

대법원 규칙의 제정 근거와 한계*

김해룡**

차례

- I. 서언
- II. 대법원규칙의 연원과 의의
 - 1. 연원
 - 2. 우리 헌법상의 규율과 제도적 의의
- III. 국회의 법률과의 관계
 - 1. 입법대상
 - 2. 법률과 대법원규칙의 경합적 입법관할
 - 3. 위임입법의 근거는 불요
- IV. 대법원규칙의 법적 성질과 법적 지위
 - 1. 법규명령으로서의 성질
 - 2. 자율입법으로서의 성질
- V. 대법원규칙 제정권의 주체와 제정절차
 - 1. 제정주체
 - 2. 제정절차
- VI. 대법원규칙의 효력
 - 1. 대법원규칙과 협의의 법규명령의 효력관계
 - 2. 제108조 이외의 사항을 대법원규칙으로 정할 수 있는지 여부
 - 3. 헌법 제 37조 제 2항의 적용문제
- VII. 대법원규칙에 대한 사법적 통제
- VIII. 대법원규칙에 대한 통제 수단
 - 1. 구체적 규범통제
 - 2. 대법원규칙의 헌법소원의 대상성 여부

* 이 논문은 2015년도 한국외국어대학교의 연구지원으로 한국 입법학의 개척자이신 고 박영도 박사를 기리며 작성하였음

** 한국외국어대학교 법학전문대학원 교수

접수일자 : 2015. 11. 25. / 심사일자 : 2015. 11. 30. / 게재확정일자 : 2015. 11. 30.

I. 서언

헌법 제108조는 “대법원은 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다”고 규정하고 있다. 이는 법규범의 제정권을 국민의 대의기구인 국회에 부여하는 국회입법주의(헌법 제40조) 원칙의 예외적인 모습을 의미하는 것이다. 다른 한편 이는 오래 전부터 영국과 미국 등에서 발전되어온 법원의 규칙제정권 인정제도를 우리 헌법이 수용한 것이라 할 수 있다.¹⁾

대법원에 대한 독자적 입법권 인정은 사법권의 독립성 보장과 소송절차에 관한 법원의 전문성을 존중하는 사고를 배경으로 한다. 대법원 규칙은 국회가 제정한 법규범(형식적 의미의 법률)이 아니라는 점에서 의회입법원칙에 비추어 첫째, 그것을 제정하는데 의회의 수권을 요하는가? 둘째, 그 제정에 있어 내용적 한계는 무엇인가? 하는 점이 검토되어야 할 것이다.

영미법계통의 법리에 의하면 대법원 규칙은 삼권분립의 한 축인 사법부가 제정하는 것이라는 점에서 의회의 입법권 행사와는 무관한 것으로 보고 의회의 입법위임 없이도 제정될 수 있는 것이고, 그 내용에 있어서도 헌법에의 저촉여부만이 문제가 된다고 보는 반면에 대륙법계국가의 법리에 충실한 입장에서는 대법원규칙에 대해서도 법률우위의 원칙과 법률의 법규창조력원칙이 적용된다는 것이다. 이와 같이 대별되는 견해는 대법원규칙의 법적 성질, 법률 및 여타의 법규명령과의 효력관계, 헌법 제108조에서 규정하고 있는 소정사항에 대한 대법원의 전속적 입법사항 여부, ‘법률에 저촉하지 아니하는 범위’의 의미, 대법원규칙의 제정범위와 한계 등과 같은 구체적인 쟁점들에서 큰 차이를 보이고 있다.

이러한 논의와 관련하여 이 글에서는 대법원규칙의 의의와 함께 그 제정에 있어서의 법률의 수권 여부와 그 내용적 한계 여부에 관하여 짚어 보고자 한다.

1) 김문현, “대법원규칙제정권” (고시계, 1992.8.) 125쪽.

II. 대법원규칙의 연원과 의의

1. 연원

법원의 규칙제정제도는 영국의 관습법적 전통이 그 연원이다. 이는 불문법 국가인 영국에서 국가기관이든 사회적 단체이든 간에 각 단체의 자치를 중시하는 관습에서 탄생되었다고 할 수 있다. 또한 법원의 규칙제정제도는 국민의 사법부에 대한 신뢰가 그 바탕이 되었다고 할 수 있다.²⁾

영국에서는 이미 14세기 중엽부터 국왕재판소가 많은 법원들에서 공통적으로 형성된 표준적인 소송절차에 관한 사항을 일반규칙(*general rules and orders*)으로 제정하는 관행이 확립되었는데,³⁾ 이것이 법원의 규칙제정권의 기원이고 할 수 있다.

또한 18세기 이래 의회주권의 원리(의회의 제정법 경향)가 확립됨에 따라 영국에서도 법원규칙이 법률의 위임에 근거하여 제정되는 현상이 대두되기 하였으나,⁴⁾ 사법절차에 대한 의회의 비전문성과 의회입법의 결함 등이 나타남에 따라 법률에 의한 委任立法은 매우 형식적인 것으로 되거나 혹은 전면적 포괄위임을 선언함으로써 실질적으로는 법원의 자율입법이 행사되게 되었다.⁵⁾ 이러한 점에서 대륙법국가의 법규제정에 있어 강조되는 법률의 법규창조력원칙과는 의미적으로 상당한 차이가 있다고 할 것이다.

미국의 경우에도 영국법을 계수하여 소송절차는 근본적으로 법원의 규칙제정권에 의해 규율된다는 전통이 확립되었다. 그 실정법적 모습을 보면 미시간주

2) 細野幸雄, 前掲書 22頁

3) Scott F. Johnson, "Administrative Agencies a Comparison of New Hampshire and Federal Agencies' History, Structure and Rulemaking Requirements", (4 Pierce L. Rev. 435., 2006), p.437

4) 영국에서 위임입법에 의한 법원규칙 제정의 최초의 사례는 1833년의 민사소송절차법(Civil Procedure Act) 제1조 前文에서 법원규칙의 위임입법 근거를 둔 것이다.

5) 1873년의 Supreme Court of Judicature Act, 1925년의 Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 등에 의해 소송절차규정은 소수의 예외를 제외하고는 그 대부분이 법원의 규칙제정에 맡기는 것이었다. 이에 관해서는 권기우, "대법원규칙제정권의 비교헌법적 고찰" 동아대학교 대학원 석사학위논문(1990), 9쪽 참조.

나 루이지애나주 등에서는 직접 헌법으로 법원의 규칙제정권을 규정하고 있고, 연방을 비롯한 일부 주에서는 의회가 정한 법률에서 광범위한 규칙제정권을 법원에 인정하는 형식을 취하고 있다. 6)

미국의 법원규칙은 1938년 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure)의 제정을 전후로 하여 그 제도적 모습이 구별된다. 먼저 17세기 초 식민지 모국인 영국의 Common Law 법원이 제정했던 법원규칙들이 적용되었고, 7) 18세기말부터 19세기에 걸쳐서는 국회의 우위사상에 따라 국회제정법에 의한 소송절차의 개혁, 특히 절차의 간소화가 중요한 과제의 하나가 되었다. 이 작업은 많은 부분을 의회가 스스로 담당하거나 또는 의회 제정법에 의해 법원에 수권하는 형식으로 진행되었는데, 1848년 New York에서 소위 휘일드법전(New York Field code)과 함께 1904년까지 30주 2속령에서 민사소송법전이 제정되었다는 점은 특기할 만하다. 8)

연방법제에서는 1934년에 연방의회를 통과한 2개의 수권법을 통하여 1938년 연방최고법원에 의한 연방민사소송규칙의 제정이 이루어졌다.

이 법원규칙의 제정과 통일에 관한 절차는 최고법원에 일임된 것이고, 이 점은 영국의 법원규칙 제정방식과도 다른 점이다.

일본 사법제도의 근간을 이루는 법원의 조직과 운영에 관한 사항을 규율하는 ‘재판소법’의 원형은 메이지국왕 초기인 1890년에 제정된 재판소구성법이다. 이에 근거한 일본의 사법제도는 제2차 세계대전말까지 지속되었지만, 제 2차대전 후의 사법개혁은 일본 헌법 제77조 제1항을 기초로 한 것이었다. 일본 헌법 제77조 제1항은 “최고재판소는 소송에 관한 절차, 변호사, 재판소의 내부규율 및 사법사무처리에 관한 사항에 대하여 규칙을 규정하는 권한을 갖는다”라고 하여 사법운영에 관하여 최고재판소에게 규칙제정권을 부여하였다. 최고재판소의 이러한 규칙제정권은 미국의 각 주에서 인정되고 있었던 법원의 규칙제정권을 계수한 제도라고 할 것이다.

6) 1938년에 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure)과 1946년에 연방형사소송규칙(Federal Rules of Criminal Procedure)이 이와 같은 법제의 산물이라고 할 것이다. 김문현, 앞의 논문 125 - 126쪽 참조.

7) William F. Swindler, *Court and Constitution in the 20th Century: The New Legality, 1932-68*(2 vols), First ed. (Bobbs-Merrill Co, 1970), p.21

8) 早川武夫, 前掲論文 226頁

일본 헌법이 규정한 최고재판소의 규칙제정권 중에서 특별한 의의를 가지는 것은 소송절차에 대하여 독립하여 규칙을 제정하는 권한을 법원에 인정하고 있는 것이다. 일본 헌법이 법원규칙 사항으로 규정하고 있는 것은 소송에 관한 절차, 변호사, 법원의 내부규율 및 사법사무처리이다. 소송절차라 함은 민사, 형사, 행정 등의 소송절차 이외에 비송사건절차도 포함한다.⁹⁾ 변호사의 자격이나 활동에 관한 사항에 대하여 법원규칙이 일반적으로 규율할 수는 없지만, 송무관계에 한해서는 법원규칙으로 정하는 것이 가능하다고 보고있다.¹⁰⁾

일본에서 국회가 제정하는 법률과 법원규칙이 내용적으로 저촉되는 경우에 무엇을 우선할 것인가에 대해서는 해석상 논란이 있다. 이 쟁점과 관련하여 법원규칙우위를 주장하는 견해는 일본 헌법 제77조 제1항이 들고 있는 법원규칙 사항은 법원의 독점적 영역이고 그 범위에서는 국회 입법권이 개입할 수 없다고 본다. 그에 반하여 법률우위를 주장하는 견해는 국회는 의회입법원칙을 선언하고 있는 국가의 민주적 기본질서에 비추어 법률우위의 원칙이 적용되어 법률의 내용이 법원규칙에 대해서 우선하는 효력이 있고 법원규칙은 법률의 범위 내에서 보충적 효력을 가진다는 견해이다. 민주국가에 있어서는 국민의 선거에 의하여 구성된 국회가 제정한 법률에 우위를 인정하는 것이 바람직하다는 견해가 통설적 입장에 있다.¹¹⁾

2. 우리 헌법상의 규율과 제도적 의의

제헌헌법은 대법원에게 규칙제정권을 부여하였으나, 그 취지가 무엇인지는 확실하게 알 수 없다. 당시 제헌헌법 제정작업에 참여한 유진오 교수는 이에 대하여 “재판권을 행사하는 법원으로서 예외적 권한이라 할 수 있으나, 사법권의 독립을 보장하기 위하여 특히 대법원에 그와 같은 권한을 부여한 것이다. 그러나 본조에 의한 대법원의 규칙제정권은 법률의 범위 내에서 인정되는

9) 재판소의 조직·구성·관할권 등의 사항은 법률사항이다. 실제 규칙으로 규정할 수 있는 것은 소송진행에 관한 절차에 한정된다고 할 수 있다.

10) 변호사에 관한 사항에 대해서도 그 직무·자격은 변호사법으로 규정되기 때문에 이와 관련된 대부분의 사항은 소송에 관한 절차에 포함되게 된다.

11) 兼子一·竹下守夫, 前掲書, 116-118面.

것이므로 그 규칙이 법률에 반할 수 없음은 물론이다”라고 주석한 바 있다.¹²⁾

최근에는 헌법이 규칙제정권을 인정하는 취지는 사법권에 대한 입법권의 통제를 차단하여 사법권의 독립성과 자주적 지위를 보장함과 동시에 기술적·합리적 견지에서 소송기술적 사항을 숙지하고 있는 사법부 자신이 그에 관한 규율을 제정하는 것이 합리적이라는 것으로 보고 있다.¹³⁾

대법원규칙은 헌법 제 75조와 제 95조에 따라 오직 개별 법률에서 개별적 구체적인 입법위임이 있을 때만이 대통령령이나 총리령, 부령을 제정할 수 있는 소위 행정입법의 경우와 상이하다는 점은 분명하다. 이러한 상이점으로부터 대법원규칙은 비록 소송절차나 내부규율 및 사무처리에 관한 사항에 대하여 전속적 입법권한을 행사하지 못하더라도 법률에 저촉되지 아니하는 한에서는 자기책임하에 규칙을 제정할 수 있는 제한적이거나 자율적인 입법이라 볼 수 있다.¹⁴⁾ 특히 우리나라의 경우에는 헌법이 국회입법의 원칙을 천명하는 일방 법률안제출권도 오직 국회의원과 행정부에게만 인정하면서도 다른 한편으로는 헌법 스스로 법원의 내부규율과 법원사무 및 소송절차에 대하여는 대법원이 법률에 저촉되지 아니하는 범위 내에서 자율적으로 규정할 수 있는 특별한 지위를 인정하는 태도를 취하고 있는 것은 특기할 만 하다. ¹⁵⁾

Ⅲ. 국회의 법률과의 관계

1. 입법대상

제헌헌법 제82조는 "대법원은 법원 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다"라고 규정하였다. 이 규정은 법률 대법원규칙과의 관계에 대하여 명백히 규정하지 아니함으로써 양자간의 효력의 충돌문제를 야기할 소지를 두었다. 당시 유진오 교수는 이 문제에 관하여 국회의 제정법이 우선한다는

12) 이영섭, “대법원의 규칙제정권 ” 고려대학교 50주년기념논문집, 1955, 17쪽.

13) 김문현, 앞의 논문 127쪽 참조.

14) 이영섭, 앞의 논문 367쪽 참조.

15) 김철수, 헌법학개론 (서울, 박영사, 2007) 1411쪽 참조.

견해를 피력한 바 있으나, 법원의 규칙제정권 인정제도가 본래 영미법에서 유래된 점을 고려하면 간단히 국회의 제정법이 우위라고 보는 데에는 무리가 있다고 지적 되기도 하였다. 16)

또한 제헌헌법의 이 규정 내용자체에도 문제점이 있었다고 할 수 있다. 이는 대법원규칙의 대부분은 소송절차에 관한 것임에도 불구하고, 17) 제헌 헌법 제 82조는 법원의 소송절차에 관한 사항은 언급하지 아니하고 ‘내부규율’과 ‘사무처리’에 관해서만 언급하였기 때문이다. 이에 따라 영미법에서 발전해온 규칙제정권의 역사적인 성격을 감안하여 제82조의 조문에서 그 규율대상으로 언급되어 있지 않았으나 소송절차에 관한 사항도 법원규칙으로 정할 수 있다고 보는 견해가 유력하게 제기된 바 있었다.

그러나 1962년 제5차 개정헌법 제108조에서는 “대법원은 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다”고 규정하여 국회의 법률과의 관계를 명확히 함과 동시에 ‘소송에 관한 절차’를 추가하여 대법원 규칙의 역사적 연원에 근접하는 규정이 되었다 할 것이다.

2. 법률과 대법원규칙의 경합적 입법관할

전술한 바와 같이 헌법 제108조는 대법원규칙사항을 세 가지로 정하고 있다. 즉 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 사항을 그 대상으로 하고 있다. 소송에 관한 절차에 관한 사항이란 법원의 관할에 속하는 각종의 소송에 관한 절차뿐 아니라 조정이나 심판, 비송사건, 그리고 강제집행, 위헌법률심사 등에 관한 것을 의미하며, 18) 법원의 내부규율에 관한 사항은 법원 내부에서의 사무처리, 인원배치, 사무감독 등에 관한 사항을 말한다. 19) 또한 법원의

16) 이영섭, 앞의 논문, 370쪽.

17) 영국과 미국에서의 법원규칙 역시 대부분 소송절차에 관한 규율임은 앞에서 살펴보았다.

18) 헌법 제37조 제2항에 비추어 소송절차에 관한 사항이라 하더라도 국민의 자유와 권리에 관한 사항에 관해서는 법률로써 정해야 하며 대법원규칙으로 정할 수 있는 사항은 기술적·세부적 사항에 한정된다고 할 것이다

19) 헌법 제101조 제3항, 제102조 제2, 3항, 제105조 제2, 3, 4항, 제106조 제2항 등에 의해 법원의 조직이나 관할, 법관의 신분 등에 관한 사항은 법률사항으로 하고 있으므로 이러한 사항에 대한 대법원규칙은 법률의 집행과 관련된 세부적 사항에 그친다고 할 것이다.

사무처리에 관한 사항이라 함은 법원의 재판사무 뿐 아니라 이에 부수하는 사무의 처리를 포함한다. 그 예로서는 재판사무의 배당, 사법행정사무의 처리, 등기, 호적 등에 관한 사무의 처리 등이 이에 속한다.

대법원규칙의 규율사항과 관련하여 법률사항과의 경합 내지 배타적 규율사항의 인정 여부의 문제가 제기 된다. 헌법이 대법원규칙의 대상이 되는 사항만을 제시하면서 그 내용이 ‘법률에 저촉되지 않은 범위안에서’라고 규정할 뿐이므로 국회가 헌법이 대법원의 규칙으로 정할 것을 규정하고 있는 것이라도(전술한 3가지 사항) 그 스스로 법률로써 정하는 데는 장애가 없다고 보는 것이 일반적이다. 즉 헌법 제 108조에서 언급하고 있는 대법원규칙 제정 대상도 법률과 대법원규칙과의 경합사항이라 할 것이고, 상호 그 내용이 충돌될 경우에는 법률의 규정이 우선한다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고 대법원 규칙제정권의 의의는 국회가 법원의 전문성과 독립성을 인정하여 스스로 소송에 관한 사항이나 법원의 사무처리 및 법원 내부적 사항에 대한 법률제정을 자제하거나, 그에 관한 입법을 하는 경우에도 광범위하게 입법을 위임하는 경우에 그 의의가 살아있다고 할 것이다.

3. 위임입법의 근거는 불요

소송절차 및 법원의 사무처리에 관한 사항에 대한 입법권한 문제는 영국과 미국에서도 시대에 따라 한결같지 않다. 의회의 제정법주의가 강조되던 시대에는 법원규칙은 어디까지나 법률의 위임을 받아 제정되어야 하는 것으로 인식되기도 하였으나, 오랜 관습과 전통에 따르면 소송절차에 관한 사항은 법원규칙의 고유한 대상으로 여겨져왔다고 할 것이다. 그리하여 소송절차에 관한 규칙제정권은 입법권에 속하는 것이 아니라 순전히 사법권에 속하는 것이며 국회가 소송절차를 규율하는 것은 사법권을 침범하여 위헌이라고 주장하는 견해도 제시된바 있다.²⁰⁾

한편 일본에서는 일본헌법 제77조 소정의 사항은 오직 법원규칙에 의해서만 규정되어야 한다고 보는 입장과 제77조 소정의 사항 중 법원의 내부규율과 사법사무처리에 관한 사항만이 법원규칙의 전속사항이라 보는 견해, 그리고

20) 김문현, 앞의 논문 130쪽 참조.

헌법이 기본적으로 국회를 입법기관 규정하고 있고, 소송절차 등에 관한 사항을 법원의 전속적 입법관할 사항으로 규정하고 있지 않다는 이유로 제77조 소정의 사항은 법률과 법원규칙의 입법관할이 경합하는 사항으로 보는 견해 등으로 나누어져 있다.

우리나라에서의 경우는 헌법 제108조가 ‘대법원은 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다’고 규정하여 이와 같은 입법관할에 관한 문제를 근본적으로 해결하고 있다고 할 것이다. 즉 “법률에 저촉하지 않는 범위”라고 규정함으로써 대법원규칙에 대한 법률의 우위를 선언하면서도 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 사항에 대하여 대법원규칙과 법률이 경합할 수 있음을 시사하고 있다. 우리나라의 경우에는 일본과는 달리 여러 견해가 나타날 여지는 별로 없으며 경합설이 타당하다. 다수설과 판례의 태도 또한 그러하다.

국민의 대표기관에 의해 제정되는 법률이라는 형식 제정 및 공포절차 등을 감안할 때 소송절차에 관한 기본적인 사항에 대해서는 법률로 정하는 것이 의회주의 관점에서 바람직할 수는 있을 것이다. 그러나 소송절차 등에 관한 기본적인 사항은 법률로 정해야 한다는 확정적인 논리는 반드시 타당하다고만 할 수 없을 것이다. 오히려 사법부의 독립성과 전문성을 감안하면 소송절차와 법원의 사무처리에 관한 규율을 제정함에 있어서 국회가 가능하다면 입법을 자제하는 태도가 바람직하다. 이는 헌법이 대법원에 대하여 그 규칙제정권을 부여한 취지에 부합된다고 할 수 있다. 즉 중요사항이라고 하여 국회의 입법사항이라고 주장하기 보다는 많은 사항들이 대법원규칙으로 정해지게 되면 법원의 전문성과 소송절차의 능률적인 진행에 도움이 될 것이다. 특히 우리나라의 국회 입법이 각 정파간의 정치적 이해관계로 인하여 적기에 합리적으로 이루어 지지 못하는 현실을 감안하면 더욱 그러하다. 국회의 입법현실을 도외시하고 대의제 민주주의라는 국회의 이성적 기능만을 전제로 논의를 전개함은 문제가 있다고 할 것이다.

IV. 대법원규칙의 법적 성질과 법적 지위

1. 법규명령으로서의 성질

헌법 제108조에 근거하여 제정되는 대법원규칙의 법적 성질에 관한 논의도 필요하다. 대법원규칙이 의회입법원칙에 따라 국회가 제정하는 법률 이외에 일반적 구속력있는 규범이라는 점에서 흔히 사용되는 명칭인 법규명령에 속하는가 아닌가 하는 문제가 제기된다. 일반적으로 법규명령은 행정권이 제정하는 법을 말하고, 그 특성으로는 법률의 입법위임 근거를 요하는 것이다. 그러나 대법원규칙은 법률의 입법위임을 필요로 하지 않는다는 점에서 통상적으로 일컬어지는 법규명령과 적지 않은 차이가 있다. 그러나 법규명령을 의회의 제정법이 아닌 것으로서 법률보다 하위의 효력을 갖는 법규를 지칭하는 것임으로 넓게 본다면 대법원규칙 역시 법규명령에 해당한다고 할 수 있다.

다른 한편 학자들 중에는 대법원규칙을 유형별로 분류하여 소송절차에 관한 것은 국민의 권리의무에 관한 사항과 관련이 있으므로 대부분 법규명령에 해당할 것이지만, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙은 대세적 효력이 없으면서 행정규칙에 해당한다는 견해를 보이고 있다. 이는 곧 대법원규칙의 법적 성질을 그 규율의 대상 내지 내용으로 구분하여 대세적 효력있는 것인가 혹은 대내적 효력만이 있는 것인가를 구분하여야 한다는 입장이다.

대법원규칙을 그 내용에 따라 법규명령 또는 행정규칙으로 구분하는 것이 타당한가 하는 점에 대해서는 견해가 대립될 수 있다. 이를 긍정하는 견해는 행정부가 제정하는 일반적-추상적 규율에 대하여 그 내용을 기준으로 대세적 혹은 대내적 법규범성을 구분하는 대법원의 입장과 유사하다. 즉 대법원이 법규명령의 형식으로 제정된 것이라도 그 내용이 행정내부적 사무처리나 절차에 관한 사항이라면 행정규칙으로, 그리고 고시나 훈령 등과 같이 행정규칙의 형식으로 제정된 것이라도 그 내용이 국민의 권리-의무에 관한 것일 때는 법규명령으로 보는 것과 마찬가지로의 입장이다.

그러나 필자가 보건데, 일반적- 추상적 규율에 대한 법규범성을 그 내용에 따라 구분하는 것은 수범자의 입장에서 볼때 결코 쉬운 것이 아니라는 점에서 법적 안정성에 큰 문제가 있다고 생각된다, 이러한 점에서 이를 그 제정 형식에 따라 구분하여야 할 것으로 본다. 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 사항 중에도 국민의 권리의무에 관한 사항이라고 할 수 있는 것이 적지 아니하다는 점을 고려하면 소송절차에 관한 사항과 법원의 내부규율 및 사무처리에 관한 사항은 이를 구분할 것 없이 헌법에 의해 인정된 법규의 형식인 대법원규칙으로 정한 이상 모두 대세적 효력이 있는 법규명령으로 보아야 할 것이다.

2. 자율입법으로서의 성질

대법원규칙은 그 연원을 따라가면 어떤 국가기관 내지 사회적 조직체의 자치를 중시하는 영국에서 발전된 입법제도이다. 영국에서도 15세기이후 법원의 소송사무 등에 대하여도 의회의 제정법이 등장하고, 법률의 입법위임을 통해서 법원의 규칙제정이 이루어지는 경향이 뚜렷이 전개되기 하였으나, 의회가 제정한 법률에서는 법원에 의한 규칙제정사항에 대하여 포괄적으로 위임하는 형식을 취함으로써 소송절차나 법원의 사무에 관한 사항에 관해서는 법원이 그의 전속적인 입법권한이 인정되었다고 할 수 있다. 미국의 연방대법원은 연방국회법에 의하여 규칙제정권을 부여받고 있기는 하지만, 명문의 규정에 의하여 소송절차나 법원의 사무에 관한 사항에 대하여는 거의 전속적 입법권한을 인정받고 있다.²¹⁾ 이와 같은 영국과 미국에서의 대법원규칙은 실질적으로 보면 자율입법의 성질을 가진다는 것을 보여준다. 우리 헌법 제 108조의 경우에도 대법원 규칙제정권을 직접 규정하고 단지는 범위내에서 이를 행사할 수 있다는 점을 감안하면, 여타의 행정입법의 경우와는 달리 소송절차나 법원 사무처리에 관한 한 사법부의 자율 입법권을 인정한 것이라는 적극적인 해석이 가능하다고 할 것이다.

21) 이영섭, 앞의 논문 370쪽 참조.

V. 대법원규칙 제정권의 주체와 제정절차

1. 제정주체

원래 영미법계에서는 법원규칙의 제정주체는 최고법원 뿐 아니라 하급법원도 포함한다. 즉 앞에서 본 것처럼 미국연방법전 제28편 제2071조 (a)는 연방대법원 뿐 아니라 의회제정법에 의해 설립된 모든 법원이 그 사무처리에 관해 규칙제정권을 가진다고 규정하고 있으며 Federal Rules of Civil Procedure R.83은 연방하급법원도 동 규칙에 반하지 않는 한 독자의 규칙을 제정할 수 있다고 규정하고 있다. 한편 일본의 경우 최고재판소가 규칙제정권을 가지지만 최고재판소는 하급재판소에 관한 규칙을 제정하는 권한을 하급재판소에 위임할 수 있으므로 (일본헌법 제77조 3항) 그 위임의 범위 내에서 규칙제정권을 가진다.

그러나 우리나라 헌법은 하급법원의 규칙제정권에 관한 규정을 두지 않고 있고 대법원의 하급법원에 대한 규칙제정권 위임에 관한 규정도 두고 있지 않으므로 하급법원이 규칙제정권의 주체가 될 수 있는지가 문제된다. 대법원만이 규칙제정권과 관련하여 헌법에 아무런 위임 근거가 없으므로 규칙제정권을 하급법원에 위임할 수 없다고 보아야 한다는 견해가 있다. 또한 같은 맥락에서 소송법(법률)에서 대법원규칙으로 정하도록 위임한 경우 대법원은 더 이상 다른 법원이나 행정부에 재위임할 수 없다는 견해도 있다. 22)

그러나 대법원의 규칙제정권은 법률에 저촉되지 않는 범위 안에서 소송절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 사항을 정할 수 있는 자율적 입법의 성격이 강하다는 점에서 대법원이 하급법원에 재위임하는 것은 이론적으로는 문제가 없다고 생각된다. 23) 그러나 하급법원에 의한 규칙제정은 일반국민의 권리구제 제도와 관련된 소송절차에 관한 사항 이외에 하급법원 내부의 사무처리에 관한 사항에 국한되어야 할 것이고, 그 규범성도 대세적 효력이 없는 법원내부규

22) 김문현, 앞의 논문 128쪽 참조

23) 대법원규칙은 헌법에 의해 인정된 법형식의 하나로서 대법원의 자율적 입법권이므로 그 권한 범위 안에서 하급법원에 재위임이 가능하다고 본다.

율로서 행정규칙적 성질을 가진다고 해야 할 것이다.

2. 제정절차

대법원규칙의 제정자는 어디까지나 대법원이다. 대법원은 대법관회의의 의결을 거쳐 규칙을 제정한다. 그 의결은 대법관 전원의 3분의 2이상의 출석과 출석인원 과반수의 찬성에 의한다(법원조직법 제16조 및 제17조). 대법관회의에서 의결된 규칙은 의결된 후 15일 이내에 법원행정처장의 공포를 거쳐 발효된다.

대법원은 2007년 7월 대법원규칙의 제·개정 또는 폐지시에 국민들의 의견을 수렴할 수 있도록 입법예고하는 내용을 담은 ‘대법원규칙의 제정절차 등에 관한 규칙’을 공포한 바 있다. 다만, 국민들의 생활과 직접적인 관련이 없거나 긴급한 필요가 있는 경우 등은 이 입법예고절차는 생략될 수 있다. 이에 따라 대법원은 2008년부터 실시되는 국민참여재판의 세부절차를 정한 「국민의 형사재판 참여에 관한 규칙안」을 홈페이지를 통해 입법예고한 바 있다.

대법원규칙은 소송절차, 법원의 내부규율 및 사무처리에 관한 사항에 대하여는 법률의 입법위임 없이도 제정될 수 있고, 그 내용은 법률에 저촉되지 아니하는 한 광범위한 입법재량이 인정된다고 할 것이므로, 헌법 제 37조 제 2항과의 관련성 속에서 논란이 있기는 하지만, 경우에 따라서는 국민의 권리의무에 관한 사항까지도 소송절차에 관한 것인 한에서는 정할 수 있다는 점에서 실질적으로 법률에 버금가는 효력을 인정받고 있음에도 제정 및 공포절차에서 민주적 정당성이 담보되지 않는 점이 문제점이라 할 것이다.

VI. 대법원규칙의 효력

헌법 제108조의 문리해석상 소송절차와 법원의 내부규율 및 사무처리에 관한 사항은 대법원의 전속적 입법관할 사항이라고 할 수는 없으며 국회와 경합적으로 규율할 수 있는 사항이다. 이를 전제로 한다면 법률과 대법원규칙이 경합하는 경우 양자간의 효력상의 우위문제가 제기된다.

우선 외국에서의 경우를 살펴보면, 영국의 경우 법원규칙은 법률과 동일한 효력을 가지며 소송절차에 관한 사항은 제정법을 개폐하는 효력이 인정되고

있다. 미국의 경우에도 미국연방법전 제28편 제2072조 (b)는 “이러한 규칙은 실제적 권리를 제한, 확대, 수정하지는 못한다. 이러한 규칙과 부합하지 않는 모든 법은 그 규칙이 효력을 발한 후에는 효력을 상실한다”고 규정하고 있어, 이 조항에 따라 의회제정법을 포함한 모든 법은 연방대법원규칙에 저촉하는 경우 효력을 상실하게 된다(소위 폐기조항(Supersession Clause)). 이러한 영미법계의 법규정과 판례를 근거로 법률과 법원규칙이 서로 충돌할 경우, 법원규칙이 우위라고 주장하는 입장도 있다. 또한 법리적으로는 법원이 관장하는 소송절차나 법원사무처리에 관해서는 사법부의 독립성과 책임성을 제고하기 위해서라도 자신의 소송절차나 사무처리에 관하여는 대법원에게 자주권을 인정하는 것이 타당하다는 사고가 그 배경으로 되고 있다.

일본의 경우에도 영미법계국가들에서의 법원규칙제정제도의 연혁에 따라 최고재판소의 독립성 보장이라는 견지에서 「법원규칙우위설」을 주장하거나 법률과 법원규칙은 동일한 효력을 가지지만 양자가 저촉하는 경우에는 후법이 선법에 우선한다고 하는 원칙이 적용된다고 하는 동위설」을 주장하는 견해가 있다. 그러나 최근에는 “누구든지 법률이 정하는 절차에 의하지 아니하고는 그 생명 또는 자유가 박탈되거나 또는 기타의 형벌을 받지 아니한다”고 규정한 일본 헌법 제31조와 국회의 최고기관성과 국가의 유일한 입법기관성을 규정한 제41조를 근거로 법률이 법원규칙에 대한 우월적 효력을 가진다고 보는 것이 지배적 견해이고 최고재판소의 판례도 같은 입장에 있다.²⁴⁾

우리나라의 경우 헌법 제108조가 「... 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서」라고 규정하여 입법적으로 법률우위설을 명확히 하고 있다. 법률이 대법원규칙에 우월하여야 할 이유는 삼권분립원칙과 헌법 제 40조에 의거 입법권은 원칙적으로 국회에 있고 국민의 대표기관인 국회에서 제정한 법률은 국민전체의 의사(volunte generale)로 간주되는 민주적 정당성을 지니고 있기 때문이다.²⁵⁾

24) 김문현, 앞의 논문 133쪽 참조.

25) 헌법 제108조의 해석상 법률이 대법원규칙보다 우위의 효력을 가진다는 것은 분명하다. 대법원 규칙에 대한 법률의 효력우위의 근거로 헌법 제108조 외에 헌법 제37조 제2항과 헌법 제40조를 열거하고 있다.

1. 대법원규칙과 협의의 법규명령의 효력관계

대법원규칙은 법률보다 하위의 효력을 가진다는 점에서 넓은 의미의 법규명령의 범주에 포함되는 것으로 보고 있으나, 행정입법, 즉 대통령령 총리령, 부령과는 어떤 관계인가 하는 점이 의문이다. 대법원규칙 역시 법률 이하의 법규범이라는 점에서 이들 행정입법과 형식상으로는 동위임을 부인할 수는 없다.

그러나 대법원규칙 제정권의 범위는 법률에 저촉되지 않는 범위내에서 입법 재량이 인정된다고 할 것이기 때문에, 논리적으로 보면 대법원은 행정입법인 대통령령이나 총리령, 부령과 내용적으로 충돌되는 대법원규칙을 제정할 수 있다고 할 것이다. 이러한 점에서 대법원규칙은 행정입법으로서의 법규명령에 우위에 있다고 해도 좋을 것이다.

그러나 다른 한편으로 생각하면 행정입법인 대통령령이나 총리령, 부령 등은 법률에서 구체적 개별적 위임을 받아 제정되는 것이기 때문에 법률과 행정입법인 법규명령 간에는 규율대상이나 그 내용에 있어서 일정한 체계정합성이 유지되어야 할 것인데, 대법원이 행정입법의 내용과 상치되는 내용의 대법원규칙을 제정한다면, 의회입법에 근거한 하위 법령들의 규범체계가 흔들려질 가능성이 매우 크다. 이러한 점을 감안하면 국회는 소송절차에 관한 사항이나 법원의 사무처리에 관한 사항 등에 대해서는 사법부의 전문성과 독립성을 보장하기 위한 취지에서 가능하면 스스로의 입법을 자재해야 할 뿐만 아니라 법률로 규정할 경우에도 대통령령이나 총리령, 부령 등에 입법위임하지 아니하고 대법원규칙에 입법위임하거나 혹은 대법원이 스스로 대법원규칙으로 규율하도록 비워두는 것이 바람직하다고 할 것이다.

일부 학자들은 대법원규칙을 법규명령의 성격을 갖는 것과 행정규칙의 성격을 갖는 것으로 구분하고, 법규명령적 성격의 대법원규칙의 내용이 다른 행정입법의 내용과 들과 충돌된다면 신법 우선의 원칙에 따라서 해결하여야 한다고 주장한다. 그리고 행정규칙의 성질을 가진 대법원규칙인 경우에는 행정입법인 법규명령에 저촉되어서는 안된다는 견해를 보이고 있다. 그러나 앞서 언급한 바와 같이 대법원규칙을 법규명령의 성격을 갖는 것과 행정규칙을 성격을

갖는 것으로 분류하는 것은 타당하지 못하다. 우선 그와 같은 구분자체가 모호할 뿐만 아니라 법적 안정성을 크게 훼손하기 때문이다. 소송절차에 관한 규칙은 소송관계자인 일반국민의 소송행위 자체를 규율하는 것이라는 점에서 대세적 효력있는 법규명령으로 보는 데는 큰 이의가 없으나, 이 견해에서 행정규칙으로 보고 있는 법원의 내부규율 및 사무처리에 관한 규칙도 예컨대 법무사법시행규칙과 같이 국민의 권리의무에 관한 사항을 포함하는 경우가 많다는 점에서 일률적으로 그 외부적 효력을 부인하는 것은 문제가 있는 것이다. 이러한 점에서 대법원규칙을 법규명령적인 것과 행정규칙인 것으로 구분하는 것 자체가 타당하지 않을 뿐만 아니라 대법원규칙을 다른 행정입법(대통령령, 총리령, 부령)과 동위로 인식하는 것 자체가 “법률에 저촉되지 않는 범위내에서 대법원 규칙을 제정할 수 있다”는 헌법 제 108조의 규정에 반한다고 할 것이기 때문이다.

2. 제108조 이외의 사항을 대법원규칙으로 정할 수 있는지 여부

헌법 제108조에서 대법원규칙으로 정할 수 있도록 한 3가지 사항은 열거규정인지 아니면 예시규정인지가 문제된다. 다시 말해서 대법원은 이러한 영역 외에도 필요한 경우에 대법원규칙을 제정할 수 있는가? 하는 점이다.

헌법 제108조 소정의 사항을 열거규정으로 보는 입장에 의하면 대법원규칙의 소관사항은 헌법에 열거된 사항에 한정되고 그 이외의 사항을 내용으로 한 경우에는 당연무효라고 볼 수 있다.²⁶⁾ 한편 헌법 제108조 소정의 사항을 예시규정으로 보는 입장에 따르면 사법권에 관계되는 사항인 한, 이 조항 이외의 사항이라 하더라도 법률이 대법원규칙에 위임할 수 있다고 본다.

학자들 중에는 헌법 제108조 소정의 사항을 대법원규칙 전속사항으로 이해하지 않고 또한 법률보다 하위의 효력을 가지는 것으로 이해한다면 열거적 의미로 이해할 이유가 없으며, 법률의 위임에 의하거나 대법원의 재량에 의하여 사법권에 관한 사항에 대하여 규칙으로 제정할 수 있다 할 것이므로 후설이 타당하다고 보는 견해가 있다.²⁷⁾

26) 清宮四郎, 憲法 I (有斐閣, 1980) 430頁

27) 김문현, 앞의 논문 129쪽 참조.

우선 대법원이 헌법 제 108조에 규정하고 있는 사항 이외에 스스로 규정하는 경우는 구체적 사례를 찾기 어려우나, 법리적으로는 인될 수 없다고 할 것이다. 그 이유는 헌법이 국회입법권의 예외적 사항으로서 대법원규칙제정권을 인정하면서 그 규율대상을 헌법조문에 구체적으로 적시하고 있기 때문이다. 그러함에도 불구하고 헌법 제 108조에서 규정하고 있는 3개 사항이 단지 예시적인 것이라는 주장은 국회의 입법권에 관한 헌법 제 40조 규정에 배치되는 것이라고 할 것이다.

3. 헌법 제 37조 제 2항의 적용문제

대법원규칙의 제정에서도 헌법 제 37조 제 2항의 적용여부가 문제가 된다. 대법원규칙의 내용이 국민의 기본권을 제한하는 것인 때에는 반드시 법률에 근거(법률유보)가 있어야 하는가 하는 점이다. 이 쟁점에 대해서도 견해가 갈린다. 헌법 제 37조 제 2항은 기본권제한을 위해서는 반드시 형식적 의미의 법률에 그 근거를 요한다는 주장이 제기되고 있는 반면에, 헌법 108조에 따라 대법원규칙의 제정에 있어서는 국민의 권리-의무에 관한 사항이라도 굳이 위임입법의 근거를 요구하지 않는다는 주장이 대립되고 있는 것이다. 이는 헌법 제 108조가 법률에 저촉되지 않는 한 대법원의 입법권을 포괄적으로 인정하였다는 점에서 본다면 헌법 제 37조 제 2항은 대법원규칙의 제정에 있어서는 적용되지 아니한다고 볼 수 있다.

헌법재판소도 대법원규칙은 법률에 저촉되지 않는 한 법률의 명시적인 수권이 없더라도 소송절차에 관한 행위나 권리를 제한하는 규정을 둘 수 있다는 취지의 결정을 한 바 있다.²⁸⁾

VII. 대법원규칙에 대한 사법적 통제

헌법 제 108조에서 규정하는 바와 같이 대법원규칙이 법률에 저촉되지 않는 범위내에서 제정되어야 한다는 점에서 대법원규칙의 법률위반 여부에 대한

28) 헌법재판소 전원재판부 1995.12.28. 91헌마114 참조

심사가 필요하다. 헌법 제107조 제2항은 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다”고 규정하고 있어, 형식논리적으로 보면 대법원규칙 역시 대법원의 통제대상이 된다고 할 것이다. 그러나 대법원이 자기가 만든 규칙에 대하여 스스로 위법, 위헌성에 대한 심사기관이 된다는 모순된 결과가 야기되고 있는 것이다.

이와 같은 제도적 모순점이 있다고 하여 헌법재판소가 이의 통제기관이어야 할 것이라는 견해도 있다. 즉 대법원 자신이 만든 규칙에 대한 통제수단에 관하여 아무런 언급이 없는 것은 입법불비이고, 따라서 대법원 이외의 유일한 통제기관인 헌법재판소가 그 통제권한을 행사하여야 한다는 주장이 자연스럽게 제기될 수 있는 것이다.

이와 같은 주장에는 헌법에는 헌법재판소 역시 법규범인 규칙을 제정하는 권한이 부여되어 있으므로 헌법재판소가 만든 헌법재판소규칙은 헌법 제 108조에 의거 대법원이 통제할 수 있다는 점에서 헌법재판소가 대법원규칙의 위헌, 위법성을 심사하게 하는 것은 양기관간의 역할을 균등하게 하는 이점도 있다고 할 수 있다.

다른 한편 영미법에서 보는 바와 같이 의회가 그 위법성 여부를 심사하는 제도 역시 검토할 필요가 있다고 생각된다. 많은 경우 대법원규칙이 입법위임에 따라 제정되고 있다는 점에서 그 위임기관인 국회가 관련 대법원규칙의 법률위반 여부에 대한 통제권을 가지는 것은 사리에 부합된다고 할 수 있다.²⁹⁾

29) 영국의 경우 법원규칙은 의회에 제출하여야 하며 의회는 이에 대한 거부권을 가지나 이는 법원규칙 공포 후이고 법원규칙의 공포에 이르기까지는 간섭할 수 없으며 법원규칙은 규칙위원회(Rule Committee)가 정하는 시기부터 효력을 발하도록 하고 있다. 법원규칙은 위임의 범위를 벗어나면 월권으로서 무효가 된다. 김문현, 앞의 논문 134쪽 참조.

VIII. 대법원규칙에 대한 통제 수단

1. 구체적 규범통제

법규명령으로서의 대법원규칙은 헌법 제 107조 제 2항에 의거 소위 “재판의 전제성”이 충족될 경우에 한하여 통제가 가능하다고 할 것이다.

헌법 제 107조 제 2항에 의거하면 대법원규칙의 위헌, 위법성여부에 대한 심사는 일단 그것이 재판의 전제가 되어야 함은 분명하다. 법규범통제에 있어서 재판의 전제성은 어떤 대법원 규칙이 적용되기는 하였으나, 재판에서의 다툼이 되는 사항과 직접적인 관련성이 없는 경우 경우에는 해당되지 아니한다.

헌법 제 107조 제 2항의 명령, 규칙에 대한 사법심사의 요건인 “재판의 전제성”은 대법원규칙이 집행되어 그 집행된 결과인 행정처분 등에 대한 항고소송이 제기됨으로써만이 충족되는 것인 한에서는 대법원규칙이 아직 집행되지 아니한 상태로서는 대법원에 제소할 수가 없다. 즉 헌법 제 107조 제 2항에 의하면 명령, 규칙에 대한 추상적 규범통제(Abstrakte Normenkontrolle)는 불가능한 것으로 해석되기 때문이다.

2. 대법원규칙의 헌법소원의 대상성 여부

대법원규칙이 국가기관에 의한 법규범 제정행위라는 점에서 공권력의 행사에 해당된다. 따라서 그로 인해 개인이 그의 헌법상 보장된 기본권을 침해당하였을 경우에는 헌법소원의 대상이 될 수 있다. 다만 헌법소원의 제기요건으로서 보충성의 원칙에 따라 헌법소원의 길 이외에는 다른 권리구제의 수단이 없는 경우에 한한다. 뿐만 아니라 법률의 위임에 따라 대법원이 어떠한 규칙을 제정할 의무가 있음에도 관련 규칙을 제정하지 아니할 경우에도 소위 입법부작위가 됨으로써 당해 대법원규칙이 제정되어 시행됨으로써만이 어떤 개인의 특정정한 기본권이 구현될 수 있는 사정이 발생한 경우에는 개인의 기본권행사에 대한 침해 사유로 인정되어 헌법소원의 대상이 될 수 있다.

다른 한편 영미법에서 보는 바와 같이 의회가 그 위법성 여부를 심사하는 제도 역시 검토할 필요가 있다고 생각된다. 국회에 의한 심사는 삼권분립원칙상 국회가 근본적으로 민주적 정당성을 가지고 있는 입법기관일 뿐만 아니라, 많은 경우 대법원규칙이 입법위임에 따라 제정되고 있다는 점에서 그 위임기관인 국회가 관련 대법원규칙의 법률위반 여부에 대한 통제권을 가지는 것은 의미 있는 제도라고 할 수 있다. 이러한 점에서 영국에서의 법원규칙통제가 실질적으로 의회에서 이루어지는 것은 참고할 만하다. 즉 영국의 경우 법원규칙은 의회에 제출하여야 하며 의회는 이에 대한 거부권을 가지나 이는 법원규칙 공포 후이고 법원규칙의 공포에 이르기까지는 간섭할 수 없으며 법원규칙은 규칙위원회(Rule Committee)가 정하는 시기부터 효력을 발하도록 하고 있다. 법원규칙은 위임의 범위를 벗어나면 월권으로서 무효가 된다.³⁰⁾

30) 김문현, 앞의 논문 134쪽 참조

참 고 문 헌

- 김문현, 대법원규칙제정권, 고시계 1992. 8.
- 김해룡, 행정법규범체계연구 I, 공법연구 제 35집, 2007. 2.
- 지방자치권의 내용과 그 보장을 위한 법적 과제, 공법연구 제 33집, 2004. 11.
- 권기우, “대법원규칙제정권의 비교헌법적 고찰” 동아대학교 대학원 석사학위논문, 1990.
- 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2007.2.
- 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007
- 박일경, 신헌법원론, 법경출판사, 1988
- 유진오, 헌법해의, 명세당, 1949.
- 이영섭, “대법원의 규칙제정권 ” 고려대학교 50주년기념논문집, 1955.
- 차정인, “상소기간 중 또는 상소 중 원심법원의 피고인 구속”, 부산대학교 법학연구 제48권 제1호, 2007. 8.
- 山本浩三, “規則制定權” 田上穰治編, 體係憲法事典, 1968.
- 早川武夫, 最高裁判所規則と法律との關係, ユリスタ wmdrks 憲法の争点 14頁
- 細野幸雄, 英國 に於ける裁判所の歴史, 司法研究報告書 1-4, 司法研修所, 1949.
- 渡部保夫·宮澤節生·木佐茂男·吉野正三郎·佐藤鐵男, 現代司法(東京: 日本評論社, 1992).
- 高地茂世·納谷廣美·中村義幸·芳賀雅顯, 東京: 成文堂, 2007.
- John Agresto, The Supreme Court and Constitutional Democracy, 1st ed. (New York: Cornell University Press, 1984).
- Carol Harlow / Richard Rawlings, Pressure through Law, (London: Routledge, 1992).
- Herbert Jacob / Erhard Blankenburg / Herbert M. Kritzer / Doris Marie Provine / Joseph Sanders, Courts, Law, and Politics in comparative perspective, 1st ed. (Michigan: Yale University Press, 1996).
- M. Moys, Manual of Law Librarianship: The Use and Organization of Legal Literature, 2nd ed. (Boston: G. K. Hall, 1987).
- Elder Witt, The Supreme Court A to Z: a ready reference encyclopedia, Rev. ed.,

(Congressional Quarterly Inc., 1994).

Lee Faircloth Peoples, "Controlling the Common Law : A Comparative Analysis of no-citation rules and Publication Practive in England and the United States", (17 Ind. Int'l & Comp. L. Rev. 307., 2007).

James J. Fishman, "Charitable Accountability and Reform in Nineteenth-Century England : The Case of The Charity Commission", (80 Chi.-Kent L. Rev. 723.,2005).

Scott F. Johnson, "Administrative Agencies a Comparison of New Hampshire and Federal Agencies' History, Structure and Rulemaking Requirements", (4 Pierce L. Rev. 435., 2006).

Geoffrey C. Weien, "Retroactive Rulemaking", (30 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 749. 2007)

Hans-Georg Dederer, Korporative Staatsgewalt, (Tuebingen: Mohr Siebeck., 2004)
<http://www.encyber.com>

<국문초록>

헌법 제 108조는 대법원규칙제정권에 대하여 규정하고 있다. 그 내용은 법률에 저촉하지 않는 범위내에서 소송절차, 법원사무처리 및 법원내부사항에 관하여 규정하여야 하는 것으로 요약할 수 있다. 그에 따라 법률에 저촉하지 않는 범위에 대한 해석과 국회의 제정법인 법률과의 관계, 국민의 권리-의무에 관한 사항인 경우의 위임입법의 필요성 유무, 그리고 그에 대한 규범통제의 수단 등과 관련된 쟁점이 존재한다.

대법원규칙에 관한 이상과 같은 쟁점들은 실정법의 단순한 해석방법을 넘어 동 제도의 역사적 연원, 입법적 불비와 관련된 합리적 해석, 그리고 외국의 입법례들에 관한 고찰을 바탕으로 논의되어야 할 필요성이 크다.

이 글에서는 동 제도의 뿌리라고 할 영미법계의 연원과 현행 제도를 짚어보고, 대법원규칙에 있어서는 여타의 행정입법과는 달리 법률에 저촉되지 않는 한 광범위한 입법재량이 인정되고, 비록 헌법에서 규정하고 있는 3가지의 규율사항이 대법원규칙의 전속적 규율대상이 아니라 국회와의 경합적 규율대상이라고 하더라도 대법원의 독립성과 전문성을 감안하여 국회는 가능한 한 소송절차, 사법사무의 처리 등에 관하여는 스스로의 입법행위를 자제하는 것이 헌법이 대법원규칙제정권의 규정한 헌법 제 108조의 취지에 부합되는 것으로 주장하고자 한다.

대법원규칙에 대한 규범통제는 현행 제도상 그것이 법규명령의 지위를 가지는 것인한, 대법원 스스로의 통제대상이 된다고 할 것인데, 이는 스스로가 제정한 규점에 대한 심사권자가 된다는 점에서 입법모순 내지 입법불비라고 할 것인바, 헌법재판소가 이를 통제할 수 있게 하는 것이 바람직하다는 견해를 제시하고자 한다.

주제어 : 헌법 제 108조, 대법원규칙, 법규명령, 위임입법, 규범통제

Rechtssetzungsbefugnis des Gerichtshofes und deren inhaltlichen Grenze

Kim, Hae-Ryong

Bei dieser Abhandlung handelt es sich um den Grund und Grenze des Rechtssetzungsbefugnis des obersten Gerichts. Art. 108 koreanischer Verfassung schreibt vor, dass das oberste Gericht unter dem Gesetz ueber den gerichtlichen Prossesen und die Durchfuehrung der gerichtsaufgaben u.s.w im Naman von Gerichtsverordnung festsetzen kann.

In Bezug auf die Interpretation dieser Vorschrift ergibt sich einige Frage, ob bei der Festsetzung dieser Gerichtsverordnung der rechtssetzungsauftrag des Gesetzes beduerftig ist und es ausserhalb des Gesetzsvorniges andere Inhaltliche Grenze dieser Verordnung gibt usw. Die Probleme von Normmenkontrolle ueber diese Gerichtsverordnung bedarf auch Diskussion.

Bei dieser Abhandlung wurde die Wuwrzel von Gerichtsverordnung in England und anderen Laendern behandelt und die Meinungsverschiedenheiten der einzelnen Fragen auseinandergesetzt.

Key Words : Art. 108 koreanischer Verfassung, Gerichtsverordnung, Rechtsverordnung, Rechtssetzungsauftrag des Gesetzes, Nromrnkontrolle

* Professor, Hankuk University of Foreign Studies