

統治行爲와 司法審査의 限界*

김백유**

I 序論
II 各國의 統治行爲
1 프랑스
2 獨逸
3 日本
4 英國
5 美國
6 韓國
7 綜合的 考察
III 結論

I. 序論

행정의 개념에 관한 역사적 성립과정은, 과거의 군주에게 인정되었던 포괄적 권력을 입법·행정·사법·으로 나눔으로써 행정의 관념이 등장하게 된다. 여기서 법집행 작용으로 이해되는 행정이 과거 전제시대의 국가작용과 다른 점은 1) 사전적으로 법의 지배를 받으며, 2) 사후적으로는 법의 통제를 받는다는 점이다. 그런데 자유주의 정치이념에 바탕을 둔 권력분립이론에도 불구하고, 사전적으로 법의 지배를 받지 않고 사후적으로 법의 통제를 받지 않는 국가의 작용이 존재한다는 사실이다. 이러한 것들을 통틀어 국가작용 중에서 고도의 정치성을 띤 작용으로 이해하고, 이를 통치행위라 부르고 있다. 이와 같이 통치행위는 단순한 법 집행작용이 아니라 국정의 기본 방향을 제시하거나 국가적 이해를 직접 그 대상으로 하는 고도의 정치성을 지닌 행정

× 본 논문은 2004년도 한성대학교 교내연구비 지원과제임

** 한성대 정경학부 교수 법학박사

기관의 행위(정치적 행위성)로서, 소송법적 으로는 그 행위가 법률적 측면을 가지며, 따라서 법률적 판단이 가능함에도 불구하고, 「고도의 정치성」으로 말미암아 사법심사의 대상으로 삼기에는 부적당하고(사법적 심사부적합성), 비록 사법심사적 판결이 존재한다고 할 지라도 그 집행이 곤란한 성질의 행위(판결의 집행곤란성)를 말한다.¹⁾ 따라서 이를 학자에 따라서는 이를 '제4의 국가작용(ene Vierte Staatstätigkeit)'²⁾이라고 보는 견해도 있다

무릇 행정이 법아래서, 법에 따라 행하여지며(rechtliche Gebundenheit), 원칙적으로 사법심사의 대상이 되는데(Justizabilität) 반하여, 통치행위는 이러한 제약을 받지 않는 '특수한 국가작용'이라는 점에서 법치행정(Gesetzmäßigkeit der Verwaltung)의 예외영역에 속한다.³⁾ 법치주의가 확립된 선진국에서도 일정한 범위에서 정치성이

1) 박윤훈, 행정법강의(상), 박영사, 2004, 12면, 同 통치행위, 사법행정(1967.11), 13면, 박균성, 행정법론(상), 박영사, 2004, 27면, 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2004, 1358면, 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2004, 829면, 성낙인, 헌법학, 법문사, 2004, 931면, 다만 여기서 재판의 개념속에 국가배상청구권도 포함되느냐가 문제되는데, 종래의 통설은 사법심사의 범위속에 국가배상청구권도 포함된다고 보나, 통치행위 긍정설을 취하면서도 국가배상청구권은 가능하다는 견해가 있다(김용섭, 통치행위에 대한 사법적 통제, 고시연구(2000 10), 115면), 홍성방, 헌법상 통치행위의 법리에 관한 연구, 고려대학교 대학원(1976 11), 1면, 주용진, 통치행위에 관한 비교법적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1978), 7면, 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980 7), 5면, 김영문, 통치행위에 관한 일고찰, 원광대학교 대학원(1984.12), 4면, 임종열, 통치행위에 관한 고찰, 원광대학교 교육대학원(1987 6), 3면, 양승업, 통치행위의 법리에 관한 연구, 동국대학교 대학원(1989 12), 6면, 이재삼, 통치행위에 관한 연구, 경원전문대학 논문집(1997), 제19집 제2호, 667면

2) O Mayer는 행정작용과 통치행위가 서로 병용될 수 없는 것으로서 통치행위를 입법·행정 사법과 병존하는 제4의 국가작용이라고 한다(O Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3 Aufl, 1924, S 27), 진상화, 통치행위의 법리에 관한 연구, 중앙대학교 대학원(1985 11), 6면 각주 3) 참조, 김용섭, 통치행위에 대한 사법적 통제, 고시연구(2000 10), 124면, 허영, 통치행위에 대한 법이론적 고찰, 새법정(1972 9), 8면 참조; 김영문, 통치행위에 관한 일고찰, 원광대학교 대학원(1984.12), 5면

3) 협의의 행정은 법 아래서 법에 따라 행해지며, 개괄주의를 채택하는 국가에서는 모든 행정행위가 원칙적으로 사법심사의 대상이 되는데 대하여, 통치행위는 그가 지니는 고도의 정치적 성격 때문에 법적 불구속성과 사법심사의 배제를 그 특징(헌법재판 및 행정재판의 재판권의 한계)으로 한다 그러나 여기서 고도의 정치성이란 구체적으로 무엇을 의미하는가에 있어서 한상법교수는 「 그 표현 자체가 통치행위와 행정행위의 구별이 분명치 못한 것처럼 명확치 못하다」고 한다(한상법, 사법권의 한계와 통치행위론, 사법행정

강한 국가행위를 사법 심사대상에서 제외하고 있는데, 영국의 대권행위(prerogative) 또는 국가행위(act of state), 프랑스의 정부행위(acte de gouvernement),⁴⁾ 미국의 정치문제(political questions),⁵⁾ 독일의 재판으로부터 자유로운 고권행위(rechtswegfreie Hohertsakte, gerichtsfrei Hohertsakte)⁶⁾ 또는 통치행위(Regierungshandlungen, Regierungsakt) 등으로 불리우는 것들이 이에 해당하는 개념이다.⁷⁾ 그러나 각국에서의 통치행위나 정치문제의 개념은 동일한 것이 아니며, 그것을 사법심사의 대상에서 제외하는 이유도 각각 다르다 또한 통치행위의 개념을 인정하는 궁정설에서도 그 근거를 주로 법이론적 관점에서 구하는 권력분립설(내재적 제약설; 내재적 한계설)⁸⁾과 자유재량행위설(합목적성설)등과 법정책적인 관점에서 구하는 사법(부)자제설 등으로 나누이고 있다. 왜냐하면 통치행위이론은 그 나라마다 특이한 통치구조, 헌법제도 및 재판제도 등의 차이로 인하여 그 개념이나 성격, 범위 등이 각각 다르기 때문이다.⁹⁾

(1988.4), 29면 참조)

4) 성낙인, 프랑스 헌법학, 법문사, 1995, 724면, 이광윤, Nixon 판결을 계기로 한 정치문제에 대한 재조명, The Study of Political Question Theory through Prewiew of 'Nixon' Case -Nixon v United States 506 US 1993 -, 미국헌법학회, 미국헌법연구, 1998, 100면

5) 정치문제(Political Questions)와 정치적 문제(Political Domam)는 구별해야 한다는 견해가 있다 즉 정치적 문제는 정치부문의 그 문제에 대한 결정이 법원에 의해 번복 될 수 있는 경우의 문제를 의미하며, 정치문제는 그 문제에 관한 정치부문의 결정이 최종성을 가지는 경우의 문제라고 한다(김광섭, 통치행위에 관한 연구 - 미국의 정치문제를 중심으로 -, 성균관대학교 대학원(1989.11), 11-12면, 40면 참조) 그리고 R J Tresolini의 견해에 의하면 정치문제와 정치적 사건(Political Cases)은 구별되어야 한다고 한다(R. J. Tresolini, American Constitutional Law, New York, 1983, p 95)

6) Jarass/Pieroth, GG, Art 19, Rn 24

7) 이와 같이 통치행위의 개념은 각 나라마다 다르게 정의하고 있기 때문에 一義的 개념정립이 어렵다. 김운용, 위헌법률심사의 한계, 일신사, 1976, 128면 참조, 양승엽, 통치행위의 법리에 관한 연구, 동국대학교 대학원(1989.12), 6면.

8) 학자에 따라서 내재적 한계설과 권력분립설은 구분해서 설명하는 학자(한견우, 박운훈, 행정법강의(상), 박영사, 2004, 16면, 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2004, 832면)도 있고 동일한 의미로 사용하는 학자(김남진 · 김연태, 행정법 I, 법문사, 2004, 9면, 변재옥, 석종현, 홍정선, 허영 교수는 「권력분립론에 입각한 내재적 한계설」이라 한다(허영, 통치행위에 대한 법이론적 고찰, 새법정(1972.9), 9면), 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2004, 1359면; 정하중, 행정법총론, 법문사, 2004, 11면)도 있다. 한견우, 행정법강의, 홍문사, 1997, 31면 참조.

9) 박균성, 행정법론(상), 박영사, 2004, 27면

통치행위는 성문법상의 규정으로 사법심사의 대상에서 제외하고 있는 것은 아니며, 사법심사에 관한 통상의 원칙을 충족함에도 불구하고 판례 내지는 학설에 의하여 예외적으로 사법심사의 대상에서 제외하는 행위로 인식되어온 개념이다¹⁰⁾ 이러한 통치행위는 위에서 언급한 바와 같이 각 국의 역사적 배경 또는 국가 고유의 헌법제도, 재판제도의 차이로 판례법상 독특한 특색을 가지고 있지만, 정치성이 강한 국가행위를 여러 가지 법원리 아래에서 통치행위로 인정하는 점에서는 공통적으로 인정된다 그러나 국민의 기본권 보호를 목적으로 하는 민주주의, 법치주의 하에서, 이 일련의 행위에 대한 인정여부에 대한 문제점은 항상 등장하고 있는바, 본고에서는 통치행위에 관한 제학설과 그 비판을 알아보고 우리 헌법의 법치주의 원리 등 현대 헌법국가의 기본원리인 민주주의와의 상호관계 및 기본권침해와의 관계 등을 고찰함으로써 현대적 의미에서의 통치행위의 필요성과 그에 따른 인정범위는 어느 정도까지 한정할 것인가를 제시하고자 한다.

II. 各國의 統治行爲

1. 프랑스

1.1. 概觀

프랑스의 경우 일반행정과 구별되는 통치행위의 개념은 최고행정재판소인 국참사원(Conseil d'Etat)¹¹⁾의 판례를 중심으로 형성되었다.¹²⁾¹³⁾ 그러나 프랑스는 대륙법계

10) 박윤혼, 행정법강의(상), 박영사, 2004, 12면; 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2004, 1359면; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2004, 931면, 김광섭, 통치행위에 관한 연구 - 미국의 정치문제를 중심으로 -, 성균관대학교 대학원(1989 11), 2면; 이상철, 계엄의 통치행위여부와 사법심사 가능성, Zu- u Absage der Anerkennung des Regierungsaktes auf dem Belagerungszustand und die Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle, 육사논문집(1993.12), 295면

11) Conseil d'Etat는 나폴레옹 1세가 창설한 것으로 1800년대에는 행정상의 소송은 일반행정 사무와 명확하게 구분되어 있지 않으며, Conseil d'Etat는 법원이 아니라 내각에 불과하였었다 1872년 Conseil d'Etat의 조직에관한법률이 시행된후 법원으로 되었다. 그러나 그것은 3권분립 사상하의 사법권을 행사하는 것이 아니라 행정권을 담당하는 기관이며, 이러한 성격은 오늘날까지도 계속되고 있다. 이는 프랑스에서 행정부의 자문기관인 동시에 최고행정법원으로서의 권한을 가진 국가기관이며, 프랑스 행정재판제통의 최고법원으로서의 역할을 하여왔다 양승엽, 통치행위의 법리에 관한 연구, 동국대학교 대학원(1989 12), 24면

행정법의 모체이며, 행정재판제도가 고도로 발달하여 모든 행정기관의 행위가 원칙적으로 국참사원에 의한 심판의 대상이 되는 법치주의가 고도로 발달한 나라이다 그러나 고도의 정치성을 띤 일련의 행위를 국참사원이 '정치적 합목적성'¹⁴⁾을 이유로 심판을 거부(지제 사법자제설의 입장)¹⁵⁾하여 이 법치주의원리를 제약하는 통치행위의 개념이 판례를 통하여 인정되기에 이르렀다. 그 하나는 의회행위이고 다른 하나는 정부(통치)행위이다.¹⁶⁾ 프랑스에서 통치행위는 모든 사법심사(행정소송인 적법성 소송, 손해배상 소송과 기타 민사 형사소송)가 면제되는 행위라고 보고 있다¹⁷⁾ 그러나 학자들은 오늘날 이러한 정치성을 지닌 국가행위도 국참사원에 의한 통제의 대상이 되어야 한다는 인식이 지배하고 있으며, 이러한 의미에서 통치행위의 개념을 축소시켜 국제관계와 의회행위에 한하여 인정하려는 경향이 있으며,¹⁸⁾ 또한 통치행위를 근

12) 프랑스에서 국참사원이 처음 통치행위로서 그 심사를 거부한 사건은 1832년의 Borghes 부인사건(이강국, 통치행위 연구, 서울대학교 대학원(1969), 23면)이지만, 통치행위와 관련된 이정표가 된 판례는 1875년 나폴레옹공 판결(C E, 1875년 2월 19일)이다. 그 이외에도 l'affaire, C. E, 1882년 5월 1일, Prince d'Orléans, C E, 1852년 6월 18일 등이 있다. 특히 나폴레옹공 판결(1853년 제2제정 당시 나폴레옹 3세에 의해 그의 사촌인 Napoléon-Joseph Bonaparte는 장군에 임명되었으나, 제2제정 몰락후 발간된 1873년의 군인연감의 장군명부에 그의 이름이 직위해제를 등재되지 않았고, 나폴레옹공은 이에 대하여 국방장관의 장군직위부여거부처분에 대하여 소송을 제기한 사건이다. 상세한 내용은 성낙인, 프랑스 헌법학, 법문사, 1995, 742면 참조)에서는 중전의 정치적 동기설(mobile politique)이 포기되었다(성낙인, 헌법학, 법문사, 2004, 933면, 同 프랑스 헌법학, 법문사, 1995, 742면); 이상규, 신행정법론(상), 법문사, 1996, 64면 각주 15) 참조, 정하중, 행정법총론, 법문사, 2004, 9면, 이광윤, 통치행위부정론 - 미국의 위헌심사와 프랑스의 행정소송을 중심으로 -, 고시연구(1998.6), 71면; 윤세창, 통치행위론, 사법행정(1964.3), 40면

13) 프랑스의 통치행위이론에 관한 내용은 김동희, 프랑스 행정법상의 통치행위에 관한 고찰, 서울대학교 법학, 제25권 제4호(1984.12) 참조, 同 프랑스 행정법상 통치행위에 관한 소고, 사법행정(1989.5) 참조; 성낙인, 프랑스 헌법학, 법문사, 1995, 724면 이하

14) 박윤훈, 행정법강의(상), 박영사, 2004, 13면; 양승엽, 통치행위의 법리에 관한 연구, 동국대학교 대학원(1989.12), 25면

15) 박윤훈, 행정법강의(상), 박영사, 2004, 13면.

16) 김치영, 통치행위에 관한 사법심사의 한계, 동아대학교 대학원(1986.12), 17면

17) 이광윤, Nixon 판결을 계기로 한 정치문제에 대한 재조명, The Study of Political Question Theory through Prewiew of 'Nixon' Case -Nixon v. United States 506 U.S. 1993 -, 미국헌법학회, 미국헌법연구, 1998, 100면 참조

18) 김철수, 통치행위론, 기념논문집, 1979, 79면, 이상규, 신행정법론(상), 법문사, 1996, 65면,

본적으로 부정하는 학설도 있다.¹⁹⁾

12 議會行爲(acte de parlementaire)

의회행위는 그 법률적 내용의 합법성의 여하를 불문하고 의회, 그 기관 혹은 구성원에 의해서 그 권능의 행사로서 행해지는 모든 행위로서 재판적 통제를 부정하는 것을 말한다.²⁰⁾ 따라서 여기에는 다음과 같은 행위가 포함된다 1) 내각에 대한 신임 불신임결의 등과 같은 정치적 결의 표결 2) 선거의 심사와 같은 의회구성에 관한 결의 3) 선거행위, 의회내부조직이나 의사진행에 관한 행위(예, 의사규칙의 제정 변경·적용 징계규정의 적용), 4) 의회 그 기관 혹은 그 구성원에 의하여 권능의 행사로서 행하는 모든 행위 등과 같은 의회행위는 재판적 통제의 대상 밖에 있으며,²¹⁾ 그러한 의미에서 의회행위의 소송법적 효과 역시 통치행위와 같다.²²⁾ 이러한 내용의 통치행위가 인정되는 이유는 권력분립에 있어서 의회주의로부터 도출되는 개념이다 그러나 국참사원은 구체적인 소송의 경우에는 형평의 원리에 입각하여 가능한한 本案에 대한 심판을 하려고 하는 경향이 있지만,²³⁾ 의회행위의 원칙은 현재까지도 폐지되지 아니하고 있다. 프랑스에서 위헌법률심사권이 인정되지 않고 있는 것은 이를 반영하고 있다고 할 것이다.²⁴⁾

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2004, 829면

19) 특히 Virally에 의하면 통치행위는 실정법이나 논리적 합리성에 대한 도전이며 비난받아야 할 진정한 대상이라고 한다(성낙인, 프랑스 헌법학, 법문사, 1995, 734면 참조)

20) 홍성방, 헌법상 통치행위의 법리에 관한 연구, 고려대학교 대학원(1976.11), 14면, 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980.7), 31면, 김치영, 통치행위에 관한 사법심사의 한계, 동아대학교 대학원(1986.12), 18면.

21) 김철수, 통치행위의 이론과 실제(상), 법조(1968.7), 16-17면, 홍성방, 헌법상 통치행위의 법리에 관한 연구, 고려대학교 대학원(1976.11), 15면, 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980.7), 34면; 신재현, 통치행위론, 고시계(1974.8), 14면

22) 金子宏, 統治行爲研究, 國家學會集, 71卷, 8號

23) 신재현, 통치행위론, 고시계(1974.8), 14면, 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980.7), 31면

24) 김영문, 통치행위에 관한 일고찰, 원광대학교 대학원(1984.12), 7면

1.3. 政府行爲(統治行爲 acte de gouvernement)

1.3.1 内容

행정재판의 한계의 문제로서 판례를 통하여 형성된 프랑스의 통치행위(acte de gouvernement)²⁵⁾의 개념은 1799년에 확립된 국참사원이 지금까지의 유보된 사법(justice retenue)을 폐지하고 위임된 사법(justice déléguée)을 행하게 됨에 따라 1872년 진정한 행정재판제도가 확립되고(1872524),²⁶⁾ 통치행위를 행정재판의 대상에서 제외해야 한다는 생각이 싹트면서 구체적인 통치행위의 개념이 형성되기 시작하였다.²⁷⁾ 다만 프랑스에 있어서 통치행위의 개념은 학자에 따라서 각기 달리 정의하고 있다. 예컨대 Dufour은 「통치행위는 행위자가 달성하려고 하는 목표에 있다 사회주체 또는 정부에 있어서 인격화된 사회를 내외의 適으로부터 방지하는 행위가 통치행위」라고 하고(19세기초의 국참사원의 정치적 동기설(mobile politique)의 입장),²⁸⁾ Haurou는 통치행위의 개념을 정확히 정의하는 것은 불가능하다는 전제아래서 소극적으로 「통치행위는 권한법원의 지도아래 판례법상으로 통치행위의 목록에 포함되는 것이 통치행위이다」라고 한다.²⁹⁾ 또한 Laferriere는 「행정기관에 의해서 행해진 행

25) 직역하면 정부행위(이광윤, Nixon 판결을 계기로 한 정치문제에 대한 재조명, The Study of Political Question Theory through Prewiew of 'Nixon' Case -Nixon v. United States 506 US 1993 -, 미국헌법학회, 미국헌법연구, 1998, 100면 각주 4 참조)

26) 1872년 5월 24일의 Conseil d'Etat의조직에관한법률 이 종래의 유보된 사법을 폐지하고 위임된 사법을 채용함에 따라 Conseil d'Etat가 독립성을 갖는 법원으로서의 역할을 하게 되었다(양승업, 통치행위의 법리에 관한 연구, 동국대학교 대학원(1989.12), 28면); 홍성방, 헌법상 통치행위의 법리에 관한 연구, 고려대학교 대학원(1976.11), 17면, 주용진, 통치행위에 관한 비교법적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1978), 37면, 김치영, 통치행위에 관한 사법심사의 한계, 동아대학교 대학원(1986.12), 19면

27) 홍성방, 헌법상 통치행위의 법리에 관한 연구, 고려대학교 대학원(1976.11), 16면 이하, 신재현, 통치행위론, 고시계(1974.8), 15면, 임종열, 통치행위에 관한 고찰, 원광대학교 교육대학원(1987.6), 13면 참조, 양승업, 통치행위의 법리에 관한 연구, 동국대학교 대학원(1989.12), 25면.

28) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2004, 933면 참조, 김종구, 통치행위에 관한 역사적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1977.7), 15면, 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980.7), 31면

29) 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980.7), 31면, 임종열, 통치행위에 관한 고찰, 원광대학교 교육대학원(1987.6), 13

위로서 행정재판소나 사법법원인가를 불문하고 법원에 의해서 어떠한 심사를 받지 아니하는 행위를 통치행위라고 부른다」고 한다. 이와 같이 통치행위의 개념규정이 현재까지의 판례등을 중심으로 귀납적인 방법에 의한 소극적인 규정밖에 내리지 못하고 있다 그 이유는 통치행위 자체가 행정재판의 한계에 관한 문제로 발전된 역사적 배경에서 비롯된다.³⁰⁾

132. 理論的 根據

프랑스에서 통치행위가 보통의 행정행위와 달리 취급되어야 하는 그 근거에 대하여 1872년 까지는 행위의 정치적 동기(mobile politique)가 결정적인 것으로 되어 왔으며 제3공화국 이후 법치국가의 발전과 더불어 행위의 성질 가운데서 본질을 구하려 하였으나 현재까지 국참사원 및 권한법원에 의해서 구하려 하고 있다. 이러한 판례의 경향을 정리하여 통치행위의 동기를 정치적 동기(mobile politique)에서 구하는 정치적 동기설,³¹⁾ 통치행위의 근거를 통치행위의 본질로부터 구하는 통치행위 성질설, 행정재판소의 판례목록(통치행위표)³²⁾에 의하여 종래 통치행위로서 인정되어 사법통제에서 제외되었던 행위가 통치행위라는 통치행위 경험설 등으로 나누어 설명하고 있다 정치적 동기설의 경우 통치행위란 정치적 동기(mobile politique)에서 행해진 행

면

30) 1799년 이래 국참사원이 재판에 구속되지 않아 통치행위로서 승인된 것은 일반적으로 “판례정책”이라 하나 사실상 판례에 의하여 인정되면서도 최초의 판례가운데는 통치행위라는 명칭이 사용되고 있지 않다. 그러나 입법자들은 이를 묵시적으로 인정하여 왔다. 또한, 1872.5.24의 법률 제26조 제4항(대신들은 행정쟁송을 취급하는 府에 제기되고 행정재판소에서는 제기될 수 없는 사례에 관한 결정을 권한재판소에 요구할 권리가 있다)는 통치행위를 긍정할 수 있는 입법적 근거로 제시하고 이 규정은 1849.3.3의 국참사원에관한법률 제47조, 제4공화국 1945.7.31의 국참사원에관한명령 제88호 가운데 확정되고 1953년의 개정에서도 위 1872.5.24의 법률 제16조는 일반적으로 승인되어 왔다(임종열, 통치행위에 관한 고찰, 원광대학교 교육대학원(1987.6), 14면 각주 31 참조)

31) 김종구, 통치행위에 관한 역사적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1977.7), 15면, 이재삼, 통치행위에 관한 연구, 경원전문대학 논문집(1997), 제19집 제2호, 676면

32) 판례상 정립된 통치행위 목록의 상세한 내용은 성낙인, 프랑스 헌법학, 법문사, 1995, 743면 이하 참조, 양승업, 통치행위의 법리에 관한 연구, 동국대학교 대학원(1989.12), 26면; 이상철, 제국의 통치행위여부와 사법심사가가능성, Zu- u Absage der Anerkennung des Regierungsaktes auf dem Belagerungszustand und die Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle, 육사논문집(1993.12), 13면 참조

위이며, 그 동기는 정부 자신이 정할 수 있다고 하므로, 어떠한 행위라도 이유를 붙여서 통치행위가 될 수 있었고, 그러한 통치행위는 國是(reason d'Etat)의 관념으로 신성시 하게 되어,³³⁾ 결국 통치행위의 범위가 넓고 부당히 확대되었으나 자유주의적 법치국가가 발전함에 따라 배척되었다.³⁴⁾ 행위성질설은 정치적 동기설이 포기된 후 통치행위의 성질로부터 그의 본질을 해명하려는 주장이다 이는 행위의 성질에 의하여 통치행위와 행정행위를 구별하려고 한 것이다. 그러나 오늘날에는 통치행위의 성질을 사실영역을 열거함으로써만 인식될 수 있으므로 결국 행정재판소의 관례목적에 의하여 종래 통치행위로서 인정되어 사법통제에서 제외되었던 행위가 통치행위라 하고 있다 즉, 통치행위를 관례를 통하여 경험적으로 규정하는 방법(경험설적 입장)에 의하고 있다(정치적 동기설 → 통치행위 성질설 → 통치행위 경험설)³⁵⁾

1.4 認定範圍

프랑스에서는 통치행위를 정치적 행위라고 하나 국참사원은 구체적으로 어떠한 행위가 정치행위이기 때문에 訴를 각하 혹은 기각한다고 판결하지 않고, 일반적으로 기간의 도과 등의 이유를 들어 각하하기 때문에 통치행위의 인정범위가 명확하게 확정 지어지지 않고 있다 그리하여 학자들마다 통치행위의 범위에 있어서도 의회와의 관계에 있어서의 정부의 행위, 전쟁행위를 포함한 외교행위를 제외하고는 견해가 일치하지 않는다. 국참사원은 첫째, 정부와 의회와의 관계에 관한 행위로서 1) 입법작용에 행정부가 참여함에 있어서 행정부에 의해 결정된 행위 2) 의회의 결정의 예비적 성격만을 가진 정부의 결정 3) 헌법상 권한과 입법기능의 행사의 관계에 영향을 미치는 대통령의 결정 등을 통치행위로 보아 사법심사의 대상에서 제외시키고 있다.³⁶⁾ 즉

33) 이재삼, 통치행위에 관한 연구, 경원전문대학 논문집(1997), 제19집 제2호, 676면

34) 1875 2 19 나폴레옹공(prince Napoléon) 사건에서 정부위원 David는 “어떤 행위가 재판적 통제의 밖에 있다는 예외적 성격을 보유하기 위해서는 정부 혹은 그 대리인에 의해서 행해진 행위가 내각에서 결정되거나 또는 정치적 이해에 의해 명령된 것만으로 충분하지 못하다” 하여 법률상 잘못된 동기를 배제함으로써 동기설을 확인하였다 그러나 Conseil d'Etat는 어떠한 처분이 정치적 동기에 기인하였다는 단순한 이유만으로 재판권이 배제될 수 없다고 하여 당해 소송을 수리하였다 이 이후 종래의 정치적 동기설은 포기되고 성질설로 이행하게 되었다. 김종구, 통치행위에 관한 역사적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1977 7), 16면, 양승업, 통치행위의 법리에 관한 연구, 동국대학교 대학원(1989.12), 27면

35) 임종열, 통치행위에 관한 고찰, 원광대학교 교육대학원(1987.6), 14면, 김도창, 일반행정법론, 청운사, 1990, 78면.

판례에 의하여 통치행위로 인정된 것은 의회의 내부행위(개회·폐회·의원의 징계 등)와 행정부와의 관계(정부불신임결의 의회해산 등), 1958년 헌법 제16조에 의한 대통령의 비상대권 발동결정³⁷⁾ · 계엄선포, 외교, 군사, 영전수여·법률안제출·공포·법률안을 국민 투표(referendum)에 회부하는 대통령령·헌법위원회에의 제소·법률안의 철회·국제재판소에의 제소거부·국제조약의 해석에 대한 정부행위 등이 있다.³⁸⁾ 둘째, 외국이나 국제기구와 정부와의 관계를 야기하는 행위 셋째, 전쟁행위 등은 사법심사에서 제외하고 있다.³⁹⁾ 그러나 위에서 언급한 바와 같이 법치주의의 발달과 함께 통치행위의 범위를 축소하여 국가적 공안조치 및 계엄의 선포에서의 집행처분은 사법심사의 대상이 되는 통상의 행정행위로 보고 있으며,⁴⁰⁾ 그밖에 범죄인 인도명령, 사면 혹은 사면의 거부 등은 사법심사의 대상으로 삼고 있다.⁴¹⁾ 다만 국제관계사항과 의회의 의사행위만을 국참사원의 심리대상에서 제외하고 있다.⁴²⁾ 그러나 통치행위 부정론의 입장이 강하여

36) 성낙인, 프랑스 헌법학, 법문사, 1995, 744면 이하 참조

37) 이는 1962년 알제리 반란과 관련한 드골 대통령의 비상대권 발동이며, 이는 1958년 헌법 제16조의 규정에 의한 것이었다 성낙인, 프랑스 헌법학, 법문사, 1995, 745면 참조, 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원 (1980.7), 37면, 양승엽, 통치행위의 법리에 관한 연구, 동국대학교 대학원(1989.12), 32면, 이재삼, 통치행위에 관한 연구, 경원전문대학 논문집(1997), 제19집 제2호, 677면

38) 박윤혼, 행정법강의(상), 박영사, 2004, 13면, 성낙인, 헌법학, 법문사, 2004, 933면-934면 참조; 김종구, 통치행위에 관한 역사적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1977.7), 19-20면, 주용진, 통치행위에 관한 비교법적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1978), 42-43면, 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원 (1980.7), 38면, 김영문, 통치행위에 관한 일고찰, 원광대학교 대학원(1984.12), 7면; 김치영, 통치행위에 관한 사법심사의 한계, 동아대학교 대학원(1986.12), 23면

39) 성낙인, 프랑스 헌법학, 법문사, 1995, 745-749면 이하

40) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2004, 934면; 同, 프랑스 헌법학, 법문사, 1995, 724면 참조, 이광윤, 통치행위부정론 - 미국의 위헌심사와 프랑스의 행정소송을 중심으로 -, 고시연구 (1998.6), 73-74면

41) 이광윤, 통치행위부정론 - 미국의 위헌심사와 프랑스의 행정소송을 중심으로 -, 고시연구 (1998.6), 77면

42) Brown and Garner, French Administrative law, 1967, p. 79, 박윤혼, 행정법강의(상), 박영사, 2004, 13, 20면, 김동희, 프랑스 행정법상의 통치행위에 관한 고찰, 서울대학교 법학, 제25권 제4호(1984.12) 참조; 홍정선, 공법학상의 문제로서 통치행위의 개념에 관한 연구, 한국정신문화연구원논총 제49집(1986.12), 385면

Michoud, Brémond, Berthélemy, Célier, Jéze, Virally, Duguit, Gros, Laun 등은 통치행위의 법적·정치적 기초의 결여 등을 이유로 이러한 통치행위론을 포기하고 통치행위를 자유재량의 범위를 가진 행정행위와 동일하게 취급하여야 한다고 한다.⁴³⁾

2. 獨逸

2.1. 概觀

독일에서의 통치행위 이론은 슈타인(v. Stein)에 의하여 개척되고 그 뒤의 학설에 의하여 차츰 발전하였으나⁴⁴⁾ 제1차 대전 전까지는 규범을 대상을 하는 행정법학은 큰 관심을 두지 않다가 1918년 이후의 바이마르 공화국 시대의 정치적 변혁기에 이르러 정치와 법과의 관계가 새로운 주목을 끌게 됨에 따라 비로소 통치행위에 관한 활발한 논의가 있었다. 다만 제2차 대전 전까지의 독일의 행정재판제도는 각 州(Land; 支邦)마다 열거주의(Enumerationsprinzip)를 취하는 것이 보통이었고,⁴⁵⁾ 개

43) 홍성방, 헌법상 통치행위의 법리에 관한 연구, 고려대학교 대학원(1976.11), 18면, 김종구, 통치행위에 관한 역사적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1977.7), 16면, 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980.7), 32면, 신재현, 통치행위론, 고시계(1974.8), 15면, 성낙인, 프랑스 헌법학, 법문사, 1995, 734면 이하 참조

44) G. Jellinek는 그의 재량론(Ermessenslehre)에서 재래적 의미의 행정작용을 통치행위와 기계적인 행정작용으로 나누고 후자가 법규에 기속된 단순한 법집행작용인데 반하여 전자는 독자적인 주도권에 의하여 고차적인 목적을 추구하는 자유로운 활동(freie Tätigkeit)이라고 하면서, 자유로운 활동의 내용은 단지공공의 이익에 의해서만 결정될 뿐 어떠한 특별한 법규에 의하여 결정되는 것이 아니고, 통치행위 분야에서의 법적 기속을 배척함으로써 통치행위를 행정상 재량행위의 특별한 경우라고 설명한다(G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl, 1966, S. 616 ff), 허영, 통치행위에 대한 법이론적 고찰, 새법정(1972.9), 6면, 그러나 O. Mayer는 행정작용과 통치행위가 서로 병용될 수 없는 것으로서 통치행위를 입법·행정·사법과 병존하는 제4의 국가작용이라고 한다(O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl, 1924, S. 27); 홍성방, 헌법상 통치행위의 법리에 관한 연구, 고려대학교 대학원(1976.11), 5면; 김종구, 통치행위에 관한 역사적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1977.7), 7, 24면, 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980.7), 6면, 고문현, 통치행위론, 경북대학교 대학원(1985.12), 41면, 김치영, 통치행위에 관한 사법심사의 한계, 동아대학교 대학원(1986.12), 7면, 양승엽, 통치행위의 법리에 관한 연구, 동국대학교 대학원(1989.12), 8면 이하 참조.

45) 예컨대 1936년의 비밀국가경찰에관한법률(Gesetz über die Geheime Staatspolizei von

괄주의(Generalklausel)를 채택하는 경우에도 예외가 많았기 때문에⁴⁶⁾ 통치행위의 문제는 현실적으로는 행정재판 등을 통한 관례를 형성할 여지가 없었다.⁴⁷⁾ 따라서 통치행위 논쟁은 학설상으로만 헌법재판의 한계와 관련하여 언급될 뿐이었다.⁴⁸⁾ 그러나 제2차대전 후의 독일의 행정재판제도는 州의 대부분이 개괄주의를 취하고 헌법재판소까지 설치하게 되어, 행정재판의 대상으로부터 제외될(개괄주의의 예외) 통치행위의 개념(rechtswegfreie Hoheitsakte; Regierungsakte)을 인정할 것인가 아닌가 하는 점이 비로소 논쟁의 초점으로 등장하게 되었다.⁴⁹⁾⁵⁰⁾

1936)에서는 비밀경찰이 행한 처분(Verfügung) 혹은 사건(Angelegenheit)은 행정재판소의 사법심사의 대상에서 제외된다고 한 것 등이 있다(홍정선, 공법학상의 문제로서 통치행위의 개념에 관한 연구, 한국정신문화연구원논총 제49집(1986.12), 387면 각주 26) 참조 특히 프로이센의 경우 통치행위에 대한 사법적 심사는 열거주의를 취하고 있었기 때문에 애초부터 통치행위 논쟁은 없었다. 홍성방, 헌법상 통치행위의 법리에 관한 연구, 고려대학교 대학원(1976.11), 33면; 양승엽, 통치행위의 법리에 관한 연구, 동국대학교 대학원(1989.12), 36-37면; 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980.7), 38면; 김영문, 통치행위에 관한 일고찰, 원광대학교 대학원(1984.12), 14면; 이재삼, 통치행위에 관한 연구, 경원전문대학 논문집(1997), 제19집 제2호, 674면; 김치영, 통치행위에 관한 사법심사의 한계, 동아대학교 대학원(1986.12), 24면.

46) 독일의 남부 諸州의 행정소송에서는 포괄적인 일반조항(General Klausel)에 입각하고는 있었지만 통치행위에 있어서의 재량적 내용(Ermessengehalt)에 대한 사법적 심사를 제한했기 때문에 통치행위에 대해서는 재판이 제한되었다(양승엽, 통치행위의 법리에 관한 연구, 동국대학교 대학원(1989.12), 36면)

47) 이상규, 신행정법론(상), 법문사, 1996, 65면; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2004, 932면.

48) 정하중, 행정법총론, 법문사, 2004, 9면; 이상철, 계엄의 통치행위여부와 사법심사가능성, Zu- u. Absage der Anerkennung des Regierungsaktes auf dem Belagerungszustand und die Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle, 육사논문집(1993.12), 300면

49) 정하중, 행정법총론, 법문사, 2004, 9면; 홍성방, 헌법상 통치행위의 법리에 관한 연구, 고려대학교 대학원(1976.11), 34면; 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980.7), 38면; 김영문, 통치행위에 관한 일고찰, 원광대학교 대학원(1984.12), 14면; 이재삼, 통치행위에 관한 연구, 경원전문대학 논문집(1997), 제19집 제2호, 674면.

50) 통치행위의 문제가 학문적으로 논의되기 시작한 것은 1949년 10월 Heidelberg에서 개최된 독일국법학회에서 Klein이 Bonn 기본법 제1조 개괄조항의 적용범위란 연구논문을 통하여 통치행위를 논의한 이후부터이며, 이 토론에서 학자들이 통치행위란 관념을 인정하였다(김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980.7), 39면)

2.2. 學說

2.2.1. 否定說

독일에서의 부정설의 입장은 소위 법치국가의 월계관(Die Krönung des Rechtsstaates)⁵¹⁾ 왕적인 조항(Ein Königlicher Artikel)⁵²⁾이라고도 불리우는 독일 연방헌법(Bonn기본법) 제19조 제4항이 「공권력에 의하여 그 권리가 침해당한 자에게는 소송을 통한 법적 구제의 방법이 있다. 다른 관할권이 근거되어 있지 아니한 경우에는 정규소송이 인정된다」고 규정하고 있기 때문에 제19조 제4항의 해석상 통치행위는 논의될 여지가 없다고 하여 기본법 제19조 제4항의 요건이 충족되면 통치행위도 사법심사를 받게 되며, 또한 행정소송에 있어서 개괄주의의 채택을 이유로 통치행위의 존재를 부인한다.⁵³⁾

2.2.2. 肯定說

독일의 다수의 공법학자들은 정치적으로 중요한 문제는 - 신분이 보장되고 누구에게도 정치적 책임을 지지 아니하는 - 소수의 법관에 의하여 결정될 것이 아니라 국민의 의사를 대표하고 국민 또는 국회에 대하여 책임을 지는 국가기관에 의하여 결정되어야 하는 것이 타당하다고 하는 전제아래서, 정치적 합목적성을 이유로 이 개념을 인정하고자 한다.⁵⁴⁾ 특히 독일에서는 사법부의 자기제약에 근거하여 정치적 결정을

51) Ingo v. Munch, Grundbegriffe des Staatsrechts, II, S. 73.

52) Ingo v. Munch, Grundbegriffe des Staatsrechts, II, S. 73

53) O. Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, S. 25; G. Püttner, Allgemeines Verfassungsrecht, 4. Aufl, S. 26; 박윤혼, 행정법강의(상), 박영사, 2004, 13면, 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2004, 830면 참조; 홍성방, 헌법상 통치행위의 법리에 관한 연구, 고려대학교 대학원(1976 11), 37면; 주용진, 통치행위에 관한 비교법적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1978), 61면, 김종구, 통치행위에 관한 역사적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1977.7), 28면; 홍정선, 공법학상의 문제로서 통치행위의 개념에 관한 연구, 한국정신문화연구원논총 제49집(1986.12), 387면 참조; 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980 7), 41면, 김영문, 통치행위에 관한 일고찰, 원광대학교 대학원(1984 12), 16면; 김치영, 통치행위에 관한 사법심사의 한계, 동아대학교 대학원(1986.12), 25면 이하 참조

54) 신재현, 통치행위론, 고시계(1974, 8), 17면; 통치작용이 정치적인 것에 의하여 결정되는 것이며 규범으로부터 독립한 행정활동일 뿐만 아니라, 법규집행작용인 행정도 통일적인 작

내림으로 인하여 발생할 위험을 방지하기 위한 필요에 의하여 비례의 원칙을 적용하여 법적으로 구속을 받지 않으며(rechtliche Ungebundenheit), 사법심사로부터 제외(Nicht-Justiziabilität)되는 것이 통치행위라 한다.⁵⁵⁾

23. 認定範圍

독일에 있어서의 재판으로부터 자유로운 고권행위(rechtswegfreie Hoheitsakte)에 속한다고 보는 통치행위의 범위는 출석정지 처분을 포함한 의회내부적 결정, 선거또는 국회에 의한 선거심사, 대통령의 취임·퇴임, 의원선거의 명령·집행, 의회의 소집·해산 등 헌법적 보조활동(verfassungsrechtliche Hilfstätigkeiten)과 외교행위·전쟁행위등의 국가작용, 국가긴급권(Staatsdringlichkeit)에 있어서 긴급절차의 긴급성(Dringlichkeit)에 관한 결정(기본법 제81조) 등이 있다.⁵⁶⁾ 그리고 오늘날 실무적으로 인정되고 있는 통치행위로는 수상의 선거, 대통령의 사면권행사(기본법 제60조 제3항), 국회(Bundestag: 연방하원)의 해산, 내각에 대한 국회의 불신임결정, 조약의 비준 등이 있다.⁵⁷⁾ 그러나 국민의 기본권을 직접적으로 침해하는 경우에는 사법심사의 대상이 된다는 주장이 많고, 헌법재판소 역시 통치행위를 이유로 기본권 침해에 대한 구제를 게을리 한 적도 없다.⁵⁸⁾

용이 될 수 없다 또한 사법심사를 받지 않는다는데 대해서는 어느 때나 의견의 차이가 없었다(이상규, 신행정법론(상), 법문사, 1996, 65면 참조); 성낙인, 헌법학, 법문사, 2004, 932면 참조

55) E Forstthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts 1, 10 Aufl 1973, S 6(통치작용(Regierung)은 정치적인 것에 의하여 결정되는 것이며, 규범으로부터 독립된 행정활동일 뿐만 아니라, 법규집행작용에는 한계가 있으며, 일정한 범위의 고권적 행동은 사법심사를 받지 않는다는데 대해서는 항상 의견이 일치했다)라고 한다(이상규, 신행정법론(상), 법문사, 1996, 65면 참조); 신재현, 통치행위론, 고시계(1974.8), 17면

56) Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 29. Aufl., S. 288.

57) 박윤훈, 행정법강의(상), 박영사, 2004, 14면; 정하중, 행정법총론, 법문사, 2004, 10면; 홍성방, 헌법상 통치행위의 법리에 관한 연구, 고려대학교 대학원(1976.11), 38면; 주용진, 통치행위에 관한 비교법적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1978), 62면 이하; 김종구, 통치행위에 관한 역사적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1977.7), 29-30면; 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980.7), 42-43면 참조, 김영문, 통치행위에 관한 일고찰, 원광대학교 대학원(1984.12), 18면; 양승엽, 통치행위의 법리에 관한 연구, 동국대학교 대학원(1989.12), 40면 이하.

58) 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행

3. 日本

3.1. 概觀

일본의 경우도 제2차 대전까지는 독일과 마찬가지로 행정소송사항에 관하여 열기주의를 취하여 고도의 정치성을 가진 행위는 미리 사법심사의 대상이 되는 열기사항에서 제외하였으므로, 통치행위의 관념은 이론상 논의되었을 실제로는 문제되지 않았다.⁵⁹⁾ 그러나 제2차 대전 후 개괄주의가 채택됨으로써(헌법 제91조) 이에 대한 활발한 논의가 전개되었다.⁶⁰⁾ 학설상으로는 긍정설과 부정설이 대립하고 있지만, 일본 역시 세계 각국의 여러나라들 처럼 (일반적으로) 통치행위 긍정설이 우세하고 판례도 통치행위를 긍정하는 입장을 취하고 있다.⁶¹⁾

3.2. 學說

3.2.1. 司法的 自制說(司法府自制說)

山田準次郎교수는 「... 통치행위가 사법심사에서 제외되는 근거는 법이론상이 아닌 법정책적인 측면에서 구해야 하므로, 국가행위의 합법성과 적법성에 대한 사법심사를 하는 것은 부적당하며, 설령 필요한 경우에는 사법심사를 할 수 있다고 하더라도 법원은 스스로 자제할 수 있다. 이러한 위법을 법원 스스로가 용인하는 것은 결국 비례의 원칙을 그 이유로 삼고 있다. 즉 정치상의 중대한 행위가 무효 혹은 취소되어 사회적 혼란, 대외적 국가의사의 분열, 법원의 政爭化 등 국가가 커다란 혼란(大害)에 빠지는 것을 피하기 위하여는 비록 위법한 것이라고 할 지라도 이를 容認할 필요성⁶²⁾이 있고, 중대한 정치문제에 수반되는 법률문제는 부득이 하게 작은 위법(小害)

정대학원(1980 7), 42면.

59) 박윤훈, 행정법강의(상), 박영사, 2004, 15면; 이재삼, 통치행위에 관한 연구, 경원전문대학 논문집(1997), 제19집 제2호, 675면

60) 이재삼, 통치행위에 관한 연구, 경원전문대학 논문집(1997), 제19집 제2호, 675면.

61) 권영성, 통치행위, 월간고시(1980. 5) 55면.

62) 필요성이 인정되는 경우. 1 통치행위는 커다란 피해가 발생하는 것을 방지하기 위하여 작은 위법을 감수하는 것이 요구되는 제도이다. 2 통치행위는 외교상의 문제에 있어서 국가의사의 통일이 요구된다 3 통치행위는 사법권 독립, 기타 재판소의 이익을 보장한다(신호양, 통치행위에 관한 연구, 숭전대학교 대학원(1983 7), 23면 각주 11) 참조, 진상화, 통

이 용인되어야 하며, 사법적 심사로부터 제외되어야 한다。」고 한다⁶³⁾

이러한 주장에 대하여 통치행위 부정설을 취하는 대표적 학자인 磯崎辰五郎교수는 「山田교수가 들고 있는 행정소송특례법 제11조, 공직선거법 제205조 조정제도 등은 그러한 각각의 경우에는 위법을宥忍하여 사법심사를 하지 않는 것이 아니라 사법심사를 하고 그 위에 사법재판소가 판결을 하고 있다. 또한 위법의 宥忍이란 법이 명문으로 인정하고 있으면 모르되 그것이 없으면 위법의 용인은 인정될 수 없다. 비례의 원칙은 재판소가 재판을 할 때의 하나의 법적 기준이 되는 것이 아니며, 또 위법사건의 사법심사외의 준칙이 되는 것은 아니다. 그것은 어디까지나 입법상 또는 법해석의 원칙이 될 뿐」이라고 하여 山田次郎의 주장을 반박한다⁶⁴⁾

3.22 權力分立說(內在的 制約說, 內在的 限界說)

入江後郎 재판관은 「… 우리 헌법상 통치행위를 인정할 것인가의 여부는 헌법 제81조 재판소법 제3조를 문리해석만에 의하여 인정할 것인가 혹은 그것에 합목적적 해석을 가하여 소위 통치행위는 헌법 제81조 재판소법 제3조에서 인정된 재판권중에 포함되어 있지 않다고 하는 입장에 서는가에 의하여 결정된다」고 하면서, 「… 우리 헌법상 통치행위를 긍정한다면 그 이론적 근거는 국민주권하에 있는 삼권분립의 원리에서 구해야 하며, 국민은 3권에 국정의 운영을 위탁하지만 또한 모든 것을 3권에 맡기지 아니하고 국민이 직접 판단하고 감독·운영 하기 위하여 유보해둔 사항이 있으며, 그것이 바로 통치행위에 관한 내용이다」, … 「… 재판소가 통치행위를 인정한다고 하

치행위의 법리에 관한 연구, 중앙대학교 대학원(1985.11), 32면 각주 27) 참조; 양승업, 통치행위의 법리에 관한 연구, 동국대학교 대학원(1989.12), 45면 각주 97) 참조

63) 山田準次郎, 統治行爲論, 弘文堂, 1960, p. 58, 108-116; 김종구, 통치행위에 관한 역사적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1977.7), 64면; 주용진, 통치행위에 관한 비교법적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1978), 82면; 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980.7), 47면; 신호양, 통치행위에 관한 연구, 숭전대학교 대학원(1983.7), 23면; 진상화, 통치행위의 법리에 관한 연구, 중앙대학교 대학원(1985.11), 32면 이하 참조; 김영문, 통치행위에 관한 일고찰, 원광대학교 대학원(1984.12), 25면.

64) 磯崎辰五郎, 統治行爲の批判, 1960, p. 90, 주용진, 통치행위에 관한 비교법적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1978), 83면 이하; 신호양, 통치행위에 관한 연구, 숭전대학교 대학원(1983.7), 25면 참조; 진상화, 통치행위의 법리에 관한 연구, 중앙대학교 대학원(1985.11), 34면, 양승업, 통치행위의 법리에 관한 연구, 동국대학교 대학원(1989.12), 46면.

는 것은 헌법, 법률에 의해서 부여된 권한을 자제에 의하여 포기하는 것도 아니고, 국민의 재판청구권을 침해하는 것도 아니다 …」라고 한다.⁶⁵⁾ 이와 같이 入江後郎 재판관은 통치행위의 근거를 정치적으로 중요한 사항은 국민의 손에 최종적으로 유보되어 있다고 한다.⁶⁶⁾

이러한 주장에 대하여 부정설의 磯崎辰五郎교수는 「… 헌법상의 해석은 문리해석이 원칙이고 헌법규정의 목적과 정신은 그 문언을 통하여 가장 잘 나타나고 있기 때문에 문리해석도 합목적적인 해석이며 논자들이 말하는 합목적적인 해석만이 합목적적인 것이 아니다. … 국민주권하의 권력분립제하에서 정치행위의 위법판단이 국민의 직접판단에 유보되어 있다는 견해는 이론적 근거가 박약하며 부정적으로 해석해야 할 것이며, 헌법재판소를 사법재판소와 특별히 구별할 필요성이 없는 한 헌법재판소에서 정치행위의 적법여부를 심사하는 것이 국민주권하의 권력분립에 반하지 아니한다면 사법재판소의 정치행위의 적법여부의 심사도 권력분립에 반하는 것은 아니다. … 재판소가 입법권과 행정권의 행위를 심사한다고 하여도 그것은 다른 2권에 대한 지배가 아니라 재판소와 입법권·행정권은 서로 대립관계에 서는 것이다」라고 비판한다.⁶⁷⁾

3.3. 判例

3.3.1. 砂川判決(昭和34, 1959.12.16 最高裁判決)

사법심사에 있어서 통치행위 문제가 일본에서 크게 문제된 것은 이른바 안보투쟁으

65) 入江後郎, 統治行爲, 公法研究 13號, p 75-107, 홍성방, 헌법상 통치행위의 법리에 관한 연구, 고려대학교 대학원(1976.11), 41면, 김종구, 통치행위에 관한 역사적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1977.7), 62-63면, 주용진, 통치행위에 관한 비교법적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1978), 81면 이하; 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980.7), 47면, 신호양, 통치행위에 관한 연구, 숭전대학교 대학원(1983.7), 25면 참조; 김치영, 통치행위에 관한 사법심사의 한계, 동아대학교 대학원(1986.12), 39면 이하.

66) 김영문, 통치행위에 관한 일고찰, 원광대학교 대학원(1984.12), 26면

67) 磯崎辰五郎, 統治行爲の批判, 1960, p 90, 홍성방, 헌법상 통치행위의 법리에 관한 연구, 고려대학교 대학원(1976.11), 43면, 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980.7), 48면, 신호양, 통치행위에 관한 연구, 숭전대학교 대학원(1983.7), 26면, 양승업, 통치행위의 법리에 관한 연구, 동국대학교 대학원(1989.12), 47면.

로 널리 알려진 스나가와(砂川)사건이다. 砂川判決은 米 · 日 안전보장조약 제3조에 의거한 형사특별법 위반사건으로서,⁶⁸⁾ 최고재판소 판결은 「... 본건안전보장조약은 고도의 정치성을 띤 것이라고 하여야 할 것이며 그 내용이 위법인가 아닌가의 법적 판단은 그 조약을 체결한 내각 및 그것을 승인한 국회의 고도의 정치적 내지 자유재량적 판단과 표리를 이루는 점이 적지 않다」, ... 「... 방위력의 규모 및 충실의 정도 그리고 여하한 정책을 선택하여야 하는 가의 판단은 그때 그때의 세계정세와 그의 사정을 고려하여 정부의 재량에 관계되는 순전한 정치적 성질의 문제이다」, ... 「... 위헌인가 아닌가의 법적 판단은 순수한 사법적 기능을 그 사명으로 하는 사법재판소의 심사에는 원칙적으로 융합할 수 없는 성질의 것이며, 그것은 제1차적으로는 위 조약의 체결권을 가지는 내각 및 이에 대하여 승인권을 가지는 국회의 판단에 따라야 할 것이며, 중국적으로는 국민의 정치적 비판에 맡겨야 할 것이다」⁶⁹⁾ 라고 함으로써 재판관 전원의 일치에 의한 통치행위의 개념을 인정하였다.⁷⁰⁾ 이 판결은 첫째, 정치문제에 대하여 「국가존립의 기초가 되는 고도의 정치성을 가진것」이라고 하고, 둘째 정치문제는 정치부문의 판단에 일임되어 있어서 국회의 고도의 정치적 내지 자유재량적 판단에 있다고 한다 셋째, 정치문제는 사법재판소의 심사에 친하지

68) 사건의 내용. 미국공군이 사용하는 立川비행장의 확장 필요성 때문에 조달국은 이를 위해 1958년 7월 8일에 東京都 北多摩郡 砂川町에 있는 立川비행장내의 민유지에 대한 측량을 개시했다. 그러나 비행장의 확장을 반대하기 위해 시민단체인 砂川町基地擴張反對同盟이 결성되었다. 이를 지지하는 노동조합원, 학생으로 형성된 1,000여명의 대모대는 비행장의 경계밖에서 반대 시위를 하였다. 그 가운데 일부는 경계를 파괴하고 출입이 금지된 비행장내에 침입했다. 정당한 이유 없이 출입이 금지된 장소에 침입한 행위는 미일안전보장조약에 따라 형사특별법에 의해 처벌하게 되어 있었고, 이는 일반 경범죄처벌법에 비하여 중죄로 처벌하도록 되어 있었다. 피고인들은 위의 형사특별법 위반으로 기소되었다(이상철, 제업의 통치행위여부와 사법심사가능성, Zu- u Absage der Anerkennung des Regierungsaktes auf dem Belagerungszustand und die Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle, 육사논문집(1993 12), 302면 각주 34) 참조) 제1심 판결은 피고인들에게 무죄를 선고 한바 있다. 이 사건에서 논쟁이 되었던 것은 피고인 등에 대하여 미일안전보장조약에 근거한 형사특별법 제2조에 의하여 처벌할 것인가, 그리고 그 전제로서 미일안전보장조약 그 자체가 헌법 제9조에 위반되지 않는가에 대한 내용이었다(박윤훈, 행정법강의(상), 박영사, 2004, 15면 참조), 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2004, 831면

69) 昭和34, 1959 12.16 最高裁判決, 刑事判例集 15卷 13號, p 3239, 양승업, 통치행위의 법리에 관한 연구, 동국대학교 대학원(1989 12), 54면

70) 刑事判例集 15卷 13號, p 3225; 日本國法務訟務編, 行政判例集成, 行政爭訟法編, 2卷, p 211, 진상화, 통치행위의 법리에 관한 연구, 중앙대학교 대학원(1985.11), 37면

않고 사법부의 권한외에 있다고 하며, 넷째, 일견 극히 명백한 당연무효가 인정되지 않는 한 사법심사권 범위의 밖에 있으며,⁷¹⁾ 다만 정치문제라 하더라도 극히 명백히 헌법에 위반하는 경우는 사법 심사권의 범위내에 있고 재판소에 의해 위헌무효로 판단되고 결정된다고 한다. 다섯째, 정치문제가 사법심사에서 제외되는 이유로서 삼권 분립의 원리, 사법권의 본질을 거론하고 있다.

3.3.2. 點米地裁二 判決(昭和35, 1960.6.8 最高裁判決)

도마배지(點米地)사건은 點米地裁二 衆議院議員이 내각(吉田 제3차 內閣)에 의하여 기습적으로 행해진 중의원 해산처분에 불응하여 중의원 해산처분을 무효라고 주장하면서 중의원 자격확인 및 중의원 세비를 청구한 사건이다.⁷²⁾ 이에 관하여 일본의 최

71) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2004, 933면 참조

72) 사건의 내용 제3차 吉田內閣은 1952년(昭和 27年) 8월 28일에 중의원을 해산하였다 해산 당시 중의원 의원이었던 상고인(원고)인 點米地裁二은 이 해산은 위헌무효이며, 그 근거는 중의원해산은 일본헌법 제69조의 경우에 한정되는 것임에도 동헌법 제7조에 의해 행해졌다는 점, 해산의 절차로서 내각의 조언과 승인을 필요로 하는 것임에도 그것이 없었다는 것 등을 이유로 주장하였다 이에 대하여 피상고인(피고)인 국가는 다음과 같이 주장했다 첫째, 국회의 해산 그외 특히 고도의 정치성을 갖는 행위는 통치행위, 혹은 정치문제등으로 불리어지고 재판소의 심리의 대상으로부터 제외되는 것이고, 재판소는 중의원해산의 합헌성에 대해서 판단할 권능을 가지고 있지 않다. 둘째, 재판소가 이 권한을 가지고 있다고 하여도 중의원 해산은 내각의 조언과 승인아래 행사된 것이기 때문에 헌법에 위반하지 않는다고 주장하였다 제1심 판결은 본건의 해산을 「· 위헌무효라고 판단하고 국가가 세비로서 285,000 엔을 지불할 것을 명했다. 그 이유는 ... 중의원의 해산은 법률적 판단이 가능하고 그 유효·무효의 법적 분쟁은 사법적 심사에 복종하는 것이고, ... 중의원 해산은 헌법 제69조의 경우에 한하지 않지만 본건의 해산에 대해서는 내각의 조언과 승인이 있었다고 말할 수 없기 때문에(그 이유는 1952년 8월 26일에 당시의 각료 13인 가운데 4, 5인의 찬성서명을 한 것만으로는 적법한 각의결정이 있었다고 할 수 없다) 헌법 제7조에 위반한다」고 했다 그러나 제2심판결은 제1심판결을 취소하고 피고소인(원고)의 청구를 기각했다 그 이유로서 우선 중의원의 해산이 유효인가 무효인가에 대해서는 피고소인의 권리에 직접 영향을 미치기 때문에 재판소가 당연히 심판할 권한을 갖고 중의원의 해산은 헌법 제69조에 한하지 않고 본건의 해산에 대해서는 내각의 조언과 승인이 있었기 때문에 (1952년 8월 22일에 천황에게 조언하는 취지의 각의결정이 행해졌고, 26일에 4,5인의 각료의 서명을 얻고, 타 각료의 서명은 28일에 이루어 졌으므로 이는 내각이 사후에 승인한 것으로 볼 수 있다) 헌법 제7조에 위반하지 않는다고 하였다(民事判例集 14卷 7號, 1206) 김중구, 통치행위에 관한 역사적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1977.7), 68면, 주용진, 통치행위에 관한 비교법적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1978), 87면 이하, 박주용, 통치행위에 관한 연구, 성균관대학교 대학원(1987.12), 44면 참조, 양승업, 통치행위의 법리에 관한 연

고재판소는 의회해산의 합헌성 여부에 대한 심사권을 거부하면서 「... 중의원의 해산은 극히 정치성이 높은 국가통치의 기본에 관한 행위인바, 설혹 법률상의 쟁점이 되고 이에 대한 유효무효의 판단이 법률상 가능한 경우라고 할 지라도 그러한 국가행위는 재판소의 심사권 밖에 있으며 그 판단은 주권인 국민에 대하여 정치적 책임을 지는 정부, 국회 등의 정치부문에 의해 행해질 것이요, 최종적으로는 국민의 정치적 판단에 맡겨진다. 이 사법권에 대한 제약은 결국 삼권분립의 원리에 유래하고 당해 국가행위의 고도의 정치성, 재판소의 사법기관으로서의 성격, 재판에 필연적으로 수반하는 절차상의 제약 등에 비추어 특정한 명문의 규정은 없지만 사법권의 헌법상의 본질에 내재하는 제약이라고 이해할 것이다」라고 판시하였다.⁷³⁾

333. 其他

이외에도 1949년 국회에서의 위증사건에서 최고재판소는 「... 이 법률은 의원내부의 수속에 관한 자치문제 ...」라하여 의원내부의 문제를 사법심사에서 제외하였고,⁷⁴⁾ 1953년 縣議會 의원의 제명처분에 관한 사건,⁷⁵⁾ 1960년 東京都區 의회의원의 제명처분에 관한 사건,⁷⁶⁾ 1960년 村議會 의원의 출석정지사건,⁷⁷⁾ 1962년의 경찰예산의 지출에 관한 사건⁷⁸⁾ 등이 있다.⁷⁹⁾

구, 동국대학교 대학원(1989.12), 52면

73) 民事判例集 14卷 7號, p. 1206, 行政判例集成, 行政爭訟法編 2卷 2218號, 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980.7), 51면; 진상화, 통치행위의 법리에 관한 연구, 중앙대학교 대학원(1985.11), 37면, 고문현, 통치행위론, 경북대학교학원(1985.12), 29면

74) 昭和 24. 6.1 最高裁判決, 刑事判例集, 3卷, 7號, p. 901

75) 昭和 28. 6.1. 最高裁判決, 民事判例集

76) 昭和 35. 3.9, 最高裁判決, 民事判例集, 14卷, p. 3355

77) 昭和 35. 10.9 最高裁判決, 民事判例集, 14卷, 12號, p. 2633

78) 昭和 37. 3.7, 最高裁判決, 民事判例集, 16卷, 3號, p. 445

79) 신호양, 통치행위에 관한 연구, 숭전대학교 대학원(1983.7), 21면 참조

4. 英國

4.1 概觀

영국의 경우에도 프랑스의 경우와 비슷하게 판례를 중심으로 하여 통치행위의 개념이 형성되었다.⁸⁰⁾ 국가행위, 순수한 정치적 문제, 대권행위 등은 '왕은 제소 될 수 없다(The king is immune from suit)'는 원칙하에서, 국왕에게 유보되어 있는 국왕대권(royal prerogative) 및 대권의 행사에는 법원이 심사권을 가지지 못한다고 보는 것이 영국의 전통적 견해(왕권신수설의 영향)⁸¹⁾이다. 국왕의 대권적 행위는 의회 또는 국민의 정치적 비판의 대상은 될지라도, 법원의 재판대상은 될 수 없다는 판례가 1460년 「요크」公 사건 이래 보통법(common law)에 의하여 형성되었다.⁸²⁾ 영국의 경우에는 일정한 범위의 국가행위, 국왕의 대권행위, 의회행위가 그 사법적 심사에 제외되고 있다.⁸³⁾

4.2 議會行爲(act of parliament)

영국에서는 1688년의 명예혁명 이래 의회주의(의회주권: parliamentary sovereignty) 사상이 확립되어 있다.⁸⁴⁾ 즉 「各院은 그의 의회특권에 관한 유일한 법관이다(Each House is the sole judges of its own privileges)」라는 의회특권(parliamentary privilege)의 원칙이 확립되어 있으며,⁸⁵⁾ 보통법(common law)의 법원은 그 의회특권에 속하는 행위(의원의 징계 등)에 대한 심사권을 가지지 않는다고 한다.⁸⁶⁾⁸⁷⁾ 영국의회가 이러

80) 이상규, 신행정법론(상), 법문사, 1996, 63면.

81) 김종구, 통치행위에 관한 역사적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1977.7), 36면; 곽순근, 헌법상 통치행위는 인정되는가?, 고시연구(2003.3), 124면

82) 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980.7), 15면

83) 주용진, 통치행위에 관한 비교법적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1978), 48면.

84) 홍성방, 헌법상 통치행위의 법리에 관한 연구, 고려대학교 대학원(1976.11), 23면; 김치영, 통치행위에 관한 사법심사의 한계, 동아대학교 대학원(1986.12), 28면

85) 김종구, 통치행위에 관한 역사적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1977.7), 39면, 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980.7), 14면, 김영문, 통치행위에 관한 일고찰, 원광대학교 대학원(1984.12), 11면

86) Erskine May, parliamentary practice, 15 th ed, 1950, pp 40-42; 홍성방, 헌법상 통치행위

한 의회특권을 보유하게 된 것은 상기한 바와 같이 명예혁명(1688년) 및 17세기 이후 국왕의 대권과의 기나긴 투쟁의 결과 획득한 것으로서,⁸⁸⁾ 의회는 항상 각원에서 발생하는 사항은 무엇이든지 동사항이 관련하고 있는 원내에서 심의·의결되어야 한다는 것으로서 비록 의회의 법률제정과정에서 현행법에 대한 저촉 여부가 문제 되어도 사법부는 이에 대한 심사를 할 수 없다는 입장이다.⁸⁹⁾ 의회특권의 범위로 불체포특권, 각 의원의 국왕을 알현할 수 있는 권리, 무자격자의 의회출석배제권 및 의원모욕죄로 인한 구속 등에 관하여는 배타적 독자적 결정권을 가진다.⁹⁰⁾ 이와 같이 영국 의회는 의회지상주의를 확립하고 있기 때문에 영국의 법원이 법률의 위헌심사권을 가지지 못한다.⁹¹⁾

4.3. 大權行爲(royal prerogative)

영국에서는 통치행위를 국가행위(act of state), 순수정치문제(decision of pure policy), 또는 대권행위(perogative power)⁹²⁾라하여 고도의 정치성을 지닌 행위를 사법

의 법리에 관한 연구, 고려대학교 대학원(1976.11), 23면, 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980.7), 14면, 임종열, 통치행위에 관한 고찰, 원광대학교 교육대학원(1987.6), 16면, 양승업, 통치행위의 법리에 관한 연구, 동국대학교 대학원(1989.12), 60면

87) 이런 의미에서 법률에 의한 행정의 원리(법치행정의 원리)는 대륙법계 국가에서는 법치국가원리를 상징하는 개념이며, rule of law는 의회주의를 그 이념적 기초로 하고 있다 양승업, 통치행위의 법리에 관한 연구, 동국대학교 대학원(1989.12), 60면.

88) 주용진, 통치행위에 관한 비교법적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1978), 49면

89) 김영문, 통치행위에 관한 일고찰, 원광대학교 대학원(1984.12), 11면

90) Wade-Philips, Constutional Law, 8 th ed by Wade and Bradly, Longmans, 1971, pp 184-192; 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980.7), 16면, 김영문, 통치행위에 관한 일고찰, 원광대학교 대학원(1984.12), 11면

91) 진상화, 통치행위의 법리에 관한 연구, 중앙대학교 대학원(1985.11), 38면.

92) 국왕대권의 시초를 이룬 것은 1460년 의 요오크경 사건으로부터 비롯한다(홍성방, 헌법상 통치행위의 법리에 관한 연구, 고려대학교 대학원(1976.11), 25면). 특히 대권은 17세기 초에 특히 국왕 James 1세와 Edward Coke 卿(1552-1634)사이에 일어났던 논쟁에서 크게 다툼의 대상이 되었던 영국의 옛 정치적·법적제도였다(Carl J Friedrich, 입헌적 국가이성, 최대권 역, 동성사, 1987, 107면), 양승업, 통치행위의 법리에 관한 연구, 동국대학교 대학원(1989.12), 62면

심사에서 제외하고 있다. 영국에서는 군주주권사상하에서 일찍부터 ‘주권무오류사상(국왕은 불법을 행할 수 없다 The king can do no wrong)’ 및 국왕은 왕국의 행복의 보지자라 하여 국왕이 행하는 작용에 대하여는 법원이 심사할 수 없다고 하여,⁹³⁾ ‘국왕은 제소될 수 없다(The king is immune from suit)’라는 원칙이 일찍부터 확립되었다 그 이유는 국왕대권 문제는 법률적 통제보다는 의회 또는 국민의 정치적 통제에 두는 것이 바람직 하다는 것이다⁹⁴⁾ 다만 1947년의 국왕소추법(국왕소추절차법. The Crown Proceedings Act)이 제정됨에 따라 이 원칙이 크게 수정되었으나,⁹⁵⁾⁹⁶⁾ 국왕대권은 국왕의 손에 적법하게 남아있는 재량적 · 자의적인 권력의 잔존물 이라는 역사적 성격에 따라,⁹⁷⁾ 국왕에게 대해서 금지명령(injunction), 직무집행명령(mandamus)을 발부 할 수 없다는 보통법(commom low)의 원칙은 여전히 인정되고 있다.⁹⁸⁾ 그리하여 고도의 정치성을 띤 행위는 대체로 왕의 대권행위 인정하고(대권행위설) 그에 대한 사법심사를 불가능하게 하고 있다 다만, 국왕의 대권에 속하는 사항에 대해서는 이와 같이 법원의 관할권을 부인하고 있지만, 구체적인 사실과 관련하여는, 첫째 국왕의 대

93) 이재삼, 통치행위에 관한 연구, 경원전문대학 논문집(1997), 제19집 제2호, 673면, 김치영, 통치행위에 관한 사법심사의 한계, 동아대학교 대학원(1986 12), 29면 이하

94) 구병식, 통치행위와 사법심사, 월간고시(1975 10), 16면; 홍성방, 헌법상 통치행위의 법리에 관한 연구, 고려대학교 대학원(1976.11), 24면; 김종구, 통치행위에 관한 역사적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1977 7), 36면 이하, 이재삼, 통치행위에 관한 연구, 경원전문대학 논문집(1997), 제19집 제2호, 673면

95) 진상화, 통치행위의 법리에 관한 연구, 중앙대학교 대학원(1985 11), 38면, 성낙인, 헌법학, 법문사, 2004, 932면; 김치영, 통치행위에 관한 사법심사의 한계, 동아대학교 대학원(1986 12), 29면 이하

96) 국왕소추절차법에서도 대권에 관하여는 유보조항은 있다(신재현, 통치행위론, 고시계(1974.8), 16면.)

97) 주용진, 통치행위에 관한 비교법적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1978), 49면; 이재삼, 통치행위에 관한 연구, 경원전문대학 논문집(1997), 제19집 제2호, 673면.

98) 박윤훈, 행정법강의(상), 박영사, 2004, 14면, 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2004, 830면; 홍성방, 헌법상 통치행위의 법리에 관한 연구, 고려대학교 대학원(1976 11), 26면; 김종구, 통치행위에 관한 역사적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1977 7), 38면, 진상화, 통치행위의 법리에 관한 연구, 중앙대학교 대학원(1985.11), 38면, 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980 7), 15면, 임종열, 통치행위에 관한 고찰, 원광대학교 교육대학원(1987.6), 16면, 김영문, 통치행위에 관한 일고찰, 원광대학교 대학원(1984.12), 11면

권이 인정될 수 있는지의 여부와, 둘째 그 대권을 인정할 수 있는 경우에도 그것이 적당한 범위내의 것인가는 선결문제로서 심리할 수 있다고 본다.⁹⁹⁾

국왕의 대권에는 대외적인 권력과 대내적인 권력으로 나누인다.¹⁰⁰⁾ 대외적 대권으로는 1) 국가를 대표하는 권한으로서 외교사절의 파견과 외국의 국가와 정부의 승인 2) 국제조약의 체결 3) 전쟁의 개시와 종결의 시기를 정하고 중립을 선언하는 것 등이 있고, 대내적인 대권으로는 1) 의회의 소집 停會 및 해산 2) 수상 임명 3) 내각의 해임 4) 상원의 신임위원의 임명(귀족의 창설) 5) 국왕의 입법거부권(실제로는 1707년 Ann 여와의 시도 이후 행사되지 아니함) 6) 군대에 대한 명령권 7) 국교회의 관리 8) 관직 명예 훈장 등의 수여 9) 사면권 10) 화폐의 주조 등이 있다.¹⁰¹⁾ 그러나 오늘날 영국에서는 대권의 행사는 단지 국왕의 이름으로 행사되고 있을 뿐 실제로는 관습상 내각에 의해서 행사되고 있다.¹⁰²⁾

4.4 國家行爲(政府行爲: act of state)

Wade-Philips는 영국에서 외교권상의 행위만을 특히 국가행위(act of state)라고 불리고 있다고 하면서 「· 국가원수로서의 지위(pre - eminence)에서 국왕은 외교사건에 관한 대권을 행사하고 있다. 이것이 영국에서 말하는 국가행위이다. 국가행위는 국내의 어떠한 법원에서도 심사되고 통제될 수 없는 왕권의 행사」라고 하였다.¹⁰³⁾ 국가행위의 법률적 특징은 법원에 의하여 심사될 수 없는 것이라고 하나,¹⁰⁴⁾

99) H Rumpf, Regierungsakte im Rechtsstaat, 195, S 127, 진상화, 통치행위의 법리에 관한 연구, 중앙대학교 대학원(1985.11), 39면, 박윤훈, 행정법강의(상), 박영사, 2004, 15면

100) 양승업, 통치행위의 법리에 관한 연구, 동국대학교 대학원(1989.12), 64면

101) 김종구, 통치행위에 관한 역사적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1977.7), 40면 이하, 주용진, 통치행위에 관한 비교법적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1978), 51면 이하, 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고 - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980.7), 17면, 김영문, 통치행위에 관한 일고찰, 원광대학교 대학원(1984.12), 13면; 진상화, 통치행위의 법리에 관한 연구, 중앙대학교 대학원(1985.11), 40면 참조

102) 신재현, 통치행위론, 고시계(1974.8), 16면, 임종열, 통치행위에 관한 고찰, 원광대학교 교육대학원(1987.6), 16면, 양승업, 통치행위의 법리에 관한 연구, 동국대학교 대학원(1989.12), 64면

103) Wade-Philips, Constitutional Law, 8 th ed by Wade and Bradley, Longmans, 1971, p 265, 양승업, 통치행위의 법리에 관한 연구, 동국대학교 대학원(1989.12), 66면

이 국가행위의 개념에 대해서도 학설이 대립하고 있다.¹⁰⁵⁾ 왜냐하면 대권행위와 국가행위를 확연히 구별하는 것은 불가능하기 때문이다.¹⁰⁶⁾ 판례에서도 이 구별은 잘 행해지지 않고 있다. 1865년의 Entick v. Carrington 사건¹⁰⁷⁾ 이후 판례와 학설은 국내 및 국외에 있어서 영국시민의 자유권, 재산권에 대한 침해는 국가행위라는 명목으로 영국의 법원의 소추를 면할 수 없다는 원칙이 수립되고 있다.¹⁰⁸⁾ 국가행위의 예로는 외국에 대하여 혹은 적국인에 대하여 행해진 행위, 수교관계에 있는 외국인에 대한 국왕의 행위, 선전·강화·조약 외국(정부)의 승인·영토의 할양 등이 있다.¹⁰⁹⁾ 이에 반하여 영국영토에 살고 있는 적대국의 국민에 대한 기본권 제한 조치는 전쟁상태가 계속되고 있는 동안은 국가행위로서 당연한 것으로 받아진다.¹¹⁰⁾

5. 美國

5.1. 概觀

미국은 법원이 위헌심사권을 가지며¹¹¹⁾ 사법권의 우월은 미국헌법의 중요한 특색

104) 진상화, 통치행위의 범리에 관한 연구, 중앙대학교 대학원(1985.11), 40면.

105) 1. 국가행위 또는 국가적 사항은 대권의 범위에 속하는 정치와 행정의 모든 사무이다. 2. 국가행위는 외국 및 구 국민에 대한 관계에 있어서 정부의 모든 행위이다. 3. 국가행위는 외국인 또는 외국의 재산에 대한 영국의 집행기관에서의 권력이며 정부에 의하여 명령되고 사무적으로 승인된 것이 아니면 안된다(진상화, 통치행위의 범리에 관한 연구, 중앙대학교 대학원(1985.11), 40면 각주 41) 참조)

106) 김종구, 통치행위에 관한 역사적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1977.7), 39면 참조

107) Entick v. Carrington 사건 판결에서 국가행위(act of state)를 구실삼은 국민의 기본권 침해는 법원의 소추를 피할 수 없다고 하였다(상세한 내용은 임종열, 통치행위에 관한 고찰, 원광대학교 교육대학원(1987.6), 17면 참조), 양승업, 통치행위의 범리에 관한 연구, 동국대학교 대학원(1989.12), 66면.

108) 양승업, 통치행위의 범리에 관한 연구, 동국대학교 대학원(1989.12), 66면

109) 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980.7), 17면.

110) 진상화, 통치행위의 범리에 관한 연구, 중앙대학교 대학원(1985.11), 41면.

111) 이는 헌법이 명문으로 규정한 것은 아니지만, Marbury v. Madison 사건의 판결에서 Marshall판사는 「... 무엇이 법인가를 선언하는 것은 당연히 사법부의 영역이며 의무이다 만일 두 개의 법규가 충돌하는 경우에는 법원은 상호충돌하는 법규중 어느것이 당해사

의 하나를 이루고 있다 그럼에도 불구하고 미국에서도 권력분립을 이유로 하여¹¹²⁾ 통치행위를 인정하고 이것을 정치문제(political question)라고 하고 있다¹¹³⁾ 이것은 판례법상 확립된 것이며 정치적으로 중요한 문제 또는 정치권력의 행사라고 생각되어 지는 행위의 적법성이 쟁점으로 되어 있는 경우에는 비록 그에 대한 법적 판단이 가능한 것일지라도 법원은 그 심사를 거부하고 입법부 내지 행정부의 판단에 맡기고 있다. 특히 1803년의 Marbury vs. Madison 사건에서 Marshall 판사가, 「... 어떤 정치적 성격의 문제에 대해서는 헌법이 대통령의 자율적 재량에 위임하였기 때문에 대통령이나 행정부의 결정이 최종적인 구속력을 가진다 ... 정치문제는 법원에서 결정하지 못한다 법원의 임무는 개인의 권리관계를 결정하는 것이지 행정부의 혹은 행정관의 재량권에 속하는 의무의 수행을 심사하는 것이 아니다」고 선언함으로써 정치문제의 존재 가능성이 있음을 시사하였다¹¹⁴⁾ 대법원이 정치문제로 결정했던 많은 대내 문제 중에서 비교적 일관성을 유지했던 문제가 보장조항¹¹⁵⁾에 관련된 문제들이다. 이

건을 규율하는 것인가를 결정해야 한다」고 하였다 이에 관한 내용은 K. C. Wheare, *Modern Constitutions*, 4th ed London, 1978, 이준구역, *현대헌법론*, 서울, 학연사, 1984, 123-124면 참조 그러나 사법심사의 범위와 방법 등에 관하여는 일치된 견해가 없으며, 이는 사법심사가 헌법에 명문화된 규정이 아니라는 데서 연유한다(김광섭, 통치행위에 관한 연구 - 미국의 정치문제를 중심으로 -, 성균관대학교 대학원(1989.11), 8면), 주용진, 통치행위에 관한 비교법적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1978), 66면, 김영문, 통치행위에 관한 일고찰, 원광대학교 대학원(1984.12), 18면.

112) 이상규, *신행정법론*(상), 법문사, 1996, 66면

113) 윤세창, *통치행위론*, 사법행정(1964.3), 40면, 김철수, *통치행위의 이론과 실제*(상), 법조(1968.7), 12면, 홍성방, *헌법상 통치행위의 법리에 관한 연구*, 고려대학교 대학원(1976.11), 28면; 김종구, *통치행위에 관한 역사적 고찰*, 연세대학교 행정대학원(1977.7), 46면 이하, 주용진, *통치행위에 관한 비교법적 고찰*, 연세대학교 행정대학원(1978), 66면; 김용각, *통치행위론에 관한 비판 소고*, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980.7), 20면, 진상화, *통치행위의 법리에 관한 연구*, 중앙대학교 대학원(1985.11), 42면, 양승엽, *통치행위의 법리에 관한 연구*, 동국대학교 대학원(1989.12), 68면

114) 홍성방, *헌법상 통치행위의 법리에 관한 연구*, 고려대학교 대학원(1976.11), 28면; 김용각, *통치행위론에 관한 비판 소고*, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980.7), 21면, 고문현, *통치행위론*, 경북대학교 대학원(1985.12), 20면 참조, 김치영, *통치행위에 관한 사법심사의 한계*, 동아대학교 대학원(1986.12), 32면; 양승엽, *통치행위의 법리에 관한 연구*, 동국대학교 대학원(1989.12), 73면

115) 미연방헌법 제4조 4절 미연방은 연방의 각주에 대하여 공화정체를 보장하며, 각주를 칙령으로부터 보호하며, 또 각주의 주의회 또는 행정부의 요구가 있을 때(주의회를 소집할

중 가장 대표적인 예라고 할 수 있는 것이 Luther v Borden¹¹⁶⁾과 Pacific State Tel v. Oregon¹¹⁷⁾이다

Luther v. Borden사건¹¹⁸⁾은 미합중국 헌법 제4조 제4절에 「합중국은 각주의 공

수 없을 때)에는 주내의 폭동으로부터 각주를 보호한다 김광섭, 통치행위에 관한 연구 - 미국의 정치문제를 중심으로 -, 성균관대학교 대학원(1989 11), 21면 각주 34) 참조, 이재삼, 통치행위에 관한 연구, 경원전문대학 논문집(1997), 제19집 제2호, 674면

116) 박윤훈, 행정법강의(상), 박영사, 2004, 14면 각주 3), 정하중, 행정법총론, 법문사, 2004, 10면 각주 13) 참조, 진상화, 통치행위의 법리에 관한 연구, 중앙대학교 대학원(1985 11), 43면, 김광섭, 통치행위에 관한 연구 - 미국의 정치문제를 중심으로 -, 성균관대학교 대학원(1989 11), 20면, 김영문, 통치행위에 관한 일고찰, 원광대학교 대학원(1984 12), 19면, 양승업, 통치행위의 법리에 관한 연구, 동국대학교 대학원(1989.12), 73면

117) 이 사건은 Oregon州의 국민발의 그리고 국민투표제가 공화정체에 위반하였음을 근거로 이 제도를 통해 입법화된 법률도 무효임을 주장하며 제기된 사건이다 White대법원장은 사법부에서 해결 할 수 없는 정치문제라고 하였다(G Gunther, Cases and Materials on Constitutional Law, Mineola, N Y, The Foundation Press Inc., 1980, p 1696). 이와 같이 정치문제원칙을 배제함으로써 필연적으로 야기될 순수한 정치문제로서의 사법권의 광범위한 팽창 및 의회권위의 파괴를 우려하면서 이런 문제에 까지 사법부가 개입하는 것은 사법부와 의회의 권력의 분립을 무색케 할 정도로 사법부의 권력을 과도하게 인정하는 것이 된다고 하여 사법부의 판단을 거부하였다 김종구, 통치행위에 관한 역사적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1977 7), 57면, 김광섭, 통치행위에 관한 연구 - 미국의 정치문제를 중심으로 -, 성균관대학교 대학원(1989 11), 29-30면 참조

118) Luther v Borden 사건(Luther v Borden 7 How, 1(1849)) 이 사건은 원래 Martin Luther v. Luther M Borden과 Rachel Luther M Borden의 두 개의 사건이다. 사건의 내용은 같고 연방대법원은 함께 심리하여 하나의 판결로 결정했다 이 사건은 Rhode Island州에서 발생한 Dorr 반란사건에 관련하여 일어난 것인데, 반란에 의하여 새롭게 수립된 정부와 종래의 정부가 서로 합법정부임을 주장한데 대하여, 연방대법원은 “어느 정부가 합법인가의 판단은 정치적 문제이므로 법원이 판단할 사항이 아니라, 연방의회와 연방정부가 결정할 사항이다”라고 하였다(Luther vs Borden, 7 How, 1(1849)) 상세한 내용은 다음과 같다 Rhode Island州에서는 영국으로부터 독립할 때 헌법을 채용하지 않고 영국왕 찰스 2세의 1663년의 칙허정부(종래의 정부)라 칭하고 있다. 이 정부하에서는 선거권이 제한되어 있었기 때문에 이에 불만을 느낀 사람들은 1841년 자신들의 손으로 보통선거를 실시하여 대의원을 선출하고 새로운 헌법을 만들었다 이 헌법에 기초하여 지사, 의원, 그 외의 선거가 행해졌다 Dorr가 지사에 선출되고 선거로 선출된 부지사, 상원 및 하원의원, 그 외의 사람들이 모여 새로운 정부를 조직하고 공무원을 임명하고 법률을 제정했다 그러나 칙허정부(종래의 정부)는 이들을 모두 합법정부라 인정하지 않고 그 의회는 이들의 행위는 칙허정부의 정당한 권능을 강탈한 것이라고 하였다 이에 반하여 Dorr 지사는 그의 정부가 합법적이라 주장하고 다수의 주민이 그것을 지지했다 이러한 일련의 행위들에 대해

화정체를 보호한다. 라는 규정과 관련한 사건이었다¹¹⁹⁾ 즉, 1841년에 일어난 이른바 Dorr사건을 계기로 하여 불법가택침입의 소송이 제기되었는데, 이 사건을 해결하기 위한 전제로서 Thomas W Dorr 여사의 정부가 합법적이나 아니냐가 우선 문제되었다 연방대법원은 어느 정부가 합법인가의 판단은 정치적 문제이므로 법원이 판단할 사항이 아니라, 연방의회와 연방정부가 결정할 사항이라고 판시하였다¹²⁰⁾ 미국에 있어서 정치문제의 범위는 명확하지 않으며 또한 개별 사건에 따라 다르나 Luther v Borden사건 이후 판례법상 다음의 대외사항 및 국내사항이 정치문제로 인정되고 있다

52 對外事項

대외사항을 정치문제로 인정한 예로는 1) 내란을 포함한 전쟁의 존부·전쟁의 개시와 종료의 시기, 2) 국제관계에 있어서의 조약의 합의·종결·유효성·해석 등 조약에 관한 제문제, 3) 외교정책에 관한 문제, 4) 영토권·영해권의 범위, 국경의 확정, 어떤 토

칙허정부(종래의 정부)는 계엄령을 선포하고 州民兵을 소집하는 동시에 Tyler 당시 미연방대통령에게 반란집압의 도움을 요청했다 결국 Dorr는 칙허정부에 의해 체포, 종신�형을 선고 받고 이들의 신정부 건설은 실패로 돌아가고 만다 Dorr의 지지자인 Luther는 반란에 가담했다는 이유로 칙허정부의 군대에 속하고 있었던 Borden이 Luther의 집에 들어가 그를 체포하였고, Luther는 Borden이 그의 집을 무단으로 침입하였다고 하여 손해배상을 청구하였다. 그 근거로서 Dorr정부가 설립된 1842년 5월부터 칙허정부는 배제되고 합법적인 권능을 상실한 것이라 하면서, 특히 州의 성년 남자의 다수에 의해 확인되었기 때문에 Dorr 정부는 州의 합법적 정부라고 주장했다 그러나 연방순회법원은 Borden에게 승소판결을 내렸고, Luther는 이에 불복 대법원에 상고한 사건이다. Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, Mmeola, N.Y. The Foundation Press, inc., 1978, pp. 660-662, 김종구, 통치행위에 관한 역사적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1977 7), 55면 이하, 주용진, 통치행위에 관한 비교법적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1978), 73면 이하, 김광섭, 통치행위에 관한 연구 - 미국의 정치문제를 중심으로 -, 성균관대학교 대학원(1989 11), 25면 각주 43) 참조

119) 상세한 내용은 김광섭, 통치행위에 관한 연구 - 미국의 정치문제를 중심으로 -, 성균관대학교 대학원(1989.11), 25면 이하 참조, 이재삼, 통치행위에 관한 연구, 경원전문대학 논문집(1997), 제19집 제2호, 674면.

120) Darney 판사는 「... 헌법이 어느 정부가 州를 정식으로 설립할 것인가를 결정하는 것은 의회의 권한에 속한다 왜냐하면 합중국을 각주의 공화정체를 보장하고 있으므로 의회는 공화정체인가 아닌가를 반드시 결정하지 않으면 아니된다 그리고 이 결정은 정부의 모든 부문을 구속하는 것이며, 사법심사의 대상이 될 수 없다」고 판시하였다, 박윤환, 행정법강의(상), 박영사, 2004, 14면 각주 3) 참조, 성낙인, 헌법학, 법문사, 2004, 932면 참조

지의 합중국에의 귀속의 시기 등 국가의 관할에 관한 문제 5) 국경의 확정 등 국가의 관할권에 관한 제문제 6) 외교사절에 관한 문제로서 외교관의 지위 및 외국주재대사·공사의 권한 7) 국가 및 정부의 승인 기타 대외관계의 처리에 관한 제문제 8) 국가, 정부, 교전단체의 승인 9) 우호국 공공선박면책 10) 국제항공노선의 인가 11) 기타 대외관계의 처리에 관한 제문제 등이 있다.¹²¹⁾

5.3 國內事項

미국에서는 정치문제의 범위가 불명확하여 판례는 유동을 거듭하여 왔으며, 이는 사법심사에 대한 예외적 제한을 함에 그치고 법원은 필요한 최소한도의 범위내에서만 이 원리를 적용하여 왔다. 그리고 어떤 문제가 사인의 권리에 관련하는 경우에는 그 원리의 적용이 배제되는 일이 많았다. 예를 들면 조약의 해석에 있어서 법원은 이를 정치문제로 파악하여 정치권의 해석을 그대로 받아들이지만 이는 국가적 권리를 내용으로 하는 조약의 경우에 한정되고 조약이 당사국의 국민에게 법원에 訴求할 수 있는 私權을 인정하고 있는 경우에는, 법원은 조약에 대하여 독자적인 해석을 내렸다.¹²²⁾ 그리고 선거구획정 문제는 주의회의 권한으로서 법원이 이를 재판할 수 없는 정치문제라고 하여 왔으나, 1962년의 *Baker v. Carr* 판결(369 U. S. 186, 1962년)¹²³⁾ 이

121) 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980.7), 24면, 진상화, 통치행위의 법리에 관한 연구, 중앙대학교 대학원(1985.11), 43면 참조; 한상범, 사법권의 한계와 통치행위론, 사법행정(1988.4), 29면; 박윤혼, 행정법강의(상), 박영사, 2004, 14면.

122) 그러나 제2차대전후에 정치문제의 범위가 확대되고, 특히 자유권 재산권 등의 기본권을 침해하는 것이 문제가 되고 있다. 홍성방, 헌법상 통치행위의 법리에 관한 연구, 고려대학교 대학원(1976.11), 32면, 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980.7), 23면, 진상화, 통치행위의 법리에 관한 연구, 중앙대학교 대학원(1985.11), 44면.

123) *Baker v. Carr*(369 U.S. 186(1962))의 내용. 1) 사건의 개요 Tennessee주의 일반의회는 상원의원 33명과 하원의원 99명으로 구성되어 있었고, 동 州 헌법은 주 의회의 대표는 각 군에 거주하는 선거권자의 수에 기초하고 선거구 획정은 연방인구센서스에 기초하여 10년마다 조정한다고 규정하고 있다. 1901년 州의회는 1900년 연방센서스에 기초하여 선거구를 재획정하였으나 그 이후에는 이러한 재획정이 행해지지 않았다 그 사이에 인구는 75% 증가하였고 많은 사람들이 시골에서 도시로 이주하였다. 이런 이유로 선거구마다 선거인수의 심한 불균형 현상이 발생하였다. 예를 들면 2,340명의 선거인을 가진 Moore군은 한명의 하원의원을 선출하는 반면 312,245명의 선거인수를 가진 Shelby군은 불과 7명의 하원의원밖에 선출할 수 없었다. 어떤 상원선거구에는 3만명의 선거인 밖에 없는 반면 어떤 다른

래 선거구획정 문제는 정치문제가 아니고 사법심사의 대상이 된다고 하여 통치행위를 축소해 나가고 있다¹²⁴⁾

국내사향과 관련된 판례로는 1) 주정부가 합법정부인가 아닌가 및 공화정체의 원용성문제 2) 인디언 부족의 법률상 지위 3) 법률의 의회통과 및 헌법개정의 적법성 4)

선거구에는 선거인이 13만명이나 되었다 이러한 선거구 인구의 불평등을 시정하기 위한 노력들이 모두 실패로 돌아갔다 1959년 Tennessee주의 선거권자들인 Baker 등은 Tennessee주의 선거구획정은 헌법상의 평등보호권을 침해하였다고 주장하면서 주지사인 Carr를 상대로 소를 제기하였다 원고들은 선거구의 재조정의 부재로 인하여 인구비례로 선거를 실시하지 않아 평등권이 침해되었다는 이유로 주법원에 대한 위헌무효를 주장하는 선언적 판결(Declaratory Judgement)과 인구비례에 의한 새로운 선거구의 조정이 있을 때까지 주에 대하여 동법원에 의한 선거를 하지 못하게 하는 금지명령(Injunction)을 구하는 소송을 제기하였다(김광섭, 통치행위에 관한 연구 - 미국의 정치문제를 중심으로 -, 성균관대학교 대학원(1989.11), 38면, 이광윤, 통치행위부정론 - 미국의 위헌심사와 프랑스의 행정소송을 중심으로 -, 고시연구(1998.6), 70면 참조). 이 사건의 판결은 Wittaker판사가 불참한 가운데 6 2로 이루어졌는데 다수의견은 Tennessee주의 선거법을 위헌이라고 판시하였다. Clark 판사는 Tennessee 주의 배분은 현저하게 차별적이었다고 주장하고, 선거구의 변경은 연방법원만이 해야한다고 주장하였다 Baker사건을 계기로 Warren대법원의 사법적극주의는 다른 정치문제에도 직접적으로 영향을 미치게 되었다. 즉 선거구 획정문제 뿐만 아니라 연방의회의 의원자격심사에 관한 문제 등 많은 정치적 사건들이 대법원에 의해 심사되었다. 이로써 Warren대법원시대에는 정치문제의 영역이 대폭 축소되었다 따라서 Baker사건은 Warren대법원시대의 상징적 판결로써 받아들여지고 있다(김광섭, 통치행위에 관한 연구 - 미국의 정치문제를 중심으로 -, 성균관대학교 대학원(1989.11), 38면). 특히 이 판결은 Colegrove v Green(328 U. S 549, 1946년 연방의회의 선거구 획정이 법원이 판단할 수 없는 정치문제라고 한 판결이다) 판결을 번복한 사법적극주의(judicial activism)의 표현으로 이해된다. 상세한 내용은 홍성방, 헌법상 통치행위의 법리에 관한 연구, 고려대학교 대학원(1976.11), 30면, 주용진, 통치행위에 관한 비교법적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1978), 75면 이하; 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980.7), 26면; 김영문, 통치행위에 관한 일고찰, 원광대학교 대학원(1984.12), 20면; 김광섭, 통치행위에 관한 연구 - 미국의 정치문제를 중심으로 -, 성균관대학교 대학원(1989.11), 34면; 임종열, 통치행위에 관한 고찰, 원광대학교 교육대학원(1987.6), 21면 각주 49) 참조, 김치영, 통치행위에 관한 사법심사의 한계, 동아대학교 대학원(1986.12), 35면 이하; 안경환, 미국헌법상 정치적 행위, 김도창박사 고회기념논문집, 1993, 108-109면;곽순근, 헌법상 통치행위는 인정되는가?, 고시연구(2003.3), 126면; 김선화, 미국헌법상 정치문제법리의 연구, 이화여대 박사학위논문, 2004.2 참조; 양승업, 통치행위의 법리에 관한 연구, 동국대학교 대학원(1989.12), 75면 각주 163) 참조.

124) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2004, 932면 참조, 김종구, 통치행위에 관한 역사적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1977.7), 61면

州의 권한에 관한 문제 5) 헌법개정 발의에 대한 주의회의 승인의 효력 6) 국민발의(Initiative)와 국민표결(Referendum)이 공화정체에 위반되는지의 여부 등이 있다.¹²⁵⁾ 미국에서도 최근에는 통치행위와 관련된 사건도 그것이 개인의 기본권과 관련된 사건일 때는 법원의 국민의 기본권 수호자로서의 역할을 다한다는 태도를 취하고 있다.¹²⁶⁾

6. 韓國

61 우리 憲法上 法治主義와 統治行爲

우리 나라에서 통치행위의 개념이 인정될 수 있을 것 인지의 문제는 실정법상 이에 관한 뚜렷한 규정이 없기 때문에, 오로지 판례와 이론상의 과제에 속하는 것이라고 할 수 있다. 1964년 이전까지는 이에 대한 판례가 없었으므로, 학설상으로는 헌법학자들은 통치행위를 사법권의 한계문제로 인식한데 반하여 행정법 학자들은 일반적으로 O. Mayer의 주장에 따라 '제4의 국가작용'으로서의 행정에 대하여 통치행위로서는 하게 되었으며, 이 행위는 법적 구속을 받지 않고 재판대상에서 제외된다는 것을 특징으로 한다고 하여 이를 인정하는 방향으로 논하여져 왔다. 실제로는 1964년 6월 3일의 6·3사태로 인하여 서울특별시 일원에 비상계엄이 선포되고 데모관련자로서 구속된 피고인이, 대통령의 본건 비상계엄선포가 계엄법 제4조의 소정요건을 갖추지 않아 무효라는 것과 계엄선포전의 범죄에 대하여는 군법회의의 관할권이 없다는 것을 이유로 대법원에 재판권 쟁의에 관한 재정신청을 한것에 대하여 대법원은 「... 대통령의 비상계엄선포는 고도의 정치적·군사적 성격을 지니고 있는 행위로서 그것이 헌법이나 법률에 위반되어 당연히 무효가 아닌 이상 ... 계엄선포의 당·부당을 판단할 권한은 오로지 정치기관인 국회에만 있다」고 판시함으로써, 통치행위의 관념을 판례를 통하여 인정하였고, 동시에 통치행위가 사법심사의 대상이 되지 않음을 선포하였다.¹²⁷⁾ 대법원 판결이 통치행위의 이론을 받아들인 후 이 문제에 대한 논의가 더욱더

125) 김용각, 통치행위론에 관한 비판 소고, - 한국의 통치행위론을 중심으로 -, 연세대학교 행정대학원(1980 7), 25면 참조, 김영문, 통치행위에 관한 일고찰, 원광대학교 대학원(1984.12), 24면.

126) 김종구, 통치행위에 관한 역사적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1977 7), 61면; 고문현, 통치행위론, 경북대학교학원(1985 12), 27면 참조

127) 박윤훈, 행정법강의(상), 박영사, 2004, 17면 참조; 그러나 법원은 계엄선포의 당·부당

활발히 일어났으며, 학설은 일반적으로 통치행위를 긍정하여 왔으나 그 근거와 범위에 대하여 다툼이 많았다. 우리나라의 통치행위 논쟁은 외국의 학설의 영향을 받고있는 실정이다.¹²⁸⁾ 다만 이러한 판례, 학설에 의하여 대부분 인정되고 있는 통치행위는 그 자체가 갖고 있는 정치적 합목적성을 제외하고라도 국민의 기본권을 보장하기 위한 법치주의가 그 침해요인의 하나인 통치행위에 의해 침해되는 범위를 최소화한다는 전제아래서 우리나라의 통치행위론을 구축하는 것이 바람직할 것이다.¹²⁹⁾

62 學說 判例

621 學說

a) 肯定說

우리나라에서는 통치행위를 부정하는 학설은 소수설에 해당한다. 부정설의 주장 근거는 현행 헌법 제107조는 명령·규칙·처분에 대한 위헌·위법심사권을 규정하고 있으며 이 헌법조문에서는 통치행위를 제외하고 있지 않기 때문이라는 것과,¹³⁰⁾ 법치국가원리¹³¹⁾ 및 행정소송의 개괄주의를 그 근거로 들고 있다.¹³²⁾ 김철용 교수는 「... 민주

에 대하여 심사하지 못할 뿐 그 요건구비에 대하여는 법원의 심사가 가능하다고 보아야 한다면서 동 판례를 비판하는 견해가 있다(김남진 · 김연태, 행정법 I, 법문사, 2004, 11면 참조), 고문현, 통치행위론, 경북대학교학원(1985.12), 33면 이하 참조, 이상철, 계엄의 통치행위여부와 사법심사가능성, Zu- u Absage der Anerkennung des Regierungsaktes auf dem Belagerungszustand und die Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle, 육사논문집(1993.12), 294면, 양승업, 통치행위의 법리에 관한 연구, 동국대학교 대학원(1989.12), 82면, 이재삼, 통치행위에 관한 연구, 경원전문대학 논문집(1997), 제19집 제2호, 678면.

128) 허영, 통치행위에 관한 법이론적 고찰, 새법정(1972.9), 6면.

129) 통치행위와 기본권 보장에 관한 상세한 내용은 양승업, 통치행위의 법리에 관한 연구, 동국대학교 대학원(1989.12), 115면 이하 참조, 이재삼, 통치행위에 관한 연구, 경원전문대학 논문집(1997), 제19집 제2호, 673면

130) 박윤훈, 행정법강의(상), 박영사, 2004, 18면 참조, 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2004, 1359면 참조, 이재삼, 통치행위에 관한 연구, 경원전문대학 논문집(1997), 제19집 제2호, 668면

131) 현대 헌법국가의 기본원리인 민주주의 사회국가원리와 함께 그 중요성을 더하고 있는 법치국가 원리는 일반적으로 국가기관의 행위가 법에 근거하고 법에 따라서 행하여 질 것

주의의 경험의 부족하고 명문의 보장규정이 일천하고 명문의 보장규정이 있음에도 불구하고 기본적 인권의 침해가 다반사인 우리나라에 있어서는 통치행위개념의 인정자체가 중국에는 헌법에 규정된 기본적 인권에 관한 규정이 유명무실하게 될 것」¹³³⁾이라고 하여 통치행위를 부인하며, 법이론적 측면에서도 고도의 정치성을 띤 국가행위라고 하더라도 합헌성·합법성의 판단은 헌법재판소와 법원에서 이를 담당해야 하며, 모든 국민에게 재판청구권이 인정되고(헌법 제27조 제1항), 헌법이 법원에게 명령·규칙·처분의 위헌 위법심사권을 부여하고 있고(헌법 제107조 제2항), 법원조직법이 법원의 권한으로 일체의 법률상 쟁송을 심판한다고 규정하고, 행정소송에 있어서의 개괄주의를 이유로 부정설을 취한다¹³⁴⁾ 이규복 교수도 「... 우리나라에 있어서 통치작용의 문제는 실정법상 그 존재근거를 찾아볼 수 있지만, 우리나라의 국법 체계에 비추어 어떠한 경우 그것을 통치작용의 문제로 다룰 것인가는 생각하기 어려운 바 있다」¹³⁵⁾고 하여 이를 부정하고 있다.

b) 肯定說

긍정설이 우리나라에서 다수설이며 판례의 태도이기도 하다. 그러나 긍정하는 학자들 사이에서도 그 이론적 근거에 관하여는 의견이 나누인다. 한동섭교수는 「... 권력분립설을 취하여 정치적 행위 또는 통치행위의 개념에 대한 이론적 기반도 결국은 권력분립제의 구조와 입법, 사법, 행정의 삼권의 본질과 기능에 근거하고 있으며, 따라서 국가기관의 행위중에는 입법부 또는 행정부에 그의 최종적 결정권이 있는 행위가

을 요구함과 동시에 국가기관의 행위가 합법성과 적법성의요구에 적합한가 아니한가를 법원에 의하여 공정하게 심사되어질 것을 요구한다. 그리하여 법치주의는 국가권력의 남용에 대한 국민의 기본권 보장이 주된 목적이며 이를 위한 국가의 조직원리(Strukturprinzip)로서 헌법에 국민의 기본권 보장에 관한 규정을 두고, 권력분립제를 채택하며 사법심사제를 두고 있다 그런데 사법심사를 받지 아니하는 통치행위의 존재를 인정한다는 것은 국민의 자유와 권리의 보호를 위한 법치주의의 원리에 반하는 것이라는 이유로 비판한다.

132) 박윤훈, 행정법강의(상), 박영사, 2004, 18면; 김종구, 통치행위에 관한 역사적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1977 7), 72면 이하.

133) 김철용, 우리 헌법과 통치행위, 법정(1964.6), 54면, 김종구, 통치행위에 관한 역사적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1977 7), 73면

134) 김철용, 행정법 I, 박영사, 2004, 9면.

135) 이규복, 행정법, 법문사, 1973, 54면.

있고 이 종류의 행위에 대해서는 다만 국민일반의 정치적 통제가 마침내 그친다고 보는 것이 정당하지 않은가 생각된다」¹³⁶⁾ 고 하며, 이상규 변호사는 「설혹 헌법 또는 법률상 어떠한 제약이 있다고는 하더라도 그 행위가 헌법상의 최고통치기관의 행위이며 고도의 정치성을 가지는 것인 경우에는, 일부 법률적 문제가 포함되어 있다는 이유만으로 사법심사의 대상으로 삼기에는 적당하지 않은 경우가 적지 아니하다 그 보다는 오히려 그 고도의 정치적 측면에 착안하여 정치적인 비판의 대상으로 하는 것이 권력분립의 정신에 충실하고 민주적일 수 있다. 또 그렇게 하는 것이 법률적 판단직용에 적합하도록 구성된 재판제도의 취지에도 맞다고 할 수 있다」¹³⁷⁾ 고 한다 박윤훈 교수도 「통치행위는 사법심사의 대상으로 할 것이 아니라 정치적 비판의 대상으로 남겨두는 것이 ... 권력분립의 정신에서 보아 타당하다 할 것이고, 또한 법정책론적으로도 ... 재판제도의 취지에 합치되며, 정치의 소용돌이에 휘말리는 것을 예방할 수 있어 사법권의 독립을 유지시키는 길이된다」고 한다.¹³⁸⁾ 권영성 교수도 「... 헌법해석론으로는 통치행위부정설이 논리적이지만 헌법정책론으로서는 통치행위 긍정설이 합목적적이라 할 수 있다」¹³⁹⁾고 하고, 한상범 교수¹⁴⁰⁾도 「... 부정설이 타당하나 정치적 영향을 고려하여 내재적 제약설이나 사법부자제설이 통치행위의 이론과 실재를 뒷받침해주고 있을 뿐」¹⁴¹⁾이라고 하여 이와 같은 견해에서는 것으로 생각된다. 김철수 교수도 「... 생각건대, 법이론적으로는 부정설이 가장 적합하며 긍정설 중 자제설이 '법이론적으로는 통치행위도 사법심사에 속한다'고 한 것도 타당하다. 결국 법이론상으로는 부정설이 타당하나 정치적 상황을 고려하여 내재적 제약설이나 자제설이 통치행위의 이론과 실재를 뒷받침해 주고 있을 뿐이다. ... 통치행위는 극도로 한정적으로 인정되어야 하고, 기본적 인권의 보장에 관련된 경우에는 통치행위란 이유로 판단이 정지되는 것은 사법상의 책임포기로 보아야 할 것이므로 기본권의 보장에 관한 통치행위의 이론은 부인되어야 할 것」¹⁴²⁾이라고 한다(법이론적으로는

136) 한동섭, 헌법, 박영사, 1971. 363면

137) 이상규, 신행정법론(상), 법문사, 1996, 60면

138) 박윤훈, 행정법강의(상), 박영사, 2004, 19면.

139) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2004, 834면

140) 한상범, 한국헌법, 예문관, 1973, 567면, 同 사법권의 한계와 통치행위론, 사법행정(1988 4), 28면.

141) 한상범, 사법권의 한계와 통치행위론, 사법행정(1988 4), 28면.

부정설, 법정책적으로는 긍정설의 입장). 이상철 교수 및 권영성 교수는 통치행위를 절대적 통치행위와 상대적 통치행위로 구분하여 설명한다¹⁴³⁾

박일경 교수는 자유재량행위설(재량통제한계설)을 취하면서, 「 이들 문제는 고도의 정치적 고찰을 필요로 하기 때문에 국회나 정부의 완전한 자유재량에 일임하고 법원의 개입을 허용하지 않는 것이 정당하며, 또 법원은 그들을 심판할 능력도 없는 것이다. 그러나 · 헌법의 명문의 규정이 없는 한 완전한 자유재량사항외에는 법이론상 부정설이 정당할 것」¹⁴⁴⁾ 이라고 하고 있다. 김기범 교수와 한용길 교수는 사법부자제설의 입장을 취하여, 정치문제에도 이론상 사법권이 미치나 법원은 자제에 의하여 이에 개입하는 것을 회피하며 그 정치분야를 담당하는 각 기관의 결정을 존중한다고 하고, 정치의 사법화를 피함으로써 사법의 정치화를 막기 위한 수단으로서의 同說의 장점을 중시하고 있다.¹⁴⁵⁾¹⁴⁶⁾ 그리고 김이열 교수는 「... 다만 우리 실정법은 모든 법적 분쟁을 판단하며 국민의 재판청구권이 보장되고 있으므로 외관상 헌법이 인정하고 있는 예외는 몰라도 사법심사로부터 제외되는 행위는 인정할 수 없다고 할 수 있다」¹⁴⁷⁾고 한다. 윤세창 교수는 「... 통치행위가 위헌 · 위법일지라도 사법적 심사의 대상에서 제외되어야 한다」고 주장하여,¹⁴⁸⁾ 위헌적 내지는 초헌법적 통치행위까지 인정하려고 한다.

이렇게 우리나라의 학자들간에는 통치행위의 이론적 근거가 상이하듯이, 통치행위의 범위에 대한 견해도 대립하고 있으나, 대부분의 학자들은 사법적 심사의 대상에서

142) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2004, 1363-1364면.

143) 이상철, 계엄의 통치행위여부와 사법심사가가능성, Zu- u. Absage der Anerkennung des Regierungsaktes auf dem Belagerungszustand und die Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle, 육사논문집(1993 12), 303-304면 참조; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2004, 835면

144) 박일경, 제5공화국헌법, 일명사, 1980, 410면

145) 한용길, 헌법요제, 박영사, 1973, 415면.

146) 김기범, 한국헌법, 교문사, 1973, 522면.

147) 김이열, 최신행정법학, 진명문화사 1981 68면

148) 윤세창, 헌법, 361면 이하, 同 통치행위론, 사법행정(1964 3), 42면, 허영, 통치행위에 대한 법이론적 고찰, 새법정(1972 9), 6면 참조

제외되는 통치행위의 개념을 극히 제한적으로 인정하려고 하고 있다 즉, 박일경, 한상범, 김도창, 허영,¹⁴⁹⁾ 이상규 변호사 등은 통치행위를 어디까지나 헌법상의 것으로 이해하며,¹⁵⁰⁾ 박일경 교수는 「... 통치행위를 헌법에 위반되지 아니하는 규범내에서」¹⁵¹⁾ 인정해야 한다고 하고, 한상범 교수도 「... 이러한 예외는 헌법 자체가 인정하는 것도 있고 사법의 본질상 그렇게 되는 경우가 있으며, 특히 일정한 고도의 정치성을 띤 국가작용에 대하여 사법부 스스로의 자제에 의하여 재판의 대상에서 제외하고 있다」고 하면서,¹⁵²⁾ 그러나 「통치행위의 이름으로 정치권력의 위법, 탈법이 정당화 되는 구실이 되어서는 아니되겠다」고 주장하고 있다.¹⁵³⁾ 정하중교수도 통치행위는 극히 제한적으로 인정되어야 한다고 주장하고,¹⁵⁴⁾ 성낙인 교수도 통치행위의 존재는 인정하되, 특정행위의 통치행위성 여부를 구체적 사안에 따라 판단할 것이라고 하고,¹⁵⁵⁾ 박균성 교수는 통치행위로부터 분리될 수 있는 행정작용(가분행위이론)은 사법심사의 대상이된다고 한다.¹⁵⁶⁾ 다만 윤세창 교수만이 위에서 언급한바와 같이 통치행위에 대한 어떠한 제한도 인정하지 아니한다.¹⁵⁷⁾

이상과 같은 학자들의 견해를 종합하여 볼 때 우리나라에서 통치행위를 인정하는

149) 허영 교수는 「헌법상의 통치행위와 '초헌법상의 혁명행위'는 구분되어야 하며, 헌법상의 통치행위는 그 타당성의 근거가 국민주권사상에 입각한 정당화 이론에 있지만, 초헌법상의 혁명행위는 사실상의 힘(밀줄. 인용자 강조)을 배경으로 한것이기 때문이다 따라서 통치행위가 혁명행위가 아닌 통치행위로서 인정되기 위해서는 그것이 어디까지나 헌법의 테두리안에서 이루어져야 하는 것」이라고 한다(허영, 통치행위에 대한 법이론적 고찰, 새법정(1972.9), 10면), 홍성방, 헌법상 통치행위의 법리에 관한 연구, 고려대학교 대학원(1976.11), 12면.

150) 허영, 통치행위에 대한 법이론적 고찰, 새법정(1972.9), 6면 참조

151) 박일경, 제5공화국헌법, 일명사, 1980, 407면

152) 한상범, 한국헌법, 예문관, 1973, 365-366면.

153) 한상범, 사법권의 한계와 통치행위론, 사법행정(1988.4), 28면 이하

154) 정하중, 행정법총론, 법문사, 2004, 12면

155) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2004, 936면

156) 예컨대 외국대사관을 짓기 위한 건축허가 혹은 건축허가의 거부는 국제관계로부터 분리될 수 있는 행정작용이다 박균성, 행정법론(상), 박영사, 2004, 28면 참조

157) 윤세창, 통치행위론, 사법행정(1964.3), 42면

범위는 대체로 다음과 같다. 1) 대통령의 외교에 관한 사항(헌법 제73조)으로서 국가 및 정부의 승인, 교전단체 승인, 조약의 체결과 비준, 선전포고 등 2) 외교사절의 접수 3) 전쟁개시의 始期와 종기 4) 영토의 확장, 국경에 관한 사항 5) 비상사태의 존부 6) 국회의원의 제명 7) 국무위원의 임면에 관한 사항(헌법 제86조, 제87조) 8) 국회의 의결의 합법성 9) 국가의 승인, 정부의 승인 10) 법률안에 대한 거부권의 행사 11) 국민투표회부 12) 대통령의 영전수여(헌법 제80조) 및 사면권의 행사(헌법 79조) 13) 대통령의 국회해산 14) 계엄선포권(헌법 제77조)등이다.¹⁵⁸⁾ 그러나 통치행위에 해당하는 사항도 그것이 통치행위에 해당하는 것인가의 여부와 통치행위로서의 요건을 구비하고 있는가의 여부 및 통치행위로부터 분리될 수 있는 행정작용(가분행위이론)은 원칙적으로 사법적 심사의 대상이 된다고 본다.¹⁵⁹⁾¹⁶⁰⁾

6.2.2. 判例

우리나라에 있어서 통치행위에 관한 판례로 대법 1964.7.21, 재정,¹⁶¹⁾ 대법 1964.7.22 재정,¹⁶²⁾ 대법 1964.7.22 재정,¹⁶³⁾ 대판, 1972.1.18. 71도1845호,¹⁶⁴⁾ 대

158) 김도창, 일반행정법론, 청운사, 1986, 81면; 한상범, 사법권의 한계와 통치행위론, 사법행정(1988 4), 31면; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2004, 836면; 주용진, 통치행위에 관한 비교법적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1978), 96면 이하, 김종구, 통치행위에 관한 역사적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1977 7), 76면 이하, 이재삼, 통치행위에 관한 연구, 경원전문대학 논문집(1997), 제19집 제2호, 678면

159) 이상규, 신행정법론(상), 법문사, 1996, 71면 참조, 이상철, 계엄의 통치행위여부와 사법심사가능성, Zu- u. Absage der Anerkennung des Regierungsaktes auf dem Belagerungszustand und die Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle, 육사논문집(1993.12), 304면 각주 38) 참조,

160) 박균성, 행정법론(상), 박영사, 2004, 27면.

161) 대법원, 64초 4, 재판권쟁의에 대한 재정신청.

162) 대법원 64초 3, 재판권쟁의에 대한 재정신청.

163) 대법원, 64초 7, 재판권쟁의에 대한 재정신청

164) 대법원 71도1845호: 헌법개정을 위한 국민투표법의 효력에 관하여 대법원은 「… 국민투표법은 국회에서 … 적법한 절차를 거쳐서 공포 시행되고 있으므로 법원으로서서는 국회의 자주성을 존중하는 의미에서 그 유 무효를 판단할 성질의 것이 아니라고 판시하였다 고문헌, 통치행위론, 경북대학원(1985 12), 34면.

법 1979.12.7 재정.¹⁶⁵⁾ 하급심 판례로서 서울 고법 결정 1964.7.16 등의 사건이 있다.¹⁶⁶⁾ 특히 대법원의 1964년 결정(64초 4 재판장의에 대한 재정신청 1964.7.21 재정은)은 「... 비상계엄의 요건인 사회질서가 극도로 교란 되었느냐의 여부는 각 사실에

165) 대법원, 79초 72, 재판관장의에 대한 재정신청.

166) - 계엄선포

· 대통령의 계엄선포에 관한 서울고법 결정(1964.7.16, 64로159)

- 비상계엄선포

1964년의 6.3사태를 수습하기 위한 비상계엄선포에 관한 판례(서울고법 1964.7.21, 79초70)

1979년의 박정희대통령 시해사건을 계기로 선포된 10.27 비상계엄선포에 관한 판례(1979.12.7) 人判 1979.12.7 대통령의 계엄선포행위는 고도의 정치적, 군사적 성격을 띠는 행위라고 할 것이어서 그 선포의 당, 부당을 판단할 권한은 헌법상 계엄의 해제요구권이 있는 국회만이 가지고 있다고 할 것이고 그 선포가 당연 무효의 경우라면 모르되 사법기관인 법원이 계엄선포의 요건구비나 선포의 당 부당을 심사하는 것은 사법권의 내재적, 본질적인 한계를 넘어서는 것이 되어 적절한 바가 못 된다.”

- 대통령의 긴급조치를 통치행위로 본 판례(대판 1978.5.23, 78도813)

- 군사시설·보호구역의 설정 변경 해제를 통치행위로 본 판례(대판 1983.6.14, 83누 43) 군사시설보호법에 의한 군사시설 보호구역의 설정 변경 또는 해제와 같은 행위는 행정청에 의한 공법행위라는 점에서는 광의의 행정행위라고 할 것이나, 이는 행정입법행위 또는 통치행위라는 점에서 협의의행정행위와 구별되며 따라서 이와 같은 행위는 그 종류에 따라 관보에 게재하여 공포하거나 또는 대외적인 공고·고시 등에 의하여 유효하게 성립하고 개별적 통지를 요하지 않는다(대법원 1983.6.14 83누43판결)

- 국회에서의 법률통과 행위를 통치행위로 본 판례(대판 1972.1.18)

- 국회의 내부적 자율권에 해당하는 행위(의결정족수의 결정·회기의 연장·의원의 징계 및 자격심사 국회의사규칙의 제정)

- 정부와 국회의와의 관계에 관한 행위(국무총리 국무위원의 해임건의, 임시회의의 소집요구, 법률안거부권의 행사)

- 국무총리·국무위원의 임면(任免)(헌법 제86·제87조)·고급장성의 퇴역결정 등 대통령의 정치적 판단이나 자유재량에 의한 행위

- 외교행위(조약체결·비준, 국가나 정부의 교섭단체의 승인, 외교사절의 접수)ㄷ 행정권의 수반으로서의 역할이 아닌 국가원수로서의 자격으로 행함

- 행정권의 수반으로서가 아니라 국가원수의 자격으로 행하는 대통령의 행위(긴급재정경제처분·긴급재정경제명령(헌법재판소는 긴급재정경제명령의 발령행위에도 국민의 기본권침해와 직접관련되는 경우에는 헌법재판소의 심판대상이 된다고 한다)·긴급명령권의 행사(헌법 제76조), 선전포고, 사면권의 행사, 영전수여(헌법 제80조), 국민투표회부(헌법 제72조))

- 국군통수권의 행사, 국군의 해외파병

의하여 대통령이 그 재량으로 정하여야 할 것으로서 대통령의 판단 결과로 비상계엄이 선포되었을 때 그것은 고도의 정치적 군사적 성격을 가지는 행위라고 할 것이며, 이러한 고도의 정치적 군사적 성격을 지니고 있는 비상계엄 선포를 통치행위라 할 수 있다. ·· 대통령의 비상계엄선포행위가 당연무효라면 모르되 법원이 계엄선포의 당·부당을 심사하는 것은 사법권의 내재적인 본질적 한계를 넘어서는 것이 되어 적절한 것이 되지 못한다」¹⁶⁷⁾ 또한 1985년 10월 2일 서울 형사지법의 미국문화원농성사건의 제1심판결에서 “정부에서 발표한 바에 의하면 광주사태는 그 당시의 국군통수권자의 정치적 결단에 의하여 그 상황에 따라 적절히 대처한 통치권의 행사로서 이 재판의 심사대상이 아니다” 라고 함으로써 재판부는 공판과정에서 집중적으로 발의된 광주사태는 정치권에 속하는 사항으로 사법심사의 대상이 될 수 없다는 입장을 밝혔다.¹⁶⁸⁾

7. 綜合的 考察

7.1 外國

이상과 같이 각국의 통치행위는 각 나라마다의 권력분립의 형태, 법치주의의 전개, 사법권의 독립성 및 특수성여하에 따라 각기 다른 특색을 갖고 있지만, 동시에 비슷한 공통점도 보여주고 있다. 첫째, 각국에서의 통치행위는 그 어느 나라도 성문법상 정립된 개념이 아니고 판례법 내지는 학설상으로 형성되어온 개념이라는 점이다.¹⁶⁹⁾ 즉, 실정법의 규정이 명문으로 통치행위의 개념을 설정해두거나 혹은 사법심사의 대상으로부터 이를 제외시키지 않고 있다는 점이다 그리고 통치행위는 일반적인 소송법상의 訴제기의 요건을 충족시키고 있음에도 불구하고 이는 판례법상 예외적으로 사법심사의 대상에서 제외되고 있다는 점이다. 둘째, 프랑스, 영국, 미국에 있어서 인정된 통치행위의 내용 및 범위를 완전히 열거할 수는 없고, 그 정의를 내리는 것도 곤

167) 홍성방, 헌법상 통치행위의 법리에 관한 연구, 고려대학교 대학원(1976.11), 89면 이하, 주용진, 통치행위에 관한 비교법적 고찰, 연세대학교 행정대학원(1978), 99면 이하; 한상범, 사법권의 한계와 통치행위론, 사법행정(1988.4), 27면

168) 임종열, 통치행위에 관한 고찰, 원광대학교 교육대학원(1987.6), 31면 참조

169) 고문현, 통치행위론, 경북대학원(1985.12), 38면, 박운훈, 행정법강의(상), 박영사, 2004, 12면.

란하며, 다만 개개의 사건에 관한 판례의 축적을 통해서 그것을 명백하게 할 수밖에 없다는 점이다. 이는 프랑스, 영국, 미국의 법원은 통치행위(정치문제)의 심사를 거부하지만 정확한 이론적 근거는 각각 다른 성격을 보이고 있다기 때문이다 셋째, 각각의 국가에 있어서 그 나라의 헌법제도 혹은 운영실태에 따라 각각 독립하여(개별적) 그러나 평행하게(병렬적) 이 제도가 발전되어 왔다는 점이다¹⁷⁰⁾ 이것은 통치행위라는 개념이 독재국가사상의 표현은 아니라는 것을 보여주는 것이며, 또한 통치행위를 인정하는 것은 현대 헌법국가의 기본원리의 주축을 이루는 민주주의의 원리와 법치국가원리를 부정하는 것도 아님을 반영하는 것이다. 다섯째, 행정소송사항에 있어서 개판주의가 인정되고, 국정에 대한 사법적 구제의 길이 보장되어 있음에도 불구하고 통치행위의 존재의 문제는 소멸되지 아니하고 있다. 여섯째, 각국에 있어서의 판례 및 학설은 통치행위의 개념을 부정 내지는 그 범위를 축소하려는 방향으로 나아가고 있다¹⁷¹⁾ 즉 통치행위의 개념을 인정하더라도 통치자의 자의에 대한 국민의 자유와 권리를 보호하려는 의도에서 미국, 일본¹⁷²⁾ 등을 비롯하여 국민의 기본권에 관계되는 한 사법적 통제에서 제외되는 통치행위의 존재는 부정되고 있다.¹⁷³⁾

7.2. 韓國

우리나라의 판례는 사법심사에서 제외되는 통치행위의 이론적인 근거를 권력분립에 입각한 사법권의 내재적 제약에서, 또는 고도의 정치적인 문제는 국회나 정부의 자유재량행위라는 논거에서 찾고 있으며, 사법부 소극주의로 일관하고 있다.¹⁷⁴⁾ 특히 통치행위에 있어서 가장 중점이 되는 것은 국민의 기본권 보장과 관련한 통치행위의 한

170) 고문현, 통치행위론, 경북대학교학원(1985.12), 39면 참조

171) 박윤훈, 행정법강의(상), 박영사, 2004, 20면; 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2004, 1364면, 김철용, 행정법 I, 박영사, 2004, 8면; 김치영, 통치행위에 관한 사법심사의 한계, 동아대학교 대학원(1986.12), 42면, 임종열, 통치행위에 관한 고찰, 원광대학교 교육대학원(1987.6), 31면.

172) 일본의 경우도 자위대의 위헌여부 사건에서 통치행위문제라고 하더라도 개인의 기본권에 관련되는 경우 사법심사의 대상으로 삼고 있다. 상세한 내용은 고문현, 통치행위론, 경북대학교학원(1985.12), 31면 이하 참조

173) 한상범, 사법권의 한계와 통치행위론, 사법행정(1988.4), 31면, 홍성방, 헌법상 통치행위의 법리에 관한 연구, 고려대학교 대학원(1976.11), 46면, 고문현, 통치행위론, 경북대학교학원(1985.12), 32, 39면

계에 관한 문제인데도 이를 언급한 판례는 극히 드물다. 다만 우리의 헌법재판소는 금융실명거래및비밀보장에관한긴급재정경제명령(대통령 긴급재정경제명령 제16호)의 위헌심판에서 「... 대통령의 긴급재정경제명령은 국가긴급권의 일종으로서 고도의 정치적 결단에 의하여 발동되는 행위이고 그 결단을 존중하여야 할 필요성이 있는 행위라는 의미에서 이른바 통치행위에 속한다고 할 수 있으나, 통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이고, 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권 보장을 사명으로 하는 국가기관이므로 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 된다. 긴급재정경제명령은 정상적인 재정운용·경제운용이 불가능한 중대한 재정·경제상의 위기가 현실적으로 발생하여,¹⁷⁵⁾ 긴급한 조치가 필요함에도 국회의 폐회 등으로 국회가 현실적으로 집회될 수 없고 국회의 집회를 기다려서는 그 목적을 달할 수 없는 경우에 이를 사후적으로 수습함으로써 기존질서를 유지·회복하기 위하여¹⁷⁶⁾ 위기의 직접적 원인의 제거에 필수불가결한 최소의 한도내에서 헌법이 정한 절차에 따라 행사되어야 한다」¹⁷⁷⁾고 하여 통치행위를 기본권이 침해당하지 않는 범위로 축소하려고 하는 경향이 강하게 나타나고 있다. 특히우리나라에서 과거 1985년 1.29일 선고된 강신욱 변호사에 대한 舊 대통령 긴급조치위반법정모독사건에서의 일부의견¹⁷⁸⁾ 및 최근 우리나라의 헌법재판소의 판례 및 학설도 이러한 추세를 반영하는 것이라고 볼 수 있다.¹⁷⁹⁾

174) 김명규, 사법권의 범위와 한계, 월간고사(13권 제1호, 1985), 35면, 임종열, 통치행위에 관한 고찰, 원광대학교 교육대학원(1987.6), 32면; 한상범, 사법권의 한계와 통치행위론, 사법행정(1988.4), 30면.

175) 따라서 막연한 장래에 위기가 발생할 우려가 있다는 것을 이유로하여 사전적·예방적으로 발할 수는 없다

176) 공공복리의 증진, 문화의 향상 등과 같은 적극적 목적을 위하여는 발할 수 없다.

177) 헌재결 1996.2.9 93헌마186.

178) 고문현, 통치행위론, 경북대학교학원(1985.12), 36면 참조

179) 임종열, 통치행위에 관한 고찰, 원광대학교 교육대학원(1987.6), 31면; 헌재결 1996.2.29 93헌마186 참조

III. 結論

통치행위란 일반적으로 국가기관의 행위의 적법성과 합법성을 법원이 심사하는 국가에서 그 예외로서 고도의 정치성을 가지는 행위이기 때문에, 이것에 관한 법률문제에 대하여 법률적 판단의 대상으로 하는 것보다는 정치적 판단의 대상으로 삼는 행위이다. 이와 같은 통치행위의 개념은 성문법상 인정된 것이 아니고, 각국에서 국가의 정책적 합목적적 현실실적인 필요성에 의하여 판례법상, 학설상으로 형성되어 온 것이다. 따라서 각 나라마다 그 형태가 다르고 정확한 개념정의도 확립되어 있지 않으며, 각 나라의 정치제도와 헌법제도의 상이함에 따라 학설, 판례 및 인정범위 등도 다르게 나타난다. 다만 통치행위는 고도의 정치성에서 유래하는 것이고, 그 주체는 고도의 정치적인 형성작용을 할 수 있는 행정부와 입법부의 최고기관인 대통령, 국무총리 및 국회에서 가지는 작용이라고 볼 수 있다. 그러나 통치행위를 인정하는 경우에도 이를 헌법상의 것으로 이해하면서 헌법에 위반되지 아니하는 범위 내에서 인정하여야 하며, 특히 통치행위라는 명목으로 정치권력의 위헌 내지는 탈법이 정당화되는 구실이 되어서는 안된다. 또한 통치행위는 결과적으로 사법기능의 축소와 함께 법치주의의 희생을 의미하는 것이기도 하기 때문에 그 인정범위 및 한계를 설정하는 것이 반드시 필요하다.

통치행위에 대하여 사법심사를 거부하는 이론적인 근거에 대해서는 법이론적인 측면에서는, 통치행위 부정설이 간단, 명료하고 국민의 기본권 보장을 위해서도 적당하나, 이를 인정하더라도 법이론적인 면과 법정책적인 면에서 서로 상치되는 문제점을 해결하기 위하여 필자는 사법부 자제설과 내재적 한계설을 복합적으로 적용하는 것이 필요하다고 생각한다.¹⁸⁰⁾ 또한 우리 헌법과 관련하여 통치행위는 오·남용될 우려가 없

180) 그러나 이때 사법부 자제설이 내재적 한계설보다 더 큰 비중을 차지한다고 보아야 한다. 그 이유는 정치적 후진국의 헌법현실에 있어서는 통치행위의 오·남용 등 많은 문제점을 내포하고 있는 것이 사실인데, 내재적 한계설은 권력분립설에 입각하여 사법부가 사법심사를 원하는 경우에도 그 스스로의 내재적 한계에 의하여 심사할 수 없다는 결론에 봉착하게 되지만, 사법부 자제설은 사법부가 - 국민의 기본권 보장 등을 이유로 하여 - 이를 심사하기를 원하는 경우에는 통치행위에 명확한 한계를 설정할 수 있다는데 있기 때문이다. 필자와 비슷한 견해로는 예컨대 허영, 통치행위에 대한 법이론적 고찰, 새법정(1972.9), 9면 참조(다만 허영 교수는 통치행위에 대한 사법적 통제제한의 이론적 근거로 제1차적으로는 헌법정책적 고려에 의한 사법권의 자율적 통제 필요성과 제2차적으로는 국민주권 사상에 기한 정당성이론(Legitimitätstheorie)에 서 찾아야 한다고 하면서(同 9면 참조), 정당

지 아니하므로, 가능한 한 국회의 (사후)승인을 얻어 기한부로 선포하거나, 사법부역시 국민의 기본권을 보장하는 의미에서 선포요건 및 범위를 해석하는데 있어서도 적극적인 태도를 지니야 한다 따라서 대통령의 비상계엄선포권도 어디까지나 헌법수호의 차원에서 이루어져야 하며, 이 경우에도 국민의 기본권을 침해하는 일이 없어야 할 것이다.¹⁸¹⁾ 결국 통치행위는 사실의 규범적 효력(fact accompli)의 문제로 귀착하게 되는 것이기 때문에, 사실의 규범적 효력이 민주적 정당성을 가지려면 먼저 정치적 책임을 전제로 해야 함을 잊지 말아야 한다.¹⁸²⁾

결론적으로 국민의 자유와 권리의 보호를 주요한 목적으로 하고 있는 실질적 법치주의를 구가하는 헌법국가에서는 헌법에 보호된 국민의 자유와 권리를 최대한으로 보장할 필요가 있으며, 이를 위해서는 법과 정치의 영역이 통치행위의 개념을 인정하더라도 정치적 합목적성이라는 긍정적인 측면보다는 국민의 기본권 보장이라는 측면에 초점을 맞추어 그 범위를 필히 최소한으로 축소하여야 한다. 결국 헌법의 기본원리를 부정하거나 국민의 기본권을 침해하거나 실정법의 엄격한 요건하에서 허용되는 행위는 통치행위가 될 수 없다고 보아야 한다.¹⁸³⁾ 그러한 의미에서 통치행위는 G.

성이론은 사법권의 내재적 한계설과 혼합되어 주장되고 있다고 한다(同, 12면 각주 23 참조.)

181) 국민의 기본권이 보장되기 위해서는 정치적 중립성을 수반하는 사법권의 독립이 확립되어야 하고 법관의 직무상 독립이 보장되어야 한다. 그리고 법관의 직무상 독립이 보장되기 위해서는 우선 법관의 신분보장이 무엇보다도 선행되어야 한다. 1971년 6월 22일에 국가배상법에서 군인·경찰관 등의 이중배상금지의 원칙을 규정한 것은 헌법상의 평등권을 침해한 것이라는 판결을 행한 법관의 전원을 법관제임용에서 탈락 시켰을 뿐만 아니라(이는 1972년의 유신헌법에 특별권력관계(군인·경찰관 군무원 등)에 의한 이중배상금지의 원칙을 규정하게 된 동기가 되었고, 이는 현행헌법 제29조 제2항에 계승되고 있다), 1980년 5월 20일 대법원 전원합의회에서 박정희대통령 시해사건 상고심 선고공판에서 소수의견을 남겼던 대법원판사들이 그로부터 3개월 후에 사표가 수리되는 사건이 있었다(동아일보 1985. 11월 1일, 2일 참조).

182) 신재현, 통치행위론, 고시계(1974.8), 22면, 임종열, 통치행위에 관한 고찰, 원광대학교 교육대학원(1987.6), 28면

183) 정하중 교수는 「우리 헌법재판소도 통치행위라고 할지라도 국민의 기본권 침해와 관련된 경우에는 헌법재판소의 심판대상이 된다고 하는바, 통치행위를 사법심사의 대상이 되지 않는 행위로 정의 한다면(gerichtsfreie Hoheitsakte) 통치행위성이 부인된다는 견해로 보아야 할 것」이라고 한다(정하중, 행정법총론, 법문사, 2004, 12면), 한상범, 사법권의 한계와 통치행위론, 사법행정(1988.4), 29면.

Jellinek의 주장처럼 바록 '자유로운 행위'라고 보는 경우에도 그것은 결코 무제한한 자유일수는 없고, 다만 실정법으로부터의 자유를 뜻한다고 보아야 할 것이며,¹⁸⁴⁾ 「법령」으로부터 자유로울 따름이지 「헌법」으로부터의 자유를 의미하는 것은 아니며,¹⁸⁵⁾ 또한 법치행정으로 부터의 자유(Gesetzesfreiheit)일 뿐이지 법으로부터의 자유(Rechtsfreiheit)를 의미하는 것은 아니다.¹⁸⁶⁾ 만약 위헌적 내지는 과잉금지의 원칙에 위반되는 통치행위가 국민 대다수에 의하여 규탄을 받고 그것이 보충성 최후수단성이 인정되는 경우, 이는 국민적 저항권(Widerstandsrecht) 행사의 대상이 될 수도 있음을 결코 간과해서는 안될 것이다 왜냐 하면 결국 최후의 헌법의 수호자는 국민이기 때문이다



● 김백유

통치행위 의회행위 정부행위 대권행위 정치문제 사법심사
권력분립설 사법부자제설

184) 허영, 통치행위에 대한 법이론적 고찰, 새법정(1972.9), 9면

185) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2004, 836면.

186) 허영, 통치행위에 대한 법이론적 고찰, 새법정(1972.9), 9면

[Zusammenfassung]

Die rechtswegfreie Hoheitsakte und die Begrenzung der gerichtlichen Nachprüfung

Kim, Baik-Yu

Regierungsakt(gerichtsfree Hoheitsakte) ist ein einzeln umstrittner Begriff, der zur Abgrenzung gewisser ihrer natur nach einer gerichtlichen Überprüfung nicht oder nur bedingt zugänglichen Regierungshandlungen von den anfechtbaren Verwaltungsakten dienen soll. Von einem Teil der Lehre wird dem Regierungsakt eine rechtliche Sonderstellung versagt, weil er meist keine unmittelbare Rechtswirkungen nach außen entfalte und deshalb ohnehin die Begriffsmerkmale des Verwaltungsakte nicht erfülle. Das Gebot wirksamen Rechtsschutzes hat Konsequenzen für die Kontrolldichte. Es besteht grundsätzlich ein Anspruch auf vollständige Nachprüfung der angefochteten maßnahme in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht. Es gibt Einzelmaßnahmen innenpolitischer Art, die sich nicht als Verwaltungsakte qualifizieren lassen, sondern als Regierungsakte eine andere Qualität besitzen; zu ihnen gehört z.B. der Antrag der Regierung, den Gesetzgebungsnotstand(Staatsnotstand, political question, usw.) zu erklären.