CHAPTER

01 | 헌법과 헌법학

SECTION 01 헌법의 개념

Ⅰ 헌법의 의의

국가의 조직과 구성에 관한 법, 국가의 기본법이며, 입헌주의 국가 성립 후 권리보장규범으로 최고법을 의미한다.

Ⅱ 헌법의 분류

01. 존재형식에 따른 분류

형식적 의미의 헌법	① 내용을 불문하고 헌법전의 형식으로 존재하는 모든 법규범 ② "영국에는 헌법이 없다" - 형식적 의미의 헌법이 없다는 것을 의미 ③ 법률보다 상위의 효력, 헌법개정절차에 의하여 개정가능
실질적 의미의 헌법	① 형식을 불문하고 헌법사항을 규정하는 법규범의 총체를 의미 ② 헌법전은 물론 법률, 명령, 규칙, 관습법도 헌법사항 규정시 헌법에 포함 ③ 정부조직법, 정당법, 공직선거법, 국회법, 법원조직법 등이 예이다.
양자의 관계	형식적 의미의 헌법에는 실질적 의미의 헌법이 모두 포함되어 있는 것은 아니다. 또한 형식적 의미의 헌법 중에는 실질적 의미의 헌법에 해당하지 않는 것이 있을 수 있다.

02. 역사적 발전에 따른 분류

고유한 의미의 헌법	① 국가의 통치체제에 관한 기본사항을 정한 기본법 ② 근대입헌주의를 전제로 하지 않는 역사성이 배제된 헌법개념 ③ 국가 존재하는 곳이면, 어떤 형식이건 반드시 존재하는 헌법
입헌주의적 헌법 (시민국가적 헌법)	① 고유한 의미의 헌법에 입헌주의적 요소가 가미된 것, 일정한 이데올로기를 지향하면서, 개인의 자유와 권리를 보장하고 권력분립에 의하여 국가권력의 남용을 억제하려는 헌법 ② 국민주권, 기본권보장, 권력분립, 대의제, 법치주의, 성문헌법, 경성헌법의 원칙 ③ 명목적(외견적) 입헌주의란 군주주권을 유지하면서 명목상의 권력분립을 규정한 헌법
현대 사회국가 헌법 (현대복지주의 헌법)	① 사회국가이념 내지 복지국가의 원리를 바탕으로 하는 헌법, 1919년 바이마르 헌법이 시초 ② 실질적 · 절차적 법치주의, 사회적 시장경제질서, 사회적 기본권의 수용, 헌법재판제도 등 헌법수호제도를 강화, 민주적인 정당제도, 국제평화주의

03. 존재하는 법형식에 따른 분류

성문헌법	① 헌법이 성문헌법의 법형식으로 존재하는 경우를 의미 ② 모든 헌법사항을 헌법전의 형식으로 규정할 것을 요구(×), 경성헌법은 성문헌법의 본질적 요소(×) ③ 성문헌법을 가지고 있는 나라도 관습헌법을 인정할 수 있다. 위헌법률심사가 가능하다.
불문헌법	① 헌법전의 형식이 아닌 헌법, 불문헌법은 개념필수적으로 연성헌법 ② 법원의 위헌심사권이 인정되기 어려우며, 특별한 헌법개정절차가 부정됨

04. 헌법의 개정방법에 따른 분류

연성헌법	법률과 동일한 절차에 따라서 제정 · 개정 · 폐지가 가능한 헌법
경성헌법	헌법의 제정 · 개정 · 폐지가 법률의 절차보다 까다로운 헌법. 경성헌법이 국민투표를 필수적으로 규정해야 하는 것은 아니다.

05. 헌법이 현실과 일치하는지 여부

규범적 헌법	헌법규범과 헌법현실이 일치하는 경우
명목적 헌법	헌법규범과 법 현실이 일치하지는 않지만 규범적 헌법이 될 가능성이 있는 헌법
장식적 헌법	헌법이 권력을 가진 사람의 자기정당화의 수단으로서만 존재하는 경우

Ⅲ 관습헌법

헌재판례 **헌법재판소 2004. 10. 21. 선고 2004헌마554 [수도이전에 관한 법률]** | 위헌 |

1. 일반적으로 한 나라의 수도는 국가권력의 핵심적 사항을 수행하는 국가기관들이 집중 소재하여 정치 · 행정의 중추적 기능을 실현하고 대외적으로 그 국가를 상징하는 곳을 의미한다. 헌법기관들 중에서 국민의 대표기관으로서 국민의 정치적 의사를 결정하는 국회와 행정을 통할하며 국가를 대표하는 대통령의 소재지가 어디인가 하는 것은 수도를 결정하는 데 있어서 특히 결정적인 요소가 된다.
2. 우리나라는 성문헌법을 가진 나라로서 기본적으로 우리 헌법전이 헌법의 법원이 된다. 그러나 성문헌법이라고 하여도 그 속에 모든 헌법사항을 빠짐없이 완전히 규율하는 것은 불가능하고 또한 헌법은 국가의 기본법으로서 간결성과 함축성을 추구하기 때문에 형식적 헌법전에는 기재되지 아니한 사항이라도 이를 불문헌법 내지 관습헌법으로 인정할 소지가 있다.
3. 헌법 제1조 제2항은 '대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.'고 규정한다. 이와 같이 국민이 대한민국의 주권자이며, 국민은 최고의 헌법제정권력이기 때문에 성문헌법의 제 · 개정에 참여할 뿐만 아니라 헌법전에 포함되지 아니한 헌법사항을 필요에 따라 관습의 형태로 직접 형성할 수 있다. 그렇다면 관습헌법도 성문헌법과 마찬가지로 주권자인 국민의 헌법적 결단의 의사의 표현이며 성문헌법과 동등한 효력을 가진다고 보아야 한다. 국민주권주의는 성문이든 관습이든 실정법 전체의 정립에의 국민의 참여를 요구한다고 할 것이며, 국민에 의하여 정립된 관습헌법은 입법권자를 구속하며 헌법으로서의 효력을 가진다.

4. 관습헌법이 성립하기 위하여서는 관습이 성립하는 사항이 단지 법률로 정할 사항이 아니라 반드시 헌법에 의하여 규율되어 법률에 대하여 효력상 우위를 가져야 할 만큼 헌법적으로 중요한 기본적 사항이 되어야 한다. 관습헌법은 이와 같은 일반적인 헌법사항에 해당하는 내용 중에서도 특히 국가의 기본적이고 핵심적인 사항으로서 법률에 의하여 규율하는 것이 적합하지 아니한 사항을 대상으로 한다. 일반적인 헌법사항 중 과연 어디까지가 이러한 기본적이고 핵심적인 헌법사항에 해당하는지 여부는 일반추상적인 기준을 설정하여 재단할 수는 없고, 개별적 문제사항에서 헌법적 원칙성과 중요성 및 헌법원리를 통하여 평가하는 구체적 판단에 의하여 확정하여야 한다.
5. 관습헌법이 성립하기 위하여서는 관습법의 성립에서 요구되는 일반적 성립 요건이 충족되어야 한다. 첫째, 기본적 헌법사항에 관하여 어떠한 관행 내지 관례가 존재하고, 둘째, 그 관행은 국민이 그 존재를 인식하고 사라지지 않을 관행이라고 인정할 만큼 충분한 기간 동안 반복 내지 계속되어야 하며(반복 · 계속성), 셋째, 관행은 지속성을 가져야 하는 것으로서 그 중간에 반대되는 관행이 이루어져서는 아니 되고(항상성), 넷째, 관행은 여러 가지 해석이 가능할 정도로 모호한 것이 아닌 명확한 내용을 가진 것이어야 한다(명료성). 또한 다섯째, 이러한 관행이 헌법관습으로서 국민들의 승인 내지 확신 또는 폭넓은 컨센서스를 얻어 국민이 강제력을 가진다고 믿고 있어야 한다(국민적 합의).
6. 서울이 수도라는 점은 우리의 제정헌법이 있기 전부터 전통적으로 존재하여온 헌법적 관습이며 우리 헌법조항에서 명문으로 밝힌 것은 아니지만 자명하고 헌법에 전제된 규범으로서, 관습헌법으로 성립된 불문헌법에 해당한다.
7. 어느 법규범이 관습헌법으로 인정된다면 그 개정가능성을 가지게 된다. 관습헌법도 헌법의 일부로서 성문헌법의 경우와 동일한 효력을 가지기 때문에 그 법규범은 최소한 헌법 제130조에 의거한 헌법개정의 방법에 의하여만 개정될 수 있다. 다만 이 경우 관습헌법규범은 헌법전에 그에 상반하는 법규범을 첨가함에 의하여 폐지하게 되는 점에서, 헌법전으로부터 관계되는 헌법조항을 삭제함으로써 폐지되는 성문헌법규범과는 구분된다. 한편 이러한 형식적인 헌법개정 외에도, 관습헌법은 그것을 지탱하고 있는 국민적 합의성을 상실함에 의하여 법적 효력을 상실할 수 있다. 관습헌법은 주권자인 국민에 의하여 유효한 헌법규범으로 인정되는 동안에만 존속하는 것이며, 관습법의 존속요건의 하나인 국민적 합의성이 소멸되면 관습헌법으로서의 법적 효력도 상실하게 된다. 관습헌법의 요건들은 그 성립의 요건일 뿐만 아니라 효력 유지의 요건이다.
8. 관습헌법의 제 요건을 갖추고 있는 '서울이 수도인 사실'은 단순한 사실명제가 아니고 헌법적 효력을 가지는 불문의 헌법규범으로 승화된 것이며, 사실명제로부터 당위명제를 도출해 낸 것이 아니라 그 규범력에 대한 다툼이 없이 이어져 오면서 그 규범성이 사실명제의 뒤에 잠재되어 왔을 뿐이다.
9. 우리나라의 수도가 서울이라는 점에 대한 관습헌법을 폐지하기 위해서는 헌법이 정한 절차에 따른 헌법개정이 이루어져야 한다. 이 경우 성문의 조항과 다른 것은 성문의 수도조항이 존재한다면 이를 삭제하는 내용의 개정이 필요하겠지만 관습헌법은 이에 반하는 내용의 새로운 수도설정조항을 헌법에 넣는 것만으로 그 폐지가 이루어지는 점에 있다. 다만 헌법규범으로 정립된 관습이라고 하더라도 세월의 흐름과 헌법적 상황의 변화에 따라 이에 대한 침범이 발생하고 나아가 그 위반이 일반화되어 그 법적 효력에 대한 국민적 합의가 상실되기에 이른 경우에는 관습헌법은 자연히 사멸하게 된다. 이와 같은 사멸을 인정하기 위하여서는 국민에 대한 종합적 의사의 확인으로서 국민투표등 모두가 신뢰할 수 있는 방법이 고려될 여지도 있을 것이다. 그러나 이 사건의 경우에 이러한 사멸의 사정은 확인되지 않는다. 따라서 우리나라의 수도가 서울인 것은 우리 헌법상 관습헌법으로 정립된 사항이며 여기에는 아무런 사정의 변화도 없다고 할 것이므로 이를 폐지하기 위해서는 반드시 헌법개정의 절차에 의하여야 한다.
10. 이 사건 법률은 헌법개정사항인 수도의 이전을 헌법개정의 절차를 밟지 아니하고 단지 단순법률의 형태로 실현시킨 것으로서 결국 헌법 제130조에 따라 헌법개정에 있어서 국민이 가지는 참정권적 기본권인 국민투표권의 행사를 배제한 것이므로 동 권리를 침해하여 헌법에 위반된다.

비교판례 행정중심복합도시를 건설하는 것은 수도가 서울이라는 관습헌법에 위반되지 않으며 국민투표권의 침해가능성은 없다(헌법재판소 2005. 11. 24. 선고 2005헌마579).

SECTION 02 헌법의 특성

사실적 특징	정치성	헌법은 정치투쟁 · 정치적 타협의 산물. 가변적 정치상황(유동성 · 추상성)
	이념성	헌법은 그 특유의 이념과 가치질서를 내용으로 하고 있다. 헌법은 가치중립적인 것이 아니라 가치 지향적 · 가치구속적일 수밖에 없다.
	역사성	헌법은 시대의 역사적 조건과 지배상황에 의하여 제약을 받는 가치체계
규범적 특징	최고 규범성	① 국민주권주의에서 최고규범성이 도출, 모든 법규범은 헌법에 부합해야 하고 헌법에 위반되어서는 안 된다는 것을 의미, 헌법에 위반되는 법규범은 무효, 헌법은 모든 하위 법규범의 입법기준과 해석기준 ② 우리 헌법은 최고규범성의 명시적 규정(×), 경성헌법성 · 위헌법률심사제 · 대통령의 헌법존중의무 등의 규정 → 최고규범성을 간접적으로 선언 ③ 헌법에 일반적 법률유보조항을 두는 것은 헌법의 최고규범성을 약화시킬 수 있다. ④ 최고규범성에 의해 합헌적 법률해석의 필요성이 인정 ⑤ 일반적으로 어떤 법률에 대한 여러 갈래의 해석이 가능할 때는 원칙적으로 헌법에 합치되는 해석, 즉 합헌해석을 하여야 한다. 국가의 법질서는 헌법을 최고법규로 하여 그 가치질서에 따라서 지배되는 통일체를 형성한다. 그러한 통일체 안에서 상위규범은 하위규범의 효력근거가 되는 동시에 해석근거가 되는 것이므로, 헌법은 법률에 대하여 형식적인 효력의 근거가 될 뿐만 아니라 내용적인 합치를 요구하고 있기 때문이다(헌법재판소 1989. 7. 21. 선고 89헌마38).
	기본권 보장 규범설	① 국민의 자유와 권리를 실효적 보장을 위해 최고규범인 헌법이 국민의 자유와 권리를 보장해야 한다. 이에 따라 헌법 제10조는 기본권보장의무를 규정 ② 헌법소원제도는 헌법의 권리보장적 성격을 강화함
	조직 규범성	헌법은 조직규범이면서 동시에 수권규범의 성질을 가지고 있어 모든 국가기구는 헌법에 의해 조직, 모든 국가작용은 헌법의 위임이 있어야 발동가능
	권력 제한 규범성	① 헌법의 조직규범성은 곧 권력제한규범으로서의 성격을 가진다. ② 조직규범성(적극적 기능), 권력제한규범성(소극적 기능)
	자기 보장 규범성	헌법은 실효성을 확보나 직접강제수단이 없고, 국가권력 상호 간의 통제와 권력적 균형이라는 매커니즘을 통해 그 실효성을 유지
구조적 특징	유동성	유동적인 정치상황에 대응을 위해 헌법의 개정가능성을 인정하는 것
	추상성	가변적 미래의 정치발전을 예정하여 불특정한 법률개념을 많이 사용
	개방성	최소한의 기본적 중요사항만 규정 세부적인 것은 개방적 입장을 취함, 다만 개방된 사항의 결정을 위한 핵심절차에 대하여는 규정해 두어야 한다.
	미완성	헌법전에 모든 헌법사항을 규정할 수 없어 미완성적일 수 밖에 없다.

SECTION 03 헌법의 해석

Ⅰ 헌법해석의 기능

헌법의 해석은 헌법이 담고 추구하는 이상과 이념에 따른 역사적, 사회적 요구를 올바르게 수용하여 헌법적 방향을 제시하는 헌법의 창조적 기능을 수행하여 국민적 욕구와 의식에 알맞은 실질적 국민주권의 실현을 보장하는 것이어야 한다. 그러므로 헌법의 해석과 헌법의 적용이 우리 헌법이 지향하고 추구하는 방향에 부합하는 것이 아닐 때에는, 헌법적용의 방향제시와 헌법적 지도로써 정치적 불안과 사회적 혼란을 막는 가치관을 설정하여야 한다(헌법재판소 1989. 9. 8. 선고 88헌가6).

헌재판례 **헌법재판소 2023. 9. 26. 선고 2020헌바552 [반사회질서의 법률행위를 무효로 하는 민법 제103조]**

| 합헌 |

심판대상조항은 사회적 · 문화적 환경의 변화 속에서 실정법에 의하여 미처 구체화되지 못한 사회의 질서를 수용하여 법질서를 보충 · 구체화하며, 법률행위의 당사자들이 공동체의 전체질서 내에서 사적자치를 발현하도록 하고자 한다. 심판대상조항의 '선량한 풍속'은 사회의 일반적 도덕관념 또는 건전한 도덕관념으로 모든 국민에게 지킬 것이 요구되는 최소한의 도덕률로 해석할 수 있고, '사회질서'란 사회를 구성하는 여러 요소와 집단이 조화롭게 균형을 이룬 상태로 해석할 수 있다. 또한, 문제 되는 법률행위의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 것인지는 헌법을 최고규범으로 하는 전체 법질서, 그 법질서가 추구하는 가치 및 이미 구체화된 개별입법 등을 종합적으로 고려하여 판단되어야 하고, 개별 사례들에 관한 학설과 판례 등의 집적을 통해 그 판단에 대한 예측 가능성을 높일 수 있다. 이로써 문제 되는 법률행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 것인지에 대한 판단은 법관의 주관적 · 자의적 신념이 아닌 헌법을 최고규범으로 하는 법 공동체의 객관적 관점에 의하여 이루어질 수 있다. 따라서 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위를 무효로 하는 민법 제103조는 명확성원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

Ⅱ 합헌적 법률해석

개념	① 어떤 법률의 개념이 다의적이고 그 어의의 테두리안에서 여러가지 해석이 가능할 때, 헌법을 최고법규로 하는 통일적인 법질서의 형성을 위하여 헌법에 합치되는 해석을 해야 한다는 헌법의 일반법리(헌법재판소 1990. 4. 2. 선고 89헌가113) ② 사법소극주의적인 법률의 해석방법이다. ③ 미국 연방대법원 판례가 발전시킴	
이론적 근거	헌법의 최고규범성에서 나오는 법질서의 통일성에 바탕을 두고, 권력분립과 입법권을 존중하는 정신에 그 뿌리를 두고 있다.	
규범통제와 비교	**합헌적 법률해석**	**규범통제**
	① 헌법이 법률의 해석기준으로 기능 ② 근거규정이 없어도 헌법의 최고규범성에 의해 당연히 보장	① 헌법은 저촉규정 법률심사의 기준 ② 별도의 명시적인 규정이 있어야 인정됨

한계	문의적 한계	해당 법조문의 문구가 다른 의미로 변질되지 않는 범위 내에서만 가능
	법목적적 한계	입법의 목적을 헛되게 하는 정도의 합헌적 법률해석은 허용될 수 없다. 헌재판례 법률 또는 법률의 조항은 원칙적으로 가능한 범위안에서 합헌적으로 해석함이 마땅하나 그 해석은 법의 문구와 목적에 따른 한계가 있다. 즉, 법률의 조항의 문구가 간직하고 있는 말의 뜻을 넘어서 말의 뜻이 완전히 다른 의미로 변질되지 아니하는 범위 내이어야 한다는 문의적 한계와 입법권자가 그 법률의 제정으로써 추구하고자 하는 입법자의 명백한 의지와 입법의 목적을 헛되게 하는 내용으로 해석할 수 없다는 법목적에 따른 한계가 바로 그것이다. 왜냐하면, 그러한 범위를 벗어난 합헌적 해석은 그것이 바로 실질적 의미에서의 입법작용을 뜻하게 되어 결과적으로 입법권자의 입법권을 침해하는 것이 되기 때문이다(헌법재판소 1989. 7. 14. 선고 88헌가5).
	헌법수용적 한계	합헌적 법률해석이 합법적 헌법해석으로 주객이 전도되어서는 안 된다.
구체적 모습	한정한헙 또는 한정위헌결정이 합헌적 법률해석의 대표적인 판결 모습이다. ㊊ 한정적 합헌해석은 법률의 해석가능성을 기준으로 하고, 한정적 위헌선언방법은 법률의 적용범위를 기준으로 하는 점에서 이론적으로는 차이점이 있으나 본질적으로는 일종의 부분적 위헌선언이며 실제적인 면에서 그 효과를 달리하는 것이 아니다(헌법재판소 1992. 2. 25. 선고 89헌가104).	

헌재판례 **헌법재판소 2012. 5. 31. 선고 2009헌바123 [실효된 법률조항의 합헌적 법률해석 불가능]**

헌법정신에 맞도록 법률의 내용을 해석·보충하거나 정정하는 '헌법합치적 법률해석' 역시 '유효한' 법률조항의 의미나 문구를 대상으로 하는 것이지, 이를 넘어 이미 실효된 법률조항을 대상으로 하여 헌법합치적인 법률해석을 할 수는 없는 것이어서, 유효하지 않은 법률조항을 유효한 것으로 해석하는 결과에 이르는 것은 '헌법합치적 법률해석'을 이유로도 정당화될 수 없다 할 것이다.

헌재판례 **헌법재판소 1989. 7. 14. 선고 88헌가5 [보호감호청구의 요건]** | 위헌 |

구 사회보호법 법 제5조 제1항의 요건에 해당되는 경우에는 법원으로 하여금 감호청구의 이유 유무 즉, 재범의 위험성의 유무를 불문하고 반드시 감호의 선고를 하도록 강제한 것임이 위 법률의 조항의 문의임은 물론 입법권자의 의지임을 알 수 있으므로 위 조항에 대한 합헌적 해석은 문의의 한계를 벗어난 것이라 할 것이다.

헌재판례 **헌법재판소 2002. 8. 29. 선고 2000헌가5 [임원과 과점주주의 연대책임]** | 한정위헌 |

임원과 과점주주에게 연대책임을 부과하는 것 자체가 위헌이 아니라 부실경영에 기여한 바가 없는 임원과 과점주주에게도 연대책임을 지도록 하는 것이 위헌이라는 점에서 연대책임을 지는 임원과 과점주주의 범위를 적절하게 제한함으로써 그 위헌성이 제거될 수 있을 뿐만 아니라, 위 상호신용금고법 제37조의3을 단순위헌으로 선언할 경우 임원과 과점주주가 금고의 채무에 대하여 단지 상법상의 책임만을 지는 결과가 발생하고 이로써 예금주인 금고의 채권자의 이익이 충분히 보호될 수 없기 때문에, 가급적이면 위 법규정의 효력을 유지하는 쪽으로 이를 해석하는 것이 바람직하다. 따라서 이 사건 법률조항은 '부실경영의 책임이 없는 임원'과 '금고의 경영에 영향력을 행사하여 부실의 결과를 초래한 자 이외의 과점주주'에 대해서도 연대채무를 부담하게 하는 범위 내에서 헌법에 위반된다.

헌재판례 **헌법재판소 2002. 11. 28. 선고 98헌바101 [지방공무원에 대한 전입 · 전출]** | 합헌 |

지방공무원법 제29조의3은 "지방자치단체의 장은 다른 지방자치단체의 장의 동의를 얻어 그 소속 공무원을 전입할 수 있다"라고만 규정하고 있어, 이러한 전입에 있어 지방공무원 본인의 동의가 필요한지에 관하여 다툼의 여지없이 명백한 것은 아니나, 위 법률조항은 해당 지방공무원의 동의가 있을 것을 당연한 전제로 하여 그 공무원이 소속된 지방자치단체의 장의 동의를 얻어서만 그 공무원을 전입할 수 있음을 규정하고 있는 것으로 해석하는 것이 타당하다.

헌재판례 **헌법재판소 2007. 11. 29. 선고 2005헌가10 [영업주의 무과실책임]** | 위헌 |

이 사건 양벌규정이 종업원의 업무 관련 무면허의료행위가 있으면 이에 대해 영업주가 비난받을 만한 행위가 있었는지 여부와는 관계없이 자동적으로 영업주도 처벌하도록 규정하고 있고, 그 문언상 명백한 의미와 달리 "종업원의 범죄행위에 대해 영업주의 선임감독상의 과실(기타 영업주의 귀책사유)이 인정되는 경우"라는 요건을 추가하여 해석하는 것은 문리해석의 범위를 넘어서는 것으로서 허용될 수 없으므로, 결국 위 법률조항은 다른 사람의 범죄에 대해 그 책임 유무를 묻지 않고 형벌을 부과함으로써, 법정형에 나아가 판단할 것 없이, 형사법의 기본원리인 '책임없는 자에게 형벌을 부과할 수 없다'는 책임주의에 반한다.

대법원판례 **대법원 2004. 8. 20. 선고 2004다22377 [내용상 무죄재판 포함]**

군인사법 제48조 제4항 후단의 '무죄의 선고를 받은 때'의 의미와 관련하여, 형식상 무죄판결뿐 아니라 공소기각재판을 받았다 하더라도 그와 같은 공소기각의 사유가 없었더라면 무죄가 선고될 현저한 사유가 있는 이른바 내용상 무죄재판의 경우도 이에 포함된다고 확대 해석함이 법률의 문의적 한계 내의 합헌적 법률해석에 부합한다.

대법원판례 **대법원 1996. 4. 9. 선고 95누11405 [한정위헌결정의 기속력]**

이른바 한정위헌 결정의 경우에는 헌법재판소의 결정에 불구하고 법률이나 법률조항은 그 문언이 전혀 달라지지 않은 채 그냥 존속하고 있는 것이므로 이와 같이 법률이나 법률조항의 문언이 변경되지 아니한 이상 이러한 한정위헌 결정은 법률 또는 법률조항의 의미, 내용과 그 적용범위를 정하는 법률해석이라고 이해하지 않을 수 없다. 그런데 구체적 사건에 있어서 당해 법률 또는 법률조항의 의미 · 내용과 적용범위가 어떠한 것인지를 정하는 권한 곧 법령의 해석 · 적용 권한은 바로 사법권의 본질적 내용을 이루는 것으로서, 전적으로 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 전속한다. 그러므로 한정위헌 결정에 표현되어 있는 헌법재판소의 법률해석에 관한 견해는 법률의 의미 · 내용과 그 적용범위에 관한 헌법재판소의 견해를 일응 표명한 데 불과하여 이와 같이 법원에 전속되어 있는 법령의 해석 · 적용 권한에 대하여 어떠한 영향을 미치거나 기속력도 가질 수 없다.

헌재판례 **헌법재판소 1990. 8. 27. 선고 89헌가118 [교통사고 발생자 신고의무]** | 한정합헌 |

교통사고를 일으킨 운전자에게 신고의무를 부담시키고 있는 도로교통법 제50조 제2항, 제111조 제3호는, 피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 범위 내에서 교통사고의 객관적 내용만을 신고하도록 한 것으로 해석하고, 형사책임과 관련되는 사항에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다.

헌재판례 **헌법재판소 2008. 10. 30. 선고 2003헌바10 [상속개시 전에 피상속인으로부터 상속재산가액에 가산되는 재산을 증여받고 상속을 포기한 자를 상속인의 범위에서 제외]** | 위헌 |

응능부담의 원칙을 상속세의 부과에서 실현하고자 하는 입법목적이 공공복리에 기여하므로 목적정당성을 인정할 수 있으나, 상속포기자를 제외하는 것은 응능부담 원칙의 실현이라는 입법목적 달성에 적절한 수단이 될 수 없어서 방법의 적절성 원칙에 위배되며, "상속개시 전에 피상속인으로부터 상속재산가액에 가산되는 재산을 증여받고 상속을

포기한 자"를 "상속인"의 범위에 포함시키는 별도의 수단이 존재하는데도 이를 외면하는 것이므로 침해의 최소성 원칙에 위배되고, 상속을 승인한 자가 상속을 포기한 자가 본래 부담하여야 할 상속세액을 부담하게 되는 재산상의 불이익을 받게 되는 반면에 달성되는 공익은 상대적으로 작다고 할 것이어서 법익 균형성 원칙에도 위배되기 때문에, 구 상속세법 제18조 제1항 본문 중 "상속인"의 범위에 "상속개시 전에 피상속인으로부터 상속재산가액에 가산되는 재산을 증여받고 상속을 포기한 자"를 포함하지 않는 것은 상속을 승인한 자의 헌법상 보장되는 재산권을 침해한다.

SECTION 04 헌법의 기본이론(헌법관)

Ⅰ 법실증주의

기본적인 특징	① 일체의 규범 외적인 관점을 배척, 독일의 입헌군주제가 역사적 배경 ② 「헌법에 어떻게 규정되어 있는지」만을 탐구 「헌법에 어떻게 규정되어야 하는지」는 고려(×) ③ 실정법의 독재 나아가 사람의 독재로 나아갈 가능성을 내포
옐리네크의 법실증주의	① 방법이원론 – 국가를 사회적 측면과 법적 측면으로 구분 ② 국가3요소 – 국민, 영토, 국가권력, 국가를 시원적 지배력을 가진 사단으로 규정(국가사단설) ③ 사실의 규범력설 – 힘이 사실을 만들고 그 사실은 규범이 되기 때문에 법의 근원을 궁극적으로 사실에서 구하고 있다. ④ 국가선존설 – 국가는 이미 존재하고 있고 국가에 대하여 법인체로서의 의사능력과 행위능력을 부여하는 것은 헌법. 법인체로서의 국가는 국가의 의사를 스스로 결정한다고 한다(국가주체설). ⑤ 헌법의 최고규범성은 헌법규범 자체의 내재적 논리로부터 도출 ⑥ 국가의 권력은 원칙적 무제한, 개인의 자유는 「법률 안에서의 자유」
켈젠의 법실증주의	① 방법일원론 – 존재를 무시한 법중심의 방법일원론 ② 법이 바로 국가이며, 법질서는 단계구조로 파악(법단계설) ③ 헌법은 근본규범의 하위에 위치, 국내 실정법질서 최상위에 위치 ④ 헌법의 타당성의 근거는 근본규범이다. ⑤ 기본권은 실정법에 규정된 권리. 자유는 법의 반사적효과 ⑥ 국민이 법질서에 복종해야 할 수동적 관계로서의 의무를 강조

Ⅱ 통합주의

국가의 의미	국가는 그 구성원의 자유주의적 동의에 근거하는 것이라고 한다.
국가사회 일원론	국가가 스스로를 실현해 나가는 생활과정을 통합이라고 하면서 인적통합, 기능적 통합, 실질적 통합을 주장
헌법의 의미	실정법으로서의 헌법은 규범일 뿐 아니라 현실이기도 하며, 헌법으로서의 현실은 부단히 통합되는 현실이라고 한다.
기본권의 의미	기본권은 가치체계 내지 객관적 법질서로서 헌법질서의 방향을 제시
기본권의 성격	기본권의 자연권성을 부인, 기본권을 주관적 공권으로서의 성격보다 공동체의 객관적 법질서로서의 성격을 중시한다.
발전	헷세는 기본권의 이중적 성격론, 헤벌레는 제도적 기본권론을 발전시킴