일본 최고재판소 재판관 국민심사제도의 합헌성[1)]

1. 사건배경

최근 일본에서는 중의원 의원의 선거연령이 하향되면서 최고재판소 재판관 국민심사제도의 심사권의 합헌성여부가 문제된 사건이 있었다. 최고재판소 재판관을 파면할지를 국민이 심사한다고 하는, 우리에게는 다소 생소한 최고재판소 재판관 국민심사제도를 소개한다.

(1) 최고재판소 재판관 국민심사제도 개요

1) 제도의 취지

최고재판소에 대해 헌법은 그 장(長)인 장관재판관과 나머지 재판관으로 구성되며 장관재판관은 내각의 지명에 근거하여 천황이 임명하고, 그 외 재판관은 내각이 임명하도록 규정하고 있다(헌법 제79조 제1항). 한편, “최고재판소 재판관 임명은 임명 후 처음으로 시행되는 중의원 의원 총선거 시 국민심사에 회부하고, 그 후 10년을 경과하여 처음으로 시행되는 중의원 의원 총선거에서 다시 심사에 회부하며, 그 이후도 이와 같다.”라고 하고(동조 제2항), 그 심사에서 “투표자의 다수가 재판관 파면이라고 결정한 때, 그 재판관은 파면된다.”(동조 제3항)라고 정하고 있다. 국민심사에 대한 상세한 절차는 ‘최고재판소재판관국민심사법(最高裁判所裁判官國民審査法)’으로 규정하고 있다(동조 제4항).

최고재판소 재판관 국민심사는 이미 임명되어 있는 최고재판소 재판관이 그 직책에 어울리는 자인지를 국민이 심사하는 제도로서, 내각이 자의적으로 재판관을 임명할 수 있는 위험을 방지하고, 특히 위헌심사권을 행사하는 종심재판소로서 헌법보장기능을 가지는 최고재판소에 대한 민주적 통제를 목적으로 하고 있는 제도이다.

---

1) 2019년 3월 12일 일본 최고재판소 제3소법정 결정(平成31年3月12日 最高裁判所 第3小法廷 決定(上告審) 平成30年(行ツ)第185号).

2) 투표 방법

중의원의원총선거 투표일에 선거권을 가진 사람이 중의원 의원의 소선거구와 비례대표 투표와 함께 행하며, 심사 대상인 재판관의 성명이 인쇄된 투표용지에 파면하고자 하는 재판관에게 'X'를 기재하고, 없으면 아무것도 기재하지 않고 투표한다. 'O' 등 'X'가 아닌 다른 것을 기재하면 무효가 된다. 'X'가 기재된 표의 수가 유효표의 과반을 넘으면 그 재판관은 파면된다.

(2) 최고재판소 재판관 국민심사의 합헌성에 관한 과거사건

국민심사제가 도입된 이래, 그 법적 성격과 심사방법에 관련하여 최고재판소재판관국민심사법의 합헌성을 묻는 사건은 1952년의 대법정판결을 비롯하여 다수 존재한다.[2)]

1) 1952년 2월 20일 최고재 판결(대법정판결)[3)]: 상고기각, 전원일치

1949년 1월 처음으로 최고재판소 재판관에 대한 국민심사가 이루어졌을 때, 당시 투표자가 최고재판소 재판관 국민심사 관리위원회의 위원장을 피고로 하여, 국민심사법 제36조[4)]에 근거하여 해당일의 국민심사가 무효라고 주장하여 제소하였다.

• **상고이유:** ① 국민심사제의 법적 성격과 관련하여, 헌법 제79조 제2항은 '재판관의 임명은 … 국민심사에 회부하고'라고 규정하여 재판관 임명의 가부를 국민에게 묻는 제도로 되어 있는데, 국민심사법은 재판관을 파면하는 취지로 되어 있으므로 위헌이다.

② 심사방법과 관련하여, 현재의 방식으로는 파면할 것인지 아닌지를 결정하지 못한 심사인에게도 결과적으로 어느 한 쪽의 판단을 하도록 강요받

---

2) 이하에서 소개하는 판례 외, 最高裁判所 第1小法廷 1960年4月14日 判決 昭和33年(オ)第100号, 最高裁判所 第1小法廷 1972年7月20日 判決 昭和45年(行ツ)第118号, 最高裁判所 第3小法廷 1972年7月25日 判決 昭和46年(行ツ)第6号·集民第106号633頁 사건이 있으나 대동소이한 취지의 판결이므로 생략한다.

3) 最高裁判所 大法廷判決 昭和27年2月20日 同24年(オ)第332号·民集6巻2号122頁.

4) **국민심사법**(最高裁判所裁判官国民審査法, 1947年 法律 第136号) **제36조 [심사무효소송]** 심사효력에 관하여 이의가 있을 때는 심사인이나 파면이 가결된 재판관은, 중앙선거관리회를 피고로 하여 제33조 제2항 규정에 의한 고시가 있은 날부터 30일 이내에 동경고등재판소에 소를 제기할 수 있다.
*제33조 [심사결과의 보고 및 고시] ② 중앙선거관리회는 전항(前項)의 보고를 받은 때는 즉시 파면이 가결된 재판관에게 그 내용을 고지하고, 동시에 파면이 가결된 재판관의 성명을 관보에 고시하며, 총무대신을 통하여 내각총리대신에게 통지하여야 한다.

게 된다. 아무것도 기재하지 않은 표를 일괄적으로 파면을 불가로 하는 표로 취급하는 것은 불합리하고, 중의원 의원선거와 동시에 이루어지므로 국민심사투표만 기권하는 것도 곤란하다. 판단을 유보할 수 있는 심사방법이 인정되고 있지 못한 것은 헌법 제19조의 사상·양심의 자유와 제21조 제1항의 소극적 표현의 자유에 반한다.

• **판결요지:** 최고재판소 재판관 임명에 관한 국민심사의 제도는 국민이 재판관의 파면여부를 결정하기 위한 것으로, 재판관의 임명을 완성시킬지를 심사하는 것은 아니라 해직에 관한 제도이다. 장관 재판관은 내각의 지명으로 천황이, 그 외 재판관은 내각이 임명하는 것으로 그 임명행위로 임명은 완료되는 것이지, 투표로 비로소 완료된다는 취지를 엿볼 수 있는 내용은 헌법에 존재하지 않는다.

또 해직제도이므로 투표는 '적극적으로 파면하는 것'과 '그렇지 않은 것'으로 나누어지는 것이고, 전자가 후자보다 다수인지를 알고자 하는 것이다. 파면할 것인지 아닌지를 결정하지 못한 심사인이 '적극적으로 파면하는 것'에 속하는 것은 아니므로 그러한 자의 투표는 후자에 속하는 것이 당연하다. 현행 방식에서 'X'가 기재되지 않은 것을 '파면하지 않는 것'의 수에 산입하는 것은 이러한 취지에 따른 것이고 헌법이 규정하는 국민심사제도의 취지에 맞는 것이다.

어떤 이유로든 파면의 의사가 있는 자만 파면투표를 하는 것이므로, 그러한 의사가 없는 사람이나 어느 쪽도 결정하지 못한 사람은, 내각이 모든 책임을 가지고 한 선정을 신뢰하여 아무것도 기재하지 않으면 되는 것이다. 결정하지 못한 자를 모두 기권한 것으로 보면, 남은 유효투표 수 중 과반수만으로 파면할 수 있게 되므로 극소수 심사인의 편견이나 개인적 증오 등에 의한 파면투표로 되어 정당한 재판관이 파면될 우려가 있으며, 국가최고기관 중 하나인 최고재판소가 극소수의 의사로 쉽게 파괴될 위험이 다분히 존재한다. 이것이 국민심사제도의 본질이다. 상고인의 주장은 받아들여지지 않는

다.

2) 1965년 9월 10일 최고재 판결(1965년 사건)[5]: 상고기각, 보충의견

• **판결요지:** 헌법 제79조 제2항 소정의 국민심사는 최고재판소 재판관의 해직제도로 해석하여야 하고, 이로써 현행 최고재판소재판관국민심사법이 이를 해직투표로 보아 그 절차를 규정한 것은 전혀 위 헌법 조항에 위반하는 것이 아니다(最高裁判所 大法廷判決 昭和27年2月20日 同24年(オ)第332号).

파면은 헌법 제78조[6]의 사유에 한정되고, 따라서 동법 제79조 제2항은 그 해직에 대한 규정이 아니라, 재판관 임명행위의 심사를 규정한 것으로 보고, 국민심사에서 다수가 재판관을 파면한다고 투표한 때 해제조건이 성취되어, 해당 재판관의 임명이 실효(失效)된다고 하는 주장은 수긍하기 어렵고 대법정 판결을 변경하는 것이 되므로, 인정되지 않는다.

• **재판관 奥野健一의 보충의견:** 헌법 제79조 제2항은 "최고재판소의 재판관 임명은 그 임명 후 비로소 행해지는 중의원의원총선거 시 국민의 심사에 대해 …"라고 규정하고 있으므로, 국민심사의 대상은 임명 자체라고 해석하는 것이 가장 솔직한 해석이라고 생각한다. 또, 그 후 10년을 경과한 후 이루어지는 국민심사의 대상도, 해당 재판관의 임명 후의 재판에서 나타난 의견, 직무수행의 실적 기타의 사항을 고려하여 그 임명의 적부를 심사하는 것이라고 생각한다. 이렇게 하여 헌법은 사법의 최고 지위에 있는 최고재판소 재판관의 임명에 대하여 널리 국민의 심사로 민의를 반영시키고, 이로써 사법재판이 국민의 신탁에 유래하는 것이라는 민주주의 원리에 즉응하게 하고자 하는 것이라고 해석된다.

그리고 재판관의 임명을 심사한다는 것은, 당연히 그 재판관이 과연 최고재판소 재판관으로서 적임자인가 아닌가를 심사하는 것이다. 심사인인 국민

---

5) 最高裁判所 第二小法廷 昭和40年9月10日 同39年(行ツ)第107号·集民第80号275頁.

6) **헌법**(日本国憲法, 1946年 11月 3日 公布) **제78조 [재판관의 신분보장]** 재판관은 심신 장해로 인하여 직무를 수행할 수 없음이 재판으로 결정된 경우를 제외하고, 공적인 탄핵에 의하지 않으면 파면되지 아니한다. 재판관의 징계처분은 행정기관이 할 수 없다.

이 심사한 결과, 그 재판관을 적임자가 아니라고 판단한 때 해당 재판관에 대하여 파면한다는 투표를 하고, 다수가 파면한다고 투표한 때 그 재판관은 파면되는 것이다.

즉, 헌법은 파면한다는 투표가 유효투표의 다수(과반수)를 차지하기에 이른 때에 한하여 해당 재판관을 파면한다고 규정하고 있으므로, 적극적으로 파면한다는 투표 이외의 투표는 파면투표수에 산입하지 않는 취지임이 분명하며, 따라서 반드시 파면투표와 적극적인 신임투표를 요구하고 있는 것으로 해석되어야 한다. 최고재판소재판관국민심사법은 위 헌법의 취지에 반하는 것은 아니므로 위헌이 아니다.

2. 2019년 3월 12일 일본 최고재판소 제3소법정 결정

(1) 사건의 개요

중의원 의원 선거권은 만 20세 이상부터 인정되었으나, 2015년 6월에 공직선거법이 개정되어 2016년 6월부터는 일본국민으로서 만 18세 이상인 자에게 중의원 의원의 선거권이 인정되었다. 헌법 제15조에서는 공무원 선거는 '성년'이 할 수 있다고 규정하고 있고, 민법[7]은 '성년'을 20세로 규정하고 있다. 상고인은 이와 같이 선거권자를 확대한 것이 위헌이므로, 만 18, 19세를 포함시켜 실시한 국민심사가 무효라고 주장하며 심사무효소송을 제기하였다.

(2) 재판결과: 상고기각(전원일치)

[주문]

본건 상고를 기각한다.

---

7) **민법**(民法, 1896年 法律 第89号) **제4조 [성년]** 연령 20세로 성년이 된다.
* 2018년 6월 13일 민법의 성년연령을 20세에서 18세로 낮추는 것 등을 내용으로 하는 일부개정 법률이 성립함. 본 개정내용은 2022년 4월 1일부터 시행됨.

상고비용은 상고인의 부담으로 한다.

(3) 판결이유

민사사건에 대해 최고재판소에 상고하는 것이 허용되는 것은 민사소송법 제312조[8] 제1항 또는 제2항 소정의 경우로 한정된다. 본건 상고 이유는 "연령 만 18세 및 만 19세의 일본국민에 대하여 중의원의원의 선거권을 가진다."라고 규정하고 있는 공직선거법 제9조 제1항[9](이하, '본건 규정'이라 함)이 헌법 제15조 제3항[10]에 위반하므로, 국민심사법 제4조[11]에 근거하여 본건 규정에 정한 자에게 심사권을 인정하여 이루어진 국민심사는 무효라고 주장한다. 해당 주장은 그 전제를 결여하는 것으로, 민사소송법 제312조 제1항 또는 제2항에서 규정하는 사유에 해당하지 않음이 분명하다.

즉, 국민심사법 제36조의 심사무효소송은 행정사건소송법 제5조[12]에서 규정하는 민중소송으로서, 법률에서 정하는 경우에 법률에서 규정하는 자에 한하여 제기할 수 있고(동법 제42조[13]), 국민심사법 제37조 제1항[14]은 상기의 심사무효소송에서 주장할 수 있는 심사무효의 원인을 '이 법률 또는 이에 근거하여 내려지는 명령에 대한 위반이 있을 때'라고 규정하고 있다. 이것은

---

8) **민사소송법**(民事訴訟法, 1996年 法律 第109号) **제312조 [상고의 이유]** ① 상고는 판결에 헌법 해석의 잘못이 있거나 그 외 헌법위반이 있음을 이유로 할 때에 할 수 있다.
② 상고는 다음 어느 하나의 사유가 있는 때에도 할 수 있다. 다만, 제4호의 사유에 대해서는 제34조 제2항(생략) 규정에 의한 추인이 있을 때는 그렇지 아니하다.
1. 법률에 따라 판결재판소를 구성하지 아니한 때
2. 법률에 따라 판결에 관여할 수 없는 재판관이 판결에 관여한 때
3. 전속관할에 관한 규정에 위반한 때(생략)
4. 법정대리권·소송대리권 또는 대리인이 소송행위를 하는 데 필요한 수권을 결여한 때
5. 구두변론 공개 규정에 위반한 때
6. 판결의 이유를 밝히지 아니하거나 이유에 모순이 있는 때

9) **공직선거법**(公職選挙法, 1950年 法律 第100号) **제9조 [선거권]** ① 일본 국민으로 연령 만 18세 이상인 자는 중의원 의원 및 참의원 의원 선거권을 가진다.

10) **헌법 제15조** ③ 공무원 선거는 성년에 의한 보통선거가 보장된다.

11) **국민심사법 제4조 [심사권]** 중의원 의원의 선거권을 가지는 자는 심사권을 가진다.

12) **행정사건소송법**(行政事件訴訟法, 1952年 法律 第139号) **제5조 [민중소송]** 이 법률에서 '민중소송'이란, 국가 또는 공공단체기관의 법규에 적합하지 않은 행위의 시정을 구하는 소송으로, 선거인으로서의 자격과 그 외 자기의 법률상 이익과 무관한 자격으로 제기하는 것을 말한다.

13) **행정사건소송법 제42조 [제소]** 민중소송 및 기관소송은 법률로 정하는 경우에, 법률에서 정하는 자에 한하여 제기할 수 있다.

14) **국민심사법 제37조 [심사무효판결]** ① 전조(前條) 규정에 의한 소송에서는, 심사에 대하여 이 법률 또는 이에 근거하여 내려지는 명령에 위반하는 것이 있을 때는, 심사결과에 영향을 미칠 우려가 있는 경우에 한정하여, 재판소는 심사의 전부 혹은 일부의 무효 판결을 하지 않으면 안된다.

주로 심사에 관한 사무를 맡은 기관이 심사의 관리집행 절차에 관한 명문규정에 위반할 때, 또는 직접 그러한 명문의 규정은 존재하지 않으나 헌법에 규정된 최고재판소 재판관 해직제도인 국민심사제도의 기본이념을 현저하게 저해시킬 때를 가리키는 것으로 해석된다. 연령 만 18세 및 만 19세 일본국민에 대하여 중의원의원의 선거권을 가진다고 하는 본건 규정이 위헌이라는 주장이 상기와 같은 무효원인에 해당한다고는 할 수 없다.

이상에 따르면, 국민심사법 제36조의 심사무효소송에서, 심사인이 동법 제37조 제1항 소정의 심사무효 원인으로서 연령 만 18세 및 만 19세 일본국민에 대하여 중의원의원의 선거권을 가진다고 하는 본건 규정의 위헌을 주장할 수 있다고는 할 수 없다.(원문 하선) 논지는 받아들여지지 않으며, 주장은 그 전제를 결여하는 것이라 하지 않을 수 없다.

따라서 재판관 전원일치의 의견으로 주문대로 결정한다.

(재판장재판관 岡部喜代子 재판관 山崎敏充 재판관 宮崎裕子)