비추어 심판대상조항의 입법목적 그 자체를 평가하는 규범적 가치평가의 문제이다. 다만, 심판대상조항의 입법목적의 정당성심사가 본질적으로 법적 평가의 문제라 하더라도 해당조항을 제정하는데 기초가 된 입법사실을 분명히 확인할 수 있다면, 심판대상조항의 입법 목적을 보다 분명히 확인할 수 있고, 그 입법사실에 기초하여 제정한 심판대상조항에 의해 기대할 수 있는 미래의 예측판단도 분명히 할 수 있으므로, 그러한 한에서 심판대상조항을 제정하는데 기초가 된 입법사실의 확인은 의미가 있다.<sup>37)</sup>

36) 김하열, 앞의 논문, 321-322면; 김종현, “헌법재판에서의 증명책임: 과잉금지원칙을 중심으로”, 저스티스 통권 제183호, 2021, 60-61면 참조.

37) 이와 관련하여 심판대상조항의 입법목적은 통상적으로 심판대상조항의 목적조항, 법령전체의 목적과 취지, 국회의사록 등의 객관적 입법자료를 통해 확인되는데, 심판대상조항의 입법 목적을 확정하기에 충분할 만큼 객관적 입법자료가 입법부에 확보되어 있지 않거나 헌법재판소가 그러한 입법자료에 접근하기 어려운 경우가 많은 것이 문제이다.

다음으로 법익균형성심사의 경우도 심판대상조항을 들으로써 실현하고자 하는 공익과 심판대상조항에 의하여 제한되는 사익간을 형량하여 규범적 우월을 따진다는 점에서 본질적으로 규범적 가치평가가 문제되는 영역이다.

과잉금지원칙심사에서 사실적·경험적 판단이 크게 개입되는 부분원칙은 수단의 적합성심사 및 최소침해성심사이다.<sup>38)</sup> 수단의 적합성심사는 심판대상조항이 심판대상조항의 입법목적과 맺는 합리적 연관성이 문제된다. 심판대상조항의 입법효과가 당해조항의 입법목적에 합리적인 연관관계를 맺고 있는지 여부를 확인하기 위해서는 심판대상조항의 입법효과에 대한 사실적·경험적 판단이 필요하다. 심판대상조항이 심판당시 갖고 있는 입법효과는 특별한 사정변경이 없다면 입법자가 해당조항을 제정할 당시 예측하였던 입법효과에 상응한다(예측사실). 수단의 적합성심사에서 문제되는 사실인정의 대상은 입법자가 심판대상조항을 제정함으로써 의도했던 입법의 기대효과로서의 예측사실이다. 헌법재판소는 기본적으로 수단이 입법목적 실현에 기여하는지 여부를 심사함으로써, 명백히 자의적인 수단의 채택을 배제하는 상당히 완화된 방식으로 수단의 적합성심사를 한다. 이러한 수단의 입법효과는 일상 경험칙상의 판단이나 일반적인 사회적·경제적 자료에 근거한 판단을 통해서도 충분한 경우가 많다. 한편 입법자가 심판대상조항을 통해 의도하였던 입법효과(예측사실)가 시간의 경과에 따른 입법기초사실의 변화로 더 이상 헌법재판소의 심판시점에서 입법목적과 합리적 연관관계를 맺지 못하게 된다면, 헌법재판소는 수단의 적합성을 부정할 수 있다.

최소침해성심사 단계에서는 입법자가 선택한 수단인 심판대상조항보다 기본권을 덜 제한하면서 심판대상조항의 입법효과 만큼 입법목적 실현할 수 있는 입법대안이 존재하는지 여부를 심사한다. 심판대상조항과 입법대안이 기본권을 제한하는 정도와 각각의 입법효과의

---

38) 김하열, 앞의 논문, 322-324면; 김종현, 앞의 논문, 60-61면 참조.

정도는 사실문제에 해당한다. 심판대상조항이 입법목적의 실현에 미치는 입법효과의 정도는 입법자의 예측사실에 해당하는 사실문제임에 반해, 기본권을 덜 제한하는 입법대안이 심판대상조항과 동등한 입법효과가 있는가의 문제는 헌법재판소가 사회과학적 자료에 근거하여 판단하는 가상의 장래에 대한 예측판단의 문제이다.<sup>39)</sup> 헌법재판소는 입법자가 입법사실에 기초하여 선택한 입법수단에 아니라 존재하지도 않는 가상의 입법대안을 상정하고 그 입법대안이 입법목적의 실현하는 정도에 대한 가상적인 미래 예측을 함으로써 대체수단심사를 수행한다. 이러한 가정적 사실에 관한 예측판단은 심판대상조항의 위헌여부에 관하여 결정적 역할을 수행하게 되는데, 실제 존재하는 입법사실의 입법효과를 판단하는 것보다 그 평가적 판단의 진폭이 넓다.

또한 헌법재판소는 입법대안심사와 함께 심판대상조항과 관련된 기존의 제도가 기본권의 제한정도와 입법목적의 실현정도에 미치는 정도를 최소침해성심사에서 고려하기도 한다. 예컨대 합헌논증의 경우, 심판대상조항과 관련된 기존의 제도가 기본권제한의 정도를 완화시킨다는 논증을 하거나 기존의 제도를 통해서도 입법목적의 실현이 이루어질 수 있다고 논증을 하기도 한다.<sup>40)</sup> 이 경우 기존의 제도가 기본권 제한정도와 입법목적의 실현정도에 미치는 영향은 입법사실에 기초한 예측사실에 해당한다.

헌법재판소는 일상 경험칙상의 판단이나 일반적인 사회적·경제적 자료에 근거하여 이러한 예측사실을 판단하는 것이 보통이다.

마지막으로 법익균형성심사는 심판대상조항에 의한 입법목적의 실현정도와 심판대상조항에 의해 제한되는 기본권의 제한정도를 비교형

39) 같은 취지로는 김하열, 앞의 논문, 50-51면 참조.

40) 대표적으로 헌재 2017. 8. 31. 2016헌바447, 판례집 29-2상, 363, 370-372 참조. 동결정의 재판관 이진성의 보충의견은 위와 같은 기본권제한의 정도에 관한 논증은 법익균형성심사에서 해야 하고 최소침해성심사에서는 입법대안심사만을 해야 한다고 한다.



량하는 규범적 평가이다.<sup>41)</sup> 심판대상조항에 의한 입법목적의 실현 정도와 기본권의 제한정도를 각각 판단하는 과정에서 입법자의 입법효과에 대한 예측판단과 기본권의 제한에 미치는 사실적 영향이 고려되었지만, 이러한 사실적 요소는 어디까지나 양 법익의 비교형량에 의한 규범적 평가의 소재가 될 뿐이다. 헌법재판소는 비교형량의 전제가 되는 사실적 요소를 확인하기 위해서 일상 경험칙상의 판단이나 일반적인 사회적·경제적 자료에 근거하여 이러한 예측사실을 판단하는 것이 보통이다.

#### 나. 평등원칙 심사와 입법사실

법령이 평등원칙에 위배되는지는 ① 비교집단 간에 차별이 존재하는지, ② 그 차별에 헌법적 정당성이 있는지 여부의 두 단계로 나누어 판단한다. ①의 단계는 적정한 비교의 관점에서 비교집단을 설정하는 단계와 비교집단 일방에 불리한 차별이 존재하는지 여부를 판단하는 단계로 구성된다. ②의 단계에서 차별의 헌법적 정당성 여부는 합리성 심사 또는 비례성심사에 따른다.<sup>42)</sup>

심판대상조항의 수범자와 적정한 비교의 관점에서 비교집단을 설정하는 것은 입법자가 비교집단 간에 법적 차별을 야기한 경우, 심판대상조항에 의한 차별효과와 그 차별효과를 정당화할 수 있을 정도의 합리적 이유나 비례성에 부합하는 이유가 존재하는지 여부를 심사해야 한다. 여기서 차별효과는 입법자가 입법사실에 기초하여 설정한 예측사실에 해당한다. 그 차별효과를 정당화할 수 있는 합리적 이유 내지 비례성요건의 충족 이유를 논증하기 위한 내용 중 하나로서 경험칙상의 판단에 근거한 사실적 요소를 원용할 수 있다.

---

41) 같은 취지로는 김하열, 앞의 논문, 52-53면 참조.

42) 평등권심사에서 엄격한 심사척도와 이를 적용할 수 있는 사유를 처음 소개하고 적용한 판례는 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787-788 참조.

한편 입법자가 법령의 해석상 비교집단 간에 법적 차별을 야기하지 않았음에도 불구하고 비교당사자가 처한 사실상의 사정에 의해 실질적 차별효과가 발생하는 경우도 있다. 법문언상 비교집단에 대해 동등하게 취급하였지만 당사자가 처한 사실적 사정에 의해 실질적으로 차별효과가 발생한 경우, 법문언상 차별취급에 관한 규정은 없고 중립적 외관을 취하고 있지만 당사자가 처한 사실적 사정에 의해 실질적으로 차별효과가 발생한 경우(간접차별)가 있다. 만약 입법자가 의도적으로 차별목적을 은폐한 경우에도 헌법재판소는 위와 같이 사실적 차별의 실질적 차별효과를 인정함으로써 차별취급을 인정하고 차별의 헌법적 정당성 여부의 판단으로 나아갈 수 있다. 위와 같은 경우들에 있어 관련 사실적 사정에 의해 실질적 차별효과를 인정할 수 있는지 여부에 대하여 헌법재판소는 경험칙과 일반적인 사회적·경제적 자료에 의하여 판단하는 것이 보통이다. 비교집단간 차별효과의 차이가 통계로 실증화될 경우 실질적 차별효과를 인정하는데 큰 도움이 될 것이다.<sup>43)</sup>

마지막으로 과거 오랫동안 차별을 받아온 집단에 대하여 그 차별로 인한 불평등한 결과를 시정하기 위하여 입법자는 차별을 통해 실질적 평등을 구현하는 방식으로 우대조치(적극적 평등실현조치)를 규범화할 수 있다. 특정 집단에 대한 역사적 차별과 그로 인한 불평등한 결과는 우대조치규정의 입법기초사실에 해당한다. 우대조치규정의 차별효과는 입법자가 우대조치규정을 통해 기대하는 예측사실에 해당한다.

다. 입법사실의 변경과 위헌사유: 후발적 위헌, 판례변경, 반복입법

#### (1) 후발적 위헌과 입법사실

위헌법령의 경우 위헌사유의 존재시점에 따라 위헌사유가 법령제정 시부터 있었던 경우와 위헌사유가 법령제정시에는 없었지만 시간이

---

43) 같은 취지로는 김하열, 앞의 논문, 326면 참조.

경과함에 따라 처음에 존재하지 않았던 위헌사유가 사후에 존재하여 위헌이 된 경우로 나누어 볼 수 있다. 전자를 원시적 위헌이라고 하고, 후자를 후발적 위헌이라고 한다. 후발적 위헌의 경우 위헌사유는 입법 사실의 변화와 밀접한 관련이 있다. 후발적 위헌의 경우 법령제정시에는 입법자가 인식한 입법사실과 그에 대한 평가와 입법효과에 대한 예측에 아무런 오류가 없고 헌법에 합치하는 것이었지만, 시간이 경과하면서 해당 법령과 관련된 입법기초사실이나 입법효과에 큰 변화가 생기면서 해당법령에 위헌성이 발생하게 된다.<sup>44)</sup> 어떤 범죄가 오랜 시간이 경과하면서 국민들 사이에서 범감정의 변화가 일어나 그 구성요건행위에 대하여 더 이상 범죄로 인식하지 않게 되는 변화도 (주관적) 입법사실의 변화에 해당한다. 후발적 위헌의 경우 법령의 효력상실 시점이 문제 되는 사안은 심판대상조항이 형벌조항일 경우이다. 심판대상조항이 형벌조항이 아닌 경우에는 원시적 위헌이든 후발적 위헌이든 위헌결정의 효력이 장래효에 그치지만, 심판대상조항이 형벌조항인 경우 특정 시점 이후에는 위헌사유가 존재하지 않음에도 불구하고 원칙적으로 위헌결정의 효력이 법률제정시로 소급하기 때문이다(헌재법 제47조 제3항).<sup>45)</sup> 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효제한에 관한 입법이 없었을 때에는 해석을 통해 해당 위헌결정의 소급효를 제한함으로써 후발적 위헌의 시점을 정할 수 있을지 여부에 대한 논란이 있었으나, 현재는 심판대상조항에 대한 종전 합헌결정이 있는 날의 다음 날까지로 소급하는 입법을 둬으로써 이를 해결하였다(헌재법 제47조 제3항 단서).

44) 후발적 위헌과 변화된 입법사실에 관하여는 강일신, 앞의 논문, 17-18면 참조.

45) 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효제한에 관한 입법이 없었을 때에는 해석을 통해 해당 위헌결정의 소급효를 제한함으로써 후발적 위헌의 시점을 정할 수 있을지 여부에 대한 논란이 있었으나, 현재는 심판대상조항에 대한 종전 합헌결정이 있는 날의 다음 날까지로 소급하는 입법을 둬으로써 해결하였다(헌재법 제47조 제3항 단서).

## (2) 판례변경과 입법사실

심판대상조항과 관련된 입법기초사실과 그에 따른 입법효과의 변화는 판례변경의 근거가 되기도 한다.<sup>46)</sup> 예컨대 과잉금지심사에서 입법기초사실이 변화되어 심판대상조항의 입법효과가 변경될 경우, 수단의 적합성심사에 영향을 미치거나 입법기초사실 자체의 변화에 의하여 최소침해성심사에서 입법대안의 입법효과의 결과가 변경될 수 있기 때문이다. 실제로 헌법재판소는 판례변경 여부를 심사할 때 선행결정의 심사내용을 제시하고 재판시점을 기준으로 입법기초사실이나 그에 따른 입법효과의 변화가 존재하는지 여부를 판단한다.<sup>47)</sup>

## (3) 반복입법과 입법사실

헌법재판소가 법률조항에 대해 위헌결정을 내린 경우 입법자가 위헌결정을 받은 법률조항과 동일한 내용의 입법을 하는 것, 즉 반복입법이 종전의 위헌결정의 기속력에 위반되는지 여부는 견해대립이 있다.<sup>48)</sup> 종전 위헌결정의 위헌판단의 근거가 된 사실적 및 법적 관계나 그에 대한 견해의 근본적인 변화가 발생하는 특별한 정당한 사유가 있는 경우에는 반복입법이 허용된다고 보는 것이 학계의 다수설이다.

---

46) 판례변경의 근거가 되는 입법사실의 변화는 사회과학적 지식의 변화 등 객관적인 것뿐만 아니라 법감정 등 주관적인 것도 포함된다. 간통죄선례변경 사건에서 간통행위에 대한 국민인식의 변화를 예로 들 수 있다(헌재 2015. 2. 26. 2009헌바17등, 판례집 27-1상, 20, 27-28).

47) 예컨대 헌재 2020. 11. 26. 2018헌마733등, 판례집 32-2, 547. 561 참조: “(나) 선례 변경의 필요성 1) … 청구인들의 이러한 주장은 변호사시험 합격자 수 및 합격률 등에 관한 것으로 이는 헌법재판소의 위 선례 결정 당시 이미 고려된 것이고, 또한 위 결정이 있었던 후의 법학전문대학원 입학자 대비 변호사시험 누적합격률도 위 결정의 예측의 범위에서 벗어나는 것으로 보이지 않는다. 따라서 청구인들이 주장하는 바와 같은 사정변경이 있다고 볼 수 없다.”

48) 위헌결정의 기속력이 입법자에게도 미치는지 여부, 즉 반복입법의 허용가능성에 대한 학계의 견해대립에 관하여는 공진성, “반복입법금지에 관한 소고”, 헌법학연구 제16권 제4호, 2010, 364면 각주 2 참조.

이러한 정당한 사유에는 위헌결정의 근거가 된 입법기초사실이나 그에 따른 입법효과의 변화도 포함된다. 헌법재판소는 위헌결정의 기속력이 반복입법을 금지하는지 여부에 대한 입장을 유보하면서도 위헌결정된 법률조항의 반복입법인지 여부에 대한 판단은 하고 있다.<sup>49)</sup> 여기서 법률내용의 중복, 입법목적이나 입법동기, 관련조항들의 체계뿐만 아니라 입법당시의 시대적 배경과 같은 입법사실을 포함하여 종합적으로 실질적 동질성을 판단하고 있다.

### III. 실무상 사실인정 현황과 문제점

#### 1. 적법요건 관련 사법사실에 관한 확인

헌재법은 규범통제절차에서 (사법사실이든 입법사실이든) 사실인정을 위해 원용할 수 있는 다양한 규정을 두고 있다. 첫째, 재판부가 직권으로 변론을 열어 당사자 또는 증인의 신문, 당사자 또는 관계인에 대한 증거자료의 제출 요구, 감정 및 검증을 요구하는 방법이다(헌재법 제31조). 둘째, 당해 소송사건 당사자, 법무부장관이나 이해관계 있는 국가기관 등이 제출한 법률의 위헌여부에 관한 의견서나 관련 자료를 참조하는 방법이다(헌재법 제44조, 제74조). 셋째, 재판부가 국가기관이나 공공단체에 대하여 사실인정에 필요한 사실조회를 하거나 기록의 송부나 자료의 제출을 요구하는 방법이다(헌재법 제32조). 넷째, 위헌법률심판의 경우 법원이 제출한 위헌제청서(헌재법 제43조) 및 관련 소송자료, 위헌심사형 헌법소원의 경우 청구인의 심판청구서(헌재법 제71조 제2항 및 제43조) 및 법원의 위헌제청기각결정문 및 관련 소송자료, 법령에 대한 헌법소원의 경우 청구인의 심판청구서(헌재법 제71조 제1항)를 참조하는 방법이다. 다섯째, 부적법한 심판청구에 대하여는 재판장이 보정명령을 내리는 방식으로 사실인정을 보충

49) 반복입법과 관련된 헌법재판소판례분석은 공진성, 앞의 논문, 367-377면 참조.

할 수 있다(헌재법 제28조). 한편 헌재법상 근거는 없지만 헌법재판소는 각종 사회과학적인 조사나 연구결과 내지 법원 정보검색시스템 등 온라인검색을 통해 사실인정을 위한 정보를 획득하기도 한다.

위와 같은 사실확인 방식 중에는 부적법한 청구에 대한 보정명령과 같이 주로 사법사실을 확인·보충하기 위한 방식이 있다. 심판대상규범과 관련된 사회과학적인 연구결과를 참조하거나 변론을 열어 본안판단에 관한 심리를 하는 방식은 대체로 입법사실을 확인하기 위해 활용된다. 대부분의 사실확인 방식들은 입법사실뿐만 아니라 사법사실을 확인하기 위해서도 활용된다. 청구인이 제출한 청구서나 법원이 제출한 소송기록, 당해 소송사건 당사자, 법무부장관이나 이해관계 있는 국가기관이 제출한 의견서에는 입법사실에 관한 내용뿐만 아니라 적법요건과 관련된 사법사실에 관한 정보도 포함되어 있다. 국가기관 등에 대한 사실조회도 입법사실이나 사법사실을 가리지 않고 활용될 수 있다.

규범통제절차의 적법요건판단과 관련하여 헌법재판소는 기본적으로 청구인의 청구서(법령소원 또는 위헌심사형 헌법소원심판)나 당해 사건 법원의 결정문(위헌제청서 및 기각결정문), 기타 당해 사건 소송기록 등을 기초로 적법요건과 관련된 사법사실을 확인한다. 위헌법률심판이나 위헌심사형 헌법소원심판의 경우, 재판의 전제성 등 적법요건 판단을 하기에 부족한 부분이 있는 경우에는 재판관이나 헌법연구관이 법원의 사건검색시스템에 접속하여 직접 사건정보를 획득하거나 재판부가 법원에 사실조회, 기록송부, 자료제출을 요구할 수 있다(헌재법 제32조 본문). 특히 법원이 위헌제청신청을 기각하거나 인용할 때 재판의 전제성이 있는지에 관해 이유설시를 하지 않는 경우가 많기 때문에 재판의 전제성을 판단하기 위하여 당해 사건 기록의 검토가 필요하다. 그런데 헌재법은 진행 중인 재판이나 범죄수사에 지장을 초래하지 않도록 재판·소추 또는 범죄수사가 진행 중인 사건의 기록에 대하여는 송부를 요구할 수 없도록 하고 있다(헌재법 제32조 단서).<sup>50)</sup>

---

50) 이에 대한 비판 견해로는 헌법재판연구원, 앞의 책, 372면; 양건/김문현/남복현, 헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서, 헌법재판소, 1999, 57-60면 참조.

재판 중인 사건 등의 기록에 대해 송부가 이루어지지 않았음에도 이에 대해 헌법재판소가 기록의 송부를 요청할 수 없다면, 재판의 전제성이나 법원의 심판대상규범에 대한 해석 등 규범통제절차에서 필요한 정보를 획득하지 못하여 규범통제절차의 심리에 장애가 발생하는 문제가 발생한다.<sup>51)</sup>

그 밖에 법무부장관이나 이해관계기관의 의견서에 서술된 적법요건에 관한 견해를 참조할 수 있다(헌재법 제44조 제74조). 법령소원심판의 경우도 예컨대 청구서에 기본권침해의 자기관련성이나 기본권침해 가능성을 판단하는데 필요한 사실관계가 불분명하게 서술된 경우, 이를 분명히 하기 위해 보정명령을 내리는 형식으로 사실관계에 관해 소명할 기회를 부여하기도 한다(헌재법 제28조). 또한 국가기관의 통지 등을 통해 청구인이 법령에 의한 기본권침해 사실을 알았는지 여부를 해당 국가기관에 사실조회를 통해서 확인할 수 있다(헌재법 제32조).

## 2. 입법사실확인의 기초가 되는 입법자료의 미비와 입법자료취득의 한계

규범통제절차의 본안판단에서 심판대상규범과 관련된 입법사실이 문제되는 경우는 대체로 심판대상규범이 최초 입법단계부터 입법기초사실이나 입법효과에 관한 근본적인 오해나 잘못에서 비롯되었거나, 시간이 흐름에 따라 입법 당시의 입법기초사실과 입법 당시에 기대했던 장래의 예측효과에 변화가 있는 경우 등이다.

규범통제절차의 본안판단에서 중요한 위와 같은 사실인정의 대상은 입법 당시의 입법기초사실과 예측효과, 즉 입법사실이며, 이러한 입법사실을 확인해 줄 수 있는 일차적인 기관은 바로 그 법률을 제정한 국회이다. 그런데 국회가 법률을 제정하는 과정에서 충분한 입법사실의 근거를 기록으로 남기지 않은 경우에는 헌법재판소는 규범통제절차에서 중요한 심판대상규범에 관한 입법사실의 기초와 근거를 국회

---

51) 양건/김문현/남복현, 앞의 보고서, 56-60면.

로부터 어떠한 방식으로든 획득할 수 없다는 근본적인 문제가 있다.

그런데 실제 국회는 의안원문, 위원회회의록, 검토보고서 등을 국회 의안정보시스템에 등록하여 놓지만 대부분 대강의 입법취지, 입법내용을 규정한 의안원문, 소관위원회 검토보고서, 소관위원회 및 본회의 회의록 등만을 확인할 수 있을 뿐이다. 입법사실에 관한 내용은 대체로 의안원문 중 제안이유에서 확인할 수 있는데, 제안이유는 입법의 배경과 목적에 대한 대강의 정보만을 확인할 수 있고 그 밖에 회의록에 개별조항에 관하여 입법사실에 관한 논의가 있는 경우에 한하여 매우 제한적으로만 관련 입법사실을 파악할 수 있을 뿐이다.<sup>52)</sup> 이와 같은 의안정보는 국회가 일반에게 제공하는 공개된 정보에 해당한다. 헌법재판실무에서 국회가 일반에게 제공하는 위와 같은 정보만으로 규범통제절차에서 심판대상규범과 관련된 구체적인 입법사실을 파악하는 데에는 어려움이 있을 것으로 생각된다.

설령 국회가 법률을 제정하는 과정에서 충분한 입법사실에 대한 근거를 기록으로 남겼다고 하더라도 헌법재판소가 심판대상과 관련하여 입법의 기초와 근거가 된 사실과 해당 입법을 통해서 입법자가 기대하는 예측효과를 파악할 수 있는 가장 기본적인 정보인 입법자료를 국회로부터 취득할 수 없다면, 헌법재판소로서는 심판대상규범과 관련된 입법사실을 직접 조사·확인하여야 한다. 이러한 경우 입법시점과 재판시점의 시간적 간극으로 인한 입법사실의 확인을 위한 입법자료 취득의 어려움, 입법사실을 파악하기 위한 인적·물적 자원의 부족으로 인한 입법자료취득의 한계 등을 고려할 때, 헌법재판소는 최선을 다해 입법자료를 확인한다고 하더라도 입법자가 기초로 한 입법기초사실 내지 예측사실과 차이가 있을 가능성을 배제할 수 없다. 이에 따라 입

---

52) 국회 의안정보시스템 홈페이지(<http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do>)에서 확인할 수 있다. 참고로 위원회회의록을 보면 법률의 쟁점사안에 대하여 별도의 입법자료를 통해 소명한다는 언급된 경우도 일부 있는데, 그러한 별도의 입법자료는 의안정보시스템에 등록하는 항목이 없기 때문에 국회 외부에서는 접근하기 어려운 정보에 해당한다.



법자가 의도한 것과 거리가 있는 (또는 그와 벗어난) 입법사실을 기초로 규범통제심판을 할 우려가 있다는 문제가 있기 때문에 헌법재판소로서는 규범통제절차에서 가급적 입법자가 기초한 입법사실을 파악하는 것이 중요하다.

한편 국회는 입법 관련 조사·연구 등을 위하여 정부, 행정기관 등에 자료를 요구할 수 있고 해당기관은 특별한 사유가 없는 한 이에 따라야 할 의무를 부과하고 있다(국회법 제122조, 제128조, 국회입법조사처법 제9조, 국회도서관법 제11조의2).<sup>53)</sup> 국회는 국회와 정부 간 구축된 의정자료전자유통시스템을 통해 온라인으로 위와 같은 입법자료를 요구하고, 대상기관으로부터 수집된 입법자료는 모두 해당 의정자료전자유통시스템에 데이터베이스화 되어 있다.<sup>54)</sup> 다만, 본 시스템은 의원실, 위원회, 전문위원 등 권한있는 국회직원에 한하여 인증을 통해 입법정보를 요구·검색 등 활용할 수 있고, 대상기관은 요청된 정보를 제출할 수 있으며, 일반인에 대한 접근을 차단하고 있다.<sup>55)</sup> 의정자료전자유통시스템에 구축되어 있는 입법자료는 의원별, 위원회별, 자료성격별로 분류되어 있는데, 헌법재판소가 위 시스템에 접근할 수 있다면 규범통

---

53) 의원의 대정부 서면질문과 본회의, 위원회, 소위원회의 자료제출 요구에 대하여 정부나 행정기관 등은 원칙적으로 10일 이내에 제출해야 할 의무를 부과하고 있다(국회법 제122조 제3항, 제128조 제5항).

54) 의정자료전자유통시스템은 문서작성·제출 등으로 낭비되는 비용을 절약하고 국회와 행정부 간 전자적 자료생성 유통시스템을 확립하고자 2004년부터 구축되어 시행되고 있다. 동시스템은 현재 법률안, 예결산심의, 국정감사 등 의정활동 중에 국회와 행정부간 전자적으로 자료를 유통하기 위한 ‘자료요구·제출’기능과 이를 통해 수집된 자료 등의 데이터베이스화를 통한 ‘자료검색’기능을 핵심기능으로 하고, 자료유통시 발생하는 결제행위를 전자적으로 시행할 수 있도록 전자결제시스템을 도입하였다. 또한 권한 없는 사람의 접근이나 위변조를 방지하기 위해 ‘인증시스템’을 연계해서 도입하고 있다. 이에 따라 의원실, 위원회, 전문위원 등 국회직원에 한하여 시스템에 접근할 수 있고 일반인은 접근할 수 없도록 하고 있다(홈페이지: <https://naps.assembly.go.kr:444/egsign/main/login.jsp> 참조). 동 시스템의 기능에 대한 자세한 내용은 국회 과학기술정보통신위원회, 의정자료전자유통시스템매뉴얼, 국회전자도서관 자료, 2004; 권대수, “중이 없는 국정감사 어디까지 왔나”, 국회보 통권 제454호, 2004, 56-59면 참조.

55) 권대수, 앞의 글, 57-58면 참조.

제절차에서 입법사실을 확인하는데 도움이 되리라 생각되지만, 위 시스템은 권한있는 국회직원이 아니면 접근할 수 없으므로 헌법재판소로서는 위 시스템을 통해서도 입법자료를 확인하기 어렵다.

결국, 헌법재판소는 입법의 기초와 근거가 된 사실과 해당 입법을 통해서 입법자가 기대하는 예측효과를 파악할 수 있는 가장 기본적인 정보인 입법자료를 제대로 확보하지 못한 상태에서 사실인정을 할 수 밖에 없는 사정에 처할 경우가 빈번할 것으로 생각된다.<sup>56)</sup>

### 3. 규범통제절차에서 구두변론과 증거조사:

#### 구두변론과 증거조사의 제한적 활용

헌법재판소의 심리는 구두변론 또는 서면심리에 의한다. 서면심리는 당사자, 제청법원, 이해관계인, 참고인 등이 제출하는 서면자료와 사실조회 회신이나 기록 등을 토대로 사건에 대한 심리가 진행되는 것을 말한다. 위헌법률심판과 헌법소원심판은 필요적 변론사건(탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판)은 아니므로, 서면심리를 원칙으로 한다(헌재법 제30조 제1항). 다만, 재판부가 필요하다고 인정되는 경우에 변론을 열어 당사자, 이해관계인, 그 밖의 참고인의 진술을 들을 수 있다(헌재법 제30조 제2항).<sup>57)</sup>

규범통제의 기초가 되는 입법사실의 변화를 확인하는데 필요한 기존의 조사·연구자료가 충분하지 않을 경우 재판부는 변론을 열어 이해

---

56) 헌법재판소는 규범통제절차에서 심판대상조항의 입법목적의 정당성이나 심판대상조항이 추구하는 공익에 대한 평가를 할 때 가장 기본적으로 참조해야 할 심판대상조항에 관한 입법자료를 (아예 존재하지 않거나 존재하는 경우에도 일반인에게 공개된 전산망에 등록되어 있지 않은 관계로) 획득하지 못한 채 위헌여부의 심사를 하는 경우가 많다.

57) 서면심사의 주요자료들은 제청법원의 제청서, 청구인이 제출하는 청구서와 관련자료, 이해관계인이 제출하는 의견서, 사실조회 회신, 관련자료나 기록(법 제32조), 참고인이 제출하는 의견서(심판규칙 제13조 제15조) 등이 있다. 헌법재판연구원, 앞의 책, 350면.

관계인이나 참고인의 진술을 들을 수 있다. 그러나 재판부가 필요적 변론사건이 아닌 사건유형에서 서면심리 이외에 변론을 여는 경우는 그러한 사건유형의 전체 수를 고려할 때 상당히 드물다.<sup>58)</sup> 실제 변론을 열어 참고인의 진술을 듣고 의견서를 제출받는 경우에도 재판부는 대체로 법률전문가를 참고인으로 지정하고, 극히 일부 사건에서 직권으로 사실인정을 보완하기 위해 해당 분야의 전문가를 추가적으로 참고인으로 지정하는 것으로 볼 때, 재판부가 사실관계에 관한 전문가를 변론절차에서 적극적으로 활용하는 것으로 보이지 않는다.<sup>59)</sup>

변론을 열어 사실관계인 전문가의 참고인 진술을 듣는다면 심판대상구범과 관련된 사실관계를 확인할 때 상당히 도움이 될 수 있는 것과 마찬가지로(헌재법 제30조 제2항), 변론을 열지 않고서도 전문가인 제3자의 의견표명을 들을 수 있다면, 변론을 거의 열지 않는 헌법소원심판 내지 위헌법률심판사건 중 대부분의 중요사건의 사실관계를 용이하게 확인하는데 도움이 될 것이다. 그러나 우리 헌재법은 변론이나 증거조사를 전제로 하지 않고서는 전문가인 제3자의 의견표명을 들을 수 있는 근거를 두고 있지 않고, 실무적으로도 변론을 전제로 하지 않는 제3자의 의견표명이 활용되는 사례를 확인하기 어렵다.<sup>60)</sup>

58) 2022년의 경우, 재판부가 처리한 구범통제사건(위헌법률심판, 위헌심사형 헌법소원심판, 법령소원)은 867건이었으나 변론은 단 6건(당해년도 전체 변론사건은 권한쟁의심판 2건 포함 8건)에 불과하였다. 관련통계는 아래의 헌법재판소 홈페이지 참조. (<https://www.ccourt.go.kr/site/kor/stats/selectEventGeneralStats.do> 참조) (<https://www.ccourt.go.kr/site/kor/info/selectDiscussionList.do> 참조)

59) 2022. 7. 14. 변론이 열린 2019헌바59 사형제도 사건에서 청구인측과 이해관계인측 참고인(모두 헌법교수) 외에 헌법재판소가 직권으로 범경제학 전공 교수를 참고인으로 지정한 사례는 매우 드문 사례에 해당한다.

60) 헌재법은 위헌법률심판의 경우 당사자와 법무부장관에 대하여, 헌법소원심판의 경우 법무부장관, 이해관계 있는 국가기관, 공공단체에 대하여 의견서를 제출할 수 있다고만 규정하고 있을 뿐이다(헌재법 제74조 제1항). 심판규칙은 의견서제출기관의 범위를 이해관계 있는 공공단체와 사람까지 확장시켰으나(헌재 심판규칙 제10조 제1항, 제2항), 이해관계인을 대상으로 한 것이므로 전문가인 제3자의 의견표명에 관한 규정이라고 보기 어렵다. 심판규칙은 구두변론절차 규정에 이어서 전문가인 참고인지정에 관한 규정을 두고 있는데(헌재 심판규칙 제13조). 이는 조문체계상 구두변론을 전제로 한 참고인 의견표명으로 보인다. 참고로 독일연방헌재

한편 위헌법률심판이나 헌법소원심판에서 구두변론을 하는 경우 쟁점이 복잡하고 결정이 국민의 기본권이나 헌법질서에 미치는 영향이 큰 경우가 보통이므로, 효율적이고 집중적인 심리를 위해 심판준비절차를 거칠 필요성이 높다. 재판부는 개별사건에서 심판준비절차를 거칠 필요가 있다고 판단하면 재판장이 지정한 수명재판관은 심판준비절차를 담당하게 한다(심판규칙 제11조 제2항). 신속·적정한 재판을 모색하기 위해 이러한 심판준비절차에서는 증거조사가 집중된다.

재판부는 사건의 심리를 위해 필요성이 있으면 직권 또는 당사자의 신청에 따라 증거조사를 할 수 있다.<sup>61)</sup> 증거조사란 재판관의 심증형성을 위하여 법정 절차에 따라 인적·물적 증거의 내용을 오관(五官)의 작용에 의해 지각하는 헌법재판소의 소송행위이다. 헌재법은 증거조사의 방법으로 당사자신문, 증인신문, 당사자 또는 관계인에 대한 문서·물건 등 증거자료 제출요구, 감정, 검증을 규정하고 있다(헌재법 제31조 제1항).<sup>62)</sup> 입법사실의 확인을 위해 위와 같은 증거조사방법을 고려할 수도 있지만, 실무적으로는 위와 같은 증거조사방법 자체를 거의 활용하고 있지 않다.<sup>63)</sup>

한편 헌재법 제32조는 재판부가 결정으로 국가기관 등에게 심판에 필요한 기록송부나 자료제출 등을 요구할 수 있도록 규정하고 있는데, 국가기관 등이 소장 기록이나 자료를 대외로 반출하기 어려운 사정이

법은 공식적인 증거조사를 전제로 하지 않고 재판부가 제3자에게 의견표명의 기회를 부여할 수 있도록 하는 규정을 두고 있다(연방헌재법 제27a조). 이와 관련하여 아래 ‘제4장 제2절 2. 가. 전문가인 제3자의 의견표명’ 참조.

61) 헌법재판소는 89헌마5 검사의 공소권행사에 관한 헌법소원사건, 2000헌마96·103 한의사전문의의 수련 및 자격인정등에 관한 규정 제18조등 위헌확인사건등에서 증인신문을 한 바 있고, 89헌마61 국가배상법 제2조에 관한 헌법소원사건, 99헌마289 국민건강보험법 제33조 제2항 등 위헌확인사건 등에서 청구인 본인신문을 하였고, 88헌마4 사회보호법의 위헌여부에 관한 헌법소원사건, 92헌마237 도로예정 지미수용 위헌확인 사건, 90헌마125 날치기처리 사건 등에서 현장검증을, 89헌마31 공권력행사로 인한 재산권침해에 대한 헌법소원사건 등에서 서증조사를 매우 드물게 실시한 바 있다. 헌법재판소, 헌법재판소 20년사, 2008, 199면.

62) 각 증거조사방식에 관한 상세한 내용은 헌법재판연구원, 앞의 책, 357-363면 참조.

63) 강일원, 앞의 논문 21면.

있는 경우에는 동 규정에 근거하여 자료제출을 요구하여도 답변을 받기 어렵다. 이러한 경우 헌재법 제31조 제1항에 근거하여 직접 해당 기록이나 문서가 있는 장소에서 서증조사를 한 후 해당 문서의 사본을 헌법재판소에 제출하도록 하는 방안을 고려할 필요가 있다(심판규칙 제41조 참조).<sup>64)</sup>

#### 4. 법무부장관이나 이해관계기관의 의견서 제출: 임의제출형식의 한계

헌법재판소는 위헌법률심판과 위헌심사형 헌법소원심판의 적법요건이나 본안판단에 관한 사실인정을 할 때, 법무부장관이나 이해관계기관이 제출한 의견서를 참조한다. 위와 같은 규범통제절차에서 헌법재판소는 위헌제청 내지 심판회부가 있으면 당해사건 당사자, 법무부장관 등에게 제청서등본송달 내지 통지의 형식으로 그 사실을 알리면서(헌재법 제27조 제2항, 제73조 제2항), 의견서제출을 요청할 수 있고, 이에 따라 법무부장관, 이해관계 있는 국가기관 및 공공단체는 의견서를 제출할 수 있다(헌재법 제44조, 제74조 제2항, 심판규칙 제10조).<sup>65)</sup>

이러한 법무부장관과 이해관계기관의 의견제출은 임의제출형식이다. 법무부장관 등이 심판대상규범의 위헌여부에 대하여 의견서 및 관련 자료를 제출하는 경우가 많지만, 아무런 의견도 제출하지 않는 경우도 적지 않다는 문제가 있다.<sup>66)</sup>

---

64) 헌법재판연구원, 앞의 책, 361면 참조.

65) 한편 권리구제형 헌법소원(법령소원)의 경우도 전원재판부에 심판이 회부되면, 법무부장관에게 그 사실이 통지되고, 법무부장관과 이해관계가 있는 국가기관 또는 공공단체는 헌법재판소의 심판에 관한 의견서를 제출할 수 있다(헌재법 제74조 제1항).

66) 강일원, 앞의 논문, 21면.

## 5. 국가기관 또는 공공단체 기관에 대한 자료제출 등의 요구

재판부가 규범통제절차에서 다른 국가기관 등에게 직접 요청하여 받을 수 있는 정보획득절차 중에서 가장 많이 활용하고 있는 절차는 현재법 제32조에 따른 정보취득절차이다.<sup>67)</sup> 현재법 제31조에 따른 문서송부촉탁 등 증거조사절차는 매우 드물게 활용된다.

현재법 제32조는 “재판부는 결정으로 다른 국가기관 또는 공공단체의 기관에 심판에 필요한 사실을 조회하거나, 기록의 송부나 자료의 제출을 요구할 수 있다.”고 하여 재판부가 다른 국가기관 등에 대해 사실조회, 기록송부, 자료제출을 요구할 수 있는 근거를 마련하고 있다. 재판부는 현재법 제32조에 근거하여 결정으로 심판대상규범의 입법사실을 파악하기 위해 국가기관이나 공공단체 등 관계기관에게 사건을 심판하는데 필요한 사실조회, 소송기록, 자료제출을 요구할 수 있다. 그러나 현재법 제32조에 따른 자료제출 등에 관하여는 몇 가지 문제가 제기된다.

첫째, 헌법재판소가 규범통제절차에서 법원이나 국가기관에 대하여 어떤 법리와 사실인정을 전제로 심판대상규범을 해석하였는지를 묻는 질의가 헌법재판에서 필요할 수 있는바, 현재법 제32조에 근거한 제출 대상에 심판대상규범에 대한 해석 등 법적 문제에 대한 답변이 포함될 수 있는지 여부가 문제된다. 심판대상규범에 대한 해석 등 법적 문제에 대한 답변은 해당기관이 기왕에 소지하고 있는 기록이나 자료라고 보기는 어려울 것이고, 법리와 사실인정에 기초한 규범의 해석에 관한 논의가 단순히 사실조회 대상이 된다고 보기도 쉽지 않다는 문제가 있다. 또한 위와 같은 답변은 기왕의 소지한 문서를 대상으로 하는 현재법 제31조의 문서제출, 문서송부촉탁 등 서증신청의 대상인 문서에도 해당하지 않을 것이므로, 동조에 근거한 증거조사의 대상이 되기도 어렵다. 심판대상규범에 대한 법원의 해석이나 법적 문제에 대

---

67) 강일원, 앞의 논문, 21면.

한 법원의 견해는 헌법재판소가 규범통제를 할 때 심판대상규범에 의한 기본권제한의 정도 등을 파악하고 심판대상규범의 위헌범위를 결정하는데 중요한 정보에 해당하는데, 이러한 정보를 획득할 수 있는 근거가 부재하다는 문제가 있다.<sup>68)</sup>

둘째, 헌재법 제32조 단서는 재판부가 다른 국가기관 등에 송부를 요구할 수 있는 대상 중에서 재판·소추 또는 범죄 수사가 진행 중인 사건의 기록을 제외하고 있다. 동조 단서에서 기록송부를 제한한 이유는 기록송부가 진행 중인 재판이나 수사에 영향을 미칠 가능성이 있기 때문에 이를 차단하기 위한 것으로 보인다.<sup>69)</sup> 그러나 위와 같은 소송기록은 위헌법률심판이나 위헌심사형 헌법소원심판의 재판의 전제성 판단과 관련하여 필요한 자료인데, 제청법원이 제청결정서에 재판의 전제성에 관한 부분에 대한 구체적인 이유설시를 하지 않는 경우도 많다. 또한 소송기록은 사건의 실체를 파악하는데 필요한 자료로서 심판대상규범을 해석하는데도 영향을 미칠 수 있다. 이에 따라 해당 소송기록을 아예 접근하지 못하게 한다면, 규범통제절차의 원활한 사권심리에 장애를 초래할 수 있다.<sup>70)</sup>

셋째, 헌재법 제32조는 자료제출 등을 요구할 수 있는 근거만을 마련하고 있을 뿐이고, 재판부의 자료제출요구를 받은 국가기관 등의 협력의무를 규정하고 있지 않기 때문에 재판부의 자료제출 요구를 받은 국가기관 등은 적어도 헌재법상 명문의 규정에 근거하여서는 협력의무를 부담하지 않게 되므로 해당 국가기관의 자료제출의 실효성을 약

---

68) 참고로 독일연방헌재법은 법원에 대하여 연방헌법재판소에 법률상 및 직무상 지원의무를 부여하는데, 연방헌법재판소가 법원에 재판자료를 요청하거나 법적 의견을 구할 때 큰 실천적 의미를 지닌다(연방헌재법 제27조). 특히 연방헌법재판소법은 연방헌법재판소가 법원에 재판자료를 요구하거나 재판에서 중요한 법률문제에 대한 견해, 기본법의 당해사건에 대한 적용 및 해석방법 등에 대하여 설명할 것을 요청할 수 있음을 명시하고 있다(연방헌재법 제82조 제4항). 이와 관련하여 아래 ‘제4장 제2절 2. 나. 법원과 행정청의 법률상 및 직무상 지원’ 참조.

69) 헌법재판연구원, 앞의 책, 372면.

70) 양건/김문현/남복현, 앞의 보고서, 56-60면.

화될 수 있는 문제가 발생한다.<sup>71)</sup> 관계기관이 해당 사건에서 요구되는 사실 및 자료가 부처의 이해관계에 미치는 영향을 고려하여 사실조회나 자료제출에 응하지 않을 경우, 재판부로서는 (헌재법상의 명시적인 근거에 의하여서) 이에 대응할 마땅한 실효적 방안을 찾기 어렵다.<sup>72)</sup>

## 6. 준용을 통한 증거조사

재판부는 규범통제절차의 경우 헌재법 제40조의 준용규정을 통해 헌법재판의 성질에 반하지 않는 범위 내에서 민사소송법령상 증거조사절차에 관한 규정을 준용할 수 있다. 예컨대 서증신청절차에서 상대방이 어떠한 문서를 소지하고 있는지를 몰라 신청자가 제출할 문서를 특정하지 못할 경우, 신청대상인 문서의 취지나 증명할 사실을 개괄적으로 표시하여 신청하면 헌법재판소는 민사소송법을 준용하여 상대방 당사자에게 관련문서에 관하여 그 표시와 취지 등을 명확히 적어내도록 먼저 명령할 수 있다(헌재법 제40조, 민소법 제346조).<sup>73)</sup> 또한 문서제출명령신청이 있으면 헌법재판소는 제출의무와 그 소지사실에 대하여 심리한 후 그 허가 여부를 결정하여야 한다(헌재법 제40조, 민소법 제347조 제1항). 또한 헌재법은 “물건 또는 그 밖의 증거자료”에 대한 증거조사에서 그 조사대상의 범위와 절차에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않는데, 관련 민사소송에 관한 법령을 준용할 필요가 있다(헌재법 제31조 제2호, 민소법 제374조, 민사소송규칙 제120조, 제121조).<sup>74)</sup>

71) 이러한 협력의무에 관한 내용은 헌재법 제31조에 따른 증거조사절차에서 문서송부촉탁을 받은 자 등에 대하여 그것도 심판규칙 차원에서 규정되어 있을 뿐이다(심판규칙 제42조).

72) 예컨대 헌법재판소에 문의한 바에 따르면, 병역법 제3조 제1항, 병역법 제8조가 심사대상이었던 2019헌마245 사건에서 병력자원 수급 및 현행 복무기간 유지시 병력유지 가능성도 등에 관한 사실조회에서 국방부가 대외비라는 이유로 사실조회 회신을 거부한 사례가 있다고 한다.

73) 김현철/남복현/손인혁/허완중, 헌법소송의 특수성과 다른 소송법령의 준용의 범위 및 한계에 관한 검토, 정책개발연구 제11권, 헌법재판소, 2019, 172면.

74) 헌법재판연구원, 앞의 책, 362면.



한편 서증신청절차에서 서증조사의 상대방에 대한 협력의무는 현재법에 규정되어 있지 않고 헌법재판소심판규칙에 규정되어 있는데 그치므로(헌재법 제31조 제1호, 심판규칙 제39조, 제41조, 제42조), 재판부가 서증조사의 상대방에게 법률상 협력의무를 부과하기 위해 이에 관한 명문의 근거를 두고 있는 민사소송법의 준용을 고려할 수도 있을 것이다(민소법 제294조, 제352조의2).<sup>75)</sup> 그 밖에 현재법과 심판규칙은 공공기관 등에게 그 업무에 관한 사항에 관하여 필요한 조사의 촉탁에 관한 규정을 두고 있지 않은데, 재판부가 필요하다고 판단하면 이에 관한 민사소송법규정을 준용할 수도 있을 것이다(민소법 제294조).<sup>76)</sup> 그러나 헌법재판소는 헌법재판에서 현재법 제31조에 근거한 증거조사를 매우 드물게 활용하고 있을 뿐만 아니라, 현재법에 근거가 없는 새로운 증거조사방식을 민사소송법을 준용하여 행사한 사례를 확인하기 어렵다.

## 7. 기타 사회과학적인 조사·연구결과 등의 참조

재판부는 대체로 심판대상규범에 관한 입법사실과 관련된 기존의 사회과학적인 조사 및 연구의 결과나 경험칙에 근거하여 입법당시에 입법자가 예측했던 입법사실과 그 후 시간적 경과에 따른 입법사실의 변화를 판단한다. 이 방식이 재판부가 입법사실의 변화를 판단하기 위해 가장 일반적으로 활용하는 방식이라고 생각된다. 이와 관련한 법적 근거는 없으므로 재판부는 공식적인 법적 절차를 거치지 않고 재판관이나 헌법연구관이 수집한 비공식적인 자료를 통하여 사실을 인정하

75) 법원은 공공기관 등에게 보관 중인 문서의 등본·사본의 송부를 촉탁할 수 있고(민소법 제294조), 문서송부촉탁을 받은 사람은 정당한 사유가 없는 한 이에 협력할 의무가 있다(민소법 제352조의2).

76) 민사소송법 제294조(조사의 촉탁) “법원은 공공기관·학교, 그 밖의 단체·개인 또는 외국의 공공기관에게 그 업무에 속하는 사항에 관하여 필요한 조사 또는 보관 중인 문서의 등본·사본의 송부를 촉탁할 수 있다.”

는 셈이다.

사회과학적 조사·연구성과를 기초로 입법사실을 확인할 때 입법사실을 충분히 확인할 수 없거나 입법사실을 잘못 판단하는 경우도 있다. 심판대상규범의 입법사실과 관련된 기존의 조사·연구성과가 아예 존재하지 않는 경우도 있고, 조사·연구시점과 그 대상범위의 차이로 인하여 재판부가 정확한 입법사실을 확인하기 어려운 경우도 있다. 기존의 조사·연구성과 자체에 (예컨대 통계적인) 오류가 있을 수 있다. 이에 따라 자칫 재판관이나 헌법연구관이 객관적 사실과 다른 사실에 근거하여 입법사실을 판단하는 오류를 저지를 위험이 존재한다.<sup>77)</sup>

사실 규범통제절차에서 심판대상이 되는 규범들은 많은 경우 위와 같은 문제에 직면하게 되는데, 헌법재판소는 스스로 기존의 사회과학적 조사·연구결과들의 오류를 검증하거나 조사·연구의 시차나 대상범위의 차이를 고려하여 심판대상규범에 맞게 입법사실을 평가할 수 있는 조직·인력을 갖추고 있지 않기 때문에 입법사실을 신속하고 정확히 판단하기 어려운 측면도 있다.

사건에 관한 조사·연구를 통해 재판관을 보좌하는 헌법연구관은 법률전문가로서 위와 같은 전문적인 사회과학적 조사·연구능력을 보유하고 있지 않다. 그 밖에 위와 같은 전문적인 사회과학적 조사·연구능력이 있는 인력도 두고 있지 않은 헌법재판소로서는 위와 같은 문제에 대응하기 어렵다.<sup>78)</sup>

---

77) 이러한 비판은 강일원, 앞의 논문, 23-23면.

78) 헌법재판소는 통상 법학교수를 헌법연구위원으로 두었는데 최근 4명의 헌법연구위원 중 1명을 사회학 전공 교수로 공동부에 두는 방식을 통해 위와 같은 부족함을 보완하려고 시도한 바 있다: <http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=305956>(최근 방문일 2023. 10. 15).

## 제2절 헌법소원심판에서 사실인정과 조사업무

### I. 개론

헌법소원심판 중 법률에 대한 헌법소원심판에 관하여는 적법요건과 헌법위반여부가 아니라 기본권의 침해여부가 심판의 대상이 된다는 것 외에는 규범통제와 본안판단에 있어서 크게 다를 바가 없다. 그러나 행정작용이나 사법작용의 행사 또는 불행사를 대상으로 하는 헌법소원심판에 있어서는 심판의 대상이 되는 공권력의 행사가 과잉금지 원칙이나 신뢰보호의 원칙, 평등원칙 등을 위배하여 청구인의 기본권을 침해하는지 여부를 판단함에 있어 정확한 사실의 확정이 필요한 경우가 규범통제나 법률에 대한 헌법소원의 경우보다는 많이 발생할 수 있다. 대부분의 경우가 구체적인 사안 관련 사실일 것이다.

구체적인 공권력 작용을 대상으로 하는 헌법소원심판에서 사실조사와 인정에 있어서 한계와 미비점은 다음과 같다.

첫째, 헌법소원심판은 위헌법률심판과 더불어 필요적 변론사건에 해당하지 않으므로(헌재법 제30조 제2항) 원칙적으로 서면심리에 의하며, 예외적으로 사회적 이슈가 되는 주요한 사건, 즉 헌법재판소가 공개변론을 열기로 결정하여 6개월 전에 공지하는 극히 일부의 사건들(대략 월 1건 정도)만이 변론에 회부되고 있다. 그런데 변론에 회부되는 사건에 있어서도 변론은 단 한 차례 열려서 청구인과 피청구인 측의 변론을 듣고 양측 참고인의 의견을 들은 후 양측 대리인이나 참고인에 대하여 재판관들이 궁금한 사항을 질문하여 답변을 듣는 정도로 이루어지는 경우가 대부분이다. 그러나 헌법소원심판 사건 중 주로 행정권력의 행사로 인한 헌법소원사건들로서 사실의 확정이 주요한 예외적인 사건들의 경우에는 특별히 변론을 활성화하고 증거조사를 보다 적극적으로 시행할 필요성이 있다. 예컨대 권력적 사실행위가 문제된 사건들로서 헌재 2015헌마1149 직사살수행위 위헌확인 등 사건이나 2015

헌마476 몰포 발포행위 등 위헌확인 사건의 경우처럼 시위대를 진압하기 위한 경찰 살수차의 살수 행위가 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 시위의 자유나 신체 불훼손권을 침해하는지 여부가 문제된 사건의 경우, 살수 행위가 이루어진 시위 상황에 관한 정확한 사실인정이 필수적으로 요구되는 사건인데도 헌법소원심판은 서면심리로만 진행되었고, 결정문 상으로 사실인정을 위한 충분한 증거자료 획득이 이루어졌는지, 어떤 방법으로 어떠한 증거자료들이 수집되었는지는 확인되지 않는다.

둘째, 헌재법은 헌법소원심판에 관하여 헌재법에 특별한 규정이 없는 경우 헌법재판의 성질에 반하지 않는 범위 내에서 행정소송법을 준용하고, 행정소송법에도 규정이 없는 경우 민사소송법을 준용하도록 하고 있는바(헌재법 제40조), 현재까지 법원에 의한 행정소송의 대상이 되지 않아 보충성의 원칙을 충족하여 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사를 문제 삼는 헌법소원심판 사건들에 있어서 충분한 증거조사를 통한 정확한 사실인정이 필요한 경우는 어떠한 방식으로 증거조사를 활성화할 것인지가 문제 된다. 서증자료의 제출을 주로 피청구인의 임의제출에 의존할 수밖에 없는 현실에서 청구인이나 헌법재판소로서는 문제되는 (서증)자료의 존재 여부조차 정확히 알지 못하는 경우가 대부분일 것인바, 피청구인이 관계되는 (서증)자료들의 존재를 인정하고 이를 임의 제출하지 않을 경우 그 제출을 강제할 수 있는 효과적인 방안을 살펴볼 필요가 있다.

현행 헌재법 제31조와 제32조에 의하면, 재판부는 사건의 심리에 필요한 경우 일정한 증거조사를 할 수 있고 재판부의 결정으로 다른 국가기관이나 공공단체에 사실조회나 기록 송부 또는 자료의 제출을 요구할 수 있도록 되어 있다. 그러나 자료를 제출하지 않는 경우의 강제수단이 없고 일반적으로 서면심리에 의하는 헌법소원 심판에 있어서는 주심 연구관이 피청구인에게 관련 자료의 제출을 요청하여 임의제출받는 경우가 대부분이다. 주심 연구관이 연구보고서 작성을 위한 사

건의 검토 단계에서 당사자나 이해관계인에게 일정한 자료의 제출을 요청할 수 있는 법적 근거는 전혀 마련되어 있지 않기 때문에 사실인정을 위한 증거자료의 적시 수집을 위한 적절한 방안을 마련할 필요가 있는지 검토가 필요하다.

## II. 서면심리주의의 문제점

헌재법 제30조(심리의 방식) 제1항은 “탄핵의 심판, 정당해산의 심판 및 권한쟁의의 심판은 구두변론에 의한다.”라고 규정함에 반하여, 동조 제2항은 “위헌법률의 심판과 헌법소원에 관한 심판은 서면심리에 의한다. 다만, 재판부는 필요하다고 인정하는 경우에는 변론을 열어 당사자, 이해관계인, 그 밖의 참고인의 진술을 들을 수 있다.”고 하여, 헌법소원심판에 관한 서면심리 원칙을 규정하고 있다. 헌재법 제30조 제2항에서 예외적으로 변론을 열 수 있다고 규정하고 있지만, 현재 실무에서 서면심리주의가 적용되는 사건으로서 변론에 회부되는 사건은 사회적으로 이목을 끄는 극히 일부의 사건에 한하는 것이 현실이다.<sup>79)</sup> 헌법소원심판사건을 심리하고 판단하면서 재판부는 여러 가지 사실을 확정하게 되는데, 이런 사실 중에는 미국 연방 증거규칙에서 말하는 ‘입법 관련 사실’이 많지만 ‘재판 관련 사실’을 확정하여야 하는 경우도 많다. 특히 법령소원이 아닌 공권력 행사의 위헌 여부를 심판하는 사건의 경우 구체적으로 어떤 공권력의 행사가 어떻게 이루어졌는지 여부 등 ‘재판 관련 사실’을 확정하여야 하는 경우도 많다.

상고사건이나 재판소원을 주로 담당하는 미국 연방대법원이나 독일

---

79) 헌법재판소는 개소 이래 2017. 12. 31.까지 권한쟁의심판, 탄핵심판 정당해산심판의 필요적 변론대상 사건 57건에 대하여 구두변론을 실시한 것 이외에, 위헌법률심판 57건, 헌법소원심판 159건에 대하여 구두변론을 실시하였고, 그 중 상당수의 사건에서 참고인 진술을 청취하였다. 헌법재판소, 헌법재판소 20년사, 196-197면; 헌법재판소, 헌법재판소 30년사, 2018, 202면. 그 밖에 최근의 변론상황에 대하여는 헌법재판소 홈페이지 ‘변론사건’의 ‘변론목록’ 및 ‘변론일정’ 참조.

연방헌법재판소에서는 ‘재판 관련 사실’이 이미 사실심 법원에서 정리되어 올라오기 때문에 ‘재판 관련 사실’을 따로 확정할 필요가 거의 없다. 그러나 우리나라는 권리구제형 헌법소원심판의 경우 심판에 필요한 사실관계가 확정되어 있지 않은 경우가 많다. 따라서 이러한 사건들에 대하여 변론을 열지 않고 서면심리를 원칙으로 할 때, 다음에서 보는 바와 같이 헌재법이나 민사소송법 등이 규정하고 있는 증거조사 절차를 거치지 않고 법률의 명확한 근거 없이 수집한 자료를 이용하여 사실을 확정하는 경우도 많아 문제가 된다.

### Ⅲ. 증거조사 절차와 사실인정

공권력의 행사 또는 불행사가 기본권을 침해하는지 여부를 심판하는 헌법소원심판 사건에서도 여러 가지 사실의 확정이 필요한데, 헌법재판소가 처리하는 전체 사건의 97% 이상을 차지하는 헌법소원심판 사건에서 서증조사나 증인신문과 같은 증거조사 절차가 진행되는 경우는 거의 없다.<sup>80)</sup>

헌법소원심판 사건에서는 청구인 등 당사자나 이해관계인이 제출한 자료, 헌법연구관이 조사하여 보고한 자료, 재판관이 직접 조사한 자료 등을 토대로 하여 사실인정이 이루어지고 있다. 특히 최근에는 인터넷 검색을 통하여 많은 정보와 자료를 쉽게 취득할 수 있으므로, 재판관이나 헌법연구관도 인터넷 검색을 통하여 여러 가지 사실을 확인하고 있다.<sup>81)</sup> 헌재법이나 헌재법 제40조에 의하여 준용되는 행정소송법이나 민사소송법에 이런 방식의 사실인정 절차는 규정되어 있지 않고, 헌법소원심판에 관한 헌법재판소의 각종 결정들에서도 사실인정의 근거자료가 적시되는 경우는 거의 전무하다.

헌재법 제31조 제1항은 재판부가 할 수 있는 증거조사 방법으로 당

---

80) 강일원, 앞의 논문, 10면.

81) 강일원, 앞의 논문, 11면.

사자나 증인 신문, 당사자 또는 관계인이 소지하는 증거자료의 제출 요구, 감정 및 검증을 규정하고 있지만, 헌법소원심판은 서면심리주의가 원칙이고 임의적 변론에 회부되는 경우는 극히 드문 현실이므로, 당사자 등에 대한 자료 제출 요구 이외의 증거조사 방법은 거의 이용되지 않는다. 현재법 제32조는 국가기관 또는 공공단체의 기관에 심판에 필요한 사실을 조회하거나 자료제출을 요구할 수 있도록 규정하고 있으므로, 이에 따른 사실조회나 자료제출 요구가 헌법재판소가 가장 많이 이용하는 공식적인 자료수집 절차이다.<sup>82)</sup> 이러한 공식적인 방법을 통해 얻지 못한 자료는 인터넷을 이용한 자료 수집, 관계기관 등에 대한 전화 문의 등 다양한 방법으로 확보되곤 한다.

헌법소원심판 사건을 심리함에 있어 재판부는 여러 가지 사실을 확정하게 되는데, 여기에는 미국 연방 증거규칙에서 말하는 ‘입법 관련 사실’이 많지만 ‘재판 관련 사실’을 확정하여야 하는 경우도 적지 않고, 특히 법령소원이 아닌 공권력 행사의 위헌여부를 다루는 헌법소원심판사건의 경우 구체적으로 어떠한 공권력의 행사가 어떻게 이루어졌는지에 관한 ‘재판 관련 사실’을 확정하여야 하는 경우가 많다. 이러한 경우 ‘재판 관련 사실’을 인정하면서 관계기관에 대한 전화 문의나 인터넷 검색을 통한 사실관계 확인 등 현재법이나 민사소송법 등이 규정하고 있는 증거조사절차를 거치지 않고 수집한 자료를 이용하는 경우가 많은바, 이러한 증거방법 획득은 법률에 명확한 근거 규정이 없고 결정문에 사실인정의 근거자료가 적시되지도 않는다는 점에서 문제가 될 수 있다.

예를 들면, 사법경찰관이 사기 혐의로 구속된 피의자를 조사하면서 경찰서 기자실에 보도자료를 배포하고 기자들의 취재요청에 응하여 피의자가 수갑을 찬 채 조사받는 모습을 촬영하도록 허용한 사실을 인정한 다음, 조사과정의 촬영을 허용한 행위가 피의자의 인격권을 침

---

82) 강일원, 앞의 논문, 21면.

해하여 위헌이라고 선언한 사건<sup>83)</sup>에서, 청구인은 피청구인이 보도자료를 배포하는 과정에서 청구인의 피의사실뿐 아니라 인적사항까지 언론사에 제공하여 보도되게 함으로써 사회적·정신적으로 극심한 피해를 가하여 청구인의 인격권을 침해하고, 기자들로 하여금 조사실에 카메라를 설치하도록 준비시킨 후 청구인을 수갑과 포승에 묶어 조사실 의자에 앉히고 얼굴이 드러난 상태에서 조사받는 장면을 촬영하도록 허용함으로써 청구인의 인격권과 신체의 자유를 침해한다고 주장하였다. 이에 대하여 사법경찰관은 피의자가 스스로 언론사의 취재요청에 응하여 촬영에 협조한 것이고 보도자료 배포 당시에도 인적 사항 등 청구인의 개인정보를 특정할 수 있는 부분을 모두 삭제하였으며, 언론사에 개인정보와 초상권이 보호될 수 있도록 수차 요청하고 실제로 방송을 통하여 개인 정보가 유출된 바 없다고 주장하여 사실관계를 다투었다. 따라서 청구인이 주장하는 바와 같은 위법행위가 있었는지가 사실상 쟁점이라 할 수 있는데, 이 점에 대하여 아무런 증거조사 없이 사실인정의 근거자료를 적시하지 아니한 채 청구인이 주장하는 바와 같은 사실인정<sup>84)</sup>이 이루어졌는데, 이런 부분은 문제라 할 것이다.<sup>85)</sup>

## 1. 자료제출명령·사실조회 관련 규정의 미비점

### (1) 헌재법 중 일반심판절차에 관한 규정 제31조(증거조사)는 헌법

83) 헌재 2014. 3. 27. 2012헌마652, 판례집 26-1상, 534, 539-540면 참조.

84) 2012헌마652 결정에서 헌법재판소는 ‘사건의 개요’ 항목에서 증거의 거시 없이 ” 피청구인은 2012. 4. 24. 사기 혐의로 구속된 청구인을 ○○경찰서 조사실에서 조사하면서, 같은 날 경찰서 기자실에서 “교통사고 위장, 보험금 노린 형제 보험사 기법 검거”라는 제목의 보도자료를 기자들에게 배포하였다. 보도자료에는 피의자인 청구인과 청구인의 형의 나이 및 직업, 실명 중 2글자가 각각 표시되어 있고, 이들의 범죄전력과 피의사실, 범행방법, 증거의 내용 등이 기재되어 있었다. 피청구인은 보도자료 배포 직후 기자들의 취재 요청에 응하여 청구인이 ○○경찰서 조사실에서 양손에 수갑을 찬 채 조사받는 모습을 촬영할 수 있도록 허용하였다. “라고 사실인정을 하였다.

85) 강일원, 앞의 논문 23면.



재판소가 할 수 있는 증거조사에 관하여 규정하고 있다. 이에 따라 헌법소원심판이 청구되면 재판부는 사건의 심리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 다음의 증거조사를 할 수 있다(헌재법 제31조 제1항).

1. 당사자 본인 또는 증인을 신문하는 일
2. 당사자 또는 관계인이 소지하는 문서·장부·물건 기타 증거자료의 제출을 요구하고 이를 영치하는 일
3. 특별한 학식과 경험을 가진 자에게 감정을 명하는 일
4. 필요한 물건·사람·장소 기타 사물의 성상(性狀) 또는 상황을 검증하는 일

그 밖에 헌재법 제40조에 의하여 준용되는 행정소송법 또는 민사소송법상의 다른 증거조사, 예컨대 서증조사도 할 수 있다. 이에 따라 헌법재판소 심판규칙은 문서가 있는 장소에서의 서증조사와 그 방법, 문서송부촉탁을 받은 사람이나 서증조사대상인 문서를 가지고 있는 사람의 협력의무에 관하여 규정하고 있다.<sup>86)</sup> 헌재법 제31조는 지정재판부의 심리에 준용되므로(헌재법 제72조 제5항), 지정재판부에서도 위 증거조사를 할 수 있고 수명재판관을 지정하여 그로 하여금 증거조사를 하게 할 수 있다.

또 헌재법 제32조(자료제출 요구 등)는 “재판부는 결정으로 다른 국가기관 또는 공공단체의 기관에 심판에 필요한 사실을 조회하거나, 기

---

86) 헌법재판소심판규칙 제41조(문서가 있는 장소에서의 서증조사 등) ① 제3자가 가지고 있는 문서를 문서제출신청 또는 문서송부촉탁의 방법에 따라 서증으로 신청할 수 없거나 신청하기 어려운 사정이 있으면 헌법재판소는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 그 문서가 있는 장소에서 서증조사를 할 수 있다.

② 제1항의 경우 신청인은 서증으로 신청한 문서의 사본을 헌법재판소에 제출하여야 한다.

제42조(협력의무) ① 헌법재판소로부터 문서의 전부 또는 일부의 송부를 촉탁 받은 사람 또는 문서가 있는 장소에서의 서증조사 대상인 문서를 가지고 있는 사람은 정당한 이유 없이 문서의 송부나 서증조사에 대한 협력을 거절하지 못한다.

② 문서의 송부촉탁을 받은 사람이 그 문서를 보관하고 있지 아니하거나 그 밖에 송부촉탁에 따를 수 없는 사정이 있으면 그 사유를 헌법재판소에 통지하여야 한다.

록의 송부나 자료의 제출을 요구할 수 있다. 다만, 재판·소추 또는 범죄수사가 진행 중인 사건의 기록에 대하여는 송부를 요구할 수 없다.”라고 규정하고 있다.

이에 따라 실제로 헌법재판에서 가장 많이 활용되는 증거조사방법이 사실조회라 할 수 있을 것이다. 그런데 헌법재판실무상 국가기관이나 지방자치단체에 사실조회를 했을 때 그에 대하여 회신을 거부하는 사례가 있을 수 있고, 실제로 그러했던 사례들이 있었다. 헌법재판을 위한 중요한 증거자료의 확보를 위하여 보낸 사실조회에 대하여 국가나 지방자치단체, 공공기관이 이를 거부할 경우 공신력 있는 증거자료의 확보에 어려움을 겪을 수 있음은 물론이거니와, 헌법재판소의 권위나 공정한 재판결과의 도출에도 여러 가지 악영향이 초래될 수 있다. 이와 관련하여 사실조회 관련 규정의 미비 때문에 그러한 거부사태가 일어나는 경우도 있을 수 있으므로, 실제 사례들을 바탕으로 미비한 규정을 세밀하게 정비해갈 필요가 있다.

(2) 예컨대 조세채무에 대하여 면책의 효력이 미치지 못하는 것으로 규정한 ‘채무자 회생 및 과산에 관한 법률’ 제566조 단서 제1호가 청구인들의 재산권을 침해하는지 여부가 문제된 2019헌마874등 헌법소원 심판사건에서, 헌법재판소가 청구인들의 채납세금을 확인하기 위하여 해당세무서에 사실조회를 실시하였으나<sup>87)</sup> 각 세무서에서 국세기본법 제13조(비밀유지) 제1항, 제3항<sup>88)</sup>을 근거로 관련 자료의 제공을 거부

87) 그 근거가 헌재법 제31조였는지 제32조였는지는 분명치 않으나, 일반적으로 ‘사실조회’의 형식으로 이루어지는 경우는 헌재법 제32조에 기한 것으로 보는 것이 옳을 것이다.

88) 국세기본법 제81조의13(비밀 유지) ① 세무공무원은 납세자가 세법에서 정한 납세의무를 이행하기 위하여 제출한 자료나 국세의 부과·징수를 위하여 업무상 취득한 자료 등(이하 “과세정보”라 한다)을 타인에게 제공 또는 누설하거나 목적 외의 용도로 사용해서는 아니 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 사용 목적에 맞는 범위에서 납세자의 과세정보를 제공할 수 있다. <개정 2014. 1. 1., 2017. 12. 19., 2019. 12. 31.>

1. 국가행정기관, 지방자치단체 등이 법률에서 정하는 조세, 과징금의 부과·징수

하는 회신을 하였다. 결국, 헌법재판소는 청구인에 대한 보정명령을 통하여 청구인들의 체납 세금액을 확인하였으나, 국가기관으로부터 공적 자료를 통하여 어렵지 않게 확보할 수 있는 공신력 있는 사실조회회보가 아니라 청구인을 통하여 원하는 자료를 우회적으로 확보하는 것은 신뢰성 있는 증거자료의 확보라는 측면에서도 문제가 되고, 헌법재판소의 권위와 심판절차의 원활한 진행 측면에서도 심각한 문제가 있다. 다른 증거조사방법으로 이를 보완할 수 있는지 살펴보면, 문서제출명령이나 서증조사를 생각해 볼 수 있는데, 과세정보가 전산자료 형태로 존재할 경우 그것이 문서라고 볼 수 없어 둘 다 적합한 방법

---

등을 위하여 사용할 목적으로 과세정보를 요구하는 경우

2. 국가기관이 조세징송이나 조세범 소추(訴追)를 위하여 과세정보를 요구하는 경우
  3. 법원의 제출명령 또는 법관이 발부한 영장에 의하여 과세정보를 요구하는 경우
  4. 세무공무원 간에 국세의 부과·징수 또는 질문·검사에 필요한 과세정보를 요구하는 경우
  5. 통계청장이 국가통계작성 목적으로 과세정보를 요구하는 경우
  6. 「사회보장기본법」 제3조제2호에 따른 사회보험의 운영을 목적으로 설립된 기관이 관계 법률에 따른 소관 업무를 수행하기 위하여 과세정보를 요구하는 경우
  7. 국가행정기관, 지방자치단체 또는 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관이 급부·지원 등을 위한 자격의 조사·심사 등에 필요한 과세정보를 당사자의 동의를 받아 요구하는 경우
  8. 「국정감사 및 조사에 관한 법률」 제3조에 따른 조사위원회가 국정조사의 목적을 달성하기 위하여 조사위원회의 의결로 비공개회의에 과세정보의 제공을 요청하는 경우
  9. 다른 법률의 규정에 따라 과세정보를 요구하는 경우
- ② 제1항제1호·제2호 및 제5호부터 제9호까지의 규정에 따라 과세정보의 제공을 요구하는 자는 문서로 해당 세무관서의 장에게 요구하여야 한다. <개정 2014. 1. 1., 2017. 12. 19.>
- ③ 세무공무원은 제1항 및 제2항을 위반하여 과세정보의 제공을 요구받으면 그 요구를 거부하여야 한다.
- ④ 제1항에 따라 과세정보를 알게 된 사람은 이를 타인에게 제공 또는 누설하거나 그 목적 외의 용도로 사용해서는 아니 된다.
- ⑤ 이 조에 따라 과세정보를 제공받아 알게 된 사람 중 공무원이 아닌 사람은 「형법」이나 그 밖의 법률에 따른 벌칙을 적용할 때에는 공무원으로 본다.
- ⑥ 제1항 단서에 따라 과세정보를 제공받은 자는 과세정보의 유출을 방지하기 위한 시스템의 구축 등 대통령령으로 정하는 바에 따라 과세정보의 안전성 확보를 위한 조치를 하여야 한다.

으로 보이지 않는다.

세무서가 사실조회회신을 거부한 이유로 국세기본법 제81조의13 제1항, 제3항을 들고 있으므로, 위 조항을 검토해보고 세무공무원이 위 조항을 근거로 의문의 여지없이 사실조회에 대한 회신을 할 수 있도록 입법의 미비가 있으면 이를 정비할 필요가 있겠다.

국세기본법 제81조의13 제1항 본문, 제3항에 의하면, 세무공무원은 납세자가 세법에서 정한 납세의무를 이행하기 위하여 제출한 자료나 국세의 부과·징수를 위하여 업무상 취득한 자료 등(이하 “과세정보”라 한다)을 타인에게 제공 또는 누설하거나 목적 외의 용도로 사용해서는 안 되고, 세무공무원이 제1항을 위반하여 과세정보의 제공을 요구받으면 그 요구를 거부하여야 하도록 되어 있다.<sup>89)</sup>

동법 제1항 단서에 의하여 그 사용 목적에 맞는 범위에서 납세자의 과세정보를 제공할 수 있는 예외적인 사유로서 위 사안에 부합하는지 검토해 볼 수 있는 것으로는 법원의 제출명령 또는 법관이 발부한 영장에 의하여 과세정보를 요구하는 경우(국세기본법 제81조 제1항 단서 제3호)와 다른 법률의 규정에 따라 과세정보를 요구하는 경우(국세기본법 제81조 제1항 단서 제9호)가 있다. 그런데 제3호는 법원의 자료 제출명령이나 법관의 영장을 요구하는바, 후자는 해당할 여지가 없고, 전자도 일반적인 용어의 사용례에 비추어 보거나, 우리 헌법이 통치기구에 관한 규정에서 제5장에 법원을, 제6장에 헌법재판소를 규정하여 두 기관을 각각 사물관할을 달리하는 대등한 위상을 가진 독립적인 사법부로 규정하고 있고, 이에 따라 헌법을 구체화하는 각종 법률 및 시행령, 시행규칙들도 이론상 광의의 법원이라고도 분류할 수 있는 법원과 헌법재판소를 구별하여 규정하고 있는 점, 사실조회와 문서(자료) 제출명령은 법원도 그 용례와 양식을 구별하여 사용하고 있는 점에

---

89) 이 조항이 일반적인 예외조항으로 과세관청이 과세정보주체의 동의를 받은 경우에는 과세정보를 제공할 수 있도록 규정되어 있었다라면, 이 사안에서 청구인은 당연히 동의를 해주었을 것으로 보여 아쉬움이 남는다.

비추어 볼 때, 전자에 해당하는 것으로 세무공무원이 해석할 것을 기대하기도 어렵다 할 것이다.

그렇다면, 동조 단서 제9호의 ‘다른 법률에 따라 과세정보를 요구하는 경우’에 해당한다고 세무공무원이 해석할 수 있어야 하는데, 현재법 제31조 제1항에 따르면, 2호 당사자 또는 관계인이 소지하는 문서·장부·물건 기타 증거자료의 제출을 요구하고 이를 영치하는 일로서 문서 제출명령이나 과세정보제출명령(문서의 형태로 되어 있지 않고 전산자료의 형태로 되어 있을 경우), 제4호 필요한 물건·사람·장소 기타 사물의 성상(性狀) 또는 상황을 검증하는 일로서 서증(자료)조사의 형태로 증거조사가 이루어져야 할 것이고, 현재법 제31조 제1항을 구체화하는 위 각 형태의 증거조사방법이나 양식이 헌법재판소 심판규칙에 구체적인 양식까지 예시하여 갖추어져 있어야 할 것이다.

법원의 경우, 「금융거래정보·과세정보 제출명령에 관한 예규」를 만들어 세무공무원에 대하여 과세정보의 제출을 요구하는 경우 위 예규에서 규정하고 있는 일정한 전산양식을 사용하고 있다.<sup>90)</sup> 따라서 헌법재판소도 세무공무원이나 금융기관에 대하여 과세정보나 금융정보의 제출을 요구할 경우 근거로 현재법 제31조 제1항 제2호 및 헌법재판소 심판규칙에 따른 과세정보제출명령 또는 금융정보제출명령임을 명시하고, 헌법재판소 심판규칙에 과세정보제출명령이나 금융정보제출명령의 구체적인 방법과 양식을 규정하여 법적 근거를 명확히 함으로써, 법률전문가가 아닌 일선 세무공무원이 보더라도 국세기본법 제81조 제1항 단서 제9호가 요구하는 ‘다른 법률의 규정에 따라 과세정보를 요구하는 경우’에 해당함을 직관적으로 알 수 있도록 하여야 할 것이다.

법원의 경우에도 사실조회로 보내는 경우 답변이 잘 오지 않아 증거자료를 확보할 수 없는 경우가 많고 문서제출명령이나 자료제출명령으로 보내야 원하는 자료를 어렵지 않게 확보할 수 있다는 것이 축

---

90) 법원행정처, 민사재판 실무제요 민사소송 III, 2005, 1544-1546면 참조.

적된 실무의 경험인바, 사실조회는 사실에 대하여 해당기관에 문의하는 것으로서 사실조회를 받은 해당기관은 사실을 확인하는 문서를 작성하여 제출<sup>91)</sup>하게 되는 것으로 대상이 되는 자료 자체의 제출과는 다른 행위를 요구하는 것이어서, 그 자체가 고유업무 외에 부담을 주는 별도의 업무가 됨은 물론이거니와, 법률 전문가가 아닌 해당 공무원이 사실조회의 정확한 법적 근거에 대하여 확신을 갖고 응답할 의무가 있다고 해석하기에는 관련 법령이 세밀하고 명확하다고 보기 어렵다.

그러므로, 세무서 등 국가기관의 담당 공무원으로서는 국세기본법 제81조의13 제1항, 제3항에 의하여 납세자가 세법에서 정한 납세의무를 이행하기 위하여 제출한 자료나 국세의 부과·징수를 위하여 업무상 취득한 자료 등(이하 “과세정보”라 한다)을 타인에게 제공 또는 누설하거나 목적 외의 용도로 사용해서는 안 되고, 세무공무원이 제1항을 위반하여 과세정보의 제공을 요구받으면 그 요구를 거부할 의무를 부담하고, 국세기본법 제81조 제1항 단서가 정하는 예외사유에 해당하는 경우에만 과세정보제공에 대하여 면책되도록 되어 있으므로, 과세정보 제공이 허용되는 예외적인 사유에 해당하는 것이 명확하다는 점을 과세정보제공을 요구하는 문서 자체를 정형화된 양식화하고 그 예외사유에 해당하는 법적 근거 또한 헌재법과 헌법재판소 심판규칙의 해당 조항까지 명시함으로써 명확하게 할 필요가 있다.

헌재법 제40조에 의하여 준용되는 행정소송법 또는 민사소송법상의 다른 증거조사, 예컨대 서증조사도 증거조사방법으로서 가능하고, 헌법재판소 심판규칙은 문서가 있는 장소에서의 서증조사와 그 방법, 문서 송부촉탁을 받은 사람이나 서증조사대상인 문서를 가지고 있는 사람의 협력의무에 관하여 규정하고 있다.<sup>92)</sup> 헌재법 제31조는 지정재판부

---

91) 관련 자료가 있으면 첨부하여 제출하는 경우도 많으나, 기본적으로 사실을 조회하는데 대한 답변이므로, 사실조회회보에는 일정한 사실을 확인하는 문서를 작성하여 제출하는 것이 일반적이다.

92) 헌법재판소심판규칙 제41조(문서가 있는 장소에서의 서증조사 등) ① 제3자가 가

의 심리에 준용되므로(헌재법 제72조 제5항), 지정재판부에서도 위 증거조사를 할 수 있고 수명재판관을 지정하여 그로 하여금 증거조사를 하게 할 수 있다. 그러나 위의 예에서 본 바와 같이 각종 전자매체의 발달로 각종 세무자료나 금융자료 등이 과거와 같이 문서화되기보다는 전산자료로 존재하는 경우가 많을 것으로 예상되는데, 현행법령은 자료가 ‘문서’의 형태로 존재하는 것을 전제로 하여 서증조사나 문서송부촉탁에 관하여 규정을 두고 있는 것으로 보여, 전산자료형태로 존재하는 증거자료에 대한 직접 조사나 자료송부촉탁에 관한 규정으로는 미비한 점이 있을 수 있다. 따라서 증거자료가 문서화되어 있지 않고 전산자료로 존재할 경우의 서증조사방법이나 자료송부촉탁에 관하여도 그 구체적인 증거조사절차나 방법을 차체에 구체적으로 마련할 필요가 있어 보인다. 국회의 입법조치가 필요한 법률개정이 이루어지기 전이라도, 헌법재판소 심판규칙에 헌재법이나 헌재법 제40조에 의하여 준용되는 민사소송법령, 행정소송법령에 의하여 시행되는 자료의 직접 조사 방법, 자료송부촉탁 방법에 관하여 세밀한 절차나 방식을 명시할 필요가 있다.

(3) 한편 헌재법 제32조는 재판부는 결정으로 다른 국가기관 또는 공공단체의 기관에 심판에 필요한 사실을 조회하거나, 기록의 송부나 자료의 제출을 요구할 수 있도록 하고 있고, 다만, 재판·소추 또는 범죄수사가 진행 중인 사건의 기록에 대하여는 송부를 요구할 수 없도

---

지고 있는 문서를 문서제출신청 또는 문서송부촉탁의 방법에 따라 서증으로 신청할 수 없거나 신청하기 어려운 사정이 있으면 헌법재판소는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 그 문서가 있는 장소에서 서증조사를 할 수 있다.

② 제1항의 경우 신청인은 서증으로 신청한 문서의 사본을 헌법재판소에 제출하여야 한다.

제42조(협력의무) ① 헌법재판소로부터 문서의 전부 또는 일부의 송부를 촉탁 받은 사람 또는 문서가 있는 장소에서의 서증조사 대상인 문서를 가지고 있는 사람은 정당한 이유 없이 문서의 송부나 서증조사에 대한 협력을 거절하지 못한다.

② 문서의 송부촉탁을 받은 사람이 그 문서를 보관하고 있지 아니하거나 그 밖에 송부촉탁에 따를 수 없는 사정이 있으면 그 사유를 헌법재판소에 통지하여야 한다.

록 하고 있다. 이를 보완하여 헌법재판소 심판규칙 제41조는 문서가 있는 장소에서의 서증조사에 관하여 규정하고 있는바, 헌재법 제32조 단서에 따라 재판소가 기록의 송부를 요구할 수 없는 재판·소추 또는 범죄수사가 진행중인 사건의 기록에 대하여는, 당사자의 신청 또는 직권으로 서증조사를 통하여 필요한 증거자료를 확보할 수 있을 것이다. 그런데 헌법재판소 심판규칙 제42조는 협력의무를 규정하면서 문서송부촉탁을 받은 사람이나 서증조사의 대상인 문서를 가지고 있는 사람에 대한 협력의무만을 규정하고 있고, 사실조회를 의뢰받은 국가기관이나 공공단체의 협력의무에 대하여 규정하고 있지 않다. 충분한 증거자료의 확보를 통한 정확한 사실인정을 위하여 사실조회를 의뢰받은 국가기관이나 공공단체의 협력의무에 대하여도 헌법재판소 심판규칙에 규정할 필요가 있다. 이와 관련하여 개인정보보호 등을 위하여 필요하다면 헌법재판소 재판관이나 연구관 및 관계자들의 소송자료에 관한 비밀유지의무를 아울러 규정할 수 있을 것이다.

헌법재판소는 2014헌마368 건강보험 요양급여내역 제공 요청 및 제공 행위 등 위헌확인(국민건강보험공단의 서울용산경찰서장에 대한 요양급여내역 제공행위 위헌확인 사건)<sup>93)</sup>에서, 서울용산경찰서장이 국민건강보험공단에 피의자였던 청구인들의 요양급여내역에 관한 사실조회를 할 수 있었던 근거조항인 형사소송법 제199조, 구 경찰관직무집행법 제8조, 구 개인정보 보호법 제18조 제2항 제7호(‘이 사건 사실조회조항’)에 대하여, 이 사건 사실조회조항은 수사기관에 공사단체 등에 대한 사실조회의 권한을 부여하고 있을 뿐이고, 국민건강보험공단은 서울용산경찰서장의 사실조회에 응하거나 협조하여야 할 의무를 부담하지 않는다고 보았다. 따라서 사실조회행위만으로는 청구인들의 법적 지위에 어떠한 영향을 미친다고 보기 어렵고, 국민건강보험공단의 자

---

93) 헌재 2018. 8. 30. 2014헌마368, 판례집 30-2, 363면.



발적인 협조가 있어야만 비로소 청구인들의 개인정보자기결정권이 제한되므로, 서울용산경찰서장의 사실조회행위는 공권력 행사성이 인정되지 않는다고 보았다.

그러나 서울용산경찰서장이 위 사실조회조항에 근거하여 국민건강보험공단에 대하여 한 사실조회에 대하여 국민건강보험공단이 청구인들의 요양급여내역을 제공한 행위는 범죄의 수사를 위하여 불가피한 경우라고 보기 어렵고, 제공된 정보가 오랜 기간에 걸친 것으로 청구인들의 건강상태에 대한 총체적인 정보를 구성할 수 있다는 등의 이유로 과잉금지원칙을 위배하여 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해한다고 판시하였다.

이러한 판시에 따르면, 국가기관이나 공공단체가 반드시 응답할 의무가 없는 수사기관이나 재판기관의 사실조회에 응하여 타인의 개인정보와 관련된 사실을 제공할 경우 개인정보자기결정권을 침해하는 결과가 될 것을 우려하여 사실조회에 대한 응답을 회피할 가능성이 존재하게 되고, 실제 법원의 재판실무에서 문서제출명령과는 달리 사실조회에 대하여는 응답하지 않는 비율이 상당히 높은 것으로 알려져 있다.

국가기관이나 공공단체가 사실조회에 응하지 않을 경우 헌법재판소가 정보공개청구소송을 제기하여 원하는 자료를 확보하는 것은 번거롭고 시간과 비용이 소요되며, 헌법재판소의 위상에도 도움이 되지 않으므로 일단은 헌법재판소 심판규칙 제41조를 보완하여 헌법재판소로부터 사실조회를 의뢰받은 국가기관이나 공공단체에게 원칙적으로 협조할 의무가 있음을 규정하는 것이 바람직하다고 생각된다. 이와 관련하여 개인정보보호 등을 위한 안전장치가 필요하다면, 헌법재판소 재판관이나 연구관 및 관계자들의 소송자료와 관련한 비밀유지의무를

아울러 규정하는 방법을 고려할 수 있을 것이다.

## 2. 헌법연구관의 증거자료 확보와 관련한 법적 근거 필요

(1) 헌법재판은 서면심리와 구두변론을 하는 경우가 심판유형별로 나누어지므로 통상 구두변론을 하는 경우는 쟁점이 복잡하고, 결정과 관련한 이해관계자나 국민에게 미치는 영향이 매우 큰 경우가 일반적이므로 구두변론을 하는 경우 심판준비절차를 거칠 필요성이 있는 경우가 많을 것이다. 심판준비절차를 거칠 필요가 있는지 여부는 개별사건에서 헌법재판소가 판단하며, 구두변론을 하는 경우 재판장은 재판부에 속한 재판관을 수명재판관으로 지정하여 심판준비절차를 담당하게 할 수 있다(심판규칙 제10조 제2항).<sup>94)</sup> 그리고 심판준비절차에서는

---

94) 민사소송법 제139조 제1항은 수명법관의 지정 및 촉탁이라는 제목으로 “수명법관으로 하여금 그 직무를 수행하게 하고자 할 경우에는 재판장이 그 판사를 지정한다.”라고 하여 수명법관의 지정에 관한 일반조항을 두고 있고, 구체적으로 수명법관제도를 활용할 수 있는 경우를 한정적으로 열거하고 있다[화해의 권고(민소법 제145조), 범론 외에서의 증거조사(제297조 제1항), 기일의 지정과 변경(제165조), 변론준비절차의 진행(제280조), 감정인의 지정(제335조), 일정한 경우의 증인신문(제313조) 등]. 수명법관제도는 직접심리주의(제204조)의 요청상 현재법에 직접 명시적 규정을 두거나 현재법 제40조에 의하여 준용되는 관련 소송법 규정에서 명시적으로 정하는 경우에 한하여 지정 또는 전원재판부의 권한을 수명재판관에게 위임하여 처리할 수 있다고 할 것이다. 한편 법 제31조 제2항은 증거조사에 한하여 수명재판관으로 하여금 재판부의 권한을 행사할 수 있도록 규정하고 있고, 실무관행은 또한 주심재판관이 수명법관으로서 현재법 제32조의 사실조회 또는 자료제출요구를 하고 있는데, 현재법이나 명시적인 준용규정 없이 가능한지 여부에 관하여 이견이 있을 것이다. 먼저 수명재판관제도가 직접심리주의의 예외에 해당된다는 점, 적법한 법원의 구성과 관련하여 재심사유가 될 수 있는 점 등을 이유로 현재법 또는 관련 소송법 규정이 명시적으로 수명재판관 지정사유를 신설하지 않는 한 규칙이나 실무관행으로 새로운 지정사유를 정할 수 없다고 보는 견해가 있을 수 있고, 직접심리주의의 요청은 심증형성과 본질적으로 관련되는 부분에 한하여 적용되므로 심증형성의 기초자료를 수집하는 단순한 사실행위의 성격을 갖는 사실조회나 자료제출요구의 경우 그 예외를 인정할 수 있는 점, 실무상 이미 정착되었고 그 기능이 실무적으로 매우 필요하다는 점 등에 비추어 이를 규칙에서 정하여도 무방하다는 견해가 있을 수 있다. 심판규칙 제10조 제2항은 후자의 견해에 따라 심판규칙에서 그 근거규정을 신설한 취지로 이해할 수 있을 것이다.

증거결정과 증거조사를 할 수 있고, 준비기일을 열어 당사자를 출석시켜 쟁점과 증거를 정리할 수 있다(헌재법 제40조, 민소법 제281조, 제282조).

(2) 한편 헌법재판소장의 명을 받아 사건의 심리 및 심판에 관한 조사·연구를 담당하는 헌법연구관이 사건에 대한 조사·연구를 함에 있어 주심재판관에게 보고하고 혹은 그 명을 받아 독자적으로 심판준비절차를 실시할 수 있는지 여부가 문제된다. 헌법연구관의 직무를 수행함에 있어서 불가피하게 수반되는 행위이기 때문이다. 재판장, 수명재판관의 심판준비절차 진행시 이를 보조하는 것에는 헌법연구관의 직무를 정한 헌재법 제19조 제4항이 그 법적 근거가 되므로 참여하는 데에 별 문제가 없을 것이지만(보조적 지위), 헌법연구관이 독자적으로 그와 같은 행위를 수행할 수 있는지가 실무상 문제될 수 있다. 헌법연구관은 재판부의 구성원이 아니라 헌법재판소장의 명을 받아 사건의 심리 및 심판에 관한 조사·연구를 담당하기 때문에 독자적으로 심판준비절차의 진행주체가 될 수는 없을 것이다. 다만 보조적 지위에서 심판준비절차기일에 직접 관여하지 않더라도 서면에 의한 쟁점정리절차에서는 미리 주심재판관에게 보고하거나 그 명을 받아서 사건의 조사·연구에 필요한 범위 내에서 심판준비절차(서면에 의한 쟁점정리)를 사실상 수행할 수 있을 것이다. 헌법재판소 심판규칙 제11조에서는 “헌법연구관은 주장의 정리나 자료의 제출을 요구하거나, 조사기일을 여는 방법 등으로 사건의 심리 및 심판에 관한 조사를 할 수 있다.”라고 하여 이에 관하여 명시적으로 법적 근거를 두었다. 이에 따라 일부 사실인정이 중요한 헌재법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판사건에 있어서 사건에 대한 조사·보고를 주 업무로 하는 헌법연구관이 양 당사자에게 주장의 정리나 자료의 제출을 요구하는 등으로 사건의 심리 및 심판에 관한 조사를 할 수 있는데, 헌법연구관으로부터 자료제출 요구 등을 받은 당사자나 이해관계인이 그에 응답할 의무에 관하여도

명시적인 규정을 마련할 필요가 있어 보인다.

(3) 앞서 본바와 같이 현재법 제32조 단서는 재판·소추 또는 범죄수사가 진행 중인 사건의 기록에 대하여는 국가기관이나 공공기관의 단체에게 그 송부를 요구할 수 없도록 규정하고 있다. 이를 보완하여 헌법재판소 심판규칙 제41조는 문서가 있는 장소에서의 서증조사에 관하여 규정하고 있으므로, 현재법 제32조 단서에 따라 재판소가 기록의 송부를 요구할 수 없는 재판·소추 또는 범죄수사가 진행 중인 사건의 기록에 대하여는, 당사자의 신청 또는 직권으로 서증조사를 통하여 필요한 증거자료를 확보할 수 있을 것이다. 그런데, 헌법재판소가 처리해야 할 사건이 날로 늘어가고 있는 현실 하에서 서증조사를 통하여서만 증거자료를 확보할 수 있는 사건의 경우 서증조사를 위해 반드시 재판관이 해당 기관에 가야하는가 하는 문제를 생각해 볼 수 있다. 헌법연구관의 주 업무가 헌법재판소장의 명을 받아 사건의 심리 및 심판에 관한 조사·연구를 담당하는 것이라면, ‘사건의 심리’업무의 한 내용으로서 헌법재판소장의 명을 받아 서증조사기일에 해당기관에 출석하여 서증조사를 하고 신청인이 또는 직권으로 복사할 서면 부분을 지정하는 정도의 업무는 헌법연구관이 수행할 수도 있을 것으로 생각된다. 헌법연구관은 그 자격요건을 보면 상당한 기간 관련업무에 종사한 법률실무전문가이므로, 중요성이 매우 큰 예외적 사건은 수명재판관이 직접 서증조사에 임해야겠지만 그렇지 않은 경우 방대한 수사기록 또는 재판기록 중에 헌법재판소가 공권력의 행사나 불행사 관련 사실을 인정하는데 필요한 부분을 특정하는 정도의 일은 수명재판관이 직접 할 필요 없이 해당 사건을 잘 파악하고 있는 주심 연구관이 수행하여도 큰 문제가 없어 보인다. 따라서 재판·소추 또는 범죄수사가 진행 중인 사건의 기록이어서 문서송부촉탁으로는 불가능하고 서증조사를 통해서만 문서를 확인하고 사본을 확보할 수 있는 경우에는 우선 헌법재판소 심판규칙에 근거를 마련하여 헌법재판소장의 명을

받아 주심연구관이 서증조사 업무를 대행할 수 있도록 하는 방안도 생각해 볼 필요가 있겠다.<sup>95)</sup>

### 3. 심판확정 전 사건기록 열람·등사에 관한 규정 명문화 필요

우리 현재법은 일반심판절차에 관한 제3장 제39조의 2(심판확정기록의 열람·복사<sup>96)</sup>)에서 심판이 확정된 사건기록의 열람 또는 복사에 관하여 규정하여, 누구든지 원칙적으로 권리구제, 학술연구 또는 공익 목적으로 심판이 확정된 사건기록의 열람 또는 복사를 신청할 수 있도록 하고 있다. 그러나, 정작 심판이 확정되기 이전 사건기록의 당사자나

---

95) 법원조직법 제24조(재판연구관) 제2항에 따르면 대법원 재판관의 업무도 대법원장의 명을 받아 대법원에서 사건의 심리 및 재판에 관한 조사·연구 업무를 담당하는 것으로, 헌법연구관의 업무와 다르지 않다. 대법원 재판연구관의 경우 서증조사를 대행하거나 하지는 않지만, 이는 대법원이 법률심으로서 사실관계는 이미 하급심에서 확정되어 올라오기 때문인 것으로 보인다. 사안의 복잡성이나 경중을 고려하여 헌법재판관이 직접 할 필요가 있는 사건은 수명재판관이, 상대적으로 경미한 사건의 경우는 헌법연구관이 수행할 수 있도록 하는 방안도 생각해 볼 수 있고, 일정 경력 이상의 헌법연구관에게 위탁할 수 있도록 하는 방법도 가능할 것이다.

96) 39조의2(심판확정기록의 열람·복사) ① 누구든지 권리구제, 학술연구 또는 공익 목적으로 심판이 확정된 사건기록의 열람 또는 복사를 신청할 수 있다. 다만, 헌법재판소장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 사건기록을 열람하거나 복사하는 것을 제한할 수 있다.

1. 변론이 비공개로 진행된 경우
  2. 사건기록의 공개로 인하여 국가의 안전보장, 선량한 풍속, 공공의 질서유지나 공공복리를 현저히 침해할 우려가 있는 경우
  3. 사건기록의 공개로 인하여 관계인의 명예, 사생활의 비밀, 영업비밀(「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 제2조 제2호에 규정된 영업비밀을 말한다) 또는 생명·신체의 안전이나 생활의 평온을 현저히 침해할 우려가 있는 경우
- ② 헌법재판소장은 제1항 단서에 따라 사건기록의 열람 또는 복사를 제한하는 경우에는 신청인에게 그 사유를 명시하여 통지하여야 한다.
- ③ 제1항에 따른 사건기록의 열람 또는 복사 등에 관하여 필요한 사항은 헌법재판소규칙으로 정한다.
- ④ 사건기록을 열람하거나 복사한 자는 열람 또는 복사를 통하여 알게 된 사항을 이용하여 공공의 질서 또는 선량한 풍속을 침해하거나 관계인의 명예 또는 생활의 평온을 훼손하는 행위를 하여서는 아니 된다. [전문개정 2011. 4. 5.]

이해관계인에 의한 열람·등사에 관하여는 현재법에 별도의 규정을 두고 있지 않은바, 조문의 체계상으로 보거나, 후술하는 바와 같이 현재법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판이 서면심리주의 원칙하에 대부분 변론 없이 이루어지는 사정을 감안해 볼 때, 이에 관하여도 일반심판절차에서 함께 규정을 두는 것이 바람직한 것으로 생각된다. 물론 현재법 제40조에 의하여 준용되는 민사소송법 제162조<sup>97)</sup> 제1항에 따라 당사자나 이해관계를 소명한 제3자는 헌법재판소 심판규칙이 정하는 바에 따라, 사건기록의 열람·복사, 심판서·조서의 정본·등본·초본의 교부 또는 심판에 관한 사항의 증명서의 교부를 헌법재판소 사무관등에게 신청할 수 있을 것으로 생각되고, 실무상으로도 그렇게 운영되고 있을 것으로 생각된다. 그러나 헌법재판소 심판규칙은 제162조<sup>98)</sup>에서 증인의 자신에 대한 증인신문조서 열람·복사청구권만을 규정하고 있을 뿐, 심판확정 전 사건기록의 당사자나 이해관계인에 의한 열람·등사청구권의 행사절차나 방법에 관하여는 침묵하고 있다.

97) 민사소송법 제162조(소송기록의 열람과 증명서의 교부청구) ①당사자나 이해관계를 소명한 제3자는 대법원규칙이 정하는 바에 따라, 소송기록의 열람·복사, 재판서·조서의 정본·등본·초본의 교부 또는 소송에 관한 사항의 증명서의 교부를 법원사무관등에게 신청할 수 있다.

②누구든지 권리구제·학술연구 또는 공익적 목적으로 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 법원사무관등에게 재판이 확정된 소송기록의 열람을 신청할 수 있다. 다만, 공개를 금지한 변론에 관련된 소송기록에 대하여는 그러하지 아니하다. <신설 2007. 5. 17.>

③법원은 제2항에 따른 열람 신청시 당해 소송관계인이 동의하지 아니하는 경우에는 열람하게 하여서는 아니 된다. 이 경우 당해 소송관계인의 범위 및 동의 등에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다. <신설 2007. 5. 17.>

④소송기록을 열람·복사한 사람은 열람·복사에 의하여 알게 된 사항을 이용하여 공공의 질서 또는 선량한 풍속을 해하거나 관계인의 명예 또는 생활의 평온을 해하는 행위를 하여서는 아니 된다. <신설 2007. 5. 17.>

⑤제1항 및 제2항의 신청에 대하여는 대법원규칙이 정하는 수수료를 내야 한다. <개정 2007. 5. 17.>

⑥재판서·조서의 정본·등본·초본에는 그 취지를 적고 법원사무관등이 기명날인 또는 서명하여야 한다. <개정 2007. 5. 17., 2017. 10. 31.>

98) 헌법재판소 심판규칙 제33조(증인의 증인신문조서 열람 등) 증인은 자신에 대한 증인신문조서의 열람 또는 복사를 청구할 수 있다.

그런데, 헌재법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판의 경우 서면심리 원칙으로 진행되고, 구두변론을 여는 경우가 극히 예외적이므로, 당사자가 제출하는 각종 서면이나 서면에 첨부하여 제출하는 증거자료들이 법정에서 현출되거나 제시될 기회가 주어지지 않는다. 또한 헌법재판소의 각종 심판은 단심으로, 실무상 헌법재판소의 결정문에는 사실인정을 함에 있어 어떠한 자료들에 근거하였는지가 일반법원의 판결이나 결정과는 달리 전혀 적시되지 않는다. 따라서 헌재법 제68조 제1항 헌법소원심판의 당사자들, 특히 청구인으로서의 피청구인에 의하여 어떠한 증거자료들이 제출되었는지 확인하기 위하여<sup>99)</sup> 확정전의 사건 기록을 열람·등사할 필요성이 법원의 일반 소송사건들보다 더 커지는 측면이 있다. 따라서 헌재법이 확정후의 사건기록에 대한 열람·복사에 관하여만 특별히 규정을 두고 확정전 사건기록에 대한 사건 당사자의 열람·복사에 관하여는 특별한 규정을 두지 않은채 헌재법 제40조에 의하여 준용되는 민사소송법 제162조 제1항의 당사자의 사건 기록 열람·복사에 관한 규정을 준용하도록 하는 것은 법률규정체계상 균형에도 맞지 않을 뿐만 아니라, 소송 당사자에게 충분한 주장 및 증거제출의 기회를 부여한다는 측면에서 타당하지 않다. 헌법재판소 심판규칙에도 이에 관한 아무런 상세한 규정이나 절차가 마련되어 있지 않으므로, 우선 헌법재판소가 해결할 수 있는 심판규칙 규정의 정비부터 서두를 필요가 있어 보인다.

99) 헌재법 제27조는 청구서의 송달에 관하여, 동법 제29조는 답변서의 제출에 관하여 규정하고 있을 뿐이고, 헌법재판소 심판규칙은 제9조에서 헌법재판소에 청구서를 제출하는 사람은 심판용부본을 제출할 것을 규정하고 있을 뿐이다. 헌재법 제40조에 의하여 준용되는 민사소송법 제4절의 송달에 관한 규정이 준용되어, 헌법소원심판에 있어 양 당사자가 제출하는 서면이나 증거자료 일체가 상대방에게 송달될 것이고, 실무상 그렇게 운영되어 오고 있는 것으로 알고 있다. 그렇지만 혹시 당사자가 헌법재판소에 제출한 심판청구성 이외의 서면이나 서면에 첨부하여 제출한 증거자료 중 일부가 상대방에게 송달되지 않은 경우라면, 원칙적으로 변론이 실시되지 않는다. 헌법재판소의 결정문에는 사실인정의 근거자료가 적시되지 않으므로, 상대방은 송달되지 않은 서면이나 자료가 존재하는지조차 알지 못하는 상황이 발생할 가능성도 배제할 수 없게 된다.

#### 4. 사실확정이 중요한 사안에서 사실인정의 근거 적시의 문제

헌법소원심판 사건 중 주로 행정권력의 행사로 인한 헌법소원사건들로서 사실의 확정이 주요한 예외적인 사건들의 경우에는 특별히 변론을 활성화하고 증거조사를 보다 적극적으로 시행할 필요가 있음은 앞서 본 바와 같다. 그러한 사건에 있어서 는 충분한 증거자료 획득을 통한 객관적이고 충실한 사실인정이 이루어졌음을 확인하는 의미에서 사실인정의 근거가 된 증거자료를 결정문에 적시할 필요성이 있다. 헌법재판소의 실무상 결정문에는 사실인정의 근거자료들이 적시되는 경우가 거의 없는바, 헌법재판이 단심으로 불복할 수 없는 재판이라거나 서면심리를 원칙으로 하는 점이나 최고법원으로서 권위를 생각해볼 때 수긍할 수 있는 측면도 있지만, 적어도 사실인정이 중요한 예외적인 사안들에서는 주요사실의 인정에 관하여 근거가 된 자료들을 적시할 필요가 있다. 대개 사실인정이 중요한 사안에서는 결정문의 체계상 사실인정이 두 번 실시되는 경우가 많다. 일반적으로 모든 사건의 결정문에서 볼 수 있는 사건의 개요 외에 쟁점이 되는 공권력의 행사나 불행사에 관한 주요사실의 인정부분이 필수적으로 존재하게 되는데, 이 부분 사실인정에는 그 근거가 된 자료들을 거시하는 것이 결정의 권위나 설득력을 오히려 제고하는 방법이 될 수 있다.

헌법재판소는 현재 변론을 여는 사건에 있어서도 대부분 사실인정의 근거가 된 증거들을 거시하지 않고 있다. 그러나 변론이 여러 차례 열린 예외적 사건의 경우 간략히 사실인정의 근거가 된 증거자료를 거시하는 경우도 드물지만 찾아 수 있다. 소위 ‘국제그룹 해체사건’인 89헌마31<sup>100)</sup> 공권력 행사로 인한 재산권침해에 관한 헌법소원사건에서 헌법재판소는 사실관계를 인정함에 앞서 ‘이 사건 일건 기록과 이 사건에 현출된 증거자료 및 변론의 전취지를 종합하여 간추려 보면’이라고 적시하여, 사실인정의 근거가 된 자료를 개괄적으로 적시하고

---

100) 헌재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87



변론의 전취지를 사실인정 근거의 하나로 거시함으로써, 우리는 위 사건의 심판에 기본적으로 민사소송절차가 준용되었음을 확인할 수 있다. 그 외에 국가적으로 커다란 이슈가 되고 상당한 기간 변론이 진행되었던 통합진보당 해산 (통합진보당 해산 청구 사건)에서는 청구의 적법성을 판단한 후에 본안에 관한 판단에 들어가기에 앞서 ‘절차의 진행’이라는 제목 하에 헌법재판소법과 헌법재판소 심판규칙, 그리고 헌법재판의 성질에 반하지 않는 한도 내에서 민사소송에 관한 법령을 적용하여 심판절차를 진행하였음을 밝힌 후, 헌법재판소가 2회의 변론준비기일과 18회의 변론기일을 진행하면서 당사자 쌍방의 변론을 듣고 증거조사를 실시하여 갑 제1호증부터 갑 제2907호증의 2까지, 을 제1호증부터 을 제908호증까지의 서증 중 채택된 서증에 대하여 증거조사를 실시하고, 청구인측 증인 6인과 피청구인측 증인 6인을 신문하였으며 중앙선거관리위원회 위원장, 통일부장관, 국가정보원장, 국립중앙도서관장, 민주화운동관련자 명예회복및보상심의위원장, 새누리당, 민주당으로부터 사실조회 결과를 회신받고, 청구인측 참고인 3인과 피청구인측 참고인 3인의 진술도 청취하였음을 밝히고, 위 각 증거자료들과 헌법재판소에 현저한 사실 및 변론 전체의 취지를 종합하여 사실을 인정하였음을 상세히 밝히고 있다. 그 외에 박근혜대통령 탄핵심판 사건인 2016헌나1사건에서도 ‘이 사건 심판 진행과정’이라는 목차 하에 헌법재판소는 헌법재판소법과 헌법재판소 심판 규칙, 그리고 탄핵심판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 형사소송에 관한 법령을 준용하여 심판절차를 진행하였음을 밝히고, 3차례의 변론준비기일과 17차례의 변론기일을 진행하면서 변론을 듣고, 갑 제1호증부터 제174호증까지, 을 제1호증부터 제60호증까지 서증 중 채택된 서증에 대하여 증거조사를 실시하였으며, 당사자 쌍방이 함께 신청한 증인 3명, 청구인측 증인 9명과 피청구인측 증인 14명에 대한 증인신문을 실시하였으며, 모두 19건의 사실조회를 하여 70개 기관과 기업으로부터 답변을 받았음을 밝히고, 위 결정은 위와 같이 적법하게 조사된 증거를 종합하여

사실을 인정한 토대위에서 이루어졌다고 밝혔다.

위와 같이 변론을 거친 사건들 중 중요성이 매우 큰 몇몇 사건들에서는 사실인정의 근거가 된 증거자료들을 밝히고 그 자료들에 대한 증거조사방법까지도 거시하여 증거조사가 공정하고 적법하게 이루어졌음을 밝히고 있는바, 이러한 점은 헌법재판소의 결정에 대한 당사자나 관계기관 나아가 국민들을 설득하고 승복시키는 데 기여하는 중요한 요소가 될 뿐만 아니라, 해당 심판이 어떤 소송절차에 따라 이루어졌는지를 가늠할 수 있어 향후 각 헌법재판의 특성을 이해하고 헌법재판절차 규정을 완비해 가는 데에도 도움이 될 수 있다.

따라서 필요적 변론사건은 물론 헌재법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판 사건들 중 사실인정이 중요한 일부 사건들에 있어서는 변론을 열어 구두변론과 증거제출의 기회를 부여하고 증거조사절차를 거쳐 사실을 인정하며, 그 과정을 결정문에도 현출시킴으로써 절차적 투명성과 공정성을 제고하고 결정의 설득력과 승복률을 높이는 노력을 기울일 필요가 있다. 그러한 과정을 통하여 헌법재판이 갖는 일반재판과의 공통점과 차이점, 소송절차에서의 특수성에 관한 경험들이 쌓여 헌법소송법령을 정비하는 데에도 크게 기여하게 될 것이다.

#### IV. 입증책임

재판에 대한 헌법소원이 헌법소원심판 사건의 대부분을 차지하는 독일 연방헌법재판소나, 우리의 헌법소원에 유사한 기능도 수행하고 있는 미국 연방대법원의 심리에서는 일반법원이나 하급심법원을 거쳐 오는 동안 사실심리가 행하여져 사실인정에 관한 쟁점이 이미 정리된 경우가 대부분인데 반하여, 우리나라의 헌법소원심판에서는 재판소원 금지(헌재법 제68조 제1항 본문)과 보충성의 원칙(헌재법 제68조 제1항 단서)에 의하여 단심으로 이루어지는 헌법재판소가 독자적으로 사실을 인정해야 하는 경우가 대부분이므로 사실인정의 중요성과 증거

조사의 필요성이 상대적으로 훨씬 크다.

헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 침해된 기본권을 구제하는 절차이다. 헌법소원심판 청구가 적법하려면, ①청구인이 기본권의 주체이어야 하고, ②심판의 대상이 공권력의 행사 또는 불행사이어야 하며, ③공권력의 행사나 불행사에 청구인 자신의 기본권이, 현재, 직접 관련되어 있어야 하고, ④기본권 침해가능성이 있어야 하며, ⑤보충성의 원칙을 준수하고, ⑥청구기간을 준수하여야 하며, ⑦변호사 강제주의를 지켜야 한다.

헌법소원심판은 본질적으로 주관적 권리구제제도이므로, 기본권 구제라는 유리한 법적 효과를 얻기 위하여 헌법소원심판의 청구인이 적법요건에 해당하는 사실의 존재에 대한 입증책임을 진다. 피청구인은 적법요건을 부정하는 요소들에 해당하는 사실의 존재에 대한 입증책임을 부담한다. 그러나 국가권력의 우월성이 지배하는 영역에서는 법률요건 분류설을 그대로 따르는 것이 옳지 않을 수 있는바, 특히 헌법소원의 심판대상이 권력적 사실행위인 경우 이런 문제가 발생할 가능성이 높아진다. 환경침해나 감청과 같이 청구인인 국민 입장에서는 공권력의 행사, 기본권 침해, 인과관계를 파악하기조차 어려운 경우가 있을 것이므로, 이에 관한 증명책임을 청구인에게 부담시키는 것이 매우 부당한 경우에는 입증책임 분배에 관하여 공평한 운영을 도모할 필요가 있다.

법원은 행정소송에 있어서 직권주의가 가미되어 있다고 하여도 여전히 변론주의를 기본구조로 하는 이상 행정처분의 위법을 들어 그 취소를 청구함에 있어서는 직권조사사항을 제외하고는 그 취소를 구하는 자가 위법사유에 해당하는 구체적인 사실을 먼저 주장하여야 한다고 보면서도, 행정소송에 있어서 특단의 사정이 있는 경우를 제외하면 당해 행정처분의 적법성에 관하여는 당해 처분청이 이를 주장·입증하여야 하는 것으로 보고 있는바,<sup>101)</sup> 행정소송보다 훨씬 객관소송으로

---

101) 대법원 2000. 3. 23. 선고 98두2768 판결 참조.

서의 성격이 강한 헌법소원심판에 있어서도 기본적으로 공권력의 행사나 불행사가 헌법의 기본권규정에 합당하게 행사되었다는 점에 대한 입증책임이 피청구인에게 있다고 보아야 할 것이다.

## 제3절 권한쟁의심판에서 사실인정과 조사업무

### I. 권한쟁의심판에서 변론주의, 직권주의 및 증명책임

권한쟁의심판은 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 유무 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때 청구된다(헌재법 제61조 제1항). 피청구인의 처분 또는 부작위(不作爲)가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 경우여야 한다(동조 제2항).

권한쟁의심판은 청구인과 피청구인이 존재하고, 구두변론에 의하므로(헌재법 제30조 제1항), 민사소송의 구조와 유사하게 당사자주의와 변론주의가 적용된다. 다만 권한쟁의심판 역시 주관적 권리구제뿐만 아니라 ‘객관적인 헌법질서의 보장’ 기능을 지니고 있다(헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1). 헌법재판소는 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 증거조사를 할 수 있으며(헌재법 제31조 제1항), 권한쟁의심판에는 민사소송법령 및 행정소송법이 준용되며, 민사소송법령과 행정소송법이 저촉될 때에는 행정소송법을 준용한다(헌재법 제40조). 행정소송법은 제26조에서 ‘직권심리’라는 표제하에 “법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.”고 규정한다.

그러므로 권한쟁의심판에서 직권주의 내지 직권탐지주의가 배제된 것은 아니다. 권한쟁의심판은 구두변론에 의하지만, 구두변론은 기일에 헌법재판소의 공개법정에서 당사자 양쪽이 말로 결정의 기초가 될

소송자료, 즉 사실과 증거를 제출하는 방법으로 소송을 심리하는 절차를 의미하는 것이며, 이는 변론주의나 직권탐지주의와 모두 결합할 수 있다.<sup>102)</sup>

그러므로 권한쟁의심판에서 변론주의가 적용되지만, 직권주의도 적용될 수 있으며, 그것은 재판부가 결정할 사항이라고 볼 수 있다. 현재 법 제31조 제1항은 “직권 또는 당사자의 신청에 의한 증거조사”를 규정하는데, 학계에서는 이 조항의 취지를 대체로 직권탐지주의를 원칙으로 선언한 것으로 보고 있다.<sup>103)</sup>

입증책임에 대해서는 다음과 같이 설명할 수 있다. 우선 적법요건에 있어서, 권한쟁의심판 청구가 적법하려면, 청구인과 피청구인이 당사자 능력 있는 국가기관 또는 지방자치단체이고, 심판대상이 피청구인의 처분 또는 부작위이며, 그로 인하여 청구인의 권한이 침해받아야 하고, 청구기간 등 심판의 이익이 있어야 한다. 적법요건을 충족하는지의 판단은 청구인 혹은 피청구인의 구체적 행위나 상태와 관련된 사실문제에 좌우되는 경우가 많고, 이런 때 증명책임론이 적용될 수도 있다. 즉 청구인이 이들에 해당하는 사실의 존재에 대한 증명책임을 져야 할 것이고, 피청구인은 청구의 적법성을 부정하는 항변에 해당하는 사실의 존재에 대한 증명책임을 부담한다.<sup>104)</sup>

즉 권한쟁의심판 청구가 적법하려면, ① 청구인, 피청구인이 당사자 능력 있는 국가기관 또는 지방자치단체이고, ② 심판대상이 처분 또는 부작위이며, ③ 그로 인하여 청구인의 권한이 침해받아야 하고, ④ 청구기간을 지켜야 하며, ⑤ 심판의 이익이 있어야 한다. 이러한 각각의 적법요건을 충족하는지의 판단은 청구인 혹은 피청구인의 구체적 행위나 상태와 관련된 사실(개별사안 사실) 문제에 좌우되는 경우가 있고, 이러한 경우 헌법소원에서와 마찬가지로, 증명책임론을 적용할 수

---

102) 헌법재판연구원, 앞의 책, 222면.

103) 헌법재판연구원, 앞의 책, 781면.

104) 김하열, 앞의 논문, 334-335면 참조.

있다. 이 때 청구인은 위 요건들에 해당하는 사실의 존재에 대한 증명 책임을 져야 할 것이고, 피청구인은 청구의 가능성을 부정하는 요건들(예: 심판의 이익이 소멸되었다는 점)에 해당하는 사실의 존재에 대한 증명책임을 부담해야 할 것이다.<sup>105)</sup>

다만, 적법요건의 구비 여부는 헌법재판에서 직권조사 사항이며, 청구인의 주관적 권리보호 외에도 객관적 법질서 유지 기능을 하여야 하므로, 헌법재판소가 피청구인이 제대로 적법요건에 대한 항변을 하지 못하더라도, 적법요건에 미비된 사항이 있다면, 피청구인에게 증명 책임을 물어 적법요건이 구비되었다고 판단하기는 곤란하다고 볼 것이다.

한편 본안 문제에 있어서는, 법규정에 위반하는 행위(처분 또는 부작위)를 하였다는 사실에 대한 증명책임은 권한쟁의심판의 청구인에게 부담시킬 수 있고, 이에 대하여 처분 및 부작위를 한 피청구인은 자신의 행위의 적법성에 대하여 증명책임이 있다고 볼 것이다.<sup>106)</sup> 행정소송(항고소송)의 경우, 대법원은 그와 같은 입증책임 분배를 판시하고 있다. 즉 “민사소송법의 규정이 준용되는 행정소송에 있어서 입증책임은 원칙적으로 민사소송의 일반원칙에 따라 당사자간에 분배되고 항고소송의 특성에 따라 당해 처분의 적법을 주장하는 피고에게 그 적법사유에 대한 입증책임이 있다고 하는 것이 당원의 일관된 견해이므로 피고가 주장하는 당해 처분의 적법성이 합리적으로 수긍할 수 있는 일응의 입증이 있는 경우에는 그 처분은 정당하다고 할 것이며 위

---

105) 김하열, 앞의 논문, 335면.

106) 이에 대해서는 “헌법소원이나 행정소송(주된 유형인 항고소송의 경우)의 적극적 당사자가 사인(私人)인 것과는 달리 권한쟁의심판에서는 양 당사자 모두 공적 주체로서 일응 대등한 지위에 있다고 할 수 있기 때문이다. 따라서 심판청구를 통해 법상태의 적극적 변화를 구하는 청구인 쪽에서 피청구인 처분의 위법성에 대한 증명책임을 진다고 할 수도 있을 것이다.”라는 견해도 있으나(김하열, 앞의 논문, 335면), 현재법이 권한쟁의심판에서 행정소송법을 민사소송법보다 우선적으로 준용하고 있는 것을 감안하면, 그러한 민사소송적 접근보다는 행정소송법적 접근방법이 타당하다고 볼 것이다.

와 같은 합리적으로 수증할 수 있는 증거와 상반되는 주장과 입증은 그 상대방인 원고에게 그 책임이 돌아간다고 풀이하여야 할 것이다.”라고 한다(대법원 1984. 7. 24. 선고 84누124 판결). 이러한 결론은 행정소송법상 항고소송의 성질이 지닌 특수성을 고려한 것인바, 현재법이 권한쟁의심판에서 행정소송법을 민사소송법보다 우선적으로 준용하는 것을 볼 때, 행정소송(항고소송)의 위 판시와 같은 ‘입증책임 분배’가 원칙적으로 처분 내지 부작위를 다루는 권한쟁의심판에서도 적용되는 것이 타당하다고 볼 것이다.

이 점에 대해서는 헌법재판소의 판례도 그러한 입장으로 보인다. ‘한미FTA 비준동의안’에 관한 권한쟁의사건에서(헌재 2010. 12. 28. 2008헌라7등), 피청구인(국회의장)이 질서유지권을 발동하여 청구인들(국회의원들)의 회의장 출입을 봉쇄한 행위는 그와 같이 출입이 봉쇄된 상태에서 이 사건 회의를 개의하여 이루어진 이 사건 상정·회부행위가 위헌·위법하게 청구인들의 해당 동의안에 대한 심의·표결권을 침해하였는지 여부를 판단하기 위한 논리적 전제가 되었다. 헌법재판소는 질서유지권이 행사되어 상임위원회 위원의 회의장 출석을 원천봉쇄하는 방향으로 ‘회의장 출입문 폐쇄행위’, 특히 ‘회의장 출입문 폐쇄상태를 회의 개시 무렵부터 회의 종료시까지 유지한 행위’를 인정한 뒤, “당초 피청구인이 2008. 12. 16. 질서유지권을 발동함에 있어서도 회의의 주체인 상임위원회 위원 등의 출입을 제한하지는 아니하였던 것인바, 피청구인이 회의장 출입문 폐쇄상태를 회의 개시 무렵부터 회의 종료시까지 유지함으로써 회의의 주체인 위원 등의 회의장 출석을 봉쇄하는 결과를 초래한 것은 ‘상임위원회 회의의 원활한 진행’이라는 사전적 질서유지권의 인정목적에 정면 배치되는 것으로서, 질서유지권 행사의 한계를 벗어난 행위로 보아야 할 것이다. 따라서 이를 정당화할 만한 특별한 사정이 있었다면 그에 대한 입증책임은 피청구인에게 부과되는 것으로 보아야 할 것이다.”라고 한 뒤, 피청구인의 변명은 “이를 정당화할 만한 불가피한 사정이 있었다고 보기 어렵다.”면서, “따라서, 피청구인의 이 사건 질서유지권 발동행위 중 이 사건 회의

개의 무렵부터 회의가 종료될 때까지 외통위 회의장 출입문의 폐쇄상태를 유지하여 청구인들의 외통위 회의장 출석을 원천봉쇄한 행위는 질서유지권 행사의 한계를 벗어난 행위로서 위법하다고 하지 않을 수 없다.”고 판단하였다.

이러한 판시는 처분이나 부작위가 문제된 사안에서, 청구인은 위법성에 대한 주장책임 내지 입증책임이 있고, 피청구인은 청구인이 주장한 것에 대한 정당화 사유(“정당화할 만한 특별한 사정”)의 증명책임을 진다는 것을 보여준다.

## II. 권한쟁의심판에서 사실조사 현황

### 1. 개론

헌법재판에서 사실의 종류를 ‘사안에 관련된 사실’(사안관련사실 혹은 재판관련사실: adjudicative fact)과 ‘입법이나 법리에 관련된 사실’(입법관련사실, legislative fact)로 나눌 때, 권한쟁의심판에서는 입법관련사실이 문제되는 경우도 있으나 주로 사안관련 사실인정이 문제되고 있다. 이 경우 권한의 유무 또는 범위에 관한 사실조사와 피청구인의 처분 또는 부작위(不作爲)가 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는지 사실조사가 필요하다.

통상 권한쟁의심판에서 사안관련사실의 파악은 다른 헌법소송에 비하여 대체로 수월한 편이다. 왜냐하면 당사자들이 국가기관이나 지방자치단체이므로 비교적 사실관계에 대한 주장과 입증이 체계적, 중립적으로 이루어질 수 있기 때문이다.<sup>107)</sup> 그러나 권한쟁의심판에서도 사

---

107) 권한쟁의심판의 당사자는 국가기관 또는 지방자치단체인데, 국가기관이나 지방자치단체의 권한의 유무나 행사는 법령이나 공적인 사무나 직무집행의 형태를 띠고, 따라서 공문서 등을 통하여 사실인정을 할 수 있는 경우가 많을 것이고, 본안판단의 주된 심리는 공문서를 통해 드러난 공무집행의 적법성 여부에 대한 법적 평가가 될 것이다. 이런 점에서는 사실인정이나 증명책임의 문제가 심리의 중요한 쟁점이 될 여지는 적다고 볼 수 있다. 김하열, 앞의 논문, 334면.



실관계 여부가 핵심적 쟁점으로 부각되는 경우가 적지 않고, 또 국가 기관이나 지방자치단체가 당사자라 하더라도 복잡한 사실관계가 문제 되는 경우 사실조사가 다층적으로 이루어져야 하는 경우도 많다.

그런 경우 권한쟁의심판에서 헌법재판소가 한정된 자원과 시간을 가지고 어떻게 효과적으로 사실조사를 할 것인지 문제된다. 이 점은 뒤에 개선방안을 논할 때 구체적으로 보기로 하고, 여기서는 몇 가지 사례를 들어, 권한쟁의심판에서 사실조사가 이루어지는 현황을 살펴보기로 한다.

## 2. 사실조사의 방식

권한쟁의심판에서도 다른 헌법소송과 마찬가지로 다양한 사실조사 방법이 존재한다. ① 헌재법은 직권 또는 당사의 신청에 의한 증거조사를 규정하며, 이에에는 당사자나 증인 신문, 문서 등 제출명령, 감정, 검증을 통한 증거조사가 포함되며(제31조), 국가기관이나 공공단체에 사실조회, 기록의 송부나 자료의 제출 요구(제32조) 등으로 사실조사를 할 수 있다고 규정한다. ② ‘헌법재판소 심판규칙’은 심판준비절차의 실시 및 수명재판관 지정제도(제11조), 헌법연구관에 의한 사건의 심리와 조사(제11조의2), 참고인 의견서 및 진술(제13조, 제15조, 제16조), 재판부의 석명처분(제17조), 증거설명서의 제출(제36조), 문서송부의 촉탁(제39조, 제40조), 문서가 있는 장소에서 서증조사(제41조) 등을 규정하고 있다. ③ 행정소송법은 직권심리(제26조<sup>108)</sup>)를 규정하고 있다.

---

108) “법원은 필요하다고 인정할 때에는 [는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.” 대법원은 이 직권심리의 의미에 대하여, “행정소송법 제26조는 법원이 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여 판단할 수 있다고 규정하고 있으나, 이는 행정소송에 있어서 원고의 청구범위를 초월하여 그 이상의 청구를 인용할 수 있다는 뜻이 아니라 원고의 청구범위를 유지하면서 그 범위 내에서 필요에 따라 주장 외의 사실에 관하여 판단할 수 있다는 뜻이라고 할 것”이라고 한다(대법원 1992. 3. 10. 선고 91누6030 판결).

④ 민사소송법은 위에서 언급한 사실조사, 증거조사 방법 외에, 석명권과 구문권(제136조), 전문심리위원 제도(제164조의2), 변론준비절차(제280조, 제281조), 변론준비기일(제282조), 그 밖의 증거조사(제374조)<sup>109)</sup> 등을 규정하고 있다.

그런데 헌법재판소는 결정에서 사실인정에 있어서 구체적인 증거를 거시하지는 않으므로, 어떤 증거가 어떤 조사과정을 거쳐, 어떻게 사실로 인정되었는지 파악하기는 쉽지 않다. 이하에서는 권한쟁의심판에서 사실조사 방법 중 특징적인 몇 가지 사례를 살펴보기로 한다.

가. 현재 2011. 8. 30. 2009헌라7 [국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의: 방위사업법 날치기 권한쟁의 사건]

국회의원의 심의·표결권 침해 사안에서는 헌법재판소가 검증을 통하여 사실인정을 하였다. 즉 피청구인 국회의장이 국회법 제93조를 위배하여 토론 기회를 주지 않은 채 표결함으로써 청구인 국회의원의 심의·표결권이 침해되었는지 문제된 사안에서, 개별 의원이 반대토론 신청을 하였는지, 그것이 제대로 접수되었는지, 반대토론을 허가하였는지, 토론 생략에 필요한 의결이 있었는지는 위 법률조항 위배 여부 판단에 필요한 사실조사 사항이었다.

청구인은 ‘DVD 검증신청서’를 제출하였고, 헌법재판소는 위 사건에서, “이 사건 기록과 ‘제281회 국회(임시회) 제12차 본회의 국회 의사중계방송 녹화 DVD 영상자료’에 대한 검증 및 변론에 나타난 자료를 종합”하여, 국회 본회의의 진행과정에서 반대토론 신청이 있었는지, 이에 대한 피청구인의 판단이 옳았는지 여부를 판단하였다. 그 결과 앞의 두 사실의 존재를 인정하고, 뒤의 두 사실은 부존재를 인정하였으며, 이를 바탕으로 피청구인 행위의 위법성과 청구인들의 권한 침해를

---

109) “도면·사진·녹음테이프·비디오테이프·컴퓨터용 자기디스크, 그 밖에 정보를 담기 위하여 만들어진 물건으로서 문서가 아닌 증거의 조사”를 말한다.

인정하였다.

나. 현재 2009. 10. 29. 2008헌라8등 [국회의원과 국회의장 등 간의 권한쟁의]

이 사건에서는 ‘수명재판관의 영상자료 검증’ 결과가 매우 중요하였다. 신문법안과 미디어법안의 본회의 상정 경우, 심의 및 표결과정에서 사실인정 문제가 있었다. 언론보도(법률신문 2009. 9. 22.자 ‘헌재, 미디어법 관련 권한쟁의 심판 검증기일 가져’)에 의하면, 이 사건 2차 변론에 앞서 수명재판관(송두환 재판관)의 주재로 영상자료에 대한 증거조사를 하였다. 증거영상에는 △대리투표·무권투표 관련영상, △국회 부의장의 표결종결 선언 직후 전광판 시스템 가동중지영상, △방송법 표결 개시 전 한나라당 의원 사전투표영상, △한나라당 의원 단상점거영상, △한나라당 의원 본회의장 출입통제영상 등 10건이 제출됐다.

청구인(민주당 소속 의원들)측은 한나라당 의원들이 같은 당 의원의 좌석에서 대리투표를 했다고 주장했다. 민주당측은 한나라당 배은희 의원이 이날 회의장에 입장하지 않았던 나경원 의원석에서 무권투표를 하고, 이화수 의원이 조해진 의원 좌석에서 무권투표를 하는 모습이 찍힌 관련 영상 등 7건을 제시했다. 그러나 피청구인측은 청구인측이 제출한 영상에 나온 의원들이 한나라당 의원인 사실은 인정하면서도 터치스크린에 손을 대거나 투표를 한 것은 아니며, 일부 손을 댄 장면의 경우도 야당의회원이 한나라당 의원석에서 반대표를 찍은 경우를 바로잡기 위해 취소버튼을 누른 것이라고 강경하게 맞섰다. 양측은 서로의 주장만을 내세운 채 제출된 영상자료의 매 장면마다 반대의견을 제시하거나 이의를 제기해 평균 2-4분 내외의 동영상 한 건 검증에 2-3시간이 소요됐다.

결국 송두환 재판관은 “양측이 어느 정도 영상자료에 등장한 인물에 대한 사전합의를 한 것으로 알았는데 인물확인에만 지나치게 많은

시간이 할애되고 있다”며 “검증기일을 다시 잡을 수는 없으므로 양측이 각 의원들에 대한 성명을 지정해 제출하도록 하라”고 지시했다. 또 일부자료는 영상을 2배속으로 돌려 검증하는 방법을 사용하기도 했다.

다. 현재 2023. 3. 23. 2020헌리5 [남양주시와 경기도 간의 권한쟁의: 경기도가 남양주시에 대하여 실시한 감사가 남양주시의 지방자치권을 침해하였는지 여부에 관한 사건]

이 사건은 경기도가 남양주시에게 감사통보를 하면서 감사대상을 포괄적으로 “언론보도 의혹사항, 주민감사청구 및 익명제보사항 등”이라고 하면서 관련된 모든 자료를 제출하도록 한 것이 지방자치단체의 자치권 침해 여부가 문제되었다.

헌법재판소는 종전 2006헌리6 결정 취지와 같이, 광역지방자치단체의 기초지방자치단체의 자치사무에 대한 감사에 대해서도 광역지방자치단체가 기초지방자치단체의 자치사무에 대한 감사에 착수하기 위해서는 자치사무에 관하여 특정한 법령위반행위가 확인되었거나 위법행위가 있었으리라는 합리적 의심이 가능한 경우이어야 하고 그 감사대상을 특정하여야 하며, 위법사항을 특정하지 않고 개시하는 감사 또는 법령위반사항을 적발하기 위한 감사는 허용될 수 없다고 전제하였다. 그러므로 경기도의 감사대상이 이에 해당되는지 여부에 대하여 많은 사실조사를 할 필요가 있었다.

그런데 권한쟁의는 필요적 변론이지만, 전원재판부가 다루어야 할 많은 사건량 때문에 개별 사건에서 충분한 변론기일을 갖기 곤란한 경우가 많다. 대부분 권한쟁의심판 사건들은 1회의 변론을 거친 후 결정이 선고된다. 그러므로 관련 사실의 현출 및 조사를 효율적으로 하기 위한 방법이 동원되었다.

그 중 하나가 ‘재판부의 석명처분’(헌법재판소 심판규칙 제17조)이었다. 동 조항에 의하면, 헌법재판소는 심판관계를 분명하게 하기 위하

여 ‘심판서류 또는 심판에 인용한 문서, 그 밖의 물건으로서 당사자가 가지고 있는 것을 제출하게 하는 일’이나 ‘필요한 조사를 촉탁하는 일’을 할 수 있다.

2020헌라5 사건에서 사실관계는 헌법재판소의 여러 석명명령<sup>110)</sup>을 통하여 밝혀졌다. 헌법재판소의 ‘사건검색’란에서 ‘심리진행상황(송달정보)’에 따르면, 위 사건에서 변론기일 전 3차례 석명명령이 있었다.

그런데 헌법재판소나 법원이 직원으로 석명처분에 의하여 한 조사의 촉탁, 검증, 감정 등 자료는 증거조사의 결과로 될 수는 없으나 ‘변론전체의 취지’로서 사실인정의 자료가 될 수 있다고 한다.<sup>111)</sup> 헌법재판에서도 민사소송법이 준용되므로 민사소송법 제202조(자유심증주의)가 적용된다. 동 조항은 “법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실주장이 진실한지 아닌지를 판단한다.”라고 규정한다. ‘변론전체의 취지’란 통상 증거조사 결과 얻은 증거자료 이외에 변론에 나타난 일체의 자료와 상황을 말한다.<sup>112)</sup> 한편 변론전체의 취지만으로 당사자 사이에 다툼이 있는 사실을 인정할 수 있는지는 학설이 대립되고 있는데, 판례는 주요사실은 변론전체의 취지만으로는 인정할 수 없다고 한다.<sup>113)</sup>

---

110) 이 석명명령의 근거가 재판부의 석명권(민사소송법 제186조) 행사인지 석명처분인지(헌법재판소 심판규칙 제17조)가 문제되는데, 석명처분은 “1. 당사자 본인이나 그 법정대리인에게 출석하도록 명하는 일, 2. 심판서류 또는 심판에 인용한 문서, 그 밖의 물건으로서 당사자가 가지고 있는 것을 제출하게 하는 일, 3. 당사자 또는 제3자가 제출한 문서, 그 밖의 물건을 헌법재판소에 유치하는 일, 4. 검증을 하거나 감정을 명하는 일, 5. 필요한 조사를 촉탁하는 일”을 의미하는데, 해당 석명명령은 “심판서류 또는 심판에 인용한 문서, 그 밖의 물건으로서 당사자가 가지고 있는 것을 제출하게 하는 일”, 즉 석명처분이라고 볼 수도 있고, 혹은 통상 민사재판 등에서 행해지는 사실관계 조사 등을 위한 석명권 행사라고 볼 수도 있다.

111) 이시윤, 앞의 책, 532면 참조.

112) 대법원 1983. 7. 12. 선고 83다카308 판결.

113) 이순동, “증거에 의하지 않은 사실인정”, 사법 통권 42호, 2017, 248-249면.

라. 헌재 2022. 8. 31. 2021헌라1 [남양주시 자치사무 감사에 관한 권한쟁의 사건]

이 사건에서는 경기도가 2021. 4. 1. 남양주시에 통보한 종합감사 실시계획에 따른 자료제출요구 중 자치사무에 관한 부분이 지방자치법이 한정된 위법성 감사 범위를 넘었는지 여부가 문제되었다. 이 사건은 자료제출요구의 구체적 내용과 과거의 자료제출요구 행태, 지방자치법 위반여부에 관련된 법리에 관련된 사실 등에 대한 조사와 확정이 필요하였다.

이에 재판부는 1회의 변론(2021. 7. 8.) 및 참고인진술을 진행하였지만, 수백개의 감사항목에 대하여 세세한 사실조사가 필요하였으므로, 변론종결 이후에도 결정 선고(2022. 8. 31.) 시까지 총 4회에 걸쳐 구체적인 사실관계 자료를 요구하는 ‘석명명령’을 당사자들에게 발하였다.

사실조사의 결과, 헌법재판소는 “피청구인이 2021. 4. 30. 청구인에 대하여 ‘경기도 종합감사(남양주시) 사전조사 자료 재요구’ 공문을 통하여 266개 항목의 미제출 자료(결정문 [별지2])를 2021. 5. 6.까지 제출할 것을 요구”한 것은 청구인의 지방자치권을 침해한 것이라고 결정하였다.

### 3. 사실인정에서 증명력 문제

헌법재판소 심리에서 빈번하게 문제되는 것은 현출된 사실관계를 놓고 어떤 사실인정을 할 것인지 혹은 법적 평가를 할 것인지이다. 이는 증명력, 법적 판단의 근거 문제라고 할 수 있다. 이와 관련하여 몇 가지 사례를 살펴본다.

가. 헌재 2000. 2. 24. 99헌라2 [국회의장과 국회의원 간의 권한쟁의]

국회의장을 대리한 국회부의장이 1999. 1. 6. 제199회 임시회 제6차

본회의에서 대한민국과일본국간의어업에관한협정비준동의안을 상정한 뒤, 안건에 대한 이의유무를 물어 ‘이의없습니다’하는 의원이 있자 위 동의안이 가결되었음을 선포하였다. 이에 국회의원인 청구인들은 위 안건에 대하여 이의유무를 물었을 때에 “이의없습니다”라고 반대의사를 분명히 하였음에도 불구하고, 전원찬성으로 가결이 선포된 것은 청구인들의 심의·표결권을 침해한 위법이 있다는 이유로 권한쟁의심판을 청구하였다.

그러므로 사건의 쟁점은 ‘이의없습니다’ 유무를 어떠한 증거로 인정할지 여부였다.<sup>114)</sup> 한편으로 이는 입증의 문제였다. 헌법재판소 법정 의견에서 청구인들의 주장 사실을 인정할 증거가 부족하다고 하였다. 즉 회의록을 통한 사실인정을 통하여, 회의록에 ‘이의없습니다’라고 기재된 사실이 있고, 비록 회의록에 “(장내소란)”이라고 기재된 것만으로는 이의가 있었다고 사실을 인정할 수 없고, 관련된 방송사의 보도내용 테이프 내용만으로 그 사실을 인정할 수도 없다고 보았다.

이에 대하여 재판관 3인의 인용의견을 보면, 이 사건에서는 회의록만으로 사실인정을 할 것이 아니라 변론에 현출된 모든 자료와 정황을 종합하여 판단하여야 한다고 하였다.<sup>115)</sup> 즉 회의록만으로는 쟁점사실을 인정하기에 부족하다는 것이었다. 이는 증거의 취사선택의 문제이지만, 한편으로는 쟁점 사안에 관련하여 회의록 기재내용의 신빙성을 어느 정도 인정할 것인지 증명력 문제이기도 하다.

114) 국회법 제112조 제3항은 “의장은 안건에 대한 이의의 유무를 물어서 이의가 없다고 인정할 때에는 가결되었음을 선포할 수 있다. 그러나 이의가 있을 때에는 제1항 또는 제2항의 방법으로 표결하여야 한다”라고 규정하고 있다.

115) 즉 “헌법재판소가 권한쟁의심판사건의 심리와 관련하여 국회의 회의절차에 관한 사실인정을 함에 있어서, 국회본회의회의록의 기재내용을 일차적인 자료로 삼아야 한다는 것은 원칙적으로 타당하다. 그러나 이 사건과 같이 위 회의록이 사실대로 정확히 작성된 것인지 그 자체에 관하여 청구인들과 피청구인 사이에 다툼이 있는 등 위 회의록의 기재내용을 객관적으로 신빙할 수 없는 사정이 있는 경우라면, 헌법재판소로서는 위 회의록에 기재된 내용에 얽매일 것이 아니라, 변론에 현출된 모든 자료와 정황을 종합하여 건전한 상식과 경험칙에 따라 객관적·합리적으로 판단하여야 한다.”고 보았다.

나. 현재 2006. 8. 31. 2003헌라1 [광양시등과 순천시등간의 권한쟁의]

공유수면에 대한 지방자치단체의 관할구역 경계에 관한 권한쟁의심판에서 쟁점은 공유수면에 대한 지방자치단체의 관할권한이 있는지, 공유수면의 관할구역 경계를 어떻게 인정할 객관적인 자료가 있는지 여부였다.

다수의견은 공유수면에 대한 지방자치단체의 관할권이 때로는 인정될 수 있으며, 이 사건에서 조선총독부 임시토지조사국 훈령인 일반도측량실시규정(1914년)에 의거하여 1918년에 제작된 지형도상에 표시된 해상경계선을 비롯하여, 1974년 국토지리정보원에서 발행한 지형도상에 표시된 해상경계선 등이 지방자치단체 간 관할구역 경계를 나누는 기준이 된다고 보았다.

그러나 소수의견은 공유수면에 대해 지방자치단체의 관할권한이 있다고 인정할만한 근거는 없으며, 지형도상에 표시된 이러한 해상경계선은 도서의 소속을 표시할 뿐 지방자치단체의 관할구역을 판단하는데 법적 구속력을 가지고 있지 못하다는 것이 국토지리정보원의 공식적인 견해라고 보았다.

### Ⅲ. 권한쟁의심판에서 문제점

#### 1. 사실조사 방식 관련 문제

권한쟁의심판 외 다른 헌법소송에서는 사실조회나 기록의 송부촉탁 등에 있어서 타 기관이 이를 제대로 이행하지 않는 문제가 있으나, 당사자가 국가나 지방자치단체인 권한쟁의심판에서는 그러한 사실조사 문제가 드문 것으로 보이고, 오히려 어떻게 다양한 방식으로 사실조사를 할 것인지가 검토될 필요가 있다.

우선 변론기회가 실무상 1회로 한정되는 현실에서는, 만일 수명재판



관을 통한 심판준비절차와 같은 변론 전 절차가 없는 경우, 대개 당사자들의 임의적인 증거나 자료 제출에 따라 사실조사를 하고 사실인정을 할 수밖에 없는데, 이는 관련된 사실에 관한 자료의 불충분성을 초래할 수 있다. 위 2020헌라5, 2021헌라1 사건의 경우 ‘석명명령’과 후속 ‘석명명령’으로 사실관계를 사실상 조사하였는데, 아무래도 그런 석명명령 답변서에서는 객관적 사실관계를 드러내기보다는 당사자들에게 유리한 사실관계를 드러낼 위험성이 있으므로, 충분한 사실조사가 되기 어렵고, 그렇다고 따로 헌법재판소가 직권으로 별도의 증거조사를 하기도 어렵다고 보인다. 그러므로 이에 대한 개선책이 필요하다.

한편 국회의원의 심의표결권 사안에서는 관련 국회 절차의 면밀한 사실확인이 필요한데, 비교적 의사록 등 관련 사실관계 자료가 존재하므로 사실인정에 있어서 기술적 어려움은 없다고 보이나 구체적인 상황에서는 애매한 경우가 있으므로, 그러한 경우는 결국 재판관의 사실인식 방식이 관건이 된다. 그런데 결정문만을 보면, 왜 특정 재판관은 그러한 사실인식을 하였고, 왜 다른 재판관은 다른 사실인식을 한 것인지 구체적으로 이해하기 어려운 경우가 있다. 핵심 쟁점이 된 사실관계에 대한 인식과 평가에 대해서는 보다 자세한 이유와 논증이 필요해 보인다.

## 2. 사실인정의 대립 문제

같은 증거자료를 놓고 재판관들의 사실인정 내지 법리적 의견이 다른 경우가 더러 있다. 예를 들어, 현장소란 상황을 보여주는 자료에서 ‘이의있습니다’ 발언이 있었는지 없었는지에 대한 사실인식이 다른 경우이다. 위 99헌라2 사건에서 소수의견은 다음과 같이 설명한다.

“기각의견의 요지는, 이 사건 어업협정안 가결·선포행위와 관련된 사실인정은 국회본회의회의록의 기재내용에 의존할 수밖에 없는데, 위 회의록에 의하면 이의가 있었다는 취지의 기록은 되어 있지 아니하고,

‘이의없습니다 하는 의원 있음’이라거나 ‘장내소란’이라고 기재되어 있을 뿐이므로 청구인들이 ‘이의있습니다’라고 한 사실을 인정할 수 없고, 그 밖에 이를 인정할 다른 증거도 없으므로, 피청구인의 이 사건 어업협정안 가결·선포행위가 헌법 제49조, 국회법 제112조 제3항에 위반됨을 인정할 증거가 없어 이 사건 심판청구를 기각하여야 한다는 것이다. …헌법재판소가 권한쟁의심판사건의 심리와 관련하여 국회의회의절차에 관한 사실인정을 함에 있어서, 국회본회의회의록의 기재내용을 일차적인 자료로 삼아야 한다는 것은 원칙적으로 타당하다. 그러나 이 사건과 같이 위 회의록이 사실대로 정확히 작성된 것인지 그 자체에 관하여 청구인들과 피청구인 사이에 다툼이 있는 등 위 회의록의 기재내용을 객관적으로 신빙할 수 없는 사정이 있는 경우라면, 헌법재판소로서는 위 회의록에 기재된 내용에 얽매일 것이 아니라, 변론에 현출된 모든 자료와 정황을 종합하여 건전한 상식과 경험칙에 따라 객관적·합리적으로 판단하여야 한다.”라고 하면서, “당시 ‘장내소란’이 있었다는 위 회의록의 기재 등 변론에 현출된 모든 자료와 이 사건을 둘러싼 여러 정황을 종합하여 건전한 상식과 경험칙에 따라 객관적·합리적으로 판단하여 보면, 피청구인의 직무를 대리한 국회부의장 김○호(이하 “피청구인”이라고 한다)가 이 사건 어업협정안에 대하여 이의의 유무를 의원들에게 물었을 때 일부 청구인들이 ‘이의 있습니다’는 취지의 의사를 표명한 사실을 인정하기에 충분하다고 판단된다.”고 보았다.

다만, 소수의견은 ‘변론에 현출된 모든 자료와 정황을 종합하여 건전한 상식과 경험칙에 따라 객관적·합리적으로 판단’한다고 하면서 구체적인 준거를 제시하지 않았으므로, 과연 어떤 기준이었는지 좀 더 설득력 있는 설명이 없어 아쉬웠다.

2003헌라1 사건에서는 쟁점이 일반도측량실시규정(1914년)에 의거하여, 1918년에 제작된 지형도상에 표시된 해상경계선을 비롯하여 1974년 국토지리정보원에서 발행한 지형도상에 표시된 해상경계선이 사실

인정의 표준이 되는지 여부였다. 법정의견은 이를 긍정한 반면, 소수의견은, 지형도상에 표시된 이러한 해상경계선은 도서의 소속을 표시할 뿐 지방자치단체의 관할구역을 판단하는데 법적 구속력을 가지고 있지 못하다는 것이 국토지리정보원의 공식적인 견해라고 보았다. 그렇다면 ‘국토지리정보원의 공식적 견해’가 무엇인지, 그 견해도 불구하고 다수의견과 같이 인정되는 근거는 무엇인지 좀 더 설명이 필요한 것으로 보인다. 그렇지 않으면 일반 독자로서는 결정문 내용만 가지는 양 의견의 상호 타당성을 이해하기 어려울 것이다.

헌법재판은 법의 이념성, 규범성, 사실성의 3가지 영역이 교차되는 영역이다. 예를 들어, 5·18 관련 불기소처분 사건이 “성공한 내란도 처벌할 수 있느냐”라는 법철학적 물음에 관한 것이었다면, 헌법 제37조 제2항이 규정한 기본권제한 입법의 한계를 어떻게 해석할 것이냐, 제11조 제1항의 평등원칙을 어떤 수준의 심사기준으로 설정할 것이냐의 문제는 대표적인 규범성의 문제이고, “시·도의회의원선거에 있어서 700만원의 기탁금이 현실적으로 과다한 것이냐”의 문제는 법의 사실성에 대한 인식과 판단을 요한다. 오늘날 법의 사실성에 관한 판단이 중요해지는 경향이 있다. 이미 과잉금지원칙이 무엇인지, 평등원칙과 자의금지 내용은 무엇인지, 죄형법정주의·조세법률주의의 구성요소는 무엇인지, 국회가 위임입법을 하는 경우 합헌적인 요건 등은 판례상 규명된 상태이다. 문제는 구체적 사건에서 위헌심사의 대상이 된 법률이 규율하는 사회적 사실이 어떠한 것인지, 사회적 사실관계를 파악하는 관점이다.<sup>116)</sup> 사실들에 대한 인식이 재판부에 어떻게 설정되어 이루어 지느냐에 따라서 헌법재판의 결과가 결정적으로 좌우되는 경우가 적

116) 헌법의 해석은 개방적이며 다원주의 사회의 각 구성원이 최소한의 동의할 수 있는 가치질서를 중심으로 체계적이고 통일적으로 이루어져야 한다. 보다 객관적이고 과학적인 사실인식을 통하여, 경험적이고 설득력이 있는 판단이 이루어져야 하며, 판단자의 개인적 관점에 의존하는 법판단을 넘어서야 하는 것이다. 헌법재판에서 인식되어야 할 사실은 객관적이고 과학적으로 사회과학적 연구, 조사과정이 필요한 사실이 있을 것이다. 이명웅, “헌법재판에서 사실인식”, 헌법논총 10집, 1999. 참조.

지 않다.

미국 연방대법원의 Lochner<sup>117)</sup> 및 Brown<sup>118)</sup> 판결이 좋은 예이다. Lochner 사건에서는 제빵사의 근로시간 제한이 과연 그의 건강을 위한 것인지 여부가 문제되었다.<sup>119)</sup> 핵심적 쟁점은 과연 제과점 일이 보건에 해로운 것이냐 여부라는 사실인정 문제였다. Brown 사건에서는 쟁점이 흑백분리교육으로 인해 과연 흑인 아동들이 평등하게 교육을 받을 기회(equal educational opportunity)를 침해받을 정도로 열등의식(a feeling of inferiority)을 느끼고 있는가의 문제였다.<sup>120)</sup> 음란물 규제에 관한 사건<sup>121)</sup>에서는 과연 "음란물로 인해 반사회적 행위가 야기되는가"라는 사실인식이 중요하며, 16세 이하에게 피임약 판매를 금지하는 문제는<sup>122)</sup> "피임약 판매금지가 미성년자의 성행위를 억제시킬 것인가"라는 사실인식이 중요한 쟁점이었다.

헌법재판에는 논리적 연역과 가치판단이 필요하지만, 경험적인 접근 방법과 때로는 추론적인(speculative) 접근이 필수적으로 요구되기도 한다. 헌법해석은 추상적인 이념이나 형식논리적 체계의 해석에 불과한 것이 아니라, 사회의 경험과 현상에 대한 집중적인 인식을 필요로 한다. 헌법의 추상성, 개방성은 구체적 사회적 맥락 속에서 그 규범의 의미가 확정되게 만드는 것이다. 따라서 헌법해석은 헌법이 적용되는 사회적 맥락과 구체적 사실관계, 그에 대한 객관적이고 합리적인 인식

---

117) Lochner v. People of State of New York, 198 US 45 (1905).

118) Brown v. Board of Education, 347 US 483 (1954).

119) 다수의견은 제빵사의 근로환경이 건강을 저해하는 것이라는 사실을 인정할 수 없다고 하였다. 직업에 관한 통계에 의하면 제빵업 종사자가 특별히 다른 직종에 비하여 보건에 유리하다고는 할 수 없지만 한편 그보다도 훨씬 보건상 열악한 다른 많은 직종이 있다는 것이다.

120) 재판부는 "단지 인종적인 문제로 같은 또래의 유사한 능력을 지닌 다른 아이들과 분리되는 것은 그들의 마음에 치유될 수 없는, 공동체의 지위에 관한, 열등의식을 낳는다"고 판단하였다. 이러한 열등의식은 학습동기에 영향을 주게 된다는 것이다. 재판부는 각주 11번을 달아 해당 문헌들을 열거하였다.

121) Paris Adult Theater 1 v. Slaton, 413 US 49 (1979).

122) Carey v. Population Services International, 431 US 678 (1977).

없이는 올바르게 진행될 수 없다. 헌법규범은 그 자체로서 헌법사건을 해결시켜 주지 않는 것이다. 그러므로 헌법재판에서는 규범의 내용과 아울러 사실에 대한 정확한 인식이 강조되어야 한다. 과학적이고 합리적인 인식이 없다면, 개방적이고 추상적인 헌법규범의 해석은 쉽게 자의적인 것으로 전락할 위험이 많다. 그러므로 헌법재판이 자의를 줄일 수 있고 국민들에게 설득력과 신망을 얻을 수 있으려면, 보다 객관적이고 믿을 수 있는 사실인식이 필요하다.<sup>123)</sup>

권한쟁의심판에서도 사실인정의 대립이 결론을 달리하는 경우가 적지 않다. 위에서 본 국회의원의 심의표결권 침해 주장 사안에서 ‘이의 있습니다’ 여부에 대한 사실관계(헌재 2000. 2. 24. 99헌라2), ‘공유수면의 경계에 관하여 1974년 국토지리정보원에서 발행한 지형도상에 표시된 해상경계선’을 인정할 것인지 여부(헌재 2006. 8. 31. 2003헌라1)가 그러하다. 기타 권한쟁의심판 외에도 사실인정 여부가 첨예하게 대립되어 결론에 영향을 주는 경우가 드물지 않았다.<sup>124)</sup>

소송은 원래 개별사건의 해결이 주된 목적이므로, 법관에게는 당해 사건에서 결론의 구체적 타당성이라는 요소가 가장 큰 비중을 차지한다. 따라서 그것이 여러 가지 상황에서 사실인정에 영향을 주는 경우

123) David L. Faigman, “Scientific Realism in Constitutional Law”, Brooklyn Law Review, Volume 73, Issue 3, 2008 참조.

124) 예를 들어, 구 국회의원선거법 제33조와 관련하여, 헌법재판소는 동 조항은 지역 구후보자등록을 신청하는 자는 2천만원을, 정당의 추천을 받아 신청하는 자는 1천만원을 기탁하여야 한다는 규정에 대하여, 우리나라의 경제활동인구의 평균 저축액이 1989년 5월말 현재 6백93만원임에 비추어 보면, 국회의원선거법상의 1,000만원 내지 2,000만원의 기탁금액은 서민계층이나 20, 30대 젊은 세대의 입후보를 제한하고 재력있는 사람만이 입후보할 수 있도록 하는 등 그 금액이 너무 과다하여 국민주권주의와 자유민주주의의 기본원칙과 관련하여 헌법 제11조의 평등원리, 제24조의 참정권, 제25조의 공무담임권을 침해한다고 보았다. 또 생활보호법에 따른 생계보호기준의 위헌성 문제(헌재 1997. 5. 29. 94헌마33)의 쟁점은 국가가 행하는 생계보호의 수준이 “인간다운 생활을 보장하기 위한 객관적 내용의 최소한을 보장하고 있는지의 여부”였다. 동성동본 금혼제도의 위헌성에 접근하기 위해서는 동성동본제도의 연혁과 변천상황, 동성동본결혼의 우생학적 문제점, 동성동본인 사람의 분포와 그 결혼의 현황, 그 자녀에 대한 사회적 불이익의 내용 등을 판단하여야 했다(헌재 1997. 7. 16. 85헌가6등).

가 많이 있고, 그 재판의 결과가 법관의 판단과정 자체의 기준이 되는 것이 법원의 실무에서 큰 거부감이 없이 수용되어 왔다고 할 수 있다.<sup>125)</sup> 그러나 헌법재판의 경우 개별사건의 처리를 넘어서서 헌법적 해명의 중요성이 있으므로, 가급적 재판관의 주관성을 배제하고 객관적인 사실조사 및 증거조사를 거쳐 타당성과 설득력이 있는 사실인정을 하는 것이 중요하다. 그 과정에서 재판관의 개인적 성향을 무시할 수 없지만,<sup>126)</sup> 재판관 평의절차와 토론을 거쳐서 보다 간주관적(inter-subjective)인 합리적 사실인정이 채택될 수 있다고 본다.

### 3. 증거조사 관련 문제

사안관련사실(재판관련사실)에 있어서, 제대로 된 증거조사 등 절차를 거치지 않고 수집한 자료를 이용하여 위법행위가 있었는지 여부를 확정하는 문제가 헌법재판에서 있을 수 있다.<sup>127)</sup>

통상 증거조사는 법관의 심증형성을 위하여 법정외 절차에 따라 인적, 물적 증거의 내용을 오관의 작용에 의하여 지각하는 사법기관의 소송행위이다. 광의의 증거조사절차는 증거의 신청, 증거의 채부 결정, 증거조사의 실시, 증거조사의 결과에 의한 심증형성을 포함한다. 증거조사는 주장사실을 인정받기 위하여 혹은 상대방의 주장사실을 탄핵하기 위하여 수행하는 소송행위를 포함한다.

그런데 헌법재판에서 민사소송법이나 행정소송법상 절차와 방법에 따른 증거조사는 이루어지지 않으며, 헌법재판소가 적절하다고 인정하는 절차와 방법에 따라 사실인정이 이루어지는 경향이 있다.<sup>128)</sup>

헌재법 제31조 제1항은 재판부가 할 수 있는 증거조사 방법으로 당사자나 증인 신문, 당사자 또는 관계인에 대한 증거자료 제출 요구, 감

---

125) 이순동, 앞의 논문, 250면.

126) 이에 관해서는 이순동, 앞의 논문, 270면 참조.

127) 강일원, 앞의 논문, 22-23면 참조.

128) 강일원, 앞의 논문, 22면.

정 및 검증을 규정하고 있다. 현재법 제32조는 재판부가 국가기관 또는 공공단체의 기관에 심판에 필요한 사실을 조회하거나 자료제출을 요구할 수 있도록 규정하고 있다.

권한쟁의심판은 변론을 거치지만, 대부분 사건의 경우 변론 횟수는 한정적이므로 충분한 증거조사가 이루어지기 어려운 측면이 있다. 문제는 어떤 사실이 어떤 증거조사를 거쳐 인정되었는지 결정서 상으로 알기 어렵다는 것이다. 예를 들어, 현재 2000. 2. 24. 99헌라2(국회의장과 국회의원 간의 권한쟁의 - 어업협정안 가결 관련사건) 결정은 “이 사건 변론과 일건기록에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.”고 하면서 어업협정안의 표결 경과에 관한 사실을 인정하고 있다. 구체적인 증거의 거시나 사실인정의 근거자료에 대한 언급이 없다. 이런 경우 헌법재판소가 어떤 자료와 근거를 가지고 사실인정을 하였는지, 어떻게 사실조사를 하였는지는 알기 어렵다.

한편 공식적 방법을 통해 얻지 못한 사실관계 자료는 인터넷을 이용한 자료 수집, 관계 기관 등에 대한 전화 문의 등 다양한 방법으로 확보한다고 한다. 그런데 ‘재판 관련 사실’을 인정하면서 현재법이나 민사소송법 등이 규정하고 있는 증거조사 등 절차를 거치지 않고 수집한 자료를 이용하는 경우가 있다.<sup>129)</sup> 더구나 입법관련사실은 특별한 법적 절차 없이 재판부가 사실을 인정하는 경우가 많다.<sup>130)</sup>

---

129) 장일원, 앞의 논문, 22면.

130) 장일원, 앞의 논문, 23-24면. “입법목적이나 공권력 행사의 목적이 명백하지 않은 경우가 상당수 있고, 이런 경우 재판부가 목적을 추론한 뒤 그 정당성을 판단하는 사례가 적지 않다. 또 피해의 최소성을 판단하려면 목적 달성을 위한 다른 수단이 있는지 그 방법과 채택된 방안 사이에 어느 쪽이 기본권 침해를 덜 하는지 등을 확인하여야 하는데, 이 과정에서 다양한 사실 확인이 필요한 경우가 많다. 법익의 균형성을 판단할 때도 관계되는 서로 충돌하는 이익들을 명확하게 파악하고 법 집행 또는 공권력 행사의 구체적 결과를 확인하여야 하는 경우도 있다. 이와 같이, 비례원칙 적용에 필요한 여러 종류의 사실을 모두 ‘입법 관련 사실’로 볼 수 있는지 의문이며, 그렇다 하더라도 위헌 여부 판단에 결정적 요소인 이런 사실을 공개되지 않은 절차에서 확인하고 판단의 기초로 삼는 것은 문제가 아닐 수 없다.”

## 제4절 탄핵심판에서 사실인정과 조사업무

### I. 탄핵심판의 구조

탄핵심판은 “행정부와 사법부의 고위공직자에 의한 헌법침해로부터 헌법을 수호하고 유지하기 위한 제도”이다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1). 이는 단순한 징계절차가 아니고, 탄핵심판의 심리는 구두변론에 의하나 성질상, 그리고 당사자의 출석이 필수적인 것도 아니므로 형사절차와 유사한 것도 아니다. 소추위원은 피청구인을 신문할 수 있지만, 이는 피청구인 본인이 변론기일에 출석한 경우에 가능하다. 탄핵심판에서 헌재법에 없는 내용은 탄핵심판의 성질에 반하지 않는 한 형사소송법과 민사소송법이 적용된다.

탄핵심판은 청구인과 피청구인 간의 분쟁이지만 헌법을 수호하고 유지하기 위한 제도이므로 직권주의 요소가 강할 수밖에 없다. 헌재법이 직권 증거조사를 인정하고 있는 것(제31조 제1항)이 탄핵심판에도 적용된다. 헌법학계에서는 헌재법 제31조 제1항의 취지를 대체로 직권 탐지주의를 원칙으로 명시한 것으로 본다.<sup>131)</sup> 헌법재판에서는 민사재판과는 달리 헌법규범의 해석과 이를 통한 객관적 헌법질서 보장이 중요한 의미를 갖는다는 것이 그 논거이다. 탄핵심판의 경우, 소송의 목적이 사익의 관철에 국한되어 있지 않다. 헌법재판소는 탄핵심판이 “고위공직자에 의한 헌법위반을 경고하고 사전에 방지하는 기능을 하며, 국민에 의하여 국가권력을 위임받은 국가기관이 그 권한을 남용하여 헌법이나 법률에 위반하는 경우에는 다시 그 권한을 박탈하는 기능을 한다”고 판시하였다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1). 즉 공직자가 직무수행에 있어서 헌법에 위반한 경우 그에 대한 법적 책임을 추궁함으로써, 헌법의 규범력을 확보하고자 하는 것이 바로 탄핵심판절차

---

131) 헌법재판연구원, 앞의 책, 222면.



의 목적과 기능인 것이다.

따라서 탄핵심판과 같이 공익성을 띠는 경우 사실관계의 해명을 당사자에게 맡기는 것이 합리적이지 아니하므로, 법원이 때로 직권으로 사실관계의 해명을 하는 것이 필요하다. 헌법재판소 심판규칙 제62조는 탄핵심판절차에서 소추위원과 피청구인의 서류증거에 관한 의견진술의무를 부여하고 있으나 의견진술의 효과에 대해서는 헌법재판소의 판단에 맡기고 있고, 이 점에서 형사소송법 제318조 제1항이 서류 등의 증거능력이 인정되는 요건의 하나로 당사자의 동의를 규정한 것과 구분된다.

헌법재판소는 탄핵심판절차가 형사절차나 일반 징계절차와 성격을 달리한다고 본다(2016헌나1 결정). 헌법은 물론 형사법이 아닌 법률의 규정이 형사법과 같은 구체성과 명확성을 가지지 않은 경우가 많으므로 탄핵소추사유를 형사소송법상 공소사실과 같이 특정하도록 요구할 수는 없고, 소추의결서에는 피청구인이 방어권을 행사할 수 있고 헌법재판소가 심판대상을 확정할 수 있을 정도로 사실관계를 구체적으로 기재하면 된다고 본다.<sup>132)</sup>

## II. 탄핵심판에서 사실조사 현황

### 1. 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1 [대통령(노무현) 탄핵]

이 사건에서는 헌법이 규정하는 탄핵사유가 존재하는지, 즉 ‘대통령이 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률에 위배했는지’ 조사하는 것이 관건이었다.

헌법재판소는 우선 ‘기자회견에서 특정정당을 지지한 행위(2004. 2.

---

132) 공무원 징계의 경우 징계사유의 특징은 그 대상이 되는 비위사실을 다른 사실과 구별될 정도로 기재하면 충분하므로(대법원 2005. 3. 24. 선고 2004두14380 판결), 탄핵소추사유도 그 대상 사실을 다른 사실과 명백하게 구분할 수 있을 정도의 구체적 사정이 기재되면 충분하다고 본다.

18. 경인지역 6개 언론사와의 기자회견, 2004. 2. 24. 한국방송기자클럽 초청 기자회견에서의 발언)에 대하여, “대통령이 2004. 2. 18. 청와대에서 가진 경인지역 6개 언론사와의 기자회견에서 “...개헌저지선까지 무너지면 그 뒤에 어떤 일이 생길지는 저도 정말 말씀드릴 수가 없다.”고 발언하였고, 2004. 2. 24. 전국에 중계된 한국방송기자클럽 초청 대통령 기자회견에서, ‘정동영 의장은 100석 정도를 목표로 제시했는데 기대와 달리 소수당으로 남게 된다면 어떻게 정국을 운영할 것인지’ 등 총선전망을 묻는 기자의 질문에 대하여, “국민들이 압도적으로 지지를 해 주실 것으로 기대한다.”, “대통령이 뭘 잘 해서 열린우리당에 표를 줄 수 있는 길이 있으면, 정말 합법적인 모든 것을 다하고 싶다.”, “대통령을 노무현 뽑았으면 나머지 4년 일 제대로 하게 해 줄 거냐 아니면 흔들어서 못 견뎌서 내려오게 할 거냐라는 선택을 우리 국민들이 분명히 해 주실 것이다.”는 등의 발언을 한 사실이 인정된다.”고 하였다.

그러면서 “이 사건의 경우, 발언의 시기가 비록 임박한 2004. 4. 15.의 국회의원선거와 시간적인 밀접한 연관성을 가지고 있으나, 발언의 내용과 발언이 행해진 구체적 상황에 있어서, 여기서 문제되는 대통령의 발언들은 기자회견에서 기자의 질문에 대한 답변의 형식으로 수동적이고 비계획적으로 행해진 점을 감안한다면, 대통령의 발언에 선거운동을 향한 능동적 요소와 계획적 요소를 인정할 수 없고, 이에 따라 선거운동의 성격을 인정할 정도로 상당한 목적의지가 있다고 볼 수 없다. ...그렇다면 피청구인의 발언이 비록 열린우리당에 대한 지지를 국민에게 호소한 것에는 해당할지라도, 특정 후보자나 특정 가능한 후보자들을 당선 또는 낙선시킬 의도로 능동적·계획적으로 선거운동을 한 것으로는 보기 어렵다. 따라서 이 부분 피청구인의 행위는 공선법 제60조 제1항 또는 그 벌칙조항인 제255조 제1항에 위반된다고 할 수 없다.”고 법리적 판단을 하였다.

나아가 ‘중앙선거관리위원회의 선거법위반 결정에 대한 대통령의 행

위'에 대하여, 2004. 3. 4. 노무현 대통령은 이병완 청와대 홍보수석을 통하여 자신의 선거개입을 경고하는 중앙선거관리위원회의 결정에 대하여, “이번 선관위의 결정은 납득하기 어렵다는 점을 분명히 밝혀두고자 한다.”, “이제 우리도 선진민주사회에 걸맞게 제도와 관행이 바뀌어야 한다.”, “과거 대통령이 권력기관을 …동원하던 시절의 선거관련 법은 이제 합리적으로 개혁되어야 한다.”, “선거법의 해석과 결정도 이러한 달라진 권력문화와 새로운 시대흐름에 맞게 맞춰져야 한다.”고 청와대의 입장을 밝힌 사실이 인정된다.”고 한 뒤, “위 발언내용의 취지는, 중앙선거관리위원회의 결정에 대하여 유감을 표명하면서, 현행 선거법을 ‘관권선거시대의 유물’로 폄하한 것이라 할 수 있다.”고 판시하고, “대통령이 국민 앞에서 현행법의 정당성과 규범력을 문제 삼는 행위는 법치국가의 정신에 반하는 것이자, 헌법을 수호해야 할 의무를 위반한 것이다.”라고 판단하였다.

또 “대통령이 자신에 대한 재신임을 국민투표의 형태로 묻고자 하는 것은 헌법 제72조에 의하여 부여받은 국민투표부의권을 위헌적으로 행사하는 경우에 해당하는 것으로, 국민투표제도를 자신의 정치적 입지를 강화하기 위한 정치적 도구로 남용해서는 안 된다는 헌법적 의무를 위반한 것이다. 물론, 대통령이 위헌적인 재신임 국민투표를 단지 제안만 하였을 뿐 강행하지는 않았으나, 헌법상 허용되지 않는 재신임 국민투표를 국민들에게 제안한 것은 그 자체로서 헌법 제72조에 반하는 것으로 헌법을 실현하고 수호해야 할 대통령의 의무를 위반한 것이다.”라고 판단하였다.

대통령 측근의 권력형 부정부패에 대해서는 “이 사건 변론절차에서 현출된 모든 증거에 의하더라도 피청구인이 위 최도술 등의 불법자금 수수 등의 행위를 지시·방조하였다거나 기타 불법적으로 관여하였다는 사실이 인정되지 않으므로 이를 전제로 한 이 부분 소추사유는 이유 없다.”고 하였다.

한편 이러한 대통령의 범위반은 파면시켜야 할 중대성을 지닌 범위

반은 아니라고 판단하였다. “대통령에 대한 파면결정은, 국민이 선거를 통하여 대통령에게 부여한 ‘민주적 정당성’을 임기 중 다시 박탈하는 효과를 가지며, 직무수행의 단절로 인한 국가적 손실과 국정 공백은 물론이고, 국론의 분열현상, 즉 대통령을 지지하는 국민과 그렇지 않은 국민간의 분열과 반목으로 인한 정치적 혼란을 가져올 수 있다. 따라서 대통령의 경우, 국민의 선거에 의하여 부여받은 ‘직접적 민주적 정당성’ 및 ‘직무수행의 계속성에 관한 공익’의 관점이 파면결정을 함에 있어서 중요한 요소로서 고려되어야 하며, 대통령에 대한 파면효과가 이와 같이 중대하다면, 파면결정을 정당화하는 사유도 이에 상응하는 중대성을 가져야 한다.”고 법리적 판시를 하였다. 그런 후 “대통령의 범위반이 헌법질서에 미치는 효과를 종합하여 본다면, 대통령의 구체적인 범위반행위에 있어서 헌법질서에 역행하고자 하는 적극적인 의사를 인정할 수 없으므로, 자유민주적 기본질서에 대한 위협으로 평가될 수 없다. 따라서 파면결정을 통하여 헌법을 수호하고 손상된 헌법질서를 다시 회복하는 것이 요청될 정도로, 대통령의 범위반행위가 헌법수호의 관점에서 중대한 의미를 가진다고 볼 수 없고, 또한 대통령에게 부여한 국민의 신임을 임기 중 다시 박탈해야 할 정도로 국민의 신임을 저버린 경우에 해당한다고도 볼 수 없으므로, 대통령에 대한 파면결정을 정당화하는 사유가 존재하지 않는다.”라고 결론을 내렸다.

이 사건에서는 사실인정은 구체적 증거를 거론하지 않은 채 “이 사건 변론절차에서 현출된 모든 증거에 의하더라도”라는 것과 같이 추상적으로 사실인정의 근거가 언급되었다.

## 2. 현재 2017. 3. 10. 2016헌나1 [대통령(박근혜) 탄핵]

이 사건에서 청구인(국회 소추위원)은 피청구인이 직무집행에 있어서 헌법과 법률을 광범위하고 중대하게 위배하였다고 주장하면서, 소추의결서에 5개 유형의 헌법 위배행위와 4개 유형의 법률 위배행위를

적시하여 심판을 청구하였다.

이 사건이 접수되어 2017. 2. 27. 변론이 종결될 때까지 헌법재판소는 3차례의 변론준비기일과 17차례의 변론기일을 진행하면서 변론을 듣고 증거조사를 실시하였다. 청구인이 제출한 갑 제1호증부터 제174호증까지, 피청구인이 제출한 을 제1호증부터 제60호증까지 서증 중 채택된 서증에 대하여 증거조사를 실시하였다. 또 청구인과 피청구인이 함께 신청한 증인 3명, 청구인이 신청한 증인 9명과 피청구인이 신청한 증인 14명에 대한 증인신문을 실시하였고, 직권에 의한 1건, 청구인의 신청에 의한 1건, 피청구인의 신청에 의한 17건 등 모두 19건의 사실조회를 하여 70개 기관과 기업으로부터 답변을 받았다. 이 결정은 이와 같이 조사된 증거를 종합하여 인정되는 사실을 기초로 하였다고 한다.

헌법재판소는 이 사건 소추의결서의 헌법 위배행위 부분이 사실관계를 중심으로 기재되어 있지 않아 소추사유가 분명하게 유형별로 구분되지 않은 측면이 없지 않지만, 소추사유로 기재된 사실관계는 법률 위배행위 부분과 함께 보면 다른 소추사유와 명백하게 구분할 수 있을 정도로 충분히 구체적으로 기재되어 있다고 보았다.

한편 헌법재판소는 준비기일에 이 사건 쟁점을 최○원의 국정개입 및 대통령의 권한 남용 행위, 언론의 자유 침해 행위, 생명권 보호 의무 위반 행위, 뇌물수수 등 각종 형사법 위반 행위로 유형화하여 정리하였다. 재판부는 심판준비절차(변론준비절차)를 수명재판관 3인을 지정하여 수차례 진행하고, 소추사유의 정리와 사실관계의 정리를 소추위원층에 주문하였다.

이 사건 심리에서 사실조사 방법은 기록의 송부나 자료제출 요구, 증인신문, 문서송부의 촉탁이었다. 특히 방대한 검찰기록에 대하여 어느 범위에서 기록송부를 받을 것인지, 수사기관의 조사내용 중 사실의 인정을 어떻게, 어느 기준에서 할 것인지가 관건이었다. 또 당사자들 간에 상충되는 사실 주장에서 어떤 기준으로, 어떤 증명력 판단방법으

로 ‘객관적 사실에 부합하는지’를 정하여야 했다.

우선 헌법재판소는, 동 사건에서 국회가 탄핵심판을 청구한 뒤 별도의 의결절차 없이 소추사유를 추가하거나 기존의 소추사유와 동일성이 인정되지 않는 정도로 소추사유를 변경하였는지를 판단하였다. 그러면서 청구인이 2017. 2. 1. 제출한 준비서면 등에서 주장한 소추사유 중 소추의결서에 기재되지 아니한 소추사유를 추가하거나 변경한 것으로 볼 여지가 있는 부분은 이 사건 판단 범위에서 제외한다고 판시하였다.

이 사건 결정문에서는 (1) 사인의 국정개입 허용과 대통령 권한 남용 여부, (2) 공무원 임면권 남용 여부, (3) 언론의 자유 침해 여부, (4) 생명권 보호의무 등 위반 여부의 순서로 판단한다. 이어 법 위배행위가 인정될 경우, 그 위배행위가 피청구인의 파면을 정당화할 수 있을 정도로 중대한지 여부에 대하여 판단하였다.

먼저 헌법재판소는 해당 사실관계를 인정하였으나 그 근거나 증거 자료를 거시하지는 않았다.

그러면서 피청구인이 기업에 대하여 특정인을 채용하도록 요구하고 특정 회사와 계약을 체결하도록 요청하는 등 대통령의 지위와 권한을 이용하여 사기업 경영에 관여하였다고 보았다. 이에 대하여 피청구인은 우수 중소기업 지원이나 우수 인재 추천 등 정부 정책에 따른 업무 수행일 뿐이라고 주장하였지만, “대통령이 특정 개인의 사기업 취업을 알선하는 것은 이례적인 일일 뿐만 아니라, 피청구인이 채용을 요구한 사람들은 모두 최○원과 관계있는 사람들로 채용된 기업에서 최○원의 이권 창출을 돕는 역할을 하였다.”는 사유를 거론하며 이를 배척하였다. 한편 피청구인의 행위가 ‘기업경영의 자유’를 침해한 것인지 여부에 대하여 헌법재판소는 “피청구인의 요구를 받은 기업은 현실적으로 이에 따를 수밖에 없는 부담과 압박을 느꼈을 것으로 보이고 사실상 피청구인의 요구를 거부하기 어려웠을 것이다.”고 보면서, “피청구인은 대통령으로서는 이례적으로 사기업 임원의 임용에 개입하고

계약 상대방을 특정하는 방식으로 기업 경영에 적극적으로 개입하였으며, 해당 기업들은 피청구인의 요구에 따르기 위해 통상의 과정에 어긋나게 인사를 시행하고 계약을 체결하였다. 피청구인의 이와 같은 일련의 행위들은 기업의 임의적 협력을 기대하는 단순한 의견제시나 권고가 아니라 구속적 성격을 지닌 것으로 평가된다.”라고 보았다. 그러면서, “법적 근거 없이 대통령의 권한을 이용하여 기업의 사적 자치 영역에 간섭한 피청구인의 행위는 헌법상 법률유보 원칙을 위반하여 해당 기업의 재산권 및 기업경영의 자유를 침해한 것이다.”고 판단하였다. 또한 비밀엄수의무 위배, 공무원 임면권 남용 여부 등에 대한 법리관련사실에 대한 평가도 이루어졌다.

핵심적인 법리적 판단내용은 ‘파면사유에 해당되는지 여부’였다. 헌법재판소는 “피청구인의 이 사건 헌법과 법률 위배행위는 국민의 신임을 배반한 행위로서 헌법수호의 관점에서 용납될 수 없는 중대한 법위배행위라고 보아야 한다. 그렇다면 피청구인의 법 위배행위가 헌법질서에 미치게 된 부정적 영향과 파급 효과가 중대하므로, 국민으로부터 직접 민주적 정당성을 부여받은 피청구인을 파면함으로써 얻는 헌법수호의 이익이 대통령 파면에 따르는 국가적 손실을 압도할 정도로 크다”고 파면결정 이유를 설명하였다.

동 사건에서는 참고인 진술 같은 전문가 조력 절차가 없었으며, 법학교수회 등 여러 단체들의 탄원서가 제출된바 있으나, 헌법재판소에서 미국의 ‘법정 조연자 의견서’(amicus curiae brief) 제도는 채택되어 있지 않아, 그 탄원서의 효과는 미지수였다.

### 3. 현재 2021. 10. 28. 2021헌나1 [법관(임성근) 탄핵]

이 사건에서는 탄핵심판청구 당시 피청구인이 사직하였으므로 탄핵심판을 할 수 있는 탄핵심판의 이익이 있는지 여부에 관한 판단이 쟁점이었다. 법정의견은 탄핵심판의 이익이 없다며 심판청구를 각하하였

다. 즉 ‘헌법과 현재법 등에 의하면, 탄핵심판의 이익을 인정하기 위해서는 탄핵결정 선고 당시까지 피청구인이 ‘해당 공직을 보유하는 것’이 필요하다. 그런데 이 사건에서 국회는 2021. 2. 4. 피청구인에 대한 탄핵소추를 의결한 후 같은 날 헌법재판소에 탄핵심판청구를 하였고, 피청구인은 2021. 2. 28. 임기만료로 2021. 3. 1. 법관의 직에서 퇴직하여 더 이상 해당 공직을 보유하지 않게 되었다. 피청구인이 임기만료 퇴직으로 법관직을 상실함에 따라 본안심리를 마친다 해도 파면결정이 불가능해졌으므로, 공직 박탈의 관점에서 심판의 이익을 인정할 수 없다. 임기만료라는 일상적 수단으로 민주적 정당성이 상실되었으므로, 민주적 정당성의 박탈의 관점에서 탄핵이라는 비상적인 수단의 역할 관점에서 심판의 이익을 인정할 수 없다. 결국 이 사건 심판청구는 탄핵심판의 이익이 인정되지 아니하여 부적법하므로 각하해야 한다는 것이었다.

이에 대하여 재판관 3인은 “탄핵심판은 공직의 강제 박탈이라는 주관소송으로서의 성격뿐만 아니라 헌법질서의 회복과 수호를 목적으로 하는 객관소송으로서의 성격도 강하게 가지고 있고, 고위공직자의 임기만료 근접 시기에 이루어진 위헌·위법행위에 대한 헌법적 통제를 통해 탄핵심판제도의 실효성을 확보할 필요성이 크며, 피청구인의 행위가 얼마나 중대한 헌법 또는 법률 위반인지를 규명하는 것은 헌법질서의 수호·유지의 관점에서 파면 여부 그 자체에 대한 판단 못지 않게 탄핵심판에서 핵심적인 부분이라는 점을 고려할 필요가 있다.”고 보고, 심판청구 인용의견을 개진하였다.

이 사건 결정문에서도 많은 사실인정이 이루어졌으나 사실인정의 근거나 증거가 거시되지는 않았다.

한편 이 사건 청구 시 법관 임성근에 대한 직권남용 형사재판 항소심이 계속 중이었고, 임성근 판사가 대법원에서 윤리감사를 받은 적이 있으므로, 수사 및 재판기록 등을 확보하는 것이 매우 중요한 사항이었다. 청구인측은 2021. 2. 10. 기록인증등본송부촉탁을 신청하였는데,



서울지방검찰청에서는 2021. 3. 12. 그 회신이 제출되었고, 2021. 4. 28. 대법원(윤리감사제1심의관실)에서 문서송부서가 제출되었고, 2021. 5. 13. 및 2023. 6. 11. 서울고등법원 제3형사부에서 문서송부서가 제출되었다.

#### 4. 현재 2023. 7. 25. 2023헌나1 [행정안전부장관(이상민) 탄핵]

이 사건은 2022. 10. 29. 서울 용산구 이태원에서 발생한 다중밀집으로 인한 인명피해사고와 관련하여, 피청구인 행정안전부장관이 사전 예방 조치를 제대로 하였는지, 헌법이나 법률을 위반하였는지 여부가 문제되었다.

사실인정과 관련하여, 헌법재판소는 변론준비기일을 열었고 기록인증 등본송부촉탁, 석명명령, 사실조회, 증인신문 등을 하였다. 다음과 같은 사실인정이 있었으며, 증거나 자료는 따로 결정서에 기재되지 않았다.

헌법재판소는 “헬러윈데이 전후 이태원 일대 다중밀집사고의 위험성은, 이태원 지역을 관할하는 용산구청, 용산경찰서로부터 행정안전부나 피청구인에게 이 사건 참사 발생 전에 보고되지 않았다. 또한 이 사건 참사가 발생할 무렵 경찰 내지 소방 측에 위험 징후로 볼 수 있는 신고 전화들이 다수 접수되었으나 그 내용도 행정안전부나 피청구인에게 별도로 보고되지 않았다. 이러한 상황에서는 피청구인에 대하여 이 사건 참사를 사전에 방지하기 위한 구체적인 예방조치를 취하거나, 참사 발생 전에 중대본 및 중수본을 설치하는 등의 조치를 취할 것을 요구하기는 어렵다.”고 보았다.

한편 “이 사건 참사 발생 당시 재난안전 관련기관 간 통신이 제대로 이루어지지 않았고, 기관 내부 통신도 기관별 편차가 있기는 하지만 재난안전통신망 구축의 목적에 맞게 활발하게 이루어졌다고 보기에 미흡하다. 그러나 재난안전통신망법상 재난안전통신망 구축·운영의 책임과 재난안전통신망 사용의 책임은 구분되므로 이 사건 참사

현장에서 재난안전통신망 사용이 미흡하였다는 이유로 이 사건 참사 발생 전에 피청구인이 재난안전통신망 구축·운영의 의무를 다하지 못하였다고 보기는 어렵다.”고 판시하였다.

그러면서 “이 사건 참사는 어느 하나의 원인이나 특정인에 의해 발생하고 확대된 것이 아니다. 종래 재난안전법령상 주최자 없는 축제의 안전관리 및 매뉴얼의 명확한 근거규정이 마련되지 않았고, 각 정부기관이 대규모 재난에 대한 통합 대응역량을 기르지 못했으며, 재난상황에서의 행동요령 등에 관한 충분한 홍보나 교육, 안내가 부족하였던 점이 총체적으로 작용한 결과이므로, 규범적 측면에서 그 책임을 피청구인에게 돌리기는 어렵다.”고 보아 심판청구를 기각하였다.

### Ⅲ. 탄핵심판에서 문제점

#### 1. 실무상 문제점

탄핵심판에서는 실무상 사실인정과 관련하여, 예컨대 서증과 관련하여는 다음 사항이 문제되었다.

첫째, 문서송부촉탁의 효과성 문제이다. 탄핵사건은 그 성격상 관련 재판이나 범죄수사가 진행 중인 경우가 많으므로, 현재법 제32조에 따른 사실조회나 기록의 송부나 자료의 제출 요구를 어떻게 실효적으로 할 것인지가 문제된다. 통상 헌법재판소는 법원이나 검찰에 형사재판 기록, 관련 수사기록 등의 등본을 송부촉탁받아 사실인정 등을 위한 증거조사를 하게 된다. 2021헌나1 법관(임성근)탄핵 사건에서도 법원과 검찰청에 헌법재판소가 ‘기록인증등본송부촉탁’을 하면서, 그 기록 가운데 신청인이 지정하는 부분의 인증등본을 보낼 것을 촉탁하였다. 그 송부촉탁의 근거는 현재법 제40조에 따라 탄핵심판에 준용되는 형사소송법 제272조, 형사소송규칙 제132조의4, 헌법재판소 심판규칙 제39조, 제40조였다.

그런데 법원이 적기에 관련 형사사건의 증거기록(검사가 제출한 전자증거 등), 공판기록(증인, 피고인 등에 대한 신문 녹취파일 등)을 송부하여 주지 않는 경우 탄핵심판 절차가 제대로 진행되기 어렵다. 그 경우 문서가 있는 장소에서의 서증조사가 가능하나, 그 절차적 실효성이 문제되므로, 향후 헌법재판소가 관련 기관(법원, 검찰청 등)과 협력 의무(심판규칙 제42조)를 어떻게 강화할 것인지, 불송부 혹은 지연 송부 시에 효과적인 증거자료의 현출을 위하여 어떤 개선조치가 필요할 것인지 검토될 필요가 있다.

둘째, 소추사실의 확정 문제이다. 어느 범위의 소추사실이 탄핵심판의 대상이 된 것인지, 그리고 심리 과정에서 소추사실의 변경이 어느 정도까지 허용되는지가 문제된다. 국회의 탄핵소추 의결 시에는 전반적인 공소장 기재사실 혹은 언론보도 등에 따른 공직자의 위법, 비위사실이 적시되나, 헌법재판의 대상이 되는 소추사실은 구체적으로 확정되어야 한다. 이를 위해서 헌법재판소는 소추사실을 구체적으로 유형화하거나 심판의 범위를 특정하라는 석명 등을 통하여, 제출된 서면과 소추의 결서 전문(全文)을 참조하여 ‘탄핵소추사유의 요지’를 특정한다.

이러한 심리절차에 있어 피청구인이 직무집행이 정지된 상태이므로 탄핵심판을 효과적으로 적기에 진행하기 위해서는 향후 심판규칙으로 탄핵심판 청구 시 혹은 그 직후 청구인측이 ‘탄핵소추사유의 요지’를 따로 제출하도록 할 것을 제도화할 것인지 등 개선방안을 논하는 것이 필요하다.

셋째, 대통령 탄핵심판같은 사건에서는 뇌물죄와 같은 형사범위반 문제에서 헌법재판소가 얼마나 적극적으로 사실인정을 하여야 할지가 문제된다.<sup>133)</sup> 진행 중인 탄핵심판과 훗날 진행될 형사재판의 결론이 충돌할 위험이 있다. 만약 형사범위반이 핵심적인 탄핵사유로 인정되었음에도 나중에 형사재판에서 형사범위반이 부정된다면 탄핵결정의

---

133) 이 점은 이황희, “대통령 탄핵심판제도상의 딜레마”, 성균관법학 제33권 제4호, 2021, 19-21면 참조.

정당성이 훼손될 우려가 있다. 다만, 사실인정에서 형사재판의 결론과 탄핵사건의 결론이 다를 수 있다는 것이 법적으로 모순은 없다. 우선, 탄핵심판과 형사재판은 사실인정에 요구되는 증명의 정도가 다르다. 형사재판에서 요증사실은 합리적인 의심의 여지가 없이 입증되어야 한다. 그러나 탄핵심판에서의 입증정도는 형사재판과 같은 수준으로 요구되지 않는다. 또 탄핵심판과 형사재판은 증거능력 법리에서도 차이가 있다. 탄핵심판은 전문증거의 증거능력 판단에서 형사재판보다 덜 엄격하다. 탄핵결정 이후 진행되는 형사재판에서 새로운 사실이 밝혀질 가능성도 있다. 헌법재판소가 그러한 충돌 문제로 형사법위반 문제를 최대한 우회하는 것은 바람직하지 않다고 볼 수 있다. 다만, 형사법 위반 여부가 아니더라도 파면결정을 할 이유가 충분하다면, 다른 법률위반이나 헌법위반 사유로 탄핵결정을 할 수 있다고 볼 것이다.

## 2. 증명책임 문제

탄핵심판이 직무집행상의 구체적 위법행위에 대한 소추, 심판이라는 점에서 그러한 위법행위의 기초에 대한 사실인정 및 증명의 문제가 대두된다. 탄핵사유가 되는 범위반이라 함은 형사법 위반뿐만 아니라 헌법, 행정법 위반 등도 포함한다. 범위반의 사실 증명의 문제는 ‘탄핵심판의 성질에 반하지 않는 한도에서’ 제한적으로 형사소송 법령을 준용하거나 민사소송에 관한 법령을 준용하게 된다.

범죄사실에 관한 탄핵사유가 있다면 소추사실에 대한 증명책임은 청구인인 국회소추위원이 부담한다. 그런데 현재까지 헌법재판소가 범죄사실을 탄핵사유로 인정한 바는 없다. 2016헌나1 대통령(박근혜) 탄핵 사건의 경우 뇌물죄, 직권남용권리행사방해죄, 강요죄, 공무상비밀 누설죄 등 형사법 위반사항이 탄핵소추사유에 있었으나, 헌법재판소는 공익실현의무(헌법 제7조) 위반, 비밀엄수의무(공직선거법 제60조) 위반을 탄핵사유로 인정하였다. 2004헌나1 대통령(노무현) 탄핵 사건에

서는 헌법위반의 탄핵사유로, 헌법 제66조 제2항, 제69조에 규정된 대통령의 헌법을 준수하고 수호해야 할 의무 위반, 헌법 제72조(국민투표) 위반이 인정되었다.

일반적으로 볼 때, 탄핵사유로 적시된 헌법 또는 법률 규정에서 탄핵사유를 긍정케 하는 요건 사실은 청구인에게, 탄핵사유를 부정케 하는 사실은 피청구인에게 증명책임이 있다고 볼 수 있다. 그런데 헌법재판소가 지금까지 명시적으로 그러한 판시를 한 적은 없다.

참고로 헌법재판소는 2016헌나1 결정에서 소추사유의 증명책임에 관련하여 다음과 같이 판시하였다. “탄핵심판절차는 형사절차나 일반 징계절차와는 성격을 달리 한다. 헌법 제65조 제1항이 정하고 있는 탄핵소추사유는 ‘공무원이 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한’ 사실이고, 여기에서 법률은 형사법에 한정되지 아니한다. 그런데 헌법은 물론 형사법이 아닌 법률의 규정이 형사법과 같은 구체성과 명확성을 가지지 않은 경우가 많으므로 탄핵소추사유를 형사소송법상 공소사실과 같이 특정하도록 요구할 수는 없고, 소추의결서에는 피청구인이 방어권을 행사할 수 있고 헌법재판소가 심판대상을 확정할 수 있을 정도로 사실관계를 구체적으로 기재하면 된다고 보아야 한다. 공무원 징계의 경우 징계사유의 특징은 그 대상이 되는 비위사실을 다른 사실과 구별될 정도로 기재하면 충분하므로(대법원 2005. 3. 24. 선고 2004두14380 판결), 탄핵소추사유도 그 대상 사실을 다른 사실과 명백하게 구분할 수 있을 정도의 구체적 사정이 기재되면 충분하다. 이 사건 소추의결서의 헌법 위배행위 부분은 사실관계를 중심으로 기재되어 있지 않아 소추사유가 분명하게 유형별로 구분되지 않은 측면이 없지 않지만, 소추사유로 기재된 사실관계는 법률 위배행위 부분과 함께 보면 다른 소추사유와 명백하게 구분할 수 있을 정도로 충분히 구체적으로 기재되어 있다.”

한편 헌법재판소는 위 결정에서 “피청구인은 청구인의 소추사유의 유형별 정리 자체에 대하여는 이의를 제기하지 아니한 채 변론을 진

행하다가 2017. 2. 22. 제16차 변론기일에 이르러 이 사건 심판청구가 여러 가지 적법요건을 갖추지 못하였다고 주장하면서 소추사유가 특정되지 않았고 청구인의 소추사유 정리가 위법하다는 취지의 주장을 하기 시작하였다. 그러나 소추의결서에 소추사유의 구체적 사실관계가 기재되어 있어 소추사유를 확정하는 데 어려움이 없고, 이미 변론준비 기일에 양 당사자가 소추사유의 유형별 정리에 합의하고 15차례에 걸쳐 변론을 진행해 온 점 등에 비추어 볼 때 소추사유가 특정되지 않았다는 피청구인의 주장은 받아들일 수 없다.”고 판시하였다.

### 3. 심판절차의 정비 문제

현재법이 탄핵심판의 세부절차를 명확히 규정하지 않은 채 형사소송법 등을 준용토록 막연한 규정만 두고 있었던 탓에, 국회는 물론 박 전 대통령 측이 절차진행의 적법성 등을 문제삼아 공정성 시비가 있었다. 헌법재판소가 탄핵심판은 민·형사재판과 구분되는 별도의 고유한 특성을 갖는 재판이라고 하며 절차를 진행했지만 이를 뒷받침할 근거 법령이 부족해 보완이 절실하다는 지적이 있었다.<sup>134)</sup>

증거조사 과정에서 재판부가 증거를 채택할 때 ‘전문증거 배제 원칙’을 탄핵심판에 어느 정도 적용할 수 있는지 문제가 되었다. 형사소송법은 참고인 진술조서나 다른 사람의 증언 등 전문증거의 증거능력을 엄격히 제한하고 있다. 상대방의 반대 신문권이 보장되지 않기 때문이다. 2016헌나1 사건에서 피청구인측은 검찰이 현재에 제출한 최순실 게이트 관련 수사기록 등 증거에 대해서도 전문증거 배제원칙을 적용해야 한다고 주장했다. 이에 따를 경우, 검찰 수사기록의 증거채택 여부에 ‘부동의’하면 수사기록에 나타난 진술 등에 대해 증거능력을 인정하기 위하여서는 관련 당사자를 모두 불러 기록에 나타난 취지대로

---

134) 예를 들어, 법률신문 2017. 3. 27.자 기사, “명확하지 못한 탄핵심판 절차 ...공정성 시비 불러..”

진술한 것이 맞는지를 일일이 확인해야 한다. 실무상 탄핵심판이 징계 절차의 일종인 측면에서, 그리고 피청구인(대통령)이 탄핵소추로 직무 집행이 정지된 상태에서 과연 그러한 포괄적인 탄핵심판 심리절차가 필요한지 의문이 제기되었다.

헌법재판소는 전문증거 배제원칙을 꼭 따라야 할 필요는 없다는 입장을 취했다. 즉 탄핵심판이 공직자의 파면이라는 중대한 결과를 초래한다는 점에서 엄격한 증거가 필요한 형사재판 절차나 징계 절차의 속성을 갖고 있기는 하지만, 기본적으로 헌법재판 고유의 속성도 갖고 있기 때문이라는 것이었다. 그리하여 다음과 같은 입장이 취해졌다.

‘수사기관에서 작성한 각종 조서(피조사자가 수사기관에 제출한 진술서 포함)의 경우, 그것이 피의자로서의 피의자신문조서인지 참고인으로서의 진술조서인지 여부에 관계없이, 조서 자체로 보아 변호인이 참석하여 조사를 받았거나 조사과정이 영상녹화 되었다면 그 조서와 조사과정에 제시되면서 조서에 첨부된 제시서류는 증거로 채택하되, 다만, 조사에 참여한 변호인이 피조사자 진술의 임의성에 의문을 제기 하였다고 볼만한 기재가 있는 경우 이는 제외하였다. 수사기관이 작성한 수사보고서 자체는 부동의하는 경우 증거로 채택하지 않았다. 수사기관이 작성한 수사보고서에 첨부된 서류 중 그것이 공무소에서 작성된 서류일 경우 증거로 채택하였으나, 나머지 개인 또는 단체, 회사에서 작성한 서류는 그것이 업무적으로 작성되었는지 여부와 관계없이 채택하지 않았다. 압수조서의 경우 압수조서에 기재된 물건(서류 포함, 전자문서의 경우 그 출력물 포함, 이하 마찬가지)이 피압수자로부터 압수되었다는 사실의 범위 내에서 증거로 채택하되, 압수조서에 첨부된 서류 또는 물건은 증거로 채택하지 않았다. 수사기관이 작성한 수사보고서에 첨부된 서류나 압수조서에 기재된 물건의 경우, 앞서 증거능력이 인정되는 수사기관 작성의 조서 작성 당시 제시되어 성립인정이 확인된 부분에 한하여 증거로 채택하였다. 언론기사(인터넷언론의 경우 그 출력물 포함)의 경우 그러한 내용의 보도, 방송이 있었다는

사실의 범위 내에서 증거로 채택하였다.’

한편 탄핵심판 절차에서 채택된 증인이 갑자기 병원에 가거나 소환 통지를 받지 않는 경우, 증인 출석을 강제하는 실효성 있는 방안 마련도 필요하다. 2004헌나1 사건에서는 최도술에 대한 증인신문이 당사자의 사실상의 ‘회피’로 이루어지지 못했고, 2016헌나1 사건에서도 채택된 증인이 모두 출석하지는 않았다. 현재법 제79조는 정당한 사유 없이 불출석한 증인은 1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있지만, 이는 증인이 출석 요구를 받았음을 전제로 하기 때문에 변론기일 전까지 출석요구서가 본인에게 전달되지 않을 경우에는 출석을 강제할 방법이 없었다.

## 제5절 정당해산심판에서 사실인정과 조사업무

현행 현재법에는 정당해산심판의 절차에 관한 세세한 규정이 마련되어 있지 않아서, 정당해산심판의 심리는 기본적으로 일반심판절차에 따라 현재법 제40조 제1항에 근거하여 민사소송법령을 준용하고, 예외적으로 헌법재판의 성질에 반하는 경우에만 헌법재판소가 민사소송법령의 준용을 배제하는 방식으로 이루어지고 있다.

따라서 정당해산심판의 심리에 관한 현행법의 체제가 합헌적인지와 입법론적으로 타당한지 여부가 문제된다. 헌법재판소는 2014헌마7 현재법 제40조 제1항 등 위헌확인(정당해산심판절차에서의 민사소송법령 준용 및 가처분 조항에 관한 사건) 결정<sup>135)</sup>에서 위 준용조항에 대하여 합헌으로 판단한 바 있다. 준용조항은 헌법재판에서의 불충분한 절차 진행 규정을 보완하고 원활한 심판절차 진행을 도모하기 위한 것으로 그 절차 보완적 기능에 비추어 볼 때, 소송절차 일반에 준용되는 절차

---

135) 현재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 310, 310-322면.



법으로서의 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 한 것이 현저히 불합리하다고 볼 수 없고, 또한 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도’에서 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 규정하여 정당해산심판의 고유한 성질에 반하지 않도록 적용 범위를 한정하고 있는바, 여기서 ‘헌법재판의 성질에 반하지 않는’ 경우란 다른 절차법의 준용이 헌법재판의 고유한 성질을 훼손하지 않는 경우로 해석할 수 있고, 이는 헌법재판소가 당해 헌법재판이 갖는 고유의 성질, 헌법재판과 일반재판의 목적 및 성격의 차이, 준용 절차와 대상의 성격 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단할 수 있으므로, 준용조항은 청구인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 볼 수 없다는 이유였다.

그러나 정당해산심판에 관한 현행 헌재법의 규정에 위헌적인 부분은 없는지, 합헌이라 하더라도 입법론적으로 타당한 것인지 살펴볼 필요가 있다. 정당해산 결정에 의하여 정당이라는 헌법적으로 보호받는 특수한 결사가 강제 해산되고, 그로 인하여 해산 정당 소속 국회의원들이 모두 그 지위를 상실하는 등의 강력한 효과를 가짐을 감안하고, 또 고위공직자의 파면 여부를 결정하는 탄핵심판의 경우, 헌재법 제40조 제1항, 제2항에 의하여 헌재법에 특별한 규정이 없는 경우에는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 형사소송법을 준용하고, 형사소송법에도 규정이 없는 경우는 민사소송법을 준용하도록 하고 있는 것과의 균형 측면에서, 탄핵 결정보다 어떤 의미에서는 국가적으로 더 중대한 효과를 발생시키는 정당해산심판에 있어서 헌재법에 규정이 없는 경우에 바로 민사소송법을 준용하도록 하는 현행 헌재법 제40조가 입법론상 타당한지의 여부를 근본적으로 재검토할 필요가 있다.

아울러 직권탐지주의를 원칙으로 한 현행 헌법재판 하에서 헌법재판소에게 정당해산심판의 절차를 진행함에 있어 심리에 필요한 자료의 제출을 요구할 수 있는 권한을 확실히 보장하여야 할 것이므로, 이 부분과 관련하여 현행법 체계를 보완할 점이 없는지 검토할 필요가

있다. 심리의 효율성 확보 측면에서 민사소송법상 서증의 증거력에 관한 규정을 준용하는 것이 바람직한지 여부와 정당해산심판의 헌법적 의미와 성격에 비추어 위법수집증거 배제법칙이 적용되어야 하는지를 살펴보고, 현행법 하에서 정당해산심판의 성질에 반하므로 형사소송법이나 행정소송법을 준용하여야 하는 부분이 있다면 어떤 것들이 있는지, 그것들을 헌법재판소 심판규칙에 규정하는 것이 상당한지 여부도 살펴본다.

## I. 정당해산심판 절차의 준거법: 민사소송에 관한 법령의 준용 문제

헌재법 제40조 제1항 전단은 헌법재판소의 심판절차에 관하여 헌재법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 하고 있다. 동조 후단은 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을 준용하고, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 「행정소송법」을 함께 준용한다고 규정하고 있으며, 동조 제2항은 제1항 후단의 경우에 형사소송에 관한 법령 또는 「행정소송법」이 민사소송에 관한 법령에 저촉될 때에는 민사소송에 관한 법령은 준용하지 아니한다고 규정하고 있다. 따라서 위 준용조항에 따르면 정당해산심판의 경우도 그 심판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 민사소송에 관한 법령을 준용하여야 한다.

### 1. 형사소송법이 준용되어야 한다는 입장

이에 대하여 통합진보당은 위 준용조항의 위헌을 주장하면서, 정당해산심판의 경우는 그 성질상 민사소송이 아닌 형사소송에 관한 법령이 준용되어야 한다고 주장하였다. 정당해산심판은 정당에 대한 형벌

과 유사하여 실제적 진실발견이 중요하고, 탄핵심판과도 그 절차적 성격이 비슷하다. 그런데 준용조항은 탄핵심판의 경우와는 달리 정당해산심판절차에 관하여 특별한 규정이 있는 경우 외에는 민사소송에 관한 법령을 일반적으로 준용하도록 규정하고 있다. 이에 따라 헌법재판소가 정당해산심판의 성질에 반하지 않는다고 해석할 경우 사실인정과 증거에 관하여도 민사소송에 관한 법령이 준용된다. 그러나 이는 정당해산심판의 성질에 반할 뿐만 아니라, 적법절차원리 및 정당의 특권을 인정하는 헌법정신에 위배되어 청구인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 주장하였다.<sup>136)</sup> 민사소송의 목적은 사인 간의 법적 분쟁에서 사인의 사법적 권리를 확정하고 이 확정된 권리를 실현하는 것인데 반해, 정당해산심판 절차의 목적은 정당이라는 조직화된 잠재적인 헌법의 적으로부터 객관적인 헌법을 수호하는 것이기 때문에 정당해산심판 절차는 민사소송보다는 국가의 형벌권 실현을 통해 객관적 법질서를 유지하는 기능을 수행하는 형사소송에 유사함에도 불구하고 헌재법 제40조 제1항이 형사소송에 관한 법령이 아닌 민사소송에 관한 법령을 정당해산심판 절차에 준용하도록 한 것은 입법상의 오류라는 입장이나,<sup>137)</sup> 정당해산심판은 그 법적 성격이 형사소송적 성격이 강한데 단순히 민사소송에 관한 법령만을 준용하는 것은 절차 진행이나 증거의 엄격성과 관련하여 많은 문제점이 있으므로 형사소송에 관한 법령의 준용을 고려해야 한다면서, 정당해산심판 절차에서 적용되어야 할 법령의 순서로는 헌법, 헌재법이고, 나머지는 정당해산심판의 해산심판이라는 특수한 법적 성격에 비추어 민사소송법을 준용하기에 앞서 형사소송법, 행정소송법의 유추적용 여부를 고려한 다음, 최종적으로 민사소송법을 준용하여야 한다는 입장<sup>138)</sup>도 이와 같다.

136) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 314면.

137) 정태호, “정당해산심판절차에 관한 헌법재판소법 규율의 문제점”, 정당해산심판 청구의 절차규범 모색을 위한 심포지엄, 서울지방변호사회, 2014, 5-13면.

138) 이성환, “현행 정당해산심판절차의 문제점과 개선방향”, 세계헌법연구 제10호, 2004, 199-200면.

## 2. 민사소송법이 준용되어야 한다는 입장

정당해산심판 절차에 관하여 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 한 헌재법 제40조 제1항은 헌법상 재판을 받을 권리를 침해하지 아니하므로(헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7)<sup>139)</sup>, 정당해산심판절차에는 헌재법과 헌법재판소 심판규칙, 그리고 헌법재판의 성질에 반하지 않는 한도 내에서 민사소송에 관한 법령이 적용된다는 입장<sup>140)</sup>이다. 준용조항은 헌법재판에서의 불충분한 절차진행규정을 보완하고, 원활한 심판절차 진행을 도모하기 위한 조항으로 그 절차 보완적 기능에 비추어 볼 때, 소송절차 일반에 준용되는 절차법으로서의 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 한 것이 현저히 불합리하다고 볼 수 없다. 또한 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도’에서만 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 규정하여, 정당해산심판의 고유한 성질에 반하지 않도록 적용범위를 한정하고 있다. 여기서 ‘헌법재판의 성질에 반하지 않는’ 경우란 다른 절차법의 준용이 헌법재판의 고유한 성질을 훼손하지 않는 경우로 해석할 수 있고, 이는 헌법재판소가 당해 헌법재판이 갖는 고유의 성질, 헌법재판과 일반재판의 목적 및 성격의 차이·준용 절차와 대상의 성격 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단할 수 있다. 따라서 준용조항은 청구인의 재판청구권, 즉 공정한 재판받을

139) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 310, 316-318; “...준용조항은 헌법재판에서의 불충분한 절차진행규정을 보완하고, 원활한 심판절차진행을 도모하기 위한 조항으로, 그 절차보완적 기능에 비추어 볼 때, 소송절차 일반에 준용되는 절차법으로서의 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 한 것이 현저히 불합리하다고 볼 수 없다. 또한 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도’에서 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 규정하여 정당해산심판의 고유한 성질에 반하지 않도록 적용범위를 한정하고 있는바, 여기서 ‘헌법재판의 성질에 반하지 않는’ 경우란, 다른 절차법의 준용이 헌법재판의 고유한 성질을 훼손하지 않는 경우로 해석할 수 있고, 이는 헌법재판소가 당해 헌법재판이 갖는 고유의 성질, 헌법재판과 일반재판의 목적 및 성격의 차이, 준용 절차와 대상의 성격 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단할 수 있다. 따라서 준용조항은 청구인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 볼 수 없다...”

140) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 2면.

권리를 침해한다고 볼 수 없다.

통합진보당 해산결정(2013헌다1)에서 헌법재판소는 헌법재판소법과 헌법재판소 심판규칙, 그리고 헌법재판의 성질에 반하지 않는 한도 내에서 민사소송에 관한 법령을 적용하여 정당해산심판절차를 진행하였다. 헌법재판소는 2회의 변론준비기일과 18회의 변론기일을 진행하면서 당사자 쌍방의 변론을 듣고 증거조사를 실시하였는데, 청구인이 제출한 갑 제1호증부터 갑 제2907호증의 2까지, 피청구인이 제출한 을 제1호증부터 을 제908호증까지의 서증 중 채택된 서증에 대하여 서증을 제출한 당사자가 입증취지 등을 진술, 상대방이 이에 대한 의견을 제시하는 방법으로 증거조사를 실시하였고, 청구인이 신청한 증인 6인과 피청구인이 신청한 증인 6인에 대한 증인신문을 실시하였으며, 중앙선거관리위원회 위원장, 통일부장관, 국가정보원장, 국립중앙도서관장, 민주화운동관련자 명예회복및보상심의위원장, 새누리당, 민주당으로부터 사실조회결과를 회신 받았음을 밝혔고, 그 외에도 우리나라 헌법재판 사상 처음으로 제기된 정당해산심판의 제도적 의의와 이 사건의 주요 쟁점에 관한 전문가의 의견을 듣기 위해 참고인 6인의 진술을 청취하였으며, 위와 같이 조사된 증거들과 헌법재판소에 현저한 사실 및 변론 전체의 취지를 종합하여 사실을 인정한 다음, 그러한 과정을 거쳐 인정된 사실을 기초로 하여 피청구인 통합진보당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배되는지, 피청구인에 대한 해산결정을 선고할 것인지 및 만약 해산결정을 선고할 경우 피청구인 소속 국회의원에 대한 의원직 상실을 선고할 것인지 여부에 대하여 판단하였음을 밝혔다.<sup>141)</sup>

### 3. 소결

정당해산심판의 목적은 민주적 기본질서에 위배되는 헌법 적대적

---

141) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 15-16면 참조.

정당을 해산시켜 헌법질서를 수호하려는 것이고, 그에 따라 강제해산, 정당 재산의 국고귀속에서 나아가 해산 정당 소속 국회의원의 지위를 상실시키는 강력한 효력을 가지므로, 사인 간의 법적 분쟁에서 사법적 권리를 확정하고 실현하는 민사소송과는 구별되는 성격을 가지고 있다. 따라서 비록 위 준용조항이 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도’에서만 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 하고 있어 정당해산 심판의 고유한 성질에 반하지 않도록 적용 범위를 한정하고 있고, 여기서 ‘헌법재판의 성질에 반하지 않는’ 경우란, 다른 절차법의 준용이 헌법재판의 고유한 성질을 훼손하지 않는 경우로 해석할 수 있으며, 이는 헌법재판소가 당해 헌법재판이 갖는 고유의 성질, 헌법재판과 일반재판의 목적 및 성격의 차이, 준용 절차와 대상의 성격 등을 종합적으로 고려하여 구체적, 개별적으로 판단할 수 있으므로, 준용조항이 해산 제소된 정당의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 볼 수는 없다 하더라도, 그 준용범위를 어떻게 합리적으로 해석해서 제한할 것인가의 문제는 남게 된다. 정당해산심판의 준용범령이 무엇인지가 특히 문제 되는 영역은 증거와 사실인정에 관한 부분일 것이다. 형사소송법과 민사소송법의 증거 규정의 분명한 차이점 때문에 준용범령이 어느 것이냐에 따라 정당의 ‘목적’이나 ‘활동’이 ‘민주적 기본질서에 위배되는지’ 여부에 대한 판단의 전제가 되는 사실인정 절차가 달라지게 되고, 이러한 사실인정의 범위와 내용이 달라짐에 따라 최종적인 판단 결과가 달라질 수 있게 된다. 따라서 형사소송에 관한 법령과 민사소송에 관한 법령이 상충되는 경우로서<sup>142)</sup>, 민사소송에 관한 법령의 준

142) 대표적으로 민사소송법 제202조(자유심증주의)는 “법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실주장이 진실한지 아닌지를 판단한다.”라고 규정하고 있음에 반하여, 형사소송법 제307조(증거재판주의)는 제1항에서 “사실의 인정은 증거에 의하여야 한다.”라고 규정하고, 제2항은 “범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 한다.”라고 규정하고 있어 크게 차이를 보이고 있다. 헌법에 의하여 강하게 보호를 받는 결사체인 정당을 해산하고 그 재산을 국고에 귀속시키며 소속 국회의원(지역구이든 비례대표이든)의 지위

용이 절차 진행상 필수적으로 요청되는 경우가 아님에도 불구하고, 그것을 준용함으로써 피청구인의 방어권 행사에 지장을 초래하게 되는 범위 내에서는 민사소송에 관한 법령을 준용할 수 없는 것으로 해석하는 것이 옳다.<sup>143)</sup> 그리고 헌법재판의 성질에 반하므로 준용할 수 없는 민사소송법령 조항이 어떤 것들인지, 그러한 조항 대신에 어떤 법령이 준용되어야 하는지에 관하여 헌법재판소는 우선 헌법재판소 심판규칙에 규정해 나가야 할 것이며, 그 내용이 축적되면 그 중 법률에 규정되어야 할 것들을 추려 헌재법에 규정될 수 있도록 하여야 할 것이다.

## II. 필요적 변론주의와 직권탐지주의 원칙의 조화

정당해산의 심판은 구두변론에 의한다(헌재법 제30조 제항). 서면심리원칙이 적용되는 위헌법률심판절차나 헌법소원심판절차에서와는 달리 정당해산심판은 반드시 구두변론에 의하여야 한다. 구두변론의 절차와 방식에 대해서는 헌재법이나 헌법재판소 심판규칙에서 정한 사항 이외에는 정당해산심판절차의 본질에 반하지 않는 한 민사소송법령을 준용하도록 되어 있다(헌재법 제40조).

변론이란 기일에 헌법재판소의 공개법정에서 당사자 양쪽이 말로 결정의 기초가 될 소송자료, 즉 사실과 증거를 제출하는 방법으로 소송을 심리하는 절차이다. 헌법재판소 심판규칙은 효율적인 변론진행을

---

를 상실하게 하는 강력한 효력을 갖는 정당해산심판제도의 본질에 비추어 볼 때 정당해산의 요건을 판단하는 자료가 되는 중요한 사실을 인정함에 있어 변론 전체의 취지를 참작하여 자유로운 심증으로 사실을 인정할 수 있다고 보는 것은 정당해산심판의 성질에 반한다고 보아야 할 것이다. 또한 형사소송법 제308조의 2(위법수집증거의 배제)는 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.”라고 규정하고 있는바, 정당해산심판 제도의 본질과 취지에 비추어 볼 때 위 형사소송법 규정 또한 정당해산심판 절차에 있어 준용되어야 할 규정으로 생각된다.

143) 김재영, “정당해산심판의 절차적 요건에 관한 소고”, 헌법연구 제1권 제1호, 2014, 189-190면 참조.

위하여 ‘사전에 제출한 준비서면을 읽는 방식이 아니라 쟁점을 요약 정리하고 이를 명확히 하는 방식’으로 할 것을 요구하고 있다(심판규칙 제12조 제1항). 재판부가 변론을 열 때에는 기일을 정하고 당사자와 관계인을 소환하여야 한다(헌재법 제30조 제3항). 헌법재판소는 심판절차를 효율적이고 집중적으로 진행하기 위하여 당사자의 주장과 증거를 정리할 필요가 있을 때에는 심판준비 절차를 실시할 수 있고(심판규칙 제11조 제1항), 재판장은 재판부에 속한 재판관을 수명 재판관으로 지정하여 심판준비 절차를 담당하게 할 수 있다(동조 제2항). 이러한 규정들에 따라 헌법재판소는 통합진보당 해산사건에서 3인으로 구성된 수명 재판부가 2회의 심판준비 절차기일을 열어 변론을 준비한 바 있고, 전원재판부가 18회의 변론기일을 열어 변론을 진행한 바 있다.

정당해산심판은 반드시 구두변론에 의해야 하지만, 변론주의는 적용되지 않고 직권탐지주의가 적용된다고 보아야 한다. 따라서 헌법재판소는 당사자에 의해 구두변론 과정에서 주장된 것만을 결정의 기초로 삼아야 할 필요는 없다. 정당해산심판절차와 탄핵심판절차와 같은 준형사절차에서 필요적으로 변론을 개최하도록 한 이유는 형사소송에서 처럼 공중의 감시하에 소송당사자들의 공격과 방어를 토대로 공개적으로 진행되는 변론기일의 절차에 재판의 중심을 둬으로써 피청구인의 방어권을 충분히 보장하고 헌법재판소가 예단 없이 심증을 형성하도록 하며, 공개절차에서 심리를 통하여 재판에 대한 부당한 압력이 가해지는 것을 배제함으로써 공정한 재판을 하도록 하기 위한 것이라고 보아야 한다.

### Ⅲ. 증거조사 절차

헌재법 제31조 제1항은 사건의 심리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 ①당사자 또는 증인을



심문하는 일, ②당사자 또는 관계인이 소지하는 문서·장부·물건 또는 그 밖의 증거 자료의 제출을 요구하고 영치하는 일, ③특별한 학식과 경험을 가진 자에게 감정을 명하는 일, ④필요한 물건·사람·장소 또는 그 밖의 사물의 성상이나 상황을 검증하는 일 등의 증거조사를 할 수 있다고 규정하고 있다. 그런데 정당해산심판의 청구인인 정부가 증거로 제출하는 서류는 대부분 공문서일 경우가 많다는 점, 이에 대하여 공문서라는 이유로 진정 성립을 추정하게 될 경우 사실상의 입증 책임을 해산 제소된 정당에게 부담시키는 결과가 되어 당해 정당의 방어권 행사에 상당한 지장을 초래할 수 있는 점 등을 고려하여 보면, 민사소송법상 공문서의 진정 성립에 관한 규정은 정당해산심판절차에 준용될 수 없는 것으로 보아야 할 것이다. 따라서 정당해산심판의 증거조사 절차 중 서증조사의 절차에 있어서는 민사소송법 제356조의 공문서의 진정 성립 추정에 관한 규정 대신, 형사소송법 제310조의 2 이하에 규정된 전문증거의 증거능력 제한에 관한 규정을 유추적용<sup>144)</sup>함이 상당하다.<sup>145)</sup> 또한 위법수집증거와 임의성이 의심되는 자백의 증거능력을 배제한 형사소송법 제308조의 2, 제309조, 및 범죄사실의 증명에 관하여 엄격한 증명을 요하는 형사소송법 제307조 제2항을 유추적용함이 타당하다.<sup>146)</sup>

민사소송법 제202조(자유심증주의)는 “법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실 주장이 진실한지

144) 현재법 제40조 제1항과 제2항에 의거해서 다른 소송법령을 준용하는 경우 그 때 사용되는 ‘준용’이라는 표현은 적절하나, 준용규정의 보충적 기능에 따라 준용배제로 인해 그에 벗어나 적시되지 아니한 소송법령을 적용하는 경우 이는 유추적용에 해당하는 것으로 보는 것이 상당하다. 김현철/남복현/손인혁/허완중, 헌법소송의 특수성과 다른 소송법령 준용의 범위 및 한계에 대한 검토, 헌법재판소 정책개발연구 제11권, 2019, 303면 참조.

145) 김재영, 앞의 논문, 190면 참조.

146) 현재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 314, 320-322 재판관 김이수의 별개의견 참조.

아닌지를 판단한다.”라고 규정하고 있음에 반하여, 형사소송법 제307조(증거재판주의)는 제1항에서 “사실의 인정은 증거에 의하여야 한다.”고 규정하고, 제2항은 “범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 한다.”라고 규정하고 있다. 헌법에 의하여 강하게 보호를 받는 결사체인 정당을 해산하고 그 재산을 국고에 귀속시키며 소속 국회의원(지역구이든 비례대표이든)의 지위를 상실하게 하는 정당해산심판 결정의 중차대한 효력에 비추어 볼 때, 정당해산의 요건을 판단하는 자료가 되는 중요한 사실을 인정함에 있어 변론전체의 취지까지 참작하여 자유로운 심증으로 사실을 인정할 수 있다고 보는 것은 정당해산심판의 성질에 반한다고 보아야 할 것이다. 또한 형사소송법 제308조의 2(위법수집증거의 배제)는 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.”라고 규정하고 있는바, 정당해산심판 제도의 본질과 취지에 비추어 볼 때, 위 형사소송법 규정 또한 정당해산심판절차에 있어 유추적용되어야 할 규정으로 생각된다.

#### IV. 입증책임

정당해산심판은 정부의 위헌정당 해산제소와 헌법재판소의 심판을 통하여 ‘목적’이나 ‘활동’이 민주적 기본질서에 위배되는 정당을 해산하는 제도이다. 정당해산여부의 판단기준이 되는 요건은 정당의 목적이나 활동이 ‘민주적 기본질서에 위배’되는지 여부이지만, 이를 판단하기 위하여 해당 정당이나 정당원들이 어떤 활동을 하였는지에 관한 사실 인정이 판단의 토대가 될 것이므로, 사실인정 및 이에 관한 증명의 무게가 매우 중요하게 된다.<sup>147)</sup>

정당해산심판 청구의 적법요건은 i)피청구인이 정당일 것, ii)국무회의의 심의를 거쳐(헌법 제89조 제14호, 헌재법 제55조), iii)정부가 청구할 것이다. 적법요건을 충족한다는 사실에 대한 입증 책임은 청구

---

147) 김하열, 앞의 논문, 340면 참조.

인인 정부가 저야 할 것이다. i)요건의 충족을 증명하기 위하여 중앙당 등록 대장 등본을 제출하여야 할 것이고(심판규칙 제65조 제2항), ii)요건의 충족을 증명하기 위하여 정당해산심판 청구서에는 국무회의의 의결을 거쳤음을 증명하는 서류를 붙여야 한다(심판규칙 제65조 제1항).

본안에서는 정당의 ‘목적’이나 ‘활동’이 ‘민주적 기본질서에 위배’되는지 여부를 판단하는데, 이에 대한 증명 책임 역시 청구인인 정부에 있다고 할 것이다. 정당의 목적에 관하여는 강령, 당헌, 정당 지도자의 연설, 당원 교육자료, 정책선전자료, 기관지, 기타 정당이 발행하는 간행물 등의 자료를 제출할 것이고, 정당의 활동에 관하여는 당대표, 대의기구인 당대회와 중앙위원회, 집행기구인 최고위원회, 원내기구인 원내 의원총회와 원내대표 등과 같은 정당기관의 활동뿐만 아니라, 주요 당직자, 해당 정당 소속 국회의원이나 개별 당원들의 활동에 관한 자료가 중요한 사실자료가 될 것이다. 이러한 자료들을 통한 사실인정만으로 정당을 해산할 수 있는 것은 아니고, 이러한 자료들을 통하여 인정되는 사실관계를 놓고, 그러한 사실들을 근거로 판단할 때 정당의 목적이나 활동이 ‘민주적 기본질서에 위배’된다는 요건을 충족하여야 한다. 덧붙여 헌법재판소가 판례로 창설한 요건인 비례의 원칙도 충족하여야 한다.<sup>148)</sup> 이러한 요건을 충족하는지 여부에 대한 판단은 법적 평가이다.

## 1. 입증의 정도

정당해산심판절차를 비롯한 헌법소송에서 필요한 입증의 정도는 어느 정도인지 우리 헌법이나 현재법에 이와 관련한 명문의 규정은 없으며, 제40조에서 민사소송법령을 준용하도록 하고 있을 뿐이다. 그러나 민사소송법도 자유심증의 정도에 대해서는 명문의 규정을 두고 있지 않기 때문에, 이에 관하여 다양한 학설이 주장되고 있다.

---

148) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 24-25면.

독일 연방헌법재판소법은 우리와는 달리 “연방헌법재판소는 심리의 내용과 증거조사의 결과에서 얻은 자유로운 확신에 따라 비공개적 평의에 의하여 재판한다.”고 하여 헌법소송에서 필요한 입증의 정도를 명시하고 있다.<sup>149)</sup> 여기서 재판관에게 법적 분쟁을 판단하는 데 본질적인 사실의 존부에 대한 확신은 절대적 확실성이어야 할 필요는 없지만 삶의 경험에 비추어 볼 때, 확실성에 버금갈 정도로 높은 개연성에 토대를 두고 있어야 한다. 즉 형사소송에서처럼 합리적 의심을 배제할 수 있는 정도가 되어야 한다고 본다.<sup>150)</sup>

우리 헌법재판에 있어서도 독일연방헌법재판소법이 요구하는 정도의 입증이 필요하다고 보는 것이 옳다고 생각된다. 합리적 의심을 배제할 정도로 높은 개연성에 기반을 둔 확신이 아니라 단순한 증거의 우월이나 높은 개연성이 존재한다는 이유로 정당을 해산한다거나 고위 공무원을 탄핵한다든가 법률을 위헌으로 선언하는 것은 법치국가적 견지에서나 권력분립적 견지에서 타당하지 않다.

## 2. 증명책임

직권탐지주의가 지배하는 경우에는 패소를 면하기 위해 증거를 대야할 책임을 의미하는 주관적 입증책임(증거제출책임)은 적용되지 아니한다. 이 점을 고려하여 헌재법 제56조도 청구서에 필요한 증거서류 또는 참고서류를 첨부하도록 강제하지 않고, 이를 청구인의 임의에 맡겨 놓고 있는 것으로 보아야 한다.

그러나 직권탐지주의가 적용되는 경우에도 입증을 위한 노력에도 불구하고 요증사실이 불명한 경우가 있을 수 있고, 그와 같은 결과는 그에 따라 그 위험부담을 누가 질 것 인가의 문제, 즉 객관적 입증책

---

149) 독일연방헌법재판소법 제30조 제1문.

150) 형사소송법 제307조 제307조(증거재판주의) ① 사실의 인정은 증거에 의하여야 한다.  
② 범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 한다.

임의 문제가 대두할 수 있다. 정당해산심판절차에서 해산의 실제적 요건과 관련된 사실의 존부를 가리기 위한 입증노력에도 불구하고 헌법재판소가 그 요건이 충족되었다는 확신을 얻지 못하면, 그 불이익은 청구인인 정부에게 돌아가야 한다.

### 3. 증거의 종류와 위법수집증거 등의 배제

헌재법은 증거조사를 위하여 증거방법이나 증거조사방법에 의하여 얻은 내용, 즉 증거자료를 한정하지 않고 있다.<sup>151)</sup>

다만 정당해산심판절차의 특성상 법치국가원리와 적법절차원리는 이 절차에서 사용되는 증거와 관련하여 특히 엄격한 기준을 요구한다. 위법수집증거<sup>152)</sup>, 임의성 없는 자백<sup>153)</sup>, 불이익한 유일한 증거로서의 자백<sup>154)</sup>은 원칙적으로 증거로 사용할 수 없고, 전문증거도 형사소송법이 인정하는 소수의 예외<sup>155)</sup>를 제외하고는 원칙적으로 증거능력이 없다고 보아야 한다.<sup>156)</sup> 민사소송법을 준용하면 이와 같은 법치국가적 기본권 보호규정들이 작동할 수 없으므로, 위와 같은 경우 민사소송법을 준용하는 것은 정당해산심판의 본질에 반한다고 보아야 할 것이다.

### 4. 증거조사와 증거의 평가

사실의 인정은 증거에 의하여야 한다.<sup>157)</sup> 재판부는 사건의 심리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 직권 또는 당사자의 신청에 의

---

151) 헌재법 제31조 제1항 참조.

152) 형사소송법 제308조의 2 참조.

153) 헌법 제12조 제7항, 형사소송법 제309조 참조.

154) 형사소송법 제310조 참조.

155) 형사소송법 제310조의 2, 제311조 내지 316조.

156) 이와 관련하여 형사소송법상의 관련 규정을 유추적용하는 것이 타당하다고 보고 있는 견해로는 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7 결정의 김이수 재판관의 별개의견 참조.

157) 형사소송법 제307조 제1항 참조.

한 결정으로 증거조사를 할 수 있다.<sup>158)</sup>

현재법은 정당해산심판절차에서도 당사자들에게 공식적인 증거신청을 허용하고 있다. 그러나 이 절차를 지배하는 직권탐지주의에 비추어 볼 때, 당사자들의 증거신청의 본질은 헌법재판소가 자신들이 주장하거나 탄핵하는 사실을 뒷받침하는 증거를 조사하도록 유도하는 의미를 가질 뿐이다.

현재법 제40조에 의하여 공무원 작성문서의 성립의 진정성을 추정하는 민사소송법 제356조를 정당해산심판절차에서도 준용할 수 있는지 문제된다. 우리 헌법재판소는 통합진보당 해산사건에서 서증조사를 현재법, 헌법재판소 심판규칙, 정당해산심판의 성질에 반하지 않는 한도 내에서 민사소송법령을 기준으로 실시한다고 결정하였다.<sup>159)</sup>

정부가 제출한 증거에 대하여 피청구인이 증거채택에 동의하거나 성립의 진정을 인정하고 있는 서증은 모두 증거로 채택되었는데, 피청구인이 그 성립의 진정을 다투고 있는 경우가 문제된다. 이와 관련하여 청구인인 정부에게 증거확보와 관련된 강제권이 인정되지 않는다는 이유로 민사소송법상의 공문서의 진정성립 추정규정을 준용해야 한다는 견해도 있으나,<sup>160)</sup> 이러한 견해에는 동의하기 어렵다. 정당해산심판의 청구인인 정부가 증거로 제출하는 수사서류는 대부분 공문서라는 점, 이에 대한 진정성립을 추정할 경우 사실상의 입증책임을 정당에게 부담시키는 결과가 되어 정당의 방어권 행사에 상당한 지장을 초래할 수 있는 점 등에 비추어 보면 민사소송법 제356조는 정당해산심판절차에 준용될 수 없다고 보아야 할 것이다.<sup>161)</sup>

---

158) 현재법 제31조 제1항 참조.

159) 전영식, “정당해산심판청구의 절차규범 모색을 위한 심포지엄 토론편”, 서울지방법 변호사회, 2014, 71면 이하 참조.

160) 김용비/임진철, “정당해산심판의 몇 가지 절차적 쟁점에 대한 고찰”, 법조 제697호, 2014, 37면 이하 참조.

161) 현재 2014. 2. 27. 2014헌마7에 대한 재판관 김이수의 별개의견; 정태호, “정당해산심판절차에 관한 헌법재판소법 규율의 문제점”, 152면. 헌법재판소는 통합진보당 해산사건에서 이 규정이 정당해산심판절차의 성질에 반하지 않는다는 이유에서 원칙적으로 적용된다고 판단하였다. 전영식, 앞의 토론편, 75면 참조.

정당해산심판절차에 적용되어야 할 직권탐지주의 원칙에 비추어 볼 때 증거조사에서 당사자 처분권주의 및 변론주의를 전제로 하고 있는 민사소송법상의 규정들은 정당해산심판절차의 성질에 반하여 준용될 수 없다고 보아야 한다.<sup>162)</sup> 한편 독일 연방헌법재판소법은 제33조 제2항에서 직권탐지주의원칙이 적용되는 소송절차에서 내려진 확정판결을 통해서 확인된 사실에 대해서는 증거조사를 하지 않고 자신의 결정의 기초로 삼을 수 있도록 함으로써 증거조사의 부담을 일부 덜어 주고 있다. 이러한 제도는 정당해산심판절차에서 피청구인 정당의 활동의 위헌성을 판단하기 위한 증거자료로 제출된 그 정당의 당원들에 대한 유죄 확정된 형사판결에 의하여 확인된 사실에 대한 증거조사를 생략할 수 있는지와 관련해서 의미가 있다.<sup>163)</sup> 증거의 증명력, 즉 증거가치의 평가에 대해서는 일반적인 소송원칙에 따라 자유심증주의의 원칙이 적용된다.<sup>164)</sup>

## V. 소결

정당해산심판절차에서 공개변론주의, 직접심리주의, 쌍방심리주의, 직권진행주의와 관련된 민사소송법령상의 규정들 중 상당수가 정당해산심판절차에 준용될 수 있으나, 정당해산심판절차의 준형사절차로서의 특성 때문에 민사소송법을 준용할 수 없고 형사소송법의 관련 규정을 유추적용하여야 하는 경우도 적지 않다.

정당해산심판절차의 객관성·공익성을 구현하기 위하여 정당해산심판절차는 민사소송에 타당한 변론주의가 아닌 직권탐지주의가 원칙적으로 적용되어야 하므로, 변론주의를 구현하는 민사소송법 규정들은 준

---

162) 정태호, “정당해산심판절차에 관한 헌법재판소법 규율의 문제점”, 152면 참조; 민사소송법 제145조, 제148조, 제149조, 제150조, 제220조, 제225조, 제256조, 제257조, 제288조, 제369조를 들고 있다.

163) 정태호, “정당해산심판절차에 관한 헌법재판소법 규율의 문제점”, 153면 참조.

164) 헌재법 제140조, 민소법 제202조.

용될 수 없다. 정당해산심판제도가 야당에 대한 탄압수단으로 악용되는 것을 방지하고 특수한 결사인 정당에 대한 헌법적 보호기능을 다하기 위해 증거법과 관련해서는 민사소송법의 준용을 배제하고 형사소송법령의 관련 규정들을 유추적용하는 것이 합리적인 경우도 상당수 있다.

따라서 현행 헌재법 제40조처럼 특정 소송법령을 특정 심판절차에 포괄적으로 준용하도록 하는 것이 옳은 것인지 상당한 의문이 있다. 독일 연방헌법재판소법처럼 특정의 절차법적 문제들과 관련해서 특정 소송법령의 특정 규율을 준용하도록 하는 특별규정을 두고, 나머지는 헌법재판소로 하여금 구체적인 절차의 본질에 맞게 탄력적으로 규율할 수 있도록 하는 것이 보다 합리적인 입법이라고 생각된다.

민사소송법령을 준용하는 것이 정당해산심판절차의 본질에 반하는 경우에는 헌재법 제40조에도 불구하고 정당해산심판절차에 대한 소송법적 규율에 다수의 흠결이 발생할 수밖에 없을 것이고, 이 흠결은 헌법재판소가 정당해산심판제도의 성질에 비추어 헌법, 헌재법, 형사소송법, 행정소송법 등을 면밀히 살펴 보충해 나가야 할 것이다.



## 제4장 사실인정과 조사업무 관련 국내외 법제도

### 제1절 미연방대법원의 사실인정 원칙과 실무

#### I. 연방대법원의 헌법사건 관할

미연방대법원의 관할은 미연방헌법 제3조 제2항에 간략히 규정되어 있다. 연방헌법은 ‘1심으로서의 관할(original jurisdiction)’과 ‘상소심으로서의 관할(appellate jurisdiction)’을 구별하고 있다.<sup>165)</sup> 우선, 1심 관할은 연방대법원이 1심, 다시 말해 최초의 법원으로서 재판을 하는 경우를 의미한다. 이에겐 전속적(exclusive) 관할과 병존적(concurrent) 관할이 있다. 전속적 1심 관할은 연방대법원만이 관할권을 갖는 경우인데, 주와 주사이의 소송이 이에 해당한다(28 U.S.C. § 1251). 주와 주 사이의 경계에 관한 분쟁, 2개 주 이상을 흐르는 강의 이용에 관한 주 사이의 분쟁 등이 대표적이다. 병존적 1심 관할은 연방대법원과 연방하급심법원 둘 다 관할권을 갖는 경우인데, 외국의 대사, 장관, 영사가 당사자인 소송, 연방과 주 사이의 분쟁 등이 대표적이다(28 U.S.C. §1251(b)).

연방대법원이 다루는 사건의 대부분은 상소심 관할 사건이다. 이는 연방대법원이 각 연방항소법원의 재판, 그리고 각 주 최고법원의 재판에 대하여 상고심으로서 기능하는 경우를 말한다. 연방항소법원에서 연방대법원에 사건이 올라갈 수 있는 제도적 경로는 ‘appeal’, ‘certification’과 ‘certiorari’ 세 가지가 있고, 주 최고법원에서 연방대법원으로 사건이 올라갈 수 있는 경로는 ‘appeal’, ‘certiorari’ 두 가지가

---

165) 미연방대법원의 관할권에 대해서는 김진한, 미국 연방대법원의 사법심사제도와 그 운영, 고려대학교 박사학위논문, 2014, 102면 이하 참조.

존재한다. 오늘날 연방대법원에서 심판을 받을 수 있는 주요한 경로는 ‘certiorari’라고 할 수 있다. 이는 흔히 사건이송명령신청 제도, 상고허가 제도 등으로 번역되는 것인데, 미연방대법원의 상고심 실질심리 사건 선별의 핵심이라고 할 수 있다.<sup>166)</sup>

사물관할 측면에서 보면, 연방대법원의 가장 핵심적인 권한은 위헌심사권이라고 볼 수 있다.<sup>167)</sup> 위헌심사는 연방의회나 주 의회의 입법, 연방정부나 주 정부의 공권력 행사 행위가 연방헌법에 위반되는지 여부에 대하여 심사하는 것을 말한다. 미연방헌법에는 연방대법원의 위헌심사권에 관한 규정이 없다. 연방대법원은 위헌심사권을 스스로 자신에게 귀속하였다고 평가받는데, 그 기점이 되는 사건이 유명한 *Marbury v. Madison* 사건이다. 연방대법원은 이 사건에서 연방헌법에 위반되는 법률을 위헌·무효라고 선언할 수 있다고 판단하였고, 선례구속의 원칙에 따라 연방대법원은 오늘날에도 위헌심사권을 행사하고 있는 것이다.

## II. 미국에서 입법사실론의 전개

연방대법원은 상소심으로서 원칙적으로 사실조사와 사실확정 권한을 갖지 못한다. 상소심법원은 사실심법원의 사실확정에 구속을 받기 때문이다. 연방대법원에서 다루는 사건들 중 상당수가 헌법사건이고, 헌법사건의 경우 대부분이 입법의 헌법합치성을 문제삼는 것이다 보니, 연방대법원에서 문제되는 사실의 유형과 그 소송법상 취급은 미국 헌법학의 중요한 관심대상이었다. 이를 표현하는 용어가 이른바 헌법사실(constitutional facts) 또는 입법사실(legislative facts)이었던 것이다. 미국에서 입법사실이라는 용어를 처음 사용한 것은 행정법학자인 테

---

166) 미연방대법원의 상고허가 제도에 대해서는 강영재/서용성, 각국의 상고심 실질심리 사건 선별에 관한 연구, 사법정책연구원, 2022, 27면 이하 참조.

167) 강영재/서용성, 앞의 책, 21-22면.

이비스(Kenneth C. Davis)로 알려져 있는데, 데이비스 이후로 입법사실론은 미국의 헌법소송에서 논쟁적인 주제가 되었다.

### 1. 데이비스(Kenneth C. Davis) 이전의 논의

입법사실론의 기원은 1920년대로 거슬러 올라간다. 비클레(Henry Wolf Bicklé)는 1924년 논문에서,<sup>168)</sup> 소급입법금지과 같이 법문언 그 자체로 위헌 여부가 판가름되는 경우와 달리, 입법부에 의해 채택된 수단이 그 목적과 어떤 연관성을 갖는지 여부는 사실 문제로서 판결을 결정짓는 요소라고 보았다. 그는 합헌성 판단에서 제정법의 전제가 된 사실이 갖는 중요성을 설명한 후, 이와 관련한 법원의 사실 판단에서 정보의 필요성을 역설했다. 비클레에 의하면, 법관은 통상의 법적 문제를 결정하는데 있어서는 충분한 자료를 가지고 있지만, 제정법의 기초를 형성하는 사실 문제의 경우 적절한 정보가 없으면 올바르게 판단할 수 없게 된다. 그는 이러한 문제에 대하여 정보의 부족으로 잘못된 판단을 내리게 되면 여론의 비난을 받을 수밖에 없기 때문에, 충분한 정보의 확보가 무엇보다 중요하다고 주장했다. 비록 입법사실이라는 용어를 명시적으로 사용하지는 않았지만, 헌법재판에 있어서 제정법의 기초를 형성하는 사실의 검토가 불가결하고 그에 대한 충분한 정보의 수집이 필요하다는 점에 주목했다는 점에서 이를 입법사실론의 효시라고 평가할 수 있다.

다른 한편, 1936년 Harvard Law Review에는 “제정법의 합헌성을 지지하는 사실의 현출”이라는 익명의 노트가 게재되었다.<sup>169)</sup> 이 글은 비클레의 논의를 수용하면서 헌법재판에서 법적 문제와 사실 문제를

---

168) 이하 내용은, Henry Wolf Bicklé, “Judicial Determination of Questions of Fact Affecting the Constitutional Validity of Legislative Action”, Harvard Law Review, Vol. 38, No. 1, 1924 참조.

169) 이하 내용은, Note, “The Presentation of Facts Underlying the Constitutionality of Statutes”, Harvard Law Review, Vol. 49, No. 4, 1936 참조.

구별할 것을 제안했다. 이 글의 필자는 헌법판단에 있어서는 제정법의 전제사실에 대한 확인이 필요하다고 보았다. 예를 들어, 어떤 입법이 차별 취급을 하는 경우, 차별의 정당성이라는 법적인 판단을 하기에 앞서서, 비교집단간 차별이 존재하는지 여부라는 사실 문제를 주목해 보아야 한다는 것이다. 이러한 사실 문제에 기초하여 비로소 법적 문제가 검토되어야 한다고 했다. 헌법적 판단에서 사실 문제의 중요성을 언급하였다는 점에서, 이 또한 이후 등장한 입법사실론의 출발점이었다고 평가할 수 있다.

## 2. 데이비스(Kenneth C. Davis)의 입법사실론

1942년 출간한 논문에서,<sup>170)</sup> 데이비스는 입법사실이라는 용어를 처음으로 사용했다. 데이비스는 종래 행정기관의 행정절차에 있어서 증거의 문제가 충분히 해결되지 않았다는 점을 지적하면서, 행정절차의 특수성에 입각한 증거법칙을 수립해야 한다고 주장했다. 그 중 하나가 법형성과 정책결정의 기초를 이루는 사실을 인정하는 증거법칙인데, 이는 특정 사건의 당사자에게만 관련된 것과는 달라야 한다는 것이다. 데이비스에 따르면, 행정기관은 행정재결을 통해 일정한 법형성적·정책형성적 기능을 수행한다. 그러한 법형성적·정책형성적 기능은 사실 인정에 다분히 의존하는데, 그 사실인정 과정은 특정 사건의 당사자에게만 관련된 사실인정 과정과는 다를 수밖에 없다고 한다. 이에 따라, 그는 사법사실과 입법사실의 구별을 주창했는데, 행정기관이 직접 당사자와 관련된 사실, 즉 당사자가 무엇을 했는지, 주위상황은 어떠한지, 배경이 되는 조건은 무엇인지 등을 인정하는 경우 행정기관은 사법기능을 수행하는 것이며, 그 사실은 사법사실이라고 부를 수 있다고 한다. 반면, 행정기관이 법 또는 정책의 문제에 대처하는 경우 그것은

---

170) 이하 내용은, Kenneth Culp Davis, "An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process", Harvard Law Review, Vol. 55, No. 3, 1942 참조.

‘법관의 입법(judicial legislation)’과 마찬가지로 법을 형성하는 것이고, 이러한 입법적 판단에 정보를 제공하는 사실을 입법사실이라고 부를 수 있다고 한다. 그는 이처럼 사법사실과의 대비를 통해 입법사실의 개념을 도출한 후, 행정절차에서 입법사실의 취급은 헌법재판의 경우와 다를 바 없다고 보았다. 그는 연방대법원에 의한 입법사실의 광범위한 수집을 원칙적으로 지지하면서, 행정절차에서도 입법사실을 광범위하게 수집하는 것이 필요하다고 주장했다.

### 3. 데이비스(Kenneth C. Davis) 이후의 논의

데이비스의 입법사실론은 이후 미국의 헌법재판론에서 지속적으로 논의되었다. 우선 1960년 논문에서,<sup>171)</sup> 카스트(Kenneth L. Karst)는 데이비스와 마찬가지로 사법의 범형성적 기능에 주목했다. 그는 법원이 법을 창조하는 경우 직면한 사건뿐만 아니라 법원 밖에 있는 엄청난 수의 유사 사건도 고려해야 한다고 보았다. 따라서 법원은 특정 사건의 사실을 뛰어넘는 사항에 대하여 정보를 획득할 필요가 있다는 것이다. 카스트에 따르면, 법원이 그 판단의 효과에 대해 할 수 있는 최선의 예측을 할 수 있도록 광범위하게 적용되는 입법사실이 해명되어야 한다. 카스트는 더 나아가 입법사실의 유형화를 시도한다. 그는 입법사실을, 입법의 목적 내지 효용의 측면에 관한 것과, 입법의 폐해 내지 손실에 관한 것으로 크게 구별하고, 입법사실을 형량의 요소로 파악하였다. 카스트는 적어도 사실 문제의 영역에서는 법원이 객관적이고 정밀한 판단을 하는 것이 바람직하다고 한다. 그는 헌법판단이 단순히 사실적 요소에 좌우되는 것이 아니라 그것이 입법판단의 합리성 여부를 가늠하는 규범적·평가적 측면을 갖는 것을 인정하면서도, 그러한 규범적 평가의 전제가 되는 사실적 제소요에 대해서는 정밀한 심사가 필

---

171) 이하 내용은, Kenneth L. Karst, “Legislative Facts in Constitutional Litigation”, The Supreme Court Review, Vol. 1960, 1960 참조.

요하다고 보았던 것이다.

1966년 논문에서,<sup>172)</sup> 샤프(Fritz W. Scharpf)는 연방대법원이 헌법 문제에 대해 판단하는 경우에는 그 판단은 구체적 사건 당사자의 권리의무를 넘어선 의의와 영향력을 갖게 된다고 보았다. 그는 미국과 독일의 헌법재판의 기능적 유사성에 주목했다. 미국에서는 추상적인 규범통제제도는 채택되지 않았지만, 미국에 있어서 선행구속의 원리가 존재할 뿐만 아니라 정치권이 연방대법원에 의한 판단을 권위있는 것으로 받아들이는 경향이 있다는 점에 비추어 볼 때, 연방대법원의 판단에 독일 연방헌법재판소의 판단에 주어진 효과와 실질적으로 동일한 효과가 존재한다는 것이다. 그는 미국의 위헌심사에서는 반드시 정부기관의 참여가 이루어지지 않고, 따라서 사인인 당사자 사이에 다툼으로 보일 수도 있지만, 그러한 경우에도 연방대법원의 판단 자료는 당사자인 사인이 제공하는 쟁점과 정보에 한정되어서는 안된다고 보았다. 그는 최고법원은 특정 사건에 관한 사법사실뿐만 아니라 입법의 효력을 결정할 수 있는 사회학적이고 정치경제적인 입법사실에 관한 정보를 입수하기 위해 전문가의 조력을 구해야 한다고 보았다.

1975년 논문에서,<sup>173)</sup> 밀러(Arthur Selwyn Miller)와 바론(Jerome A. Barron)은 입법사실을 법원에 대한 정보의 흐름이라는 관점에서 파악했다. 그들은 전통적인 대심구조는 사건성, 중립적 재판관상, 자료수집에 있어서 사실심의 의존, 사실 현출책임의 당사자간 분배 등을 특징으로 하는데, 헌법재판에서 이러한 것들은 비현실적인 것이라고 보았다. 연방대법원은 광범위하고 일반적인 문제, 다시 말해 입법사실에 초점을 맞추는 경향이 있고, 변호사 또한 연방대법원을 입법부처럼 취급하고 있다고 한다. 이로 인해, 연방대법원측으로부터 변호인에 대해

---

172) 이하 내용은, Fritz W. Scharpf, "Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis", *The Yale Law Journal*, Vol. 75, No. 4, 1966 참조.

173) 이하 내용은, Arthur Selwyn Miller and Jerome A. Barron, "The Supreme Court, the Adversary System, and the Flow of Information to the Justices: A Preliminary Inquiry", *Virginia Law Review*, Vol. 61, No. 6, 1975 참조.

자료제시가 촉구되어 그 결과로 법률심 구두변론에서 서면 비중이 증대되고 있다고 한다. 아울러, 비법률적 자료의 진실성이 종종 패소 당사자에 의한 반박의 대상이 되지 않고 있으며, 연방대법원이 제도화된 정보획득 과정 밖에서 입수하는 정보에 개인적 선호 또한 발생하고 있다고 한다. 이들은 이러한 현상에 대한 절차법적 대응을 촉구했다.

1986년 논문에서,<sup>174)</sup> 모나한(John Monahan)과 워커(Laurens Walker)는 입법사실을 사회과학적 정보로서 사실보다는 오히려 법적 선례에 근접하는 것, 일종의 사회적 법원(social authority)으로 취급해야 한다고 주장했다. 그들에 따르면, 사회과학적 정보는 입법사실에 해당하는데, 그것은 동시에 인간의 행동준칙이 될 수 있다는 점에서 규범적 성격도 갖는다는 것이다. 사회과학적 정보는 일반적 성격을 갖기 때문에 규범적 성격을 겸유한다고 한다. 물론, 사회과학적 정보는 법과는 달리 명령의 요소가 결여되어 있지만, 명령은 법의 본질을 이루는 것이 아니고, 사회과학적 정보를 사실의 문제가 아닌 법의 문제로 규정하는 것은 그것이 커먼로에서 법원성을 가지고 있는 선례와 마찬가지로 다루어져야 할 필요성이 있기 때문이라고 한다. 이에 따라, 이들은 법원에 의한 사회과학적 정보의 평가, 즉 입법사실의 인정은 일정 정도 선례성을 획득한다고 한다. 따라서 당사자에 의한 현출의 원칙적 방법은 구두증언이 아니라 서면에 의할 것, 법원 스스로 심사가 가능할 것, 상소심법원의 평가는 하급심법원의 그것보다 존중되어야 할 것, 상소심법원이 사실심법원의 평가에 구속되지 않고 조사할 수 있을 것 등과 같은 절차법적 결론이 도출된다고 한다.

1988년 논문에서,<sup>175)</sup> 키튼(Robert E. Keeton)은 법적 판단의 전제가 되는 사실을 전제사실(premise facts)라고 명명했다. 협의의 입법사실

---

174) 이하 내용은, John Monahan & Laurens Walker, "Social Authority: Obtaining, Evaluating, and Establishing Social Science in Law", University of Pennsylvania Law Review, Vol. 134, Issue 3, 1986 참조.

175) 이하 내용은, Robert E. Keeton, "Legislative Facts and Similar Things: Deciding Disputed Premise Facts", Minnesota Law Review, 1988 참조.

과 범형성사실을 포괄하는 상위 개념으로 이 개념을 사용한 것이다. 키튼은 전제사실과 사법사실을 구별할 수 있다고 보았다. 전제사실의 특징은 그것이 법적 판단의 기초사실이라는 점에 놓여 있다. 전제사실을 더 세분화하면 입법부가 인정하는 경우, 행정기관의 재결과정 등 준입법적 판단권한을 행사하는 때 이용되는 경우, 법원에 의한 선례형성 또는 선례변경에 있어서 이용되는 경우, 법원에 의한 선례적용 과정에서 이용되는 경우로 나눌 수 있다고 한다. 대부분의 경우 전제사실은 일반적·가치적 속성을 가지고 있으며, 이를 역사적 사실, 가치적 사실, 예측적·가치적 사실로 나눌 수 있다고 한다. 그는 전제사실에 대한 판단권자는 법적 쟁점에 관한 판단권자와 일치하고 사실심뿐만 아니라 법률심도 이를 인정할 수 있다고 한다. 아울러, 사실심에 있어서 배심의 판단과 달리 최상급심의 판단에 대해서는 법적 판단과 유사한 선례구속을 인정해도 무방하다고 보았다.

### III. 연방대법원에서 입법사실의 수집

#### 1. 대립당사자주의와 연방대법원의 사실판단권

미국에서의 대립당사자주의(adversary system)는 변론주의를 포괄하는 소송제도의 구조를 표현하는 용어이다. 다만, 그 주요한 발현이 소송자료의 당사자 제출원칙이라는 것에 대해서는 이론이 없다. 미국에서 입법사실의 현출방법은 통상의 증거조사에 의한 방법과 그 이외의 방법으로 나누어 살펴볼 필요가 있다. 통상의 증거조사에 속하는 방법으로는, 구체적으로 공간자료를 증거로서 제출하는 방법 또는 전문가가증인(expert witness)의 증언 또는 그에 대한 진술 녹취서(deposition)의 제출이 주로 활용된다. 그러나 이러한 일반적인 증거조사 방법은 사실심법원(trial court)에서는 사용할 수 있지만 상소심법원(appellate court)에서는 사용할 수 없다. 상소심법원(미국에서 제2심



이상)은 원칙적으로 법률문제(question of law)에 대해 판단하기 때문에, 통상의 증거조사의 방법에 의한 입법사실의 현출은 상소심단계에서는 원칙적으로 행해지지 않는다. 이에 따라, 입법사실에 대해 상소심법원은 사실심법원에 환송(remand)을 하여 추가로 사실심리를 하도록 하는 것이 원칙이다.

이와 같이, 연방대법원을 포함한 연방상소심법원은 법률문제에 대해서는 독립적이거나 새로운 검토를 수행해야 하는 반면, “분명한 오류”가 아닌 한 사실심법원의 사실확인 은 존중해야 한다. 이는 연방 민사소송규칙 52(a)(6)에 명시되어 있다. 연방대법원은 어떤 판단이 명백히 오류인지에 대해 구체적인 지침을 제시하지 않았지만, 이 기준은 사실심법원에 대한 상당한 존중을 요구하는 것으로 이해되고 있다. 연방대법원은 판결을 뒷받침할 증거가 있음에도 불구하고 증거에 대한 사실심법원이 실수가 있었다는 확신을 갖고 있는 경우 해당 판결은 명백한 오류라고 판단한다. 그럼에도 불구하고, 연방대법원은 입법사실에 대한 사실심법원 판결에는 분명한 오류 기준이 적용되지 않는다는 취지의 판시를 한 바 있다. 이 판시는 *Lockhart v. McCree* 사건의 각주에 나타났는데, 동 판결은 입법사실에 대해 연방대법원을 포함한 상소심법원이 사실판단권을 행사할 수 있다는 논거로 인용되고 있다.<sup>176)</sup>

## 2. 연방대법원의 입법사실 수집방법

### (1) 직권 수집

상소심법원으로서 연방대법원이 주도적으로 입법사실을 수집할 수 있는 방법으로는 그것을 법원에 현저한 사실(judicial notice)로 취급하는 것을 들 수 있다. 현저한 사실은 다차원적 의미를 갖는 표현이다.

---

176) Caitlin E. Borgmann, “Appellate Review of Social Facts in Constitutional Rights Cases”, *California Law Review*, Vol. 101, No. 5, 2013, pp. 1202-1204 참조.

우선 이 표현은 법원이 자발적·능동적으로 사실을 탐색하고 사실의 해명에 나선다는 의미를 포함한다. 이 경우에는 직권탐지에 근접하게 된다. 다음으로, 이 표현은 다툼의 여지가 없을 만큼 명백한(indisputable) 사실, 즉 전형적인 불요증사실의 한 유형으로 사용되기도 한다. 입법사실을 법원이 현저한 사실로 취급한다는 것은 그 조사와 인정에 있어서 광범위한 재량을 갖는다는 것을 뜻하게 된다.

현저한 사실의 취급에 대해서는 1975년에 제정된 연방증거규칙(Federal Rules of Evidence) 제201조가 규정하고 있다. 이 규칙에 따르면, 현저한 사실은 당사자 간에 합리적 분쟁의 대상이 되지 않는 사실로서 그것이 사실심법원의 지리적 재판관할권 내에서 일반적으로 알려진 것이거나, 그 정확성에 대해 합리적 의문이 없는 자료에 의해서 정확하고 용이하게 결정할 수 있는 사실로 정의된다. 현저한 사실에 대해서는 법원이 재량으로 그것을 채택하거나 일방 당사자가 신청하고 법원에 필요한 정보를 제공한 경우 법원이 채택할 수 있다. 한편 당사자는 현저한 사실의 채택에 대해서 그 채택의 적정성 및 그 사실이 갖고 있는 특성에 대해 진술할 권리를 갖는다.

이와 같은 현저한 사실의 인정에 관한 연방증거규칙 조항은 사법사실에만 적용되고 입법사실에는 적용이 배제된다. 규칙 제201조는 명문으로 이를 규정하고 있다. 이에 따라, 입법사실에 대해서는 어떻게 취급하여야 하는지를 두고 논란이 있다. 이에 대해, 규칙제정 자문위원회(advisory committee)는 입법사실의 인정방법은 사법사실과는 달라야 한다고 언급하고 있다. 이와 같은 자문위원회의 견해에 의하면, 입법사실에 대한 법원의 인정에 대해서는 어떠한 제약조건도 설정되어 있지 않고, 범위·방법 모두 완전히 법원의 재량에 맡겨져 있다.<sup>177)</sup>

그러나 대립당사자주의하에서 판단에 필요한 모든 자료가 당사자들에 의해 소송에 현출된다고 할 수 없고, 법원의 석명권 행사에 의한

---

177) Notes of Advisory Committee on 1972 Proposed Rules (§ 201). 이러한 입장에 대해서는, 당사자의 절차보장에 역행한다는 비판이 제기될 수 있다.

자료의 보충 또한 한계를 갖기 때문에 연방대법원의 경우에도 대법관 스스로 또는 재판연구원이나 법원도서관을 통해 자료를 직접(in house) 수집하는 빈도가 늘어나고 있다고 한다. 현재 이러한 종류의 외부 증거를 제한하는 연방법은 없고, 입법사실과 관련하여 연방대법원은 비교적 자유롭게 정보를 수집하고 그에 기초하여 결정을 내리고 있다고 한다. 이러한 직접 수집 자료의 경로는 재판관 스스로 인터넷 등을 통해 수집하기도 하지만 주로는 재판연구원이나 법원도서관을 통한 것이라고 한다.<sup>178)</sup>

## (2) 절차관계자로부터 수집

연방대법원이 사실자료를 획득하는 가장 중요한 경로는 대립당사주의 소송구조에 입각하여 당사자들로부터 수집하는 것이다. 연방대법원은 소송의 당사자들이 제출하는 소장이나 의견서, 참고인의견서를 통해 쟁점을 확인하는 동시에 사실자료를 수집하고 획득한다. 따라서 헌법사건의 경우 변호사, 연방 송무차관, 법정조언자가 주된 정보의 원천이라고 할 수 있다.<sup>179)</sup>

연방대법원에서의 변론은 일정한 요건을 갖춰 변론자격을 부여받은 변호사들만이 할 수 있다(연방대법원 규칙 제5조 제1항). 이들이 소장을 통해 헌법적 사건을 연방대법원에 도달하게 하고, 대립당사자주의 원칙상 연방대법원은 이들이 제기한 쟁점과 사실관계를 심리하게 된다. 변호사 외에도 연방대법원의 변론에 주요하게 관여하는 자로는 법무부(U.S. Department of Justice) Solicitor General이 있다.<sup>180)</sup> 연방정부는 법무부에 Solicitor General이라는 직책을 신설하여 연방정부의 송무 업무를 총괄토록 하고 있는데, 법무부 조직 내에서 Solicitor

---

178) Allison Orr Larsen, "Confronting Supreme Court Fact Finding", Virginia Law Review, Vol. 98, Issue 6, 2002, pp. 1286-1290 참조.

179) 헌법사건에서 이들의 역할에 대해서는, 김진한, 앞의 논문, 189면 이하 참조.

180) 이하 연방 송무차관의 권한에 대해서는, 강영재/서용성, 앞의 책, 25-26면 참조.

General 위로는 법무부장관만이 존재한다는 점에서 이를 송무차관이라고 부른다. 연방행정규정(Federal Regulation)에서는 Solicitor General의 일반적 업무로 네 가지를 정하고 있다. ‘연방대법원 사건의 수행, 배정과 감독’, ‘연방정부가 당사자인 연방법원 사건에서 상고 여부 결정’, ‘참고인 의견서(amicus brief) 제출 여부 결정’, ‘그 외 법무부장관 보좌’가 그것이다(28 CFR § 0.20). 연방이 당사자인 사건의 소송수행 업무가 송무차관의 주요 업무이나, 송무차관은 참고인 의견서(amicus brief) 제출 업무 또한 수행한다. 법정조언자 제도로도 번역되는 amicus curiae 제도는 소송의 당사자는 아니지만 사건에 이해관계 등을 가진 개인 또는 단체가 자신의 의견을 법원에 제시하는 제도이다. 송무차관은 연방이 당사자가 아닌 경우에도 자신의 판단 또는 연방대법원의 요청에 의하여 의견서를 작성하여 제출하고 있다고 한다.

연방대법원의 절차에는 특별한 관여 주체로서 법정조언자가 있다.<sup>181)</sup> 법정조언자 제도란 소송의 당사자는 아니나 그 소송의 쟁점에 관심을 가지고 있어 법원의 직권이나 스스로의 요청으로 해당 사건에 의견서를 제출하는 자를 의미한다. 법정조언자가 가장 적극적으로 참여하는 법원은 연방대법원이며, 이를 가장 적극적으로 활용하고 있는 법원 역시 연방대법원이라고 한다. 법정조언자로서 연방대법원의 심리에 참여하는 주체는 다양하다. 첫째, 각종의 사회단체 및 이익집단이 있다. 실제로 각종 시민단체와 전문가 집단, 시민단체, 소수자 권익보호 단체 등이 법정조언자로서 참여하고 있다. 둘째, 연방정부의 송무차관을 비롯한 각종의 정부기관들이 법정조언자로서 참여하고 있다. 정부기관 가운데 법정조언자로서 가장 활발하게 활동하는 주체는 앞서 언급한 연방 송무차관이고, 그 이외에도 각종의 연방기관들과 주 정부, 연방의회, 그리고 그 밖의 각종의 정부기관들은 공익의 대변자로서 법정조언자 의견서를 제출할 수 있다. 이들은 각종의 정책을 직접 결정하고, 그 집행을 담당하는 주체라는 측면에서 연방대법원에게 중

---

181) 이하 법정조언자의 유형에 대해서는, 김진한, 앞의 논문, 193면 이하 참조.

요한 정보와 관점을 제공하게 된다. 셋째, 법학교수들을 포함한 학자들, 각종의 전문가 단체, 학회들이 법정조언자로 참여한다고 한다.

### 3. 비판과 대안

입법사실에 대한 연방대법원의 직접 조사에 대해서는 그것이 밀행적으로 이루어진다는 점, 오류의 가능성이 존재한다는 점, 그리고 무엇보다 대립당사자주의 소송구조를 파괴한다는 점에서 적지않은 비판이 제기되고 있다. 이러한 비판에 대응하여 직접 조사를 허용하지 말아야 한다는 견해도 없지는 않지만, 현재의 관행을 합리적으로 개선하는 것이 필요하다고 보는 견해가 우세하다. 이러한 대안은 두 방향에서 접근할 수 있는데 하나는 연방대법원의 내부 역량을 키우는 것이고, 다른 하나는 수집한 정보의 투명한 공개를 통해 당사자의 권리 침해를 방지하는 것이다.<sup>182)</sup>

첫째, 대법관 스스로 경험적 사실을 분석하는 역량을 기르는 것도 중요하지만, 훨씬 더 유용한 대안은 유능한 법원도서관 사서들을 확보하고 궁극적으로는 미의회조사국(Congressional Research Service)과 같은 조사 조직을 연방대법원 아래에 두는 방안이 고려될 수 있다고 한다.

둘째, 대립당사주의를 수정하여 대법관으로 하여금 직접 조사를 하도록 허용하면서도 수집한 증거의 공개와 그에 대한 반론을 허용하는 등 당사자의 참여권을 확대하는 방안이 고려될 수 있다고 한다.

셋째, 좀 더 전향적으로는 전문가 참여에 한정하지 않고 대중에 참여를 개방하는 방안이 고려될 수 있다고 한다. 이는 연방대법원산하에 정보의 제공과 관련한 전자적 플랫폼을 설치하거나 다른 정부부처의 전자적 플랫폼과 연결하여 그 정보를 획득함으로써 적정한 정보를 획득하는 동시에 국민의 사법참여를 확대하는 방안이 될 수 있다는 것이다.

---

182) 이하 내용은 Allison Orr Larsen, 앞의 논문, p. 1309 이하 참조.

## IV. 증명책임

미국 증거법에서 입증책임(burden of proof)은 배심제 채용과 관련하여 증거제출책임(burden of producing evidence)과 설득책임(burden of persuasion) 두 종류로 나뉜다. 전자는 사실심리의 첫 단계에서 인정을 배심의 손에 맡길지 여부를 결정하는 경우에 작용하고 충분한 증거제출이 이루어지지 않은 경우에는 배심에 의한 인정을 하지 않고 오더핑결(directed verdict) 등에 의해 처리된다. 일종의 행위책임으로서 주관적 증명책임에 근접하는 개념이다. 후자의 책임은 전자의 책임이 완수된 경우에 비로소 문제되고 주장사실이 진실이라고 설득시키는 책임을 가리킨다. 이 경우 설득의 정도는 민사사건에 있어서는 통상 증거의 우월성(preponderance of evidence)으로 충분하지만, 형사사건에 있어서는 합리적인 의심을 넘어서는(beyond reasonable doubt) 확신이 요구된다.<sup>183)</sup> 일종의 결과책임으로서 동일하지는 않지만 객관적 증명책임에 근접하는 개념이다. 입법사실에 해당하는 헌법심사사실과 관련하여 이러한 객관적 증명책임에 유사한 책임을 인정할 수 있는지, 인정할 수 있다면 그것을 어떻게 배분할 수 있는지와 관련하여, 연방대법원은 통일된 입장을 보여주지 못하고 있다고 한다.<sup>184)</sup>

## 제2절 독일 연방헌법재판소의 사실인정 원칙과 실무

### I. 사실인정에 대한 직권탐지원칙과 그 제한

#### 1. 사실인정의 필요성

---

183) 조국현, 미국증거법, 진원사, 2019, 65면 이하 참조.

184) David L. Faigman, 앞의 책, pp. 101-105 참조.

연방헌법재판소는 연방헌재법 제26조 제1항에 따라 사실인정에 ‘필요한 증거조사’를 행할 의무를 진다.<sup>185)</sup> 동 재판소는 헌법재판의 이유를 논증하는데 필요한 사실을 밝히기 위하여 사실인정을 한다.<sup>186)</sup> 연방헌법재판소는 헌법재판에서 중요한 사실을 청구인이나 신청인이 문서로 제출한 자료에 근거하여 심사한다. 심사 중에 사건의 쟁점들과 관련된 구체적·일반적 사실 중 해명의 필요성이 있는 부분에 대하여 사실인정을 한다.<sup>187)</sup> 예컨대 비례성심사의 경우는 심판대상 법률규정이 포섭하는 사실관계와 해당 법률규정의 효력이 그 사실관계에 미치는 영향에 관한 사실인정이 필요하다. 평등원칙심사의 경우에도 심판대상 법률규정이 적용되는 규율대상과 그 규율대상에 미치는 차별 효과에 대한 사실인정이 필요하다.<sup>188)</sup> 그 밖에 연방헌법재판소가 헌법적 쟁점을 판단하기 위해 헌법규범을 해석할 때, 해당 헌법규범의 규율대상인 일반적인 정치적·사회적 환경에 대한 사실인식도 헌법재판에서 중요한 의미를 갖는다.

## 2. 직권탐지원칙과 그 제한

연방헌재법 제26조 제1항(“연방헌법재판소는 사실의 인정에 필요한 증거조사를 한다”)은 일반적인 견해에 따르면 연방헌법재판소가 사실관계를 확인하기 위해 독립적으로 필요한 모든 증거를 조사해야 한다는 사실관계에 관한 직권탐지원칙을 규정한 것이다.<sup>189)</sup> 연방헌법재판

185) 연방헌법재판소법 제26조 제1항 “연방헌법재판소는 사실의 인정에 필요한 증거조사를 행한다.”

186) Haberzettl, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG-Kommentar, 2. Auflag, C.F.Müller 2021, § 26 Rn. 9.

187) Haberzettl, 앞의 책, § 26 Rn. 9.

188) Haberzettl, 앞의 책, § 26 Rn. 9.

189) Haberzettl, 앞의 책, § 26 Rn. 4; 헌법재판소의 주요 과제는 사실관계의 판단이 아니라 헌법적 쟁점의 해명으로 간주되었기 때문에 동규정은 오랫동안 주목을 받지 못했다. Klein, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, 61. Auflag, C.H.BECK, 2021, § 26 Rn. 4.

소는 다른 법원이 사전에 확인한 사실관계에 국한하여 판단하거나 입법의 근거가 된 사실관계에 기속되지 않고 독자적인 사실심으로 작용할 수 있다.<sup>190)</sup> 여기서 헌법재판소가 규범통제절차에서 확인 및 인정하는 사실관계는 입법자가 입법의 근거로 삼은 사회적 경제적 상황과 입법효과에 관한 예측판단이 필요한 일반적인 사실관계(즉, 입법사실)이므로, 일반 법원이 구체적인 사건에서 판단하는 개별적·구체적 사실관계와는 구별된다.<sup>191)</sup>

한편 연방헌법재판소는 실무적으로 위와 같은 직권탐지원칙을 제한적으로 운용한다. 기본법상 국가조직의 권력분립원칙과 헌법·일반재판으로 구분된 사법체계를 고려하여 사실인정의 실무에서 광범위하게 직권탐지원칙을 제한한다.<sup>192)</sup> 입법자와의 관계에서는 입법사실의 근거와 효과에 대한 입법자의 평가 및 예측판단을 인정하는 방식으로, 일반법원과의 관계에서는 개별 사건에 관한 사실인정이 ‘원칙적으로’ 일반법원의 과제라고 밝히는 방식으로 직권탐지원칙을 제한적으로 운용한다.<sup>193)</sup> 연방헌재법은 직권으로 사실을 조사할 수 있는 일반 법원이 선고한 확정판결의 사실인정의 경우를 사실인정에 대한 연방헌법재판소의 직권탐지원칙의 예외로 규정하고 있다(동법 제33조 제2항). 연방헌법재판소는 이러한 법원의 사실인정을 헌법재판의 기초로 삼을 수 있으므로 직권으로 증거조사를 해야 할 의무가 면제되지만, 그렇다고 해서 그 결과에 기속되지도 않는다.<sup>194)</sup> 연방헌법재판소는 다른 법원의 사실인정이나 재판이 자신의 재판에 중요한 의미가 있는 경우에는 법원의 소송절차가 종료될 때까지 재판을 중지하고 기다릴 수 있다(동법

---

190) Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 11. Auflage, C.H.BECK, 2018, Rn. 60.

191) Meskouris, in: Barczak/Tristan, BVerfGG-Kommentar, Walter de Gruyter GmbH, 2017, § 26, Rn. 4.

192) Haberzettl, Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem BVerfG, NVwZ-Extra 1-2/2015, S. 1.

193) 관련 연방헌법재판소 판례는 Haberzettl, 앞의 책, § 26 Rn. 6. Fn. 25 참조.

194) Meskouris, 앞의 책, § 26, Rn. 14.



제33조 제1항). 또한 연방헌법재판소법은 헌법소원청구인에게 실질적으로 청구서 내용을 기재할 것을 요구함으로써 사실인정에 대한 직권탐지원칙의 예외를 규정한다(동법 제92조, 제23조 제1항 제2문).<sup>195)</sup> 연방헌재법은 청구인에게 침해된 기본권, 침해 기관뿐만 아니라 청구이유를 소명하고 증거방법을 청구서에 기재할 것을 요구한다. 이러한 실질적 기재의 요청의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않다. 헌법소원청구인이 법원의 사실인정과 관련된 사실들을 청구서에 상세히 기재하지 않을 경우, 실질적 기재요청에 위배되어 부적법한 것으로서 불수리된다. 이와 같이 직권탐지원칙의 예외규정을 두는 것은 청구인에게 사실관계를 포함한 청구이유를 소명하도록 함으로써 연방헌법재판소의 업무부담을 줄이고자 하는 소송경제적인 이유도 있지만, 청구인이 승소하기 위해서 보다 충실한 사실관계를 전달할 것이라는 합리적 사고에도 그 이유가 있다.<sup>196)</sup> 또한 연방헌법재판소는 법원이 사실관계에 대한 판단을 한 이후에서야 비로소 헌법소원절차를 통해 사건에 대해 판단할 수 있다는 점에서, 보충성원칙은 연방헌법재판소의 사실인정에 관한 직권탐지원칙의 소송법적인 제한에 해당한다.<sup>197)</sup>

## II. 사실인정의 방법

### 1. 좁은 의미의 증거조사 방법: 증인 및 감정인 심문 등

좁은 의미의 증거조사방법인 증인과 감정인에 관하여는 연방헌재법 제28조 및 제29조 제2항에 규정되어 있고 문서에 관하여는 연방헌재법 제26조 제2항에 규정되어 있다.

연방헌법재판소법은 증인 및 감정인의 신문에 관한 규정을 두고 있

195) Lenz/Hansel, BVerfGG-Kommentar, 2. Auflage, Nomos, 2020, § 26 Rn. 2 f.

196) Haberzettl, 앞의 책, § 26 Rn. 8; 소송경제적 이유만을 강조한 문헌은 Lenz/Hansel, 앞의 책 § 26 Rn. 3; Meskouris, 앞의 책, § 26, Rn. 16 참조.

197) Haberzettl, 앞의 책, § 26 Rn. 2.

지 않고 형사소송법과 민사소송법을 준용하고 있다. 기본권실효심판(연방헌재법 제13조 제1호), 위헌정당해산심판(동법 제13조 제2호), 정당의 국고지원배제심판(동법 제13조 제2a호), 연방대통령 탄핵심판(동법 제13조 제4호)과 법관 탄핵심판(동법 제13조 제9호)은 형사절차와의 유사성 때문에 형사소송법상 상응하는 규정이 준용된다. 그 밖의 다른 심판절차는 증인과 감정인의 신문에 대한 민사소송법 규정이 준용된다(연방헌재법 제28조 제1항).

민사소송법과 형사소송법은 증인 및 감정인의 신문과 관련하여 공무원법상의 비밀준수의무와 의견제시 승인거부(Versagung der Aussagegenehmigung)에 관한 규정을 준용하고 있는데, 연방헌재법은 이와 관련하여 특별규정을 두고 있다.<sup>198)</sup> 즉 상급 관청의 승인 하에 증인이나 감정인을 심문할 수 있는 경우에 상급관청은 연방이나 주의 이익을 위하여 필요한 경우에 한하여 승인을 거부할 수 있다(동법 제28조 제2항 제1문). 이에 대하여 연방헌법재판소가 재판관 3분의 2의 찬성으로 승인거부를 이유 없다고 선언한 경우 증인이나 감정인은 증언을 거부할 수 없다(동법 제28조 제2항 제2문).

한편 연방헌재법은 헌법재판절차에서 국가안전보장에 반하는 사실관계의 확인이 문제된 경우, 재판관 3분의 2 이상의 찬성으로 해당 정보가 담겨 있는 문서를 증거로 채택하지 않을 수 있도록 함으로써 직권탐지주의원칙에 제한을 두고 있다(동법 제26조 제2항). 위와 같은 문서가 연방헌법재판소에 제출된 경우 연방헌법재판소가 동법 제26조 제2항에 의한 결정을 하기 전에는 동조항의 목적을 실현하기 위해서 당사자도 해당 문서를 열람할 수 없다.<sup>199)</sup>

연방헌재법은 증거조사방법에 대한 제한을 두고 있지는 않기 때문에 절차법상의 증거방법(예컨대 당사자 심문, 검증, 행정상 안내, 증인의 문서제출 등)에 의한 증거조사도 가능하다.<sup>200)</sup>

---

198) Haberzettl, 앞의 책, § 26 Rn. 5 f.

199) Haberzettl, 앞의 책, § 26 Rn. 27; Klein, 앞의 책, § 26 Rn. 13.

200) Haberzettl, 앞의 책, § 26 Rn. 20.

연방헌재법은 증거조사의 효율성을 위해서 증거조사의 직접성의 예외에 관해 규정하고 있다. 즉 재판관 1인에게 변론 외에서의 증거조사를 명하거나 다른 법원에 특정사실과 인물에 한정하여 증거조사를 위탁할 수 있도록 한다(연방헌재법 제26조 제2항). 소송경제적인 이유와 재판부의 개인적 인상에 영향을 받지 않고 객관적으로 증거조사를 할 수 있다는 점에서 긍정적인 측면이 있다. 다만, 재판부의 변론사건 자체가 많지 않은 점을 고려할 때 변론절차를 간소화하기 위해 위와 같은 예외를 규정한 것이라면, 실무상 중요한 의미를 갖지 않는다는 평가를 받고 있으며,<sup>201)</sup> 실제 통상적으로 활용되고 있지도 않다.<sup>202)</sup>

## 2. 증거조사 이외의 사실인정 방법

공식적인 증거조사절차에 따른 조사방법 이외의 사실확인수단은 좁은 의미의 증거조사방법에 해당하지 않는다. 해당 사실확인 방법은 구체적 사실을 확인하기 위해 사용될 수도 있고, 일반적 사실확인을 위해 사용될 수도 있다. 이러한 유형의 대표적인 사실확인 방법은 (다양한 사회단체나 협회 등에 속해 있는) 전문가인 제3자의 의견표명, 연방최고법원의 의견표명 등이다.

### 가. 전문가인 제3자의 의견표명

연방헌법재판소는 전문가인 제3자에게 의견표명의 기회를 부여할 수 있다(연방헌재법 제27a조). 제3자의 의견표명의 기회를 부여할지 여부와 그 대상에 관하여는 연방헌법재판소가 재량으로 결정한다. 연방헌재법 제27a조에 따르면 재판부가 이를 결정해야 하지만, 실무상 연방헌재법 제23조 제2항에 근거하여 재판장 또는 주심재판관이 재판

---

201) Haberzettl, 앞의 책, § 26 Rn. 23.

202) Schlaich/Koriotoh, 앞의 책, Rn. 60.

의 유형과 단계를 고려하여 결정한다. 대체로 재판부가 사건을 다루기 전에 중심재판관의 제안으로 재판장이 결정한다(동법 사무규칙 제22조 제5항 제2문).<sup>203)</sup> 제3자는 원칙적으로 문서로 해당 쟁점에 대한 입장 표명을 하게 된다. 구두변론기일이 도래하면, 문서로 제출된 제3자의 의견을 들을 수 있다. 다만, 제3자는 의견표명을 해야 할 의무나 재판 절차에 참여해야 할 의무는 없다.<sup>204)</sup>

제3자의 의견표명은 헌법재판에서 매우 중요한 사실적 근거를 구성해 주는 사실확인수단이다. 특히 규범통제절차에서 비례성심사나 평등 원칙심사에 필요한 법률효과를 예측판단하거나 규범에 진제하는 사실에 대한 선이해를 명확히 하기 위해 사회적·정치적·문화적·경제적 정보를 수집함에 있어서 제3자의 의견표명은 매우 중요한 사실적 근거를 제공해 준다.<sup>205)</sup>

제3자의 의견표명은 공식적 증거조사인 증인 및 감정인심문과 구별되어야 하나, 증거조사결정을 반드시 필요한 것으로 보지 않으면서 종종 이를 누락시키는 재판실무를 고려할 때 재판실무상 양자가 항상 명확히 구별되지는 않는다.<sup>206)</sup> 양자의 구별은 그 목적과 절차를 고려하여 추상적으로 이루어지고 있다. 제3자의 의견표명의 경우는 공식적인 증거조사절차가 아니고 연방헌재법 제27a조에 근거하여 정치·경제·사회·문화적 정보와 의견이 종합되는 아주 일반적인 의미에서 사실적 기초를 조성하는데 기여한다. 반면에 증인 및 감정인심문 등 증거조사는 연방헌재법 제26조에 따른 전형적인 증거조사방법을 활용하는 것으로 좁은 의미의 사실확인에 기여한다. 특히 제3자가 진실의무(Wahrheitspflicht)를 부담하는지 여부는 양자를 구분하는데 매우 중요한 표지인데, 연방헌재법 제27a조에 근거하여 의견을 표명하는 제3자

---

203) Haberzettl, 앞의 책, § 27a Rn. 14.

204) Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVefGG-Kommentar, 61. Auflag, C.H.BECK. 2021, § 27a Rn. 5 f.

205) Haberzettl, 앞의 책, § 27a Rn. 5.

206) Haberzettl, 앞의 책, § 27a Rn. 9.

인 전문가는 진실의무를 부담하지 않는다.

한편 법원과 행정청이 연방헌법재판소에 대하여 부담하는 법률상 및 직무상지원(연방헌재법 제27조)과 제3자의 의견표명은 양자 모두 사실적 기초의 조성을 위해 활용된다는 측면에서 유사한 점이 있지만, 전자는 해당 기관이 법률상 및 직무상 지원해야 할 의무를 부담하는 반면 후자는 그러한 의무를 부담하지 않는다는 측면에서 구별된다.

## 나. 법원과 행정청의 법률상 및 직무상 지원

### (1) 법률상 및 직무상 지원의 의미

연방헌재법 제27조는 모든 법원과 행정청이 연방헌법재판소에 법률상 및 직무상 지원해야 할 의무를 규정한다. 기본법 제35조에 규정된 연방과 주의 모든 기관에 대한 법률상·직무상 상호지원의무가 구체화된 것이다. 동조가 헌법재판의 사실인정과 관련된 조항들 가운데 위치해 있는 점을 고려하면 그 주된 입법목적은 연방헌법재판소가 사실관계의 확정을 위해 필요한 법원과 행정청의 지원을 받는데 있다.<sup>207)</sup>

연방헌법재판소는 사실인정에 필요한 정보를 다른 법원과 행정관청의 법률상·직무상 지원에 의존한다. 연방헌법재판소가 요청하는 대부분의 법률상·직무상 지원은 전체 사법체계 하에서 상이한 법원의 사실인정과 법적 견해를 확인할 수 있는 법원의 정보지원이다.<sup>208)</sup> 개별 법원이나 관청에 대한 법률상·직무상 지원요청을 할 경우, 그로 인해 법원 및 관청의 법률상 과제영역이 밀려나면 안되기 때문에, 권력분립원칙이 고려된다. 또한 법률상·직무상 지원요청은 연방 및 주관청과 법원들에게 지원의무를 부과함으로써 이들의 상호 독립적인 작용으로 인해 야기될 수 있는 연방국가적 문제를 해결한다.

---

207) Haberzettl, 앞의 책, § 27 Rn. 1.

208) Haberzettl, 앞의 책, § 27 Rn. 4.

법률상·직무상 지원은 특히 연방헌법재판소가 법원에 재판자료를 요청하거나 의견을 구할 때 큰 실천적 의미를 지닌다. 예컨대 연방헌법재판소가 재판소원이 지정재판부에서 수리(Annahme)된 경우, 원칙적으로 원심법원에 재판자료를 청구할 때 법원은 이를 직접 제출하여야 할 의무를 부담한다(연방헌재법 제27조 제2문). 또한 연방헌법재판소가 연방최고법원 또는 주최고법원에게 계쟁사안에 대한 재판에서 중요한 법률문제에 대한 견해, 계쟁사안에 대한 종래 기본법의 적용 및 해석방법, 효력에 다툼이 있는 법규정의 적용유무와 방법 등에 대하여 요청할 경우 법원은 이를 보고하여야 한다(연방헌재법 제82조 제4항).

## (2) 법률상 및 직무상 지원요청의 요건

### 1) 수범자

기본법의 효력 하에 있는 모든 법원과 행정청은 법률상 및 직무상 지원의무를 이행해야 한다.<sup>209)</sup> 여기서 법원은 법관의 독립성이 보장된 기본법상의 연방법원과 지방법원을 의미한다(기본법 제92조, 제95조, 제96조, 제97조 제1항). 집행기관인 행정청은 연방, 주, 지방자치단체의 행정청을 의미한다. 행정부수반, 정부부처와 그 산하기관, 감사원, 의회사무처, 연방국방부, (원칙적으로) 공영방송사와 국립대학 등을 포함한다.<sup>210)</sup>

### 2) 지원요청

법원과 행정청의 법률상 및 직무상 지원은 연방헌법재판소의 요청에 의해 제공되어야 한다. 청문절차상 (예컨대 헌법소원청구에서 공권력 행사자인 국가기관 등에게 부여되는) 의견표명의 기회는 위와 같은 의미의 요청에 해당하지 않는다(연방헌재법 제94조). 연방헌법재판소

---

209) Meskouris, 앞의 책, § 27 Rn. 7.

210) Meskouris, 앞의 책, § 27, Rn. 7; Habertzettl, 앞의 책, § 27 Rn. 8.

의 요청을 받지 않고 공공기관이 임의로 사건에 관해 제출하는 의견 표명서도 위와 같은 법률상 및 직무상 지원에 해당하지 않는다.<sup>211)</sup>

지원요청은 법원과 행정청에 직접 전달해야 한다. 최상급 관청이 요청받은 문서를 직접 제출하는 것이 원칙이고, 원심절차와 관련된 문서의 경우 절차의 효율성을 도모하기 위해 원심법원이나 원처분청이 제출한다(연방헌재법 제27조 제2문). 구체적 규범통제절차의 경우 제청 법원이 직접 소송기록을 첨부해야 하지만(연방헌재법 제80조 제2항 제2문), 헌법소원의 경우 연방헌법재판소의 지원요청에 따라 헌법소원청구 여부를 알지 못하는 원심법원이 소송기록을 제출한다. 지원요청 담당자는 연방헌법재판소의 해당 소송절차에 적용되는 규정에 따라 정해진다. 위와 같은 지원요청은 헌법소원청구서의 내용상 성공가능성이 있다고 판단한 이후에 진행된다. 헌법소원청구 수리여부절차에서는 지정재판부 주심재판관이 위와 같은 지원요청을 담당하고, 사건이 재판부에 이송되면 재판장이 담당한다(연방헌재법 제93조 제2항 제1문, 동법 사무규칙 제41조 참조).<sup>212)</sup> 헌법소원청구의 성공가능성 자체를 판단할 때 연방헌법재판소는 원칙적으로 원심절차의 기록을 참고하지 않는다. 연방헌재법에 따라 실질적 서술이 요청되는 청구서와 첨부서류의 내용을 근거로 그 성공가능성을 판단한다(연방헌재법 제23조 제1항 제2문, 제92조). 청구인이 법률상 근거 있는 실질적으로 작성한 청구서를 제시한 이후에야 비로소 연방헌법재판소는 원심절차의 사건서류를 요청할 계기를 갖게 된다.<sup>213)</sup>

연방헌재법사무규칙은 연방최고법원 또는 주의 최고법원에 대하여 주심재판관의 제안에 따라 재판부 재판장이 하는 법률상 지원요청에

---

211) Meskouris, 앞의 책, § 27, Rn. 12.

212) Meskouris, 앞의 책, § 27, Rn. 11; Haberzettl, 앞의 책, § 27 Rn. 10.

213) Haberzettl, 앞의 책, § 27 Rn. 10.

관한 특별규정을 두고 있다(동규칙 제22조 제4항 및 제5항).<sup>214)</sup> 동규정에 따라 재판부 재판장은 주심재판관의 제안에 따라 구체적 규범통제절차나 법령소원에서 결정의 전제가 되는 법규정의 해석 및 적용에 및 관련 법적 문제에 대한 보고를 연방최고법원이나 주의 최고법원에 구하는 요청을 할 수 있다.<sup>215)</sup>

### (3) 법률상 및 직무상 지원요청의 법적 결과와 그 한계

#### 1) 법적 결과

지원을 요청받은 기관(수범자)은 원칙적으로 해당 요청에 내용상 부합하는 법률상 및 직무상 지원의무를 진다. 지원의무를 이행하기 위한 조직자원의 활용방법은 수범자가 직접 결정한다. 행정청이 지원요청을 전혀 이행하지 않거나 불완전하게 이행한 경우, 연방헌법재판소는 그러한 행정청의 결정에 대하여 이의신청(Gegenvorstellung)과 직무감독청원(Dienstaufsichtsbeschwerde)을 고려할 수 있다.<sup>216)</sup> 다만, 직무감독청원은 부당한 사건처리가 아니라 공무원의 행동만을 문제 삼는 것이므로 적절한 방법이 아니라는 견해도 있다.<sup>217)</sup> 사법적 관철가능성에 대하여는 논란이 있다. 증언거부의 적법성에 대한 중간적 다툼에서 수소법원이 중간재판을 하듯이(민사소송법 제387조 제1항), 연방헌법재판소가 직무상 지원거부의 적법성을 직권으로 행사할 수 있다는 견해

---

214) 연방헌재사무규칙 제22조 제4항 “재판부의 재판장은 주심재판관이나 재판부의 제안이 있으면 연방최고법원이나 주의 최고법원에 법적 문제에 대한 상황보고나 의견진술을 구하는 요청을 할 수 있다. 구체적 규범통제 사건 이외의 사건에서도 이것을 준용할 수 있다.”, 동조 제5항 “재판장은 주심재판관의 제안이나 재판부의 결정에 의하여 결정의 전제가 되는 문제에 대하여 감정의견을 확보하기 위하여 특정분야의 전문가를 위촉한다.”

215) Haberzettl, 앞의 책, § 27 Rn. 11.

216) Haberzettl, 앞의 책, § 27 Rn. 12; Niesler, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVefGG-Kommentar, 61. Auflag, C.H.BECK. 2021, § 27 Rn. 74.

217) Niesler, 앞의 책, § 27 Rn. 74.



가 일부에서 제기되지만, 주요 문헌들은 연방헌법재판소가 자신의 사건에서 이러한 결정을 내릴 수 있는 권한을 뒷받침할 만한 법률적 근거가 결여되어 있다고 본다.<sup>218)</sup> 그 대신 연방헌법재판소는 직무상 지원요청을 행정법상 일반 이행소송(Leistungsklage)을 통해 사법적으로 관철할 수 있다. 행정청이 직무상 지원을 거부한 경우, 해당 지원요청은 감독관청에 의해서도 거부결정이 내려진 이후에(행정절차법 제5조 제5항 제2문), 행정법에 따른 일반 이행소송(Leistungsklage)을 통해서 집행될 수 있다.<sup>219)</sup> 이러한 점에서 다른 국가기관의 직무상 지원요청을 관철시키기 위한 사법적 방법과 차이가 없다(독일행정절차법 제5조 제2항 제2문).<sup>220)</sup>

한편 법원이 법률상 지원을 거부할 경우, 요청받은 법원이 속해 있는 주고등법원이 이에 대하여 결정한다(독일법원조직법 제159조 제1항 제1문). 주고등법원이 법률상 지원이 허용되지 않는다는 결정을 내린 경우 항소할 수 있고, 연방대법원이 항소에 대하여 결정을 내린다(독일법원조직법 제159조 제1항 제2문).<sup>221)</sup>

## 2) 한계

연방헌법재판소의 법원 및 행정청에 대한 법률상 및 직무상 지원요청권은 연방헌재법 제27조에 따를 때, 기본법의 효력 하에 있는 연방, 주, 자치단체의 법원이나 관청에 한하여 행사할 수 있다. 따라서 사법인에 대하여는 행사할 수 없다.<sup>222)</sup> 외국행정청 및 EU기관 등 초국가

218) Haberzettl, 앞의 책, § 27 Rn. 12; 자세한 논증은 Niesler, 앞의 책, § 27 Rn. 75 참조.

219) Haberzettl, 앞의 책, § 27 Rn. 12; Niesler, 앞의 책, § 27 Rn. 75.

220) Niesler, 앞의 책, § 27 Rn. 75.

221) Lechner/Zuck, BVerfGG-Kommentar, 8. Auflag, C.H.BECK, 2019, § 27 Rn. 5; Haberzettl, 앞의 책, § 27 Rn. 12; Niesler, 앞의 책, 27 Rn. 73; Meskouris, 앞의 책, 27, Rn. 21.

222) Scheffczyk, in: Walter/Grünwald, Beck'sche Online-Kommentar BVerfGG, 10. Edition, C.H.BECK, 2021. § 27 Rn. 4.

적 행정청, (국가)교회나 종교단체도 위의 행정청에 해당하지 않는다. 비국가기관에 대하여는 위와 같은 지원요청이 아니라 제27a조에 따라 전문가인 제3자의 의견표명을 구해야 한다. 조약의 경우 해당 조약상 상응하는 의무가 규정되어 있는 경우에 한하여, 위 지원요청권을 행사할 수 있다.<sup>223)</sup>

위와 같은 지원요청권은 수범자의 현행법 준수 의무에 따른 한계가 있다. 수범자는 법률우위의 원칙(기본법 제20조 제3항), 기본권(기본법 제1조 제3항)에 구속되는 바, 현행법을 준수해야 하며 자신의 권한에 한해서만 지원의무를 이행할 수 있다. 예컨대 수범자는 공무원법, 사회법전, 정보보호법 등 현행법에 따른 비밀유지의무를 준수해야 한다. 이러한 비밀유지의무는 정보청구권, 혼인 및 가족생활 관련 기본권(기본법 제6조), 직업의 자유(기본법 제12조 제1항), 재산권과 상속권(기본법 제14조 제1항) 등 기본권을 보장하기 위한 것이기도 하다. 법률상 및 직무상 지원요청을 받았다고 하더라도 기본권에 의해 보호되는 정보에 대한 개입을 하기 위해서는 법률상 근거가 있거나 당사자인 기본권주체의 동의가 필요하다.<sup>224)</sup>

위와 같은 지원요청권은 부분적으로 비례성원칙에 의해 제한된다. 우선 지원요청을 받은 법원은 법원조직법 제158조에 따라 법률상 금지된 사항이 아닌 이상 비례성원칙에 반하는 부담을 갖는다는 이유로 해당요청을 거부할 수 없다(독일법원조직법 제158조).<sup>225)</sup> 반면에 지원요청을 받은 행정관청은 요청되는 지원을 위해 소요되는 비용이 비례성을 상실한 경우에 예외적으로 지원요청을 거부할 수 있다(독일행정절차법 제5조 제3항 참조).<sup>226)</sup> 즉 다른 기관이 훨씬 적은 노력으로 지원을 제공할 수 있거나, 비례성에 맞지 않는 과도한 노력을 통해서만 지원을 제공할 수 있거나, 요청 기관의 업무를 고려할 때 지원을 제공

---

223) Niesler, 앞의 책, § 27 Rn. 30; Meskouris, 앞의 책, § 27, Rn. 9.

224) Haberzettl, 앞의 책, § 27 Rn. 5.

225) Haberzettl, 앞의 책, § 27 Rn. 5; Meskouris, 앞의 책, § 27, Rn. 17.

226) Haberzettl, 앞의 책, § 27 Rn. 5; Meskouris, 앞의 책, § 27, Rn. 17.

함으로써 자체 업무수행을 심각하게 위태롭게 하는 경우 지원요청을 선택적으로 거부할 수 있다(독일행정절차법 제5조 제3항). 행정지원에 의한 의존도가 높고 다른 기관으로부터 지원을 받을 수 없는 경우일 수록 지원요청에 대한 거부요건은 더욱 엄격히 적용될 수 있다.<sup>227)</sup>

지원요청거부의 근거가 되는 독일행정절차법 제5조 제3항은 신뢰할 수 있는 정보에 기초하여 가능한 신속한 재판을 해야 하는 헌법재판의 중요성을 고려하여 기본적으로 제한적으로 적용되어야 한다는 견해가 유력하다.<sup>228)</sup> 다만, 위와 같은 지원요청이 항상 긴절한 것은 아니기 때문에 행정청의 거부권이 처음부터 원칙적으로 부정되어야 하는 것은 아니다.<sup>229)</sup>

지원요청 대상 기관이 요청시점에 독일행정절차법 제5조 제3항을 근거로 지원요청을 거부할 것이라는 사정이 연방헌법재판소 입장에서 명백할 경우, 해당 기관에 대한 지원요청을 하여 거부위험을 감수할지 아니면 절차적 효율성을 이유로 처음부터 다른 기관에게 요청할지 또는 행정지원을 포기할지 여부를 결정해야 한다.<sup>230)</sup> 지원요청을 받은 기관이 지원요청을 거부할 경우 가만히 있으면 안되고 연방헌법재판소에 중요한 거부사유를 전달해야 한다(독일행정절차법 제5조 제5항 제1문 참조).<sup>231)</sup>

### III. 사실인정의 운용 방식

#### 1. 사실인정의 실제 운용

연방헌재법 제26조 제1항 제1문에 따른 증거조사는 공식적인 증거

---

227) Niesler, 앞의 책, § 27 Rn. 62.

228) Meskouris, 앞의 책, § 27 Rn. 17.

229) Niesler, 앞의 책, § 27 Rn. 62.

230) Niesler, 앞의 책, § 27 Rn. 63.

231) Niesler, 앞의 책, § 27 Rn. 65.

조사를 의미하며, 증거조사절차에 근거하지 않은 제3자인 전문가의 의견청취와는 구분된다. 증거조사를 개시할 때 공식적인 증거명령이 반드시 필요한 것은 아니지만, 증거결정을 하면 일반원칙에 따라 당사자에게 송달한다.<sup>232)</sup> 사실확인용 공식적인 증거조사절차를 거친 증인이나 감정인(Sachverständiger)뿐만 아니라(연방헌재법 제28조), 그러한 절차를 거치지 않은 제3자인 전문가(Sachkundige Dritter)의 의견청취를 통해서도 가능한데(연방헌재법 제27a조), (특히 결정문에 불분명하게 쓰여 있는 경우) 결정문을 보고 사실확인의 방법(증거조사에 의한 것인지 그 밖의 방법에 의한 것인지)이 항상 분명히 구분할 수 있는 것은 아니다.

사실관계의 확인과 관련하여 전문가의 의견을 인용한 많은 결정문들 중에서 (구두변론절차나 결정문의 내용을 통해 확인한 바에 따르면) 공식적인 증거조사절차를 거친 경우는 매우 드물다. 위와 같은 증거조사는 번거롭고 원칙적으로 재판부심리절차의 구두변론절차에서 이루어지며, 반드시 증거조사를 통해 사실확인을 해야 할 의무도 없으므로 연방헌법재판소는 절차적 효율성을 근거로 증거조사가 아닌 다른 방법을 통해 사실확인을 하는 것을 선호하는 것으로 보인다.<sup>233)</sup> 예컨대 연방헌법재판소는 전문가인 제3자의 의견진술(연방헌재법 제27a조), 연방최고법원의 법률상 및 직무상 지원(연방헌재법 제27조), 관련 전문문헌의 인용, 일반통계와 경험법칙 등 다양한 방식을 통해 사실확인을 한다.<sup>234)</sup>

증거조사는 연방헌재법 제26조 제1항 제2문(“연방헌법재판소는 재판관 1인에게 변론 외에서의 증거조사를 명하거나 다른 법원에 특정 사실이나 인물에 한정하여 증거조사를 위탁할 수 있다”)의 의미와 목적에서 도출할 수 있는 바와 같이 원칙적으로 구두변론절차에서 행해진다.<sup>235)</sup>

232) Meskouris, 앞의 책, § 26, Rn. 22.

233) Meskouris, 앞의 책, § 26, Rn. 23.

234) 각각의 방식을 활용한 판례는 Haberzettl, 앞의 책, § 26 Rn. 10 Fn. 45, 46, 47 참조.

235) Klein, 앞의 책, § 26 Rn. 11; Lechner/Zuck, 앞의 책, § 26 Rn. 11; Haberzettl, 앞의 책, § 26 Rn. 19.

연방헌법재판소는 특별한 규정이 없으면 구두변론에 의한 재판을 원칙으로 하지만(연방헌재법 제25조 제1항 제1문), 지정재판부 단계와 재판부 단계에서 각각 구두변론을 면제하거나 면제할 수 있는 재량을 부여하는 연방헌법재판소법규정<sup>236)</sup>에 근거하여 대부분의 사건에서 구두변론을 생략함으로써 실무상 구두변론을 매우 드물게 운용하고 있다.<sup>237)</sup> 구두변론이 강제되는 절차는 연방대통령과 연방법관의 탄핵재판(연방헌재법 제55조 제1항, 제58조), 가처분에 대한 이의재판(연방헌재법 제32조 제3항 제3문)으로 제한적이다.

한편 연방헌재법 제26조 제1항 제1문에 따라 구두변론절차 이외의 경우는 재판관 1인에게 증거조사를 위임하거나 특정 사실이나 인물에 한정하여 증거조사를 위탁할 수 있을 뿐, ‘재판부’가 직접 구두변론 이외의 절차에서 증거조사를 할 수 없다.<sup>238)</sup> 재판부는 구두변론절차 외에서 공식적인 증거조사절차에 의한 사실확인이 아니라 제3자인 전문가의 의견청취나 일반적으로 취득할 수 있는 정보를 통해 사실확인을 한다.<sup>239)</sup> 재판부가 감정인의 의견서를 증거로 사용하기 위해서는 재판부는 연방헌재법 제28조에 따라 구두변론절차에서 감정인의 의견서를 받아야 한다.

236) 헌법소원에서 지정재판부의 불회부결정이나 인용결정에는 구두변론을 하지 않는다는 특별한 규정이 있다(연방헌재법 제93d조 제1항 제1문). 또한 구체적 규범통제절차에서 법원의 제청에 대한 지정재판부의 각하결정에서도 마찬가지다(연방헌재법 제81a조 제1항). 또한 연방헌법재판소는 헌법소원에서 변론에 의하여 더 이상 절차의 진행을 기대할 수 없고, 의견진술을 할 권리를 가지고 절차에 참가한 헌법기관이 변론을 포기한 경우에는 변론을 생략할 수 있는 재량을 가진다(연방헌재법 제94조 제5항 제2문). 따라서 헌법소원청구인이 구두변론을 포기하지 않고 희망하더라도, 절차에 참가한 헌법기관이 구두변론을 고집하지 않고 포기한다면 헌법소원은 구두변론 없이 진행된다. Wiedemann, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG-Kommentar, 2. Auflage. C.F.Müller, 2021, § 25 Rn. 16.

237) Schlaich/Koriath, 앞의 책, Rn. 69.

238) 1980년대 까지 재판부가 변론 이외에 직접 증거조사를 할 수 있다고 주장한 학자들이 있었지만, 다른 형사소송법이나 민사소송법 규정의 해석에 비추어 봐도 그와 같은 주장의 근거를 찾을 수 없다는 비판을 받고 있다. Klein, 앞의 책, § 26 Rn. 11; Haberzettl, § 26 Rn. 19.

239) Haberzettl, 앞의 책, § 26 Rn. 19; Bartmann, Beweisrecht, S. 286 f.

위헌정당해산심판과 같이 다른 법원에 사실관계를 미룰 수 없어 연방헌법재판소가 직접 사실관계를 확인해야 하는 심판절차의 경우에는 변론기일 이전에 공적 기일을 정해 재판에서 중요한 사실 및 법률문제에 관하여 당사자와 논의하고 증거조사의 체계를 세울 수 있다.<sup>240)</sup> 증거조사 자체가 구두변론기일에 행해지는 한 그와 같은 사전기일을 정하여 증거조사에 관한 논의를 하였다고 하여 재판부의 변론 외 증거조사를 제한하는 규정에 저촉되지 않는다.<sup>241)</sup>

## 2. 심판유형별 사실인정의 방식

연방헌법재판소는 공식적인 절차에 따른 사실인정에 관한 증거조사뿐만 아니라, 전문가인 제3자의 의견진술(연방헌재법 제27a조), 연방최고법원의 법률상 및 직무상 지원(연방헌재법 제27조), 관련 전문문헌의 인용, 일반통계와 경험법칙 등 다양한 방식을 통해 사실인정을 한다. 심판유형별로 사실인정의 방식은 상이하다.

### 가. 선거심판절차

연방헌법재판소가 1심이 되는 헌법재판절차의 경우 사전에 사실관계를 확정할 수 있는 다른 기관이나 심급이 없으므로, 연방헌법재판소가 개별사건의 사실관계를 밝혀서 확정해야 한다.<sup>242)</sup> 선거심사절차의 경우 사실관계에 관하여 사전심사를 하는 전심기관이 있다.<sup>243)</sup> 선거심사는 연방의회가 관할하며, 연방의회가 연방의회의원의 자격 상실여부를 심사한다(기본법 제41조 제1항). 연방의회에 속한 선거심사위원회

---

240) BVerfGE 107, 229 (349, 352) 참조.

241) Haberzettel, 앞의 책, § 26 Rn. 19.

242) Haberzettel, 앞의 책, § 26 Rn. 11. 다만, Haberzettel은 선거심사절차의 경우 연방헌법재판소가 1심이 되는 헌법재판절차로 보고 있다.

243) Meskouris, 앞의 책, § 26, Rn. 33.

가 사실관계를 포함하여 결정을 준비한다. 연방헌법재판소는 그다음 단계에서 연방의회의 결정에 대하여 헌법소원을 청구할 때 이를 심판한다(기본법 제2항). 물론 선거심사절차에서 연방헌법재판소는 연방의회가 확인한 그 이상으로 사실확인을 할 수 있는 권한이 있다. 이러한 점에서 연방헌법재판소가 선거심사에 대해서 (사실관계를 포함한) 사법심사를 하는 첫째 심급에 해당한다. 청구인에게는 그 이유를 충실히 소명해야 할 구체적 기재의무가 있지만(헌재법 제23조 제2항), (객관소송인) 선거심사절차의 경우 (예컨대 감정인이나 전문가인 제3자의 의견진술 등을 통한) 직권탐지원칙이 더욱 중요한 역할을 한다.<sup>244)</sup>

#### 나. 권한분쟁절차

연방최고기관의 권한·의무의 범위에 관한 분쟁(기본법 제93조 제1항 제1문, 연방헌재법 제13조 제5호), 권한, 연방과 주 간 권리·의무에 관한 분쟁(기본법 제93조 제1항 제3호, 제84조 제4항 제2문, 연방헌재법 제13조 제7호), 연방과 주 간, 주 상호 간, 주 내부의 그 밖의 공법상 분쟁(기본법 제93조 제1항 제4호, 연방헌재법 제13조 제8호)과 같은 국가조직법상의 권한분쟁절차의 경우 헌법소원청구와 상응하는 청구이유의 구체적 기재의무가 적용된다.<sup>245)</sup> 그 밖에 사실관계를 확인할 수 있는 사전심급은 없기 때문에 연방헌법재판소의 직권탐지원칙이 포괄적으로 적용된다.<sup>246)</sup>

#### 다. 형사절차와 유사한 심판절차

##### (1) 일반론

---

244) Meskouris, 앞의 책, § 26, Rn. 34.

245) Meskouris, 앞의 책, § 26, Rn. 35.

246) Meskouris, 앞의 책, § 26, Rn. 35.

연방대통령 탄핵심판절차(기본법 제61조, 연방헌재법 제13조 제4호), 직무수행능력 없는 재판관의 퇴직심판절차(기본법 제98조 제2항, 연방헌재법 제13조 제9호), 기본권실효심판절차(기본법 제18조, 연방헌재법 제13조 제1호), 정당해산심판절차(기본법 제21조 제2항 및 제4항, 연방헌재법 제13조 제2호)는 헌법보호법절차 및 형사절차와 유사한 심판절차에 해당한다. 이러한 심판절차들에는 사실관계를 확인할 수 있는 전심절차가 없다. 따라서 연방헌법재판소는 결정의 전제가 되는 전체 사실관계를 처음으로 그리고 한 번에 해명해야 할 권한과 의무가 있다.<sup>247)</sup>

위와 같은 심판절차에서 사실관계의 해명은 형사절차에 준하는 성격을 갖지만, 연방헌재법상 이와 관련된 규율은 흠결되어 있다. 위와 같은 형사절차와 유사한 심판절차에서 연방헌법재판소가 직권탐지원칙(연방헌재법 제26조 제1항 제1문)에 따라 사실관계를 확인하기 위하여 증인 및 감정인을 심문할 경우 형사소송법이 준용된다(연방헌재법 제28조 제1항).<sup>248)</sup> 기본권실효절차와 정당해산절차의 경우 연방헌법재판소는 연방헌재법상 명문의 규정에 근거하여 형사소송법의 규정에 따라 압수 또는 수색을 명할 수 있다(동법 제38조 제1항 및 제47조).<sup>249)</sup> 그 밖에 관련규정이 없는 경우, 사실관계의 해명을 위한 절차적 요청은 법치국가원리에 기초한 공정한 재판의 원칙으로부터 도출되어야 한다(기본법 제20조 제2항).<sup>250)</sup>

정당해산절차 및 기본권실효절차에 규정된 예비절차(연방헌재법 제37조 및 제45조)는 해당절차에서 사실해명의 중요성을 강조하고 있는 것이다. 또한 구두변론을 준비하기 위해 선택적으로 할 수 있는 예심

247) Meskouris, 앞의 책, § 26, Rn. 36.

248) 연방헌재법 제28조 제1항 “증인 및 감정인에 대한 신문에 있어서는 제13조 제1호, 제2호, 제4호 및 제9호의 사건에 형사소송법의 규정을 준용하고, 그 밖의 사건에는 민사소송법의 규정을 준용한다.”

249) 연방헌재법 제38조 제1항 “청구가 접수된 후 연방헌법재판소는 형사소송법의 규정에 따라 압수 또는 수색을 명할 수 있다.”

동법 제47조 [정당의 해산 사건의 절차] “제38조와 제41조의 규정을 준용한다.”

250) Meskouris, 앞의 책, § 26, Rn. 37.



절차도 보충적으로 사실해명에 기여할 수 있다(연방헌재법 제38조 제2항, 제48조, 제54조, 제58조 제1항<sup>251)</sup>).<sup>252)</sup>

## (2) 특히 정당해산심판절차

연방헌법재판소는 지금까지 수 차례의 정당해산심판절차에서 사실관계에 관한 심도있는 심리를 한 바 있다.<sup>253)</sup> 정당해산심판절차에서 사실관계의 인정에 관한 연방헌법재판소 판례의 경향을 살펴보기로 한다.

첫째, 정당해산심판절차에서 주목할 만한 점은 형사절차와 유사한 성격을 갖는 구두변론 중심의 재판방식에서 오늘날 보편화된 서면중심의 헌법재판절차로 변화되었다는 것이다. 증거조사를 수반하는 구두변론은 꼭 필요한 경우로 줄어들었다.<sup>254)</sup> 독일공산당(KPD)해산사건에서는 구두변론이 (마르크스레닌주의의 출처에 관한 광범위한 인용문을 낭독하는데 많은 시간을 할애 하는 등) 8개월에 걸쳐 진행되었으나, 첫 번째 독일민족민주당(NPD)해산사건에서는 5일간, 두 번째 독일민족민주당(NPD)해산사건에서는 3일 동안만 구두변론이 진행되었고, 연방헌재법 제26조 제1항 제1문에 따른 좁은 의미의 증거조사에 따른 증거채택도 없었다.<sup>255)</sup>

---

251) 연방헌재법 제38조[기본권실효절차] 제2항 “연방헌법재판소는 구두변론의 준비를 위하여 예심을 명할 수 있다. 예심의 수행은 본안의 재판을 관할하지 아니하는 재판부의 재판관에게 위탁하여야 한다.”

동법 제54조 [연방대통령탄핵소추] 제1항 “연방재판소는 변론의 준비를 위하여 예심을 명할 수 있다. 연방헌법재판소는 소추의 대리인 또는 연방대통령이 예심을 신청한 경우에는 예심을 명해야 한다.”

동법 제58조 [법관탄핵소추] 제1항 “연방의회가 연방법관에 대하여 기본법 제98조 제2항에 따라서 탄핵소추를 제기한 경우에는, 제49조 제3항 제2문, 제50조 및 제52조 제1항 제2문을 제외한 제49조 내지 제55조의 규정을 준용한다.”

252) Meskouris, 앞의 책, § 26, Rn. 38.

253) BVerfGE 2, 1(SRP-Verbot); 5, 85(KPD-Verbot); 107, 339(NPD-Verbot); 144, 20(NPD-Verbot).

254) Meskouris, 앞의 책, § 26, Rn. 40.

둘째, 정당해산심판절차에서 구두변론을 줄이고 서면제출을 확대할 수 있었던 이유는 구두변론의 엄격한 증명기준에서 벗어났기 때문이었다.<sup>256)</sup> 초기 정당해산심판절차는 사실확인을 위하여 포괄적으로 형사절차와 같은 엄격한 증거기준을 지향했고, 이러한 절차진행이 형사절차에 준하는 정당해산심판절차의 경우에 논리적인 결과로 보였으나, 가장 최근의 독일민족민주당(NPD)해산사건에서 알 수 있듯이 반드시 그와 같이 의무적으로 엄격한 증명에 따라야 하는 것은 아니라는 것을 알 수 있다.<sup>257)</sup> 연방헌법재판소는 정당해산심판의 본절차와 예비절차에서 모두 (엄격한 증명이 아니라) 자유로운 증명절차(Freibeweisverfahren)에 의해 사실관계를 확정할 수 있다. 연방헌법재판소는 증거수단을 자유롭게 선택할 수 있는 의무재량에 따라 사실인정의 확신을 얻는다. 이러한 재판소의 재량은 법치국가원리, 특히 공정한 재판의 원칙과 법적 청문의 원칙에 의해 조정된다. 공정한 재판의 원칙에 따라 재판소는 신뢰할 수 있는 사실관계를 해명해야 할 의무를 부담한다. 연방헌법재판소는 형사소송법상 절차규칙이 기속되지 않고 기본법상의 위와 같은 보장에 기속된다고 판단한다.<sup>258)</sup>

한편 첫 번째 독일민족민주당(NPD)해산사건을 결정한 재판관들 사이에서 사실인정에 관한 직권탐지의무의 범위에 관하여 의미 있는 견해대립이 있었다.<sup>259)</sup> 2003. 3. 18. 독일민족민주당(NPD) 결정에서 연방헌법재판소는 정부가 심판대상 정당 내 비밀정보요원을 투입함으로써 법치국가원리가 훼손되고 치유할 수 없는 소송장애사유가 발생했다는 이유로 심판절차종료를 선언하였다. 동 결정에서 다수의견(재판관 4명)은 (비록 피청구인에게 불리한 재판을 위해 필요한 정족수를 채우지

255) BVerfGE 5, 85(KPD-Verbot); 107, 339(NPD-Verbot); 144, 20(NPD-Verbot)

256) Meskouris, 앞의 책, § 26, Rn. 42.

257) Meskouris, 앞의 책, § 26, Rn. 42.

258) 구두변론절차에서 소송자료를 공식적으로 제출할 필요가 없고, 당사자가 진술할 기회가 보장된다는 전제 하에 재판부에 서면으로 소송자료를 제출하는 것만으로도 충분하다(기본법 제103조 제1항).

259) BVerfGE 107, 339.

못한 채 반대의견에 머물렀지만) 정당해산심판의 경우 소송법상 사실관계의 해명을 위한 모든 수단을 활용하여 제한 없는 증거조사를 해야 할 의무가 있다고 한다. 따라서 연방헌법재판소가 단지 비밀정보요원의 정당투입이 정당활동의 표현이나 행위방식에 국가적 영향이 간접적으로 미칠 수 있다는 이유만으로 심판절차를 종료시키는 것은 허용되지 않는다고 한다.<sup>260)</sup> 헌법재판소는 본안판단에 나아가서 필요한 사실관계를 명확히 하기 위하여 직권 또는 요청에 따라 압수·수색을 통해 새로운 증거를 확보하고 예비조사를 명할 수 있다고 한다(연방헌재법 제47조, 제38조, 형사소송법 제94조). 이와 달리, 법정의견이 된 소수의견(재판관 3명)은 정부의 심판대상 정당 내 비밀정보요원 투입으로 인해서 이 사건 심판절차는 정당해산절차에서 요구되는 최고수준의 법적 안정성, 투명성, 예측가능성 및 신뢰성을 충족시킬 수 없다고 한다. 따라서 치유할 수 없는 절차적 장애가 발생하여 더 이상 증거조사를 할 수도 없고 심판절차도 종료한다고 한다.<sup>261)</sup>

#### 라. 규범통제심판

위헌법률심판이나 법령소원과 같은 규범통제심판에서 연방헌법재판소의 사실인정권한과 입법자의 입법권한은 헌법적·정치적으로 긴장관계에 있다. 연방헌법재판소의 사실인정권한이 너무 광범위하다는 비판이 일부 있지만, 연방헌법재판소가 규범통제심판에서 심판대상의 입법적 기초에 대하여 의문을 가질 권한이 없다면 효과적인 입법통제는 불가능하다.<sup>262)</sup> 연방헌법재판소의 포괄적 사실인정권한에 찬성하는 입장에서는 심판대상인 법률을 해석하고 적용하는 과정에서 규범과 현실을 분리시키는 것은 규범통제심판에서 법학방법론상 허용될 수 없

260) BVerfGE 107, 339 (379 f.)

261) BVerfGE 107, 339 (360 ff.)

262) Habermas, 앞의 책, § 26 Rn. 12.

다는 점, 연방헌법재판소에게 독자적인 사실인정권한을 부여하지 않고 입법자의 사실인식에 기속시키는 것은 재판소의 규범통제권한을 박탈하는 것과 다르지 않다는 논거를 제시한다.<sup>263)</sup> 또한 입법자가 입법 당시에 모든 입법효과를 예측할 수 없지만, 연방헌법재판소는 심판시점에서 실제로 입법효과가 얼마나 있는지 고려하여 심판할 할 수 있다는 점에서 입법자에 비해 장점을 가지며, 연방헌법재판소의 예측은 고도로 합리적인 근거에 기초하기 때문에 사실인정에 대한 높은 질적 수준을 갖는다는 논거를 제시하기도 한다.<sup>264)</sup> 연방헌법재판소가 포괄적인 사실인정심사를 할 수 있다는 우려는 연방헌법재판소의 사실인정에 대한 사법적 자제를 통해 해소될 수 있다.<sup>265)</sup> 연방헌법재판소는 제청법원에게 정확한 사실인정과 논증에서 중요한 형량에 관한 진술을 요구하는 방식으로 사실인정의 부담을 줄이고, 사실조사보다는 헌법적 문제에 대한 해명에 중점을 두고 재판을 한다.<sup>266)</sup>

연방헌법재판소는 규범통제절차에서 적극적으로 사실인정에 개입하지 않는다는 비판을 받기도 한다. 이에 대하여는 연방헌법재판소가 사실인정에 소극적으로 개입함으로써 일반법원의 사법권과 입법자의 입법형성의 자유를 존중하고, 헌법적 문제를 해명하는데 자신의 사법자원을 집중하기 위한 것이라는 점을 고려해야 한다. 이에 따라 연방헌법재판소는 심판대상규범에 관한 고유한 사실인정이 특별한 헌법적 문제를 해결하기 위해 요청되는 범위에서만 사실인정을 직접 행하게 된다.<sup>267)</sup>

---

263) Haberzettl, 앞의 책, § 26 Rn. 12.

264) 관련 논거의 개관은 Haberzettl, 앞의 책, § 26 Rn. 12 참조.

265) 입법부에 대한 연방헌법재판소의 사법자제의 요청에 관하여는 Meskouris, 앞의 책, § 26, Rn. 7 참조.

266) Haberzettl, 앞의 책, § 26 Rn. Fn. 61.

267) Haberzettl, 앞의 책, § 26 Rn. 12; Haberzettl, 앞의 논문, S. 3.

## 마. 재판소원심판

연방헌법재판소의 재판소원에 관한 사실인정의 권한은 원심법원의 사실인정에 대한 판단과 긴장관계에 있다. 연방헌법재판소는 연방헌재법 제26조에 따라 포괄적 사실인정권한을 부여받고 있지만, 실제로 재판의 기초가 되는 사실을 포괄적으로 심사한다면 ‘초상고심’ 내지 ‘초항소심’이 될 것이라는 비판을 받게 될 것이다. 연방헌법재판소는 실제 포괄적 사실인정권한을 행사하지 않고 자제한다.<sup>268)</sup> 개별 헌법재판사건에서 사실인정에 대한 권한은 예외적인 경우에 한하여 한정된 조건 하에서만 행사된다.<sup>269)</sup> 그 근거는 다음과 같다. ① 일반법원이 헌법재판소 보다 사실관계의 확인에 더욱 적합한 기능과 과제를 부여받고 있다는 점, ② 보충성원칙에 따라 소송법상 헌법재판소에 앞서 일반법원의 사실관계 확인이 보장된다는 점, ③ 실체법상 사실관계에 관한 심사범위가 연방헌법재판소의 해석에 의해 정해진다는 점이다. 이에 따라 연방헌법재판소는 일반법원의 사실관계에 관한 결정재량을 자의 금지의 한계를 벗어나지 않는 한 존중한다.<sup>270)</sup>

연방헌법재판소는 다수의 사례에서 사실관계에 관한 심사를 위한 일반기준을 구체화시켰다.<sup>271)</sup> 연방헌법재판소의 일관된 입장은 ‘특별한 헌법(spezifisches Verfassungsrecht)’의 침해가 발생하지 않는 한 연방헌법재판소가 개입하지 않고, 사실관계의 확인과 평가를 당해사건법원의 과제로 맡기는 것이다.<sup>272)</sup> 이에 따라 연방헌법재판소는 법원의 결정에 기본권의 의미나 보호범위와 관련해 근본적으로 잘못된 견해에 근거한 오류가 있는지에 여부에 대하여만 심사한다. 이러한 일반기

---

268) 일반 법원에 대한 연방헌법재판소의 사법적 자제의 요청에 관하여는 Meskouris, 앞의 책, § 26, Rn. 8 ff. 참조.

269) Klein, 앞의 책, § 26 Rn. 6.

270) BVerfGE 74, 228 (234); 3, 359 (364 f.) 참조.

271) 연방헌법재판소의 판례경향은 Haberzettl, 앞의 책, § 26 Rn. 14 참조.

272) BVerfGE 18, 85 (93); 42, 143 (148 f.) 참조.

준(‘특별한 헌법침해’공식)과는 별도로 침해강도에 따라 심사밀도가 높아진다. 즉 약자의 기본권에 지속적으로 관련되는 법원의 판단일수록 사실관계의 확인과 관련된 심사밀도는 더욱 높아진다.<sup>273)</sup> 법원의 재판에 의해 표현의 자유나 부모의 양육권 침해가 문제되는 사례에서 연방헌법재판소는 침해강도를 고려하여 사실관계에 관한 확인과 평가의 심사밀도를 높이고 있다.<sup>274)</sup>

연방헌법재판소가 원심법원의 사실관계에 대한 확인을 심사하거나 수정하는 일이 드문 이유는 연방헌법재판소 스스로 사실확인을 자제해서 그렇기도 하지만, 헌법소원의 심판대상과 법원의 판결대상이 다르기 때문이기도 하다. 연방헌법재판소의 헌법심사에서 근거가 되는 사실적 기초와 원심법원의 재판에서 중요한 사실관계는 중첩되기도 하고 구분되기도 한다. 특히 절차적 기본권의 침해여부가 문제되는 경우에 양자는 명확히 구분된다.<sup>275)</sup> 이 경우 원심법원의 재판에서 중요한 사실관계는 당사자의 특정 생활영역에서 비롯되는 것이지만, (공정한 재판을 받을 권리 등 절차적 기본권 침해 여부를 판단하는) 연방헌법재판소의 재판에서 중요한 사실관계는 원심법원이 진행하고 있는 소송절차에서 비롯되는 것이다.<sup>276)</sup> 이러한 사건에서 연방헌법재판소는 심사밀도가 높은 영역에서도 사실관계를 원칙적으로 직접 조사하지 않고, 이미 포괄적으로 수집된 사실관계를 평가한 후 사실관계의 해명에 흠결이 있는 경우 사건을 사실심으로 환송한다.<sup>277)</sup>

---

273) BVerfGE 42, 143 (149); 60, 79 (91) 참조.

274) BVerfGE 93, 266 (296); 72, 122 (138) 참조.

275) 법원의 사실관계 판단이 불충분하거나 오류가 있다는 이유로 제기된 헌법소원 청구의 경우, 원칙적으로 절차적 기본권의 침해 여부가 문제된다. 해당 절차적 기본권이 침해되면 사건은 파기되고 사실심으로 환송된다. Meskouris, 앞의 책, § 26 Rn. 13.

276) Haberzettl, 앞의 논문, S. 5.

277) Meskouris, 앞의 책, § 26 Rn. 12 f.

바. 보론: 구체적인 사실인정의 범위를 명시하지 않는 이유

헌법재판에서 사실인정의 범위를 명확하고 체계적으로 규정하고 있는 법률규정은 없고, 재판실무도 분명하고 체계적인 규칙들에 근거하여 사실인정의 범위를 정하고 있지 않다. 그 이유는 세 가지로 정리해 볼 수 있다.<sup>278)</sup> ① 연방헌법재판소가 제1심이 되는 심판유형, 법률과 재판을 심판대상으로 하는 심판유형들은 각각 고유한 사실인정의 한계에 대한 요청이 있고, ② 연방헌법재판소는 각각 다른 영역에서 상이한 효력을 갖는 기본권들의 침해 여부를 다루고 있으며, ③ 헌법심판의 대상이 사건의 원심절차의 유형도 각각 직권탐지주의원칙부터 변론주의원칙까지 고유한 원칙과 규칙에 따라 사실확정을 하기 때문이다. 연방헌법재판소는 위와 같은 세 가지 요소를 충분히 인식하면서 사건과 관련된 사실의 중요성을 고려하여 실용적으로 사건에 관한 사실인정의 범위를 정하게 된다.<sup>279)</sup> 연방헌법재판소는 위와 같은 한계에도 불구하고 특히 재판소원의 일부영역에서 사실확정에 관한 일반규칙들을 정하기 위한 시도를 하고 있다.

### 3. 증명책임

연방헌재법 제26조는 증명책임에 관한 규정을 두고 있지 않지만 연방헌재법 제23조 제1항 제1문은 헌법소송을 신청할 때 이유를 소명하고 필요한 증거조사방법을 제시해야 한다고 규정한다. 그러나 동조항의 증거제시의무는 변론주의원칙의 결과로서 주관적 증명책임을 의미하는 것은 아니다. 객관적 증명책임이 적용되는 헌법재판에서 연방헌법재판소는 당사자의 증거제시 없이도 직접 증거조사를 하기 때문이

---

278) Haberzettl, 앞의 책, § 26 Rn. 15 Fn. 16.

279) Kluth, Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht, NJW 1999, S 3513 (3519).

다. 당사자의 증거신청은 가능하지만 그 성격에 따라서는 공식적인 신청의 의미가 아닌 단순한 증거문의에 지나지 않는 경우도 있다. 객관적 증명책임이 적용되는 결과 연방헌법재판소는 직접 증거조사를 했음에도 불구하고 사실주장의 신빙성을 확인할 수 없는 경우에 사실주장을 인정하지 않게 된다.<sup>280)</sup>

### 제3절 유럽인권재판소의 사실인정 원칙과 실무

#### I. 유럽인권재판소의 사실조사 권한

유럽인권재판소(European Court of Human Rights)는 제2차 세계 대전 후 유럽의 통합을 위하여 창설된 유럽평의회(Council of Europe)에 따라 설립된 지역 인권재판소이다. 유럽인권재판소는 유럽인권협약 및 의정서에 명시된 인권을 조약체결국에 의해 침해당한 피해자인 개인, 비정부 단체 및 개인 단체(group of individuals)의 신청을 접수하여 심판한다(유럽인권협약 제34조).

사실확인(fact finding)은 인권재판소가 불분명하거나 논쟁의 여지가 있는 사실을 명확히 하는 과정을 말하는데, 이러한 사실확인 은 법적 판단의 전제 조건인 동시에 피해자, 가족, 대중이 무슨 일이 일어났는지 알 수 있는 권리인 ‘진실에 대한 권리’를 실현하는 수단이기도 하다.<sup>281)</sup> 유럽인권재판소의 사실조사 권한은 사건이 인권재판소에 회부되기 전에 국내 법원에서 먼저 다루어져야 한다는 보충성원칙과 상충되는 것처럼 보일 수 있다. 왜냐하면, 대부분의 사건은 국내 재판절차에서 사실관계가 명확히 규명될 것이기 때문이다. 그럼에도 불구하고, 인권재판소는 국내 재판에서 사실관계 확인이 불완전하거나 부적절하

---

280) Klein, 앞의 책, § 26 Rn. 3.

281) El-Masri v Former Yugoslav Republic of Macedonia, 2012, para 191.



여 관련 사실관계가 해명되지 않은 채로 남아 있는 사건에 대해 사실조사를 할 권한을 가지고 있다고 한다.<sup>282)</sup>

## II. 유럽인권재판소에서 사실의 조사

### 1. 증거방법

인권재판소는 주로 당사자와 제3자가 제출한 서면증거를 채택한다. 인권재판소는 구두변론을 실시할 수 있으나, 대부분의 절차는 서면으로 진행되며, 구두심리가 진행되는 경우에도 증거는 대부분 서면으로 제출된다고 한다.<sup>283)</sup> 인권재판소에서 특정 유형의 증거를 인정할 수 있는지(혹은 인정할 수 없는지)에 관한 확립된 규칙은 없지만, 인권재판소는 모든 유형의 증거를 채택할 수 있다고 한다. 이는 필요한 증거의 대부분이 훨씬 더 많은 정보에 접근할 수 있는 피신청국을 상대로 개인이 제기하는 사건에서 문제된다는 점에서 정보 불균형을 해소하는 수단이라고 할 수 있다. 이에 따라, 인권재판소는 당사자가 자발적으로 제출한 증거에 근거하여 사건을 결정하고, 출처에 관계없이 모든 자료를 검토하며, 직권으로 추가 정보를 획득할 수 있다고 한다.<sup>284)</sup>

### 2. 증거수집

실무상 인권재판소는 신청인과 피신청국 대리인이 서면으로 제출한 증거와 제3자가 제출한 증거에 의존한다고 한다. 경우에 따라서는 NGO가 제공하는 증거가 사건에 결정적인 영향을 미치기도 하는데,

---

282) Philip Leach, "Fact-Finding: European Court of Human Rights(ECtHR)", Max Planck Encyclopedias of International Law, 2018 참조.

283) Corina Heri, "Evidence: European Court of Human Rights(ECtHR)", Max Planck Encyclopedias of International Law, 2018 참조.

284) Corina Heri, 위의 글.

이는 당사자들이 쉽게 입수할 수 없는 현지 상황에 대한 중요한 정보를 포함하고 때문이다. 인권재판소는 제출된 증거, 각종 보고서, 자료 등을 활용하고, 드물기는 하지만 증거를 확보하기 위해 자체 증거조사를 수행하기도 한다.

### (1) 당사자로부터 수집

인권재판소규칙에 따르면, 당사자는 인권재판소의 절차에 협조해야 한다. 당사자, 즉 신청인과 또는 피신청국이 증거를 제출하지 않거나 관련 정보를 자발적으로 제공하지 않는 경우, 인권재판소는 이로부터 불리한 추론을 이끌어낼 수 있다.<sup>285)</sup> 특히 피신청국은 사실관계 조사의 맥락에서든 일반적인 직무 수행의 맥락에서든 인권재판소가 그 기능을 수행할 때 필요한 모든 시설을 제공해야 하는데(협약 제38조), 이러한 협약 제38조에 따른 국가의 필요한 모든 시설 제공 의무에는 인권재판소가 요청한 증거를 제공하는 것이 포함된다. 피신청국은 인권재판소가 정한 기한 내에 해당 자료를 즉시 제출해야 하고,<sup>286)</sup> 피신청국이 독점적으로 접근할 수 있는 증거를 제공하지 않는 경우, 인권재판소는 사건의 사실관계와 신청인의 주장이 근거가 있는지와 관련하여 피신청국에 대하여 불리한 추론을 할 수 있다.<sup>287)</sup> 신청인이 자신의 사건과 핵심적으로 관련된 정보를 제출하지 않거나 자발적으로 제공하지 않는 경우 또는 인권재판소를 오도하는 경우에도 또한 불이익이 있다. 이러한 경우, 협약 제35조 제3항 (a)호에 규정된 바와 같이 신청인의 신청은 신청권의 남용에 해당하여 허용되지 않는 것으로 선언될 수 있다.<sup>288)</sup>

---

285) *Acar v Turkey*, para 254.

286) *Janowiec and Others v Russia*, para 203.

287) *Acar v Turkey*, para 254.

288) *Gross v Switzerland*, 2014, paras 27-37.

## (2) 인권재판소에 의한 조사

인권재판소는 증거조사를 통해 직접 증거를 수집할 수 있다. 인권재판소는 당사자의 신청 또는 직권으로 사건의 사실관계를 명확히 할 수 있다고 판단되는 경우 증거조사를 할 수 있다.<sup>289)</sup> 인권재판소가 사실관계에 대한 충분한 정보를 가지고 있지 않은 경우에 그러하다. 당사자가 필요한 정보를 제공할 수 없거나 피신청국이 제공할 의사가 없는 경우 인권재판소는 사실조사 심리를 열거나 현장조사를 실시할 수 있다. 인권재판소의 조사에 대하여 신청인과 피신청국 모두 인권재판소에 필요한 지원을 제공해야 한다(부속서 규칙 A2(1)). 조사 절차는 비공개로(in camera) 진행되지만(부속서 규칙 A1(5)), 재판장은 제3자를 조사 절차에 참여시킬 수 있다(부속서 규칙 A1(6)). 조사절차에서 인권재판소는 당사자에게 문서 형태의 증거를 제출하도록 요청할 수 있으며, 증인이나 전문가 또는 기타 적절하다고 판단되는 사람을 심문하고 다른 사람이나 기관으로부터 의견서 또는 서면 보고서를 수령할 수 있다(부속서 규칙 A1(2)).

인권재판소에서 열리는 사실조사 심리 이외에도, 재판소는 수명재판관을 임명하여 현장 사실조사를 실시할 수 있다. 현장 조사가 이루어지는 영토를 관할하는 체약국은 필요한 시설과 협조를 제공하고 대표단에 정보를 제공한 사람에 대한 보복을 방지해야 한다(부속서 규칙 A2(2)). 대표단은 증인, 전문가 등을 출석하도록 할 수 있으며(부속서 규칙 A5(1)), 증인 심문시 정부 대리인과 신청인의 대리인은 대표단 앞에 출석한 증인, 전문가 등을 교차 심문할 수 있다(부속서 규칙 A7(2)).

---

289) Rule A1 (1) Annex to the Rules of Court concerning investigations.

### (3) 제3자에 의한 정보 제공

인권재판소는 제3자로부터 의견을 제출받을 수 있다(협약 제36조 및 규칙 제44조). 이러한 법정조언자 서면은 자국민이 다른 회원국을 상대로 인권재판소에 제소한 체약국(협약 제36조 제1항), 유럽인권위원회(협약 제36조 제3항), 또는 재판장이 허가하는 경우에는 서면을 제출하고자 하는 다른 국가 또는 개인이 제출할 수 있다(협약 제36조 제2항). 통상 대학의 연구소, 비정부기구, 체약국의 법무장관과 인권위원회 등이 이러한 절차에 참여한다고 한다.<sup>290)</sup>

### (4) 학술문헌 등

인권재판소는 학술 출판물 등에서 증거를 자유롭게 수집할 수도 있다. 실무상 인권재판소는 종종 학계의 과학적 연구성과를 참조하고 있다고 한다.<sup>291)</sup>

## III. 유럽인권재판소에서 사실의 인정

협약은 인권재판소의 증거 평가에 관한 어떠한 요건도 규정하고 있지 않으며, 규칙 또한 마찬가지이다. 인권재판소는 증거의 증거능력, 관련성, 증거가치 등을 자유롭게 평가할 수 있다.<sup>292)</sup> 이와 같이, 인권재판소는 출처에 관계없이 모든 자료를 검토하고 자료를 스스로 입수할 수 있으므로 당사자는 입증책임을 부담하지 않는다고 한다.<sup>293)</sup> 인권재판소는 통상은 당사자가 자발적으로 제출한 증거에 기초하여 사건을 결정하지만, 앞서 검토한 바와 같이, 추가 정보를 요청할 수 있으

---

290) Corina Heri, 앞의 글.

291) Corina Heri, 위의 글.

292) Ireland v United Kingdom, para 210; Janowiec and Others v Russia, para 208.

293) Merabishvili v Georgia, para 311.

며, 만일 피신청국이 설명할 수 없는 비협조로 일관하는 경우 신청인에게 유리한 추론이 도출될 수 있다. 인권재판소에서 일반적으로 사용하는 증명기준은 ‘합리적 의심의 여지가 없는’ 증명이다. 예외적으로, 신청인이 일응의 입증을 할 수 있는 경우 입증책임이 피신청국으로 이전되기도 한다. 예를 들어, 구금 중 사망이나 부상에 대한 책임이 문제될 경우 입증책임이 국가로 이전되고, 문제의 사건에 대해 국가는 ‘만족스럽고 설득력 있는 설명’을 제공해야 하는 책임을 부담한다.<sup>294)</sup>

## 제4절 일본 법원의 사실인정 원칙과 실무<sup>295)</sup>

### I. 일본의 헌법재판 - 위헌법률심사제도

#### 1. 일본헌법의 유권해석자

헌법의 유권해석자에 대해서는 헌법 제81조에서 최고재판소에 모든 법률, 명령, 규칙 또는 처분이 헌법에 적합한가를 결정하는 권한을 부여하고 있으므로 그 최종적인 소재는 최고재판소에 있다(사법해석). 그 외 국회에서는 그 입법과정에서도 헌법해석이 이루어지고(입법해석), 또한 내각에서도 내각 나름대로 헌법해석을 통일하여 행정집행 등에 있어 헌법적합성을 확보한다는 관점에서 헌법해석이 이루어지고 있다(행정해석).<sup>296)</sup>

294) Philip Leach, 앞의 글.

295) 제4절 부분은 일본헌법 전문가이신 서보건 교수님께서 해당 부분을 검토·정리하는데 큰 도움을 주었음을 밝힙니다.

296) 「司法制度及び憲法裁判所(憲法の有權解釋權の所在の視点から)」に関する基礎的資料平成15年5月 衆議院憲法調査會事務局 衆憲資第29号, 8면. ([https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb\\_ken\\_pou.nsf/html/kenpou/chosa/shukenshi029.pdf/\\$File/shukenshi029.pdf](https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_ken_pou.nsf/html/kenpou/chosa/shukenshi029.pdf/$File/shukenshi029.pdf))

일본의 최고재판소는 헌법 제81조에 의해 위헌심사권이 부여되어 헌법의 최종적인 유권해석권자이며, 일반적으로 위헌심사제도가 정당화되는 근거는 헌법의 최고법규성, 기본적 인권존중의 원리에서 나온다.

일본의 위헌심사제는 구체적인 소송사건의 해결을 본래의 기능으로 하는 재판소가 재판작용을 하는 과정에서 헌법에 관한 쟁점에 대해 판단하는 부수적 위헌심사제를 채택하고 있다. 구체적 사건에 관련된 해결의 측면에서 하급재판소도 위헌심사권을 가지고 있다.

헌법 제81조가 정하는 위헌심사제가 부수적 심사제인 이유로는 여러 가지 있으나, 일반적으로 헌법 제81조가 사법의 장인 제6장에 규정되어 있는 것으로 보면, 위헌심사권은 구체적인 권리의무 또는 법률관계의 존부에 다툼을 전제로 하는 사법의 작용에 부수하는 것이며, 추상적 위헌심사제가 인정되기 위해서는 헌법상 그 명시하는 규정이나 필요한 절차적 규정(소송요건이나 판결의 효력, 재판관의 선임방법)이 정해져야 하므로 헌법을 포함한 재판소조직법이나 각종 소송법 등을 통해 이를 실현하고 있다.

## 2. 부수적 위헌심사제와 행정해석, 입법해석

통설과 판례는 일본의 위헌심사제가 부수적 위헌심사제인 것을 전제로, 예를 들면, 국회에서 법안심사 등에서 나타나는 일반적인 정부의 헌법해석(행정해석)은 통상 즉시 국민의 권리 침해 등 구체적인 소송사건에 연결되지 않기 때문에 위헌심사의 대상이 되지 않는다.

또한 국회의 입법프로세스(법률의 제정 등)에서 헌법해석(입법해석)이 문제가 되어도 법률의 제정만으로는 일반적으로 구체적인 소송사건이 되지 않기 때문에 위헌심사의 대상이 되지 않는다.<sup>297)</sup>

결국 일본의 헌법재판은 위헌법률심사에 한정되는 것이며, 그 권한

---

297) 위의 글, 11, 18면.

은 지방재판소도 가지고 있는 특징이 있다. 따라서 재판을 진행함에 있어서 원고와 상대방인 피고가 존재하므로 위헌여부를 다툼에 있어서는 사실인정을 적극 주장하기도 하며, 재판소가 직권으로 조사할 수 있다.

## II. 재판에서 사실인정

### 1. 사실인정의 중요성

일본의 대표적인 사전 『廣辭苑』(岩波書店)에 의하면 ‘사실인정’은 ‘재판에 필요한 사실을 인정하는 것’이다. ‘사실인정’이라는 말 자체가 이미 법률용어이며, 일상용어가 아닌 것으로 알려져 있다. 「법률용어사전」(유비각)의 제3판에도 ‘사실의 인정’은 ‘소송 또는 공적기관에 의한 유사한 절차에서 사건의 내용인 사실관계를 확정하는 것’, 예로 ‘사실의 인정은 증거에 의한다(형소법 제317조)’가 대표적이다.

자연과학적 발상에서 ‘사실이란 인정하는 것이 아니라 증명하는 것’으로, 사실의 증명이란 사실 명제의 진위를 결정하는 작업으로 보다 엄숙하고 조밀하게 사실 명제의 참일 확률을 결정하는 것이다.<sup>298)</sup> 법의 세계에서 사실인정은 법관의 몫이다. 증명이란 ‘재판의 기초로서 인정해야 할 사실에 대하여 그것이 존재하는 것이라는 확실성(개연성)이 있는 것으로 증거나 경험칙 등에 따라 재판관이 확신할 수 있을 정도로 합리적 의심을 품지 않을 정도로 증명된 상태’를 말한다. 이는 고전적인 과학관처럼 신의 눈으로 본 진위의 확정도 아니고, 또 과학자 집단에 의한 수용도 아니라 담당 재판관의 확신의 정도(심증)를 둘러싸고 정의되는 점이 특징적이다. 물론 담당 재판관의 심증이라고 해도, 주관적이고 자의적인 것으로는 재판의 공정성을 담보할 수 없으므로 ‘증거’와 ‘경험칙’에 따라 그 합리성과 추증 가능성이 담보되어야 한다.

298) 太田勝造, 法適用と事實認定, Vol. 80 No. 6, 科學, June 2010, 633면.

소위 실질적 증거법칙의 이론적 근거의 하나는 법률문제와 사실문제는 본질적으로 구별된다는 것이다.

이를 전제로 하여 행정심판기관이 인정한 사실이 이를 입증하는 실질적 증거일 때에는 재판소를 구속한다. 이러한 법률문제와 사실문제의 구별은 영미에서 배심재판에서 그 기원을 가진다. 여기서도 재판관과 배심과의 직능에 따라 일반적으로 ‘법률문제는 재판관에게, 사실문제는 배심원에게’라는 법원이 나온다. 실질적 증거에 의해 이루어지는 사실의 범주 및 법과 사실의 혼합문제의 취급<sup>299)</sup>은 재판에서 중요한 역할을 담당하므로 배심재판에서 사실은 배심이 법률은 재판부로 구분되듯이 직능배분의 유사성은 재판소에서도 적용되므로 법률판단과 사실판단은 구별되어야 한다.

여기서 일본에서는 헌법소송론의 한 줄기로 등장한 입법사실론이 주로 사실인정의 문제에 초점을 맞춘 것으로 발전하여 왔고, 이는 헌법소송에 한정되지 않고 실재사실과 인정사실의 상응관계가 고정되어 있지 않은 소송일반에서 사실인정의 문제라는 특수성에 관심을 가지게 하여, 특히 현대 민사소송법학에서도 입법사실론이라는 테마가 형성되기에 이르렀다.<sup>300)</sup>

## 2. 헌법사실에서 사법사실과 입법사실

일본헌법 제32조, 제76조 제2항에서 말하는 재판은 사실을 확정하고 법률을 해석하여 적용하는 전 과정을 포함하는 개념이므로, 순수한 사실문제라고 하더라도 그것은 재판소를 구속한다<sup>301)</sup>.

---

299) 實質的証據に立証される「事實」について, 川上, 宏二郎 九州大學學術情報リポジトリ, Kyushu University Institutional Repository : 法政研究. 26 (4), 81-98면, 1960-04-10. 九州大學法政學會, 26면.

([https://api.lib.kyushu-u.ac.jp/opac\\_download\\_md/1379/KJ00000694587-00001.pdf](https://api.lib.kyushu-u.ac.jp/opac_download_md/1379/KJ00000694587-00001.pdf))

300) 巽智彦, 公法關係訴訟における事實認定について—憲法訴訟を端緒として—, 成蹊法學第85号, 108면.

301) 川上宏二郎, 實質的証據に立証される「事實」について, 九州大學學術情報リポジトリ Kyushu University Institutional Repository : 法政研究. 26 (4), 81-98면, 1960-04-10. 九州大學法政學會 [https://api.lib.kyushu-u.ac.jp/opac\\_download\\_md/1379/KJ00000694587-00001.pdf](https://api.lib.kyushu-u.ac.jp/opac_download_md/1379/KJ00000694587-00001.pdf).



부수적 위헌심사제는 구체적 사건을 전제로 하여 그것을 재판함에 있어 적용되어야 하는 법률의 헌법적합성을 심사하고, 헌법에 적합하지 않다고 판단한 때에는 당해 사건에 그 법률을 적용하는 것을 거부하는 기능을 재판소에 인정하는 제도이므로 재판소가 헌법판단을 함에 있어서는 일정한 사실의 인정을 필요로 한다. 이러한 관련 사실을 헌법사실이라 한다.

헌법사실은 당해 구체적 사건에 관한 사실과 위헌인가 합헌인가 다투는 당해 법률에 관한 사실이 있다. 전자는 통례, 재판소에 의해 소송법상 인정되는 사실과 동질의 것으로 사법사실 또는 판결사실이라 하며, 후자는 입법부가 법률을 제정함에 있어 입법자료로 수집하여 인정한 일반적 사실과 동질의 사실이므로 입법사실이라고 한다.

사법사실은 누가, 무엇을, 어디서, 언제, 어떻게, 어떤 동기 혹은 의도로 하였는가는 직접적으로 당사자에 관한 역사적으로 1회에 한정된 개별적 사실이다. 이 개별적 사실도 또한 그것이 헌법사항이 쟁점으로 관련될 때에는 헌법소송의 문제가 된다.

예를 들어 자백이 강요에 의해 이루어졌다는가, 재판이 공개되었다는 것은 헌법상의 쟁점을 판단함에 있어 고려되는 것으로 그 사건에서 일어난 사실이 사법사실이다. 또 다른 예로 경찰이 피의자를 심문할 때 고성을 지르거나 밝은 전등으로 몇 시간씩 피의자의 얼굴을 비추는 행위의 사실도 사법사실이다. 어떤 헌법상의 쟁점이 사실심에서 주장된 경우에는 그것에 관한 개별적 사실은 증거에 근거하여 인정된다. 그 사실인정에 경험칙 위반이나 사실오인의 의식이 없는 한 법률심으로서의 최고재판소는 사실심에 의해 인정된 사법사실에 구속된다.

그러나 자백이나 재판의 공개라는 사실이 존재한다는 사실인정과 이를 통해 인정된 사실이 강제, 고문에 해당하는가는 법적 가치판단평가와는 별개의 문제로서 후자는 사실판단이 아니라 법률판단이며, 여기서 말하는 사법사실에는 포함되지 않는다. 따라서 최고재판소는 하급심의 법률판단에는 구속되지 않는다.

사실심이 사법사실을 충분히 확정하지 않고, 예컨대 자백이 강요에 의해서 이루어졌다는 법률판단을 한 경우는 심리부진 또는 이유불비로 위법한 것이 된다. 헌법상의 법적 판단을 하기에 충분한 사법사실을 주장 입증할 책임은 헌법상의 보호를 원용하는 당사자 측에 있다고 보여진다.<sup>302)</sup>

### III. 헌법사실로서의 입법사실과 인정방법

#### 1. 의의

헌법사실로서의 입법사실은 법률의 기초가 되는 것으로 합리성을 지지하는 사회적·경제적·문화적인 일반적 사실이다.

여기서 말하는 일반적 사실이란 당해 사건에 관한 역사적으로 1회에 한하여 개별적 사실인 사법사실과는 달리 사회일반의 현상으로서 하나의 사건 중에 일어나는 사실로서 많은 경우 다수의 사건 중에 일어난 특정적 사실을 기초로 하여 추출되는 사실이며, 입법부가 입법의 자료로서 수집하여 인정하는 사실과 동질의 것이다<sup>303)</sup>.

통상 이 둘은 겹치는 것이 많으며, 사법사실, 즉 ‘특정 사건 속에서 일어난 특정한 사실로, 통례 재판소에 의해 소송상 인정되는 사실’과 대비되며, 입법은 일회성 밖에 발생하지 않는 특정 사례를 상정하여 이루어지는 것은 아니기 때문에, 사법사실에 대하여 입법사실은 보다 일반성이 높은 사실이며, 그래서 일반적 사실로 이해되기도 한다.

법을 뒷받침하는 사실이란 무엇인가? 그리고 그것을 과학적으로 밝

---

302) 新正幸, 『憲法訴訟論』(信山社出版, 2版2010年), 566면.

303) 입법사실의 정의로서 법률을 제정하는 경우 기초를 형성하고, 그것을 지탱하고 있는 사실로 과학적 사실을 정의를 덧붙이지 않는 논의도 많다. 한편으로 입법부의 입법과정에서 입법사실을 ‘국회가 인정한 입법사실’로 주목하여, 이를 입법 절차 내에서 인정된 상대적 진실성, 확실성을 갖는 것에 불과하며, 재판소가 이것을 사후적으로(재판시에) 심사하는 것이 입법사실론이라고 보기도 한다.

히는 의미는 어디에 있고, 또 그것은, 얼마나 가능한가. 입법사실은 해당 사건에서 일회성으로 발생하고 개별 재판에서 법적 판단의 전제로서 인정되는 것을 요하는 사법사실에 대비되는 개념이다. 이는 1941년 Harvard Law Review에서 Davis가 제창하고 그 이후 미국에서는 위헌심사에서 입법사실을 검토하는 것이 정착되어 특히 입법사실인정에 있어서 사회과학적 이용에 대한 논의가 활발하게 진행되었다. 이러한 이론이 일본에서 1950년대에 소개되어, 70년대에는 입법사실의 상세한 검토가 이루어졌다고 평가된다<sup>304</sup>). 대표적인 것이 약사법 위헌 판결 같은 판결이며, 그 이후 최고재판소 판결에서 입법사실의 변천이 위헌 판결의 중요한 열쇠로 여겨지는 예가 증가하고 있다. 이렇듯 입법사실론은 점진적으로 일본의 헌법소송실무에 영향을 주고 있다.

입법부가 법률을 제정할 때 그 전제로서 법의 합리성을 뒷받침하는 이러한 사회적, 경제적, 정치적, 과학적 사실에 대한 자료를 수집하고 이를 바탕으로 입법이 되어 있는 경우, 입법사실은 입법부가 수집하고 인정한 사실과 거의 같은 것이 되지만, 이 두 사항이 필연적으로 동일한 것은 아니고, 오히려 그 두 사항이 다를 수 있기 때문에 입법사실을 파악하는 것은 의미가 있다. 즉 입법부가 수집하고 인정한 사실이 사회적, 경제적, 정치적 혹은 과학적 사실에 비추어 볼 때 타당하지 않은 경우에는 현재의 시점에서는 그 입법의 합리성을 뒷받침하는 사실로서 타당하지 않게 된다(입법사실 변천). 이러한 경우 해당 입법의 합헌성이 문제가 된다.

이러한 발상은 기본적으로 법은 어떠한 정책 목적을 달성하는 수단이라는 사고에서 법을 목적론적으로 해석하는 것을 전제로 하고 있다.

---

304) 일본에서 입법사실에 대한 평가는 두 명의 연구자에 의해서 적극적으로 논의되어 온 역사라 볼 수 있다. 芦部信喜「合憲性推定の原則と立法事實の司法審査—アメリカの理論・實態とその意義—」同『憲法訴訟の理論』(有斐閣1973)117頁以下(初出1963), 時國康夫「憲法事實—特に憲法事實たる立法事實について—」同『憲法訴訟とその判斷の手法』(第一法規1996)1頁以下(初出1963), 大石和彦, 「立法事實」の發現場面(1), 筑波ロー・ジャーナル 23 1-9, 2017-12.

그리고 합헌성의 추정은 입법사실의 적정한 존재, 즉 입법부가 법률을 제정할 때 그 전제로서 인정한 사실이 타당하다는 추정에 있으므로 합헌성 추정을 깨려면 그 입법의 합리성을 뒷받침한 사실인 입법사실의 부존재를 밝힐 필요가 있다. 헌법소송의 경우 입법목적의 정당성이나 필요성을 뒷받침하는 사실 및 입법 목적을 달성하는 수단의 합리성이나 필요성을 뒷받침하는 사실의 입증이 요구되고, 그 입증이 없는 경우 위헌결정을 하는 것은 위헌심사 수단의 하나이다.

입법사실론의 전개는 적극적으로 위헌 판단을 한다는 의미에서의 사법 적극주의와 관련이 있으며, 이는 합헌성 추정 원칙의 후퇴, 좁은 입법재량론, 엄격한 심사기준의 적용과 관련된다. 반대로 말하면, 합헌성 추정의 원칙을 견지하여 널리 입법 재량을 인정하고 완만한 심사기준이 적용되는 경우에는 입법사실에 대한 논의는 전개되지 않는 경향이 있다. 물론 적극적인 위헌 판단은 입법사실에 개입함으로써 실현된다. 하지만 중요한 입법사실의 논점이 안이하게 제출되어 재판소도 거기에 큰 비중을 두지 않고 때로는 상당히 독단적인 인정이 이루어지는 경우도 적지 않다. 충분한 근거 없이 입법사실의 존부를 인정하는 경우 입법사실론의 의미는 없어지게 되고, 경우에 따라서 재판관의 독단에 의한 헌법 판단을 허용하기도 한다.

## 2. 국가가 인정한 입법사실

국회의 입법과정에서 법률안을 발안할 때에는 헌법 및 국회법, 의원규칙이 정하는 바에 따라 발안권을 가지는 자가 법률안을 구비하여 이유(제안이유서)를 붙여 의회의 장에게 제출하는 등 일정한 요건(입법요건)을 충족하여야 한다.

어떤 요건을 충족하여 법률안을 발안하면, 법이 정하는 바에 따라 발안자는 우선 취지설명을 한다.

여기서 일반적으로 자기가 제출한 법률안의 정당성을 부여하기 위

해 당해 법률의 기초를 이루고 근거가 된다고 판단한 정치적·경제적·사회적·심리적인 일반적 사실이 도출된다. 그것은 과거 및 현재의 일반적 사실 뿐만 아니라 장래에 도출될 일반적 사실, 소위 장래의 예측도 여기에 포함된다.

어떤 일반적 사실의 경우는 발안의 단계에서 발안자의 개연적 판단을 나타낸 것에 불과하지만, 그 후 질의 토론이라는 소정의 입법절차를 거쳐 당해 법률안에 대한 수정이 이루어져 의회에서 가결되어 법률로서 성립된 경우에는 국회가 인정한 입법사실로 된다.

국회가 인정한 입법사실은 일반화된 사실상의 명제이므로, 그 성질상 절대의 진리, 객관적 진실은 아니며, 어디까지나 입법자에 의해 입법절차 내에서 인정된 것이라는 의미에서 상대적인 진실성, 확실성을 가지는 것에 불과하다.<sup>305)</sup>

### 3. 입법사실의 심사

헌법소송에서 입법사실의 심사라는 것은 국회가 인정한 입법사실이 진정 당해 법률의 합리성을 추정시키기에 충분한 일반적 사실인가를 재판소가 소송절차에서 사후적(재판시)으로 독자적인 입장에서 다시 한번 정밀하게 심사하여, 관련 일반적 사실이 존재하지 않는다고 인정하는 경우에는 당해 법률을 위헌으로 판단하는 것이다.

따라서 재판소가 심사의 대상으로 하는 입법사실은 입법당시의 과거의 사실 아니라 재판시에 입법을 유지할 수 있는 입법사실이 존재하는가이다. 이 점에서 입법자의 예측결정(장래에 대한 예측)에 대해 사법적 통제가 문제가 된다.

이때 입법사실의 심사는 ① 입법목적의 합리성(정당성) 내지 그것과 밀접하게 관계하는 입법의 필요성을 근거 지을 수 있는 사실뿐만 아니라, ② 입법 목적을 달성하는 수단(규제수단)의 합리성을 기초지을

---

305) 新正幸, 앞의 책, 567면.

수 있는 사실의 심사를 포함한다.

헌법소송에서 단순히 헌법과 법률만을 관념적으로 비교해서 당해 법률의 조문이 위헌이라고 판단할 수 있는 것은 극히 예외적인 경우로, 많은 사안에서는 입법사실의 심사를 필요로 한다. 그것은 실태에 적합하지 않은 형식적 관념적인 헌법판단을 배척함과 동시에, 헌법판단시에 재판관의 주관적인 가치판단의 개입이 불가피함과 동시에 가능한 한 자의적 판단을 억제하고 헌법판단을 사실에 근거한 합리적인 것으로 하려는 것이다.<sup>306)</sup>

#### 4. 입법사실의 유형(소송법상의 유형)

입법사실에 대해서 재판소는 어떤 방법이나 절차에 의해서 인정할 수 있는가, 이에 대해서 일본의 헌법소송에서는 특별히 정한 규정이 없으므로 사실인정을 위해서는 통상의 소송절차가 원칙적으로 적용된다. 일본의 경우, 최고재판소에서 위헌법률에 대한 심사를 진행되므로 민사나 형사, 행정 등 관련 소송법 절차가 적용된다. 따라서 입법사실을 소송법적 측면에서 분류하는 경우가 있다.<sup>307)</sup>

##### 가. 입법사실이 공지의 사실 또는 재판소가 볼 때 현저한 사실에 해당하는 경우<sup>308)</sup>

공지의 사실이란 일반적으로 알려진 사실, 즉 일상의 사회생활에서 일반적인 지식경험을 가진 자의 의심되지 않는 사실을 말하며, 재판소에 현저한 사실이란 재판소가 그 직무상 명백히 알 수 있었던 사실을 말한다.

---

306) 新正幸, 앞의 책, 567면.

307) 이 분류는 芦部信喜와 時國康夫의 분류를 주로 하고 있으나, 新正幸 책에서는 주로 時國康夫의 분류를 따른다.

308) 이하 내용은 新正幸, 앞의 책, 575면 참조.

이와 같은 입법사실이 사실심에서 주장되는 경우에는 입증을 필요로 하지 않지만, 그렇지 않은 경우 정식 증거조사의 방식으로 입증될 필요가 있다. 상고심에서 어떤 입법사실이 처음 제기된 경우 그것을 인정할 수 있는가와 관련하여 그렇지 않은 경우에는 증거에 의한 사실확정을 위해 사건은 사실심으로 파기환송 해야 한다. 그러나 그러한 예는 아직 없다.

판례에서 공지의 사실에 해당하는 입법사실은 다음의 예를 들 수 있다.

전시 중 또는 전후 사정이 어려울 때, 주요한 식량 획득을 자유롭게 거래하게 한다면 매점매석 등으로 인하여 식량은 부족하고 가격이 폭등하게 되어 다수의 국민은 현저히 식량 결핍에 빠진다는 입법사실(식량관리법 위반사건)을 들 수 있다.

재판소에 현저한 사실에 속하는 예로는 총포도검류를 방치하면 살인, 상해 등의 범죄가 다발할 것이라는 입법사실을 들 수 있다.

나. 공지의 사실 또는 재판소가 볼 때, 현저한 사실에 해당하지 않는다고 생각하는 입법사실을 정식 증거조사절차를 거치지 않고 재판소가 직권으로 조사하고 인정하여 그것을 헌법판단의 소재로 제공하는 경우

이 경우 법의 위헌성에 대한 판단이 이루어지면 법률판단 과정의 일부로 볼 수 있지만, 입법사실인정과 사실인정이 다르다는 점에서 보면 문제가 될 수 있다.

판례에서 나타난 입법사실의 예를 보면, “집단시위운동의 경우에 평온 엄숙한 집단이라고 하더라도 때로는 흥분, 격앙되어 심한 경우에는 일순간에 폭주하고 다수의 실력에 의해 법과 질서가 위협받아 집단행동의 지휘부는 물론 경찰력을 가지고도 어떻게 할 수 없는 사태로 발전할 위험이 존재한다는 것은 군중심리의 법칙과 현실의 경험에 비추

어 명백하다”(동경도공안조례사건)고 한다면, 이는 균중심리학상의 법칙으로 되어 있는 심리학의 지식명제를 헌법판단의 소재로 사용하는 것이다.

“폭발물 또는 유독물을 사용하여 수산동식물을 채취하면 수산동식물의 번식이 방해된다. 이러한 방법으로 죽은 수산동식물을 식용으로서 사용하기에는 인체에 유해한 경우도 있다”도 동식물학상의 지식명제를 헌법판단의 소재로 사용한 것이다.

“각성제남용이 일으킬 해악에 대해서 또는 마약의 용법에 의해 사람의 심신에 발생시킬 해악”에 대해서도 의학상의 지식명제인 입법사실을 헌법판단의 소재로 사용하고 있다.

남여의 체질, 구조, 기능 등의 차이에 관한 생리학상의 지식명제인 입법사실 또한 헌법판단의 소재로 제공하고 있다(간간죄합헌사건).

이들 입법사실은 공지의 사실도 재판소가 볼 때 현저한 사실도 아니다. 이들 가운데에는 누구라도 쉽게 이용할 수 있는 문헌에 의하면 그 입법사실이 확실하여 다툴 수 없을 것으로 인정할 수 있는 종류의 사실도 있고, 또한 문헌상 알 수 있지만 다툴 여지없는 정도로 확실한 것이라는 정도까지는 이르지 않은 입법사실도 있다. 이러한 종류의 사실이 문헌을 보면 알 수 있는 경우 정규의 증거조사를 하지 않고서 재판소가 스스로 문헌을 조사하고, 그것에 의거하여 입법사실을 인정하는 방법은 소송경제의 관점에서는 시인할 수 있어도 문제가 될 수 있다. 소송 중에 제출된 양 당사자의 눈에 보이지 않았던 자료에 근거하여 입법사실이 인정되고 판결 중에 그 자료가 명시되지 않는다면 그 입법사실의 인정은 독단적이고 자의적이 아니라는 것을 담보할 수 없기 때문이다.

이러한 입법사실에는 소송법상 3개의 종류가 있다.

- ① 공지의 사실 또는 재판소가 볼 때 현저한 사실인 경우(입법사실 A)
- ② 공지의 사실은 아니지만 사회일반인이 이용할 수 있는 자료에 근거하여 쉽게 얻을 수 있는 다툼의 여지없이 확실한 학문상의



지식명제인 사실의 경우(입법사실 B)

- ③ 확실하여 다룰 여지가 없는 사실은 아니지만, 몇몇 문헌에 기술이 있어 그 문헌의 내용에 입법자가 무게를 둔 것도 상당하다고 생각되는 경우(입법사실 C)<sup>309)</sup>

## 5. 입법사실의 도출방법

### 가. 입법사실 A

입증이 필요하지 않으므로 문제될 것은 없으며, 그 이외의 입법사실에 대해서 정규의 조사방법으로 입증을 하여도 위법은 아니다.

### 나. 입법사실 B

증거조사방법에 따르는 것은 소송경제상 바람직하지 않으므로 당사자는 상고이유서, 답변서 등에 B를 기재한 문헌을 기재하여 재판소에 대해서 이를 직권으로 조사하여 B를 인정하도록 재촉하면 충분할 것이다.

당사자가 B를 주장하면서 이러한 문헌을 제시하면서 재판소에 직권 조사를 재촉하지 않을 때에는 재판소는 독자적으로 문헌을 조사하여 B를 인정하여도 된다.

그러나 그 경우 재판소가 판결 속에 그 사건에 의거한 문헌을 명시하지 않는다면 재판부가 인정한 내용의 공정성은 담보할 수 없지만, 그것을 명시하면 인정하는 것에 대한 공정성을 담보할 수 있다. 이는 재판소가 당사자가 주장한 문헌을 불충분하다고 생각하여 독자적으로 조사하여 B를 인정하는 경우에도 해당된다. 재판소가 B를 인정한 문헌 이외의 문헌에 B가 아니라고 다룰 수 있도록 기재가 있다면, 판결

---

309) 新正幸, 앞의 책, 574면.

후에 당사자는 불복신청의 절차로 이 부분에 대해 다툴 수 있다.

#### 다. 입법사실 C

입법사실 C의 존부가 다투어진 경우에는 정규의 증거조사방법으로 그 존부를 입증하는 것은 당연히 허용된다.

형사사건의 경우에 위헌의 주장이 있으면 국가를 대표하여 검찰관이 당해 법의 합헌성을 방어하고 법의 합헌성을 주장할 수 있는 입법사실을 주장하고 국회의 의사록, 위원회의 회의록, 과학서 그 외의 저작물 등을 들어서 그 입법사실에 대해서 기재된 내용이 문헌상 인정되므로 이를 직권으로 조사해야 한다고 주장할 수 있게 된다. 따라서 재판소로서는 독자의 입장으로 법의 합헌성을 근거 지을 수 있는 입법사실에 대해서 기재를 포함한 문헌을 조사할 필요는 없다.

민사소송에서는 법의 합헌성이 다투어지는 경우 국가를 소송에 참가시키는 특별한 규정은 없지만, 당사자가 법의 합헌성의 방어를 충분히 다하지 않을 때는 재판소가 직권으로 그 합헌성을 주장할 수 있는 입법사실을 스스로 조사하여야 한다.

이 경우에는 헌법판단의 공정함을 나타내기 위해 재판소가 직권으로 조사한 문헌과 그것에 의해 인정될 수 있는 입법사실을 다툴 기회를 부여할 필요가 있다.

라. 입법사실에 대해서 통례의 증거조사방법에 의한 입증이 반드시 필요하다는 입장

- Ⓐ 입법사실에 대해서 기재한 문헌이 완전히 없는 경우
- Ⓑ 이를 기재한 문헌은 있지만 그 기술이 완전히 다른 것을 주장하고자 하나 그에 관한 문헌이 없는 경우
- Ⓒ 법을 위헌으로 판단하기에 도움이 되는 입법사실에 관한 문헌은

있지만, 재판소가 그 문헌을 정당하게 평가할 전문적 지식을 결여하고 있는 경우

이상과 같은 경우 문제된 입법사실이 학문상의 지식명제라면, 그 학문영역의 전문가를 감정인으로 하여 조사를 하는 것이 가장 좋은 방법이다.

이 경우에는 감정사항은 입법사실상의 명제의 존부 또는 진부에 한정되어야 하며, 법이 헌법에 반하는가의 문제는 감정사항으로서 어울리지 않는다.

그것이 사회통상인이 특정적 사법사실이 집적되어 있어 내용 파악할 수 있는 종류일 때에는 그 재료가 되는 다수의 입법사실을 증인으로부터 입증할 수도 있다.

상고심에서 헌법상의 쟁점이 처음 제기되어 그것이 ㉠나 ㉡의 경우에는 사건을 사실심으로 되돌릴 필요도 없이 양당사자의 동의가 있다면 다투어지는 입법사실상의 명제의 존부나 진위에 대해 전문가 작성의 의견서를 상고취지보충서면 또는 답변서 보충서면을 첨부하여 제출할 수도 있다. 그러나 정규의 방법으로 증거조사가 필요하고 당사자가 그것을 원할 때에는 사건을 사실심으로 파기환송 해야 할 것이다.<sup>310)</sup> 즉 최고재판소는 직권조사로 할 수 있는 범위에서는 직권조사를 하고 그것을 근거로 판단하여야 하지만, 당사자 한쪽이 불리하게 될 때에는 하급심에서 다루어야 한다는 주장이 다수이다.<sup>311)</sup>

---

310) 新正幸, 앞의 책, 578면.

311) 高橋和之, 『体系 憲法訴訟』(岩波書店, 2017), 188-191면.

## 6. 판례의 태도

### 가. 개관

일본 재판소에서는 문리 해석보다 목적론적 해석의 방법을 중시해 왔다. 미국헌법학의 영향으로 위헌심사제 도입 당초부터 입법사실을 이용해 왔으나, 그 인정여부에 대해 1955년까지는 자의적이었다고 평가되어 왔다. 앞서 본 바와 같이 몇몇 전문가들에 의해 미국의 입법사실론이 일본에서 소개되고, 그 필요성이 설파되어 헌법소송 실무에서도 자주 입법사실이 비교적 상세하게 검토되어 왔다. 입법사실론을 상세하게 검토한 대표적인 판례로는 1975년 약사법 위헌판결, 1987년 산림법 위헌판결을 든다. 2000년에 들어와서 최고재판소가 위헌 판단을 하는 예가 많아지고 있는데, 2005년 재외국민 선거권사건 판결, 2008년 국적법 위헌 판결 등은 입법사실의 변천을 인정한 대표적 사례로 소개되고 있다<sup>312)</sup>.

### 나. 과거의 입법사실론 판례

헌법재판 초기의 입법사실인정의 일반적 경향을 보면 국회자료를 단순히 반복하는 것에 그치고 있다.

최고재판소는 당초부터 사실상 헌법판단을 함에 있어 입법사실을 고려하는 방법을 사용하여 왔다. 그러나 그것은 추상적인 공공의 복지론으로 법령의 합헌성을 나타내기 위해 공공의 복지를 위해 필요하고 합리적인 제한이라고 보면서, 단순히 당해 조항을 인용하는 것에 그쳐

---

312) 森林法186條(最高裁昭和62年4月22日大法廷判決, 民集41卷3号408頁), 在外國民選舉權訴訟(最大判平成17年9月14日·民集59卷7号2087頁), 國籍法違憲判決(最大判平成20年6月4日·民集62卷6号1367頁), 婚外子法定相續分規定違憲決定(最大決平成25年9月4日·民集67卷6号1320頁), 再婚禁止期間規定違憲訴訟(最大判平成27年12月16日·民集69卷8号2427頁) 참조.

실제로는 국회가 인정한 입법사실을 그대로 수용하였다. 그 가운데에는 판결 중에 입법사실을 나타내는 것도 있지만 이를 명시하지 않은 채 국회의 심의자료의 일부를 단순히 반복하는 것도 많다.

대표적으로 1955년 공중목욕탕 거리제한 사건을 들 수 있다.

판례의 주요내용 중 “공중목욕탕은 다수 국민의 일상생활에 필요불가결한 것으로 다분히 공공성을 띠는 후생시설이다. 따라서 만약 그 설립을 업자의 자유에 맡겨 어떠한 편재나 남용을 방지하는 등의 그 배치의 적정을 유지하기 위해 필요한 조치가 이루어지지 않을 때는 다수의 국민이 일상생활에서 쉽게 공중목욕탕을 이용하는데 불편함을 초래할 우려가 있고, 또한 그 남용에 따라 경쟁을 불리일으켜 경영을 불합리하게 한다. 이것은 공중목욕탕의 성질에 비추어 국민보건 및 환경위생의 면에서 가능한 한 방지해야 하는 것이 바람직하며, 따라서 공중목욕탕의 설치장소가 적정한 배치를 하지 못하여 그 남용을 초래할 우려가 있을 때에는 공공의 복지에 반하는 것으로 이러한 이유로 공중목욕의 경영허가를 해줄 수 없다는 취지의 규정을 두는 것은 헌법 제22조에 위반되는 것으로 인정할 수 없다”고 밝히고 있다.

이 목욕탕거리제한 규정의 개정법률안 제안이유서를 보면 ‘공중목욕탕의 신설함에 있어 그 설치장소에 어떠한 제한을 하지 않고 난립할 경우에는 경영은 어려워지고 목욕탕의 설비도 저하하는 것은 필연적인 것으로 결국 공중위생상 우려할 상태에 빠지게 된다’고 보고 있다.

이러한 공중목욕탕의 설립에 거리제한을 두지 않고 자유롭게 맡긴다면 남용이 되고 경쟁이 심화하여 경영이 불합리화 되고 이어서 위생시설이 저하된 결과 결국 국민건강과 환경위생이 악화된다는 식의 논리는 확실한 입법사실에 근거한 것인가는 의문이 있다.

본래 이 거리제한규정은 정부가 위헌의 의심이 있었지만, 수입저하를 우려하는 기존업자의 압력에 떠밀려 의원입법으로서 성립된 것으로 알려지면서 제안이유 설명을 그대로 인용하면서 입법사실의 본질적 논점은 살피지 않고 입법사실의 검증을 매우 불충분하고 불명확한

것으로 지적된다. 이러한 추상적인 공공복지론과 연결 지어 국회가 인정한 입법사실을 확실한 자료나 증거에 의해 검증하는 것이 아니라 단순히 수용하는 태도가 초기판례의 일반적 경향이였다.

그뿐만 아니라, 다른 사례에서는 입법자료의 이용을 자의적으로 한 것도 있다. 즉 국회가 인정한 입법사실이 재판소의 헌법판단에서 무시되는 경우도 있다.

예를 들어, 여권발급거부사건에서 최고재판소는 헌법 제22조의 제2항의 외국에 이주할 자유에는 외국에 일시적으로 여행하는 자유를 포함한다고 판시하면서 외국여행의 자유라고 하더라도 무제한으로 허용되는 것이 아니고 공공의 복지를 위해 합리적인 제한에 따라야 한다는 공공복지론을 서술하고 어떠한 실질적인 근거도 없이 여권법 규정을 단순히 인용하는 것으로 외국여행의 자유에 대해 공공의 복지를 위해 합리적인 제한을 정한다는 논법을 취하였다.

그러나 여권법의 제정과정에서 이 조항은 정부의 제안이유에 따르면 원칙적으로 형법의 내란죄, 외환죄, 국교에 관한 죄, 외국환관리법 마약단속법 총포도금류단속법 등 중대한 위반행위라는 범죄행위를 장래에 할 가능성이 충분한 근거에 의해 예측되는 자에 대해서 여권의 발급을 거부할 수 있는 것이며, 정부의 정치적인 생각에 좌우되는 것은 아니라는 취지도 밝히고 있었다. 그러나 이 판결은 입법자료를 완전히 무시하는 것으로 헌법사건이 비과학적인 형식논리로 처리되고 있는가를 나타내는 것으로서 비판되기도 한다.<sup>313)</sup>

#### 다. 변화가 나타난 약국개설거리 제한 위헌사건

입법사실의 심사에서 본격적으로 도입한 판례가 1975년 약국개설거리제한규정 위헌판결에서 나왔다.

이 법은 약국을 개설할 때 거리를 감안하여 적정 배치하고자 하는

---

313) 新正幸, 앞의 책, 583면.

규제는 약국업계를 대표하는 의원을 중심으로 의원입법으로 이루어진 것으로 입법목적에 대해서는 입법자료에 의해 국회가 인정한 입법사실을 거의 시인하였지만, 이를 달성하기 위한 수단에 대해서는 국회가 인정한 입법사실을 부인하여 위헌판단을 내렸다.

이 법안의 취지설명 중 제안이유는 ① 약국이 과밀한 지역에서는 과다경쟁이 격화되어 그 결과, 경영의 불안정을 초래하거나 혹은 시설의 결함이 생기거나 혹은 의약품 공급의 적정을 저해하는 결과가 발생한다는 점, ② 현행 약사법으로는 한곳에 치우치는 것을 막을 방법이 없고, 후생성의 행정지도에 의해 적정배치의 내규를 정하여 이를 통해 행정조치를 할 수 있지만, 그러한 것은 내규에 불과하고 법률에 근거한 조례가 아니기 때문에 충분히 그 목적을 달성할 수 없다는 점, ③ 난립을 방지하여 국민의 의료와 보건에 봉사할 수 있으며 무약국 지역의 해소에도 도움이 되지 않는다고 하여, 입법목적과 이를 달성하기 위한 수단으로서 적정배치규제의 적합성을 강조하였다.

최고재판소는 ③에 근거를 두면서 적정배치규제는 주로 국민의 생명 및 건강에 대해 위협을 방지라는 소극적 경찰 목적을 위한 규제조치라고 판시하였지만, 배치규제라는 목적을 달성하기 위한 필요하고 합리적인가에 대해서는 입법상 나타난 의견을 배척하였다. 이에 대해 대형약국수퍼 제재를 위한 기존약국의 보호라는 속마음을 정당화하려고 하는 의원입법의 허상을 입법사실의 정밀한 심사로 폭로하여 입법사실론의 접근법을 취한 본격적인 판결로서 높이 평가를 받고 있다.

판례는 약사법이 전제로 한 거리 제한과 불량 약품 공급 억제의 인과관계를 적극적으로 검토하고 있다. 원심의 경우, 약국 개설 거리 제한에 대하여 약국의 “편재 ... 남립에 의해 ... 시설에 미비 결함이 생겨 품질이 저하된 의약품의 조제공급 등 불미스러운 영향을 초래할 우려가 없는 것도 아니다”라는 판단에 대해 최고재판소는 경쟁의 격화-경영의 불안정-법규 위반이라는 인과관계에 있는 불량약품의 공급 위협이 약국 등의 단계에서 상당한 정도의 규모로 발생할 가능성이

있다고 하는 것은 단순한 관념상의 가정일 뿐 확실한 근거에 따른 합리적인 판단이라고는 인정하기 어렵다고 보고 있다.

이 판결에서는 인과관계가 존재할 가능성을 관념상으로는 부정할 수 없다고 하면서도 ‘과연 실제상 어느 정도’인지가 밝혀져 있지 않은 점, 불량 의약품의 판매 현상은 도시지역 슈퍼마켓에서의 저가 판매 등 다른 이유도 있어 그것을 일부 약국의 경영 불안정으로 돌리는 것이 합리적이지 않다는 점을 지적하고 있다. 이런 점에서 입법사실로서 거리 제한의 목적을 확실하게 인정할 후, 그 목적을 달성함에 있어 그 규제가 필요하고 합리적인가에 대한 사실을 검토하고 있으며 입법사실의 논증을 중시하는 세심한 논지를 전개했다고 볼 수 있다. 하지만 이 판례에 대해서도 상세하게 입법사실론이 전개되었다고 하더라도 인과관계를 부정함에 있어 구체적인 데이터 등의 근거가 제시되어 있지는 않다는 비판을 면할 수는 없다.

재판은 당사자주의적 절차법의 기본에 따라야 하므로 이는 입법사실에 대해서도 적용되는 것으로 그 입법사실의 존재 혹은 부재를 당사자에게 적극적으로 그 존재나 부재를 인정하게 하는 정당화 책임을 지게 하는 것이 합리적이지만 이러한 노력도 없었고, 입법사실의 과학적 근거라는 부분에 관하여도 근거가 충분하지 않다는 비판도 제기된다.<sup>314)</sup>

#### 라. 입법사실 변천론에 따른 국적법 사건<sup>315)</sup>

이 판례는 우선 무엇을 입법사실로 보는지를 파악하고 있다. 본건은 국적법 제3조가 신고에 의한 일본 국적 취득 요건에 일본인에게 생후 인지 된 아이를 포함하지 않은 것이 헌법 제14조 평등원칙 위반이 되는지에 대한 다툼이다.

다수의견은 법 앞의 평등을 규정한 헌법 제14조 제1항에 대해서 중

314) 新正幸, 앞의 책, 582면.

315) 國籍法違憲判決(最大判平成20年6月4日·民集62卷6号1367頁)



래의 판례를 답습하면서, 소위 합리적 기준에 따라 헌법 제10조가 법률사항인 국적취득과 상실의 요건에 대한 입법부의 넓은 재량권을 승인하면서, 일본 국적이 가지는 의의와 특질과 본건에 문제된 비적출자에 관한 문제에 대해서 신중하게 검토해야 한다면서 국적취득의 요건을 정한 국적법 제3조 제1항에 대해 입법목적에는 합리적인 근거가 있으며 그 합리적 관련성의 유무에 대해서는 엄격한 기준을 설정하여, 이 법 개정당시에는 일정한 합리적 관련성이 있지만 그 후 시대의 추이와 함께 입법사실에도 변화가 발생하여 합리적 관련성을 도출하기에는 어려움이 있다고 보았다. 판례에서는 이 입법사실의 변화의 근거를 그 후 가족생활이나 친자관계에 관한 의식의 변화, 비적출자의 증가 등 살태의 변화, 일본국민과 외국인과의 사이에 태어난 자녀의 증가, 외국의 법제의 변화 등 국제적 동향 등을 그 근거로 삼았다.

구체적으로 보면, 판결에서는 우선 ‘국가와의 밀접한 결합’을 국적 부여의 조건으로 하는 것은 합리적임을 확인한 후에 일본과의 연계를 도모하고 법을 뒷받침하는 사실 지표로서 양친의 법률상 혼인을 국적 취득의 요건으로 요구하는 것은 당시 개정 시점에서는 합리적이었지만 사회적·경제적 환경 등의 변화에 따라 늦어도 소송 제기 시점에 있어서는 그 합리성이 상실되었다는 입법사실 변천론에 기반을 두고 있다.

그 합리성을 뒷받침하는 사회적 사실이 입법사실로 여겨지는데, 이 판결에서는 ① 일본 국민인 아버지와 일본 국민이 아닌 어머니 사이에서 출생하는 자녀의 증대, 그리고 양친 모두 일본인인 경우의 가족과의 비교에 있어서 양친의 한쪽만이 일본 국민인 경우, ② 동거 유무 등 가족생활 실태의 복잡다양성, ③ 법률상 혼인이나 그를 배경으로 한 부모와 자녀관계의 기본방향에 대한 인정 방식의 복잡다양성, ④ 법률상 혼인과 일본과의 결속의식의 강약과 관련성에 대해 그 전제로서 법 개정 시와 비교, ⑤ 부부 공동생활 방식을 포함한 가족관계나 부모자녀관계에 관한 의식의 다양화, ⑥ 출생수에서 비적출자의 비율이 증가하는 등 가족생활이나 부모와 자식 관계의 실태 변화, 다양화

라는 ‘사회 통념 및 사회적 상황의 변화’가 지적되고 있다. 주로 출생자 수에서 비적출자 비율의 증가 등 가족생활이나 부모와 자식 관계의 실태 변화를 사회적 상황이 변화하고 있고, 가족생활이나 부모와 자녀 관계에 관한 의식을 사회 통념의 변화로 정리하고 있다.

통상 입법사실이란 입법목적의 합리성과 그에 관계된 입법의 필요성을 뒷받침하는 사실 및 입법목적 달성 수단의 합리성을 기초로 하는 사실이며, 여기서는 우리나라와 밀접한 연계가 있는 아이에게 국적을 부여하면 말하는 목적을 위해서 밀접한 연결 지표로서 부모의 혼인을 요건으로 하는, 반대로 생후 인지로는 불충분하다고 하는 것의 합리성이 추궁당하고 있다. 여기서의 입법사실은 ‘양친의 법률혼’과 ‘자녀의 일본과의 결합’의 상관관계이며, 인과관계는 아니다.

그러한 입법사실 변천론을 채택함에 있어서는 그 전제로서 사회 통념이나 사회 상황의 변화가 중요한 역할을 하고 있다. 입법사실의 ‘변천’은 주로 사회통념 및 사회적 상황의 변화를 입법사실 변천론의 근거로 삼고 있다.

입법 당시에 상정하지 않았던 새로운 문제가 생기게 된 경우에 그 법적 흠결이나 부족을 보충할 필요성 때문에 입법사실의 인정에 있어서 사회 통념도 하나의 중요한 요소로 여겨지고 있다.

이 판결의 반대의견에서 “가족생활이나 부모 자식 관계에 관한 어느 정도의 의식변화가 있는 것은 사실이지만, 그것이 어떠한 내용, 정도의 것인지, 국민 일반의 의식으로서 큰 변화가 있었는지는 구체적으로 분명하다고는 할 수 없다”는 의견은 합리성이 있는 것으로 보인다. 비적출자 출생수가 1%에서 1.9%로 증가, 일본 국민인 아버지와 외국인 어머니의 출생아 수가 5,538명에서 12,690명으로 증가했다는 구체적인 데이터를 바탕으로 국민 일반의 의식변화는 크지 않다고 말하고 있다. 그다지 크지 않은 것은 분명하지만, 비율로서 배증하고 있기 때문에 ‘증가는 몇 안 된다’고 치부할 수 있을지는 의문도 있지만, 적어도 근거에 따른 설명이라는 점에서 반대 의견 쪽이 입법사실론을 보다 상세하게 전개하였다고 할 수 있다.<sup>316)</sup>

## 7. 법해석방법론과 입법사실론

입법사실론의 사정거리는 위헌심사의 문맥에 한정되지 않고, 법해석의 범주에서 논의되는 법관의 법 창조와 관련해서도 이루어진다. 법 창조는 통상, 새로운 법적 문제가 생겨 기존 제정법의 조문을 단서로 할 뿐 현실의 사회생활에 적합한 해결을 얻을 수 없다는 ‘법의 결여’가 발생하고 있는 경우에 협의의 해석을 넘어 실정법 이외의 기준도 참조하면서 구체적인 재판규범을 형성함으로써 이루어진다. 일본에서는 실질적인 법 창조는 일반조항 등을 통한 해석의 형태로 이루어지는 것이 통례이다. 일본에서는 입법사실을 법 창조와 관련해서도 검토할 필요가 있다는 입장에서, 입법사실을 재판소가 의식적으로 새로운 룰이나 판례법을 정할 때 법률의 정책이 반복되는 사회의 사실상태에 적합하지 않게 되었을 때, 그리고 법률의 합리성이 일정한 사실 상태의 존재에 의존하고 있을 때, 재판에 의한 법 창조의 실질적 합리성을 확보하기 위해서 그 확정을 필요로 하는 사회적 사실이다. 재판에서 법 창조를 입법과 연속선상의 사회적·정책적 판단으로 파악하여, 입법사실은 그러한 법 판단의 사회적 영향을 판단하기 위한 사회과학적 정보인 것이다. 법 창조가 필요한 경우로서는 기존 제정법에서는 상정하지 않았던 새로운 법적 문제가 발생하거나(새로운 법을 필요로 하는 입법사실의 존재, 그 이전과의 비교를 하므로 입법사실의 변천이라고도 할 수 있다), 기존 제정법이 상정하고 있던 사회적 상황 전반을 포함한 사회적 사실이 변화한 경우(입법사실의 변천에 해당한다)를 생각할 수 있으며, 따라서 법 창조의 전제로서 앞의 국적법 위헌판결과 같이 사회적 상황의 변화를 파악하면서 새로운 법을 필요로 한다는 점에서 구체적인 목적과 관련 수단에 대한 입법사실을 검토하는 것이 필요할 것이다.<sup>317)</sup>

316) 渡辺千原, 法を支える事實, 立命館法學 2010年5-6号(333-334号), 1814면.

317) 渡辺千原, 앞의 논문, 1804면.

## IV. 재판에서 사실을 확인하기 위한 제도적 장치

### 1. 변호사의 사실조회 제도

#### 가. 변호사법 제23조 조회의 의미

일본은 하급재판소에서도 헌법재판이 진행되므로 변호사의 자료 제출 등 적극적인 노력이 필요하다.

변호사회 조회는 변호사가 소속하는 변호사회 신청을 하여 변호사회가 제3자에 대한 정보의 제공을 요청하는 제도이다. 변호사법 제23조에 기재되어 있어 일반적으로 제23조 조회라고 불린다. 재판소가 하는 조사촉탁과 다른 점은 주체가 재판소가 아닌 변호사회라는 점, 재판 중이 아니라도 할 수 있다는 점에 차이가 있다.

재판을 하기 전 단계로서, 예를 들어, 휴대전화의 번호나 상대방의 주소 등의 정보를 찾기에 편리하다. 단 변호사회가 제출된 조회서를 검토하고 문제가 없다면 조회할 곳에 송부하지만, 조회 받은 곳도 즉시 회신하지 않아 일반적으로 1개월에서 늦게는 3개월이 걸린다. 변호사에 지출하는 비용은 8,500엔 정도이다.

#### 나. 조회제도의 문제점

##### (1) 회답의무의 존부

조회를 받을 경우, 법적으로 답변할 의무가 존재하는지가 문제가 된다. 이러한 제도에는 회답을 거부했을 경우에 벌칙이나 행정처분이라고 하는 불이익이 부과되는 취지의 규정은 존재하지 않는다. 즉 응답하지 않더라도 그로 인해 불이익을 받는 일은 기본적으로 없다고 할 수 있다. 그럼 답변의무는 없는 것인가. 이 점에 관해서는 지금까지도

많은 소송에서 문제가 되어 왔으며, 판례에 따르면 변호사회 조회제도는 당사자의 이익뿐만 아니라 변호사법의 목적인 사회정의 실현이라는 공익목적을 위해서 창설된 제도이므로 조회를 받은 자는 응답할 공법상 의무를 지고 있다고 볼 수 있다. 이 점에서 법원에 의한 조사 촉탁도 마찬가지로 법적 의무가 존재한다고 할 수 있다.

## (2) 비밀준수의무와의 관계

조회제도에 의한 조회를 받은 경우 응답할 법적 의무가 있다고 하여도, 한편 조회를 받는 쪽에는 각 법령에 따라 비밀준수의무를 지고 있는 경우가 많다. 우편법이나 헌법상의 통신의 비밀을 지고 있는 경우나 의사법, 공무원법 등에 의한 경우, 또 형법상으로도 비밀 누설을 벌하고 있으므로 조회에 응답하는 것이 비밀유지 의무 위반이 되는 것이 문제가 된다. 일반적으로 비밀준수의무는 ‘정당한 이유’ 없이 누설된 경우에 위반이 된다. 응답은 공법상 의무인 이상 기본적으로는 ‘정당한 사유’에 해당하여 비밀준수의무 위반이 되지 않는다고 할 수 있다. 그러나 조회가 이루어졌다고 해서 만연히 응답한 경우에는 위법이 될 수도 있으므로 지방공공단체가 조회에 응해 전과 여부를 응답한 사례에서 위법하다고 판단된 사례도 있다.

### 다. 조회제도에 관한 사례

① 상속인이 유언집행자(유언에 따라 상속의 후처리를 하는 자, 변호사 등이 임명)에게 유언집행 상황을 보고해 달라고 변호사회 조회를 했는데, 이를 거부한 변호사에 대해 15만엔 배상을 인정한 교토지방법원 2007년 1월 24일 판례

② 상속인이 금융기관에 피상속인 계좌의 거래 이력을 변호사회 조회로 공개 청구한 데 대해 금융기관이 상속인 전원의 동의가 없다고

인정하지 않자 이에 대한 거부를 이유로 거부한 금융기관에 대해 68,190엔 배상을 인정한 도쿄지방법원 2010년 9월 16일 판례

이 사례에서는 유언집행에 관해서는 원래 보고의무가 있다는 점(민법 제1011조, 제1015조 참조), 금융기관 피상속인의 계좌에 관한 청구도 일반적으로 상속인 1인의 청구로 인정되므로 당연한 권리를 해치고 있는 측면이 강해 손해배상이 인정된 것이다.

③ 행방불명이 된 민사소송 피고의 주소를 조사하기 위해 일본우편(공기업)에 대해 변호사회 조회로 문의했는데, 일본우편이 회답을 거부한 나고야고등법원 2015년 2월 26일 판례에서 변호사회가 일본우편에 대해 손해배상을 청구한 판례<sup>318)</sup>

본 판결은 최고재판소에서 처음으로 변호사법 제23조 조회에 대한 보고를 거절하는 행위가 조회를 한 변호사회의 법률상 보호되는 이익을 침해하는 것인가에 대한 판단으로 결론적으로 당해 변호사에 대해 불법행위를 구성하지 않는다고 판단하였다. 이 판례에 따르면, 조회를 받은 곳에서 거래처의 정보보호의무가 면책되는 것이 아니며, 비밀유지를 해야 할 정보를 회신하여 거래처에 손해를 준 경우 당해 거래처에 대한 손해배상책임이 생길 가능성이 있으므로, 변호사법 제23조 조회라 하더라도 거래처에 양해를 구하는 등 신중한 대응이 필요한 것으로 보고 있다.<sup>319)</sup>

## 2. 재판소의 조사권한

일본에서 사실인정은 당사자가 구두변론에 나와 진술하거나 재판소가

---

318) As birds總合法律事務所, 2023. 09. 10. “裁判所の調査囑託に回答義務はあるのか～弁護士會照會との比較～” 참조. (<https://as-birds.com/media/law-6/>)

319) 弁護士法23條の2第2項に基づく照會に對する報告を拒絶する行爲が、同照會をした弁護士會に對する不法行爲を構成することはないとした事例(最三判 平28-10-18 判例タイムズ1431-92)中戸 康文 RETIO. 2017. 7. NO.106, 122면. (<https://www.retio.or.jp/attach/archive/106-122.pdf>) 참조.

직권으로 탐지한 각종 사실(주요사실, 간접사실, 보조사실 및 여러 사정)의 존재여부를 증거조사 결과 및 구두변론의 전체 취지에 비추어 재판소가 가지는 자유심증주의에 따라 판단하는 방법을 취하고 있다.<sup>320)</sup>

이러한 판단을 위하여 재판부는 민사소송법상의 각종 문서관련제도를 시행하고 있다.

#### 가. 문서제출명령(민사소송법 제223조)

소송당사자의 신청에 따라 재판소가 이를 인용한 때에는 문서의 소지자에 대해서 제출을 명령하는 절차이다. 또한 문서제출명령은 문서의 소지자에 대해서는 그 제출을 명령하는 결정을 할 수 있지만, 문서의 소지자가 제3자인 경우에는 당해 제3자를 심문해야 한다고 한다.

또한 제3자가 문서제출명령에 따르지 않을 경우, 과료의 제재가 부과된다(민사소송법 제225조).

#### 나. 문서송부촉탁(민사소송법 제226조)

소송당사자로부터 신청에 따라 재판소가 이를 인용한 때에는 문서의 소지자에 대해서 문서송부를 촉탁하는 절차이다. 문서제출의무를 전제로 하는 것이 아니므로 소송법상은 강제력이 없다.

#### 다. 조사촉탁(민사소송법 제186조)

소송당사자의 신청 또는 재판소의 직권에 의해 관공서 등에 대해 사실이나 전문지식 등에 대해서 필요한 조사를 촉탁할 수 있는 절차이다.

---

320) 巽智彦, 公法關係訴訟における事實認定について—憲法訴訟を端緒として—, 成蹊法學第85号, 126면.

즉 조사촉탁에 대해 회답이 없는 경우, 문서제출명령(민사소송법 제 223조)의 방법이 이루어진다. 이 절차는 문서의 개시를 요구할 필요성이 있고 회답을 거부할 수 없는 경우가 아니면 회답의무가 있다. 공무원의 직무상 비밀, 형사사건 관한 소송관련 서류 등 공적인 이유로 개시할 수 없는 성질의 것이면 상대방이 회답을 거부할 수 있다(민사소송법 제220조). 이 문서제출명령은 일단 민사재판과는 별도의 신청이 필요하며 시간과 비용도 발생한다.

이와 비슷한 제도로 경찰이 수사에 이용하는 수사관계사상조회서라는 것이 있다(형사소송법 제197조). 수사에 관한 사항을 회답받기 위한 것으로 이 또한 회답의무가 없다. 기업이라면 그 기업이나 소속하는 개인의 프라이버시가 중요한지 여부를 보고 판단한다.

재판례로서 우체국은 원래 국가기관이었으므로 재판소의 신청에 응해 정보를 공개회신하나, 민간기업이나 은행은 이에 대해서 상대방의 동의가 필요하다는 이유로 회답을 거부하는 사례가 있다.

X(원고·항소인)는 A를 피고로 제기한 손해배상 청구소송에서 수소 재판소에 대하여 전기 통신 사업자인 Y(피고·피항소인)을 촉탁처로서 A가 사용하고 있었다고 여겨지는 휴대전화에 대해서 계약 명의인의 주소 등의 조사촉탁을 신청했다. 이에 따라 수소재판소가 Y에 대하여 조사촉탁(민사소송법 제151조 제1항 제6호, 동조 제2항, 제186조 이하 ‘본건 조사촉탁’이라 한다)을 실시한 바, Y는 개인정보보호, 통신의 비밀 유지 및 기업 기밀의 비공개 등을 이유로 회답을 거절했다. X는 Y의 회답 거절이 불법행위에 해당한다고 하여 Y에 대해 손해배상을 요구했다.

원심판결(도쿄지법 2012. 5. 22)은 본건 조사촉탁의 일부에 대해서 Y는 해당 조사 촉탁에 회답하지 않는 행위에 대하여 소송당사자에 대한 불법행위가 성립할 여지는 없다고 하여 X의 청구를 기각했기 때문에 X가 항소했다(본건에서는 Y의 회답 의무에 대한 중간 확인의 소도 이루어지고 있으나, 원판결 및 본판결의 필요성에서 이익이 없다고 하



여 각하되었다).

항소법원은 회담의무의 성질에 대하여는 대체로 원판결과 같은 입장이면서도 조사촉탁의 회담결과에 가장 이해관계가 있는 것은 조사촉탁의 직권발동을 요구한 소송 당사자인 점이며, 그런데 이 소송 당사자에 대해서는 회담의무가 없다는 이유만으로 불법행위가 되지 않는다고 하는 것은 타당하지 않다. 따라서 조사촉탁을 받은 자가 회담을 요구받은 사항에 대해 회담해야 할 의무가 있음에도 불구하고 고의 또는 과실로 해당 의무를 위반하여 회신하지 않아서 조사촉탁의 직권 발동을 요구한 소송 당사자의 권리 또는 이익을 불법으로 침해하여 재산적 손해를 입혔으므로 불법행위가 성립한다고 하였다. 사안의 결론으로 본건 조사촉탁의 촉탁서에 촉탁 목적에 대한 기재가 없었던 점을 들어, Y로서는 '본건 조사촉탁의 목적이 밝히지 않은 이상 비밀유지 등을 위해 회담을 거부하여도 어쩔 수 없다'고 하여, Y의 회담 의무는 인정하면서도 불법행위의 성립은 부정했다.

재판소로부터의 조사촉탁에 대하여 촉탁처는 정당한 이유가 없는 회담의무를 진다고 해석하여, 회담의무는 재판소에 대하여는 공법상 의무이며, 조사촉탁을 제기한 소송당사자에 대하여는 의무가 아니라고 보고 있다. 이 판례는 조사촉탁에 대한 회담을 거절한 경우에 불법행위가 성립될 가능성을 긍정한 것으로 의미가 있다.

## V. 결론

이상에서 살펴본 바와 같이, 일본은 1945년 이후 미국적 위헌법률심사제를 도입하여 헌법소송의 길을 열었으나, 학자들의 활발한 논의와는 다르게 재판부는 여전히 헌법재판에서 소극적 자세를 취하고 있다. 헌법판단을 위한 사실인정 중 입법사실의 경우에 많은 연구가 있음에도 불구하고 실질적으로는 헌법재판에 적극적으로 대응하지 않고 있다는 비판을 받고 있다.

즉 판결 속에 어떠한 입법사실이 제출되었는가, 어떤 입법사실에 대해서 재판소가 직권으로 어떻게 확정된 것인가에 대해서 명시하지 않고 있으므로, 재판소가 헌법판단의 기초로서 입법사실이 어떠한 절차로 인정되었는가는 명확하지는 않다. 뿐만 아니라 상고이유서나 답변서에서도 입법사실을 알 수 있는 문헌 등이 명시되는 예가 거의 없으므로, 재판소가 상고이유서 등을 통해 어떠한 입법사실을 어떠한 절차로 인정한 것인가를 전혀 알 수 없는 상황이다.

이에 대해 미국과의 비교를 통해, 미국은 입법사실에 관한 다양한 자료가 공개되지만, 일본은 그 자료가 극히 미비한 점, 미국은 소송당사자가 입법자료나 조사위원회의 보고, 전문가의 저서나 논문 등을 모아 제출하고, 재판소는 그것을 활용하여 입법사실을 사법통지하는 방법을 채택하고 있지만, 일본은 어떠한 방식도 확립되어 있지 않다는 점, 미국은 입법사실의 인정은 사법통지에 의해 이루어지지만 일본은 어떤 규칙도 확립되어 있지 않다는 점, 미국은 재판소가 인정한 입법사실은 각주의 형식으로 판결문 속에 명시하지만 일본은 그러한 전통이 없는 점, 미국은 당사자이외 당사자의 입장에 좌우되지 않는 독립된 전문적인 의견서를 얻는 길이 있지만 일본은 그러한 제도가 없는 점 등을 들어 입법사실인정의 자의성을 억제하고 보다 객관적이고 공정한 제도를 위하여 최고재판소규칙에 의한 입법화를 요구하고 있는 실정이다.<sup>321)</sup>

## 제5절 우리나라 법원의 직권조사제도

### I. 행정소송법상 직권심리제도

---

321) 新正幸, 앞의 책, 600-601면.

행정소송법상 직권심리규정에 대하여 살펴본다.

행정소송법 제26조(직권심리)에 의하면, 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다. 일본의 행정사건소송법 제24조(직권조사)에 비견된다. 동조는 행정소송을 통해 공익이 실현되는 점에 의거하여 마련되었는데, 우리 행정소송법 제26조 역시 그러하다. 다만, 명문에서 우리의 경우 ‘당사자가 주장하지 아니한 사실’에 대한 부분을 의도적으로 규정한 것이 일본의 행정사건소송법과 다른 점이다.

‘직권심리’의 표제가 붙은 동 규정의 성격을 두고서 학설의 다툼이 있다. 이는 변론주의의 원칙과 관련하여 동 규정은 어떤 의미를 가지며, 또한 그 체계를 어떻게 설정할 것인지의 물음이다. 여기서 변론주의 보충설과 직권탐지주의설로 나뉜다.

다수의견인 변론주의 보충설은 당사자의 주장이나 주장하는 사실에 대한 입증활동이 충분하지 않은 경우에 법관이 직권으로 증거조사를 할 수 있다고 본다. 변론주의는 그 본질상 사적 자치 원칙에서 파생된 것인 만큼 실체적 진실 발견을 위한 합목적적 수단이기도 하고, 가사소송법 제17조<sup>322)</sup>와 같이 명문으로 직권주의를 채택하는 규정이 있는 것도 아니므로, 행정소송법 제26조는 변론주의의 원칙을 부분적으로 보완하기 위한 예외조항에 불과하며, 행정소송에도 원칙적으로 변론주의가 적용된다고 보아야 한다고 본다.<sup>323)</sup> 반면 직권탐지주의설은 행정소송에는 변론주의가 적용되지 않고 직권탐지주의가 적용된다는 견해로서, 전자에 비해 법원의 적극적 역할을 강조한다.<sup>324)</sup>

판례는 위 규정을 변론주의에 대한 일부 예외 규정이라고 보는 전

---

322) 가사소송법 제17조(직권조사) “가정법원이 가류 또는 나류 가사소송사건을 심리할 때에는 직권으로 사실조사 및 필요한 증거조사를 하여야 하며, 언제든지 당사자 또는 법정대리인을 신문할 수 있다.”

323) 서울행정법원 실무연구회, 행정소송의 이론과 실무(개정판), 사법발전재단, 2013, 222면 참조.

324) 위의 책, 222면 참조.

제에서 당사자주의나 변론주의의 기본구도는 여전히 유지된다고 본다. 법원은 기록상 현출되어 있는 사항에 관하여서만 직권으로 증거조사를 하고, 이를 기초로 하여 판단할 수 있다. 즉 당사자가 주장하지 않은 사실 역시 기록상 현출되어 있는 사항에 관한 것이어야 한다. 그리고 처분사유를 추가적으로 변경한 사안에서 당초의 처분사유와 기본적인 사실관계에 있어서 동일성이 없는 사유를 직권으로 인정하여 판단하는 것은 허용되지 않는 것으로 위법하다고 판시하였다.<sup>325)</sup> 반면 당사자가 주장하지 않았더라도 계쟁처분의 적법성에 관해 합리적 의심을 가질 상황에서는 제당사자가 제출한 소송자료에 대한 적극적인 접근을 일종의 의무로 파악함으로써 동 규정의 재량적 성격을 탈색시켰다. 대법원 2009두18035판결 역시 같은 맥락이다.

그리하여 행정소송의 심리는 처분권주의와 변론주의를 원칙으로 하고, 예외적으로 직권주의를 가미하여 이루어지고 있다. 행정소송에서도 소의 제기 및 종료, 심판의 대상을 당사자가 결정하는 이른바 처분권주의가 원칙적으로 적용되므로, 법원은 원고의 소 제기가 없는 사건에 대하여 심판할 수 없음은 물론, 소 제기가 있는 사건에 대하여도 원고의 청구범위를 넘어서 심판할 수 없다.<sup>326)</sup> 판결의 기초가 되는 사실과 그에 대한 자료는 당사자가 변론에 현출하여야 하고, 변론에 나타나지 않은 사항에 대하여는 판단할 수도, 판단할 필요도 없다. 행정소송법 제26조가 법원이 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다고 규정하고 있으나, 이 규정은 법원이 반드시 직권으로 증거를 조사하여야 한다거나, 아무런 제한 없이 당사자가 주장하지 아니한 사실을 판단할 수 있다는 의미는 아니고, 처분권주의·변론주의에 대하여 공법상의 법률관계를 대상으로 하는 행정소송의 특수성에 연유한 예외를 부분적으로 인정하

325) 대법원 2000. 3. 23. 선고 98두2768판결; 대법원 1987. 11. 10. 선고 86누491 판결; 대법원 1992. 3. 10. 선고 91누6030 판결; 대법원 1994. 10. 11. 선고 94누4820 판결; 대법원 1997. 10. 28. 선고 96누14425 판결 등 다수.

326) 대법원 1995. 4. 28. 선고 95누627 판결.

여 법원이 필요하다고 인정할 때에 한하여 청구의 범위 내에서, 일건 기록에 현출되어 있는 사항에 관하여 직권으로 증거조사를 하고, 이를 기초로 하여 판단할 수 있음을 허용한 규정일 뿐인 것으로 해석하므로, 취소소송처럼 처분의 적법성에 대한 주장·입증책임이 피고인 행정청에 있는 경우에도, 원고는 청구원인으로 단순히 그 처분이 위법하다는 것만을 주장하여서는 안 되고, 구체적으로 어떠한 점에서 위법한지를 먼저 주장하여야 한다.<sup>327)</sup> 원고가 청구원인으로 위법하다고 주장한 바가 심리판단의 주된 쟁점이 되고, 원고가 주장하지 않은 사유는 심리의 대상이 되지 않는 것이 원칙이다. 변론주의의 원칙이 적용되는 이상, 행정소송에 있어서도 요건사실에 관하여는 자백의 구속력이 인정되고, 법률문제나 보조사실, 간접사실에 대하여는 자백의 구속력이 인정되지 아니함이 원칙이나, 서증의 진정성립에 관한 자백에 구속력이 인정되는 것이나, 소송요건 등 공익적 사항은 직권조사사항으로서 자백의 대상이 되지 못하는 것도 민사소송과 같다.

입증책임과 관련하여서는 소송요건은 행정소송에서도 직권조사사항이지만 그 존부가 불명일 때에는 이를 결한 부적법한 소로서 취급하여 원고의 불이익으로 판단할 수밖에 없으므로, 결국 그에 대한 입증의 부담은 원고가 지는 셈이며, 행정소송의 입증책임에 관하여도 민소소송의 경우와 마찬가지로 법률요건분류설이 통설·판례의 입장이다. 이에 의하면, 권한행사규정의 요건사실은 그 권한행사의 필요 또는 적법성을 주장하는 자가 입증책임을 부담하므로, 적극적 처분에 대하여는 그 처분을 한 처분청이,<sup>328)</sup> 거부처분에 대하여는 원고가<sup>329)</sup> 입증책

327) 대법원 1981. 6. 23. 선고 80누510 판결; 대법원 1995. 11. 21. 선고 94누15864 판결; 대법원 1996. 6. 25. 선고 96누570 판결; 대법원 2000. 5. 30. 선고 98두20162 판결 참조.

328) 대법원 1995. 11. 21. 선고 94누15684 판결; 대법원 1999. 5. 11. 선고 97누3194 판결; 대법원 2000. 5. 30. 선고 98두20162 판결.

329) 특허와 같은 수익적 행정행위의 거부처분에는 타당하지만, 강박상 허가에 해당하는 수익적 행정행위의 거부처분의 경우 허가기준에 미달한다는 점은 여전히 피고가 입증하여야 한다고 하는 판례도 있다. 대법원 1986. 4. 8. 선고 86누107 판결.

임을 부담하고, 권한불행사규정이나 상실규정의 요건사실은 처분권한의 불행사나 상실을 주장하는 자가 입증책임을 부담하므로, 적극적 처분에 대하여는 원고가, 거부처분에 대하여는 처분청이 원칙적으로 입증책임을 부담하게 된다.<sup>330)</sup> 그러나 행정소송에서 입증책임을 법률요건분류설로 일관할 수는 없고, 입증자료가 누가 지배하는 영역에 있는지, 요증사실이 적극적 사실인지 소극적 사실인지 등 입증의 난이도, 사실이 존재할 개연성 등을 종합하여 입증책임을 분배함으로써 구체적으로 타당한 결과를 얻을 수 있도록 하여야 한다.<sup>331)</sup>

독일 행정법원법 제86조가 직권탐지주의를 적극적으로 표방한 것과 비교하면, 우리의 논의는 행정소송법 제26조의 의의를 적극적으로 실현하기 위한 노력을 경주하기보다는 단순히 보완적 수단으로 자리매김하는 데 그친다. 공익소송적 측면을 지닌 행정소송의 특수성을 감안하여 관련 논의를 새롭게 전개할 필요가 있다.<sup>332)</sup> 비록 직권심리의 표제가 붙었지만, 행정소송법 제26조는 현재법 제31조와 제32조의 존재와 비교해서 그 의미가 그다지 높지 않다.

이와는 달리 헌법재판에 있어서는 현재법 제31조 제1항은 직권탐지주의를 원칙으로 명시한 것으로 보는 입장이 지배적이다.<sup>333)</sup> 헌법재판은 민사재판과 달리 헌법규범의 해석과 이를 통한 객관적 헌법질서의 보장이 중요한 의미를 갖기 때문이다. 따라서 헌법재판의 유형에 따라 다소간 차이는 있겠지만, 객관소송으로서의 성질이 어떤 다른 일반재판보다도 강한 헌법재판의 일반심판절차에 관한 규정인 현재법 제31

330) 적극적 처분의 적법성에 대한 입증책임이 원칙적으로 피고(행정청)에게 있음에도, 위임법률과 합하여 법규적 효력을 가지는 법령보충적 행정규칙(표시·광고에 관한 공정거래지침)이 모법의 위임한계를 넘어서 입증책임을 원고에게 전환하는 규정을 두었다면, 그 행정규칙은 무효이다. 대법원 2000. 9. 29. 선고 98두12772 판결 참조.

331) 서울행정법원 실무연구회, 앞의 책, 225면 참조.

332) 김중권, 행정법(제5판), 법문사, 2023, 201면.

333) 현재 1993. 5. 13. 91헌마190, 판례집 5-1, 312, 320; 정중섭, 헌법소송법, 법문사, 2012, 147면; 허영, 헌법소송법론, 박영사, 2013, 147면; 헌법재판소, 헌법재판실무제요(제2개정판), 59면; 김용비/임진철, 앞의 논문, 28면 이하.

조 제1항은 행정소송과 달리 직권탐지주의를 변론주의에 대한 보충적 요소로서가 아니라 이를 원칙으로 채택하고 있다고 보아야 할 것이다.<sup>334)</sup>

## 1. 직권 증거조사

헌법소원심판이 청구되면 재판부는 사건의 심리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 다음의 증거조사를 할 수 있다(헌재법 제31조 제1항).

- ① 당사자 본인 또는 증인을 신문하는 일
- ② 당사자 또는 관계인이 소지하는 문서·장부·물건 기타 증거자료의 제출을 요구하고 이를 영치하는 일
- ③ 특별한 학식과 경험을 가진 자에게 감정을 명하는 일
- ④ 필요한 물건·사람·장소 기타 사물의 성상(性狀) 또는 상황을 검증하는 일

그 밖에 헌재법 제40조에 의하여 준용되는 행정소송법 또는 민사소송법상의 다른 증거조사, 예컨대 서증조사도 가능함은 물론이다. 헌법재판소 심판규칙은 문서가 있는 장소에서의 서증조사와 그 방법, 문서 송부촉탁을 받은 사람이나 서증조사대상인 문서를 가지고 있는 사람의 협력의무에 관하여 규정하고 있다.<sup>335)</sup> 헌재법 제31조는 지정재판부

334) 헌법재판에서 직권탐지주의가 행정소송에 비해 더 강하게 통용된다고 하면, 그에 걸맞게 헌재법 제31조 자체를 행정소송법 제26조보다 직권탐지주의가 더 많이 배어 있게 만들 필요가 있다.

335) 헌법재판소 심판규칙 제41조(문서가 있는 장소에서의 서증조사 등) ① 제3자가 가지고 있는 문서를 문서제출신청 또는 문서송부촉탁의 방법에 따라 서증으로 신청할 수 없거나 신청하기 어려운 사정이 있으면 헌법재판소는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 그 문서가 있는 장소에서 서증조사를 할 수 있다.

② 제1항의 경우 신청인은 서증으로 신청한 문서의 사본을 헌법재판소에 제출하여야 한다.

제42조(협력의무) ① 헌법재판소로부터 문서의 전부 또는 일부의 송부를 촉탁 받은 사람 또는 문서가 있는 장소에서의 서증조사 대상인 문서를 가지고 있는 사람은 정당한 이유 없이 문서의 송부나 서증조사에 대한 협력을 거절하지 못한다.

② 문서의 송부촉탁을 받은 사람이 그 문서를 보관하고 있지 아니하거나 그 밖에 송부촉탁에 따를 수 없는 사정이 있으면 그 사유를 헌법재판소에 통지하여야 한다.

의 심리에 준용되므로(헌재법 제72조 제5항), 지정재판부에서도 위 증거조사를 할 수 있고 수명재판관을 지정하여 그로 하여금 증거조사를 하게 할 수 있다. 한편 헌재법 제32조는 재판부는 결정으로 다른 국가 기관 또는 공공단체의 기관에 심판에 필요한 사실을 조회하거나, 기록의 송부나 자료의 제출을 요구할 수 있도록 하고 있고, 다만, 재판소추 또는 범죄수사가 진행 중인 사건의 기록에 대하여는 송부를 요구할 수 없도록 하고 있다. 이를 보완하여 헌법재판소 심판규칙 제41조는 문서가 있는 장소에서의 서증조사에 관하여 규정하고 있는바, 헌재법 제32조 단서에 따라 재판소가 기록의 송부를 요구할 수 없는 재판소추 또는 범죄수사가 진행 중인 사건의 기록에 대하여는 당사자의 신청 또는 직권으로 서증조사를 통하여 필요한 증거자료를 확보할 수 있을 것이다. 그런데 헌법재판소 심판규칙 제42조는 협력의무를 규정하면서 문서송부촉탁을 받은 사람이나 서증조사의 대상인 문서를 가지고 있는 사람에 대한 협력의무만을 규정하고 있고, 사실조회를 의뢰 받은 국가기관이나 공공단체의 협력의무에 대하여 규정하고 있지 않다. 충분한 증거자료의 확보를 통한 정확한 사실인정을 위하여 사실조회를 의뢰받은 국가기관이나 공공단체의 협력의무에 대하여도 헌법재판소 심판규칙에 규정할 필요가 있다.<sup>336)</sup> 이와 관련하여 개인정보보호

336) 헌재 2018. 8. 30. 2014헌마368 건강보험 요양급여내역 제공 요청 및 제공 행위 등 위헌확인(국민건강보험공단의 서울용산경찰서장에 대한 요양급여내역 제공행위 위헌확인 사건), 판례집 30-2, 363에서 헌법재판소는 서울용산경찰서장이 국민건강보험공단에 청구인들의 요양급여내역에 관한 사실조회를 할 수 있었던 근거조항인 형사소송법 제199조, 구 경찰관직무집행법 제8조, 구 개인정보 보호법 제18조 제2항 제7호에 대하여, 이 사건 사실조회조항은 수사기관에 공사단체 등에 대한 사실조회의 권한을 부여하고 있을 뿐이고, 국민건강보험공단은 서울용산경찰서장의 사실조회에 응하거나 협조하여야 할 의무를 부담하지 않는다고 보았다. 따라서 이 사건 사실조회행위만으로는 청구인들의 법적 지위에 어떠한 영향을 미친다고 보기 어렵고, 국민건강보험공단의 자발적인 협조가 있어야만 비로소 청구인들의 개인정보자기결정권이 제한되므로, 이 사건 사실조회행위는 공권력 행사성이 인정되지 않는다고 보았다.

그러나 서울용산경찰서장이 위 사실조회조항에 근거하여 국민건강보험공단에 대하여 한 사실조회에 대하여 국민건강보험공단이 청구인들의 요양급여내역을 제



등을 위하여 필요하다면 헌법재판소 재판관이나 연구관 및 관계자들의 소송자료에 관한 비밀유지의무를 아울러 규정할 수 있을 것이다.

그동안 헌법재판소의 대심판정 외에서 행한 증거조사의 예를 들어 보면 1988. 12. 17. 현장검증(88헌마4), 1989. 6. 2. 현장검증 및 증인·당사자본인신문(89헌마5), 1989. 6. 23. 현장검증(89헌마46), 1989. 7. 11. 당사자본인신문(89헌마61), 1989. 8. 16. 증인신문(89헌마181), 1989. 11. 17. 서증조사(89헌마31), 1990. 7. 31. 현장검증(89헌마99), 1991. 2. 8. 서증조사 및 증인신문(90헌마115), 1993. 8. 24. 녹음테이프등 검증(90헌마125, 법률안 ‘날치기통과’사건)<sup>337)</sup> 등이 있는바,<sup>338)</sup> 이들은 거의 모

---

공한 행위는 과잉금지원칙을 위배하여 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해한다고 판시하였다.

이러한 판시에 따르면, 국가기관이나 공공단체가 반드시 응답할 의무가 없는 수사기관이나 재판기관의 사실조회에 응하여 타인의 개인정보와 관련된 사실을 제공할 경우 개인정보자기결정권을 침해하는 결과가 될 것을 우려하여 사실조회에 대한 응답을 회피할 가능성이 커지게 된다.

- 337) 헌법재판절차에서는 사실인정의 문제가 크게 부각되지 아니하므로 증거조사가 국민의 관심을 끄는 경우가 드물다. 그러나 이날 국회에서 행해진 현장검증은 많은 관심을 끌었다. 조규광 헌법재판소장을 비롯한 재판관 9인 전원이 이날 국회를 방문하였으나 본회의장에는 들어가지 못하고, 국회의장(이만섭)의 집견실에서 입법과정에 대하여 비디오테이프와 녹음테이프를 검증하고 국회의사극장으로 부터 참고인진술을 들었다. 헌법재판소, 헌법재판소 20년사, 199면. 그러나 위 사건에서 헌법재판소는 헌법 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원은, 헌법이 보장하는 기본권의 주체가 국가기관의 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 그 기본권을 침해받았을 경우 이를 구제하기 위한 수단으로 인정된 것이므로, 헌법소원을 청구할 수 있는 자는 원칙으로 기본권의 주체로서의 국민에 한정되며 국민의 기본권을 보호 내지 실현할 책임과 의무를 지는 국가기관이나 그 일부는 헌법소원을 청구할 수 없다.

국회의원이 국회 내에서 행하는 질의권·토론권 및 표결권 등은 입법권 등 공권력을 행사하는 국가기관인 국회의 구성원의 지위에 있는 국회의원에게 부여된 권한이지 국회의원 개인에게 헌법이 보장하는 권리 즉 기본권으로 인정된 것이라고 할 수 없으므로, 설사 국회의장의 불법적인 의안처리행위로 헌법의 기본원리가 훼손되었다고 하더라도 그로 인하여 헌법상 보장된 구체적 기본권을 침해당한 바 없는 국회의원인 청구인들에게 헌법소원심판청구가 허용된다고 할 수 없다는 이유로 심판청구를 각하하였다. 결과적으로 헌법소원의 적법요건을 충족하지 못하여, 각하할 사건에 대하여 재판관 전원이 국회 현장검증 및 비디오테이프와 녹음테이프 검증 및 참고인 진술

두 수명재판관을 지정하여 행하여졌다. 사실상 헌법재판소는 One-bench system으로서 심판정에서 이루어지는 변론기일의 증거조사 외에 9인의 재판관 모두가 참여하는 증거조사는 현실적으로 이루어지기가 매우 어렵다. 한편 지정재판부의 사전심사단계에서의 증거조사는 사실조회를 제외하면 실무상 거의 행해지고 있지 않다. 또한 헌법재판소에서 감정인을 선정하여 감정을 명한 경우는 2019. 10. 1.을 기준으로 단 한 건도 존재하지 않는 것으로 보인다.

## 2. 사실의 직권 탐지

당사자의 변론(주장)은 법원(헌법재판소)의 직권탐지를 보완하는 데 그치며, 당사자가 주장하지 않은 사실도 직권으로 수집하여 결정의 기초로 삼아야 한다. 다만, 직권에 의한 사실의 수집은 무제한인 것이 아니라 기록에 나타난 사실에 한한다는 것이 대법원의 판례이다.<sup>339)</sup> 또한 대법원은 “행정소송법 제26조는 ‘법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.’고 규정하고 있기는 하나, 이는 행정소송의 특수성에서 연유하는 당사자주의·변론주의의 일부 예외 규정일 뿐, 법원은 아무런 제한 없이 당사자가 주장하지 않은 사실을 판단할 수 있다는 것은 아니다.”라고 판시하여,<sup>340)</sup> 행정소송법의 위 규정은 원고의

---

청취를 행한바, 본안에 관한 증거조사는 적법요건의 구비여부에 대한 심리, 판단이 이루어진 후에 본안판단에 나아갈 것이 확실한 사건에 대하여 이루어지는 것이 바람직해 보인다.

338) 그 밖에 2000헌마96등 한의사전문의의 수련 및 자격인정 등에 관한 규정 제18조 등 위헌확인사건에서 증인신문을, 99헌마289 국민건강보험법 제33조 제2항 등 위헌확인사건에서 청구인본인신문을 하였고, 92헌마237 도로예정지미수용 위헌확인사건에서 현장검증을 실시하였다. 헌법재판소, 헌법재판소 20년사, 198-199면.

339) 대법원 1981. 3. 24. 선고 80누493 판결; 대법원 1989. 8. 8. 선고 88누3604 판결.

340) 대법원 1986. 6. 24. 선고 85누321 판결. 같은 취지로 대법원 2006. 9. 22. 선고 2006두7430 판결; 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009두18035 판결; 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010두20980 판결; 대법원 2013. 8. 22. 선고 2011두26589 판결 참조.

청구범위를 유지하면서 공익상 필요한 경우에는 그 범위 내에서 청구 외의 사실에 대하여도 판단할 수 있다는 뜻, 즉 필요한 범위 내에서의 직권 탐지의 뜻으로 해석하고 있다.<sup>341)</sup>

행정소송에 있어서 특단의 사정이 있는 경우를 제외하면 당해 행정 처분의 적법성에 관하여는 당해 처분청이 이를 주장·입증하여야 할 것이나 행정소송에 있어서 직권주의가 가미되어 있다고 하여도 여전히 변론주의를 기본구조로 하는 이상 행정처분의 위법을 들어 그 취소를 청구함에 있어서는 직권조사사항을 제외하고는 그 취소를 구하는 자가 위법사유에 해당하는 구체적인 사실을 먼저 주장하여야 하는 한편 (대법원 1981. 6. 23. 선고 80누510 판결, 1995. 7. 28. 선고 94누12807 판결 등 참조), 법원의 석명권 행사는 사안을 해명하기 위하여 당사자에게 그 주장의 모순된 점이나 불완전·불명료한 부분을 지적하여 이를 정정·보충할 수 있는 기회를 주고 또 그 계쟁사실에 대한 증거의 제출을 촉구하는 것을 그 내용으로 하는 것이며, 당사자가 주장하지도 않은 법률효과에 관한 요건사실이나 공격방어방법을 시사하여 그 제출을 권유하는 행위는 변론주의의 원칙에 위배되고 석명권 행사의 한계를 일탈한 것(대법원 1990. 4. 27. 선고 89다카7563 판결, 1999. 7. 9. 선고 98다13754, 13761 판결 등 참조)이라고 판시하였다.<sup>342)</sup>

그러나 앞서서도 본 바와 같이 헌법재판소는 헌법소원심판이 청구되면 청구인의 주장에만 얽매어 판단을 한정하지 않고, 가능한 한 모든 범위에서 헌법상의 기본권 침해여부를 직권으로 심사한다. 나아가 헌법재판소는 “헌법소원심판제도는 변호사 강제주의, 서면심리주의, 직

---

341) 행정소송에서 직권심리의 범위에 관하여 직권탐지주의를 인정할 것인지에 대하여는 ‘변론주의보충설’과 ‘직권탐지주의설’이 대립하나, “당사자의 입증활동이 부족한 경우에도 당사자가 주장하지 않은 사실에까지 직권탐지를 허용하는 것은 변론주의원칙에 반하는 것이며, 당사자가 적극적 또는 소극적으로 주장한 사실에 대하여 법원이 보충적으로 직권증거조사를 하는 것은 가능하다.”는 전자의 견해가 다수의 지지를 받고 있으며, 법원도 변론주의보충설의 입장인 것으로 보인다. 이철환, 행정쟁송법 이론과 판례, 전남대학교출판문화원, 2019, 358-359면.

342) 대법원 2000. 3. 23. 선고 98두2768 판결 참조.

권심리주의, 국가비용부담 등의 소송구조로 되어 있어서 민사재판과 같이 대립적 당사자 간의 변론주의 구조에 의하여 당사자의 청구취지 및 주장과 답변만을 판단하면 되는 것이 아니고, 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 변호사의 조력을 받아 그 침해된 권리의 구제를 청구하는 것이므로 소송비용과 청구양식에 구애되지 않고 청구인의 침해된 권리와 침해의 원인이 되는 공권력의 행사 또는 불행사에 대하여 직권으로 조사, 판단하는 것을 원칙으로 하고 있다.”고 판시한 바 있다.<sup>343)</sup> 이는 헌법소원심판이 개인의 권리구제뿐만 아니라 객관적 헌법질서를 수호하는 객관소송의 성격을 갖고 있기 때문이다. 따라서 행정소송보다 객관소송으로서의 성질이 보다 뚜렷한 헌법재판에 있어서는 사실의 직권탐지에 있어서도 행정소송에 있어서의 법원과 같이 직권에 의한 사실탐지의 범위를 기록에 나타난 사실에 한하는 것으로 보아서는 안 될 것이다.

## II. 가정법원의 가사조사관제도와 소년조사관제도

가정법원의 가사조사관제도, 소년법상 소년조사관제도에 관하여 살펴본다.

가사소송법 제6조, 소년법 제11조는 각각 가사조사관제도, 소년조사관제도를 규정하고 있다. 본 연구에서는 이러한 조사관제도의 내용과 실제 운용 모습을 검토하여, 헌법재판에서의 활용가능성을 타진해본다.

### 1. 가사조사관제도

가사조사관은 가정법원에 근무하여 가사사건, 소년·가정·아동보호사건의 조사를 담당하는 가정법원조사관을 통칭하는 용어이며, 일반적으로 가정법원 조사관은 가사조사관으로 이해되기도 하는데, 관련 법률

343) 헌재 1993. 5. 13. 91헌마190, 판례집 5-1, 312, 320면.

이나 규칙 등에서는 그냥 ‘조사관’이라고 규정하고 있다.

가사조사관은 법원조직법 제54조의 3의 규정에 따라,<sup>344)</sup> 필요한 자료를 수집·조사하고, 그 밖에 필요한 업무를 담당한다. 그런데 대법원 규칙에도 가사조사관의 직역에 관한 상세한 규정은 마련되어 있지 않다.<sup>345)</sup>

가사조사관은 심판에 필요한 자료의 수집, 그 밖에 사건의 처리에 필요한 조사업무, 가사소송법에 따른 조사업무를 행한다(법원조직법 제54조의 3 제2항). 이와 같은 조사업무에는 사실의 조사, 의무이행상태의 점검과 권고, 당사자 또는 사건관계인의 가정 그 밖의 주위환경의 조정을 위한 조치(가사소송규칙 제8-9조, 제12조, 제122조), 가사사건의 기일예의 출석과 의견진술(가사소송규칙 제13조) 등이 있는데, 이들 직무 중 가장 중요하고도 기본적인 것은 사실의 조사와 보고업무라고 할 수 있다.<sup>346)</sup>

가사조사관은 재판장, 조정장 또는 조정담당판사의 명을 받아 그 명령받은 사항에 대하여 조사하며(가사소송법 제6조, 가사소송규칙 제8, 9조 제1항), 필요에 따라 사건관계인의 학력, 경력, 생활상태, 재산상태와 성격, 건강 및 가정환경 등에 대하여도 조사한다(가사소송규칙 제9조 제2항). 재판장, 조정장 또는 조정담당판사의 이러한 조사명령에는

---

344) 법원조직법 제54조의3(조사관) 제1항 “대법원과 각급 법원에 조사관을 둘 수 있다.” 동조 제2항 “조사관은 법관의 명을 받아 법률 또는 대법원규칙으로 정하는 사건에 관한 심판에 필요한 자료를 수집·조사하고, 그 밖에 필요한 업무를 담당한다.” 동조 제3항 “대법원장은 다른 국가기관에 대하여 그 소속 공무원을 조사관으로 근무하게 하기 위하여 법원에의 파견근무를 요청할 수 있다.” 동조 제4항 “조사관의 자격, 직제 및 인원과 그 밖에 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.”

345) 법원조사관 등 규칙 제2조(조사관) 제1항 “법원조사관은 4급·5급 법원공무원 및 임기제공무원 또는 「법원조직법」 제54조의3 제3항에 의하여 파견된 공무원으로 지정한다.”  
가사조사관·소년사건조사관·가정보호사건조사관 및 아동보호사건조사관은 조사서기관·조사사무관·조사주사·조사주사보 또는 이에 상당하는 임기제공무원 중에서 지정한다. 다만, 특별한 사정이 있는 경우에는 법원서기관·법원사무관·법원주사 또는 법원주사보 중에서 지정할 수 있다. - 라는 정도의 규정만 있을 뿐이다.

346) 법원행정처, 법원실무제요 가사, 2010, 114면.

조사의 대상자, 조사사항, 조사방법 등을 특정하지 않고 가사조사관에  
 게 일임하여 당해 사건의 심리에 필요하다고 생각되는 사실관계 전반  
 에 관하여 조사하도록 하는 포괄조사명령과 조사할 사항을 특정하여  
 한정된 범위 내에서 조사할 것을 명하는 부분조사명령 또는 개별조사  
 명령이 있는데, 사전조사는 사건의 개요나 분쟁의 실태를 파악하기 위  
 하여 행하는 것이 일반적이므로 성질상 포괄조사가 많고, 진행 중의  
 조사나 사후조사는 부분조사인 경우가 많다. 다만, 포괄조사에 있어서  
 는 가사조사관이 스스로 사건처리에 필요한 것으로 예상되는 사항을  
 예측하여 조사하여야 하는 관계로 가사조사관의 업무 부담이 많다고  
 할 수 있다.

법원의 조사명령에 의하여 가사조사관이 사실조사를 진행하는 경우  
 에는 심리학, 사회학, 경제학, 교육학 그 밖의 전문적인 지식을 활용하  
 여 조사하는 것이 원칙이다.<sup>347)</sup> 가사소송규칙에 따른 과학적 조사의  
 원칙에도 불구하고 가사조사관이 조사대상자를 직접 대면하여 문답을  
 통하여 사실을 조사하는 면접조사방법이 가장 보편적으로 운용되고  
 있는데, 특히 가사조사관 중에서 일반조사관들의 경우가 대부분의 사  
 건에서 면접조사방식을 기본적인 조사방법으로 하여 사실조사를 진행  
 하고 있다. 재판장, 조정장 또는 조정담당판사로부터 받은 조사명령에  
 기한을 정함이 없는 때에는 그 명령을 받은 때로부터 2월 이내에 조  
 사를 완료해야 하기 때문에(가사소송규칙 제10조) 사실상 사실조사는  
 조사명령 이후 2월 이내에 완료되어야 한다. 가사조사관이 사실조사를  
 마친 때에는 조사보고서를 작성하여 조사명령을 한 재판장, 조정장 또  
 는 조정담당판사에게 보고하여야 한다.<sup>348)</sup>

347) 가사소송규칙 제9조(가사조사관의 사실조사) 제1항 “가사조사관은 조사를 명령받  
 은 사항에 관하여 독립하여 조사한다.”

동조 제2항 “가사조사관은 필요에 따라 사건관계인의 학력, 경력, 생활상태, 재  
 산상태와 성격, 건강 및 가정환경등에 대하여 심리학, 사회학, 경제학, 교육학 기  
 타 전문적 지식을 활용하여 조사하여야 한다.”

348) 가사소송규칙 제11조(조사보고서의 작성) 제1항 “가사조사관이 사실조사를 마친  
 때에는 조사보고서를 작성하여 조사명령을 한 재판장, 조정장 또는 조정담당판

가사조사관은 조사명령에 따른 사실조사 이외에도 가정법원, 조정위원회 또는 조정담당판사의 요구에 따라 기일에 출석시켜서 의견을 진술하는 업무도 할 수 있다.<sup>349)</sup> 그 밖에도 가사조사관은 조정을 위한 조치,<sup>350)</sup> 의무이행실태 조사 및 이행권고<sup>351)</sup> 등의 가사소송규칙상의 업무를 수행하고 있다.

가정법원의 가사조사관제도는 미군정시대에 그 효시를 두고 있고, 1963년 서울가정법원이 창립되면서 인간행동과학 전문가들을 채용한 적이 있어서, 가사조사관의 필요성에 대하여 사법부가 초기부터 인식하고 있었던 것으로 보이며, 가사조사관의 필요성을 법제에 반영하고자 구 가사심판법 뿐만 아니라 법원조직법의 개정을 통하여 가사조사관제도를 마련하였다. 그러나, 구 1963년 가사심판법 제정 시부터 인정되고 있었던 가사조사관제도가 1987년에 이르러서야 비로소 법원조직법에 반영되었고, 1994년 법원조직법 개정으로 사법보좌관이 가사조사관의 업무를 담당하게 하였다가, 2005년 법원조직법 개정으로 지금의 가사조사관제도가 마련되는 등 가사조사관이 법원조직법상 법원의 구성원으로 규정되기까지 많은 어려움이 있었다.<sup>352)</sup> 이러한 어려움은 가사조사관의 확보와 운용에도 많은 영향을 미치게 되었고, 현재 가사조

---

사에게 보고하여야 한다.”

동조 제2항 “조사보고서에는 조사의 방법과 결과 및 가사조사관의 의견을 기재하여야 한다.”

동조 제3항 “가사조사관은 전문가의 감정 기타 조력이 필요하다고 인정할 때에는 그 취지를 기재하여야 한다.”

349) 가사소송규칙 제13조(가사조사관의 기일에의 출석) “가정법원, 조정위원회 또는 조정담당판사는 가사조사관을 기일에 출석시켜 의견을 진술하게 할 수 있다.”

350) 가사소송규칙 제12조(사회복지기관과의 연락등) “재판장, 조정장 또는 조정담당판사는 사건처리를 위하여 당사자 또는 사건관계인의 가정 기타의 환경을 조정할 필요가 있는 때에는 가사조사관으로 하여금 사회복지기관과의 연락, 기타의 조정 조치를 하게 할 수 있다. 이 경우에는 제11조제1항 및 제2항의 규정을 준용한다.”

351) 가사소송규칙 제122조(가사조사관에 의한 조사등) “가정법원은 권리자의 신청이 있는 때에는, 이행명령을 하기 전이나 후에, 가사조사관으로 하여금 의무자의 재산상황과 의무이행의 실태에 관하여 조사하고, 의무이행을 권고하게 할 수 있다.”

352) 김성태, “가사조사관제도의 개선방안에 관한 소고”, 법학논총 제49집, 2021, 69면 참조.

사관제도의 가장 큰 문제라 할 수 있는 가사조사관의 전문성과 인력 확충의 문제로 연결되나, 이러한 문제의 근본원인은 가사조사관제도에 대한 인식부족이라 할 수 있으므로, 법률의 근거를 마련하거나 아니면 위임받은 사항에 관하여 가사조사관규칙을 마련하여 가사조사관의 법적지위를 재정립할 필요가 있다고 한다.<sup>353)</sup> 한편 사실조사가 충실히 작성된 조사보고서가 재판에 반영되기 위해서도 가사조사보고서의 내용을 충실히 작성할 수 있는 전문조사관 수준의 업무능력이 요구되므로, 가사조사관의 운영에 있어서 전문조사관의 직역으로 집중할 필요가 있다고 한다.<sup>354)</sup>

## 2. 소년조사관 제도

우리나라의 경우 1963. 7. 31. 법원조직법 개정으로 가정법원이 신설되고 같은 날 소년법이 개정되면서 가정법원 소년부가 소년심판을 담당하게 되었다. 1963년 가정법원 창설 이후 수차례 진행했던 가사·소년보호·가정보호 조사관(가정법원조사관)의 전문화를 위한 시도가 실패하면서 법원 일반사무직 공무원이 조사업무를 담당하게 되어, 소년조사업무가 거의 사장되었던 시기도 있었다. 그런데 소년법이 2007. 12. 21. 개정되면서 회복적 사법이념이 도입되고, 소년보호대상 연령이 인하되었으며, 보호처분이 다양화·내실화되고, 인권보장 관련 규정이 강화되었으며, 비행예방 기본규정이 신설되는 등 소년사법체계에 많은 변화가 생기게 되었다.

소년법 개정과 가정법원의 복지적 기능의 강화정책은 소년조사관의 역할을 더욱 중요시하고 있다. 2007. 12. 21. 개정된 소년법은 소년사건 대상 나이 인하, 회복적 사법이념의 도입, 보호처분의 내실화 및 다양화와 같은 1988년 소년법 전면개정 이후 제기되어 온 문제의 해결방

---

353) 김성태, 앞의 논문, 69-70면 참조.

354) 김성태, 앞의 논문, 70-77면 참조.



안이 포함되었다. 개정된 소년법에 따라 소년심판을 진행해야 했던 가정법원은 외부기관과의 연계체제 강화와 가정법원 소년조사관의 역할 확대를 필요로 하게 되었다.<sup>355)</sup> 소년조사관의 업무수행은 소년조사와 법원 외부 전문가와 외부기관의 발굴, 연계, 공동 프로그램 운영, 집행 상황 보고, 소년과 보호자 교육, 심판기일 출석의 순으로 그 비중이 나타나고 있다.<sup>356)</sup>

일반적으로 소년의 비행은 부모 및 가족과의 관계에 밀접한 영향을 받고, 소년의 인격, 성격, 행동경향 등 성행의 문제와 교우관계, 학교생활 등 환경의 문제가 복잡하게 연관된 경우가 많으므로, 소년보호의 목적을 달성하기 위하여는 처분의 기초가 되는 소년의 성장과정, 환경, 성격, 정신상태, 비행동기 등 기타 제반 사정을 의학, 심리학, 교육학, 사회학 및 기타 전문지식을 활용하여 조사해야 한다.<sup>357)</sup> 또한 조사의 목적을 달성하기 위하여 면접조사, 조회조사, 환경조사, 각종 검사, 기록조사, 그 밖에 소년의 행동관찰 등의 방법을 활용할 수 있다.<sup>358)</sup> 이

355) 한숙희, “촉법소년의 연령인하에 따른 가정법원의 역할과 과제”, 2008년 한국형 사정책연구원 춘계형사정책연구세미나 자료집, 2008, 92-108면 참조.

356) 송현중/노혜련, “가정법원 소년조사관의 업무와 역할에 관한 연구”, 소년보호연구 제20호, 2012, 323면.

357) 소년법 제9조(조사 방침) “조사는 의학·심리학·교육학·사회학이나 그 밖의 전문적인 지식을 활용하여 소년과 보호자 또는 참고인의 품행, 경력, 가정 상황, 그 밖의 환경 등을 밝히도록 노력하여야 한다.”

358) 소년심판규칙 제11조(조사의 방법) 제1항 “조사는 다음 각 호의 사항에 관하여 한다.

1. 비행사실, 그 동기와 비행후의 정황 및 비행전력
2. 소년과 보호자의 교육정도, 직업, 소년과 보호자의 관계, 소년의 교우관계 및 소년의 가정환경
3. 소년비행화의 경위 및 보호자의 소년에 대한 보호감독상황과 향후의 보호 능력
4. 피해자에 대한 관계 및 재비행의 위험성과 정도
5. 소년의 심신상태
6. 그 밖에 심리와 처분을 함에 필요한 사항”

동조 제2항 “조사관은 필요한 경우에 공무소나 공사단체에 조회하여 필요한 사항의 조사, 보고 또는 필요한 사건의기록이나 서류를 넘겨줄 것을 요구할 수 있다.”

동조 제3항 “조사관은 제1항 각 호의 사항을 조사하기 위하여 소년, 보호자, 참고인 그 밖에 필요한 사람의 출석을 요구하거나 방문하여 면접, 관찰 또는 심리 검사 등을 할 수 있다. 이 경우의 출석요구는 출석요구서의 송달 그 밖에 적당한 방법으로 할 수 있다.”

를 위하여 가정법원은 인간 행동과학 분야의 전문적 지식을 지닌 소년조사관을 두고 있다.

대법원과 각급 법원은 조사관을 두어 법관의 명령을 받아 법률 또는 대법원규칙이 정하는 사건에 관한 심판에 필요한 자료의 수집, 기타 사건의 처리에 필요한 조사업무를 하게 할 수 있다(법원조직법 제 54조의 3 제1항, 제2항). 소년조사관은 원칙적으로 조사서기관·조사사무관·조사주사·조사주사보 또는 이에 상당하는 임기제 공무원 중에서 지정하고, 다만, 특별한 사정이 있는 경우에는 법원서기관·법원사무관·법원주사 또는 법원주사보 중에서 지정할 수 있다(법원조사관 등 규칙 제2조 제2항).

소년조사관의 직무로는 소년부 판사의 명에 의하여, ① 소년, 보호자 또는 참고인의 심문 기타 필요사항의 조사, ② 보호처분 제1호, 제6호, 제7호의 집행상황 보고, ③ 심리기일에의 출석과 의견진술, ④ 동행영장의 집행 등이 있다. 그 중 조사 및 집행상황 보고는 조사관이 판사의 명을 받아 행하지만, 그 직무의 내용에 있어서는 독자적인 입장에서 전문적으로 이를 수행한다.

이러한 소년조사관의 직무특성으로는 전문성,<sup>359)</sup> 교육적 기능,<sup>360)</sup> 독립성,<sup>361)</sup> 보조성<sup>362)</sup>을 들 수 있다.<sup>363)</sup>

---

359) 위 소년법 제9조 참조.

360) 가정법원이 소년의 건전한 성장이라는 소년법의 목적을 달성하기 위해서는 소년의 비행에서 표면적으로 나타나는 현상이나 결과에 대한 시비를 판단하는 것만으로는 부족하다. 소년이나 보호자가 스스로 문제를 깨닫고 정리하여 해결해 나아갈 수 있도록 지지하거나 시사회 줄 때 소년의 실질적인 문제가 해결될 수 있다. 즉, 소년사건의 실질적인 원인을 조사·파악하는데 그치지 않고 인간관계를 조정하거나 각종 교육적 개입을 하는 것이 소년의 건전한 성장을 확보하는 기초가 된다. 소년조사관은 인간관계 과학의 전문지식을 활용하여 수집한 자료를 분석·진단하여 소년의 처우에 관한 의견을 보고하고 진술하며, 조사시 면접·관찰 또는 심리검사 등의 전문적 기법을 사용하고, 소년 등에 대하여 교육적으로 접근하는 사례관리자로서의 역할을 한다.

361) 소년조사관은 독립된 기관으로서 고유의 업무를 수행하고 그 의견을 보고·진술하는 등 독립적으로 업무를 처리한다.

362) 소년조사관이 자신의 판단으로 조사 업무를 개시할 수는 없으며, 조사의 범위도 소년부 판사에게 명령받은 사항에 한정된다.

363) 서울가정법원, 소년조사 관리모델 실무편람, 2015, 10면 참조.

### III. 민·형사소송법상 전문심리위원제도

민사소송법 제164조의2, 형사소송법 제279조의2는 각각 민·형사재판에서 전문심리위원제도를 규정하고 있다. 본 연구에서는 이러한 전문심리위원제도의 내용과 실제 운용 모습을 검토하여, 헌법재판에서의 활용가능성을 타진해본다.

#### 1. 제도의 취지

전문심리위원제도는 전문적인 지식이 요구되는 사건에서 관련분야의 외부 전문가를 소송절차에 참여시켜, 전문적인 지식에 의한 설명이나 의견을 담은 서면을 제출하거나 기일에 참석하여 전문적인 지식에 의한 설명이나 의견을 진술하도록 함으로써 재판의 전문성을 보완하고 재판절차를 충실하게 하려는 제도이다.<sup>364)</sup> 2007. 7. 13. 민사소송법 일부개정예에 의해 도입되었으며, 같은 해 12. 21. 개정된 형사소송법에 전문심리위원에 관한 규정이 신설되어 입법되었다. 전문심리위원제도 이전에도 전문가를 감정인으로 지정하는 제도는 존재하였는데, 형사소송에서 공판중심주의를 강화하면서 전문 감정인제도와는 별개로 전문심리위원제도를 두게 된 것이다.

민사소송법 제164조의 2<sup>365)</sup>에 의하면, 전문심리위원은 지식재산권,

---

364) 함영주, “전문심리위원제도의 운용방향에 대한 검토”, 민사소송 제13권 제1호, 2009, 283-314면.

365) 민사소송법 제164조의2(전문심리위원의 참여) 제1항 “법원은 소송관계를 분명하게 하거나 소송절차(증거조사·화해 등을 포함한다. 이하 이 절에서 같다)를 원활하게 진행하기 위하여 직권 또는 당사자의 신청에 따른 결정으로 제164조의4 제1항에 따라 전문심리위원을 지정하여 소송절차에 참여하게 할 수 있다.” 동조 제2항 “전문심리위원은 전문적인 지식을 필요로 하는 소송절차에서 설명 또는 의견을 기재한 서면을 제출하거나 기일에 출석하여 설명이나 의견을 진술할 수 있다. 다만, 재판의 합의에는 참여할 수 없다.” 동조 제3항 “전문심리위원은 기일에 재판장의 허가를 받아 당사자, 증인 또는 감정인 등 소송관계인에게 직접 질문할 수 있다.” 동조 제4항 “법원은 제2항에 따라 전문심리위원이 제출한 서면이나 전문심리위원의 설명 또는 의견의 진술에 관하여 당사자에게 구술 또는 서면에 의한 의견 진술의 기회를 주어야 한다.”

건축, 의료, 환경 등 전문적인 분야의 사건에서 지식과 경험이 풍부한 전문가로서, 해당 소송절차에서 소송관계를 분명하게 하거나 소송절차를 원활하게 진행하기 위하여 설명 또는 의견을 제출하도록 법원이 지정한 사람을 말한다. 전문심리위원을 소송절차에 참여하게 하는 목적은 소송관계를 분명하게 하거나 소송절차를 원활하게 진행하기 위해서이다.

소송관계를 분명하게 하기 위한 구체적인 경우는, 건설관계, 의료관계 소송 등에서 당사자의 하자 주장, 의료과실 주장이 분명하지 아니한 경우, 전문적인 용어, 도면 등이 기재된 많은 서증이 제출되어 당사자의 청구 내용을 쉽게 이해하기 어려운 경우 등이 될 것이다. 소송절차를 원활하게 진행하기 위한 구체적인 경우는, 특수하고 복잡한 사안에 대한 감정 가능성, 감정신청의 적정성 판단, 감정사항의 확정 등과 관련하여 신속한 감정 절차 진행을 위하여 전문심리위원의 설명이나 의견을 들을 필요가 있는 경우 등일 것이다. 소송관계를 분명하게 하기 위하여 민사소송법 제140조(법원의 석명처분)에 정해진 석명처분을 할 수도 있지만, 보다 신속하고 효율적인 방법으로 전문심리위원 제도를 도입한 것이다.<sup>366)</sup>

세부 전문분야에 대한 매우 전문적인 지식이 필요한 문제에 있어 판사가 그 지식을 갖추는 것은 현실적으로 기대하기 어렵다. 그러한 지식이 필요한 경우 당사자들의 신청에 의하여 감정을 하여야 하는데, 비용 등의 문제로 감정이 적절하지 않은 경우 판사는 비공식적으로 해당 분야의 전문가를 통하여 설명을 들을 수밖에 없다. 따라서 위 제도는 이러한 점을 개선하여 정규 제도화하여 재판의 전문성을 보완하고 재판절차를 충실히 하기 위하여 마련된 제도라 할 수 있다<sup>367)</sup>

---

366) 법원행정처, 전문심리위원 제도 해설, 2007, 1면 참조.

367) 임채웅, “민사소송법의 전문심리위원제도에 관한 연구”, 민사소송 제11권 제2호, 2007 참조.

## 2. 전문심리위원의 재판절차 참여방법

전문심리위원은 특정한 사건에 관해 해당 재판부에서 전문심리위원으로 지정됨으로써 그 사건의 소송절차에 참여하게 되고, 원칙적으로 그 소송이 종료할 때까지 참여하게 된다. 재판부는 법원행정처장이 작성하여 관리하는 전문심리위원 후보자 명단 중에서 전문심리위원을 지정하게 된다. 전문심리위원은 소송절차에서 공평하고 중립적인 조언자의 역할을 하게 된다. 당사자의 어느 한 쪽에 치우치지 않는 것이 무엇보다 중요하며, 참여하는 사건에서 전문적 지식과 경험을 필요로 하는 사항에 관하여 설명 또는 의견을 진술한다. 소송절차에 참여하는 방식은 설명 등을 적은 서면을 제출하거나, 기일에 출석하여 말로 설명 등을 진술하는 것이다. 어느 한 가지 방식 또는 두 가지 방식 모두에 의하여 참여할 수 있다.<sup>368)</sup> 전문심리위원의 설명이나 의견은 증거자료가 아니라는 점에서 감정인의 감정과 큰 차이가 있어 선서 등이 필요 없이 편리한 방법으로 지정되어 자유로운 방식으로 참여할 수 있다. 전문심리위원의 전문성에 대하여는 사전에 검증되어야 할 것이므로 대개의 경우 사전에 지정하여 두고 필요한 경우 참여토록 하게 된다.<sup>369)</sup>

전문심리위원은 직권 또는 당사자의 신청에 따른 결정으로 법원이 전문심리위원을 지정하여 소송절차에 참여하게 된다. 전문심리위원은 소송절차의 진행에 관하여 법원의 보조자(소송절차상의 보조기관)으로서의 성질을 가지고, 전문심리위원의 설명이나 의견은 증거자료가 되는 것이 아니므로, 전문심리위원 참여결정은 법원이 직권으로 결정할 성질의 것이라 할 수 있다. 따라서 당사자의 신청은 법원의 직권발동을 촉구하는 의미로 보는 것이 타당하다.<sup>370)</sup> 전문심리위원은 민사소송

---

368) 법원행정처, 전문심리위원 제도 해설 참조.

369) 이수정/서상진, “국내 형사재판에서 전문심리위원 활용실태: 심리학 분야 전문가를 중심으로”, 한국경찰연구 제9권 제2호, 2010, 139-142면 참조.

370) 법원행정처, 전문심리위원 제도 해설, 8면 참조.

절차 뿐만 아니라 민사소송법이 준용되는 소송절차인 가사·행정·특허 소송절차에도 참여할 수 있으며, 심급의 제한이 없다. 전문심리위원은 증거조사, 화해 등을 포함한 소송절차의 모든 단계에 참여하게 할 수 있다. 전문심리위원이 주로 참여하리라 예상되는 경우는 쟁점정리기일, 증인신문기일, 화해기일 등이겠지만 그에 한정되지 아니하고 현장검증 기일, 감정인신문기일 등에도 참여하여 전문적 지식에 근거한 설명 등을 할 수 있고, 설명 등을 기재한 서면만을 제출할 수도 있다. 전문심리위원이 참여할 수 있는 사건의 종류에는 제한이 없다.

### 3. 감정인, 기술심리관과의 차이점

전문심리위원은 법원의 요구사항을 감정사항과 같이 명확하게 확정할 필요가 없고 감정에 비하여 신속하게 도움을 받을 수 있는 장점이 있지만 그 설명이 증거자료가 되지 않는다는 점에서 감정인과 다르고,<sup>371)</sup> 공무원이 아니고, 전문적인 지식을 필요로 하는 모든 소송사건의 모든 소송절차에 참여할 수 있지만 재판의 합의에 참여할 수 없는 점에서 기술심리관<sup>372)</sup>과 다르다.

---

371) 감정은 법원의 판단능력을 보충하기 위하여 전문적 지식과 경험을 가진 자로 하여금 법규나 경험칙(대전제에 관한 감정) 또는 이를 구체적 사실에 적용하여 얻은 사실판단(구체적 사실판단에 관한 감정)을 법원에 보고하게 하는 증거조사이다. 감정을 명할 때에는 감정사항을 명확히 하여야 하고, 감정인에게 선서의무를 부여하며, 감정결과는 증거자료가 된다.

372) 법원조직법 제54조의 2에 의하여 특허법원에 기술심리관을 둘 수 있는바, 기술심리관은 4급 또는 5급의 법원공무원 또는 파견된 공무원으로 보하게 되어 있고(기술심리관 규칙 제2조), 법원이 필요하다고 인정하는 경우 특허, 실용신안, 디자인 관계 소송의 심리에 참여시키게 된다(법원조직법 제54조의2 제2항). 기술심리관은 재판장의 허가를 얻어 기술적인 사항에 관하여 소송관계인에게 질문을 할 수 있고, 재판의 합의에서 의견을 진술할 수 있다(법원조직법 제54조의2 제3항).

#### 4. 전문심리위원의 활용사례

전문심리위원의 활용사례를 보면, 건설분야에서는 소송초기 조정에 성공한 사례,<sup>373)</sup> 감정이 곤란한 사건에 의견서를 제출한 사례,<sup>374)</sup> 현장방문 후 조정에 성공한 사례,<sup>375)</sup> 현장검증에서 의견을 제출한 사례,<sup>376)</sup> 감정신청 항목을 검토한 사례,<sup>377)</sup> 감정완료 후 조정에 성공한 사례,<sup>378)</sup> 감정서에 대한 검토의견서를 제출한 사례,<sup>379)</sup> 항소심에서 조정에 성공한 사례,<sup>380)</sup> 항소심에서 의견서를 제출한 사례<sup>381)</sup> 등이 있고, 의료분야에서는 조정 등으로 조기 종결된 사례,<sup>382)</sup> 감정 진행 전 사례,<sup>383)</sup> 감정서 제출 후 사례,<sup>384)</sup> 기일에 참석한 사례<sup>385)</sup> 등이 있다.

그러나 실제로 민사·형사·행정·가사사건을 합하여 전문심리위원이 참여한 사건 수는 2012년 111건, 2013년 176건, 2014년 187건에 불과하여 그 활용도가 미미한 수준이다.

---

373) 법원행정처, 전문심리위원 활용자료집, 2019, 3-9면 참조; 소송 초기 증명자료가 충분히 제출되지 않은 상황에서 건설소송의 특성을 잘 이해하고 있는 상임전문심리위원이 조정센터 조정이나 변론준비기일 등에 참여하여, 당사자와의 대화로 사건을 원만히 조기에 마무리 할 수 있다. 조정이 성립되지 않더라도 쟁점이 명확히 정리되므로 소송절차의 진행에 있어 효율성을 기대할 수 있고, 건설사건의 경우 초기부터 상임전문심리위원이 소송절차에 참여할 경우 당사자들이 사건의 진실을 왜곡하기 어렵다고 생각하게 되어 무리한 주장을 하지 않게 되고, 재판 부도 해당사건에 대하여 전문건설분야에 대한 궁금한 사항을 자문, 상담할 수 있어 충실한 심리를 할 수 있다고 한다.

374) 위의 책, 10-14면 참조.

375) 위의 책, 15-20면 참조.

376) 위의 책, 21-22면 참조.

377) 위의 책, 23-24면 참조.

378) 위의 책, 25-26면 참조.

379) 위의 책 27-32면 참조.

380) 위의 책 33-41면 참조.

381) 위의 책 42-46면 참조.

382) 위의 책 49-59면 참조.

383) 위의 책 60-68면 참조.

384) 위의 책 69-90면 참조.

385) 위의 책 91-96면 참조.

## 5. 전문심리위원 제도의 문제점

전문심리위원 제도는 전문심리위원의 설명이나 의견이 증거자료가 되지 아니하므로 전문지식을 소송에 반영하는 데 있어서 보조적인 역할을 할 수밖에 없는 한계가 있다. 그러한 역할에 비해서 법원이 전문심리위원을 지정하고 그 설명이나 의견을 듣는 과정은 절차적으로 상당히 복잡하여 전문심리위원 제도는 실무에서 제대로 활용되지 않고 있다.

우리나라의 전문심리위원은 일본의 전문위원과는 달리 ‘의견’까지 제출할 수 있도록 규정되어 있어, 비록 그 의견이 증거자료가 될 수는 없다고 하더라도 전문 지식이 부족한 법원에 의하여 배척되기는 어려워 재판 결과에 사실상 미치는 영향을 무시할 수 없는 것도 사실이다. 그러나 그러한 전문심리위원의 의견에 대하여 당사자가 반박할 수 있는 절차참여권이 충분히 보장되었다고 보기는 어렵고, 특히 전문심리위원이 구술이 아닌 서면으로 의견을 진술할 경우 당사자가 그 의견을 탄핵하기 어렵다는 점에서 더욱 그러하다.

전문심리위원제도의 활용이 보편화되지 않은 것은 전문심리위원의 진술 또는 서면이 증거로서 어떻게 사용되어야 하는지, 감정증인 또는 사실조회 등과의 차이가 어떠한지 등의 법적인 문제도 있겠지만 전문심리위원을 활용한 사례가 많지 않아 전문심리위원을 구체적으로 어떻게 재판에 참여시켜 활용하여야 하는지에 대한 지식이 부족하기 때문이라는 지적이 있고,<sup>386)</sup> 전문심리위원의 활용도가 미약한 원인으로 가장 큰 비중을 차지하는 것은 절차의 번거로움이라는 조사결과가 있어,<sup>387)</sup> 활용도를 높이는 방안으로 번거로운 절차를 보다 간이하게 하거나 활용으로 인한 장점을 부각하고 절차적 친밀도를 높이는 방안이 거론되고 있다.<sup>388)</sup>

---

386) 정진경, “전문심리위원을 활용한 의료재판”, 법조 통권 제649호, 2010, 305면 참조.

387) 권영준 외 공저, “사법적 분쟁해결절차에서의 비법관전문가의 참여방안”, 법원행정처 용역보고서, 2013, 1면 참조.

388) 강성수, 전문사감정 및 전문심리위원 제도의 개선방안에 관한 연구, 사법정책연구원, 2016, 88면 참조.



## 제6절 국내 행정위원회에서 사실조사제도 : 행정심판위원회, 국가인권위원회, 국민권익위원회

### I. 행정심판위원회

행정심판위원회는 행정심판법에 따라 설치·구성되는 행정심판기관이다. 종래 행정심판법은 심판청구사건에 대해 심리·의결권한을 가진 행정심판위원회와 위원회의 의결에 따라 재결권한만을 가진 재결청으로 이원화되어 있었지만, 2008. 2. 20. 개정 행정심판법은 행정심판위원회의 의결에 따라 재결만하는 권한을 가진 재결청 제도를 폐지하고, 행정심판위원회가 심리와 재결을 모두 하도록 하였다. 행정심판위원회는 해당청 소속 행정심판위원회(행정심판법 제6조 제1항), 중앙행정심판위원회(행정심판법 제6조 제2항), 시·도지사 소속 행정심판위원회(행정시만법 제6조 제3항), 개별법에 따라 설치된 특별행정심판위원회 등이 있다.

행정심판위원회는 심판청구사건을 심리·재결하는 권한을 가진다. 행정심판의 심리와 관련하여 행정심판위원회는 선정대표자 선정권고권, 청구인 지위 승계허가권, 피청구인 경정권, 대리인 선임권, 이해관계인이나 행정청에 대한 행정심판 참가요구권, 청구변경 허가권, 집행정지 결정 및 취소권, 심판청구 보정요구권, 자료제출요구권, 증거조사권, 심리권 등의 권한을 가진다(행정심판법 제15조 내지 제40조 참조). 행정심판의 재결과 관련하여 행정심판위원회는 재결권과 사정재결권 등의 권한을 가진다(행정심판법 제43조 내지 제44조).

행정심판을 청구하려는 자는 심판청구서를 작성하여 피청구인이나 위원회에 제출하여야 한다(행정심판법 제23조 제1항). 피청구인이 심판청구서를 접수하거나 송부받으면 10일 이내에 심판청구서와 답변서

를 위원회에 보내야 한다. 답변서에는 처분이나 부작위의 근거와 이유, 심판청구의 취지와 이유에 대응하는 답변하여야 한다(행정심판법 제24조 제3항). 당사자는 심판청구서·보정서·답변서·참가신청서 등에서 주장한 사실을 보충하고 다른 당사자의 주장을 다시 반박하기 위하여 필요하면 위원회에 보충서면을 제출할 수 있다(행정심판법 제33조).

행정심판절차에서 심리는 대립하는 당사자가 서로 대등하게 공격·방어방법을 제출할 기회를 보장하는 대심구조를 기초로 이루어진다. 행정심판위원회는 사건을 심리하기 위해 직권으로 증거조사를 할 수 있고(행정심판법 제36조 제1항), 당사자가 주장하지 않은 사실에 대해서도 심리할 수 있다(행정심판법 제39조). 행정심판법이 심리에서 대심구조와 당사자주의를 원칙으로 하고 있음에도 불구하고 직권탐지주의를 채택한 이유는 국민의 권익구제뿐만 아니라 행정작용의 적법·타당성 통제라는 행정심판의 기능을 유지하기 위해서이다.<sup>389)</sup>

행정심판위원회는 구술심리나 서면심리로 심리할 수 있다(행정심판법 제40조 제1항). 행정심판법은 당사자가 구술심리를 신청한 경우 원칙적으로 구술심리를 받을 수 있다고 하면서도 위원회가 서면심리만으로 결정할 수 있다고 인정하는 경우에는 구술심리를 받을 수 있는 권리를 제한하고 있다(행정심판법 제40조 제1항 단서).

당사자는 심판청구서·보정서·답변서·참가신청서·보충서면 등과 함께 자신의 주장의 근거가 되는 증거서류나 증거물을 제출할 수 있다(행정심판법 제34조 제1항). 행정심판법 제35조는 행정심판위원회가 심리과정에서 사실인정 등에 필요한 행정기관으로부터 자료를 제출받을 권한에 관해 규정한다. 행정심판위원회의 사실인정에 관하여 종래 행정심판법에는 증거조사권한만 있었으나, 2008. 2. 29. 행정심판법 개정으로 자료제출에 관한 권한이 도입되었다. 행정심판이 대심구조를 취하고 있기는 하지만, 심판의 기초가 되는 자료의 대부분을 피청구인이나 관계 행정기관이 보유하고 있으므로, 신속한 심리와 당사자간 실

---

389) 김남철, 행정법강론, 박영사, 2019, 745면 참조.

질적 평등을 실현하기 위해, 행정심판위원회가 직권으로 행정기관이 보유한 자료를 수집하게 할 필요가 있었다.<sup>390)</sup> 이에 따라 행정심판위원회는 사건 심리에 필요하면 관계 행정기관이 보관 중인 관련 문서, 장부, 그 밖에 필요한 자료를 제출할 것을 요구할 수 있다(행정심판법 제35조 제1항). 심판실무에서 청구인이 자료제출요구를 신청하고, 행정심판위원회가 이를 받아들여 관계행정기관에 자료제출을 요구하는 형식으로 자료를 수집하는 경우도 많다고 한다.<sup>391)</sup> 또한 필요하다고 인정하면 사건과 관련된 법령을 주관하는 행정기관이나 그 밖의 관계 행정기관의 장 또는 그 소속 공무원에게 위원회 회의에 참석하여 의견을 진술할 것을 요구하거나 의견서를 제출할 것을 요구할 수 있다(행정심판법 제35조 제2항). 이러한 의견서제출요구는 실질적으로 균형있는 행정심판이 이루어지도록 하기 위해 도입된 것이었다.<sup>392)</sup> 행정심판법은 관계기관의 장에 대하여 특별한 사정이 없으면 위와 같은 위원회의 요구에 따라야할 의무를 부과하고 있다(행정심판법 제35조). 여기서 ‘특별한 사정’은 불확정 개념으로서 자료제출이나 의견진술 등의 거부를 정당화할만한 사유가 될 것이다. 이는 제출 요구된 자료나 의견서의 내용과 성격, 청구인의 권리구제 및 적법한 행정의 확보의 필요성 등을 고려하여 개별적으로 결정되어야 한다. 예컨대 업무상 취득·보유한 자료를 업무의 목적으로 사용하거나 제공하는 것을 금지하는 법령이 있는 경우 ‘특별한 사정’에 해당할 수 있다.<sup>393)</sup>

행정심판법 제36조는 행정심판위원회가 심리과정에서 사실인정에

---

390) 이원, 주해 행정심판법, 법령정보관리원, 2012, 304면.

391) 이원, 앞의 책, 304면.

392) 이원, 앞의 책, 304-305면.

393) 한편 국세기본법 제81조의13의 경우, 세무공무원에게 과세정보의 타인에 대한 제공, 누설 및 목적 외 용도의 사용 등을 금지하면서, 그 예외로 다른 법률의 규정에 따라 과세정보를 요구하는 경우에는 정보를 제공할 수 있도록 하고 있는데(제81조의13 제1항 제9호), 여기에는 행정심판법에 근거한 자료제공요청도 포함될 것이므로, 행정심판법상 자료제공요청에 근거한 과세정보의 요구에 대하여 해당정보의 제공이 금지된다고 볼 수 없다. 이원, 앞의 책, 306면.

필요한 증거조사권한에 관하여 규정하고 있다. 행정심판위원회는 사건을 심리하기 위하여 필요하면 직권 또는 당사자의 신청에 따라 ① 당사자나 관계인(관계 행정기관 소속 공무원을 포함)을 위원회의 회의에 출석하게 하여 신문(訊問)하는 방법, ② 당사자나 관계인이 가지고 있는 문서·장부·물건 또는 그 밖의 증거자료의 제출을 요구하고 영치(領置)하는 방법, ③ 특별한 학식과 경험을 가진 제3자에게 감정을 요구하는 방법, ④ 당사자 또는 관계인의 주소·거소·사업장이나 그 밖의 필요한 장소에 출입하여 당사자 또는 관계인에게 질문하거나 서류·물건 등을 조사·검증하는 방법을 통해서 증거조사를 행한다(행정심판법 제36조 제1항). 위원회는 필요하다고 판단하면, 증거조사의 효율성을 도모하기 위해 위원회가 소속된 행정청의 직원이나 다른 행정기관에 촉탁하여 증거조사를 하게 할 수 있다(행정심판법 제36조 제2항). 또한 행정심판법은 행정심판위원회의 증거조사권한의 근거만을 규정하지 않고 증거조사의 대상자에 대하여 위원회의 조사나 요구 등에 성실히 협조해야 할 의무에 관해서도 규정하고 있다(행정심판법 제36조 제4항). 다만, 증거조사 대상자들이 협조하지 않더라도 이를 강제할 방법은 없으므로, 증거조사는 이들의 임의적 협조에 의할 수밖에 없다.<sup>394)</sup>

자료제출 및 증거조사와 관련하여, 행정심판법이 현재법의 규정과 구별되는 특징은 ① 현재법이 국가기관에 대한 자료제출 등을 요구할 수 있는 권한을 규정하면서도 이에 응할 의무를 규정하지 않은 것과 달리, 행정심판법은 관계기관이 특별한 사정이 없으면 자료제출 요구에 응할 의무를 규정하고 있다는 점(행정심판법 제35조 제3항), ② 현재법은 국가기관 등에 대하여 사건과 관련된 (법률해석 등) 의견제출을 요구할 수 있는 일반규정을 두고 있지 않지만, 행정심판법은 필요하다고 인정하는 경우 사건과 관련된 행정기관 등에게 의견서를 제출할 것을 요구할 수 있는 권한규정을 두면서 특별한 사정이 없으면 이러한 요구에 응할 의무를 규정하고 있다(행정심판법 제35조 제2항),

---

394) 이원, 앞의 책, 315면.

③ 현재법이 증거조사절차에서 다른 기관에 촉탁하여 증거조사를 할 수 있도록 한 규정을 두고 있지 않는데 반해, 행정심판법은 이와 같은 규정을 명문화 하고 있다는 점(행정심판법 제36조 제2항)을 들 수 있다.

현재 중앙행정심판위원회 차원에서 행정심판심리절차에서 행정심판법에 근거한 사실조사가 활발히 이루어지지 않고 있는 것으로 파악된다.

## II. 국가인권위원회

국가인권위원회는 국가인권위원회법에 정한 인권의 보호와 향상을 위한 업무를 수행하는 인권전담 국가기관이며, 그 권한에 속하는 업무를 누구의 간섭이나 지휘를 받지 않고 독자적으로 수행하는 독립기구이다(국가인권위원회법 제3조).

국가인권위원회는 위원장 1명과 상임위원 3명을 포함한 11명의 인권위원으로 구성되며, 주요 업무 수행 및 의사결정을 위해 인권위원 전원으로 구성된 전원위원회, 위원장과 3명의 상임위원으로 구성된 상임위원회, 소위원회, 전문위원회를 설치·운영한다(국가위원회법 제5조, 제12조). 위원회의 회의는 원칙적으로 재적위원 과반수의 찬성으로 의결하고, 상임위원회 및 소위원회의 회의는 구성위원 3명 이상의 출석과 3명 이상의 찬성으로 의결한다(국가인권위원회법 제13조).

국가인권위원회의 주요 업무는 ① 인권에 관한 법령·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견의 표명, ② 인권침해행위에 대한 조사와 구제, ③ 차별행위에 대한 조사와 구제, ④ 인권상황에 대한 실태 조사, ⑤ 인권에 관한 교육 및 홍보, ⑥ 인권침해의 유형, 판단 기준 및 그 예방 조치 등에 관한 지침의 제시 및 권고, ⑦ 국제인권조약 가입 및 그 조약의 이행에 관한 연구와 권고 또는 의견의 표명, ⑧ 인권의 옹호와 신장을 위하여 활동하는 단체 및 개인과의 협력, ⑨ 인권과 관련된 국제기구 및 외국 인권기구와의 교류·협력 등이다(국가인권위원회법 제19조).

국가인권위원회법은 국가인권위원회의 업무수행을 위해, ① 관계기관 등에 대한 협의요청, ② 관계기관 등에 대한 자료제출 및 사실조회 요구, ③ 청문회, ④ 시설의 방문조사 등 다양한 정보획득절차 및 수단에 관한 일반규정을 두고 있다. 이러한 정보취득수단에 관해 분설하면 다음과 같다.

첫째, 국가인권위원회는 업무수행에 필요한 경우 국가기관, 지방자치단체, 그 밖의 공사(公私) 단체에 협의를 요청할 수 있고, 해당 요청을 받은 관계기관 등은 정당한 사유가 없으면 성실히 협조해야 할 의무를 진다(국가인권위원회법 제20조).

둘째, 국가인권위원회는 업무수행에 필요한 경우 관계기관 등에 필요한 자료 등의 제출이나 사실 조회를 요구할 수 있고, 해당 요구를 받은 관계기관은 지체없이 협조해야 할 의무를 진다(국가인권위원회법 제22조 제1항 제3항). 이러한 자료제출·사실조회는 인권상황에 대한 실태조사를 위한 것으로 행정기관이 적정한 행정작용을 실행하기 위하여 필요로 하는 자료·정보 등을 수집하기 위한 행정조사이다. 이러한 요청에 응할 의무는 ‘기관에 대하여만 부여된다. 여기서 ‘기관’에는 사기관도 포함되지만, 이러한 요구에 불응하여도 제재방안이 없기 때문에 사기관 포함여부가 큰 의미를 갖지는 못한다.<sup>395)</sup> 자료제출은 필요한 자료를 직접 위원회에 제출하는 것으로서 증거물, 문서, 시청각자료 등을 모두 포함한다.<sup>396)</sup> 해당 자료가 개인정보인 경우에는 정보주체 또는 제3자의 권리와 이익을 부당하게 침해할 우려가 있는 경우 제공을 거부할 수 있다(개인정보보호법 제18조 제2항). 그러나 이 경우 거부사유를 국가인권위원회에 통보하여야 한다. 위원회는 관계기관의 장에게 필요한 사항의 확인을 요구할 수 있으며, 요구를 받은 관계

---

395) 국가인권위원회법 해설집 발간위원회, 국가인권위원회법 해설집, 도서출판 한학문화, 2015, 134면.

396) 동법 제36조 제7항과의 균형상 동조의 경우에도 국가안보나 범죄수사 등을 이유로 제출을 거부할 수 있다고 보는 해석이 있다. 국가인권위원회법 해설집 발간위원회, 앞의 책, 135면.

기관의 장은 이에 성실히 응해야 한다.<sup>397)</sup> 사실조회는 관계기관 등에게 필요한 사항의 확인을 요구하는 것인데, 조회를 받은 상대방에게는 보고의무가 있고, 조회할 수 있는 사항에는 제한이 없다. 다만, 보고의무의 이행을 강제할 방법은 없다.<sup>398)</sup>

셋째, 국가인권위원회는 업무수행을 위해 필요한 사실을 알고 있거나 전문적 지식 또는 경험을 가진 사람에게 출석을 요구하여 그 진술을 들을 수 있다(국가인권위원회법 제22조 제2항). 다만, 요구를 받은 자가 법률상 출석의무를 지지 않는다.<sup>399)</sup>

넷째, 국가인권위원회는 일반적 출석 및 진술요구권 이외에 별도로 청문절차를 마련하여 관계기관등의 대표자, 이해관계인 또는 학식과 경험이 있는 사람 등에게 출석을 요구하여 사실 또는 의견의 진술을 들을 수 있다(국가인권위원회법 제23조). 이 경우에도 요구를 받은 자가 법률상 출석의무를 지지는 않는다.<sup>400)</sup>

다섯째, 국가인권위원회는 구금·보호시설에 대한 방문조사권을 가진다. 방문조사를 하는 위원은 소속 직원 및 전문가를 동반할 수 있으며, 구체적인 사항을 지정하여 소속 직원 및 전문가에게 조사를 위임할 수 있다. 방문 및 조사를 받는 구금·보호시설의 장 또는 관리인은 즉시 방문과 조사에 편의를 제공하여야 할 의무를 진다. 방문조사를 하는 위원 등은 시설수용자와 면담할 수 있고 구술 또는 서면으로 사실이나 의견을 진술하게 할 수 있다(국가인권위원회법 제24조). 대상기관이 방문조사를 거부하는 경우 국가인권위원회는 강제력을 동원하여 조사를 강행할 수 없지만, 정당한 이유없이 방문조사를 거부, 방해, 기피한 자는 1천만원 이하의 과태료에 처한다(국가인권위원회법 제63조 제1항 제1호).<sup>401)</sup>

---

397) 국가인권위원회법 해설집 발간위원회, 앞의 책, 135면.

398) 국가인권위원회법 해설집 발간위원회, 앞의 책, 135면.

399) 국가인권위원회법 해설집 발간위원회, 앞의 책, 135면.

400) 국가인권위원회법 해설집 발간위원회, 앞의 책, 136면.

401) 국가인권위원회법 해설집 발간위원회, 앞의 책, 147면.

한편 국가인권위원회법은 특별히 인권침해 및 차별행위에 대한 시설수용자 등의 진정권과 국가인권위원회의 직권조사권을 보장하면서 구체적으로 진정사건에 대한 조사방법을 규정하고 있다(국가인권위원회법 제30조). 동법상 진정은 위원회의 조사대상이 되는 ‘인권침해’를 위원회에 알리고 조사를 촉구하는 의사표시이다.<sup>402)</sup> 이는 인권침해를 조사하기 위한 가장 중요한 경로이고, ‘진정’의 접수로 조사대상이 된 경우를 ‘진정사건’이라고 하며, 동법은 제30조 내지 제50조에서 진정사건의 처리절차에 대해 상세히 규정하고 있다. 인권위원회의 조사대상이 되는 인권침해나 차별행위는 진정에 의한 것이 원칙이고, 진정이 없는 경우에도 인권침해나 차별행위가 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있고, 그 내용이 중대하다고 인정할 때에 직권으로 조사할 수 있다(국가인권위원회법 제30조 제3항). 인권침해에 취약한 집단은 인권침해의 피해사실이 발생했음에도 불구하고 자신의 이익을 대변해 줄 수 있는 대변자를 구하지 못하는 경우가 많고, 직접 진정을 하기 위해 공공기관을 찾는 것을 꺼리는 경우가 많다. 직권조사제도는 이러한 취약 집단의 인권침해사실을 사회화하고, 인권상황을 포괄적으로 정확하게 파악하는데 기여한다.<sup>403)</sup>

국가인권위원회는 진정사건에서 인권침해의 사실관계를 파악하기 위해 ① 당사자 또는 관계인에 대한 출석 요구, 진술 청취 또는 진술서 제출 요구를 할 수 있고, 진술서 요구를 받은 자는 14일 이내에 진술서를 제출할 의무가 있다. 또한 국가인권위원회는 ② 당사자, 관계인 또는 관계 기관 등에 대하여 조사사항과 관련이 있다고 인정되는 자료 등의 제출요구를 할 수 있고, ③ 조사사항과 관련이 있다고 인정되는 장소, 시설 또는 자료 등에 대한 현장조사 또는 감정(鑑定), ④ 당사자, 관계인 또는 관계기관 등에 대하여 조사사항과 관련이 있다고 인정되는 사실 또는 정보의 조회를 통해 진정사건을 조사할 수 있다

402) 국가인권위원회법 해설집 발간위원회, 앞의 책, 457면.

403) 국가인권위원회법 해설집 발간위원회, 앞의 책, 464면.



(국가인권위원회법 제36조 제1항, 제3항). 동조에 근거한 진술서 내지 자료의 제출요구, 사실조회요구, 출석요구에 응하지 않거나 거짓자료를 제출하거나 실지조사를 정당한 이유 없이 거부, 방해, 기피한 자는 1천만원 이하의 과태료에 처한다(국가인권위원회법 제63조 제1항 제1호 내지 제3호). 그 밖에 국가인권위원회는 진정사건의 조사를 위하여 필요하다고 인정하면 위원 또는 소속 직원에게 일정한 장소 또는 시설을 방문하여 장소, 시설 또는 자료 등에 대하여 현장조사 또는 감정을 하게 할 수 있고 그 장소 또는 시설에 당사자나 관계인의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다. 또한 장소 또는 시설을 관리하는 장 또는 직원에게 필요한 자료나 물건의 제출을 요구할 수 있다(국가인권위원회법 제36조 제2항, 제5항).

국가인권위원회법은 진정사건의 조사에서 관계 국가기관의 장의 경우 특별히 ① 국가의 안전보장 또는 외교관계에 중대한 영향을 미치는 국가기밀, ② 범죄 수사나 계속 중인 재판에 대한 중대한 지장을 줄 우려를 소명하여 위원회의 자료제출이나 현장조사·감정 등 요구를 거부할 수 있음을 규정하여 조사를 거부할 수 있는 예외규정을 두었다(국가인권위원회법 제36조 제7항). 동법은 이러한 예외규정을 두면서도 위원회가 관계 국가기관의 장에게 필요한 사항의 확인을 요구할 수 있고, 요구를 받은 관계 국가기관의 장은 이에 성실히 협조하여야 할 의무를 부과하고 있다(국가인권위원회법 제36조 제7항). 또한 국가인권위원회법은 위원회가 위와 같은 진정사건 조사에 필요한 자료 등이 있는 곳 또는 관계인에 대해 알고자 할 때 그 내용을 알고 있다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 사람에게 질문하거나 그 내용을 포함하고 있다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 서류와 그 밖의 물건을 검사할 수 있다고 하여, 조사대상과는 직접 관계가 없지만 관련 자료의 소재·관계인에 대하여 아는 사람에 대해 조사할 수 있는 최소한의 권한을 부여하고 있다(국가인권위원회법 제37조).<sup>404)</sup>

---

404) 국가인권위원회법 해설집 발간위원회, 앞의 책, 526면.

참고로 국가인권위원회법은 직권조사에 관한 조사방법에 관해 별도의 규정을 두고 있지 않기 때문에 진정사건의 조사의 방법을 정한 동법 제36조 제1항이 직권조사에서 원용될 수 있는지 여부가 문제될 수 있다. 진정사건인지 직권조사인지는 인권침해·차별행위에 대한 조사를 시작하는 단서·경로의 차이에 불과할 뿐, 위원회의 조사권능의 범위에서는 차이가 없으므로, 그 성질상 직권조사 사건에 대하여도 적용될 수 있는 것은 당연히 직권조사의 경우에도 적용되는 것으로 해석되어야 한다.<sup>405)</sup>

최근 2022. 1. 4. 개정된 국가인권위원회법은 군인의 인권보호 관련 업무를 수행하기 위해 군인권보호관 및 군인권위원회를 도입하면서 군인권보호관 등이 군부대를 방문하여 조사할 수 있는 권한을 부여하였다. 다만, 군사·외교·대북관계의 국가기밀에 관한 사항으로서 국가안위에 중대한 영향을 주거나 국가비상사태 또는 작전임무수행에 지장을 주는 등 특별한 사정이 있는 경우 국방부 장관이 그 이유를 소명하여 방문조사의 중단을 요구할 수 있는 예외사유를 두고 있다. 이처럼 예외사유에 해당하는 경우에도 군인권보호관 등은 그 사유가 해소되는 즉시 방문조사를 다시 시작할 수 있다(국가인권위원회법 제50조의4 제3항). 정당한 이유없이 방문조사를 거부, 방해, 기피한 자는 1천만원 이하의 과태료에 처한다(국가인권위원회법 제63조 제1항 제1호)

국가인권위원회가 출범한 이후 2021. 6. 까지 인권위가 처리한 진정건수는 총 15만 2천여건에 달한다. 위원회 출범 이후 접수한 진정사건은 총 17만 1,593건, 처리한 진정사건은 총 16만 7,066건이다. 2022년 진정접수 건수는 1만 573건으로 처리건수는 1만 345건에 달한다.<sup>406)</sup> 2022년 접수된 진정사건 1만 573건 중 인권침해 진정접수는 8,468건(80.1%), 차별행위 2,036건(19.3%), 기타 69건(0.6%)이었다. 위원회 출범 이후부터 2022년까지 진정사건 누적 권고 수용률은 91.3%에 달한

---

405) 국가인권위원회법 해설집 발간위원회, 앞의 책, 466면.

406) 국가인권위원회, 2022 국가인권위원회 통계, 7-8면.

다.<sup>407)</sup> 한편 국가인권위원회는 매년 10건 전후의 직권조사를 실시하고 있는데, 2021. 6. 까지 성희롱, 군, 장애인시설, 구급시설을 비롯한 다양한 영역을 대상으로 281건(인권침해 152건, 차별행위 129건)의 직권조사를 실시하였다. 이 중 시정조치 등을 권고한 사건은 총 206건(인권침해 139건, 차별행위 67건)이다. 구체적으로는 권고 157건, 고발 30건, 징계권고 8건, 수사의뢰 7건, 의견표명 1건, 합의종결 1건이고, 권고수용률은 97.5%이다.<sup>408)</sup> 시설 방문조사는 인권위 출범 이후 매년 20~30개소 전후로 이루어지다가 2017년 80개소로 대폭 늘린 후 2020년까지 매년 약 70여 개소를 대상으로 시행하고 있다. 구급·보호시설을 대상으로 한 방문조사는 2005년부터 2021년 6월까지 총 625개소 시설을 대상으로 104건을 실시하였다. 방문조사 결과, 권고 49건, 수사의뢰 1건, 의견표명 7건을 결정하였고, 나머지는 조사종결 등 처리하였다. 방문조사의 권고수용률은 97.8%에 달한다.<sup>409)</sup> 긴급구제사건의 경우 2021. 6. 까지 인권위에서 심의한 사건은 총 79건이며, 이 중 33건에 대하여 긴급구제조치 권고를 결정하였다.<sup>410)</sup>

자료제출 및 증거조사와 관련하여 국가인권위원회법이 현재법과 구별되는 특징은 ① 현재법이 국가기관에 대한 자료제출 등을 요구할 수 있는 권한을 규정하면서도 이에 응할 의무를 규정하지 않은 것과 달리, 국가인권위원회법은 업무수행에 필요한 경우 위와 같은 자료제출 등을 요구할 권한을 규정하면서 해당 요구를 받은 관계기관이 지체없이 협조해야 할 의무를 규정하고 있다는 점(국가인권위원회법 제22조 제1항, 제3항), ② 현재법은 변론을 전제하지 않고, 전문적 지식 등을 가진 사람에 대하여 출석을 요구하거나 진술을 들을 수 있도록 하는 일반규정을 두고 있지 않으나, 국가인권위원회법은 업무수행을 위해 전문적 지식 등을 가진 사람에게 출석을 요구하거나 진술을 들

407) 국가인권위원회, 2022 국가인권위원회 통계, 11면.

408) 국가인권위원회법 해설집 발간위원회, 앞의 책, 251면.

409) 국가인권위원회법 해설집 발간위원회, 앞의 책, 251면.

410) 국가인권위원회법 해설집 발간위원회, 앞의 책, 253면.

수 있도록 하는 일반 규정을 두고 있다(국가인권위원회법 제22조 제2항). ③ 국가인권위원회법상 구금·보호시설에 대한 방문조사권도 현재 법에는 없는 권한이다. 이에 따르면 방문조사를 하는 위원이 소속 직원 및 전문가를 동반할 수 있고, 구체적 사항을 지정하여 직원 및 전문가에게 조사를 위임할 수 있도록 하는 권한을 갖고, 정당한 이유 없이 방문조사를 거부, 방해, 기피한 자에 대해 과태료를 부과하고 있다(국가인권위원회법 제24조 제63조 제1항 제1호). ④ 진정사건에서 사실관계를 파악하기 위한 권한규정 중 진술서를 요구받은 관계인에 대하여 14일 이내에 진술서를 제출할 의무를 부과한 점, 진술서, 자료제출요구 사실조회요구, 출석요구, 거짓자료제출, 정당한 이유없는 실질조사 거부 등을 한 자에 대해 1천만원 이하의 과태료를 부과함으로써 강제하는 규정을 둔 것은 현재법에서 찾아볼 수 없는 규정들이다(국가인권위원회법 제63조 제1항 제1호 내지 제3호).

### Ⅲ. 국민권익위원회

국민권익위원회는 2008년 2월 국민고충처리위원회, 국가청렴위원회, 국무총리 행정심판위원회의 3개 기관이 통합되어 출범한 기관이다. 민원·질의·신고·행정심판청구 등 권익구제기능이 3개 위원회로 분산되어 국민의 혼란과 불편 및 행정 비효율을 초래함에 따라 청구를 일원화하여 신속한 권리구제절차를 마련하기 위해 국민권익위원회로 통합되었다.<sup>411)</sup> 국민권익위원회 근거법률인 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」(이하 ‘부패방지권익위법’)도 「부패방지법」과 「국민고충처리위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」을 통합한 것이다.<sup>412)</sup>

411) 국민권익위원회, 국민권익위원회 주요 업무 현황(제398회 국회 정무위원회), 2022. 7. 27.

412) 특히 조사 등 사실확인방법을 규정하고 있는 부패방지권익위법 제41조 이하의 규정은 종래 「국민고충처리위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」 제30조 이하의 규정을 그대로 옮긴 것이다.

국민권익위원회는 국무총리에 소속된 중앙행정기관으로서 고충민원의 처리와 이에 관련된 불합리한 행정제도를 개선하고, 부패의 발생을 예방하며 부패행위를 효율적으로 규제하기 위해 그 권한에 속한 사무를 독립적으로 수행한다(부패방지권익위법 제11조).

국민권익위원회의 주요 기능은 부패방지과 권익구제이다.<sup>413)</sup> 우선 부패방지권익위법은 부패방지에 관한 사실관계를 확인하기 위한 위원회의 권한에 관해 규정한다. 동법은 ‘공공기관의 부패방지를 위한 시책 및 제도개선 사항의 수립·권고와 이를 위한 공공기관에 대한 실태조사’ 등 동법 제12조 제5호 내지 제14호의 과제를 수행하기 위하여<sup>414)</sup>, 위원회에게 ① 공공기관에 대한 설명 또는 자료·서류 등의 제출요구 및 실태조사권한, ② 이해관계인·참고인 또는 관계 공직자의 출석 및 의견진술 요구권한을 부여하고 있다. 또한 위와 같은 요구를 받은 공공기관의 장에 대하여 협조의무를 부과하면서 불응할 경우 그 이유를 소명하도록 하고 있다(부패방지권익위법 제29조 제1항). 한편 부패방지권익위법은 조사해서는 안 되는 사유들도 규정하고 있다. 즉 ① 국

413) 부패방지권익위법 제1조(목적) “이 법은 국민권익위원회를 설치하여 고충민원의 처리와 이에 관련된 불합리한 행정제도를 개선하고, 부패의 발생을 예방하며 부패행위를 효율적으로 규제함으로써 국민의 기본적 권익을 보호하고 행정의 적정성을 확보하며 청렴한 공직 및 사회풍토의 확립에 이바지함을 그 목적으로 한다.”

414) 부패방지권익위법 제12조 “위원회는 다음 각 호의 업무를 수행한다.

5. 공공기관의 부패방지를 위한 시책 및 제도개선 사항의 수립·권고와 이를 위한 공공기관에 대한 실태조사
6. 공공기관의 부패방지시책 추진상황에 대한 실태조사·평가
7. 부패방지 및 권익구제 교육·홍보 계획의 수립·시행
8. 비영리 민간단체의 부패방지활동 지원 등 위원회의 활동과 관련된 개인·법인 또는 단체와의 협력 및 지원
9. 위원회의 활동과 관련된 국제협력
10. 부패행위 신고 안내·상담 및 접수 등
11. 신고자의 보호 및 보상
12. 법령 등에 대한 부패유발요인 검토
13. 부패방지 및 권익구제와 관련된 자료의 수집·관리 및 분석
14. 공직자 행동강령의 시행·운영 및 그 위반행위에 대한 신고의 접수·처리 및 신고자의 보호”

가기밀에 관한 사항, ② 수사·재판 및 형집행의 당부에 관한 사항 또는 감사원의 감사가 착수된 사항, ③ 행정심판·소송, 헌법재판소의 심판, 헌법소원이나 감사원의 심사청구 그 밖의 다른 법률에 따른 불복 구제절차가 진행 중인 사항, ④ 법령에 따라 화해·알선·조정·중재 등 당사자간의 이해조정을 목적으로 행하는 절차가 진행 중인 사항, ⑤ 판결·결정·재결·화해·조정·중재 등에 따라 확정된 사항 또는 「감사원법」에 따른 감사위원회의에서 의결된 사항에 대하여는 조사를 할 수 없다(부패방지권익위법 제29조 제2항).

다음으로, 부패방지권익위법은 권익구제에 관한 사실관계를 확인하기 위한 위원회의 권한에 관해 규정한다. 동법은 지방자치단체 등에 관한 고충민원처리 등을 위해 각 지방자치단체에 시민고충처리위원회를 두면서, 고충민원을 접수한 경우 지체없이 그 내용에 관하여 필요한 조사를 하도록 한다. 그리고 필요하다고 인정하는 경우에 ① 관계 행정기관 등에 대한 설명요구 또는 관련 자료·서류 등의 제출요구, ② 관계 행정기관등의 직원·신청인·이해관계인이나 참고인의 출석 및 의견진술 등의 요구, ③ 조사사항과 관계있다고 인정되는 장소·시설 등에 대한 실지조사, ④ 감정의 의뢰의 조치를 할 수 있는 권한을 부여하고 있다(부패방지권익위법 제42조 제1항). 또한 위와 같은 사실관계의 조사 등에 관한 요구를 받은 관계 행정기관 등의 장에 대하여 해당 요구에 협조해야 할 의무를 부여하고 있다(부패방지권익위법 제42조 제3항).<sup>415)</sup>

부패방지권익위법은 행정심판법(동법 제35조 제3항) 및 국가인권위원회법(동법 제22조 제3항)과 마찬가지로 위와 같은 사실조사가 필요하다고 인정하여 조사를 실시할 경우, 해당 요구를 받은 관계 행정기관등의 장에 대한 협조의무를 명문화하고 있다는 점에서 이러한 협조의무규정을 두고 있지 않은 헌재법과 구별된다(부패방지권익위법 제42조 제3항).<sup>416)</sup>

415) 부패방지권익위법 제42조(조사의 방법) 제3항 “관계 행정기관등의 장은 제1항에 따른 권익위원회의 요구나 조사에 성실하게 응하고 이에 협조하여야 한다.”

## 제7절 입법조사처의 사실조사제도

국회입법조사처는 입법 및 정책과 관련된 사항을 조사·연구하여 국회의 위원회와 국회의원에게 제공함으로써 의원들의 의정활동을 지원하기 위해 「국회법」 제22조의3 및 「국회입법조사처법」에 근거하여 2007년 3월 25일에 설립된 국회의 전문적인 입법·정책 조사분석 기관이다.

국회입법조사처의 주요 업무는 ① 국회의 위원회 또는 국회의원이 요구하는 사항의 조사·분석 및 회답, ② 입법 및 정책 관련 조사·연구 및 정보의 제공, ③ 입법 및 정책 관련 자료의 수집·관리 및 보급, ④ 국회의원연구단체에 대한 정보의 제공이다(국회입법조사처법 제3조). 국회입법조사처의 가장 기본적이고 핵심적인 업무는 입법조사회답업무이다. 이는 국회의 위원회 또는 국회의원 등이 입법 및 정책 등의 의정활동과 관련된 전문적인 분석을 필요로 하는 사항에 대하여 조사·분석을 요구하면, 이에 대하여 조사·분석한 사항을 회답하는 업무를 말한다(「입법조사요구 및 회답 업무에 관한 내규」 제2조).<sup>417)</sup> 국회의원에게 다양한 자료를 통해 정확한 정보를 제공함으로써 국회의원이 입법을 추진하거나 입법에 대한 찬반에 관한 의사결정을 지원하는 기능을 한다.<sup>418)</sup>

입법조사회답은 질의자의 구체적이고 특화된 요구에 정확하게 맞춘 답변을 제공하는 비공개업무이다. 입법조사회답은 질의자가 외부의 시선을 의식하지 않고 독점적으로 입법 및 정책에 관한 정보를 얻을 수 있도록 기밀성원칙에 따라 질문 내용과 답변내용을 공개하지 않는 것을 원칙으로 한다(「조사·분석 등의 요구에 관한 회답업무 처리규정」

---

416) 동법 시행령에 따르면, 설명 또는 자료제출을 요구받은 관계 행정기관등이 설명 또는 자료제출을 지연하거나 불응하는 경우에는 고충민원의 신속한 처리를 위하여 독촉장을 발부할 수 있다(부패방지권익위법 시행령 제44조 제2항).

417) 국회입법조사처, 국회입법조사처 업무편람, 2021, 10면.

418) 국회입법조사처, 앞의 책, 10면.

제15조 제1항(회답내용의 비공개).<sup>419)</sup> 다만, 「국회기록물관리규칙」 제32조 제3항에 따른 기록물의 비공개기간이 경과한 경우, 요구권자가 회답내용의 공개에 동의하는 경우, 회답내용이 공개되거나 유출되어 야기되는 논란 등을 해소할 필요가 있다고 인정하는 경우, 위원회가 공개되거나 유출된 회답내용에 대한 공개를 요구한 경우, 원본이 공개된 자료의 번역물에 해당하는 경우, 외국의 정책 및 제도 등에 관한 객관적인 사실로서 이미 해당 국가에서 공개한 자료에 해당하는 경우에는 공개의 목적을 달성할 수 있는 범위에서 회답내용의 전부 또는 일부를 공개하여야 한다(동조 제2항).

국회입법조사처는 3실 12개팀, 즉 정치행정조사실(정치의회팀, 법제사법팀, 외교안보팀, 행정안전팀), 경제산업조사실(금융공정거래팀, 재정경제팀, 산업자원농수산팀, 국토해양팀), 사회문화조사실(환경노동팀, 교육문화팀, 과학방송통신팀, 보건복지여성팀)을 두고 각 담당분야에서 입법조사회답업무를 담당하도록 한다(「국회입법조사처 직제 시행규칙」 제5조 내지 제7조).

입법조사요구자는 국회의원 또는 국회의 위원회이다. 국회의원의 보좌직원은 국회의원의 사전허가를 받아 국회의원의 명의로 입법조사회답을 요구하며 국회 위원회의 공무원도 해당 위원회 위원장의 사전허가를 받아 위원회 명의로 입법조사회답을 요구할 수 있다.<sup>420)</sup>

국회종합입법지원시스템에 입법조사요구서를 등록하는 방법 등으로 입법조사를 요구하면, 각 팀장은 입법조사요구의 내용을 검토하여 담당조사관을 지정하고, 담당조사관은 회답서를 작성한다(「입법조사요구 및 회답 업무에 관한 내규」 제3조 내지 제10조 참조). 담당조사관은 내부절차를 거쳐 회답서의 결재를 받은 후 완료된 서면답변을 통합관리시스템에 등록한다.<sup>421)</sup>

419) 국회입법조사처, 앞의 책, 11면.

420) 다만, 국회의장도 필요하다고 인정하는 경우 국회사무총장·국회도서관장·국회에 산정책처장도 입법조사회답을 요구할 수 있다(「조사·분석 등의 요구에 관한 회답업무 처리규정」 제3조 단서). 국회입법조사처, 앞의 책, 22면.

421) 국회입법조사처, 앞의 책, 22-28면.



사실조사에 관하여 국회입법조사처법은 “처장이 의장의 허가를 받아 국가기관 그 밖의 기관·단체에 대하여 직무수행에 필요한 자료의 제공을 요청할 수 있다. 이 경우 요청을 받은 자는 특별한 사유가 없는 한 이에 응해야 한다.”고 하여 국가기관 등에 대한 자료요청의 근거규정을 둠과 동시에 자료요청을 받은 국가기관에 대한 협력의무를 규정하고 있다(국회입법조사처법 제9조).<sup>422)</sup> 담당조사관은 문헌자료 조사나 인터넷 자료 검색 등을 통해 필요한 자료를 수집할 수 없는 경우 전문가 의견청취, 현장조사, 정부자료 요구, 설문조사 등 다양한 방법을 활용하여 회답서를 작성한다.<sup>423)</sup> 특히 담당조사관이 입법조사 회답을 작성하는 과정에서 국가기관 등의 자료가 필요한 경우에는 국회입법조사처법상 자료제공규정을 근거로 국회의 의정자료전자유통시스템을 통해 국가기관 등에 입법에 필요한 자료를 요청한다(국회입법조사처법 제9조). 동 시스템은 국회가 입법관련 조사·연구나 국정감사 등에 활용하기 위해 2004. 8.에 구축된 국회와 정부 간 자료유통 및 저장시스템이다.<sup>424)</sup> 또한 조사요구가 담당조사관의 전문성의 범위를 벗어나 특별히 외부의 학식 있는 경험자 또는 전문가의 활용이 필요한 경우, 담당조사관은 부서장의 승인을 얻어 외부전문가를 입법조사회답에 활용하기도 한다(「조사·분석 등의 요구에 관한 회답업무 처리규

422) 국회입법조사처가 회답을 하지 않을 수 있는 사항은 요구사항이 국가기밀에 속하거나 국가안전보장·외교관계 등 국익을 현저하게 훼손할 우려가 있는 경우, 타인을 비방하거나 사생활을 침해할 우려가 있는 경우, 계속 중인 재판 또는 수사 중인 사건의 소추에 영향을 미칠 우려가 있는 경우, 과도한 인력 또는 예산 소요 등의 사유로 자료수집이 어려운 경우, 비합리적 조건 설정으로 객관적인 조사·분석이 곤란한 경우, 사적인 이해관계 또는 개인적인 관심사항 등 의정활동과 직접적인 관련이 없다고 인정되는 경우 등이다(「조사·분석 등의 요구에 관한 회답업무 처리규정」 제8조 제1항).

423) 국회입법조사처, 앞의 책, 35-36면.

424) 이 시스템은 ① 국회와 정부 간의 전자자료 유통을 위한 자료요구·제출기능, ② 이를 통해 수집된 자료 등의 DB화를 통한 자료검색기능을 중심축으로 하여 구현되었고, 자료유통시 발생 되는 결재행위를 전자적으로 시행할 수 있도록 전자결재시스템을 도입하였으며, 권한 없는 사람의 무분별한 접근이나 문서의 위·변조를 방지하기 위하여 인증시스템을 연계하였다. 권대수, 앞의 논문, 57-59면 참조.

정」 제12조 제1항).<sup>425)</sup>

2022년 한해만 해도 총 5,015건의 입법조사요구가 접수되었고, 5071건의 회답이 이루어졌다. 정보제공 수준별로 2022년 입법조사회답을 분류해 보면, 사실정보 제공이 42.2%, 현황분석이 18.7%, 현황·문제점 분석이 5.8%에 달한다. 현황·문제점 분석에 대한까지 제시하는 조사회답은 33.3%에 달한다. 조사실별 조사회답 실적은 정치행정조사실 1,549건, 경제산업조사실 1,742건, 사회문화조사실 1,780건에 이른다.<sup>426)</sup>

위와 같이 작성된 입법조사회답은 국회통합관리시스템에 자료로서 축적된다. 또한 입법조사회답을 작성하는 과정에서 국회의 의정자료전 자유통시스템을 통해 국가기관 등으로 부터 수집된 자료도 동시스템에 분류되어 축적된다. 국가기관으로부터 자료가 제출되면 요구의원과의 위원회 담당자 등에게 자동으로 제출 사실이 통보되고 시스템 내에 위원회별, 요구의원별, 자료성격별 등으로 자동 분류되어 보관된다. 또한 동 시스템은 유통과정에서 집적된 요구 및 답변자료 등 자료 등을 모두 데이터베이스로 보관하고 검색할 수 있도록 구성되어 있다.<sup>427)</sup>

---

425) 국회입법조사처, 앞의 책, 44면.

426) 입법조사회답서비스 통계에 관하여는 입법조사처 홈페이지(<https://www.nars.go.kr/news/view.do?cmsCode=CM0061&brdSeq=42311>) 참조.

427) 권대수, 앞의 논문, 58-59면 참조.

# 제5장 헌법재판 유형별 사실인정 관련 조사역량 강화를 위한 제도적 개선방안

## 제1절 규범통제심판

### I. 협력의무 관련 일반조항 도입

헌재법에 국가기관 등에게 법률상·직무상 협력의무를 부과하는 일반 규정을 도입함으로써 앞서 서술한 ‘규범통제절차에서 사실인정과 조사 업무’ 부분에서 제기한 아래와 같은 문제를 해결하는 방안을 고려할 수 있다.

우선 앞서 심판대상규범에 대한 법원의 해석이나 법적 문제에 대한 법원의 견해는 헌법재판소가 규범통제를 할 때 심판대상규범에 의한 기본권제한의 정도 등을 파악하고, 심판대상규범의 위헌범위를 결정하는데 중요한 정보에 해당하는데, 헌재법상 이러한 정보를 획득할 수 있는 명문의 근거가 없다는 문제를 지적한 바 있다. 국가기관에게 협력의무를 부과하는 일반조항을 두면서 위와 같은 규범해석에 관한 문 의도 일반조항에 포함되도록 하는 방안을 도입함으로써 이러한 문제를 해결할 수 있다.<sup>428)</sup>

또한 재판부가 헌법재판에서 가장 많이 활용하고 있는 정보요청절 차인 헌재법 제32조는 단순히 재판소가 사실조회, 기록송부 자료제출 을 요청할 수 있는 근거만을 마련했을 뿐이지 요청상대방에 대한 협 조(지원)의무를 명시하고 있지 않기 때문에 그 실효성이 약화될 수 있 다는 문제를 지적하였다. 이에 따라 재판부의 자료제출요구를 받은 국

428) 그 밖에 헌법재판소의 법적 문제에 대한 문의를 포함할 수 있는 규정을 예컨대 헌재법 제32조에 삽입하는 방안도 고려할 수 있으나 헌법재판소의 정보취득절차 모두에게 협력의무를 적용할 필요가 있다는 점에서 일반조항을 두는 방안이 바람직할 것으로 생각된다.

가기관 등에 대해 자료제출의 실효성을 담보하기 위해서도 국가기관에게 협력의무를 부과하는 일반조항을 두는 방안을 고려할 수 있다.

물론 현재법 제40조의 준용규정에 근거하여 민사소송법상 서증신청과 관련된 협력의무조항을 준용하는 방식으로 자료제출의 실효성을 도모할 수도 있으나(현재법 제40조, 민사소송법 제352조의2), 일반 법원도 헌법재판소의 자료제출요구를 받는 국가기관에 해당한다는 점, 현재법 제32조의 정보요청범위에는 기존에 국가기관이 소지한 문서를 단순히 제출 내지 촉탁받는 것 이상의 내용도 포함되어 있다는 점(예컨대 사실조회), 협력의무는 현재법 제32조에 근거한 정보획득절차에서만 필요한 것이 아니라, 현재법 제31조에 근거한 정보취득절차에서도 필요한데, 동조에 따른 협력의무는 심판규칙차원에서만 규정하고 있을 뿐이므로(심판규칙 제42조), 위와 같은 정보취득절차 모두에게 협력의무를 적용해야 할 필요가 있다는 점을 고려하면, 현재법에 협력의무를 부과하는 일반조항을 두는 것이 바람직할 것으로 생각된다.

구체적으로 “모든 법원과 행정청은 연방헌법재판소에 대하여 법률상 및 직무상 지원을 행한다”고 규정한 독일 연방헌법재판소법의 입법례(연방헌재법 제27조)와 마찬가지로 국가기관 등에게 법률상·직무상 협력의무를 부과하는 일반규정을 두는 것이다. 이러한 규정을 두면 재판부는 국가기관 등에게 부여하는 법률상·직무상 협력의무조항을 근거로 하여 규범통제절차에서 위헌심사에 필요한 사안정보 및 입법정보를 실효적으로 취득할 수 있게 된다.<sup>429)</sup> 특히 법률상 협력의무의 대표적인 사항은 법원을 포함한 국가기관이 심판대상규범에 대하여 어떠한 사실인정을 전제로 해석·적용하고 있는지 등 위헌여부의 쟁점과 관련된되는 (헌)법적 문제에 대하여 어떠한 견해를 갖고 있는지에 대한 보고를 구하는 요청이 될 것이다.<sup>430)</sup>

---

429) 위와 같은 법률상·직무상 협조의무조항을 두고 있는 독일의 경우 연방헌법재판소는 직무상 지원요청을 행정법상의 이행소송을 통해 사법적으로 관철할 수 있다고 한다. Habermatzl, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG-Kommentar, § 27 Rn. 12; Niesler, 앞의 책, § 27 Rn. 75.

430) Habermatzl, 앞의 책, § 26 Rn. 10.

한편 위와 같은 일반규정을 두면서 협력의무의 실효성을 더욱 확보하기 위해서는 특별히 동법 또는 다른 법률에 예외사유를 두고 있는 경우에 한하여 정보제공을 거부할 수 있도록 하는 규정을 덧붙이는 방안도 고려할 수 있다.

## II. 재판진행 중인 사건기록 등 자료제출범위의 확대

현재법 제32조 단서는 재판부가 재판이나 수사에 영향을 미칠 가능성을 차단하기 위해 재판·소추 또는 범죄 수사가 진행 중인 사건의 기록을 송부대상에서 제외하고 있는데, 이처럼 해당 소송기록을 아예 접근하지 못하게 한다면, 재판의 전제성 판단이나 심판대상규범에 대한 법원의 해석에 대한 판단 등에 영향을 미칠 수 있으므로 규범통제절차의 원활한 사건심리에 장애를 초래할 수 있다.<sup>431)</sup> 따라서 현재법 제32조 단서는 삭제하는 것이 바람직하다. 다만, 원본제출이 어려운 경우 기록 대신 그 인증등본을 제출할 수 있도록 하는 규정하는 방안을 고려할 수 있다.<sup>432)</sup> 독일연방헌법재판소법의 경우도 모든 법원과 행정청에 대하여 연방헌법재판소에 대한 법률상 및 직무상 지원의무를 부과하면서, 오히려 1심법원의 재판자료를 요청할 경우 이를 직접 제출할 것을 특별히 규정하면서 그 밖에 소송기록제출에 대한 예외를 규정하지 않고 있음을 참고할 필요가 있다(연방헌재법 제27조 제2문).

## III. 제3자의 의견표명에 대한 일반조항의 도입

변론을 열어 전문가인 제3자의 참고인 진술을 받는 것은 심판대상 규범과 관련된 사실관계를 확인하는데 중요한 수단으로 작용한다(현재법 제30조 제2항). 변론을 전제로 하지 않는 사건들도 마찬가지이다.

---

431) 양건/김문현/남복현, 앞의 보고서, 56-60면.

432) 헌법재판연구원, 앞의 책, 372면.

변론을 열지 않고서도 중요한 사건에서 전문가인 제3자의 의견을 들을 수 있으면, 해당 사건의 쟁점과 관련된 사실을 용이하게 파악하는데 도움을 받을 수 있다. 특히 아주 중요한 사건이 아니면 변론이 열리지 않는 위헌법률심판이나 헌법소원심판사건의 경우 변론을 전제하지 않더라도 심판대상규범과 관련된 입법사실을 확인하는데 큰 도움이 될 것이다.

그러나 우리 헌재법은 변론을 전제로 하지 않으면서, 전문가인 제3자의 의견표명을 들을 수 있는 근거를 두고 있지 않는 것으로 보인다.<sup>433)</sup> 전문가인 제3자의 의견표명에 대한 일반규정을 두고 있는 독일 입법례(연방헌재법 제27a조)<sup>434)</sup>와 같이 우리도 변론을 전제로 하지 않는 중요사건의 사실인정에 관한 복잡한 문제를 해결하기 위해 헌재법에 전문가인 제3자에게 의견표명의 기회를 부여할 수 있도록 하는 일반규정을 도입할 필요가 있다.

#### IV. 국회로부터 입법자료취득을 위한 방안

헌법재판소가 규범통제절차에서 심판대상조항의 입법목적의 정당성이나 심판대상조항이 추구하는 공익에 대한 평가를 할 때 필요한 심판대상조항에 관한 입법사실을 확인하기 위하여는 일차적으로 국회가 입법절차에서 참조한 입법자료를 확인할 필요가 있다.

---

433) 앞서 서술한 바와 같이, 헌재법은 위헌법률심판의 경우 당사자와 법무부장관에 대하여, 헌법소원심판의 경우 법무부장관, 이해관계 있는 국가기관, 공공단체에 대하여 의견서를 제출할 수 있다고만 규정하고 있을 뿐이다(헌재법 제74조 제1항). 심판규칙은 의견서제출기관의 범위를 이해관계 있는 공공단체와 사람까지 확장시켰으나(헌재 심판규칙 제10조 제1항, 제2항), 이해관계인을 대상으로 한 것이므로 전문가인 제3자의 의견표명에 관한 규정이라고 보기 어렵다. 또한 심판규칙은 구두변론절차 규정에 이어서 전문가인 참고인지정에 관한 규정을 두고 있는데(헌재 심판규칙 제13조), 이는 조문체계상 구두변론을 전제로 한 참고인 의견표명에 관한 규정으로 보인다.

434) 연방헌법재판소법 제27a조 “연방헌법재판소는 전문가인 제3자에게 의견표명의 기회를 부여할 수 있다.”

국회가 법률을 제정하는 과정에서 남긴 입법사실에 대한 근거는 우선 일반에게 공개되어 있는 국회 의안정보검색시스템을 통해서 헌법재판소도 접근할 수 있지만, 해당시스템에 저장된 의안원문, 위원회회의록, 검토보고서 등 자료를 통해 획득할 수 있는 입법자료에 대한 정보는 매우 한정적이다. 개별법령에 대한 더욱 상세한 입법자료를 확보하기 위해서는 국회가 입법관련 조사·연구를 하거나 국정감사 등에 사용하기 위해 구축한 국회와 정부 간 의정자료전자유통시스템의 입법자료 데이터베이스 등 입법자료를 축적하고 있는 국회내부정보시스템에 접근할 수 있으면 입법사실을 확인하는데 큰 도움이 될 수 있을 것으로 생각된다. 현재 권한 있는 국회직원 외의 접근은 허용되고 있지 않은 상황이므로 예컨대 일정한 조건 하에서 특정 헌법연구원(과건연구원 등)의 입법자료접근이 가능하도록 협조를 구하는 방안을 모색할 필요가 있다.<sup>435)</sup>

국회입법조사처도 현재법 제32조 자료제출대상 기관인 국가기관에 해당한다고 해석될 수 있으므로, 재판부가 국회입법조사처에 특정 법률과 관련된 입법사실을 확인할 수 있는 자료를 요구하는 방안을 고려할 수 있다. 다만, 그러한 협조요청을 넘어서 국가기관이나 공공단체에게 법률상·직무상 협력의무를 부과하는 일반규정을 도입하고, 국회사무처도 그 협력의무의 대상으로 삼는 것이 국회의 자율권을 고려할 때 적절한지 여부에 대하여는 신중한 접근이 필요하다.<sup>436)</sup>

그 밖에 의안을 대표발의한 의원실이 자체적으로 축적한 입법자료에 대해 해당 국회의원의 협조를 받아 제공받을 수 있다면 해당법안에 대한 입법사실을 확인하는데 도움이 될 것이다.

435) 이에 관하여 동시스템 홈페이지(<https://naps.assembly.go.kr:444/egsign/main/login.jsp>) 참조; 권대수, 앞의 글, 56-59면 참조.

436) 참고로 독일입법례는 모든 법원과 행정청에 대하여 연방헌법재판소에 대한 법률상 및 직무상 지원의무를 규정하고 있는데(연방헌법재판소법 제27조), 지원의무의 수범자인 ‘행정청’에 독일의회사무처도 포함되는 것으로 해석된다. Meskouris, 앞의 책, § 27, Rn. 7; Haberzettl, 앞의 책, § 27 Rn. 8.

## V. 사실조사 관련 전문인력의 활용

### 1. 사회과학적인 조사·연구결과의 처리를 위한 전문인력의 확보

재판부는 대체로 심판대상규범의 입법사실과 관련된 기존의 사회과학적인 조사 및 연구결과나 경험칙에 근거하여 위헌심사와 관련된 입법사실의 변화를 판단한다. 이러한 입법사실의 변화는 위와 같은 사회과학적 자료와 경험칙에 근거하여 쉽게 판단할 수 있는 경우도 많지만, 경우에 따라서는 심판대상규범과 관련된 기존의 조사·연구의 부족, 조사·연구결과의 다양성과 충돌, 심판대상의 입법시점과 조사·연구된 시점과의 시간적 간극, 심판대상과 조사·연구의 대상범위의 차이 등으로 인해 위와 같은 사실의 변화를 기존의 자료나 경험칙에 비추어 쉽게 판단하기 어려운 경우도 있다. 또한 심판대상규범에 관한 입법사실을 확인하는데 유용한 기존의 조사·연구가 존재하는 경우에도 이에 관한 통계 등 정보처리가 미숙하여 해당 자료를 심판대상규범과 관련하여 효과적으로 적용 및 활용하기 어려운 경우가 있다. 헌법재판소 스스로 위와 같은 입법사실의 변화를 조사하거나 확인 및 검증을 할 수 있는 조사능력과 조직을 갖추고 있다면 위와 같은 어려움을 극복하는데 도움이 될 것으로 생각된다.

단순히 헌법연구관이 활용하고 있는 사회과학적 통계자료들의 오류 등을 확인하는 것을 넘어서, 예컨대 국가기관이 갖고 있는 자료를 서증신청이나 자료제출을 받기 어려운 사정이 있어서 해당 자료가 있는 국가기관에 가서 원자료(raw data)만을 확인하고 그 사본만을 받을 수 있는 경우, 필요한 정보를 추려서 재판에 도움이 되는 형식으로 가공하기 위해서는 통계전문가의 도움이 필요하다는 점도 고려되어야 한다.

이를 위해 헌법재판소가 반드시 다수의 인적자원을 항시적으로 보유할 필요는 없지만, 어떠한 형태로든 심판대상규범과 관련된 적절한



사실인정을 위한 기초자료를 활용할 수 있도록 입법사실의 확인과 그 변화와 관련된 정보를 처리하는데 도움을 줄 수 있는 통계활용능력 등을 갖춘 사회과학분야의 전문가를 재판소에 두고 적극적으로 활용할 필요가 있다.

## 2. 변론 등에서 사실조사 관련 전문가의 적극적 활용

위헌법률심판과 헌법소원심판에서 구두변론을 활성화하면 사건의 쟁점 관련 전문가의 의견을 들을 기회도 많아지겠지만, 헌법재판의 대부분을 차지하는 위헌법률심판과 헌법소원심판에서 구두변론을 활성화 할 경우 재판부의 업무부담과 재판자원의 소모가 크기 때문에 구두변론을 활성화하는데 어느 정도 한계가 있을 것이다. 그렇다고 하더라도 규범통제절차에서 사실인정이 특히 중요한 사건들의 경우 헌법재판소가 직권으로 관련 전문가의 의견을 적극적으로 요청하여 활용할 필요가 있다. 변론을 열고 변론과정에서 법률전문가인 참고인 이외에 직권으로 해당분야의 사실인정 관련 전문가를 참고인으로 지정하여 의견을 듣는 방식을 적극 활용할 수도 있다. 또한 사건의 쟁점에 관한 법리 자체뿐만 아니라 그 법리의 기초가 되는 사실인정에 관한 의문이 부각될 경우 변론을 전제하지 않고서도 사실인정 관련 전문가의 의견을 직접 듣고 질의할 수 있는 기회를 적극적으로 활용하는 방안을 모색할 수 있다. 한편 재판부가 위와 같이 사실인정 관련 전문가를 적극적으로 활용하게 된다면, 심판지원실에 담당 직원을 두어 사건을 담당하는 헌법연구관과 협력하여 관련 전문가의 섭외와 의견정리를 지원하도록 함으로써 헌법연구관의 업무부담을 줄일 필요도 있을 것이다.

## 제2절 헌법소원심판

## I. 변론의 활성화

헌법재판소가 지금까지 열어온 변론은 거의 필요적 변론사건에 집중되어 있었고, 임의적 변론사건인 헌법소원심판 사건에서 변론이 열리는 비율은 매우 낮았다. 헌법소원심판사건, 특히 권리구제형 헌법소원 중 법령소원을 제외하고 피청구인이 있어서 대심적 구조를 갖는 공권력의 행사나 불행사를 대상으로 하는 헌법소원심판사건에 있어서는 여러 가지 재판 관련 사실을 확정할 필요가 있고, 변론 없이 서면심리로만 사실을 확정하는 것은 바람직하지 않다. 권리구제형 헌법소원에서는 기본권을 침해하는 공권력의 행사가 있었는지, 그 공권력이 언제 어떻게 행사되었는지에 관한 사실인정이 먼저 이루어져야 하는바, 이러한 사실을 인정하기 위해서는 법에 따른 증거조사가 이루어지고 증거조사 결과가 변론에서 공개되어 당사자와 이해관계인이 그에 관하여 의견을 진술할 기회를 부여받아야 한다.

권리구제형 헌법소원은 헌법소원심판사건의 약 80%를 차지하고, 헌법재판소는 지정재판부에서 각하된 사건을 제외한 나머지 사건을 모두 전원 재판부에서 심리하므로, 권리구제형 헌법소원심판사건 중 재판관련사실에 관한 인정이 중요한 일부 사건에 대하여 변론을 열게 될 경우 헌법재판소의 업무부담이 지나치게 늘어날 가능성이 있다. 따라서 늘어난 변론이 헌법재판소에 지나치게 과중한 업무부담을 주지 않도록 변론절차를 간편하고 효율적으로 바꾸어야 할 것이다. 헌법연구관이 재판부로부터 권한을 위임받아 변론준비절차를 진행할 수 있도록 하거나, 수명재판관이 변론절차를 진행할 수 있도록 하는 방안도 검토할 필요가 있다.

## II. 헌법소원심판절차 관련 법령 정비

### 1. 예외적으로 변론을 열 수 있는 사건에 대한 규정의 정비

헌법 제113조 제2항은 “헌법재판소는 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 심판에 관한 절차, 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 따라서 헌법재판소는 법률에 저촉되지 않는 범위 내에서 심판에 관한 절차를 스스로 정하여 규칙을 제정할 수 있다. 헌법재판소는 헌법소원심판에 적용되는 증거조사절차를 먼저 헌법재판소 규칙에 규정해갈 필요가 있다. 헌재법에 규정이 없는 사항에 관하여 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 준용되는 행정소송법 조항과 민사소송법 조항에 어떤 것이 있는지, 헌법재판의 성질에 반하기 때문에 준용되지 않는 조항에는 어떤 것이 있는지 명확하게 정비해 나가야 할 것이다. 그리고 그러한 규정들이 축적되면 헌재법에 규정되는 것이 규범체계에 부합하는 내용에 관하여는 법률차원에서 규정될 수 있도록 법 개정에도 노력하여야 할 것이다. 법령소원을 제외한 권리구제형 헌법소원사건의 경우 사실 확정이 중요한 일부 사건들에 있어서는 이를 위하여 변론을 여는 것이 바람직하므로, 원칙적으로 서면심리에 의하도록 한 헌재법 제30조 제2항도 개정될 수 있도록 해야 할 것이다.

## 2. 헌법연구관의 활용

헌법연구관은 재판부의 구성원이 아니라 헌법재판소장의 명을 받아 사건의 심리 및 심판에 관한 조사·연구를 담당하기 때문에 현행법상으로는 독자적으로 심판준비절차의 진행주체가 될 수는 없다. 다만, 보조적 지위에서 심판준비절차기일에 직접 관여하지 않더라도 서면에 의한 쟁점정리절차에서는 미리 주심재판관에게 보고하거나 그 명을 받아서 사건의 조사·연구에 필요한 범위 내에서 심판준비절차(서면에 의한 쟁점정리)를 사실상 수행할 수 있을 것이다. 헌법재판소 심판규칙 제11조에서는 “헌법연구관은 주장의 정리나 자료의 제출을 요구하거나, 조사기일을 여는 방법 등으로 사건의 심리 및 심판에 관한 조사

를 할 수 있다.”라고 하여 이에 관하여 명시적으로 법적 근거를 마련하였다. 이에 따라 일부 사실인정이 중요한 헌재법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판사건에 있어서 사건에 대한 조사·보고를 주 업무로 하는 헌법연구관이 양 당사자에게 주장의 정리나 자료의 제출을 요구하는 등으로 사건의 심리 및 심판에 관한 조사를 할 수 있는데, 헌법연구관으로부터 자료제출 요구 등을 받은 당사자나 이해관계인이 그에 응답할 의무에 관하여도 명시적인 규정을 마련할 필요가 있어 보인다.

헌재법 제32조 단서는 재판·소추 또는 범죄수사가 진행 중인 사건의 기록에 대하여는 국가기관이나 공공기관의 단체에게 그 송부를 요구할 수 없도록 규정하고 있는 점을 보완하여 헌법재판소 심판규칙 제41조는 문서가 있는 장소에서의 서증조사에 관하여 규정하고 있으므로, 헌재법 제32조 단서에 따라 재판소가 기록의 송부를 요구할 수 없는 재판·소추 또는 범죄수사가 진행 중인 사건의 기록에 대하여는, 당사자의 신청 또는 직권으로 서증조사를 통하여 필요한 증거자료를 확보할 수 있을 것이다. 그런데, 헌법재판소가 업무부담이 과중되는 현실 하에서 서증조사를 통하여서만 증거자료를 확보할 수 있는 사건의 경우 반드시 재판관이 서증조사를 위해 해당 기관에 방문해야 하는가에 대한 질문을 해볼 수 있다. 헌법연구관의 주 업무가 헌법재판소장의 명을 받아 사건의 심리 및 심판에 관한 조사·연구를 담당하는 것이라면, ‘사건의 심리’업무의 한 내용으로서 헌법재판소장의 명을 받아 서증조사기일에 해당기관에 출석하여 서증조사를 하고 신청인이 또는 직권으로 복사할 서면 부분을 지정하는 정도의 업무는 헌법연구관이 수행할 수도 있을 것으로 생각된다. 헌법연구관은 상당 기간 관련업무에 종사한 법률실무전문가이므로, 중요성이 매우 커서 수명재판관이 직접 서증조사에 임할 필요가 있는 일부 사건을 제외하고는 방대한 수사기록 또는 재판기록 중에 헌법재판소가 공권력의 행사나 불행사 관련 사실을 인정하는데 필요한 부분을 특정하는 정도의 일은 해당 사건을 잘 파악하고 있는 주심 연구관이 수행하여도 큰 문제가

없어 보인다. 따라서 재판·소추 또는 범죄수사가 진행 중인 사건의 기록이어서 문서송부촉탁으로는 불가능하고 서증조사를 통해서만 문서를 확인하고 사본을 확보할 수 있는 경우에는 우선 헌법재판소 심판규칙에 근거를 마련하여 헌법재판소장의 명을 받아 주심연구관이 서증조사 업무를 대행할 수 있도록 하는 방안도 생각해 볼 필요가 있겠다.<sup>437)</sup>

### 3. 다양한 자료조사방법에 관한 규정 정비

각종 전자매체의 발달로 세무자료나 금융자료 등이 과거와 같이 문서화되기보다는 전산자료로 존재하는 경우가 많을 것으로 예상되는 바, 현행법령은 자료가 ‘문서’의 형태로 존재하는 것을 전제로 하여 서증조사나 문서송부촉탁에 관하여 규정을 두고 있는 것으로 보여 전산자료형태로 존재하는 증거자료에 대한 직접 조사나 자료송부촉탁에 관한 규정으로는 미비한 점이 있을 수 있다. 따라서 증거자료가 문서화되어 있지 않고 전산자료로 존재할 경우의 자료조사방법이나 자료송부촉탁에 관하여도 그 구체적인 증거조사절차나 방법을 차체에 구체적으로 마련할 필요가 있다. 국회의 입법조치가 필요한 법률개정이 이루어지기 전이라도, 헌법재판소 심판규칙에 헌재법이나 헌재법 제40조에 의하여 준용되는 민사소송법령, 행정소송법령에 의하여 시행되는 자료의 직접조사 방법, 자료송부촉탁 방법에 관하여 세밀한 절차나 방

---

437) 법원조직법 제24조(재판연구관) 제2항에 따르면, 대법원 재판관의 업무도 대법원장의 명을 받아 대법원에서 사건의 심리 및 재판에 관한 조사·연구 업무를 담당하는 것으로, 헌법연구관의 업무와 다르지 않다. 대법원 재판연구관의 경우 서증조사를 대행하거나 하지는 않지만, 이는 대법원이 법률심으로서 사실관계는 이미 하급심에서 확정되어 올라오기 때문인 것으로 보인다. 사안의 복잡성이나 경중을 고려하여 헌법재판관이 직접 할 필요가 있는 사건은 수명재판관이, 상대적으로 경미한 사건의 경우는 헌법연구관이 수행할 수 있도록 하는 방안도 생각해 볼 수 있고, 일정 경력 이상의 헌법연구관에게 위탁할 수 있도록 하는 방법도 가능할 것이다.

식을 명시할 필요가 있다.

헌재법 제31조 제1항 제2호에 따른 문서제출명령, 증거자료제출명령의 구체적인 양식을 헌법재판소 심판규칙에 마련할 필요가 있고, 법원처럼 국세기본법의 예외조항에 해당함을 직관적으로 알 수 있도록 「금융거래정보·과세정보 제출명령에 관한 예규」를 만들어 세무공무원에 대하여 과세정보의 제출을 요구하는 경우 위 예규에서 규정하고 있는 일정한 전산양식을 사용할 필요가 있다.

헌재법 제32조를 보완하기 위하여 헌법재판소 심판규칙 제41조는 문서가 있는 장소에서의 서증조사에 관하여 규정하고 있는데, 헌법재판소 심판규칙 제42조는 협력의무를 규정하면서 문서송부촉탁을 받은 사람이나 서증조사의 대상인 문서를 가지고 있는 사람에 대한 협력의무만을 규정하고 있고, 사실조회를 의뢰받은 국가기관이나 공공단체의 협력의무에 대하여 규정하고 있지 않다.

국가기관이나 공공단체가 사실조회에 응하지 않을 경우 헌법재판소가 정보공개청구소송을 제기하여 원하는 자료를 확보하는 것은 번거롭고 시간과 비용이 소요되며 헌법재판소의 위상에도 도움이 되지 않으므로, 일단은 헌법재판소 심판규칙 제41조를 보완하여 헌법재판소로부터 사실조회를 의뢰받은 국가기관이나 공공단체에게 원칙적으로 협조할 의무가 있음을 규정하는 것이 바람직하다. 이와 관련하여 개인정보보호 등을 위한 안전장치로서 필요하다면, 헌법재판소 재판관이나 연구관 및 심판관여자들의 소송자료와 관련한 비밀유지의무를 함께 규정할 수도 있을 것이다.

#### 4. 당사자나 이해관계인의 확정전 사건기록 열람·복사에 관한 근거규정 마련

헌재법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판의 경우 서면심리원칙으

로 진행되고, 구두변론을 여는 경우가 극히 예외적이므로, 당사자가 제출하는 각종 서면이나 서면에 첨부하여 제출하는 증거자료들이 법정에서 현출되거나 제시될 기회가 주어지지 않는다. 또한 헌법재판소의 실무상 결정문에는 사실인정을 함에 있어 어떠한 자료들에 근거하였는지가 일반법원의 판결이나 결정과는 달리 전혀 적시되지 않는다. 따라서 현재법 제68조 제1항 헌법소원심판의 당사자들, 특히 청구인으로서는 피청구인에 의하여 어떠한 증거자료들이 제출되었는지 확인하기 위하여<sup>438)</sup> 확정전의 사건기록을 열람·등사할 필요성이 법원의 일반 소송사건들보다 더 큰 측면이 있다. 따라서 현재법이 확정후의 사건기록에 대한 열람·복사에 관하여만 특별히 규정을 두고 확정전의 사건기록에 대한 사건 당사자의 열람·복사에 관하여는 특별한 규정을 두지 않은 채 현재법 제40조에 의하여 준용되는 민사소송법 제162조 제1항의 당사자의 사건 기록 열람·복사에 관한 규정을 준용하도록 하는 것은 법률규정체계상 균형에도 맞지 않을 뿐만 아니라, 소송 당사자에게 충분한 주장 및 증거제출의 기회를 부여한다는 측면에서도 타당하지 않다. 특히, 실무상 당사자가 제출한 서면이나 증거자료는 바로 상대방에게 송달되지만 헌법재판소가 직권으로 하는 사실조회 등의 다양한 증거조사결과는 양 당사자에게 송달되지 않을 것이므로, 헌법재판소가 직권으로 행하는 다양한 증거조사방법과 그 결과를 당사자가 확인할 수 있도록 한다는 의미에서도 확정 전의 사건기록에 대한 사건 당사

438) 현재법 제27조는 청구서의 송달에 관하여, 동법 제29조는 답변서의 제출에 관하여 규정하고 있을 뿐이고, 헌법재판소 심판규칙은 제9조에서 헌법재판소에 청구서를 제출하는 사람은 심판용부부분을 제출할 것을 규정하고 있을 뿐이다. 현재법 제40조에 의하여 준용되는 민사소송법 제4절의 송달에 관한 규정이 준용되어, 헌법소원심판에 있어 양 당사자가 제출하는 서면이나 증거자료 일체가 상대방에게 송달될 것이고, 실무상 그렇게 운영되어 오고 있는 것으로 알고 있다. 그렇지만 혹시 당사자가 헌법재판소에 제출한 심판청구서 이외의 서면이나 서면에 첨부하여 제출한 증거자료 중 일부가 상대방에게 송달되지 않은 경우라면, 원칙적으로 변론이 실시되지 않는다. 헌법재판소의 결정문에는 사실인정의 근거자료가 적시되지 않으므로, 상대방은 송달되지 않은 서면이나 자료가 존재하는지조차 알지 못하는 상황이 발생할 가능성도 배제할 수 없게 된다.

자나 이해관계인의 열람·복사에 관한 규정을 명시적으로 마련해둘 필요가 있다. 헌법재판소 심판규칙에도 이에 관한 아무런 상세한 규정이나 절차가 마련되어 있지 않으므로, 우선 헌법재판소가 해결할 수 있는 심판규칙 규정의 정비부터 서두르고, 차제에 헌재법의 개정기회에 확정전 사건기록에 대한 사건 당사자의 열람·복사에 관한 규정도 마련할 필요가 있다.

### Ⅲ. 법원의 직권조사 관련 제도로부터 시사점

법원의 가사조사관제도나 소년조사관제도, 전문심리위원제도로부터 헌법재판에 필요한 일정한 전문가위원을 비상임, 임기제로라도 위촉하여 두고 필요한 경우 특정한 조사업무 등을 의뢰하여 그 조사결과나 의견을 받아보는 것을 검토해볼 필요가 있을 것으로 생각된다. 특히, 원칙적 서면심리주의로 심리하는 헌재법 제68조 제1항의 헌법소원심판중 법령소원을 제외한 행정권력의 행사를 대상으로 하는 헌법소원심판과 같이 사실조사나 실태조사가 필요한 경우 비상임 전문가 위원을 활용하는 것이 도움이 되는 사례가 드물지 않을 것으로 생각된다. 특히, 4차 산업혁명 시대를 맞이하여 각종의 정보가 과거와 같이 문서의 형태로가 아니라 전산자료로 존재하고 그 분량이 방대한 경우가 많을 것으로 생각되는바, 국가기관이나 지방자치단체, 공공기관이 로데이터를 외부로 송부하여 주는 것은 불가능하나 그 소재지로 방문하여 열람하게 하는 것은 예외적으로 허용하여 줄 수 있는 경우와 같은 상황을 상정해 본다면, 전산전문가 위원으로 하여금 현장을 방문하여 로데이터를 현장에서 가공하여 재판에 필요한 전산자료만을 선별, 압축한 다음 저장매체 등에 담아 가지고 오는 등의 방법으로 해당 기관의 업무에 심각한 지장을 초래하지 않으면서 헌법재판에 필요한 증거자료들을 풍부하게 확보할 수 있는 방법이 있다면 그러한 방안을 강구해 볼 필요가 있을 것이다.



## 제3절 권한쟁의심판

### I. 효과적인 사실조사 방법

헌재법, 헌법재판소 심판규칙, 행정소송법, 민사소송법은 다양한 방법으로 사실조사를 할 수 있게 규정하고 있다. 권한쟁의심판은 국가기관이나 지방자치단체가 당사자인 사건이므로, 비교적 사실조사 문제가 용이하다고 보이나, 때로는 행정상 복잡하고 관련 공문이나 자료가 많아 그에 관련된 사실의 확정이 복잡하고 까다로운 경우가 있다(위 2021헌라1 사건의 경우). 그런데 헌법재판소의 사건 부담 현실을 고려할 때, 권한쟁의 사건마다 많은 변론기일을 열어 충분한 사실조사를 하기 어려우므로, 제도적으로 사실을 잘 드러내고 재판부가 확정하는 것도 곤란하다. 이런 상황에서 다음과 같은 개선책을 제안해 볼 수 있다.

#### 1. 구두변론 절차의 간소화 및 변론준비기일 확대

권한쟁의심판은 필요적 구두변론이 필요하고, 당사자주의와 변론주의가 원칙적으로 적용되므로, 사실관계, 특히 사안관련사실 및 입법관련사실은 당사자들의 주장과 항변, 재항변 등 공방에 동원된 서증, 사실조회, 기록등본송부촉탁 등을 통해서 가능하나, 증거조사는 결국 재판관이 현출된 증거의 증거능력과 증거력을 인식하는 과정이므로, 재판관이 직접 당사자들에게 질문하거나 당사자의 증거에 관한 의견이나 구두변론을 통하여 잘 이루어질 수 있다.

현재의 권한쟁의심판 변론진행 행태를 더 효율적으로 개선하는 것이 바람직하다. 현재 당사자들의 변론요지, 참고인진술, 당사자들의 최후변론, 재판관 질의 및 이에 대한 응답으로 사건당 변론이 3시간 이상이 걸리는 경우가 많은바, 시간적 효율성을 증진할 필요가 있다.

미국 연방대법원의 경우, 구두변론이 이루어지면, 통상 당사자 간 30

분으로 변론시간이 주어지며, 그 변론 도중에 나타나는 대법관들의 질문과 답변도 그 시간에 포함되고 있다. 이러한 제한된 변론시간이 바람직한 것이라고 말할 수는 없지만, 적어도 그러한 시스템을 운영하기 위해서 사전에 당사자들이 충분히 사실관계와 쟁점을 객관적으로 잘 정리하고 이를 요약한 서면을 제출하도록 하는 계기가 될 것이고, 재판부도 변론기일에 중요한 쟁점에 바로 집중하는 경향이 있다.

이를 참고하여, 재판장의 ‘변론의 지휘’ 권한(헌재법 제35조 제1항)을 권한쟁의심판의 구두변론에서 시간단축과 중복된 논의 축소를 위해서 적극적으로 행사될 필요가 있다.

이동흡 전 재판관은 헌법소원심판사건의 변론절차가 당사자와 참고인의 의견 진술 중심으로 진행되는 것의 문제점을 지적하고, 참고인 의견 진술은 서면으로 대체하고 당사자 변론 중심으로 변론시간을 줄이고 변론을 여는 사건 수를 늘려야 한다는 등의 제도 개선방안을 제시하고 있다.<sup>439)</sup> 그런데 실무상 참고인이 출석했을 경우 재판관과 질의 응답 시간은 필요할 것이므로, 의견 진술은 서면으로 하되, 질의응답은 유지하는 것도 좋을 것이다.

## 2. ‘심판준비절차’의 적극 활용

헌법재판 사건에서 사건의 성격상 변론의 필요성이 없는 사건을 제외하고는 원칙적으로 변론을 열러 당사자와 관계인에게 직접 의견을 진술할 기회를 주는 것이 바람직하다.<sup>440)</sup> 헌법재판소 심판규칙은 민사소송법 내용과 유사하게 ‘심판준비절차 및 수명재판관 지정’을 규정하고 있는데(제11조),<sup>441)</sup> 이는 전원재판부 구두변론을 충실하게 하고자

---

439) 강일원, 앞의 논문, 28면에서 재인용.

440) 강일원, 앞의 논문, 27면.

441) 헌법재판소 심판규칙 제11조(심판준비절차의 실시) 제1항 “헌법재판소는 심판절차를 효율적이고 집중적으로 진행하기 위하여 당사자의 주장과 증거를 정리할 필요가 있을 때에는 심판준비절차를 실시할 수 있다.”

심판절차를 효율적이고 집중적으로 진행하며, 당사자의 주장과 증거를 구두변론 전에 충분히 드러내고 정리할 수 있게 한다.

사건의 중심재판관이 수명재판관이 될 경우, 구두변론 전에 필요한 사실관계를 보다 효율적으로 정리하고, 또 당사자들의 서면 주장에는 나타나지 않았지만 사건의 처리에 필요한 사실에 대하여도 직권으로 증거조사를 할 수 있고(헌재법 제31조 제1항), 직권심리(행정소송법 제26조 ‘직권심리’)를 하기 위한 조치를 할 수 있다. 또 증거조사는 수명재판관 1인에 의하여 행해질 수도 있다(헌재법 제31조 제2항). 심판준비절차는 화상장치를 이용하여 실시할 수도 있다.

한편 민사소송법상 변론종결 전에만 실시할 수 있는 변론준비절차와는 달리 심판준비절차는 변론종결 이후에도 종국결정 전까지 실시할 수 있는 것으로 보인다. 왜냐하면 심판준비절차는 구두변론이 필수가 아닌 헌법소원심판 등에도 행해질 수 있으며, 따라서 변론과 필수적으로 연관된 제도는 아니기 때문이다. 이렇게 보면, 헌법재판소는 2021헌라1 사건에서처럼 변론종결 후 지속적인 석명명령 행사로 서면으로만 사실조사를 하는 것보다, 심판준비절차를 활용하여 당사자의 주장과 증거를 정리하는 것이 바람직하다고 보인다.

### 3. 수명재판관에 의한 증거조사 활용

헌재법 제31조 제2항에 따라 재판부는 사건의 심리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 각종 증거조사를 할 수 있는데, 재판장은 재판관 1인으로 하여금 이를 하게 할 수 있다. 이 제도를 적극적으로 활용하면, 전원재판부의 업무를 경

---

동조 제2항 “헌법재판소는 재판부에 속한 재판관을 수명재판관으로 지정하여 심판준비절차를 담당하게 할 수 있다.” <개정 2017. 5. 30.>

동조 제3항 “헌법재판소는 당사자가 심판정에 직접 출석하기 어려운 경우 당사자의 동의를 받아 인터넷 화상장치를 이용하여 심판준비절차를 실시할 수 있다.” <신설 2021. 9. 14.>

감할 수 있고, 보다 효율적, 집중적으로 증거조사를 할 수도 있으며, 당사자들은 보다 적극적으로 주장과 항변을 할 기회를 얻을 수 있다. 권한쟁의심판의 경우 대부분은 구두변론이 1-2회로 제약적이므로, 수명재판관 제도를 통한 증거조사는 매우 효과적일 것으로 보인다.

사건의 사실관계를 규명하는 것은 헌법재판소의 권한이자 의무이다. 헌법소송이 객관적 헌법질서의 유지를 또 다른 목적으로 하는 한, 당사자가 주장하지 않은 사실도 직권으로 수집하여 재판의 기초로 삼을 필요가 있다. 다만, 그 경우에도 법적 절차에 따른 사실조사가 이루어져야 한다. 만일 당사자도 거론하지 않은 사실을 인터넷이나 기타 수단을 통해 재판부가 확보한 정보를 사실로 인정하는 것은 신중을 기하여야 하고, 법상 사실조사의 취지를 우회하는 것이 되어서는 안 될 것이다. 이를 위한 헌법재판소의 내부 규칙 제정이 필요하다.<sup>442)</sup>

#### 4. 헌법연구관의 조사제도 활용

헌법연구관들은 헌법재판 실무에서 헌법재판소의 사실인정 과정에 중요한 역할을 한다. 헌법연구관은 헌법재판소장의 명에 따라 사건의 심리 및 심판에 관한 조사·연구에 종사한다(헌재법 제19조 제3항). 실무상 헌법재판관은 사건을 검토하면서 자료 조사나 연구를 위하여 헌법연구관에게 자료 수집과 분석을 맡긴다. 통상의 경우 헌법연구관의 보고서가 사건 심리와 결론 도출에 중요한 역할을 한다.<sup>443)</sup>

---

442) 강일원, 앞의 논문, 25면(“헌법재판소는 법률에 저촉되지 않는 범위에서 심판에 관한 절차를 스스로 정하여 규칙을 제정할 수 있다. 헌법소원 등 헌법재판이 생활화된 이 시점에서는 헌법재판소가 심판에 관한 구체적 절차를 규칙으로 정하고 이를 공개하여야 한다. 소송법의 어느 규정이 준용되고 어느 규정이 준용되지 않는지 또 헌법재판의 성질에 맞추어 어떻게 변용되어 적용되는지 등은 헌법재판에 참여하는 당사자나 이해관계인에게 매우 중요한 정보다. 헌법재판소는 헌법이 준 권한을 행사하여 심판에 관한 구체적 절차를 정한 규칙을 정하여 공개할 필요가 있다.”).

443) 강일원, 위의 논문.

헌법재판소 심판규칙은 헌법연구관이 “주장의 정리나 자료의 제출을 요구하거나, 조사기일을 여는 방법 등으로 사건의 심리 및 심판에 관한 조사를 할 수 있다”고 규정한다(제11조의2 제1항).<sup>444)</sup> 이 절차를 권한쟁의심판 사실인정 절차에도 활용하는 것이 바람직하다. 심판준비 절차를 헌법연구관의 조사 기능과 같이 결합하면 사실인정이 더 용이해질 것이다.

## 5. 관계기관의 협조 의무

헌법재판소가 사실조회를 하거나 기록등본송부촉탁을 하는 경우 대상기관이 제때 회신을 하지 않거나 회신을 거부하는 경우가 있을 수 있다. 헌법소원에서 청구인들의 체납 세금을 확인하기 위한 사실조회를 하였으나 세무서가 이를 거부하는 경우가 있었는데, 권한쟁의 역시 기관이나 단체에 대한 사실조회를 하게 되므로 유사한 일이 발생할 수 있다. 위 헌법소원 사건에서의 납세자 과세정보에 대해서는, ‘법원의 제출명령’이 있는 경우 세무공무원은 납세자의 과세정보를 제공하여야 하나(국세기본법 제81조의13 제1항 제3호), 세무서는 단순한 ‘사실조회’의 경우 그러한 제공 의무가 없다고 본 듯하다.<sup>445)</sup> 현재법이 준용하는 민사소송법은 문서송부촉탁을 받은 사람이 정당한 사유가 없는 한 이에 협력할 의무가 있다고 규정하며(제352조의2), 현재법 제32조에도 헌법재판소가 다른 국가기관에 사실조회 또는 자료의 제출

444) 동 규정은 “사건의 심리 및 심판에 관한 조사”라고 하여 현재법이 규정한 헌법연구관의 업무의 일환을 규정하고 있으나, 당사자에게 ‘주장의 정리나 자료 제출을 요구하거나 조사기일을 여는 방법’은 당사자에게 의무를 부과하게 되므로 법률의 근거가 마련될 필요가 있다. 그 전까지는 ‘요구’는 ‘요청’으로 하고, ‘당사자가 동의하는 경우에’ “조사기일을 여는 방법”으로 규정하는 것을 고려해볼 필요가 있다.

445) 국세기본법 제81조의13 제3항은 “세무공무원은 제1항 및 제2항을 위반하여 과세정보의 제공을 요구받으면 그 요구를 거부하여야 한다.”고 명시적으로 규정하고 있어, 민사소송법 제352조의2나 현재법 제32조의 협력의무 조항과 마찰될 소지가 있다.

을 요구할 수 있는 근거 규정이 있다. 그러나 이러한 협력의무 규정에도 불구하고 민감한 개인정보사항은 제공이 거부될 소지가 있다. 그러나 개인정보보호법도 “법원의 재판업무 수행을 위하여 필요한 경우”는 제3자에게 개인정보를 제공할 수 있다고 규정한다. 따라서 세무서나 국가기관의 협력의무 미이행은 부당하다.

추후 이러한 협력의무 미이행을 방지하기 위해서는, 의무 위반에 대한 제재규정을 마련하거나, 다른 대체수단을 통하여 사실조사를 진행하는 것이 적절하다. 헌재법 제79조는 “헌법재판소의 조사 또는 검사를 정당한 사유 없이 거부, 방해 또는 기피한 자”를 1년이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하는데, 이러한 형사처벌 조항은 적용하기가 쉽지 않을 것이므로, 보다 덜 제약적인 수단으로서 과태료 신설이 필요하고, 한편 벌금 100만원은 좀 더 실효적으로 상향될 필요가 있다.

타 기관의 협력의무 미이행을 방지하기 위해서는, 때로는 사실조회와 별도로 ‘제출명령’을 발하는 것이 상당하다. 금융기관 또는 세무공무원이 보유하고 있는 금융거래정보나 과세정보의 제출을 요구할 때 사실조회 형식으로 증거신청을 하는 경우가 있지만, 법원의 ‘금융거래정보, 과세정보 제출명령에 관한 예규’는 제출명령신청을 하도록 하며, 일정한 전산양식을 사용한다. 헌법재판소도 그와 유사한 예규를 제정하고 일정한 양식을 사용하여 되도록 사실조회보다는 제출명령을 시행하는 것이 바람직하다.

## II. 증거의 거시(舉示) 문제

헌법재판소는 사실인정을 하면서 증거를 제시하는 경우가 드물다. 위에서 본 2023헌나1 사건에서도 단지 “이 사건 참사 발생 이후의 피청구인의 재난대응과 관련하여 인정되는 사실은 다음과 같다.”라고 판시하면서 사실인정을 하고 있다. 민사소송법상으로 판결문에 서증을 거시

하며, 통상 각 증거의 표목과 표제만 기재한다. 증거의 거시는 사실인정이 어느 증거에 기반하였는지를 알 수 있게 하여 설득력을 높이며, 필요한 증거조사가 이루어졌다는 추정을 가능하게 하는 장점이 있다.

그런데 헌법재판에서 증거능력과 증명력의 정도는 헌법재판의 특수성에 있어서, 민사소송과 행정소송과 다를 수밖에 없으므로, 결정서에 일일이 증거를 거시하는 것은 과도한 업무부담을 줄 수 있다. 그러므로 이 문제는 결정의 설득력과 재판부의 업무부담, 헌법소송의 특수성 등을 감안하여 개선방향을 논의할 사항이다. 다만, 여기서는 다양한 변수를 모두 검토할 수 없으므로, 구체적인 개선방향 논의는 생략하기로 한다.

참고로 독일연방헌법재판소 결정 역시 사실인정을 하면서 증거를 일일이 거시하지는 않는 것으로 보인다. 특히 헌법소원심판의 경우 이미 법원을 통하여 사실관계가 확정된 뒤 재판소원의 형태로 제기되므로 헌법재판소가 따로 사실인정을 해야 할 필요성이 없는 경우가 많다.

## 제4절 탄핵심판

### I. 추가적인 사실조사 방법

대통령 탄핵과 같이 중차대한 사건에서는 ‘법령상 사실조사 방법 개관’에서 보듯이, 헌법재판소법, 헌법재판소 심판규칙, 행정소송법, 민사소송법의 다양한 사실조사 방법을 최대한 동원할 필요가 있다.

특히 참고인진술, 심판준비절차, 석명처분, 석명권과 구문권, 직권심리, 전문심리위원회제도 등이 적극적으로 활용될 필요가 있으며, 미국의 ‘법정 조언자 의견서’(amicus curiae brief) 제도 및 디스커버리 제도도 고려해볼만 하다. 미국 민사소송절차에서 이용되고 있는 디스커버리 절차에서 질문서(Interrogatories)는 당사자가 상대방 당사자나 공동 소

송인에게 사실관계 등에 대해 질문하고 답변을 받을 수 있는 제도다. 또 서류 등 제출 요구(Production of Property)는 소송 당사자가 상대방이 소지하고 있는 서류나 물건 등을 제출받아 검토할 수 있는 제도이다.<sup>446)</sup>

## II. 기록인증등본송부촉탁 등의 효율성 증진

탄핵심판이 제기될 때는 관련 형사사건이 진행 중일 경우가 있다. 이 때 형사기록을 확보하는 것은 당사자와 헌법재판소에 공히 중요하며, 이는 주된 증거조사 대상이 될 것이다. 그런데 법원 등에 기록인증등본송부촉탁을 하여도 제때 회부가 되지 않는 경우에 대한 대책이 필요하다.

2021헌나1 사건의 경우, 당사자의 기록인증등본송부촉탁은 2021. 2. 10. 이루어졌는데 법원의 1심기록에 대한 회신은 1개월 이상 지체되어 이루어졌다. 탄핵소추가 된 경우 직무집행이 정지되므로, 신속한 심리가 필요한데, 증거자료 확보에 시간이 과도하게 소요되는 것은 피해야 한다. 다만, 위 사건은 이미 피청구인이 법관직을 사임한 뒤이므로 특수성이 있었다.

이에 대한 개선책으로서는 아래에서 보듯이 문서가 있는 장소에서의 서증조사를 활용하는 것이 있으며, 제재조항을 개선하는 것이 필요하다. 현재 헌재법 제32조는 재판부의 자료제출 요구 등에 대한 근거조항이 있지만 그 제재조항은 제79조의 벌칙조항이 유일하다. 동 벌칙이 ‘1년이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금’이므로, 타 기관에 대하여 적용하기가 곤란하고 벌금액도 매우 낮다. 그러므로 제재조항을 과태료를 포함하여 다양하게 구성하는 것이 바람직하다.

한편 재판·소추 또는 범죄수사가 진행 중인 사건의 기록에 대하여는 송부를 요구할 수 없는데(헌재법 제31조 단서), 헌법재판의 심리에 있

---

446) 강일원, 앞의 논문, 28면.



어 재판이나 범죄수사가 진행 중인 사건의 기록 내용이 반드시 필요한 경우가 있으므로, 위 단서를 삭제하되, 원본 제출이 어려운 경우를 감안하여 요구된 기록의 인증등본을 제출할 수 있도록 하는 규정을 두는 것을 입법론으로 고려할 필요가 있다는 견해가 있다.<sup>447)</sup> 참고로 독일 연방헌재법 제27조는 모든 법원과 행정청으로 하여금 연방헌법 재판소에 법률상 및 직무상 공조를 행하고, 필요한 소송기록과 문서를 연방헌법재판소에 제출하도록 규정하고 있다. 스페인 헌재법 제87조 제2항은 법원과 법원이 헌법재판소가 요청하는 법적 원조를 우선적으로 제공하도록 의무를 부과하고, 제88조는 헌법재판소가 모든 공공기관과 행정기관에 헌법소송과 관련된 기록, 자료, 문서 등의 제출을 요구할 수 있도록 규정하고 있다.

### III. 수명재판관 제도의 활용

재판장은 필요하다고 인정하는 경우, 재판관 중 1명을 지정하여(“수명재판관”) 증거조사를 하게 할 수 있다(헌재법 제31조 제2항). 참고로 독일 연방헌법재판소법 제26조 제1항은 연방헌법재판소가 사실의 인정에 필요한 증거조사를 행하되, 재판관 1인에게 변론 외에서의 증거조사를 맡길 수 있도록 규정하고 있다.

현행법은 재판부가 결정의 형식으로 자료제출 등의 요구를 할 수 있도록 하고 있다. 이 제도를 보다 효율적으로 활용하기 위해서는 재판부가 아니라 사건의 심리를 담당한 재판관이 이러한 직무를 직접 수행할 수 있도록 보정명령에 관한 법 제28조 제5항, 증거조사에 관한 법 제31조 제2항과 마찬가지로 수명재판관 제도를 도입할 필요가 있다.<sup>448)</sup>

한편 제3자가 가지고 있는 문서를 문서제출신청 또는 문서송부촉탁

447) 헌법재판연구원, 앞의 책, 372면.

448) 헌법재판연구원, 앞의 책, 372면.

의 방법에 따라 서증으로 신청할 수 없거나 신청하기 어려운 사정이 있으면 헌법재판소는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 그 문서가 있는 장소에서 서증조사를 할 수 있는데, 이 경우 신청인은 서증으로 신청한 문서의 사본을 헌법재판소에 제출하여야 하는데(심판규칙 제41조), 미완결 수사사건의 기록, 기소중지 중의 수사기록 등 대외방출이 어려운 경우가 주로 대상이 될 것이다. 이러한 서증조사도 수명재판관(주심재판관)이 할 수 있도록 제도개선을 하는 것이 바람직하다.

#### IV. 심판준비절차를 통한 입증방법 조정

심판(변론)준비절차는 전원재판부가 관여하지 않으면서 당사자들의 주장과 항변, 증거자료와 입증계획 등을 조정하는 절차이므로, 이를 적극적으로 활용하는 것이 바람직하다. 2016헌나1 사건의 경우, 26인의 증인이 채택되었는데 대통령의 직무집행이 정지되어 있으므로 증인수를 줄이고 증인진술서 제도를 활용하는 등 과도한 소송지연을 방지하는 것이 필요한 것으로 보인다. 이를 위해서는 재판부나 수명재판관이 적극적으로 입증방법에 대한 합리적 조정을 행하는 것이 바람직하다고 본다.

## V. 관련 규칙의 정비

탄핵심판 절차에서 ‘전문증거법칙’ 등 형사법상 제도를 어느 정도의 범위에서 채택할 것인지 등에 관한 심판규칙 개정이 필요하다고 보인다. 2016헌나1 사건에서 재판부가 이에 대하여 일정한 기준을 언급하였지만, 판례상 확립된 사항이라고 단정하기는 어려우므로 이에 대해서는 규칙 개정이 필요하다고 보인다.

### 제5절 정당해산심판에서의 법제도 개선방안

헌재법 제40조는 제1항 전단에 따라 정당해산심판의 경우 그 심판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 민사소송에 관한 법령을 준용하여야 한다. 따라서 형사소송에 관한 법령과 민사소송에 관한 법령이 상충되는 경우로서 민사소송에 관한 법령의 준용이 절차진행상 필수적으로 요청되는 경우가 아님에도 불구하고 그것을 준용함으로써 피청구인의 방어권 행사에 지장을 초래하게 되는 범위 내에서는 민사소송에 관한 법령을 준용할 수 없는 것으로 해석하는 것이 옳다. 그러므로 정당해산심판제도의 성질에 반하므로 준용할 수 없는 민사소송법령 조항이 어떤 것들인지, 그러한 조항 대신에 어떤 법령이 준용되어야 하는지에 관하여 헌법재판소는 우선 헌법재판소 규칙에 구체적으로 규정해 나가야 한다. 규정 내용이 축적되면 그 중 법률차원에서 규율되는 것이 바람직한 내용들은 헌재법에 규정될 수 있도록 법 개정 노력을 기울여야 할 것이다.

## 제6절 정리

이상 헌법재판 유형별로 실효적인 사실자료 조사·확보를 위한 개선 방안을 검토해보았다. 이러한 개선 방안들을 유형화해보면, 재판관절차 운영을 개선함으로써 사실자료 조사·확보를 용이하게 하는 방안, 조직적·인적 역량을 강화함으로써 사실자료 조사·확보를 용이하게 하는 방안, 그리고 외부기관의 협조 의무를 통해 사실자료 조사·확보를 용이하게 하는 방안으로 나누어볼 수 있다.

### I. 재판절차 운영상 개선방안

#### 1. 변론의 활성화

필요적 변론사건 이외에 현행법상 임의적 변론사건인 위헌법률심판과 헌법소원심판에 있어서 변론을 활성화할 필요가 있다. 헌법재판에서 실효적인 사실자료의 수집·확보는 당사자, 이해관계인, 참고인 등의 도움없이 불가능하기 때문이다. 사건의 성격상 변론의 필요성이 없는 사건을 제외하고는 원칙적으로 변론을 열어 당사자와 관계인에게 직접 의견을 진술할 기회를 줄 필요가 있다.

#### 2. 변론절차의 효율적 운영

위헌법률심판이나 헌법소원심판에서 변론을 확대할 경우 헌법재판소의 업무부담이 가중될 위험이 있다. 따라서 헌법재판소에 과중한 업무부담을 주지 않도록 변론절차를 간편하고 효율적으로 운영하여야 한다.

### (1) 심판준비절차의 적극 활용

헌법재판소는 심판절차를 효율적이고 집중적으로 진행하기 위하여 당사자의 주장과 증거를 정리할 필요가 있을 때에는 심판준비절차를 실시할 수 있고, 재판장은 재판부에 속한 재판관을 수명재판관으로 지정하여 심판준비절차를 담당하게 할 수 있다. 헌법재판소는 당사자가 심판정에 직접 출석하기 어려운 경우 당사자의 동의를 받아 인터넷 화상장치를 이용하여 심판준비절차를 실시할 수 있다(심판규칙 제11조). 이러한 심판(변론)준비절차는 전원재판부가 관여하지 않으면서 당사자들의 주장과 항변, 증거자료와 입증계획 등을 조정하는 절차이므로, 이를 적극적으로 활용하는 것이 바람직하다.

### (2) 수명재판관에 의한 증거조사 활용

재판부는 사건의 심리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 각종 증거조사를 할 수 있는데, 재판장은 재판관 1인으로 하여금 이를 하게 할 수 있다(헌재법 제31조). 이 제도를 적극적으로 활용하면, 전원재판부의 업무를 경감할 수 있고, 보다 효율적, 집중적으로 증거조사를 할 수 있다.

### (3) 헌법연구관의 조사권한 활용

헌법연구관은 헌법재판 실무에서 헌법재판소의 사실인정 과정에 중요한 역할을 한다. 헌법연구관은 헌법재판소장의 명에 따라 사건의 심리 및 심판에 관한 조사·연구에 종사한다(헌재법 제19조 제3항). 헌법연구관은 주장의 정리나 자료의 제출을 요구하거나, 조사기일을 여는 방법 등으로 사건의 심리 및 심판에 관한 조사를 할 수 있다(심판규칙 제11조의2 제1항). 현행 심판규칙에 헌법연구관의 조사권한에 대한 근

거가 마련되었다. 향후 현재법 개정을 통해 가사소송법 제6조, 소년법 제11조 가사조사관, 소년조사관에 대한 규정을 참고하여 재판장 또는 수명재판관의 명을 받아 사실을 조사한다는 취지의 규정을 마련할 필요가 있다.

#### (4) 전문가의견 활용 범위 확대

변론을 열어 전문가인 제3자의 참고인 진술을 받는 것은 심판대상구범과 관련된 사실관계를 확인하는데 중요한 수단으로 작용한다(현재법 제30조 제2항). 다만, 변론을 열지 않고서도 중요한 사건에서 전문가인 제3자의 의견을 들을 수 있으면, 해당 사건의 쟁점과 관련된 사실을 용이하게 파악하는데 도움을 받을 수 있다. 전문가인 제3자의 의견표명에 대한 일반규정을 두고 있는 독일입법례(연방현재법 제27a조)와 같이 우리도 변론을 전제로 하지 않는 중요사건의 사실인정에 관한 복잡한 문제를 해결하기 위해 현재법에 전문가인 제3자에게 의견표명의 기회를 부여할 수 있도록 하는 일반규정을 도입할 필요가 있다.

#### (5) 준용규정의 활용과 심판규칙의 정비

재판부는 현재법 제40조의 준용규정을 통해 헌법재판의 성질에 반하지 않는 범위 내에서 민형사소송법상 증거조사절차에 관한 규정을 준용할 수 있다. 예컨대 서증신청절차에서, 상대방이 어떠한 문서를 소지하고 있는지를 몰라 신청자가 제출할 문서를 특정하지 못할 경우, 신청대상인 문서의 취지나 증명할 사실을 개괄적으로 표시하여 신청하면 헌법재판소는 민사소송법을 준용하여 상대방 당사자에게 관련문서에 관하여 그 표시와 취지 등을 명확히 적어내도록 먼저 명령할 수 있다(현재법 제40조, 민소법 제346조). 또한 문서제출명령신청이 있으면 헌법재판소는 제출의무와 그 소지사실에 대하여 심리한 후 그 허

가 여부를 결정하여야 한다(헌재법 제40조, 민소법 제347조 제1항). 또한 헌재법은 “물건 또는 그 밖의 증거자료”에 대한 증거조사에서 그 조사대상의 범위와 절차에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않는데, 관련 민사소송에 관한 법령을 준용할 필요가 있다(헌재법 제31조 제2호, 민소법 제374조, 민사소송규칙 제120조, 제121조). 단기적으로는 준용규정을 통해 고유한 법리를 확립하고, 심판규칙에 반영한 후 중장기적으로는 헌재법의 규정들을 내실화하는 방향이 바람직할 것으로 보인다.

## II. 인적·조직적 역량 강화 방안

### 1. 전문인력의 확보

재판부는 대체로 심판대상규범의 입법사실과 관련된 기존의 사회과학적인 조사 및 연구결과나 경험칙에 근거하여 위헌심사와 관련된 입법사실의 변화를 판단한다. 이를 위해 헌법재판소가 반드시 다수의 인적자원을 항시적으로 보유할 필요는 없지만, 어떠한 형태로든 심판대상규범과 관련된 적절한 사실인정을 위한 기초자료를 활용할 수 있도록 입법사실의 확인과 그 변화와 관련된 정보를 처리하는데 도움을 줄 수 있는 통계활용능력 등을 갖춘 사회과학분야의 전문가를 재판소에 두고 적극적으로 활용할 필요가 있다. 헌법재판에 필요한 일정한 전문가위원을 비상임, 임기제로라도 위촉하여 두고 필요한 경우 특정한 조사업무 등을 의뢰하여 그 조사결과나 의견을 받아보는 것을 검토해볼 필요가 있을 것으로 생각된다.

### 2. 사실조사 지원조직 신설

전문인력 확보와 더불어 사실조사를 지원하는 조직을 신설할 필요

가 있다. 사무처 산하 심판사무국 또는 도서관에 헌법재판과 관련한 사실자료를 수집, 정리하는 조직을 신설할 필요성이 있다. 미연방대법원의 경우 로클릭과 함께 도서관이 사실자료를 수집하는데 중요한 역할을 하고 있다는 점을 고려할 때, 재판부와 연구관의 사실자료 수집을 보조하고 지원하는 전담조직의 신설이 필요하다고 할 수 있다.

### Ⅲ. 외부기관과의 협력

#### 1. 협조의무 명문화

헌재법에 국가기관 등에게 법률상·직무상 협력의무를 부과하는 일반 규정을 도입할 필요가 있다. 헌재법 제32조는 단순히 재판소가 사실조회, 기록송부 자료제출을 요청할 수 있는 근거만을 마련했을 뿐이지 요청상대방에 대한 협조(지원)의무를 명시하고 있지 않기 때문에 그 실효성이 약화될 수 있다. 이에 따라 재판부의 자료제출요구를 받은 국가기관 등에 대해 자료제출의 실효성을 담보하기 위해서는 국가기관에게 협력의무를 부과하는 일반조항을 두는 방안을 고려할 수 있다. 아울러, 헌재법 제32조 단서는 재판부가 재판이나 수사에 영향을 미칠 가능성을 차단하기 위해 재판·소추 또는 범죄 수사가 진행 중인 사건의 기록을 송부대상에서 제외하고 있는데, 이처럼 해당 소송기록을 아예 접근하지 못하게 한다면, 재판의 전제성 판단이나 심판대상규범에 대한 법원의 해석에 대한 판단 등에 영향을 미칠 수 있으므로 원활한 사건심리에 장애를 초래할 수 있다. 따라서 헌재법 제32조 단서는 삭제하는 것이 바람직하다.

#### 2. 입법정보에의 접근 방안 모색

국회입법조사처도 헌재법 제32조 자료제출대상 기관인 국가기관에



해당한다고 해석될 수 있으므로, 재판부가 국회입법조사처에 특정 법률과 관련된 입법사실을 확인할 수 있는 자료를 요구할 수 있다. 의안 정보시스템이 제공하는 일반적인 정보 수준을 넘어서 국회가 입법관련 조사·연구를 하거나 국정감사 등에 사용하기 위해 구축한 국회와 정부 간 의정자료전자유통시스템의 입법자료 데이터베이스 등 입법자료를 축적하고 있는 국회내부정보시스템에 접근할 필요가 있다. 현재 권한 있는 국회직원 외의 접근은 허용되고 있지 않은 상황이므로 예컨대 일정한 조건 하에서 과건연구원 등 헌법연구관의 입법자료접근이 가능하도록 협조를 구하는 방안을 모색할 필요가 있다.

#### IV. 사실인정의 합리화

어떤 사실을 어떤 증거에 의하여 인정하는지를 결정문에 실시하는 것은 재판 결과의 정당성 내지 설득력과 직결되는 문제이다. 특히 헌법재판소 스스로 수집, 조사하는 사실자료와 증거자료의 경우, 변론에 현출되어 당사자 등 이해관계인에게 의견진술의 기회가 부여되지 않는 이상, 그 출처와 내용을 명시하는 등 최소한도의 증거거시가 필요하다. 이러한 증거거시 책임을 과도하게 요구할 경우 재판부의 부담이 가중될 수 있다. 따라서 재판부담을 가중하지 않는 합리적인 범위에서의 증거거시가 필요하고, 특히 재판부가 수집, 조사한 증거에 대해서는 전문가참고인 활용, 법정조언자제도 활용, 당사자의 의견진술권 보장 등을 통해 그 합리성에 대한 절차적 검증이 이루어질 수 있도록 하는 제도적 장치의 마련이 필요하다.

## 제6장 결론

본 연구에서는 이론연구, 사례연구, 비교제도연구를 통해서 원칙적으로 직권탐지주의가 적용되는 헌법재판에 있어 적시에, 정확한 사실을, 실효성있게 확보할 수 있도록 헌법재판소의 사실조사와 사실인정에 관한 권한과 역량을 강화하는 법제도 개선방안을 모색하였다. 연구결과를 중심으로 심판절차별로 문제점과 개선방안을 제시하면 다음과 같다.

### 1. 규범통제심판

규범통제심판에서 헌법재판소의 사실조사, 사실인정과 관련하여 다음과 같은 문제점들이 확인되었다.

첫째, 입법사실을 확인해 줄 수 있는 일차적인 기관은 바로 그 법률을 제정한 국회이다. 그런데 국회가 법률을 제정하는 과정에서 충분한 입법사실의 근거를 기록으로 남기지 않는 경우가 많고, 남기더라도 국회 내부전산망에 데이터베이스화하여 외부에서는 자료접근이 어렵기 때문에 헌법재판소는 규범통제절차에서 중요한 심판대상규범에 관한 입법사실의 기초와 근거를 국회로부터 획득하기 어렵다는 근본적인 문제가 있다.

둘째, 입법사실의 변화를 확인하는데 필요한 기존의 조사·연구자료가 충분하지 않을 경우에는 재판부는 변론을 열어 이해관계인이나 참고인의 진술을 들을 수 있다. 그런데 재판부가 필요적 변론사건이 아닌 규범통제심판에서 서면심리 이외에 변론을 여는 경우는 사건 수에 비하여 상당히 드물다. 실제 변론을 열어 참고인의 진술을 듣고 의견서를 제출받는 경우에도 재판부는 대체로 법률전문가를 참고인으로 지정하고, 사실관계에 관한 전문가를 변론절차에서 적극적으로 활용하고 있지 않다. 또한 재판부는 사건의 심리를 위해 필요성이 있으면 직

권 또는 당사자의 신청에 따라 증거자료제출요구, 감정, 검증 등 증거조사를 할 수 있지만, 실무적으로 입법사실의 확인을 위해 이러한 증거조사방법은 거의 활용되고 있지 않다.

셋째, 위헌법률심판과 위헌심사형 헌법소원심판절차에서 당해 사건 당사자, 법무부장관, 이해관계 기관 등은 법률의 위헌여부에 대한 의견서를 제출할 수 있고, 이러한 의견서는 사실인정에 참고자료가 될 수 있지만, 임의규정에 그치고 있어 아무런 의견도 제출하지 않은 경우도 많다.

넷째, 재판부는 헌재법 제32조에 근거하여 결정으로 심판대상규범의 입법사실을 파악하기 위해 국가기관이나 공공단체 등 관계기관에게 사건을 심판하는데 필요한 사실조회, 소송기록, 자료제출을 요구할 수 있다. 동 절차는 재판부가 다른 국가기관 등 대상에게 직접 요청하여 받을 수 있는 정보획득절차 중에서 가장 많이 활용하고 있는 절차임에도 불구하고 다음과 같은 미비점이 있다. 우선, 헌법재판소가 규범통제절차에서 법원이나 국가기관에 대하여 어떤 법리와 사실인정을 전제로 심판대상규범을 해석하였는지를 묻는 질의가 헌법재판에서 필요할 수 있는데, 헌재법 제32조에 따른 제출대상에 심판대상규범의 해석 등 법적 문제에 대한 답변이 포함되기 어렵기 때문에, 헌법재판소가 위와 같은 질의요청을 할 경우 법적 근거 미비를 이유로 거부될 위험이 있다. 다음으로, 헌재법 제32조는 자료제출 등을 요구에 관한 근거만을 두고 있을 뿐이고, 재판부의 자료제출요구를 받은 국가기관의 협력의무를 두고 있지 않다. 따라서 재판부의 자료제출 요구를 받은 국가기관은 적어도 헌재법상 명문의 규정에 근거하여서는 협력의무를 부담하지 않게 되므로, 해당 국가기관의 자료제출의 실효성이 약화될 수 있는 문제가 발생한다. 마지막으로, 헌재법 제32조 단서는 재판부가 다른 국가기관 등에 송부를 요구할 수 있는 대상 중에서 재판·소추 또는 범죄 수사가 진행 중인 사건의 기록을 제외하고 있다. 이러한 소송기록은 위헌법률심판이나 위헌심사형 헌법소원심판의 재판의

전제성 판단과 관련하여 꼭 필요한 자료이다. 또한 소송기록은 사건의 실체를 파악하는데 필요한 자료로 심판대상규범을 해석하는데도 영향을 미칠 수 있다. 이에 따라 동조 단서에 의해 해당 소송기록에 대한 접근이 차단된다면, 규범통제절차의 원활한 사건심리에 장애를 초래할 수 있다.

다섯째, 심판대상규범에 관한 입법사실을 판단하기 위해 재판부가 가장 일반적으로 활용하는 방식은 사회과학적인 조사 및 연구의 결과나 경험칙에 근거한 사실인정 방식이다. 그런데 기존의 조사 및 연구 결과의 부재, 조사·연구의 시점이나 대상범위의 차이, 통계의 오류 등으로 입법사실을 충분히 확인하지 못하거나 잘못 판단하는 경우도 있다. 특히 헌법재판소는 스스로 기존의 사회과학적 조사·연구결과의 오류를 검증하거나 조사·연구의 시차나 대상범위의 차이를 고려하여 심판대상규범에 맞게 입법사실을 평가할 수 있는 조직·인력을 갖추고 있지 않기 때문에 위와 같은 방식으로는 입법사실을 신속하고 정확히 판단하기 어려운 측면도 있다.

규범통제심판에서 발생하고 있는 위와 같은 사실인정과 사실조사의 문제를 해결하기 위해 다음과 같은 제도개선방안을 제시하였다.

첫째, 국가기관 등에게 법률상·직무상 협력의무를 부과하는 일반규정을 도입하는 방안이다. 심판대상규범에 대한 법원 등 국가기관의 해석이나 법적 문제에 대한 정보를 국가기관으로부터 획득할 수 있는 법적 근거를 찾기 어렵다는 문제가 있는데, 국가기관에게 협력의무를 부과하는 일반조항을 두면서 규범해석에 관한 문의도 일반조항에 포함되도록 하는 방안을 통해 이러한 문제를 해결할 수 있다. 또한 자료요청 상대방에 대한 협조의무를 두고 있지 않은 헌재법 제32조의 자료제출절차의 미비점으로 인해 자료제출절차의 실효성이 약화된다는 문제도 국가기관에게 협력의무를 부과하는 일반조항을 두는 방안을 통해서 해결할 수 있다.

둘째, 현재법 제32조 단서는 재판부가 재판이나 수사에 영향을 미칠 가능성을 차단하기 위해 재판·소추 또는 범죄 수사가 진행 중인 사건의 기록을 송부대상에서 제외하고 있는데, 위와 같은 정보접근제한은 재판의 전제성 판단이나 심판대상규범에 대한 법원의 해석에 대한 판단 등에 영향을 미칠 수 있으므로 규범통제절차의 원활한 사건심리에 장애를 초래할 수 있다. 따라서 현재법 제32조 단서는 삭제하는 것이 바람직하다.

셋째, 헌법재판소가 규범통제절차에서 심판대상조항에 관한 입법사실을 확인하기 위하여는 일차적으로 국회가 입법절차에서 참조한 입법자료를 확인할 필요가 있지만, 현재 국회가 국회 의안정보검색시스템을 통해 공개한 입법자료는 매우 한정적이다. 국회가 대부분의 입법자료를 취득하고 데이터베이스화 하여 축적한 내부시스템인 의정자료 전자유통시스템에 대해 일정한 조건하에서 헌법연구원 등이 자료접근이 가능하도록 협조를 구하는 방안을 모색할 수 있다. 또한 국회입법조사처도 현재법 제32조 자료제출대상 기관인 국가기관에 해당한다고 해석될 수 있으므로, 재판부가 국회입법조사처에 특정 법률과 관련된 입법사실을 확인할 수 있는 자료를 요구하는 방안도 고려할 수 있다.

넷째, 재판소는 대체로 심판대상규범의 입법사실과 관련된 기존의 사회과학적인 조사 및 연구결과나 경험칙에 근거하여 위헌심사와 관련된 입법사실을 확인하는데, 심판대상규범과 관련된 기존의 조사·연구의 부족, 조사·연구결과의 다양성과 충돌, 심판대상의 입법시점과 조사·연구된 시점과의 시간적 간극, 심판대상과 조사·연구의 대상범위의 차이, 조사·연구의 오류 등으로 인해 위와 같은 사실의 변화를 기존의 자료나 경험칙에 비추어 판단하기 어렵거나 판단에 오류가 생기는 문제가 있다. 이를 위해 헌법재판소가 입법사실에 관한 정보를 처리하는데 도움을 줄 수 있는 사회과학분야의 전문가를 재판소에 두고 적극적으로 활용할 필요가 있다.

다섯째, 규범통제절차에서 사실인정이 특히 중요한 사건들의 경우

헌법재판소가 직권으로 관련 전문가의 의견을 적극적으로 요청하여 활용할 필요가 있다. 변론과정에서 법률전문가인 참고인 이외에 직권으로 해당분야의 사실인정 관련 전문가를 참고인으로 지정하여 의견을 듣거나 변론을 전제하지 않고서도 사실인정 관련 여러 전문가의 의견을 직접 듣고 질의할 수 있는 기회를 다양하게 마련하는 방안을 모색할 수 있다.

## 2. 헌법소원심판

헌법소원심판에서 헌법재판소의 사실조사, 사실인정과 관련하여 다음과 같은 문제점들이 확인되었다.

첫째, 구체적인 공권력작용을 대상으로 하는 헌재법 제68조 제1항 헌법소원심판 사건들 중에는 재판관련사실을 확정하여야 하는 경우도 많은데, 이런 사건들에 대하여 변론을 열지 않고 서면심리를 원칙으로 하고, 헌재법이나 민사소송법 등이 규정하고 있는 증거조사를 거치지 않고 수집한 자료들에 근거하여 사실을 확정하는 경우도 많다. 이러한 증거방법 획득은 법률에 명확한 근거 규정이 없고, 결정문에 사실인정의 근거자료가 적시되지도 않는다는 점에서 문제가 될 수 있다.

둘째, 헌법재판에서 가장 많이 활용되는 증거조사방법이 사실조회라 할 수 있을 것이다. 그런데 헌법재판을 위한 중요한 증거자료의 확보를 위하여 보낸 사실조회에 대하여 국가나 지방자치단체, 공공기관이 이를 거부할 경우 공신력 있는 증거자료의 확보에 어려움을 겪을 수 있음은 물론이거니와 헌법재판소의 권위나 공정한 재판결과의 도출에도 악영향이 초래될 수 있다. 헌재법과 헌법재판소 심판규칙을 정비하여 자료의 직접조사 방법, 자료송부촉탁 방법에 관하여 세밀한 절차나 방식을 명시할 필요가 있다.

셋째, 헌법재판소 심판규칙 제11조에서는 “헌법연구관은 주장의 정리나 자료의 제출을 요구하거나, 조사기일을 여는 방법 등으로 사건의

심리 및 심판에 관한 조사를 할 수 있다”라고 하여 명시적으로 법적 근거를 두었다. 이에 따라, 사실인정이 중요한 현재법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판사건에 있어서 사건에 대한 조사·보고를 주 업무로 하는 헌법연구관이 양 당사자에게 주장의 정리나 자료의 제출을 요구하는 등으로 사건의 심리 및 심판에 관한 조사를 할 수 있는데, 이와 함께 헌법연구관으로부터 자료제출 요구 등을 받은 당사자나 이해관계인이 그에 응답할 의무에 관하여도 명시적인 규정을 마련할 필요가 있다.

넷째, 우리 현재법은 일반심판절차에 관한 제39조의2에서 심판이 확정된 사건기록의 열람 또는 복사에 관한 규정을 두어, 누구든지 원칙적으로 권리구제, 학술연구 또는 공익 목적으로 심판이 확정된 사건기록의 열람 또는 복사를 신청할 수 있도록 하고 있지만, 정작 심판이 확정되기 이전 사건기록의 당사자나 이해관계인에 의한 열람·등사에 관하여는 현재법에 별도의 규정을 두지 않고 있다. 현재법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판의 경우 서면심리원칙으로 진행되고, 구두변론을 여는 경우는 극히 예외적이므로, 당사자가 제출하는 각종 서면이나 서면에 첨부하여 제출하는 증거자료들이 법정에서 현출되거나 제시될 기회가 주어지지 않는다. 따라서 현재법에 별도 규정없이 현재법 제40조에 의하여 준용되는 민사소송법 제162조 제1항의 당사자의 사건 기록 열람·복사에 관한 규정을 준용하도록 하는 것은 법률규정체계상 균형에도 맞지 않을 뿐만 아니라, 소송 당사자에게 충분한 주장 및 증거 제출의 기회부여 측면에서 문제가 있다.

헌법소원심판에서 발생하고 있는 위와 같은 사실인정과 사실조사의 문제를 해결하기 위해 다음과 같은 제도개선방안을 제시하였다.

첫째, 헌법소원심판사건, 특히 대심적 구조를 갖는 공권력의 행사나 불행사를 대상으로 하는 헌법소원심판사건에 있어서는 여러 가지 사실을 확정할 필요가 있고, 변론 없이 서면심리로만 사실을 확정하는

것은 바람직하지 않으므로, 재판관련사실을 인정하기 위해 충실한 증거조사가 이루어져야 할 사건들에 있어서는 변론을 활성화할 필요가 있다. 그리고 늘어난 변론이 헌법재판소에 지나치게 과중한 업무부담을 주지 않도록 변론절차를 간편하고 효율적으로 바꾸는 것도 검토할 필요가 있다. 헌법연구관이 재판부로부터 권한을 위임받아 변론준비절차를 진행할 수 있도록 하거나, 수명재판관이 변론절차를 진행할 수 있도록 하는 방안이 고려될 수 있다.

둘째, 헌법재판소는 헌법소원심판에 적용되는 증거조사절차를 먼저 헌법재판소 규칙에서 정비해 나갈 필요가 있다. 헌재법에 규정이 없는 사항에 관하여 헌법재판의 성질에 반하기 때문에 준용되지 않는 행정소송법 조항이나 민사소송법 조항에 어떤 것이 있는지 명확하게 정비해 나가야 할 것이다. 그러한 규정들이 축적되면, 헌재법에 규정되는 것이 규범체계에 부합하는 내용에 관하여는 법률차원에서 규정될 수 있도록 법 개정에도 노력하여야 할 것이다. 증거조사와 관련하여서는 사실조회 관련 규정의 미비점을 보완하고, 헌법연구관의 증거자료 확보와 관련한 법적 근거를 마련하며, 심판확정 전 사건기록 열람·등사에 관한 규정도 명문화할 필요가 있다.

### 3. 권한쟁의심판

권한쟁의심판에서 헌법재판소의 사실조사, 사실인정과 관련하여 다음과 같은 문제점들이 확인되었다.

첫째, 권한쟁의심판 외 다른 헌법소송에서는 사실조회나 기록의 송부촉탁 등에 있어서 타 기관이 이를 제대로 이행하지 않는 문제가 있으나, 당사자가 국가나 지방자치단체인 권한쟁의심판에서는 그러한 사실조사 문제는 드문 것으로 보이므로, 오히려 어떻게 하면 다양한 방식으로 사실조사를 할 것인가가 모색될 필요가 있다.

둘째, 같은 증거자료를 놓고 재판관들의 사실인정 내지 법리적 의견



이 다른 경우가 더러 있다. 헌법재판이 자의를 줄이고 국민들에게 설득력과 신망을 얻을 수 있으려면, 보다 객관적이고 믿을 수 있는 사실 인정에 대한 설시가 필요하다.

셋째, 공식적 방법을 통해 얻지 못한 사실관계 자료는 인터넷을 이용한 자료 수집, 관계 기관 등에 대한 전화 문의 등 다양한 방법으로 확보하고 있다. 그런데 입법사실은 별론으로 하더라도, 권한쟁의심판에서 문제되는 ‘재판관련사실’을 인정할 때 헌재법이나 민사소송법 등이 규정하고 있는 증거조사 등 공식적인 절차를 거치지 않고 수집한 자료를 이용하는 것은 문제가 있다.

권한쟁의심판에서 발생하고 있는 위와 같은 사실인정과 사실조사의 문제를 해결하기 위해 다음과 같은 제도개선방안을 제시하였다.

권한쟁의심판에서 효과적인 사실조사 방법을 제시해보면 다음과 같다. ① 구두변론 절차의 간소화 및 변론준비기일 확대 방안, ② 헌법재판소 심판규칙 제11조에 규정된 ‘심판준비절차’를 적극 활용하여 재판부의 업무부담을 줄이면서 당사자가 구두변론 전후로 증거자료 제출과 변론기회를 가질 수 있도록 하는 방안, ③ 수명재판관에 의한 증거조사 활용방안으로서, 심판준비절차와 연계하여 수명재판관을 중심재판관으로 하면서 여러 가지로 효과적인 사실인정과 증거조사를 수행하는 방안, ④ 심판규칙에 마련된 헌법연구관의 조사제도 활용 방안, ⑤ 관계기관의 협조의무에 관한 규정 중 제재조항 추가 방안 등이 그것이다. 아울러, 재판부담을 과도하게 가중하지 않는 선에서 결정문상 증거의 거시(擧示) 방안을 고민해보아야 한다.

#### 4. 탄핵심판

탄핵심판에서 헌법재판소의 사실조사, 사실인정과 관련하여 다음과 같은 문제점들이 확인되었다.

첫째, 탄핵심판 사건은 그 성격상 관련 재판이나 범죄수사가 진행 중인 경우가 많으므로, 현재법 제32조에 따른 사실조회나 기록의 송부나 자료의 제출 요구를 어떻게 실효적으로 할 것인지가 문제된다. 법원이 적기에 관련 형사사건의 증거기록(검사가 제출한 전자증거 등), 공판기록(증인, 피고인 등에 대한 신문 녹취파일 등)을 송부하여 주지 않는 경우 탄핵심판 절차가 제대로 진행되기 어렵다. 이 경우 문서가 있는 장소에서의 서증조사가 가능하나 그 절차적 실효성이 문제되므로, 향후 헌법재판소가 관련 기관(법원, 검찰청 등)과 협력의무(헌법재판소 심판규칙 제42조)를 어떻게 강화할 것인지, 불송부 혹은 지연 송부 시에는 효과적인 증거자료의 현출을 위하여 어떤 개선조치가 필요할 것인지 검토될 필요가 있다.

둘째, 현재법이 탄핵심판의 세부절차를 명확히 규정하지 않은 채 형사소송법 등을 준용토록 막연한 규정만 두고 있었던 것과 관련하여, 피청구인측이 절차진행의 적법성 등을 문제삼는 공정성 시비가 있다. 이러한 점에서 탄핵심판 고유의 절차규정을 심판규칙이나 현재법에 명시할 필요가 있다.

탄핵심판에서 발생하고 있는 위와 같은 사실인정과 사실조사의 문제를 해결하기 위해 다음과 같은 제도개선방안을 제시하였다.

탄핵심판에서는 추가적인 사실조사 방법으로 미국의 디스커버리 제도와 같은 것을 도입할 필요가 있다. 기록인증등본송부촉탁 등의 효율성 증진방안으로 회신이 지연될 경우에는 이를 대체하는 증거조사 방안과 제재조항을 효과적으로 하는 방안도 고려되어야 한다. 수명재판관 제도의 적극적 활용이 필요하고, 심판준비절차를 통한 입증방법 조정, 관련 규칙의 정비 또한 필요하다. 아울러, 탄핵심판 절차에서 ‘전문 증거법칙’ 등 형사법상 제도를 어느 정도의 범위에서 채택할 것인지 등에 관한 심판규칙 개정이 필요하다.

## 5. 정당해산심판

정당해산심판절차에서 헌법재판소의 사실조사, 사실인정과 관련하여 다음과 같은 문제점들이 확인되었다.

공개변론주의, 직접심리주의, 쌍방심리주의, 직권진행주의와 관련된 민사소송법령상의 규정들 중 상당수가 정당해산심판절차에 준용될 수 있으나, 정당해산심판절차의 준형사절차로서의 특성 때문에 민사소송법을 준용할 수 없고 형사소송법의 관련 규정을 유추적용하여야 하는 경우도 적지 않다. 정당해산심판제도가 야당에 대한 탄압수단으로 악용되는 것을 방지하여 특수한 결사인 정당에 대한 헌법적 보호기능을 다하기 위해서는 증거법과 관련하여 민사소송법의 준용을 배제하고 형사소송법령의 관련 규정들을 유추적용하는 것이 합리적인 경우도 상당수 있다. 따라서 현행 헌재법 제40조처럼 특정 소송법령을 특정 심판절차에 포괄적으로 준용하도록 하는 것이 옳은 것인지는 상당한 의문이 있어, 헌법재판소로 하여금 구체적인 절차의 본질에 맞게 탄력적으로 규율할 수 있도록 하는 것이 보다 합리적이다.

정당해산심판에서 발생하고 있는 위와 같은 사실인정과 사실조사의 문제를 해결하기 위해 다음과 같은 제도개선방안을 제시하였다.

정당해산심판제도의 성질에 반하므로 준용할 수 없는 민사소송법령 조항이 어떤 것들인지, 그러한 조항 대신에 어떤 법령이 유추적용되어야 하는지에 관하여 우선 헌법재판소 규칙에 구체적으로 규정해 나가야 한다. 규정 내용이 축적되면 그 중 법률차원에서 규율되는 것이 바람직한 내용들은 헌재법에 규정될 수 있도록 법개정 노력을 기울여야 할 것이다.

## [참고문헌]

### ■ 국내문헌

#### □ 단행본

- 강성수, 전문가감정 및 전문심리위원 제도의 개선방안에 관한 연구, 사법정책연구원, 2016.
- 강영재/서용성, 각국의 상고심 실질심리 사건 선별에 관한 연구, 사법정책연구원, 2022.
- 국가인권위원회법 해설집 발간위원회, 국가인권위원회법 해설집, 도서출판 한학문화, 2015.
- 국회 과학기술정보통신위원회, 의정자료전자유통시스템메뉴얼, 국회전자도서관 자료, 2004.
- 국회입법조사처, 국회입법조사처 업무편람, 2021.
- 권영준 외, 사법적 분쟁해결절차에서의 비법관전문가의 참여방안, 법원행정처 용역보고서, 2013.
- 김남철, 행정법강론, 박영사, 2019.
- 김중권, 행정법(제5판), 법문사, 2023.
- 김하열, 헌법소송법, 박영사, 2021.
- 김현철/남복현/손인혁/허완중, 헌법소송의 특수성과 다른 소송법령 준용의 범위 및 한계에 대한 검토, 헌법재판소 정책개발연구 제11권, 2019.
- 김홍규/강태원, 민사소송법(제5판), 삼영사, 2020.
- 법원행정처, 민사재판 실무제요 민사소송 III, 2005.
- 법원행정처, 법원실무제요 가사, 2010.
- 법원행정처, 전문심리위원 제도 해설, 2007.
- 법원행정처, 전문심리위원 활용자료집, 2019.

- 서울가정법원, 소년조사 관리모델 실무편람, 2015.
- 서울행정법원 실무연구회, 행정소송의 이론과 실무(개정판), 사법발전재단, 2013.
- 양건/김문현/남복현, 헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서, 헌법재판소, 1999.
- 이상돈, 법이론, 세창출판사, 2005.
- 이시윤, 신민사소송법(제13판), 박영사, 2019.
- 이원, 주해 행정심판법, 법령정보관리원, 2012.
- 이철환, 행정쟁송법 이론과 판례, 전남대학교출판문화원, 2019.
- 정중섭, 헌법소송법, 법문사, 2012.
- 조국현, 미국증거법, 진원사, 2019.
- 허영, 헌법소송법론, 박영사, 2013.
- 헌법재판소, 헌법재판소 20년사, 2008.
- 헌법재판소, 헌법재판실무제요, 2023.
- 헌법재판연구원, 주석 헌법재판소법, 2015.

□ 연구논문

- 강일신, “입법사실: 위헌법률심판에서의 함의”, 법학논고 제81집, 2023.
- 강일원, “헌법소원과 사실인정”, 법학평론 제10권, 2020.
- 공진성, “반복입법금지에 관한 소고”, 헌법학연구 제16권 제4호, 2010.
- 권대수, “종이 없는 국정감사 어디까지 왔나”, 국회보 통권 제454호, 2004.
- 김성태, “가사조사관제도의 개선방안에 관한 소고”, 법학논총 제49집, 2021.
- 김용비/임진철, “정당해산심판의 몇 가지 절차적 쟁점에 대한 고찰”, 법조 제697호, 2014.
- 김재영, “정당해산심판의 절차적 요건에 관한 소고”, 헌법연구 제1권 제1호, 2014.

- 김종현, “헌법재판에서의 증명책임: 과잉금지원칙을 중심으로”, 저스티스 통권 제183호, 2021.
- 김진한, 미국 연방대법원의 사법심사제도와 그 운영, 고려대학교 박사학위논문, 2014.
- 김하열, “헌법재판의 증명책임”, 헌법재판연구 제8권 제1호, 2021.
- 방승주, “독일 연방헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도”, 헌법논총 제7집, 1996.
- 송현중·노혜련, “가정법원 소년조사관의 업무와 역할에 관한 연구”, 소년보호연구 제20호, 2012.
- 이명웅, “헌법재판에서 사실인식”, 헌법논총 10집, 1999.
- 이성환, “현행 정당해산심판절차의 문제점과 개선방향”, 세계헌법연구 제10호, 2004.
- 이수정/서상진, “국내 형사재판에서 전문심리위원 활용실태: 심리학 분야 전문가를 중심으로”, 한국경찰연구 제9권 제2호, 2010.
- 이순동, “증거에 의하지 않은 사실인정”, 사법 통권 42호, 2017.
- 이황희, “대통령 탄핵심판제도상의 딜레마”, 성균관법학 제33권 제4호, 2021.
- 임채웅, “민사소송법의 전문심리위원제도에 관한 연구”, 민사소송 제11권 제2호, 2007.
- 전영식, “정당해산심판청구의 절차규범 모색을 위한 심포지엄 토론문”, 서울지방변호사회, 2014.
- 정진경, “전문심리위원을 활용한 의료재판”, 법조 통권 제649호, 2010.
- 정태호, “규범통제에서의 사실확인 과 법률의 실제효과예상: 미국 연방대법원 및 독일 연방헌법재판소의 실무에 대한 비교를 중심으로”, 법률행정논총 제21집 제1호, 2001.
- 정태호, “정당해산심판절차에 관한 헌법재판소법 규율의 문제점”, 정당해산심판청구의 절차규범 모색을 위한 심포지엄, 서울지방변호사회, 2014.

- 정하중, “행정소송(行政訴訟)에 있어서 직권탐지주의(職權探知主義)와 입증책임(立證責任)”, 고려법학, 제64호, 2012.
- 조원철, “간접증거에 의한 사실의 인정”, 사실인정방법론의 정립, 법원도서관, 2006.
- 한숙희, “촉법소년의 연령인하에 따른 가정법원의 역할과 과제”, 2008년 한국형사정책연구원 춘계형사정책연구세미나 자료집, 2008.
- 함영주, “전문심리위원제도의 운용방향에 대한 검토”, 민사소송 제13권 제1호, 2009.

#### ■ 국외문헌

- Allison Orr Larsen, “Confronting Supreme Court Fact Finding”, Virginia Law Review, vol. 15, 2002.
- Allison Orr Larsen, “Confronting Supreme Court Fact Finding”, Virginia Law Review, Vol. 98, Issue 6, 2002.
- Arthur Selwyn Miller and Jerome A. Barron, “The Supreme Court, the Adversary System, and the Flow of Information to the Justices: A Preliminary Inquiry”, Virginia Law Review, Vol. 61, No. 6, 1975.
- Caitlin E. Borgmann, “Appellate Review of Social Facts in Constitutional Rights Cases”, California Law Review, Vol. 101, No. 5, 2013.
- Corina Heri, “Evidence: European Court of Human Rights(ECTHR)”, Max Planck Encyclopedias of International Law, 2018.
- David L. Faigman, Constitutional Fictions: A Unified Theory of Constitutional Facts, Oxford University Press, 2008.
- David L. Faigman, “Scientific Realism in Constitutional Law”,

- Brooklyn Law Review, Volume 73, Issue 3, 2008.
- Davis, Kenneth Culp, "An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process", 55 *Harvard Law Review*, 1942.
- El-Masri v Former Yugoslav Republic of Macedonia, 2012.
- Fritz W. Scharpf, "Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis", *The Yale Law Journal*, Vol. 75, No. 4, 1966.
- Henry Wolf Biklé, "Judicial Determination of Questions of Fact Affecting the Constitutional Validity of Legislative Action", *Harvard Law Review*, Vol. 38, No. 1, 1924.
- John Monahan & Laurens Walker, "Social Authority: Obtaining, Evaluating, and Establishing Social Science in Law", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 134, Issue 3, 1986.
- Kenneth Culp Davis, "An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process", *Harvard Law Review*, Vol. 55, No. 3, 1942.
- Karst, Kenneth L., "Legislative Facts in Constitutional Litigation", *The Supreme Court Review*, Vol. 1960 (1960).
- Keeton, Robert E., "Legislative Facts and Similar Things: Deciding Disputed Premise Facts" (1988). *Minnesota Law Review*. 2241.
- Monahan, John & Laurens Walker, "Social Authority: Obtaining, Evaluating, and Establishing Social Science in Law", 134 *University of Pennsylvania Law Review*, 1986.
- Note, "The Presentation of Facts Underlying the Constitutionality of Statutes", *Harvard Law Review*, Vol. 49, No. 4, 1936.
- Philip Leach, "Fact-Finding: European Court of Human



- Rights(ECHR)”, Max Planck Encyclopedias of International Law, 2018.
- Robert E. Keeton, "Legislative Facts and Similar Things: Deciding Disputed Premise Facts", Minnesota Law Review, 1988.
- Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, 61. Auflag, C.H.BECK. 2021, § 27a.
- Haberzettl, Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem BVerfG, NVwZ-Extra 1-2/2015.
- Haberzettl, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG-Kommentar, 2. Auflag, C.F.Müller 2021. § 26.
- Klein, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, 61. Auflag, C.H.BECK, 2021, § 26.
- Kluth, Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht, NJW 1999.
- Lechner/Zuck, BVerfGG-Kommentar, 8. Auflag, C.H.BECK, 2019, § 27.
- Lenz/Hansel. BVerfGG-Kommentar, 2. Auflage, Nomos, 2020, § 26.
- Meskouris, in: Barczak/Tristan, BVerfGG-Kommentar, Walter de Gruyter GmbH, 2017, § 26.
- Niesler, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG-Kommentar, 61. Auflag, C.H.BECK. 2021, § 27.
- Scheffczyk, in: Walter/Grünwald, Beck'sche Online-Kommentar BVerfGG, 10. Edition, C.H.BECK, 2021. § 27.
- Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 11. Auflage, C.H.BECK, 2018.
- Wiedemann, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG-Kommentar, 2. Auflage. C.F.Müller, 2021.

- 太田勝造, 法適用と事實認定 Vol. 80, No.6, 科學, June 2010.
- 實質的証據に立証される「事實」について, 川上, 宏二郎 九州大學學術  
情報リポジトリ, Kyushu University Institutional  
Repository : 法政研究. 26 (4), 81-98, 1960-04-10. 九州大  
學法政學會.
- 巽智彦, 公法關係訴訟における事實認定について—憲法訴訟を端緒とし  
て—, 成蹊法學第85号.
- 川上宏二郎, 實質的証據に立証される「事實」について, 九州大學學術  
情報リポジトリ
- 新正幸, 『憲法訴訟論』(信山社出版, 2版2010年)
- 芦部信喜, 「合憲性推定の原則と立法事實の司法審査—アメリカの理論・  
實態とその意義—」同『憲法訴訟の理論』(有斐閣1973)
- 時國康夫 「憲法事實—特に憲法事實たる立法事實について—」同『憲法  
訴訟とその判断の手法』(第一法規1996)
- 大石和彦, 「立法事實」の發現場面(1), 筑波ロー・ジャーナル 23 1-9,  
2017-12.
- 高橋和之, 『体系 憲法訴訟』(岩波書店, 2017)
- 國籍法違憲判決(最大判平成20年6月4日・民集62卷6号1367頁)
- 渡辺千原, 法を支える事實, 立命館法學 2010年5・6号(333・334号)

## 연구자 약력

### 김중권

고려대 법과대학 법학과 (법학사)  
고려대 대학원 법학과 (법학석사)  
고려대 대학원 법학과 (법학박사)  
현 (사)한국공법학회 고문(제35대 회장)  
현 중앙대학교 법학전문대학원 교수

### 이명용

연세대 법과대학 법학과 (법학사)  
서울대 대학원 법학과 (법학석사)  
서울대 대학원 법학과 (법학박사)  
미국 워싱턴주립대 법학석사  
미국 워싱턴 주립대 박사과정 수료  
현 이명용 법률사무소 대표(변호사)

### 박진영

서울대학교 법과대학 사법학과 (법학사)  
서울대학교 법과대학원 법학과 (법학석사)  
전 서울고등법원 판사  
전 헌법재판소 헌법연구관  
현 경희대학교 법학전문대학원 교수

### 공진성

한국의국어대학교 법과대학 법학과 (법학사)  
고려대학교 대학원 법학과 (법학석사)  
독일 쾰른대학교 법과대학 법학과 (법학박사)  
전 헌법재판소 헌법연구원 및 헌법재판연구원 교수  
현 한국의국어대학교 법학전문대학원 교수

## 강일신

연세대 법과대학 법학과 (법학사)

연세대 대학원 법학과 (법학석사)

연세대 대학원 법학과 (법학박사)

전 헌법재판소 헌법재판연구원 책임연구원

현 경북대학교 법학전문대학원 조교수

판 권

소 유

---

헌법재판연구 제33권

헌법재판과 사실인정  
-헌법재판소 조사역량 강화를 위한 제도개선 연구-

---

2023년 12월 11일 인쇄

2023년 12월 29일 발행

발행처 **헌법재판소**

서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전화 : (代) 02-708-3456

인쇄 경성문화사

---

(비매품)

