

韓國憲法裁判制度的簡介*

Introduction of constitutional the Adjudication System to Korea

權英豪**

Kwon, Young-Ho

目次

- I. 憲法裁判的意義
- II. 韓國憲法裁判制度
- III. 現行憲法上憲法裁判制度与憲法裁判官的獨立性保障
- IV. 憲法裁判所的審判程序
- V. 結論

국문초록

이 논문은 한국의 헌법재판제도를 외국에 특히 중국에 소개하기 위한 글이다. 한국의 헌법재판제도는 1987년 제9차 헌법개정 이후 한국헌법에 정착된 후 성공적인 발전이 있었다. 아시아의 여러 국가들 중 한국은 독특하게 헌법재판소를 설치하고, 독일형 헌법재판제도를 운영하고 있는 국가이다. 같은 대륙법계 국가인 일본과 사회주의 체제 국가를 제외하고서라도 대부분의 아시아 국가들은 영미법계에 속하는 사법제도와 헌법재판제도를 가지고 있다. 한국에서 시행되고 있는 헌법재판이란 헌법문제에 대한 다툼이 발생한 경우 그 헌법을 기준으로 그 다툼을 해결함으로써 헌법을 보장하는 재판 작용이다. 헌법재판의 이런 헌법보장기능은 위헌법률심판과정에서 분명히 나타난다. 위헌법률심판이란 국가의 최고법인 헌법과 충돌하는 법률이 제정되었을 때 일정한 제소권자의 심판청구에 의하여 헌법을 기준으로 이 헌법과 충돌하는 법률을 무효화 시키는 제도이다. 이러한 위헌법률심판절차를 통하여 헌법과 충돌하는 법률은 충돌하는 한

논문접수일 : 2009. 9. 28.

심사완료일 : 2009. 10. 27.

게재확정일 : 2009. 10. 27.

* 이 논문은 2009. 8.21-8.22일에 개최되는 제2회 아세아헌법포럼의 발표문을 보완하여 작성하였음.

** 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 교수

도에서 무효로 선언된다. 또한 헌법재판소의 결정은 국가기관들을 기속하는 효과를 가진다. 한국에서 헌법재판제도가 기능하고 발전한 지 근 20년이 넘어 그간 많은 사례와 헌법이론이 축적되어 앞으로의 발전은 의심하지 않는다. 다만 헌법에서 헌법소원제도를 인정하면서도 헌법재판소법 제68조 제1항에 규정된 “법원의 판결”은 헌법소원의 대상에서 제외시켜 실질적으로 법질서의 통일성을 구현하기 어렵게 되었다는 점이 문제로 남는다. 한국에서 헌법재판제도가 더욱 발전하려면 이러한 문제점을 비롯한 헌법을 운용하는 과정에서 발견되는 여러 가지 문제점들을 헌법개정을 통하여 해결하여 나가는 노력이 필요할 것이다.

주제어 : 헌법재판제도, 헌법재판소, 위헌법률심판, 한국헌법소개, 사법제도

1. 憲法裁判的意義

憲法裁判是指在發生了有關憲法問題爭論時，以該憲法爲基準，通過解決該爭論以保障憲法的裁判的作用。¹⁾ 憲法裁判的這個憲法保障機能在違憲法律審判過程中表現地很明顯。違憲法律審判是指在裁定與國家的最高法憲法沖突的法律時，根據具有一定提訴權人的審判請求，以憲法爲標準，裁定與憲法沖突的法律爲無效的過程。²⁾ 通過該程序，與憲法沖突的法律在沖突的限度內被宣布爲無效。即，法律與憲法沖突的話，不是憲法變爲無效，而是與憲法沖突的法律變爲無效。因爲憲法是國家的最高法律，若有違背憲法的法律存在，就會損害憲法的規範性和最高性別，而難于維護和國家的法體制的統一性。因此，通過違憲法律審判程序，于是通過違憲法律審判程序維護了憲法當初具備的規範性。

韓國是在最近才引入了不憲法裁判制度。憲法裁判制度的起源可以在1803年的美國聯邦大法院判決的Marbury v. Madison案件中找到由來。該案基本的觀念是憲法是法律的上位法，因此要從任何法律只有在符合與其上位的法規範的限度內才能適用³⁾的原理出發。與此相反，歐洲的憲法裁判中，不是担当一般司法機能的法院進行憲法裁判，而是通過專門爲憲法裁判而設置的特別司法機構憲法裁判所來實現憲法裁判的實質化和特殊性。⁴⁾ 結果，相對於不屬

1) Vgl. Gerhard Robbers, in: Umbach/Clemens/Dollinger(Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Aufl., Heidelberg, 2005, Kapitel A. I. Rn. 1.

2) 韓國 憲法裁判所法 第41條 第47條 第2項 參照.

3) Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 4. Aufl., Munchen, 1997, Rn. 106.

4) 成樂寅, 「憲法學」, 第8版, 法文社, 2008, 1142頁.

于美國聯邦大法院管轄的彈劾、權限爭議、以及憲法訴願，歐洲的憲法裁判所却是一個掌管這些事務的具有獨立地位的法院。韓國的憲法裁判制度與美國式的違憲法律審查制度相比，而是借用了歐洲大陸式的憲法裁判所制度。

II. 韓國憲法裁判制度

1. 成文憲法與不成文憲法

憲法裁判是以成文憲法存在為前提，解決適用憲法的法律爭端的裁判作用。即，在裁判中以憲法或者在一國被認定具有憲法效力的最上位法律作為審判的適用標準的裁判就是憲法裁判。因此為了發揮憲法裁判的機能成文憲法必須存在。在作為最高法的憲法存在的國家的憲法裁判過程中，作為審判標準的適用憲法是指該國以國家根本法的形式，被稱做“憲法”或者最高法，根據法的制訂程序以文字形式存在的法。該法按照該國的憲法制訂程序而成立，而且以憲法的名稱存在，因此，此憲法在憲法裁判中成為了審判標準。⁵⁾但是，韓國學者也把憲法區分為形式意義的憲法和實質意義的憲法。另一方面，有必要設定成文憲法和“不成文憲法”⁶⁾的概念或“習慣憲法”⁷⁾的概念，以在憲法裁判中規定和明確能夠適用的審判標準的憲法的意義。

以下是學者們提出關於儘管我們存在成文憲法，即大韓民國憲法，但不成文憲法在憲法裁判中能否使用為審判的標準的問題。學者們把不成文憲法描述為“與成文憲法不同，不是根據一定的憲法制訂程序，以憲法典的法的形式存在，而是經過很長時間，國家的習慣把確立的憲法事項以不成文憲法的法形式固定了下來”，“實質地行使憲法機能的成文的法律（例如：英國的大憲章、權利請願書、權利法案、王位繼承法、議會法、國籍法、人權法等）或者不成文的憲法規範”，或定義為“憲法的法律”或“憲法的習慣法”。⁸⁾根據他們的主張，不成文憲法存在着兩種形態。即，一是稱為“國家的慣例”，二是雖然採取“法律”的形態，但卻規定的是憲法的

5) 成樂寅，前揭書，964頁；許營，「韓國憲法論」，博英社，2003，785頁。

6) 韓國學者有時使用“不成文憲法國家”的表現。例如，英國和新西蘭。這樣的敘述方式使讀者認為所謂不成文憲法也和成文憲法相同。有憂慮認為這樣會造成不成文憲法是和存在的憲法一樣的另一種類型的錯覺。根據被稱做憲法是否以法的形式存在，若區別有憲法的國家和沒有憲法的國家，採用有成文憲法的國家和沒有成文憲法的國家的表示會非常明顯地對讀者的理解有幫助。（許營，「韓國憲法論」，博英社，2003，35-36頁。）

7) 憲裁決，2004헌마554·566決定 參照。

8) 許營，前揭書，35-36頁；張永洙，前揭書，16頁；金哲洙，「憲法學概論」，博英社，2004，17頁。

內容。這裡“憲法的內容”是指理解固有意義上的憲法時，把規定“國家的最高機關的組織及構成和權限的行使方法，權力機關的相互關係和活動範圍，國家與國民間的關係的基本原則”憲法的內容看做憲法的規範對象。因此“憲法的法律”是指其雖帶有關於國家機關的組織和作用的內容，但是以“法律”的形式存在的法。⁹⁾

我們先考察一下“國家慣例”在憲法裁判過程中能否成為適用的審判標準。在憲法裁判中若要成為審判的標準首先在案件中要存在作為適用審判標準的大韓民國憲法的。但大韓民國憲法的內容是經過本國已確定的嚴格的程序成立的。因為在憲法國家，所有社會的行為或國家作用的行使與實現都是根據憲法來認定其適當的效力和正當性的。¹⁰⁾但在大韓民國憲法上則規定了某種事實或者內容若要成為“大韓民國憲法”就必須經過大韓民國憲法規定的“憲法制訂過程”。即，憲法第128條，以下的程序，必須經過總統或者過半數的國會議員的提議和公告，並且國會的決議和國民投票的通過的程序。大韓民國現行憲法上，無論何種內容或事實如果不經過改程序都不可以成為大韓民國憲法。這裡議論的“國家慣例”沒有被“資格提議者”提議為大韓民國憲法，也沒有受到國會的表決，同時也沒有經過國民的投票。以後通過“國家慣例”而成為大韓民國憲法的方法不是大韓民國憲法的制訂者制訂某事實或內容成為大韓民國憲法的方法。所以即使國家慣例存在，而且在很長的期間被反復運用並得到確信，但因為不是成為大韓民國憲法的程序，該慣例就不能成為大韓民國憲法。另外向國會提出的法案必須要以文書形式提交，大韓民國憲法只可能是文字條款化的形式。¹¹⁾但“國家慣例”不以條款形式存在，因此“國家慣例”不滿足成為大韓民國憲法的成立要件而不能成為大韓民國憲法。

接下來我們來看所謂“憲法的法律”在憲法裁判中能否成為審判的適用標準。如前所述，憲法的法律是指雖以“法律”的模樣出現，但規定的却是“國家的最高機關的組織及構成和權限的行使方法，權力機關的相互關係和活動範圍，國家與國民間的關係的基本原則”的內容的法律。¹²⁾但根據我們的憲法，經過“法律制訂程序”制訂成為“法律”。此時把何種內容制訂為憲法何種內容制訂為法律則是由憲法制訂者們來決定的問題。總之，憲法的法律使用“法律”的名稱，經過為制訂法律而制訂的程序而成立，在大韓民國法體系里是以“法律”的形式存在。所以其在憲法裁判程序中不是審判標準的“憲法”。即使被稱為憲法的法律，但韓國憲法第40條規定：因為是經過以下“法律”的成立程序而制訂的，所以只認定這裡的“法律”的正當性，而不給予其對大韓民國憲法所給予的正當性。雖然憲法的法律使用了“憲法的”的詞語，但因其只具有“法律”的效力，所以不能成為憲法裁判過程中審判的適用標準。若有這樣的法律在

9) 權寧星，前揭書，6頁；金哲洙，前揭書，14頁。

10) Peter Badura, Die parlamentarische Demokratie, Rn. 28; Josef Isensee, Staat und Verfassung, Rn. 69.

11) 國會法 第79條 第2款 參照。

12) 權寧星，前揭書，6頁；金哲洙，前揭書，14頁。

憲法裁判過程中適用的案例的話，就會有確定在權限爭議審判過程中是否侵害“依法取得的請求人的權限”¹³⁾，或者在彈劾審判程序中公務員是否“違法”必的過程。但在這樣的情況下，它不是作為“大韓民國憲法”，而是作為“大韓民國法律”來被適用的。因此，依照學者們提出的所謂不成文憲法不滿足大韓民國憲法的成立要件，因為不是“憲法”，所以不能作為“憲法”成為審判的適用標準。

2. 形式意義的憲法和實質意義的憲法

首先形式意義的憲法是指區分與實質意義的憲法的概念，成為名稱上被稱做的憲法，而且是以憲法為名稱而存在的法。在韓國的情況下，這樣的法的形式是為了使其帶有大韓民國憲法的效力，並成立為憲法所需要經過的特別程序，這和一般法律的情況相異，只有總統或者國會議員150人以上才能提議（法律的情況是國會議員10人以上），同時要在一定期間進行公告，必須有在職議員的三分之二以上人數的贊成決議後經過全國國民投票成立。經過這樣的程序而成立的法被公布為“大韓民國憲法”，并被認為以這樣的法的形式存在的事項具有憲法所帶有的效力。具體來說就是比普通法律具有優先的效力。因此，以此種方式成立的憲法在憲法裁判中可以成為審判的適用標準。

與此相反，實質意義的憲法是指該法與經過怎樣的成立過程，並且以憲法、法律或者命令的形式存在沒有關係，只要是“關於規定國家組織和活動的重要事項的所有法律規範”¹⁴⁾或者是“載有關於國家秩序的基本構造的內容的法律規範”¹⁵⁾，就不論其存在形式，都稱其為實質意義的憲法。

然而，這裡需要注意的是所謂“實質意義的憲法”，特別是在存在稱為憲法的法形式並且認該憲法比其他法律具有更優先的效力的國家，只以某內容屬於實質意義的憲法為理由，是不能認為此內容具有該國憲法應有的效力的。所謂實質意義的憲法無論在哪都是以“關於規定國家組織和活動的重要事項的所有法律規範”或者“載有關於國家秩序的基本構造的內容的法律規範”為前提，只不過是以此內容為重點的學問上的分類而已。“實質意義的憲法”的用語並不是說獨立的法的形式，所以也不存在使其能成立的一定方式。¹⁶⁾ 在韓國憲法上，規範能具有什麼效力並不是根據該規範的內容決定的，而是按照其成立的方式決定的。並且，在現代憲法國家都嚴格地依據憲法規定規範的訂立方式。¹⁷⁾ 所謂屬於“實質意義的憲法”的事項也

13) 憲法裁判所法 第61條 第2款 參照。

14) 許營，前揭書，27頁。

15) 張永洙，「憲法總論」，弘文社，2002，62頁。

16) Bryde, in: v. Munch/Kunig GG, Bd. 3, 3. Aufl., Munchen 1996, Art. 79 Rn. 2.

要根據其成立的方式，經過成為憲法的成立程序之後成為憲法，經過其他法律規範的成立程序的法規具有符合其形式的效力，因此，實質意義的憲法中經過“憲法”成立程序的內容可以在憲法裁判中成為適用的審判標準，但採取其他形式的內容則不能在憲法裁判中成為審判的標準。

3. 在憲法裁判中作為審判標準所言及的憲法

在憲法裁判中作為審判標準所言及的憲法是指在使用憲法裁判制度的國家以“憲法”的形式所制訂的成文憲法。若憲法以成文形式存在，首先其存在能夠明顯地以語言來確認，當發生爭議時，爭議當事人能清楚地知道憲法的界限和可以援用的審判標準的範圍，能夠減少相關的爭議。¹⁷⁾ 而且，憲法以文字存在能清楚地認識作為審判標準的憲法內容，爭議當事人能夠預測憲法適用的結果，所以分明可以提高憲法的實效性。同時，這種形式的憲法如果在成立的過程比一般法律具有更多的民主正當性，那麼就應該以判定對與其衝突的法律為無效作為標準。因為規範的效力是符合其所具有的民主的正當性的的限度下被給予的，法律與憲法衝突時，若追求法秩序的統一性，當然要撤除與之衝突法律的效力。因為法律或者依法行使的公權力違反憲法而可以對其廢除的違憲法律審判的前提條件是憲法應該比與其衝突的法律或者公權力作用具有跟多的民主的正當性。滿足此類條件的“憲法”對我們來說只有1987年制訂的成文“大韓民國憲法”，只要屬於其中的內容比一般法律具有更多民主的正當性，並滿足大韓民國憲法的成立要件，就被制訂為大韓民國憲法。所以也只有這些內容成為了在憲法裁判中作為審判標準的“憲法”。

4. 憲法對憲法裁判官的約束

即使存在成文憲法並且設有憲法裁判所，但若憲法裁判官不受憲法約束的話，那就不是憲法裁判。因此雖然憲法存在並且憲法裁判以憲法為標準進行，但並不是作出判決，而如果是依照憲法裁判官的個人的主觀的想法作出判決，即使這是憲法裁判官以憲法裁判所的名義作出的判定也不可能被稱做憲法裁判。只有在憲法裁判官只受到憲法的約束，以憲法為標準進行判決的情況時才能被稱做為憲法裁判。如果憲法裁判官對“神”的意思作出判決，其判決也比依據當時憲法的其他判決更合理理想，但這個判決也不是憲法裁判。憲法裁判不是去推究

17) Peter Badura, Die parlamentarische Demokratie, Rn. 28; Josef Isensee, Staat und Verfassung, Rn. 69.

18) 金慶濟, 「公法研究」第33集 第4號, 283-284頁 參照。

神或自然的意思，而只是按照我們憲法第一條所說的民主主義與根據國民主權主義由包括裁判官本人在內的國民而確立的大韓民國憲法進行的裁判，這也是我們憲法在第111條以下所說的憲法裁判。如果憲法裁判不是依據從國民那里形成的憲法進行，而是以當時的統治勢力為標準或者以憲法裁判官的個人的主觀為標準進行裁判的話，就得不到所設想的依靠憲法裁判所期待的憲法完善機能或基本權保障機能。這就意味着憲法裁判不是依據憲法進行的，而是變質成被當時的統治勢力或憲法裁判官所支配的一種手段。這樣的結果違反我們憲法的第一條，所以根據憲法對憲法裁判官的約束是對憲法裁判的一個前提條件。

因此，問題是憲法裁判官如何在憲法裁判時，對自身的職務行為不是從個人的意思或恣意的判斷出發，而是根據憲法來進行的。解決此問題的方法是憲法裁判官們在做出的判決書中，對得出的結論的判斷要通過憲法來進行說明。即，憲法裁判官在具體的審判案件中，在判決書內表明案件中作為審判標準所適用的憲法條款，並且要闡述該憲法條款在本案中的適用原因，當該憲法條款滿足對此案件的適用條件時，要清楚地說明該條款所設定的法的效果在此案中得到了體現。¹⁹⁾說得更具體的話，就是憲法裁判官在判決書里要正確地記述以下事實。即，在對某案件判決時，先說明對該案適用的憲法條款所規範的事實與該案中作為審判對象的事實一致，同時，為了使該憲法條款中所設定的法的效果在此案中得到體現，要確認是否滿足了所要求的其他前提條件，若這些條件被確認後，在判決書中要以嚴格的规范化語言正確地記述該憲法條款所設定的法的效果確實在此案中得到了體現，那麼這就不是憲法裁判官以個人的想法而作出的結論，而是只根據憲法進行的審判。此記述過程被稱做“理由”，因此法律要求在憲法裁判所的判決書中要附有這樣的“理由”。²⁰⁾

這部分應該特別注意的是憲法條款在很多情況是由特別的法律用語或表示特定內容的術語構成的，因此在具體的案件中選擇適用的憲法條款，並且確認被選擇的條款是否適用案件中受爭議的行為的過程要求要有很高的憲法水平，而且，此過程中，根據不同的情況，也可以引用具有專業知識的學者的研究或已經存在的先例，但此時重要的是要從研究或先例的內容去引用。若被引用的研究或先例是不正確的，而這種“不正確”以引用的方式被繼承并被固定下來，那麼“正確”就會更難以被發現。²¹⁾尤其是考慮到憲法裁判所具有的效力，這種“錯誤”的繼承就更不能允許。所以，憲法裁判官引用某研究或先例時，要反復地、深層地去理解其內容。這與同一憲法裁判官引用自己之前作出的判決的情況是一樣的。而且，如果既存的研究或先例不被接受時，應清楚地闡明其不被接受的理由。因為如前所述憲法裁判不是憲法裁判

19) V. MangoldtK · Klein · Starck GG. Bd. 3. 4. Aufl., Art. 92. Rn. 19.

20) 憲法裁判所法 第36條 第2款 第4號 參照。

21) 金慶濟，“關於對新行政首都後屬對策法却下決定的憲法的問題點”，「憲法學研究」第12卷 第1號，2006. 3. 578-579頁 參照。

官根据自己的想法進行的裁判而是以憲法裁判官其身外的憲法或法律為根據進行的裁判。因此，裁判官個人所具有的的認識與其身外已經存在的憲法或法律的意思相異的話，憲法裁判官不客觀並且從法理上說明社會上既存的意思或先例是錯誤的，就不可以在案件里優先適用了自己的意思。因為我們憲法第一條第一款規定的民主主義不是根據統治者自己的個人意思統治國民，即，執行職務時來實現的，相反，統治者（此處是指憲法裁判官）要抑制自己的意思或個人的主觀。在執行職務（憲法裁判）時，把身外所形成的國民的意思作為自己的意思來實現民主主義。從這個目的出發我們的憲法裁判所法第4條以一個特別條款規定了憲法裁判官受憲法和法律約束。²²⁾

5. 法的階段構造

為了使憲法裁判在理論上具有意義，實行憲法裁判的國家必須要有在效力上不同的多種法律形式。因為若一國只存在同等效力的法的形式，那就無法進行憲法裁判。且即使存在有被稱做憲法的法的形式，但其效力與其他法的效力相同，那麼就不能以憲法來使其衝突的法律無效化。抑或在一實行憲法裁判制度的國家，有一法被稱為憲法並且可以使與其衝突的其他法律無效化，那麼也就已經可以認定此法在效力上比其他法律優先了。因此憲法裁判必然要以法的階段構造為前提。若不認證此點，憲法裁判就不可以存在。在此類國家出現此種有法律衝突的情況時，依據“新法優先原則”解決新舊法之間的衝突問題或者依據“特別法優先原則”來調整相互衝突條款的適用，但這並不是憲法裁判的方式。

大韓民國憲法中沒有直接規定憲法效力強于“法律”的條款。雖然可以從規定憲法的成立要件比一般法律嚴格的條款中推論出憲法在效力上比一般法律優先，但明顯地看出憲法比一般法律優先的是憲法的第107條第一款的規定形式。憲法制訂者明顯地在此條款中通過“關於法律是否違反憲法成為裁判的前提的情況”的表現，認定了法律有違反憲法的情況，並對此時適用於該法律的法官的行動作出了規定。即，因為不可以適用違反憲法的法律，所以要根據具有判斷是否違憲權限的憲法裁判所的決定，只有該法律合憲的情況下才能被適用。而且，憲法裁判所法第47條第2款規定違憲法律的效力從判決違憲之日起喪失效力。這明顯地可以表明大韓民國憲法比法律具有優先效力。總之，通過這些條款大韓民國的法體系是以憲法為最高點的階段構造，這也滿足了韓國可以實行憲法裁判的又一前提條件。

22) 金孝全·丁泰鎬，「憲法與民主主義」(Ernst-Wolfgang Bockenforde, Staat, Verfassung, Demokratie 翻譯版)，法文社，2003，218頁 參照。

III. 現行憲法上憲法裁判制度与憲法裁判官的獨立性保障

1. 現行憲法上的憲法裁判制度

現行憲法繼承了第二共和國憲法所採取的憲法裁判所規定，把其單獨編為第6章，其管轄事項包括違憲法律審查，彈劾審判，政黨解散審判，權限爭議審判和憲法訴願審判。憲法裁判官是由國會選出三人并由總統任命，三人任命大法院院長指定的人，其任期為六年，裁判官必須具有公共法官的資格，憲法裁判所所長需得到國會同意由總統任命。

但在現行憲法下憲法裁判制度的問題是雖然認定由“公權力行使”或者“不行使”而引起的可以對侵害基本權提起憲法訴願，不過憲法裁判所法第68條第1款惟獨把“法院的裁判”從其對象里除外了，因此憲法訴願制度受到不能充實地確保對包括法院的機能的公權力行使的基本權約束性的機能的批判是合適的，但除此以外，憲法裁判所与法院間對“憲法或法律的意思”就存在意見不一致的可能性，爲了確保法律秩序的統一性，就必須盡快地研究對策方案，因爲在現代國家，法律秩序的統一性是現代國家的基本前提。²³⁾ 同時，對於沒有足夠的憲法知識和對進行了的憲法裁判所判決中的粗糙的論證的反省，也存在對關於現行憲法裁判官的選拔方式的批判。²⁴⁾ 特別是對憲法裁判官僅從有“法官”資格的人中，限制在“40歲以上，15年以上法曹經歷”的範圍內選拔，但對照其經歷絕對不能確保其具有憲法裁判官執行憲法裁判機能時所要求的充分的憲法知識。爲了使憲法裁判官能夠充分地執行維護憲法的作用，需要拓寬對憲法裁判官的選拔幅度。

2. 憲法裁判官的資格

被任命的憲法裁判官必須要有15年以上的法官，檢察官，律師事職務經驗且年齡在40歲以上。²⁵⁾ 憲法裁判所這樣嚴格地規定成爲憲法裁判官的資格的目的是因爲這種方法是爲了保持被賦予有執行權力的憲法裁判官的獨立性而所必需的前提條件，并且把憲法裁判官限定爲須具有法官資格者，雖然一方面是爲了能夠防止憲法裁判附流爲政治裁判，但對在限定憲法裁判官不得沒有法官資格的資質的另一方面，被批評爲這會導致很嚴重的問題，而且憲法裁判

23) Josef Isensee, Staat und Verfassung, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1, Heidelberg, 1987, § 13, Rn. 62.

24) 高文炫, “關於憲法裁判所構成寬限的改善方案”, 「憲法學研究」, 第11卷 第4号, 2005. 12, 357頁 以下 參照.

25) 憲法裁判所法 第5條.

官要經過國會的人事听証才能被任命(選舉任命)、選出或指名(上級任命)。爲此在國會設有
人事听証特別委員會。根据人事听証會法, 人事听証特別委員會有委員13人, 按照交涉團體
議員人數的比率由國會議長選任。國會議長在提交憲法裁判官的任命同意案時, 要及時向本
會議報告并發送給委員會, 國會在任命同意案提出之日起20天以內完成人事听証。此時, 委
員會在收到任命同意案之日報15天以內, 完成人事听証會, 人事听証會的召開期間爲3天以內,
對於委員的質疑以一問一答的方式進行, 須制成具體的質疑要求書并在听証會召開24小時以
前提交給委員長, 委員長則要把此要求書送交給候補者。人事听証結束後, 委員長要先本會
議報告人事听証經過, 國會議長則不遲延地把此經過報告書送交与總統或大法院院長。國會本
會議的同意方式是要求在在籍議員過半數以上出席的本會議中, 出席議員有過半數的贊成。²⁶⁾

3. 憲法裁判官的身份保障

爲使憲法裁判能够公正地進行, 憲法裁判官的身份須得到保障。我們的憲法或憲法裁判所
法規定憲法裁判官的身份的保障方法被定爲在任期間、連任、退休、被罷免的情況、預先
告知禁止通政治活動与兼職的方式。

首先, 憲法裁判官的任期爲6年且可以連任, 憲法裁判所所長的退休年齡爲國爲70歲, 憲法
裁判官爲65歲。憲法裁判官若沒被彈劾或被判有禁錮以上刑罰的情況就不可以被罷免。²⁷⁾ 憲
法裁判官不能加入政党或与政治有關聯, 不得兼任國會或地方議會議員, 國會、政府、法院
的公務員, 法人、團體等的顧問、職員的職務, 不得到經營以盈利爲目的的事業。憲法裁
判所所長和裁判官的待遇与報酬以大法院院長和大法官的爲准。²⁸⁾

IV. 憲法裁判所的審判程序

1. 文書主義与律師强制

在憲法裁判所請求審判時, 請求人須把關於已确定的審判請求事項的請求書提交个憲法裁
判所。在請求書上, 要附有必要的証据資料或參考資料并記載請求的目的与通過請求希望得

26) 國會法 第46條的3 第1款, 人事聽聞會法 第3條 第2款, 第3款, 第7條 4-5款, 第 11條 第1, 2款, 聽聞會法
第6條 第1款, 第2款, 聽聞會法 第9條 第1款。

27) 憲法 第112條 第2款 ㄱ 憲法裁判所法 第7條, 8條 參照。

28) 憲法 第112條 第2款 ㄱ 憲法裁判所法 第9條, 第14條。

到的相關情況。但對於違憲法律審判請求現行法上只有由法院才可提出請求，因此請求書由法院提交；對於彈劾審判請求，請求書以國會的“訴追議決書”的原本代替。²⁹⁾

我們憲法裁判所法一特別的特点是在憲法裁判程序中，當當事人是私人時，依據憲法裁判所法第25條第3款，若不選任律師作為代理人就不能請求和進行審判。其理由是憲法裁判所引入對裁判業務的分工化原理，通過裁判的基本權的實質保障，司法順利地進行，憲法裁判的質的改善，減輕裁判審理的負擔及其效率化，對事業經營的民主化等公共福利的貢獻程度高，而且在對“無資力者”(經濟困難者)的國選代理人制度中有相關的措施。³⁰⁾ 從相同的目的出發憲法裁判所放鬆了律師強制主義，該律師強制主義是希望保護憲法訴願審判請求人而且并不具有想限制請求人的憲法訴願審判請求權，因此以律師為代理人的憲法訴願審判請求的存在，對在以後的審理過程中，即使代理人辭去職務，其所進行中的訴訟行為也不是無效的，此審判請求也在其範圍內被認為是合法的。

2. 審理的方式

若憲法裁判所接受的審判請求滿足合法性要件，那麼就要收集和評價訴訟材料以作出最後終局的判決。此時在審理中，憲法裁判所要听取請求人的請求目的，檢查和評價支持請求理由或排斥請求所提出的所有訴訟資料。

憲法裁判所法規定了審理以口頭辯論主義與書面審理主義的兩種方式。³¹⁾ 彈劾審判和政黨解散審判以及權限爭議審判依據口頭辯論的方式。³²⁾ 在這些審判程序中，基本上由於請求人與被請求人處於對立當事人的位置，因此採取口頭辯論的形式審理，當事人可以清楚地支持各自自身的立場。而且，從憲法裁判官的立場來看，可以清楚地了解到當事人通過憲法裁判希望得到的結果，並且由於對當事人的主張有疑問的事項可以通過及時地詢問，所以可以更容易地發現事實真相和矛盾。但在憲法訴願審判和違憲法律審判的情況下，沒有被申請人，或者審理的問題是某法律是否違憲或某國家行為是否侵害憲法上的基本權，那麼因為可以確認審理的重點是基本權或憲法的意義，因此採取書面審理的方式。³³⁾ 不過，即使是這樣的情況，憲法裁判所也可以在認為有必要的時候召開辯論。

29) 憲法裁判所法 第15條 第26條。

30) 憲裁決 1990. 9. 3. 89憲瑪120·212.

31) 憲法裁判審理的方法是當對立當事人存在的情況時，法院先不論請求人在請求書中闡述的申請目的，對在兩當事人間展開的辯論，進行迅速、適定、公平、經濟的訴訟，作出暫時的判定或事實認證，採取此方法時可分為口述的辯論主義和書面的書面審理主義。

32) 憲法裁判所法 第30條 第1款。

33) 憲法裁判所法 第30條 第2款。

憲法裁判所在認為有必要的情況時，可以依當事人的申請或自己的職權審問當事人本人或証人，要求提供文書、帳簿、物品其他証據資料進行勘定，也可以對必要的物品、人、場所其他的性質狀況進行直接的証據調查。³⁴⁾ 裁判部還可以要求其他國家機關或公共團體提交需要的事實、記象、資料，而且，在違憲法律審判的情況，案件的當事人和法務部長官可以提交關於法律是否違憲的意見書，在憲法訴願審判的情況，與審判有利害關係的國家機關或公共團體和法務部長官也可以提交關於審判的意見書。³⁵⁾

送交對案件的評議時，以電子抽籤的方式確定的主審裁判官依據審理結果制作評議邀請書并把它附加到調查報告書中分發給各裁判官。在評議中，首先主審裁判官總結并發表對案件的調查內容，然後進行評議後，再表決作出最終的評議。根據對某特定案件的最終評議的結果，主審裁判官作出的是多數意見的情況時，以多數意見為基礎作出判決草案；主審裁判官作出的是少數意見的情況時，從作出多數意見的裁判官中指定判決草案的制定人，判決草案要提交與裁判部，經過對判決草案的檢查過程後，確定出最終的判決。³⁶⁾

3. 憲法裁判所的判決的效力

在憲法裁判所的審判中，審理案件時須7人以上的裁判官出席。當法律的違憲判決，彈劾判決，政黨解散判決，憲法訴願的引用判決，憲法或法律的解釋變更時，終審的判決要有6人以上的贊成，權限爭議審判及其判決須裁判官過半數的贊成。³⁷⁾

因為憲法裁判實行單審制，因此，一旦判決被宣布的同時即被確定，當事人不可以再通過通常的訴訟程序不服上訴。(形式的確定力) 同樣憲法裁判所若宣告了判決，那麼在此程序中就不可以再取消或撤銷此判決。(自我約束力) 而且，依據一事不再理的原則，憲法裁判所對已審判的同一案件不可再進行審理。因此，若作出了違憲判決後，相關法律在宣判之日起喪失效力，政黨被判決命令解散時須及時解散。³⁸⁾ 而且，對法律的違憲判決羈束法院與其他國家機關及地方自治團體，權限爭議判決與憲法訴願的引用判決羈束所有國家機關及地方自治團體。³⁹⁾ 雖然認定憲法裁判所的判決具有以上所述的效力是源自法的安定性，但如果判決的內容包含有重大的瑕疵時，可以不認證判決具有以上的效力，而認證憲法裁判所的重審的判決。⁴⁰⁾

34) 憲法裁判所法 第32條 第1款。

35) 憲法裁判所法 第32條、第44條、第32條 第1款、第2款。

36) 關於憲法裁判所事件的配當的寬限內規 第11條 第1款。

37) 憲法裁判所法 第3條 第2款。

38) 憲法裁判所法 第39條、第59條。

39) 憲法裁判所法 第47條 第1款、第67條 第1款、第75條 第2款。

V. 結論

大韓民國自1948年建國以來，不僅有了成文憲法，而且認證憲法比法律具有優先效力，同時憲法裁判所受憲法約束，因此滿足了運行憲法裁判的所有條件。儘管中間有些迂餘曲折，但憲法裁判所實施20年以來，其間發生了諸多事例并積累了很多憲法理論，也不用再懷疑其今后的發展。

但也有對其的批評。首先，憲法中雖認定憲法訴願，但憲法裁判所法第68條第1款中，把“法院的判決”從憲法訴願的對象中除外而導致很難實質體現法秩序的統一性。即，在法院未判決的審判中，無論是在該法院提出違憲申請還是在違憲申請別駁回直接向憲法裁判所申請憲法訴願，雖然接下來依據憲法裁判所的程序該法律接受憲法的判斷，但因為如果法院作出了與憲法裁判所相同的判決時，就不能以該判決為對象請求憲法訴願，所以在極端的情況下，法院對“問題法律”所持的意思與憲法裁判所的意思不同，那麼就會出現不能實現法的統一性的情況。

另外，受到批評的是審理案件的憲法裁判官們缺乏能夠進行憲法裁判的充分的水平，對憲法的基本的理解有錯誤而且缺乏論證技術，在作出結論的主文中沒有清楚地說明正當的理由以及錯誤地選擇了適用事實的憲法條款⁴¹⁾而且，憲法裁判官的選出方式也存在問題。現在的方式是只要具備“有法官資格的法曹經歷為15年和年齡在40歲以上的人”的要件，但這並不能保證憲法裁判官在判斷憲法問題時具有所要求的憲法的知識和論證水平。再加上我國目前的現實是由于過重的工作負擔不可能實現對只有一般水平的法官的憲法的專門再教育，並且還沒有體系地定立判決書和判決書的制成方法和具體地講授舉證方法，因此絕對不能以法官的經歷的多少或年齡大小來作為評價憲法裁判官資質的標準。而且，在憲法裁判過程中，審理過程是判斷公權力作用是否符合憲法時，審判的重點不應放在對事實的的認證，而是要放在對憲法條款的意思的確定與解釋上。因此，對憲法裁判官而言，與對事實判斷的專業性相比，反而更要求其要運用憲法知識來完成憲法裁判機能。今後，憲法規定的開發性、抽象性在憲法的運用上會更加要求學問的知識和對國家整體的眼光。因憲法裁判官憲法知識的欠缺而在法理體系上所形成的缺乏一貫性和體系性的問題也受到了批評。此問題的后果是造成了國民的以憲法形式而被具體體現的意思在通過憲法裁判官后而被歪曲的現象。

40) 李時潤,「民事訴訟法」,博英社,2001,612頁 參照。

41) 在“首都建設法的判決”中，憲法裁判官們以在憲法裁判中不能被適用的習慣憲法為標準作出了違憲判決(憲判集 第16卷 第2輯(下),39-40頁)。在“身份公開判決”中對於被侵害的基本權，沒有做任何說明而僅僅只論述了“一般的人格權”與“私生活的自由”就完了。(憲判集,2003.6.26,2002憲伽14 參照)。

因此，建議刪除憲法裁判法第68條第1款中“法院裁判除外”的部分，并對規範憲法裁判官資格的憲法第111條第2款与憲法裁判所法第5條的規定，朝着可以保證憲法裁判中所要求的具有充分的學問知識的方向進行修改。

參考文獻

- 高文炫，“關於憲法裁判所構成寬限的改善方案”，「憲法學研究」第11卷 第4号，2005. 12.
- 權宁星，「憲法學原論處」，法文社，2009.
- 李時潤，「民事訴訟法」，博英社，2001.
- 金孝全·丁泰鎬，「憲法与民主主義」(Ernst-Wolfgang Bockenforde, Staat, Verfassung, Demokratie 翻譯版)，法文社，2003.
- 金慶濟，“關於對新行政首都後屬對策法却下決定的憲法的問題點”，「憲法學研究」第12卷 第1号，2006. 3.
- 金哲洙，「憲法學概論」，博英社，2004.
- 成樂寅，「憲法學」第8版，法文社，2008.
- 許營，「韓國憲法論」，博英社，2003.
- 張永洙，「憲法總論」，弘文社，2002.
- Badura, Peter, Die parlamentarische Demokratie, in: Isensee/Krichhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, Heidelberg, 1987.
- Bryde, Brun-Otto, in: v. Munch/Kunig GG, Bd. 3, 3. Aufl., Munchen, 1996.
- Calssen, Claus Dieter, in: v. Makgoldt · Klein · Starck, Bonner Grundgesetz, Bd. 3, 4. Aufl., Munchen, 2001.
- Isensee, Josef, Staat und Verfassung, in: Isensee/Krichhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, Heidelberg, 1987.
- Leisner-Egensperger, Anna, Ungeschriebenes Verfassungsrecht zur Gewaltenteilung, DOV 2004, S. 774 ff. Robbers, Gerhard, in: Umbach/Clemens/Dollinger(Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Aufl., Heidelberg, 2005, Kapitel A. I. Rn. 1.
- Sachs, Michael, in: Sachs GG, Munchen, 2003.
- Klaus Schlaich, Das Bundes verfassungsgericht, Munchen, 1997.

〈摘要〉

韓國憲法裁判制度的簡介

爲使發揮憲法裁判的正常機能，要滿足首先在該國存在被稱做憲法的形式法規範，且該憲法要比其他形式規範具有優先效力并且憲法裁判官受到憲法的約束等前提條件。特別是憲法裁判中要求的憲法只能是指滿足成爲憲法的前提條件的成文憲法。我國自1948年以來，制訂并實行了成文憲法，而且也認證了該憲法比法律具有優先效力，在歷代憲法里宣布了法官受憲法的約束，因此滿足了可以實行憲法裁判的前提條件。但其間由于對國民的憲法裁判的經驗不足和政治的原因，出現了憲法裁判沒能符合當初所設想的意圖的憲政狀況。

對此，現行憲法堅固地建立了可以實行憲法裁判的的根據并制訂了憲法裁判所法，如今形成了憲法裁判被激活的狀況。不過，在具體的判決中，還存在舉證技術的不足，論證開展的不一貫，憲法裁判官對憲法的認識不足，判決書中支持結論的理由不具體等欠妥的地方。因此還需要側重努力明確憲法的內容，爲保證具有進行憲法裁判的水平，加強憲法裁判官的選拔要件。同時在運用憲法的過程中所發現的問題，也需要通過修憲來努力解決。

[Abstract]

Introduction of constitutional the Adjudication System to Korea

Kwon, Young-Ho

Professor of Law School, Jeju National University, Korea

The present Constitution, the product of a bipartisan consensus in the wake of the June Democracy Movement in 1987, embodied several important moments in the development of constitutionalism in Korea. Especially, a European-style constitutional court was established as a venue of relief for infringement of basic rights, and the thus founded Constitutional Court engaged in active scrutiny of the constitutionality of statutes and constitutional complaints for the past ten years and played a decisive role in firmly establishing constitutionalism in Korea. As the result of the Court's activities, legislative activities became more cautious and the instances of human rights violations by public authorities have been on the decline. The Constitution became a living norm that permeates peoples consciousness, and they now value their basic rights more than ever. This means that constitutional adjudication has taken roots in our lives as the new means of protection of basic rights, and also that the Constitution is recovering its original function, namely checking the power of the state. At the threshold of the twenty first century, we are at an important juncture in building a foundation for a free democratic society where "human dignity and worth" is respected and all pursue happiness freely a and equally.

Key words : The Constitutional Adjudication System, The Korean Constitutional Court, Adjudication on the Constitutionality of an Act, Introduction of the Korean Constitution, Judicial System