

## 憲法裁判에서의 司法積極主義와 司法消極主義\*

김 해 원

전남대학교 법학전문대학원 전임강사·법학박사

## &lt; 목 차 &gt;

- I. 시작하는 글
- II. 사법적극주의와 사법소극주의의 개념
- III. 미국연방대법원의 사법심사태도의 변천
- IV. 사법적극주의와 사법소극주의의 근거
- V. 사법적극주의와 사법소극주의의 한계
- VI. 마치는 글

## I. 시작하는 글

원칙적으로 법관은 법의 흠결 등의 이유로 재판을 거부할 수 없다. 따라서 사안에 적합한 법을 발견해서 적용해야만 한다. 이런 점에서 법관의 ‘법형성’<sup>1)</sup>은 물론 1차적으로는 법규범 그 자체를 통하여 이루어지겠지만, 규범이 없거나 미비할 경우에는 다양한 해석의 방법들을 동원하여 법을 발견해야 함을 의미한다. 이러한 법관의 법형성 과정에서 중요한 요소가 해당 규범과 사실에 대한 법관의 태도 내지는 입장이다.<sup>2)</sup> 특히, 다른 규범보다 그 추상성과 개방성이 훨씬 강한 헌법을 직

\* 투고일 : 2011.05.29, 심사완료일 : 2011.06.21, 게재확정일 : 2011.06.24

- 1) 이에 관해서는 특히, 박진완, “법관의 법형성 - 독일에서의 논의를 중심으로 -”, 「공법연구」 29(1), 한국공법학회(2000), 202면 참조.
- 2) 관련하여 소송법에서도 어떤 사실이나 규범에 관하여 객관적으로 보았을 때, 주관적인 법관의 태도나 입장이 드러나서 재판에 중요한 영향을 끼치는 것이 명백하다고 생각되는 경우를 대비해서 재판관의 제척, 기피, 회피 등의 제도를 마련해두고 있다. 특히, 민사소송법 제41조~제50조, 형사소송법 제17조~제25조, 헌법재판소법 제24조 참조.

접적인 재판규범으로 삼는 경우에는 이와 같은 법관의 태도나 입장은 더욱 중요한 의미를 갖는다. 그런데 이와 관련해서 특히 미국에서 논의가 많다. 왜냐하면, 독일이나 우리나라처럼 헌법의 명문으로 법률의 헌법적합성을 심사할 수 있는 곳에서는 적어도 법률의 위헌성 여부의 심사 그 자체에 있어서는 논란이 발생할 여지가 거의 없겠지만,<sup>3)</sup> 미국처럼 헌법재판, 특히 위헌법률심판의 가능성 여부를 명문의 규정이 아닌 헌법의 해석을 통하여 도출해내고 있는 곳에서는 국민의 대표기관인 의회가 제정한 법률을 적극적으로 무효라고 선언할 수 있는지와 관련해 적극적으로 헌법을 적용할 것인지, 소극적으로 헌법을 적용할 것인지 등과 같은 법관의 태도가 매우 중요한 의미를 가지고 있기 때문이다.

그리고 설사 명문으로 각종 국가작용에 대한 헌법적합성 여부의 심사를 규정한 곳에서도 그러한 헌법재판 자체의 정당성을 둘러싸고 나타나는 문제가 아니라 헌법적합성 심사의 범위와 관련하여 법관의 그러한 태도는 역시 중요하다고 할 것이다. 이는 미국에서도 사법심사<sup>4)</sup> 그 자체에 대한 그 정당성을 둘러싸고 논쟁이 없는 것은 아니지만, 현재는 그 존재 자체가 아니라 그 행사의 범위와 관련해서 더욱 크게 문제시 되고 있는 것을 통해서도 알 수 있다.<sup>5)</sup> 사실 헌법재판 특히, 위헌법률심사는 국민의 대표기관인 입법자의 의사를 사법기관에서 헌법이란 잣대를 통해서 심사한다는 점에서, 필연적으로 입법기관에 대한 제약 내지는 사법기관의 권한의 범위의 확장을 초래한다. 특히, 미국처럼 헌법해석을 통해 대법원이 위헌 법률에 대한 사법심사권을 행사하거나, 독일<sup>6)</sup> 혹은 우리나라<sup>7)</sup>의 경우와 같이 헌법에 명문으로 위헌법률심판권을 헌법재판소라는 독립된 사법기관에 맡겨두고 있는 경우든지 간에 사법기관의 권한의 범위 및 심사의 강도에 관해서 어떠한 태도를 가지느냐는 실제 재판의 결과에 있어서 중요한 의미를 가지게 되는 것이다. 그리고 이러한 법관의 태도 내지는 사태에 관한 경향성은 대체로 사법소극주의와 사법적극주의라는 용어를 통해서 담론의 장에 등장하고 있다.

3) 관련하여 한국 헌법 제111조, 독일 기본법 제100조 참조.

4) 의회나 행정부와 같은 국가기관의 행위가 헌법이나 법률에 위배된다고 하여, 이것이 구체적인 재판과정에서 선결문제로 제기되는 경우, 이를 당해 사건의 재판을 담당할 일반 법원에서 심사하는 제도를 통틀어 사법심사라 한다. 이에 관해서는 김운용, "미국의 위헌심사제도", 「미국헌법연구」, 미국헌법학회(1997), 166면.

5) 윤명선, "미국의 사법심사제와 인권 - 기능적 고찰 -", 「미국헌법연구」, 미국헌법학회(1992), 133면.

6) 관련하여 특히 독일 기본법 제93조는 연방헌법재판소의 권한을 상세하게 규정하고 있다.

7) 헌법 제111조.

이하에서는 먼저 사법적극주의와 사법소극주의의 개념에 관한 논의들을 살펴보고(Ⅱ.), 이러한 논쟁의 시발점이자 첨예한 논쟁의 장이라고 할 수 있는 미국 연방 대법원의 태도 변화를 시간적 측면에서 간략히 살펴 볼 것이다(Ⅲ.). 그리고 사법적극주의와 사법소극주의 각각의 근거와 기능(Ⅳ.) 및 그 한계를 검토하고(Ⅴ.),<sup>8)</sup> 이러한 논의가 우리 헌법현실에서 어떠한 시사점을 줄 수 있는 것인지, 그리고 우리에게 있어서 보다 더 강하게 요청되는 법관의 태도는 무엇이어야 하는지에 관해서 간단히 언급을 하면서 글을 마치고자 한다(Ⅵ.).

## Ⅱ. 사법적극주의와 사법소극주의의 개념

### 1. 서두

사법적극주의와 사법소극주의에 대해서는 정확한 개념 정의가 최근까지 내려지지 않고 있다.<sup>9)</sup> 뿐만 아니라, 이들의 구별은 경향과 정도의 문제이지 엄격하게 구분되는 것도 아니다.<sup>10)</sup> 다만, 이에 관해서는 미국을 중심으로 많은 논의가 있었고, 국내에도 여러 문헌들에서 그 개념들이 정의되고 있다. 그런데 사법적극주의와 사법소극주의의 개념과 관련해 이들을 구별하는 기준은 크게 법원이 先관례와 배치되는 결정을 하느냐의 여부, 헌법이나 법규 혹은 先관례를 해석하는 방법의 측면을 강조하는 경우, 권력분립의 원리와 관련하는 경우로 크게 구분해서 살펴볼 수 있다.<sup>11)</sup> 이하에서는 각각의 기준에 따른 사법적극주의와 사법소극주의의 설명들을 살펴 본 다음, 이들을 어떻게 개념정의 하는 것이 보다 더 타당할 것인지를 논하고자 한다.

8) 한편, 독일에서의 헌법재판과 관련하여 독일 연방헌법재판소의 사법적극주의적 경향 및 사법적 자제 내지는 사법소극주의적 경향에 대한 논의들은 특히, Vgl. Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidungen -, 5. Aufl., C.H.Beck, München, 2001, Rn. 493ff.

9) 임지봉, 『사법적극주의와 사법권 독립』, 철학과 현실사(2004), 20면.

10) 윤명선, 앞의 글, 133면.

11) 임지봉, “동성동본금혼규정에 대한 한국헌법재판소결정과 행복추구조항”, 『공법연구』 29(1), 한국공법학회(2000), 123-124면 참조.

## 2. 先判례와의 차이점을 강조하는 입장

어떤 사건에서 그와 유사한 다른 사건에 관한 先判례가 있는 경우에 그 先判례에 동조하느냐의 여부를 기준으로 사법적극주의와 사법소극주의를 구별하는 입장이다.

미국을 중심으로 - 특히 Black's Dictionary나 Gifis의 Law Dictionary의 언급처럼 - 사법적극주의는 사법적 결정을 할 때, 판사들이 그들의 결정을 안내하는 다른 요소들 중에서 공적 정책에 관한 그들 개인적 견해를 허용하는 철학, 특히 헌법 위반을 찾아내고 기꺼이 이전 선례를 무시하는 경향,<sup>12)</sup> 혹은 사법부가 판결을 통해 先判례에 엄격히 얽매이지 않고 상급법원의 판사들이 싫어할지도 모르는 진보적이고 새로운 사회정책을 선호하는 사법부의 철학<sup>13)</sup> 등으로 정의되며, 사법적극주의의 중요한 개념적 지표로서 기존의 先判례를 자주 뒤집고 있는지에 주목하고 있는 반면에, 사법부 자제(judicial self-restraint/Selbstbeschränkung des Gerichts)를 사법적극주의의 반대개념으로서 사법소극주의라고 이해하는 입장이다.<sup>14)</sup>

우리나라에서도 사법적극주의를 사법부 또한 역사발전과 진보적인 사회정책형성에 기여해야 하고, 그러기 위해서는 선례에 지나치게 기속될 것이 아니라 헌법규범을 시대적 변화에 적용할 수 있도록 탄력적으로 해석함으로써 입법부나 집행부의 행위를 적극적으로 판단하는 것이 바람직하다고 인식하는 사법철학 내지는 헌법재판적 철학이라고 정의하는 반면에,<sup>15)</sup> 사법소극주의를 입법부와 집행부의 의사결정은 그것이 국민의 법의식이나 정서에 근본적으로 배치되거나 기존의 판례에 명백하게 위반되는 것이 아니라면, 그것은 기본적으로 존중되어야 한다는 의미에서 사법부가 그에 관한 가치판단을 가급적 자제하는 것이 바람직하다고 인식하는 사법철학 내지 헌법재판적 철학이라고 하는 견해가 여기에 속한다고 말할

12) Bryn A. Garner, Black's Law Dictionary, West Group(2001), p.380; "judicial activism"을 "A philosophy of judicial decision-making whereby judges allow their personal views about public policy, among other factors, to guide their decisions, usu. with the suggestion that adherents of this philosophy tend to find constitutional violations and are willing to ignore precedent."

13) 임지봉, "사법적극주의와 사법소극주의", 고시계(2001.7), 5면.

14) 임지봉, 위의 글(주 13), 6면.

15) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사(2010), 1118면.

수 있을 것이다.<sup>16)</sup> 이러한 입장은 물론 보충적으로 사법적극주의의 개념적 징표로 사법부가 시대적 변화에 적응할 수 있도록 법규범을 탄력적으로 해석하는 점을 들고 있기는 하지만, 기본적으로 사법적극주의의 개념적 징표로서 사법부가 사법적 선례에 지나치게 기속되지 않는 점을 들고 있고, 사법소극주의의 개념적 징표로 사법부가 그 사법적 판단을 자제해야 한다는 사법부자제를 언급하고 있다는 점에서 기본적으로 선 판례와의 차이점에 주목하고 있는 것이라고 평가할 수 있을 것이다.<sup>17)</sup>

### 3. 해석의 방법을 강조하는 입장

이 입장은 법 규정의 해석을 법실증주의적인 태도에 입각해서 문리적 해석을 통해 문제를 해결할 것인지, 아니면 적극적으로 법 규정의 내용을 형성하고 구체화 하는 방법을 통한 해석을 할 것인지의 여부에 주목해서 사법적극주의와 사법소극주의를 구별하고자 하는 입장이다.

선 판례와의 차이점을 강조하는 견해와는 달리 해석 방법의 측면을 기준으로 하여 사법적극주의와 소극주의를 구분하는 견해로는 우선 Michael J. Perry나 John Hart Ely의 입장을 살펴볼 수 있다. 이들은 사법적극주의를 “헌법·법률 자구의 문어적 의미에 얽매이지 않고 선거에 의해 뽑힌 공무원들의 정책결정을 대체하는 정책결정을 판결을 통해 감행하려는 진보적인 사법부의 태도”라고 이해하였다.<sup>18)</sup> 즉, 사법부가 창조적인 헌법·법률해석을 통하여 정책 형성에 개입하는 것을 사법적극주의로 본 반면에, 사법소극주의는 헌법이나 법규의 문리적·사전적 의미에 따라 좁게 이들을 해석함으로써 판결에 의한 정책결정이나 정책선택을 회피하는 사법부의 태도로 정의했다. 이러한 관점에 따르면 사법적극주의는 사법진보주의와, 사법소극주의는 사법보수주의와 같은 의미로 이해된다.<sup>19)</sup>

우리나라에서도 사법적극주의를 “법원이 적극적으로 정의의 실현의 자세로 법을 해석·적용함으로써”, “법원이 단순한 조문의 해석 적용에 그칠 것이 아니라 나아가 법해석을 통하여 법창조적 기능까지 발휘하는 것”으로 정의하고 그 반대

16) 권영성, 앞의 책, 1117면.

17) 이러한 분석에 관해서는 특히, 임지봉, 앞의 글(주 9), 22면.

18) 임지봉, 앞의 글(주 9), 21-22면.

19) 임지봉, 앞의 글(주 9), 21-22면.

의 입장을 사법소극주의로 보는 시각이 있다.<sup>20)</sup> 이러한 입장도 법의 창조적 해석을 강조한 것이라 하겠다.<sup>21)</sup>

#### 4. 권력분립의 원리를 강조하는 입장

이 입장은 국가권력기관들의 관계, 특히 사법부와 입법부나 행정부 간의 관계를 중심으로 사법적극주의와 사법소극주의를 설명하고자 한다. 이러한 입장에서는 특히 사법부가 입법부나 행정부의 결정에 따르기를 거부하는 경향의 유무에 관해서 주목하고 있다.

사법부와 다른 두 부와의 관계를 강조하여, 사법적극주의를 “권력분립의 원리가 기초하고 있는 견제와 균형의 이상을 실현하기 위해, 사법부가 행정부나 입법부의 의사나 결정에 곧잘 반대를 제기하여, 다른 두 부에 의한 권력의 남용을 적극적으로 견제하는 사법부의 태도나 철학”<sup>22)</sup>으로 정의하고, 사법소극주의를 “판결을 통해 다른 두 부의 의사나 결정에 개입하고 반대하기 보다는 자주 ‘사법부 자체’의 미명하에 심리 자체를 회피하거나 두 부의 의사나 결정을 존중하고 이에 동조하는 판결을 내리는 사법부의 태도나 철학”<sup>23)</sup>으로 정의하는 입장이다. 이러한 입장에서는 사법적극주의를 사법부가 입법부나 행정부의 결정에 판결을 통해 적극적으로 반대하는 ‘사법반대주의’로 이해하고, 사법소극주의를 입법부나 행정부의 결정에 쫓아가는 ‘사법동조주의’와 기본적으로 다르지 않다고 여기게 된다.

#### 5. 다양한 기준을 같이 사용하는 경우

주로 권력분립의 원리를 강조하면서 다양한 기준을 같이 들고 있는 입장이다. 대표적으로 Sterling Harwood 교수가 있다. 그는 사법적극주의와 사법소극주의를 구별하는 개념요소로서 다음 4가지의 사항들을 언급하고 있다<sup>24)</sup>; ① 사법부가 입

20) 이회창, “사법의 적극주의 - 특히 기본권 보장기능과 관련하여 -”, 『법학』 70, 서울대학교 법학연구소(1987), 148면.

21) 임지봉, 앞의 글(주 9), 23면.

22) 임지봉, 앞의 글(주 11), 124면.

23) 임지봉, 앞의 글(주 13), 6면.

24) Sterling Harwood, *Judicial Activism: A Restrained Defense* 2, San Francisco/ London and Bethesda: Austin/Winfield, 1996을 인용하고 있는 임지봉, 앞의 글(주 11), 124면.

법부나 행정부의 의사나 결정에 따르기를 거부하는 경향이 있는가? ② 원고적격 같은 재판가능성의 요건을 완화하는 경향이 있는가? ③ 先判례구속의 원칙에 순종하기를 거부하는 경향이 있는가? ④ 헌법·법률·先判례를 융통성 있게 해석하는가?

## 6. 결론

### 1) 개념의 정의

권력분립의 원리를 강조하여 사법적극주의를 사법부가 입법부나 행정부의 의사나 결정에 곧잘 반대를 제기하여, 다른 두 부에 의한 권력의 남용을 적극적으로 견제하는 태도나 철학으로, 사법소극주의를 사법부가 가능한 한 입법부와 행정부의 의사를 존중하고 동조하는 태도나 철학으로 정의하는 것이 타당하다고 생각한다. 이러한 정의는 사법적극주의는 사법진보주의이고 사법소극주의는 사법보수주의라는 등식관계를 깨뜨리며,<sup>25)</sup> 권력분립 구도 하에서 각 국가들에 있어서 사법적극주의적 혹은 사법소극주의적 경향을 명확하게 관찰하고 비교할 수 있다는 장점을 가지고 있을 뿐만 아니라, 우리로 하여금 근시안적 관찰이 아니라 항상 입법부·행정부·사법부의 삼부가 존재하는 큰 국가권력구조의 그림 속에서 사법부를 관찰할 수 있는 거시적 관점을 제공해 주는 장점이 있기 때문이다.<sup>26)</sup> 권력분립을 비롯한 다양한 기준을 함께 사용한 경우에는 이러한 권력분립을 기준으로 한 개념정의를 장점이 많이 희석되며 기준의 다양성으로 인해 개념정의를 혼란스러워하는 문제점이 있다.

권력분립 원리에 초점을 맞춘 사법적극주의에 대한 이러한 정의는 현대 미국헌법학에서 있어 사법적극주의와 사법소극주의에 대한 새로운 개념정의로서 그 힘을 얻고 있으며, 특히 복지국가(혹은 급부국가) 내지는 행정국가로의 경향성이 심화되어 행정부에의 권력집중현상이 헌법상의 권력분립의 원리를 크게 위협하고 있는 현대국가들에서의 사법부 위상을 분석함에 있어서는, 더 더욱 큰 의미를 가지고 있는 시각이라고 하겠다.<sup>27)</sup> 뿐만 아니라, 헌법재판의 경우에는 타 국가기관

25) 임지봉, 앞의 글(주 11), 124면.

26) 임지봉, 앞의 글(주 9), 24면 각주 8) 참조.

27) 임지봉, 앞의 글(주 11), 125면.

의 기능과 관련해서 그 문제가 더욱 부각될 수밖에 없을 것이다. 왜냐하면, 사안에 있어서 헌법적합성심사를 할 때는 헌법재판과 의회의 입법형성권의 상호관계가 특히 중요하게 고려되며, 헌법재판을 통한 헌법해석은 소극적이거나 입법창설기능을 갖기 때문에 헌법의 기본가치의 효력 범위를 입법형성권의 어느 한계까지 확장할 것인가가 문제시 될 수밖에 없기 때문이다.<sup>28)</sup> 따라서 입법부와 사법부간의 권력배분의 문제를 살펴보는 경우에도 권력분립의 관점에 기초해 사법적극주의와 사법소극주의를 개념정의 해야 할 필요성이 크다고 할 것이다.

## 2) 구체적 적용

이하에서는 권력분립에 특히 주목하면서 개념 정의된 사법적극주의와 사법소극주의를 구체적인 몇 가지 사건을 통해서 살펴봄으로써 그 의미를 보다 명확히 하고자 한다.

미국에서 최초로 대법원의 위헌법률심사를 인정한 “Marbury v. Madison” 판결은 물론 사법적극주의적 입장이다.<sup>29)</sup> 또 1935년을 전후하여 경제공황을 극복하기 위한, 루즈벨트 대통령의 12개의 개혁입법들에 대해 매년 위헌결정을 내린 루즈벨트 대통령 재임 초기의 연방대법원의 대법관들은 비록 보수주의적이라는 비판을 면할 수 없을 것이지만,<sup>30)</sup> 그 당시의 입법부와 행정부에 대해 기본적으로 반대의 위치에 서서 심판을 했다는 점에서, 우리는 당시 대법관들의 성향 및 대법원판결들을 사법적극주의적인 태도로 이해할 수 있을 것이다.

우리나라에서는 민법상의 동성동본금혼규정에 대한 헌법재판소의 헌법불합치 결정<sup>31)</sup>은 동성동본금혼규정을 폐지해야 한다는 것에 관한 많은 사회적 요구가 있었음에도 불구하고, 의회가 그 폐지안을 통과시키지 못해, 이 조항의 존속이 의회의 의사였음에도 불구하고 헌법재판소가 헌법불합치결정을 통해 동성동본금혼규정을 폐지시킨 것으로서 의회의 의사에 배치되는 사법적 결정, 즉 사법적극주의를 엿볼 수 있는 판결이라고 할 수 있을 것이다. 그리고 전두환·노태우 두 전직 대통령의 5·18 민주화 운동의 무차별 진압에 따른 죄를 심판한 대법원의 심판<sup>32)</sup>은

28) 이동훈, “헌법재판에서 사법적극주의의 한계”, 「헌법학연구」 5(1), 한국헌법학회(1999), 309면.

29) 이에 관해서는 김운용, 앞의 글, 165면.

30) 김운용, 앞의 글, 180면.

31) 헌재결 1997.7.16. 헌가6, 13(병합).



권력 분립의 원리에 입각한 사법적극주의의 개념을 적용한다면, 진보적인 판결이라고 말할 수도 있겠지만, 당시 한국의 입법부와 행정부를 장악하고 있었던 정치인들의 의사에 입각한 것이므로 기본적으로 사법소극주의적인 태도라고 이해하는 것이 옳바를 것이다.<sup>32)</sup>

### Ⅲ. 미국연방대법원의 사법심사태도의 변천

사법심사라고 함은 의회나 행정부와 같은 국가기관의 행위가 헌법이나 법률에 위배된다고 하여, 이것이 구체적인 재판과정에서 선결문제로 제기되는 경우, 이를 당해 사건의 재판을 담당할 일반법원에서 심사하는 제도를 말한다.<sup>34)</sup> 미국 연방대법원의 사법심사의 기원은 원래 영국 Edward Coke 판사의 Dr. Bonham's Case<sup>35)</sup>에서 Common Law에 위배되는 법률을 법원이 무효로 선언할 수 있다는 판결에서 유래한다.<sup>36)</sup> 하지만 이러한 사상이 구체적으로 자리잡게 된 것은 무엇보다도 “Marbury v. Madison”<sup>37)</sup>에서 John Marshall 대법관이 연방헌법을 척도로 한 사법심사에서 헌법과 일반 법률과의 상위관계에 관한 본질론 만으로 사법적 위헌심사권의 근거와 타당성을 주장하면서 연방법률을 무효로 선언한 이후라고 할 수 있을 것이다.

그런데 비록 “Marbury v. Madison” 사건이 결정적 계기가 되어 대법원에 의한 위헌법률심사가 미국의 헌법 체계속에 자리잡게 되었지만, 헌법상 아무런 근거도 없이 오직 법원의 판례 하나에 의지해서 사법심사와 같은 중요하고도 막강한 권한을 새로이 설정하고, 그 권한을 법원 스스로가 장악한다는 것이 과연 옳은 것이

32) 대판 1997.4.17. 96도3376.

33) 임지봉, 앞의 글(주 9), 26-48면.

34) 김운용, 앞의 글, 166면.

35) Bonham이라는 의사가 의사회의 허가 없이 개업했다는 이유로 감금을 당하자 불법감금의 소를 제기한 사건이다. 거기서 Edward Coke 판사는 “국회제정법이 일반적 정의와 이성에 반하거나 보통법에 반하거나 혹은 집행불능의 경우에는 보통법은 이러한 국회제정법을 억제하며 이를 무효라고 판결할 수 있다.”라고 하였다. 이러한 의회에 대한 보통법의 우위사상은 후에 영국은 의회주의의 확립과 함께 부인되었으나, 미국에서는 위헌법률심사제로 그 결실을 보게 되었다. 이에 관해서는 최대권, 『영미법』, 박영사(2003), 34-35면.

36) 김운용, 앞의 글, 162면.

37) 자세한 내용은 김운용, 앞의 글, 168-171면.

며 법적으로 타당한 것인가에 관해서 미국에서도 논의가 분분했었다.<sup>38)</sup> 하지만, 54년이 지난 1857년 “Dred Scott v. Sandford” 사건<sup>39)</sup>에서 연방대법원이 법률의 위헌을 선언한 이래, 법원의 위헌심사는 한층 더 적극성을 띠게 되는 계기가 마련되었다.<sup>40)</sup>

그 결과 남북전쟁 이후, 1958년 까지 81개 법률이 위헌판결을 받았고 1979년 까지 20년 동안 40여건의 위헌판결이 더 늘어났다.<sup>41)</sup> 관련하여 1930년대 경제 공황기에 루스벨트 대통령의 개혁입법들과 대법원의 빈번한 충돌이 결국 헌법적 혁명으로 종식되고 그 이후에는 사법소극주의적 경향이 헌법해석이론의 지배적 경향이 되었다.<sup>42)</sup> 요컨대, 1930년대 초반 까지 연방대법원내 보수 세력이 시대적 흐름에 역행하여 뉴딜관계의 법률들을 위헌선언했으나, 헌법혁명이라고 일컫는 인사조치 이후, 연방대법원을 지배하게 된 진보세력들에 의해 뉴딜 정책이 합헌으로 판정되면서 사법자제로 일컫는 사법소극주의가 대법원의 주된 경향성으로 자리잡게 된 것이다. 이런 경향은 1950년대 초반까지 이어졌다.<sup>43)</sup> 그 후 1950년대를 전후해서 연방대법원은 위헌심사에 관해 두개의 각기 다른 기준을 적용했다. 이는 1938년 “United States v. Carolene Products CO.” 사건에서 이중기준의 원리가 폭 넓게 적용되기 시작했음을 의미한다. 즉, 경제정책이나 사회복지처럼 국민의

38) 김운용, 앞의 글, 175면; 특히 링컨 대통령은 “만약 전체 국민에 관계된 중요한 정부정책이 대법원의 판결에 의하여 최종적으로 확정되어져야 한다면, 국민들은 그만큼 정치권력을 그 고고한 법정의 손에 맡겨 버림으로써 자기지배자로서의 지위를 잃게 될 것”이라고까지 하였다.

39) 이에 대해 자세한 것은 조홍석, “미국연방대법원의 평등심사에 관한 헌법적 권한 - 사법소극주의시대와 적극주의시대를 중심으로 -”, 『아태공법연구』 7, 아세아태평양공법학회(2000), 119면 이하 참조; “Dred Scott v. Sandford” 사건은 1820년의 미조리 타협안 - 1819년 22개 주 중에서 자유주와 노예주가 반반으로 균형을 유지하고 있었는데, 때마침 미조리 주의 인구가 정원에 차서 연방에 가입하게 되자 이때도 균형이 깨지지 않도록 미조리 주를 노예주로 하는 대신 매사추세츠 주의 일부인 메인을 자유주로서 연방에 가입시키는 남북의 타협이 성립되었는데, 이를 이른바 ‘미조리 협정’이라 한다(1820). 이것은 남부와 북부 모두에게도 공히 영구적 혹은 최종적인 협정이라고는 받아들여지지 않았으나, 적어도 당시 노예제에 대한 분쟁을 처리하는 중요한 기준이 되었다(이에 관해서는 <http://rose0.kyungpook.ac.kr/~z971554/archiv/modern/ame-r/race.htm>). - 을 내용으로 한 법률을 무효선언 함으로서, 데이니 대법원장과 당시 연방대법원은 남북전쟁의 계기를 제공하기도 했다.

40) 김운용, 앞의 글, 179면.

41) 김운용, 앞의 글, 180면.

42) 조홍석, 앞의 글, 120면.

43) 김운용, 앞의 글, 192면.

인권과는 직접적으로 관련이 없는 분야의 법률을 심사하는 경우에는 그 심사기준을 완화하여 입법권자의 의사를 존중하여 주는 한편, 인권에 직접적으로 영향을 미치는 법률에 대해서는 보다 엄격한 심사기준을 적용함으로써 위헌판단을 손쉽게 하고자 하는 경향을 나타냈다.<sup>44)</sup> 그리고 1960년대 Warren 대법관 시대에는 연방대법원은 정치적 기관의 부작위를 적극적 헌법해석을 통해 조정하려는 경향으로 한걸음 더 나아갔다.<sup>45)</sup> 구체적 사안별로 차이는 있으나, Warren 대법관 시대 이후에서 Burger 대법관 시대에까지는 대체로 사법적극주의의 입장으로 평가할 수 있을 것이다.<sup>46)</sup> 1980년대 이후 Burger 대법관 후임으로 레이건 대통령에 의해서 임명된 Rehnquist 대법관 시대는 다소 보수적인 경향을 보이고 있는 것 같다. 물론 1995년 Adarand 사건<sup>47)</sup>에서 연방대법원은 처음으로 순수하게 연방이 추진한 적극적 평등실현조치에 의심성(skepticism)<sup>48)</sup>, 일관성(consistency)<sup>49)</sup>, 일치성(congruence)<sup>50)</sup> 이란 요건을 충족할 것을 요구하는 엄격심사를 통해 위헌으로 선언한 경우가 있긴 하지만, Rehnquist 대법관 하의 미국 연방대법원의 기본적인 흐름은 헌법해석을 엄격하게 하는 사법소극주의라고 평가할 수 있다.<sup>51)</sup> 이러한 경향이 앞으로도 계속 유지될 수 있을 것인지에 관해서 예단하는 것은 쉽지 않다. 하지만, 이러한 대법원의 경향성은 궁극적으로는 사법적극주의와 사법소극주의의(사법자제론)에 관한 대법관들의 철학의 차이에 좌우되는 것이라고 할 수 있을 것이다.

44) 김운용, 앞의 글, 184면.

45) 조홍석, 앞의 글, 131-132면; 대표적인 판례가 Brown 판결이다. "Brown v. Board of Education" 사건은 공립학교에서의 인종분리가 문제된 것으로, 소위 분리하지만 평등하다는 원칙이 수정헌법 제14조의 평등조항에 위배된다는 결정이다.

46) 이동훈, 앞의 글, 316면; 물론 Burger시대는 사법부가 입법부의 판단을 최대한 존중해야 한다는 입장을 기본적으로 견지했다고 할 수 있겠지만, 그럼에도 불구하고 사형제도 낙태쟁, 흑백통학문제 등 정치적으로 민감한 문제들에 대해서는 위헌선언을 한 경우도 있음에 특히 주목해야 한다.

47) 515 U.S. 200(1995); HARVARD LAW REVIEW, 1995; 조홍석, 앞의 글, 152면 이하.

48) 인종분류는 엄격심사를 받아야한다는 것을 의미한다.

49) 헌법이 보장하는 평등 보호는 소수인종 뿐만 아니라, 다수의 백인들도 그 대상으로 한다. 따라서 그것이 소수인종에게 돌아가는 것인가 다수 백인들에게 돌아가는 것인가를 불문하고 엄격심사기준을 받아야 한다는 것을 의미한다.

50) 연방의 인종분류인가 주의 인종분류인가의 유무와 상관없이 모두 엄격심사를 받아야 함을 의미한다.

51) 이동훈, 앞의 글, 317면.

## IV. 사법적극주의와 사법소극주의의 근거

### 1. 사법소극주의의 논거

#### 1) 서두

헌법해석에 있어서 중요한 것은 헌법조문의 명백한 문구와 헌법제정권자의 원래의 의도를 중시하고, 입법자의 민주적 정당성을 강조하고 사법자제를 통해 자신의 권한의 한계를 지우려는 역사주의적 해석태도와, 다원화된 사회에서의 정의를 구현하기 위한 사법부의 임무는 가치중립적 지위를 가질 때 가능하다고 하는 가치중립주의, 오직 더 나은 설득력과 근거를 가지고서만 이전의 결정을 법관이 거부할 수 있을 뿐, 일반적으로 선결례구속의 법리에 따라 이전 결정에 대한 합리성을 추정하는 사상 등이 사법소극주의의 이념적 기초를 이루고 있다.<sup>52)</sup> 구체적으로 살펴본다.

#### 2) 민주주의의 원칙

연방대법원의 판사는 선거에 의해 임명되지 않으며, 그들이 법률을 무효로 하는 것은 비민주적이다. 즉, 의회와 달리 법원은 국민의 선거에 의해 구성되지 아니하며, 국민에게 직접 정치적 책임을 지는 기관도 아니기 때문에, 국민의 대표기관인 의회가 제정한 법률을 위헌무효로 표시하는 것은 비민주적인 것이다.<sup>53)</sup> 이른바 법원은 의회보다 민주적 정당성이 훨씬 약한 집단인데, 이들에게 주권자들의 미래를 맡겨둘 수 없다는 민주주의의 사상이 사법소극주의의 이념적 기초이다. 이른바 사법부구성의 비민주성<sup>54)</sup>을 중요시하는 관점이다. 따라서 사법부가 자제함으로써 사법부가 민주적 정당성을 가진 정치적 기관의 정책결정기능을 침해하는 것을 막을 수 있게 되는 것이다.<sup>55)</sup>

52) 자세한 조홍석, 앞의 글, 127-130면.

53) 이동훈, 앞의 글, 318면.

54) 권영성, 앞의 책, 1117면.

### 3) 사법부의 비전문성

사법기관은 그 고유한 특성 때문에 사회적 정치적 중요쟁점에 대해서는 전문적 지식에 그다지 밝지 못하기 때문에, 판결로 정책판단에 개입하는 것은 적절치 못하다.<sup>56)</sup>

### 4) 권력분립적 측면

사법부가 고도의 정치성을 지닌 입법부나 행정부의 행위는 정치적으로 책임을 지지 않는 법원이 관여하여 심사하기에 부적합한 것이며, 만약 사법부가 개입한다면 그 결과 사법의 정치화를 초래하게 되며, 오히려 사법부의 독립적 지위마저 위협당할 우려가 있을 경우에는 사법부가 그에 대한 사법적 심사권을 스스로 포기한다고 하는 조그만 해악을 감수할 수밖에 없다고 하는 법정정책적 고려에서 사법의 자제가 필요하다는 주장이다.<sup>57)</sup>

### 5) 합헌성추정의 강조

입법부와 행정부의 행위에 대해서는 합헌성이 추정되어야 함으로 그에 관한 헌법재판은 바람직하지 않다.<sup>58)</sup>

### 6) 결론

따라서 다른 국가기관, 특히 입법부의 행위에 대해 합헌성을 강력히 추정해야 하고, 사법소극주의는 헌법재판소가 헌법상 부여된 위헌법률심사권을 행사하기 위해서 정치부문의 판단에는 충분히 경의를 지니고, 입법을 위헌으로 하는 경우는 그 법률이 명백히 헌법에 정한 한계를 넘어서는 경우에 한해서 선언해야 한다는

55) 석인선, 미국의 환경관련판례연구 - 환경정책에 있어서 권력분립과 사법부의 역할 중심으로 -, 「법학논총」 4(1-2), 이화여대법학연구소(1999), 99면 이하.

56) 이동훈, 앞의 글, 318면.

57) 이동훈, 앞의 글, 318면.

58) 권영성, 앞의 책, 1117면.

입장이다.

## 2. 사법적극주의의 논거

### 1) 서두

헌법재판은 단순히 헌법전의 의미를 탐구하는 것이 아니라, 해당 규정의 궁극적 목적을 고려하여 판단해야 한다는 목적론적 해석, 궁극적으로 개인의 자유보장이 라는 헌법이념에 맞게 이러한 가치를 지향하는 헌법해석을 해야 한다는 견해, 다수에 대한 소수의 보호의 중요성 등을 사법적극주의의 주요한 기초로 들고 있다.<sup>59)</sup> 이에 대해 자세히 살펴보도록 한다.

### 2) 민주주의의 보완

위헌법률심사제가 의회민주주의에 입각한 다수지배의 원리로부터 강력한 도전을 받고 있다 하더라도 그것을 전적으로 비민주적 제도라고 할 수는 없다.<sup>60)</sup> 즉, 헌법 그 자체가 의회에 만능을 부여하고 있지 않으며, 판사가 국민들의 선출에 의하지 아니한 경우로서 국민들에게 책임을 지지 않는다는 비난에 대해서도, 의회와 행정부가 항상 진정한 민의를 대변하는 것도 아니며, 사법적극주의 입장에서도 사법과정은 민주가치의 보존과 증진에 기여하는 측면이 있다는 점을 강조한다.<sup>61)</sup>

### 3) 헌법의 수호자로서 사법부의 기능

현대에 와서 입법부와 행정부의 공화 및 행정부의 비대화 현상은 그들에 대한 견제노력으로서 뿐만 아니라, 헌법의 수호자로서 사법부의 기능적 적극성을 요구하게 되었다.<sup>62)</sup> 그것은 특히 다수자에 대한 소수자의 보호를 의미한다. 위헌법률심사제에 의한 이러한 법률의 합헌성의 심사가 없을 때에는 다수자에 의한 법률

59) 조홍석, 앞의 글, 137-139면.

60) 김운용, 위헌법률심사의 한계, 일신사(1976), 110면.

61) 이동훈, 앞의 글, 319면.

62) 권영성, 앞의 책, 1118면.

의 일방적인 제정으로 헌법 개정과 같은 동일한 결과를 가져올 수 있게 하기 때문이다. 그러한 의미에서 위헌법률심사제는 소수자에 있어서 중요한 의미를 가진다. 현대의 다수자지배사회에서는 다수자의 의결기관인 의회가 소수자의 권리에 대한 최종심사자가 될 수 없으며, 그것은 오히려 부당한 것으로 볼 수 있다. 더군다나 정당 국가화 되고 있는 상황에서 의회의 의사는 단순히 정당의 대리인이 되기 쉽기에 더 이상 국민의 옹호자라고 할 수 없는 측면도 있다.

#### 4) 사법부의 양심적 역할과 국민의사의 대변

도덕적 원리의 확실한 객관성을 그 전제로 하는 견해로서, 도덕적원리가 존재하는 한에서, 사법부야말로 역사적으로 국가의 양심적 역할을 해왔으며 국민의 일반 의사를 대변해오고 있다고 한다.<sup>63)</sup> 이러한 국민의 일반 의사를 대변한다는 것은 바로 법원이 법 창조기능을 담당한다고 하더라도, 권력분립은 자기 목적적 가치일 수 없고, 단지 국민의 기본권을 보장하기 위한 수단이란 점을 주목한다면, 이러한 논리가 권력분립주의의 원칙에 위배되지 않고, 오히려 권장되는 측면에 있음을 주장한다. 나아가 사법적극주의의 주장자들은 오직 법원만이 정치적 압력으로부터 벗어나 있기 때문에 법률이 헌법규범에 일치되는 것을 확인하기 위해서 헌법적 배경에서 광범위하게 사법권을 행사하여 이를 통제해야 한다고 주장하기도 한다.<sup>64)</sup>

#### 5) 결론

이러한 점에서 우리는 사법적극주의는 국민의 자유와 재산권보장을 위하여 입법부와 행정부의 권한남용을 경계하고, 그들의 행위에 대해 합헌적 추정을 거부하는 경향이 강하며, 헌법의 시대 상황적 변천을 강조하는 입장이라는 점을 기억할 필요가 있을 것이다.

63) 권영성, 앞의 책, 1118면.

64) 석인선, 앞의 글, 99면 이하.

## V. 사법적극주의와 사법소극주의의 한계

### 1. 사법소극주의의 한계

사법소극주의는 사법부가 헌법으로부터 부여받은 사법심사권을 포기하는 것이므로 그것은 위헌일 뿐 아니라, 이러한 고의의 심사회피 내지 심사거부는 그 자체가 어느 쪽의 정치적 입장을 대변하거나 기정사실화하는 것이 된다는 비판을 받고 있다. 중립적 권력론 등을 명분으로 하는 사법소극주의에 대하여 정치적 법학자들은 가치중립적 판결이란 것은 허구에 불과한 것으로서 모든 판결에서 가치판단의 불가피성을 역설한다.<sup>65)</sup> 이 밖에도 사법적극주의의 논거가 사법소극주의의 한계의 역할을 할 것이다.

### 2. 사법적극주의의 한계

사법소극주의의 논거가 사법적극주의의 1차적인 한계가 될 것이다. 뿐만 아니라, 최고법원은 최종적 법정일 뿐 결코 초실정법적 기관이 될 수는 없는 것이라는 Frankfurter 판사의 경고<sup>66)</sup>는 무분별한 사법적극주의에 대한 준엄한 경고임에는 틀림없다.

## VI. 마치는 글

사실 사법적극주의와 사법소극주의를 둘러싼 대립의 가장 큰 쟁점은 헌법의 최고 규범성 및 소수자 보호와 민주주의의 원리의 충돌이다. 이는 비판법학의 헌법이론가<sup>67)</sup>들이 지적하는 것처럼 자유주의적 정치 및 법 이론이 지니는 궁극적인

65) 권영성, 앞의 책, 1118면.

66) 권영성, 앞의 책, 1118면.

67) 비판법학이론가 들은 자유주의 법체계 내에서는 적어도 두 개 이상의 대립적인 법 논증이 가능하며, 대립적인 법 논증들 상호간의 관계를 통해서 자유주의 법체계가 어떻게 유지되는가를 밝히는 것에 관심을 기울이고 있다(이에 관해서는 특히 김정오, “헌법판례에 나타난 법적 논증의 구조적 비판적 분석”, 「법철학연구」 4(2), 한국법철학회(2001), 300면).



이율배반성의 소산이다. 따라서 정치부문의 다수에 의한 전제를 막기 위하여 사법 심사가 요청되는 반면에, 법원에 의한 자의적 판단을 피하기 위해 일정한 판사에 대한 제약도 필요한 것이며, 이 두 문제를 자유주의 이론은 제공치 못하고 있으며 이는 궁극적으로 자유주의 사상이 전제하는 욕망의 자의성과 그것에 대한 이성적 통제사이의 갈등에 까지 연결되는 것이다.<sup>68)</sup> 이러한 측면에서 현행의 자유주의적 법체계 안에서 양자의 대립은 서로 일면 타당성과 문제점을 가지는 것이고, 다만 현재의 헌법현실에서 어떠한 태도가 더 바람직할 것이냐에 대한 개인적 가치판단이 남을 것이다.

실로 사법적극주의의 영향은 굉장하다. 굳이 앞서 언급한 남북전쟁에 대한 사법적극주의의 역할, 미국의 위헌법률심사제의 정착 등을 언급하지 않아도, 최근 유럽재판소가 자신의 관할권을 관대하게 해석하거나 때로는 공동체설립조약에 설정된 관할권의 범위를 명백히 일탈함을 통하여 EU의 성립에 중심적 역할을 수행해 온 것은 주지의 사실이다.<sup>69)</sup> 그러나 이러한 사법적극주의를 통한 사법부의 역할은 곧 많은 반발을 가져 올 것이고,<sup>70)</sup> 나아가 뉴딜정책의 경우처럼 국민과 의회의 뜻을 저버리는 쪽으로 흘러 오히려 사법부의 독립을 훼손하는 주요한 기재로 작용하기도 하는 것이다.

개인적으로는, 현재 우리의 헌법현실에서는 이제, 사법적극주의를 경계해야 한다고 생각한다. 헌법재판소는 헌법을 직접 운용하는 기관이다. 사회가 민주화되고, 규범과 현실의 괴리가 많이 좁혀지고 있으며, 법치의 정도가 많은 진척을 이루고 있는 현 상황에서, 국가의 최고법인 헌법의 규범력은 과거에 비해서 높아 갈 것이고, 이를 직접 판단하는 것이 주 임무인 헌법재판소의 그 권한 확대는 자연스러운 현상이 되고 있기 때문이다. 더군다나 이론적으로도 기본권의 객관적 성격이 인정되면서부터 헌법문제를 취급하는 법관 - 특히, 헌법재판소 재판관 - 은 사실 판단에 있어서 또 다른 막강한 무기를 가지게 되었다. 또 우리는 지난 노무현 대통령 탄핵과 관련해 헌법재판소가 자연스럽게 국가의 최고 권력자를 결정하는 최고기

68) 양건, 헌법연구, 법문사(1995), 673면.

69) 김대순, “유럽재판소의 사법적극주의에 관한 연구”, 「유럽연구」, 한국유럽학회(1998), 226면.

70) 유럽재판소의 사법적극주의에 대한 비판은 특히, 김대순, 앞의 글, 246면 참조; “유럽재판소는 [...] 필요하다면 공동체의 정치기관들보다 먼저 법을 천명하는 것을 한 개의 소명으로 까지 인식하고 있는 듯하다. 그러나 소명을 내세우는 재판소는 더 이상 정통과 재판소가 아니며, 오히려 통제불가능하다는 점에서 그것은 한 개의 위협스런 재판소이다.”

관화 되는 순간도 맞이하였다. 헌법재판소는 사법소극주의와 국민의 강력한 신뢰를 바탕으로 스스로를 정치권력의 투쟁으로부터 한 발짝 물러서서 그 자신을 지킬 필요가 생긴 것이다. 물론, 여전히 우리 헌법현실에서는 자연법적인 그리고 헌법의 근본 사상에 입각한 현실의 비판과 현실의 변화가 많은 부분에서 필요하며, 이러한 헌법의 비판적 기능도 많이 남아 있지만, 가능하면 이러한 것들은 좀 느리고 때로는 좀 왜곡되더라도 정치권력에 맡겨둬야 좋을 것이라고 생각한다. 이제는 있어야 할 규범도 존재하지 않는 그런 암울한 상황이 아니라, 있는 규범의 규범력 및 생활규범성의 확보가 중요한 시점이라고 믿기 때문이다.

주제어 : 사법적극주의, 사법소극주의, 법원형식성, 통제기준, 헌법재판

## 참 고 문 헌

## 1. 한국어 문헌

- 김대순, “유럽재판소의 사법적극주의에 관한 연구”, 「유럽연구」, 한국유럽학회, 1998.
- 김운용, “미국의 위헌심사제도”, 「미국헌법연구」, 미국헌법학회, 1997.
- 김운용, 위헌법률심사의 한계, 일신사, 1976.
- 김정오, “헌법판례에 나타난 법적 논증의 구조적 비판적 분석”, 「법철학연구」 4(2), 한국법철학회, 2001.
- 박진완, “법관의 법형성 : 독일에서의 논의를 중심으로”, 「공법연구」 29(1), 한국공법학회, 2000.
- 석인선, “미국의 환경관련판례연구 : 환경정책에 있어서 권력분립과 사법부의 역할 중심으로”, 「법학논총」 4(1-2), 이화여대법학연구소, 1999.
- 양 건, 헌법연구, 법문사, 1995.
- 윤명선, “미국의 사법심사제와 인권 : 기능적 고찰”, 「미국헌법연구」, 미국헌법학회, 1992.
- 이동훈, “헌법재판에서 사법적극주의의 한계”, 「헌법학연구」 5(1), 한국헌법학회, 1999.
- 이회창, “사법의 적극주의 : 특히 기본권 보장기능과 관련하여”, 「법학」 70, 서울대학교 법학연구소, 1987.
- 임지봉, 『사법적극주의와 사법권 독립』, 철학과 현실사, 2004.
- 임지봉, “동성동본금혼규정에 대한 한국헌법재판소결정과 행복추구조항”, 「공법연구」 29(1), 한국공법학회, 2000.
- 임지봉, “사법적극주의와 사법소극주의”, 고시계, 2001.
- 조홍석, “미국연방대법원의 평등심사에 관한 헌법적 권한 - 사법소극주의시대와 적극주의시대를 중심으로 -”, 「아태공법연구」 7, 아세아태평양공법학회, 2000.
- 최대권, 『영미법』, 박영사, 2003.

## 2. 외국어 문헌

Bryn A. Garner, Black's Law Dictionary, West Group, 2001.

Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidungen -, 5. Aufl., C.H.Beck, München, 2001.

Sterling Harwood, Judicial Activism: A Restrained Defense 2, San Francisco/London and Bethesda: Austin/Winfield, 1996.

[Zusammenfassung]

## richterlicher Aktivismus und richterliche Selbstbeschränkung in der Verfassungsgerichtsbarkeit

Kim, Hae-Won

Professor(Dr. iur.), Law School of Chonnam National University

Die Diskussion über die Möglichkeit und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber den anderen Verfassungsorganen wird oft unter dem Stichwort des Grundsatzes der richterlichen Selbstbeschränkung/Zurückhaltung(judicial self-restraint) geführt. Diese versteht darunter die Offenhaltung des den anderen Verfassungsorganen garantierten Raums freier politischer Gestaltung und den Verzicht darauf, Politik zu treiben. Obwohl ein generelles Anerkenntnis der richterlichen Selbstbeschränkung als rechtliches Gebot die Autorität des Gerichts gefährdet, spielt die richterliche Zurückhaltung in der heutigen koreanischen Verfassungswirklichkeit, in der das KVerfG zur höchsten Regierungsgewalt des R.O.K. zu machen droht, eine wichtige Rolle. Darauf richtet sich das Hauptaugenmerk in der vorliegenden Untersuchung. Die Beschränkung, die dem KVerfG obliegt, ist auf seine Gerichtsförmigkeit und auf die ihm zur Verfügung stehenden Kontrollmaßstäbe.

Stichwörter : richterlicher Aktivismus, richterliche Selbstbeschränkung, Gerichtsförmigkeit, Kontrollmaßstäbe, Verfassungsgerichtsbarkeit