

## 대법원의 규칙제정권\*

전 상 현\*\*

### 〈요 약〉

대법원의 규칙제정권은 영미법에서 발생한 제도이다. 영국과 미국에서는 최고법원이 제정하는 규칙은 사실상 법률로서 기능하는데, 최고법원의 규칙이 효력을 발생하기 위해서는 의회에 제출되어 심사의 기회가 부여되고 일정한 기간 안에 의회의 그 효력을 부인하는 의결이 없어야 하므로, 최고법원의 규칙에 대한 의회의 통제는 유지되고 있다.

우리의 경우 대법원의 규칙제정권은 미군정기와 헌법제정 당시 미국을 통해 도입되었다. 헌법 제108조는 소송절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 대해 대법원의 규칙제정권을 규정함으로써 입법에 관한 권한 중 일부를 대법원에 직접 위임하고 있으므로, 헌법 제108조에 속하는 사항을 규율하는 대법원규칙에 대해서는 법률유보원칙이 적용되지 않으며, 법률의 명시적인 위임이나 근거 없이도 대법원은 규칙을 제정하여 규율할 수 있다. 다만, 법률유보원칙은 적용되지 않더라도 기본권보장과 관련한 사항 중 본질적인 내용에 관해서는 국회가 직접 규율하여야 한다는 의회유보원칙은 여전히 적용되므로, 헌법 제108조에 속하는 사항이라고 해서 모든 사항을 대법원규칙이 규율할 수 있는 것은 아니다.

뿐만 아니라, 헌법 제108조는 대법원규칙의 한계를 “법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서”라고 하여 대법원규칙에 대한 법률의 우위를 명확히 하고 있다. 이로써 대법원규칙은 이미 존재하는 법률에 위반하는 내용을 규율할 수 없을 뿐 아니라, 대법원규칙이 먼저 규율하고 있는 경우에도 국회는 그 규칙과 충돌하는 내용의 법률제정을 통해 대법원규칙의 효력을 언제든지 부인할 수 있다. 우리의 법제에서는 소송절차에

\* 이 논문은 서울대학교 법학연구소의 2022학년도 학술연구비 지원을 받았음(서울대학교 법학발전재단 출연).

\*\* 서울대학교 법학전문대학원 부교수

관한 사항이나 법원의 내부규율 기타 사무처리에 관한 규율은 대부분 국회가 제정한 법률에 의해 규율되고 있고, 단지 기술적이고 경미한 사항들에 한하여 대법원규칙을 통해 규율되고 있어, 대법원의 규칙제정과 민주주의 또는 국민주권 원리와의 긴장관계가 현실적으로는 크게 문제되지 않고 있다.

법률이 하위법령에 입법권을 위임하는 경우 위임의 구체성과 명확성을 요구하는 포괄위임금지원칙은 애초에 입법권이 없는 기관에 대하여 법률이 입법권의 일부를 위임하는 경우에 그와 같이 위임된 입법권의 범위를 명확히 하려는 데 있다. 그런데 헌법 제108조에 의한 규칙제정권은 개별 법률의 위임을 통해 비로소 입법권을 위임받는 것이 아니라 일정한 범위에서 입법권을 헌법에 의해 직접 위임받은 것이어서, 법률이 대법원규칙에 입법을 위임하더라도, 이는 헌법이 부여한 대법원의 규칙제정권을 확인하는 의미에 불과하다. 따라서 헌법 제108조에 속하는 사항에 관하여 법률이 대법원규칙에 위임하는 경우에는 포괄위임금지원칙이 적용되지 않는다. 다만, 법률이 일정한 사항을 직접 규정한 후 대법원규칙에 위임하는 경우에는 법률의 상위 원칙에 의하여, 법률이 직접 규정한 영역만큼 대법원의 규칙제정권이 축소되는 결과가 될 뿐이다.

한편, 법률은 헌법 제108조에 속하지 않는 사항에 대해서도 대법원규칙으로 입법을 위임할 수 있는데, 이 경우 대법원의 규칙제정권은 헌법 제108조에 의해서가 아니라, 입법을 위임하고 있는 개별 법률조항에 의해 비로소 부여받게 된 것이어서, 대법원이 규칙을 통해 규율할 수 있는 입법권의 범위를 명확히 확정해야 할 필요가 있으므로, 위임의 범위를 구체적이고 명확하게 규정할 것으로 요구하는 포괄위임금지원칙이 적용된다.

[검색어] 대법원, 규칙제정권, 소송규칙, 법원규칙, 법률유보원칙, 의회유보원칙, 포괄위임금지원칙

## I. 서 론

법원의 규칙제정권은 대륙법계에서는 찾아보기 어려운 것으로 영미법계 사법제도의 특유한 제도이다.<sup>1)</sup> 특히 미국에서는 19세기 중반 이후 전개되었던 소송법의 법전화 운동

1) 이영섭, “대법원의 규칙제정권”, 『고려대학교 50주년 기념논문집』(고려대학교 경영대학, 1955), 351면; 박일경, 『축조한국헌법』(진명문화사, 1960), 375면; 김문현, “대법원규칙제정권”, 『고시계』(고시계사, 1992), 통권 426호(92년 8월호), 125면; 김호경, “대법원의 규칙제정권”, 『공법학연구』(한국비교공법학회, 2009), 제10권 제4호, 305면.

이 성공하지 못하면서 소송절차의 개혁을 위한 오랜 논의를 거쳐 1930년대에 이르러 연방의회가 소송절차에 관한 규율을 연방법원에 전적으로 이관함으로써 연방대법원이 제정하는 소송규칙이 소송절차에 대한 규율에서 법률을 대신하게 되었다.<sup>2)</sup> 이러한 미국의 제도가 2차세계대전 종전 직후 헌법제정에서 미국의 영향을 강하게 받았던 일본과 우리나라에 도입된 것이 제헌헌법 제82조가 규정한 대법원의 규칙제정권이였다. 제헌헌법 제82조는 “대법원은 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다”고 규정하였다.

그러나 헌법제정 당시에는 물론이고 제헌헌법을 시행하면서 대법원의 규칙제정권에 대한 헌법적 논의는 거의 이루어지지 못했고, 이로 인해 대법원의 규칙제정권의 성격과 지위, 법률과의 관계 등이 제대로 규명되지 못하였다.<sup>3)</sup> 그 후 1963년헌법(제3공화국헌법)에서 대법원의 규칙제정권 조항을 개정하여 “법률에 저촉되지 아니하는 범위안에서”라는 제한을 가하고, 규칙제정의 대상에 “소송에 관한 절차”도 추가하였다. 이 규정은 이후 헌법개정 과정에서 조문의 위치가 변경되기는 하였지만 그 내용은 변함없이 현행 헌법 제108조로 이어졌다. 그런데 현행 헌법의 대법원 규칙제정권에 대해서도 논의가 그다지 활발하게 이루어지지 못했다. 다만, 대법원규칙에 위임하고 있는 법률조항이나 대법원규칙 그 자체에 대해 위헌여부가 문제된 사건들에서 헌법재판소가 대법원규칙과 법률유보원칙, 대법원규칙에 대한 포괄위임금지원칙의 적용여부 등에 대해 그때그때 판단해 왔을 뿐이다.

헌법재판소는 법률의 명시적인 수권이 없더라도 대법원은 법률에 저촉되지 않는 한 소송절차에 관한 행위나 권리를 제한하는 규정을 둘 수 있다고 하면서도,<sup>4)</sup> 법률이 대법원규칙에 위임을 하는 경우에는 행정입법에 대한 위임에서와 마찬가지로 포괄위임금지원칙이 적용되어 반드시 구체적으로 범위를 정해서만 위임할 수 있다고 보고 있는데,<sup>5)</sup> 이러한 논리는 그 자체로 모순을 안고 있다. 대법원이 규칙으로 규율할 수 있는지에 대해 법률이 침묵하고 있으면 대법원 스스로 규칙을 제정할 수 있지만, 법률이 대법원규칙으로 규율할 것을 명시적으로 위임한 경우에는 그 위임의 범위가 구체적이지 않다는 이유로 법률이 위헌이 되고, 그로 인해 대법원규칙도 무효가 되기 때문이다. 헌법재판소의 논리가 일관되기 위해서는 대법원규칙에 위임하는 경우에는 포괄위임금지원칙은 적용되지

2) 이영섭, 위의 글, 352면 이하.

3) 이영섭은 제헌헌법 제82조가 대륙법계 헌법에서는 찾아볼 수 없는 역사적이고 획기적인 규정임에도 그것의 본질에 대한 논의를 찾아볼 수 없는 것은 매우 유감이라고 한 바 있다. 위의 글, 351면.

4) 헌재 1995. 12. 28. 91헌마114, 판례집 7-2, 876, 887.

5) 헌재 2016. 6. 30. 2013헌바370 등, 판례집 28-1하, 469, 478.

않는다고 하거나, 대법원규칙에 위임할 때도 포괄위임금지원칙이 적용된다고 하려면 대법원규칙이 단순히 법률에 저촉되지 않아야 할 뿐 아니라, 법률유보원칙에 따라 반드시 법률에 근거가 있어야 한다고 해야 한다.

헌법재판소의 별개의견 중에는 법률이 행정입법에 위임하는 경우 적용되는 포괄위임금지원칙은 법률이 대법원규칙에 위임하는 경우에는 적용되지 않는다는 주장이 있었다.<sup>6)</sup> 이 별개의견에서는 대법원의 규칙제정권을 사법부의 고유권한으로 보면서, 우리 헌법 제108조의 뿌리가 미국에서의 법원의 규칙제정권과 그 바탕이 된 삼권분립원칙이라고 주장했다.<sup>7)</sup> 별개의견의 이러한 주장은 비록 충분한 근거가 제시된 것은 아니었지만, 대법원 규칙제정권의 연원과 성격, 근거가 되는 헌법상 원리 등을 언급하였다는 점에서 대법원의 규칙제정권에 대한 이론적 검토의 계기를 마련해 주고 있다. 대법원의 규칙제정권에 관한 쟁점들은 결국 국회의 입법권, 즉 법률과의 관계라고 할 수 있고, 구체적으로는 법률유보원칙과 포괄위임금지원칙의 적용 여부이다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 대법원규칙의 성격에 대한 규명이 필요하고, 그것을 위해서는 법원의 규칙제정권의 연원과 우리 사법제도에서의 연혁을 살펴볼 필요가 있다.

이하에서는 먼저 법원의 규칙제정권의 연원을 살펴보고(II), 우리의 제도에서 도입된 배경과 개정 연혁을 확인한 후(III), 대법원의 규칙제정권의 성격을 규명하고, 국회 입법권과의 관계를, 법률의 우위, 법률유보원칙, 포괄위임금지원칙을 통해 살펴보고자 한다(IV).

한편 헌법은 대법원규칙 이외에도 국회에 대해 입법권을 부여한 것과는 별도로 의사와 내부규율에 대한 규칙제정권을 부여하고 있고(제64조제1항), 헌법재판소규칙(제113조제2항)과 중앙선거관리위원회규칙(제114조제6항)에 관해서도 규정하고 있다. 또한 행정입법으로서 대통령령(제75조), 총리령 및 부령(제95조)을 규정하고 있고, 지방자치단체의 조례제정권도 규정하고 있다(제117조제1항). 이들 중 헌법재판소의 규칙제정권은 법원의 규칙제정권과 그 성격이 동일하여 대법원의 규칙제정권에 대한 설명이 그대로 적용될 것

6) 재판관 김이수, 이진성, 강일원의 별개의견. 위 판례집, 482-483.

7) “미국은 연방헌법에서 사법부의 규칙제정권에 관하여 특별한 규정을 두고 있지 않지만, 삼권분립의 원칙상 소송절차에 관한 규칙제정권은 사법부의 고유권한으로 인정되고 있다. 연방의회는 소송절차에 관하여 가장 기본적 사항만 법률로 규정하고 있고, 연방대법원이 제정한 소송규칙을 통하여 우리나라의 경우 민사소송법이나 형사소송법 등 법률에서 규정하고 있는 각종 절차에 관한 사항을 모두 규율하고 있다. 미국의 영향 아래 제정된 일본 헌법도 “최고재판소는 소송에 관한 절차, 변호사, 재판소의 내부규율 및 사법사무처리에 관한 사항에 관하여 규칙을 정할 권한을 갖는다.”고 규정하고 있다. 일본 헌법은 ‘법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서’라는 제한조차 두지 않고 있다. 우리 헌법 제108조도 그 뿌리는 미국과 같이 삼권분립의 원칙에서 찾을 수 있다.” 위 판례집, 482.

이지만, 국회의 규칙제정권을 비롯한 다른 규범제정권에 대해서는 각각 별도의 검토가 필요하다.<sup>8)</sup> 이 글은 대법원의 규칙제정권만을 대상으로 한다.

## II. 법원의 규칙제정권의 연원

### 1. 영국

영국에서 법원이 사무처리와 재판절차에 필요한 규칙(rule)을 스스로 제정하는 것은 오랜 관행이었다. 15세기의 법원에서 이미 규칙을 제정하여 시행했던 것으로 확인된다.<sup>9)</sup> 당시에는 의회주권사상이나 권력분립원리가 확립되기 이전이었고, 국민의 대표자인 의회가 제정한 법률에 행정권과 사법권이 구속되어야 한다는 법률의 우위 관념도 확립되기 이전이었으므로, 법원이 자신의 업무를 처리함에 있어서 필요한 규정을 스스로 규정하는 것에 대해 특별한 의문이 제기되지는 않았을 것이다.

다만, 산업혁명 이후 급격한 사회경제적 변화에 따른 폭증하는 법적 분쟁들에 대해 종래의 사법제도가 제대로 대처하지 못하면서, 영국의 사법제도에 대한 비판과 개혁의 움직임이 제기되었다.<sup>10)</sup> 특히, 커먼로 체제에 대한 강력한 비판과 함께 의회가 제정하는 법률을 통한 규율, 즉 법전화(codification)를 주창한 벤담(Jeremy Bentham) 이래로 19세기 영국에서도 의회의 제정법을 통한 규율의 필요성이 본격적으로 제기되면서 사법제도에 관해서도 여러 법률들의 제정으로 이어졌다.<sup>11)</sup> 그러나 그 과정에서도 법원의 규칙제정권 자체는 부인되지 않았다.<sup>12)</sup> 1841년에 영국 보통법원은 법원이 자신의 사무처리에 필요한 규칙을 제정할 수 있는 권한은 법원의 고유한 권한에 포함되어 있는 것이라고 하였다.<sup>13)</sup> 법원의 규칙제정권을 법률에서 명시적으로 인정한 것은 1873년 제정된 법원

8) 예컨대, 국회규칙의 성격에 대한 상세한 검토로는 한수용, “국회법의 법적 성격 및 국회법 위반의 효과”, 『중앙법학』(중앙법학회, 2009), 제11집 제4호, 41-81면.

9) 1457년 ‘Court of Common Pleas’(‘민사법원’ 또는 ‘민소법원’으로 번역되지만 오늘날 민사재판보다는 관할 범위가 훨씬 넓었다)의 수석서기(prothonotary, 首席書記)의 직무를 규정한 법원규칙으로서, 수석서기의 직무 중 하나가 법원의 사무처리와 재판절차에 필요한 규칙을 작성하는 것이었다고 한다. George G. Tyler, *The Origin of the Rule-Making Power and Its Exercise by Legislatures*, 22 A.B.A.J. 772, 773 (1936).

10) 위의 글, 774면.

11) John Baker, *An Introduction to English Legal History* 229-235 (5th ed., 2019).

12) George G. Tyler, 앞의 글(주 9), 773면.

13) *Bartholomew v Carter* (1841), 3 Man & G 125 at 131; 133 E.R. 1083 at 1086.

조직법(the Judicature Act)이었다.<sup>14)</sup> 이 법률을 통해 이전까지 여러 법원들에 분산되어 있던 항소심 사건의 관할을 하나의 고등법원(the Supreme Court of Judicature)으로 통합하고, 보통법 사건과 형평법 사건을 하나의 절차로 통합시켰는데,<sup>15)</sup> 이러한 고등법원(the Supreme Court)에 명시적으로 규칙제정권을 부여하였다.<sup>16)</sup> 법원조직법 제정 이전부터 각 법원들에 인정되어 오고 있던 규칙제정권을 고등법원에 명시적으로 부여함으로써 모든 법원에 적용되는 통일적인 규칙을 제정할 수 있게 되었다는 것이 변화였다.<sup>17)</sup> 규칙제정권은 처음에는 고등법원에게 부여되었으나 다음 해에 곧바로 ‘Lord Chancellor’<sup>18)</sup>가 위원장이 되는 규칙위원회(Rule Committee)가 갖는 것으로 하였다.<sup>19)</sup>

오늘날 영국에서는 법원의 사무처리와 소송절차에 관하여 법원규칙(rules of court)에 의해 규율할 수 있음을 법률에서 명시하고 있다. 민사소송규칙(Civil Procedure Rules)은 민사소송규칙위원회(the Civil Procedure Rule Committee)에,<sup>20)</sup> 형사소송규칙(Criminal Procedure Rules)은 형사소송규칙위원회(the Criminal Procedure Rule Committee)에<sup>21)</sup> 그 제정 권한을 각 위임하고 있다. 법원규칙은 사법절차에 대한 접근가능성과 공정성 및 효율성을 보장할 것을 요구하고 있다.<sup>22)</sup> 형사소송규칙에 대해서는 이에 더하여 그 규칙이 간결하고 이해하기 쉬워야 할 것을 추가로 요구하고 있다.<sup>23)</sup> 규칙위원회의 구성

14) 19세기 영국의 사법제도 개혁을 위한 법률 제정 운동의 최종적인 결과물이자 오늘날 영국 사법제도의 기초가 된 법률이다. 1875년 일부개정된 것과 함께 ‘1873년 법원조직법’(the Judicature Act of 1873)으로 불린다. 법원조직법 제정에 이르기까지 19세기 영국에서의 사법제도의 개혁을 위한 사회적 논쟁에 대한 설명으로는 Edson R. Sunderland, *The English Struggle for Procedural Reform*, 39 Harv. L. Rev. 725 (1926).

15) 1873년 법률로 설립된 “Supreme Court of Judicature”은 항소법원의 역할을 하는 “the Court of Appeal”과 “the High Court of Justice”로 구성되어 있었고, 각 법원들도 다시 관할을 달리하는 부(division)들로 구성되어 있었으므로 “Supreme Court”라는 명칭은 그 위상과는 맞지 않는 것이었다. John Baker, 앞의 책(주 11), 58면. 영국에서 최고법원의 기능은 1876년까지는 상원(House of Lords)이, 1876년부터 대법원이 설립된 2009년까지는 상원의 상고위원회(Appellate Committee of the House of Lords)가 행사했다.

16) Robert Wyness Millar, *Civil Procedure of the Trial Court in Historical Perspective*, 49-50 (1952).

17) George G. Tyler, 앞의 글(주 9), 774면.

18) ‘Lord Chancellor’는 영국에서 의회, 정부, 법원에 속하는 지위를 동시에 가지는 매우 독특한 직위로서 적당한 번역어를 찾기 어렵다. ‘대법관’으로 번역되는 경우가 있으나 우리 사법제도의 대법관과는 너무나 큰 차이가 있으므로 오해의 가능성이 크다. 따라서, 부득이 원어를 그대로 사용하기로 한다.

19) Robert Wyness Millar, 앞의 책(주 16), 50-51면.

20) Civil Procedure Act 1997, s.1(1).

21) Courts Act 2003, s.69(1),(2).

22) Civil Procedure Act 1997, s.1(3).

23) Courts Act 2003, s.69(4)(a),(b).

은 시대에 따라 변화가 있었고, 민사소송규칙위원회와 형사소송규칙위원회 사이에 약간의 차이가 있지만, 주로 각급 법원의 법관들 중에서 당연직과 임명직 그리고 변호사들로 구성된다.<sup>24)</sup> 한편, 2009년에 출범한 대법원의 경우 대법원의 사무처리와 소송절차를 규율하는 대법원규칙(Supreme Court Rules)을 별도로 규정하고 있다. 대법원규칙의 제정 권한은 대법원장(President of the Supreme Court)에게 부여되어 있는데,<sup>25)</sup> 대법원장은 규칙 제정에 앞서 ‘Lord Chancellor’와 법률이 정한 법률가단체, 규칙의 제정으로 영향을 받는 사람들을 대표하는 단체들로부터 의견을 들어야 한다.<sup>26)</sup>

민사소송규칙, 형사소송규칙, 대법원규칙은 행정입법(statutory instrument)에 대해서와 마찬가지로 의회는 상원 또는 하원의 의결로써 그 규칙들을 무효로 할 수 있다.<sup>27)</sup> 즉 새롭게 제정된 규칙들의 사본은 의회에 제출되어야 하는데, 의회는 그 사본을 제출받은 날부터 40일 이내에 의결로써 그 규칙을 무효로 할 수 있다.<sup>28)</sup> 요컨대, 법원이 제정한 규칙에 대해 의회가 최종적으로 심사하고 그 효력을 통제할 권한을 갖고 있는 것이다.

## 2. 미국

### (1) 역사

영국의 지배하에 있던 여러 국가들에서도 재판절차에 대한 규칙제정권을 법원에 위임하는 것은 보편적인 현상이었고, 다만 나라마다 구체적인 제도의 모습만 조금씩 달랐을 뿐이다.<sup>29)</sup> 미국도 영국의 사법제도를 계수하였지만, 법원의 규칙제정권은 영국과는 다르게 전개되었다. 미국헌법은 사법권이 최고법원 및 연방의회가 수시로 설립하는 하급법원에 속한다고 규정하고 있으나,<sup>30)</sup> 법원이 규칙을 제정할 수 있는지에 대해서는 아무런 규

24) Civil Procedure Act 1997, s.2.; (amended by) Constitutional Reform Act 2005, 263(1).

25) Constitutional Reform Act 2005, s.45(1).

26) Constitutional Reform Act 2005, s.45(4).

27) Constitutional Reform Act 2005, s.46(2)(b),(3); Civil Procedure Act 1997, s.3(1)(b),(2); Courts Act 2003, s.72(5)(b),(6).

28) Statutory Instruments Act 1946 s.5.

29) 19세기 초반의 영연방 또는 영국 식민지 국가들에서 법원의 규칙제정권을 나라별로 소개하고 있는 것으로는 Samuel Rosenbaum, *Rule-Making in the Courts of the Empire*, 15 *Journal of the Society of Comparative Legislation* 128 (1915). 예컨대, 남아프리카공화국은 1830년대부터 영국의 식민지특허장에서 법원에 대해 광범위한 규칙제정권을 인정하였고, 인도의 경우에는 1859년 이래 법전화된 민사소송법을 통해 재판절차를 규율하였지만, 1908년 법개정을 통해 구체적인 규율의 내용을 법원의 규칙에 대폭 위임하였다.

30) U.S. Constitution Art.III. §1.

정을 두지 않았다. 연방의회는 헌법제정 직후인 1789년의 법원조직법(Judiciary Act)에서 “모든 연방법원은 법률에 저촉되지 않는 한 적절한 사무처리를 위해 필요한 모든 규칙을 제정할 권한을 가진다”고 규정하여 각급 법원의 규칙제정권을 연방법률로 인정하였다.<sup>31)</sup> 그러나 곧바로 다시 법률을 제정하여 일반 소송사건에 대해서는 연방법원이 소재한 주(州, state)의 절차를 따르도록 하는 법률을 통과시켰다.<sup>32)</sup> 이로 인해 일반 소송사건의 경우 연방법원은 실제법은 연방법률을 적용하지만 절차법은 그 법원이 소재한 주의 법률을 적용함으로써 연방법원의 절차는 법원의 소재지에 따라 서로 다르게 규율되었다.<sup>33)</sup> 1872년에는 연방법원의 규칙제정권을 아예 명시적으로 폐기하였다.<sup>34)</sup> 다만, 형평법(equity), 해사법(admiralty), 저작권법(copyright) 사건 등에 관해서는 1842년 이후 간헐적인 연방법률 제정을 통해 연방법원의 규칙제정권을 인정하였고 파산법(bankruptcy) 사건에 대해서는 연방대법원의 규칙제정권을 인정하였다.<sup>35)</sup>

19세기 중반부터는 뉴욕주를 시작으로 소송법의 법전화(codification) 운동이 전국적으로 확산되어 여러 주에서 민사소송법과 형사소송법을 법률을 제정하였으나,<sup>36)</sup> 법원의 재판절차에 관한 세부적인 사항들을 전부 의회가 미리 법률로 규정할 수는 없었으므로, 법률의 규정만으로는 다양한 사건들에서 새롭게 제기되는 절차적인 문제들을 해결하기 어려웠다. 또한 법률의 개정을 통해 새로운 조문을 추가하거나 수정하는 방식은 법조문의 비대화를 초래하였고 의회의 전문성 결여로 인해 혼란을 초래하였다.<sup>37)</sup> 이에 따라 1910년경부터는 소송절차를 의회가 제정하는 법률에 의해서가 아니라 법원이 제정하는 규칙에 의해 규율하자는 주장이 실무가들과 법학자들에 의해 제기되었고, 법원의 규칙제정권을 제도화하려는 움직임이 미국변호사협회를 중심으로 조직적으로 전개되었다.<sup>38)</sup>

31) The Judiciary Act(September 24, 1789), §17 (1 Stat. 73). “all the said courts of the United States shall have power …… to make and establish all necessary rules for the orderly conducting business in the said courts, provided such rules are not repugnant to the laws of the United States.”

32) Thomas E. Baker, *An Introduction to Federal Court Rulemaking Procedure*, 22 Tex. Tech Law Rev. 323, 324-325 (1991).

33) 위의 글, 325-326면.

34) 위의 글, 325면.

35) Roscoe Pound, *Regulation of Judicial Procedure by Rules of Court*, 10 Ill. L. Rev. 163, 163-164 (1915-1916).

36) George G. Tyler, 앞의 글(주 9), 775면.

37) 뉴욕주의 소송법의 법전화 작업의 실패에 대한 지적으로는 Roscoe Pound, 앞의 글(주 35), 166-168면. 뉴욕주의 민사소송법은 처음 제정 당시 391개의 조항으로 시작하였으나 1900년경에는 3,400개의 조항으로 늘어났고, 다시 이를 간소화하기 위한 법률개정의 결과도 본문이 1,600여개, 보칙이 300여개의 조문에 이르렀다고 한다. 이영섭, 앞의 글(주 1), 353면.

38) 로스코 파운드는 법원의 규칙제정권 도입을 가장 강력하게 주장한 법학자 중 한 명이었다.

그 결과 1934년 연방의회는 연방법원에서의 사무처리와 소송절차를 규율하는 규칙을 연방법원이 스스로 제정할 수 있는 권한을 부여하는, 이른바 규칙제정권의 수권법률(the Rules Enabling Act)을 1934년 제정하기에 이르렀고,<sup>39)</sup> 연방대법원은 그 법률에 따라 연방민사소송규칙(Federal Civil Procedure Rules)을 1937년 제정하여 그 이듬해부터 시행하였다.<sup>40)</sup> 이어 1940년에는 형사절차에 대해서도 연방대법원에 규칙제정권을 부여하는 법률이 제정되었고,<sup>41)</sup> 그 법률에 따라 1946년 연방형사소송규칙이 시행되었다.<sup>42)</sup> 현재는 연방법률에서 연방법원의 사무규칙 제정권과 연방대법원의 소송규칙 제정권을 통일적으로 규율하고 있다.<sup>43)</sup>

## (2) 연방법원의 사무규칙과 연방대법원의 소송규칙

연방법원이 제정하는 규칙은 크게 두 가지로 나눌 수 있다. 하나는 연방법원이 자신의 사무처리를 위해 수시로 제정할 수 있는 규칙이고, 다른 하나는 연방법원에서의 소송절차와 증거에 관하여 규율하는 규칙으로서 연방대법원만이 제정할 권한을 갖는 규칙이다. 전자가 각급 법원이 자신의 사무처리를 위해 스스로 제정하는 “사무규칙”이라고 한다면, 후자는 소송절차 일반을 규율하는 규칙으로서 대륙법에서의 소송법에 해당하는 “소송규칙”이라고 할 수 있다.<sup>44)</sup>

먼저, 사무규칙은 연방대법원을 포함한 각급 연방법원이 자신의 사무처리를 위해 제정하는 규칙(rules for the conduct of their business)으로서 연방의회가 제정하는 연방법률과 연방대법원이 제정하는 소송규칙에 위반되지 않아야 한다.<sup>45)</sup> 사무규칙을 제정하기 위해서는 해당 법원이 제정할 규칙의 내용을 미리 공고하고 의견진술의 기회를 부여하여야 한다.<sup>46)</sup> 다만, 즉시 시행할 필요가 있는 규칙은 공고와 의견진술의 기회를 사후적으로 부여할 수도 있다.<sup>47)</sup> 연방지방법원이 제정한 규칙은 그 법원이 속한 항소관할(circuit) 소

39) 법률제정 단계에서의 구체적인 논의 상황에 대해서는 Edson R. Sunderland, *The Grant of Rule-Making Power to the Supreme Court of the United States*, 32 Mich. L. Rev. 1116 (1934).

40) Robert G. Bone, *The Process of Making Process: Court Rulemaking, Democratic Legitimacy, and Procedural Efficacy*, 87 Geo. L.J. 887, 893-894 (1999).

41) Act of June 29, 1940, ch.445, 54 Stat. 688.

42) 이영섭, 앞의 글(주 1), 361면.

43) 28 U.S.C. §2071, 2072.

44) 이러한 명칭은 논의의 편의를 위해 임의로 붙인 것이다. 다만, 미국의 연방법률에서도 두 규칙은 서로 구별하여 규정하고 있고 제정절차와 효력이 상이하므로 구별하여야 한다.

45) 28 U.S.C. §2071(a).

46) 28 U.S.C. §2071(b).

47) 28 U.S.C. §2071(e).

속의 사법평의회(judicial council)가 수정하거나 폐지할 수 있고, 연방지방법원 이외의 연방법원이 제정한 규칙은 연방사법회의(Judicial Conference of the United States)가 수정하거나 폐지할 수 있다.

다음으로, 소송규칙은 법원의 재판실무와 소송절차를 일반적으로 규율하는 규칙(general rules of practice and procedure)과 하급심의 재판에서 적용될 증거에 관한 규칙으로서 연방대법원이 제정한다.<sup>48)</sup> 소송규칙의 제정은 연방사법회의가 작성하여 제출한 규칙안에 대해 연방대법원이 의결하는 방식으로 제정한다. 연방사법회의는 연방사법행정의 최고정책결정기구로서 연방대법원장이 의장이 되고, 연방항소법원장들과 연방국제통상법원장, 각 항소지구에서 선출되는 연방지방법원판사들로 구성된다.<sup>49)</sup> 연방사법회의는 그 산하의 상임위원회인 규칙위원회(Committee on Rules of Practice and Procedure)의 심의를 거쳐 규칙안을 작성하여 연방대법원에 제출한다.<sup>50)</sup>

소송규칙의 가장 중요한 특징은 규칙이라는 형식에도 불구하고 법률과 같은 기능을 한다는 것이다. 미국에서는 연방법원의 소송절차를 규율하는 소송법이 법률의 형태로 존재하지 않고, 연방대법원이 제정하는 각종 소송규칙의 형태로 존재한다.<sup>51)</sup> 소송규칙이 실제법상의 권리를 변경할 수는 없지만 소송규칙이 시행되면 그 규칙과 저촉되는 법률은 효력을 상실한다.<sup>52)</sup> 이는 소송규칙이 사실상 법률의 지위를 가지며 법률조항을 개폐하는 효력까지도 갖는다는 것을 의미한다. 소송규칙의 이러한 특성으로 인해 그 제정에는 의회의 관여와 승인이 요구된다. 연방대법원이 의결한 소송규칙은 시행일이 속한 연도의 5월 1일까지 연방의회에 제출되어야 하고, 법률에서 달리 정하지 않는 한 12월 1일 이전에는 효력이 발생되지 않는다.<sup>53)</sup> 연방대법원이 제정한 소송규칙에 대해 연방의회가 그 내용을 심사한 후 소송규칙의 시행 여부에 대해 최종적으로 결정할 수 있도록 한 것이다.<sup>54)</sup> 연방의회는 소송절차에 관한 규율을 연방대법원의 규칙에 위임하고 그 규칙이 법률과 같은 지위와 효력을 갖도록 하면서도, 동시에 그 소송규칙의 효력에 대한 최종적인 승인절차를 보유하고 있는 것이다.<sup>55)</sup>

48) 28 U.S.C. §2072(a).

49) 28 U.S.C. §331. 연방사법회의의 지위와 구성 및 기능에 대한 소개로는 김도현, “법관주도형 사법행정의 분권주의적 기초”, 『법과사회』(법과사회이론학회, 2020), 제65호, 179-182면.

50) 28 U.S.C. §2073.

51) 연방소송규칙으로는 Rules of Civil Procedure, Rules of Criminal Procedure, Rules for Habeas Copus Proceedings, Rules of Evidence, Multidistrict Litigation Rules, Rules of Appellate Procedure 등이 있다.

52) 28 U.S.C. §2072(b).

53) 28 U.S.C. §2074(a).

54) Robert G. Bone, 앞의 글(주 40), 892-893면.

### (3) 주법원(state court)의 규칙제정권

주(州) 정부 차원에서는 뉴욕주를 제외한 대부분의 주에서 법원이 제정한 규칙(court rules)을 통해 소송절차를 규율하고 있다. 법원의 규칙제정권이 인정되는 근거들을 유형별로 보면, 법원의 권한에 본질적으로 내재되어 있다는 해석에 근거하는 경우, 주 헌법에서 법원의 규칙제정권을 직접 명시하는 경우, 주 법률에서 법원에 규칙제정권을 위임하고 있는 경우로 나눌 수 있는데,<sup>56)</sup> 현재는 과반수 이상의 주에서 헌법에 명시적인 근거를 두고 있다.<sup>57)</sup>

법원이 규칙제정권을 행사하는 방식으로는 의회의 관여 없이 단독으로 제정하는 경우도 있고, 법원이 제정한 규칙을 의회가 최종적으로 승인하거나 거부할 수 있는 절차를 둔 경우도 있다.<sup>58)</sup> 법원이 제정한 규칙과 의회가 제정한 법률 상호간의 관계는 주마다 상이하다. 예컨대, 캘리포니아주<sup>59)</sup>나 루이지애나주<sup>60)</sup>와 같이 대법원규칙은 법률에 저촉되지 않아야 한다는 것을 헌법에서 명시한 주들도 있지만, 미시건주에서는 대법원규칙의 제정에 의회가 관여하지 않음에도, 대법원규칙과 법률이 충돌하는 경우 대법원규칙을 우선한다.<sup>61)</sup>

뉴욕주는 연방과 다른 대부분의 주정부와는 달리 여전히 의회가 제정한 법률을 통해 소송절차를 규율하고 있다.<sup>62)</sup> 뉴욕주 헌법은 소송절차에 대한 규율은 원칙적으로 의회가 갖는다고 하면서, 다만 의회는 소송절차에 대한 규율의 전부 또는 일부를 법원에 위임할 수 있고, 법원은 법률에 위반하지 않는 범위 안에서 소송절차에 관한 규칙을 제정할 수

55) 미국에서 연방소송규칙은 매우 빈번한 개정을 겪고 있다. 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure)은 1938년 제정된 이래 2017년 1월까지 40회 이상 개정되었는데, 특히 1990년대 이후로는 거의 매년 개정되어 왔다고 한다. 이진규, “미국 연방민사소송규칙의 최근 동향과 우리나라 민사소송제도 운영에 주는 시사점”, 강원법학 제50권, 강원대학교 비교법학연구소 (2017.2), 3-4면.

56) Charles W. Joiner & Oscar J. Miller, *Rules of Practice and Procedure: A Study of Judicial Rule Making*, 55 Mich. L. Rev. 623, 625-639 (1956-1957).

57) 코네티컷주(State of Connecticut) 입법조사처의 2008. 12. 30.자 조사보고서(OLR Research Report) 참조(<https://www.cga.ct.gov/2008/rpt/2008-R-0430.htm>). (최종방문일 2022.2.28.)

58) 2008년 기준으로 22개 주에서 의회의 관여 없이 법원이 단독으로 규칙제정권을 행사한다고 한다. 위의 코네티컷주 입법조사처 조사보고서 참조.

59) California Constitution Art.6 §(6)(d).

60) Louisiana Constitution Art.5 §(5)

61) Michigan Court Rules of 1985 1.104(Statutory Practice Provisions) “Rules of practice set forth in any statute, if not in conflict with any of these rules, are effective until superseded by rules adopted by the Supreme Court.”

62) 민사소송에 관해서는 ‘Civil Practice Law & Rules’(Chapter 8, Consolidated laws of N.Y.)가, 형사소송에 관해서는 ‘Criminal Procedure’(CHAPTER 11-A, Consolidated laws of N.Y.)가 법률로 존재한다.

있다고 규정하고 있다.<sup>63)</sup> 한편, 법원은 법률에 저촉되지 않으면 법률이 규정하지 않은 사항도 규율할 수 있다고 해석한다.<sup>64)</sup>

### 3. 일본

#### (1) 미국으로부터 수용

일본국헌법은 제77조에서 최고재판소의 규칙제정권을 규정하고 있다. 최고재판소는 소송에 관한 절차, 변호사, 재판소의 내부규율 및 사법사무처리에 관한 사항에 대하여 규칙을 정할 권한을 가지는데(제1문), 검찰관도 최고재판소가 정하는 규칙에 따라야 한다(제2문). 최고재판소는 하급재판소에 관한 규칙을 정할 권한을 하급재판소에 위임할 수 있다(제3문).<sup>65)</sup> 최고재판소의 규칙제정권은 현행 일본국헌법 이전의 일본제국헌법(1889년 공포된 이른바 메이지헌법)에는 존재하지 않던 것이었다. 1946년 11월 3일 공포되어 이듬해 5월 3일 시행된 현행 일본국헌법은 미국의 강력한 영향력 아래에서 만들어졌다.<sup>66)</sup> 당시 연합군최고사령관이었던 맥아더(McArthur)는 일본제국헌법의 개정을 강력하게 요구하였다. 맥아더 사령부는 헌법개정 의 기본방향을 제시하면서 헌법초안을 작성하여 일본에 제시하였는데(이른바 맥아더초안), 이 맥아더초안이 현행 일본국헌법의 기초가 되었다.<sup>67)</sup> 일본국헌법 제77조의 최고재판소 규칙제정권은 맥아더초안 제69조의 내용을 거의 그대로 수용한 것이었다.<sup>68)</sup>

63) N.Y. Constitution. Art VI, §30.

64) In the Matter of A.G. Ship Maintenance Corp. v. Lezak, 69 NY2d 1, 6-7 (1986).

65) 日本國憲法 第七十七條

最高裁判所は訴訟に関する手續, 弁護士, 裁判所の内部規律及び司法事務處理に関する事項について規則を定める権限を有する.

檢察官は最高裁判所の定める規則に従はなければならない.

最高裁判所は下級裁判所に関する規則を定める権限を下級裁判所に委任することができる.

66) 이에 관한 상세한 역사적 사실들에 대한 설명으로는 코세키 쇼오이찌(古関彰一) 지음, 김창록 옮김, 일본국헌법의 탄생(뿌리와이파리, 2010).

67) 위의 책, 117-120면.

68) 맥아더초안 제69조(GHQ Draft, Article LXIX)는 다음과 같다.

The Supreme Court is vested with the rule-making power under which it determines the rules of practice and of procedure, the admission of attorneys, the internal discipline of the courts, the administration of judicial affairs, and such other matters as may properly affect the free exercise of the judicial power.

Public procurators shall be officers of the court and subject to its rule-making power.

The Supreme Court may delegate the power to make rules for inferior courts to such courts.

맥아더초안 중 “기타 사법권의 자유로운 행사에 영향을 미치는 사항들(such other matters as may

최고재판소의 규칙제정권은 법원의 사무처리와 소송절차를 의회가 제정한 법률에 의해서가 아니라 연방대법원이 정하는 규칙을 통해 규율하는 미국의 제도가 맥아더초안을 통해 도입된 것인데, 이미 메이지헌법 시절부터 의회가 제정한 민사소송법과 형사소송법을 통해 소송절차를 규율해 오고 있던 일본의 상황과는 잘 어울리지 않는 제도였다. 대륙법을 계수한 일본으로서는 민사소송법과 형사소송법 등 법전(法典)을 통한 규율에 별다른 어려움이 없었고, 법률조항이 규율하지 않은 사항들에 대해서는 대륙법계 국가들의 법률조항들과 주석서들을 참고함으로써 충분히 보충할 수 있었으므로 법원의 규칙제정권을 도입해야 할 필요성에서 미국과는 사정이 달랐기 때문이다.<sup>69)</sup> 그러나 일본국헌법 제77조를 통해 최고재판소의 규칙제정권이 도입될 당시에는 이러한 사정이 제대로 인식되거나 논의되지 못하였다.<sup>70)</sup>

## (2) 해석론

일본국헌법 제77조는 대체로 사법부의 독립 또는 자율을 보장하는 조항이라고 설명된다.<sup>71)</sup> 메이지헌법 하에서는 법률(재판소구성법)에 의해 사법행정권이 행정부의 사법대신(司法大臣)에게 속했다. 사법관(司法官)으로 통칭되는 검사와 판사에 대한 인사권과 감독권을 사법대신이 갖고 있었고 재판소와 검사국이 같은 청사를 쓰는 등 사법권과 행정권이 엄격하게 분리되지 못했었다.<sup>72)</sup> 최고재판소의 규칙제정권은 사법행정권을 최고재판소가 행사할 수 있게 하고, 소송절차에 관하여 입법부나 행정부의 간섭 없이 최고재판소가 자율적으로 공정한 재판을 위해 필요한 규칙을 둘 수 있게 함으로써 사법부의 독립을 보장하는 조항이라고 볼 수 있다.<sup>73)</sup> 그러나 최고재판소의 규칙제정권이 사법부의 독립을 보장하기 위한 조항이라는 것이 최고재판소규칙이 사법행정의 영역 뿐 아니라, 소송절차와 변호사에 대한 규율까지 포함하는 것을 충분히 설명한다고 보기는 어렵다. 입법부와 의 관계에서 본다면, 소송절차에 대한 규율이나 변호사에 대한 규율과 같이, 원칙적으로

properly affect the free exercise of the judicial power)”이라는 표현과 검사를 재판소 소속으로 했던 부분을 제외하고는 맥아더초안을 거의 그대로 수용하였다. 맥아더초안의 내용은 일본국립국회도서관 소장자료(<https://www.ndl.go.jp/constitution/e/shiryo/03/076shoshi.html>) 참조. (최종 방문일 2022.2.28.)

69) 早川武夫, 裁判所規則制定權の歴史(日本評論新社, 1952), 62頁.

70) 위의 책, 62-65면.

71) 國家學會 編(兼子一 部分執筆), 『新憲法の研究(第12版)』(有斐閣, 1954), 240頁; 美農部達吉 著, 宮澤俊義 訂, 『日本國憲法原論』(有斐閣, 1952), 411頁; 樋口陽一, 『憲法I』(青林書院, 1998), 494頁.

72) 이즈미 도쿠지 지음, 이범준 옮김, 『이즈미 도쿠지, 일본 최고재판소를 말하다』(공리, 2016), 32-35면.

73) 美農部達吉 著, 宮澤俊義 訂, 앞의 책(주 71), 411-412면.

입법권의 규율대상에 속하는 사항까지도 법원이 규칙을 통해 규율하는 것이 되기 때문이다. 따라서 최고재판소에 규칙제정권을 부여한 취지는 사법부의 독립 뿐 아니라, 재판의 실무에 정통한 사법부의 전문성을 존중하여 법규범에 반영하려는 것이라고 볼 수 있다.<sup>74)</sup>

최고재판소의 규칙제정권은 국회의 입법권, 즉 법률과의 관계가 문제된다. 헌법이 규칙의 규율대상으로 규정된 사항들이 최고재판소규칙의 전속적 규율사항인지, 아니면 국회가 법률로도 규율할 수 있는 것인지, 만약 법률로도 규율할 수 있다면 동일한 사항에 대해 법률과 최고재판소규칙이 서로 충돌할 경우 두 규범 사이의 효력은 어떻게 되는지가 문제된다. 헌법시행 직후에는 규칙제정권이 영미법에서 도입된 것이라는 연원적 배경과 규칙제정권을 헌법에 도입한 취지를 강조하여 최고재판소규칙이 전속적으로 규율한다는 주장과, 대륙법을 계수하여 소송절차를 법률로써 규율해 온 일본 고유의 제도적 현실을 강조하여 최고재판소규칙의 규율대상도 법률이 얼마든지 규율할 수 있다는 주장이 대립되었지만<sup>75)</sup> 최고재판소는 의회가 법률로써 규율하는 것도 가능하다고 보았고,<sup>76)</sup> 현재 대부분의 학설은 판례와 같은 입장이라고 한다.<sup>77)</sup> 한편, 최고재판소규칙과 법률이 충돌하는 경우에는 국민의 대표기관이자 최고국가기관이며, 헌법이 유일한 입법기관으로 선언하고 있는 국회가(제41조) 제정한 법률의 효력이 우선한다는 견해(법률우위설)가 지배적이다.<sup>78)</sup>

그런데, 최고재판소규칙의 규율대상에 대해 법률로도 규율할 수 있고, 법률과 최고재판소규칙이 충돌할 때 언제나 법률이 우선한다면, 헌법이 굳이 제77조를 규정할 필요가 있었는가 하는 의문이 제기된다. 이 점을 의식하여 헌법 제77조의 존재 의의를 확보하려는 해석이 시도되고 있다. 예컨대, 헌법이 규정한 최고재판소규칙의 규율대상 중에서 “소송에 관한 절차”와 “변호사”에 관한 규율은 국민의 권리의무에 직접 관련되므로, 법률로 규율할 수 있고 법률의 효력이 우선한다고 보아야 하지만, 재판소의 자율권에 관련되는 “내부규율”과 “사법사무처리”에 관한 규율은 최고재판소규칙이 전속적으로 규율하여야 하고, 법률과 충돌하는 경우에는 최고재판소규칙이 우선한다는 주장이 그것이다.<sup>79)</sup> 최고재판소 결정의 반대의견 중에는 재판관에 대한 징계와 같이 사법권의 자율성에 관한 중

74) 佐藤幸治, 『日本國憲法論』(成文堂, 2011), 611頁; 野中俊彦/中村睦男/高橋和之/高見勝利, 『憲法Ⅱ(第5版)』(有斐閣, 2019), 253頁.

75) 早川武夫, 앞의 책(주 69), 66면.

76) 最高裁判所 小法庭 判決, 1955年 4月 22日, 刑集 9卷 5号 911頁.

77) 野中俊彦/中村睦男/高橋和之/高見勝利, 앞의 책(주 74), 253면.

78) 樋口陽一, 앞의 책(주 71), 495면; 長谷部恭男, 『憲法(第7版)』(新世社, 2018), 423頁.

79) 佐藤幸治, 앞의 책(주 74), 612-613면.

요한 문제는 최고재판소의 규칙제정권의 전속관할사항이므로 의회가 그것을 법률로 규율하는 것은 헌법위반이라고 주장한 것도 있다.<sup>80)</sup>

다만, 일본에서 최고재판소규칙에 의한 규율의 현실을 보면, 소송절차에 대해서는 민사소송법과 형사소송법, 행정사건소송법이, 변호사에 대한 규율은 변호사법이 법률의 차원에서 상세한 규정을 통해 직접 규율하고 있으며, 최고재판소규칙은 법률과의 관계에서 어디까지나 보충적이고 부차적인 지위에 머물고 있다.<sup>81)</sup> 특히 형벌의 부과에 관해서는 헌법이 법률에 의한 규율을 명시적으로 요구하고 있고(제31조), 변호사에 대한 규율 역시 자격이나 직무 등에 관한 사항은 직업의 자유와 직접 관련되는 사항이어서 법률로써 규율되어야 한다고 받아들여지고 있다.<sup>82)</sup>

일본은 영미법에서 연원한 법원의 규칙제정권을 미국을 통해 헌법에 직접 규정하는 방식으로 도입하기는 하였지만, 최고재판소규칙이 미국의 소송규칙과 같은 기능을 할 수는 없었던 것으로 보인다. 그 배경에는 대륙법을 계수한 법제에서 소송절차나 사법행정에 관해서도 이미 법률에 의한 규율이 뿌리내리고 있었던 현실도 있었겠지만, 사법부의 위상이나 사법부에 대한 국민의 신뢰의 정도가 영미법에서만큼 강력하지 못하였고, 제도의 도입 당시에는 오히려 사법관료들의 독단적인 규칙제정에 대한 우려도 컸기 때문이었던 것으로 보인다.<sup>83)</sup> 사법부에 대한 신뢰가 부족한 상황에서는 사법부의 자율권을 강조하는 것이 재판의 독립을 보장하는 데 언제나 적합한 것은 아니라는 것이다.<sup>84)</sup>

### Ⅲ. 대법원 규칙제정권의 연혁

#### 1. 미군정기 법원조직법

우리나라에서 대법원의 규칙제정권은 미군정기(美軍政期)에 법원조직법을 통해 도입되었다. 미군정기의 입법기구였던 과도입법의원(過渡立法議院)<sup>85)</sup>은 1948. 5. 4. 군정법령

80) 재판관의 신분에 대해 규정하고 있는 裁判官分限法이 위헌이라는 주장이다. 1950. 6. 24. 最高裁判所 大法廷 決定에서 眞野 裁判官의 反對意見(裁判所時報 61号 6頁), 樋口陽一, 앞의 책(주 71), 495면에서 인용.

81) 野中俊彦/中村睦男/高橋和之/高見勝利, 앞의 책(주 74), 254면.

82) 長谷部恭男, 앞의 책(주 78), 423면.

83) 早川武夫, 앞의 책(주 69), 66면.

84) 樋口陽一, 앞의 책(주 71), 495면.

85) 1946. 8. 24. 시행된 군정법령 제118호(조선과도입법의원창설)로 설립된 과도입법기관으로서 1946년 12월 구성되어 1948년 5월에 해산될 때까지 미군정기의 법률안을 심의하고 의결하였다. 과도입

제192호로 법원조직법(헌법제정 이후의 법원조직법과 구별하기 위해 “과도(過渡)법원조직법”으로 부르기로 한다)을 제정하여 같은 해 6. 1. 시행하였는데, 이때 대법원의 규칙제정권을 규정하였다. 과도법원조직법을 제정한 목적은 법원행정을 미군정청의 사법부(司法部)에서 대법원으로 이관하고 법원제도를 재조직하는 것이었다.<sup>86)</sup> 법원은 일제강점기 이래 미군정기에 이르기까지 사법부의 독립을 보장받지 못하고 있었는데, 일제강점기에는 조선총독부 법무국(法務局)으로부터, 그리고 미군정기에는 미군정청 법무국(Department of Justice)으로부터 지시와 감독을 받아 오고 있었다.<sup>87)</sup> 미군정청 법무국은 그 명칭만 사법부(司法部)<sup>88)</sup>로 변경하였을 뿐이었다. 이러한 상황에서 사법부의 독립은 가장 시급한 과제였는데, 정부수립을 앞두고 미군정청은 법원의 독립을 보장하는 내용의 새로운 사법제도를 형성하기 위하여 과도적으로 기능할 법원조직법을 제정하였고<sup>89)</sup> 이때 도입된 것이 대법원의 규칙제정권이었다.

과도법원조직법은 대법관 전원으로 구성되고 대법원장을 의장으로 하는 사법행정의 최고결정기관으로서 대법관회의를 두었는데<sup>90)</sup> 대법관회의의 권한 중 하나로 “소송 규칙 및 기타 규칙의 제정”을 명시하였다.<sup>91)</sup> 과도법원조직법에서 대법원이 규칙으로 정할 수 있다고 명시적으로 규정한 것들로는 “법원 직원의 채용과 훈련 및 양성에 관한 규칙”과 “법원 사무 규정”,<sup>92)</sup> “서기관의 자격”,<sup>93)</sup> “법원 이외의 장소에서의 공판”,<sup>94)</sup> “검찰관과 변호인에 대한 통지 절차”,<sup>95)</sup> “법관훈련소”<sup>96)</sup> 등이 있다. 그런데, 법원의 독립을 위해 대법원에게 규칙제정권을 부여한다고 하더라도 사법행정에 관한 사항 뿐 아니라 소송절차

법원의 설립 경위와 성격 및 기능에 관하여는 이경주, “미군정기의 과도입법위원회와 조선임시약헌”, 『법사학연구』(한국법사학회, 2001), 제23호, 141-148면.

86) 과도법원조직법 제1조.

87) 문준영, 『법원과 검찰의 탄생』(역사비평사, 2010), 462, 636-637면.

88) 미군정청의 기관으로서 오늘날 헌법기관으로서 사법권을 행사하는 사법부(司法部)와는 구별된다.

89) 미군정기 법원조직법 제정과정에 대한 자세한 소개와 평가로는 문준영, “미군정기 법원조직법의 입법과정”, 『법사학연구』(한국법사학회, 2005), 제32호, 235-308면; 문준영, 위의 책, 717-782면.

90) 제84조 내지 제86조.

91) 제87조 대법관 회의의 권한은 좌와 여함. 라. 訴訟規則及其他規則의 制定

92) 제22조 대법원은 대법관 회의의 결의로써 법원 직원의 채용, 훈련 급 양성에 관한 규칙, 법원 사무 규정을 제정함을 득함.

93) 제57조 서기관은 성규의 자격이 유한 자 중에서 소속 장관(大法院長, 其他 院長 又は 單獨의 判事)의 추천에 의하여 대법원사법행정처장이 차를 임면함. 서기관의 자격에 관한 규칙은 대법원에서 차를 정함.

94) 제69조 공판은 법원 내에서 차를 개함. 각 법원장은 대법원이 정한 규칙에 의하여 법원 외의 장소에서 개정케 함을 득함.

95) 제77조 대법원은 사건이 공판에 회부되는 때에 검찰관 급 변호인에게 통지하는 수속에 관하여 현행 법령을 시행하기 위하여 필요한 규칙을 제정함.

96) 제101조 법관훈련소에 관한 규칙은 대법원에서 차를 정함.

에 관한 사항도 규칙으로 정할 수 있게 하는 것에 대해서는 논란이 있었다. 당시 검찰 측에서는 소송절차에 관한 것은 법률로 정해야 할 사항이므로 대법원규칙으로는 정할 수 없다고 반대하였고, 이에 따라 법률안의 초안에서 소송규칙에 관한 부분은 삭제되었다. 그러나 미국에서의 경험에 비추어볼 때 소송규칙도 대법원이 제정할 수 있어야 한다고 주장한 미군정청 법률기초국 고문의 의견에 따라 최종적으로 법률에 포함되었다.<sup>97)</sup> 한편, 과도법원조직법 제정에 앞서 대법관 이상기 등 5명이 미국의 사법제도를 시찰하기 위해 1947년 5월 8일 출국하여 같은 해 9월 3일 귀국한 후 보고서를 제출하였다.<sup>98)</sup> 이처럼 대법원의 규칙제정권은 단지 과도법원조직법의 제정이 미군정기에 이루어졌다는 시기(時期)상의 사정 뿐 아니라, 그 논의의 과정을 보더라도 미국의 제도를 도입하려 했던 것은 분명해 보인다.

## 2. 제헌헌법

### (1) 헌법에서의 도입

헌법제정을 위한 논의 과정에서 대법원의 규칙제정권은 헌법상 제도로 고려되었다. 당시 여러 헌법초안들이 대법원의 규칙제정권을 명시하고 있었다. 미군정의 과도입법위원이 1947년 8월 6일 의결한 조선임시약헌(朝鮮臨時約憲)은 사법권을 규정한 장에서 “최고법원은 법원내부규율 및 사법사무처리에 관한 사항에 의하여 규칙을 정함. 검찰관은 최고법원이 정한 규칙에 복종하여야 함”이라는 규정을 두었다.<sup>99)</sup> 조선임시약헌은 비록 법적 효력을 갖는 문서는 아니었지만<sup>100)</sup> 미군정기 공식적인 입법기관에서 제안한 헌법안이라는 점에서 의의가 있었다.<sup>101)</sup> 이후 헌법제정 과정에서 제안된 여러 헌법 초안들은 대부분 대법원의 규칙제정권을 규정하고 있었다. 다만, 규칙제정권의 규율대상에 대해

97) 문준영, 앞의 책(주 87), 744-751면.

98) 문준영, 앞의 글(주 89), 248면.

99) 제47조 “最高法院은 法院內部規律及司法事務處理에 關한 事項에 依하여 規則을 定함. 檢察官은 最高法院이 定한 規則에 服從하여야 함.” 정종섭 校勘·編, 『한국헌법사문류』(박영사, 2002), 154면.

100) 조선과도입법위원을 창설한 군정법령 제118호 제5조에 따르면 입법위원이 제정한 법령은 군정장관이 동의하여 서명날인하고 관보에 공포하여야 법률의 효력을 갖는데, 조선임시약헌에 대해 군정장관은 헌법으로서의 성질을 갖고 있음에도 조선과도입법위원이 헌법을 제정할 수 있는 권한을 국민들로부터 위임받았다고 보기는 어렵다는 이유로 공포를 반대하였다. 이에 관한 자세한 설명으로는 이경주, 앞의 글(주 85), 156-160면.

101) 다만, 대법원에 규칙제정권을 부여하는 취지가 무엇인지를 확인하기는 어렵다. 조선임시약헌안에 대한 제2독회에서 이견이 있는지만을 묻고 그대로 통과되었기 때문이다. 남조선과도입법의원속기록(약기) 제122호. 대한민국국회 편, 남조선과도입법의원속기록3(선인문화사, 1999), 161면.

법원의 내부규율과 사무처리만을 명시한 것과<sup>102)</sup> 그에 더해 소송에 관한 절차까지 포함시킨 것<sup>103)</sup>의 차이가 있을 뿐이었다. 제헌국회의 본회의에 제출된 헌법초안에서는 “대법원은 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 사항에 관한 규칙을 제정할 수 있다”(제81조)고 규정했는데, 최종적으로 국회를 통과한 제헌헌법에서는 내용의 변화 없이 표현만을 다듬어 “대법원은 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다”(제82조)고 하였다.<sup>104)</sup>

## (2) 규율대상 및 법률과의 관계

대법원의 규칙제정권의 규율대상에 관하여 제헌헌법은 “법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙”이라고 하였는데, 이는 대법원의 규칙제정권을 처음 도입했던 미군정기 과도법원조직법에서 “소송규칙과 기타 규칙의 제정”이라고 했던 것과는 차이가 있다. 헌법 제정 과정에서 법전편찬위원회<sup>105)</sup>는 헌법초안이 내부규율과 사무처리에 관한 규칙이라고 한 규정이 불명확하다고 지적하면서 법률로 규정할 필요 없는 세목(細目)에 관하여는 소송절차에 관한 규칙을 정할 수 있음을 명시하는 것이 타당하다고 하였고, 이는 일본헌법을 참고할 수 있다고 하였다.<sup>106)</sup> 이러한 법전편찬위원회의 지적에도 불구하고, 또한 과도법원조직법에서 소송규칙을 명시하고 있었음에도 불구하고 헌법이 소송규칙을 명시하지 않은 것은 소송규칙을 대법원의 규칙제정권의 대상에서 제외하려는 의도였다고 해

102) 유진오의 헌법초안은 “最高法院은 法源의 内部規律과 司法事務處理에 關한 事項에 關하여 規則을 定할 權限이 있다.”(제90조)고 하였고(정중섭 校勘·編, 앞의 책, 177면), 법전편찬위원회 헌법초안(이른바 ‘권승렬안’)은 “最高法院은 法院의 規律 및 司法事務處理에 關한 規則을 定할 수 있다”(제97조)고 하였다(같은 책, 203면).

103) 유진오와 행정연구위원회가 1948년 5월경 공동으로 작성한 헌법초안(이른바 ‘공동안’)은 “大法院은 訴訟에 關한 節次 法院의 内部規律과 司法事務處理에 關한 事項에 關하여 規則을 制定할 수 있다. 檢察官은 大法院이 制定한 規則을 遵守하여야 한다.”고 하였다(제86조). 인터넷홈페이지 ‘헌정사자료DB’(http://db.history.go.kr/item/cons/main.do)에서 확인. (최종방문일 2022.2.28.)

104) 국회에 제출된 헌법초안에서 조문의 위치가 제81조에서 제82조로 변경되고, “사무처리에 관한 사항에 관한 규칙”이라는 표현이 “사무처리에 관한 규칙”이라는 표현으로 수정되어 의결되었다.

105) 헌법의 제정과 정부수립 이후 법령제정을 위해 설립된 법전편찬위원회와는 구별된다. 미군정의 사법부(司法部) 산하에 설치되었던 “Code Drafting Commission”를 가리키는 것으로 미군정기에 “법제편찬위원회”, “법전편찬위원회” 등으로 불렸지만, 공식 명칭은 “법전기초위원회(法典起草委員會)”였다고 한다. 김수용, 『건국과 헌법』(경인문화사, 2008), 174-175면.

106) 이 밖에도 변호사가 대법원의 감독을 받게 하는 것에 관한 규칙을 제정할 수 있다는 것과 검찰관도 대법원이 정하는 소송절차와 사법사무에 관한 규칙을 준수할 것을 규정하는 것이 타당하다고 하였다. 법전편찬위원회 이견서(異見書), 정중섭 校勘·編, 앞의 책(주 99), 214면. 법전편찬위원회가 제시한 내용은 사실 당시 시행되고 있던 일본헌법 제77조의 내용을 거의 그대로 옮겨온 것이다.

석할 수도 있다. 과도법원조직법 제정 당시 논란, 즉 소송절차에 대해서는 대법원규칙이 아니라 법률로 규정해야 한다는 검찰측의 반대로 인해 초안에서 삭제되었다가 미군정청 고문의 의견에 따라 최종적으로 소송규칙에 대한 제정권을 규정하였던 사정이나, 헌법제정 이후 새로 제정한 법원조직법<sup>107)</sup>에서도 대법관회의의 권한을 “법원의 내부규율 및 사무처리규칙에 관한 사항”이라고 규정하여(제62조제3호) 역시 소송규칙에 대해서는 명시하지 않았던 점, 그리고 제헌헌법 시행 당시에 제정된 대법원규칙들도 행정사무에 관한 것들이었다는 점<sup>108)</sup> 등을 고려하면 헌법제정자들이 소송규칙을 대법원규칙의 규율대상으로부터 배제하기 위해 의도적으로 소송규칙을 명시하지 않은 것이라고 보는 것이 충분히 가능한 것이다. 실제로 제헌헌법 아래에서 소송절차에 관한 사항은 국회가 제정한 법률에 의해 규율되었고<sup>109)</sup> 소송절차에 관한 규칙은 만들어지지 않았다.

그러나 헌법제정자들의 의사를 단정하기는 어렵다. 당시 국회에서의 논의를 살펴보면, 사법부에 관한 다른 조항들과는 달리 대법원의 규칙제정권에 대해서는 구체적인 논의나 토론은 없이 헌법조항의 내용과는 무관한 자구 수정만 있었기 때문이다.<sup>110)</sup> 대법원의 규칙제정권은 일제강점기에 일본을 통해 대륙법계의 사법제도를 경험한 우리로서는 당시에는 생소한 제도였고 특히 국회의 입법권과의 관계에서 그 규율대상과 효력에 대해 여러가지 의문이 제기될 만한 것이었음에도 당시의 헌법학자들로부터는 이렇다 할 관심을 얻지 못했다. 헌법제정 당시의 논의들은 헌법재판권이나 행정재판권의 귀속 문제를 포함한 재판권의 대상과 범위 문제, 대법원장과 대법관 및 법관의 임명 방식과 절차, 임기, 신분보장 등과 같은 문제들에 집중되었다.

대부분의 헌법학자들이 ‘사법권의 독립을 보장하기 위한 조항’이라는 정도의 설명에 그치거나<sup>111)</sup> 헌법이 규율대상으로 규정한 “사무처리”란 재판사무 그 자체는 아니고 “재

107) 1949. 9. 26. 법률 제51호로 제정되어 1949. 8. 15.에 소급하여 시행되었다.

108) 법복의 제정과 같은 내부규율이나 공탁사무, 수수료, 등기 등 행정사무에 관한 것들이었다. 이영섭, 앞의 글(주 1), 17, 19면.

109) 1954년 제정된 형사소송법은 493개 조항을 두었고, 1960년 제정된 민사소송법은 723개의 조항을 두었다. 형사소송법과 민사소송법이 제정되기 전까지는 일제강점기부터 의용(依用)된 일본의 형사소송법과 민사소송법이 적용되었다.

110) 제1독회에서는 이 조항에 대한 토의가 없었고(국회속기록 제1회 제19호, 1948년 6월 28일자), 제2독회에서는 “대법원은 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 사항에 관한 규칙을 제정할 수 있다”고 한 헌법안 제81조에 대해 “「의의없습니다」 하는 이 있음”이라는 기록만 있다(국회속기록 제1회 제26호, 1948년 7월 6일자). 제3독회에 이르러 조문의 위치 변경과 자구의 수정에 대해 서상일 의원이 “제82조를 이렇게 고쳐도 상관없어요?”라고 묻자 “상관없습니다”고 대답하는 사람이 있었을 뿐이다(국회속기록 제1회 제28호, 1948년 7월 12일자). 국회속기록의 내용은 인터넷홈페이지 ‘국회회의록’(<http://likms.assembly.go.kr/record/mhs-60-010.do#none>)에서 확인. (최종방문일 2022.2.28.)

판사무의 분배”나 “사법행정사무”와 같은, 재판의 처리방법을 말한다고 설명하였다.<sup>112)</sup> 그러나, 당시 민사소송법학자 이영섭이 적절하게 지적한 바와 같이, 대법원 규칙제정권의 연원은 영미법에서 소송절차에 관한 규율의 제정을 의회가 아니라 법원에 맡기려는 것이었고, “사무처리에 관한 규칙”이라는 문언에 의하더라도 법원의 사무처리 중 가장 중요한 것이 재판이고, 소송절차와 무관한 순수한 내부적인 규율과 행정에 관한 규율을 위한 것이라면 굳이 헌법에서 규칙제정권을 규정하지 않아도 얼마든지 규율할 수 있는 영역이므로 소송절차에 관한 규칙도 대법원의 규칙제정권에 속한다고 해석하는 것도 가능하고, 이러한 해석에 의할 때 헌법이 명시적으로 대법원의 규칙제정권을 규정하고 있는 것이 의미를 갖는다.<sup>113)</sup>

한편, 제헌헌법은 대법원에 규칙제정권을 부여하면서도 국회의 입법권(제31조, “입법권은 국회가 행한다”)과 관계에 대해서는 아무런 규정을 두지 않았고, 대통령령이나 총리령 또는 부령에서와 달리, 법률로부터 위임을 받아 규칙을 제정할 수 있는지, 위임을 받아 제정한다면 반드시 일정한 범위를 정하여 위임을 받거나(제58조, 대통령령), 특별한 위임이 있어야 하는지(제74조, 총리령 또는 부령)에 대해서도 아무런 규정을 두지 않았다. 이 문제들에 대해서도 당시의 헌법학자들은 구체적인 해석을 시도하지 않았다. 다만, 법률과의 관계에 대해서는, 대법원규칙의 연원에 대한 고려는 없이 규칙이 법률에 위반할 수는 없다는 생각을 자명한 것으로 받아들이고 있었던 것으로 보인다.<sup>114)</sup> 그러나, 대법원규칙의 연원을 고려한다면 법률의 우위가 반드시 자명한 것은 아니다. 규칙제정권의 규율영역에 관해서는 국회의 입법권에 대한 예외를 헌법이 규정한 것이라고 볼 여지도 있기 때문이다. 다만, 사법부의 지위가 영미 국가들과는 크게 달랐고 사법부에 대한 신뢰도 전혀 형성되지 않았던 당시 상황에서 비록 소송절차에 대한 규율이라 하더라도 법원의 규칙이 법률과 동일한 효력을 갖는다는 관념은 쉽게 받아들이기 어려웠을 것으로 보인다.<sup>115)</sup>

111) 유진오, 『憲法解義』(명세당, 1949), 175면; 한태연, 『헌법학(제3판)』(양문사, 1956), 493면; 문홍주, 『신한국헌법(제4판)』(법문사, 1961), 372면; 박일경, 앞의 책(주 1), 『축조 한국헌법』, 375면.

112) 박일경, 위의 책, 375-376면. 박일경은 대법원의 규칙제정권이 영미법계에 특유한 제도였다며 영국과 미국의 제도를 간략히 소개하면서도, 우리 헌법조항을 그러한 연원과 관련지어 설명하지는 않았다.

113) 이영섭, 앞의 글(주 1), 368면.

114) 유진오는 특별한 근거는 설명하지 않은 채 ‘법률의 범위내에서 인정되어 있는 것이므로 규칙이 법률에 위반할 수 없음은 물론이다’라고 하였다. 유진오, 앞의 책(주 111), 175면.

115) 제헌헌법 시행 당시 대법원의 규칙제정권에 대하여 이영섭은, 우리나라는 역사적으로 ‘사법의 우위’ 관념이 전혀 형성되어 있지 못했고, 사법부가 국민의 신뢰를 받고 있거나 민주적 정당성이 없었으며, 제정 절차에서 국회의 통제 수단도 없으므로 대법원규칙에 대해 법률과 동일한 효력을

### 3. 현행헌법

제헌헌법 제82조는 대법원의 규칙제정권을 규정하였지만, 규율대상에 소송절차도 포함되는지, 법률과 대법원규칙 사이의 관계는 어떠한지에 대해서는 아무런 규정을 두지 않았다. 제헌헌법을 전면적으로 개정한 1963년헌법(제3공화국헌법)은 사법제도에 관해서도 대폭 변경을 가하였는데, 대법원규칙에 대해서는 “법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서”라는 제한을 추가하고, 규칙제정권의 대상으로 “소송에 관한 절차”도 명시하였다(제104조).<sup>116)</sup> 이와 같이 변경된 조항은 유신헌법과 1980년헌법(제5공화국헌법)을 거치면서 조문의 위치만 변경되었다가 현행 헌법 제108조에서 동일한 내용으로 규정되었다. 현행 헌법은 제113조제2항에서 헌법재판소에 대해서도 같은 내용의 규정을 두어 헌법재판소에 규칙제정권을 부여하였는데,<sup>117)</sup> 대법원규칙에 대한 논의들은 원칙적으로 헌법재판소규칙에도 그대로 적용된다.

1963년헌법의 개정으로 법원의 사무처리에 관한 규칙에 소송규칙도 포함되는지에 대한 논쟁은 종결되었다.<sup>118)</sup> 연원적으로 보았을 때 영미법에서 소송절차의 규율을 법원이 제정하는 규범에 맡기려는 목적에서 제도화되었던 법원의 규칙제정권이 우리 헌법에서도 그 본래의 모습을 되찾았다고 평가할 수도 있다.<sup>119)</sup> 다만, 영미법, 특히 미국에서는 소송절차를 규율하는 법률이 존재하지 않고 연방대법원이 제정하는 소송규칙에 의해 규율되는 것과는 달리, 우리나라는 세부적인 사항들까지 상세하게 규정하고 있는 법률들이

주장할 수 있는 역사적, 정치적 배경이 존재하지 않았다고 평가했다. 이영섭, 앞의 글(주 1), 370-371면.

- 116) 제104조 대법원은 법률에 저촉되지 아니하는 범위안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다.
- 117) 제2공화국헌법은 헌법재판소를 설립하였지만(제83조의3, 제83조의4) 헌법재판소의 규칙제정권을 규정하지는 않았다.
- 118) 헌법개정 과정에서 헌법심의위원회 전문위원으로 활동한 박일경은 소송절차에 관한 규칙은 종래 사무처리에 관한 규칙의 일부로 포함되는 것으로 이해되어 오던 것을 분리하여 규정한 것이라면 서도, 다만 사무처리 규칙의 일부로 보았던 때보다 그 범위가 확대된 것을 부정할 수는 없고, 그 효력은 소송관계인을 구속하므로 법규의 성질을 갖는다는 것이 명료해졌다고 설명하였다. 박일경, 『신헌법(보정판)』(박영사, 1965), 489-490면. 그러나, 앞에서 보았듯이 박일경은 제헌헌법 시행 당시에는 “사무처리”의 의미에 대해, 재판 그 자체는 아니고 재판사무의 분배와 같은 사법 ‘행정사무’를 의미한다고 설명한 바 있어(박일경, 앞의 책(주 1), 『축조한국헌법』, 376면) 설명이 일관되지 않는다.
- 119) 1963년헌법에 대해서는 사법제도가 일본헌법에 경도되는 모습을 보였다는 평가가 있다. 신우철, “개헌과 사법: 대한민국 역대 헌법의 사법조항 분석”, 『법학논문집』(중앙대학교 법학연구원, 2016), 제40집 제2호, 179면. 그러나 일본의 사법제도 역시 미국의 영향을 강하게 받은 것이라는 점에서, 연원적으로 본다면 1963년헌법의 사법제도는 미국의 사법제도에 더 가까워졌다고 보는 것이 타당하다.

존재하므로, 소송규칙이 역할이 영미법에 비해서는 제한적일 수밖에 없었다.<sup>120)</sup> 민사소송규칙과 형사소송규칙은 1983년에 시행되었는데, 소송규칙들의 시행 이후에도 여전히 소송절차에 관한 사항의 규율은 기본적으로 민사소송법과 형사소송법이 담당하고 있으며, 소송규칙들은 법률의 내용을 보충하는 역할에 그치고 있다.

한편 1963년 이래로 헌법은, “법률에 저촉되지 아니하는 범위안에서”라는 규정을 두어 법률이 대법원규칙보다 우위에 있으며, 법률과 충돌하는 대법원규칙은 효력이 없음을 분명히 하였다. 그러나 법률과 대법원규칙의 관계가 위와 같은 현행 헌법의 문언만으로 모두 해결되는 것은 아니다. 먼저, 법률이 아무런 규정을 두지 않은 경우, 즉 법률이 직접 규율하지도 않고 대법원규칙에 위임하지도 않은 경우에도 대법원규칙이 개인의 자유와 권리를 제한하는 내용을 규정할 수 있는지가 문제된다. 헌법은 개인의 자유와 권리를 제한할 때에는 반드시 법률에 의하여야 한다는 법률유보원칙을 두고 있어(제37조제2항) 법률보다 하위의 법규범으로 자유와 권리를 제한할 경우에는 적어도 법률에 근거를 두어야 하는데, 소송절차나 법원의 내부규율 및 사무처리에 관하여 규율하는 대법원규칙은 개인의 자유와 권리를 제한할 수 있기 때문이다. 나아가, 헌법은 대통령령이나 총리령, 부령의 경우 법률이 구체적으로 범위를 정해서 위임한 사항에 대해 입법할 수 있다고 하였고(제75조, 제95조), 이로부터 법률이 행정입법에 위임하는 경우에는 포괄적인 위임이 금지되고 있는데, 법률이 행정입법이 아닌 대법원규칙에 위임하는 경우에도 이러한 포괄위임금지원칙이 적용되는지가 문제된다.

현행 헌법에서도 여전히 문제되는 이러한 쟁점들을 해결하기 위해서는 대법원규칙의 성격을 규명하고, 그것이 국회의 입법권과는 어떤 관계를 갖는지 살펴보아야 한다. 대법원규칙의 성격이 국회의 입법권에 대한 예외를 설정한 것인지, 아니면 사법권에 내재된 고유한 권한인지에 따라 법률의 위임 없이 대법원규칙이 규율할 수 있는 사항의 범위는 달라질 것이고, 또한 행정입법에 대해 요구하는 포괄위임금지원칙의 적용 여부도 달라질 것이다.

120) 박일경, 앞의 책(주 118), 『신헌법(보정판)』, 490면.

## IV. 대법원규칙과 법률의 관계

### 1. 대법원 규칙제정권의 성격

#### (1) 사법권에 내재된 권한?

앞에서 보았듯이 영국에서는 법원의 규칙제정권을 법률이 명시적으로 인정하기 훨씬 전부터 법원 스스로 규칙을 제정해 왔다. 19세기의 영국 법원은 규칙제정권이 법원의 권한에 내재된 권한이라고 설시한 바 있다.<sup>121)</sup> 미국에서도 여러 주(州)에서, 헌법이나 법률의 근거 조항과는 관계없이, 다시 말해 규칙제정권에 관한 명시적인 조항이 있는 경우에는 물론이고 그러한 조항이 없는 경우에도, 법원의 규칙제정권은 사법권에 당연히 내재된 권한이라고 보고 있다.<sup>122)</sup>

규칙제정권의 대상 중에는 법원의 권한, 즉 사법권에 당연히 포함되어 있다고 볼 수 있는 것들도 있다. 사법권을 행사하기 위해서는 법원의 운영과 재판에서 제기되는 여러 가지 실무(實務)상의 문제들을 해결하여야 한다. 예컨대, 소속직원의 배치와 업무분담, 시설의 관리와 운영, 법정에서의 좌석 배치, 소송관계인이 법원에 제출할 서면의 양식, 재판진행의 순서와 방법 등과 같은 사항들은 재판권의 행사에 부수하여 불가피하게 제기되는 문제들이다. 그러한 문제들 중에는 그야말로 기술적(技術的)이고 세부적(細部的)인 것이어서 권리의무와 관련된 중요한 법적 문제를 야기하지 않는 것들도 많다. 이러한 실무상의 문제들에 대해 법률이 일일이 규정한다는 것은 불가능할 뿐 아니라 불필요하다고 볼 수 있다. 그런데 이러한 문제들에 대해서까지 법률에 규정이 없다는 이유로 법원이 재판을 진행할 수 없다고 한다면, 이는 법원이 정당하게 부여받은 사법권의 행사를 가로막는 것이 된다. 따라서 법원으로서의 자신의 권한인 사법권의 행사에 불가피하게 부수되는 사항들에 대해 스스로 결정할 수 있다고 보아야 한다. 그러한 권한은 개별 사건의 재판을 통해 행사할 수도 있지만 미리 일반적인 규정을 제정하는 방식으로든 행사할 수 있는 것이다.

법원의 규칙제정권은 이미 사법권에 내재되어 있다는 주장은 바로 이러한 논리에 근거한 것이다. 그러나 이러한 논리는 헌법이나 법률의 명시적인 규정 없이도 법원의 규칙제정권을 인정할 수 있는 근거를 제공하지만, 동시에 규칙제정권의 규율 대상과 그 효력을

121) *Bartholomew v Carter* (1841), 3 Man & G 125 at 131; 133 ER 1083 at 1086.

122) *Charles W. Joiner & Oscar J. Miller*, 앞의 글(주 56), 625, 628-630면.

매우 제한하는 것이기도 하다. 국민의 자유와 권리를 제한하기 위해서는 반드시 법률에 근거하여야 한다는 법률유보원칙을 고려할 때, 별도의 법적 근거 없이도 당연히 법원의 권한에 속한다고 할 수 있으려면, 그야말로 자질구레한 기술적 문제들로서 법적인 중요성은 거의 갖지 못하는 사항들만이 규칙제정권의 대상이 될 것이기 때문이다. 그 결과 대법원이 제정하는 규칙의 효력 또한 대외적인 구속력을 갖는 법규범이 되지 못하고 법원 내부에서만 효력을 갖는 사무처리기준 정도에 그치게 된다. 우리 헌법상 대법원규칙을 기관의 내부에서만 효력을 가지는 이른바 내부법(內部法)으로 이해하는 견해도<sup>123)</sup> 규칙제정권의 성격을 이와 같이 이해한 것이라고 할 수 있다.

그러나, 대법원의 규칙제정권을 위와 같이 이해하는 것은 앞에서 살펴본 규칙제정권의 연원에 비추어 보거나 우리 헌법에서의 도입 연혁과 규정에 비추어 볼 때, 타당한 설명이라고 보기 어렵다. 영국과 미국에서는 오랜 사회적 논쟁을 거쳐 의회가 법률제정을 통해 법원에 대해 규칙제정권을 부여하면서도, 동시에 그 효력에 대한 최종적인 통제권을 의회가 보유하도록 하였는데, 이는 법원의 규칙제정권이 단순히 사법권에 내재된 부수적인 권한이 아니라, 입법권에 관한 문제임을 전제로 한 것이다. 우리의 경우에도 대법원의 규칙제정권이 사법권에 내재된 권한이었다면, 과도법원조직법 제정 당시 있었던 소송규칙의 포함 여부에 관한 논쟁이나, 1963년헌법에서 ‘소송에 관한 절차’를 규칙제정권의 대상으로 추가하여 명시한 것은 무의미한 것이 되고 만다. 무엇보다도, 대법원의 규칙제정권이 사법권에 내재된 것이라면 사법권을 법원에 부여하고 있는 헌법 제101조제1항이 이미 있는데도, 굳이 제108조에서 대법원의 규칙제정권을 다시 규정할 이유는 전혀 없는 것이다.

## (2) 입법권의 위임

헌법 제108조는 국회가 보유한 입법권의 일부를 대법원에 위임한 것으로<sup>124)</sup> 입법권의 국회 귀속과 법률유보원칙이라는 헌법적 제한에 대하여 헌법 스스로가 예외를 인정하여 입법권의 일부를 대법원에 위임한 조항으로 보아야 한다.

입법권은 원칙적으로 국회에 속한다(제40조). 그런데 법원이 자신에게 부여된 사법권을 행사하기 위하여 필요한 사항들로서 법원의 내부규율과 사무처리에 관하여 규범을 제정하는 것도 국회의 권한인 입법권에 속하는지가 문제된다. 미국에서는 법원의 재판절차에 대해서는 의회의 규율 권한이 없다는 주장도 제기된 바 있다. 주로 연방대법원의 규칙

123) 한수웅, 『헌법학(제11판)』(법문사, 2021), 1368면.

124) 김하열, 『헌법강의(제4판)』(박영사, 2022), 907면.

제정권 도입을 강력하게 주장한 사람들에 의해서였다. 대표적으로 로스코 파운드(Roscoe Pound)는 의회와 대등한 관계에 있는 사법부의 권한행사에 관하여 세부적인 절차까지 의회가 정하는 것은 사법부의 기능을 효과적으로 수행할 수 없게 하는 것이어서 권력분립원리에 반한다고 주장하였다.<sup>125)</sup> 입법작용과 다른 국가작용을 본질적으로 구별하기 어려울 뿐 아니라, 헌법상 대등한 기관들에 대해서도 의회가 우위에 서서 규율할 수 있다는 관념은 잘못된 것이라고 비판하였다.<sup>126)</sup> 한편 미국 증거법의 선구자적인 위그모어(John H. Wigmore)는 사법권의 행사에 관하여 규율하는 것은 의회의 권한이 아니므로 헌법이 명시적으로 특별한 규정을 두지 않는 한 재판절차에 관하여 의회가 법률로 규율하는 것은 무효라고까지 주장하였다.<sup>127)</sup> 의회의 입법절차나 사무처리에 관하여 법원이 지시할 수 없는 것과 마찬가지로 의회 역시 법원의 재판절차나 사무처리에 대해 규율할 수 없다는 것이다.<sup>128)</sup> 입법권은 의회에 속하므로 법원의 규칙제정권은 권력분립원리에 비추어 정당화가 필요하다는 일반적인 관념에 대항하여 오히려 의회가 재판절차를 규율하는 것이 사법권을 침해하여 권력분립원리에 반한다고 주장했던 것이다.

역사적으로 보면, 근대 이전의 제정법이라는 것이 대부분 과거로부터 이어져 온 관행이나 관습법을 성문화하는 것이었고, 재판절차를 규율하는 법률들도 과거로부터 확립되어 온 법원의 재판실무에 대한 관행을 성문화한 것이라고 할 수 있음은 사실이다.<sup>129)</sup> 그러나 국민의 대표인 의회가 국가작용 전반에 대해 법률로서 규율하는 입법권을 가지고, 행정부와 사법부를 포함한 모든 국가기관은 의회가 제정한 법률에 구속되어야 한다는 관념은 국민주권, 민주주의, 권력분립을 핵심원리로 하는 오늘날 입헌주의의 기본 전제이다. 따라서 사법권의 행사에 필요한 사항들이라고 해서 입법권에 속하지 않고 사법권에 속한다는 주장은 오늘날 입헌주의 헌법원리 아래에서는 유지되기 어렵다. 미국연방대법원도 일찍부터 연방법원의 사무처리에 관한 규율은 원칙적으로 연방의회에 포함된다고 보면서, 다만 그 권한을 법원에 위임할 수 있다고 보았다.<sup>130)</sup>

뿐만 아니라 우리 헌법은 국민의 자유와 권리를 제한하기 위해서는 반드시 법률에 의

125) Roscoe Pound, *The Rule-Making Power of the Courts*, 12 A.B.A.J. 599, 601-602 (1926).

126) Roscoe Pound, *Procedure under Rules of Court in New Jersey*, 66 Harv. L. Rev. 28, 33-35 (1952).

127) John H. Wigmore, *All Legislative Rules for Judiciary Procedure Are Void Constitutionally*(Editorial Notes), 23 Ill. L.Rev. 276 (1928).

128) 위의 글, 277-278면.

129) Roscoe Pound, 앞의 글(주 125), *The Rule-Making Power of the Courts*, 599면.

130) *Wayman v. Southard*, 23 U.S. 1, 42-43 (1825). 헌법에 의해 각급 연방법원을 설립할 권한을 부여받은 의회로서는 의회가 설립하는 연방법원의 권한행사의 절차에 대해서도 당연히 규율할 권한을 갖는다는 것이었다.

할 것을 요구하는 법률유보원칙을 규정하고 있다(제37조제2항). 사법권을 행사하는 과정에서 불가피하게 수반되는 사항들이라 하더라도, 또한 그것이 아무리 기술적이고 세부적인 사항들이라 하더라도 개인의 자유와 권리에 영향을 미칠 수 있다면, 그러한 규율은 반드시 국회가 제정하는 법률에 근거하여야 한다. 다시 말해, 당사자의 절차적 권리에 직접 영향을 미치는 소송절차에 관한 사항의 경우에는 말할 것도 없고, 법원 조직의 운영에 관련한 내부규율이나 사법행정에 관한 사항이라 하더라도 그것이 개인의 자유와 권리에 영향을 미치는 것이라면 헌법 제37조제2항에 따라 반드시 법률에 근거를 두어야만 한다.

헌법 제108조는 국회의 입법권(제40조)과 법률유보원칙(제37조제2항)에 대해 헌법 스스로 그 예외를 규정한 것으로 보아야 한다. 이처럼 헌법이 의회가 보유한 입법권의 일부를 사법부(대법원)에 위임한 이유로는, 사법부의 독립과 자율을 보장하기 위해서라거나<sup>131)</sup> 또는 이러한 목적과 함께 재판에 정통한 사법부의 전문성을 입법에 반영하기 위한 것이라고<sup>132)</sup> 설명되고 있다. 그런데 입법권의 일부를 사법부에 위임하는 목적을 사법부의 독립과 자율의 보장으로 보느냐, 아니면 사법부의 전문성을 입법에 반영하기 위한 것으로 보느냐에 따라 대법원규칙과 법률의 관계를 바라보는 시각이 달라진다.<sup>133)</sup> 사법부의 독립과 자율을 강조할 경우, 법률에 의한 규율은 가급적 배제되거나 자제되어야 한다고 볼 것이므로 대법원규칙의 자율성은 커지겠지만, 대법원규칙의 규율범위는 사법권의 독립과 자율에 관련된 영역으로만 제한될 수 있고, 개인의 권리의무에 영향을 미치는 사항들은 사법부의 독립이나 자율의 문제를 넘는 것이어서 대법원규칙의 규율범위를 벗어나므로 대법원규칙으로 규율할 수 없다는 결론으로 이어질 수 있다. 반면, 사법부의 전문성을 입법에 반영하기 위한 것으로 볼 경우에는 사법권의 독립이나 자율과 무관한 영역들에 대해서도 사법부의 전문성을 반영할 수 있는 것이라면 얼마든지 대법원규칙의 규율 대상이 될 수 있지만, 전문성의 반영이란 어디까지나 정책적 합목적성에 근거한 것이어서 입법권의 위임에도 불구하고 국회가 법률을 제정하여 직접 규율하는 것도 언제든지 가능하게 된다.

우리 헌법이 제108조에서 입법권의 일부를 대법원규칙에 위임한 이유는 한편으로는 사법부의 독립과 자율을 보장하면서도, 다른 한편으로는 사법권의 행사에 관하여 사법부의 전문성을 입법에 반영하기 위한 것으로서, 두 가지 목적은 서로 다른 차원에서 병존한

131) 정종섭, 『헌법학원론(제12판)』(박영사, 2018), 1441면; 한수웅, 앞의 책(주 123), 1368면.

132) 김하열, 앞의 책(주 124), 907면. 이러한 이유에 덧붙여 대법원의 감독권 강화도 목적으로 들고 있는 것으로는 권영성, 『헌법학원론』(법문사, 2010), 1112면; 성낙인, 『헌법학(제22판)』(법문사, 2022), 720면.

133) 김문현, 앞의 글(주 1), 127면.

다고 보아야 한다. 두 가지 목적 중 어느 쪽을 더 중요하게 고려할 것인지는 대법원규칙의 구체적인 규율대상이 무엇인지에 따라 달라진다.

## 2. 법률의 우위

헌법은 제108조에서 “법률에 저촉되지 아니하는 범위안에서”라는 제한을 둬으로써 법률과 대법원규칙이 충돌할 때 법률이 우위에 있음을 분명히 하였다. 앞에서 보았듯이, 영국과 미국에서는 법원이 제정한 규칙에는 법률을 개폐하는 효력까지 인정되지만,<sup>134)</sup> 동시에 그 규칙이 효력을 발생하기 위해서는 의회에 제출되어 일정한 기간 의회가 심사할 수 있는 기회가 보장되어야 하고, 그 기간 내에 의회의 비토가 없을 것을 조건으로 최종적으로 발효된다. 사실상 법률로서 기능하는 법원의 규칙에 대한 최종적인 통제권을 의회에 유보해 두고 있는 것이다. 우리 헌법은 제헌헌법 당시에는 대법원규칙과 법률의 우열에 관하여 아무런 규정을 두지 않았지만, 이후 헌법개정 과정에서 대법원규칙이 법률에 저촉될 수 없음을 규정함으로써 대법원규칙에 대한 법률의 우위를 명시하였다. 따라서 우리 헌법상 법률이 대법원규칙에 우선한다는 것에는 의문이 없다.

한편, “법률에 저촉되지 아니하는 범위안에서”라는 제한은 헌법 제108조가 규율대상으로 규정하고 있는 영역들에 대해 법률도 규율 권한을 가진다는 것을 전제한 것으로 보아야 한다. 우리 헌법의 해석론으로도 헌법이 헌법기관의 자율권을 위해 규칙제정권을 규정한 경우에는 그 규율영역에 관한 한 국회의 입법권이 배제된다고 보는 견해가 있다.<sup>135)</sup> 대법원규칙의 규율대상을 “내부의 사안” 또는 “내부질서”로만 국한된다고 보는 견해에서 국회의 입법권을 배제하고 있는 것이다. 그러나, 이러한 견해는 헌법 제108조의 규정 중 가장 중요한 부분이라고 할 수 있는 “소송에 관한 절차”에 대해서는 설명할 수 없고, 무엇보다도 헌법 제108조가 규정하고 있는 “법률에서 저촉되지 아니하는 범위 안에서”라는 문언이 무의미한 것이 되고 만다. 헌법 제108조가 대법원규칙의 규율사항을 규정하고 있는 영역에 대해 국회의 입법권이 배제된다면, 대법원규칙이 법률에 저촉될 가능성은 처음부터 없거나, 아니면 소송절차나 법원의 내부규율 또는 사무처리와는 무관한 내용을 규정한 법률과 저촉될 가능성만 있을 뿐인데, 이러한 경우를 상정하여 위와 같은 규정을 두었다고 보기는 어렵기 때문이다.

우리 헌법이 대법원의 규칙제정권을 미국을 통해 도입하였지만, 도입 당시부터 이미

134) 물론, 미국의 일부 주에서는 법률의 효력이 우위에 있는 경우도 있다.

135) 한수용, 앞의 책(주 123), 1203면.

대륙법을 계수한 우리의 사법제도에서는 각종 소송법과 법원조직법, 변호사법 등과 같은 법률들은 헌법 제108조의 규율영역들에 대한 국회의 입법으로서 이미 존재하고 있었고 그후로도 계속해서 존속해 오고 있다는 사실에 비추어 보면, 대법원 규칙제정권의 규율 영역에 대해 국회의 입법권이 배제된다는 주장은 우리 사법제도의 역사와 현실에도 부합하지 않는다.

### 3. 법률유보원칙

#### (1) 법률유보원칙에 대한 예외

대법원에 규칙제정권을 부여한 헌법 제108조는 헌법 제37조제2항의 법률유보원칙에 대한 예외로서의 의미를 갖는다. 헌법 제37조제2항에 의하면 국민의 자유와 권리는 “법률로써” 제한하여야 한다. 이로써 개인의 자유와 권리를 제한하기 위해서는 법률이 직접 규정하거나 적어도 법률에 근거를 두어야 한다. 그런데, 헌법 제108조는 소송절차와 법원의 내부규율 및 사무처리에 관해 대법원규칙으로 정할 수 있도록 함으로써, 이들 영역에서 개인의 자유와 권리에 대한 제한이 발생하더라도 법률이 아니라 대법원규칙을 통해 규율할 수 있음을 규정한 것이다. 이는 헌법이 명시적으로 인정한 법률유보원칙에 대한 예외라고 할 수 있다.<sup>136)</sup>

헌법 제108조가 법률유보원칙에 대한 예외로서 기능하는 것은 특히 소송절차에 관한 규율에서 두드러진다. 헌법은 제37조제2항에서 기본권제한에 관한 일반적인 한계로서 법률유보원칙을 규정한 것 이외에도 제27조제1항에서 “법률에 의한 재판을 받을 권리”를 기본권으로 보장하고 있다. 이는 ‘절차법이 정한 절차에 따라’ ‘실체법이 정한 내용대로’ 재판을 받을 권리가 헌법에 의해 보장된다는 것을 의미하는데,<sup>137)</sup> 실체법 뿐만 아니라 절차법 역시 개인의 자유와 권리를 제한할 수 있으므로 반드시 법률로써 규정하거나 법률에 근거를 둔 것이어야 하지만, 헌법 제108조가 소송절차에 관한 규율을 대법원규칙으로 정할 수 있도록 함으로써 절차법의 형성을 법률이 아닌 대법원규칙에 의하더라도 그러한 규범형식만으로 곧바로 기본권침해가 발생하지는 않게 되는 것이다.

한편, 법률유보원칙에 대한 예외로서의 제108조가 갖는 기능은 소송절차에 관한 규율 뿐 아니라, 법원의 내부규율과 기타 사무처리에 관한 규율에서도 마찬가지로 중요하다. 법원의 조직과 운영에 관한 내부적인 규율에 의해서도 개인의 자유와 권리는 얼마든지

136) 김하열, 앞의 책(주 124), 908면; 김호정, 앞의 글(주 1), 315-319면.

137) 현재 1992. 6. 26. 90헌바25, 판례집 4, 343, 349.

제한될 수 있는 것이고, 재판 자체가 아닌 사법행정권의 행사를 통해서도 역시 개인의 자유와 권리에 대한 제한은 얼마든지 가능하기 때문이다. 예컨대, 법관을 비롯한 법원 직원의 직무수행에 관한 규율은 공무담임권이나 평등권과 같은 기본권에 대한 제한을 가하는 것일 수 있고, 법원시설의 운영 및 관리에 관한 규율은 법원을 이용하는 일반 국민의 자유에 제한을 가할 수 있다. 헌법 제108조는 법원의 내부규율과 사무처리 기타 사법행정권의 행사와 관련하여 발생하는 기본권제한의 상황에 있어서 법률유보원칙에 대한 예외를 규정함으로써 법률에 명시적인 근거를 두지 않은 사항들도 대법원이 규칙으로 규율할 수 있도록 한 것이다. 헌법재판소는 형사재판의 공판정에서 녹취를 하기 위해서는 미리 법원의 허가를 받도록 규정한 형사소송규칙이 문제된 사건에서, “대법원은 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있으므로(헌법 제108조), 대법원규칙은 법률에 저촉되지 않는 한 법률에 의한 명시적인 수권이 없어도 소송절차에 관한 행위나 권리를 제한하는 규정을 둘 수 있다.”고 하였다.<sup>138)</sup>

## (2) 한계

헌법 제108조가 법률유보원칙에 대한 예외를 규정함으로써 제108조가 규정한 사항들에 관해서는 법률이 아니라 대법원규칙에 의해서도 기본권을 제한할 수 있게 되는 결과, 국민주권이나 민주주의 관점에서 우려가 제기될 수 있다. 선출되지 않은 권력으로서 민주적 정당성이 부족한 사법부가 국민의 대표에 의한 관여 없이 단독으로 법규범을 제정하는 것이 국가권력에 대한 민주적 통제를 기본원리로 하는 입헌주의 헌법원리에 부합하는지 의문이 제기되기 때문이다. 헌법 스스로가 명시적인 규정을 통해 대법원의 규칙제정권을 인정하고 있으므로 대법원의 규칙제정권이 법률유보원칙의 예외로서 기능하는 것 자체를 부인할 수는 없지만, 국민주권이나 민주주의와 같은 헌법의 기본원리들에 비추어 보았을 때, 대법원의 규칙제정권이 갖는 한계를 분명히 할 필요가 있다.

먼저, 규칙제정권은 법률유보원칙에 대한 예외이지만 법률의 우위는 여전히 관철된다. 헌법 제108조는 규칙제정권의 범위에 대해 “법률에 저촉되지 아니하는 범위안에서”라는 한계를 설정하고 있는데, 이것은 이미 존재하는 법률조항에 위반되는 내용의 대법원규칙을 제정할 수 없다는 의미이기도 하지만, 법률이 존재하지 않는 상황에서 대법원규칙이 규율하던 사항들에 대해 국회가 언제든지 사후적인 입법을 통해 대법원규칙과 충돌하는

138) 헌재 1995. 12. 28. 91헌마114, 판례집 7-2, 876, 887.

규정을 됴으로써 대법원규칙의 효력을 통제할 수 있다는 의미이기도 하다. 대법원은 법률의 근거나 위임이 없이도 제108조에 속하는 사항을 대법원규칙으로 규정하여 규율할 수 있지만, 국회는 그러한 규율과 충돌하는 법률제정을 통해 대법원규칙을 언제든지 무력화할 수 있는 통제권을 확보하고 있는 것이다. 다만, 이러한 통제권이 실질적으로 관철되기 위해서는 대법원규칙의 제정 또는 개정 에 관한 정보를 국회가 즉시 인식하고 검토할 수 있는 기회가 보장되어야 한다. 현재 대법원규칙은 관보에 게재함으로써 공포하고<sup>139)</sup> 특별한 규정이 없는 한 공포한 날로부터 20일을 경과함으로써 효력을 발생하는 것으로 되어 있으나<sup>140)</sup> 국회의 통제권을 실효적으로 보장하기 위해서는 공포 이전에 또는 공포와 동시에 대법원규칙의 내용을 국회에 제출하게 하고, 그로부터 일정한 기간이 경과한 이후에 효력이 발생하는 것으로 할 필요가 있다.

다음으로, 대법원규칙은 비록 법률유보원칙의 적용은 받지 않는다고 하더라도, 이른바 의회유보원칙에 의해 그 규율범위가 제한된다. 법률유보원칙은 일반적으로 법률에 근거를 두어야 한다는 의미이지만, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적인고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 있어서 그 본질적 사항에 대해서는 의회가 직접 규정하여야 한다는 것이 의회유보원칙이다.<sup>141)</sup> 국민의 기본권실현에 관련된 영역에서 그 본질적인 내용은 의회가 법률로써 직접 규정하여야 하므로,<sup>142)</sup> 그 사항들에 대해서는 다른 법규범에 대한 위임이 금지된다. 이러한 의회유보원칙을 헌법 제108조에 적용하면, 소송에 관한 절차나 법원의 내부규율 기타 사무처리에 관하여는 법률에 근거하지 않고도 대법원규칙을 통해 규율할 수 있는 것이 일반적이지만, 적어도 개인의 기본권실현에 관련된 사항 중 본질적인 사항은 국회가 법률로 규율하여야 하므로, 이러한 사항들에 대해서는 헌법 제108조에도 불구하고 대법원규칙으로 규율할 수 없게 된다. 말하자면, 의회유보원칙이 적용되는 일정한 영역들에 대해서는 대법원규칙으로는 규율할 수 없다. 물론, 반드시 의회가 직접 규정하여야 하는 본질적인 사항이 무엇인지에 대해 구체적인 설명을 제시하기가 어렵고, 이는 심사기준으로서 의회유보원칙이 갖는 근본적인 한계이기도 하지만,<sup>143)</sup> 헌법 제108조의 규율대상 중 의회유보가 적용되는 영역에 대해서는 대법원이 규칙으로 규율할 수 없다는 것만큼은 분명하다. 결국은 대법원규칙에

139) 대법원규칙의공포에관한규칙 제4조제2항.

140) 대법원규칙의공포에관한규칙 제6조.

141) 현재 1999. 5. 27. 98헌바70, 판례집 11-1, 633, 643.

142) 의회유보가 적용되어야 하는지에 대한 판단기준으로 '기본권적 중요성'과 함께 '의회입법절차의 필요성'을 제기하고 있는 것으로는 성기용, "의회유보원칙에 관한 소고", 『강원법학』(강원대학교 비교법학연구소, 2017), 제50권, 513-515면.

143) 위의 글, 513면.

의한 규율이 문제되는 개별적인 사안들에서 구체적으로 해결될 수밖에 없는 문제이다. 미국연방대법원도 초기의 판례에서, 소송절차에 관한 규율은 반드시 의회가 규율하여야 할 사항(strictly and exclusively legislative)에 속하지 않는 것에 대해 법원에 위임할 수 있다고 하면서도, 의회의 배타적인 입법사항과 위임이 허용되는 사항을 구별하는 기준이 명확하지 않다는 것을 인정한 바 있다.<sup>144)</sup>

한편, 우리의 헌법현실에 비추어 보아도, 대법원이 법률의 근거도 없이 규칙제정을 통해 개인의 자유와 권리를 자유롭게 제한하는 상황에 대한 우려가 현실적으로 문제되기는 어려워 보인다. 앞에서 언급하였듯이 헌법제정 이후부터 현재까지 우리의 사법제도에서는 소송절차에 대해서는 물론이고, 법원의 내부규율과 기타 사무처리에 관해서도 대부분의 사항들을 법률에서 규율하고 있으며, 다만 기술적이고 세부적인 사항들에 대해서만 대법원규칙에 의한 규율에 맡겨 두고 있기 때문이다. 헌법이 대법원규칙에 의한 규율을 허용하고는 있지만, 각종 소송법들과 법원조직법, '각급 법원의 설치와 관할구역에 관한 법률', 법관징계법 등과 같은 예에서 보듯이 소송절차에 관한 규율은 물론이고 법원의 내부규율과 사무처리에 관해서도 기본적인고도 중요한 사항들은 대부분 법률이 직접 규율하고 있는 것이다.

#### 4. 포괄위임금지원칙

법률 중에는 일정한 사항에 대한 규율을 대법원규칙에 위임하고 있는 경우가 있다. 이 때, 행정입법에 대한 입법위임에서 문제되는 포괄위임금지원칙이 대법원규칙에 대한 위임의 경우에도 적용되는지 문제된다. 서두에서 보았듯이 이 문제에 대해 헌법재판소의 다수의견은 대법원규칙에도 포괄위임금지원칙이 적용된다는 입장<sup>145)</sup>임에 반해, 대법원규칙에는 포괄위임금지원칙이 적용되지 않는다는 소수의견(별개의견)도 있었다.<sup>146)</sup>

포괄위임금지원칙은 하위법령에 입법을 위임하는 경우 법률은 반드시 구체적으로 범위를 정하여 위임하여야 한다는 것으로 위임을 하는 법률의 위헌성을 심사하는 기준이다. 이와 같이 구체적인 위임을 요구하는 이유는 원래는 입법을 통한 규율권한이 없는 기관이 법률의 위임을 통해 비로소 입법적 규율의 권한을 갖게 되는 경우에는 새롭게 부여받은 입법적 규율의 권한의 범위와 한계가 어디까지인지를 명확하게 할 필요가 있으므로

144) Wayman v. Southard, 23 U.S. 1, 42-43 (1825).

145) 헌재 2016. 6. 30. 2013헌바370 등, 판례집 28-1하, 469, 478.

146) 위 판례집, 482-483.

로 위임의 범위를 반드시 구체적으로 규정할 것을 요구하는 것이다. 포괄위임금지원칙에서 위임이 구체적으로 범위를 정하여 이루어졌는지를 판단하는 기준은 이른바 예견가능성, 즉 '하위법령이 규율할 사항의 대강을 예측할 수 있어야 한다'는 것인데, 여기서 예견가능성의 의미도 결국 하위법령이 입법적 규율권한을 어디까지 위임받았는지 알 수 있는지 여부를 묻는 것이다. 따라서 법률의 위임 이전에 이미 입법적 규율권한을 보유하고 있다면, 법률에 의한 위임은 새로운 권한을 부여하는 것이 아니라 이미 보유하고 있는 권한을 확인하는 의미에 지나지 않는다. 따라서, 대법원규칙에 위임하는 법률에도 포괄위임금지원칙이 적용되어야 하는지의 문제는 대법원규칙을 통해 규율하려는 대상이 대법원규칙이 법률의 위임이 없이도 규율권한을 갖고 있는 사항인지, 아니면, 법률에 의해 비로소 규율권한이 부여되는 것인지에 따라 달리 판단해야 한다.

#### (1) 법률이 헌법 제108조의 사항을 위임하는 경우

대법원규칙은 제108조에 규정된 사항에 관해서는 독자적인 규율권한을 이미 헌법으로부터 부여받고 있다. 따라서 대법원은 법률의 위임이 없이도 대법원규칙을 통해 이미 규율할 수 있다. 다시 말해, 대법원규칙은 소송절차, 내부규율 기타 사무처리에 관하여 법률의 근거 없이도 규율할 권한을 이미 보유하고 있는 것이다. 이러한 상황에서 법률이 소송절차, 내부규율 기타 사무처리에 관한 사항을 포괄적으로 대법원규칙에 위임하였다고 해서 대법원규칙의 규율권한의 범위가 달라질 것은 없다. 대법원규칙의 규율권한이 모호하거나 불명확하다는 문제는 헌법 제108조의 해석에서 제기되는 문제이지, 대법원규칙에 입법을 위임한 법률로 인해 제기되는 문제는 아니다.

물론, 법률이 제108조에 속하는 사안에 대해 일부는 직접 규율하고 나머지는 대법원규칙에 위임하는 것도 얼마든지 가능한데, 만약 법률에서 그러한 규정을 두고 위임이 있었다면, 그것은 대법원규칙이 규율할 수 있었던 사항 중 일부를 법률이 직접 규율함으로써 대법원규칙이 규율할 수 있는 범위를 결과적으로 제한한 것이 된다. 그러나 그 경우에도 법률이 직접 규정한 부분 이외의 나머지 사항들은 그것이 헌법 제108조의 사항에 속하는 한 여전히 대법원은 규칙제정권을 보유하고 있으므로, 법률에서의 위임 여부와는 무관하게, 그리고 법률의 위임이 있더라도 그 위임이 구체적인지 여부와는 무관하게 대법원이 규칙으로 규율할 수 있는 것이다. 말하자면, 헌법 제108조에 속하는 사항에 관해서는 대법원의 규칙제정권이 법률의 위임에 의해 비로소 부여되는 것이 아니라, 그 이전에 이미 헌법에 의해 인정되고 있는 것이다. 대법원이 헌법에 의해 이미 규칙제정권을 부여받은 상황에서 법률이 대법원에 입법을 위임하는 규정을 다시 두더라도 그것은 헌법 제108조

가 규정하고 있는 대법원의 규칙제정권을 단순히 확인하는 것에 불과하다. 이렇게 이해하여야만 헌법 제108조가 법률유보원칙에 대한 예외를 규정한 것이라는 설명과 부합한다. 다만, 개별 법률에서 일정한 내용을 직접 규정하고 나머지 부분을 위임하는 것은 법률이 직접 규정한 부분만큼 대법원의 규칙제정권을 축소하는 것이며, 이는 헌법 제108조가 명시하고 있는 법률의 우위에 따른 결과이다.

요컨대, 법률이 헌법 제108조에 속하는 사항을 대법원규칙에 위임하는 경우에는 포괄 위임금지원칙이 적용되지 않는다.

## (2) 헌법 제108조 이외의 사항을 위임하는 경우

제108조가 규정하고 있는 사항 이외의 사항에 대해서도 법률이 대법원규칙에 위임할 수 있는지가 문제된다. 소송절차에 관한 사항도 아니고 법원의 내부규율이나 사무처리에 관한 사항으로 볼 수 없는 사항에 대한 규율을 대법원규칙에 위임하는 경우이다. 예컨대, 「법무사법」은 법무사시험의 시행기관을 대법원장으로 지정하여 그 시험의 구체적인 시행에 관한 사항을 대법원규칙에 위임하고 있지만,<sup>147)</sup> 법무사의 자격을 정하는 문제는 소송절차에 관한 규율이 아님은 명백하고, 법원의 내부규율에도 해당하지 않는다. 법무사의 업무가 법원에 제출하는 서류의 작성과 등기신청의 대리 등으로서 법원의 사무처리와 관련될 수는 있지만,<sup>148)</sup> 법무사의 자격을 정하는 것 자체가 법원의 사무처리에 속한다고 보기는 어렵다. 이것은 변호사시험에 관한 업무를 법무부장관에게 맡기고 시험과 관련한 사항을 대통령령에 위임하고 있는 「변호사시험법」<sup>149)</sup>과 비교해 보아도 금방 알 수 있다.

이러한 입법위임이 허용되는지에 대해 헌법재판소는, 헌법 제108조에서 열거하고 있지 않은 사항에 관해서도 대법원규칙에 위임할 수 있다고 하였다.<sup>150)</sup> 헌법재판소는 위임입법의 규범형식과 관련하여, 헌법에 규정된 규범형식(대통령령, 총리령, 부령, 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙)을 예시적인 것으로 보아, 헌법에 규정되지 않은 규범형식, 예컨대 행정규칙에 대해 위임하는 것도 허용된다고 보아 오고 있었는데,<sup>151)</sup> 위임입법의 규율대상에 대해서도 사법권에 속하지 않는 사항을 대법원규

147) 「법무사법」 제5조.

148) 「법무사법」 제2조 참조.

149) 「변호사시험법」 제4조.

150) 헌재 2016. 6. 30. 2013헌바370등, 판례집 28-1하, 469, 477. 사안은 소송비용에 관한 사안이었는데, 소송절차에 관한 규율인지 여부와 관계없이 대법원규칙에 위임하는 것이 허용된다고 보았다.

151) 헌재 2004. 10. 28. 99헌바91, 판례집 16-2하, 104, 118-119.

칙에 위임하는 것도 허용된다고 보고 있는 것이다. 그러나 이러한 입법위임에 의한 대법원규칙의 제정은 헌법 제108조에 근거한 규칙제정권 행사로 볼 수 없으며, 단지, 개별 법률이 하위법령에 입법을 위임하면서 그 제정 주체를 대법원으로 하여 규범의 형식을 대법원규칙으로 정한 것에 불과하다.

따라서 이와 같은 위임에서는 헌법 제108조가 적용되지 않으며, 법률이 대통령령이나 총리령, 부령 등에 위임하는 경우와 달리 볼 이유가 없다. 대법원규칙은 헌법이 예정한 규범형식이지는 않지만, 만약 법률의 위임이 없었다면 규율할 수 없었던 사항에 대하여, 법률의 개별적 위임을 통해 비로소 규율권한을 부여받는 것이기 때문이다. 그렇다면, 법률이 규율하여야 할 내용의 일부를 하위법령에 위임하는 상황에서 제기되는 헌법적 문제, 즉 수범자의 예측가능성 확보를 위해서는 하위법령에 규정될 내용이 무엇인지에 대해 구체적으로 범위를 정하여 위임하여야 한다는 포괄위임금지원칙은 이 경우에도 그대로 적용되어야 한다.

그러므로 헌법재판소가 소송비용에 관한 규칙이 문제된 사안에서 그 규칙이 헌법 제108조가 규정하고 있는 사안인지 여부와 관계없이 포괄위임금지원칙이 적용된다고 한 것은<sup>152)</sup> 헌법 제108조에 의한 규칙제정권과 개별적인 법률의 위임에 의한 규칙제정권을 구별하지 못한 것이다. 법률이 일정한 사항에 대한 규율을 대법원규칙에 위임하고 있다면, 헌법재판소는 입법을 위임한 대상이 헌법 제108조가 규정하고 있는 규칙제정권의 대상인지 여부를 먼저 확인한 후, 제108조에 속하는 사항이라면 그것은 이미 헌법으로부터 직접 위임받은 규칙제정권을 행사하는 것에 불과하므로 법률이 재차 위임을 규정하고 있더라도 포괄위임금지원칙은 적용될 여지가 없다고 해야 하고, 제108조에 속하지 않는 사항을 대법원규칙에 위임하였다면 이는 대법원규칙으로는 규율할 수 없었던 사항을 개별 법률의 입법위임을 통해 비로소 대법원규칙에 그 규율권한을 부여하는 것이므로 헌법 제75조, 제95조에 의한 포괄위임금지원칙이 적용된다고 해야 한다. 따라서, 헌법재판소의 별개의견 역시 “대법원규칙에 입법권한을 위임한 법률조항에 대해서는 포괄위임금지원칙 위반 여부를 심사할 필요가 없다”거나 “헌법 제75조의 포괄위임금지원칙은 대법원규칙에는 적용되지 않는다”고 할 것이 아니라,<sup>153)</sup> 헌법 제108조에 의해 대법원규칙의 규율 대상이 되는 사항에 대해서는 법률의 위임이 없이도 대법원이 규칙으로 규율할 수 있으므로, 개별 법률에서 대법원규칙에 위임하는 규정을 두었더라도 여기에는 포괄위임금지원칙은 적용되지 않는다고 했어야 한다.<sup>154)</sup>

152) 헌재 2016. 6. 30. 2013헌바370 등, 판례집 28-1하, 469, 478.

153) 위 판례집, 482-483.

## V. 결 론

대법원의 규칙제정권은 미군정기와 헌법제정 당시에 미국과 일본을 통해 수입된 영미의 제도이다. 대륙법계를 따르고 있는 우리의 법제에서는 생소한 제도였을 뿐 아니라, 국회의 입법권과의 관계에서 여러 헌법적 쟁점들이 제기될 수 있는 제도였지만, 도입 당시에는 물론이고 그 후로도 많은 관심의 대상이 되지 못했고, 지금까지 충분한 논의도 이루어지지 못했다.

대법원 규칙제정권의 연원을 살펴본 것은 법원에 의한 규칙제정권이라는 제도의 본질을 이해하기 위함이었다. 또한 제도의 본질이 무엇이었던 간에 대법원 규칙제정권이 우리의 현실에서 어떤 모습으로 자리잡았고 운영되어 왔는지를 확인하기 위하여 우리 법제에서의 연혁을 살펴보았다.

최고법원의 규칙제정권은 연원적으로 보았을 때, 사법행정권을 포함하여 사법권의 행사에 필요한 절차적, 실무적 사항들을 의회가 직접 규율하는 것의 한계를 인정하고 전문성이 있는 법원으로 하여금 직접 규율하게 함으로써 보다 적당하고 효율적인 사법권의 행사가 이루어질 수 있도록 하기 위한 것이었다. 따라서 단순히 법원 내부에서만 효력을 갖거나 개인의 권리의무와 관련하여 법적인 중요성을 갖지 못하는 정도의 경미한 사항을 규율대상으로 한 것이 아니었다. 영미 국가에서 최고법원의 규칙은 실질적으로는 법률로서 기능하는 것으로 법률을 개폐하는 효력까지 갖는 것이었다. 다만, 민주적 정당성을 갖추지 못한 법원이 실질적으로 법률로서 기능하는 규칙을 독자적으로 제정할 수 있는 권한을 갖는다면 이는 민주주의나 국민주권의 원리와 충돌할 수 있으므로, 최고법원의 규칙이 효력을 발생하기 위해서는 반드시 일정한 기간 의회가 심사할 수 있는 기회를 부여하고 있는 것이다.

우리 헌법은 이러한 영미법상의 규칙제정권을 헌법상의 제도로 도입함으로써 대법원에 대해 규칙제정권이라는 부분적인 입법권한을 명시적으로 부여하면서도, 동시에 대법원규칙의 규율대상에 대한 법률의 규율가능성도 부인하지 않았으며, 무엇보다 법률의 우위를 분명히 함으로써 대법원의 규칙제정권에 대한 국회 입법권의 우위를 관철하고

154) 개별 법률에서 대법원규칙에 위임하고 있는 사항이 헌법 제108조에 속하는 사항인지 여부가 해석상 문제로 제기될 수 있다. 이는 결국 대법원규칙에 입법을 위임한 개별 법률조항들을 전제로, 헌법이 대법원에 규칙제정권을 부여한 목적에 비추어 헌법 제108조가 규정하고 있는 “소송절차”와 “내부규율 및 사무처리”의 의미를 개별적으로 밝혀 나갈 수밖에 없을 것이다.

있다. 한편 대법원의 규칙제정권을 헌법상 제도로 도입은 하였지만, 법제의 현실에서는 소송절차와 법원의 내부규율 및 사무처리에 관하여 대부분 국회가 제정한 법률로써 규율하고 있으며, 대법원규칙으로 규율되는 사항들은 기술적이고 경미한 사항들에 그치고 있다.

따라서 대법원의 규칙제정권을 규정하고 있는 헌법조항을 해석함에 있어서는, 우리의 법제 현실은 무시한 채 연원적 배경에 근거한 제도의 본질만을 앞세워 대법원규칙의 지위와 기능을 과대평가해서도 안 되겠지만, 그 제도의 본질에 대한 이해 없이 헌법이 규정한 규칙제정권의 의미를 무시하거나 축소하는 것도 경계해야 한다.

원고 접수일 : 2022년 3월 7일

계재 심사일 : 2022년 3월 18일

계재 확정일 : 2022년 3월 22일

## 참 고 문 헌

### 1. 국내문헌

- 대한민국국회 편, 『남조선과도입법의원속기록3』(선인문화사, 1999).
- 권영성, 『헌법학원론』(법문사, 2010).
- 김수용, 『건국과 헌법』(경인문화사, 2008).
- 김하열, 『헌법강의(제4판)』(박영사, 2022).
- 문준영, 『법원과 검찰의 탄생』(역사비평사, 2010).
- 문홍주, 『신한국헌법(제4판)』(법문사, 1961).
- 박일경, 『축조한국헌법』(진명문화사, 1960).
- 박일경, 『신헌법(보정판)』(박영사, 1965).
- 성낙인, 『헌법학(제22판)』(법문사, 2022).
- 유진오, 『헌법해의』(명세당, 1949).
- 이즈미 도쿠지 지음, 이범준 옮김, 『이즈미 도쿠지, 일본 최고재판소를 말하다』(궁리, 2016).
- 정종섭 校勘·編, 『한국헌법사문류』(박영사, 2002).
- 정종섭, 『헌법학원론』(박영사, 2022).
- 한수용, 『헌법학(제11판)』(법문사, 2021).
- 한태연, 『헌법학(제3판)』(양문사, 1956).
- 코세키 쇼오이찌(古関彰一) 지음, 김창록 옮김, 『일본국헌법의 탄생』(뿌리와이파리, 2010).
- 김도현, “법관주도형 사법행정의 분권주의적 기초”, 『법과사회』(법과사회이론학회, 2020), 제65호, 175-209면.
- 김문현, “대법원규칙제정권”, 『고시계』(고시계사, 1992), 통권 426호(92년 8월호), 125-134면.
- 김호정, “대법원의 규칙제정권”, 『공법학연구』(한국비교공법학회, 2009), 제10권 제4호, 305-325면.
- 문준영, “미군정기 법원조직법의 입법과정”, 『법사학연구』(한국법사학회, 2005), 제32호, 235-308면.
- 성기용, “의회유보원칙에 관한 소고”, 『강원법학』(강원대학교 비교법학연구소, 2017), 제

50권, 497-531쪽.

신우철, “개헌과 사법: 대한민국 역대 헌법의 사법조항 분석”, 『법학논문집』(중앙대학교 법학연구원, 2016), 제40집 제2호, 151-207면.

이경주, “미군정기의 과도입법의원과 조선임시약헌”, 『법사학연구』(한국법사학회, 2001), 제23호, 139-163면.

이영섭, “대법원의 규칙제정권”, 『고려대학교 50주년 기념논문집』(고려대학교 경영대학, 1955), 351-372면.

이진규, “미국 연방민사소송규칙의 최근 동향과 우리나라 민사소송제도 운영에 주는 시사점”, 『강원법학』(강원대학교 비교법학연구소, 2017), 제50권, 1-41면.

한수용, “국회법의 법적 성격 및 국회법 위반의 효과”, 『중앙법학』(중앙법학회, 2009), 제11집 제4호, 41-81면.

## 2. 외국문헌

早川武夫, 『裁判所規則制定權の歴史』(日本評論新社, 1952).

樋口陽一, 『憲法I』(青林書院, 1998).

佐藤幸治, 『日本國憲法論』(成文堂, 2011).

長谷部恭男, 『憲法(第7版)』(新世社, 2018).

野中俊彦/中村睦男/高橋和之/高見勝利, 『憲法II(第5版)』(有斐閣, 2019).

Robert Wyness Millar, *Civil Procedure of the Trial Court in Historical Perspective* (1952).

John Baker, *An Introduction to English Legal History* (5th ed., 2019).

Charles W. Joiner & Oscar J. Miller, *Rules of Practice and Procedure: A Study of Judicial Rule Making*, 55 Mich. L. Rev. 623 (1956-1957).

Edson R. Sunderland, *The English Struggle for Procedural Reform*, 39 Harv. L. Rev. 725 (1926).

Edson R. Sunderland, *The Grant of Rule-Making Power to the Supreme Court of the United States*, 32 Mich. L. Rev. 1116 (1934).

George G. Tyler, *The Origin of the Rule-Making Power and Its Exercise by Legislatures*, 22 A.B.A.J. 772 (1936).

Robert G. Bone, *The Process of Making Process: Court Rulemaking, Democratic Legitimacy, and Procedural Efficacy*, 87 Geo. L.J. 887 (1999).

Roscoe Pound, *Regulation of Judicial Procedure by Rules of Court*, 10 Ill. L. Rev.

163 (1915-1916).

Roscoe Pound, *The Rule-Making Power of the Courts*, 12 A.B.A.J. 599 (1926).

Roscoe Pound, *Procedure under Rules of Court in New Jersey*, 66 Harv. L. Rev. 28 (1952).

Samuel Rosenbaum, *Rule-Making in the Courts of the Empire*, 15 Journal of the Society of Comparative Legislation 128 (1915).

Thomas E. Baker, *An Introduction to Federal Court Rulemaking Procedure*, 22 Tex. Tech Law Rev. 323 (1991).

### 3. 기타자료

John H. Wigmore, *All Legislative Rules for Judiciary Procedure Are Void Constitutionally*(Editorial Notes), 23 Ill. L.Rev. 276 (1928).

헌정사자료DB (<http://db.history.go.kr/item/cons/main.do>)

국회회의록(<http://likms.assembly.go.kr/record/mhs-60-010.do#none>)

코네티컷주(State of Connecticut) 입법조사처 2008. 12. 30.자 조사보고서(OLR Research Report) 참조 (<https://www.cga.ct.gov/2008/rpt/2008-R-0430.htm>).

일본국립국회도서관 (<https://www.ndl.go.jp/constitution/e/shiryo/03/076shoshi.html>)

Abstract

## The Rule-Making Power of the Supreme Court\*

SANG-HYEON JEON\*\*

The rule-making power of the Supreme Court("the rule-making power") originated from Anglo-American judicial system. In the United Kingdom and the United States, the court-rules enacted by the Supreme Court function as de facto laws. Congressional control over the rules is maintained.

In our judicial system, The rule-making power was introduced through the U.S. Military Government and the establishment of the Constitution. The Article 108 of the Constitution of Korea("Article 108") stipulates the rule-making power for judicial proceedings, internal discipline and regulations on administrative matters of the courts.

The principle of statutory reservation does not apply to the rules of the Supreme Court that fall under Article 108, and the Supreme Court may establish and regulate rules without statutory delegation. However, the Non-delegation Doctrine still applies to the court-rule, which means that the National Assembly should regulate essential matters related to the guarantee of basic rights through enacting law. The Article 108 clarifies the supremacy of the law over the court-rules. Accordingly, the court-rules in conflict with statutory regulation cannot be valid, while the National Assembly can deny the effect of the court-rules at any time by enacting a law that conflicts with the rules. In reality, most of the matters related to judicial proceedings, internal discipline and regulations on administrative matters of the courts are governed by the laws enacted by the National Assembly, and only technical and minor matters are regulated through the court-rules. It means that the tension between the judicial rule-making power and democratic control over the judicial power is not so serious.

The principle of rule against blanket delegation, being applied to the law delegating legislative power to subordinate statutes, is intended to clarify the scope of the delegated legislative power. The principle does not apply to the law which delegates the legislative power to the Supreme Court for regulating the matters that fall under the Article 108, because the Supreme Court, in that case, has the rule-making power derived from the the Constitution. On the other hand, delegating legislative power to

---

\* This article was funded by the 2022 Research Fund of the Seoul National University Law Research Institute, donated by the Seoul National University Law Foundation.

\*\* Associate Professor, School of Law, Seoul National University

the Supreme Court for regulating matters that do not fall under Article 108, the principle is applied in order to clarify the scope of the legislative power that is conferred to the Supreme Court.

[Key Words] Court Rule, Rule-Making Power, Rule of Procedure, Supreme Court, Statutory Reservation, Non-delegation Doctrine, The Principle of the Rule against Blanket Delegation