

現行 憲法은 大法院의 裁判을 받을 權利를 基本權으로 보장하고 있는가?

대상 판례: 憲法裁判所 1992. 6. 26. 선고, 90헌바25 결정¹⁾

鄭 宗 燮

(建國大學校 法科大學 法學科)

目 次

I. 序論	1. 憲法裁判所의 判斷에 대한 理解
II. 憲法裁判所의 決定	2. 大法院의 裁判을 받을 權利는 어 떠한 것인가?
1. 事件의 概要	3. 憲法裁判所의 裁判上の 誤謬
2. 爭點	IV. 評價
3. 爭點에 대한 判斷	
III. 決定에 대한 檢討	

I. 序 論

현행 헌법인 1987年 憲法(1987. 10. 29. 전면 개정, 1988. 2. 25. 시행)에서 대법원의 재판을 받을 권리는 기본권으로 보장되고 있는가? 이것은 우리 헌법의 해석에 관한 문제이다. 우리 헌법이 대법원의 재판을 받을 권리를 기본권으로 보장하고 있느냐 하는 문제를 놓고 헌법학자들의 해석, 대법원의 해석, 헌법재판소의 해석이 있는데, 이들의 의견은 합치를 보지 못한 상태에 있다. 헌법의 해석에서 언제나 견해의 일치를 보아야 하는 것은 아니지만, 문제는 이들 견해가 이론과 치밀한 해석에 의해 뒷받침되고 있지 않기 때문에 견해가 다른 상대를 설득시킬 수 있는 수준에 있지 않다는 점이다. 자기의 견해와 반대가 되는 의견에 대한 정확한 분석과 비판도 없고, 상대를 이해시키려고 하는 치밀하고도 설득력이 높은 論證이 제시되어 있지 않다. 다시 말해 우리 헌법이 대법원의 재판을 받을 권리를 기본권으로 인정하고 있느냐 하는 문제에 있어서 표명된 위의 견해들은 자기의 견해를 타당하게 만드는 강력한 논증을 통한 근거를 마련하지

1) 헌법재판소 1992. 6. 26.-90헌바25 「憲」 4, 343쪽 이하.

못하고 있다. 이것은 헌법의 해석에 있어서 해석적 결론을 도출하는 데 성공하지 못하고 있다는 것을 의미한다. 헌법의 해석을 어떤 헌법의 조항에 대한 단순한 자기의 의견 표명에 그치는 정도로 이해한다면 그것은 헌법이론상 받아들이기 어려운 것이다. 憲法の解釋이란 憲法の統一性を 겨냥하여 헌법규정의 의미를 분명히 하는 것인데, 그 의미를 확정하는 작업은 理論과 論理를 동원하여 치밀한 論證에 근거한 自體完結性を 획득한 결론을 도출하는 일이다. 우리 헌법상 대법원의 재판을 받을 권리가 기본권이나 아니냐 하는 문제에 있어서 그 답을 확정하는 것도 중요하지만, 보다 중요한 것은 우리 헌법을 해석하여 그 답을 찾아내는 과정, 즉 논증의 작업이다.

우리나라에서 현행 헌법상 대법원의 재판을 받을 권리가 기본권인가 아닌가 하는 문제에 대해서는 憲法裁判所가 1992년 6월 26일 90헌바25 사건(主審 裁判官: 卞禎洙)의 결정에서 심판하였는데, 이 심판에서 최초로 헌법재판소의 유권적인 판단이 생겼다. 이 사건에서 헌법재판소는 우리 헌법을 해석하면서 우리 헌법에는 대법원의 재판을 받을 권리를 명시적으로 정하고 있는 규정이 없다고 단정하고, 이런 전제하에서 논의를 전개하였다. 그리고는 憲法 제27조 제1항이 과연 대법원의 재판을 받을 권리를 기본권으로 인정하고 있는 것인가 하는 문제에 대달렸다. 이 문제에 대해 접근하는 방법에 있어서 이런 태도를 설정한 것은 종래 헌법학자들이 취한 태도와 차이가 없다. 이 글에서는 헌법해석에 대하여 위에서 말한 것과 같은 인식을 바탕으로 하여 우리 헌법을 어떻게 해석하여야 하는가 하는 방법의 문제를 염두에 두고, 과연 우리 헌법이 대법원의 재판을 받을 권리를 기본권으로 인정하고 있는지의 여부를 밝히고자 한다.

본격적인 논의에 들어가기 전에 우선 우리 헌법에는 대법원의 재판을 받을 권리가 기본권이냐 하는 문제와 관련한 규정으로 軍事裁判의 경우에 상고심을 대법원으로 정하고 있는 憲法 제110조 제2항과 재판의 전제가 된 명령·규칙·처분이 헌법 또는 법률에 위반하는지의 여부에 대하여 대법원이 심사하도록 정하고 있는 憲法 제107조 제2항이 있다는 것을 지적해두고자 한다. 이 조항이 어떠한 의미를 가지는 것인지는 뒤에서 논의하기로 한다. 이 두 개의 조항을 제외하면 우리 憲法에는 '대법원의 재판을 받을 권리를 기본권으로 보장받고 있다'는 점을 그 자체 명시적으로 정하고 있는 규정은 없다. 현행 憲法은 제27조 제1항에서 "모든 국민은 憲法과 法律이 정하는 法官에 의하여 法律에 의한 裁判을 받을 權利를 가진다."라고 정하고 있는 정도이고, 제5장과 제6장에서 각각 法院制度和 憲法裁判所制度를 정하여 재판제도에 대한 규정을 두고 있다. 憲法 제27조 제1항을 헌법의 다른 조항과 비교하여 보건대 이 조항은 국민의 '재판을 받을 권리'를 명시적으로 정하고 있기 때문에 우리 헌법에서는 그 어느 규정보다도 이 조항이 국민의 '재판을 받을 권리'를 기본권으로 보장하고 있다고 할 것이고, 이 점에 대해서는 헌법학자들 사이에 의문이 없다. 그러나 과연 이 조항이 국민에게 대법원의 재판을 받을 권리를 기본권으로 보장하고 있는 것인가 하는 문제에 대해서는 明示의인 文言이 없기 때문에 의견이

분분하다.

사실 국내 헌법학의 그간의 연구성과를 보건대, 대법원의 재판받을 권리가 기본권이나 하는 문제에 관해서는 憲法解釋의 부분에서 이론적으로 충분히 논의되어 있지 않은 상태에 있기 때문에 이 사건의 재판에서 국내의 헌법학자들의 논의는 큰 도움을 주기에 어려웠다고 보인다. 法理論이 法實務에 기여하여야 하는 문제를 고려하면 아쉬운 부분이지만, 그렇다고 하여 헌법재판소가 이 사건의 재판에서 국내의 이론적 논의가 가지고 있는 부족함과 취약성에도 불구하고 강한 이론적 논증에 토대를 두고 결론을 도출하는데 성공하였는가 하면 그것도 아니다. 헌법재판소는 헌법해석에 있어서 가장 중요한 有權解釋機關임에도 불구하고 이 사건 심판에서는 쟁점에 대해 분명한 태도를 취하지 못한 인상을 주고 있다.

대법원의 재판받을 권리가 헌법이 보장하고 있는 기본권인가 하는 문제는 우리 재판제도의 역사에서 중요하고도 심각한 의미를 가지고 있는 성질의 것이다. 우리 현대사의 현실에서 그것은 대법원에의 上告 制限이라는 문제를 둘러싸고 생겨난 것인데, 이 문제는 국민의 기본권의 보장, 대법원의 기능과 역할, 변호사의 역할 등을 둘러싸고 늘 갈등을 유발시켜온 문제이다.²⁾ 이 사건의 경우도 당시 대법원이 상고를 과감하게 제한하여야 한다는 것을 주장하고 나서고, 이에 대해 변호사 단체와 시민들은 그것이 대법원의 편의만을 생각하여 국민의 재판청구권을 침해하는 것이라고 대응하는 소용돌이의 영향권내에 있었다.³⁾

II. 憲法裁判所의 決定

1. 事件의 概要

청구인은 1976년 8월부터 1988년 4월까지 인천상공회의소에서 비상근 노사상담역으로 근무하였는데, 1988년 6월 3일 인천지방법원에 인천상공회의소를 피고로 하여 위 근무기간 동안의 퇴직금(소제기 당시 금 3,107,907원, 그 뒤 청구취지변경으로 금 3,108,000원)을 청구하는 소송을 제기하여 1989년 2월 3일 勝訴判決을 받았다. 그러나 피고가 抗訴하여 1989년 11월 24일 같은 법원 항소부에서 청구인과 피고사이에는 근로기준법상의 근로계약관계가 존재하지 않기 때문에 그 존재를 전제로 한 퇴직금의 청구는 이유없다는 이유로 원판결을 취소하고 청구를 기각하는 판결을 받았다. 이에 청구인은 대법원에 上告하였으나, 1990년 4월 24일 대법원은, 원심판단이 대법원 판례와 상반된다는 청구인의 주장은 이유없고, 청구인이 내세우는 나머지 주장은

2) 이에 관한 자세한 것은 金哲洙, 「憲法學概論」第7全訂新版(서울: 博英社, 1997), 684쪽 이하.

3) 이에 관한 자세한 것은 1994. 1. 25. 대한변호사협회가 주최한 공청회의 내용인 “上告許可制度(上告審査制)/公聽會,” 「人權과正義」통권 제210호(1994. 2.), 6쪽 이하; 座談會의 내용인 “上告審査制의 選擇과 上告審의 運用,” 「人權과正義」통권 제217호(1994. 7.), 8쪽 이하를 보기 바람.

少額事件審判法 제3조에서 정한 어느 불복사유에도 해당하지 아니하기 때문에 적법한 상고이유가 되지 못한다는 이유로 상고를 기각하였다.

이런 상태에 이르자 청구인은 1990년 5월 23일 再審을 청구하면서 소액사건의 경우 일반 민사사건에 비하여 상고를 제한하고 있는 少額事件審判法 제3조는 헌법상의 평등권 및 재판청구권에 위배된다는 이유를 들어 憲法裁判所法 제41조 제1항에 의한 違憲提請을 申請하였다(대법원 90카59 사건). 그러나 대법원은 1990년 7월 24일 위 위헌제청신청을 기각하였다. 그러자 청구인은 같은 해 8월 6일 헌법재판소에 위 少額事件審判法 제3조에 대하여 憲法裁判所法 제68조 제2항에 의한 憲法訴願審判을 請求하였다.⁴⁾

2. 爭點

이 사건의 쟁점은 소액사건의 경우 상고를 한정적으로만 인정하고 있는 少額事件審判法 제3조가 헌법이 보장하고 있는 1) 平等權과 2) 裁判請求權을 침해하는 것인가 하는 점이다. 이 글에서는 이 사건에서 쟁점이 된 것중 2)의 재판청구권의 침해 여부의 쟁점에 대해서만 살펴보기로 하되, 대법원의 재판을 받을 권리가 기본권인가 하는 문제에 한정하기로 한다. 대법원의 재판을 받을 권리가 기본권으로 인정되는 경우에도 2)의 쟁점에 대하여 완전한 논의를 하려면 少額事件審判法 제3조가 그런 대법원의 재판을 받을 권리를 침해하는 것인가 하는 점에 대해서도 검토하여야 하는데, 이 글에서는 이에 대한 검토를 하지 않기로 한다.

3. 爭點에 대한 判斷

헌법재판소는 이 사건에서 少額事件審判法 제3조가 헌법이 보장하고 있는 평등권을 침해하지 않는다고 판단함과 동시에 국민이 현행 헌법에 의해 대법원의 재판을 받을 권리를 기본권으로 보장받고 있느냐 하는 문제에 대해서는 아래와 같이 판단하였다.

헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하고 있다. 이 조항의 전단 부분인 “헌법과 법률이 정한 법관에 의하여” 재판을 받을 권리라 함은 생각건대 헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의하여 임명되고(헌법 제104조, 법원조직법 제41조 내지 제43조), 물적독립(헌법 제103조)과 인적독립(헌법 제106조, 법원조직법 제46조)이 보장된 법관에 의한 재판을 받을 권리를 의미하는 것이라 봄이 상당할 것이고, 대법원을 구성하는 법관에 의한 재판을 받을 권리가거나 더구나 사건의 경중을 가리지 않고 모든 사건에 대하여 대법원을 구성하는 법관에 의한 균등한 재판을 받을 권리라고는 보여지지 않는다. 나아가 후단의 “법률에 의한” 재판을 받을 권리라 함은 법관에 의한 재판은 받되 법대로의 재판 즉 절차법이 정한 절차에 따라 실제법이 정한 내용대로 재판을 받을 권리를 보장하자는 취지라고 할 것으로, 이는 재판에 있어서 법관

4) 헌법재판소(註 1), 345쪽-346쪽.

이 법대리가 아닌 자와 전단에 의하는 것을 배제한다는 것이지 여기에서 곧바로 상고심재판을 받을 권리가 발생한다고 보기는 어렵다고 할 것이다. 대저 재판이란 사실확정과 법률의 해석적용을 본질로 함에 비추어 법원에 의하여 사실적 측면과 법률적 측면의 한 차례의 심리검토의 기회는 적어도 보장되어야 할 것이며, 또 그와 같은 기회에 접근하기 어렵도록 제약이나 장벽을 쌓아서는 안된다고 할 것으로, 만일 그러한 보장이 제대로 안되면 재판을 받을 권리의 본질적 침해의 문제가 생길 수 있다고 할 것이다. 그러나 모든 사건에 대해 똑 같이 세차례의 법률적 측면에서의 심사의 기회의 제공이 곧 헌법상의 재판을 받을 권리의 보장이라고는 할 수 없을 것이다.

국가에 따라서는 국민에게 상고심에서 재판을 받을 권리를 헌법상 명문화한 예도 있다. 그러나 그와 같은 명문규정이 없고 상고문제가 일반 법률에 맡겨진 것이 우리 법제라면 헌법 제27조에서 규정한 재판을 받을 권리에 모든 사건에 대해 상고법원의 구성법원에 의한, 상고심 절차에 의한 재판을 받을 권리까지도 포함된다고 단정할 수 없을 것이고, 모든 사건에 대해 확실히 상고할 수 있게 하느냐 않느냐는 특단의 사정이 없는 한 입법정책의 문제라고 할 것으로, 결국 재판을 받을 권리의 침해라는 논지는 받아 들일 수 없다(밀줄은 필자가 표시한 것임).⁵⁾

Ⅲ. 決定에 대한 檢討

1. 憲法裁判所의 判斷에 대한 理解

이 사건에서 중요한 쟁점은, 대법원의 재판을 받을 권리가 기본권인가 하는 점이다. 만일 대법원의 재판을 받을 권리가 헌법의 수준에서 보장하고 있는 권리가 아니라면 少額事件審判法 제3조가 국민의 재판청구권을 침해한 것인지의 여부는 따져볼 필요도 없이 당연히 憲法 제27조 제1항을 침해한 것이 아닌 것이 된다. 더 이상의 논의나 검토는 필요가 없다. 그런데 대법원의 재판을 받을 권리가 헌법이 보장하고 있는 기본권이라고 인정된다면 문제는 여기에서 그치지 않는다. 이 경우에는 少額事件審判法 제3조가 대법원의 재판을 받을 권리를 제한하는 것이 되어 기본권의 제한에 대하여 정하고 있는 憲法 제37조 제2항에 합치하는지의 여부가 문제로 된다.

이 사건에 포함되어 있는 이런 쟁점을 염두에 두고 위의 헌법재판소의 결정을 보면, 그 내용이 명확하지 않다. 이 결정에서 헌법재판소가 대법원의 재판을 받을 권리를 기본권이 아니라고 판단한 것인지 아니면 대법원의 재판을 받을 권리를 기본권으로는 인정하되 少額事件審判法 제3조가 헌법상의 기본권 제한의 한계를 넘어서지 않은 것이라고 판단한 것인지가 분명하지 않다. 따라서 헌법재판소의 이 결정을 어떻게 이해할 것인가 하는 것이 문제가 된다. 여기에서 判例의 解釋이라는 작업이 요청된다.

5) 헌법재판소(註 1), 349쪽-350쪽.

헌법재판소의 이 결정이 어떤 내용인지를 알기 위한 해석에서는 두 가지의 경우를 가설로 올려 놓고 어느 것이 더 타당한지를 검토하는 것이 필요하다. 두 가지의 이해관 하나는 헌법재판소가 대법원의 재판을 받을 권리를 기본권으로 인정하지 않는다고 이해하는 것이고(解釋 1), 다른 하나는 헌법재판소가 대법원의 재판을 받을 권리를 기본권으로 인정한다고 이해하는 것이다(解釋 2).

(1) <解釋 1>

이 결정에서 헌법재판소가 대법원의 재판을 받을 권리를 기본권으로 인정하지 않는다고 이해할 수 있는 여지가 있는 것은 憲法 제 27조 제1항을 해석한 것에서 찾아 볼 수 있다. 헌법재판소는 “모든 國民은 憲法과 法律이 정한 法官에 의하여 法律에 의한 裁判을 받을 權利를 가진다.”라고 정한 憲法 제27조 제1항을 해석함에 있어서, ‘헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판’을 받을 권리의 의미를 憲法 제104조, 法院組織法 제41조 내지 제43조, 憲法 제103조, 제106조, 法院組織法 제46조에 비추어 “헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의하여 임명되고, 물적독립과 인적독립이 보장된 법관에 의한 재판을 받을 권리”를 뜻하는 것이라고 하고, ‘법률에 의한 재판’을 받을 권리의 의미를 “법률에 의한 재판을 받을 권리라 함은 법관에 의한 재판은 받되 법대로의 재판 즉 절차법이 정한 절차에 따라 실체법이 정한 내용대로 재판을 받을 권리”를 뜻하는 것이라고 확정하였다. 이런 전제하에서 헌법재판소는 憲法 제27조 제1항에서 상고심의 재판을 받을 권리는 발생하지 않는다는 결론을 내리고 있다. 여기서 헌법재판소는 상고심의 재판을 받을 권리를 대법원의 재판을 받을 권리와 같은 것으로 이해하고 있다.

이런 내용을 보전대, 헌법재판소는, 憲法 제27조 제1항은 국민의 재판청구권을 기본권으로 보장하고 있는 규정이지만 이 규정이 정하고 있는 재판청구권에는 대법원의 재판을 받을 권리는 포함되어 있지 않다고 본다. 헌법재판소는 憲法 제27조 제1항을 중심으로 이런 판단을 하고 있고 달리 헌법의 다른 규정에서 대법원의 재판을 받을 권리가 기본권으로 보장되어 있는지에 대해서는 아무런 검토가 없다. 그렇다면 헌법재판소는 우리 헌법의 규정상 대법원의 재판을 받을 권리는 기본권으로 인정되지 않는다는 견해를 취하고 있다고 해석할 수 있다. 헌법재판소가 위 결정에서 우리 법체계에서는 헌법에는 상고심의 재판을 받을 권리를 정하고 있는 규정이 없고, 이 문제는 법률에 맡겨진 것이라고 판단한 부분도 이런 해석을 뒷받침하는 강력한 근거이다. 결국 헌법재판소는 이 사건의 결정에서 우리나라의 경우 대법원의 재판을 받을 권리를 헌법에서 보장하는 권리가 아니라 법률에서 그 보장 여부를 결정할 수 있는 권리로 판단했다고 이해할 수 있다.

(2) <解釋 2>

헌법재판소가 이 사건에서 내린 결정에는 <해석 1>이 강한 의도로 나타나 있기 때문에 우리 실정법구조에서 대법원의 재판을 받을 권리는 기본권이 아니라고 보는 것이 헌법재판소의 견해라고 결론지을 수 있으나, 다른 한편 헌법재판소가 이 사건 결정에서 표명한 내용을 보면 이런 결론을 내리기에 다소 머뭇거리게 만드는 부분도 있기 때문에 <해석 2>의 가능성을 검토할 필요가 있다.

“모든 사건에 대해 똑 같이 세차례의 법률적 측면에서의 심사의 기회 제공이 곧 헌법상의 재판을 받을 권리의 보장이라고는 할 수 없을 것이다.”라고 판단한 부분과 “헌법 제27조에서 규정한 재판을 받을 권리에 모든 사건에 대해 상고법원의 구성법관에 의한, 상고심 절차에 의한 재판을 받을 권리까지도 포함된다고 단정할 수 없을 것”이라고 판단한 부분이 <해석 1>을 헌법재판소의 견해라고 결론짓는 데 장애가 된다. 왜냐하면 부정문에 “모든 사건”이라는 한정어가 붙은 이 판단을 뒤집어 보면 모든 사건이 아니라 일부 사건에 대해서라면 그에 대해 상고심의 재판을 받는 권리는 헌법이 보장하는 것이라라는 결론에 다다르기 때문이다. 즉 모든 사건에 대해 대법원의 재판을 받을 권리는 기본권으로 보장되는 것이 아니지만, 일부 사건에 대해 대법원의 재판을 받는 권리는 기본권일 수 있다라는 의미를 가지고 있다. 이런 것은 “모든 사건에 대해 확일적으로 상고할 수 있게 하느냐 않느냐는 특단의 사정이 없는 한 입법정책의 문제라고 할 것”이라는 판단에서 더 강하게 나타나 있다. 이 판단에서는 특단의 사정이 있는 경우라면 모든 사건에 대해 확일적으로 상고할 수 있게 하느냐 않느냐 하는 것은 입법정책의 문제가 아니라고 한다. 여기서 말하는 ‘입법정책’이란 전후 문맥에 비추어 법률정책을 뜻하는데, 결국 이 판단 부분은 특별한 사정이 있는 경우에는 모든 사건에 대해 상고할 수 있게 하느냐 않느냐 하는 것은 국회가 법률로 정할 수 없다는 것을 말하고 있다. 이 말이 이런 특별한 경우에는 대법원의 재판을 받을 권리는 憲法事項이라는 것을 뜻하는지는 알 수 없다. 그리고 여기서 말하는 특별한 경우가 어떤 경우를 의미하는지도 알 수 없다. 그러나 이런 판단에서 분명한 것은 헌법재판소가 <해석 1>과 같은 태도를 명확하게 취하고 있는 것은 아니라는 점이다. 왜냐하면 <해석 1>과 같은 태도를 취한다면 이와 같은 혼선을 빚게 만드는 판단은 할 필요가 없기 때문이다. 그렇다면 이런 판단을 근거로 하여 볼 때, <해석 1>을 가능하게 만드는 판단부분이 있음에도 불구하고 헌법재판소는 ‘헌법 제27조 제1항에는 대법원의 재판을 받을 권리가 포함되어 있으나, 그것이 모든 사건에 해당되는 것은 아니다’라는 태도를 취하고 있다고 해석할 수 있는 여지를 남기고 있다. 이런 논리가 가능하게 되면 헌법재판소는 대법원의 재판을 받을 권리를 기본권으로 인정하는 태도를 취하고 있다는 결론에 다다른다.

(3) 어느 것이 憲法裁判所의 見解인가?

헌법재판소의 판단에서 위와 같은 명쾌하지 못한 부분이 있기 때문에 판례의 해석상 <해석 1>과 <해석 2>를 가설로 설정하였지만, 문제는 이 두가지의 해석은 서로 모순되기 때문에 공존할 수 없다는 점이다. 따라서 이런 두 개의 가설중 어느 것이 타당한 것인지를 밝혀내어 헌법재판소가 취하고 있는 태도를 확정할 필요가 있다.

먼저 <해석 2>를 헌법재판소의 견해라고 할 수 있느냐 하는 것을 본다. <해석 2>에 의하면 대법원의 재판을 받을 권리는 기본권이라는 결론에 도달하는데, 이런 경우라면 헌법재판소는 이 사건에서 少額事件審判法 제3조가 과연 기본권인 대법원의 재판을 받을 권리를 침해하는 것인지의 여부를 판단하여야 한다. 즉 少額事件審判法 제3조가 기본권인 대법원의 재판을 받을 권리를 제한함에 있어서 憲法 제37조 제2항이 정하고 있는 요건을 충족하고 있는지를 판단하여야 한다. 그런데 이에 관하여 판단한 부분은 전혀 보이지 않는다. 뿐만 아니라 헌법재판소는 憲法 제27조 제1항에서는 대법원의 재판을 받을 권리가 발생하지 않는다거나 우리 법제는 상고문제를 일반법률에 맡기고 있다는 등의 적극적인 의사표현을 나타내고 있음에 비하여 대법원의 재판을 받을 권리가 기본권이라고 적극적으로 판단하고 있지는 않다. 위에서 본 것과 같이 <해석 2>는 해당 문구의 반대해석을 통하여 획득할 수 있는 상태에 있다. 이런 점들을 종합하면 이 사건에서 헌법재판소가 취하고 있는 견해는 <해석 1>에서 본 것과 같다고 하는 것이 더 설득력이 있다고 할 것이다.

<해석 1>을 취하면 우리 실정법구조에서 대법원의 재판을 받을 권리는 기본권으로 인정할 수 없다고 보는 것이 헌법재판소의 견해를 확인할 수 있다.⁶⁾ 왜냐하면 재판을 받을 권리를 기본권으로 보장하고 있는 헌법 규정은 憲法 제27조 제1항인데, 이 규정에 대법원의 재판을 받을 권리가 포함되어 있지 않다고 보기 때문이다. 그렇다면 대법원의 재판을 받을 권리는 무엇인가 하는 것이 문제가 되는데, 헌법재판소는 우리 법제도상 이 문제는 일반 법률에 맡겨져 있는 것이라고 단호하게 말하고 있다.

그런데 헌법재판소의 견해가 이러하다면 이런 이해의 틀속에서 <해석 2>와 같은 여지가 있는 부분을 어떻게 처리할 것인가 하는 것이 문제가 된다. 이것은 나중에 밝혀지겠지만 헌법재판소가 대법원의 재판을 받을 권리가 기본권인가 아닌가 하는 문제를 헌법 제27조 제1항에만 한정하여 생각하고, 이런 한정된 것에서 대법원의 재판을 받을 권리는 기본권이 아니더라는 결론을 도출하려고 했기 때문에 이론의 전개에서 헌법재판소는 내심 확실한 자신을 가지지 못한 것으로 보인다. “헌법 제27조에서 규정한 재판을 받을 권리에 모든 사건에 대해 상고법원의 구

6) 헌법재판소의 이 판례와 관련하여 헌법재판소는 대법원의 재판을 받을 권리를 기본권으로 인정하지 않는 태도를 취하고 있다고 보는 견해로는 金哲洙(註 2), 683쪽; 許營, 「韓國憲法論」新訂版(서울: 博英社, 1997), 353쪽의 견해가 있다.

성법원에 의한, 상고심 절차에 의한 재판을 받을 권리까지도 포함된다고 단정할 수 없을 것이고, 모든 사건에 대해 획일적으로 상고할 수 있게 하느냐 않느냐는 특단의 사정이 없는 한 입법정책의 문제라고 할 것으로, 결국 재판을 받을 권리의 침해라는 논지는 받아 들일 수 없다."라고 덧붙인 부분에서 이런 점을 엿볼 수 있다. 대법원의 재판을 받을 권리가 우리 헌법에서는 기본권이 아니라는 것을 이론적으로나 논리적으로나 확신에 찬 논증을 할 수 있었다면 논리를 약화시키는 이런 판단을 할 필요가 없다. 다시말해 헌법재판소가 <해석 1>과 같은 견해를 취한 것이라면 우리 법제에서는 상고문제는 일반 법률에 맡겨져 있다라고 한 곳에서 판단을 마무리 짓는 것이 마땅하다. 그렇다면 헌법재판소의 견해를 <해석 1>과 같이 이해하는 마당에서는 헌법재판소가 판단한 "헌법 제27조에서 규정한 재판을 받을 권리에 모든 사건에 대해 상고법원의 구성법원에 의한, 상고심 절차에 의한 재판을 받을 권리까지도 포함된다고 단정할 수 없을 것이고, 모든 사건에 대해 획일적으로 상고할 수 있게 하느냐 않느냐는 특단의 사정이 없는 한 입법정책의 문제라고 할 것으로, 결국 재판을 받을 권리의 침해라는 논지는 받아 들일 수 없다."라는 부분은 쓸모가 없는 부분이라고 해석하는 것이 타당하다.)

아무튼 이 사건에서 헌법재판소가 취한 견해를 <해석 1>에 따라 이해하고, 헌법재판소가 취하고 있는 견해의 내용과 논리를 정리해보면 아래의 <논리 1>와 같다. 이하에서는 이 사건 결정에서 헌법재판소가 취한 견해는 위에서 본 <해석 1>이라고 전제하고 논의를 전개하기로 한다.

《논리 1》

1. 우리 헌법에서 재판을 받을 권리를 기본권으로 보장하고 있는 규정은 제27조 제1항이다.
2. 헌법 제27조 제1항에는 대법원의 재판을 받을 권리가 포함되어 있지 않다.
3. 따라서 대법원의 재판을 받을 권리는 우리 헌법이 보장하는 기본권이 아니다.
4. 우리 실정법구조에서 대법원의 재판을 받을 권리는 법률에 맡겨져 있는 법률유보사항이다. 따라서 대법원의 재판을 받을 권리는 법률상의 권리이다.

2. 大法院의 裁判을 받을 權利는 어떠한 것인가?

이 사건에서 쟁점이 된 少額事件審判法 제3조가 국민의 기본권인 재판청구권을 침해한 것인가를 판단하기 위해서는 먼저 대법원의 재판을 받을 권리를 헌법재판소가 판단한 것과 같이 이

7) 少額事件審判法 제3조가 위헌이나 하는 문제에 대해서는 헌법재판소의 이 결정이 있기 이전에 대법원은 줄곧 합헌이라고 판단을 하였다. 대법원 1975. 6. 10.-74다1333 <法公> 516, 8482쪽; 1989. 10. 24.-89카55 <法公> 867, 444쪽; 1990. 1. 24.-89카50, 88나3758 <法公> 872, 938쪽; 1991. 1. 11.-90다10445 <法公> 891, 726쪽을 보기 바람. 대법원은 1991. 1. 11. 90다10445 판결에서 논증이 전혀 없는 형태로 "소액사건심판법 제3조가 소액사건에 관한 상고이유를 일반 민사사건에 관한 상고이유보다 제한하여 규정하였다고 해서 헌법에 의하여 보장된 국민의 평등권과 재판을 받을 권리를 침해한 위헌규정이라고 할 수 없다."라고 결론만 내린 판단을 하였다.

해하는 것이 타당한 것이냐 하는 점을 검토할 필요가 있다. 이를 위해서는 1) 우리 헌법이 보장하고 있는 재판청구권의 내용이 무엇인지를 밝히고, 2) 그런 내용이 헌법의 어느 조항에 의해 보장되고 있는지를 밝혀야 한다.

(1) 우리 憲法상의 裁判請求權의 內容과 根據 規定

1) 裁判請求權의 權利性的 保障

憲法 제27조 제1항은 “모든 國民은 憲法과 法律이 정한 法官에 의하여 法律에 의한 裁判을 받을 權利를 가진다.”라고 정하여 대한민국의 모든 국민에게 재판을 받을 권리를 보장하고 있다. 憲法 제27조 제1항이 모든 국민에 대하여 재판청구권을 보장하고 있다는 것은 모든 국민이 헌법상 신분과 직무의 독립성이 보장된 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리를 인정한다는 것이며, 이와 다른 형태의 재판은 거부할 수 있다는 것을 뜻한다. 憲法 제101조 제3항은 법관의 자격은 법률로 정하다고 하여 위임의 근거를 마련하고 있고, 제103조는 재판의 독립을 보장하고 있다. 또한 憲法 제105조와 제106조는 법관의 신분보장에 대하여 정하고 있다. “법률에 의한 재판”이란 합헌적인 법률이 정하는 내용과 절차에 따른 재판을 의미한다. 재판에 대해 헌법이 정하고 있는 사항은 당연히 여기에 포함된다. 따라서 국민은 헌법에 위반하는 법률·명령·규칙에 의한 재판을 거부할 수 있다.⁸⁾ 이와 같은 내용을 지니고 있는 憲法 제27조 제1항은 권리를 보장하는 것이기 때문에 국가에 대해 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 것을 요구할 수 있는 권리가 도출된다. 재판을 받을 권리가 가지고 있는 權利性的의 보장이야말로 憲法 제27조 제1항이 보장하고 있는 중요한 내용이다.

그런데 문제는 재판을 받을 권리가 보장되어 있다고 하더라도 어떠한 재판을 받을 권리를 가지느냐 하는 것이다. 이때 우리는 자연스럽게 大法院과 各級法院에서 행하는 재판을 받을 권리가 포함된다고 말한다. 그런데 문제는 憲法 제27조 제1항에서 과연 국민이 대법원과 각급법원에서 재판을 받을 수 있다는 것을 정하고 있느냐 하는 것이다. 憲法 제27조 제1항만 놓고 보면 이 조항을 아무리 해석하더라도 이 물음에 대한 답은 구할 수 없다. 기껏해야 “헌법과 법률이 정한 법관”이라는 文言으로부터 그런 법관이 일하는 법원에서 재판을 받을 것을 요구할 수 있다는 것만 도출된다. 그러면 그런 법관은 어떠한 곳에서 일하느냐 하는 것이 문제가 되는데, 이 점에 대해서는 憲法 제27조 제1항은 아무것도 말해주지 않는다. 여기에서 알 수 있듯이 헌법 제27조 제1항이 기본권으로서 재판을 받을 권리를 보장하고, 이런 보장에서 재판을 받을 권리가 權利性を 획득한다고 하더라도 어떠한 재판을 받을 권리인가 하는 문제에서는 헌법이나 헌

8) 金哲洙(註 2), 674쪽 이하; 許營(註 6), 351쪽 이하; 權寧星, 「憲法學原論」, 新版(서울: 法文社, 1997), 520쪽 이하 참조.

법이 지시하는 법률이 정하는 내용의 재판을 받는다고 하지 않을 수 없다. 바로 이 지점에서 우리는 헌법을 해석함에 있어서 憲法 제27조 제1항이 헌법상 어떤 경로를 통하여 국민의 재판청구권을 내용적으로 확정하고 있는가를 살펴야 한다.

이런 관점에서 보면, 재판청구권의 내용을 보장함에 있어서 憲法 제27조 제1항이 직접 정하고 있지 않는 내용은 헌법에서 정하고 있는 법원제도에 관한 조항을 경로로 하고 있음을 발견할 수 있다. 憲法 제101조 제1항과 제2항이 그 하나이다. 憲法 제101조 제1항은 국민이 법원에 의한 재판을 받는 것을 요구할 수 있는 권리를 가지는데, 그때 법관은 司法權을 행사하는 法院을 구성하는 구성원의 지위에 있다. 즉 법원에 의한 재판은 사법권의 행사로 실행되는 재판을 의미하고, 그런 사법권은 법원이 가지고 있는 것이다. 이런 내용은 憲法 제27조 제1항이 아니라 憲法 제101조 제1항이 보장하고 있다. 또 이런 사법권이 속한 법원은 우리나라에서는 대법원을 最高法院으로 하고 各級法院을 두는 구조를 가지고 있는데, 국민은 이런 구조를 가지고 있는 법원의 재판을 받을 권리를 가지고 있다. 이런 내용은 역시 재판을 받을 권리의 내용인데, 이것은 憲法 제101조 제2항이 정하고 있다. 이렇듯이 국민의 재판을 받을 권리는 憲法 제27조 제1항만이 아니라 법원제도를 정하고 있는 헌법의 각 규정으로부터 동시에 보장되고 있는 것이다. 이런 것은 헌법의 해석에 있어서 헌법 각 조항간의 有機的인 解釋과 憲法의 統一性이라는 요청에서 나오는 당연한 것으로 이해할 수 있는 것이지만,⁹⁾ 종래 헌법학자들이나 헌법재판소가 보인 태도는 이런 당연한 헌법해석의 원리를看過한 것이라고 보인다. 우리 헌법상 기본권은 “國民의 權利와 義務”라고 명기해놓은 헌법 제2장의 각 조항만이 보장하고 있는 것이 아니라, 그것이 기본권적 가치를 함유하고 있는 조항이라면 그 조항의 위치가 헌법의 어디에 배치되어 있든 관계없이 그로부터 기본권이 도출될 수 있다.¹⁰⁾

이런 해석의 법리는 憲法裁判을 받을 권리를 예로 들어 보아도 쉽게 이해할 수 있다. 우리 헌법에서 헌법재판을 받을 권리가 기본권으로서 보장되고 있느냐 하는 문제에 대해 이를 부정하는 견해는 없다. 그런데 이런 헌법재판을 받을 권리를 보장하는 근거 규정은 어느 것이냐 하는 물음에서는 憲法 제27조 제1항만 들여다 본다고 하여 답을 구할 수 있는 것이 아니다. 憲法 제27조 제1항은 文言上 어디에도 헌법재판을 받을 권리를 정하고 있지 않다. 이런 경우 憲法 제27조 제1항에서 말하는 “法官”에는 헌법재판소의 재판관도 포함된다고 하면서 憲法 제27조 제1항이 헌법재판을 받을 권리를 보장하는 것이라고 주장할지 모르겠으나, 憲法 제6장의 헌법재판소에 대한 규정이 없다고 가정해보면 이런 헌법재판소에 대한 규정이 없는 상태에서 憲法

9) 憲法의 統一性에 대하여는 국순옥, “헌법해석의 기본시각,” 민주주의법학연구회(편), 「헌법해석과 헌법실천」(서울: 관악사, 1997), 19쪽 이하(특히 31쪽); 許登, 「憲法理論과 憲法」(서울: 博英社, 1995), 100쪽 이하; 桂禧悅, 「憲法學(上)」(서울: 博英社, 1995), 75쪽 이하 참조.

10) 이에 관한 자세한 것은 鄭宗燮, “基本權條項 이외의 憲法規定으로부터의 基本權導出에 관한 研究,” 「憲法論叢」, 第5輯(1994), 239쪽 이하를 참조하기 바람.

제27조 제1항에서 헌법재판을 받을 권리가 나온다고 하는 것은 아무런 의미를 가지지 못한다. 결국 헌법재판을 받을 권리가 기본권으로 보장되는 것은 憲法 제27조 제1항에서 정하고 있는 “法官”에 헌법재판소 재판관이 포함된다고 해석하여 헌법재판을 받을 권리의 권리성의 보장을 획득하고 憲法 제6장의 각 규정에서 그 구체적인 내용을 획득할 때 비로소 완전한 모습으로 도출될 수 있다.¹¹⁾

이런 점을 고려하면 무엇보다도 우리 헌법이 대법원의 재판을 받을 권리를 기본권으로 보장하고 있느냐 하는 문제에 있어서 헌법 제27조 제1항만 붙잡고 그 결론을 찾으려고 한 것은 우리 헌법을 해석함에 있어서 接近方法에서부터 실패를 한 것이라고 하지 않을 수 없다. 헌법재판소는 이런 오류를 범하였다.

헌법이 보장하는 이런 재판을 받을 권리는 審級과 관련하여 문제가 된다. 즉 헌법이 보장하고 있는 재판을 받을 권리는 제1심 재판에 한하는 것인가 아니면 상소할 수 있는 권리까지 포함하는가 그리고 상소권이 인정되는 경우에도 제2심 재판을 받을 권리까지 보장하고 있는가 아니면 제3심 재판 또는 제4심 재판 등을 받을 권리까지 보장하고 있는지가 문제가 된다.

2) 上訴할 수 있는 權利

憲法 제27조 제1항이 재판청구권을 기본권으로 보장하고 있는 것에는 의문의 여지가 없으나, 이 조항이 상소할 수 있는 권리를 기본권으로 보장하고 있느냐 하는 것이 문제가 된다. 이 문제는 裁判의 本質에서 나오는데, 재판이라는 것이 사람이 하는 일인 만큼 여기에는 오판의 위험성이 항상 존재하기 마련이다. 재판이 이런 오판을 피하고 정의를 실현하는 것이라면 재판에는 본질필연적으로 한 번의 판단으로 완결되는 것이 아니고 당사자가 불복하는 경우에는 그에 대하여 다시 살피는 절차가 필요하다. 따라서 재판청구권이 보장되면 재판이 가지고 있는 오판의 가능성이라는 사실상의 한계 때문에 상소하는 길을 마련하지 않을 수 없다.

우리 헌법에도 위에서 본 것과 같이 憲法 제101조 제1항과 제2항이 사법권을 행사하는 기관을 법원으로 정하고, 법원을 大法院과 各級法院으로 정하고 있는 만큼 상소의 심급을 몇심으로 하느냐 하는 문제는 法律事項이라고 하더라도 최소한 제1심 법원과 대법원은 존재하여야 하므로 상소심의 재판을 받을 권리는 인정된다. 전혀 재판을 하지 않는 법원, 즉 사법권을 보유 행

11) 헌법재판소의 헌법재판을 받을 권리를 憲法 제107조 제1항과 제111조에서 도출하고 있는 견해로는 金哲洙의 해석이 있다. 金哲洙(註 2), 679쪽 참조. 우리 헌법의 해석과 관련하여 헌법재판을 받을 권리를 헌법상 어느 조항에서 도출할 것이냐 하는 문제에서 일단 憲法 제27조 제1항만을 붙잡고 있는 태도를 극복하고 나면, 어느 조항이 그에 관한 것인가 하는 것이 문제가 된다. 憲法 제27조 제1항의 규정이 없다면 憲法 제107조 제1항과 憲法 제111조, 제112조, 제113조의 각 해당 규정에서 도출하는 것으로 해석문을 전개할 수 있으나, 憲法 제27조 제1항이 있는 현행 헌법의 체계를 고려하면 憲法 제27조 제1항을 함께 고려하여 전체 헌법 규정을 유기적으로 해석하는 것이 타당하다.

사하지 않는 법원은 헌법 제101조 제1항의 규정에 의하여 헌법에서 인정하지 않는 것이다. 따라서 우리 헌법상 상소심의 재판을 받을 권리는 헌법제 27조 제1항, 제101조 제1항, 제2항에 의하여 인정된다고 할 것이다. 그리고 이런 상소심의 절차에서 最終審은 헌법 제101조 제2항에서 명시적으로 정하고 있듯이 최고법원인 대법원의 관할에 속한다.

그런데 문제는 이런 상소의 절차를 어느 정도로 인정할 것인가가 문제가 된다. 왜냐하면 재판에서 당사자가 불복한다고 하여 이에 대하여 재판을 무한히 반복할 수는 없기 때문이다. 이하에서는 제2심의 재판을 받을 권리와 제3심의 재판을 받을 권리 등에 대하여 살펴본다.

3) 第2審의 裁判을 받을 權利

제2심의 재판을 받을 권리, 다시말해 抗訴할 수 있는 권리는 헌법이 재판청구권을 보장하고 있는 이상 本質必然의으로 인정되는 것이다. 항소는 가장 기본적인 상소절차이기 때문이다. 우리 헌법의 해석상 이런 제2심의 재판을 받을 권리는 헌법 제27조 제1항, 제101조 제1항, 제2항이 인정하고 있다고 할 것이다. 따라서 특별한 경우 제2심의 재판을 받을 권리를 배제하고자 하는 때에는 이에 관한 규정을 헌법에 직접 두어야 한다. 우리 헌법에서 이런 것은 憲法留保事項이다. 제1심의 재판만으로 재판이 종결되는 單審의 경우를 헌법 제110조 제4항이 직접 정하고 있는 것도 바로 이런 이유때문이다.¹²⁾

우리 헌법하에서 제2심의 재판을 어느 법원에서 관할하느냐 하는 문제는 헌법이 명시적으로 정하고 있지 않거나 2심제를 취하지 않는한 법률로서 정할 수 있는 法律事項이다. 즉 제2심 재

12) 현행 公職選舉및選舉不正防止法(1994. 3. 16. 법률 제4739호, 개정 1995. 12. 30.)은 大統領, 國會議員, 市·道知事の 선거에 관한 소송은 大法院이 單審으로 재판하게 하도록 정하고 있고, 自治區·市·郡의 장선거에 관한 소송은 高等法院이 관할하도록 하고 있다(제222조, 제223조). 이런 제도는 선거재판의 관할과 심급제도의 취지상 많은 문제를 안고 있다. 선거소송을 단심으로 하느냐 상소를 인정하게 하느냐 하는 것은 정책적으로 결정할 수 있지만, 단심으로 하는 경우에는 憲法에 그에 관한 규정을 두어야 한다. 따라서 헌법이 아닌 법률에서 대법원을 관할법원으로 하는 단심 구조로 정하고 있는 이 규정은 문제가 있다. 뿐만아니라 自治區·市·郡의 長의 선거에 관한 소송에서 고등법원에서 제1심의 재판을 받은 후 이에 불복하는 경우 대법원에 상고할 수 있느냐 하는 것이 문제가 되는데, 이에 관해서는 명시적인 규정이 없다. 만일 대법원에 상고하는 것이 인정되지 않는 경우에는 고등법원을 단심으로 하는 재판이 되어 대법원의 최고법원성을 보장하는 憲法 제101조 제2항의 예외가 되는데, 이런 경우는 우리 헌법상 반드시 헌법에서 명문으로 정하여야 하는 것이다. 따라서 이런 경우에는 헌법에 위반된다. 그렇지 않고 이 경우 제227조의 준용규정에 따라 法院組織法과 民事訴訟法이 準用된다고 해석하여 상고가 인정되는 것이라고 한다면(이런 해석도 예컨대 행정소송법 제9조 제2항에서 상고에 대하여 명문으로 정하여 준용규정으로 처리하지 않는 것과 비교하면 이런 해석도 궁한 것이다) 大統領, 國會議員, 市·道知事の 선거에 관한 소송은 단심으로 끝나고 自治區·市·郡의 장선거에 관한 소송은 高等法院과 大法院을 거치는 2심의 구조를 가지는 것이 되어 양자의 형평상 문제가 있다. 선거소송을 단심으로 하면서 이런 번거로운 관할제도를 극복할 수 있는 방법은 선거소송을 憲法裁判所의 관할로 하는 것이다. 選舉無效裁判 이든 當選無效裁判이든 이런 선거재판은 본질적으로 國事裁判으로서 헌법재판의 성질을 가지기 때문에 우리 헌법제도에서는 선거재판을 헌법재판소의 관할사항으로 하여 憲法 제111조에 포함시키는 것이 타당하다. 許鑾은 "선거에 관한 소송의 심판은 그 본질면에서 헌법재판의 유형에 속하는 것이기 때문에 헌법재판제도가 확립된 나라에서는 헌법재판기관에 맡기는 것이 원칙"이라고 한다. 許鑾(註 6), 965쪽. 선거재판이 가지는 이런 특수한 성격에 대하여 인정하는 견해로는 金哲洙(註 2), 970쪽 참조.

판의 관할이 憲法 제101조 제2항이 정하고 있는 大法院이나 各級法院의 관할중 어디에 해당하느냐 하는 것은 헌법이 직접 정하고 있는 것 이외에는 法律政策的 判斷에 따라 결정된다. 상소심의 구조를 2심으로 하는 경우에는 최종심이 대법원이므로 대법원이 항소심의 관할을 가지게 된다. 상소심의 구조를 3심으로 하는 경우에는 各級法院의 어느 한 심급의 법원에서 이를 관장하고 최종심인 제3심은 대법원이 관장하게 된다.

따라서 헌법은 單審의 경우를 직접 정하고 있는 경우를 제외하고는 제2심의 재판을 받을 권리를 기본권으로 보장하고 있다고 할 것이다. 審級制度를 헌법이 마련하고 있다고 해석하는 견해는 최소한 이런 제2심의 재판을 받을 권리를 기본권으로 인정하는 것이라고 이해할 수 있다.¹³⁾ 審級制度를 두느냐 마느냐 하는 것을 법률사항으로 하는 경우에는 제2심의 재판을 받을 권리는 기본권이 되지 못하며, 그 결과 이런 경우는 재판의 본질적인 부분이 부정되는 경우라고 할 수 있다. 우리 헌법은 이런 것을 인정하지 않고 있다.

4) 第3審의 裁判을 받을 權利

우리 헌법은 제3심의 재판을 받을 권리를 기본권으로 보장하고 있는가? 우리 헌법이 제2심의 재판을 받을 권리를 기본권으로 보장하고 있다고 하여 당연히 제3심의 재판을 받을 권리까지 보장하는 것은 아니다. 우리 헌법 제101조 제2항은 대법원을 최고법원으로 정하고 있기 때문에 3심의 구조에서는 제3심의 재판을 받을 권리가 대법원의 재판을 받을 권리와 동일한 것이지만, 4심의 구조를 취하게 되면 제3심의 재판을 받을 권리가 반드시 대법원의 재판을 받을 권리와 동일한 것으로 되는 것은 아니다. 따라서 심급제도에서 심급을 몇심으로 할 것이냐 하는 것을 법률에 위임하고 있는 우리 헌법의 구조에서는 제3심의 재판을 받을 권리와 대법원의 재판을 받을 권리가 항상 같은 것은 아니다. 이런 점을 전제로 하고 우리 헌법에서 제3심의 재판을 받을 권리가 기본권으로 인정되고 있느냐 하는 문제를 살펴본다.

우리 憲法 제110조 제2항은 “軍事裁判의 上告審은 大法院에서 관할한다.”라고 정하고 있다. 憲法 제101조 제2항에 비추어 보건대, 이때의 상고심은 최종심을 뜻한다. 그리고 3심제의 구조에서는 상고심이 제3심을 의미한다. 이와 같이 군사재판이 3심제의 구조하에 행해지고 그때의 제3심이 상고심을 의미하는 경우에는 憲法 제110조 제2항이 직접 제3심의 재판을 받을 권리를 기본권으로 정하고 있다고 하지 않을 수 없다. 그리고 이때의 제3심은 대법원이 관할한다고 정하고 있으므로 결국 군사재판에서 대법원의 재판을 받을 권리는 기본권으로 보장하고 있는 것이다. 우리 헌법에 대법원의 재판을 받을 권리를 기본권으로 보장하고 있는 명문이 없다고 단정하는 태도는 이 점에서 오류를 범한 것이다.

13) 우리 재판제도에서 심급제도를 헌법이 마련하고 있는 제도로 이해하는 견해로는 許營(註 6), 993쪽.

군사재판이 아닌 경우에 대법원의 재판을 받을 권리는 어떠한 것인가? 이에 관하여 우리 헌법이 명시적으로 정하고 있는 것은 없다. 그러나 법률이 심급의 구조를 3심으로 채택한 경우에는 제3심이 최종심이므로 憲法 제101조 제2항에 비추어 보아 이런 최종심으로서의 제3심은 대법원의 관할이 된다. 따라서 이 경우에는 제3심의 재판을 받을 권리는 기본권으로 보장되는 것이다. 법률이 3심이 아닌 경우를 채택하게 되면 문제는 달라진다. 2심제의 구조를 채택하는 경우에는 제3심이란 존재하지 않으므로 거론할 여지가 없다. 4심 이상의 구조를 채택하는 경우에는 제3심은 최종심이 아니므로 제3심의 재판을 받을 권리에 憲法 제101조 제2항에서 정하고 있는 대법원의 최고법원성을 적용할 여지가 없다. 따라서 이런 경우에는 제3심의 재판을 받을 권리는 기본권으로 보장되지 않는 것이다. 이와 같은 내용을 정리하면 아래의 표와 같다.

《제3심 재판을 받을 권리는 기본권인가?》

심급구조	기본권 인정 여부
3심	○
4심 이상	×

(2) 大法院의 裁判을 받을 權利

이제 이 논문에서 밝혀보고자 하는 주제로 돌아온다. 우리 헌법질서에서 대법원의 재판을 받을 권리는 헌법이 인정하는 기본권이냐 아니면 법률의 수준에서 정하고 있는 권리에 지나지 않는 것이냐 하는 문제이다. 이 문제에 관하여 헌법이 명시적으로 정하고 있는 부분과 명시적으로 정하고 있지 않은 부분으로 나누어 본다.

위에서 보았듯이 通常의 一般裁判節次에서 대법원의 재판을 받을 권리를 명시적으로 정하고 있는 경우는 군사재판의 경우이다. 군사재판의 경우 軍事法院法(1987. 12. 4. 전면개정 법률제 3993호, 개정 1994. 1. 5. 법4704호)은 3심제를 취하고 있고(제414조, 제442조), 이런 3심제에서 최종심은 상고심이다. 그리고 憲法 제110조 제2항은 이런 상고심의 재판을 받을 권리와 이 상고심은 대법원의 관할이라는 것을 명시적으로 정하고 있다. 3심제를 채택하고 있는 현행 군사재판절차에서는 상고심에서 대법원의 재판을 받을 권리는 헌법이 명시적으로 정하고 있는 기본권이다. 이 경우 대법원의 재판을 받을 권리의 權利性은 憲法 제27조 제1항이 보장하고 있고, 제3심의 재판을 '대법원'에 상고로 구할 수 있는 것은 憲法 제110조 제2항이 보장하고 있다. 결국 憲法 제27조 제1항과 제110조 제2항에 의하여 군사재판에서는 대법원의 재판을 받을 권리가 기본권으로 보장되고 있다. 이런 경우에도 憲法 제37조 제2항에 따라 대법원의 재판을 받을 권리를 제한할 수 있음은 물론이다.

통상의 일반재판절차는 아니지만 規範統制節次的 하나인 憲法 제107조 제2항도 대법원의 재

판을 받을 권리를 보장하는 것이다. 국민이 일반재판절차에서 명령 규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에 대법원에 대하여 審査를 청구할 수 있는 권리는 憲法 제27조 제1항과 憲法 제107조 제2항이 보장하고 있는 기본권이다.¹⁴⁾

이런 명시적인 규정이 없는 경우 대법원의 재판을 받을 권리가 기본권인가 하는 문제는 결국 헌법의 해석을 통하여 답을 구할 수 밖에 없다. 따라서 이 사건의 경우와 같이 헌법이 이 문제에 대하여 명시적으로 정하고 있지 않는 경우에는 우리 헌법의 해석을 통하여 헌법이 대법원의 재판을 받을 권리가 기본권임을 인정하는지의 여부를 찾아야 한다.

위에서 보았듯이 이 문제를 살펴봄에 있어서 헌법재판소와 같이 憲法 제27조만을 붙들고 해석을 시도하는 것은 타당하지 않다. 이 문제는 심급제도와 관련되어 있고, 또 우리 헌법이 어떤 법원구조를 제도로써 정하고 있는나 하는 문제와도 관련이 있기 때문이다. 따라서 이 문제를 고찰함에 있어서는 憲法 제27조 제1항 이외에도 헌법 제101조 제1항과 제2항을 함께 고려할 필요가 있다. 헌법 제101조 제2항은 법원의 조직을 대법원과 각급법원으로 정하고 있는데, 이때의 조직은 사법권의 행사 즉 재판을 위하여 존재하는 것이다. 왜냐하면 헌법 제101조 제1항의 규정을 보건대 이런 법원은 본질적으로 사법권을 행사하는 기관이기 때문이다. 사법권을 행사하지 않는 법원은 우리 헌법에서 생각할 수 없다.

항소권이든 상고권이든 이런 권리는 법리적으로 사법권을 행사하는 법원을 전제로 하고 있다. 제4심이 인정되는 경우 제3심은 대법원의 관할로 하지 않을 수도 있으나 제3심이 최종심인 재판제도를 취하는 경우에는 제3심은 대법원의 관할로 하지 않을 수 없다. 왜냐하면 우리 헌법은 대법원을 최고법원으로 정하고 이런 최고법원은 사법권을 행사함에 있어서 최고성을 가지기 때문에 최종심은 대법원이 관장하지 않을 수 없기 때문이다.¹⁵⁾ 그렇다면 우리 헌법에서는 헌법 제101조 제1항, 제2항의 규정상 '사법권을 행사하지 않는 대법원'이란 존재할 수가 없다는 결론에 도달한다. 즉 재판을 하지 않는 대법원은 존재할 수 없다는 것이다. 예컨대 대법관이 재판은 하지 않고 법원의 행정만 하기 위하여 대법원에 근무하는 것은 있을 수 없다는 것이다(이 논의는 중요하다. 우리 헌법하에서 대법원의 재판을 받을 권리가 헌법이 보장하는 권리가 아니라 입법정책 즉 법률정책적인 것이라고 보면, 대법원의 재판을 받을 권리를 법률로서 인정할

14) 헌법 제107조 제2항이 정하고 있는 명령 규칙 처분에 대한 위헌심사제도는 우리 법제계상 많은 문제점을 안고 있다. 이에 관한 자세한 것은 鄭宗燮, 「憲法裁判研究(1)」(서울: 철학과현실사, 1995), 85쪽 이하를 보기 바람.

15) 이 문제는 헌법 제101조 제2항에서 정하고 있는 大法院의 最高法院으로서의 地位가 무엇을 의미하느냐 하는 것과 밀접한 연관을 가지고 있다. 대법원의 최고법원성은 사법권의 행사에서 최고법원으로서의 지위에 있다는 것을 의미한다. 이것은 헌법 제101조 제2항이 법원의 行政에서 대법원을 최고의 지위에 있다는 것을 인정하는 것이 아님을 의미한다. 우리 헌법에서는 각급법원이 행정적으로 독립된 구조를 취하는 것도 인정된다. 대법원이 각급법원을 행정적으로 장악하여 재판에 영향을 미치는 것은 법원의 독립을 내부적인 통제를 통하여 제약하는 것이 된다. 헌법이 정하고 있는 대법원의 최고법원성을 제대로 이해하는 것은 현재와 같이 대법원을 정점으로 하여 견고하게 구축되어 있는 사법부 내부의 官僚化와 階級化의 모순을 타파하는 데 중요한 의미를 지닌다.

수도 있고 인정하지 않을 수도 있다는 결론에 이른다. 만일 법률로서 대법원의 재판을 받을 권리를 인정하지 않는 상황이 생겨나면 그때는 대법관들로 구성되는 대법원은 법원의 행정이나 하는 기관으로 되고 이런 행정이나 하는 대법원도 존재할 수 있다는 결론에 이르게 된다.).

2심제의 구조를 취하는 경우에도 같은 법리에 의하여 최종심인 제2심의 재판을 받을 권리는 우리 헌법에서는 대법원의 재판을 받을 권리가 된다. 즉 2심제를 취하는 경우, 제2심은 대법원의 관할로 하지 않으면 안된다. 2심제를 취하면서 대법원이 아닌 각급법원에서 제2심의 재판을 받게 하는 것은 우리 헌법에서는 위헌이 된다. 特許訴訟은 2심제의 구조를 취하고 있는데 제1심인 特許法院의 재판에 대하여 불복하는 경우에는 대법원에 상고를 할 수 있다(特許法 제186조 제1항, 제7항).

이런 점을 고려하면 우리 헌법에서는 대법원의 재판을 받을 권리가 보장되지 아니하는 特別法院은 인정되지 않는다. 어떤 형태의 심급을 취하든 그 문제는 법률정책의 문제이지만 최고법원인 대법원에 상고가 인정되지 않는 형태의 특별법원의 설치하는 우리 헌법이 인정하지 아니하는 것이다.¹⁶⁾

결국 지금까지 검토한 것을 종합하면, 우리 헌법상 대법원의 재판을 받을 권리를 어느 범위와 어느 정도에서 제한할 수 있느냐 하는 것은 별론으로 하고 최고심급으로서의 대법원의 재판을 받을 권리는 헌법이 보장하고 있는 기본권이라는 결론에 도달한다. 이것은 憲法 제27조 제1항과 함께 고려되는 것인데, 대법원의 재판을 받을 권리에서 국가를 상대로 주장할 수 있는 '權利性'은 憲法 제27조 제1항이 보장하고 있는 것이고, 이 권리를 '대법원'에 대하여 행사할 수 있다는 것은 憲法 제101조 제1항과 제2항이 보장하고 있는 것이라는 결론에 도달한다.

판례를 보건대, 우리 헌법상 대법원의 재판을 받을 권리가 헌법이 인정하는 권리인가 하는 문제에 대해서는 이미 1952년 9월 9일 憲法委員會가 대법원이 위헌제청을 한 사건을 심판함에 있어서 당시의 1952年 憲法(1952. 7. 7. 공포)은 대법원의 재판을 받을 권리를 기본권으로 인정한다고 해석하면서 아래와 같이 판시하였다.¹⁷⁾

16) 金哲洙는 헌법 제101조 제2항을 해석과 관련하여 우리 헌법상 “大法院에의 上告가 인정되지 않는 軍事法院 이외의 特別法院(例外法院, Ausnahmegericht)의 설립은 인정되지 않는다.”고 하면서 이 점을 분명히 하고 있다. 金哲洙(註 2), 1061쪽.

17) 이 사건에서 大法院이 위헌제청한 이유를 살펴보는 것은 그 이후의 대법원의 판례를 이해하는데 도움이 되므로 決定書에 나타난 違憲提請의 理由를 보기로 한다. “農地改革法 第24조 第1항에 의하면 최종법원은 동법 제18조 제1항과 동일하다는 취지를 규정하고 右 第18조 第1항에 의하면 최종법원은 二審上級法院(高等法院)까지로 한다는 취지를 규정하였으며, 憲法 第22조에 의하면 국민의 기본권으로서 모든 국민은 법률의 정한 법원에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리가 있음을 규정하였고, 憲法 第76조 第2항에 의하면 최고법원인 대법원과 하급법원의 조직은 법률로써 정한다고 규정하였는 바, 法院組織法에 의하면 民事나 刑事임을 막론하고 원칙으로 三審制度를 채용하여(행정소송은 예외로 二審制度) 여하한 경우라도 국민의 최고최종법원인 대법원의 심판을 받는 권리를 박탈하지 못함지며, 또 법률로써 하급법원인 특별법원을 조직할지라도 최종심은 최고법원인 대법원에 統合歸一하여야 할 것임은 前示 헌법 각규정의 정신에 비추어 置疑할 여지없다. 그런데 農地改革法 第24조 第1항 동법 제18조 第1항의 규정은 최종심을 최고법원인 대법원으로 하지 아니하고 二審上級法院인 고등법원으로 하였음은 국민의 기본권

審按컨대, 大韓民國은 법률에 정한 법관에 의하여 법률에 의한 심판을 받을 권리가 있음은 우리 憲法 제22조에 明定한 바 국민의 기본권이요, 憲法 제76조 제2항의 최고법원과 하급법원의 조직을 규정한 法院組織法은 三審制의 대원칙을 확립하여 무릇 소송이 최종심으로서 대법원의 심판을 받을 권리를 인정할 뿐 아니라 二審制인 행정소송이 또한 그리하고 單審制인 선거소송까지도 최고법원인 대법원의 심판을 받게 한 각 법률규정에 비추건대, 가령 법률로써 모종의 特別審判機關을 설치할지라도 이는 즉 하급법원이요, 그 최종심은 역시 최고법원인 대법원에 統合歸一케 함이 憲法 제22조 및 제76조 제2항의 대정신임에 하등 置疑할 바 없다. 그런데 農地改革法 제18조 제1항 및 제24조 제1항은 각기 소정 소송에 관하여 최종심을 二審上級法院인 고등법원까지로 한 주문표시의 각 규정은 무릇 국민이 최고법원인 대법원의 심판을 받는 기본권을 박탈한 바로서 憲法 제22조, 제76조의 정신에 위반함이 명백하다(문장부호의 표시 및 일부 한글화는 필자가 하였다).¹⁸⁾

대법원의 판례도 기본적으로 이런 헌법위원회의 판례와 같은 취지의 견해를 유지하면서 대법원의 재판을 받을 권리를 기본권으로 이해하고 있다.¹⁹⁾ 학설상의 대부분의 견해도 대법원의 재

인 最高最終法院인 대법원의 심판을 받는 권리를 剝奪한 결과를 초래한 것이라 할 것이요, 이는 헌법 제22조 정신에 위반된다 할 것이며, 또 農地改革法의 前示 각조항은 대법원을 제외하고 항소심인 고등법원을 최종심으로 하였으니 역시 憲法 제76조 제2항의 정신에 위반된다.” 憲法委員會 權紀 4285年 憲委第1號 違憲宣言, 憲法裁判所 判例編纂課, 「憲法委員會 및 大法院 憲法判例集(上)」(1990), 9쪽, 10쪽.

18) 憲法委員會 權紀 4285年 憲委第1號 違憲宣言, 憲法裁判所 判例編纂課(註 17), 10쪽. 이 책은 해당 자료를 복사하여 만든 것이다. 이 사건 결정의 주문은 “農地改革法 제18조 제1항 後段 ‘이 경우에 최종법원은 二審上級法院까지 한다’ 및 제24조 제1항 後段 ‘이 경우에 최종법원은 제18조와 같다’는 각 규정은 헌법에 위반한 법률임을 선언함”이라고 되어 있다. 같은 책, 9쪽.

19) 대법원은 1975. 6. 10. 74다1333 사건에서 “소액사건심판법 3조가 일반 민사소송법의 규정에 비하여 상고이유를 제한한 바 있으나 그로하여 대법원에 할 수 있는 상고권을 박탈한 것이 아니므로 헌법 24조 1항, 100조 2항에 위배되지 아니한다.”라고 판결하였다. 대법원 1975. 6. 10. 74다1333 <法公> 516, 8482쪽. 대법원은 1976. 11. 9. 76도3076 사건에서 “법률이 형사사건에 관해서 상고할 수 있는 사유를 제한하였다고 해서 그것이 곧 헌법 24조, 100조에서 보장하고 있는 대법원에 이르기까지 재판을 받을 권리를 제한하는 것이라고 할 것이 아닌 바...”라고 하여 대법원의 재판을 받을 권리를 헌법이 보장하는 권리로 인정하고 있다. 이 판결에서는 명백히 대법원의 재판을 받을 권리를 헌법 제24조와 함께 제100조에서 도출하고 있다. 대법원 1976. 11. 9. 76도3076 <法公> 550, 9505쪽. 1989. 10. 24. 89카55의 사건에서는 “소액사건심판법 제3조 제1호는 소액의 민사사건을 간소한 절차에 따라 신속히 처리하기 위하여 상고이유를 일반 민사소송법에서의 그것에 비하여 제한한 바 있으나 그로 인하여 상고권을 박탈하였다고 볼 수 없으니 위 조항이 헌법 제11조 제1항(평등권)이나 제27조 제1항(재판을 받을 권리)에 위배된 위헌규정이라고는 할 수 없다.”라고 판결하였다. 대법원 1989. 10. 24. 89카55 <法公> 867, 15쪽. 이런 판결에서 판시한 내용은, 소액사건심판법 제3조의 해당 규정은 상고권을 박탈하지 아니하고 제한의 범위내에서 제한을 한 것에 지나지 않기 때문에 합헌이며, 상고권을 박탈하면 위헌이라는 취지라고 해석할 수 있다. 그렇다면 이 판결에서 대법원은 당시 헌법하에서 대법원의 재판을 받을 권리는 제한할 수는 있지만 박탈할 수 없는 것이라고 이해한 것인데, 이것은 곧 대법원의 재판을 받을 권리를 기본권이라고 이해하는 것을 전제로 할 때만 가능한 논리이다. 이런 판례를 보건대, 대법원은 대법원의 재판을 받을 권리를 헌법이 보장하고 있는 기본권이라고 인정하고, 이를 제한할 수는 있지만 박탈할 수는 없는 권리라고 이해하고 있다고 할 수 있다. 대법원이 1989. 12. 15. 88카75 사건에서 “헌법 제27조 제1항에 규정된 국민의 재판청구권은 법률에 의한 재판을 받을 권리를 의미하는 것으로서 헌법 제102조 제3항은 대법원과 각급법원의 구체적인 재판관할권은 법률로써 정하도록 규정하고 있으므로 특히 헌법이 대법원의 재판관할을 명시하고 있는 헌법 제107조 제2항, 제110조 제2항의 경우 이외에 법률로써 대법원의 재판관할권이 미치는 상고법위를 제한하더라도 헌법에 위반된다고 볼 수 없을 뿐 아니라...”라고 판시한 것도 위의 판례들의 취지와 모순되는 것이 아니다. 대법원 1989. 12. 15. 88카75 <法公> 865, 74쪽.

판을 받을 권리를 기본권으로 해석한다.²⁰⁾

이와 같은 우리 헌법의 해석에 의할 때, 우리 실정법구조에서 대법원의 재판을 받을 권리를 헌법이 보장하는 것이 아니라 단순히 법률상의 것으로 이해하는 견해는 타당하지 않다고 할 것이다. 그리고 위에서 보았듯이 대법원의 재판을 받을 권리가 반드시 3심의 재판을 받을 권리와 일치하지 않는 것임을 고려하면, 우리 헌법하에서 최종심을 대법원으로 하면서도 2심제를 취할 수도 있고 4심제 또는 그 이상의 심급을 가지는 형태도 취할 수 있다. 따라서 상소심절차에서 불복의 기회를 몇회로 할 것이냐 하는 것은 최종심을 대법원으로 하는 이상 이것은 법률로서 정할 수 있는 法律留保事項 즉 법률정책의 사항이라고 할 수 있다.²¹⁾

3. 憲法裁判所의 判斷上の 誤謬

헌법재판소가 이 사건 판단에서 오류를 범한 것을 분석하기 위해서는 위에서 본 것과 같은 <제1 논리>가 지닌 잘못과 함께 그러한 오류에 더하여 헌법재판소가 심급제도와 재판청구권의 관계를 이해함에 있어서 저지른 법리와 논리의 오류도 검토할 필요가 있다.

憲法裁判所는 현행 법률이 취하고 있는 3심제의 보장을 제1심-항소심-상고심의 심급구조에서 제1심, 항소심, 상고심의 재판을 받을 권리라고 이해하였다. 그리고 상고심의 재판을 받을 권리

20) 金哲洙는 "우리나라 법원은 최고법원인 대법원과 하급법원으로 구성되므로 국민은 최고법원인 대법원의 재판을 받을 권리를 가지고 있다고 봄이 타당하다. 따라서 최고법원인 대법원의 심리를 생략하는 재판은 본조에 위반한다 할 것이다."라고 하여 대법원의 재판을 받을 권리를 헌법이 보장하는 기본권으로 이해한다. 金哲洙(註 2), 683쪽; 許鵬은 헌법 제27조 제1항에서 정하고 있는 재판을 받을 권리에는 적법한 재판절차에 의한 재판을 받을 권리가 포함되고 이 "적법한 재판절차에는 심급제와 최고법원인 대법원내의 상고절차가 포함된다고 보아야 한다"라고 하고, "심급제를 원칙적으로 폐지한다든지, 대법원내의 상고를 부당하게 제한하는 것 등은 단순한 입법정책의 문제가 아니고, 정당한 재판을 받을 권리와 저촉될 수 있는 소지가 크기 때문에 매우 신중한 헌법차원의 검토가 선행되어야 한다."라는 견해에서 헌법재판소의 판례의 태도에 대해 비판하는 입장을 취하고 있다. 許鵬(註 6), 353쪽. 이에 반하여 權寧星은 헌법 제27조 제2항의 재판청구권에 대법원의 재판을 받을 권리가 포함되느냐 하는 문제에 대해 "국가에 따라서는 상고심에서 재판을 받을 권리를 명문화한 헌법도 없지 아니하나 현행 헌법에는 이에 관한 명문의 규정이 없고 상고문제는 법률에 맡겨져 있다. 그러므로 헌법 제27조의 재판을 받을 권리중에 모든 사건에 대하여 상고법원의 구성법원에 의한 그리고 상고심절차에 의한 재판을 받을 권리까지 포함된다고 단정할 수는 없다. 모든 사건에 대하여 상고를 할 수 있게 하느냐 않느냐는 입법정책의 문제라고 할 것이다."라고 하면서 헌법재판소의 결정을 그대로 추종하고 있다. 그러면서 "개별입법시 상소권을 전면 봉쇄하는 것은 상소권을 본질적으로 박탈하는 것이어서 위헌이다."라는 견해를 취하고 있다. 權寧星(註 8), 520쪽 이하. 여기서 말하는 상소권에는 우리 법제도상 항소권과 상고권이 포함되어 있음을 감안할 때, 權寧星의 견해는 대법원의 재판을 받을 권리가 기본권이냐 아니냐 하는 문제에 대해서는 불분명한 태도를 취하고 있다고 보인다. 그러나 헌법재판소의 결정을 그대로 반복하면서 추종하는 것을 보건대, 헌법재판소와 같은 견해를 취하는 것이 아닌가 하는 생각이 든다.

21) 權寧星은 "헌법은 상하의 審級制만을 규정하고 있을 뿐 반드시 三審制를 요구하고 있는 것이 아니지만, 법원조직법은 三審制의 원칙을 규정하고 있다."라고 한다. 權寧星(註 8), 985쪽. 金哲洙는 "헌법은 법원은 大法院과 各級法院으로써 구성된다고 하고 있으므로, 大法院의 재판을 받을 권리만 인정하면 되고 3심제도를 반드시 둘 필요는 없다."라고 한다. 金哲洙(註 2), 1060쪽. 許鵬은 "우리 헌법은 사법절차상의 심급제도를 필수적인 것으로 마련하면서도 그것이 반드시 3심제이어야 한다는 평문규정은 두지 않았다. 3심제의 원칙은 법원조직법에 의해서 도입된 제도이다."라고 한다. 許鵬(註 6), 993쪽.

를 대법원의 재판을 받을 권리와 같은 것으로 이해한 다음, 3심제의 보장이 입법정책적인 것 즉 법률의 수준에서 정해지는 것이므로 대법원의 재판을 받을 권리도 당연히 법률의 수준에서 정해지는 입법정책적인 것이라고 판단하였다. 위에서 본 헌법재판소의 판단 부분에서 “모든 사건에 대해 똑같이 세차례의 법률적 측면에서의 심사의 기회의 제공이 곧 헌법상의 재판을 받을 권리의 보장이라고는 할 수 없을 것이다.”라고 판단한 부분은 3심제의 보장이 곧 대법원의 재판을 받을 권리를 보장하는 것이라고 전제한 것으로 보이고, 憲法 제27조 제1항의 해석에서 “여기에서 곧바로 상고심재판을 받을 권리가 발생한다고 보기는 어렵다고 할 것이다.”라고 판단한 부분과 “상고문제가 일반 법률에 맡겨진 것이 우리 법제라면 憲法 제27조에서 규정한 재판을 받을 권리에 모든 사건에 대해 상고법원의 구성법관에 의한, 상고심 절차에 의한 재판을 받을 권리까지도 포함된다고 단정할 수 없을 것”이라고 판단한 부분은 상고심의 재판을 받을 권리가 곧 대법원의 재판을 받을 권리를 의미한다고 이해한 것으로 보인다.

헌법재판소가 명시적으로 전개한 논리와 그런 명시적인 표현뒤에 전제되어 있는 논리를 종합하여 이 사건에서 헌법재판소가 구성한 논리의 구조를 분석해보면 다음과 같다.

《논리 2》

1. 우리 헌법에서 3심제의 보장은 법률정책적인 것이다.
2. 3심제의 보장은 상고심의 재판을 받을 권리의 보장을 포함한다.
3. 상고심의 재판을 받을 권리의 보장은 대법원의 재판을 받을 권리의 보장과 같다.
4. 따라서 대법원의 재판을 받을 권리의 보장은 법률정책적인 것이다.

이러한 논리의 구성에서 치명적인 誤謬는 이미 보았듯이 상고심의 재판을 받을 권리가 대법원의 재판을 받을 권리가 반드시 일치하는 것이 아님에도 이 둘을 완전히 같은 것으로 이해한 것에 있다. 우리의 현행 民事訴訟法(1960. 4. 4. 법률 제547호, 개정 1995. 12. 6. 법5002호)의 규정(제392조-제408조)이나 刑事訴訟法(1954. 9. 23. 법률 제341호, 1995. 12. 29. 법5054호)의 규정(제371조-401조)만을 고려하면 우리 법률의 제도상 上告審은 大法院의 관할이므로 상고심의 재판을 받을 권리는 대법원의 재판을 받을 권리를 의미한다고 판단하기 쉬우나 이것은 법률의 내용을 가지고 헌법을 해석하는 것이다. 평소 재판실무에서는 법률의 규정을 주로 취급하기 때문에 헌법의 해석에서도 법률의 규정을 먼저 생각하는 우를 범하는 것이 빈번하다. 그래서 헌법해석에 관한 이론은 헌법의 해석이 법률의 해석과는 다른 특성을 가지고 있다는 점을 밝혀 놓았고, 헌법의 해석에서 특히 강조하고 있는 것이 법률을 헌법에 맞추는 일을 ‘헌법을 법률에 맞추기’(Gesetzmäßigkeit der Verfassung)과 혼동하지 말라는 것이다.²²⁾ 헌법재판소의 이 사건

22) 이에 관하여는 鄭宗燮, 「憲法裁判研究(1)」(서울: 철학과현실사, 1995), 29쪽 이하(특히 56쪽)를 보기 바람.

결정에서도 결국 헌법해석에 있어서 이런 법리상의 오류를 범함으로 인하여 잘못된 결론에 이르렀다고 할 것이다.

우리 헌법에서 상고심의 재판을 받을 권리를 대법원의 재판을 받을 권리로 정하고 있는 것은 軍事裁判의 경우뿐이다. 나머지의 경우 3심제를 취하느냐 2심제를 취하느냐 하는 사항과 상고심을 고등법원의 관할로 하느냐(이 경우는 4심제 이상을 채택하는 구조가 될 것이다) 대법원의 관할로 하느냐 하는 사항은 법률에서 정하는 사항이다. 즉 이것은 사법제도에 관하여 국회가 결정하는 사항이라는 것이다. 따라서 우리 헌법은 심급제도에서 제1심과 제2심의 재판을 받을 권리는 기본권으로 인정한 가운데, 그 이상의 심급에서는 最終審을 대법원의 관할로 하는 이상 3심이든 4심이든 또는 그 이상의 심급이든 그 사항은 법률사항이라고 하는 입장을 취하고 있다고 할 것이다. 여기서 분명한 것은 법률이 어떠한 내용의 심급제도를 채택하든 그 경우 헌법이 따로 정하고 있지 않는한 최종심은 언제나 대법원이어야 한다는 점이다. 이것이 사법권의 행사에서 헌법 제101조 제2항이 정하고 있는 大法院의 最高法院으로서의 地位이다.

이런 점을 염두에 두고 헌법재판소의 판단에 나타나 있는 <논리 2>를 검토하기로 한다. 헌법 재판소가 3심제의 보장을 법률정책적인 것이라고 판단한 부분에 대해서 보건대, 헌법이 보장하고 있는 심급제도에서 그 심급을 몇심으로 할 것이냐 하는 것, 즉 2심으로 할 것이냐, 3심으로 할 것이냐, 4심 등으로 할 것이냐 하는 문제에서 어느 하나를 취하는 것은 헌법이 법률에 위임해 놓은 것이기 때문에 심급제도에서 그 심급을 몇심으로 할 것이냐 하는 문제를 법률정책적인 것으로 본 것은 타당하다. 그런데 문제는 헌법재판소가 여기에 그치지 않고 3심제의 보장에서 인정되는 상고심의 재판을 받을 권리까지 법률정책적인 것으로 이해한 부분이다. 언뜻 생각하면 <논리 1>이 그럴듯하게 보일 수도 있으나, 위에서 이미 보았듯이 재판청구권의 보장에서 憲法 제101조 제1항과 제2항이 가지는 의미를 고려하면 이런 논리는 잘못되었음을 알 수 있다. 우리 헌법은 법률정책적 판단에 따라 심급제도에서 그 심급을 3심제로 정할 수는 있지만, 일단 법률의 수준에서 이렇게 정하고 나면 그런 3심제에서 최종심인 상고심은 憲法 제101조 제2항에 따라 대법원이 관장하므로 이 경우 최종심인 상고심의 재판을 받을 권리(이때에는 위에서 보았듯이 상고심의 재판을 받을 권리가 대법원의 재판을 받을 권리로 된다)는 헌법의 수준에서 보장하는 권리가 된다. 헌법재판소는 이런 맥락을 놓쳐버린 것이다. 심급제도에서 2심의 구조나 4심의 구조가 아니라 3심의 구조를 '選擇' 하는 것이 법률정책적인 성질을 가지는 것이라고 하더라도 그 '선택'에 의해 구축되는 3심제도의 '內容' 전체가 당연히 법률정책적인 성질을 가지는 것은 아니다. 3심제도의 내용이 어떠한 것인가를 판단하는데는 그에 관련되는 헌법의 규정을 고려하여 판단해야 하기 때문이다. 우리 헌법은 이 문제에 있어서 위에서 살펴본 것과 같은 내용을 지니고 있는 憲法 제101조 제1항과 제2항이 있기 때문에 현재 법률에 의해 3심의 구조를 선택하였다고 하더라도 3심제도의 내용까지 법률정책적인 것이라고 하지 못하는 것이다. <논리

2>를 보건대, 1에서 3까지의 논리에는 법원에서 문제가 없으나, 4의 결론을 도출하는 단계에서 우리 헌법이 정하고 있는 대법원의 재판을 받을 권리의 법리에 대한 이해에서 잘못을 범하는 바람에 4와 같은 잘못된 내용을 결론으로 제시하고 말았다.

이런 오류는 헌법재판소가 憲法 제101조 제1항과 제2항의 내용을 고려하지 않고 순전히 헌법 제27조 제1항만 붙잡고 그에 더하여 3심제는 법률정책적인 것이라는 논리에만 집착하여 이 둘만을 중첩시킨 것에 비롯되었다. 이와 같이 헌법재판소가 범한 오류는 <논리 1>과 <논리 2>를 겹쳐 보면 확연히 드러난다.

이상에서 살펴본 내용을 전제로 하고 재판관 변정수가 반대의견에서 전개한 다수의견에 대한 비판론을 보건대, 반대의견은 먼저 다수의견이 우리 헌법이 정하고 있는 사법권과 재판청구권의 본질 및 대법원의 기능에 대하여 잘못 이해하고 있다고 지적하면서 아래와 같이 의견을 제시하고 있다.

헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리가 있다.”라고 규정하여 국민의 재판청구권을 기본권으로 보장하고 있다. “법률에 의한 재판”이라 함은 공법관계나 사법관계를 막론하고 국민의 권리 의무에 관한 실체법과 그 실현을 위한 절차법에 따른 재판을 말하고 그 실체법이나 절차법은 합헌적인 것이라야 함을 의미한다. 그리고 절차법 중 중요한 것의 하나가 심급에 관한 것이다. 법원이 재판을 함에 있어 사실인정이나 법률적용을 잘못하여 국민의 권리를 침해하는 수도 있을 수 있는 것이기 때문에 상급법원에 대한 상소제도가말로 사법권으로부터의 국민의 권리보호와 재판에 대한 신뢰확보를 위하여 반드시 있어야 하는 것이기 때문이다. 심급제도에 관하여 헌법은 “법률에 의한 재판을 받을 권리가 있다.”라고 하였을뿐 자세한 규정을 두고 있지 않으나 헌법 제101조 제2항에 “법원은 최고법원인 대법원과 각급법원으로 조직된다.”라고 규정하여 대법원을 최고심으로 하여 그 아래로 심급을 달리한 각급법원을 둔다고 한 것이라든지, 헌법 제110조 제2항이 “군사법원의 상고심은 대법원에서 관할한다.”라고 규정하여 군사법원의 상고심을 대법원으로 정한 것, 그리고 헌법 제110조 제4항이 “비상계엄하의 군사재판은 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와 초병, 초소, 유독음식물공급, 포로에 관한 죄 중 법률이 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다. 다만 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하여 비상계엄하의 단심군사재판을 어디까지나 예외적인 것으로 규정한 것 등으로 볼 때 우리의 사법제도는 대법원을 최고심으로 하는 심급제도여야 한다는 것을 명백히 하고 있다. 따라서 헌법 제27조 제1항에서 말하는 “법률에 의한 재판”의 절차적 측면은 대법원을 상고심으로 하는 심급제에 따른 재판을 의미하는 것이므로 모든 국민은 최고심인 대법원의 재판을 받을 권리가 있다고 보아야 한다. 따라서 대법원의 재판을 받을 권리, 즉 상고권은 헌법 제27조 제1항에서 도출되는 기본권으로서 일종의 헌법상 보장된 절차적 기본권이라고 할 수 있다. 그러므로 심급제를 폐지한다든가 대법원예의 상고를 부당하게 제한하는 것은 국민의 재판청구권을 침해하는 것으로서 위헌여부의 문제가 될 수 있다.²³⁾

23) 헌법재판소(註 1), 354쪽-355쪽.

이런 반대의견을 보건대, 우리 헌법이 보장하고 있는 재판청구권의 내용을 憲法 제27조 제1항에만 한정하여 그로부터 도출하려고 하지 않고 憲法 제101조 제2항, 제110조 제2항, 제110조 제4항 등을 함께 고려하여 찾아낸 점은 타당하다. 그리고 이런 법리의 전개에서는 憲法 제101조 제1항이 가지는 의미를 당연한 전제로 한 것으로 보이기 때문에 憲法 제101조 제1항을 적극적으로 언급하지 않은 점이 크게 흠이 되지도 않는다. 그러나 아쉬운 것은 우리 헌법에서 대법원의 재판을 받을 권리가 기본권으로 보장되어 있다는 법리를 도출하는 논증의 과정이 충분하지 못한 점과 憲法 제27조 제1항 이외에 憲法 제101조 제2항, 제110조 제2항, 제110조 제4항이 가지는 의미를 거론하였음에도 불구하고 대법원의 재판을 받을 권리는 우리 헌법의 어느 규정에서 나오느냐 하는 결정적인 부분에서는 “대법원의 재판을 받을 권리, 즉 상고권은 헌법 제27조 제1항에서 도출되는 기본권”이라고 판단함으로써 인하여 전체적인 주장의 중심을 견고하게 구축하지 못한 점이다. 이미 다수의견은 憲法 제27조 제1항에도 대법원의 재판을 받을 권리가 명시적으로 규정되어 있지 않다는 것을 주장의 강력한 근거로 들고 있는 상태에서 대법원의 재판을 받을 권리가 憲法 제27조 제1항에서 도출되는 것이라고 하는 것은 설득력의 획득에 있어서 스스로 취약점을 만들고 있는 것이다. 이런 점은 반대의견 역시 기본권을 憲法 제2장의 규정에서만 찾으려고 한 잘못으로 인하여 빚어진 것으로 보인다. 반대의견이 우리 헌법이 보장하고 있는 재판청구권의 내용을 위와 같이 이해하였다면 憲法 제27조 제1항과 憲法 제101조 제1항, 제2항에서 대법원의 재판을 받을 권리가 보장된다고 했어야 헌법해석상 타당할 뿐아니라 다수의견을 설득할 수 있었으리라 생각한다.

IV. 評 價

이상 우리 헌법에서 대법원의 재판을 받을 권리가 기본권인가 하는 문제를 살펴보았다. 결론은 우리 헌법은 대법원의 재판을 받을 권리를 기본권으로 보장하고 있다는 것으로 밝혀졌다. 그리고 현재 우리 법제도는 軍事裁判이든 통상의 一般裁判이든 심급제도에서 3심제를 취하고 있기 때문에 최종심인 상고심의 재판을 받을 권리는 대법원의 재판을 받을 권리로 되어 결국 현행 법제도에서 대법원의 관할인 상고심의 재판을 받을 권리는 기본권이라고 할 것이다. 일반 재판과는 다른 규범통제절차이기는 하지만 憲法 제107조 제2항이 정하고 있는 명령 규칙 처분에 대한 위헌여부심사절차에서 그 審査를 청구할 권리도 헌법이 정하고 있는 기본권이다.

憲法裁判所가 이 사건의 결정에서 대법원의 재판을 받을 권리를 기본권이 아니라 법률정책적인 것으로 판단한 잘못은, 1) 우리 헌법상의 기본권의 보장을 헌법 제2장의 규정에 한정하여 파악한 점, 2) 재판청구권의 내용을 憲法 제27조 제1항에 한정해서 도출하려고 하고 憲法 제101조 제1항, 제2항을 도외시한 점, 3) 상고심의 재판을 받을 권리를 언제나 대법원의 재판을 받을

권리와 동일한 것으로 이해한 점, 4) 심급단계의 선택 문제가 법률정책적인 것을 잘못 이해하여 심급제도의 내용 전체를 법률정책적인 것으로 오해한 점에서 비롯되었다. 이런 직접적인 원인으로 들 수는 없지만 하나 아쉬운 것은 대법원의 재판을 받을 권리에 대해 초기 헌법위원회의 판례와 대법원의 반복된 그간의 판례들이 있었음에도 이런 판례의 취지를 충분히 검토한 것으로 보이지 않는다는 점이다. 만일 헌법재판소가 이 사건에서 이런 판례들을 철저히 검토하였음에도 이런 판례들과 반대의 취지로 결정하려고 한 것이라면 그 논증이 너무 허술하다. 헌법위원회나 대법원의 기존의 유권적 해석을 뒤집을 충분한 논증을 했어야 마땅하기 때문이다.

憲法解釋이라는 과제는 다루기가 쉽지 않다. 헌법해석은 법률해석과 비교하여 해석이라는 점에서 공통되는 점도 있지만 법규범의 성격상 헌법이 법률과 다른 특성을 가지는데서 비롯되는 점 때문에 법률해석하듯이 헌법해석을 할 수는 없다.²⁴⁾ 그래서 헌법해석에 대한 논의가 여러 각도에서 논의된다.²⁵⁾ 그런데 이 사건의 경우에서는 헌법의 해석상 그렇게 어려운 문제가 제기된 것은 아니다. 헌법이 보장하고 있는 기본권의 보장이 하나의 價値體系의 보장임을 알고, 그런 가치체계는 헌법 전체를 통하여 찾아내야 한다는 것만 이해하고 있어도 이 사건의 쟁점은 쉽게 해결할 수 있는 것이다. 이런 점에서 보면, 기본권의 보장 체계는 가치체계의 보장이라는 것과 헌법의 해석에는 憲法의 統一性을 획득하여야 한다는 것이 어떠한 의미를 가지는 지를 음미할 필요가 있다. 통상의 재판에서 법률을 해석하는 태도로 헌법을 해석하려고 한다면 적지 않은 오류를 범할 것이다. 아무튼 이 사건에서 헌법재판소는 그렇게 어렵지 않은 문제임에도 우리 헌법이 정하고 있는 전체적인 내용을 제대로 읽어내지 못하여, 결국 조악한 근거를 들이대면서 잘못된 결론을 내리고 말았다고 평가할 수 있다. 물론 이런 헌법재판소의 잘못은 일차적으로 우리 헌법의 규정을 피상적으로 이해한 헌법재판소에 책임이 있지만, 다른 한편으로는 우리 헌법에 대한 치밀한 해석론적 성과를 축적하지 못한 法學界도 그 일단의 책임을 회피하기 어렵다(이 문제는 헌법학에만 한정되는 것이 아니다). 헌법학의 경우 아직도 우리 헌법의 규정을 제대로 읽어내는 '韓國 憲法解釋學'을 올바르게 정립하지 못하고 있다.²⁶⁾ 이 사건의 경우에

24) 헌법의 특성을 논의하는 큰 이유중의 하나는 이것이 헌법의 해석과 직접 연관을 가지기 때문이다. 헌법의 특성에 대하여는 김철수(註 2), 19쪽 이하; 許露(註 9), 28쪽 이하; 桂籍悅(註 9), 44쪽 이하를 보기 바람.

25) 헌법의 해석에 관한 우리나라에서의 논의로는 韓相範, "憲法解釋의 諸問題," 「法曹」(1967년 12월호), 1쪽 이하; 權寧星, "憲法解釋學의 方法論에 관한 研究," 「憲法研究」第3輯(1975), 29쪽 이하; 金雲龍, "憲法解釋과 合憲性推定의 法理," 「江原大學校 論文集」제15집(1981), 225쪽 이하; 姜慶善, "立法과 解釋學의 法認識 方法," 「法制」152호(1986년 3월호), 33쪽 이하; 金哲洙(註 2), 30쪽 이하; 許露(註 9), 86쪽 이하; 權寧星(註 8), 23쪽 이하; 崔大權, 「事例中心 憲法學」(서울: 博英社, 1997), 18쪽 이하; 國순옥(註 9), 19쪽 이하; 桂籍悅(註 9), 58쪽 이하 참조.

26) 梁建은 종래 헌법학 연구에 대해 "개념법학적 태도에서나 우리 헌법규정에 대한 해석을 본격적으로 시도한 적은 없었던 것이다."라고 비판하고, "한국의 헌법현실을 정확히 인식하고, 한국의 헌법이념을 확립하며, 한국의 헌법규범의 의미를 타당성 있게 풀어내는 진정한 한국 헌법학은 이제부터의 과제인 것이다."라고 하면서 「韓國 憲法解釋學」의 定立이 필요함을 강조하고 있다. 자세한 것은 梁建, 「憲法研究」(서울: 法文社, 1995), 3쪽 이하를 보기 바람. 직접 인용한 부분은 이 책의 3쪽, 5쪽.

있어서도 우리 헌법이 보장하고 있는 裁判請求權에 대한 본격적인 연구성과가 축적되어 있지 못하였기 때문에 헌법재판에 유익한 해석론적 근거와 이론적 근거를 제공할 수 없었다. 그 대표적인 예가 憲法 제27조 제1항만 붙잡고 재판청구권의 내용을 도출하려고 한 피상적인 접근 태도이다.

이 사건의 쟁점에서는 대법원의 재판을 받을 권리가 기본권인가 기본권이 아닌가 하는 문제가 先決적으로 해결되어야 하는 것이기도 하지만, 이 문제에서 대법원의 재판을 받을 권리를 기본권으로 인정한다고 하여 이 사건에서 쟁점이 된 문제가 해결되는 것은 아니다. 본래의 문제인 少額事件審判法 제3조가 대법원의 재판을 받을 권리를 침해하는 것인가 하는 문제가 여전히 남아 있기 때문이다. 위에서 보았듯이 대법원의 재판을 받을 권리가 현행 우리 헌법하에서 기본권이라고 인정한다면 少額事件審判法 제3조가 재판청구권을 침해한 것인가 하는 쟁점에서는 憲法 제37조 제2항에서 정하고 있는 法律에 의한 基本權의 制限에서 요구되는 요건들을 하나씩 따져보지 않으면 안된다. 사실 이 사건의 핵심적인 쟁점은 少額事件審判法 제3조의 해당 규정이 憲法 제37조 제2항을 위반하는 것인가 하는 문제이다. 이런 점에서 재판관 변정수가 대법원의 재판을 받을 권리를 기본권이라고 해석하고, 이런 전제하에 少額事件審判法 제3조가 憲法 제37조 제2항에 위반되는지의 여부를 따져본 것은 타당하다(이 사건에서는 주심인 재판관이 반대의견을 개진한 것이 특이하다). 다만, 이 글에서 이 문제를 살피지 아니하는 것은, 이 문제는 이 글에서 설정한 주제를 벗어나 검토의 대상에서 제외하였기 때문이다.

이 문제에 있어서 재판관 변정수가 반대의견에서 피력한 이 부분의 내용은 많은 점을 시사하고 있으므로 이 부분을 인용하면 아래와 같다.

"(3) 위와 같은 헌법정신에 입각하여 법원조직법은 상고 및 재항고사건의 심판권을 대법원이, 항소 및 항고사건의 심판권을 고등법원과 지방법원합의부(지방법원 단독판사가 한 재판에 대하여)가 각 행사하도록 하고 1심사건을 지방법원이 행사하도록 함으로써 원칙으로 제3심제를 채택하였는데 우리 헌법은 대법원을 최종심으로 하는 심급제만을 규정하였을뿐 꼭 제3심제라야 한다는 것은 아니므로 법원조직법이 규정한 제3심제는 원칙일 따름이고 합리적이고 특별한 사유가 있으면 최종심인 대법원의 재판을 배제하지 아니하는 한 그 예외를 인정할 수 있다. 다만 대법원의 재판을 받을 권리는 헌법이 규정한 권리이기 때문에 전면 제한은 할 수 없고 기본권 제한의 일반규정인 헌법 제37조 제2항에 따라 질서 유지와 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여, 그러나 상고권의 본질적 내용을 해치지 아니하는 한도에서 상고를 제한할 수 있을 뿐이다. (4) 사적(私的) 권리구제의 절차를 규정한 민사소송법은 상고는 고등법원이 선고한 중국판결과 지방법원 본원합의부가 제2심으로서 선고한 중국판결에 대하여 할 수 있도록 하여 제3심제를 채용하면서 다른 한편으로 대법원의 기능을 법령해석의 통일에 치중하여 법률심으로 한정하고 상고이유를 판결에 영향을 미친 헌법, 법률, 명령 또는 규칙의 위반이 있음을 이유로 하는 일반적 상고이유와 재판에 대한 신뢰성을 깨뜨리는 중대한 절차위반을 이유로 하는 절대적 상고이유로 제한하였는데 이는 재판의 신속과 소송경제 및 대법원의 업무부담경감을 위한 것으로

서 헌법 제37조 제2항에 의한 합리적인 제한이라고 할 수 있다. 그런데 소액사건심판법 제3조는 소액 사건에 대해서는 상고 및 재항고의 이유를 더욱 제한하여 법률·명령·규칙 또는 처분의 헌법위반여부와 명령·규칙 또는 처분의 법률위반여부에 대한 판단이 부당한 때 및 대법원의 판례에 상반되는 판단을 한 때에 한하여 상고 또는 재항고 할 수 있도록 하였는데 소송물가액이 소액에 해당한다는 이유로 이처럼 상고를 제한하는 것이 과연 헌법 제37조 제2항에 의한 기본권(재판청구권)제한으로서 정당한 것이냐가 문제되지 않을 수 없는 것이다. (5) 소액사건심판법 제3조에서의 이러한 상고제한이 대법원의 역할과 기능확보, 신속한 분쟁의 해결과 과다한 소송비용의 부담을 막는 등의 소송경제적 이유 그리고 당사자의 신속한 권리구제에 기여한다는 목적을 가지고 있다고는 하나 이는 헌법에 합치되는 합리적인 제한으로 보기 어렵고, 그로 인하여 헌법 제27조 제1항에서 보장한 국민의 재판받을 권리가 현저히 침해되었다고 아니할 수 없다. 왜냐하면 동 규정에 의하여 하급법원의 판결이나 결정 등의 헌법과 법률위반여부라고 하는 가장 일반적이고 중요한 법률심의 상고 및 재항고가 금지되어 있을 뿐만 아니라 심지어는 판결법원의 구성이 위법인 경우, 판결에 관여할 수 없는 판사가 판결을 한 경우, 전속 관할을 위반한 경우, 대리권 없는 자가 소송행위를 한 경우, 변론공개 규정을 어긴 경우, 판결에 이유를 명시하지 아니하거나 이유에 모순이 있는 경우 등 재판에 대한 국민의 신뢰를 크게 훼손한 경우로서 절대적 상고이유에 해당하는 사유마저도 상고이유에서 배제하고 있기 때문이다. 동규정이 상고 및 재항고를 허용하는 경우로서 들고 있는 “법률·명령·규칙 또는 처분의 헌법위반여부와 명령·규칙 또는 처분의 법률위반여부에 대한 판단이 부당한 때” 및 “대법원의 판례에 상반되는 판결을 한 때”의 두 가지 경우는 실제로 발생하기에는 매우 드문 극히 예외적인 경우이기 때문에 소액사건의 경우 대법원의 상고 및 재항고는 사실상 전면금지되어 있다고 해도 과언은 아니다. 사법권의 종국적 기능은 기본권 보장에 있다. 그리고 법원에서 사실인정이나 법령적용을 잘못함으로써 인하여 발생하는 기본권 침해에 대한 대책 또한 소홀히 할 수 없는 것이며 그에 대한 가장 효과적인 대책이 바로 상소제도라 할 수 있고 법령적용을 잘못하여 오판하는 등 사실심에 의한 기본권침해에 대한 가장 효과적인구제방법은 최고법원인 대법원에 대한 상고제도이다. 그런데 소액사건이라는 이유로 명백한 법령위반이나 절대적 상고이유가 존재하는 경우에도 대법원에의 상고권을 배제시켜 승복을 강요한다는 것은 재판청구권의 본질적 내용을 침해하는 것이라고 아니할 수 없다(일반 서민에게 500만원이라는 돈은 결코 적은 돈이 아니다). 따라서 소액사건심판법 제3조는 국가안전보장·질서유지·공공복리의 견지에서 기본권을 제한하는 경우에도 그 기본권의 본질적 내용을 침해하여서는 아니된다는 헌법 제37조 제2항에 위반하여 헌법 제27조 제1항에서 보장한 재판청구권을 침해한 것이다.”²⁷⁾

參 考 文 獻

- 姜慶善, “立法과 解釋學的 法認識 方法,” 『法制』 第152號, 1986. 3.
 桂福悅, 『憲法學(上)』 서울: 博英社, 1995.
 國순옥, “헌법해석의 기본시각,” 『헌법해석과 헌법실천』 서울: 관악사, 1997.
 權學星, 『憲法學原論』 (新版) 서울: 法文社, 1997.

27) 헌법재판소(註 1), 355쪽-358쪽.

“憲法解釋學의 方法論에 관한 研究,” 『憲法研究』 第3輯, 1975.

金雲龍, “憲法解釋과 合憲性推定の 法理,” 『江原大學校 論文集』 第15輯, 1981.

金哲洙, 『憲法學概論』 (第7全訂新版) 서울: 博英社, 1997.

大韓辯護士協會, “上告許可制度(上告審査制/公聽會),” 『人權과 正義』 通卷210號, 1994. 2.

“上告審査制의 選擇과 上告審의 運用,” 『人權과 正義』 通卷217號, 1994. 7.

梁 建, 『憲法研究』 서울: 法文社, 1995.

鄭宗燮, “基本權條項이외의 憲法規定으로부터의 基本權導出에 관한 研究,” 『憲法論叢』 第5輯, 1994.

『憲法裁判研究(1)』 서울: 철학과현실사, 1995.

韓相範, “憲法解釋의 諸問題,” 法曹, 1967. 12.

許 營, 『韓國憲法論』 (新訂版) 서울: 博英社, 1997.

『憲法理論과 憲法』 서울: 博英社, 1995.

憲法裁判所, 『憲法裁判所判例集』 第4卷, 1992.

『憲法委員會 및 大法院 憲法判例集(上)』 憲法裁判所 判例編纂課, 1990.

SUMMARY

The Right to Appeal to the Supreme Court and the Constitution

— A Critical Comment on the Decision of the Constitutional Court —

Chong Jong-Sup

(Department of Law, College of Law, Kon-kuk University)

The Korean Constitutional Court(hereafter abbr. 「the Court」) decided that the right to appeal to the Supreme Court should not be a fundamental right guaranteed by the meaning of the Constitutional Law of 1987. This decision, however, has some problems. It sharply contradicts to the precedent decision of the Supreme Court, which declared that right as a constitutional right. Moreover, Some scholars have held that the right shall be interpreted as such a right.

In this article, I reviewed the decision of the Court and found that this decision had so many internal conflicts in reasoning. The Court failed in finding out the meaning of the §27① of the Constitution, which should be interpreted in connection with the §101①, ② of the Constitution. The latter provisions declare that the Supreme Court be the supreme agency in adjudicating cases. If that right does not deserve to any guarantee of the Constitution, the §101①, ② of the Constitution shall be of no meaning in establishing the judiciary system, because the legislature may deny any possibility to get an opportunity for some cases to be tried in the Supreme Court at her disposal.

My conclusion emphasized that the interpretation of the Constitution based on a single provision might make some misunderstandings of the Constitution. The Constitution provides such a system of fundamental rights and obligations that it should be interpreted in systemic and organic reasoning. From this perspective, the Decision has failed to do so. The §27① and §101①, ② of the Constitution are so closely interrelated to protect the right to appeal to the Supreme Court as a fundamental right guaranteed by the Constitution.