

정책개발연구 제11권

헌법소송의 특수성과 다른 소송법령의 준용의 범위 및 한계에 대한 검토



헌 법 재 판 소

머리말

이 연구는 한국국가법학회가 2019년도 헌법재판소 <정책개발 연구용역>에 응모하여 선정된 과제로 수행한 것이다. 우리 연구진은 “헌법소송의 특수성과 다른 소송법령 준용의 범위 및 한계에 대한 검토”라는 이 과제를 다음과 같은 관점에서 진행하였다.

첫째, 한국의 헌법소송법과 다른 소송법의 공통점 및 차이점에 대한 비교 분석, 둘째, 헌법재판소법 제40조 준용규정의 적용가능한 범위와 한계에 대한 일반적 검토 및 개별 심판절차에 있어서 준용가능한 다른 소송법의 범위와 한계 그리고 그 타당성 여부에 대한 검토, 셋째, 비교법적으로 헌법재판에서 다른 소송절차법을 어떻게 준용하고 있는지에 대한 검토, 넷째, 다른 소송절차법의 준용이 논란이 되었던 결정례들에 대한 검토, 다섯째, 헌법소송의 본질과 특수성을 고려한 다른 법령 준용의 가능성 검토 및 해석론 그리고 한계가 있는 경우 입법론적 해결 가능성의 모색이 그것이다.

이번 연구의 주제와 관련해서는 기존에 나와 있는 연구성과가 거의 없었기 때문에, 우리 연구진은 헌법소송의 특수성에 관한 연구를 새롭게 시작하였으며 헌법재판소법 제40조의 포괄준용에 따른 헌법재판소 결정의 분석과 평가에 주력하였고, 이에 대한 나름대로의 비판과 대안을 제시함으로써 이 연구주제에 대한 해답을 마련하고자 노력하였다. 우리 연구진은 주어진 시간에 최선을 다해 연구를 수행하였고 우리 연구진의 이러한 연구의 결과에 대한 평가는 실무계와 학계의 수용 또는 비판을 통해서 밝혀지고 보완될 것이다.

이 연구의 제1장과 제2장은 남복현 교수가, 제3장은 허완중 교수가, 제4장의 제1절은 김현철 교수가, 제2절은 손인혁 교수가, 제3절은 허완중 교수가, 제4절·제5절·제6절은 남복현 교수가, 제7절은 김현철 교수가, 제8절은 허완중 교수가 각 담당하였다. 그리고 제5장과 제6장은 김현철 교수가, 마지막으로

원고의 편집과 부록의 정리는 서다영 연구원이 담당하였다. 무엇보다도 이 연구의 제안서 초안을 작성한 남북현 교수와 부록으로 수록한 독일연방헌법재판소법과의 비교표를 정리해 준 서다영 연구원의 수고에 감사드린다. 우리 연구진은 이 연구를 위해 수차례 연구모임을 개최하고, SNS를 통하여 연구내용에 관한 검토 및 의견교환을 함으로써 연구의 일관성 및 완성도를 높이려고 노력하였다. 그렇지만 각자가 가지고 있는 학문적 입장을 가급적 존중하였고, 각자의 집필부분에 대하여는 집필자가 책임지도록 하였다. 이 연구를 할 수 있도록 전폭적으로 지원해 준 헌법재판소와 한국국가법학회 관계자분들께 감사드린다.

2019. 10. 31.

연구책임자 김현철

목 차

제1장 서론

| | |
|---------------------|---|
| 제1절 연구의 목적 | 1 |
| 제2절 연구의 필요성 | 4 |
| 제3절 연구의 범위 | 6 |
| 제4절 연구 수행의 방법 | 9 |

제2장 헌법소송의 특수성과 헌법재판소법 제40조

| | |
|---------------------------------------|----|
| 제1절 개설 | 11 |
| 제2절 헌법소송법의 법원(法源) | 13 |
| I. 헌법, 헌법재판소법, 헌법재판소규칙 및 법관법 | 13 |
| II. 헌법재판소규칙의 다른 법률보다 우선 적용 가능여부 | 14 |
| III. 헌법소송법의 규율실태와 원인 | 15 |
| 1. 규율실태 | 15 |
| 2. 법적 흠결의 원인 | 16 |

| | |
|--|-----------|
| 제3절 헌법소송의 특수성 판단기준으로서의 헌법과 헌법재판소법 | 18 |
| I. 헌법소송의 기능 | 18 |
| II. 다른 소송과 비교할 때, 헌법소송이 지닌 특징적 요소 | 20 |
| 1. 다른 일반소송과의 비교에서 나타난 헌법소송의 특성 | 20 |
| 2. 헌법소송의 주요원칙 | 32 |
| III. 헌법소송과 다른 소송의 통일성 확보와 헌법소송의 독자성 허용 | 36 |
| 1. 학설 | 36 |
| 2. 검토 | 40 |
| IV. 규칙제정권자로서의 재판관회의와 심판절차 형성권자로서의 전원재판부 | 42 |
| | |
| 제4절 헌법재판소법 제40조와 준용 | 44 |
| I. 입법기술방식으로서의 준용 | 44 |
| 1. 준용의 개념 | 44 |
| 2. 헌법소송법의 규율에 있어 준용과 유추의 필요성 | 45 |
| 3. 일반적 준용과 개별적 준용 | 47 |
| II. 헌법재판소법에 명시된 준용규정 | 49 |
| III. 다른 소송법에 규정된 준용에 관한 규율방식 | 50 |
| IV. 헌법재판소법 제40조의 의미와 연혁 | 52 |
| 1. 헌법재판소법 제40조의 의미 | 52 |
| 2. 헌법재판소법 제40조의 연혁과 입법경위 | 53 |

| | |
|---|-----------|
| V. 헌법재판소법 제40조의 해석 | 57 |
| 1. ‘이 법에 특별한 규정이 있는 경우’의 의미 | 58 |
| 2. 민사소송에 관한 법령과 형사소송에 관한 법령의 의미 · | 62 |
| 3. 개별심판절차별 준용의 우선순위 | 63 |
| 4. ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도’의 의미 | 65 |
| 제5절 헌법소송법의 흠결보충으로서의 유추적용 | 79 |
| I. 흠결보충의 필요성 | 79 |
| II. 헌법재판소법 제40조에 명시된 소송법령의 준용과 명시되지 아니한 법령의 유추적용 | 81 |
| III. 준용배제에 따라 발생된 법률 공백의 해소 | 82 |

제3장 주요 국가의 헌법소송절차법의 입법상 규율밀도와 규율실태

| | |
|-------------------------------|----|
| 제1절 개설 | 85 |
| 제2절 독일의 헌법소송절차법 규율실태 | 86 |
| 제3절 오스트리아의 헌법소송절차법 규율실태 | 89 |
| 제4절 스페인의 헌법소송절차법 규율실태 | 91 |

제4장 심판절차별 절차의 성질과 관련 소송법령의 준용

| | |
|---------------------------------------|-----|
| 제1절 개설 | 92 |
| I. 헌법재판이 다른 재판과 같은 점 및 다른 점 | 92 |
| II. 헌법재판과 민사재판의 비교 | 93 |
| 1. 유사점 | 93 |
| 2. 차이점 | 93 |
| III. 헌법재판과 행정재판의 비교 | 95 |
| 1. 유사점 | 95 |
| 2. 차이점 | 96 |
| IV. 헌법재판소법 제40조의 준용규정 | 97 |
| | |
| 제2절 일반심판절차에 있어 헌법재판의 성질과 소송법령의 준용 · | 99 |
| I. 헌법재판의 개념과 성질 | 99 |
| 1. 헌법재판의 개념 | 100 |
| 2. 헌법재판의 성질 | 102 |
| II. 헌법소송법의 법원(法源)과 기능, 헌법재판소의 법형성 ··· | 107 |
| 1. 헌법소송법의 법원 | 107 |
| 2. 헌법소송법의 기능 | 108 |
| 3. 헌법재판소의 법형성과 그 한계 | 111 |
| 4. 일반소송법의 준용 | 113 |
| III. 일반심판절차에서 소송법령의 준용 | 116 |
| 1. 헌법소송의 절차원칙 | 116 |

| | |
|------------------------|-----|
| 2. 재판관의 제척·기피·회피 | 121 |
| 3. 헌법소송의 당사자 | 127 |
| 4. 심판의 청구 | 141 |
| 5. 심판대상의 특정과 확정 | 146 |
| 6. 심판청구의 취하 | 149 |
| 7. 사건의 심리 | 161 |
| 8. 평의와 주문결정의 방법 | 177 |
| 9. 가처분 | 183 |
| 10. 종국결정 | 203 |
| 11. 재심 | 207 |
| 12. 결정의 집행 | 213 |
| IV. 소결 | 216 |

제3절 위헌법률심판절차에서 위헌법률심판의 본질과 소송법령 준용

| | |
|---------------------------|-----|
| I. 위헌법률심판의 본질 | 225 |
| 1. 사법재판에 속하는 위헌법률심판 | 225 |
| 2. 대심구조가 아닌 위헌법률심판 | 232 |
| 3. 객관소송에 속하는 헌법재판 | 234 |
| 4. 위헌법률심판절차의 이원화 | 234 |
| II. 소송법령 준용의 구체적 검토 | 236 |
| 1. 원칙 | 236 |
| 2. 개별 준용규정 | 237 |
| 3. 구체적 사항 | 244 |

| | |
|---------------------------------------|-----|
| 제4절 탄핵심판절차에서 탄핵심판의 성질과 형사소송법 준용 | 281 |
| I. 서론 | 281 |
| II. 탄핵심판의 성질 | 281 |
| 1. 탄핵심판제도의 성격 | 281 |
| 2. 탄핵심판절차 | 282 |
| 3. 탄핵심판의 특성 | 283 |
| III. 헌법재판소법 제40조에 따른 소송법령의 준용의 범위와 한계 | 283 |
| 1. 탄핵심판절차에 적용될 법률 | 283 |
| 2. 탄핵심판의 성질이 탄핵심판절차에 미치는 영향 | 284 |
| 3. 탄핵심판절차에서 법적 흠결의 사례 | 286 |
| 4. 형사소송법령 준용배제의 경우 | 287 |
| IV. 헌법재판소 결정 실제에 나타난 관련 소송법령의 준용실태 | 288 |
| 1. 8인의 헌법재판관에 의한 탄핵심판의 결정 | 288 |
| 2. 심판대상과 심판의 범위 | 289 |
| 3. 평의와 소수의견의 공표 | 291 |
| V. 헌법재판소 결정 실제에 나타난 법형성 실태 | 292 |
| VI. 준용규정을 극복한 헌법재판소법상 규율의 체계화 | 293 |
| VII. 분석과 평가 | 294 |

| | |
|--|-----|
| 제5절 정당해산심판절차에서 정당해산심판의 성질과 민사소송 법령 준용 | 295 |
| I. 서론 | 295 |
| II. 정당해산심판의 성질 | 295 |
| 1. 정당해산심판제도의 성격 | 295 |
| 2. 정당해산심판절차 | 296 |
| 3. 정당해산심판의 특성 | 296 |
| III. 헌법재판소법 제40조에 따른 소송법령의 준용의 범위와 한계 | 297 |
| 1. 정당해산심판절차의 법적 규율과 재판청구권 | 297 |
| 2. 준용방식과 준용조항의 위헌여부 판단기준 | 298 |
| 3. 헌법재판소법 제40조 제1항에 따른 민사소송법의 준용 | 299 |
| 4. 민사소송법 이외의 법령에 대한 유추적용 | 303 |
| IV. 헌법재판소 결정 실제에 나타난 관련 소송법령의 준용실태 | 303 |
| 1. 가처분 | 303 |
| 2. 재심청구 | 305 |
| 3. 보정할 수 없는 흠결에 따른 변론 없는 청구의 각하 ... | 308 |
| V. 헌법재판소 결정 실제에 나타난 법형성 실태 | 308 |
| 1. 정당해산결정시 국회의원의 의원직 상실 | 308 |
| 2. 준용배제되어 법적 공백이 확인된 경우의 유추적용 여부 | 309 |
| VI. 준용규정을 극복한 헌법재판소법상 규율의 체계화 | 309 |
| VII. 분석과 평가 | 310 |

| | |
|---|-----|
| 제6절 권한쟁의심판절차에서 권한쟁의심판의 성질과 행정소송법 준용 | 312 |
| I. 서론 | 312 |
| II. 권한쟁의심판의 성질 | 312 |
| 1. 권한쟁의심판제도의 성격 | 312 |
| 2. 권한쟁의심판절차 | 313 |
| 3. 권한쟁의심판의 특성 | 314 |
| III. 헌법재판소법 제40조에 따른 소송법령의 준용의 범위와 한계 | 315 |
| 1. 같은 조 제1항에 따른 민사소송법령과 행정소송법의 준용 | 315 |
| 2. 민사소송법령과 행정소송법의 준용배제 | 316 |
| 3. 행정소송법과 민사소송법 이외의 법령에 대한 유추적용 .. | 317 |
| IV. 헌법재판소 결정 실제에 나타난 관련 소송법령의 준용실태 | 318 |
| 1. 심판청구 단계 | 318 |
| 2. 심판절차진행 단계 | 326 |
| 3. 심판종결 단계 | 331 |
| V. 헌법재판소 결정 실제에 나타난 법형성 실태 | 333 |
| VI. 준용규정을 극복한 헌법재판소법상 규율의 체계화 | 334 |
| VII. 분석과 평가 | 336 |

| | |
|--|-----|
| 제7절 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판의 특수성과 행정소송법·민사소송법의 준용 | 337 |
| I. 서론 | 337 |
| II. 사전심사제도 | 340 |
| 1. 의의 및 기능 | 340 |
| 2. 사전심사제도의 유래 - 독일연방헌법재판소의 경우 | 342 |
| 3. 보론(補論) : 사전심사의 강화방안 | 346 |
| III. 변호사강제주의 및 국선대리인제도 | 352 |
| 1. 의의 | 352 |
| 2. 변호사강제주의의 이점(利點) 및 문제점 | 354 |
| 3. 국선대리인제도 | 357 |
| IV. 헌법소원심판의 당사자 | 360 |
| 1. 청구인 | 360 |
| 2. 피청구인 | 361 |
| 3. 임의적 당사자 변경신청의 적법여부 | 363 |
| 4. 소송(심판)참가 | 365 |
| V. 서면심리원칙 및 직권심리주의 | 370 |
| 1. 서면심리원칙 | 370 |
| 2. 직권심리주의 | 371 |
| 3. 기타 | 375 |
| VI. 가구제제도의 허용 여부 | 379 |
| 1. 서론 | 379 |
| 2. 행정소송에 있어서의 가구제(假救濟) | 379 |

| | |
|------------------------|-----|
| 3. 집행정지 | 380 |
| 4. 가치분 | 384 |
| VII. 중국결정 이후의 문제 | 396 |
| 1. 중국결정 | 396 |
| 2. 헌법재판소 결정의 효력 | 413 |
| 3. 재심의 허용 여부 | 431 |
| 4. 결정의 경정 | 437 |
| VIII. 소결 | 439 |

**제8절 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판과 행정
소송법 준용** 442

| | |
|--------------------------------------|-----|
| I. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판의 본질 .. | 442 |
| 1. 본질 | 442 |
| 2. 재판소원적 성격 | 444 |
| 3. 주의할 사항 | 445 |
| II. 소송법령 준용의 구체적 검토 | 446 |
| 1. 원칙 | 446 |
| 2. 개별 준용규정 | 448 |
| 3. 구체적 검토 사항 | 449 |

제5장 종합 및 평가

| | |
|--|-----|
| 제1절 개설 | 467 |
| 제2절 관련 소송법령의 준용 | 469 |
| I. 준용의 필요성과 형태 | 469 |
| 1. 준용의 필요성 | 469 |
| 2. 준용의 형태 | 469 |
| II. 준용법령 간의 관계 | 470 |
| 1. 일반적 준용법으로서 민사소송에 관한 법령 | 470 |
| 2. 특별한 준용법으로서 형사소송에 관한 법령 및 행정소송법 | 471 |
| 3. 정당해산심판과 민사소송에 관한 법령의 준용 | 471 |
| 제3절 헌법소송의 독자성과 준용규정 | 474 |
| I. 헌법소송의 독자성과 헌법소송법의 해석 | 474 |
| 1. 서론 | 474 |
| 2. 헌법소송법의 “진체적” 해석 | 474 |
| 3. 헌법소송법의 “실체적” 해석 | 475 |
| 4. 헌법소송법의 “독자적” 해석 | 476 |
| II. 우리 헌법재판소법 제40조의 해석·적용에 대한 시사점 및 입법론 | 477 |
| 1. 포괄적 준용규정의 의미 | 477 |
| 2. 헌법소송법의 독자성의 구현 필요성 | 478 |

| | |
|---------------------------------|-----|
| 제4절 유추적용과 헌법재판소에 의한 법형성 | 486 |
| I. 유추적용 | 486 |
| II. 헌법재판소에 의한 법형성 | 487 |
| | |
| 제6장 결론 | 490 |
| | |
| 부 록 독일연방헌법재판소법과의 비교 | 493 |
| | |
| 참고문헌 | 538 |
| I. 국내문헌 | 538 |
| II. 외국문헌 | 544 |
| III. 기타자료 | 548 |

제1장 서 론

제1절 연구의 목적

실체법적인 각종 규율사항은 궁극적으로 소송법적인 규율에 근거해서 구체적으로 사법절차가 진행되어야만 그 매듭을 지을 수 있게 된다. 헌법상으로 각종 기본권이 보장되어 있다고는 하지만, 종국적으로 그 구현은 재판청구권을 구체화한 법률에 근거해서 각종 재판절차가 진행됨으로써 이루어지게 된다. 이런 점은 헌법 제111조 제1항에서 헌법재판소의 관장사항으로 규정된 각종 심판사항도 마찬가지이다.

1987년 현행헌법으로 개정되면서 헌법재판소가 신설되었고, 헌법재판소의 조직과 운영 기타 필요한 사항을 법률로 정하도록 한 헌법 제113조 제3항에 근거해서 헌법재판소법이 제정되었다. 이 법은 헌법재판소의 조직을 규율한 헌법재판소조직법과 각종 심판절차를 규율한 헌법소송법으로 구성되어 있다.

그런데 헌법소송절차를 규율한 헌법재판소법은 그 자체로 완결적인 규율내용을 담지 못하고 있다. 그런 점을 반영해서 헌법재판소법 제40조에서는 준용규정을 두고 있다. 즉 “① 헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 민사소송에 관한 법령을 준용한다. 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을 준용하고, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 「행정소송법」을 함께 준용한다. ② 제1항 후단의 경우에 형사소송에 관한 법령 또는 「행정소송법」이 민사소송에 관한 법령에 저촉될 때에는 민사소송에 관한 법령은 준용하지 아니한다.”

우리 헌법은 헌법재판소의 관장사항을 평면적으로 규율하고 있지만, 헌법재판사항의 핵심은 위헌법률심판이다. 그렇기에 헌법재판의 개념을 규정짓기 위해서 넓은 의미와 좁은 의미로 나누면, 좁은 의미의 헌법재판은 위헌법률심판임을 당연한 전제로 한다. 그런 점에서 헌법소송절차를 규율할 때 위헌법률심판절차를 중심으로 전개되는 경향이 매우 강하다. 하지만 다른 헌법재판절차, 즉 위헌법률심판이 아닌 특별심판절차에서는 심판 자체의 특성이나 심판대상의 특성 등으로 인해 위헌법률심판절차에 적용되는 것을 그대로 적용할 수 없는 경우가

적지 않다. 그런 점에서 개별 심판의 특성에 맞게 그 심판절차가 규율되어야 한다. 물론 헌법재판소법이 그러한 점을 나름대로 반영하고 있긴 하지만, 불충분한 상태이기에 헌법재판소법 제40조가 등장하게 된 것이다. 그래서 이 조항은 기본적으로 헌법과 헌법재판소법이 정하면 그에 의하고, 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 민사소송법 등 다른 소송법령을 준용하도록 하고 있다.

헌법재판소에서 이루어지는 헌법재판을 헌법소송이라 하고, 헌법재판소의 헌법재판절차를 규율하는 법을 헌법소송법이라 하고자 한다.

이 연구의 목적은 먼저 우리 헌법상 헌법재판소 제도가 지닌 틀 속에서 드러나는 헌법소송의 고유한 특성이 무엇인지를 명확하게 밝히는 것이다. 이를 바탕으로 헌법소송법이 마련되었지만 그 구체적인 세부내용은 불완전하게 규율되어서 관련된 다른 소송법령을 준용하지 않을 수 없다. 헌법소송법이 불완전한 이유는 입법자가 헌법재판에 관한 경험이 부족하고 또 민사소송 등 다른 소송절차와 견줄 때 헌법소송이 지닌 독특함을 정립하는데 한계가 있었음에서 찾을 수 있다. 그렇기 때문에 개별적인 심판절차에 있어 구체적 사건에 즈음하여 관련된 다른 소송법령을 적절하게 준용하거나 법관법을 탄력적으로 형성하여 절차를 진행하도록 헌법재판소에 폭넓게 위임한 것으로 볼 수 있다. 이렇게 준용할 때 그 범위와 한계를 명확하게 확정하는 것은 그 다음의 과제이다. 물론 다른 법령을 준용하기 이전에 헌법과 헌법재판소법에 근거해서 헌법재판소가 심판규칙으로 정한 경우에는 헌법재판절차 규율의 자율성과 독자성에 근거해서 그에 의해야 할 것임은 당연하다. 하지만 다른 소송법령을 준용하는 것이 헌법재판의 성질에 부합하지 않으면 그에 의하지 않고 헌법재판소가 심판과정에서 입법상 흠결을 보충하는 형태로 헌법이나 헌법재판소법을 해석하거나 때에 따라 필요하면 법관법을 형성하여 이를 구현할 수도 있다. 헌법 제27조에서 재판청구권을 보장하고 있는데, 여기서 공정한 재판을 받을 권리가 도출되고, 그 권리는 국민에게 주판적 공권으로 기능할 뿐만 아니라 사법기관인 헌법재판소나 법원에게는 객관적 법원칙으로서 공정한 재판을 수행해야 한다는 과제를 부과한다. 바로 그런 점은 헌법재판절차를 형성하고 구체적으로 진행하는 과정에서 헌법재판소에 부과된 과제이기도 하다. 공정한 재판에 대한 요청은 입법자에게는 입법상 지침으로, 헌법재판소에게는 모든 심판당사자에게 공정한 절차가 보장될 수 있도록 헌법소송절차에 준용되는 법령을 해석하고 적용하라는 해석지침으로 기능한다. 그래서 헌법재판소법 제40조의 준용규정을 해석하고 적용하

는 것도 헌법재판의 공정성을 확보하고 유지하는 데 이바지하여야 한다. 게다가 공정한 재판은 법치국가적 절차의 본질적 원칙에 속한다. 그러나 헌법재판소에 게 헌법재판절차에 관한 일반적 지배권(절차형성의 자율권)이 부여된 것은 아니다. 즉 헌법재판소가 헌법과 헌법재판소법이 규율하지 않는 영역에서 자신의 의지대로 자유로이 절차를 형성하고 진행할 수 있는 것은 아니다. 어디까지나 헌법재판소는 헌법과 헌법재판소법의 구속 아래 헌법재판절차를 진행하고 형성할 수 있을 뿐이다. 모든 절차법과 소송법은 비록 그 밀도에서 차이가 있을지라도 헌법의 구체화에 불과하기 때문이다.

제2절 연구의 필요성

우리 헌법재판소법은 제40조에 준용규정을 두고 민사소송에 관한 법령, 행정소송법 및 형사소송에 관한 법령을 준용할 수 있도록 명시하고 있다. 입법자가 이러한 자세를 취하게 된 요인은, 헌법소송절차를 규율한 헌법재판소법이 일반 심판절차는 물론이고 특별심판절차와 관련된 구체적인 내용들을 상세하게 규율할 수 없다는 한계를 인식하였기 때문이다.

하지만, 다른 한편으로 헌법재판은 일반법원의 재판이 지니지 못한 고유한·독특한 성격을 지니고 있음은 물론이고, 공정한 심판절차를 거쳐 심판되어 선고된 헌법재판소의 결정에는 공감대 형성의 폭이 넓어야 한다. 즉, 심판당사자는 물론이고 모든 국가기관과 지방자치단체가 이에 지속되어야 하며, 국민이 공감대를 형성할 수 있는 내용을 담아야 한다. 그런 점에서 헌법소송절차에는 나름대로 엄격하게 확립된 법적 절차가 사전에 마련되어 있어야 한다. 그래야만 심판당사자들은 물론이고 국민의 수용정도가 높아질 것이기 때문이다.

그렇지만, 그렇다고 해서 포괄적인 준용규정에 근거해서 헌법재판의 본질에 어긋나게 민사소송법을 비롯한 다른 소송법의 해석과 적용을 폭넓게 용인함은 공정한 심판과 법치국가원리에 배치되는 것이 될 것이다.

헌법재판절차에 다른 소송법령을 준용하는 문제는 기본적으로 헌법과 헌법재판소법이 정한 바에 대한 정확한 내용의 이해가 이루어진 상황에서 헌법재판상 개별적인 심판의 성격을 규정지을 수 있는 본질적인 요소가 무엇인지를 먼저 추적하여야 한다. 이를 바탕으로 헌법재판사항을 심판하는 과정에서 해석·적용될 헌법과 헌법재판소법이 존재하는지를 파악한 다음에, 다른 소송법령에 규정된 사항이 사안을 정확하게 해명할 수 있다고 보일 경우에는 해당 소송법령을 준용하는 방향으로 절차를 진행하고, 그에 이어 명확히 흠결이라고 보일 경우 흠결보충적인 차원에서 해석을 통한 법형성이 이루어져야 하고, 그 과정에서 법창설적인 방법이 고려되어야 할 것이다.

이 주제가 연구과제로 등장하게 된 것은 헌법재판의 심판절차를 진행하는 과정에서 준용해야 할 소송법령이 서로 경합하여 어느 것을 준용하여야 하는지가 명확하지 않은 경우가 있음은 물론이고, 보다 근본적으로는 준용법령을 구체적으로 적시한 헌법재판소법 제40조에 따른 경우, 때에 따라서는 부적합하다고 보

이는 경우가 적지 않았던 점에서 찾을 수 있다. 그렇기에 이를 학문적인 차원에서 체계적으로 정리할 필요성은 아주 크다고 할 것이다. 사실 보다 더 본질적인 측면은 실체는 절차를 통해 구현되기 때문에 공정한 심판을 통해 설득력 있는 심판결과를 도출해야 한다는 과제를 이행하려는 노력으로 파악되기도 한다.

그런가 하면, 헌법재판의 각종 심판절차를 진행할 때 법원조직법과 같은 다른 법령의 준용이나 유추 적용의 필요성도 적지 않다. 거기서 한 걸음 더 나아가 기존의 소송법령의 준용이나 다른 법령의 유추 적용이 헌법재판의 성질에 벗어나서 불가능하게 될 경우에 헌법재판관들은 새로운 절차를 형성하지 않을 수 없다. 특히 헌법재판은 다른 심판절차와 다른 특수성이 있는데다가 헌법재판의 역사가 짧아 충분한 실무경험이 축적되지 않았다는 사정은 이러한 가능성을 높여준다.

이상에서 제시한 심판과 절차의 구조는 논의되는 각 항목에서마다 이 주제에 대한 연구의 필요성과 방향을 제시해 준다.

제3절 연구의 범위

이 연구에서는 헌법소송의 특수성과 다른 소송법령 준용의 범위와 한계에 관해 검토하는 작업을 진행해야 하는바, 다른 소송법령을 준용하는 범위와 한계 문제는 아주 후순위에서 다루어져야 할 과제이다. 왜냐하면 다른 소송법령의 준용을 규정한 헌법재판소법 제40조에 대한 해석을 전개하기 이전에 몇 가지 요소를 단계적으로 점검해야 하기 때문이다.

먼저 일반법원의 재판과 비교할 때, 헌법재판이 지닌 고유한 속성이 뚜렷하게 제시되어야 한다는 점이다. 이를 위해서는 헌법재판소법 제40조 제1항에 규정된 ‘이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는’의 의미를 명확히 해야 하고, ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서’와 관련하여 최소한이나마 무엇이 헌법재판의 성질에 해당하는지를 적시해야만 한다.

다음으로 헌법소송의 특수성과 헌법재판소법 제40조에 근거한 다른 소송법령의 준용문제에 관한 비교법적인 분석은 최소한 두 가지 단계를 전제로 하지 않으면 안 된다. 그 하나는, 집중형 헌법재판제도를 채택한 국가, 다시 말해서 다원적 사법구조를 채택하고 있으며, 헌법재판소 제도를 별도로 둔 국가의 헌법재판제도만이 여기서의 비교대상이 될 수 있다는 점이다. 또 하나는, 준용규정을 통하여 다른 소송법령을 준용하는 것에 관하여 주목대상이 되는 경우는 헌법재판의 본질을 사법작용으로 파악하고, 그래서 각종 심판절차에 대해 엄격하게 소송법적인 절차를 요구하는 국가의 헌법재판제도만이 비교대상으로 유의미할 수 있다는 점이다.

그럼에도 여기에는 한계점도 드러나 보인다. 즉 비교법적인 대상을 선택하고 그 입법실제에서 헌법소송절차를 규율한 입법에 흠결이 적지 않은 상태에서 일반심판절차는 물론이고 특별심판절차에서 각각 일반적 준용이나 개별적 준용에 관해 규정한 것을 검토할 때에야 비로소 그 한계가 드러난다는 점이다. 예를 들어 독일의 경우를 살펴보면, 연방헌법재판소법 제17조에는 심판의 공개, 법정경찰, 법정용어, 평의 및 평결에 관하여 법원조직법 제14장 내지 제16장의 규정을 준용하도록 규정하고 있을 따름이다. 거기에서 연방헌법재판소법은 각종 심판절차에서 아주 독특한 사항에 관해서만 명문의 규정을 두었을 따름으로 파악된다. 그래서 연방헌법재판소는 적극적으로 절차를 형성하지 않으면 안 되는 상황

이었다. 이에 관해 사법소극주의와 사법적극주의의 차원에서 논란이 제기되고 있지만, 연방헌법재판소가 결정유형을 선택하고 결정주문의 표현형식이나 결정의 집행 등에 관해서는 적극적인 흠결보충을 폭넓게 용인하는 듯이 보인다. 하지만 그 이외의 영역에서는 절차의 형성을 그리 긍정적으로 보려 하지 않고 있으며, 가능한 한 입법적 규율에 의존하려는 경향이 강한 듯이 보인다. 아무튼 헌법재판이 활성화한 국가들과 비교할 때만 유의미한 내용을 얻어낼 수 있을 것이다.

이 연구주제는 이 주제가 지향하는 바에 대해 이제까지 단행논문의 형태로나 마 정면으로 다루어진 적이 많지 아니한 아주 획기적인 논의대상이다.¹⁾ 물론 시각을 넓히고 약간의 방향성을 조정하면, 거기에 포섭될 수 있는 내용은 적지 않다.²⁾ 헌법재판소가 헌법과 법률의 해석을 통해 실체법적인 사항에 대해 흠결보충적인 법형성을 폭넓게 수행하고 있음은 익히 알려진 바와 같다. 이와 동일한 시각에서 헌법소송에 대한 절차의 형성 내지 흠결보충도 가능할 것이다. 오히려 이 점에 주목하고자 한다.

그렇지만, 헌법재판관이 구체적인 심판절차를 진행하는 과정에서 규율절차의 흠결을 발견하고 이를 법형성 내지 절차형성의 형태로 심판절차를 진행하기보다는 이미 절차적인 사항이 법률이나 규칙으로 마련되어 있어 그에 따라 절차를 진행할 수 있도록 함이 바람직하고 그러한 여건을 조성해야 할 것이다.

여기서 한 걸음 더 나아가 준용과 흠결보충을 통한 법형성과정에서 제기된 사항에 관해 헌법소송법 스스로가 자체적으로 규율할 가능성까지도 모색되어야 한다. 이런 점은 일반적으로 행해지는 헌법소송법 개정방향에 관한 연구나 논의와는 그 차원을 달리 하는 것이다. 엄격하게 말하면, 후자를 개선방향의 모색이라는 차원에서 본다면, 이 연구도 거기에 부분적으로 포섭될 수는 있을 것이다.

이 연구과제에 대한 접근 내지 연구영역의 획정은 크게 두 가지 차원으로 구

-
- 1) 정태호, 헌법재판관에 대한 기피와 헌법소송법의 독자성, 헌법논총 제7집, 헌법재판소, 1996, 255-298; 정태호, ‘헌법소송법의 독자성’문제에 대한 고찰, 운남서정호교수정년기념논문집. 법과 국가, 1997, 326-253; 장영철, 헌법소송에 있어 일반소송법 준용규정의 해석. 헌재결 1998. 5. 28, 97아1; 1995. 1. 20, 93헌아1 등과 관련하여, 헌법판례연구 제2권, 한국헌법판례연구학회, 2000. 8, 395-416 참조.
 - 2) 대표적인 예로는 헌법재판연구원, 주석 헌법재판소법, 2015, 54-63면, 425-430면 참조.

분될 수 있다.

여기서는 헌법재판의 성질 내지 헌법소송의 특수성을 둘러싼 성찰이 당연히 그 바탕을 이루어야 할 것이다. 이에 기초해서 그 하나는, 심판절차별로 각각의 쟁점적 영역을 다루는 방법이 있다. 즉 일반심판절차, 특별심판절차로서의 위헌법률심판절차, 탄핵심판절차, 정당해산절차, 권한쟁의심판절차 및 헌법소원심판절차 등의 순서로 구획하는 것이다. 다른 하나는, 헌법재판의 성질과 소송법령 준용의 범위와 한계, 비교법적인 차원에서 헌법소송법의 입법상 규율밀도와 규율정도 및 우리 헌법소송실무에서 헌법소송을 둘러싼 관련 소송법령의 준용실태와 헌법재판관에 의한 범형성실태 분석 등을 구분의 틀로 사용해서 확정하는 것이다. 그리고 비교법적인 차원의 접근에서는 단순히 조문을 비교하고 일반론적인 해설에 그치는 것이 아니고, 헌법재판의 실제에서 소송절차가 문제되었고, 특히 다른 소송절차 준용이 논란이 되었던 결정례들을 찾아내어 비교 분석함으로써 우리의 심판과정에도 유용한 참고자료가 될 수 있도록 시도하는 것이다. 이러한 양자의 방식은 장단점이 있다. 즉 전자는 개별적인 심판절차의 특수성을 잘 살펴볼 수는 있지만, 논의가 중복되고 파편화할 가능성이 있으며 헌법재판의 특수성을 충분히 살리지 못할 위험성이 있다. 반면 후자는 통일적인 고찰과 서술이 가능하지만, 개별적인 심판절차의 특수성을 무시할 개연성이 높다. 그래서 여기서는 양자를 조합해서 연구의 범위가 확정되고 거기에 맞춰 구체적인 연구 내용이 채워지게 될 것이다.

이상의 논의과정을 거쳐 중국에는 헌법소송의 본질과 특수성을 고려하여, 다른 법령의 준용 가능성이나 유추적용 가능성을 검토하고 해석론을 제시하여 해결책을 도모하기로 한다. 그에 한계가 있는 경우에는 입법론적인 해결 가능성을 모색하기로 한다. 그리고 해석론으로 문제해결이 가능하다고 할지라도, 헌법재판소의 심판결과에 대한 공정성과 설득력을 확보하기 위해서는, 또 나중에 거듭 문제되는 것을 방지하기 위해서는 가능하면 관련 법률로, 또는 관련 규칙으로 정비하는 방안을 찾아보아야 한다.

제4절 연구 수행의 방법

이 연구주제는 헌법재판소의 심판절차를 규율하는 문제를 정면으로 다루는 것이다. 이에 관한 법령이 정비되어야만 헌법재판소의 각종 심판절차를 공정하고 신속하게 진행하는 것에 대한 신뢰성이 제고될 것이다.

그래서 이 연구에서는 무엇보다도 ‘헌법소송의 특수성’ 내지 ‘헌법재판의 성질’에 대한 천착이 우선되어야 한다. 그래서 각 심판절차별로 준용되는 소송법령이 다르게 규율되어 있는바, 헌법소송법과 다른 소송법을 비교하는 사항에 관해서는 개별적인 심판절차별로 교차적으로 접근하고자 한다. 이를 위해서는 기본적으로 문헌분석적인 접근방법을 채택해야 할 것이고, 민사소송을 비롯한 다른 소송과 견주어 헌법소송이 지닌 특수성을 밝혀내기 위해서는 비교분석적 접근방법이 모색되어야 할 것이다.

다음으로 ‘다른 소송법령 준용의 범위와 한계’ 문제는 대체로 세 가지 국면으로 구획된다. 그 하나는, 그야말로 다른 소송법령을 준용하는 문제일 것인데, 여기에 헌법재판의 성질이 준용의 가능 여부를 판단하는 주된 기준이 될 것이다. 그 둘은, 헌법재판소법 제40조가 명시한 바와 동일한 형태의 소송법령이 아닌 다른 법령 내지 특별심판절차별로 적시되지 아니한 소송법령을 적용하는 문제는 준용이라 할 수 없고, 이는 유추적용이라 할 것인데, 이 역시 헌법재판의 성질에 부합하는지가 판단기준이 될 것이다. 그 셋은, 위의 두 경우에 해당하지 않는 것으로 헌법재판관들이 각 심판절차를 진행하는 과정에서 흠결보충적인 법형성을 통해 절차를 형성하는 것이다. 이상과 같은 작업은 헌법재판소의 결정실체를 분석하는 과정을 통해 구현될 것이다. 이는 관례분석적인 접근에 해당될 것이다.

이어서 앞서 언급한 유형화 내지 체계화가 비교법적인 차원에서 일반화 내지 보편화의 형태로 접근할 수 있을 것인지에 대해서도 주목해야 한다. 이를 위해서는 집중형 헌법재판제도를 채택하고 헌법재판의 본질이 뚜렷한 사법작용으로 보여지며 헌법재판이 매우 활성화한 국가를 주목의 대상으로 삼고자 한다. 그 대상이 되는 국가로는 독일, 오스트리아, 이탈리아, 스페인, 포르투갈 등이다. 그 외에도 대만의 경우도 살펴보고자 한다. 이러한 연구를 통해 준용이나 유추 적용은 물론이고, 헌법재판관에 의한 법형성을 통해 절차형성이 이루어지는 정도

를 대략적이거나 찾아낼 수 있을 것이다.

제2장 헌법소송의 특수성과 헌법재판소법

제40조

제1절 개설

헌법소송의 특수성이나 헌법소송에 다른 소송법령의 준용을 검토함에 있어 다른 소송법령의 준용의 범위와 한계를 말하려고 하면, 기본적으로 헌법소송법의 법원(法源)에 관한 논의를 전제하여야만 하고 또 그에 바탕을 두어 다른 논의들을 전개하지 않으면 안 된다.

헌법재판소가 헌법소송의 절차를 진행함에 있어 절차인식의 근거를 어디서 찾아 주관적 공권으로서의 국민들의 재판받을 권리를 보장함은 물론이고 실질적 법치주의의 구성원리인 공정한 재판을 구현해낼 것인가가 문제된다.

헌법은 제27조에서 국민들의 재판받을 권리를 보장하고, 제113조 제3항에서 헌법재판소의 조직과 운영 및 기타 필요한 사항은 법률로 정하도록 하였다. 이로써 입법자에게 헌법재판소의 심판절차를 규율하는 것에 관해 폭넓은 입법형성의 여지를 부여하였고, 그렇게 해서 제정된 법률이 헌법재판소법이다.

입법자는 헌법재판소법을 제정하면서 헌법소송 전반을 상세하게 규율하지 아니하고, 한편으로는 심판절차에 관한 사항을 헌법재판소법의 틀 안에서 헌법재판소로 하여금 규칙으로 제정하도록 하고(헌법재판소법 제10조 참조), 다른 한편으로는 헌법재판소의 심판절차에 관해서는 다른 소송법령을 준용하도록 하였다(같은 법 제40조 참조).

그런데, 입법자는 헌법재판소의 심판절차를 상세하게 규율할 수도 없고 또 심판절차의 특성과 향후 새로운 진전가능성을 고려해야 한다는 한계요인을 지니고 있었다. 그래서 헌법재판소법은 헌법재판의 다양한 개별적인 심판절차를 세부적으로 규율하지 못함으로써 또는 하지 않음으로써, 각종 심판절차의 구체적인 형성이라는 과제가 등장하게 되었다. 이에 관해 입법자는 헌법재판소법 제40조에 헌법재판의 성질에 반하지 않는 한도 내에서 다른 소송법령의 준용을 명시하였고,³⁾ 준용하기 부적절한 사항에 관해서는 준용을 배제할 수 있도록 하면

3) 물론 ‘헌법재판의 성질에 반하지 않는 한도 내에서’가 삽입된 것은 2003년 헌

서 헌법재판소로 하여금 스스로 심판절차를 형성할 수 있게 하였던 것이다.

이상에서 언급한 바에 관해 헌법소송법의 법원, 헌법소송의 특수성을 판단하는 기준으로서의 실정법적·이론적 근거, 헌법재판소법 제40조에 규정된 준용의 의미, 그리고 헌법소송법의 흠결을 보충하는 수단으로서의 유추적용 등의 순으로 살펴보기로 한다.

법재판소법개정에서 반영된 것이지만, 그 전에도 헌법재판소 내부에서는 이와 같은 취지의 입장을 정리하여 결정과정에 반영하였음을 본다. 헌재 1995. 1. 20. 93헌아1, 판례집 7-1, 113, 123 참조.

제2절 헌법소송법의 법원(法源)

I. 헌법, 헌법재판소법, 헌법재판소규칙 및 법관법

헌법소송법이란 헌법재판의 절차에 관해 규율하고 있는 모든 법규범이다. 헌법소송법을 인식하는 법적 근거로는, 즉 법원(法源)으로는 헌법, 헌법재판소법, 헌법재판소규칙 및 헌법재판소 결정례에서 도출되는 법관법(내지 판례법)을 들 수 있다.

이러한 인식근거, 법원으로서 가장 중요한 것이 헌법이다. 헌법은 제6장, 즉 제111조 내지 제113조에서 헌법재판소를 규정하고 있으며, 헌법재판소의 관장 사항, 헌법재판소의 구성, 헌법재판관의 신분, 결정정족수, 규칙제정권 및 헌법재판소법 제정의 헌법적 근거를 제시하고 있다. 그뿐 아니라 특별심판과 관련해서는 헌법 제107조 제1항에서 위헌법률심판에 있어 재판의 전제성과 법원의 제청을, 제65조에서는 탄핵소추의 대상자와 탄핵사유, 탄핵소추 발의와 의결의 정족수, 탄핵결정의 내용과 효과를, 제8조에서는 정당해산심판의 사유, 제소권자, 효과 등을 각각 규정하고 있다. 그런가 하면 헌법재판소의 관장사항을 규정한 헌법 제111조 제1항에서는 위헌법률심판에 있어서는 법원의 제청을, 권한쟁의심판에 있어서는 당사자를 국가기관과 지방자치단체로, 그리고 헌법소원심판에 있어서는 구체적인 형성을 법률로 정하도록 각각 규정하여 헌법소송에 있어 중요한 적법요건 사항을 한정짓고 있다.

헌법소송법의 중요한 법원으로 작용하는 헌법재판소법은 헌법 제113조 제3항의 위임에 따라 제정된 것으로 총5장으로 구성되어 있다. 즉, 제1장 총칙, 제2장 조직, 제3장 일반심판절차, 제4장 특별심판절차 및 제5장 전자정보처리조직을 통한 심판절차의 수행을 각각 규율하고 있으며, 제4장 특별심판절차에서는 제1절 위헌법률심판, 제2절 탄핵심판, 제3절 정당해산심판, 제4절 권한쟁의심판 및 제5절 헌법소원심판을 각각 규정하고 있다.

헌법재판소는 법률에 저촉되지 아니하는 범위안에서 심판에 관한 절차, 내부 규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다(헌법 제113조 제2항, 헌법재판소법 제10조 제1항 참조). 헌법재판소법은 또 심판절차에 관하여 개별적인 사항에 대해 헌법재판소 규칙으로 정하도록 위임하고 있다(헌법재판소법 제36조 제

5항, 제37조, 제39조의2 제3항, 제70조 제3항, 제6항, 제72조 제6항, 제76조 내지 제78조 참조).

헌법재판소가 헌법소송에 관해 선고한 결정례도 헌법소송법의 법원에 속한다.⁴⁾ 하지만, 결정례에 법원성, 불문법원성을 인정하는 것은 선행판례가 있는 경우에만 가능하다. 그렇기 때문에 개별적인 심판절차의 형성에 관한 논의에서는 그 한계를 드러낼 수밖에 없다.

II. 헌법재판소규칙의 다른 법률보다 우선 적용 가능여부

헌법 제113조 제2항은 헌법재판소의 규칙제정권을 규정하고 있다. 그에 따라 헌법재판소법 제10조 제1항에서는 헌법재판소는 헌법재판소법과 다른 법률에 저촉되지 아니하는 범위에서 심판에 관한 절차, 내부 규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다고 한다. 여기서 문제되는 것이 헌법재판소의 각종 심판 절차에 관한 규칙을 제정함에 있어 다른 법률에 저촉되지 말아야 한다는 점과 헌법재판소법 제40조에서는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도 내에서 다른 소송법령을 준용하도록 하고 있다는 점 사이에서 충돌의 여지이다.

헌법재판소법 제10조에서 다른 법률에 저촉되지 말아야 한다는 것은 상위법 우선의 원칙을 선언한 것으로 여겨지지만, 그 다른 법률이 헌법재판의 심판절차에 관여되기 위해서는 헌법재판소법 제40조에 근거해서 준용되거나 유추적용되어야 할 것인데, 그때 거쳐야 하는 통로가 헌법재판의 성질에 반하는지 여부의 판단이다. 만약 그 다른 법률이 이 통로를 통과하였음에도 헌법재판소의 심판규칙이 그에 위반된다면, 그 심판규칙은 헌법재판소법 제10조에 위반되어 무효라고 할 것이다.

이와 관련해서 헌법재판소는 “정당해산심판절차에 관하여 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 한 헌법재판소법 제40조 제1항은 헌법상 재판을 받을 권리를 침해하지 아니하므로, 정당해산심판절차에는 헌법재판소법과 헌법재판소 심판규칙, 그리고 헌법재판의 성질에 반하지 않는 한도 내에서 민사소송에 관한 법령이 적용된다.”⁵⁾고 하였다. 헌법재판소는 또 심판절차의 보다 구체적·세부적

4) 한수웅, 헌법재판 일반론, 주석 헌법재판소법, 2015, 55-56면 참조.

5) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 15.

인 사항에 관하여는 심판규칙이 적용된다고 하면서 심판규칙에 특별한 규정이 없으면 헌법재판소법 제40조의 규정에 따라 관련 법령이 준용된다고 하였다.⁶⁾

이상에 비추어 보면, 헌법소송법의 법원으로서 우선순위는 헌법, 헌법재판소법, 헌법재판소 심판규칙, 그리고 헌법재판의 성질에 반하지 않는 한도 내에서 준용되는 소송법령이라 할 것이다.

III. 헌법소송법의 규율실태와 그 원인

1. 규율실태

앞서 살펴본 바와 같이 헌법소송법의 법원은 헌법, 헌법재판소법 및 헌법재판소 규칙이다. 헌법은 입법자에게 헌법재판절차에 관하여 규율하도록 위임하고 있으나, 입법자가 어느 정도로 헌법재판절차를 상세하게 규율해야 하는지에 관하여는 아무런 지침도 제시하지 않는다. 그런데, 헌법소송법의 핵심적인 법원이라 할 수 있는 헌법재판소법은 그 규율상 많은 틈새를 지니고 있다. 즉 헌법재판소법의 입법자는 꼭 필요한 사항에 대해서만 직접 규율하고 나머지 문제들에 대해서는 다른 소송법령을 준용하도록 하였다.

이러한 입법자세는 입법의 부담을 더는 한편, 다른 소송법에 담겨진 경험적 자산을 헌법소송에 활용하도록 한 것이다.⁷⁾

헌법소송에 관한 입법적 규율실태를 독일과 견줄 때, 헌법소송에 관해 필수적인 사항들을 적극적으로 규율하고 있다는 점에서는 공통적이다. 하지만, 우리나라의 경우 다른 소송법령에 대한 포괄적인 준용을 명시하고 있는 데 반해, 독일의 경우에는 연방헌법재판소법 제17조⁸⁾에서 일반적인 심판절차 중 핵심적인 사항에 관해서만 준용하도록 하고 있을 따름이다. 그리고 독일의 경우 그 이외의 사항에 대해서는 연방헌법재판소법이 아무런 언급도 하지 않고 있어 의식적인 또는 무의식적인 흠결들을 발생시키고 있다. 이에 관해 연방헌법재판소는 “연방헌법재판소법은 소송절차에 관한 빈틈없는 규율이 아닌 헌법재판절차의

6) 헌법재판소, 헌법재판실무제요, 2015, 19면.

7) 정태호, 심판절차 일반론, 주석 헌법재판소법 214면.

8) 심판의 공개, 법정경찰, 법정용어, 평의 및 평결에 관하여 법원조직법 제14장 내지 제16장의 규정을 준용한다.

특수성에 맞게 만들어진 꼭 필요한 소송의 규정들만을 포함하고 있을 뿐이다. 그 밖의 사항과 관련하여 절차의 합목적적인 형성을 위한 법적 기초를 다른 독일 소송법을 유추하는 방식으로 발견하는 것은 연방헌법재판소에 위임되어 있다.”고 하였다.⁹⁾

오스트리아의 경우 일반심판절차는 물론이고 헌법소송절차 전반에 대해 민사소송법을 준용하도록 하지만, 탄핵심판절차에는 형사소송법을 준용하도록 하고 있다. 이런 점은 우리나라의 경우와 유사하다고 할 수 있다. 우리나라의 경우 개별심판절차 중 탄핵심판절차에서는 형사소송법을, 권한쟁의심판절차와 헌법소원심판절차에서는 행정소송법을 준용하도록 하고 있다.

우리 헌법재판소법이 각 심판절차마다 다르게 다른 소송법령을 준용하도록 한 것은 두 가지 점에서 그 의미를 찾을 수 있다. 그 하나는 심판절차별로 준용해야 할 소송법령을 비교적 상세하게 특정하고 있다는 점이다. 다른 하나는 그럼에도 불구하고 독일의 경우와 견주어 유추 적용의 정도가 상대적으로 덜하다 할지라도, 헌법소송의 특수성으로 인해 유추 적용의 필요성은 피할 수 없는 과제라는 점이다.

2. 법적 흠결의 원인

헌법소송절차를 규율함에 있어 입법자는 헌법재판소법에 많은 흠결을 드러내고 있다. 그 요인을 찾아본다.¹⁰⁾

첫째, 헌법재판절차는 각 개별심판절차마다 서로 다른 이질적인 성격을 지니고 있음에 따라 일반심판절차를 폭넓게 규율하고 그에 의하도록 하는 것은 현실적으로 불가능할 뿐만 아니라 또한 부적절하다는 점이다. 둘째, 개별심판절차마다 빠짐없이 상세한 개별규정을 두는 것은 각 심판절차의 특수성으로 인하여 자칫하면 쉽게 조감할 수 없는 방대한 법전의 형성을 초래할 수도 있게 된다는 점이다. 셋째, 헌법이 현행 헌법재판제도를 도입하여 시행한 것은 미래의 발전을 예측할 수 없는 불확실한 상황을 전제로 한 것으로, 입법자가 각 개별심판절차마다 상세하게 확정적으로 규율하기에는 그에 필요한 실무경험이 전혀 없다는 점도 법적 흠결의 원인으로 지적되어야 할 것이다. 넷째, 헌법소송의 주된 법

9) BVerfGE 1, 109, 110f. 또한 2, 79, 84.

10) 한수웅, 헌법재판 일반론, 주석 헌법재판소법, 56면.

원(法源)인 헌법재판소법이 그 제정 당시 헌법재판 역사와 경험의 일천으로 인하여 헌법소송에 필요한 모든 규율을 완결적으로 담아내지 못하였음은 주지의 사실이다.¹¹⁾

헌법소송절차를 규율하는 헌법재판소법에 법적 흠결이 많다고 해서 헌법재판소에게 후술하는 바와 같이 절차형성의 자율권을 부여한 것은 아니다. 우리 헌법재판소법의 입법자는 이러한 흠결을 가장 손쉽게 해결하는 방안으로 찾은 것이 제40조에 규정된 일반적 준용인 것이다.

11) 헌재 2015. 11. 26. 2013헌라3에서 반대의견, 판례집 27-2하, 126, 139.

제3절 헌법소송의 특수성 판단기준으로서의 헌법과 헌법재판소법

헌법소송을 규율하는 헌법재판소법이 심판절차를 상세하게 규율하지 않는 한, 입법자가 다른 소송법령을 준용하도록 하였건 헌법재판관들로 하여금 폭넓게 절차의 형성여지를 열어놓았건 간에, 헌법재판소가 헌법소송의 심판절차를 진행함에 있어 헌법과 헌법재판소법에 규율되지 아니한 사항에 대해서는 다른 법령을 끌어들이 수밖에 없게 된다. 이때 헌법소송의 특수성을 강조할 것인지, 아니면 다른 소송법령과의 동일성을 강조하면서 헌법소송의 특수성을 파악해서 접근할 것인지에 따라 준용이나 유추적용의 폭과 정도는 달라질 수밖에 없다.

여기서는 헌법소송의 기능에 관해 먼저 살펴본다. 이어서 헌법소송의 성질 내지 특수성이 다른 일반소송과 견주어 어떻게 파악되는지가 논의되어야 한다. 거기에 결들여 헌법소송의 주요원칙을 제시한다. 그 다음에는 헌법소송에 어느 정도로 민사소송을 비롯한 다른 소송법의 절차를 끌어들이야 할 것인지에 관해 각종 견해를 검토하기로 한다. 그리고 규칙제정권자로서의 재판관회의와 심판절차 형성권자로서의 전원재판부를 비롯한 재판부의 역할도 조명되어야 한다.

I. 헌법소송의 기능

헌법소송의 기능¹²⁾을 여러 가지 형태로 파악하지만,¹³⁾ 그 핵심에는 헌법보장

12) 헌법소송의 기능은 헌법소송법의 기능과는 다르다. 후자는 실제적 헌법을 실현하고, 국가권력의 분립적인 구조 내에서 헌법재판소의 기능을 배분해주며, 헌법재판소의 사법작용성을 담보한다. 이에 관해 상세한 내용은 한수웅, 헌법재판 일반론, 주석 헌법재판소법, 2015, 56-58면 참조.

13) 헌법재판의 기능에 관해 헌법재판소(헌법재판 실무제요, 제2개정판, 2015, 1-3면)는 헌법보호기능, 권력통제기능, 기본권보호기능, 정치적 평화보장기능, 교육적 기능으로, 허영(헌법소송법론, 제14판, 2019, 12-16면)은 헌법보호기능, 헌법의 유권적 해석기능, 기능적 권력통제기능, 기본권보호기능, 사회안정 및 정치적 평화보장기능으로, 한수웅(헌법재판일반론, 주석 헌법재판소법, 2015, 7-10면)은 헌법의 보장, 기본권의 보장, 권력통제기능 및 소수의 보호, 국가권력에 대한 교육적 효과, 사회통합과 정치적 평화의 보장으로, 그리고 김하열(헌법소송법 제3판, 2018, 17-21면)은 헌법의 규범력보장, 기본권보호, 권력통

기능, 기본권보호기능, 권력통제기능 및 소수자보호기능 등이 놓여 있다. 일반 소송에 견주어 드러나는 헌법소송의 특징적인 기능은 그 기능을 수행함에 필요한 심판절차에서 그대로 발현하게 된다.

먼저, 헌법소송의 핵심적인 기능은 헌법보장이다. 헌법재판은 헌법의 규범적 효력을 관철시킴으로써 국가의 최고규범인 헌법을 보호하는 기능을 한다. 입헌주의국가에서 헌법의 규범적 효력을 보장하는 것은 결국 헌법질서의 핵심인 자유민주주의와 국민의 자유 및 권리를 보장하는 바탕이 된다. 헌법보장기능은 모든 심판절차에 공통적으로 인정되는 기능이다.

위헌법률심판을 포함한 규범통제는 입법자가 제정한 법률의 위헌여부를 심판해서 위헌성이 인정된 법률의 효력을 부인하는 것이며, 헌법소원심판은 모든 국가권력의 행사로 인해 국민의 기본권이 침해된 경우 그 행사의 위헌성을 다투어 침해된 기본권을 구제함은 물론이고 침해된 헌법질서를 회복시킨다. 권한쟁의심판은 국가기관이나 지방자치단체의 위헌적인 권한행사로 인해 다른 국가기관이나 지방자치단체의 권한이 침해된 경우 침해된 헌법질서를 회복시킨다. 이런 점은 탄핵심판이 정부나 법원의 고위공직자에 의한 헌법침해에 대해 그 공직자를 파면시킴으로써 헌법을 수호하며, 정당해산심판이 정당의 기본권남용으로 인해 헌법질서가 훼손되는 것으로부터 그 정당을 해산시킨다는 것과 마찬가지로 지이다.

다음, 헌법소송은 국가권력의 기본권 기속성과 국가권력 행사의 절차적 정당성을 확보함으로써 국민의 자유와 권리를 보호하는 기능을 갖는다. 특히 헌법소원심판은 국민의 침해된 기본권 구제를 위해 마련된 대표적인 심판절차이다. 헌행법상 인정되는 위헌법률심판은 구체적 규범통제에 속하는 것으로 구체적인 법적 분쟁에 적용될 법률의 위헌여부를 다투어 위헌성이 인정될 경우 그 효력을 부인하고 구체적인 사건에서 적용을 배제하게 함으로써 침해된 권리구제에 기여하게 된다. 또한 위헌법률심판은 헌법소송의 핵심적인 유형이기도 하다.

이어서 헌법소송이 권력통제기능을 담당하기도 한다. 하지만, 이는 헌법이 담고 있는 권력분립적 질서가 위헌적인 권력행사에 의해 침해될 경우 그에 대해 위헌법률심판, 헌법소원심판, 탄핵심판 및 권한쟁의심판절차를 통해 통제를 가함으로써 구현되는 것으로서 이는 헌법보장기능의 부수적인 효과라고 봄이 적

제, 정치적 평화의 보장, 헌법보호 등으로 구분한다.

절하다.¹⁴⁾

마지막으로 헌법소송은 다수결원칙으로 지칭되는 대의제원리를 보완하는 소수자보호기능을 담당한다. 위헌법률심판은 의회가 제정한 법률이 소수파의 의사를 존중하지 않고 다수파의 횡포로 관철된 것일 수도 있다는 다수결원칙이 지닌 구조적인 한계를 극복하는 제도적 장치로 기능한다는 본질적인 속성을 지닌다는 점이다. 여기서 한 걸음 더 나아가 의회의 소수파에게 추상적 규범통제의 제소권을 보장함으로써 그 기능을 수행하기도 한다. 게다가 권한쟁의심판에서는 의회 소수파에 속한 정당 소속의 의원들이 지닌 법률안심의·의결권 침해를 이유로 의회 다수파나 정부를 상대로 심판을 청구할 수 있도록 보장함으로써 그 기능을 완수하게 한다. 이런 점은 정당을 통한 의회 다수파와 정부가 통합되는 권력통합현상이 강하게 나타나면 나타날수록, 소수파를 보호할 필요성은 더욱 크다고 할 것이다.¹⁵⁾

다른 기능적 측면이 그 자체로써 강조될 여지도 없지 않지만, 그렇다고 해서 헌법소송의 주요원칙에 영향을 미치거나 이 글에서 집중적으로 다룰 다른 소송법령의 준용문제에까지 어떠한 의미를 부여할 정도는 아니라고 본다.

II. 다른 소송과 비교할 때, 헌법소송이 지닌 특징적 요소

1. 다른 일반소송과의 비교에서 나타난 헌법소송의 특성

헌법소송의 특성을 알아보기 위해서는 민사소송, 형사소송 및 행정소송의 성질에 관해 개괄적으로나마 알아보고, 궁극에는 헌법소송상 개별심판절차와 다른 소송과 비교하는 작업이 이루어져야 한다.

가. 헌법소송의 비교대상으로서의 민사소송, 형사소송 및 행정소송

(1) 민사소송

14) 동지: 한수웅, 헌법재판일반론, 주석 헌법재판소법, 2015, 8면.

15) 이런 측면에서 볼 때, 후술하는 바와 같이 국회 소수파에게 제3자 소송담당을 인정할 필요성은 아무리 강조해도 지나침이 없을 것이다.

민사소송이란 사인 사이에 발생하는 생활관계에 관한 분쟁 또는 이해충돌을 국가가 재판권을 행사하여 법적, 강제적으로 해결하고 조정하는 절차를 말한다. 민사소송은 사적자치의 원칙이 지배하는 재산관계를 주된 대상으로 삼아 개인의 권리관계에 대한 분쟁을 해결하는 절차로서 결국 개인의 주관적 권리구제를 목적으로 삼고 있다. 민사소송에서는 당사자주의를 기초로 하고 직권주의를 보충적인 원칙으로 하여 이를 전반적인 소송절차에 적용하고 있다. 민사소송에서 당사자주의는 처분권주의와 변론주의를 핵심적 구성요소로 한다.¹⁶⁾

처분권주의(Dispositonsmaxime)는 민사소송의 개시, 심판의 대상, 계속, 종결의 과정에서 요구되는 당사자의 절차적 주도권을 의미하는 것으로, 소송물의 처분에 대한 주도권을 당사자에게 일임하는 원칙이다. 소송을 제기할 것인지의 여부는 원칙적으로 당사자의 의지에 달려 있다는 것이다. 민사법질서에서는 개개인에게 특정의 권리를 승인하므로 이를 국가가 아니라 개개인이 결정하여야 한다는 것으로 이는 매우 자명한 이치이다. 즉, 민사법체계에서는 자기의 권리를 법원에 제소하여 관철할 것인지의 여부는 논리필연적으로 그 자신에게 속해 있다는 것이고, 결국 처분권주의는 실체법에서의 사적자치의 원칙을 소송법적인 측면에서 재구성한 것이다.¹⁷⁾

이에 대하여 변론주의(Verhandlungsmaxime)는 사실과 증거수집의 책임을 당사자에게 맡겨 당사자가 수집한 소송자료만을 재판의 기초로 삼아야 한다는 원칙으로서 제출주의라고도 한다.¹⁸⁾ 이 원칙은 민사소송법상 명문으로 규정되지는 않았지만 민사소송의 본질적인 대원칙으로 적용된다.¹⁹⁾ 이에 관해 대법원은 “민사소송에서 변론주의를 채택함은 민사소송의 성질상 자료의 수집을 당사자의 책임으로 함이 일반적으로 진실을 얻는 첩경이며, 국가의 노력경감과 당사자에 대한 공평을 꾀할 수 있다는 고려에서 취하여진 것이라고 할 수 있다.”라

16) 이하 상세한 내용은 남동현, 민사소송 제9집 제1호, 2005, 185면 이하 참조.

17) 남동현, 민사소송 제9집 제1호, 2005, 195면.

18) 넓은 의미의 변론주의에는 처분권주의가 포함된다. 처분권주의가 당사자의 소송물에 대한 자유처분(Partiefreiheit)을 의미하는 데 반해, 변론주의는 당사자의 소송자료에 대한 수집책임(Parteiantwortschaft)을 의미한다. 그래서 엄격히 말하면 양자는 서로 구별되는 개념이다. 이에 관한 상세한 내용은 남동현, 민사소송 제9집 제1호, 2005, 192면 참조.

19) 이시윤, 신민사소송법(2019), 326면. 민사소송법 제203조(처분권주의) 법원은 당사자가 신청하지 아니한 사항에 대하여는 판결하지 못한다.

고 한다.²⁰⁾ 이는 변론주의를 사적자치의 기초 위에서 진실발견과 절차보장을 실현하는 다원적인 수단으로 이해하는 것이다.²¹⁾

그리고 민사소송에 있어서는 개인의 권리관계에 대한 분쟁을 해결하는 쟁송 절차라는 점에서 판결의 기판력은 소송수행상의 결과에 대하여 책임을 지는 당사자에게만 미치는 것이 원칙이다.

(2) 형사소송

형사소송이란 범죄를 인정하고 형벌을 과하는 절차를 말한다. 형법이 국법체계에서 지닌 제도적 목적을 실현하려면 형벌권행사는 공정하고 균등하게 실현되어야 한다. 형사소송에서도 직권주의와 당사자주의가 주장된다.

먼저, 직권주의를 살펴본다. 직권주의는 국가소추주의(Offizialprinzip)와 직권탐지주의(Untersuchungsmaxime)로 구성된다.

여기서 국가소추주의란 국가 형벌제도의 필연적 구조로 인식되는 것으로서 국가기관이 자의적으로 형벌권행사를 포기해서는 안 된다는 원칙을 말한다. 즉, 형사소송에서는 소송에 대한 자유로운 처분이 허용되지 않는다는 것이다. 범죄의 수사·기소·심판·형벌집행은 형사사법기관의 권한이자 의무라는 점이 그 핵심이다.

직권탐지주의(Untersuchungsmaxime)는 형사소송절차의 기본적인 수단으로서 소송물에 대한 당사자의 자유로운 처분을 허용하지 아니하고 검사의 기소독점주의에 의하여 소송절차를 운영하는 원칙을 말한다. 형사소송에서는 민사소송의 변론주의가 적용될 수 없고, 형식적 진실개념에 만족할 수 없다는 것이다. 이 원칙에 따르면, 당사자의 주장과 입증활동에 의하여 인정할 수 있는 사실만을 진실로 받아들여서는 안 되고 진실발견을 위한 법원의 증거조사가 필요하게 된다. 이때 법원은 형벌권실현의 책임을 다하기 위하여 스스로 사실을 조사하고 증거를 수집하여야 할 의무를 지게 된다. 이런 점은 형사소송에서는 민사소송상 변론주의가 적용되지 않음에 따라 법원이 스스로 증거를 수집할 의무를 부담하게 하는 것이다.

20) 대법 1959. 7. 2. 선고, 4291민상336판결.

21) 이시윤, 신민사소송법(2019), 327면.

다음, 형사소송에서 당사자주의라고 할 때에는 처분권주의와 변론주의가 적용되는 민사소송상 당사자주의를 의미하기보다는 미국법의 영향을 받아 우리 법체계에 들어온 구속적부심이나 보석제도와 같은 각종 인권보장규정과 전문법칙 등의 증거법 및 방어적 참여권의 확대를 꾀하는 제도를 가리킨다. 즉, 직권주의와의 관계에 있어서는 본질적인 대척관계에 있는 것은 아니지만, 본래적 의미의 당사자주의가 그 개념이 변질되어 인권보장과 방어적 참여권보장 등을 위한 규정들을 끌어 모아놓은 관념으로 그 의미가 전용된 것이다.²²⁾

그런데, 헌법재판소는 “형사소송구조는 당사자주의적 구조와 직권주의적 구조로 나뉘는바, 당사자주의적 구조는 당사자, 즉 검사와 피고인에게 소송의 주도적 지위를 인정하여 당사자 사이의 공격과 방어에 의하여 심리가 진행되고 법원은 제3자의 입장에서 당사자의 주장과 입증을 판단하는 소송구조를 말하고, 직권주의적 구조란 소송에서의 주도적 지위를 법원에게 인정하는 소송구조를 말한다.”²³⁾

형사소송의 구조를 당사자주의와 직권주의 중 어느 것으로 할 것인가의 문제는 입법정책의 문제라고 보아야 할 것인바, … 우리 현행 형사소송법이 어떤 구조를 취하고 있는지는 형사소송법의 해석에 의하여 결정될 것이다.

우리나라 현행 형사소송법은 직권주의를 취한 구 형사소송법과는 달리 당사자주의를 대폭 도입하였는바, 현행 형사소송의 기본구조가 무엇인가에 관하여는 학설상 … 소송절차의 전반에 걸쳐 기본적으로 당사자주의 소송구조를 취하고 있는 것으로 이해되고, 또한 재판실무²⁴⁾도 그와 같은 전제하에 운용되고 있다.”고 한다.²⁵⁾

헌법재판소가 여기서 말한 직권주의는 사실주장이거나 입증에 관한 것으로 직권탐지주의라고 파악된다. 당사자주의적인 요소로 제시되는 제도들은 피고인의 방어적 참여권을 보장하는 성격도 지니고 있음에 따라 당사자주의적인 제도로 한정지을 수 있는 것은 아니다. 법원은 증거를 최대한 수집하기 위하여 당사자

22) 남동현, 민사소송 제9집 제1호, 2005, 201면.

23) 형사소송의 기본구조를 당사자주의로 파악하는 견해는 적정절차 및 인권보장의 이념에 기초하고 있는 반면, 직권주의를 기본구조로 파악하는 견해는 실체적 진실발견의 이념에 그 바탕을 두고 있다. 이에 관해서는 변종필, 형사정책연구 제13권 제4호 2002, 14면 참조.

24) 대법 1984. 6. 12. 선고 84도796판결, 공 1984. 8. 15. (734), 1322.

25) 헌재 1995. 11. 30. 92헌마44, 관례집 7-2, 646, 655-658.

의 증거 수집능력을 최대한 활용해야 할 권한과 의무가 있다. 이때, 당사자의 증거신청권이 직권증거조사보다 입증활동에서 중심이 되는 것은, 그것이 법원에 의한 증거수집보다 더 효과적이기 때문이다. 이와 같이 당사자주의를 단순한 보충적인 수단으로 적용하는 것은 직권탐지주의 요소인 법원의 진실발견의무를 실현하기 위한 것에 지나지 않는 것으로 본다.²⁶⁾

이상과 같은 측면에서 보면, 형사소송을 민사소송의 소송구조와 견주어 볼 때, 당사자주의라기보다는 직권주의로 파악함이 적절하다고 본다.

(3) 행정소송

행정소송이란 행정법규의 적용에 관련된 분쟁이나 공법상 법률관계에 관한 분쟁을 해결하기 위한 절차를 말한다. 행정소송제도는 행정법규의 적정한 적용과 국민의 권리구제라는 이중적 기능을 수행한다. 행정소송법은 행정소송을 항고소송, 당사자소송, 민중소송 및 기관소송으로 구분하고(제3조 참조), 항고소송을 취소소송, 무효등확인소송 및 부작위위법확인소송으로 구분한다(제4조 참조).

행정소송법은 행정소송을 규율함에 있어 취소소송을 중심으로 기술되어 있으며, 취소소송 이외의 항고소송과 당사자소송 등은 취소소송에 대한 입법사항을 준용하도록 하고 있다(제38조, 제44조 및 제46조 참조).²⁷⁾ 그런 점에서 행정소송을 다른 소송의 형태와 비교할 때에는 취소소송을 그 중심에 두기로 한다.

행정소송 역시 자신의 법익을 침해받은 국민이 행정청을 상대로 제기함으로써 절차가 진행된다는 점에서 처분권주의(신청주의)를 전제로 한다. 하지만, 행정소송이 원고인 국민의 권리구제와 행정의 적법성보장이라는 기능을 수행함에 따라 소송자료에 관한 심리원칙으로는 변론주의와 직권탐지주의의 절충으로 그 모습을 드러내게 된다. 그 절점은 행정소송법 제26조의 직권심리조항이다.

26) 남동현, 민사소송 제9집 제1호, 2005, 202면.

27) 행정소송의 특질을 말함에 있어 취소소송 이외의 항고소송이나 당사자소송, 민중소송 내지 기관소송을 여기서 별도로 논의함은 그 실익이 크지 않다. 그 이유는 실제 활용의 정도가 미미하기도 하거니와 기본적으로 취소소송을 대부분 준용하도록 하고 있기 때문이다.

나. 민사소송과 형사소송이나 행정소송과의 비교

형사소송이나 행정소송은 민사소송과 여러 가지 측면에서 구분된다.²⁸⁾

먼저, 앞서 살펴본 바와 같이 민사소송에서는 처분권주의와 변론주의를 근간으로 하는 당사자주의적 소송구조를 지니는 데 반해, 형사소송에서는 국가소추주의와 직권탐지주의를 바탕으로 하는 직권주의가 적용된다.

그런데, 형사소송에서도 당사자주의적 소송구조를 지닌다는 주장이 폭넓게 제시된다. 이는 미국법의 영향을 받아 우리 법체계에 들어온 각종 인권보장규정과 증거법 및 방어적 참여권의 확대를 꾀하는 제도를 적극 반영함으로써 나타난 것이다. 형사소송절차에서 당사자주의는 처분권주의와 변론주의가 적용되는 민사소송상 당사자주의와는 그 의미가 전혀 다른 것이다.

다음, 처분권주의에 관해서다. 사적자치의 원칙이 지배하는 민사소송절차에서는 처분권주의가 철저히 인정된다. 하지만, 사적자치의 원칙이 지배한다고 볼 수 없는 행정소송이나 형사소송절차에서는 소송의 공익적인 측면을 고려하여 처분권주의가 제한된 범위 안에서만 인정된다. 이와 같이 소송의 성질이 다름에 따라 처분권주의를 인정하는 폭이 다르다. 특히 형사소송에서는 국가소추주의가 적용된다.

이어서, 민사소송에서는 변론주의를 기본적인 전제로 하지만, 행정소송의 경우 직권탐지주의를 바탕으로 하고 민사소송법을 준용해서 변론주의가 보충적으로 적용되도록 하고 있다. 이로써 실제적 공익과 사익의 적절한 조정 절차로서 기능하도록 한 것이다.²⁹⁾ 형사소송에서 당사자의 증거신청권이 직권증거조사보다 입증활동에서 중심이 되는 요인은, 그것이 법원의 증거수집보다 더 효과적인 까닭이다. 그리고 헌법이 형사소송에서 완벽한 당사자주의를 요구하거나 완벽한 당사자대등주의 내지 무기평등의 원칙을 적용하도록 요구하는 것도 아니다.³⁰⁾

28) 이에 관해서는 이시윤, 신민사소송법(2019), 7면 이하 참조.

29) 민사소송상 여러 제도를 행정소송에 도입하거나 그 인정 내지는 해석문제는 단순히 준용규정에 의한 준용여부만을 검토하는 데 그칠 것이 아니라, 행정소송법 제26조와의 상관관계 아래에서 공익을 이유로 적극적으로 고려하여야 한다. 최선웅, 행정법연구 제12집, 2004, 377면.

30) 헌재 1995. 11. 30. 92헌마44, 관례집 7-2, 646, 655.

형사소송과 행정소송을 간략하게 비교한다.³¹⁾

먼저, 형사소송은 국가의 형벌권 행사라는 공권력발동의 일환으로서의 절차인 데 반해, 행정소송은 국가 공권력 자체를 대상으로 하는 절차이다.

다음, 소송주체의 측면에서 보면, 형사소송은 국가기관인 검사가 국민인 형사피고인을 상대로 검찰권을 행사하는 절차인 반면, 행정소송은 국민인 원고가 국가의 행정청을 상대로 원고 자신의 권리를 구제받기 위해 진행되는 절차이다.

이어서, 목적 내지 이념에 있어 형사소송은 대체적으로 적법절차와 실체적 진실발견이라는 이원적인 목적에 바탕을 두고 있으며, 이러한 목적은 직권탐지주의와 당사자주의의 절차적 대립과 소송자료에 관한 심리원칙에 그대로 반영된다. 그에 반해 행정소송은 국민의 침해된 권리구제와 행정의 적법성보장이라는 두 가지 목적을 동시에 구현하고자 하고 있으며, 이러한 목적은 소송자료의 문제에 있어 공익과 사익의 조정으로서 변론주의와 직권탐지주의의 절충으로 나타난다.

그리고 형사소송이나 행정소송 모두 소송법 규정상 직권탐지주의적 요소와 당사자주의적 요소의 혼합으로 되어 있지만, 형사소송은 소송수행에 있어 주체간의 주도권의 시각에서 접근하여 당사자주의와 직권탐지주의라는 형태로 논의가 전개되는 반면, 행정소송은 공익과 사익의 대립이라는 측면에서 변론주의와 직권탐지주의라는 형태로 논의된다.

마지막으로 형사소송은 직권주의를 완화하고 당사자주의의 요소를 적극 반영하려 하고, 행정소송은 공익을 고려하기 위해 종래의 변론주의에서 직권탐지주의로 나아가고 있다는 점이다. 형사소송에서의 직권탐지주의적 요소는 행정소송의 경우보다 훨씬 강하다고 본다.

다. 민사소송과 헌법소송의 비교

민사소송과 헌법소송을 비교함에 있어서는 민사소송이 일반소송적인 기능을 수행한다는 점을 전제로 한다. 즉, 헌법소송법에 있어 민사소송 관련 법령을 준용한다는 준용규정과 그와 관련된 논의의 기저에는 민사소송법이 헌법소송법뿐만 아니라 각종 소송절차를 규율하는 소송법령에 대한 일반법적 기능을 하고

31) 이에 관해서는 최선웅, 행정법연구 제46집, 2016, 141면 이하 참조.

있다는 점을 바탕으로 한다. 이러한 민사소송법령의 일반법적 기능은 민사소송 법에는 각종 분쟁해결절차에 공통되는 기본원리가 자리하고 있음을 전제로 한 것이다.

민사소송상 당사자주의의 핵심적인 요소인 처분권주의나 변론주의는 헌법소송의 특성에 견주어 아주 대척적인 모습으로 나타난다.

민사소송의 근간을 이루는 사적자치원칙에 따른 처분권주의는 개인의 주관적인 권리구제기능에 부합하게 작동하고, 절차의 개시, 심판의 대상, 심판의 계속 및 절차의 종결 역시 그에 기반을 둔다. 하지만, 처분권주의에는 부분적으로 사법절차의 본질적 속성도 자리하고 있으며, 이에는 헌법소송에서도 부인할 수 없는 요소가 내재되어 있다. 즉, 헌법소송 역시 모든 심판절차에 있어 청구인의 청구가 없으면 심판절차가 전혀 진행될 수 없다는 점이다. 그런 점 이외의 사항에 관해서는 민사소송에 있어 주관적 권리구제와 연관된 자기책임적 요소는 헌법소송에서 일정 부분 배제될 수밖에 없다.

다음, 변론주의에 대해서는 민사소송과 헌법소송이 그 접근태도에 있어 정반대의 모습을 보여준다. 민사소송의 경우 변론주의를 원칙으로 하고 직권탐지주의를 보충적으로 활용하는 데 반해, 헌법소송의 경우 직권탐지주의를 전제로 하지만, 심판당사자들의 이기심을 자극해서 활용하고자 하는 취지로 변론주의의 형식을 빌리기도 한다.

이어서, 민사소송에 따른 재판의 결과인 확정력을 가지고는 헌법소송이 지닌 규율대상의 포괄성이나 반복가능성 등과 관련해서 해결할 수 없는 영역이 폭넓게 존재한다는 점이다. 바로 이런 점이 감안되어 헌법소송법이 별도로 규율되지 않을 수 없게 된 것이다. 또 여기서 헌법재판소법상 일반심판절차의 규율에 대한 정당성이 도출되기도 한다. 그래서 헌법소송에는 다른 법률에서 규율한 바와는 비교할 수 없을 정도로 강력하고 포괄적인 내용의 기속력이나 법규적 효력을 특별히 인정하게 된 것이다.

라. 개별심판절차와 다른 소송과의 비교

헌법재판소의 심판절차별로 준용대상 소송법령이 다르다. 이는 개별심판절차가 지닌 고유한 특성이 다르기 때문이다. 그런 점에서 개별심판절차별로 민사소송법을 비롯한 관련된 소송법령과의 간략한 비교가 나름대로 유의미하다.

(1) 위헌법률심판

위헌법률심판은 구체적인 법적 분쟁에서 해석·적용될 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 된 경우 법원의 제청으로 헌법재판소가 심판하도록 하고 있다. 위헌법률심판은 가장 보편적인 헌법재판에 해당하지만, 다른 심판절차보다도 더욱 뚜렷하게 민사소송과 대비된다.

첫째, 위헌법률심판은 분쟁 당사자 사이의 대립적인 쟁송절차로 형성된 민사소송과는 달리 청구인에 해당하는 제청법원만이 존재할 따름이고 상대방에 해당하는 피청구인이 존재하지 않는다는 점이다.

둘째, 위헌법률심판의 경우 처분권주의와 변론주의가 지배하는 민사소송과는 달리 제청법원이 임의로 청구를 취하할 수도 없고 또 변론주의가 적용될 여지도 없다. 그런 점에서 직권탐지주의가 폭넓게 적용될 수밖에 없다. 그런 차원에서 다양한 이해관계인의 참여를 허용하기도 한다. 물론 헌법재판소의 심판결과에 자신의 재판에서 영향을 받지 않을 수 없는 소송당사자에게 의견진술의 기회를 제공하여야 한다. 하지만, 그렇다고 이것이 변론주의를 의미하는 것은 아니다.

셋째, 위헌법률심판의 경우 사적자치원칙이 지배하는 재산관계를 주된 대상으로 삼아 개인의 권리관계에 대한 분쟁을 해결하는 절차로서의 민사소송과는 달리, 주관적인 기본권구제기능을 말할 수는 있지만, 심판대상이 개별적 구체적 규율의 속성이 아닌 일반적 추상적 규율로서의 속성을 지닌 법률이라는 점과 심판의 결과에 대해서는 기속력이나 법규적 효력이 인정된다는 점, 그리고 헌법에 위반된 법률을 헌법질서에서 배제한다는 점 등과 연결되어 객관적인 헌법보장기능을 수행한다.

(2) 탄핵심판

탄핵심판은 고위공직자가 권한을 남용하여 헌법이나 법률을 위반하는 경우 그 권한을 박탈함으로써 헌법질서를 지키는 헌법재판이다.³²⁾ 탄핵심판절차는 형사재판절차나 징계절차와 유사한 부분이 있지만, 이들 절차들과는 다른 고유

32) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1.

한 목적과 기능을 가진 헌법재판절차이다. 따라서 탄핵심판절차에는 모든 재판 절차에 보편적인 요소, 헌법재판절차에 공통적인 요소, 형사재판적인 요소, 징계 절차적인 요소가 모두 혼재되어 있다.³³⁾

탄핵심판제도의 의의와 기능을 잘 살려나가기 위해서는 상이한 여러 절차적 요소들을 적절히 배분하고 조화시키는 것도 중요하지만, 그 중에서도 형사소송에 관한 법리가 우선적으로 고려된다. 즉, 형사소송에 관한 법령을 우선적으로 준용하도록 한 입법의 취지(법 제40조), 탄핵심판절차는 피소추자를 공직에서 파면하는 중대한 결과를 초래하는 절차라는 점, 형사소송절차를 통하여 소추사실을 밝히는 것이 피소추자의 절차적 기본권을 충실히 보장하게 된다는 점에 비추어 볼 때, 1차적으로 형사소송에 관한 법리를 적용하는 것이 원칙이다.³⁴⁾ 이는 탄핵심판이 형사소송과 매우 유사함을 말해주는 것이다.

하지만, 탄핵심판절차는 형사절차나 일반 징계절차와는 그 성격을 달리 함에 따라 형사절차를 그대로 탄핵심판절차에 적용함에 있어서는 한계가 드러난다. 대표적으로 공소사실의 특징과 소추사실의 특징의 비교에서 뚜렷하게 드러난 바가 있다.³⁵⁾

(3) 정당해산심판

이어서 정당해산심판제도는 헌법재판소의 심판을 통하여 정당을 해산하는 제도로서 강제해산의 일종이다. 정당해산제도는 정당 존립의 특권을 보장함(정당의 보호)과 동시에, 정당 활동의 자유에 관한 한계를 설정한다(헌법의 보호)는 이중적 성격을 가진다. 이러한 정당해산심판은 민사소송과 견줄 때, 아주 특이 점을 지닌다.

첫째, 정당해산심판이 분쟁 당사자 사이의 대립적인 쟁송절차로 형성되어 있다는 점은 민사소송과 공통적이다. 하지만, 민사소송은 당사자의 임의적 처분이 가능한 주관적 권리·의무의 법률관계의 확정이 문제되는 반면에, 정당해산심판은 위헌적인 정당의 해산을 통한 헌법적인 민주적 기본질서의 유지에 두고 있다는 점에서 양자는 구분된다.

33) 헌법재판소, 헌법재판 실무제요, 제2개정판, 2015, 453면.

34) 헌법재판소, 헌법재판 실무제요, 제2개정판, 2015, 453면.

35) 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1, 14-15 참조.

둘째, 민사소송의 목적은 대등한 사인 간의 법적 분쟁에서 사법적 권리를 확정하고 실현하는 것인데 반해, 정당해산심판의 목적은 민주적 기본질서에 위배되는 정당을 해산하여 헌법질서를 수호·유지하는 것에 있다.³⁶⁾ 그리고 심판의 결과에 따라서는 위헌정당의 강제해산과 정당재산의 국고귀속이라는 침해적 조치가 이루어진다.

그리고 정당해산심판은 다른 헌법재판사항과도 그 성격을 달리한다. 위헌법률심판이나 헌법소원심판의 경우 위헌적인 법률이나 공권력 행사로부터 국민의 기본권을 보호함을 그 목적으로 한다. 그에 반해, 정당해산심판은 정당과 그 당원의 의사에 반하여 정당을 더 이상 유지· 존속할 수 없도록 하는 강제적인 정당해산결정을 통하여 민주적 기본질서를 수호·유지함을 목적으로 한다. 즉, 심판절차에서 동일하게 민사소송에 관한 법령이 준용되는 다른 헌법재판의 경우 기본권보호인 데 반해, 정당해산심판은 정당의 강제해산을 통해 오히려 헌법상 보장된 기본권을 제한하는 성격을 갖는다. 그리고 정당해산심판의 경우 공권력의 주체인 정부가 청구인이고, 기본권의 주체인 정당이 피청구인이다. 그렇기 때문에 당사자 사이의 절차적 지위의 대등성을 기대하기 어렵다.

(4) 권한쟁의심판

권한쟁의심판은 민사소송과 몇 가지 점에서 비교된다.

첫째, 권한쟁의심판이 분쟁 당사자 사이의 대립적인 쟁송절차로 형성되어 있다는 점은 민사소송과 공통적이다. 하지만, 민사소송은 당사자의 임의적 처분이 가능한 주관적 권리·의무의 법률관계의 확정이 문제되는 반면에, 권한쟁의심판은 헌법상 객관적 권한배분질서의 유지·수호에 초점을 두고 있다는 점에서 양자는 구분된다.

둘째, 민사소송은 사적자치의 원칙이 지배하는 재산관계를 주된 대상으로 삼아 개인의 권리관계에 대한 분쟁을 해결하는 절차인 반면, 권한쟁의심판은 국가 기관 또는 지방자치단체의 권한의 존부 또는 범위를 대상으로 삼아 이에 관한 분쟁을 해결하는 절차라는 점이다.

36) 이에 관해서는 현재 2014. 2. 27. 2014헌마7에서 별개의견, 판례집 26-1상, 310, 321 참조.

셋째, 민사소송은 개인의 주관적 권리구제를 목적으로 삼고 있는 반면, 권한쟁의심판은 헌법적 가치질서 및 헌법의 규범적 효력을 보호하는 객관적인 기능을 수행한다는 점이다. 권한쟁의심판은 이른바 ‘객관소송’으로서의 특징을 가지며, 이 특징은 권한쟁의의 심판요건이나 심판이익을 판단하는 데 중요한 의미를 갖는다. 권한쟁의심판에 있어 객관소송에서 요구되는 권한침해는 소송을 위해 주관적인 것으로 의제된 권한이다. 즉, 권한쟁의심판의 본래적 기능은 권한의 분배나 권력의 분립 및 국가기능의 원활한 수행에 관한 헌법질서의 유지와 수호일 따름이고, 권한의 귀속주체인 국가기관이나 지방자치단체가 보호되는 것은 부수적 효과에 지나지 않는다.

넷째, 민사소송에서 판결의 기판력은 소송수행상의 결과에 대하여 책임을 지는 당사자에게만 미치는 것이 원칙인 반면(민소법 제204조 제1항), 권한쟁의심판에 있어 권한쟁의심판의 결정은 대세적·일반적 기속력을 가지며 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다(헌법재판소법 제67조 제1항)는 점이다.

(5) 헌법소원심판

헌법소원심판은 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원과 같은 조 제2항의 헌법소원으로 구분해서 접근해야 한다. 후자는 전자와 심판청구절차를 비롯한 처분권주의가 적용되는 폭에 있어서만 부분적으로 유사성을 지닐 따름이고, 일단 심판단계 이후의 절차에서는 위헌법률심판절차와 유사하다고 할 것이다. 그래서 여기서는 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판을 중심으로 소개한다.

헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판은 행정소송 중 항고소송과 매우 유사하다. 하지만, 그 나름대로 헌법소원은 고유한 특성을 지닌다. 헌법소원심판을 다른 소송과 간략하게 비교한다.

첫째, 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권 침해에 당한 피해자의 주관적 권리구제에 관한 심판이라는 점에서, 구체적·개별적인 쟁송 사건에 대한 재판인 민사·형사·행정소송 등에 관한 일반법원의 재판과 유사하다. 하지만, 헌법질서의 보장이라는 객관적인 기능도 겸하고 있으므로 그 점에서 일반법원의 재판과는 법적 성질을 달리한다고 할 것이다.³⁷⁾

37) 헌재 1992. 1. 28, 91헌마111; 헌재 1992. 4. 14, 90헌마82; 헌재 1992. 6. 26, 90

둘째, 헌법소원심판절차에 있어 기본권을 침해받은 자가 심판을 청구하여야 하고, 심판대상을 설정하는데, 청구인의 기본권침해 여부로 한정되지만, 심판기준이나 심판범위를 확정하는 과정에서 헌법재판제도가 지닌 보편적인 기능에 해당하는 헌법의 수호와 유지라는 객관적 기능을 수행해야 한다. 그렇기 때문에 이런 점은 행정소송이나 민사소송과 뚜렷하게 다르게 나타난다.

셋째, 당사자의 처분권주의와 관련해서도 뚜렷이 다르다. 구체적·개별적인 쟁송사건을 다루는 일반법원의 소송절차에 있어, 민사소송절차에서는 철저한 당사자처분주의가 인정되고 있으나, 행정소송이나 형사소송절차에서는 소송의 공익적인 측면을 고려하여 당사자처분주의가 제한된 범위 안에서 인정되고 있는 등 소송의 성질이 다름에 따라서 당사자처분주의를 인정하는 폭이 다르다는 점이다. 이들 일반적인 쟁송과는 법적 성질을 달리하고 있는 헌법소원심판의 소송절차에서 인정되는 당사자처분주의는 이들 쟁송의 경우보다는 훨씬 더 제한된다고 할 것이다. 그렇기 때문에 전 국민의 기본권과 관계되는 등 헌법질서의 수호·유지를 위한 헌법적 해명이 특히 필요한 경우에는 당사자처분주의는 더욱더 제한된다고 할 것이다.³⁸⁾

넷째, 헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속하는 효력, 이른바 일반적 기속력과 대세적·법규적 효력을 가진다는 점이다. 이러한 효력은 일반법원의 재판이 원칙적으로 소송당사자에게만 한정하여 미치는 것과는 크게 다르다.³⁹⁾

2. 헌법소송의 주요원칙

헌아1 등 참조.

38) 예컨대, 청구 중 주관적 권리구제에 관한 점 이외에, 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항으로서 그 해명이 헌법적으로 특히 중대한 의미를 지니고 있는 부분이 있는 경우에는, 비록 헌법소원심판청구의 취하가 있는 경우라 하더라도, 전자의 부분에 한하여 민사소송법 제239조의 준용에 따라 사건의 심판절차가 종료될 뿐이고, 후자의 부분에 대하여서는 헌법소원심판의 본질에 반하는 위 법률조항의 준용은 배제된다고 할 것이므로 위 취하로 말미암아 사건의 심판절차가 종료되는 것이 아니라 할 것이다. 헌재 1995. 12. 14. 95헌마221 등에서 반대의견, 판례집 7-2, 697, 698 참조.

39) 헌재 1995. 1. 20, 93헌아1. 판례집 7-1, 113, 120.

헌법소송의 기본원칙은 헌법소송에 대한 규율체계의 기본적인 바탕으로 기능하면서 헌법소송 전반이 지나야 할 이념적 틀을 제공한다. 또한 개별 심판절차의 절차적 규율상 흠결을 보충하는 데 필요한 지침을 제시하기도 한다. 어떠한 소송원칙들이 헌법소송법 내지 개별 심판절차의 특성에 조화될 수 있는지 그리고 어느 정도 그러한지를 검토하는 것이 중요하다. 이러한 소송원칙들을 정확하게 파악함은 헌법소송법의 해석과 그 흠결을 확인하고 보충하는 작업에 방향성을 설정해주기도 한다.

가. 처분권주의

통상적으로 처분권주의라 함은 심판의 개시, 심판의 대상, 심판의 계속 및 심판의 종결에 있어 청구인에게 절차의 주도권을 부여하는 것을 말하며, 소송물의 처분에 대한 주도권을 청구인에게 일임하는 원칙을 말한다. 헌법소송에서 처분권주의는 많은 제약은 받긴 하지만, 헌법소송에서의 기본원칙이라 할 수 있다.

심판절차의 개시에 있어 처분권주의의 표현인 신청주의는 모든 사법절차에서 상당한 신청권자에 의한 신청이 있어야만 절차가 개시된다는 소송법상 일반원칙을 말한다. 헌법소송의 경우 헌법과 법률에 의해서 정해진 개별 심판절차의 신청권자만이 헌법재판소에 적법한 심판청구를 할 수 있다.⁴⁰⁾ 여기서는 두 가지 의미를 도출할 수 있다. 그 하나는 심판청구의 신청권이 없는 자가 청구한 경우 헌법재판소는 그 청구를 부적법 각하해야 한다. 또 하나는 헌법재판소가 주도적으로 사건을 선정해서 심판대상으로 삼는 것은 허용되지 않는다는 점이다. 관련해서 헌법재판소가 다른 심판절차에서 선결문제가 된 법령의 위헌여부를 직권으로 판단하는 것⁴¹⁾은 허용된다. 왜냐하면 그 위헌여부는 청구인이 제기한 사건에 부수하여 다루어지는 것이기 때문이다.

심판대상의 획정에 있어 원칙적으로 처분권주의가 타당하지만, 직권주의적인

40) 통상 민사소송에서 처분권주의는 사적자치원칙의 표현으로서 당사자에게 처분의 자유가 보장됨을, 소의 제기 여부가 보장됨을 전제로 하지만, 헌법소송에서는 개별심판절차에 따라 다르게 파악된다. 헌법소원심판의 경우에는 청구인에게 청구단계에 있어 처분의 자유가 보장되지만, 위헌법률심판의 경우에는 제정법원에게 제청권한과 함께 제청의무도 부과된 것으로 본다. 그밖의 심판절차에서는 심판청구가 법적 의무라 할 수는 없을 것이다.

41) 이에 관해서는 남북현, 국가법연구 제13집 제1호, 2017, 129-132면 참조.

요소도 적지 않게 영향을 미친다. 처분권주의에 대한 제약으로서 한편으로는 헌법질서의 수호나 헌법문제의 해명을 위해, 다른 한편으로는 법적 명확성, 법적 통일성, 소송경제 등을 위해 청구된 심판대상을 헌법재판소가 직권으로 확장, 축소 또는 변경을 할 수도 있다.

심판의 종료단계에 있어 처분권주의는 심판종료의 수단이 지닌 속성에 따라 다르게 나타난다. 청구취하의 경우에는 탄핵심판이나 정당해산심판, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판에 있어 처분권주의가 그대로 적용될 수 있다. 다만, 위헌법률심판에 있어서는 제청법원에게 제청의 취하보다는 제청의 철회가 원칙적인 모습이다. 그러나 화해나 중재는 헌법소송에서 심판절차의 종료수단으로 익숙한 것이 아니다.

나. 직권진행주의

헌법소송에서 소송의 진행과 관련해서 직권진행주의란 헌법재판소가 소송절차의 진행과 그 정리를 주도하는 소송구조를 말하고, 당사자주의는 당사자에게 소송의 주도적 지위를 인정하고 헌법재판소는 제3자의 입장에서 당사자의 주장과 입증을 판단하는 소송구조를 말한다.

헌법소송에서는 심판절차가 개시된 이후에는 재판진행의 주도권을 헌법재판소에 부여하고, 처분권주의와 관련된 사항에 대해서는 직권진행주의가 적용되지 않는다.

다. 소송자료 제출 단계에서의 직권탐지주의

사실과 증거수집의 책임에 대해서는 직권탐지주의와 변론주의가 논의된다. 직권탐지주의란 재판기관이 사건의 진실을 밝히기 위해 필요하다면, 당사자들이 신청하지 아니한 증거도 직권으로 조사할 수 있다는 원칙을 말한다. 변론주의란 사실과 증거의 수집과 제출의 책임을 당사자에게 맡기고 당사자가 수집하여 제출한 자료만을 변론에서 다루고 재판의 기초로 삼아야 한다는 원칙을 말한다.

헌법소송이 지닌 보편적인 기능과 속성에 따라 헌법소송에서는 구조적으로 변론주의를 골간으로 삼을 수 없다. 즉, 헌법질서의 수호라고 하는 헌법소송의

본질적인 기능을 수행하기 위해서는 직권탐지주의를 원칙으로 하지 않을 수 없다. 그런 시각에서 재판부에 의한 증거조사를 규정한 헌법재판소법 제31조 제1항도 직권탐지주의의 근거규정으로 해석된다.

하지만, 소송실무상 헌법소송에서 직권탐지주의를 철저히 관철시킨다는 것, 즉 관련자료의 수집·제출의 책임을 전적으로 헌법재판소에 두고 이를 관철시킨다는 것은 현실적으로 또 구조적으로도 불가능한 일이다. 이는 헌법재판소의 부담만을 가중하는 것에 지나지 않는다. 그렇기 때문에 직권탐지주의를 채택하고 있다고 하더라도 예컨대, 위헌법률심판이나 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판의 경우⁴²⁾ 제청법원뿐만 아니라 당해사건의 소송당사자들에게 관련된 자료의 제출을 요구하기도 하고 필요에 따라서는 구두변론을 열기도 하는 것이다. 이런 점은 직권탐지주의가 지닌 구조적인 한계를 벗어나고 헌법재판소의 부담을 완화함과 아울러 심판결과에 영향을 받지 않을 수 없는 당사자들의 참여를 유도함으로써 변론주의적인 요소를 가미하는 효과를 지니게 되는 것이다.

라. 그 밖의 헌법소송상 원칙

그 외에도 헌법소송상 주요원칙으로 들 수 있는 것으로는 공개변론주의, 직접심리주의 및 쌍방심리주의를 들 수 있다.

공개변론주의는 심판의 변론과 결정의 선고는 공개하도록 규정한 헌법재판소법 제34조에 근거한 것이다. 다만, 서면심리와 평의는 공개하지 않을 수 있다.

직접심리주의란 헌법소송에서 증거조사는 원칙적으로 재판부가 직접해야 한다는 원칙을 말한다. 헌법재판소법 제31조 제1항은 이를 명확히 하고 있다. 다만, 심판의 효율적 진행을 위해 수명재판관에 의한 증거조사나 심판준비절차의 진행과 같은 직접심리주의의 예외를 인정하고 있다.

쌍방심리주의란 소송의 심리에서 당사자에게 동등하게 진술할 기회를 제공해야 한다는 원칙을 말한다. 무기대등의 원칙 내지 적법절차원칙을 구현해내기 위한 것이다. 이는 구두변론뿐만 아니라 서면심리에 있어서도 당사자들에게 공정하게 의견진술의 기회가 보장되어야 함을 말하는 것이다.

42) 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원심판의 경우 청구인의 의견을 적극 수렴하게 되는 것이다.

III. 헌법소송과 다른 소송의 통일성 확보와 헌법소송의 독자성 허용

후술하는 바와 같이 독일 연방헌법재판소법은 개별적인 준용규정만을 두었을 따름이고 나머지 사항에 관해서는 폭넓은 흠결보충의 임무를 연방헌법재판소에 맡기고 있다. 그에 견주어 우리 헌법재판소법은 제40조에 일반적인 준용규정을 두고 있다. 헌법재판소법이 헌법소송절차에 관해 상세한 규정을 두지 않는 이상, 일반적인 준용규정을 두고 있다 할지라도, 법적 흠결이 발생하게 되고 그로 인해 그 흠결을 보충하거나 준용을 해야 함은 필연적이다. 그런데, 준용이나 흠결보충과정에서 헌법소송절차에 그대로 다른 소송법이나 소송법상 일반원칙을 적용해야 하는지의 문제와 헌법소송법의 독자성 내지 헌법재판소의 자율적인 절차형성의 문제가 첨예하게 대립하게 될 여지는 충분하다. 물론 현행 헌법재판소법은 2003년에 개정되어 준용대상을 한정짓고 있다. 하지만, 이를 둘러싼 논의는 일반화시켜 검토하지 않으면 안 될 중요한 의미를 지닌다.

결국 이 문제는 헌법소송의 정체성(identity)을 어떻게 파악할 것인가로 귀착되게 된다. 그러면, 여기서는 독일과 한국에서 이루어진 이를 둘러싼 논의를 살펴보고 각각의 요소에 관해 간략하게 검토하기로 한다.⁴³⁾

1. 학설

헌법재판소가 각종 심판절차를 원활하게 진행하기 위해서는 헌법재판소법에 규율되지 아니한 절차적 사항들에 대해서는 민사소송법 등을 준용하거나 유추 적용할 수밖에 없다.⁴⁴⁾ 이때 준용이나 유추 적용의 근거와 정도에 관해서는 두

43) 여기서의 논의는 준용과 유추적용을 구분하는 차원에서 전개되지는 않는다. 일단 규율의 공백이 존재하고 이를 해소하고 헌법재판절차의 명확성을 증대시키기 위해서는 절차의 형성적 보완의 수단으로 양자는 모두 동원이 가능하기 때문이다. 물론 양자의 선후관계는 후술하는 바와 같이 헌법소송법이 스스로 개별적 심판절차별로 준용할 소송법령이 정하고 있는 경우에는 당연히 그에 의해야 할 것이고, 준용대상 소송법령이 개별 심판절차의 성질에 반할 경우나 준용할 소송법령이 없는 경우에는 다른 법령의 유추적용이나 절차형성을 위한 범형성이 가능할 것이다.

44) 여기서 준용의 경우에는 헌법소송의 독자성이나 특수성의 문제가 유추적용의

가지 흐름이 있다.⁴⁵⁾

첫째, 헌법소송도 다른 소송과 달리 볼 여지가 없고, 그런 점에서 헌법소송에도 민사소송법을 비롯한 다른 소송법이 그대로 적용되어야 한다는 견해이다.

이 견해의 논거는 대체로 세 가지 형태로 제시된다.

그 하나는 민사소송법을 비롯한 소송법은 소송법질서를 일원적으로 규율하고 있음을 제시한다. 각종 소송법론이 전개된다 할지라도, 그것은 각종 소송법에 따른 공평한 심판의 기회를 보장하여 분쟁을 해결하는 절차를 구현하고자 한 것이며, 또한 모든 사법절차에는 공통적으로 타당한 일관된 원칙이 있어야 하고, 그것은 모든 소송절차에 공통적으로 적용된다고 하는 사고이다. 이와 같이 소송법질서의 일원성을 강조하는 것은 그 자체가 목적이 아니라 평등원칙의 내용인 정의를 구체화하는 것이라고 한다.

그 둘은 원래 소송법질서의 일원성은 일반재판절차의 일원화를 염두에 둔 것이긴 하지만, 헌법소송 역시 헌법규범을 근거로 공평한 심판절차를 진행해서 분쟁을 해결해야 함은 마찬가지라는 점에서 소송법질서의 일원성에 포섭되어야 함을 주장한다. 이러한 시각은 헌법소송을 관할하는 연방헌법재판소는 기본법 제92조에 근거해서 그 자체 독립된 헌법기관인 반면, 일반재판절차를 담당하는 기본법에 규정된 연방법원은 그 소송절차의 일원성 내지 균형을 전제로 한 기관이라는 것이었다. 그렇지만, 분쟁해결이라는 공통성을 강조하여 헌법소송도 일반소송법질서에 포함될 수 있음을 주장한 것이다. 하지만, 그러면서도 헌법소송은 실질적 헌법과 기능적으로 밀접한 연관성을 지니고 있음에 따라 일반소송과 구별되는 특성이 있음을 부인할 수는 없지만, 형사소송이나 행정소송도 관련된 실체법과의 관계 내지 목적에 따른 차이가 있음에도 민사소송법을 준용하거

경우보다 상대적으로 덜 논의될 것으로 보여지기도 하지만, 실제로는 그렇지 않다. 왜냐하면, 우리나라처럼 입법자가 헌법재판소법을 제정하면서 다른 소송법령의 준용을 폭넓게 요구하고 있지만, 이를 그대로 받아들일 경우 헌법소송의 특수성을 살릴 수 없는 경우가 있을 수 있고, 이에 대해서는 헌법재판소가 각종 심판절차를 진행하면서 개별적으로 판단하지 않을 수 없을 것이기 때문이다.

45) 이하에 관해서는 정태호, 헌법논총 제7집, 1996, 255면 이하; 정태호, 서정호교수정년기념논문집, 1997, 326면 이하; 장영철, 헌법판례연구 제2권, 2000, 395면 이하 참조.

나 유추적용하고 있는 것과 마찬가지로 헌법소송도 그렇게 파악되어야 한다는 것이다.

그 셋은 모든 소송절차의 공통적인 요소로서의 사법작용성을 제시한다. 즉 절차의 형식적인 적법요건이나 절차진행에 관한 사항이 상세하게 법률로 규정되어 있다는 점과 그 영역에서 소송당사자나 법원의 재량이 배제된다는 점은 사법의 본질적인 요소라는 것이다. 그래서 일반소송에서도 사법의 형식을 지켜야 한다는 근거로서 제시되는 소송당사자 사이의 평등한 보장, 실체법의 공평한 적용의 보장, 법치국가의 본질적 요소에 속하는 결정의 예측가능성 보장 및 법관의 독립과 공평한 재판의 보장 등은 헌법소송에도 그대로 요구된다는 것이다.

결국 일원적인 소송법질서의 구현을 통한 평등의 실현, 다른 소송법들(행정소송법이나 형사소송법)도 해당 실체법과의 관계 내지 목적상 차이가 있음에도 공통적으로 민사소송법을 유추 적용한다는 점, 그리고 모든 소송절차의 공통적인 요소로서의 사법작용성 등을 논거로 헌법소송에도 그대로 민사소송법이 유추 적용될 수 있음을 주장한 것이다.

둘째, 헌법소송에 대해 민사소송과의 공통점을 강조하기보다는 헌법소송의 특수성을 강조하는 견해이다. 여기에는 두 가지 흐름이 있다. 그 하나는 헌법소송과 일반소송의 차이를 강조하면서 헌법소송법은 실질적 헌법으로서의 지위를 갖는다는 헌법소송 독자성설이고, 다른 하나는 헌법소송에 있어 일반소송법은 헌법재판소가 자율적으로 절차를 형성해 나아가는 데 있어서의 수단에 불과하다는 헌법재판소가 지닌 절차형성의 자율권설이다.

먼저, 헌법소송의 독자성설을 살펴본다. 헤벌레(P. Häberle)는 구체화된 헌법인 헌법소송법은 다른 소송법에 대하여 독자성(Eigenständigkeit)을 가지기 때문에 헌법소송법을 다른 소송법으로부터 분리·독립시켜야 한다고 한다. 그러면서 헌법소송법의 해석과 적용에 있어서 연방헌법재판소의 형성권한을 강조한다.

헤벌레는 헌법소송법을 두 가지 측면에서 헌법의 구체화로 본다. 한편으로는 헌법소송법 자체가 헌법구체화의 산물이고, 다른 한편으로는 헌법소송법이 헌법을 구체화하는 수단이라는 것이다. 헌법소송법을 구체화된 헌법으로 보는 한, 헌법소송법은 필연적으로 다른 소송법으로부터 거리를 두어야 하고, 그런 점에서 헌법소송법은 독자성을 지니게 된다는 것이다.

헤벌레는 헌법소송법을 ‘전체적으로’ 그리고 ‘실체적으로’ 해석해야 함은 다른

소송법에 대한 ‘헌법소송법의 독자성’을 강조하는 시각의 표현이자 결과라고 한다. 여기서 ‘전체적으로’ 해석한다 함은 헌법재판소가 단편적이고 요강적인 성격을 지닌 헌법소송법의 규범들을 개별 심판절차에서 구체적으로 형성할 필요가 있는데, 이들 개별규정들을 전체적인 연관성 속에서 접근해야 한다는 것이다. 그리고 ‘실체적으로’ 해석함에 있어서는 헌법소송법도 헌법이나 공공성원리, 소수자보호, 다원주의와 같은 헌법원리, 헌법해석에 의거해야 한다는 것이다.

다음은 헌법소송을 헌법재판소가 행한 절차형성의 자율권에 따른 절차로 파악하는 견해이다. 연방헌법재판소는 연방헌법재판소법의 흠결에 따른 유추적용의 문제와 관련해서 각종 심판절차를 자유롭게 형성할 권한을 가진 절차의 주재자(Herr des Verfahrens)라고 스스로를 인정하였다.⁴⁶⁾ 절차형성에 관한 연방헌법재판소의 이러한 권한주장은 절차형성의 자율권(Verfahrensautonomie)이란 논의로 체계화되었다. 그렇지만, 연방헌법재판소는 나중에 자신을 ‘법적 구속을 받는 테두리 안에서’ 절차의 주재자라 지칭하였다.⁴⁷⁾ 이는 종래와는 다르게 스스로의 권한에 관해 어느 정도의 제한을 가한 것이다.

첼브쉬(Zembsch)는 헌법재판소의 절차형성 자율권이라 함은 기능법적인 또는 소송법상 일반원칙으로부터 나오는 일정한 한계 안에서 자주적이고 독립적으로 심판절차를 규율할 수 있는 헌법재판소의 권한을 의미한다고 한다.⁴⁸⁾ 자율적인 절차형성을 위한 법형성은 전통적인 법형성과 구별되고 또 그러한 법형성으로는 인식할 수 없는 헌법재판소에 의한 절차의 형성을 의미한다고 한다. 이는 완전한 법전화작업을 포기함으로써 발생하는 의식적인 규율의 흠결영역에서 이루어지는 법형성으로서 규범외부적 법형성(Rechtsfortbildung praeter legem)⁴⁹⁾과는 구분되는 것이라고 한다. 이러한 자율적 절차형성의 근거는 연방헌법재판소의 헌법기관으로서의 지위에서 찾기도 하고 또 연방헌법재판소법 규율의 의식적인 흠결에서 찾을 수도 있다고 한다.

그런데 문제는 절차형성의 자율권이라는 의미가 절차형성에 있어 연방헌법재판소법 이외에는 다른 소송법의 영향을 전혀 받지 아니하고 전적으로 헌법재판

46) BVerfGE 36, 342, 357.

47) BVerfGE 60, 175, 213.

48) Zembsch, Verfahrensautonomie des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. 67; 정태호, 서정호교수정년기념논문집, 1997, 330면.

49) 이에 관해서는 남북현, 이명구박사화갑기념논문집 I, 565면 이하 참조.

소가 재량껏 행사할 수 있음을 말하는 것처럼 비추어진다는 점이다.

2. 검토

이상에서는 소송법의 통일성과 헌법소송의 독자성을 둘러싼 논쟁을 살펴보았다. 이상과 같은 양자의 논쟁이 구체적인 입법위임이 없이 헌법소송법이 흠결한 경우에 제기되는 것은 당연하다. 또 독일에서의 논의에 있어 의도된 법적 흠결은 입법자의 입법회피로 볼 수 있고, 이때 소송법의 통일성 확보 주장과 헌법소송법의 독자성 주장은 각각 그 논의에 있어 합리성을 지니지 않을 수 없게 한다. 그러면, 이상의 주장에 관해 각각 검토하고, 우리에게 유의미한 사항을 적출하기로 한다.

먼저, 헌법소송도 일반소송법질서에 포괄시켜 소송법의 통일성을 확보하여야 한다는 견해를 검토한다. 각종 소송법에 규율된 사항들과 구성요소들은 민사소송법의 그림자를 부인할 수 없고 그런 점은 헌법소송에서도 마찬가지라는 점이다. 또한 헌법소송이 지닌 사법작용성 역시 민사소송에서 구현된 바와 다르지 않다는 점이다. 이상의 측면은 헌법소송에 민사소송적 요소가 반영될 수밖에 없고, 일반적 준용을 입법적으로 규율하거나 법적 흠결에 따른 포괄적인 유추 적용을 가능하게 하는 요소라고 본다. 하지만, 헌법소송은 민사소송을 비롯한 일반적인 쟁송과 견줄 때 그 기능에 있어 아주 다르다는 점이다. 그런 점은 헌법소송의 특수성을 고려하지 않으면 안 되는 것으로 작용하게 한다.

다음, 헌법소송의 독자성설을 검토한다. 헤벌레 등이 제시한 이 견해는 헌법소송법이 다른 소송법에 견줘 독자성을 지닌다는 점, 헌법소송법의 해석과 적용에 있어 나름대로 지닌 고유한 특성을 강조하였다는 점 및 헌법소송법과 실제 헌법과의 관계를 강조함으로써 헌법소송법을 해석함에 있어 헌법적 의미에 주목하도록 하였고 또 헌법소송법의 흠결보충은 물론이고 실제 헌법의 실현에 필요한 절차적 형성에 있어서도 헌법소송법에 대한 고려를 적극적으로 요구한다는 점은 커다란 장점이라 할 것이다. 하지만, 소송법은 실체법의 실현과 관철을 위해 봉사적 기능을 수행하고, 이는 헌법소송법도 전혀 다를 바 없다는 것이다. 그런 점에 비추어보면, 헌법소송의 ‘독자성’주장에 커다란 의미를 부여할 수 없다. 또한 모든 소송법은 구체화된 헌법으로서의 역할을 수행한다는 점에 비추어보면, 구체화된 헌법을 내세워 헌법소송법의 독자성을 강조할 수는 없다는 것이

다. 다만, 그 정도 내지 진지성에는 차이가 있음을 인정해야 할 것이다.

이어서 헌법재판소가 지닌 절차형성의 자율권설에 관해 검토한다. 이 견해는 헌법소송절차와 관련해서 법적 공백이 있을 경우 헌법재판소가 이에 대해 절차의 주재자로서 또는 절차형성의 자율권을 부여받았다는 점을 근거로 제시한다. 또 독일의 경우 연방헌법재판소가 다른 연방법원과는 달리 헌법기관의 지위를 지닌다는 점을 제시한다. 하지만, 헌법재판소가 헌법기관의 지위를 가졌다고 해서 거기서 절차형성의 자율권을 이끌어낼 수도 없거나 헌법재판소가 절차형성에 있어 재량권을 행사할 수 있는 여지는 궁극적으로는 헌법소송법의 법적인 규율상태에 좌우된다는 것이다. 그렇기에 헌법재판소가 사법기관으로서 헌법과 법률의 구속을 받는 한, 헌법재판소는 절차형성의 자율권을 주장할 수 없다고 할 것이다.

이상에서 보는 바와 같이 헌법소송의 독자성이나 헌법재판소가 지닌 절차형성의 자율권을 가지고는 민사소송을 비롯한 다른 소송상 원칙을 배제하고 오로지 헌법소송만의 특수성을 구현해낼 수는 없다.

하지만, 헌법소송 역시 사법작용적 속성을 지님에 따라 민사소송 등에서 드러나는 보편적인 요소를 부인할 수는 없다. 그런가 하면, 헌법소송은 민사소송을 비롯한 다른 소송이 지니지 못한 고유한 특수성을 지닌다. 또한 입법자가 특히 의도적으로 규율하지 않고 그 규율의 공백을 헌법재판소로 하여금 보충하도록 한다면, 거기서는 헌법재판소가 마땅히 절차형성의 자율적인 공간을 지니게 될 것이다.⁵⁰⁾ 그리고 절차형성에 관한 헌법재판소의 권한은 다른 소송법상 원칙을 준용하거나 유추 적용해야 한다는 요청에 의해서도 제한된다.⁵¹⁾

요컨대, 헌법소송법에 규율되지 아니한 공간에 대해 다른 소송법을 준용하도록 하였거나 유추 적용을 하도록 방임하였던 간에 소송법의 통일성 확보 주장과 헌법소송법의 독자성 주장은 서로 대립적으로 등장하게 된다.

그리고, 포괄적인 유추가 아닌 일반적 준용의 경우, 즉 입법자가 명문으로 구체적인 규율을 한 때에는 당연히 그에 의하고, 폭넓게 준용규정을 두었을 경우

50) 의도적인 입법적 공백이 있을 경우 이에 대해서는 유추의 방식으로 흠결을 보충할 뿐이지, 절차에 대한 일반적인 지배권 내지 자율적인 절차형성권을 보장하거나 헌법재판소로 하여금 그것을 주장할 수 있게 하는 것은 아니다.

51) BVerfGE 46, 326, 323(다른 소송법원칙의 유추 적용은 헌법재판소의 특수성에 의해 제한되고 유보된 유추 적용이다).

에는 포괄적인 유추의 경우보다는 그렇게 입법한 입법자의 의사를 존중하여야 할 것이다. 이 경우 헌법소송법의 독자성보다는 입법자가 일반적 준용규정을 두어 명시적으로 준용을 강조하였다는 점에서 소송법의 통일성 주장에 비중을 둔 것으로 파악될 여지가 크다.⁵²⁾ 아울러 현행법에서 ‘헌법재판의 성질에 반하지 않는 한도’를 명시함으로써 소송법의 통일성 주장에 바탕을 두고 헌법소송법의 특수성 주장에 그 중요성을 강조한 것으로 파악된다.

다시 한 번 강조하면, 헌법재판소가 절차형성의 자율권을 지녔거나 헌법소송의 독자성이라는 명제에 따를 수 없는 이유는 헌법재판소가 자유로이 선택할 수 있는 심판절차로는 정당성과 설득력을 이끌어낼 수 없기 때문이다. 정당성과 설득력을 확보하기 위해서는 입법자가 미리 가급적 엄밀하게 확정해 놓는 절차가 필요하다. 합리성과 재판에의 승복이라는 자세를 이끌어내는 요소는 ‘질서있게 규율된 법적 절차’인 것이다.

그렇기 때문에 헌법재판소 역시 “법률의 공백이 있는 경우 개별심판제도의 목적과 취지에 맞는 절차를 창설하여 실제적 진실을 발견하고 이에 근거하여 헌법정신에 맞는 결론을 도출해내는 것은 헌법이 헌법재판소에 부여한 고유한 권한이자 의무이다.”라고 한 것이다.⁵³⁾

IV. 규칙제정권자로서의 재판관회의와 심판절차 형성권자로서의 전원재판부

관련해서 헌법재판소 재판관들의 이중적인 역할에 대해서도 주목해야 한다. 그 하나는, 헌법재판소법의 위임을 받아 헌법재판소의 각종 심판절차를 보완하거나 구체화하기 위해 규칙이나 내규의 형태로 법정립의 권한을 행사하는 ‘재판관회의’이다. 다른 하나는, 헌법소송절차를 규율한 헌법재판소법의 위헌 여부나 기본권 침해 여부가 다투어져 심판하고 결정하는 과정에서 활동하게 되는 ‘전원재판부’이다. 특히 후자는 각종 심판절차를 진행하는 과정에서 관련 소송법령을 준용하거나 다른 법령을 유추적용하거나 또는 전혀 새로운 법형성을 할 수도 있게 된다.

52) 정태호, 헌법논총 제7집, 1996, 290면.

53) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7 참조

헌법재판소는 각종 심판절차를 진행하면서 다른 소송법령의 준용필요성이 있을 경우 준용여부의 판단주체와 준용대상의 결정권에 관해 명확히 입장을 정하고 있다. 즉, 구체적인 심판절차에서 특정한 법령의 준용 여부가 헌법재판의 성질에 반하는지 여부에 대한 판단은 헌법에 따라 헌법재판에 관한 독자적인 심판권을 부여받은 헌법재판소의 고유 권한에 속한다. 한편, 헌법재판소는 헌법에서 헌법재판에 관한 심판권을 부여한 취지에 부합하도록 개별적인 심판의 요건뿐만 아니라, 준용절차와 준용대상의 성격 등을 종합적으로 고려하여 심판절차에서 적용될 법률을 결정해야 한다. 민사소송법령을 포함한 준용대상 소송법령 중 어떤 부분이 헌법재판의 성질에 반하지 않는 것으로 판단되어 준용되는지 여부는 헌법재판소의 구체적인 법률해석에 관한 문제이다.⁵⁴⁾ 즉, 이상의 과제를 수행하는 기관은 헌법재판소의 전원재판부이다.⁵⁵⁾

그리고 헌법소송절차에 있어 준용하고자 하는 관련 소송법령이 헌법재판의 성질에 부합하는 여부가 판단되어야 하고, 부합한다고 판단되면, 관련 소송법령을 준용하고, 준용의 대상으로 삼을 수 없다고 판단한 경우에는 헌법재판관에 의한 법형성을 통해 심판절차의 형성이 이루어지게 된다.

정리하면, 헌법재판소 전원재판부가 스스로 입장을 정리했듯이,⁵⁶⁾ 재판관회의가 정립한 헌법재판소의 심판규칙이 우선 적용되고, 그 틀 안에서 전원재판부는 헌법재판의 성질에 반하지 않는 한도 내에서 민사소송법령 등의 소송법령을 준용할 수도 있고 또 그 한도 내에서 다른 법령의 유추 적용 내지 법형성도 할 수 있다고 할 것이다.⁵⁷⁾

54) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 310, 314 참조.

55) 지정재판부 역시 준용여부를 판단하여 준용대상을 결정할 수 있음은 물론이다.

56) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 15 참조.

57) 준용 여부의 판단기준과 유추적용의 판단기준은 동일하다고 본다. 이에 관해서는 제2장 제5절 III. 참조.

제4절 헌법재판소법 제40조와 준용

I. 입법기술방식으로서의 준용

1. 준용의 개념

준용이라 함은 어떠한 사항에 대해 당해 법률이나 법률조항이 또다시 직접 규율할 경우 동일한 내용을 중복적으로 규율하게 되는 것이고 이는 불필요한 번잡함을 초래하는 것으로 이를 해소하고 법률을 간결하게 할 목적으로 유사한 다른 사항에 관한 규율을 의미에 맞게 적용하도록 하는 입법기술을 말한다.⁵⁸⁾ 다른 법령을 준용하는 입법방식은 불완전한 법률을 보완하기 위한 보조수단으로서 다른 법률에 규정된 동일한 내용을 반복적으로 규정하는 것을 피할 수 있는 유용한 입법기술이다.⁵⁹⁾

그런데, 준용은 입법기술상 간결함을 획득하는 장점을 지니고 있지만, 법률이 개정되거나 준용을 폭넓게 활용할 경우 적용할 법률을 구체적으로 특정하여 나열하거나 그 정확한 의미를 해석함에 있어서 견해가 대립되는 원인으로 작용하기도 한다.⁶⁰⁾ 특히 쟁송절차의 종류를 달리하면서도 상세한 규정을 두지 아니한 채 다른 소송법 전체를 준용하도록 하는 경우에는 준용여부를 판단하는 단계마다 논란의 여지가 발생하지 않을 수 없게 된다.⁶¹⁾ 원래 준용은 그 성질상 다른 법률을 소극적·제한적으로 적용함에 익숙한 것이지, 이와 달리 다른 법률의 규정 내용을 넘어서서 적극적·확장적으로 적용한다거나 준용되어 적용되는 법률의 기본적 성질을 초과하여 적용해서는 안 된다는 한계를 지닌다.⁶²⁾

58) 헌법재판소, 헌법재판 실무제요, 2015, 19면 참조. 그리고 정태호, 헌법논총 제 7집, 290면(준용은 다른 법령의 규정을 인용하여 그 내용을 수정함이 없이 그대로 수용하는 차용[Verweisung]과는 달리 ‘의미에 맞게’ 준용되는 규정을 준용하는 범영역의 법적 문제에 적용할 것이 요구된다.).

59) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 310, 316.

60) 최선웅, 행정법연구 제12호, 2004, 367면.

61) 이런 점을 고려해서 입법자는 헌법재판소법 제40조 제1항에서 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서’ 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 한정짓게 된 것이다.

62) 최선웅, 행정법연구 제12집, 2004, 375면 참조.

헌법재판소법이나 심판에 관한 규칙에 절차진행규정이 없어 헌법재판의 진행에 차질이 빚어질 경우 국민의 기본권을 보호하고 헌법질서를 유지하기 위한 헌법재판의 기능에 장애가 초래될 수 있다. 이에 준용조항은, 일정한 요건 아래 헌법재판소법 이외의 다른 법령을 준용하도록 하여 불충분한 절차진행 규정을 보완하고 원활한 헌법재판절차의 진행을 도모함으로써 신속하고 적정한 재판실현을 가능하게 하여 재판청구권을 보장하는 기능을 한다.⁶³⁾

2. 헌법소송법의 규율에 있어 준용과 유추의 필요성

가. 준용 내지 유추의 필요성

헌법소송절차를 규율함에 있어 직접적으로 그에 해당되는 헌법소송법이 상재하고 세부적으로 규율할 수 없는 요인은 앞에서 살펴본 바와 같다. 그렇지만, 헌법재판 결과의 신뢰도를 제고하고 국민들에게 설득력을 갖기 위해서는 소송절차의 불명확성을 간과할 수는 없는 일이다. 이를 해소하기 위해서는 헌법소송절차를 규율함에 있어 다른 법령의 적용방식은 크게 두 가지의 접근이 가능하다. 그 하나는 준용방식이고 다른 하나는 유추적용의 방식이다.

소송절차의 불명확성을 해소하기 위해 우리 헌법재판소법의 입법자는 다른 소송법령의 폭넓은 준용을 헌법재판소법 제40조에 규정하고 있으며, 헌법재판의 성질에 반하지 않는 한도 내에서의 준용을 요구하고 있다. 그래서 소송법령에 준용대상규정이 없거나 헌법재판의 성질에 반할 경우에는 그 소송법령을 준용할 수 없게 되므로 절차를 규율하는 규범의 공백이 발생하게 된다. 이때 다른 법령의 유추적용이나 절차형성을 위한 법형성의 필요성이 등장하게 된다.

결국 유추적용의 문제는 다른 소송법령의 준용문제가 매듭지어진 다음에서야 비로소 제기된다. 유추적용이란 어떠한 사안에 대해 마땅히 적용할만한 법령이나 조문이 없는 경우 그와 유사한 사안을 규율하는 법령이나 조문을 적용하는 것을 말하고, 법률해석의 한 방법으로 폭넓게 활용되고 있다.⁶⁴⁾

63) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 310, 316 참조.

64) 관련해서 유추해석이 문제되긴 하지만, 법률에 명시되어 있지 않은 사항에 대하여 그와 유사한 성질을 가지는 사항에 관해 규율한 법률을 적용하는 것을 유추해석이라고 할 때, 양자를 달리 볼 것은 아니라고 생각된다.

이상에서 살펴본 바와 같이 최소한 헌법소송에 다른 소송법령을 끌어들이는 문제는 당연히 준용이 우선시되어야 할 것이고, 준용이 불가능할 경우에 한해 유추적용이 고려되어야 할 것이다.⁶⁵⁾

헌법재판소는 전술한 바와 같이 다른 소송법령을 준용하거나 유추적용함에 있어 헌법재판절차의 고유성 내지 특수성을 존중하는 방향으로 행해져야 한다. 하지만, 준용이나 유추적용은 규율의 흠결을 해소하기 위한 것이지 절차운영의 자율권을 부여하는 방향으로의 지향성을 가져서는 안 된다. 그 이유는 헌법재판소의 재판에 국민들과 심판당사자들이 승복할 수 있도록 하기 위해서는 사전에 명확하게 확정된 절차가 마련되어야 하기 때문이다.

나. 비교법적 차원에서 양자의 관계

헌법소송절차를 규율함에 있어 직접적으로 그에 해당되는 헌법소송법 내지 헌법재판절차법이 상세하고 세부적으로 규율할 수 없는 요인에 관해서는 앞에서 살펴본 바와 같다. 그렇지만, 헌법재판 결과의 신뢰도를 제고하고 국민들에게 설득력을 갖기 위해서는 소송절차의 불명확성을 간과할 수는 없는 일이다. 이를 해소하기 위해서는 헌법소송절차를 규율함에 있어 다른 법령의 적용방식은 크게 두 가지의 접근이 가능하다. 그 하나는 이미 앞서 살펴본 준용방식이고 여기에는 일반적 준용방식과 개별적 준용방식이 있고, 다른 하나는 유추적용의 방식이다. 물론 후자는 명문으로 규정을 통해서 관철되는 것은 아니다. 그러면 여기서는 간략하게 비교법적인 차원에서 살펴보기로 한다.

먼저, 상대적으로 개별적인 준용방식을 취하면서 일반적인 유추적용 방식을 채택하는 입법례이다. 독일의 경우 연방헌법재판소법 제17조에서는 “심판의 공개, 법정경찰, 법정용어, 평의 및 평결에 관하여 법원조직법 제14장 내지 제16장의 규정을 준용한다.”고 하고 있다. 스페인의 경우 헌법재판소조직법 제7장의 절차에 관한 공통규정에서는 “재판의 출석, 제청과 기피, 법적 처리의 형식과 보도, 재판 보조행위와 전달, 근무일과 근무시간, 기간산정, 심리와 표결, 실효, 소송취하, 공식언어와 법정질서에 관하여 같은 법을 보완하기 위해 사법부조직법과 민사소송법을 적용한다. 결정의 집행과 관련하여 같은 법을 보완하기 위해

65) 준용과 유추의 관계라는 시각에서 볼 때, 입법자가 의도적이고 명시적으로 관여하였는지의 여부가 양자를 구분하는 중요한 요소가 될 것이다.

행정소송법의 규정을 적용한다.[2015. 10. 16. 개정]”고 규정하고 있다.

이런 입법방식에 따르면, 위의 일반적인 심판절차의 단계적인 사항에 관해서는 법원조직법이나 민사소송법을 구체적으로 준용하도록 하고 있지만, 그 이외의 사항에 대해서는 헌법소송의 특수성을 감안해서 폭넓게 유추적용이 가능하도록 개방해놓고 있는 상태라고 할 것이다.

다음, 일반적인 준용방식을 취하면서 유추적용을 보완적으로 채택하는 입법례이다. 오스트리아 헌법재판소법 제35조 제1항에서는 달리 규정하지 않는 한 민사소송법 규정이 준용된다고 하고 있으며, 탄핵심판에서는 형사소송법이 준용된다(헌법재판소법 제81조)고 하고 있으며, “민사소송법규정은 특히 기간 계산에 적용된다. 우편배달일은 기간에 포함되지 않는다”(헌법재판소법 제35조 제2항)고 한다. 이런 점은 우리나라의 입법례와 아주 유사하다. 오히려 우리나라의 경우 각 심판절차별로 상세하게 준용해야할 소송법령을 명시하고 있다.

그런데, 비교법적인 측면에서 각국의 입법실제를 살펴보면, 헌법재판소법이 다른 소송법령을 적극적으로 준용하도록 명시하는 사항들은 대단히 국부적이고 지엽적인 절차규범에 지나지 않는다는 점이다. 그런 측면에서 보면, 우리나라의 입법체계가 오히려 매우 포괄적인 형태이긴 하지만 준용대상의 법령을 명시하고 있음이 특징적이다.

비교법적인 분석에서 나타나는 개괄적인 성과로는 헌법재판절차의 고유성 내지 특수성이 인정되고 이를 반영한 것이 헌법재판소법(헌법소송법)이지만, 그 내용에는 규율되지 아니한 흠결이 적지 않다는 점이고, 그래서 그 흠결을 보충하기 위해 다른 소송법령에서 법을 발견하여 유추 적용함으로써 그 절차를 완성하게 된다.

3. 일반적 준용과 개별적 준용

헌법소송법을 포함한 소송법령뿐만 아니라 법령 전반에 걸쳐 준용이라는 입법방식은 널리 활용되고 있다. 헌법소송절차에 관해 다른 법령을 적용하는 방식에는 일반적 준용방식과 개별적 준용방식이 있다.

개별적 준용방식이 일반적인 입법사례에 해당하고 일반적 준용방식은 아주 드물게 나타난다. 우리 헌법재판소법 제40조의 규율방식은 후자에 속한다. 헌법소송법에서 민사소송법 규정을 편면적으로 준용하는 규정을 두는 방식은 우리

나라와 오스트리아에서 나타나는 방식이다. 그렇다고 포괄적으로 준용규정을 두지 않고 유추적용을 가능하게 하는 독일의 입법방식이 일반적 준용방식보다는 헌법재판소로 하여금 개별적인 심판절차에서 선택의 폭을 넓게 지닐 수 있게 한다는 점은 있지만, 그렇다고 근본적으로 민사소송법의 규율체계에서 벗어날 수 있는 것은 아니다.

이러한 일반적 준용의 입법방식을 채택하는 요인을 살펴본다.⁶⁶⁾ 첫째로는 입법자가 새로운 분야에 대해 발생할 수 있는 모든 법적 문제들을 폭넓게 예상하고 그에 상응하게 규율하는 데에는 어려움이 적지 않다는 점이다. 둘째로는 헌법소송의 운용에 관한 충분한 경험이 축적되지 않았음에 따라 사리에 맞게 규율하는 것이 불가능에 가깝다는 점이다. 그래서 입법자는 헌법소송절차에 꼭 필요한 문제만 규율하고 나머지 사항들에 관해서는 다른 소송법을 준용하게 한 것이다. 이로써 헌법소송법의 입법자는 입법 활동의 부담을 덜어내는 한편, 다른 한편으로는 법적용자로 하여금 구체적인 사례에 맞게 규율여지를 제공하게 된다. 일반적 준용이 가능하기 위해서는 준용하는 법역과 준용되는 법역 사이에 광범위하게 유사성이 존재하지 않으면 안 된다.

그리고, 일반적 준용의 경우 준용하고자 하는 조항의 규율내용이 헌법재판의 성질에 반하는 경우 준용의 대상에서 적극적으로 배제함으로써 문제를 해결할 수 있지만, 개별적 준용의 경우 그 내용이 성질에 반할 경우에는 어떻게 해야 하는가의 문제가 등장하게 된다. 이때 헌법재판소는 직권으로 개별적 준용의 위헌여부를 판단하고, 그 과정이나 결과를 결정의견으로 밝힘이 타당하다 할 것이다.⁶⁷⁾

준용여부를 규율하지 않거나 아무런 규율도 없는 경우에는 후술하는 바와 같이 절차의 흠결을 보충하기 위한 다른 소송법령의 유추 적용문제가 등장하게 된다.

66) 정태호, 헌법논총 제7집, 1996, 290면 참조.

67) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 310 참조. 물론 이 사건에서는 일반적 준용에 대한 위헌여부(이 사건 심판대상은 헌법재판소법[2011. 4. 5. 법률 제10546호로 개정된 것] 제40조 제1항 전문 중 ‘정당해산심판의 절차’에 관한 부분이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부)가 다투어진 것이긴 하지만, 그 체계는 개별적 준용의 위헌여부에서도 다르지 않을 것이다.

II. 헌법재판소법에 명시된 준용규정

헌법재판소법은 크게 몇 가지 형태로 준용규정을 두고 있다.

우선, 이 연구의 대상이 된 헌법재판소법 제40조로서 이 규정에서는 일반적 준용을 규율하고 있다. 즉 “① 헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 민사소송에 관한 법령을 준용한다. 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을 준용하고, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 「행정소송법」을 함께 준용한다. ② 제1항 후단의 경우에 형사소송에 관한 법령 또는 「행정소송법」이 민사소송에 관한 법령에 저촉될 때에는 민사소송에 관한 법령은 준용하지 아니한다.”

위 조항이 지닌 특징적인 점은 법원조직법을 헌법재판소의 일반심판절차에서 일반적 준용의 대상으로 규정하지 않았다는 것이다. 이런 점은 행정소송법이 제8조 제2항에서 “행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다.”고 한 것과 아주 대비되는 모습이다. 그 요인은 두 가지로 찾을 수 있다. 그 하나는 헌법재판소법 제40조의 준용규정이 헌법재판소의 심판절차를 규율하는 항목에 놓여 있기 때문에, 절차 이외의 요소를 반영하기에는 한계가 있었다는 점이다. 다른 하나는 법원조직법의 준용에 관해서는 후술하는 바와 같이 일반심판절차를 규율한 다른 조항에서 구체적으로 적시하고 있기 때문에, 별도로 일반적인 준용대상에 포함시킬 필요성이 줄어들었다는 점이다.

다음, 일반심판절차에서의 개별적 준용이다. 같은 법 제24조 제6항에서는 당사자의 제척 및 기피신청에 관한 심판에는 「민사소송법」 제44조, 제45조, 제46조제1항·제2항 및 제48조를 준용하도록 하고 있다. 제34조 제2항에서는 헌법재판소의 심판에 관하여는 「법원조직법」 제57조 제1항 단서와 같은 조 제2항 및 제3항을 준용한다. 그리고 제35조 제2항에서는 헌법재판소 심판정의 질서유지와 용어의 사용에 관하여는 「법원조직법」 제58조부터 제63조까지의 규정을 준용한다.

이어서, 특별심판절차에서의 개별적 준용이다. 위헌법률심판에 있어 위헌심판제청신청에 있어 소송당사자는 제청신청서를 제출해야 하고 이 신청서면을 심사하는 것에 관하여는 「민사소송법」 제254조를 준용한다(제41조 제3항 참

조). 헌법재판소가 형벌에 관해 위헌결정을 하게 되면 유죄의 확정판결에 대하여는 재심청구를 할 수 있는바, 이때의 재심에 대하여는 「형사소송법」을 준용한다(제47조 제5항 참조). 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원이 인용된 경우에 해당 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자는 재심을 청구할 수 있는바(제75조 제7항), 이에 따른 재심에서 형사사건에 대하여는 「형사소송법」을 준용하고, 그 외의 사건에 대하여는 「민사소송법」을 준용한다(같은 조 제8항 참조).

그리고, 헌법재판소법 내부에서 규정한 사항의 준용사례로는, 심판청구의 보정을 규정한 제28조 제2항은 제27조 제1항을 준용한다. 헌법소원의 심판청구서의 기재사항을 규정한 제71조 제2항은 제68조제2항에 따른 헌법소원의 심판청구서의 기재사항에 관하여는 제43조를 준용한다.⁶⁸⁾ 헌법소원심판의 사전심사를 규정한 제72조 제5항은 지정재판부의 심리에 관하여는 제28조, 제31조, 제32조 및 제35조를 준용한다. 이해관계기관 등의 의견 제출을 규정한 제74조 제2항은 제68조 제2항에 따른 헌법소원이 재판부에 심판 회부된 경우에는 제27조 제2항 및 제44조를 준용한다. 헌법소원의 인용결정을 규정한 제75조 제6항에서는 제5항(공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률 또는 법률의 조항에 기인한 것이라고 인정될 때의 부수적인 위헌결정)의 경우 및 제68조제2항에 따른 헌법소원을 인용하는 경우에는 제45조 및 제47조를 준용한다.

Ⅲ. 다른 소송법에 규정된 준용에 관한 규율방식

헌법소송법에서 준용규정의 문제는 헌법소송의 특수성 내지 소송의 보편성 문제라 할 수 있다.

민사소송법⁶⁹⁾에는 헌법재판소법, 행정소송법이나 형사소송법을 준용하는 규정이 없다. 헌법재판소법, 행정소송법이나 형사소송법이 민사소송법을 편면적으로 준용할 따름이다.

헌법재판소법이 민사소송법 규정을 준용한다는 규율의 기저에는 민사소송법이 헌법소송을 포함하여 모든 소송절차의 일반법적 기능을 수행하고 있음을 전

68) 이 경우 제43조제1호 중 "제청법원의 표시"는 "청구인 및 대리인의 표시"로 본다.

69) 민사소송법[시행 2017. 10. 31] [법률 제14966호, 2017. 10. 31, 일부개정].

제로 한다. 이러한 민사소송의 일반법적 기능은 민사소송법에는 모든 종류의 분쟁해결절차에 공통되는 기본원리가 규정되어 있음을 의미한다.⁷⁰⁾ 민사소송법은 그 자체로써 민사소송에 관한 모든 사항을 규율하고 있는 자기완결적인 법률임을 말하는 것이다. 이에 건주어 형사소송법이나 행정소송법은 어떠한 태도를 취하는지를 살펴본다.

형사소송법⁷¹⁾의 경우 준용에 관해 크게 두 가지 형태로 그 모습을 드러낸다.

먼저, 서류의 송달에 관하여 법률에 다른 규정이 없는 때에는 「민사소송법」을 준용하고(형사소송법 제65조), 재산형의 집행 등에 관해서는 민사집행법의 집행에 관한 규정을 준용하도록 하고 있다(같은 법 제477조 제3항 참조).

다음, 위의 경우 이외에는 형사소송법 내에서 다른 규정을 준용하도록 하고 있다.

그런가 하면 행정소송법⁷²⁾은 준용에 관해 몇 가지 형태로 그 모습을 드러낸다.

먼저, 법률의 적용과 관련해서 같은 법 제8조 제1항에서는 행정소송에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 행정소송법이 정하는 바에 의하도록 하고 있으며, 제2항에서는 행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용하도록 하고 있다. 이는 일반적 준용을 규정한 것이다.

다음, 개별적 준용에 있어서는 주로 민사소송법의 준용을 규정하고 있다. 즉, 제3자의 소송참가를 규정한 제16조는 민사소송법 제67조의 규정을, 행정청의 소송참가를 규정한 제17조는 민사소송법 제76조의 규정을, 그리고 거부처분취소판결의 간접강제를 규정한 제34조는 행정소송법 제33조와 민사집행법 제262조의 규정을 각각 준용하도록 하고 있다.

이어서 그 이외의 준용에 관해서는 행정소송법 내부에서 상호간 준용을 규정하고 있다.

70) 국가배상청구소송은 아직도 민사소송절차에 의해 운용되고 있으며, 손실보상 청구소송은 2006년에 들어서야 공법상 당사자소송절차에 의하도록 대법원 전원합의체 판결에 의해 변경이 이루어졌다. 이는 그 동안 행정소송이나 헌법소송의 고유한 영역이 배척되고 민사소송이 보편적으로 운용되어 왔음을 상징적으로 보여주는 것이다. 대법 2006. 5. 18. 선고 2004다6207 전원합의체 판결, 집 54 (1) 민, 186; 공2006. 6. 15.(252), 1041 참조.

71) 형사소송법[시행 2018. 1. 7] [법률 제13720호, 2016. 1. 6, 일부개정].

72) 행정소송법[시행 2017. 7. 26] [법률 제14839호, 2017. 7. 26, 타법개정].

그리고 민사소송법을 직접 적용하는 경우도 있는바, 즉 사건의 이송을 규정한 제7조는 민사소송법 제34조제1항의 규정을 직접 적용하도록 하고 있다.

이상에서 살펴볼 때, 민사소송법이 주된 준용대상이고 그 외에도 법원조직법과 민사집행법도 그 대상으로 하고 있다. 이는 행정소송법이 그 자체로써 행정소송에 관한 모든 사항을 규율하고 있는 자기완결적인 법률이 아니고, 행정소송법에서 특별히 정한 특칙 이외에도 민사소송법이 일반적으로 준용되어 소송절차가 진행되도록 한 것이다.⁷³⁾

관련해서 준용의 정도와 범위에 있어서는 실제적인 공익과 사익의 적절한 조정적 절차라고 하는 행정소송의 본질에 부합하게 행정소송이 운용되도록 하여야 하고, 그때 민사소송법을 준용할 때에는 준용의 근거규정인 행정소송법 제8조 제2항에만 의존할 것이 아니고 법원에 의한 직권심리를 규정한 같은 법 제26조에 의거함으로써 민사소송상 여러 제도의 준용상 한계를 극복할 수 있음을 말한다.⁷⁴⁾ 이러한 태도의 실체는 행정소송의 독자성을 준용의 근거규정인 행정소송법 제8조 제2항에서 찾기 어려움에 따라 이를 타개하기 위한 수단으로 직권탐지주의를 규정한 같은 법 제26조를 활용한 것이다.

요컨대, 헌법소송에서는 개별심판절차의 다양성과 고유한 속성을 고려해서 규율의 번잡함을 해소하고자 헌법재판소법 제40조에서는 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서’라는 문구로 해결하였다.

IV. 헌법재판소법 제40조의 의미와 연혁

1. 헌법재판소법 제40조의 의미

헌법재판소법 제40조의 준용규정은 몇 가지 개략적인 의미를 지닌다.

그 하나는 헌법재판소의 심판절차를 형성함에 있어 이중적인 지침을 제시한다는 점이다. 즉, 심판절차를 형성함에 있어 기본적으로 헌법과 헌법재판소법의 절차적 지침에 구속되어야 한다는 것과 법적 흠결이 있어 법적 규율의 공백을

73) 하명호, 공법상 당사자소송과 민사소송의 구별과 소송상 취급, 인권과 정의 제380호, 대한변호사협회, 2008, 55면 참조.

74) 이에 관해서는 최선웅, 행정법연구 제12집, 2004, 275-276면.

때우는 경우에도 일반적인 소송법상 원칙과 헌법소송의 특수성과 기능을 고려하면서 절차형성의 지침으로 삼아야 한다는 것이다.

그 둘은 헌법재판소의 개별심판절차를 운용함에 있어 준용되어야 할 법령을 정해줌과 아울러 개별심판절차별로 준용대상 소송법령의 우선적용 순위를 정해 주고 있다는 점이다.

그 셋은 헌법재판소법 제40조는 기본적으로 위헌법률심판절차를 중심으로 한 일반심판절차가 지향하는 규율내용을 제시함과 아울러 위헌법률심판절차 이외의 개별심판절차에 대해서는 상대적으로 특수한 형태로 소송법령의 준용을 제시하고 있다는 점이다.

헌법재판소법이 제40조에서 ‘헌법재판소법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사, 형사 또는 행정소송에 관한 법령을 준용’하도록 규정하면서, 다시 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도 내에서’라고 단서를 달고 있는 것은, 헌법재판소법이 완결적이지 못함을 스스로 인정하고, 나아가 헌법재판 또는 헌법소송이 여타의 소송과는 다른 특성과 특질을 가지고 있다는 것을 표명한 것이다.⁷⁵⁾

이 조항이 지닌 특별한 의미는 준용조항의 보충적 기능을 정하고 있다는 점이다. 즉, 헌법재판의 성질에 반하지 않는 한도 내에서만 다른 소송법령을 일반적으로 준용할 수 있도록 함으로써 일반적 준용이 지닌 문제점을 해소하고 있다.

2. 헌법재판소법 제40조의 연혁과 입법경위

가. 헌법재판소법 제40조의 연혁

헌법재판소의 심판절차에 다른 소송법령의 준용을 규정한 헌법재판소법 제40조의 연혁을 살펴본다.

먼저, 제헌헌법 아래에서 위헌법률심사를 관할하던 헌법위원회 조직과 절차를 규율한 헌법위원회법⁷⁶⁾은 아무런 준용규정도 두지 않았다. 하지만, 탄핵심판을 관할하던 탄핵재판소의 조직과 절차를 정한 탄핵재판소법⁷⁷⁾은 제20조에

75) 헌재 2015. 11. 26. 2013헌라3에서 반대의견, 판례집 27-2하, 126, 139.

76) 제정 1950. 2. 21 법률 제100호.

77) 제정 1950. 2. 21 법률 제101호.

서 형사소송에 관한 법령의 준용을 규정하였다.⁷⁸⁾

다음, 제2공화국 헌법 아래에서는 헌법재판소가 법률의 위헌여부 심사, 헌법에 관한 최종적 해석, 국가기관간의 권한쟁의, 정당의 해산, 탄핵재판 및 대통령, 대법원장과 대법관의 선거에 관한 소송을 관장하였고, 당시 헌법 제83조의4에 근거해서 헌법재판소법이 제정되었다.⁷⁹⁾ 그 법은 제24조에서 제청과 심판의 절차를 규정하면서 “① 헌법재판소의 재판에 관하여는 본법에 규정한 외에는 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용한다. 단, 기피에 있어서는 동일한 사건에 관하여 3인 이상의 심판관을 기피할 수 없다. ② 탄핵재판의 절차에 관하여는 형사소송법의 규정을 준용한다. 단, 구속에 관한 규정은 예외로 한다.”고 하였다.

이어서 제3공화국 헌법 아래에서는 위헌법률심사와 정당해산심판을 대법원이 관장하였고, 탄핵심판은 탄핵심판위원회가 담당하도록 하였음에 따라, 앞의 두 가지에 관해서는 준용규정을 추적할 의미가 없지만, 탄핵심판에 있어서는 탄핵심판법⁸⁰⁾이 제23조에서 형사소송법규의 준용을 규정하였다.⁸¹⁾

그리고 제4공화국 헌법 아래에서는 헌법위원회가 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부심판, 탄핵심판 및 정당의 해산심판을 담당하였고, 당시 헌법 제111조 제2항에서 헌법위원회의 조직과 운영 기타 필요한 사항은 법률로 정하도록 하였음에 따라 헌법위원회법이 제정되었다.⁸²⁾ 그 법 제49조에서는 준용규정을 두고 있는바, “헌법위원회의 심판에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용한다. 다만, 기피에 있어서는 동일한 사건에 관하여 2인 이상의 위원을 기피할 수 없다.”고 하였다.

제5공화국 헌법 아래에서는 제4공화국 헌법과 동일하게 헌법재판기관으로 헌법위원회를 두었고 관할사항도 동일하게 규율하였음에 따라 헌법위원회법에 규율된 준용규정 역시 변함이 없이 그대로 유지되었다.

78) 제20조 심판관과 재판에 관여하는 기타 직원의 제척, 기피, 회피, 법정에 있어서의 심리, 조서의 작성과 수속의 비용에 관하여는 형사소송에 관한 법령의 규정을 준용한다.

79) 제정 1961. 4. 17 법률 제601호.

80) 제정 1964. 12. 31 법률 제1683호.

81) 제23조(형사소송법규의 준용) 심판위원 및 심판에 관여하는 기타 직원의 제척·기피 및 회피와 법정에서의 심리조서의 작성 및 절차의 비용에 관하여는 형사소송에 관한 법령의 규정을 준용한다.

82) 제정 1973. 2. 16 법률 제2530호.

나. 헌법재판소법 제40조의 입법경위

현행 헌법재판소법 제40조는 2003년에 개정되면서 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서’가 삽입된 것을 제외하고는 헌법재판소법 제정 당시의 그 모습을 그대로 유지하고 있다.⁸³⁾

제정 당시의 규율 내용을 살펴보면, “① 憲法裁判所의 審判節次에 관하여는 이 법에 특별한 規定이 있는 경우를 제외하고는 民事訴訟에 관한 法令의 規定을 準用한다. 이 경우 彈劾審判의 경우에는 刑事訴訟에 관한 法令을, 權限爭議審判 및 憲法訴願審判의 경우에는 行政訴訟法을 함께 準用한다. ② 第1項 後段의 경우에 刑事訴訟에 관한 法令 또는 行政訴訟法이 民事訴訟에 관한 法令과 抵触될 때에는 民事訴訟에 관한 法令은 準用하지 아니한다.”⁸⁴⁾ 이는 헌법재판소법의 입법자가 헌법재판관들이 심판절차의 진행과정에서 겪게 될 절차형성의 어려움을 고려해서 포괄적으로 각종 소송법령의 준용을 마련해 놓은 것이었다.

헌법재판소법을 제정하는 과정에 준용규정을 둔다는 점에 관해서는 대체로 의견의 일치가 있었다고 한다.⁸⁵⁾ 이와 같은 법안의 내용⁸⁶⁾은 법무부가 국무회의에 상정한 법률안 이래로 민주정의당이 제안한 법률안 및 국회 법제사법위원회 대안에서도 그대로 유지되어 있다가 국회 본회의 의결로 제정되어 공포되기

83) 2011. 4. 5. 헌법재판소법의 전문개정이 있었다. 하지만, 이 작업은 법률용어를 순화하면서 자구만 고친 것에 지나지 않았다.

84) 법률 제4017호, 1988.8.5. 제정, 1988.9.1. 시행.

85) “(법무부) 실무위원회의 논의에서 준용규정에 대하여는 별다른 이견이 없었다. 기본적으로 민사소송법을 준용하되 탄핵심판에 관하여는 형사소송법, 정당해산·헌법소원심판에 관하여는 행정소송법을 준용한다는 점에 의견이 일치하였던 것이다. 이에 따라 (법무부) 실무위원회안은 탄핵심판에서 형사소송에 관한 일부 규정을(제35조), 정당해산심판에서 행정소송법과 민사소송법 일부 규정을(제44조) 준용한다는 개별규정을 두는 한편 보칙에서 특별한 규정이 없는 경우 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용하되 기피에 있어서 동일한 사건에 관하여 2인 이상의 재판관을 기피할 수 없다는 내용의 일반규정을 두었다(제74조). 이에 대하여 헌법위원회는 권한쟁의심판에도 행정소송법 및 민사소송법을 준용한다는 특별규정을 만들어야 한다는 의견을 제시하였고, 법무부 예고안은 이를 채택하여 규정하였다(제55조). 대한변호사협회는 동일사건에 2인 이상의 재판관을 기피할 수 없다는 규정을 삭제하자는 의견을 제시하였다.” 이에 관해서는 헌법재판소, 헌법재판소법 제정 약사, 2006, 26면 참조.

86) 이에 관한 상세한 내용은 헌법재판소, 헌법재판소법 제정 약사, 2006 참조.

에 이르렀다. 대한변호사협회와 야3당이 제안한 법률안도 유사한 형태이었지만, 민사소송법, 형사소송법과 행정소송법 및 각 ‘그 부속법령’의 준용을 언급하고 있을 따름이었다.

하지만 헌법재판이 활성화되면서 준용될 소송법령이 헌법재판의 각종 심판절차에 준용되기에 부적합한 사항도 없지 않았다. 그래서 개선입법자는 ‘헌법재판의 성질에 반하지 않는 한도에서만’ 준용해야 하도록 준용의 범위와 한계를 설정하였다.⁸⁷⁾

준용의 범위와 한계를 설정하는 ‘헌법재판의 성질에 반하지 않는 한도에서’라는 어구를 신설하는 법률안이 초로 제안된 것은 최연희의원이 대표발의한 憲法裁判所法中改正法律案⁸⁸⁾이었다. 구체적인 제안내용은 “제40조제1항 전단 중 ‘民事訴訟에 관한 法令의 規定’을 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도 내에서 민사소송에 관한 법령의 규정’으로 한다.”이었다. 제안이유는 “종래 헌법재판소의 운영과정에서 헌법재판소법의 미비와 법의 해석 및 그에 따른 헌법재판소의 결정과 관련하여 많은 논란이 있어 왔음. 이에, 우리 헌법재판제도가 성공적으로 뿌리내리고, 헌법재판소가 헌법기관으로서의 위상을 확보하여 기본권 수호기관으로서의 본질적 기능을 효율적으로 수행하기 위해서는 헌법재판소법에 대한 재검토와 개정작업이 필요함.”이었다. 그 이후의 법안, 즉 법제사법위원회가 대안으로 제안된 헌법재판소법중개정법률안⁸⁹⁾에는 이와 관련한 아무런 언급이 없다. 국회 상임위원회나 본회의의 회의록에도 없다.

다. 준용규정과 입법자의 입법형성권

1987년 제9차 헌법개정에서 헌법재판소가 신설되었는바, 이때 헌법은 일반소송에 건준 헌법소송의 고유한 속성은 물론이고, 다른 국가작용과 견주어 헌법소송이 지닌 사법작용적 속성을 전제로 헌법재판 관련 규정을 규율한 것이었다. 그렇기 때문에 헌법이 이미 전제해 그러한 속성이 헌법재판소법을 제정하는 과정에 반영되어야 할 것임은 물론이고 헌법소송절차를 해석하고 적용하는 과정에도 당연히 반영되어야 한다.

87) 법률 제6861호, 2003.3.12. 일부개정, 2003.6.13. 시행.

88) 의안번호 제160870호, 2001. 7. 2. 제안.

89) 의안번호 제162118호, 2003. 2. 20. 제안.

다른 한편, 절차적 기본권인 재판청구권은 원칙적으로 제도적으로 보장되는 성격이 강하므로, 그에 관하여 헌법은 헌법재판소법의 입법자에게 상대적으로 폭넓은 입법형성권을 인정하였다. 우리 헌법은 헌법재판의 심판절차에 적용되거나 준용될 법령에 대한 직접적인 규정을 두고 있지는 않다. 그렇기 때문에 심판절차를 어떻게 규율할 것인지, 어느 정도의 범위에서 준용하도록 할 것인지는 헌법원리에 위배되지 아니하는 한도에서 입법형성의 자유가 있는 영역에 속한다고 보아야 한다.⁹⁰⁾

그리고 공정한 재판을 받을 권리는 입법자가 헌법재판소법 제40조의 준용규정을 입법함에 있어서도 입법상 지침으로 작용하였다. 즉, 헌법 제27조에서 재판청구권을 보장하고 있는데, 여기서는 공정한 재판을 받을 권리가 도출되고, 그 공정한 재판을 받을 권리는 국민에게 주관적 공권으로 기능할 뿐만 아니라 사법기관인 헌법재판소나 법원에게는 객관적 법원칙으로서 공정한 재판을 수행해야 한다는 과제가 부과된다. 바로 그런 점은 헌법재판절차를 형성하고 구체적으로 진행하는 과정에서도 헌법재판소에 부과된 과제이다. 공정한 재판에 대한 요청은 입법자에게는 입법상 지침으로, 헌법재판소는 모든 심판당사자에게 공정한 절차가 보장될 수 있도록 헌법소송절차에 준용되는 법령을 해석하고 적용하라는 해석지침으로 기능한다. 그래서 헌법재판소법 제40조의 준용규정을 해석하고 적용하는 것도 헌법재판의 공정성을 확보하고 유지하는 데 이바지하여야 한다. 게다가 공정한 재판은 법치국가적 절차의 본질적 원칙에 속한다.

또 한 가지 지적해야 할 점은 우리가 인식하는 헌법소송을 전개하고 구현함에 있어 그 기본적인 인식은 민사소송적인 속성에 바탕을 두고 있다는 것이다. 바로 그 점은 헌법재판소법 제40조에 준용규정을 두고 있는지의 여부와 무관하게 헌법소송절차의 형성에 기여하고 있음을 말하는 것이다.

V. 헌법재판소법 제40조의 해석

헌법재판소법 제40조의 준용규정은 다단계적으로 해석되어야 한다. 먼저, ‘이 법에 특별한 규정이 있는 경우’가 무엇을 의미하는지가 뚜렷해져야 한다. 여기

90) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 310, 316 참조.

에는 다른 심판절차에 규율된 사항을 포섭할 수 있는지도 포함된다. 다음, 민사소송법이나 형사소송법으로 규정하질 않고 민사소송에 관한 법령과 형사소송에 관한 법령으로 규율하고 있다는 점이다. 이어서 개별심판절차별로 준용대상 소송법령의 우선적인 적용순위가 정해져야 한다. 마지막으로 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도’의 의미가 명확하게 되어야 할 것이다.

1. ‘이 법에 특별한 규정이 있는 경우’의 의미

가. ‘이 법에 특별한 규정이 있는 경우’의 다단계적 의미

헌법재판소법 제40조 제1항은 ‘이 법에 특별한 규정이 있는 경우’를 제외하고는 다른 소송법령의 준용을 규정하고 있다. 이에 해당하는 경우 내지 이 어구의 의미가 무엇인가가 문제되는데, 이에 관해서는 다단계적으로 그 의미를 도출할 수가 있다.

첫째, 개별심판절차별로 직접 적용될 내용이 규율되어 있으면, 그에 의해야 할 것이다.

둘째, 심판절차에 관해 개별심판절차에서 구체적으로 규율을 하지 않았으면, 일반심판절차를 규율한 제22조부터 제39조의2까지의 규정이 그대로 적용되어야 할 것이다.

셋째, 제40조의 준용규정을 개별심판절차에 적용하기 이전에, 특정한 개별심판절차에는 규율되어 있지 않지만, 다른 개별심판절차에서는 규정을 두고 있을 경우, 이에 대해서는 다른 절차의 조항을 유추적용해야 할 것이다.⁹¹⁾

넷째, 앞의 경우와 관련된 것으로 다른 개별심판절차에서 흠결보충적인 법형성을 한 것을 그대로 특정한 개별심판절차에서 원용할 수 있으며 그 근거를 어디서 찾을 것인가가 문제된다. 이에 관해서는 헌법재판소가 다른 개별심판절차

91) 이에 해당하는 대표적인 사례가 가처분에 관해 규정한 헌법재판소법 제57조(정당해산심판)와 같은 법 제65조(권한쟁의심판)이다. 위헌법률심판절차, 헌법소원심판절차 및 탄핵심판절차에서 가처분의 필요성이 있다고 해서 그 즉시 민사소송법령이나 행정소송법의 관련 규정을 준용해서 끌어들이려 할 것이 아니고, 위 헌법재판소법의 해당조항들에서 유추해석이 가능한지를 먼저 모색함이 합리적이고 또 공정한 태도라고 할 것이다.

에서 범형성을 한 이상 이는 제40조에 따른 준용규정에 근거할 것이 아니고 ‘이 법에 특별한 규정이 있는 경우’에 해당하는 것으로 보아 유추 적용할 수 있다고 할 것이다.⁹²⁾

다섯째, 이상과 같은 내용은 ‘이 법에 특별한 규정이 있는 경우’의 의미에 포함된다 할 것이고, 그 다음에서야 비로소 제40조 제1항의 준용규정이 적용된다고 할 것이다.

나. 헌법재판소법의 유추해석

헌법재판소법이 특정한 개별심판절차에서는 규율하고 있지만, 다른 개별심판절차에서는 규율하지 아니한 경우, 다른 개별심판절차를 진행하면서 그 특정한 개별심판절차에 규율된 사항을 보충적으로 활용할 수 있는가가 문제된다. 이는 ‘이 법에 특별한 규정이 있는 경우’의 의미를 해석을 통해 범위를 확장하는 것과 밀접한 연관성을 지닌다.

생각건대, 이 문제는 다른 법령의 해석 및 적용과정에서 이루어지는 일상적인 모습이다. 동일한 법률 내에 규율되지 아니한 사항을 처리함에 있어 유사한 내용을 규율한 동일 법률의 다른 조항을 유추해석해서 적용하곤 한다. 이런 점은 헌법재판소법에서도 마찬가지이다.⁹³⁾ 다만, 유추 적용함에 있어 적용되는 개별심판절차에 부합하지 않는 경우에는 당연히 유추 적용이 배제되어야 할 것이다. 하지만, 배제할 경우 그 사유는 결정의견을 제시하는 과정에서 밝힘이 타당하다.

예컨대, 가처분에 관해 권한쟁의심판절차(헌법재판소법 제65조)와 정당해산심판절차(같은 법 제57조)가 규율하고 있지만, 위헌법률심판절차, 탄핵심판절차 및 헌법소원심판절차에서는 이를 규율하지 않고 있다. 이때 이들 절차에서 가처분의 필요성이 있을 때, 그 법적 근거를 어디서 찾을 것인가 하는 점이다. 게다가

92) 이에 해당하는 사례로는 헌법소원심판절차에서 구축된 예외적인 심판청구의 이익으로서의 헌법적 해명의 필요성을 권한쟁의심판절차에 그대로 받아들이는 것을 들 수 있다. 헌재 1997. 11. 27. 94헌마60(판례집 9-2, 675, 688)과 헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1(판례집 15-2하, 17)의 비교 참조.

93) 헌법재판소법에서 다른 조항이나 다른 법령을 명시적으로 준용하도록 하지 않은 이상 헌법재판소법상 다른 개별심판절차를 규율하는 조항을 특정 개별심판절차에서 적용하고자 할 경우 그것은 유추 적용이라고 할 것이다. 명문으로 준용을 명시하지 않는 한, 유추 적용이다.

가 헌법재판소법 제40조의 준용규정과 연관지을 때, 거기에 규정된 소송법령과 경합될 수도 있다고 보이는데, 어떻게 이론적으로 체계화할 것인가 하는 점이다.

개별심판절차를 진행하면서 가처분의 필요성이 있을 때에는 권한쟁의심판과 정당해산심판절차에 규정된 가처분 근거규정을 유추 해석한 다음에 헌법재판소법 제40조 제1항에 규정된 준용대상 소송법령을 준용함이 타당할 것이다. 즉 위 헌법심판절차와 탄핵심판절차의 경우 권한쟁의심판과 정당해산심판의 가처분규정을 유추 해석한 다음에 헌법재판소법 제40조 제1항에 근거해서 민사집행법 제300조를 준용한다. 그리고 헌법소원심판절차의 경우 헌법재판소법상 가처분규정을 유추 해석한 다음에 헌법재판소법 제40조 제1항에 근거해서 행정소송법 제23조 제2항의 집행정지규정과 민사집행법 제300조의 가처분규정을 준용하는 것이다.

결국 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판절차 등에서의 가처분은 2단계로 이루어지게 된다. 우선, 헌법재판소법상 규정된 가처분규정을 유추 적용한 다음에, 행정소송법과 민사소송법의 가처분규정을 준용하는 것이다.

실제로 헌법재판소가 가처분규정을 두지 아니한 개별심판절차에서 가처분의 법적 근거를 이끌어낸 바를 검토할 때, 헌법재판소가 헌법재판소법 제57조와 같은 법 제65조와 같은 직접적인 명문의 법적 근거가 없음을 말하면서⁹⁴⁾ 가처분의 허용 필요성과 가처분의 요건 및 가처분의 허용기준 등을 행정소송법 제23조 제2항과 민사소송법 제714조 및 민사집행법 제300조 등을 준용하여 도출하고 있다.⁹⁵⁾

94) “헌법재판소법은 정당해산심판과 권한쟁의심판에 관해서만 가처분에 관한 규정을 두고 있지만(제57조, 제65조) 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판절차에 있어서도 가처분의 필요성은 있을 수 있고, 달리 가처분을 허용하지 아니할 상당한 이유를 찾아볼 수 없으므로 헌법소원심판청구사건에서도 가처분은 허용된다.”

95) 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판절차에서의 가처분에 관한 것으로는 현재 2000. 12. 8. 2000헌사471, 판례집 12-2, 381, 384-385; 현재 2002. 4. 25. 2002헌사129, 판례집 14-1, 433, 439; 현재 2000. 12. 8. 2000헌사471, 판례집 12-2, 381, 385-386; 현재 2006. 4. 27. 2005헌사754, 판례집 18-1상, 339, 345-346; 현재 2014. 6. 5. 2014헌사592, 판례집 26-1하, 680; 현재 2018. 4. 6. 2018헌사242 등, 판례집 30-1상, 509; 현재 2018. 6. 28. 2018헌사213 등 참조. 그리고 “법령의 효력을 정지시키는 가처분은 비록 일반적인 보전의 필요성이

다. 다른 소송법령의 준용과 헌법재판소법상 관련 규정 존재여부

다른 소송법령을 준용함에 있어 헌법재판소법상 관련 규정이 존재하는 여부도 살펴보기로 한다.

먼저, 헌법재판소법상 관련규정이 전혀 마련되지 아니한 경우이다. 이런 경우 준용된 소송법령의 규정이 그대로 헌법소송절차에 구현될 것이다. 이에 해당하는 사례로는 심판청구가 취하되어 심판절차를 종료하는 경우이다.⁹⁶⁾

다음, 헌법재판소법상 관련규정이 존재하는 경우이다. 이는 두 가지로 구분한다.

그 하나는 규정이 존재하긴 하지만, 세부적인 규율이 미흡해서 다른 소송법의 준용을 통해 보완 내지 구체화의 필요성이 제기되는 경우이다. 이에 해당하는 사례로는 권한쟁의심판(헌법재판소법 제65조)⁹⁷⁾과 정당해산심판(법 제57조)⁹⁸⁾

인정된다고 하더라도 행정소송법 제23조 제3항이 규정하는 바와 같이 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 인용되어서는 안 될 것”이긴 하지만(헌재 2002. 4. 25. 2002헌사129, 판례집 14-1, 433, 439 참조), “헌법소원심판에서 가치분결정은 다투어지는 ‘공권력 행사 또는 불행사’의 현상을 그대로 유지시킴으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방할 필요가 있어야 하고 그 효력을 정지시켜야 할 긴급한 필요가 있어야 한다는 것 등이 그 요건이 된다 할 것이므로, 본안심판이 부적법하거나 이유 없음이 명백하지 않는 한, 위와 같은 가치분의 요건을 갖춘 것으로 인정되고, 이에 덧붙여 가치분을 인용한 뒤 종국결정에서 청구가 기각되었을 때 발생하게 될 불이익과 가치분을 기각한 뒤 청구가 인용되었을 때 발생하게 될 불이익에 대한 비교형량을 하여 후자의 불이익이 전자의 불이익보다 크다면 가치분을 인용할 수 있다.”고 하였다. 헌재 2006. 2. 23. 2005헌사754, 판례집 18-1상, 339. 이로써 법률의 위헌여부를 다투는 절차인 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판과 위헌법률심판절차에서도 법률의 효력을 정지시키는 가치분도 가능하다고 할 것이다. 그리고 권한쟁의심판절차에서의 가치분에 관한 경우는 여기서의 논의와 그 차원이 다르다. 왜냐하면, 이미 가치분의 법적 근거는 헌법재판소법이 제시하고 있고, 단지 구체적인 사항을 전개하는 정도에서만 준용규정을 활용하는 것이기 때문이다. 헌재 1999. 3. 25. 98헌사98, 판례집 11-1, 264, 270-271 참조.

96) 헌재 2001. 6. 28. 2000헌라1, 판례집 13-1, 1218 참조.

97) 제65조(가처분) 헌법재판소가 권한쟁의심판의 청구를 받았을 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 종국결정의 선고 시까지 심판 대상이 된 피청구인의 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있다.

98) 제57조(가처분) 헌법재판소는 정당해산심판의 청구를 받은 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 종국결정의 선고 시까지 피청구인의 활동을 정지하

의 가치분결정과 관련해서 행정소송법 제23조 제2항⁹⁹⁾과 민사집행법 제300조를 준용해서 가치분시 적용해야 하는 기준이나 원칙을 반영한 경우를 들 수 있다.¹⁰⁰⁾

다른 하나는 헌법재판소법상 관련규정을 적극적으로 배제해야 할 필요성이 제기되는 경우이다. 이에 해당하는 경우로는 헌법재판소법 제30조 제1항에서는 권한쟁의심판에 관해서는 필요적으로 구두변론에 의하도록 하고 있는바, 심판청구가 부적법하고 그 흠을 보정할 수 없는 경우 민사소송법 제219조를 준용해서 변론 없이 각하할 수 있게 한 경우를 들 수 있다.¹⁰¹⁾

2. 민사소송에 관한 법령과 형사소송에 관한 법령의 의미

헌법재판소법 제40조에서는 준용대상 소송법령을 규정함에 있어 행정소송법과는 달리 민사소송에 관한 법령과 형사소송에 관한 법령으로 정하고 있다. 이 의미를 어떻게 파악해야 하는지가 문제된다. 헌법재판소법 제40조에 준용되는 것으로 규정되지 아니한 소송법령이나 법령을 적용하는 것은 준용이 아니고 유추 적용에 지나지 않기 때문이다. 그것은 또 경우에 따라서는 흠결을 보충하기 위해 헌법재판관이 법형성을 하는 과정에서 유추 적용의 대상에 지나지 않게 되기 때문이다.

여기서 민사소송에 관한 법령이라 함은 민사소송법, 민사소송규칙, 민사집행법¹⁰²⁾ 및 민사소송에 관한 특별법으로 봄이 적절할 것이다.

는 결정을 할 수 있다.

99) 행정소송법은 권한쟁의심판절차에만 준용되지 정당해산심판절차에는 준용되지 않음은 당연한 것이다.

100) 권한쟁의심판절차에서의 가치분에 관해서는 헌재 1999. 3. 25. 98헌사98, 판례집 11-1, 264, 270-271 참조. 하지만, 정당해산심판절차에서의 가치분에 관해서는 기간결정을 하면서 결정이유를 제시하지 않았다. 헌재 2014. 12. 19. 2013헌사907 참조.

101) 헌재 2006. 3. 30. 2003헌라2, 공보 114, 523; 헌재 2009. 9. 24. 2008헌라5, 공보 156, 1654; 헌재 2009. 11. 26. 2008헌라3, 판례집 21-2하, 468; 헌재 2009. 11. 26. 2008헌라4, 판례집 21-2하, 469; 헌재 2014. 3. 27. 2012헌라4, 판례집 26-1상, 361 등 참조.

102) 헌재 2006. 2. 23. 2005헌사754, 판례집 18-1상, 339; 헌재 2018. 4. 6. 2018헌사242 등, 판례집 30-1상, 509; 헌재 2018. 6. 28. 2018헌사213 참조. 그리고

그리고 형사소송에 관한 법령이라 함은 형사소송법, 형사소송규칙 및 형사소송에 관한 특별법 등이 해당된다고 할 것이다.

3. 개별심판절차별 준용의 우선순위

가. 준용대상 소송법령의 우선순위

헌법재판소법 제40조에 의거해서, 헌법재판소의 일반적인 심판절차에 관해 적용되는 법규범체계의 순위를 살펴보면, 먼저, 헌법과 헌법재판소법 및 헌법재판소 규칙이 우선적으로 적용된 다음, 준용되어야 할 민사소송에 관한 법령이 헌법재판의 성질에 반하는지 여부가 판단되어야 함에 따라 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 민사소송에 관한 법령이 준용된다. 그리고 그 법령이 헌법재판의 성질에 반할 경우에는 다른 소송법령을 유추해서 적용할 수 있게 된다. 유추 적용할 법령이 없는 경우에 헌법재판소는 스스로 법형성을 통해 절차를 형성할 수밖에 없을 것이다. 그러나 일반심판절차에서 적용상 우선순위를 논의함은 실제운영에 있어서는 무의미하다. 그 절차 자체로써 심판이 진행되는 경우는 없기 때문이다. 즉, 항상 개별적인 심판절차별로 절차가 진행되기 때문이다.

다음, 개별심판절차에서는 모두 공통적으로 헌법과 헌법재판소법 및 헌법재판소 규칙이 우선 적용된다.

위헌법률심판절차를 살펴보면, 민사소송에 관한 법령이 위헌법률심판의 성질에 반하는지 여부가 판단된 다음에 민사소송에 관한 법령이 준용될 것이다. 민사소송에 관한 법령 속에 그 심판절차에 준용할 적절한 규정이 없거나 그 심판의 성질에 배치될 경우에는 다른 소송법령인 형사소송에 관한 법령이나 행정소송법을 유추적용하게 된다. 이 과정에서 법원조직법도 유추적용의 대상이 될 것이다.

헌법재판소법 제40조 제1항 단서에서는 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을 준용하고, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 「행정소송

행정소송법 제8조 제2항과 형사소송법 제477조 제3항 참조. 민사집행법은 2002. 1. 26. 법률 제6627호로 제정되어 2002. 7. 1.부터 시행되었고, 그와 더불어 같은 시기에 민사소송법이 법률 제6626호로 전부개정되어 시행되었다.

법」을 함께 준용하도록 하고 있으며, 같은 조 제2항에서는 형사소송에 관한 법령 또는 「행정소송법」이 민사소송에 관한 법령에 저촉될 때에는 민사소송에 관한 법령은 준용하지 아니하도록 하고 있다. 헌법재판소법 제40조 제2항은 개별심판절차에 있어 준용될 소송법령의 우선순위를 정하고 있다.

이에 따라 탄핵심판절차에서는 탄핵심판의 성질에 배치되지 아니하는 형사소송에 관한 법령, 그리고 탄핵심판의 성질에 배치되지 아니하는 민사소송에 관한 법령의 순으로 준용된다. 만약 준용대상 법령이 탄핵심판의 성질에 배치되거나 준용할 법령이 없는 경우에는 다른 소송법령, 즉 행정소송법이나 법원조직법 등을 유추적용하게 된다.

권한쟁의심판절차에서는 권한쟁의심판의 성질에 배치되지 아니하는 행정소송법, 그리고 권한쟁의심판의 성질에 배치되지 아니하는 민사소송에 관한 법령의 순으로 준용된다. 만약 준용대상 법령이 권한쟁의심판의 성질에 배치되거나 준용할 법령이 없는 경우에는 다른 소송법령, 즉 형사소송에 관한 법령이나 법원조직법 등을 유추적용하게 된다.

이런 점은 헌법소원심판절차에서도 마찬가지이다. 즉, 헌법소원심판절차에서는 헌법소원심판의 성질에 배치되지 아니하는 행정소송법, 그리고 헌법소원심판의 성질에 배치되지 아니하는 민사소송에 관한 법령의 순으로 준용된다. 만약 준용대상 법령이 헌법소원심판의 성질에 배치되거나 준용할 법령이 없는 경우에는 다른 소송법령, 즉 형사소송에 관한 법령이나 법원조직법 등을 유추적용하게 된다.¹⁰³⁾

정당해산심판절차에 관해서는 위헌법률심판절차와 동일하게 민사소송에 관한 법령 이외에 다른 소송법령의 준용여부에 관해 아무런 규율도 두지 않고 있다. 그래서 형사소송법이나 행정소송법의 적용필요성이 있을 경우에는 유추해서 적용해야 할 것이다. 이런 점은 법원조직법을 적용하는 경우에도 동일하다.

103) 그런데, 여기서 문제가 되는 점은 헌법재판소법 제40조 제1항에서는 헌법소원심판절차에 관해 확실히 행정소송법을 우선적으로 준용하도록 규정하고 있는바, 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판절차에 관해서는 그 타당성이 인정될 수 있겠지만, 같은 조 제2항의 헌법소원심판절차에서는 그 절차가 지닌 고유한 속성상 준용에 한계가 드러난다. 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판절차는 부분적으로는 같은 조 제1항의 헌법소원심판절차와 유사한 속성을 지니고 있기도 하지만, 본안심판단계에서는 위헌법률심판절차와 그 속성이 아주 유사하기 때문이다.

나. 민사소송에 관한 법령의 보편적 적용성

우리의 입법실제도 그렇지만, 비교법적인 시각에서 일반적 준용방식으로 규율하였거나 일반적 준용을 규정하지 않아 유추적용을 하지 않으면 안 되는 입법례에 있어서도 헌법소송에서 공통적으로 드러나는 현상은 민사소송법을 일반적으로 준용하게 하거나 유추 적용하도록 하고 있다는 점이다.

이는 민사소송에 관한 법령이 민사소송뿐만 아니라, 형사소송과 행정소송 등 소송절차 일반에 널리 준용되는 일반 절차법으로서의 성격을 지니고 있기에(형사소송법 제65조, 제477조, 행정소송법 제8조 제2항 등), 특별한 절차진행규정이 존재하지 않는 상황에서 다른 법령에 비해 더 광범위하게 절차 미비를 보완할 수 있다는 점¹⁰⁴⁾에서 비롯된 것이다. 그렇지만, 준용조항은 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도’에서만 보충적으로 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 한다. 준용해야 할 민사소송에 관한 법령이 헌법재판의 성질에 반한다고 판단할 경우에는 그 준용을 배제하도록 함으로써, 일률적으로 민사소송에 관한 법령을 준용함에 따른 문제점을 해소하고 있다.¹⁰⁵⁾

하지만, 전술한 바와 같이 헌법소송은 민사소송과 견주어 여러 가지 측면에서 특수성을 지니고 있기 때문에, 민사소송법을 일반적으로 준용함에 있어 헌법재판의 성질에 반하지 않는지의 여부에 대한 판단을 통해 그 준용이나 유추적용을 배제해야 하는 상황이 나타나곤 한다.

4. ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도’의 의미

헌법재판소법 제40조 제1항에서는 민사소송에 관한 법령을 포함한 다른 소송 법령의 준용을 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도’에서만 허용하고 있다. 이는 준용규정의 보충적 기능에 관해 헌법소송의 특수성 측면에서 제약을 가한 것이다.

헌법재판소법이 제40조에서 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도 내에서’라고 단서를 달고 있는 것은, 헌법재판소법이 완결적이지 못함을 스스로 인

104) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 310, 316-317.

105) 이런 점은 다른 소송법령을 준용하는 경우에도 마찬가지이다.

정하고, 나아가 헌법재판 또는 헌법소송이 여타의 소송과는 다른 특성과 특질을 가지고 있다는 것을 표명한 것이다.¹⁰⁶⁾ 따라서 헌법재판소법에 의하더라도 헌법재판 또는 헌법소송에 관하여는 헌법재판소가 헌법의 원리와 지도정신에 의거하여 법적 흠결을 보완해 나갈 수 있다.¹⁰⁷⁾

그러면, 헌법소송절차를 진행하는 과정에서 다른 소송법령의 준용이 어떻게 표기되며, 어떠한 경우에 준용규정의 보충적 기능이 배제되고, 또 구체적으로 어떻게 판단되어 드러나 있는지를 추적하기로 한다.

가. 결정문에 소송법령의 준용이 표시되는 여부와 방식

다른 소송법령의 준용을 통한 심판절차의 진행이 구현되어 그에 관해 반드시 결정문에 표시되어야 하는 여부와 표시되는 정도에 관해 살펴본다.

첫째, 다른 소송법을 준용해서 심판절차를 진행하지만 그것이 결정이유에 표시되지 않고 그대로 잠복되는 경우를 들 수 있다. 이에 해당하는 사례로는 법률의 위헌여부 결정에 있어 결정주문의 함의방식이다.¹⁰⁸⁾ 이에 대해서는 주문별 함의방식을 지속적으로 취하였으면서도 나중에 소수의견에서 갑자기 쟁점별 함의방식을 문제 삼아 이를 피력하였기 때문에 드러났던 것이다.¹⁰⁹⁾

106) 헌재 2015. 11. 26. 2013헌라3에서 반대의견, 판례집 27-2하, 126, 139.

107) 헌재 2007. 7. 26. 2005헌라8 참조.

108) 헌재 1994. 6. 30. 92헌바23, 판례집 6-1, 592.

109) 헌재 1994. 6. 30. 92헌바23, 판례집 6-1, 592 참조. 이 사건 즉 구 국제기본법 제42조 제1항 단서에 대한 헌법소원사건에서 위헌의견을 낸 5인의 재판관은, “헌법소원의 적법성의 유무에 관한 재판은 재판관 과반수의 찬성으로 족한 것이므로 이 사건에 있어서 재판관 5인이 재판의 전제성을 인정하였다면 이 사건 헌법소원은 일응 적법하다고 할 것이고, 이 사건 헌법소원이 적법한 이상 재판의 전제성을 부인하는 재판관 4인도 본안결정에 참여하는 것이 마땅하며 만일 본안에 대해 다수와 견해를 같이 하는 경우 그 참여는 큰 의미를 갖는 것”이라고 하였고(판례집 6-1, 592, 612), 이에 대하여 각하의견을 낸 4인의 재판관은 “5인의 위헌의견은 헌법재판의 함의방법에 관하여 쟁점별 함의를 하여야 한다는 이론을 펴고 있으나 헌법재판소는 발족 이래 오늘에 이르기까지 예외 없이 주문함의제를 취해 왔으므로 유독 이 사건에서 주문함의제를 쟁점별 함의제로 변경하여야 한다는 이유를 이해할 수 없고, 새삼 판례를 변경하여야 할 다른 사정이 생겼다고 판단되지 아니한다”라고 하면서(판례집 6-1, 592, 617-618) 본안판단에는 참여하지 아니하였다. 이 결

둘째, 심판절차를 진행함에 있어 명료하게 해명하지 않으면 안 되는 상황이 초래됨으로써 그런 점을 결정이유에 적시하는 경우를 들 수 있다. 예컨대 헌법소원심판의 청구기간과 관련해서 정당한 사유에 관한 경우이다.¹¹⁰⁾

셋째, 다른 소송법의 준용 여부가 재판관들 사이에서 의견의 대립이 발생해서 그에 관해 헌법재판소법 제36조 제3항에 따라 심판에 관여한 재판관으로서 의견을 표시함으로써 드러나게 되는 경우이다. 대표적인 예로는 권한쟁의심판절차에서 제3자 소송담당의 인정여부에 관한 것을 들 수 있다.¹¹¹⁾

넷째, 준용대상 소송법령이 헌법소원심판이나 위헌법률심판의 대상이 되어 결정주문으로 표시됨에 따라 결정이유에서 그 근거로써 검토되는 경우이다.¹¹²⁾

요컨대, 헌법재판소는 준용규정을 지침으로 삼아 헌법소송에 관한 판례를 집적함으로써 헌법재판의 특성에 부합하는 헌법소송절차를 스스로 형성할 수 있다 할 것이고,¹¹³⁾ 이는 반드시 결정문에 드러나지 않으면 안 된다 할 것이다.

나. 준용배제의 필요성

헌법재판소법의 입법자가 다른 소송법상 용어를 사용하여 헌법소송의 문제를 규율한다 할지라도, 다른 소송법에 대한 해석의 결과를 기계적으로 헌법재판소법의 해석에 그대로 반영하게 되면, 이는 헌법소송의 특수성을 간과하는 결과에 이르게 될 수도 있다. 헌법재판소법이 준용하도록 한 소송법령과 개별 심판절차

정에 관한 평식으로는 남북현, 판례평석: 헌법재판소의 합의방식과 결정정족수, 원광대 법학연구 제15집, 1998, 145-154면; 남북현, 헌법재판소 결정의 소송법적 효력, 2013, 347면 참조.

110) 헌재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87, 88-89 참조. 이 사건에서는 정당한 사유가 인정되면 심판청구의 적법요건을 갖춘 것이 되지만, 인정되지 않으면 부적법하여 각하되어야 하는 상태이었다.

111) 관련된 결정으로는 헌재 1998. 7. 14. 98헌라1, 판례집 10-2, 1; 헌재 2007. 7. 26. 2005헌라8, 판례집 19-2, 26; 헌재 2007. 10. 25. 2006헌라5, 판례집 19-2, 436; 헌재 2008. 1. 17. 2005헌라10, 판례집 20-1상, 70; 헌재 2011. 8. 30. 2011헌라2, 판례집 23-2상, 276; 헌재 2015. 11. 26. 2013헌라3, 판례집 27-2, 126; 헌재 2016. 4. 28. 2015헌라5, 판례집 28-1상, 574 등 참조.

112) 이에 관해서는 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 310, 317 참조.

113) 이와 관련해서는 한수웅, 제1장 총칙. 헌법재판 일반론, 주식 헌법재판소법, 2015, 56면 참조.

의 법적 현상 사이에 본질적인 차이가 있어 다른 소송법령을 준용할 수 없는 경우가 적지 않다. 이런 점은 독일에서 헌법재판관의 제척·기피를 둘러싸고 심각하게 논의된 바가 있고,¹¹⁴⁾ 이는 우리나라의 사례¹¹⁵⁾에도 그대로 적용될 수 있는 문제이기도 하였다.

헌법재판소법의 입법자가 일반적 준용규정을 둬으로써 헌법소송법과 다른 소송법 사이에서 존재하는 유사성에 주목하였다 하더라도, 그 준용규정이 헌법소송절차의 제반 특이성 내지 내재적인 논리까지 무시하면서 다른 소송법의 규정을 있는 그대로 반영하도록 한 취지는 아니라는 점이다. 이런 경우 헌법소송의 특수성이 존중되어야 하며, 그런 취지를 반영해서 2003년 헌법재판소법 개정과정에서 준용배제의 법적 근거로써 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도’를 적시하게 된 것이다.

하지만, 헌법재판소법에 특별한 규정이 없고 또 개별심판절차에 적용될 소송법령에서 규율한 바가 없을 경우 민사소송법령을 폭넓게 준용해야 하는지의 문제가 등장하게 된다. 특히 헌법소송의 특수성에 비추어 볼 때, 준용이 부적절한 경우도 있을 수 있기 때문이다. 이때 헌법소송의 구체적인 절차를 진행해야 하는 재판부로서는 준용의 배제여부를 판단하지 않을 수 없게 된다.

실제로 개별심판절차를 진행하는 과정에서 오히려 민사소송에 관한 법령을 준용하거나 또는 헌법재판소법 제40조 제1항 단서에 규정된 소송법령을 준용하는 것이 개별적인 심판의 성질에 배치되는 경우 어떻게 해야 하는가의 문제가 제기된다.

다. 준용의 배제여부 판단 사례

헌법재판소법 제40조의 준용규정에 따라 다른 소송법령이 폭넓게 준용되고 있지만, 준용의 배제여부가 심각하게 논의되기도 하고 또 적극적으로 배제한 경

114) 이에 관한 상세한 내용은 정태호, 헌법논총 제7집, 1996, 255면 이하 참조. 이 문제는 헌법소송의 독자성 문제에 관한 심도 있는 논의의 계기를 제공하기도 하였다.

115) 헌재 2016. 11. 24. 2015헌마902, 판례집 28-2하, 318. 그에 대한 해설로는 박세영, 헌법재판소결정해설집 제15집, 2016, 713면 이하 참조.

우도 있다.

먼저, 준용배제에 대해 의견이 심각하게 나누어진 대표적인 사례를 살펴본다.

① 공권력의 작용을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원절차에서 민사소송법 제422조 제1항 제9호(현행법은 제451조 제1항 제9호) 소정의 판단유탈을 준용할 것인지에 관해 의론이 있었다.¹¹⁶⁾

이에 관해 헌법재판소는 공권력의 작용에 대한 권리구제형 헌법소원심판절차에 있어서 ‘헌법재판소의 결정에 영향을 미칠 중대한 사항에 관하여 판단을 유탈한 때’를 재심사유로 허용하는 것이 헌법재판의 성질에 반한다고 볼 수는 없으므로, 민사소송법 제422조 제1항 제9호를 준용하여 ‘판단유탈’도 재심사유로 허용되어야 한다. 따라서 종전에 이와 견해를 달리하여 행정작용에 속하는 공권력 작용을 대상으로 한 권리구제형 헌법소원에 있어서 판단유탈은 재심사유가 되지 아니한다는 취지의 의견¹¹⁷⁾을 변경하고자 하였다.

이에 대해 반대의견은 종전의 헌법재판소의 견해를 변경할 만한 사정변경을 발견할 수 없다. 즉, 헌법소원심판절차에서는 필요한 경우 청구인이 주장하는 청구이유 이외의 적법요건 및 기본권침해 여부에 관련되는 이유에 관하여 직권으로도 판단하고 있고, 또한 헌법재판이 헌법의 해석을 주된 임무로 하고 있으며, 사전구제절차를 모두 거친 뒤에야 비로소 적법하게 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 하는 사정 등을 고려할 때, 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판절차 중 행정작용에 속하는 공권력 작용을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원에 있어서는 민사소송법 제422조 제1항 제9호 소정의 판단유탈은 적어도 헌법재판소의 결정에 대한 재심사유는 되지 아니한다는 것이다.

결국 공권력적 작용에 대한 헌법소원의 결정에 대한 재심청구를 허용할 것인지 여부에 관해 종래의 의견을 변경할 것인지에 대해 의견이 대립된 것일 뿐만 아니라 민사소송법 제422조 제1항 제9호(현행법은 제451조 제1항 제9호) 소정의 판단유탈을 헌법재판소법 제68조 제1항 헌법소원심판의 재심사유로 준용하는 것에 대해서도 의견이 대립된 것이었다. 요컨대, 헌법재판소는 종래의 의견을 변경하여 민사소송법을 준용해서 판단유탈을 헌법재판소법 제68조 제1항 헌법소원심판의 재심사유로 새로이 인정하였다.

116) 헌재 2001. 9. 27. 2001헌아3, 판례집 13-2, 457.

117) 헌재 1995. 1. 20. 93헌아1, 판례집 7-1, 113; 헌재 1998. 3. 26. 98헌아2, 판례집 10-1, 320.

② 헌법재판소의 다른 심판절차에서도 문제가 제기되었지만, 권한쟁의심판절차에서도 심판청구를 취하한 경우 민사소송법 제239조를 준용해서 심판종료를 선언해야 하는 여부에 관해서도 의론이 있었다.¹¹⁸⁾

이에 관해 헌법재판소는 “법률안에 대한 심의·표결권 자체의 행사 여부가 국회의원 스스로의 판단에 맡겨져 있는 사항일 뿐만 아니라, 그러한 심의·표결권이 침해당한 경우에 권한쟁의심판을 청구할 것인지 여부 또한 국회의원의 판단에 맡겨져 있어서 심판청구의 자유가 인정되고 있는 만큼, 헌법적 가치질서를 수호·유지하기 위한 쟁송으로서 권한쟁의심판의 공익적 성격이 강하다는 것으로 이미 제기한 심판청구를 스스로의 의사에 기하여 자유롭게 철회할 수 있는 심판청구의 취하를 배제하는 것은 타당하지 않다.”고 하였다.

이에 대해 반대의견은 “이 사건의 경우에는 비록 청구인들이 심판청구를 취하하였다 하더라도 소의 취하에 관한 민사소송법 제239조의 규정의 준용은 예외적으로 배제되어야 하고, 따라서 위 심판청구의 취하에도 불구하고 이 사건 심판절차는 종료되지 않는다고 보아야 한다.”고 하였다.¹¹⁹⁾

권한쟁의심판청구의 취하에 대해서도 소의 취하를 규정한 민사소송법 제239조를 준용하여야 한다는 점은 공통적이다. 하지만, 반대의견은 이 사건의 경우 더 이상의 심리가 필요치 아니한 시점에 청구취하가 이루어졌고 또 헌법적으로 해명의 필요성이 인정된다는 점에서 예외적으로 민사소송법 제239조의 준용을 배제하여야 한다는 입장이었다. 하지만 법정의견은 법률안에 대한 심의·표결권에는 권한쟁의심판의 청구를 스스로의 의사에 기하여 자유롭게 철회할 수 있는 권한도 내포되어 있다는 점에서 준용배제는 타당치 않다는 입장이었다.

③ 권한쟁의심판절차에 있어 제3자 소송담당을 인정할 것인지와 관련해서도 준용여부가 문제되었지만, 궁극에는 헌법재판관에 의한 범형성의 문제로 귀착되었다.

제3자 소송담당이라 함은 권리주체가 아닌 제3자가 자신의 이름으로 권리주체를 위하여 소송을 수행할 수 있는 권능을 말한다. 권리는 원칙적으로 권리주체가 주장하여 소송수행을 하도록 하는 것이 자기책임의 원칙에 부합하므로, 제3자 소송담당은 예외적으로 법률의 규정이 있는 경우에만 인정된다.¹²⁰⁾ 권한쟁

118) 헌재 2001. 6. 28. 2000헌라1, 판례집 13-1, 1218.

119) 헌재 2001. 6. 28. 2000헌라1에서 반대의견, 판례집 13-1, 1230-1232.

120) 헌재 2007. 7. 26. 2005헌라8, 판례집 19-2, 26, 32.

의심판절차에서 제3자 소송담당이 문제되는 것은 국회의 구성원인 국회의원이 국회의 권한 침해를 주장하여 권한쟁의심판을 청구할 수 있는지 여부에 관한 것이었다. 이에 관해 헌법재판소의 법정의견은 소극적이다. 제3자 소송담당을 둘러싸고 법정의견은 헌법재판소법에 명문의 규정도 없고 또 다른 소송법령의 준용의 여지도 없음을 말하는 반면, 반대의견은 권한쟁의심판의 특성을 고려해서 인정되어야 한다는 입장이다.¹²¹⁾

제3자 소송담당에 관해 헌법재판소법이나 행정소송법은 아무런 명문의 규정이 없다. 게다가 헌법재판소법 제40조 제1항에 따라 민사소송법령을 준용해야 하는데, 임의적 소송담당이나 법정소송담당 어느 것도 그 성격상 준용대상이 아니어서 민사소송법의 준용은 배제되어야 한다는 것이다. 이상에 관해서는 법정의견이나 반대의견이 동일한 입장이다.

하지만, 법정의견은 헌법재판소법이 명문의 규정을 두지 아니한 것은 입법의 흠결이 아니고 ‘국가기관 자체’에게만 청구인적격을 인정하겠다는 입법자의 취지임을 주장한다. 그에 반해 반대의견은 이는 입법의 흠결이고 해석상 제3자 소송담당의 필요성이 있다고 본다. 그리고 권한쟁의심판의 특수성을 고려해서 헌법재판관에 의한 법형성이 가능하고 그에 의거할 때 제3자 소송담당이 인정된다는 것이다.

생각건대, 제3자 소송담당의 인정필요성이 크고 특히 정당국가화 경향에 비추어 헌법재판관에 의한 법형성의 여지를 인정함이 타당하다. 제3자 소송담당에 대한 헌법재판소법 제40조의 관련성을 검토하면, 행정소송법은 관련 준용규정이 없고, 민사소송법령상 준용대상규정은 권한쟁의심판의 성질에 부합하지 않아 준용이 배제된다는 것이다. 결국 제3자 소송담당에 관해 헌법재판관에 의한 법형성의 필요성이 인정되는 여부가 다툼의 핵심이었다.

다음, 헌법재판의 성질에 부합하지 않음을 이유로 적극적으로 준용규정을 배제한 사례이다. 헌법재판소는 승소자의 당사자비용을 패소한 자에게 부담시키는 소송비용에 관한 규정을 준용할 것인지의 여부¹²²⁾에 관해 판단하면서, “헌법

121) 헌재 2015. 11. 26. 2013헌라3, 판례집 27-2, 126. 관련된 결정으로는 헌재 1998. 7. 14. 98헌라1, 판례집 10-2, 1; 헌재 2007. 7. 26. 2005헌라8, 판례집 19-2, 26; 헌재 2007. 10. 25. 2006헌라5, 판례집 19-2, 436; 헌재 2008. 1. 17. 2005헌라10, 판례집 20-1상, 70; 헌재 2011. 8. 30. 2011헌라2, 판례집 23-2상, 276; 헌재 2016. 4. 28. 2015헌라5, 판례집 28-1상, 574 등 참조.

122) 헌재 2015. 5. 28. 2012헌사496, 판례집 27-1하, 393, 396-398.

재판의 정의나 헌법소원심판이 수행하는 객관적인 헌법질서에 관한 수호·유지 기능, 그리고 헌법소원심판의 직권주의적 성격과 심판비용의 국가부담 원칙, 변호사강제주의, 국선대리인제도 등에 관한 헌법재판소법의 규정 내용 등을 종합하여 보면, 당사자비용을 제외한 심판비용을 국가가 모두 부담하는 헌법소원심판절차에서 청구인이 승소하였는지 아니면 패소하였는지를 구분하지 않고 승소자의 당사자비용을 그 상대방인 패소자에게 반드시 부담시켜야만 하는 민사소송법과 행정소송법의 소송비용에 관한 규정들을 준용하는 것은 헌법재판의 성질에 반한다.”고 하였다.

여기서 헌법재판소는 헌법소원심판의 성질을 도출해냄에 있어 “헌법재판의 정의나 헌법소원심판이 수행하는 객관적인 헌법질서에 관한 수호·유지기능, 그리고 헌법소원심판의 직권주의적 성격과 심판비용의 국가부담 원칙, 변호사강제주의, 국선대리인제도 등에 관한 헌법재판소법의 규정 내용 등”을 종합해서 파악함을 볼 수 있다. 이를 일반심판절차와 관련해서 일반화시키면, 헌법재판의 정의, 헌법재판이 수행하는 기능, 헌법재판의 성격 및 일반심판절차에 관해 규율한 헌법재판소법의 규정 등이 헌법재판의 성질을 판단하는 기준이라고 할 것이다. 하지만, 헌법재판절차는 실제에 있어서는 일반적인 심판의 형태가 아닌 개별적인 심판을 청구하는 형태로 진행된다고 할 것이므로, 개별적인 심판절차의 속성을 판단기준으로 삼아 제시되어야 함이 타당하다.

라. 준용배제의 판단기준

헌법재판소법 제40조가 다른 소송법령의 준용을 무제약적으로 폭넓게 허용하고 있는 것은 아니다. 특히 2003년 헌법재판소법 제40조 제1항이 개정되어¹²³⁾ 제1문에 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서’가 삽입함으로써 다른 소송법령 준용의 배제를 명문으로 인정하기에 이르렀다. 그러면, 여기서는 2003년 개정 전후에 걸쳐 어떠한 논거로 헌법재판소가 준용배제를 하였는지 살펴보기로 한다.

123) 헌법재판소법[시행 2003. 6. 13.] [법률 제6861호, 2003. 3. 12., 일부개정].

(1) 2003년 개정 이전

2003년 헌법재판소법을 개정하면서 제40조 제1항에 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서’ 부분을 삽입하기 이전에는 개별적인 심판절차를 진행하면서 관련된 다른 소송법령을 일반적으로 준용하여야만 했는지의 문제가 제기된다.

헌법재판소는 그 활동 초기에는 헌법재판소법 제40조의 준용과 관련해서 준용의 법적 근거를 제시하고 해당되는 준용법령의 해당 조항의 해석에 들어가는 행태를 취하는 것이 보편적이었다. 헌법재판소법 제40조 제1항이 개정되기 이전에 헌법재판소 결정에 헌법재판의 성질에 반하지 않는 한도에서만 준용이 허용되어야 한다는 것이 적극적으로 표시된 것은 불기소처분취소(재심)사건에서의 재판관 김용준, 고중석의 별개의견¹²⁴⁾이었다. 즉 “헌법재판소법에는 재심에 관하여 특별한 규정이 없으므로 헌법재판소법 제40조에 따라 민사소송법의 재심에 관한 규정을 준용하여 ‘헌법재판소의 심판절차의 성질에 반하지 않는 한’ 원칙적으로 헌법재판소의 심판에 대하여도 재심이 허용되어야 한다.”¹²⁵⁾는 것이었다.

그리고 준용배제 여부의 판단기준에 관해서는 권한쟁의심판절차의 경우 “여기서 ‘준용’이라 함은 아무런 제한 없이 모든 경우에 준용된다는 것은 아니고, 권한쟁의심판절차의 본질 및 당해 사건의 내용에 비추어 당해 법령을 준용하는 것이 허용되지 않는다고 볼 특별한 사정이 있는 경우에는 그 준용을 배제하는 것이 마땅하다”고 하였다.¹²⁶⁾ 이로써 개별심판절차의 본질과 당해 사건의 내용

124) 헌재 1995. 1. 20. 93헌아1, 판례집 7-1, 113, 123.

125) 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판절차 중 공권력의 작용을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원에 관한 심판에 관하여 민사소송법의 재심에 관한 규정을 준용하여 재심을 허용하는 것이나 민사소송법 제422조 제1항 제9호 소정의 이른바 ‘판단유탈’을 재심사유로 하는 것이 헌법재판소의 심판절차의 성질에 반한다고 볼 수도 없으므로, 이 사건 재심대상 결정에 대하여는 민사소송법의 재심에 관한 규정을 준용하여 재심이 허용되어야 함은 물론 민사소송법 제422조 제1항 제9호 소정의 ‘결정에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 유탈한 때’를 재심사유로 할 수 있다고 보아야 한다.

126) 헌재 2001. 5. 8. 2000헌라1에서 반대의견, 판례집 13-1, 1218, 1229.

이 준용배제 여부의 판단기준임을 제시한 것이었다.

이상을 보면, 헌법재판소법 제40조 제1항에 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서’라는 문구가 2003년 삽입되기 이전에 이미 헌법재판소는 개별심판절차별로 그 심판절차의 성질을 규정짓고 그 한도에서 준용대상 법령의 준용 여부를 판단하였음을 볼 수 있다.

(2) 2003년 개정 이후

헌법재판소법 제40조가 2003년 개정된 이후에는 준용배제 여부의 판단기준을 좀 더 구체화하고 체계화하려는 시도가 나타났다.

헌법재판소법 제40조는 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서’라는 문구를 추가함으로써 헌법재판소가 헌법재판의 고유성과 특수성에 맞게 탄력적으로 민사소송법 등 다른 절차법령의 규정을 준용하여야 함을 강조하고 있고,¹²⁷⁾ 헌법재판소도 “헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 경우의 의미에 관하여 다른 절차법의 준용이 헌법재판의 고유한 성질을 훼손하지 않는 경우를 말하고, 이는 헌법재판소가 구체적 개별적으로 판단한다.”고 하여 그 의미를 분명히 하였다.¹²⁸⁾

헌법재판소의 범정의견이 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 경우’를 적극적으로 규정지는 것은 통합진보당해산심판사건¹²⁹⁾에서이었다. 즉, “헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 경우란, 다른 절차법의 준용이 헌법재판의 고유한 성질을 훼손하지 않는 경우를 말한다. 이때 헌법재판의 성질, 특히 정당해산심판의 성질에 반하는지 여부는, 정당의 법적 성격·정당보호와 헌법보호라는 이중적 의미를 갖는 정당해산심판의 성질·준용절차 및 준용대상의 성격 등을 종합적으로 고려하여 헌법재판소가 구체적·개별적으로 판단할 수밖에 없다.”고 하였다.

(3) 헌법재판소법 제40조 준용규정의 위헌여부

127) 헌법재판소, 헌법재판 실무제요, 2015, 19면.

128) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 310, 317 참조.

129) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 310, 317 참조.

헌법재판소법 제40조가 다른 소송법령의 준용을 규정하고 있는바, 이들 준용 법령이 궁극에는 헌법소송의 절차에 준용되어 적용되는 것임에 따라 헌법재판소법이 직접 명문으로 규정한 바와 동일하게 그 위헌여부가 판단된다고 할 것이다. 이때 그 준용조항이 헌법 제27조 제1항의 법률에 의한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부는, 헌법재판의 성질에 반하여 공정성을 훼손할 정도로 현저히 불합리한 입법형성을 함으로써 그 한계를 벗어났는지 여부를 기준으로 판단하게 된다.¹³⁰⁾

준용규정의 위헌여부는 준용대상 법령에 규율된 사항이 헌법소송의 성질에 어긋날 경우가 문제된다. 이에 관해서는 앞에서 살펴본 바와 같이 준용법령의 보충적 기능을 입법적으로 규율하고 또 헌법재판의 성질에 반하는 준용내용을 헌법재판소가 적극적으로 적용대상에서 배제함으로써 문제를 해결하고 있다.¹³¹⁾

아울러 준용법령의 위헌여부 다툼은 한정위헌심판청구의 형태로 이루어질 수밖에 없다. 실제로 통합진보당의 해산을 둘러싸고 제기된 헌법재판소법 제40조 등의 헌법소원사건에서도 헌법재판소법 제40조 제1항이 정당해산심판절차에 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 한 것이 청구인의 기본권을 침해한 것인지의 여부를 심판대상으로 삼았다.¹³²⁾

아울러 지적되어야 할 것은 입법자가 다양한 심판절차를 규율하면서도 일반적으로는 민사소송법령을 준용하도록 하고, 개별심판절차에 따라서는 행정소송법과 형사소송법령을 준용하도록 한 것은 나름대로 개별심판절차가 지닌 특성을 존중하려는 입법자의 의도가 반영된 것이라는 점이다.

(4) 헌법재판소의 심판절차별 판단기준

헌법재판소는 심판절차별로 준용규정의 배제여부에 관한 판단기준에 관해 다른 심판절차의 선례를 인용하면서 그 기준을 정립하고 있다. 여기서 핵심적인 기능을 수행하는 것은 개별 심판사건에서의 법정의견보다는 소수의견, 즉 반대

130) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 310, 317 참조.

131) 이에 관한 상세한 내용은 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 310, 317-318 참조.

132) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 310, 314 참조.

의견이나 보충의견이다.¹³³⁾

(가) 일반적인 심판절차

헌법재판소는 헌법재판소법 제40조 제1항에 규정된 “헌법재판의 성질에 반하지 않는’ 경우란, 다른 절차법의 준용이 헌법재판의 고유한 성질을 훼손하지 않는 경우로 해석할 수 있고, 이는 헌법재판소가 당해 헌법재판이 갖는 고유의 성질·헌법재판과 일반재판의 목적 및 성격의 차이·준용 절차와 대상의 성격 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단할 수 있다.”고 하였다.¹³⁴⁾

여기서 준용배제 여부의 구체적인 판단기준으로는 ① 당해 헌법재판이 갖는 고유의 성질, ② 헌법재판과 일반재판의 목적 및 성격의 차이, 및 ③ 준용 절차와 대상의 성격 등이라 할 것이고, 헌법재판소는 이들 기준을 종합적으로 고려해서 구체적·개별적으로 판단해야 한다고 할 것이다.

물론 위와 같은 판단기준은 정당해산심판절차에서 가처분규정의 준용여부에 관해 판단하면서 정당해산심판절차 자체에 있어서의 준용규정의 배제기준을 제시함과 더불어 그것을 일반화시켜 일반심판절차에서의 준용규정의 배제기준을 정립한 것이었다.

(나) 정당해산심판

헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 경우란, 다른 절차법의 준용이 헌법재판의 고유한 성질을 훼손하지 않는 경우를 말한다. 이때 헌법재판의 성질, 특히 정당해산심판의 성질에 반하는지 여부는, ① 정당의 법적 성격, ② 정당보호와 헌법보호라는 이중적 의미를 갖는 정당해산심판의 성질 및 ③ 준용절차 및 준용대상의 성격 등을 종합적으로 고려하여 헌법재판소가 구체적·개별적으로 판단할 수밖에 없다.¹³⁵⁾

133) 다른 경우도 마찬가지이지만, 준용규정의 배제여부에 관한 구체적인 판단기준에 있어서도 먼저 소수의견에서 체계화되고 그것이 점진적으로 법정의견으로 자리하고 있음을 본다.

134) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 310, 318.

135) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 310, 317.

(다) 권한쟁의심판

권한쟁의심판절차의 경우 “여기서 ‘준용’이라 함은 아무런 제한 없이 모든 경우에 준용된다는 것은 아니고, 권한쟁의심판절차의 본질 및 당해 사건의 내용에 비추어 당해 법령을 준용하는 것이 허용되지 않는다고 볼 특별한 사정이 있는 경우에는 그 준용을 배제하는 것이 마땅하다”고 하였다.¹³⁶⁾

여기서 한걸음 더 나아가 “헌법재판소법의 개별 심판절차에 관한 규정이나 포괄적 준용규정인 제40조에 의하더라도 적용하거나 준용할 규정이 없어 법률의 공백이 생기는 부분에 대하여는 헌법재판소가 당해 헌법재판이 갖는 고유의 성질·헌법재판과 일반재판의 목적 및 성격의 차이·준용 절차와 대상의 성격 등을 종합적으로 고려하여 개별심판절차의 성질에 맞게 구체적·개별적으로 판단할 수밖에 없다.”고 하였다.¹³⁷⁾

(라) 헌법소원심판

헌법소원심판절차에서 준용규정의 배제여부에 관해 판단함에 있어 헌법재판소는 “헌법재판의 정의나 헌법소원심판이 수행하는 객관적인 헌법질서에 관한 수호·유지기능, 그리고 헌법소원심판의 직권주의적 성격과 심판비용의 국가부담 원칙, 변호사강제주의, 국선대리인제도 등에 관한 헌법재판소법의 규정 내용을 종합하여” 보아야 함을 제시하였다.¹³⁸⁾ 위 내용 중 “헌법재판의 정의나 헌법소원심판이 수행하는 객관적인 헌법질서에 관한 수호·유지기능, 그리고 헌법소원심판의 직권주의적 성격과” 헌법소원심판절차에 관한 “헌법재판소법의 규정 내용 등”이 준용배제의 판단기준이라 할 것이다.

136) 헌재 2001. 5. 8. 2000헌라1에서 반대의견, 판례집 13-1, 1218, 1229.

137) 헌재 2015. 11. 26. 2013헌라3에서 반대의견, 판례집 27-2하, 126, 139. 여기서 소개한 내용이 법률의 공백을 전제로 전개한 것이라는 주장도 가능할 것이다. 하지만, 그 내용은 법률의 공백만이 아니라 그 이전단계에 준용규정의 준용배제 여부를 판단하는 기준으로도 작동한다고 봄이 타당하다.

138) 이 사건에서는 승소자의 당사자비용을 그 상대방인 패소자에게 반드시 부담시켜야만 하는 민사소송법과 행정소송법의 소송비용에 관한 규정들을 준용하는 것이 위헌인지 여부가 다투어졌기 때문에 심판비용의 국가부담 원칙, 변호사강제주의, 국선대리인제도 등이 언급된 것이었다. 헌재 2015. 5. 28. 2012헌사496, 판례집 27-1하, 393, 396-398.

(5) 결어

이상에서 살펴본 바를 정리하면, ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도 내에서’ 부분이 신설되어 삽입됨으로써 준용의 범위와 한계를 보다 더 뚜렷하게 확정하는 성과는 있었지만, 2003년 신설하기 이전에도 준용배제의 합리적 논거는 판례로 이미 확립되었다고 보인다.

그리고 헌법재판절차의 형성에 있어 헌법재판소법이 직접 규율한 정도는 아주 미미하다. 헌법재판절차에서는 우리가 의식하지 못한 상태에서 당연히 민사소송에 관한 법령을 사실상 폭넓게 준용하였다고 봄이 정확한 진단이다. 헌법재판소법 제40조에 준용규정이 있기 때문에 논란의 여지가 없음은 물론이고, 준용규정이 없다고 할지라도 절차형성을 위해 민사소송에 관한 법령을 폭넓게 유추하여 적용하였을 것임은 부인할 수 없는 사실이다.

헌법재판소의 심판절차에 있어 개별적인 심판의 성질에 준용대상 소송법령이 적합한지를 판단한 다음, 형사소송법령이나 행정소송법보다 민사소송법령이 더 적합하다면 민사소송법령에 의해야 할 것이고, 이 경우에 민사소송법령도 적합하지 않다면, 다른 법령을 유추 적용해야 할 것이다.

제5절 헌법소송법의 흠결보충으로서의 유추적용

입법자가 어떠한 사항을 규율함에 있어 인접 법영역에 해당되는 사항을 직접 규율하는 경우 입법자가 의도적이고 명시적으로 관여하면서 다른 법에 규율된 사항을 의미에 맞게 직접 받아들이도록 하는 경우가 있다. 이는 소송법에서도 마찬가지이다. 여기서 한 걸음 더 나아가 입법자가 의도적으로 또는 암묵적으로 침묵하는 경우가 있을 수 있다. 관련해서 헌법재판소는 “헌법재판소법이 제40조에서 ‘헌법재판소법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사, 형사 또는 행정소송에 관한 법령을 준용’하도록 규정하면서, 다시 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도 내에서’라고 단서를 달고 있는 것은, 헌법재판소법이 완결적이지 못함을 스스로 인정”한 것이라고 한다.¹³⁹⁾

이때 법적용자는 해당되는 사항의 절차적인 규율을 어떻게 해야 할 것인지의 과제가 부과된다. 이런 점은 포괄적 준용방식일 경우 폭넓게 제기된다. 이런 경우 절차법의 적용자인 헌법재판소는 절차에 대한 규율의 필요성으로 인해 다른 소송법령을 유추해서 적용하기도 하고 경우에 따라서는 법적 공백을 해소하기 위해 직접적으로 절차를 형성하기도 할 것이다.

I. 흠결보충의 필요성

헌법재판소법이 제40조 제1항에서 일반적 준용규정을 두고 있어 그것을 통해 많은 부분 문제를 해결할 수 있다 하겠지만, 헌법소송절차를 진행하는 과정에서 헌법재판관들에 의한 흠결보충 필요성이 적지 않게 나타난다. 그 요인에 대해 살펴본다.¹⁴⁰⁾

첫째, 준용규정이 존재한다 하더라도, 준용하는 법영역의 문제와 준용되는 법영역의 문제가 비록 유사하지만 근본적인 차이가 존재하여 준용되는 법규정의 효과를 그대로 준용하는 법영역에서 발생한 문제에 적용하는 경우에 불합리한

139) 헌재 2007. 7. 26. 2005헌라8에서 반대의견, 판례집 19-2, 26, 37; 헌재 2015. 11. 26. 2013헌라3에서 반대의견, 판례집 27-2하, 126, 139.

140) 정태호, 헌법논총 제7집, 1996, 290-291; 정태호, 서정호교수정년논문집, 1997, 350.

결과가 발생할 때에는 준용하는 법영역의 의미와 목적에 맞게 준용된 규정을 수정·변경하지 않으면 안 된다는 점이다. 바로 이때에도 헌법재판관에 의한 흠결보충의 여지가 발생하게 된다.

둘째, 준용하는 법영역과 준용되는 법영역 모두 준용대상을 규율하지 않아 상호간에 서로 비교할 수 있는 여지가 없는 경우에는 준용하는 법영역상 흠결을 그 법영역의 목적과 성질에 맞게 보충할 수밖에 없다.

셋째, 준용되는 법영역의 규정을 가지고 절차법적 문제를 규율할 수 있기 때문에 법적 흠결이 존재한다고 할 수 없는 경우에 있어서도 흠결보충의 문제는 등장할 수 있게 된다는 것이다.¹⁴¹⁾ 왜냐하면 준용하는 법영역의 문제가 준용되는 법영역의 규정에 의하여 규율된 문제와 표면적으로 동일하거나 유사해 보인 다 하더라도, 준용되는 법의 규정이나 소송법상 일반원칙을 준용하는 법의 영역에 기계적으로 적용할 수는 없기 때문이다. 즉, 준용하는 법과 준용되는 법 사이에서 상호간에 유사성에 대한 평가와 준용되는 법규정의 구성요건이나 법적 효과를 본질상 차이에 상응하게 변형하지 않으면 안 되는 상황이 적지 않기 때문이다.

이상과 같은 상황에서는 헌법재판소법 제40조에 규정된 일반적 준용이 배제되고, 거기서는 헌법소송절차의 흠결이 발생하게 되며 이를 보충하기 위해서는 법형성이 요구된다. 이에 관해 헌법재판소는 “헌법재판소법에 의하더라도 헌법 재판 또는 헌법소송에 관하여는 헌법재판소가 헌법의 원리와 지도정신에 의거한 법형성으로서 법적 흠결을 보완해 나갈 수 있다.”고 한다.¹⁴²⁾ 결국 헌법소송상 심판대상의 특성, 심판절차에 참여하는 자의 특성 및 심판의 효과에 따른 특성 등으로 인해 헌법소송절차에 다른 소송법의 규정을 있는 그대로 적용하는 것이 불가능하게 되고, 그럴 경우 헌법재판관들이 헌법소송절차를 진행하는 과정에서 흠결보충을 위한 법형성을 행함은 피할 수 없는 과제라고 할 것이다.

그런데, 견해에 따라서는 “재판에 있어 절차의 진행은, 그 절차가 헌법재판소의 심판절차에서라 할지라도 재판절차의 법적 안정성을 위하여 원칙적으로 절차법이 규정하는 바에 따라 할 수 있을 뿐”이라고 하면서, “헌법재판소법 제40조 제1항이 ‘민사소송에 관한 법령의 규정을 준용한다’고 한 것은, 실질적으로

141) 정태호, 서정호교수정년논문집, 1997, 350-351.

142) 헌재 2007. 7. 26. 2005헌라8에서 반대의견, 판례집 19-2, 26, 37; 헌재 2015. 11. 26. 2013헌라3에서 반대의견, 판례집 27-2하, 126, 139 참조.

헌법재판의 민사소송에 대한 특수성에 비추어 민사소송에 관한 법령의 규정을, 그 적절한 범주 내에서만 헌법재판소의 심판절차에 원용하라는 취지라고 풀이하여야 한다.”¹⁴³⁾ 이 견해에 따르면, 헌법재판의 심판절차와 관련해서 법률의 공백이 있을 경우 헌법재판소법 제40조에 따른 준용 이외에는 절차형성이 불가능하다고 할 것이다. 흠결보충을 위한 유추적용이나 절차형성을 위한 법형성도 불가능하게 된다.

하지만, 이와 관련해서 헌법재판소는 법률의 공백이 있는 경우 개별심판제도의 목적과 취지에 맞는 절차를 창설하여 실제적 진실을 발견하고 이에 근거하여 헌법정신에 맞는 결론을 도출해내는 것은 헌법이 헌법재판소에 부여한 고유한 권한이자 의무라고 한다.¹⁴⁴⁾ 이러한 태도가 타당하다고 본다.

II. 헌법재판소법 제40조에 명시된 소송법령의 준용과 명시되지 아니한 법령의 유추적용

우리 헌법재판소법 제40조는 다른 나라의 헌법소송법 규율실제와 비교할 때, 상대적으로 상세하게 일반적인 준용규정을 두고 있다. 일반심판절차나 개별심판절차 전반에 민사소송법령을 준용하도록 한 것은 그렇다 치더라도, 개별심판절차별로 행정소송법이나 형사소송법령을 준용하도록 특정하고 있다.

그런데, 여기서 개별심판절차에 있어 직접 준용규정을 두지 아니한 소송법령을 적용하고자 할 경우 유추적용을 통해 우회할 수 있으며, 또 개별심판절차에서의 준용에 있어 후순위에 놓인 민사소송법령을 헌법재판의 성질에 비추어 준용 필요성이 있을 때, 선순위의 준용법령을 우회할 수 있는가의 문제가 제기된다.

먼저, 전자의 경우를 본다. 특정된 개별심판절차에 직접 준용될 소송법령이, 즉 민사소송법령이나 다른 소송법령이 그 심판절차의 성질에 부합하는지를 살펴보고 준용의 배제여부를 판단한 다음, 준용배제가 결정된 이후에는 법적인 규

143) 헌재 2000. 6. 29. 99헌아18에서 재판관 김영일의 보충의견, 판례집 12-1, 972, 973.

144) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 310, 317; 헌재 2015. 11. 26. 2013헌라3에서 반대의견, 판례집 27-2하, 126, 139 참조.

을공백이 발생하게 되고, 이를 보충하기 위해 후술하는 바와 같이 법발견이나 법형성을 통해 절차를 창설하게 된다.

이에 관해 헌법재판소는 정당해산심판절차에 있어 “증거조사와 사실인정에 관한 민사소송법의 규정을 적용함으로써 실제적 진실과 다른 사실관계가 인정될 수 있는 규정은 헌법과 정당을 동시에 보호하는 정당해산심판의 성질에 반하는 것으로 준용될 수 없을 것이다. 또 민사소송에 관한 법령의 준용이 배제되어 법률의 공백이 생기는 부분에 대하여는 헌법재판소가 정당해산심판의 성질에 맞는 절차를 창설하여 이를 메울 수밖에 없다. 이와 같이 법률의 공백이 있는 경우 정당해산심판제도의 목적과 취지에 맞는 절차를 창설하여 실제적 진실을 발견하고 이에 근거하여 헌법정신에 맞는 결론을 도출해내는 것은 헌법이 헌법재판소에 부여한 고유한 권한이자 의무이다.”라고 하였다.¹⁴⁵⁾ 이 결정에서 별개의견은 민사소송법령의 준용을 배제하는 대신에 형사소송법령을 그 즉시 대체해서 준용해야 한다고 주장하였지만,¹⁴⁶⁾ 이는 준용이 아니고 유추적용이라고 보아야 한다.

요컨대, 준용규정의 보충성기능으로 인해 헌법재판소법 제40조 제1항이 규정한 소송법령의 준용배제가 가능하고 그에 따라 법률 공백상태의 발생에 대응해서 다른 소송법령은 물론이고 다른 법령의 유추적용도 가능하다고 할 것이다.

다음, 후자의 경우, 선순위에 놓인 준용법령을 우회하고 후순위의 민사소송법령을 적용하는 것은 유추적용이 아니고 준용이라고 보아야 한다. 다만, 헌법재판소법 제40조 제2항에 따라 선순위의 소송법령이 적용되어야 하지만, 개별심판절차의 성질에 부합하지 않기 때문에 선순위 소송법령의 준용이 배제될 따름인 것으로 이해된다.

Ⅲ. 준용배제에 따라 발생된 법률 공백의 해소

헌법재판소는 개별심판절차를 진행함에 있어 헌법재판소법과 그 심판규칙에 규율된 내용이 없으면, 헌법재판소법 제40조에 근거해서 다른 소송법령을 준용하게 된다. 그런데, 준용대상이 된 소송법령이 준용될 개별심판절차의 성질에

145) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 310, 317.

146) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7에서 별개의견, 판례집 26-1상, 310,

적합하지 아니할 경우에는 그 소송법령의 준용을 배제하게 된다. 준용을 배제하는 과정에서 발생하게 될 법률 공백의 해소문제가 등장하게 된다.

이때 헌법재판소는 헌법재판소법 제40조에 명시되지 아니한 소송법령을 적용할 수도 있을 것이고, 다른 법령, 즉 조직법이나 실체법을 적용할 수도 있을 것이며, 또 새로운 법을 창설할 수도 있게 될 것이다.

“헌법재판소법의 개별 심판절차에 관한 규정이나 포괄적 준용규정인 제40조에 의하더라도 적용하거나 준용할 규정이 없어 법률의 공백이 생기는 부분에 대하여는 헌법재판소가 당해 헌법재판이 갖는 고유의 성질·헌법재판과 일반재판의 목적 및 성격의 차이·준용 절차와 대상의 성격 등을 종합적으로 고려하여 개별심판절차의 성질에 맞게 구체적·개별적으로 판단할 수밖에 없다. 법률의 공백이 있는 경우 개별심판제도의 목적과 취지에 맞는 절차를 창설하여 실제적 진실을 발견하고 이에 근거하여 헌법정신에 맞는 결론을 도출해내는 것은 헌법이 헌법재판소에 부여한 고유한 권한이자 의무이다.”¹⁴⁷⁾ 이런 점은 이미 헌법재판소법 제40조등의 위헌확인사건에서 정당해산심판절차와 관련해서 확인한 바 있다.¹⁴⁸⁾

그런데, 헌법재판소의 이러한 입장 속에서 찾아낼 수 있는 것은 준용배제로 인한 법률 공백에 따른 해소방안을 개별심판의 성질에 맞는 절차의 창설을 통한 보완으로 제시하고 있다는 점이다. 여기서 ‘개별심판의 성질에 맞는 절차의 창설’은 당연히 헌법재판소의 몫이라 할 것인데, ‘절차의 창설’을 어떻게 이해해야 할 것인가가 논의되어야 한다.

생각건대, 헌법재판소가 개별심판의 성질에 맞는 ‘절차의 창설’을 말하고 있지만, 이는 다단계적인 다의적 의미를 내포하고 있다. 즉, 개별심판절차에는 명시되지 아니한 소송법령, 법원조직법을 비롯한 조직법 및 민법을 비롯한 실체법 등에서 당해 개별심판절차에 부합하는 내용을 찾아내어 절차를 형성하게 될 것이고, 이는 유추적용이라 할 것이다. 그마저도 찾을 수 없는 경우에는 그야말로 법창설을 통한 절차형성이 가능하게 될 것이다. 궁극적으로 이 문제는 헌법소송법을 다른 소송법과 동일하게 볼 것인지, 아니면 헌법소송법에 독자성을 인정할 수 있으며, 입법자가 규율하지 아니한 또는 규율의 공백이 발생된 절차의 영역을 헌법재판관이 스스로 형성하도록 맡겨놓은 것으로 볼 것인지로 귀결된다고

147) 헌재 2015. 11. 26. 2013헌라3에서 반대의견, 판례집 27-2하, 126, 139.

148) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 310, 317 참조.

할 것이다.

헌법재판소는 새로운 법을 창설하기 보다는 가능한 한 이미 확립된 법속에서 발견하여 적용함이 바람직하다. 실체법인 헌법의 해석여지가 넓다 하더라도, 이를 절차적으로 구현하는 절차법인 소송법은 이미 확립된 소송절차 속에서 절차를 진행함이 옳다고 할 것이다.

제3장 주요 국가의 헌법소송절차법의 입법상 규율밀도와 규율실태

제1절 개설

일반 법원이 헌법재판을 담당하는 미국과 일본 같은 나라에서는 헌법소송절차와 일반소송절차가 구별되지 않는다. 따라서 이러한 나라에서는 헌법소송절차에 일반소송절차가 준용되는지가 문제 되지 않는다. 그러나 헌법재판소라는 특별한 사법기관이 헌법재판을 전담하는 국가에서는 헌법소송절차와 일반소송절차가 다르다. 하지만 이러한 나라의 헌법소송은 아직 충분히 발전되지 않아서 헌법소송절차법규정이 많지 않다. 이는 헌법소송절차법에 빈틈이 많다는 것이다. 그러므로 이러한 나라에서는 헌법소송절차에 일반소송절차법 준용이 이루어진다. 예를 들어 독립한 사법기관이 헌법재판을 전담하는 헌법재판소제도를 만든 독일과 오스트리아부터 헌법소송절차법에서 이러한 준용규정을 찾을 수 있다. 하지만 최근에 사후적 위헌심사제도가 도입되면서 비로소 헌법재판이 활성화하기 시작한 프랑스의 헌법소송절차법에는 이러한 준용규정이 없다. 준용규정이 있는 나라에서도 아직 충분한 연구와 판례가 쌓이지 않아서 준용규정 자체는 추상적인 수준을 벗어나지 못하고 있다.

제2절 독일의 헌법소송절차법 규율실태

독일 기본법 제94조 제2항¹⁴⁹⁾은 연방헌법재판소의 조직과 절차를 연방입법자가 규율하도록 위임한다. 그러나 연방입법자가 만든 헌법재판소법은 헌법소송에 관해서 완벽하게 규율하지 않는다. 즉 헌법재판소법은 헌법소송과 관련하여 여러 (의식적인) 흠결이 있다. 이러한 흠결을 메우기 위해서 헌법재판소법은 특별한 규정이 있는 때를 제외하고는 (재판) 공개, 법정경찰, 법정 용어, 평의와 표결에 관해서는 법원조직법 제14장에서 제16장까지의 규정을 준용한다(헌법재판소법 제17조¹⁵⁰⁾). 연방헌법재판소는 “연방헌법재판소법은 소송절차에 관한 빈틈없는 규율이 아닌 헌법재판절차의 특수성에 맞게 만들어진 꼭 필요한 소수 규정만 포함할 뿐이다. 그 밖의 사항과 관련하여 절차의 합목적적인 형성을 위한 법적 기초를 여타 독일 소송법을 유추하는 방식으로 발견하는 것은 연방헌법재판소에 위임되어 있다.”¹⁵¹⁾라고 한다. 여기서 유추 가능성을 인정한다는 것은 각 헌법소송절차의 특성에 비추어 다른 절차법 규율을 수용할 수 있다는 것이다.¹⁵²⁾

연방헌법재판소는 특히 재판선고 형식과 그 표현방식 그리고 그 재판의 실효성 확보와 관련하여 (연방헌법재판소법) 흠결을 창조적으로 보완한다. 연방헌법재판소는 이러한 분야에서만 자신이 폭넓은 자유가 있음을 시사하는 표현을 선택하였다. 즉 연방헌법재판소법 제35조가 “재판을 관철하기 위해서 필요한 모든 권한”을 연방헌법재판소에 부여한다거나, 이 규정에 따라 연방헌법재판소는 “정녕 재판집행의 지배자”가 되었다거나 “요청되는 것을 그때그때 가장 사리에

149) “연방법률은 연방헌법재판소의 조직과 절차를 규율하고, 헌법재판소 재판이 어떤 때 법률의 효력이 있는지를 정한다. 연방법률은 헌법소원을 제기하기 전에 권리구제절차를 모두 거칠 것을 요건으로 할 수 있고, 특별한 재판회부절차를 규정할 수 있다.”

150) “이 법에 특별한 규정이 있는 때를 제외하고는 공개, 법정경찰, 법정의 용어, 평의 및 평결에 관해서는 법원조직법 제14장 내지 제16장의 규정을 준용한다.”

151) BVerfGE 1, 108 (110 f.): “독일 기본법과 연방헌법재판소법에 나타난 기본노선에서 연방헌법재판소 절차에 관한 그 밖의 원칙을 개발하는 것”

152) Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 11. Aufl., München 2018, Rdnr. 54.

맞게, 가장 합리적으로, 가장 합목적적으로 또 가장 간편하고 효과적으로 달성하기 위한” 완벽한 자유가 연방헌법재판소에 주어져 있다는 것 등의 표현을 선택하였다.¹⁵³⁾ 이러한 주장에 의문이 있을 수 있다. 게다가 이러한 주장은 재판 집행 영역에 국한된 것이다.¹⁵⁴⁾

헌법재판소는 그 밖에는 ‘여타 독일 소송법을 유추하는 방식으로’ 흠결을 보충하는 데 그치고, 절차에 대한 지배권을 일반적으로 주장하지 않는다.¹⁵⁵⁾ 연방헌법재판소는 헌법기관인 자신이 ‘소관 절차의 지배자’임을 주장한 적이 있다.¹⁵⁶⁾ 그러나 연방헌법재판소가 이러한 권한을 실제로 행사하고 있지는 않다. 따라서 ‘소관 절차의 지배자’라는 잘못된 것으로 폐기되어야 한다는 주장이 있다.¹⁵⁷⁾ 모든 소송법은 (밀도에서 차이가 있지만) 헌법을 구체화하므로 헌법소송법이 구체화한 헌법이라는 것에서 헌법재판의 특수성은 도출될 수 없다.¹⁵⁸⁾

연방헌법재판소는 ‘헌법재판절차의 독자성(Eigenständigkeit)’ 대신 ‘헌법재판절차의 고유성(Eigenart)’¹⁵⁹⁾라는 표현을 사용한다. 연방헌법재판소법에 빈틈이 많다는 것은 규율에 흠결이 있다는 것이지 ‘절차운영의 자율권’이 연방헌법재판소에 있다는 것이 아니다. 연방헌법재판소가 다른 법원과 마찬가지로 헌법뿐 아니라 법률에도 구속된다는 것도 이를 뒷받침한다. 특히 독일 기본법 제94조 제2항 제1문은 연방헌법재판소가 고유한 절차적 자율성이 있다는 것을 부정한다. 연방헌법재판소도 ‘법적으로 구속된 범위 안에서’ 절차의 지배라고 표현한다.¹⁶⁰⁾ 헌법소송법은 당연히 다른 소송법처럼 실체(헌)법에 봉사·지원기능을 수행한다. ‘질서 있게 규율된 법적 절차’가 ‘합리성 그리고 그에 따른 재판에 대한 승복자세’를 조성하거나 창출하므로 이러한 명제를 따를 수 없다. 이를 위해서는 입법자가 가급적 엄밀하게 미리 확정해 놓은 절차가 필요하다. 헌법처럼

153) BVerfGE 6, 330 (303 f.).

154) Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 11. Aufl., München 2018, Rdnr. 55.

155) BVerfGE 68, 132 (143) 참조.

156) BVerfGE 13, 54 (94); 36, 342 (357); 60, 175 (213).

157) Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 11. Aufl., München 2018, Rdnr. 56.

158) Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 11. Aufl., München 2018, Rdnr. 56.

159) BVerfGE 32, 288 (291). BVerfGE 88, 382 (383): ‘헌법재판절차의 특수성’.

160) BVerfGE 60, 175 (213).

적용되어야 할 범규범이 개방적이고 불확정적이며 추상적일수록 완결된 소송법이 있어야 연방헌법재판소가 자기 재판에 구속력이 있다고 자부할 수 있다. ‘개방적’ 헌법질서와 짝을 이루어야 하는 것은 개방적 소송법이 아니라 엄밀한 소송법이다. 헌법의 해석과 구체화는 실제로 공개적인 과정 속에서 이루어진다. 그리고 연방헌법재판소는 헌법 내용에 관한 담론에 참여한다. 그렇지만 헌법소송법은 연방헌법재판소를 위해서 이 담론을 대화의 관점에서 연방헌법재판소가 구속력 있는 판결을 내릴 수 있도록 하는 방향으로 구조화하는 기능을 수행한다.¹⁶¹⁾

161) 이상 Christian Hillgruber/Christoph Goos, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2015, Rdnr. 21; Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 11. Aufl., München 2018, Rdnr. 57.

제3절 오스트리아의 헌법소송절차법 규율실태

오스트리아 연방헌법은 헌법재판소의 조직과 절차에 관한 자세한 사항을 특별한 연방법률과 헌법재판소가 이러한 법률에 근거하여 제정하는 사무규칙에 위임한다.¹⁶²⁾ 여기서 주의할 것은 오스트리아에는 단일한 형태로 이루어진 헌법전이 없다는 것이다. 1920년 제정된 연방헌법은 실정연방헌법의 중요한 부분이지만, 다른 수많은 법규정을 통해서 개정되고 바뀌고 보충된다. 오스트리아 실정연방헌법은 ① (말하자면 연방헌법 이외에) 과도정부가 제정하였던 헌법률(Bundesverfassungsgesetze: BVG)과 헌법규정, ② 1945년 헌법승계법률(Verfassungs-Überleitungsgesetz)을 통해서 승계된 규정(여기에 특히 1931년과 1932년에 명백하게 개정된 1929년 연방헌법이 속한다), ③ 연방헌법에 따라서 1945년 12월 19일부터 만들어진 법원(㉠ 연방헌법의 개정법, ㉡ 연방헌법률, ㉢ 일반법률에 있는 헌법규정, ㉣ 헌법적 규범서열이 있는 국가조약¹⁶³⁾ 그리고 국가조약과 연방 내 합의에 있는 헌법규정, ㉤ 연방헌법 집행법률)으로 개관해 볼 수 있다. 연방헌법과 연방헌법률 사이에는 규범적 서열과 사법적 성질의 측면에서 어떠한 차이도 없다.¹⁶⁴⁾ ¹⁶⁵⁾ 따라서 헌법재판소의 조직과 절차에 관한 자세한 사항을 규율하는 연방법률도 헌법의 서열이 있어서 헌법적 효력이 있다. 이러한 연방법률이 헌법재판소법이다. 연방헌법재판소법은 헌법재판소의 절차에 관해서 모두 규정하지 않는다. 따라서 당연히 흠결이 있다. 이에 연방헌법재판소법 제35조는 일반적인 준용을 규정한다. 이를 따르면 연방헌법재판소법이 달리 규정하지 않는 한 민사소송법 규정이 준용된다(헌법재판소법 제35조 제1항). 민사소송법규정은 특히 기간 계산에 적용된다. 우편배달일은 기간에 포함

162) 연방헌법 제148조: “헌법재판소의 조직과 절차에 관한 자세한 사항은 특별한 연방법률과 헌법재판소가 이러한 법률에 근거하여 제정하는 사무규칙으로 정한다.”

163) 1955년 영세중립국에 관한 조약, 유럽인권협약(EMRK) 등.

164) Heinz Mayer/Gabriele Kucsko-Stadlmayer/Karl Stöger, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 11. Aufl., Wien 2015, Rz 100 ff; Theo Öhlinger/Harald Eberhard, Verfassungsrecht, 10. Aufl., Wien 2014, Rz 6 ff.

165) 허완중, 오스트리아 헌법재판제도에 관한 연구, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2016, 3쪽.

되지 않는다(헌법재판소법 제35조 제2항). 탄핵심판에서는 형사소송법이 준용된다(헌법재판소법 제81조).

제4절 스페인의 헌법소송절차법 규율실태

스페인 헌법 제165조는 “조직법은 헌법재판소의 운영, 그 구성원에 관한 규칙, 재판소의 절차 및 소송 제기의 조건을 규정한다.”라고 규정하여 헌법재판소의 절차에 관한 규정을 조직법에 위임한다. 이에 따라서 헌법재판소조직법이 제정되었다. 헌법재판소조직법 제7장 절차에 관한 공통규정에 있는 제80조는 소송법 준용을 규정한다. 이 조항은 준용할 사항을 열거한 것이 특징이다. 즉 헌법재판소조직법 제80조를 따르면, “재판 출석, 제척과 기피, 법적 처리의 형식과 보도, 재판 보조 행위와 전달, 근무일과 근무시간, 기간 산정, 심리와 표결, 실효, 소송 취하, 공식 언어와 법정질서에 관하여 동법의 보충적 성격으로 사법부조직법과 민사소송법을 적용한다. 결정의 집행과 관련하여 동법의 보충적 성격으로 행정소송법의 규정을 적용한다.”

제4장 심판절차별 절차의 성질과 관련 소송법령의 준용

제1절 개설

I. 헌법재판이 다른 재판과 같은 점 및 다른 점

헌법재판은 일반재판, 즉 민사소송이나 행정소송과 다음과 같은 공통점이 있다. 즉, 첫째, 헌법재판소 재판관은 변호사의 자격이 있는 자로만 구성되며(헌법재판소법 제5조), 재판관의 인적·물적 독립이 보장된다(헌법재판소법 제7조 내지 제9조). 둘째, 심판절차가 직권에 의해 시작되는 것이 아니라 당사자의 청구를 전제로 하여 이루어지는 당사자처분권주의가 적용되며(헌법재판소법 제26조, 제41조, 제48조, 제55조, 제61조, 제68조), 정치적 형성재량도 배제된다. 셋째, (헌)법문제에 대한 결정을 하는 것 이외에 다른 사건은 다룰 수 없으며, 실정(헌)법을 심사기준으로 하여 이를 사실관계에 적용한 결정을 한다. 넷째, 소송대상에 있어서는 사실관계는 물론 법규의 효력도 판단한다는 점에서 차이가 없다. 한편, 헌법재판과 일반재판은 다음과 같은 점에서 차이점이 있다. 첫째, 대부분의 규정이 불확정 개념으로 된 정치법인 헌법과 일정한 사실관계를 정형적으로 예상하여 구체적으로 규정된 법률이 각각 헌법재판과 일반재판의 심사기준이 된다는 차이, 둘째, 고위 내지 최고의 정치권력 담당자이거나 헌법기관이 당사자의 일방이 되는 헌법재판과 그렇지 아니한 일반재판의 소송당사자의 차이, 셋째, 효력상 헌법의 우위, 헌법을 최종적으로 기속력 있게 해석할 권한, 헌법해석에 있어서도 일정한 원칙에 기속되지 않고 해석할 수 있는 권한 등이 그것이다.¹⁶⁶⁾ 이하에서 헌법재판(소송)과 민사재판(소송), 그리고 헌법재판과 행정재판(소송)의 같은 점과 다른 점을 자세히 살펴본다.

166) 장영철, “헌법소송에 있어 일반소송법 준용규정의 해석 - 헌재결 1998.5.28. 97헌아1; 1995.1.20. 93헌아1 등과 관련하여 -”, 헌법판례연구[2], 박영사, 2000, 404-405면.

II. 헌법재판과 민사재판의 비교

1. 유사점

헌법재판과 민사재판 모두 국가가 당사자의 자의를 전혀 인정하지 않고 강제적으로 분쟁을 해결하여 법질서를 유지하는 절차, 즉 분쟁의 공권적 해결방식이다. 그리고 양자는 수동적인 절차로서, 당사자의 신청(소제기와 심판청구)이 있어야 비로소 절차가 개시된다. 또한 양자는 구체적 분쟁을 해결하는 절차이다. 따라서 언제나 절차의 계기가 된 구체적 사건을 중심으로 권한범위와 한계가 설정되고, 소송의 결과물인 헌법재판소 결정과 민사재판의 효력범위도 구체적 사건을 바탕으로 확정된다.¹⁶⁷⁾

2. 차이점

가. 변론주의와 직권탐지주의

민사소송은 변론주의를 채택한다. 따라서 소송자료, 즉 사실과 증거의 수집·제출 책임을 당사자에게 맡기고, 당사자가 수집하여 변론에서 제출한 소송자료만을 재판의 기초로 삼아야 한다. 이에 반하여 헌법소송은 직권탐지주의를 취한다. 따라서 재판부는 청구서의 청구취지나 당사자의 주장에 얽매이지 않고 심판대상을 확정하거나 축소할 수 있고, 청구인의 주장을 종합적으로 판단하여 심판대상을 확정하며, 심판대상을 청구와 관련되는 범위 안에서 변경할 수도 있다. 그리고 재판부는 사건심리를 위하여 필요하다고 인정하면 직권으로 증거조사를 할 수 있다(헌법재판소법 제31조 제1항). 헌법소송에서 직권탐지주의가 적용되는 것은 헌법소송의 기능이 주관적 권리구제에 그치는 것이 아니라 객관적 헌법보호도 아우르기 때문이다.¹⁶⁸⁾

167) 허완중, 헌법소송법, 박영사, 2019, 115-116면.

168) 허완중, 앞의 책, 117면.

나. 헌법재판의 기속력

민사소송의 판결은 원칙적으로 불가변력, 불가쟁력, 그리고 기판력을 가진다. 헌법재판소 결정에도 이러한 효력이 있다. 그러나 헌법재판소 결정 중 법률의 위헌결정(헌법재판소법 제47조 제1항, 제75조 제6항), 권한쟁의심판의 결정(헌법재판소법 제67조 제1항), 그리고 헌법소원의 인용결정(헌법재판소법 제75조 제1항)에는 민사소송의 판결에는 없는 기속력이 인정된다. 따라서 이러한 헌법재판소 결정은 일반적인 사법판결의 효력을 넘어서 모든 국가기관을 기속한다. 이 효력이 인정되는 이유는 헌법재판소 결정이 헌법에 대한 최종적 해석이고, 헌법재판은 개별적 기본권 보호에 그치지 않고, 객관적 헌법을 보장하고 헌법의 해석과 계속형성에 이바지하는 기능도 있으며, 헌법재판소 스스로 자기 결정을 집행할 수 없기 때문이다.¹⁶⁹⁾

다. 기타

민사소송에서 소송비용은 당사자 중 패소자가 부담하는 것을 원칙으로 하는 데(민소법 제98조) 반하여, 헌법소송의 심판비용은 원칙적으로 국가부담으로 한다(헌법재판소법 제37조 제1항). 또한 민사소송과 달리 헌법재판의 각종 심판절차에서 당사자인 사인(私人)은 자신이 변호사의 자격이 있지 않는 한 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판수행을 하지 못한다(헌법재판소법 제25조 제3항). 나아가 헌법소송은 다른 소송과 달리 재판 결과를 강제할 수단이 없거나 약하다. 민사집행법의 강제집행절차, 형사소송법과 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’에 따른 형의 집행절차, 행정법규 위반에 대한 행정강제나 행정벌 등 일반 재판에서는 국가의 공권력이 그 실효성을 담보하는 제도적인 장치가 있다. 그러나 헌법소송은 보통 공권력을 담당하는 국가기관이나 지방자치단체를 소송당사자로 하므로 특별히 이 기관에 헌법재판의 결정내용을 준수하도록 강제할 수단이 따로 없다. 헌법재판의 이러한 특성 때문에 헌법재판의 실효성은 궁극적으로 공권력을 행사하는 국가기관의 헌법준수의지에 달려 있다.¹⁷⁰⁾

169) 허완중, 앞의 책, 117면.

III. 헌법재판과 행정재판의 비교

1. 유사점

가. 이중적 기능

행정소송이 수행하는 기능은 권리구제기능과 행정의 적법성을 보장하는 기능으로 나눌 수 있다. 즉, 행정소송은 쟁송절차로서 당사자의 권리구제 신청을 전제로 기능하는 제도이고, 궁극적으로 헌법이 보장한 재판청구권을 구체적으로 실현하는 제도이다. 그러나 다른 한편, 행정소송은 권력분립원리에 따른 사법부의 집행부 통제수단으로서도 기능한다. 즉, 위법한 행정작용에 대해서 그 시정을 요구함으로써 법치행정원칙에 따른 행정의 적법성을 보장하는 기능을 수행한다. 헌법재판의 기능에 대해서는 다양한 견해가 있지만, 주관적 권리보호 기능과 객관적 헌법보호 기능이 주된 기능이라는 점에 관해서는 의문이 없다. 즉, 헌법재판은 국가권력의 기본권 구속성과 국가권력 행사의 절차적 정당성을 확보함으로써 국민의 자유와 권리를 보호하고, 헌법의 규범력을 관철함으로써 국가의 최고규범인 헌법을 보호한다.¹⁷¹⁾

나. 직권탐지주의의 인정

행정소송에서는 원칙적으로 변론주의가 지배하면서도 법률관계의 실제적 진실규명을 위해서 필요하다고 인정하면 법원이 보충적으로 직권탐지할 수 있다. 이것은 행정소송이 당사자의 권리구제 기능 이외에도 행정작용의 자율적 통제를 통한 적법성 확보 기능이 있음에 비추어, 공익적인 측면에서 실제적 진실확보에 필요하면 예외적으로 이것을 인정하려는 것이라고 할 수 있다. 헌법소송에서 직권탐지주의가 인정되는 것은 행정소송과 마찬가지로 객관적 기능이 있다는 점에서 비롯한다. 즉, 헌법소송은 주관적 권리보호 기능뿐 아니라 객관적 헌법보호 기능도 수행하므로 심리에 필요한 증거자료를 수집할

170) 허완중, 앞의 책, 117-119면.

171) 허완중, 앞의 책, 120-121면.

수 있도록 한 것이다.¹⁷²⁾

다. 기속력

앞에서 본 헌법재판소 결정의 기속력은 일반적인 사법판결의 효력을 넘어서 모든 국가기관을 기속한다. 이러한 기속력은 헌법재판소 결정을 다른 사법판결과 구별 짓는 특별한 효력으로 볼 수 있다. 행정소송에서 처분 등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계 행정청을 기속한다(행소법 제30조). 즉, 처분 등을 취소하는 확정판결에도 기속력이 부여된다. 이때 기속력은 그 사건에 관해서만 효력을 미치는데, 법률의 위헌 결정, 권한쟁의심판의 결정, 그리고 헌법소원의 인용결정의 기속력도 기판력이나 확정력의 주관적 확장으로서 해당 심판대상에 국한하여서만 효력이 미친다는 점에서 양자의 차이는 없다.¹⁷³⁾

2. 차이점

행정소송은 행정법규의 해석과 적용을 내용으로 하는 사법작용이라는 점에서 헌법의 해석과 적용을 내용으로 하는 헌법소송과 다르다. 그리고 행정소송의 심사주체는 법원이고 3심제를 취한다는 점에서, 심사주체가 헌법재판소이고 단심제를 취하는 헌법소송과 구별된다. 또한 행정소송은 원칙적으로 구두 변론절차를 거치고 양 당사자의 존재를 전제하므로, 원칙적으로 사실심을 포함하지 아니하고 양 당사자의 존재를 반드시 전제하지 아니하는 헌법소송과 같지 않다. 게다가 행정소송은 공익관련성 때문에 예외적으로 사정판결을 허용할 뿐이고, 변형결정같은 것이 인정되지 아니한다는 점에서 헌법소송과 차이가 있다. 그 밖에 행정소송은 간접강제 등의 방법으로 국가권력이 집행할 수 있지만, 헌법소송은 결정내용 실현을 국가기관의 자발적 이행과 이에 대한 국민의 감시에 의지할 수밖에 없다는 차이가 있다.¹⁷⁴⁾

172) 허완중, 앞의 책, 122면.

173) 허완중, 앞의 책, 122-123면.

174) 허완중, 앞의 책, 120면.

IV. 헌법재판소법 제40조의 준용규정

행정소송은 사인에 대한 권리구제기능 외에도 행정작용이 적법하게 이루어지도록 통제하는 등 객관적 기능을 가지고 있다. 또한 행정소송은 공법상 법률관계를 대상으로 한다는 점에서 사법상 법률관계를 대상으로 하는 민사소송과 차이가 있다. 그렇지만 대립 당사자 간에 발생한 법률적 분쟁에 관하여 사실관계를 확정된 후 법을 해석·적용함으로써 해당 분쟁을 해결하는 법 판단작용이라는 점에서, 행정소송도 절차적 측면에서 민사소송과 크게 다르지 않다. 따라서 행정소송법 제8조 제2항¹⁷⁵⁾은 행정소송에 관하여 행정소송법에 특별한 규정이 없는 사항에 대해서는 민사소송법 등을 준용하도록 정하고 있는 것이다. 그 결과 행정소송법에 특별한 규정이 있거나 행정소송의 성질상 민사소송법을 그대로 준용할 수 없는 경우가 아닌 이상 민사소송법의 각 규정이 행정소송에 그대로 준용된다.¹⁷⁶⁾

헌법재판소법 제40조 제1항은 “헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 민사소송에 관한 법령을 준용한다. 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을 준용하고, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 함께 준용한다.”고 규정하고, 같은 조 제2항은 “제1항 후단의 경우에 형사소송에 관한 법령 또는 행정소송법이 민사소송에 관한 법령에 저촉될 때에는 민사소송에 관한 법령은 준용하지 아니한다.”고 규정하고 있다. 이와 같이 헌법재판소법은 헌법소송의 원리가 기본적으로 민사소송을 바탕으로 한다는 점에 착안하는 한편, 헌법소송의 심판유형별로 때로는 행정소송법이(권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우), 때로는 형사소송법이(탄핵심판의 경우) 준용된다고 밝히고 있다.

원래 ‘준용’(entsprechende Anwendung)이라 함은 어떤 사항에 관한 규정을 그와 유사하나 본질이 다른 사항에 대하여 적용하도록 하는 것을 의미한다.¹⁷⁷⁾ 준용의 경우에는 다른 법규정을 인용하여 그 내용을 수정함이 없이

175) “행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다.”

176) 헌재 2019. 9. 26. 2019헌바219, 공보 276, 1098, 1101.

177) Hans Schneider, Gesetzgebung, 2. Aufl., 1991, Rn. 376.

그대로 수용하는 '차용'(Verweisung)과는 달리 준용되는 규정을 “의미에 맞게” 또는 “상당하게” 준용하는 범영역의 법적 문제에 적용할 것이 요구된다. 따라서 준용하는 범영역과 준용되는 범영역 사이에 광범위하게 유사성이 존재하는 것이 포괄적 준용이라는 입법기술을 사용하기 위한 전제이다. 헌법재판소법 제40조와 같은 포괄적인 준용규정은 새로운 법분야에서 입법자가 법률을 제정하는 경우에 실제로 발생할 수 있는 모든 법적 문제들을 예상하여 규율하기 힘들고, 설사 법적 문제들을 예견하여 규율하려고 해도 충분한 경험에 축적되어 있지 않아 그것들을 사리에 맞게 규율하는 것이 어려운 것이기 때문에, 꼭 필요한 문제들만을 규율하고 나머지 문제에 대해서는 기존의 다른 법을 준용하도록 함으로써, 한편으로는 입법자의 입법활동에 따르는 부담을 덜어주고, 다른 한편으로는 법적용자에게 구체적으로 발생한 사태의 본질에 맞게 발생한 법적 문제를 규율하도록 여지를 부여해 주는 합목적성을 발휘할 수 있는 경우에 많이 사용된다.¹⁷⁸⁾

이하에서는 이들 각 심판유형별로 동 심판의 특수성을 고려하면서 다른 소송법령이 준용되는 범위와 한계, 그리고 그에 따라 제기되는 문제점들에 대하여 살펴보기로 한다.

178) 정태호, “헌법재판관에 대한 기피와 헌법소송법의 독자성”, 헌법논총 제7집, 헌법재판소, 1996, 288-289면.

제2절 일반심판절차에 있어 헌법재판의 성질과 소송법령의 준용

I. 헌법재판의 개념과 성질

헌법 제111조 제1항 및 헌법재판소법 제2조는 헌법재판소의 관장사항을 법원의 체제에 의한 법률의 위헌여부 심판, 탄핵의 심판, 정당의 해산 심판, 국가기관 상호간·국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판, 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판 등 5가지로 열거하여 규정하고 있다. 현행 헌법에서 독일, 오스트리아, 스페인 등 주요국가의 헌법재판 유형을 모두 수용하고 있는 것은 아니지만, 위의 5가지 헌법재판의 유형만을 전제로 하여 이를 일의적으로 포섭할 수 있는 헌법재판의 개념을 정의하는 것도 매우 어렵다. 이들 개별심판절차의 기원과 기능 및 절차의 특성이 모두 다르고, 그 심판대상도 매우 다양하기 때문에 이를 포괄하는 헌법재판에 공통적인 개념의 설정이 어려울 뿐 아니라 개념을 명백히 함으로써 얻을 수 있는 실익도 그다지 크지 않기 때문이다.

헌법재판소법 제3장에서는 현행법상 인정되는 헌법재판의 모든 심판절차에 일반적으로 적용되는 일반심판절차에 관한 조항을 제22조에서 제40조까지 규정하고 있다. 일반심판절차에 관한 조항은 헌법재판소가 관할하는 모든 심판절차에 일반적으로 적용되는 절차규율을 의미하므로 심판절차의 유형을 가리지 않고 모든 심판절차에서 공히 적용되어야 하는 것에 그 규율의 취지가 있다. 그러나 그와 같은 취지의 일반심판절차에 관한 조항들에서도 개별심판절차의 고유성이나 특수성으로 인해 그 적용 여부가 다시 구체적으로 검토되어야 하고, 그 때문에 헌법재판소법 제40조에서는 포괄적인 준용이라는 입법방식을 통해 헌법재판소의 해석을 통한 보충적인 절차법적 규율의 가능성을 열어두고 있다. 이는 헌법재판의 모든 심판절차를 아우르는 통일적인 개념의 설정이 매우 어렵다는 것을 방증하는 것이고, 헌법재판소는 개별심판절차에서 헌법재판소법 등 절차법의 규율내용을 해당 심판절차의 본질과 기능 등에 비추어 소송절차를 규율하는 절차법으로서 기능과 구체적 타당성을 확보할 수 있도록 그 적용의 여부를

검토하여야 한다.

이 과정에서 헌법재판의 개념을 어느 정도 포괄적으로라도 설정할 필요성이 도출된다. 헌법재판이라는 공동의 상위개념으로 포섭할 수 있는 개념설정이 가능할 때 비로소 헌법재판에 공통되는 절차적 규율이 가능하고, 개별심판절차의 특수성에도 불구하고 심리과정에서의 절차보장 등을 통해 헌법재판소 결정이 당사자 등 이해관계인으로부터 정당성을 인정받아 헌법질서를 수호하고 헌법적 분쟁을 해결하는 제도로서 수용될 수 있기 때문이다. 그리고 헌법재판소법의 흠결을 보완하는 민사소송법 등 다른 소송법의 규정을 준용함에 있어서도 헌법재판에 고유한 어느 정도의 통일적인 개념설정이 가능하여야만 비로소 준용의 전제조건으로서 헌법재판의 성질에 반하는지 여부에 대한 대강의 기준이 설정될 수 있을 것이다. 절차법은 국민의 재판받을 권리를 구체적으로 실현하는 것을 본질로 하므로 그 내용이나 그에 대한 해석 및 적용의 여부가 불명확한 경우 효율적인 권리구제의 요청이라는 재판받을 권리의 헌법적 보장내용이 제대로 실현될 수 없고, 재판의 본래적 기능으로서 종국적인 분쟁해결에 필요한 정도의 정당성 확보나 수용력을 발휘할 수 없기 때문이다.

1. 헌법재판의 개념

헌법재판을 개념을 실체적으로 이해하는 견해는 헌법재판을 헌법적 분쟁 또는 헌법침해의 문제를 헌법규범을 기준으로 유권적으로 심판함으로써 헌법질서를 유지·수호하는 국가작용¹⁷⁹⁾이나, 헌법적 분쟁에 대한 재판으로서 국가작용의 합헌성을 보장하기 위한 사법적 형태의 통제절차¹⁸⁰⁾ 등으로 설명하는 것이 일반적이다. 헌법문제에 대한 재판이 중점을 이루는 재판절차나 헌법문제에 대한 독립된 재판으로 국가권력에 대한 합헌성 통제절차¹⁸¹⁾라는 등의 견해 역시 실체적으로 헌법재판의 개념을 정의하는 것으로 볼 수 있다. 실체적으로 헌법재판의 개념을 설명하는 방식은 헌법재판을 헌법문제나 헌법분쟁을, 사법적 형태의 심판절차의 방식으로, 헌법규정을 심판기준으로 하는 재판작용이라는 점을

179) 헌법재판소, 헌법재판실무제요, 2015, 1면.

180) 허영, 헌법소송법론, 박영사(2018), 3면.

181) Schlaich/Korioth, 정태호 번역, 독일연방헌법재판소(Das Bundesverfassungsgericht, 10. Aufl.), 9면 참조.

개별심판절차의 공통의 상위개념으로 상정하고 헌법재판의 개념을 설정하고 있는데, 이와 같은 방식은 통일적인 개념설정의 가능성이라는 측면에서는 의미가 있으나 개별심판절차를 망라하여 포괄하지 못하는 한계를 가진다는 문제로 지적된다.

반면 실제적인 개념정의의 포기하고 형식적으로 정의하는 견해는 개별 국가의 헌법 또는 헌법소송법에서 헌법재판기관의 권한으로 열거하고 있는 심판의 유형으로 헌법재판을 정의한다. 이는 헌법재판의 유형을 일의적인 방식으로 분류하는 데에는 유용하지만, 헌법재판의 개념을 정의하려는 실질적 취지를 전혀 구현하지 못하고 물음에 대해 물음으로 답변하고 있다는 근본적인 문제점을 가지고 있다.

심판대상으로서 헌법문제와 심사기준으로서 헌법은, 오늘날 헌법이 국가와 국민 사이의 관계 뿐 아니라 개별 사인간의 관계에서도 직·간접으로 적용되고, 모든 공사법의 해석·적용의 일반적인 지침이나 한계로서 기능한다고 하는 점에서, 그 외연과 내포를 가늠하기 어려운 문제점을 가지고 있다. 기본권이론의 발전으로 기본권의 양면성과 방사효가 일반적으로 인정되고, 이로 인해 개별사건에서 헌법의 해석 및 적용은 헌법재판에서만 특유한 것이 아니라 민사·형사·행정 등 일반재판에서도 일상적으로 이루어지고 있다. 따라서 헌법사건이나 헌법 등의 개념표지를 통해 일반재판에서 헌법재판을 분리하는 것은 사실상 불가능하다고 볼 것이다.

그러나 그와 같은 문제점에도 불구하고, 실제적 요소에 따른 개념정의는 불가피하다. 헌법재판과 일반재판의 구별과 관계설정을 통해 일반법원이 헌법판단을 회피하고 일반법률의 해석·적용 문제로 도피하는 것을 방지할 수 있고, 헌법재판에 대한 독자적인 관할영역의 설정을 통해 정치문제라거나 행정부의 고도의 재량판단의 영역이라는 이유로 사법판단에 소극적이거나 회피하는 것을 방지할 수 있으며, 헌법재판을 담당하는 전문법원으로서 독립적인 헌법재판기관을 통한 헌법재판의 활성화와 이에 따른 헌법우위를 확보할 수 있을 것이다. 그리고 헌법재판과 일반재판의 구별을 분명히 함으로써 절차법 차원에서 민사소송이나 형사소송 등 일반소송법 조항의 준용 여부와 준용의 한계를 분명히 할 수 있고, 헌법재판의 특수성에 따라 헌법재판의 본질에 합당한 적극적인 절차법의 형성도 가능할 수 있기 때문이다. 따라서 헌법재판을 일반재판과 분리하여 그 개념을 설정하는 것이 어렵다고 하더라도 공통의 독자적인 개념요소나

징표를 확인하는 것으로도 어느 정도 그 역할을 수행할 수 있을 것으로 보인다.

위에서 살펴 본 실체법적 개념정의를 시도한 견해를 통해 ‘헌법문제’ 또는 ‘헌법분쟁’을 직접 대상으로 하는 사법절차로서 그 심판의 당사자, 대상의 정치적 성격, 심사기준 등의 측면에서 일반재판과 구별되는 재판절차로 헌법재판의 개념징표를 확인할 수 있을 것이다.¹⁸²⁾

2. 헌법재판의 성질

헌법재판의 성질에 대해서는 종래 사법작용설, 정치작용설, 입법작용설, 제4의 국가작용설 등 다양한 주장이 제기되었다. 이와 같은 다양한 견해의 대립은 기본적으로 헌법재판이 절차적으로 사법절차적 성격을 가지지만, 헌법이 가지는 정치적 성격 등 규범적 특성이나 법률의 효력을 상실하게 하는 위헌결정의 효력으로 인해 일반 사법작용과는 상이한 법적 성격을 가진다는 점에 기인한다.

헌법재판의 성격을 어떻게 이해하는가에 따라 헌법재판을 담당하는 헌법재판소의 지위나 그 심판절차가 달리 평가될 수 있다. 사법작용으로서의 성격이 강조되면 될수록 일반재판을 담당하는 법원과의 동질성으로 인해 헌법재판소의 고유성과 심판절차의 고유성에 의문이 있을 수 있고, 정치적 성격이나 입법적 성격을 감안하면 일반재판 및 일반법원과 구별되는 헌법재판 및 헌법재판소의 독자성과 필요성이 강조될 수 있을 것이다. 그리고 그에 따라 헌법재판 고유의 절차법의 형성 및 민사소송법 등 일반소송법의 준용과 관련하여 개별심판절차별로 그 본질에 더욱 부합하는 절차의 발견과 형성에 도움을 줄 수 있을 것이다. 헌법재판의 사법절차성이 강조되면 될수록 그만큼 일반소송법의 준용 가능성이 높아지고 헌법재판에 관한 독자적인 절차법의 형성 필요성이 줄어드는 반면에, 헌법재판의 정치적 성격이나 입법적 성격이 강조되면 될수록 일반소송법의 준용 범위가 줄어들고 또한 독자적인 절차법의 형성 필요성이 커질 것이다.

182) 이와 같은 개념정의로는 김하열, 헌법소송법, 박영사(2018), 8면 참조.

한편, 허완중 교수는 독립적인 심판기관, 심사기준으로 성문헌법, 사법절차의 방식을 통한 판단, 심판대상의 특이성으로 헌법의 특성, 헌법분쟁의 해결을 통한 헌법실현, 헌법분쟁에 대한 최종적 판단을 헌법재판의 개념적 요소로 파악한다. 허완중, 헌법소송법, 박영사(2019, 3-4면 참조.

가. 사법작용설

헌법재판은 헌법규범에 대한 해석작용을 본질로 하므로 일반법률에 대한 해석작용과 마찬가지로 전형적인 사법적 법인식작용이라고 한다. 헌법재판이란 사법기관인 헌법재판소가 행하는 국가작용으로서 구체적인 사건성과 권한발동의 수동성을 기초로 하는 사법절차적 특성을 갖는다는 점, 담당기관이 입법권, 행정권과는 구별되는 독립적인 국가기관으로서 헌법재판기관인 점, 헌법적 분쟁에 대한 최종의 유권적 판단작용을 내용으로 한다는 점 등을 근거로 한다.

헌법 제101조 제1항에서 법원에 사법권을 부여하기는 하지만 이로써 법원이 사법권을 독점하는 것은 아니며, 헌법의 추상성과 개방성으로 인해 일반 사법작용에 비해 헌법재판에 정치형성적인 요소가 더욱 강조되기는 하지만 그것으로 인해 정치적 성격이나 입법적 성격을 갖는 것으로 단정할 수는 없다고 한다.¹⁸³⁾ 그리고 일반재판의 경우에도 소송물이나 당사자, 판결의 영향력 등의 측면에서 헌법재판보다 정치적 의미가 큰 사건이 얼마든지 있을 수 있고, 헌법재판에서 정치성이란 분쟁의 대상과 그 심사기준이 정치적인 뿐 정치적 이해관계나 정치적 고려 또는 판단에 따라 결론을 도출하거나 판단이 달라지는 것은 아니므로 여전히 사법작용으로서 본질을 갖는다고 한다.¹⁸⁴⁾

나. 정치작용설

헌법재판을 사법작용이 아닌 정치작용으로 이해하는 입장이다. 헌법을 정치적인 결단으로 이해하는 칼 슈미트(C. Schmitt)의 관점에서 헌법적인 분쟁은 본질적으로 법적 분쟁이라기보다는 정치적인 분쟁의 성격이 강하기 때문에 헌법 분쟁을 해결하는 헌법재판의 성격 또한 정치작용의 성격을 갖는다고 한다. 헌법재판이 설령 사법절차를 통해 이루어지더라도 그것은 사법작용이 아니라 사법적 형태의 정치적 결단에 불과하다는 견해이다. 정치작용설은 헌법재판이란 헌법의 해석·적용의 결과이고, 이는 정치적 성격을 그 특성으로 하는 헌법을 심판 기준으로 하여 판단하는 것이므로 헌법재판은 정치적 성격을 가진다는 것이다.

183) 허완중, 앞의 책, 31면 참조.

184) 김하열, 앞의 책, 16-17면 참조.

정치작용설과 기본적으로 인식을 같이 하지만, 사법작용설과 정치작용설을 절충하여 헌법재판을 정치적 사법작용이라고 이해하는 견해도 있다. 헌법재판이 사법작용의 징표를 충족하므로 사법작용으로 볼 수 있지만, 헌법은 정치성이 강하므로 헌법재판 역시 정치형성적인 성격을 갖는 것이고, 결정의 내용을 국가가 강제로 집행하기 곤란하다는 특성이 있으므로 정치적 사법작용으로 파악함이 타당하다는 것이다.¹⁸⁵⁾

헌법은 여러 정치세력 간에 공존을 위한 정치적 투쟁과 타협의 산물이므로 다른 법률보다 정치적 성격이 짙을 수밖에 없다. 그렇지만 헌법이 정치적 타협의 결과라 할지라도 헌법은 국가 내 최고법이자 근본법으로서 헌법이 정하는 절차와 방식에 따라 주권자인 국민에 의해 제정되고 개정되는 본질적으로 법규범의 본질을 갖는다고 할 것이므로 헌법을 심사기준으로 하는 헌법재판을 정치작용만으로 그 성격을 이해하는 것은 설득력이 약하다. 헌법재판을 정치작용으로 이해하는 경우 국민으로부터 직접 민주적 정당성을 취득한 국회가 제정한 법률을 민주적 정당성이 취약한 헌법재판소가 심판하여 폐지하는 것은 그 자체로 논리적으로 모순된다.

다. 입법작용설

헌법재판의 성격을 입법작용으로 이해한다. 헌법재판의 대표적인 유형인 규범통제절차를 중심으로 법률의 효력을 객관적으로 상실시키는 헌법재판의 효력에서 그 본질을 찾는다. 구체적 규범통제절차나 헌법소원심판, 권한쟁의심판을 통해 헌법재판소가 법률에 대해 위헌결정을 선고하는 경우 또는 입법부작위에 대한 위헌확인결정을 하는 경우 그 결정은 입법자의 입법작용과 등가적인 것으로 평가할 수 있음을 강조한다.

헌법재판에는 단순한 헌법의 해석과 적용의 차원을 넘어 헌법을 보충하고 그 내용을 형성하고 실현하는 기능이 있으며, 구체적인 사건과 분리되어 일반적인 고려가 행해지는 특성을 가지고 있으므로 사법작용보다는 입법작용에 가까운 측면이 있음을 부인할 수는 없을 것이다.¹⁸⁶⁾ 헌법재판은 자주적이고 창조적인

185) 한수웅, 헌법학, 법문사(2018), 1375-1376면 참조.

186) 헌법규범과 법률규범의 규범구조적 특성과 헌법해석의 방법론적 특성에 근거하여 헌법재판의 형성적 기능을 강조하는 입법작용설의 설득력을 평가하

국가작용의 측면을 갖고 있어 입법작용의 성격을 갖고 있지만, 그 역시 헌법재판의 효과에 불과한 것으로 이를 두고 헌법재판의 본질을 입법작용으로 이해할 것은 아니라고 한다.¹⁸⁷⁾

라. 제4의 국가작용설

헌법재판은 헌법실현을 위한 기능적 권력통제수단이기 때문에 입법, 행정, 사법작용 등 모든 공권력작용을 통제대상으로 하는 제4의 국가작용이라고 이해하는 입장이다. 헌법재판을 위한 해석은 그 자체가 목적이 아니라 헌법실현을 위한 수단에 해당하므로 헌법재판의 본질 역시 수단이 아닌 목적에서 찾아야 한다고 한다. 따라서 헌법해석이 법인식기능을 통해 행해지지만 그 자체가 사법작용이 되는 것은 아니며, 정치연관성을 가지지만 그 자체로 정치작용이나 정치적 사법작용의 성격을 갖는 것은 아니라고 한다.¹⁸⁸⁾

마. 검토

헌법재판의 본질은 원칙적으로 사법작용에 해당한다. 헌법재판소는 헌법질서의 수호기관으로 헌법을 유일한 심사기준으로 삼고, 비록 추상성과 개방성을 규범적 특성으로 하지만 그럼에도 불구하고 여전히 헌법은 규범으로서 성격을 갖고 있다. 헌법은 제10조에서 국민의 기본권을 보장할 국가의 의무를 규정함으로써 추상적·개방적인 기본권 조항이 단순히 국가목표의 선언에 그치는 것이 아니라는 점을 분명히 하고 있고, 헌법소원심판을 통하여 국민의 기본권 구제와 함께 기본권을 중심으로 하는 헌법질서를 수호하기 위한 헌법보호수단을 마련하고 있다. 그리고 국회가 제정한 법률이 헌법에 위반되는 경우 위헌법률심판 등 규범통제절차를 통해 위헌적인 입법작용을 교정하는 헌법적 통제수단을 마련하고, 정당해산심판이나 탄핵심판, 권한쟁의심판을 통해 국가권력으로부터의 헌법 침해를 방지하고 있다. 이와 같이 헌법은 헌법재판소에 헌법질서의 준수와

면서도 그렇다고 입법작용으로 보는 것은 문제가 있다는 견해로는 허영, 앞의 책, 20면 참조.

187) 김하열, 앞의 책, 13면 참조.

188) 허영, 앞의 책, 20-21면 참조.

관철을 담보할 수 있는 다양한 권한을 부여함으로써 헌법이 실효적으로 규범력을 발휘할 수 있는 자기보호수단을 예정하고 있으므로, 이와 같은 헌법을 심사 기준으로 하여 진행되는 헌법재판 역시 그 본질은 사법작용에 해당한다고 볼 것이다. 이에 더하여 헌법재판 역시 구체적 사건성과 사건의 성숙성, 독립성과 중립성, 헌법과 법률에서 정하는 내용과 절차에 따른 분쟁의 종국적 해결 등 사법작용으로서의 본질과 속성을 그대로 갖추고 있다.

그러나 헌법재판은 전통적인 사법작용과는 여러모로 차이가 있다. 법률에 대한 규범통제의 경우 위헌인 법률을 법질서에서 제거하는 효과를 발생시킨다는 점에서 정치적이고 입법적인 성격을 가지고 있다. 위헌결정은 기속력과 일반적 효력(대세효, 법규적 효력)을 가지므로 법률에 대한 규범통제절차는 입법자의 적극적인 정치작용의 결과물을 헌법재판소의 판단으로 대체하는 결과가 되므로 헌법재판소는 소극적 입법자로서 역할을 한다. 따라서 헌법재판은 일반재판에 비해 보다 정치적이고 입법적인 사법작용으로서의 성격이 강하다고 할 수 있을 것이다.

또한 헌법규범이 갖는 추상적·개방적 성격으로 인해 심사기준인 헌법규범의 내용을 확정함에 있어 재판관 개인의 정치적 고려가 개입될 수 있어 헌법재판의 사법적 성격은 정치작용으로 변질될 가능성을 일상적으로 가지고 있다. 하지만 이러한 우려는 헌법이 요구하는 재판관의 정치적 중립성 보장(헌법 제112조 제2항), 신분상 독립(헌법 제112조 제3항), 직무상 독립(헌법재판소법 제4조) 등 헌법재판의 정치성을 완화하고 중립성을 보장할 수 있는 제도적 장치가 마련되어 있다는 점, 비록 추상적이고 개방적인 헌법규범을 심사기준으로 하여 이루어지는 헌법해석이라 할지라도 사법적 절차와 방식에 따른 헌법의 해석과 적용이라는 사법작용적 본질을 벗어날 수 없다는 점 등으로 비추어 볼 때 헌법재판에서 이루어지는 헌법적 논증은 본질적으로 사법작용으로 평가할 수 있고, 그와 같은 범위와 한계에서 국민에게 정당화되고 수용될 수 있는 것이다.

결론적으로 헌법재판은 일반재판과 같이 사법작용의 본질을 갖지만, 정치성 등 특별한 성격을 갖는 사법작용으로 이해하여야 한다. 따라서 헌법재판의 정치성에 비추어 일반재판에 적용되는 절차법 조항을 그대로 적용할 수는 없고, 그 특수성에 비추어 수정하거나 보완하여 적용하여야 하며, 불가피하게 필요한 경우에는 이들 절차법 조항을 유추하여 헌법재판소가 스스로 절차를 창설할 수 있는 가능성도 남겨두어야 할 것이다.¹⁸⁹⁾

II. 헌법소송법의 법원(法源)과 기능, 헌법재판소의 범형성

1. 헌법소송법의 법원

실체적인 헌법문제에 대하여 헌법을 심사기준으로 하여 판단하는 헌법재판의 절차를 규율하는 모든 법규범을 ‘헌법소송법’이라 하고, 그 법원으로 대표적인 것으로 헌법, 헌법재판소법, 헌법재판소규칙을 들 수 있다. 헌법은 헌법재판소에 권한과 관할 부여(헌법 제111조 제1항)하고, 정당해산심판(헌법 제8조 제4항), 위헌법률심판(헌법 제107조 제1항, 제111조 제1항 제1호), 탄핵심판(헌법 제65조), 권한쟁의심판(헌법 제111조 제1항 제4호) 등 심판절차에서 판단의 요건과 절차, 재판의 전제성과 법원의 권한, 심판청구의 당사자 등 중요한 적법요건을 직접 제시함으로써 헌법재판소의 본안판단권을 제한하고 있다. 이로써 헌법재판소에게 다른 헌법기관의 권한행사를 통제할 수 있는 권한을 부여함과 동시에 헌법재판소의 심판권한에 대해 일정한 한계를 스스로 설정하고 있는 것이다.

헌법 제113조 제3항은 “헌법재판소의 조직과 운영 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.”라고 하여 헌법재판소의 조직과 운영, 그리고 심판절차에 관하여 구체적인 형성을 입법자에게 포괄적으로 위임하고 있다. 이에 근거하여 헌법재판소법은 총칙(제1장)에서 헌법재판소의 관할과 구성, 재판관의 지위 등을 정하고, 조직(제2장)에서 헌법재판소장, 헌법재판소 재판관, 재판관회의, 사무처, 헌법연구관, 헌법재판연구원 등 주요기관의 조직과 기능 등에 관하여 정하며, 일반심판절차(제3장) 및 특별심판절차(제4장)에서는 헌법재판소가 관장하는 모든 심판절차에 일반적으로 적용될 수 있는 재판관의 제척·기피 및 회피, 심판청구의 방식, 변론주의와 직권탐지주의 등 심리원칙, 포괄적인 준용규정(제40조) 등 절차와 개별심판절차에 특유한 절차를 규정하고 있다.

또한 헌법 제113조 제2항 및 헌법재판소법 제10조에서는 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 심판에 관한 절차, 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있도록 헌법재판소에 규칙제정권을 부여하고 있는데, 이는 헌법기관으로서 헌법재판소의 자주성과 독립성을 보장하고, 전문적·기술적인 사항은 헌

189) 김하열, 앞의 책, 16-17면; 허완중, 앞의 책, 39면 각 참조.

법재판소로 하여금 스스로 정하게 함으로써 헌법재판의 현실과 기능, 그리고 기능의 수행에 적합한 절차에 관한 사항을 정하게 하려는 데에 그 취지가 있다.¹⁹⁰⁾ 이에 근거하여 ‘지정재판부의 구성과 운영에 관한 규칙’, ‘헌법재판소 국선대리인의 선임 및 보수에 관한 규칙’ 등 개별절차에 관한 규칙과 함께 일반적인 절차에 관한 규칙으로 ‘헌법재판소 심판 규칙’(이하 ‘심판규칙’이라 한다)을 두고 있다. 헌법재판소 규칙은 특히 일상적인 헌법재판의 실무에서 중요한 역할을 담당하고 있다.

헌법소송에 관한 명시적 법원으로서 헌법, 헌법소송법, 헌법재판소규칙에도 불구하고 심판절차의 실무에서 발생하는 절차법상의 규율공백은 불가피하다. 입법자가 심판절차를 규율하면서 의도적으로 빠뜨린 부분이 있고, 실수로 규율하지 않은 사항도 있다. 헌법소송이 다른 소송절차에 비해 역사가 일천할 뿐 아니라 앞에서 살펴 본 바와 같이 헌법재판소가 관할하는 헌법재판의 유형이 그 기원과 기능, 구조 등의 측면에서 통일적인 절차법적 규율이 가능하도록 보편성을 갖고 있지도 않기 때문이다. 따라서 헌법재판소법은 이와 같은 규율의 공백을 막기 위해 후술하는 바와 같이 민사소송법 등 일반소송법을 포괄적으로 준용하는 방식(제40조)과 함께, 그때그때 사건을 해결하기 위해 헌법소송에 관한 판례를 통해 헌법재판의 특성에 부합하는 헌법재판에 관한 절차를 스스로 형성할 수 있는 공간을 허용하고 있다. 이와 같은 공간은 준용규정에도 불구하고 절차법상의 흠결이 발생하거나 헌법재판의 성질에 반하여 준용의 방법조차 사용할 수 없는 경우에 발생한다. 이 경우 재판관의 법형성이나 관련 헌법재판소법이나 일반소송법의 유추적용을 통해 법의 공백을 보충할 수 있을 것이다.¹⁹¹⁾

2. 헌법소송법의 기능

헌법재판에 관한 절차법의 흠결은 앞에서 본 바와 같이 일반적 또는 개별적

190) 헌법재판소는 헌법기관으로서 직접 헌법에 의하여 규칙제정권을 수권한 것이기 때문에 이 권한의 행사에 따라 법률의 근거가 있어야 하는 것은 아니다. 헌법재판소의 규칙제정권은 일종의 법규명령제정권이기 때문에 국민의 권리·의무에 직접 관련된 사항에 대해서도 규율할 수 있다. 허영, 앞의 책, 120-121면 참조.

191) 김하열, 앞의 책, 93면 참조.

준용의 방식을 통하거나 재판관의 법발견 또는 법형성의 결과로서 판례를 통해 매워질 것을 헌법재판소법은 예정하고 있다. 따라서 절차법의 흠결을 채움에 있어서는 우선 헌법재판 역시 사법절차로서의 보편성과 함께 그 고유성 및 특수성을 확인하고 이를 존중·고려하는 것이 필요하다. 또한 헌법재판에 관한 절차법으로서 헌법소송법의 역할과 기능을 분명히 인식하고, 이를 최대한으로 발현할 수 있도록 하는 해석과 적용의 자세가 필요하다.

먼저 헌법소송법은 헌법소송을 통해 구현하려는 실체법으로서 헌법의 관철과 보장에 기여하여야 한다. 헌법국가는 그 자체로 헌법질서가 정치공동체의 모든 생활영역에서 준수되고, 헌법이 보장하는 국민의 자유와 권리가 온전히 보호될 것을 요청한다. 따라서 헌법소송법의 기능 역시 한편으로는 객관적인 헌법질서의 보장에, 다른 한편으로는 주관적인 기본권 보호에 있다고 할 것이므로 헌법소송법을 구체적으로 형성하거나 해석·적용함에 있어서는 해당 헌법재판의 유형이 전자에 중점이 있는지, 후자에 중점이 있는지를 먼저 고려하여야 한다. 절차의 형성에 대한 당사자의 참여, 사실확정이나 증거자료의 제출에 대한 당사자의 책임, 심판절차에서 판단주체인 헌법재판소의 역할 등은 해당 심판절차의 본질과 성격에 따라 결정된다. 분쟁해결과 이를 통한 당사자의 권리구제를 목적으로 하는 민사소송이나 행정소송 등 일반소송절차에서는 처분권주의와 변론주의가 심판절차의 원칙이라면, 객관적 헌법질서의 수호라는 헌법의 기능을 모든 심판절차에서 고려하여야 하는 헌법재판에서는 이들 원칙이 그대로 적용될 수 없거나 반대로 직권주의와 직권탐지주의의가 우선적으로 적용되어야 하는 이유이다.¹⁹²⁾

헌법소송법은 다른 헌법기관과의 관계에서 헌법재판소의 권한과 관할에 대한 경계를 설정하는 기능을 하여야 한다. 헌법은 권력분립의 체계 내에서 헌법재판소에 헌법질서의 수호자로서 지위를 부여하고 있지만, 헌법소송법은 일정한 소송법적 권한과 기능을 헌법재판소에 배정함으로써 헌법수호자로서의 지위를 보다 구체적으로 형성하고 조성한다.¹⁹³⁾ 이로써 헌법재판소가 헌법재판을 통해 다른 헌법기관이나 국가기관의 권한행사에 개입할 수 있는 수권과 그 권한의 한계를 설정하고, 구체적으로 권한행사의 방식과 내용, 절차를 자세하게

192) 헌법재판연구원(한수웅 집필), 주석 헌법재판소법, 헌법재판연구원(2015), 56-57면 참조.

193) 김하열, 앞의 책, 86-87면.

규율함으로써 권한행사 과정에서 발생할 수 있는 부당한 개입과 관여의 소지를 사전에 방지하려는 질차적 요건을 설정하고 있다. 구체적으로 위헌법률심판, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판 등 규범통제절차와 관련하여 재판의 전제성을 요구함으로써 그 권한발동의 요건¹⁹⁴⁾과 심리 및 결정의 범위를 한정¹⁹⁵⁾하고, 법률에 대한 위헌결정으로 인해 입법자의 입법형성권에 대한 제약을 방지하기 위해 단순위헌결정 외에 한정위헌결정, 헌법불합치결정 등 위헌결정의 효력을 내용적·시간적으로 제한하는 법적 근거나 이론적 가능성을 부여하고 있다. 헌법소원심판의 경우에도 보충성요건을 통해 헌법재판소와 일반법원간의 역할 및 기능의 차이와 이에 따른 권한의 획정을 분명히 하고 있고, 법령을 심판대상으로 하는 헌법소원심판에서 특별히 직접성요건을 부과함으로써 국회의 입법권 존중과 아울러 법원과의 권한경계를 분명히 설정하고 있다.

마지막으로 헌법재판소가 헌법분쟁을 사법적 절차를 통해 종국적으로 해결할 수 있도록 사법기능을 보장하는 데 기여하여야 한다. 이를 위해 일반법원과 마찬가지로 헌법재판소의 독립성과 중립성을 보장하고, 기관력이나 기속력 등 결정의 효력을 보장함으로써 헌법분쟁을 종국적으로 해결할 수 있도록 하여야 한다. 그리고 헌법의 추상성과 개방성으로 인해 판단의 과정에 재판관의 주관 개입될 여지가 매우 크다고 할 것이므로 그를 상쇄할 정도의 엄밀한 절차적 보장이 이루어져야 한다. 개방적인 헌법을 해석할 헌법재판의 절차를 헌법재판소 스스로 선택할 수 있다면, 헌법재판소의 활동은 통제될 수 없을 뿐 아니라 헌법재판소 결정에 필요한 정당성과 설득력은 창출될 수 없다. 헌법소송법은 헌법재

194) 재판의 전제성요건으로 인해 법률조항의 위헌 여부가 당해사건에서 재판의 전제가 되는 경우에만 본안 심리 및 판단을 허용하고, 구체적인 계기 없이 법률조항의 위헌 여부만을 소송물로 하는 심판절차는 허용되지 아니한다. 이는 입법자의 입법권을 보호하려는 것으로 민주주의원리와 권력분립원칙에 근거를 두고 있다.

195) 재판의 전제성요건이 규범통제절차에서 본안판단의 요건이 되면서 헌법재판소의 심리 및 결정의 범위도 엄격하게 재판의 전제성이 인정되는 범위로 제한된다. 헌법재판소의 규범통제권한이 재판의 전제성이 인정되는 범위로 제한되므로 당연히 심리 및 결정의 범위도 재판의 전제성의 범위로 한정되기 때문이다. 따라서 동일한 심사척도가 적용되고 체계적으로 밀접한 관련성이 있는 등 심판대상을 확정할 수 있는 예외적인 사유가 없는 한 헌법재판소가 재판의 전제성이 인정되는 범위를 넘어 위헌결정의 대상을 확장하는 경우 이는 위헌적인 권한행사가 된다.

판소의 결정에 ‘합리성과 그에 따르는 재판에 대한 승복’ 자체를 조성하거나 창출하여야 하는 ‘질서 있게 규율된 법적 절차’이다.¹⁹⁶⁾

3. 헌법재판소의 법형성과 그 한계

가. 절차규율의 공백과 이를 보충하는 법형성

헌법재판소는 헌법소송법의 법원(法源)으로서 헌법과 헌법재판소법, 심판규칙 등에 대하여 실질적으로 최종적인 해석권을 가진다. 헌법재판의 절차를 규율하는 헌법소송의 법원에 대한 중국적 해석권한은 헌법재판소가 헌법에 근거하여 헌법에 대한 최종적 해석권을 가지고 있다는 것에서 비롯하며, 헌법재판의 담당자로서 헌법재판의 절차를 정한 법률 등에 대한 최종적인 해석권한을 실질적으로 가지는 것에 근거를 두고 있다.¹⁹⁷⁾

앞에서 본 바와 같이 헌법재판소법은 절차법상의 규율 공백을 막기 위해 민사소송법 등 일반소송법을 포괄적으로 준용하도록 함과 함께, 준용의 방법으로도 규율의 공백이 발생하는 경우 헌법재판소법이나 일반소송법의 유추적용 등 재판관의 법형성을 통해 규율의 공백을 보충하도록 하고 있다.¹⁹⁸⁾ 이와 같은 재

196) 허완중, 앞의 책, 123-124면 참조.

197) 헌법재판소가 헌법재판소법의 해석과 관련하여 최종적인 해석권한을 가지고 있는지에 대해서는 의문이 제기될 수 있지만, 헌법재판소는 헌법해석뿐만 아니라 헌법소송의 법원으로서 헌법재판소법의 해석과 관련해서도 실질적으로 최종적인 해석권한을 가진다고 한다. 그 이유는 규범적으로 최종의 해석권이 인정되기 때문이 아니라 헌법재판소법에 대한 헌법재판소의 해석, 즉 적법요건에 관한 헌법재판소의 결정에 대하여 더 이상 다룰 수 있는 불복수단이 없다는 것에서 기인한다고 한다. 헌법재판연구원(한수웅 집필), 주석헌법재판소법, 58면 참조.

198) 헌법재판소도 일반소송법 등의 준용이 불가능한 경우 헌법재판소의 법형성에 의한 절차보완을 인정하고 있다.

“준용조항은 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도’에서만 보충적으로 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 하고 있다. 헌법재판소가 헌법재판의 성질에 반한다고 판단할 경우에는 그 준용을 배제하도록 함으로써, 일률적으로 민사소송에 관한 법령을 준용함에 따른 문제점을 해소하고 있는 것이다. 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 경우란, 다른 절차법의 준용이 헌법재판의 고유한 성질을 훼손하지 않는 경우를 말한다. 이때 헌법재판의 성질, 특히

판관의 법형성 역시 헌법재판소법 등에 대한 해석과 마찬가지로 최종적이다. 헌법재판소가 법형성의 과정에서 법률해석의 일반원칙을 준수하였는지, 입법자의 의사에 반하거나 입법자의 의사를 넘어 입법의 영역에 개입하였는지 등을 다룰 수 있는 제도적 장치가 없기 때문이다. 결국 헌법재판소가 법률해석의 허용한계를 넘어 독자적으로 자신의 절차를 형성하는 경우에는 오로지 입법자에 의한 헌법재판소법의 개정을 통해 그것을 시정할 수 있을 뿐이다.¹⁹⁹⁾

나. 법형성의 한계

헌법재판이 헌법 제27조가 보장하는 재판을 받을 권리를 구체적으로 실현하는 기본권 보장 및 권리구제의 수단으로 보는 경우 헌법재판은 헌법과 법률이

정당해산심판의 성질에 반하는지 여부는, 정당의 법적 성격·정당보호와 헌법보호라는 이중적 의미를 갖는 정당해산심판의 성질·준용절차 및 준용대상 성격 등을 종합적으로 고려하여 헌법재판소가 구체적·개별적으로 판단할 수밖에 없다. 구체적인 절차에서 특정한 법령의 준용 여부가 헌법재판의 성질에 반하는지 여부에 대한 판단은 헌법에 따라 정당해산에 관한 독자적인 심판권을 부여받은 헌법재판소의 고유 권한에 속한다. 한편, 헌법재판소는 헌법에서 정당해산에 관한 심판권을 부여한 취지에 부합하도록 정당해산심판의 요건뿐만 아니라, 제출된 증거의 성격이나 목적·입증취지 등을 종합적으로 고려하여 심판절차에서 적용될 법률을 결정해야 한다. 민사소송에 관한 법령 중 어떤 부분이 헌법재판의 성질에 반하지 않는 것으로 판단되어 준용되는지 여부는 헌법재판소의 구체적인 법률해석에 관한 문제이다. 청구인은, 사적 이익의 조정과 분쟁 해결을 목적으로 하여 당사자들 사이의 상대적 진실을 확정하는 민사소송절차에 따라 증거조사가 이루어질 경우 실제적 진실이 아닌 사실관계에 기초하여 정당해산 여부가 판단될 염려가 크므로, 적어도 증거조사와 사실인정에 대하여는 형사소송법이 준용되어야 한다고 주장한다. 그러나 증거조사와 사실인정에 관한 민사소송법의 규정을 적용함으로써 실제적 진실과 다른 사실관계가 인정될 수 있는 규정은 헌법과 정당을 동시에 보호하는 정당해산심판의 성질에 반하는 것으로 준용될 수 없을 것이다. 또 민사소송에 관한 법령의 준용이 배제되어 법률의 공백이 생기는 부분에 대하여는 헌법재판소가 정당해산심판의 성질에 맞는 절차를 창설하여 이를 메울 수밖에 없다. 이와 같이 법률의 공백이 있는 경우 정당해산심판제도의 목적과 취지에 맞는 절차를 창설하여 실제적 진실을 발견하고 이에 근거하여 헌법정신에 맞는 결론을 도출해내는 것은 헌법이 헌법재판소에 부여한 고유한 권한이자 의무이다(헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7). .

199) 헌법재판연구원(한수웅 집필), 주석 헌법재판소법, 59면.

정하는 실체법적 내용에 근거하여 헌법과 법률이 정하는 절차법상의 절차에 따라 행해져야 한다. 법원이 헌법과 법률의 구속을 받는 것과 마찬가지로(헌법 제 103조) 헌법재판소도 절차의 형성에 있어서 헌법과 법률의 구속을 받아야 하고, 헌법 제113조 제3항은 이를 확인하는 의미에서 헌법재판의 절차를 법률로 정하도록 입법자에게 위임하고 있다. 따라서 헌법재판소의 절차법형성은 헌법과 헌법재판소법의 한계 내에서 매우 제한적으로 인정되는 것이다.

헌법과 헌법재판소법 등에서 절차법적 규율에 공백을 둔 경우 헌법재판소에 절차형성의 공간이 인정된다. 그러나 헌법재판소의 절차규율권한은 위에서 본 바와 같이 헌법재판의 주재자로서 절차를 형성할 수 있는 권한에 기초한 것이 아니라 헌법과 헌법재판소법이 정하는 범위 내에서의 규율권한이다. 따라서 헌법재판소는 일차적으로 다른 소송법의 준용 여부를 고려하여야 하고, 다른 소송법의 준용을 통해서도 헌법재판의 목적과 기능을 달성할 수 없는 경우 비로소 헌법소송의 특수성이나 당해 심판절차의 특수성에 반한다는 이유로 다른 소송법상의 원칙에 대한 준용을 거부할 수 있을 뿐이다. 헌법재판소에 부여된 절차형성의 규율권한은 그와 같은 예외적인 경우에만 허용되는 것으로 헌법의 실현과 헌법재판소의 기능보장이라는 헌법소송의 기능을 이행하기 위한 불가피한 경우에 한하여 인정되는 것이다.

헌법재판소는 절차의 형성에 있어서 헌법과 헌법재판소법에 의한 절차적 지침의 구속을 받으며, 법적 규율의 공백을 메우는 경우에도 일반적인 소송법상의 원칙과 헌법소송의 특수성 및 기능을 고려함으로써 이를 절차형성의 지침으로 삼아야 한다. 헌법재판은 개별심판절차의 유형별로 차이는 있지만, 객관적인 헌법질서의 유지와 국민의 주관적 권리의 보장에 그 목적을 두고 있다. 결국 헌법재판소가 절차규율을 형성하는 과정에서는 해당 심판절차의 성격과 헌법소송법의 기능실현이라는 관점이 기본적인 지침이자 한계가 될 것이다.

4. 일반소송법의 준용

가. 준용의 의의와 필요성

헌법은 입법자에게 헌법소송에 관한 절차규율권을 부여하였지만, 입법자는

헌법소송에 관한 모든 개별사항들을 빠짐없이 규율하지 않고 준용(準用)이라는 입법기술을 활용하고 있다. 헌법재판이 기본적으로 사법절차에 따라 운용되므로 사법절차에 대한 일반법 또는 개별법으로서 법원조직법, 민사소송법, 형사소송법, 행정소송법 등의 규정들을 헌법재판에 준용함으로써 헌법재판의 운용과정에서 예상되는 규율의 공백을 보완할 수 있고, 입법기술상으로도 효율적이기 때문이다. 헌법재판소법은 제24조 제6항, 제34조 제2항, 제41조 제3항, 제47조 제5항, 제75조 제8항 등에서 법원조직법, 민사소송법 등의 특정조항을 준용하도록 하는 개별적인 준용규정을 두고 있고(개별적 준용방식), 제40조(준용규정)에서는 포괄적·일반적으로 민사소송법 등을 준용하는 규정을 두고 있다(일반적 준용방식).

준용은 어떤 사항에 대해 직접 규율하지 않고 유사한 다른 사항에 관한 규율을 의미에 맞게 적용하도록 하는 입법기술을 의미한다. 법 제40조는 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서’라는 문구를 준용의 의미와 방식에 추가²⁰⁰⁾함으로써 헌법재판소가 헌법재판의 고유성과 특수성에 맞게 탄력적으로 민사소송법 등 다른 절차법령의 규정을 적용하여야 함을 강조하고 있고, 헌법재판소도 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 경우의 의미에 관하여 다른 절차법의 준용이 헌법재판의 고유한 성질을 훼손하지 않는 경우를 말하고, 이는 헌법재판소가 구체적·개별적으로 판단한다.’고 하여 그 의미를 분명히 하고 있다.²⁰¹⁾

나. 준용의 내용

헌법재판소법 제40조에서는 헌법재판소의 심판절차에 관해 헌법재판소법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사소송에 관한 법령을 준용한다고 규

200) 헌법소원심판, 권한쟁의심판에서 청구인이 청구를 취하한 경우, 헌법재판소법, 행정소송법 등에 취하에 관한 명시적 규정이 없어 후술하는 바와 같이 민사소송법을 준용하여 처리하였다(헌재 2001. 5. 8. 2000헌라1 등 참조). 이에 대하여 취하의 요건, 절차, 효력 등에 관한 민사소송법 규정을 그대로 적용하여서는 헌법재판의 객관적 기능을 실현할 수 없다는 전제에서 취하에도 불구하고 본안판단을 할 수 있도록 하는 등의 예외적 운용을 가능하도록 뒷받침하고자 한 취지에서 해당 문구를 첨부하였다(법률 제6861호 2003. 3. 12. 헌법재판소법 제40조 개정이유).

201) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7 참조.

정하여 헌법재판소법에 규율의 공백이 있는 경우 예외적으로 준용의 방식을 이용하는 것이 아니라 헌법재판소법에 특칙이 없는 한 민사소송에 관한 법령이 당연히 적용됨을 의도하고 있다. 그리고 개별심판유형에 따라서는 민사소송에 관한 법령에 우선하여 행정소송, 형사소송 등 다른 소송법령의 우선 준용을 규정하고 있는바, 탄핵심판에서는 형사소송에 관한 법령을, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판에서는 행정소송법을 우선하여 준용하도록 규정하고 있다. 이들 심판 절차에서 특별준용법령과 일반준용법령 간에 내용상 저촉이 발생하지 않을 때에는 양자를 함께 준용하고, 탄핵심판에서 준용할 형사소송에 관한 법령이 없거나 권한쟁의심판 및 헌법소원심판에서 준용할 행정소송에 관한 법령이 없으면 민사소송에 관한 법령이 준용된다.

정당해산심판의 경우 헌법재판소법 제40조에서 민사소송에 관한 법령을 준용할 뿐 탄핵심판이나 헌법소원심판 등과 같이 형사소송, 행정소송에 관한 법령 등의 우선적 준용을 정하는 특칙을 따로 두고 있지 않다. 그러나 정당해산심판의 경우 그 제도적 취지나 결정의 법적 효과가 매우 엄격하고 피청구인이나 헌법질서에 미치는 영향이 중대하므로 형사소송절차에서와 같이 고도의 법적 안정성과 투명성 및 당사자의 절차보장이 이루어져야 하고, 엄격한 증거판단이 필요하다라는 것을 이유로 형사소송에 관한 법령이 우선적으로 준용될 것이 요청된다고 볼 수 있을 것이다.²⁰²⁾

202) 따라서 정당해산심판에서 헌법재판소법의 규율공백이 발생하는 경우 민사소송에 관한 법령에 우선하여 형사소송에 관한 법령이 우선적으로 적용되어야 하며, 만일 그렇지 못한 경우에는 해산결정을 받은 정당의 헌법에 위배되지 않는 절차법에 따른 공정한 재판을 받을 권리가 침해될 수 있다. 이에 대하여 헌법재판소는 “준용조항은 정당해산심판절차에 있어 다양한 절차법 중에서도 ‘민사소송에 관한 법령’을 준용할 수 있도록 규정하고 있다. 민사소송에 관한 법령은 민사소송뿐만 아니라, 형사소송과 행정소송 등 소송절차 일반에 널리 준용되는 일반 절차법으로서의 성격을 가지므로 특별한 절차진행 규정이 존재하지 않는 상황에서 다른 법령에 비해 더 광범위하게 절차 미비를 보완할 수 있다. … 준용조항은 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도’에서만 보충적으로 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 하고 있다. 헌법재판소가 헌법재판의 성질에 반한다고 판단할 경우에는 그 준용을 배제하도록 함으로써, 일률적으로 민사소송에 관한 법령을 준용함에 따른 문제점을 해소하고 있는 것이다. 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 경우란, 다른 절차법의 준용이 헌법재판의 고유한 성질을 훼손하지 않는 경우를 말한다. 이때 헌법재판의 성질, 특히 정당해산심판의 성질에 반하는지 여부는, 정당의

III. 일반심판절차에서 소송법령의 준용

1. 헌법소송의 절차원칙

가. 처분권주의와 직권주의

처분권주의란 절차의 개시, 심판의 대상과 범위, 절차의 종결에 대해 당사자의 처분권을 인정하는 절차법상의 원칙으로 절차법에서 사적자치원칙의 구현이다. 이에 반해 직권주의란 당사자가 아니라 법원에게 소송물에 대한 처분권을 인정하는 절차원칙을 말한다. 민사소송이나 행정소송에서는 사적자치원칙이나

법적 성격·정당보호와 헌법보호라는 이중적 의미를 갖는 정당해산심판의 성질·준용절차 및 준용대상의 성격 등을 종합적으로 고려하여 헌법재판소가 구체적·개별적으로 판단할 수밖에 없다. 구체적인 절차에서 특정한 법령의 준용 여부가 헌법재판의 성질에 반하는지 여부에 대한 판단은 헌법에 따라 정당해산에 관한 독자적인 심판권을 부여받은 헌법재판소의 고유 권한에 속한다. 한편, 헌법재판소는 헌법에서 정당해산에 관한 심판권을 부여한 취지에 부합하도록 정당해산심판의 요건뿐만 아니라, 제출된 증거의 성격이나 목적·입증취지 등을 종합적으로 고려하여 심판절차에서 적용될 법률을 결정해야 한다. 민사소송에 관한 법령 중 어떤 부분이 헌법재판의 성질에 반하지 않는 것으로 판단되어 준용되는지 여부는 헌법재판소의 구체적인 법률해석에 관한 문제이다. … 준용조항은 헌법재판에서의 불충분한 절차진행 규정을 보완하고, 원활한 심판절차진행을 도모하기 위한 조항으로, 그 절차보완적 기능에 비추어 볼 때, 소송절차 일반에 준용되는 절차법으로서의 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 한 것이 현저히 불합리하다고 볼 수 없다. 또한 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도’에서만 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 규정하여 정당해산심판의 고유한 성질에 반하지 않도록 적용범위를 한정하고 있다. 여기서 ‘헌법재판의 성질에 반하지 않는’ 경우란, 다른 절차법의 준용이 헌법재판의 고유한 성질을 훼손하지 않는 경우로 해석할 수 있고, 이는 헌법재판소가 당해 헌법재판이 갖는 고유의 성질·헌법재판과 일반재판의 목적 및 성격의 차이·준용 절차와 대상의 성격 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단할 수 있다. 따라서 준용조항은 청구인의 재판청구권, 즉 공정한 재판받을 권리를 침해한다고 볼 수 없다.”라고 판시하여 정당해산심판에서 형사소송에 관한 법령을 우선하여 준용하지 않는 것이 재판청구권을 침해하지 않는다고 판단하였다(헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7).

주관적 공권에 대한 개인의 처분권을 반영하여 처분권주의가 지배하지만, 국가 형벌권의 적절한 실현을 위한 형사소송에서는 소송절차의 개시와 진행을 당사자에게 맡기지 않고 법원의 직권에 맡기고 있다. 그러나 처분권주의나 직권주의가 서로 배척관계에 있는 것은 아니다. 때로는 실제적 진실의 발견을 위해서도 당사자에게 주장이나 입증을 하게 하는 것이 더욱 합당할 수도 있기 때문이다.

절차의 개시와 관련해서는 신청주의에 따라 모든 헌법재판의 유형에서 처분권주의가 적용된다. 이는 소극적 권한인 사법권의 본질적 속성으로 분쟁을 전제로 사법권이 비로소 발동될 수 있기 때문이다. 이 경우에도 직권주의의 요청에 따라 법원이 직권으로 절차를 개시하는 경우가 있는데, 직권에 의한 가처분결정이 이에 해당한다.

심판대상의 확정 역시 처분권주의에 따라 당사자에게 처분권한이 부여된다. 당사자는 재판의 전제성이 인정되는 법령조항이나 자신의 기본권을 현재 그리고 직접적으로 제한하는 공권력 부분을 심판대상으로 확정하여 헌법재판을 청구할 수 있고, 헌법재판소의 심리 및 결정의 대상도 이로 한정된다. 그러나 소송경제나 분쟁의 일회적 해결, 법적 명확성과 통일성 등을 위해 일정한 사유가 있으면 헌법재판소가 직권으로 심판대상을 확장, 변경할 수 있음을 물론이다.²⁰³⁾

절차의 종료와 관련해서도 당사자의 주관적 권리보호와 객관적 헌법보호의 기능 중 어디에 비중을 둘 것인지에 따라 달리 볼 수 있을 것이다. 주로 주관적 기본권 보장의 측면이 우선적으로 기능하는 헌법소원심판의 경우 당사자에게 심판절차의 종결에 대한 처분권을 인정할 수 있어 원칙적으로 처분권주의가 인정되므로 청구취하 등 절차의 종결에 대한 처분권을 당사자에게 인정할 수 있을 것이다. 그러나 객관적 헌법질서의 보장, 특히 권한법질서의 보장 측면이 강한 권한쟁의심판의 경우 객관적 헌법보장의 이익이 크다면 당사자의 처분권을 제한하지 않을 수 없을 것이다. 헌법재판의 경우 개별심판의 유형이나 구체적인 사건의 내용, 헌법질서에서 차지하는 비중 등에 따라 주관적 기본권 보장의 기

203) 헌법재판소는 심판대상을 확장하는 경우에 대하여 동일한 심사척도가 적용되는 경우, 체계적으로 밀접한 관련성이 있는 경우, 심판대상조항을 적용하는 전제가 되는 경우, 개정법령의 내용이 심판대상인 법령과 유사한 경우 등으로 유형화하고 있다. 심판대상의 확장을 인정한 사례로는, 헌재 1996. 11. 28. 96헌가13; 헌재 2003. 6. 26. 2001헌가17; 헌재 1994. 4. 28. 92헌가3; 헌재 2001. 1. 18. 2000헌바29; 헌재 2007. 3. 29. 2005헌마985등 등 참조.

능과 객관적 헌법 보호의 기능이 달라질 수 있으므로 헌법재판소는 개별심판유형별로, 그리고 구체적 사건별로 개별적인 판단을 통해 판단하는 경향을 보이고 있다.²⁰⁴⁾

나. 변론주의와 직권탐지주의

변론주의란 사실과 증거의 수집·제출의 책임을 당사자에게 맡기고, 당사자가 수집하여 제출한 소송자료만을 변론에서 다루고 재판의 기초로 삼아야 하는 입장이다.²⁰⁵⁾ 변론주의는 사법영역에서의 사적 자치를 반영하고, 당사자의 이기심을 선용하여 진실발견을 촉진하며, 당사자가 예측하지 못한 불이익을 방지하고 당사자에 대한 보다 효과적인 절차보장을 가능하게 한다는 데 그 근거가 있다고 본다.²⁰⁶⁾ 일반적으로 변론주의는 공익성이 강한 소송보다는 민사소송처럼 사인간의 분쟁을 해결하는 소송절차와 어울린다.

이에 대해서 직권탐지주의는 재판기관이 사건의 진실을 밝히기 위해서 필요하다면 당사자들이 신청하지 아니한 증거도 직권으로 조사할 수 있고 또 경우에 따라서는 조사해야 할 것을 요구하는 원칙이다. 변론주의가 형식적 진실을 추구한다면, 직권탐지주의는 실질적 진실을 추구한다.

일반적으로 직권탐지주의는 형사소송처럼 공익성이 강한 소송절차의 기본원칙으로 기능하는데, 헌법소송에 직권탐지주의가 광범위하게 적용되는 것은 헌법소송의 기능이 주관적 권리구제에 그치는 것이 아니라 객관적 헌법보호도 아

204) 따라서 헌법재판의 본질에 대한 이해에 따라 처분권주의와 변론주의, 직권주의와 직권탐지주의와의 관계에서 원칙과 예외에 대한 입장을 기본적으로 이해할 수 있을 것이다. 예를 들어 ‘객관적 헌법질서의 수호가 헌법소송의 일차적 목적이라는 견해[허영, 앞의 책, 147면; 헌법재판연구원(한수웅 집필), 주석 헌법재판소법, 57면 참조]에 따르면 민사소송법의 대원칙인 처분권주의와 변론주의가 헌법재판에서는 원칙적으로 인정되지 않거나 상당한 정도의 수정을 거쳐 부분적·개별적으로 인정될 수 있을 것이고, 반대로 헌법재판을 전체적으로 주관적 권리 보장의 기능으로 파악하는 견해에서는 원칙적으로 처분권주의와 변론주의가 절차를 지배하지만 개별심판절차의 유형에 따라, 그리고 개별심판절차의 성질에 따라 그 강도를 달리하면서 적용된다고 한다(김하열, 앞의 책, 94-95면 참조).

205) 이시윤, 신민사소송법, 2014, 312-313면.

206) 이시윤, 앞의 책, 313면 참조.

우르기 때문이다.²⁰⁷⁾

심리의 방식과 증거조사를 규정한 헌법재판소법 제30조는 헌법소송에서도 변론주의가 적용됨을 전제로²⁰⁸⁾ 구두변론에 관하여 정하고 있고, 제31조 및 제32조에서는 재판부의 직권 또는 당사자의 신청에 의한 포괄적인 증거조사와 직권에 의한 사실조회, 자료제출 요구에 관하여 규정하고 있다. 이와 같은 헌법재판소법의 규율내용과 관련하여 헌법재판소법 제30조는 변론주의를 헌법재판의 심리원칙으로 선언한 것이 아니라 변론을 하는 경우 그 내용을 정한 것에 불과하고, 오히려 제31조 및 제32조에서 심리절차의 진행과 사실 및 증거수집과 관련하여 재판부의 주도적 지위와 역할을 부여함으로써 헌법재판에서 직권탐지주의를 명시적으로 선언한 것으로 이해하여야 한다는 견해가 있다.²⁰⁹⁾ 헌법재판에서는 분쟁해결과 개인의 권리구제를 목적으로 하는 민사재판과는 달리 헌법규범의 해석과 이를 통한 객관적 헌법질서의 보장이 중요한 의미와 기능을 갖는다고 할 것이므로 사실관계의 확인이나 입증은 당사자에게 맡기는 것은 합리적이지 않고, 법원이 직권으로 사실관계를 확인하고 확정하는 공익적 성격이 강조되어야 하므로 실체적 진실의 발견이 중요하다는 것에 근거를 두고 있다. 따라서 헌법재판에서 증거조사를 규율하고 있는 헌법재판소법 제31조 제1항²¹⁰⁾은 직권탐지주의를 변론주의에 대한 보충적 요소가 아니라 오히려 이를 원칙으로 채택하고 있다고 해석하여야 한다는 것이다.²¹¹⁾

헌법재판은 헌법을 보호하고 국민의 기본권을 보장하는 역할을 한다. 따라서 일반적인 법원의 민·형사재판과는 달리 헌법규범의 해석과 이를 통한 헌법질

207) 허완중, 117면.

208) 헌법재판소법 제정 시에 헌법재판에 있어서도 변론주의가 당연히 원칙적으로 적용된다는 전제에서 헌법재판소법 제30조를 규정하였고, 다만 구술변론 없이 심리 및 결정할 수 있는 범위와 관련하여 논의가 있었다고 한다[헌법재판소법 제정 역사(憲法裁判所法 制定 略史), 헌법재판소, 2006, 21-22면 참조].

209) 대체로 이와 같이 분류할 수 있는 견해로는, 정종섭, 헌법소송법(제9판), 2019. 147면; 허영, 앞의 책, 147면, 헌법재판연구원(정태호 집필), 주석 헌법재판소법, 223면 등.

210) 제32조(자료제출 요구 등) 재판부는 결정으로 다른 국가기관 또는 공공단체의 기관에 심판에 필요한 사실을 조회하거나, 기록의 송부나 자료의 제출을 요구할 수 있다. 다만, 재판·소추 또는 범죄수사가 진행 중인 사건의 기록에 대하여는 송부를 요구할 수 없다.

211) 헌법재판연구원(정태호 집필), 주석 헌법재판소법, 222-223면 참조.

서의 보장이 헌법재판에서는 중요한 의미를 가지고, 이와 같은 기능이 최대한 발휘되고 실현되기 위해서는 헌법재판소의 직권에 의한 심리가 강하게 요청되고 또한 바람직한 부분이 있다. 그래서 당사자의 변론이나 주장은 헌법재판소의 직권탐지를 촉구하고 보완하는 것에 그치며, 당사자가 주장하지 않은 사실도 직권으로 수집하여 재판의 기초로 삼을 수 있는 것이다. 그러나 헌법재판에서 직권에 의한 심리만 강조되는 것은 아니다. 정당해산심판이나 탄핵심판의 경우 형사재판과 유사하게 대립당사자구조가 이루어지므로 피청구인의 절차적 권리를 보장하기 위하여 변론에서 최대한의 공격과 방어가 이루어지도록 하는 것이 매우 중요하고, 이 경우 사실관계의 확인이나 이를 위한 증거자료의 수집 등에서 당사자의 역할과 절차의 보장은 매우 중요하다. 결국 객관성과 공익성의 확보, 이를 통한 주관적 권리구제를 목적으로 하는 헌법재판에서 재판부의 직권에 따른 심리절차의 이행과 사실관계의 확정 등의 이익은 매우 중요하지만, 사법절차에서 변론주의가 실제적 진실의 발견에 기여하는 의미나 절차보장의 이익이 헌법재판에서도 여전히 강조되어야 한다는 측면에서 심리절차의 구체적인 단계에서 변론주의와 직권탐지주의의 조화로운 적용과 운용이 필요하다고 보인다.

행정소송에서도 헌법재판소법 제31조 제1항과 유사한 취지의 행정소송법 제26조²¹²⁾의 규정을 두고 이와 같은 견해의 대립이 있다. 이는 헌법재판소법과 마찬가지로 행정소송법에서도 소송자료의 수집 등과 관련하여 명시적인 규정을 두고 있지 않은 것에서 비롯하는데, 위 행정소송법 조항을 근거로 하여 직권탐지주의를 취하고 있다는 견해(직권탐지주의설)와 실제적 진실발견이 변론주의와 대립하는 것이 아니고 직권주의를 명시적으로 선언하는 규정도 없으므로 행정소송에서도 변론주의가 원칙이고 직권주의에 의해 보완된다고 보는 견해(변론주의보충설)가 있다.²¹³⁾ 판례는 변론주의보충설의 견해를 취하고 있다.²¹⁴⁾

212) 제26조(직권심리) 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.

213) 이에 관하여 자세한 설명은 하명호, 행정쟁송법, 법문사(2019), 322-325 참조.

214) 행정소송법 제26조에 “법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.”고 규정하고 있기는 하나, 이는 행정소송의 특수성에서 연유하는 당사자주의, 변론주의에 대한 일부 예외규정일 뿐 법원이 아무런 제한 없이 당사자가 주장하지 아니한 사실을 판단할 수 있는 것은 아니고 일견 기록상 현출되어 있는 사항에 관하여서만 직권으로 증거조사를 하고 이를 기초로 하여 판단

2. 재판관의 제척·기피·회피

가. 제척·기피·회피 제도의 취지와 헌법재판의 특성

헌법재판소의 심판은 헌법분쟁 또는 헌법침해의 문제를 헌법규범을 기준으로 유권적으로 해석·결정하는 사법작용으로 독립성 및 공정성 확보를 위하여 다른 소송절차와 마찬가지로 제척·기피·회피 제도가 요청된다. 이는 헌법 제27조의 공정한 재판을 위한 논리적 전제이다.

그런데 헌법재판은 대체로 당사자 사이의 개별적·구체적 이해관계를 다루는 것이 아니라 규범의 위헌 여부나 헌법위반 행위로 인한 공직자의 파면 등 객관적·추상적인 헌법판단을 하는 재판이고, 본안판단과 관련하여 단일의 재판부를 구성하므로 재판부나 구성원의 교체가능성이 없을 뿐 아니라 재판관의 궤위나 사고 시 이를 대체할 예비재판관제도 등 대안도 없으므로 일반 소송법상 제척·기피·회피에 관한 규정을 그대로 적용하기에는 헌법재판의 특성과 기능에 부합하지 않을 수 있다. 또한 헌법 제113조 제1항과 헌법재판소법 제23조에서는 법률에 대한 위헌결정 등 중요결정에 대하여 재판관 6명 이상의 가중정족수를 규정하고, 심판을 위한 정족수를 재판관 7명 이상(헌법재판소법 제23조 제1항)으로 정함으로써 제도운용의 상황에 따라서는 위헌결정이나 인용결정은커녕 본안판단에 필요한 재판부의 구성조차 어려운 상황이 발생하는 것도 쉽게 예상할 수 있다. 더욱이 헌법재판이 정치적 문제를 그 대상으로 하므로 소송의 전략으로 재판관의 제척, 기피신청이 남용되기도 하고, 심판정족수를 충족하더라도 헌법재판소 결정의 정당성을 공격하는 방법으로 이를 활용하기도 하였다.

그러나 다른 한편으로 헌법재판 역시 사법적 절차와 방법에 따른 헌법적 분쟁의 종국적인 해결수단이므로 재판부의 독립성과 중립성의 확보는 무엇보다도 중요한 의미를 가진다고 할 것이므로, 심리에 필요한 정족수를 충족하는 재판부의 구성이 이루어지지 않더라도 여전히 독립성과 중립성, 이를 통한 공정한 재판부의 구성은 양보할 수 없는 절대적인 가치라고 할 것이다. 헌법재판의 제척·기피·회피의 사유를 일반재판의 경우에 비해 엄격하게만 해석할 수 없는 이유이다.²¹⁵⁾²¹⁶⁾

할 수 있을 따름이라 할 것이다(대법원 1991. 11. 8., 선고, 91누2854, 판결).

나. 제척

재판관이 구체적인 사건에 관하여 법률이 정하는 특수한 관계가 있는 경우 법률상 당연히 그 사건에 관한 직무집행으로부터 제외되는 제도이다. 헌법재판소법 제24조는 위에서 본 바와 같은 헌법재판의 특수성을 고려하여 재판관의 제척, 기피, 회피에 관한 기본적인 사항에 대하여 직접 따로 규정하고 있다. 그 외에 헌법재판소법에서 제척, 기피 등과 관련하여 따로 정하지 않은 사항에 대해서는 민사소송법의 규정을 준용한다.²¹⁷⁾ 따라서 재판관에 대한 제척, 기피, 회피와 관련해서는 헌법재판소법 제24조가 우선적으로 적용되어야 하며, 제24조 제6항에 따라 심판절차에 대해서는 민사소송법 제44조 등 조항이 개별적으로 준용된다.

헌법재판소법 제24조 제1항은 제척의 사유로 재판관이 당사자이거나 당사자의 배우자 또는 배우자였던 경우, 재판관과 당사자가 친족관계이거나 친족관계였던 경우, 재판관이 사건에 관하여 증언이나 감정을 하는 경우, 재판관이 사건에 관하여 당사자의 대리인이 되거나 되었던 경우, 재판관이 헌법재판소 외에서 직무상 또는 직업상의 이유로 사건에 관여한 경우를 들고 있다.²¹⁸⁾

215) 헌법재판연구원(김하열 집필), 주석 헌법재판소법, 300-301면 참조.

216) 이와 달리 헌법재판소 재판관의 제척, 기피, 회피의 사유는 일반재판보다 더 좁은 것으로 해석하여야 한다는 견해로는 허완중, 앞의 책, 125면 참조.

217) 제척과 기피 신청의 방식(민사소송법 제44조), 신청의 각하(제45조), 신청에 대한 재판(제46조), 제척 등 신청에 따른 소송절차의 정지(제48조) 등 민사소송법 규정을 들 수 있다.

218) 헌법재판소법 제24조 제1항의 제척사유는 민사소송법, 형사소송법이 정하는 제척의 사유를 개별적 또는 일반적으로 준용하는 대신 헌법재판의 본질과 특성을 고려하여 따로 제척의 사유를 정한 것이다.

민사소송법 제41조는 민사소송의 제척사유로서, 법관 또는 그 배우자나 배우자이었던 사람이 사건의 당사자가 되거나, 사건의 당사자와 공동권리자·공동의무자 또는 상환의무자의 관계에 있는 때, 법관이 당사자와 친족의 관계에 있거나 그러한 관계에 있었을 때, 법관이 사건에 관하여 증언이나 감정(鑑定)을 하였을 때, 법관이 사건당사자의 대리인이었거나 대리인이 된 때, 법관이 불복사건의 이전 심급의 재판에 관여하였을 때(다만, 다른 법원의 촉탁에 따라 그 직무를 수행한 경우에는 그러하지 아니하다)를 들고 있다.

그리고 형사소송법 제17조는 형사소송의 제척사유로, 법관이 피해자인 때, 법관이 피고인 또는 피해자의 친족 또는 친족관계가 있었던 자인 때, 법관이 피

먼저 제척의 사유로서 “사건”의 범위가 문제된다. 이에 대해서는 사건 그 자체, 즉 헌법재판소에 계속된 사건으로 한정하는 견해와 사건을 헌법재판소에 계속된 사건으로 제한하는 경우 제척제도의 취지를 살릴 수 없으므로 적정한 범위 내에서 실체법적으로 ‘사건’의 범위를 확장하는 것이 필요하다는 견해로 해석론이 나뉜다. 먼저 전자의 입장은 헌법재판의 특성에 비추어 제척사유는 제한적인 해석이 필요하다는 취지에서 사건의 범위는 헌법재판소에 계속된 사건으로 제한하되, 헌법재판소 사건의 계기가 된 사건의 경우 기피사유의 유무로 판단하면 족하다고 한다.²¹⁹⁾

이에 반해 후자의 견해는 사건의 의미를 좁게 해석한다면 사건과 관련성이 있거나 관여하였다는 사유로 제척되는 경우를 거의 상정할 수 없기 때문에 헌법재판소법 제24조 제1항이 공정한 재판을 실현하기 위한 제도로서 그 기능을 제대로 발휘할 수 없으므로 헌법재판소 절차에 선행하는 법원 절차 등에 이미 관여한 재판관이 동일한 법적 쟁점을 지니는 헌법재판소의 심판절차에서 배제되는 것으로 해석할 필요성이 있다고 한다, 따라서 제척사유가 정하는 사건에는 헌법재판소에 계속 중인 특정 사건은 물론, 헌법재판소 심판 계속의 요건이 되거나 직접적인 계기를 제공한, 헌법재판소 외의 절차에 계속중이거나 계속중이었던 특정 사건도 포함된다고 한다.²²⁰⁾ 그러나 이 견해 역시 제척 사유의 불필요한 확장은 막아야 하므로 사건의 범위를 지나치게 확장해서는 안 됨을 지적하고 있고, 재판관이 사건과의 관련성이나 관여로 인해 공정한 재판이 어렵다는 것이 객관적으로 명백한 경우에 한해 사건의 범위에 해당된다고 보아야 할 것이다.

나아가 헌법재판소법 제24조 제1항의 사유에 대한 해석에 있어서는 민사소송법이나 형사소송법의 제척 등의 사유와 독립하여 헌법재판의 고유성과 독자성을 반영하여야 할 것이다. 실체적 진실의 발견과 형벌권의 적정한 실현을 위한 형사소송에서 민사소송에서와 달리 제척 등의 사유를 엄격히 설정한 것과 마찬가지로

고인 또는 피해자의 법정대리인, 후견감독인인 때, 법관이 사건에 관하여 증인, 감정인, 피해자의 대리인으로 된 때, 법관이 사건에 관하여 피고인의 대리인, 변호인, 보조인으로 된 때, 법관이 사건에 관하여 검사 또는 사법경찰관의 직무를 행한 때, 법관이 사건에 관하여 전심재판 또는 그 기초되는 조사, 심리에 관여한 때를 들고 있다.

219) 허영, 앞의 책, 128면 참조.

220) 김하열, 앞의 책, 101면 참조.

가지로, 헌법재판소법 역시 헌법재판의 독자성과 고유성을 고려하여 위의 재판 절차와는 달리 다소 완화된 제척사유를 독자적으로 정하고 있는바, 그 해석에 있어서도 입법자의 의사가 충분히 존중되어야 할 것이다.

제척의 사유가 있으면 재판부는 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 제척의 결정을 하는데(헌법재판소법 제24조 제2항), 신청이 법정방식에 위배되거나 재판의 지연을 목적으로 하는 것이 분명한 경우에는 결정으로 이를 각하하고(헌법재판소법 제24조 제6항, 민사소송법 제45조 제1항), 신청이 각하되거나 긴급을 필요로 하는 행위를 하는 경우 외에는 신청이 있으면 본안절차를 정지하여야 한다.

제척사유가 있으면 재판관은 직무집행에서 배제되는데, 동일한 사건에서 3명 이상의 재판관에게 제척사유가 있을 경우 심판정족수에 미달하므로 심판기능이 중단되는 문제가 발생할 수 있다. 동일한 사건에서 2명 이상의 재판관에 대한 기피신청을 제한하는 것(헌법재판소법 제23조 제4항)과 마찬가지로, 제척의 경우에도 명시적인 근거는 없지만 헌법재판소의 원활한 기능 수행과 제척제도의 취지를 살리는 조화적인 해석이 필요하다.

다. 기피

특정 재판관에게 제척사유 이외에 심판의 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있는 경우에 당사자의 신청을 기다려 그 재판관을 직무집행으로부터 제외시키는 제도이다. 제척의 사유를 제외한 다른 사유로서 공정한 심판을 기대하기 어려운 사정이 기피의 사유에 해당한다(헌법재판소법 제24조 제3항). 이 역시 재판부의 심판정족수와 관련하여 공정한 심판을 기대하기 어려운 객관적 사정이 인정되는 경우로 제한적인 해석을 하여야 하며, 당사자의 주관적인 의혹만으로는 기피사유에 해당하지 않는다.

특히 위에서 본 바와 같이 더욱이 헌법재판에서 소송의 전략으로 기피신청이 주로 악용되고, 기피로 인해 재판관 전원이 평의와 결정에 참여하지 못한 것이 중구결정의 정당성을 탄핵하는 수단으로 악용되기도 한다.

헌법재판소 역시 기피사유에 대해 엄격한 해석의 실무관행을 유지하고 있는 것으로 보이고, 헌법재판소법 제24조 제4항에서 동일사건에서 재판관 2명 이상을 기피할 수 없도록 명시적으로 정하고 있다.

라. 회피

회피는 재판관이 스스로 제척 또는 기피의 사유가 있다고 인정하여 특정사건에서 직무집행을 피하는 제도이다(헌법재판소법 제24조 제5항). 당사자에게 알려지지 않았으나 주관적으로 공정한 심판을 기대하기 어려운 사정이 있거나 위헌법률심판에서와 같이 당사자를 상정하기 어려운 헌법재판의 절차에서 중요한 의미를 가진다. 헌법재판소의 결정의 공정성과 정당성을 확보하기 위하여 사건과의 법적 이해관계뿐 아니라 사실적·경제적 이익의 충돌이 우려되는 경우에도 적극적으로 활용되고 있다. 그러나 마찬가지로 재판부의 심판정족수를 충족하지 못하는 경우로 그 한계가 설정될 수 있고, 재판장의 허가를 얻어야 한다.

마. 감정인, 헌법재판소 사무관, 헌법연구관 등에 대한 준용 여부

민사소송법 제336조는 감정인에 대한 기피제도를 두고 있으므로 헌법재판소법 제40조에 의해 헌법재판의 감정인에게도 그 성질에 반하지 않는 한 기피제도가 준용될 수 있다(헌법재판소법 제40조, 민사소송법 제336조, 제337조). 제척·기피·회피 제도는 본질적으로 공정한 재판을 보장하고 헌법재판의 공신력을 높이기 위한 제도이기 때문에 감정인에게도 재판의 공정성 보장을 위해 준용할 수 있을 것이다.

헌법재판소 사무처 직원 중 서기로 지명된 사무관 등 독자적으로 헌법재판에 관하여 직무집행을 담당하는 헌법재판소 공무원에게도 제척·기피·회피 제도의 준용 여부가 문제된다. 먼저 준용하여야 한다는 견해는 서기의 경우 심판사무와 관련하여 독자적인 권한을 행사하고, 민사소송법에서도 법원사무관에게 명시적으로 준용을 규정(제50조)하고 있으므로 재판의 공정성 확보를 위해 그 필요성이 있다는 것이고, 준용을 부인하는 견해는 헌법재판소법 제24조에서 제척·기피·회피 제도를 특별히 규정하면서 제6항에서는 다시 제척 등과 관련하여 준용되는 민사소송법 조항을 개별적으로 특정하고 있으므로 따로 일반적 준용조항(제40조)에 근거하여 준용의 가능성을 인정하는 것은 체계적인 해석에 반하며, 재판의 공정성 확보라는 제도의 취지로 볼 때도 그 실익이 크지 않다고 한다. 헌법재판소 사무관 등에 제척 등 제도를 준용할 실익이 크지 않을 뿐 아

나라 헌법재판소법의 입법체계에 비추어 볼 때 부정설이 타당하다고 할 것이다. 그러나 헌법재판소는 “헌법재판소법 제40조 제1항 전문은 헌법재판소의 심판절차에 관하여 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용한다고 규정하고 있고, 민사소송법 제50조는 법원사무관 등에 대하여 제척·기피 및 회피제도를 인정하고 있으며, 위 법원사무관 등이란, 법원서기관, 법원사무관, 법원주사(보), 법원서기(보) 등 직급에 관계없이 독자적으로 재판에 관하여 직무집행을 하는 법관 외의 법원공무원을 의미한다. 따라서 위 각 법조문에 따라 직급에 관계없이 독자적으로 헌법재판에 관하여 직무집행을 하는 재판관 외의 헌법재판소 공무원인 헌법재판소 사무관 등은 기피신청의 대상이 된다고 봄이 상당하다.”(헌재 2003. 12. 2. 2003헌사536)라고 판시하여 개별적 준용 외에 민사소송법상 제척 등 조항의 일반적 준용을 긍정하고 있다.

헌법연구관에 대한 준용 여부 역시 마찬가지다. 헌법재판소법의 규율체계에 비추어 준용을 부정함이 체계적인 해석이라 볼 것이다. 헌법연구관의 실질적 역할에도 불구하고 헌법재판소법 제19조 제3항에서 ‘헌법재판소장의 명을 받아 사건의 심리 및 심판에 관한 조사·연구를 업무’로 정하고 있으므로 재판의 공정성을 해할 정도로 독자적인 심판업무와 관련한 권한을 갖고 있지 않기 때문이다.

나아가 형사소송에 관한 법령이 우선적으로 적용되는 탄핵심판의 경우 형사소송법 제17조 등 형사소송에 관한 제척 등 조항이 준용될 수 있을지 여부가 문제된다. 헌법재판소법 제24조는 재판관의 제척, 기피 및 회피와 관련하여 헌법재판소법에서 특별히 다른 소송절차와 구별하여 헌법재판에 고유한 제척 등의 사유를 명시하고 있고, 제척 등 사건의 심리 및 결과와 관련하여 개별적인 준용 규정을 특정²²¹⁾하고 있으므로 탄핵심판 등의 절차에서 형사소송법령 등 다른 소송법상의 제척 등 조항을 준용하는 것 역시 부정된다고 봄이 헌법재판소법의 입법체계에 비추어 타당하다고 볼 것이다.

221) 헌법재판소법 제24조 제6항 참조.

3. 헌법소송의 당사자

가. 헌법재판에서 당사자와 그 지위

헌법재판에서 자기 이름으로 심판을 청구하는 자를 청구인이라 하고, 그 상대방인 당사자를 피청구인이라 한다. 그런데 헌법재판의 목적과 기능은 주관적 권리의 구제 외에 객관적인 헌법질서의 보장에도 있으므로 헌법재판의 유형에 따라 누가 당사자가 되는지가 문제되고, 객관소송의 특성상 당사자를 상정하기 어려운 경우도 있을 수 있다. 그러나 헌법재판에서도 당사자를 확정하여야 하는데, 이는 심판절차에 참여하여 변론과 진술을 하는 등 적극적으로 소송을 수행할 수 있는 절차상의 권리와 의무를 누구에게 부여되는지를 정하기 위함에 목적이 있다.

나. 심판유형별 당사자

(1) 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판

탄핵심판과 정당해산심판, 권한쟁의심판의 경우 헌법 및 헌법재판소법에서 대립당사자주의를 전제로 하여 심판절차를 구체화하고 있다. 헌법 제8조, 제65조, 제111조 제1항 제4호에서는 각 절차의 청구인을 정부, 국회, 국가기관 등으로 명시하고, 피청구인 역시 그에 상응하여 위헌정당으로 제소된 정당, 헌법과 법률에 위배되는 행위를 하여 국회에 의해 소추된 공직자, 다른 국가기관 등의 권한을 침해한 국가기관 등으로 규정하고 있다.

이를 전제로 하여 탄핵심판의 경우 구두변론의 심리방식(헌법재판소법 제30조 제1항)과 함께 탄핵소추위원의 피청구인에 대한 신문권(헌법재판소법 제49조 제2항), 권한행사의 정지(헌법재판소법 제50조), 당사자의 불출석과 심리(헌법재판소법 제52조), 결정의 내용 및 효력(헌법재판소법 제53조, 제54조) 등으로 심판절차를 구체화하고 있고, 정당해산심판의 경우에도 변론주의의 심리방식(헌법재판소법 제30조 제1항)을 정함과 함께 청구서 기재사항으로 정당의 표시(헌법재판소법 제56조 제1호), 피청구인의 활동 정지(헌법재판소법 제57조), 결

정의 내용과 효력을 정함으로써 대립당사자주의를 구체화하고 있다.

권한쟁의심판은 객관적인 소송을 대립당사자주의의 주관적 소송으로 구체화하고 있는데, 변론주의 심리방식(헌법재판소법 제30조 제1항)을 분명히 하면서 청구사유로서 피청구인의 처분 등으로 인한 청구인의 권한침해의 현저한 위험을 요건으로 하고 있고(헌법재판소법 제61조), 국가기관 등으로 청구인과 피청구인이 될 수 있는 자격을 분명히 정함(헌법재판소법 제62조)과 아울러 결정의 내용과 효력을 규정하고 있다(헌법재판소법 제66조, 제67조).

(2) 위헌법률심판

위헌법률심판의 경우 그 제청권자가 법원이므로 이를 청구인으로 볼 여지가 있다. 법원은 재판에 적용할 법률에 합리적인 위헌의 의심이 있으면 재판을 중지하고 헌법재판소에 위헌여부심판을 제청하여야 할 의무가 있고, 이를 통해 위헌법률심판절차가 개시된다. 그러나 법원은 제청결정서를 헌법재판소에 제출하는 것 외에 당사자로서 심판절차에 참여하지는 않으며, 헌법재판소법이 정하는 당사자의 권리 내지 지위(헌법재판소법 제24조, 제25조, 제30조 등)를 제청법원에 그대로 적용하기도 어렵다. 실무상 법원은 당사자로서 절차에 관여하지 않으며, 헌법재판소의 결정이 있을 후 결정서 정본을 송달받을 뿐이므로(헌법재판소법 제46조) 헌법재판소의 실무관행이나 학계의 다수견해도 제청법원을 당사자로 보지 아니한다.²²²⁾

위헌법률심판에서 당해사건의 당사자 역시 제청신청권이 있을 뿐 직접 심판절차를 청구한 주체가 아니기 때문에 당사자로 볼 수 없다. 다만, 법률의 위헌여부와 밀접한 이해관계가 있으므로 당해사건의 당사자에게 제청서 등본을 송달하도록 하고(헌법재판소법 제27조 제2항), 의견서를 제출할 수 있도록 하고 있다(헌법재판소법 제44조). 그리고 변론을 여는 경우에는 실무상 제청신청인에게 당사자에 준하여 절차참여를 허용하고 있다.

한편 위헌법률심판절차에서 상대방 당사자인 피청구인을 상정하기도 어렵다. 이론적으로는 법률의 제정주체인 국회를 상대방으로 볼 수 있지만, 법률의 위헌여부와 관련하여 국회에게 적극적인 방어의 주체로서 지위를 부여하기에 적절

222) 제청법원의 당사자성 인정 여부와 관련한 학설의 대립은 허완중, 앞의 책, 129-130면 참조,

치 않고 헌법재판소의 실무도 그렇게 보지 아니한다. 다만, 법무부장관이나 주 관관청으로서 해당법률의 집행을 담당하는 국가기관의 경우 의견서를 제출할 수 있고(헌법재판소법 제44조, 심판규칙 제10조 제1항), 변론을 여는 경우 이들 국가기관 등에게 당사자에 준하는 절차참여를 허용하는 것이 헌법재판소의 실무관행이다.

(3) 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원심판

공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 청구인이다(헌법재판소법 제68조 제1항). 피청구인을 누구로 볼 것인지가 문제 되는데, 헌법재판소법 제71조는 청구서의 기재사항으로 청구인만을 요구하는 것과 달리 심판규칙 제68조 제1항에서는 법령에 대한 헌법소원의 경우를 제외 하고는 피청구인을 청구서에 기재하도록 요구하고 있다. 또한 헌법재판소법 제 75조 제4항에서는 “공권력의 불행사에 대한 헌법소원을 인용하는 결정을 한 때 에는 피청구인은 결정취지에 따라 새로운 처분을 하여야 한다.”라고 규정하여 당사자로서 피청구인의 존재를 분명히 하고 있다.

실무상 법령을 심판대상으로 하는 헌법소원심판에서는 위헌법률심판과 마찬가지로 청구의 상대방인 피청구인을 상정하지 않고 절차를 진행하는 반면, 법령 의 공권력 행사 또는 불행사를 다투는 헌법소원심판에서는 피청구인의 표시 를 요구하고 그 기재가 없거나 잘못된 경우에는 우선 청구서의 청구이유 등을 종합적으로 판단하여 헌법재판소가 직권으로 피청구인을 확정하거나 정정하여 절차를 진행한다.

(4) 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판

법원으로부터 위헌제청신청에 대한 기각결정을 받은 제청신청인이 청구인으 로서 당사자가 된다(헌법재판소법 제68조 제2항). 그러나 위헌법률심판과 그 본 질을 같이 하므로 피청구인을 상정하기는 어렵다.

다. 일반심판절차에서 당사자에 관한 사항에 관한 총칙적 규정을 들 필요성

민사소송법의 경우 당사자의 장에서 당사자자격, 공동소송, 소송참가, 소송대리에 관한 절을 두어 규정하고, 행정소송법의 경우도 당사자의 절에서 당사자자격과 피고경정, 공동소송, 참가에 관한 간략한 규정을 두고 있음을 고려하여 현행의 일반적인 준용방식 대신에 일반심판절차에서 당사자에 관한 총칙적인 내용을 규정하는 입법론을 검토할 수 있을 것이다. 심판규칙에서도 일반심판절차에 관한 장에 당사자에 관한 절을 두고 있고, 여기에서 법정대리권 등의 증명, 당사자능력 판단을 위한 자료제출, 대표대리인에 관한 사항을 규정하고 있는바, 헌법재판소법과 헌법재판소 심판 규칙의 체계를 정비하는 차원에서도 긍정적인 측면이 있을 것이다.

우선 당사자능력이나 당사자자격의 문제와 관련하여 개별심판절차별로 당사자가 될 수 있는 자격이 전혀 다르고, 당사자능력이나 당사자자격의 인정범위와 관련하여 논란이 있거나 아직 해명이 되지 않은 경우, 그리고 사안의 내용이나 특성에 따라 달리 취급할 부분 등(예컨대 배아, 외국인, 공법인 등)이 여전히 남아 있다. 그리고 후술하는 바와 같이 당사자변경, 피청구인 경정의 경우에도 헌법소원심판의 경우 피청구인 지정의 어려움으로 인해 상대적으로 폭넓게 이를 허용할 여지가 있는 등 개별심판절차별로 달리 접근할 측면이 있고, 헌법재판소 결정의 효력에 비추어 공동소송의 규정을 따로 둘 필요성이 크다고 할 수 없으므로 현행 헌법재판소법과 같은 준용의 방식이 개별심판절차의 성격이나 해당 사안에서 구체적인 타당성을 확보할 수 있을 것으로 생각된다.

비교법적으로도 독일의 경우 당사자에 관하여 개별심판절차에 관한 절에서 따로 규정하고 있고,²²³⁾ 일반적인 준용방식을 두고 있지는 않으며,²²⁴⁾ 오스트리

223) 제82조(소송참가인 및 의견진술권자), 제83조(재판, 소송절차에의 참가), 제86조(신청권자), 제44조(정당의 대표), 제68조(청구인 및 피청구인), 제71조(청구인 및 피청구인), 제90조(소원자격), 제91조(지방자치단체의 소원자격), 제36조(재판신청의 권리), 제48조(재판신청의 권리), 제63조(청구인 및 피청구인), 제73조(당사자) 등 개별심판절차에서 당사자에 관한 개별규정을 두고 있고, 적용할 조항이 없는 경우 헌법재판소가 민사소송법 등의 유추해석을 통해 법관법으로 절차법을 형성하고 있다.

224) 연방헌법재판소법 제77조 연방헌법재판소는,

1. 제76조 제1항의 경우에 연방의회·연방참사원·연방정부에, 연방법의 효력에 관해 의견이 다른 경우에는 주정부들에, 주법규정의 효력에 관해 의견이 다른 경우에는 그 규정이 공포된 주의회와 정부에,
2. 제76조 제2항의 경우에는 연방의회·연방참사원· 연방정부 및 각주의 의회

아의 경우 민사소송절차를 준용하는 규정을 두고 있다.

라. 당사자의 권리

위헌법률심판과 헌법소원심판은 원칙적으로 서면심리의 방식에 의하되, 다만 필요하다고 인정하는 경우 변론을 열어 당사자·이해관계인 그 밖의 참고인의 진술을 들을 수 있다(헌법재판소법 제30조 제2항). 따라서 이들 심판절차에서 당사자 등은 변론에 출석하여 진술할 수 있는 권리를 가질 수 있다. 탄핵심판·정당해산심판 및 권한쟁의심판은 당사자의 구두변론에 의한다(헌법재판소법 제30조 제1항). 이 경우 당사자는 대립적인 변론의 주체로서 심판절차에 참여하게

와 정부에 지정된 기한 내에 의견표명의 기회를 부여한다.

제82조 (1) 제77조 내지 제79조의 규정을 준용한다.

- (2) 제77조에서 열거된 헌법기관은 절차의 모든 단계에 참가할 수 있다.
- (3) 연방헌법재판소는 제청 법원의 소송절차의 당사자에게 의견진술의 기회를 부여한다. 연방헌법재판소는 당사자를 변론에 소환하고, 출석한 소송대리인에게 발언하게 한다.
- (4) 연방헌법재판소는 연방최고법원과 주최고법원에 대해서, 계쟁사안에 대하여 종래 기본법을 어떻게, 어떠한 고려 하에 해석하여 왔는가, 이들 법원이 효력에 관하여 다름이 있는 법규정을 그 판결에 적용하였는가 및 그 적용방법에 관하여, 그리고 이것과 관련된 법률문제가 계속 중인가에 관하여 보고를 요청할 수 있다. 연방헌법재판소는 법원에 대하여 재판에서 중요한 법률문제에 관한 견해를 설명하도록 요청할 수 있다. 연방헌법재판소는 의견진술권자에게 이들 법원의 견해를 통지한다.

제94조 (1) 연방 또는 주의 작위 또는 부작위에 대하여 헌법소원이 청구된 경우에는, 연방헌법재판소는 당해 헌법기관에게 일정 기간 내에 의견진술의 기회를 부여한다.

- (2) 작위 또는 부작위가 연방 또는 주의 장관 또는 행정청에 의한 경우에는 관할장관에게 의견진술의 기회를 부여하여야 한다.
- (3) 헌법소원이 법원의 재판에 대하여 청구된 경우에는, 연방헌법재판소는 그 재판의 수의자에게도 의견진술의 기회를 부여한다.
- (4) 헌법소원이 직접 또는 간접적으로 법률에 대하여 청구된 경우에는 제77조를 준용하여야 한다.
- (5) 제1항, 제2항 및 제4항에 열거된 헌법기관은 절차에 참가할 수 있다. 연방헌법재판소는 변론에 의하여 더 이상 절차의 진행을 기대할 수 없고, 의견진술을 할 권리를 가지고 절차에 참가한 헌법기관이 변론을 포기한 경우에는 변론을 생략할 수 있다.

된다.

당사자는 심판절차에서 자기의 이익을 위하여 필요한 소송법상의 권리를 가진다. 그리고 심판의 내용에 관하여 자신의 주장을 뒷받침할 수 있는 자료를 제출하고, 필요한 의견을 진술할 수 있으며, 심판청구의 취하·포기 등 심판청구 자체를 임의로 처분할 수 있는 권리와 그 밖에 심판의 변론에 참여하고 그에 따른 증거조사에 참여하는 권리를 갖는다.

마. 당사자변경

처분권주의에 따라 당사자는 적극적 당사자인 청구인에 의해 특정된다. 그런데 청구인이 심판청구에 의해 확정된 피청구인을 사후에 변경할 수 있는지의 문제가 당사자변경이다.

헌법재판소법은 이에 관해 명시적인 규정을 두고 있지 않으므로 헌법재판소법 제40조에 따라 민사소송법 등 관련 소송법 규정의 준용가능성을 검토하여 이를 해결할 수밖에 없다. 행정소송법 제14조가 피고의 경정을 인정하고 있고, 민사소송법 제260조가 피고의 경정을, 같은 법 제68조, 제70조가 필수적 공동소송인, 예비적·선택적 공동소송인의 추가를 인정하는 것 외에 사후에 피청구인의 변경을 허용하는 규정은 없다. 따라서 당사자의 동일성을 해치는 임의적 당사자변경은 다른 소송절차와 마찬가지로 헌법소송에서도 허용되지 않는다고 보아야 한다.²²⁵⁾

그러나 피청구인을 잘못 지정한 것이 분명한 경우 당사자의 신청에 따라 결정으로 피청구인의 경정을 허가할 수 있는데, 이는 민사소송법과 행정소송법에서 피고의 경정을 명시적으로 허용하고 있고, 헌법소송에서도 이를 준용함에 있어서 헌법재판의 성질에 반하는 등 문제가 없기 때문이다.²²⁶⁾²²⁷⁾ 이에 더하여 헌법재판소는 피청구인 경정절차를 거치지 않고 직권으로도 피청구인을 변경하

225) 헌재 1998. 11. 26. 94헌마207(청구인에 대한 교환적 당사자변경을 불허한 사례); 헌재 2003. 12. 18. 2001헌마163(피청구인에 대한 추가적 당사자변경을 불허한 사례)

226) 헌재 2008. 3. 27. 2006헌라1; 헌재 2010. 6. 24. 2005헌라9등 참조.

227) 피청구인이 경정되면 종전 피청구인에 대한 심판청구는 취하된 것으로 본다 (헌법재판소법 제40조, 민사소송법 제260조, 제261조, 행정소송법 제14조).

고 있다. 헌법재판의 객관적 성질과 이에 따른 직권주의 요소를 고려하여 피청구인을 잘못 지정한 것이 분명하면 직권으로 이를 변경한다.²²⁸⁾

한편, 당사자의 표시가 잘못 기재된 경우 당사자의 동일성을 해하지 않는 범위에서 이를 바로 잡는 당사자표시정정은 심판절차의 진행에 혼란을 초래하거나 상대방의 방어권 행사에 지장을 주지 않으므로 다른 소송절차에서와 같이 헌법재판에서도 허용된다.²²⁹⁾

바. 참가인

(1) 참가의 의의와 종류

참가란 계속 중인 심판절차에 당사자가 아닌 제3자가 자기의 법적 지위를 보호하기 위하여 관여하는 것을 말한다.²³⁰⁾ 심판절차의 이해관계자들에게 공정하게 다룰 기회를 부여하는 한편, 이를 통해 관련 분쟁을 일거에 해결함으로써 분쟁의 합리적 해결과 함께 소송경제의 도모에 그 취지가 있다. 민사소송법상 소송참가는 보조참가와 당사자참가로 나뉘는데, 보조참가는 제3자가 타인 간의 소송에 일방당사자의 승소를 위하여 참가하는 경우를 말하고, 당사자참가는 제3자가 당사자로서 종전 소송의 당사자와 동일한 지위에서 참가하는 경우를 말한다. 보조참가에는 다시 소송의 결과에 단순히 법률상 이해관계를 가진 자가 참가하는 경우(민사소송법 제71조 이하)와 재판의 효력이 미치는 제3자가 보조참가하는 경우(민사소송법 제78조의 공동소송적 보조참가)로 나뉜다. 당사자참가에는 타인 간 소송에서 목적의 전부나 일부가 자기의 권리라고 주장하거나 그 소송의 결과에 따라 권리가 침해된다고 주장하여 권리자로서 참가하는 독립당사자참가(민사소송법 제79조)와 소송의 목적이 본래 소송의 당사자 일방과 제3자 사이에 합일적으로만 확정될 경우에 참가하는 공동소송참가(민사소송법 제83조)가 있다.

행정소송에서는 소송의 대상인 처분 등이 상대방 외에 불특정 다수인의 권익

228) 헌재 1999. 11. 25. 2004헌라3; 헌재 2007. 7. 26. 2005헌라8 참조.

229) 헌재 1994. 6. 30. 93헌마7등; 헌재 1994. 6. 30. 93헌마7, 판례집 6-1, 688, 689-690 참조.

230) 소송참가에 대해서는 이시윤, 신민사소송법(12판), 2018, 785면 참조.

에 관계되는 것이 많을 뿐만 아니라 복효적 행정행위처럼 처분의 상대방 외에 제3자의 권익에 영향을 미치는 경우가 적지 않으므로 소송참가의 필요성은 민사소송보다 더욱 많다고 할 것이다.²³¹⁾ 그 때문에 행정소송법은 제16조 제1항에서 “법원은 소송의 결과에 따라 권리 또는 이익의 침해를 받을 제3자가 있는 경우에는 당사자 또는 제3자의 신청 또는 직권에 의한 결정으로써 그 제3자를 소송에 참가시킬 수 있다.”고 하여 임의적 또는 강제적인 제3자의 소송참가를 규정하고 있다. 행정소송의 대상에 대하여 이해관계를 갖는 제3자가 소송에서 배제되어 있는 경우 실질적인 이해관계인인 제3자를 소송에 참여시켜 이익이 되는 주장과 자료를 제출하게 함으로써 제3자의 이익을 보호하려는 데에 제3자 소송참가제도의 취지가 있다. 여기에는 민사소송법 제67조가 준용되므로(행정소송법 제16조 제4항) 참가인은 피참가인과의 관계에서 공동소송인에 준하는 지위를 갖게 되나, 독자적 청구를 하는 것이 아니므로 민사소송에서의 공동소송적 보조참가인과 유사한 것으로 해석되고 있다.²³²⁾ 그리고 행정소송법은 제17조 제1항에서 “법원은 다른 행정청을 소송에 참가시킬 필요가 있다고 인정할 때에는 당사자 또는 당해 행정청의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 행정청을 소송에 참가시킬 수 있다.”고 규정하여 행정청의 임의적 또는 강제적 소송참가를 두고 있다. 강제적 소송참가에는 민사소송법 제76조의 규정이 준용되므로(행정소송법 제17조 제3항) 참가행정청은 보조참가인에 준하는 지위에서 소송행위를 할 수 있다.

(2) 헌법소송에서 참가

헌법재판소법 제25조 제1항은 당사자의 범위에 참가인이 포함된다고 명시하여 헌법소송에서도 참가제도가 인정됨을 전제로 하고 있다. 또한 헌법재판소법 제40조의 일반적 준용조항에 근거하여 소송참가에 관하여 민사소송법령 등 다른 소송법령들도 준용할 수 있으므로 헌법재판의 본질에 반하지 않은 한, 헌법소송에서도 소송참가가 허용된다.²³³⁾

231) 사법연수원, 행정구제법, 2015, 74면 참조.

232) 사법연수원, 앞의 책, 77면 참조.

233) 헌법재판소, 헌법재판실무제요, 36면. 이에 관한 판례로는 헌재 2000. 12. 14. 2000헌마308; 헌재 2003. 9. 25. 2001헌마143 등 참조.

헌법재판소는 헌법소송의 결과에 이해관계 있는 제3자에게 다양한 유형의 소송참가를 인정하고 있는데,²³⁴⁾ 주로 행정소송법이 우선적으로 준용되고, 사인 심판청구의 당사자가 되는 헌법소원심판에서 문제가 된다. 헌법재판소법 제68조 제1항의 권리구제형 헌법소원심판절차는 행정소송절차와 유사한 성질을 지니고 있고, 또한 헌법소원심판절차에는 행정소송법이 민사소송법령에 우선하여 준용되므로 헌법소원심판의 결과에 따라 권리 또는 이익을 침해받을 제3자가 있는 경우에는 행정소송법 제16조가 준용된다고 한다.²³⁵⁾ 그리고 헌법소원심판의 대상이 된 처분을 발한 행정청에 대하여 감독권을 가지는 상급감독청 등이 헌법소원심판절차에서 피청구인으로 다루어지는 처분행정청을 보조하기 위하여 참가하는 경우 참가행정청은 보조참가인의 지위에 서게 된다(헌법재판소법 제40조, 행정소송법 제17조).

한편, 법령을 대상으로 하는 헌법소원심판의 경우 법령의 기본권 침해 여부에 따라 구제를 받게 되는 같은 법적 지위의 제3자도 헌법소원심판이 인용되면 그 결정의 효력에 근거하여 구제를 받게 되고, 헌법소원이 각하나 기각이 되더라도 그 결정에는 기속력이 없어(헌법재판소법 제75조 제1항) 그로 인하여 권리 또는 이익의 침해를 받는 것은 아니므로, 제3자가 자기의 이익을 옹호하기 위하여 관여하는 경우 행정소송법은 준용될 여지가 없고 민사소송법만이 준용된다고 본다(헌재 1993. 9. 27. 89헌마248).²³⁶⁾ 이에 따르면 법령에 대한 헌법소원심판에서 그 목적이 청구인과 제3자에게 합일적으로 확정되어야 할 경우 그 제3

234) 보조참가를 인정하고 있는 헌재 2008.2.28. 2005헌마872, 판례집 20-1 상, 279, 291; 공동심판참가를 인정하고 있는 헌재 1993. 9. 27. 89헌마248, 판례집 5-2, 284, 295-296; 헌재 2008. 2. 28. 2005헌마872등, 판례집 20-1상, 279, 289-290; 헌재 2010. 10. 28. 2008헌마408, 판례집 22-2하, 150, 163.

235) 헌재 2008. 10. 30. 2005헌마1005, 판례집 20-2상, 979, 1005-106; 헌재 2012. 2. 23. 2009헌마623 참조.

236) 참가인들은 1991.1.28. 헌법재판소법 제40조, 행정소송법 제16조, 민사소송법 제76조에 의거하여 청구인들의 이 사건 심판청구에 공동청구인으로서 참가하고자 참가신청을 하였는바, 이 사건 참가신청의 경우에 행정소송법 제16조는 법리상 준용될 여지가 없고, 민사소송법 제76조의 공동소송참가라 함은 소송의 목적이 당사자의 일방과 제3자에 대하여 합일적으로만 확정될 경우에 그 제3자가 별소를 제기하는 대신에 계속 중의 소송에 공동소송인으로 참가하는 것이므로 공동소송참가를 하려면 그 소송요건으로서 우선 그 참가신청인으로서도 당사자적격이 있고 또 제소기간을 준수하여야 할 것이다.

자는 공동청구인으로서 심판에 참가할 수 있을 뿐이다(헌법재판소법 제40조 제1항, 민사소송법 제83조 제1항).²³⁷⁾

(3) 헌법소송에서 보조참가

보조참가는 본래 헌법소송에서의 결정의 결과가 참가인에 대하여 단순한 사실적·경제적 지위에 영향을 미치는 것이 아니라 법적 지위에 영향을 미치는 경우에 허용된다.²³⁸⁾ 헌법재판소 결정의 형성력 그 자체에 의하여 직접 권리 또는 이익을 침해받게 되는 경우나 결정의 기속력에 따른 국가기관이나 관계 국가기관의 새로운 조치에 의하여 권리 또는 이익을 침해받게 되는 자가 여기에 해당한다.²³⁹⁾

보조참가를 하려면 헌법재판소에 보조참가신청을 하여야 하는데(민사소송법 제72조), 국민의 기본권 보호를 목적으로 하는 헌법소원제도의 취지를 고려하여

237) 헌재 2010. 10. 28. 2008헌마408.

“헌법재판소의 심판절차에 관하여는 헌법재판소법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도 내에서 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용하고, 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 함께 준용한다(헌법재판소법 제40조 제1항). 그런데, 헌법재판소법에는 공동심판참가나 보조참가 등에 관한 규정이 없으므로 민사소송법과 행정소송법 중 어떤 규정을 준용할 것인지를 검토할 필요가 있다. 행정소송법상 제3자의 소송참가(행정소송법 제16조)는 소송의 결과에 따라 권리 또는 이익의 침해를 받을 제3자가 관련 행정소송에 참가하는 것이다. 법령에 의하여 헌법상 보장된 기본권이 침해되었음을 이유로 헌법소원이 청구된 경우, 청구인과 법적 지위를 같이하는 제3자의 입장에서는 헌법소원이 인용되면 기본권의 구제를 받게 되고, 설령 헌법소원이 각하·기각되더라도 그로 인하여 권리 또는 이익의 침해를 받는 것은 아니다. 그러므로 현재 계속중인 헌법소원심판에 청구인과 법적 지위를 같이하는 제3자가 자기의 이익을 옹호하기 위하여 관여하는 경우 행정소송법은 준용될 여지가 없고 민사소송법만이 준용된다. 따라서 법령에 대한 헌법소원심판에서 그 목적이 청구인과 제3자에게 합일적으로 확정되어야 할 경우, 그 제3자는 공동청구인으로서 심판에 참가할 수 있다(헌법재판소법 제40조 제1항, 민사소송법 제83조 제1항). 다만, 공동심판참가인은 별도의 헌법소원을 제기하는 대신에 계속중인 심판에 공동청구인으로서 참가하는 것이므로 그 참가신청은 헌법소원 청구기간 내에 이루어져야 한다.”

238) 헌재 2008. 10. 30. 2005헌마1005; 헌재 2012. 2. 23. 2009헌마623.

239) 헌재 2008. 10. 30. 2005헌마1005.

요건에 흠이 있는 공동심판참가신청이 있더라도 보조참가신청의 요건을 갖추었다면 보조참가신청으로 취급할 수 있다고 본다.²⁴⁰⁾

(4) 헌법소송에서 당사자참가

헌법재판소에서 독립당사자참가가 문제된 사례는 아직 발견되지 아니한다. 공동심판의 목적이 당사자의 일방과 제3자에 대하여 합일적으로만 확정될 경우에 제3자가 별개의 심판청구를 제기하는 대신에 계속 중의 심판절차에 공동심판인으로 참가하는 공동심판참가의 경우 참가자 자신도 원래의 당사자와 마찬가지로 당사자적격을 구비하여야 하고,²⁴¹⁾ 청구기간도 준수하여야 한다.

사. 이해관계인

(1) 의의

헌법은 정치공동체의 기본법으로 그 해석의 결과인 헌법재판소 결정은 공동

240) 헌재 2008. 2. 28. 2005헌마872; 헌재 2010. 10. 28. 2008헌마408 등 참조.

“이 사건 헌법소원이 인용되어 이 사건 심판대상조항이 위헌으로 결정되면, 청구인들뿐만 아니라 청구외인들도 퇴직연금이 지급정지되지 않는 효력이 생긴다. 그렇다면 청구외인들은 이 사건 헌법소원심판의 결과에 법률상 이해관계가 있어 보조참가신청의 요건은 갖추고 있다 할 것이므로 그들을 보조참가인으로만 보기로 한다.”

241) 헌재 1991. 9. 16. 89헌마163.

“민사소송법 제76조의 공동소송참가란 소송의 목적이 당사자의 일방과 제3자에 대하여 합일적으로 확정될 경우에 그 제3자는 별소를 제기하는 대신에 계속중의 소송에 공동소송인으로 참가하는 것으로서 자기 자신도 피참가인인 당사자와 마찬가지로 소를 제기할 수 있는 당사자적격을 구비하지 않으면 안 되는 것이므로, 위 규정이 준용되는 헌법소원절차에 있어서 대한한약협회의 공동소송참가신청이 적법하기 위하여는 피참가인인 청구인과 마찬가지로 청구인적격을 가져야 한다고 할 것이다. 그런데 이 사건은 청구인이 자연인에게만 부여되는 한약업사의 지위에서 한약업사로서의 기본권이 침해되고 있음을 이유로 하여 낸 소원심판청구로서, 사단법인인 대한한약협회에 한약업사의 자격을 부여할 수도 없고 부여되어 있지도 아니함이 명백하므로 참가인이 청구인과 같은 소원청구인 적격자라고 할 수 없으니, 결국 대한한약협회의 이 사건 공동소송참가는 부적법한 신청이라고밖에 볼 수 없다.”

체의 구성원에게 큰 영향을 미친다. 특히 위헌법률심판이나 법령을 대상으로 한 헌법소원심판의 경우 위헌결정의 효력(헌법재판소법 제47조)으로 당사자뿐 아니라 모든 국가기관과 일반 국민의 법적 지위에도 영향을 미친다. 따라서 헌법재판소 결정의 효력에 비추어 결정의 영향을 받는 사람이나 관련 국가기관 등이 폭넓게 심판절차에 참여하여 의견을 진술할 수 있도록 심판절차가 형성되어야 할 것이 요청된다. 이로써 헌법재판소 결정의 정당성을 제고할 수 있고, 전문적인 자료와 정보, 의견을 심판절차에 끌어들이 심리에 충실을 기할 수 있다.²⁴²⁾

헌법재판에서의 진술권자의 범위를 폭넓게 개방하는 것은 헌법재판의 정당성을 제고할 수 있을 뿐 아니라, 사건해결에 의미 있는 전문적인 자료와 정보, 현장성 있는 의견을 수집하여 재판의 질을 높이고 결정의 설득력을 향상시킬 수 있는 의미가 있다. 특히 헌법소송에서 고전적인 입증수단인 문서, 감정인, 증인, 검증 등은 규범통제에는 적합하지 않다는 사정이 의견진술권자의 범위를 확대를 요청하고 있다.²⁴³⁾ 그로 인해 헌법재판소에서 행해지는 변론은 때때로 전통적인 법정변론보다는 국회에서 열리는 청문회에 더 가까운 모습을 띠기도 한다. 규범통제절차에서의 헌법재판소의 사실확인 은 범인이 판결을 내리기 위해 하는 차원의 사실 확인이라기보다는 헌법재판소가 판단을 내리는 데 필요한 입법사실에 대한 사회적·정치적·경제적 자료의 확보로서의 성격을 띠는 경우가 많다. 이는 다른 헌법재판기관의 절차에도 보편적인 것으로 미국 연방대법원은 법정조언자 제도(Amicus Curiae)를 통해 당사자가 아닌 직접적인 이해관계를 갖지 않는 제3자에게 폭넓게 의견진술의 기회를 열어 놓고 있고,²⁴⁴⁾ 독일 연방헌법재판소 역시 사건관련 영역의 전문가인 제3자에게 의견을 표명할 수 있는 기회를 부여하고 있다(독일연방헌법재판소법제27조의a).²⁴⁵⁾

헌법의 해석, 변천, 보완적 형성은 만인이 관심을 갖고 참여하는 정치적 과정의 일부이다. 헌법에 이해관계가 있는 사람들과 헌법해석자들의 범위는 다른 법

242) 김하열, 앞의 책, 127면; 헌법재판연구원(정태호 집필), 주석 헌법재판소법, 236면.

243) 김하열, 앞의 책 127면 참조.

244) 이에 대해서 상세한 것은 김지영, 미국 연방대법원의 법정조언자(Amicus Curiae)제도, 「비교헌법재판연구」(헌법재판연구원, 2013).

245) 제27조a 연방헌법재판소는 전문가인 제3자에게 의견표명의 기회를 부여할 수 있다.

를보다 넓다. 이로 인해 한편으로는 헌법재판소의 과도하게 정치과정으로 끌려 들어가는 것은 아닌가 하는 지적이 있을 수도 있을 것이다. 이들 절차를 통해 헌법재판소의 정치적 기능의 질이 향상되고 개개 결정의 설득력이 높아질 수 있도록 하여야 할 것이다.²⁴⁶⁾

(2) 이해관계인의 범위와 지위

헌법재판소법은 헌법재판소가 필요하다고 인정할 경우 위헌법률심판절차와 헌법소원심판절차에서의 이해관계인이 구두변론을 통해 의견을 진술할 수 있도록 하고 있다(제30조 제2항 참조). 그리고 개별심판절차별로 위헌법률심판에서는 당해소송의 당사자와 법무부장관을(제44조), 헌법소원심판에서는 이해관계 있는 국가기관, 공공단체 및 법무부장관을(제74조 제1항) 심판절차에서 의견을 제출할 수 있는 자로 각 명시하고 있다. 그리고 헌법재판소 심판규칙에서는 헌법재판소법의 취지를 더욱 구체화하여, 모든 심판절차에서 이해관계가 있는 국가기관 또는 공공단체와 법무부장관에게 의견서를 제출할 수 있게 하고(심판규칙 제10조 제1항), 의견 제출의 기회를 실질적으로 보장하기 위하여 이들에게 의견서를 제출할 수 있음을 통지할 수 있으며, 의견 제출을 요청 또는 통지한 경우에는 제청서 또는 청구서의 등본을 송달하도록 하고 있다(심판규칙 제10조 제2항, 제3항). 따라서 이해관계인이나 참고인은 의견진술권을 가지는 것은 아니지만, 헌법재판소의 허용 여부에 따라 일부 심판절차에서 의견진술을 할 수 있는 기회를 가진다.²⁴⁷⁾

어떤 국가기관이나 공공단체가 심판규칙에서 정하는 “이해관계 있는 국가기관 또는 공공단체”가 될 수 있을 것인지는 개별적·구체적으로 재판부가 판단할 수밖에 없을 것이지만, 헌법재판소 결정의 효력과 이해관계인에게 의견제출 및 진술의 기회를 부여하는 취지를 적극적으로 고려하여 이해관계인의 범위를 결정하여야 할 것이다.

국가인권위원회는 인권의 보호와 향상에 중대한 영향을 미치는 재판이 계속 중인 경우 헌법재판소의 요청이 있거나 필요하다고 인정하는 때에는 헌법재판

246) Schlaich/Koriath, 정태호 번역, 앞의 책, 52-53면 참조.

247) 헌법재판소, 헌법재판실무제요, 35면.

소에 법률상의 사항에 관하여 의견을 제출할 수 있고, 국가인권위원회법에 의하여 자신이 조사 또는 처리한 사항에 관하여 재판이 계속 중인 경우에도 헌법재판소에 사실상 및 법률상의 사항에 관하여 의견을 제출할 수 있다(국가인권위원회법 제28조 참조).

헌법재판절차에서 이해관계인은 자기의 이름으로 결정을 구하거나 재판을 청구하는 것이 아니므로 당사자는 아니다. 그러나 당해 심판절차에서 당사자의 존재 여부나 이해관계인의 실질적인 역할에 따라 의견서를 제출하거나 변론에 참여하는 경우에는 당사자에 갈음하는 정도의 지위가 부여될 수도 있다. 특히 위헌법률심판, 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판, 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원심판 중 법령을 대상으로 하는 헌법소원과 같이 피청구인을 상정하기 어려운 심판절차에서는 심판대상인 법령을 시행하는 주무관청으로 하여금 이해관계인으로서 당사자에 준하여 실질적으로 심리에 관여하게 하는 것이 실무이다.

(3) 이해관계인에 관한 총칙적 규율의 필요성

위에서 본 바와 같이 헌법재판소법은 헌법재판에서 심리의 방식과 관련하여 위헌법률심판이나 헌법소원심판에서 변론을 하는 경우 이해관계인에게 진술할 기회를 부여할 수 있다는 개괄적인 내용만을 규정하고, 위헌법률심판과 헌법소원심판에 관하여 규정하면서 이해관계인의 범위에 대해 구체적으로 규정하고 있다. 그리고 심판규칙 제10조에서 ‘심판에 이해관계가 있는 국가기관 또는 공공단체와 법무부장관’은 헌법재판소에 의견서를 제출할 수 있고, 또 헌법재판소는 필요하다고 인정하면 당해 심판에 이해관계가 있는 사람에게 의견서를 제출할 수 있음을 통지할 수 있다고 하여 개별심판절차의 규정에도 불구하고 심판규칙 제10조에 따라 포괄적으로 이해관계인에게 의견진술 및 의견서 제출의 기회를 실질적으로 보장하고 있다.

위에서 살펴본 바와 같이 일반적 효력을 가지는 헌법재판소 결정의 효력이나 그 결정이 국민의 일상생활이나 정치영역에 미치는 영향력, 이해관계인이 실제 심판절차에 미치는 영향이나 역할 등을 고려할 때 일반심판절차에서 이해관계인에 대한 총칙적 규정을 두는 것이 입법론상 바람직하다고 할 것이다.

4. 심판의 청구

가. 심판의 청구

헌법재판도 사법작용의 본질을 가지므로 재판을 구하는 당사자 일방의 신청으로 절차가 개시된다. 이를 신청주의라고 하는데, 적극적으로 공익을 실현하는 국가작용인 입법작용 및 행정작용과는 뚜렷이 구별되는 사법작용만의 특성이 있다. 따라서 모든 심판절차에서 개인이든 국가기관이든 당사자가 심판청구를 하여야 비로소 심판절차가 개시된다. 이는 후술하는 것과 같이 가치분절차에서도 원칙적으로 관철된다.

(1) 심판의 청구와 방식

법원의 재판절차와 마찬가지로 헌법소송에서도 심판유형별로 헌법재판소법에 정해진 청구서를 헌법재판소에 제출함으로써 개시된다(헌법재판소법 제26조 제1항). 이에 따라 헌법재판소법과 심판규칙에서 심판절차별로 청구서(제청서, 소추의결서)의 기재사항을 정하고 있다(헌법재판소법 제43조, 국회법 제133조, 헌법재판소법 56조, 제64조, 제71조). 청구서를 제출할 때에는 9통의 심판용 부분을 함께 제출하여야 하고, 송달하여야 하는 심판서류를 제출할 때에는 특별한 규정이 없으면 송달에 필요한 수만큼 부분을 함께 제출하여야 한다(심판규칙 제9조). 그리고 청구서를 비롯하여 헌법재판소에 제출하는 서면에는 특별한 규정이 없으면 사건의 표시, 서면을 제출하는 사람의 이름, 주소, 연락처(전화번호, 팩시밀리번호, 전자우편주소 등), 덧붙인 서류의 표시, 작성한 날짜를 기재하고, 기명날인 또는 서명을 하여야 한다(심판규칙 제2조 제1항).

청구서에는 누가, 무엇에 대해, 어떤 심판을 구하는지를 명확하고 분명히 기재하여야 하고(청구취지), 그 청구를 이유 있게 하는 사실적·법적 기초를 구체적이고 자세하게 서술하여야 한다(청구이유). 우선 각 심판절차에서 헌법재판소의 심리는 심판대상을 중심으로 이루어지고, 종국결정의 효력이 미치는 범위도 심판대상이 원칙적인 기준이 되기 때문에 청구서에서 심판대상을 명확하게 확정하는 것은 매우 중요한 의미를 가진다. 심판대상은 심판유형별로 다른데, 위

헌법률심판과 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판에서는 당해사건에 적용되는 법률조항의 위헌 여부가, 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판에서는 특정 공권력의 행사 또는 불행사로 인한 청구인의 기본권 침해 여부가, 권한쟁의심판에서는 피청구인의 처분 또는 부작위로 인한 청구인의 권한 침해 여부가 각 심판대상이 될 것이다. 처분권주의의 내용으로서 신청주의에 따라 헌법소송 역시 청구서에 기재된 심판대상을 통해 일차적으로 심판대상이 확정된다.

심판의 대상과 함께 청구서에는 위헌이라고 해석되는 이유(헌법재판소법 제43조 제4호), 탄핵소추의 사유(국회법 제133조), 청구 이유(헌법재판소법 56조, 제64조, 제71조) 등 심판청구의 적법성과 타당성을 근거 짓는 사실적·법적 근거와 관점을 구체적이고 명확하게 기재하여야 한다. 민사소송 등 일반법원의 재판절차에서는 청구취지를 특정함에 필요한 사실관계를 중심으로 청구이유를 기재하면 되지만, 사실관계의 확정보다 헌법 및 법률의 해석 및 적용에 심리의 중점이 있는 헌법소송에서는 사실관계와 아울러 법적 근거 및 관점도 청구이유에서 구체적이고 명확하게 기재하여야 한다.

객관적 소송의 성격이 강조되는 헌법소송의 특성상 심판대상이나 청구이유가 불분명한 경우 청구서의 기재내용에 구애됨이 없이 청구인의 주장요지를 종합적으로 판단하여 헌법재판소가 직권으로 심판대상이나 침해된 기본권 등 법적 쟁점에 대해 판단할 수 있지만, 신청주의의 취지에 따라 어디까지나 청구서에 기재된 청구이유를 출발점으로 하여 불명확한 쟁점을 보완하고 보충하는 의미를 갖는다고 볼 것이다. 따라서 헌법소원심판청구서에 특정 기본권과의 관련을 확인할 수 있을 정도로 구체적인 주장을 하지 않고 막연하고 모호한 주장을 하는 경우 그 심판청구는 부적법하다.

(2) 심판서류의 접수와 보정권고

심판서류를 접수한 공무원은 심판서류를 제출한 사람이 요청하면 바로 접수증을 교부하여야 하며, 제출된 심판서류의 흠결을 보완하기 위하여 필요한 보정을 권고할 수 있다(심판규칙 제5조 제1항, 제2항). 헌법재판소는 필요하다고 인정하면 심판서류를 제출한 사람에게 그 문서의 전자파일을 전자우편이나 그 밖에 적당한 방법으로 헌법재판소에 보내도록 요청할 수 있다(심판규칙 제5조 제

3항).

(3) 송달

당사자나 그 밖의 심판관계인에게 소송상 서류의 내용을 알 수 있는 기회를 주기 위해 법정의 방식에 따라 하는 통지행위를 송달이라고 한다.²⁴⁸⁾ 송달은 소송상 이루어지는 행위의 내용을 당사자에게 정확하게 전달함으로써 적법절차원칙을 실현하고, 당사자의 공정한 재판을 받을 권리를 보장하며, 나아가 원활한 소송절차의 진행에 기여한다.²⁴⁹⁾

헌법재판소는 청구서를 접수한 때에는 지체 없이 그 등본을 피청구인에게 송달하도록 하고(헌법재판소법 제27조 제1항), 종국결정이 선고되면 결정서 정본을 당사자에게 송달하도록 규정하고 있다(헌법재판소법 제36조 제4항). 청구서의 등본을 피청구인에게 송달하도록 한 것은 피청구인에게 청구에 대응하여 답변서의 제출 등 절차에 참여할 수 있는 기회를 실질적으로 보장하기 위한 것이다(헌법재판소법 제29조). 청구서는 송달해야 하는 서류이므로 청구서를 제출할 때에는 송달에 필요한 수단급 부분을 따로 제출해야 한다(심판규칙 제9조, 제23조).

헌법재판소는 당사자나 관계인에게 전자정보처리조직과 그와 연계된 정보통신망을 이용하여 청구서를 송달할 수 있다. 다만, 당사자나 관계인이 동의하지 아니하는 경우에는 그러하지 아니하다. 전자정보처리조직을 이용한 서류 송달은 서면으로 한 것과 같은 효력을 가진다(제78조).

그 밖의 송달에 관한 사항은 민사소송법, 형사소송법을 준용한다(헌법재판소법 제40조). 민사소송법 제174조 이하에서 송달기관, 송달받을 사람, 송달장소, 송달실시의 방법 등에 관한 상세한 규정을 두고 있는데, 헌법재판의 송달에서도 이러한 규정들은 헌법재판의 성질에 반하지 않는 한 준용된다.

한편, 위헌법률심판의 제청이 있으면 법무부장관 및 당해 소송사건의 당사자에게 제청서의 등본을 송달한다(헌법재판소법 제27조제2항). 위헌법률심판에서는 법원의 제청서가 청구서에 같음하므로 그 특칙으로서 제청서 송달에 대한 특칙을 두고 있고(헌법재판소법 제26조제1항 단서), 이는 헌법재판소법 제68조

248) 이시윤, 앞의 책, 417면.

249) 헌법재판연구원(김하열 집필), 주석 헌법재판소법, 341면.

제2항의 헌법소원심판에서도 준용된다(헌법재판소법 제74조 제2항). 따라서 헌법소원심판이 재판부에 회부된 경우에는 청구서 등본을 법무부장관 및 당해 소송사건의 당사자에게 송달한다.

탄핵심판에서는 국회의 소추의결서 정본이 청구서에 같음하고(헌법재판소법 제26조 제1항 단서), 탄핵심판의 청구는 소추위원이 소추의결서의 정본을 제출하면 이루어지며(헌법재판소법 제49조 제2항), 국회법 제134조는 탄핵소추의결서의 정본을 국회의장이 법제사법위원장인 소추위원에게, 그 등본을 헌법재판소·피소추자와 그 소속기관의 장에게 송달하도록 규정하고 있다.

(4) 전자문서에 의한 청구

청구서는 전자문서(컴퓨터 등 정보처리능력을 갖춘 장치에 의하여 전자적인 형태로 작성되어 송수신되거나 저장된 정보를 말한다)화하고 이를 정보통신망을 이용하여 헌법재판소에서 지정·운영하는 전자정보처리조직(심판절차에 필요한 전자문서를 작성·제출·송달하는 데에 필요한 정보처리능력을 갖춘 전자적 장치를 말한다)을 통하여 제출할 수 있다(헌법재판소법 제76조 제1항). 전자문서로 제출된 청구서는 서면으로 제출된 청구서와 같은 효력을 가진다(헌법재판소법 제76조 제2항). 전자문서로 제출된 청구서가 접수된 때에는 당사자나 관계인에게 전자적 방식으로 그 접수사실을 알려야 한다(헌법재판소법 제76조 제4항).

나. 보정

재판장은 심판청구가 부적법하나 보정할 수 있다고 인정되는 경우에는 상당한 기간을 정하여 보정을 요구하여야 한다(헌법재판소법 제28조 제1항). 이에 따른 보정이 있는 경우에는 처음부터 적법한 심판청구가 있는 것으로 본다(헌법재판소법 제28조 제3항). 그리고 보정명령에 불응하면 심판청구가 부적법함을 이유로 각하된다.

보정명령의 주체는 재판장이다. 따라서 전원재판부에서는 헌법재판소장이, 지정재판부에서는 주심재판관 바로 앞 열의 재판관²⁵⁰⁾이 보정명령을 한다. 헌

250) 지정재판부의 구성과 운영에 관한 규칙 제4조.

법재판소의 실무상 보정명령을 보다 효율적으로 활용하기 위해서는 사건의 심리를 담당하는 주심재판관이 직접 보정명령을 하는 것이 필요하고, 특히 보정명령이 실제 필요한 헌법소원의 사전심사단계에서는 더욱 그러하였다. 따라서 헌법재판소법을 개정하여 제28조 제5항을 추가하였는데,²⁵¹⁾ 이는 헌법재판소의 업무부담 경감과 효율적인 심사를 위한 취지로 재판장은 필요하다고 인정하는 경우 재판관 중 1명에게 보정요구를 할 수 있는 권한을 부여할 수 있고, 이 경우 그 재판관은 보정요구에 관한 직무를 수행할 수 있다.²⁵²⁾

또한 헌법소원심판 청구서의 필수적 기재사항이 누락되거나 명확하지 아니한 경우에 적당한 기간을 정하여 이를 보정하도록 명할 수 있으며, 이 보정기간까지 보정하지 아니한 경우에는 심판청구를 각하할 수 있다(심판규칙 제70조). 청구서의 필수적 기재사항은 통상 적법요건의 중요한 부분과 관련되어 있음을 감안한 것으로 민사소송법 제254조가 정하는 소장각하명령제도의 취지가 헌법소송에 반영된 것이다.²⁵³⁾

다. 심판청구의 효력발생과 효과

청구서를 헌법재판소에 제출한다는 것은 청구서가 헌법재판소에 도달함을 의미한다(도달주의). 심판이 청구되면 헌법재판소에 심판절차가 현실적으로 존재하는 상태, 즉 헌법재판소가 심판을 하는 데 필요한 행위를 할 수 있는 상태인 심판계속이 발생한다. 헌법재판소에 심판이 계속되면 동일한 당사자는 계속된 사건과 동일한 심판청구를 다시 할 수 없는 제한을 받게 되는데 이를 중복제

251) 2009. 12. 29., 법률 제9839호.

252) 사건을 배당받은 주심재판관이 사실상 보정명령의 필요 여부를 결정하고, 재판장의 명의로 보정명령을 하였던 실무적인 불편을 개선한 것으로, 특히 헌법소원의 사전심사단계에서 적극적으로 활용하고 있다고 한다. 헌법재판소, 헌법재판실무제요, 44면 참조.

253) 제254조(재판장등의 소장심사권) ①소장이 제249조제1항의 규정에 어긋나는 경우와 소장에 법률의 규정에 따른 인지를 붙이지 아니한 경우에는 재판장은 상당한 기간을 정하고, 그 기간 이내에 흠을 보정하도록 명하여야 한다. 재판장은 법원사무관등으로 하여금 위 보정명령을 하게 할 수 있다.

②원고가 제1항의 기간 이내에 흠을 보정하지 아니한 때에는 재판장은 명령으로 소장을 각하하여야 한다.

③ - ④ (생략)

소금지라고 한다(헌법재판소법 제40조, 민사소송법 제259조). 그러나 당사자가 동일하고 심판의 대상인 법률조항이 동일하다고 하더라도 심판의 유형이 다르면 중복제소에 해당하지 아니한다.²⁵⁴⁾ 그리고 심판청구는 심판대상을 일차적으로 확정하는 효과를 갖는다. 이는 앞에서 본 바와 같이 심판절차의 개시에 있어 처분권주의의 발현이다.

5. 심판대상의 특성과 확정

가. 심판대상의 특성과 헌법재판의 특수성

민사소송 등 다른 소송절차와 마찬가지로 헌법재판에서도 심판대상은 중요한 의미를 가진다. 헌법재판소의 심리가 원칙적으로 심판대상을 중심으로 이루어지고, 종국결정의 효력이 미치는 범위 역시 심판대상이 원칙적인 기준이 되기 때문이다. 위에서 본 바와 같이 헌법재판소의 심판절차도 다른 소송절차와 같이 심판유형별로 정해진 청구서를 제출하는 것으로 개시된다. 따라서 청구서를 제출할 때에는 헌법재판소에 누가, 무엇에 대해, 어떤 심판을 구하는지를 분명히 기재하여야 하며, 이로써 일차적으로 심판대상이 특정된다. 이는 주관적 권리구제로서 기능을 하는 모든 사법작용에 일반적으로 적용되는 처분권주의의 내용으로서 신청주의(Antragsprinzip)의 요청이다.

그런데 헌법재판은 단순히 제청신청인이나 청구인의 권리구제에만 목적이 있는 것이 아니라 헌법질서의 수호와 헌법문제의 해명이라는 객관적 헌법보호의 성격도 아울러 가지고 있다. 또한 법적 명확성과 통일성의 확보, 소송경제의 관점에서 심판절차의 효율성과 분쟁의 일회적 해결의 관점에서 신청주의를 그대로 관철할 수는 없을 것이다. 따라서 헌법재판소는 헌법재판의 이와 같은 특수성을 반영하여 직권으로 심판대상을 제한하거나 확장하며, 필요한 경우 이를 변경하기도 한다. 심판대상의 제한·확정·변경 등은 주로 법률(조항)이 심판대상이 되는 경우에 발생한다. 개별 법률조항은 전체 법체계 또는 개별 법률 내에서 상호 밀접한 관련성 하에 놓여 있고, 일부 법률조항의 개정·폐지 등으로 개별 법률의 취지가 변화할 뿐 아니라 복잡한 법률조항의 의미나 체계를 정확히 파

254) 헌재 1994. 4. 28. 89헌마221 등 참조.

악하기 어려운 경우가 많아서 헌법재판소가 직권으로 정확한 심판대상을 포착해야만 심판절차의 목적을 효율적으로 달성할 수 있는 경우가 많기 때문이다.²⁵⁵⁾

따라서 규범통제절차 등 헌법재판에서도 다른 소송절차와 마찬가지로 원칙적으로 처분권주의의 요청으로서 신청주의가 적용되지만, 헌법재판의 객관적 성격으로 인해 헌법재판소 직권에 의한 심판대상의 제한·확정·변경 등이 필요한 경우 이루어진다는 점에서 특수성이 있다.

나. 심판대상확정과 그 제한 및 확장

(1) 심판대상의 확정원칙(재판의 전제성)

헌법재판소는 원칙적으로 제청법원에 의하여 제청된 법률 또는 법률조항만을 심판대상으로 삼을 수 있고, 이 때 제청법원은 당해 소송사건에서 재판의 전제가 되는 법률조항에 한하여 제청신청을 할 수 있다. 이는 현행 헌법 및 헌법재판소법이 구체적 규범통제만을 허용하고 있는 것에서 비롯한다. 당해 소송사건에 대한 재판과 관련하여 재판에 적용되는 법률조항의 위헌 여부에 따라 다른 내용의 재판을 하는 경우 재판의 전제성이 인정되고, 이는 민주주의원칙과 권력분립원칙에 그 근거를 두고 있다. 위헌법률심판이나 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판에서 재판의 전제성이 인정되는 범위 내에서 제청법원은 심판대상을 확정하여 심판청구를 하여야 한다.

(2) 심판대상의 확장

실무상 심판대상인 법률조항을 재판의 전제성이 있는 부분으로 세분하여 한정하는 것이 어렵거나 관련 법률조항과의 관계에서 심판대상을 확장함이 보다 합목적적인 경우가 있을 수 있다. 그러한 경우 헌법재판소는 법적 명확성, 법적 안정성, 법의 통일성, 소송경제 등의 관점에서 심판대상을 위헌제청 또는 헌법소원이 제기된 법률조항으로 한정하지 않고 관련 법률조항으로까지 확장할 필

255) 헌법재판연구원(김하열 집필), 주석 헌법재판소법, 332-333면 참조.

요가 있다.

심판대상조항의 확장은, 원래의 심판대상과 관련 법률조항에 대해 동일한 심사척도가 적용되는 경우,²⁵⁶⁾ 양 법률조항이 서로 체계적으로 밀접한 관련성을 가지는 경우,²⁵⁷⁾ 관련 법률조항이 심판대상조항을 적용하는 전제가 되는 경우,²⁵⁸⁾ 개정된 법률조항의 내용이 개정 전 법률조항과 유사한 경우²⁵⁹⁾에 주로

256) 보건복지부장관이 2001. 12. 1.에 한 2002년도 ‘최저생계비고시’가 헌법에 위반되는지 여부가 문제된 사건에서 ‘청구인들에게 위 고시 중 3인 가구 최저생계비가 적용되지만 해당 고시 전체에 동일한 심사척도가 적용될 수 있으므로 위 고시 전체로 심판대상을 확장하는 것이 타당하다.’고 하였고(헌재 2004. 10. 28. 2002헌마328), 영화상영등급과 관련하여 제한상영가등급을 규정하고 있는 영화진흥법 제21조 제3항 제5호가 문제된 사건에서 ‘동일한 내용을 정하고 있는 영화 및 비디오물 진흥에 관한 법률 제29조 제2항 제5호 역시 동일한 심사척도가 적용된다.’는 이유로 심판대상을 확장하였다(헌재 2008. 7. 31. 2007헌가4).

257) 개발제한구역 훼손부담금의 감면과 그 산정기준을 정한 구 ‘개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법’ 제22조 및 제23조 제1항에 대한 위헌소원 사건에서도, 청구인이 개발제한구역훼손부담금의 법적 근거인 위 특별조치법 제20조 제1항에 대하여는 심판청구하지 않았으나 청구인은 훼손부담금 자체의 위헌성을 주장하고 있고, 위 부담금의 감면과 그 산정기준을 정한 규정들의 위헌성도 결국 위 부담금 자체의 위헌 여부와 밀접한 관련성을 가진다는 이유로 심판대상을 확장하였고(헌재 2007. 5. 31. 2005헌바47), 호주제의 위헌성을 다루는 위헌법률심판에서도, 처(妻)의 부가(夫家) 입적을 규정한 민법 제826조 제3항 후단은 위헌제청신청되지 않았으나, 법원이 위헌 제청한 제778조, 제789조와 밀접한 관계에 있을 뿐 아니라, 위 규정들과 결합하여 호주제의 골격을 이루고 있으므로 호주제의 위헌 여부라는 중요한 헌법문제의 보다 완전한 해명을 위하여 그 조항의 위헌 여부도 심판의 대상으로 삼아 한꺼번에 심리·판단하는 것이 상당하다고 판단하였다(헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등),

258) 제청법원이 ‘어업조정 및 자원보호에 관한 명령’ 위반에 대한 벌칙을 대통령령으로 둘 수 있도록 규정한 수산업법 제52조 제2항 및 같은 법 제79조 제2항의 위헌 여부만을 제청한 데 대하여, 헌법재판소는, 제52조 제2항의 내용을 확정하기 위해서는 같은 조 제1항의 규정이 전제로 되며, 또한 같은 법 제79조 제2항의 내용을 확정하기 위해서는 마찬가지로 제1항이 전제가 된다는 이유로 제청된 법률조항에 더하여 수산업법 제52조 제1항, 제79조 제1항의 관련 부분에 대하여 심판대상을 확장하였다(헌재 1994. 6. 30. 93헌가15 등).

259) 태아의 성별고지를 금지한 구 의료법 제19조의2 제2항에 대한 헌법소원사건

허용된다.

(3) 심판대상의 변경

헌법재판소는 심판청구의 이유, 위헌제청신청사건 및 당해사건의 경과, 당해 사건 재판과의 관련성 정도, 이해관계기관의 의견 등 여러 사정을 종합하여 직권으로 제청법원 또는 청구인이 구하는 심판대상을 변경하기도 한다.

대표적으로 도시계획시설결정으로 말미암아 발생하는 토지재산권의 제한에 대하여 보상규정을 두지 않은 도시계획법의 위헌성이 문제된 사건에서, '청구인들의 재산권을 제한하는 규정이자 청구취지에 부합하는 심판대상은 도시계획이 시행되는 구역 내의 토지소유자들에게 원칙적으로 토지의 형질변경이나 건축 등을 금지하면서도 이러한 재산권 행사의 제한에 대하여 아무런 보상규정을 두고 있지 않은 동법 제4조의 규정'이라고 하여 직권으로 심판대상을 제4조로 변경하였다.²⁶⁰⁾

6. 심판청구의 취하

가. 처분권주의와 청구취하

처분권주의란 절차의 개시, 심판의 대상과 범위, 절차의 종결에 대해 당사자의 처분권을 인정하는 절차법상의 원칙으로 절차법에서 사적자치원칙의 구현이다. 민사소송이나 행정소송에서는 사적자치원칙이나 주관적 공권에 대한 개인

에서 헌법재판소는, 위 구 의료법 조항의 태아 성별 고지 금지 내용이 개정 의료법 규정에도 그대로 있음을 이유로 동일한 내용의 개정 의료법 제20조 제2항을 심판대상에 포함시켰고(헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등), 공중보건학의사의 편입이 취소된 사람을 다시 현역병 등으로 입영하게 하는 병역법 조항에 대한 위헌제청 사건에서도, 위헌제청이 있는 이후 개정된 병역법(2009. 6. 9. 법률 제9754호로 개정된 것) 제35조 제3항은 일부 자구상의 표현만 다를 뿐 그 내용이 구 병역법 제35조 제3항과 동일하여 구법 조항과 결론을 같이할 것이라는 이유로 심판대상에 포함시켰다(헌재 2010. 7. 29. 2008헌가28).

260) 헌재 1999. 10. 21. 97헌바26등.

의 원칙적인 처분권을 반영하여 처분권주의가 지배한다. 그러나 위에서 본 바와 같이 헌법재판에서는 심판청구와 심판대상의 특정 등과 관련하여 원칙적으로 처분권주의가 적용되면서도 직권에 의한 심판대상의 확정이나 심지어 변경까지 허용하는 등 직권주의가 폭넓게 인정되기도 한다. 이는 헌법재판이 갖는 객관적 성격과 고도의 공익성에 근거한 것으로 필요한 처분권주의나 변론주의에 대한 직권주의적 수정이 폭넓게 이루어진다.²⁶¹⁾

심판절차의 종료와 관련하여 당사자의 처분권, 즉 청구취하에 의한 심판절차의 종료를 인정할 것인지 여부에 대해서도 견해가 대립한다. 민사소송에서는 처분권주의에 따라 소의 취하가 있으면 소송계속은 소급적으로 소멸하고(민사소송법 제266조 제1항, 제267조 제1항), 소송은 종료된다.²⁶²⁾ 그러나 헌법재판소법에서는 이에 관해 아무런 규정을 두고 있지 않아 청구취하의 허용 여부와 그 요건 및 절차, 효과에 관해 논란이 있는 것이다. 이와 같은 절차법의 흠결의 경우 헌법재판소법 제40조의 일반적 준용에 따라 민사소송법상 소취하의 규정들이 원칙적으로 헌법재판에도 준용될 수 있는 것인지, 수정되어 적용될 수 있을 것인지, 그렇지 않으면 헌법재판의 성질에 반하여 적용되지 않을 것인지 여부가 문제된다.

헌법재판의 각 심판절차는 그 목적과 기능, 절차원리가 같지 않으므로 청구의 취하를 인정할 것인지, 그 요건과 절차, 효과를 어떻게 볼 것인지는 개별심판 절차별로 살펴보아야 할 것이다.

(1) 위헌법률심판

위헌법률심판은 당사자가 없으므로 논리적으로 당사자를 전제로 하는 청구 취하가 문제되지 아니한다. 그러나 위헌제청의 주체인 법원이 제청을 한 후 사후적으로 소송계속이 소멸되는 등 재판의 전제성이 없게 되는 경우 이를 철회할 수 있는지 여부가 문제되는데, 이에 관하여 헌법재판소법에는 따로 명시적인

261) 앞에서 본 바와 같이 헌법재판에서 이와 같은 직권주의적 절차진행의 요소를 처분권주의나 변론주의에 대한 보완이나 수정으로 이해하는 견해가 있는 반면, 헌법재판에서는 원칙적으로 직권주의나 직권탐지주의가 적용된다는 견해도 있다.

262) 이시윤, 앞의 책, 536면.

규정을 두고 있지 않다. 위헌법률심판의 본질과 성격에 대한 이해의 차이에 근거하여 견해가 대립된다.

원칙적으로 부정하는 입장은 위헌법률심판의 객관적 소송으로서의 성격을 강조하면서 직권심리주의원칙에 따라 원칙적으로 제청법원이 위헌제청을 임의적으로 철회하는 것은 허용되지 않지만, 철회가 불가피한 예외적인 경우에는 허용된다고 한다.²⁶³⁾ 이에 반해 인정하는 입장에서는 제청의 사유가 소멸됨으로써 헌법재판소의 심판대상조항에 대한 위헌 여부 판단의 필요성이 소멸한 경우,²⁶⁴⁾ 법원이 제청결정을 취소함으로써 제청을 철회할 수 있도록 하는 것이 타당하다고 한다.²⁶⁵⁾ 양 입장 모두 사후적으로 재판의 전제성이 소멸되어 헌법재판소가 분안판단을 할 필요성이 없는 경우 구체적 규범통제제도의 취지에 따라 철회를 인정할 수 있다는 점에서는 동일하다. 구체적 규범통제절차의 취지에 비추어 재판의 전제성이 사후적으로 소멸되었음에도 불구하고 위헌 여부의 분안판단을 할 실익이 크지 않을 뿐 아니라, 구체적 규범통제절차의 취지에도 정면으로 반하기 때문이다.

법원이 제청신청을 취소함으로써 이를 철회한 때에는 헌법재판소는 별다른 절차 없이 위헌법률심판절차가 종료된 것으로 처리한다.²⁶⁶⁾ 철회의 사유가 있음에도 불구하고 법원이 제청을 철회하지 않을 경우 헌법재판소는 재판의 전제성 소멸을 이유로 위헌제청을 각하²⁶⁷⁾할 것이지만, 이 경우에도 예외적으로 심판대상 법률조항의 위헌 여부에 대하여 헌법적 해명의 필요성이 있는 경우에 헌법재판소는 절차를 종료하지 않고 심리를 진행하여 분안판단을 할 수 있을 것이다.²⁶⁸⁾

263) 허영, 앞의 책, 212면 참조.

264) 재판의 전제성이 사후적으로 소멸되어 분안판단의 필요성이 없는 경우란 당해사건 당사자의 소 취하, 피고의 청구인낙, 당사자의 화해 등 사유로 심판 계속이 사후적으로 종료된 때를 말한다.

265) 김하열, 앞의 책, 151면; 허완중, 앞의 책, 149면, 헌법재판연구원(김하열 집필), 주석 헌법재판소법, 218.

266) 헌법재판소, 헌법재판실무제요, 102, 136면.

267) 헌재 1989. 4. 17. 88헌가4; 헌재 2000. 8. 31. 97헌가12 참조.

268) 헌재 2005. 12. 22. 2003헌가8. 이 사건에서 헌법재판소는 구체적 규범통제절차의 본질적 요건으로 재판의 전제성 요건의 예외를 설정함에 있어서 매우 엄격한 논증을 거치고 있다.

“제청법원이 이 사건 위헌제청을 한 이후인 2003. 12. 30. 제청신청인은 파산법

(2) 헌법소원심판

헌법소원심판은 원칙적으로 청구인의 기본권구제가 주된 목적인 주관적 쟁

원의 허가를 받아 공단에게 이 사건 연체료 전액을 납부하였다. 따라서 위 연체료 납부로 인하여 당해사건에서 후순위청구권확인의 대상이 된 이 사건 연체료 청구권은 변제로 소멸하여 현재 존재하고 있지 아니하다고 봄이 상당하다. 그렇다면 당해 사건에서 확인을 구하고 있는 대상은 더 이상 현재의 권리·법률관계가 아니므로 과거의 법률관계에 대한 확인을 구하는 당해 사건은 소의 이익이 없어 부적법하다. 따라서 당해 사건은 제청법원의 위헌제청 이후의 사정변경으로 재판의 전제성이 소멸하였다고 봄이 상당하다. 그러나 위헌법률심사제도는 개인의 주관적인 권리구제에만 그 목적이 있는 것이 아니고 객관적인 헌법질서의 수호·유지에도 있다고 할 것인바, 이 사건 법률조항에 의한 기본권침해 문제가 앞으로도 많은 사람에게 관하여, 그리고 여러 차례 일어날 수 있는 성질의 것이라면 그 헌법적 해명이 필요한 긴요한 사안으로 본안판단의 필요성이 있다(헌재 2001. 4. 26. 98헌바79등, 판례집 13-1, 799, 817; 1993. 9. 27. 92헌바21, 판례집 5-2, 267, 273; 1993. 12. 23. 93헌가2, 판례집 5-2, 578, 591 등 참조). 통합도산법에 의하면 이 사건 법률조항에서 문제가 되는 파산선고 후 연체료 청구권 부분은 재단채권 조항에서 제외되었으므로(통합도산법 제473조 제2호 본문), 통합도산법 시행 이후에 파산절차가 개시되는 사안에서는 당해사건에서 다루어진 문제가 일어나지 아니하게 된다. 따라서 이 사건 법률조항이 적용될 수 있는 경우는 제한적이다. 그러나 통합도산법의 시행까지는 아직 상당기간이 남았고 더욱이 그 시행일 이전에 파산절차가 개시된 경우에는 현행 파산법의 적용을 받게 되므로 이 사건 법률조항으로 인한 기본권침해 사례는 반복하여 나타날 위험성이 있다. 일반적으로 파산절차가 개시되어 종료되기까지에는 수년의 기간이 걸리는 사례가 많은 점에 비추어 보아 이 사건 법률조항을 포함한 현행 파산법 조항은 향후 상당기간 적용될 것이다. 대부분의 기업이 산업재해보상보험법, 고용보험법, 임금채권보장법 등의 적용대상이고 파산에 즈음하여 기업의 재무상황이 악화된 상태에서는 산업재해보상보험료 등의 연체가 일어날 가능성이 상존하므로 이 사건 법률조항의 적용을 받게 되는 경우가 현실적으로 상당할 것임을 예상하기 어렵지 않다. 현재 파산절차가 진행중인 기업 중에서도 이 사건 법률조항의 적용을 받는 경우가 상당히 존재하는 것으로 파악된다. 따라서 비록 당해 사건이 부적법하게 되어 재판의 전제성을 인정할 수 없다고 하더라도, 파산선고 후 연체료 청구권을 재단채권으로 취급하는 것이 헌법적으로 용인되는가 하는 문제는 비단 당해 사건 당사자에게만 국한된 것이 아니고 이 사건 법률조항으로 인한 기본권의 침해가 반복될 위험성이 매우 크므로, 객관적인 헌법질서의 유지·수호를 위하여 그 헌법적 해명이 필요한 중요한 의미를 지니고 있다고 봄이 상당하다. 따라서 본안판단에 나아가기로 한다.”

송에 해당하므로 처분권주의가 비교적 엄격하게 관철된다. 따라서 기본권구제를 원하는 청구인의 심판청구에 의해 심판절차가 개시되었듯이 청구취하 등을 통해 심판절차를 종료시키는 것도 원칙적으로 청구인의 처분에 맡겨져 있다고 볼 것이다. 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판은 위헌법률심판과 같이 규범통제로서의 성격을 갖지만, 당해사건의 당사자인 청구인이 자신의 권리구제를 위해 헌법재판소에 심판청구를 함으로써 심판절차가 개시된다는 점에서 그 범위에서는 헌법재판소법 제68조 제1항과 같은 성격을 가진다고 볼 것이다.²⁶⁹⁾ 일반국민이 직접 자신의 권리구제를 위해 헌법재판소에 심판청구를 청구하는 것이므로 심판의 청구 및 청구의 취하에 관하여는 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판과 마찬가지로 처분권주의가 일차적으로 적용된다고 볼 것이다. 다만, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원 특성상 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원과 달리 민사소송법의 규정을 그대로 준용하기 어려운 사항들이 있을 수 있을 것이다. 특히 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원의 경우 그 본질은 규범통제절차에 해당하므로 개인의 주관적 권리구제의 목적과 함께 객관적 헌법질서의 유지·수호에도 그 목적이 있다 할 것이므로 재판의 전제성이 인정되지 않음에도 본안판단을 하는 경우가 많으므로 청구인의 청구취하에도 불구하고 심판절차를 종료하지 않고 본안판단으로 나아가는 경우가 많을 것이다.²⁷⁰⁾

헌법재판소는 “법 제40조 제1항은 ‘헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용한다. 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 함께 준용한다.’고 규정하고, 같은 조 제2항은 ‘제1항 후단의 경우에 형사소송에 관한 법령 또는 행정소송법이 민사소송에 관한 법령과 저촉될 때에는 민사소송에 관한 법령은 준용하지 아니한다.’고 규정하고 있다. 그런데 헌법재판소법이나 행정소송법에 헌법소원심판청

269) 김하열 교수는 이를 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원의 양면성이라고 한다. 명칭과 절차적인 면에서 일반국민의 직접 청구인이 되어 재판을 청구한다는 점에서 제68조 제1항의 헌법소원과 같다고 한다(김하열, 앞의 책, 393-394면 참조). 이에 반하여 허완중 교수는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원도 개인의 권리구제를 위한 것이므로 청구취하가 인정된다고 한다(허완중, 앞의 책, 150면 참조).

270) 헌재 2001. 4. 26. 98헌바79등; 헌재 1993. 9. 27. 92헌바21 등 참조.

구의 취하와 이에 대한 피청구인의 동의나 그 효력에 관하여 특별한 규정이 없으므로, 소의 취하에 관한 민사소송법 제266조는 이 사건과 같은 헌법소원절차에 준용된다고 보아야 한다. ... 기록에 의하면 청구인과 승계참가인이 2003. 1. 8. 서면으로 이 사건 헌법소원심판청구를 공동으로 취하하였고, 이미 본안에 관한 답변서를 제출한 피청구인에게 취하의 서면이 2003. 1. 27. 송달되었는바, 피청구인이 그 날로부터 2주일 내에 이의를 하지 아니하였음이 분명하므로, 민사소송법 제266조에 따라 피청구인이 청구인과 승계참가인의 심판청구의 취하에 동의한 것으로 본다. 그렇다면 이 사건 헌법소원심판절차는 청구인과 승계참가인의 심판청구의 취하로 2003. 2. 11. 종료되었다.”라고 판시²⁷¹⁾하여 헌법소원심판에서 민사소송법상 소 취하 규정들이 원칙적으로 준용된다고 보고 있다. 따라서 헌법소원심판에서 청구취하는 허용되며, 피청구인이 취하에 동의하였거나 동의간주가 되면 청구취하는 유효하고, 심판절차는 종료된 것으로 본다.²⁷²⁾

이와 같은 법정의견에 대하여, ‘청구취하에도 불구하고 헌법적 해명의 긴요한 필요성이 있는 경우, 특히 사건에 대한 실체적 심리가 이미 종결된 경우에는 심판절차가 종료되는 것이 아니라 심리의 결과에 따른 중구결정을 해야 한다.’는 반대의견이 있다.²⁷³⁾ 반대의견은 헌법소원심판에서 민사소송법상 소 취하 규정

271) 헌재 2003. 4. 24. 2001헌마386.

272) 같은 취지의 판례로는 헌재 1995. 12. 15. 95헌마221; 헌재 2005. 2. 15. 2004헌마911 등이 있다. 이들 판례는 모두 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판에 관한 것이지만, 헌법재판소는 헌법소원심판의 유형을 가리지 않고 청구취하가 인정된다고 한다.

273) 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권의 침해로 인한 피해자의 주관적 권리구제에 관한 심판인 점에서, 구체적·개별적인 쟁송사건에 대한 재판인 민사·형사·행정소송 등에 관한 일반법원의 재판과 유사하다고는 하나, 헌법질서의 보장이라는 객관적인 기능도 겸하고 있으므로 그 점에서 위 일반법원의 재판과는 법적 성질을 달리하고 있다 할 것이다. 또한 헌법소원을 인용하는 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속하는 효력 이른바 일반적 기속력과 대세적·법규적 효력을 가지는 것이고, 이러한 효력은 일반법원의 재판이 원칙적으로 소송당사자에게만 한정하여 미치는 것과는 크게 다르다. ... 구체적·개별적인 쟁송사건을 다루는 일반법원의 소송절차에 있어서도, 일반 민사소송절차에서는 철저한 당사자처분주의가 인정되고 있으나 일반행정소송이나 형사소송절차에 있어서는 소송의 공익적인 측면을 고려하여 당사자처분주의가 제한된 범위 안에서 인정되고 있는 등 소송의 성질이 다름에 따라서 당사자처분주의를 인정하는 폭이 다른 것인데, 일반쟁송과는 법적 성질을 달리하는 헌법소원심판절차에서 헌법질서의 수

을 준용하면서도, 헌법소원심판의 객관적 성격에 비추어 헌법적 해명의 긴요한 필요성이 있는 경우, 특히 사건에 대한 실체적 심리가 이미 종결된 경우에는 심판절차가 종료되는 것이 아니라 심리의 결과에 따른 종국결정을 해야 한다는 것으로 청구취하의 효과를 일부 제한하는 의미를 가진다고 볼 것이다.

(3) 권한쟁의심판

권한쟁의심판은 국가기관 등의 주관적 권한의 보호와 객관적 헌법 및 법률질서의 보호를 동시에 목적으로 함으로써 주관적 쟁송과 객관적 쟁송의 양면적 성격을 동시에 가진다. 이와 관련하여 권한쟁의심판의 본질에 비추어 객관소송의 성격을 강조하는 견해에서는 당사자 간의 권능 다툼이 해소되어 더 이상 관할권 보호나 심판이익이 없는 경우 예외적으로만 청구취하가 허용된다고 한다.²⁷⁴⁾ 이에 반해 권한쟁의심판의 주관적 쟁송성이나 대립당사자 간의 쟁송성

호·유지를 위한 헌법적 해명이 특히 필요한 경우에는 당사자처분주의는 훨씬 더 제한된다고 할 것이다. ... 따라서 심판청구가 주관적 권리구제의 차원을 넘어서 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항으로서 그 해명이 헌법적으로 특히 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는, 비록 헌법소원심판 청구의 취하가 있는 경우라 하더라도 민사소송법 제266조의 준용은 헌법소원심판의 본질에 반하는 것으로서 배제된다고 할 것이므로, 위 취하로 말미암아 사건의 심판절차가 종료되는 것이 아니라 할 것이다.(헌재 2003. 2. 11. 2001헌마386, 재판관 김영일, 재판관 송인준의 반대이견).

274) 허영, 앞의 책, 330면 참조.

한수웅 교수도 ‘권한쟁의심판의 목적은 객관적 헌법의 유지에 기여하는 객관적인 목적에 있으며, 권한을 침해당한 기관의 보호라는 주관적 목적은 단지 부차적인 목적일 뿐이다. 따라서 권한쟁의심판은 객관소송으로서 성격을 가지며, 이러한 성격은 심판청구취하의 효력 등 적법요건이나 권리보호이익을 판단함에 있어서 중요한 의미를 가진다고 한다. 한수웅, 헌법학(제7판), 법문사, 2018, 1488면.

정태호 교수 역시 ‘권한쟁의절차에서 당사자는 공익에 반하지 않는 범위에서만 청구취하로 절차를 종료할 수 있다. 국가최고기관이나 지방자치단체, 정부가 헌법 및 법률에 의해 자신에게 부여된 권한을 임의로 처분할 수 없고, 권한쟁의절차는 대심적 구조에도 불구하고 객관적 권한질서의 수호라는 그 소송의 목적에 비추어 볼 때 객관소송적 성격이 강하기 때문이다.’고 하여 권한쟁의심판의 객관적 소송의 성격에 근거하여 원칙적으로 청구취하가 허용되지 않지만, 예외적으로 공익에 반하지 않는 경우에 허용될 수 있다고 한

을 특별히 강조하는 우리 권한쟁의심판제도의 특수성을 강조하는 견해에서는 권한쟁의심판이라 하여 청구취하의 가능성을 부인할 수는 없다고 한다.²⁷⁵⁾

헌법재판소는 피청구인의 동의나 그 효력에 관하여 특별한 규정이 없으므로 소의 취하에 관한 민사소송법 제239조는 권한쟁의심판절차에 준용된다고 보아야 한다고 하여 긍정설의 입장을 분명히 하고 있다.²⁷⁶⁾ 비록 권한쟁의심판이 개인의 주관적 권리구제를 목적으로 삼는 것이 아니라 헌법적 가치질서를 보호하는 객관적 기능을 수행하는 것이고, 특히 국회의원의 법률안에 대한 심의·표결권의 침해 여부가 다투어진 이 사건 권한쟁의심판의 경우에는 국회의원의 객관적 권한을 보호함으로써 헌법적 가치질서를 수호·유지하기 위한 쟁송으로서 공익적 성격이 강하다고는 할 것이지만 법률안에 대한 심의·표결권 자체의 행사 여부가 국회의원 스스로의 판단에 맡겨져 있는 사항일 뿐만 아니라, 그러한 심의·표결권이 침해당한 경우에 권한쟁의심판을 청구할 것인지 여부 또한 국회의원의 판단에 맡겨져 있어서 심판청구의 자유가 인정되고 있는 만큼, 위에서 본 권한쟁의심판의 공익적 성격만을 이유로 이미 제기한 심판청구를 스스로의 의사에 기하여 자유롭게 철회할 수 있는 심판청구의 취하를 배제하는 것은 타당하지 않다고 한다.²⁷⁷⁾

다. 헌법재판연구원(정태호 집필), 219면 참조.

275) 김하열, 앞의 책, 154면; 허완중, 앞의 책, 150-151면 등 참조.

276) 헌재 1995. 12. 15. 95헌마221등; 헌재 2001. 5. 8. 2000헌라1

277) 이에 대해 반대이견은 ‘민사소송은 사적자치의 원칙이 지배하는 재산관계를 주된 대상으로 삼아 개인의 권리관계에 대한 분쟁을 해결하는 절차로서 결국 개인의 주관적 권리구제를 목적으로 삼고 있는 반면, 권한쟁의심판은 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 존부 또는 범위를 대상으로 삼아 이에 관한 분쟁을 해결하는 절차로서 궁극적으로는 헌법적 가치질서 및 헌법의 규범적 효력을 보호하는 객관적인 기능을 수행하고, 민사소송에 있어서는 개인의 권리관계에 대한 분쟁을 해결하는 쟁송절차라는 점에서 판결의 기관력은 소송수행상의 결과에 대하여 책임을 지는 당사자에게만 미치는 것이 원칙인 반면(민사소송법 제204조 제1항), 권한쟁의심판에 있어서는 헌법적 가치질서 및 헌법의 규범적 효력을 보호하는 객관적 기능을 수행한다는 점에서 권한쟁의심판청구를 인용하는 결정은 이른바 일반적 구속력을 가지게 되어 모든 국가기관과 지방자치단체를 구속한다(헌법재판소법 제67조 제1항).’는 민사소송과 권한쟁의심판 간의 성질상의 차이점을 전제로 하여, “민사소송법상 소의 취하를 인정하는 이유는 분쟁의 대상 자체가 사적자치의 원칙이 적용되는 재산관계이므로 그 해결을 위한 소송절차에서도 원칙적으로 처분권주의가 인정된다는 데에서 찾을 수 있다 할 것이다. 그런데 권한쟁의심판의 경우에 있어서는 국가기관 또

(4) 탄핵심판

당사자대립구조의 탄핵심판에서 청구취하는 허용된다고 볼 것이다. 탄핵소추

는 지방자치단체의 권한의 존부 또는 범위가 분쟁의 대상이고, 그러한 분쟁은 우리가 수호·유지하여야 할 헌법적 가치질서의 틀 아래에서 해결되어야 할 것이므로 그 심판절차에서 반드시 민사소송에서 인정되는 것과 같은 내용과 정도의 처분권주의를 인정하여야만 한다고 볼 것은 아니다. 이는 우리가 잘 알듯이 민사소송과는 달리 사적자치의 원칙이 지배한다고 볼 수 없는 행정소송이나 형사소송절차에서는 소송의 공익적인 측면을 고려하여 처분권주의가 제한된 범위 안에서 인정되고 있다는 점에서 충분히 뒷받침된다 할 것이다. 또한 민사소송에 있어서는 판결의 기판력이 원칙적으로 소송당사자에게만 미치므로 당사자의 임의적 의사에 기하여 소송을 종료시킨다 하더라도 다른 사람의 권리관계에 영향을 미치지 아니하는 이상, 이를 막아야 할 별다른 이유를 찾을 수 없지만, 권한쟁의심판에 있어서는 인용결정이 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속하는 일반적 기속력을 가지게 되므로 민사소송의 경우와 반드시 같게 볼 이유가 없는 것이다. 이와 같이 민사소송절차에서 인정되는 정도의 처분권주의를 권한쟁의심판절차에서도 똑같이 인정하여야만 할 이론적 근거나 필요성을 찾을 수 없다면, 권한쟁의심판절차에서는 처분권주의에 바탕을 둔 민사소송법상 소의 취하에 관한 규정의 준용을 제한하는 것이 가능하다고 할 것이고, 결국 소의 취하에 관한 규정을 권한쟁의심판절차에 준용할 것인지는 권한쟁의심판을 관장하는 헌법재판소가 구체적인 권한쟁의심판에 있어서 당해 심판청구 취하의 효력을 인정함으로써 분쟁의 자율적 해결을 도모할 수 있다는 측면과 심판청구의 취하에도 불구하고 당해 심판청구에 대하여 심판을 함으로써 헌법적 가치질서를 수호·유지할 수 있다는 측면을 교량하여 판단·결정하여야 할 문제라고 할 것이다. 따라서 만약 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항으로서 그 해명이 헌법적으로 특히 중대한 의미를 가지고 있는 경우에 해당하는 경우라면 예외적으로 당해 권한쟁의사건에 대하여는 처분권주의를 제한하여 소의 취하에 관한 규정의 준용을 배제할 수 있다 할 것이다. 특히 당해 권한쟁의심판 사건에 대한 실체적 심리가 이미 종결되어 더 이상의 심리가 필요하지 아니한 단계에 이르고, 그 때까지 심리한 내용을 토대로 당해 사건이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항으로서 그 해명이 헌법적으로 특히 중대한 의미를 가지고 있는 경우에 해당한다고 판단되는 경우라면, 헌법재판소는 소의 취하에 관한 규정의 준용을 배제하여 심판청구의 취하에도 불구하고 심판절차가 종료되지 않은 것으로 보아야 할 것이다.”라고 하여 권한쟁의심판의 객관적 쟁송의 성격에 비추어 원칙적으로 청구취하가 허용되지 않지만, 당사자 사이에 분쟁의 자율적 해결에 맡겨도 될 사안 경우에는 예외적으로 청구취하를 허용할 수 있을 것이라고 한다. 헌재 2001. 5. 8. 2000헌라1(재판관 권성, 재판관 주선회의 반대의견).

의 권한, 즉 탄핵심판의 청구권을 국회의 재량에 맡기고 있는 이상 탄핵소추를 종료시킬 권한도 국회에 있다고 보는 것이 타당하다. 그리고 탄핵의 정치적 의미를 고려할 때 탄핵을 둘러싼 갈등과 대립을 정치적으로 해결하는 것이 정치와 사법의 관계에 비추어 바람직하므로 탄핵심판의 취하 가능성을 열어두는 것이 헌법정책적으로도 타당하다고 할 것이다. 독일연방헌법재판소법은 연방대통령과 연방법관에 대한 탄핵심판을 규정하면서 탄핵소추의 취하에 관하여 개별적인 규정을 두고 있다. 같은 법 제52조는, “탄핵소추는 판결의 선고가 있을 때까지 소추기관의 의결에 의하여 취하할 수 있다. 이 의결은 연방의회 재적의원의 과반수의 찬성 또는 연방참사원의 표수의 과반수의 찬성으로 한다.”(제1항)라고 하여 소추기관이 연방의회나 연방참사원의 의결에 의해 탄핵소추를 취하할 수 있도록 하고, “소추기관의 의장이 의결의 정본을 연방헌법재판소에 송부함으로써 탄핵소추를 취하한다.”(제2항), “탄핵소추의 취하에 대하여 연방대통령이 1개월 이내에 이의를 제기한 경우 탄핵소추의 취하는 효력을 상실한다.”(제3항)라고 하여 연방대통령에 대한 탄핵소추의 구체적인 절차 및 상대방인 연방대통령의 이의제기에 의한 소 취하의 효력 상실에 대하여 완결적인 규정을 두고 이를 연방법관에 대한 탄핵소추에도 개별적으로 준용하고 있다(독일연방헌법재판소법 제58조 제1항).²⁷⁸⁾

(5) 정당해산심판

정당해산심판 역시 대심적 구조이므로 청구취하의 가능성을 인정할 수 있지만, 이는 정당해산심판의 청구권자인 정부의 권한이 의무인지, 아니면 재량인지 여부에 대한 결론에 따라 상이한 결론이 제시될 수 있다. 의무라고 보는 견해에서는 청구를 한 이상 취하의 가능성을 부인하는 것이 일관된다고 볼 것이고,²⁷⁹⁾ 재량이라는 견해에서는 사후적으로 정당해산심판이 정당으로부터의 유일한 헌

278) 제58조 (1) 연방의회가 연방법관에 대하여 기본법 제98조 제2항에 따라서 탄핵소추를 제기한 경우 제49조 제3항 제2문, 제50조 및 제52조 제1항 제2문을 제외한 제49조 내지 제55조의 규정을 준용한다.

279) 정종섭 교수는 정부가 어떤 정당에 대하여 그 목적이나 활동이 민주적 기본 질서에 위배되었다는 이유로 헌법재판소에 해산심판을 청구한 경우에는 현저한 잘못이 없는 한 원칙적으로 사후에 그 심판청구를 취하할 수 있다고 한다. 정종섭, 앞의 책, 478면 참조.

법보장의 수단이 아니라고 판단되면 이를 철회할 수 있다고 보는 것이 자연스럽다. 정부가 심판청구를 행사할지 여부에 관해 정치적 재량을 갖고 있다고 보는 한 심판청구 이후의 상황 변화 등을 이유로 청구를 취하할 수 있는 가능성을 봉쇄할 필요는 없다고 할 것이고, 청구의 취하에는 심판청구와 마찬가지로 국무회의의 심의를 거쳐야 한다. 또한 청구취하에는 피청구인인 정당의 동의가 있어야만 그 효력이 발생한다.

나. 청구취하의 방식, 요건, 절차

청구취하의 방식, 요건, 절차 등에 관해서는 헌법재판소법에 명시적인 규정이 없으므로 헌법재판소법 제40조에 따라 민사소송법의 규정을 준용하겠지만,²⁸⁰⁾ 준용의 의미에 따라 헌법재판의 특성에 부합하지 않는 경우 그대로 준용할 수 없다. 청구의 취하는 종국결정이 있을 때까지 서면으로 하되, 변론 또는 변론준비기일에는 말로 할 수 있다(민사소송법 제266조 제1항, 제3항, 민사소송법 제266조 제1항). 청구취하는 상대방의 법적 지위에도 중요한 이해관계가 있으므로 심판청구서를 피청구인에게 송달한 뒤에는 청구취하서 역시 피청구인에게 송달해야 한다(민사소송법 제266조 제4항).

민사소송에서 소의 취하는 피고가 본안에 대한 준비서면의 제출, 변론준비기일에서의 진술·변론을 한 뒤에는 상대방의 동의를 필요로 한다(민사소송법 제266조 제2항). 그리고 소취하의 서면이 송달된 날부터 2주 이내에 상대방이 이의를 제기하지 않으면 소 취하에 동의한 것으로 본다(같은 조 제6항). 동의에 의해 소의 취하는 확정적으로 효과가 생기며, 동의를 거절하면 소취하의 효과는 발생하지 않는다. 피고가 본안에 응소하여 본안판결을 받으려는 적극적 태도를 보였으면 소송을 유지하는 데 피고에게도 이해관계가 있고, 피고에게 청구기각의 판결을 받을 이익이 생겼기 때문이다.²⁸¹⁾ 헌법재판에서도 피청구인의 이해관계를 고려할 필요가 있고, 본안판단을 받을 이익이 있기 때문에 개별심판절차의 성질에 반하지 않는 한 피청구인이 답변서 제출, 변론준비기일에서 진술·변론을 한 뒤에는 피청구인의 동의를 필요로 한다고 할 것이다.

280) 이는 위에서 본 바와 같이 행정소송법이나 형사소송법에서도 준용에 관하여 명시적 규정이 두고 있지 않은 것에 기인한다(헌법재판소법 제40조 제1항).

281) 이시윤, 앞의 책, 570면.

이를 구체적으로 살펴보면, 위헌법률심판에서는 당사자를 상정할 수 없고, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판과 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원 중 법령에 대한 헌법소원심판에서는 상대방 당사자인 피청구인을 상정할 수 없으므로 제청법원이나 청구인은 상대방 당사자의 동의 또는 동의간주 없이 제청을 철회하거나 심판청구를 취하할 수 있다. 헌법소원심판, 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판의 경우 대심구조이어서 상대방 당사자로서 피청구인을 상정할 수 있으므로²⁸²⁾ 상대방인 피청구인이 본안에 응소한 때에는 그의 동의를 받거나 동의간주 되어야만 청구취하로서 효력을 가진다.

탄핵심판의 경우 우선적으로 형사소송법이 준용되는데, 형사소송법상 공소취소(형사소송법 제255조)의 경우 피의자의 동의를 요하지 않으므로 이때 피소추자의 동의를 받을 것인지와 관련하여 그 준용 여부가 문제가 된다. 탄핵심판의 청구권을 국회의 재량에 맡기고 있는 이상 탄핵소추를 종료시킬 권한도 국회에 있다고 보는 것이 타당하고, 탄핵의 정치적 의미를 고려할 때 탄핵을 둘러싼 갈등과 대립을 정치적으로 해결하는 것이 정치와 사법의 관계에 비추어 바람직하므로 탄핵심판의 청구에 대한 취하의 가능성을 열어두는 것이 헌법정책적으로 타당할 것이다. 그렇지만 이 경우 탄핵사유가 있음에 대한 의심을 받은 피소추자의 이익을 고려하여 본안판단을 받을 이익도 있다고 할 것이어서 형사소송법을 준용하는 것은 탄핵심판의 성질에 반한다고 할 것이므로 형사소송법이 아니라 민사소송법을 준용하여 동의를 요한다고 해석하여야 할 것이다(헌법재판소법 제40조).

헌법소원심판의 경우 동의를 요하는지 여부에 관해서도 헌법소원심판을 대심적 구조로 볼 것인지, 비대심적 구조로 볼 것인지에 따라 견해가 대립한다. 헌법소원심판의 경우 원칙적으로 대심적 구조로서(헌법재판소법 제73조, 제75조 제4항, 심판규칙 제68조 제1항 제2호 참조) 피청구인을 특정할 수 있는 경우 이를 표시하도록 하고 있으므로, 상대방 당사자인 피청구인이 있는 경우 동의를 얻어야 그 청구취하의 효력이 발생한다고 볼 것이다.

282) 다만 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원의 경우 피청구인이 특정되지 않는 경우가 있을 수 있다. 이 경우에는 피청구인의 동의를 요하지 않는다고 볼 것이지만, 피청구인이 존재하는 경우에는 동의를 요한다고 할 것이다. 청구인에게 피청구인을 확정할 책임이 엄격하게 요구되지는 않지만, 헌법재판소가 직권으로 판단하여 피청구인과 심판대상인 공권력을 확정하여 판단한다(헌법재판소, 헌법재판실무제요, 33면 참조).

다. 청구취하의 효과

청구취하가 유효하게 이루어지면 헌법재판소의 심판계속은 소급적으로 소멸하고, 심판절차는 종료된다. 청구가 취하되어 심판계속이 종료되었으나 그 종료여부가 불분명하거나 그에 관한 다툼이 있는 경우²⁸³⁾ 헌법재판소는 심판절차종료선언을 한다.

민사소송에서는 본안에 대한 종국판결 후에 소를 취하한 경우 동일한 소를 다시 제기하지 못하도록 제한이 가해지고 있지만(민사소송법 제267조 제2항), 헌법재판에서는 종국결정이 있기 전까지만 청구의 취하가 가능하므로 재청구금지의 제약을 가할 수는 없다. 종국결정 전의 청구취하라 하더라도 일방적으로 남용될 것을 우려하여 재청구금지를 고려할 필요도 없다. 피청구인으로서는 이의제기를 통해 취하를 좌절시킬 수 있었음에도 불구하고 취하에 동의(동의간주)하였다면 재청구의 기회를 박탈할 필요는 없기 때문이다.

7. 사건의 심리

가. 심판준비절차

심판준비절차는 변론기일에 앞서 변론이 효율적이고 집중적으로 실시될 수 있도록 당사자의 주장과 증거를 정리하는 절차를 말한다(심판규칙 제10조). 이는 민사소송법상 변론준비절차(민소법 제279조)를 헌법재판에도 도입한 것으로 헌법재판소법 제40조에 근거하여 위 민사소송법 조항을 준용²⁸⁴⁾하다가 헌법재판소 심판규칙에서 명시적으로 심판준비절차에 관한 규정을 둠으로써 헌법재판소법에 근거를 두게 되었다. 따라서 심판규칙 제10조와 심판규칙에 명시적인 규

283) 재판관 중 일부가 청구취하에도 불구하고 심판의 이익이 있다고 주장하지만 소수에 그친 경우(헌재 1995. 12. 15. 95헌마221; 헌재 2001. 5. 8. 2000헌라1 등), 청구인이 청구취하가 무효라고 주장하는 경우(헌재 2005. 3. 31. 2004헌마991) 등을 말한다.

284) 심판규칙 제정 전에 민사소송법을 준용하여 헌재 89헌마26 고소사건의 진정처리사건 등 9건의 사건에서 준비절차를 개시한 바 있다(헌법재판소, 憲法裁判所 10年史, 109면 참조).

정이 없는 경우 민사소송법상 변론준비절차에 관한 규정을 준용하여 심판준비절차가 이루어진다.

독일연방헌법재판소법은 일반심판절차에 관해서는 따로 명시적인 규정이 없고, 다만 연방대통령 탄핵소추 사건에서 예심절차를 두고 있다. 연방헌법재판소법 제54조는 “연방헌법재판소는 변론의 준비를 위하여 예심을 명할 수 있다. 연방헌법재판소는 소추의 대리인 또는 연방대통령이 예심을 신청한 경우에는 예심을 명하여야 한다(제1항). 예심의 수행은 본안재판을 관할하지 아니하는 재판부의 재판관에게 촉탁하여야 한다(제2항).”라고 규정하고 있다.

헌법재판은 서면심리와 구두변론을 하는 경우가 심판유형별로 나누어지므로 통상 구두변론을 하는 경우가 쟁점이 복잡하고, 결정과 관련한 이해관계자나 국민에게 미치는 영향이 매우 큰 경우가 일반적이므로 구두변론을 하는 경우 심판준비절차를 거칠 필요성이 있는 경우가 많을 것이다. 심판준비절차를 거칠 필요가 있는지 여부는 개별사건에서 헌법재판소가 판단하며, 구두변론을 하는 경우 재판장은 재판부에 속한 재판관을 수명재판관으로 지정하여 심판준비절차를 담당하게 할 수 있다(심판규칙 제10조 제2항).²⁸⁵⁾ 그리고 심판준비절차에서는

285) 민사소송법 제139조 제1항은 수명법관의 지정 및 촉탁이라는 제목으로 “수명법관으로 하여금 그 직무를 수행하게 하고자 할 경우에는 재판장이 그 판사를 지정한다.”라고 하여 수명법관의 지정에 관한 일반조항을 두고 있고, 구체적으로 수명법관제도를 활용할 수 있는 경우를 한정적으로 열거하고 있다[화해의 권고(민소법 제145조), 법원 외에서의 증거조사(제297조 제1항), 기일의 지정과 변경(제165조), 변론준비절차의 진행(제280조), 감정인의 지정(제335조), 일정한 경우의 증인신문(제313조) 등]. 수명법관제도는 직접심리주의(제204조)의 요청상 헌법재판소법에 직접 명시적 규정을 두거나 헌법재판소법 제40조에 의하여 준용되는 관련 소송법 규정에서 명시적으로 정하는 경우에 한하여 지정 또는 전원재판부의 권한을 수명재판관에게 위임하여 처리할 수 있다고 할 것이다. 한편 법 제31조 제2항은 증거조사에 한하여 수명재판관으로 하여금 재판부의 권한을 행사할 수 있도록 규정하고 있고, 실무관행은 또한 주심재판관이 수명법관으로서 헌법재판소법 제32조의 사실조회 또는 자료제출요구를 하고 있는데, 헌법재판소법이나 명시적인 준용규정 없이 가능한지 여부에 관하여 이견이 있을 것이다. 먼저 수명재판관제도가 직접심리주의의 예외에 해당된다는 점, 적법한 법원의 구성과 관련하여 재심사유가 될 수 있는 점 등을 이유로 헌법재판소법 또는 관련 소송법 규정이 명시적으로 수명재판관 지정사유를 신설하지 않는 한 규칙이나 실무관행으로 새로운 지정사유를 정할 수 없다고 보는 견해가 있을 수 있고, 직접심리주의의 요청은 심증형성과 본질적으로 관련되는 부분에 한하여 적용되

증거결정과 증거조사를 할 수 있고, 준비기일을 열어 당사자를 출석시켜 쟁점과 증거를 정리할 수 있다(헌법재판소법 제40조, 민소법 제281조, 제282조).

한편 헌법재판소장의 명을 받아 사건의 심리 및 심판에 관한 조사·연구를 담당하는 헌법연구관이 사건에 대한 조사·연구를 함에 있어 주심재판관에게 보고하고 혹은 그 명을 받아 독자적으로 심판준비절차를 실시할 수 있는지 여부가 문제된다. 헌법연구관의 직무를 수행함에 있어서 불가피하게 수반되는 행위이기 때문이다. 재판장, 수명재판관의 심판준비절차 진행시 이를 보조하는 것에는 헌법연구관의 직무를 정한 헌법재판소법 제19조 제4항이 그 법적 근거가 되므로 참여하는 데에 별 문제가 없을 것이지만(보조적 지위), 독자적으로 그와 같은 행위를 수행할 수 있는지 여부가 실무상 문제되었다. 헌법연구관은 재판부의 구성원이 아니라 헌법재판소장의 명을 받아 사건의 심리 및 심판에 관한 조사·연구를 담당하기 때문에 독자적으로 심판준비절차의 진행주체가 될 수는 없을 것이다. 다만 보조적 지위에서 심판준비절차기일에 직접 관여하지 않더라도 서면에 의한 쟁점정리절차에서는 미리 주심재판관에게 보고하거나 그 명을 받아서 사건의 조사·연구에 필요한 범위 내에서 심판준비절차(서면에 의한 쟁점정리)를 사실상 수행할 수 있을 것이다. 헌법재판소 심판규칙 제11조에서는 “헌법연구관은 주장의 정리나 자료의 제출을 요구하거나, 조사기일을 여는 방법 등으로 사건의 심리 및 심판에 관한 조사를 할 수 있다.”라고 하여 이에 관하여 명시적으로 법적 근거를 두었다.

나. 심리의 방식

심리는 종국결정을 내리기 위해 필요한 소송자료 수집의 전 과정을 말하고, 헌법재판소의 심리는 구두변론 또는 서면심리에 의한다(헌법재판소법 제30조). 대심구조를 전제로 하는 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판의 경우 구두변

로 심증형성의 기초자료를 수집하는 단순한 사실행위의 성격을 갖는 사실조회나 자료제출요구의 경우 그 예외를 인정할 수 있는 점, 실무상 이미 정착되었고 그 기능이 실무적으로 매우 필요하다는 점 등에 비추어 이를 규칙에서 정하여도 무방하다는 견해가 있을 수 있다. 심판규칙 제10조 제2항은 후자의 견해에 따라 심판규칙에서 그 근거규정을 신설한 취지로 이해할 수 있을 것이다.

론에 의하고, 위헌법률심판과 헌법소원심판의 경우 원칙적으로 서면심리에 의하고 필요한 경우 구두변론을 열 수 있도록 하고 있다.

비교법적으로 독일연방헌법재판소법은 변론을 원칙으로 하고, 모든 당사자가 명시적으로 포기한 경우에는 변론 없이 재판할 수 있으며, 변론에 기한 재판은 판결(Urteil)의 형식으로, 변론에 기하지 않은 재판은 결정(Beschluß)의 형식으로 재판하도록 하고 있다(연방헌법재판소법 제25조).²⁸⁶⁾ 그러나 재판의 실제에서 변론이 이루어지는 경우는 매우 드물게 있고 대부분 서면심리에 의해 판단하고 있다.

(1) 구두변론과 심문

헌법재판소법 제30조에 의하면 탄핵심판·정당해산심판·권한쟁의심판은 구두변론에 의하고, 위헌법률심판과 헌법소원심판은 서면심리에 의하되 재판부가 필요하다고 인정하는 경우에는 변론을 열 수 있는 것으로 규정하고 있다. 다만 구두변론에 의하는 경우에도 심판청구가 부적법하고 그 흠을 보정할 수 없는 경우에는 변론 없이 심판청구를 각하할 수 있다(헌법재판소법 제40조, 민사소송법 제219조).²⁸⁷⁾ 심판청구가 부적법함이 명백함에도 필요적으로 변론을 여는 것은 무용하기 때문이다.

헌법재판사건의 대부분을 차지하는 위헌법률심판과 헌법소원심판의 경우에도 구두변론의 필요성이 있는 사건이 있을 수 있지만, 그렇다고 모든 사건에서 구두변론을 거치도록 한다면 재판부의 업무가 가중되거나 필요 없이 헌법재판소의 자원이 소모되는 문제점이 있으므로 서면심리를 원칙으로 한다. 다만, 당사자나 참고인, 이해관계기관 등의 진술을 청취하기 위한 경우 등 공정하고 신

286) 제25조 (1) 연방헌법재판소는 특별한 규정이 없는 한 변론에 기하여 재판한다. 모든 당사자가 변론을 명시적으로 포기한 경우에는 그러하지 아니하다.

(2) 변론에 기한 재판은 판결(Urteil)로, 변론에 기하지 아니한 재판은 결정(Beschluss)으로 내린다.

(3) 일부재판 및 중간재판은 허용된다.

(4) 연방헌법재판소의 재판은 “국민의 이름으로” 행한다.

287) 권한쟁의심판청구가 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없어 변론 없이 각하한 사례로는, 헌재 2009. 9. 24. 2008헌라5; 헌재 2009. 11. 26. 2008헌라3 참조.

속한 판단을 위해 필요한 경우 구두변론을 열 수 있는 것으로 규정하고 있다.

구두변론이란 변론기일에 공개된 심판정에서 대립하는 당사자 등이 말로써 사실과 증거를 제출하는 방법으로 사건을 심리하는 것을 말한다. 구두변론의 장점으로는, 구두진술로부터 받는 선명한 인상과 즉각적인 반문에 의하여 진상의 파악·모순의 발견이 쉽고, 의문이 있는 사항을 석명을 통해 쉽게 해명함으로써 쟁점파악이 용이하며, 여기에 증거조사를 집중시켜 신속하고 적정한 재판을 할 수 있다는 점을 들 수 있다.²⁸⁸⁾

헌법재판에서 공개변론은 헌법문제에 대한 공적 토론의 장(場)으로서, 공동체 구성원들의 참여와 대화를 가능하게 하고, 이를 통하여 헌법재판의 정당성과 신뢰성을 제고할 수 있다는 점에서 대단히 중요한 의미를 지닌다.²⁸⁹⁾

구두변론주의 내지 구술주의에 의한 경우 구두진술로부터 받는 선명한 인상과 즉각적인 반문을 통하여 진상파악과 모순발견이 쉽고, 여기에 증거조사를 집중시켜 신속·적정한 재판을 할 수 있다. 그리고 당사자와 이해관계인 등은 변론의 진행상황을 쉽게 알 수 있다.

그런데 필요적 변론사건(탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판)에서도 청구가 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없음이 명백한 경우에는 변론을 실시할 실익이 없을 것이다. 따라서 실무적으로는 헌법재판소법 제40조에 따라 민사소송법 제219조를 준용하여 변론 없이 청구를 각하하고 있다.²⁹⁰⁾

심문(審問)이란 심판절차에서 변론을 열지 않는 경우에 당사자, 이해관계인 그 밖의 참고인에게 대석적(對席的)이 아니고 개별적으로 서면 또는 구술로 진술할 기회를 주는 절차이다(헌법재판소법 제40조, 민소법 제134조 제2항). 심문은 변론과 같은 엄격한 방식에 의하지 아니하고 간이·신속하게 당사자 등에 대하여 진술할 기회를 주어 그들의 주장을 참작함으로써 당사자 일방만의 주장·입증에 의한 재판을 피하고자 함에 그 목적이 있다. 심문을 받는 사람은 원칙적으로 사건의 당사자이다. 필요한 경우 이해관계인 기타 참고인도 심문의 대상이 될 수 있다.

심문의 절차와 방법은 헌법재판소가 재량으로 정함이 원칙이므로 헌법재판소는 당사자 등에게 구술 또는 서면으로 진술하게 할 수 있다. 심문이 구술로

288) 이시윤, 앞의 책, 326-327.

289) 정종섭, 앞의 책, 141-142면 참조.

290) 헌재 2009. 9. 24. 2008헌라5; 헌재 2009. 11. 26. 2008헌라3.

이루어질 경우 사무관등을 참여케 하여 심문조서를 작성하여야 하나(헌법재판소법 제40조, 민소법 제160조), 공개된 심판정에서 행할 것을 요하지 않는다. 심문은 당사자 등에게 서면 또는 구술로써 진술할 기회를 주어 재판자료를 제출케 하려는 것이므로 성질상 증거방법이나 증거자료가 아니다. 다만, 심문절차에서 행하여진 당사자 등의 서면 또는 구술에 의한 진술의 결과는 변론의 진취지로 참작되어 재판부의 심증을 형성하는 증거원인으로는 될 수 있다. 따라서 심문을 통해 재판관이 사안에 대한 심증을 분명하게 형성하는 경우가 있고, 또한 당사자가 심문에 응하지 아니하거나 그 진술이 불명료할 경우에도 거기에 상응하는 심증이 형성될 것이다.²⁹¹⁾

(2) 서면심리

서면심리는 당사자, 제청법원, 이해관계인 등이 제출하는 서면자료를 토대로 사건에 대한 심리가 진행되는 것을 말한다. 위헌법률심판과 헌법소원심판은 서면심리가 원칙이다. 서면심리는 법정에 출석해야 하는 번거로움이 없고, 진술이 확실하며 그 보존·재확인이 편리하다는 점을 장점으로 들 수 있다.²⁹²⁾

서면심리의 주요 자료들로는 제청법원의 제청서, 청구서와 이에 첨부하는 관련자료, 피청구인이 제출하는 답변서와 관련자료, 이해관계인이 제출하는 의견서, 사실조회 회신이나 기록(헌법재판소법 제32조), 참고인이 제출하는 의견서(심판규칙 제13조, 제15조) 등이 있다. 서면심리를 하는 경우 구두로 하는 행위는 효력이 없다. 따라서 위헌법률심판이나 헌법소원심판에서 구술이 소송행위로서 행위를 갖는 경우는 구두변론을 여는 경우에 한한다.

서면심리는 공개하지 않는다(헌법재판소법 제34조 제1항 단서).

다. 변론의 절차와 방식

(1) 변론기일의 지정·변경 및 통지

재판부가 변론을 열 때에는 기일을 정하여 당사자와 관계인을 소환해야 한다

291) 헌법재판소, 헌법실무제요, 567-568면 참조.

292) 이시윤, 앞의 책, 314면.

(헌법재판소법 제30조 제3항). 재판장은 재판부의 협의를 거쳐 기일을 지정·변경하고, 수명재판관이 신문하거나 심문하는 기일은 그 수명재판관이 지정·변경한다(심판규칙 제20조 제1항). 기일을 변경하거나 변론을 연기 또는 속행하는 경우에는 심판절차의 중단 또는 중지, 그 밖에 다른 특별한 사정이 없으면 다음 기일을 바로 지정하여야 한다(심판규칙 제20조 제3항). 기일은 기일통지서 또는 출석요구서를 송달하여 통지하나, 전화·팩시밀리·보통우편 또는 전자우편으로 하거나 그 밖에 적절하다고 인정되는 방법으로 간이하게 통지할 수도 있다(심판규칙 제21조 제1항).

(2) 구두변론의 진행과 방식

(가) 개요

민사소송에서 변론은 적극적 당사자가 청구취지에 따라 심판의 목적을 구하는 진술을 함으로써 시작되고, 이를 뒷받침하는 법률상·사실상의 주장과 필요한 증거신청을 하면 상대방 당사자가 청구를 배척하기 위한 방어를 하고 필요한 소송 자료를 제출하는 형태로 진행된다.²⁹³⁾ 헌법재판 역시 이와 같은 순서와 방식에 따라 진행되지만 헌법재판의 공익적 성격에 따라 직권주의적 특성이 가미된다.

헌법재판에서 변론은 통상 다음과 같은 순서로 진행된다.²⁹⁴⁾

- ① 청구인 또는 제청신청인²⁹⁵⁾의 변론
- ② 피청구인 또는 이해관계인의 변론²⁹⁶⁾
- ③ 재판부의 질문 및 이에 대한 답변
- ④ 청구인 또는 제청신청인측 참고인의 진술, 재판부의 이에 대한 질문 및 답변
- ⑤ 피청구인 또는 이해관계인측 참고인의 진술, 재판부의 이에 대한 질문 및 답변

293) 이시윤, 앞의 책, 368-373면.

294) 헌법재판소, 헌법재판실무제요, 561-562면.

295) 위헌법률심판에서는 당사자가 없지만 위헌 여부에 직접적인 이해관계를 가진 제청신청인을 청구인에 준하는 것으로 보아 변론의 기회를 부여하고 있다.

296) 위헌법률심판, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판, 법령을 대상으로 한 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판에서는 법률을 집행하는 중앙행정기관의 장이 이해관계인으로서 피청구인에 준하여 실질적으로 심리에 관여하므로 이들을 변론에 참여시키는 것이 실무관행이다.

(나) 구두변론의 방식

구두변론은 사전에 제출한 준비서면을 읽는 방식으로 하여서는 아니 되고, 쟁점을 요약·정리하고 이를 명확히 하는 것이어야 한다(심판규칙 제12조 제1항). 재판관은 언제든지 당사자에게 질문할 수 있다(심판규칙 제12조 제2항). 재판장은 필요에 따라 각 당사자의 구두변론시간을 제한할 수 있고, 이 경우에 각 당사자는 그 제한된 시간 내에 구두변론을 마쳐야 한다. 다만, 재판장은 필요하다고 인정하는 경우에 제한한 구두변론시간을 연장할 수 있다(심판규칙 제12조 제3항). 복수의 대리인이 있는 경우에 재판장은 그 중 구두변론을 할 수 있는 대리인의 수를 제한할 수 있고(심판규칙 제12조 제4항), 원활한 진행과 적절한 심리를 위해 필요한 한도에서 진행 중인 구두변론을 제한할 수 있다(심판규칙 제12조 제5항). 이해관계인이나 참가인이 구두변론을 하는 경우에도 위와 같다(심판규칙 제12조 제6항).

(다) 참고인진술

헌법재판소는 전문적인 지식을 가진 사람을 참고인으로 지정하여 그 진술을 듣거나 의견서를 제출하게 할 수 있고(심판규칙 제13조 제1항), 참고인을 지정하기에 앞서 그 지정에 관하여 당사자, 이해관계인 또는 관련 학회나 전문가단체의 의견을 들을 수 있다(심판규칙 제13조). 재판부에서는 당사자 및 이해관계인에게 특정인을 참고인으로 지정하여 신청하도록 요청하면서 변론예정통지를 함께 하는 경우가 대부분이다. 참고인 진술은 헌법재판소 변론의 주요한 특징의 하나로, 이를 통해 헌법문제에 관한 공적 토론장으로서의 공개변론이 해당분야의 전문적 식견을 가진 사람들에게 개방되어 의견 청취와 의견 교환이 이루어진다.

참고인진술은 통상 변론기일에 이루어진다. 헌법재판소는 참고인을 지정하기에 앞서 그 지정에 관하여 당사자, 이해관계인 또는 관련 학회나 전문가 단체의 의견을 들을 수 있다(심판규칙 제13조 제2항). 참고인은 의견요청을 받은 사항에 대하여 재판부가 정한 기한까지 의견서를 제출해야 하고, 이 의견서는 당사자에게 바로 송달된다(심판규칙 제15조).

참고인의 의견진술은 사전에 제출한 의견서의 내용을 요약·정리하고 이를 명확히 하는 것이어야 한다(심판규칙 제16조 제1항). 재판장은 참고인 진술시간을 합리적인 범위 내에서 제한할 수 있다(심판규칙 제16조 제2항). 재판관은 언제

든지 참고인에게 질문할 수 있고, 당사자는 참고인의 진술이 끝난 후 그에 관한 의견을 진술할 수 있다(심판규칙 제16조 제3항, 제4항).

(라) 석명처분

석명권은 청구인의 심판청구나 당사자의 주장내용이 불명료하거나 미진한 경우 심판관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 질문하고 입증을 촉구할 뿐 아니라, 간과한 법률적 사항을 지적하여 의견진술의 기회를 주는 재판부의 권능을 말한다(헌법재판소법 제40조, 민소법 제140조). 변론주의가 엄격하게 적용되는 민사재판과는 달리 헌법재판에는 직권주의적 성격이 함께 작용하므로 비교적 넓게 석명권의 행사가 인정된다.

석명의 대상을 일반적으로 설명하기는 어렵지만, 위헌법률심판 등 규범통제 절차의 경우 ① 법령의 입법경위와 목적, ② 입법목적의 달성을 위한 대체수단의 유무와 기본권 제한의 정도, ③ 당해 법령에 의한 공익 효과, ④ 당해 법령과 유기적 관계를 맺고 있는 관련조항의 체계, ⑤ 위헌결정에 따른 파급효과 등이 이에 해당한다고 볼 것이다.

한편, 재판부는 석명권의 행사로서 질문·입증촉구·석명준비명령 외에 심판관계를 명확하게 하기 위하여 당사자 본인의 출석명령, 문서 그 밖의 물건의 제출·유치, 검증 및 감정, 조사촉탁 등 필요한 처분을 할 수 있는데(심판규칙 제17조), 이는 어디까지나 심리의 대상이 되는 사실 또는 쟁점을 밝히기 위한 것으로 사실인정을 위한 증거조사와는 다르다. 중요한 법률상의 쟁점에 관한 다툼이 대부분인 헌법재판에서는 특히 당사자의 청구와 주장내용을 명료하게 정리하기 위한 사전적인 조치가 필요하다고 할 것인데, 변론사건에 주로 이용되는 석명권의 행사보다는 석명처분이 유용할 경우가 많을 것이다.

(마) 변론의 종료

기일은 그 기일에 예정되었던 소송행위가 끝남으로써 종료하는 것이 원칙이다. 따라서 선고기일이나 심판정 외의 증거조사기일은 예정된 결정의 선고나 증거조사가 끝남으로써 자연적으로 종료되며 별도로 종료의 선언을 요하지 않는다. 그러나 통상의 변론기일은 재판장이 변론의 종결을 선언하거나 연기 또는 속행의 선언을 한 후, 다음 기일을 지정·고지함으로써 종료한다.

기일을 연기 또는 속행할 때에는 소송절차의 중단, 중지 기타 특별한 사정이

없는 한 다음 기일을 지정하여야 한다(민사소송규칙 제42조 참조). 다음 기일을 지정하지 않는 경우에는 ‘추후지정’의 형식으로 고지하고, 추후에 당해 기일을 지정하여 출석요구 등 절차를 밟게 된다.

라. 증거조사

헌법재판소의 심판절차에 관하여는 원칙적으로 민사소송에 관한 법령이 준용(헌법재판소법 제40조)되나, 사적자치원칙이 지배하는 민사소송과는 달리 헌법절서의 수호와 국민의 기본권 보호를 목적으로 하는 헌법재판에 있어서는 공익성의 요청에 따라 재판부가 필요하다고 인정할 때에는 당사자의 신청이 없어도 직권으로 증거조사를 할 수 있다(헌법재판소법 제31조 제1항). 당사자가 증거를 신청할 때에는 증거와 증명할 사실의 관계를 구체적으로 밝혀야 한다(심판규칙 제25조).

증거조사라 함은 재판관의 심증형성을 위하여 법정 절차에 따라 인적·물적 증거의 내용을 오관(五官)의 작용에 의해 지각하는 헌법재판소의 소송행위이다. 고유의 증거조사 이외에 그 준비로서 혹은 그 실시에 즈음하여 여러 가지 행위가 행하여지는데,²⁹⁷⁾ 이와 같이 증거조사와 관련하여 행하여지는 당사자 및 헌법재판소의 행위를 증거조사절차라고 한다.

증거조사기일도 기일인 이상 미리 그 일시·장소를 당사자에게 고지하여 출석요구를 하여야 한다(헌법재판소법 제40조, 심판규칙 제21조). 증거조사기일이 변론기일과 같을 때에는 변론기일의 출석요구로써 족하며, 독립된 증거조사기일일 때에는 당해 기일의 출석요구를 따로 하여야 한다.

(1) 당사자신문

헌법재판소는 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 당사자 본인을 신문할 수 있다(헌법재판소법 제31조 제1항 제1호, 제40조, 민소법 제367조). 당사자신문을 받을 자는 당사자 본인 및 법정대리인과 법인 등이 당사자인 경우 대표자·대

297) 예컨대 당사자의 증거신청 및 이에 대한 헌법재판소의 채부결정, 증인의 출석요구, 문서의 송부촉탁 등

리인이다. 당사자신문은 직권 또는 당사자의 신청에 의하는데, 부득이한 사정이 없으면 일괄하여 이를 신청하여야 한다(심판규칙 제26조).

당사자 본인이 증거로 채택된 경우에 당사자가 재정한 자리에서 증거결정과 기일을 고지하지 아니하는 한 소송대리인과는 별도로 그 당사자에게 ‘당사자본인출석요구서’를 발부하여 출석요구를 하여야 하며, 절차에 관하여는 증인신문 절차에 관한 규정 중 공정증서에 의한 증언을 제외한 대부분의 규정이 준용된다(헌법재판소법 제40조, 민소법 제373조, 민사소송규칙 제119조).

(2) 증인신문

증인신문이라 함은 증인의 증언으로부터 증거자료를 얻는 증거조사를 말한다. 증인이라 함은 과거의 사실이나 상태에 관하여 자기가 인식하는 바를 진술하는 사람으로서 당사자, 법정대리인 및 법인의 대표자 외의 제3자를 말한다. 그리고 헌법재판소의 증인채택결정 및 출석요구 없이 변론기일에 임의출석하여 그 자리에서 바로 신청·채택된 증인을 재정증인이라 한다.

증인을 신청할 때는 당사자신문의 경우와 같이 부득이한 사정이 없는 한 일괄하여 신청하여야 하고, 증인의 이름·주소·연락처·직업, 증인과 당사자의 관계, 증인이 사건에 관여하거나 내용을 알게 된 경위를 밝혀야 한다(심판규칙 제26조).

헌법재판소의 증인신문 결정이 있으면 사무관 등은 그 증인에 대하여 출석요구를 하여야 하는데 그 출석요구서는 부득이한 사정이 없으면 늦어도 출석일보다 7일 전에 송달되어야 한다(심판규칙 제28조).

그리고 출석요구서에는 신문사항의 요지를 기재하도록 하고(심판규칙 제28조 제1항 제3호), 통상 당사자가 제출한 신문사항을 기재한 서면을 증인출석요구서와 함께 송달한다.

헌법재판소로부터 증인출석요구를 받고 기일에 출석할 수 없으면 바로 그 사유를 밝혀 신고하여야 하고(심판규칙 제29조), 정당한 사유 없이 출석하지 아니한 증인의 구인에 관해서는 형사소송규칙 중 구인에 관한 규정을 준용하여 증인을 구인할 수 있다(심판규칙 제30조 제1항).

(3) 서증

서증이란 문서의 의미, 내용이 증거자료가 되는 증거방법이다. 문서가 증거방법이 되더라도 그 문서의 의미나 내용이 증명의 대상이 아니라 문서의 재질, 필적 또는 인영의 동일성이 증명의 대상이 되는 경우에는 그 문서는 서증이 아닌 검증의 대상 또는 목적물이다. 문서는 작성자의 일정한 사상을 표현한 것이면 족하고, 작성명의인의 서명날인 유무나 작성자가 사인(私人)인가 공무원인가 하는 것은 묻지 아니한다. 다른 사건의 증인신문조서, 검증조서, 결정서 등도 서증이 될 수 있다.

서증의 신청은 문서를 제출하는 방식 또는 문서를 가진 사람에게 그것을 제출하도록 명할 것을 신청하는 방식으로 한다(심판규칙 제34조). 문서를 제출함으로써 서증신청을 하는 경우에는 문서의 제목·작성자 및 작성일을 밝혀 원본·정본 또는 인정등본을 제출하는 것이 원칙이다(심판규칙 제35조). 재판장은 서증의 내용이 이해하기 어렵거나 서증의 수가 너무 많은 경우 또는 서증의 입증취지가 명확하지 아니한 경우에는 제출자에게 서증과 증명할 사실의 관계를 구체적으로 밝힌 설명서를 제출하도록 명할 수 있고, 서증이 국어 아닌 문자 또는 부호로 되어 있을 경우에 제출자는 그 문서의 번역문을 붙여야 한다(심판규칙 제36조).

문서를 가진 사람에게 그것을 제출하도록 명하는 방법으로 서증을 신청하는 경우에는 문서의 표시, 취지, 증명할 사실, 제출의무자 및 그 의무의 원인을 서면에 명시하여야 하고, 이때 상대방이 신청에 관하여 의견이 있으면 의견을 기재한 서면을 제출할 수 있다(심판규칙 제38조). 그리고 상대방이 어떠한 문서를 소지하고 있는지를 몰라 신청자가 제출할 문서를 특정하지 못하는 경우, 신청대상인 문서의 취지나 증명할 사실을 개괄적으로 표시하여 신청하면 헌법재판소는 상대방 당사자에게 관련문서에 관하여 그 표시와 취지 등을 명확히 적어내도록 먼저 명령할 수 있다(헌법재판소법 제40조, 민소법 제346조). 문서제출명령신청이 있으면 헌법재판소는 제출의무와 그 소지사실에 대하여 심리한 후 그 허가 여부를 결정하여야 한다(헌법재판소법 제40조, 민소법 제347조 제1항). 당사자가 문서제출명령을 받고도 이에 응하지 아니하는 경우 변론주의가 지배하는 민사소송에서는 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있지만(민소법 제349조), 객관성·공익성의 측면에서 직권주의가 강조되는 헌법재판절차에서는 이를 그대로 준용하기 어렵다. 다만, 문서제출명령에 정당한 사유 없이 불응하는 당사자나 관계인은 형벌상의 제재를 받게 된다(헌법재판소법 제79조 제2호).

한편, 위의 서증신청의 방식에도 불구하고 문서를 가지고 있는 사람에게 그 문서를 보내도록 촉탁할 것을 신청하는 방법으로도 서증신청을 할 수 있고(심판규칙 제39조), 법원·검찰청·그 밖의 공공기관이 보관하고 있는 기록 가운데 불특정한 일부에 대하여도 문서송부의 촉탁을 신청할 수 있으며, 헌법재판소가 그 신청을 채택한 경우에는 기록을 보관하고 있는 법원 등 공공기관에 대하여 그 기록 가운데 신청인이 지정하는 부분의 인증등본을 보내 줄 것을 촉탁하여야 한다(심판규칙 제40조 제1항, 제2항). 헌법재판소로부터 문서의 전부 또는 일부의 송부를 촉탁 받은 사람은 정당한 이유 없이 문서의 송부에 대한 협력을 거절하지 못하고, 이에 따를 수 없는 사정이 있는 경우에는 그 사유를 헌법재판소에 통지하여야 한다(심판규칙 제42조).

제3자가 가지고 있는 문서를 문서제출신청 또는 문서송부촉탁의 방법에 따라 서증으로 신청할 수 없거나 신청하기 어려운 사정이 있는 경우에는 헌법재판소가 그 문서가 있는 장소로 가서 서증조사를 할 것을 신청할 수 있다(심판규칙 제41조). 수사 중인 사건의 수사기록 등 해당 문서를 외부로 공개하기 어려운 경우에 주로 사용된다.

(4) 감정

감정이란 특별한 학식과 경험을 가진 자에게 전문적 지식 또는 그 지식을 이용한 판단을 심판절차에서 보고하도록 하여 재판관의 판단능력을 보충하기 위한 증거조사를 말하고, 그 증거방법이 감정인이다(헌법재판소법 제31조 제1항 제3호). 감정의 대상이 되는 것은 법규,²⁹⁸⁾ 경험칙, 사실판단자료 등이다. 감정에 관하여는 특별한 규정이 없으면 증인신문에 관한 규정이 준용된다(헌법재판소법 제40조, 민소법 제333조, 민사소송규칙 제104조).

감정을 신청할 때는 감정을 구하는 사항을 적은 서면을 함께 제출하여야 하고(심판규칙 제44조), 헌법재판소가 필요하다고 인정하면 공공기관, 학교, 그 밖에 상당한 설비가 있는 단체 또는 외국의 공공기관에 감정을 촉탁할 수 있다(심판규칙 제45조).

298) 외국법규, 특정사회의 관습법, 관습 등이 이에 해당한다.

(5) 검증

검증이란 재판관이 시각, 청각 등 오관의 작용에 의하여 직접적으로 사물의 정상, 현상을 검사하여 그 결과를 증거자료로 하는 증거조사를 말하고(헌법재판소법 제31조 제1항 제4호), 그 대상이 되는 것을 검증목적물이라 한다. 검증은 자동차사고의 현장, 각종 공사장에서의 사고, 기계로 인한 사고, 토지의 경계상황 등과 같이 주로 시각에 의하여 인식할 수 있는 것에 많이 활용되나, 소음, 냄새 등 청각이나 후각에 의하여 인식할 수 있는 것도 검증의 대상이 된다.

사람의 경우에 그 진술내용인 사상을 증거로 하는 경우에는 인증이 되지만, 체격, 용모 등 신체의 특징을 검사하는 경우에는 검증목적물이 되고, 문서의 경우에는 그 기재내용을 증거로 하는 경우에는 증거의 내용이 되지만, 그 지질, 필적, 인영 따위를 증거로 할 때에는 검증목적물이 된다.

검증을 신청할 때에는 검증의 목적을 표시하여야 하고(심판규칙 제46조), 수명재판관은 검증에 필요하다고 인정되는 경우 감정을 명하거나 증인을 신문할 수 있다(심판규칙 제47조).

(6) 국가 또는 공공단체에 대한 자료제출요구

헌법재판소는 결정으로 다른 국가기관 또는 공공단체의 기관에 대하여 심판에 필요한 사실을 조회하거나, 기록의 송부나 자료의 제출을 요구할 수 있다(헌법재판소법 제32조). 이 역시 증거조사의 일종이라고 할 수 있으나, 여기에는 단순한 증거채부결정을 넘어서 별도의 결정이 필요한 점에서 앞서 본 증거조사와는 구별된다. 제출요구의 대상이 되는 자료에는 개인정보보호법 제23조의 민감정보, 제24조의 고유식별정보 및 그 밖의 개인정보가 포함된 자료도 포함되며(심판규칙 제2조의2 제2항), 재판·소추 또는 범죄수사가 진행중인 사건의 기록은 제외된다(헌법재판소법 제32조 단서).

마. 심판의 장소 및 공개

(1) 심판의 장소

심판의 변론과 중국결정의 선고는 심판정에서 행한다. 다만, 헌법재판소장이 필요하다고 인정하는 경우에는 심판정 외의 장소에서 변론 또는 중국결정의 선고를 할 수 있다(헌법재판소법 제33조). 지정재판부의 결정이나 각종 신청사건의 결정은 심판정에서 선고하는 방법에 의하지 아니하고 결정문을 송달하여 고지한다(심판규칙 제51조 참조).

(2) 심판의 공개와 예외적 비공개

헌법 제109조는 재판의 심리와 판결을 공개하도록 하고 있다. 심판의 공개는 헌법재판의 공정성을 확보하고, 헌법재판소 결정에 대한 국민의 신뢰를 확보하기 위한 것으로서 헌법재판에 관하여는 명시적 규정이 없지만 위 헌법규정의 요청은 헌법재판에서도 마찬가지로 준수되어야 한다.

심판의 변론과 중국결정의 선고는 심판정에서 행하여지는데(헌법재판소법 제33조), 참석을 원하는 사람은 누구나 심판정에서 변론과 선고를 방청하는 것이 보장되어야 한다.

심판의 변론은 예외적으로 비공개로 할 수 있다(헌법재판소법 제34조 제2항, 법원조직법 제57조 제1항 단서). 국가의 안전보장·안녕질서 또는 선량한 풍속을 해할 염려가 있는 때에는 결정으로 변론을 공개하지 아니할 수 있고, 이 결정은 이유를 개시하여 선고하며, 비공개 결정을 한 경우에도 재판장은 적당하다고 인정되는 자의 방청을 허가할 수 있다(헌법재판소법 제34조 제2항, 법원조직법 제57조 제2항, 제3항). 그러나 결정의 선고는 비공개로 할 수 없다.

바. 심판정의 언어와 녹화 등의 금지

(1) 심판정의 언어 등

심판정에서는 우리말을 사용한다. 심판관계인이 우리말을 하지 못하거나 듣거나 말하는 데에 장애가 있으면 통역인으로 하여금 통역하게 하거나 그밖에 의사소통을 도울 수 있는 방법을 사용하여야 한다(헌법재판소법 제35조 제2항, 법원조직법 제62조, 심판규칙 제18조). 따라서 당사자, 이해관계인 등 심판관계

인 뿐 아니라 재판장의 심판지휘, 변론, 결정의 선고도 모두 우리말을 사용하여야 하고, 통역으로도 의사소통이 원활하지 않을 경우 수화 등 다른 방법으로 의사소통을 도울 수 있는 방법을 사용하여야 한다. 그리고 헌법재판소법 제37조 제1항은 심판비용을 국가부담으로 하고 당사자의 신청에 따른 증거조사비용을 헌법재판소규칙에 정하는 바에 따라 신청인에게 부담하게 할 수 있도록 하고 있지만, “헌법재판소 증인 등 비용지급에 관한 규칙”은 통역인에 대한 비용책정 및 비용지급을 예산의 범위에서 헌법재판소가 부담하도록 하여 당사자가 아니라 국가비용으로 부담하고 있다.

(2) 녹화, 촬영, 중계방송 등의 금지

누구든지 심판정에서는 재판장의 허가 없이 녹화·촬영·중계방송 등의 행위를 하지 못한다(헌법재판소법 제35조 제2항, 법원조직법 제59조, 심판규칙 제19조). 트위터나 인터넷 등을 통한 실시간 전달 등의 경우 명시적인 규정이 없어 논란이 될 수 있지만, 녹화, 촬영, 중계방송 등 금지의 취지에 비추어 이와 같은 매체들을 통한 변론 상황의 전달 역시 금지되는 것으로 보아야 할 것이다.

헌법재판소는 사회적 이목이 집중되는 사건들에서 변론절차 개시 전까지로 한정하여 촬영 등을 허용하기도 하며, 대통령 탄핵사건(2004헌나1)과 정당해산 사건(2013헌다1)에서는 종국결정의 선고에 대한 텔레비전 실시간중계를 허용한 적이 있다.

그리고 헌법재판소는 내부시설에 의한 변론 및 선고 등의 상황을 녹화하여 동영상 등의 형태로 헌법재판소 홈페이지를 통해 이를 공개할 수 있도록 하고 있다(심판규칙 제19조의2).

비교법적으로 헌법재판기관의 변론이나 결정 선고의 상황을 녹화 등을 통해 일반에게 공개하는 것의 허용 여부에 대해서는 입법례나 실무례가 다양하게 나타나고 있다. 재판에 대한 민주적 통제와 국민의 알 권리 보호 등의 이익과 재판의 공정성 및 당사자의 사생활 또는 명예 등의 이익이 충돌하는 것으로 미국 연방대법원은 구두변론을 녹음을 통해 공개하는 것 외에는 일체 변론에 대한 언론의 촬영 및 방송을 허용하고 있지 않으며, 캐나다대법원은 1990년대 중반 이후 모든 심리에 대해 텔레비전 방송을 허용하고 있다고 한다.²⁹⁹⁾ 유럽인권재판소에서는 언론기관의 녹화·촬영이 법정의 현관까지만 가능하며, 요청할 경우

변론의 최초 몇 분에 관한 자료를 제공받을 수 있고, 홈페이지를 통해 누구나 당일의 변론동영상을 시청할 수 있다고 한다.³⁰⁰⁾

독일연방헌법재판소법은 라디오-텔레비전 중계, 공개방영 등을 목적으로 하는 녹음·촬영을 구두변론의 경우에는 당사자의 출석을 재판부가 확인할 때까지, 결정 선고의 경우에는 그 전체를 원칙적으로 허용하고 있다.³⁰¹⁾ 다만 연방헌법재판소는 당사자나 제3자의 이익 보호, 절차의 원활한 진행을 위해 구두변론의 녹화·촬영이나 그 중계를 전부 또는 일부 금지하거나 일정한 조건을 붙여 허용할 수 있다. 연방헌법재판소 재판절차의 특성을 고려하여, 이를 금지하는 법원조직법(GVG) 제169조 제2항과는 달리 이를 부분적으로 허용하는 특별규정을 두었다.

8. 평의와 주문결정의 방법

가. 평의

평의는 심판의 결론을 내기 위해 재판관들이 사건의 쟁점에 관해 의견을 나누고 표결하는 과정을 말한다.³⁰²⁾ 이 때 재판장은 평의의 정리를 담당한다(헌법재판소법 제35조 제1항). 실무상 사건을 평의에 회부하고자 하는 주심재판관은 해당 사건에 관한 평의요청서를 작성하여 각 재판관에게 배포하는데, 평의요청서의 배포는 평의일 전에 상당한 기간을 두고 행해진다. 재판장은 재판관들과 미리 협의하여 평의일정을 확정하고, 평의일자와 안건목록을 각 재판관에게 통지한다.

299) 헌법재판연구원(김하열 집필), *주식 헌법재판소법*, 381-382면 참조.

300) 헌법재판연구원(김하열 집필), *주식 헌법재판소법*, 391-392면 참조.

301) 제17a조 (1) 법원조직법 제169조 제2문과는 달리 공개적인 상영이나 내용 공개를 위한 녹음과 텔레비전 방송녹화 및 녹음과 영상녹화는,

1. 변론에서는, 법원이 당사자들의 출석을 확인할 때까지

2. 재판을 공개적으로 선고 하는 때에는 가능하다.

(2) 당사자나 제3자의 보호이익이 있을 경우, 그리고 질서있는 절차의 진행을 위해 연방헌법재판소는 제1항의 녹화나 중계를 전적으로 또는 부분적으로 금지하거나 지침을 준수하는 조건으로 허용할 수 있다.

302) 헌법재판소, *헌법재판실무제요*, 69면.

평의에 참여할 수 있는 재판관은 원칙적으로 심리에 참여한 재판관이다. 평의는 곧 평결을 전제로 하므로 직접심리주의원칙에 따라 심리과정에 참여하지 않은 재판관이 이에 참여할 수는 없다. 평의정족수에 대해서는 별도의 규정이 없지만, 헌법재판소법 제23조 제1항에 따라 심리정족수인 재판관 7인 이상이 참여하여야 할 것이다.

평의에서는 먼저 주심재판관이 사건에 대한 검토내용을 요약하여 발표하고, 재판관들 간에 의견을 교환한 다음 최종적으로 표결하는 평결을 하게 된다. 평결에서는 우선 주심재판관이 의견을 내고, 임명일자 역순으로 후임재판관부터 순차적으로 의견을 표시한 다음, 마지막으로 재판장이 의견을 내는 것이 관례다.

평의는 공개하지 아니한다(헌법재판소법 제34조 제1항). 재판관들이 외부의 영향을 받지 않고 사건에 관해 자유롭게 논의하고 결정할 수 있도록 하는 데 그 취지가 있다. 심판의 변론과 결정의 선고는 공개재판의 원칙상 공개하여야 하지만(헌법재판소법 제34조 제1항), 그 결정에 이르는 가장 중요한 절차인 평의와 평결의 절차는 절대적으로 비밀이 보장되어야 한다. 따라서 평의의 결론에 찬성하지 않은 재판관이 평의의 결론에 영향을 주기 위해 결정 선고 전에 평의의 내용을 미리 언론이나 외부에 알리는 것은 금지되며, 재판관의 이와 같은 행위는 위법행위로서 탄핵사유가 된다.³⁰³⁾

나. 평결과 평결의 방식

평결이란 평의과정에서 검토하고 교환한 자료 등에 근거하여 최종적으로 결정을 하기 위한 표결을 말한다.³⁰⁴⁾ 평결방식으로는 쟁점별 평결방식과 주문별 평결방식이 있다.³⁰⁵⁾ 전자는 적법요건과 본안에 해당하는 문제들을 구별해서 각 쟁점별로 표결하여 결론을 도출하는 방식을 말하고, 후자는 결론에 초점을

303) 정종섭, 앞의 책, 160면.

304) 허영, 앞의 책, 154면.

305) 용어와 관련하여 쟁점별 표결방식은 표결이 적법요건과 본안판단, 본안판단 중 세부적인 쟁점의 순으로 순차적으로 이루어진다는 의미에서 순차적 표결 방식이라고 하고, 주문별 표결방식은 표결이 일괄적이고 동시적으로, 주문 또는 결론만 표결한다는 점에서 동시적 표결방식이라고 한다. 헌법재판연구원(김하열 집필), 주석 헌법재판소법, 389면 참조.

맞추어 전체적으로 표결하여 주문을 결정하는 방식을 말한다. 따라서 후자의 경우 적법요건과 본안의 구별 없이 재판관들이 의견을 제시하는 것으로 주문이 결정되고, 전자의 경우 적법요건과 본안을 구별하여 각기 평결하고, 이어 적법한 의견이 다수이면 본안판단과 관련하여 다시 순차적으로 평결이 이루어진다.³⁰⁶⁾

헌법재판소의 실무는 기본적으로 주문별 평결방식에 입각하여 적법요건과 본안판단에 대해 따로 평결하지 않고 전체로서 주문을 평결하여 결론을 도출하는 방식을 취하고 있다. 따라서 심판청구가 부적법하다는 의견을 낸 재판관은 본안의 이유 유무에 대한 평결에는 참여하지 않는다.

평결방식과 관련하여 헌법재판소법에 아무런 정함이 없으므로 평의과정에서 재판관 간의 합의에 따를 것이지만, 아래와 같이 평결방식을 두고 의견이 나뉘는 경우도 있었다.³⁰⁷⁾

306) 순차적 평결방식의 구체적인 평결절차에 관해서는 허완중, 앞의 책, 165면 참조.

307) 구 국제기본법 제42조 제1항 단서에 대한 헌법소원사건에서 위헌의견을 낸 5인의 재판관은, “헌법소원의 적법성의 유무에 관한 재판은 재판관 과반수의 찬성으로 족한 것이므로 이 사건에 있어서 재판관 5인이 재판의 전제성을 인정하였다면 이 사건 헌법소원은 일응 적법하다고 할 것이고, 이 사건 헌법소원이 적법한 이상 재판의 전제성을 부인하는 재판관 4인도 본안결정에 참여하는 것이 마땅하며 만일 본안에 대해 다수와 견해를 같이 하는 경우 그 참여는 큰 의미를 갖는 것”이라고 하였고(헌재 1994. 6. 30. 92헌바23), 이에 대하여 각하의견을 낸 4인의 재판관은 “5인의 위헌의견은 헌법재판의 합의방법에 관하여 쟁점별 합의를 하여야 한다는 이론을 펴고 있으나 헌법재판소는 발족 이래 오늘에 이르기까지 예외 없이 주문합의제를 취해왔으므로 유독 이 사건에서 주문합의제를 쟁점별 합의제로 변경하여야 한다는 이유를 이해할 수 없고, 새삼 판례를 변경하여야 할 다른 사정이 생겼다고 판단되지 아니한다.”라고 하면서 본안판단에는 참여하지 아니하였다.

한편, 야간옥외시위를 금지한 집회 및 시위에 관한 법률 제10조 등 위헌제청 사건(헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25)에서 재판관 조대현은 적용중지의견에서 “헌법불합치결정은 일부위헌결정의 일종이고 위헌법률에 대해서는 규범력을 부정하려는 것이 위헌법률심판제도의 본지이므로, 헌법재판소가 어느 법률조항이 헌법에 합치되지 아니한다고 결정하는 경우에는 그 법률조항에 위헌부분이 포함되어 있기 때문에 헌법불합치결정이 있는 날로부터 적용되어서는 아니된다는 내용이 포함되어 있다고 보아야 한다. 따라서 헌법재판소가 어느 법률조항에 대하여 헌법불합치결정을 하면서 그 법률조항을 계속 적용하도록 결정하려면 그 점에 대하여 특별한 평의와 합의 절차를 거쳐야 한다고

독일연방헌법재판소의 경우 연방헌법재판소법 제17조에 의하여 준용되는 법원조직법 제194조 내지 197조에 의거하여 모든 심판절차에서 청구의 적법 여부에 대한 평결과 청구의 인용 여부에 대한 평결로 나누어 순차적으로 평결하고, 전의 평결에서 소수의견을 낸 재판관도 후의 평결에 참여하여야 할 것을 요구하는 순차적 평결방식을 취하고 있다. 다만, 정당해산심판, 탄핵심판 등과 같이 주문으로 평결함이 피청구인에게 유리한 경우에는 주문별 평결방식에 의한다고 한다.

본안에 대해 관여 재판관이 모두 평결에 참여하면 기본권 보장과 권리구제에 유리하다는 장점이 있지만, 거꾸로 적법요건과 본안을 분리하여 표결하면 피청구인에게 유리한 주문의 단계에서 평의가 종료되므로 피청구인의 이익으로 돌아갈 가능성이 크다. 또한 주문별 평결방식의 경우 재판관의 의견에 따라 주문이 명확하고 평결이나 평결 순서에 따라 주문이 달라질 가능성이 크지 않지만, 쟁점별 평결방식의 경우 평결단계에서 주문을 예측하기 어려울 뿐 아니라 재판장의 평의진행에 따라 주문이 달라질 가능성을 충분히 예상할 수 있는 문제점이 있다.

양 평결방식 중 어느 것이 더 합리적인지 여부에 관해 이론적인 규명은 여러 관점에서 가능할 것이지만,³⁰⁸⁾ 이는 결국 재판부를 구성하는 재판관들의 관행과 합의에 맡겨야 할 사항이라 할 수 있을 것이다.

할 것이다. 그런데 이 사건의 경우에는 단순위헌 의견이 5인이고 헌법불합치 의견이 2인이다. 5인의 단순위헌 의견은 이 사건 법률조항들 전부가 소급적으로 실효되어야 한다는 의견이라고 할 수 있다. 단순위헌 의견이 위헌결정의 정족수에 미달되어 헌법불합치 의견과 합쳐서 헌법불합치의 결론에 이르렀다고 하여, 단순위헌 의견이 위헌이지만 계속 적용하여도 좋다는 의견으로 바뀌는 것이 아니다. 헌법불합치의견을 표시한 재판관 2인이 헌법에 합치되지 아니하는 이 사건 법률조항들의 계속 적용을 결정할 수는 없다고 보아야 한다. 이 사건 법률조항들은 개선입법이 이루어질 때까지 적용 중지되어야 하고 계속 적용하게 해서는 아니된다.”라고 판시하여 본안판단에서 주문이 분립된 경우 주문 간에 동질성이나 포함 여부가 명확하지 않다면 순차적으로 평의와 합의절차(평결)를 거쳐야 함을 지적하였다.

308) 허영 교수는 평결의 정확성의 관점에서 쟁점별 평결방식이 보다 합리적이라고 평가하고(허영, 앞의 책, 155면), 정중섭 교수는 심판청구의 적법여부는 본안판단을 할 수 있는 본안판단요건이고 본안심리요건이기 때문에 법리상 청구의 적법요건이 충족되지 못하면 본안판단에 들어갈 수 없기 때문에 순차적 평결방식이 법리상 자명하다고 한다(정중섭, 앞의 책, 159-160면 참조).

다. 의견이 나뉘는 경우 주문의 결정

주문별 평결방식에 따르는 경우 주문결정이 헌법재판소법이 정하는 결정의 정족수에 맞추어 도출되지 않을 수도 있다. 즉 평의 결과 재판관들의 의견이 다양하게 분립되어 어느 의견도 결정정족수에 미치지 못하는 경우가 그러하다. 이와 같이 평의 결과가 나타나는 경우 헌법재판소가 어떤 결정을 하여야 하는지에 관련하여 헌법이나 헌법재판법에서는 결정을 위한 심판정족수와 관련하여 규정하고 있을 뿐이다. 헌법재판소의 실무는 재판에 관여한 합의부 소속 법관의 ‘수액’이나 ‘형량’에 관한 견해가 3설 이상으로 분립되고, 어느 견해도 그 자체로서는 과반수에 이르지 못한 경우 신청인에게 가장 유리한 견해를 가진 수에 순차로, 그 다음으로 유리한 견해를 가진 수를 더하여 과반수에 이르게 된 때의 견해를 그 합의체의 견해로 하도록 하고 있는 법원조직법 제66조³⁰⁹⁾의 규율을 준용하고 있다(헌법재판소법 제40조, 법원조직법 제66조).

구체적 사례를 보면, 관여 재판관의 의견이 단순위헌 2명·헌법불합치 2명·한정위헌 2명·합헌 3명인 경우 위헌결정에 필요한 정족수인 6명에 이르게 된 때의 견해인 한정위헌결정이 헌법재판소의 결정이 되고, 단순합헌의견 3명·한정합헌의견 5명·전부위헌의견 1명이면 한정합헌의견은 질적인 일부위헌의견이기 때문에 전부위헌의견도 일부위헌의견의 범위 내에서는 한정합헌의 의견과 견해를 같이 한 것이라 할 것이므로 한정합헌결정을 하고 있다.³¹⁰⁾ 그리고 단순위헌의견 5명·헌법불합치의견 2명·합헌의견 2명인 경우 헌법불합치결정이, 한정위헌의견 5명·헌법불합치의견 1명·합헌의견 3명이면 한정위헌의견은 질적인 일부위헌의견이기 때문에 위헌결정의 일종인 헌법불합치의견도 일부위헌의견의 범위 내에서는 한정위헌의견과 견해를 같이 한 것이므로 한정위헌결정이 헌법재판소

309) 법원조직법 제66조 제2항 ①합의심판은 헌법 및 법률에 다른 규정이 없으면 과반수로 결정한다.

②합의에 관한 의견이 3개 이상의 설(說)로 나뉘어 각각 과반수에 이르지 못할 때에는 다음 각 호의 의견에 따른다.

1. 액수의 경우: 과반수에 이르기까지 최다액(最多額)의 의견의 수에 차례로 소액의 의견의 수를 더하여 그 중 최소액의 의견
2. 형사(刑事)의 경우: 과반수에 이르기까지 피고인에게 가장 불리한 의견의 수에 차례로 유리한 의견의 수를 더하여 그 중 가장 유리한 의견

310) 헌재 1992. 2. 25. 89헌가104.

의 의견이 된다.³¹¹⁾

한편, 위헌정족수에는 이르지 못하고 본안의견과 각하의견이 나뉘는 경우, 어느 쪽의 의견이라도 과반수를 넘으면 그 의견이 주문이 되지만, 위헌 또는 인용의 결정의 경우에 요구되는 가중정족수로 인해 실제 평의에서 재판관들이 표시하지 않은 의견이 주문으로 선고되기도 한다. 예컨대, 재판관 2명이 위헌의견, 5명이 합헌의견인 경우(헌재 1989. 7. 14. 88헌가5등)와 재판관 1명이 위헌의견, 3명이 헌법불합치의견, 5명이 각하의견인 경우에는 각 과반수에 달하는 의견이 있으므로 합헌결정과 각하결정을 한다. 그런데 재판관 5명이 위헌의견, 4명이 각하의견인 경우(헌재 2000. 2. 24. 97헌마13등)나 재판관 1명이 위헌의견, 4명이 헌법불합치, 4명이 각하의견인 경우(헌재 2003. 4. 24. 99헌바110등) 위헌의견이 과반수임에도 불구하고 헌법재판소는 위헌결정에 필요한 정족수를 충족하지 못한다는 이유로 평의에서 어느 재판관도 제시되지 않은 의견인 합헌결정을 선고하게 된다.

헌법재판소법 제40조에 의해 준용되는 법원조직법 제66조 제2항³¹²⁾의 주문결정의 방식은 산술적으로 계량화된 수액이나 형량과 관련하여 의견들 간에 공통적인 부분을 찾아가는 방식으로 결론을 도출한다. 헌법재판의 결론도 관여 재판관의 의견 사이에 서로 다른 부분을 제거하면서 동시에 공통적인 부분을 발견해 나가는 방식으로 이루어지지만, 헌법재판의 결론은 민사소송이나 형사소송의 결론과 달리 유·불리가 산술적으로 뚜렷이 구별되지 않는 경우가 있으므로 기계적인 적용이 되지 않도록 항상 유의하여야 한다.³¹³⁾ 또한 헌법재판에는

311) 헌재 2002. 8. 29. 2000헌가5등.

312) 민사소송법, 형사소송법은 판결내용의 확정에 관하여 직접심리주의원칙(민사소송법 제204조)만을 규정하고 있고, 판결의 내용확정에 필요한 합의에 관해서는 따로 개별적인 규정을 두지 않고 법원조직법 제6편 제2장(합의)에서 이를 규정하고 있다. 따라서 헌법재판소법에 평의 및 평결의 절차 및 방식과 관련하여 명시적인 규정을 두고 있지 아니하므로 헌법재판소법 제40조에 근거하여 민사소송 등 일반 소송절차에서는 원칙적으로 법원조직법 제66조가 준용된다고 볼 것이다.

313) 정종섭 교수는 법률 등 법규범의 위헌결정에서 재판관의 의견이 3설 이상으로 나누어지는 경우, 법규범에 대한 위헌여부심판이 가지는 객관소송으로서의 성질에 비추어 볼 때, 해당 재판의 성질에 적합하도록 주문을 결정하여야 한다고 하면서, 법원조직법 제66조 제3항은 민·형사재판의 합의에서 3설 이상이 나누어지는 경우에 관해 정한 것으로 주관적 쟁송의 성질을 반영한

관여 재판관 과반수의 찬성이라는 심판정족수 외에 법률의 위헌결정(헌법불합치·한정위헌·한정합헌 등) 등에 필요한 가중정족수를 두고 있으므로 주문 결정 시 이를 항상 고려하여야 한다.

9. 가처분

가. 의의와 필요성

가처분은 헌법재판에서 선고되는 종국결정의 실효성을 확보하고 잠정적인 권리보호를 위하여 일정한 사전조치가 필요한 경우 재판부가 행하는 사전조치를 말한다. 본안결정이 있기까지 상당한 기간이 소요되는 헌법재판에서 상황변화로 인해 청구가 받아들여지더라도 소기의 목적을 달성할 수 없게 될 우려가 있다. 가처분은 이러한 결과를 방지하고 본안재판의 실효성을 보장하는 기능을 한다. 또한 헌법이 부여한 실체적 법적 지위와 권한에 대한 보호요청은 본안재판까지의 기간 동안에도 경시되어서는 안 되므로 가처분을 통해 본안재판의 기간 동안에도 법적 사실적인 지위나 상태를 유지하거나 변경할 수 있다. 따라서 본안결정이 있기까지 잠정적으로 임시의 법적 관계를 정하는 가처분절차가 필요하고, 이로써 잠정기간 동안 법질서를 확정적으로 규율하며, 추후 본안심판이 기각된다고 하여 가처분의 효력이 소급적으로 상실되거나 변경되지 아니한다(잠정적 보호기능).³¹⁴⁾

것으로 법규범의 위헌여부심판에서 이를 준용할 수 없다는 점을 유의할 필요가 있다고 한다. 정종섭, 앞의 책, 118면 참조.

정태호 교수는 이와 같은 계산방법이 항상 타당한 것이 아님에 유의할 필요가 있는데, 특히 청구인이 법적 혜택에 참여하기를 원하는 사건에서는 개선 입법이 부여하는 급부에 참여할 수 있는 가능성을 남기는 적용정지 헌법불합치의견이 단순위헌의견보다 청구인에게 유리할 수 있다고 하면서 기계적으로 항상 전자가 후자보다 유리한 것으로 전제하고 주문을 결정해서는 안 된다고 한다. 그리고 헌법재판소가 이처럼 재판관들의 의견이 가부동수로 나뉘거나 3설 이상으로 복잡하게 분립되거나 기타 어떤 의견도 결정정족수에 달하지 못해 법정외의견을 결정하기 어려운 경우 그때그때 편의적으로 법정외의견을 선택하는 것이 범치국가적 관점에서 보면 바람직하다고 보기 어렵다고 하면서 평결방식의 개선을 비롯한 입법적 보완이 절실하다고 본다. 헌법재판연구원(정태호 집필), 주석 헌법재판소법, 293면, 295면 참조.

헌법재판의 객관적 소송으로서의 성격을 고려하여 종국결정의 실효성 확보 기능이 중요하겠지만, 권한쟁의 및 헌법소원 등 주관적 소송으로서 성격을 감안한다면 잠정적인 권리보호의 기능 역시 중요하다고 볼 것이다.³¹⁵⁾ 가처분은 긴급한 상황에서 헌법질서에 응급조치를 하여 불안심판 시까지 정치적 충동을 방지하거나 완화시키는 완충적 역할을 담당한다.³¹⁶⁾

나. 가처분의 법적 근거와 허용 여부

(1) 가처분의 헌법적 근거

가처분을 비롯한 헌법재판에서 가구제제도는 법치주의원리에서 그 헌법적 기초를 찾을 수 있다. 법치주의원리로부터 효율적인 권리구제의 요청이 도출되는데, 권리구제절차의 결과가 실효성이 없다면 이는 법치주의원리에 부합하지 않기 때문이다. 따라서 헌법재판의 가처분제도는 일차적으로 헌법상 법치주의 원리에 그 근거를 두고 있다.³¹⁷⁾

(2) 헌법재판소법상 가처분의 근거

헌법재판소법은 정당해산심판과 권한쟁의심판에서 명시적인 가처분규정을 두고 있다. 먼저 헌법재판소법 제57조는 “헌법재판소는 정당해산심판의 청구를 받은 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 종국결정의 선고 시까지 피청구인의 활동을 정지하는 결정을 할 수 있다.”라고 하고, 제65조에서는 “헌법재판소가 권한쟁의심판의 청구를 받았을 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 종국결정의 선고 시까지 심판 대상이 된 피청구인의 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있다.”라고 하여 불안판결의 실효성을 확보하기 위한 가처분의 명시적인 법적 근거를 두고 있다. 이들 규정은 활동정지결정 또는 처분정지결정의 근거 및 절차를 규정할 뿐 그 요건이나 내용에 관해서는 아무런 규율을 하지

314) 김하열, 앞의 책, 163면 참조.

315) 허영, 앞의 책, 180면.

316) 헌법재판소, 헌법재판실무제요, 76면.

317) 김하열, 앞의 책, 164면 참조.

않고 있다. 따라서 이들 절차에서 가치분결정을 함에 있어서도 헌법 제40조에 따른 일반적 준용규정에 따라 민사소송법, 행정소송법, 형사소송법의 관련규정이 준용될 것이다.³¹⁸⁾

한편, 헌법재판소법 제42조에서는 “법원이 법률의 위헌 여부 심판을 헌법재판소에 제청한 때에는 당해 소송사건의 재판은 헌법재판소의 위헌 여부의 결정이 있을 때까지 정지된다.”라고 하고, 헌법재판소법 제50조에서는 “탄핵소추의 의결을 받은 사람은 헌법재판소의 심판이 있을 때까지 그 권한 행사가 정지된다.”라고 하여 헌법재판소법에 근거하여 가치분에 유사한 절차법적·실체법적 규율을 정하고 있다. 그러나 이들 규정은 가치분제도의 취지와 유사한 측면이 있지만, 그 요건과 내용이 헌법재판소법에 명시된 경우로 한정되므로 본안재판 이전에 별도의 재판으로 행해지는 가치분과는 구분된다.³¹⁹⁾ 이들 규정에 의한 재

318) 헌재 1999. 3. 25. 98헌사98.

“헌법재판소가 권한쟁의심판의 청구를 받은 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 중국결정의 선고시까지 심판대상이 된 피청구기관의 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있고(헌법재판소법 제65조) 이 가치분결정을 함에 있어서는 행정소송법과 민사소송법 소정의 가치분에 관계되는 규정이 준용되므로(같은법 제40조), 권한쟁의심판에서의 가치분결정은 피청구기관의 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방할 필요가 있거나 기타 공공복리상의 중대한 사유가 있어야 하고 그 처분의 효력을 정지시켜야 할 긴급한 필요가 있는 경우 등이 그 요건이 된다(행정소송법 제23조 제2항·제3항, 민사소송법 제714조 참조). 그러나 권한쟁의심판은 심판정에서 구두 변론기일에 당사자·이해관계인 기타 참고인의 진술을 듣고 증거조사를 하여 사실적인 측면과 헌법 또는 법률적인 견해에 대한 변론을 하게 된다(헌법재판소법 제30조·제31조). 재판부는 쟁점을 판단하는 데 필요한 사실확정을 한 다음 이를 바탕으로 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는지 여부, 즉 청구인과 피청구인 상호간의 권한의 존부 또는 범위에 대한 평의를 거쳐 중국결정에 이르게 되고 이러한 과정을 밟는데는 상당한 시일을 요한다. 이와 같은 이유 때문에 헌법재판소가 직권 또는 청구인의 신청에 따라 심판대상이 된 피청구기관의 처분의 효력을 정지하는 가치분신청은 본안사건이 부적법하거나 이유없음이 명백하지 않는한, 가치분을 인용한 뒤 중국결정에서 청구가 기각되었을 때 발생하게 될 불이익과 가치분을 기각한 뒤 청구가 인용되었을 때 발생하게 될 불이익에 대한 비교형량을 하는 것이 가장 중요한 요건이 될 수밖에 없고 이 비교형량의 결과 후자의 불이익이 전자의 불이익보다 큰 때에 한하여 가치분결정을 허용할 수 있는 것이다.”

판정지와 권한행사정지는 가치분과는 법적 성질이 다르지만, 효력상으로는 가치분을 통하여 추구하는 목적을 일부 달성할 수 있다는 점에서 가치분에 관한 헌법재판소법상의 미비를 보완하는 의미가 있다.³²⁰⁾

(3) 헌법재판소법 제40조에 근거한 가치분의 허용 여부

모든 심판절차에 적용되는 일반심판절차로서 가치분조항을 두고 있는 독일 연방헌법재판소법 제32조 제1항³²¹⁾와 달리, 헌법재판소법에서는 정당해산심판과 권한쟁의심판에 대해서만 가치분에 관한 명문의 규정을 두고 있다. 따라서 이들 심판절차 외에 위헌법률심판, 헌법소원심판, 탄핵심판 등 심판절차에서 가치분이 허용되는지 여부가 문제된다.

헌법재판소법 제40조에 의하면 헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 본질에 반하지 않는 한도에서 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용하고, 탄핵심판의 경우에는 형사소송법령을 준용하며, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 함께 준용하되 행정소송법이 민사소송에 관한 법령과 저촉될 때에는 민사소송에 관한 법령은 준용하지 아니하도록 규정되어 있다. 따라서 민사소송법의 가치분에 관한 규정(민사집행법 제300조³²²⁾ 이하)이나 행정소송법의 집행정지에 관한 규

319) 김하열, 앞의 책, 165면 참조.

320) 허영, 앞의 책, 182면 참조.

321) 제32조 (1) Das Bundesverfassungsgericht kann im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist.(연방헌법재판소는 쟁송사건에 있어서, 중대한 손실의 방지, 급박한 폭력의 저지를 위하여 또는 공공복리를 위한 다른 중요한 이유에서 긴급한 필요가 있는 경우에는, 가치분으로써 잠정적으로 결정할 수 있다).

322) 민사집행법 300조(가치분의 목적) ①다툼의 대상에 관한 가치분은 현상이 바뀌면 당사자가 권리를 실행하지 못하거나 이를 실행하는 것이 매우 곤란할 염려가 있을 경우에 한다.

②가치분은 다툼이 있는 권리관계에 대하여 임시의 지위를 정하기 위하여도 할 수 있다. 이 경우 가치분은 특히 계속하는 권리관계에 끼칠 현저한 손해를 피하거나 급박한 위협을 막기 위하여, 또는 그 밖의 필요한 이유가 있을 경우에 하여야 한다.

정(행정소송법 제23조,³²³⁾ 제24조)이 위헌법률심판, 헌법소원심판, 탄핵심판에 준용될 수 있는지, 나아가 헌법재판소법에 명시적인 규정을 둔 정당해산심판이나 권한쟁의심판에서도 민사소송법의 가치분조항 등을 준용하여 헌법재판소법에서 정하고 있는 것을 넘어 가치분결정을 할 수 있는지가 문제된다.

(가) 견해의 대립

먼저 부정적인 견해를 살펴보면, 헌법재판소법 전체에 대한 체계적 해석을 토대로 다른 소송법에 규정된 가치분제도의 준용이 허용되지 않는다고 한다.³²⁴⁾ 입법자가 정당해산절차와 권한쟁의심판절차에만 가치분에 관한 명문의 규정을 둔 것은 다른 심판절차에서는 이를 부정한 것으로 해석해야 한다는 것이다. 그러나 법치국가원리는 헌법재판에서도 실효성 있는 권리구제절차를 요구한다. 기본권을 보장하고 객관적 헌법보호, 국가기관 및 지방자치단체의 권한과 그 한계를 설정하는 헌법재판에서도 본안판단의 실효성을 보장하기 위하여 필요하다면 가치분결정을 통해 헌법위반적인 법적·사실적 상태가 고착되는 것을 방지하여야 하고, 당사자 등의 헌법적 권리나 권한이 침해되는 것을 막을 필요가 있다고 할 것이므로 명시적인 규정을 두지 않은 다른 헌법재판의 절차에서도 가치분의 필요성은 그만큼 크다고 할 것이다. 그리고 정당해산심판과 권한쟁의심판에서 가치분규정을 둔 것은 다른 심판절차에서는 이를 허용하지 않는다는 취지

323) 행정소송법 제23조(집행정지) ①취소소송의 제기는 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다.

②취소소송이 제기된 경우에 처분등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 "執行停止"라 한다)를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.

③집행정지는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 아니한다.

324) 강현중, '헌법소원심판에 가치분이 허용되는가 -헌법재판소 2000. 12. 8. 00 헌사471 전원재판부결정에 대한 검토-', 법률신문 제2965호, 2001. 3. 24.자 입력 인터넷판(<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=4527>); 박상훈, "헌법재판소법상 가치분 일반조항의 신설필요성에 관하여", 재판자료 제92집 헌법재판제도의 이해(법원도서관, 2001. 11), 668면 이하 등 참조.

가 아니라 특별히 이들 절차에서 전형적인 활동정지나 효력정지의 가처분결정이 심판절차의 특성에 비추어 자주 활용될 수 있기 때문이다. 따라서 정당해산 심판과 권한쟁심심판에서 명문의 규정을 두고 있다는 것이 다른 심판절차에서 가처분을 허용할 수 없는 절대적인 근거가 되는 것은 아니다.

또한 가처분과 같은 법적 제도는 궁극적으로 헌법과 법률에 근거하여 창설되어야 한다는 전제에서 가처분에서는 대립당사자 구조와 변론권의 보장이 중요하데, 헌법소원심판에서는 대립당사자 구조와 구두변론원칙이 반드시 보장되는 것은 아니므로 민사소송법상 가처분규정이 준용될 수 없다는 견해도 있다.³²⁵⁾ 위헌법률심판이나 헌법소원심판에서도 민사소송법상 가처분이 인정된다면 가처분 이의와 취소를 반드시 허용하여야 하는데, 피청구인이 없어 가처분 이의와 취소가 허용되지 않는 가처분이라면 민사소송법을 준용하는 것이 아닌 초법규적 가처분이 될 것이라고 하여 가처분을 허용하지 않는 견해도 있다.³²⁶⁾ 그러나 헌법재판소법이 체계적·내용적으로 완결된 규율방식을 가지고 있지 않고, 헌법재판소법 제40조에 의한 일반적 준용의 방식이나 준용규정의 흠결 시 헌법재판소에 의한 법관법의 형성을 수권하고 있으므로 가처분과 관련한 명시적인 규정을 두지 않았다고 하여 헌법과 법률에 가처분제도의 실정법적 근거가 없다고 볼 수는 없을 것이다. 특히 가처분이 법치주의원리의 핵심적인 내용으로 효율적인 권리구제절차의 요청에 근거하고 있다면 헌법재판에서도 본안판결의 실효성을 확보하고 잠정적인 권리보호에 필요하다면 헌법재판의 성질에 반하지 않는 범위에서 헌법재판소법 제40조에 근거하여 민사소송법상 가처분규정을 준용할 수 있을 것이다. 그리고 가처분의 취지상 채무자의 희생에 대한 권리구제절차로서 가처분재판에서의 변론권의 보장이나 가처분 이의나 취소가 필요한 것은 사실이지만, 헌법재판소의 객관적 성격에 비추어 가처분이 청구인의 이익을 위하여만 이루어지는 것이 아니고, 헌법재판소의 실무에 따르면 헌법소원심판이나 위헌법률심판에서도 당사자를 직권으로 확정하거나 이해관계기관 등에게 실질적인 당사자의 지위와 권한을 부여하고 있으므로 이와 같은 주장 역시 설득력이 크지 않다고 할 것이다.

이에 반해 가처분을 긍정하는 견해는 위헌임이 명백하거나 위헌결정의 가능성이 높은 법률에 대하여 본안결정 전에 가처분으로 미리 그 효력을 정지시킬

325) 강현중, 위의 게재글.

326) 강현중, 위의 게시글.

필요성이 있는 것처럼, 헌법소원심판이나 위헌법률심판에서도 얼마든지 가치분의 필요성을 인정할 수 있고, 달리 이를 금지할 정당한 이유를 찾아볼 수 없어 가치분을 허용하여야 한다. 그리고 이 때 헌법재판소법 제40조에 의하여 준용되는 민사집행법상 가치분규정이나 행정소송법상 집행정지규정이 헌법소송의 모든 가치분에도 준용되어야 한다고 한다. 이 경우 헌법재판과 민사소송은 그 본질에 있어서 다른 점이 있기 때문에 헌법재판의 특성에 비추어 준용할 수 있는 법리와 내용만을 준용하여야 하고, 그 외의 것은 헌법재판소법 제57조, 제65조의 규정 및 민사소송법 등 다른 절차법에 관한 규정들을 유추하여 가치분을 인정하는 근거를 찾아야 할 필요가 있다고 한다.³²⁷⁾

헌법재판소법에 가치분을 금지하는 명시적인 규정이 없고, 개별적인 가치분 규정은 해당 심판절차에 적합한 가치분의 내용을 규정한 것에 불과하므로 이를 이유로 헌법재판에 가치분이 허용되지 않는다고 볼 것은 아니다. 헌법재판에서도 다른 재판절차에서와 같이 본안판단의 실효성을 사전에 확보할 필요성이 있고, 수범자의 기본권 보장을 위해 잠정적인 권리구제의 필요성도 크다고 할 것이므로 헌법재판에서도 특별히 성질에 반하지 않는 한 폭넓게 가치분이 허용되어야 할 것이다.

(나) 판례

헌법재판소는 사법시험 제1차 시험을 4회 응시한 자에게 마지막 응시 이후 4년간 제1차 시험에 다시 응시할 수 없도록 하는 사법시험령 조항의 기본권 침해 여부를 다루는 헌법소원심판에서 신청된 위 조항에 대한 효력정지 가치분신청에 대하여, “헌법재판소법은 정당해산심판과 권한쟁의심판에 관해서만 가치분에 관한 규정(헌법재판소법 제57조 및 제65조)을 두고 있을 뿐, 다른 헌법재판절차에 있어서도 가치분이 허용되는가에 관하여는 명문의 규정을 두고 있지 않다. 그러나 위 두 심판절차 이외에 같은 헌법재판소법 제68조 제1항 헌법소원심판절차에 있어서도 가치분의 필요성은 있을 수 있고, 달리 가치분을 허용하지 아니할 상당한 이유를 찾아볼 수 없으므로 위 헌법소원심판청구사건에서도 가치분이 허용된다고 할 것이다. 그러므로 헌법재판소법 제40조 제1항에 따라 준

327) 김하열, 앞의 책, 165-166; 정중섭, 앞의 책, 212-213; 허영, 앞의 책 183면; 허완중, 앞의 책 171면, 헌법재판소, 헌법재판실무제요, 77-78면; 헌법재판연구원(정태호 집필), 주석 헌법재판소법, 243-244면 등 참조.

용되는 행정소송법 제23조 제2항의 집행정지규정과 민사소송법 제714조의 가처분규정에 비추어 볼 때, 이와 같은 가처분결정은 헌법소원심판에서 다투어지는 ‘공권력 행사 또는 불행사’의 현상을 그대로 유지시킴으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방할 필요가 있어야 하고 그 효력을 정지시켜야 할 긴급한 필요가 있어야 한다는 것 등이 그 요건이 된다 할 것이므로, 본안심판이 부적법하거나 이유없음이 명백하지 않는 한, 위와 같은 가처분의 요건을 갖춘 것으로 인정되고, 이에 덧붙여 가처분을 인용한 뒤 종국결정에서 청구가 기각되었을 때 발생하게 될 불이익과 가처분을 기각한 뒤 청구가 인용되었을 때 발생하게 될 불이익에 대한 비교형량을 하여 후자의 불이익이 전자의 불이익보다 크다면 가처분을 인용할 수 있는 것이다”(헌재 2000. 12. 8. 2000헌사471)라고 하여 헌법소원심판에서 가처분이 허용됨을 분명히 하면서, 아울러 헌법재판소법 제40조의 준용규정에 따라 가처분의 요건을 제시하였다. 이후 위 가처분사건과 같이 법령조항을 대상으로 한 헌법소원심판을 본안사건으로 하여 2건의 가처분신청을 인용하였고,³²⁸⁾ 공권력행사를 대상으로 한 헌법소원사건에서도 가처분신청을 1건 인용하였다(헌재 2014. 6. 5. 2014헌사592).

그리고 헌법재판소법에 가처분에 대하여 명시적인 근거를 두고 있는 권한쟁의심판에서 ‘직접처분의 효력정지’를 구하는 가처분신청에 대하여 헌법재판소는, ‘헌법재판소법 제65조에 근거한 가처분신청에 대하여 그 요건에 관해서는 헌법재판소법 제40조에 의하여 행정소송법과 민사소송법 소정의 가처분에 관계되는 규정이 준용되므로, 권한쟁의심판에서의 가처분결정은 피청구기관의 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방할 필요가 있거나 기타 공공복리상의 중대한 사유가 있어야 하고 그 처분의 효력을 정지시켜야 할 긴급한 필요가 있는 경우 등이 그 요건이 된다(행정소송법 제23조 제2항·제3항, 민사소송법 제714조 참조).’³²⁹⁾고 판단하여 헌법재판소법 제65조의 명시적인 조항을 보완하여 헌법재판소법 제40조에 따라 가처분에 관련된 다른 소송법 규정이 준용됨을 분명히 하였다.

한편, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판에서 가처분이 허용되는지 여부에 대해 헌법재판소는 결정 이유를 따로 제시하지는 않았지만 가처분신청을 기각하는 결정을 하였다. 이에 대하여 반대의견에서는 규범통제절차에서도

328) 헌재 2002. 4. 25. 2002헌사129; 헌재 2006. 2. 23. 2005헌사754.

329) 헌재 1999. 3. 25. 98헌사98.

적극적으로 가치분제도를 활용하여야 함을 전제로 가치분신청을 인용하여야 한다고 판시하였다.³³⁰⁾

330) 헌재 1993. 12. 20. 93헌사81.

“첫째, 이 사건 가치분신청은 당재판소 93헌바12호 사건의 심판이 있을 때까지 서울민사지방법원 90가합93568호 사건의 소송절차는 일시 정지한다는 결정을 구하는 것이다. 이는 본안에 부수하여 잠정적으로 당해 소송절차의 일시정지를 구하는 이른바 임시적 지위를 정하는 잠정적 조치인 보전(保全)처분을 구하는 것으로서 가치분 절차는 결코 본안소송에 어떠한 영향력을 가져오는 구속력이 미치거나, 중국적 확정력을 주는 강제집행이나 중국판결이 아닌 가정적인 보전절차에 불과한 것이다. 그러므로 가치분신청에는 증거미 아닌 소명으로 족하고 변론이 필요한 것도 아니며 가치분의 허용여부도 가급적 받아들이도록 상당한 자유재량을 주고 있는 것이다. 이러한 보전절차의 특수한 성질을 감안한다면 헌법재판소법(이하 “법”이라고 한다)의 해석도 엄격하게 소극적으로 하여 제한할 것이 아니라 위 가치분신청을 폭넓게 받아들이는 쪽으로 적극적인 해석을 하는 것이 가치분제도의 법리에 합당할 것이라고 할 것이다.

둘째, 법 제42조 제1항에 의하면 법원이 위헌법률심판을 제청한 때에는 당해 소송사건의 재판은 헌법재판소의 위헌 여부의 결정이 있을 때까지 정지되다는 대원칙을 명시하고 있다. 그렇다면 당해 소송사건의 당사자에게도 위헌법률심판청구권을 헌법과 법 제68조 제2항에 의하여 제도적으로 보장하고 있는 이상 이 때에도 헌법재판소의 위헌여부결정이 있을 때까지 정지되어야 하는 것인데 이러한 대원칙을 무시하고 이 사건의 경우와 같이 당해 법원이 당해 본안소송을 조속히 결심하려고 한다면 이에 대하여 위헌법률심판청구권자가 그 소송절차의 정지가치분신청을 하는 것은 당연한 것이고 이 때에는 특단의 사정이 없는 한 이를 받아 주어야 하는 것이 법 제42조의 법리에 합당한 것이라고 할 것이다.

셋째, 헌법재판소의 심판절차는 법 제40조에 의하여 민사소송법을 준용하여 심판할 수 있어 당연히 가치분결정을 할 수 있는 데도 불구하고 정당해산심판과 권한쟁의심판의 경우 법 제57조, 제65조의 가치분을 할 수 있다는 특별규정을 두고 있는 것은 그 심판내용의 특수성 때문인 것이다. 그러함에도 헌법소원심판에는 이러한 특별규정이 없다 하여 원칙적으로 가치분을 받아들이지 않는다는 논리로 가치분신청의 이용을 엄격하게 제한하는 것은 지나치게 형식적인 문의해석으로 헌법재판절차의 본질적 내용을 무시한 것이라 아니할 수 없다. 이는 위헌법률심판절차에 있어서의 법 제42조(재판의 정지 등)의 입법취지와 더불어 살펴보면 헌법재판소에 심판청구가 있으면 당해 소송절차는 헌법재판소의 심판을 기다려 그에 따라 재판하여야 한다는 헌법의 상위법·최고법 사상에 입각하고 있는 것임을 쉽게 알 수 있는데 다수의 견은 이러한 헌법의 기본원리를 망각하고 있는 것이라 아니할 수 없다.

넷째, 우리 재판소의 판례가 초기에 일부 혼란이 있었을 뿐 그 후는 일관되

다. 가처분신청

(1) 신청 또는 직권

이미 계속 중이거나 장래 계속될 본안소송의 청구인적격이 있는 사람은 가처분신청을 할 수 있다. 헌법재판소도 본안절차가 헌법재판소에 계속 중이면 직권으로 가처분을 명할 수 있다(헌법재판소법 제57조, 제65조, 제40조, 행정소송법 제23조 제2항).

(2) 신청방식과 신청기간³³¹⁾

가처분의 신청 및 가처분신청의 취하는 서면으로 하여야 하고, 다만 가처분신청의 취하는 변론기일 또는 심문기일에서 말로 할 수 있다(심판규칙 제50조 제1항). 가처분신청서에는 신청의 취지와 이유를 기재하여야 하며, 주장을 소명

계 법 제68조 제1항은 권리구제형 헌법소원심판으로서 법 제4장의 특별심판절차규정 중 제5절의 심판절차규정, 법 제68조 제2항은 규범통제형 헌법소원심판으로서 제1절의 심판절차규정에 따라 심리를 하고 결정의 주문을 내고 있는 것이 확립된 판례이다. 즉 법 제68조 제2항의 헌법소원심판은 심판청구의 주체만 다를 뿐 그 실질은 법 제41조의 위헌법률심판청구와 동일하게 규범통제심판으로 보고 재판의 전제성을 비롯하여 판결의 효력에 이르기까지 같은 유형의 사건으로 처리하여 온 것이 일관된 판례인데 유독 당해 소송사건의 재판정지에 관한 부분에 대해서만 예외적으로 이를 배척하는 것은 우리 헌법재판소의 일관된 판례의 취지에 어긋나는 것이다.

이상과 같은 이유에서 볼 때 이 사건 가처분신청은 당연히 받아주어야 하는데 이를 이유 없다고 모두 기각하는 것은 헌법재판소가 독자적인 규범통제기관으로서의 헌법재판기능을 다하지 못하는 잘못이 있다고 아니할 수 없어 다수의견에 반대하는 것이다.”

331) 심판규칙 제50조(가처분의 신청과 취하) ① 가처분의 신청 및 가처분신청의 취하는 서면으로 하여야 한다. 다만, 변론기일 또는 심문기일에서는 가처분신청의 취하를 말로 할 수 있다.

② 가처분신청서에는 신청의 취지와 이유를 기재하여야 하며, 주장을 소명하기 위한 증거나 자료를 첨부하여야 한다.

③ 가처분의 신청이 있는 때에는 신청서의 등본을 피신청인에게 바로 송달하여야 한다. 다만, 본안사건이 헌법소원심판사건인 경우로서 그 심판청구가 명백히 부적법하거나 권리의 남용이라고 인정되는 경우에는 송달하지 아니할 수 있다.

하기 위한 증거나 자료를 첨부하여야 한다(심판규칙 제50조 제2항).

가처분신청에는 특별한 기간 제한이 없으며, 본안의 심판청구가 허용되는 기간 내이거나 본안청구가 계속 중인 이상 가능하다. 본안심판이 종결되었거나 본안의 심판절차가 충분히 진행되어 본안결정을 내릴 수 있는 정도에 이른 시점에서는 가처분신청을 할 수 없다고 보아야 할 것이다. 가처분을 구할 실익이 없기 때문이다. 가처분신청에도 변호사강제주의가 가처분절차에도 적용된다.

(3) 가처분신청사건의 접수 및 송달

가처분이 신청되면 별건의 가처분신청사건으로 접수하여 특별사건부(가처분신청사건부)에 등재한다. 가처분의 신청이 있는 때에는 신청서의 등본을 피신청인에게 바로 송달하여야 한다. 다만 본안 심판사건이 헌법소원심판사건인 경우로서 그 심판청구가 명백히 부적법하거나 권리의 남용이라고 인정되는 경우에는 송달하지 아니할 수 있다(심판규칙 제50조 제3항).

라. 가처분신청의 적법요건

(1) 당사자

이미 계속 중이거나 장래 계속될 본안사건의 당사자는 가처분 신청을 할 수 있다. 이 때 당사자에는 피청구인도 포함되고, 당사자능력이 있어야 함은 물론 본안사건에서 당사자적격이 있어야 한다. 신청권자에는 본안사건의 참가인도 포함되지만 심판절차에서 의견진술권만을 가진 이해관계인은 포함되지 아니한다. 구체적 규범통제절차인 위헌법률심판의 경우 당사자를 상정할 수 없으므로 가처분 신청권자가 있을 수 없지만, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판의 경우 심판청구인이 당사자로서 가처분신청을 할 수 있다. 본안사건의 당사자가 아닌 제3자라도 가처분의 목적달성과 관련이 있는 경우 가처분의 피신청인이 될 수 있다. 본안사건이 대통령의 ‘국회 동의 없는 국무총리서리임명행위’로 인한 국회의 임명동의권 침해 여부에 대한 권한쟁의심판사건(헌재 1998. 7. 14. 98헌라1)에서 본안판단의 실효성을 확보하기 위한 가처분의 목적은 국무총

리서리의 직무집행정지에 있으므로 본안사건과 가처분의 당사자가 서로 달라질 수 있다.³³²⁾

(2) 본안심판과의 관계

가처분을 신청하기 위해서는 본안사건이 헌법재판소의 관할에 속하여야 한다. 그리고 가처분은 본안사건의 부수적 절차로서 본질상 본안심판이 헌법재판소에 계속 중일 때 신청할 수 있음이 원칙이지만, 본안심판이 계속되기 전이라도 하더라도 신청할 수 있는지가 문제된다. 본안소송 계속 전에 가처분신청부터 하는 이른바 독립적 신청(isolierter Antrag)은 가처분제도의 종속성에 어긋나므로 원칙적으로 허용되지 않는다.³³³⁾ 다만 가처분신청을 미리 하지 않으면 막대한 불이익을 도저히 예방할 수 없거나 공권력의 목적의 위협에서 도저히 벗어날 수 없는 등 특별히 정당한 예외적인 사유가 있을 때 한하여 본안절차의 계속을 전제로 한 독립적인 가처분신청도 예외적으로 허용될 수 있을 것이다. 다만 이 경우에도 가처분절차의 본질상 본안절차로부터 완전히 부종성을 상실하여 추상화될 수는 없으므로 본안사건과 내적인 연관성이 있어야 한다.³³⁴⁾

헌법재판에서 명시적으로 가처분을 허용하는 헌법재판소법 제57조 및 제65조와 집행정지결정에 관한 행정소송법 제23조 제2항에서 본안절차의 계속을 명시적으로 요구하고 있으므로 이와 같이 독립적 신청이 실정법상 가능한지 여부가 문제될 수 있지만, 대법원은 ‘본안의 소보다 집행정지신청이 먼저 있었다고 하여도, 신청에 대한 각하결정이 있기 전에 본안의 소가 제기되면 하자가 보완된다고 하고, 반면 집행정지신청 후 본안소송에 대해 소각하의 판결이 선고되어 확정되었다면, 집행정지신청은 요건흡결로 부적법하다.’³³⁵⁾고 하고 있는바, 위 헌법재판소법 조항들의 해석에 있어서도 이와 같은 대법원의 해석론이 받아들여질 수 있을 것이다.³³⁶⁾

332) 헌재 1998. 7. 14. 98헌사31.

333) 허영, 앞의 책, 185면 참조.

334) 김하열, 앞의 책, 170면; 허영, 앞의 책, 185면 참조.

335) 대법원 2007. 6. 15.자 2006무89 결정.

336) 이에 대해 허영 교수는 가처분의 독립적 신청은 본안심판의 청구가 확실히 전제되는 예외적인 경우에만 제한적으로 허용된다고 한다(허영, 앞의 책, 185면 참조). 이에 대해 김하열 교수는 독립적 신청의 경우 가처분결정은 본

가처분은 본안결정의 실효성을 확보하기 위한 부수적인 절차이므로 본안사건의 소송물 범위를 초과하여 가처분을 신청하는 것은 허용되지 않는다.

(3) 권리보호이익

가처분신청은 가처분결정을 통해 보호받을 이익이 있을 때 할 수 있다. 따라서 본안결정이 적시에 선고될 수 있는 경우에는 그것으로 가처분의 목적이 이미 해소되기 때문에 권리보호이익이 인정되지 않는다. 그리고 본안사건이 법적으로 아직 성숙되지 아니하여 가처분을 통해 보호받을 이익이 없거나 다른 방법으로 가처분의 신청목적을 달성할 수 있는 경우에도 마찬가지로 권리보호이익이 없다. 그러나 권리보호이익이 없더라도 사정변경이 있어 가처분을 통해 보호받을 이익이 발생하면 권리보호이익이 인정된다. 본안심판이 종국결정을 할 수 있을 정도로 성숙되었거나 본안사건에 대한 결정이 이미 행해졌다면 권리보호이익이 없다.

마. 가처분결정의 요건(가처분의 실제적 사유)

가처분신청이 적법하더라도 가처분의 사유가 구비되어 있어야 가처분 인용결정을 할 수 있다. 그런데 헌법재판소법에는 가처분에 관한 일반조항이나 심판절차별로 가처분에 관한 규정을 두고 있지 않기 때문에 가처분의 실제적 사유는 헌법재판소법 제40조를 통해 준용되는 민사소송법령, 행정소송법 등의 관련 소송법령의 규정에 의할 수밖에 없다. 그런데 민사소송에서 가처분규정인 민사집행법 제300조 제2항의 임시의 지위를 정하는 가처분의 사유는 사인간의 분쟁에서 본안재판의 보전필요성에만 초점을 맞추고 있어 객관적 헌법질서의 보호와 공익의 관점을 고려하지 않고 있다. 이에 비하여 행정소송법상 집행정지에 관한 규정인 행정소송법 제23조 제2항 및 제3항에서는 공익의 관점을 집행정지의 사유로 함께 규정하고 있다. 따라서 헌법재판에서 가처분 사유는 민사소송법령과 행정소송법의 가처분 관련규정들을 기본적으로 준용하면서도 헌법재판의

안심판의 청구 이후에만 할 수 있다고 해석하여야 한다고 하면서 입법론적 개선이 필요하다고 한다(김하열, 앞의 책, 171면 참조).

특성을 고려하여 그 사유를 판례를 통해 구체화할 수밖에 없을 것이다.

(1) 현저하거나 중대한 불이익의 방지

침해행위가 위헌으로 판명될 경우 신청인이나 공공복리에 발생하게 될 회복하기 어려운 현저한 손해 또는 회복 가능하지만 중대한 손해가 발생할 우려가 있어야 한다. 이 때 손해는 주관적 권리구제의 측면과 객관적 헌법질서의 보호의 측면에서 모두 찾을 수 있고 또한 고려하여야 하는데, 전자의 경우 당사자의 이익이나 기본권 실현의 이익이 주로 고려되고, 후자의 경우에는 법질서나 국가작용에서의 피해 여부, 즉 공공복리에 대한 손해를 주로 의미한다.³³⁷⁾

방지하려는 손해는 현저하거나 중대하여야 한다. 회복하기 어려운 손해라면 현저하거나 중대한 손해를 징표한다고 할 수 있다.³³⁸⁾ 법령에 대한 헌법소원심판에서 가처분 사유로서 현저한 손해는 청구인뿐 아니라 법령의 모든 수범자에게 미치는 전체적 손해를 기준으로 하여 판단하여야 하고,³³⁹⁾ 본안심판의 청구가 명백히 이유 없다면 손해발생의 우려가 없으므로 가처분의 사유를 갖추지 못한 것으로 보아야 할 것이다.

헌법재판소가 법률의 효력을 정지하는 데 있어서는 신중하고 엄격한 판단이 필요하다. 일반적 효력을 가지는 법률의 효력을 정지하는 것은 본안심판절차의 당사자 차원을 넘어 일반국민 모두에게 효력을 미치게 되고, 이로써 헌법재판소가 가처분을 통해 사실상 입법의 영역으로 개입하는 의미를 갖기 때문이다.³⁴⁰⁾

(2) 긴급성의 존재

337) 독일 연방헌법재판소가 가처분의 사유로 판단한 공공복리에 대한 중대한 손해에 해당하는 것으로는 국민경제에 미치는 심각한 피해, 교섭단체의 활동에 대한 심각한 장애, 자치단체 통폐합의 취소, 독일의 동맹관계에 대한 다른 국가들의 신뢰 상실, 외국인 선거권 부여로 인한 근본적인 헌법원리의 침해 등이 있다고 한다. 허영, 앞의 책, 189면 각주1) 참조.

338) 김하열, 앞의 책, 175면.

339) 범규범이 가지는 일반적 효력과 사회경제적 문제를 해결하기 위한 정책적 성격으로 인해 모든 수범자에게 미치는 전체적 손해를 기준으로 하여야 한다.

340) 정중섭, 앞의 책, 217면; 헌법재판연구원(정태호 집필), 주식 헌법재판소법 제257-258면 참조.

가처분은 중대한 손해의 방지를 위하여 긴급히 요청되는 것이어야 한다. 따라서 가처분신청은 본안심판의 결정이 중대한 손실을 방지하기에 적절한 시간 내에 이루어질 것을 기대할 수 없을 때에만 인용될 수 있고, 가처분으로 규율하고자 하는 현상이 이미 발생하였거나 시간적으로 매우 근접해 있어 필요한 조치를 본안결정 때까지 더 이상 미룰 수 없을 때에 긴급성이 인정된다.

긴급성요건은 권리보호이익요건과 기능적으로 중복된다.³⁴¹⁾ 즉 본안에 대하여 적시에 심판이 내려질 수 있거나 본안청구가 명백히 이유 없을 때에는 긴급성요건은 충족되지 않는다.

(3) 가처분의 필요성 : 이익형량 (이중가설의 공식)

가처분결정을 위해서는 가처분신청을 인용하였다가 나중에 본안심판이 기각되었을 때 발생하게 될 불이익과 가처분신청을 기각하였다가 나중에 본안심판이 인용되었을 때 발생하게 될 불이익을 형량하여 그 불이익이 적은 쪽을 선택하여야 한다(이중가설의 공식). 따라서 가처분의 필요성은 가처분을 기각하였을 때 발생하는 불이익이 본안심판이 기각되었을 때 생기는 불이익보다 더 큰 경우에 비로소 인정된다. 헌법재판소와 독일연방헌법재판소 모두 이익형량에 의해 가처분의 필요성을 판단하고 있는데,³⁴²⁾ 이 때 형량의 요소로 고려되는 것은 가처분을 요청하는 공공복리 요청, 가처분을 억제하는 공공복리의 요청, 당사자의 사적·공적 이해관계, 기타 제반사정 등을 포함하는 것이고,³⁴³⁾ 서로 상충하는 구체적인 이익들이 형량의 대상이 되는 것이지 추상적인 일반적 원리를 형량의 대상으로 삼아서는 안 된다.³⁴⁴⁾

이익형량에는 본안소송의 승소가능성이 고려의 대상이 되어서는 안 된다. 하지만 본안소송의 개략적인 평가를 완전히 도외시킬 수는 없을 것이다. 이익형량

341) 김하열, 앞의 책, 151면.

342) 헌재 1999. 3. 25. 98헌사98; 헌재 2000. 12. 8. 2000헌사471; 헌재 2002. 4. 25. 2002헌사129; 헌재 2006. 2. 23. 2005헌사754; 헌재 2014. 6. 5. 2014헌사592 등 참조. 독일연방헌법재판소의 이중가설공식의 적용과 이에 대한 분석에 관해서는 황치연, “헌법재판에서의 가처분”, 헌법판례연구 제4권, 박영사(2002), 327-379면 참조.

343) 김하열, 앞의 책, 177면.

344) 정중섭, 앞의 책, 218면.

에서 본안소송의 청구가 부적법하거나 명백히 이유 없는 경우가 아닌지 여부를 살펴야 하고, 명백히 부적법하거나 이유가 없는 때에는 본안소송의 결과가 이미 정해졌기 때문에 가처분에 의한 잠정적인 권리보호도 불필요하다.³⁴⁵⁾ 그와 같은 이유로 헌법재판소가 가처분신청을 인용한 경우 대부분의 본안의 심판청구 역시 인용되었고, 독일연방헌법재판소의 사례도 역시 그러하다고 한다.³⁴⁶⁾

가처분결정은 어디까지나 잠정적이고 예외적인 조치이기 때문에 이익형량을 비롯한 가처분 요건의 유무를 판단함에 있어서는 항상 엄격하고 제한적인 관점을 유지하여야 한다. 특히 법규범의 효력을 정지시키거나 헌법재판소가 통치기능의 영역에 개입하는 경우 가처분결정은 더욱 신중하여야 한다. 이익형량을 함에 있어서는 단지 신청인의 이해관계뿐 아니라 문제가 될 수 있는 모든 공적·사적 이해관계를 고려해야 할 것이다.³⁴⁷⁾

헌법재판소의 구체적인 결정 사례를 보면, 공원 내의 골프연습장 설치와 관련하여 경기도지사가 한 공원구역 외의 진입도로에 관한 지정·인가처분이 신청인 성남시의 권한을 침해하였다는 권한쟁의심판의 ‘직접처분효력정지가처분신청’ 사건에서, 가처분결정을 하였다가 신청인에게 불리한 본안결정을 하였을 경우 처분 상대방에게는 공사 지연으로 인한 손해가 발생하고, 골프연습장을 이용하려는 잠재적 수요자의 불평이 예상된다는 점 외에 다른 불이익이 없는 반면, 가처분신청을 기각하였다가 신청인의 청구를 인용하는 중구결정을 하였을 경우 피청구인의 직접처분에 따른 처분 상대방의 공사 진행으로 공공용지를 훼손함과 동시에 이의 원상회복을 위한 비용이 소요되는 등의 불이익이 생기게 되므로, 가처분을 인용함이 상당하다고 판단하였고,³⁴⁸⁾ 사법시험 제1차 시험에 4회 이상 응시한 자에 대하여 일정한 응시자격제한을 규정하고 있는 사법시험령 제4조 제3항의 효력정지가처분신청사건에서, 위 법령조항이 효력을 유지하면 신청인들은 곧 실시될 차회 사법시험에 응시할 수 없어 합격기회를 봉쇄당하는 돌이킬 수 없는 손해를 입게 되어 이를 정지시켜야 할 긴급한 필요가 인정되는 반면, 효력정지로 인한 불이익은 별다른 것이 없다고 하여 그 가처분을 인용하는 결정을 하였다.³⁴⁹⁾

345) 허영, 앞의 책, 190면.

346) 허영, 앞의 책, 191면.

347) 헌법재판소, 헌법재판실무제요, 83면 참조.

348) 헌재 1999. 3. 25. 98헌사98.

그리고 군사법원법에 따라 재판을 받는 미결수용자의 면회 횟수를 주 2회로 정하고 있는 군형법시행령 제43조 제2항에 대한 효력정지가처분신청사건에서도, 행정법시행령의 적용을 받아 매일 1회 면회할 수 있는 피구속자와 비교하면 군형법시행령의 적용을 받는 자들은 인간으로서의 행복추구권이나 피고인으로서의 방어권 행사에 회복하기 어려운 손상을 입게 되는 반면, 가처분신청이 인용된다 하여 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려는 없다고 보아 가처분을 인용하였고,³⁵⁰⁾ 기간임용제 교원 재임용탈락의 당부에 대하여 학교법인은 소송으로 다투지 못하게 하고 있는 ‘대학교원 기간임용제 탈락자 구제를 위한 특별법’ 제9조 제1항에 대한 효력정지가처분신청사건에서도, 제소금지조항에 대한 가처분을 인용한 뒤 종국결정에서 청구가 기각되었을 때 침해되는 주된 이익은 부당하게 재임용에서 탈락된 교원들이 입은 불이익이 본안심판청구에 대한 종국결정 시까지 계속된다는 점이나, 이를 제소금지조항에 대한 가처분을 기각한 뒤 종국결정에서 청구가 인용되었을 때 신청인이 행정소송법상의 제소기간 초과 등으로 입게 되는 손해 등과 비교형량해 볼 때 신청인이 입게 되는 불이익이 더 클 것으로 보인다는 이유로 가처분을 인용하였다.³⁵¹⁾ 인천공항출입국관리사무소장을 상대로 난민인정심사불회부결정취소 등 행정소송을 제기한 외국인이 소송수행을 위한 변호인접견신청이 거부되자 변호인접견신청 허가 등을 구한 가처분신청사건에서도, 신청인의 변호인접견을 즉시 허용한다 하더라도 피신청인의 출입국 관리, 환승구역 질서유지 업무에 특별한 지장을 초래할 것이라고 보기 어려운 반면, 가처분신청을 기각할 경우 신청인은 소송 제기 후 5개월 이상 변호인을 접견하지 못하여 공정한 재판을 받을 권리를 심각하게 제한받을 뿐 아니라 변호인 접견을 하지 못한 채 필요한 불복의 기회마저 상실하게 되는 돌이킬 수 없는 중대한 불이익을 입을 수 있음을 이유로 변호인접견의 허가를 명하는 가처분신청을 인용하였다.³⁵²⁾

바. 가처분의 심리와 결정

349) 헌재 2000. 12. 8. 2000헌사471.

350) 헌재 2002. 4. 25. 2002헌사129.

351) 헌재 2006. 2. 23. 2005헌사754.

352) 헌재 2014. 6. 5. 2014헌사592.

(1) 가치분의 심리와 주체

가처분결정은 구두변론 없이도 할 수 있다. 탄핵의 심판, 정당해산의 심판 및 권한쟁의의 심판은 구두변론에 의하도록 규정하고 있는 헌법재판소법 제30조 제1항은 신속하게 잠정적인 조치를 취하여야 하는 가치분의 속성상 가처분절차에는 적용되지 않는다. 특별히 긴급을 요하는 경우에는 당사자나 이해관계인의 의견진술 기회도 주지 아니하고 바로 가처분 결정을 할 수도 있다.

그러나 임시의 지위를 정하는 가치분의 재판에는 변론기일 또는 심문기일을 열어야 하나, 기일을 열어 심리하면 가치분의 목적을 달성할 수 없는 사정이 있으면 변론없이 결정할 수 있다(헌법재판소법 제40조, 민사집행법 제304조).

가처분재판은 재판부에서 한다. 따라서 재판관 7인 이상의 출석으로 사건을 심리하고, 종국심리에 관련한 재판관 과반수의 찬성으로 사건에 관한 결정을 하여야 한다(헌법재판소법 제23조 제1항, 제2항). 헌법소원심판사건에서 지정재판부가 가치분에 관한 심판을 할 수 있는지가 문제되는데, 명문의 규정은 없지만 실무에서는 지정재판부가 헌법소원심판청구에 대해 각하결정을 할 경우 함께 가치분신청을 기각하는 결정을 하고 있다.³⁵³⁾

(2) 가치분의 결정

(가) 각하 및 기각 결정

가처분신청이 부적법하거나 이유가 없을 때에는 각하 또는 기각의 결정을 한다(헌법재판소법 제40조, 민사집행법 제281조, 제301조 참조). 다만 민사소송의 실무상 보전처분에는 실제적 확정력이 없기 때문에 각하결정과 기각결정의 주문을 엄격히 구별하지 않는다. 헌법재판소도 이를 구별하지 않고 대부분 기각결정을 하고 있다. 가처분결정서에도 이유를 기재하여야 한다(헌법재판소법 제36조 제2항 제4호). 기각결정의 경우 ‘신청인의 신청은 이유 없으므로 주문과 같이 결정한다.’라는 형태로 간략하게 이유를 기재하는 것이 통상의 실무례이다.

353) 헌재 1997. 12. 16. 97헌사189; 헌재 2010. 7. 6. 2010헌사485; 헌재 2014. 11. 18. 2014헌사1281 등.

(나) 가처분결정

가처분신청이 적법하고 이유가 있으면 헌법재판소는 가처분신청의 목적을 달성함에 필요한 처분을 할 수 있다(헌법재판소법 제40조, 민사집행법 제305조). 현재의 법적 상태를 규율하는 가처분뿐만 아니라 새로운 법적 상태를 형성하는 가처분도 허용된다. 사안에 따라 구체적인 내용이 달라지겠지만, 다툼이 되는 처분이나 법령 등의 효력정지, 그 집행이나 절차의 속행을 금지하는 내용의 가처분(행정소송법 제23조 제2항)도 가능하고, 본안결정 시까지 응급적·잠정적으로 임시의 지위를 정하는 내용의 가처분도 가능하다(민사집행법 제300조 제2항).

이때 헌법재판소는 신청인의 신청목적에는 구속되지만 신청인의 신청취지에는 구속되지 않는다(헌법재판소법 제40조, 민사집행법 제305조 참조). 따라서 헌법재판소는 재량으로 가처분의 시기, 기간, 방법, 범위 등을 적절하게 한정할 수 있고, 가처분의 목적달성에 필요하다면 다툼의 대상이 되는 처분의 효력정지에서 나아가 임시의 지위를 정하는 가처분도 할 수 있다. 그리고 정당해산심판과 권한쟁의심판의 가처분결정에서도 활동이나 처분의 효력정지결정(헌법재판소법 57조, 제65조)뿐 아니라 가처분의 목적달성에 필요한 다른 내용의 가처분결정을 할 수 있다. 이와 같은 정당해산심판이나 권한쟁의심판에서의 결정은 헌법재판소법 제40조의 일반적 준용규정에 근거한 것으로 헌법재판소도 권한쟁의심판사건에서 헌법재판소법 제65조에 명시된 가처분의 내용에 구속되지 않고 그 밖의 사항에 대해서는 행정소송법, 민사집행법 등 절차법의 규정을 준용하였다.³⁵⁴⁾

(다) 가처분결정의 효력과 집행

반복적인 가처분신청을 막기 위해 가처분 결정에도 확정력을 인정함이 타당하고, 가처분 결정의 내용에 따라 피신청인의 별도 행위 없이 본안사건의 결정이 있을 때까지 가처분 결정의 내용대로 법률관계가 형성되며(형성력), 가처분 결정의 내용대로 당사자를 기속하므로 피신청인은 동일한 내용의 다른 처분을 할 수 없고, 다른 모든 국가기관은 가처분 결정에 기속된다.

354) 헌재 1999. 3. 25. 98헌사98.

가처분신청에 대한 결정을 한 때에는 결정서 정본을 신청인에게 바로 송달하여야 하고, 가처분신청에 대하여 답변서를 제출한 피신청인, 의견서를 제출한 이해관계기관이 있을 때에는 이들에게도 결정서 정본을 송달하여야 한다(심판규칙 제51조 제1항). 가처분 결정이 있을 때 그 집행은 원칙적으로 가압류명령의 집행 또는 강제집행의 예에 따른다(헌법재판소법 제40조, 민사집행법 제301조).

(2) 가처분결정의 취소와 이의

가처분 인용결정 후 본안사건의 결정이 있기 전까지 가처분사유가 소멸되었다고 인정될 경우에는 헌법재판소법 제40조, 민사집행법 제301조, 제288조 제1항, 제307조, 행정소송법 제24조 제1항을 준용하여 당사자의 신청이나 직권으로 가처분을 취소할 수 있다.

그리고 민사집행법상 가처분신청을 기각하거나 각하하는 결정에 대해서는 즉시항고를 할 수 있고(민사집행법 제301조, 제281조 제2항). 행정소송법상의 집행정지절차에서도 집행정지결정 또는 기각결정에 불복하는 경우 즉시항고를 할 수 있다(행정소송법 제23조 제5항). 헌법재판에서도 이들 규정을 준용하여 즉시항고를 할 수 있을 것인가 문제되는데, 단심제인 헌법재판의 특성상 이를 준용할 수 없을 것이다.

그러나 가처분 인용결정에 대해서는 민사집행법상의 이의신청(민사집행법 제301조, 제283조 제1항)이 준용될 수 있을 것이다. 이의신청제도는 가처분을 한 법원에게 변론 또는 당사자 쌍방이 참여하는 심문을 거쳐 다시 가처분신청의 당부를 판단해 줄 것을 요구하는 절차이기 때문이다.³⁵⁵⁾ 이의신청이 있으면 변론기일 또는 당사자 쌍방이 참여할 수 있는 심문기일을 열어 심리하여야 한다(민사집행법 제301조, 제286조 제1항). 그러나 이의신청이 가처분절차의 집행

355) 따라서 피신청인에게 구두변론 등을 통해 절차보장이 충분히 이루어졌다면 이의신청이 허용될 필요가 없다. 독일연방헌법재판소법은 이러한 취지에서 가처분결정이 변론 없이 이루어진 경우에만 이의신청을 허용하고, 이 경우 반드시 구두변론절차를 거칠 것을 요구하고 있다.

독일연방헌법재판소법 제32조 (3) 가처분의 결정에 대해서는 이의를 제기할 수 있다. 진단의 규정은 헌법소원심판절차에서 소원청구인에게는 적용되지 않는다. 연방헌법재판소는 이의에 대하여 변론을 거쳐 재판한다. 변론은 이의의 이유제출 후 2주 내에 열어야 한다.

을 정지시키지는 아니한다(민사집행법 제301조, 제283조 제3항).

10. 중국결정

가. 중국결정의 의의와 종류, 소수의견의 공표

재판부가 심리를 마치면 중국결정을 한다(헌법재판소법 제36조 제1항). 중국결정은 심판청구에 대한 재판부의 최종적인 판단으로 심판사건을 완결하는 의미를 갖는다. 따라서 재판관의 제척·기피 등에 대한 결정이나 변론기일의 지정 등 재판에 부수적이거나 재판장의 소송지휘상 판단으로서 결정, 중간결정 등은 중국결정이 아니다. 현행 헌법재판소법상 헌법재판소의 중국결정은 모두 결정의 형식으로 이루어진다.³⁵⁶⁾

중국결정의 유형은 심판청구가 적법요건상의 하자로 인하여 부적법한 경우의 각하결정을 제외하고는 개별심판절차에 따라 다르다. 먼저 대립당사자구조를 갖는 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판에서는 청구이유가 없을 때 중국결정은 기각결정이다. 당사자대립구조가 아닌 법령에 대한 위헌여부의 심판(위헌법률심판, 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판)에서는 합헌결정을 한다.

심판청구나 위헌제청을 받아들이는 중국결정으로서의 법령조항이 심판대상인 경우에는 (단순)위헌결정, 헌법불합치결정, 한정위헌결정, 한정합헌결정 등이 있고, 다른 심판절차로서 탄핵심판에서는 파면결정, 정당해산심판에서는 해산결정, 권한쟁의심판에서는 권한침해결정(처분에 대한 취소결정·무효확인결정), 헌법소원심판에서는 취소결정 또는 무효확인결정이 있다.

중국결정의 유형은 헌법재판소법에 명시된 결정의 유형 외에도 헌법재판소가 개별심판절차의 본질이나 기능에 비추어 실체법인 헌법의 실현과 헌법적 분쟁의 해결에 가장 적절하고 적합한 결정의 유형을 헌법과 헌법재판소법이 허용하는 한계 내에서 스스로 창설할 수 있다. 따라서 법령에 대한 위헌결정의 유형

356) 독일연방헌법재판소의 경우 구두변론의 유무에 따라 판결과 결정으로 중국결정의 형식이 나누어진다.

제32조 (2) 변론에 기한 재판은 판결(Urteil)로, 변론에 기하지 아니한 재판은 결정(Beschluss)으로 내린다.

으로서 한정위헌(합헌)결정이나 헌법불합치결정의 경우 헌법재판소법에 명시적인 규정이 없다고 하더라도 헌법재판소가 심판대상인 법령조항의 위헌적인 부분을 제거하고 합헌성을 회복하는 취지의 결정을 한 것으로 위헌결정의 한 유형으로 기속력이 인정되어야 할 것이다.³⁵⁷⁾

심판에 관여한 재판관은 결정서에 의견을 표시하여야 한다(헌법재판소법 제36조 제3항). 따라서 주문을 이끌어낸 의견인 법정의견 외에 평의에서 반대의견, 별개의견, 보충의견 등 소수의견을 개진한 재판관도 그 의견을 표시할 의무를 진다. 이는 평의의 비밀을 요구하는 헌법재판소법 제34조 제1항 단서의 예외를 규정한 것이다.

나. 종국결정의 선고

종국결정의 선고는 심판정에서 공개적으로 하여야 한다(헌법재판소법 제33조, 제34조 제1항). 공개리에 선고하여야 하는 종국결정의 종류나 범위에 관하여 헌법재판소법에서 아무런 규정을 두고 있지 않지만, 헌법재판소 실무는 전원재판부의 종국결정에 대해서는 모두 심판정에서 선고를 하고 있다. 지정재판부의 결정이나 신청사건의 결정은 선고에 의하지 않고 결정문 정본을 송달하여 고지한다.

종국결정의 선고는 재판장이 결정서 원본에 따라 주문을 읽고 이유의 요지를 설명하는 방식으로 하는데, 필요한 때에는 다른 재판관으로 하여금 이유의 요지를 설명하게 할 수 있다(심판규칙 제48조 본문). 다만, 법정의견과 다른 의견이 제출된 경우에는 재판장은 선고 시 이를 공개하고 그 의견을 제출한 재판관으로 하여금 이유의 요지를 설명하게 할 수 있다(심판규칙 제48조 단서).

다. 종국결정의 효력

357) 한정위헌결정과 헌법불합치결정에 대하여 대법원은 기속력의 인정과 관련하여 일관적인 입장을 가지고 있지 않다. 사건에 따라 기속력을 인정하기도, 부인하기도 하지만, 헌법 제117조 제1항 및 헌법재판소법 제45조 본문에 근거하여 변형결정을 부정하는 입장을 취하고 있다.

헌법재판 역시 사법작용에 해당하므로 법적 안정성을 위하여 일반재판의 판결과 같이 확정력이 인정되고, 주관적 권리보호에 더하여 법질서를 보호하는 헌법재판의 특수성 때문에 다른 국가기관의 행위나 같은 사법기관으로서 일반 법원의 판결에는 인정되지 아니하는 특수한 효력으로서 기속력과 법규적 효력이 인정된다. 헌법재판소법은 헌법재판소 결정의 효력과 관련하여 일사부재리(제39조)와 기속력(제47조, 제67조, 제75조)을 명시적으로 규정하고 있고, 그 외의 사법작용으로서 판결의 일반적 효력은 헌법재판소법 제40조의 일반적 준용조항에 근거하여 민사소송법 등이 정하는 판결의 효력을 정한 규정을 준용함으로써 인정할 수 있다.

헌법재판의 경우 일반법원의 재판과 사법작용으로서 유사한 점이 있지만, 헌법 자체의 특성과 헌법재판에서 심판대상의 특수성으로 인해 일반재판과는 본질적으로 다른 부분이 많다. 나아가 개별 심판절차별로도 그 성격이나 절차가 근본적으로 다르기 때문에 개별심판절차별로 결정의 효력을 달리 파악할 필요성도 매우 크다.

따라서 일반심판절차에서는 헌법재판소법 제39조의 일사부재리원칙과 일반법원 판결의 효력을 정한 민사소송법 등 소송법의 규정을 준용할 수 있는 범위에서 헌법재판소 결정의 효력을 살펴보고, 개별 심판절차에서 해당 결정의 효력을 검토하기로 한다.

(1) 확정력

사법작용으로서 판결이 확정되면 그와 동시에 판결법원에 대한 관계에서 발생하는 자기기속력, 판결의 확정에 의하여 당사자에 대한 관계에서 발생하는 형식적 확정력, 법원 및 당사자에 대한 관계에서 발생하는 실질적 확정력 등 효력이 발생한다.³⁵⁸⁾

헌법재판에서 확정력에 관한 명문의 규정은 없으나, 헌법재판소법 제39조에서 “헌법재판소는 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대해서는 다시 심판할 수 없다.”는 일사부재리에 관한 규정을 두고 있고, 헌법재판소의 심판절차에 대하여 민사소송에 관한 법리가 포괄적으로 준용(헌법재판소법 제40조)되는 점을 감안

358) 이시윤, 앞의 책, 622면 참조.

하면, 헌법재판소의 결정에서도 확정력이 인정된다고 할 것이다.

(가) 자기기속력

헌법재판소의 결정이 선고되면 그것으로 재판이 확정되고, 헌법재판소는 동일한 심판에서 자신이 내린 결정을 더 이상 취소하거나 변경할 수 없다³⁵⁹⁾ 다만, 결정서에 잘못된 계산이나 기재, 그 밖에 이와 비슷한 잘못이 있음이 분명한 때에 헌법재판소는 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 경정결정을 할 수 있다(헌법재판소법 제40조, 민소 제211조). 자기기속력은 동일한 심판에서 헌법재판소가 스스로 내린 결정에 직접 구속된다는 점에서 후행심판과의 관계에서 문제되는 기판력과 구별된다.

자기기속력은 재판에 대한 신뢰와 법적 안정성에 그 근거를 두고 있다. 헌법적 분쟁을 해결하고 객관적 헌법질서를 보호하는 헌법재판의 본질상 자기기속력을 인정하지 않으면 헌법재판의 기능을 수행할 수 없기 때문이다. 이는 헌법에서 헌법재판제도를 둔 것에 근거를 두고 있으며 헌법재판소법 제39조의 일사부재리 역시 그 근거가 된다.³⁶⁰⁾

(나) 형식적 확정력

헌법재판은 단심이고 상급심이 없으므로 헌법재판소의 결정이 내려지면 당사자는 더 이상 그 결정에 불복하여 다툴 수 없다. 이를 형식적 확정력이라고 하는데, 결정이 선고됨으로써 형식적 확정력이 발생한다. 따라서 당사자는 이의 신청, 즉시항고, 헌법소원 등 어떤 방식으로도 헌법재판소의 결정에 대하여 불복할 수 없다.³⁶¹⁾

헌법재판소의 종국결정이 있음에도 당사자가 계속해서 다툴 수 있다면 헌법재판의 분쟁해결 기능이나 헌법질서 수호의 기능이 제대로 이행될 수 없을 것이기 때문에 형식적 확정력은 법치주의원리와 헌법재판제도를 정한 헌법규정에 그 근거를 둔 것이고, 또한 일사부재리에도 근거를 두고 있다.

359) 헌재 1989. 7. 24. 89헌마141; 헌재 1993. 2. 19. 93헌마32 등 참조

360) 김하열, 앞의 책, 241면; 정종섭, 앞의 책, 174면 참조.

361) 헌재 1990. 10. 12. 90헌마170; 헌재 1994. 12. 29. 92헌아1 등 참조.

(3) 기관력(실체적 확정력)

기관력이란 헌법재판소 결정에 형식적 확정력이 발생하면 당사자는 후행 심판에서 동일한 사항에 대하여 다시 심판을 청구하지 못하고, 헌법재판소도 확정된 선행 결정의 판단내용에 구속되는 것을 의미한다. 이는 확정된 결정이 당사자 및 후행 심판을 내용적으로 구속하는 효력으로 실질적 확정력이라고도 한다.

기관력은 확정된 결정의 내용이 당해 심판이 아니라 후행 심판에서 당사자 및 헌법재판소를 구속한다는 측면에서 당해 심판과의 관계에서 헌법재판소를 구속하는 자기기속력이나 형식적 확정력과 구별된다.

기관력은 민사소송에서와 마찬가지로 분쟁해결의 수단으로서 법치주의원리와 그 내용으로서 법적 안정성의 요청, 그리고 헌법상 분쟁의 해결과 객관적 헌법질서의 보호를 헌법재판의 기능으로 설정한 헌법의 규정에 그 근거를 두고 있다. 그리고 헌법재판소법 제39조의 일사부재리가 기관력의 근거가 되는지에 대하여 견해가 나뉘지만, 헌법재판에서도 일사부재리는 당해 심판을 넘어 후행 심판에서 당사자나 헌법재판소로 하여금 선행 심판에 대해 재론할 수 없도록 하는 것으로 파악될 수 있으므로 일사부재리가 역시 기관력의 근거가 될 수 있을 것이다.³⁶²⁾

11. 재심

가. 재심의 의의와 심판절차별 허용 여부

재심이란 이미 확정력이 발생한 헌법재판소 결정에 재심사유에 해당하는 중대한 하자가 있는 경우 그 결정의 취소와 사건에 대해 다시 심판을 구하는 비상 의 불복신청방법을 말한다. 헌법재판소 결정이 확정되면 그에 따라 헌법적 분쟁을 해결하고, 새로운 헌법질서를 형성하게 된다. 따라서 이와 같이 확정된 결정에 하자가 있다고 하여 이를 언제라도 다시 다룰 수 있고, 헌법재판소도 다시 판단할 수 있다고 한다면 결정에 기초한 법적 분쟁의 해결과 그에 기한 법적 안정성의 확보에 매우 심각한 위해가 발생할 뿐 아니라 헌법재판소의 결정이 제

362) 김하열, 앞의 책, 241면 참조.

대로 기능을 하지 못하게 된다. 이 경우 법적 안정성의 요청과 하자를 가진 결정을 바로 잡아야 한다는 구체적 정의의 요청 사이의 균형과 조화를 위한 제도가 바로 재심이다.

헌법재판소 결정에 대한 재심의 허용 여부와 관련하여 헌법재판소법에는 별도의 명문규정을 두고 있지 않다. 그러므로 헌법재판소 결정에 대하여 재심을 허용할 수 있는지 여부에 관하여 논란이 있을 수 있으나, 헌법재판은 그 개별심판의 유형에 따라 그 절차의 내용과 효과가 한결같지 아니하기 때문에 재심의 허용 여부 내지 허용 정도 등도 심판절차의 종류에 따라서 개별적으로 판단될 수밖에 없을 것이다.³⁶³⁾ 즉, 헌법재판소법 제40조의 일반적 준용규정에 따라 개별심판절차별로 민사소송법이나 형사소송법이 정하는 재심조항의 준용가능성에 대하여 구체적으로 검토하여야 할 것이다.

(1) 법령을 대상으로 한 심판절차에서 재심의 허용 여부

위헌법률심판, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판, 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판 중 법령을 대상으로 한 사건에서 재심이 허용되는지 여부가 문제된다.

위헌법률심판절차에서 제청신청인은 사건의 당사자라고 할 수 없으므로 위헌법률심판사건에서 행하여진 결정에 대하여 재심을 청구할 수 있는 지위 내지 적격을 갖지 못한다.³⁶⁴⁾ 재심은 재판을 받은 당사자에게 인정되는 특별한 불복절차이므로 당사자를 따로 상정할 수 없는 위헌법률심판에서 재심청구는 부적법하다.

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판에서 행해진 결정에 대한 재심의 경우 청구인이 존재하므로 위헌법률심판절차와 달리 재심을 청구할 수 있는 당사자는 존재하지만, 이를 허용하는 경우 심판대상 법률조항과 관련되는 모든 국민의 법률관계에 매우 큰 혼란을 초래하거나 법적 생활에 불안정을 초래하게 된다. 따라서 이 경우 재심을 허용하지 아니함으로써 얻을 수 있는 법적 안정성의 이익이 재심을 허용함으로써 얻을 수 있는 구체적 정의의 이익보다 훨씬 높

363) 헌재 1995. 1. 20. 93헌아1.

364) 헌재 2004. 9. 23. 2003헌아61.

을 것으로 쉽사리 예상할 수 있으므로, 그 성질상 재심이 허용될 수 없을 것이다.³⁶⁵⁾

헌법재판소법 제68조 제1항의 범령을 대상으로 한 헌법소원심판절차에서도 마찬가지로 이유로 재심을 허용할 수 없을 것이다.³⁶⁶⁾

(2) 일반 공권력을 대상을 한 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판에서 재심의 허용 여부

처음에 헌법재판소는 범령 외의 공권력을 대상으로 하는 헌법소원심판에서 재판부의 구성이 위법한 경우 등 절차상 중대하고도 명백한 위법이 있어서 재심을 허용하지 아니하면 현저히 정의에 반하는 경우에 한하여 제한적으로 재심이 허용될 수 있다고 판시³⁶⁷⁾함으로써 제한적인 범위에서 재심의 가능성을 인정하였으나, 실제로 헌법재판소가 재심을 허용한 사례는 없었다. 그 후 헌법재판소는 명시적으로 판례를 변경하여 헌법소원심판에서 직권주의가 적용된다고 하더라도 당사자가 주장한 사항에 대해서는 판단하여야 하며, 이를 판단하지 않은 판단유탈이 재심사유로 허용되지 않는다고 하면 중대한 사항에 대한 판단을 유탈함으로써 결정에 영향을 미쳤다고 하더라도 그 잘못을 영원히 시정할 수 없게 되므로 공권력의 작용에 대한 권리구제형 헌법소원심판절차에 있어서는 ‘헌법재판소의 결정에 영향을 미칠 중대한 사항에 관하여 판단을 유탈한 때’는 재심이 허용된다고 판시하였다.³⁶⁸⁾

그에 따라 잘못 기재된 사실조회 회보나 우편송달보고서를 근거로 청구기간을 잘못 계산하여 헌법소원심판청구를 청구기간의 경과로 각하한 경우에도, 이 재심대상결정에는 ‘판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 누락한 때’에 준하는 재심사유가 있다고 하여 재심을 허용하였다.³⁶⁹⁾

(3) 정당해산심판에서 재심의 허용 여부

365) 헌재 1992. 6. 26. 90헌아1.

366) 헌재 2002. 9. 19. 2002헌아5.

367) 헌재 1995. 1. 20. 93헌아1.

368) 헌재 2001. 9. 27. 2001헌아3; 헌재 2002. 3. 28. 2001헌아22.

369) 헌재 2009. 6. 25. 2008헌아23.

대심구조절차인 정당해산심판에서 재심이 허용되는지도 문제된다. 이에 대해 헌법재판소는 ‘정당해산결정은 원칙적으로 해당 정당에게만 그 효력이 미치고, 정당해산결정은 해당 정당의 해산에 그치지 않고 대체정당이나 유사정당의 설립까지 금지하는 효력을 가진다. 따라서 오류가 드러난 결정을 바로잡지 못한다면 현 시점의 민주주의가 훼손되는 것에 그치지 않고 장래 세대의 정치적 의사결정에까지 부당한 제약을 초래할 수 있다. 따라서 정당해산심판에서는 재심을 허용하지 아니함으로써 얻을 수 있는 법적 안정성의 이익보다 재심을 허용함으로써 얻을 수 있는 구체적 타당성의 이익이 더욱 크다고 할 것이므로 재심이 허용되며, 재심절차에서는 원칙적으로 헌법재판소법 제40조에 따라 민사소송법상 재심에 관한 규정이 준용된다.’고 판시하여 정당해산심판에서 재심이 허용됨을 분명히 하였다.³⁷⁰⁾

(4) 탄핵심판에서 재심의 허용 여부

탄핵심판 역시 대심구조절차이고 결정의 효력 역시 피소추자에게만 미치므로 하자가 중대한 경우 재심을 허용할 여지가 있을 것이다. 그러나 대통령에 대한 탄핵결정의 경우 그 헌법적 의미의 중대성과 탄핵결정 이후 60일 이내 후임자를 선출할 것이 헌법상 요구되므로(헌법 제68조 제2항) 재심절차로 인한 사회적 파장이나 정치적 혼란 등을 이유로 재심이 허용될 수 없다고 볼 것이다.

독일의 경우에도 명시적으로 법원에 대한 탄핵결정에 대해서는 재심을 허용하고, 연방대통령에 대한 탄핵결정에는 이를 허용하지 않는다.³⁷¹⁾

370) 헌재 2016. 5. 26. 2015헌아20.

371) 독일연방헌법재판소법 제61조 (1) 재심절차는 유죄선고를 받은 자의 이익을 위하여, 그리고 그의 청구 또는 그의 사후(死後)에는 배우자나 동성의 생활 동반자 또는 직계비속의 청구에 의하여 형사소송법 제359조 및 제364조의 요건 하에 행하여진다. 청구에는 재심의 법률적 근거 및 증거방법이 제시되어야 한다. 판결의 효력은 재심청구에 의하여 영향을 받지 아니한다.

(2) 연방헌법재판소는 변론 없이 청구의 인용에 관하여 결정한다. 형사소송법 제368조, 제369조 제1항, 제2항, 제4항, 제370조 및 제371조 제1항 내지 제3항의 규정을 준용한다.

(3) 새로운 본안심리에서는 원판결을 유지하든가 더 경한 처분 또는 무죄를

(5) 권한쟁의심판에서 재심의 허용 여부

권한쟁의심판도 대심구조절차이고 결정의 효력도 원칙적으로 피청구인에게만 미치므로 하자가 중대한 경우 재심을 허용할 여지가 있을 수 있을 것이다. 반면 권한쟁의심판은 객관적 권한질서의 보호에 그 본질이 있으므로 이를 부정하는 견해도 충분히 가능할 것이다.

한편, 사실상 법령을 심판대상으로 함으로써 규범통제의 성격도 아울러 가지는 법령의 제·개정행위에 대한 권한쟁의심판에서는 재심을 허용하기 어려운 경우도 있을 것이다.

나. 재심의 청구와 심판절차

(1) 재심의 청구

재심은 재심 전 심판절차의 당사자가 청구할 수 있다. 재심청구서에는 재심 청구인 및 대리인의 표시, 재심할 결정의 표시와 그 결정에 대하여 재심을 청구하는 취지, 재심의 이유를 기재하여야 하고, 재심대상이 되는 결정의 사본을 붙여야 한다(심판규칙 제53조 제1항, 제2항).

(2) 재심청구기간

재심청구의 기간에 대해서도 헌법재판소법이나 헌법재판소 심판규칙에서 아무런 정함이 없으므로 심판규칙 제52조³⁷²⁾와 헌법재판소법 제40조에 근거하여 재심 전 심판절차에 관한 규정을 준용하여야 할 것이다. 헌법재판에서 재심과 관련하여 재심을 허용하지 않음으로써 얻는 법적 안정성의 이익과 이를 허용함으로써 얻는 구체적 타당성의 요청 사이의 형량에 따라 그 허용 여부를 판단한 바와 같이, 청구기간을 정함에 있어서도 민사소송법 제456조³⁷³⁾의 재심청구기

선고하여야 한다.

372) 제52조(재심의 심판절차) 재심의 심판절차에는 그 성질에 어긋나지 아니하는 범위 내에서 재심 전 심판절차에 관한 규정을 준용한다.

373) 제456조(재심제기의 기간) ①재심의 소는 당사자가 판결이 확정된 뒤 재심

간과 같이 재심을 허용하더라도 예외적이고 비상적인 권리구제절차로서 특성상 법률관계의 조속한 안정을 위해 청구기간의 설정이 불가피할 것이다. 따라서 재심청구는 당사자가 결정이 확정된 후 재심의 사유를 안 날부터 30일 이내에 제기하여야 한다(헌법재판소법 제40조, 민사소송법 제456조). 또한 결정이 확정된 후 5년을 경과한 때에는 재심을 청구하지 못한다. 재심의 사유가 결정이 확정된 후에 발생한 경우에는 위 5년의 기간은 사유가 발생한 날부터 기산한다.

탄핵결정에 대한 재심청구에 있어서 재심청구의 기간제한이 있는지 여부와 관련하여 헌법재판소법 제40조의 준용규정과 관련하여 견해의 대립이 있다. 헌법재판소법 제40조 제1항 및 제2항에 의해 탄핵심판에서는 형사소송에 관한 법령이 민사소송에 관한 법령보다도 우선적으로 적용되므로 형사소송법이 우선 적용되는 탄핵심판의 재심절차에서는 형사소송법상의 재심청구기간이 탄핵심판의 성질에 반하지 않는 한 적용되어야 한다. 그런데 형사소송법상 재심청구에는 청구기간의 제한이 없는데(형사소송법 제427조),³⁷⁴⁾ 이를 그대로 준용하는 경우 탄핵결정에 대한 재심의 경우에는 재심청구기간에 제한이 없다.³⁷⁵⁾ 이에 대하여 탄핵심판의 경우에는 형사소송의 규정이 준용될 것이므로 재심청구에 기간제한이 없다고 보는 견해³⁷⁶⁾가 있는 반면에, 재심청구 기간의 적용 여부와 관련해서는 탄핵심판과 형사재판이 서로 그 성질을 달리하므로 재심기간에 대해서는 형사소송법을 준용할 수 없다는 견해가 있다.³⁷⁷⁾

의 사유를 안 날부터 30일 이내에 제기하여야 한다.

②제1항의 기간은 불변기간으로 한다.

③판결이 확정된 뒤 5년이 지난 때에는 재심의 소를 제기하지 못한다.

④재심의 사유가 판결이 확정된 뒤에 생긴 때에는 제3항의 기간은 그 사유가 발생한 날부터 계산한다.

374) 제427조(재심청구의 시기) 재심의 청구는 형의 집행을 종료하거나 형의 집행을 받지 아니하게 된 때에도 할 수 있다.

375) 형사소송법상 재심제도의 이론적 근거에 대해서는 입법정책설과 헌법적 근거설(적법절차원리, 공정한 재판을 받을 권리)이 있다고 한다. 헌법적 근거설에 따르면 재심의 범위를 폭넓게 허용하여야 하는 반면, 입법정책설에 따르면 법적 안정성과 실질적 정의를 강조하여 재심의 허용범위를 엄격히 제한하여야 한다고 본다. 이에 대해 자세한 것은 이창현, 형사소송법, 피앤씨 미디어, 2018, 1291면 참조.

376) 김하열, 앞의 책, 254면; 신평, 앞의 책, 307면 각 참조. 다만, 김하열 교수는 탄핵결정이 가진 정치적 의미를 고려할 때 입법론적으로는 청구기간을 제한하는 것이 타당하다고 한다.

탄핵심판의 경우 형사재판과 유사한 점이 많지만, 탄핵심판은 형사재판 외에도 징계절차로서의 성격과 헌법에 대한 침해로부터 헌법질서를 보호하는 헌법재판으로서 객관적 성격도 아울러 함께 가지고 있다. 탄핵심판의 대상이 고위직 공직자에 한정되고, 탄핵의 사유도 형벌규정에 대한 위반뿐 아니라 헌법과 법률에 위반되는 모든 행위가 그 대상이 되므로 국가기관의 기능보호와 공직영역의 안정 및 원활한 직무수행을 보장하기 위하여 재심청구기간을 제한하는 것이 탄핵심판의 본질과 기능, 피소추자의 권한보호에 비추어 더욱 합목적적인 견해라고 생각된다. 따라서 탄핵결정에 대한 재심청구의 경우에도 형사소송법이 아니라 민사소송법상의 재심청구기간이 준용된다고 보는 것이 타당할 것이다.

12. 결정의 집행

가. 의의와 필요성

현행 헌법재판소법은 헌법재판소 결정의 집행이나 결정의 실효성을 담보하기 위한 집행에 관한 일반조항을 두고 있지 않으며, 정당해산심판의 경우에만 명시적인 특별규정을 두고 있다.³⁷⁸⁾ 헌법재판소 결정의 실효성이 담보되지 않으면 헌법의 우위를 확보하기 위한 헌법재판제도가 유명무실화 된다는 점에서 결정의 실효성 내지 집행력을 확보하기 위하여 다른 소송절차와 마찬가지로 일반적 또는 개별적인 집행조항을 두고 있는 입법례가 일반적이다.³⁷⁹⁾

377) 정종섭 교수는 재심기간의 적용 여부와 관련하여 탄핵심판과 형사재판의 성질이 서로 다르다고 하면서 청구기간이 제한되는지에 대해서는 언급을 하지 않고 있다. 정종섭, 앞의 책, 195면 참조.

378) 제60조(결정의 집행) 정당의 해산을 명하는 헌법재판소의 결정은 중앙선거관리위원회가 「정당법」에 따라 집행한다.

379) 독일연방헌법재판소법 제35조는 “연방헌법재판소는 그 결정에서 집행기관을 지정할 수 있고, 구체적인 집행유형·방법을 정할 수 있다.”라고 하여 집행에 관한 일반조항을 두고 있다. 연방헌법재판소는 위 조항이 연방헌법재판소의 최고헌법기관 중의 하나로서의 지위를 고려하여 그 결정의 실현에 필요한 모든 조치를 할 수 있는 권한을 부여한 것으로 이해하면서 집행이 필요한 이행결정뿐 아니라 강제집행을 필요로 하지 않는 확인결정(법률의 위헌무효선언 등)이나 형성결정(재판취소 등)의 실현을 위하여도 결정에서 집행조치를 정할 수 있다고 판시하였다(BverfGE 6. 300[303f.]).

나. 입법의 공백과 헌법재판소법 제40조에 따른 준용과 그 한계

민사소송상 집행은 집행권원을 취득한 집행채권자의 신청에 의하여 국가의 집행기관이 집행채권자를 위하여 집행권원에 표시된 사법상의 이행청구권을 강제적으로 실현하는 절차로서 판결절차를 통해 확정된 판결을 임의로 이행하지 않은 경우 이를 강제적으로 실현하는 절차이다.³⁸⁰⁾ 따라서 민사소송상 집행의 개념은 원칙적으로 법원의 판결이 임의로 이행되지 않는 경우에 이를 강제적으로 실현하여 판결의 내용대로 이행을 확보하는 작용으로 볼 수 있다.

그러나 헌법재판의 경우 심판절차의 당사자가 대부분 국가기관 등 공권력의 주체이고, 그 결정의 이행의무자 역시 공권력 주체이므로 공권력 주체의 위헌·위법한 행위를 용인하지 않는 한 헌법재판소 결정의 기속력(헌법재판소법 제47

오스트리아의 경우도 연방 헌법 제146조에서 ‘연방 및 지방자치단체 등에 대한 재산권분쟁의 경우에는 법원이, 나머지 재판의 경우에는 연방대통령이 집행할 수 있다.’고 규정하여 집행에 관한 일반조항을 두고 있다. 원칙적으로 연방대통령에게 집행에 관한 의무를 부과하고, 연방대통령은 재량에 의해 연방 또는 주의 기관에 집행을 위임하고 지시할 수 있다.

스페인의 경우 집행에 관한 강력하고 포괄적인 집행조항을 규정하고 있다. 스페인 헌법재판소조직법 제92조는 “① 헌법재판소는 결정의 효과적인 이행을 보장한다. 결정 내지 후속조치에 누가 집행할지, 필요한 집행 방법, 경우에 따라 집행의 효과를 정할 수 있다. 또한 헌법재판소의 관할을 행사하면서 선고된 결정에 반하는 어떠한 결정에 대해 무효를 선언할 수 있고, 이를 집행하기 위해 검찰과 결정을 내린 기관의 사전 심문이 있어야 한다.”라고 하여 헌법재판소가 결정에서 집행의 기관 및 방법을 정할 수 있고, 결정에 반하는 모든 국가행위에 대해 무효를 선언할 수 있다고 규정하고 있다. 그리고 같은 조 제4항에서는 헌법재판소 결정이 이행되지 않은 경우 책임있는 사람이나 공무원, 공권력주체에 대해 이행강제금을 부과할 수 있고, 결정이 준수되었는지 여부를 확인하기 위해 관계 공무원이나 공권력주체의 직무를 정지할 수 있다고 규정하고 있다.

미국연방대법원의 경우 형평법(Equity)상의 강제이행명령(Enforcement Decree)에 근거하여 광범위한 집행권한을 갖고 있으며, 학교에서의 흑백차별 금지를 선언한 Brown v. Board of Education 사건의 강제이행명령인 Brown v. Board of Education II 사건에서 “가급적 신속하게 교육당국이 인종분리학제를 폐지할 의무”를 부과한 바 있고, Swan v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education 결정에서도 흑백분리의 철폐를 위한 버스통학제의 강제실시를 명한 바 있다.

380) 김홍엽, 민사집행법, 박영사, 2017, 4면 참조.

조 제1항, 제67조 제1항, 제75조 제6항)에 근거하여 결정의 내용이 제대로 이행되지 않거나 실현되지 않는 경우를 상정하기는 어렵다. 따라서 헌법재판소에서 집행이란 결정의 내용을 그대로 이행하는 직접적인 집행이 아니라 주로 헌법재판소 결정의 내용을 준수하고 그 취지를 존중하도록 보장하는 것으로 민사소송의 집행개념과 비교하여 다소 차이가 있을 수 있을 것이다.³⁸¹⁾ 즉 법률조항에 대한 위헌결정을 통해 위헌법률이 즉시 그 효력을 상실하기 때문에(헌법재판소법 제47조 제3항) 이로써 헌법재판소 결정은 그대로 이행된 것이고, 집행의 문제를 남기지 아니한다. 또한 집행의 대상이 되는 이행결정 역시 헌법재판에서는 거의 찾아보기 어렵다.³⁸²⁾ 따라서 헌법재판소 결정의 집행과 관련하여 주로 문제가 되는 것은 결정의 준수 그 자체가 아니라 헌법재판소 결정을 통한 새로운 헌법 해석의 실현과 결정으로 인한 위헌적인 상태의 극복 및 위헌적인 상태에서 합헌적인 상태로의 이행과정에 대한 사후관리 등을 모두 포함하는 것으로 그 개념을 넓게 보아야 할 것이다.³⁸³⁾

헌법재판소도 “만일 해산되는 위헌정당 소속 국회의원들이 의원직을 유지한다면 그 정당의 위헌적인 정치이념을 정치적 의사 형성과정에서 대변하고 또 이를 실현하려는 활동을 계속하는 것을 허용함으로써 실질적으로는 그 정당이 계속 존속하여 활동하는 것과 마찬가지로의 결과를 가져오게 될 것이다. 따라서 해산정당 소속 국회의원의 의원직을 상실시키지 않는 것은 결국 위헌정당해산 제도가 가지는 헌법수호의 기능이나 방어적 민주주의의 이념과 원리에 어긋나는 것이고, 나아가 정당해산결정의 실효성을 제대로 확보할 수 없게 된다. 이와 같이 헌법재판소의 해산결정으로 해산되는 정당 소속 국회의원의 의원직 상실은 정당해산심판제도의 본질로부터 인정되는 기본적 효력으로 봄이 상당하므로, 이에 관하여 명문의 규정이 있는지 여부는 고려의 대상이 되지 아니하고, 그 국회의원의 지역구에서 당선되었는지, 비례대표로 당선되었는지에 따라 아무런

381) 김환학, “독일 연방헌법재판소의 규범통제와 경과규율”, 헌법재판연구원 (2019), 9면 참조.

382) 헌법재판소 결정은 주로 형성판결이나 확인판결의 성격을 가진다. 법률조항에 대한 위헌결정은 효력상실의, 탄핵심판은 파면의, 정당해산심판은 정당해산의 효력을 직접 발생하며, 헌법불합치결정이나 권한쟁의심판에서 권한침해의 확인결정 등은 법률관계나 법적 상태를 확인하는 확인판결의 성격을 가진다.

383) 김환학, 앞의 보고서, 9면 참조.

차이가 없이, 정당해산결정으로 인하여 신분유지의 헌법적인 정당성을 잃으므로 그 의원직은 상실되어야 한다.”라고 판시하여(헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1), 헌법재판소의 통합진보당에 대한 정당해산결정에도 불구하고 소속의원들이 계속해서 의정활동을 하는 위헌적인 상태의 극복과 사후관리를 위하여 해당 결정의 주문에서 소속 국회의원들의 의원직 상실을 직접 판단하였다.³⁸⁴⁾ 헌법재판소는 소속의원의 의원직 상실에 대해 정당해산심판제도의 본질로부터 인정되는 기본적 효력으로 그 근거를 설명하고 있지만, 이는 정당해산결정의 실효성 확보와 정당해산결정으로 인한 위헌적인 상태를 해소하고 합헌적인 상태를 회복하기 위한 헌법재판소의 집행결정으로 그 취지를 이해할 수 있을 것이다.³⁸⁵⁾

이와 같이 민사소송 등 일반재판에서 집행의 개념과 헌법재판에서 집행의 개념은 그 내용과 범위에 있어 차이가 있으므로 민사소송에서 집행의 근거인 민사집행법을 헌법재판에 그대로 준용할 수 없는 한계를 가진다고 할 것이다. 따라서 헌법재판소법에 헌법재판소 결정의 집행을 위한 명시적인 법적 근거를 둬야 타당하다고 할 것이다.

IV. 소결

1. 헌법재판소법 제3장에서는 현행법상 인정되는 헌법재판의 모든 심판절차에 일반적으로 적용되는 일반심판절차에 관한 조항을 제22조에서 제40조까지 규정하고 있다. 일반심판절차에 관한 조항은 헌법재판소가 관할하는 모든 심판

384) 【주 문】

1. 피청구인 통합진보당을 해산한다.
2. 피청구인 소속 국회의원 김○희, 김○연, 오○윤, 이○규, 이○기는 의원직을 상실한다.

385) 독일연방헌법재판소도 1952년 사회주의제국당(SRP)에 대하여 민주적 기본질서를 위반하였다는 이유로 정당해산결정을 선고하였다. 당시 기본법이나 연방헌법재판소법 등에서 위헌정당해산의 집행절차 및 당원의 의원직에 미치는 효과를 규정하는 규율이 흠결되어 있었다. 이에 연방헌법재판소는 새로운 의원의 보충 없는 의원직 상실을 명함과 아울러 내무부장관에게 재산몰수 등 정당해산의 집행을 위임하였다(BVerfGE 2, 1[77ff]). 이는 독일연방헌법재판소법 제35조의 집행조항이 적용된 대표적인 사례로 설명되고 있다. 자세한 것은 김환학, 앞의 보고서, 16-18면 참조.

절차에 일반적으로 적용되는 절차규율을 의미하므로 심판절차의 유형을 가리지 않고 모든 심판절차에서 공히 적용되어야 하는 것에 그 규율의 취지가 있다. 그러나 그와 같은 취지의 일반심판절차에 관한 조항들에서도 개별심판절차의 고유성이나 특수성으로 인해 그 적용 여부가 다시 구체적으로 검토되어야 하고, 그 때문에 헌법재판소법 제40조에서는 포괄적인 준용이라는 입법방식을 통해 헌법재판소의 해석을 통한 보충적인 절차법적 규율의 가능성을 열어두고 있다. 이는 헌법재판의 모든 심판절차를 아우르는 통일적인 개념의 설정이 매우 어렵다는 것을 방증하는 것이고, 헌법재판소는 개별심판절차에서 헌법재판소법 등 절차법의 규율내용을 해당 심판절차의 본질과 기능 등에 비추어 소송절차를 규율하는 절차법으로서 기능과 구체적 타당성을 확보할 수 있도록 그 적용의 여부를 검토하여야 한다.

2. 이 과정에서 헌법재판의 개념을 어느 정도 포괄적으로라도 설정할 필요성이 도출된다. 헌법재판이라는 공동의 상위개념으로 포섭할 수 있는 개념설정이 가능할 때 비로소 헌법재판에 공통되는 절차적 규율이 가능하고, 개별심판절차의 특수성에도 불구하고 심리과정에서의 절차보장 등을 통해 헌법재판소 결정이 당사자 등 이해관계인으로부터 정당성을 인정받아 헌법질서를 수호하고 헌법적 분쟁을 해결하는 제도로서 수용될 수 있기 때문이다. 그리고 헌법재판소법의 흠결을 보완하는 민사소송법 등 다른 소송법의 규정을 준용함에 있어서도 헌법재판에 고유한 어느 정도의 통일적인 개념설정이 가능하여야만 비로소 준용의 전제조건으로서 헌법재판의 성질에 반하는지 여부에 대한 대강의 기준이 설정될 수 있을 것이다. 절차법은 국민의 재판을 받을 권리를 구체적으로 실현하는 것을 본질로 하므로 그 내용이나 그에 대한 해석 및 적용의 여부가 불명확한 경우 효율적인 권리구제의 요청이라는 재판을 받을 권리의 헌법적 보장내용이 제대로 실현될 수 없고, 재판의 본래적 기능으로서 종국적인 분쟁해결에 필요한 정도의 정당성 확보나 수용력을 발휘할 수 없기 때문이다.

헌법재판의 본질은 원칙적으로 사법작용에 해당한다. 헌법재판소는 헌법질서의 수호기관으로 헌법을 유일한 심사기준으로 삼고, 비록 추상성과 개방성을 규범적 특성으로 하지만 그럼에도 불구하고 여전히 헌법은 규범으로서 성격을 갖고 있다. 헌법은 제10조에서 국민의 기본권을 보장할 국가의 의무를 규정함으로써 추상적·개방적인 기본권조항이 단순히 국가목표의 선언에 그치는 것이 아니

라는 점을 분명히 하고 있고, 헌법소원심판을 통하여 국민의 기본권 구제와 함께 기본권을 중심으로 하는 헌법질서를 수호하기 위한 헌법보호수단을 마련하고 있다. 그리고 국회가 제정한 법률이 헌법에 위반되는 경우 위헌법률심판 등 규범통제절차를 통해 위헌적인 입법작용을 교정하는 헌법적 통제수단을 마련하고, 정당해산심판이나 탄핵심판, 권한쟁의심판을 통해 국가권력으로부터의 헌법침해를 방지하고 있다. 이와 같이 헌법은 헌법재판소에 헌법질서의 준수와 관철을 담보할 수 있는 다양한 권한을 부여함으로써 헌법이 실효적으로 규범력을 발휘할 수 있는 자기보호수단을 예정하고 있으므로, 이와 같은 헌법을 심사기준으로 하여 진행되는 헌법재판 역시 그 본질은 사법작용에 해당한다고 볼 것이다. 이에 더하여 헌법재판 역시 구체적 사건성과 사건의 성숙성, 독립성과 중립성, 헌법과 법률에서 정하는 내용과 절차에 따른 분쟁의 중국적 해결 등 사법작용으로서의 본질과 속성을 그대로 갖추고 있다.

그러나 헌법재판은 전통적인 사법작용과는 여러모로 차이가 있다. 법률에 대한 규범통제의 경우 위헌인 법률을 법질서에서 제거하는 효과를 발생시킨다는 점에서 정치적이고 입법적인 성격을 가지고 있다. 위헌결정은 기속력과 일반적 효력(대세효, 법규적 효력)을 가지므로 법률에 대한 규범통제절차는 입법자의 적극적인 정치작용의 결과물을 헌법재판소의 판단으로 대체하는 결과가 되므로 헌법재판소는 소극적 입법자로서 역할을 한다. 따라서 헌법재판은 일반재판에 비해 보다 정치적이고 입법적인 사법작용으로서의 성격이 강하다고 할 수 있을 것이다.

결국 헌법재판은 일반재판과 같이 사법작용의 본질을 갖지만, 정치성 등 특별한 성격을 갖는 사법작용으로 이해하여야 한다. 따라서 헌법재판의 정치성에 비추어 일반재판에 적용되는 절차법 조항을 그대로 적용할 수는 없고, 그 특수성에 비추어 수정하거나 보완하여 적용하여야 하며, 불가피하게 필요한 경우에는 이들 절차법 조항을 유추하여 헌법재판소가 스스로 절차를 창설할 수 있는 가능성도 남겨두어야 할 것이다.

3. 헌법소송법은 헌법소송을 통해 구현하려는 실체법으로서 헌법의 관철과 보장에 기여하여야 한다. 헌법국가는 그 자체로 헌법질서가 정치공동체의 모든 생활영역에서 준수되고, 헌법이 보장하는 국민의 자유와 권리가 온전히 보호될 것을 요청한다. 따라서 헌법소송법의 기능 역시 한편으로는 객관적인 헌법질서의 보장에, 다른 한편으로는 주관적인 기본권 보호에 있다고 할 것이므로 헌법

소송법을 구체적으로 형성하거나 해석·적용함에 있어서는 해당 헌법재판의 유형이 전자에 중점이 있는지, 후자에 중점이 있는지를 먼저 고려하여야 한다. 절차의 형성에 대한 당사자의 참여, 사실확정이나 증거자료의 제출에 대한 당사자의 책임, 심판절차에서 판단주체인 헌법재판소의 역할 등은 해당 심판절차의 본질과 성격에 따라 결정된다. 분쟁해결과 이를 통한 당사자의 권리구제를 목적으로 하는 민사소송이나 행정소송 등 일반소송절차에서는 처분권주의와 변론주의가 심판절차의 원칙이라면, 객관적 헌법질서의 수호라는 헌법의 기능을 모든 심판절차에서 고려하여야 하는 헌법재판에서는 이들 원칙이 그대로 적용될 수 없거나 반대로 직권주의와 직권탐지주의의가 우선적으로 적용되어야 하는 이유이다.

헌법소송법은 다른 헌법기관과의 관계에서 헌법재판소의 권한과 관할에 대한 경계를 설정하는 기능을 하여야 한다. 헌법은 권력분립의 체계 내에서 헌법재판소에 헌법질서의 수호자로서 지위를 부여하고 있지만, 헌법소송법은 일정한 소송법적 권한과 기능을 헌법재판소에 배정함으로써 헌법수호자로서의 지위를 보다 구체적으로 형성하고 조성한다. 이로써 헌법재판소가 헌법재판을 통해 다른 헌법기관이나 국가기관의 권한행사에 개입할 수 있는 수권과 그 권한의 한계를 설정하고, 구체적으로 권한행사의 방식과 내용, 절차를 자세하게 규율함으로써 권한행사 과정에서 발생할 수 있는 부당한 개입과 관여의 소지를 사전에 방지하려는 절차적 요건을 설정하고 있다. 구체적으로 위헌법률심판, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판 등 규범통제절차와 관련하여 재판의 전제성을 요구함으로써 그 권한발동의 요건과 심리 및 결정의 범위를 한정하고, 법률에 대한 위헌결정으로 인해 입법자의 입법형성권에 대한 제약을 방지하기 위해 단순위헌결정 외에 한정위헌결정, 헌법불합치결정 등 위헌결정의 효력을 내용적·시간적으로 제한하는 법적 근거나 이론적 가능성을 부여하고 있다. 헌법소원심판의 경우에도 보충성요건을 통해 헌법재판소와 일반법원 간의 역할 및 기능의 차이와 이에 따른 권한의 획정을 분명히 하고 있고, 법령을 심판대상으로 하는 헌법소원심판에서 특별히 직접성요건을 부과함으로써 국회의 입법권 존중과 아울러 법원과의 권한경계를 분명히 설정하고 있다.

마지막으로 헌법재판소가 헌법분쟁을 사법적 절차를 통해 종국적으로 해결할 수 있도록 사법기능을 보장하는 데 기여하여야 한다. 이를 위해 일반법원과 마찬가지로 헌법재판소의 독립성과 중립성을 보장하고, 기관력이나 기속력 등 결정의 효력을 보장함으로써 헌법분쟁을 종국적으로 해결할 수 있도록 하여야

한다. 그리고 헌법의 추상성과 개방성으로 인해 판단의 과정에 재판관의 주관적 개입될 여지가 매우 크다고 할 것이므로 그를 상쇄할 정도의 엄밀한 절차적 보장이 이루어져야 한다. 개방적인 헌법을 해석할 헌법재판의 절차를 헌법재판소 스스로 선택할 수 있다면, 헌법재판소의 활동은 통제될 수 없을 뿐 아니라 헌법재판소 결정에 필요한 정당성과 설득력은 창출될 수 없다. 헌법소송법은 헌법재판소의 결정에 합리성과 그에 따르는 재판에 대한 승복 자체를 조성하거나 창출하여야 하는 질서 있게 규율된 법적 절차이다.

4. 헌법재판에서 심리의 방식과 증거조사를 규정한 헌법재판소법 제30조는 헌법소송에서도 변론주의가 적용됨을 전제로 구두변론에 관하여 정하고 있고, 제31조 및 제32조에서는 재판부의 직권 또는 당사자의 신청에 의한 포괄적인 증거조사과 직권에 의한 사실조회, 자료제출 요구에 관하여 규정하고 있다. 이와 같은 헌법재판소법의 규율내용과 관련하여 헌법재판소법 제30조는 변론주의를 헌법재판의 심리원칙으로 선언한 것이 아니라 변론을 하는 경우 그 내용을 정한 것에 불과하고, 오히려 제31조 및 제32조에서 심리절차의 진행과 사실 및 증거수집과 관련하여 재판부의 주도적 지위와 역할을 부여함으로써 헌법재판에서 직권탐지주의를 명시적으로 선언한 것으로 이해하여야 한다는 견해가 있다. 헌법재판에서는 분쟁해결과 개인의 권리구제를 목적으로 하는 민사재판과는 달리 헌법규범의 해석과 이를 통한 객관적 헌법질서의 보장이 중요한 의미와 기능을 갖는다고 할 것이므로 사실관계의 확인이나 입증은 당사자에게 맡기는 것은 합리적이지 않고, 법원이 직권으로 사실관계를 확인하고 확정하는 공익적 성격이 강조되어야 하므로 실체적 진실의 발견이 중요하다는 것에 근거를 두고 있다. 따라서 헌법재판에서 증거조사를 규율하고 있는 헌법재판소법 제31조 제1항은 직권탐지주의를 변론주의에 대한 보충적 요소가 아니라 오히려 이를 원칙으로 채택하고 있다고 해석하여야 한다는 것이다.

헌법재판은 헌법을 보호하고 국민의 기본권을 보장하는 역할을 한다. 따라서 일반적인 법원의 민·형사재판과는 달리 헌법규범의 해석과 이를 통한 헌법질서의 보장이 헌법재판에서는 중요한 의미를 가지고, 이와 같은 기능이 최대한 발휘되고 실현되기 위해서는 헌법재판소의 직권에 의한 심리가 강하게 요청되고 또한 바람직한 부분이 있다. 그래서 당사자의 변론이나 주장은 헌법재판소의 직권탐지를 촉구하고 보완하는 것에 그치며, 당사자가 주장하지 않은 사실도 직

권으로 수집하여 재판의 기초로 삼을 수 있는 것이다. 그러나 헌법재판에서 직권에 의한 심리만 강조되는 것은 아니다. 정당해산심판이나 탄핵심판의 경우 형사재판과 유사하게 대립당사자구조가 이루어지므로 피청구인의 절차적 권리를 보장하기 위하여 변론에서 최대한의 공격과 방어가 이루어지도록 하는 것이 매우 중요하고, 이 경우 사실관계의 확인이나 이를 위한 증거자료의 수집 등에서 당사자의 역할과 절차의 보장은 매우 중요하다. 결국 객관성과 공익성의 확보, 이를 통한 주관적 권리구제를 목적으로 하는 헌법재판에서 재판부의 직권에 따른 심리절차의 이행과 사실관계의 확정 등의 이익은 매우 중요하지만, 사법절차에서 변론주의가 실체적 진실의 발견에 기여하는 의미나 절차보장의 이익이 헌법재판에서도 여전히 강조되어야 한다는 측면에서 심리절차의 구체적인 단계에서 변론주의와 직권탐지주의의 조화로운 적용과 운용이 필요하다고 보인다.

5. 헌법재판소의 심판은 헌법분쟁 또는 헌법침해의 문제를 헌법규범을 기준으로 유권적으로 해석·결정하는 사법작용으로 독립성 및 공정성 확보를 위하여 다른 소송절차와 마찬가지로 제척·기피·회피 제도가 요청된다. 이는 헌법 제27조의 공정한 재판을 위한 논리적 전제이다. 그런데 헌법재판은 대체로 당사자 사이의 개별적·구체적 이해관계를 다루는 것이 아니라 규범의 위헌 여부나 헌법위반 행위로 인한 공직자의 파면 등 객관적·추상적인 헌법판단을 하는 재판이고, 본안판단과 관련하여 단일의 재판부를 구성하므로 재판부나 구성원의 교체가능성이 없을 뿐 아니라 재판관의 쉼이나 사고 시 이를 대체할 예비재판관제도 등 대안도 없으므로 일반 소송법상 제척·기피·회피에 관한 규정을 그대로 적용하기에는 헌법재판의 특성과 기능에 부합하지 않을 수 있다. 또한 헌법 제113조 제1항과 헌법재판소법 제23조에서는 법률에 대한 위헌결정 등 중요 결정에 대하여 재판관 6명 이상의 가중정족수를 규정하고, 심판을 위한 정족수를 재판관 7명 이상(헌법재판소법 제23조 제1항)으로 정함으로써 제도운용의 상황에 따라서는 위헌결정이나 인용결정은커녕 본안판단에 필요한 재판부의 구성조차 어려운 상황이 발생하는 것도 쉽게 예상할 수 있다. 더욱이 헌법재판이 정치적 문제를 그 대상으로 하므로 소송의 전략으로 재판관의 제척, 기피신청이 남용되기도 하고, 심판정족수를 충족하더라도 헌법재판소 결정의 정당성을 공격하는 방법으로 이를 활용하기도 하였다. 헌법재판의 제척·기피·회피의 사유를 일반재판의 경우에 비해 엄격하게만 해석할 수 없는 이유이다

6. 심판절차의 종료와 관련하여 당사자의 처분권, 즉 청구취하에 의한 심판절차의 종료를 인정할 것인지 여부에 대해서도 견해가 대립한다. 민사소송에서는 처분권주의에 따라 소의 취하가 있으면 소송계속은 소급적으로 소멸하고, 소송계속은 종료된다. 그러나 헌법재판소법에서는 이에 관해 아무런 규정을 두고 있지 않아 청구취하의 허용 여부와 그 요건 및 절차, 효과에 관해 논란이 있다. 헌법재판의 각 심판절차는 그 목적과 기능, 절차원리가 같지 않으므로 청구의 취하를 인정할 것인지, 그 요건과 절차, 효과를 어떻게 볼 것인지는 개별심판절차별로 살펴보아야 한다. 당사자가 존재하지 않는 위헌법률심판의 경우 청구취하를 개념상 인정하기 어렵지만, 심판계속 중 재판의 전제성이 소멸하거나 소송당사자가 사망하는 경우 위헌제청을 철회함으로써 사실상 청구취하와 동일한 효과가 발생한다. 그 외 대립당사자구조의 심판절차나 청구인에게 심판절차의 종료와 관련하여 처분권을 인정할 필요가 있는 경우에는 헌법재판소법 제40조에 근거하여 민사소송법 등 재심조항을 준용함으로써 청구취하를 허용할 수 있다는 것이 통설이자 헌법재판소 판례의 입장이다. 다만 그 경우에도 헌법재판의 객관적 성격에 비추어 당사자의 처분권에 대한 존중보다는 객관적 헌법질서 보호의 측면이 강조되는 경우에는 청구취하의 효력을 제한함으로써 본안결정을 할 수 있다고 보아야 한다.

7. 평결방식과 관련하여 헌법재판소법에 아무런 정함이 없으므로 평의과정에서 재판관 간의 합의에 따를 것이다. 독일연방헌법재판소의 경우 연방헌법재판소법 제17조에 의하여 준용되는 법원조직법 제194조 내지 197조에 의거하여 모든 심판절차에서 청구의 적법 여부에 대한 평결과 청구의 인용 여부에 대한 평결로 나누어 순차적으로 평결하고, 전의 평결에서 소수의견을 낸 재판관도 후의 평결에 참여하여야 할 것을 요구하는 순차적 평결방식을 취하고 있지만, 우리의 경우 헌법재판소의 판례와 실무관행은 주문별 평결방식을 취하고 있다. 쟁점별 평결방식의 경우 본안에 대해 관여 재판관이 모두 평결에 참여하면 기본권 보장과 권리구제에 유리하다는 장점이 있지만, 거꾸로 적법요건과 본안을 분리하여 표결하면 피청구인에게 유리한 주문의 단계에서 평의가 종료되므로 피청구인의 이익으로 돌아갈 가능성이 크다. 주문별 평결방식의 경우 재판관의 의견에 따라 주문이 명확하고 평결이나 평결 순서에 따라 주문이 달라질 가능성이 크

지 않지만, 기본권 보장과 권익구제에 미흡하여 청구인에게 불리한 결과가 된다. 양 평결방식 중 어느 것이 더 합리적인지 여부에 관해 이론적인 규명은 여러 관점에서 가능할 것이지만, 이는 결국 재판부를 구성하는 재판관들의 관행과 합의에 맡겨야 할 사항이라 할 수 있을 것이다.

헌법재판소법 제40조에 의해 준용되는 법원조직법 제66조 제2항의 주문결정의 방식은 산술적으로 계량화된 수액이나 형량과 관련하여 의견들 간에 공통적인 부분을 찾아가는 방식으로 결론을 도출한다. 헌법재판의 결론도 관여 재판관의 의견 사이에 서로 다른 부분을 제거하면서 동시에 공통적인 부분을 발견해 나가는 방식으로 이루어지지만, 헌법재판의 결론은 민사소송이나 형사소송의 결론과 달리 유·불리가 산술적으로 뚜렷이 구별되지 않는 경우가 있으므로 기계적인 적용이 되지 않도록 항상 유의하여야 한다.

8. 모든 심판절차에 적용되는 일반심판절차로서 가치분조항을 두고 있는 독일연방헌법재판소법 제32조 제1항과 달리, 헌법재판소법에서는 정당해산심판과 권한쟁의심판에 대해서만 가치분에 관한 명문의 규정을 두고 있을 뿐 가치분에 대한 일반조항은 없다. 따라서 헌법재판소법 제40조에 근거하여 민사소송법의 가치분에 관한 규정이나 행정소송법의 집행정지에 관한 규정이 위헌법률심판, 헌법소원심판, 탄핵심판에 준용될 수 있는지 여부가 문제된다. 헌법재판소법에 가치분을 금지하는 명시적인 규정이 없고, 개별적인 가치분규정은 해당 심판절차에 적합한 가치분의 내용을 규정한 것에 불과하므로 이를 이유로 헌법재판에 가치분이 허용되지 않는다고 볼 것은 아니다. 헌법재판에서도 다른 재판절차에서와 같이 분안판단의 실효성을 사전에 확보할 필요성이 있고, 수법자의 기본권 보장을 위해 잠정적인 권리구제의 필요성도 크다고 할 것이므로 헌법재판에서도 특별히 성질에 반하지 않는 한 폭넓게 가치분이 허용되어야 할 것이다. 헌법재판소도 이와 같은 취지에서 민사소송법, 행정소송법의 가치분규정을 준용함으로써 법령에 대한 헌법소원심판사건 등에서 여러 차례 효력정지의 가치분인용결정을 한 바 있고, 민사소송법을 준용하여 적극적으로 임시의 지위를 정하는 가치분결정을 한 바도 있었다.

9. 헌법재판소 결정에 대한 재심의 허용 여부와 관련하여 헌법재판소법에는 별도의 명문규정을 두고 있지 않다. 그러므로 헌법재판소 결정에 대하여 재심을

허용할 수 있는지 여부에 관하여 논란이 있을 수 있으나, 헌법재판은 그 개별심판의 유형에 따라 그 절차의 내용과 효과가 한결같지 아니하기 때문에 재심의 허용 여부 내지 허용 정도 등도 심판절차의 종류에 따라서 개별적으로 판단하는 판례를 형성하고 있다. 즉, 헌법재판소법 제40조의 일반적 준용규정에 따라 개별심판절차별로 민사소송법이나 형사소송법이 정하는 재심조항의 준용가능성에 대하여 구체적으로 검토하여야 할 것이다. 헌법재판소는 법적 분쟁의 종국적 해결수단으로서 사법판단인 헌법재판소 결정에 대한 법적 안정성의 요청과 잘못된 결정으로 인한 기본권 보장과 권익 구제의 요청으로서 재심제도에 취지에 따라 재심을 허용하지 아니함으로써 얻을 수 있는 법적 안정성의 이익보다 재심을 허용함으로써 얻을 수 있는 구체적 타당성의 이익이 더욱 큰 경우에는 재심을 제한적으로 인정하고 있다.

10. 민사소송상 집행은 집행권원을 취득한 집행채권자의 신청에 의하여 국가의 집행기관이 집행채권자를 위하여 집행권원에 표시된 사법상의 이행청구권을 강제적으로 실현하는 절차로서 판결절차를 통해 확정된 판결을 임의로 이행하지 않은 경우 이를 강제적으로 실현하는 절차이다. 그러나 헌법재판의 경우 심판절차의 당사자가 대부분 국가기관 등 공력권의 주체이고, 그 결정의 이행의무자 역시 공권력 주체이므로 공권력 주체의 위헌·위법한 행위를 용인하지 않는 한 헌법재판소 결정의 기속력에 근거하여 결정의 내용이 제대로 이행되지 않거나 실현되지 않는 경우를 상정하기는 어려울 것이므로 헌법재판에서 집행이란 결정의 내용을 그대로 이행하는 직접적인 집행이 아니라 주로 헌법재판소 결정의 내용을 준수하고 그 취지를 존중하도록 보장하는 것으로 민사소송의 집행개념과 비교하여 넓게 이해하여야 할 것이다. 따라서 헌법재판소법 제40조의 일반적 준용규정에 근거하여 민사소송법령상의 집행조항을 그대로 준용하기에는 헌법재판의 성격상 한계가 있다고 할 것이므로 헌법재판소법에 헌법재판소 결정의 집행을 위한 명시적인 근거를 둬야 타당하다고 할 것이다.

제3절 위헌법률심판절차에서 위헌법률심판의 본질과 소송법령 준용

I. 위헌법률심판의 본질

1. 사법재판에 속하는 위헌법률심판

현대 헌법은 권력분립원칙에 따라 국가권력을 입법권, 집행권, 사법권으로 나누고 각각의 권력을 다른 국가기관에 부여한다. 한국 헌법도 입법권은 국회에(제40조), 집행권은 대통령을 수반으로 하는 정부에(제66조 제4항), 사법권은 법관으로 구성된 법원에 부여한다(제101조 제1항). 많은 국가가 제2차 세계대전 이후 헌법보장의 특별한 형태로 도입하였던 헌법재판의 핵심인(그래서 헌법재판의 본질을 규정 짓는) 위헌법률심판은 [몽테스키외(Charles Louis Joseph de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu)에서 비롯하는] 전통적인 권력분립 틀에서 고려되지 않았다. 즉 위헌법률심판은 고전적인 사법권에 속하지 않는다. 그래서 새롭게 등장한 위헌법률심판권의 법적 성격에 관해서 다툼이 있다.

가. 위헌법률심판과 사법의 전형적인 특징

사법의 전형적인 특징은 포섭과 개별 사건 관련성 그리고 개별적 효력이다. 포섭이나 사법적 3단논법은 대전제와 사안으로 구성된다. 그런데 위헌법률심판에서 심사되는 법률을 사안과, 심사기준인 헌법을 대전제와 동렬에 놓을 수 있는지가 문제된다. 위헌법률심판에서도 다른 사법재판처럼 사법적 3단논법에 따라 대전제인 헌법을 해석하고 헌법에 심판대상인 법률을 포섭한다. 위헌법률심판의 특수성은 사안인 실제 사건이 아니라 법률이라는 점뿐이다.³⁸⁶⁾ 다음으로 구체적 사건을 벗어나 일반적으로 그리고 모든 가능한 관점에서 심사가 청구된

386) Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, München 1980, S. 950 참조.

법률이 헌법과 합치되는지를 심사하므로, 헌법재판소 결정에서 개별 사건 관련성을 찾을 수 있는지가 의문이다. 위헌법률심판에서도 심판대상은 단순히 법률의 위헌 여부가 아니라 (위헌 여부가 문제가 되는 법률이 적용되는) 특정 사건과 관련한 법률의 위헌 여부이다. 따라서 위헌법률심판에서도 개별 사건 관련성이 있다. 이는 적법요건 중 재판의 전제성으로 구체화하여 나타난다. 끝으로 헌법재판소 결정은 당사자 사이에서만 아니라 대세적으로 효력이 미친다[기속력(헌법재판소법 제47조 제1항)과 법률요건적 효력(혹은 형성력이나 법률적 효력: 헌법재판소법 제47조 제2항)]. 위헌법률심판에 따른 헌법재판소 결정이 대세적 효력이 있는 것은 심판대상이 대세적 효력이 있는 법률이기 때문이다. 이러한 점에 비추어 위헌법률심판도 사법의 전형적인 특질을 모두 갖춘다. 그리고 ‘실질적 사법’은 중립기관, 즉 법관이 특별히 규정된 절차에서 실정법을 적용하여 내리는, 사안에 대한 최종적인 결정이다.³⁸⁷⁾ 위헌법률심판은 중립기관인 헌법재판소 재판관이 헌법재판소법이 규율하는 절차에 따라 헌법을 적용하여 법률의 위헌 여부를 판단하는 최종적인 결정에 이르는 판단이므로, 위헌법률심판은 실질적 사법에 속한다.

나. 위헌법률심판과 사법의 특성

사건성, 수동성, 판단의 독립성, 절차의 특수성, 법기속성, 보수성이 사법의 특성으로 논의된다. 헌법재판은 이러한 특성을 모두 갖추고 있다.

(1) 사건성

사법작용은 구체적인 법적 분쟁 발생을 전제로 한다. 즉 사법의 대상은 구체적이고 현실적인 권리·의무에 관한 분쟁이다. 위헌법률심판은 법률의 위헌 여부에 관한 구체적인 분쟁을 대상으로 하므로 사건성이 긍정된다.

387) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rdnr. 547 ff. (콘라드 헤세, 계획 열 역, 통일독일헌법원론, 박영사, 2001, 337~339쪽); Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, München 1980, S. 898 참조.

(2) 수동성

법적 분쟁이 현재화하였다는 사실만으로 사법권이 발동되는 것은 아니다. 사법작용은 당사자가 소를 제기할 때만 발동될 수 있다(신청주의; 수동성). 위헌법률심판에서도 직권 또는 당사자의 신청에 따른 결정으로 법원이 제청할 때만 헌법재판소가 심판할 수 있으므로(헌법재판소법 제41조) 수동성은 인정된다.

(3) 판단의 독립성

사법작용은 독립적 지위가 있는 기관이 제3자적 입장에서 수행하여야 할 작용이다. 사법에서 법의 판단과 선언은 엄정하고 공정한 것이어야 하므로, 신분이 보장된 법관이 누구의 명령이나 지시에도 따르지 아니하고 오로지 법과 양심에 따라서만 할 것이 요청된다. 헌법재판소는 법관 자격이 있는 9명의 재판관으로 구성되고(헌법 제111조 제2항, 헌법재판소법 제5조 제1항), 헌법재판소 재판관은 정당에 가입하거나 정치에 관여할 수 없으며(헌법 제112조 제2항, 헌법재판소법 제9조), 헌법재판소 재판관은 탄핵이나 금고 이상의 형 선고에 따르지 아니하고는 파면되지 아니한다(헌법 제112조 제3항, 헌법재판소법 제8조). 그리고 헌법재판소 재판관은 겸직이 금지되고(헌법재판소법 제14조), 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다(헌법재판소법 제4조). 따라서 판단의 독립성도 보장된다.

(4) 절차의 특수성

사법절차는 객관성과 공정성을 담보하기 위해서 특별하게 규정된다. 따라서 사법절차는 엄격하고 명확하게 형성된다. 헌법재판소법은 일반 사법절차가 (헌법재판의 성질에 어긋나지 아니하는 한도에서) 위헌법률심판에 준용된다는 것을 전제로 일반 사법절차와 다른 심판절차가 필요할 때 특별규정을 둔다(헌법재판소법 제22조 이하, 특히 제40조 참조). 그러므로 위헌법률심판에서 절차의 특수성은 충분히 보장된다.

(5) 법기속성

사법작용은 무엇이 법인지를 판단하고 선언하는 작용이다. 따라서 사법은 언제나 법에 구속된다. 그리고 이러한 구속을 통해서 사법은 민주적 정당성을 부여받을 수 있다. 헌법재판소 재판관은 헌법과 법률에 따라 심판하여야 한다(헌법재판소법 제4조). 그래서 위헌법률심판에서 법기속성은 당연히 요구된다.

(6) 보수성

사법작용은 분쟁해결을 통해서 현존하는 법질서를 유지하고 법적 평화를 유지하기 위한 작용이다. 집행작용이 새로운 질서형성을 위한 적극적 작용이라면, 사법은 현재 분쟁을 해결함으로써 법질서를 유지하려는 현상유지적인 소극적 작용이다. 위헌법률심판은 법률을 정립하는 것이 아니라 이미 존재하는 법률의 위헌성을 확인하는 것에 그친다. 이러한 점에서 위헌법률심판의 보수성을 부정할 수 없다.

다. 위헌법률심판의 정치성

다른 사법재판과 구별되는 위헌법률심판의 특수성은 심사기준과 심판대상에서 비롯한다. 위헌법률심판의 유일한 심사기준은 헌법이다. 헌법은 정치적 세력 사이 투쟁과 타협의 산물이고 정치적 질서를 규율하는 통제규범이므로 정치적 성격이 있다. 그리고 위헌법률심판의 대상은 구체적 사건과 관련된 (정치를 통해서 만들어진) 법률의 위헌 여부이다. 따라서 헌법재판소는 자기 결정에서 정치적 요소를 고려하여야 하고, 위헌법률심판에 따른 헌법재판소 결정은 정치에 영향을 미칠 수밖에 없다. 그러나 이것이 위헌법률심판절차와 위헌법률심판에 따른 헌법재판소 결정의 효력을 다른 사법재판절차와 재판의 효력과 다르게 하거나 구별 짓게 하지는 않는다. 즉 부분적인 수정이나 보완이 있거나 필요할 수는 있지만, 위헌법률심판절차와 위헌법률심판에 따른 헌법재판소 결정의 효력은 본질적인 측면에서 일반 사법재판절차의 재판의 효력과 다르지 않다. 그리고 위헌법률심판과 그 범위가 더 좁고, 그 강도가 낮기는 하지만, 다른 사법재판(예

를 들어 국가보안법과 관련된 형사소송)도 정치적 성격이 있다는 것을 부정할 수 없다. 따라서 위헌법률심판의 정치적 성격을 위헌법률심판의 특별한 고유성격으로 볼 수도 없다.

헌법 조항은 너무 일반적이고 불완전하며 추상적이다. 그래서 헌법해석은 헌법 조항 대부분에서 사비니(C. F. Savigny) 이후 발전한 전통적인 해석에 그치는 것이 아니라 후버(H. Huber)가 제창하여³⁸⁸⁾ 받아들인 개념인 ‘구체화’에 이르게 된다. 다른 법원과 국가기관도 헌법 구체화에 참여하므로, 헌법재판소가 이러한 구체화 과제를 독점하는 것은 아닐지라도, 헌법재판소는 최종적인 헌법 해석자이므로, 위헌법률심판은 헌법 구체화에서 가장 중요한 자리를 차지한다.³⁸⁹⁾ 헌법을 구체화할 때 창조적이고 법형성적이며 계속발전적인, 즉 형성적 요소가 증가할 수밖에 없다. 이것을 정치적인 것으로 볼 수도 있다. 그러나 위헌법률심판은 주어진 법적 기준, 즉 헌법에 구속되므로, 위헌법률심판은 입법자나 집행부의 행위와는 아주 다른 의미에서 정치적이다. 위헌법률심판은 여전히 법내재적인 것에 머물고, 일반적으로가 아니라 오로지 사항별로 법창조적일 뿐이다. 구체적 사건을 해결하려고 헌법재판소는 추상적 법에서 구체적 법을 형성해 낼 뿐이다. 그리고 헌법재판소 재판관은 어떤 새로운 가치나 법규범을 창조해 낼 수 없다. 헌법재판소 재판관은 단지 확정된 가치와 법규범 안에서 해석하고 재판하며 추론할 뿐이다.³⁹⁰⁾ 그래서 국가권력에 대한 헌법재판소 통제는 합헌성 그리고/또는 합법성의 심사에 국한된다.^{391) 392)}

388) Hans Huber, Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, in: Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht: Festgabe der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den schweizerischen Juristenverein, Bern 1955, S. 109.

389) Klaus Stern, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber, Opladen 1997, S. 17 참조.

390) Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, München 1980, S. 946 f.

391) Detlef Merten, Demokratischer Rechtsstaat und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: DVBl. 1980, S. 777.

392) 이상 허완중, 헌법재판소 결정이 입법자를 구속하는 범위와 한계, 전남대학교출판문화원, 2017, 52쪽.

라. 소극적 입법작용으로 볼 수 없는 위헌법률심판

법치국가의 권력분배에 따라 제3의 권력은 법규범 해석에 관한 사법분쟁을 심판한다. 그에 상응하여 헌법재판소는 헌법분쟁에 관해서 결정을 내린다.³⁹³⁾ 헌법재판소는 위헌법률심판에서 위헌결정을 내려 법률을 폐기함으로써 입법자 권한에 개입할 수 있다. 이때 헌법재판소는 소극적 입법권을 행사하는 것처럼 보인다. 그러나 헌법재판소의 법률폐기 행위는 입법행위와 비슷한 성격이 있음을 부인할 수는 없지만, 그것은 헌법재판소가 법원 이외에 다른 지위가 있어서가 아니라 헌법재판의 심사기준이 헌법이라는 점에서 비롯하는 것에 불과하다. 헌법재판에서도 다른 사법재판처럼 사법적 3단논법에 따라 대전제인 헌법을 해석하고 헌법에 법률을 포섭한다. 헌법재판의 특수성은 사안이 실제 사건이 아니라 법규범이라는 점에 있다.³⁹⁴⁾ 헌법재판소는 개별 사건이 아니라 법률의 위헌 여부에 관해서 결정하고, 사안이 아니라 헌법을 기준으로 법률의 위헌 여부를 심사하지만, 소극적 입법자가 아니라 여전히 사법기관이다. 헌법재판소는 소극적 입법자와는 달리 자기 의지에 따라 법률을 폐기하는 것이 아니라 법률의 위헌성만을 확인하기 때문이다.³⁹⁵⁾ 법률의 위헌성은 창조되는 것이 아니라 확인될 뿐이다.³⁹⁶⁾ 헌법재판소는 자기 위헌법률심판권 안에서 적법한 법률의 위헌 제청이 있을 때만 심판할 수 있으므로,³⁹⁷⁾ 특히 헌법재판소 과제는 최적의 결과를 찾는 것이 아니라 법률의 위헌성을 심사하는 것이므로, 헌법재판소는 어떠한 입법기능도 행사하지 않는다.³⁹⁸⁾ 따라서 위헌법률심판은 법정립으로 표징이 되

393) Ernst Benda, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber im dritten Jahrzehnt des Grundgesetzes, in: DÖV 1979, S. 466 참조.

394) Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, München 1980, S. 950 참조.

395) Detlef Merten, Demokratischer Rechtsstaat und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: DVBl. 1980, S. 776 f.

396) Detlef Merten, Demokratischer Rechtsstaat und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: DVBl. 1980, S. 776.

397) Peter Häberle, Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: ders. (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, Darmstadt 1976, S. 8 f.

398) Fritz Ossenbühl, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht: Verfassungsgerichtsbarkeit - Verfassungsprozess, Bd. I, Tübingen 2001, S. 36.

는 자유롭고 창조적인 법규범 형성이 아니다.³⁹⁹⁾ 그래서 헌법재판소는 언제나 입법자의 형성 재량을 존중하여야 한다. 그러므로 헌법재판소는 법률의 위헌성을 확인하면 그 법률을 다시 형성하거나 개선할 수 없고, 단지 그 법률을 폐기하거나 그 위헌성을 소극적으로 선언할 수 있을 뿐이다.⁴⁰⁰⁾ 결국, 헌법재판소가 법률을 폐기할 때, 헌법재판소는 기존 법률을 상반된 행위를 통해서 형성적으로 제거하는 것을 목적으로 하는 소극적 입법자가 아니다.⁴⁰¹⁾ 소극적 입법자처럼 보이는 헌법재판소 외형은 오로지 헌법재판소 결정의 법적 효과[특히 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항에 따라 법률의 효력을 상실시키는 법률요건적 효력(이나 형성력 혹은 법률적 효력)]일 뿐이다.⁴⁰²⁾

마. 소결

살펴본 것처럼 위헌법률심판이 사법에 속한다는 점은 의문이 없다. 따라서 위헌법률심판절차도 사법절차이다. 이러한 점에서 사법절차인 위헌법률심판절차에 당연히 사법절차를 규율하는 소송법이 적용된다. 이러한 점에서 위헌법률심판절차에 일반적인 사법절차규정이 준용될 수 있다. 다만, 위헌법률심판이 일반 사법절차와 다른 특성이 있다는 점도 부정할 수 없으므로, 그러한 범위에서 준용이 제한되거나 어려울 수도 있다.

399) Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, München 1980, S. 950.

400) Karl August Bettermann, Richterliche Normenkontrolle als negative Gesetzgebung?, in: DVBl. 1982, S. 94.

401) Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidung, in: JuS 1982, S. 599.

402) 이상 허완중, 헌법재판소 결정이 입법자를 구속하는 범위와 한계, 전남대학교출판문화원, 2017, 53~54쪽.

2. 대심구조가 아닌 위헌법률심판

가. 대심구조를 취하는 민사소송

민사소송은 법원이 개인 사이의 사적인 법적 관계에서 생기는 분쟁을 대립하는 이해관계인인 당사자로서 하는 신청을 기다려 실체사법에 따라 해결하여 개인의 권리를 보호하고 실현하는 절차이다. 민사소송은 법사학적 측면에서 처음 나타난 분쟁해결절차이고 민사소송을 규율하는 민사소송법은 실정법 중 가장 먼저 형성된 소송법이므로, 형사소송법, 행정소송법, 가사소송법 등의 다른 모든 소송법은 민사소송법에서 분화하여 발전하였다. 이러한 이유 때문에 민사소송법은 민법이 실체법의 일반법으로 기능하는 것처럼 소송법의 일반법으로 기능한다.⁴⁰³⁾ 이러한 점에서 소송은 기본적으로 양 당사자의 대립을 전제로 하는 대심구조를 취한다. 그래서 일반 소송절차도 대심구조를 전제로 형성되고 규율된다.

나. 상대방 당사자가 없는 위헌법률심판

위헌법률심판에서 심판 대상은 구체적 사건과 관련된 법률의 위헌 여부이다. 이와 관련하여서는 대립적인 분쟁이 없어서 위헌법률심판에서는 상대방 당사자가 없다. 특히 법률은 국회의원이거나 정부의 법률안 제출, 국회의 법률안에 대한 심의·의결, 대통령이나 국회의장의 공포라는 일련의 절차를 거쳐 확정·시행되므로 피청구인을 특정하기도 곤란하다.⁴⁰⁴⁾ 이러한 점은 헌법재판소법이 청구서 송달과 관련하여 위헌법률심판에만 별도로 규정하는 점(제27조 제2항)에서도 확인된다. 심지어 위헌법률심판에서는 당사자가 없다는 견해마저 있다. 즉 위헌법률심판에서 제청법원은 제청서 제출로 위헌법률심판을 개시하게 하지만,

403) 이상 허완중, 헌법재판소 결정이 입법자를 구속하는 범위와 한계, 전남대학교출판문화원, 2017, 115쪽.

404) 성낙인/이효원/권건보/정철/박진우/허진성, 헌법소송론, 법문사, 2012, 89~90쪽; 최희수, 헌법소송법 요론(개정판), 대명출판사, 2015, 19쪽; 한수웅/정태호/김하열/정문식(정태호 집필), 주식 헌법재판소법, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 229쪽; 허영, 헌법소송법론(제14판), 박영사, 2019, 134~135쪽; 허완중, 헌법소송법, 박영사, 2019, 131쪽.

적극적으로 심판절차에 참여하는 것도 아니고, 당사자의 권리·의무를 제청법원에 그대로 적용하기도 어려우므로, 제청법원은 당사자가 아니라는 견해가 있다.⁴⁰⁵⁾ 헌법재판소법은 당사자라는 표현(제24조, 제25조 제1항, 제30조 제2항)과 구별하여 제청법원이라는 표현을 쓰고, 나아가 제청법원은 심판절차에서 자기 이익을 옹호하는 데 필요한 각종 소송법적 권리를 주장할 수 있는 주체라고 볼 수 없으므로 제청법원은 당사자가 아니라는 견해도 있다.⁴⁰⁶⁾ 그리고 법원에 당사자의 지위를 인정하는 것은 분쟁 주체가 아니라 독립적으로 분쟁을 심판하는 법원의 지위와 조화되기 어렵다는 견해도 있다.⁴⁰⁷⁾ 또한, 위헌법률심판 ‘청구’가 아니라 ‘제청’이라고 하고, 법원은 위헌법률심판제청서를 제출하고 나서는 별도로 헌법재판소 심판절차에 참여하지 않으므로 제청법원은 당사자로 보기 어렵다는 견해도 있다.⁴⁰⁸⁾ 최소한 상대방 당사자가 없다는 점에 비추어 위헌법률심

405) 신 평, 헌법재판법(전면개정판), 법문사, 2011, 121쪽; 정연주, 헌법소송론, 법영사, 2015, 58~59쪽; 정중섭, 헌법소송법(제9판), 박영사, 2019, 154쪽; 한수웅/정태호/김하열/정문식(정태호 집필), 주식 헌법재판소법, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 228쪽; 허 영, 헌법소송법론(제14판), 박영사, 2019, 134쪽; BVerfGE 2, 213 (217); 3, 225 (228 f.); Christian Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., München 1991, S. 45; Klaus Vogel, Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. I, Verfassungsgerichtsbarkeit, Tübingen 1976, S. 618. 제청법원은 기관력이 아니라 내부절차적 기속력에 따라서 헌법재판소 재판에 구속된다는 견해도 있다(Klaus Vogel, Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. I, Verfassungsgerichtsbarkeit, Tübingen 1976, S. 618.). 그러나 이 견해는 헌법재판소와 일반 법원의 관계를 심급구조로 보는 것으로 양 기관이 서로 독립적인 기관이라는 점에서 타당하지 않다(같은 견해: 남복현, “헌법재판소 결정의 확정력”, 한양법학 제3집, 한양법학회, 1992, 228쪽).

406) 최희수, 법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구 - 소송법적 효력을 중심으로 -, 고려대학교 법학박사학위논문, 2001, 32쪽; 같은 사람, “규범통제결정의 기관력”, 헌법논총 제14집, 헌법재판소, 2003, 565~566쪽; 같은 사람, 헌법소송법 요론(개정판), 대명출판사, 2015, 19쪽.

407) 김하열, 헌법소송법(제3판), 박영사, 2018, 113쪽.

판은 양 당사자를 전제로 하는 대심구조가 아니다. 따라서 대립하는 양 당사자를 전제로 규정된 절차규정은 위헌법률심판에 준용할 수 없거나 적어도 그대로 준용하기 어렵다.

3. 객관소송에 속하는 헌법재판

위헌법률심판은 헌법에 어긋나는 법률을 위헌으로 선언하여 헌법의 규범력을 관철함으로써 국가의 최고규범인 헌법을 보호한다. 성문헌법이 있는 국가는 성문헌법을 기준으로 국가질서를 형성하고 유지한다. 이러한 헌법을 수호하고 실현하는 것을 보호하려고 위헌법률심판이 고안되었다. 따라서 객관적 헌법을 보호하는 것은 위헌법률심판의 중요한 기능이다. 그리고 헌법은 기본권 보장을 목적으로 한다. 그래서 헌법을 수호하고 실현하는 것은 국민의 기본권을 보장한다는 것을 뜻한다. 기본권을 규정하여 보장하는 헌법의 규범력과 실효성을 확실하게 보장하는 것은 재판기관을 통해서 기본권을 실현하는 것이다. 따라서 위헌법률심판은 기본권을 보장하는 효과적인 수단이다. 위헌법률심판은 주관적 권리 보호를 주된 기능으로 하지만, 객관적 헌법 보호도 아울러 수행한다. 이러한 객관적 헌법 보호 기능은 주관적 권리 구제를 기능으로 하는 민사소송에 관한 법령을 준용할 때 이에 관한 한계를 설정하거나 수정하는 중요한 근거를 제공한다. 특히 위헌법률심판의 2중적 기능은 적법요건을 완화하는 주된 논거이고, 위헌법률심판절차에서 헌법재판소가 중립적인 심판자의 역할을 넘어 적극적인 보호자로서 활동할 것을 요구한다.

4. 위헌법률심판절차의 이원화

위헌법률심판의 절차는 두 가지로 나뉜다. 즉 위헌법률심판절차는 법원이 위헌법률심판을 제청하는 절차와 헌법재판소가 제청된 위헌법률심판을 심사하는 절차로 구성된다. 이러한 점에서 위헌법률심판은 법률에 대한 위헌제청권은 일반 법원이 담당하고, 위헌결정권은 헌법재판소가 담당하는 2원적 구조이다. 따

408) 성낙인/이효원/권건보/정 철/박진우/허진성, 헌법소송론, 법문사, 2012, 89쪽.

라서 법률이 헌법에 위반되는지가 재판의 전제가 되면 해당 사건을 담당하는 법원이 직권이나 당사자 신청에 따른 위헌제청결정을 하고(헌법재판소법 제41조 제1항), 대법원을 거쳐(헌법재판소법 제41조 제5항) 헌법재판소에 위헌제청결정서 정본을 송달하면 헌법재판소는 이를 접수하여 사건번호와 사건명을 부여함으로써(‘헌법재판소 사건의 접수에 관한 규칙’ 제7조 제1항) 심판절차를 개시한다. 이에 따라서 제청절차는 법원이, 제청 이후 절차는 헌법재판소가 관할한다. 이러한 점에 비추어 법률의 위헌성을 판단하는 최종판단권은 헌법재판소에 부여되지만, 법률의 위헌성에 관한 제1차적 판단권은 일반 법원에 있다.

헌법재판소가 관할하는 절차에 헌법재판소를 규율하는 헌법재판소법이 적용되는 것은 당연하다. 그런데 법원이 관할하는 절차는 법원조직법과 일반소송법이 적용된다. 그러나 제청절차에 관한 구체적 규정을 법원조직법과 일반소송법에서 찾을 수 없다. 따라서 법원은 ‘위헌법률심판제청사건의 처리에 관한 예규’를 제정하여 제청절차를 규율한다. 하지만 헌법재판소는 제청절차의 적법 여부를 최종적으로 판단할 수 있다. 즉 법원이 제청하면 해당 위헌법률심판의 적법요건을 심사하면서, 당사자의 위헌제청 신청을 기각하여 위헌제청을 하지 않으면 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판의 적법요건을 심사하면서 제청절차의 적법 여부를 판단한다. 이러한 점에서 위헌법률심판절차의 2원화가 위헌법률심판절차 규율의 2원화를 뜻하는 것은 아니다. 특히 ‘위헌법률심판제청사건의 처리에 관한 예규’는 법규명령이 아니라 행정규칙에 불과한 것이어서 일반 법원 내부에서만 효력이 있고, 헌법재판소를 구속하는 대세적 효력도 없다. 이러한 점에서 제청절차에 헌법재판소법 적용 가능성이 옹글게(완벽하게) 배제되는 것이 아니라서 당연히 헌법재판소법 제40조 제1항에 따른 준용 가능성도 여전히 남아 있다. 위헌법률심판제청절차도 위헌법률심판절차의 일부이라는 점을 부인할 수 없기 때문이다.

II. 소송법령 준용의 구체적 검토

1. 원칙

위헌법률심판절차에는 헌법재판소법에 특별한 규정이 있는 때를 제외하고는 위헌법률심판의 성질에 어긋나지 아니하는 한도에서 민사소송에 관한 법령을 준용한다(헌법재판소법 제40조 제1항 제1문). 준용은 어떤 사항을 직접 규율하지 않고 비슷한 다른 사항을 규율하는 법령을 의미에 맞게 적용하게 하는 입법 기술이다. 여기서 준용은 위헌법률심판절차의 ‘고유성’을 반영하여야 하고, 맹목적으로 다른 소송법을 적용하여서는 아니 된다. 따라서 이때의 준용은 다른 소송법을 그대로 적용하는 단순한 준용에 그치는 것이 아니라 위헌법률심판절차의 ‘고유성’에 맞게 수정하여 준용하는 것도 포함한다. 그러나 준용은 준용하는 법과 준용되는 법 사이에 비슷한 점이 있다는 것을 전제한다. 따라서 위헌법률심판절차 문제와 다른 소송법이 규율하는 문제 사이에 비슷한 점이 없으면 준용할 수 없다. 위헌법률심판에는 준용법이 특별히 지정되지 않았으므로 민사소송에 관한 법령이 준용된다.

위헌법률심판절차와 관련하여 준용 여부가 문제 되는 것은 위헌법률심판절차를 규율하는 법률은 물론 위헌법률심판과 관련한 헌법조항 그리고 위헌법률심판절차를 규율하는 법단체상 법률보다 하위에 있는 법규범(대표적으로 ‘헌법재판소 심판 규칙’을 비롯한 헌법재판소규칙)에서 문제가 되는 위헌법률심판절차를 규율하는 내용을 찾을 수 없을 때이다. 따라서 위헌법률심판절차를 규율하는 헌법과 헌법재판소법 그리고 법률하위법규범을 해석하여 해당 내용을 찾을 수 없을 때 비로소 소송법령 준용 여부가 문제된다. 위헌법률심판절차와 관련하여 헌법재판소규칙에 위임하는 규정은 없다. 헌법재판소의 심판절차에 관한 헌법재판소규칙인 ‘헌법재판소 심판 규칙’에서 위헌법률심판절차에 관한 내용은 3개조에 불과하다[‘헌법재판소 심판 규칙’ 제54조(제청서의 기재사항), 제55조(제청법원의 의견서 등 제출), 제56조(당해사건 참가인의 의견서 제출)].

준용되는 법령은 민사소송에 관한 법령이다. 민사소송에 관한 법령은 민사소송절차를 규율하는 법규범을 모두 아우른다. 이에는 소송의 주체인 법원과 당사자, 소송심리의 대상과 절차, 재판의 요건과 효과에 관한 일체의 법규범이 포함

된다. 구체적으로 민사소송에 관한 법령에는 민사소송을 규율하는 법률(예를 들어 민사소송법, 법원조직법, 변호사법)은 물론 민사소송에 관한 헌법조항(예를 들어 무기평등원칙과 관련한 헌법 제11조, 재판을 받을 권리에 관한 헌법 제27조, 재판 공개에 관한 헌법 제109조, 법원·법관·재판에 관한 제5장)과 조약(예를 들어 헤이그송달협약, 국제인권규약 B규약 제14조) 그리고 민사소송을 규율하는 법단계상 법률보다 아래에 있는 법규범(예를 들어 민사소송규칙과 민사집행규칙)도 포함된다. 그리고 준용되는 법령에는 이러한 법령 자체는 물론 해당 법령을 통해서 준용되는 법령도 포함한다.

구체적 사안에서 준용법령을 결정하는 일이 언제나 명확한 것은 아니다. 이 때 준용법령을 확정하는 것은 헌법재판소의 몫이다. 그러나 이러한 불명확성이 준용법령 결정과 관련하여 헌법재판소에 자유재량을 부여하지는 않는다. 헌법재판소는 위헌법률심판의 목적과 헌법소송법의 기능(실체적 헌법 실현, 헌법재판소 지위와 기능의 적절한 설정, 헌법재판소의 원활한 기능 보장) 등을 고려하여 준용법령을 합리적으로 선택하여야 한다. 이러한 준용으로도 위헌법률심판 절차에 관한 문제를 해결할 수 없으면 절차와 관련한 다른 법규정을 유추하여 적용할 수 있다. 이러한 유추도 할 수 없으면 헌법재판소는 이러한 흠결을 메우기 위해서 법규범을 형성할 수밖에 없다.

2. 개별 준용규정

가. 신청서면 심사

법률이 헌법에 위반되는지가 재판의 전제가 되면 해당 사건을 담당하는 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 따른 결정으로 헌법재판소에 위헌여부심판을 제청한다(헌법재판소법 제41조 제1항). 여기서 당사자는 일반 법원에서 재판 계속 중 해당 사건에 적용될 특정한 법률이나 법률조항이 헌법에 위반된다고 주장하는 당사자이다. 제청 신청의 주체는 해당 사건의 당사자이지만, 보조참가인도 피참가인의 소송행위와 저촉되지 않는 한 일체의 소송행위를 할 수 있으므로(민사소송법 제76조 제1항 본문) 제청 신청의 당사자에 해당한다.⁴⁰⁹⁾

409) 헌재 2003. 5. 15. 2001헌바98, 판례집 15-1, 534, 543; “헌법재판소법 제68조

당사자의 신청은 ① 사건 및 당사자의 표시, ② 위헌이라고 해석되는 법률이나 법률조항, ③ 위헌이라고 해석되는 이유(헌법재판소법 제43조 제2호부터 제4호)를 적은 서면으로 한다(헌법재판소법 제41조 제2항). 제청신청서의 이러한 필수적 기재사항은 민사소송법 제249조 제1항에 따른 소장의 기재사항(당사자와 법정대리인, 청구의 취지와 원인)을 위헌법률심판절차에 맞게 수정한 것으로 보인다. 이러한 신청서면 심사에는 민사소송법 제254조를 준용한다(헌법재판소법 제41조 제3항). 그러나 위헌제청신청서에는 인지를 첨부하지 않는다(‘위헌법률심판제청사건의 처리에 관한 예규’ 제3조). 따라서 인지와 관한 내용은 위헌법률심판절차에 준용되지 않는다.

제청신청서가 헌법재판소법 제41조 제2항에 어긋나면(즉 필수적 기재사항을 제대로 적지 않으면) 재판장은 상당한 기간을 정하고, 그 기간 안에 흠을 보정하도록 명령하여야 한다. 재판장은 법원사무관 등이 이러한 보정명령을 하게 할 수 있다(민사소송법 제254조 제1항). 이러한 보정기간은 재정기간으로 법정기간 가운데 기간을 늘이거나 줄일 수 없는 불변기간(민사소송법 제172조 제1항)이 아니다.⁴¹⁰⁾ 따라서 당사자는 보정기간 안에 보정이 어려우면 그 연장신청을 할 수 있다. 이에 대한 허락 여부는 재판장의 재량에 속한다.⁴¹¹⁾ 당사자가 제청신청서를 보정하면 제청신청서를 제출한 때로 소급하여 적법하게 제청신청서를 제출한 것으로 취급한다. 당사자가 보정기간 안에 흠을 보정하지 않으면 재판장은 명령으로 제청신청서를 각하하여야 한다(민사소송법 제254조 제2항). 제청신

제2항은 “제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 ‘당사자’는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있고, 동법 제41조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건을 담당하는 법원은 직권 또는 ‘당사자’의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청한다.”고 규정하여 보조참가인이 위헌심판제청신청의 당사자라고 명시하고 있지는 않다. 그러나 헌법재판소법 제40조에 의하여 준용되는 민사소송법에 의하면 보조참가인은 피참가인의 소송행위와 저촉되지 아니하는 한 소송에 관하여 공격·방어·이의·상소, 기타 일체의 소송행위를 할 수 있는 자(민사소송법 제76조 제1항 본문)이므로 헌법재판소법 소정의 위헌심판제청신청의 ‘당사자’에 해당한다고 할 것이고, 이와 같이 해석하는 것이 구체적 규범통제형 위헌심사제의 입법취지 및 기능에도 부합한다고 할 것이다. 따라서 이 사건 청구인은 법 제68조 제2항의 헌법소원의 당사자 적격이 있다.”

410) 대법원 1978. 9. 5.자 78마233 결정.

411) 대법원 1969. 12. 19.자 69마500 결정(집17-4, 민195).

청서각하명령은 제청신청서를 수리할 수 없다고 반환하는 취지이므로, 제청신청서를 접수하고 나서 제청 신청이 부적법하다고 각하하는 판결과는 다르다. 이러한 제청신청서각하명령에 대해서는 즉시항고를 할 수 있다(민사소송법 제254조 제3항). 재판장은 소장을 심사하면서 필요하다고 인정하면 당사자에게 제청을 신청하는 이유에 대응하는 증거방법을 구체적으로 적어 내도록 명령할 수 있고, 당사자가 제청신청서에 인용한 서증의 등본이나 사본을 붙이지 않으면 이를 제출하도록 명령할 수 있다(민사소송법 제254조 제4항). 제청 신청에 대응하는 증거방법 기재·제출과 제청신청서에 인용한 서증 등본이나 사본 제출명령에 불응하여도 소장 전체가 부적법하다고 보기 어렵다. 따라서 이를 이유로 소장을 각하할 수는 없다.⁴¹²⁾

나. 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대한 재심

위헌으로 결정된 법률이나 법률조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다(헌법재판소법 제47조 제2항). 그러나 형벌에 관한 법률이나 법률조항은 다른 법률이나 법률 조항과는 달리 헌법재판소의 위헌결정에 따라서 소급하여 그 효력이 상실된다. 다만, 해당 법률이나 법률조항에 대해서 종전에 합헌으로 결정한 사건이 있으면 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실한다(헌법재판소법 제47조 제3항).

헌법재판소법 제47조 제3항 본문은 ‘형벌에 관한’ 법률이나 법률조항은 소급하여 그 효력을 상실한다고 규정한다. 죄형법정원칙 중 소급효금지원칙 때문에 위헌으로 결정된 형벌에 관한 법률이나 법률조항은 해당 법률 적용을 받는 자에게 유리할 때만 소급하고, 형사상 불이익한 결과를 가져올 때는 소급되지 않는다.⁴¹³⁾ 소급하여 효력이 상실되는 것은 ‘형벌’이라는 문언 표현에 비추어 범죄

412) 김홍엽, 민사소송법(제8판), 박영사, 2019, 337쪽; 이시윤, 신민사소송법(제13판), 박영사, 2019, 274쪽; 정동윤/유병현/김경욱, 민사소송법(제7판), 법문사, 2019, 90쪽.

413) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등, 판례집 9-1, 90, 107-108: “위 법 제47조 제2항 단서의 규정취지는 형벌에 관한 법률조항에 있어서는 이를 소급적으로 실효시킴으로써 당해 법률조항이 적용되는 유죄판결을 제거 내지 방지함으

의 구성요건과 형벌 부과에 관한 형사실체법에 국한되고 형사절차법은 포함되지 않는다.⁴¹⁴⁾ 그래서 형사절차법은 헌법재판소법 제47조 제3항 본문을 따라서 예외적으로 소급하여 적용되지 않는다. 헌법재판소는 ‘국민의 형사재판 참여에 관한 법률’ 제5조 제1항에서 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’ 제7조 제1항을 포함하지 않음에 따라 일반 형사절차를 걸쳐 유죄확정판결을 받은 사람은 이러한 법률규정에 대해 위헌결정을 받더라도 법원에 재심을 청구할 수 없다고 하였는데,⁴¹⁵⁾ 이것은 그 법률규정을 형사소송절차에 관한 것이어서 위헌결정의 소급효가 미치지 않는다고 본 것으로 보인다.⁴¹⁶⁾ 보안처분도 형벌과 다른 결론을 낳으므로 보안처분에 관한 법률도 이러한 형사실체법에 속한다고 보아야 할 것이다.⁴¹⁷⁾ 결국, 헌법재판소법 제47조 제3항 본문이 적용되는 것은 당사

로써 실질적 정의를 실현하는 것이 법치국가의 원리의 또 다른 이념인 법적 안정성의 요청보다 중요하며, 형사판결에 있어서의 실질적 정의는 위헌적인 법률을 적용한 확정된 유죄판결에까지도 그 법률에 대한 위헌결정의 효력을 미치게 할 때에 실현될 수 있다는 데 있다. 그런데 이 사건 법률조항인 특례법 제4조 제1항은 비록 형벌에 관한 것이기는 하지만 불처벌의 특례를 규정한 것이어서 위 법률조항에 대한 위헌결정의 소급효를 인정할 경우 오히려 그 조항에 의거하여 형사처벌을 받지 않았던 자들에게 형사상의 불이익이 미치게 되므로 이와 같은 경우까지 헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 적용범위에 포함시키는 것은 그 규정취지에 반한다.”

헌재 2009. 2. 26. 2005헌마764등, 판례집 21-1상, 156, 171: “헌법재판소법 제47조 제2항은 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다.”라고 규정하고 있다. 그런데 이 사건 법률조항은 비록 형벌에 관한 것이기는 하지만 불처벌의 특례를 규정한 것이어서 위헌결정의 소급효를 인정할 경우 오히려 그 조항에 의거하여 형사처벌을 받지 않았던 자들에게 형사상의 불이익이 미치게 되므로 이와 같은 경우까지 헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 적용범위에 포함시키는 것은 법적 안정성과 이미 면책받은 가해자의 신뢰보호의 이익을 크게 해치게 되므로 그 규정취지에 반한다.”

414) 헌재 1992. 12. 14. 92헌가8, 판례집 4, 853, 887-888(재판관 한병채, 이시윤, 김문희의 보충의견); 대법원 1999. 8. 9. 자 98모143 결정(공1999하, 2260); BVerGE 11, 263 (265); 12, 338 (340).

415) 헌재 2012. 11. 29. 2012헌마53, 공보 194, 1904.

416) 김하열, 헌법소송법(제3판), 박영사, 2018, 340쪽; 한수웅/정태호/김하열/정문식(김하열 집필), 주식 헌법재판소법, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 627쪽.

417) 대법원 1991. 7. 26. 91재감도58(공1991, 2280).

자에게 형사상 불이익한 결과를 가져오는 형사실체법에 국한한다.⁴¹⁸⁾

법률이나 법률조항의 효력을 상실시키는 헌법재판소 결정은 위헌결정이다. 위헌결정은 법률의 위헌성을 최종적으로 확인하는 결정이다. 법률뿐 아니라 법률조항의 위헌성도 확인할 수 있다는 점에서 역시 법률 일부인 법률의 해석 가능성이나 적용 가능성 중 일부의 위헌성을 확인하는 결정도 위헌결정에 포함된다고 볼 수 있다. 즉 단순위헌결정뿐 아니라 한정위헌결정과 한정합헌결정도 위헌결정에 포함된다고 볼 수 있다. 특히 단순위헌결정도 해당 법률이나 법률조항을 폐지하는 것이 아니라 효력을 상실시키는 것에 그치므로 위헌으로 결정된 법률이나 법률조항이 법전에서 제거되지 않는다는 점에서 단순위헌결정과 한정위헌결정이나 한정합헌결정 사이의 형식적 차이는 없다. 그러나 당연무효설이나 폐지(무효)설에 기반을 두어 효력 상실을 당연무효나 폐지로 이해하면 단순위헌결정과 한정위헌결정이나 한정합헌결정 사이에는 형식적 차이가 발생한다. 즉 단순위헌결정이 내려지면 해당 법률이나 법률조항이 법전에서 제거되지만, 한정위헌결정이나 한정합헌결정이 내려지면 해당 법률이나 법률조항이 법전에서 제거되지 않는다.⁴¹⁹⁾

헌법불합치결정은 심판 대상이 된 법률이나 법률조항의 위헌성을 확인하지만, 입법자의 입법형성권을 존중하거나 법적 공백과 혼란을 방지하기 위해서 그 법률이나 법률조항에 대해서 단순위헌결정을 선고하지 아니하고 헌법에 합치하지 아니하다고 선언하여 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항 적용을 배제하는 결정유형이다. 그러나 헌법불합치결정은 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항의 적용을 웅글게(완벽하게) 배제하지 않는다. 즉 헌법불합치결정은 위헌으로 결정된 법률이나 법률조항의 효력 상실 시점에 관해서만 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항의 적용을 배제한다. 그래서 입법자가 기한 안에 법률개선의무를 이행하지 않으면, 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항을 따라서 해당 법률이나 법률조항은 효력을 상실한다. 결국, 헌법불합치결정은 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항의 규율에서 부분적으로 벗어나는 것을 목적으로 하는 변형결정이다. 이러한 헌법불합치결정 자체의 본질적 특성 때문에 헌법재판소법 제47조 제2항

418) 이상 허완중, 한국 헌법에 따른 헌법재판소법 제47조 제3항의 해석, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 10~11쪽.

419) 이상 허완중, 한국 헌법에 따른 헌법재판소법 제47조 제3항의 해석, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 11쪽.

과 제3항의 위헌결정에서 부분적으로 배제된다고 보아야 할 것이다.⁴²⁰⁾

물론 이러한 논의는 헌법재판소가 형벌법규에 대한 헌법불합치결정을 내릴 수 있다는 것을 전제한다.⁴²¹⁾ 헌법재판소는 학교정화구역 안에서 극장시설 및 영업을 금하고 이 금지에 위반하는 사람을 형사처벌하는 학교보건법 규정에 대해서 헌법불합치결정을 내려서 형벌법규에 대해서 헌법불합치결정을 내릴 가능성을 열어 놓았다.⁴²²⁾ 그러나 대법원은 헌법재판소의 헌법불합치결정은 위헌결정에 해당하고, 형벌에 관한 법률조항에 관한 법률조항에 대해서 위헌결정이 선고되면 그 법률조항의 효력이 소급하여 상실되고, 해당 사건뿐 아니라 위헌으로 선언된 형벌조항에 근거한 기존의 모든 유죄확정판결에 대해서까지 전면적으로 재심이 허용된다는 구 헌법재판소법 제47조 제2항 단서와 제3항에 비추어 보면, 헌법불합치결정의 전면적인 소급효가 미치는 형사사건에서 법원은 헌법에 합치되지 않는다고 선언된 법률조항을 피고인에 대한 처벌법규로 적용할 수 없고, 헌법불합치결정 이후 개정된 형벌규정을 소급적용하는 것은 형벌불소급원칙에 위반된다고 하여⁴²³⁾ 사실상 형벌법규에 대한 헌법불합치결정 가능성을 부정하였다.⁴²⁴⁾

형벌에 관한 법률이나 법률조항에 대해서 헌법재판소가 위헌결정을 내렸을 때, 수사단계에서는 위헌으로 결정된 법률이나 법률조항이 아닌 다른 규정을 적용할 수 있으면 이에 따라 사건을 처리하고, 달리 적용할 규정이 없으면 수사를 종결하여야 한다. 해당 법률이나 법률조항의 유효성을 전제로 한 피의사건에 대해서 검사는 불기소처분을 하여야 한다. 검사가 기소유예처분을 내리고 나서 처분의 근거법률에 대해서 위헌결정이 내려지면 검사는 기소유예처분을 취소하여야 한다.⁴²⁵⁾ 기소되었다면 검사는 다른 공소사실로 공소장을 변경할 수 있고,

420) 이상 허완중, 한국 헌법에 따른 헌법재판소법 제47조 제3항의 해석, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 11~12쪽.

421) 이에 관해서 자세한 검토는 허완중, “형벌에 관한 법률(조항)에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정”, 공법연구 제38집 제4호, 한국공법학회, 2010, 133~157쪽 참조.

422) 헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1, 판례집 16-1, 670, 696-698.

423) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2004도7111 판결(공2009상, 174).

424) 이상 허완중, 한국 헌법에 따른 헌법재판소법 제47조 제3항의 해석, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 12쪽.

425) 헌재 2010. 7. 29. 2009헌마205, 판례집 22-2상, 456, 460.

이러한 공소장 변경을 할 수 없으면 공소취소를 하여야 한다. 검사의 공소취소가 없으면 법원은 면소판결이 아니라 무죄를 선고하여야 한다(형사소송법 제325조).⁴²⁶⁾ 위헌결정으로 말미암아 형벌에 관한 법률이나 법률조항이 소급하여 그 효력을 상실하면, 해당 법률이나 법률조항을 적용하여 기소한 사건이 범죄 후의 법령개폐로 형이 폐지되거나 공소장에 기재된 사실이 진실하더라도 범죄가 될 만한 사실이 포함되지 아니한 것이 아니라 범죄로 되지 아니한 때에 해당하기 때문이다.⁴²⁷⁾ 이것은 형벌에 관한 법률이나 법률조항의 위헌성은 이미 행위 시에 있었고, 헌법재판소가 위헌결정을 통해서 이것을 선고 시점에 확인한 것에 불과하다는 것에 따른 당연한 결과이다. 법원의 판결 후 확정되기 이전에 헌법재판소가 위헌결정을 내리면 판결에 영향을 미친 헌법이나 법률의 위반이 있는 때에 해당하여 항소와 상고의 이유가 된다(형사소송법 제361조의5 제1호, 제383조 제1호). 위헌으로 결정된 법률이나 법률조항이 헌법에 어긋나는 시점에 범한 공소사실은 사건이 법원에 계속 중이면 법률 변경으로 말미암아 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하는 때에 해당하여 면소가 선고되어야 한다(형사소송법 제326조 제4항). 폐지설을 따르면 당연히 범죄 후에 법률이 폐지되어 형이 폐지된 때에 해당하고, 효력상실설을 따르면 범죄 당시에 합헌이었던 법률이 이후 그 위헌성이 확인되어 그 효력을 상실함으로써 더는 적용될 수 없어 법적 상황 변경에 따라 형이 폐지되는 것과 같은 결과가 발생하여 형이 폐지된 때와 다르지 않다.⁴²⁸⁾

그러나 소급효가 인정되어도 법원이 이미 선고한 유죄판결 자체를 무효로 만들거나⁴²⁹⁾ 유죄확정판결 집행을 정지시키거나⁴³⁰⁾ 진행 중인 형의 집행을 금지

426) 대법원 1992. 5. 8. 선고 91도2825 판결(공1992, 1918).

427) 대법원 1992. 5. 8. 선고 91도2825 판결(공1992, 1918); 대법원 1999. 12. 24. 선고 99도3003 판결(공2000상, 353); 대법원 2003. 6. 27. 선고 2002도7403 판결; 대법원 2005. 3. 10. 선고 2001도3495 판결; 대법원 2005. 4. 15. 선고 2004도9037 판결; 대법원 2006. 6. 9. 선고 2006도1955 판결; 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결(공2011상, 259); 대법원 2011. 5. 13. 선고 2009도9949 판결; 대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결(공2011하, 1487); 대법원 2011. 9. 29. 선고 2009도12515 판결.

428) 이상 허완중, 한국 헌법에 따른 헌법재판소법 제47조 제3항의 해석, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 15~16쪽.

429) 헌재 1993. 7. 29. 92헌바34등, 판례집 5-2, 56, 63.

430) 그러나 형법 제1조 제3항의 유추적용을 통해서 유죄판결이 확정되면 그 집

하는 것이 아니다. 즉 유죄 확정판결의 근거인 법률을 헌법재판소가 위헌으로 결정하여도 확정판결의 기판력에 영향을 미치지 않는다. 유죄판결을 받은 사람이 재심 청구를 통해서 확정된 유죄판결을 다룰 수 있을 뿐이다(헌법재판소법 제47조 제4항). 일단 판결이 확정된 이상 판결 집행 전에는 물론이고 판결 집행 중에도 재심을 청구할 수 있다. 그리고 판결 집행이 종료되고 나서도 재심을 청구할 수 있다. 재심 청구에는 형 집행을 정지하는 효력이 없다. 다만, 관할 법원에 대응하는 검찰청 검사는 재심 청구에 대한 재판이 있을 때까지 형 집행을 정지할 수 있다(형사소송법 제428조). 이때의 재심 청구에는 형사소송법 규정을 준용한다(헌법재판소법 제47조 제5항). 그런데 헌법재판소법 제47조 제4항이 규정하는 재심은 형사소송법 제420조에서 규정하는 재심사유와는 별개로 헌법재판소법이 규정한 절대적 재심사유에 따른 절차이다. 즉 이때의 형사 재심은 사실적 사유에 따른 재심이 아니라 원판결의 법률 적용에 변경을 가져오는 법률적 사유에 따른 재심이다. 따라서 형사소송법 규정을 준용하는 때도 형사소송법 제420조, 제421조, 제422조는 준용되지 않는다.^{431) 432)}

3. 구체적 사항

가. 제청서 기재사항 중 ‘그 밖에 필요한 사항’(헌법재판소법 제43조 제5호)

모든 법원이 직접 독자적인 결정으로 위헌여부심판을 제청할 고유권한이 있다. 헌법 제111조 제1항 제1호, 제107조 제1항, 헌법재판소법 제41조와 제45조를

행이 정지된다는 견해가 있다(장윤기, “헌법재판소에서 위헌으로 결정된 법률의 효력”, 사법행정 제34권 제6호(통권 제390호), 사법행정학회, 1993. 6., 60쪽). 그리고 재심 청구가 가능한 사건이라면 형법 제1조 제3항을 따라서 형 집행을 면제된다는 견해도 있다[김하열, 헌법소송법(제3판), 박영사, 2018, 346~347쪽; 한수웅/정태호/김하열/정문식(김하열 집필), 주식 헌법재판소법, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 632쪽].

431) 정중섭, 헌법소송법(제9판), 박영사, 2019, 364쪽; 황우여, “위헌결정의 효력”, 사법논집 제21집, 법원도서관, 1990, 35쪽.

432) 이상 허완중, 한국 헌법에 따른 헌법재판소법 제47조 제3항의 해석, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 16쪽.

따르면 대법원과 각급 법원은 법률의 합헌성·위헌성의 심사권을 가지고 재판 하지만, 그 법률에 대해서 합헌이나 위헌이라고 규범적 효력을 확정하는 합헌성 여부에 대한 최종적인 결정권은 헌법재판소의 배타적 전속권한이다. 법원의 제청서에는 ① 제청법원 표시, ② 사건과 당사자 표시, ③ 위헌이라고 해석되는 법률이나 법률조항, ④ 위헌이라고 해석되는 이유, ⑤ 그 밖에 필요한 사항을 기재하여야 한다(헌법재판소법 제43조). 그 밖에 제청서에는 필요한 증거서류나 참고자료를 첨부할 수 있다(헌법재판소법 제26조 제2항).

헌법재판소법 제43조 제5호는 제청서의 필수적 기재사항으로 ‘그 밖에 필요한 사항’을 규정한다. 법률에서 ‘그 밖에 필요한 사항’이라고 포괄적으로 규정한 것은 제청사건의 유형별로 제청에 수반하여 확인이 필요한 사항을 달리할 것을 예상하여 구체적인 사건에 맞추어 필요한 기재사항을 헌법재판소가 정할 수 있도록 한 것이다. 제청법원은 판단을 구하고 헌법재판소는 판단을 내리므로 헌법재판소는 필요한 사항을 헌법재판소규칙으로 정할 수 있다. 다만, 위헌제청은 일반 당사자의 심판 청구와는 달리 독립한 국가기관인 법원이 내리는 재판의 일종이므로 별개의 국가기관인 헌법재판소가 마음대로 제청서의 필수적 기재사항을 헌법재판소규칙으로 정하여 법원에 새로운 의무를 부과할 수는 없다. ‘헌법재판소 심판 규칙’ 제54조는 ① 해당 사건이 형사사건이면 피고인의 구속여부 및 그 기간과 ② 해당 사건이 행정사건이면 행정처분의 집행정지 여부를 추가적인 필수적 기재사항으로 규정한다. 위헌제청이 있으면 해당 사건 재판절차는 중단되고 재판정지기간은 형사소송 피고인 구속기간에 산입하지 않는다. 따라서 제청사건 당사자가 구속된 형사피고인일 때 헌법재판소의 위헌법률심판절차가 길어지면 그만큼 해당 사건 당사자는 재판정지로 말미암은 장기간 구금을 겪어야 한다. 위헌법률심판절차의 적절한 진행을 통해서 이러한 폐해를 방지하려면 헌법재판소가 그 당사자의 구속 여부와 제청 당시까지의 구속기간을 알아야 한다. 비슷한 이유로 행정처분 집행이 정지되었는지도 확인할 필요가 있다. ‘헌법재판소 심판 규칙’ 제54조는 이러한 사정을 고려하여 이러한 사항을 기재사항에 추가한 것이다.

‘헌법재판소 심판 규칙’ 제54조가 헌법재판소법 제43조 제5호의 “그 밖의 필요한 사항”을 구체화한 것이라는 견해가 있다.⁴³³⁾ 그러나 ‘헌법재판소 심판 규

433) 한수웅/정태호/김하열/정문식(김하열 집필), 주석 헌법재판소법, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 504쪽.

칙 제54조는 추가한 기재사항이 ‘헌법재판소법 제43조의 기재사항 외’라고 함으로써 이러한 사항이 헌법재판소법 제43조 제5호를 구체화한 것이 아님을 밝힌다. 헌법재판소법 제43조의 제정서 기재사항은 민사소송법 제249조 제1항 소장의 기재사항을 구체화한 것이어서 민사소송법 제249조 제1항은 헌법재판소법 제43조 제5호를 해석하거나 구체화하는 데 아무런 도움을 주지 못한다. 게다가 특별한 재판이며 객관소송이라는 위헌법률심판의 본질은 민사소송에 관한 법령을 준용하는 것을 어렵게 한다. 따라서 이러한 위헌법률심판의 본질을 고려하면서 실무상 필요한 사항을 확정하여야 할 것이다. 이러한 점에 비추어 ‘그 밖에 필요한 사항’으로는 적법요건에 다툼이 있거나 예외에 해당할 때 그에 관한 사항을 고려해 볼 수 있다. 참고로 ‘헌법재판소 심판 규칙’ 제68조 제2항은 본질이 위헌법률심판인 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판 청구서에 ‘법률이나 법률조항의 위헌 여부가 재판의 전제가 되는 이유’를 기재하도록 한다.

나. 제청법원에 대한 의견서나 자료제출 요구

위헌법률심판에서 제청법원은 제청서 제출로 위헌법률심판을 개시하게 하지만, 적극적으로 심판절차에 참여하는 것도 아니고, 당사자의 권리·의무를 제청법원에 그대로 적용하기도 어려우므로, 제청법원은 당사자가 아니라는 견해가 있다.⁴³⁴⁾ 헌법재판소법은 당사자라는 표현(제24조, 제25조 제1항, 제30조 제2항)

434) 신 평, 헌법재판법(전면개정판), 법문사, 2011, 121쪽; 정연주, 헌법소송론, 법영사, 2015, 58~59쪽; 정종섭, 헌법소송법(제9판), 박영사, 2019, 154쪽; 한수웅/정태호/김하열/정문식(정태호 집필), 주식 헌법재판소법, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 228쪽; 허 영, 헌법소송법론(제14판), 박영사, 2019, 134쪽; BVerfGE 2, 213 (217); 3, 225 (228 f.); Christian Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., München 1991, S. 45; Klaus Vogel, Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. I, Verfassungsgerichtsbarkeit, Tübingen 1976, S. 618. 제청법원은 기관력이 아니라 내부절차적 기속력에 따라서 헌법재판소 재판에 구속된다는 견해도 있다(Klaus Vogel, Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des

과 구별하여 제청법원이라는 표현을 쓰고, 나아가 제청법원은 심판절차에서 자기 이익을 옹호하는 데 필요한 각종 소송법적 권리를 주장할 수 있는 주체라고 볼 수 없으므로 제청법원은 당사자가 아니라는 견해도 있다.⁴³⁵⁾ 그리고 법원에 당사자의 지위를 인정하는 것은 분쟁 주체가 아니라 독립적으로 분쟁을 심판하는 법원의 지위와 조화되기 어렵다는 견해도 있다.⁴³⁶⁾ 또한, 위헌법률심판 ‘청구’가 아니라 ‘제청’이라고 하고, 법원은 위헌법률심판제청서를 제출하고 나서는 별도로 헌법재판소 심판절차에 참여하지 않으므로 제청법원은 당사자로 보기 어렵다는 견해도 있다.⁴³⁷⁾ 그러나 이 견해들은 제청법원은 그 기능에 비추어, 해당 사건 당사자의 주장에 동조하여서 제청한 때는 물론 독자적인 판단에 따라 제청한 때도 다른 헌법재판소의 청구인과 비슷한 역할을 수행하고, 규범통제 결정의 실효성 확보가 필요하므로 기관력의 적용대상이 된다고 한다. 이에 반해서 제청법원도 위헌법률심판의 당사자로서 기관력에 구속된다는 견해가 있다.⁴³⁸⁾ 이 견해는 헌법재판소에 대한 제청법원의 위헌제청은 위헌법률심판 개시를 구하는 심판 청구의 성격이 있으므로, 일반 소송절차와는 달리 객관적 법

Bundesverfassungsgerichts, Bd. I, Verfassungsgerichtsbarkeit, Tübingen 1976, S. 618.). 그러나 이 견해는 헌법재판소와 일반 법원의 관계를 심급구조로 보는 것으로 양 기관이 서로 독립적인 기관이라는 점에서 타당하지 않다(같은 견해: 남복현, “헌법재판소 결정의 확정력”, 한양법학 제3집, 한양법학회, 1992, 228쪽).

435) 최희수, 법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구 - 소송법적 효력을 중심으로 -, 고려대학교 법학박사학위논문, 2001, 32쪽; 같은 사람, “규범통제결정의 기관력”, 헌법논총 제14집, 헌법재판소, 2003, 565~566쪽; 같은 사람, 헌법소송법 요론(개정판), 대명출판사, 2015, 19쪽.

436) 김하열, 헌법소송법(제3판), 박영사, 2018, 113쪽.

437) 성낙인/이효원/권건보/정 철/박진우/허진성, 헌법소송론 법문사, 2012, 89쪽.

438) 김지형, “헌법재판결정의 기관력”, 헌법논총 제3집, 헌법재판소, 1992, 288~289쪽; 전정환, “헌법재판소 결정의 효력에 관한 일반적 고찰”, 문광삼/남복현/전정환, 헌법재판소결정의 효력에 관한 연구(헌법재판연구 제7권), 헌법재판소, 1996, 42~43쪽; 같은 사람, “헌법재판소 결정의 확정력에 관한 고찰”, 아태공법연구 제8집, 아세아태평양공법학회, 2000, 223~224쪽. 같은 견해: 남복현, “헌법재판소 결정의 확정력”, 한양법학 제3집, 한양법학회, 1992, 228쪽; 이성환, 헌법재판소 결정의 효력에 관한 연구, 서울대학교 법학박사학위논문, 1993, 74~75쪽; 황우여, “위헌결정의 효력”, 헌법재판의 이론과 실제(금강 김철수교수 화갑기념), 박영사, 1993, 307쪽. 한병채, 헌법재판론, 고시계, 1994, 196쪽도 같은 견해로 보인다.

질서 보호가 목적인 위헌법률심판절차에서는 당사자의 개념을 위헌법률심판절차 개시를 '요구'한다는 의미에서 심판 청구를 할 수 있는 지위에 있는 사람으로 해석할 수 있다고 한다.

제청법원은 해당 사건 당사자의 제청 신청에 구속되지 않고 자신의 독자적 판단에 따라서 위헌법률심판을 제청할 수 있고, 헌법재판소 심판 대상은 제청법원의 제청서를 통해서 확정되며, 제청법원은 위헌법률심판을 통해서 자신이 적용하여야 할 법률을 확정함으로써 자기 재판에 대한 신뢰를 확보할 수 있으므로, 제청법원은 이러한 위헌제청에 독자적 이익이 있다고 보아야 한다. 그리고 헌법재판소법은 위헌법률심판이 다른 절차와 구별되면 별도 규정을 두지만(제26조 제1항, 제27조 제2항, 제30조 제2항), 당사자를 종국결정의 기재사항으로 규정하면서 위헌법률심판에 관한 별도 규정을 두지 않는다(제36조 제2항). 또한, 헌법재판소법이 '청구인' 대신에 '제청법원'이라는 용어를 사용하지만(헌법재판소법 제43조 제1호), 제청법원을 청구인과 달리 취급하는 규정은 찾을 수 없다. 오히려 제청법원을 청구인으로 보는 규정을 찾을 수 있다(헌법재판소법 제71조 제2항 후문). 그 밖에 규범통제절차에 속하는 위헌소원심판이나 법률에 대한 헌법소원심판에서는 당사자를 인정하여 당사자의 권리와 지위에 관한 규정(헌법재판소법 제24조, 제25조 제1항, 제30조, 제31조)을 적용하면서 위헌법률심판만 다르게 보아 이러한 규정 적용을 배제하여야 할 이유는 없다. 게다가 참가는 당사자를 전제로 하므로 당사자를 부정하면 이해관계인이 가지는 권리의 근거를 찾기 어렵다. 따라서 제청법원을 위헌법률심판의 당사자로 보아야 할 것이다.^{439) 440)}

헌법재판소는 재판의 전제성 여부와 위헌 판단을 위해서 해당 사건의 구체적 내용을 알아야 할 때 제청법원에 대해서 이에 관한 의견서나 자료 제출을 요구할 수 있다. 만약 제청법원을 당사자로 본다면 이를 헌법재판소법 제40조에 따라 준용되는 민사소송법 제136조에 따른 석명권 행사로 볼 수 있다. 제청법원을

439) 헌법재판소는 “제청법원은 적어도 이 사건 제청당사자로서 위 심판의 기판력을 받을 것은 물론 더 나아가 살필 때 헌법 제107조 제1항의 규정상 제청법원이 본안재판을 함에 있어서 헌법재판소의 심판에 의거하게 되어 있는 이상 위 헌법규정에 의하여서도 직접 제청법원은 이에 의하여 재판하지 않으면 안 될 구속을 받는다.”라고 하였다(헌재 1990. 6. 25. 90헌가11, 판례집 2, 165, 171).

440) 허완중, 헌법재판소법, 박영사, 2019, 130~131쪽.

당사자로 보지 않으면 이를 헌법재판소법 제32조 본문에 따른 사실조회로 볼 수 있다. 법원에서 사실관계나 법률 적용 여부 등에 관해서 충분히 다루어지지 않은 상태에서 헌법재판소에 위헌제청을 하면 헌법재판소가 해당 법률을 해석하기 곤란한 때가 잦고, 헌법재판소가 이러한 부분까지 담당하는 것은 업무상 부담이 너무 크며, 기능적 측면에서도 바람직하지 않다. 따라서 이러한 때에 해당 사건의 담당 법원에 어떠한 법률해석을 한 것인지를 물어볼 필요가 있다. 법원의 위헌여부심판 제청에서 위헌 여부가 문제되는 법률이나 법률조항이 재판의 전제성 요건을 갖추는지는 되도록 이것에 관한 제청법원의 법률적 견해를 존중함이 원칙이다.⁴⁴¹⁾ 제청 기초가 되는 법률 해석에서 그 이유가 일부 명시되지 않은 점이 있다라도 먼저 나서서 법률해석을 확정하여 제청법원 판단을 명백히 불합리하여 유지될 수 없는 것이라고 단정하기보다는 제청법원의 제청취지를 존중하여 재판의 전제성을 긍정하여야 할 것이다.⁴⁴²⁾ 재판의 전제성 요건 판단에는 문제가 되는 법률조항이 해당 사건에 적용되는지, 그 위헌 여부에 따라 담당법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는지가 검토되어야 하는데, 이것은 해당 사건에서 법률의 해석·적용 권한이 있는 법원의 1차적 권한이기 때문이다. 그런데 법원이 구체적인 의견을 명시하지 않고 위헌제청을 할 수도 있다. 이때 해당 법률이 그 사건에 적용되는지를 확인해 달라고 제청법원의 의견을 물을 수도 있다. 이러한 취지에서 제청법원에 석명을 구하여 헌법재판소와 법원 사이에 위헌제청 관련 서류가 오고가는 것보다는 제청이유나 재판의 전제성이 불분명할 때 제청법원에 의견이나 자료 제출을 요구하는 것이 바람직하다.

다. 제청법원의 의견 제출

해당 사건을 담당하는 법원은 직권이나 당사자의 신청으로 제청결정을 할 수

441) 헌재 1996. 10. 4. 96헌가6, 판례집 8-2, 308, 321; 헌재 1999. 9. 16. 98헌가6, 판례집 11-2, 228, 235; 헌재 2007. 6. 28. 2006헌가14, 판례집 19-1, 783, 792.

442) 헌재 2007. 4. 26. 2004헌가29, 판례집 19-1, 349, 365: “... 헌법재판소로서는 제청의 기초가 되는 법률의 해석에서 그 이유가 일부 명시되지 않은 점이 있다 하더라도 먼저 나서서 법률해석을 확정하여 제청법원의 판단을 명백히 불합리하여 유지될 수 없는 것이라고 단정하기보다는 제청법원의 제청취지를 존중하여 재판의 전제성을 긍정함이 상당하다.”

있다(헌법재판소법 제41조 제1항). 위헌제청 신청이 있으면 법원은 이에 관해서 결정하여야 한다. 제청 신청이 이유가 있으면 결정으로 위헌법률심판을 제청하고, 이유가 없으면 기각결정을 하며, 신청이 적법하지 않으면 각하결정을 할 수도 있다. 위헌제청결정서 정보이나 위헌제청신청기각결정서 정보는 해당 사건의 당사자(형사사건에서 검사와 변호인 포함)에게 이를 송달하여야 한다(‘위헌법률심판제청사건의 처리에 관한 예규’ 제7조 제3항). 위헌제청 신청을 받은 법원은 특별한 사정이 없으면 사건이 접수된 날부터 180일 안에 결정한다(‘위헌법률심판제청사건의 처리에 관한 예규’ 제7조 제5항). 대법원 이외의 법원이 위헌제청결정을 하면 위헌제청결정서 정보를 즉시 법원행정처장에게 법원장이나 지원장 명의로 송부하여야 한다(‘위헌법률심판제청사건의 처리에 관한 예규’ 제8조). 결정서 정보가 대법원에 송부되면 대법원은 각급 법원이 한 위헌법률심판제청에 대한 심사권이 없어서 다른 심사절차 없이 그대로 그 결정서를 헌법재판소에 송부하여야 한다(헌법재판소법 제41조 제5항). 위헌법률심판 제청에 관한 결정에 대해서는 항고할 수 없다(헌법재판소법 제41조 제4항). 따라서 위헌제청 신청을 기각하는 결정에 대해서는 제청신청인은 물론 신청인의 상대방도 항고나 재항고를 할 수 없다. 그뿐 아니라 위헌제청 신청에 대한 기각결정은 본안에 대한 중급재판과 함께 상소심 판단을 받는 중간재판의 성질이 있는 것으로서 ‘불복을 신청할 수 없는 결정’에 해당하지 않는다. 때에 따라 사후에 위헌법률심판 제청이 필요하지 않은 것으로 밝혀질 수도 있으므로, 위헌법률심판 제청은 원칙적으로 법원에 계속 중인 구체적 사건 심리가 충분히 진행되어 재판에 적용할 법률의 윤곽이 드러나고 그 위헌 여부에 따라 재판 결과에 미칠 가능성이 보이는 단계에서 하여야 한다. 따라서 이는 특별항고 대상도 아니다.⁴⁴³⁾ 법원행정처장은 헌법재판소에서 위헌여부결정서 정보를 송부받으면 그 내용을 각급 법원에 통보한다(‘위헌법률심판제청사건의 처리에 관한 예규’ 제9조).

위헌제청결정서 정보이나 위헌제청신청기각결정서 정보를 송달 받은 해당 사건의 당사자와 법무부 장관은 제청된 법률의 위헌 여부에 관한 의견서를 제출할 수 있다(헌법재판소법 제44조). 해당 사건의 참가인은 헌법재판소에 법률이나 법률조항의 위헌 여부에 관한 의견서를 제출할 수 있다(‘헌법재판소 심판규칙’ 제56조). 위헌법률심판에 이해관계가 있는 국가기관이나 공공단체도 헌법

443) 대법원 1993. 8. 25.자 93그34 결정(공1993하, 2728).

재판소에 의견서를 제출할 수 있고, 헌법재판소는 이들에게 의견서를 제출할 것을 요청할 수 있다(헌법재판소 심판 규칙 제10조 제1항). 위헌법률심판에서 이해관계기관은 일반적으로 해당 법률을 집행하는 주무관청이다. 그리고 헌법재판소는 필요하다고 인정하면 해당 심판에 이해관계가 있는 사람에게 의견서를 제출할 수 있음을 통지할 수 있다(헌법재판소 심판 규칙 제10조 제2항). 제청법원은 제청하고 나서도 법률의 위헌성에 관해서 추가로 의견을 제시할 필요성이 있을 수 있다. 즉 제청결정을 하고 나서 제청법원이 추가로 헌법재판소에 법률의 위헌성에 관한 의견을 제출할 수 있는지, 제출할 수 있다면 그 방법과 위헌 제청 후 제청법원이 위헌법률조항을 추가할 수 있는지, 가능하다면 별도의 위헌 제청결정을 하여야 하는지가 문제된다. 다만, 감축 문제는 위헌제청 일부 철회 문제이므로 여기서는 문제되지 않는다. 이와 관한 규정이 없어서 제청법원은 새로운 위헌제청결정서를 제출하여야 하는지 아니면 단순히 의견서를 제출하는 것으로 충분한 것인지가 문제된다.

당사자는 소송에 대해서 법원에서 변론을 하여야 한다(구술심리주의: 민사소송법 제134조 제1항). 그러나 위헌법률심판은 구두변론이 아니라 서면심리를 원칙으로 한다(헌법재판소법 제30조 제2항). 따라서 말로 진술한 소송자료만 판결의 기초가 된다는 구술심리주의는 위헌법률심판에서는 당사자가 제출한 서면이 결정의 기초가 된다는 것으로 수정되어 준용되어야 한다. 이때 제청법원을 청구인으로 보면 이러한 내용을 그대로 적용할 것이고, 제청법원을 청구인으로 보지 않으면 제청법원을 청구인에 준하는 것으로 보고 이러한 내용을 적용할 것이다. 그에 따라서 제청법원은 제청하고 나서도 자유롭게 의견서를 제출할 수 있다고 볼 수 있다.

위헌법률심판의 심판대상은 구체적 사건과 관련한 법률의 위헌 여부이다. 이러한 점에 비추어 제청법원이 새로운 위헌법률조항을 추가하는 것은 별도의 심판대상을 추가하는 것이다. 이는 제청법원이 별도의 위헌제청을 하는 것과 같다. 따라서 새로운 위헌법률조항 추가는 제청법원이 별도의 위헌제청결정을 통해서 하여야 한다. 하지만 이미 위헌제청을 한 법률의 위헌성에 관해서 추가의견을 제시하거나 헌법재판소가 법체계상 포함하여야 할 법률조항을 지적하는 것은 심판대상에 아무런 영향을 주지 않는다. 따라서 제청법원은 이를 위해서 다시 새로운 위헌제청결정서를 송부할 필요가 없다. 이는 위헌제청결정의 주문을 바꾸는 것이 아니라 단순히 그 이유를 추가하는 것에 불과하기 때문이다. ‘헌

법재판소 심판 규칙' 제55조도 제청법원은 위헌법률심판을 제청하고 나서도 심판에 필요한 의견서나 자료 등을 헌법재판소에 제출할 수 있다고 규정하여 이를 확인한다.

라. 위헌제청 철회

법원이 위헌제청을 하고 나서 제청을 철회할 수 있는지에 관해서 헌법재판소법은 규정하지 않는다. 이와 관련하여 구체적 규범통제는 객관적 소송의 성질이 있을 뿐 아니라 헌법소송에서는 당사자주의가 아닌 직권심리주의가 적용되므로 법원이 마음대로 제청 신청을 철회하는 것은 허용되지 않고, 제청 철회가 불가피한 예외적인 사정이 있는 때만 제청 철회를 인정하여야 한다는 견해가 있다.⁴⁴⁴⁾ 그러나 구체적 규범통제절차인 위헌법률심판의 본질과 성격에 비추어 제청 사유가 소멸됨으로써 위헌여부 판단 필요성이 객관적으로 소멸하면 그 사정을 잘 아는 법원이 위헌제청결정을 취소함으로써 제청을 철회할 수 있도록 하여야 한다.⁴⁴⁵⁾ 즉 헌법재판소법 제40조에 따라 준용되는 민사소송법 제266조와 제267조에 따라서 법원은 위헌제청결정 이후에 서면으로 위헌제청을 철회할 수 있다.

법원이 위헌제청결정을 하고 나서 헌법재판소가 다른 사건에서 해당 법률을 위헌이라고 결정하거나 그 법률이 폐지되거나 당사자의 소송종료를 초래하는 행위(소·항소·상고 등의 취하, 화해, 청구 포기, 인낙 등)가 있거나 소송수계가 불가능한 사건에서 당사자가 사망하는 것 등의 사유로 위헌제청 사유가 소

444) 정중섭, 헌법소송법(제9판), 박영사, 2019, 290~291쪽; 허 영, 헌법소송법론(제14판), 박영사, 2019, 212~213쪽.

헌재 1989. 7. 14. 88헌가5등, 판례집 1, 69, 90 재판관 이시윤의 보충의견: “원래 제청법원은 일단 제청한 뒤에는 제청결정의 기속력 때문에 제청요건을 갖추지 못했다는 확신에 이른다 하여도 제청결정을 변경할 권한은 없다고 할 것이다. 그러나 법률이 변경되는 경우나 본안소송에서 소의 취하 등으로 적법하게 사건이 종료된 경우에는 예외적으로 제청법원은 재판의 전제성이 없는 것으로 보고 제청결정을 변경하거나 또는 철회할 수 있다고 할 것이다.”

445) 김하열, 헌법소송법(제3판), 박영사, 2018, 298~299쪽; 한수웅/정태호/김하열/정문식(김하열 집필), 주식 헌법재판소법, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 495쪽.

떨어지면 위헌제청법원은 위헌제청결정을 취소하고 그 취소결정 정본을 헌법재판소에 송부함으로써 위헌여부심판 제청을 철회한다(‘위헌법률심판제청사건의 처리에 관한 예규’ 제7조 제4항). 이때 철회는 위헌여부심판 제청 전부에 대해서뿐 아니라 그 일부에 대해서도 할 수 있다(민사소송법 제266조 제1항). 위헌제청 철회는 헌법재판소가 결정을 내리기 전까지 할 수 있다(민사소송법 제266조 제1항). 위헌법률심판에서는 피청구인이 없으므로 상대방 동의는 필요 없다. 이러한 위헌제청 철회에 대해서 헌법재판소는 예외적으로 헌법적 해명을 위해서 본안 판단을 하는 때가 아닌 한 별다른 절차 없이 위헌법률심판절차가 종료된 것으로 처리한다. 그러나 이러한 제한적인 사유에 해당하지 않는 한 위헌 여부에 관한 견해 변경 등으로 법원이 임의로 제청 신청을 철회하는 것은 허용되지 않는다. 철회 사유가 있는데도 법원이 제청을 철회하지 않으면 헌법재판소는 재판의 전제성 소멸을 이유로 그 위헌제청을 각하한다.⁴⁴⁶⁾ 다만, 예외적으로 해당 법률의 위헌 여부에 대한 헌법적 해명이 필요하면 헌법재판소는 심리를 진행하여 본안 판단을 할 수 있다. 위헌제청이 철회되면 철회된 부분에 대해서는 위헌제청이 처음부터 계속되지 아니한 것으로 본다(민사소송법 제267조 제1항).⁴⁴⁷⁾

마. 의견서를 제출할 수 있는 해당 사건 당사자의 범위

해당 사건 당사자는 헌법재판소에 법률의 위헌 여부에 관한 의견서를 제출할 수 있다(헌법재판소법 제44조). 이러한 당사자에 독립당사자참가인 이외에 보조참가인도 포함되는지가 문제된다. 독립당사자참가는 소송계속 중에 제3자가 청구인과 피청구인 양 쪽이나 한 쪽을 상대방으로 하여 청구인과 피청구인 사이의 청구와 관련된 자기 청구에 관해서 동시에 그리고 모순 없이 심판을 구하기 위해서 그 소송절차에 당사자로서 참가하는 것을 말한다. 보조참가는 소송이 계속되는 가운데 소송 결과에 이해관계가 있는 제3자가 한 쪽 당사자를 도우려고 그 소송에 참가하는 것을 말한다. 의견서 제출은 위헌성 논의에 풍부한 논거를 제시받고자 하는 데 의의가 있다. 그러나 의견서를 제출할 수 있는 해당 사건 당사자의 범위를 지나치게 넓게 보면 의견서 통지절차 등과 관련하여 불필요한

446) 헌재 1989. 4. 17. 88헌가4, 판례집 1, 27; 헌재 2000. 8. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167.

447) 이상 허완중, 헌법재판소법, 박영사, 2019, 421쪽.

송달 문제와 송달불비로 말미암은 재판절차 부적법 문제가 발생할 수 있다. 따라서 적절한 기준에 따라 합리적으로 해당 사건 당사자의 범위를 확정하여야 한다.

헌법재판소법 제40조에 따라 준용되는 민사소송법 제76조에 따라서 참가인은 피참가인의 소송행위에 어긋나지 않는 한 소송에 관하여 공격·방어·이의·상소, 그 밖의 모든 소송행위를 할 수 있다. 따라서 해당 사건의 보조참가인도 위헌법률심판 제청을 신청할 수 있다.⁴⁴⁸⁾ 이러한 점에서 의견서를 제출할 수 있는 해당 사건 당사자에서 보조참가인을 제외할 이유는 없다. 이는 다른 당사자나 참가인에 의해서 개시된 위헌법률심판절차라고 할지라도 마찬가지이다. 독자적으로 위헌제청 신청을 할 수 있었던 보조참가인이 다른 당사자나 참가인에 의해서 위헌법률심판절차가 개시되었다고 하여 의견서 제출조차 하지 못하게 하는 것은 타당하지 않기 때문이다. 보조참가인은 원래 해당 사건에 이해관계가 있는 제3자로서 관련 소송법이 정한 바에 따라 소송참가가 허용된 사람이므로 소송참가가 허용되지 않는 단순한 제3자와는 구별된다. 이러한 점에서 의견서를 제출할 수 있는 해당 사건 당사자에는 해당 사건의 독립당사자참가인은 물론 해당 사건의 보조참가인도 포함된다. ‘헌법재판소 심판 규칙’ 제56조는 해당 사건의 참가인은 헌법재판소에 법률이나 법률조항의 위헌 여부에 관한 의견서를 제출할 수 있다고 하여 이를 확인한다.

바. 위헌심판제청 후의 해당 사건 당사자의 의견서 제출과 관련된 소송 대리권 증명

법원이 헌법재판소에 위헌 여부 심판을 제청하면, 해당 사건의 당사자는 헌법재판소에 법률의 위헌 여부에 관한 의견서를 제출할 수 있다(헌법재판소법 제44조). 해당 사건의 당사자는 위헌법률심판에서 당사자가 아니라서 이러한 의견서를 제출하는 것 이외에는 위헌법률심판에 적극적으로 관여할 수 없다. 해당 사건의 당사자는 위헌법률심판에서 당사자가 아니라서 변호사강제주의(헌법재판소법 제25조 제3항) 적용을 받지 않는다. 그러나 해당 사건의 당사자도 대리

448) 헌재 2003. 5. 15. 2001헌마98, 판례집 5-1, 534, 543; 헌재 2008. 4. 24. 2004헌마44, 판례집 20-1상, 453, 462.

인을 선임하여 의견서를 제출할 수도 있다. 소송대리인은 본인 의사에 기하여 대리권이 수여되는 임의대리인 가운데 중요한 것은 소송 수행을 위한 포괄적 대리권이 부여된 사람이다. 즉 소송대리인은 소송 수행을 위한 포괄적 대리권이 있는 임의대리인이다. 소송대리인은 위임을 받은 사건의 소송 수행을 위해서 필요한 일체의 소송행위를 할 수 있다. 즉 소 제기, 청구 변경, 중간확인의 소 제기, 상대방의 반소 및 제3자의 소송참가(독립당사자참가, 공동소송참가, 참가승계)에 대한 방어 등을 할 수 있고, 그 소송에 관한 강제집행, 가압류·가처분 등도 할 수 있다(민사소송법 제90조 제1항). 다만, 반소의 제기, 소 취하, 화해, 청구 포기·인낙 또는 소송탈퇴, 상소 제기나 취하, 대리인 선임은 소송대리인이 특별한 권한을 따로 받아야 한다(민사소송법 제90조 제2항). 이때 의견서를 제출하는 행위도 헌법재판에 관한 행위라서 당연히 소송대리인의 대리권이 증명되어야 한다. 그러나 제청 이전에 소송대리인으로 선임되어 제청결정서에 소송대리인으로 기재된 때를 제외하고는 헌법재판소는 소송대리권 존부 여부를 확인할 방법이 없다. 따라서 제청결정서에 기재되어 있지 않은 소송대리인에게 소송대리권 존재를 증명하게 할 필요가 있다. 이때 의견서 제출은 제청신청인뿐 아니라 제청신청인의 상대방도 할 수 있고, 법원이 직권으로 제청하면 제청을 신청한 적이 없는 당사자들도 의견서를 제출할 수 있다. 그러므로 해당 사건의 소송대리인은 그 당사자가 제청신청인이든 그 상대방이든 아예 제청을 신청한 적이 없어도 소송대리권 증명이 필요하다. 이와 관련하여 헌법재판소가 소송대리권 존부를 확인하기 위해서 소송대리인이 제청법원에 소송위임장을 제출하는 것과는 별도로 헌법재판소에도 소송위임장이나 법원에 제출한 소송위임장 사본 등을 제출하게 하여야 하는지 아니면 헌법재판소에는 해당 사건에서 소송대리인으로 선임되었음을 증명할 자료를 제출하게 하는 것으로 충분한 것인지가 문제된다.

헌법재판소법 제40조에 따라 준용되는 민사소송법 제89조 제1항을 따르면 소송대리인의 권한은 서면으로 증명하여야 한다. 서면으로 증명하도록 하는 이유는 앞으로 절차가 진행되는 도중에 소송대리권에 관한 분쟁이 발생하는 것을 방지하려는 것이다. 의견서 제출이 참고자료를 제출하는 정도의 행위로서 변호사강제주의가 적용되지 않는다고 하여도 의견서 제출이 소송행위라는 성격은 바뀌지 않으므로 이를 달리 볼 이유는 없다. 따라서 의견서 제출만을 위해서 소송을 위임한 때를 포함하여 소송위임장 제출을 원칙적으로 요구하여야 한다. 다

만, 이미 해당 사건의 소송대리인으로 위임된 때는 법원의 소송위임장사본 등의 서면을 제출함으로써 소송대리권 존재를 간이하게 증명할 수 있을 것이다.

사. 제출된 의견서 송달

위헌법률심판 제청이 있으면 법무부 장관과 해당 사건 당사자에게 그 제청서 등본을 송달한다(헌법재판소법 제27조 제2항). 해당 사건의 당사자, 참가인 및 법무부 장관은 헌법재판소에 법률이나 법률조항의 위헌 여부에 관한 의견서를 제출할 수 있다(헌법재판소법 제44조, ‘헌법재판소 심판 규칙’ 제56조). ‘헌법재판소 심판 규칙’은 의견서를 제출할 수 있는 범위를 더욱 확대하여 헌법재판소 심판에 이해관계가 있는 국가기관이나 공공단체는 헌법재판소에 의견서를 제출할 수 있고, 헌법재판소는 이들에게 의견서를 제출할 것을 요청할 수 있으며, 헌법재판소는 필요하다고 인정하면 해당 심판에 이해관계가 있는 사람에게 의견서를 제출할 수 있음을 통지할 수 있다(제10조).

위헌법률심판절차는 대심구조가 아니라서 의견서를 접수할 뿐이지 다른 당사자에게 의견서를 송달하지 않는다. 다만, 해당 사건 당사자는 헌법재판소 홈페이지를 통해서 위헌법률심판 사건의 진행경과(다른 당사자나 이해관계기관의 의견서 제출 여부)를 확인할 수 있다. 그러나 제출된 의견서 내용까지 확인할 수 없어서 내용을 확인하고 반박하는 의견서를 내고 싶으면 당사자나 그 대리인이 직접 헌법재판소를 찾아와 그 의견서를 복사할 수밖에 없다. 이와 관련하여 제청서 등본을 송달받는 해당 사건의 당사자, 참가인 및 법무부 장관에게도 제출된 의견서를 송달하여야 하는지가 문제된다.

위헌법률심판절차가 대심구조는 아닐지라도 다양한 의견이 나오도록 하려면 가급적 대심적 구조로 운영되어야 하고, 그를 통해서 판단의 오류도 줄일 수 있다. 특히 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판에서는 해당 사건 당사자가 적극적으로 위헌 여부에 관한 의견을 개진할 기회가 주어지는데도 법원까지 위헌성을 의심하여 위헌제청을 한 사건에서 해당 사건 당사자가 상대방이나 이해관계기관이 제출한 의견서 내용을 송달받지 못하여 반박할 기회를 얻지 못한다면 균형이 맞지 않는다. 따라서 헌법재판소법 제40조에 따라 민사소송법 제256조 제3항을 준용하여 해당 사건의 당사자와 이해관계기관에도 제출된 의견서를 송달하여야 한다. 이때 헌법재판소법 제40조에 따라 민사소송규칙 제48

조 제1항을 준용하여 송달에 필요한 부분 제출의무를 부과할 수 있다.

아. 여러 의견이 대립하는 때의 주문결정

보통 재판 평의에서 그 평결방식에는 쟁점별 평결방식과 주문별 평결방식이 있다. 쟁점별 평결방식은 적법요건이나 본안에 해당하는 문제를 개개 쟁점별로 각각 표결하여 결론을 도출하는 방식을 말한다. 주문별 평결방식은 적법요건이나 본안에 해당하는 문제를 개개 쟁점별로 표결하지 않고 결론에 초점을 맞추어 전체적으로 표결하여 주문을 결정하는 방식을 말한다. 헌법재판소 실무례는 기본적으로 주문별 평결방식에 입각하고, 적법요건과 본안을 분리하여 평결하지 않고 전체적으로 평결하여 결론을 도출하는 방식을 취한다. 평결방식과 관련하여 헌법재판소 결정에서 명시적으로 그에 관하여 언급한 예가 있다. 즉 구 국세기본법 제42조 제1항 단서에 대한 헌법소원사건에서 위헌의견을 낸 5명의 재판관은, “헌법소원의 적법성의 유무에 관한 재판은 재판관 과반수의 찬성으로 족한 것이므로 이 사건에 있어서 재판관 5명이 재판의 전제성을 인정하였다면 이 사건 헌법소원은 일응 적법하다고 할 것이고, 이 사건 헌법소원이 적법한 이상 재판의 전제성을 부인하는 재판관 4명도 본안결정에 참여하는 것이 마땅하며 만일 본안에 대해 다수와 견해를 같이하는 때에 그 참여는 큰 의미를 갖는 것”⁴⁴⁹⁾이라고 하였고, 이에 대해서 각하의견을 낸 4명의 재판관은 “5인의 위헌의견은 헌법재판의 합의방법에 관하여 쟁점별 합의를 하여야 한다는 이론을 펴고 있으나 헌법재판소는 발족 이래 오늘에 이르기까지 예외 없이 주문합의제를 취해 왔으므로 유독 이 사건에서 주문합의제를 쟁점별 합의제로 변경하여야 한다는 이유를 이해할 수 없고, 세삼 판례를 변경하여야 할 다른 사정이 생겼다고 판단되지 아니한다.”⁴⁵⁰⁾라고 하면서 본안 판단에 참여하지 않았다.

위헌법률심판절차에서 평의 결과 관여 재판관의 의견이 위헌, 헌법불합치, 한정위헌(한정합헌), 합헌 등으로 갈려 한 의견만으로는 의결정족수를 충족시킬 수 없으면 주문을 어떻게 결정할 것인가가 문제된다. 그런데 이러한 때의 해결 방법에 관해서 헌법재판소법은 직접적으로는 아무런 규정을 두지 않는다. 다만,

449) 헌재 1994. 6. 30. 92헌바23, 판례집 6-1, 592, 612.

450) 헌재 1994. 6. 30. 92헌바23, 판례집 6-1, 592, 617-618.

헌법재판소법 제40조 제1항에 따라 법원조직법 제66조 소정의 ‘합의에 관한 규정’을 준용할 수 있다.

법원조직법 제66조 제2항을 따르면 ‘수액’이나 ‘형량’에 관하여 3설 이상이 나누어지고, 어느 견해도 그 자체로서는 과반수에 이르지 못하면 신청인(민사에서는 원고, 형사에서는 검사)에게 가장 유리한 견해를 가진 수에 차례로, 그다음으로 유리한 견해를 가진 수를 더하여 과반수에 이르게 된 때의 견해를 그 합의체 견해로 하도록 한다. 이를 따르면 예를 들어 위헌법률심판절차에서 평의 결과 관여 재판관 의견이 위헌 2명, 헌법불합치 2명, 한정합헌 2명, 합헌 3명으로 나누어지면, 제청법원은 해당 법률이 위헌이라고 주장한 것이므로 그에 동조하는 위헌의 견해를 가진 수(2명)에 차례로 유리한 견해의 수(헌법불합치 2명, 한정합헌 2명)를 더하여 ‘6명’에 이르게 된 때의 견해인 ‘한정합헌’ 견해에 따라 주문이 결정된다.

헌법재판소는 관여 재판관의 평의 결과가 단순합헌의견 3명, 한정합헌의견 5명, 전부위헌의견 1명의 비율로 나타난 위헌법률심판사건에서, “한정합헌의견(5)은 질적인 일부위헌의견이기 때문에 전부위헌의견(1)도 일부위헌의견의 범위 내에서는 한정합헌의 의견과 견해를 같이한 것이라 할 것이므로 이를 합산하면 법 제23조 제2항 제1호 소정의 위헌결정 정족수에 도달하였다고 할 것이며, 그것이 주문의 의견이 되는 것”이라고 하여 한정합헌으로 결정하였고,⁴⁵¹⁾ 단순위헌의견 5명, 헌법불합치의견 2명, 합헌의견 2명이면, “단순위헌의견(5)이 다수의견이기에는 하나 법 제23조 제2항 제1호에 규정된 ‘법률의 위헌결정’을 함에 필요한 심판정족수에 이르지 못하였으므로 헌법불합치의 결정을 선고하기로” 한다고 하였으며,⁴⁵²⁾ 단순위헌의견 1명, 일부위헌의견 1명, 적용 중지 헌법불합치의견 2명, 계속 적용 헌법불합치의견 5명일 때 계속 적용 헌법불합치결정을 선고하였고,⁴⁵³⁾ 한정위헌의견 5명, 헌법불합치의견 1명, 합헌의견 3명일 때 한정위헌결정을 선고하였으며,⁴⁵⁴⁾ 전부 헌법불합치의견 5명, ‘일부 단순위헌, 일

451) 헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 99.

452) 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등, 판례집 9-2, 1, 21. 단순위헌의견 5명, 헌법불합치의견 2명, 합헌의견 2명일 때 재판관 1명이 적용중지 의견을 내었으나 헌법재판소는 계속 적용 헌법불합치결정을 내린 적이 있다(헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25, 판례집 21-2상, 427).

453) 헌재 2007. 5. 31. 2005헌마1139, 판례집 19-1, 711.

454) 헌재 2002. 8. 29. 2000헌가5등, 판례집 14-2, 106.

부 헌법불합치'의견 1명, 합헌의견 3명일 때 전부 헌법불합치결정을 선고하였다.⁴⁵⁵⁾ 한편, 각하의견과 본안 인용의견(이나 법령의 위헌성을 인정하는 의견)으로 나뉜 결과 기각(이나 합헌) 주문을 낸 사례들도 있다. 즉 인용의견이 5명이 고 각하의견이 4명이면 기각주문을 내었고,⁴⁵⁶⁾ 각하의견 4명, 위헌의견 1명, 헌법불합치의견 4명이면 합헌주문을 내었다.⁴⁵⁷⁾

자. 결정서 송달

헌법재판소는 위헌법률심판 결정일부터 14일 이내에 결정서 정본을 송달한다. 이때 제청한 법원이 대법원이 아니면 대법원을 거쳐야 한다(헌법재판소법 제46조). 법원행정처장은 헌법재판소에서 위헌여부결정서정본을 송부받으면 그 내용을 각급 법원에 송부한다(‘위헌법률심판제청사건의 처리에 관한 예규’ 제9조). 여기서 헌법재판소법 제44조에 따라 의견서를 제출할 수 있었던 해당 사건의 당사자와 법무부 장관에게도 결정서를 송부하여야 하는지가 문제된다.

위헌법률심판은 결국 해당 사건을 처리하기 위한 전제단계라서 그 결과는 해당 사건을 통해서 당사자나 이해관계기관이 자연스럽게 알게 될 것이어서 헌법재판소가 일일이 통지할 필요는 없다고 볼 수도 있다. 특히 위헌법률심판절차는 기본적으로 대심구조가 아니다. 이러한 점에 비추어 헌법재판소법 제46조에 따라서 제청법원에 결정서 정본을 송부하는 것으로 충분한 것으로 볼 수 있다. 해

455) 헌재 2007. 3. 29. 2005헌바33, 판례집 19-1, 211; 헌재 2009. 7. 30. 2008헌가1등, 판례집 21-2상, 18.

456) 헌재 2000. 2. 24. 97헌마13등, 판례집 12-1, 252; 헌재 1994. 6. 30. 92헌바23, 판례집 6-1, 592; 헌재 2003. 4. 24. 99헌바110등, 판례집 15-1, 371. 이때 각 하결정을 내려야 한다는 주장도 있다(남복현, “2008년 헌법판례의 회고와 분석”, 공법논총 제5호, 호남공법학회, 2009, 59~60쪽 주 42). 이 견해는 재판관 5명이 청구인용 의견을 제시하더라도 나머지 재판관 4명이 어떠한 의견을 취하는지에 따라 달라진다고 한다. 나머지 재판관 4명이 청구기각을 주장하면 청구기각이 법정의견이고, 청구각하를 주장하면 청구각하결정을 내려야 한다고 한다. 재판관들이 개별적으로도 의견으로 제시하지 아니한 것이 법정의견이 될 수는 없기 때문이라고 한다. 만약 나머지 재판관 중 3명이 청구각하를, 1명이 청구기각을 주장하면 청구기각이 법정의견이 되어야 한다고 한다.

457) 헌재 2003. 4. 24. 99헌바110, 판례집 15-1, 371.

당 사건의 당사자는 헌법재판소법 제46조에서 송달 대상으로 규정하지 않고, 위헌법률심판절차의 당사자도 아니라는 헌법재판소법 제36조 제4항에 따라서 송달을 받을 수 있는 것도 아니며, 달리 송달받을 근거규정이 없어서 송달 대상이 아니라고 볼 수 있다.⁴⁵⁸⁾ 그러나 해당 사건의 당사자는 제청된 법률의 위헌 여부와 관련하여 밀접한 이해관계가 있을 뿐 아니라 절차적 측면에서 위헌제청을 신청할 수 있고 제청서 등본을 송달받으며 위헌 여부에 관한 의견서를 제출할 수 있다. 따라서 해당 사건의 당사자에게도 결정서를 송부할 필요가 있다. 즉 해당 사건 당사자는 당사자에 준하는 것으로 보아 헌법재판소법 제40조에 따라 민사소송법 제210조를 준용하여 해당 사건의 당사자에게는 결정서를 송부하여야 할 것이다. 이때 해당 사건의 당사자는 위헌법률심판의 당사자는 아니므로 결정서 정본이 아니라 결정서 등본 송달로 충분하다. 송달 기한은 제청법원과 달리 볼 이유가 없으므로 헌법재판소법 제46조에 따라 14일 이내로 보아야 할 것이다. ‘헌법재판소 심판 규칙’ 제49조는 법률의 제정이나 개정과 관련이 있으면 그 결정서 등본을 국회 및 이해관계가 있는 국가기관에 송부하여야 한다고 규정한다. 위헌법률심판절차에서 내려진 위헌 여부 결정은 제청법원 외에도 법률을 수립하고 집행하는 관련 국가기관 업무 집행에서 중요한 고려사항이기 때문이다.

차. 기관력

헌법재판은 단심이라서 헌법재판소에 대한 상급심이 없으므로 헌법재판소의 각종 심판은 최종적이다. 따라서 헌법재판소 결정이 선고되면 이 결정에 대해서 더는 누구도 통상의 소송절차를 통해서 불복하여 다룰 수 없다.⁴⁵⁹⁾ 이러한 효력을 불가쟁력[Unanfechtbarkeit, 형식적 확정력(formele Rechtskraft)]이라고 한다. 불가쟁력 때문에 헌법재판소 결정은 최종적 구속력이 있는 분쟁의 사법적

458) 한수용/정태호/김하열/정문식(정태호 집필), 주석 헌법재판소법, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 585쪽.

459) 헌재 1989. 7. 24. 89헌마141, 판례집 1, 155, 156; 헌재 1990. 5. 21. 90헌마78, 판례집 2, 129, 130; 헌재 1990. 10. 12. 90헌마170, 판례집 2, 363, 364; 헌재 1994. 12. 29. 92헌아1, 판례집 6-2, 538, 541; 헌재 1994. 12. 29. 92헌아2, 판례집 6-2, 543, 547.

해결로서 존속력이 있다. 즉 헌법재판소 결정은 그 폐지나 변경에서 보호됨으로써 헌법재판소 결정 존재가 보장됨은 물론 법질서가 요구하는 법적 효과를 발휘할 가능성이 생긴다. 이러한 점에서 불가쟁력은 기관력을 비롯한 헌법재판소 결정 효력(불가변력은 제외)의 전제가 된다. 불가쟁력은 실제결정은 물론 절차 결정에도 인정된다.⁴⁶⁰⁾

불가쟁력만으로는 선행 심판절차에서 판단된 대상이 후행 심판절차에서 다시 다투어지는 것을 배제하지 못한다. 그러나 이로 말미암아 법적 불안정성은 제거될 수 없고, 법적 평화는 계속 위협받을 것이다. 이러한 문제를 해결하기 위해서 기관력이 필요하다. 기관력[실질적 확정력(materielle Rechtskraft)]은 헌법재판소 결정에 불가쟁력이 생기면 당사자는 후행 심판절차에서 확정된 헌법재판소 결정과 어긋나는 주장을 하지 못하고, 헌법재판소도 확정된 헌법재판소 결정에 어긋나는 판단을 할 수 없다는 구속력을 뜻한다.⁴⁶¹⁾ 따라서 같은 심판 대상에 대한 새로운 심판 청구는 허용되지 않고, 다른 심판 대상에 대한 새로운 심판절차에서도 헌법재판소는 기존 심판절차의 확정된 결과에 기속된다. 기관력을 통해서 헌법재판소 결정은 헌법분쟁의 최종적 사법판단으로서 기능할 수 있다. 기관력은 불가쟁력의 결과로서 보장되는 것이므로, 불가쟁력은 기관력의 전제이다. 따라서 불가쟁력이 생김과 동시에 기관력도 생긴다. 기관력은 헌법재판소 결정의 내용적 존속을 보장한다. 기관력은 확정된 결정내용이 해당 심판절차보다는 후행 심판절차에서 당사자와 헌법재판소를 구속한다는 측면에서, 결정을 선고한 헌법재판소 자신과 맺는 관계에서 논의되는 불가변력이나 해당 심판절차에서 당사자와 맺는 관계에서 논의되는 불가쟁력과 구별된다.⁴⁶²⁾

헌법재판소법에는 기관력을 규율하는 직접적인 규정은 없지만, 일사부재리(헌법재판소법 제39조)와 민사소송에 관한 법령의 규정 준용(헌법재판소법 제40조 제1항 전문)에 관한 규정을 근거로 헌법재판소 결정의 기관력을 인정할 수 있다. 헌법재판소⁴⁶³⁾와 대법원⁴⁶⁴⁾도 헌법재판소 결정의 기관력을 인정한다. 따

460) 이상 허완중, 헌법재판소 결정의 효력, 전남대학교출판문화원, 2019, 41쪽.

461) 대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카2756 판결(공1987, 1141) 참조.

462) 이상 허완중, 헌법재판소 결정의 효력, 전남대학교출판문화원, 2019, 42쪽.

463) 헌재 1990. 6. 25. 90헌가11, 판례집 2, 165, 171: “... 이와 같은 심판이 그 한도 내에서 헌법재판소법 제47조 제1항에 따라 당해사건인 이 사건을 떠나 널리 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 구속하느냐의 여부는 별론으로 하고 제청법원은 적어도 이 사건 제청당사자로서 위 심판의 기관력을 받을

라서 위헌법률심판절차에서 내린 헌법재판소 결정에도 기관력이 있다. 독일 연방헌법재판소법도 기관력을 규정하지 않지만, 독일 연방헌법재판소는 오래전부터 확정력을 인정한다.⁴⁶⁵⁾ 독일의 지배적 학설도 헌법재판소 재판의 기관력을 긍정하지만, 일부 견해는 헌법재판소 재판, 특히 규범통제 재판에 기관력이 귀속되지 않는다고 한다.

먼저 헌법재판에 기관력을 적용하는 것을 전적으로 부정하는 견해가 있다.⁴⁶⁶⁾ 이 견해는 헌법재판에는 분리될 수 없는 국가권력과 국가라는 하나의 법인만 있어서 헌법재판은 국가 자신의 고권적 의견에 대한 합법성과 관련한 국

것은 물론 더 나아가 살필 때 헌법 제107조 제1항의 규정상 제청법원이 본안재판을 함에 있어서 헌법재판소의 심판에 의거하게 되어 있는 이상 위 헌법규정에 의하여서도 직접 제청법원은 이에 의하여 재판하지 않으면 안될 구속을 받는다...”

464) 대법원 1991. 6. 28. 선고 90누9346 판결(집39-3, 특479; 공1991, 2056): “먼저 헌법재판소 결정은 주문에 포함된 것에 한하여 기관력이 있으나 주문은 일반적으로 간결하므로 그 기관력이 미치는 범위를 과약하자면 주문의 해석이 필요하나, 이 사건 헌법재판소 88헌마32,33 국가보위입법회의법정의 위헌여부에 관한 헌법소원 사건의 위헌결정은 그 주문을 이유에 대비하여 보면 구 국가보위입법회의법 부칙 제4항 후단이 현행 헌법 제7조 제2항뿐만 아니라 구 헌법 제6조 제2항의 각 공무원신분보장규정 모두에 위헌이라고 실시하고 있는 것이고, 다음 법원의 제청 또는 헌법소원의 청구 등을 통하여 헌법재판소에 법률의 위헌결정을 위한 계기를 부여한 구체적인 사건, 즉 당해사건에 대해서는 헌법재판소의 위헌결정은 장래효원칙의 예외로서 소급효를 인정해야 함은 헌법재판소법 제75조 제7항 제8항, 헌법 제107조 제1항, 헌법재판소법 제41조, 제47조, 같은법 제75조 제3, 5, 6항 등 각 규정의 해석상 당연한바(당원1991.6.11. 선고 90다5450 판결도 같은 취지이다) 위 88헌마32, 33 위헌결정은 원고들이 이 사건 면직처분무효확인소송중 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 제기한 헌법소원에 기한 것이므로, 이 사건 면직처분무효확인의 소는 위 88헌마32, 33 위헌결정의 당해 사건임이 명백하여, 구 국가보위입법회의법 부칙 제4항 후단이 헌법에 위반되어 무효라는 위 위헌결정의 효력은 이 사건에 소급하여 미친다... ..”

465) BVerfGE 4, 31 (38); 5, 34 (37 f.); 20, 56 (86 f.); 33, 199 (203); 69, 92 (103); 70, 242 (249 f.); 78, 320 (328); 79, 256 (264); 85, 117 (121); 92, 91 (107); 104, 151 (196); BVerfG, Beschluss vom 19. 11. 1991, in: NJW 1992, S. 817. 법치국가원리의 요소인 법적 안정성과 기관력의 관계에 관해서는 BVerfGE 2, 380 (403); 15, 313 (319); 29, 413 (432); 47, 146 (161, 165) 참조.

466) Willi Geiger, Die Grenzen der Bindung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen (§ 31 Abs. 1 BVerfGG), in: NJW 1954, S. 1057 f.

가의 자기통제라고 한다. 따라서 헌법재판소 재판의 구속력 문제는 민사소송에서 인정되는 확정력 적용으로 해결될 수 없다고 한다. 헌법기관 서로 간의 관계나 국가에 대한 관계라는 특성, 국가권력을 행사하는 기관성 그리고 국가와 본질에서 분리될 수 없는 국가권력의 통일성 때문에, 처음부터 헌법재판소 재판에 대한 다른 국가기관의 구속성이 있다고 한다. 그러나 헌법재판의 당사자가 국가기관일지라도 헌법재판의 본질이 사법재판이라는 점에는 변함이 없다. 특히 일반 사법판결에서도 행정소송이나 국가가 당사자로 등장하는 민사소송처럼 자신과 대립하는 국가의 법적 분쟁은 드물지 않지만, 이것 때문에 사법판결의 기판력이 부정되지는 않는다. 그리고 헌법재판이 가능하고 필요하다는 것은 국가권력이 통일적으로 행사되지 않을 수도 있어서, 둘 이상의 국가의사가 있어 분쟁이 생길 수 있다는 것을 전제한다. 이러한 분쟁이 사법절차를 통해서 해결된다면 법적 안정성을 유지하기 위해서 사법판결의 기판력은 요구된다. 따라서 이 견해를 따를 수 없다.⁴⁶⁷⁾

그리고 헌법기관이면서 법원인 헌법재판소는 다른 법원과 달라서 기판력이 헌법재판소 재판에 당연히 귀속되는 것은 아니라는 견해가 있다.⁴⁶⁸⁾ 이 견해는 규범통제절차는 규범을 다루는 사실관계에 적용하는 것이 아니며, 규범통제절차에서 청구인은 고유한 청구권을 관철하는 것이 아니라 객관적 소송을 진행하는 것에 불과하다고 한다. 따라서 심사되거나 무효로 선언된 규범이 새롭게 심사될 수 있는지에 관한 문제는 기판력 문제가 아니라 규범통제절차의 특성에 따라 결정되어야 한다고 한다. 그러나 먼저 헌법기관성은 헌법재판소의 기능, 과제, 권한에서 도출되는 것으로 헌법재판소의 독립성을 강조하는 의미만 있을 뿐이지 법원인 헌법재판소의 본질을 바꾸지 못한다.⁴⁶⁹⁾ 따라서 규범통제도 사법재판 이외에 아무것도 아니고, 헌법재판소의 헌법기관성은 기판력의 부정근거가 될 수 없다. 그리고 기판력은 법해석 과정의 특정한 형태와 결합하지 않는다. 즉 기판력은 사법판결 형성의 유형 및 방식과 아무런 관계가 없다. 또한, 상위법을 기준으로 한 법규범 판단도 포섭이고, 법규범을 법규범의 빈자리를 메우

467) 이상 허완중, 헌법재판소 결정의 효력, 전남대학교출판문화원, 2019, 43쪽.

468) Ernst Friesenhahn Zum Inhalt und zur Wirkung der Entscheidungen des deutschen Bundesverfassungsgerichtes, in: Scritti in Onore di Gaspare Ambrosini, Bd. I, Milano 1970, S. 697 ff.

469) 이에 관해서 자세한 검토는 허완중, 헌법재판소 결정이 입법자를 구속하는 범위와 한계, 전남대학교출판문화원, 2017, 58~63쪽 참조.

는 사실관계로 이해할 수 있으며, 규범통제절차에서 사실관계는 심판 대상을 확정하고 기관력을 한계 지으므로 중요한 의미가 있다.⁴⁷⁰⁾ 게다가 규범통제절차에서 제청법원도 헌법재판을 통해서 자신이 적용하여야 하는 법률이 확정되어서 규범통제와 관련하여 독자적인 직접적 이익이 있다고 보아야 한다. 이러한 점에서 그의 청구권이 단순히 절차에 이바지하는 것에 불과하다는 것은 타당하지 않다. 결국, 이 견해는 전제 자체부터 성립하기 어렵다.⁴⁷¹⁾

규범통제 재판에는 법률적 효력과 불가쟁력이 귀속되기는 하지만, 기관력과 구속력은 귀속되지 않는다는 견해도 있다.⁴⁷²⁾ 이 견해를 따르면 규범통제절차에는 당사자가 없고 그 절차에서 구체적 사실관계를 판단하지 않으므로 규범통제 재판은 기관력이 없다고 한다. 규범통제 재판에서 법치국가원리가 요구하는 법적 평화는 법률적 효력을 통해서 응급계(완벽하게) 보장된다고 한다. 그 밖에 규범통제절차에는 당사자뿐 아니라 소송물 개별화와 기관력 한정을 위한 본질적 요소가 빠져 있고, 법률적 효력을 규정한 독일 연방헌법재판소법 제31조 제2항이 특별법으로서 기관력을 배제한다는 견해도 있다.⁴⁷³⁾ 그러나 헌법재판에도 청구인의 청구가 분명히 있고, 규범통제절차에서 제청법원은 자신의 독자적 의사에 따라 제청 여부를 결정할 수 있으며, 헌법재판을 통해서 자신이 적용하여야 하는 법률을 확정함으로써 자신이 하는 재판의 신뢰성을 높일 수 있는 독자적 이익이 있어서, 제청법원도 당사자로 볼 수 있다. 따라서 제청법원의 제청서를 통해서 기관력이 미치는 구체적 심판 대상이 확정될 수 있다. 그리고 상위법을 기준으로 한 법규범의 판단도 포섭이고, 법규범을 빈자리를 메우는 사실관계로 이해할 수 있다는 점에서 일반 사법판결의 사실관계와 차이가 없다. 또한, 법률적 효력 때문에 헌법재판소 재판이 법률이 되는 것이 아니라 여전히 사법판

470) 같은 견해: Steffen Detterbeck, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht, Tübingen 1995, S. 329 f.; Klaus Vogel, Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. I, Verfassungsgerichtsbarkeit, Tübingen 1976, S. 605.

471) 이상 허완중, 헌법재판소 결정의 효력, 전남대학교출판문화원, 2019, 43~44쪽.

472) Roland Wenig, Zur Zulässigkeit einer erneuten Vorlage im Normenkontrollverfahren, in: DVBl. 1973, S. 345 ff.

473) Brun-Otto Bryde, Verfassungsentwicklung, Baden-Baden 1982, S. 406.

결일 뿐이고, 법률적 효력은 헌법재판소 재판의 구속력을 주관적으로 확장하는 것에 불과한 것으로 일반적으로 논의된다는 점에서 법률적 효력은 소송법적 효력에 불과하며 기관력에 근거를 두는 것으로 보아야 한다. 이러한 점에서 법률적 효력이 기관력을 부정하는 근거가 되는 것이 아니라 오히려 기관력을 법률적 효력의 전제로 보아야 한다. 따라서 이들 견해는 수긍하기 어렵다.⁴⁷⁴⁾

또한, 개인이 당사자가 아닌 헌법재판에서 잘못된 판결을 감수하는 것은 개인적 불이익이 아니라 공동체 자신의 불이익이고, 분쟁당사자가 매우 적어 분쟁 반복이 드물어서 헌법재판소 재판은 기관력이 없다는 견해가 있다.⁴⁷⁵⁾ 그러나 모든 국가기관이 헌법에 기속된다는 점과 개인의 기본권 보호가 강조된다는 점에서 관련자가 많을수록 결정의 정확성이 더 중요하다는 것은 자명하지 않다. 그리고 공적 기관이 참가하거나 공적 이익이 관련되어서 재판의 정확성이 더욱 중요해지는 것도 아니다. 특히 민사소송에 공공기관이 자주 참여하고 행정소송에서는 언제나 공공기관이 참여하지만, 이러한 때도 기관력은 여전히 인정된다. 게다가 기관력은 잘못된 재판 보호가 아니라 올바른 재판 보호에 본질적인 의미가 있다. 또한, 기관력은 구체적 심판 대상에 국한된다.⁴⁷⁶⁾ 즉 기관력의 주관적·객관적·시간적 한계가 있는 한 잘못된 판결을 감수하는 때는 많지 않고, 재판의 화석화는 방지될 수 있다. 특히 분쟁당사자가 적다는 것 자체가 헌법재판소 재판에서 기관력의 주관적 범위가 좁다는 것을 증명한다. 그 밖에 기관력을 부정하면 헌법재판의 분쟁 해결성은 위협받을 수밖에 없다. 따라서 이 견해는 타당성을 인정받기 어렵다.⁴⁷⁷⁾

독일 바이에른주 헌법재판소는 규범통제 재판에서는 기관력이 생기지 않는

474) 이상 허완중, 헌법재판소 결정의 효력, 전남대학교출판문화원, 2019, 44~45쪽.
 475) Martin Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., Berlin 1976, S. 294 ff. (마르틴 크릴레, 홍성방 옮김, 법발견의 이론, 유로스지, 2013, 410~414쪽).
 476) Andreas Heusch, Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidungen, in: Christian Burkiczak/Franz-Wilhelm Dollinger/Frank Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Heidelberger Kommentar, Heidelberg 2015, § 31 Rdnr. 37; Michael Sachs, Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidung, München 1977, S. 28 ff.; ders., Zur Verbindlichkeit bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen, in: Burkhardt Ziemke (Hrsg.), Staatsphilosophie und Rechtspolitik: Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag, München 1997, S. 436 f.
 477) 이상 허완중, 헌법재판소 결정의 효력, 전남대학교출판문화원, 2019, 45쪽.

다고 한다.⁴⁷⁸⁾ 그에 따르면 기관력은 일정한 사실관계에 규범을 적용하는 것(포섭)을 전제하므로, 헌법재판에서도 사실관계에 관해서 결정할 때만 기관력이 생길 수 있다. 그러나 규범통제의 본질은 상위법규범인 헌법을 기준으로 하위법규범을 판단하는 것이므로 기관력이 문제 되지 않는다고 한다.⁴⁷⁹⁾ 그러나 이 견해는 규범통제의 논리적 구조를 살펴보면 사법판결의 전형적인 포섭과 같다는 점에서 타당하지 않다.⁴⁸⁰⁾ 481)

기관력은 헌법소송절차에 참여한 사람으로서 공격·방어의 기회를 얻은 사람에 한하여 미치는 것이 원칙이다. 스스로 권리 주장이나 방어 기회를 얻지 못한 제3자에게까지 소송결과를 강요하는 것은 제3자의 절차보장 관점에서 부당

478) BayVerfGHE 5, 166 (183); 11, 127 (140); 18, 30 (35); 20, 101 (107).

479) 독일 바이에른주 헌법재판소 판례를 인용하면서 헌법재판소법 제39조의 일사부재리를 기관력과 별개의 제도로 이해하고자 하는 견해가 헌법재판소 결정의 소수의견에서 제시되었다(헌재 2001. 6. 28. 2000헌바48, 공보 58, 658, 662 재판관 권성의 각하의견).

480) 같은 견해: 김지형, “헌법재판결정의 기관력”, 헌법논총 제3집, 헌법재판소, 1992, 268쪽; 최희수, 법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구 - 소송법적 효력을 중심으로 -, 고려대학교 법학박사학위논문, 2001, 63쪽; 같은 사람, “규범통제결정의 기관력”, 헌법논총 제14집, 헌법재판소, 2003, 546~547쪽; Ernst Benda/Eckart Klein/Oliver Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg 2012, § 40 Rdnr. 1424; Herbert Bethge, Verbindlichkeit der Entscheidung, in: Theodor Maunz/Bruno Schmit-Bleibtreu/Franz Klein/Gerhard Ulsamer/Herbert Bethge/Karin Grasshof/Rudolf Mellinghoff/Jochen Rozek, Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Kommentar, Bd. 1, München 2017 (Stand: Januar 2017), § 31 Rdnr. 50; Steffen Detterbeck, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht, Tübingen 1995, S. 330; Andreas Heusch, Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidungen, in: Christian Burkiczak/Franz-Wilhelm Dollinger/Frank Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Heidelberger Kommentar, Heidelberg 2015, § 31 Rdnr. 38; Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 11. Aufl., München 2018, Rdnr. 118; Klaus Vogel, Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. I, Verfassungsgerichtsbarkeit, Tübingen 1976, S. 605.

481) 이상 허완중, 헌법재판소 결정의 효력, 전남대학교출판문화원, 2019, 45~46쪽.

하기 때문이다. 따라서 기관력은 소송사건의 당사자[청구인, 피청구인, 참가인 (보조참가인 제외)]와 그 소송승계인 그리고 헌법재판소 자신에게만 미친다(헌법재판소법 제40조 제1항 전문, 민사소송법 제218조 제1항).⁴⁸²⁾ 청구인이나 피청구인이 다르면 기관력이 미치지 않는다.⁴⁸³⁾ 소송 외의 제3자는 물론 이해관계인, 참고인, 소송에 관여하는 대리인이나 공동소송인에게도 기관력이 미치지 않는다. 또한, 단체가 당사자로서 받은 헌법재판소 결정의 기관력은 그 대표자나 구성원에게 미치지 않고,⁴⁸⁴⁾ 그 반대도 마찬가지이다. 절차에 참여할 수 있었던 사람이나 국가기관에 기관력을 확장하려는 견해가 있다.⁴⁸⁵⁾ 그러나 기속력과 법률요건적 효력(이나 형성력 혹은 법률적 효력)에 따라서 기관력의 주관적 범위가 확장되고, 헌법과 헌법재판소법에서 일반 소송법의 원칙에서 벗어날 근거를 찾을 수 없으므로, 절차에 참여할 수 있었던 사람이나 기관에 대한 기관력 확장은 필요하지 않다.⁴⁸⁶⁾ 규범통제 결정에서 일반적 구속성 인정⁴⁸⁷⁾도 기속력

482) 제3자 소송담당의 권리기속주체(헌법재판소법 제40조 제1항 전문, 민사소송법 제218조 제3항)와 소송탈퇴자(헌법재판소법 제40조 제1항 전문, 민사소송법 제80조, 제82조)에게도 기관력이 미친다.

483) 헌재 1997. 8. 21. 96헌마48, 판례집 9-2, 295, 303 참조.

484) 대법원 1978. 11. 1. 선고 78다1206 판결(집26-3, 민182; 공1979, 11527) 참조.

485) 남북현, “헌법재판소 결정의 확정력”, 한양법학 제3집, 한양법학회, 1992, 229쪽; 같은 사람, 법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구, 한양대학교 법학박사 학위논문, 1994, 62쪽; 전정환, “헌법재판소 결정의 효력에 관한 일반적 고찰”, 문광삼/남북현/전정환, 헌법재판소결정의 효력에 관한 연구(헌법재판연구 제7권), 헌법재판소, 1996, 41쪽; 같은 사람, “헌법재판소 결정의 확정력에 관한 고찰”, 아태공법연구 제8집, 아세아태평양공법학회, 2000, 223쪽; Klaus Rennert, Verbindlichkeit der Entscheidungen, in: Dieter C. Umbach/Thomas Clemens (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Mitarbeiterkommentar und Handbuch, 1. Aufl., Heidelberg 1992, § 31 Rdnr. 42; Klaus Vogel, Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. I, Verfassungsgerichtsbarkeit, Tübingen 1976, S. 593, 598; Andreas Voßkuhle, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 7. Aufl., München 2018, Art. 94 Rdnr. 30.

486) 같은 견해: 정중섭, 헌법소송법(제9판), 박영사, 2019, 179쪽; 황우여, “위헌결정의 효력”, 헌법재판의 이론과 실제(금강 김철수교수 화갑기념), 박영사, 1993, 307쪽; Herbert Bethge, Verbindlichkeit der Entscheidung, in: Theodor

과 법률요건적 효력(이나 형성력 혹은 법률적 효력) 때문에 역시 필요하지 않다.⁴⁸⁸⁾ 489)

기관력은 결정주문에만 인정된다(헌법재판소법 제40조 제1항 전문, 민사소송법 제216조 제1항). 심판 대상에 대한 판단에 관해서만 기관력이 인정되므로,⁴⁹⁰⁾ 심판 대상이 아닌 사항에 관한 판단에는 결정주문에 포함되었더라도 기관력이

Maunz/Bruno Schmit-Bleibtreu/Franz Klein/Gerhard Ulsamer/Herbert Bethge/Karin Grasshof/Rudolf Mellinghoff/Jochen Rozek, Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Kommentar, Bd. 1, München 2017 (Stand: Januar 2017), § 31 Rdnr. 56; Brun-Otto Bryde, Verfassungsentwicklung, Baden-Baden 1982, S. 403; Christoph Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, Berlin 1985, S. 231 f.; Andreas Heusch, Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidungen, in: Christian Burkiczak/Franz-Wilhelm Dollinger/Frank Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Heidelberger Kommentar, Heidelberg 2015, § 31 Rdnr. 44; Klaus Lange, Rechtskraft, Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: JuS 1978, S. 2 f.; Christian Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., München 1991, S. 305; Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 11. Aufl., München 2018, Rdnr. 479.

487) Christoph Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, Berlin 1985, S. 231.

488) 같은 견해: 김지형, “헌법재판결정의 기관력”, 헌법논총 제3집, 헌법재판소, 1992, 284~286쪽; 남북현, “헌법재판소 결정의 확정력”, 한양법학 제3집, 한양법학회, 1992, 229~230쪽; 전정환, “헌법재판소 결정의 효력에 관한 일반적 고찰”, 문광삼/남북현/전정환, 헌법재판소결정의 효력에 관한 연구(헌법재판연구 제7권), 헌법재판소, 1996, 40~41쪽; 같은 사람, “헌법재판소 결정의 확정력에 관한 고찰”, 아태공법연구 제8집, 아세아태평양공법학회, 2000, 222쪽; 황우여, “위헌결정의 효력”, 헌법재판의 이론과 실제(금량 김철수교수 화갑기념), 박영사, 1993, 307쪽; Christian Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., München 1991, S. 305; Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 11. Aufl., München 2018, Rdnr. 479 참조.

489) 이상 허완중, 헌법재판소 결정의 효력, 전남대학교출판문화원, 2019, 56~57쪽.

490) 대법원 1970. 9. 29. 선고 70다1759 판결(집18-3, 민164); 대법원 1980. 5. 1. 선고 80다473 판결(공1980, 12853); 대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카2756 판결(공1987, 1141); 대법원 2006. 7. 13. 선고 2004다36130 판결 참조.

귀속되지 않는다. 결정주문 단독으로 기관력의 범위를 확정할 수 없으면 결정이유가 주문해석에 고려된다. 즉 결정이유는 결정주문의 해석도우미로서 기능한다. 그러나 기관력의 범위를 명확하게 하는 결정이유 그 자체에는 기관력이 인정되지 않는다. 예외적으로 결정주문만으로는 심판 대상이 무엇인지를 알 수 없고 이유 설명을 통해서 비로소 알 수 있으면 결정이유가 결정주문과 일체불가분의 관계에 있는 한 결정이유도 기관력이 있다는 견해가 있다.⁴⁹¹⁾ 그리고 헌법분쟁을 중국적으로 종결시킴으로써 그러한 분쟁 반복을 막으려면 기관력을 결정주문뿐 아니라 그 이유에 포함된 ‘구체적 결정규범’ 확인에까지 확장시켜야 한다는 견해도 있다.⁴⁹²⁾ 여기서 구체적 결정규범이란 일반적으로 표현되어서 구체적으로 내려진 재판을 넘어 같은 종류 사건에서 같은 결정을 도출할 수 있는, 결정주문 진술을 근거 짓는 법적 진제라고 한다. 그러나 이때 결정이유는 결정주문 해석에 이바지할 뿐이지 결정이유가 결정주문을 보충하거나 대체하는 것이 아니다. 그리고 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제2호 때문에 헌법재판소는 자신의 이전결정과 다른 결정을 내리기가 쉽지 않아서 의미 없는 분쟁 반복은 대부분 제거될 수 있다. 게다가 결정이유에까지 기관력을 확장하는 것은 기관력의 객관적 범위를 확대할 뿐 아니라 결정주문 내용을 한정하면 반대로 기관력의 객관적 범위를 축소할 수도 있으므로 분쟁 반복을 조장할 수도 있다. 따라서 이러한 때도 결정이유에는 기관력이 생기지 않는다고 보아야 한다. 그러나 기관력이 생기는 결정주문을 결정이유의 도움을 받아 해석하는 것과 그 범위에서 결정이유에 기관력을 확장하는 것은 결과적으로 차이가 없다.⁴⁹³⁾ 양자의 유일한 차이는 결정이유에 기관력이 직접적으로 또는 간접적으로 귀속되는지에만 있다.⁴⁹⁴⁾

491) 허 영, 헌법소송법론(제13판), 박영사, 2018, 174쪽.

492) Klaus Vogel, Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. I, Verfassungsgerichtsbarkeit, Tübingen 1976, S. 587 ff., 605 ff.

493) Andreas Heusch, Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidungen, in: Christian Burkiczak/Franz-Wilhelm Dollinger/Frank Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Heidelberger Kommentar, Heidelberg 2015, § 31 Rdnr. 41.

494) 이상 허완중, 헌법재판소 결정의 효력, 전남대학교출판문화원, 2019, 57~58쪽.

헌법재판소 결정의 기판력은 같은 심판 대상에만 미친다. 그러나 이후에 청구된 심판이 기판력 있는 헌법재판소 결정의 심판 대상과 같지 아니하여도 선행 심판의 기판력 있는 재판내용이 선결문제가 되면 그와 모순되거나 어긋나는 새로운 판단을 하는 것은 금지된다. 그러나 선행 심판에서 결정을 내리기 위한 선결문제였던 사항은 그것이 후행 심판에서 직접 심판 대상이 되었다더라도 후행 심판에서 기판력이 미치는 범위에서 제외되므로, 여기서 말하는 선결관계에 해당하지 않는다. 헌법재판의 기능에는 주관적 권리 보호뿐 아니라 객관적 질서 보호도 있다. 따라서 헌법재판은 객관소송이다. 객관소송인 헌법재판에는 자기 책임원칙이 적용되기 어렵다. 이러한 점에서 헌법재판소 결정의 기판력은 헌법재판소가 실제로 심사한 범위에 한하여 미친다. 즉 헌법재판소 결정에서 기판력의 객관적 범위는 헌법재판소의 실질적 심사범위와 일치한다.⁴⁹⁵⁾ 헌법재판소 결정은 구체적 사건과 관련된 판단에 불과하고, 헌법재판소가 모든 헌법적 쟁점을 검토하여 판단할 수는 있으나, 그러한 의무를 지는 것은 아니고 대부분 그것이 사실적 측면에서 불가능하기 때문이다. 그리고 헌법재판소 결정의 기판력이 심사할 수 있는 모든 범위까지 확대되면, 그 범위를 확정하기 어려워 기판력의 객관적 범위 자체를 불분명하게 할 수 있는데, 이것은 주관적 권리 보호 이외에 객관적 질서 보호까지 기능으로 하는 헌법재판의 성격과 맞지 않는다.⁴⁹⁶⁾

기판력은 심판유형이 같은 때만 미친다. 따라서 심판유형이 서로 다르면 기판력이 미치지 않는다.⁴⁹⁷⁾ 즉 개별 심판절차 서로 간에는 판단의 선후문제가 생기면 후행 판단이 선행 판단에 구속되지 않는다. 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판은 위헌법률심판의 구체수단으로서 그 본질이 위헌법률심판이므

495) 같은 견해: 이성환, 헌법재판소 결정의 효력에 관한 연구, 서울대학교 법학박사학위논문, 1993, 71~72쪽; 전정환, “헌법재판소 결정의 효력에 관한 일반적 고찰”, 문광삼/남복현/전정환, 헌법재판소결정의 효력에 관한 연구(헌법재판연구 제7권), 헌법재판소, 1996, 38~39쪽; 같은 사람, “헌법재판소 결정의 확정력에 관한 고찰”, 아태공법연구 제8집, 아세아태평양공법학회, 2000, 220~221쪽; 최희수, 법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구 - 소송법적 효력을 중심으로 -, 고려대학교 법학박사학위논문, 2001, 75~76쪽; 같은 사람, “규범통제결정의 기판력”, 헌법논총 제14집, 헌법재판소, 2003, 553~554쪽; Steffen Detterbeck, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht, Tübingen 1995, S. 333 ff.

496) 이상 허완중, 헌법재판소 결정의 효력, 전남대학교출판문화원, 2019, 58~59쪽.

497) 헌재 1997. 6. 26. 96헌가8, 판례집 9-1, 578, 589.

로⁴⁹⁸) 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판과 같은 심판이 아니다. 따라서 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판과 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판은 서로 기판력이 미치지 않는다.⁴⁹⁹) 위헌법률심판을 제청하거나 위헌소원심판을 청구하여 합헌결정을 받으면 기판력 때문에 해당 심급은 물론 다른 심급에서도 다시 위헌법률심판 제청이나 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판 청구를 하지 못한다. 그러나 법률에 대한 헌법소원심판은 위헌 법률심판이나 위헌소원심판과 심판유형이 다르므로 헌법재판소는 다시 심판하여야 한다.⁵⁰⁰)

합헌이나 한정합헌으로 선언된 법률조항에 대한 위헌법률심판과 위헌소원심판에서 헌법재판소가 다시 합헌결정⁵⁰¹)이나 한정합헌결정⁵⁰²)을 반복하는 것을 비판하면서 이러한 때는 반복금지에 대한 기판력의 요청 때문에 본안판단을 할 필요 없이 각하하는 것이 원칙이라는 견해가 있다.⁵⁰³) 그러나 위헌법률심판이나 위헌소원심판에서 헌법재판소 심판 대상은 구체적 사건과 관련된 법률의 위헌성이다. 따라서 다른 사건에서 다시 합헌이나 한정합헌으로 선언된 법률이 문 제되면 심판 대상이 달라서 기판력이 미치지 않는다. 특히 헌법재판소는 구체적 사건과 관련하여 법률의 위헌성을 판단하므로 법률의 모든 위헌 가능성을 판단하지 않는다. 그리고 개인의 헌법재판청구권은 존중되어야 한다. 따라서 다른 사람이 먼저 헌법재판을 청구하였다는 우연한 사정 때문에 헌법재판청구권이 제약될 수 없고, 각 개인과 관련된 구체적 사건의 특성은 헌법재판소가 개별적으로 판단하여야 한다. 따라서 헌법재판소 판례처럼 헌법재판소는 다시 합헌결정이나 한정합헌결정을 하는 것이 타당하다. 법률에 대한 합헌결정에 기속력과 법률적 효력이 인정된다는 견해를 바탕으로 달리 판단하여야 할 사정변경이 없

498) 헌재 1997. 11. 27. 96헌바60, 판례집 9-2, 629, 641.

499) 헌재 1994. 4. 28. 89헌마221, 판례집 6-1, 239, 257-258.

500) 이상 허완중, 헌법재판소 결정의 효력, 전남대학교출판문화원, 2019, 59쪽.

501) 이때 헌법재판소는 전과 달리 판단하여야 할 사정이 있다고 인정되지 않으면 다시 합헌결정을 한다. 예를 들어 헌재 1989. 9. 29. 89헌기86, 판례집 1, 284, 288; 헌재 2001. 6. 28. 2000헌바48, 공보 58, 658, 661; 헌재 2001. 7. 19. 2001헌바6, 판례집 13-2, 60. 65 참조.

502) 예를 들어 헌재 1997. 1. 16. 89헌마240, 판례집 9-1, 45; 헌재 1998. 8. 27. 97헌바85, 판례집 10-2, 407, 413-415 참조.

503) 허 영, 헌법소송법론(제14판), 박영사, 2019, 173~174쪽.

는 한 위헌으로 결정된 법률에 대한 규범통제절차에서는 각하결정을 하여야 한다는 견해도 있다.⁵⁰⁴⁾ 그러나 합헌결정은 선고 시점에 구체적 사건과 관련하여 법률의 합헌성을 최종적으로 확인할 뿐이고, 법률에 어떠한 것도 추가하지 않는다는 점에서 이러한 견해를 따르기 어렵다. 위헌으로 결정된 법률과 같거나 본질에서 비슷한 법률을 입법자가 제정하는 것은 기관력에 어긋나지 않는다. 위헌으로 결정된 법률과 새로 제정된 법률은 형식적으로 다른 법률이어서 심판 대상이 같지 않고 입법자는 규범통제절차의 당사자도 아니기 때문이다.⁵⁰⁵⁾ 따라서 이러한 법률에 관해서는 헌법재판소가 아직 판단하지 않았으므로 새로 제정된 법률에 대한 위헌법률심판 청구나 헌법소원심판 청구는 적법하다.⁵⁰⁶⁾ 507)

헌법재판소의 모든 결정은 선고 당시에 있거나 예측할 수 있는 사실관계와 법적 상황을 근거로 이루어진다. 그리고 당사자가 주장하지 않은 것에 관해서도 헌법재판소는 판단할 수 있다는 점에서 구두변론 여부와 관계없이 선고 시점에 기관력이 생긴다고 보아야 한다.⁵⁰⁸⁾ 관보나 헌법재판소의 인터넷 홈페이지에 헌법재판소 결정을 게재하는 것(헌법재판소법 제36조 제5항, ‘헌법재판소 심판

504) 남북현, “동일한 사건의 인정범위와 헌재결정의 기관력”, 강의중 교수 정년 기념논문집, 교학사, 2002, 108~112쪽.

505) 그러나 입법자는 헌법재판소 결정의 기속력에 따라서 동일규범반복제정금지의무를 지므로, 새로 제정한 법률이 헌법재판소 결정의 선고 시점까지 소급하면 헌법재판소 결정의 기속력에 저촉된다. 이에 관해서 자세한 검토는 허완중, 헌법재판소 결정이 입법자를 구속하는 범위와 한계, 전남대학교출판문화원, 2017, 192~214쪽 참조.

506) 같은 견해: 김지형, “헌법재판결정의 기관력”, 헌법논총 제3집, 헌법재판소, 1992, 279~280쪽; Christoph Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Berlin 1985, S. 227 f., 232.

507) 이상 허완중, 헌법재판소 결정의 효력, 전남대학교출판문화원, 2019, 59~60쪽.

508) 같은 견해: 김지형, “헌법재판결정의 기관력”, 헌법논총 제3집, 헌법재판소, 1992, 300쪽; 남북현, “헌법재판소 결정의 확정력”, 한양법학 제3집, 한양법학회, 1992, 230쪽; 이성환, 헌법재판소 결정의 효력에 관한 연구, 서울대학교 법학박사학위논문, 1993, 56, 83~84쪽; 진정환, “헌법재판소 결정의 효력에 관한 일반적 고찰”, 문광삼/남북현/진정환, 헌법재판소결정의 효력에 관한 연구(헌법재판연구 제7권), 헌법재판소, 1996, 45쪽; 같은 사람, “헌법재판소 결정의 확정력에 관한 고찰”, 아태공법연구 제8집, 아세아태평양공법학회, 2000, 226쪽; Ernst Benda/Eckart Klein/Oliver Klein, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl., Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg 2012, § 40 Rdnr. 1430.

규칙’ 제49조의2 제1항과 제2항)은 일반 국민에게 헌법재판소 결정을 알리는 공시 효과만 있을 뿐이고 헌법재판소 결정의 효력이 생기는 것과는 아무런 관계가 없다. 헌법재판소 결정의 기판력은 원칙적으로 헌법재판소가 고려한 사실관계와 법적 상황에만 미친다. 따라서 이러한 사정 변화는 원칙적으로 심판 대상 변화를 가져오는 본질적 변화는 물론 심판 대상 변화에 이르지 않은 때도 기판력 존속에 영향을 미칠 수 있다. 먼저 심판 대상 동일성이 유지되는 범위 안에서 헌법재판소 결정에 기판력이 발생하는 시점에 이미 있었고 헌법재판소가 고려하였던 사실관계와 법적 상황에는 원칙적으로 기판력이 미친다. 그러나 기판력이 생기는 시점에 있는 사정이라고 할지라도 그것을 고려하면 다른 사실관계를 의미하게 되어 새로운 심판 대상을 규정한다면 이러한 사정을 고려한 새로운 심판 대상에 대한 심판 청구는 기판력에 어긋나지 않는다. 또한, 일반 사법판결과는 달리 객관적으로 있었으나 헌법재판소가 판단하지 않은 사정의 주장은 배제되지 않는다.⁵⁰⁹⁾ 결정 선고 이후에 바뀐 사실관계와 법적 상황에 관해서는 기판력이 미치지 못한다. 헌법재판소는 결정 선고 시점의 사실관계와 법적 상황에 근거하여 결정을 내리므로, 이러한 사실관계나 법적 상황에 관해서는 판단하지 않았기 때문이다. 이러한 변화가 있으면 기판력은 결정 선고 이후에 비로소 생긴 새로운 사정의 원용을 막지 못한다. 사실관계 변화에서 사실관계는 헌법재판소 결정이 근거하는 사실관계를 말하고, 변화는 헌법재판소 결정의 내용에 영향을 미칠 정도로 의미 있는 것이어야 한다.⁵¹⁰⁾ 그러나 이러한 변화가 심판 대상을 본질에서 바꿀 정도는 아니어야 한다. 심판 대상이 바뀌면 시간적 범위가 아니라 객관적 범위가 문제되기 때문이다. 법적 상황 변화는 규범적 판단기준인 헌법의 변화와 규범의 해석에 영향을 주는 관련 규범 변화를 말한다. 헌법 개정, 헌법에 대한 일반적 해석 변화, 헌법변천, 관련 규범 개정⁵¹¹⁾이나 그에 관한 해석 변화⁵¹²⁾ 그리고 일반적인 법적 견해 변화⁵¹³⁾가 법적 상황 변화에 해당한다.

509) 같은 견해: 최희수, 법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구 - 소송법적 효력을 중심으로 -, 고려대학교 법학박사학위논문, 2001, 79쪽; 같은 사람, “규범통제결정의 기판력”, 헌법논총 제14집, 헌법재판소, 2003, 555쪽; Steffen Detterbeck, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht, Tübingen 1995, S. 339.

510) BVerfGE 20, 56 (87) 참조.

511) BVerfGE 33, 199 (204).

512) BVerfGE 39, 169 (181 f.).

해당 규범 개정은 이러한 변화에 속하지 않는다. 해당 규범이 개정되면 심판 대상 동일성이 깨져서 다른 심판 대상이 되기 때문이다. 이러한 변화에 관한 판단은 헌법재판소 결정의 화석화를 방지하기 위해서 관대하여야 한다.⁵¹⁴⁾ 새로운 절차에서도 헌법재판소는 이전 결정에 구속되므로 헌법재판소가 이전 결정과 다른 결정을 하려면 기관력이 차단하지 못하는 사실에 근거하여야 한다.⁵¹⁵⁾

카. 기속력의 객관적 범위

헌법재판소는 (특별한) 법원이므로, 헌법재판소 결정은 ‘사법판결’이다. 당사자[청구인, 피청구인, 참가인(보조참가인 제외)]만 절차의 진행과 종결에 영향을 미칠 수 있다. 그러므로 사법판결의 효력은 법치국가원리를 따라 원칙적으로 당사자에게만 미친다. 국가기관은 일반적으로 위헌법률심판절차에서 당사자가 아니다. 따라서 국가기관은 원칙적으로 헌법재판소의 위헌법률심판 결정에 구속되지 않는 것처럼 보인다. 그러나 일반 사법판결과 달리 법률의 위헌결정은 사법판결의 일반적인 효력을 넘어서 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다(헌법재판소법 제47조 제1항). 이러한 효력을 기속력(Bindungswirkung)이라고 한다.⁵¹⁶⁾

기관력은 일반적으로 당사자 및 법원과 관련된다. 그에 반해서 기속력은 모든 국가기관에 의무를 부과한다. 이러한 점에서 기속력은 일반 사법판결에서 일반적으로 발견할 수 없는, 헌법재판소 결정에만 귀속되는 특별한 효력이다. 그래서 기속력과 기관력의 차이가 단지 양적인 확장에 그치는지 아니면 이러한 확장이 기관력을 질적으로 바꾸는 것인지가 문제된다. 이러한 문제는 특히 기속력의 객관적 범위와 깊은 관련이 있다.⁵¹⁷⁾

기속력의 한계에 관한 논의를 통해서 기속력의 본질은 간접적으로 자주 논의된다. 그러나 이 문제를 직접 다루는 논의는 많지 않다. 이에 관해서는 4가지 견

513) BVerfGE 20, 56 (87); 33, 199 (204); 65, 179 (182).

514) Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 11. Aufl., München 2018, Rdnr. 481 참조.

515) 이상 허완중, 헌법재판소 결정의 효력, 전남대학교출판문화원, 2019, 60~61쪽.

516) 이상 허완중, 헌법재판소 결정의 효력, 전남대학교출판문화원, 2019, 64쪽

517) 이상 허완중, 헌법재판소 결정의 효력, 전남대학교출판문화원, 2019, 65쪽.

해가 있다. 먼저 ① 기속력과 기판력은 같은 것이 아니고, 기속력은 주관적 범위와 객관적 범위에서 기판력이 드러내는 결함을 보완하는 주관적 및 객관적 범위의 확장된 효력이라고 보는 견해가 있다.⁵¹⁸⁾ 이 견해는 기속력을 기판력과 별도로 규정하는 것은 양자가 같지 않다는 것을 입증한다고 한다. 그리고 헌법재판소 결정의 준수효과를 확보하기 위해서 기판력을 주관적 측면뿐 아니라 객관적 측면에서도 보완하여야 한다고 한다. 다음으로 ② 기속력을 헌법재판소 결정의 실효성을 보장하고 당사자의 권리구제를 빈틈없이 하려고 법률이 특별히 인정한 특수한 효력으로 보는 견해가 있다.⁵¹⁹⁾ 이 견해를 따르면 기속력과 기판력은 주관적 효력범위뿐 아니라 객관적 효력범위에서도 다르다고 한다. 이 견해는 기속력과 기판력이 일반 소송법이론상 다른 의미로 사용되고 주관적 효력 범위뿐 아니라 객관적 효력 범위도 같지 않다는 것을 근거로 한다. 그리고 이 견해는 기판력과 달리 기속력이 소극적 의무뿐 아니라 적극적 의무도 부과한다고 한다. 그리고 ③ 기속력은 확정력을 확장·보충하는 기능이 있는 절차법적 효력이라는 견해도 있다.⁵²⁰⁾ 이 견해는 헌법재판은 헌법 관련 분쟁을 최종적으로 종결하는 최고의 국가작용이라서 그 결정과 판단에 법적 안정성을 특별히 확보할 필요성이 있는데, 종전 불가변력, 불가쟁력, 기판력이 이러한 필요성을 충족하는데 충분하지 못하므로 기속력이 인정된다고 한다. 끝으로 ④ 기속력을 기판력에 추가로 부가된 효력으로 보는 견해가 있다.⁵²¹⁾ 즉 기판력은 종류와 관계없이 모든 중국결정에 발생하지만, 기속력은 법률에 대한 위헌결정, 권한쟁의심판의 결정, 헌법소원의 인용결정에 한정하여 인정된다고 한다. 이 견해는 행정소송(취소소송)과 같은 객관소송에서 기속력과 기판력을 통일적으로 그리고 소송물의 개념을 통해서 양자를 같은 범위에서 같게 이해하여야 한다는 것에 근거한다.⁵²²⁾ 이 견해는 기속력을 기판력의 주관적 범위가 확장된 것으로 보고, 객관

518) 전정환, “헌법재판소 결정의 효력에 관한 일반적 고찰”, 문광삼/남복현/전정환, 헌법재판소결정의 효력에 관한 연구(헌법재판연구 제7권), 헌법재판소, 1996, 50~51쪽.

519) 이성환, 헌법재판소 결정의 효력에 관한 연구, 서울대학교 법학박사학위논문, 1994, 89~90쪽.

520) 황도수, “헌법재판소 결정의 기속력”, 헌법의 규범력과 법질서(연천 허영 박사 정년기념논문집), 박영사, 2002, 771쪽.

521) 정중섭, 헌법소송법(제9판), 박영사, 2019, 185~186쪽.

522) 박정훈, “취소소송의 소송물에 관한 연구: 취소소송의 관통개념으로서 소송

소송에서 기속력과 기관력의 구별이 필요 없다는 것을 강조하므로, 이 견해와 기속력을 기관력의 주관적 확장으로 보는 견해는 기본적으로 같은 것으로 볼 수 있다고 한다.^{523) 524)}

불가쟁력과 기관력 때문에 당사자와 그의 법적 승계인은 형식적으로 확정된 헌법재판소 결정에 구속되고, 헌법재판소는 같은 심판 대상과 관련된 당사자의 후행 절차에서 더는 재판하지 못하거나 최소한 이전 결정과 다르게 결정할 수 없다. 그러나 국가기관은 일반적으로 위헌법률심판절차에서 당사자도 법적 승계인도 아니다. 그래서 국가기관은 (심판절차에 참가하지 않는 한) 불가쟁력과 기관력에 따라서 위헌법률심판에 관한 헌법재판소 결정에 구속되지 않는다. 그에 따라 헌법재판소 결정은 응급계(완벽하게) 실행될 수 없다. 법률은 일반적 구속성이 있으나, 헌법재판소 스스로 자기 결정을 집행할 수 없어서 다른 국가기관이 헌법재판소 결정을 집행하여야 하기 때문이다. 따라서 다른 국가기관과 맺는 관계에서 법적 안정성과 법적 평화를 보장하고 헌법재판소 결정을 응급계(완벽하게) 집행하려면 기관력의 보완이 필요하다. 헌법재판소법 제47조 제1항은 이러한 보완을 한다.⁵²⁵⁾

헌법재판소법 제47조 제1항은 단지 법률의 위헌결정이 모든 국가기관을 구속한다는 것만을 규정한다. 즉 이 조항은 법률의 위헌결정의 효력을 오로지 주관적 측면에서만 확장한다. 사법판결의 효력은 민사소송뿐 아니라 본질에서 다른 모든 개별 소송에서도 같다. 특히 위헌법률심판에서 이러한 일반성에서 벗어나야 할 이유나 근거를 찾을 수 없다. 따라서 입법자가 헌법소송을 이러한 보편타당성에서 벗어나게 하는 규율을 정립하고자 한다면, 입법자는 헌법재판소법(이나 다른 헌법재판 관련 개별법)의 개별 조항에서 명확하게 표현하여야 한다. 그러나 법률의 위헌결정의 효력을 주관적으로 확장하는 헌법재판소법 제47조 제1항 이외에 다른 조항을 찾을 수 없다. 이러한 주관적 확장은 형성력이나 법률요건적 효력에서 볼 수 있는 것처럼 일반 소송법에서 낯선 것도 아니다. 따라서 기속력은 기관력을 단지 주관적 측면에서 확장하는 것일 뿐이고, 객관적 측면에

물 개념의 모색,” 법조 제49권 제7호(통권 제526호), 법조협회, 2000. 7., 113~116쪽.

523) 박진완, “헌법재판소와 국회의와의 관계: 규범반복금지”, 헌법학연구 제11권 제2호, 한국헌법학회, 2005, 91쪽.

524) 이상 허완중, 헌법재판소 결정의 효력, 전남대학교출판문화원, 2019, 65~67쪽.

525) 이상 허완중, 헌법재판소 결정의 효력, 전남대학교출판문화원, 2019, 68쪽.

서는 확장하지 않는다고 보아야 한다.⁵²⁶⁾ 그래서 헌법재판소법 제47조 제1항은 기관력을 질적으로 변경시키지 않는다.⁵²⁷⁾

기속력은 기관력의 주관적 확장이다. 헌법재판소법 제47조 제1항에 따라 모든 국가기관은 그가 절차에 참여하였는지와 상관없이 헌법재판소 결정에 기속된다. 따라서 기속력의 주관적 범위는 모든 국가기관으로 확정된다. 그러나 기속력의 객관적 범위는 기관력과 같아서 헌법재판소법 제40조 제1항에 따라 민사소송법 제216조가 준용된다. 다만, 위헌법률심판의 특수성 때문에 중요이유에도 기속력을 인정할 수 있는지가 문제된다. 위헌법률심판에서는 일반 사법재판과 달리 단순히 소송 승패만 중요한 것이 아니라 올바른 헌법해석을 찾아내는 것이 주된 문제이다. 헌법의 개방성, 추상성, 불명확성 등 때문에 헌법 규정에서는 다양한 해석 가능성이 도출될 수 있고, 이러한 해석 가능성 중 하나(때로는 둘 이상)를 선택하는, 법률의 위헌결정의 구체적이고 명확한 내용은 간결한 결론의 표현인 결정주문만으로는 명확하게 드러나지 않는 때가 잦다. 따라서 일반 사법재판보다 위헌법률심판에서는 중요이유의 도움을 받아서 결정주문을 명확하게 할 필요성이 훨씬 크고 그렇게 하여야 할 때가 빈번하다. 따라서 기속력의 객관적 범위와 관련하여 중요이유는 특별하게 다룰 필요가 있다.⁵²⁸⁾

법률의 위헌결정은 사법판결이므로, 기속력은 사법판결의 효력 중 하나이다. 사법판결의 효력은 원칙적으로 법원이 심판하여야 하는 소송물이나 심판 대상에 미친다. 민사소송법 제216조 제1항은 이를 명확하게 규정한다. 위헌법률심판에서 심판 대상은 구체적 사건과 관련이 있는 법률의 위헌성이다. 그러므로 구체적 사건과 관련이 있는 법률의 위헌성은 (그에 관한 근거가 아니라) 원칙적으로 기속력이 있다. 헌법재판소의 헌법해석이 모든 국가기관의 행위기준으로 기능하는 것은 그러한 해석이 앞날의 헌법분쟁에 적용되는 한 재판의 본질에 어긋난다. 헌법재판소는 결정을 선고할 때 다투어지는 구체적 사건을 해결하기 위해서 선고 시점의 사실관계와 법적 상황만을 고려할 수 있어서, 아직 앞날의 헌법분쟁에 관해서 심판하지 않았기 때문이다. 따라서 중요이유는 기속력이 없다. 그리고 중요이유에 기속력이 있다는 것은 중요이유가 해당 사건을 벗어나 효력을 미칠 수 있을 때 비로소 실질적 의미가 있을 수 있다. 그런데 중요이유에 기

526) 같은 견해: 한수웅, 헌법학(제9판), 법문사, 2019, 1406쪽.

527) 이상 허완중, 헌법재판소 결정의 효력, 전남대학교출판문화원, 2019, 69쪽.

528) 이상 허완중, 헌법재판소 결정의 효력, 전남대학교출판문화원, 2019, 98쪽.

속력이 있다는 것은 헌법재판소 결정의 기속력이 해당 사건을 넘어 미치는 근거가 될 수 없다. 즉 중요이유에 기속력을 부여하여도 당연히 헌법재판소 결정의 기속력이 해당 사건이 아닌 다른 사건에 미치는 것은 아니다. 요컨대 중요이유에 기속력이 있는지와 무관하게 헌법재판소 결정의 기속력이 해당 사건을 벗어나 미칠 수 있는지가 논증되어야 한다.⁵²⁹⁾

주문은 그 명확한 의미내용이 일반적으로 그 자체에서 도출될 수 없어서 법규범처럼 해석이 필요하다.⁵³⁰⁾ 특히 법률의 위헌결정 주문은 중요이유에 기초한 간략하고 함축적인 내용을 담을 뿐이다. 그리고 위헌법률심판의 기능은 개별 기본권 보호에 그치지 않는다. 위헌법률심판은 객관적 헌법을 보장하고 그 해석과 계속형성에 이바지하는 기능도 있다(2중 기능). 개별 기본권 보호 측면에서는 결정이유에 상관없이 오로지 당사자의 기본권이 보장되는지만 중요하다. 그래서 거의 모든 문제는 결정주문에 드러난 내용을 통해서 해결될 수 있다. 그러나 객관적 기능 측면에서 법률의 위헌결정은 절차에 참가하지 않은 국가기관이나 사람에게도 효력을 미친다. 따라서 헌법재판소는 다른 국가기관의 행위지침을 제시하여야 한다. 법률의 위헌결정만으로는 헌법질서가 회복될 수 없을 때가 드물지 않기 때문이다. 결정주문의 구체적 내용을 확정하는 것은 이러한 기능을 수행하기 위해서 필수적이다. 또한, 다른 법원과 달리 헌법재판소는 자기 결정을 관철할 강제수단이 없다.⁵³¹⁾ 그래서 헌법재판소 결정 관철은 다른 국가기관이 헌법재판소 결정을 따르는지에 달려있다.⁵³²⁾ 그러나 헌법재판소 결정 이행을 제한 없이 다른 국가기관에 맡길 수는 없다. 즉 헌법재판소는 다른 국가기관에 적절한 이행 기준을 제시하여야 한다. 그러나 결정주문에서 이러한 기준이 명확하게 그리고 구체적으로 도출될 수 없을 때가 대부분이다. 그리고 논증과정에서 헌법재판소가 다루지 않은 법적 고려가 결정주문과 같은 결론을 도출할 수도

529) 이상 허완중, 헌법재판소 결정의 효력, 전남대학교출판문화원, 2019, 102~103쪽.

530) Christian-Friedrich Menger, Anmerkung zu zwei Beschlüssen des OVG Lüneberg und des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 80 (1955/1956), S. 226; Walter Seuffert, Über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Bindungswirkungen, in: AöR 104 (1979), S. 178 참조.

531) BVerfGE 2, 79 (89); 비슷한 것으로는 6, 257 (266).

532) Kai-Oliver Knops, Bundesverfassungsgericht und die Bindungskraft seiner Entscheidungen, in: KritV 1997, S. 57.

있고, 헌법재판소는 모든 근거를 검토할 수도 없다. 이러한 점에서도 결정주문은 일반적으로 법규범과 같이 해석을 요구한다.⁵³³⁾

결정주문을 해석할 때 우선적인 기준은 결정주문을 근거 짓는 결정이유일 수밖에 없다. 따라서 중요이유는 결정주문 해석에 절대적 영향을 미친다. 해석과정에서 결정주문은 중요이유를 수용할 수밖에 없기 때문이다. 그래서 중요이유를 통해서 해석된 결정주문 내용에서 기속력이 발생한다.⁵³⁴⁾ 중요이유는 그러한 범위에서 해석 도우미로서 기능한다. 이러한 과정에서 중요이유는 결정주문 해석을 통하여 간접적으로 기속력이 있다. 따라서 중요이유의 기속력을 긍정하는 견해와 부정하는 견해의 차이는 그리 크지 않고, 심지어 사실적 측면에서는 그러한 차이가 없다고 볼 수 있다. 양자의 유일한 차이점은 중요이유가 직접적으로 또는 간접적으로 기속하는지에 있기 때문이다.⁵³⁵⁾ 특히 중요이유의 기속력을 긍정하는 견해도 기속력의 해당 사건 관련성으로 말미암아 다른 사건에 영향을 미칠 수 없어서 그 실익이 크지 않다.⁵³⁶⁾

타. 재심

재심은 확정된 중국결정에 중대한 흠이 있을 때 결정을 내린 헌법재판소에 그 결정의 취소와 사건의 재심판을 구하는 비상의 불복신청방법을 말한다. 헌법

533) 이상 허완중, 헌법재판소 결정의 효력, 전남대학교출판문화원, 2019, 103~104쪽.

534) Klaus Lange, Rechtskraft, Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: JuS 1978, S. 3; Christian-Friedrich Menger, Anmerkung zu zwei Beschlüssen des OVG Lüneberg und des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 80 (1955/1956), S. 226 참조.

535) Gernot Biehler, Zur Bindungswirkung von Urteilen des Bundesverfassungsgerichts, in: DVBl. 1991, S. 1238; Wolfgang Endemann, Zur Bindungswirkung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsbeschwerdeverfahren, in: Theo Ritterspach/Willi Geiger (Hrsg.), Festschrift für Gebhard Müller: Zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 1970, S. 25; Ulrich Scheuner, Das Verfassungsgericht und die Bindungskraft seiner Entscheidungen, in: DÖV 1954, S. 642 참조.

536) 이상 허완중, 헌법재판소 결정의 효력, 전남대학교출판문화원, 2019, 104쪽.

재판소법은 헌법재판소 결정에 대한 재심 허용 여부에 관해서 별도의 명문 규정을 두지 않는다. 위헌법률심판은 객관소송으로서 당사자의 권리구제는 물론 객관적 질서 보호도 그 기능으로 한다. 따라서 위헌법률심판은 일반 사법재판과는 다른 특성이 있고, 특히 헌법재판소 결정에는 그 의미와 효력에 비추어 법적 안정성이 강하게 요구된다. 이러한 점 때문에 헌법재판소법 제40조가 위헌법률심판절차와 관련하여 헌법재판소법에 특별한 규정이 없으면 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 하여도 일반 소송법의 재심제도를 위헌법률심판에 그대로 적용하기는 어렵다. 즉 재심제도와 관련하여 헌법재판소법 제40조에 따른 준용은 획일적인 준용이 아니라 위헌법률심판의 특성에 맞추어 수정된 준용이어야 한다. 위헌법률심판에서 내린 결정은 해당 결정의 특수한 효력, 즉 대세적 효력에 해당하는 기속력(헌법재판소법 제47조 제1항)과 법률요건적 효력(이나 형성력 혹은 법률적 효력: 헌법재판소법 제47조 제2항) 때문에 재심이 허용되지 않는다.⁵³⁷⁾ 이와 관련하여 위헌법률심판은 객관소송이고 일반적 효력이 있는 법률이 형성하는 법질서에서 법적 안정성의 확보·유지가 무엇보다 중요하므로 위헌 여부에 대한 헌법재판소 결정에 대해서는 재심을 청구할 수 없지만, 재판부 구성에 위법이 있다면 재심을 인정하는 것이 타당하다는 견해가 있다.⁵³⁸⁾ 그러나 재판부 구성이 위법이 있을 때도 법적 안정성을 형성하고 유지하기 위해서 새로운 위헌법률심판 청구를 허용하는 것으로 해결하는 것이 타당하다. 헌법재판소는 위헌법률심판 제청은 법원이 헌법재판소에 대해서 하는 것이어서 위헌법률심판을 제청하도록 신청을 한 사람 자신은 위헌법률심판사건의 당사자가 아니라고 하면서, 원래 재심은 재판을 받은 당사자에게 이를 인정하는 특별한 불복절차라서 위헌법률심판이라는 재판의 당사자가 아닌 사람은 그 재판에 대해서 재심을 청구할 수 있는 지위나 적격이 없다고 한다.⁵³⁹⁾

537) 김하열, 헌법소송법(제3판), 박영사, 2018, 251~252쪽; 김현철, 판례 헌법소송법(제5판), 전남대학교출판문화원, 2019, 124~125쪽.

538) 정중섭, 헌법소송법(제9판), 박영사, 2019, 414~416쪽.

539) 헌재 2004. 9. 23. 2003헌아61, 판례집 16-2상, 615, 617.

제4절 탄핵심판절차에서 탄핵심판의 성질과 형사소송법 준용

I. 서론

탄핵심판절차의 직접적인 법원은 헌법, 헌법재판소법 및 헌법재판소규칙이다. 헌법 제65조와 제111조 제1항 제2호, 제113조 제1항에 근거해서 헌법재판소법 제4장 제2절, 즉 제48조 내지 제54조가 그에 해당하고, 헌법재판의 일반적인 심판절차를 규율한 헌법재판소법 제3장, 즉 제22조 내지 제40조 역시 법원에 해당된다.

탄핵심판절차에 관해 헌법재판소법 제40조 제1항에서는 탄핵심판의 성질에 반하지 않는 한도에서 형사소송에 관한 법령과 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 하고 있다. 이때 민사소송법령이 형사소송법령에 저촉될 경우에는 형사소송법령을 우선적으로 적용하도록 하고 있다. 그런데, 어떠한 경우에 형사소송법령과 민사소송법령을 준용할 수 있으며, 양 법령이 서로 충돌될 경우 어떠한 기준으로 적용순위를 정하고, 또 양 법령이 준용될 수 없는 경우 어떻게 유추 적용되고 있는지가 문제된다.

그러면, 여기서는 탄핵심판제도의 성격과 특성, 헌법재판소법 제40조에 따른 소송법령 준용의 범위와 한계, 결정실체에 나타난 관련 소송법령의 준용실태와 유추적용 내지 범형성의 실태를 파악한 다음, 이상의 전반적인 사항에 관해 분석과 평가를 가하고 나서, 필요할 경우 입법론적인 해결가능성도 모색하기로 한다. 아울러 이 절차를 검토하면서 모색된 결과를 전체적인 차원에서 체계화 내지 일반심판절차에서 수용가능성의 측면에서도 접근하기로 한다.

II. 탄핵심판의 성질

1. 탄핵심판제도의 성격

탄핵이란 일반적인 사법절차나 징계절차에 따라 소추하거나 징계하기가 곤

란한 행정부의 고위직 공무원이나 법관 등과 같이 신분이 보장된 공무원이 직무상 중대한 비위를 범한 경우에 이를 의회가 소추하여 처벌하거나 파면하는 절차이다.⁵⁴⁰⁾ 탄핵심판은 고위공직자가 권한을 남용하여 헌법이나 법률을 위반하는 경우 그 권한을 박탈함으로써 헌법질서를 지키는 헌법재판이다.⁵⁴¹⁾

헌법 제65조는 행정부와 사법부의 고위공직자에 의한 헌법위반이나 법률위반에 대하여 탄핵소추의 가능성을 규정함으로써, 그들에 의한 헌법위반을 경고하고 사전에 방지하는 기능을 하며, 국민에 의하여 국가권력을 위임받은 국가기관이 그 권한을 남용하여 헌법이나 법률에 위반하는 경우에는 다시 그 권한을 박탈하는 기능을 한다. 즉, 공직자가 직무수행에 있어서 헌법에 위반한 경우 그에 대한 법적 책임을 추궁함으로써, 헌법의 규범력을 확보하고자 하는 것이 바로 탄핵심판절차의 목적과 기능인 것이다.⁵⁴²⁾

우리 헌법은 헌법수호절차로서의 탄핵심판절차의 기능을 이행하도록 하기 위하여, 제65조에서 탄핵소추의 사유를 ‘헌법이나 법률에 대한 위배’로 명시하고 헌법재판소가 탄핵심판을 관장하게 함으로써 탄핵절차를 정치적 심판절차가 아니라 규범적 심판절차로 규정하였고, 이에 따라 탄핵제도의 목적이 ‘정치적 이유가 아니라 법위반을 이유로 하는’ 대통령의 파면임을 밝히고 있다.⁵⁴³⁾

2. 탄핵심판절차

헌법재판소법은 제4장 제2절에서 탄핵심판의 절차에 관하여 규정하고 있지만 심리절차에 관한 구체적 규정을 두고 있지는 아니하므로, 일반심판절차에 관한 제22조부터 제40조까지의 규정이 탄핵심판 절차에도 그대로 적용된다. 따라서 헌법재판소법에 특별한 규정이 없는 경우에는 준용조항에 따라 탄핵심판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 형사소송에 관한 법령과 민사소송에 관한 법령이 준용된다.

한편, 헌법 제113조 제2항은 헌법재판소는 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 심판에 관한 절차에 관한 규칙을 제정할 수 있도록 규정하고 있다. 이

540) 헌재 1996. 2. 29. 93헌마186, 판례집 8-1, 111, 118.

541) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1.

542) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 632.

543) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 633.

규정과 헌법재판소법 제10조 제1항에 따라 헌법재판소 심판규칙이 제정되어 심판절차를 보다 구체적으로 정하고 있다.

3. 탄핵심판의 특성

탄핵심판절차는 형사재판절차나 징계절차와 유사한 부분이 있지만, 이들 절차들과는 다른 고유한 목적과 기능을 가진 헌법재판절차이다. 따라서 탄핵심판절차에는 모든 재판절차에 보편적인 요소, 헌법재판절차에 공통적인 요소, 형사재판적인 요소, 징계절차적인 요소가 모두 혼재되어 있다.⁵⁴⁴⁾ 그래서 탄핵심판이라는 헌법재판제도의 의의와 기능을 잘 살려나가기 위해서는 상이한 여러 절차적 요소들을 적절히 배분하고 조화시키는 것이 중요하다.

탄핵심판의 성질을 추적할 필요성은 탄핵심판의 성질이 준용규정에 미치는 영향만이 아니라 탄핵심판의 결론인 파면을 할 것인지의 여부를 판단하는 기준으로 작동하기도 한다는 점에서 나타난다.

III. 헌법재판소법 제40조에 따른 소송법령의 준용의 범위와 한계

1. 탄핵심판절차에 적용될 법률

헌법은 제65조에서 탄핵소추의 대상, 탄핵사유, 탄핵소추의 발의와 의결, 탄핵의결받은 자의 권한행사 정지 및 탄핵결정의 효과 등을, 제111조 제1항 제2호에서는 헌법재판소에게 탄핵심판의 관할권을 규정하였고, 제113조 제1항에서는 탄핵결정의 정족수를, 제2항에서는 탄핵심판절차에 관한 헌법재판소의 규칙제정권을, 그리고 제3항에서는 탄핵심판절차에 관한 입법자의 구체적인 형성에 관해 규율하고 있다.

이상의 헌법적 규율에 바탕을 두어 헌법재판소법에서는 탄핵심판절차에 관해 제48조 내지 제54조에서 탄핵소추의 대상, 탄핵사유, 탄핵심판에서의 소추위원, 피소추자의 권한행사의 정지, 탄핵심판절차의 정지, 당사자의 변론기일 불출

544) 헌법재판소, 헌법재판 실무제요, 제2개정판, 2015, 453면.

석, 탄핵결정의 내용 및 효력 등을 명시하고 있다. 그 외에 탄핵심판절차에는 일반심판절차를 그대로 적용할 수 있는 경우 그에 의하도록 하고 있다.

헌법재판소법 제40조 제1항에서는 탄핵심판절차에 관하여는 탄핵심판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 형사소송법령과 민사소송법령을 준용하도록 하고 있다. 제2항에서는 이때 형사소송법령과 민사소송법령이 서로 저촉될 때에는 형사소송법령을 우선 적용하도록 하고 있다.

탄핵심판제도의 의의와 기능을 잘 살려나가기 위해서는 상이한 여러 절차적 요소들을 적절히 배분하고 조화시키는 것도 중요하지만, 그 중에서도 형사소송에 관한 법리가 우선적으로 고려된다. 즉, 형사소송에 관한 법령을 우선적으로 준용하도록 한 입법의 취지(헌법재판소법 제40조), 탄핵심판절차는 피소추자를 공직에서 파면하는 중대한 결과를 초래하는 절차라는 점, 형사소송절차를 통하여 소추사실을 밝히는 것이 피소추자의 절차적 기본권을 충실히 보장하게 된다는 점에 비추어 볼 때, 1차적으로 형사소송에 관한 법리를 적용하는 것이 원칙이다.⁵⁴⁵⁾

헌법재판소는 박근혜 대통령 탄핵심판청구사건⁵⁴⁶⁾에서 이 사건 심판절차를 진행함에 있어 헌법재판소법과 헌법재판소 심판규칙, 그리고 탄핵심판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 형사소송에 관한 법령을 준용하였음을 밝히고 있다.

2. 탄핵심판의 성질이 탄핵심판절차에 미치는 영향

탄핵심판의 성질은 탄핵심판절차를 규정한 헌법재판소법의 해당 조항을 해석하는 데에도 영향을 미친다. 헌법재판소는 ‘탄핵심판청구가 이유 있는 때’를 규정한 헌법재판소법 제53조 제1항을 해석하고 적용하는 과정에서 탄핵심판의 성질을 적극 활용하고 있음을 본다.

헌법재판소는 이 조항의 ‘탄핵심판청구가 이유 있는 때’ 부분을 문리적으로 해석하면, 피청구인의 범위반행위가 확인되는 경우 범위반의 경중을 가리지 아니하고 헌법재판소가 파면결정을 해야 하는 것으로 이해되지만, 직무행위로 인한 모든 사소한 범위반을 이유로 파면을 해야 한다면, 이는 피청구인의 책임에 상응하는 헌법적 징벌의 요청 즉, 법익형량의 원칙에 위반된다는 것이다. 그래

545) 헌법재판소, 헌법재판 실무제요, 제2개정판, 2015, 453면.

546) 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1, 14.

서 헌법재판소는 합헌적으로 해석을 해서 헌법재판소법 제53조 제1항의 ‘탄핵심판청구가 이유 있는 때’란, 모든 범위반의 경우가 아니라, 단지 공직자의 파면을 정당화할 정도로 ‘중대한’ 범위반의 경우를 말하는 것으로 본다.⁵⁴⁷⁾

헌법재판소는 탄핵심판절차가 헌법의 수호와 유지를 그 본질로 하고 있다는 점에서, ‘범위반의 중대성’이란 ‘헌법질서의 수호의 관점에서의 중대성’을 의미하는 것이라고 한다.

그러면서 대통령을 제외한 다른 공직자와는 다르게 대통령의 경우에는 파면결정의 효과가 지대하기 때문에 파면결정을 하기 위해서는 이를 압도할 수 있는 중대한 범위반이 존재해야 함을 제시한다. ‘대통령을 파면할 정도로 중대한 범위반이 어떠한 것인지’에 관해서는 탄핵심판절차가 공직자의 권력남용으로부터 헌법을 수호하기 위한 제도라는 관점이 중요한 기준의 하나로 제시됨을 지적한다. 탄핵심판절차가 궁극적으로 헌법의 수호에 기여하는 절차라는 관점에서 본다면, 파면결정을 통하여 헌법을 수호하고 손상된 헌법질서를 다시 회복하는 것이 요청될 정도로 대통령의 범위반행위가 헌법수호의 관점에서 중대한 의미를 가지는 경우에 비로소 파면결정이 정당화된다는 것이다. 헌법재판소는 “구체적으로, 탄핵심판절차를 통하여 궁극적으로 보장하고자 하는 헌법질서, 즉 ‘자유민주적 기본질서’의 본질적 내용은 법치국가원리의 기본요소인 ‘기본적 인권의 존중, 권력분립, 사법권의 독립’과 민주주의원리의 기본요소인 ‘의회제도, 복수정당제도, 선거제도’ 등으로 구성되어 있다는 점에서,⁵⁴⁸⁾ 대통령의 파면을 요청할 정도로 ‘헌법수호의 관점에서 중대한 범위반’이란, 자유민주적 기본질서를 위협하는 행위로서 법치국가원리와 민주국가원리를 구성하는 기본원칙에 대한 적극적인 위반행위를 뜻하는 것”이라고 한다.

헌법재판소는 탄핵심판의 본질이 헌법의 수호에 있고, 탄핵심판절차를 통하여 궁극적으로 달성하고자 하는 헌법질서는 자유민주적 기본질서라고 본다. 결국 헌법재판소는 헌법재판소법 제53조 제1항의 ‘탄핵심판청구가 이유 있는 때’를 공직자의 파면을 정당화할 정도로 중대한 범위반이 있는 경우를 말하고, 여기서 ‘범위반의 중대성’이란 ‘헌법질서의 수호의 관점에서의 중대성’을 의미하는 것으로 보았으며, 이는 궁극적으로는 법치국가원리와 민주국가원리를 구성하는 기본원칙에 대한 적극적인 위반행위를 뜻하는 것으로 본 것이다. 하지만, 앞서

547) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 654.

548) 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49, 64.

살펴본 바와 같이 탄핵심판의 성질을 헌법질서의 수호로만 한정지을 수 있는 것은 아니라고 본다.

3. 탄핵심판절차에서 법적 흠결의 사례

탄핵심판절차에서 법적 흠결로 지적될 수 있는 대표적인 사례를 소개한다.⁵⁴⁹⁾

먼저, 국회에서 탄핵소추가 의결된 이후 언제까지 소추의결서를 헌법재판소에 제출해야 하는지에 관해 아무런 명문의 규정이 없다는 점이다. 이와 관련하여 국회법 제134조 제2항에서는 소추의결서가 송달되었을 때에는 소추된 사람의 권한 행사는 정지됨을 규정하고 있고, 헌법재판소법 제50조에서는 탄핵소추의 의결을 받은 사람은 헌법재판소의 심판이 있을 때까지 그 권한행사가 정지된다고 규정하고 있다. 이들 규정은 소추의결서가 송달된 시점이 피소추자의 권한행사 정지시점이고, 헌법재판소의 심판시점이 그 종료시점임(헌법 제65조 제3항 참조)을 밝히고 있을 따름이다. 국회가 소추의결서를 피소추자에게 송달하고 또 헌법재판소에 제출하는 것은 소추의결 이후 지체 없이 이루어짐이 타당하다. 왜냐하면 정치적 불안정과 권한행사의 정지기간을 최소화함이 필요하기 때문이다. 이와 관련한 보완입법이 필요하다고 본다.

다음, 탄핵심판청구 이후 국회의 입법기가 종료하고 선거에 의해 새로운 국회가 구성된 경우 기존의 탄핵심판청구가 유지되는지 여부가 논란이 될 수 있지만, 이 역시 그대로 유효하게 유지된다고 보아야 한다.

그리고 소추위원인 국회법제사법위원회의 위원장이 그 자격을 잃은 때에는 탄핵심판절차는 중단된다. 이 경우 새로 국회법제사법위원회의 위원장이 된 사람이 탄핵심판절차를 수계하여야 한다. 소추위원의 대리인이 있는 경우에는 탄핵심판절차는 중단되지 아니한다. 이에 관해서는 헌법재판소 심판규칙 제58조가 규정하고 있는 바, 다른 법령보다 우선하여 위 규정이 적용된다.

이어서, 탄핵심판 결정의 효력발생시점도 문제되는바, 당연히 그 결정시점이라 할 것이다. 이런 점은 다른 심판절차와 동일하게 파악되어야 한다.

마지막으로 탄핵심판의 청구취하가 문제될 수 있다. 다른 심판절차에서는 헌

549) 이에 관해서는 헌법재판소, 헌법재판 실무제요, 2015, 452면 이하; 김하열, 헌법소송법, 2018, 156, 720-722면 참조.

법재판소법 제40조에 따라 민사소송법령 등을 준용해서 심판청구의 취하가 일반적으로 가능한 것으로 파악된다. 하지만, 탄핵심판절차에서는 청구취하의 권한이 소추위원회에 부여되는지 아니면, 국회에 부여되는지가 문제되고, 국회에 부여되는 경우 어떠한 의결정족수가 적용되는지도 문제된다. 게다가 피소추자인 피청구인의 동의가 있어야 취하의 효력이 있는 것인지에 관해서도 문제된다.

4. 형사소송법령 준용배제의 경우

헌법재판소법 제40조에서는 탄핵심판절차에는 형사소송법령을 우선 적용하도록 하고 있지만, 탄핵심판의 성질에 비추어 그 준용이 배제된 경우도 있다.

탄핵심판절차에 공소사실 특정에 관한 형사소송법 제254조 제4항을 준용해야 하는지에 관해 직접적으로 다투어진 사례가 있다.⁵⁵⁰⁾

이에 관해 피청구인은, 탄핵소추사유에 해당하는 사실을 구체적으로 특정하여야 하는데, 소추의결서에 기재된 소추사실은 그 일시·장소·방법·행위태양 등이 특정되어 있지 않은 채 추상적으로 기재되어 있음을 이유로 부적법을 주장하였다.

그러나 헌법재판소는 몇 가지 점에서 위 조항의 준용이 배제됨을 지적하였다. 첫째, 탄핵심판절차는 형사절차나 일반 징계절차와는 성격을 달리 한다는 점이다. 둘째, 헌법 제65조 제1항이 정하고 있는 탄핵소추사유는 ‘공무원이 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한’ 사실이고, 여기에서 법률은 형사법에 한정되지 아니한다는 점이다. 셋째, 게다가 헌법은 물론 형사법이 아닌 법률의 규정이 형사법과 같은 구체성과 명확성을 가지지 않은 경우가 많기 때문에, 탄핵소추사유를 형사소송법상 공소사실과 같이 특정하도록 요구할 수는 없다고 한다. 넷째, 소추의결서에는 피청구인이 방어권을 행사할 수 있고 헌법재판소가 심판대상을 확정할 수 있을 정도로 사실관계를 구체적으로 기재하면 된다고 보아야 한다는 것이다. 다섯째, 공무원 징계의 경우에도 징계사유의 특징은 그 대상이 되는 비위사실을 다른 사실과 구별될 정도로 기재하면 충분하므로(대법원 2005. 3. 24. 선고 2004두14380 판결), 탄핵소추사유도 그 대상 사실을 다른 사실과 명백하게 구분할 수 있을 정도의 구체적 사정이 기재되면 충분하다고 하였다.

550) 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1, 14-15.

이는 탄핵심판절차가 형사절차와는 다른 속성을 지니고 있고, 오히려 소추사실의 특징은 징계대상의 비위사실과 마찬가지로 다른 사실과 구별될 정도로 기재되면 충분함을 말한 것으로 보인다. 이런 점은 차라리 행정소송법을 유추 적용한 것으로 볼 수 있을 것이다.

IV. 헌법재판소 결정 실체에 나타난 관련 소송법령의 준용 실태

헌법재판소가 두 차례에 걸친 탄핵심판절차의 진행과정에서 관련 소송법령을 준용한 사례를 검토한다.

1. 8인의 헌법재판관에 의한 탄핵심판의 결정

박근혜 대통령 탄핵심판사건⁵⁵¹⁾에서는 심판절차의 진행중에 헌법재판소장인 재판관이 임기만료로 퇴직하였다. 게다가 그 재판관은 대통령이 실질적으로 임명권을 행사하였기에 후임 재판관 역시 대통령이 실질적 임명권을 행사해야 하였다. 하지만, 탄핵소추가 의결되어 대통령의 직무가 정지된 상태이었다.⁵⁵²⁾

이에 피청구인은, 현재 헌법재판관 1인이 결원된 상태여서 헌법재판소법 제 23조에 따라 사건을 심리할 수는 있지만 8인의 재판관만으로는 탄핵심판 여부에 대한 결정을 할 수 없고, 8인의 재판관이 결정을 하는 것은 피청구인의 '9인으로 구성된 재판부로부터 공정한 재판을 받을 권리'를 침해하는 것이라고 주장하였다.

하지만, 헌법재판소는 현실적으로 다양한 사유로 일부 재판관이 재판에 참여할 수 없는 경우가 발생할 수 있지만, 헌법과 헌법재판소법은 재판관 중 결원이 발생한 경우에도 헌법재판소의 헌법 수호 기능이 중단되지 않도록 7명 이상의 재판관이 출석하면 사건을 심리하고 결정할 수 있도록 하고 있음을 밝힌다. 그

551) 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1, 19-20.

552) 이럴 경우 대통령 권한대행이 후임의 헌법재판관에 대한 실질적 임명권을 행사할 수 있는지의 문제도 제기될 수는 있지만, 불가능하다는 정도의 입장을 표하면서 더 이상의 논의는 생략한다.

래서 헌법재판관 1인이 결원이 되어 8인의 재판관으로 재판부가 구성되더라도 탄핵심판을 심리하고 결정하는 데 헌법과 법률상 아무런 문제가 없고 또 헌정 위기 상황을 방지할 수 없는 현실적 제약을 있음을 분명히 한다. 그러면서 탄핵의 결정을 하기 위해서는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 하는데 결원 상태인 1인의 재판관은 사실상 탄핵에 찬성하지 않는 의견을 표명한 것과 같은 결과를 가져오므로, 재판관 결원 상태가 오히려 피청구인에게 유리하게 작용할 것이라는 점⁵⁵³⁾에서 피청구인의 공정한 재판받을 권리가 침해된다고 보기도 어렵다고 하였다.

우리 헌법재판소는 9인의 전원재판부가 단일재판부로 구성되어 있고, 예비재판관제도를 채택하지도 않고 있기 때문에, 헌법재판관이 2인 이상 결원되거나 제척될 경우 또는 여러 가지 요소가 결합될 경우 재판부의 기능마비로 귀착될 수가 있다. 그런 점에서 보완의 필요성은 매우 크다고 할 것이다.

박근혜 대통령 탄핵심판사건에서 보여주듯이, 현행헌법상 헌법재판관의 구성 방식이 경우에 따라서는 헌법재판소의 기능마비로 작동할 여지도 없지 않기 때문에, 일반적인 소송법령에 따라 헌법소송절차를 규율하기에는 한계가 드러날 수밖에 없고,⁵⁵⁴⁾ 바로 그런 점에서 탄핵심판을 비롯한 헌법소송절차의 독자적인 규율의 필요성이 뚜렷하게 부각된다.

2. 심판대상과 심판의 범위

탄핵심판에서도 다른 헌법재판과 마찬가지로 심판대상은 중요한 의미를 지닌다. 탄핵심판에 있어 심판대상은 탄핵소추 의결된 공무원이 직무집행에 있어서 헌법이나 법률에 위반했는지의 여부 및 그 공무원에 대한 파면결정을 선고

553) 탄핵심판이나 정당해산심판의 경우 재판관의 결원상태가 소추나 해산의 대상이 된 피청구인측에 유리하게 작동하지만, 위헌법률심판이나 헌법소원심판의 경우 정반대로 법률의 위헌여부나 기본권의 침해여부를 다투는 국민들에게 불리하게 작동한다는 점도 간과되어서는 안 될 것이다. 이에 관해서는 남복현, 헌법재판의 결정정족수, 양승두교수화갑기념논문집 I, 1994, 988-989면 참조.

554) 독일에서 재판관의 제척을 둘러싸고 제기된 헌법소송의 독자성에 관해 상세한 내용은 정태호, 헌법재판관에 대한 기피와 헌법소송법의 독자성, 헌법은 총 제7집, 1996, 255면 이하 참조.

할 것인지의 여부이다.⁵⁵⁵⁾

헌법재판소법 제49조에 따르면, 탄핵심판절차에 있어 국회 법제사법위원회의 위원장이 소추위원이 되어 헌법재판소에 소추의결서의 정본을 제출하여 탄핵심판을 청구하도록 하고 있다.

이에 따라 헌법재판소는 사법기관으로서 원칙적으로 탄핵소추기관인 국회의 탄핵소추의결서에 기재된 소추사유에 의하여 구속을 받는다. 즉, 심판대상의 획정은 소추의결서에 기재된 소추사유를 통해서 하여야 한다. 따라서 헌법재판소는 탄핵소추의결서에 기재되지 아니한 소추사유를 판단의 대상으로 삼을 수 없다. 이는 처분권주의(신청주의)의 요청에 따른 결과이다.

다음, 소추의결서의 변경이 가능한지와 관련해서 국회가 탄핵심판을 청구한 뒤 별도의 의결절차 없이 소추사유를 추가하거나 기존의 소추사유와 동일성이 인정되지 않는 정도로 소추사유를 변경하는 것은 허용되지 아니한다.⁵⁵⁶⁾

그러나 헌법재판소는 탄핵소추의결서에서 그 위반을 주장하는 ‘법규정의 판단’에 관하여 헌법재판소가 원칙적으로 구속을 받지 않음을 강조한다. 그러면서 청구인이 그 위반을 주장한 법규정 외에 다른 관련 법규정에 근거하여 탄핵의 원인이 된 사실관계를 판단할 수 있다고 한다. 또한, 헌법재판소는 소추사유의 판단에 있어서 국회의 탄핵소추의결서에서 분류된 소추사유의 체계에 의해 구속을 받지 않으므로, 소추사유를 어떠한 연관관계에서 법적으로 고려할 것인가의 문제는 전적으로 헌법재판소의 판단에 달려있다.⁵⁵⁷⁾

하지만, 탄핵소추의 사유에 해당하지 않은 것은 심판대상에 포함시킬 수 없고, 또 그렇기 때문에 심판의 범위에 포함시킬 수 없다. 즉, 헌법 제65조 제1항은 탄핵사유를 ‘헌법이나 법률에 위배한 때’로 제한하고 있고, 헌법재판소의 탄핵심판절차는 법적인 관점에서 단지 탄핵사유 of 존부만을 판단하는 것이므로, 이 사건에서 청구인이 주장하는 바와 같은 정치적 무능력이나 정책결정상의 잘못 등 직책수행의 성실성여부는 그 자체로서 소추사유가 될 수 없어, 탄핵심판절차의 판단대상이 되지 아니한다.⁵⁵⁸⁾

555) 실제 대통령의 탄핵심판사건에서 심판의 대상은 모두 ‘이 사건 심판의 대상은 대통령이 직무집행에 있어서 헌법이나 법률에 위반했는지의 여부 및 대통령에 대한 파면결정을 선고할 것인지의 여부’이었다.

556) 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1, 17.

557) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 625.

558) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 654; 헌재 2017. 3. 10. 2016

3. 평의와 소수의견의 공표

현행 헌법재판소법에서는 헌법재판의 최종결정에 관여한 재판관은 결정서에 의견을 표시하도록 하고 있어, 정당해산심판이나 탄핵심판에 관여한 경우에도 의견을 표시하여야 하지만, 헌법재판소법이 제정되어 시행된 종래에는 의견을 표시할 의무가 부과되지 않았었다.⁵⁵⁹⁾ 이와 관련해서는 노무현 대통령 탄핵심판사건에서 직접적으로 문제가 제기되었다.⁵⁶⁰⁾

즉, “헌법재판소법 제34조 제1항의 취지는 최종결론에 이르기까지 그 외형적인 진행과정과 교환된 의견 내용에 관하여는 공개하지 아니한다는 평의과정의 비공개를 규정한 것이지, 평의의 결과 확정된 각 관여재판관의 최종적 의견마저 공개하여서는 아니 된다는 취지라고 할 수는 없으며, 같은 법 제36조 제3항은 탄핵심판과 정당해산심판에 있어 일률적으로 의견표시를 강제할 경우 의견표시를 하는 것이 부적절함에도 의견표시를 하여야만 하는 문제점이 있을 수 있기 때문에 이를 방지하고자 하는 고려에 그 바탕을 둔 법규정으로서, 탄핵심판에 있어 의견을 표시할지 여부는 관여한 재판관의 재량판단에 맡기는 의미로 보아 해석해야 할 것이므로 다수의견과 다른 의견도 표시할 수 있다는 견해가 있었다.”

하지만, 헌법재판소법 제34조 제1항에 의하면 헌법재판소 심판의 변론과 결정의 선고는 공개하여야 하지만, 평의는 공개하지 아니하도록 되어 있다. 이때 헌법재판소 재판관들의 평의를 공개하지 않는다는 의미는 평의의 경과뿐만 아니라 재판관 개인의 개별적 의견 및 그 의견의 수 등을 공개하지 않는다는 뜻이다. 그러므로 개별 재판관의 의견을 결정문에 표시하기 위해서는 이와 같은 평의의 비밀에 대해 예외를 인정하는 특별규정이 있어야만 가능하다. 그런데 법률의 위헌심판, 권한쟁의심판, 헌법소원심판에 대해서는 평의의 비밀에 관한 예외를 인정하는 특별규정이 헌법재판소법 제36조 제3항에 있으나, 탄핵심판에 관해서는 평의의 비밀에 대한 예외를 인정하는 법률규정이 없다. 따라서 이 탄

헌나1, 판례집 29-1, 1, 46(대통령의 ‘직책을 성실히 수행할 의무’는 헌법적 의무에 해당하지만, ‘헌법을 수호해야 할 의무’와는 달리 규범적으로 그 이행이 관철될 수 있는 성격의 의무가 아니므로 원칙적으로 사법적 판단의 대상이 되기는 어렵다.).

559) 헌법재판소법(1988. 8. 5. 제정, 법률 제4017호)(1995. 8. 4. 최후개정, 법률 제4963호) 제36조 제3항 참조.

560) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 659.

핵심판사건에 관해서도 재판관 개개인의 개별적 의견 및 그 의견의 수 등을 결정문에 표시할 수는 없다고 할 것이다.

서면심리와 평의의 미공개 및 중국결정에서의 재판관의 의견표시는 헌법재판소법이 직접 정한 것이므로 준용문제가 제기될 여지가 없다. 게다가 종래 중국결정에서 재판관이 의견을 표시해야 할 심판유형을 한정했다가 이를 개선입법으로 그 유형의 제한을 푼 것⁵⁶¹⁾ 역시 그와 관련해서 준용문제가 제기될 여지가 없다.

V. 헌법재판소 결정 실제에 나타난 범형성 실태

헌법재판소는 각종 심판절차를 진행함에 있어 재판부로 하여금 결정으로⁵⁶²⁾ 다른 국가기관 또는 공공단체의 기관에 심판에 필요한 사실을 조회하거나, 기록의 송부나 자료의 제출을 요구할 수 있다. 다만, 재판·소추 또는 범죄수사가 진행 중인 사건의 기록에 대하여는 송부를 요구할 수 없다(헌법재판소법 제32조 참조).

그런데, 박근혜 대통령 탄핵심판사건⁵⁶³⁾에서 재판부가 사건을 심리하는 과정에서 재판, 소추 또는 범죄수사가 진행 중인 사건의 기록을 관련 기관에게 등본으로 제출하도록 요청한 사항이 검토되어야 한다.

이와 관련해서 헌법재판소는 이 사건 심판 진행과정을 소개하면서 헌법재판소법과 헌법재판소 심판규칙, 그리고 탄핵심판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 형사소송에 관한 법령을 준용하여 이 사건 심판절차를 진행하였음을 밝히고 있다. 그러면서 이 결정은 이와 같이 적법하게 조사된 증거를 종합하여 인정되는 사실을 기초로 한 것이라고 한다.

하지만, 재판·소추 또는 범죄수사가 진행 중인 사건의 기록을 ‘등본’으로 제출을 요청한 사항이 어디에 근거하였는지도 명확히 밝힘이 바람직하였을 것이

561) 헌법재판소법(시행 2005. 7. 29.) (법률 제7622호, 2005. 7. 29, 일부개정) 제36조 제3항 참조.

562) 헌법재판소법 제32조에서 ‘결정으로’란 용어를 사용하고 있는바, 재판절차를 진행함에 있어 중간재판의 형태로 하지 않는 경우가 없기에 별도로 존재할 여지는 없다고 본다.

563) 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1.

다. 그것이 헌법재판소법 제32조 제1항에 근거한 것이든, 심판규칙에 의한 것이든 또는 형사소송법령에 근거한 것이든, 아니면 범형성에 관한 것이든 이를 명확히 하여야만 하였다.⁵⁶⁴⁾

VI. 준용규정을 극복한 헌법재판소법상 규율의 체계화

앞에서는 탄핵심판절차에 있어 헌법재판소가 다른 소송법령을 준용하였거나 범형성한 사례에 관해 살펴보았다. 여기서는 그에 바탕을 두고 거기서 거론된 사항을 입법적으로 반영할 것인지에 관해 검토하기로 한다.

먼저, 다른 심판절차에서 보편적으로 거론되고 있는 가처분의 규율필요성에 관해 살펴본다. 탄핵심판절차에서는 탄핵소추를 의결함으로써 피청구인의 권한 행사가 정지된다. 이는 이미 가처분적 속성을 지니는 것으로 볼 수 있다. 그렇기 때문에 별도로 가처분을 규율할 필요성은 없다고 본다.

다음, 박근혜 대통령 탄핵심판사건에서 직접적으로 문제가 되었던 사건기록의 등본 제출의 문제에 관해서는 헌법재판소법 제32조를 개정해서 그 법적 근거를 명확히 규정함이 타당할 것이다.

마지막으로 탄핵심판의 청구취하와 심판절차종료선언에 관해 검토하면, 청구취하문제는 다른 심판절차에서도 폭넓게 문제가 제기되고 있다. 그렇기 때문에 청구취하에 관해 탄핵심판절차에서 개별적으로 규율하기보다는 일반심판절차에서 규정함이 바람직할 것이다. 다만, 탄핵소추가 정치적인 의도로 이루어지는 경우도 없지 않기 때문에, 탄핵심판의 청구취하에 대해서는 피청구인의 의견을 수렴하도록 함이 좋을 것이다. 그리고 청구인의 청구취하와 이에 대한 피청구인의 수용에 근거하여 헌법재판소가 심판절차의 종료를 확인하는 의미에서 심판절차 종료선언을 할 수 있도록 일반심판절차에서 그 근거를 마련함이 바람직할 것이다.

564) 이에 관해 헌법재판소 심판규칙 제39조 제2항에서는 헌법재판소로 하여금 헌법재판소법 제32조에 따라 기록의 송부나 자료의 제출을 요구하는 경우로서 국가기관 또는 공공단체의 기관이 원본을 제출하기 곤란한 사정이 있는 때에는 그 인증등본을 요구할 수 있다고 규정하여 그 법적 근거를 2017. 5. 30. 신설하였다.

VII. 분석과 평가

그저 헌법전이나 장식적으로 존재하는 것이라는 인식이 강했던 탄핵제도가 고위공직자, 그것도 최고의 공직자이자 국민의 직접선거로 선출된 대통령을 두 차례나 탄핵소추해서 의결을 하고 헌법재판소에서 탄핵심판을 하게 된 것은 엄청난 일이었다. 거기서 한 걸음 더 나아가 대통령에 대한 탄핵심판청구를 인용해서 파면까지 하였다는 점은 감히 상상조차 하기 어려운 일이었다고 본다.

헌법재판소가 대통령을 탄핵심판절차를 진행하여 청구인용결정, 즉 파면결정까지 할 수 있었음은 기존에 대통령의 탄핵심판절차를 진행하여 보았다는 경험이 크게 기여하였다고 본다. 그러한 경험이 축적되지 않았더라면, 불완전한 탄핵심판절차를 새로이 형성하면서 파면결정을 이끌어낼 수도 없었을 것이었거니와 그를 둘러싼 첨예한 대립과 갈등이 심각하였을 것이다. 심판결과에 대한 승복도 기대하기 쉽지 않았을 것이었다.

탄핵심판제도는 행정부와 사법부의 고위공직자에 의한 헌법침해로부터 헌법을 수호하고 유지하기 위한 제도이다. 이를 구현하는 탄핵심판절차는 형사재판절차와 징계절차와 유사한 속성을 지니고 있다는 점에 주목하여야 한다. 그런 점을 감안해서 헌법재판소법 제40조에서는 형사소송법령과 민사소송법령을 준용하도록 하고 있다. 하지만, 이는 형사재판절차와의 유사성을 반영한 것일 따름이고, 징계절차로서의 속성은 고려되지 않고 있고, 이를 고려하기 위해서는 행정소송법을 유추 적용하여야 한다. 그런 점이 현상이라면, 이를 해소하는 방안은 헌법재판소법 제40조를 개정해서 탄핵심판절차에서는 행정소송법도 아울러 준용하도록 하는 것이다.

제5절 정당해산심판절차에서 정당해산심판의 성질과 민사소송법령 준용

I. 서론

정당해산심판절차의 직접적인 법원은 헌법 제8조와 제89조 제14호, 헌법재판소법 제4장 제3절, 즉 제55조 내지 제60조이고, 헌법재판의 일반적인 심판절차를 규율한 헌법재판소법 제3장, 즉 제22조 내지 제40조 역시 법원에 해당된다.

정당해산심판절차에 관해 헌법재판소법 제40조 제1항에서는 정당해산심판의 성질에 반하지 않는 한도에서 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 하고 있다. 그런데, 어떠한 경우에 민사소송법령을 준용할 수 있으며 준용할 수 없는 경우 어떻게 유추 적용되는지가 문제된다.

그러면, 여기서는 정당해산심판제도의 성격과 특성, 헌법재판소법 제40조에 따른 소송법령 준용의 범위와 한계, 결정실제에 나타난 관련 소송법령의 준용실태와 유추적용 내지 법형성의 실태를 파악한 다음, 이상의 전반적인 사항에 관해 분석과 평가를 가하기로 한다. 필요할 경우 입법론적인 해결가능성도 모색하기로 한다. 아울러 이 절차를 검토하면서 모색된 결과를 전체적인 차원에서 체계화 내지 일반심판절차에서 수용가능성의 측면에서도 접근하기로 한다.

II. 정당해산심판의 성질

1. 정당해산심판제도의 성격

정당해산심판제도는 헌법재판소의 심판을 통하여 정당을 해산하는 제도로서 강제해산의 일종이다. 헌법 제8조 제4항은 민주주의에 필수적인 기능을 하는 정당의 중요성을 인정하는 전제 아래, 그러한 정당이 오히려 민주주의를 파괴하는 도구로 활용되는 것을 방지하기 위해 정당해산제도를 두면서도 동시에 헌법재판에 의해서만 정당의 해산이 가능하도록 하고 있다. 즉, 정당해산제도는 정당에 대하여 일반 결사와 달리 엄격한 요건과 절차에 의해서만 해산되도록 한다

는 정당보호라는 의미와, 정당이 정당 활동의 자유라는 미명으로 헌법을 공격하여 파괴하는 것을 방지한다는 헌법보호라는 의미를 가진다. 따라서 정당해산제도는 정당 존립의 특권을 보장함(정당의 보호)과 동시에, 정당 활동의 자유에 관한 한계를 설정한다(헌법의 보호)는 이중적 성격을 가진다.

2. 정당해산심판절차

헌법재판소법은 제4장 제3절에서 정당해산심판의 절차에 관하여 규정하고 있지만 심리절차에 관한 구체적 규정을 두고 있지는 아니하므로, 일반심판절차에 관한 제22조부터 제40조까지의 규정이 정당해산심판 절차에도 그대로 적용된다. 따라서 헌법재판소법에 특별한 규정이 없는 경우에는 준용조항에 따라 정당해산심판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 민사소송에 관한 법령이 준용된다.

한편, 헌법 제113조 제2항은 헌법재판소는 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 심판에 관한 절차에 관한 규칙을 제정할 수 있도록 규정하고 있다. 이 규정과 헌법재판소법 제10조 제1항에 따라 헌법재판소 심판규칙이 제정되어 심판절차를 보다 구체적으로 정하고 있다.

3. 정당해산심판의 특성

정당해산심판은 다른 헌법재판사항과 그 성격을 달리하고 또 준용대상인 민사소송과도 아주 다른 모습이다.⁵⁶⁵⁾

먼저, 그 목적을 비교한다. 위헌법률심판이나 헌법소원심판의 경우 위헌적인 법률이나 공권력 행사로부터 국민의 기본권을 보호함을 그 목적으로 한다. 그에 반해, 정당해산심판은 정당과 그 당원의 의사에 반하여 정당을 더 이상 유지· 존속할 수 없도록 하는 강제적인 정당해산결정을 통하여 민주적 기본질서를 수호· 유지함을 목적으로 한다. 즉, 심판절차에서 동일하게 민사소송에 관한 법령이 준용되는 다른 헌법재판의 경우 기본권보호인 데 반해, 정당해산심판은 정당

565) 이에 관해서는 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7에서 별개의견, 판례집 26-1상, 310, 321 참조.

의 강제해산을 통해 오히려 헌법상 기본권인 정당의 자유, 결사의 자유와 정치적 표현의 자유 등 기본권을 제한하는 성격을 갖는다.

다음, 정당해산심판의 경우 공권력의 주체인 정부가 청구인이고, 기본권의 주체인 정당이 피청구인이다. 그렇기 때문에 당사자 사이의 절차적 지위의 대등성을 기대하기 어렵다.

이어서, 민사소송과 비교해도 그 특성이 뚜렷하게 드러난다. 즉, 정당해산심판의 목적은 민주적 기본질서에 위배되는 정당을 해산하여 헌법질서를 수호·유지하는 것에 있다. 그리고 심판의 결과에 따라서는 위헌정당의 강제해산과 정당재산의 국고귀속이라는 침해적 조치가 이루어진다. 그런 점은 대등한 사인 간의 법적 분쟁에서 사법적 권리를 확정하고 실현하는 민사소송과 전혀 다른 모습이다.

이상과 같은 특성은 후술하는 바와 같이 정당해산심판절차에 헌법재판소법 제40조 제1항에 따라 민사소송에 관한 법령을 준용함에 있어 한계적인 요소로 작용하지 않을 수 없게 된다.

III. 헌법재판소법 제40조에 따른 소송법령의 준용의 범위와 한계

1. 정당해산심판절차의 법적 규율과 재판청구권

헌법 제113조 제3항은 헌법재판소의 조직과 운영 기타 필요한 사항은 법률로 정하도록 함으로써 정당해산심판절차에 관해서도 헌법재판소법으로 하여금 규율하도록 하고 있다. 또한 헌법은 제27조 제1항에서 국민들에게 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다고 규정하여 재판청구권을 보장하고 있다. 헌법이 명문으로 공정한 재판을 규정하고 있지는 않지만, 제27조 제1항의 재판청구권에서 당연히 도출되는 것으로 본다.⁵⁶⁶⁾

566) 헌재 2002. 7. 18. 2001헌바53, 판례집 14-2, 20, 24-25. 헌법에 ‘공정한 재판’에 관한 명문의 규정이 없지만 재판청구권이 국민에게 효율적인 권리보호를 제공하기 위해서는 법원에 의한 재판이 공정하여야만 할 것임은 당연하므로, ‘공정한 재판을 받을 권리’는 헌법 제27조의 재판청구권에 의하여 함께 보장된다고 보아야 하고 우리 재판소도 헌법 제27조 제1항의 내용을 ‘공정한 재

헌법이 정당해산심판절차에 관해 구체적으로 규정한 바가 있으면, 그에 의하고, 그 이외의 사항에 대해서는 헌법은 입법자에게 폭넓은 입법형성의 여지를 인정한다. 즉, “절차적 기본권인 재판청구권은 원칙적으로 제도적으로 보장되는 성격이 강하므로, 그에 관하여는 상대적으로 폭넓은 입법형성권이 인정된다. 특히, 우리 헌법은 헌법재판의 심판절차에 적용되거나 준용될 법령에 대한 직접적인 규정을 두고 있지 아니하므로, 이는 헌법원리에 위배되지 아니하는 한도에서 입법형성의 자유가 있는 영역에 속한다고 보아야 한다.”⁵⁶⁷⁾

2. 준용방식과 준용조항의 위헌여부 판단기준

헌법재판소법 제40조는 헌법재판소의 심판절차에 관해 민사소송에 관한 법령을 비롯한 다른 법령을 준용하도록 규정하고 있다. 정당해산심판절차에 관해서는 다른 개별심판절차와는 달리 민사소송법령을 준용하도록 하고 있다. 이와 같이 다른 법령을 준용하도록 하는 입법방식은 불완전한 법률을 보완하기 위한 보조수단으로서 다른 법률에 규정된 동일한 내용을 반복적으로 규정하는 것을 피할 수 있는 유용한 입법기술이다.⁵⁶⁸⁾

이러한 준용조항⁵⁶⁹⁾에 의해 정당해산심판의 피청구인이 지닌 기본권이 침해되는 여부도 당연히 판단되어야 한다. 이러한 준용조항으로 인해 헌법 제27조 제1항의 법률에 의한 재판을 받을 권리가 침해되었는지 여부는, 헌법재판의 성질에 반하여 공정성을 훼손할 정도로 현저히 불합리한 입법형성을 함으로써 그 한계를 벗어났는지 여부를 기준으로 판단하여야 한다.⁵⁷⁰⁾

준용규정의 보충적 기능에 관한 판단준거로 작동하는 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 경우’란, 다른 절차법의 준용이 헌법재판의 고유한 성질을 훼손

판을 받을 권리’로 해석하고 있다(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 820).

567) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 310, 316.

568) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 310, 316.

569) 여기서의 준용조항은 헌법재판소법 제40조 제1항 전문 중 ‘정당해산심판의 절차’에 관한 부분만을 의미하고, 일반적으로는 헌법재판소법 제40조 전반을 의미한다. 물론 개별심판절차에서 준용조항을 말함은 그에 맞춰 의미하는 바가 달라질 것이다.

570) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 310, 316.

하지 않는 경우를 말한다. 이때 헌법재판의 성질, 특히 정당해산심판의 성질에 반하는지 여부는, ① 정당의 법적 성격, ② 정당보호와 헌법보호라는 이중적 의미를 갖는 정당해산심판의 성질, 그리고 ③ 준용절차 및 준용대상의 성격 등을 종합적으로 고려하여 헌법재판소가 구체적·개별적으로 판단할 수밖에 없다.

3. 헌법재판소법 제40조 제1항에 따른 민사소송법의 준용

정당해산심판절차에서 준용대상의 법령을 둘러싼 논란은 통합진보당의 해산 심판청구와 관련해서 심판청구의 대상이 된 통합진보당이 청구한 헌법재판소법 제40조 제1항 등 위헌확인사건⁵⁷¹⁾에서 상세하게 전개되었다.

이 사건 결정에서는 정당해산심판절차에 민사소송에 관한 법령을 준용할 수 있도록 규정한 헌법재판소법(2011. 4. 5. 법률 제10546호로 개정된 것) 제40조 제1항 전문 중 ‘정당해산심판의 절차’에 관한 부분(이하 ‘준용조항’이라 한다)이 청구인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부가 집중적으로 다루어졌다.

가. 준용조항의 필요성 내지 입법목적

헌법재판소법이나 심판에 관한 규칙에 절차진행규정이 없어 헌법재판의 진행에 차질이 빚어질 경우 국민의 기본권을 보호하고 헌법질서를 유지하기 위한 헌법재판의 기능에 장애가 초래될 수 있다. 이에 준용조항은, 일정한 요건 아래 헌법재판소법 이외의 다른 법령을 준용하도록 하여 불충분한 절차진행 규정을 보완하고 원활한 정당해산심판 절차진행을 도모함으로써 신속하고 적정한 재판 실현을 가능하게 하여 재판청구권을 보장하는 기능을 하게 된다.

나. 준용여부의 판단주체와 준용대상의 결정권

구체적인 심판절차에서 특정한 법령의 준용 여부가 헌법재판의 성질에 반하는지 여부에 대한 판단은 헌법에 따라 정당해산에 관한 독자적인 심판권을 부여받은 헌법재판소의 고유 권한에 속한다. 한편, 헌법재판소는 헌법에서 정당해

571) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 310.

산에 관한 심판권을 부여한 취지에 부합하도록 정당해산심판의 요건뿐만 아니라, 제출된 증거의 성격이나 목적·입증취지 등을 종합적으로 고려하여 심판절차에서 적용될 법률을 결정해야 한다. 민사소송에 관한 법령 중 어떤 부분이 헌법재판의 성질에 반하지 않는 것으로 판단되어 준용되는지 여부는 헌법재판소의 구체적인 법률해석에 관한 문제이다.

다. 이 준용조항이 지닌 준용의 범위와 한계

앞서 살펴본 바와 같이 정당해산심판이 민사소송에 건주어 드러나는 특성으로 인해 헌법재판소법 제40조 제1항에 규정된 ‘정당해산심판절차에 민사소송법령의 준용’은 준용규정의 보충적 기능으로 인해 그 한계를 드러내지 않을 수 없다. 이를 둘러싸고 이 사건 결정의 범정의견과 별개의견은 그 견해를 달리한다.

먼저, 범정의견은 정당해산심판절차를 진행함에 있어 예컨대, 증거조사와 사실인정에 관한 민사소송법의 규정을 적용함으로써 실제적 진실과 다른 사실관계가 인정될 수 있는 규정은 헌법과 정당을 동시에 보호하는 정당해산심판의 성질에 반하는 것으로 준용될 수 없을 것이라고 한다.⁵⁷²⁾ 그리고 민사소송에 관한 법령의 준용이 배제되어 법률의 공백이 생기는 부분에 대하여는 헌법재판소가 정당해산심판의 성질에 맞는 절차를 창설하여 이를 메울 수밖에 없다. 이와 같이 법률의 공백이 있는 경우 정당해산심판제도의 목적과 취지에 맞는 절차를 창설하여 실제적 진실을 발견하고 이에 근거하여 헌법정신에 맞는 결론을 도출해내는 것은 헌법이 헌법재판소에 부여한 고유한 권한이자 의무라는 것이다.

그에 비해 별개의견은 정당해산심판의 준용법령이 특히 문제되는 영역은 증거와 사실인정에 관한 부분인데, 민사소송에 관한 법령의 준용이 절차진행상 필수불가결하게 요청되는 경우가 아님에도, 그것을 준용함으로써 현저히 피청구인인 정당의 방어권 행사에 지장을 초래하는 범위 내에서는 민사소송에 관한 법령을 준용할 수 없는 것으로 해석함이 상당하다고 한다. 그러면서 그러한 한도에서 형사소송법을 준용해야 함을 주장한다.

두 의견 모두 정당해산심판절차에 민사소송법령의 준용이 배제될 수 있음은

572) 민사소송법령을 준용함에 있어 헌법재판의 성질에 반하는 것을 헌법재판소가 준용에서 배제하고자 함은 공정한 재판을 받을 권리를 구현하려는 헌법적 지침에 따른 것이다.

인정한다. 하지만, 법정의견은 민사소송법령의 준용배제로 인해 법률의 공백이 생길 수 있는데, 이에 대해서는 헌법재판소가 그 심판절차의 성질에 맞는 절차를 창설하여야 한다는 입장이다. 이에 반해 별개의견은 민사소송법령의 준용배제로 인한 법적 공백에는 형사소송법을 적극적으로 준용해야 한다는 것이다.

생각건대, 헌법재판소법 제40조 제1항이 정당해산심판의 경우 민사소송법령을 준용하도록 할 뿐이지, 형사소송법령까지 준용할 수 있도록 규율한 것은 아니다. 그렇기 때문에 정당해산심판절차를 진행함에 있어 민사소송법령의 준용이 적절치 않을 경우 민사소송법령의 준용을 헌법재판소가 배제할 수 있음은 당연하고, 배제한다고 해서 그로 인해 흠결된 부분을 그 즉시 형사소송법령으로 메꾸어야 하거나 메꿀 수 있는 것은 아니다. 그에 대해서는 헌법재판소가 개별 심판의 성질에 맞는 절차를 창설하여 흠결을 보충하게 된다. 물론 흠결보충과정에서 형사소송법령을 유추 적용함은 가능할 것이다. 하지만, 정당해산심판절차에서 민사소송법령을 준용하도록 하였지만, 헌법재판의 성질에 반하는 경우 준용을 배제하도록 하였기 때문에 준용규정 자체에 위헌성이 있다거나 공정한 재판을 침해하는 것은 아니다.

궁극적으로 입법자의 입법형성권이 존중되는 상황을 전제로 헌법재판소는 헌법재판절차를 진행함에 있어 법적 공백이 있을 경우 해당되는 심판절차의 성질에 맞는 절차를 창설할 수 있다는 것이다. 법정의견은 이에 대해 위헌성을 찾을 수 없다고 본 것이었고, 또 그 즉시 형사소송법령을 준용해야 하거나 유추적용을 해야만 옳다고 본 것은 아니었다. 하지만, 별개의견은 그 단계에서 한 걸음 더 나아가 그 즉시 형사소송법령의 준용을 제시한 것이었다.

라. 정당해산심판절차에서 입법의 불비가 존재하는 여부

헌법재판소법 제40조 제1항 후문에서는 위헌법률심판절차의 경우는 그렇지 않지만, 탄핵심판, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 절차에 관해서는 민사소송법령만이 아니라 행정소송법이나 형사소송법령을 준용하도록 하고 있는바, 이런 시각에서 볼 때 정당해산심판절차에 대해서는 그 속성이 피청구인의 기본권을 비롯한 법익의 침해여지가 높다는 점에서 탄핵심판의 경우와 마찬가지로 형사소송법령을 우선적으로 준용하도록 하지 않고 단순히 민사소송법령만을 준용하도록 한 것이 입법의 불비에 해당하는지도 문제된다.

앞서 살펴본 바와 같이, 헌법재판소는 정당해산심판절차에서 헌법재판소법 제40조 제1항이 민사소송법령만을 준용하도록 한 것의 기본권침해 여부에 대해서는 청구기각으로 결정하였다. 하지만, 앞서 검토한 바와 같이 입법자의 입법 형성권 존중으로 인해 위헌 내지 기본권침해에 해당된다고 할 수는 없지만, 입법의 불비로서 개선입법의 대상이 될 여지는 있다고 본다.

헌법재판소법 제40조에 따르면, 입법자는 정당해산심판절차도 위헌법률심판절차와 마찬가지로 민사소송법령만을 준용하도록 하고 있을 뿐, 별도의 다른 소송법령의 준용을 요구하지 않고 있다. 이는 입법의 불비라 할 것이다. 이에 대한 논거로는 두 가지를 제시한다. 그 하나는 위헌법률심판절차와 정당해산심판절차 모두 민사소송법령만을 준용하도록 하고 있다는 점이다. 이 두 절차의 절차적 속성에 공통성이 지닌 폭이 넓어야만 그에 대한 합리성이 인정된다 할 것이다. 헌법재판소의 심판절차에 대한 다른 소송법령의 준용은 기본적으로 위헌법률심판절차를 중심으로 설정한 것으로 보아야 한다. 왜냐하면, 헌법재판의 핵심적인 사항은 국민의 대표자들로 구성된 의회가 제정한 법률이 헌법에 위반되는 여부를 심판하는 위헌법률심판이기 때문이다. 그럼에도 정당해산심판절차에서 민사소송법령을 위헌법률심판절차와 동일하게 준용하도록 한 것은 균형에 맞지 않는 모습이다.⁵⁷³⁾

다른 하나는 앞서 살펴본 바와 같이 정당해산심판절차는 탄핵심판절차와 동일하게 피청구인의 기본권 등 법익의 침해가 가해지는 심판절차로서 그 절차적 속성은 형사소송과 유사하다는 공통성을 지닌다는 점이다. 그렇다고 한다면, 향후 이 조항을 개정해서 정당해산심판의 경우도 탄핵심판의 경우와 동일하게 형사소송에 관한 법령을 준용하도록 함이 바람직할 것이다.⁵⁷⁴⁾ 그럼으로써 정당의 보호가 강화될 수 있고 또 그것이 헌법 제8조에서 정당의 특권을 인정한 입헌취지에 부합할 것이다.

573) 헌법재판소법을 제정하는 과정에서 법무부 실무위원회에서는 정당해산심판에는 기본적으로 민사소송법을 준용하되 정당해산심판에 관하여는 행정소송법을 준용하고자 하였다. 헌법재판소, 헌법재판소법 제정 역사, 2006, 26면 참조.

574) 이에 관해서는 정태호, 정당해산심판절차에 대한 민사소송법령 적용과 한계, 경희법학 제49권 제4호, 2014, 127-128면.

4. 민사소송법 이외의 법령에 대한 유추적용

정당해산심판절차에서 준용되어야 할 민사소송법령이 준용규정의 보충적 기능에 비추어 준용이 배제될 수 있는바, 준용배제로 인한 법적 공백에 대응해야 하는 문제가 발생한다.

이에 관해 헌법재판소법 제40조 제1항 등 위헌확인사건⁵⁷⁵⁾에서 법정의견에 따르면, 정당해산심판절차를 진행함에 있어 민사소송법령의 준용을 배제할 수 있고, 준용배제로 인해 법적 공백이 발생할 경우 헌법재판소가 스스로 흠결을 보충할 수 있다는 것이다. 그러면서 이때 형사소송법을 준용할 것인지에 관해서 아무런 의견도 개진하지 않았다.

그에 비해 별개의견은 피청구인의 방어권 행사에 지장을 초래하는 범위 내에서 민사소송법령의 준용이 배제되어야 하고, 배제로 인한 법적 공백의 지대에 증거조사와 관련된 형사소송법령을 준용해야 한다는 입장이었다. 별개의견이 여기서 형사소송법령의 준용을 말했지만, 정확하게는 형사소송법령의 유추적용이 타당하다고 본다.

생각건대, 헌법재판소법 제40조 제1항과 제2항에 의거해서 다른 소송법령을 준용하는 경우 그때 사용되는 ‘준용’이라는 표현은 적절하다. 개별심판절차별로 준용의 우선순위를 정하고 있는바, 준용규정의 보충적 기능에 따라 준용배제로 인해 그에 벗어나 적시되지 아니한 소송법령을 적용하는 경우가 있을 수 있는데, 이는 유추적용에 해당하는 것으로 봄이 옳다. 예컨대, 여기서 문제된 정당해산심판절차에서 민사소송법령의 준용을 배제하고 형사소송법령을 적용하는 경우가 그에 해당할 것이다.

IV. 헌법재판소 결정 실체에 나타난 관련 소송법령의 준용 실태

1. 가치분

헌법재판소법 제57조에서는 헌법재판소는 정당해산심판의 청구를 받은 때에

575) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 310.

는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 종국결정의 선고 시까지 피청구인의 활동을 정지하는 결정을 선고할 수 있도록 규정하고 있다.

통합진보당 해산심판사건⁵⁷⁶⁾에서는 청구인인 대한민국 정부가 위 정당활동의 정지를 구하는 가처분을 신청을 하였으나 헌법재판소는 위 정당의 해산결정을 선고함과 아울러 가처분신청은 기각하는 결정을 선고하였다.⁵⁷⁷⁾ 하지만, 그 사건과 관련해서 정당해산심판에 가처분을 허용하는 헌법재판소법 제57조가 청구인의 정당활동의 자유를 침해하는지 여부가 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판절차를 통해 다투어졌다.⁵⁷⁸⁾ 가처분조항의 위헌여부가 판단되는 과정에서 가처분에 관해 행정소송법과 민사소송법 등이 준용됨을 볼 수 있다.⁵⁷⁹⁾

헌법재판은 사안의 성질에 따라서 종국결정에 이르기까지 상당한 시간이 필요한 경우가 많으므로, 잠정적인 권리보호수단을 두지 않는다면 종국결정이 선고되더라도 그 실효성을 기대할 수 없게 되어 심판청구 당사자나 헌법질서에 회복하기 어려운 불이익을 야기할 수 있다. 이러한 상황은 결국 헌법의 규범력을 약화시켜 헌정질서에 위해를 초래하게 하므로, 그러한 위험성을 사전에 예방하기 위하여 잠정적인 긴급조치로서 가처분의 필요성이 인정된다. 이에 헌법재판소법에서는 권한쟁의심판(제65조)과 함께 정당해산심판에서 별도의 가처분규정을 두고 있으며(제57조, 가처분조항), 헌법재판소법 제40조 제1항에 따라 행정소송법과 민사소송법 등을 준용하여 헌법소원심판에서도 가처분을 인정해 오고 있다.⁵⁸⁰⁾

정당활동의 자유 역시 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보의 대상이 되고, 가처분조항은 이에 근거하여 정당활동의 자유를 제한하는 법률조항이다.

가처분은 종국결정의 실효성을 확보하고 잠정적인 권리 보호를 위해서 일정

576) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1.

577) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌사907.

578) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 310.

579) 원래 행정소송법은 정당해산심판절차에서 헌법재판소법 제40조 제1항에 따른 준용대상 소송법령이 아니다. 하지만, 정당해산심판절차에 가처분규정(헌법재판소법 제57조)을 둔 것이 피청구인인 정당의 기본권을 침해하는지의 여부에 관해 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판을 청구하였음에 따라 그에 관해 판단하는 과정에서 헌법재판소법 제40조 제1항에 근거해서 행정소송법을 준용한 것으로 보인다.

580) 헌재 2000. 12. 8. 2000헌사471 등 참조.

한 사전조치가 필요한 경우 헌법재판소가 하는 잠정적인 조치이다. 가처분은 회복할 수 없는 심각한 불이익의 발생을 예방하고 불가피한 공익목적은 달성하기 위해서 행해진다. 이와 같은 잠정적인 권리보호수단을 두지 않는다면, 중국결정이 선고되더라도 그 실효성이 없어 당사자나 헌법질서에 회복하기 어려운 불이익을 주는 경우가 있을 수 있다. 정당해산심판에서 가처분 신청이 인용되기 위해서는 그 인용요건이 충족되어야 할 뿐만 아니라, 그 인용범위도 가처분의 목적인 중국결정의 실효성을 확보하고 헌법질서를 보호하기 위해 필요한 범위 내로 한정된다.

이상에서와 같이 헌법재판소는 헌법재판소법 제57조가 규정한 가처분이 기본권을 침해하는지의 여부를 판단함에 있어 준용대상 소송법령인 행정소송법 제23조 제2항과 민사집행법 제300조 제2항 등에 근거해서 가처분신청의 적법요건이나 인용요건을 제시하고 있다.

헌법재판소는 가처분결정에 있어 재량으로 가처분의 시기, 기간, 방법, 범위 등을 적절하게 한정할 수 있고, 가처분의 목적달성에 필요하다면 다툼의 대상이 되는 처분의 효력정지에서 나아가 임시의 지위를 정하는 가처분도 할 수 있다. 그리고 정당해산심판과 권한쟁의심판의 가처분절차를 정하고 있는 헌법재판소법 제57조가 “... 활동을 정지하는 결정을 할 수 있다.”라고, 같은 법 제65조가 “... 피청구인의 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있다.”라고 각 규정하고 있지만, 이는 가처분결정의 내용을 예시하는 것일 뿐 가처분의 목적달성에 필요한 다른 내용의 가처분결정을 배제하는 것으로 보기는 어렵다.⁵⁸¹⁾

2. 재심청구

(1) 논의의 대상

헌법재판소법은 정당해산심판절차에 대해서는 물론이고 다른 심판절차에 대해서도 재심청구에 관해 아무런 규정을 두지 않고 있다. 헌법재판소는 종래 재심청구를 전면 부인하였다가, 재심의 허용여부 내지 허용정도 등은 심판절차의 종류에 따라 개별적으로 판단할 수밖에 없다는 입장으로 그 견해를 변경하였

581) 헌법재판소, 헌법재판 실무제요, 2015, 87-88면.

다.⁵⁸²⁾

그런데, 재심청구인인 통합진보당은 2014. 12. 19. 헌법재판소의 정당해산결정에 따라 해산되었고, 소속 국회의원 5인은 국회의원직을 상실하였다. 재심청구인은, 재심대상결정의 전제가 된 형사사건 중 내란음모 등 혐의에 대하여 2015. 1. 22. 대법원에서 무죄가 확정되었으므로(대법원 2014도10978) 재심대상결정의 기초가 된 재판이 변경되었다는 등의 이유로 2015. 2. 16. 재심대상결정의 취소를 구하는 이 사건 재심청구를 제기하였다. 그에 따라 헌법재판소는 정당해산의 결정에 대해서도 재심청구가 허용되는 여부를 판단하게 되었다.⁵⁸³⁾

그러면, 그에 관해 헌법재판소의 의견을 살펴보고, 간략하게 검토하기로 한다.

(2) 법정의견

정당해산심판은 원칙적으로 해당 정당에게만 그 효력이 미치며, 정당해산결정은 대체정당이나 유사정당의 설립까지 금지하는 효력을 가지므로 오류가 드러난 결정을 바로잡지 못한다면 장래 세대의 정치적 의사결정에까지 부당한 제약을 초래할 수 있다. 따라서 정당해산심판절차에서는 재심을 허용하지 아니함으로써 얻을 수 있는 법적 안정성의 이익보다 재심을 허용함으로써 얻을 수 있는 구체적 타당성의 이익이 더 크므로 재심을 허용하여야 한다. 한편, 이 재심절차에서는 원칙적으로 민사소송법의 재심에 관한 규정이 준용된다.

(3) 별개의견(재판관 안창호, 서기석, 조용호)

정당해산결정으로 그 정당의 존립과 활동이 금지되고, 정당의 잔여재산은 국고에 귀속되며, 해산된 정당과 유사한 목적을 가지는 이른바 대체정당의 창설도 금지된다. 특히 그 정당 소속 국회의원들의 의원직이 상실됨으로 인해 의원직 상실의 발생한 지역구에서는 보궐선거가 이루어짐에 따라 새로운 국회의원들이 선출되어 국회의 구성에도 변화가 있었다. 이처럼 정당해산결정의 효력은 우리

582) 헌재 1995. 1. 20. 93헌아1.

583) 헌재 2016. 5. 26. 2015헌아20, 판례집 28-1하, 163.

사회의 정치·사회질서에 큰 파급력을 가지므로, 이에 대한 재심을 허용하면 법적 안정성의 토대를 위태롭게 만들 수 있다.

따라서 정당해산결정에 대해서는 재심을 허용하지 아니함으로써 얻을 수 있는 법적 안정성의 이익이 재심을 허용함으로써 얻을 수 있는 구체적 타당성의 이익보다 더 중하다고 할 것이므로, 이 같은 결정은 그 성질상 재심에 의한 불복이 허용될 수 없다.

(4) 검토

헌법재판소는 헌법재판소 결정의 재심에 관해 “헌법재판은 심판의 종류에 따라 그 절차와 결정의 효과에 차이가 있으므로 재심의 허용여부 내지 허용정도 등은 심판절차의 종류에 따라 개별적으로 판단할 수밖에 없다.⁵⁸⁴⁾ 헌법재판소법 제68조에 따른 헌법소원 중 법령에 대한 헌법소원 심판절차에서는 그 인용결정이 위헌법률심판의 경우와 마찬가지로 일반적 기속력과 대세적·법규적 효력을 가지기 때문에 원칙적으로 재심을 허용하지 아니함으로써 얻을 수 있는 법적 안정성의 이익이 재심을 허용함으로써 얻을 수 있는 구체적 타당성의 이익보다 높으므로 그 성질상 재심을 허용할 수 없다.⁵⁸⁵⁾ 반면, 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원 중 행정작용에 속하는 공권력 작용을 대상으로 하는 심판절차에서는, 그 결정의 효력이 원칙적으로 소송당사자 사이에서만 미치기 때문에 재심을 허용함이 상당하다.⁵⁸⁶⁾”고 하였다.

이러한 점에 바탕을 두어 헌법재판소는 정당해산의 결정에 대해서도 재심청구를 허용하고 있으며, 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원 중 행정작용에 속하는 공권력적 작용을 재심청구의 대상으로 인정하는 공통적인 요소로서 그 결정의 법적 효과가 개별적 구체적인 효력을 갖는 경우로 한정하는 것이 보인다. 이러한 태도는 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판절차에서 민사소송법을 준용한 것을 그대로 받아들인 것이라고 하겠다.

584) 헌재 1995. 1. 20. 93헌아1.

585) 헌재 1992. 6. 26. 90헌아1; 헌재 2002. 9. 19. 2002헌아5.

586) 헌재 1995. 1. 20. 93헌아1.

3. 보정할 수 없는 흠결에 따른 변론 없는 청구의 각하

통합진보당 해산(재심)사건에 관해 헌법재판소는 재심청구를 각하하였다.⁵⁸⁷⁾ 그런데, 재심절차는 재심대상 결정의 심판절차를 따르도록 되어 있다. 관련해서 이 사건 결정에서 재심사유가 인정되지 않을 때, 결정주문을 각하로 할 것인지, 기각으로 할 것인지가 문제가 되었다.

만약 기각으로 결정할 경우에는 헌법재판소법 제30조 제1항에서 정당해산심판에 관해 구두변론에 의하도록 심리의 방식을 적시하고 있음에 따라 구두변론절차를 거치지 않으면 안 되게 되었다.

그렇지만 헌법재판소는 재심청구를 각하로 결정하면서 변론 없이 하는 소의 각하를 규정한 민사소송법 제219조⁵⁸⁸⁾를 준용하여 심판청구가 부적법함은 물론이고 흠결을 보정할 수 없다고 보이는 경우에는 정당해산결정의 재심청구를 변론 없이 각하하는 법리에 따르는 것으로 매듭지었다.⁵⁸⁹⁾

이는 권한쟁의심판에서 전개한 법리를 그대로 받아들인 것으로 민사소송법 제219조를 준용한 사례에 해당한다.

V. 헌법재판소 결정 실제에 나타난 범형성 실태

1. 정당해산결정시 국회의원의 의원직 상실

헌법재판소는 통합진보당 해산심판사건⁵⁹⁰⁾에서 정당해산결정이 선고되는 경우 그 정당 소속 국회의원이 의원직을 상실하는 것으로 판단하였다. 즉, “헌법재판소의 해산결정으로 정당이 해산되는 경우에 그 정당 소속 국회의원이 의원직을 상실하는지에 대하여 명문의 규정은 없으나, 정당해산심판제도의 본질은 민

587) 헌재 2016. 5. 26. 2015헌아20, 판례집 28-1하, 163.

588) 부적법한 소로서 그 흠을 보정할 수 없는 경우에는 변론 없이 판결로 소를 각하할 수 있다.

589) 물론 이에 관해 결정문에 직접적인 언급은 없다. 관련해서 이황희, 통합진보당 해산(재심)사건. 통합진보당 해산결정에 대한 재심청구가 적법한지 여부 (헌재 2016. 5. 26. 2015헌아20, 판례집 28-1하, 163), 헌법재판소결정해설집 제15집, 헌법재판소, 2016, 207-210 참조.

590) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1.

주적 기본질서에 위배되는 정당을 정치적 의사형성과정에서 배제함으로써 국민을 보호하는 데에 있는데 해산정당 소속 국회의원의 의원직을 상실시키지 않는 경우 정당해산결정의 실효성을 확보할 수 없게 되므로, 이러한 정당해산제도의 취지 등에 비추어 볼 때 헌법재판소의 정당해산결정이 있는 경우 그 정당 소속 국회의원의 의원직은 당선 방식을 불문하고 모두 상실되어야 한다.”는 것이다.

이는 정당해산결정으로 인한 소속 국회의원의 의원직 상실 여부에 관해 실체법이나 헌법소송법을 비롯한 다른 소송법에 아무런 명문의 규정이 없음에도 불구하고 헌법재판소가 흠결보충적인 범형성을 한 것이다. 의원직을 상실시키지 않으면 위헌정당해산제도가 가지는 헌법수호의 기능이나 방어적 민주주의 이념과 원리에 어긋난다고 보아 헌법재판소가 정당해산결정의 법적 효과를 창조한 것이다. 이는 절차의 형성뿐만 아니라 실체법도 형성한 것을 의미한다.

2. 준용배제되어 법적 공백이 확인된 경우 유추적용 여부

통합진보당 해산심판사건에서 헌법재판소는 증거조사와 사실인정에 관해 민사소송법의 규정을 준용함에 있어 실체적 진실과 다른 사실관계가 인정될 수 있는 경우 그 규정은 준용의 대상에서 배제된다는 점을 명확히 하였다. 그에 따라 그 부분에 법률의 공백이 발생하게 되고, 그에 대해서는 헌법재판소가 정당해산심판에 부합하는 절차를 창설하고 실체적 진실을 발견해야 한다고 하였다. 하지만, 그렇다고 그 부분에 대해 형사소송법령을 준용해야 하거나 유추 적용해야 함을 적극적으로 말하진 아니하였다.⁵⁹¹⁾ 그에 대해 별개의견은 형사소송법령의 준용을 개진하였다.

VI. 준용규정을 극복한 헌법재판소법상 규율의 체계화

앞에서는 정당해산심판절차에 있어 헌법재판소가 다른 소송법령을 준용하였거나 범형성한 사례에 관해 살펴보았다. 여기서는 그에 바탕을 두고 거기서 거론된 사항을 입법적으로 반영할 것인지에 관해 검토하기로 한다.

먼저, 정당해산심판절차는 피청구인인 정당이 지닌 기본권을 비롯한 법익의

591) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 310, 317-318 참조.

침해가 중대하게 발생할 수 있는 심판절차라는 점에 주목하여야 한다. 그런 점에서 정당해산심판절차에서 단순히 민사소송법령을 준용하도록 할 것이 아니고, 형사소송법령을 준용할 수 있도록 헌법재판소법 제40조 제1항의 개정이 필요하다고 본다.

다음, 가처분에 관해서는 정당해산심판절차에서도 규정하고 있지만(헌법재판소법 제57조 참조), 가처분은 다른 심판절차에서도 그 필요성이 인정되므로, 차라리 일반심판절차에서 규율함이 바람직할 것이다. 그리고 거기에서 가처분의 적법요건이나 인용요건을 함께 규율함도 고려할만하다.

이어서, 심판청구의 취하를 일반심판절차에서 규율한다고 해서 정당해산심판절차에서 청구취하가 특별히 문제될 여지는 없다고 본다. 그런 경우에 헌법재판소가 심판절차의 종료선언을 할 수 있도록 일반심판절차에 법적 근거를 마련함이 좋을 것이다.

마지막으로 정당의 해산결정에 대한 재심청구 역시 다른 심판절차에서 그 인정 개연성이 높게 평가된다는 점도 고려하면서 이에 대해 일반심판절차에 입법적으로 반영함이 좋을 것이다.

VII. 분석과 평가

정당해산심판을 통한 정당의 강제해산제도 역시 탄핵제도와 마찬가지로 그 저 헌법전에 장식적인 존재로 머물러야 했던 제도가 헌법의 현실로 등장하였음은 쉽게 상상할 수 있었던 일은 아니었다. 헌법재판소에서의 정당해산심판절차를 통한 정당의 강제해산이 적절한 것이었는지는 아직도 의론이 없지 않다. 하지만, 정치, 경제, 사회, 문화 등 모든 영역에서의 다툼이나 갈등은 궁극적으로는 헌법차원에서 해명되고 또 헌법재판소의 판단으로 매듭지어지고 있다. 통합진보당 해산심판사건도 거기서 벗어나지 않는다. 심판결과에 대한 국민적인 수용은 공정한 판단과 설득력 있는 논거제시에 근거한다고 할 것이다. 이러한 점이 더욱 강화되기 위해서는 심판절차의 공정성과 명확성을 제고함이 아주 중요하다 할 것이다.

정당해산심판절차에서 민사소송법령만을 준용하도록 한 것에 관해 헌법재판소는 비록 청구기간, 즉 합헌으로 결정하였다. 하지만, 그 의미는 위헌성을 인정할 정도는 아니라는 취지일 따름이다. 그러나 입법의 흠결에 해당함은 부인하기

어렵다. 그렇기 때문에 이 절차에서 피청구인에 해당하는 정당의 기본권을 비롯한 법익을 보다 강력하게 보호하기 위해서는 형사소송법령에 대한 준용이 필수적으로 요구된다고 할 것이다.

제6절 권한쟁의심판절차에서 권한쟁의심판의 성질과 행정소송법 준용

I. 서론

권한쟁의심판절차의 직접적인 법원은 헌법 제111조 제1항 제4호, 헌법재판소법 제4장 제4절, 즉 제61조 내지 제67조이고, 헌법재판의 일반적인 심판절차를 규율한 헌법재판소법 제3장, 즉 제22조 내지 제40조 역시 법원에 해당된다.

권한쟁의심판절차에 관해 헌법재판소법 제40조 제1항에서는 권한쟁의심판의 성질에 반하지 않는 한도에서 행정소송법과 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 하고 있다. 이때 민사소송법령이 행정소송법에 저촉될 경우에는 행정소송법을 우선적으로 적용하도록 하고 있다. 그런데, 어떠한 경우에 행정소송법과 민사소송법령을 준용할 수 있으며, 양 법령이 준용될 수 없는 경우 어떻게 유추 적용되는지가 문제된다.

그러면, 여기서는 권한쟁의심판제도의 성격과 특성, 헌법재판소법 제40조에 따른 소송법령 준용의 범위와 한계, 결정실체에 나타난 관련 소송법령의 준용실태와 유추적용 내지 법형성의 실태를 파악한 다음, 이상의 전반적인 사항에 관해 분석과 평가를 가하고 나서, 필요할 경우 입법론적인 해결가능성도 모색하기로 한다. 아울러 이 절차를 검토하면서 모색된 결과를 전체적인 차원에서 체계화 내지 일반심판절차에서의 수용가능성 측면에서도 접근하기로 한다.

II. 권한쟁의심판의 성질

1. 권한쟁의심판제도의 성격

권한쟁의심판제도도 국가기관 사이, 국가기관과 지방자치단체 사이 또는 지방자치단체 사이에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 발생한 경우에, 헌법재판소가 이를 유권적으로 심판함으로써 각 기관에게 주어진 권한을 보호함과 동시에 객관적 권한질서의 유지를 통해서 국가기능의 수행을 원활히 하고,

수평적·수직적 권력 상호간의 견제와 균형을 유지하려는 데 그 제도적 의의가 있다.⁵⁹²⁾

이러한 권한쟁의심판의 목적은 각 국가기관이나 지방자치단체가 헌법에 의하여 배분받은 권한을 서로 충돌하지 않고 행사하도록 하여 국가의 기능과 작용이 원활하게 이루어지게 하고, 나아가 국가권력의 수평적 통제와 수직적 통제가 가능한 권한배분질서를 유지함으로써 권력의 남용을 방지하고 국민의 자유와 권리를 보장하는 권력분립의 원리를 실현시키는 데 있다.

권한쟁의심판제도도 세 가지 측면에서 그 기능을 정리할 수 있다.⁵⁹³⁾ 먼저, 최고국가기관 간의 의견차이로 다툼이 발생한 경우 헌법해석을 통하여 분쟁을 해결함으로써 정치적 평화에 기여하고 정치적 통일을 확보하는 기능을 담당한다는 점이다. 다음, 의회와 정부가 다수당을 중심으로 통합되어 가는 정당국가적 경향에 따라 의회의 정부에 대한 통제기능이 약화되고, 권력의 통제 및 견제의 메커니즘이 여당과 야당의 구도로 변하게 되자, 권한쟁의심판제도도 정치과정에서 소수파가 다수파의 월권적 행위를 헌법을 통해 통제할 수 있는 수단으로서의 기능도 지닌다는 점이다. 그리고 지방자치단체의 입장에서 권한쟁의심판제도도 중앙정부로부터 지방자치단체를 보호하고,⁵⁹⁴⁾ 지방자치단체 사이의 분쟁과 갈등을 해결함으로써 지방자치제도를 실현하는 기능을 담당하고 있다.

2. 권한쟁의심판절차

헌법재판소법은 제4장 제4절에서 권한쟁의심판의 절차에 관하여 규정하고 있지만 심리절차에 관한 구체적 규정을 두고 있지는 아니하므로, 일반심판절차에 관한 제22조부터 제40조까지의 규정이 권한쟁의심판 절차에도 그대로 적용된다. 따라서 헌법재판소법에 특별한 규정이 없는 경우에는 준용조항에 따라 권한쟁의심판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 행정소송법과 민사소송에 관한

592) 헌재 2011. 8. 30. 2011헌라1, 판례집 23-2상, 249, 260-261.

593) 헌법재판소, 헌법재판 실무제요, 2015, 396면.

594) 국가기관과 지방자치단체 간의 권한쟁의는 상호 독립된 범주체로서 국가와 지방자치단체 간의 수직적 권력분립관계에서 헌법상 제도적으로 보장되는 지방자치권을 보호한다는 측면 이외에 통일적 국가사무의 수행에 있어서 국가기관과 지방자치단체 간의 권한의 분배에 관한 다툼을 조정하는 의미를 갖는다. 헌법재판소, 헌법재판 실무제요, 2015, 404면.

법령이 준용된다. 하지만 양자가 서로 충돌될 때에는 행정소송법을 우선 적용한다.

한편, 헌법 제113조 제2항은 헌법재판소는 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 심판에 관한 절차에 관한 규칙을 제정할 수 있도록 규정하고 있다. 이 규정과 헌법재판소법 제10조 제1항에 따라 헌법재판소 심판규칙이 제정되어 심판절차를 보다 구체적으로 정하고 있는데, 그 주요 내용은 민사소송법 및 민사소송규칙의 내용과 대체로 비슷하다.

3. 권한쟁의심판의 특성

우리 헌법이 지닌 권한쟁의심판제도도 몇 가지 특성을 지닌다.⁵⁹⁵⁾

첫째, 헌법재판소가 관장하는 권한쟁의심판에는 국가기관 간의 권한쟁의뿐 아니라, 상이한 법주체인 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의도 포함된다.

둘째, 권한쟁의심판의 대상이 되는 법적 분쟁은 헌법상의 분쟁뿐 아니라 법률상의 분쟁도 포함된다(헌법재판소법 제61조 제2항).

셋째, 권한쟁의심판에서 논의되는 권한(Kompetenz)은 한편으로는 적극적 권능으로서의 능력을 의미하고, 다른 한편으로는 직무상 의무의 범위를 지칭한다. 이러한 권한 내지 관할권은 권력분립적 견제와 균형을 도모하면서 국가의 기능 집서를 확보하기 위해 각 국가기관에 분배된 독자적인 활동 및 결정의 영역을 의미하고, 이러한 분배는 객관적 법규범에 의해 이루어지게 된다. 따라서 권한쟁의심판은 이른바 ‘객관소송’으로서의 특징을 가지며, 이 특징은 권한쟁의의 심판요건이나 심판이익을 판단하는 데 중요한 의미를 갖는다. 헌법재판소법은 ‘권한의 유무 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때’(제61조 제1항) 및 ‘헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한이 침해되었을 때’(같은 조 제2항)에 권한쟁의심판이 허용되는 것으로 규정하고 있지만, 객관소송에서 요구되는 권한침해는 소송을 위해 주관적인 것으로 의제된 권한이다.

그리고 권한쟁의심판에 의하여 그 권한의 귀속주체인 국가기관이나 지방자치단체가 보호되는 것은 어디까지나 권한쟁의심판의 본래적 기능인 권한의 분

595) 헌법재판소, 헌법재판 실무제요, 2015, 397-398면.

배나 권력의 분립 및 국가기능의 원활한 수행에 관한 헌법질서의 유지와 수호에 따르는 부수적 효과일 뿐, 그 자체가 권한쟁의심판의 일차적 목적이 되는 것은 아니다.

다만 헌법과 헌법재판소법은 권한쟁의심판을 청구인과 피청구인의 대립적인 쟁송절차로 형성하고 있는데, 이는 헌법상의 권력분립질서가 각 분쟁당사자로서 하여금 자신의 권한을 스스로 방어하게 함으로써 가장 잘 유지될 수 있다는 점을 고려한 것으로, 헌법재판소에 의한 사법심사의 대상이 되는 구체적 분쟁의 존재를 확인하고, 심판의 대상과 범위를 명확히 하며, 분쟁 당사자에게는 자신의 권한에 관하여 스스로 방어할 기회를 제공함으로써 보다 효율적인 사법심사가 될 수 있게 한다.⁵⁹⁶⁾

권한쟁의심판은 분쟁 당사자 사이의 대립적인 쟁송절차로 형성되어 있으나, 헌법상의 객관적 권한배분질서의 유지·수호에 초점이 있다는 점에서 당사자의 임의적 처분이 가능한 주관적 권리·의무의 법률관계의 확정이 문제되는 민사소송과는 구분된다.

넷째, 권한쟁의심판에 있어서 헌법재판소는 원칙적이고 포괄적인 관할권을 갖는다(헌법 제111조 제1항 제4호, 헌법재판소법 제2조 제4호). 권한쟁의심판과 중첩될 여지가 큰 행정소송법상의 기관소송과 관련하여 헌법재판소의 관장사항이 되는 심판대상을 기관소송의 대상에서 제외함으로써 권한쟁의에 관한 한 헌법재판소에 원칙적이고 포괄적인 관할권을 인정하고 있다(행정소송법 제3조 제4호 단서). 이는 헌법과 법률상의 권한질서에 관한 분쟁의 헌법적 의미와 중요성을 고려한 것이다.

Ⅲ. 헌법재판소법 제40조에 따른 소송법령의 준용의 범위와 한계

1. 같은 조 제1항에 따른 민사소송법령과 행정소송법의 준용

헌법재판소법 제40조 제1항에서는 권한쟁의심판절차에 관하여 헌법재판소법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 권한쟁의심판의 성질에 반하지 아니

596) 헌재 2015. 11. 26. 2013헌라3에서 반대의견, 판례집 27-2하, 126, 138.

하는 한도에서 행정소송법과 민사소송법령을 준용할 수 있도록 규정하고 있다. 이에 관해 헌법재판소는 “헌법재판소법이 제40조에서 ‘헌법재판소법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사, 형사 또는 행정소송에 관한 법령을 준용’ 하도록 규정하면서, 다시 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도 내에서’라고 단서를 달고 있는 것은, 헌법재판소법이 완결적이지 못함을 스스로 인정하고, 나아가 헌법재판 또는 헌법소송이 여타의 소송과는 다른 특성과 특질을 가지고 있다는 것을 표명한 것이다.”⁵⁹⁷⁾

그리고 권한쟁의심판절차에 있어서도 헌법재판소법에 개별 심판절차에 관한 규정이 없어 포괄적 준용규정인 제40조를 준용하여야 하는 경우에 대하여는 “헌법재판소가 당해 헌법재판이 갖는 고유의 성질·헌법재판과 일반재판의 목적 및 성격의 차이·준용 절차와 대상의 성격 등을 종합적으로 고려하여 개별 심판절차의 성질에 맞게 구체적·개별적으로 판단할 수밖에 없다.”고 하였다.⁵⁹⁸⁾

2. 민사소송법령과 행정소송법의 준용배제

권한쟁의심판절차에 있어 헌법재판소법 제40조 제1항에 따라 행정소송법이 나 민사소송법령을 준용해야 하지만, 권한쟁의심판의 성질에 반하는 경우 그 준용을 배제할 수 있다. 준용의 배제는 2단계로 이루어질 것이다.

먼저, 준용대상이 된 행정소송법과 민사소송법령이 서로 저촉될 경우 민사소송법령의 준용이 배제된다는 점이다.

다음, 준용대상이 된 행정소송법과 민사소송법령이 각각 권한쟁의심판의 성질에 반하는 경우 해당 법령은 준용이 배제될 수 있다는 점이다. 이는 “권한쟁의심판은 분쟁 당사자 사이의 대립적인 쟁송절차로 형성되어 있으나, 헌법상의 객관적 권한배분질서의 유지·수호에 초점이 있다는 점에서 당사자의 임의적 처분이 가능한 주관적 권리·의무의 법률관계의 확정이 문제되는 민사소송과는 구분된다.”는 점에서 더욱 그러하다. 이때 판단기준으로는 권한쟁의심판이 갖는 고유한 성질, 권한쟁의심판과 민사재판이나 행정소송 사이에서의 목적과 성격상 차이, 준용절차와 준용대상의 성격 등이 제시되고 있다.

597) 헌재 2015. 11. 26. 2013헌라3에서 반대의견, 판례집 27-2하, 126, 139.

598) 헌재 2015. 11. 26. 2013헌라3에서 반대의견, 판례집 27-2하, 126, 139 참조.

준용배제의 가장 대표적인 사례가 후술하는 바와 같이 제3자 소송담당이다. 물론 이에 관해 행정소송법은 아무런 명문의 규정도 두지 않고 있긴 하지만, 민사소송법에 있어서의 제3자 소송담당도 권한쟁의심판의 성질에 부합하지 않는다는 점에서 준용대상에서 배제하였던 것이다.

3. 행정소송법과 민사소송법 이외의 법령에 대한 유추적용

헌법재판소법 제40조 제1항에서는 권한쟁의심판절차에 행정소송법과 민사소송법령을 함께 준용하도록 하고 있는바, 이들 법령 이외의 소송법이나 다른 법령을 준용할 수 있는지의 문제가 제기된다.

준용의 근거법률인 헌법재판소법이 권한쟁의심판절차에 있어 명문으로 행정소송법과 민사소송법령의 준용을 적시하였기 때문에 그 이외의 법령은 준용대상이 아니라고 봄이 타당하다. 다만, 이미 살펴본 바와 같이 헌법재판소법의 개별조항을 해석하는 과정에서 아주 예외적으로 준용의 문제가 등장할 수 있지만, 이는 극히 예외적으로 보아야 한다. 그렇기 때문에, 다른 법령을 끌어들이는 방식은 유추적용이라고 봄이 타당하다.

권한쟁의심판절차에서 법적 흠결이 발생하였을 경우에 대해 헌법재판소는, 비록 소수의견에 지나지 않긴 하지만, 몇 가지 입장을 제시한다.⁵⁹⁹⁾

첫째, 권한쟁의심판절차에 있어 “헌법재판소법에 의하더라도 헌법재판 또는 헌법소송에 관하여는 헌법재판소가 헌법의 원리와 지도정신에 의거하여 법적 흠결을 보완해 나갈 수 있다(헌재 2007. 7. 26. 2005헌라8 참조).”는 점이다.

둘째, “헌법재판소법의 개별 심판절차에 관한 규정이나 포괄적 준용규정인 제40조에 의하더라도 적용하거나 준용할 규정이 없어 법률의 공백이 생기는 부분에 대하여는 헌법재판소가 당해 헌법재판이 갖는 고유인 성질·헌법재판과 일반재판의 목적 및 성격의 차이·준용 절차와 대상의 성격 등을 종합적으로 고려하여 개별심판절차의 성질에 맞게 구체적·개별적으로 판단할 수밖에 없다.”는 점이다.⁶⁰⁰⁾

599) 헌재 2015. 11. 26. 2013헌라3에서 반대의견, 판례집 27-2하, 126, 139 참조.

600) 헌법재판소법이 특별한 규정을 두지 않아 제40조 제1항에 근거해서 행정소송법이나 민사소송법령을 준용하는 경우와, 거기서 한걸음 더 나아가 행정소송법이나 민사소송법령을 준용할 수 없어 법률의 공백이 초래된 경우에

그래서 법률의 공백이 있는 경우 권한쟁의심판제도를 포함하여 “개별심판제도의 목적과 취지에 맞는 절차를 창설하여 실제적 진실을 발견하고 이에 근거하여 헌법정신에 맞는 결론을 도출해내는 것은 헌법이 헌법재판소에 부여한 고유한 권한이자 의무(헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7 참조)”라는 것이다.

IV. 헌법재판소 결정 실체에 나타난 관련 소송법령의 준용 실태

권한쟁의심판절차를 진행하는 과정에서도 행정소송법과 민사소송법의 준용은 여러 차례 이루어졌다. 그러면, 헌법재판소에서 심판절차가 진행되는 일반적인 흐름에 따라 관련 결정에서 준용된 실체를 살펴본다.

1. 심판청구 단계

가. 청구기간

헌법재판소법 제63조는 권한쟁의심판의 청구기간을 규정하고 있는바, 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 하도록 하고 있으며, 위 기간을 불변기간으로 하고 있다. 그런데 심판의 청구기간을 둘러싼 논의는 헌법소원심판의 청구기간 사례에서 보여주듯이 권한쟁의심판에 있어서도 그리 간략하지 아니하다. 그렇기 때문에 헌법재판소법 제40조를 준용하지 않을 수 없게 된다.

헌법재판소법 제40조 제1항은 헌법재판소의 심판절차에 관하여는 민사소송법령의 규정을 준용한다고 규정하고 있고, 민사소송법 제170조는 기간의 계산

있어 준용대상 법령에 해당하는 여부의 판단기준이나 유추 적용이나 흠결보충의 대상에 해당하는 여부의 판단기준은 근본적으로 동일할 수밖에 없다. 왜냐하면, 궁극적으로 권한쟁의심판절차에서 규율해야 하는 바는 그 절차의 성질에 부합하지 않으면 안 되기 때문이다. 그런 점에서 2013헌리3결정의 반대의견에서 양자를 구분하지 않고 의견을 서술한 것이 크게 어긋나거나 잘못됨은 없다고 본다. 헌재 2015. 11. 26. 2013헌리3에서 반대의견, 판례집 27-2하, 126, 139 참조.

은 민법에 따른다고 규정하고 있다.⁶⁰¹⁾

그러면, 여기서는 권한쟁의심판의 청구기간에 있어 특별히 준용문제가 제기된 경우와 헌법소원심판에서 이루어진 청구기간에 관한 준용이나 법형성을 활용한 경우에 관해 살펴보기로 한다.

(1) 청구취지가 변경된 경우 청구기간 준수 여부 판단시점

헌법재판소는 권한쟁의심판사건에서 청구취지 변경이 이루어진 경우 추가 또는 변경된 청구서가 제출된 시점을 기준으로 청구기간의 준수여부를 판단하여야 한다고 하였다. 이에 관해서는 소제기에 따른 시효중단의 시기를 규정한 민사소송법 제265조를 준용한 것이었다. 민사소송법 제265조는 “시효의 중단 또는 법률상 기간을 지킴에 필요한 재판상 청구는 … 제262조 제2항(청구의 변경) 규정에 따라 서면을 법원에 제출한 때에 그 효력이 생긴다.”고 규정하였다.

“권한쟁의심판청구에 대한 청구취지 변경이 이루어진 경우, 청구기간의 준수 여부는 헌법재판소법 제40조 제1항이 준용하는 민사소송법 제265조에 의하여 추가 또는 변경된 청구서가 제출된 시점을 기준으로 판단하여야 한다.

청구인들의 청구취지 변경신청은 2016. 1. 11. 헌법재판소에 제출되었고, 추가되는 심판대상은 ‘2012. 5. 2. 제307회 국회에서 국회법 일부개정법률안에 대한 수정안 중 국회법 제85조의2를 가결선포한 행위’인바, 그 사유가 있는 날인 2012. 5. 2.로부터 180일이 경과한 후에 이루어진 위 행위에 대한 심판청구는 청구기간을 초과하였음이 명백하므로 부적법하다.”⁶⁰²⁾

(2) 청구기간 도과에 있어 정당한 사유

권한쟁의심판의 청구에 있어서도 정당한 사유가 있는 경우에는 청구기간의 도과에도 불구하고 그 적법성이 인정되는지가 문제되었다.

이에 관해서는 헌법재판소법 제40조 제1항에 따라 행정소송법이 권한쟁의심판에 준용되므로, 정당한 사유가 있는 경우 제소기간을 경과한 행정소송을 허용

601) 헌법재판소, 헌법재판 실무제요, 2015, 324면.

602) 헌재 2016. 5. 26. 2015헌라1, 판례집 28-1하, 170, 186.

하는 행정소송법 제20조 제2항 단서가 권한쟁의심판에도 준용되고, 따라서 ‘정당한 사유’가 있는 경우에는 청구기간의 도과에도 불구하고 권한쟁의심판청구는 적법하게 된다.

권한쟁의심판청구 사건에서도 청구기간 도과에 정당한 사유가 있는 경우에는 청구기간 도과 후 심판청구가 이루어지더라도 적법한 청구로 받아들여질 것이다. 헌법재판소는 “‘정당한 사유’라 함은 청구기간이 경과된 원인 등 여러 가지 사정을 종합하여 지연된 심판청구를 허용하는 것이 사회통념상 상당한 경우를 뜻한다.”고 하였다.⁶⁰³⁾

(3) 헌법소원심판에서의 청구기간에 관한 준용이나 법형성의 활용

헌법재판절차에 있어 청구기간의 문제는 헌법소원심판절차에서 집중적으로 논의가 이루어졌음에 따라 권한쟁의심판절차에서도 동일한 유형의 쟁점이 제기된 경우 이를 준용하거나 법형성에 활용할 수 있는지의 문제가 등장한다.

이에 관해 헌법재판소는 동래구청장과 건설교통부장관간의 권한쟁의사건⁶⁰⁴⁾에서 헌법소원심판절차에서의 청구기간에 관한 해석을 적극 활용하고 있음을

603) 그런데 헌법재판소는 “헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원 중 권리구제형 헌법소원심판이 비록 180일의 청구기간을 경과하여서 한 것이라 하더라도 정당한 사유가 있는 경우에는 이를 허용하는 것이 헌법소원제도의 취지와 헌법재판소법 제40조에 의하여 준용되는 행정소송법 제20조 제2항 단서에 부합하는 해석이라 할 것이다(헌재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87, 111 참조). 여기서 정당한 사유라 함은 청구기간 도과의 원인 등 여러 가지 사정을 종합하여 지연된 심판청구를 허용하는 것이 사회통념상으로 보아 상당한 경우를 뜻하는 것으로 민사소송법 제160조(불변기간)의 ‘당사자가 그 책임을 질 수 없는 사유’나 행정심판법 제18조 제2항 소정의 ‘천재, 지변, 전쟁, 사변 그밖에 불가항력적인 사유’보다는 넓은 개념이라고 할 것이므로 일반적으로 천재 기타 피할 수 없는 사정과 같은 객관적 불능의 사유와 이에 준할 수 있는 사유뿐만 아니라 일반적 주의를 다하여도 그 기간을 준수할 수 없는 사유를 포함한다고 할 것이다. 따라서 검사의 불기소처분을 다투는 헌법소원의 심판에 있어서 청구인이 특별한 과실 없이 불기소처분이 있는 사실을 알지 못하여 헌법소원의 청구기간을 준수할 수 없었을 때에는 정당한 사유가 있다고 봄이 상당하다.”고 하였다. 헌재 2001. 12. 20. 2001헌마39, 공보 64, 79, 79 참조.

604) 헌재 2007. 3. 29. 2006헌라7, 공보 126, 276.

본다. 즉, 우선, 권한쟁의심판청구에 있어 ‘그 사유가 있음을 안 날’은 다른 국가 기관 등의 처분에 의하여 자신의 권한이 침해되었다는 사실을 특정할 수 있을 정도로 현실적으로 인식하고 이에 대하여 심판청구를 할 수 있게 된 때를 말하고(헌재 2002. 10. 31. 2002헌마520, 판례집 14-2, 574, 579 참조), 그 처분의 내용이 확정적으로 변경될 수 없게 된 것까지를 요하는 것은 아니라고 하였다. 그리고 헌법재판소법 제40조 제1항, 행정소송법 제20조 제2항 단서에 의하면 권한쟁의심판은 그 청구기간이 경과되더라도 이에 관하여 정당한 사유가 있는 때에는 이를 청구할 수 있고, 여기에 ‘정당한 사유’라 함은 청구기간이 경과된 원인 등 여러 가지 사정을 종합하여 지연된 심판청구를 허용하는 것이 사회통념상으로 보아 상당한 경우를 뜻한다(헌재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87, 111 참조; 헌재 2000. 4. 27. 99헌마76, 판례집 12-1, 556, 566 참조)고 하였다.

헌법재판소의 이러한 태도는 헌법소원심판절차에서 전개된 청구기간에 관한 논의체계를 권한쟁의심판절차에도 그대로 원용한 것이라 할 수 있는데, 이는 헌법재판소법 제40조 제1항 본문의 ‘이 법에 특별한 규정이 있는 경우’를 해석한 것에 속한다고 하겠다.

나. 국회의원의 제3자 소송담당 인정여부

(1) 논의의 대상

제3자 소송담당이라 함은 권리주체가 아닌 제3자가 자신의 이름으로 권리주체를 위하여 소송을 수행할 수 있는 권능을 말한다. 권리는 원칙적으로 권리주체가 주장하여 소송수행을 하도록 하는 것이 자기책임의 원칙에 부합하므로, 제3자 소송담당은 예외적으로 법률의 규정이 있는 경우에만 인정된다.⁶⁰⁵⁾ 권한쟁의심판절차에서 권한의 주체가 아닌 제3자가 자신의 이름으로 권한의 주체를 위하여 소송수행을 할 수 있는 권능을 말하는 제3자 소송담당이 문제되는 것은 국회의 구성원인 국회의원이 국회의 권한 침해를 주장하여 권한쟁의심판을 청구할 수 있는지 여부에 관한 것이었다. 이에 관해 헌법재판소의 법정의견은 소극적이다. 제3자 소송담당을 둘러싸고 법정의견은 헌법재판소법에 명문의 규정

605) 헌재 2007. 7. 26. 2005헌라8, 판례집 19-2, 26, 32.

도 없고 또 다른 소송법령을 준용할 여지도 없음을 말하는 반면, 반대의견은 권한쟁의심판의 특성을 고려해서 인정되어야 한다는 입장이다.

그러면 여기서는 국회의원과 대통령간의 권한쟁의사건⁶⁰⁶⁾을 중심으로 이에 관해 간략하게 살펴본다.

(2) 법정의견

헌법재판소법 제61조 제2항에서는 권한쟁의심판의 청구인은 청구인 자신의 권한침해만을 주장할 수 있도록 하고 있다. 즉 헌법재판소법은 국가기관의 부분기관이 자신의 이름으로 소속기관의 권한을 주장할 수 있는 ‘제3자 소송담당’의 가능성을 명시적으로 규정하고 있지 않다.⁶⁰⁷⁾

헌법재판소법 제40조 제1항에 따라 민사소송법이나 행정소송법의 준용을 통하여 ‘제3자 소송담당’을 인정할 수 있는지 살펴본다. 즉, 민사소송법상 ‘제3자 소송담당’은 법률관계의 신속한 확정 내지 법률관계의 공정한 처리를 위하여 실제법상 권리귀속주체를 배제하거나 혹은 권리귀속주체와 병행하여 제3자에게 소송수행권을 인정하여, 제3자가 소송을 수행하여 받은 판결의 효력이 권리귀속주체에게도 미치게 하는 것으로(민사소송법 제218조 제3항 참조), 법정소송담당과 임의적 소송담당으로 분류된다. 먼저, 당사자의 소송물인 ‘권한이나 처분의 행사나 불행사’에 관한 임의적 처분권이 존재하지 않는 권한쟁의심판에서는 임의적 소송담당을 인정할 여지는 없다. 그리고 실제법상 권리는 권리귀속주체가 주장하여 소송수행을 하도록 하는 것이 자기책임의 원칙에 부합하므로, 제3자 소송담당은 법률의 명시적 규정이 있는 경우에 한하여 예외적으로 인정될 뿐이라는 것이 민사소송법상의 확립된 법리이다. 또한 행정소송법상으로도 ‘제3자 소송담당’을 인정할 수 있는 근거가 없다. 그러므로 현행법상으로는 권한쟁의심판절차에 있어서 ‘제3자 소송담당’을 인정하기 어렵다고 보아야 한다.

606) 헌재 2015. 11. 26. 2013헌라3, 판례집 27-2, 126. 관련된 결정으로는 헌재 1998. 7. 14. 98헌라1, 판례집 10-2, 1; 헌재 2007. 7. 26. 2005헌라8, 판례집 19-2, 26; 헌재 2007. 10. 25. 2006헌라5, 판례집 19-2, 436; 헌재 2008. 1. 17. 2005헌라10, 판례집 20-1상, 70; 헌재 2011. 8. 30. 2011헌라2, 판례집 23-2상, 276; 헌재 2016. 4. 28. 2015헌라5, 판례집 28-1상, 574 등 참조.

607) 헌재 2007. 7. 26. 2005헌라8, 판례집 19-2, 26

헌법재판소법상 ‘제3자 소송담당’을 인정하는 명문의 규정이 없고, ‘제3자 소송담당’의 인정 여부가 권한쟁의심판에서 계속적으로 쟁점화되었음에도 불구하고 헌법재판소법을 이를 허용하는 방향으로 개정하지 않고 있는 것은 입법의 흠결이라기보다는 오히려 ‘국가기관 자체’에게만 권한쟁의심판의 청구인적격을 인정하겠다는 입법자의 의사가 반영된 것으로 볼 것이다.

(3) 반대의견

헌법재판소법이 ‘제3자 소송담당’의 인정 가능성을 명문으로 부인하고 있지도 아니하므로, 다수의견처럼 법률상 명문규정의 부존재를 이유로 권한쟁의심판에 있어서 ‘제3자 소송담당’의 인정 가능성을 무조건 부인하여야 한다고는 볼 수 없다.

제3자 소송담당을 규율하지 않은 것은 법적 흠결에 해당하고, 헌법재판소는 이러한 법적 흠결을 보완해 나아갈 수 있으며, 법률의 공백이 있는 경우 개별심판제도의 목적과 취지에 맞는 절차를 창설하여 실제적 진실을 발견하고 이에 근거하여 헌법정신에 맞는 결론을 도출해내는 것은 헌법이 헌법재판소에 부여한 고유한 권한이자 의무라고 한다.⁶⁰⁸⁾

그러면서 헌법재판소법 제40조 제1항에 따른 민사소송법의 준용에 관해서는 “권리·의무에 관한 실체법상의 주체가 아닌 제3자에게 소송수행권을 인정하기 위하여는 법률에 명문의 규정이 필요한 민사소송과 달리 권한쟁의심판에 있어서는 제3자의 소송담당을 인정하기 위하여 반드시 명문의 규정이 필요하다고 볼 것은 아니다.”라고 한다. 그러면서 오히려 국가기관 등을 구성하는 다수파의 권한 남용·일탈로 인하여 헌법상 권한배분질서가 왜곡될 우려가 있어 이에 대한 사법적 통제가 요청되고, 제3자의 소송수행이 기능적 권력통제에 기여하며 권력의 남용에도 해당하지 아니하는 때에는 이를 허용함이 헌법질서의 수호 및 권력 상호간의 견제와 균형을 보장하는 권한쟁의심판제도의 목적에 부합하는 것이라고 할 것이다.

헌법재판소가 헌법상 권한배분질서를 유지하고 권력분립의 원리를 보장하기 위하여 소수파 의원들이 일정한 요건 하에 의회를 대신하여 의회의 권한침해를

608) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 310, 317.

다룰 수 있도록 하는 법적 지위를 인정하는 것은, 헌법재판소법에 내재된 입법적 흠결을 보완하는 것으로서 권한쟁의심판제도의 목적과 취지 및 우리 헌법의 정신에 따른 것이라고 할 것이다(헌재 2007. 7. 26. 2005헌라8 참조).

이상과 같은 점에서 제3자 소송담당이 인정되어야 하고, 그 남용가능성에 관해서는 국회의 교섭단체에게만 제3자 소송담당을 허용하고 대화와 협의의 절차를 거친 다음에 권한쟁의심판을 청구하도록 한다면, 일반적으로 남소에 해당한다고 보기는 어려울 것이다.

(4) 검토

제3자 소송담당에 관해 헌법재판소법이나 행정소송법에 아무런 명문의 규정이 없다. 게다가 헌법재판소법 제40조 제1항에 따라 민사소송법령을 준용해야 하는데, 임의적 소송담당이나 법정소송담당 어느 것도 그 성격상 준용대상이 아니어서 민사소송법의 준용은 배제되어야 한다는 것이다. 이상에 관해서는 법정의견이나 반대의견이 동일한 입장이다.

하지만, 법정의견은 헌법재판소법이 명문의 규정을 두지 아니한 것은 입법의 흠결이 아니고 ‘국가기관 자체’에게만 청구인적격을 인정하겠다는 입법자의 취지임을 주장한다. 그에 반해 반대의견은 이는 입법의 흠결이고 해석상 제3자 소송담당의 필요성이 있다고 본다. 그리고 권한쟁의심판의 특수성을 고려해서 헌법재판관에 의한 법형성이 가능하고, 그에 의거할 때 제3자 소송담당이 인정된다는 것이다.

생각건대, 대통령제 정부형태를 취하고 있는 우리나라에서 대통령이 소속한 정파가 국회의 과반수의석을 차지할 경우 국회에 의한 대정부 견제장치는 거의 유명무실하게 된다. 그런 점은 법률안 의결이나 예산안 의결 및 국회의 각종 조약에 대한 동의안 의결 과정에서 아주 뚜렷하게 드러난다. 그렇기 때문에 제3자 소송담당의 인정 필요성이 크고 특히 정당국가화 경향에 비추어 헌법재판관에 의한 법형성의 여지를 인정함이 타당할 것이다.

제3자 소송담당에 대한 헌법재판소법 제40조의 관련성을 검토하면, 행정소송법은 관련 준용규정이 없고, 민사소송법령상 준용대상규정은 권한쟁의심판의 성질에 부합하지 않아 준용이 배제된다는 것이다. 결국 제3자 소송담당에 관해 헌법재판관에 의한 법형성의 필요성이 인정되는 여부가 다툼의 핵심이었다고

하겠다.

다. 심판의 이익으로서의 구체적인 보호이익과 헌법적 해명필요성

권한쟁의심판은 비록 객관소송이라 하더라도 국가기관과 지방자치단체 간의 권한쟁의로써 해결해야 할 구체적인 보호이익이 있어야 하고, 그 청구인에 대한 권한침해의 상태가 이미 종료된 경우에는 권리보호이익이 없으므로 이에 관한 권한쟁의심판 청구는 부적법하다.⁶⁰⁹⁾

다만, 청구인에 대한 권한침해의 상태가 이미 종료하여 권리보호이익을 인정할 수 없다 하더라도, 같은 유형의 침해행위가 앞으로도 계속 반복될 위험이 있고, 헌법질서의 수호·유지를 위해 그에 대한 헌법적 해명이 긴요한 사항에 대해서는 심판청구의 이익을 인정할 수는 있다.⁶¹⁰⁾

헌법재판소의 이러한 태도는 헌법소원심판절차에서의 심판청구의 이익을 그대로 원용한 것이다. 사실 헌법소원심판에서 심판청구의 이익으로서 헌법적 해명 필요성은 헌법재판소법 제40조의 준용규정에 근거해서 행정소송법이나 민사소송법령을 준용한 것이 아니라 헌법재판소가 흠결보충적인 법형성을 한 것이었다.

헌법재판소는 “헌법소원심판과 마찬가지로 권한쟁의심판도 주관적 권리구제 뿐만 아니라 객관적인 헌법질서 보장의 기능도 겸하고 있으므로, 청구인에 대한 권한침해 상태가 이미 종료하여 이를 취소할 여지가 없어졌다 하더라도 같은 유형의 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있고, 헌법질서의 수호·유지를 위하여 그에 대한 헌법적 해명이 긴요한 사항에 대하여는 심판청구의 이익을 인정할 수 있다고 할 것이다(헌재 1997. 11. 27. 94헌마60, 판례집 9-2, 675, 688 참조). 이 사건과 같이 상임위원회 위원의 개선, 즉 사·보임행위는 국회법 규정의 근거하에 국회관행상 빈번하게 행해지고 있고 그 과정에서 당해 위원의 의사에 반하는 사·보임이 이루어지는 경우도 얼마든지 예상할 수 있으므로 청구인에게 뿐만 아니라 일반적으로도 다시 반복될 수 있는 사안이어서 헌법적 해명의 필요성이 있으므로 이 사건은 심판의 이익이 있다고 할 것”이라고 하였다.⁶¹¹⁾

609) 헌재 2011. 8. 30. 2010헌라4, 판례집 23-2상, 240, 245.

610) 헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1, 판례집 15-2하, 17, 29; 헌재 2009. 5. 28. 2006헌라6, 판례집 21-1하, 418, 427; 헌재 2011. 8. 30. 2010헌라4, 판례집 23-2상, 240, 245-246.

헌법재판소는 헌법소원심판절차에서 전개된 주관적인 권리보호이익과 헌법적 해명필요성이라는 논의체계를 권한쟁의심판절차에도 그대로 원용한 것이라 할 수 있는데, 이는 헌법재판소법 제40조 제1항 본문의 ‘이 법에 특별한 규정이 있는 경우’를 해석한 것에 속한다고 하겠다.

라. 기타

이상에서 살펴본 것 이외에도 헌법재판소가 권한쟁의심판의 청구단계에서 민사소송법을 준용한 대표적인 사례를 소개한다.

먼저, 심판청구에 있어 주청구와 예비적 청구를 다른 심판절차에서와 마찬가지로 폭넓게 허용하고 있다는 점이다. 이에 관해 헌법재판소는 명확히 밝히지는 않고 있지만, 민사소송법을 아주 자연스럽게 준용한 것이라 하겠다.⁶¹²⁾

다음, 청구취지의 변경에 대해서도 다른 심판절차에서와 마찬가지로 폭넓게 허용하고 있다. 이 역시 헌법재판소는 사실관계를 밝히고 심판대상을 확정하는 과정에서 언급하고 있을 따름이다.⁶¹³⁾ 청구취지의 변경에 관해서는 “변경 전 청구와 변경 후 청구는 모두 이 사건 합의문에 대하여 국회의 동의절차를 거치지 아니한 행위를 다투기 위한 것으로 그 청구의 기초에 변경이 없으므로 청구의 변경은 적법하다.”고 하여 간단하게 판단하고 있음을 본다.

2. 심판절차진행 단계

611) 헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1, 판례집 15-2하, 17, 28-29.

612) 예컨대 헌재 1998. 7. 14. 98헌라1, 판례집 10-2, 1, 11 참조.

613) 헌재 2007. 7. 26. 2005헌라8, 판례집 19-2, 26(청구인들은 위 양허표 개정안에 대한 비준동의안 제출행위와 이 사건 합의문에 대한 비준동의안 제출거부행위가 청구인들의 조약안 심의·표결권 등을 침해한다는 이 사건 권한쟁의심판을 청구하였다가, 그 후 청구취지를 피청구인이 이 사건 합의문을 국회의 동의 없이 체결·비준한 행위가 국회의 조약 체결·비준 동의권 및 청구인들의 조약안 심의·표결권을 침해한다고 변경하였으므로, 이 사건 심판대상은 피청구인이 이 사건 합의문을 국회의 동의 없이 체결·비준한 행위가 국회의 조약 체결·비준 동의권 및 청구인들의 조약안 심의·표결권을 침해하였는지 여부이다.).

가. 보정할 수 없는 흠결에 따른 변론 없는 청구의 각하

헌법재판소는 권한쟁의심판사건에서 “이 사건 심판청구는 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우에 해당한다 할 것이므로, 헌법재판소법 제40조, 민사소송법 제219조에 의하여 변론 없이 이를 각하하기로 한다.”고 하면서 여러 차례 각하결정을 하였다.

헌법재판소법 제30조 제1항에서는 권한쟁의심판에 관해 구두변론에 의하도록 심리의 방식을 적시하고 있다. 그런데, 권한쟁의심판청구의 적법요건도 갖추지 못하였거니와 그 흠결도 보정할 수 없는 경우 구대여 구두변론 절차를 거친 다음에서야 심판을 종결지어야 하는지의 문제가 등장하였다.

이에 헌법재판소는 변론 없이 하는 소의 각하를 규정한 민사소송법 제219조⁶¹⁴⁾를 준용하여 심판청구가 부적법함은 물론이고 흠결을 보정할 수 없다고 보이는 경우에는 권한쟁의의 심판청구를 변론 없이 각하하는 법리를 구축하게 되었다.

헌법재판소가 보정할 수 없는 흠결에 따라 변론 없이 청구를 각하한 경우로는 청구인인 지방자치단체의 권한에 속하지 않은 권한의 침해주장,⁶¹⁵⁾ 청구기간의 명백한 도과⁶¹⁶⁾ 및 청구인의 권한침해가능성이 없는 경우⁶¹⁷⁾ 등이 대표적이다.

나. 권한쟁의심판절차에서의 소송참가

권한쟁의심판절차에서도 소송참가가 문제된다. 이에 관해 헌법재판소법에는 아무런 명문의 규정이 없음에 따라 제40조에 의거해서 행정소송법과 민사소송법령을 준용해야 한다.

권한쟁의심판의 결정실제를 살펴보면, 지방자치단체나 국가기관이 보조참가

614) 부적법한 소로서 그 흠을 보정할 수 없는 경우에는 변론 없이 판결로 소를 각하할 수 있다.

615) 헌재 2006. 3. 30. 2003헌라2, 공보 114, 523~525.

616) 헌재 2009. 9. 24. 2008헌라5, 공보 156, 1654.

617) 헌재 2009. 11. 26. 2008헌라3, 판례집 21-2하, 468; 헌재 2009. 11. 26. 2008헌라4, 판례집 21-2하, 469; 헌재 2014. 3. 27. 2012헌라4, 판례집 26-1상, 361 참조.

인으로서 심판에 참여하곤 한다. 예컨대 종래 구세였던 재산세를 구와 특별시의 공동세로 변경한 것과 관련해서 제기된 강남구 등과 국회 간의 권한쟁의사건에서 서울특별시가 보조참가인으로 참가한 것을 들 수 있다.⁶¹⁸⁾ 그런가 하면, 헌법재판소는 국회의원과 국회의장 등 간의 권한쟁의사건⁶¹⁹⁾에서 “보조참가인들은 □□당 소속 의원으로서, 이 사건 권한쟁의심판청구 결과에 따라 헌법 및 국회법상 권한을 침해받는 등 직접적인 이해관계가 있으므로 피청구인들을 보조하기 위하여 참가신청을 하였다.”고 하면서 보조참가를 자연스레 받아들이고 있다.

권한쟁의심판은 청구인과 피청구인이 대립하는 대심적 구조를 취하지만, 그에 대한 헌법재판소의 결정은 그 절차 당사자 간의 권한관계뿐 아니라 헌법상 권한질서 전반에 영향을 미칠 수 있고, 모든 국가기관 및 지방자치단체를 기속하는 효력을 갖게 되므로 다른 이해관계 있는 국가기관이나 지방자치단체가 그 절차에 참여할 기회를 마련해 줄 필요가 있다. 이 경우 헌법재판소의 권한쟁의심판절차에 참가할 수 있는 자는 그 결과에 의해 권한관계의 확정으로 영향을 받게 될 국가기관 등이 될 것이나, 제3자는 쟁의당사자 일방(피참가인)을 위해서만 소송참가할 수 있으며, 쟁의절차에 참가한 제3자는 독립한 당사자가 되는 것은 아니다. 현행법상 헌법재판소의 권한쟁의심판에 소송참가를 할 수 있는지 여부 및 그 구체적 절차에 관하여는 행정소송법과 민사소송법이 준용된다.⁶²⁰⁾

그런데, 헌법재판소는 권한쟁의심판절차를 진행함에 있어 소송참가인으로 하지 않고 보조참가인으로 심판절차에 참가시켰다는 점이다. 항고소송에서도 제3자효 행정행위를 다툼에 있어 행정소송법 제16조나 제17조에 기한 제3자의 소송참가나 행정청의 소송참가로 하지 않고 민사소송법 제71조에 기반한 보조참가인으로 참가시키는 것이 관행이다. 그런 까닭에도 연유하거나와 행정소송법상 소송참가에 관한 규정이 간략하기 때문에 추가적으로 민사소송법을 준용할

618) 헌재 2010. 10. 28. 2007헌라4, 판례집 22-2상, 775.

619) 헌재 2016. 5. 26. 2015헌라1, 판례집 28-1하, 170. 그 외에도 헌재 2009. 10. 29. 2009헌라8 등, 판례집 21-2하, 14 참조. 하지만, 경기도 안산시 의회 의원과 의회 의장 간의 권한쟁의사건에서 안산시장이 보조참가인으로 소송참가를 하였지만, 심판청구가 적법요건을 갖추지 못하였기 때문에 소송참가의 의미를 지니지는 못한다. 헌재 2010. 4. 29. 2009헌라11, 판례집 22-1상, 596 참조.

620) 헌법재판소, 헌법재판 실무제요, 2015, 435면.

수밖에 없다는 점에서 보조참가인으로 소송참가를 시킨 것으로 파악할 수는 있다. 하지만, 헌법재판소법 제40조 제2항에서는 행정소송법과 민사소송법령이 서로 저촉될 경우에는 행정소송법을 우선 적용하도록 하였음에 따라 행정소송법 제17조에 근거해서 소송참가를 시킨 다음에 민사소송법 제71조 내지 제86조의 규정을 준용함이 합리적이고 타당하다고 할 것이다.

다. 가처분

헌법재판소법 제65조⁶²¹⁾에서는 같은 법 제57조와 더불어 헌법재판소의 개별 심판절차에 대한 가처분을 규정하고 있다. 하지만, 중국결정의 선고 시까지 심판대상이 된 피청구인의 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있다는 정도의 가처분의 근거규정만을 규율하고 있을 따름이지, 가처분신청의 적법요건이나 가처분결정의 판단기준 등에 관해서는 아무런 규율이 없다.

이에 관해 헌법재판소는 직접처분효력정지 가처분신청사건⁶²²⁾에서 “헌법재판소가 권한쟁의심판의 청구를 받은 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 중국결정의 선고시까지 심판대상이 된 피청구기관의 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있고(헌법재판소법 제65조) 이 가처분결정을 함에 있어서는 행정소송법과 민사소송법 소정의 가처분에 관계되는 규정이 준용되므로(같은 법 제40조), 권한쟁의심판에서의 가처분결정은 피청구기관의 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방할 필요가 있거나 기타 공공복리상의 중대한 사유가 있어야 하고 그 처분의 효력을 정지시켜야 할 긴급한 필요가 있는 경우 등이 그 요건이 된다(행정소송법 제23조 제2항·제3항, 민사소송법 제714조 참조).”

그래서 “헌법재판소가 직권 또는 청구인의 신청에 따라 심판대상이 된 피청구기관의 처분의 효력을 정지하는 가처분신청은 본안사건이 부적법하거나 이유 없음이 명백하지 않는 한, 가처분을 인용한 뒤 중국결정에서 청구가 기각되었을 때 발생하게 될 불이익과 가처분을 기각한 뒤 청구가 인용되었을 때 발생하게

621) 헌법재판소가 권한쟁의심판의 청구를 받았을 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 중국결정의 선고 시까지 심판 대상이 된 피청구인의 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있다.

622) 헌재 1999. 3. 25. 98헌사98, 판례집 11-1, 264, 269-271.

될 불이익에 대한 비교형량을 하는 것이 가장 중요한 요건이 될 수밖에 없고 이 비교형량의 결과 후자의 불이익이 전자의 불이익보다 큰 때에 한하여 가처분결정을 허용할 수 있는 것이다.”

이는 헌법재판소법이 직접적인 근거규정을 두고 있음에 따라 그에 기초해서 가처분신청의 적법요건과 가처분결정의 판단기준을 행정소송법상 집행정지규정과 민사소송법의 가처분규정을 준용해서 받아들인 것이다. 권한쟁의심판절차에서의 가처분의 근거규정은 다른 개별심판절차에서 가처분의 허용필요성을 논증해야 하는 작업을 생략하게 한다고 할 것이다.

라. 권한쟁의에서 사실인정의 근거법령

헌법재판소는 권한쟁의심판에 있어 사실관계를 인정하는 근거법도 헌법재판소법 제40조의 준용규정에서 찾고 있다. 즉, “헌법재판소법 제40조를 보면, ‘헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용한다. 권한쟁의심판…의 경우에는 행정소송법을 함께 준용한다. 제1항 후단의 경우에… 행정소송법이 민사소송에 관한 법령과 저촉될 때에는 민사소송에 관한 법령은 준용하지 아니한다.’고 규정하고 있다. 재판권의 작용에는 통상 두 가지 요소가 내포되어 있다. 사실인정과 법의 적용이 바로 그것이다. 위 규정은 권한쟁의심판 청구사건에 대한 사실인정을 행정소송법 또는 민사소송법에 의하도록 한 것이다.”⁶²³⁾라고 하였다.

이는 국회의장과 국회의원 간의 권한쟁의심판사건⁶²⁴⁾에 있어 쟁점인 피청구인(국회의장)이 이 사건 법률안을 가결·선포한 의사진행이나 결정이 적법한 것인지 여부, 즉 청구인들(국회의원들)이 이의제기를 한 사실이 있는지에 대한 사실인정의 문제에 관해 판단하면서 제시한 것이었다. 여기서는 권한쟁의심판사건에 있어 사실인정의 문제 역시 헌법재판소법에 특별한 규정을 두고 있지 않음에 따라 헌법재판소법 제40조의 준용규정에 근거해서 행정소송법과 민사소송법을 준용해서 처리해야 함을 말한 것이라고 하겠다.

623) 헌재 2000. 2. 24. 99헌라1, 판례집 12-1, 115, 130.

624) 헌재 2000. 2. 24. 99헌라1, 판례집 12-1, 115.

3. 심판종결 단계

권한쟁의심판절차의 종결단계에서 심판절차의 종료를 선언해야 하는 경우도 없지 않다. 이런 점은 다른 개별심판절차에서도 문제가 제기되는 사안이다. 이와 관련하여 헌법재판소법 제40조 제1항에 따른 준용의 문제가 폭넓게 등장하였다. 권한쟁의심판절차에서는 심판청구를 취하한 경우, 절차의 계속중 청구인이 사망한 경우 및 청구인이 자격을 상실한 경우 등에서 나타났다.

먼저, 권한쟁의심판의 청구를 취하한 것에 대해 헌법재판소가 심판절차의 종료를 선언한 경우이다.

이에 관해 헌법재판소는 “헌법재판소법이나 행정소송법에 권한쟁의심판청구의 취하와 이에 대한 피청구인의 동의나 그 효력에 관하여 특별한 규정이 없으므로 소의 취하에 관한 민사소송법 제239조는 권한쟁의심판절차에 준용된다고 보아야 하며, 국회의원의 법률안에 대한 심의·표결권의 침해 여부가 다투어진 사건 권한쟁의심판의 경우에 법률안에 대한 심의·표결권 자체의 행사 여부가 국회의원 스스로의 판단에 맡겨져 있는 사항일 뿐만 아니라, 그러한 심의·표결권이 침해당한 경우에 권한쟁의심판을 청구할 것인지 여부 또한 국회의원의 판단에 맡겨져 있어서 심판청구의 자유가 인정되고 있는 만큼, 헌법적 가치 질서를 수호·유지하기 위한 쟁송으로서 권한쟁의심판의 공익적 성격이 강하다는 것만으로 이미 제기한 심판청구를 스스로의 의사에 기하여 자유롭게 철회할 수 있는 심판청구의 취하를 배제하는 것은 타당하지 않다.”고 하였다.⁶²⁵⁾

이에 대해 반대의견은 “헌법재판소법 제40조 제1항이 권한쟁의심판절차를 포함한 헌법재판소의 심판절차에 관하여 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용한다고 규정하고 있으므로, 소의 취하에 관한 규정도 원칙적으로는 권한쟁의심판절차에 준용된다고 할 것이다. ... 이 사건 권한쟁의심판에 대하여는 이미 실제적 심리가 다 마쳐져 더 이상의 심리가 필요하지 아니한 단계에 이른 이후에야 비로소 이 사건 심판청구가 취하되었으며, 그 때까지 심리한 내용만을 토대로 판단하더라도 향후 우리나라 국회, 특히 상임위원회가 준수하여야 할 의사절차의 기준과 한계를 구체적으로 밝히는 것으로서 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항일 뿐만 아니라, 그 해명이 헌법적으로 특히 중대한 의미를 지

625) 헌재 2001. 6. 28. 2000헌라1, 판례집 13-1, 1218, 1225.

한다고 하지 않을 수 없다. 그러므로 이 사건의 경우에는 비록 청구인들이 심판청구를 취하하였다 하더라도 소의 취하에 관한 민사소송법 제239조의 규정의 준용은 예외적으로 배제되어야 하고, 따라서 위 심판청구의 취하에도 불구하고 이 사건 심판절차는 종료되지 않는다고 보아야 한다.”고 하였다.⁶²⁶⁾

권한쟁의심판청구의 취하에 대해서도 소의 취하에 관한 민사소송법 제239조를 준용하여야 한다는 점은 공통적이다. 하지만, 반대의견은 이 사건의 경우 더 이상의 심리가 필요치 아니한 시점에 청구취하가 이루어졌고 또 헌법적으로 해명의 필요성이 인정된다는 점에서 예외적으로 민사소송법 제239조의 준용을 배제하여야 한다는 입장이었다.⁶²⁷⁾ 하지만 법정의견은 법률안에 대한 심의·표결권에는 권한쟁의심판의 청구를 스스로의 의사에 기하여 자유롭게 철회할 수 있는 권한도 내포되어 있다는 점에서 준용배제는 타당치 않다는 입장이었다.

다음, 권한쟁의심판절차가 계속 중 청구인이 사망한 경우 심판절차의 종료에 관한 것이다. 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의심판사건⁶²⁸⁾에서 헌법재판소는 “청구인이 법률안 심의·표결권의 주체인 국가기관으로서의 국회의원 자격으로 권한쟁의심판을 청구하였다가 심판절차 계속 중 사망한 경우, 국회의원의 법률안 심의·표결권은 성질상 일신전속적인 것으로 당사자가 사망한 경우 승계되거나 상속될 수 없어 그에 관련된 권한쟁의심판절차 또한 승계될 수 없으므로, 권한쟁의심판청구는 청구인의 사망과 동시에 당연히 그 심판절차가 종료된다.”고 하였다. 이 결정에서는 다른 개별심판절차에서의 논리를 원용하고 있음을 본다.⁶²⁹⁾

이어서, 권한쟁의심판절차의 계속중 청구인이 자격을 상실함으로써 인해서 심판절차의 종료를 선언한 경우이다. 헌법재판소는 “청구인 박○은은 권한쟁의심

626) 헌재 2001. 6. 28. 2000헌라1에서 반대의견, 판례집 13-1, 1230-1232.

627) 판례집 13-1, 1218, 1229(여기서 ‘준용’이라 함은 아무런 제한 없이 모든 경우에 준용된다는 것은 아니고, 권한쟁의심판절차의 본질 및 당해 사건의 내용에 비추어 당해 법령을 준용하는 것이 허용되지 않는다고 볼 특별한 사정이 있는 경우에는 그 준용을 배제하는 것이 마땅하다.).

628) 헌재 2010. 11. 25. 2009헌라12, 판례집 22-2하, 320.

629) 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판절차에 관해서는 헌재 1992. 11. 12. 90헌마33, 판례집 4, 782, 783 참조. 그리고 헌법재판소법 제68조 제2항의 심판절차에 관해서는 헌재 1994. 12. 29. 90헌마13, 판례집 6-2, 351, 352 참조.

판결차가 계속 중이던 2015. 12. 24. 국회의원직을 상실하였는바, 국회의원의 법률안 심의·표결권 등은 성질상 일신전속적인 것으로서 승계되거나 상속될 수 있는 것이 아니므로 이 사건 심판청구는 위 청구인의 국회의원직 상실과 동시에 당연히 그 심판절차가 종료되었다.”고 하였다.⁶³⁰⁾

V. 헌법재판소 결정 실제에 나타난 법형성 실태

헌법재판소가 권한쟁의심판절차에서 절차형성과 관련한 법형성을 한 경우는 크게 세 가지로 구분하여 살펴볼 수 있다.

그 하나는 행정소송법이나 민사소송법에 준용대상 규정이 있긴 하지만, 권한쟁의심판의 성질에 부합하지 않아 적극적으로 배제한 경우이다. 이에 해당하는 사례로는 제3자 소송담당을 들 수 있다. 제3자 소송담당에 관해 헌법재판소법이나 행정소송법에는 아무런 명문의 규정이 없다. 헌법재판소법 제40조 제1항에 의거해서 민사소송법령을 준용하려 하지만, 임의적 소송담당이나 법정소송담당 어느 것도 그 성격상 준용대상이 아니어서 민사소송법의 준용을 배제하게 된 것이었다.

물론 제3자 소송담당에 관해 헌법재판소의 법정의견은 헌법재판소법이 이를 규율하지 아니한 것은 입법자가 제3자 소송담당을 인정하지 않으려는 취지라고 주장하였다. 하지만, 반대의견은 오히려 인정가능성을 적극적으로 부인한 것으로 볼 수 없고 또 제3자 소송담당을 허용함이 헌법질서의 수호 및 권력 상호간의 견제와 균형을 보장하는 권한쟁의심판제도의 목적에 부합하는 것이라고 하였다.

그 둘은 행정소송법이나 민사소송법에 준용할 관련규정이 없는 경우이다. 그에 해당하는 사례로는 권한쟁의심판에 있어 심판청구의 이익과 관련한 것이다. 이때 주관적인 것으로 의제된 권한이라는 보호이익은 민사소송법이나 행정소송법상 소의 이익에서 도출되는 것이다. 하지만, 권한쟁의심판에 있어서도 청구인에 대한 권한침해의 상태가 이미 종료하여 권리보호이익을 인정할 수 없다 하더라도, 같은 유형의 침해행위가 앞으로도 계속 반복될 위험이 있고, 헌법질서의 수호·유지를 위해 그에 대한 헌법적 해명이 긴요한 사항에 대해서는 심판

630) 헌재 2016. 4. 28. 2015헌라5, 판례집 28-1상, 574.

청구의 이익을 인정할 수는 있다.⁶³¹⁾ 헌법재판소의 이러한 태도는 헌법소원심판절차에서의 심판청구의 이익을 그대로 원용한 것이다. 헌법소원심판에서 심판청구의 이익으로서 헌법적 해명필요성은 헌법재판소법 제40조의 준용규정에 근거해서 행정소송법이나 민사소송법령을 준용한 것이 아니라 헌법재판소가 흠결보충적인 법형성을 한 것이다.

요컨대 권한쟁의심판에 있어 주관적인 이익보호는 민사소송법과 행정소송법상 소의 이익을 준용한 것이지만, 헌법적인 해명필요성은 헌법소원심판절차에서 전개된 논의체계를 그대로 원용한 것이라 할 것이고, 이는 헌법재판소법 제40조 제1항 본문의 ‘이 법에 특별한 규정이 있는 경우’를 해석한 것에 속한다고 할 것이다.

그 셋으로는 헌법재판소법 제62조 제2항은 권한쟁의가 ‘지방교육 자치에 관한 법률’ 제2조에 따른 교육·학예에 관한 지방자치단체의 사무에 관한 것인 경우에는 교육감이 당사자가 된다고 규정하고 있지만, 그 의미는 교육감이 지방자치단체를 대표한다는 취지라고 할 것이다.⁶³²⁾ 헌법재판소 역시 ‘청구인 또는 피청구인을 지방자치단체, 대표자 교육감’으로 표시하고 있다.⁶³³⁾ 이 사례는 헌법재판소가 법률공백에 따른 흠결보충을 한 것이 아니고, 규범상충적인 법형성을 한 것으로서, 헌법재판소법 제40조의 준용규정과는 직접적인 관련성을 지닌 것은 아니다. 준용과 무관하게 법형성을 한 것일 따름이다.

VI. 준용규정을 극복한 헌법재판소법상 규율의 체계화

앞에서는 권한쟁의심판절차에 있어 헌법재판소가 다른 소송법령을 준용하였거나 법형성한 사례에 관해 살펴보았다. 여기서는 그에 바탕을 두고 거기서 거론된 사항을 입법적으로 반영할 것인지에 관해 검토하기로 한다.

631) 헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1, 판례집 15-2하, 17, 29; 헌재 2009. 5. 28. 2006헌라6, 판례집 21-1하, 418, 427; 헌재 2011. 8. 30. 2010헌라4, 판례집 23-2상, 240, 245-246.

632) 동지, 헌법재판소, 헌법재판 실무제요, 2015, 407면.

633) 헌재 2011. 8. 30. 2010헌라4, 판례집 23-2상, 240, 242; 헌재 2013. 9. 26. 2012헌라1, 판례집 25-2상, 652, 654; 헌재 2013. 12. 26. 2012헌라3등, 판례집 25-2하, 609, 613 참조.

먼저, 권한쟁의심판절차에 명문의 규정을 두는 방안을 살펴본다. 이에 해당하는 사례로는 제3자 소송담당을 들 수 있다. 정당국가화 경향에 부합하게 제3자 소송담당을 인정함으로써 기능적인 권력통제가 실질적으로 이루어질 수 있도록 권한쟁의심판절차에서 적극적으로 입법에 반영하는 것이다.

다음, 일반심판절차에 명문의 규정을 두는 방안이다. 여기서의 논의는 두 가지로 구획할 수 있다.

그 하나는 기존에 권한쟁의심판절차에 두었던 규정을 일반심판절차로 옮기는 것이다. 첫째, 가처분(헌법재판소법 제65조 참조)을 일반심판절차에서 규율해서 다른 심판절차에서 이루어지는 경우까지 반영할 수 있도록 함과 아울러 가처분신청의 요건과 인용요건을 세부적으로 규율하는 것이다. 둘째, 권한쟁의심판의 청구기간(헌법재판소법 제63조 참조)에 있어 헌법재판소법은 개별심판절차별로 청구기간을 규율하고 있는바, 이를 일반심판절차에서 규율하도록 하는 것이다. 그와 아울러 정당한 사유가 있는 경우 청구기간에 대한 예외를 인정할 수 있도록 행정소송법 제20조 제2항 단서를 그대로 일반심판절차에서 규율하는 것이다. 셋째로는 헌법재판소법 제30조에서는 권한쟁의심판에 있어 구두변론을 필요적 절차로 규정하고 있는바, 보정할 수 없는 흠결이 있는 경우에 대해서는 예외적으로 구두변론이 없이도 청구를 각하할 수 있도록 규율하는 것이다.

그 둘은 기존에 규율되지 않아 준용하였거나 법형성을 하였던 사항에 관해 일반심판절차에서 규율하는 것이다. 첫째로는 권한쟁의심판에 있어서도 청구취하를 받아들일 필요성은 이미 거듭 확인된 바이다. 이런 점은 다른 심판절차에서도 동등하게 나타나는 것이다. 그렇다면, 이에 관해 일반심판절차에서 청구의 취하에 관해 통일적으로 규율함이 바람직할 것이다. 둘째로는 심판절차의 종료선언에 관한 법적 근거를 일반심판절차에 마련하는 것이다. 이는 심판절차의 종료를 확인한다는 측면에서 나름대로의 의미를 지닌다 할 것이고, 헌법재판소는 권한쟁의심판절차에서도 여러 차례 절차의 종료선언을 한 바 있었다. 셋째로는 심판청구의 이익에 관해 민사소송법이나 행정소송법을 준용하거나 법형성을 할 것이 아니고, 이에 관해서도 일반심판절차에서 적극적으로 규율하는 것이다. 그러면서 헌법적 해명의 필요성이 있을 경우 예외적으로 심판절차의 계속을 인정하는 것이다.

VII. 분석과 평가

권한쟁의심판의 활성화로 권한쟁의심판절차에서도 관련 소송법령의 준용이 폭넓게 이루어짐을 볼 수 있다. 그래서 권한쟁의심판절차에서 반복적으로 이루어진 다른 소송법령의 준용에 관해서는 헌법재판소법의 일반심판절차나 권한쟁의심판절차 규정에서 명문으로 규율함이 바람직할 것이다. 이런 점은 헌법재판소가 권한쟁의심판절차에서 범형성을 한 사례도 마찬가지로 할 것이다.

준용되는 소송법에 해당하는 여부를 판단함에 있어서도 사법소극적인 자세를 취하려 한다면 헌법재판의 성질에 해당하는 경우를 엄격하게 고집하지 아니하고 넉넉하게 다른 소송법령을 준용하려는 태도를 취하게 될 것이다. 하지만, 준용여부는 여러 가지 고려요소들을 종합해서 파악하고 구체적 개별적으로 판단할 수밖에 없을 것이다.

헌법재판의 당사자들에게 설득력을 가지려면 가능한 한 헌법재판소에 의한 절차형성을 통한 심판절차의 진행이 아닌 기존의 입법적 규율에 근거함이, 비록 그것이 심판규칙에 지나지 않는다 할지라도, 타당할 것이다. 그 지향점은 헌법재판의 결과에 심판당사자들은 물론이고 일반국민들 사이에서 불만이 없어야 하고 또 승복할 수 있어야 한다는 것이다.

제7절 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판의 특수성과 행정소송법·민사소송법의 준용

I. 서론

권리구제형 헌법소원심판(이하 단순히 “헌법소원심판” 또는 “헌법소원”이라 한다)⁶³⁴⁾은 헌법재판, 즉 헌법소송의 하나이다. 헌법재판이란 헌법을 운용하는 과정에서 헌법의 규범내용이나 기타 헌법문제에 대한 다툼이 생긴 경우에 이를 유권적으로 해결함으로써 헌법의 규범적 효력을 지키고 헌정생활의 안정을 유지하려는 헌법의 실현작용이다.⁶³⁵⁾ 헌법은 제6장, 즉 제111조 내지 113조에서 헌법재판소를 규정하고 있는데, 그 중 제111조 제1항 제5호는 헌법재판소의 관장사항으로 “법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판”이라고 규정하여 헌법소원심판에 관하여는 구체적인 형성을 입법자에게 유보하였다.

그리고 제113조 제3항은 “헌법재판소는 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 심판에 관한 절차, 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다.”고 규정하였는데, 이에 따라 헌법재판소법 제10조 제1항은 “헌법재판소는 이 법과 다른 법률에 저촉되지 아니하는 범위에서 심판에 관한 절차, 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다.”고 규정하였다. 한편, 헌법재판소법 제40조는 헌법소원심판의 경우 그 성질에 반하지 아니하는 한도에서 민사소송에 관한 법령의 규정과 행정소송법을 함께 준용하되, 행정소송법을 우선하여 준용하도록 규정하고 있다. 따라서 헌법소원심판에 관한 법원(法源)은 헌법, 헌법재판소법, 헌법재판소의 각종 규칙, 기타 헌법재판소의 각종 예규나 내규 등이 있고, 행정소송법과 민사소송에 관한 법령이 ‘준용’⁶³⁶⁾된다. 그 밖에

634) 주지하는 바와 같이, 현행법상의 헌법소원제도는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 제기하는 ‘권리구제형’ 헌법소원(헌법재판소법 제68조 제1항)과, 법원에 위헌법률심판 제청신청을 하였으나 기각된 경우에 제청신청 당사자가 헌법재판소에 제기하는 ‘규범통제형’ 헌법소원(동법 제68조 제2항)으로 나누어 규율되고 있다. 김현철, 판례헌법소송법, 전남대학교출판문화원, 2019, 192면.

635) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2019, 891-892면.

636) 일반적으로 ‘준용’(準用, entsprechende Anwendung)이라 함은 “어떤 사항에

헌법재판소법 제40조(준용규정)의 보충적 기능에 따라 준용배제로 인해 그에 벗어나 적시되지 아니한 소송법령을 유추적용⁶³⁷⁾하는 경우가 있을 수 있다.

우리나라의 경우 1948년의 제헌헌법 때부터 제도상으로는 헌법재판이 있었으나 그 실적이 미비하다가 1987년 현행헌법이 시행된 이후 본격적으로 가동되고 있는데, 특히 헌법소원심판은⁶³⁸⁾ 현행헌법에서 처음 도입되고⁶³⁹⁾ 헌법

관해 직접 규율하지 않고 유사한 다른 사항에 관해 규율하고 있는 법령을 의미에 맞게 적용하도록 하는 입법기술”을 말한다. 준용의 의미에 대해서는, 준용법령을 엄격하게 적용해야 하는 것인지 재판기관이 함묵적인 고려 하에 임의로 적용하지 않거나 적절히 변경해서 적용할 수 없다는 견해도 있지만(Klein, in Maunz/Schmidt-Bleibtreu, BVerfGE, 2012, §17, Rn.1), 준용법령을 그대로 준수하는 것이 아니라 ‘의미에 맞게’(sinngemäß) 적용하는 것을 뜻한다는 견해가 많다(Kunze, in Umbach/Clemens, BVerfGE, §17, Rn.10; 성선제/송석운/이성환/정태호, 정당해산심판제도에 관한 연구 (헌법재판연구 제15권), 헌법재판소, 2004, 156-157면; 황치연, “헌법재판에서의 가치분”, 헌법판례연구 제4권, 박영사, 2002, 332면). 김하열(작성부분), 주식 헌법재판소법, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 427면.

- 637) 이에 반하여, ‘유추적용을 의미하는 준용’이라고 하여 양자를 같은 개념으로 보는 견해로 정태호, “정당해산심판절차에 대한 민사소송법령 준용과 한계”, 경희법학 제49권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2014, 125면. 같은 취지로 같은 사람, “헌법소송법의 독자성 문제에 관한 고찰”, 법과 국가 (운남서정호교수 정년기념논문집), 민영사, 1997, 349면.
- 638) 현행헌법에 헌법소원제도가 ‘별안간’ 채택된 배경에 대하여는 황도수, “헌법소원제도의 형성과 발전”, 헌법논총 제19집, 헌법재판소, 2008, 385-387면 참조.
- 639) 이에 대하여, 한국에서 헌법소원제도가 헌법제도로 등장한 것은 1987년헌법이 아니라 1960년 6월헌법이며, 이러한 헌법소원제도의 수용은 명시적으로 헌법에서 헌법소청(憲法訴請)이나 헌법소원(憲法訴願)이라는 용어를 사용한 것은 아니지만(1960. 5. 8. 동 헌법 개헌안기초위원회에서 작성한 개헌안 제28조 제3항은 “국민의 모든 자유와 권리는 자유롭고 민주적인 헌법의 기본 질서의 범위 내에서 보장된다.”고 함과 동시에 “이 헌법이 보장하는 자유 또는 권리를 법률로 인하여 침해받은 자는 법률이 정하는 바에 의하여 헌법재판소에 소청할 수 있다.”고 규정하였으나 같은 달 11. 의결된 개헌안에서는 대법원의 반대로 위 최초의 개헌안 제28조 제3항에서 채택했던 헌법소청제도가 빠졌다.), 1960년 6월헌법에서 채택한 헌법재판소의 관장사항 중 ‘법률의 위헌여부 심사’(동 헌법 제83조의3 제1호)에는 ‘법률에 대한 헌법소원’이 포함되어 있었다고 주장하는 견해로 정중섭, “한국헌정사에서 헌법소원제도의 출현과 제도화”, 헌법논총 제20집, 헌법재판소, 2009, 442-443, 451-456, 459면. 동인은 그 논거로 최중태, “헌법재판소에 대한 소고(小考)”, 동국법학 제2호, 동국대학교 법학회, 1960, 14면; 한태연, 신헌법, 법문사, 1960,

재판소법에 의하여 구체화된 제도로서 우리 국민들은 구체적인 권리구제수단으로 이를 적극 활용하고 있다.⁶⁴⁰⁾ 그런데 헌법소송과 행정소송, 그 중에서도 헌법소원심판과 항고소송과의 관계가 문제가 된다. 헌법소송과 행정소송의 문제는 양자가 같은 공법소송으로서, ① 그 소송의 원리와 이론이 같은 것이냐 아니냐, ② 권리구제의 전제절차에서 이 둘 사이에 야기될 권능배분의 충돌이 없이 어떻게 체계적으로 분쟁을 해결해 낼 것인가, ③ 그 나라의 통치 메커니즘상 행정(行政)과 사법(司法)의 관계에서 행정소송이 어떠한 자리매김을 하고 있는가, ④ 헌법재판이 그 나라의 통치구조에서 어떠한 지위를 차지하고 있는가 하는 문제와도 관련을 가진다.⁶⁴¹⁾

그러므로 헌법소원심판의 특수성을 논함에 있어서는 행정소송의 특수성을 염두에 두고 이들을 비교·검토하는 작업이 필요하다. 현행 행정소송법상 행정소송의 특수성을 반영한 것으로는 논자(論者)에 따라 약간 다르기는 하나, 대체적으로 피고적격(동법 제13조), 단기제소기간(동법 제20조), 집행행정지원칙(동법 제23조), 관련청구의 병합(동법 제10조), 직권탐지 또는 직권조사(동법 제26조), 사정판결(동법 제28조), 판결의 효력(동법 제29·제30조) 등을 들고 있다.⁶⁴²⁾ 한편 헌법소송으로서 헌법소원심판의 특수성으로는 변호사강제주의(헌법재판소법 제25조) 및 국선대리인제도(동법 제70조)의 채택, 심판비용의 국고부담(동법 제37조), 서면심리원칙(동법 제30조), 포괄적인 자족적 절차규정 미비(민사소송에 관한 법령 및 행정소송법 준용, 동법 제40조), 직권증거조사(동법 제31조·제32조), 결정의 효력(동법 제75조) 및 관보게재(동법 제36조), 심판기간(동법 제38조) 등이 언급되고 있다.⁶⁴³⁾ 그리고 헌법재판소는 “헌법재판소법 제25조, 제26조, 제30조, 제31조, 제32조, 제37조, 제68조, 제71조

509-510면; 박일경, 신헌법요론, 진명문화사, 1961, 457·474·478면 등 학자들의 견해를 인용하고 있다. 그런데 주지하는 바와 같이 1961. 4. 17. 헌법재판소법(여기서도 헌법소원에 대한 언급은 없었다)이 제정된 지 1개월만에 5·16 군사쿠데타가 발생하여 헌법재판소가 구성되지도 못한 채 1960년 6월 헌법의 헌법재판제도는 미실현의 제도에 그쳤다. 김하열, 헌법소송법, 박영사, 2018, 69면.

640) 헌법재판소, 헌법소원심판개요, 1993, 3면

641) 정중섭, “헌법소송과 행정소송”, 헌법논총 제3집, 헌법재판소, 1992, 335면.

642) 홍준형, 행정쟁송법, 도서출판 오래, 2017, 130면.

643) 이시윤, 헌법재판개관, 헌법재판소, 1989, 53-59면.

등에 의하면 헌법소원심판제도는 변호사강제주의, 서면심리주의, 직권심리주의, 국가비용 등의 소송구조로 되어 있다.”고 판시한 바 있다.⁶⁴⁴⁾

이하에서는 위와 같은 헌법소원심판의 특수성을 기초로 하여, 일반 민사소송이나 행정소송은 물론이고 헌법재판의 다른 심판 유형과도 구별되는 특징인 사전심사제도, 변호사강제주의 및 국선대리인제도와 그 밖에 가구제제도의 허용여부, 종국결정 이후의 문제를 다루면서 행정소송법 및 민사소송에 관한 법령의 준용여부를 살펴본다.

II. 사전심사제도

1. 의의 및 기능

헌법재판소장은 헌법재판소에 재판관 3인으로 구성되는 지정재판부를 두어 헌법소원심판의 사전심사를 담당하게 할 수 있다(헌법재판소법 제72조 제1항). 이에 따라 헌법재판소는 「지정재판부의 구성과 운영에 관한 규칙」(제정 1988. 10. 15. 규칙 제5호, 최종개정 2019. 7. 19. 규칙 제413호)에 의하여 헌법재판소재판관 각 3인으로 구성하는 3개의 지정재판부를 두었다. 이와 같이 사전심사란 헌법소원심판청구에 대하여 헌법재판소 지정재판부가 하는 심사를 말하며, 지정재판부는 사전심사결과 각하결정 또는 심판회부결정을 한다.

가. 각하결정

지정재판부는 다음의 1에 해당되는 경우에는 지정재판부 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 결정으로 헌법소원의 심판청구를 각하한다(헌법재판소법 제72조 제3항).

- ① 다른 법률에 따른 구제절차가 있는 경우 그 절차를 모두 거치지 아니하거나 또는 법원의 재판에 대하여 헌법소원의 심판이 청구된 경우
- ② 헌법재판소법 제69조의 청구기간이 지난 후 헌법소원심판이 청구된 경우
- ③ 헌법재판소법 제25조에 따른 대리인의 선임 없이 청구된 경우

644) 헌재 1993. 5. 13. 91헌마190, 판례집 5-1, 312, 320.

④ 그 밖에 헌법소원심판의 청구가 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우

나. 심판회부결정

지정재판부에서 전원의 일치된 의견으로 각하결정을 하지 아니하는 경우에는 헌법소원을 전원재판부⁶⁴⁵⁾의 심판에 회부하여야 하며, 헌법소원심판의 청구 후 30일이 경과할 때까지 각하결정이 없는 때에는 심판에 회부하는 결정이 있는 것으로 본다(헌법재판소법 제72조 제4항).⁶⁴⁶⁾ 한편 넓은 의미에서 보면 지정재판부에 의한 사전심사의 전단계로서 헌법소원사건으로의 접수가 거부되는 이른바 ‘헌법소원 불수리’ 또는 ‘민원처리’도 전원재판부에의 진입을 차단(screen)하는 역할을 한다는 점에서 이를 광의의 사전심사라 할 수 있을 것이다. 즉, 헌법재판소에 접수되는 각종 소원청구 중 내용상으로는나 형식상으로 도저히 헌법소원으로 볼 수 없는 것들은 접수 담당공무원⁶⁴⁷⁾이 행정결재를 거쳐 민원처리한다.

헌법소원제도에 있어 가장 큰 문제점은 무엇보다 남소(濫訴)의 폐해라 할 수 있다.⁶⁴⁸⁾ 독일연방헌법재판소의 경우 1951년 개소 이래 2007년까지의 통계를 볼 때 헌법소원이 전체 헌법재판 사건의 96.37%를 차지했다.⁶⁴⁹⁾ 우리 헌법재판소의 경우 1988. 9. 1. 개소 이래 2019. 8. 31. 까지 만 31년간 총 37,463건이 접수되었는데 그 중 헌법소원이 28,929건으로 77.2%를 점하고 있다. 위 기간 동안 헌법소원은 28,294건이 처리되었는데, 이는 같은 기간 헌법재판소가 처리한 전체 36,338건의 77.9%를 차지하고 있다.⁶⁵⁰⁾ 이와 같이 (넓은 의미

645) 헌법재판소법은 지정재판부라는 용어를 사용(동법 제72조)하는데 반하여, ‘전원’재판부라는 용어를 사용하지 않고 그냥 ‘재판부’라는 용어를 사용(동법 제22조)하고 있다. 그러나 이 논문에서는 지정재판부와 구별 필요성에 따라 ‘전원재판부’라는 용어를 사용하기로 한다.

646) 이를 실무상 “심판회부간주”라고 부른다.

647) 사건의 접수는 심판사무국장의 주관하에 심판민원과장이 담당하며 심판민원과에 소속된 공무원은 사건의 접수를 보조한다(「헌법재판소 사건의 접수에 관한 규칙」 제6조).

648) 김철용/김문현/정재황, 헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적연구, 헌법재판연구 제4권, 헌법재판소, 1993, 316면.

649) Otto Depenheuer, 공진성 율김, “재판소원의 저주와 축복”, 헌법논총 제19집, 헌법재판소, 2008, 822면.

의) 사전심사는 헌법소원의 남소의 폐단을 막고 전원재판부의 업무부담을 경감시키는 기능을 수행하고 있다.

2. 사전심사제도의 유래 - 독일연방헌법재판소의 경우

독일연방헌법재판소의 경우도 우리나라와 같이 넓은 의미의 사전심사제도를 활용하고 있으나 우리와는 적지 않게 다른 형태로 운용되고 있다. 독일의 경우는 연방헌법재판소법에 의한 사전심사와 연방헌법재판소 자체의 창안(연방헌법재판소 사무규칙)에 의한 사전심사제도인 소위 ‘일반등록부’ 제도가 별도로 또는 상호보완적으로 운용되어 왔다.⁶⁵¹⁾

가. 연방헌법재판소법상의 사전심사

(1) 1951. 3. 12.자 최초의 연방헌법재판소법

최초의 연방헌법재판소법에는 별도의 사전심사제도가 없었고 다만 동법 제 24조의 규정에 의하여 인정된 a-limine-Abweisung, 즉 본안의 심리를 요하지 않는 각하제도⁶⁵²⁾가 있었으나 그것만으로는 홍수같이 몰려드는 헌법소원사건을 적절한 시일 내에 처리할 수 없었다.

(2) 1955. 7. 21.자 개정법률

동 개정법 제91a조에서 헌법소원의 사전심사(Vorprüfung)제도를 도입하였다. 동 규정에 따르면 3명의 재판관으로 구성된 위원회(Dreierausschluß)가 헌법소원사건을 사전심사하는데 동 위원회는 제기된 헌법소원이 헌법상 중요한

650) 이상 헌법재판소 홈페이지의 사건통계 참조.

[<http://www.ccourt.go.kr/cckhome/kor/info/selectEventGeneralStats.do>]

651) Christian Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht 3. Aufl. 중 §12, 양삼승외 5인 옮김, 헌법재판자료 제5집, 헌법재판소, 1992, 404-417면 참조.

652) 이는 헌법소원 뿐만 아니라 다른 모든 절차에서도 인정된 것이다.

문제점을 내포하고 있지도 않고, 또한 동 헌법소원을 각하하더라도 소원제기인에게 결정적이고 피할 수 없는 손해를 주지 않는 경우에는 전원일치의 의견에 의한 결정으로 동 헌법소원을 각하할 수 있었다.

(3) 1963. 8. 3.자 개정법률

동 개정법은 위 제91a조에 의한 사전심사를 폐지하고 그 대신 제93a조에서 수리절차(Annahmeverfahren)를 도입하였다. 그에 의하면 헌법소원에 대한 재판을 받으려면 동 헌법소원이 먼저 수리(Annahme)되어야 하는데, 그 수리여부는 먼저 3인의 재판관으로 구성된 위원회가 심사한다. 그리하여 헌법소원이 형식에 위배되거나, 부적법하거나, 기간이 도과되었거나, 명백히 이유가 없거나⁶⁵³⁾ 또는 명백히 권한 없는 자에 의하여 제기된 경우에는 전원일치의 의견에 의한 결정으로 동 헌법소원의 수리를 거부할 수 있다. 그리고 위원회가 소원의 수리를 거부하지 아니한 경우에도 당해 재판부(Senat)가 다시 수리의 여부를 심사하는데, 재판부의 2인 이상의 재판관이 그 재판으로 인하여 헌법상의 문제점이 해명될 수 있다고 생각하거나 또는 그 재판을 하지 아니하면 소원제기인에게 본안에 있어서 중대하고 또한 피할 수 없는 손해가 발생할 것이라고 생각하는 경우에는 동 헌법소원을 수리해야 한다. 이와 같은 위원회 및 재판부의 수리여부에 대한 재판은 구두변론 없이 행해지고 또한 재판의 이유를 설시할 필요가 없으나 다만 수리거부사유의 어떠한 점에 해당되었는지에 관한 법률적인 관점을 기재하여야 한다.

(4) 1970. 12. 21.자 개정법률

동 개정법에서는 위 제93a조에 의한 3인위원회의 수리거부의 사유를 명백히 규정하였다. 즉, 동 개정조항 제3항에서 “헌법소원이 부적법하거나 또는 기타의 이유로 그 소원이 인용될 가능성이 희박한 경우에는, 위 위원회는 그 전원일치의 결정으로 헌법소원의 수리를 거부할 수 있다.”고 규정하여 종전에 “헌법소원이 이유없음이 명백할 것”이라는 불명확한 기준을 개선하였다.

653) 이는 우리 헌법재판소 지정재판부의 권한에는 없는 내용이다.

(5) 1985. 12. 12. 자 개정법률

동 개정법에서는 수리절차를 더 확대시킴으로써 3인위원회(Kammer, 지정 재판부)의 권한을 강화시켜 업무부담 경감의 실효를 거두어 보려고 하였다. 즉, 연방헌법재판소가 이미 기준이 될 헌법문제에 관하여 판단을 한 바 있었기 때문에 헌법소원이 이유 있음이 명백한 경우에는 지정재판부가 전원일치의 결정으로 동 헌법소원을 인용할 수도 있게 하였다.

(6) 2015. 8. 31.자 개정법률⁶⁵⁴⁾

동 개정법 제93b조에 따르면, 지정재판부(Kammer)는 헌법소원의 심판회부를 거부하거나⁶⁵⁵⁾ 헌법소원을 재판부의 심판에 회부할 수 있으며, 동법 제93c조에 따르면 제93a조 제2항 b목의 요건들⁶⁵⁶⁾이 충족되고 연방헌법재판소가 헌법소원에 대하여 기준이 되는 헌법문제를 이미 재판한 경우에는, 헌법소원이 명백히 이유 있는 경우에 지정재판부는 헌법소원을 인용할 수 있으며 이는 재판부(Senats)의 재판과 동일한 효력이 있다.

나. 일반등록부(Allgemeine Register) 제도

연방헌법재판소가 수많은 헌법소원사건을 적절히 간편하게 처리할 수 있도록 하기 위하여 입법자들이 마련해 준 조치들은 지극히 불충분한 것이었기 때문에, 연방헌법재판소가 이에 더하여 스스로 자구조치를 강구하였는바 이에 는 첫째, 일반등록부(AR) 제도, 둘째, 헌법소원의 보충성, 셋째, 심사의 범위를 '고유한 헌법률'의 침해만으로 제한하는 것 등이 있는데 여기에서는 일반 등록부 제도만을 살펴보기로 한다.

654) 이하 동법 규정의 한글번역은 헌법재판소 헌법재판연구원에서 발간한 「국가 별법령집(독일기본법·헌법재판소법·헌법재판소규칙)」(2016)을 참조하였음.

655) 지정재판부의 헌법소원 심판회부 거부에는 그 이유를 적시할 필요가 없다 (동법 제93d조 제1항).

656) “제90조 제1항에 열거된 권리(기본권 등)를 관철하기에 적절하고, 본안재판의 거절로 인하여 소원청구인에게 특별히 중대한 손실이 발생할 경우”를 말함.

「연방헌법재판소 사무규칙」⁶⁵⁷⁾ 제63조 제1항의 규정에 의하면 연방헌법 재판소에 접수된 사건 중에서 재판소의 행정사무와 무관하고 연방헌법재판소 법의 규정상 허용되지 않는 연방헌법재판소에 대한 청원은 일반등록부에 등재하고 사법행정사무로 처리하며, 특히 다음 각목의 사항에 대한 청원은 허용되지 아니한다. a) 연방헌법재판소의 판례와 계속 중이거나 종결된 소송절차에 관한 질의, b) 특정한 신청이 아니고, 연방헌법재판소 관할에 속하는 사안을 주장하지도 않는 청원서. 한편, 동조 제2항의 규정에 의하면 일반등록부에는 다음 각목과 같은 사안도 등록할 수 있다. a) 명백히 부적법하거나 연방헌법재판소 판례를 고려할 때에 명백히 인용될 수 없어서 심판회부(연방헌법재판소법 제93a조)의 대상이 되지 아니하는 헌법소원, b) 기타 명백히 부적법한 제청, c) 재판부 관할이 즉시 밝혀지지 아니하는 소송.

일반등록부예의 등재여부는 헌법재판소의 소장 또는 부소장 - 즉, 2개의 재판부의 각 재판장 - 이 이를 결정하되, 위 소장 또는 부소장은 그 결정권한을 재판장의 보좌관(“Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter”)⁶⁵⁸⁾에게 위임할 수 있다(동 사무규칙 제64조 제1항). 한편 재판장보좌관은 제63조 제2항 제a목의 경우, 즉 명백히 부적법하거나 연방헌법재판소 판례를 고려할 때에 명백히 인용될 수 없어서 심판회부의 대상이 되지 아니하여 일반등록부에 기재된 헌법소원의 제기인에게는 헌법소원에 관한 지침항(Belehrungsschreiben)⁶⁵⁹⁾ 및 연방헌법재판소의 판결을 고려한 그의 판단에 따라 그 헌법소원이 허용될 수 없거나 명백히 승소의 가능성이 없다는 판단을 청구인에게 고지함과 아울러 청구인이 그럼에도 불구하고 헌법재판소의 결정을 희망하는지의 여부에 관한 석명서를 송부하여야 하는데,⁶⁶⁰⁾ 이에 대하여 소원제기인이 일정한 기간 내에 재판부에 의한 재판을 희망하는 진술을 하면 그 사건은 소송등록부에 이기

657) 동 사무규칙의 한글번역은 위 「국가별법령집(독일기본법·헌법재판소법·헌법재판소규칙)」(2016)을 참조하였음.

658) 재판장보좌관은 법관의 자격을 갖춘 자이어야 한다. 이를 종전에는 Präsidialrat라고 하였는데, 이를 “수석심의회”으로 번역한 예가 있다. 강민형, “헌법소원심판의 청구절차”, 헌법재판자료 제2집, 헌법재판소, 1989, 193면; 김학성, “헌법소원에 관한 연구”, 법학박사학위논문, 서울대학교 대학원, 1990, 77면.

659) ‘법적 상황에 대한 설명’(Unterrichtung über die Rechtslage)을 말한다.

660) 이와 같은 절차를 교시절차(交示節次)라고 부른다.

(移記)된다(동 사무규칙 제64조 제2항). 이러한 진술이 없으면 사건은 종결된 것으로 간주된다. 그런데 이 경우 거의 대부분은 실무상 마지막까지 일반등록부에 그대로 남아 있음으로써, 즉 지정재판부(Kammer)나 재판부(Senat)의 판단에 이르지 아니하는 것이 보통으로 이로써 헌법재판소의 업무부담을 경감시켜 주고 있다고 한다.

다. 정리

이상과 같은 독일연방헌법재판소의 (넓은 의미의) 사전심사 과정을 정리해 보면, 먼저 재판장 보좌관이 ① 헌법재판소의 권한사항이 아닌 청구, ② 부적법한 청구, ③ 명백히 승소가능성이 없는 청구에 대하여 민원처리하고,⁶⁶¹⁾ 그 다음에 소재판부는 보좌관의 교시절차를 통하여 소송등록부에 넘어왔더라도 소원이 ① 부적법하거나 ② 명백히 인용가능성이 없는 경우에는 이를 전원일치에 의한 결정으로 수리를 거부(각하)하며, 더 나아가 소원이 이유 있음이 명백한 경우에는 전원일치에 의한 결정으로 그 헌법소원을 인용할 수도 있다. 그러므로 독일연방헌법재판소의 사전심사는 우리 헌법재판소의 사전심사에 비하여 그 권한의 양과 질에 있어서 월등히 큰 역할을 수행하고 있다고 볼 수 있다. 다만, 사전심사는 행정소송이나 민사소송에는 없는 헌법소원심판의 특유한 제도이므로 행정소송법이나 민사소송에 관한 법령이 준용될 여지가 없고, 기타 다른 법령이 유추적용될 수도 없다. 따라서 헌법소원심판의 사전심사제도는 소위 “헌법소송의 독자성”⁶⁶²⁾ 테제가 주장될 수 있는 영역이라고 할 것이다.

3. 보론(補論) : 사전심사의 강화방안

가. 개요

661) 일부의 경우 교시절차를 거친다.

662) 이에 대하여는 정태호, “헌법소송법의 독자성 문제에 관한 고찰”, 법과 국가 (운남서정호교수 정년기념논문집), 민영사, 1997, 326-353면 참조.

우리 헌법재판소도 넓은 의미의 사전심사단계, 즉 사건의 접수에서부터 전 원재판부에 심판회부하기까지는 독일연방헌법재판소의 경우와 마찬가지로 2 단계를 거치고 있다. 즉, 사건의 접수단계에서 헌법소원의 실질을 갖추지 못한 경우 심판사무국의 접수공무원이 이를 걸러 행정결재를 거쳐 사무처장 명의로 민원처리하는데, 이는 ‘민원처리에 관한 법률’에 따른 절차이다.⁶⁶³⁾ 한편, 지정재판부에 의한 (좁은 의미의) 사전심사는 헌법재판소법 제72조 제3항이 규정한 바와 같이 일정한 경우에 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 각하할 수 있을 뿐이다.

이와 같이 우리나라의 경우 독일의 예와 같은 접수단계에서의 재판장보좌관 제도를 채택하고 있지 않은바, 우리 헌법재판소의 경우도 그동안의 실무경험에 비추어 볼 때 독일처럼 일반등록부와 재판장보좌관 제도의 도입을 신중히 검토할 단계에 이르렀다고 본다. 왜냐하면 현재의 사건접수 및 민원처리 제도로는 (지정재판부를 포함한) 재판부의 업무부담 경감에 유효적절하지 못한 것이 사실이기 때문이다. 일반등록부 및 재판장보좌관 제도는 독일의 경우처럼 현행법 아래에서도 헌법재판소 규칙으로 도입이 가능하기 때문에⁶⁶⁴⁾ 그 필요성이 더욱 절실하다고 생각한다. 그 밖에 (좁은 의미의) 사전심사기능의 강화 내지 활성화 방안으로는 현재의 법 아래서의 사전심사의 활성화와 법 개정을 통한 지정재판부 기능의 강화를 생각해 볼 수 있는데, 전자에 관하여는 특별히 일반 민사소송의 재판장의 소장심사에 대응하는 재판장의 청구서⁶⁶⁵⁾심사가 문제된다.

나. 재판장의 청구서심사

(1) 문제의 제기

663) 헌법재판소의 자료에 의하면, 2010년부터 2019년 8월 사이에 민원사건은 2010년에 322건, 2011년에 343건, 2012년에 443건, 2013년에 402건, 2014년에 476건, 2015년에 524건, 2016년에 648건, 2017년에 982건, 2018년에 684건이 접수되었고, 2019년에는 8월말까지 619건이 접수되어 점점 증가하는 것을 알 수 있다.

664) 헌법 제113조 제2항, 헌법재판소법 제10조 참조.

665) 일반 민사소송의 소장에 해당한다.

일반 민사소송의 경우 소장이 접수되어 소송기록화된 뒤에 사법행정적 조치에 의하여 사건배당이 되면 우선 재판장은 소장이 적식(適式)인가의 여부를 심사한다(민소법 제254조). 이는 우리나라와 일본의 특유한 입법례로서, 소장 심사권을 재판장의 전속적 권한으로 한 것은 판단이 비교적 간단하기 때문에 합의부원 전원이 관여할 만한 것이 못되며 수소법원(受訴法院)이 변론에 들어가기에 앞서 소장의 명백한 하자를 재판장이 미리 시정함으로써 법원이나 피고의 소송경제를 도모함에 있다.⁶⁶⁶⁾

이와 같은 재판장의 소장심사는 행정소송법 제8조 제2항에 의하여 행정소송에도 준용된다. 그런데 민사소송법과 행정소송법을 준용하는 헌법소원심판의 경우에 재판장의 청구서 심사를 인정할 것인가? 일반소송에서의 소장심사는 소장에 인지부족 등의 흠결이 있을 때 재판장이 원고에게 상당한 기간을 정하여 그 흠결을 보정할 것을 명하고(보정명령), 원고가 소장의 흠결을 보정하지 않을 때에는 재판장의 명령으로 각하하여 소송을 종료시키는 것이다. 우리 헌법재판소법은 헌법소원의 심판청구가 부적법하나 보정할 수 있다고 인정하는 경우에 재판장이 상당한 기간을 정하여 보정을 요구하여야 한다고 규정할 뿐(동법 제28조), 청구인이 재판장의 보정요구에 응하지 않은 경우의 후속조치에 대하여 직접적인 규정을 두고 있지 않다. 뿐만 아니라, 위헌법률심판제청 신청서면의 심사에 관한 헌법재판소법 제41조 제3항의 규정을 헌법소원심판에 준용하는 조항도 없다. 따라서 헌법소원심판의 경우에도 재판장의 청구서심사와 그에 따른 청구서 각하명령이 가능할 것인가가 문제되는바, 아래와 같은 견해들이 있을 수 있다.

(2) 소극설

소극설은, 헌법소원심판의 경우는 그 성질상 일반 민사소송의 재판장의 소장심사와 그에 따른 소장각하에 친하지 않기 때문에 재판장의 청구서심사 및 청구서 각하명령을 허용할 수 없다는 것이다. 즉, 민사소송법을 준용하는 행정소송에 있어서 대법원이 “행정소송법 제14조⁶⁶⁷⁾가 ‘이 법에 특별한 규정이

666) 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2019, 273면.

667) 현행법 제8조에 해당한다.

없는 사항은 민사소송법의 정하는 바에 의한다.’고 하였어도 이는 특별한 규정이 없는 사항에 대하여 무제한으로 민사소송법을 적용한다는 취지가 아니라 그 성질이 허용하는 한도 내에서 그 법의 규정에 의한다는 뜻으로 해석하여야 할 것이다.”라고 판시한⁶⁶⁸⁾ 바와 같이, 헌법소원은 그 성질상 재판장의 청구서 각하명령이 허용되지 않는다고 한다. 또한 우리 헌법재판소법 제28조는 재판장의 보정명령만을 규정할 뿐이고 재판장의 청구서 각하에 관한 규정이 없으며, 그 보정명령에 불응한 경우는 동법 제72조 제3항에 규정한 대로 지정재판부의 각하결정으로 해결할 것이라고 한다.

(3) 적극설

적극설은, 헌법소원심판에서도 일반 민사소송에서와 같이 재판장의 청구서 심사와 그에 따른 청구서 각하명령은 가능할 뿐만 아니라 오히려 헌법소원심판에서 그 필요성이 더 크다는 것이다. 즉, 헌법소원의 가장 큰 문제점이 바로 남소의 폐단이라고 하는바, 1988. 9. 1. 개소 이래 2019. 8. 31.까지 지정재판부의 사전심사가 전원재판부의 업무부담을 덜어 주고 있는 것은 사실이나, 전원재판부에서 부적법하다는 이유로 각하된 사건이 1,570건⁶⁶⁹⁾에 이르는 등 screen 기능이 미약한 점에 비추어⁶⁷⁰⁾ 재판부의 업무부담을 줄여준다는 의미에서도 재판장의 청구서 각하명령은 유효한 수단이 될 것이라고 한다. 그리고 헌법재판소법 제72조 제3항 소정의 지정재판부 각하결정이 곧 재판장의 청구서 각하명령을 배제하는 것으로 볼 수는 없다고 한다.

668) 대법원 1962. 1. 20. 선고 4292행항13 판결.

669) 이는 지난 31년 동안 헌법소원의 전원재판부 결정 총 18,992건의 8.3%에 해당한다.

670) 참고로 개소 이래 2019. 8. 31.까지 헌법재판소가 처리(취하 포함)한 헌법소원은 모두 28,294건인데 그 중 지정재판부에서 17,422건, 전원재판부에서 10,872건이 처리되어 그 비율은 62 : 38이다. 즉 전원재판부가 38%의 사건을 처리하고 있다(이것은 다른 심판유형에서 전원재판부가 처리한 것을 제외한 숫자이다)는 것은 그만큼 전원재판부의 업무부담이 과중하다는 뜻이기도 하다. 한편 독일연방헌법재판소의 경우 1989년 한 해 동안 3,511건의 헌법소원 사건이 처리되었는데 그 중 재판부(Senat)가 처리한 것은 26건으로 그 비율은 0.74%에 불과했다고 한다(C. Pestalozza, 앞의 글, 413면).

(4) 검토

민사소송법상 재판장의 소장심사의 대상으로는 민사소송법 제254조 제1항에 의하여 ① 소장의 필요적 기재사항이 제대로 되어 있는지, 청구취지나 청구원인이 제대로 기재되어 있는지 등(탄원서와 같은 것이 아닌지), 날인 또는 서명이 제대로 되어 있는지, ② 소장에 소정의 인지를 첨부했는지의 여부와, 그 밖에 민사소송규칙 제62조에 의하여 ③ 청구를 뒷받침하는 구체적 사실, ④ 피고가 주장할 것이 명백한 방어방법에 대한 구체적인 진술, ⑤ 입증이 필요한 사실에 대한 증거방법의 기재여부도 대상으로 하였다.⁶⁷¹⁾

그런데 헌법소원심판의 경우 우선 탄원서 등과 같은 청구는 접수단계에서 민원처리되고, 헌법소원심판을 비롯한 헌법재판은 소송비용이 국고부담이며, 게다가 헌법소원심판이 청구되면 헌법재판소는 청구인의 주장에만 얽매어 판단을 한정하지 않고 가능한 한 모든 범위에서 헌법상의 기본권침해 여부를 직권으로 심사하고,⁶⁷²⁾ 실무상 재판장의 보정명령의 대부분을 차지하는 대리인선임 보정명령의 경우 그 불응시 지정재판부의 각하결정의 대상이며(헌법재판소법 제72조 제3항 제3호), 그 밖에 청구서심사 대상의 여지가 될 수 있는 헌법재판소법 제71조 제1항이 과연 심판청구서의 필요적 기재사항인지 여부도 헌법재판소의 관례상 미지수이기 때문에⁶⁷³⁾ 이의 미비를 이유로 청구서 각하명령을 할 수 있는지 의문이다.

또한 현재 헌법재판소의 실무는 적어도 지정재판부 단계에서는 주심재판관 중심의 사전심사가 이루어지고 있으며, 주심재판관은 재판장을 겸하지 않기 때문에⁶⁷⁴⁾ 헌법소원심판에 재판장의 청구서 심사제도를 도입할 실익은 별로

671) 이시윤, 앞의 책(2019), 274면.

672) 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22, 판례집 1, 176, 188; 헌재 1992. 10. 1. 91헌마31, 판례집 4, 620, 625.

673) 헌재 2017. 12. 28. 2016헌마45 : “헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 경우 헌법재판소는 심판청구서에 기재된 피청구인이나 청구취지에 구애됨이 없이 청구인의 주장요지를 종합적으로 판단하고, 침해된 것으로 주장하는 기본권과 침해의 원인이 되는 공권력을 직권으로 조사하여 피청구인과 그 심판대상을 확정하여야 한다(헌재 2015. 12. 23. 2013헌마182).”(판례집 29-2하, 506, 512)

674) 「지정재판부의 구성과 운영에 관한 규칙」 제4조 참조.

없어 보인다. 따라서 남소의 방지나 재판부의 업무부담 경감수단으로서의 재판장의 청구서심사는 별 실효성이 없으므로, 이들 문제는 접수단계에서의 민원처리의 활성화나 헌법재판소법 개정을 통한 지정재판부의 권한강화 내지는 사전심사 강화를 통해 해결해야 할 것이다.

다. 헌법재판소법의 개정을 통한 사전심사 기능강화

현행법상 지정재판부에서 할 수 있는 심리절차로는 재판장의 심판청구 보정명령(헌법재판소법 제28조), 증거조사(동법 제31조), 자료제출요구 등(동법 제32조)이 있다(동법 제72조 제5항). 그런데 실제로 헌법재판소의 실무에서는 재판장의 보정명령과 사실조회만이 빈번히 사용될 뿐 다른 절차는 거의 활용되지 않고 있다. 이는 지정재판부의 사전심사가 헌법재판소법 제72조 제3항 소정의 각하사유를 발견하기 위한 활동으로 제한될 수밖에 없기⁶⁷⁵⁾ 때문이기도 하고, 사전심사기간이 청구서 접수일로부터 30일 이내이기 때문에 기간이 너무 촉박하기 때문이기도 하다.

그러므로 독일의 경우와 같이 헌법재판소가 이미 기준이 될 헌법문제에 관하여 판단을 한 바 있기 때문에 헌법소원이 이유 있음이 명백한 경우에 지정재판부 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 헌법소원을 인용할 수 있도록 하고,⁶⁷⁶⁾ 반대로 헌법소원이 인용될 가능성이 전혀 없는 경우에는 그 소원을 기각할 수 있도록 법을 개정할 필요가 있다고 본다.⁶⁷⁷⁾ 설사 전자의 경우까지 나아가는 것은 어렵더라도, 후자의 경우는 반드시 법개정을 통해 확보해야 할 것이다.⁶⁷⁸⁾ 아울러 지정재판부의 사전심사를 활성화하기 위하여는 30일의 사전심사기간을 60일로 늘이는 것이 필요하다고 본다. 그리하여 현장검증이나

675) 같은 취지로, 김학성, 앞의 글(1990), 290면.

676) 예컨대, 헌법재판소는 헌재 2007. 11. 29. 2005헌가10 사건에서 소위 ‘양벌규정’에 대하여 최초로 위헌결정을 선고한 이래로, 양벌규정에 관한 많은 사건에서 “전원재판부에서” 위헌결정을 선고하였는바, 이들 사건이 (헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 포함한) 헌법소원의 형태로 접수된다면 “지정재판부에서” 인용(위헌)결정을 할 수 있을 것이다.

677) 같은 취지로, 김철용/김문현/정재황, 앞의 책, 325면.

678) 같은 취지로, 김철수, “헌법소송제도의 문제점과 개선방안”, 현대공법론의 연구(성계이규석교수 정년기념), 도서출판 삼선, 1992, 501면.

서증조사 등의 심리절차를 활성화해야 할 것이다.

또한 지정재판부에서도 수명재판관⁶⁷⁹⁾을 지정하여 그로 하여금 증거조사를 하게 할 수 있으므로(헌법재판소법 제31조 제2항, 제72조 제5항) 수명재판관을 통한 적극적인 증거조사가 요망된다. 헌법재판소의 업무부담,⁶⁸⁰⁾ 특히 전원재판부의 업무부담 경감은 절체절명(絶體絶命)의 과제라고 할 것인바, 모든 헌법소원사건을 모두 전원재판부의 판단을 받게 하는 것이 국민의 재판청구권을 보장하는 것은 아닌 만큼, 꼭 필요한 사건만을 전원재판부에 심판회부하여 그에 대하여 심도 있는 심리를 할 수 있도록 헌법재판소법의 개정⁶⁸¹⁾ 내지는 운영의 묘를 살리는 지혜가 필요하다고 본다.

Ⅲ. 변호사강제주의 및 국선대리인제도

1. 의의

각종 심판절차에 있어서 당사자인 사인(私人)은 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판수행을 하지 못한다. 다만, 그가 변호사의 자격이 있는 때에는 그러하지 아니하다(헌법재판소법 제25조 제3항). 이를 ‘변호사강제주의’라고 하며, 주로 사인이 적극적 당사자(청구인)인 헌법소원심판⁶⁸²⁾에서 문제된다.⁶⁸³⁾⁶⁸⁴⁾

679) 재판장은 필요하다고 인정할 경우에는 재판관 중 1인을 지정하여 위와 같은 증거조사를 하게 할 수 있는데(헌법재판소법 제31조 제2항), 이와 같이 지정된 재판관을 법원의 수명법관(민소법 제139조 제1항)과 같이 “수명재판관”이라고 부른다(「헌법재판소 심판규칙」 제11조 제2항, 제20조 제1항, 제47조 참조). 이 경우 주심재판관을 수명재판관으로 지정하는 것이 합리적이며, 헌법재판소 규칙으로 주심재판관은 별도의 지정이 없더라도 수명재판관으로 지정된 것으로 보는 규정을 둘도 바람직하다고 본다.

680) 2018년도 통계에 의하면 위헌법률심판 17건, 권한쟁의 2건, 헌법재판소법 제68조 제1항 헌법소원 1,810건, 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원 589건 등 모두 2,427건이 접수되어 재판관 1인당(헌법재판소장은 주심을 맡지 아니한다) 303건에 해당한다.

681) ‘지정재판부 권한강화의 입법론’에 대하여는 김하열, 앞의 책, 570-571면 참조.

682) 이는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원도 마찬가지이다. 따라서 이 항에서 논하는 변호사강제주의나 국선대리인제도에 대한 부분은 헌법재판소법

변호사의 자격이 없는 사인인 청구인이 한 헌법소원심판청구나 주장 등 심판수행은 변호사인 대리인이 추진한 경우에 한하여 적절한 헌법소원심판청구와 심판수행으로서의 효력이 있고 헌법소원심판대상이 된다.⁶⁸⁵⁾ 그러므로 대리인이 제출한 심판청구서에 청구인이 한 심판청구와 주장을 묵시적으로라도 추진하고 있다고 볼 내용이 없다면, 대리인의 심판청구서에 기재되어 있지 아니한 청구인의 그 전의 심판청구내용과 대리인의 심판청구 이후에 청구인이 제출한 추가된 별개의 심판청구와 주장은 당해사건의 헌법소원심판대상이 되지 않는다.⁶⁸⁶⁾

그러나 헌법재판소법 제25조 제3항의 취지는 헌법소원심판청구인의 헌법재판청구권을 제한하려는 데 그 목적이 있는 것이 아니므로, 변호사인 대리인에 의한 헌법소원심판청구가 있었다면 그 이후 심리과정에서 대리인이 사임하고 다른 대리인을 선임하지 않았더라도 청구인이 그 후 자기에게 유리한 진술을 할 기회를 스스로 포기한 것에 불과할 뿐, 헌법소원심판청구를 비롯하여 기항의 대리인의 소송행위가 무효로 되는 것은 아니다.⁶⁸⁷⁾

또한 대리인 변호사가 헌법재판소법에 따라 심판청구서를 제출했고 추가 제출한 청구이유서에서 사건의 핵심적인 쟁점사항에 대해서 상세히 주장하였고, 피청구인의 답변요지도 청구기각 의견 외에 별다른 주장이 없어 청구인의

제68조 제1항의 권리구제형 헌법소원심판절차뿐만 아니라 같은 조 제2항의 규범통제형 헌법소원심판절차에서도 공통적인 문제이다.

683) 탄핵심판이나 정당해산심판은 국가기관(국회·정부)이 적극적 당사자(청구인)가 되고, 탄핵심판의 대상인 공직자와 정당해산심판의 대상인 정당은 소극적 당사자(피청구인)의 지위에 있으므로 변호사강제주의가 적용되지 않는다고 할 것이다.

684) 한편, 탄핵심판절차에서의 피청구인은 단순한 사인의 지위에 있는 것이 아니라 공적 직무수행자의 지위에 있다고 보아야 하고, 정당해산심판절차의 피청구인인 정당 또한 단순한 사인의 지위에 있는 것이 아니라 국가기관에 준하는 지위에 있다고 보아야 하고, 아래에서 보는 변호사강제주의의 정당화 근거는 이들 심판절차의 피청구인에게는 해당되지 아니하므로, 탄핵심판절차나 정당해산심판절차에서는 변호사강제주의가 적용되지 않는다는 견해로 김하열, 앞의 책, 131-132면.

685) 헌재 1992. 6. 26. 89헌마132, 판례집 4, 387, 398.

686) 헌재 1995. 2. 23. 94헌마105, 판례집 7-1, 282, 286; 헌재 2010. 10. 28. 2009헌마438, 공보 169, 1956, 1958.

687) 헌재 1992. 4. 14. 91헌마156, 판례집 4, 216, 219.

주장과 소명 그 자체에 부족함이 없다면, 피청구인의 답변서 제출 전에 청구인의 대리인이 사임한 경우라도 구태여 다시 보정명령을 발해서 새로운 대리인을 선임하게 하고 그 대리인이 심판을 수행하게 할 필요는 없다.⁶⁸⁸⁾

한편, 헌법재판소법 제70조에서는 국선대리인제도를 규정하여 헌법소원심판을 청구하려는 자가 변호사를 대리인으로 선임할 자격이 없는 경우에는 그의 신청에 의하여⁶⁸⁹⁾ 국고(國庫)에서 그 보수를 지급하는 국선대리인을 선정해 주도록 하고 있다. 국선대리인의 보수는 매년 예산의 범위 내에서 재판관회의에서 정하고, 동 보수는 사안의 난이, 국선대리인이 수행한 직무의 내용, 청구인의 수, 변론의 횟수, 기록의 등사나 청구인 면담 등에 지출한 비용 기타 사항을 참작하여 예산의 범위 안에서 재판장이 증액할 수 있다.⁶⁹⁰⁾

그런데, 헌법재판소법상 변호사강제주의 및 국선대리인제도 역시 행정소송이나 민사소송에는 없는 헌법소원심판의 특유한 제도이므로 행정소송법이나 민사소송에 관한 법령이 준용될 여지가 없고, 기타 다른 법령이 유추적용될 수도 없다. 따라서 헌법소원심판의 변호사강제주의 및 국선대리인제도 역시 헌법소송의 독자성 태제가 주장될 수 있는 영역이라고 할 것이다.

2. 변호사강제주의의 이점(利點) 및 문제점

가. 이점(利點)

헌법재판소는 헌재 1990. 9. 3. 89헌마120등 사건에서 변호사강제주의 규정(헌법재판소법 제25조 제3항)에 대하여 합헌결정을 선고하면서, 변호사강제주의는 본인이 스스로 심판청구를 하고 심판수행을 하는 본인소송주의에 비하여 다음과 같은 이점이 있다고 판시하였다.

첫째, 재판의 본질을 이해하지 못하고 재판자료를 제대로 정리하여 제출할 능력이 없는 당사자를 보호해 주며 사법적 정의의 실현에 기여한다.

둘째, 승소가망성이 없는 사건을 사전에 변호사를 통해 소거(消法)시키는

688) 헌재 1996. 10. 4. 95헌마70, 판례집 8-2, 363, 366-367.

689) 따라서 직권으로 국선대리인을 선정해 줄 수는 없다.

690) 「헌법재판소 국선대리인의 선임 및 보수에 관한 규칙」 제9조.

한편, 재판자료를 법률적으로 다듬고 정리하여 재판소에 제출함으로써 보다 효율적인 헌법재판제도의 운영을 기할 수 있다.

셋째, 당사자가 스스로 소송을 수행할 때 법률보다도 감정에 복받쳐 사실을 불투명하게 할 수 있으며 선별 없는 무리한 자료의 제출로 재판자료를 산적하게 하여 심리의 부담을 가중시키고 또 경직하게 하는 폐해가 생길 수 있는데, 변호사강제주의는 이와 같은 문제점을 해소시키는 데 일조가 된다.

넷째, 재판관이나 법관과 기본적으로 공통된 자격을 갖추고 있는 변호사를 심리에 관여시키는 것이므로, 이로써 재판관의 관료적인 편견과 부당한 권위 의식 또는 자의(恣意)로부터 당사자가 보호될 수 있다.

나. 비판적인 견해 및 제기된 대안의 검토

그러나 위와 같은 이점에도 불구하고 변호사강제주의에 대하여는 비판의 소리도 만만치 않다. 즉, 이 이점이 민·형사소송과 달리 유독 헌법재판에만 변호사강제주의를 채택해야 하는 논거로는 부족하고, 또 변호사수임료가 고액인 현실에 비추어 자력(資力)이 없는 자의 헌법재판에의 접근을 막고 따라서 헌법재판을 받을 수 있는 권리를 침해할 우려가 있다⁶⁹¹⁾는 것이다. 또한 헌법소원사건에 있어 변호사가 아니면 제소할 수 없도록 한 것은 헌법소원제도의 활성화에 제약요소가 될 것이며, 잘못하면 국민의 재판청구권을 침해하는 결과를 가져오게 될 것이라는 견해⁶⁹²⁾가 있다. 그 밖에 변호사강제주의는 헌법소송의 무상(無償)이라는 이념에 반하고 자력 없는 국민의 헌법재판청구를 적어도 심리적으로는 제약하는 효과가 있음을 부인할 수 없다는 점에서 문제라는 견해⁶⁹³⁾도 있다.

한편, 변호사강제주의 자체는 헌법소원의 남소를 방지하고 헌법재판소의 심리를 신속·공정하게 하기 위한 것으로 부득이한 것으로 보면서도 대리인을 변호사 자격자에만 한정하는 것은 잘못이라는 견해가 있다.⁶⁹⁴⁾ 즉 대학교수

691) 김철용/김문현/정재황, 앞의 책, 23면.

692) 김학성, 앞의 글(1990), 290면.

693) 김철수, 앞의 글(1992), 466·484면.

694) 김철수, “헌법소원제도의 개선방안”, 법률의 위헌결정과 헌법소원의 대상 (헌법재판연구 제1권), 헌법재판소, 1990, 551면.

나 법학자 등에게도 개방해야 한다는 것이다.⁶⁹⁵⁾ 헌법재판소는 2010. 3. 25. 선고한 2008헌마439 사건에서도 헌법재판소법 제25조 제3항에 대하여 합헌결정을 선고하였는데, 다만 이 결정에는 재판관 2인(조대현·송두환 재판관)의 다음과 같은 반대의견이 있었다.

“헌법소원심판은 공권력의 행사로부터 국민의 기본권이 침해된 경우에 이를 구제하는 최후적 절차인 동시에, 객관적 헌법질서를 수호하고 유지하기 위한 절차이다. 또한 일반소송과는 달리 원칙적으로 서면심리에 의하고 예외적으로 필요하다고 인정하는 경우에만 구두변론을 하고 있으며 직권심리주의를 취하고 있는바, 변호사강제주의라는 엄격한 제소요건을 유지하는 것은 헌법소원심판의 본질과 심리방법의 특수성에 비추어 적정하지 않다고 보이므로, 재판청구권을 제한하는 목적의 정당성이나 수단의 적합성이 의문스럽다. 또한 청구인의 능력과 사건의 특수성을 심리하여 예외적으로 변호사 선임명령을 하거나, 심리에 특별히 장애가 되지 않는다고 판단될 경우 변호사 자격유무에 구애받지 않고 대리인 자격을 인정받을 수 있도록 하는 방법이 가능하며, 지정재판부의 업무를 강화하거나 공탁금제도의 활성화 또는 변호사 수입료에 대한 보조금 지급 등의 다른 대체수단을 통해서도 헌법소원의 남용을 방지할 수 있고, 심판청구의 보정요구나 민사소송법상 석명준비명령 등을 통해 청구인을 보호할 수 있다. 현행 국선대리인제도의 경우 선임신청을 위한 요건이 비교적 엄격하여 일반국민의 권리보호에 효과적으로 기여하고 있다고 볼 수 없으므로, 국선대리인제도의 존재만을 이유로 변호사강제주의의 정당성을 인정하기 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항(헌법재판소법 제25조 제3항)은 헌법소원심판의 본질에 부합하지 않고 재판청구권을 침해하므로 헌법에 위반된다.”

그렇다면 일부 학자들이나 위 현재 2008마439 결정의 반대의견에서 지적하듯 대학교수나 법학자들⁶⁹⁶⁾이 헌법소원심판의 대리인이 될 수 있도록 하는 방안은 어떤가? 이 경우 공법학교수인 대리인 선임비용이 과연 현재의 변호사인 대리인 선임비용보다 저렴할 것인지 여부가 분명치 아니하며, 공법학교수들이 변호사들보다 더 성의 있고 효율적인 심판수행을 할 것인지 여부도

695) 김철수, 앞의 글(1992), 499면.

696) 이들은 法學, 특히 公法을 전공하는 大學教授를 의미하는 뜻일 것이다. 김철용/김문현/정재황, 앞의 책, 29면 참조.

단정할 수 없을 것이다. 또한 일정 기간 이상 헌법연구관 경력을 가진 자에게도 대리인자격을 인정하자는 견해⁶⁹⁷⁾도 현재 헌법연구관 모두 변호사 자격이 있는 자들이며 비록 헌법재판소법(제19조)상 변호사 자격이 없는 자도 헌법연구관이 될 수는 있으나 그 수는 현실적으로 극소수일 것이 예상되므로 실효성 있는 대안은 못 될 것으로 생각한다.

이와 같이 헌법재판소법에서 변호사강제주의를 규정하고 있고 이에 대해 헌법재판소의 합헌결정이 내려진 상태이며, 변호사강제주의의 채택여부는 합헌이나 위헌이냐의 문제라기보다는 입법정책의 문제라고 보는 입장⁶⁹⁸⁾도 있는 만큼 현실적으로 동 규정이 폐지되지 않는 한 변호사강제주의의 문제점을 논의하는 것은 무익한 노력이 될 수밖에 없을 것이다.

다시 말하면, 변호사들의 헌법재판에 대한 관심의 증대, 변호사 선임비용의 하향조정 등이 수반되지 않으면 국민들의 헌법재판에의 접근(헌법소원심판청구)에 변호사강제주의 규정이 걸림돌이 되는 현상은 피할 수 없을 것이다.

3. 국선대리인제도

가. 국선대리인제도의 문제점

앞에서 본 바와 같이 변호사강제주의에 대한 대상조치(代償措置)로서 헌법재판소법은 국선대리인제도를 두고 있다. 실제로 헌법재판소의 자료에 따르면 개소 이래 초창기 5년간 - 1988. 9. 1.부터 1993. 8. 31.까지 - 국선대리인 선임신청은 모두 462건이 접수되어 그 중 154건이 인용(국선대리인선정)되고 294건은 기각 또는 각하되었고 12건은 취하되었으며 2건은 계속 중이었으므로 국선대리인 선정률은 34% [154/(154+294)] 정도였다. 한편, 2019년 국회 법제사법위원회의 헌법재판소 국정감사에 따른 자료에 의하면 최근 5년간 국선대리인 선정률은 2015년 11.8%, 2016년 13.9%, 2017년 15.2%, 2019년 1-8월까지 12.8%로,⁶⁹⁹⁾ 초창기 5년 동안의 국선대리인 선정률의 절반 이하로 떨어졌

697) 김철용/김문현/정재황, 앞의 책, 29면.

698) 김철용/김문현/정재황, 앞의 책, 26면.

699) 법률신문, 2019.10.7.자, 5면 기사 참조.

음을 알 수 있다. 다만, 헌법소원 접수건수 추이를 보면 초창기인 1989년 283건, 1990년 290건, 1991년 255건, 1992년 367건 등 총 1,195건이었는데, 최근에는 2015년 1,813건, 2016년 1,921건, 2017년 2,589건, 2018년 2,408건 등 총 8,731건으로 7.3배로 크게 늘어나 선정되는 국선대리인 건수 역시 크게 늘어난 것은 사실이다.

그렇지만 이제까지 국선대리인제도가 변호사강제주의의 대상조치로서의 기능을 다 하고 있었는가? 라는 질문에는 현실적으로 국선대리인제도가 적극적으로 활용되고 있다고는 볼 수 없다는 답을 할 수밖에 없을 것이다. 왜 그런가? 그 이유를 다음과 같이 설명해 볼 수 있을 것이다.

첫째, 국선대리인 선정의 기준이 비교적 엄격했다. 즉 현행법령상 변호사인 대리인을 선임할 자격이 없다는 소명을 요구하고 있고 실무상으로도 2019. 6. 19. 「국선대리인의 선임 및 보수에 관한 규칙」이 개정되기 전까지는 지방세 미과세 증명은 물론이고 영세민증명서, 생활보호대상자 증명서 등을 요구하고 있었기 때문에⁷⁰⁰⁾ 소위 무자격 소명부족으로 기각되는 경우가 많았다고 볼 수 있다.

둘째, 현행법상 직권에 의한 국선대리인선정이 불가능하다. 즉, 헌법재판소법 제70조 제1항은 “헌법소원심판을 청구하고자 하는 자가 변호사를 대리인을 선임할 자격이 없는 경우에는 헌법재판소에 국선대리인을 선임하여 줄 것을 신청할 수 있다.”고 규정하고, 동조 제2항은 헌법재판소는 제1항의 “신청이 있는 때”에는 헌법재판소 규칙이 정하는 바에 따라 변호사 중에서 국선대리인을 선정한다고 규정하고 있기 때문에 신청에 의한 선정만이 가능하도록 되어 있다. 이로써 많은 경우에 청구인이 국선대리인선임신청 자체를 하지 않아 본안(헌법소원)이 심판받을 기회를 상실하고 대리인선임이 없음을 이유로 각하되는⁷⁰¹⁾ 결과를 빚고 있다.

셋째, 국선대리인의 보수가 너무 낮았다. 종전까지는 국선대리인으로 선정된 변호사에게 최고 100만원의 범위 내에서 보수가 지급되었는데, 보통 30만원 정도가 대종을 이루었다. 헌법재판소 자료에 의하면 전원재판부에서 처리되는 사건 중 법정 심판기간인 180일 이상이 걸리고 있는 사건의 비율이 75%인 상황에서 50만원이 채 안 되는 보수를 받는다는 것은 현실성이 없는

700) 개정전 동 규칙 제4조 제1항 참조.

701) 이 경우 물론 지정재판부 재판장의 대리인선임 보정명령이 선행한다.

것이라 아니 할 수 없다. 국선대리인의 보수는 대리인 자신의 노력 여하(준비 서면 등 제출)에 따라 올라갈 수 있으나 상한선이 100만원이었고 그나마 상한성 가까이에 이른 경우는 거의 없는, 소위 “경제성”이 없었다. 이는 바로 국선대리인의 무성의로 이어져 상당수의 국선대리인이 청구인의 승소를 위해 적극적으로 노력하지 않는 경향을 보이고 있었다고 평가할 수 있을 것이다.

나. 국선대리인제도의 활성화 방안

변호사강제주의의 대상조치로서 국선대리인제도는 활성화되어야 한다. 첫째, 국선대리인보수의 현실화(인상)의 측면을 살펴본다. 헌법재판의 고도의 기술화·전문성⁷⁰²⁾에 비추어 보거나 또는 전원재판부에 심판회부된 헌법소원의 경우 심판기간이 6개월 이상 걸리는 사건이 75% 이상인 점을 고려할 때 실제 지급하는 국선대리인보수를 상한선에 근접시키는 조치가 필요하다. 그래야 국선대리인으로 선정된 자에게 최소한의 의욕을 기대할 수 있을 것이다. 다행히 헌법재판소는 최근에 국선대리인 보수의 상한선을 200만원으로 상향조정하고, 국선대리인으로 선정되면 기본적으로 60만원을 책정하고, 심판청구서(보충서) 등 서면을 제출하면 1회당 15만원을 추가로 지급하기로 했는데, 보통 75만원이 지급된다고 한다. 국선대리인 보수는 사건의 난이도, 청구인 수, 국선대리인의 청구인 면담이나 서면제출 등 노력 여하에 따라 금액이 올라갈 수 있는데, 실제로 상한선인 200만원을 지급한 경우도 있었다고 한다. 종전의 경우와 비교해 볼 때 많이 개선된 것은 분명하나, 최소 수령액을 100만원으로, 상한액을 300만원으로 인상하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

둘째, 국선대리인을 선정해 주는 요건을 완화해야 한다. 2019. 6. 19.자로 개정·시행된 국선규칙 제4조 제1항에서는 헌법재판소법 제70조 제1항에서 규정한 변호사를 대리인으로 선임할 자격이 없는 자의 기준을 “1. 월평균수입이 300만원 미만인 자, 2. 삭제 <2006.5.29>, 3. 「국민기초생활보장법」에 따른 수급자 및 차상위계층, 4. 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」에 의한 국가유공자와 그 유족 또는 가족, 5. 「한부모가족지원법」에 따른 지원대상자, 6. 「기초연금법」에 따른 기초연금수급자, 7. 「장애인연금법」에 따른 수급자, 8.

702) 위 89헌마 120·212 병합결정의 이유 참조.

『북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률』에 따른 보호대상자, 9. 위 각호에는 해당하지 아니하나, 청구인이 시각·청각·언어·정신 등 신체적·정신적 장애가 있는지 여부 또는 청구인이나 그 가족의 경제능력 등 제반사정에 비추어 보아 변호사를 대리인으로 선임하는 것을 기대하기 어려운 경우”로 예시하고 있다. 이와 같은 요건 완화와 함께 실무상으로도 적극적으로 국선대리인을 선정해 주어야 할 것이다.

셋째, 재판부의 직권으로도 국선대리인을 선정할 수 있어야 한다.⁷⁰³⁾ 지정 재판부의 사전심사결과 전원재판부의 심판이 필요하다고 판단되는 사건에 있어서, 당사자의 신청이 없더라도 기록상 일응 무자력으로 추정되는 경우에는 직권으로 국선대리인을 선정할 수 있도록 헌법재판소법 제70조의 개정이 요구된다. 그러면 국선대리인제도는 훨씬 활성화될 것이다.

IV. 헌법소원심판의 당사자

헌법소원심판에 있어서 당사자라 함은 헌법소원심판에서 자기의 이름으로 권리보호를 요구하거나(청구인) 요구받는(피청구인) 자라고 할 수 있다. 당사자는 자기 이름으로 판결(결정)을 요구하고 요구받는 자이기 때문에 미성년자의 친권자나 법인의 대표이사와 같은 법정대리인은 타인의 이름으로 판결(결정)을 요구하는 자이므로 당사자가 아니다. 헌법소원에 있어서 변호사 강제주의를 채택하고 있으나 그렇다고 하여 그 대리인이 당사자가 아님은 물론이다.

1. 청구인

가. 헌법소원능력

헌법소원능력이란 헌법소원의 주체가 될 수 있는 일반적 능력, 즉 헌법소원심판절차에서 청구인·피청구인 또는 참가인이 될 수 있는 능력을 말한다. 헌법소원능력은 헌법절차법상의 권리능력이라고 불리는 것으로 헌법실체법상

703) 같은 취지로, 김철수, 앞의 글(1992), 484면.

의 기본권보유능력과 대응된다.⁷⁰⁴⁾

나. 단체의 헌법소원심판청구능력

우리 헌법은 법인의 기본권향유능력을 인정하는 명문의 규정을 두고 있지 않지만, 본래 자연인에게 적용되는 기본권규정이라도 언론·출판의 자유, 재산권의 보장 등과 같이 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권은 당연히 법인에게도 적용하여야 할 것이다(권리성질설).

따라서 법인도 사단법인·재단법인 또는 영리법인·비영리법인을 가리지 아니하고 위 한계 내에서는 헌법상 보장된 기본권이 침해되었음을 이유로 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 또한 법인 아닌 사단·재단이라고 하더라도 대표자의 정함이 있고 독립된 사회적 조직체로서 활동하는 때에는 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권을 침해당하게 되면 그의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있다(헌법재판소법 제40조, 민소법 제52조 참조). 다만, 위와 같은 단체는 원칙적으로 단체자신의 기본권을 직접 침해당한 경우에만 그의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있을 뿐이고 그 구성원을 위하여 또는 구성원을 대신하여 청구할 수는 없다.⁷⁰⁵⁾

2. 피청구인

가. 피청구인적격

행정소송법은 취소소송에 있어서 피고적격에 관하여 다른 법률에 특별한 규정⁷⁰⁶⁾이 없는 한 그 처분이나 재결을 행한 행정청(처분청·재결청)이 피고가 된다고 규정하고(동법 제13조 1항), 동 규정은 무효등확인 소송과 부작위

704) 김학성, 앞의 글(1990), 199면.

705) 헌재 1991. 6. 3. 90헌마56, 판례집 3, 289, 297.

706) 공무원에 대한 징계 기타 불이익처분의 처분청이 대통령인 때에는 소속 장관(대통령령이 정하는 기관의 장을 포함)이(국가공무원법 제16조), 헌법재판소장이 행한 처분의 경우에는 헌법재판소사무처장이(헌법재판소법 제17조 제5항) 각 피고가 된다.

위법확인 소송의 경우에 이를 준용한다(동법 제38조). 본래 처분이나 재결의 효과가 귀속되는 권리주체는 국가나 공공단체이므로 이들이 피고가 되는 것이 원칙이나 항고소송의 경우 사안의 접근성과 소송수행상의 편의를 고려하여 그 기관인 당해 행정청을 피고로 한 것이다.⁷⁰⁷⁾

헌법소원심판에 있어서도 이들 행정청이 피청구인이 된다(헌법재판소법 제40조 참조). 헌법재판소는 피청구인에 대하여 “헌법소원심판은 그 특성상 청구서와 결정문에 반드시 피청구인을 특정하거나 청구취지를 기재할 필요가 없으며 청구서에 피청구인을 잘못 특정하고 있더라도 피청구인의 잘못된 표시는 헌법소원심판 청구를 부적법하다고 각하할 사유가 되는 것이 아니며 소원심판 대상은 어디까지나 공권력의 행사 또는 불행사인 처분 자체이다. 그러므로 심판청구서에서 청구인이 처분청인 피청구인이나 청구취지를 잘못 지정한 경우에도 권리구제절차의 적법요건에 흠결이 있는 것이 아니어서 직권으로 불복한 처분(공권력)에 대하여 정당하게 책임져야 할 처분청(피청구인)을 지정하여 정정할 수도 있고 처분청을 기재하지 아니할 수도 있다. 따라서 헌법재판소는 청구인의 주장요지를 종합적으로 판단해야 하며, 청구인이 주장하는 침해된 기본권과 침해의 원인이 되는 공권력을 직권으로 조사하여 피청구인과 심판대상을 확정하여 판단해야 한다.”고 판시한 바 있다.⁷⁰⁸⁾

나. 피청구인경정

피청구인경정이란 헌법소원심판 계속 중에 원래 피청구인으로 지정된 자를 다른 자로 변경하는 것을 말한다. 행정소송법은 원고가 피고를 잘못 지정한 때, 행정청의 권한변경(권한승계·기관폐지)이 있을 때, 그리고 소의 변경이 있는 때에는 원고가 불측의 손해를 입는 것을 방지하기 위하여 피고의 경정을 인정하고 있다(동법 제14조). 피고경정이 있으면 새로운 피고에 대한 소송은 처음에 소를 제기한 때에 제기된 것으로 보며, 종전의 피고에 대한 소는 취하된 것으로 본다.

원래 행정법규나 행정조직은 매우 복잡할 뿐만 아니라 수시로 변경되기 때

707) 홍준형, 앞의 책, 257면.

708) 헌재 1993. 5. 13. 91헌마190, 판례집 5-1, 312, 320.

문에 항고소송의 피고로 할 처분행정청을 판단하기란 쉽지 아니한 경우가 많으며 그 때문에 피고의 지정을 그르치는 예가 적지 아니하다. 그런데 피고를 잘못 지정하여 제소한 경우에 피고적격을 그르친 위법한 소라 하여 각하하게 되면 원고가 뒤에 피고적격을 가지는 정당한 피고를 상대로 다시 항고소송을 제기하려 하여도 그때에는 이미 제소기간이 도과되어 적법하게 소를 제기할 수 없게 됨으로써 권리구제를 받을 수 없는 결과가 되고 만다. 이와 같은 현상은 제소기간의 제한이 없는 민사소송의 경우와는 전혀 다른 사정이다. 그러므로 행정소송법은 피고의 지정을 그르침으로 인한 원고의 불측의 손해를 막기 위하여 피고경정에 관한 명문의 규정을 둔 것이다.⁷⁰⁹⁾

헌법재판소는 헌법소원심판청구의 대상이 된 처분을 나중에 청구취지등정정서를 내어 다른 처분으로 교환적 변경을 한 경우에 변경에 의한 신청구는 그 청구변경서를 제출한 때에 제기한 것으로 볼 것이고 따라서 이 시점을 기준으로 하여 청구기간의 준수여부를 가려야 할 것이라고 판시한 바 있다.⁷¹⁰⁾ 그러나 이 사건은 청구취지 자체가 변경된 사안으로 청구의 기초에 변경이 있었으므로, 헌법재판소가 청구의 기초에 변경이 없는 소의 변경(헌법재판소법 제40조, 행소법 제21조 제1항, 제4항)에 의한 피청구인경정을 부정했다고 볼 수는 없을 것이다.

3. 임의적 당사자 변경신청의 적법여부

가. 개요

헌법소원심판절차에서 임의적 당사자변경을 인정할 것인가가 문제된다. 이 점에 관해서는 헌법재판소법에 명문의 규정이 없기 때문에 준용규정인 헌법재판소법 제40조에 의거하여 행정소송법과 민사소송법의 규정을 준용하여 판단할 수밖에 없다. 그런데 행정소송법 제14조가 피고의 경정을 인정하고 있고, 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부개정된 것) 제260조가 피고의 경정을, 같은 법 제68조, 제70조가 필수적 공동소송인, 예비적·선택적 공동

709) 이상규, 신행정쟁송법, 법문사, 2000, 376-377면.

710) 헌재 1992. 6. 26. 91헌마134, 판례집 4, 457, 459.

소송인의 추가를 인정하는 외에는 피고의 추가적 변경을 인정하는 규정은 존재하지 아니하므로,⁷¹¹⁾ 원칙적으로 임의적 당사자변경은 인정되지 않는다. 또한 당사자변경을 자유로이 허용한다면 심판절차의 진행에 혼란을 초래하고 또 상대방의 방어권 행사에도 지장을 줄 우려가 있으므로 당사자의 동일성을 해치는 임의적 당사자변경은 헌법소원심판에서도 원칙적으로 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다.⁷¹²⁾

나. 청구인 변경 신청의 경우

헌법재판소는, “청구인들은 1997. 11. 26.자 청구인변경신청서에서 ‘당사자 표시 변경신청’이라는 제목을 붙여 청구인 표시를 청구인들이 소속되어 있는 ‘주식회사 ○○프로덕션’으로 변경하여 달라는 신청을 하고 있는데, 주식회사와 그 소속 직원 사이에는 법적인 동일성이 존재하지 아니하므로 위 신청은 단순히 당사자표시의 정정신청으로 볼 수는 없고(설사 당사자표시정정신청의 취지라 하더라도 이를 받아들일 수 없다), 임의적 당사자변경의 신청이라고 보아야 할 것이고, 따라서 이 사건 청구인변경신청은 허용되지 않는 것이어서 이를 받아들이지 아니한다.”고 판시하였다.⁷¹³⁾

다. 피청구인 추가·변경 신청의 경우

헌법재판소는 헌법소원심판에서의 피청구인 추가에 대한 사례에서, “청구인의 위 1999. 4. 24.자 청구취지 등 변경신청서는 피청구인으로 (공무원연금관리공단 이사장 이외에) 국방부장관과 국방부직할 제9125부대장을 추가하는 것을 내용으로 하고 있는데, 이와 같이 피청구인의 추가적 변경을 자유로이 허용한다면 심판절차의 진행에 혼란을 초래하고 또 상대방의 방어권 행사에도 지장을 줄 우려가 있기 때문에 당사자의 동일성을 해치는 임의적 당사자변경은 원칙적으로 허용되지 않는다.”고 판시하였다.⁷¹⁴⁾

76) 이 점은 위 개정 전의 민사소송법도 마찬가지이다.

712) 헌재 2003. 12. 18. 2001헌마163, 판례집 15-2하, 562, 568.

713) 헌재 1998. 11. 26. 94헌마207, 판례집 10-2, 716, 724-725.

4. 소송(심판)참가

가. 개요

널리 제3자의 소송참가라 함은 현재 계속중인 타인간의 소송에 제3자가 자기의 이익을 옹호하기 위하여 관여하는 것을 가리킨다. 여기에는 크게 나누어 ① 종전의 당사자 가운데 어느 일방의 승소보조자의 지위에 참가하는 ‘보조참가’와 ② 종전의 당사자와는 동등한 당사자의 지위에서 참가하는 ‘당사자참가’가 있다. 보조참가에는 다시 단순히 법률상의 이해관계를 갖는 자가 참가하는 ‘통상의 보조참가’와 판결의 효력은 받으나 당사자적격이 없는 자가 참가하는 ‘공동소송적 보조참가’가 있다. 또 당사자참가도 다시 참가하는 제3자가 종전의 당사자와의 관계에서 대립관계관계에 서는 ‘독립당사자참가’와 그와의 관계가 같은 편의 연합관계가 되는 ‘공동소송참가’, 그리고 그 승계인으로 소송상의 지위를 물려받는 ‘승계참가’로 나누어진다.⁷¹⁵⁾

헌법재판소의 심판절차에 관하여 헌법재판소법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사소송에 관한 법령이 준용되므로(헌법재판소법 제40조 제1항 전문) 이해관계인은 보조참가 등 소송참가를 할 수 있다(민소법 제71조, 제76조). 따라서 이해관계인은 새로운 사실의 주장과 증거의 제출 및 참고인 신청 등과 같이, 재판내용에 따라 당사자가 아니면 할 수 없는 것을 제외하고는, 재판에 관하여 공격·방어·이의 등 기타의 절차적 소송행위를 할 수 있다.

나. 민사소송법상 공동소송참가

현재 타인이 제기한 헌법소원심판에 제3자가 자기의 이익을 옹호하기 위하여 관여하는 경우, 헌법재판소법에는 공동심판참가나 보조참가 등에 관한 규정이 없으므로 민사소송법과 행정소송법 중 관련규정의 준용을 검토해야 한

714) 헌재(제1지정재판부) 1999. 4. 27. 99헌마178, 공보·판례집 미수록. 同旨, 헌재 2003. 12. 18. 2001헌마163, 판례집 15-2하, 562, 568; 헌재 2019. 5. 30. 2018헌마1208등, 공보 272, 661, 664.

715) 이시윤, 앞의 책(2019), 785면.

다. 그런데 행정소송법상 제3자의 소송참가(제16조)는 소송의 결과에 따라 권리 또는 이익의 침해를 받을 제3자가 관련 행정소송에 참가하는 것이다. 법령에 의하여 헌법상 보장된 기본권이 침해되었음을 이유로 헌법소원이 청구된 경우, 기존의 청구인과 법적 지위를 같이 하는 제3자의 입장에서는 헌법소원이 인용되면 기본권의 구제를 받게 되고, 설령 헌법소원이 각하·기각되더라도 그로 인하여 권리 또는 이익의 침해를 받는 것은 아니다. 그러므로 현재 계속 중인 헌법소원심판에 청구인과 법적 지위를 같이 하는 제3자가 자기의 이익을 옹호하기 위하여 관여하는 경우 행정소송법은 준용될 여지가 없고⁷¹⁶⁾ 민사소송법만이 준용된다. 따라서 법령에 대한 헌법소원심판에서 그 목적이 청구인과 제3자에게 합일적으로 확정되어야 할 경우, 그 제3자는 공동청구인으로서 심판에 참가할 수 있다(헌법재판소법 제40조 제1항, 민소법 제83조 제1항). 다만 공동심판참가인은 별도의 헌법소원을 제기하는 대신에 계속 중인 심판에 공동청구인으로서 참가하는 것이므로 그 참가신청은 헌법소원 청구기간 내에 이루어져야 한다.⁷¹⁷⁾ 또한 (구)민사소송법 제76조(신법 제83조) 소정의 공동소송참가란 소송의 목적이 당사자의 일방과 제3자에 대하여 합일적으로만 확정될 경우에 그 제3자는 별소를 제기하는 대신에 계속 중의 소송에 공동소송인으로 참가하는 것으로서, 자기 자신도 피참가인인 당사자와 마찬가지로 당사자적격을 구비하지 않으면 안 된다.⁷¹⁸⁾

헌법재판소는 심판대상조항에 대하여 헌법소원을 청구할 당사자적격을 갖춘 사람들이 헌법소원 청구기간 내에 자신들을 청구인으로 추가하여 줄 것을 요청하는 내용의 ‘청구인추가신청서’를 제출한 사례에서, “청구인의 추가는 당사자표시정정의 범위를 넘을 뿐만 아니라 이를 허용할 법률적 근거가 없고, 오히려 헌법재판소법 제40조 제1항에 의하여 준용되는 민사소송법에 의하면 그러한 형태의 임의적 당사자변경은 허용되지 아니한다. 한편, 이 사건 헌법소원이 인용되어 이 사건 심판대상조항이 위헌으로 결정되면 그 결정은 모든

716) 헌재 1993. 9. 27. 89헌마248, 판례집 5-2, 284, 295 참조.

717) 헌재 1993. 9. 27. 89헌마248, 판례집 5-2, 284, 295-296; 헌재 2009. 4. 30. 2007헌마106, 공보 151, 966, 972. 한편, 공동심판참가를 하였으나 청구기간이 경과한 경우에 이를 보조참가인으로만 인정한 사례로 헌재 2010. 10. 28. 2008헌마408, 공보 169, 1897, 1901-1902 참조.

718) 헌재 1991. 9. 16. 89헌마163, 판례집 3, 505, 512. 同旨, 헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1098, 공보 145, 1554, 1558.

국가기관과 지방자치단체를 기속하기 때문에 청구인들뿐만 아니라 ‘추가청구인들’도 퇴직연금이 지급정지되지 않는 효력이 생긴다. 즉, 청구인들과 추가청구인들이 헌법소원심판청구를 공동으로 할 것은 강제되지 않지만, 위헌결정의 효력이 사실상 추가청구인들에게도 미치므로 합일확정의 필요가 있는 경우라 할 것이다. 그렇다면 추가청구인들이 이 사건 심판대상조항에 대하여 헌법소원심판을 청구할 당사자적격을 갖춘 사람들로서 헌법소원 청구기간 내에 ‘청구인추가신청서’를 제출한 점을 감안하여, 위 ‘청구인추가신청’을 헌법재판소법 제40조 제1항, 민사소송법 제83조에 의한 적법한 공동심판참가신청으로 보기로 한다.”고 판시하였다.⁷¹⁹⁾

다. 민사소송법상 독립당사자참가

헌법소원절차에 독립당사자참가가 허용될 수 있을까? 아직 헌법소원사건에 독립당사자참가신청의 예가 없어 헌법재판소의 판례도 없으나, 구 행정소송법 하에서 대법원은 “민사소송법에 대한 특별법인 행정소송법에 있어서는 동법 제3조720)에 처분을 행한 행정청을 상대로 하여 제기하라고 규정되어 있으므로 행정청이나 그 소속기관 이외의 자는 피고로 할 수 없다. 그러므로 이 사건에서와 같이 행정청 아닌 원고를 피고로 하여 독립당사자참가를 하는 것은 허용되지 아니한다.”고 판시하여⁷²¹⁾ 항고소송에서의 독립당사자참가를 부정하는 입장을 분명히 하였다. 따라서 민사소송에 관한 법령의 규정과 행정소송법은 준용하되 행정소송법을 우선 준용하는(헌법재판소법 제40조 참조) 헌법소원심판절차에 있어서 당사자적격, 제소요건 및 헌법소원제도의 취지 등에 비추어 볼 때 독립당사자참가는 인정될 수 없다고 본다.

719) 헌재 2008. 2. 28. 2005헌마872등, 공보 137, 356, 361. 同旨, 헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1098, 공보 145, 1554, 1558-1559; 헌재 2013. 12. 26. 2011헌마 499, 공보 207, 137, 140.

720) 현행 행정소송법 제13조에 해당한다.

721) 대법원 1970. 8. 31. 선고 70누70·71 판결. 同旨, 대법원 1957. 10. 11. 선고 4290행상63 판결.

라. 민사소송법상 보조참가

헌법소원심판청구사건에도 보조참가신청⁷²²⁾이 간혹 있으나 헌법재판소는 1991. 9. 16. 선고한 89헌마163 사건에서 한약업사인 청구인의 승소를 보조하기 위해 참가한 대한한의사협회에 대하여 헌법재판소법 제74조 소정의 의견을 진술할 수 있는 이해관계기관에 해당된다고 보고 그 의견을 참작하였다.

또한 현재 2000. 12. 14. 2000헌마308 (방송법 부칙 제7조 제2항 위헌확인) 사건에서는, (주)서초종합유선방송은 청구인(중계유선방송사업자인 ‘○○유선방송 주식회사’의 대표자이다)과 반대 이해관계에 있는 자로서 위 법률조항에 대한 합헌의견을 내며 보조참가신청을 하였고, 헌법재판소는 이를 “보조참가인의 의견”으로 기재하였다. 그 밖에 공동심판참가신청을 한 자들을 당해 헌법소원심판의 결과에 법률상 이해관계가 있다고 보아 보조참가인으로 인정한 사례⁷²³⁾도 있다.

마. 행정소송법상 제3자의 소송참가

행정소송법 제16조(제3자의 소송참가) 제1항은 “법원은 소송의 결과에 따라 권리 또는 이익의 침해를 받을 제3자가 있는 경우⁷²⁴⁾에는 당사자 또는 제3자의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 제3자를 소송에 참가시킬 수 있다.”⁷²⁵⁾고 규정하고 있다. 이것은 소송당사자 이외의 제3자의 권익보호를

722) 주로 청구인을 위한 신청이다.

723) 현재 2008. 2. 28. 2005헌마872등 결정; 현재 2008. 5. 29. 2005헌마1173 결정 참조.

724) 예컨대, “①수용된 토지소유자가 토지수용위원회를 피고로 하여 수용재결의 취소를 구한 경우의 사업시행자, ②제3자호 행정행위 : i)연탄공장의 설치허가 또는 주유소설치허가에 대하여 인근주민 또는 기존업자가 그 위법을 이유로 취소소송을 제기한 경우 수익적 처분의 상대방, ii)특정 사업허가의 경원자(競願者) 중 면허를 받지 못한 자가 자신에 대한 거부처분의 취소소송을 제기한 경우 면허를 받은 자” 등이 소송참가 자격이 있는 제3자가 된다. 이철환, 행정구제법, 전남대학교출판부, 2016, 236면.

725) 참가결정에 따라 제3자는 참가인의 지위를 가지게 된다. 참가인에 대하여는 민사소송법 제67조의 규정이 준용되므로(행소법 제16조 제4항), 참가인은 피참가인과의 관계에서는 공동소송인에 준하는 지위에 서게 된다. 이때의 제3

위한 제도로서, 특히 다수인에 대한 처분이라든가 제3자효 행정행위에 있어서 제3자(경쟁자, 이웃 등)의 권익이 저촉되는 경우가 많다는 점을 감안하여 제3자로 하여금 자기의 권익을 위하여 소송상 공격·방어방법을 제출하여 적정한 심리·판결을 받을 수 있는 기회를 부여한 것이다.⁷²⁶⁾

이와 같이 하여 소송에 참가한 제3자에 대하여는 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조가 준용되고(행소법 제16조 제4항), 따라서 참가인에게는 필수적 공동소송에 있어서의 공동소송인에 준하는 지위가 인정된다고 하겠으나 참가인이 당사자로서 독자적인 청구를 하는 것은 아니므로 그 지위를 공동소송적 보조참가인의 지위와 유사한 것으로 보는 것이 통설이다.⁷²⁷⁾

바. 행정소송법상 행정청의 소송참가

행정소송법 제17조(행정청의 소송참가)⁷²⁸⁾ 제1항은 “법원은 다른 행정청을 소송에 참가시킬 필요가 있다고 인정할 때에는 당사자 또는 당해 행정청의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 행정청을 소송에 참가시킬 수 있다.”⁷²⁹⁾고 규정하고 있으므로, 행정소송법이 우선적으로 준용되는 헌법소원심판

자는 당사자로서 독자적 청구권을 가지고 있는 것은 아니므로, 그 성질은 “공동소송적 보조참가인”(민소법 제78조)의 지위와 유사한 것으로 보는 것이 통설이다. 이철환, 앞의 책(2016), 238면.

726) 홍준형, 앞의 책, 262면.

727) 박윤훈/정형근, 행정법강의(상), 박영사, 2009, 783면; 이상규, 앞의 책, 384면; 이영무, 행정구제법강의, 도서출판 동방문화사, 2017, 350면; 홍준형, 앞의 책, 264면.

728) 이러한 행정청의 소송참가제도는, 제3자의 권익보호를 주된 목적으로 하는 행정소송법 제16조의 소송참가제도와 달리 주로 소송의 적정한 해결을 위한 것으로 행정소송법 제26조의 직권심리제도와 그 취지가 같다. 여기에서 참가의 필요성은 관계되는 다른 행정청을 소송에 참가시킴으로써 소송자료 및 증거자료가 풍부하게 되어 그 결과 사건의 적정한 심리와 재판을 하기 위하여 필요한 경우를 말한다.(대법원 2002.9.24. 선고 99두1519 판결) 법원행정처, 법원실무재요(행정), 2016, 100면.

729) ‘다른 행정청’으로는 처분청에 대하여 감독권을 가지는 상급감독청 등 당해 처분에 관계 되는 행정청이 이에 해당한다. 민사소송법 제76조의 규정이 준용되므로(행소법 제17조 제3항), 참가행정청은 보조참가인의 지위에 서서 공격·방어·이의·상소 기타 소송행위를 할 수 있으나, 처분행정청의 소송행위

의 경우(헌법재판소법 제40조 제1항 후문)에는 (피청구인이 아닌) 다른 행정청의 심판참가도 가능하다.

이러한 행정청의 소송참가는 행정처분에 처분청 이외의 행정청이 관여하는 경우가 적지 않은데도 이들의 소송관여 기회가 봉쇄되어 있다는 점을 고려하여, 이들로 하여금 공격·방어방법을 제출하는 등 소송에 참여할 수 있도록 함으로써 적정한 심리·판결을 보장하려는 데 그 취지를 둔 것으로 이해된다.⁷³⁰⁾ 이 경우 참가행정청의 소송상의 지위는 민사소송법 제76조의 규정을 준용하고 있으므로(행소법 제17조 제3항) 민사소송법상의 보조참가인에 준한다.⁷³¹⁾

V. 서면심리원칙 및 직권심리주의

1. 서면심리원칙

소(청구)가 제기되면 법원(헌법재판소)은 심리하지 않으면 안 된다. 소송의 심리는 소(청구)에 대하여 판결(결정)하기 위하여 그 기초가 될 소송자료를 수집하는 것으로 각종 소송절차의 가장 중핵적인 것이다. 심리의 방법으로는 구술에 의하는 것(구술심리)과 서면에 의하는 것(서면심리)으로 나눌 수 있는데, 헌법소원에 관한 심판은 서면심리에 의한다. 다만, 재판부는 필요하다고 인정하는 경우에는 변론을 열어 당사자·이해관계인 기타 참고인의 진술을 들을 수 있다(헌법재판소법 제30조 제2항). 독일연방헌법재판소의 경우도 헌법소원심판은 원칙적으로 서면심리에 의하여 구두변론은 예외적으로만 인정되고 있다. 다만 독일의 경우 후자, 즉 구두변론에 있어서만 소송대리인 강제주의를 채택하여⁷³²⁾ 구두변론절차에 있어서만 변호사나 대학의 법학교수에 의해 대리되도록 하고 대리인을 선임하지 않으면 이미 문서로 제출한 사항은 유효하지만 구두변론에서 청구나 증인신문 등의 절차적 권리는 인정하지 않

와 저촉되는 행위는 할 수 없다. 이철환, 앞의 책(2016), 240면.

730) 홍준형, 앞의 책, 265면.

731) 박윤훈/정형근, 앞의 책, 783면 ; 이상규, 앞의 책, 385면; 이영무, 앞의 책, 352면; 홍준형, 앞의 책, 265면.

732) 독일연방헌법재판소법 제22조 제1항 참조.

고 있는 점이 우리와 다르다.⁷³³⁾

우리 헌법재판소는 다양한 의견이 현출될 수 있는 논쟁의 장을 마련하여 이를 통해 가장 합리적인 결론을 도출해 낼 수 있도록 위헌법률심판이나 헌법소원심판에 있어서도 국가적·사회적 관심을 불러일으킬 만한 사건에 관하여는 변론을 열어 심리하고 있다. 그동안 헌법소원심판 사건에서 구두변론을 실시한 중요한 사례로는 88헌마4 사회보호법 제5조에 대한 위헌확인사건(‘보호감호처분’), 92헌마239 헌법재판소법 제68조 제1항에 대한 위헌확인사건(‘재판소원금지’), 2005헌마165등 신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률 제16조 등에 대한 위헌확인사건(‘신문법’), 2005헌마1260등 사립학교법 제14조 제3항 등에 대한 위헌확인사건, 2007헌마700 대통령의 선거중립의무 준수요청 등 조치취소 등에 대한 헌법소원사건 등이 있다.⁷³⁴⁾

2. 직권심리주의

가. 의의

사적자치의 원칙이 지배하는 민사소송에서는 소송절차의 개시, 심판의 범위 및 절차의 종결에 대하여 처분의 자유를 인정하여 이른바 처분권주의(민소법 제203조) 아래 진행되고, 소송자료의 수집책임도 당사자에게 부과시키는 변론주의에 의하여 지배됨이 원칙이다. 그러나 공적인 국민의 권리구제와 아울러 행정목적의 달성과 행정법규의 정당한 적용을 그 목적으로 하는 행정소송에 있어서는 공익성의 요청에 따라 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권

733) 김철용/김문현/정재황, 앞의 책, 28면.

734) 헌법재판소는 개소 이래 2017. 12. 31.까지 90헌라1 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의심판(이른바 법안 ‘날치기통과’ 문제), 2004헌나1 대통령(노무현) 탄핵심판, 2013헌다1 통합진보당 해산심판, 2016헌나1 대통령(박근혜) 탄핵심판 등 필요적 변론대상 사건 57건에 대하여 구두변론을 실시한 것 외에 위헌법률심판 57건, 헌법소원심판 159건에 대하여 구두변론을 실시하였고, 그 중 상당수의 사건에서 참고인진술을 청취하였다. 헌법재판소, 헌법재판소 20년사, 상경커뮤니케이션, 2008, 196-197면; 헌법재판소, 헌법재판소 30년사, 신우문화인쇄, 2018, 202면. 그 밖에 최근의 변론상황에 대하여는 헌법재판소 홈페이지 ‘변론사건’의 ‘변론목록’ 및 ‘변론일정’ 참조.

으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있도록 이른바 직권심리주의를 택하고 있다(행소법 제26조).⁷³⁵⁾

헌법재판의 하나인 헌법소원심판은 주지하는 대로 헌법을 보호하고 국민의 기본권을 보장하는 역할을 한다.⁷³⁶⁾ 그러므로 일반적인 법원의 민·형사재판과는 달리 객관적인 헌법규범의 해석과 이로 인한 객관적인 헌법질서의 보장을 위한 기능이 헌법재판에서는 중요한 의미를 가진다.⁷³⁷⁾ 따라서 헌법소원심판은 행정소송법을 우선하여 준용하기도 하거니와(헌법재판소법 제40조) 다른 재판에서와는 달리 헌법재판기관, 즉 헌법재판소의 직권에 의한 심리가 요구되는 정도가 크다고 볼 것이고 또한 바람직한 경우가 더 많다고 할 것이다.⁷³⁸⁾ 직권심리주의의 내용으로는 사실의 직권탐지와 직권증거조사가 있다.

나. 사실의 직권탐지

당사자의 변론(주장)은 법원(헌법재판소)의 직권탐지를 보완하는 데 그치며, 당사자가 주장하지 않은 사실도 직권으로 수집하여 판결(결정)의 기초로 삼아야 한다. 다만, 직권에 의한 사실의 수집은 무제한인 것이 아니라 기록에 나타난 사실에 한한다는 것이 대법원의 관례이다.⁷³⁹⁾ 또한 대법원은 “행정소송법 제26조는 ‘법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수

735) 법원행정처, 앞의 책, 337-338면. 그런데 그동안 대법원은 예컨대 1986. 8. 19. 선고 86누223 판결에서, 원고가 이 사건 토지에 대한 피고(인천중구청장)의 토지등급설정 및 수정처분에 과다히 책정되어 부당하므로 적정수준으로의 시정을 구한 데 대하여, “원고 주장과 같이 피고에게 토지등급설정 및 수정처분의 시정을 구하는 것은 원고가 원하는 행정처분을 하도록 명하는 이행판결을 구하는 것임이 뚜렷하여 행정소송에서 허용되지 아니하는 것이라고 판단하여 각하한 원심판단은 정당하다.”고 판시하였는데, 이러한 경우 법원으로서 청구취지에 대한 원고의 진의를 석명한 뒤 그 석명결과에 따라 소송을 진행하는 관용을 가질 수 있지 않았겠는가? 라는 비판(황도수, 앞의 글, 384면)이 있듯이, 직권심리주의의 운용에 소극적이었다고 할 수 있다.

736) 우리 헌법재판소도 스스로를 “헌법의 수호와 국민의 기본권 보장을 사명으로 하는 국가기관”으로 정의하였다. 헌재 1996. 2. 29. 93헌마186, 판례집 8-1, 111, 116.

737) 김철용/김문현/정재황, 앞의 책, 37면.

738) 김철용/김문현/정재황, 앞의 책, 38면.

739) 대법원 1981. 3. 24. 선고 80누493 판결; 대법원 1989. 8. 8. 선고 88누3604 판결.

있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.’고 규정하고 있기는 하나, 이는 행정소송의 특수성에서 연유하는 당사자주의·변론주의의 일부 예외규정일 뿐, 법원은 아무런 제한 없이 당사자가 주장하지 않는 사실을 판단할 수 있다는 것은 아니다.”라고 판시하여,⁷⁴⁰⁾ 행정소송법의 위규정은 원고의 청구범위를 유지하면서 공익상 필요한 경우에는 그 범위 내에서 청구 외의 사실에 대하여도 판단할 수 있다는 뜻, 즉 필요한 범위 내에서의 직권탐지의 뜻으로 해석하고 있다.⁷⁴¹⁾

그러나 앞서서도 본 바와 같이 헌법재판소는 헌법소원심판이 청구되면 청구인의 주장에만 얽매어 판단을 한정하지 않고 가능한 한 모든 범위에서 헌법상 기본권침해의 유무를 직권으로 심사한다. 나아가 헌법재판소는 “헌법소원심판제도는 변호사강제주의, 서면심리주의, 직권심리주의, 국가비용부담 등의 소송구조로 되어 있어서 민사재판과 같이 대립적 당사자 간의 변론주의 구조에 의하여 당사자의 청구취지 및 주장과 답변만을 판단하면 되는 것이 아니고, 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 변호사의 조력을 받아 그 침해된 권리의 구제를 청구하는 것이므로 소송비용과 청구양식에 구애되지 않고 청구인의 침해된 권리와 침해의 원인이 되는 공권력의 행사 또는 불행사에 대하여 직권으로 조사, 판단하는 것을 원칙으로 하고 있다.”고 판시한 바 있다.⁷⁴²⁾ 이는 헌법소원심판이 개인의 권리구제뿐만 아니라 객관적 헌법질서를 수호하는 객관소송의 성격을 갖고 있기 때문이다.⁷⁴³⁾

740) 대법원 1986. 6. 24. 선고 85누321 판결. 같은 취지로, 대법원 2006. 9. 22. 선고 2006두7430 판결; 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009두18035 판결; 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010두20980 판결; 대법원 2013. 8. 22. 선고 2011두26589 판결 참조.

741) 행정소송에서 직권심리의 범위에 관하여 직권탐지주의를 인정할 것인지에 대하여는 ‘변론주의보충설’과 ‘직권탐지주의설’이 대립하나, “당사자의 입증활동이 부족한 경우에도 당사자가 주장하지 않은 사실에까지 직권탐지를 허용하는 것은 변론주의원칙에 반하는 것이며, 당사자가 적극적 또는 소극적으로 주장한 사실에 대하여 법원이 보충적으로 직권증거조사를 하는 것은 가능하다.”는 전자의 견해가 다수의 지지를 받고 있으며, 법원도 변론주의보충설의 입장인 것으로 보인다. 이철환, 행정쟁송법 이론과 판례, 전남대학교 출판문화원, 2019, 358-359면.

742) 헌재 1993. 5. 13. 91헌마190, 판례집 5-1, 312, 320.

743) 같은 취지로 김철수, 앞의 글(1992), 459면.

다. 직권증거조사

헌법소원심판이 청구되면 재판부는 사건의 심리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 다음의 증거조사를 할 수 있다(헌법재판소법 제31조 제1항).

- ① 당사자 본인 또는 증인을 신문하는 일
- ② 당사자 또는 관계인이 소지하는 문서·장부·물건 기타 증거자료의 제출을 요구하고 이를 영치하는 일
- ③ 특별한 학식과 경험을 가진 자에게 감정을 명하는 일
- ④ 필요한 물건·사람·장소 기타 사물의 성상(性狀) 또는 상황을 검증하는 일

그 밖에 헌법재판소법 제40조에 의하여 준용되는 행정소송법 또는 민사소송법상의 다른 증거조사, 예컨대 서증조사도 가능함은 물론이다. 헌법재판소법 제31조는 지정재판부의 심리에 준용되므로(헌법재판소법 제72조 제5항), 지정재판부에서도 위 증거조사를 할 수 있고 수명재판관을 지정하여 그로 하여금 증거조사를 하게 할 수 있다.

그동안 헌법재판소의 대심판정 외에서 행한 증거조사의 예를 들어보면 1988. 12. 17. 현장검증(88헌마4), 1989. 6. 2. 현장검증 및 증인·당사자본인신문(89헌마5), 1989. 6. 23. 현장검증(89헌마46), 1989. 7. 11. 당사자본인신문(89헌마61), 1989. 8. 16. 증인신문(89헌마181), 1989. 11. 17. 서증조사(89헌마31), 1990. 7. 31. 현장검증(89헌마99), 1991. 2. 8. 서증조사 및 증인신문(90헌마115), 1993. 8. 24. 녹음테이프등 검증(90헌마125, 법률안 ‘날치기통과’사건⁷⁴⁴) 등이 있는바,⁷⁴⁵ 이들은 거의 모두 수명재판관을 지정하여 행한 경우이다. 사실상

744) 헌법재판절차에서는 사실인정의 문제가 크게 부각되지 아니하므로 증거조사가 국민의 관심을 끄는 경우가 드물다. 그러나 이날 국회에서 행해진 현장검증은 많은 관심을 끌었다. 조규광 헌법재판소장을 비롯한 재판관 9인 전원이 이날 국회를 방문하였으나 본회의장에는 들어가지 못하고, 국회의장(이만섭)의 접견실에서 입법과정에 대하여 비디오테이프와 녹음테이프를 검증하고 국회의사국장으로부터 참고인진술을 들었다.

745) 그 밖에 2000헌마96등 한의사전문회의 수련 및 자격인정 등에 관한 규정 제18조 등 위헌확인사건에서 증인신문을, 99헌마289 국민건강보험법 제33조 제2항 등 위헌확인사건에서 청구인본인신문을 하였고, 92헌마237 도로예정

헌법재판소는 One-bench system으로서 심판정에서 하는 변론기일의 증거조사 외에 9인의 재판관 모두가 참여하는 증거조사는 매우 어렵다. 한편 지정재판부의 사전심사단계에서의 증거조사는 사실조회를 제외하면 실무상 거의 행해지고 있지 않다. 또한 헌법재판소에서 감정인을 선정하여 감정을 명한 경우는 2019. 10. 1. 현재 없다.

3. 기타

가. 헌법소원심판절차에 소의 취하⁷⁴⁶⁾에 관한 민사소송법 규정의 준용 여부

헌법재판소법 제40조 제1항은 “헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 민사소송에 관한 법령을 준용한다. 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을 준용하고, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 함께 준용한다.”고 규정하고, 같은 조 제2항은 “제1항 후단의 경우에 형사소송에 관한 법령 또는 행정소송법이 민사소송에 관한 법령에 저촉될 때에는 민사소송에 관한 법령은 준용하지 아니한다.”고 규정하고 있다.⁷⁴⁷⁾ 그런데 헌법재판소법이나 행정소송법에 헌법소원심판청구의 취하와 이에 대한 피청구인의 동의나 그 효력에 관하여 특별한 규정이 없으므로, 소의

지미수용 위헌확인사건에서 현장검증을 실시하였다. 헌법재판소, 앞의 책(‘20년사’), 198-199면.

746) 이에 대하여는 정태호, “헌법소원심판절차에 있어서의 청구취하의 효력의 제한에 관한 고찰”, 공법연구 제24집 제2호, 한국공법학회, 1996, 331면 이하; 허영, “5·18 관련사건의 불기소처분에 대한 헌법소원의 취하와 헌법소원 절차의 종료선언”, 헌법판례연구[1], 박영사, 1999, 327-340면을 참조할 것.

747) 현행 헌법재판소법 제40조처럼 특정 소송법령을 특정 심판절차에 포괄적으로 준용하도록 하는 입법태도의 적정성에 의문을 표하며, 독일연방헌법재판소법처럼 특정의 절차법적 문제들과 관련해서 특정 소송법령의 특정 규율을 준용하도록 하는 특별규정을 두고 나머지는 헌법재판소로 하여금 구체적인 절차의 본질에 맞게 탄력적으로 규율할 수 있도록 하는 것이 보다 합리적인 입법이라는 견해로 정태호, 앞의 글(2014), 154면.

취하에 관한 민사소송법 제266조는 헌법소원심판절차에 준용된다고 보아야 한다.⁷⁴⁸⁾

다만, 헌법소원제도는 본질상 청구인 개인의 주관적인 권리구제뿐만 아니라 객관적인 헌법질서를 수호·유지하는 기능도 함께 가지고 있는 것이므로, 헌법소원사건에 대한 심판이 청구인의 권리구제에는 도움이 되지 않는다 하더라도 헌법질서의 수호·유지를 위하여 중요한 의미가 있는 경우에, 청구취하 당시에 이미 전원재판부의 평의가 종료되었다면 예외적으로 청구인이 심판청구를 취하하여도 심판절차는 종료되지 않는다고 보아 헌법재판소로서는 전원재판부에서 평의한 대로 종국결정을 선고하는 것이 옳다고 할 것이다. 그런 의미에서 소위 '12·12 군사반란'에 관하여 “성공한 쿠데타도 처벌할 수 있는지”에 관한 중요한 헌법적 문제를 내포한 헌재 1995. 12. 15. 95헌마221등 결정과, “예외적으로 헌법소원의 대상이 되는 법원의 재판이란 ‘헌법재판소가 위험으로 결정한 법령을 적용한 재판’에 한정되는 것이 아니라 ‘헌법재판소 위험결정의 지속력을 부인하는 모든 재판’을 포함하는 것”이라는 평의에 이르렀던 헌재 2003. 4. 24. 2001헌마386 결정에서 청구취하를 이유로 심판절차종료선언을 한 것은 아쉬운 결정이라 하지 않을 수 없다.

나. 청구기간의 경과와 정당한 사유

헌법재판소법 제40조 제1항에 의하면 행정소송법이 헌법소원심판에 준용되는 것이므로, 정당한 사유가 있는 경우 제소기간을 경과한 행정소송을 허용하는 행정소송법 제20조 제2항 단서가 헌법소원심판에도 준용된다고 할 것이고, 따라서 ‘정당한 사유’가 있는 경우에는 청구기간의 경과에 불구하고 헌법소원심판청구는 적법하다고 해석하여야 할 것이다. 여기의 “정당한 사유”라 함은 청구기간 경과의 원인 등 여러 가지 사정을 종합하여 지연된 심판청구를 허용하는 것이 사회통념상으로 보아 상당한 경우를 뜻한다.⁷⁴⁹⁾ 그런데 구 행정소

748) 헌재 1995. 12. 15. 95헌마221등, 판례집 7-2, 697, 747; 헌재 2003. 2. 11. 2001헌마386, 판례집 15-1, 443, 454.

749) 헌재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87, 111. 같은 취지로, 헌재 2015. 10. 21. 2014헌마456 : “일반적으로 천재(天災) 그 밖에 피할 수 없는 사정과 같은 객관적 불능의 사유와 이에 준하는 사유뿐만 아니라 일반적 주의를 다

송법 제20조⁷⁵⁰) 제2항에서는 행정심판을 거치지 아니하는 경우 처분이 있음을 안 날로부터 180일이 도과한 경우나 처분이 있는 날로부터 1년이 도과한 경우 모두 정당한 사유가 있으면 취소소송을 제기할 수 있도록 규정하고 있었으나, 신 행정소송법 제20조⁷⁵¹) 제2항의 규정에 의하면 처분이 있는 날로부터 1년이 도과한 경우에만 정당한 사유가 있으면 취소소송을 제기할 수 있다.

이에 따라 헌법재판소는, “기본권의 침해로 받은 자가 어떤 경위로든 기본권 침해사유가 있었음을 알았거나 쉽게 알 수 있는 등 (구)헌법재판소법 제69조 제1항의 ‘그 사유가 있음을 안 날로부터 60일’이라는 청구기간 내에 심판청구가 가능하였다는 사정이 있는 경우에는 그 때로부터 60일 이내에 헌법소원을 청구하여야 하고, 이 경우 그 청구기간을 지키지 못하였음에 정당한 사유가 있는지 여부는 문제가 되지 아니한다.”고 판시하였다.⁷⁵²) 한편, 헌법재판

하여도 그 기간을 준수할 수 없는 사유를 포함한다(헌재 2001. 12. 20. 2001헌마39 참조).”(공보 229, 1695, 1697, 판례집 미수록) 이와 같은 입장에 대해, 헌법재판소가 헌법재판소법에 특별한 규정(제69조 제1항)이 있더라도 객관적 헌법수호를 위하여 또는 실무상 기술적 절차의 법적 근거를 마련하기 위하여 일반소송법(행정소송법)을 준용하고 있다는 평가로 장영철, “헌법소송에 있어 일반소송법 준용규정의 해석 - 헌재결 1998.5.28. 97헌아1; 1995.1.20. 93헌아1 등과 관련하여 -”, 헌법판례연구[2], 박영사, 2000, 396-397면 참조.

750) 구 행정소송법(1984.12.15. 법률 제3754호로 전문개정되고, 1994.7.27. 법률 제4770호로 개정되기 전의 것) 제20조(제소기간) ①행정심판의 재결을 거쳐 제기하는 사건에 대한 소는 그 재결서의 정본의 송달을 받은 날로부터 60일 이내에 제기하여야 한다. ②행정심판을 제기하지 아니하거나 그 재결을 거치지 아니하는 사건에 대한 소는 처분이 있음을 안 날로부터 180일을, 처분이 있는 날로부터 1년을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다. ③제1항의 규정에 의한 기간은 불변기간으로 한다.

751) 행정소송법(1994.7.27. 법률 제4770호로 개정된 것. 시행일은 1998.3.1.) 제20조(제소기간) ①취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 다만, 제18조 제1항 단서에 규정한 경우와 그 밖에 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 행정심판청구가 있는 때의 기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 기산한다. ②취소소송은 처분등이 있는 날부터 1년(제1항 단서의 경우는 재결이 있는 날부터 1년)을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다. ③제1항의 규정에 의한 기간은 불변기간으로 한다.

소는 청구기간이 경과한 경우에는 중요한 헌법적 해명의 필요가 있는지 여부를 고려하지 아니하고 심판청구를 각하하는 입장인바,⁷⁵³⁾ 중요한 헌법적 해명의 필요가 있는 사건의 경우에는 청구기간의 도과에 정당한 사유가 있는지에 대하여 적극적인 판단이 요망된다고 할 것이다.

다. 권리보호이익

헌법소원제도는 국민의 기본권침해를 구제해 주는 제도이므로 그 제도의 목적상 권리보호의 이익이 있는 경우에 비로소 이를 제기할 수 있다. 즉, 권리보호의 이익이 없는 헌법소원심판청구는 부적법하여 각하를 면할 수 없다.⁷⁵⁴⁾ 권리보호이익이 인정되려면 헌법소원심판청구를 인용하면 청구인의 기본권침해가 구제되는 경우라야 한다.

그러므로 기본권의 침해를 받은 자가 그 구제를 받기 위한 헌법소원심판을 청구한 뒤 기본권침해의 원인이 된 공권력의 행사가 취소되거나 새로운 공권력의 행사 등 사정변경으로 말미암아 기본권 침해행위가 배제되어 청구인이 더 이상 기본권을 침해받고 있지 아니하게 된 때에는, 달리 불분명한 헌법문제의 해명이나 침해반복의 위험 등을 이유로 한 심판의 이익이 있다 할 특별한 사정이 없는 한 그 헌법소원심판청구는 더 이상 권리보호의 이익이 없게 되어 부적법하다.⁷⁵⁵⁾ 법제의 변동으로 말미암아 이러한 심판의 이익을 인정할 필요가 소멸 내지 제거된 경우에도 심판청구는 부적법하게 된다.⁷⁵⁶⁾

권리보호이익 내지 소의 이익은, ‘국가적·공익적 입장’에서는 무익한 소송제도의 이용을 통제하는 원리이고, ‘당사자의 입장’에서는 소송제도를 이용할 정당한 이익 또는 필요성을 말하는 것으로, “이익 없으면 소 없다.”라는 법언(法諺)이 지적하듯이 소송제도에 필연적으로 내재하는 요청이다. 이에 의하여 법원은 본안판결을 필요로 하는 사건에만 그 노력을 집중할 수 있게 되고, 또 불필요한 소송에 응소하지 않으면 안 되는 상대방의 불이익을 배제할 수 있

752) 헌재 2001. 7. 17. 2001헌마335, 공보·판례집 미수록.

753) 헌재 2003. 3. 27. 2001헌마116, 판례집 15-1, 298 이하.

754) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110, 판례집 9-1, 90, 107.

755) 헌재 1993. 11. 25. 92헌마169, 판례집 5-2, 489, 493.

756) 헌재 1994. 7. 29. 91헌마137, 판례집 6-2, 122, 134.

게 되는 것이다. 따라서 권리보호이익이라는 헌법소원심판의 적법요건은 헌법 재판소법 제40조 제1항에 의하여 준용되는 민사소송법 내지 행정소송법 규정들에 대한 해석상 인정되는 일반적인 소송원리이지, 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 “기본권의 침해를 받은”이라는 부분의 해석에서 직접 도출되는 것은 아니라고 할 것이다.⁷⁵⁷⁾

VI. 가구제제도의 허용 여부

1. 서론

우리 헌법재판소법은 정당해산심판에서의 가처분(동법 제57조), 권한쟁의심판에서의 가처분(제65조)만을 규정할 뿐, 헌법소원심판이나 위헌법률심판 및 탄핵심판의 경우는 집행정지 내지 가처분에 관한 규정을 두고 있지 않다. 그런데 헌법소원심판의 경우는 집행정지 내지 가처분의 필요성이 클 뿐만 아니라 행정소송법과 민사소송에 관한 법령을 준용하므로(헌법재판소법 제40조), 여기에서 행정소송법상의 집행정지에 관한 규정(동법 제23조 이하) 또는 민사집행법상의 가처분에 관한 규정(동법 제300조 이하)을 준용할 수 있지 않는가 하는 해석상의 의문이 생긴다.

2. 행정소송에 있어서의 가구제(假救濟)

사법작용은 그 본질상 신중한 절차를 필요로 한다. 민사소송과 마찬가지로 행정소송도 판결을 통하여 종결되기까지 상당한 시일을 소요하는 것이 보통이다. 그리하여 경우에 따라서는 원고가 승소판결을 얻는다 하더라도 그 사이에 다툼의 대상인 처분이 집행되거나 효력이 완성되어 버리면 당초 구제목적의 달성이 사실상 불가능하게 되는 때가 있을 수 있다. 이때 판결이 있기 전이라도 잠정적으로 차질이 없도록 할 필요가 생긴다.

행정소송에 있어 가구제란 이와 같이 정상적인 권리구제절차에 의해서는

757) 헌재 2001. 9. 27. 2001헌마152, 판례집 13-2, 447, 454.

구제목적을 달성할 수 없는 경우 원고에게 일정한 요건하에 잠정적인 권리보호를 부여하는 절차를 말한다. 즉, 다툼의 대상인 처분이나 공법상의 권리관계에 관하여 임시의 효력관계나 지위를 정함으로써 본안판결이 확정될 때까지 잠정적으로 권리구제를 도모하는 제도이다. 행정소송, 특히 취소소송에 있어 가구제는 공권력행사로서의 처분의 집행보장에 대한 행정목적과 권리구제의 실효성에 대한 사익(私益)의 요구를 적절히 조화시키기 위한 제도적 방법이다. 행정소송상 가구제의 내용은 각국의 입법정책에 따라 일정하지 않으나, 대체로 집행정지와 가처분이 문제되고 있다. 전자는 행정심판 및 행정소송의 제기 또는 법원에 의한 별도의 집행정지결정에 집행정지효를 결부시키는 제도인 데 비하여, 후자는 일반 민사소송상의 가처분제도를 행정소송에 원용하는 방식이라 할 수 있다.⁷⁵⁸⁾

행정소송법은 취소소송에 있어 집행정지에 관한 규정(동법 제23조)을 두고 있으나 가처분에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 위 행정소송법 제23조는 무효등확인소송에 준용되며(동법 제38조 제1항), 부작위위법확인소송이나 그 밖에 당사자소송, 민중소송 및 기관소송에는 준용되지 아니한다. 이하에서는 헌법소원심판에 있어서 집행정지와 가처분의 인정여부를 각 살펴본다.

3. 집행정지

가. 집행정지결정의 내용

집행정지결정은 본안소송이 종결될 때까지 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부를 정지함을 그 내용으로 한다.⁷⁵⁹⁾

(1) 효력의 전부 또는 일부의 정지

처분의 효력이란 처분의 내용적 구속력·공정력·집행력 등을 포함한다. 효력이 정지되면 잠정적이기는 하지만 이들 행정행위의 효력이 존속되지 않

758) 홍준형, 앞의 책, 302면.

759) 홍준형, 앞의 책, 314-315면.

는 결과가 된다. 처분(예컨대 외국인 강제퇴거명령 또는 체납처분으로서의 압류)의 효력정지는 처분의 집행(예컨대 강제퇴거조치) 또는 절차의 속행(예컨대 체납처분으로서의 매각)을 정지함으로써 그 목적을 달성할 수 있을 때에는 허용되지 않는다(행소법 제23조 제2항 단서). 이것은 일종의 비례원칙적 고려에 의한 것이라 할 수 있다.

(2) 처분의 집행의 전부 또는 일부의 정지

처분의 집행이란 처분내용의 강제적 실현을 위한 집행력의 행사를 말한다. 예컨대, 과세처분에 따르는 징세나 영업정지처분에 따른 휴업 등이 그것이다. 처분의 집행정지는 이러한 집행작용을 정지시킴으로써 처분의 내용의 실현을 저지하는 것이다.

(3) 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지

절차의 속행의 정지란 행정처분이 단계적인 절차에 의해 행해지는 경우 그 후속행위를 정지하는 것을 말한다. 예컨대, 토지수용법에 의한 사업인정을 다투는 행정심판이 제기된 경우나, 대집행영장에 의한 통지를 다투는 경우 대집행을 정지하는 경우를 말한다.

나. 헌법소원심판에의 준용여부

행정소송법상의 집행정지제도를 헌법소원심판에도 준용할 것인지에 대해 학설은 이를 인정하는 견해⁷⁶⁰⁾만 있을 뿐 아직 명시적으로 부정하는 견해는 없으나 명문의 규정이 없으므로 인정하지 않아야 할 것이라는 견해가 있을 수 있다. 이에 대하여는 헌법소원의 유형별로 나누어 살펴볼 필요가 있다.

760) 이시윤, “한국의 헌법재판”, 헌법재판자료 제3집, 헌법재판소, 1990, 86면; 김학성, 앞의 글(1990), 274면; 김철용/김문현/정재황, 앞의 책, 327면.

(1) 처분소원의 경우

공권력의 행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 그 공권력 행사의 취소를 구하는⁷⁶¹⁾ 소위 처분소원은 행정소송법상 취소소송과 여러 면에서 유사한 구조를 갖고 있기 때문에 헌법재판소법 제40조의 해석상 이를 부인하여야 할 이유가 없다. 따라서 처분소원에 있어서는 행정소송법상의 집행정지가 준용된다고 할 수 있다.

(2) 부작위소원의 경우

공권력의 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 그 공권력불행사의 위헌확인을 구하는 소위 부작위소원은 행정소송법상 부작위위법확인소송과 유사한 구조를 갖고 있다. 그리고 공권력의 부작위(불행사)에 대하여는 그 성질상 처분의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행을 정지하는 집행정지 제도는 어울리지 아니하며 행정소송법상 부작위위법확인소송에도 집행정지제도는 인정되지 않고 있다(동법 제38조 제2항). 그러므로 부작위 소원에는 집행정지제도가 준용되지 않는다고 본다. 입법부작위 소원도 마찬가지이다.

(3) 법령소원의 경우

법령소원에 있어서 집행정지를 인정할 것인지에 대하여는 처분소원이나 부작위소원의 경우와 달리 좀 더 어려운 문제가 존재한다. 즉, ① 원래 행정소송법상 집행정지제도는 행정처분에 관한 것으로 법령의 효력을 정지시키는 제도가 아니고, ② 이 문제는 위헌법률심판에 있어서도 집행정지를 허용할 것인지의 문제와 통일적인 해석이 필요한데, 위헌법률심판에는 행정소송법이 준용되지 않으며(헌법재판소법 제40조 제1항), ③ 법령에 대한 집행정지를 허용할 경우에 행정소송법의 규정만으로는 해결할 수 없는 많은 문제들이 발생할 수 있기 때문이다.

외국의 입법례를 보면, 오스트리아 연방헌법재판소법은 법령에 대한 집행

761) 헌법재판소법 제68조 제1항, 제75조 제3항 참조.

정지를 인정하지 않고 있으며 관례도 위법명령심사⁷⁶²⁾ 및 위헌법률심사⁷⁶³⁾ 등에 있어서 집행정지를 부인하였다. 스페인 헌법재판소조직법(제30조)⁷⁶⁴⁾도 지방자치단체의 법령을 제외하고는 법령에 대한 집행정지를 허용하고 있지 않다. 그러나 독일 연방헌법재판소법상 가치분제도(제32조)는 동법상의 모든 절차규정에 적용되는 일반절차규정으로 보므로,⁷⁶⁵⁾ 소극적 가치분으로서의 집행정지가 법령소원에서 허용되고 있다.⁷⁶⁶⁾ 또한 미국에서는 어떤 법률의 위헌여부가 문제가 된 경우에 예외적인 사정이 존재한다면 당해 본안소송이 계속중인 동안에 법원이 그 법률의 시행 등을 임시로 정지할 것을 명령할 수 있는데, 이에 Temporary Restraining Order와 Preliminary Injunction (against enforcement of statute)가 있다.⁷⁶⁷⁾

그러므로 법령에 대하여 집행정지를 허용할 것인지는 입법정책의 문제라고 할 수 있는바, 우리 헌법재판소법에는 집행정지에 관한 명문의 규정이 없으나 행정소송법상의 집행정지제도가 법령에 대한 헌법소원에도 준용된다고 보아야 할 것이다.

다. 헌법재판소의 관례

우리 헌법재판소에서는 후술하는 바와 같이 헌법소원심판에 있어 심판대상 법령 자체의 효력의 집행정지에 관한 관례는 있으나, 심판대상 법령과 관련된 처분의 집행정지의 허용여부에 대하여 명시적으로 판단한 사례가 없다. 다만, 지방의회의원선거법 및 지방자치법의 규정에 의하여 서울특별시의회 의원의 직에서 퇴직한 자가 위 법 규정의 위헌결정을 구하는 헌법소원⁷⁶⁸⁾을 제기하

762) VfSlg 8717

763) VfSlg 7915

764) “추상적 또는 구체적 규범통제의 수리로 법률, 법률의 효력을 갖는 규정 내지 행위의 적용이나 효력이 정지되지 않는다. 다만, 정부가 헌법 제161조 제2항을 주장하고자 총리를 통해 자치주의 법률, 법률의 효력을 갖는 규정 내지 행위에 대해 제기하는 경우는 예외로 한다.” 헌법재판소 헌법재판연구원, 「국가별법령집(스페인헌법·헌법재판소조직법)」, 2017, 197면.

765) Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, C.H. Beck, 1997, Rn. 427.

766) BVerfGE 1, 74; 3, 34; 4, 110 등 참조.

767) 미국연방민사소송규칙 제65조 참조.

면서 관계 법규정에 따른 보결선거를 실시하지 않도록 하거나 상당기간 미루도록 하는 조치를 구하는 신청사건(93헌사16)이 있었는데, 이는 전술한 집행정지의 내용 중 절차의 속행의 정지에 해당한 사건이었다. 동 신청사건은 당해 보결선거의 실시기한(1993. 8. 18)⁷⁶⁸⁾ 50여일 전인 1993. 6. 25. 기각되었는데, 동 기각결정문에서 집행정지제도의 허용여부에 대한 판단은 없었으나 결정주문이 “각하”가 아니고 “기각”이었다는 데서 집행정지제도의 허용여부에 대한 여운을 남기고 있다.

4. 가처분

가. 의의

일반적으로 민사집행법상 가처분 절차는 현상을 방지하여 두면 장래의 강제집행이 불가능하게 되거나 현저하게 곤란하게 될 우려가 있는 경우에 채무자의 처분을 금하는 등의 방법으로 현상의 변경을 금하고 강제집행의 보전을 하는 절차이다. 가처분에는 다툼의 대상에 관한 가처분(민집법 제300조 제1항)과 임시의 지위를 정하는 가처분(동조 제2항)이 있는데, 전자는 물건을 대상으로 청구권의 보전을 목적으로 하는 것임에 비하여 후자는 분쟁해결이 될 때까지의 법률관계의 불안정을 배제하고 위험을 방지하기 위하여 잠정적으로 법적 지위를 정하는 절차이다.

나. 행정소송에 있어서의 가처분의 가능성

행정소송법은 가처분에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않아, 가처분에 관한 민사소송법의 규정이 준용될 수 있는지에 대하여 견해가 대립되고 있다.⁷⁷⁰⁾

768) 현재 93헌마23 지방의회의원선거법 제12조 제3호 위헌확인. 동 사건은 1993.

7. 29. 전원재판부에서 기각결정되었다.

769) 동 사건에 대한 서울특별시장의 의견서(1993. 5. 17.자) 참조.

770) 홍준형, 앞의 책, 317-318면.

(1) 소극설

소극설은 권력분립의 원칙에 입각한 견해로서, 법원은 구체적 사건에 대한 법적용을 보장하는 기능을 가질 뿐이므로 행정처분의 위법여부는 판단할 수 있으나 이에 앞서 가처분을 하는 것은 사법권의 한계를 벗어나는 것이라고 한다. 또한 행정소송법 제23조 제2항이 집행정지를 허용하고 있는 것은 민사집행법상의 가처분에 대한 특별규정으로 보아야 하므로 민사집행법의 규정이 준용될 수는 없다고 한다.⁷⁷¹⁾

(2) 적극설

반면 적극설은 가처분 등과 같은 가구제제도는 본안판결의 실효성을 확보하기 위한 것이므로 가구제조치를 통하여 권익구제의 실효를 도모하는 것은 사법권의 본질에 반하지 않는다고 한다. 또한 가처분을 배제하는 명문의 규정이 없는 이상 행정소송법 제8조 제2항에 의하여 의당 가처분에 대한 민사집행법의 규정이 준용될 수 있다고 본다.⁷⁷²⁾ 당사자소송에는 집행정지의 규정이 적용되지 아니하므로 민사집행법의 가처분 규정이 준용되지 않을 이유가 없다. 따라서 행정처분과 관계없는 공법상 금전채권에 대한 가처분 등은 이론상 가능하다.⁷⁷³⁾

(3) 판례

(가) 항고소송과 가처분

판례는 구법하에서 “행정소송법에 대한 민사소송법의 준용규정은 이를 무제한으로 적용할 것이 아니라 그 성질이 허용되는 한도에서만 적용된다고 볼 것이므로, 항고소송에 대하여는 민사소송법 중 가처분에 관한 규정이 적용되지 않는다.”고 하였다.⁷⁷⁴⁾

771) 다만 집행정지의 성질에 반하지 아니하는 범위 안에서 가처분에 관한 규정이 준용될 수 있을 것이라는 견해도 있다. 김남진/김연태, 행정법 I, 법문사, 2019, 894면.

772) 홍준형, 앞의 책, 317면; 이상규, 앞의 책, 438면.

773) 법원행정처, 앞의 책, 315면.

그러나 적극적 처분에 대한 취소소송 이외의 경우 이를 긍정하는 취지의 판례가 있다. 예컨대 서울특별시의회 의장·부의장의 당선결정을 가처분으로 정지하여 그 직권행사를 저지한 경우⁷⁷⁵⁾라든지 전 입학자에 대한 등교거부처분을 가처분으로 정지시켜 학생들의 등교를 계속할 수 있도록 한 사례⁷⁷⁶⁾가 그것이다.

(나) 객관적 소송과 가처분

객관적 소송에서는 개별 법률에서 규정하는 바에 따를 것이다. 대법원은 국회의원입후보등록공고의 가처분을 부인하였고,⁷⁷⁷⁾ 공직선거에서 전자개표기(투표지분류기) 사용금지의 가처분을 부인하였다.⁷⁷⁸⁾

(다) 국가나 지방자치단체를 제3채무자로 하는 민사상의 가처분과 공법상의 효력

대법원에 따르면, 공법상 권리를 갖는 자를 피신청인으로 하며 국가나 지방자치단체를 제3채무자로 하여 공법상 권리에 대한 민사집행법에 따른 처분 금지가처분이 내려졌다 하여도 이는 가처분의 당사자 사이에서 처분금지 효력만이 있을 뿐이고, 행정청에 대하여 행정처분을 제약하는 효력은 없다고 한다.⁷⁷⁹⁾

다. 헌법소원심판에의 준용 여부

(1) 가처분의 필요성

774) 대법원 1961. 11. 20. 선고 4292행항2 판결; 대법원 1967. 5. 29.자 67마311 결정; 대법원 1980.12.22. 선고 80두5 판결. 한편, 신법하의 대법원 2011. 4. 18.자 20101576 결정도 마찬가지이다.

775) 서울고등법원 1958. 9. 20.자 4191행선60 결정.

776) 서울고등법원 1964. 11. 9.자 64부90 결정.

777) 대법원 1963. 11. 23.자 63주1 결정.

778) 대법원 2013. 4. 3.자 2013주6 결정.

779) 대법원 1973. 6. 29. 선고 73다23 판결; 대법원 2011. 4. 18.자 2010마1576 결정.

가처분은 종국결정의 실효성을 확보하고 잠정적인 권리보호를 위해서 일정한 사전조치가 필요한 경우 헌법재판소가 하는 잠정적인 조치이다. 가처분은 회복할 수 없는 심각한 불이익의 발생을 예방하고 불가피한 공익목적을 달성하기 위해서 행해진다. 이와 같은 잠정적인 권리보호수단을 두지 않는다면, 종국결정이 선고되더라도 그 실효성이 없어 당사자나 헌법질서에 회복하기 어려운 불이익을 주는 경우가 있을 수 있다.⁷⁸⁰⁾

(2) 헌법재판소법의 규정 및 입법례

우리 헌법재판소법은 정당해산심판(제57조)과 권한쟁의심판(제65조)에 대해서만 가처분에 관한 규정을 두고 있다. 가처분에 관한 외국의 입법례를 보면, 현재 헌법재판제도를 채택하고 있는 대부분의 선진외국은 헌법소원에도 가처분을 인정하는 명문규정을 두거나 판례로 인정하고 있다. 독일 연방헌법재판소법은 제2장 일반소송절차규정의 제32조에서 “연방헌법재판소는 쟁송사건에 있어서 중대한 손실의 방지, 급박한 폭력의 저지를 위하여 또는 공공복리를 위한 다른 중요한 이유에서 긴급한 필요가 있는 경우에는 가처분으로써 사태를 잠정적으로 규율할 수 있다.”고 규정하고 있다(동조 제1항). 스위스의 경우 연방재판소조직법 제94조는 “각부의 장은 당사자의 신청에 의하여 예방적 처분(vorsorglichen Verfügungen)을 할 수 있다. 이러한 가처분은 현재상태를 유지하는 것이 필요한 경우이거나 혹은 법적 이익을 일반적으로 보장하기 위하여 행사된다.”고 규정하고 있으며, 선거소원에 있어서도 연방재판소의 결정 전에 선거나 투표를 시행하는 것이 칸톤(Kanton)에게 거절된 때에도 가처분을 행할 수 있다.⁷⁸¹⁾ 스페인 헌법재판소의 경우도 소재판부(SALA)⁷⁸²⁾나 전원재판부(PLENO)⁷⁸³⁾가 헌법소원을 심리함에 있어 일정한 조건하에 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 가처분을 발할 수 있다.⁷⁸⁴⁾ 오스트리아는 연방헌법재판소의 판례로 가처분을 인정하고 있다고 한다.

780) 현재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 310, 318.

781) 김학성, 앞의 글(1990), 153면.

782) 6명의 재판관으로 구성된다.

783) 12명의 재판관으로 구성된다.

784) 김학성, 앞의 글(1990), 158면.

우리 헌법재판소법 제42조 제1항 본문에서 법원이 법률의 위헌여부의 심판을 헌법재판소에 제청한 때에는 당해 소송사건의 재판은 헌법재판소의 위헌여부의 결정이 있을 때까지 정지된다고 규정하고, 동법 제50조에서 탄핵소추의 의결을 받은 자는 헌법재판소의 심판이 있을 때까지 그 권한행사가 정지된다고 규정하고 있으나, 이들은 사전적인 보전조치로서의 가치분과는 구별된다.⁷⁸⁵⁾ 헌법재판소법 제57조(가처분)는 “헌법재판소는 정당해산심판의 청구를 받은 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 종국결정의 선고시까지 피청구인의 활동을 정지하는 결정을 할 수 있다.”고 규정하고, 동법 제65조(가처분)는 “헌법재판소가 권한쟁의심판의 청구를 받았을 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 종국결정의 선고 시까지 심판대상이 된 피청구인의 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있다.”고 규정하고 있다. 또 동법 제40조에 의하면 헌법재판소의 심판절차에 관하여는 헌법재판소법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 민사소송에 관한 법령을 준용하고, 특히 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 함께 준용하되 행정소송법이 민사소송에 관한 법령에 저촉될 때에는 민사소송에 관한 법령은 준용하지 않도록 규정되어 있다.

(3) 학설

여기서 위 두 심판절차에만 가처분이 허용되는지(열거설), 아니면 다른 심판절차에도 가처분이 허용되는지(예시설) 논란이 있다.⁷⁸⁶⁾ 우리나라에서는 헌법소원심판절차에 있어서 가처분에 관하여 명문으로 규정되어 있지 않으므로 이를 인정할 수 없다는 견해가 없지 아니하나, 가처분을 인정해야 한다는 견해가 더 많다. 즉, 헌법재판소의 권한 중에서 어느 것보다도 가처분의 필요성이 큰 헌법소원에 있어 가처분에 관한 규정이 없는 것은 중대한 입법의 불비이며 가처분제도는 허용되어야 한다는 것이다.⁷⁸⁷⁾ 더 나아가 헌법소원심판에 있어서의 가처분은 민사소송이나 행정소송에 있어서의 그것과는 다른 특성이

785) 헌법재판소, 헌법재판실무제요, 2015, 77면.

786) ‘명문의 가처분규정이 없는 심판절차에서 가처분 허용여부’에 대한 학설의 정리는 허완중, 헌법소송법, 박영사, 2019, 169-171면 참조.

787) 김학성, 앞의 글(1990), 274면; 김철수, 앞의 글(1992), 501면.

인정되는 만큼 이에 대하여는 헌법재판소법에 명문의 규정을 두는 것이 좋을 것이라고 한다.⁷⁸⁸⁾

이와 같은 다수설의 입장에 대하여는, 가치분과 같은 법적 제도는 궁극적으로 헌법과 법률에 근거하여 창설되어야 한다는 것이 헌법과 법률의 기본원리라는 전제하에, 헌법소원심판사건은 대립당사자의 구조와 구두변론의 원칙이 지켜지지 않으므로 이와 성질을 달리하는 (구)민사소송법의 가치분규정이 준용될 수 없는 것이고, 법령소원이나 헌법재판소법 제68조 제2항의 위헌소원에서와 같이 피청구인이 없어 가치분에 대한 이의와 취소가 허용되지 않는 가치분이라면 (구)민사소송법을 준용한 것은 ‘초법규적’ 가치분이라는 이유로 비판적인 견해가 있다. 동 견해는, 입법론으로도 독일과는 달리 외부기관인 헌법재판소가 헌법재판소법 제68조 제2항의 위헌소원에서 법원의 재판을 정지하는 가치분을 인정한다면,⁷⁸⁹⁾ 사법권의 침해일 뿐만 아니라 재판절차를 불안정하게 하고 혼란에 빠뜨리게 될 것이라는 이유로 반대한다.⁷⁹⁰⁾

(4) 소결 및 판례의 입장

생각건대, 위헌임이 명백하거나 위헌의 가능성이 높은 법률에 대하여 분안

788) 김철용/김문현/정재황, 앞의 책, 327면. 같은 취지로, 김하열, 앞의 책, 167면.

789) 실제로 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원에서 당해 헌법소원의 심판이 있을 때까지 그 헌법소원의 전제가 된 민사소송절차의 일시정지를 구하는 가치분신청이 제기되었으나, 이를 이유 없다 하여 기각한 사례(헌재 1993. 12. 20. 93헌사81, 판례집 5-2, 561 이하)가 있다. 그런데 이 결정에는 “보전절차의 잠정적이고도 가정한 성질을 감안한다면 헌법재판소법의 해석도 가치분신청을 폭넓게 받아들이는 쪽으로 적극적인 해석을 해야 할 뿐만 아니라, 법원이 위헌법률심판을 제정한 때에는 당해 소송사건의 재판은 헌법재판소의 위헌여부의 결정이 있을 때까지 정지되도록 한 헌법재판소법 제42조 제1항의 규정이나 헌법재판소의 심판절차는 민사소송법을 준용하도록 한 헌법재판소법 제40조의 규정, 그리고 동법 제68조 제2항의 헌법소원 심판은 심판청구의 주체만 다를 뿐 그 실질은 동법 제41조의 위헌법률심판청구와 동일하게 규범통제심판으로 보고 그와 동일한 심판절차규정에 따라 처리하여 온 헌법재판소의 판례 등에 비추어 이 사건 가치분신청은 인용되어야 한다.”는 취지의 재판관 1인의 반대의견이 있었다. 김현철, 앞의 책, 90면.

790) 강현중, “헌법소원심판에 가치분이 허용되는가”, 법률신문, 2001.3.26.자, 14면. 같은 취지로, 김영철, “스페인헌법재판소의 관할과 그 운용현황”, 헌법논총 제2집, 헌법재판소, 1992, 254면.

결정 전에 가처분으로 미리 그 효력을 정지시킬 필요성을 인정할 수 있는 것처럼, 정당해산심판이나 권한쟁의심판 외에 헌법소원심판에 있어서도 가처분의 필요성은 얼마든지 인정할 수 있을 것이고, 달리 헌법소원심판에 있어서 가처분을 금지할 특별한 이유가 없다. 따라서 예시설이 타당하다고 하겠고, 헌법재판소법 제40조에 의하여 민사집행법상의 가처분 규정(제300조 이하)이나 행정소송법상의 집행정지 규정(제23조) 등은 그 성질에 반하지 않는 한 헌법소원심판에도 준용된다고 보아야 할 것이다.⁷⁹¹⁾

헌법재판소도 2000. 12. 8.자 2000헌사471 (사법시험령 제4조 제3항 효력정지 가처분신청) 사건의 결정에서, “헌법재판소법은 정당해산심판과 권한쟁의심판에 관해서만 가처분에 관한 규정(제57조 및 제65조)을 두고 있을 뿐, 다른 헌법재판절차에 있어서도 가처분이 허용되는가에 관하여는 명문의 규정을 두고 있지 않다. 그러나 위 두 심판절차 이외에 같은 헌법재판소법 제68조 제1항 헌법소원심판절차에 있어서도 가처분의 필요성은 있을 수 있고, 달리 가처분을 허용하지 아니할 상당한 이유를 찾아볼 수 없으므로 위 헌법소원심판 청구사건에서도 가처분이 허용된다.”고 판시하였다.⁷⁹²⁾

(5) 가처분 인용사례

(가) 인용요건

행정소송법 제23조 제2항⁷⁹³⁾과 민사집행법 제300조 제2항⁷⁹⁴⁾을 고려해 볼

791) 같은 취지로, 김현철, 앞의 책, 88-89면.

792) 같은 취지로, 헌재 2006. 2. 23. 2005헌사754, 판례집 18-1, 339 이하.

793) 행정소송법 제23조(집행정지) ②취소소송이 제기된 경우에 처분등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 “**執行停止**”라 한다)를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.

794) 민사집행법 제300조(가처분의 목적) ①다툼의 대상에 관한 가처분은 현상이 바뀌면 당사자가 권리를 실행하지 못하거나 이를 실행하는 것이 매우 곤란할 염려가 있을 경우에 한다.

②가처분은 다툼이 있는 권리관계에 대하여 임시의 지위를 정하기 위하여도

때 가치분의 인용요건, 즉 가치분 사유는 다음과 같다.⁷⁹⁵⁾

1) 회복하기 어려운 손해의 예방⁷⁹⁶⁾

가치분을 하지 않으면 현저한(중대한) 손해가 발생할 우려가 있어야 한다.⁷⁹⁷⁾ 여기서의 손해는 첫째, 공공복리(헌법질서에 대한 침해를 물론이고 정치·경제·사회 등 제 분야에서서의 공익)에 대한 손해와 둘째, 사적이거나 개인적인 이해관계상의 손해를 말하는데, 방지하려는 손해는 현저하거나 중대하여야 한다.⁷⁹⁸⁾

할 수 있다. 이 경우 가치분은 특히 계속하는 권리관계에 끼칠 현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 막기 위하여, 또는 그 밖의 필요한 이유가 있을 경우에 하여야 한다.

795) 헌법재판소는 2000. 12. 8.자 2000헌사471 결정에서, “법 제40조 제1항에 따라 준용되는 행정소송법 제23조 제2항의 집행정지규정과 (구)민사소송법 제714조의 가치분규정에 비추어 볼 때, 이와 같은 가치분결정은 (헌법소원심판에서) ①다투어지는 공권력 행사 또는 불행사의 현상을 그대로 유지시킴으로 인하여 생길 ‘회복하기 어려운 손해’를 예방할 필요가 있어야 하고, ② 그 효력을 정지시켜야 할 긴급한 필요가 있어야 한다는 것 등이 그 요건이 된다 할 것이므로, ③본안심판이 부적법하거나 이유 없음이 명백하지 않는 한 위와 같은 가치분의 요건을 갖춘 것으로 인정되고, 이에 덧붙여 ④가치분을 인용한 뒤 중급결정에서 청구가 기각되었을 때 발생하게 될 불이익과 가치분을 기각한 뒤 청구가 인용되었을 때 발생하게 될 불이익에 대한 비교형량을 하여 후자의 불이익이 전자의 불이익보다 크다면 가치분을 인용할 수 있는 것”이라고 하였는데(번호는 필자가 붙였음. 同旨, 헌재 1999. 3. 25. 98헌사98, 판례집 11-1, 264, 270-271; 헌재 2006. 2. 23. 2005헌사754, 판례집 18-1상, 339, 345-346), 여기에서 ③은 앞에서 본 헌재 2006. 2. 23. 2005헌사754 결정과 같이 적법요건으로 보아야 할 것이다.

796) 대법원 2003. 10. 9.자 2003무23 결정 : “(행정소송법 제23조 제2항에서 말하는) ‘회복하기 어려운 손해’라 함은 특별한 사정이 없는 한 금전으로 보상할 수 없는 손해로서, 이는 금전보상이 불능인 경우 내지는 금전보상으로는 사회관념상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 또는 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형, 무형의 손해를 일컫는다.”

797) 즉, 헌법소원심판에서 문제된 ‘공권력 행사 또는 불행사’를 그대로 유지할 경우 발생할 회복하기 어려운 손해를 예방할 필요가 있어야 한다.(헌재 2018.4.26. 2018헌사242등, 공보 259, 785, 786)

798) 김하열, 앞의 책, 174-175면. 이에 대하여, 여기서 중대한 불이익은 ‘침해행위(본안소송의 소송물)가 위헌으로 결정될 경우 신청인이나 공공복리에 발생하게 될 회복하기 어려운 현저한 손해 또는 회복이 가능하다고 해도 중대

2) 긴급성⁷⁹⁹⁾

가처분신청은 본안심판결정이 중대한 손실을 방지하기에 적절한 시간 내에 내려질 것을 기대할 수 없을 때에만 인용될 수 있다. 다시 말하면 가처분으로 규율하고자 하는 현상이 이미 발생하였거나 시간적으로 매우 근접해 있음을 요한다.

3) 이익형량

가처분결정을 위해서는 가처분신청을 인용할 경우 후에 본안심판이 기각되었을 때 발생하게 될 불이익과, 가처분신청을 기각할 경우 후에 본안심판이 인용되었을 때 발생하게 될 불이익을 형량하여 그 불이익이 적은 쪽을 선택하여야 한다.⁸⁰⁰⁾

(나) 인용사례

2019. 10. 1. 현재 헌법소원심판 사건에서 가처분신청을 인용한 사례는 다음과 같다.⁸⁰¹⁾ 아래 가처분 인용사례 중 1), 2), 3), 5), 6)는 법령의 효력을 정지하는 가처분으로서 행정소송법상 집행정지 결정의 한 내용인 ‘효력의 전부 또는 일부의 정지’에 해당하는 유형이고,⁸⁰²⁾ 인용사례 4)는 민사집행법상 가처분 결정의 한 내용인 ‘임시의 지위를 정하는 가처분’에 해당하는 유형이라고 볼 수 있다.

1) 현재 2000. 12. 8. 2000헌사471 [전원일치]

<주문>

한 불이익을 피할 수 없는 경우’를 말한다’는 견해로 허영, 헌법소송법론, 박영사, 2019, 189면.

799) 현재 2018. 1. 25. 2016헌바208 : “(행정소송법 제23조 제2항에서 말하는) ‘긴급한 필요’라 함은 손해의 발생이 시간상 임박하여 손해를 방지하기 위해서 본안판결까지 기다릴 여유가 없는 경우를 의미한다.

800) 독일 연방헌법재판소 판례상 인정되는 소위 이중가설이론(Doppelhypothese).

801) 헌법재판소에서 가처분을 인용한 최초의 사례는 현재 1999. 3. 25. 98헌사98 결정인데, 이 사건의 본안은 1999. 7. 22. (일부)인용결정이 선고된 98헌라4 성남시와 경기도지사 간의 ‘권한쟁의심판’ 청구사건이다.

802) 위 현재 1999. 3. 25. 98헌사98 결정도 심판대상인 처분의 효력을 정지하는 가처분으로서 이 유형에 속한다.

“사법시험령 제4조 제3항 본문⁸⁰³⁾의 효력은 헌법재판소 2000헌마262 헌법소원심판 청구사건의 중국결정 선고⁸⁰⁴⁾ 시까지 이를 정지한다.”⁸⁰⁵⁾

2) 현재 2002. 4. 25. 2002헌사129 [6:3]

<주문>

“군행형법시행령(1999. 10. 30. 대통령령 제16587호로 전문개정된 것) 제43조 제2항 본문 중 전단⁸⁰⁶⁾ 부분의 효력은 헌법재판소 2002헌마193 헌법소원심판청구사건의 중국결정 선고⁸⁰⁷⁾ 시까지 이를 정지한다.”⁸⁰⁸⁾

3) 현재 2006. 2. 23. 2005헌사754 [전원일치]

<주문>

“대학교원 기간임용제 탈락자 구제를 위한 특별법’(2005. 7. 13. 법률 제

803) 구 사법시험령 제4조(응시자격의 제한) ③제5조의 규정에 의한 제1차시험을 4회 응시한 자는 마지막으로 응시한 제1차시험의 시행일부터 4년이 경과한 날이 속하는 해의 말일까지는 제1차시험에 다시 응시할 수 없다. 본문의 규정에 의하여 응시가 제한되는 자로서 4년이 경과되어 다시 응시하는 경우에도 제1차시험 4회 응시후에는 또한 같다.

804) 이 본안사건은, “동 헌법소원이 제기된 뒤인 2001. 3. 28. 법률 제6436호로 사법시험법이, 같은 달 31. 대통령령 제17181호로 사법시험법시행령이 각 제정·시행되어 사법시험령이 폐지됨으로써, 이 사건 심판대상 조항이 규정하던 응시회수의 제한 역시 함께 폐지되었고 위 새 법령에는 그와 같은 제한이 규정되어 있지 않다.”는 이유로 2001. 4. 26. 각하결정이 선고되었다.

805) 이 결정은 헌법소원사건에서 최초로 가처분을 받아들인 사례이다.

806) 군행형법시행령 제43조(면회의 횟수) ②미결수용자의 면회횟수는 매주 2회로 하되, 참모총장은 미결수용자의 접견교통권을 보장하기 위하여 필요한 경우에는 그 횟수를 증가시킬 수 있다. 다만, 변호인과의 면회는 그 횟수를 제한하지 아니한다.

807) 이 본안사건은 2003. 11. 27. 인용결정이 선고되었는데(재판관 전원일치), 동 결정의 주문은 다음과 같다. : “군사법원법(1994.1.5. 법률 제4704호로 개정된 것) 제242조 제1항 중 제239조 부분, 군행형법시행령(1999.10.30. 대통령령 제16587호로 전문개정된 것) 제43조 제2항 본문 중 전단 부분은 헌법에 위반된다.”

808) 헌법재판소는 위 현재 2002. 4. 25. 2002헌사129 사건에서 위 군사법원법 조항에 대한 효력정지 가처분신청 부분은 이를 기각했는데, 위에서 보는 바와 같이 본안심판에서는 동 법률조항에 대하여도 위헌결정을 선고하였다.

7583호로 제정된 것) 제9조 제1항⁸⁰⁹⁾의 효력은 헌법재판소 2005헌마1119 헌법소원심판사건의 종국결정 선고⁸¹⁰⁾ 시까지 이를 정지한다.”

4) 현재 2014. 6. 5. 2014헌사592 [전원일치]

<주문>

“피신청인⁸¹¹⁾은 변호인의 2014. 4. 25.자 신청인에 대한 변호인접견신청을 즉시 허가하여야 한다.”⁸¹²⁾⁸¹³⁾

809) 대학교원 기간임용제 탈락자 구제를 위한 특별법 제9조(재임용 재심사 결정의 효력) ①재임용 탈락이 부당하였다는 위원회의 결정에 대하여 처분권자는 소송으로 다투지 못한다.

810) 이 본안사건은 2006. 4. 27. (일부)인용결정이 선고되었는데, 동 결정의 주문은 다음과 같다. : “1. ‘대학교원 기간임용제 탈락자 구제를 위한 특별법’(2005.7.13. 법률 제7583호로 제정된 것) 제9조 제1항은 헌법에 위반된다. 2. 같은 법 제2조 제2호, 제4조, 제5조에 대한 심판청구 부분은 이를 기각한다.”

811) 인천공항출입국관리사무소장

812) [사건개요] : 신청인(Mohammed ○○)은 수단 국적의 외국인으로서 2013. 11. 18. 카르툼 공항에서 출국하였고, 2013. 11. 20. 인천국제공항에 도착하여 입국수속을 하면서, 2013. 9.경 동족학살을 위한 북수단 정부의 강제징집에 불응하여 생명에 위협을 받고 있다는 이유로 난민신청을 하였으나, 같은 날 난민인정심사불회부결정 및 입국불허결정을 받았다. 신청인은 피신청인을 상대로 인신보호청구의 소 및 난민인정심사불회부결정취소의 소를 제기하였고, 그 소송을 수행하기 위하여 변호인을 접견하고자 하였으나, 피신청인이 2014. 4. 25. 이 사건 소송대리인인 변호인의 접견신청을 거부하자, 같은 달 30. 변호인의 조력을 받을 권리가 침해되었다고 주장하며 거부행위의 취소를 구하는 헌법소원심판(2014헌마346)을 청구함과 동시에 이 사건 가치분신청을 하였다. [피신청인은 2014. 5. 4. 신청인에 대한 송환대기실 수용을 해제하였다. 이에 따라 신청인은 2014. 5. 4.부터 송환대기실에서 나와 인천국제공항의 환송구역에서 생활하였다. 피신청인은 2014. 5. 26. 인도적 견지에서 신청인에 대한 입국을 허가하였다. 신청인은 난민인정심사불회부결정취소소송의 제1심 및 항소심에서 승소하였고, 피신청인이 상고를 포기하여 2015. 2. 12. 승소판결이 확정되었다. 신청인은 2016. 3. 17. 난민인정결정을 받았다.(현재 2018.5.31. 2014헌마346, 판례집 30-1하, 166, 170)]

813) 위 본안사건은 2018. 5. 31. (재판관 전원일치의 의견으로) 인용결정이 선고되었다. <주문> : “피청구인(인천공항출입국·외국인청장)이 2014. 4. 25. 청구인(M.S.I. Abdalla)의 변호인의 접견신청을 거부한 행위는 난민인정심사불회부결정을 받은 후 인천국제공항 송환대기실에 수용중인 청구인의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것이므로 헌법에 위반됨을 확인한다.” [헌법

5) 현재 2018. 4. 26. 2018헌사242등⁸¹⁴) [전원일치]

<주문>

“변호사시험법(2017. 12. 12. 법률 제15154호로 개정된 것) 제11조⁸¹⁵) 중 ‘명단을 공고’ 가운데 성명 공개에 관한 부분의 효력은 헌법재판소 2018헌마 77, 2018헌마283(병합) 헌법소원심판청구사건의 종국결정 선고 시까지 이를 정지한다.”

6) 현재 2018. 6. 28. 2018헌사213 [전원일치]

<주문>

재판소는 현재 2012.8.23. 2008헌마430 결정에서 “(헌법 제12조 제4항이 규정하는) 변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서 피의자 또는 피고인의 방어권 보장을 위한 것으로서 출입국관리법상 보호 또는 강제퇴거의 절차에도 적용된다고 보기는 어렵다.”고 하였으나, 위 2014헌마346 결정에서는 “헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 ‘구속’이란 강제로 사람을 일정한 범위의 폐쇄된 공간에 가두어 둠으로써, 가두어 둔 공간 밖으로의 신체의 자유로운 이동을 금지하는 행위를 의미한다.”고 하면서, “헌법 제12조 제4항 본문은 형사절차뿐 아니라 행정절차에도 적용된다고 해석하는 것이 헌법 제12조 제4항 본문 자체의 문리해석의 측면에서 타당하고, 변호인 조력권의 속성에도 들어맞으며, 우리 헌법이 제12조 제1항 제1문에 명문으로 신체의 자유에 관한 규정을 두어 신체의 자유를 두텁게 보호하는 취지에도 부합할 뿐 아니라, 헌법 제12조의 체계적 해석 및 목적론적 해석의 관점에서도 정당하다.”고 판시하여 위 견해를 명시적으로 변경하였다.]

- 814) [사건개요(2018헌마77)] : 변호사시험 성적을 합격자에게 공개하지 않도록 규정한 구 변호사시험법 제18조 제1항 본문이 수험생의 알 권리(정보공개청구권)를 침해하여 헌법에 위반된다는 헌법재판소의 결정(현재 2015.6.25. 2011헌마769등)에 따라 2017. 12. 12. 법률 제15154호로 개정된 변호사시험법 제11조에 의하면, 법무부장관은 변호사시험의 합격자가 결정되면 즉시 ‘명단’을 공고하여야 한다. 그런데 신청인은 위 법률조항에 따라 합격자 명단이 공개될 경우 타인이 자신의 변호사시험 합격여부 등을 알 수 있게 되어 자신의 인격권, 평등권, 개인정보자기결정권 등이 침해된다고 주장하면서 2018. 1. 23. 헌법소원심판을 청구하였다. 그리고 신청인은 2018. 3. 15. 위 본안사건의 종국결정 선고시까지 위 변호사시험법 제11조 중 ‘법무부장관은 합격자가 결정되면 즉시 명단을 공고하고’ 부분의 효력정지를 구하는 이 사건 가치분신청서를 제출하였다.
- 815) 제11조(합격자 공고 및 합격증서 발급) 법무부장관은 합격자가 결정되면 즉시 명단을 공고하고, 합격자에게 합격증서를 발급하여야 한다.

“1. 초·중등교육법 시행령(2017. 12. 29. 대통령령 제28516호로 개정된 것) 제81조 제5항⁸¹⁶⁾ 중 ‘제91조의3에 따른 자율형 사립고등학교는 제외한다.’ 부분의 효력은 헌법재판소 2018헌마221 헌법소원심판청구사건의 중국결정 선고⁸¹⁷⁾ 시까지 이를 정지한다. 2. 나머지 신청은 모두 기각한다.”

Ⅶ. 중국결정 이후의 문제

1. 중국결정

가. 의의

재판부가 심리를 마친 때에는 중국결정을 한다. 중국결정은 중국심리에 참여한 재판관의 과반수의 찬성으로 하는데, 다만 헌법소원에 대한 인용결정을 하는 경우와 종전에 헌법재판소가 판시한 헌법 또는 법률의 해석적용에 관한 의견을 변경하는 경우에는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다(헌법재판소법 제23조 제2항).

따라서 인용(위헌)의견이 재판관 5인이라 하더라도 나머지 재판관이 기각 또는 각하의견을 낸 경우에는 “기각” 주문이 법정의견이 된다. 예컨대 인용의견 5인, 기각의견 4인인 경우에 기각주문을 낸 예로는 현재 1999. 1. 28. 98헌마85 결정, 현재 2000. 12. 14. 2000헌마659 결정 등이 있고, 인용의견이 5인이고 각하의견이 4인인 경우 기각주문을 낸 예로는 현재 2000. 2. 24. 97헌마13 등 결정이 있다.

816) 제81조(입학전형의 지원) ⑤제1항 본문에도 불구하고 제77조 제2항에 따라 시·도 조례로 정하는 지역의 후기학교(제90조 제1항 제6호에 해당하는 특수목적고등학교 및 제91조의3에 따른 자율형 사립고등학교는 제외한다) 주간부에 입학하고자 하는 자는 교육감이 정하는 방법 및 절차에 따라 2이상의 학교를 선택하여 지원할 수 있다.

817) 이 본안사건은 2019. 4. 11. (일부)인용결정이 선고되었는데, 동 결정의 주문은 다음과 같다. : “1. 초·중등교육법 시행령(2017.12.29. 대통령령 제28516호로 개정된 것) 제81조 제5항 중 ‘제91조의3에 따른 자율형 사립고등학교는 제외한다’ 부분은 헌법에 위반된다. 2. 청구인들의 나머지 심판청구를 기각한다.”

종국결정에는 ①심판청구가 부적법한 경우에 하는 각하결정, ②심판청구가 이유 없는 경우에 하는 기각결정, ③심판청구가 이유 있는 경우에 하는 인용결정(변형위헌결정 포함), 그리고 ④심판절차종료선언의 4가지가 있다. 헌법재판소법 제68조 제1항의 범령소원이 이유 없는 경우에는 “(청구인의) 심판청구를 기각한다.”라는 주문을 내고 있다.

나. 여러 의견이 대립되는 경우의 주문의 결정

(1) 개요

재판의 주문을 어떻게 내느냐 하는 주문의 방식 문제는 민사소송에서 그러하듯 헌법재판에 대하여서도 아무런 명문의 규정이 없으며, 따라서 재판의 본질상 주문을 어떻게 표시할 것인지는 재판관의 재량에 일임된 사항이라고 할 수 있다.⁸¹⁸⁾

한편, 어떤 사안에서 전원재판부의 평의의 결과, 의견이 예컨대 전부위헌 2인, 헌법불합치 2인, 한정위헌 2인, 합헌 3인 등으로 나누어진 경우에 그 주문은 어떤 것이 되어야 하는지의 문제가 발생한다. 이와 같은 경우의 해결방법에 대하여 헌법재판소법은 직접적으로는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 나아가 헌법재판소법 제40조 제1항에 따라 준용의 여지가 있는 행정소송법이나 민사소송에 관한 법령에도 이에 관한 규정이 없다. 따라서 이에 관한 영역에서는 법원조직법 제66조 소정의 ‘합의에 관한 규정’을 유추적용⁸¹⁹⁾할 수 있을 것이다.

법원조직법 제66조 제2항⁸²⁰⁾의 규정에 의하면 ‘수액’이나 ‘형량’에 관하여 3

818) 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 260.

819) 이를 ‘준용’이라고 보는 입장으로 헌법재판소, 앞의 책(실무제요), 71면. 이러한 입장은 법원조직법 제66조 제2항 제1호를 ‘민사소송에 관한 법령’으로 보는 견해라고 할 수 있다. 그런데 행정소송법 제8조 제2항이 “행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다.”라고 하여 법원조직법을 준용의 대상으로 언급하고 있는 데 비하여 헌법재판소법 제40조 제1항은 그렇지 않은 점을 고려할 때 ‘유추적용’이라고 보아야 할 것이다.

820) 법원조직법 제66조(합의의 방법) ②합의에 관한 의견이 3개 이상의 설(說)로

설 이상이 나누어지고 어느 견해도 그 자체로서는 과반수에 이르지 못한 경우에는, 신청인(민사의 경우에는 원고, 형사의 경우에는 검사)에게 가장 유리한 견해를 가진 수에 순차로, 그 다음으로 유리한 견해를 가진 수를 더하여 과반수에 이르게 된 때의 견해를 그 합의체의 견해로 하도록 하고 있다. 그러므로 위 예의 경우 신청인(위헌법률심판이나 헌법소원의 신청인)에게 가장 유리한 견해인 전부위헌의 견해를 가진 수(2인)에 순차로 유리한 견해의 수(헌법불합치 2인, 한정위헌 2인)를 더하여 '6인'에 이르게 된 때의 견해인 “한정위헌”의 견해에 따라 주문이 결정되어야 하는 결과가 된다.⁸²¹⁾

(2) 사례

아래 사례는 헌법재판소의 다른 심판유형에서 나온 주문형태이지만, 이는 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 법률소원에서의 주문형태와 같다.

① 현재 1989. 7. 14. 88헌가5등 (사회보호법 제5조 위헌제청) 사건은 심판의 대상법조항이 구 사회보호법 제5조 제1항(소위 ‘필요적 보호감호’), 제2항(소위 ‘임의적 보호감호’)이었다. 제1항에 대하여는 위헌정족수 6인을 확보하여 문제가 없었으나, 제2항에 대하여는 위헌의견 2인, 합헌의견 5인, 각하의견 2인의 비율로 나타났다. 따라서 제2항에 대한 결정주문은 “합헌”이었다.

② 현재 1992. 2. 25. 89헌가104 (군사기밀보호법 제6조등 위헌제청) 사건의 경우, 평의의 결과는 전부위헌의견 1인, 한정합헌의견 5인, 단순합헌의견 3인의 비율로 나타났다. 이에 헌법재판소는, “한정합헌의견(5)은 질적인 일부위헌의견이기 때문에 전부위헌의견(1)도 일부위헌의견의 범위 내에서는 한정합헌의 의견과 견해를 같이 한 것이라 할 것이므로, 이를 합산하면 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호 소정의 위헌결정 정족수에 도달하였다고 할 것이며 그것이 주문의 의견이 되는 것”이라고 하였다.

나뉘어 각각 과반수에 이르지 못할 때에는 다음 각 호의 의견에 따른다.

1. 액수의 경우: 과반수에 이르기까지 최다액(最多額)의 의견의 수에 차례로 소액의 의견의 수를 더하여 그 중 최소액의 의견
2. 형사(刑事)의 경우: 과반수에 이르기까지 피고인에게 가장 불리한 의견의 수에 차례로 유리한 의견의 수를 더하여 그 중 가장 유리한 의견

821) 헌법재판소, 앞의 책(실무제요), 72면.

③ 현재 1997. 7. 16. 95헌가6등 (민법 제809조 제1항 위헌제청) 사건에서는 단순위헌의견 5인, 헌법불합치의견 2인, 합헌의견 2인의 비율로 나타났다. 이에 헌법재판소는 “단순위헌의견(5)이 다수의견이기는 하나 법 제23조 제2항 제1호에 규정된 ‘법률의 위헌결정’을 함에 필요한 심판정족수에 이르지 못하였으므로 헌법불합치의 결정을 선고하기로” 하였다.

④ 현재 2002. 8. 29. 2000헌가5등 (상호신용금고법 제37조의3 제1항 등 위헌제청 등) 사건에서는, 이 사건 법률조항 중 “과점주주”에 관한 부분에 대하여는 재판관 1인이 헌법불합치의견, 재판관 5인이 한정위헌의견, 재판관 3인이 합헌의견인데, 한정위헌의견은 질적인 일부위헌의견이기 때문에 위헌결정의 일종인 헌법불합치의견도 일부위헌의견의 범위 내에서는 한정위헌의견과 견해를 같이 한 것이라 할 것이므로, 이를 합산하면 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 규정된 위헌결정의 정족수에 도달하여 한정위헌결정을 선고하고, 이 사건 법률조항 중 “임원”에 관한 부분에 대하여는 재판관 3인이 단순위헌의견, 재판관 1인이 헌법불합치의견, 재판관 5인이 한정위헌의견인바, 어느 쪽도 독자적으로는 위헌결정의 정족수에 이르지 못하였으나, 단순위헌의견과 헌법불합치의견도 일부위헌의견의 범위 내에서는 한정위헌의견과 견해를 같이 한 것이라 할 것이므로, 이를 합산하면 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 규정된 위헌결정의 정족수에 도달하여 한정위헌결정을 선고하였다.

⑤ 현재 2007. 3. 29. 2005헌바33 (공무원연금법 제64조 제1항 제1호 위헌소원) 사건에서는, 이 사건 법률조항에 대한 재판관 1인의 일부 단순위헌, 일부 헌법불합치 의견에 재판관 5인의 전부 헌법불합치 의견을 가산하면⁸²²⁾ 위헌정족수를 충족하게 된다는 이유로 이 사건 법률조항에 대하여 ‘전부 헌법불합치’결정을 선고하였다.

⑥ 현재 2007. 5. 31. 2005헌마1139 (공직자 등의 병역사항 신고 및 공개에 관한 법률 제3조 등 위헌확인) 사건에서는 이 사건 법률조항에 대하여는 재판관 1인의 단순위헌의견, 재판관 2인의 적용중지 헌법불합치의견, 재판관 5인의 계속적용 헌법불합치 의견, 재판관 1인의 일부위헌의견으로 나뉘어 어느 의견도 독자적으로는 법 제23조 제2항 제1호에 규정된 법률의 위헌결정을 함에 필요한 심판정족수에 이르지 못하였으나, 단순위헌의견과 적용중지 헌법불

822) 나머지 재판관 3인은 합헌의견임.

합치의견을 계속적용 헌법불합치의견에 합산하면 법률의 위헌결정을 함에 필요한 심판정족수에 이르게 되므로(헌법재판소법 제40조, 법원조직법 제66조 제2항), 이에 계속적용을 명하는 헌법불합치 결정을 하였다.

⑦ 현재 2009. 7. 30. 2008헌가1등 (군인연금법 제33조 제1항 제1호 위헌제청) 사건에서는 재판관 1인이 ‘일부 단순위헌, 일부 헌법불합치’의견이고, 재판관 5인이 ‘전부 헌법불합치’의견이며, 재판관 3인이 ‘합헌’의견이었는데, ‘전부 헌법불합치’ 주문을 선고하였다.

⑧ 현재 2009. 9. 24. 2008헌가25 (집회 및 시위에 관한 법률 제10조 등 위헌제청) 사건에서는 재판관 5인이 ‘단순위헌’의견이고, 재판관 2인은 ‘계속적용 헌법불합치’의견이며, 재판관 2인은 ‘합헌’의견이어서 주문은 ‘계속적용 헌법불합치’ 결정이 선언되었다.

다. 인용결정

(1) 개요

(가) 침해된 기본권과 침해의 원인이 된 공권력의 행사 또는 불행사의 특정

헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 통상의 처분(또는 부작위)소원에 대하여 헌법재판소가 인용결정을 하는 때에는 인용결정서의 주문에서 “침해된 기본권”과 “침해의 원인이 된 공권력의 행사 또는 불행사”를 특정하여야 한다(헌법재판소법 제75조 제2항).⁸²³⁾

그러나 법령소원을 인용하는 경우에는 주문에 침해된 기본권을 표시하지 않는데,⁸²⁴⁾ 그 이유는 법령에 대한 헌법소원은 청구인의 침해된 기본권 구제

823) 이에 대하여, “헌법소원심판청구인의 입장에서는 자신의 권리를 침해하는 공권력조치의 제거에 주안을 두고 있으므로, 주문에서 침해된 기본권을 특정하는 것은 굳이 필요하지 않을 것이다. 그럼에도 불구하고 그와 같은 형식의 주문을 입법자가 요구하고 있는 것은 다분히 일반적 기속력을 갖는 헌법재판소결정의 일반적 의미가 결정주문 자체만으로도 확인될 수 있어야 한다는 생각을 근거로 하는 것이다.” 라는 견해로 정태호, 앞의 글(1996), 318면.

824) 이는 법령의 부작위에 대한 심판청구를 인용(위헌확인)하는 경우도 마찬가지

의 면도 있으나 객관적인 헌법질서의 확립이라는 성질이 더 부각되어야 할 것이고, 헌법재판소법 제75조 제2항의 취지가 동조 제3항 내지 제5항과의 관계에서 볼 때 입법권, 즉 법률에 의한 기본권침해의 경우에 부합하는 규정이라고 보이지 않고, 오히려 동조 제6항이 헌법소원을 인용하여 법률의 위헌을 선고할 경우에는 헌법재판소법 제45조, 제47조의 규정을 준용하도록 하고 있어서 구태여 주문에 침해된 기본권을 표시할 필요까지는 없다고 해석되기 때문이다.⁸²⁵⁾

(나) 부수적 규범통제

헌법재판소법 제75조 제5항은 동법 제68조 제1항에 의한 헌법소원을 인용하는 경우에 “헌법재판소는 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률 또는 법률의 조항에 기인한 것이라고 인정될 때에는 인용결정에서 해당 법률 또는 법률의 조항이 위헌임을 선고할 수 있다.”고 하여, 소위 ‘부수적 규범통제’를 규정하고 있다.⁸²⁶⁾ 따라서 행정청 행위의 위헌성이 위헌적인 법률에 기인한다고 판단된다면, 헌법재판소는 행정청 행위의 근거가 되는 법률조항의 위헌성을 확인함으로써 이를 적용한 행정청 행위의 위헌성을 확인할 수 있다.

헌법재판소가 헌법재판소법 제75조 제5항에 따라 위헌선언을 한 예로는, 피청구인의 공권력행사가 위헌임을 확인하면서 동 공권력행사의 근거규정인 ‘행형법(1980. 12. 22. 법률 제3289호) 제62조의 준용규정 중 같은 법 제18조 제3항을 미결수용자의 변호인접견에도 준용하도록 한 부분’은 헌법에 위반된다(위헌)고 선언한 사례,⁸²⁷⁾ 구 행형법(1995. 1. 5. 법률 제4936호로 개정되기

지이다. 그런데 헌법재판소의 초기 결정 중에는 법령(시행규칙)에 대한 헌법소원에서 침해된 기본권을 주문에 기재한 사례가 있다. 현재 1993. 5. 13. 92헌마80 결정의 <주문> : “체육시설의설치·이용에관한법률시행규칙(1989.7.12. 체육부령 제13호, 개정 1992.2.27. 문화체육부령 제20호) 제5조의 체육시설업의 시설, 설비, 안전관리 및 위생기준(별표1)에 수록되어 있는 ‘2. 안전관리 및 위생기준(체육시설업자의 준수사항)’의 ‘(2) 개별기준’ 중 ‘자. 당구장업’란 3)에 기재된 ‘출입문에 18세 미만자의 출입을 금지하는 내용의 표시를 하여야 한다.’는 규정은 평등권과 직업선택의 자유를 침해한 것이므로 헌법에 위배된다.”

825) 현재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91, 115.

826) 현재 2008. 12. 26. 2007헌마193등, 판례집 20-2하, 810, 815; 현재 2015. 2. 26. 2013헌마789, 판례집 27-1상, 221, 223-224 참조.

전의 것) 제62조의 준용규정 중 동법 제18조 제3항 및 같은 동법 시행령 제62조를, “미결수용자와 그 변호인 또는 변호인이 되려는 자 사이의 서신으로서 그 서신에 마약 등 소지금지품이 포함되어 있거나 그 내용에 도주·증거인멸·수용시설의 규율과 질서의 파괴 기타 형벌법령에 저촉되는 내용이 기재되어 있다고 의심할 만한 합리적인 이유가 없는 경우에도 준용하는 것”은 헌법에 위반된다(한정위헌)고 선언한 사례,⁸²⁸⁾ 심판대상인 기소유예처분의 기본권 침해여부를 판단하기 위하여 그 기소유예처분의 근거가 되는 법령의 위헌여부를 판단한 사례⁸²⁹⁾ 등이 있다.

그러나 심판대상이 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사 또는 불행사가 아니어서 그에 대한 심판청구가 부적법한 경우에는 부수적 규범통제에 나아가지 아니한다.⁸³⁰⁾

827) 헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 54. [청구인이 1991. 6. 14. 17시부터 그날 18시경까지 국가안전기획부 면회실에서, 그의 변호인과 접견할 때 피청구인(국가안전기획부장) 소속직원(수사관)이 참여하여 대화내용을 듣거나 기록한 것은 헌법 제12조 제4항이 규정한 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것이라며 그 위헌확인을 청구한 사건임]

828) 헌재 1995. 7. 21. 92헌마144, 판례집 7-2, 94, 97. [청구인 박○옥(변호사)이 1992. 5. 26. 청구인 이○호에게 발송한 서신 및 청구인 이○호가 같은 해 6. 2. 청구인 박○옥에게 보내기 위하여 발송의뢰한 서신을 피청구인(진주교도소장)이 각 검열한 행위는 청구인들의 통신의 비밀을 침해받지 아니할 권리, 청구인 이○호의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것이라며 그 위헌확인을 청구한 사례임]

829) 헌재 2015. 2. 26. 2013헌마789 : “구 정신보건법(2008.3.21. 법률 제8939호로 개정되고, 2015.1.28. 법률 제13110호로 개정되기 전의 것) 제58조는 개인 영업주가 종업원 등의 위반행위와 관련하여 선임·감독상의 주의의무를 다하여 아무런 잘못이 없는 경우까지 영업주에게 형벌을 부과하게 하므로, 헌법상 법치국가원리 및 죄형법정주의로부터 도출되는 책임주의원칙에 위반되는 것으로서 헌법에 위반되고, 이에 근거한 피청구인의 기소유예처분은 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해하였다.” [전원일치 인용]

830) 헌재 2018. 4. 26. 2016헌마46 : “앞서 본 바와 같이 피청구인(방송통신심의위원회)의 이 사건 의견제시(피청구인이 방송사업자인 청구인(주식회사 문화방송)에 대하여 한, ‘청구인의 보도가 심의규정을 위반한 것으로 판단되며, 향후 관련 규정을 준수할 것’을 내용으로 하는 ‘의견제시’)가 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하지 아니하여 그에 대한 심판청구가 부적법한 이상, 본안에 나아가 헌법재판소법 제75조 제5항에 의하여 이 사건의 의견제시의 근거가 된 이 사건 법률조항(구 방송법(2009.7.31. 법률 제9786호로

(2) 인용결정의 유형

권리구제형 헌법소원에서 법령에 대하여 인용결정을 하는 경우에는 위헌법률심판 제청사건이나 규범통제형 헌법소원 사건에서 법률에 대하여 위헌결정(변형위헌결정 포함)을 하는 경우와 같다. 권리구제형 헌법소원에서 그 밖의 인용결정으로는 다음과 같은 유형이 있다. 헌법소원심판의 종국결정으로서 인용결정의 유형 문제 역시 행정소송이나 민사소송에는 없는 헌법소원심판의 특유한 것이므로 행정소송법이나 민사소송에 관한 법령이 준용될 여지가 없고, 기타 다른 법령이 유추적용될 수도 없다. 따라서 이 부분도 헌법소송의 독자성 테제가 주장될 수 있는 영역이라고 할 것이다.

(가) 공권력행사 취소 결정

헌법재판소가 공권력행사를 취소한 예로는 검사의 불기소처분에 대하여 “(…) 사건에 관하여 피청구인이 (…)에 대하여 한 불기소처분은 청구인의 평등권 및 재판절차진술권을 침해한 것이므로 이를 취소한다.”고 한 경우가 가장 많고, 그 밖에 “피청구인이 청구인의 (…) 수사기록에 대한 복사신청에 대하여 이를 거부한 행위는 청구인의 ‘알 권리’를 침해한 것이므로 이를 취소한다.”고 한 것⁸³¹⁾이 있다.

또한, “피청구인이 1997. 9. 12. 서울 강서구 공항동 978 전 3,896㎡ 및 같은 동 1292 전 770㎡에 관한 지적공부상의 지목을 ‘전’에서 ‘대’로 정정하여 달라는 청구인의 신청을 반려한 처분은 청구인의 재산권을 침해한 것이므로 이를 취소한다.”고 한 것,⁸³²⁾ “피청구인(방송위원회)이 2004. 3. 9. 청구인 주식회사 문화방송에게 한 ‘경고 및 관계자 경고’는 동 청구인의 방송의 자유를 침해한 것이므로 이를 취소한다.”고 한 것⁸³³⁾ 등이 있다.

개정되고, 2015.12.22. 법률 제13580호로 개정되기 전의 것) 제100조 제1항 단서 중 ‘제33조의 심의규정 위반을 이유로 한 방송사업자에 대한 의견제시’에 관한 부분)에 대한 위헌여부를 판단할 수는 없다.”

831) 헌재 1991. 5. 13. 90헌마133, 판례집 3, 234, 235.

832) 헌재 1999. 6. 24. 97헌마315, 판례집 11-1, 802, 810.

833) 헌재 2007. 11. 29. 2004헌마290, 공보 134, 1341, 1342.

(나) 공권력불행사 위헌확인 결정

1) 헌법재판소가 공권력의 불행사가 위헌임을 확인한 예로는 “임야조사서 또는 토지조사부의 열람·복사신청이 있었음에도 이에 불응한 부작위는 청구인의 ‘알 권리’를 침해한 것이므로 위헌임을 확인한다.”고 한 예가 있다.⁸³⁴⁾

2) 입법부작위에 대하여 위헌임을 확인한 예로는 “재조선군사령부군정청법령 제75호 조선철도의통일(1946. 5. 7.제정)을 폐지한 조선철도의통일폐지법령(1961.12.30. 법률제922호)이 시행되기 전에 같은 군정청법령 제2조에 의하여 수용된 조선철도주식회사, 경남철도주식회사 및 경춘철도주식회사 재산의 재산관계권리자로서 같은 법령 제3조에 따라 같은 군정청 운수부장에게 보상청구서면을 제출하여 위 수용으로 인한 보상청구권을 포기하지 않은 것으로 확정된 자 또는 그 보상청구권을 승계취득한 자에 대하여 위 수용으로 인한 손실보상금을 지급하는 절차에 관한 법률을 제정하지 아니하는 입법부작위는 위헌임을 확인한다.”고 한 것이 있다.⁸³⁵⁾

3) 행정입법부작위에 대하여 위헌임을 확인한 예로는 ① “피청구인(보건복지부장관)이 의료법과 전문의의수련및자격인정등에관한규정의 위임에 따라 치과전문외의자격시험제도를 실시할 수 있는 절차를 마련하지 아니하는 입법부작위는 위헌임을 확인한다.”고 한 결정,⁸³⁶⁾ ② “피청구인(노동부장관)이 산업재해보상보험법 제4조 제2호 단서와 근로기준법 시행령 제4조의 위임에 의하여 평균임금을 정하여 고시하지 아니하는 행정입법 부작위는 위헌임을 확인한다.”고 한 결정,⁸³⁷⁾ ③ “피청구인(대통령)이 구 군법무관임용법 제5조 제3항 및 군법무관임용등에관한법률 제6조의 위임에 따라 군법무관의 봉급과 그 밖의 보수를 법관 및 검사의 예에 준하여 지급하도록 하는 대통령령을 제정하지 아니하는 입법부작위는 위헌임을 확인한다.”고 한 결정⁸³⁸⁾ 등이 있다.

4) 조례입법부작위에 대하여 위헌임을 확인한 예로는, “피청구인들⁸³⁹⁾이 지방공무원법 제58조 제2항의 위임에 따라 사실상 노무에 종사하는 공무원의

834) 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22, 판례집 1, 176, 179.

835) 헌재 1994. 12. 29. 89헌마2, 판례집 6-2, 395, 398.

836) 헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283, 288.

837) 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마707, 판례집 14-2, 65.

838) 헌재 2004. 2. 26. 2001헌마718, 판례집 16-1, 313.

839) 1. 서울특별시(대표자 교육감 공정택), 2. 인천광역시(대표자 교육감 나근형), 3. 경기도(대표자 교육감 김상곤), 4. 전라북도(대표자 교육감 최규호)

범위를 정하는 조례를 제정하지 아니한 것은 위헌임을 확인한다.”고 한 결정⁸⁴⁰⁾이 있다.

(다) 공권력행사 위헌확인 결정

헌법재판소는 당해사건에 대한 헌법재판이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 중요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중요한 의미를 지니고 있는 경우에, 이미 종료된 기본권침해행위가 위헌이었음을 선언적 의미에서 확인할 수 있다. 그 예로는 다음과 같다.

① 현재 1992. 1. 28. 91헌마111 : “피의자의 변호인 접견시 수사관이 참여하여 대화내용을 듣거나 기록한 것은 헌법 제12조 제4항이 규정한 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것으로서 위헌임을 확인한다.”

② 현재 1993. 7. 29. 89헌마31 : “피청구인⁸⁴¹⁾이 대통령에 보고하여 그 지시를 받아 1985. 2. 7. 청구인 경영의 국제그룹을 해체기로 기본방침을 정하고 같은 달 11. 그 인수업체를 정하는 한편, 이의 실행을 위하여 제일은행장에 지시하여 같은 달 13.부터 국제그룹계열사에 대한 은행자금관리에 착수하게 하고 청구인으로부터 처분위임장 등 계열사의 처분권을 위임받게 하며, 피청구인이 만든 보도자료에 의거하여 같은 달 21. 제일은행의 이름으로 해체를 언론에 발표하게 하는 등 국제그룹해체를 위하여 한 일련의 공권력의 행사는 청구인의 기업활동의 자유와 평등권을 침해한 것이므로 위헌임을 확인한다.”

③ 현재 1995. 7. 21. 92헌마144 : “청구인 ○○○이 1992. 5. 26. 청구인 ×××에게 발송한 서신 및 청구인 ×××가 같은 해 6. 2. 청구인 ○○○에게 보내기 위하여 발송의뢰한 서신을 피청구인⁸⁴²⁾이 각 검열한 행위는 청구인들의 통신의 비밀을 침해받지 아니할 권리, 청구인 ×××의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것으로서 위헌임을 확인한다.”

④ 현재 1999. 5. 27. 97헌마137등 : “피청구인 성동구치소장이 청구인 ○○○을 1997. 3. 28.부터 같은 해 5. 8.까지 성동구치소에, 피청구인 영등포구치소장이 청구인 ×××을 1997. 11. 12.부터 1998. 2. 5.까지 영등포구치소에 각 수용하는 동안 재소자용 의류를 입게 하여 수사 또는 재판을 받게 한 행위는,

840) 현재 2009. 7. 30. 2006헌마358, 판례집 21-2상, 292.

841) 재무부장관

842) 진주교도소장

무죄추정의 원칙에 반하고 청구인들의 인격권, 행복추구권,⁸⁴³⁾ 공정한 재판을 받을 권리를 침해한 것으로 위헌임을 확인한다.”

⑤ 현재 2001. 7. 19. 2000헌마546 : “청구인들이 2000. 6. 18. 09:00경부터 같은 달 20. 02:00경까지 서울 영등포구 당산동 3가 2의 11 소재 영등포경찰서 유치장에 수용되어 있는 동안, 차폐시설이 불충분하여 사용과정에서 신체 부위가 다른 유치인들 및 경찰관들에게 관찰될 수 있고 냄새가 유출되는 실내화장실을 사용하도록 강제한 피청구인⁸⁴⁴⁾의 행위는, 헌법 제10조에 의하여 보장되는 청구인들의 인격권을 침해한 것으로 위헌임을 확인한다.”

⑥ 현재 2001. 8. 30. 99헌마496 : “청구인에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반 피고사건에서 검찰측 증인으로 채택된 청구의 이○○을 피청구인⁸⁴⁵⁾이 별지 소환목록(1) 기재와 같이 진후 145회에 걸쳐 소환한 것은 청구인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한 것으로서 위헌임을 확인한다.”

⑦ 현재 2004. 9. 23. 2000헌마138 : “피청구인⁸⁴⁶⁾이 2000. 2. 16. 청구인들에 대한 피의자신문서 변호인들이 참여하여 조력할 수 있도록 해 달라는 청구인들의 요청을 거부한 행위는 청구인들의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것으로서 위헌임을 확인한다.”⁸⁴⁷⁾⁸⁴⁸⁾

843) 다만 헌법재판소는 이후에, 헌법 제10조의 행복추구권은 다른 개별적 기본권이 적용되지 않는 경우에 한하여 보충적으로 적용되는 기본권이라고 보고 있다.(현재 2002.8.29. 2000헌가5등, 판례집 14-2, 106, 123; 현재 2006.3.30. 2005헌마598, 공보 114, 576; 현재 2007.3.29. 2005헌마985, 판례집 19-1, 287, 300)

844) 영등포경찰서장

845) 서울지방검찰청 검사

846) 서울중앙지방검찰청 검사

847) 이 사건 결정 전인 2003년에 대법원은 소위 ‘송두울 교수 사건’에서, “형사소송법에 규정된 피의자에 대한 조사과정에서 변호인이 참석할 수 있다는 명문규정이 아직은 없지만 누구든지 체포 또는 구속을 당했을 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 선언한 헌법규정(제12조 제4항)에 비취 피의자신문 단계에서도 변호인의 참여를 요구할 수 있고, 그러한 경우 수사기관은 이를 거절할 수 없는 것으로 보아야 한다.”고 하면서도, “다만 피의자신문을 방해하거나 수사기밀을 누설하는 등의 염려가 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 변호인의 참여를 제한할 수 있다.”고 판시하였다(대법원 2003.11.11.자 2003모402 결정). 이와 같은 후반부 판시에 대하여는, “진술거부권과 변호인의 조력을 받을 권리에 따라 변호인의 피의자신문참여권이 ‘인정’되는 데에는 구체적인 법조문이 마련되어 있지 않아도

⑧ 현재 2005. 5. 26. 2001헌마728 : “청구인이 2001. 9. 28., 같은 달 29., 같은 해 10. 4. 및 같은 달 5. 서울지방검찰청 동부지청 308호 검사조사실에서 조사를 받는 동안 피청구인⁸⁴⁹⁾ 소속 계호교도관이 포승으로 청구인의 팔과 상반신을 묶고 양손에 수갑을 채운 상태에서 피의자조사를 받게 한 것은 청구인의 신체의 자유를 침해한 행위로서 위헌임을 확인한다.”

⑨ 현재 2005. 5. 26. 2004헌마49 : “2003. 10. 24.경부터 같은 해 11. 6.까지 사이에 수회에 걸쳐 청구인이 서울지방검찰청 검사 조사실에서 피의자 신문을 받는 동안 수갑과 포승으로 계속 청구인의 신체를 결박해 둔 피청구인⁸⁵⁰⁾의 행위는 청구인의 신체의 자유를 침해한 것으로서 위헌임을 확인한다.”

⑩ 현재 2011. 6. 30. 2009헌마406 : “피청구인⁸⁵¹⁾이 2009. 6. 3. 서울특별시 서울광장을 경찰버스들로 둘러싸 청구인들의 통행을 제지한 행위는 청구인들의 일반적 행동자유권을 침해한 것으로서 위헌임을 확인한다.”

⑪ 현재 2012. 3. 29. 2010헌마475 : “피청구인⁸⁵²⁾이 출정비용납부거부 또는 상계동의거부를 이유로 청구인의 행정소송 변론기일인 2010. 2. 26., 2010. 3.

그만이지만, 이 권리를 ‘제한’할 때에는 반드시 법률의 규정을 필요로 한다는 점에서 문제가 있다는 비판으로 김두식, 『헌법의 풍경』, 교양인, 2008, 268면 참조.

848) 이 결정 후 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정된 형사소송법은 제243조의2(변호인의 참여 등)를 신설하였는데, 동 조항은 “①검사 또는 사법경찰관은 피의자 또는 그 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매의 신청에 따라 변호인을 피의자와 접견하게 하거나 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 신문에 참여하게 하여야 한다. ②신문에 참여하고자 하는 변호인이 2인 이상인 때에는 피의자가 신문에 참여할 변호인 1인을 지정한다. 지정이 없는 경우에는 검사 또는 사법경찰관이 이를 지정할 수 있다. ③신문에 참여한 변호인은 신문 후 의견을 진술할 수 있다. 다만, 신문 중이라도 부당한 신문 방법에 대하여 이의를 제기할 수 있고, 검사 또는 사법경찰관의 승인을 얻어 의견을 진술할 수 있다. ④제3항에 따른 변호인의 의견이 기재된 피의자 신문조서는 변호인에게 열람하게 한 후 변호인으로 하여금 그 조서에 기명 날인 또는 서명하게 하여야 한다. ⑤검사 또는 사법경찰관은 변호인의 신문 참여 및 그 제한에 관한 사항을 피의자신문조서에 기재하여야 한다.”고 규정하였다.

849) 성동구치소장

850) 서울구치소장

851) 경찰청장

852) 경북북부제2교도소장

26., 2010. 4. 20.에 청구인의 출정을 각 제한한 행위는 청구인의 재판청구권을 침해한 것으로서 위헌임을 확인한다.”

⑫ 현재 2012. 12. 27. 2011헌마351 : “피청구인⁸⁵³이 2010. 12. 20. 청구인으로부터 압수하여 보관하고 있던 플라스틱 생수병 1개, 파도 1개, 책가방 1개, 일회용라이터 1개를 폐기한 행위는 적법절차의 원칙에 반하고⁸⁵⁴ 청구인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한 것으로서 위헌임을 확인한다.”

⑬ 현재 2015. 12. 23. 2014헌마1149 : “피청구인⁸⁵⁵이 강원대학교 법학전문대학원에 대하여, 2015학년도 신입생 1명의 모집을 정지하도록 한 행위는 청구인의 대학의 자율권을 침해하므로 위헌임을 확인하고, 2016학년도 신입생 1명의 모집을 정지하도록 한 행위는 청구인의 대학의 자율권을 침해하므로 이를 취소한다.”

⑭ 현재 2016. 12. 29. 2013헌마142 : “피청구인⁸⁵⁶이 청구인을 2012. 12. 8. 16:00경부터 2012. 12. 18. 13:00경까지 ○○구치소 13동 하층 14실에 수용한 행위는 청구인의 인간의 존엄과 가치를 침해한 것으로 위헌임을 확인한다.”

⑮ 현재 2017. 12. 28. 2016헌마649 : “피청구인들⁸⁵⁷이 ‘2017학년도 신입생 수시모집 입시요강’에서 [별지3] 목록 기재와 같이 지원자격을 정함으로써 검

853) 경기부천원미경찰서 사법경찰관

854) 그런데 ‘적법절차원칙’은 헌법재판소법 제75조 제2항 소정의 인용결정서의 주문에 특정해야 할 ‘기본권’이 아니므로 잘못된 표현이라고 할 것이다. 나아가 “적법절차원칙은 법률이 정한 형식적 절차와 실제적 내용이 모두 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 실질적 의미를 지니고 있는 것으로서, 특히 형사소송절차와 관련하여서는 형사소송절차의 전반을 기본권 보장의 측면에서 규율하여야 한다는 기본원리를 천명하고 있다고 볼 것이어서, 결국 포괄적·절차적 기본권으로 파악되고 있는 재판을 받을 권리의 보호영역과 사실상 중복되므로, 심판대상 법률조항이 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것인지 여부를 판단하는 이상 적법절차원칙 위반여부에 대해서는 따로 판단하지 아니한다.”고 판시한 현재 2013. 8. 29. 2011헌바253등 결정 참조.

855) 교육부장관

856) ○구치소장

857) 1. 서울교육대학교 총장, 2. 경인교육대학교 총장, 3. 춘천교육대학교 총장, 4. 청주교육대학교 총장, 5. 공주교육대학교 총장, 6. 진주교육대학교 총장 직무대리, 7. 광주교육대학교 총장, 8. 대구교육대학교 총장, 9. 진주교육대학교 총장, 10. 부산교육대학교 총장, 11. 한국교원대학교 총장

정고시로 고등학교 졸업학력을 취득한 사람들의 수시모집 지원을 제한하는 것은 청구인들의 교육을 받을 권리를 침해한 것으로 위헌임을 확인한다.”

⑩ 헌재 2018. 5. 31. 2015헌마476 : “피청구인⁸⁵⁸⁾이 2015. 5. 1. 22:13경부터 23:20경까지 사이에 최루액을 물에 혼합한 용액을 살수차를 이용하여 청구인들에게 살수한 행위는 위헌임을 확인한다.”⁸⁵⁹⁾

라. 심판절차종료선언

전술한 각하결정, 기각결정, 인용결정 이외에 특별한 결정유형으로 심판절차종료선언이 있다. 본안판단에 들어가지 않는 점에서는 각하결정과 같지만 각하결정과는 다른 성격의 결정인 심판절차종료선언은, 청구인의 사망 또는 심판청구의 취하 등으로 절차관계의 종료를 명백히 확인하는 의미에서 하는 결정으로서,⁸⁶⁰⁾ 헌법재판소법 제40조에 따라 민사소송법상의 소송종료선언⁸⁶¹⁾을 준용한 것이라고 할 수 있다.

(1) 청구인의 사망

청구인의 사망으로 인한 심판절차종료선언의 예는 1992. 11. 12. 선고한 90헌마33 결정이 있는바, 동 결정의 주문은 “이 사건 심판절차는 1990. 12. 4. 청구인의 사망으로 종료되었다.”였고, 동 결정이유로는 “직권으로 살피건대, 청구인은 당 재판소에 헌법소원심판절차가 계속중인 1990. 12. 27. 사망하였음이 기록첨부의 호적등본의 기재에 의하여 명백하다. (...) 원래 고용계약상의 노무공급의무는 일신전속적인 것이고(민법 제657조), 노무자가 사망하면 고용

858) 서울종로경찰서장

859) 이 결정의 주문에는 헌법재판소법 제75조 제2항의 “침해된 기본권”에 관한 언급이 누락되어 있다.

860) 헌법재판소, 앞의 책(실무제요), 380면.

861) 일반 민사소송에서의 소송종료선언은 독일의 ‘본안종료’(Die Erledigung der Hauptsache)와는 다르게 그동안 판례를 통하여 발전되어온 우리의 특유한 제도로서 민사소송규칙 제67조에서 명문화하였다. 이시윤, 앞의 책(2019), 562면.

관계는 종료될 권리관계라고 할 것인바, 그렇다면 이 사건 검사의 불기소처분 때문에 침해되었다 할 고용계약상의 지위는 노무자인 청구인의 사망에 의하여 종료되고 상속인에게 승계될 것이 아니다. 그러므로 그에 관련된 이 사건 심판절차 또한 수계될 성질이 못 되고, 이 사건은 청구인이 사망함과 동시에 당연히 그 심판절차가 종료되었다.”는 것이다.⁸⁶²⁾

(2) 심판청구의 취하

심판청구의 취하로 인한 심판절차종료선언의 주문은 “이 사건 헌법소원심판절차는 청구인들의 심판청구의 취하로 1995. 12. 14. 종료되었다.” 등으로 표시한다.⁸⁶³⁾ 동 결정이유에 의하면 “청구인들이 1995. 11. 29. 서면으로 이 사건 헌법소원심판청구를 모두 취하하였고, 이미 본안에 관한 답변서를 제출한 피청구인에게 취하의 서면이 그 날 송달되었는바, 피청구인이 그 날로부터 2주일 내에 이의를 하지 아니하였음이 분명하므로 (구)민사소송법 제239조(신법 제266조)에 따라 피청구인이 청구인들의 심판청구의 취하에 동의한 것으로 본다. 그렇다면 이 사건 헌법소원심판절차는 청구인들의 심판청구의 취하로 1995. 12. 14. 종료되었음이 명백하므로, 헌법재판소로서는 이 사건 헌법소원심판청구가 적법한 것인지 여부와 이유가 있는 것인지 여부에 대하여 판단할 수 없게 되었다.”는 것이다.⁸⁶⁴⁾

한편, 청구인은 피청구인(청송제2교도소장)이 청구인의 종교집회 참가요청

862) 기타 헌재 1999. 11. 25. 99헌마431 결정, 헌재 2015. 4. 30. 2012헌마38 결정 참조.

863) 同旨, 헌재 2003. 4. 24. 2001헌마386, 판례집 15-1, 443, 448. [<주문> : “이 사건 헌법소원심판절차는 청구인들의 심판청구의 취하로 2003. 2. 11. 종료되었다.”]

864) 헌재 1995. 12. 15. 95헌마221등, 판례집 7-2, 697, 702·747. 다만 이 결정에는, “헌법소원제도는 본질상 청구인 개인의 주관적인 권리구제뿐만 아니라 객관적인 헌법질서를 수호·유지하는 기능도 함께 가지고 있는 것이므로, 헌법소원사건에 대한 심판이 청구인의 권리구제에는 도움이 되지 않는다 하더라도 헌법질서의 수호·유지를 위하여 중요한 의미가 있는 경우에는 예외적으로 청구인이 심판청구를 취하하여도 심판절차는 종료되지 않는다고 보아야 한다.”는 재판관 4인의 반대 의견이 있었다. 위 2001헌마386 결정에도 재판관 2인의 반대 의견이 있다.

에 대하여 한 불허행위에 대하여 사과를 할 것이니 헌법소원 심판청구를 취하하여 달라고 거짓말을 하여 이에 속은 청구인이 헌법소원 심판청구를 취하(2005. 1. 26.)하였으나 이는 사기에 의한 의사표시로서 취소한다는 주장을 하면서 위 헌법소원심판청구 취하의 효력을 다툰 사안에서, “그러나, 헌법소원 심판청구의 취하는 청구인이 제기한 심판청구를 철회하여 심판절차의 계속을 소멸시키는 청구인의 우리 재판소에 대한 소송행위이고 소송행위는 일반 사법상의 행위와는 달리 내심의 의사보다 그 표시를 기준으로 하여 그 효력유무를 판정할 수밖에 없는 것인바, 청구인의 주장대로 청구인이 피청구인의 기망에 의하여 이 사건 헌법소원 심판청구를 취하하였다고 가정하더라도 이를 무효라고 할 수도 없고 청구인이 이를 임의로 취소할 수도 없다 할 것이므로(대법원 1983. 4. 12. 선고 80다3251 판결; 대법원 1997. 6. 27. 선고 97다6124 판결; 대법원 1997. 10. 24. 선고 95다11740 판결 등 참조), 청구인의 위 주장은 받아들일 수 없다.”고 판시하였다.⁸⁶⁵⁾

마. 기타

(1) 사정판결 사례

행정소송에서 원고의 청구가 이유 있다고 인정되는 경우에도, 즉 ‘처분등’이 위법한 경우에 처분등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정되는 때에는 법원은 원고의 청구를 기각할 수 있다(행소집 배28조 제1항 본문). 이에 따라 원고의 청구를 기각하는 판결을 사정판결(事情判決)이라고 한다.⁸⁶⁶⁾

헌법재판소는 인천광역시 계양구 중 유독 계양1동만을 분리하여 강화군 선거구에 편입시킨 것은 위헌이라며 위 ‘계양구·강화군 을선거구란’에 대하여 제기된 헌법소원인 현재 1998. 11. 26. 96헌마54 결정에서(재판관 6:3의 의견으로), 위 선거구란에 대하여 특별한 사정이 없는 한 입법재량의 범위를 이탈

865) 현재 2005. 3. 31. 2004헌마911, 공보 103, 544, 545. [<주문> : “이 사건 헌법소원심판절차는 청구인의 심판청구 취하로 2005. 2. 15. 종료되었다.”]

866) 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2019, 1166면.

한 것으로서 위험적 요소를 지닌 선거구획정으로 보아야 한다고 하면서도, 입법 당시 제15대 국회의원선거가 임박한 상태에서의 시간부족, 위 선거구관의 한시적 성격 등 특수한 사정을 고려하여 합헌(기각)결정을 선고하였다.⁸⁶⁷⁾

(2) 입법촉구 사례

중국결정의 유형에 관한 문제는 아니나, 헌법재판소가 권리구제형 헌법소원 사건에서 법률조항에 대하여 합헌결정(주문은 기각)을 하면서도 입법자에게 입법의 촉구 내지 권고를 하는 경우가 있다.

즉, 선전벽보 등에 비정규학력의 게재를 금지하는 공직선거법 제64조 제1항 및 제250조 제1항에 대한 헌재 2009. 11. 26. 2008헌마114 사건에서 헌법재판소는 (재판관 8:1의 의견으로) 청구기각결정을 선고하면서, “입법자로서는 단순히 ‘정규교육’과 ‘비정규교육’을 양분하고, 정규학력의 최종학력과 이수내역에 관한 내용만을 학력으로 기재할 수 있게 하는 데서 나아가 정규교육과 비정규교육의 실질을 보다 구체적이고 명료하게 표시할 수 있는 여지가 있는지 살피고, 비정규교육의 경우에 학력이 아닌 경력사항으로서 별도로 표시하되, 그 실질을 보다 구체적으로 표시할 수 있는 선전벽보 이외의 다른 홍보매체에 표시할 수 있도록 하거나, 허위의 비정규학력 표시에 대한 규제를 강화하는 등의 방안을 통하여 유권자의 알권리와 후보자의 선거운동의 자유를 충분히 보장하도록 숙고하여야 할 것이다.”라는 ‘입법자에 대한 권고’를 하였다.

또한 헌법재판소는 헌재 2014. 7. 24. 2013헌마423등 사건에서도, 형법상 강제추행죄로 유죄판결이 확정된 자는 신상정보 등록대상자가 되도록 규정된 구 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 제32조 제1항 중 ‘제2조 제1항 제3호 가운데 형법 제298조(강제추행)의 범죄로 유죄판결이 확정된 자는 신상정보 등록대상자가 된다.’ 부분(이 사건 법률조항)이 청구인들의 개인정보자기결

867) <재판관 3인의 반대의견> : “다같이 인천광역시의 관할구역 안에 있다는 것 외에는 연관성이 거의 없는 계양구의 일부를, 그것도 계양구 11개동 중 1개동으로서 계양구 전체 인구수의 4.74%에 불과한 인구수의 계양1동만을 분할하고 이를 강화군에 합쳐 하나의 선거구로 한 것은 헌법상 입법자에게 부여된 재량권의 한계를 벗어나 계양구 주민의 투표가치의 평등을 심각하게 훼손하는 것으로서 헌법에 위반된다.”

정권을 침해하지 않는다는 이유로 (재판관 7:2의 의견으로) 기각결정을 선고 하면서, “이 사건 법률조항의 입법목적과 대상자의 연령·직업·재범의 위험성 등 행위자의 특성, 당해 범행의 종류·동기·범행과정·결과 및 죄의 경중 등 범행의 특성, 신상정보 등록으로 인하여 대상자가 입는 불이익의 정도와 예상되는 부작용, 그로 인해 달성할 수 있는 성폭력범죄의 예방 효과 및 성폭력범죄로부터의 피해자 보호 효과 등을 종합적으로 고려할 때, 신상정보를 반드시 등록할 필요가 없는 특별한 사정이 있다고 인정되는 경우가 예외적으로 존재할 가능성을 배제하기 어렵다. 그러므로 입법자로서는 정보주체의 기본권을 보호하면서도 성폭력범죄의 예방이라는 입법목적에 맞는 구체적 타당성 있는 결론을 이끌어 내기 위한 방안으로서, 예컨대 법원이 신상정보 등록을 할 필요가 없다고 인정되는 특별한 사정이 있는지 여부를 판단할 수 있도록 하거나 이미 마쳐진 신상정보 등록에 관하여도 당사자가 불복할 수 있는 절차를 마련하는 등의 입법보완조치를 취하는 것이 바람직하다.”라는 ‘입법자에 대한 권고’를 하였다.

2. 헌법재판소 결정의 효력

헌법재판소의 결정은 헌법규범의 특성, 즉 개방성·불완전성·정치성·역사성 등으로 말미암아 재판의 형성적 성격이 상대적으로 강하게 나타난다. 그리고 객관적 법질서를 보호하는 헌법재판의 기능 때문에 다른 국가기관의 행위에는 인정되지 아니하는 특수한 효력으로서 모든 국가기관을 기속하는 기속력과 법규적 효력이 인정된다. 따라서 헌법재판소의 결정은 당해사건이나 소송 당사자에 국한되지 아니하고 광범위하게 그리고 향후에도 존중되도록 하고 있다. 헌법재판소의 결정에는 여러 형태의 효력이 인정되고 있는데, 그 중 내용적인 측면의 효력으로는 확정력(Rechtskraft), 기속력(Bindungswirkung), 법규적 효력(Gesetzeskraft) 등이 있다.⁸⁶⁸⁾

가. 확정력

868) 이러한 효력(기속력)의 소급여부에 따라 소급효, 장래효 등으로 나누기도 한다.

헌법재판소 결정의 효력 가운데 확정력에 관한 명문의 규정은 없으나 헌법재판소법 제39조에서 “헌법재판소는 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여는 다시 심판할 수 없다.”는 일사부재리에 관한 규정을 두고 있고, 헌법재판소법 제40조 제1항에서는 헌법재판소의 심판절차에 대하여 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 규정하고 있기 때문에 헌법재판소의 결정에 확정력을 인정하는 데는 별다른 이론이 없다. 이 확정력에는 소송법상으로 불가변력(자기구속력), 불가쟁력(형식적 확정력) 및 기판력(실질적 확정력)이 있다.

(1) 불가변력(不可變力) : 자기구속력

헌법재판소는 결정이 선고되면 동일한 소송에서 자신이 내린 결정을 더 이상 취소하거나 변경할 수 없다. 이것을 불가변력이라고 한다. 다만, 결정에 잘못된 계산이나 기재, 그 밖에 이와 비슷한 잘못이 있음이 분명한 때에 법원은 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 경정결정(更正決定)을 할 수 있다(헌법재판소법 제40조, 민소법 제211조 제1항). 불가변력은 당해 재판에서 헌법재판소 자신이 내린 결정에 직접 구속된다는 점에서 후소와의 관계에서 문제되는 기판력과 구별된다.⁸⁶⁹⁾

(2) 불가쟁력(不可爭力) : 형식적 확정력

헌법재판소의 결정에 대해서는 더 이상 상급심이 존재하지 아니하기 때문에 선고 또는 결정고지함으로써 형식적 확정력이 발생한다.⁸⁷⁰⁾ 즉, 헌법재판소의 결정에 대하여는 원칙적으로 불복신청이 허용될 수 없다.⁸⁷¹⁾ 따라서 지정재판부의 각하결정에 대하여 전원재판부에 불복할 수도 없다.⁸⁷²⁾ 다만, 후술하는 바와 같이 예외적으로 재심이 허용되는 경우에는 불가쟁력이 배제된다.

869) 헌법재판소, 앞의 책(실무제요), 96-97면.

870) 헌재 1996. 1. 24. 96헌아1, 공보·판례집 미수록.

871) 헌재 1994. 12. 29. 92헌아1, 판례집 6-2, 538, 541.

872) 독일연방헌법재판소도 마찬가지이다. 김하열, 앞의 책, 243면.

(3) 기판력(既判力) : 실질적 확정력

(가) 의의

기판력이라 함은 재판에 형식적 확정력(불가쟁력)이 발생하면 당사자는 후행 심판절차에서 확정된 헌법재판소 결정과 어긋나는 주장을 하지 못하고, 헌법재판소도 확정된 헌법재판소 결정에 어긋나는 판단을 할 수 없다는 것을 말한다.⁸⁷³⁾ 기판력은 확정된 재판내용에 대해 당해 소송보다는 후소에서 소송당사자 및 헌법재판소를 구속한다는 측면에서, 재판을 행한 헌법재판소 자신과의 관계에서 논의되는 불가변력이나 당해 소송에서 소송당사자의 관계를 논의하는 불가쟁력과 구별된다.⁸⁷⁴⁾ 기판력은 심판유형이 같은 경우에만 미친다. 따라서 심판유형이 서로 다른 경우에는 기판력이 미치지 않는다.⁸⁷⁵⁾

기판력은 소송절차의 반복과 모순된 재판을 방지함으로써 법적안정성 내지 법적 평온을 도모하려는 것이어서 법치주의원리에 기반을 두고 있다. 기판력은 이러한 헌법적 근거를 가지므로 이에 관한 명문규정이 없더라도 인정되는 것이라고 한다.⁸⁷⁶⁾

기판력은 당사자 사이에서만 적용되는 절차법적 효력을 갖는 데 비하여, 기속력은 기판력의 인적 범위를 제3자로 확장하며 실체법적 효력을 갖는다.⁸⁷⁷⁾ 기판력은 모든 심판청구와 심판제청에 따른 결정에 부여된다. 기판력은 주문에만 인정된다(헌법재판소법 제40조 제1항, 민소법 제216조 제1항 참조). 주문이 단독으로 기판력의 범위를 확정할 수 없는 경우에, 결정이유는 주문의 해석에서 고려된다.⁸⁷⁸⁾

873) 허완중, “헌법재판소 결정의 확정력”, 헌법학연구 제14권 제4호, 한국헌법학회, 2008.12, 421면.

874) 헌법재판소, 앞의 책(실무제요), 97면.

875) 허완중, 앞의 글(2008.12), 443면.

876) 김지형, “헌법재판소결정의 기판력 -특히 독일에서의 논의를 중심으로-”, 헌법논총 제3집, 헌법재판소, 1992, 288-289면; 김하열, 앞의 책, 244면.

877) 기판력과 기속력의 관계에 대하여는 남복현, 헌법재판소 결정의 소송법적 효력, 한국학술정보(주), 2013, 38-39면 참조.

878) 남복현, 앞의 책, 41면.

(나) 일사부재리와 기판력

헌법재판소법 제39조는 “헌법재판소는 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여는 다시 심판할 수 없다.”고 규정하여 헌법재판소 결정에 기판력을 명문으로 규정하고 있다. 따라서 동일한 법원이 동일한 법률 또는 법률조항에 대하여 사정변경이 없음에도 불구하고 다시 헌법재판소에 위헌제청하는 것은 허용되지 아니한다. 헌법재판소는 이미 여러 차례에 걸쳐 헌법재판소법 제39조가 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 내린 바 있다.⁸⁷⁹⁾

나. 기속력

(1) 의의 및 법적 근거

기속력이란 국가기관과 지방자치단체 등이 일정한 헌법재판소 결정의 취지를 존중하고 이에 위반되는 행위를 해서는 안 된다는 것을 의미한다. 헌법재판소법 제47조 제1항은 위헌법률심판의 기속력에 대하여 “법률의 위헌결정은 법원 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.”고 규정하고 있고, 제68조 제2항의 규범통제형 헌법소원에 대하여 동법 제75조 제6항 역시 “제68조 제2항에 따른 헌법소원을 인용할 경우에는 (제45조 및) 제47조의 규정을 준용”하도록 규정하고 있으며, 또한 동법 제75조 제1항은 헌법소원과 관련하여 “헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.”고 규정하고, 동법 제67조 제1항은 “헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.”고 규정함으로써 기속력에 대한 법적 근거를 명시하고 있다.⁸⁸⁰⁾ 즉, 헌법재판소법은 법률의 위헌결정(제47조 제1항, 제

879) 헌재 2005. 12. 22. 2005헌마330, 공보·판례집 불개재; 헌재 2007. 6. 28. 2006헌마1482, 공보 129, 793; 헌재 2007. 11. 29. 2005헌마12, 공보 134, 1306, 1310; 헌재 2011. 10. 25. 2011헌마175, 공보 181, 1686, 1688-1689.

880) 한편 헌법재판소의 소수의견 중에는, “(위헌결정의) 기속력이란 모든 국가기관은 헌법재판소가 한 위헌결정에 속박되어 그 결정에 저촉되는 행동을 할 수 없다는 효력으로서, 헌법재판소법 제47조 제1항과 제75조 제1항의 규정뿐만 아니라, 헌법재판소에게 최종적인 헌법해석권을 부여하고 모든 국가기관에게 헌법준수의무를 부과한 헌법의 취지에 따라 인정되는 헌법적 차원의 효력”이라는 견해가 있다(헌재 2010. 12. 28. 2008헌바89, 공보 171, 120, 128,

75조 제6항)과 권한쟁의심판의 결정(제67조 제1항), 그리고 헌법소원의 인용 결정(제75조 제1항)에 대하여 기속력을 인정하고 있다.⁸⁸¹⁾

기관력은 원칙적으로 당사자 사이에만 미치는 데 반하여 기속력은 모든 국가기관과 지방자치단체를 구속한다는 점에서, 헌법재판의 기속력은 일반법원의 재판에서는 통상적으로 볼 수 없는 헌법소송상의 특이한 효력이다. 헌법재판소 결정에 기속력을 부여하는 것은 헌법의 우위를 확보하기 위한 것이다. 헌법의 우위를 법적으로 관철하는 수단이 헌법재판이고 이를 담당하는 기관이 헌법재판소이므로, 헌법재판소가 내린 결정에 필요한 범위에서 구속력을 부여하지 않고는 헌법의 우위가 보장되지 않는다. 헌법질서의 수호자이자 표준적 헌법해석자로서의 헌법재판소가 그 기능과 과제를 제대로 수행하도록 하기 위해서 기속력이 인정되는 것이다.⁸⁸²⁾

(2) 기속력의 내용

기속력은 기관력이 지닌 소송법적 효력(전소와 후소의 반복과 모순금지)을 넘어 일정한 실체법적 의무를 국가기관에게 부과한다.⁸⁸³⁾ 그리하여 기속력은

재판관 김종대의 별개의견. 同旨, 헌재 2006. 7. 27. 2005헌마821, 판례집 18-2, 305, 314, 재판관 조대현의 반대의견). 학설 중에도 ‘법률의 위헌결정’에 부여되는 기속력은 헌법적 근거가 있다고 보는 견해가 있다. 방승주, “헌법재판소의 헌법합치적 해석의 효력”, 법학논집 특별호, 고려대학교 법학연구소, 1997, 440쪽; 同人, “국가배상법 제2조 제1항 단서에 대한 한정위헌결정의 기속력”, 인권과정의, 제304호, 대한변호사협회, 2001.12, 106쪽; 이성환, “헌법재판소 결정의 효력에 관한 연구”, 박사학위논문, 서울대학교대학원, 1994, 89-90쪽; 同人, “한정위헌결정의 기속력”, 세계헌법연구, 제2호, 세계헌법학회 한국학회, 1997, 558쪽.

881) 한편 독일의 연방헌법재판소법은 제31조(재판의 구속력) 제1항에서, “연방헌법재판소의 재판은 연방과 지방(支邦)의 헌법기관 및 모든 법원과 행정청을 구속한다.”고 하여, 모든 심판절차에서 -그러나 탄핵심판이나 정당해산심판의 결정은 사인(私人)에 대한 결정이라는 성격상 기속력을 가질 수 없다.- 인용결정뿐만 아니라 기각(합헌)결정에도 기속력이 있는 것으로 규정하고 있다.

882) BVerfGE 40, 88 (93). 김하열, 앞의 책, 255면.

883) 최희수, “법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구”, 박사학위논문, 고려대학교대학원, 2001, 91면.

다른 국가기관으로 하여금 헌법재판소 결정의 취지를 존중하고 이를 실현시키는 방향으로 행동할 것을 요구한다.⁸⁸⁴⁾

즉, 기속력에 따라 모든 국가기관은 헌법재판소의 구체적인 결정에 따라야 하며, 그들이 장래에 어떤 처분을 행할 때 헌법재판소의 결정을 존중하여야 한다(결정준수의무).⁸⁸⁵⁾ 뿐만 아니라 기속력은 모든 국가기관이 헌법재판소의 결정에서 문제된 심판대상뿐만 아니라 동일한 사정하에서 동일한 이유에 근거한 동일내용의 공권력행사 또는 불행사를 금지한다(반복금지의무).⁸⁸⁶⁾

(가) 반복금지의무

헌법재판소는 2005. 11. 24. 선고한 2005헌마579등 (제2차 행정수도이전) 사건에서 청구인들이, ‘위헌결정의 기속력은 위헌으로 결정된 법률을 적용한 행정처분이나 법원의 판결은 물론 당해 법률과 중요한 부분에서 내용이 동일한 새 입법에도 효력이 미친다. 이 사건 법률은 법명만 변경하였을 뿐 헌법재판소가 위헌결정(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554등)을 한 신행정수도법과 실질적인 면에서 동일성을 유지하는 대체입법이므로 헌법재판소 결정의 기속력에 반하는 것’이라고 주장한 데 대하여, “앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률에 의하여 수도가 이전되거나 서울의 수도로서의 기능이 해체되는 것이 아니므로 신행정수도법과 실질적으로 동일하다거나 그로 인하여 신행정수도사건 결정의 기판력 또는 기속력에 반하는 것으로 볼 수는 없다.”고 판시하였다.

(나) 결정준수의무

헌법재판소법 제75조 제1항은 “헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지

884) 김하열, 앞의 책, 263면.

885) 그러므로 헌법재판소가 위헌결정(변형위헌결정 포함)을 선고함으로써 이미 부분적으로 그 효력이 상실된 법률조항을 적용한 판결은 헌법재판소의 위헌결정의 기속력에 반하는 것이다.(헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842, 865)

886) 독일연방헌법재판소법 제95조 제1항은 “헌법소원이 인용된 경우에는 위반된 기본법의 조항과 당해 조항을 위반한 작위 또는 부작위를 재판에서 확인하여야 한다. 동시에 연방헌법재판소는 심판대상이 된 처분의 반복은 기본법을 위반한다는 취지를 선고할 수 있다.”고 하여 헌법소원심판절차에서 인용결정이 선고된 경우의 반복금지를 명문으로 규정하고 있다.

방자치단체를 기속한다.”고 규정하고 있다. 헌법재판소는 이와 관련하여, “이 규정이 헌법소원의 피청구인에 대하여 가지는 뜻은 헌법소원의 인용결정이 있으면 피청구인은 모름지기 그 인용결정의 취지에 맞도록 공권력을 행사하여야 한다는 데에 있다고 할 것이다. 법 제75조 제4항은 ‘헌법재판소가 공권력의 불행사에 대한 헌법소원을 인용하는 결정을 한 때에는 피청구인은 결정 취지에 따라 새로운 처분을 하여야 한다.’고 규정함으로써, 공권력의 불행사에 대한 헌법소원의 인용결정에 관하여는 이 뜻을 명백히 하고 있다. 따라서 검사의 불기소처분을 취소하는 헌법재판소의 결정이 있는 때에 그 결정에 따라 불기소한 사건을 재기수사하는 검사로서는 헌법재판소가 그 결정의 주문 및 이유에 실시한 취지에 맞도록 성실히 수사하여 결정을 하여야 할 것이다.”라고 판시하였다.⁸⁸⁷⁾

(3) 결정유형에 따른 기속력

(가) 위헌결정

헌법재판소가 어떤 법률을 위헌으로 결정한 경우 그 위헌결정에 대하여 기속력이 부여된다. 위헌으로 결정된 법률은 별도의 절차없이 효력을 상실하기 때문에 모든 국가기관과 지방자치단체는 그 법률에 근거한 어떤 행위도 할 수 없다.

예컨대 대법원은 2002. 4. 12. 선고한 2002다2294 (배당이의) 판결에서 “체납한 택지초과소유부담금의 징수를 위해 지방자치단체가 부담금 미납자의 부동산에 대해 압류등기를 해 놓았다 하더라도 1999. 4. 헌법재판소의 위헌결정⁸⁸⁸⁾ 이후에는 공매처분 등 체납처분 절차를 진행하지 못할 뿐만 아니라, 다

887) 헌재 1993. 11. 25. 93헌마113. 판례집 5-2, 551, 557-558 [헌법재판소의 불기소처분취소결정에 따라 수사를 재기(再起)하였다가 다시 불기소처분을 한 사안에 대하여 헌법소원인용결정의 기속력을 간과하였다 하여 그 불기소처분을 재차 취소한 사례]. 同旨, 헌재 2011. 3. 31. 2010헌마312, 판례집 23-1 상, 449, 454-455 [헌법재판소의 기소유예처분 취소결정에 따라 검사가 사건을 재기한 후 아무런 추가수사 없이 죄명(傍助)을 변경하여 다시 기소유예처분을 한 것이 헌법소원 인용결정의 기속력에 위배된다고 하여 재차 취소한 사례].

888) 헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289 이하. 이 사건에서 문제가

른 사람에 의해 개시된 임의경매절차에 참가해 배당을 받을 수도 없다.”⁸⁸⁹⁾고 판시하였다.

(나) 헌법불합치결정

헌법불합치결정이 선고된 경우 개정입법시까지 심판의 대상인 법률조항은 법률문언의 변화 없이 계속 존속하나, 헌법불합치결정은 법률의 위헌성을 확인한 결정이므로 당연히 기속력을 갖는다.⁸⁹⁰⁾ 따라서 헌법불합치결정된 조항에 대하여 다시 위헌제청 또는 헌법소원심판을 청구하면 심판의 이익이 없어 부적법하게 된다.

예컨대, 헌법재판소는 2006. 2. 23. 선고한 2004헌마675등 사건에서 국가기관, 지방자치단체, 국·공립학교의 채용시험에 국가유공자와 그 가족이 응시하는 경우 만점의 10퍼센트를 가산하도록 규정하고 있는 ‘국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률’ 제31조 제1항·제2항, ‘독립유공자 예우에 관한 법률’ 제16조 제3항 중 ‘국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률’ 제31조 제1항, 제2

된 ‘택지소유 상한에 관한 법률’에서는 택지초과소유부담금의 부과에 관한 규정(동법 제19조 이하)뿐만 아니라 체납처분의 근거규정(제30조)도 두고 있었다. 따라서 위 위헌결정에 따라 부과처분의 근거규정뿐만 아니라 체납처분의 근거규정도 효력을 상실하였다.

889) 同旨, 대법원 2002. 8. 23. 선고 2001두2959 (압류해제신청거부처분취소) 판결 : “구 택지소유상한에관한법률(1998.9.19. 법률 제5571호로 폐지) 제30조는 ‘부담금의 납부의무자가 독촉장을 받고 지정된 기한까지 부담금 및 가산금 등을 완납하지 아니한 때에는 건설교통부장관은 국세체납처분의 예에 의하여 이를 징수할 수 있다’고 규정함으로써 국세징수법 제3장의 체납처분규정에 의하여 체납 택지초과소유부담금을 강제징수할 수 있었으나, 1999. 4. 29. 같은 법 전부에 대한 위헌결정으로 위 제30조 규정 역시 그 날로부터 효력을 상실하게 되었고, 나아가 위헌법률에 기한 행정처분의 집행이나 집행력을 유지하기 위한 행위는 위헌결정의 기속력에 위반되어 허용되지 않는다고 보아야 할 것인데, 그 규정 이외에는 체납부담금을 강제로 징수할 수 있는 다른 법률적 근거가 없으므로, 그 위헌결정 이전에 이미 부담금 부과처분과 압류처분 및 이에 기한 압류등기가 이루어지고 위의 각 처분이 확정되었다고 하여도, 위헌결정 이후에는 별도의 행정처분인 매각처분, 분배처분 등 후속 체납처분절차를 진행할 수 없는 것은 물론이고, 특별한 사정이 없는 한 기존의 압류등기나 교부청구만으로는 다른 사람에 의하여 개시된 경매절차에서 배당을 받을 수도 없다.”

890) 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842, 864.

항 준용 부분, '5·18 민주유공자 예우에 관한 법률' 제22조 제1항·제2항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하면서 2007. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 잠정적용을 명한 바 있는데, 그 후 헌법재판소는 2006. 6. 29. 선고한 2005헌가13 사건에서 “제정신청인은 공립중등학교 채용시험에 응시한 자이고, 공립학교의 채용시험에 적용되는 이 사건 국가유공자 가산점 규정은 위 2004헌마675등 결정의 심판대상과 동일하다. 단순위헌결정뿐만 아니라 헌법불합치결정의 경우에도 개정입법시까지 심판의 대상인 법률조항은 법률문언의 변화 없이 계속 존속하나 법률의 위헌성을 확인한 불합치결정은 당연히 기속력을 가지므로(헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842, 864), 이미 헌법불합치결정이 선고된 이 사건 국가유공자 가산점 규정에 대한 심판정구는 심판의 이익이 없어 부적법하다.”고 판시하였다.

그러나 헌법재판소가 헌법불합치 및 잠정적용을 명하는 결정을 선고한 법률조항을 그 개정시한 이전에 적용한 재판은 헌법재판소의 헌법불합치결정의 기속력에 반하는 재판이라고 할 수 없다.⁸⁹¹⁾

(다) 한정위헌결정

헌법재판소가 (한정)위헌결정을 선고함으로써 이미 부분적으로 그 효력이 상실된 법률조항을 적용한 판결은 헌법재판소의 위헌결정의 기속력에 반하는 것이다.⁸⁹²⁾ 그런데 대법원은 한정위헌결정의 기속력을 인정하지 않고 있으며,

891) 헌재 2013. 9. 26. 2013헌마97 (재판취소) : “헌법재판소는 도시계획시설사업의 대상이 되는 기반시설의 한 종류를 정한 이 사건 체육시설조항에 대하여, 만약 헌법재판소가 이 사건 체육시설조항에 대해 위헌결정을 선고한다면 헌법재판소가 결정을 선고한 때부터 위 조항은 그 효력을 상실하게 되어 국민의 건강증진과 여가선용을 위해 도시계획시설사업에 꼭 포함되어야 할 체육시설까지 그 대상에서 제외되는 법적 공백과 혼란이 예상된다는 이유로, 헌법불합치결정을 하면서 ‘2012. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용한다.’고 명하였다(헌재 2011.6.30. 2008헌바166등, 판례집 23-1하, 288, 301, 310-311 참조). 이 사건 판결은 이 사건 불합치결정의 계기를 부여한 당해사건에 대한 상고심 판결로 헌법재판소가 정한 개정 시한인 2012. 12. 31. 이전인 2012. 11. 15.에 선고되었고, 이 사건 불합치결정에 따라 이 사건 체육시설조항을 적용하여 재판한 것이므로 헌법재판소 결정의 기속력에 반하는 재판이라고 할 수 없다.”

892) 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842, 865.

합헌적 법률해석을 포함한 법률해석권한은 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 전속된 권한이라고 판시하고 있다.⁸⁹³⁾

즉 대법원은, “헌법재판소의 결정이 주문에서 헌법소원의 대상인 법률이나 법률조항의 전부 또는 일부에 대하여 위헌결정을 선고함으로써 그 효력을 상실시켜 법률이나 법률조항의 전부 또는 일부가 폐지되는 것과 같은 결과를 가져오는 것이 아니라, 그에 대하여 특정의 해석기준을 제시하면서 그러한 해석에 한하여 위헌임을 선언하는 이른바 한정위헌결정의 경우에는 헌법재판소의 결정에도 불구하고 법률이나 법률조항은 그 문언이 전혀 달라지지 않은 채 효력을 상실하지 않고 존속하게 되므로, 이러한 한정위헌결정은 유효하게 존속하는 법률이나 법률조항의 의미·내용과 그 적용범위에 관한 해석기준을 제시하는 법률해석이라고 이해하지 않을 수 없다.”고 한다.⁸⁹⁴⁾

생각건대, 물론 구체적 사건에서의 법률의 해석·적용권한은 사법권의 본질적 내용을 이루는 것이 분명하다. 그러나 법률에 대한 위헌심사는 당연히 당해 법률 또는 법률조항에 대한 해석이 전제되는 것이고, 헌법재판소의 한정위헌의 결정은 단순히 법률을 구체적인 사실관계에 적용함에 있어서 그 법률의 의미와 내용을 밝히는 것이 아니라, 법률에 대한 위헌성심사의 결과로서 법률조항이 특정의 적용영역에서 제외되는 부분은 위헌이라는 것을 뜻한다. 따라서 헌법재판소의 한정위헌결정은 결코 법률의 해석에 대한 헌법재판소의 단순한 견해가 아니라, 헌법에 정한 권한에 속하는 법률에 대한 위헌심사의 한 유형이라고 할 것이다.⁸⁹⁵⁾ 그러므로 헌법재판소의 한정위헌결정에도 불구하고 위헌으로 확인된 법률조항이 법률문언의 변화 없이 계속 존속된다고 하는 관점⁸⁹⁶⁾은 헌법재판소결정의 기속력을 결정하는 기준이 될 수 없다. 요컨대 한정위헌결정은 기속력을 가지므로, 헌법재판소가 위헌이라고 해석하여 적용을 배제한 범위 내에서 법원 기타 국가기관과 지방자치단체를 기속한다(헌법재판소법 제47조 제1항).⁸⁹⁷⁾

893) 대표적으로 대법원 1996. 4. 9. 선고 95누11405 판결; 대법원 2001. 4. 27. 선고 95재다14 판결; 대법원 2009. 2. 12. 선고 2004두10289 판결 참조.

894) 대법원 2001. 4. 27. 선고 95재다14 판결.

895) 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842, 845.

896) 대법원 1996. 4. 19. 선고 95누11405 판결.

897) 정종섭, 헌법소송법론, 박영사, 2014, 385면.

(라) 합헌결정

헌법재판소법 제47조 제1항, 제75조 제6항의 규정에 따라 법원은 헌법재판소의 합헌결정이 있었던 법률조항에 대하여 다시 위헌제청을 할 수 있다. 이 경우 헌법재판소는, 합헌으로 선언된 법률은 사정변경이 없는 한 장래에도 그 합헌성 여부에 관한 다툼이 없이 유효한 것으로 인정되고 적용된다고 보아 (판례를 변경하거나 각하사유가 발생하는 등) 특별한 사정변경이 없는 한 다시 합헌결정을 선고한다.⁸⁹⁸⁾

이에 대하여 학설 중에는 첫째, 합헌결정에 기속력을 인정하지 아니하면 이미 합헌결정이 이루어진 법률에 대해 반복적인 위헌제청신청이나 위헌제청 또는 헌법소원심판청구가 가능하게 되어 불필요하게 동일한 법적 문제를 반복하여 판단하게 되는 점, 둘째, 합헌결정의 기속력을 부인하면 헌법재판소가 결정이유에서는 명백히 합헌적 법률해석을 하였으나 주문에서는 단순히 합헌을 선언하는 하는 경우에 이러한 결정유형은 아무런 의미도 지닐 수 없게 된다는 점 등을 들어 합헌결정에도 기속력을 인정해야 한다는 견해가 있다.⁸⁹⁹⁾

(4) 기속력의 범위

(가) 주관적 범위

1) 의의

헌법재판소법 제47조 제1항, 제67조 제1항 및 제75조 제1항에 의하면 헌법재판소 결정의 기속력이 미치는 수범자의 범위는 “법원 그 밖의 모든 국가기관 및 지방자치단체”이다. 기속력은 후술하는 법규적 효력과는 달리 대세적 효력은 없으며, 단지 공권력의 주체에 대하여만 효력을 갖는다. 이러한 관점에서 본다면 기속력은 기관력의 주관적 범위를 확장하고 있다고 볼 수 있다. 여기에서 공권력의 주체는 사법부·행정부 및 지방자치단체, 기타 공공단체를 모두 포함하며, 국가적 공권을 부여받은 사인(公務受託私人)도 해당된다(정부

898) 헌재 1999. 12. 23. 98헌바13등 결정; 헌재 1999. 6. 24. 97헌바61 결정 참조.

899) 합헌결정에 대한 기속력 부인론에 대한 비판 및 기속력 인정논거에 대하여는 남복현, 앞의 책, 234-250면 참조.

조직법 제5조 제3항, ‘행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정’ 참조)는 점에 대하여는 이론이 없으나,⁹⁰⁰⁾ 입법부와 헌법재판소에도 미치지지에 대하여는 논란이 있다.

2) 입법부에도 미치지 여부

이에 대하여는 “입법자는 원칙적으로 반복입법금지의 원칙을 준수하되 특별한 사정이 있는 경우에 한해서 예외적으로만 반복입법이 허용된다.”는 (제한적) 기속설⁹⁰¹⁾과, 비기속설⁹⁰²⁾이 대립한다. 한편 헌법재판소는 종전까지는 유효적인 입장이었으나,⁹⁰³⁾ 2012. 12. 27. 선고한 2012헌바60 결정에서는, “헌

900) 헌법재판소, 앞의 책(실무제요), 102-103면.

901) 계획열, “헌법재판과 국가기능 -헌법재판의 기능적 및 제도적(관할권적) 한계를 중심으로-”, 『한국헌법재판의 회고와 전망(헌법재판소 창립 10주년 기념세미나)』, 헌법재판소, 1998, 236면; 신평, 헌법재판법, 법문사, 2011, 288-289면; 허영, 앞의 책(소송법론), 176면; 김선택, 헌법재판소설립 25주년 기념 국제학술대회(“헌법재판, 국가 그리고 공법”), 헌법재판소, 2013.5.23, 지정토론편. 한편 Hans Klein 전 독일연방헌법재판소 재판관에 따르면, 독일연방헌법재판소는 “입법자는 사실관계 또는 법률관계, 그리고 이전의 헌법재판소 결정의 기초가 됐던 가치관의 중대한 변화가 발생했다면 반복입법이 허용된다.”는 입장이라고 한다. 同人, “민주적 헌법국가에서의 헌법재판과 정치”, 헌법재판소설립 25주년기념 국제학술대회(“헌법재판, 국가 그리고 공법”), 헌법재판소, 2013.5.23, 주제발표문.

902) 정연주, “안마사결정의 재검토: 위헌결정 기속력의 주관적·객관적 범위의 문제를 중심으로”, 홍익법학 제10권 제2호, 2009, 326-328면; 정종섭, 앞의 책, 367면 : “비기속설이 타당하다. 국회가 헌법재판소의 위헌결정에 기속된다고 하면 입법에서 강하게 지배하는 민주주의원리를 실현하기 어렵고, 헌법재판소의 오류를 시정할 기회를 가지지 못한다. 국가의 입법작용은 본질적으로 국회에게 주어져 있는 입법권의 행사이기 때문에 헌법재판이 이를 대체할 수는 없다. (...) 이와 같이 국회가 재입법을 하는 경우에도 현실의 사정에 변경이 있어야 하는 것은 아니다. 새로운 상황의 변화가 있든 없든 국회는 동일하거나 유사한 법률을 다시 제정할 수 있다. 다만, 국회가 재입법을 하는 경우에는 헌법재판소의 결정을 배제할 수 있는 객관적인 논거가 있어야 한다.”

903) 헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1098 : “그렇다면, 국회에서 2003헌마715등 사건의 위헌결정 이후 비맹제외기준을 거의 그대로 유지하는 이 사건 법률조항을 개정하였다고 하더라도, 위와 같이 비맹제외기준이 과잉금지원칙에 위반한다는 점과 관련하여 기속력을 인정할 여지가 없는 이상 입법자인 국회에

법재판소법은 위헌으로 결정된 법률 또는 법률조항은 원칙적으로 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실하도록 규정하고 있다(헌법재판소법 제47조 제2항, 제75조 제6항). 이에 따라 법률 또는 법률조항에 대한 위헌결정은 일반적 기속력과 대세적 법규적 효력을 가진다. 즉, 법규범에 대한 헌법재판소의 위헌결정은 소송 당사자나 국가기관 이외의 일반 사인에게도 그 효력이 미치고, 종전 위헌결정의 기초가 된 사실관계 등의 근본적인 변화에 따른 특별한 정당화 사유가 있어 반복입법이 이루어지는 경우가 아닌 한, 일반 국민은 헌법재판소가 위헌으로 선언한 법규범이 적용되지 않는 것을 수인해야 하고, 위헌으로 선언한 법규범에 더 이상 구속을 받지 않게 된다. 이러한 효력은 법원에서의 구체적·개별적 소송사건에서 확정된 판결이 그 기속력⁹⁰⁴이나 확정력에 있어서 원칙적으로 소송 당사자에게만 한정하여 그 효력이 미치는 것과 크게 다른 것이다.”라고 판시하여, ‘종전 위헌결정의 기초가 된 사실관계 등의 근본적인 변화에 따른 특별한 정당화 사유가 있는 경우에는 반복입법이 허용된다.’는 취지(제한적 기속설)의 판시를 하였다.

3) 헌법재판소의 경우

헌법재판소 스스로는 기속력이 미치는 국가기관에 포함되지 않는다.⁹⁰⁵ 헌법재판소에 헌법재판을 통한 올바르게 유권적인 헌법해석의 헌법적인 과제를 준 것이라면 헌법정신에 가깝게 헌법해석을 다듬고 개선해 나가야 하는 것은 헌법재판소의 꾸준한 당위적인 노력이어야 하는데, 기속력으로 인해서 해석과 판례의 변경가능성을 봉쇄하는 것은 모순이기 때문이다.⁹⁰⁶

게 기속력이 미치는지 여부 및 결정주문뿐 아니라 결정이유에까지 기속력을 인정할지 여부 등에 대하여 나아가 살펴 볼 필요 없이 이 사건 법률조항이 위 위헌결정의 기속력에 저촉된다고 볼 수는 없을 것이다.”

904) (법원의) 판결이 일단 선고되어 성립되면 판결을 한 법원 자신도 이에 구속되며, 스스로 판결을 철회하거나 변경하는 것이 허용되지 않는다. 선고하고 나서 오판임을 알아도 내용을 바꿀 수 없다. 이를 판결의 기속력 혹은 자기 기속력이라 한다. 이시윤, 앞의 책(2019), 622면.

905) 독일연방헌법재판소도 같은 입장이다. BVerfGE 4, 31 [38]; 20, 56 [86f.]; 78, 320 [328]; 82, 198 [204]; 85, 117 [121] 등.

906) 허영, 앞의 책(소송법론), 176면.

(나) 객관적 범위

결정주문은 심판대상에 관한 결정으로서 여기에 기속력이 미친다는 데에는 이론이 없다. 또한 결정이유 중에서도 심판대상과 직접적인 관계가 없는 부수적 의견(obiter dictum)이나 간접사실의 판단에 대하여는 기속력이 미치지 않는다. 다만, 중요한(또는 핵심적인) 결정이유(ratio decidendi)에서 드러난 헌법 해석에 대한 기본원칙에도 기속력이 미치는가에 관하여는 견해가 긍정설과 부정설로 나뉘어 있다.

1) 긍정설

긍정설은, 결정주문을 직접적으로 뒷받침하고 있는 핵심적인 결정이유에도 기속력이 미치지 않는다고 하면, 경우에 따라서는 결정주문만으로는 내용 파악이 어려운 경우 기속력이 무의미해지기 때문이라고 한다.⁹⁰⁷⁾

2) 부정설

부정설은, 첫째 중요한 핵심적인 이유를 찾아내기가 쉽지 않다는 점, 둘째 결정이유에까지 기속력을 미치게 하는 경우 결정이유가 성역화되어 자칫 헌법의 경직화 현상이 일어날 수 있다는 점을 들고 있다.⁹⁰⁸⁾

그러나 부정설의 입장에서도, 주문은 그 명확한 의미내용이 일반적으로 그 자체에서 도출될 수 없어서 법규범처럼 해석이 필요하고, 결정주문을 해석할 때 우선적인 기준은 결정주문을 근거 짓는 중요이유일 수밖에 없으며, 따라서 중요이유를 통해서 해석된 결정주문의 내용에서 기속력이 발생한다는 점을 인정하는 견해도 있다. 이러한 입장에서는, 중요이유의 기속력을 긍정하는 견해와 부정하는 견해 사이의 차이는 그리 크지 않고, 양자 사이의 유일한 차이

907) 계희열, 앞의 글 237면; 최희수, 앞의 글(2001), 106-110면; 정연주, 앞의 글, 333면; 허영, 앞의 책(소송법론), 177-178면; 김하열, 앞의 책, 258면. 독일의 경우 Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, 2.Aufl., 2001, RN. 1329. 연방헌법재판소의 입장이다. BVerfGE 1, 14 [37]; 19, 377 [392]; 20, 56 [87]; 40, 88 [93f.] 등.

908) 신평, 앞의 책, 287-288면; 정종섭, 앞의 책, 188면 : “(중요한 이유와 중요하지 않은 이유의) 구분을 헌법재판소가 하는 것이 아닌 이상 불분명한 구분으로 기속력의 범위를 정하는 것은 구구한 판단을 초래하여 헌법재판의 규범력과 정당성을 약화시킬 수 있다. 따라서 헌법재판소는 주문을 표시할 때 주문에만 기속력이 인정된다는 점을 고려하여 이에 적합한 내용의 주문을 표시하여야 한다.” 독일의 경우 K. Schlaich, Das BVerfG, 2.Aufl., 1991, RN. 452f. u. 454ff. 허영, 앞의 책(소송법론), 177면에서 재인용.

점은 중요이유가 직접적으로(긍정설) 또는 간접적으로(부정설) 기속하는지에 있다고 한다.⁹⁰⁹⁾

3) 헌법재판소의 입장

헌법재판소는 2008. 10. 30. 선고한 2006헌마1098 결정에서, “헌법재판소법 제47조 제1항은 ‘법률의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.’고 규정하고, 동법 제75조 제1항은 ‘헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.’고 규정함으로써 헌법재판소가 내린 법률의 위헌결정 및 헌법소원의 인용결정의 효력을 담보하기 위해서 기속력을 부여하고 있는바, 이와 관련하여 입법자인 국회에게 기속력이 미치는지 여부, 나아가 결정주문뿐 아니라 결정이유에까지 기속력을 인정할지 여부 등이 문제될 수 있는데, 이에 대하여는 헌법재판소의 헌법재판권 내지 사법권의 범위와 한계, 국회의 입법권의 범위와 한계 등을 고려하여 신중하게 접근할 필요가 있을 것이다.”라고 하면서, “결정이유에까지 기속력을 인정할지 여부 등에 대하여는 신중하게 접근할 필요가 있을 것이나 설령 결정이유에까지 기속력을 인정한다고 하더라도, 이 사건의 경우 위헌결정 이유 중 ‘비맹제외기준’이 과잉금지원칙에 위반한다는 점에 대하여 기속력을 인정할 수 있으려면, 결정주문을 뒷받침하는 결정이유에 대하여 적어도 위헌결정의 정족수인 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 할 것이고(헌법 제113조 제1항 및 헌법재판소법 제23조 제2항), 이에 미달할 경우에는 결정이유에 대하여 기속력을 인정할 여지가 없다고 할 것인바,⁹¹⁰⁾ 앞서 본 바와 같이 현재 2006. 5. 25. 2003헌마715 등 사건의 경우 재판관 7인의 의견으로 주문에서 비맹제외기준이 헌법에 위반된다는 결정을 선고하였으나,⁹¹¹⁾ 그 이유를 보면 비맹제외기준이 법률유보

909) 허완중, “헌법재판소결정의 기속력과 결정이유 -헌재 2008. 10. 30. 2006헌마 1098 결정에 대한 평석을 중심으로-”, 인권과정의 제399호, 2009.11, 33면.

910) (중요한) 결정이유에 기속력이 미치는지 여부는 재판관 6인 이상의 찬성이 있었는지 여부가 아니라 동 결정이유가 법정 의견이었는지 여부만이 문제될 뿐이라는 견해로 남북현, “헌법재판소 결정주문의 합의방식과 중요한 결정 이유의 기속력”, 헌법학연구 제15권 제1호, 한국헌법학회, 2009, 215면-219면; 허완중, 앞의 글(2009.11), 38면 참조.

911) <주문> : “안마사에 관한 규칙(2000.6.16. 보건복지부령 제153호로 개정된 것) 제3조 제1항 제1호와 제2호 중 각 ‘앞을 보지 못하는’ 부분은 헌법에 위반된다.” [관련 대법원은 2009. 5. 14. 선고한 2007도5531 판결에서, “안마사의 자격인정을 받을 수 있는 사람을 ‘앞을 보지 못하는 사람’에 한정하는 구

원칙에 위반한다는 의견과 과잉금지원칙에 위반한다는 의견으로 나뉘면서, 비
 맹제외기준이 과잉금지원칙에 위반한다는 점과 관련하여서는 재판관 5인만이
 찬성하였을 뿐이므로 위 과잉금지원칙 위반의 점에 대하여 기속력이 인정될
 여지가 없다.”고 판시하고, 비맹제외기준을 ‘법률’에 규정한 조항에 대하여 합
 헌결정을 선고하였다.⁹¹²⁾⁹¹³⁾

안마사에 관한 규칙(2000.6.16. 보건복지부령 제153호로 개정된 것) 제3조에
 대하여 헌법재판소의 위헌결정(헌법재판소 2006.5.25. 선고 2003헌마715등
 결정)이 있다고 하여, 자격인정을 받지 아니하고 영리를 목적으로 안마행위
 를 한 자를 처벌하는 구 의료법(2006.9.27. 법률 제8007호로 개정되기 전의
 것) 제67조, 제61조가 위헌이라거나 자격이 없는 사람의 안마행위가 위법하
 지 않게 되는 것은 아니므로, 그 동안 자격인정 없이 안마를 한 행위 자체
 가 죄가 되지 않는 행위에 해당한다고 볼 수 없다.”고 판시하였다.]

912) 기속력의 주관적 범위와 관련하여 국회에 대한 ‘비기속설’을, 객관적 범위와
 관련하여 중요한 결정이유의 ‘기속력 부정설’을 취하는 정종섭 교수는, “이
 사건은 명령(안마사에관한규칙)에 대한 위헌결정이 가지는 기속력이 발생하
 였음에도 헌법재판소가 위헌으로 결정한 내용과 동일한 내용을 국회가 다시
 법률로 입법한 것이다. 시각장애인에게 한정하여 안마사자격을 취득하게 하
 는 것이 헌법에 위반되는가의 문제는 별개로 하고, 이 사건은 위헌결정의
 기속력이 국회에 미치지 않는 경우에 해당한다.”고 평가한다. 정종섭, 앞의
 책, 368면. 同旨, 남북현, 앞의 책, 358면 : “이 사건 결정에서는 (종전의 헌
 재 2006. 5. 25. 2003헌마715등) 결정이유에 재판관 6인이 찬성하지 않아 기
 속력이 인정되지 않는다고 논지를 펼칠 것이 아니었고, 동일한 법적 쟁점이
 라 할지라도 반복입법이 아니고 유사규범에 해당하므로 입법자를 기속하는
 것은 아니라고 하였어야 한다.”

913) 한편, 김종대 재판관은 헌재 2010. 10. 28. 2008헌바89 결정의 별개의견에서,
 “기속력이 주문에만 인정된다고 한다면, ‘어떠한 법률이 헌법에 위반된다.’라
 는 주문의 위헌결정에 따라 심판대상이 된 법률이 헌법재판소법 제47조 제2
 항 본문에 의하여 효력을 상실하게 되므로, 굳이 기속력을 문제삼지 않더라도
 그 후의 사건에서 그 법률조항이 유효하다고 주장될 여지는 없어 결국
 기속력은 별다른 의미가 없게 되므로, 헌법적 근거를 갖는 기속력을 공동화
 시키게 되는 이 입장은 따를 수 없다. 그렇다고 하여 방편을 포함한 위헌결
 정의 이유기제 전체에 기속력을 인정해야 한다는 견해에 선다면, 헌법재판
 소가 위헌여부를 판단하기 위하여 행하게 되는 사실관계 판단, 법률판단, 정
 책적 판단은 헌법해석의 전제일 뿐, 헌법해석권에 따른 해석내용이 아님에
 도 다른 모든 국가기관에게 그 판단 부분까지도 따를 것을 요구하는 셈이
 되므로, 이 견해 또한 그 헌법적 정당성을 인정하기 어렵다. 이러한 사정을
 두루 살필 때, 위헌결정의 이유 중 헌법재판소가 헌법으로부터 부여받은 권
 한인 헌법해석권에 기해서 한 판시부분, 즉 ‘헌법을 구체적 사안에 적용시켜

다. 법규적 효력

(1) 의의 및 법적 근거

법규적 효력⁹¹⁴⁾이란 법규범에 대한 헌법재판소의 위헌결정이 일반구속력을 가지고 일반사인에게도 그 효력이 미치는 것(대세적 효력)을 의미한다. 그러므로 위헌결정된 법률 또는 법률조항은 더 이상 국민생활을 규율하는 법규범이 될 수 없기 때문에, 국민은 위헌법률에 근거한 권리주장도 할 수 없고 의무도 부담하지 않는다.⁹¹⁵⁾

독일의 경우 기본법 제94조 제2항⁹¹⁶⁾에서 연방헌법재판소 판결의 법규적 효력에 대하여 연방법률에 위임하였고, 이에 따라 연방헌법재판소법 제31조 제2항⁹¹⁷⁾은 법규적 효력에 관해 규정하고 있다. 그런데 우리나라의 경우 헌법재판소 결정의 법규적 효력을 명문에서 직접 언급한 헌법규정이나 법의 규정

해석한 부분'의 한도에서 구속력이 발생한다고 하는 것이 가장 적절하다.”는 견해를 제시하였다.

914) 이를 ‘형성적 효력’ 또는 ‘형성력’으로 표현하는 견해도 있다. 정종섭, 앞의 책, 190면. 이성환, 앞의 글(1994), 124면. 이에 대하여는, “위헌결정이 형성판결이라는 것은 위헌결정의 주문에 위헌으로 결정된 법률이나 법률조항의 효력이 상실된다는 것이 직접 표시되어야 함을 뜻한다. 그러나 위헌결정에서는 법률의 효력에 관한 언급 없이 오로지 위헌여부가 문제된 법률이나 법률조항에 위헌성이 있다는 것만 확인될 뿐이다. 그러므로 위헌결정을 형성판결로 볼 수 없다.”는 비판이 있다. 허완중, “위헌결정의 법률요건적 효력”, 헌법학연구 제19권 제3호, 한국헌법학회, 2013.9, 404면.

915) 허영, 앞의 책(소송법론), 249면.

916) “연방법률은 연방헌법재판소의 조직과 절차를 규정하고, 어떤 경우에 그 판결이 법률적 효력(Gesetzeskraft)을 갖는지를 규정한다.”[제1문]

917) 제31조(재판의 구속력) ②제13조 제6호(추상적 규범통제), 제11호(구체적 규범통제), 제12호(국제법규에 대한 위헌제정) 및 제14호(법이 연방법으로서 효력을 지속하는지 여부)의 사건에서는 연방헌법재판소의 재판은 법률로서의 효력을 가진다[제1문]. 연방헌법재판소가 법률이 기본법에 합치한다고 또는 불합치한다고, 또는 무효라고 선언한 경우에는 제13조 제8호의2(헌법소원)의 사건에서도 위와 같다[제2문]. 법률이 기본법 또는 기타 연방법에 합치한다고 또는 불합치한다고, 또는 무효라고 선언된 경우에는 연방법무장관이 재판주문을 법률관보에 공고하여야 한다[제3문]. 제13조 제12호 및 제14호 사건의 재판주문에도 이를 준용한다[제4문].

은 없다. 그러나 헌법재판소법 제47조 제2항은 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다.”고 규정하고 있으며, 동법 제75조 제6항은 동조 제5항의 경우(법 제68조 제1항에 의한 통상의 일반적 헌법소원을 인용하면서 부수적으로 공권력의 행사 또는 불행사의 근거법률 또는 법률의 조항을 위헌선언하는 경우)⁹¹⁸⁾ 및 동법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판절차에서 법률 또는 법률의 조항이 위헌이라는 인용결정을 하는 경우에는 위 제47조를 준용하도록 규정하고 있으므로(헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 법률소원을 인용하는 경우도 마찬가지로 준용될 것이다) 이들 조항을 법규적 효력의 근거로 볼 수 있다.⁹¹⁹⁾⁹²⁰⁾

헌법재판소의 위헌결정을 관보에 게재해서 공시하는(헌법재판소법 제36조 제5항) 것은 이 일반적인 효력을 모든 규범수신인에게 널리 알리기 위한 수단이다.⁹²¹⁾

(2) 법규적 효력의 범위

(가) 객관적 범위

법규범에 대한 헌법재판소의 위헌결정이 법규적 효력을 갖기 위해서는 결정주문에 표시되어야 한다. 즉, 법규적 효력은 결정주문에만 부여되고 결정이유에는 부여되지 않는다.⁹²²⁾

918) 이를 “부수적 규범통제”라고 한다.(헌재 2008.12.26. 2007헌마193등, 판례집 20-2하, 810, 815; 헌재 2015.2.26. 2013헌마789, 판례집 27-1상, 221, 223-224)

919) 헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 887; 헌재 2012. 12. 27. 2012헌바 60, 판례집 24-2하, 529, 535 참조.

920) 이에 대하여는 “헌법재판소법 제47조 제2항은 헌법재판소의 위헌결정에 따라서 위헌인 법률이나 법률조항이 효력을 상실한다고 규정할 뿐이고, 일반적 구속성을 의미하는 법률적(법규적) 효력에 관한 어떠한 내용도 담지 않는다. (...) 법률적 효력은 소송법적 효력이어서 법률(조항)의 효력상실이라는 실체법적 효력과 구별된다. 따라서 실체법적 법관계 변경을 규정한 헌법재판소법 제47조 제2항에서 소송법적 효력인 법률적 효력을 바로 도출할 수 없다. 결국, 현행법에서 헌법재판소 결정의 법률적 효력은 그 근거를 찾을 수 없어서 인정되기 어렵다.”는 견해가 있다. 허완중, 앞의 글(2013.9), 398-399면.

921) 허영, 앞의 책(소송법론), 249면 참조.

922) 앞의 독일연방헌법재판소법 제31조 제2항 제3문 및 제4문 참조.

(나) 주관적 범위

법규적 효력은 법규범에 대한 헌법재판소의 결정이 당사자나 국가기관뿐만 아니라 모든 사람에게 대하여 그 효력이 미친다. 따라서 법규적 효력은 소송당사자나 이들과 특별한 관계에 있는 자에게만 효력이 미치는 기판력이나 모든 국가기관에게 그 효력이 미치는 기속력에 비하여 대세적 효력이 있다.

3. 재심의 허용여부

가. 개요

원래 재심이란 확정된 종국판결에 재심사유에 해당하는 중대한 흠이 있는 경우에 그 판결의 취소와 이미 종결되었던 사건의 재심판을 구하는 비상의 불복신청방법을 말한다.⁹²³⁾ 우리 헌법재판소법은 헌법재판소의 결정에 대한 재심의 허용여부에 관하여 별도의 명문규정을 두고 있지 아니하다.

독일은 연방헌법재판소법 제61조에서 연방법원에 대한 탄핵심판절차에 관하여만 재심에 관한 규정을 두고 있고, 그 밖의 헌법재판의 심판절차에 관하여는 재심에 대한 별도의 규정이 없다. 이에 따라 독일의 경우에는 연방헌법재판소법이 이와 같이 명문의 규정을 두고 있는 연방법원에 대한 탄핵심판절차 이외에는 재심절차가 인정되지 않는다는 해석론이 통설이라고 한다.⁹²⁴⁾

한편, 오스트리아는 우리나라와 동일한 형식으로 헌법재판절차에 있어 규정함결의 경우 민사소송법 준용규정(헌법재판소법 제35조)⁹²⁵⁾을 두고 있으며, 헌법재판소 결정에 대한 재심에 관한 특별규정을 헌법재판소법 및 헌법재판소규칙에 마련하고 있다. 즉, 행정처분에 의하여 헌법상 보장된 권리가 침해되거나 위헌명령, 위헌법률 또는 위법한 조약의 적용에 의해 자신의 권리가 침해되었다고 주장하면서 제기하는 소위 행정처분에 대한 헌법소원절차의 경

923) 이시윤, 앞의 책(2019), 932면.

924) 김지형, 앞의 글, 283면.

925) “이 법에 특별한 규정이 없는 경우에는 민사소송법을 ‘의미에 맞게’(sinngemäß) 준용한다(제1항). 특히 청구기간의 계산에 관하여는 민사소송법이 준용된다. 우편송달기간은 기간에 산입하지 아니한다(제2항).”

우는 재심이 허용되며(헌법재판소법 제34조), 이때에는 민사소송법이 준용된다(헌법재판소규칙 제43조). 이는 재심당사자의 재판청구권을 보장하기 위한 입법자의 적극적 의사로 이해된다.⁹²⁶⁾

우리나라의 경우 헌법재판소의 결정에 대하여 재심을 허용할 수 있는가 하는 점에 관하여 논의가 있을 수 있으나, 헌법재판은 그 심판의 종류에 따라 그 절차의 내용과 효과가 한결같지 아니하기 때문에 재심의 허용여부 내지 허용정도 등은 심판절차의 종류에 따라서 개별적으로 판단될 수밖에 없을 것이다.⁹²⁷⁾ 여기에서는 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원심판에 대한 재심과 관련하여 헌법재판소의 판례에 나타난 사례를 보기로 한다.

나. 법령에 대한 헌법소원심판의 재심

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판에 대한 재심이 허용되지 않는다는 논리⁹²⁸⁾는 동법 제68조 제1항에 의한 법령소원의 경우에도 같다고 할 것이다. 헌법재판소는, “헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원 중 법령에 대한 헌법소원은 그 결정의 효력이 당사자에게만 미치는데 그치지 아니한다는 점에서 행정작용에 속하는 공권력작용을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원의 경우와 분명히 구별된다. 즉, 이 경우 헌법재판소의 인용(위헌)결정

926) 장영철, 앞의 글, 407, 414-415면.

927) 헌재 1995. 1. 20. 93헌아1, 판례집 7-1, 113, 119.

928) 헌재 1992. 6. 26. 90헌아1 : “만약 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원사건에서 선고된 헌법재판소의 결정에 대하여 재심에 의한 불복방법이 허용된다면, 종전에 헌법재판소의 위헌결정으로 효력이 상실된 법률 또는 법률조항이 재심절차에 의하여 그 결정이 취소되고 새로이 합헌결정이 선고되어 그 효력이 되살아날 수 있다거나 종래의 합헌결정이 후일 재심절차에 의하여 취소되고 새로이 위헌결정이 선고될 수 있는바, 이러한 결과는 그 문제된 법률 또는 법률조항과 관련되는 모든 국민의 법률관계에 이루 말할 수 없는 커다란 혼란을 초래하거나 그 법적 생활에 대한 불안을 가져오게 할 수도 있다. 결국 위헌법률심판을 구하는 헌법소원에 대한 헌법재판소의 결정에 대하여는 재심을 허용하지 아니함으로써 얻을 수 있는 법적안정성의 이익이 재심을 허용함으로써 얻을 수 있는 구체적 타당성의 이익보다 훨씬 높을 것으로 쉽사리 예상할 수 있고, 따라서 헌법재판소의 이러한 결정에는 재심에 의한 불복방법이 그 성질상 허용될 수 없다고 보는 것이 상당하다.”

은 위헌법률심판의 경우와 마찬가지로 이른바 일반적 기속력과 대세적·법규적 효력을 가지는 것이므로, 동법 제68조 제1항에 의한 법령에 대한 헌법소원은 그 효력 면에서 동법 제68조 제2항의 헌법소원과 유사한 성질을 지니고 있다. 따라서 그 결정에 대한 재심절차의 허용여부를 공권력의 작용을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원절차와 같이 보는 것은 타당하다고 할 수 없다.”고 하면서, “헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원 중 법령에 대한 헌법소원은 동법 제68조 제2항에 의한 경우와 동일한 근거로써 재심을 허용함이 상당하지 아니하다 할 것이고, 따라서 허용될 수 없는 동법 제68조 제1항에 의한 법령에 대한 헌법소원의 결정을 재심청구의 대상으로 삼고 있는 청구인의 이 사건 재심청구는 부적법한 것”이라고 판시하였다.⁹²⁹⁾

다. 처분에 대한 헌법소원심판의 재심

(1) 일반론

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원 중 행정작용에 속하는 공권력 작용을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원, 즉 처분소원에 있어서는 사안의 성질상 일반적으로 헌법재판소의 결정에 대한 재심은 재판부의 구성이 위법한 경우 등 절차상 중대하고도 명백한 위법이 있어서 재심을 허용하지 아니하면 현저히 정의에 반하는 경우에는 허용될 수 있을 것이다.⁹³⁰⁾

(2) 판단유탈(판단누락)이 재심사유가 되는지 여부

헌법재판소는 1995. 1. 20. 선고한 93헌아1 불기소처분취소(재심) 사건에서, 헌법소원심판절차에서는 변론주의가 적용되는 것이 아니어서 직권으로 청구

929) 헌재 2002. 9. 19. 선고 2002헌아5, 공보·판례집 미수록. 同旨, 헌재(제1지정재판부) 2004. 2. 10. 2004헌아4, 공보·판례집 미수록; 헌재(제2지정재판부) 2004. 11. 23. 2004헌아47, 공보·판례집 미수록; 헌재(제3지정재판부) 2006. 2. 14. 2006헌아6, 공보·판례집 미수록; 헌재(제2지정재판부) 2006. 9. 26. 2006헌아37, 공보 120, 1297, 1298, 판례집 미수록.

930) 헌재 1995. 1. 20. 93헌아1, 판례집 7-1, 113, 121.

인이 주장하는 청구이유 이외의 헌법소원의 적법요건 및 기본권침해 여부에 관련된다는 이유에 관하여 판단하는 점과, 헌법재판이 헌법의 해석을 주된 임무로 하고 있는 특성, 행정작용에 속하는 공권력작용을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원심판절차에서는 사전구제절차를 모두 거친 뒤에야 비로소 적법하게 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 하는 사정 등을 고려할 때, 이러한 헌법소원심판절차에서 선고된 헌법재판소의 결정에 대하여는 (구)민사소송법 제422조 제1항 제9호 소정의 판단유탈은 재심사유가 되지 아니한다고 판시하였다.⁹³¹⁾ 그 후 1998. 3. 26. 선고한 98헌아2 불기소처분취소(재심) 사건에서는 재판관 5인이 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판절차 중 공권력의 작용을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원에 관한 심판에 대하여 동법 제40조에 따라 (구)민사소송법의 재심에 관한 규정을 준용하여 재심이 허용되어야 함은 물론 (구)민사소송법 제422조 제1항 제9호 소정의 “결정에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 유탈한 때”는 재심사유가 된다는 의견을 표시하였으나, 법 제23조 제2항 단서 제2호 소정의 관례변경을 위한 정족수에 이르지 못하였다.⁹³²⁾

그러나 제3기 재판부에 이르러 2001. 9. 27. 선고한 2001헌아3 불기소처분취소(재심) 사건에서는, (구)민사소송법 제422조 제1항 제9호 소정의 판단유탈을 재심사유로 허용하는 것은 공권력의 작용을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원의 성질에 반한다고 할 수 없으므로 (구)민사소송법 제422조 제1항 제9호를 준용하여 판단유탈도 재심사유로 허용되어야 한다고 판시하면서, 따라서 종전에 이와 견해를 달리하여 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원 중 행정작용에 속하는 공권력 작용을 대상으로 한 권리구제형 헌법소원에 있어서 (구)민사소송법 제422조 제1항 제9호 소정의 판단유탈은 재심사유가 되지 아니한다는 취지로 판시한 헌법재판소의 의견⁹³³⁾을 변경하였고, 나아가 재심청구인의 주장에 관하여 살핀 끝에, 재심대상결정에는 재심청구인의 위 주장에 대한 판단이 포함되어 있는 것이고 이와 같이 판단이 있는 이상 그 판단에 이르는 이유나 근거 등을 일일이 또는 개별적으로 실시하지 아니하였다

931) 이 결정에는 재판관 3인의 반대의견이 있다.

932) 이 결정에 대한 평석으로 장영철, 앞의 글, 395면 이하 참조.

933) 헌재 1995. 1. 20. 93헌아1, 판례집 7-1, 113 이하; 헌재 1998. 3. 26. 98헌아2, 판례집 10-1, 320 이하.

고 하더라도 이를 (구)민사소송법 제422조 제1항 제9호에서 말하는 판단유탈이라고 할 수 없다는 이유로 재심청구를 기각하였다.⁹³⁴⁾ 같은 취지로, 현재 2001. 11. 29. 2001헌아10,⁹³⁵⁾ 현재 2002. 3. 28. 2001헌아22⁹³⁶⁾ 각 결정 참조.

한편, 재심대상결정이 애초에 헌법소원의 대상이 될 수 없다면 그 결정에 판단유탈이 있다고 주장하면서 제기하는 재심은 인정될 수 없다.⁹³⁷⁾

(3) 사실인정의 오류가 재심사유가 되는지 여부

헌법재판소는 2000. 6. 29. 선고한 99헌아18 불기소처분취소(재심) 사건에서, “청구인은 원결정 당시 재항고기간을 준수하였고 따라서 적법한 사전구제절차를 경유하였음에도 원결정이 이를 오인한 사실은 인정된다. 그러나 (...) 이 사건 심판청구는 위 헌법재판소 판례상의 ‘재판부의 구성이 위법한 경우 등 절차상 중대하고도 명백한 위법이 있어서 재심을 허용하지 아니하면 현저히 정의에 반하는 경우’라고 보기도 어려워 재심이 허용될 수 없고, 한편 법에는 재심에 관하여 특별한 규정이 없으므로 헌법재판소법 제40조 제1항에 따라 민사소송법의 재심에 관한 규정을 준용하여 재심이 허용되어야 한다고 보는 경우라도 민사소송법상의 재심사유(구 민사소송법 제422조 제1항 참조)에는 청구인이 주장하는 바와 같은 사실인정의 오류는 포함되어 있지 아니하므로 역시 재심사유에 해당되지 아니한다.”고 하였다.⁹³⁸⁾

그러나 현재 2003. 9. 25. 2002헌아42 불기소처분취소(재심) 사건에서는 재판관 전원일치의 의견으로, “이 사건 재심대상사건에서 청구인은 위 불기소처분에 대하여 검찰청법에 따라 항고 및 재항고를 경로함으로써 적법하게 사전구제절차를 거쳐 그 취소를 구하는 헌법소원 심판청구를 제기하였다고 할 것 인바, 잘못 기재된 사실조회 회보에 기하여 청구인의 위 심판청구를 적법한

934) <주문> : “이 사건 재심청구를 기각한다.” [이 결정에는 종전의 헌법재판소의 결정을 그대로 유지해야 한다는 재판관 2인의 반대 의견이 있다.]

935) <주문> : “청구인의 심판청구를 기각한다.” [공보·판례집 미수록. 전원일치 결정임]

936) <주문> : “청구인의 심판청구를 기각한다.” [공보·판례집 미수록. 전원일치 결정임]

937) 현재 2001. 11. 29. 2001헌아2 결정 참조.

938) 이 결정에는 재판관 2인의 반대 의견이 있었다.

사전구제절차를 경유하지 아니하여 부적법하다는 이유로 각하한 이 사건 재심대상결정은 적법하게 제기된 위 심판청구의 본안에 들어가 판단을 하였어야 했음에도 불구하고 이를 판단하지 아니하였으므로, 헌법재판소법 제40조 제1항에 의하여 준용되는 민사소송법 제451조 제1항 제9호의 ‘판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 누락한 때’⁹³⁹⁾에 준하는 재심사유가 있다 (대법원 2001. 8. 20.자 2001준재다442 결정; 대법원 2002. 9. 30.자 2002재다 555 결정; 대법원 2002. 11. 11.자 2002재다753 결정 참조)고 볼 것이다.”라고 하여 종전의 위 99헌아18 결정을 변경하였음에도 동 결정문에는 판례변경의 기재내용이 없다.⁹⁴⁰⁾

또한 헌재 2009. 6. 25. 2008헌아23 불기소처분취소(재심) 사건에서, 청구인이 청구기간을 준수하여 헌법소원심판청구를 하였음에도, 우편집배원의 착오로 인해 잘못 기재된 우편송달보고서를 근거로 청구기간을 잘못 계산하여 헌법소원심판청구에 대한 본안판단을 하지 아니한 채 심판청구가 청구기간을 초과하여 부적법하다는 이유로 각하하는 결정을 한 경우, 이러한 재심대상결정에는 헌법재판소법 제40조 제1항에 의하여 준용되는 민사소송법 제451조 제1항 제9호의 ‘판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 누락한 때’에 준하는 재심사유가 있다고 하여 재심대상결정(헌재 2008. 2. 19. 2008헌마 151)을 취소하였으나, 재심대상 사건의 헌법소원에 대한 판단에 있어서는 헌법재판소가 관여할 정도의 자의적인 처분이라고 볼 수 없다는 이유로⁹⁴¹⁾ 청

939) 헌재 2012. 12. 27. 2011헌바5 : “민사소송법 제451조 제1항은 재심사유로 11 가지를 열거하고 있다. 이 중 제9호에 ‘판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 누락한 때’를 규정하고 있는데, 이는 당사자가 소송상 제출한 공격방어방법으로서 판결주문에 영향이 있는 것에 대하여 판결이유 중에서 판단을 표시하지 아니한 것을 뜻한다. 판단을 했지만 그 판단에 이르는 이유가 자세히 설시되어 있지 않거나 당사자의 주장을 배척하는 근거를 일일이 개별적으로 설명하지 않은 것은 판단누락이 아니다(대법원 2008.11.27. 선고 2007다69834 판결 참조). 특히, 상고이유에 관한 주장이 상고심특례법이 정하는 심리불속행 사유에 해당한다고 보아 더 나아가 심리를 하지 아니하고 상고를 기각한 판결의 경우 상고이유에 대한 판단을 누락한 것으로 보지 않는다(대법원 2009.2.12. 선고 2008재다502 판결 참조).”

940) <주문> : “재심대상결정을 취소한다. 이 사건 심판청구를 기각한다.” [공보·판례집 미수록, 전원일치 결정임]

941) 同旨, 헌재 2011. 2. 24. 2008헌아4, 공보 173, 441, 442

구를 기각하였다.⁹⁴²⁾

라. 재판에 대한 헌법소원심판의 재심

재심대상결정이 애초에 헌법소원의 대상이 될 수 없는 법원의 재판에 대한 헌법소원심판이라면 그 결정에 판단유탈이 있다고 주장하면서 제기하는 재심은 인정될 수 없다. 헌법재판소는 2001. 11. 29. 선고한 2001헌아2 결정에서, “(재심대상결정의 하나인) 95헌마308 헌법소원 사건의 경우 심판의 대상은 헌법재판소법 제68조 제1항의 ‘법원의 재판을 제외하고는’ 부분과 ‘대법원 판결’이었는바, 이들은 결국 헌법재판소의 헌법소원 사건에 대한 재심의 대상이 될 수 있는 영역인 ‘행정작용에 속하는 공권력작용을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원’에 해당하지 아니하므로 위 95헌마308 결정에 대하여는 재심이 허용될 수 없다고 할 것이다. 따라서 법률에 대한 헌법소원이나 법원의 재판에 대한 헌법소원 사건에 대하여도 재심의 대상으로 할 수 있음을 전제로, 위 95헌마308 결정에는 결정에 영향을 미칠 수 있는 판단유탈이 있었음에도 불구하고 이를 다루는 청구인의 위와 같이 거듭된 재심청구를 각하한 헌법재판소의 일련의 결정(최종적으로 이 사건 재심대상결정인 2000헌아34 결정)을 취소하고 상당한 결정을 다시 내려달라는 청구인의 주장은, 결국 재심의 대상이 될 수 없는 위 헌법재판소의 결정에 대한 불복이라고 할 것이어서 부적법하다.”고 판시하였다.

4. 결정의 경정

가. 의의

결정의 경정이란 결정서에 표현상의 오류가 발견된 때에 헌법재판소가 스스로 그 오류를 정정하는 것을 말하고(헌법재판소법 제40조, 민소법 제211조), 이러한 결정을 경정결정이라 한다. 원래 법원에서 판결에 잘못된 계산이나 기

942) <주문> : “재심대상결정을 취소한다. 재심대상사건의 심판청구 중, 2006. 12. 22.자 불기소처분 … 부분은 각하하고, 2007. 5. 9.자 불기소처분 … 부분은 기각한다.”

재, 그 밖에 이와 비슷한 잘못이 있음이 분명한 때 행하여지는 판결경정은, 일단 선고된 판결에 대하여 그 내용을 실질적으로 변경하지 않는 범위 내에서 판결의 표현상의 기재 잘못이나 계산의 착오 또는 이와 유사한 오류를 정정 또는 보충하여 강제집행이나 호적의 정정 또는 등기의 기재 등 이른바 광의의 집행에 지장이 없도록 하는 데 그 취지가 있다.⁹⁴³⁾ 경정결정은 원결정과 일체가 되어 결정선고시에 소급하여 그 효력이 발생한다.⁹⁴⁴⁾

나. 요건

결정에 잘못된 계산이나 기재, 그 밖에 이와 비슷한 잘못이 있음이 분명한 경우이어야 한다. 따라서 결정에 표현상의 명백한 오류가 아니고, 판단내용의 오류나 판단유탈은 경정사유로 되지 않는다. 결정의 경정이 가능한 오류에는 그것이 헌법재판소의 과실로 인하여 생긴 경우뿐만 아니라 당사자의 청구에 잘못이 있어 생긴 경우도 포함된다고 할 것이며,⁹⁴⁵⁾ 경정결정을 함에 있어서는 그 소송 전 과정에 나타난 자료는 물론 경정대상인 결정의 선고(고지) 후에 제출된 자료도, 다른 당사자에게 아무런 불이익이 없는 경우나 이를 다룰 수 있는 기회가 있었던 경우에는 소송경제상 이를 참작하여 그 오류가 명백한지 여부를 판단할 수 있다.⁹⁴⁶⁾

다. 절차

경정은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 어느 때라도 할 수 있다(헌법재판소법 제40조, 민소법 제211조 제1항). 경정결정은 (경정대상) 결정의 원본과 정본에 덧붙여 적어야 하고, 다만 정본이 이미 당사자에게 송달되어 정본에 덧붙여 적을 수 없을 때에는 따로 경정결정의 정본을 송달하면 된다(헌법재판소법 제40조, 민소법 제211조 제2항).

943) 대법원 2000. 12. 12.자 2000즈3 결정.

944) 대법원 1962. 1. 25.자 4294민재항674 결정.

945) 대법원 1988. 1. 30.자 87그34 결정; 대법원 1970. 3. 31. 선고 70다104 판결 참조.

946) 대법원 2000. 5. 24.자 99그82 결정 참조.

라. 헌법재판소의 사례

헌법재판소가 결정을 경정한 사례로는 ‘당사자’의 신청에 의한 경우로 헌재 1999. 11. 17.자 99헌사350 결정이 있고,⁹⁴⁷⁾ ‘제3자’의 신청에 의한 경우로 헌재 2000. 11. 23.자 2000헌사464 결정이 있으며,⁹⁴⁸⁾ ‘직권’에 의한 경우로 헌재 2007. 8. 21.자 2005헌사717 결정이 있다.⁹⁴⁹⁾

VIII. 소결

헌법소원에 대한 평가는 논자에 따라 다를 수 있다. 독일의 경우 기본법 제정 및 연방헌법재판소법 제정시 헌법소원의 도입에 관하여 많은 논의가 있었으나⁹⁵⁰⁾ 헌법소원은 연방헌법재판소의 판례에 절대적 비중을 차지하였으며, 국민의 정신적 영역이나 정치적 영역에 커다란 영향을 주었고 특히 기본권 중심의 사고를 심어주었다고 한다.⁹⁵¹⁾ 또한 헌법소원은 양적으로 질적으로 헌법재판의 꽃이라는 견해,⁹⁵²⁾ 국가 사법체계의 근부구조를 변혁시킴으로써 진정한 법치주의의 초석을 놓았다는 견해⁹⁵³⁾가 있다. 나아가 헌법소원제도는 제헌헌법 제정 이후 40여 년 동안 한낱 통치권력의 장식물에 불과하였던 헌법

947) <주문> : “헌법재판소 99헌바60 인감증명법 제7조 제1항 단서 등 위헌확인 사건에 관하여 1999. 8. 14.자로 한 결정의 이유 중 결정서 제1장 제18행의 ‘청구인이 병으로 요양중이라는 내용의 진단서를 첨부하고’를 ‘청구인이 병으로 요양중이라는 이유를 들어’로 경정한다.”

948) <주문> : “헌법재판소 99헌마591 기소유예처분취소 사건에 관하여 2000. 8. 31.자로 한 결정서 제1장 밑에서 제1행 및 제2행의 ‘만화통화교’를 ‘만교통화교’로 경정한다.”

949) <주문> : “이 사건에 관하여 헌법재판소가 2007. 7. 26.에 한 결정 중, 제1면 제12행의 ‘2006. 7. 26.’을 ‘2007. 7. 26.’로, 제3면 별지의 제2행 ‘청구인의 표시’를 ‘신청인의 표시’로, 각 경정한다.”

950) 이에 대하여는 정중섭, 앞의 글(2009), 435-436면을 참조할 것.

951) 김학성, “서독의 헌법소원제도”, 헌법재판연구 제1권, 헌법재판소, 1989, 300면.

952) 이시훈, 앞의 책(1989), 28면.

953) 황도수, 앞의 글, 375면.

을 장식적 헌법이 아닌 규범적 헌법으로서 그 효력을 복원하는 데 선봉이 되어 왔다는 견해⁹⁵⁴⁾도 있다.

반면에 주로 헌법소원의 남소의 폐단을 이유로 헌법소원제도의 폐지만이 궁극적인 유일한 해결방안이라고 생각한다거나⁹⁵⁵⁾ 헌법소원제도를 운영하고 있는 나라의 실무가들의 충고는 한결같이 헌법소원제도에 대한 지나친 기대는 금물이라고 한다는 견해⁹⁵⁶⁾는 헌법소원제도에 대하여 부정적인 입장도 만만치 않음을 보여 준다. 그러므로 문제는 그동안 우리 헌법재판소가 실제로 어떠한 실적을 남겼으며 국가기관이나 국민들의 기본권의식 내지는 법생활에 어떠한 영향을 끼쳤는가 하는 점에서 찾아야 할 것이다. 그동안 헌법재판소가 헌법소원심판에서 내린 위헌 내지는 인용결정을 일일이 열거하지 않는다 하더라도 헌법재판소는 헌법소원심판을 통하여 기왕에는 법전 속에만 있던 가사상태(假死狀態)의 헌법 또는 기본권규정이 우리 주위에, 우리의 삶 속에 살아 있음을 일깨워 주었다고 말할 수 있을 것이다.

물론 위헌 내지는 인용결정보다 각하 또는 기각결정이 압도적으로 많은 것은 사실이나⁹⁵⁷⁾ 그것은 헌법재판, 특히 헌법소원심판의 특성 속에 이미 내포되어 있는 현상일 뿐이다. 또한 위헌이나 인용결정 못지않게 각하나 기각결정도 그 나름대로 중요한 의미를 가질 수 있다. 왜냐하면 헌법은 국민적 합의에 의해 제정된 국민생활의 최고도덕규범이며 정치생활의 가치규범으로서 정치와 사회질서의 지침을 제공하고 있기 때문에⁹⁵⁸⁾ 그와 같은 규범 내지 지침에 어긋나는 청구는 각하 또는 기각되어야 마땅하며, 그 판단을 통해서 위와 같은 규범 내지 지침의 기준 또는 근거를 추출할 수도 있기 때문이다.

헌법소원심판을 포함한 헌법재판은 일반재판, 즉 민사소송이나 행정소송과 공통점이 있고, 그런 관점에서 우리의 입법자는 이와 같은 유사성에 주목하여 헌법재판소법 제40조의 포괄적인 준용규정을 둔 것이라고 할 수 있다. 그러나

954) 권영성, “헌법판례 20선”, 인권과정의, 대한변호사협회, 2000.4, 9면.

955) C. Pestalozza, 앞의 글, 412면.

956) 김중빈, “헌법소원의 대상”, 헌법재판자료 제2집, 헌법재판소, 1989, 220면.

957) 헌법재판소 홈페이지의 사건통계에 따르면, 1988. 9. 1. 개소 이래 2019. 8. 31. 까지 31년 동안 헌법재판소가 처리한 헌법소원심판사건 중 위헌(변형위헌 포함) 내지 인용결정은 모두 899건이고, 기각 및 각하결정은 모두 26,667건이었다. 그러므로 헌법소원심판의 인용률은 3.3% (899÷(899+26,667)) 정도이다.

958) 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 205면.

앞에서 살펴본 바와 같이 헌법소원심판은 이들 일반재판과는 다른 측면도 있으며 이에 따라 입법자는 2003. 3. 12. 법률 제6861호로 일부개정된 헌법재판소법 제40조에서 “헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서” 일반 소송 법령을 준용하도록 하였다. 그런 점에서 “헌법소송의 독자성”⁹⁵⁹⁾이라는 주제는 헌법소원심판에 있어서도 일응 타당한 측면이 있다. 그러한 의미에서 헌법소원심판의 특수성에 대한 심도 있는 연구 및 헌법재판소 판례의 검토를 통하여 헌법재판소법 제40조의 의미를 구명할 필요가 있다고 할 것이다.

앞에서 살펴본 바와 같이 헌법소원심판은 행정소송법, 민사소송에 관한 법령의 준용이나 기타 법령의 유추적용의 영역도 많이 있으나, 헌법소원심판의 독자성에 따라 헌법재판소법이나 헌법재판소규칙, 기타 헌법재판소내규나 예규에 따른 심판절차가 요구되는 영역도 있으며, 헌법재판소 스스로의 범형성을 요구하는 영역도 발견할 수 있었다.

959) 이와 관련하여, ‘완결된 헌법소송법의 필요성’에 대하여는 허완중, 앞의 책, 113-114면 참조.

제8절 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판과 행정소송법 준용

I. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판의 본질

1. 본질

헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원[위헌소원 혹은 규범통제형(위헌심사형) 헌법소원⁹⁶⁰]은 다른 나라에서 그 유래를 찾기 어려운 독특한 헌법재판 절차이다.⁹⁶¹ 헌법재판소법 제68조 제2항은 국민의 위헌여부심판 제청 신청이 기각되면 국민이 직접 법률에 대한 헌법소원을 제기할 가능성을 인정한다. 재판에 적용되는 법률이 위헌일 때 법원이 스스로 위헌여부심판 제청을 하지 않는다면, 재판의 당사자로서는 원칙적으로 모든 심급을 경유하고 나서 위헌적인 법률을 적용한 재판에 대해서 헌법소원을 제기할 수밖에 없다. 그러나 법원의 재판을 헌법소원심판 대상에서 원칙적으로 제외하는 한국 헌법재판제도에서는 재판의 당사자가 법원을 경유하고 나서는 헌법소원 형태로 법률의 위헌성을 물을 길이 막힌다. 헌법재판소법 제68조 제2항은 이러한 때도 법률에 대해서 직접 헌법소원을 제기할 길을 열어 놓았다. 따라서 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원제도는 재판소원을 배제하는 헌법소원제도의 결함을 일부 보완하는 기능을 한다.⁹⁶² 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원은 법원이 위헌법률심판

960) 헌재 1997. 8. 21. 94헌바2, 판례집 9-2, 223: “... 헌법소원의 적법요건으로서의 자기관련성·현재성·직접성이란 헌법재판소법 제68조 제1항에 규정된 헌법소원에서 요구되는 요건이고, 이 사건과 같이 법 제68조 제2항에 규정된 이른바 규범통제형(위헌심사형) 헌법소원에 있어서 요구되는 것이 아니다 ……”

961) 최근에 오스트리아는 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원과 비슷한 법률소원제도를 도입하였다(연방헌법 제140조 제1항 제1호 d목). 이에 관해서는 허완중, 오스트리아 헌법재판제도에 관한 연구, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2016, 57~58쪽 참조.

을 제청하지 않음으로써 위헌법률심판을 무력화하였던 불행한 과거에 대한 반성으로 도입된 제도이다.

헌법재판소는 초기에 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원제도가 헌법소원심판의 절에 규정되었다는 점과 국민이 직접 심판을 청구할 수 있다는 점에 주목하여 그 성질을 헌법소원제도의 한 유형으로 이해하는 태도를 보였다. 그리하여 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원심판 청구와 마찬가지로 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판 청구에 대해서도 ‘헌마’라는 사건부호를 부여하였고, 몇몇 결정에서는 심판 청구의 적법성을 판단하면서 청구인 권리침해의 현재성 등 개념을 사용하기도 하였다.⁹⁶³⁾ 그러나 1990년부터는 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판 청구에 대해서는 ‘헌마’라는 별도의 사건부호를 부여하고, 그 심판 청구의 적법성은 청구인의 소 이익 유무가 아니라, 심판 대상이 된 법률이 해당 소송에서 재판의 전제성이 있는지에 따라서 판단하였다.⁹⁶⁴⁾ 결국, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판은 법원이 제청하는 위헌법률심판과 함께 구체적 규범통제의 한 유형으로서 법률의 위헌 여부를 심판하는 제도로 확립되었다.⁹⁶⁵⁾

헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판은 법원이 위헌법률심판 제청 신청을 기각한 때의 구체수단으로서 법원이 위헌법률심판을 무력화하는 것을 방지하기 위한 것이다. 따라서 그 본질은 위헌법률심판으로 보아야 한다.⁹⁶⁶⁾ 헌법재판소도 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판의 본질을 위헌법률심판으로 본다.⁹⁶⁷⁾ 헌법재판소법도 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌

962) 이상 허완중, 헌법재판소 결정이 입법자를 구속하는 범위와 한계, 전남대학교출판문화원, 2017, 445쪽.

963) 헌재 1989. 9. 29. 89헌마53, 판례집 1, 302, 304; 헌재 1989. 12. 18. 89헌마32 등, 판례집 1, 343, 347.

964) 헌재 1990. 6. 25. 89헌마107, 판례집 2, 178.

965) 이상 허완중, 헌법재판소 결정이 입법자를 구속하는 범위와 한계, 전남대학교출판문화원, 2017, 445~446쪽.

966) 성낙인/이효원/권건보/정 철/박진우/허진성, 헌법소송론, 법문사, 2012, 152쪽; 장영수, 헌법학(제11판), 홍문사, 2019, 1304쪽; 정종섭, 헌법소송법(제9판), 박영사, 2019, 276쪽; 한수웅/정태호/김하열/정문식(김하열 집필), 주식헌법재판소법, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 1137쪽; 홍성방, 헌법학(하)(제3판), 박영사, 2014, 353쪽; 같은 사람, 헌법소송법, 박영사, 2015, 140~141쪽.

법소원심판에 위헌법률심판 조항을 준용하는 규정(제71조 2제항, 제74조 제2항, 제75조 제6항)을 둬으로써 이러한 점을 간접적으로 드러낸다.

2. 재판소원적 성격

법원의 재판에는 판결은 물론 명령과 결정도 모두 포함된다. 따라서 위헌법률심판 제청 신청을 기각한 법원의 결정도 당연히 법원의 재판에 속한다. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원에서 심판 대상은 해당 사건에 적용되는 법률이 헌법에 위반되는 것인 것이다. 이 과정에서 헌법재판소는 해당 사건 당사자의 위헌법률심판 제청 신청을 기각한 법원의 결정이 타당한 것인지를(최소한 부수적으로라도) 심사할 수밖에 없다. 헌법재판소는 실질적 측면에서 기각결정의 타당성을 직접 심사하는 것이 아니라 기각결정의 심판 대상인 해당 법률해석의 위헌성을 심사한다. 하지만 이 과정에서 헌법재판소는 해당 헌법소원심판의 이해관계기관인 법원의 주장이 담긴 기각결정의 이유가 타당한 것인지를 검토하여 결정을 내릴 수밖에 없다. 따라서 헌법재판소 결정은 법원이 내린 기각결정의 옳고 그름을 판단하는 결과를 낳는다. 그리고 재판소원의 목적은 관할법원이 헌법재판소 인용결정에 따라 재판을 다시 하게 하는 것인데, 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원에서는 헌법소원과 관련된 소송사건이 확정되지 않으면 법원은 당연히 헌법재판소 인용결정에 따라 재판을 하여야 한다(헌법재판소법 제75조 제1항과 제5항, 제6항, 제47조). 그리고 헌법재판소법 제42조가 준용되지 않아서(헌법재판소법 제75조 제6항), 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판이 청구되어도 해당 사건의 재판은 정지되지 않는다. 따라서 헌법소원과 관련된 소송사건이 확정되어도, 당사자는 재심을 청구하여(헌법재판소법 제75조 제7항) 헌법재판소의 인용결정에 따른 새로운 재판을 보장받는다.

967) 헌재 1997. 7. 16. 96헌바36등, 판례집 9-2, 44, 54: “헌법재판소법 제68조 제2항 소정의 헌법소원은 그 본질이 헌법소원이라기보다는 위헌법률심판이므로 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 헌법소원에서 요구되는 보충성의 원칙은 적용되지 아니한다.”

헌재 2003. 5. 15. 2001헌바98, 판례집 15-1, 534, 543: “헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원은 그 형식에도 불구하고 실질은 위헌법률심판제도이다.”

또한, 재판소원은 사법부를 통제하기 위해서 인정되는 것인데, 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원은 1972년 헌법과 1980년 헌법 아래에서 대법원이 위헌법률심판을 제정하지 않음으로써 위헌법률심판제도가 형해화한 것에 대한 반성으로 법원의 위헌법률심판제정권을 통제하기 위해서 도입된 것이다. 이러한 점에서 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원이 헌법소원의 한 형태라는 점을 부정하지 않는 헌⁹⁶⁸⁾ (엄격한 뜻에서 재판소원이라고 볼 수는 없다고 할지라도 최소한) 법원의 재판이 정당한 것인지를 심사하는(법원의 법률해석을 심사하는) 재판소원의 성격이 있다고 볼 수 있다.^{969) 970)}

3. 주의할 사항

위헌법률심판과 달리 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판에는 헌법재판소법 제42조가 준용되지 않는다(헌법재판소법 제75조 제6항). 따라서 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판이 청구되어도 해당 소송사건의 재판은 정지되지 않는다. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판이 청구되어도 해당 소송사건의 재판이 정지되지 않으므로, 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판이 인용되어 해당 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정되면 당사자는 재심을 청구할 수 있다(헌법재판소법 제75조 제7항). 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판을 청구하여 인용결정을 받은 당사자만 재심을 청구할 수 있다.⁹⁷¹⁾ 그래서 헌법재판소는 헌법재판소법 제68

968) 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원의 본질이 위헌법률심판이라는 점을 강조하여 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원은 헌법소원이 아니라고 본다면, 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원은 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원과 구별되는, 별개의 심판청구 형태로서 헌법재판소법 제68조 제1항(재판소원 금지) 위반과 아무런 관련이 없게 된다.

969) 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원을 일종의 재판소원적 성격을 포함한 헌법소원으로 이해하려는 견해가 있다(방승주, “헌법재판소의 2012. 5. 31. 2009헌바123·126(병합) 구 조세감면규제법 부칙 제23조 위헌소원 결정을 둘러싼 헌법소송법적 쟁점에 대한 검토”, 헌법실무연구 제13권, 헌법재판소, 2012, 595~598쪽).

970) 이상 허완중, “한정위헌청구의 허용 여부”, 법조 제62권 제1호(통권 제676호), 법조협회, 2013. 1., 237~239쪽.

조 제2항에 따른 헌법소원 계속 중 심판 대상이 된 법률조항이 이미 다른 사건에서 위헌으로 결정된 사안에서, 청구인의 권리 구제를 도모하려는 의도에서 위헌확인결정을 한 적이 있다.⁹⁷²⁾ ‘해당 헌법소원과 관련된 소송사건’은 해당 헌법소원 전제가 된 해당 소송사건만을 가리킨다.⁹⁷³⁾

II. 소송법령 준용의 구체적 검토

1. 원칙

헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판절차에는 헌법재판소법에 특별한 규정이 있는 때를 제외하고는 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판의 성질에 어긋나지 아니하는 한도에서 민사소송에 관한 법령을 준용한다(헌법재판소법 제40조 제1항 제1문). 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판에는 행정소송법을 함께 준용한다(헌법재판소법 제40조 제1항 제2문 후단). 이때 행정소송법이 민사소송에 관한 법률에 어긋나면 민사소송에 관한 법령은 준용하지 아니한다(헌법재판소법 제40조 제2항). 따라서 행정소송법과 민사소송에 관한 법령 사이에 충돌이 없으면 양자를 함께 준용한다. 준용은 어떤 사항을 직접 규율하지 않고 비슷한 다른 사항을 규율하는 법령을 의미에 맞게 적용하게 하는 입법기술이다. 여기서 준용은 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판절차의 ‘고유성’을 반영하여야 하고, 맹목적으로 다른 소송법을 적용하여서는 아니 된다. 따라서 이때의 준용은 다른 소송법의 단순한 준용에 그치는 것이 아니라 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판절차의 ‘고유성’에 맞게 수정하여 준용하는 것도 포함된다. 그러나 준용은 준용하는 법과 준용되는 법 사이에 비슷한 점이 있다는 것을 전제한다. 따라서 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판절차 문제와 다른 소송법이 규율하는 문제 사이에 비슷한 점이 없으면 준용할 수 없다.

971) 헌재 2000. 6. 29. 99헌바66, 판례집 12-1, 848, 868.

972) 헌재 1999. 6. 24. 96헌바67, 판례집 11-1, 729.

973) 헌재 2000. 6. 29. 99헌바66등, 판례집 12-1, 848, 866; 헌재 2002. 3. 28. 2001헌바42, 판례집 14-1, 197, 203; 대법원 1993. 7. 27. 선고 92누13400 판결(공1993하, 2448).

헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판절차와 관련하여 준용 여부가 문제되는 것은 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판절차를 규율하는 법률은 물론 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판절차와 관련한 헌법조항 그리고 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판절차를 규율하는 법단체상 법률보다 하위에 있는 법규범에서 문제가 되는 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판절차를 규율하는 내용을 찾을 수 없을 때이다. 따라서 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판절차를 규율하는 헌법과 헌법재판소법 그리고 법률하위법규범(대표적으로 ‘헌법재판소 심판 규칙’을 비롯한 헌법재판소규칙)을 해석하여 해당 내용을 찾을 수 없을 때 비로소 소송법령 준용 여부가 문제된다. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판절차와 관련하여 헌법재판소규칙에 위임하는 규정은 없다. 헌법재판소의 심판절차에 관한 헌법재판소규칙인 ‘헌법재판소 심판 규칙’은 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판절차에 관한 내용은 3개조에 불과하다[‘헌법재판소 심판 규칙’ 제68조 제2항(헌법소원심판청구서의 기재사항), 제69조 제2항(헌법소원심판청구서의 첨부서류), 제70조(보정명령)].

준용되는 법령은 1차적으로 민사소송에 관한 법령, 2차적으로 행정소송법이다. 민사소송에 관한 법령은 민사소송절차를 규율하는 법규범을 모두 아우른다. 이에 는 소송의 주체인 법원과 당사자, 소송심리의 대상과 절차, 재판의 요건과 효과에 관한 일체의 법규범이 포함된다. 민사소송에 관한 법령에는 민사소송을 규율하는 법률(예를 들어 민사소송법, 법원조직법, 변호사법)은 물론 민사소송에 관한 헌법조항(예를 들어 무기평등원칙과 관련한 헌법 제11조, 재판을 받을 권리에 관한 헌법 제27조, 재판 공개에 관한 헌법 제109조, 법원·법관·재판에 관한 제5장)과 조약(예를 들어 헤이그송달협약, 국제인권규약 B규약 제14조) 그리고 민사소송을 규율하는 법단체상 법률보다 하위에 있는 법규범(예를 들어 민사소송규칙과 민사집행규칙)도 포함된다. 그리고 준용되는 법령에는 이러한 법령 자체는 물론 해당 법령을 통해서 준용되는 법령도 포함한다. 행정소송법은 개별 법률인 행정소송법을 가리킨다. 다만, 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판은 공권력의 행사나 불행사를 통한 기본권 침해에 대한 구제수단인 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원심판과 달리 본질이 위헌법률심판이라서 행정소송법이 준용될 가능성이 크지 않다. 특히 심판대상과 재판의 전제성, 결정의 효력처럼 요건과 효력 측면에서 위헌법률심판의 내용을 그대로 따

르는 때가 찾아서 준용 필요성이 인정되는 때도 찾기 어렵다.

구체적 사안에서 준용법령을 결정하는 일이 언제나 명확한 것은 아니다. 이때 준용법령을 확정하는 것은 헌법재판소의 몫이다. 그러나 이러한 불명확성이 준용법령 결정과 관련하여 헌법재판소에 자유재량을 부여하지는 않는다. 헌법재판소는 위헌법률심판의 목적과 헌법소송법의 기능(실체적 헌법 실현, 헌법재판소 지위와 기능의 적절한 설정, 헌법재판소의 원활한 기능 보장) 등을 고려하여 준용법령을 합리적으로 선택하여야 한다. 이러한 준용으로도 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판절차에 관한 문제를 해결할 수 없으면 절차와 관련한 다른 법규정을 유추하여 적용할 수 있다. 유추는 일정한 사항을 직접 규율하는 법규범이 없을 때 그 사항과 가장 비슷한 사항을 규율하는 법규범을 그 사항에 적용하는 법적용방법이다. 준용은 유추를 법조항이 명문으로 규정하는 것이다. 이러한 유추도 할 수 없으면 헌법재판소는 이러한 흠결을 메우기 위해서 법규범을 형성할 수밖에 없다.

2. 개별 준용규정

헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판이 청구되어도 해당 소송사건의 재판이 정지되지 않는다. 따라서 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판이 인용된 때에 해당 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정되면 당사자는 재심을 청구할 수 있다(헌법재판소법 제75조 제7항). 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판을 청구하여 인용결정은 받은 당사자만 재심을 청구할 수 있다.⁹⁷⁴⁾ 그래서 헌법재판소는 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원 계속 중 심판 대상이 된 법률조항이 이미 다른 사건에서 위헌으로 결정된 사안에서, 청구인의 권리 구제를 도모하려는 의도에서 위헌확인결정을 한 적이 있다.⁹⁷⁵⁾ ‘해당 헌법소원과 관련된 소송사건’은 해당 헌법소원 전제가 된 해당 소송사건만을 가리킨다.⁹⁷⁶⁾ 그리고 ‘헌법소원이 인용된 경우’는 단순위헌결

974) 헌재 2000. 6. 29. 99헌바66, 판례집 12-1, 848, 868.

975) 헌재 1999. 6. 24. 96헌바67, 판례집 11-1, 729.

976) 헌재 2000. 6. 29. 99헌바66등, 판례집 12-1, 848, 866; 헌재 2002. 3. 28. 2001헌바42, 판례집 14-1, 197, 203; 대법원 1993. 7. 27. 선고 92누13400 판결(공1993하, 2448).

정은 물론 헌법불합치결정과 한정위헌결정도 포함한다. 그러나 대법원은 ‘헌법 소원이 인용된 경우’는 법원에 기속력이 있는 위헌결정이 선고된 경우인데 한정 위헌결정이 내려지면 재심을 청구할 수 없다고 한다.⁹⁷⁷⁾ 이러한 재심에서 형사 사건에 대해서는 형사소송법 규정을, 그 외의 사건, 즉 행정사건이나 민사사건 등에 대해서는 민사소송법 규정을 준용한다(헌법재판소법 제75조 제8항).

헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판이 인용되면 헌법재판소법 제75조 제7항에 따라서 유죄의 확정판결에 대해서 재심을 청구할 수 있다. 따라서 헌법재판소법 제40조에 따라 준용되는 민사소송법 제211조 제1항에 따라 청구인 사망 후에 재심을 청구할 수 있는 사람은 해당 헌법소원심판절차를 수계할 수 있다. 하지만 수계할 당사자가 없거나 수계의사가 없으면 청구인 사망으로 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판은 원칙적으로 종료된다. 다만, 수계의사표시가 없어도 이미 결정을 할 수 있을 정도로 사건이 성숙되어 있고 그 결정으로 유죄판결의 흠이 제거될 수 있음이 명백한 때 등 특별히 유죄판결을 받은 사람의 이익을 위해서 결정 필요성이 있다고 판단될 때만 중국결정을 할 수 있다.⁹⁷⁸⁾

3. 구체적 검토 사항

가. 청구권자

헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판의 청구권자는 일반 법원의 재판절차에서 재판의 전제가 되는 법률에 대해서 위헌여부심판 제청을 신청하였다가 법원에서 이러한 신청이 이유 없다고 하여 기각결정을 받은 (소송)당사자이다. 이러한 청구권자의 범위를 확정할 때도 민사소송법상 당사자에 관한 규정이 준용된다. 해당 사건의 보조참가인은 피참가인의 소송행위와 저촉되지 아니하는 한 소송에 관해서 공격·방어·이의·상소, 그 밖의 모든 소송행위를 할 수 있으므로 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판을 청구할 수 있다(민사소송법 제76조 제1항 본문).⁹⁷⁹⁾ 이때 청구인은 사인에 한정되지 않는다.

977) 대법원 2001. 4. 27. 95재다14 판결(공2001상, 1220).

978) 헌재 1994. 12. 29. 90헌바13, 판례집 6-2, 351, 353-354.

행정처분 주체인 행정청도 해당 사건의 당사자나 보조참가인으로서 위헌여부심판 제청 신청을 할 수 있고, 그 신청이 기각되면 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판을 청구할 수 있다.⁹⁸⁰⁾ 해당 사건의 당사자가 신청한 위헌여부심판 제청 신청이 기각당하고 나서 해당 사건의 보조참가인이 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판을 청구할 수도 있고, 해당 사건의 보조참가인이 신청한 위헌여부심판 제청 신청이 기각당하고 나서 해당 사건의 당사자가 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판을 청구할 수도 있다.

누가 해당 사건의 당사자인지는 민사소송법의 일반법리에 따라 결정되어야 한다. 즉 이와 관련하여서는 민사소송법을 준용하여 누가 해당 사건의 당사자인지를 결정하여야 한다. 해당 사건의 당사자가 죽으면 소송절차는 중단되고, 상속인·상속재산관리인, 그 밖에 법률에 따라서 소송을 계속하여 수행할 사람이 소송절차를 수계하여야 하고, 다만, 상속인이 상속포기를 할 수 있는 동안에는 소송절차를 수계하지 못한다(민사소송법 제233조). 이러한 소송승계가 이루어지면 소송승계인은 해당 사건의 당사자 지위를 그대로 이어받는다. 따라서 이러한 소송승계인은 위헌여부심판 제청을 신청할 수 있고, 피승계인이 신청한 위헌여부심판 제청 신청이 기각되면 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 소송물이 양도되면 특정적인 권리관계 변동으로 종전당사자가 당사자적격을 잃고 양수인이 당사자적격을 취득하여 당사자적격이 이전된다(민사소송법 제81조와 제82조). 해당 사건의 당사자지위를 승계한 양수인은 당사자와 같은 권리가 있다. 따라서 양수인은 위헌여부심판 제청을 신청할 수 있고, 양도인이 신청한 위헌여부심판 제청 신청이 기각되면 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

나. 제청 여부에 대한 결정 지연

헌법재판소법 제68조 제2항을 따르면 위헌법률심판 제청 신청을 할 때 법원이 기각결정이 한 후에야 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 그런데 위헌법률심판 제청 신청을 받은 수소법원이 언제까지 그 제청 여부의 결정을 하여야 하는지

979) 헌재 2003. 5. 15. 2001헌바98, 판례집 15-1, 534, 543.

980) 헌재 2008. 4. 24. 2004헌바44, 판례집 20-1상, 453, 462.

에 관하여는 아무런 규정이 없다. 헌법재판소법 제40조에 따라 행정소송법 제18조 제2항 제1호를 준용할 가능성을 고려할 수 있다. 하지만 사전구제절차인 행정심판과 소 제기에 해당하는 위헌법률심판 제청은 법적 성격이 달라서 행정소송법 제18조 제2항 제1호를 준용대상으로 삼을 수 없다. 이러한 점에서 헌법재판소법 제40조에 따라 준용할 만한 규정도 민사소송에 관한 법령과 행정소송법에서 찾을 수 없다. 다만, ‘위헌법률심판제청사건의 처리에 관한 예규’ 제7조 제5항을 따르면 위헌제청신청을 받은 법원은 특별한 사정이 없는 한 사건이 접수된 날부터 180일 이내에 결정하여야 한다. 위헌법률심판 제청 신청을 받은 법원은 이에 대한 결정을 특별한 사정도 없이 지체하고 심지어는 신청 후 본안판결 선고 시까지 몇 년이 지나도록 제청 여부에 대한 결정을 미루는 바람에 위헌제청 신청인의 신속하게 헌법재판을 받을 권리가 침해되는 사례가 있다. 그러나 기각결정이 내려지지 않았다면 제청 여부 결정이 지연되더라도 바로 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판을 청구할 수 없다.⁹⁸¹⁾ 위헌제청 신청에 대한 법적인 결정의무나 어느 정도 기간 안에 제청여부결정을 내려야 하는지에 관한 명문 규정이 없어서 법원은 제청 여부뿐 아니라 언제 제청 여부를 결정할 것인지를 재판 선고를 하기 전까지 자유롭게 결정할 수 있기 때문이다. 복수의 법률조항에 대한 헌법소원심판 청구가 있으면 제청 신청이나 기각결정 대상이 되지 않았던 법률에 대한 청구 부분은 부적법하다.⁹⁸²⁾ 다만, 명시적으로 기각결

981) 헌재 1999. 4. 29. 98헌바29등, 판례집 11-1, 474, 476: “헌법재판소법 제41조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건을 담당하는 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청한다.”라고 규정하고 있고, 같은 법 제68조 제2항은 “제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 그러므로 같은 법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판의 청구는 같은 법 제41조 제1항에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청을 법원이 각하 또는 기각한 경우에만 허용된다 할 것이다(헌재 1994. 4. 28. 89헌마221 판례집 6-1, 239, 257; 1996. 8. 29. 95헌바41 판례집 8-2, 107, 115 참조). 그런데 이 사건의 경우 청구인들은 법원이 위헌여부심판의 제청신청을 각하 또는 기각하기 전에 헌법소원심판을 청구하였음이 기록상 명백하다. 따라서 이 사건 심판청구는 부적법하므로 모두 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.”

982) 예를 들어 헌재 1997. 11. 27. 96헌바12, 판례집 9-2, 607, 618: “청구인은 구 방문판매등에관한법률(1995. 1. 5. 법률 제4896호로 전문개정된 후 1995. 12.

정 대상에 포함되지 않은 법률조항이라도 법원이 그에 대해서 실질적·목시적으로 위헌 여부에 관해서 판단하였다면 그 조항에 대한 헌법소원심판 청구는 적법하다.⁹⁸³⁾ 이러한 점에서 제청 여부에 대한 결정을 수소법원이 지연하더라도 제청을 신청한 당사자를 구제할 방법을 찾을 수 없다.

다. 반복제청신청 금지 (헌법재판소법 제68조 제2항 후문)

헌법재판소는 이미 심판을 거친 같은 사건에 관해서는 다시 심판할 수 없다(헌법재판소법 제39조). 헌법재판소가 이미 내린 결정에 대해서는 자기기속력 때문에 이를 취소하거나 변경할 수 없고, 이는 법적 안정성을 위해서 불가피한 일이기 때문이다.⁹⁸⁴⁾ 여기서 ‘이미 심판을 거친 사건’은 재판부가 심리를 마치고 종국결정을 내린 사건을 뜻한다. 그런데 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판에는 이에 관한 특별조항이 있어서 일사부재리에 관한 헌법재판소법 제39조는 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판절차에 적용되지 않는다. 즉 위헌여부심판 제청을 신청하였으나 그 신청을 법원이 기각하면 해당 사건의 소송절차에서 동일한 사유를 이유로 한 위헌여부심판 제청 신청을 할 수 없다(헌법재판소법 제68조 제2항 후문).⁹⁸⁵⁾ 여기서 해당 사건의 소송절차에

29. 법률 제5086호로 전문개정되기 전의 것) 부칙 제3항이 종전의 법률을 개정하면서 별칙적용에 관한 경과조치로서 “이 법 시행전의 행위에 대한 벌칙의 적용에 있어서는 종전의 규정에 의한다.”고 규정한 것은 형벌불소급의 원칙에 어긋난다고 주장하고 있다. 그러나 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원은 법률의 위헌여부심판의 제청신청을 하여 그 신청이 기각된 때에만 청구할 수 있는 것인데 기록에 첨부된 서울지방법원 남부지원의 위헌제청신청기각결정(94초1188)에 의하면 청구인은 구 방문판매등에관한법률 부칙 제3항에 대한 위헌여부심판의 제청신청을 하지 않았고 따라서 법원의 기각결정도 없었으므로 청구인의 이 부분 심판청구는 그 심판청구요건을 갖추지 못하여 부적법하다.”

983) 헌재 1998. 3. 26. 93헌바12, 판례집 10-1, 227, 233-234; 헌재 2001. 1. 18. 2000헌바29, 판례집 13-1, 111, 114; 헌재 2001. 2. 22. 99헌바93, 판례집 13-1, 274, 280-281; 헌재 2010. 9. 30. 2009헌바2, 판례집 22-2상, 1, 16.

984) 헌재 1989. 7. 24. 89헌마141, 판례집 1, 155, 156.

985) 예를 들어 헌법소원심판의 전제가 된 해당 사건의 항소심절차에서 위헌제청신청이 기각되었는데도 이에 대해서 헌법소원심판을 청구하지 않고 또다시 같은 항소심절차에서 같은 법률조항에 관해서 동일한 사유를 이유로 위헌제

는 상소심 소송절차⁹⁸⁶⁾는 물론 파기환송되기 전후의 소송절차⁹⁸⁷⁾도 포함된다. 이러한 반복제청신청에는 ① 반복된 두 개의 위헌소원심판이 계속 중인 때 동일한 사건이 전·후 양 심판으로 반복 청구되고 나서 어느 청구에 대해서도 아직 종국결정이 내려지지 않은 때(중복제소 금지와 겹치는 영역),⁹⁸⁸⁾ ② 반복청구된 위헌소원심판의 선행청구와 후행청구 중 어느 청구에 대해서 헌법재판소가 종국결정을 내렸을 때(일사부재리와 겹치는 영역),⁹⁸⁹⁾ ③ 위헌제청 신청을 하였다가 기각결정을 받았지만, 위헌소원심판을 청구하지 않았던 당사자가 해당 사건 소송절차에서 다시 동일한 사유로 위헌제청 신청을 하였다고 기각결정을 받고 나서 위헌소원심판을 청구한 때(고유영역)⁹⁹⁰⁾를 아우른다. 헌법재판소법 제68조 제2항 후문은 오로지 위헌소원심판에만 적용되는 특별규정이므로, 중복제소 금지와 일사부재리에 우선한다. 따라서 중복제소 금지나 일사부재리

청 신청을 하고서 그것이 기각되자 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 헌법소원심판을 청구하는 것은 부적법하다(헌재 1994. 4. 28. 91헌바14, 판례집 6-1, 281, 293-294).

- 986) 헌재 2007. 7. 26. 2006헌바40, 판례집 19-2, 86, 88-89; 헌재 2009. 9. 24. 2007헌바118, 판례집 21-2상, 588, 594; 헌재 2012. 12. 27. 2011헌바155, 판례집 24-2하, 433, 438; 대법원 1996. 5. 14. 자 95부13 결정(공1996하, 1886); 대법원 2000. 4. 11. 자 98카기137 결정(공2000상, 1229); 대법원 2000. 6. 23. 자 2000카기44 결정(공2000하, 1821).
- 987) 헌재 2008. 5. 6. 2008헌바29; 헌재 2010. 2. 9. 2009헌바418; 헌재 2013. 6. 27. 2011헌바247, 판례집 25-1, 467, 473.
- 988) 전형적인 사건으로는 위헌제청을 하였다가 기각결정을 받고 위헌소원심판을 청구한 당사자가 (아직 이 위헌소원이 계속 중인 상태에서) 해당 사건의 소송절차에서 동일한 사유로 위헌제청 신청을 하였다가 기각결정을 받고 다시 위헌소원심판을 청구할 때: 헌재 2011. 5. 26. 2009헌바419, 공보 176, 817, 818; 헌재 2014. 1. 7. 2013헌바427; 헌재 2015. 2. 3. 2015헌바38.
- 989) 전형적인 사건으로는 위헌제청 신청을 하였다가 기각결정을 받은 당사자가 위헌소원심판을 청구하였다가 헌법재판소 종국결정을 받고 나서 해당 사건의 소송절차에서 다시 동일한 사유로 위헌제청 신청을 하고 기각결정을 받은 후 위헌소원심판을 청구할 때: 헌재 2008. 6. 3. 2008헌바36; 헌재 2010. 2. 9. 2009헌바418; 헌재 2012. 7. 31. 2012헌바265; 헌재 2012. 9. 25. 2012헌바326; 헌재 2012. 11. 6. 2012헌바380; 헌재 2017. 1. 17. 2017헌바21; 헌재 2017. 9. 5. 2017헌바385.
- 990) 헌재 1994. 4. 28. 91헌바14, 판례집 6-1, 281, 293-294; 헌재 2007. 7. 26. 2006헌바40, 판례집 19-2, 86, 89; 헌재 2009. 9. 24. 2007헌바118, 판례집 21-2상, 588, 594; 헌재 2013. 6. 27. 2011헌바247, 판례집 25-1, 467, 473.

와 겹치는 영역에서도 헌법재판소는 반복제청신청 금지를 이유로 해당 청구에 대해서 각하결정을 내려야 한다.⁹⁹¹⁾ 이처럼 중복제소 금지와 일사부재리를 아우르는 반복제청신청 금지 때문에 일사부재리를 규정하는 헌법재판소법 제39조는 위헌소원심판에 적용되지 않을 뿐 아니라 중복제소를 규정하는 민사소송법 제259조를 준용할 필요는 없다. 이러한 점에서 이미 계속 중인 헌법소원심판사건에 대해서 당사자가 다시 동일한 헌법소원심판을 청구하는 것은 중복제소로서 허용되지 아니한다고 하면서 헌법재판소법 제68조 제2항이 아니라 헌법재판소법 제40조 제1항과 민사소송법 제259조를 근거로 드는 헌법재판소 결정⁹⁹²⁾은 문제가 있다.

라. 청구기간 도과의 예외 인정

헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판은 위헌여부심판 제청 신청을 기각하는 결정을 통지받은 날부터 30일 이내에 청구하여야 한다(헌법재판소법 제69조 제2항). 이때 기각된 날은 특별한 사정이 없는 한 제청 신청에 대한 기각결정을 송달받은 날이다.⁹⁹³⁾ 이 기간은 불변기간이 아니어서 기간 준수에 관한 소송행위 추후보완이 허용되지 않는다.⁹⁹⁴⁾ 결정을 통지받은 날부터 30일이 지나서 청구된 심판 청구는 부적법하다. 다만, 헌법소원심판을 청구하려는 사람이 국선대리인 선임 신청을 하면, 그 신청이 있는 날을 기준으로 청구기간을 정하므로(헌법재판소법 제70조 제1항), 국선대리인 선임 신청이 있으면 비록 헌법소원심판 청구가 청구인에 대한 제청 신청 기각결정을 통지받은 날부터 30일이 경과한 후에 이루어졌더라도 청구인이 그 결정을 통지받은 날부터 30일 이내에 국선대리인 선임 신청을 하였다면 청구기간은 준수된 것이다.⁹⁹⁵⁾ 국선

991) 이에 관해서 자세한 검토는 공진성, “헌법재판소 제68조 제2항에 의한 헌법소원에서 반복제청신청금지에 대한 연구”, 법학논총 제38권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2018, 297~327쪽.

992) 헌재 2006. 7. 27. 2005헌바58, 판례집 18-2, 139, 145; 헌재 2012. 7. 3. 2012헌바190; 헌재 2016. 1. 12. 2015헌바418; 헌재 2017. 5. 25. 2017헌바149; 헌재 2018. 5. 2. 2018헌바180; 헌재 2019. 6. 17. 2019헌바190.

993) 헌재 1989. 7. 21. 89헌마38, 판례집 1, 131, 134; 헌재 1992. 1. 28. 90헌바59, 판례집 4, 36, 38.

994) 헌재 2001. 4. 26. 99헌바96, 공보 56, 447, 449.

대리인 선임 신청이 기각되면 신청인이 선임 신청을 한 날부터 기각통지를 받은 날까지의 기간은 헌법재판소법 제69조의 청구기간에 이것을 산입하지 않는다(헌법재판소법 제70조 제4항). 그리고 법률의 위헌여부심판 제청 신청절차는 해당 소송사건과 전혀 다른 별개의 절차라기보다는 해당 사건에서 부수·파생하는 절차로 보아야 할 것이어서 해당 소송사건의 공동소송대리인은 특별한 사정이 없는 한 위헌여부심판 제청 신청에 관해서도 소송대리권이 있으므로, 이들 중 1인에게 한 위헌제청 신청 기각결정 송달은 적법하게 송달된 것으로 본다.⁹⁹⁶⁾ 한편, 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 법률조항의 위헌 확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다가 이후 청구취지 변경을 통해서 심판 대상 조항을 추가하면 청구기간 준수 여부를 헌법재판소법 제40조 제1항에 따라 준용되는 민사소송법 제265조에 따라 추가된 청구서가 제출된 시점을 기준으로 하여 판단한다.⁹⁹⁷⁾

헌법소원심판이 비록 청구기간을 지나 청구된 것이라도 정당한 사유가 있으면 이것을 허용하는 것이 헌법재판소법 제40조에 따라 준용되는 행정소송법 제20조 제2항 단서에 부합하는 해석이다. 여기서 ‘정당한 사유’는 청구기간 도과 원인 등 여러 가지 사정을 종합하여 지연된 심판 청구를 허용하는 것이 사회통념상 상당한 경우를 뜻한다.⁹⁹⁸⁾ 정당한 사유에 따른 청구기간 구제를 인정하는

995) 헌재 1994. 12. 29. 92헌바31, 판례집 6-2, 367, 372; 헌재 2001. 3. 21. 99헌바 7, 판례집 13-1, 525, 538-539 등 참조.

996) 헌재 1993. 7. 29. 91헌마150, 판례집 5-2, 159, 164-165.

997) 헌재 2008. 10. 30. 2007헌바109등, 판례집 20-2상, 941, 964.

998) 헌재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87, 111; 헌재 2001. 12. 20. 2001헌 마39, 공보 64, 79.

대법원 1991. 6. 28. 선고 90누6521 판결(집39-3특, 470; 공1991, 2054): “그런데 위 조항 소정의 제소기간 기산점인 “처분이 있음을 안 날”이란 통지, 공고 기타의 방법에 의하여 당해 처분이 있었다는 사실을 현실적으로 안 날을 의미하고 구체적으로 그 행정처분의 위법여부를 판단한 날을 가리키는 것은 아니며, 또한 “정당한 사유”란 불확정 개념으로서 그 존부는 사안에 따라 개별적, 구체적으로 판단하여야 하나 민사소송법 제160조 (소송행위의 추완)의 “당사자가 그 책임을 질 수 없는 사유”나 행정심판법 제18조 제2항 소정의 “천재, 지변, 전쟁, 사변 그밖에 불가항력적인 사유”보다는 넓은 개념 이라고 풀이되므로, 제소기간도과의 원인 등 여러 사정을 종합하여 지연된 제소를 허용하는 것이 사회통념상 상당하다고 할 수 있는가에 의하여 판단하여야 한다.”

것은 당사자가 알든지 모르든지 상관없이 객관적인 기간 도과로 헌법소원심판 청구권이 소멸하여 버리는 경직성을 완화하려는 것이다. 헌법재판소는 청구인이 위헌제청 신청 기각결정의 송달을 알지 못한 점에 과실이 없다는 점을 들어 정당한 사유가 있다고 주장한 것에 대하여, 같은 날 송달된 본안사건에 대해서는 항소기간을 준수하여 항소를 제기하면서 통상 본안판결과 같이 송달되는 위헌제청 신청 기각결정 정본을 챙겨보지 않은 것은 쉽사리 납득하기 어렵다고 하여 정당한 사유에 해당하지 않는다고 하였다.⁹⁹⁹⁾ 그리고 위헌법률심판 제청 신청에 대한 각하결정에 대상조항이 재판의 전제가 되지 못한다는 이유가 제시되어 있어 이것을 믿고 헌법소원을 제기하지 않다가 해당 사건의 상고심 판결에서 비로소 재판의 전제가 됨이 확인되어 심판 청구에 이르러도, 헌법재판소법 제69조 제2항에 대해서는 이것을 불변기간이라고 규정하는 법규정이 없어서 그 기간 준수에 대하여 추후보완이 허용되지 않을 뿐 아니라, 불변기간이더라도 이때는 당사자가 책임질 수 없는 사유가 사라진 후 2주일 안에 해태된 소송행위를 추후보완하여야 하는데, 대법원 판결을 송달받은 날부터 2주일이 지나 헌법소원심판 청구를 한 것은 부적법하다고 하였다.¹⁰⁰⁰⁾

마. 기타 필요한 사항으로 피청구인 및 적법요건 심사에 필요한 사항을 기재하도록 할 필요성

헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판을 청구하고자 하는 사람은 심판청구서를 제출하여야 한다(헌법재판소법 제26조 제1항). 청구서에는 ① 청구인 및 대리인의 표시, ② 사건 및 당사자의 표시, ③ 위헌이라고 해석되는 법률 또는 법률조항, ④ 위헌이라고 해석되는 이유, ⑤ 그 밖에 필요한 사항을 적어야 한다(헌법재판소법 제71조 제2항, 제43조). 심판청구서에 ‘그 밖의 필요한 사항’을 적도록 한 것은 심판청구서에 구체적인 사항을 추가로 적도록 함으로써 심판청구 취지를 명확하게 하고 적법요건 심사를 쉽게 하려는 것이다. 특히 실무상 적법요건과 청구취지가 명확하지 않은 때가 많아서 사건의 접수과정과 사전심사에서 어려움이 있음을 고려한 것이다. 이러한 점에 비추어 ‘그 밖에 필요

999) 헌재 1993. 3. 11. 91헌바22, 판례집 5-1, 23, 26.

1000) 헌재 2001. 4. 26. 99헌바96, 공보 56, 447, 449.

한 사항'이 구체적으로 무엇인지에 관해서 검토할 필요가 있다.

먼저 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원은 본질이 위헌법률심판이므로 피청구인이 없다. 따라서 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원과 달리 피청구인 기재 여부가 문제되지 않는다. '그 밖에 필요한 사항'은 헌법재판소의 적법요건 심사에 관련된 것이어야 한다. 이러한 점에서 재판의 전제성과 청구기간 등에 관련된 사항을 명시하도록 할 필요가 있다. '헌법재판소 심판 규칙' 제68조 제2항은 '그 밖에 필요한 사항'을 ① 법률이나 법률조항의 위헌 여부가 재판의 전제가 되는 이유와 ② 청구기간의 준수에 관한 사항으로 구체화한다. 그러나 헌법재판소의 적법요건 심사에 관한 내용이 이 두 가지 사항에 국한되는 것은 아니다. 즉 '헌법재판소 심판 규칙' 제68조 제2항은 예시조항으로 보아야 할 것이다. 따라서 두 가지 사항에 해당하지 않더라도 헌법재판소의 적법요건 심사에 관련된 사항이라면 청구서에 적어야 한다. 특히 청구서에 적힌 사항에 관해서는 헌법재판소가 반드시 심사하여야 한다. 헌법소송에서는 당사자주의가 아닌 직권심리주의를 채택하더라도 이것이 당사자주의를 포기하는 것을 뜻하는 것은 아니기 때문이다. 직권심리주의도 당사자주의를 기반으로 한다. 그리고 직권심리주의도 헌법재판소에 관한 사항을 심사할 권한을 부여하기는 하지만, 그것이 모든 관련 사항을 빠짐없이 심사할 의무를 부여하는 것은 아니다. 이러한 점에서 청구서에 특정 사항을 적는 것은 의미가 있다.

바. 심판청구서의 첨부서류

헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판을 청구하고자 하는 사람은 심판청구서를 제출하여야 한다(헌법재판소법 제26조 제1항). 청구서에는 ① 청구인 및 대리인의 표시, ② 사건 및 당사자의 표시, ③ 위헌이라고 해석되는 법률 또는 법률조항, ④ 위헌이라고 해석되는 이유, ⑤ 그 밖에 필요한 사항을 적어야 한다(헌법재판소법 제71조 제2항, 제43조). '헌법재판소 심판 규칙' 제68조 제2항은 '그 밖에 필요한 사항'을 ① 법률이나 법률조항의 위헌 여부가 재판의 전제가 되는 이유와 ② 청구기간의 준수에 관한 사항으로 구체화한다. 이러한 심판청구서에는 대리인 선임을 증명하는 서류를 첨부하여야 한다. 다만, 심판청구와 동시에 국선대리인선임신청을 하면 그러하지 아니하다(헌법재판소법 제71조 제3항, '헌법재판소 심판 규칙' 제69조 제1항). 그 밖에 헌법재판소법 제40

조에 따라 준용되는 민사소송법 제249조 제2항과 제275조 제1항에 따라 청구인이 가지고 있는 문서로서 청구서에 인용한 것은 그 등본이나 사본을 붙여야 한다. 등본은 원본의 기재내용을 전부 복사한 것이고, 초본은 원본 가운데 관계 있는 부분만을 뽑아내어 복사한 것이다. 원본의 전부나 일부를 등사한 것이 사본이다. 문서 일부가 필요하면 그 부분에 대한 초본을 붙이고, 문서가 많으면 그 문서를 표시하면 된다(민사소송법 제249조 제2항, 제275조 제1항). ‘헌법재판소 심판 규칙’ 제69조 제2항은 이러한 문서를 ① 위헌법률심판제청신청서 사본, ② 위헌법률심판제청신청 기각결정서 사본, ③ 위헌법률심판제청신청 기각결정서 송달증명원, ④ 해당 사건의 재판서를 송달받으면 그 재판서 사본으로 구체화한다. 그러나 이러한 문서들만 청구서에 인용되는 것은 아니므로 이에 해당하지 않더라도 청구서에 이용된 문서라면 제출하여야 한다. 이러한 점에서 ‘헌법재판소 심판 규칙’ 제69조는 예시조항으로 보아야 할 것이다.

사. 심판청구 보정

재판장은 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판 청구가 부적법하나 보정할 수 있다고 인정되면 상당한 기간을 정하여 보정을 요구하여야 한다(헌법재판소법 제28조 제1항). 그리고 헌법재판소법 제40조에 따라 준용되는 민사소송법 제254조를 따르면, 심판청구서에 필수 기재사항을 제대로 적지 않으면 재판장은 상당한 기간을 정하고, 그 기간 안에 흠을 보정하도록 명령하여야 한다. 재판장은 법원사무관 등이 이러한 보정명령을 하게 할 수 있다(민사소송법 제254조 제1항). 이러한 보정기간은 재정기간으로 법정기간 가운데 기간을 늘이거나 줄일 수 없는 불변기간(민사소송법 제172조 제1항)이 아니다.¹⁰⁰¹⁾ 따라서 당사자는 보정기간 안에 보정이 어려우면 그 연장신청을 할 수 있다. 이에 대한 허락 여부는 재판장의 재량에 속한다.¹⁰⁰²⁾ 당사자가 심판청구서를 보정하면 심판청구서를 제출한 때로 소급하여 적법하게 심판청구서를 제출한 것으로 취급한다. 당사자가 보정기간 안에 흠을 보정하지 않으면 재판장은 명령으로 심판청구서를 각하하여야 한다(민사소송법 제254조 제2항). 심판청구서각하명령

1001) 대법원 1978. 9. 5.자 78마233 결정.

1002) 대법원 1969. 12. 19.자 69마500 결정(집17-4, 민195).

은 제청신청서를 수리할 수 없다고 반환하는 취지이므로, 심판청구서를 접수하고 나서 제청 신청이 부적법하다고 각하하는 판결과는 다르다. 이러한 심판청구서각하명령에 대해서는 즉시항고를 할 수 있다(민사소송법 제254조 제3항). 재판장은 심판청구서를 심사하면서 필요하다고 인정하면 당사자에게 청구하는 이유에 대응하는 증거방법을 구체적으로 적어 내도록 명령할 수 있고, 당사자가 심판청구서에 인용한 서증의 등본이나 사본을 붙이지 않으면 이를 제출하도록 명령할 수 있다(민사소송법 제254조 제4항). 심판 청구에 대응하는 증거방법 기재·제출과 심판청구서에 인용한 서증 등본이나 사본 제출명령에 불응하여도 소장 전체가 부적법하다고 보기 어렵다. 따라서 이를 이유로 소장을 각하할 수는 없다.¹⁰⁰³⁾

그러나 ‘헌법재판소 심판 규칙’ 제70조는 이러한 내용을 약간 수정한다. 즉 헌법재판소는 청구서의 필수 기재사항이 누락되거나 명확하지 않으면 적당한 기간을 정하여 이를 보정하도록 명할 수 있다(‘헌법재판소 심판 규칙’ 제70조 제1항). 이러한 보정기간까지 보정하지 아니하면 심판 청구를 각하할 수 있다(‘헌법재판소 심판 규칙’ 제70조 제2항). 이를 고려하여 민사소송법 제254조를 수정하면 다음과 같다. 심판청구서의 필수 기재사항이 누락되거나 명확하지 아니하면 헌법재판소는 적당한 기간을 정하여 이를 보정하도록 명할 수 있다(‘헌법재판소 심판 규칙’ 제70조 제1항). 헌법재판소는 법원사무관 등이 이러한 보정명령을 하게 할 수 있다(민사소송법 제254조 제1항). 이러한 보정기간은 재정기간으로 법정기간 가운데 기간을 늘이거나 줄일 수 없는 불변기간(민사소송법 제172조 제1항)이 아니다.¹⁰⁰⁴⁾ 따라서 당사자는 보정기간 안에 보정이 어려우면 그 연장신청을 할 수 있다. 이에 대한 허락 여부는 헌법재판소의 재량에 속한다.¹⁰⁰⁵⁾ 당사자가 심판청구서를 보정하면 심판청구서를 제출한 때로 소급하여 적법하게 심판청구서를 제출한 것으로 취급한다. 당사자가 보정기간 안에 흠을 보정하지 않으면 헌법재판소는 심판 청구를 각하할 수 있다(민사소송법 제254조 제2항, ‘헌법재판소 심판 규칙’ 제70조 제1항). 다만, 전원재판부 재판이 원칙인 헌법재

1003) 김홍엽, 민사소송법(제8판), 박영사, 2019, 337쪽; 이시윤, 신민사소송법(제13판), 박영사, 2019, 274쪽; 정동윤/유병현/김경옥, 민사소송법(제7판), 법문사, 2019, 90쪽.

1004) 대법원 1978. 9. 5.자 78마233 결정.

1005) 대법원 1969. 12. 19.자 69마500 결정(집17-4, 민195).

관소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판(헌법재판소법 제22조 제1항)에서는 재판장이나 지정재판부의 단독 결정으로 보정명령을 내리고 심판 청구를 각하할 수는 없다. 따라서 전원재판부가 보정명령을 내리고 심판 청구를 각하할 수 있다. 헌법재판소는 심판청구서를 심사하면서 필요하다고 인정하면 당사자에게 청구하는 이유에 대응하는 증거방법을 구체적으로 적어 내도록 명령할 수 있고, 당사자가 심판청구서에 인용한 서증의 등본이나 사본을 붙이지 않으면 이를 제출하도록 명령할 수 있다(민사소송법 제254조 제4항). 심판 청구에 대응하는 증거방법 기재·제출과 심판청구서에 인용한 서증 등본이나 사본 제출명령에 불응하여도 심판 청구가 부적법하다고 보기 어렵다. 따라서 이를 이유로 심판 청구를 각하할 수는 없다.

아. 청구 취하

청구 취하는 청구인이 헌법재판소에 대해서 한 심판 청구의 전부나 일부를 철회하는 의사표시를 말한다. 그러나 사적 자치와 그 소송법적 표현인 처분권주의에 충실한 민사소송법의 소 취하 제도를 헌법재판에 그대로 적용할 수는 없다. 게다가 헌법재판의 각 심판절차는 그 기능과 절차원리가 달라서 청구 취하 허용 여부와 요건, 절차, 효과는 각 심판절차 특성에 맞게 개별적으로 판단하여야 한다. 헌법재판소법은 청구 취하에 관해서 아무런 규정을 두지 않는다. 하지만 헌법재판소법 제40조에 따라 민사소송법의 소 취하 관련 규정들이 원칙적으로 헌법재판에도 준용된다.

헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판 청구는 헌법재판소법 제40조에 따라 준용되는 민사소송법 제266조과 제267조에 따라 취하할 수 있다. 그러나 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판은 민사소송과 다른 특성이 있으므로 민사소송법 제266조과 제267조를 위헌법률심판에 그대로 적용할 수는 없다. 즉 위헌법률심판에 맞게 일부 수정이 필요하다. 먼저 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판은 본질이 위헌법률심판이어서 피청구인이 없다. 따라서 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판 청구 취하에는 피청구인의 동의가 필요하지 않다. 그리고 위헌법률심판은 주관적 권리 보호를 주된 기능으로 하지만, 객관적 헌법 보호 기능도 수행하므로, 예외적으로 해당 법률의 위헌 여부에 대한 헌법적 해명이 필요하다면 민사소송법 제266조와 제267

조를 준용하지 않고 헌법재판소는 중국결정을 내려야 한다. 또한, 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판은 서면심리에 의하고, 재판부가 필요하다고 인정하면 변론을 열어 당사자, 이해관계인, 그 밖의 참고인의 진술을 들을 수 있다(임의적 변론: 헌법재판소법 제30조 제2항). 따라서 쌍불취하간주규정(민사소송법 제268조)은 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판에 준용되지 않는다. 더하여 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판은 서면심리를 원칙으로 하므로 변론에서 말로 취하할 수 있다는 민사소송법 제266조 제3항 단서도 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판에 준용되지 않는다.

청구 취하는 서면으로 하여야 한다. 다만, 변론이나 변론준비기일에서는 말로 할 수 있다(민사소송법 제266조 제3항). 청구 취하는 헌법재판소 중국결정이 있을 때까지, 즉 결정 선고 전까지 할 수 있다(민사소송법 제266조 제1항). 청구 취하는 전부나 일부에 대해서 할 수 있다(민사소송법 제266조 제1항). 청구서는 피청구인에게 송달한 뒤에는 청구취하서도 피청구인에게 송달하여야 한다(민사소송법 제266조 제4항).

청구 취하는 단독적 소송행위이므로 사기, 강박, 착오를 이유로 청구 취하 철회나 취소를 주장할 수 없다.¹⁰⁰⁶⁾ 청구 취하의 의사표시가 다른 사람의 강요나 폭행 등 범죄행위에 따라 이루어지면 민사소송법 제451조 제1항 제5호의 사유를 유추하여 무효나 취소를 주장할 수 있다.¹⁰⁰⁷⁾

1006) 대법원 1997. 6. 27. 선고 97다6124 판결(공1997하, 2339); 대법원 2004. 7. 9. 2003다46758 판결(공2004하, 1325) 참조.

헌재 2005. 2. 15. 2004헌마911, 공보 103, 544, 545: “헌법소원심판청구의 취하는 청구인이 제기한 심판청구를 철회하여 심판절차의 계속을 소멸시키는 청구인의 우리 재판소에 대한 소송행위이고 소송행위는 일반 사법상의 행위와는 달리 내심의 의사보다 그 표시를 기준으로 하여 그 효력 유무를 판정할 수밖에 없는 것인바, 청구인의 주장대로 청구인이 피청구인의 기망에 의하여 이 사건 헌법소원심판청구를 취하하였다고 가정하더라도 이를 무효라고 할 수도 없고, 청구인이 이를 임의로 취소할 수도 없다 할 것이므로(대법원 1983. 4. 12. 선고 80다3251 판결; 1997. 6. 27. 선고 97다6124 판결; 1997. 10. 24. 선고 95다11740 판결 등 참조), 청구인의 위 주장은 받아들일 수 없다.”

1007) 대법원 1985. 9. 24. 선고 82다카312 판결(집33-3, 38; 공1985, 1408) 참조.

자. 기판력

헌법재판소법에는 기판력을 규율하는 직접적인 규정은 없지만, 일사부재리(헌법재판소법 제39조)와 민사소송에 관한 법령의 규정 준용(헌법재판소법 제40조 제1항 전문)에 관한 규정을 근거로 헌법재판소 결정의 기판력을 인정할 수 있다. 헌법재판소¹⁰⁰⁸⁾와 대법원¹⁰⁰⁹⁾도 헌법재판소 결정의 기판력을 인정한다. 따라서 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판절차에서 헌법재판소가 내리는 결정에도 기판력이 있다. 독일 연방헌법재판소법도 기판력을 규정하지 않지만, 독일 연방헌법재판소는 오래전부터 확정력을 인정한다.¹⁰¹⁰⁾ 독일의 지배적 학설도 헌법재판소 재판의 기판력을 긍정하지만, 일부 견해는 헌법재판소 재판, 특히 규범통제 재판에 기판력이 귀속되지 않는다고 한다.

기판력은 헌법소송절차에 참여한 사람으로서 공격·방어의 기회를 얻은 사람에 한하여 미치는 것이 원칙이다. 스스로 권리 주장이나 방어 기회를 얻지 못한 제3자에게까지 소송결과를 강요하는 것은 제3자의 절차보장 관점에서 부당하기 때문이다. 따라서 기판력은 소송사건의 당사자[청구인, 피청구인, 참가인(보조참가인 제외)]와 그 소송승계인 그리고 헌법재판소 자신에게만 미친다(헌법재판소법 제40조 제1항 전문, 민사소송법 제218조 제1항).¹⁰¹¹⁾ 청구인이나 피청구인이 다르면 기판력이 미치지 않는다.¹⁰¹²⁾ 소송 외의 제3자는 물론 이해관계인, 참고인, 소송에 관여하는 대리인이나 공동소송인에게도 기판력이 미치지 않는다.¹⁰¹³⁾

1008) 헌재 1990. 6. 25. 90헌가11, 판례집 2, 165, 171.

1009) 대법원 1991. 6. 28. 선고 90누9346 판결(집39-3, 특479; 공1991, 2056).

1010) BVerfGE 4, 31 (38); 5, 34 (37 f.); 20, 56 (86 f.); 33, 199 (203); 69, 92 (103); 70, 242 (249 f.); 78, 320 (328); 79, 256 (264); 85, 117 (121); 92, 91 (107); 104, 151 (196); BVerfG, Beschluss vom 19. 11. 1991, in: NJW 1992, S. 817. 법치국가원리의 요소인 법적 안정성과 기판력의 관계에 관해서는 BVerfGE 2, 380 (403); 15, 313 (319); 29, 413 (432); 47, 146 (161, 165) 참조.

1011) 제3자 소송담당의 권리귀속주체((헌법재판소법 제40조 제1항 전문, 민사소송법 제218조 제3항)와 소송탈퇴자((헌법재판소법 제40조 제1항 전문, 민사소송법 제80조, 제82조)에게도 기판력이 미친다.

1012) 헌재 1997. 8. 21. 96헌마48, 판례집 9-2, 295, 303 참조.

1013) 이상 허완중, 헌법재판소 결정의 효력, 전남대학교출판문화원, 2019, 56~57쪽.

기관력은 결정주문에만 인정된다(헌법재판소법 제40조 제1항 전문, 민사소송법 제216조 제1항). 심판 대상에 대한 판단에 관해서만 기관력이 인정되므로,¹⁰¹⁴⁾ 심판 대상이 아닌 사항에 관한 판단에는 결정주문에 포함되었다라도 기관력이 귀속되지 않는다. 결정주문 단독으로 기관력의 범위를 확정할 수 없으면 결정이유가 주문해석에 고려된다. 즉 결정이유는 결정주문의 해석도우미로서 기능한다. 그러나 기관력의 범위를 명확하게 하는 결정이유 그 자체에는 기관력이 인정되지 않는다. 헌법재판은 객관소송이다. 객관소송인 헌법재판에는 자기책임원칙이 적용되기 어렵다. 이러한 점에서 헌법재판소 결정의 기관력은 헌법재판소가 실제로 심사한 범위에 한하여 미친다. 즉 헌법재판소 결정에서 기관력의 객관적 범위는 헌법재판소의 실질적 심사범위와 일치한다.¹⁰¹⁵⁾ 헌법재판소 결정은 구체적 사건과 관련된 판단에 불과하고, 헌법재판소가 모든 헌법적 쟁점을 검토하여 판단할 수는 있으나, 그러한 의무를 지는 것은 아니고 대부분 그것이 사실적 측면에서 불가능하기 때문이다. 그리고 헌법재판소 결정의 기관력이 심사할 수 있는 모든 범위까지 확대되면, 그 범위를 확정하기 어려워 기관력의 객관적 범위 자체를 불분명하게 할 수 있는데, 이것은 주관적 권리 보호 이외에 객관적 질서 보호까지 기능으로 하는 헌법재판의 성격과 맞지 않는다.¹⁰¹⁶⁾

헌법재판소의 모든 결정은 선고 당시에 있거나 예측할 수 있는 사실관계와 법적 상황을 근거로 이루어진다. 그리고 당사자가 주장하지 않은 것에 대해서도 헌법재판소는 판단할 수 있다는 점에서 구두변론 여부와 관계없이 선고 시점에

1014) 대법원 1970. 9. 29. 선고 70다1759 판결(집18-3, 민164); 대법원 1980. 5. 1. 선고 80다473 판결(공1980, 12853); 대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카2756 판결(공1987, 1141); 대법원 2006. 7. 13. 선고 2004다36130 판결 참조.

1015) 같은 견해: 이성환, 헌법재판소 결정의 효력에 관한 연구, 서울대학교 법학박사학위논문, 1993, 71~72쪽; 전정환, “헌법재판소 결정의 효력에 관한 일반적 고찰”, 문광삼/남복현/전정환, 헌법재판소결정의 효력에 관한 연구(헌법재판연구 제7권), 헌법재판소, 1996, 38~39쪽; 같은 사람, “헌법재판소 결정의 확정력에 관한 고찰”, 아태공법연구 제8집, 아세아태평양공법학회, 2000, 220~221쪽; 최희수, 법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구 - 소송법적 효력을 중심으로 -, 고려대학교 법학박사학위논문, 2001, 75~76쪽; 같은 사람, “규범통제결정의 기관력”, 헌법논총 제14집, 헌법재판소, 2003, 553~554쪽; Steffen Detterbeck, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht, Tübingen 1995, S. 333 ff.

1016) 이상 허완중, 헌법재판소 결정의 효력, 전남대학교출판문화원, 2019, 57~59쪽.

기관력이 생긴다고 보아야 한다.¹⁰¹⁷⁾ 관보나 헌법재판소의 인터넷 홈페이지에 헌법재판소 결정을 게재하는 것(헌법재판소법 제36조 제5항, ‘헌법재판소 심판규칙’ 제49조의2 제1항과 제2항)은 일반 국민에게 헌법재판소 결정을 알리는 공시 효과만 있을 뿐이고 헌법재판소 결정의 효력이 생기는 것과는 아무런 관계가 없다. 헌법재판소 결정의 기관력은 원칙적으로 헌법재판소가 고려한 사실관계와 법적 상황에만 미친다. 따라서 이러한 사정 변화는 원칙적으로 심판 대상 변화를 가져오는 본질적 변화는 물론 심판 대상 변화에 이르지 않은 때도 기관력 존속에 영향을 미칠 수 있다.¹⁰¹⁸⁾

차. 기속력의 객관적 범위

헌법재판소법 제75조 제6항에 따라서 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판의 인용결정에는 헌법재판소법 제47조 제1항을 준용된다. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판의 인용결정은 법률의 위헌결정이다. 따라서 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판의 인용결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다. 즉 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판의 인용결정은 기속력이 있다.

헌법재판소법 제47조 제1항은 단지 법률의 위헌결정이 모든 국가기관을 구속한다는 것만을 규정한다. 즉 이 조항은 법률의 위헌결정의 효력을 오로지 주관적 측면에서만 확장한다. 사법판결의 효력은 민사소송뿐 아니라 본질에서 다른 모든 개별 소송에서도 같다. 특히 위헌법률심판에서 이러한 일반성에서 벗어나

1017) 같은 견해: 김지형, “헌법재판결정의 기관력”, 헌법논총 제3집, 헌법재판소, 1992, 300쪽; 남복현, “헌법재판소 결정의 확정력”, 한양법학 제3집, 한양법학회, 1992, 230쪽; 이성환, 헌법재판소 결정의 효력에 관한 연구, 서울대학교 법학박사학위논문, 1993, 56, 83~84쪽; 전정환, “헌법재판소 결정의 효력에 관한 일반적 고찰”, 문광삼/남복현/전정환, 헌법재판소결정의 효력에 관한 연구(헌법재판연구 제7권), 헌법재판소, 1996, 45쪽; 같은 사람, “헌법재판소 결정의 확정력에 관한 고찰”, 아태공법연구 제8집, 아세아태평양양공법학회, 2000, 226쪽; Ernst Benda/Eckart Klein/Oliver Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg 2012, § 40 Rdnr. 1430.

1018) 이상 허완중, 헌법재판소 결정의 효력, 전남대학교출판문화원, 2019, 60~61쪽.

야 할 이유나 근거를 찾을 수 없다. 따라서 입법자가 헌법소송을 이러한 보편타당성에서 벗어나게 하는 규율을 정립하고자 한다면, 입법자는 헌법재판소법(이나 다른 헌법재판 관련 개별법)의 개별 조항에서 명확하게 표현하여야 한다. 그러나 법률의 위헌결정의 효력을 주관적으로 확장하는 헌법재판소법 제47조 제1항 이외에 다른 조항을 찾을 수 없다. 이러한 주관적 확장은 형성력이나 법률요건적 효력에서 볼 수 있는 것처럼 일반 소송법에서 낯선 것도 아니다. 따라서 기속력은 기관력을 단지 주관적 측면에서 확장하는 것일 뿐이고, 객관적 측면에서는 확장하지 않는다고 보아야 한다.¹⁰¹⁹⁾ 그래서 헌법재판소법 제47조 제1항은 기관력을 질적으로 변경시키지 않는다.¹⁰²⁰⁾

기속력은 기관력의 주관적 확장이다. 헌법재판소법 제47조 제1항에 따라 모든 국가기관은 그가 절차에 참여하였는지와 상관없이 헌법재판소 결정에 구속된다. 따라서 기속력의 주관적 범위는 모든 국가기관으로 확장된다. 그러나 기속력의 객관적 범위는 기관력과 같아서 헌법재판소법 제40조 제1항에 따라 민사소송법 제216조가 준용된다. 따라서 기속력은 심판대상에 관한 결정인 결정주문에만 미치고, 결정이유에는 미치지 않는다.¹⁰²¹⁾

카. 재심

헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판의 본질은 위헌법률심판이다. 따라서 위헌법률심판에서 재심이 허용되지 않는 것과 같은 이유로 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판에서도 재심이 허용되지 않는다.¹⁰²²⁾ 헌법재판소는 “만약 법 제68조 제2항에 의한 헌법소원사건에서 선고된 헌법재판소의 결정에 대하여 재심에 의한 불복방법이 허용된다면, 종전에 헌법재판소의 위헌결정으로 효력이 상실된 법률 또는 법률조항이 재심절차에 의하여 그 결정이 취소되고 새로이 합헌결정이 선고되어 그 효력이 되살아날 수 있다거나 종래의 합헌결정이 후일 재심절차에 의하여 취소되고 새로이 위헌결정이 선고

1019) 같은 견해: 한수웅, 헌법학(제9판), 법문사, 2019, 1406쪽.

1020) 이상 허완중, 헌법재판소 결정의 효력, 전남대학교출판문화원, 2019, 69쪽.

1021) 이상 허완중, 헌법재판소 결정의 효력, 전남대학교출판문화원, 2019, 98쪽.

1022) 김하열, 헌법소송법(제3판), 박영사, 2018, 251~252쪽; 김현철, 판례 헌법소송법(제5판), 전남대학교출판문화원, 2019, 124~125쪽.

될 수 있는바, 이러한 결과는 문제가 된 법률 또는 법률조항과 관련되는 모든 국민의 법률관계에 이루 말할 수 없는 커다란 혼란을 가져오거나 그 법적 생활에 대한 불안을 가져오게 할 수도 있다. 결국, 위헌법률심판을 구하는 헌법소원에 대한 헌법재판소의 결정에 대하여는 재심을 허용하지 아니함으로써 얻을 수 있는 법적 안정성의 이익이 재심을 허용함으로써 얻을 수 있는 구체적 타당성의 이익보다 훨씬 높을 것으로 쉽사리 예상할 수 있고, 따라서 헌법재판소의 이러한 결정에는 재심에 의한 불복방법이 그 성질상 허용될 수 없다고 보는 것이 상당하다.”라고 하였다.¹⁰²³⁾

1023) 헌재 1992. 6. 26. 90헌아1, 판례집 4, 378, 384-385. 동조하는 판례로는 헌재 1992. 12. 8. 92헌아3, 판례집 4, 845, 849; 헌재 2004. 11. 23. 2004헌아47.

제5장 종합 및 평가

제1절 개설

제2공화국 헌법재판소법(1961. 4. 17. 법률 제601호) 제24조는 헌법재판소의 재판에 관하여 민사소송에 관한 법령을 준용하되, 탄핵심판절차에서는 형사소송법을 준용하도록 하였다.¹⁰²⁴⁾ 한편 제4공화국 헌법위원회법(1973. 2. 16. 법률 제2530호) 제49조는 헌법위원회의 심판에 관하여 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용하도록 규정하고 있었다.¹⁰²⁵⁾ 현행 1987년 헌법 하에서 제정된 헌법재판소법(1988. 8. 5. 법률 제4017호로 제정되어 1988. 9. 1. 시행된 것) 제40조는 ‘준용규정’이라는 제목 하에 “①헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용한다. 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 함께 준용한다. ②제1항 후단의 경우에 형사소송에 관한 법령 또는 행정소송법이 민사소송에 관한 법령과 저촉될 때에는 민사소송에 관한 법령은 준용하지 아니한다.”고 규정하였는데, 2003. 3. 12. 법률 제6861호로 개정된 현행법은 제1항에서 “헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서” 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용하도록 하는 문구가 삽입되었다. 이러한 한정적 준용규정은 다른 법령에서는 찾아볼 수 없는데, 입법자가 굳이 이런 문구를 삽입한 이유는 헌법재판의 특성을 준용에 있어서도 반영하려고 한 것이다.¹⁰²⁶⁾ 즉, 당시 헌법소원심판, 권한쟁의심판의

1024) 헌법재판소법 제24조(제청과 심판의 절차) ①헌법재판소의 재판에 관하여는 본법에 규정한 외에는 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용한다. 단, 기피에 있어서는 동일한 사건에 관하여 3인 이상의 심판관을 기피할 수 없다. ②탄핵재판의 절차에 관하여는 형사소송법의 규정을 준용한다. 단, 구속에 관한 규정은 예외로 한다.

1025) 헌법위원회법 제49조(준용규정) 헌법위원회의 심판에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용한다. 단, 기피에 있어서는 동일한 사건에 관하여 2인 이상의 위원을 기피할 수 없다.

1026) 위에서 살펴본 바와 같이 준용의 범위와 한계를 설정하는 ‘헌법재판의 성

취하에 관해 헌법재판소법, 행정소송법에 아무런 규정이 없어 민사소송법을 준용해야 했는데, 취하의 요건·절차·효력 등에 관한 민사소송법 규정을 그대로 다 적용하여서는 헌법재판의 객관적 기능을 실현할 수 없다고 보고 취하에도 불구하고 본안판단을 할 수 있도록 하는 등의 예외적 운용을 가능하도록 뒷받침하고자 한 것이 입법개정의 배경이었다.¹⁰²⁷⁾

질에 반하지 않는 한도에서'라는 문구를 신설하는 법률안으로 최초로 제안된 것은 최연희의원이 대표발의한 헌법재판소법중개정법률안이었다. 구체적인 제안내용은 “제40조 제1항 전단 중 ‘민사소송에 관한 법령의 규정’을 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도 내에서 민사소송에 관한 법령의 규정’으로 한다.”이었다. 제안이유는 “종래 헌법재판소의 운영과정에서 헌법재판소법의 미비와 법의 해석 및 그에 따른 헌법재판소의 결정과 관련하여 많은 논란이 있어 왔음. 이에, 우리 헌법재판제도가 성공적으로 뿌리내리고, 헌법재판소가 헌법기관으로서의 위상을 확보하여 기본권 수호기관으로서의 본질적 기능을 효율적으로 수행하기 위해서는 헌법재판소법에 대한 재검토와 개정작업이 필요함.”이었다. (의안번호 제160870호, 2001. 7. 2. 제안)

1027) 김하열(집필부분), 주석 헌법재판소법, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 425-428면 참조.

제2절 관련 소송법령의 준용

I. 준용의 필요성과 형태

1. 준용의 필요성

헌법소송법의 기본적인 법원(法源)은 헌법재판소법이지만, 헌법재판소법에 의한 헌법소송의 규율은 자족적이지 않고 공백이 있다. 헌법재판소법의 이러한 낮은 규율밀도는 헌법소송법 체계의 구조적 특성이라 할 수 있다. 헌법은 입법자에게 헌법소송 절차에 관한 규율권한을 부여하였지만, 입법자는 헌법소송에 관한 모든 개별사항들을 빠짐없이 규율하려 하지 않고, 오히려 준용이라는 입법기술을 활용하고 있다. 이는 헌법재판이 기본적으로 사법작용이고 이에 따라 헌법소송은 민사·형사·행정소송과 같은 다른 소송절차의 기본적인 절차원리를 공유하는 부분이 있어서, 이런 부분에 관해서는 다른 소송절차에서 형성·발전해 온 소송법 규정들을 준용함으로써 공백을 보충할 수 있고 이것이 입법기술상 효율적이기 때문이다.¹⁰²⁸⁾

2. 준용의 형태

헌법재판소법상 준용의 형태에는 개별준용과 포괄준용이 있다. 전자의 예로는 제24조 제6항(제척 및 기피의 신청 : “당사자의 제척 및 기피신청에 관한 심판에는 「민사소송법」 제44조, 제45조, 제46조 제1항·제2항 및 제48조를 준용한다.”), 제34조 제2항(심판의 공개 : “헌법재판소의 심판에 관하여는 「법원조직법」 제57조 제1항 단서와 같은 조 제2항 및 제3항을 준용한다.”), 제41조¹⁰²⁹⁾ 제3항(위헌제청신청서면의 심사 : “제2항의 신청서면의 심사에 관

1028) 김하열, 앞의 글, 427면.

1029) 제41조(위헌여부심판의 제청) ①법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 당해 사건을 담당하는 법원(군사법원을 포함한다. 이하 같다)은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌 여부 심판을 제청한다. ②제1항의 당사자의 신청은 제43조 제2호부터 제4

하여는 「민사소송법」 제254조를 준용한다.”), 제47조¹⁰³⁰⁾ 제5항(위헌결정된 법률에 근거한 유죄확정판결에 대한 재심 : “제4항의 재심에 대하여는 「형사소송법」을 준용한다.”), 제75조 제8항(제68조 제2항의 헌법소원 인용에 따른 관련 소송사건의 재심 : “제7항¹⁰³¹⁾에 따른 재심에서 형사사건에 대하여는 「형사소송법」을 준용하고, 그 외의 사건에 대하여는 「민사소송법」을 준용한다.”)을 들 수 있고, 후자의 예로는 제40조를 들 수 있다.¹⁰³²⁾

II. 준용법령 간의 관계

1. 일반적 준용법으로서 민사소송에 관한 법령

헌법재판소법 제40조에 따르면 헌법재판소의 심판절차에 관해 헌법재판소법에 규율의 공백이 있으면 일차적으로 민사소송에 관한 법령이 준용된다. 즉, 민사소송에 관한 법령이 일반적 준용법령이다. 한편 헌법재판소법 제40조는 위헌법률심판이나 정당해산심판에 관하여는 아래 2.와 같은 특별한 준용법을 지정하지 않고 있으므로 이들 심판절차에서는 민사소송에 관한 법령이 준용된다.¹⁰³³⁾

호까지의 사항을 적은 서면으로 한다.

1030) 제47조(위헌결정의 효력) ②위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다. ③제2항에도 불구하고 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다. 다만, 해당 법률 또는 법률의 조항에 대하여 종전에 합헌으로 결정된 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실한다. ④제3항의 경우에 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다.

1031) 제75조(인용결정) ⑦제68조 제2항에 따른 헌법소원이 인용된 경우에 해당 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자는 재심을 청구할 수 있다.

1032) 김하열, 앞의 글, 427면 참조.

1033) 김하열, 앞의 글, 428면.

2. 특별한 준용법으로서 형사소송에 관한 법령 및 행정소송법

헌법재판의 유형에 따라서는 특별한 준용법령이 민사소송에 관한 법령에 우선하여 적용된다. 탄핵심판에서는 형사소송에 관한 법령을 우선하여 준용하고, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판에서는 행정소송법을 우선하여 준용한다. 이들 심판절차에서 특별준용법령과 일반준용법령 간에 아무런 저촉이 발생하지 않을 때에는 양자를 함께 준용한다. 탄핵심판에서 준용할 형사소송에 관한 법령이 없거나 권한쟁의심판 및 헌법소원심판에서 준용할 행정소송법이 없으면 일반준용법령인 민사소송에 관한 법령이 준용된다.¹⁰³⁴⁾

헌법재판소는 “현재 타인이 제기한 헌법소원심판에 제3자가 자기의 이익을 옹호하기 위하여 관여하는 경우, 헌법재판소법에는 공동심판참가나 보조참가 등에 관한 규정이 없으므로 민사소송법과 행정소송법 중 관련규정의 준용을 검토해야 한다. 그런데 행정소송법상 제3자의 소송참가(제16조)는 소송의 결과에 따라 권리 또는 이익의 침해 받을 제3자가 관련 행정소송에 참가하는 것이다. 법령에 의하여 헌법상 보장된 기본권이 침해되었음을 이유로 헌법소원이 청구된 경우, 기존의 청구인과 법적 지위를 같이 하는 제3자의 입장에서는 헌법소원이 인용되면 기본권의 구제를 받게 되고, 설령 헌법소원이 각하·기각되더라도 그로 인하여 권리 또는 이익의 침해를 받는 것은 아니다. 그러므로 현재 계속중인 헌법소원심판에 청구인과 법적 지위를 같이 하는 제3자가 자기의 이익을 옹호하기 위하여 관여하는 경우 행정소송법은 준용될 여지가 없고 민사소송법만이 준용된다.”고 판시하였다.¹⁰³⁵⁾

3. 정당해산심판과 민사소송에 관한 법령의 준용

정당해산심판에서는 민사소송에 관한 법령이 준용된다. 이에 관하여는 정당의 특별한 지위, 정당해산에서 수반되는 문제들을 고려하지 못한 입법적 결함이라는 비판이 있다. 즉, 정당해산결정의 법적 효과(정당의 해산, 정당재산

1034) 김하열, 앞의 글, 428면.

1035) 헌재 2009. 4. 30. 2007헌마106, 공보 151, 966, 972. 같은 취지로, 헌재 1993. 9. 27. 89헌마248, 판례집 5-2, 284, 295-296 참조.

의 국고귀속 등)는 일종의 집단적 형벌이라고 볼 수 있고, 아울러 정당해산제도는 야당탄압의 수단으로 악용될 소지가 크기 때문에, 정당해산심판절차가 피청구인 정당에게 형사소송절차 이상으로 고도의 법적안정성, 투명성이 보장되어야 하고 요증사실에 대한 증명의 정도나 증거의 증거능력과 관련하여 까다로운 법치국가적 요건을 충족시킬 것이 요구되므로 형사소송에 관한 법령이 준용되어야 한다고 한다.¹⁰³⁶⁾ 참고로 1960년 헌법(제13조 제2항 단서)과 당시의 헌법재판소법(제12조)은 정당해산에 관하여 정부가 “소추(訴追)”한다는 표현을 사용하고 있었고, 독일에서도 정당해산심판절차를 형사소송 유사절차로 이해하는 견해¹⁰³⁷⁾가 있다.¹⁰³⁸⁾

헌법재판소는 현재 2014. 2. 27. 2014헌마7 결정에서 “정당해산심판절차에 민사소송에 관한 법령을 준용할 수 있도록 규정한 헌법재판소법(2011. 4. 5. 법률 제10546호로 개정된 것) 제40조 제1항 전문 중 ‘정당해산심판의 절차’에 관한 부분(‘준용조항’)은 헌법재판에서의 불충분한 절차진행규정을 보완하고 원활한 심판절차진행을 도모하기 위한 조항으로, 그 절차보완적 기능에 비추어 볼 때 소송절차 일반에 준용되는 절차법으로서의 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 한 것이 현저히 불합리하다고 볼 수 없다. 또한 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도’에서 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 규정하여 정당해산심판의 고유한 성질에 반하지 않도록 적용범위를 한정하고 있는바, 여기서 ‘헌법재판의 성질에 반하지 않는’ 경우란, 다른 절차법의 준용이 헌법재판의 고유한 성질을 훼손하지 않는 경우로 해석할 수 있고, 이는 헌법재판소가 당해 헌법재판이 갖는 고유의 성질·헌법재판과 일반재판의 목적 및 성격의 차이, 준용절차와 대상의 성격 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단할 수 있다. 따라서 준용조항은 청구인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 볼 수 없다.”고 판시하였는데, 김이수 재판관은 별개의견에서 “정당해산심판은 공권력의 주체인 정부가 청구인이고 기본권의 주체인 정당이 피청구인이므로 당사자 사이의 절차적 지위의 대등성을 기대하기 어렵고, 또한 정당해산심판의 목적은 민주적 기본질서에 위배되는 정당을 해산하

1036) 정태호, “정당해산심판절차에 대한 민사소송법령 준용과 한계”, 경희법학 제49권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2014, 127-128면.

1037) Klein, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG, 2012, §46, Rn.16.

1038) 김하열, 앞의 글, 429면.

여 헌법절서를 수호·유지하는 것에 있고 그 결과 위헌정당의 강제해산과 정당재산의 국고귀속이라는 침해적 조치가 이루어진다는 점에서 대등한 사인간의 법적 분쟁에서 사법적 권리를 확정하고 실현하는 민사소송과 그 성격이 다르기 때문에, 민사소송에서의 절차규정인 민사소송에 관한 법령을 준용함에 있어서도 그 준용범위는 제한적으로 해석되어야 한다.”고 하면서, “따라서 정당해산심판의 증거조사절차 중 서증조사 절차에 있어서는 민사소송법 제356조의 공문서의 진정성립 추정에 관한 규정 대신 형사소송법 제310조의2 이하에 규정된 전문증거의 증거능력 제한에 관한 규정을 준용함으로써 증거능력의 인정범위를 제한함이 상당하고, 또한 위법수집증거와 임의성이 의심되는 자백의 증거능력을 배제한 형사소송법 제308조의2, 제309조 및 범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 한다는 형사소송법 제307조 제2항의 규정을 준용함이 상당하다고 보이며, 이는 정당존립의 특권을 보장하는 헌법정신에도 부합하는 해석이라 생각된다.”는 의견을 제시하였다.¹⁰³⁹⁾

한편, 헌법재판소가 2011. 4. 5. 전문개정된 헌법재판소법 제10조의2(입법의견의 제출) 규정에 따라 2013년 6월 국회에 제출한 헌법재판소법 개정의견서 제40조 제1항은 “헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 민사소송에 관한 법령을 준용한다. 이 경우 탄핵심판 및 정당해산심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 「행정소송법」을, 함께 준용한다.”고 규정하고 있다.

1039) 판례집 26-1상, 310, 321-322.

제3절 헌법소송의 독자성과 준용규정

I. 헌법소송의 독자성과 헌법소송법의 해석

1. 서론

Häberle는 독일연방헌법재판소 재판관 Rottman에 대한 제1차 기피신청결정¹⁰⁴⁰에 대한 평석¹⁰⁴¹에서, 동 판결이 독일연방헌법재판소법이 다른 소송법에 대하여 내용상 “독자적이며”, “전체적으로”, 그리고 “실체적인” 성격을 갖는 것으로 이해하는 데 있어서 중요한 실마리를 제공하고 있으며, 그리하여 위 판결은 연방헌법재판소법을 다른 소송법으로부터 “해방시키는” 획기적인 것이라고 평가하였다. 다시 말하면 위 판결은 연방헌법재판소법 제19조¹⁰⁴²의 “공정성에 대한 우려”라는 구성요건의 충족여부를 다른 소송법령에 비하여 까다롭게 심사함으로써, 즉 재판관의 기피신청을 헌법소송법의 특성에 맞게 심판함으로써 헌법재판과 그 절차에 관한 법을 “실체적” 헌법의 한 부분으로 이해하는 이론, 헌법소송법을 “구체화된 헌법”으로 이해하는 이론의 발전에 자극을 주었다고 보았다.¹⁰⁴³ 이를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

2. 헌법소송법의 “전체적” 해석

1040) BVerfGE 32, 171. 이 결정 및 그 후의 제2차 기피신청결정(BVerfGE 35, 246)에 대한 자세한 설명은 정태호, “헌법재판관에 대한 기피와 헌법소송법의 독자성”, 헌법논총 제7집, 헌법재판소, 1996, 255면 이하(특히 261-269면)를 참조할 것.

1041) Peter Häberle, Die Eigensändigkeit des Verfassungsprozeßrechts, JZ, 1973, S. 451ff.; Ders., Verfassungsprozeßrechts als, konkretisiertes Verfassungsrecht JZ, 1976, S. 377ff.

1042) 제19조(불공정의 우려를 이유로 한 재판관의 기피; 대행자의 지명) ①연방헌법재판소의 재판관이 불공정한 재판을 할 우려가 있다는 이유로 기피된 경우에는, 재판소는 기피당한 재판관을 제외하고 이를 결정한다. 가부동수(可否同數)인 경우에는 재판장이 결정한다. (이하 생략)

1043) 정태호, 앞의 글, 270면.

Häberle는 연방헌법재판소가 연방헌법재판소법 제18조¹⁰⁴⁴⁾ 제2항 및 제3항에 따른 제척사유에 관한 규율이 동법 제19조의 기피문제에 영향을 미친다고 보는 점에서 “전체적” 해석방법이라고 본다.¹⁰⁴⁵⁾ 또한 연방헌법재판소 재판관들의 특별한 선임방법(연방헌법재판소법 제6조 제5항, 제7조)¹⁰⁴⁶⁾이 구체적 헌법분쟁에 있어서 편견의 우려로 인한 기피에 관한 규정의 해석에 상당한 의미를 갖는 것으로 보고 있기 때문에, 위 판결은 헌법소송법의 전체적 해석을 위한 방향제시적 성격을 갖는다고 보았다. 이처럼 순수히 절차법적으로, 따라서 형식적으로 보이는 규정이 또다른 절차법적 문제에 실질적으로 영향을 미친다는 입장은 헌법재판 및 그 기능, 재판관의 선출, 그 지위와 그 기능을 통일적인 연관 속에서 보아야 한다는 결론에 이르게 된다.¹⁰⁴⁷⁾

3. 헌법소송법의 “실체적” 해석

Häberle는 연방헌법재판소가 판단한 헌법소송법상의 기피문제를 다른 소송법의 그것에 대하여 독자적으로 그리고 전체적으로 고찰하는 것은 나아가 실

1044) 제18조(재판관의 제척) ①연방헌법재판소의 재판관은 다음 각호의 경우에 그 재판관 직무의 행사로부터 제척된다. (1. 사건에 관여한 경우, 사건의 당사자와 혼인하였거나 혼인하였던 경우, 직계 친족관계나 직계 인척관계에 있는 경우, 또는 방계 3촌 이내의 친족관계나 방계 2촌 이내의 인척관계에 있는 경우, 2. 동일한 사건과 관련하여 이미 공무원 또는 직업상 활동한 경우) ②친족법상의 가족의 신분, 직업, 출신성분, 당적에 근거하여 또는 기타 유사한 일반적 관점으로 인하여 소송의 결과에 대하여 이해관계가 있는 자는 사건에 관련되어 있는 것이 아니다. ③ 1. 입법절차에의 관여나, 2. 소송절차에 의미를 가질 수 있는 법적 문제에 대한 학문적 견해의 표명은 제1항 제2호가 의미하는 활동으로 보지 아니한다.

1045) Ders., JZ, 1976, S. 33f.

1046) 독일의 경우 연방의회(하원)와 연방참사원(상원)이 각 절반의 연방헌법재판관을 선출한다. 연방의회는 원내교섭단체에 소속된 12명의 의원들로 구성되는 ‘연방헌법재판소재판관 선거위원회’를 통하여 간선의 형태로 재판관을 추천하고(동 위원회 재적위원 3분의 2 이상의 찬성을 요함), 연방의회 출석 의원의 3분의 2 이상의 찬성(동시에 재적의원의 과반수를 요함)으로 선출한다(연방헌법재판소법 제6조). 연방참사원에서 선임되는 재판관은 연방참사원 표수의 3분의 2 이상의 찬성으로 선출된다(동법 제7조).

1047) 정태호, 앞의 글, 271-272면.

체법을 배경으로, 즉 헌법이 정치체계 전체 내에서 연방헌법재판소에 부여한 특별한 기능을 배경으로 이해하여야 한다고 한다.¹⁰⁴⁸⁾ 다시 말하면, 헌법소송법을 헌법, 헌법의 원리(예를 들면 공공성원리, 소수자보호, 다원주의 등)에 의거하여 해석하여야 한다는 것이다.¹⁰⁴⁹⁾ 즉, 연방헌법재판소법 제18조(재판관의 제척)와 제19조(재판관의 기피)는 헌법에 근거를 두는 헌법재판의 “실체적” 기능을 소송법적으로 확보해 주는 의미를 갖는다는 것이다. 헌법재판은 비정치적일 수는 없지만 공정하여야 하며 공정성을 띠어야 할 당위적 의무를 지는데, 이 공정성은 실체법적으로는 합리적 해석방법을 통하여, 그리고 절차법적으로는 연방헌법재판소법 제6조, 제7조, 제18조, 제19조와 같은 규정을 통하여 확보된다는 것이다.¹⁰⁵⁰⁾

4. 헌법소송법의 “독자적” 해석

Häberle는 헌법소송법을 위와 같이 “전체적으로”, 및 “실체적으로” 해석해야 하는 것은 각기 다른 소송법에 대한 헌법소송법의 “독자성”을 강조하는 시각의 표현이자 결과라고 주장한다. 즉, 헌법소송법을 ‘구체화된 헌법’으로 보는 한 이는 필연적으로 다른 소송법과 헌법소송법이 거리를 두어야 한다는 것을 의미하는 것이라고 주장하였다.¹⁰⁵¹⁾ 연방헌법재판소의 조직에 비추어볼 때 기피신청으로 다수관계가 변화하고 이는 결과적으로 재판의 결과에도 영향을 미칠 수 있는데, 이는 다른 소송절차에 대한 헌법소송절차의 특수성을 의미하며, 이러한 특수성은 바로 기피사유에 관한 법률의 해석에 영향을 미치게 되고, 그 결과 재판관의 “공정성”이라는 개념을 절차법적으로 제한적으로 해석해야 한다는 것이다. 재판의 공정성 문제는 헌법해석의 방법과 기술에 관한 문제이므로 결국 “헌법재판관에 의한 헌법해석”이 이제까지 거의 주목되지 아니한 헌법소송법으로부터의 역작용을 받게 된다는 것을 의미하는 것이

1048) Ders., JZ, 1973, S. 452.

1049) Ders., JZ, 1976, S. 23.

1050) 정태호, 앞의 글, 273면.

1051) Ders., JZ, 1976, S. 23 : “헌법소송법의 독자성은 갈등의 해소, 이해의 조정, 다원적 권력분립을 위하여 그것이 봉사하는 대상인 헌법의 특성으로부터 추론된다.”

다.1052)

II. 우리 헌법재판소법 제40조의 해석·적용에 대한 시사점 및 입법론

1. 포괄적 준용규정의 의미

앞에서도 본 바와 같이 우리 헌법재판소법 제40조 제1항은 “헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 민사소송에 관한 법령을 준용한다. 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을 준용하고, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 함께 준용한다.”고 규정하고, 같은 조 제2항은 “제1항 후단의 경우에 형사소송에 관한 법령 또는 행정소송법이 민사소송에 관한 법령에 저촉될 때에는 민사소송에 관한 법령은 준용하지 아니한다.”고 규정하여 포괄적 준용규정을 두고 있다. 그러므로 입법자는 위 규정을 통하여 헌법재판소법을 제정함에 있어서 요강적(要綱的)인 것, 필수적이라고 평가되는 것만을 규정하고 나머지 사항들은 원칙적으로 헌법재판소가 다른 소송법에 의거하여 보충할 것을 요구하고 있다.¹⁰⁵³⁾

그러하여 우리 헌법소송법의 입법자는 포괄적인 준용규정을 도입함으로써 일견 헌법소송법의 독자성보다는 헌법소송법과 다른 소송법과의 유사성 내지 통일성에 주목하였다고 추정할 수 있고, 그에 따라 헌법소송법의 독자성 테제는 우리의 헌법소송법에서는 설 땅이 없는 것처럼 보인다. 그러나 포괄적 준용규정이 헌법소송법의 고유한 특성을 해하면서까지 다른 소송법의 규정을 기계적으로 적용하도록 명하는 것은 아니다. 즉, 준용규정 자체는 준용하는 법영역의 문제와 준용되는 법영역의 문제가 비록 유사하지만 근본적인 차이가 존재하여 준용되는 법규정의 효과를 그대로 준용하는 법영역에서 발생한 문제에 그대로 적용하는 경우에 불합리한 결과가 발생하는 경우에는 준용하는 법영역의 의미와 목적에 맞게 준용되는 규정을 수정·변경하는 것을 내용

1052) 정태호, 앞의 글, 276-277면.

1053) 정태호, 앞의 글, 288면.

으로 하고 있다.¹⁰⁵⁴⁾ 그러한 한 “헌법소송법의 독자성” 테제는 비록 제한적인 의미를 갖는다고 하더라도 우리 헌법재판의 특수성에 맞추어 우리 헌법재판소법의 해석과 적용에 있어서도 타당성을 가질 수 있다고 할 것이다.

2. 헌법소송법의 독자성의 구현 필요성

가. 심판대상의 확정과 위헌심사의 기준 규정

헌법재판은 단순히 제청신청인이나 헌법소원 청구인의 주관적 권리구제만을 위한 제도가 아니고, 객관적 헌법질서를 수호·유지하기 위한 제도이기도 하다. 따라서 헌법재판소는 피청구인 또는 심판대상을 직권으로 확정하기도 하고,¹⁰⁵⁵⁾ 위헌제청되지 않은 법률조항이라 하더라도 체계적으로 밀접불가분의 관계에 있거나 동일한 심사척도가 적용되는 등의 경우에는 그 법률조항도 심판대상에 포함시켜 위헌제청된 법률조항과 함께 그 위헌여부를 판단하기도 한다.¹⁰⁵⁶⁾ 이는 모두 헌법재판의 객관적 기능을 충실히 구현하고자 하는 취지에서 비롯된 것이다.¹⁰⁵⁷⁾ 즉, 헌법재판에 있어서 심판청구서의 청구취지는 심판대상을 확정하기 위한 전제로서의 의미만을 갖고 헌법재판소가 이에 전적으로 구속되는 것은 아니므로, 청구인의 주장요지를 종합적으로 판단하여 심판대상을 확정하되¹⁰⁵⁸⁾ 다만 청구취지의 변경이 있는 경우 이를 적극 고려하

1054) 정태호, 앞의 글, 288-289면.

1055) 헌재 1993. 5. 13. 91헌마190, 판례집 5-1, 312, 320; 헌재 1998. 3. 26. 93헌바12, 판례집 10-1, 226, 232.

1056) 헌재 1999. 1. 28. 98헌가17, 판례집 11-1, 11, 14; 헌재 2000. 8. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167, 172.

1057) 헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등 (호주제), 판례집 17-1, 1, 8. 이 사건에서는 당해사건에서 위헌법률심판 제청신청되었으나 각하되어 당해 소송법원이 제청하지 아니하였고, 또 ‘헌바’ 사건으로도 심판청구되지 아니한 한 민법 제826조 제3항 본문에 대하여 이를 심판대상에 포함시킨 후 원래의 심판대상조항(민법 제778조, 제781조 제1항 본문 후단)과 함께 헌법불합치결정을 선고하였다.

1058) 헌재 2017. 12. 28. 2016헌마45 : “헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 경우 헌법재판소는 심판청구서에 기재된 피청구인이나 청구취지에 구애됨이 없이 청구인의 주장요지를 종합적으로 판단하고, 침해된 것으로

여 심판대상을 확정하면 족하다.¹⁰⁵⁹⁾ 또한 헌법재판소는 위헌법률심판절차에 있어서 규범의 위헌성을 제청법원이나 제청신청인이 주장하는 법적 관점에서만이 아니라 심판대상규범의 법적 효과를 고려하여 모든 헌법적인 관점에서 심사할 수 있다. 법원의 위헌제청을 통하여 제한되는 것은 오로지 심판의 대상인 법률조항이지 위헌심사의 기준이 아니다.¹⁰⁶⁰⁾ 따라서 이와 같은 심판대상의 확정 및 위헌심사의 관점에 관하여 헌법재판소법에 명문으로 규정할 필요가 있다.

주장하는 기본권과 침해의 원인이 되는 공권력을 직권으로 조사하여 피청구인과 그 심판대상을 확정하여야 한다(헌재 2015.12.23. 2013헌마182).”

1059) 헌재 1992. 6. 26. 91헌마134, 판례집 4, 457, 459; 헌재 1998. 5. 28. 96헌마151, 판례집 10-1, 695, 703; 헌재 2010. 9. 30. 2008헌마758, 공보 168, 1727, 1728; 헌재 2013. 11. 28. 2007헌마1189등, 공보 206, 1666, 1669.

1060) 헌재 2002. 8. 29. 2000헌가5등 : “이 사건 법률조항(상호신용금고법(1995.1.5. 법률 제4867호로 개정된 것) 제37조의3 제1항·제2항)은 상호신용금고의 임원과 과점주주에게 법인의 채무에 대하여 연대면제책임을 부과하고 있다. 헌법재판소법 제41조에 의한 위헌법률심판절차와 동법 제68조에 의한 헌법소원심판절차에서 심판대상인 법률의 위헌성을 판단하는 경우, 위헌제청신청인이나 청구인이 주장한 기본권의 침해여부에 관한 심사에 한정하지 아니하고 모든 헌법적 관점에서 심판대상인 법률조항이 헌법에 부합하는가를 심사해야 한다. 그러므로 이 사건 법률조항의 위헌성 심사의 기준이 되는 기본권을 파악함에 있어서, ‘임원과 과점주주’의 관점에 얽매이지 아니하고 ‘이 사건 법률조항에 의하여 국민의 어떠한 기본권이 제한되는가’ 하는 것을 전반적으로 고려하여야 한다.” [이 사건에서 제청법원이나 제청신청인, 그리고 청구인은 재산권과 평등권침해(평등원칙위반)를 주장했으나, 헌법재판소는 이들 이외에 “이 사건의 경우, 주식회사의 형태로서 금고의 원활한 설립과 운영이 가능하기 위해서는 기업활동의 위험부담이 적정하게 나누어 분산되고 주주와 임원의 책임이 한정되어야 할 필요가 있는데, 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 바와 같이 임원과 특정주주 등 개인이 법인과 연대하여 기업의 위험을 부담케 하는 경우 사업에 필요한 자금을 제공할 주주의 모집 및 회사의 기관인 이사회 구성이 어렵고, 소유와 경영의 분리를 전제로 하여 적임자에게 기업의 경영·관리를 맡기는 방식으로 기업을 운영하는 것이 곤란하다. 따라서 이 사건 법률조항은 임원과 과점주주의 연대면제책임이란 조건 하에서만 금고를 설립할 수 있도록 규정함으로써 사법상의 단체를 자유롭게 결성하고 운영하는 자유를 제한하는 규정이다.”라고 하여 ‘결사의 자유’ 침해여부도 위헌심사의 기준으로 보았다.]

나. 보충성 규정

헌법재판소법 제68조 제1항 단서는 헌법소원이 다른 법률에 의한 권리구제 절차에 대하여 보충적인 권리구제제도임을 밝히고 있다. 헌법재판소는 이러한 원칙규정에 따라 헌법소원의 보충성을 그대로 적용하면 청구인에게 가혹한 결과가 발생하는 경우에는 그에 대한 예외가 허용될 수 있음을 확립된 판례를 통하여 인정하고 있다. 보충성의 예외로는 법률상 구제절차가 없는 경우¹⁰⁶¹⁾와, 사전에 구제절차를 거칠 것을 기대하기가 곤란한 경우¹⁰⁶²⁾가 있다. 헌법소원의 보충성 요건은 복수의 권리구제수단이 존재하는 것을 전제로 하여 이들 중 먼저 헌법소원 이외의 다른 권리구제절차를 경로할 것을 지시함으로써 다른 기관의 권한이 헌법소원제도를 통하여 공동화하는 것을 막아주는 역할을 하는 권한법적 의미를 갖는 제도이다. 따라서 보충성에 대한 예외를 인정함에 있어서 소송법의 다른 규정들을 준용하는 것 자체가 불가능하다. 그러므로 헌법소원의 보충성에 대한 예외는 전적으로 헌법소원제도의 특성에 맞게 독자적으로 규율되어야 할 필요가 있다. 이 문제에 있어서 헌법재판소가 나름대로 판례를 집적하여 오고는 있지만, 입법자가 보충성의 예외에 관한 지침을 명시하는 것이 헌법소원심판청구인들에게 법적 명확성과 예측가능성을 부여하여 줄 것이다.¹⁰⁶³⁾

다. 심판청구의 취하의 효력제한 규정

헌법재판소의 각 심판절차에서 심판청구의 취하가 무제한적으로 허용되는

1061) 헌재 1996. 10. 4. 94헌마68등 : “법령자체에 의한 직접적인 기본권침해가 문제될 때에는 그 법령자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일 반법원에 소송을 제기하는 길이 없어(대법원 1994.4.26.자 93부32 결정 참조), 구제절차가 있는 경우가 아니므로 바로 헌법소원을 청구할 수 있다.”

1062) 헌재 1995. 12. 28. 91헌마80 : “청구인이 그의 불이익으로 돌릴 수 없는 정당한 이유 있는 착오로 전심절차를 밟지 않은 경우, 전심절차로 권리가 구제될 가능성이 거의 없거나 권리구제절차가 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차 이행의 기대가능성이 없을 때에는 보충성의 예외로 바로 헌법소원을 제기할 수 있다.”

1063) 정태호, 앞의 글, 292-293면.

지의 문제와 관련하여, 처분권주의가 지배하고 있는 민사소송법의 소취하에 관한 규정을 단순 적용할 수 없으며 각 심판절차의 특성에 맞게 개별적으로 규율할 필요가 있다. 헌법재판은 일반적으로 헌법의 수호·유지의 기능을 수행하는 등 공익성을 강하게 띤다. 따라서 일단 심판청구가 있는 뒤에는 공익의 실현이라는 관점 때문에 심판절차의 운명을 전적으로 심판청구인에게 맡겨둘 수만은 없는 경우가 있다. 따라서 논란의 여지를 제거하려면 심판청구인이 심판청구를 취하하더라도 심판절차를 속행하여야 할 공익이 존재하는 경우에는 청구취하의 효력을 제한할 수 있음을 명문으로 규정할 필요가 있다.¹⁰⁶⁴⁾

라. 객관적 심판의 이익과 헌법적 해명 규정

헌법재판소는 심판청구 이후에 청구인 개인의 사정변경으로 인하여 또는 법령의 개폐와 같이 심판대상인 공권력 조치의 실효나 변경 등으로 기본권 침해행위가 종료되어 더 이상 권리구제의 이익이 없는 경우에도 심판청구에 의하여 제기된 헌법적 문제에 대한 해명의 필요성이 있는 경우 등에는 객관적 심판의 이익을 인정하여 본안에 관하여 판단할 수 있다는 확립된 판례를 형성하고 있다.¹⁰⁶⁵⁾ 이러한 입장은 위헌법률심판¹⁰⁶⁶⁾이나 규범통제형 헌법소

1064) 정태호, 앞의 글, 290면; 같은 사람, “헌법소원심판절차에 있어서의 청구취하의 효력의 제한에 관한 고찰”, 공법연구 제24집 제2호, 한국공법학회, 1996.6, 301면 이하 참조.

1065) 정태호, 앞의 글, 291면.

1066) 현재 2012. 8. 23. 2010헌가65 : “제청법원의 위헌심판 제청 당시 당해사건 원고는 제18대 국회의원으로서는 이 사건 법률조항(국회의원이 보유한 직무 관련성 있는 주식의 매각 또는 백지신탁을 명하고 있는 구 공직자윤리법 제14조의4 제1항 본문 제1호 및 제2호 가목 본문 중 제10조 제1항 제1호의 ‘국회의원’ 부분)의 적용대상이었고 그 위헌여부에 따라 당해사건 판결의 주문이 달라질 여지가 있었으나, 2012. 5. 29. 국회의원 임기가 만료되어 더 이상 이 사건 법률조항의 적용을 받지 않게 되었으므로, 이 사건 법률조항은 현재 재판의 전제성을 잃었다고 볼 수도 있다. (….) 그러나 (….) 이 사건에서 문제되는 주식백지신탁제도의 위헌여부는 최근 우리사회에서 강조되고 있는 국회의원을 포함한 고위공직자의 직무공정성 내지 엄결성(廉潔性)과 그 재산권 보호의 헌법적 요구가 첨예하게 대립하는 중대한 헌법적 문제라는 점, 최근 제19대 국회가 개원하면서 동일한 분쟁이 다시 발생할

가능성이 높다는 점 등을 감안할 때 그 헌법적 해명의 필요성 등을 인정하여 본안판단에 나아가기로 한다.”

- 1067) 헌재 2004. 3. 25. 2002헌바104 : “이 사건에서 본 바와 같이 검사가 수사단계에서 발부받은 구속영장의 효력이 유지되는 기간은 비교적 단기간으로서, 이에 관련된 헌법소원심판청구에 대한 우리 재판소의 심리도중에 심판청구인의 권리보호이익이 사후적으로 소멸될 개연성이 높다. 따라서 만일 이러한 유형의 사건에서 주관적 권리보호이익이 사후적으로 소멸하였다는 이유로 헌법소원심판청구의 이익이 없다고 보게 되면, 청구인의 경우 인신구속에 관한 중요한 사항에 대하여 적용되는 법률(형사소송법 제214조의2 제1항)의 위헌여부를 헌법재판소로부터 판단받을 기회를 사실상 박탈당하는 결과를 초래하기 때문에, 이 사건 심판청구인에 관하여는 예외적 상황을 인정하여 그 권리보호이익을 인정함이 상당하다.” 같은 취지로, 헌재 2010. 11. 25. 2009헌바8, 공보 170, 2057, 2059; 헌재 2015. 9. 24. 2012헌바302, 공보 228, 1395, 1398.
- 1068) 권리구제형 헌법소원심판에서 침해행위가 이미 종료하여 이를 취소할 여지가 없기 때문에 헌법소원이 주관적 권리구제에 별 도움이 안 되는 경우라도 심판청구의 이익을 인정하여 이미 종료한 침해행위가 위헌이었음을 선언한(위헌확인결정) 예로는 헌재 1992. 1. 28. 91헌마111 (미결수용자의 변호인접견중 수사관참여) 결정, 헌재 1992. 4. 14. 90헌마82 (국가보안법사범의 구속기간연장) 결정, 헌재 1995. 7. 21. 92헌마144 (미결수에 대한 서신검열행위) 결정, 헌재 1997. 11. 27. 94헌마60 (제1회공판기일전 수사기록 열람등사거부행위) 결정, 헌재 1998. 8. 27. 96헌마398 (수형자에 대한 서신검열행위) 결정, 헌재 1999. 5. 27. 97헌마137등 (미결수용자에 대한 수의착용) 결정, 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546 (유치장내 화장실) 결정, 헌재 2001. 8. 30. 99헌마496 (수감자 증인소환) 결정, 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마327 (신체과잉수색행위) 결정, 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마707 (평균임금 결정·고시 부작위) 결정, 헌재 2003. 3. 27. 2000헌마474 (고소장·피의자신문조서 비공개) 결정, 헌재 2003. 11. 27. 2002헌마193 (군사법경찰관의 구속기간연장) 결정, 헌재 2003. 12. 18. 2001헌마163 (수형자 계구사용행위) 결정, 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마882 (교사임용후보자 경쟁시험시행요강) 결정, 헌재 2004. 9. 23. 2000헌마138 (피의자신문시 변호인참여권) 결정, 헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478 (금치기간중 운동금지처분) 결정, 헌재 2005. 5. 26. 2001헌마728 (검사조사실 계구사용) 결정, 헌재 2005. 5. 26. 2004헌마49 (검사조사실 계구사용) 결정, 헌재 2012. 2. 23. 2009헌마333 (수용자의 미봉함 서신제출) 결정, 헌재 2013. 9. 26. 2011헌마398 (수형자와 변호인의 접견내용 녹취) 결정, 헌재 2017. 11. 30. 2016헌마503 (검찰수사관의 변호인후방착석요구행위) 결정; 헌재 2018. 5. 31. 2014헌마346 (변호인접견 불허처분) 결정; 헌재 2018. 5. 31. 2015헌마476 (물포 발포행위) 결정 등이 있다.

두 이루어졌다. 이들은 헌법재판소가 다른 소송법의 규정이나 원칙을 준용하지 아니하고 헌법재판의 특수성에 비추어 독자적으로 형성한 판례이다. 따라서 이와 같은 영역에 관하여도 헌법재판소법에 명문으로 규정할 필요가 있다고 할 것이다.

마. 변형결정의 근거규정

재판 주문을 어떻게 내느냐의 주문의 방식문제는 민사소송에서 그리하듯 헌법재판에 대하여도 아무런 명문의 규정이 없으며, 따라서 재판의 본질상 주문을 어떻게 표시할 것인지는 재판관의 재량에 일임된 사항이라고 할 것이다.¹⁰⁷⁰⁾ 변형결정이라 함은 헌법재판소가 법률의 위헌여부를 심사함에 있어서 심판대상인 법률의 위헌성이 인정됨에도 불구하고 헌법합치적 해석의 필요 또는 입법자의 형성권에 대한 존중, 법적 공백으로 인한 혼란의 방지 등이 이유로, 법률에 대한 단순 위헌선언을 피하고 그 한정된 의미영역 또는 적용영역이 위헌임을 선언하거나 법률이 헌법에 합치하지 않음을 선언하는 결정유형을 말한다.¹⁰⁷¹⁾ 헌법재판소는 그동안 한정합헌결정,¹⁰⁷²⁾ 한정위헌결정, 헌법불합치결정 등의 변형결정을 해 오고 있는데, 독일의 경우와는 달리 우리 헌법재판소법에는 이에 대한 근거규정이 없어 논란이 되고 있다.

1069) 헌재 2009. 5. 28. 2006헌라6 : “이 사건 합동감사는 2006. 9. 29. 이미 끝났으므로 권한침해 상태가 종료되었다고 볼 수 있어, 심판계속중의 사정변경으로 권한침해 상태가 이미 종료한 지금에 이르러서는 이 사건 심판청구가 인용된다 하더라도 청구인의 주관적 권리구제에는 도움이 되지 아니하여 원칙적으로 심판의 이익이 없다고 할 것이나, 헌법소원심판과 마찬가지로 권한쟁의심판도 주관적 권리구제뿐만 아니라 객관적인 헌법질서 보장의 기능도 겸하고 있으므로, 청구인에 대한 권한침해 상태가 이미 종료하여 이를 취소할 여지가 없어졌다 하더라도 같은 유형의 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있고 중앙행정기관의 장의 자치단체에 대한 자치사무 감사권의 존부, 감사범위, 감사의 방법 등에 관하여는 헌법적 해명이 긴요하다고 할 것이므로 예외적으로 심판청구의 이익을 인정할 수 있다.”

1070) 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 260.

1071) 헌법재판소, 헌법재판실무제요, 2015, 190면.

1072) 다만, 헌법재판소는 2002년 4월 25일 선고한 99헌바27등 사건 이후에는 주문에서 한정합헌결정을 더 이상 선고하지 않고 있지 않다.

독일의 경우에 원래 연방헌법재판소법에서는 합헌적 법률해석과 헌법불합치결정이라는 결정형식에 관해 명문의 규정을 두지 않았었다. 그러나 연방헌법재판소는 현실적인 필요성으로 인해 반복적으로 꾸준히 그러한 결정형식을 선고하였고, 이러한 결정유형에 대한 논란이 법적용자인 법원이나 행정청으로부터 나오자 입법자는 연방헌법재판소법이 제정된 지 약 20여 년 후인 1970년에서야 비로소 제5차 개정에서 입법적으로 반영하기에 이르렀다. 그런데 연방헌법재판소법에 명시적으로 규정한 것이 아니고 단지 간접적이고 우회적인 방법을 선택하였다.¹⁰⁷³⁾ 또 변형결정의 유형에 해당하는 모든 결정유형을 입법적으로 반영한 것도 아니다. 그렇지만 법적용자들이나 학자들은 입법적으로 반영된 결정형식만이 가능하고 그 이외의 결정형식은 불가능하다고 주장하고 있지 않다.¹⁰⁷⁴⁾ 우리도 독일과 같이 헌법재판소법에 변형결정에 대한 근거규정을 두어야 할 것이다.

[참고로 그동안 주로 한정위헌결정을 둘러싸고 헌법재판소와 대법원 간의 갈등을 보다 못한 우리의 입법자가 제18대 국회(2008-2012)에서 헌법재판소법의 개정에 나선 적이 있다. 즉, 전현회의원(대표발의) 등 10인은 2009. 4. 22. 변형결정의 법적 근거를 마련하고 국가기관에 대한 기속력을 ‘변형결정’에 까지 확대하는 헌법재판소법 일부개정법률안을 국회에 제출하였다(의안번호

1073) 독일연방헌법재판소법 (1993.8.11. 전문개정, BGBl S. 1473)

제31조(재판의 구속효) ②...연방헌법재판소가 법률이 기본법에 합치 또는 불합치한다고, 또는 무효라고 선언한 경우에는 ... 주법률이 기본법 또는 연방법에 합치 또는 불합치한다고, 또는 무효라고 선언된 경우에는 연방법무부가 재판주문을 연방법률관보에 공고하여야 한다. ...

제78조(연방헌법재판소의 재판) 연방헌법재판소가 연방법이 기본법과, 또는 주법이 기본법 또는 기타의 연방법과 합치하지 아니한다는 확신에 이른 경우에는 연방헌법재판소는 그 법률을 무효로 선언한다. 동일한 법률의 다른 규정이 동일한 이유로 기본법 또는 기타의 연방법과 합치하지 아니하는 경우에는, 연방헌법재판소는 마찬가지로 그 규정을 무효로 선언할 수 있다.

제79조(연방헌법재판소 재판의 효력) ①기본법과 합치하지 아니한다거나 제78조에 의하여 무효라고 선언된 규범 또는 연방헌법재판소에 의하여 기본법과 합치하지 아니하는 것으로 선언된 규범의 해석에 근거한 형사 확정재판에 대하여는 형사소송법의 규정에 의한 재심절차가 허용된다.

1074) 양건/김문현/남복현, 헌법재판소법 개정방향에 관한 연구용역보고서 (헌법재판연구 제10권), 헌법재판소, 1999, 201면.

4686호). 동 개정안은 헌법재판소는 ‘법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정’하도록 한 현행 헌법재판소법 제45조의 규정을 ‘법률 또는 법률조항의 위헌성에 관하여 결정’할 수 있도록 수정하였으며, 또 ‘위헌결정의 효력’을 규정 한 제47조 제1항의 규정도 ‘위헌결정’ 대신에 ‘위헌성에 관한 결정’으로 개정 해 위헌결정에 한정하던 법원 기타 지방자치단체에 대한 기속력을 ‘위헌성에 관한 결정’ 모두에 적용되도록 했다. 한편 이주영의원(대표발의) 등 10인은 2009. 5. 14. 역시 변형결정의 법적 근거를 마련하기 위한 헌법재판소법 일부 개정법률안을 국회에 제출했는데, 동 개정안에 의하면 헌법재판소법 제45조를 “... 이 경우 헌법재판소의 위헌여부의 결정에는 법률 또는 법률조항의 적용 범위나 해석방식을 한정하여 위헌여부를 밝힌 결정을 포함한다.”라고 규정하였다(의안번호 4849호). 이어서 박선영의원(대표발의) 등 14인 역시 2009. 8. 24. 변형결정의 법적 근거를 마련하기 위한 헌법재판소법 일부개정법률안을 국회에 제출했는데, 동 개정안에 의하면 헌법재판소법 제45조를 “... 위헌여부를 결정한다. 이 경우 위헌여부의 결정에는 단순합헌결정, 위헌결정 외에 한정합헌결정, 헌법불합치결정, 입법촉구결정 등을 포함한다. 다만, ...”라고 하였다(의안번호 5748호).¹⁰⁷⁵⁾ 생각건대 위 전현희 의원 등의 개정법률안은 ‘위헌성’ 또는 ‘위헌성에 관한 결정’이라는 용어의 불명확성이 문제되고,¹⁰⁷⁶⁾ 박선영 의원 등의 개정법률안은 법률조문에 강학상의 용어를 그대로 사용하고 있다는 점에서 바람직하지 않다고 보인다. 현재로서는 이주영 의원 등의 개정법률안이 그나마 나은 것으로 평가되나, 다만 동 법률안에는 헌법불합치에 관한 내용이 포함되지 않은 것으로 오해될 소지가 있다. 따라서 동 법률안(제45조)을 “... 이 경우 헌법재판소의 위헌여부의 결정에는 법률 또는 법률조항이 헌법에 합치하지 아니한다고 밝힌 결정과 법률 또는 법률조항의 적용범위나 해석방식을 한정하여 위헌여부를 밝힌 결정을 포함한다.”는 내용으로 수정해야 할 것이다.¹⁰⁷⁷⁾

1075) 이상 「국회홈페이지」 의안정보시스템 참조.

1076) ‘위헌성’이란 합헌 또는 위헌의 개념이 모두 포함된 것으로 볼 수 있고, ‘위헌성에 관한 결정’도 위헌심사 결과 위헌이 아니라는 판단도 포함되는 것으로 볼 여지가 있다.

1077) 김현철, “한정위헌결정과 한정합헌·헌법불합치결정과의 관계”, 법학논총 제29집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2009.12, 309-311면.

제4절 유추적용과 헌법재판소에 의한 법형성

I. 유추적용

독일연방헌법재판소는 “연방헌법재판소법은 소송절차에 관한 빈틈없는 규율이 아닌 헌법재판절차의 특수성에 맞게 만들어진 꼭 필요한 소송의 규정들을 포함하고 있을 뿐이다. 그 밖의 사항과 관련하여 절차의 합목적적인 형성을 위한 법적 기초를 다른 독일 소송법을 유추하는 방식으로 발견하는 것은 연방헌법재판소에 위임되어 있다.”고 하였다.¹⁰⁷⁸⁾ 개별준용의 방식을 택한 독일과 달리 포괄준용의 방식을 택한 우리나라의 경우 독일에 비하여 유추적용의 정도가 상대적으로 덜하다 할지라도, 헌법소송의 특수성으로 인하여 유추적용의 필요성은 피할 수 없는 과제이다.

이러한 유추적용은 헌법재판소법 안에서도 일어날 수 있다. 예를 들어 헌법재판소법의 권한쟁의심판에 관한 규정(제61조 내지 제67조)에는 권한쟁의심판에서의 ‘부수적 규범통제’에 관한 규정이 없다. 그런데 현재 2019. 4. 11. 2016헌라7 결정에서 헌법재판소는 “청구인들은 이 사건 시행령조항의 모법인 지방재정법(2014. 5. 28. 법률 제12687호로 개정된 것) 제29조 제2항이 청구인들의 지방자치권을 침해하여 위헌이라고 주장하며 그 위헌심판을 구하나, 그 취지가 위 법률조항에 대한 부수적 규범통제를 촉구하는 것으로 파악된다. 그러므로 지방재정법 제29조 제2항에 대해서는 선결문제로서 그 위헌여부를 검토한다.”고 판시하였는데, 이는 헌법재판소가 헌법소원심판에 관한 헌법재판소법 제75조 제5항¹⁰⁷⁹⁾을 유추적용한 사례로 볼 수 있다.

헌법소송법이 명문으로 준용규정을 두고 있는 경우에도 아주 절차적인 사항에 대해서만 다른 소송법을 준용하도록 명시하기 때문에, 그에 따라 헌법소송절차법의 불완전성을 해결하기 위해 헌법재판소는 다른 소송법을 폭넓게 유추적용하게 된다. 이때 헌법재판소는 다른 소송법을 유추적용함에 있어 헌

1078) BVerfGE 1, 109, 110f; 2, 79, 84.

1079) “제2항의 경우에 헌법재판소는 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률 또는 법률의 조항에 기인한 것이라고 인정될 때에는 인용결정에서 해당 법률 또는 법률의 조항이 위헌임을 선고할 수 있다.”

법재판절차의 고유성 내지 특수성을 존중하는 방향으로 행해져야 한다. 그러나 이 때의 유추적용은 규율의 흠결을 해소하기 위한 것이지 절차운영의 자율권을 부여하는 방향으로의 지향성을 가져서는 안 된다. 그 이유는 헌법재판소의 재판에 국민들과 심판당사자들이 승복할 수 있도록 하기 위해서는 사전에 명확하게 확정된 절차가 마련되어야 하기 때문이다.

한편, 헌법재판소법 제40조에 의거해서 헌법재판소의 일반적인 심판절차에 관해 적용되는 법규범체계의 순위를 살펴보면, 먼저 헌법과 헌법재판소법이 우선적으로 적용된 다음, 준용되어야 할 민사소송에 관한 법령이 헌법재판의 성질에 반하는지 여부가 판단되어야 함에 따라 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 민사소송에 관한 법령이 준용된다. 그리고 그 법령이 헌법재판의 성질에 반할 경우에는 다른 소송법령을 유추해서 적용할 수 있게 된다. 그러나 유추적용할 법령이 없는 경우에 헌법재판소는 스스로 범형성을 통해 절차를 형성할 수밖에 없을 것이다.

II. 헌법재판소에 의한 범형성

헌법재판소법 제40조는 포괄준용의 형태를 취하고 있어서 준용규정을 찾을 수 없어 법의 공백이 발생하는 경우가 흔하지는 않겠지만, 이러한 경우를 상정할 수는 있고, 또 준용규정이 있지만 앞에서 본 바와 같이 “헌법재판의 성질에 반하는” 것으로 판단되어 준용할 수 없는 경우에는 법의 공백이 발생한 다. 이럴 때에는 관련 헌법재판소법이나 일반 소송법을 유추적용(Analogie)하거나 재판관의 범형성(Richterliche Rechtsforbildung)을 통하여 법의 공백을 보충할 수 있을 것이다. 헌법재판소가 이런 범보충 내지는 범형성을 할 때에는 소송법의 일반원리나 헌법상의 절차적 요구들, 예를 들어 적법절차, 공정한 재판을 받을 권리, 무기대등원칙 등을 기준으로 삼을 수 있을 것이다.¹⁰⁸⁰⁾

헌법재판소는 정당해산심판 사건에서, “민사소송에 관한 법령의 준용이 배제되어 법률의 공백이 생기는 부분에 대하여는 헌법재판소가 정당해산심판의 성질에 맞는 절차를 창설하여 이를 메울 수밖에 없다. 이와 같이 법률의

1080) Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG, 2012, §17, Rn.13. 김하열, 앞의 글, 430면.

공백이 있는 경우 정당해산심판제도의 목적과 취지에 맞는 절차를 창설하여 실제적 진실을 발견하고 이에 근거하여 헌법정신에 맞는 결론을 도출해내는 것은 헌법이 헌법재판소에 부여한 고유한 권한이자 의무이다.”라고 하였고,¹⁰⁸¹⁾ 권한쟁의심판 사건에서도 비록 소수의견이지만, “헌법재판소법이 제 40조에서 ‘헌법재판소법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사, 형사 또는 행정소송에 관한 법령을 준용’하도록 규정하면서, 다시 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도 내에서’라고 단서를 달고 있는 것은, 법이 완결적이지 못함을 스스로 인정하고, 나아가 헌법재판 또는 헌법소송이 여타의 소송과는 다른 특성과 특질을 가지고 있다는 것을 표명한 것이다. 이에 비추어 볼 때, 헌법재판 또는 헌법소송에 관하여는 헌법재판소가 헌법의 원리와 지도정신에 의거한 창조적 범형성으로 법적 흠결을 보완해 나갈 것이 예정되어 있다고 보아야 할 것이므로, 법에 내재된 입법적 흠결을 스스로 보완하는 것은 법적으로 금지되는 것이 아니라 오히려 요청되는 바라 할 것이다.”라고 하였다.¹⁰⁸²⁾

생각건대, 헌법재판절차에 다른 소송법령을 준용하는 문제는 기본적으로 헌법과 헌법재판소법이 정한 바에 대한 정확한 내용의 이해가 이루어진 상황에서 헌법재판의 성격을 규정지을 수 있는 본질적인 요소가 무엇인지를 먼저 추적하여야 할 것이다. 이를 바탕으로 헌법재판사항을 심판하는 과정에서 해석·적용될 헌법과 헌법재판소법이 존재하는지를 파악한 다음에, 명확히 흠결이라고 보일 경우 흠결보충적인 차원에서 해석을 통한 범형성이 이루어져야 한다. 그리고 그 과정에서 법창설적인 방법보다는 다른 소송법령에 규정된 사항이 사안을 정확하게 해명할 수 있다고 보여질 경우에는 해당 소송법령을 준용하는 방향으로 절차를 진행함이 타당할 것이다. 다시 말하면, 헌법재판관이 구체적인 심판절차를 진행하는 과정에서 규율절차의 흠결을 발견하고 이를 범형성 내지 절차형성의 형태로 심판절차를 진행하기보다는 이미 절차적인 사항이 법률이나 규칙으로 마련되어 있어 그에 따라 절차를 진행할 수 있도록 함이 바람직하고 그러한 여건을 조성해야 할 것이다. 나아가 준용과 흠

1081) 헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7, 판례집 26-1상, 310, 318.

1082) 헌재 2007. 7. 26. 2005헌라8, 판례집 19-2, 26, 37, 재판관 송두환의 반대의견; 헌재 2015. 11. 26. 2013헌라3, 판례집 27-2하, 126, 139, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견 참조.

결보충을 통한 법형성 과정에서 제기된 사항에 관해 헌법소송법 스스로가 자체적으로 규율할 가능성, 즉 헌법재판소법의 개정까지도 모색되어야 한다.

제6장 결론

실체법적인 각종 규율사항은 소송법적인 규율을 통해 구체적으로 사법절차가 진행되어야만 그 매듭을 지을 수 있게 된다. 헌법상 각종 기본권이 보장되어 있다고는 하지만, 그 중국적인 구현은 재판청구권을 구체화한 법률에 근거해서 각종 재판절차가 진행됨으로써 이루어지게 된다. 이런 점은 헌법 제111조 제1항에서 헌법재판소의 관장사항으로 규정된 각종 심판사항도 마찬가지이다. 1987년 현행헌법으로 개정되면서 헌법재판소가 신설되었고, 헌법재판소의 조직과 운영 기타 필요한 사항을 법률로 정하도록 한 헌법 제113조 제3항에 근거해서 1988. 8. 5. 법률 제4017호로 헌법재판소법이 제정되었다. 이 법은 헌법재판소의 조직을 규율한 헌법재판소조직법과 각종 심판절차를 규율한 헌법소송절차법으로 구성되어 있다.

그런데 헌법소송절차를 규율한 헌법재판소법은 그 자체로 완결적인 규율내용을 담지 못하고 있다. 그런 점을 반영해서 현행 헌법재판소법(최종개정, 2018. 3. 20. 법률 제15495호) 제40조에서는 포괄적인 준용규정을 두고 있다. 즉 “①헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 민사소송에 관한 법령을 준용한다. 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을 준용하고, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 「행정소송법」을 함께 준용한다. ②제1항 후단의 경우에 형사소송에 관한 법령 또는 「행정소송법」이 민사소송에 관한 법령에 저촉될 때에는 민사소송에 관한 법령은 준용하지 아니한다.” 이 조항은 기본적으로 헌법과 헌법재판소법이 정하면 그에 의하고, 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 민사소송법 등 다른 법령을 준용하도록 하고 있다.

헌법재판절차법이 불완전한 이유는 입법자가 헌법재판에 관한 경험이 부족해서 구체적 사건에 즈음하여 다른 관련 소송법령을 적절하게 준용하거나 법관법을 탄력적으로 형성하여 절차를 진행하도록 헌법재판소에 폭넓게 위임한 것으로 볼 수 있다. 물론 다른 법령을 준용하기 이전에 헌법과 헌법재판소법에 근거하여 헌법재판소가 규칙으로 정한 경우에는 헌법재판절차 규율의 자율성과 독자성에 근거해서 그에 의해야 할 것임은 당연하다. 하지만 다른 법

령을 준용하는 것이 헌법재판의 성질에 부합하지 않으면 그에 의하지 않고, 헌법재판소가 재판과정에서 입법상 흠결을 보충하는 형태로 헌법이나 헌법재판소법을 해석하거나 때에 따라 필요하면 법관법을 형성하여 이를 구현할 수 있다. 헌법 제27조는 재판청구권을 보장하고 있는데 여기에서 공정한 재판을 받을 권리가 도출되고, 공정한 재판을 받을 권리는 국민에게 주관적 공권으로 기능할 뿐만 아니라 사법기관인 헌법재판소에게는 객관적 법원칙으로서 공정한 재판을 수행해야 한다는 과제가 부과된다.

공정한 재판에 대한 요청은 입법자에게는 입법상 지침으로, 헌법재판소에게는 모든 심판당사자에게 공정한 절차가 보장될 수 있도록 헌법소송절차에 준용되는 법령을 해석하고 적용하라는 해석지침으로 기능한다. 따라서 헌법재판소법 제40조의 준용규정을 해석하고 적용하는 것도 헌법재판의 공정성을 확보하고 유지하는 데 이바지하여야 한다. 게다가 공정한 재판은 법치국가적 절차의 본질적 원칙에 속한다. 그러나 헌법재판소가 헌법재판절차에 관한 일반적 지배권이 있는 것은 아니다. 즉, 헌법재판소가 헌법과 헌법재판소법이 규율하지 않는 영역에서 마음대로 절차를 진행할 수 있는 것은 아니다. 어디까지나 헌법재판소는 헌법과 헌법재판소법의 구속 아래 헌법재판절차를 진행하고 형성할 수 있을 뿐이다.

이상과 같은 점을 고려하여 이 연구에서는 구체적인 연구범위를 다음과 같이 유형화하여 제시하였다.

첫째, 헌법재판의 성질 내지 헌법소송의 특수성에 관한 논의이다. 여기에서는 이를 기초로 우리나라에서 헌법소송법과 다른 소송법의 공통점 및 차이점에 관해서 비교 분석하였다. 헌법소송법을 비롯한 다른 소송법이 지닌 본질적 속성에 관하여 검토하였다. 그리고 헌법재판소법 제40조의 준용규정을 적용할 수 있는 범위와 한계에 관해서도 일반적으로 검토하였다.

둘째, 헌법재판의 성질과 소송법령 준용의 범위와 한계에 관한 논의이다. 헌법재판소법 제40조 제1항 본문에는 ‘민사소송에 관한 법령’으로 명시하고 있는바, 다른 소송법령이나 법원조직법 등 다른 법령의 적용이 가능한지도 살펴해보았다. 이어서 특별심판절차에서 각 특별심판의 성질과 소송법령 준용의 범위와 한계에 관하여 고찰하였다.

셋째, 우리 헌법재판소의 결정에 나타난 헌법소송절차를 둘러싼 법형성과 관련된 소송법령의 준용실태를 분석하였다. 이에 관해서는 먼저 일반심판절차에

서 나타난 법형성과 소송법령의 준용실태를 살펴보고 이어 특별심판절차의 순으로, 즉 위헌법률심판, 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판 및 헌법소원 심판절차의 순으로 검토하였다.

넷째, 헌법소송의 본질과 특수성을 고려하여 다른 법령 준용의 가능성을 검토하고 해석론을 제시하되, 그 한계가 노정될 경우에는 입법론적인 해결 가능성도 모색하였다. 결국 이 연구의 논의를 귀착짓는 점은 헌법재판관에 의한 헌법재판절차 형성의 적절성 내지 타당성 여부라고 할 것이지만, 이를 사후적으로나마 절차규범으로 정립하여야 한다는 것에 있다. 이는 궁극적으로 헌법 재판소법이나 헌법재판소 규칙에 반영되어야 할 정보 내지 자료의 축적이라는 성과로 나타나게 될 것이다.

<부록> 독일연방헌법재판소법과의 비교

| 헌 법 재 판 소 법1083) | 독 일 연 방 헌 법 재 판 소 법1084) |
|--|--|
| 제1장 총칙 (1조 ~ 11조) | 제1부 연방헌법재판소의 조직과 권한 (1조 ~ 16조) |
| 제2장 조직 (12조 ~ 21조) | |
| 제3장 일반심판절차 (22조 ~ 40조) | 제2부 헌법재판절차 (17조 ~ 35조) |
| 제4장 특별심판절차 | 제1절 일반소송절차 |
| 제1절 위헌법률심판(41조 ~ 47조) | 제2절 절차 외의 문서열람 |
| 제2절 탄핵심판(48조 ~ 54조) | 제3부 개별 절차의 종류 |
| 제3절 정당해산심판(55조 ~ 60조) | 제1절 제13조 제1호 [기본권 실효] 사건의 절차(36조 ~ 42조) |
| 제4절 권한쟁의심판(61조 ~ 67조) | 제2절 제13조 제2호 [정당해산] 사건의 절차(43조 ~ 47조) |
| 제5절 헌법소원심판(68조 ~ 75조) | 제3절 제13조 제3호 [선거심사] 사건의 절차(48조) |
| 제5장 전자정보처리조직을 통한 심판절차의 수행 (76조 ~ 78조) | 제4절 제13조 제4호 [연방대통령 탄핵소추] 사건의 절차(49조 ~ 57조) |
| 제6장 벌칙 (79조) | 제5절 제13조 제9호 [법관 탄핵소추] 사건의 절차(58조 ~ 62조) |
| | 제6절 제13조 제5호 [기관쟁의] 사건의 절차(63조 ~ 67조) |
| | 제7절 제13조 제7호 [연방국가적 쟁의]사건의 절차(68조 ~ 70조) |
| | 제8절 제13조 제8호 [연방과 주사이의 비헌법적 공법상 분쟁] 사건의 절차(71조 ~ 72조) |
| | 제9절 제13조 제10호 [주 내부의 헌법쟁의] 사건의 절차(73조 ~ 75조) |
| | 제10절 제13조 제6호와 6a호 [추상적 규범통제] 사건의 절차(76조 ~ 79조) |
| | 제11절 제13조 제11호와 제11a호 [구체적 규범 |

| 헌법재판소법1083) | 독일연방헌법재판소법1084) |
|-------------|--|
| | <p>통제 사건의 절차(80조~82조)</p> <p>제12절 제13조 제12호 [국제법의 심사] 사건의 절차(83조~84조)</p> <p>제13절 제13조 제13호 [주헌법재판소의 이견 제청] 사건의 절차(85조)</p> <p>제14절 제13조 제14호 [연방법의 지속효 심사] 사건의 절차(86조~89조)</p> <p>제15절 제13조 제8a호 [헌법소원] 사건의 절차(90조~95조)</p> <p>제16절 제13조 제6b호 [연방의 권한양여] 사건의 절차(96조)</p> <p>제17절 제13조 제3a호 [정당자격 불인정 소원] 사건의 절차(96a조~96d조)</p> <p>제4부 지연소원(97a조~97e조)</p> <p>제5부 종결규정(98조~105조)</p> |

1083) 2018. 3. 20. 법률 제15495호로 최종 개정된 것.

1084) 헌법재판연구원, 2016 국가별법령집, 독일편, 참조.

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|---|---|
| <p style="text-align: center;">제1장 총칙</p> <p>제1조 (목적) 이 법은 헌법재판소의 조직 및 운영과 그 심판절차에 관하여 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.</p> <p>제2조 (판장사항) 헌법재판소는 다음 사항을 관장한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부심판 2. 탄핵의 심판 3. 정당의 해산심판 4. 국가기관상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체상호간의 권한쟁의에 관한 심판 5. 헌법소원에 관한 심판 | <p style="text-align: center;">제1부 연방헌법재판소의 조직과 권한</p> <p>- 유사조항 없음</p> <p>제13조 (재판소의 권한) 연방헌법재판소는 다음의 사건을 관장한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 기본권의 실효(기본법 제18조) 2. 정당의 위헌여부(기본법 제21조 제2항) 3. 선거의 효력 또는 연방의회 의원자격의 취득·상실에 관한 연방의회의 의결에 대한 소원(기본법 제41조 제2항) 3a. 선거를 통해 연방의회에 진출할 정당자격의 불인정에 대한 단체의 소원(기본법 제93조 제1항 제4c호) 4. 연방대통령에 대한 연방의회 또는 연방참사원의 탄핵소추(기본법 제61조) 5. 연방최고기관의 권한·의무의 범위에 관한 분쟁 또는 기본법이나 연방최고기관의 사무규칙상 고유의 권리가 부여된 그 밖의 당사자의 권한·의무의 범위에 관한 분쟁을 원인으로 하는 기본법의 해석(기본법 제93조 제1항 제1호) 6. 연방정부·주정부 또는 연방의회의원 4분의 1이상의 제청에 의한, 연방법 또는 주법의 기본법과의 형식적 또는 실질적 합치 여부 또는 주법의 그 밖의 연방법과의 합치여부에 관하여 의견차이나 의문이 있는 경우(기본법 제93조 제1항 제2호) 6a. 연방참사원, 주정부 또는 주의회의 제청에 의한, 법률이 기본법 제72조 제2항의 요건에 부합하는지에 관한 의견차이가 있는 경우(기본법 제93조 제1항 제2a호) 6b. 연방참사원, 주정부 또는 주의회의 제청에 의한, (기본법) 제72조 제4항의 경우에 제72조 제2항에 따른 연방법규정의 필요성이 더 이상 존재하지 않거나 제125a조 제2 |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|--------|---|
| | <p>항 제1문의 경우의 연방법이 더 이상 제정될 수 없는 경우(기본법 제93조 제2항)</p> <p>7. 연방과 주의 권한·의무에 관하여 견해차이가 있는 경우, 특히 추가 연방법을 시행하거나 연방이 감독을 하는 때 (기본법 제93조 제1항 제3호, 제84조 제4항 제2문)</p> <p>8. 다른 재판상 구제절차가 없는 경우에, 연방과 주간, 주들 상호간 또는 주 내부의 그 밖의 공법상 분쟁(기본법 제93조 제1항 제4호)</p> <p>8a. 헌법소원(기본법 제93조 제1항 제4a호, 제4b호)</p> <p>9. 연방법관 및 주법관에 대한 탄핵소추(기본법 제98조 제2항, 제5항)</p> <p>10. 주법률이 연방헌법재판소에 재판권한을 부여한, 주 내부의 헌법쟁송(기본법 제99조)</p> <p>11. 법원의 제청에 의한, 연방법률 또는 주법률의 기본법과의 합치 여부 또는 주법률, 그 밖의 주법의 연방법률과의 합치 여부(기본법 제100조 제1항)</p> <p>11a. 조사위원회법 제36조 제2항에 따라 독일 연방의회의 조사위원회 설치 의결이 기본법과 합치하는지의 여부</p> <p>12. 법원의 제청에 의한, 국제법규가 연방법의 구성부분인지 여부 및 그 국제법규가 개인에게 직접 권리와 의무를 발생시키는 지 여부에 관하여 의문이 있는 경우(기본법 제100조 제2항)</p> <p>13. 주헌법재판소가 기본법 해석에 있어서 연방헌법재판소 또는 다른 주헌법재판소의 재판과 견해를 달리하고자 하는 때에 당해 주헌법재판소의 제청이 있는 경우(기본법 제100조 제3항)</p> <p>14. 법이 연방법으로서 효력을 지속하는가에 관하여 의견차이가 있는 경우(기본법 제126조)</p> <p>14. 법이 연방법으로서 효력을 지속하는가에 관하여 의견차이가 있는 경우(기본법 제126조)</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|--------|---|
| | <p>15. 그 밖에 연방법률에 의하여 연방헌법재판소의 권한에 속하는 사건(기본법 제93조 제3항)</p> <p>제14조 (각 재판부의 관장사항) ①연방헌법재판소의 제1재판부는 법규정이 기본권 또는 기본법 제33조, 제101조, 제103조 및 제104조의 권리에 합치되지 아니한다는 것이 주된 청구 내용인 규범통제절차(제13조 제6호, 제11호)와 제91조에 의한 헌법소원과 선거권에 관한 헌법소원을 제외한 헌법소원을 관장한다. 주정부가 제1문의 규범통제 청구(제13조 제6호)와 더불어 제13조 제6a호나 제6b호의 청구를 할 경우에도 이와 동일하다.</p> <p>②연방헌법재판소의 제2재판부는 제13조 제1호 내지 제5호, 제6a호 내지 제11a호, 제12호 및 제14호의 사건과, 그 밖에 제1재판부의 권한에 속하지 않는 규범통제절차와 헌법소원을 관장한다.</p> <p>③제13조 제10호와 제13호의 사건에 대하여는 제1항, 제2항의 규정에 따라 각 재판부의 재판권한이 결정된다.</p> <p>④재판부의 지속적인 과중한 부담으로 인하여 불가피한 경우에는 연방헌법재판소의 전원합의체에서 다음 연도가 개시되는 때로부터 효력을 갖도록 하여 재판부의 재판권한을 제1항 내지 제3항과는 달리 정할 수 있다. 이 규정은 재판의 변론 또는 평의가 행하여지지 않은 계속 중인 절차에도 적용한다. 이 결정은 연방법률관보에 공고된다.</p> <p>⑤특정절차에 관하여 재판부의 관할에 의문이 있는 경우에는 위원회가 이를 결정한다. 위원회는 연방헌법재판소장, 부소장 및 4명의 재판관으로 구성된다. 4명의 재판관은 각 재판부가 업무 연도동안을 임기로 2명씩 임명한다. 가부동수인 때에는 위원장이 결정권을 가진다.</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|---|--|
| <p>제3조 (구성) 헌법재판소는 9명의 재판관으로 구성한다.</p> | <p>제2조 (재판부) ①연방헌법재판소는 2개의 재판부로 조직된다. ②각 재판부에는 8명의 재판관이 선출된다. ③각 재판부의 재판관 중 3인은 연방최고법원의 법관 중에서 선출한다. 연방최고법원에서 최소 3년 이상 근무한 법관만이 선출될 수 있다.</p> |
| <p>제4조 (재판관의 독립) 재판관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.</p> | <p>제11조 (재판관의 취임선서) ①연방헌법재판소 재판관은 취임에 즈음하여 연방대통령 앞에서 다음의 선서를 한다. “나는 공정한 남성재판관으로서 독일연방공화국의 기본법을 충실하게 수호하며, 만인에 대하여 재판관으로서의 의무를 양심에 따라 이행할 것을 선서합니다. 신의 가호가 있으소서.” ②재판관이 자신이 속한 종교단체를 밝히고 법률이 그 신도들에게 다른 선서문구의 사용을 허용하는 경우에는 재판관은 그 선서문구를 사용할 수 있다. ③선서는 종교적인 선서문구 없이도 할 수 있다.</p> |
| <p>제5조 (재판관의 자격) ① 재판관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 직에 15년 이상 있던 40세 이상인 사람 중에서 임명한다. 다만, 다음 각 호 중 둘 이상의 직에 있던 사람의 재직기간은 합산한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 판사, 검사, 변호사 2. 변호사 자격이 있는 사람으로서 국가기관, 국영·공영 기업체, 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관 또는 그 밖의 법인에서 법률에 관한 사무에 종사한 사람 3. 변호사 자격이 있는 사람으로서 공인된 대학의 법률학 조교수 이상의 직에 있던 사람 <p>②다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람</p> | <p>제3조 (재판관의 자격) ①재판관은 40세 이상이어야 하고 연방의회의원의 피선거권이 있어야 하며, 연방헌법재판소의 재판관이 되겠다는 의사를 사전에 서면으로 표명하여야 한다.</p> <p>②재판관은 독일법관법에 의한 법관의 자격이 있거나 1990년 10월 3일까지 통일 조약 제3조에 언급된 지역에서 법조인면허(Diplomjurist) 자격을 취득하여 통일조약에 따라 법률이 정한 법조인의 직무를 수행할 수 있어야 한다.</p> <p>③재판관은 연방의회, 연방참사원, 연방정부나 주의 상응하는 기관에 속할 수 없다. 재판관은 임명과 동시에 소속 기관에서 퇴직한다.</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|---|--|
| <p>은 재판관으로 임명할 수 없다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 다른 법령에 따라 공무원으로 임용하지 못하는 사람 2. 금고 이상의 형을 선고받은 사람 3. 탄핵에 의하여 파면된 후 5년이 지나지 아니한 사람 <p>제6조 (재판관의 임명) ①재판관은 대통령이 임명한다. 이 경우 재판관 중 3명은 국회에서 선출하는 사람으로, 3명은 대법원장이 지명하는 사람을 임명한다.</p> <p>②재판관은 국회의 인사청문을 거쳐 임명·선출 또는 지명하여야 한다. 이 경우 대통령은 재판관(국회에서 선출하거나 대법원장이 지명하는 사람은 제외한다)을 임명하기 전에, 대법원장은 재판관을 지명하기 전에 인사청문을 요청한다.</p> <p>③ 재판관의 임기가 만료되거나 정년이 도래하는 경우에는 임기만료일 또는 정년도래일까지 후임자를 임명하여야 한다.</p> <p>④ 임기 중 재판관이 결원된 경우에는 결원된 날부터 30일 이내에 후임자를 임명하여야 한다.</p> <p>⑤ 제3항 및 제4항에도 불구하고 국회에서 선출한 재판관이 국회의 폐회 또는 휴회 중에 그 임기가 만료되거나 정년이 도래한 경우 또는 결원된 경우에는 국회는 다음 집회가 개시된 후 30일 이내에 후임자를 선출하여야 한다.</p> | <p>④재판관은 독일대학의 법률학교수 이외의 직무에 종사할 수 없다. 연방헌법재판소의 재판관으로서의 직무가 대학교수로서의 직무에 우선한다.</p> <p>제5조 (선출기관) ①각 재판부의 재판관은 연방의회와 연방참사원에 의해 2분의 1씩 선출된다. 연방최고법원의 법관 중에서 선임된 재판관 중 1인은 어느 한 선출기관이, 2인은 다른 선출기관이 선출하고, 나머지 재판관 중 3인은 전자의 선출기관이, 2인은 후자의 선출기관이 각 재판부에 선출한다.</p> <p>②재판관은 전임자의 임기가 만료되기 전 3월 이내에 또는 이 기간에 연방의회가 해산된 때에는 연방의회가 최초로 집회한 후 1월 이내에 선출된다.</p> <p>③재판관이 임기 중 결원된 때에는 그 재판관을 선출한 연방기관이 1월 이내에 후임자를 선출한다.</p> <p>제6조 (연방의회에서의 선출절차) ①연방의회에서 선임되는 재판관은 제2항에 따른 선거위원회의 추천에 의하여 토론 없이 제2항에 의하여 비밀투표로 선출된다. 연방의회 의원의 출석의원의 3분의 2이상 그리고 연방의회 제적의원의 과반 이상의 찬성을 얻은 자가 재판관으로 선출된다.</p> <p>②연방의회는 비례선거의 원칙에 따라 그 의원 중 12인으로 구성되는 연방헌법재판소재판관 선거위원회를 선출한다. 각 교섭단체는 선거인후보명부를 제출할 수 있다. 각 후보자명부에 대하여 투표된 표의 합계에서 최고득표수에 따라 각 후보자명부에서 선출하는 위원의 수를 산정한다. 위원은 후보자명부상의 기재순으로 선출된다. 선거위원회 위원이 사퇴하거나 직무를 수행할</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|--------|---|
| | <p>수 없을 때에는 동일한 명부에 차순위로 추천된 위원이 그를 대리한다.</p> <p>③선거위원회 위원 중 연장자는 선거를 실시하기 위하여 1주의 소집기간이 경과한 후 지체 없이 선거위원회 위원들을 소집하여 재판관이 모두 선출될 때까지 계속하여 회의를 주재한다.</p> <p>④선거위원회의 위원은 선거위원회에서 직무상 알게 된 후보자의 개인적 상황 및 선거위원회에서 논의된 사항 및 표결에 관하여 비밀을 지켜야 할 의무를 진다.</p> <p>⑤선거위원회 위원 8명 이상이 찬성하면 선거추천이 결정된다.</p> <p>제7조 (연방참사원에서의 선출절차) 연방참사원에서 선임되는 재판관은 연방참사원의 표수의 3분의 2의 찬성으로 선출된다.</p> <p>제7a조 (특별한 경우의 선출절차) ①재판관의 임기가 만료되거나 임기 중 재판관이 결원된 후 2월 이내에 제6조의 규정에 따라 그 후임자를 선출하지 못하였을 경우에는 선거위원회 위원 중 연장자가 지체 없이 연방헌법재판소에 선출을 위한 추천을 할 것을 명해야 한다.</p> <p>②연방헌법재판소의 전원합의체는 재판관선출을 위하여 추천할 자를 단순다수로 의결한다. 재판관 1인만을 선출할 때에는 연방헌법재판소는 3인을 추천하여야 하고, 동시에 2인 이상의 재판관을 선출해야 할 때에는 재판관으로 선출될 자의 2배수를 추천하여야 한다. 이 경우에는 제16조 제2항을 준용한다.</p> <p>③연방참사원이 재판관을 선출할 때에는 연방참사원의 의장 또는 그 권한대행자를 선거위원회 중 연장자로 보아 제1항과 제2항을 적용한다.</p> <p>④연방헌법재판소가 추천하지 아니한 자를</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|--|---|
| <p>제7조 (재판관의 임기) ①재판관의 임기는 6년으로 하며, 연임할 수 있다. ②재판관의 정년은 70세로 한다.</p> <p>제8조 (재판관의 신분보장) 재판관은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우가 아니면 그 의사에 반하여 해임되지 아니한다. 1. 탄핵결정이 된 경우 2. 금고이상의 형의 선고를 받은 경우</p> <p>제9조 (재판관의 정치권여 금지) 재판관은 정당에 가입하거나 정치에 관여할 수 없다.</p> | <p>선출할 수 있는 선출기관의 권한은 유지된다.</p> <p>제8조 (후보자명부) ①연방 법무부 및 소비자보호부 장관은 제3조 제1항과 제2항의 요건을 충족하는 모든 연방법관의 명단을 작성한다. ②연방 법무부 및 소비자보호부 장관은 제3조 제1항과 제2항에 해당하는 자로서 연방 의회의 각 교섭단체, 연방정부 또는 주정부가 연방헌법재판소 재판관으로 추천한 모든 후보자를 기재한 별도의 명단을 작성한다. ③제1항과 제2항의 명단은 계속 보완하여야 하고 선거 1주일 전까지 연방의회의장과 연방참사원의 의장에게 제출하여야 한다.</p> <p>제10조 (피선자의 임명) 재판관으로 선출된 자는 연방대통령이 임명한다.</p> <p>제4조 (재판관의 임기) ①재판관의 임기는 12년으로 하며 정년을 초과하지 못한다. ②재판관은 연임 또는 중임할 수 없다. ③정년은 재판관이 68세에 달하는 달의 말일이다. ④재판관은 임기가 만료된 후에도 후임자가 임명될 때까지 그 직무를 계속 수행한다.</p> <p>제98조 (퇴직) ①연방헌법재판소 재판관은 임기만료(제4조 제1항, 제3항 및 제4항)로 퇴직한다. ②연방헌법재판소 재판관이 장기적으로 직무수행능력이 없는 때에는 퇴직시킬 수 있다. ③연방헌법재판소 재판관은 연방헌법재판소 재판관으로서의 직무에 6년 이상 재직하고, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는, 직무수행불능의 입증 없이도 신청에 의하여 퇴직시킬 수 있다.</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|--------|---|
| | <p>1. 65세에 달한 때</p> <p>2. 사회법전 제9권 제2조상의 중증장애인으로서의 60세에 달한 때</p> <p>④제3항의 경우에 제4조 제4항이 적용된다.</p> <p>⑤퇴직재판관은 퇴직연금을 받는다. 퇴직연금은 연방헌법재판소 재판관의 보수에 관한 법률에 따라 재판관이 최후에 받은 급여를 기초로 하여 산정한다. 이는 유족연금에도 준용된다.</p> <p>⑥공무원연금법 제70조를 준용한다.</p> <p>제105조 (연방헌법재판소 재판관의 면직 또는 파면) ①연방헌법재판소는 연방대통령에게 다음 각호의 권한을 부여할 수 있다.</p> <p>1. 장기에 걸친 직무수행불능을 이유로 한 연방헌법재판소 재판관의 면직</p> <p>2. 연방헌법재판소 재판관이 불명예스러운 행위를 이유로 확정판결을 받은 경우, 6개월 이상의 자유형의 확정판결을 받은 경우 또는 그 직에 머무를 수 없는 중대한 의무위반을 범한 경우의 연방헌법재판소 재판관의 파면</p> <p>②제1항에 따른 절차의 개시에 관하여는 연방헌법재판소 전원합의체가 결정한다.</p> <p>③일반절차규정과 제54조 제1항 및 제55조 제1항, 제2항, 제4항 내지 제6항의 규정을 준용한다.</p> <p>④제1항에 의한 수권에는 헌법재판소 재판관 3분의 2의 찬성이 있어야 한다.</p> <p>⑤제2항에 의한 절차개시 후 연방헌법재판소 전원합의체는 당해 재판관을 잠정적으로 면직할 수 있다. 재판관에 대하여 범죄행위를 이유로 한 본안절차가 개시된 경우에도 이와 같다. 잠정적인 면직에는 헌법재판소 재판관의 3분의 2의 찬성이 있어야 한다.</p> <p>⑥제1항 제2호에 의한 파면으로 인하여 재판관은 그의 직에 따른 모든 청구권을 상</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|---|--|
| <p>제10조 (규칙제정권) ①헌법재판소는 이 법과 다른 법률에 저촉되지 아니하는 범위에서 심판에 관한 절차, 내부 규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다. ②헌법재판소규칙은 관보에 게재하여 공포한다.</p> <p>제10조의2 (입법건의의 제출) 헌법재판소장은 헌법재판소의 조직·인사·운영·심판 절차 그밖에 헌법재판소의 업무와 관련된 법률의 제정 또는 개정이 필요하다고 인정하는 경우에는 국회에 서면으로 그 의견을 제출할 수 있다.</p> <p>제11조 (경비) ①헌법재판소의 경비는 독립하여 국가의 예산에 계상하여야 한다. ②제1항의 경비 중에는 예비금을 둔다.</p> <p style="text-align: center;">제2장 조직</p> <p>제12조 (헌법재판소장) ①헌법재판소에 헌법재판소장을 둔다. ②헌법재판소장은 국회의 동의를 얻어 재판관중에서 대통령이 임명한다. ③헌법재판소장은 헌법재판소를 대표하고, 헌법재판소의 사무를 통리하며, 소속 공무원을 지휘·감독한다. ④헌법재판소장이 궐위되거나 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에는 다른 재판관이 헌법재판소규칙으로 정하는 순서에 따라 그 권한을 대행한다.</p> | <p>실한다.</p> <p>제12조 (수시 사임할 수 있는 권리) 연방헌법재판소 재판관은 퇴직을 신청할 수 있다. 연방대통령은 퇴직을 공포하여야 한다.</p> <p>제1조 (재판소의 지위와 소재지) ①연방헌법재판소는 다른 모든 헌법기관에 대하여 자주적이고 독립적인 연방의 재판소이다. ②연방헌법재판소의 소재지는 칼스루에(Karlsruhe)로 한다. ③연방헌법재판소는 전원합의체의 결의로 사무규칙을 정한다.</p> <p>- 유사조항 없음</p> <p>- 유사조항 없음</p> <p>제9조 (연방헌법재판소장 및 부소장의 선출) ①연방의회와 연방참사원은 교대로 연방헌법재판소장과 부소장을 선출한다. 부소장은 연방헌법재판소장이 속하지 않은 재판부에서 선출한다. ②최초의 선거에서 연방의회는 연방헌법재판소장을, 연방참사원은 부소장을 선출한다. ③제6조와 제7조의 규정을 준용한다.</p> |

| 헌 법 재 판 소 법 | 독 일 연 방 헌 법 재 판 소 법 |
|--|---|
| <p>제13조 삭제</p> <p>제14조 (재판관의 겸직금지) 재판관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 직을 겸하거나 영리를 목적으로 하는 사업을 할 수 없다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 국회 또는 지방의회의 의원의 직 2. 국회·정부 또는 법원의 공무원의 직 3. 법인·단체 등의 고문·임원 또는 직원의 직 <p>제15조 (헌법재판소장등의 대우) ①헌법재판소장의 대우와 보수는 대법원장의 예에 따르며, 재판관은 정무직으로 하고 그 대우와 보수는 대법관의 예에 따른다.</p> <p>제16조 (재판관회의) ①재판관회의는 재판관 전원으로 구성하며, 헌법재판소장이 의장이 된다.</p> <p>②재판관회의는 재판관 7명 이상의 출석과 출석인원과반수의 찬성으로 의결한다.</p> <p>③의장은 의결에 있어 표결권을 가진다.</p> <p>④다음 각 호의 사항은 재판관회의의 의결을 거쳐야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 헌법재판소규칙의 제정과 개정, 제10조의2의 규정에 따른 입법건의 제출에 관한 사항 2. 예산요구, 예비금지출과 결산에 관한 사항 3. 사무처장, 사무차장, 헌법재판연구원장, 헌법연구관 및 3급 이상 공무원의 임면에 관한 사항 4. 특히 중요하다고 인정되는 사항으로서 헌법재판소장이 재판관회의에 부치는 사항 <p>⑤재판관회의의 운영에 관하여 필요한 사항은 헌법재판소규칙으로 정한다.</p> <p>제17조 (사무처) ①헌법재판소의 행정사무를</p> | <p>제104조 (연방헌법재판소 재판관으로서의 변호사와 공증인) ①변호사가 연방헌법재판소 재판관으로 임명된 경우에는, [변호사]허가에 따른 권리는 그 직무기간 중 정지한다.</p> <p>②공증인이 연방헌법재판소 재판관으로 임명된 경우에는, 제101조 제1항 제2문의 규정을 준용한다.</p> <p>- 유사조항 없음</p> <p>- 독일연방헌법재판소사무규칙 제1조 및 제2조</p> <p>- 독일연방헌법재판소사무규칙 제14조 등</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|--|-------------------------------|
| <p>처리하기 위하여 헌법재판소에 사무처를 둔다.</p> <p>②사무처에 사무처장과 사무차장을 둔다.</p> <p>③사무처장은 헌법재판소장의 지휘를 받아 사무처의 사무를 관장하며, 소속공무원을 지휘·감독한다.</p> <p>④사무처장은 국회 또는 국무회의에 출석하여 헌법재판소의 행정에 관하여 발언할 수 있다.</p> <p>⑤헌법재판소장이 행한 처분에 대한 행정소송의 피고는 헌법재판소사무처장으로 한다.</p> <p>⑥사무차장은 사무처장을 보좌하며, 사무처장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에는 그 직무를 대행한다.</p> <p>⑦사무처에 실·국·과를 둔다.</p> <p>⑧실에는 실장, 국에는 국장, 과에는 과장을 두며, 사무처장·사무차장·실장 또는 국장 밑에 정책의 기획, 계획의 입안, 연구·조사, 심사·평가 및 홍보업무를 보좌하는 심의관 또는 담당관을 둘 수 있다.</p> <p>⑨이 법에 규정하지 아니한 사항으로서 사무처의 조직·직무범위, 사무처에 두는 공무원의 정원 기타 필요한 사항은 헌법재판소규칙으로 정한다.</p> <p>제18조 (사무처공무원) ①사무처장은 정무직으로 하고, 보수는 국무위원의 보수와 같은 금액으로 한다.</p> <p>②사무차장은 정무직으로 하고, 보수는 차관의 보수와 동액으로 한다.</p> <p>③ 사무차장은 정무직으로 하고, 보수는 차관의 보수와 같은 금액으로 한다.</p> <p>④ 실장은 1급 또는 2급, 국장은 2급 또는 3급, 심의관 및 담당관은 2급부터 4급까지, 과장은 3급 또는 4급의 일반직국가공무원으로 임명한다. 다만, 담당관 중 1명은 3급 상당 또는 4급 상당의 별정직국가공무원으로 임명할 수 있다.</p> | <p>- 독일연방헌법재판소사무규칙 제14조 등</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|---|-----------------------------|
| <p>④ 사무처 공무원은 헌법재판소장이 임면한다. 다만, 3급 이상의 공무원의 경우에는 재판관회의의 의결을 거쳐야 한다.</p> <p>⑤ 헌법재판소장은 다른 국가기관에 대하여 그 소속 공무원을 사무처 공무원으로 근무하게 하기 위하여 헌법재판소에의 파견근무를 요청할 수 있다.</p> <p>제19조 (헌법연구관) ①헌법재판소에 헌법재판소규칙으로 정하는 수의 헌법연구관을 둔다.</p> <p>②헌법연구관은 특정직국가공무원으로 한다.</p> <p>③헌법연구관은 헌법재판소장의 명을 받아 사건의 심리 및 심판에 관한 조사·연구에 종사한다.</p> <p>④헌법연구관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람 중에서 헌법재판소장이 재판관회의의 의결을 거쳐 임용한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 사람 2. 공인된 대학의 법률학 조교수 이상의 직에 있던 사람 3. 국회, 정부 또는 법원 등 국가기관에서 4급 이상의 공무원으로서 5년 이상 법률에 관한 사무에 종사한 사람 4. 법률학에 관한 박사학위 소지자로서 국회, 정부, 법원 또는 헌법재판소 등 국가기관에서 5년 이상 법률에 관한 사무에 종사한 사람 5. 법률학에 관한 박사학위 소지자로서 헌법재판소규칙으로 정하는 대학 등 공인된 연구기관에서 5년 이상 법률에 관한 사무에 종사한 사람 <p>⑤삭제</p> <p>⑥다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 헌법연구관으로 임용될 수 없다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 「국가공무원법」 제33조 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람 | <p>- 독일연방헌법재판소사무규칙 제13조</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|--|------------------|
| <p>2. 금고 이상의 형을 선고받은 사람</p> <p>3. 탄핵결정에 의하여 파면된 후 5년이 지나지 아니한 사람</p> <p>⑦헌법연구관의 임기는 10년으로 하되, 연임할 수 있고, 정년은 60세로 한다.</p> <p>⑧헌법연구관이 제6항 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다. 다만, 「국가공무원법」 제33조제5호에 해당할 때에는 그러하지 아니하다.</p> <p>⑨헌법재판소장은 다른 국가기관에 대하여 그 소속공무원을 헌법연구관으로 근무하게 하기 위하여 헌법재판소에의 파견근무를 요청할 수 있다.</p> <p>⑩사무차장은 헌법연구관의 직을 겸할 수 있다.</p> <p>⑪헌법재판소장은 헌법연구관을 사건의 심리 및 심판에 관한 조사·연구업무 외의 직에 임명하거나 그 직을 겸임하게 할 수 있다. 이 경우 헌법연구관의 수는 헌법재판소규칙으로 정하며, 보수는 그 중 고액의 것을 지급한다.</p> <p>제19조의2 (헌법연구관보) ① 헌법연구관을 신규임용하는 경우에는 3년간 헌법연구관보(로 임용하여 근무하게 한 후 그 근무성적을 고려하여 헌법연구관으로 임용한다. 다만, 경력 및 업무능력 등을 고려하여 헌법재판소규칙으로 정하는 바에 따라 헌법연구관보 임용을 면제하거나 그 기간을 단축할 수 있다.</p> <p>② 헌법연구관보는 헌법재판소장이 재판관회의의 의결을 거쳐 임용한다.</p> <p>③ 헌법연구관보는 별정직국가공무원으로 하고, 그 보수와 승급기준은 헌법연구관의 예에 따른다.</p> <p>④ 헌법연구관보가 근무성적이 불량한 경우에는 재판관회의의 의결을 거쳐 면직시킬 수 있다.</p> | <p>- 유사조항 없음</p> |

| 헌 법 재 판 소 법 | 독 일 연 방 헌 법 재 판 소 법 |
|--|---------------------|
| <p>⑤ 헌법연구관보의 근무기간은 이 법 및 다른 법령에 규정된 헌법연구관의 재직기간에 산입한다.</p> <p>제19조의3 (헌법연구위원) ①헌법재판소에 헌법연구위원을 둘 수 있다. 헌법연구위원은 사건의 심리 및 심판에 관한 전문적인 조사·연구에 종사한다.</p> <p>②헌법연구위원은 3년 이내의 범위에서 기간을 정하여 임명한다.</p> <p>③헌법연구위원은 2급 또는 3급 상당의 별정직공무원이나 「국가공무원법」 제26조의5에 따른 임기제공무원으로 하고, 그 직제 및 자격 등에 관하여는 헌법재판소규칙으로 정한다.</p> <p>제19조의4 (헌법재판연구원) ①헌법 및 헌법재판 연구와 헌법연구관, 사무처 공무원 등의 교육을 위하여 헌법재판소에 헌법재판연구원을 둔다.</p> <p>②헌법재판연구원의 정원은 원장 1명을 포함하여 40명 이내로 하고, 원장 밑에 부장, 팀장, 연구관 및 연구원을 둔다.</p> <p>③원장은 헌법재판소장이 재판관회의의 의견을 거쳐 헌법연구관으로 보하거나 1급인 일반직국가공무원으로 임명한다.</p> <p>④부장은 헌법연구관이나 2급 또는 3급 일반직공무원으로, 팀장은 헌법연구관이나 3급 또는 4급 일반직공무원으로 임명하고, 연구관 및 연구원은 헌법연구관 또는 일반직공무원으로 임명한다.</p> <p>⑤연구관 및 연구원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람 중에서 헌법재판소장이 보하거나 헌법재판연구원장의 제청을 받아 헌법재판소장이 임명한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 헌법연구관 2. 변호사의 자격이 있는 사람(외국의 변호사 자격을 포함한다) | <p>- 유사조항 없음</p> |

| 헌 법 재 판 소 법 | 독 일 연 방 헌 법 재 판 소 법 |
|--|---|
| <p>3. 학사 또는 석사학위를 취득한 사람으로서 헌법재판소규칙으로 정하는 실적 또는 경력이 있는 사람</p> <p>4. 박사학위를 취득한 사람</p> <p>⑥그 밖에 헌법재판연구원의 조직과 운영에 필요한 사항은 헌법재판소규칙으로 정한다.</p> <p>제20조 (헌법재판소장 비서실 등) ① 헌법재판소에 헌법재판소장 비서실을 둔다.</p> <p>②헌법재판소장 비서실에 비서실장 1명을 두되, 비서실장은 1급 상당의 별정직국가공무원으로 임명하고, 헌법재판소장의 명을 받아 기밀에 관한 사무를 관장한다.</p> <p>③제2항에 규정되지 아니한 사항으로서 헌법재판소장 비서실의 조직과 운영에 필요한 사항은 헌법재판소규칙으로 정한다.</p> <p>④헌법재판소에 재판관 비서관을 둔다.</p> <p>⑤재판관 비서관은 4급의 일반직국가공무원 또는 4급 상당의 별정직국가공무원으로 임명하며, 재판관의 명을 받아 기밀에 관한 사무를 관장한다.</p> <p>제21조 (서기 및 정리) ①헌법재판소에 서기 및 정리를 둔다.</p> <p>②헌법재판소장은 사무처 직원중에서 서기 및 정리를 지명한다.</p> <p>③서기는 재판장의 명을 받아 사건에 관한 서류의 작성·보관 또는 송달에 관한 사무를 담당한다.</p> <p>④정리는 심판정의 질서유지와 그 밖에 재판장이 명하는 사무를 집행한다.</p> <p>제3장 일반심판절차</p> <p>제22조 (재판부) ①이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판소의 심판은 재판관 전원으로 구성되는 재판부에서 관장한다.</p> | <p>- 독일연방헌법재판소사무규칙 제12조</p> <p>- 유사조항 없음</p> <p>제15조 (재판장과 결정정족수) ①연방헌법재판소장과 부소장은 소속재판부의 재판장이 된다. 재판부의 출석재판관 중 선임자가, 근무 연수가 같은 경우에는 연장자가 재판부</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|--|---|
| <p>②재판부의 재판장은 헌법재판소장이 된다.</p> | <p>의 재판장을 대행한다.</p> <p>②각 재판부가 결정을 하기 위해서는 6인 이상의 재판관이 출석하여야 한다. 긴급을 요하는 절차에 있어서 재판부가 결정할 수 없는 경우에는, 재판장은 추첨절차를 명하여 최저수에 달할 때까지 다른 재판부의 재판관을 대행자로 지명한다. 재판부의 재판장은 대행자로 지명 될 수 없다. 이에 대하여 자세히는 사무규칙으로 정한다.</p> <p>③사건 평의가 시작된 후에는 다른 재판관은 참여할 수 없다. 재판부가 결정할 수 없게 되는 경우에는 증원 후에 새로이 평의를 시작해야 한다.</p> <p>④제13조 제1호, 제2호, 제4호와 제9호에 의한 절차에 있어서 피청구인에게 불리한 재판을 하기 위해서는 어떤 경우에도 재판부 소속 재판관 3분의 2 이상의 다수[의 찬성]를 필요로 한다. 법률에 다른 규정이 없는 한 관여 재판관의 과반수[의 찬성]로 재판한다. 가부동수인 경우에는 기본법 또는 그 밖의 연방법에 위반하는 것으로 확인할 수 없다.</p> |
| <p>제72조 (사전심사) ①헌법재판소장은 헌법재판소에 재판관 3명으로 구성되는 지정재판부를 두어 헌법소원심판의 사전심사를 담당하게 할 수 있다.</p> | <p>제15a조 (지정재판부) ①재판부는 업무 연도 기간 동안 수 개의 지정재판부를 둔다. 지정재판부는 3인의 재판관으로 구성한다. 지정재판부의 구성은 3년 이내에 변경되어야 한다.</p> <p>②재판부는 업무 연도 개시 전에 업무 연도 기간 중의 주심재판관에 대한 제80조의 신청사건 및 제90조, 제91조의 헌법소원의 배당, 지정재판부의 수와 구성 및 그 재판관의 권한대행을 결정한다.</p> |
| <p>제23조 (심판정족수) ①재판부는 재판관 7명 이상의 출석으로 사건을 심리 한다.</p> <p>②재판부는 중국심리에 관여한 재판관의 과반수의 찬성으로 사건에 관한 결정을 한다.</p> | <p>제16조 (전원합의체결정) ①재판부가 법적 문제에 관하여 다른 재판부의 재판에 포함된 법해석과 견해를 달리할 경우에는, 연방헌법재판소의 전원합의체가 이에 관하여 재</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|--|---|
| <p>다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 재판관 6명 이상의 찬성이 있어야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 또는 헌법소원에 관한 인용결정을 하는 경우 2. 종전에 헌법재판소가 판시한 헌법 또는 법률의 해석 적용에 관한 의견을 변경하는 경우 <p>제24조 (제척·기피 및 회피) ①재판관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 직무집행에서 제척된다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 재판관이 당사자이거나 당사자의 배우자 또는 배우자였던 경우 2. 재판관과 당사자가 친족관계이거나 친족관계였던 경우 3. 재판관이 사건에 관하여 증언이나 감정을 하는 경우 4. 재판관이 사건에 관하여 당사자의 대리인이 되거나 되었던 경우 5. 그 밖에 재판관이 헌법재판소 외에서 직무상 또는 직업상의 이유로 사건에 관여한 경우 <p>②재판부는 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 제척의 결정을 한다.</p> <p>③재판관에게 심판의 공정을 기대하기 어려운 사정이 있는 경우에는 당사자는 기피신청을 할 수 있다. 다만, 변론기일에 출석하여 본안에 관한 진술을 한 때에는 그러하지 아니하다.</p> <p>④당사자는 동일한 사건에 대하여 2명 이상의 재판관을 기피할 수 없다.</p> <p>⑤재판관은 제1항 또는 제3항의 사유가 있는 때에는 재판장의 허가를 얻어 회피할 수 있다.</p> <p>⑥당사자의 제척 및 기피신청에 관한 심판에는 민사소송법 제44조, 제45조, 제46조제</p> | <p>판한다.</p> <p>②전원합의체가 결정을 하기 위해서는 각 재판부의 재판관의 각 3분의 2 이상이 출석하여야 한다.</p> <p style="text-align: center;">제2부 일반소송절차규정</p> <p>제18조 (재판관의 제척) ①연방헌법재판관이 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그 직무집행에서 제척된다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 재판관이 당사자이거나 당사자의 배우자 또는 혼인관계에 있었던 경우, 재판관과 당사자간에 직계 혈족 또는 인척관계에 있거나, 방계 3촌 이내의 혈족 또는 2촌 이내의 인척관계에 있는 경우 2. 재판관이 직무상 또는 직업상의 이유로 당해사건에 관여하였던 경우 <p>②재판관의 가족관계, 직업, 출신, 정당소속 또는 이와 유사한 일반적 관점에서 재판 결과에 이해관계가 있는 재판관은 참여하지 않는다.</p> <p>③다음 각 호의 경우는 제1항 제2호에서 의미하는 관여에 해당되지 아니한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 입법절차에 참여한 경우 2. 당해 절차에서 중요한 법적 문제에 대하여 학문적 견해를 표명하는 경우 <p>제19조 (불공정의 우려를 이유로 한 재판관의 기피 ; 대행자의 지명) ①연방헌법재판소의 재판관이 불공정한 재판을 할 우려가 있다고 기피된 경우에는, 재판소는 기피당한 재판관을 제외하고 이를 결정한다. 가부동수인 경우에는 재판장이 결정한다.</p> <p>②기피의 이유는 소명되어야 한다. 기피당한 재판관은 의견을 진술하여야 한다. 기피는</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|---|--|
| <p>1항·제2항 및 제48조의 규정을 준용한다.</p> <p>제25조 (대표자·대리인) ①각종 심판절차에 있어서 정부가 당사자(참가인을 포함한다. 이하 같다)인 경우에는 법무부장관이 이를 대표한다.</p> <p>②각종 심판절차에서 당사자인 국가기관 또는 지방자치단체는 변호사 또는 변호사의 자격이 있는 소속 직원을 대리인으로 선임하여 심판을 수행하게 할 수 있다.</p> <p>③각종 심판절차에서 당사자인 사인은 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판수행을 하지 못한다. 다만, 그가 변호사의 자격이 있는 때에는 그러하지 아니하다.</p> | <p>변론개시 전까지 신청하여야 한다.</p> <p>③기피당하지 아니한 재판관이 스스로 불공정한 재판을 할 우려가 있다는 이유로 회피한 경우에도 제1항이 준용된다.</p> <p>④연방헌법재판소가 재판관의 기피 또는 회피가 이유있다고 결정하는 경우에는, 다른 재판부의 재판관이 추첨에 의하여 대행자로 지명된다. 재판부의 재판장은 대행자로 지명될 수 없다. 이에 대하여 자세히는 사무규칙으로 정한다.</p> <p>제21조 (다수자의 수임자를 통한 기일의 출석) 소송절차가 다수자에 의해서 또는 다수자에 대하여 제기된 경우에는, 연방헌법재판소는 다수자가 그의 권리, 특히 기일에 출석할 권리를 1인 또는 수인의 수임자를 통하여 행사하게 할 것을 명할 수 있다.</p> <p>제22조 (소송대리) ①당사자는 소송절차에서 독일법원에서 허가된 변호사 또는 독일이나 유럽연합의 국가에서 인정된 대학 또는 다른 유럽경제권이나 스위스와와 국가협약에 의해 인정된 대학의 법관자격을 보유한 법학교수를 대리인으로 선임할 수 있다. 연방헌법재판소의 변론에서는 당사자는 위와 같은 방법으로 대리인을 선임하여야 한다. 입법기관 및 그 일부는 헌법상 또는 의원규칙상 고유의 권한을 부여받은 의원으로 하여금 대리하게 할 수 있다. 연방, 주 및 그들의 헌법기관은 법관의 자격을 가진 공무원 또는 국가시험에 의하여 상위행정직의 자격을 취득한 공무원으로 하여금 대리하게 할 수 있다. 연방헌법재판소는 그 외의 자를 당사자의 보조인으로 허가할 수 있다.</p> <p>②대리권은 서면으로 부여되어야 한다. 그 권한은 소송절차에 관한 것임을 명시하여야 한다.</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|---|---|
| <p>제26조 (심판청구의 방식) ①헌법재판소에의 심판청구는 심판절차별로 정하여진 청구서를 헌법재판소에 제출함으로써 한다. 다만, 위헌법률심판에서는 법원의 제청서, 탄핵심판에서는 국회의 소추의결서의 정본으로 청구서를 갈음한다.</p> <p>②청구서에는 필요한 증거서류 또는 참고자료를 첨부할 수 있다.</p> <p>제27조 (청구서의 송달) ①헌법재판소가 청구서를 접수한 때에는 지체 없이 그 등본을 피청구기관 또는 피청구인(이하 "피청구인"이라 한다)에게 송달하여야 한다.</p> <p>②위헌법률심판의 제청이 있으면 법무부장관 및 당해 소송사건의 당사자에게 그 제청서의 등본을 송달한다.</p> <p>제28조 (심판청구의 보정) ①재판장은 심판청구가 부적법하나 보정할 수 있다고 인정하는 경우에는 상당한 기간을 정하여 보정을 요구하여야 한다.</p> <p>②제1항에 따른 보정 서면에 관하여는 제27조제1항을 준용한다.</p> <p>③제1항에 따른 보정이 있는 경우에는 처음부터 적합한 심판청구가 있는 것으로 본다.</p> <p>④제1항에 따른 보정기간은 제38조의 심판기간에 산입하지 아니한다.</p> <p>⑤재판장은 필요하다고 인정하는 경우에는 재판관 중 1명에게 제1항의 보정요구를 할 수 있는 권한을 부여할 수 있다.</p> <p>제29조 (답변서의 제출) ①청구서 또는 보정서면의 송달을 받은 피청구인은 헌법재판소에 답변서를 제출할 수 있다.</p> <p>②답변서에는 심판청구의 취지와 이유에 대</p> | <p>③소송대리인이 선임된 경우에 재판소의 모든 통지는 대리인에게 하여야 한다.</p> <p>제23조 (소송절차의 개시) ①소송절차의 개시 신청은 서면으로 연방헌법재판소에 제출하여야 한다. 신청에는 이유가 소명되어야 하고, 필요한 증거방법이 제시되어야 한다.</p> <p>②재판장, 혹은 제93c조의 결정이 문제되는 경우에는 주심재판관은 피청구인 및 제27a조에 따라 의견표명의 기회가 주어지는 그 밖의 당사자에게 일정한 기간 내에 의견진술을 하도록 하는 최고와 함께 지체 없이 신청서를 송달한다.</p> <p>③재판장 혹은 주심재판관은 당사자에게 일정한 기간 내에 재판소와 그 밖의 당사자를 위하여 필요한 수의 문서사본을 제출할 것을 명할 수 있다.</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|---|--|
| <p>응하는 답변을 기재한다.</p> <p>제30조 (심리의 방식) ①탄핵의 심판, 정당해산의 심판 및 권한쟁의의 심판은 구두변론에 의한다.</p> <p>②위헌법률의 심판과 헌법소원에 관한 심판은 서면심리에 의한다. 다만, 재판부는 필요하다고 인정하는 경우에는 변론을 열어 당사자, 이해관계인, 그 밖의 참고인의 진술을 들을 수 있다.</p> <p>③재판부가 변론을 열 때에는 기일을 정하여 당사자와 관계인을 소환하여야 한다.</p> <p>제31조 (증거조사) ①재판부는 사건의 심리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 다음 각호의 증거조사를 할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 당사자 또는 증인을 신문하는 일 2. 당사자 또는 관계인이 소지하는 문서·장부·물건 또는 그 밖의 증거자료의 제출을 요구하고 영치하는 일 3. 특별한 학식과 경험을 가진 자에게 감정을 명하는 일 4. 필요한 물건·사람·장소 또는 그 밖의 사물의 성상이나 상황을 검증하는 일 <p>② 재판장은 필요하다고 인정하는 경우에는 재판관 중 1명을 지정하여 제1항의 증거조사를 하게 할 수 있다.</p> | <p>제25조 (변론의 원칙 ; 판결 ; 결정) ①연방헌법재판소는 특별한 규정이 없는 한 변론에 기하여 재판한다. 모든 당사자가 변론을 명시적으로 포기한 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>②변론에 기한 재판은 판결로, 변론에 기하지 아니한 재판은 결정으로 내린다.</p> <p>③일부재판 및 중간재판은 허용된다.</p> <p>④연방헌법재판소의 재판은 “국민의 이름으로” 행한다.</p> <p>제25a조 (조서와 녹취) 변론에 대해서는 조서를 작성하여야 한다. 변론은 녹음테이프에 녹취하여야 한다. 이에 대하여 자제하는 사무규칙으로 정한다.</p> <p>제26조 (증거조사) ①연방헌법재판소는 사실의 인정에 필요한 증거조사를 행한다. 연방헌법재판소는 재판관 1인에게 변론 외에서의 증거조사를 명하거나 다른 법원에 특정 사실과 인물에 한정하여 증거조사를 위탁할 수 있다.</p> <p>②문서의 사용이 국가안전 보장에 반하는 경우에는, 재판관 3분의 2 이상의 다수에 의한 찬성으로 증거로 채택하지 않을 수 있다.</p> <p>제28조 (증인 및 감정인) ①증인 및 감정인에 대한 신문에 있어서는 제13조 제1호, 제2호, 제4호 및 제9호의 사건에 형사소송법의 규정을 준용하고, 그 밖의 사건에는 민사소송법의 규정을 준용한다.</p> <p>②상급관청의 승인 하에 증인이나 감정인을 심문할 수 있는 경우에는, 승인은 연방이나 주의 이익을 위하여 필요한 경우에만 거부할 수 있다. 연방헌법재판소가 재판관 3분</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|---|--|
| <p>제32조 (자료제출 요구 등) 재판부는 결정으로 다른 국가기관 또는 공공단체의 기관에 대하여 심판에 필요한 사실을 조회하거나, 기록의 송부나 자료의 제출을 요구할 수 있다. 다만, 재판·소추 또는 범죄수사가 진행 중인 사건의 기록에 대하여는 송부를 요구할 수 없다.</p> <p>제33조 (심판의 장소) 심판의 변론과 종국결정의 선고는 심판정에서 한다. 다만, 헌법재판소장이 필요하다고 인정하는 경우에는 심판정외의 장소에서 변론 또는 종국결정의 선고를 할 수 있다.</p> <p>제34조 (심판의 공개) ①심판의 변론과 결정의 선고는 공개한다. 다만, 서면심리와 평의는 공개하지 아니한다. ②헌법재판소의 심판에 관하여는 「법원조직법」 제57조제1항 단서와 같은 조 제2항 및 제3항을 준용한다.</p> <p>제35조 (심판의 지휘와 법정경찰권) ①재판장은 심판정의 질서와 변론의 지휘 및 평의의 정리를 담당한다. ②헌법재판소 심판정의 질서유지와 용어의 사용에 관하여는 「법원조직법」 제58조부터 제63조까지의 규정을 준용한다.</p> | <p>의 2 다수의 찬성으로 승인의 거부를 이유 없다고 선언한 경우에는 증인 또는 감정인은 직무상 진술거부 의무를 주장할 수 없다.</p> <p>제29조 (증거조사기일) 당사자는 증거조사기일을 통지받으며, 증거조사에 참여할 수 있다. 당사자는 증인 및 감정인에게 질문할 수 있다. 질문에 대하여 이의가 제기된 경우에는, 재판소가 이를 결정한다.</p> <p>제27조 (법률상 및 직무상 공조) 모든 법원과 행정청은 연방헌법재판소에 법률상 및 직무상 지원을 행한다. 연방헌법재판소가 1심 재판의 자료를 요청하면 이를 직접 제출하여야 한다.</p> <p>- 유사조항 없음</p> <p>제30조 (선고 및 재판의 형식) ①연방헌법재판소는 심리와 증거조사에서 얻은 자유로운 확신에 따라 비공개적 평의에 의하여 재판한다. 재판은 서면으로 작성하고 이유를 명시하여야 하며, 재판에 참여한 모든 재판관이 서명하여야 한다. 변론이 행해진 경우에는, 재판은 중요한 이유를 고지하여 공개적으로 선고하여야 한다. 재판선고의 기일은 변론 중에 고지하거나 평의종결 후에 확정할 수 있다. 후자의 경우에는, 기일은 지체없이 당사자에게 통지되어야 한다. 재판의 선고는 변론이 종결된 날로부터 3개월 이내에 하여야한다. 기일은 연방헌법</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|---|--|
| <p>제36조 (종국결정) ①재판부가 심리를 마쳤을 때에는 종국결정을 한다.</p> <p>②종국결정을 할 때에는 다음 각 호의 사항을 적은 결정서를 작성하고 심판에 관여한 재판관 전원이 이에 서명날인하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 사건번호와 사건명 2. 당사자와 심판수행자 또는 대리인의 표시 3. 주문 4. 이유 5. 결정일자 <p>③심판에 관여한 재판관은 결정서에 의견을 표시하여야 한다.</p> <p>④종국결정이 선고되면 서기는 지체 없이 결정서 정본을 작성하여 당사자에게 송달하여야 한다.</p> <p>⑤종국결정은 헌법재판소규칙으로 정하는 바에 따라 관보에 게재하거나 그 밖의 방법으로 공시한다.</p> | <p>재판소의 결정으로 변경할 수 있다.</p> <p>②재판관은 재판이나 그 이유에 대하여 평의에서 주장한 다른 의견을 소수의견으로써 표시할 수 있다. 소수의견은 재판에 첨부하여야 한다. 재판부는 재판에서 평결의 비율을 나타낼 수 있다. 이에 대하여 자세히는 사무규칙으로 정한다.</p> <p>③모든 재판은 당사자에게 송달하여야 한다.</p> |
| <p>제37조 (심판비용 등) ①헌법재판소의 심판비용은 국가부담으로 한다. 다만, 당사자의 신청에 의한 증거조사의 비용은 헌법재판소규칙이 정하는 바에 따라 그 신청인에게 부담시킬 수 있다.</p> <p>②헌법재판소는 헌법소원심판의 청구인에 대하여 헌법재판소규칙으로 정하는 공탁금의 납부를 명할 수 있다.</p> <p>③헌법재판소는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 헌법재판소규칙이 정하는 바에 따라 공탁금의 전부 또는 일부의 국고귀속을 명할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 헌법소원의 심판청구를 각하할 경우 2. 헌법소원의 심판청구를 기각하는 경우에 그 심판청구가 권리의 남용이라고 인정되는 경우 | <p>제34조 (소송비용; 남소제제금의 부과) ①연방헌법재판소의 소송절차는 무료로 한다.</p> <p>②헌법소원의 청구 또는 기본법 제41조 제2항에 의한 소원의 청구가 남용되거나 가처분신청(제32조)이 남용된 경우에는, 연방헌법재판소는 2,600유로 이하의 수수료를 부과할 수 있다.</p> <p>③수수료의 징수에 관하여는 연방예산법 제59조 제1항을 준용한다.</p> <p>제34a조 (소송비용의 보상) ①기본권의 실효신청(제13조 제1호), 연방대통령(제13조 제4호) 또는 법관(제13조 제9호)에 대한 탄핵소추가 이유 없는 경우에는, 피신청인 또는 피청구인에게 변호비용을 포함한 필요한 비용을 보상하여야 한다.</p> <p>②헌법소원이 이유 있는 경우에는, 소원청구인에게 필요한 비용의 전부 또는 일부를 보상하여야 한다.</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|---|--|
| <p>제38조 (심판기간) 헌법재판소는 심판사건을 접수한 날부터 180일 이내에 종국결정의 선고를 하여야 한다. 다만, 재판관의 궐위로 7명의 출석이 불가능한 경우에는 그 궐위된 기간은 심판기간에 산입하지 아니한다.</p> <p>제39조 (일사부재리) 헌법재판소는 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여는 다시 심판할 수 없다.</p> <p>제39조의2 (심판확정기록의 열람·복사) ① 누구든지 권리구제, 학술연구 또는 공익 목적으로 심판이 확정된 사건기록의 열람 또는 복사를 신청할 수 있다. 다만, 헌법재판소장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 사건기록을 열람하거나 복사하는 것을 제한할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 변론이 비공개로 진행된 경우 2. 사건기록의 공개로 인하여 국가의 안전보장, 선량한 풍속, 공공의 질서유지나 공공복리를 현저히 침해할 우려가 있는 경우 3. 사건기록의 공개로 인하여 관계인의 명예, 사생활의 비밀, 영업비밀(「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 제2조제2호에 규정된 영업비밀을 말한다) 또는 생명·신체의 안전이나 생활의 평온을 현저히 침해할 우려가 있는 경우 <p>②헌법재판소장은 제1항 단서에 따라 사건기록의 열람 또는 복사를 제한하는 경우에는 신청인에게 그 사유를 명시하여 통지하여야 한다.</p> | <p>③그 밖의 경우에는 연방헌법재판소가 비용의 전부 또는 일부의 보상을 명할 수 있다.</p> <p>제33조 (소송절차의 중지) ①연방헌법재판소는 다른 법원의 사실인정 또는 재판이 자신의 재판에 중요한 의미가 있는 경우에는, 법원에 계속 중인 소송절차가 종료할 때까지 자신의 절차를 중지할 수 있다.</p> <p>②연방헌법재판소는 직권으로 사실을 조사할 수 있는 절차에서 선고된 확정판결의 사실인정을 자신의 재판의 기초로 할 수 있다.</p> <p>- 유사조항 없음</p> <p>제20조 (소송기록의 열람) 당사자는 소송기록을 열람할 권리를 가진다.</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|--|--|
| <p>③제1항에 따른 사건기록의 열람 또는 복사 등에 관하여 필요한 사항은 헌법재판소규칙으로 정한다.</p> <p>④사건기록을 열람하거나 복사한 자는 열람 또는 복사에 의하여 알게 된 사항을 이용하여 공공의 질서 또는 선량한 풍속을 침해하거나 관계인의 명예 또는 생활의 평온을 훼손하는 행위를 하여서는 아니 된다.</p> <p>제40조 (준용규정) ①헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 민사소송에 관한 법령을 준용한다. 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을 준용하고, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 함께 준용한다.</p> <p>②제1항 후단의 경우에 형사소송에 관한 법령 또는 행정소송법이 민사소송에 관한 법령에 저촉될 때에는 민사소송에 관한 법령은 준용하지 아니한다.</p> <p>제47조 (위헌결정의 효력) ①법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.</p> <p>②위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다.</p> <p>③제2항에도 불구하고 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다. 다만, 해당 법률 또는 법률 조항에 대하여 종전에 합헌으로 결정된 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실한다.</p> <p>④ 제3항의 경우에 위헌으로 결정된 법률</p> | <p>제17조 (법원조직법 규정의 준용) 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 심판의 공개, 법정경찰, 법정의 용어, 평의 및 표결에 관하여는 법원조직법 제14장 내지 제16장의 규정을 준용한다.</p> <p><제2부 일반소송절차규정 중 기타조항></p> <p>제24조 (청구배척) 부적법하거나 명백히 이유 없는 신청은 재판소의 전원일치의 결정으로 거부할 수 있다. 그 결정은 신청의 적법성 또는 이유에 관하여 청구인에게 미리 문제 있음을 고지한 경우에는, 위 이유 이외에 별도의 이유를 필요로 하지 아니한다.</p> <p>제31조 (재판의 구속력) ①연방헌법재판소의 재판은 연방과 주의 헌법기관 및 모든 법원과 행정청을 기속한다.</p> <p>②제13조 제6호, 제6a호, 제11호, 제12호 및 제14호의 사건에서는 연방헌법재판소의 재판은 법률로서의 효력을 가진다. 연방헌법재판소가 법률을 기본법에 합치 또는 불합치, 또는 무효로 선언한 경우에는 제13조 제8a호의 사건에서도 위와 같다. 법률이 기본법 또는 그 밖의 연방법에 합치 또는 불합치, 또는 무효로 선언된 경우에는 연방법무부 및 소비자보호부 장관이 재판주문을 연방법률공보에 공고하여야 한다. 제13</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|--|--|
| <p>또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다.</p> <p>⑤ 제4항의 재심에 대하여는 「형사소송법」을 준용한다.</p> | <p>조 제12호 및 제14호 사건의 재판주문에도 이를 준용한다.</p> <p>제32조 (가처분) ①연방헌법재판소는 쟁송사건에 있어서, 중대한 손실의 방지, 급박한 폭력의 저지를 위하여 또는 공공복리를 위한 다른 중요한 이유에서 긴급한 필요가 있는 경우에는, 가처분으로써 잠정적으로 결정할 수 있다.</p> <p>②가처분은 변론을 거치지 아니하고 명할 수 있다. 특별히 긴급한 경우에는, 연방헌법재판소는 본안에 관한 절차의 당사자, 참여할 권리가 있는 자 또는 의견진술의 권리가 있는 자에게 의견진술의 기회를 주지 않을 수 있다.</p> <p>③가처분의 결정에 대해서는 이의를 제기할 수 있다. 전단의 규정은 헌법소원심판절차에서 소원청구인에게는 적용되지 않는다. 연방헌법재판소는 이의에 대하여 변론을 거쳐 재판한다. 변론은 이의의 이유제출 후 2주내에 열어야 한다.</p> <p>④가처분에 대한 이의는 정지적 효력을 가지지 아니한다. 연방헌법재판소는 가처분의 집행을 정지할 수 있다.</p> <p>⑤연방헌법재판소는 가처분 또는 그에 대한 이의에 대한 재판을 이유의 제시 없이 선고할 수 있다. 전단의 경우 그 이유는 당사자에게 별도로 전달되어야 한다.</p> <p>⑥가처분은 6개월 후에 효력을 상실한다. 연방헌법재판소는 재판관 3분의 2의 다수로 가처분을 반복할 수 있다.</p> <p>⑦재판부가 결정을 할 수 없는 경우에는, 특별히 긴급한 때에는, 3인 이상의 재판관의 출석과 출석재판관 전원일치의 결정으로 가처분을 명할 수 있다. 이 가처분은 1개월 후에 효력을 상실한다. 재판부가 가처분을 승인한 경우에는, 가처분을 명한 날로부터 6개월 후에 효력을 상실한다.</p> |

| 헌 법 재 판 소 법 | 독 일 연 방 헌 법 재 판 소 법 |
|--|--|
| <p style="text-align: center;">제4장 특별심판절차</p> <p style="text-align: center;">제1절 위헌법률심판</p> <p>제41조 (위헌여부 심판의 제청) ①법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건을 담당하는 법원(군사법원을 포함한다. 이하 같다)은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌 여부 심판을 제청한다.</p> <p>②제1항의 당사자의 신청은 제43조제2호부터 제4호까지의 사항을 적은 서면으로 한다.</p> <p>③제2항의 신청서면의 심사에 관하여는 민사소송법 제254조를 준용한다.</p> <p>④위헌 여부 심판의 제청에 관한 결정에 대하여는 항고할 수 없다.</p> <p>⑤대법원 외의 법원이 제1항의 제청을 할 때에는 대법원을 거쳐야 한다.</p> <p>제42조 (재판의 정지등) ①법원이 법률의 위헌 여부 심판을 헌법재판소에 제청한 때에는 당해 소송사건의 재판은 헌법재판소의 위헌여부의 결정이 있을 때까지 정지된다. 다만, 법원이 긴급하다고 인정하는 경우에는 중급재판 외의 소송절차를 진행할 수 있다.</p> <p>②제1항 본문에 따른 재판정지기간은 「형사소송법」 제92조제1항·제2항 및 「군사법원법」 제132조제1항·제2항의 구속기간과 「민사소송법」 제199조의 판결 선고기간에 산입하지 아니한다.</p> | <p>제35조 (집행규율) 연방헌법재판소는 그 재판에서 이를 집행할 자를 지정할 수 있고, 경우에 따라서는 집행의 종류와 방법을 정할 수 있다.</p> <p style="text-align: center;">제3부 특별소송절차규정</p> <p style="text-align: center;">제11절 제13조 제11호 제11a호 [구체적 규범통제] 사건의 소송절차</p> <p>제80조 (청구; 결정; 소송절차) ①기본법 제100조 제1항의 요건이 구비된 경우에는, 법원은 직접 연방헌법재판소에 제청한다.</p> <p>②결정 이유에는, 법원의 재판이 법규정의 효력에 의존하는 범위 및 그 법규정과 합치하지 않는 상위법규범을 명시하여야 한다. 소송기록이 첨부되어야 한다.</p> <p>③법원의 제청은 소송당사자에 의한 법규정의 무효주장에 구속되지 아니한다.</p> <p>제81조 (재판) 연방헌법재판소는 법률문제에 한하여 심판한다.</p> <p>제81a조 (청구의 부적법성) 지정재판부는 전원일치의 결정으로 제80조에 의한 청구의 부적법을 확인할 수 있다. 주헌법재판소 또는 연방최고법원이 제청한 경우 그에 대한 재판은 재판부에 유보되어 있다.</p> <p>제82조 (소송참가인 및 의견진술권자) ①제77조 내지 제79조의 규정을 준용한다.</p> <p>②제77조에서 열거된 헌법기관은 절차의 모든 단계에 참가할 수 있다.</p> <p>③연방헌법재판소는 제청 법원의 소송절차의 당사자에게 의견진술의 기회를 부여한다. 연방헌법재판소는 당사자를 변론에 소환하고, 출석한 소송대리인에게 발언하게 한다.</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|---|--|
| <p>제43조 (제청서의 기재사항) 법원이 법률의 위헌여부 심판을 헌법재판소에 제청할 때에는 제청서에 다음 각 호의 사항을 저거야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 제청법원의 표시 2. 사건 및 당사자의 표시 3. 위헌이라고 해석되는 법률 또는 법률의 조항 4. 위헌이라고 해석되는 이유 5. 그 밖에 필요한 사항 <p>제44조 (소송사건 당사자 등의 의견) 당해 소송사건의 당사자 및 법무부장관은 헌법재판소에 법률의 위헌 여부에 대한 의견서를 제출할 수 있다.</p> <p>제45조 (위헌결정) 헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률 조항의 위헌 여부만을 결정한다. 다만, 법률 조항의 위헌결정으로 인하여 해당 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌의 결정을 할 수 있다.</p> <p>제46조 (결정서의 송달) 헌법재판소는 결정일로부터 14일 이내에 결정서 정본을 제청한 법원에 송달한다. 이 경우 제청한 법원이 대법원이 아닌 경우에는 대법원을 거쳐야 한다.</p> <p>제47조 (위헌결정의 효력) ①법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다. ②위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다. ③제2항에도 불구하고 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상</p> | <p>④연방헌법재판소는 연방최고법원과 주최고법원에 대해서, 제정사안에 대하여 종래 기본법을 어떻게, 어떠한 고려 하에 해석하여 왔는가, 이들 법원이 효력에 관하여 다름이 있는 법규정을 그 판결에 적용하였는가 및 그 적용방법에 관하여, 그리고 이것과 관련된 법률문제가 계속 중인가에 관하여 보고를 요청할 수 있다. 연방헌법재판소는 법원에 대하여 재판에서 중요한 법률문제에 관한 견해를 설명하도록 요청할 수 있다. 연방헌법재판소는 의견진술권자에게 이들 법원의 견해를 통지한다.</p> <p>제82a조 ①독일연방의회의 조사위원회 설치결정이 기본법에 합치하는지 여부에 관하여 조사위원회법 제36조 제2항에 따른 심사를 할 경우에 제80조 내지 제82조를 제2항과 제3항의 유보 하에 준용한다. ②연방의회와 기본법 제44조 제1항에 따른, 조사위원회설치를 요청한 특별소수에게는 의견진술의 권리가 있다. 연방헌법재판소는 연방정부, 연방참사원, 주정부, 조사위원회법 제18조 제3항에 따른 특별소수와 설치결정에 의하여 영향을 받는 개인에게 의견진술의 기회를 부여할 수 있다. ③연방헌법재판소는 구두변론 없이 재판할 수 있다.</p> <p>제12절 제13조 제12호 [국제법의 심사] 사건의 절차</p> <p>제83조 (재판; 소송절차에의 참가) ①연방헌법재판소는 기본법 제100조 제2항의 사건에서, 국제법규가 개인에게 직접 권리와 의무를 발생시키는지 여부를 확인한다. ②연방헌법재판소는 사건에 연방의회·연방참사원 및 연방정부에 일정 기간 내에 의견진술을 할 기회를 부여하여야 한다. 이들</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|---|---|
| <p>실한다. 다만, 해당 법률 또는 법률 조항에 대하여 종전에 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실한다.</p> <p>④ 제3항의 경우에 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다.</p> <p>⑤ 제4항의 재심에 대하여는 「형사소송법」을 준용한다.</p> | <p>기관은 소송절차의 모든 단계에 참가할 수 있다.</p> <p>제84조 (준용규정) 제80조와 제82조 제3항의 규정을 준용한다.</p> <p>제13절 제13조 제13호 [주헌법재판소의 이견제청결정] 사건의 절차</p> <p>제85조 (소송절차 ; 재판) ①기본법 제100조 제3항 제1단에 따라 연방헌법재판소의 심판을 청구하는 경우에는, 주헌법재판소는 그의 법해석을 설명하여 소송기록을 제출한다.</p> <p>②연방헌법재판소는 연방참사원·연방정부에게, 그리고 연방헌법재판소가 주헌법재판소의 재판과 견해를 달리하는 경우에는 당해 주헌법재판소에게 일정 기간 내에 의견진술을 할 기회를 부여한다.</p> <p>③연방헌법재판소는 법률문제에 한하여 재판한다.</p> <p>제14절 제13조 제14호 [연방법으로서의 법의 지속적 유효심사] 사건의 절차</p> <p>제86조 (신청권자) ①연방의회, 연방참사원, 연방정부 및 주정부가 신청권자이다.</p> <p>②재판절차에서 법률이 연방법으로서 계속 유효한지 여부에 관하여 다툼이 있고 그 여부가 중요한 경우에는 법원은 제80조를 의미에 맞게 적용하여 연방헌법재판소의 재판을 청구하여야 한다.</p> <p>제87조 (신청의 적법성) ①연방참사원·연방정부 또는 주정부의 청구는 연방의 기관·연방의 행정청 또는 주의 기관이나 주의 행정청이 이미 집행하였거나 직접 당면한 처분의 적법성이 재판에 좌우되는 경우에 한하</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|---|---|
| <p style="text-align: center;">제2절 탄핵심판</p> <p>제48조 (탄핵소추) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 공무원이 그 직무집행에서 헌법이나 법률을 위배한 경우에는 국회는 헌법 및 국회법에 따라 탄핵의 소추를 의결할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 대통령, 국무총리, 국무위원 및 행정각부의 장 2. 헌법재판소재판관, 법관 및 중앙선거관리위원회위원 3. 감사원장 및 감사위원 4. 그 밖에 법률에서 정한 공무원 <p>제49조 (소추위원) ①탄핵심판에 있어서는 국회법제사법위원회의 위원장이 소추위원이 된다.</p> <p>②소추위원은 헌법재판소에 소추의결서의 정보를 제출하며, 심판의 변론에서 피청구인을 신문할 수 있다.</p> <p>제50조 (권한 행사의 정지) 탄핵소추의 의결을 받은 사람은 헌법재판소의 심판이 있을 때까지 그 권한 행사가 정지된다.</p> <p>제51조 (심판절차의 정지) 피청구인에 대한</p> | <p>여 허용된다.</p> <p>②청구 이유에서 제1항에 규정된 요건의 존재가 설명되어야 한다.</p> <p>제88조 (준용규정) 제82조의 규정을 준용한다.</p> <p>제89조 (재판) 연방헌법재판소는 법률의 전부 또는 일부가 연방의 전체 또는 일부에서 연방법으로서 계속 유효한지 여부를 결정한다.</p> <p style="text-align: center;">제4절 제13조 제4호 [연방대통령 탄핵소추] 사건의 절차</p> <p>제49조 (소추의결서) ①기본법 또는 그 밖의 연방법률의 고의로 위반한 이유로 하는 연방대통령에 대한 탄핵소추는 연방헌법재판소에 소추의결서를 제출하여 제기한다.</p> <p>②양 입법기관 중 한 기관의 의결에 의거하여[기본법 제61조 제1항] 의장은 소추의결서를 작성하여 1개월 내에 연방헌법재판소에 송부한다.</p> <p>③소추의결서에는 탄핵사유인 작위 또는 부작위, 증거방법 및 위반되었다고 주장되는 헌법 또는 법률의 규정을 명시하여야 한다. 소추의결서에는 연방의회 제적위원의 3분의 2 또는 연방참사원 표수의 3분의 2 다수의 찬성으로 소추제기의 의결이 행하여졌다는 확인이 포함되어야 한다.</p> <p>제50조 (탄핵소추의 기간) 탄핵소추는 소추권 있는 기관이 탄핵소추의 기초되는 사실을 안 때로부터 3월 이내에 제기하여야 한다.</p> <p>제51조 (절차의 시행) 절차의 개시와 진행은 연방대통령의 사직, 퇴직 또는 연방의회의 해산 또는 임기만료에 의하여 영향을 받지 아니한다.</p> |

| 헌 법 재 판 소 법 | 독 일 연 방 헌 법 재 판 소 법 |
|---|---|
| <p>탄핵심판청구와 동일한 사유로 형사소송이 진행되고 있는 경우에는 재판부는 심판절차를 정지할 수 있다.</p> <p>제52조 (당사자의 불출석) ①당사자가 변론기일에 출석하지 아니하면 다시 기일을 정하여야 한다. ②다시 정한 기일에도 당사자가 출석하지 아니하면 그의 출석 없이 심리할 수 있다.</p> <p>제53조 (결정의 내용) ①탄핵심판청구가 이유 있는 경우에는 헌법재판소는 피청구인을 해당 공직에서 파면하는 결정을 선고한다. ②피청구인이 결정 선고 전에 당해 공직에서 파면되었을 때에는 헌법재판소는 심판청구를 기각하여야 한다.</p> <p>제54조 (결정의 효력) ①탄핵결정은 피청구인의 민사상 또는 형사상의 책임을 면제하지 아니한다. ②탄핵결정에 의하여 파면된 자는 결정 선고가 있는 날부터 5년이 지나지 아니하면 공무원이 될 수 없다.</p> | <p>제52조 (소추의 취하) ①탄핵소추는 심판 선고가 있을 때까지 소추기관의 의결에 의하여 취하할 수 있다. 이 의결은 연방의회 재적의원의 과반수의 찬성 또는 연방참사원의 표수의 과반수의 찬성으로 한다. ②소추기관의 의장이 의결의 정본을 연방헌법재판소에 송부함으로써 탄핵소추를 취하한다. ③탄핵소추의 취하에 대하여 연방대통령이 1개월 이내에 이의를 제기한 경우에는, 탄핵소추의 취하는 효력을 상실한다.</p> <p>제53조 (가처분) 연방헌법재판소는 탄핵소추의 제기 후 가처분에 의하여 연방대통령의 직무수행을 정지하는 결정을 할 수 있다.</p> <p>제54조 (예심) ①연방헌법재판소는 변론의 준비를 위하여 예심을 명할 수 있다. 연방헌법재판소는 소추의 대리인 또는 연방대통령이 예심을 신청한 경우에는, 예심을 명하여야 한다. ②예심의 속행은 본안심판을 관할하지 않는 재판부의 재판관에게 위탁하여야 한다.</p> <p>제55조 (변론) ①연방헌법재판소는 구두변론에 의하여 재판한다. ②심리에는 연방대통령을 소환하여야 한다. 이 경우 사전통지 없이 불참하거나 충분한 이유 없이 사전에 퇴정하는 경우에는 궐석 심리한다는 취지를 연방대통령에게 고지하여야 한다. ③심리에 있어서 먼저 소추기관의 수임자는 소추장을 낭독한다. ④그 다음 연방대통령은 소추에 대하여 의견진술의 기회를 가진다. ⑤이에 이어서 증거조사를 행한다. ⑥마지막으로 탄핵소추의 대리인은 탄핵소</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|--------|---|
| | <p>추에 관하여, 연방대통령은 변호에 관하여 의견을 진술한다. 연방대통령은 최후진술을 한다.</p> <p>제56조 (판결) ①연방헌법재판소는 판결에서 연방대통령이 기본법 또는 명시된 연방법률을 고의로 위반한 것에 대하여 책임이 있는지 여부를 확인한다. ②유죄인 경우에 연방헌법재판소는 연방대통령 직의 상실을 선언할 수 있다. 판결의 선고와 동시에 그 직을 상실한다.</p> <p>제57조 (판결의 정본) 이유를 기재한 판결의 정본은 연방의회, 연방참사원 및 연방정부에 송부하여야 한다.</p> <p>제5절 제13조 제9호 [법관 탄핵소추] 사건의 절차</p> <p>제58조 (탄핵소추) ①연방의회가 연방법관에 대하여 기본법 제98조 제2항에 따라서 탄핵소추를 제기한 경우에는, 제49조 제3항 제2문, 제50조 및 제52조 제1항 제2문을 제외한 제49조 내지 제55조의 규정을 준용한다. ②연방법관이 직무를 위반한 경우에는, 연방의회는 재판절차의 확정력 있는 종결 전에, 또는 동일한 위반을 이유로 이미 공식적인 징계절차에 회부된 때에는 당해절차의 개시 전에 심판하지 아니한다. 연방법관이 위반을 하였다고 주장된 재판절차의 확정력 있는 종결로부터6개월이 경과한 후에는, 소추는 더 이상 허용되지 아니한다. ③제2항의 경우를 제외하고는, 위반을 한 때로부터 2년이 경과한 때에는, 제1항에 따른 소추는 더 이상 허용되지 아니한다. ④연방헌법재판소에의 소추는 연방의회의 수입자가 대리한다.</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|--------|---|
| | <p>제59조 (판결) ①연방헌법재판소는 기본법 제 98조 제2항에 규정되어 있는 조치 중의 하나 또는 무죄를 선고한다.</p> <p>②연방헌법재판소가 파면을 선고한 경우에는, 판결의 선고와 동시에 법관직을 상실한다.</p> <p>③전직 또는 퇴직이 선고된 경우에는, 연방법관의 파면권을 가진 기관이 집행의무를 부담한다.</p> <p>④이유를 기재한 판결의 정본은 연방대통령, 연방의회 및 연방정부에 송부하여야 한다.</p> <p>제60조 (징계절차의 중지) 절차가 연방헌법재판소에 계속 중인 경우 동일한 사실을 이유로 징계법원에 계속 중인 절차는 정지된다. 연방헌법재판소가 파면 또는 전직명령이나 퇴직명령을 선고한 경우에는, 징계절차는 정지된다. 그 외의 경우에는 징계절차를 속행한다.</p> <p>제61조 (재심절차) ①재심절차는 유죄선고를 받은 자의 이익을 위하여, 그리고 그의 청구 또는 그의 사후에는 배우자나 동성의 생활동반자 또는 직계비속의 청구에 의하여 형사소송법 제359조 및 제364조의 요건하에 행하여진다. 청구에는 재심의 법률적 근거 및 증거방법이 제시되어야한다. 판결의 효력은 재심청구에 의하여 영향을 받지 아니한다.</p> <p>②연방헌법재판소는 변론 없이 청구의 인용에 관하여 결정한다. 형사소송법 제368조, 제369조 제1항, 제2항, 제4항, 제370조 및 제371조 제1항 내지 제3항의 규정을 준용한다.</p> <p>③새로운 본안심리에서는 원판결을 유지하든가 더 경한 처분 또는 무죄를 선고하여야 한다.</p> <p>제62조 (주법원에 대한 소송절차) 기본법 제</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|---|---|
| <p style="text-align: center;">제3절 정당해산심판</p> <p>제55조 (정당해산심판의 청구) 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 국무회의의 심의를 거쳐 헌법재판소에 정당해산심판을 청구할 수 있다.</p> <p>제56조 (청구서의 기재사항) 정당해산심판의 청구서에는 다음 사항을 적어야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 해산을 요구하는 정당의 표시 2. 청구 이유 <p>제57조 (가처분) 헌법재판소는 정당해산심판의 청구를 받은 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 중구결정의 선고 시까지 피청구인의 활동을 정지하는 결정을 할 수 있다.</p> <p>제58조 (청구 등의 통지) ①헌법재판소장은 정당해산심판의 청구가 있는 때, 가처분결정을 한 때 및 그 심판이 종료한 때에는 그 사실을 국회와 중앙선거관리위원회에 통지하여야 한다.</p> <p>②정당해산을 명하는 결정서는 피청구인 외에 국회, 정부 및 중앙선거관리위원회에도 송달하여야 한다.</p> <p>제59조 (결정의 효력) 정당의 해산을 명하는 결정이 선고된 때에는 그 정당은 해산된다.</p> <p>제60조 (결정의 집행) 정당의 해산을 명하는</p> | <p>98조 제5항 제2문에 의하여 계속해서 효력을 가지는 주헌법이 달리 규정하지 않는 한, 본질의 규정은 주법률이 주법관에 대하여 기본법 제98조 제2항에 상응하는 규율을 하는 경우에도 적용한다.</p> <p>제2절 제13조 제2호 [정당의 해산] 사건의 절차</p> <p>제43조 (재판신청의 권리) ①연방의회, 연방참사원 또는 연방정부는 정당의 위헌여부에 대한 심판을 청구(기본법 제21조 제2항)할 수 있다.</p> <p>②주정부는 정당의 조직이 해당 주에 한정되어 있는 정당만을 상대로 청구할 수 있다.</p> <p>제44조 (정당의 대표) 정당의 대표는 법률규정에 의하여, 보충적으로 당규약에 의하여 정해진다. 대표권자가 확정될 수 없거나, 존재하지 않거나, 연방헌법재판소의 신청이 접수된 후 변경된 경우에는, 신청의 원인이 된 활동 중에 정당의 업무를 최종적으로 사실상 지휘한 자가 대표권을 가진 것으로 한다.</p> <p>제45조 (사전절차) 연방헌법재판소는 대표권자(제44조)에게 일정 기간 내에 의견진술의 기회를 부여하고, 신청이 부적법하거나 이유가 불충분한 것으로서 각하할 것인지 여부 또는 심리를 속행할 것인지 여부를 결정한다.</p> <p>제46조 (정당의 위헌여부에 대한 재판) ①청구가 이유 있는 경우에는 연방헌법재판소는 정당이 위헌임을 확인한다.</p> <p>②위헌 확인은 정당의 법적 또는 조직적으로 독립된 부분에 한정할 수 있다.</p> <p>③위헌 확인에는 정당 또는 정당의 독립된</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|---|---|
| <p>헌법재판소의 결정은 중앙선거관리위원회가 정당법에 따라 집행한다.</p> | <p>부분의 해산 및 그 대체조직의 결성금지를 부가하여야 한다. 이 경우에 연방헌법재판소는 그 외에도 정당 또는 정당의 독립된 부분의 재산을 몰수하여 공익목적에 위하여 연방이나 주에 귀속되도록 선고할 수 있다.</p> <p>제47조 (압수, 수색 등) 제38조와 제41조의 규정을 준용한다.</p> |
| <p>제4절 권한쟁의심판</p> | <p>제6절 제13조 제5호 [기관쟁의] 사건의 절차</p> |
| <p>제61조 (청구사유) ①국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 유무 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 해당 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.</p> <p>② 제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 경우에만 할 수 있다.</p> | <p>제63조 (청구인 및 피청구인) 연방대통령, 연방의회, 연방참사원, 연방정부 및 기본법상 또는 연방의회와 연방참사원의 사무규칙상 고유의 권리를 부여받은 기관의 일부는 청구인 및 피청구인이 될 수 있다.</p> <p>제64조 (청구의 적법성) ①청구인이 피청구인의 처분 또는 부작위가 기본법에 의하여 부여된 청구인 또는 소속 기관의 권한과 의무를 침해 혹은 직접 위태롭게 하였다고 주장하는 경우에 청구할 수 있다.</p> <p>②청구에는 이의가 제기된 피청구인의 처분 또는 부작위에 의하여 위반된 기본법의 규정을 명시하여야 한다.</p> <p>③청구는 이의가 제기된 처분 또는 부작위를 청구인이 안 날로부터 6개월 이내에 제기하여야 한다.</p> <p>④이 법의 시행 시에 그 기간이 경과한 경우에는, 이 법 시행 후 3개월 이내에 청구할 수 있다.</p> |
| <p>제62조 (권한쟁의심판의 종류) ①권한쟁의심판의 종류는 다음 각 호와 같다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 국가기관 상호간의 권한쟁의심판 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판 2. 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판 가. 정부와 특별시·광역시·특별자치시·도 또는 특별자치도 간의 권한쟁의심판 나. 정부와 시·군 또는 지방자치단체인 구(이하 “자치구”라 한다)간의 권한쟁의심판 3. 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판 가. 특별시·광역시·특별자치시·도 또는 | <p>⑤청구인은 이의가 제기된 피청구인의 처분 또는 부작위에 의하여 위반된 기본법의 규정을 명시하여야 한다.</p> <p>⑥청구는 이의가 제기된 처분 또는 부작위를 청구인이 안 날로부터 6개월 이내에 제기하여야 한다.</p> <p>⑦이 법의 시행 시에 그 기간이 경과한 경우에는, 이 법 시행 후 3개월 이내에 청구할 수 있다.</p> <p>제65조 (소송절차에의 참가) ①제63조에서 열거된 청구권자는 당해 심판이 그들의 권한의 범위에 관한 것일 경우 절차의 모든 단계에서 청구인 및 피청구인으로 참가할 수 있다.</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|---|---|
| <p>특별자치도 상호간의 권한쟁의심판 나. 시·군 또는 자치구 상호간의 권한쟁의심판 다. 특별시·광역시·특별자치시·도 또는 특별자치도와 시·군 또는 자치구 간의 권한쟁의심판</p> <p>②권한쟁의가 지방교육자치에관한법률 제2조에 따른 교육·학예에 관한 지방자치단체의 사무에 관한 것인 경우에는 교육감이 제1항제2호 및 제3호의 당사자가 된다.</p> <p>제63조 (청구기간) ①권한쟁의의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다. ②제1항의 기간은 불변기간으로 한다.</p> <p>제64조 (청구서의 기재사항) 권한쟁의심판의 청구서에는 다음 각 호의 사항을 적어야 한다. 1. 청구인 또는 청구인이 속한 기관 및 심판수행자 또는 대리인의 표시 2. 피청구인의 표시 3. 심판 대상이 되는 피청구인의 처분 또는 부작위 4. 청구 이유 5. 그 밖의 필요한 사항</p> <p>제65조 (가처분) 헌법재판소가 권한쟁의심판의 청구를 받았을 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 중구결정의 선고 시까지 심판 대상이 된 피청구인의 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있다.</p> <p>제66조 (결정의 내용) ①헌법재판소는 심판의 대상이 된 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 유무 또는 범위에 관하여 판단한다. ②제1항의 경우에 헌법재판소는 권한침해의</p> | <p>②연방헌법재판소는 절차의 개시를 연방대통령, 연방의회, 연방참사원 및 연방정부에게 통지한다.</p> <p>제66조 (소송절차의 병합과 분리) 연방헌법재판소는 계속 중인 절차를 병합하거나 병합된 절차를 분리할 수 있다.</p> <p>제66a조 조사위원회법 제2조 제3항과 연계한 제13조 제5호에 따른 절차 및 조사위원회법 제18조 제3항의 절차, 조사위원회법 제19조와 제23조 제2항과의 연계된 절차에서 연방헌법재판소는 변론 없이 재판할 수 있다. 이는 제63조와 연계하여 연방정보기관의 활동에 대한 의회의 통제법 제14조에 따른 신청에도 동일하게 적용된다.</p> <p>제67조 (재판) 연방헌법재판소는 심판에서, 이의가 제기된 피청구인의 처분 또는 부작위가 기본법의 규정에 위반하는지 여부를 확인한다. 그 규정은 명시하여야 한다. 동시에 연방헌법재판소는 주문에서 기본법 규정의 해석에 중요하고, 제1문에 따른 확인을 좌우하는 법률문제를 심판할 수 있다.</p> <p>제7절 제13조 제7호 [연방국가적 쟁의 사건의 절차]</p> <p>제68조 (청구인 및 피청구인) 연방을 위하여서는 연방정부가, 주를 위하여서는 주정부만이 청구인이나 피청구인이 될 수 있다.</p> <p>제69조 (준용규정) 제64조 내지 제67조의 규정을 준용한다.</p> <p>제70조 (이의제기기간) 기본법 제84조 제4항 제1문에 의한 연방참사원의 의결에 대하여는 의결한 때로부터 1개월 이내에 이의를</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|---|---|
| <p>원인이 된 피청구인의 처분을 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있고, 헌법재판소가 부작위에 대한 심판청구를 인용하는 결정을 한 때에는 피청구인은 결정취지에 따른 처분을 하여야 한다.</p> <p>제67조 (결정의 효력) ①헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다. ②국가기관 또는 지방자치단체의 처분을 취소하는 결정은 그 처분의 상대방에 대하여 이미 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다.</p> <p style="text-align: center;">제5절 헌법소원심판</p> <p>제68조 (청구사유) ①공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수</p> | <p>제기할 수 있다.</p> <p>제8절 제13조 제8호 [연방과 주 사이의 비헌법적 공법상 분쟁] 사건의 절차</p> <p>제71조 (청구인 및 피청구인) ①다음 각호의 자는 청구인 및 피청구인이 될 수 있다. 1. 기본법 제93조 제1항 제4호에 의한 연방과 주 사이의 공법상 분쟁에서는 연방정부 및 주정부. 2. 기본법 제93조 제1항 제4호에 의한 주들 상호간의 공법상 분쟁에서는 주정부. 3. 기본법 제93조 제1항 제4호에 의한 주 내부의 공법상 분쟁에서는 주최고기관 및 주헌법상 또는 주최고기관의 사무규칙상 고유의 권한을 부여받은 기관의 일부. 다만, 분쟁의 대상이 당해 기관의 권한 또는 관할에 직접 관련이 있는 경우에 한한다. ②제64조 제3항의 규정을 준용한다.</p> <p>제72조 (재판) ①연방헌법재판소는 심판에서 다음 사항을 선고할 수 있다. 1. 처분의 적법성 또는 부적법성 2. 피청구인이 처분을 중지, 취소, 실시 또는 승인할 의무 3. 급부제공 의무 ②제71조 제1항 제3호의 절차에서 연방헌법재판소는 이의가 제기된 피청구인의 처분 또는 부작위가 주헌법에 위반하는지 여부를 확인한다. 제67조 제2문 및 제3문의 규정을 준용한다.</p> <p>제15절 제13조 제8a호 [헌법소원] 사건의 절차</p> <p>제90조 (소원적격) ①공권력에 의하여 자신의 기본권 또는 기본법 제20조 제4항, 제33조, 제38조, 제101조, 제103조와 제104조의 권리가 침해된 자는 연방헌법재판소에 헌법소</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|--|--|
| <p>있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다.</p> <p>②제41조제1항에 따른 법률의 위헌 여부 심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 이 경우 그 당사자는 당해 사건의 소송절차에서 동일한 사유를 이유로 다시 위헌 여부 심판의 제청을 신청할 수 없다.</p> <p>제69조 (청구기간) ①제68조제1항에 따른 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다. 다만, 다른 법률에 의한 구제절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정을 통지받은 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다.</p> <p>②제68조제2항에 따른 헌법소원심판은 위헌 여부 심판의 제청신청을 기각하는 결정을 통지받은 날부터 30일 이내에 청구하여야 한다.</p> <p>제70조 (국선대리인) ①헌법소원심판을 청구하려는 자가 변호사를 대리인으로 선임할 자력이 없는 경우에는 헌법재판소에 국선대리인을 선임하여 줄 것을 신청할 수 있다. 이 경우 제69조에 따른 청구기간은 국선대리인의 선임신청이 있는 날을 기준으로 정한다.</p> <p>②제1항에도 불구하고 헌법재판소가 공익상 필요하다고 인정할 때에는 국선대리인을 선임할 수 있다.</p> <p>③헌법재판소는 제1항의 신청이 있는 경우 또는 제2항의 경우에는 헌법재판소규칙이 정하는 바에 따라 변호사 중에서 국선대리인을 선정한다. 다만, 그 심판청구가 명백히 부적법하거나 이유 없는 경우 또는 권리의</p> | <p>원을 청구할 수 있다.</p> <p>②다른 권리구제절차가 있는 경우에는, 헌법소원은 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다. 다만 헌법소원이 일반적인 의미를 가지는 경우 또는 먼저 권리구제절차를 거치게 하면 소원청구인이 중대하고 불가피한 손해를 입을 우려가 있는 경우에는, 연방헌법재판소는 권리구제절차를 거치기 전에 헌법소원에 대해서도 즉시 심판할 수 있다.</p> <p>③주헌법에 따라 주헌법재판소에 헌법소원을 청구하는 권리는 영향을 받지 아니한다.</p> <p>제91조 (지방자치단체의 소원적격) 지방자치단체 및 지방자치단체연합은 연방이나 주의 법률이 기본법 제28조의 규정을 위반한다는 것을 이유로 하여 헌법소원을 청구할 수 있다. 자치행정권의 침해로 하는 헌법소원을 주법에 따라 주헌법재판소에 청구할 수 있는 경우에는, 연방헌법재판소에 헌법소원 심판청구는 허용되지 아니한다.</p> <p>제91a조 (삭제)</p> <p>제92조 (소원의 이유) 청구 이유에는 침해되었다고 주장하는 권리 및 자신의 권리를 침해했다고 생각하는 기관이나 행정청의 작위 또는 부작위를 명시하여야 한다.</p> <p>제93조 (청구기간; 지체이전상태에서의 절차제개) ①헌법소원은 1개월 이내에 청구하여야 하고 청구이유를 제시하여야 한다. 형식을 갖추어 작성된 결정의 송달 또는 비정형의 통지가 기준이 된 절차법상의 규정에 따라 직권으로 행해져야 하는 경우에는, 기간은 이들 송달 또는 통지로부터 개시된다. 그 밖의 경우에는 기간은 결정의 공포</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|--|---|
| <p>남용이라고 인정되는 경우에는 국선대리인을 선정하지 아니할 수 있다.</p> <p>④헌법재판소가 국선대리인을 선정하지 아니한다는 결정을 한 때에는 지체 없이 그 사실을 신청인에게 통지하여야 한다. 이 경우 신청인이 선임신청을 한 날부터 그 통지를 받은 날까지의 기간은 제69조의 청구기간에 산입하지 아니한다.</p> <p>⑤제3항에 따라 선정된 국선대리인은 선정된 날부터 60일 이내에 제71조에 규정된 사항을 적은 심판청구서를 헌법재판소에 제출하여야 한다.</p> <p>⑥제3항에 따라 선정된 국선대리인에게는 헌법재판소규칙이 정하는 바에 따라 국고에서 그 보수를 지급한다.</p> <p>제71조 (청구서의 기재사항) ①제68조제1항에 따른 헌법소원의 심판청구서에는 다음 각 호의 사항을 적어야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 청구인 및 대리인의 표시 2. 침해된 권리 3. 침해의 원인이 되는 공권력의 행사 또는 불행사 4. 청구 이유 5. 그 밖에 필요한 사항 <p>②제68조제2항에 따른 헌법소원의 심판청구서의 기재사항에 관하여는 제43조를 준용한다. 이 경우 제43조제1호중 “제청법원의 표시”는 “청구인 및 대리인의 표시”로 본다.</p> <p>③헌법소원의 심판청구서에는 대리인의 선임임을 증명하는 서류 또는 국선대리인 선임통지서를 첨부하여야 한다.</p> | <p>로부터, 또는 결정을 공표할 수 없는 경우에는 소원청구인에 대한 그 밖의 고지로부터 개시된다. 이 경우 완전한 형식의 재판의 부분이 소원청구인에게 교부되지 아니한 때에는 제1문의 기간은 소원청구인이 서면으로 또는 서기과의 조서로 완전한 형식으로 작성된 재판의 교부를 신청함으로써 중단된다. 완전한 형식의 결정이 법원에 의하여 소원청구인에게 교부되거나 직권으로 또는 당해절차의 당사자에 의하여 소원청구인에게 송달될 때까지 계속 중단된다.</p> <p>②소원청구인이 전항의 기간을 준수하는 데 자신의 과실에 의하지 아니하고 장애를 받았던 경우에는, 지체 이전 상태에서의 절차 재개를 신청할 수 있다. 이 신청은 장애사유가 소멸한 후 2주 이내에 제기되어야 한다. 신청사유를 입증하기 위한 사실은 신청시 또는 신청에 대한 소송절차에서 소명되어야 한다. 신청기간 내에 지체된 법률행위를 보완하여야 한다. 이것이 보완된 경우에는, 지체 이전 상태에서의 소송절차의 재개는 신청이 없이도 허용할 수 있다. 지체된 기간의 만료 후 1년이 경과하면 신청은 부적법하다. 대리인의 귀책사유는 소원청구인의 귀책사유와 같은 효력이 있다.</p> <p>③헌법소원이 법률에 대하여 또는 권리구제 절차가 없는 그 밖의 고권행위를 대상으로 하는 경우, 헌법소원은 법률 시행 후 또는 고권행위의 발령 후 1년 이내에 청구하여야 한다.</p> <p>④1951년 4월 1일 이전에 시행된 법률에 대한 헌법소원은 1952년 4월 1일까지 청구할 수 있다.</p> <p>제93a조 (심판회부) ①헌법소원은 심판에 회부된다.</p> <p>②헌법소원은 다음 각호의 경우에 심판에 회부하여야 한다.</p> |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|--|--|
| <p>제72조 (사전심사) ①헌법재판소장은 헌법재판소에 재판관 3명으로 구성되는 지정재판부를 두어 헌법소원심판의 사전심사를 담당하게 할 수 있다.</p> <p>②삭제</p> <p>③지정재판부는 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에는 지정재판부 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 결정으로 헌법소원의 심판청구를 각하한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 다른 법률에 의한 구제절차가 있는 경우 그 절차를 모두 거치지 아니하거나 또는 법원의 재판에 대하여 헌법소원의 심판이 청구된 경우 2. 제69조의 청구기간이 지난 후 헌법소원심판이 청구된 경우 3. 제25조에 따른 대리인의 선임 없이 청구된 경우 4. 기타 헌법소원심판의 청구가 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우 <p>④지정재판부는 전원의 일치된 의견으로 제3항의 각하결정을 하지 아니하는 경우에는 결정으로 헌법소원을 재판부의 심판에 회부하여야 한다. 헌법소원심판의 청구 후 30일이 지날 때까지 각하결정이 없는 때에는 심판에 회부하는 결정(이하 “심판회부결정”이라 한다)이 있는 것으로 본다.</p> <p>⑤지정재판부의 심리에 관하여는 제28조, 제31조, 제32조 및 제35조를 준용한다.</p> <p>⑥지정재판부의 구성과 운영에 필요한 사항은 헌법재판소규칙으로 정한다.</p> | <ol style="list-style-type: none"> 1. 헌법소원에 원칙적인 헌법적 의미가 있는 경우 2. 제90조 제1항에 열거된 권리를 관철하기에 적절한 경우; 본안재판의 거절로 인하여 소원청구인에게 특별히 중대한 손실이 발생할 경우도 이에 해당한다. <p>제93b조 (지정재판부의 권한) 지정재판부는 헌법소원의 심판회부를 거부하거나 제93c조의 경우에는 헌법소원을 심판에 회부할 수 있다. 그 밖의 경우에는 재판부가 심판회부여부에 대하여 재판한다.</p> <p>제93c조 (지정재판부에 의한 헌법소원의 인용) ①제93a조 제2항 b목의 요건들이 충족되고 연방헌법재판소가 헌법소원에 대하여 기준이 되는 헌법문제를 이미 재판한 경우에는, 헌법소원이 명백히 이유 있는 경우에 지정재판부는 헌법소원을 인용할 수 있다. 이는 재판부의 재판과 동일한 효력을 가진다. 제31조 제2항의 효력을 가지는, 법률이 기본법 또는 그 밖의 연방법에 합치, 불합치 또는 무효로 선고하는 재판은 재판부에 유보된다.</p> <p>②제94조 제2항, 제3항 및 제95조 제1항, 제2항은 전항의 절차에 적용된다.</p> <p>제93d조 (지정재판부에서의 절차) ①제93b조와 제93c조의 재판은 변론 없이 행한다. 동 재판은 불가쟁력을 갖는다. 헌법소원의 심판회부 거부는 이유를 적시할 필요가 없다.</p> <p>②재판부가 심판회부의 여부에 대해서 결정하지 않는 때에는 지정재판부는 당해 헌법소원절차에 관한 모든 결정을 할 수 있다. 법률의 적용을 전부 또는 일부 정지하는 가처분은 재판부만이 할 수 있다; 제32조 제7항은 영향을 받지 아니한다. 제32조 제3항의 경우에도 재판부가 재판한다.</p> |

| 헌 법 재 판 소 법 | 독 일 연 방 헌 법 재 판 소 법 |
|---|--|
| <p>제73조 (각하 및 심판회부결정의 통지) ①지정재판부는 헌법소원을 각하하거나 심판회부결정을 한 때에는 그 결정일로부터 14일 이내에 청구인 또는 그 대리인 및 피청구인에게 그 사실을 통지하여야 한다. 제72조 제4항 후단의 경우에도 또한 같다.</p> <p>②헌법재판소장은 헌법소원이 제72조제4항에 따라 재판부의 심판에 회부된 때에는 다음 각 호에 열거된 자에 대하여 지체 없이 그 사실을 통지하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 법무부장관 2. 제68조제2항에 따른 헌법소원심판에서는 청구인이 아닌 당해 사건의 당사자 <p>제74조 (이해관계기관 등의 의견제출) ①헌법소원의 심판에 이해관계가 있는 국가기관 또는 공공단체와 법무부장관은 헌법재판소에 그 심판에 관한 의견서를 제출할 수 있다.</p> <p>②제68조제2항에 따른 헌법소원이 재판부에 심판 회부된 때에는 제27조제2항 및 제44조를 준용한다.</p> <p>제75조 (인용결정) ①헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.</p> <p>②제68조제1항에 따른 헌법소원을 인용할 때에는 인용결정서의 주문에서 침해된 기본권과 침해의 원인이 된 공권력의 행사 또는 불행사를 특정하여야 한다.</p> <p>③제2항의 경우에 헌법재판소는 기본권침해의 원인이 된 공권력의 행사를 취소하거나 그 불행사가 위헌임을 확인할 수 있다.</p> <p>④헌법재판소가 공권력의 불행사에 대한 헌법소원을 인용하는 결정을 한 때에는 피청구인은 결정취지에 따라 새로운 처분을 하여야 한다.</p> <p>⑤제2항의 경우에 헌법재판소는 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률 또는 법</p> | <p>③지정재판부는 전원일치의 결정에 의하여 심판한다. 재판부는 3인 이상의 재판관이 심판회부에 동의함으로써 심판회부를 결정한다.</p> <p>제94조 (제3자의 의견청취) ①연방 또는 주의 작위 또는 부작위에 대하여 헌법소원이 청구된 경우에는, 연방헌법재판소는 당해 헌법기관에게 일정 기간 내에 의견진술의 기회를 부여한다.</p> <p>②작위 또는 부작위가 연방 또는 주의 장관 또는 행정청에 의한 경우에는 관할장관에게 의견진술의 기회를 부여하여야 한다.</p> <p>③헌법소원이 법원의 재판에 대하여 청구된 경우에는, 연방헌법재판소는 그 재판의 수익자에게도 의견진술의 기회를 부여한다.</p> <p>④헌법소원이 직접 또는 간접적으로 법률에 대하여 청구된 경우에는 제77조를 준용하여야 한다.</p> <p>⑤제1항, 제2항 및 제4항 열거된 헌법기관은 절차에 참가할 수 있다. 연방헌법재판소는 변론에 의하여 더 이상 절차의 진행을 기대할 수 없고, 의견진술을 할 권리를 가지고 절차에 참가한 헌법기관이 변론을 포기한 경우에는 변론을 생략할 수 있다.</p> <p>제95조 (재판) ①헌법소원이 인용된 경우에는 위반된 기본법의 조항과 당해 조항을 위반한 작위 또는 부작위를 확인하여야 한다. 연방헌법재판소는 심판대상이 된 처분의 반복은 기본법을 위배된다는 취지를 선고할 수 있다.</p> <p>②결정에 대한 헌법소원이 인용된 경우에는, 연방헌법재판소는 당해 결정을 취소하고, 제90조제2항 제1문의 경우에는 사건을 관할 법원에 환송한다.</p> <p>③법률에 대한 헌법소원이 인용된 경우에는, 당해 법률이 무효임을 선고한다. 헌법소원</p> |

| 헌 법 재 판 소 법 | 독 일 연 방 헌 법 재 판 소 법 |
|--|---|
| <p>률의 조항에 기인한 것이라고 인정될 때에는 인용결정에서 해당 법률 또는 법률의 조항이 위헌임을 선고할 수 있다.</p> <p>⑥제5항의 경우 및 제68조제2항에 따른 헌법소원을 인용하는 경우에는 제45조 및 제47조를 준용한다.</p> <p>⑦제68조제2항에 따른 헌법소원이 인용된 경우에 해당 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자는 재심을 청구할 수 있다.</p> <p>⑧제7항에 따른 재심에 있어 형사사건에 대하여는 형사소송법을 준용하고, 그 외의 사건에 대하여는 민사소송법을 준용한다.</p> <p>제5장 전자정보처리조직을 통한 심판절차의 수행</p> <p>제76조 (전자문서의 접수) ①각종 심판절차의 당사자나 관계인은 청구서 또는 이 법에 따라 제출할 그 밖의 서면을 전자문서(컴퓨터 등 정보처리능력을 갖춘 장치에 의하여 전자적인 형태로 작성되어 송수신되거나 저장된 정보를 말한다. 이하 같다)화하고 이를 정보통신망을 이용하여 헌법재판소에서 지정·운영하는 전자정보처리조직(심판절차에 필요한 전자문서를 작성·제출·송달하는 데에 필요한 정보처리능력을 갖춘 전자적 장치를 말한다. 이하 같다)을 통하여 제출할 수 있다.</p> <p>②제1항에 따라 제출된 전자문서는 이 법에 따라 제출된 서면과 같은 효력을 가진다.</p> <p>③전자정보처리조직을 이용하여 제출된 전자문서는 전자정보처리조직에 전자적으로 기록된 때에 접수된 것으로 본다.</p> <p>④제3항에 따라 전자문서가 접수된 경우에 헌법재판소는 헌법재판소규칙으로 정하는 바에 따라 당사자나 관계인에게 전자적 방식으로 그 접수 사실을 즉시 알려야 한다.</p> | <p>이 제2항에 따라 취소된 결정이 위헌인 법률에 기인하였기 때문인 경우에도 이와 동일하다. 제79조의 규정을 준용한다.</p> <p>- 유사조항 없음</p> |

| 헌 법 재 판 소 법 | 독 일 연 방 헌 법 재 판 소 법 |
|--|---------------------|
| <p>제77조 (전자서명 등) ①당사자나 관계인은 헌법재판소에 제출하는 전자문서에 헌법재판소규칙으로 정하는 바에 따라 본인임을 확인할 수 있는 전자서명을 하여야 한다.</p> <p>②재판관이나 서기는 심판사건에 관한 서류를 전자문서로 작성하는 경우에 「전자정부법」 제2조제6호에 따른 행정전자서명(이하 "행정전자서명"이라 한다)을 하여야 한다.</p> <p>③제1항의 전자서명과 제2항의 행정전자서명은 헌법재판소의 심판절차에 관한 법령에서 정하는 서명·서명날인 또는 기명날인으로 본다.</p> <p>제78조 (전자적 송달 등) ①헌법재판소는 당사자나 관계인에게 전자정보처리조직과 그와 연계된 정보통신망을 이용하여 결정서나 이 법에 따른 각종 서류를 송달할 수 있다. 다만, 당사자나 관계인이 동의하지 아니하는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>②헌법재판소는 당사자나 관계인에게 송달하여야 할 결정서 등의 서류를 전자정보처리조직에 입력하여 등재한 다음 그 등재 사실을 헌법재판소규칙으로 정하는 바에 따라 전자적 방식으로 알려야 한다.</p> <p>③제1항에 따른 전자정보처리조직을 이용한 서류 송달은 서면으로 한 것과 같은 효력을 가진다.</p> <p>④ 제2항의 경우 송달받을 자가 등재된 전자문서를 헌법재판소규칙으로 정하는 바에 따라 확인한 때에 송달된 것으로 본다. 다만, 그 등재 사실을 통지한 날부터 2주 이내에 확인하지 아니하였을 때에는 등재 사실을 통지한 날부터 2주가 지난 날에 송달된 것으로 본다.</p> <p>⑤제1항에도 불구하고 전자정보처리조직의 장애로 인하여 전자적 송달이 불가능하</p> | |

| 헌법재판소법 | 독일연방헌법재판소법 |
|---|------------|
| <p>나 그 밖에 헌법재판소규칙으로 정하는 사유가 있는 경우에는 「민사소송법」에 따라 송달할 수 있다.</p> <p style="text-align: center;">제6장 벌칙</p> <p>제79조 (벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 헌법재판소로부터 증인, 감정인, 통역인 또는 번역인으로서 소환 또는 위촉을 받고 정당한 사유 없이 출석하지 아니한 자 2. 헌법재판소로부터 증거물의 제출요구 또는 제출명령을 받고 정당한 사유 없이 이를 제출하지 아니한 자 3. 헌법재판소의 조사 또는 검사를 정당한 사유 없이 거부·방해 또는 기피한 자 | |

참고문헌

I. 국내문헌

<단행본>

- 김남진/김연태, 행정법 I, 법문사, 2019.
- 김두식, 헌법의 풍경, 교양인, 2008.
- 김철용/김문현/정재황, 헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적연구, 헌법재판연
구 제4권, 헌법재판소, 1993.
- 김하열, 헌법소송법, 박영사, 2018.
- 김하열, 헌법소송법, 박영사, 2019.
- 김현철, “한정위헌결정과 한정합헌·헌법불합치결정과의 관계”, 법학논총 제29
집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2009.12.
- 김현철, 관례헌법소송법, 전남대학교출판문화원, 2019.
- 김홍엽, 민사소송법, 박영사, 2019.
- 김홍엽, 민사집행법, 박영사, 2017.
- 남북현, 헌법재판소 결정의 소송법적 효력, 한국학술정보, 2013.
- 박운흔/정형근, 행정법강의(상), 박영사, 2009.
- 박일경, 신헌법요론, 진명문화사, 1961.
- 성낙인/이효원/권건보/정 철/박진우/허진성, 헌법소송론, 법문사, 2012.
- 신 평, 헌법재판법, 법문사, 2011.
- 양건/김문현/남북현, 헌법재판소법 개정방향에 관한 연구용역보고서 (헌법재
판연구 제10권), 헌법재판소, 1999.
- 이상규, 신행정쟁송법, 법문사, 1994.
- 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2014.
- 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2018.
- 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2019.
- 이시윤, 헌법재판개관, 헌법재판소, 1989.
- 이영무, 행정구제법강의, 도서출판 동방문화사, 2017.
- 이창현, 형사소송법, 피앤씨미디어, 2018.
- 이철환, 행정구제법, 전남대학교출판부, 2016.

- 이철환, 행정쟁송법 이론과 판례, 전남대학교출판문화원, 2019.
- 장영수, 헌법학, 홍문사, 2019.
- 정동윤/유병현/김경욱, 민사소송법(제7판), 법문사, 2019.
- 정연주, 헌법소송론, 법영사, 2015.
- 정중섭, 헌법소송법, 박영사, 2019.
- 정중섭, 헌법소송법론, 박영사, 2014.
- 최희수, 헌법소송법 요론, 대명출판사, 2015.
- 한병채, 헌법재판론, 고시계, 1994.
- 한수웅, 헌법학, 법문사, 2018.
- 한수웅, 헌법학, 법문사, 2019.
- 한수웅/정태호/김하열/정문식, 주석 헌법재판소법, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015.
- 한태연, 신헌법, 법문사, 1960.
- 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2019.
- 허 영, 헌법소송법론, 박영사, 2018.
- 허 영, 헌법소송법론, 박영사, 2019.
- 허완중, 오스트리아 헌법재판제도에 관한 연구, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2016.
- 허완중, 한국 헌법에 따른 헌법재판소법 제47조 제3항의 해석, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015.
- 허완중, 헌법소송법, 박영사, 2019.
- 허완중, 헌법재판소 결정의 효력, 전남대학교출판문화원, 2019.
- 허완중, 헌법재판소 결정이 입법자를 구속하는 범위와 한계, 전남대학교출판문화원, 2017.
- 홍성방, 헌법소송법, 박영사, 2015.
- 홍성방, 헌법학(하), 박영사, 2014.
- 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2019.
- 홍준형, 행정쟁송법, 도서출판 오래, 2017.
- 법원행정처, 법원실무제요(행정), 2016.
- 사법연수원, 행정구제법, 2015.
- 헌법재판소 헌법재판연구원, 국가별법령집(독일기본법·헌법재판소법·헌법재판소규칙), 2016.

헌법재판소 헌법재판연구원, 국가별법령집(스페인헌법·헌법재판소조직법), 2017.
헌법재판소 헌법재판연구원, 주식 헌법재판소법, 2015.
헌법재판소, 헌법소원심판개요, 1993.
헌법재판소, 헌법재판소 10년사, 삼화인쇄주식회사, 1998.
헌법재판소, 헌법재판소 20년사, 상경커뮤니케이션, 2008.
헌법재판소, 헌법재판소 30년사, 신우문화인쇄, 2018.
헌법재판소, 헌법재판실무제요, 2015.

<논문>

강민형, “헌법소원심판의 청구절차”, 헌법재판자료 제2집, 헌법재판소, 1989.
공진성, “헌법재판소 제68조 제2항에 의한 헌법소원에서 반복제청신청금지에 대한 연구”, 법학논총 제38권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2018.
권영성, “헌법판례 20선”, 인권과정의, 대한변호사협회, 2000.4.
김영철, “스페인헌법재판소의 관할과 그 운용현황”, 헌법논총 제2집, 헌법재판소, 1992.
김종빈, “헌법소원의 대상”, 헌법재판자료 제2집, 헌법재판소, 1989.
김지영, “미국연방대법원의 법정조언자(Amicus Curiae)제도” 헌법재판소 헌법재판연구원, 2013.
김지형, “헌법재판소결정의 기관력 -특히 독일에서의 논의를 중심으로-”, 헌법논총 제3집, 헌법재판소, 1992.
김진한, “미국 연방대법원의 사법심사 제도와 그 운영”, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2014.
김철수, “헌법소송제도의 문제점과 개선방안”, 현대공법론의 연구 (성계이규석 교수 정년기념), 도서출판 삼선, 1992.
김철수, “헌법소원제도의 개선방안”, 법률의 위헌결정과 헌법소원의 대상 (헌법재판연구 제1권), 헌법재판소, 1990.
김학성, “서독의 헌법소원제도”, 헌법재판연구 제1권, 헌법재판소, 1989.
김학성, “헌법소원에 관한 연구”, 법학박사학위논문, 서울대학교 대학원, 1990.
김환학, “독일 연방헌법재판소의 규범통제와 경과규율”, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2019.
남동현, “민사 및 형사소송에 있어서의 소송구조론과 불이익변경금지의 원칙”,

- 민사소송 제9집 제1호, 한국민사소송법학회, 2005.
- 남복현, “2008년 헌법판례의 회고와 분석”, 공법논총 제5호, 호남공법학회, 2009.
- 남복현, “동일한 사건의 인정범위와 현재결정의 기판력”, 강의중 교수 정년기념논문집, 교학사, 2002.
- 남복현, “지방자치법 제4조와 권한쟁의심판”, 국가법연구 제13집 제1호, 한국국가법학회, 2017. 2.
- 남복현, “판례평석: 헌법재판소의 합의방식과 결정정족수”, 법학연구, 제15집, 원광대 법학연구소, 1998. 12.
- 남복현, “헌법재판과 법형성의 관계”, 현대헌법학이론. 우재이명구박사화갑기념논문집 I, 동 기념논문집간행위원회, 1996.
- 남복현, “헌법재판소 결정의 확정력”, 한양법학 제3집, 한양법학회, 1992.
- 남복현, “헌법재판의 결정정족수”, 현대공법과 개인의 권익보호. 균재양승두교수화갑기념논문집 I, 동 기념논문집간행위원회, 1994.
- 남복현, 법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구, 한양대학교 법학박사학위논문, 1994.
- 남복현, 헌법재판소 결정의 확정력에 관한 고찰, 아태공법연구 제8집, 아세아태평양공법학회, 2000.
- 박상훈, “헌법재판소법상 가처분 일반조항의 신설필요성에 관하여”, 재판자료, 제92집, 법원도서관, 2001.
- 박세영, “헌법재판소법 제24조 제4항 위헌확인. 동일한 사건에 대하여 2명 이상의 재판관을 기피할 수 없도록 규정한 것이 헌법소원심판청구인의 공정한 헌법재판을 받을 권리를 침해하는 것인지 여부(헌재 2016. 11. 24. 2015헌마902, 판례집 28-2하, 318)”, 헌법재판소결정해설집 제15집, 헌법재판소, 2016.
- 박정훈, “취소소송의 소송물에 관한 연구: 취소소송의 관통개념으로서 소송물 개념의 모색”, 법조 제49권 제7호(통권 제526호), 법조협회, 2000. 7.
- 박진완, “헌법재판소와 국회의와의 관계: 규범반복금지”, 헌법학연구 제11권 제2호, 한국헌법학회, 2005.
- 방승주, “국가배상법 제2조 제1항 단서에 대한 한정위헌결정의 기속력”, 인권과정의, 제304호, 대한변호사협회, 2001.12.

- 방승주, “헌법재판소의 2012. 5. 31. 2009헌바123·126(병합) 구 조세감면규제법 부칙 제23조 위헌소원 결정을 둘러싼 헌법소송법적 쟁점에 대한 검토”, 헌법실무연구 제13권, 헌법재판소, 2012.
- 방승주, “헌법재판소의 헌법합치적 해석의 효력”, 법학논집 특별호, 고려대학교 법학연구소, 1997.
- 변종필, “형사소송에서 법관의 지위와 역할-지위론, 구조론 및 목적론의 연계 구조와 관련하여”, 형사정책연구 제13권 제4호(통권 제52호), 한국형사정책연구원, 2002.
- 안철상, “행정소송과 민사소송의 관계”, 법조 제57권 제1호(통권 제616호), 법조협회, 2008. 1.
- 윤지현, “조세소송의 기본구조. 심리와 판결의 효력 범위를 중심으로”, 특별법연구 제10권, 사법발전재단, 2012.
- 이성환, “한정위헌결정의 기속력”, 세계헌법연구, 제2호, 세계헌법학회 한국학회, 1997.
- 이성환, “헌법재판소 결정의 효력에 관한 연구”, 박사학위논문, 서울대학교대학원, 1994.
- 이시운, “한국의 헌법재판”, 헌법재판자료 제3집, 헌법재판소, 1990.
- 이황희, “통합진보당 해산(재심)사건. 통합진보당 해산결정에 대한 재심청구가 적법한지 여부(헌재 2016. 5. 26. 2015헌아20, 판례집 28-1하, 163)”, 헌법재판소결정해설집 제15집, 헌법재판소, 2016.
- 장영철, “헌법소송에 있어 일반소송법 준용규정의 해석-헌재결 1998. 5. 28, 97아1; 1995. 1. 20, 93헌아1 등과 관련하여”, 헌법판례연구 제2권, 한국헌법판례연구학회, 2000. 8.
- 장윤기, “헌법재판소에서 위헌으로 결정된 법률의 효력”, 사법행정 제34권 제6호(통권 제390호), 사법행정학회, 1993. 6.
- 전정환, “헌법재판소 결정의 확정력에 관한 고찰”, 아태공법연구 제8집, 아태평양공법학회, 2000.
- 전정환, “헌법재판소 결정의 효력에 관한 일반적 고찰”, 문광삼/남북현/전정환, 헌법재판소결정의 효력에 관한 연구(헌법재판연구 제7권), 헌법재판소, 1996.
- 정영주, “안마사결정의 재검토: 위헌결정 기속력의 주관적·객관적 범위의 문

- 제를 중심으로”, *홍익법학* 제10권 제2호, 2009.
- 정종섭, “한국헌정사에서 헌법소원제도의 출현과 제도화”, *헌법논총* 제20집, 헌법재판소, 2009.
- 정종섭, “헌법소송과 행정소송”, *헌법논총* 제3집, 헌법재판소, 1992.
- 정태호, “헌법소송법의 독자성’문제에 대한 고찰”, *운남서정호교수정년기념논문집. 법과 국가*, 1997.
- 정태호, “정당해산심판절차에 대한 민사소송법령 준용과 한계”, *경희법학* 제49권 제4호, 경희대 법학연구소, 2014.
- 정태호, “헌법소송법의 독자성 문제에 관한 고찰”, *법과 국가 (운남서정호교수정년기념논문집)*, 민영사, 1997.
- 정태호, “헌법소원심판절차에 있어서의 청구취하의 효력의 제한에 관한 고찰”, *공법연구* 제24집 제2호, 한국공법학회, 1996.
- 정태호, “헌법재판관에 대한 기피와 헌법소송법의 독자성”, *헌법논총* 제7집, 헌법재판소, 1996
- 최선웅, “행정소송에서의 기본적 사실관계 동일성의 의의”. *행정법연구* 제46호, 행정법이론실무학회, 2016. 8.
- 최선웅, “행정소송에서의 준용규정에 관한 일 고찰”, *행정법연구* 제12호, 행정법이론실무학회, 2004.
- 최종태, “헌법재판소에 대한 소고(小考)”, *동국법학* 제2호, 동국대학교 법학회, 1960.
- 최철환, “소송구조론과 공판중심주의의 관계”, *재판자료* 제104집. 바람직한 민·형사소송실무운영방안, 법원도서관, 2004.
- 최희수, “구범통제결정의 기판력”, *헌법논총* 제14집, 헌법재판소, 2003.
- 최희수, “법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구”, 박사학위논문, 고려대학교대학원, 2001.
- 하명호, “공법상 당사자소송과 민사소송의 구별과 소송상 취급”, *인권과 정의* 제380호, 대한변호사협회, 2008.
- 허영, “5·18 관련사건의 불기소처분에 대한 헌법소원의 취하와 헌법소원절차의 종료선언”, *헌법판례연구*[1], 박영사, 1999.
- 허완중, “위헌결정의 법률요건적 효력”, *헌법학연구* 제19권 제3호, 한국헌법학회, 2013.9.

- 허원중, “한정위헌청구의 허용 여부”, 법조 제62권 제1호(통권 제676호), 법조 협회, 2013. 1.
- 허원중, “헌법재판소 결정의 확정력”, 헌법학연구 제14권 제4호, 한국헌법학회, 2008.12.
- 허원중, “헌법재판소결정의 기속력과 결정이유 -헌재 2008. 10. 30. 2006헌마 1098 결정에 대한 평석을 중심으로-”, 인권과정의 제399호, 2009.11.
- 허원중, “형벌에 관한 법률(조항)에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정”, 공법 연구 제38집 제4호, 한국공법학회, 2010.
- 황도수, “헌법소원제도의 형성과 발전”, 헌법논총 제19집, 헌법재판소, 2008.
- 황도수, “헌법재판소 결정의 기속력”, 헌법의 규범력과 법질서(연천 허영 박사 정년기념논문집), 박영사, 2002.
- 황우여, “위헌결정의 효력”, 사법논집 제21집, 법원도서관, 1990.
- 황우여, “위헌결정의 효력”, 헌법재판의 이론과 실제(금량 김철수교수 화갑기념), 박영사, 1993.

II. 외국문헌

<단행본>

- B.-O. Bryde, Tatsachenfeststellung und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des BVerfG, 2001.
- Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, C.F.Muller, 2001.
- Brun-Otto Bryde, Verfassungsentwicklung, Baden-Baden 1982.
- Christian Hillgruber/Christoph Goos, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2015.
- Christian Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht 3. Aufl. 중 §12, 양삼승외 5인 옮김, 헌법재판자료 제5집, 헌법재판소, 1992.
- Christian Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., München 1991.
- Christoph Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, Berlin 1985.
- Ernst Benda/Eckart Klein/Oliver Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg 2012.

- F.-W. Dollinger, Mitarbeiterkommentar, C.F.Muller, 2004.
- Hans Schneider, Gesetzgebung, 2. Aufl., 1991.
- Heinz Mayer/Gabriele Kucsko-Stadlmayer/Karl Stöger, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 11. Aufl., Wien 2015.
- Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, C.H.Beck, 1997.
- Klaus Schlaich, 정태호 번역, Das Bundesverfassungsgericht, 미리, 2001.
- Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 11. Aufl., München 2018.
- Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, München 1980.
- Klaus Stern, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber, Opladen 1997.
- Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995 (콘라드 헷세, 계획열 역, 통일독일헌법원론, 박영사, 2001).
- Martin Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., Berlin 1976 (마르틴 크릴레, 홍성방 옮김, 법발견의 이론, 유로서적, 2013).
- Maunz/Schmidt-Bleibtreu, BVerfGE, 2012.
- Steffen Detterbeck, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht, Tübingen 1995.
- Theo Öhlinger/Harald Eberhard, Verfassungsrecht, 10. Aufl., Wien 2014.
- Schlaich/Koriath, Das Bundesverfassungsgericht. C.H. Beck, 2010

<논문>

- Andreas Heusch, Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidungen, in: Christian Burkiczak/Franz-Wilhelm Dollinger/Frank Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Heidelberger Kommentar, Heidelberg 2015.
- Andreas Voßkuhle, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 7. Aufl., München 2018.
- Christian Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., München 1991, S. 45;

- Klaus Vogel, Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. I, Verfassungsgerichtsbarkeit, Tübingen 1976.
- Christian-Friedrich Menger, Anmerkung zu zwei Beschlüssen des OVG Lüneberg und des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 80 (1955/1956).
- Detlef Merten, Demokratischer Rechtsstaat und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: DVBl. 1980.
- Ernst Benda, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber im dritten Jahrzehnt des Grundgesetzes, in: DÖV 1979.
- Ernst Friesenhahn Zum Inhalt und zur Wirkung der Entscheidungen des deutschen Bundesverfassungsgerichtes, in: Scritti in Onore di Gaspare Ambrosini, Bd. I, Milano 1970.
- Fritz Ossenbühl, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht: Verfassungsgerichtsbarkeit – Verfassungsprozeß, Bd. I, Tübingen 2001.
- Gernot Biehler, Zur Bindungswirkung von Urteilen des Bundesverfassungsgerichts, in: DVBl. 1991.
- Hans Huber, Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, in: Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht: Festgabe der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den schweizerischen Juristenverein, Bern 1955.
- Herbert Bethge, Verbindlichkeit der Entscheidung, in: Theodor Maunz/Bruno Schmit-Bleibtreu/Franz Klein/Gerhard Ulsamer/Herbert Bethge/Karin Grasshof/Rudolf Mellinghoff/Jochen Rozek, Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Kommentar, Bd. 1, München 2017 (Stand: Januar 2017).

- Kai-Oliver Knops, Bundesverfassungsgericht und die Bindungskraft seiner Entscheidungen, in: KritV 1997.
- Karl August Bettermann, Richterliche Normenkontrolle als negative Gesetzgebung?, in: DVBl. 1982.
- Klaus Lange, Rechtskraft, Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: JuS 1978.
- Klaus Rennert, Verbindlichkeit der Entscheidungen, in: Dieter C. Umbach/Thomas Clemens (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Mitarbeiterkommentar und Handbuch, 1. Aufl., Heidelberg 1992.
- Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidung, in: JuS 1982.
- Klaus Vogel, Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. I, Verfassungsgerichtsbarkeit, Tübingen 1976.
- Michael Sachs, Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidung, München 1977.
- Michael Sachs, Zur Verbindlichkeit bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen, in: Burkhard Ziemeke (Hrsg.), Staatsphilosophie und Rechtspolitik: Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag, München 1997.
- Otto Depenheuer, 공진성 옮김, “재판소원의 저주와 축복”, 헌법논총 제19집, 헌법재판소, 2008.
- Peter Häberle, Die Eigensändigkeit des Verfassungsprozeßrechts, JZ, 1973.
- Peter Häberle, Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: ders. (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, Darmstadt 1976.
- Peter Häberle, Verfassungsprozeßrechts als, konkretisiertes Verfassungsrecht JZ, 1976.
- Roland Wenig, Zur Zulässigkeit einer erneuten Vorlage im Normenkontrollverfahren, in: DVBl. 1973.

Ulrich Scheuner, Das Verfassungsgericht und die Bindungskraft seiner Entscheidungen, in: DÖV 1954.

Walter Seuffert, Über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Bindungswirkungen, in: AöR 104 (1979).

Willi Geiger, Die Grenzen der Bindung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen (§ 31 Abs. 1 BVerfGG), in: NJW 1954.

Wolfgang Endemann, Zur Bindungswirkung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsbeschwerdeverfahren, in: Theo Ritterspach/Willi Geiger (Hrsg.), Festschrift für Gebhard Müller: Zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 1970.

III. 기타자료

강현중, “헌법소원심판에 가치분이 허용되는가”, 법률신문, 2001.3.26.자, 기고문.
계희열, “헌법재판과 국가기능 -헌법재판의 기능적 및 제도적(관할권적) 한계를 중심으로-”, 『한국헌법재판의 회고와 전망(헌법재판소 창립 10주년 기념세미나)』, 헌법재판소, 1998.

김선태, 헌법재판소설립 25주년기념 국제학술대회(“헌법재판, 국가 그리고 공법”), 헌법재판소, 2013.5.23., 지정토론문.

Hans Klein, “민주적 헌법국가에서의 헌법재판과 정치”, 헌법재판소설립 25주년기념 국제학술대회(“헌법재판, 국가 그리고 공법”), 헌법재판소, 2013.5.23, 주제발표문.

법률신문, 2019. 10. 7.자, 5면 기사.

헌법재판소 홈페이지의 사건통계 :

[<http://www.ccourt.go.kr/cckhome/kor/info/selectEventGeneralStats.do>]

연구자 약력

김 현 철

서울대학교 법과대학 법학과 (법학사)
연세대학교 법무대학원 저작권학과 (법학석사)
연세대학교 대학원 법학과 (법학박사)
전 춘천지방법원 법원사무관
전 헌법재판소 사무처 법원사무관 · 법원서기관
전 헌법재판소 헌법연구관 · 부장연구관
현 전남대학교 법학전문대학원 교수

남 복 현

한양대 법정대학 법학과 (법학사)
한양대 대학원 법학과 (법학석사)
한양대 대학원 법학과 (법학박사)
독일 쾰른대학교 국가철학 및 법정정책학 연구소 객원교수
전 헌법재판소 방문연구교수
전 한국국가법학회 회장
현 한양법학회 회장
현 호원대학교 법경찰학부 교수

손 인 혁

연세대학교 법과대학 법학과 (법학사)
연세대학교 대학원 법학과 석사과정 수료
사법연수원 제28기 수료
전 헌법재판소 헌법연구관
전 헌법재판연구원 제도연구팀장
현 연세대학교 법학전문대학원 교수

허 완 중

고려대학교 법과대학 법학과 (법학사)

고려대학교 대학원 법학과 (법학석사)

독일 뮌헨대학교 법학과 (법학박사)

전 성균관대학교 BK21 사업단 박사후연구원

전 고려대학교 법학연구원 연구교수

전 헌법재판소 헌법재판연구원 책임연구원

현 전남대학교 법학전문대학원 부교수

판 권
소 유

정책개발연구 제11권

헌법소송의 특수성과 다른 소송법령의
준용의 범위 및 한계에 대한 검토

2019년 12월 20일 인쇄

2019년 12월 23일 발행

발행처 **헌법재판소**

서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전화 : (代) 708-3456

인 쇄 경성문화사

(비매품)

