

최종보고서

헌법소원심판 청구권자 확대방안 연구

A Study on Expansion of Claimants for Constitutional
Complaints

2023. 6.

• 연 구 자 •

연구책임자 김상겸 (동국대 교수)

공동연구자 고인석 (호서대 교수)

이혜옥 (고려세무법인)

제 출 문

한국조세연구소 소장 귀하

이 보고서를 귀 연구소가 연구자에게 의뢰한 「헌법소원심판 청구
권자 확대방안 연구」의 최종보고서로 제출합니다.

2023년 6월

김상겸 동국대 교수



목 차

연구요약	ix
I. 서론	1
1. 연구의 목적	1
2. 연구의 범위와 방법	6
II. 헌법소원심판제도의 개관	8
1. 헌법소원심판의 의의와 종류	8
(1) 헌법소원심판의 의의	8
(2) 헌법소원심판의 역사	15
(3) 헌법소원심판의 종류	21
2. 헌법소원심판의 기능과 법적 성격	24
(1) 헌법재판의 기능	24
(2) 헌법소원심판의 기능	28
(3) 헌법소원심판의 법적 성격	31
3. 위헌법률심판과 위헌소원심판	32
(1) 위헌법률심판의 개관	32
(2) 위헌법률심판과 위헌소원심판의 관계	34
4. 독일의 헌법소원심판	35
(1) 개인의 헌법소원심판	35
(2) 지방자치단체의 헌법소원심판	41
III. 헌법소원심판의 적법요건	51

1. 적법요건의 의의와 구성	51
(1) 적법요건의 의의	51
(2) 적법요건의 체계와 구성	52
2. 청구인의 능력 등	53
(1) 헌법소원심판의 당사자	53
(2) 헌법재판에서 소송참가인과 이해관계인	55
(3) 청구권자의 의의	59
(4) 자연인	61
(5) 법인	63
3. 공권력의 행사 또는 불행사	65
(1) 의의	65
(2) 입법작용	65
(3) 행정작용	68
(4) 사법작용	76
4. 기본권침해의 법적 관련성	77
(1) 기본권침해	77
(2) 법적 관련성	79
(3) 주장책임에 관한 논의	84
5. 보충성 원칙	86
(1) 보충성의 의의와 기능	86
(2) 보충성원칙의 예외	88
6. 청구기간	89
(1) 청구기간의 의미와 법규정	89
(2) 청구기간의 법적 성격	89
(3) 청구기간의 기산점 산정	92
(4) 법령에 대한 청구기간	93
(5) 청구기간 경과에 대한 정당한 사유	94

(6) 기타 청구기간의 기산	95
7. 권리보호이익	95
(1) 권리보호이익의 개념	95
(2) 권리보호이익의 법적 근거	96
(3) 권리보호이익의 흠결	96
(4) 예외적으로 심판청구의 이익이 인정된 경우	98
8. 변호사 강제주의	99
(1) 변호사강제주의의 의의	99
(2) 변호사강제주의의 법적 근거	99
(3) 변호사강제주의의 내용	101
(4) 현행 변호사강제주의에 대한 비판	103
 IV. 헌법소원심판에서의 청구권자 확대 방안	105
1. 적법요건의 완화 필요성	105
(1) 헌법소원제도의 취지	105
(2) 국가의 기본권보호의무	106
(3) 법령해석기관을 통한 헌법소원심판 청구의 필요성	107
(4) 전문자격사에 의한 헌법소원심판의 필요성	108
2. 청구권자 확대 필요성	111
(1) 헌법재판소법 제68조 제1항의 청구인	111
(2) 청구인의 확대 문제	112
3. 헌법소원심판 청구의 개선방안	113
(1) 헌법재판소법의 개정 문제	113
(2) 변호사강제주의의 문제	114
(3) 보충성의 문제	115
 V. 결론 - 요약과 시사점	117

참고문헌	121
------------	-----

Abstract	128
----------------	-----



연구요약

헌법소원심판은 국가공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 개인의 기본권이 침해되었을 때 헌법재판소에 그 구제를 위한 특별하고 예외적인 헌법소송을 말한다. 우리나라는 1987년 제9차 개정 헌법인 현행 헌법에 헌법소원심판을 처음으로 도입하였다. 헌법은 제111조 제1항 제5호에 헌법소원심판을 헌법재판소 관장사항으로 규정하면서 ‘법률이 정하는 헌법소원심판’이라고 하여, 구체적 내용을 법률에 위임하였다.

헌법의 위임으로 헌법재판소법 제2조 제5호는 헌법재판소의 관장사항으로 ‘헌법소원(憲法訴願)에 관한 심판’을 규정하고, 제68조 이하에서는 헌법소원심판에 관하여 규정하고 있다. 헌법재판소법은 제68조에 헌법소원심판의 청구사유를 규정하면서, 제1항에서는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 경우 청구할 수 있는 헌법소원심판, 제2항에서는 제41조 제1항에 따른 법률의 위헌 여부 심판의 제청신청이 기각된 때 청구할 수 있는 헌법소원심판 등 두 가지 유형의 헌법소원심판을 규정하고 있다.

헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판을 권리구제형 헌법소원이라 하고, 제2항의 헌법소원심판을 규범통제형 헌법소원이라고 하는데, 헌법소원심판은 양자의 구분과 별개로 기본적으로는 주관적 권리의 구제를 통하여 기본권을 보호하는 기능을 갖고 있으며, 헌법의 기본권을 보호함으로써 객관적 헌법질서를 유지하고 수호하는 기능도 갖는다. 이는 우리나라 헌법상 기본원리인 법치국가원리가 지향하는 바가 국민의 기본권을 최대한 보장하는 것이고, 이를 위하여 국가권력은 집노권 수범자로서 기본권 보호를 통하여 헌법질서를 유지·수호할 수 있기 때문이다.

우리나라 헌법은 법률이 정하는 헌법소원심판을 규정함으로써, 헌법소원심판의 구체적 절차는 헌법재판소법의 관련 규정에 의하여 구체화된다. 우리나라

헌법소원심판은 독일 기본법과 연방헌법재판소법의 헌법소원심판을 가져와서 운영하고 있지만, 독일과 다른 점은 국가공권력 중 법원의 재판 즉 사법작용을 제외함으로써 특별한 경우를 제외하고는 권리구제절차의 소진을 통한 보충성 원칙을 충족하지 못하여 아주 예외적인 형태로 운영되고 있다.

우리나라 헌법소원심판이 독일과 다른 점은 국가공권력의 범위뿐만 아니라 헌법재판소법 제25조 제3항의 변호사강제주의이다. 독일 헌법소원심판에서는 원칙적으로 변호사강제주의가 적용되지 않고 단지 구두변론에서만 소송대리인으로 변호사 또는 법률학 교수를 통하도록 하고 있다. 물론 이 경우에도 변호사 등을 선임하지 않아 구두변론을 포기하더라도 소송절차의 진행에는 문제가 없다. 우리나라는 헌법소원심판에서 예외없는 변호사강제주의를 채택함으로써 소송청구나 소송진행을 청구권자인 일반 국민은 할 수 없도록 차단하여 헌법소원심판의 취지인 특별하고 예외적인 기본권 구제수단의 운영을 제한하고 있다.

헌법소원심판은 헌법재판소법 제72조에 따라 재판관 3명으로 구성된 지정재판부의 사전심사를 거치도록 하고 있다. 지정재판부는 헌법소원심판의 청구의; 부적법성이 명백한 경우 재판관 전원일치로 각하결정을 할 수 있다. 지정재판부가 심판회부결정을 하게 되면 재판부는 먼저 적법요건을 갖추었는지 심리하고 심판청구가 부적법하면 헌법소원을 각하한다.

헌법소원의 심판절차에서 적법요건은 중요한 의미를 갖는다. 헌법소원심판에서 원칙적으로 적법한 헌법소원 청구에 대해서만 본안판단이 이루어진다. 헌법소원심판에서 적법요건의 구성은 기본권 보호와 객관적 헌법보장이란 헌법소원이 갖고 있는 기능과 밀접한 관계가 있다. 그리고 헌법소원심판이 개인의 주관적 권리보호에 우선적으로 기능한다는 점에서 적법요건에서 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자인 청구권자의 요건은 중요하다고 볼 수 있다.

헌법소원의 일차적 기능인 주관적 기본권 구제라는 점에서 청구권자를 직접적으로 기본권을 침해받은 자에 한정하는 엄격한 해석은 기본권 구제절차로서 헌법소원의 의미를 축소함으로써 그 취지에 부합될 수 있는지 문제를 발생시킨다. 특히 소원의 대상이 전문 분야와 밀접하게 관련이 된다면 전적으로 전문

적 업무를 수행하는 전문자격사 또는 전문자격사단체의 조력이 필요하게 된다. 또한 소원대상이 행정작용이라면 법령해석기관의 도움이 필요할 수도 있다.

우리나라 헌법재판에서는 소송과 관련하여 이해관계인의 참여제도가 있어서 이해관계인의 의견제출을 허용하고 있다. 이는 헌법소원심판에서도 적용되고 있는데, 중요도가 높은 법적 쟁점에서는 법무부 장관, 국방부 장관 또는 병무청장 등 중요 해당 행정기관이 의견제출을 하고 있으며, 사안에 따라서는 법원, 국가인권위원회 등도 의견제출을 하고 있다. 그리고 이런 의견제출제도 이외에 전문자격사로 구성된 공공단체도 의견제출이 허용되고 있다.

공공단체는 헌법소원심판의 청구인에도 해당되어 공동심판참가, 보조참가 등도 인정되어 이해관계인으로서 의견을 제출한다. 그런데 공공단체의 소송참가와 관련하여 헌법재판소는 공동소송참가를 허용하지 않고 이해관계인에 해당한다고 보아 의견제출만 허용하고 있다. 이렇게 헌법재판소는 헌법소원심판에서 단체나 제3자의 공동소송참가나 공동소송적 보조참가 등을 인정하는 경우가 거의 없다. 그런 점에서 헌법소원심판의 청구권자 범위를 확대하는 것은 기본권 최대 보장을 통한 헌법질서의 보호를 위하여 필요하다고 볼 수 있다.

이러한 관점에서 헌법소원심판의 취지를 적극적으로 살리려면 제한된 범위에서 전문자격사의 소송참여를 고려해야 한다. 예를 들어 각 전문분야의 법령이 심판대상이 되는 경우, 세법분야에서는 세무사, 노동법분야에서는 공인노무사 등 전문분야의 실무적 지식과 경험이 풍부한 전문가의 참여는 헌법소원제도를 발전시키는 동력이 될 수 있다. 이렇게 전문자격사로 청구권자의 범위를 확대한다고 해서 변호사의 소송대리인으로서 지위, 변호사강제주의를 부정하는 것은 아니다. 오히려 법률전문가와 전문분야 전문가의 협력으로 기본권주체인 심판청구인의 권리보호가 강화되고 기본권 구제절차로서 제도의 보장이 강화된다면 법치국가원리에 부합된다고 볼 수 있다.

기본권 최대한 보장이란 법치국가의 목표를 고려한다면 비록 특별한 예외적 기본권 구제수단인 헌법소원이라고 하여도 직접적으로 기본권을 침해당한 자만 당사자로 하여 청구권자로 한정하는 것은 객관적 헌법질서의 보장이라는

또 다른 헌법소원심판의 기능을 고려하지 않은 것이라고 본다. 그런 점에서 헌법소원심판에서 청구권자의 범위를 확대하는 방안은 필요하다. 그리고 이를 위하여 헌법재판소법을 개정하여 명문화하든지 또는 적극적으로 해석론을 확대하여 국민의 기본권 구제방법을 보장해 주어야 할 것이다.

주제어: 헌법재판제도, 헌법소원심판, 심판청구인, 전문자격사, 보충성원칙, 변호사강제주의, 권리보호이익, 법치국가원리, 세무사

I. 서론

1. 연구의 목적

우리나라는 1960년 제3차 헌법 개정을 하면서 헌법재판제도를 도입하였다. 그런데 제2공화국 헌법은 헌법재판제도를 도입하였고, 정부형태도 의원내각제를 채택하여 변화를 꾀하였지만, 당시 안정되지 못한 정치적 상황과 군사쿠데타로 무너졌다. 그래서 헌법재판제도는 헌법에 명문규정을 두고도 헌법재판소법을 제정하지 못하면서 실제로는 전혀 운영되지도 못하고 역사 속으로 사라졌다.

헌법재판제도가 헌법재판소라는 국가기관을 통하여 다시 등장하게 된 것은 1987년 제9차 개정 헌법이다. 현행 헌법인 제6공화국 헌법은 제111조 제1항에 헌법재판소가 관장하는 소송의 종류를 규정하면서 제5호에 ‘법률이 정하는 헌법소원심판’이라 하여 헌법소원심판제도를 도입하였다. 국민의 기본권을 재판청구권이 아니라 헌법소원심판이라는 제도를 통하여 예외적으로 구제할 수 있는 방법을 헌법재판의 종류로 규정하였다.

헌법에 규정된 헌법재판소의 관장사항을 구체적으로 실행하기 위하여 1988년에는 헌법재판소법을 제정하여 시행하였다. 제2공화국 때와 달리 헌법재판소법이 제정되고 헌법재판소가 설립되면서, 우리나라 헌법재판의 역사는 명실상부하게 새롭게 시작되었다. 헌법소송 중에서 헌법소원심판은 다른 헌법소송의 종류와 달리 국가작용이나 국가기관에 관한 객관적 소송이 아니라 기본권 주체가 헌법재판소에 기본권 침해 구제받기 위한 주관적 소송의 형태를 띤 예외적인 헌법소송이다.

헌법 제111조 제1항 제5호에 규정된 헌법소원심판제도는 헌법재판소법의 관련 규정을 통하여 구체적인 헌법소송의 형태로 등장하였고, 헌법재판소법은 두 가지 유형의 헌법소원심판을 규정하였다. 헌법재판소법은 제68조 제1항을 통하여 공권력의 작용으로 침해되는 기본권을 구제하기 위한 권리구제형 헌법소

원과 제2항의 법원의 재판에서 적용 대상이 된 법률의 위헌 여부를 판단하는
규범통제형 헌법소원을 규정하고 있다.¹⁾

두 가지 유형의 헌법소원심판을 헌법재판소법이 규정하고 있지만, 헌법소원
심판은 일반적으로 국가공권력의 행사 내지 불행사로 인한 기본권 침해에 대
하여 이를 예외적으로 구제하려는 헌법소송으로 기본권 구제를 위한 기본권인
재판청구권과 달리 헌법재판제도의 일종을 말한다.²⁾ 헌법소원심판은 헌법재판
의 역사에서 전형적인 헌법소송은 아니기 때문에 헌법상 기본권 침해를 다투
는 주관적 권리구제절차로서 개인의 심판청구가 중요한 요소라고 할 수 있다.

헌법소원심판은 헌법재판의 일종으로 헌법의 객관적 가치질서를 수호한다는
점에서 객관적 소송이면서, 국민의 기본권 구제라는 점에서 주관적 소송의 성
격을 가지고 있다. 현재 우리나라 헌법소원심판은 헌법재판소법 제68조 제1항
에서 권리구제형 헌법소원과 동조 제2항의 규범통제형 또는 위헌심사형 헌법
소원의 두 종류가 있다.³⁾ 물론 후자인 규범통제형 헌법소원심판은 그 내용이
법률의 위헌 여부를 대상으로 한다는 점에서 위헌법률심판의 성격을 가지고
있어서 이를 헌법소원심판이라고 할 수 있는지 논란이 있다.⁴⁾

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판이 법원의 재판에서 적용대상인
법률에 대하여 재판당사자의 요청에도 법원이 위헌법률심판을 제청하지 않았
을 때 청구할 수 있다는 점에서 볼 때 개인에 의한 소송 청구라는 점에서 헌
법소원이란 명칭을 사용한다고 하여 이를 부정할 필요는 없을 것이다. 이런 예
는 독일의 지방자치단체 헌법소원제도에서 볼 수 있다.⁵⁾

헌법재판도 소송절차라는 점에서 원칙적으로 청구인의 신청을 통하여 소송이

1) 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판은 법원의 위헌법률심판 청구와 관련하여 국민에 의한
위헌법률심판을 대체하는 헌법소원심판이라 할 수 있다.

2) 헌법소원심판이 재판청구권처럼 기본권적 성격을 갖는지에 대한 논란은 있다. 이에 대해서는 한수
웅, 「헌법학」, 법문사, 2019, 1448면 이하.

3) 여기서 권리구제형 헌법소원을 권리소원, 규범통제형 헌법소원을 법령소원이라고도 한다.

4) 그런 점에서 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판을 위헌법률심판과 함께 기술하고 있는 책
도 있다. 김하열, 「헌법소송법」, 박영사, 2018, 391면 이하.

5) 지방자치단체는 공법인으로 기본권의 수범자임에도 법률이 지방자치단체의 자치행정권을 침해하면
이의 구제를 요청하는 것으로 헌법소원의 명칭을 사용하고 있다. 이에 대하여 자세히는 김상겸,
“독일 지방자치단체의 헌법소원 - 보충성을 중심으로 -”, 동의법정 제14집, 동의대학교 법정연구
소, 1998 참조.

진행된다는 점에서 정당한 청구권자의 심판청구가 있어야 한다. 헌법재판에서 정당한 청구권을 가진 사람이 심판청구를 할 수 있다는 점에서 심판청구에 관한 권리를 가진 자가 청구권자이고 심판청구가 되면 청구인이 된다. 헌법재판에서 심판청구를 하면 청구한 자가 청구인이고 그 상대방이 피청구인으로, 헌법재판의 소송당사자가 된다.

헌법재판에서 소송유형별 청구인과 피청구인이 다른데, 다른 소송과 달리 헌법소원심판에서 청구인은 분명하지만, 공권력에서 행정작용은 피청구인이 특정될 수 있지만 입법작용인 법률이 소송대상으로 되는 경우에는 법률을 제정한 입법부를 대상으로 하기는 어렵다는 점에서 피청구인을 명확하게 확정하기 어려운 점이 있다. 그런데 본 연구에서는 헌법소원심판에서 청구권자의 범위를 확대하는 것이 핵심이기 때문에 청구권자만을 그 대상으로 한다.

헌법소원심판은 다른 헌법재판과 달리 청구권자가 사인으로, 심판절차에서 사인이 당사자인 경우에는 당사자가 변호사의 자격이 있는 경우가 아니면 변호사를 대리인으로 선임해야만 심판청구나 심판수행을 하도록 헌법재판소법 제25조 제3항이 규정하고 있다. 그래서 헌법소원심판에서 청구권자는 소송대리인인 변호사를 선임해야만 심판청구가 가능하기 때문에 변호사 없이는 심판청구가 불가능하다.

헌법재판에서 채택하고 있는 변호사강제주의는 우리나라 다른 소송절차에는 없는 특별한 제도로 헌법재판이 일반 사법재판과 달리 헌법을 심판기준으로 삼고 있다고 하여도 국민의 권리구제수단을 부당하게 제약하는 문제가 발생하게 된다. 이는 헌법소원심판이 국민의 기본권인 재판청구권은 아니지만, 헌법재판 자체가 사법적 재판절차를 그대로 원용하거나 준용하고 있다는 점에서 헌법소원심판에 예외 없는 변호사강제주의는 결과적으로 국민의 재판을 받을 권리를 과도하게 제한하는 문제를 야기할 수 있다.

헌법소원심판에서 적법요건이 청구인에게 청구절차에서 접근의 어려움을 느끼게 한다면, 헌법이 보장한 헌법소원심판의 청구권을 헌법 스스로 포기하도록 하는 결과를 초래하게 한다. 그런데 반대의 경우에는 헌법소원심판이 민중소송

화로 변질되어, 보충적 권리구제수단으로서 헌법소원심판제도가 중심에는 청구인의 범위가 먼저 전제를 이루게 된다. 현대국가에서 행정국가화 경향과 국가공권력의 확장, 그리고 국민들의 높아진 권리의식 확대 등으로 인하여 헌법소원심판에서 청구인의 확대는 헌법소원심판 절차에 있어서 중요한 문제라 할 수 있다.

헌법소원심판에서 청구권자의 확대는 법전문가가 아닌 국민의 이익을 위하여 중요한 문제라고 할 수 있다. 특히 헌법소원심판에서 공권력의 행사로서 행정청의 처분행위 등으로 기본권의 침해가 발생한다면 그 전제인 법령의 해석을 통하여 기본권의 구제가능성이 발생한다는 점에서 관련 기관의 소송 참가가 청구권자인 국민의 이익을 위하여 필요하다고 볼 수 있다. 이렇게 공권력의 행사 또는 불행사와 관련하여 관련 전문기관이나 전문가의 소송 참가는 국민의 이익의 관점에서 고려되어야 한다. 즉 관련 전문단체나 전문가의 소송대리를 통한 청구인의 확대는 헌법소원심판에서 기본권 주체인 국민의 기본권 보장을 위하여 필요한 문제라는 것을 인식하게 한다.

본 연구는 헌법소원심판이 우리나라 헌법재판제도에서 사인(私人)이 소송당사자가 되는 헌법소송이지만, 일반 사법소송과 달리 헌법재판소법 제25조 제3항에 따라 변호사강제주의가 적용되어 변호사가 소송대리인으로서 참여하지 않으면 심판청구가 원칙적으로 불가능하다는 점에서 국민의 권리구제소송으로서 문제가 있다고 본다. 그동안 헌법학계에서는 변호사강제주의에 대한 위헌 문제를 제기하였지만, 헌법재판소는 일관되게 위헌이 아니라고 판단하고 있다.⁶⁾

헌법재판소는 변호사강제주의가 헌법소원에서 재판청구권의 본질적 내용을 침해하는 것이 아니라고 하면서, “분업화 원리의 도입이라는 긍정적 측면을 제외하고도 재판을 통한 기본권의 실질적 보장, 사법의 원활한 운영과 헌법재판의 질적 개선, 재판심리의 부담 경감 및 효율화, 사법운영의 민주화 등 공공복리에의 기여도가 크고, 국선대리인제도라는 대상(代償)조치(법 제70조)가 별도

6) 헌재 1990. 9. 3. 89헌마120 등.

로 마련되어 있는 이상 무자력자의 헌법재판을 받을 권리의 본질적 내용의 침해라고 볼 수 없다.”라고 하였다.⁷⁾

헌법재판소의 견해에도 불구하고, 헌법소원심판에서 변호사강제주의가 적용되는 것에 대한 헌법적 정당성은 부족하다고 볼 수 있다. 왜냐하면 법치국가원리는 국민의 기본권 최대 보장을 목표로 하고 있고, 변호사가 법률전문가로서 소송에 참가하고 진행에 관여하는 것을 부정하는 것이 아니라, 변호사 이외에도 소송의 대상과 관련하여 국가가 부여하는 전문자격사 등이 참여함으로써 국민의 기본권 보장에 기여할 수 있다는 점을 고려하면 변호사강제주의를 예외없이 적용하는 것 자체가 법치국가원리에 위배되는 결과를 초래할 수 있다.

헌법소송도 기본적으로 사법적 절차에 따른 소송이란 점에서 기본적으로 일반 사법소송과 구분하여 차별할 이유가 없다고 본다. 헌법재판소는 기본권의 실질적 보장과 사법의 원활한 운영 등을 변호사강제주의의 논거로 들고 있지만, 기본권의 실질적 보장을 위해서는 각 분야의 국가가 부여한 전문자격사의 참여가 오히려 국민의 기본권을 실질적으로 보장하는데 더욱 필요하다고 볼 수 있다. 예를 들어 특허 분야와 관련하여 기본권 침해문제가 발생하여 헌법소원심판이 청구되면 특허전문가의 참여가 청구인의 기본권 실질적 보장에 도움이 된다고 보며, 세무·회계분야에서도 세무·회계전문가의 참여가 기본권의 실질적 보장을 위하여 필요하다고 볼 수 있다.

이상의 관점에서 헌법소원심판의 실질을 위하여 청구권자의 확대가 필요하다고 본다. 본 연구에서는 헌법소원심판이 국민의 기본권 침해를 구제하기 위한 특별한 예외적 제도이지만, 규범통제형 헌법소원심판 역시 궁극적으로 국민의 기본권을 보호하기 위한 제도라는 점에서 청구권자의 관점에서 특별히 구분해야 할 이유가 없다고 보아 구분하지 않고 검토한다.

이에 본 연구는 헌법소원심판이 그 목적에서 국가공권력으로 인한 국민의 기본권 침해를 구제하기 위한 제도라는 취지를 살리기 위해서는 보다 전문적이고 구체적인 소송참가자가 필요하다는 점에서 변호사뿐만 아니라 각 분야의

7) 헌재 2001. 9. 27. 2001헌마152.

전문자격사를 가진 사람이나 단체 등도 청구권자가 될 수 있는지를 검토하여 청구권자의 범위를 확대하려는 것을 목적으로 한다.

2. 연구의 범위와 방법

헌법재판의 일종으로 헌법소원심판은 국가공권력의 행사나 불행사로 인한 국민의 기본권 침해를 구제하기 위한 예외적이고 특별한 제도로 주관적 소송이지만, 다른 한편에서 국민의 기본권 보호라는 점에서 헌법의 객관적 가치질서를 수호하는 객관적 소송이다. 우리나라 헌법재판제도가 독일의 헌법재판제도를 거의 계수하고 있지만, 현행 우리나라 헌법소원심판제도는 헌법 제111조 제1항 제5호에 근거하여 헌법재판소법 제68조에 두 가지 유형의 헌법소원심판을 규정하고 있다. 헌법재판소법 제68조 제1항은 권리구제형 헌법소원을 규정하고 있으며, 제2항은 규범통제형 헌법소원을 규정하고 있다.

본 연구에서는 헌법소원의 유형에 상관없이 그 적법요건인 청구권자와 관련하여 현행 헌법재판소법에서 변호사강제주의를 통하여 변호사를 대리인으로 하여 소송을 청구하도록 하고 있다. 그런데 헌법소원심판은 국민의 기본권 보호를 위한 특별하고 예외적인 제도이지만, 기본권의 최대한 보장이란 법치국가 원리에 상응하도록 청구권자의 범위를 확대하고 변호사강제주의를 완화할 필요가 있다. 이를 위하여 본 연구에서는 우선 현행 헌법소원심판의 청구권자 요건과 관련하여 문제를 제기하고, 제2장에서는 헌법소원심판의 전반적인 내용에 대하여 정리한다. 이와 함께 우리나라 헌법소원심판에 영향을 미친 독일 기본법상 헌법소원심판과 연방헌법재판소법상 헌법소원심판의 구체적 내용을 연방헌법재판소의 관련 판례와 함께 검토·분석하고 정리한다.

제3장에서는 현행 헌법소원심판의 적법요건에 관하여 정리하면서 청구권자와 변호사강제주의에 관하여 검토하고 학계의 견해와 판례의 경향 등에 관하여 분석하고 정리한다. 그다음 헌법소원심판의 헌법적 기능의 관점에서 문제점을 분석하고 연구하여 기술한다. 제4장에서는 헌법소원심판에서 청구권자의 범위

를 확대하는 방안에 대하여 그동안 제기된 견해들을 정리하고 관련 전문단체나 전문가의 소송에 참가할 수 있는 방안을 나름대로 정리하여 제기한다. 그런 후 제5장에서는 앞에서 논의된 내용을 정리하고 청구권자 확대방안을 강구한다.

본 연구는 주제의 특성상 기존 법제에서 나타난 문제를 분석하고 헌법소원심판제도에 있어서 적법요건인 청구권자의 확대 방안을 강구하는 것이기 때문에, 헌법소원심판제도에 관한 문헌에 대하여 전반적으로 검토하는 문헌조사적 방법을 이용한다. 또한 학계의 견해와 관련 헌법재판소 판례를 분석하고 정리하는 실증적 방법을 활용하며, 이와 함께 독일을 비롯하여 헌법소원심판제도를 운영하고 있는 국가들의 입법례와 판례 등을 비교 검토하고 풀어나가는 비교법학방법론도 사용한다.

Ⅱ. 헌법소원심판제도의 개관

1. 헌법소원심판의 의의와 종류

(1) 헌법소원심판의 의의

1) 헌법재판의 개념

헌법재판은 헌법이 최고규범이란 것을 확인하는 재판으로 법치국가에 있어서 중요한 요소라고 할 수 있다. 현대 법치국가는 기본권의 보장을 최우선으로 하는 법우선의 원칙이 적용되며, 국가 실정법체계에서 헌법우위의 원칙에 적용된다는 점에서 헌법국가를 말하는 것으로 볼 수 있다. 현대헌법에서 헌법국가란 국가권력이 헌법에 구속되는 국가로 헌법규범과 헌법현실이 일치되는 실질적 규범으로서 헌법이 최상위의 법질서로서 헌법우위의 원칙을 핵심으로 한다.⁸⁾

국가권력이 헌법에 구속된다는 것을 명확하게 규정하고 있는 헌법으로는 독일 기본법을 들 수 있다. 우리나라 헌법과 달리 독일 기본법은 제20조 제3항에서 입법권은 헌법에 구속되고, 행정권과 사법권은 법과 법률에 구속된다고 하여 모든 국가권력이 헌법과 법률 등에 구속된다는 것을 명문으로 규정하고 있다.⁹⁾ 나아가 독일 기본법은 제1조 제1항에서 모든 국가권력은 인간의 존엄성을 존중하고 보장해야 할 의무가 있음을 규정하면서, 제3항에서는 기본법상 기본권은 효력을 가진 법으로 입법·행정·사법을 구속한다고 하여, 국가권력이 헌법질서를 준수해야 할 의무가 있음을 규정하고 있다.

헌법이 국가의 최고규범임을 명확하게 밝히고 있는 독일 기본법과 달리 우리나라는 헌법재판제도를 통하여 헌법의 최고규범성을 확인하고 있다. 헌법 제11조 제1항은 제1호에서 헌법재판소의 관장사항으로 위헌법률심판을 규정하여

8) 한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2019, 1378면.

9) 독일 기본법 제20조 제3항의 원문은 다음과 같다. “Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.” 그리고 독일 기본법은 제1조 제3항은 “Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.”이다.

법률의 합헌 여부를 판단하는 방법으로 헌법의 최고규범성을 알리고 있다. 그런 점에서 헌법재판은 헌법을 심사기준으로 하는 헌법심(憲法審)으로 재판절차에서 최고의 절차이면서 최종적인 절차라고 할 수 있다.¹⁰⁾

헌법재판은 일반적으로 헌정생활에서 헌법에 관한 분쟁이 발생하는 경우, 유권적 기관에 의하여 이를 해결함으로써 헌법의 규범력을 실현하고 유지하려는 국가작용으로 헌법의 보장작용을 말한다.¹¹⁾ 그런데 헌법재판의 개념은 헌법의 개념을 정의하는 것처럼 논란이 있다.¹²⁾ 헌법재판을 일의적으로 정의하기 어렵다는 점에서 헌법재판의 개념을 일반적으로 형식적 개념의 헌법재판과 실질적 개념의 헌법재판으로 구분한다. 즉 헌법재판의 내용과 담당기관에 따라 형식적·실질적 의미의 헌법재판으로 구분한다.¹³⁾

먼저 형식적 의미에 있어서 헌법재판은 헌법재판을 담당하고 있는 기관이 관할하고 있는 재판을 말한다. 헌법재판권을 가진 기관을 중심으로 헌법재판을 정의한다면, 헌법재판소라는 명칭을 가진 국가기관이 관장하는 재판을 헌법재판이라고 할 수 있다.¹⁴⁾ 이를 우리나라에 적용하면 헌법 제6장에 규정된 헌법재판소 관할의 재판을 헌법재판이라고 할 수 있다. 그런데 헌법재판의 내용적인 면에서 보면, 이렇게 헌법재판을 정의하게 되면 헌법재판의 개념이 모든 헌법재판을 포괄하지는 못한다.¹⁵⁾

10) 우리나라 사법구조는 대법원과 각급법원으로 하는 사법부와 5개의 헌법소송을 관장하는 헌법재판소로 구분되어 있는데, 소송대상에 따라 대법원이 최종심이 될 수도 있다.

11) 헌법재판의 개념에 관해서는 대표적으로 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2009, 990면; 김효전, “헌법재판소의 헌법상 지위와 권한”, 고시계 1987. 12, 60면; 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2022, 771면; 한수웅, 앞의 책, 1378면 이하. 독일의 헌법재판 개념을 살펴보면 국법학자 트리펠(Triepel)이 1928년 국법학회에서 “헌법재판이란 헌법분쟁에 대한 재판이며 헌법을 보호하기 위한 재판이다”라고 정의하고 있다. Triepel, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), 5; Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), 85; Drath, Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 9 (1952), 20ff.; Holtkotten, Bonner Komm. GG, Art. 93.

12) Maunz, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer/Bethge(M/S/K/U), BVerfGG, Vorb. Rn. 1ff.; 헌법재판이란 헌법을 심사기준으로 하기 때문에, 헌법재판의 개념은 헌법의 개념과 불가분의 관계에 있다. 그러나 여기서는 헌법재판의 개념만 다루기로 한다.

13) Friesenhahn, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, Köln u.a. 1963, S. 7f.; Lechner/Zuck, BVerfGG, Einl. Rn. 1ff.; Maunz, in: M/S/K/U, BVerfGG, Vorb. Rn. 1.

14) Lechner/Zuck, BVerfGG, 1996, Einl. Rn. 1; Maunz, in: M/S/K/U, BVerfGG, Vorb. Rn. 2.

15) 특히 헌법을 정점으로 한 법체계에 있어서 헌법의 보장과 실현이란 관점에서 모든 법원에 의한 절차는 헌법재판이라고 볼 수 있으나, 이러한 잠재적 헌법재판까지 헌법재판의 개념속에 포함하는 경우 오히려 헌법재판의 개념정의는 무의미하다고 볼 수 있다. 물론 헌법재판의 관할권을 일반법

우리나라 헌법은 제107조 제2항에 따라 명령·규칙의 위헌성심사 최종권한을 대법원에 부여하고 있다.¹⁶⁾ 또한 헌법상 민주주의원리를 실현하는 제도인 선거와 관련하여 제기되는 선거소송에 대하여 대법원이 이를 관할하고 있다.¹⁷⁾ 따라서 헌법재판을 담당하는 기관을 중심으로 하는 헌법재판의 개념은 헌법재판을 정확하게 정의하지 못하는 문제가 있다.

실질적 의미의 헌법재판은 형식적 의미의 헌법재판이 포함하지 못하는 문제를 해결하기 위한 것이다. 헌법재판의 실질적 개념은 헌법분쟁의 해결을 위하여 헌법을 포함한 개개의 실정법에 규정되어 있는 소송 등을 포함하는 재판을 헌법재판으로 본다. 여기서 헌법재판은 분쟁의 대상과 소송당사자라는 요소를 중심으로 일반소송인 민사, 형사 또는 행정소송과 구분하여 정의한다.¹⁸⁾ 그런데 소송당사자를 기준으로 헌법재판을 구분하는 것은 당사자 간에 일반 법률분쟁도 발생할 수 있다는 점에서 명확한 구분이 어렵다.¹⁹⁾ 소송당사자는 그가 제기하려는 소송에 의하여 당사자적격 문제가 나오기 때문에 항상 소송대상과 연결된다. 헌법재판에서 소송당사자는 소송대상이 헌법적으로 구성된 법률관계에 있어야 한다는 것을 전제한다.²⁰⁾ 그래서 실질적 개념의 헌법재판은 주로 재판 대상을 중심으로 이루어져 왔다.²¹⁾ 그리고 이러한 재판 대상에 의한 구

원에 부여하고 있는 국가인 미국, 스위스, 일본 등의 경우는 별개의 문제이다.

16) 우리 헌법 제107조는 제2항은 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 갖는다”라고 규정하여 대법원에 최종심사권을 부여하고는 있으나, 이는 법질서의 체계에서 볼 때 동조 제1항과 관련하여 하급법원이 명령·규칙 또는 처분의 경우 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 직접 제청할 수 없도록 한 헌법상의 소송질서에 관한 규정으로 해석되어야 한다고 본다. 우리 헌법이 헌법재판을 전담하는 헌법재판소를 규정하여 헌법해석의 최종권을 부여하고 있는 한 헌법 제107조의 제2항에 대한 단순해석은 헌법질서를 혼란케하고 헌법의 통일성을 훼손하여 법질서에 대한 신뢰를 무너뜨릴 위험을 갖고 있다. 이 조항에 대한 헌법재판소와 대법원간의 논쟁은 헌법해석에 있어서 목적론적·체계적 해석이 얼마나 중요하다는 것을 보여주고 있다. 여기서 이 문제보다는 실질적 의미에 있어서 헌법재판을 정의한다는 것이 헌법재판의 개념을 완전히 포괄적으로 정립할 수 있는가 하는 것이다. 헌법재판소와 대법원간의 문제에 대해서는 정태호, “의원내각제로의 개헌과 헌법재판소와 대법원의 구성방식 및 권한의 조정”, 고시연구 1998. 2, 84면 이하 참조.

17) 헌법 제41조 제3항, 제67조 제5항, 제118조 제2항 및 「공직선거법」 참조.

18) Friesenhahn, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II, 1932, S. 523ff.; Lechner/Zuck, BVerfGG, Einl. Rn. 2.

19) 예를 들면 국가기관이나 지방자치단체의 경우 소송당사자의 가능성은 헌법소송에서만 아니라 일반소송에서도 가능하다.

20) 물론 소송의 특성상 탄핵심판이나 정당해산심판의 경우에는 소송당사자만으로 구분할 수 있는 예외가 있다.

21) 분쟁의 대상만을 중심으로 한 헌법재판의 개념정립은 지금까지 많은 학자들에 의하여 시도되고 있으나 그 가능성에 대해서는 회의적이다. 이와 관련하여 Maunz, in: M/S/K/U, BVerfGG, Vorb.

분은 이미 오래전부터 시도되었다.²²⁾

헌법재판의 개념은 규범통제소송을 넘어서 국가의사의 형성과정에서 나타나는 모든 분쟁을 포함할 것인지에 관한 문제라고 볼 수 있다.²³⁾ 국가의사의 형성과정은 일반적으로 정치적인 과정으로 그 과정에서 발생하는 대부분의 분쟁은 정치적 분쟁이다. 그런데 헌법재판의 심사기준인 헌법은 독일의 공법학자인 트리펠(Triepel)이 말한 것처럼 ‘모든 헌법은 정치적 법’으로 그 특성상 정치성을 내포하고 있어서, 대부분의 정치적 분쟁은 헌법분쟁이라고 할 수 있다.²⁴⁾ 정치적이란 개념 속에는 국가의 통합을 위한 최고의 국가목표와 관련되는 모든 것을 포함해야 한다고 볼 때, 그것은 사회학적 개념으로 법학적 개념으로 보기는 어렵다. 왜냐하면 기본권침해에 대한 구제를 목표로 하는 헌법소원심판 제도는 정치적이라고 할 수 없으며, 일반소송이 정치적 의미를 갖는다고 하여도 헌법소송이 될 수 없다는 점에서²⁵⁾ 헌법재판제도에서 정치적인 분쟁만 헌법재판의 대상이 된다고 할 수 없다.²⁶⁾

재판의 대상을 중심으로 한 실질적 의미의 헌법재판을 헌법의 특성으로부터 명확하게 정립할 수 없다고 해도 헌법재판의 실질적인 기능이란 점에서 본다면 실정법상 헌법재판을 말한다. 그래서 헌법 규정에 열거되어 있는 헌법재판소의 관할소송과 일반소송이라도 그 내용상 헌법소송에 속하는 것은 헌법재판이라고 할 수 있다.²⁷⁾ 이런 관점에서 헌법재판의 실질적 개념은 살아있는 헌법현실 속에서 구체화해야 한다.²⁸⁾

Rn. 3ff. 참조.

22) 독일은 바이마르헌법에서부터 논의되었다. Jerusalem, Die Staatsgerichtsbarkeit, 1930, S. 51; Kelsen, VVDStRL 5 (1929), 30ff.; Triepel, VVDStRL 5 (1929), 1ff. 참조.

23) Kelsen은 법단계설의 관점에서 헌법재판은 위헌법률심사를 의미한다고 보고 있다. Kelsen, VVDStRL 5 (1929), 30ff.; Jerusalem도 헌법재판의 대상에 탄핵심판을 제외하고 있다. Jerusalem, Die Staatsgerichtsbarkeit, S. 31 참조.

24) Triepel, VVDStRL 5 (1929), 2, 8.

25) 헌법우위의 원칙에서 볼 때 모든 소송은 종국적으로 헌법적 쟁점을 검토해야 한다는 점에서 잠재적인 헌법소송이라고 볼 수는 있다. 참고로 Maunz, in: M/S/K/U, BVerfGG, Vorb. Rn. 3.

26) Lechner/Zuck, BVerfGG, Einl., Rn. 3f.

27) 우리나라 현행 실정법에서 각 선거소송은 사법부가 관할하고 있다.

28) Scheuner, Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert, in: BVerfG und GG, Bd. I, 1976, S. 5.

2) 헌법소원심판의 개념

앞에서 본 것처럼 헌법소원심판은 헌법재판의 전형적인 모습은 아니지만, 국가공권력의 작용으로 기본권이 침해되며 이를 구제하기 위한 예외적인 방법으로 헌법재판의 일종이 되었다.²⁹⁾ 국민의 권리가 침해되면 통상적으로는 법원의 재판을 통하여 구제절차를 받게 되지만, 재판절차를 통하여 구제받지 못한 경우 최후의 절차로 보충적인 구제절차가 헌법소원심판이다.³⁰⁾

헌법소원심판은 공권력에 의한 기본권 침해에 대하여 헌법재판절차를 통하여 이를 구제함으로써 기본권을 보장하려는 헌법재판제도를 말한다.³¹⁾ 또는 헌법소원심판은 공권력작용으로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 헌법재판소에 그 구제를 청구하는 헌법재판으로, 헌법재판소는 헌법소송절차를 통하여 이를 구제함으로써 국민의 기본권을 보장하고 헌법질서를 수호·유지하는 헌법재판제도라고 할 수 있다.³²⁾

우리나라 헌법상 헌법소원심판은 제111조 제1항 제5호에서 법률이 정하는 헌법소원심판이기 때문에, 헌법소원심판을 구체적으로 규정하고 있는 헌법재판소법에 의하면 헌법소원심판은 공권력작용으로 인하여 기본권 침해가 발생하는 경우 헌법소송절차를 통하여 이를 구제하거나, 법원에 의한 위헌법률심판 제청신청의 기각결정에 불복하여 개인이 헌법재판소에 청구하는 절차를 말한다. 그런데 헌법학계의 일각에서는 헌법에서 법률이 정하는 헌법소원이라고 규정하여 법률에 위임하는 의미에 대하여 헌법소원의 내용을 위임하는 것인지, 또는 절차를 위임하는 것인지에 대하여 견해가 갈리고 있다.³³⁾

먼저 내용위임설은 헌법이 헌법소원심판의 관할권을 헌법재판소에 위임하고 있고, 헌법재판소법에 헌법소원심판에 관하여 구체적 내용을 규정하고 있다고 하며, 그 내용에는 당연히 절차에 관한 것도 포함된다고 보는 것이다. 이에 대

29) 정종섭, 「헌법소송법」, 박영사, 2019, 577면.

30) 정종섭, 「헌법소송법」, 578면.

31) 허영, 「헌법소송법론」, 박영사, 2019, 355면.

32) 이동흡, 「헌법소송법」, 법문사, 2019, 319면.

33) 헌법 제111조 제1항 제5호의 해석과 관련하여 내용위임설과 절차위임설에 관한 견해에 대해서는 헌법소원심판과 관련하여 특별한 의미가 있다고 보기는 어렵다. 이 학설에 대해서는 정종섭, 「헌법소송법」, 575면 이하 참조.

하여 절차위임설은 헌법은 헌법소원심판을 헌법재판으로 규정하고 있고, 법률로 헌법소원심판을 규정해야 한다고 하여 헌법소원심판의 구체적 절차를 법률로 정해야 한다는 의미라고 한다. 그래서 모든 공권력의 행사 또는 불행사로 기본권이 침해되는 경우 헌법소원심판을 제기할 수 있다는 것은 법원의 재판을 제외해서는 안 된다는 것을 의미하기 때문에 입헌주의와 법치국가원리에 따라 재판을 제외하는 것에 대하여 위헌으로 볼 수 있다고 한다.³⁴⁾

헌법이 규정하고 있는 법률이 정하는 헌법소원심판이란 의미에 대하여 헌법재판소는 명확한 입장을 견지하고 있지 않으나, 헌법재판소법 제68조 제1항이 법원의 재판을 제외한다는 것에 대하여 위헌은 아니라고 하고 있다.³⁵⁾ 이와 관련하여 헌법재판소는 “헌법 제111조 제1항 제5호가 ‘법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판’이라고 규정한 뜻은 헌법이 입법자에게 공권력작용으로 인하여 헌법상의 권리를 침해받은 자가 그 권리를 구제받기 위한 주관적 권리구제절차를 우리의 사법체계, 헌법재판의 역사, 법률문화와 정치적·사회적 현황 등을 고려하여 헌법의 이념과 현실에 맞게 구체적인 입법을 통하여 구현하게끔 위임한 것으로 보아야 할 것이므로, 헌법소원은 언제나 ‘법원의 재판에 대한 소원’을 그 심판의 대상에 포함하여야만 비로소 헌법소원제도의 본질에 부합한다고 단정할 수 없다.”라고 하여 헌법의 이념과 현실에 따라 헌법소원심판의 내용을 규정할 수 있다고 하였다.³⁶⁾

우리나라는 헌법이 헌법소원심판의 구체적 내용을 법률에 위임하고 있는데, 헌법 자체가 법률이 정하는 헌법소원심판이라고 함으로써 헌법이 요구하는 기본적인 내용을 근거로 법률에서 구체적 내용을 규정하면 된다고 볼 수 있다. 헌법재판소법은 헌법소원심판에 대하여 단지 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 침해된 기본권의 구제를 위한 방법 이외에도 재판의 적용 대상인 법률의 위헌 여부와 관련하여 법원이 법률의 위헌 여부를 청구하지 않을 때 이를 구제하기 위한 헌법소원심판도 규정하고 있다. 헌법재판소법 관련 규정에 따라

34) 정종섭, 「헌법소송법」, 575면 이하.

35) 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172 등.

36) 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172 등.

전자는 권리구제형 헌법소원심판이라 하고, 후자는 위헌심사형 헌법소원심판이라고 한다.³⁷⁾

우리나라의 헌법소원심판과 같이 독일의 헌법소원심판도 기본법 제93조 제1항 제4a호에 의한 개인의 기본권구제를 위한 헌법소원심판과 동조항 제4b호에 의한 지방자치단체의 헌법소원심판 두 종류가 있다. 개인은 누구나 공권력에 의하여 기본권을 침해당했다고 보면 헌법소원심판을 청구할 수 있는데, 이 독일의 헌법소원심판은 우리나라 권리구제형 헌법소원심판과 동일하다. 그런데 지방자치단체의 헌법소원심판은 연방법이나 지방법이 지방자치단체의 자치권을 침해했다고 볼 때 청구하는 헌법소원심판이다.³⁸⁾ 이 헌법소원심판은 우리나라에 유사한 제도를 찾을 수가 없는 독일만 갖고 있는 특수한 헌법소원심판이다.

독일 기본법상 헌법소원의 개념적 요소를 보면 먼저 헌법상 보장되고 있는 권리 즉 기본권 또는 헌법적 권리로 헌법에 열거되지 않은 권리라고 하여도 기본권적 성격을 갖는 권리를 구제하기 위한 절차이며, 청구인 자신의 권리가 침해되는 것을 요소로 함으로써 민중소송(Popularklage)를 배제한다. 그다음 헌법소원은 공권력에 의한 기본권침해를 대상으로 하며 사인에 의한 기본권 침해는 대상에서 제외하는 등의 요소를 갖는다.³⁹⁾

우리나라의 헌법소원심판도 헌법 제111조 제1항 제5호가 규정하고 있는 것처럼 헌법이 법률에 그 구체적 내용을 위임하고 있는데, 헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 사람이 헌법재판소에 그 권리구제를 위하여 헌법소원심판을 청구하고, 이에 대하여 헌법재판소는 심판을 통하여 국민의 기본권을 구제하고 헌법질서를 수호·유지하는 제도를 말한다.⁴⁰⁾

37) 이렇게 구분하는 것은 헌법학계의 대다수 견해나 헌법재판소의 판례가 양자의 법적 성격 때문이다. 이에 대해서는 허영, 「헌법소송법론」, 박영사, 2020, 355면 이하.

38) Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl., C.H.Beck, München, 2008, S. 545.

39) 이에 대하여 자세한 내용은 정태호, “헌법소원의 개념과 역사적 발전”, 안암법학 제4집, 안암법학회, 1996, 108면 이하 참조.

40) 정종섭, 「헌법소송법」, 박영사, 2019, 577면.

(2) 헌법소원심판의 역사

1) 독일의 역사

헌법소원심판은 공권력작용으로 인한 기본권 침해를 구제하는 헌법재판이란 점에서 헌법재판제도 자체가 없었던 시대에는 논의 자체도 할 수 없었다. 헌법소원이란 용어가 등장한 것은 독일이라 할 수 있다. 독일 남부의 왕국이었던 바이에른 왕국은 1818년 헌법을 제정하는데, 이 왕국 헌법 제7장 제21조는 헌법상 권리의 침해에 대한 소원(Beschwerde über Verletzung der constitutionellen Rechte)이란 제도를 규정하였다. 이에 대하여 당시 헌법실무에서는 헌법소원이라 용어를 처음 사용하였고, 1885년은 헌법학자 자이델(max von Seydel)을 통하여 학계에서도 사용하게 되었다.⁴¹⁾ 바이에른 왕국 헌법상 소원 제도는 현대 헌법재판의 헌법소원심판제도와는 구별되지만, 소원형태의 제도는 역사적 과정을 거치면서 점차 오늘날 헌법소원심판제도가 되었다.

바이에른 왕국 헌법상 소원제도는 그 대상이 행정작용에만 국한되었다. 이 헌법소원제도는 1818년 독일 서남부 바덴대공국 헌법 제67조 제2항에도 유사하게 규정되었고, 1831년 작센왕국 헌법 제140조에도 규정되었다. 이외에도 유사한 명칭으로 1819년 뷔르템베르크왕국 헌법이나 1820년 헷센 헌법에도 있었다.⁴²⁾ 그리고 1849년 독일 프랑크푸르트헌법은 비록 발효되지 못하였지만, 제126조에서 제국법원의 관장사항을 규정하면서 제g항에서 ‘헌법이 보장하는 국민의 권리를 침해하는 것에 대한 독일 국민의 소(訴)’를 규정하였다. 이 규정은 오늘날 헌법소원에 해당하는 내용을 갖고 있었다고 볼 수 있다.⁴³⁾ 그런데 이 프랑크푸르트 헌법은 제126조 제h항에서 소원(Beschwerde)이란 용어를 사용하고 있는데, 이는 주법상의 권리구제절차를 회피할 때 구제절차를 위한 소원이란 점에서 헌법소원이라고 볼 수는 없다.

독일은 1919년 바이마르헌법을 제정하여 제국에서 공화국으로 탈바꿈하였지만, 바이마르헌법에서는 헌법소원제도를 찾아볼 수 없다. 그러다가 1949년 독

41) 헌법소원이란 용어의 어원에 대하여 독일 문헌을 정리한 논문으로는 정태호, 앞의 논문, 103면 이하 참조.

42) Huber, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 1, 3. Aufl., S. 286.

43) 허영, 「헌법소송법」, 358면.

일연방공화국 헌법에 와서야 헌법소원에 관한 논의가 다시 시작되었다. 물론 기본법 제정 때 헌법소원이란 용어의 사용과 함께 제도도입에 관한 논란이 있었다. 당시 기본법에는 헌법소원이란 용어 대신 기본권소(Grundrechtsklage)라는 용어를 사용하자는 견해도 있었다. 이런 이유로 1949년 독일 기본법에는 헌법소원제도가 명문화되지 못하였다. 그렇지만 독일 기본법 제93조 제2항은 기본법에 명시된 권한 이외에도 법률로 연방헌법재판소의 권한을 부여할 수 있도록 규정하고 있어서 헌법소원제도는 연방헌법재판소법에 도입이 가능하도록 하였다. 기본법에 근거하여 독일연방의회는 1951년 연방헌법재판소법을 제정하면서 제90조 이하에 헌법소원제도를 규정하였다.

법률에 근거 규정을 갖고 있는 독일 헌법소원제도는 1968년 기본법의 개정과 함께 제93조 제1항 제4a호로 명문의 규정을 갖게 되었다. 그리고 기본법은 제94조 제2항에 따라 헌법소원의 경우 지정재판부에 의한 사전심사절차를 거치도록 하면서 법원의 권리구제절차를 소진하도록 하는 보충성원칙을 확립하여 헌법적 근거를 마련하였다. 독일 기본법은 연방헌법재판소법 제90조의 헌법소원제도를 그대로 수용하면서 헌법상의 헌법재판제도의 한 유형으로 헌법소원제도를 규정하였다. 독일은 헌법소원제도를 헌법상 제도를 명문화하였지만, 기본법 제79조 제3항의 영속성원칙에 속하는 핵심적인 내용은 아니기 때문에 헌법의 개정으로 폐지할 수 있다고 보고 있다.⁴⁴⁾

2) 오스트리아의 역사

헌법소원제도에 관해서는 같은 게르만족 국가인 오스트리아도 1867년 국가 기본법에서 제3조 제b항에 제국법원의 관장사항으로 “헌법에 의하여 보장된 국민의 정치적 권리의 침해로 인한 소원에 관한 심판”을 규정함으로써 그 역사적 연원을 갖고 있다. 이 이후 오스트리아 연방헌법은 제144조 제1항에서 “헌법재판소는 소원청구인이 행정청의 처분에 의하여 헌법상 보장된 권리를 침해당했다고 주장하거나 위법적인 명령, 위헌적인 법률 또는 위법적인 조약에

44) 이에 대해서는 Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, 1991, Rn. 317.

의한 행정처분에 의하여 자신의 권리가 침해당했다고 주장할 때 행정청의 처분에 대한 소원에 대하여 심판한다. 동 재판소는 동일한 요건에서 특정한 사인에 대한 행정청의 직접적인 명령권 및 강제권의 행사에 대한 소원에 대해서도 심판한다. 소원은 처분에 대한 행정구제절차를 마친 후에 제기될 수 있다.”라고 하여, 행정청의 처분이나 절차를 거칠 필요가 없는 행정행위에 대해서는 국민이 직접 헌법재판소에 헌법소원을 청구할 수 있도록 하고 있다.⁴⁵⁾

오스트리아는 행정청의 처분과 함께 법령에 대한 헌법소원도 규정하고 있다. 법률이 재판이나 행정처분 없이 직접 적용됨으로써 기본권을 침해받았다고 주장하는 개인은 헌법 제140조 제1항 제1호 c목에 따라 헌법재판소에 법률의 위헌 여부에 관한 심판을 제청할 수 있다. 위헌·위법의 법규명령에 의하여 개인이 직접 권리를 침해받은 경우에도 헌법 제139조 제1항 제3호에 따라 헌법소원을 청구할 수 있다.⁴⁶⁾ 그리고 우리나라 헌법재판소법 제68조 제2항의 위헌심사형 헌법소원과 유사한 재판 당사자에 의한 위헌법률심판제청제도가 있다.⁴⁷⁾ 오스트리아 헌법소원제도의 경우, 일반법원이 아닌 특수 사법기관으로서의 헌법재판소가 관장한다는 점과 일반법원의 재판 및 행정법원의 재판을 헌법소원대상으로 하지 않고 국민의 헌법상의 권리에 대한 국가의 행정작용으로 인한 침해에 대해 행정법원을 거치지 아니하고 헌법재판소에 헌법소원을 직접 제기할 수 있도록 한 점 등이 특징이라 할 수 있다.

3) 스위스의 역사

스위스는 1848년 연방헌법을 제정하면서 제105조에 연방헌법상 보장된 권리를 침해하는 것에 대한 소를 연방의회로부터 연방법원이 이송받는 경우에 법

45) 김하열, 「헌법소송법」, 408면.

46) 김하열, 「헌법소송법」, 409면.

47) 재판소원을 인정하지 않았던 오스트리아는 최근 헌법 개정을 통해 우리 헌법재판소법 제68조 제2항 위헌심사형 헌법소원과 유사한 제도를 도입했는데, 제1심 일반법원(ordentlicher Gericht)의 판결이 내려진 소송사건의 당사자가 상소를 하면서 그 판결이 위헌법률을 적용함으로써 인해 본인의 권리가 침해되었다고 헌법재판소에 그 법률의 위헌여부심판을 제청할 수 있고, 헌법재판소는 이에 관하여 재판한다(오스트리아 헌법 제140조 제1항 제1호 d목). 이 경우 당해사건의 재판은 법원의 결정이 있는 경우 외에는 정지되지 않는다(헌법 제140조 제8항). 이에 관해서는 김하열, 「헌법소송법」, 388면.

원이 재판하도록 규정하였다. 이로써 스위스에서는 헌법소원이 의회의 소 이송 권으로부터 출발했음을 알 수 있다. 그런데 의회의 소송개입에 대한 비판으로 1874년 연방헌법은 제113조 제1항 제3호에서 “연방법원은 국민의 헌법적 권리의 침해에 대한 소원 및 쿤코르다트 및 조약의 위반에 대한 사인의 소원에 대하여 재판한다.”라고 규정하여 연방법원이 전적으로 관할권을 행사하도록 하였다.⁴⁸⁾

스위스는 독일, 오스트리아와 달리 헌법재판소를 설치하지 않고 연방법원에 일반재판권뿐만 아니라 헌법재판권도 관장하게 하고 있다. 스위스 법원은 위헌법률이 당해사건에 적용되는 것을 배제하는 권한을 갖고 있으며, 미국처럼 연방법원이 위헌법률에 대한 최종적인 심판권을 갖는다. 그런데 위헌법률심사에 대한 판결의 효력은 위헌법률이 당해사건에 적용하는 것을 배제하는 것에 그친다. 그리고 스위스의 연방법원은 연방과 주 사이의 분쟁 및 주 간의 연방법쟁의에 관한 심판권과 헌법소원에 관한 심판권을 갖는다.⁴⁹⁾

헌법소원의 대상은 주(Kanton)의 모든 공권력을 대상으로 하고 그 공권력은 고권적 입법작용·행정작용·사법작용으로 이에 대해서만 소원을 제기할 수 있다.⁵⁰⁾ 스위스 헌법소원제도는 연방 차원의 공권력을 제외하는 것이 특징이다.⁵¹⁾ 그리고 권리침해를 당한 개인은 주법에 규정된 모든 권리구제절차를 거친 후, 연방법원의 소송이나 다른 권리구제절차로도 구제될 수 없는 경우에만 헌법소원을 제기할 수 있도록 보충성원칙을 규정하고 있다.⁵²⁾ 이 같은 기능은 개인의 권리구제절차를 넘어 연방이 주의 공권적 행위에 대한 감독수단으로 활용하는 것으로 볼 수 있다.⁵³⁾

스위스는 연방법원의 판례를 통하여 청구인의 범위를 확대해왔다. 즉 주의

48) 이에 대해서는 Schumann, Verfassungsbeschwerde-GK, S. 178f.

49) Giacometti/Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1978, S. 881.

50) 헌법소원의 대상으로 「연방법원조직법」 제84조 제1항에 따라 연방헌법과 연방법률에 대한 소원은 허용되지 않고 주 법률에 대해서만 허용된다. 이에 대해서는 박규하, “헌법소원제도의 본질과 대상”, 외법논집 제14집, 한국외대 법학연구소, 2003, 8면.

51) Haller, Das schweizerische Bundesgericht als Verfassungsgericht, in: Starck/Walter Hrsg. Verfassungsgericht in Westeuropa, S. 180ff.

52) 스위스 연방법원조직법 제84조 제2항 참조.

53) 김하열, 「헌법소송법」, 409면.

법규범에 대한 헌법소원에서 청구인이 해당 법규에 의하여 잠재적인 관련 가능성만 있어도 적격성을 인정하고 있다.⁵⁴⁾ 그런데 대부분의 법규는 잠재적 관련성을 갖고 있어서 민중소송화 내지 규범통제소송화로 변질될 수 있다는 점에서 비판을 받고 있다.⁵⁵⁾

4) 스페인의 역사

스페인은 프랑코 사후 1978년 헌법개정을 통하여 제9장에 헌법재판소를 규정하였다. 스페인 헌법은 제161조 제1항 b호는 헌법재판소 관장사항으로 헌법소원(recurso de amparo)을 규정하여, 헌법재판소는 헌법 제53조 제2항에 규정된 기본권 및 기본적 자유의 침해로 인하여 법률이 정한 경우와 법률이 정한 형식으로 제기된 헌법소원에 대한 심판권을 행사한다. 그리고 헌법소원에 관한 구체적 내용에 법률에 위임하고 있다.

스페인 헌법소원제도에서 청구권자는 헌법 제14조 내지 제30조에 규정된 권리와 자유⁵⁶⁾를 국가 등에 의한 공권력의 행사(disposiciones, actos jurídicos, simple via de hecho)로 인하여 침해당한 자이다(스페인 헌법재판소법 제41조)⁵⁷⁾. 스페인은 헌법소원의 대상을 개괄주의가 아닌 그 대상을 한정하고 기본권도 한정하여 헌법소원을 허용하고 있는 열기주의를 채택하고 있다(헌법 제161조 제1항⁵⁸⁾, 헌법재판소법 제41조 이하).

54) 스위스 연방법원의 대표적인 판례로는 BGE 99 1a, 236.

55) 이에 관해서는 정태호, 앞의 논문, 154면.

56) 스페인 헌법상 기본권 규정을 보면 제2절에서 권리와 자유를 규정하고 제14조(평등권)와 제1관 기본권과 공적 자유를 두고 이하에 생명권(제15조), 신체의 자유(제17조), 사상의 자유(제16조 제1항), 종교문화의 자유(제16조 제1항), 명예권(제18조), 초상권(제22조), 프라이버시권(제22조), 통신의 자유(제22조), 주거의 자유(제19조), 학문예술의 자유(제20조), 집회 및 결사의 자유(제21조, 제22조), 참정권(제23조), 재판받을 권리(제23조), 교육을 받을 권리(제27조), 노동기본권(제28조), 청원권(제29조) 등을 규정하고 있다(국회, 세계헌법, 2017) .

57) 제41조 ① 헌법 제14조에서 제29조에 규정된 권리와 자유는 법원에 위임된 일반보호를 해함이 없이, 동법에서 정하고 있는 방법과 경우에 따라 헌법소원심판의 대상이 된다. 헌법 제30조의 양심적 반대의 경우에도 마찬가지로 보호가 적용된다(「국가별 법령집 ; 스페인헌법재판소법」, 헌법재판연구원, 2017. 6.) .

58) 스페인 헌법 제161조 ① 헌법재판소는 다음의 관할권을 갖는다. a) 법률과 법률의 효력을 가지는 규정에 대한 추상적 규범통제. 판례 해석으로 법률의 지위를 가지는 법규범이 위헌 선언된 경우, 판례나 반복된 판례의 기판력이 없어지지 않는 한 법규범에 영향을 미친다. b) 법률이 정하는 경우와 형식에 따라, 이 헌법 제53조 제2항의 권리와 자유의 침해에 의한 헌법소원심판. c) 국가와 자치주 간 내지 자치주 간의 권한쟁의심판. d) 이 밖의 헌법 또는 조직법에서 부여하는 사항.

헌법소원의 대상을 보면 ① 의회 또는 지방의회 등 입법기관에 의한 법률적 효력이 없는 행위(헌법재판소법 제42조), ② 권리와 자유의 침해가 정부나 당국 내지 공무원, 자치주의 집행기관이나 당국 또는 공무원이나 대리인에 의한 처분, 법률행위, 불행사나 사실에 기인할 때, 사법적 구제절차를 거친 후에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. ③ 사법기관으로부터 헌법상 권리와 자유가 침해된 경우 그 행위를 심판의 대상으로 한다. 이 경우 당해 소송절차의 당사자 또는 호민관, 검찰은 심판청구를 할 수 있다. (동법 제44조, 제46조 제1항). 이러한 사법작용에 대한 헌법소원은 사법절차 상 가능한 권리구제의 소송을 모두 거쳐야 하며, 소송진행절차에서 생긴 작위, 부작위는 심판의 대상이 되지 아니한다(동법 제44조). ④ 양심의 자유를 침해하는 경우 등이다. 또 다른 스페인 헌법소원제도의 특징은 '정당한 이익'을 주장할 수 있는 주체의 다양함이다. 즉 법인을 포함한 청구권자로서의 모든 자연인과 나아가 호민관과 검사도 헌법소원제청을 할 수 있다는 것이다.⁵⁹⁾ 그 밖에 일반 재판에 대한 헌법소원은 인정되나 법률에 대한 헌법소원은 인정되지 않는다는 점도 특징이라 할 수 있다.

5) 우리나라의 경우

우리나라는 과거 1960년 제3차 개정헌법에서 헌법재판소제도를 도입하였다. 당시 헌법은 제83조의3에 헌법재판소의 관장 사항으로 1. 법률의 위헌여부 심사, 2. 헌법에 관한 최종적 해석, 3. 국가기관간의 권한쟁의, 4. 정당의 해산, 5. 탄핵재판, 6. 대통령, 대법원장과 대법관의 선거에 관한 소송 등 6개를 규정하였다. 이때 헌법재판소에 관한 규정에는 헌법소원심판제도가 없었다. 더구나 헌법재판소제도는 헌법에만 규정되었고, 관련 법률을 제정하기도 전에 군사 쿠데타로 제2공화국 헌법이 효력을 정지당하면서 무산되었다.

헌법재판소의 설치는 1987년 제9차 개정 헌법 전까지 실현되지 못하였다. 제6공화국 헌법은 제6장에 헌법재판소를 규정하고, 제111조 제1항에 헌법재판

59) 정태호, 앞의 논문, 155면.

소 관장 사항에 대하여 규정하였다. 동조항은 헌법재판소의 관할로 1. 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판, 2. 탄핵의 심판, 3. 정당의 해산 심판, 4. 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판, 5. 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판 등 5개를 규정하였다. 헌법소원심판은 현행 헌법에서 우리나라 헌정사상 최초로 규정되었다.⁶⁰⁾ 이 헌법소원심판제도는 재판소원을 제외하고는 기본 내용이 독일의 헌법소원심판과 유사하여, 독일의 헌법소원심판제도를 모방하였다고 할 수 있다.⁶¹⁾

(3) 헌법소원심판의 종류

헌행법상의 헌법소원제도는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 헌법재판소법 제68조 제1항에 따라 제기하는 권리구제형 헌법소원과 재판의 당사자가 법원에 위헌 법률심판제청신청을 하였으나 기각된 경우 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 제기하는 위헌심사형 또는 규범통제형 헌법소원으로 나누어 규율되고 있다.⁶²⁾

1) 권리구제형 헌법소원

헌법소원심판은 국가공권력으로부터 침해당한 기본권의 구제를 위한 예외적인 특별한 수단이란 점에서 그 본질은 권리구제에 있다. 이에 따라 헌법재판소법 제68조 제1항에 규정된 헌법소원심판은 주관적 권리구제를 위한 헌법소원으로 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 청구할 수 있다. 국가공권력으로부터 개인의 기본권이 침해되면 이를 구제하기 위한 제도로써 등장한 것이 헌법소원심판이란 점에서 헌법재판소법 제68조 제1항의 권리구제형 헌법소원은 전형적인 헌법소원이라고 할 수 있다.⁶³⁾

2) 위헌심사형 헌법소원

60) 김하열, 「헌법소송법」, 박영사, 2019, 418면. 현행 헌법에서 헌법재판소를 설치하게 된 이유가 헌법소원 때문이라고 한다. 이에 대해서는 헌법재판소, 「헌법재판소 20년사」, 2008, 137면.

61) 허영, 「헌법소송법론」, 357면.

62) 헌법재판소, 「헌법재판실무제요」, 2015, 214면 이하.

63) 김하열, 「헌법소송법」, 414면.

우리나라 헌법소원제도는 헌법이 법률에 위임함으로써 헌법재판소법은 제68조에서 제1항에 권리구제형 헌법소원과 제2항에 위헌심사형 헌법소원을 규정하고 있다. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 위헌심사형 헌법소원제도는 법률의 위헌 여부에 대하여 심사한다는 점에서 위헌법률심판과 동일한 성격을 갖고 있는 헌법소원이다. 이는 규범에 대한 헌법을 기준으로 한 통제라는 점에서 규범통제형 헌법소원이라고도 할 수 있다.

헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판은 재판에 전제가 된 법률에 대한 위헌심사의 성격을 갖는다는 점에서 구체적 규범통제의 헌법소원으로서 동법 제41조 제1항에 따른 법률의 위헌여부 심판의 제청신청이 법원에 의하여 기각된 때에 그 신청을 한 당사자가 헌법재판소에 제청신청이 기각된 법률의 위헌 여부를 가리기 위하여 헌법소원심판을 청구하는 것으로 그 심판청구의 요건과 대상이 다르다.⁶⁴⁾

위헌심사형 헌법소원이 도입하게 된 이유는 권리구제형 헌법소원에서 법원의 재판을 제외함으로써 국가공권력 행사인 사법작용에 대한 헌법소원을 청구하지 못하는 것을 보완하는 명목으로 재판에서 당사자가 위헌법률제청신청에 대하여 법원이 기각하게 되면, 이 법원의 결정으로 인하여 권리를 예외적으로 구제받을 기회를 상실한 것에 대한 보완적 의미에서 헌법소원을 제기할 수 있도록 한 것이다.⁶⁵⁾

재판에서는 당해사건에 적용되는 법률이 위헌으로 판단될지라도 법원 스스로가 위헌제청을 하지 않는 경우라면, 재판의 당사자로서는 원칙적으로 법원의 모든 심급을 경유한 후, 비로소 위헌인 법률을 적용한 재판에 대하여 헌법소원을 제기할 수밖에 없다.⁶⁶⁾ 그러나 법원의 재판을 헌법재판소법 제68조 제1항이 헌법소원의 대상에서 원칙적으로 제외하고 있는 현행 헌법소원제도로서는 재판의 당사자가 법원을 통한 쟁송절차를 경유한 후에는 재판소원을 통한 위헌성을 물을 수 없어서, 동법은 제68조 제2항의 위헌심사형 헌법소원제도를

64) 헌재 1994. 4. 28. 89헌마221.

65) 헌법재판소, 「헌법재판소 20년사」, 138면 이하.

66) 헌법재판소, 「헌법재판실무제요」, 215면.

규정함으로써 위헌 대상으로서의 법률에 대하여 청구권자가 기본권구제를 위한 헌법소원을 직접 제기할 수 있도록 하여, 제68조 제2항의 헌법소원제도는 재판소원을 배제하는 현행 헌법소원제도의 일부 보완적 기능을 하고 있다.⁶⁷⁾

이상과 같이 위헌심사형 헌법소원은 법원의 제청신청의 기각이라는 요건을 가짐으로써 다른 나라의 헌법재판제도와는 다른 형태를 보이는 헌법재판에 의한 기본권 구제절차제도이다.⁶⁸⁾ 동법 제68조 제2항은 위헌법률심판의 제청신청이 법원에 의하여 기각된 경우에 제청신청을 한 당사자가 헌법재판소에 직접 제기하는 헌법소원을 규정하고 있다.⁶⁹⁾

헌법재판소는 초기에는 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원제도가 헌법재판소법 편제상 헌법소원 규정에 있다는 점과 국민이 직접 심판을 청구할 수 있다는 점을 이유로 헌법소원제도의 한 유형으로써 그 성질을 규정하여 동법 제68조 제1항에 따른 헌법소원 심판청구와 동일한 '헌마'의 사건부호를 동조 제2항의 사건에도 부여하였고, 이후 몇몇 결정에서는 심판청구의 적법성을 판단하면서 청구인의 권리(기본권) 침해의 현재성 등의 개념을 사용하기도 하였다.⁷⁰⁾

헌법재판소는 1990년부터 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판 청구에 '헌바'라는 별도의 사건부호를 부여하였고, 심판청구의 적법성도 청구인의 소의 이익에 관한 유무가 아니라 당해 소송에서 심판대상이 된 법률이 재판의 전제성을 가지는가에 따라 판단하였다.⁷¹⁾ 그 후 헌법재판소는 자신의 판례를 통하여 “헌법재판소법 제58조 제2항 소정의 헌법소원은 그 본질이 헌법소원이라기 보다는 위헌법률심판이므로”라고 하여 위헌심사형 헌법소원의 법적 성격이 규범통제임을 명확히 했다.⁷²⁾

헌법재판소가 헌법재판소법 제68조 제2항의 위헌심사형 헌법소원을 위헌법률심판의 성격을 갖는다고 하였지만, 헌법학계 일각에서는 헌법재판소의 입장

67) 한수웅, 「헌법학」, 1486면.

68) 헌법재판소, 「헌법재판실무제요」, 215면.

69) 김하열, 「헌법소송법」, 391면.

70) 헌재 1989. 9. 29. 89헌마53; 헌재 1989. 12. 18. 89헌마32 등.

71) 헌재 1990. 6. 25. 89헌마107.

72) 헌재 1997. 7. 16. 96헌바36 등.

에 동의하지 않고 있다. 위헌심사형 헌법소원은 법원의 제청으로 절차가 개시되는 위헌법률심판과 달리 청구인의 청구로 절차가 시작된다는 점에서 청구인 적격에서 차이가 있다고 하여 위헌심사형 헌법소원이 명칭만 헌법소원이고 그 본질은 위헌법률심판과 같다는 것에 이의를 제기한다.⁷³⁾

헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판은 동법 제41조에 규정된 법원의 제청에 의한 위헌법률심판과 함께 구체적 규범통제의 한 유형으로써 심판의 대상이 법원의 기각결정이 아닌 법률이므로 위헌법률심판처럼 법률의 위헌 여부를 심판하는 제도로 확립되었다.⁷⁴⁾ 그래서 헌법재판소법 제68조 제2항은 구체적 규범통제의 성격과 함께 헌법소원의 복합적 성격을 갖는 헌법소원심판이라고 할 수 있다.⁷⁵⁾

2. 헌법소원심판의 기능과 법적 성격

헌법소원심판의 기능과 관련해서는 헌법소원제도가 헌법재판이라는 점에서 헌법재판의 기능으로부터 헌법소원의 기능이 나온다고 볼 때 먼저 헌법재판의 기능을 보고 헌법소원심판의 기능을 검토한다. 그 후 헌법소원심판의 법적 성격을 살펴보도록 한다.

(1) 헌법재판의 기능

헌법재판은 헌법의 실질적 규범력을 확보하여 헌법을 실현하는 제도라는 점에서 헌법을 보호하고 국가법질서를 확립함으로써 사회통합을 촉진하는 다양한 기능을 갖는다.⁷⁶⁾ 헌법학계에서는 헌법재판의 기능과 관련하여 다양한 의견을 제시하고 있지만, 대체적으로 헌법보호, 권력의 통제, 기본권의 보호, 정치적 평화보장 및 헌법의 실효성을 보장하는 기능 등을 들고 있다.

73) 대표적으로 김하열, 「헌법소송법」, 393면; 김광옥, “헌법재판소법 제68조 제2항의 ‘당사자’”, 일감법학 제49호, 건국대 법학연구소, 2021, 150면 이하.

74) 헌법재판소, 「헌법재판실무제요」, 216면.

75) 한수웅, 「헌법학」, 1487면.

76) 허영, 「헌법소송법론」, 12면.

1) 헌법보호기능

헌법재판은 헌법의 규범적 효력을 관철하여 그 실효성을 담보함으로써 국가의 최고규범인 헌법을 보호하는 기능을 갖는다.⁷⁷⁾ 그리고 헌법재판은 자유민주주의 헌법질서를 위협하는 적으로부터 헌법을 보호하는 기능을 갖는다.⁷⁸⁾ 헌법질서를 위협하는 세력은 국가권력뿐만 아니라 개인이나 단체, 세력 또는 정당일 수도 있다.⁷⁹⁾ 헌법이 규정하고 있는 위헌법률심판·정당해산심판·탄핵심판·권한쟁의심판·헌법소원심판 등은 헌법보호기능을 하는 헌법재판제도에 포함된다.⁸⁰⁾

2) 권력통제기능

헌법재판은 포괄적인 권력통제장치로서 입법·행정·사법의 모든 국가작용이 헌법이 설정한 권력분립과 견제의 체계 내에서 작용되도록 보장한다.⁸¹⁾ 그리고 헌법재판은 오늘날 권력분립원칙의 현대적 실현형태로서 중요한 기능적·효율적 권력통제의 장치라고 할 수 있다. 그런 점에서 헌법재판은 권력통제기능 뿐만 아니라 국가권력의 조정기능도 갖고 있다.⁸²⁾ 헌법재판제도는 사회구조의 변화와 정당국가화에 따른 권력통합현상 때문에 고전적·구조적 권력분립제도가 제대로 구실을 못하고 있는 상황에서 새로운 권력통제의 장치로서 기능한다. 특히 자유민주적 정치질서 내의 다수와 소수의 기능적인 상호견제의 장치는 소수자를 보호하는 헌법재판제도에 의해서 비로소 그 실효성을 기대할 수 있다. 예를 들어 야당교섭단체와 같은 정치적 소수에게 권한쟁의심판의 제소권을 주는 것은 다수의 권력행사에 대한 강력한 통제효과를 나타내는 것이다.⁸³⁾ 우리나라의 경우에는 헌법재판소가 담당하는 권한쟁의심판과 함께 위헌법률심판, 탄핵심판, 정당해산심판, 헌법소원심판도 국가권력에 대한 통제기능

77) 학자에 따라서는 헌법수호기능이라고도 한다(허완중, 「헌법소송법」, 45면).

78) 허영, 「헌법소송법론」, 12면.

79) 김하열, 「헌법소송법」, 21면.

80) 독일 기본법은 기본권 실효제도를 규정하여 개인으로부터 헌법을 보호하기 위한 제도를 명문화하고 있다.

81) 김하열, 「헌법소송법」, 20면.

82) 허완중, 「헌법소송법」, 46면.

83) 헌법재판소, 「헌법재판실무제요」, 2면.

을 담당하게 된다.⁸⁴⁾

3) 기본권 보호기능

헌법재판은 국가권력을 통제하고 국가권력의 절차적 정당성을 확인함으로써 국민의 자유와 권리를 보호하는 기능을 갖는다.⁸⁵⁾ 법치국가원리를 헌법상 기본원리로 채택함으로써 법치국가가 지향하는 기본권의 최대한 보장을 위한 법률유보원칙과 기본권의 본질적 내용의 침해금지원칙 등이 헌법재판을 통하여 규범력을 갖게 됨으로써 그 실효성이 보장된다.

헌법재판은 헌법이 국가의 최고규범임을 확인하고 모든 국가작용의 정당성 근거가 된다는 것을 확인함으로써 법치국가가 지향하는 최종 목표인 국민의 기본권 최대 보장을 가장 실질적으로 확보해 주는 제도이다. 기본권의 보호기능을 담당하는 직접적인 헌법재판은 헌법소원심판과 위헌법률심판이 대표적이다. 특히 헌법소원심판은 모든 법적 절차를 통하여 기본권을 보장할 수 없는 경우, 기본권을 구제하기 위한 극히 예외적이고 보충적인 절차이다. 그런 점에서 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에서 제외하는 것은 체계정당성에 반하는 것이라 할 수 있다.⁸⁶⁾

4) 정치적 평화보장기능

헌법은 법과 정치가 교차하는 국가의 최고규범이다. 헌법재판의 심사기준은 헌법으로, 헌법재판은 헌법이 갖고 있는 정치적 성격을 규범화하여 정치적 평화를 추구한다. 헌법재판은 헌법질서를 이탈한 정치세력이 힘으로 투쟁하는 것을 대신하여 헌법질서 내에서 평화적으로 헌법적 가치를 실현시키는 최후보루로 기능함으로써, 국가가 위기에 봉착하거나 또는 저항권이 행사되기 전에 합헌적인 예방창구를 열어 주어 정치적 대립풍토를 순화시키는 촉매의 역할을 하고, 또한 사회통합의 동기를 더욱더 활성화시켜주는 기능을 한다.⁸⁷⁾ 특히 권

84) 성낙인, 「헌법소송법」, 6면.

85) 허완중, 「헌법소송법」, 45면

86) 허영, 「헌법소송법론」, 14면

87) 헌법재판소, 「헌법재판실무제요」, 3면.

한쟁의심판과 정당해산심판을 통해서 헌법문제와 관련된 많은 정치적인 문제들이 해결될 수 있고, 자칫 ‘장외 정치’로 빠질 위험이 있는 정치적 사건들이 헌법재판에 의하여 해결되어 정치적 평화를 가져오는 효과가 생긴다. 또한 정치적 소수세력에게 헌법재판을 통해 그들이 주장을 펼칠 수 있는 기회를 줌으로써 국가권력의 정당성 확보에도 기여하는 효과를 가져온다.⁸⁸⁾

5) 헌법의 규범력과 실효성 보장기능

헌법은 국가의 최고규범이고, 국가의 법질서는 헌법을 정점으로 위계적 체계로 짜여져 있다. 그런데 헌법의 규범력은 헌법질서에 위배되는 모든 국가작용에 의하여 일상적으로 침해될 수 있다. 헌법에 위반되는 법률의 제정, 법적 한계를 벗어난 행정처분, 권한 없거나 권한의 범위를 벗어난 국가기관의 조치, 헌법규정에 반하는 정치권력자의 행위, 헌법과 법률에 위반한 법원의 재판, 민주적 기본질서에 반하는 정당의 활동 등에 의하여 헌법의 규범력은 훼손된다. 그러므로 규범통제심판, 헌법소원심판, 권한쟁의심판, 탄핵심판, 정당해산심판 등 모든 헌법재판작용은 헌법의 규범력 보장을 목적으로 한다.

헌법재판을 통한 헌법규범력의 관철은 물론 일반법원의 재판과 다른 특성을 지니고 있다. 일반재판의 경우 우월한 국가공권력, 심지어는 물리력을 동원하여 재판의 결과를 관철함으로써 법질서를 관철할 수 있다. 그러나 헌법재판은 그 당사자가 국가의 권력기관, 헌법기관, 정치적 기관일 뿐만 아니라, 권력분립에 기초한 기능적 한계 등을 이유로 재판결과의 강제적 관철이 어렵거나 바람직하지 않을 경우가 많다. 그리하여 헌법재판 결과의 존중과 자발적 준수, 위헌성 교정에 대한 광범위한 판단여지와 같은 방식을 통하여 헌법재판의 효력이 관철될 수 있다. 이와 같이 실효성 확보 방식에 일반재판과는 다른 특성이 있지만 오늘날 헌법재판은 헌법의 규범력을 확보할 수 있는 효과적인 제도로 정착되고 있다.

88) 허영, 「헌법소송법론」, 15면.

(2) 헌법소원심판의 기능

1) 기본권 구제기능

헌법재판제도는 헌법이 최고규범이라는 것을 전제로 하는 재판제도이기 때문에, 헌법이 국민의 기본권을 보장하는 것을 목적으로 한다는 점에서 헌법소원심판도 기본권 구제가 가장 중요한 기능이라 할 수 있다.⁸⁹⁾ 헌법은 제27조 제1항에 재판청구권을 규정하여 권리구제절차를 위한 기본권을 규정하여 보장하고 있음에도 헌법소원심판을 별도로 하여 헌법재판제도의 일종으로 규정하고 있는 것은 기본권의 보호가 무엇보다도 법치국가에서 중요하기 때문이다. 그런 점에서 헌법소원심판의 핵심 기능은 국가공권력으로부터 침해된 기본권을 구제함으로써 기본권을 보호하는 것이다.⁹⁰⁾⁹¹⁾ 즉 헌법을 통하여 하나의 독립된 제도로서 기본권 보호를 목적으로 하여 기능하는 특별하고 추가적인 기본권 구제절차이다.⁹²⁾

헌법소원심판은 특별하고 예외적인 기본권 구제절차라는 점에서 그 심사척도는 기본권에 한정한다. 헌법소원심판에서는 기본권 침해 여부만 다루기 때문에 다른 헌법 규정은 심사척도가 될 수 없다, 그다음 헌법소원심판은 기본권 침해에 대한 재판이기 때문에 헌법소원심판의 청구권자는 기본권 주체이다.⁹³⁾ 그래서 헌법상 기본권 주체가 될 수 없는 사람이나 기관·단체는 원칙적으로 헌법소원심판을 청구할 수 없다. 나아가 개인이란 신분을 가지고 있어도 헌법상 기본권의 주체가 될 수 없다면 심판을 청구할 수 없다. 대표적으로 국민과 달리 외국인은 헌법상 기본권 주체에 일정한 제한이 있기 때문에 외국인이 향유할 수 없는 기본권 침해에 대해서는 헌법소원심판을 청구할 수 없다. 마지막으로 기본권 침해 상태가 종료되면 더 이상 권리보호의 이익이 없기 때문에 헌

89) 김하열, 「헌법소송법」, 415면.

90) 허영, 「헌법소송법론」, 361면.

91) 헌법소원심판이 국가공권력의 기본권 침해에 대한 예외적인 구제절차라는 점에서 공권력 행사에 있어서 기본권 존중을 촉구하는 기능도 있다는 견해가 있다. 그런데 이런 기능은 헌법에 규정된 국가공권력의 기본권보장의무와 관련하여 헌법소원심판의 헌법질서의 수호·유지기능에 포섭되는 것이라 볼 수 있다(허영, 「헌법소송법론」, 362면).

92) 허영, 「헌법소송법론」, 362면. 여기서 허영 교수는 헌법소원심판이 소송절차를 통하여 기본권을 관철하는데 있어서 추가적인 권리구제수단이기 때문에 법원의 재판에 대하여 청구하는 것이 당연하다고 본다. 이에 관한 독일 문헌으로는 Benda/Klein, aaO., Rn. 368.

93) 허완중, 「헌법소송법」, 492면.

법소원심판은 청구의 의미가 없어진다.⁹⁴⁾

2) 객관적 헌법질서의 보장의 기능

헌법소원제도는 객관적 헌법질서의 보장기능도 갖는다.⁹⁵⁾ 헌법재판소는 초기부터 헌법소원제도의 기능을 주관적 권리구제뿐만 아니라 헌법질서의 수호·유지기능을 갖는다고 보았다.⁹⁶⁾ 헌법재판소는 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 헌법소원에서 “헌법소원의 대상이 된 침해행위가 이미 종료하여서 이를 취소할 여지가 없기 때문에 헌법소원이 주관적 권리구제에는 별 도움이 안 되는 경우라도 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판청구의 이익을 인정하여 이미 종료한 침해행위가 위헌이었음을 선언적 의미에서 확인할 필요가 있다.”라고 하여 헌법질서의 수호·유지기능도 있음을 확인하였다.

헌법재판소의 입장과 별개로 기본권 구제절차로서 헌법소원심판은 기본권의 이중적 성격과 관련하여 한편에서는 기본권 보호와 함께 다른 한편에서는 기본권의 보호를 통하여 국가공동체의 객관적 질서를 보호하는 기능도 갖게 된다.⁹⁷⁾ 이런 점에서 헌법소원심판은 기본권 구제라는 주관적 소송의 성격도 있지만, 헌법질서의 수호·유지라는 객관적 소송의 성격도 갖는다.⁹⁸⁾ 헌법소원심판은 주관적 소송으로서 권리보호이익이 소멸한 경우에도 예외적으로 헌법질서의 보장을 위하여 필요한 경우 심판의 이익을 인정하여 심판을 하는 경우가 발생하게 되는데 이는 객관적 소송으로서 기능도 하기 때문이다.⁹⁹⁾ 이는 독일 연방헌법재판소 판례에서도 볼 수 있지만,¹⁰⁰⁾ 우리나라 헌법재판소도 헌법소원심판의 객관적 소송으로서의 성격도 강조하고 있다.¹⁰¹⁾

94) 김하열, 「헌법소송법」, 416면.

95) 이동흡, 「헌법소송법」, 322면.

96) 헌재 1992. 1. 28. 91헌마111; 헌재 1999. 5. 27. 97헌마137.

97) 허영, 「헌법소송법론」, 363면.

98) 허영, 「헌법소송법론」, 362면.

99) 허영, 「헌법소송법론」, 362면.

100) BVerfGE 33, 247(258f.).

101) 헌재 1992. 1. 28. 91헌마111.

3) 권력의 통제기능

헌법소원심판은 그 목적이 기본권 보호에 있는데, 공권력에 의한 기본권 침해 여부를 심판하기 때문에 공권력 작용이 중요한 대상이다. 기본권은 헌법에서 핵심적인 내용이며, 공권력에 의하여 기본권이 침해되었는지 여부가 헌법소원심판의 핵심이다. 즉 기본권침해의 구제절차인 헌법소원심판절차를 통하여 공권력의 합헌성 여부를 심사하는 것이기 때문에 공권력의 통제라는 기능을 수행된다.¹⁰²⁾ 그래서 공권력 주체는 그 작용의 목적과 수단이 기본권 최대보장을 목적으로 하는 헌법질서에 부합되는지 판단해야 한다.

헌법소원심판에서 권력통제의 범위는 그 대상에 따라 달라진다. 입법·행정·사법의 모든 공권력 작용을 헌법소원심판의 대상으로 한다면, 헌법소원심판은 모든 국가작용에 대하여 권력통제장치로서 기능하게 된다. 입법작용에 대한 통제는 규범통제절차를 통하여 할 수 있고, 행정작용에 대해서는 행정소송을 통제할 수 있기 때문에 법원의 재판에 대한 통제 즉 사법통제는 헌법소원심판을 통하여 유일하게 실현이 가능하다고 볼 수 있다.¹⁰³⁾ 우리나라는 독일과 달리 헌법 제111조 제1항 제5호와 헌법재판소법 제68조 제1항에서 헌법소원심판의 대상에서 법원의 재판을 제외하고 있지만, 법원이 헌법재판소의 결정과 배치되는 판결을 내리면 헌법에 합치되는 정상적인 사법작용으로 보지 않고 헌법소원심판의 대상이 될 수 있다고 하였다.¹⁰⁴⁾ 이러한 헌법재판소의 견해에서 헌법소원심판이 권력통제의 기능도 수행하고 있음을 볼 수 있다.

102) 김하열, 「헌법소송법」, 417면.

103) 김하열, 「헌법소송법」, 417면.

104) 헌법재판소는 “헌법재판소결정의 기속력과 위헌심사권에 반하는 법원의 재판(헌법재판소법 제68조 제1항이 원칙적으로 헌법에 위반되지 아니한다고 하더라도, 법원이 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 그 효력을 전부 또는 일부 상실하거나 위헌으로 확인된 법률을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 경우에도 법원의 재판에 대한 헌법소원이 허용되지 않는 것으로 해석한다면, 위 법률조항은 그러한 한도 내에서 헌법에 위반된다. 모든 국가기관은 헌법의 구속을 받고 헌법예의 기속은 헌법재판을 통하여 사법절차적으로 관철되므로, 헌법재판소가 헌법에서 부여받은 위헌심사권을 행사한 결과인 법률에 대한 위헌결정은 법원을 포함한 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다. 따라서 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 그 효력을 상실한 법률을 적용하여 한 법원의 재판은 헌법재판소 결정의 기속력에 반하는 것일 뿐 아니라, 법률에 대한 위헌심사권을 헌법재판소에 부여한 헌법의 결단(헌법 제107조 및 제111조)에 정면으로 위배된다.”라고 하여 재판작용에 대하여 헌법소원심판을 예외적으로 허용하고 있다(헌재 1997. 12. 24. 96헌마172; 헌재 2012. 12. 27. 2008헌마214).

(3) 헌법소원심판의 법적 성격

1) 권리구제형 헌법소원의 법적 성격

헌법재판소법 제68조 제1항의 권리구제형 헌법소원은 국가공권력의 작용으로 침해된 기본권의 구제를 헌법재판소에 구하는 헌법소송이지만, 헌법 제27조 제1항의 재판청구권과 같은 기본권 구제를 위한 기본권은 아니다. 즉 헌법소원제도는 청구권적 기본권의 성격을 갖는 것이 아니라 기본권 구제를 위한 예외적인 절차로 제도라고 할 수 있다.

권리구제형 헌법소원에서 논쟁이 일고 있는 것은, 헌법재판소법 제68조 제1항에서 그 대상에서 법원의 재판을 제외하고 있어서 문제가 된다.¹⁰⁵⁾ 법원의 재판은 사법작용의 핵심으로 국가공권력의 행사라고 볼 수 있는데, 동 조항은 재판작용을 그 대상에서 제외함으로써 공권력의 행사 또는 불행사에서 사법작용인 법원의 재판이 제외됨으로써 헌법소원심판에서 기본권 구제를 위한 성격에 흠결이 발생할 수 있기 때문이다. 이는 권리구제형 헌법소원의 법적 성격에서 볼 때 기본권 구제절차인 헌법소원심판의 의미를 상당부분 몰각시키는 것이다.

2) 위헌심사형 헌법소원의 법적 성격

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원은 이중적인 법적 성격을 갖고 있다.¹⁰⁶⁾ 이 헌법소원은 명칭이나 법조문의 위치 등을 볼 때 형식적인 면에서 헌법소원제도임에는 분명하다. 그리고 이 헌법소원은 절차적인 면에서도 국민이 직접 청구인이 된다는 점과 지정재판부에 의한 사전심사를 거쳐야 하고, 변호사강제주의 및 국선대리인 제도가 적용된다는 점 등에서 법 제68조 제1항의 헌법소원과 같다. 그렇지만 이 헌법소원은 위헌법률심판절차와 밀접한 관계를 갖고 절차가 진행된다. 우선 당사자는 사법재판에서 당해사건에 적용되는 법률에 대하여 재판부에 위헌법률심판의 제청신청을 하여 신청이 기각당함으로써

105) 이와 관련해서는 허완중, “한국 헌법상 예외적으로 헌법소원 대상이 되는 법원의 재판”, 저스티스 통권 제189호, 한국법학원, 2022, 7면 이하 참조.

106) 김하열, 「헌법소송법」, 393면.

당해 법률의 위헌 여부에 대하여 헌법소원을 청구하는 것이기 때문이다. 그래서 명칭과 절차는 헌법소원심판으로 진행되지만, 그 내용은 법률의 위헌여부를 헌법재판소에 판단해 주시길 청구하기 때문에 위헌법률심판의 성격을 갖는다.

헌법재판소는 판례를 통하여 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원에 대하여 “헌법재판소법 제68조 제2항 소정의 헌법소원은 그 본질이 헌법소원이라기 보다는 위헌법률심판이므로 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 헌법소원에서 요구되는 보충성의 원칙은 적용되지 아니한다.”라고 하여 헌법소원의 본질을 위헌법률심판으로 보고 있다.¹⁰⁷⁾ 물론 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원이 본질은 규범통제라고 하여도 법원과 헌법재판소의 양자관계로 이루어지는 위헌법률심판은 아니고,¹⁰⁸⁾ 국민이 헌법재판소에 직접 규범통제소송을 청구하는 형태이기 때문에 국민과 법원 및 헌법재판소라는 3자간의 관계가 성립한다는 점에서 특징이 있다.¹⁰⁹⁾

3. 위헌법률심판과 위헌소원심판

(1) 위헌법률심판의 개관

1) 위헌법률심판의 개념

위헌법률심판은 법률의 위헌 여부를 심사하여 위헌인 법률의 효력을 상실시키는 헌법재판을 말한다.¹¹⁰⁾ 위헌법률심판은 법률이 국가의 최고규범인 헌법에 위배되는지를 심사하여 그 효력을 상실시켜 헌법의 규범력을 관철하기 위한 제도이다.¹¹¹⁾ 실질적 법치국가는 헌법우위의 원칙에 따라 국가의 법체계를 구축하여 기본권을 보장하기 때문에 헌법에 위배되는 법률의 효력을 인정하지

107) 헌재 1997. 7. 16. 96헌바36.

108) 헌법재판소는 “헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원은 그 형식에도 불구하고 실질은 위헌 법률심판제도이다. 따라서 위 조항에 의한 헌법소원은 구체적인 사건에 적용될 법률의 위헌여부가 ‘재판의 전제’가 되면 제소요건을 충족하면(동법 제41조 제1항) 그 외에 따로 동법 제68조 제1항의 헌법소원에서 요구되는 기본권침해나 제소요건(자기관련성, 현재성, 직접성, 청구기간)을 갖추 것을 요하지 않는다.”라고 하여 실질적으로 위헌법률심판이라고 거듭 견해를 밝히고 있다(헌재 2003. 5. 15. 2001헌바98).

109) 김하열, 「헌법소송법」, 393면.

110) 허영, 「헌법소송법론」, 201면.

111) 김하열, 「헌법소송법」, 273면.

않는다.

위헌법률심판은 국민의 대표기관인 의회가 법률제정권을 행사하지만, 입법작용의 결과로 만들어진 법률이 헌법을 위배해서는 안 된다는 것을 제도화한 헌법재판이다. 의회는 헌법에 기속되기 때문에 의회의 입법작용으로 만들어진 법률도 헌법을 위배해서는 안 된다. 위헌법률심판은 비록 법률을 심판대상으로 하는 헌법재판이지만, 기본권 제한입법에 대한 심판이란 점에서 국민의 기본권을 보호하는 제도이기도 하다.¹¹²⁾

2) 위헌법률심판의 구조

헌법 제111조 제1항 제1호는 헌법재판소의 관장사항으로 위헌법률심판에 관하여 규정하고 있는데, 이를 규정대로 보면 “법원의 제청에 의한 법률의 위헌 여부 심판”이다. 즉 위헌법률심판은 법원의 제청이 없으면 제기하지 못하는 헌법재판이다. 그래서 법원은 1차적으로 재판에서 적용되는 법률의 위헌 여부를 심사하는 권한을 갖는다. 여기서 법원이 당해 법률이 위헌성이 있다고 판단하면 대법원을 경유하여 헌법재판소에 위헌법률심판을 청구한다.¹¹³⁾

위헌법률심판은 재판 계속 중 적용대상인 법률에 대하여 법원의 제청으로 헌법재판소에서 위헌 여부를 판단하는 소송이다. 여기서 대상법률이 구체적 분쟁에 적용되고 있을 때 그 법률의 위헌 여부를 심사하는 것을 구체적 규범통제(konkrete Normenkontrolle)라고 한다. 그런데 규범통제형 헌법재판에는 구체적 분쟁이 없어도 시행되고 있는 법률에 대하여 헌법재판소에 위헌 여부를 묻는 소송을 추상적 규범통제(abstrakte Normenkontrolle)라고 한다.¹¹⁴⁾ 우리나라 위헌법률심판은 구체적 규범통제이며 사후적 규범통제이다.

3) 위헌법률심판의 대상

헌법 제111조 제1항 제1호는 위헌법률심판에 대하여 규정하고 있는데, 이를

112) 김하열, 「헌법소송법」, 273면 이하.

113) 김하열, 「헌법소송법」, 274면.

114) 김하열, 「헌법소송법」, 270면.

보면 그 대상을 법률이라 하고 있다. 여기서 법률은 대한민국의 국회가 제정한 법률을 말하며, 법률보다 하위규범인 명령·규칙은 위헌법률심판의 대상이 아니다.¹¹⁵⁾ 왜냐하면 헌법은 제107조 제2항에서 명령·규칙에 대해서는 최종적으로 대법원이 심사하도록 규정하고 있기 때문이다. 나아가 헌법이나 헌법조항도 위헌법률심판의 대상이 될 수 없다.¹¹⁶⁾

헌법은 위헌법률심판의 대상을 법률로 규정하고 있는데, 법률과 동등한 효력을 갖는 규범들도 그 대상이 될 수 있는지 검토해야 한다. 우리나라 헌법은 제6조 제1항에서 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”라고 하여, 조약 등도 법률적 효력을 갖는다면 대상으로 보아야 한다.¹¹⁷⁾ 또한 대통령의 긴급권인 긴급재정경제명령과 긴급명령도 법률적 효력을 갖는 한 위헌법률심판의 대상이 된다.¹¹⁸⁾

(2) 위헌법률심판과 위헌소원심판의 관계

1) 위헌소원심판의 특징

헌법재판소법 제68조 제2항은 위헌법률심판제청의 신청이 기각된 때, 그 신청을 한 당사자가 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 이 규정을 볼 때 법령소원은 위헌법률심판과 밀접하게 연관되어 있다는 것을 알 수 있다. 즉 법령소원은 일반재판 중에 적용대상 법률의 위헌 여부에 대하여 법원이 위헌법률심판을 청구하지 않는 경우 헌법소원이란 방법으로 개인이 헌법재판소에 법률의 위헌 심사를 청구하는 것이다.¹¹⁹⁾

헌법재판소법 제68조 제2항은 적용대상이 법률이지만, 이 법률은 구체적 사건에서 적용되는 규범이므로, 동법 제68조 제1항의 공권력의 행사 결과인 법률의 제정행위 등은 입법작용으로 그 의미와 기능이 서로 다르다.¹²⁰⁾ 물론 헌법재판소법 제68조 제1항의 권리소원의 경우에도 입법작용으로 기본권이 침해

115) 헌재 1996. 10. 4. 96헌가6.

116) 헌재 2010. 3. 9. 2010헌바971.

117) 헌재 2001. 9. 27. 2000헌바20.

118) 헌재 2013. 3. 21. 2010헌마132 참조.

119) 법령소원을 규범소원이라고 명명한 견해도 있다(허영, 「헌법소송법론」, 204면 이하 참조).

120) 이에 대해서는 김하열, 「헌법소송법」, 393면 이하.

되었을 때 청구하는 것으로, 이 역시 법률이 대상이기는 하나 권리를 침해했는지 여부를 심사하는 것이란 점에서 구분된다.

2) 청구권자의 차이

위헌법률심판에서 제청권자는 해당 사건을 담당하는 법원이다.¹²¹⁾ 여기서 법원은 사법부에 속한 모든 법원을 의미하며, 군사법원도 포함된다. 위헌법률심판은 구체적 사건에서 법률의 위헌 여부가 재판의 전제가 되는 경우 법원만이 제청할 수 있어서 개인의 제소나 심판청구로는 할 수 없다.¹²²⁾ 위헌법률심판의 제청은 법원의 직권이나 재판 당사자의 신청에 따른 결정으로 할 수 있다.

위헌법률심판의 제청이 법원만 가능하다는 점에서 재판 당사자가 위헌법률심판제청의 신청이 기각되었을 때 청구할 수 있는 위헌소원과 는 청구권자가 다르다. 그래서 개인은 위헌법률심판을 청구할 수 없고, 법원에 위헌법률심판제청을 신청하여 기각되면 재판의 적용대상 법률에 대하여 헌법재판소에 위헌소원을 청구할 수 있다. 이 경우 해당 사건의 보조참가인도 피참가인의 소송행위와 저촉되지 않는 한 일체의 소송행위를 할 수 있어서 헌법재판소법에 따른 위헌법률심판제청의 신청을 할 수 있는 당사자에 해당한다.¹²³⁾

전체적으로 위헌법률심판과 위헌소원심판은 규범통제소송으로서 성격을 갖고 있다는 점은 있지만, 위헌소원심판은 헌법소원심판의 일종이며 심판을 청구하는 자가 법원이 아니라 재판 당사자인 개인이라는 점에서 명확하게 구분된다.

4. 독일의 헌법소원심판

(1) 개인의 헌법소원심판

1) 헌법소원심판의 개념

독일 기본법 제93조 제1항 제4a호는 연방헌법재판소의 헌법적 권한으로 헌

121) 허완중, 앞의 책, 416면.

122) 헌재 1994. 6. 30. 94헌아5.

123) 헌재 2003. 5. 15. 2001헌바98.

법소원심판을 규정하고 있다. 헌법소원심판은 주로 기본권 또는 기본권에 해당하는 권리를 침해받았을 것을 전제로 한다. 헌법소원심판은 누구든지 공권력을 통하여 직접 규정된 권리가 공권력에 의하여 침해를 받았다고 주장할 때 제기할 수 있다.¹²⁴⁾ 이런 보호는 모두를 위한 기본법 제1조부터 제19조에 규정된 기본권, 마찬가지로 기본법 제19조 제4항에 규정된 절차적 기본권 즉 제20조 제4항, 제33조, 제38조, 제101조, 제103조 및 제104 등에 대하여 특히 제93조 제1항 제4a호에서 고려하는 한 그 밖의 헌법적 권리를 위하여 청구될 수 있다.

누구든지 공권력에 의하여 자신의 기본권 또는 기본법 제20조 제4항, 제33조, 제38조, 제101조, 제103조, 제104조에 규정된 권리를 침해당했다고 주장하면 연방헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 앞에서 언급한 것처럼, 독일은 기본법상 규정된 기본권뿐만 아니라 헌법적 가치를 갖는 권리에 대하여 공권력이 침해되었다고 생각하면 헌법소원심판을 제기할 수 있다.

2) 헌법소원심판의 역사

독일의 경우 1949년 독일 기본법이 제정되었을 때 헌법소원제도는 명문으로 규정되어 있지 않았다.¹²⁵⁾ 헤른힘제(Herrenchiemsee) 헌법제정위원회 헌법 초안 제98조 제8호는 연방헌법재판소가 기본법에 규정되어 있는 기본권의 침해를 이유로 한 헌법소원에 대하여 결정하도록 규정하였다. 이와 함께 헌법 초안 제138조 제1항은 행정기관에 대하여 법원에 소송을 청구할 수 있도록 하였다.¹²⁶⁾ 즉 누구든지 행정기관의 처분 또는 부작위로 인하여 자신의 권리가 침해되거나 법이 근거하지 않은 의무가 부과된다면 재판을 청구할 수 있다. 그런데 헌법제정 자문위원회는 헌법소원제도가 필요한지에 대하여 반대의견을 피력하였고, 참사원(Parlamentarischer Rat)에서도 헌법소원제도가 바이에른의

124) Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl., Münch.: C. H. Beck, 2008, S. 539.

125) 독일 헌법소원제도의 역사에 관하여 상세하게 기술하고 있는 문헌으로는 Schmidt-Bleibtreu, in: Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar §90, Rn. 1ff.

126) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., München: C. H. Beck, 1991, S. 159f.

헌법소원과 민중소송과 명백한 차이를 발견할 수 없다고 하였다. 그 결과 기본법에 헌법소원제도가 도입되지 못하였다.¹²⁷⁾

1949년 독일 기본법에서 헌법소원제도가 명문화되지 못하였지만, 1951년 제정된 연방헌법재판소법에서는 제90조 이하에서 헌법소원제도를 규정하여 헌법재판의 일종으로 시행하였다. 독일은 초기 헌법소원심판을 제1재판부에만 배당함으로써 제1재판부와 제2재판부의 사건처리에 불균형을 가져왔다. 이로 인하여 헌법소원심판사건의 배당문제를 해결해야 할 필요성이 제기되었다.¹²⁸⁾ 그 결과 제1재판부에만 배정되었던 헌법소원심판 사건은 제2재판부와 분할하게 되었다. 또한 재판부의 부담을 경감하기 위하여 1956년 연방헌법재판소법에 제91a조를 신설하여 헌법소원에 사전심사(Vorprüfung)절차를 도입하였다.

1963년 연방헌법재판소법 제3차 개정으로 헌법소원심판의 수리절차(Annahmeverfahren)가 제93a조에 도입되면서 사전심사절차를 규정했던 제91a조는 폐지되었다. 이렇게 법이 개정된 것은 연방헌법재판소 재판관의 수가 줄어들었기 때문이다. 연방헌법재판소는 제1부와 제2부 재판부가 있고, 각 재판부는 12명의 재판관을 구성원으로 하였지만, 법의 개정으로 8명으로 재판관이 축소되면서 헌법소원심판에 대한 부담을 줄여야 하는 문제가 발생했기 때문이다.¹²⁹⁾

독일 연방헌법재판소법의 헌법소원제도는 1969년 기본법 제19차 개정으로 인하여 처음으로 제93조 제1항 제4a호와 제4b호에 명문으로 규정되었다. 연방헌법재판소법은 1970년 제4차 개정을 통하여 제93a조 제3항을 변경하고 적법요건을 충족하지 못하거나 본안심사의 대상이 될 수 없는 명백한 사유가 있는 경우에는 재판부가 심판절차를 거부할 수 있도록 하였다.¹³⁰⁾

헌법소원절차는 1985년 연방헌법재판소법 개정으로 다시 새롭게 구성되었다. 수리절차를 담당했던 3인 위원회(Ausschuss)에 관한 규정이 제15a조로

127) 이에 관하여 보다 자세히는 Pestalozza, aaO, S. 160.

128) 이에 관하여 자세히는 정광현, “독일연방헌법재판소의 헌법소원 수리절차”, 법조 제71권 제2호, 법조협회, 2022, 187면 이하.

129) Benda, Aktuelle Probleme der Praxis des Bundesverfassungsgericht, NJW 1980, S. 2103ff.

130) Pestalozza, aaO, S. 162.

옮기면서 지정재판부(Kammer)로 명칭을 변경하였다. 이와 함께 연방헌법재판소법은 수리필요성의 원칙을 제93b조에 규정하였고, 수리에 관한 재판부 결정은 제93c조에 규정하였다. 특히 연방헌법재판소법 제93b조는 수리 거부 사유를 열거하면서 인정한 요건 하에서 지정재판부가 헌법소원심판에서 인용결정을 할 수 있도록 하였다.¹³¹⁾

독일 기본법 체계에서 헌법소원심판의 절차가 현행 절차로 자리를 잡은 것은 1993년 연방헌법재판소의 개정 때부터이다. 독일은 헌법소원심판의 수리절차가 본격적으로 도입되면서 헌법소원심판의 절차는 수리절차와 함께 헌법소원심판사건 자체에 대한 절차 등 두 단계로 구성된다. 이는 먼저 헌법소원의 수리 여부를 결정하고, 수리가 결정되면 다음 단계로 헌법소원의 적법요건을 심사하고 그 결과 본안판단을 통하여 최종적으로 가부가 결정되는 것이다. 이와 관련하여 독일에서는 헌법소원심판의 수리절차를 헌법소원심판의 재판절차와 별개의 헌법재판소 접근에 관한 특수 절차(Gerichts Zugangsverfahren sui generis)라 하고 있다.¹³²⁾

이상과 같이 독일은 1949년 기본법 제정 이후 1989년 개정에 와서야 헌법소원심판을 개인과 지방자치단체로 구분하여 규정하였고, 그 이후 연방헌법재판법의 개정을 통하여 오늘날과 같은 헌법소원심판의 절차를 구축하게 되었다.

3) 헌법소원심판의 법적 근거

독일 헌법소원심판의 법적 근거는 헌법인 기본법이 아니라 연방헌법재판소법으로부터 시작되었다. 앞에서 본 것처럼 1949년 독일 헌법인 기본법 제정 때 헌법재판제도를 규정하면서 헌법소원제도도 도입할 것인지 논란이 있었지만 명문화되지 못하였다. 그런데 기본법에 근거하여 1951년 제정된 헌법재판소법은 제90조 이하에 헌법소원제도를 처음으로 규정하여 도입하였다.¹³³⁾

기본법에는 명문의 규정이 없던 헌법소원제도에 대한 헌법적 근거에 관한 논

131) 정광현, 앞의 논문, 193면 이하.

132) Lechner/Zuck, BVerfGG, Vor §§ 93a, Rn. 5.

133) Schmidt-Bleibtreu, aaO., Rn. 6.

란을 불식시키기 위하여 1969년 기본법을 개정하면서 제93조 제1항 제4a호에 개인의 헌법소원제도와 제4b조의 지방자치단체의 헌법소원제도를 신설하여 명문으로 헌법소원제도를 규정하였다. 이렇게 독일은 기본법을 통하여 정치적 기관 간의 헌법분쟁을 결정하여 헌법질서를 확립하는 것뿐만 아니라 동일한 척도로 국민 개개인의 기본권을 보장하는 헌법재판제도를 구축하게 되었다.

헌법적 근거를 갖게 된 헌법소원제도는 연방헌법재판소법의 여러 차례 개정을 통하여 오·남용을 차단하고 남소를 막기 위하여 수리 절차를 도입하고 가처분제도를 활성화하였다. 독일 연방헌법재판소법 제13조는 연방헌법재판소가 관장하는 소송의 종류에 관하여 규정하고 있는데, 제8a호에 개인의 헌법소원 심판과 지방자치단체의 헌법소원심판에 대하여 규정하고 있다.¹³⁴⁾

연방헌법재판소법 제13조 제8a호에 따라 제2장 제15절에는 헌법소원 심판절차를 제90조부터 제95조까지 규정하고 있다. 연방헌법재판소법 제90조는 개인의 헌법소원심판에 대하여, 제91조는 지방자치단체의 헌법소원심판에 대하여 규정하고 있다. 그리고 연방헌법재판소법 제92조부터 제95조까지는 헌법소원의 청구와 관련하여 요건 및 결정의 효력 등에 관하여 규정하고 있다.

4) 헌법소원심판의 적법요건

앞에서 본 것처럼 독일 헌법소원제도에서는 수리절차와 심판절차의 두 단계를 거치는데, 심판절차에서는 우리나라의 적법요건에 해당하는 심판을 진행하기 위한 허용전제조건(Zulässigkeitsvoraussetzungen) 또는 사실결정을 위한 전제조건(Sachentscheidungs-voraussetzungen)과 본안판단에 해당하는 본안의 전제조건(Begründetheitsvoraussetzungen)을 구분한다. 여기서는 독일 헌법소원심판에서 적법요건을 간단히 살펴본다.

독일도 적법요건은 소송법상 적법요건을 중심으로 구성하고 있는데, 이렇게 법규정이나 판례를 통하여 형성된 요건을 충족해야 본안판단에 들어간다. 독일

134) 독일 원문은 다음과 같다. Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG) §13 Das Bundesverfassungsgericht entscheidet 8a. über Verfassungsbeschwerden (Artikel 93 Abs. 1 Nr. 4a und 4b des Grundgesetzes),

은 개인의 헌법소원심판에서 적법요건에 대하여 기본적으로 헌법소원의 청구인능력(Beschwerdefähigkeit), 소원대상(Beschwerdegegegenstand), 청구인적격(Beschwerdebefugnis), 구제절차의 소진(Rechtswegerschöpfung), 보충성(Subsidiarität) 등을 들 수 있다.¹³⁵⁾

독일 헌법소원심판에서 적법요건에 대하여 학계에서는 다양한 견해를 표출하고 있는데, 예를 들면 당사자능력(Beteiligtenfähigkeit), 소송능력(Prozeßfähigkeit), 심판수행능력(Postulationsfähigkeit), 공권력행위(Verhalten der öffentlichen Gewalt), 공권력으로부터 기본권침해의 주장을 하는 청구인적격(Beschwerdebefugnis), 구제절차의 소진(Rechtswegerschöpfung), 보충성원칙 하에서 일반적 권리보호이익(das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis), 관할권 또는 법과 법률효력의 흠결(das Fehlen anderweitiger Rechtshängigkeit, der Rechts- und Gesetzeskraft), 청구기간(Einhaltung der Frist), 헌법소원의 적정성(Ordnungsmäßigkeit der Beschwerde) 등이다.¹³⁶⁾

이에 반하여 또 다른 견해는 청구인 또는 당사자능력(Beschwerde- oder Beteiligtenfähigkeit), 소송능력과 심판수행능력(Prozeßfähigkeit und Postulationsfähigkeit), 소원대상(Gegenstand der Verfassungsbeschwerde), 헌법소원의 보충성(Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde), 소원수행자의 관련성(Betroffenheit der Beschwerdeführer), 소송수행능력(Prozeßführungsbefugnis), 추가적 요건으로 권리보호이익(Rechtsschutzinteresse als zusätzliche Voraussetzung), 구제절차의 소진(Erschöpfung des Rechtsweges) 등이다.¹³⁷⁾

이상에서 보면 독일도 헌법소원심판에서 적법요건으로 중요하게 생각하는 것이 청구권자이고 공권력의 행사로 침해되는 기본권의 관련성, 구제절차의 소진과 권리보호의 이익 등이라고 볼 수 있다. 이는 헌법소원제도의 기능에서 비롯된 것이라고 볼 수 있는데 예외적인 기본권 구제절차라는 점에서 기본권을 침

135) Zippelius/Würtenberger, aaO., S. 539ff.

136) Pestalozza, aaO., S. 170ff.

137) Benda/Klein, aaO., S. 154ff.

해받은 자를 구제하기 위해서는 기본권침해와 관련성을 요건으로 하게 된다.¹³⁸⁾ 결국 헌법소원의 기능이 기본권 보호와 객관적 헌법질서의 보장에 있다고 본다면 독일 헌법소원심판에서 적법요건도 이에 초점을 맞추어 구성되어 있다고 본다.¹³⁹⁾

(2) 지방자치단체의 헌법소원심판

1) 지방자치단체 헌법소원심판의 의미

우리나라가 헌법소원심판에서 두 가지 유형을 갖고 있다면, 독일은 다른 측면에서 두 가지 유형의 헌법소원심판을 규정하고 있다. 이는 독일의 역사적 전통인 연방국가로부터 출발하는 것으로 볼 수 있다. 독일은 연방국가의 오랜 역사를 가지고 있고, 각 지방국가의 자치를 보장해야 하는 의무를 갖고 있다. 이런 관점에서 등장한 것이 지방자치단체의 헌법소원제도이다. 이 헌법소원제도는 지방자치단체의 권리를 구제하기 위한 다양한 방법 중에 하나라고 할 수 있다.

독일 기본법 제93조 제1항 제4b호는 공법상의 단체로서 지방자치단체(Gemeinde)나 지방자치단체연합(Gemeindeverbände)¹⁴⁰⁾이 동법 제28조에 제2항에 규정하고 있는 자치행정권이 연방의 법률이나 법규명령¹⁴¹⁾에 의하여 침해받게 되면 연방헌법재판소에 지방자치단체 헌법소원(Kommunale Verfassungssbeschwerde)을 제기할 수 있도록 규정하고 있다. 이 헌법소원은 주¹⁴²⁾의 헌법재판소로부터 구제받을 방법이 없는 한 주법에 의한 침해에도 소를 제기할

138) Benda/Klein, aaO., S. 200ff.

139) 이와 관련해서는 김하열, 「헌법소송법」, 420면 이하.

140) 독일법상의 지방자치단체연합(Gemeindeverband)은 우리 현행 지방자치법 제8장 제3절 제149조 이하에 규정하고 있는 지방자치단체조합과는 상이한 개념이므로 번역상 조합보다는 연합으로 하는 것이 혼동을 줄일 수 있다고 생각한다. 물론 독일의 경우 목적조합(Zweckverband)라 불리우는 단체는 우리의 지방자치단체조합과 유사하다. 조합으로 번역하는 분으로는 이기우, 지방자치단체간의 협력활성화 방안, 변재옥화갑기념논문집, 1994, 366면, 연합으로 번역하는 분은 석종현, 독일에 있어서의 지방자치단체의 헌법소원, 헌법재판연구 제3권, 헌법재판소, 1991, 363면 이하, 그외에 Götz의 Deutsch-Japanisches Rechtswörterbuch(獨和法律用語辭典), 1992년판에 의하면 연합으로 하고 있다.

141) BVerfGE 76, 107 (114); 78, 331 (340).

142) 독일에 있어서 연방을 구성하는 란트(Land)를 연방에 대응하여 지방(支邦) 또는 지방국가(支邦國家)로 번역하는 경우도 있지만 여기서는 주(州)라고 번역한다.

수 있다.¹⁴³⁾

지방자치단체 헌법소원심판에서는 지방자치단체와 지방자치단체연합 만이 소를 제기할 수 있으며 소원대상은 법률만 해당된다. 이런 이유로 지방자치단체 헌법소원은 부분적으로 추상적 위헌법률심판, 또는 연방과 주간의 분쟁소송 또는 헌법소원소송으로도 볼 수도 있다. 이러한 점은 이 소송이 어떠한 법적 성격을 갖느냐는 문제를 제기한다.¹⁴⁴⁾

지방자치단체 헌법소원심판에서 연방헌법재판소의 권한은 보충적인데, 주법에 의하여 지방자치단체의 자치행정권(Selbstverwaltungsrecht)의 침해에 대하여 주헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 없는 경우에만 청구할 수 있다. 지방자치단체가 기본법 제28조에 따라서 주법의 불합치를 주장하는 경우에는 주헌법재판소에 헌법소원심판을 먼저 제기해야 한다. 그런데 헌법소원이 판결의 시점에서 보충성에 충족되는 구제가능성이 존재할 때는 제외된다.¹⁴⁵⁾ 개별적으로 지방자치단체나 지방자치단체연합의 권리구제의 효과는 보충성에 달려 있다.

지방자치단체 헌법소원의 보충성은 헌법재판의 영역이 연방과 주로 구분되어 권한이 배분되어 있기 때문이다. 독일의 경우 연방국가라는 점에서 연방과 주 양쪽에서 보호될 수 있는지, 개인의 기본권에 대한 헌법소원심판처럼 구제절차의 소진(Rechtswegerschöpfung)의 적용 문제도 있다.¹⁴⁶⁾

2) 지방자치단체 헌법소원의 법적 근거

1949년 독일 기본법은 제93조 제1항에 연방헌법재판소의 관장사항을 규정하였지만, 지방자치단체가 연방법 또는 주법이 기본법 제28조에 규정하고 있는 지방자치단체의 자치행정권을 침해하였다는 것을 이유로 한 헌법소원심판은

143) Pestalozza, aaO., S. 191.

144) 김상겸, “독일 지방자치단체의 헌법소원 - 보충성을 중심으로 -”, 231면 이하.

145) Friesehnahn, Zur Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und Landesverfassungsgerichtsbarkeit, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Band I, 1976, S. 790; Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer(M/S/K/U), Bundesverfassungsgerichts- gesetz(BVerfGG), § 91 Rn. 37.

146) 석종현, “독일에 있어서의 지방자치단체의 헌법소원”, 329-457면 참조.

없었다. 지방자치단체 헌법소원은 1951년 제정된 독일 연방헌법재판소법 제91조에 법적 근거를 갖고 있었다. 헌법에 규정되지 않은 연방헌법재판소의 관장 사항이 하위법인 법률에만 규정되어 있다는 것은 법치국가원리로부터 파생하는 권력분립원칙에 위배되고 헌법적인 정당성의 문제가 발생할 수 있다. 그래서 연방헌법재판소는 연방헌법재판소법 제91조의 지방자치단체 헌법소원의 헌법적 근거는 기본법 제93조 제2항에서 구할 수 있다고 하였다.¹⁴⁷⁾

독일 기본법 제93조 제2항은 연방헌법재판소가 그밖에 연방법률에 의하여 배정된 사건에 관하여 판결할 수 있다는 일반조항이다. 그래서 지방자치단체 헌법소원이 헌법재판상 주절차에 대한 근거조항으로 볼 수 있는지 하는 문제가 있다.¹⁴⁸⁾ 이러한 논란은 헌법재판소의 판결에도 불구하고, 헌법재판은 직접적인 헌법적 근거를 갖추어야만 그 정당성을 부여받을 수 있다는 데에 근거를 두고 있었다.¹⁴⁹⁾ 이에 헌법개정권자는 1969년 기본법 제93조 제1항을 개정하여 지방자치단체 헌법소원제도를 제4b호로 추가하여 헌법적 근거에 대한 논란을 없앴다.¹⁵⁰⁾

3) 지방자치단체 헌법소원심판의 법적 성격

지방자치단체 헌법소원의 법적 성격에 대하여 독일 헌법학계는 다양한 견해를 표출하였다. 이는 개인의 헌법소원심판과 달리 지방자치단체는 다른 한편에서 기본권 수범자이기도 하기 때문에 헌법소원심판을 제기할 수 있는 청구능력을 부여하는 것에 대하여 부정적인 견해도 있었기 때문이다. 그렇지만 지방자치단체 헌법소원의 독자성을 부인하기 어렵다는 점에서 학설의 대립이 있다.

147) BVerfGE 1, 167 (173); 6, 382; 13, 96; 17, 180; Maunz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz(GG), Art. 93 Rn. 80; Schmidt-Bleibtreu, in: M/S/K/U, BVerfGG, § 91 Rn. 4.

148) Clemens, Höhen und Tiefen des Rechtsschutzes der Kommunen im Wandel verfassungsgerichtlicher Erkenntnis, in: Festschrift(FS) für Nagelmann, 1984, S. 105f.; Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 93 Rn. 80 참조.

149) 이에 대하여는 Sang-Kyum Kim, Vorläufiger Rechtsschutz durch die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts, 1997, S. 30ff. 참조.

150) Neunzehntes Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 29. 1. 1969(BGBl. I, S. 97); Clemens, in: Umbach/Clemens(U/C), BVerfGG, §91 Rn. 7ff.; Lechner/Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz(BVerfGG), § 91 Rn. 1; Kutscher, Die Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts 1951 bis 1969, in: FS für Müller, 1970, S. 164f.

이에는 지방자치단체 헌법소원을 개인의 헌법소원처럼 볼 것인지 또는 소원의 대상 관점에서 규범통제소송으로 볼 것인지, 아니면 연방과 지방간의 기관분쟁 소송에 해당하는 것인지, 끝으로 완전히 독립된 소송으로 법적 성격을 갖는 것인지 하는 논란이 있다.

먼저 일반 헌법소원에 속하는 법적 성격을 갖는다고 보는 견해는 기본법 제28조 제2항에 규정된 지방자치단체 자치행정권이 헌법에 규정되어 기본권화한 것은 아니지만 연방헌법재판소법 제91조의 헌법소원제도를 통하여 지방자치단체의 자치행정권은 실질적으로 그 보장이 구체화되고 있다고 보는 것이다.¹⁵¹⁾ 이에 반대하는 견해에 의하면 지방자치단체와 지방자치단체연합은 공권력의 보유자로서 그들의 과제와 활동으로 인하여 기본권능력은 부정된다고 한다.¹⁵²⁾ 이러한 관점에서 본다면 기본권에 준하여 보장받는 자치행정권에 있어서, 그 침해에 대한 기본법 제93조 제1항 제4b호의 지방자치단체 헌법소원은 헌법재판에 있어서 특별규정이라고 할 수 있다.¹⁵³⁾

지방자치단체 헌법소원에 대한 또 다른 견해는 추상적 규범통제와 같은 법적 성격을 갖는 제도로 소송대상에 있어서 제한된 범위를 갖고 있을 뿐이라고 한다.¹⁵⁴⁾ 그런데 기본법 제93조 제1항 제2호의 추상적 규범통제는 지방자치단체의 헌법소원과 소송 대상뿐만 아니라 내용도 구분된다. 추상적 규범통제는 청구인 중 일방이 연방법이나 주법이 기본법이나 그 밖의 연방법에 불합치되기 때문에 무효라고 주장할 때 청구가 허용되지만, 지방자치단체 헌법소원은 연방법이나 주법이 기본법 제28조 제2항의 자치행정권을 침해한다는 주장으로 제기할 수 있다.¹⁵⁵⁾

또 다른 견해에 따르면 지방자치단체 헌법소원은 기본법 제93조 제1항 제3

151) Schmidt-Bleibtreu, in: M/S/K/U, BVerfGG, §91 Rn. 3.

152) BVerfGE 8, 132; Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 41; Dürig, in: Maunz/Dürig(M/D), GG, Art. 19 Abs. 3; Maunz, in: M/D, GG, Art. 93 Rn. 81; Schmidt-Bleibtreu, in: M/S/K/U, BVerfGG, § 91 Rn. 3.

153) Maunz, in: M/D, GG, Art. 93 Rn. 80ff.; Schmidt-Bleibtreu, in: M/S/K/U, BVerfGG, §91 Rn. 3; Scholler/Broß, Kommunalwahlrecht, 1976, S. 210.

154) Friesenhahn, Zur Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und Landesverfassungsgerichtsbarkeit, in: BVerfG und GG I, 1976, S. 787.

155) Bethge, Aktuelle Aspekte der Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung, Die Verwaltung 15 (1982), 205ff.; Hoppe, in: Landesverfassungsgerichtsbarkeit II, S. 271.

호의 연방과 주간의 분쟁소송의 한 형태로 볼 수 있다는 것이다.¹⁵⁶⁾ 두 절차의 목적은 행정의 영역에 있어서 연방적 권한분배체제의 보장으로 지방자치단체 헌법소원은 지방자치단체가 연방이나 주입법자의 허용될 수 없는 침해에 대해 주장할 수 있다는 것이다. 그러나 이 견해도 두 제도가 소송요건의 형식적 부분에서 차이점이 있는 것을 간과하고 있다.¹⁵⁷⁾

이상과 같이 여러 견해를 보면 지방자치단체 헌법소원이 갖고 있는 특수성을 고려하지 않고 법적 성격을 분석하고 있다. 이 제도의 법적 성격을 보려면 청구능력, 소원의 대상, 법적 근거와 보충성 등을 보아야 한다. 이를 기준으로 한다면 지방자치단체 헌법소원은 다른 헌법소송절차와 상응하지 않는 특성을 갖고 있어서 독자적인 소송절차로 보아야 한다.¹⁵⁸⁾

4) 소송당사자로서 지방자치단체와 지방자치단체연합

기본법 제93조 제1항 제4b호는 지방자치단체와 지방자치단체연합만이 지방자치단체 헌법소원을 제기할 수 있도록 하여 당사자능력을 갖는다.¹⁵⁹⁾ 그런데 동조항과 연방헌법재판소법 제91조에서는 지방자치단체나 지방자치단체연합의 개념에 대한 정의를 찾을 수 없다. 그래서 따라서 소송당사자인 지방자치단체와 지방자치단체연합에 대한 개념 정의가 중요하다.

독일 헌법인 기본법을 보면 지방자치단체에 관한 조항들이 있다. 예를 들면 기본법 제7조는 교육제도를 규정하고 있고, 제28조는 각주의 헌법과 지방자치제를 규정하고 있다. 이 조항들로부터 지방자치단체나 지방자치단체의 개념적 요소를 찾아서 정의를 내릴 수 있다. 독일의 지방자치단체는 연방의 내부에서 지방자치단체의 구성원이 선거를 통하여 구성된 중앙의사기관을 가진 지역단

156) Burmeister, Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, 1977, S. 186; ders., Die kommunale Verfassungsbeschwerde im System der verfassungsgerichtlichen Verfahrensarten, JA 1980, 17ff.

157) Sachs, Die kommunale Verfassungsbeschwerde im System der verfassungsgerichtlichen Verfahrensarten, BayVBl. 1982, 37ff.

158) Clemens, in: U/C, BVerfGG, § 91 Rn. 11; Hoppe, in: Landesverfassungsgerichtsbarkeit I, S. 273; Lechner/Zuck, BVerfGG, 4. Aufl., 1996, §91 Rn. 2; Schmidt-Bleibtreu, in: M/S/K/U, BVerfGG, §91 Rn. 3; Zuck, Verfassungsbeschwerde, S. 31f.; Zweigert, JZ 1952, 328.

159) Pestalozza, aao., S. 192.

체를 말한다.¹⁶⁰⁾ 그리고 주의 지방조직법에 의하여 지방자치단체로 규정된 모든 단체와 지역단체로서 특정된 지방자치단체연합은 헌법소원의 청구능력을 갖는 지방자치단체이다.¹⁶¹⁾

독일의 지방자치단체(Gemeinde)를 좀 더 구체적으로 정의하자면 해당지역의 주민들에 의하여 구성된 지역적인 공법단체를 말한다.¹⁶²⁾ 지방자치단체는 주법에 따라서 공법인으로서 주헌법재판소에 헌법소원심판에서 당사자능력을 갖는다. 그런 점에서 도시국가로 주의 법적 지위를 갖고 있는 브레멘, 함부르크, 베를린 등은 헌법소원의 주체가 될 수 없다.¹⁶³⁾ 법률에 의하여 해체된 지방자치단체도 역시 소원을 제기할 권리를 향유한다.¹⁶⁴⁾

독일 기본법에 따라서 헌법소원의 청구권자인 지방자치단체연합(Gemeindeverbände)은 자치행정권의 과제를 이행하기 위하여 구성되는 지역단체로 추구되는 자치행정권의 과제와 중심에 의하여 비교할 만한 지역적 연합체를 말한다.¹⁶⁵⁾ 전통적인 지방자치단체연합은 군(Kreis)이나 지방군(Landkreis)이 있다. 연방헌법재판소는 지방자치단체연합이라는 명칭을 전형적인 집합명칭(typische Sammelbezeichnung)로서 보고 있다.¹⁶⁶⁾ 그런데 지방자치단체연합에서 행정단체(Verwaltungsgemeinschaft)¹⁶⁷⁾, 구연합(Bezirkverbände)¹⁶⁸⁾, 지방행정연합(Landschaftsverbände), 토지금융조합(Landschaften), 지방복지행정연합(Landeswohlfahrtsverbände), 상린연합(Nachbarschaftsverbände) 등은 제외된다.¹⁶⁹⁾

5) 연방법과 주법에 의한 헌법소원심판의 대상

160) Zuck, Verfassungsbeschwerde, 2. Aufl., 1987, S. 417.

161) Litztenburger, Die kommunale Verfassungsbeschwerde in Bund und Ländern, 1985, S. 69f.

162) Gönnerwein, Gemeinderecht, 1963, S. 1ff.; Pagenkopf, Kommunalrecht, Band 1, 2. Aufl., S. 1ff. 참조.

163) Schmidt-Bleibtreu, in: M/S/K/U, BVerfGG, §91 Rn. 7.

164) Hoppe, Die kommunale Verfassungsbeschwerde vor Landesverfassungsgerichten, in: Landesverfassungsgerichtsbarkeit II, 1983, S. 293 참조.

165) Stern, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz(BK), Art. 93 Rn. 785.

166) BVerfGE 52, 95.

167) 바덴뷔르템베르크 지방자치단체법 제59조와 바이에른 지방자치단체법 제1조.

168) Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 438 참조.

169) Zuck, Verfassungsbeschwerde, 2. Aufl., 1988, S. 420.

독일 지방자치단체 헌법소원에서는 그 대상이 연방법과 주법으로 구분된다. 먼저 연방법에서 보면, 기본법 제93조 제1항 제4b호와 연방헌법재판소법 제91조에 의하여 지방자치단체 헌법소원의 대상은 법률(Gesetz)이다. 여기서 법률은 연방이나 주에서 공포된 형식적 의미의 모든 법률을 지칭하는데,¹⁷⁰⁾ 실질적인 의미의 법률까지 포함되는지는 명확하지 않다.¹⁷¹⁾

연방헌법재판소는 지방자치단체 헌법소원의 대상에 법규명령(Rechtsverordnung)도 인정하였지만,¹⁷²⁾ 관습법(Gewohnheitsrecht)은 인정하지 않았다.¹⁷³⁾ 또한 규칙(Satzung)도 연방이나 주의 법률에 포함되지 않는다. 그 외에 자치행정권의 자기침해는 제외되기 때문에, 소원의 대상으로서 지방자치단체의 고유한 규칙은 배제된다.¹⁷⁴⁾ 물론 소원의 대상이 현행 법률이므로 법률을 통과되지 않은 경우 제기할 수 없다.¹⁷⁵⁾ 나아가 입법자의 입법부작위도 헌법소원의 대상이 될 수 없다.

지방자치단체 헌법소원의 대상으로서 주법의 범위는 연방헌법재판소법 제91조에 의한 헌법소원과 같다. 즉 지방자치단체나 지방자치단체연합은 일반적으로 이미 공포된 법률에 대해서만 헌법소원을 제기할 수 있다.¹⁷⁶⁾ 그런데 주법에 의하여 헌법소원대상의 범위가 연방규정과 다른 경우도 있다. 예를 들면 바덴뷔르템베르크 헌법재판소법 제54조는 지방자치단체에게 규범통제소송을 허용하고 있는데, 지방자치단체나 지방자치단체연합은 형식적 법률에 한하여 헌법소원을 제기할 수 있다. 왜냐하면 바덴뷔르템베르크 주 헌법재판소는 형식적 법률만이 그 대상이 된다고 판결하고 있기 때문이다.¹⁷⁷⁾

170) Schmidt-Bleibtreu, in: M/S/K/U, BVerfGG, §91 Rn. 13.

171) Schmidt-Bleibtreu, in: M/S/K/U, BVerfGG, §91 Rn. 21a.

172) BVerfGE 26, 268 (286); 56, 298 (309); 71, 25 (34); Schmidt-Bleibtreu, in: M/S/K/U, BVerfGG, §91 Rn. 13f.; Zuck, Verfassungsbeschwerde, 1988, S. 412f.

173) Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, 1980, S. 1024; BVerfG, NJW 1987, 770 참조.

174) Stern, in: BK, GG, Art. 93 Rn. 804.

175) Schmidt-Bleibtreu, DVBl. 1967, 598.

176) Schmidt-Bleibtreu, DVBl. 1967, 597.

177) Bd-wü StGH, Urteil von 9. 8. 1977, DÖV 1977, 744f.; 바덴뷔르템베르크주도 국가재판소 (Staatsgerichtshof)라는 명칭에서 2015년부터는 헌법재판소(Verfassungsgericht)라는 명칭을 쓰고 있다. 독일 각 지방국가의 헌법재판소의 명칭에 대해서는 김상겸, “독일에 있어서 연방주의와 헌법재판”, 아·태공법연구 제4집, 아세아·태평양공법학회, 1997, 103면, 참조.

6) 지방자치단체 헌법소원의 자기관련성

기본법은 제28조 제2항에서 지방자치단체나 지방자치단체연합에게 자치행정권을 보장하고 있다. 지방자치단체와 지방자치단체연합은 동조항과 그에 상응하는 주의 헌법규정에 의하여 보장받는 자치행정권이 침해되는 경우에 청구권을 갖는다.¹⁷⁸⁾ 지방자치단체 헌법소원에서도 개인의 헌법소원절차와 마찬가지로 소청구인은 침해 규정에 대한 자기관련성(Selbstbetroffenheit), 현재성(Gegenwärtigkeit)과 직접성(Unmittelbarkeit)을 가지고 있어야만 한다.¹⁷⁹⁾

심사기준인 자치행정권은 기본적으로 기본법 제28조 제2항에 근거를 두고 있다. 이 범위에서 심사기준이 될 수 있는 다른 헌법적 규정은 내용상 자치행정에 대한 헌법적 성격을 갖고 있다고 볼 때만 인정될 수 있다.¹⁸⁰⁾ 그래서 기본법 제28조 제2항의 규범영역에 해당되는지 여부는 소송적부심사(Begründetheit)에서 개별적으로 판단되어야 한다. 청구인은 자신의 자치행정권에 해당되는지에 대한 여부를 절차에서 제시해야만 한다.

지방자치단체 헌법소원의 적법요건에 관한 적격심사에서는 소원의 직접성에 대한 요구의 관점에서 지방자치단체가 먼저 집행행위에 대하여 주어진 구제절차를 다 마쳤는지를 제시할 수 없다는 점을 고려해야 한다. 이 경우 헌법상 권리보호는 기본법 제93조 제1항 제4b호와 연방헌법재판소법 제91조의 제한범위를 벗어날 수도 있다. 왜냐하면 지방자치단체는 이미 내린 법원의 판결에 대해서는 헌법소원을 제기할 수 없기 때문이다. 헌법소원의 직접성은 집행을 위한 법규명령을 통하여 구체화를 필요로 하는 법을 침해하는 지방자치단체를 막는 것이다. 지방자치단체는 법규명령이 제정될 때까지 기다려야 하며, 그 후 청구된 헌법소원에서 법률적 위임에 대한 헌법재판이 가능하다.¹⁸¹⁾

7) 지방자치단체 헌법소원의 보충성

178) Hoppe, Die kommunale Verfassungsbeschwerde vor Landesverfassungsgerichten, in: Landeverfassungsgerichtsbarkeit, S. 283.

179) Zuck, Verfassungsbeschwerde, S. 421.

180) BVerfGE 1, 167 (181); 71, 25 (38).

181) BVerfGE 71, 25 (35f.).

일반 헌법소원제도에 있어서 중요한 특성은 보충성원칙으로,¹⁸²⁾ 실정법적 근거를 기본법 제94조 제2항과 연방헌법재판소법 제90조 제2항에서 찾고 있다.¹⁸³⁾ 그러나 기본법 제94조 제2항은 단지 권리구제절차의 소진(Rechtswegerschöpfung)만 규정하고 있을 뿐, 보충성에 대해서는 언급하고 있지 않아서 법적 근거로 동조항이 명백한 것은 아니다. 일반 헌법소원의 보충성원칙은 오히려 연방헌법재판소법 제90조 제2항의 권리구제절차의 소진을 근거로 하여 판례를 통하여 확립한 것이라고 보아야 한다.¹⁸⁴⁾ 그래서 이 조항은 헌법소원의 보충성에 대한 실정법적 근거를 위한 출발점이다.¹⁸⁵⁾

보충성의 원칙이 헌법소원의 요건이 되면서 소송경제적으로도 연방헌법재판소는 남소의 방지를 통하여 과중한 업무로부터 어느 정도 부담을 덜 수 있게 되었다. 연방헌법재판소는 자신과 일반법원 간의 업무를 분배하기 위하여, 그래서 가능한 한 일반법원에게 많은 소송을 담당하게 하려고 보충성원칙을 통하여 다른 적법요건들을 심사한다. 즉 현재성, 직접성 자기관련성과 일반적 소의 이익 요건을 보충성원칙과 함께 심사한다.¹⁸⁶⁾

지방자치단체 헌법소원의 보충성은 기본법 제93조 제1항 제4b호의 규정으로부터 직접 나온다. 지방자치단체가 각 주헌법재판소에서 자치행정권을 방어할 때 적용되는 헌법소원에 있어서 보충성은 연방과 주간의 상호 독자적 헌법영역과 연방주의의 표현이다.¹⁸⁷⁾

8) 지방자치단체 헌법소원에서 권리구제절차의 소진

182) BVerfGE 72, 39 (43); Maunz, in: M/D, GG, Art. 93 Rn. 70; Motzer, Der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde nach § 90 BVerfGG, 1978, S. 133; Schenke, Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze, NJW 1986, 1456; Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 3. Aufl., 1994, S. 144ff.; Zuck, Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde nach § 90 BVerfGG, JuS 1988, 371ff.

183) BVerfGG 22, 287 (290); 31, 364 (368) 참조.

184) 연방헌법재판소는 초기부터 헌법상 예외적 구제절차인 헌법소원의 요건으로서 보충성원칙을 들고 있다. BVerfGE 8, 222 (227).

185) Klein, Subsidiarität der Verfassungsgerichtsbarkeit und Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, in: FS für Zeidler, Bd. II, 1987, S. 1305ff.

186) Benda/Klein, aaO., S. 192.

187) Klein, in: FS für Zeidler, Bd. II, S. 1317.

지방자치단체 헌법소원에 있어서 권리구제절차 소진의 효력은 절차에 관한 특별 규정들이 내용적으로 상호 충돌하지 않고, 이미 성립된 법구조적 상이함으로 인하여 연방헌법재판소법 제90조 제2항 제1문의 적용이 중단되어서는 안 된다는 것이다.¹⁸⁸⁾ 지방자치단체 헌법소원에서 법률에 대하여 소송 방법이 없다는 것이 권리구제절차의 소진을 규정하고 있는 조항과 충돌하는 것은 아니다.

연방헌법재판소법 제90조 제2항 제1문의 소송(Rechtsweg)은 또 다른 연방헌법소송의 유형이나 주헌법소송절차를 의미하는 것이 아니다. 연방헌법재판소법 제91조 2문은 지방자치단체 헌법소원을 위하여 연방헌법재판과 주헌법재판의 경계를 규정하고 있다. 지방자치단체 헌법소원에서 권리구제절차의 소진 적용은 헌법재판이외에 규범통제절차가 존재하느냐에 달려 있다.

지방자치단체의 소원은 그 대상이 법률이나 법규명령으로 제한되기 때문에 헌법재판상 권리구제는 규범통제의 형태로 전개된다. 그래서 헌법소원에서 적용되는 권리구제절차의 소진이 지방자치단체 헌법소원이 직접 법률을 대상으로 하기 때문에 적용이 안 될 수도 있다. 그리고 연방헌법재판소나 또는 주헌법재판소로 지방자치단체나 지방자치단체연합의 규범통제소송의 가능성은 존재한다. 그러나 연방헌법재판소법 제91조 제2문에 의한 헌법재판상의 권리구제가 헌법재판 밖에서 규범통제소송에 포함되어서는 안 된다.¹⁸⁹⁾

지방자치단체 헌법소원은 다른 법원을 통하여 권리구제 가능성이 있는지와 상관없이 허용된다. 나아가 연방헌법재판소법 제90조 제2항 제1문의 권리구제절차의 소진은 개인 헌법소원과 지방자치단체 헌법소원 간에 성립된 차이점 때문에 지방자치단체에는 적용될 수 없다.

188) Heinze, Die Verfassungsbeschwerde der Selbstverwaltungskörperschaften nach Bundesrecht, BayVBl. 1970, 10.

189) Litztenburger, Die kommunale Verfassungsbeschwerde in Bund und Ländern, S. 217f.

Ⅲ. 헌법소원심판의 적법요건

1. 적법요건의 의의와 구성

(1) 적법요건의 의의

헌법은 헌법재판의 종류에 관하여 제11조 제1항에 규정하면서 제5호에 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판이라고 하여 헌법소원심판에 관하여 구체적 내용을 법률에 위임하고 있다. 앞에서 헌법소원심판의 개념에 관하여 언급하였지만, 헌법소원심판은 헌법소송의 한 유형으로 국가공권력의 작용으로 인하여 국민의 기본권이 침해되었을 때 당해 공권력에 대한 위헌심사를 청구하여 기본권을 구제받는 소송으로 현행 헌법질서에서 하나의 제도라고 할 수 있다.¹⁹⁰⁾

헌법소원심판은 헌법재판소법 제68조 제1항에서 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다.”라고 하여, 법률에 규정되어 있는 기본권침해를 구제받기 위한 모든 절차를 거쳐야만 청구할 수 있도록 하고 있다. 이는 공권력에 의하여 기본권이 침해된다고 하여도 법률에 다른 구제절차가 있으면, 이를 다 거쳐야 하므로, 다른 구제절차는 일반적으로 사법절차를 의미하고 사법절차는 재판을 말하기 때문에 헌법소원심판을 청구하려면 재판절차 등을 거쳐야 한다.

헌법소원심판은 기본권 구제절차이지만 일반적으로 법률에서 허용되는 권리 구제방법을 다 소진한 후에야 제소할 수 있다. 그런데 헌법소원심판이 법률이 규정한 구제절차를 모두 거쳐야 한다는 점에서, 구제절차를 거치면서 잘못된 결정에 대하여 다시 심리하는 상소심의 재판이 아니라 청구요건이 충족되어 심리에 들어가면 단지 헌법의 적합성 여부만 판단한다. 헌법은 헌법소원심판에

190) 헌법소원심판이 재판청구권과 같은 기본권으로 볼 수 있는지는 여부는 기본권성의 존재 여부에 달려 있다. 이와 관련해서는 허영, 「헌법소송법론」, 360면 이하.

관하여 그 범위와 내용, 심판절차 등에 대하여 법률에 위임하고 있으며, 이 위임에 따라 헌법재판소법은 헌법소원심판절차에 관하여 구체적으로 규정하고 있다.

(2) 적법요건의 체계와 구성

헌법소원심판은 민사소송 등과 마찬가지로 적법요건에 관한 판단과 본안에 관한판단으로 나눌 수 있다. 일반 사법재판 중 민사재판에서뿐만 아니라 헌법재판에서도 적법요건 심사와 본안판단 심사를 구분하는 것은 독일의 소송법에서 발전한 것이다.¹⁹¹⁾ 본안판단 전 심사하는 적법요건은 소송의 종류마다 다양하게 구분된다.¹⁹²⁾ 그래서 이렇게 구분하여 소송절차를 진행하는 것은 법이 정한 요건을 구체적으로 심사함으로써 법치국가원리의 실현뿐만 아니라 소송의 효율성을 제고하여 구체적인 권리보호를 위한 것이라고 할 수 있다.

헌법재판으로서 헌법소원심판도 법이 정한 요건을 충족해야 청구가 가능하고, 소의 청구가 되어야 그 쟁점에서 대한 심사가 진행될 수 있다. 즉 헌법소원심판에서 본안판단을 하려면 먼저 소송의 청구를 위한 요건을 충족해야 한다는 것이다. 이렇게 소송에서 청구가 가능하도록 하는 법적 요건을 통상 적법요건이라고 한다. 헌법소원심판도 소를 청구하면 적법한 청구에 대해서만 본안판단을 하게 된다.

헌법소원심판에서 본안판단을 하려면 먼저 법이 규정하고 있는 청구요건인 적법요건을 충족해야 한다. 헌법재판소법은 헌법소원심판절차와 관련하여 우선 제68조 제1항에 적법요건을 규정하고 있다. 그 내용을 보면 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다.”라고 하여, 청구권자, 청구의 대상으로써 ‘공권력의 행사 또는 불행사’, 기본권의 침

191) Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, S. 469.

192) Berkmann, in: U/C, BVerfGG, §32 Rn. 30.

해, 절차의 보충성(보충성의 원칙) 등을 적법요건으로 하고 있다.

이상의 적법요건 이외에도 헌법재판소법 제69조 제1항은 “제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 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.”라고 하여 청구기간 내에 심판청구가 제기되어야 한다는 것을 규정하고 있다. 그리고 동법 제40조 제1항에 의하여 민사소송법 내지 행정소송법의 관련 규정들을 준용함으로써 권리보호이익도 헌법소원심판 청구를 위한 적법요건으로 인정된다.¹⁹³⁾

나아가 헌법재판소는 앞에 열거한 조항에 규정된 요건 외에 청구인과 침해받은 기본권 사이의 법적 관련성을 헌법소원의 적법성을 판단하고 있다.¹⁹⁴⁾ 헌법재판소가 판례를 통하여 인정하고 있는 기본권침해의 법적 관련성을 헌법소원심판의 적법요건에 추가한다면, 헌법소원심판의 적법요건으로는 청구권자, 청구의 대상으로써 공권력의 행사 또는 불행사, 기본권침해의 법적 관련성, 보충성원칙, 청구기간, 권리보호이익 등이라 할 수 있다. 이외에도 헌법소원심판의 적법요건에 헌법재판소법 제25조의 변호사강제주의, 제39조의 일사부재리 등도 포함하고 있다. 그렇지만 여기서는 헌법소원심판의 적법요건과 관련하여 청구인의 능력 등 중요한 적법요건을 중심으로 헌법재판소법의 관련 규정의 해석과 헌법재판소의 판례를 살펴보고 그에 관한 문제를 논의한다.

2. 청구인의 능력 등

(1) 헌법소원심판의 당사자

1) 헌법재판에서 소송당사자

헌법재판도 소송이란 점에서 청구인이 신청을 해야 하는 수동적인 국가작용

193) 김하열, 「헌법소송법」, 421면.

194) 헌재 1989. 7. 21, 89헌마12 참조.

이다.¹⁹⁵⁾ 그래서 헌법재판도 청구를 할 수 있는 정당한 자격을 가진 사람이 심판청구를 해야 한다. 헌법재판에서 심판이 청구되면 소송당사자가 정해지게 된다. 헌법재판에서 소송당사자는 헌법재판소에 대하여 자기의 명의로 심판을 청구하는 자와 그에 대립하는 상대방을 말한다.¹⁹⁶⁾

헌법재판에서 자기 이름으로 소송을 청구하는 자가 청구인이고, 소송을 청구하는 자의 상대방을 피청구인이라고 한다. 헌법재판에서 소송당사자는 중요한 의미를 갖는데, 이는 소송당사자가 심판절차에 참여하고 변론과 진술 등 적극적으로 소송을 수행하는 절차상의 권리와 의무가 있기 때문이다. 헌법소원심판 역시 헌법재판으로 소송당사자가 중요한 의미를 갖는다. 그런데 헌법소원심판은 헌법재판이기는 하지만 특수한 소송으로 이를 단순히 그대로 적용하기는 어렵다.

헌법소원심판에서 당사자는 심판청구인이 당사자가 되는데, 법령을 대상으로 하는 헌법소원심판이나 규범통제형 헌법소원심판에서는 문제가 된 법령의 위헌 여부를 가지고 다투는 것이기 때문에, 이를 두고 대립하는 당사자가 없으므로 헌법소원심판청구인만 당사자가 된다.¹⁹⁷⁾ 이 경우 국회가 법률제정권을 행사하여 법률을 만들었다고 국회가 상대방인 당사자가 되는 것은 아니다.¹⁹⁸⁾

헌법소원심판에서도 앞에서와 같이 법령을 대상으로 하지 않는 한 헌법재판소법은 대립적 구조의 심판을 예정이다. 헌법재판소법은 제75조 제2항에서 기본권을 침해한 공권력의 행사 또는 불행사에 대하여 결정 주문에서 특정하도록 규정하고 있다. 또한 헌법재판소법은 제75조 제1항에서 각하와 심판회부결정의 통지를 규정하면서, 동조 제4항에서는 공권력 불행사에 대한 인용결정에서 피청구인을 전제로 하여 새로운 처분의무를 판시하고 있다. 그리고 청구인에 대응하여 상대방인 피청구인의 관련 행위를 고려하여 헌법재판소법은 제27조 제2항의 청구서 송달, 답변서 제출 등을 규정하고 있다.¹⁹⁹⁾

195) 허영, 「헌법소송법론」, 137면.

196) 성낙인 외, 「헌법소송론」, 법문사, 2021, 109면.

197) 허완중, 「헌법소송법」, 132면.

198) 헌법재판소법 시행규칙 제68조 제1항 제2호는 규범통제형 헌법소원의 경우 청구서에 피청구인을 기재하지 않록 규정하고 있다.

199) 독일 헌법소원에서는 청구인만 있고 상대방인 피청구인의 지위는 인정하지 않고 있다. 이에 대해

헌법재판소법은 대립적인 소송 구조를 고려하여 제40조 제1항 후문에서 행정소송법을 준용하도록 하고 있다. 헌법소원심판에서 당사자는 심판을 청구하는 청구인과 기본권을 침해하는 공권력의 주체인 피청구인으로 구성되며, 법률이 대상인 경우 또는 위헌심사형 헌법소원의 경우 피청구인은 없고 당사자는 심판청구를 한 청구인만 존재하게 된다.

2) 소송당사자의 지위와 권리

소송당사자는 일반재판과 마찬가지로 헌법재판에서도 헌법재판소법에 따라 권리를 행사하고 의무를 이행하면서 소송수행을 하는 지위를 갖는다. 헌법재판은 기본적으로 객관적 헌법질서를 보장하기 위한 재판이란 점에서 당사자주의가 적용되는 민사소송과 달리 직권심리주의가 적용된다.²⁰⁰⁾ 이런 이유로 헌법소송에서는 처분권주의와 변론주의가 제약을 받아서 소송당사자의 절차상의 지위가 민사소송보다는 약화된다.²⁰¹⁾ 그래서 헌법소원심판에서도 헌법재판소법 제30조 제2항에 따라 재판부가 필요하다고 변론을 개최하지 않으면 소송당사자는 진술의 기회를 갖지 못한다.

헌법재판에서 소송당사자는 소송수행과 관련하여 여러 절차적 권리를 갖는다. 먼저 소송당사자가 갖는 절차적 권리는 헌법재판소법에 열거되어 있는데 이를 보면, 심판절차에 참여하여 심판청구를 보정하거나 대리인의 선임, 청구서 수령과 답변서 제출, 변론이 개최되면 변론 및 진술, 증거조사의 신청, 재판관에 대한 제척·기피신청 및 심판청구를 취하할 수도 할 수 있다.²⁰²⁾

(2) 헌법재판에서 소송참가인과 이해관계인

1) 소송참가인

진행 중인 소송에서 당사자가 아닌 제3자가 자기의 이익을 위하여 참여하는

서는 김하열, 「헌법소송법」, 116면.

200) 이에 관해서는 김하열, 「헌법소송법」, 95면 이하 참조.

201) 허영, 「헌법소송법론」, 139면.

202) 헌법재판소법 제24-31조, 제36조 등.

것을 소송참가라고 하는데, 이에는 보조참가와 당사자참가가 있다.²⁰³⁾ 당사자 참가에는 독립당사자참가와 공동소송참가가 있다.²⁰⁴⁾ 헌법재판소법은 제25조 제1항에서 “ 각종 심판절차에서 정부가 당사자(참가인을 포함한다. 이하 같다)인 경우에는 법무부장관이 이를 대표한다.”라고 하여, 소송참가인을 언급하고 있다.

헌법재판소법은 제40조에 준용규정을 두어 헌법재판소법상 심판절차와 관련해서는 다른 소송법을 준용하도록 하고 있다. 동법 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 「행정소송법」을 함께 준용한다.”라고 하여, 헌법소원심판에서도 민사소송법령과 행정소송법을 준용하도록 하고 있다.²⁰⁵⁾

헌법재판소법의 규정에 따라 헌법재판의 성질에 반하지 않는 한 심판의 참가는 원칙적으로 허용된다. 먼저 민사소송법 제71조를 준용하여 소송결과에 이해관계가 있는 제3자의 경우에는 한쪽의 당사자를 돕기 위하여 보조참가를 할 수 있도록 하고 있다. 헌법재판소도 약사관리제도 불법운용과 한약업사업권 침해에 관한 헌법소원에서 “민사소송법 제76조가 준용되는 헌법소원심판절차에 있어서 공동소송참가신청이 적법하기 위하여는 피참가인인 청구인과 마찬가지로 청구인 적격을 가져야 한다.”라고 하여, 원칙적으로 청구인적격을 가지면 참가인 자격을 인정하고 있다.²⁰⁶⁾

공동소송참가와 관련하여 민사소송법 제83조에 따라 소송목적이 한쪽 당사자와 제3자에게 합일적으로 확정되면 제3자의 공동소송참가는 가능하다. 물론 이 경우에 공동소송참가가 적법하려면 참가신청인도 청구인적격을 갖추어야 하고 청구기간의 준수 등 적법요건을 충족해야 한다. 공동소송참가의 요건이

203) 김하열, 「헌법소송법」, 122면.

204) 이시윤, 「신민사소송법」, 770면.

205) 이 경우 헌법재판소법에 따라 행정소송법을 우선 적용하고, 그 다음 민사소송법령을 적용한다고 이해되고 있다.

206) 헌재 1991. 9. 16. 89헌마163.

충족되지 않아도 보조참가의 요건을 갖추게 되면 보조참가가 가능하다.²⁰⁷⁾

나아가 헌법소원심판에서는 민사소송법과 함께 행정소송법이 준용되기 때문에 행정소송법 제16조에 의하여 제3자가 심판의 결과에 따라 권리 또는 이익의 침해를 받을 경우에 당사자 또는 제3자의 신청 또는 직권에 의한 결정으로 제3자를 심판에 참가시킬 수 있다. 또한 행정소송법 제17조에 따라서 다른 국가기관 등을 심판에 참가시킬 필요가 있다고 인정되면 당사자 또는 당해 국가기관 등의 신청 또는 직권으로 그 국가기관 등을 심판에 참가시킬 수 있다. 그런데 위헌심사형 헌법소원에서는 청구인과 법적 지위를 같이하는 제3자가 자기의 이익을 보호하기 위하여 참가하는 경우 헌법소원심판의 결과에 따라 권리 또는 이익을 침해받는 것은 아니므로 민사소송법만 준용한다.²⁰⁸⁾

이외에도 헌법재판소는 판례에서 민사소송법 제81조를 준용하여 소송계속 중에 소송목적인 권리·의무의 전부나 일부를 승계한 제3자가 독립당사자참가 신청의 규정에 따라 소송에 참가하는 승계참가를 인정하고 있다. 헌법재판소는 헌법재판소법 제68조 제1항 위헌확인 등에 관한 헌법소원심판에서 “법재판소 법이나 행정소송법에 헌법소원심판청구의 취하와 이에 대한 피청구인의 동의나 그 효력에 관하여 특별한 규정이 없으므로, 소의 취하에 관한 민사소송법 제266조는 이 사건과 같은 헌법소원절차에 준용된다고 보아야 한다.”라고 하여, 행정소송법상 규정이 없으면 민사소송법을 적용해야 한다고 하였다.²⁰⁹⁾

헌법재판소는 제3자의 심판참가도 소송의 결과에 따라 권리 또는 이익을 침해받는다면 이를 인정하였다. 즉 헌법재판소는 판례에서 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자의 권리구제를 위하여 마련된 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판절차 또한 이러한 점에서는 유사한 성질을 지니므로 헌법소원심판의 결과에 따라 권리 또는 이익을 침해받을 제3자가 있는 경우에는 헌법소원심판절차에도 행정소송법 제16조가 준용

207) 김하열, 「헌법소송법」, 122면.

208) 헌법재판소는 요양급여비용심사청구소프트웨어의검사 등에 관한 기준 위헌확인에 관한 헌법소원심판에서 “공동참가신청은 청구기간을 도과하여 부적법하지만 보조참가인의 요건을 갖추고 있어서 보조참가인으로 보아서 적법하다.”라고 하여 요건을 갖춘 보조참가를 인정하였다(헌재 2010. 10. 28. 2008헌마408).

209) 헌재 2003. 2. 11. 2001헌마386.

되어야 할 것이다. 이 사건 청구인의 헌법소원심판청구가 인용되는 경우 피청구인은 그 인용결정에 기속되므로(헌법재판소법 제75조 제1항), 인용결정의 취지에 따라 신청인에 대하여 재조사를 하거나, 그 결과에 따라서는 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’ 소정의 시정조치(제24조), 과징금(제24조의2), 심지어 형사고발(제71조 제1항, 제67조 제2호)도 할 수 있는바, 이와 같은 피청구인의 새로운 처분으로 인하여 신청인이 입게 되는 불이익은 단순히 사실상 또는 경제상의 것이 아니라 권리 또는 이익의 침해라고 할 것이다. 따라서 신청인은 ‘이 사건 헌법소원심판의 결과에 따라 권리 또는 이익의 침해를 받을 제3자’에 해당하므로 신청인의 피청구인을 위한 참가를 허가하기로 한다.”라고 하여, 제3자의 소송참가도 규정에 따라 인정하고 있다.²¹⁰⁾

4) 소송의 이해관계인과 참고인

헌법재판에서 이해관계인의 범위를 정하는 문제는 헌법재판의 기능과 관련이 있다. 즉 헌법재판은 국민의 권리구제 기능과 함께 객관적 헌법질서를 수호하는 기능도 갖고 있어서 결정의 효력이 당사자뿐만 아니라 국가기관과 관련 국민 등 폭넓게 영향을 미친다. 헌법재판의 결과는 국가기관과 공·사단체와 국민 등의 이해관계가 걸려있다. 그래서 가능하다면 이들에게 심판절차에 참여할 기회를 제공하는 것이 헌법재판의 취지에 부합되고 이해관계자로부터 전문적인 지식에 기반하는 자료와 정보, 살아있는 경험과 의견 등을 심리절차에 활용함으로써 실질적이고 충실한 심리를 가능하게 만들어 결정의 정당성을 높일 수 있게 된다.²¹¹⁾

헌법재판의 결과에 이해관계가 있는 국가기관, 공·사단체, 국민들에게 자신의 의견을 제시하고 자료를 제출하는 등 심판절차에 참여할 수 있도록 하는 대상이 이해관계인이다. 이런 개념은 일반재판에서 찾아볼 수 없는 것으로 헌법재판의 갖고 있는 객관적 기능을 살리기 위하여 절차의 개방성을 보여주는

210) 헌재 2008. 10. 30. 2005헌마1005.

211) 김하열, 「헌법소송법」, 127면.

특이한 제도라고 할 수 있다. 그래서 헌법재판소는 소송당사자가 아니지만, 헌법재판소법에 따라 소송절차에 참여하는 사람 또는 기관에 대하여 이를 일괄적으로 이해관계인이라 하고 있다.

헌법재판소법은 이해관계인에 대하여 일반적인 규정을 두고 있지 않고 개별 심판절차에 따라 규정하고 있다. 헌법재판소법은 제30조 제2항에서 “위헌법률의 심판과 헌법소원에 관한 심판은 서면심리에 의한다. 다만, 재판부는 필요하다고 인정하는 경우에는 변론을 열어 당사자, 이해관계인, 그 밖의 참고인의 진술을 들을 수 있다.”라고 하여, 헌법소원심판에서 당사자 이외에도 이해관계인과 참고인의 재판의 참여를 규정하고 있다. 물론 여기서 이해관계인은 자기 이름으로 심판을 청구하거나 결정을 구하는 것은 아니기 때문에 당사자라고 할 수 없다. 그러나 이해관계인은 심판에서 의견서를 제출하고 변론에 참여하는 등 당사자에 갈음하는 지위를 갖는 것은 부인하기 어렵다.²¹²⁾

헌법재판소법은 헌법소원심판에서 이해관계인에 대하여 제74조 제1항에서 “헌법소원의 심판에 이해관계가 있는 국가기관 또는 공공단체와 법무부장관은 헌법재판소에 그 심판에 관한 의견서를 제출할 수 있다.”라고 규정하여, 헌법소원 심판절차에서 국가기관, 공공단체 등에 대하여 이해관계인의 지위를 인정하고 있다. 헌법재판소법은 헌법소원심판에서 이해관계인의 의견서 제출을 허용하면서 재판부가 필요하다고 인정하는 경우에 한하여 변론에 참여할 수 있도록 하고 있다. 그래서 이해관계인은 헌법재판소의 요구에 따라 또는 하용할 때 의견진술의 기회를 갖기 때문에 당사자로서 갖는 소송절차에 관한 각종 권리를 행사할 수는 없다.²¹³⁾

(3) 청구권자의 의의

헌법소원심판의 청구인능력은 헌법소원을 제기할 수 있는 능력을 의미하는데, 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자

212) 허완중, 「헌법소송법」, 137면.

213) 김하열, 「헌법소송법」, 128면.

가 헌법소원을 청구할 수 있어서 헌법상 기본권의 주체가 헌법소원심판의 청구인능력을 가진다.²¹⁴⁾ 헌법소원심판에서 청구인능력은 민사소송상 당사자능력에 대응하는 개념인데,²¹⁵⁾ 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판에서는 피청구인을 상정하기 어려워 당사자능력보다는 청구인능력이란 용어가 적합하다고 할 수 있다.²¹⁶⁾

헌법소원심판에서 청구권자는 심판청구를 할 수 있는 사람을 지칭하는 것이라 볼 수 있다. 그런데 헌법소원심판을 청구할 수 있는 사람과 심판을 청구하는 사람은 동일한 의미에서 사용된다고 할 수 있지만, 심판을 제기할 수 있는 권리인 청구권과 관련해서는 미묘한 차이가 있다. 이는 단순히 표현의 차이라고도 할 수 있지만 청구인은 이미 헌법소원심판을 청구한 사람을 의미하기도 하며, 청구권자는 청구권을 행사할 수 있는 자격을 가진 사람을 의미한다는 점에서 양자를 동일하게 또는 구분해야 하는지 검토가 필요하다.

일반적으로는 헌법소원심판에서 청구인, 피청구인이란 용어를 사용하고 있고, 청구인과 구분하여 청구권자라고 하는 예는 없다. 그래서 청구권자와 청구인을 동일하게 사용하는 것으로 보아야 할 것이다. 학계에서는 헌법소원심판의 청구인에 관하여 헌법소원능력(Beschwerdefähigkeit)과 헌법소원청구능력(Prozeßfähigkeit) 및 헌법소원심판수행능력(Postulationsfähigkeit)을 구별해야 한다고 한다.²¹⁷⁾ 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면 ‘기본권을 침해받은 자’, 즉 기본권의 주체가 될 수 있는 자만이 헌법소원심판을 제기할 수 있는데, 기본권능력(Grundrechtsfähigkeit)이 없어서 기본권의 주체가 될 수 없는 자가 헌법소원심판을 제기하면 청구인능력이 인정되지 않는다.²¹⁸⁾

소송능력(Prozeßfähigkeit)은 소송행위를 수행할 수 있는 능력을 말하는 것으로 당사자나 대리인이 헌법소원심판을 청구하여 수행할 능력이다. 그리고 청구인적격(Beschwerdebefugnis)은 특정 헌법소원심판에서 정당한 청구인으로

214) 헌재 1994. 3. 29, 93헌마120.

215) 헌법소원심판에서는 헌법재판이란 점과 소원의 청구라는 점에서 소원능력(Beschwerdeberechtigung)이라고도 한다.

216) 김하열, 「헌법소송법」, 424면.

217) 이 견해에 따르면 헌법소원청구능력은 청구인적격의 문제라고 한다(허영, 「헌법소송법론」, 363면).

218) 한수웅, 「헌법학」, 1464면.

소송을 수행하고 본안판단을 받기에 적합한 자격을 말하는 것이다.²¹⁹⁾ 헌법소원심판에서는 청구인적격을 기본권 침해받은 자만 인정한다.

아동이나 미성년자의 경우 청구인능력이 인정된다. 그러나 이들은 원칙적으로 소송능력이 없으므로(헌법재판소법 제40조, 민사소송법 제51조, 제55조) 법정대리인인 친권자 등에 의해 헌법소원심판의 청구가 가능하다.

(4) 자연인

1) 기본권의 주체

대한민국 국적을 가진 모든 자연인은 기본권의 주체가 된다. 따라서 대한민국 국적을 가진 모든 국민이 헌법소원심판을 청구할 수 있다.²²⁰⁾ 기본권의 주체인 자연인은 살아 있는 동안 기본권주체가 되며, 기본권능력은 출생으로 발생하고 사망으로 소멸한다.²²¹⁾ 이 때문에 헌법소원심판을 청구했던 자가 사망할 경우, 원칙적으로 기본권은 일신전속적이므로 헌법재판소에 계속된 헌법소원심판은 종료된다.²²²⁾ 일신전속성이 상대적으로 약한 재산권과 같은 기본권의 경우, 청구인이 사망한 후에도 그 상속인 등이 헌법소원을 청구하는 것이 가능하다.²²³⁾ 심판청구인이 헌법소원심판을 청구한 이후에 사망한 경우라면 그 절차를 승계하는 것도 가능하다.²²⁴⁾

2) 태아와 배아 그리고 사자의 청구인능력 문제

자연인은 원칙적으로 살아있는 동안 기본권의 주체이나 출생이전인 태아와 배아의 경우 기본권주체로서의 지위가 문제된다.²²⁵⁾ 헌법재판소는 생명권에 관하여 태아의 기본권 능력을 인정하였으나,²²⁶⁾ 수정 후 14일이 경과한 뒤, 원시

219) 민사소송에서는 당사자적격이라고 한다(이시윤, 「신민사소송법」, 149면).

220) 헌재 1994. 12. 29. 93헌마120.

221) 허완중, 「헌법소송법」, 박영사, 2019, 531면.

222) 헌재 1992. 11. 12. 90헌마33.

223) 헌재 1993. 7. 29. 92헌마234.

224) 헌법재판소는 사기 피해자인 고소인이 고소 후에 사망한 경우 그 배우자가 청구한 헌법소원을 적법한 청구로 인정한 바 있다.(헌재 1993. 7. 29. 92헌마234).

225) 허완중, 앞의 책, 531면.

선이 나타나기 전의 수정란의 상태, 즉 일반적인 임신이라면 수정란이 모체에 착상되어 원시선이 나타나게 되는 그 시점의 배아 상태에 이르지 않은 배아, 즉 초기배아의 청구인능력을 인정하지 않았다.²²⁷⁾

인격권과 관련해 헌법재판소는 “조사대상자가 사자(死者)의 경우에도 인격적 가치에 대한 중대한 왜곡으로부터 보호되어야 하고, 사자(死者)에 대한 사회적 명예와 평가의 훼손은 사자(死者)와의 관계를 통하여 스스로의 인격상을 형성하고 명예를 지켜온 그들의 후손의 인격권, 즉 유족의 명예 또는 유족의 사자(死者)에 대한 경애추모의 정을 침해한다고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 조사대상자의 사회적 평가와 아울러 그 유족의 헌법상 보장된 인격권을 제한하는 것이라고 할 것이다.”²²⁸⁾ 라고 하여 위헌법률심판 사건에서 死者의 인격권주체를 확인한 바 있다.²²⁹⁾

3) 외국인

우리 헌법의 기본권 규정은 “모든 국민은…” 라고 문구를 시작되는데 이를 전제로 하면 대한민국 국민 이외의 외국인은 기본권주체가 될 수 없게 된다.²³⁰⁾ 그러나 모든 기본권에 대해 외국인의 기본권주체성을 부인하는 견해는 드물고, 외국인이 기본권의 주체가 될 수 있는지 여부는 기본권의 성질에 따라 좌우된다고 봄이 통설이자 판례이다.²³¹⁾ 이에 외국인²³²⁾ 또는 무국적의 자연인은 기본권의 성질에 따라 제한적으로만 헌법소원을 제기할 수 있다.²³³⁾

226) 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81.

227) 헌재 2010. 5. 27. 2005헌마346.

228) 헌재 2010. 10. 28. 2007헌가23.

229) 사자(死者)의 기본권능력을 부인하는 견해로 허영, 「헌법소송법」, 353면; 한수웅, 「헌법학」, 391면.

230) 이덕구, “헌법소원의 청구권자 및 청구대상”, 인천대학교 논문집 제15집, 인천대학교 법학연구소, 1990. 3면.

231) 헌법재판소, 앞의 책, 276면.

232) 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, “우리 재판소는, 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 헌법소원은 기본권을 침해받은 자만이 청구할 수 있고, 여기서 기본권을 침해받은 자만 이 헌법소원을 청구할 수 있다는 것은 곧 기본권의 주체라야만 헌법소원을 청구할 수 있고 기본권의 주체가 아닌 자는 헌법소원을 청구할 수 없다고 한 다음, ‘국민’ 또는 국과 유사한 지위에 있는 ‘외국인’은 기본권의 주체가 될 수 있다고 판시하여(헌재 1994. 12. 29. 93헌마120), 원칙적으로 외국인의 기본권 주체성을 인정하였다. 청구인들이 침해되었다고 주장하는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권은 대체로 ‘인간의 권리’로서 외국인도 주체가 될 수 있다고 보아야 하고, 평등권도 인간의 권리로서 참정권 등에 대한 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한이 있을 수 있을 뿐이다.”

(5) 법인

1) 사단·재단법인 및 권리능력 없는 단체

헌법재판소는 사단법인이나 그 밖의 권리능력 없는 결사²³⁴⁾도 누릴 수 있는 기본권침해가 문제 되면 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 하여 법인²³⁵⁾ 등의 기본권 주체성을 인정하고 있다.²³⁶⁾ 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.²³⁷⁾

헌법재판소는 국·공립대학교에 대해 단순히 영조물이 아닌 대학의 자율성과 같이 관련 권리를 독자적으로 보호받을 수 있다고 하여 국립대학교의 독자적인 청구인능력을 인정하였다.²³⁸⁾

2) 공법인

헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자는 헌법소원의 심판을 청구할 수 있다.”라고 함으로써 기본권의 주체만이 헌법소원심판을 청구할 수 있고, 기본권의 주체가 아닌 자는 헌법소원심판을 청구할 수 없음을 규정하고 있다. 헌법상 기본권 규정을 보면 원칙적으로 국민만이 기본권의 주체라고 할 수 있으며, 공권력을 행사하는 국가, 지방자치단체와 그 기관 또는 국가조직의 일부 및 공법인은 기본권의 수범자로

233) 헌법재판소, 앞의 책, 274면.

234) “사단법인 한국영화인협회’는 민법상의 비영리 사단법인으로서 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권에 관한 한 그 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있다(헌재 1991. 6. 3. 90헌마56).”

235) “우리 헌법은 법인의 기본권향유능력을 인정하는 명문의 규정을 두고 있지 않지만, 본래 자연인에게 적용되는 기본권 규정이라도 언론·출판의 자유, 재산권의 보장 등과 같이 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권을 당연히 법인에게도 적용하여야 한 것으로 본다. 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(헌재 1991. 6. 3. 90헌마56).”

236) 허완중, 앞의 책, 532면.

237) 헌재 1991. 6. 3. 90헌마56; 헌재 2011. 6. 30. 2009헌마595.

238) 헌재 2015. 12. 23. 2014헌마1149.

서 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 책임과 의무를 지고 있을 뿐이다.²³⁹⁾²⁴⁰⁾

공법인에 관한 헌법재판소의 견해를 보면 국회의 노동위원회,²⁴¹⁾ 국회의 원,²⁴²⁾ 공법인인 지방자치단체의 장²⁴³⁾ 또는 지방자치단체²⁴⁴⁾는 기본권의 주체가 될 수 없다. 다. 그런데 헌법재판소는 “공권력의 주체라 공영방송국과 같이 국가에 대해 독립성을 가지고 해당 기본권영역에서 개인들의 기본권 실현에도 이바지하는 경우에는 예외적으로 기본권 주체가 될 수 있으며, 따라서 헌법소원을 제기할 수 있다.”라고 하였다.²⁴⁵⁾

이외에 국가기관의 지위에서 공권력의 주체라 할 수 있는 공직자가 기본권침해를 주장하는 경우 이에 대한 기본권 주체성을 인정하기가 어렵지만, 사인으로서 지위를 갖고 있을 때 기본권 주체성을 인정할 수는 있다.²⁴⁶⁾

239) 헌법재판소, 앞의 책, 278면.

240) 헌재 1998. 3. 26. 96헌마345.

241) 헌재 1994. 12. 29. 93헌마120.

242) 헌재 1995. 2. 23. 90헌마125.

243) 헌재 1997. 12. 24. 96헌마365.

244) 헌재 2006. 12. 28. 2006헌마312.

245) “주식회사 문화방송의 경우 공법상 재단법인인 방송문화진흥회가 최다출자자인 방송사업자로서 방송법 등 관련 규정에 의하여 공법상의 의무를 부담하지만, 그 설립목적이 언론의 자유 핵심 영역인 방송 사업이므로 이러한 업무 수행과 관련하여 당연히 기본권 주체가 되고, 그 운영을 광고수익에 전적으로 의존하고 있는 만큼 사경제 주체로서도 기본권 주체가 된다(헌재 2013. 9. 26. 2012헌마271).”

246) 헌재 2008. 1. 17. 2007헌마700; “원칙적으로 국가나 국가기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 공권력 행사의 주체이자 기본권의 ‘수범자’로서 기본권의 ‘소지자’인 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 책임과 의무를 지니고 있을 뿐이므로, 헌법소원을 제기할 수 있는 청구인적격이 없다(헌재 1994. 12. 29. 93헌마120; 헌재 2001. 1. 18. 2000헌마149). 그러나 국가기관의 직무를 담당하는 자연인이 제기한 헌법소원이 언제나 부적법하다고 볼 수는 없다. 만일 심판대상 조항이나 공권력 작용이 넓은 의미의 국가 조직영역 내에서 공적 과제를 수행하는 주체의 권한 내지 직무영역을 제약하는 성격이 강한 경우에는 그 기본권 주체성이 부정될 것이지만, 그것이 일반 국민으로서 국가에 대하여 가지는 헌법상의 기본권을 제약하는 성격이 강한 경우에는 기본권 주체성을 인정할 수 있다(헌재 1995. 3. 23. 95헌마53; 헌재 1998. 4. 30. 97헌마100; 헌재 1999. 5. 27. 98헌마214; 헌재 2006. 7. 27. 2003헌마758 등 참조). 결국 개인의 지위를 겸하는 국가기관이 기본권의 주체로서 헌법소원의 청구적격을 가지는지 여부는 심판대상 조항이 규율하는 기본권의 성격, 국가기관으로서의 직무와 제한되는 기본권 간의 밀접성과 관련성, 직무상 행위와 사적인 행위 간의 구별가능성 등을 종합적으로 고려하여 결정되어야 할 것이다. 그러므로 대통령도 국민의 한 사람으로서 제한적으로나마 기본권의 주체가 될 수 있는바, 대통령은 소속 정당을 위하여 정당활동을 할 수 있는 사인으로서의 지위와 국민 모두에 대한 봉사자로서 공익실현의 의무가 있는 헌법기관으로서의 지위를 동시에 갖는데 최소한 전자의 지위와 관련하여는 기본권 주체성을 갖는다고 할 수 있다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1).”

3. 공권력의 행사 또는 불행사

(1) 의의

헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원을 청구할 수 있다.”라고 하여 법원의 재판을 제외한 공권력의 행사 또는 불행사를 헌법소원의 대상으로 규정하고 있다. 여기서 ‘공권력’이란²⁴⁷⁾ 입법권·행정권·사법권을 행사하는 모든 국가기관·공공단체 등의 고권적 작용이라고 할 수 있다.²⁴⁸⁾ 이것이 본래 의미의 헌법소원으로서 권리구제형 헌법소원이라 하며, 공권력 작용은 크게 입법작용, 행정작용 및 사법작용으로 나눌 수 있다. 이러한 모든 공권력 작용은 기본권에 기속되어야 하므로 헌법소원심판은 헌법상 보장된 국민의 자유와 권리를 실질적으로 보장하는 권력통제장치라고 할 수 있다.

(2) 입법작용

1) 헌법

헌법 규정도 헌법소원심판 대상이 될 수 있다는 주장이 있으나²⁴⁹⁾ 헌법재판소는 “헌법 제111조 제1항 제1호, 제5호 및 헌법재판소법 제41조 제1항, 제68조 제2항은 위헌심사의 대상이 되는 규범을 '법률'로 명시하고 있으며, 여기서 '법률'이라고 함은 국회의 의결을 거쳐 제정된 이른바 형식적 의미의 법률을 의미하므로 헌법의 개별규정 자체는 헌법소원에 의한 위헌심사의 대상이 아니다. 헌법은 그 전체로서 주권자인 국민의 결단 내지 국민적 합의의 결과로 보아야 할 것이므로, 헌법의 개별규정을 헌법재판소법 제68조 제1항의 공권력의 행사 결과로 볼 수 없다.”라고 하여 헌법조항은 헌법소원의 대상이 되는 공

247) “헌법소원의 본질상 그 대상이 되는 공권력의 행사 또는 불행사는 대한민국 국가기관의 공권력작용을 의미하고, 외국이나 국제기관의 공권력 작용은 포함되지 않는다(헌재 1997. 9. 25, 96헌마159).”

248) 헌재 2001. 3. 21. 99헌마139 등.

249) 김선택, “형식적 헌법의 실질적 위헌성에 대한 헌법재판”, 법학논집 제32집, 고려대 법학연구소, 1996, 353면.

권력의 행사가 아니라고 하였다.

2) 법률

헌법재판소법 제68조 제1항에 규정된 공권력에는 입법권을 포함하고 있으므로 법률에 대한 헌법소원도 가능하다.²⁵⁰⁾ 법률은 공포로써 성립하므로 헌법소원의 대상이 되는 법률은 공포된 대한민국 법률을 의미한다. 그러나 모든 법률이 헌법소원심판 대상이 되는 것이 아니다. 헌법소원심판 대상인 법률은 별도의 구체적 집행행위를 기다리지 않고 직접 그리고 현재 헌법이 보장한 기본권을 침해하는 것²⁵¹⁾에 한정됨을 원칙으로 한다.²⁵²⁾

공포는 되었으나 아직 미시행인 법률인 경우 청구인이 입게 될 불이익이 충분히 예측된다면 헌법소원을 제기할 수 있다.²⁵³⁾ 또한 헌법재판소는 법률안에 대한 헌법소원이라도 심판청구 후에 이것이 유효하게 공포·시행되었다면 헌법소원의 대상성을 인정하고 있다.²⁵⁴⁾ 폐지된 법률조항도 예외적으로 헌법소원의 대상성을 인정하고 있으나,²⁵⁵⁾ 위헌결정이 선고된 법률에 대한 헌법소원심판청구는 비록 위헌결정이 선고되기 전에 청구된 것이라 하더라도 더 이상 심판의 대상이 될 수 없으므로 부적법하다고 하여 헌법재판소는 그 대상성을 인정하지 않고 있다.²⁵⁶⁾

250) “헌법재판소법 제68조 제1항에는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자는 헌법소원 심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있고, 공권력의 행사에는 입법권자의 입법행위도 포함된다 할 것이므로, 국민이 어떤 법률 또는 법률조항 자체에 의하여 직접 자신의 기본적 권리를 현재 침해받고 있는 경우에는 그 법률 또는 법률조항에 대하여 바로 헌법재판소법이 정한 절차에 따라 그 권리구제를 구하는 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 그러한 헌법소원심판을 청구하는 때에는 입법부작위의 경우와 달리 헌법재판소법 제69조 제1항에 정한 청구기간 안에 심판청구를 하여야 한다 할 것이다(헌재 1989. 9. 29. 89헌마13).”

251) “법률자체에 의한 직접적인 기본권침해가 문제될 때에는 그 법률자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반 법원에 소송을 제기하는 길이 없으므로 다른 구제절차를 거칠 것 없이 바로 헌법소원을 제기할 수 있다(헌재 1990. 6. 25. 89헌마220).”

252) 허완중, 앞의 책, 494면.

253) 헌재 1994. 12. 29. 94헌마201.

254) 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494.

255) “헌법에 위반되는지 여부에 대하여 헌법적 해명이 이루어진 바가 없고, 그 법률조항이 청구인의 기본권을 침해하는 것으로 판단된다면, 본안판단의 필요성이 인정되므로 헌법소원의 대상이 된다(헌재 1995. 5. 25. 91헌마675; 헌재 2012. 3. 29. 2010헌마693).”

256) 헌재 1994. 4. 28. 92헌마280.

3) 조약과 일반적으로 승인된 국제법규

헌법 제6조 제1항은 헌법에 의하여 체결·공포된 조약은 국내법과 같은 효력을 가진다고 규정하고 있어서 조약의 체결행위 역시 권력적 행위로서 공권력 행사에 해당된다고 볼 수 있다.²⁵⁷⁾ 또한 동조항은 조약과 함께 일반적으로 승인된 국제법규도 국내법과 같은 효력이 있다고 규정하고 있다. 일반적으로 승인된 국제법규는 국제법의 법원(法源) 중에서 세계의 의미 있는 다수의 국가가 승인한 국제법규를 말한다.²⁵⁸⁾ 일반적으로 승인된 국제법규는 공권력 행사가 아니므로 헌법소원심판 대상이 되지 않는다는 견해도 있지만,²⁵⁹⁾ 일반적으로 승인된 국제법규는 국내에 적용되기 위해 대한민국의 공권력을 매개로 하므로 ‘일반적으로 승인된 국제법규’도 헌법소원의 대상이 된다고 할 것이다.²⁶⁰⁾

4) 입법부작위

입법기관이 의식적 또는 무의식적으로 입법행위를 하지 않음으로 인해 기본권을 침해한 경우 이러한 입법기관의 부작위에 대하여 헌법소원의 대상으로 인정할 수 있는가의 문제이다. 일반적으로 입법기관의 부작위에 의한 기본권 침해문제는 국가의 적극적인 입법작용이 요구되는 사회적 기본권과 같은 분야에서 주로 그에 대한 구제를 인정할 것인가에 대한 여부가 문제된 사항이다.

헌법재판소는 입법부작위에 대해 “넓은 의미의 입법부작위에는 첫째, 입법자가 헌법상 입법의무가 있는 어떤 사항에 관하여 전혀 입법을 하지 아니함으로써 입법행위의 흠결이 있는 경우(즉, 입법권의 불행사)와 둘째, 입법자가 어떤 사항에 관하여 입법은 하였으나 그 입법의 내용·범위·절차 등이 당해 사항을 불완전·불충분 또는 불공정하게 규율함으로써 입법행위에 결함이 있는 경우(즉, 결함이 있는 입법권의 행사)가 있는데, 일반적으로 전자를 ‘진정입법부

257) “우리 정부가 일본 정부와 어업에 관해 체결·공포한 조약인 ‘대한민국과 일본국 간의 어업에 관한 협정’은 헌법소원심판의 대상이 된다(헌재 2001. 3. 21. 99헌마139 등).”

258) 허완중, 앞의 책, 497면.

259) 김하열, 「헌법재판소법」, 442면. 자기집행적 국제법규만 헌법소원심판의 대상이 된다는 견해로는 한수웅 외 3인, 『주석 헌법재판소법』, 헌법재판연구원, 2015, 989면 이하.

260) 허완중, 앞의 책, 497면.

작위’, 후자를 ‘부진정입법부작위’²⁶¹⁾”라고 하고, “어떠한 사항을 법규로 규율할 것인가의 여부는 특단의 사정이 없는 한 입법자의 정치적·경제적·사회적 고려 하에서 정하여지는 입법정책의 문제이므로, 국민이 법률의 제정을 청구할 권리는 원칙적으로 인정될 수 없다.”고 하면서 다만, 헌법에서 기본권보장을 위해 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이를 방치하고 있거나 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위 의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 입법자가 전혀 아무런 입법조치를 취하고 있지 않은 경우에만 헌법소원을 인정하고 있다.²⁶²⁾

헌법소송법적으로 부진정입법부작위는 이미 공권력의 행사인 기존의 입법작용이 있었기 때문에 입법부작위로 볼 수 없다. 이 때문에 부진정입법부작위가 헌법소원의 대상이 되는 경우, 입법부작위 자체가 헌법소원의 대상이 되는 것이 아니라 불완전하고 결함이 있는 법률규정이 그 헌법소원의 대상이 되는 것이다.²⁶³⁾ 그러므로 입법부작위를 이유로 헌법소원심판을 청구하게 되면 부적법한 청구가 된다.

(3) 행정작용

국가의 행정작용으로 인해 기본권을 침해받은 자가 헌법소원을 청구하기 위해서는 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 따라 먼저 법원에 의한 권리구제절차를 거쳐야 하는데, 이에 따라 행정작용에 대한 통제는 법원의 관할로 하고 있다.²⁶⁴⁾ 행정작용은 일반적으로 행정청의 행정행위 즉, 행정처분으로 이뤄지고 행정처분에 대한 다른 법률에 구제절차가 있는 경우 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 헌법소원을 청구할 수 없도록 한 헌법재판소법의 규정 때문에 헌법소원의 대상이 되는 행정처분은 매우 제한되어 있다. 그 결과 행정작용 중 기본권을 침해하는 통치행위, 행정입법, 행정입법부작위, 권력적 사실행위, 검사의 불기소처분 등이 헌법소원의 대상으로 된다.²⁶⁵⁾

261) 헌재 1996. 10. 31. 94헌마108; 헌재 2001. 6. 28. 2000헌마735.

262) 헌재 1989. 3. 17. 88헌마1; 헌재 2001. 6. 28. 2000헌마735.

263) 헌재 1996. 10. 31. 94헌마108.

264) 한수웅, 「헌법학」, 1458면.

1) 통치행위

대통령이 행사하는 국가긴급권 등의 통치행위는 좁은 의미의 행정처분은 아니지만 행정작용에 포함된다고 볼 수 있다. 왜냐하면 통치행위는 단순히 기계적으로 법률을 집행하는 행정작용이 아니라, 고도의 정치적 결단의 집행작용을 뜻하기 때문에 흔히 일반적인 행정작용과는 구별된다. 그렇지만 통치행위라 할 지라도 그로 인하여 국민의 기본권침해가 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법소원의 대상이 된다는 것이 헌법재판소의 견해이다.²⁶⁵⁾ 다만 통치행위 중에서 대통령이 행하는 국가 간 외교행위, 중요 정책에 대한 헌법 제72조의 국민투표 부의와 제128조에 의한 헌법개정 발의 행위, 법률안에 대한 거부권 행사와 사면권의 행사 등 국민의 기본권침해와 그 관련성이 없고, 대통령의 국정행위에 관한 통제수단이 따로 있는 경우, 헌법재판소는 이에 관한 헌법소원심판 청구에 그 심판대상으로 사법적 자제를 통한 소극적 입장을 견지하고 있다.²⁶⁷⁾

2) 행정입법

헌법 제107조 제2항은 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.”라고 규정하고 있다. 법률의 하위규범에 대한 구체적 규범통제에 관하여 대법원의 관할로 규정함으로써 당사자는 일반법원의 재판에서는 구체적 사건을 매개하지 않고는 행정입법 자체의 위헌성 등에 관해 헌법소원을 청구할 수 없게 된다. 이 때문에 헌법재판소는 예외적으로 명령·규칙이 집행행위의 매개 없이 직접 국민의 기본권을 침해할 때에는 헌법소원의 대상이 된다고 하였

265) 허영, 「헌법소송법론」, 70면. 독일의 경우 행정처분은 헌법소원의 대상으로 특별한 의미를 갖지 못하는데 그 이유는 행정처분으로 인해 기본권침해가 발생된다면 다른 권리구제절차를 거친 후 법원의 최종재판결과에 대한 재판소원을 인정하기 때문이다.

266) 대통령 긴급재정경제명령은 국가긴급권의 일종으로서 고도의 정치적 결단에 의하여 발동되는 통치행위이나 마땅히 헌법에 기속되어야 할 것이므로 헌법소원의 대상이 되고(헌재 1996. 2. 29. 93헌마186), 신행정수도건설이나 수도이전의 문제 역시 정치적 성격을 가지고 있는 것은 인정할 수 있지만, 사법심사의 대상으로 하기에 부적절한 문제라고까지 할 수는 없다(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554 등).

267) 허영, 「헌법소송법론」, 371면. 외국에 대한 국군파병결정과 같이 국방 및 외교에 관련된 대통령과 국회의 고도의 정치적 결단이 요구되는 사안은 궁극적으로 선거를 통해 국민에 의한 평가와 심판을 받는 것이 바람직하고 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 하므로 헌법소원의 대상이 되기에 부적합하다(헌재 2004. 4. 29. 2003헌마814).

다.²⁶⁸⁾

국민에게 효력을 미치는 법규명령과 달리 일반적으로 행정기관 내부에서만 효력을 가지는 행정규칙은 대외적인 구속력을 갖지 않으므로 원칙적으로 헌법소원의 대상이 될 수 없다. 그러나 법령이 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여해 제정된 경우(이른바 법률보충적 행정규칙), 상위법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로 기능하여 헌법소원의 대상이 될 수 있다.²⁶⁹⁾

행정규칙은 원칙적으로 외부에 효력을 발생하지 않으나, 재량권 행사의 준칙으로서 오랫동안 반복적으로 시행되어 행정관행을 이루게 됨으로써 평등원칙이나 신뢰보호원칙 등에 따라 행정기관 스스로가 상대방과의 관계에서 그 규칙에 따른 자기구속을 당할 경우, 대외적 구속력이 있는 공권력 행사로서 헌법소원의 대상이 된다.²⁷⁰⁾ 대법원은 일반적·추상적 성격의 고시는 법규명령이나 행정규칙에 해당하나 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리나 법률관계를 규율하게 될 경우, 항고소송 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 하고,²⁷¹⁾ 객관적으로 명확하지 않은 경우 보충성의 예외에 해당하여 헌법소원의 대상으로 긍정적인 사례도 있다.²⁷²⁾

3) 행정입법부작위

행정입법의 지체로 인해 그 행태가 위법으로 인정되어 이에 대한 법적 통제가 가능하도록 하기 위해서는, 우선 행정청에게 시행명령을 제·개정할 법적 의무가 있어야 하고, 상당한 기간이 지났음에도 불구하고, 명령제·개정권이 행사되지 않아야 한다. 삼권분립과 법치행정의 원칙을 당연한 전제로 하는 우리 헌법하에서 행정권의 행정입법 등 법집행의무는 헌법적 의무라고 보아야 할

268) 헌재 1990. 9. 3. 90헌마13; 헌재 1997. 6. 26. 94헌마52.

269) 헌재 1990. 9. 3. 90헌마13; 헌재 2002. 7. 18. 2001헌마605; 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670.

270) 헌재 1990. 9. 3. 90헌마13; 헌재 2002. 7. 18. 2001헌마605; 헌재 2005. 5. 26. 2004헌마49; 헌재 2011. 10. 25. 2009헌마588.

271) 허완중, 앞의 책, 500면; 대법원 2003. 10. 9. 선고 2003무232 판결; 대법원 2004. 5. 12. 선고 2003무41 판결; 대법원 2006. 9. 22. 선고 2005두2506 판결.

272) 헌재 2010. 10. 28. 2008헌마408.

것이다. 그런데 이는 행정입법의 제정이 법률의 집행에 필수불가결한 경우로서 행정입법을 제정하지 아니하는 것으로 행정권에 의한 입법권 침해의 결과를 초래하는 경우를 말한다. 만일 하위 행정입법의 제정 없이 상위법령의 규정만으로도 집행이 이루어질 수 있는 경우라면 하위 행정입법을 하여야 할 헌법적 작위의무는 인정되지 아니한다고 할 것이다.²⁷³⁾

헌법재판소가 견해를 표명하고 있는 헌법에서 유래하는 작위의무란 ① 헌법상 공권력의 주체에 관해 명문의 작위의무 규정이 되어 있는 경우, ② 공권력 주체의 작위의무가 헌법해석 상 도출되는 경우, ③ 법령 등에 구체적으로 공권력 주체의 작위의무를 규정한 경우 등을 포괄한다.²⁷⁴⁾ 그러나 행정입법부작위에 있어 부진정행정입법부작위에 해당하려면 불완전한 행정입법에 대하여 법령헌법소원과 위헌심사형 헌법소원 그리고 위헌법률심사 등을 통한 기본권구제가 가능할 것이다.²⁷⁵⁾

4) 조례

지방자치단체의 의회가 헌법상 규정된 자치입법권으로 제정한 조례에 의하여 국민의 기본권이 직접·현실적으로 집행행위없이 침해당한 경우 그 조례는 헌법소원의 대상이 된다.²⁷⁶⁾ 다만, 대법원은 자치조례의 경우, 직접적 집행행위의 개입 없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 보고 있다.²⁷⁷⁾²⁷⁸⁾ 한편, 상위법령에서 일정한 사항을

273) 헌재 1998. 7. 16. 96헌마246; 헌재 2005. 12. 22. 2004헌마66.

274) 헌재 2004. 10. 28. 2003헌마898; 헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788.

275) 건축사법시행령 제4조 제1항이 비록 새로이 건축사면허를 취득하고자 하는 사람들만을 대상으로 하고 건축사면허를 취소당한 사람들에 대하여는 적용이 없다고 하더라도 이는 불완전, 불충분하게 규율한 경우에 불과하므로, (위 시행령 조항을 다투지 않고) 면허를 취소당한 자의 면허 신청과 관련된 절차규정을 두지 아니한 행정입법부작위를 다투는 것은 부적법하다(헌재 1998. 11. 26. 97헌마310).

276) 헌재 1996. 9. 20. 92헌마172등; 헌재 2008. 12. 26. 2007헌마1387; 헌재 2009. 10. 29. 2008헌마454.

277) 대법원 1996. 9. 20. 선고 95누8003 판결.

278) 헌법학계의 일각에서는 헌법재판소와 대법원의 서로 상충되는 견해로 인해 국민의 권리구제에 어려움을 줄 수 있기 때문에 자치조례가 집행행위의 직접적인 개입 없이 국민의 기본권을 침해하는 경우에는 그 자치조례는 어디까지나 일반적인 법규범으로 보고 그 헌법소원의 대상성을 인정해야 한다는 견해가 있다(허영, 「헌법소송법론」, 377면).

조례에 위임한 경우, 지방자치단체는 해당 조례를 제정할 헌법상 의무를 부담하므로 지방공무원법이 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위를 조례에 위임하고 있음에도 불구하고 지방자치단체가 그러한 공무원의 구체적인 범위를 조례로 제정하지 않은 부작위에 대해서는 헌법소원을 청구할 수 있다.²⁷⁹⁾

5) 행정청의 권력적 사실행위

행정상의 사실행위는 공권력 행사의 실체를 가지지 않는 사실행위를 의미하는 ‘비권력적 사실행위’와 행정기관이 우월적 지위에서 일방적으로 강제하는 ‘권력적 사실행위’로 나눌 수 있다. 이 중 권력적 사실행위에 대하여 헌법재판소는 판례를 통해 헌법소원의 대상성²⁸⁰⁾을 인정하고 있다.²⁸¹⁾

헌법재판소는 소위 ‘국제그룹 해체사건’에서, 재무부장관이 제일은행장에 대하여 한 국제그룹 해체준비 착수지시와 언론발표지시는 형식적으로는 사법적인 주거래은행의 행위였던 점에서 행정행위는 될 수 없더라도 실질적으로 공권력의 강요로 인해 재벌기업의 해체라는 사태변동을 일으켰다는 점에서 일종의 권력적 사실행위로 헌법소원의 대상이 된다고 하였다.²⁸²⁾ 그 외에도 헌법재판소는 교도소장의 미결수용자의 서신에 대한 검열·지연발송·지연교부행위,²⁸³⁾ 교도소 내 접견실의 칸막이 설치행위,²⁸⁴⁾ 구치소장이 미결수용자로 하여금 수사 및 재판을 받을 때 재소자용 의류를 입게 한 행위,²⁸⁵⁾ 유치장관리자가 현행범으로 체포된 피의자에게 차폐시설이 불충분한 화장실을 사용하도록 한 행위,²⁸⁶⁾ 등 이른바 권력적 사실행위로서 헌법소원의 대상이 된다고 하였다.

279) 헌재 2009. 7. 30. 2006헌마358.

280) “일반적으로 어떤 행정행위가 헌법소원의 대상이 되는 권력적 사실행위에 해당하는지의 여부는 당해 행정주체와 상대방과의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사·관여정도·태도, 그 사실행위의 목적·경위, 법령에 의한 명령·강제수단의 발동 가부 등 그 행위가 행하여질 당시의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다(헌재 1994. 5. 6. 89헌마35; 헌재 2005. 3. 31. 2003헌마87; 헌재 2014. 5. 29. 2013헌마280).”

281) 헌재 1994. 5. 6. 89헌마35; 헌재 2014. 5. 29. 2013헌마280.

282) 헌재 1993. 7. 29. 89헌마31.

283) 헌재 1995. 7. 21. 92헌마144.

284) 헌재 1997. 3. 27. 92헌마273.

285) 헌재 1999. 5. 27. 97헌마137등.

286) 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546.

이와는 달리 질병관리본부장이 위촉한 위원으로 구성된 혈액제제 에이즈감염 조사위원회가 염기서열조사분석을 실시하지 않고 역학조사를 실행한 행위는 피청구인이 우월적인 지위에서 일방적으로 강제하는 권력적 사실행위에 해당한다고 보기 어렵다²⁸⁷⁾고 하였고 경기지방경찰청장이 전기통신사업자에게 이 용자의 주소, 전화번호 등 통신자료의 제공을 요청하여 취득한 임의수사 행위²⁸⁸⁾ 현행법으로 체포되면서 경찰관의 압수의사에 기해서가 아니라 단지 경찰관의 권유에 의하여 제출된 임치물을 보관 중 폐기한 행위²⁸⁹⁾ 등은 단순한 비권력적 사실행위에 불과하여 헌법소원의 대상이 되지 않는다고 하였다.

6) 위원회의 결정

각종 위원회의 행위가 법상 부여받은 권한으로 인해 이루어진 공권력의 행사로서 인정되는 경우라면 이에 관해 행정소송으로 다룰 수 있게 된다. 다만 그 여부가 불분명하거나 다룰 수 없는 경우에는 헌법소원을 청구할 수 있다. 대통령선거방송위원회가 공직선거법 규정에 의해 설립되고 같은 법에 따른 법적 업무를 수행하는 공권력의 주체로서 공영방송과 일체가 되어 대통령후보자를 초청하여 합동방송토론회를 개최하기로 정한 결정 및 그 공표행위는 공권력의 행사로써 이에 대한 헌법소원이 가능하다.²⁹⁰⁾ 공정거래위원회의 결정도 마찬가지이다.²⁹¹⁾ 또한, ‘국민감사청구기각결정취소’ 사건에서 헌법재판소는 “부패방지법 제40조의 국민감사청구제도의 경우 일정한 요건을 갖춘 국민들이 감사청구를 한 경우에 감사원장으로 하여금 감사실시 여부를 결정하고 그 결과를 감사청구인에게 통보하도록 의무를 지운 것이므로(부패방지법 제42조, 제43조)

287) 헌재 2004. 8. 26. 2003헌마505.

288) 헌재 2012. 8. 23. 2010헌마439. 이 사건의 반대의견(재판관 김종대, 재판관 송두환, 재판관 이정미의 반대의견)은 ‘피청구인은 공권력인 수사권의 행사주체이고 이 사건 통신자료 취득행위는 청구인의 의사에 상관없이 진행되며 청구인의 통신자료를 보관하고 있는 전기통신사업자가 피청구인의 요청을 거절할 가능성은 사실상 희박하고 청구인이 통신자료의 제공을 저지하기 위해 그 과정에 개입할 수도 없는바, 이 사건 통신자료 취득행위는 피청구인이 우월적 지위에서 일방적으로 청구인의 통신자료에 대하여 대물적으로 행하는 수사행위로서 권력적 사실행위에 해당한다.’라고 하여 권력적 사실행위로 보았다.

289) 헌재 2012. 12. 27. 2011헌마351.

290) 헌재 1998. 8. 27. 97헌마372 등.

291) 헌재 2004. 3. 25. 2003헌마404.

이러한 국민감사청구에 대한 기각결정은 공권력주체의 고권적 처분이라는 점에서 헌법소원의 대상이 될 수 있는 공권력행사라고 보아야 할 것이다.”라고 하여 헌법소원의 대상으로 보았다.²⁹²⁾ 뿐만 아니라 중앙선거관리위원회 위원장이 ‘대통령의 선거중립의무 준수요청’으로써 과거 이루어진 대통령의 선거중립 위반행위에 대해 중앙선거관리위원회 전체회의 심의를 거쳐 대통령의 위법사실을 확인한 후 그 재발방지를 촉구하는 내용으로서의 조치는 피경고자가 경고를 불이행할 시 관할수사기관 등에 수사의뢰 또는 고발되어 피의자 또는 피고발인의 지위에 서게 되므로 청구인의 법적 지위에 영향을 주지 않는다고 할 수 없어 공권력의 행사에 해당되는 헌법소원의 대상으로 보았다.²⁹³⁾

이와는 달리 독립된 행정관청이 아닌 방송위원회 소속의 제1심의위원회의 경우 대외적으로 의사표시를 할 수 있는 독립된 행정관청이 아니라 피청구인에 대한 건의·권고 등을 통하여 피청구인의 내부적인 의사결정과정에 참여하는 기관에 불과하므로 이 심의위원회에서 한 의결은 행정관청의 내부적 의사결정에 지나지 않음으로 인해 헌법소원심판의 대상이 되는 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 ‘공권력의 행사’에 해당하지 않는다고 하였다.²⁹⁴⁾ 또한 ‘변호사시험 관리위원회’의 경우 변호사시험에 관한 법무부장관의 의사결정에 대한 보좌를 목적으로 법무부에 설치된 자문위원회로서, 일정한 심의사항에 관한 위원회의 의사표명은 법무부장관에 대한 단순 권고에 불과하여 그 자체로서는 법적 구속력이나 외부효과가 발생하지 않으므로, 변호사시험 관리위원회의 의결은 헌법소원의 대상이 되는 공권력 행사로 볼 수 없다고 하였다.²⁹⁵⁾

7) 법원의 재판을 거친 행정처분

법원의 재판을 거쳐 확정된 행정처분을 원행정처분이라 한다.²⁹⁶⁾ 이에 대해 헌법재판소는 “헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원 대상으로 행정처분을

292) 헌재 2006. 2. 23. 2004헌마414.

293) 헌재 2008. 1. 17. 2007헌마700

294) 헌재 2001. 2. 22. 2000헌마729.

295) 헌재 2012. 3. 29. 2009헌마754.

296) 헌법재판소, 앞의 책, 260면.

그 대상으로 할 수는 있으나 법원의 재판을 거쳐 확정된 원행정처분의 경우, 해당 행정처분을 심판대상으로 삼았던 법원의 재판이 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용하여 국민의 기본권을 침해한 결과 헌법소원심판을 통해 그 재판 자체가 취소되는 경우에 한하여 해당 행정처분에 대한 심판청구가 가능한 것이고, 이와 달리 법원의 재판이 취소될 수 없는 경우에는 해당 행정처분에 대한 헌법소원심판 청구도 허용되지 아니한다.”²⁹⁷⁾고 하여 원칙적으로 원행정처분에 대한 헌법소원심판 청구를 인정하지 않고 있다.²⁹⁸⁾

8) 법원의 재판을 거친 검사의 처분

헌법재판소는 검사의 불기소처분과 관련하여 “범죄의 피해자인 고소인은 헌법 제11조 제1항에서 보장된 모든 국민의 평등권에 의하여 국가기관인 검사에 대하여 차별없는 성실한 직무수행을 요구할 권리와 헌법 제27조 제5항에서 보장된 재판절차 진술권이 있으므로 검사가 어느 고소사건을, 수사를 현저히 소홀히 하는 등 잘못 다룬 끝에 불기소처분 하였다면 이는 검사가 검찰권의 행사에 있어 그 고소인을 차별대우하여 평등권을 침해하고 또한 재판절차 진술권을 침해한 것이라고 아니할 수 없을 것이므로 이러한 검사의 불기소처분에 대하여는 고소인은 당연히 헌법소원을 청구할 수 있다고 보아야 할 것이다.”라고 하여 검사의 불기소처분을 헌법소원의 대상으로 인정하여 왔다.²⁹⁹⁾ 그런데 2008. 1. 1.부터 시행된 형사소송법의 개정으로 재정신청의 대상범죄가 모든 범죄로 확대됨으로 인해 피의자가 청구하는 헌법소원을 제외한 대부분의 불기소처분에 대하여 재정신청이 가능해짐으로써 헌법소원의 대상에서 불기소처분

297) 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172 등; 헌재 1998. 5. 28. 91헌마98 등; 헌재 2002. 5. 30. 2001헌마781; 헌재 2007. 5. 31. 2006헌마1351; 헌재 2009. 12. 29. 2008헌마421; 헌재 2010. 4. 29. 2003헌마283; 헌재 2019. 4. 23. 2019헌마373.

298) 이에 관해 헌법소원의 대상이 된다는 견해가 있다. “법원의 재판을 거친 행정처분의 헌법소원 대상성에 대해, 행정재판은 행정처분의 위헌·위법 여부를 판단하는 것이고, 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사가 기본권을 침해하였는지 여부이므로 양자는 심판대상과 효력이 다르고, 헌법이 행정재판과 헌법소원심판을 병존시키고 있는 것은 행정처분에 의한 기본권 침해가 법원의 행정재판에 의하여 구제되지 아니하는 경우에 헌법소원심판에 의하여 구제될 수 있도록 중첩적인 구제절차를 마련한 것이므로 법원의 재판을 거친 행정처분도 헌법소원의 대상이 된다.”(헌재 2010. 4. 29. 2003헌마283. 재판관 조대현의 반대이견).

299) 헌재 1999. 1. 28. 98헌마85.

은 제외되게 되었다.³⁰⁰⁾ 다만, 법개정에도 불구하고 재정신청으로 구제될 수 없는 검사의 처분에 대해서는 여전히 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

(4) 사법작용

1) 법원의 재판

헌법 제111조 제1항 제5호는 ‘법률이 정하는 헌법소원’이라고 규정하고 그 구체화는 입법에 위임하고 있는데, 위임에 따라 제정된 헌법재판소법 제68조 제1항에 관하여 헌법재판소는 헌재 1992. 12. 24. 90헌마158에서 “헌법재판소법 제68조 제1항에서 규정하고 있는 ‘법원의 재판’이라 함은 사건을 종국적으로 해결하기 위한 종국판결 외에 본안 전 소송판결 및 중간판결 모두 포함되는 것이고 기타 소송절차의 파생적·부수적인 사항에 대한 공권적 판단도 포함되는 것으로 일반적으로 보고 있는바, 청구인이 주장하는 유죄의 형사판결에 대한 헌법소원은 법원(의 종국적 재판에 대한 헌법소원심판청구로서 이에 대하여는 본안 전 제소요건을 흠결한 것이므로 부적법하다.”라고 하여 법원의 재판을 헌법소원 대상에서 제외하고 있음을 밝혔다. 그리고 재판에는 일반법원의 재판뿐만 아니라 군사법원의 재판도 포함된다.³⁰¹⁾

2) 재판소원에 관한 문제점

헌법재판소법은 제68조 제1항은 ‘공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.’고 규정하여 법원의 재판에 대한 헌법소원을 명시적으로 배제하고 있다. 독일을 비롯한 몇몇 국가의 입법례에서 본 것처럼 오스트리아, 스위스, 스페인 등과 같이 헌법소원의 대상을 특정의 공권력의 행

300) 모든 범죄에 대하여 고소권자로서 고소를 한 자와, 형법상 공무원의 직무에 관한 죄 중 직권남용(형법 제123조), 불법체포·감금(형법 제124조), 폭행·가혹행위(형법 제125조), 피의사실공표(형법 제126조)에 대하여 고발을 한 자는 불기소처분을 한 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등법원에 불기소처분의 당부에 관한 재정을 신청할 수 있으므로(형사소송법 제260조 제1항), 이에 해당하는 불기소처분은 헌법소원의 대상에서 제외된 것이다(헌법재판소, 「헌법재판실무제요」, 262면).

301) 헌재 2008. 4. 15. 2008헌마267; 헌재 2008. 5. 20. 2008헌마359; 헌재 2008. 8. 19. 2008헌마523.

사 또는 불행사에 한정하고 있는 입법례에 비추어 헌법소원제도의 본질에 반하는 것은 아니며 나라마다 서로 다른 입법정책에 따른 것이라 볼 수 있다. 그러나 법원의 재판소원을 배제하는 것은 기본권 보호와 실현에 있어 그 실효성을 현저히 떨어뜨리는 것이라 할 수 있으며 궁극적으로는 헌법소원이라는 제도를 통해 이루고자 하는 국민의 기본권 보장이라는 헌법소원의 본질적 기능조차도 약화시킬 수 있는 점에서 많은 문제를 야기한다는 것도 간과할 수 없다. 이와 관련하여 판례는 “법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에 포함시켜야 한다는 견해는 기본권 보호의 측면에서는 보다 이상적이지만, 이는 헌법재판소의 위헌결정을 통하여 이루어질 문제라기보다 입법자가 해결해야 할 과제”라고 하였다.³⁰²⁾

4. 기본권침해의 법적 관련성

(1) 기본권침해

1) 헌법상 보장된 기본권의 침해

헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판은 ‘헌법상 보장된 기본권’을 침해받은 자가 청구할 수 있다고 규정함으로써 헌법상 보장된 기본권의 존재를 전제로 하고 있다. 그러나 헌법 규정 어디에도 기본권의 개념과 범위를 정하지 아니한 까닭에 결국 헌법해석을 통해 이를 한정할 수 밖에 없다 할 것이다. 헌법재판소는 “헌법상 보장된 기본권이 구체적으로 무엇을 의미하는지는 반드시 명확하지는 않다. 우리 헌법 ‘제2장 국민의 권리와 의무 (제10조 내지 제39조)’ 가운데에서 의무를 제외한 부분이 원칙적으로 기본권에 해당함은 인정할 수 있으나, 그에 한정할 것인지 또는 헌법상의 위 규정들 이외에서도 기본권성을 인정할 수 있는지, 나아가서 헌법의 명문의 규정이 없다하더라도 인정되는 기본권이 존재하는지, 존재한다면 구체적으로 어떠한 것인지에 대하여는 반드시 명확하다고만은 할 수 없다. 따라서 이 문제는 결국 개별적·구체적인 헌법

302) 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172 등.

해석에 의하여 해결하는 수밖에 없으나,³⁰³⁾ 그것에 내재하는 의미를 ‘헌법에 의하여 직접 보장된 개인의 주관적 공권’이라고 파악할 수 있다.”라고 하였고,³⁰⁴⁾ 여기서 헌법에 의해 ‘직접’ 보장된 개인의 주관적 권리라 함은 헌법에서 명문으로 규정하고 있는 만을 의미하는 것이 아니라 해석을 통해 도출된 것도 포함한다.³⁰⁵⁾

2) 객관적 헌법규범과 헌법의 기본원리에 대한 헌법소원

헌법소원이 단지 기본권을 침해당한 국민의 주관적인 권리구제절차로서의 역할 뿐 아니라 국가의 객관적 헌법질서 수호와 유지에 기여하는 이중적 성격을 지니고 있으므로, 헌법재판소는 헌법소원심판 절차에 있어 본안판결에 이르기까지 모든 헌법규범이 청구인이 주장한 기본권의 침해여부에 관한 심사기준으로써 이를 바탕으로 모든 헌법적 관점에서 심판대상의 위헌성을 심사하게 된다.³⁰⁶⁾ 그러나 기본권 침해 아닌 객관적 헌법규범이나 헌법원리의 위반만을 다투는 헌법소원은 허용되지 않는다.³⁰⁷⁾

헌법상의 여러 통일관련 조항들은 국가의 통일의무를 선언한 것이기는 하지만, 그로부터 국민 개개인이 국가기관에 대하여 통일과 관련된 구체적인 행동을 요구하거나 일정한 행동을 할 수 있는 권리는 도출된다고 할 수 없고,³⁰⁸⁾ “헌법전문에 기재된 3.1정신”은 우리나라 헌법의 연혁적·이념적 기초로서 헌법이나 법률해석에서의 해석기준으로 작용한다고 할 수 있으나 그로 인해 곧바로 국민의 개별적 기본권성은 도출해낼 수 없다고 할 것이므로 헌법상 보장된 기본권에 해당하지 않아 헌법소원의 대상이 될 수 없다.³⁰⁹⁾

303) 헌법상 명문규정 없이 헌법의 해석으로부터 도출되는 기본권인 생명권과 모든 국가권능의 정당성의 근원인 국민의 기본권침해에 대한 권리구제를 위하여 그 전제조건으로서 영토에 관한 권리, 즉 영토권을 헌법소원의 대상인 기본권의 하나로 간주하는 것은 가능하다고 한 바 있다(헌재 2001. 3. 21. 99헌마139). 그러나 헌법재판소는 국회구성권(헌재 1998. 10. 29 96헌마186), 평화적 생존권(헌재 2009. 5. 28. 2007헌마369), 재정사용의 합법성과 타당성을 감시하는 납세자의 권리(2005. 11. 24. 2005헌마579)라는 기본권은 우리 헌법상 인정되지 않는다고 하였다(김하열, 「헌법소송법」, 491면).

304) 헌재 2001. 3. 21. 99헌마139 등.

305) 허완중, 앞의 책, 530면.

306) 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172 등.

307) 허완중, 앞의 책, 491면.

308) 헌재 2000. 7. 20. 98헌바63.

헌법재판소가 헌법소원심판을 청구할 수 있기 위해서는 청구인들의 ‘헌법상 보장된 기본권’이 침해되어야 할 것이나 헌법 제75조와 같이 헌법원칙으로서의 포괄위임입법금지원칙 또는 그 근거로써의 의회입법원칙 또는 법치주의 자체로는 청구인들에게 어떠한 주관적 기본권을 부여하거나 보장한다고 보기는 어렵고,³¹⁰⁾ 대한민국의 경제질서에 관해 규정한 헌법 제119조 제1항과 경제에 관한 국가의 규제와 조정에 관하여 규정한 제2항, 그리고 사영기업의 국·공유화에 대한 제한을 규정한 조항인 헌법 제126조는 경제질서에 관한 헌법상의 원리나 제도를 규정한 조항들으로써 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원에 있어서 헌법상의 원리나 헌법상 보장된 제도의 내용이 침해되었다는 사실만으로 바로 청구인의 기본권이 직접 현실적으로 침해된 것이라고 할 수 없다고 하여 헌법상 객관적 제도나 법원리의 위반만을 다투는 헌법소원에 관해 기본권침해는 인정하지 않는다.

3) 법률상의 권리침해에 관한 헌법소원의 적법성

헌법이 규정하고 있는 참정권으로써의 선거권과 공무담임권 및 국민투표권 등이 아닌 주민투표법에 의한 주민투표권³¹¹⁾이나 지방자치단체장선거권, 그리고 헌법상 재판청구권이 아닌 각종 소송법에 의한 재심청구권³¹²⁾ 등 법률로써 인정되는 권리는 헌법소원의 대상이 되는 헌법상의 기본권이라 할 수 없다.³¹³⁾

(2) 법적 관련성

헌법재판소법 제68조 제1항에 따라 심판을 구하는 자는 심판의 대상인 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 ‘자기’ 기본권이 ‘현재’, ‘직접

309) 헌재 2001. 3. 21. 99헌마139 등.

310) 헌재 2006. 8. 31. 2006헌마266.

311) 헌재 2001. 6. 28. 2000헌마735.

312) 헌재 2000. 6. 29. 99헌바66.

313) “우리 헌법은 간접적인 참정권으로 선거권(헌법 제24조), 공무담임권(헌법 제25조)을, 직접적인 참정권으로 국민투표권(헌법 제72조, 제130조)을 규정하고 있을 뿐 주민투표권을 기본권으로 규정할 바가 없고 제117조, 제118조에서 제도적으로 보장하고 있는 지방자치단체의 자치의 내용도 자치단체의 설치와 존속 그리고 그 자치기능 및 자치사무로서 지방자치단체의 자치권의 본질적 사항에 관한 것이므로 주민투표권을 헌법상 보장되는 기본권이라고 하거나 헌법 제37조 제1항의 “헌법에 열거되지 아니한 권리”의 하나로 보기 어렵다(헌재 2005. 12. 12. 2004헌마530).”

적'으로 침해받은 자여야 한다.³¹⁴⁾

1) 자기관련성

기본권침해의 자기관련성이란 헌법소원심판에 있어 청구인이 해당 공권력의 행사 또는 불행사의 직접적인 상대방 또는 수신자인 경우 자기관련성이 인정된다. 이는 공권력작용에 대해 문제를 제기할 수 있는 인적 주체의 범위에 대한 제한을 의미³¹⁵⁾하며, 이를 통해 공권력의 작용이 간접적이거나 사실상 경제적인 이해관계가 있을 뿐, 단지 반사적 불이익에 그치는 제3자³¹⁶⁾의 경우에는 자기관련성이 인정되지 않는 것을 의미한다.³¹⁷⁾³¹⁸⁾

헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원제도는 공권력작용으로 인하여 헌법상의 권리를 침해받은 자가 그 권리구제를 위하여 심판을 구하는 이른바 주관적 권리구제절차라는 점을 본질적 요소로 하고 있으므로 모든 국민 개개인이 어느 때나 상관없이 법령 등에 대한 헌법소원심판을 청구할 수 있게 된다면 현행 헌법재판제도상 허용되지 아니하는 민중소송을 인정하는 것과 같게 돼, 자기관련성은 인적주체의 범위를 제한함으로써 헌법소원제도가 위와 같은 민중소송 형태로 흐르는 것을 막기 위한 방편으로써의 역할을 한다고 해석할 수 있다.³¹⁹⁾

314) 헌재 1992. 9. 4. 92헌마175; 헌재1995. 3. 23. 93헌마12.

315) 김하열, 「헌법학」, 496면.

316) “어떠한 경우에 제3자의 자기관련성을 인정할 수 있는가의 문제는 입법의 목적, 실질적인 규율대상, 법규정에서의 제한이나 금지가 제3자에게 미치는 효과나 진지성의 정도 및 규범의 직접적인 수급자에 의한 헌법소원제기의 기대가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 하는바…,”(헌재 1997. 9. 25. 96헌마133; 헌재 2008. 11. 27. 2006헌마352; 헌재 2011. 10. 25. 2010헌마661; 헌재 2014. 3. 27. 2012헌마404)

317) 헌재 1993. 3. 11. 91헌마233; 헌재 2008. 11. 27. 2006헌마352; 헌재 2014. 3. 27. 2012헌마404.

318) 국민건강보험법 제33조 제2항 등 위헌확인(헌재 2000. 6. 29. 99헌마289): “국민건강보험법 부칙 제6조 및 제7조의 직접적인 수급자는 법인이나, 직장의료보험조합은 공법인으로서 기본권의 주체가 될 수 없을 뿐만 아니라, 법규정의 실질적인 규율대상이 수급자인 법인의 지위와 아울러 제3자인 청구인들(직장의료보험조합의 조합원들)의 법적 지위라고 볼 수 있으며, 법규정이 내포하는 불이익이 수급자의 범위를 넘어 제3자인 청구인들에게도 유사한 정도의 불이익을 가져온다는 의미에서 거의 동일한 효과를 가지고 있으므로, 법의 목적 및 실질적인 규율대상, 법규정에서의 제한이나 금지가 제3자에게 미치는 효과나 진지성의 정도, 규범의 수급자에 의한 헌법소원의 제기가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단할 때, 청구인들의 자기관련성을 인정할 수 있다.”

319) 김하열, 「헌법소송법」, 495면; 허완중, 앞의 책, 535면.

2) 현재성

기본권침해의 현재성이란 헌법소원심판의 청구인은 공권력의 작용으로 인해 그의 기본권이 현실적으로 침해받고 있는 등 현재 관련이 있어야 한다는 것을 의미한다. 즉 현재성이란 공권력작용으로 인한 기본권의 침해가 시간적 의미에서 ‘현재’ 일어나고 있는 것을 말하고, 침해관련성에 관한 시간적 제한 요건이라 할 수 있다.³²⁰⁾ 따라서 자신의 기본권이 구체적이고 현실적으로 침해당하였다거나 또는 침해가 확실히 예상된다고 할 수 없고, 장차 법률 소정의 해당사유가 발생할 경우 기본권침해를 받을 우려가 있다고 한다면 이는 잠재적인 것에 불과하여 헌법소원심판청구의 자기관련성과 현재성을 갖추지 못한 것이라 할 수 있다.³²¹⁾ 다만, 기본권의 침해자체가 장래에 발생하더라도 그 발생이 현재 확실히 예측된다고 하면 기본권 구제의 실효성을 위하여 침해의 현재성을 인정할 수 있다.³²²⁾

현재성이 사전에 인정되는 이유는 선거 또는 시험과 같이 청구인의 기본권침해가 현실화된 후에 그 구제가 어려운 경우 헌법소원의 실효성을 높이기 위함이라고 볼 수 있다.³²³⁾ 헌법재판소는 공직선거및선거부정방지법 제53조 제3항 등 위헌확인 사건에서 “헌법과 법률에 따라 대통령선거, 국회의원선거, 지방의회의원 및 지방자치단체의 장 선거의 실시가 장래에 확실히 예상되고, 특히 다음 국회의원 총선거가 2000년 상반기에 실시되는 것이 이미 확정되어 있으므로, 위 법률조항에 의하여 청구인들의 피선거권이 가까운 장래에 침해되리라는

320) 김하열, 「헌법소송법」, 500면.

321) “법률에 대한 헌법소원심판청구가 적법하기 위하여는 청구인에게 당해법률에 해당되는 사유가 발생함으로써 그 법률이 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 현실 침해하였거나 침해가 확실히 예상되는 경우에 한정된다고 할 것이다(헌재 1990. 6. 25. 89헌마220; 헌재 1990. 10. 8. 89헌마89 결정 각 참조). 그런데 이 사건 청구인들은 그들에게 위 법률에 해당되는 사유가 발생한 바 없으므로 그 법률에 의하여 자신의 기본권을 구체적으로 현실 침해당하였다거나 또는 침해가 확실히 예상된다고 할 수 없고, 장차 위 법률 소정의 해당사유가 발생할 경우 기본권침해를 받을 우려가 있다고 하더라도 이는 잠재적인 것에 불과하다고 할 것이어서 이 사건 헌법소원심판청구는 자기관련성과 현재성을 갖추지 못하였다. 청구인들은 혹 사후에 위 법률에 해당하는 사유가 발생한다면 그 사유발생일을 청구기간의 기산점으로 하여 위 법률에 대한 헌법소원심판청구를 할 수 있고, 형사 재판절차에서 위 법률이나 그 법률조항이 재판의 전제가 되면 위헌여부심판제청신청도 가능하므로, 청구인들에게 미리 헌법소원을 허용하지 않으면 안 될 만한 아무런 특별한 사정도 존재하지 않는다. 따라서 위 법률을 대상으로 한 청구인들의 헌법소원심판청구도 또한 부적법하다고 할 것이다(헌재 1994. 6. 30. 91헌마162).”

322) 헌재 2002. 7. 18. 2001헌마605; 헌재 2003. 11. 27. 2003헌마694 등.

323) 김하열, 「헌법소송법」, 501면.

것 또한 현재 확실히 예측된다. 만일, 청구인들의 기본권이 현실적으로 침해되는 후보자등록개시일 이후에 비로소 헌법소원을 제기해야만 헌법소원의 현재성이 인정된다고 한다면, 현행헌법소원절차의 운영실태와 후보자등록개시일부터 선거일까지의 기간(법 제33조)이 각 선거에 따라 14일-23일이라는 점에 비추어 선거일 전에 헌법재판소의 결정이 선고되기를 기대하기는 어렵다할 것이므로, 청구인들은 헌법소원제도에 의한 기본권의 구제를 받을 수 없게 된다고 할 것이다.³²⁴⁾ 즉 이 사건의 경우와 같이 청구인들의 피선거권이 제한된 경우, 헌법재판소의 결정전에 선거가 이미 종결된다면, 그 뒤에 이 사건 법률조항에 대한 위헌결정이 선고된다고 하더라도 청구인들의 권리구제는 불가능하다. … 결국 이 사건 법률조항에 의한 기본권의 침해가 구체화·현실화된 시점에서는 적시에 권리구제를 기대하는 것이 거의 불가능하므로 효율적인 권리구제를 위하여 후보자등록 개시일 전에 헌법재판소가 위 법률조항에 대한 위헌여부의 판단을 할 필요가 있다 할 것이다.”라고 하여 기본권침해의 현재성을 충족시켰다고 보았다.

이어서 헌법재판소는 국가유공자등예우및지원에관한법률 제34조 제1항 위헌 확인 사건에서도 “청구인은 심판청구 당시 7급 국가공무원 공채시험에 응시하기 위하여 준비중에 있었기 때문에 이 사건 법률조항으로 인한 기본권침해를 현실적으로 받았던 것은 아니나 청구인이 국가공무원 공채시험에 응시할 경우 장차 그 합격 여부를 가리는 데 있어 이 사건 가산점제도가 적용될 것임은 심판청구 당시에 이미 확실히 예측되는 것이었으므로, 기본권침해의 현재성의 요건도 갖춘 것으로 보아야 한다.”라고 하였다.³²⁵⁾

그뿐만 아니라 효력 발생 전인 법률이 공포되어 있고, 그로 인하여 사실상의 위험성이 청구인에게 이미 발생한 경우, 국민건강보험법 제33조 제2항 등 위헌확인 사건에서는 “법률의 시행에 유예기간을 두고 있는 경우에도 유예기간과 관계없이 법시행일에 기본권의 침해를 받는 것으로 보아야 하므로, 청구인들의 기본권이 법시행일에 침해되리라는 것이 확실히 예상된다. 만일 청구인들

324) 현재 1999. 5. 27. 98헌마214.

325) 현재 2001. 2. 22. 2000헌마25.

이 법시행 이후에 헌법소원을 제기해야 비로소 헌법소원의 현재성이 인정된다면, 의료보험이 통합된 후에야 비로소 헌법재판소의 결정을 기대할 수 있으므로, 효율적인 권리구제를 위해서는 법시행 이전에 헌법재판소가 판단을 할 필요가 있고, 기본권의 침해가 구체화·현실화된 시점에서는 적시에 권리구제를 기대하는 것이 불가능하다면, 이런 경우에는 헌법소원의 현재성을 인정해야 한다.”라고 하였다.³²⁶⁾

이런 판례들처럼 아직 현실적인 기본권침해는 없으나 장래 확실한 기본권침해의 예측이 가능하여 그 현재성을 인정할 수 있는 경우 청구기간의 문제는 현실적으로 침해가 된 때를 기준으로 기산이 되기 때문에 청구기간 도과의 문제는 발생하지 않는다.³²⁷⁾

3) 직접성

헌법소원심판에서 해당 공권력의 행사 또는 불행사로 인해 청구인의 기본권은 직접 침해되어야 한다.³²⁸⁾ 이를 기본권침해의 직접성 요건이라 한다.³²⁹⁾ 직접성 요건은 법령헌법소원에서 중요한 요소로 작용한다. 즉, 법령 자체로써 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 청구인에 대한 권리의 제한과 법적 지위 등의 박탈, 그리고 의무의 부과와 같이 별도의 집행행위 없이 법령 그 자체로써 청구인의 기본권이 직접 관련될 것이 필요하기 때문이다.³³⁰⁾ 이렇게 직접성 요건은 재판을 포함한 행정처분에서는 논의될 여지가 없으므로 ‘법률에 대한 헌법소원’에서만 문제가 되는 것이다.³³¹⁾

326) 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289.

327) 김하열, 「헌법소송법」, 505면.

328) 헌법재판소, 「헌법재판실무제요」, 297면.

329) 직접성은 자기성과 구별된다. 자기성은 제소자의 관련여부에 관한 문제작용을 필요로 하는가의 문제인 것이다. 따라서 전자에서는 피침해자(Beeinträchtigen)가 문제되고 후자에서는 침해행위(Beeinträchtigung)가 문제된다(김학성, “제2장 헌법소원의 대상”, 헌법재판연구 제1권, 헌법재판소, 1990, 452면).

330) 김학성, 앞의 논문, 452면.

331) “법령에 대한 헌법소원에 있어서 ‘기본권 침해의 직접성’을 요구하는 이유에 대하여 우리 재판소는 “법령은 일반적으로 구체적인 집행행위를 매개로 하여 비로소 기본권을 침해하게 되므로 기본권의 침해를 받은 개인은 먼저 일반 쟁송의 방법으로 집행행위를 대상으로 하여 기본권침해에 대한 구제절차를 밟는 것이 헌법소원의 성격상 요청되기 때문”이라 판시하였는바(헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 503 등), 이는 헌법소원의 본질이 앞서 본 바와 같이 예외적이고 보충적인 특별권리수단이라는 성격을 반영한 것이라 할 수 있다(헌재 2005. 5. 26. 2004헌마671).”

헌법재판소의 판례에 의할 때 법령에 대한 헌법소원에 있어 ‘기본권침해의 직접성’이라는 요건을 요구하는 이유는,³³²⁾ 법령은 일반적으로 구체적인 집행행위를 매개로 하여 비로소 기본권을 침해하게 되므로 기본권의 침해를 받은 청구인은 먼저 법원을 통한 쟁송의 방법으로 집행행위를 대상으로 기본권침해에 대한 구제절차를 밟는 것이 헌법소원의 성격상 요청되기 때문이다. 특히, 법령에 근거한 구체적인 집행행위가 재량행위인 경우, 법령은 집행기관에 기본권침해의 가능성만을 부여할 뿐 법령 스스로가 기본권의 침해행위를 규정하고 행정청이 이에 따르도록 구속하는 것이 아니고, 이때의 기본권침해는 집행기관의 의사에 따른 집행행위, 즉 재량권의 행사에 의할 때 비로소 행사되어 현실화되므로, 이런 경우에는 법령에 따른 기본권침해의 직접성이 인정될 여지가 없다.

이같이 집행행위가 매개된 경우에 직접성 요건을 부인하는 이유는 매개된 집행행위를 소송대상으로 한 법원의 권리구제절차를 통해 집행행위의 근거가 된 법규범의 효력여부를 재판의 선결문제로 하여 심사할 수 있으므로 결국 법규범 자체를 소송대상으로 삼을 필요가 없기 때문이다.³³³⁾ 그리고 직접성이 요구되는 법령에는 형식적인 의미의 법률뿐만 아니라 조약, 명령·규칙,³³⁴⁾ 헌법소원의 대상성이 인정되는 행정규칙과 조례 등이 모두 포함되며,³³⁵⁾ 직접성 요건의 흠결은 사후에 치유될 수 없다.³³⁶⁾

(3) 주장책임에 관한 논의

332) 헌재 1998. 4. 30. 97헌마141.

333) 김현철, “헌법소송의 직접성 요건”, 헌법판례연구 제9권, 한국헌법판례연구학회, 2008. 303면.

334) 헌법소원심판의 대상이 되는 법령은 그 법령에 기한 다른 집행행위를 기다리지 않고 직접 국민의 기본권을 침해하는 법령이어야 하지만, 예외적으로 법령이 일의적이고 명백한 것이어서 집행기관이 심사와 재량의 여지없이 그 법령에 따라 일정한 집행행위를 하여야 하는 때에는 당해 법령을 헌법소원의 직접대상으로 삼을 수 있다(헌재 1989. 3. 17. 88헌마1; 헌재 1995. 2. 23. 90헌마214).

335) 헌법재판소, 「헌법재판실무제요」, 298면.

336) “청구인은 자신이 반민규명위원회를 상대로 이 사건 결정의 취소를 구하는 행정소송을 제기하여 그 소송계속 중 당해 사건을 담당하는 법원으로부터 위헌제청신청기각결정까지 받은 만큼, 직접성의 요건을 충족하지 못한 하자는 사후에 치유된 것이라고 주장하나, 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판청구에 있어서 직접성 요건의 불비는 사후에 치유될 수 있는 성질의 것이라 볼 수 없다(헌재 2009. 9. 24. 2006헌마1298).”

헌법재판소의 심판절차는 신청권자의 심판청구에 의하여 개시된다. 헌법소송에 서도 다른 소송과 마찬가지로 신청주의원칙이 적용되며 심판절차의 개시는 원칙적으로 처분권주의가 적용된다.³³⁷⁾ 우리 헌법재판소법 역시 신청주의를 통해 그 절차를 개시하고자 하는 신청인에게 기본적인 주장책임이 있게 된다. 그로 인해 신청의 대상을 특정하여야 하고 심판대상 법률이나 공권력작용이 위헌으로 해석되는 구체적인 이유를 제시하여야 한다. 이런 이유로 기본권침해에 대한 청구인의 주장을 헌법소원심판 청구의 적법요건으로 봐야 하는지에 대한 문제가 있다.

헌법소원심판과 같은 헌법소송은 헌법을 보호하고 국민의 기본권을 보장하는 역할을 한다. 헌법소원심판은 청구인의 주관적 권리구제만을 위한 제도가 아니고, 객관적 헌법질서의 수호와 유지를 위한 제도이기도 하기 때문에 헌법재판소법 제68조 제1항에 의해 헌법소원심판이 청구되는 경우 청구인이 침해당한 기본권의 주장에만 그 판단을 한정하지 않고³³⁸⁾ 가능한 한 모든 범위에서 헌법상 기본권침해의 유무를 직권으로 심사할 수 있다.³³⁹⁾

일반 민·형사재판에 비해 헌법소원심판을 비롯한 헌법재판의 심리에서는 직권주의에 따라서 진행이 되는 경우가 많으며, 헌법소원이 가지는 기본권 구제라는 목적을 달성하기 위해서는 필요한 범위에서 청구인에게 일정한 협력의무으로써 주장책임을 부과하는 것이 가능하다. 청구인은 심판의 당사자로서 헌법소원심판의 목적 달성을 위하여 어떤 이유로 헌법소원을 청구하는지, 그리고 기본권침해로 인한 자신의 상황과 어떤 공권력 주체가 어떤 경과로 자신의 기본권을 제약하는지에 관해 구체적이고 충분한 설명을 헌법재판소에 전달하여야 하고, 또 이에 관한 증거자료를 제출하여야 한다. 이러한 주장과 설명이 충분할수록 청구인의 기본권 구제에 헌법재판소는 충실한 심리를 할 수 있게 된

337) 김현철, “헌법소송의 특수성에 관한 일고찰”, 헌법논집 제16집, 헌법재판소, 2005, 263면.

338) 헌법소원심판에 대하여는 변호사강제주의가 적용되고 있으므로 청구인 당사자가 심판청구서에서 기재한 심판대상과 대리인이 기재한 심판대상이 다른 경우 그 대리인이 청구인 본인의 청구취지를 원용하지 않는 한 대리인이 기재한 내용으로 심판대상을 확정한다(김현철, 앞의 논문, 265면).

339) “... 헌법재판소는 청구인의 심판청구서에 기재된 피청구인이나 청구취지에 구애됨이 없이 청구인의 주장요지를 종합적으로 판단하여야 하며 청구인이 주장하는 침해된 기본권과 침해의 원인이 되는 공권력을 직권으로 조사하여 피청구인과 심판대상을 확정하여 판단하여야 한다(헌재 1993. 5. 13. 91헌마190).”

다.³⁴⁰⁾ 이런 이유로 인하여 기본권침해의 주장책임을 헌법재판소법 제71조 제1항 제4호를 근거로 헌법소원 적법요건으로 이를 인정할 수 있으며,³⁴¹⁾ 이러한 주장책임의 부족함을 이유로 소원청구의 부적법함을 지적한 판례들이 있다.³⁴²⁾

5. 보충성의 원칙

(1) 보충성의 의의와 기능

헌법재판소법은 제68조 제1항 단서에서 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 즉 헌법소원심판은 다른 법률에 구제절차³⁴³⁾가 있는 경우에 그 절차를 모두 거친 후³⁴⁴⁾가 아니면 심판청구를 할 수 없다. 이를 헌법소원의 보충성이라고 하여 헌법재판소법은 헌법소원심판에서 보충성의 원칙(Subsidiaritätsprinzip)을 명문화하고 있다.³⁴⁵⁾ 여기서 다른 법률에 구제절차가 있는 경우는 대

340) 김하열, 「헌법소송법」, 521면.

341) 김하열, 「헌법소송법」, 522면.

342) “이 사건 전화 채우와 관련하여 청구인은 2013. 1. 24. 포상 차원의 전화통화를 1회 하였으며 그 외에는 전화통화를 한 적이 없다고 주장할 뿐, 피청구인이 청구인에게 전화통화를 금지하였거나 청구인 스스로 전화통화를 신청하였는데 피청구인이 불허가 처분을 하였다는 것과 같이 구체적으로 어떤 기본권 침해사유가 발생하였는지에 대하여 주장하고 있지 않고, 이를 뒷받침할 만한 자료도 제출하지 아니하였다. 따라서 이 부분 심판청구는 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사 자체를 특정할 수 없으므로 부적법하다(헌재 2015. 4. 30. 2013헌마190).” “헌법재판소법 제68조 제1항의 ‘헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자’라는 것은 ‘헌법상 보장된 기본권을 침해받았다고 주장하는 자’로 해석하여야 하며 소원청구인은 자신의 기본권에 대한 공권력주체의 제한행위가 위헌적인 것임을 어느 정도 구체적으로 주장하여야 한다. 그러므로 소원청구인이 기본권침해의 가능성을 확인할 수 있을 정도의 구체적 주장을 하지 않고 막연한 주장만을 하는 경우에는 그 소원청구는 부적법한 것이 될 것이다(헌재 2005. 2. 3. 2003헌마544 등; 유사한 취지로써 2005. 2. 3. 헌재 2003헌바75; 헌재 2003. 12. 18. 2002헌바91).”

343) 헌법재판소법 제68조 제1항 단서 소정의 다른 권리구제절차라 함은 공권력의 행사 또는 불행사를 직접대상으로 하여 그 효력을 다룰 수 있는 권리구제절차를 의미하고, 사후적·보충적 구제수단을 뜻하는 것은 아니다(헌재 1989. 4. 17. 88헌마3).

344) “여기에서 ‘다른 법률에 의한 구제절차를 거친 후’란 다른 법률에 의한 구제절차를 적법하게 거친 경우를 말하므로, 과세처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다가 그 소송을 취하간주된 경우 그 과세처분의 취소를 구하는 헌법소원심판청구는 다른 법률에 의한 적법한 구제절차를 거쳤다고 볼 수 없어 부적법하다(헌재 1999. 9. 16. 98헌마265).”

345) 헌법소원심판에서 보충성원칙은 권리구제절차를 이행하여 소진해야 한다는 점에서 권리구제절차의 소진원칙(원칙)(Grundsatz der Rechtswegerschöpfung)이라 할 수 있다(허영, 「헌법소송법론」, 416면 이하).

부분 법원의 소송절차를 의미한다고 보아야 한다.³⁴⁶⁾

보충성의 원칙은 헌법상 보장된 기본권침해에 대하여 특별한 구제수단으로 보충적인 최후의 구제수단이라고 할 수 있다. 헌법소원은 헌법재판을 통하여 기본권침해를 구제한다는 본질적인 특성을 갖고 있다.³⁴⁷⁾ 그래서 다른 법률이 정한 절차에 따라 침해된 기본권을 구제받기 위하여 모든 수단을 이용했음에도 그 구제를 받지 못한 경우에 비로소 헌법소원심판을 청구할 수 있다.³⁴⁸⁾

헌법재판소는 보충성의 원칙과 관련하여 “청구인은 검찰청법에 따른 재항고를 제기하고 그 결정이 있기 전에 이 사건 헌법소원심판을 청구하였으나 대검찰청의 재항고기각결정이 헌법재판소의 종국결정이 있기 전에 있음으로 인하여 권리구제절차를 사전에 거치지 않은 하자는 치유되었다.”라고 하여, 종국결정 전에 구제절차를 거쳤을 때 그 청구는 적법하게 된다고 하였다.³⁴⁹⁾

보충성의 원칙은 권리구제절차가 정상적으로 운영되고 있는 것을 전제로 하기 때문에 단순히 권리구제절차의 소진만을 의미한다고 보기는 어렵다.³⁵⁰⁾ 그래서 권리구제절차가 적법하게 가능하거나 기대할 수 있다면 이를 다 거쳐야 한다는 것이다. 그리고 법령 자체가 기본권을 직접 침해하면, 청구인은 그 법령 자체의 효력을 직접 소송물로 하여 일반법원에 제기할 방법이 없다.³⁵¹⁾ 이 경우는 구제절차가 없으므로 직접 헌법소원심판을 청구할 수 있다.³⁵²⁾

헌법 제111조 제1항 제5호는 ‘법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판’이라고 하여 헌법소원심판에 관하여 법률에 위임하고 있다. 헌법재판소법 제68조 제1항은 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에서 제외함으로써 보충성의 원칙을 적용하면 행정처분이 기본권을 침해한다고 하여도 행정소송을 청구할 수 있어서 헌법소원을 제기할 수 없게 된다. 이 결과 현행 헌법이 기본권침해에 대한

346) 김하열, 「헌법소송법」, 527면.

347) 독일연방헌법재판소도 보충성원칙의 원래의 목적은 관할권이 있는 심급을 통해 소원사항을 적법하게 사전심사되도록 보장하고 이를 통해 헌법재판소의 업무를 경감케 함으로써 헌법수호라는 그 고유한 임무에 전념할 수 있도록 하는데 있다고 할 수 있다(김문현, “현행 헌법소원제도에 있어 보충성의 원칙과 예외”, 법학논집 제4권 제3호, 이화여대 법학연구소, 1999, 39면).

348) 헌재 1993. 12. 23. 92헌마247.

349) 헌재 1996. 3. 28. 95헌마211.

350) 허영, 「헌법소송법론」, 417면.

351) 대법원 1994. 4. 26. 선고 93부32 결정.

352) 헌재 1989. 3. 17. 88헌마1; 헌재 1998. 4. 30. 96헌마7; 헌재 2012. 5. 31. 2011헌마241.

예외적 구제절차로써 도입한 헌법소원제도의 의의를 살릴 수 없게 되었다.

보충성의 요건은 재판소원을 금지하는 현행 헌법재판소법 제68조 제1항의 규정으로 인하여 행정작용에 대한 헌법소원을 크게 제한하고 있다. 이렇게 제한함으로써 인하여 행정작용에 의한 헌법소원심판의 청구는 검사의 불기소처분 중 재정신청의 대상이 되지 않는 경우와 구체적 집행행위를 거치지 아니하고 기본권을 직접 침해하는 행정입법, 행정소송의 제기가 불가능하거나 행정소송의 대상이 되지 아니한 이유로 구제수단이 없는 경우에 한하여 인정됨으로써 축소되었다.³⁵³⁾

헌법소원심판에서 보충성의 원칙이 갖는 기능은 일차적으로 적법한 권리구제 절차를 모두 진행했음에도 헌법이 요구하는 기본권의 구제가 이루어지지 않았을 경우 특별하게 다시 한번 최종적으로 권리구제절차를 밟음으로써 법치국가에 지향하는 기본권의 최대한 보장원칙을 실현하겠다는 것이다.³⁵⁴⁾ 그런데 헌법재판소는 보충성의 원칙이 “업무처리의 효율성의 측면에서 당해 처분기관 자체에서 우선 스스로 시정할 수 있는 기회를 갖도록 하는 데 그 본래의 뜻이 있다.”라고 하여,³⁵⁵⁾ 그 기능의 의미를 축소하고 있다. 그렇지만 보충성의 원칙은 헌법소원심판이 기본권구제의 특별하고 예외적인 절차라는 것을 의미함으로써 재판청구권이 최대한 보장될 수 있도록 하려는 것으로 볼 수 있다.³⁵⁶⁾

(2) 보충성원칙의 예외

헌법재판소법은 제68조 제1항에서 권리구제절차를 소진해야만 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 보충성의 원칙을 규정하고 있지만, 적법하게 권리구제절차를 다 거쳤지만 보충성의 원칙 때문에 기본권을 실효적으로 구제하기 어렵다고 볼 때,³⁵⁷⁾ 또는 법률상 권리구제절차가 없을 때 보충성의 원칙에 대한 예

353) 헌법재판소, 「헌법재판실무제요」, 315면.

354) 이와 유사한 견해로는 허영, 「헌법소송법론」, 417면 이하 참조.

355) 헌재 1992. 10. 1. 91헌마31.

356) 보충성의 원칙과 관련한 헌법재판소의 판례를 상세하게 소개하고 있는 교재로는 이동흡, 앞의 책, 491면 이하 참조.

357) 이 경우는 청구인의 불이익으로 돌릴 수 없는 정당한 이유 있는 착오로 전심절차를 거치지 않았을 때, 전심절차를 거쳤지만 권리구제의 가능성이 없을 때, 권리구제절차의 허용여부가 객관적으로 불확실하여 그 이행의 기대가능성이 없을 때를 들 수 있다(이동흡, 앞의 책, 501면).

위를 인정하고 있다.³⁵⁸⁾ 즉 헌법재판소는 보충성의 원칙으로 인하여 실효적 기본권 구제로써 기대하기 어려울 때 예외를 인정하고 있다.³⁵⁹⁾

헌법재판소가 보충성원칙의 예외로 보는 법률상 권리구제절차가 없는 경우는 법령 자체에 의하여 기본권이 직접 침해되는 것을 말한다. 이 경우는 일반법원에 기본권침해에 대하여 직접 소송을 청구할 수 없어서 헌법소원심판을 청구할 수 있다.³⁶⁰⁾ 또한 진정입법부작위와 관련하여 헌법재판소는 추상적인 법령의 제정 여부 그 자체로 국민의 구체적 권리 의무에 직접적인 변동을 초래하지 않아 행정소송의 대상이 될 수 없다면 다른 구제절차가 없는 경우에 대하여 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 하였다.³⁶¹⁾ 이외에도 헌법재판소는 기소유예처분에 불복한 경우 법률상 다른 구제절차가 없는 경우에 해당한다고 하였다.³⁶²⁾

나아가 헌법재판소는 보충성원칙의 예외로 서울행정법원에 경찰서장의 옥외집회신고서 반력행위 일부에 대하여 처분무효 취소소송과 함께 그 집행정지신청도 제기했지만, 법원이 행정처분이 아니라는 이유로 집행정지신청을 각하했고 이에 처분무효 취소소송을 제기하였던 청구인들이 이와 같은 방법으로는 권리구제를 받을 수 없다고 보아 취소소송을 취하하고 헌법소원심판을 청구한 사건에서, 청구인의 입장에서는 법원의 권리구제절차 허용 여부가 객관적으로 불확실하다는 점에서 심판청구를 인정하였다.³⁶³⁾

6. 청구기간

(1) 청구기간의 의미와 법규정

헌법소원심판은 헌법재판소법이 규정한 청구기간 내에 청구하여야 한다. 헌법소원심판에서 청구기간이란 법정기간으로 해당 기간 안에 소정의 심판청구

358) 헌재 1995. 12. 28. 91헌마80.

359) 헌재 2011. 6. 30. 2009헌마406.

360) 헌재 1989. 3. 17. 88헌마1.

361) 헌재 1998. 7. 16. 96헌마246.

362) 헌재 1992. 10. 1. 91헌마169; 헌재 2010. 6. 24. 2008헌마716.

363) 헌재 2008. 5. 29. 2007헌마712.

를 하여야 하는 것을 정한 행위기간이다.³⁶⁴⁾ 청구인이 행위기간 중 특정한 소송행위 없이 그 기간이 넘어가게 되면 그 효과로써 청구인의 심판청구권은 상실된다.³⁶⁵⁾ 헌법재판소법은 권리구제형 헌법소원과 규범통제형 헌법소원의 청구기간을 다르게 규정하고 있다.

헌법재판소법은 제69조 제1항에서 “제68조 제1항의 규정에 의한 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 날부터 30일 이내에 청구하여야 한다.”라고 규정하여 헌법소원심판의 청구기간에 제한을 두고 있다.³⁶⁶⁾ 동조 제2항은 규범통제형 헌법소원의 청구기간에 대하여 규정하고 있는데, “제68조 제2항에 따른 헌법소원심판은 위헌 여부 심판의 제청신청을 기각하는 결정을 통지받은 날부터 30일 이내에 청구하여야 한다.”라고 하여, 헌법소원심판의 유형에 따라 청구기간을 구분하고 있다.

현행 청구기간은 2003년 헌법재판소법의 개정으로 그 이전의 청구기간보다 연장된 것으로 행정소송의 제소기간과 같게 되었다. 이렇게 헌법소원심판의 청구기간이 늘어난 것은 행정소송의 제소기간에 비하여 상대적으로 짧아서 기본권 구제와 헌법의 수호·유지를 위하여 미흡하다는 비판을 받았기 때문이다.³⁶⁷⁾ 그래서 헌법소원심판에서 청구기간을 연장한 것은 헌법소원심판이 갖는 공익성과 헌법질서의 유지·수호라는 점을 고려한 것이다.³⁶⁸⁾

364) 허완중, 앞의 책, 546면.

365) 허완중, 앞의 책, 546면.

366) “공권력의 행사로 인한 법률관계가 직접 공익과 밀접하게 관련되어 있어서 이를 오랫동안 불확정 상태에 둘 수 없고, 따라서 이로 인한 법률관계를 조속히 안정시키기 위하여 헌법소원심판을 되도록 빠른 기간 내에 제기하도록 할 필요가 있는 반면, 그 청구기간 자체가 지나치게 단기간이거나 기산점을 불합리하게 책정하여 권리구제를 요구하는 국민의 재판청구권의 행사를 현저히 곤란하게 하거나 사실상 불가능하게 하여 권리구제의 기회를 극단적으로 제한한다면 그것은 재판청구권의 본질을 침해하는 것이 되어 허용할 수 없을 것이다. 이와 같은 청구기간제도의 입법목적에 비추어 볼 때, 헌법재판소법 제69조 제1항이 공권력의 행사로 인하여 기본권을 침해받은 경우의 헌법소원심판의 청구기간을 ‘그 사유가 있는 날로부터 180일’라고 규정한 것은, 비록 헌법소원심판을 청구할 것인지 여부를 고려하기 위한 충분한 숙려기간을 보장한 것이라고 할 수는 없다고 하더라도, 이로 인하여 헌법소원심판을 통해 기본권구제를 받고자 하는 국민의 헌법재판청구권의 행사가 현저히 곤란하게 되거나 사실상 불가능하게 되어 기본권구제의 기회가 극단적으로 제한되는 것은 아니므로 이 조항 부분을 가리켜 국민의 재판청구권을 침해하는 것이라고 말할 수는 없다(헌재 2001. 9. 27. 2001헌마152).”

367) 허영, 「헌법소송법론」, 430면.

(2) 청구기간의 법적 성격

헌법소원심판에서 청구기간의 법적 성격에 대해서는 특별히 명문으로 규정하고 있지 않다.³⁶⁹⁾ 헌법재판소법은 제69조 제1항 단서에서 구제절차를 거친 헌법소원의 청구기간, 동조항의 본문 중 사유가 있음을 안 날부터 90일의 청구기간은 불변기간으로 볼 수 있다.³⁷⁰⁾ 법률에 명시되어 있는 불변기간은 대체로 불복신청의 기간이라고 볼 수 있다.

헌법재판소법 제40조는 행정소송법을 준용하도록 하고 있다. 행정소송법은 제20조 제1항, 제3항에 따라 행정처분 등이 있음을 알았을 때, 행정처분 등에 대한 행정심판의 재결을 거쳐 취소소송을 제기할 때 등에서 90일의 제소기간을 불변기간으로 규정하고 있는데, 이 제소기간은 불변기간이라 할 수 있다. 그리고 민사소송법 제173조도 준용되므로 당사자가 책임질 수 없는 사유로 인하여 기간을 지킬 수 없으면 그 사유가 없어진 날로부터 2주 내에 소송행위의 추후보완이 허용된다.³⁷¹⁾

그다음 헌법재판소법 제69조 제1항에서 사유가 있는 날부터 1년의 청구기간은 행정소송법 제20조 제2항의 취소소송 제소기간처럼 불변기간이나 제척기간이 아니다.³⁷²⁾ 제척기간은 기간의 경과로 권리소멸의 효과를 가져오기 때문에, 그 기간이 지나고 당사자가 책임질 수 없는 사유로 이를 준수하지 못하였다고 하여도 추후에 보완될 수는 없다.³⁷³⁾

청구기간은 소송요건이기 때문에 헌법재판소의 직권조사사항이다.³⁷⁴⁾ 독일은 연방헌법재판소법 제93조 제1항과 제2항에서 구제절차를 거친 헌법소원의 청구기간을 1월로 정하고 이에 관한 추후보완을 인정하고 있다. 그리고 연방헌법재판소법 제93조 제3항에서는 법률에 대한 헌법소원의 청구기간을 1년으로 규정하고 있는데, 법률에 대한 청구기간은 제척기간(Ausschlussfrist)으로 보

368) 허영, 「헌법소송법론」, 430면 주 4)는 독일 연방헌법재판소법상 헌법소원의 청구기간을 기술하고 있다.

369) 김하열, 「헌법소송법」, 537면.

370) 이동흡, 앞의 책, 518면.

371) 김하열, 「헌법소송법」, 537면.

372) 김하열, 「헌법소송법」, 538면.

373) 대법원 2003. 8. 11. 선고 자2003스32 결정.

374) 김하열, 「헌법소송법」, 538면.

고 있다.³⁷⁵⁾

(3) 청구기간의 기산점 산정

헌법재판소법 제40조 제1항은 헌법재판소의 심판절차에 관하여 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 민사소송법에 관한 법령을 준용하도록 규정하고 있다. 이에 따라 민사소송법 제170조가 적용되는데, 동조는 기간의 계산은 민법에 따른다고 규정하고 있으므로 민법 제155조가 적용된다. 민법 제157조에 따라 청구기간의 계산에서 초일은 불산입되며, 민법 제159조에 따라 기간 말일의 종료로 청구기간은 만료된다.

민법 제160조는 1년의 청구기간을 계산할 때는 역(曆)에 의해 계산하며, 민법 제161조에 의하면 청구기간의 말일이 토요일 또는 공휴일에 해당하면 청구기간은 그 익일(翌日)로 만료한다.³⁷⁶⁾ 헌법이나 법률에 특별한 규정이 없는 한 청구기간은 도달주의를 적용하여 헌법재판소에 심판청구서가 접수된 날로부터 기산한다.³⁷⁷⁾ 그리고 기본권침해가 있음을 안 날로 90일 이내의 기간과 침해가 있는 날로부터 1년 이내의 기간을 모두 준수하여야 적법한 청구가 되는 것이고 둘 중 하나라도 경과하면 부적법한 청구가 된다.³⁷⁸⁾ 헌법재판소법 제69조 제1항 단서에서 “다른 법률에 정한 구제절차를 거친 헌법소원의 청구기간”은 당해사건에 대한 최종결정을 통지받은 날이 기산점이 되므로 그날로부터 30일 이내에 헌법소원 심판청구를 하여야 한다.³⁷⁹⁾

375) Benda/Klein, aaO., Rn.610.

376) 김하열, 「헌법소송법」, 534면.

377) 헌재 1990. 5. 21. 90헌마78.

378) 기본권의 침해가 헌법재판소 설립 전에 발생하였다면 청구기간의 기산점은 헌법재판소가 구성된 1988. 9. 19.로 본다(헌재 1991. 9. 16. 89헌마151).

379) “지목변경신청을 거부한 행정청의 행위는 재산권을 침해할 수 있는 행위로서 헌법소원의 대상이 되지만, 이 사건에서 청구인은 이에 대하여 행정소송을 거쳐 헌법소원을 청구하였는바, 청구기간 산정에 있어 헌법재판소법 제69조 제1항 본문이 적용될 것인지 아니면 단서가 적용될 것인지가 문제된다. 그런데 행정청이 지목변경신청을 거부하는 행위는 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니라는 것이 법원의 일관된 판례이며, 헌법재판소도 수차에 걸쳐 그러한 점을 선언한 바 있어, 그러한 행위는 법원의 재판관할에 속하지 아니하는 것이 명백하므로, 이에 대하여 행정소송을 제기한 것은 헌법재판소법 제69조 제1항 단서가 말하는 “다른 법률에 의한 구제절차”를 거친 것이라고 보기 어렵고, 청구인이 지목변경거부행위에 대하여 행정소송을 거쳤다고 하더라도 이는 구제절차가 될 수 없는 무익한 절차를 거친 것에 불과하다. 그렇다면 이 사건에서 청구기간의 산정은 헌법재판소법 제69조 제1항 단서가 아니라 본문의 규정에 의하여야 할 것인데, “사유가 있는 날로부터 1년”이 경과하였으므로 이 사건 심판청구는 청구기간이 경과되어 부적법하다(헌재 2003. 9. 25.

구제절차를 거치지 않은 경우 청구기간의 기산일은 헌법재판소법 제69조 제1항 본문에 따라 ‘사유가 있음을 안 날’과 ‘사유가 있는 날’이다.³⁸⁰⁾ 그런데 기본권침해의 사유가 있다는 것은 기본권침해의 발생을 의미하므로 사유가 있음을 안 날과 사유가 있는 날을 ‘기본권침해의 발생을 안 날’과 ‘발생이 있는 날’로 보아도 무방하다.³⁸¹⁾

기산점 산정에서 공권력의 불행사가 계속되고 있는 경우에는 그 불행사의 진행이 청구기간을 제약하지 아니하므로 적법하게 청구할 수 있다.³⁸²⁾ 헌법재판소는 행정입법에서 진정입법부작위에 대해서는 청구기간의 제한을 받지 않는다고 하였지만,³⁸³⁾ 부진정입법부작위의 경우에는 적극적으로 헌법소원을 제기해야 하므로 청구기간의 적용을 받는다고 하였다.³⁸⁴⁾

기본권 침해행위가 계속되는 경우 침해사유가 종료된 때를 기준으로 청구기간을 정해야 한다. 헌법재판소는 CCTV가 설치된 장소에 수용자를 1년 이상 수용한 행위와 관련하여 최초 수용한 날을 청구기간 기산일로 하였으며,³⁸⁵⁾ 미결수용자를 구치소에 수감하면서 약 3개월간 수형자용 의류를 입도록 한 경우 수의를 처음 입은 날을 심판청구를 위한 청구기간 기산일로 하였다.³⁸⁶⁾

(4) 법령에 대한 청구기간

2002헌마789).”

380) “헌법소원청구기간의 기산점인 ‘사유가 있음을 안 날’이라 함은 법령의 제정 등 공권력의 행사에 의한 기본권침해의 사실관계를 안 날을 뜻하는 것이지, 법률적으로 평가하여 그 위헌성 때문에 헌법소원의 대상이 됨을 안 날을 뜻하는 것은 아니라 할 것으로,···(헌재 1993. 11. 25. 89헌마36)”

381) “이 사건 조항들이 대외적 구속력이 있는 법규범임을 주장하며 하는 청구인들의 이 사건 심판청구는 청구인들이 이 사건 조항들의 시행과 동시에 기본권을 침해받았다면 이 사건 조항이 시행된 사실을 안 날로부터 90일 이내에, 이 사건 조항들이 시행된 날로부터 1년 이내에 청구하여야 하고, 이 사건 조항들이 시행된 후에 비로소 그에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 되었다면 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 1년 이내에 청구하여야 한다. 그리고 90일의 기간과 1년의 기간을 모두 준수하여야 적법한 청구가 되는 것이고 그 중 어느 하나라도 경과하면 부적법한 청구가 된다(헌재 2004. 4. 29. 2004헌마93 등).”

382) 헌재 1994. 12. 29. 89헌마2.

383) 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마707

384) “입법자가 어떤 사항에 관하여 입법은 하였으나 그 입법의 내용·범위·절차 등이 당해 사항을 불완전, 불충분하게 규율함으로써 ‘입법행위에 결함이 있는’ 부진정입법부작위에 대하여 다룰 경우, 불완전한 법규 그 자체에 대한 헌법소원을 제기하여야 하고, 이때에는 법 제69조 제1항에서 정하고 있는 청구기간의 적용을 받는다(헌재 1996. 10. 31. 94헌마204; 헌재 2007. 2. 22. 2005헌마548; 헌재 2007. 7. 26. 2006헌마1164).” 『헌법재판실무제요(제2개정판)』, 전게서, 325면.

385) 헌재 2010. 10. 28. 2009헌마438.

386) 헌재 1996. 4. 25. 93헌마280.

법령은 제정된 후 시행되면 입법자에 의해 개폐되기 전까지 또는 헌법재판소에 의하여 위헌확인이 있기 전까지는 계속하여 효력을 가지게 된다.³⁸⁷⁾ 법률에 대한 헌법소원의 심판청구기간은 원칙적으로 심판대상법률의 시행과 동시에 기본권침해가 발생하므로 그 법률이 시행된 사실을 안 날로부터 90일 이내에, 법률이 시행된 날로부터 1년 이내에 헌법소원을 청구하여야 한다. 그리고 법률이 시행된 뒤에 비로소 그 법률에 해당하는 사유가 발생하여 기본권을 침해 받은 자는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 1년 이내에 청구하여야 한다.

청구기간의 기산과 관련하여 헌법재판소법 제69조 본문을 그대로 적용하면 기본권침해에 대하여 헌법소원심판을 청구할 때 청구기간의 해석에 따라 그 구제가 결정되는 문제와 함께 구제 가능성은 현저히 떨어질 것이기 때문에 헌법소원의 실효성 또한 현저히 축소된다. 이런 이유로 헌법재판소는 법령에 대한 헌법소원심판의 청구기간의 해석을 전제로 법령이 시행됨과 함께 기본권을 침해받는 경우³⁸⁸⁾와 법령이 시행된 뒤 비로소 기본권을 침해받게 된 경우³⁸⁹⁾를 나누어 기산한다. 그래서 법령에 대한 헌법소원심판의 청구기간이 확장되는 결과가 된다.³⁹⁰⁾

(5) 청구기간 경과에 대한 정당한 사유

헌법소원심판의 청구기간으로 사유가 있음을 안 날은 공권력 행사에 의한 기본권침해가 이런 사실관계의 특징을 현실적으로 인식할 때 헌법소원 심판청구가 가능하다고 볼 수 있다.³⁹¹⁾ 헌법재판소법은 제40조 제1항에서 행정소송법을 준용함에 따라 행정소송법 제20조 제2항 단서에 의해 정당한 사유가 있는 경우, 제소기간의 도과에도 불구하고 헌법소원심판청구는 적법하다고 본다.³⁹²⁾ 법률에서 말하는 정당한 사유는 사안에 따라 해석으로 해결해야 하는데, 헌법

387) 헌법재판소, 「헌법재판실무제요」, 331면.

388) 헌재 1999. 4. 29. 96헌마352 등.

389) 헌재 1996. 8. 29. 94헌마113.

390) 헌법재판소, 「헌법재판실무제요」, 331면.

391) 헌재 1993. 7. 29. 89헌마31.

392) 헌재 2001. 7. 19. 2001헌마335.

재판소는 “청구기간 도과의 원인 등 여러 가지 사정을 종합하여 지연된 심판청구를 허용하는 것이 사회통념상으로 보아 상당한 경우를 뜻한다.”라고 하며,³⁹³⁾ 기본권의 침해를 받은 자가 어떤 경위로든 기본권의 침해사유가 있었음을 알았거나 쉽게 알 수 있는 등 청구기간 내에 심판청구가 가능하였다는 사정이 있는 경우에는 그때부터 60일(현행 90일) 이내에 헌법소원을 청구하여야 하고, 이 경우에는 정당한 사유의 여부는 더 이상 문제가 되지 않는다고 한다.³⁹⁴⁾

(6) 기타 청구기간의 기산

청구기간의 기산과 관련하여 헌법소원 심판청구에 대한 청구취지가 변경되면, 청구기간의 기준은 헌법재판소법 제40조 제1항과 민사소송법 제238조에 따라 결정되는데 추가 등 변경된 청구서가 제출된 시점을 기준으로 판단하게 된다.³⁹⁵⁾ 그리고 국선대리인 선임 신청에 따른 청구기간의 기산은 헌법재판소법 제69조에 따라 국선대리인의 선임신청이 있는 날이 기준이 된다. 그런데 헌법재판소가 국선대리인을 선정하지 아니하는 결정을 한 경우에는 그 사실을 지체없이 신청인에게 통지해야 하고, 신청인이 선임신청을 한 날로부터 결정의 통지를 받은 날까지의 기간은 동법 제69조의 청구기간에 산입하지 않는다. 이외에 변호사 등의 대리인 선임 없이 심판청구서가 먼저 제출되거나 국선대리인 신청서와 함께 청구서가 제출되는 경우에는 심판청구서가 접수된 날이 기준이 된다.

7. 권리보호이익

(1) 권리보호이익의 개념

헌법소원심판은 헌법상 보장된 국민의 기본권을 보호하기 위한 구제절차로

393) 헌재 1993. 7. 29. 89헌마31.

394) 대법원 1996. 9. 6. 선고 95누16233 판결.

395) 헌재 1998. 5. 28. 96헌마151.

권리보호이익이 있는 경우 또는 권리보호의 필요성이 있는 경우 심판을 청구할 수 있다. 권리보호이익은 공익적으로는 무익한 소송을 통제하고 소송당사자는 소송제도를 이용하여 얻을 수 있는 정당한 이익 또는 그 필요성을 말한다. 권리보호이익은 ‘이익 없으면 소 없다’라는 법언처럼 소송제도에 필연적으로 내재하는 요청으로 ‘소의 이익’이라고도 한다. 권리보호이익을 적법요건으로 하면 법원은 본안판결을 필요로 하는 사건에 집중할 수 있게 되고 불필요한 소송에 응소하지 않으면 안 되는 상대방의 불이익을 막을 수 있다.³⁹⁶⁾

(2) 권리보호이익의 법적 근거

헌법소원심판의 적법요건으로서 권리보호이익은 헌법재판소법 제40조 제1항 규정에 의해 준용되는 민사소송법 내지 행정소송법의 규정들의 해석을 통해 인정되는 일반적 소송원리이고,³⁹⁷⁾ 헌법재판소법 제68조 제1항에서 ‘기본권의 침해 받은’이라는 부분에 의하여 직접 도출되는 것은 아니다.³⁹⁸⁾ 그런데 권리보호이익의 인정범위가 지나치게 협소하면 헌법재판소의 본안판단 부담이 경감될 수 있지만, 이렇게 되면 헌법상 보장된 청구인의 재판받을 권리가 부당하게 박탈되는 결과가 될 수 있다. 그래서 권리보호이익의 판단은 다른 분쟁의 해결수단 또는 입법·행정적 구제 등의 유무를 기준으로 신중하게 판단해야 한다.

(3) 권리보호이익의 흠결

헌법소원심판을 청구할 때 권리보호이익이 없는 경우 심판청구는 부적법하다. 헌법재판소는 심판대상인 법무부장관의 출국금지조치가 헌법소원 청구 이전에 해제되었다면 권리보호이익이 없다고 하였다.³⁹⁹⁾ 또한 헌법재판소는 검사의 공소취소처분으로 법원이 공소기각 결정을 하면, 비록 검사의 공소취소처분

396) 이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2017, 222면.

397) 우세나·양천수, “민사소송에서 소의 이익에 관한 몇 가지 문제”, 영남법학 제44호, 영남대학교 법학연구소, 2017, 243면.

398) 헌재 2001. 9. 27. 2001헌마152.

399) 헌재 1990. 1. 6. 89헌마269.

이 다시 취소된다고 하더라도 법원의 공소기각 결정은 재심에 의하여 취소되지 않는 한 원래의 기소상태는 회복될 수 없고, 공소취소권한의 위헌성을 다투는 심판청구가 인용되더라도 기존의 공소제기로 인한 소송계속상태가 회복될 가능성이 없어서 심판청구는 권리보호이익이 없다고 보았다.⁴⁰⁰⁾

헌법소원은 심판청구 후 종국결정까지 장시간이 소요되므로, 심판청구 당시에는 권리보호이익이 있었지만, 심판계속 중에 기본권침해가 소멸하여 권리보호이익이 없어지면 심판청구는 부적법하게 된다.⁴⁰¹⁾ 이런 부적법 사유에는 법령의 개폐, 위헌결정에 의한 법률의 효력상실, 그리고 청구인의 사망과 같은 지위 변화 등을 들 수 있다.

헌법재판소는 법령의 개폐로 인한 권리보호이익의 소멸과 관련하여, 청구인이 주장하는 기본권의 침해가 종료된 것으로 보아 권리보호이익의 소멸을 인정하여 부적법하다고 결정하고 있다.⁴⁰²⁾ 그런데 법령의 제·개정 등으로 기본권 침해가 일부만 해결된 경우에는 해결되지 아니한 나머지 부분에 대한 권리보호이익을 인정하고 있다.⁴⁰³⁾

그다음 헌법재판소가 위헌결정한 법률에 대하여 헌법소원 심판청구가 되는 경우, 비록 심판청구가 위헌결정 선고 전에 청구되었다고 하여도 심판청구는 권리보호의 대상이 될 수 없어서 부적법하게 된다.⁴⁰⁴⁾ 이는 위헌결정으로 인하여 대상 법령의 효력이 상실되므로 다시 심판할 이익이 없기 때문이다. 헌법재판소는 위헌적인 법률조항에 대하여 헌법불합치결정을 하면서 별건 사건의 동

400) 헌재 1997. 3. 27. 96헌마219; 헌재 2015. 5. 12. 2015헌마431.

401) 헌재 1997. 3. 27. 93헌마251; 헌재 2007. 5. 31. 2003헌마579.

402) 헌재 2000. 3. 30. 99헌마594; 헌재 2009. 4. 30. 2007헌마103; 헌재 2009. 6. 25. 2007헌마178.

403) “청소년보호법 (1999. 2. 5. 법률 제5817호로 개정된 것) 제2조, 제6조, 부칙 제1조 및 청소년보호법시행령 (1999. 6. 30. 대통령령 제16461호로 개정된 것) 제3조에 따라 1999. 7. 1.부터는 청소년의 연령이 19세 미만으로 조정되었고, 청소년보호법은 청소년유해환경의 규제에 관한 형사처벌에 있어서 다른 법률에 우선하여 적용되므로, 청구인은 1999. 7. 1.부터 19세 이상 20세 미만인 미성년자를 청구인이 경영하는 단란주점에 출입시키고 그들에게 술을 제공하더라도 형사처벌을 받지 않게 되었다. 그러나 청구인은 18세 이상인 자에 대하여 단란주점의 출입 및 주류제공이 허용되어야 한다고 주장하고 있으므로 18세 이상 19세 미만인 미성년자에 관한 부분은 여전히 권리보호의 이익이 있고, 19세 이상 20세 미만인 미성년자에 관하여도 청소년보호법이 우선 적용되는 것은 형사처벌에 관한 경우뿐이므로, 영업정지 등 행정처분에 관하여는 여전히 권리보호의 이익이 있다(헌재 1999. 9. 16. 96헌마39).”

404) 헌재 1994. 4. 28. 92헌마280.

일 법률조항에 대한 위헌확인 청구사건에서 헌법불합치결정 역시 위헌결정의 일종이므로 해당 법률조항에 대한 심판청구의 권리보호이익이 없다고 하였다.⁴⁰⁵⁾

이외에도 청구인의 법적 지위가 변화하여 권리보호이익이 소멸되면 헌법소원 심판청구는 부적법하게 된다. 헌법소원심판의 청구인은 기본권의 주체이므로 생존하는 동안만 원칙적으로 기본권의 주체가 되며, 기본권능력은 출생으로 발생하고 사망으로 소멸한다. 이런 이유로 헌법소원심판을 청구인이 사망하는 경우, 원칙적으로 기본권은 일신전속적이므로 헌법재판소에 청구된 헌법소원심판은 종료된다.⁴⁰⁶⁾ 그런데 헌법재판소는 청구인이 비록 심판절차의 계속 중 사망하였더라도 당해 사건의 헌법소원을 인용하는 경우 그 배우자나 직계친족 등은 이미 확정된 유죄판결에 대하여 재심청구를 할 수 있다고 하여 권리보호이익을 인정하였다.⁴⁰⁷⁾

(4) 예외적으로 심판청구의 이익이 인정된 경우

헌법소원제도는 개인의 주관적인 권리구제뿐만 아니라 객관적인 헌법질서를 보장하는 기능도 갖고 있으므로 헌법소원심판을 통하여 청구인의 주관적 권리구제를 못하더라도 그런 침해행위가 앞으로 반복될 위험이 있거나, 당해 사건의 분쟁해결이 헌법질서의 유지·수호에 중요하여 헌법적으로 그 해명이 필요한 경우에는 심판청구의 권리보호이익을 인정할 수 있다.⁴⁰⁸⁾ 헌법재판소는 판례를 통하여 ‘침해의 반복 위험성’을 언급하고 있는데, 단순히 추상적·이론적 가능성이 아니라 구체적·실제적이어야 한다.⁴⁰⁹⁾ 이런 경우에 헌법재판소는 입증책임이 청구인에게 있다고 하였다.⁴¹⁰⁾

405) 헌재 2006. 5. 25. 2005헌마11등; 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마44.; 헌재 2013. 9. 26. 2011헌마398.

406) 헌재 1992. 11. 12. 90헌마33.

407) 헌법재판소는 조직변경이나 합병, 해산 등으로 인해 조직이 소멸하게 된 경우 과거 조직 대표로서의 자격은 더 이상 유지될 수 없게 되므로 변경된 조직과 관련한 법령에 대해 권리보호이익이 인정되지 않는다고 하였다(헌재 2000. 11. 30. 99헌마190). 또한 헌법재판소는 헌법소원 심판청구 후 공소시효가 완성된 경우에도 권리보호이익이 없다고 하였다(헌재 1997. 7. 16. 97헌마40).

408) 헌재 1992. 1. 28. 91헌마111; 헌재 1997. 3. 27. 92헌마273.

409) 헌재 1997. 11. 27. 94헌마60.

410) 헌재 1997. 6. 26. 97헌바4.

8. 변호사강제주의

(1) 변호사강제주의의 의의

변호사강제주의는 소송절차에서 사인(私人)이 당사자인 경우, 스스로 변호사 자격을 갖고 있지 않다면 변호사를 대리인으로 선임해야 심판청구를 하거나 심판수행을 할 수 있는 것을 말한다.⁴¹¹⁾ 변호사강제주의는 당사자인 사인의 소송행위를 금지하고 소송수행을 법률실무 전문가인 변호사에게 대리하도록 강제하는 입법주의를 말한다.⁴¹²⁾

변호사강제주의는 법률에 대한 전문적 지식이 없는 사람을 보호하고 소송을 원활하게 수행할 수 있다는 점을 장점으로 부각하고 있다. 그렇지만 변호사강제주의를 시행하기 위해서는 변호사가 충분히 확보되어 있어야 하고, 변호사 비용문제를 해결하기 위하여 법률부조제도를 활성화하는 것도 하나의 방법이 될 수 있다.⁴¹³⁾

(2) 변호사강제주의의 법적 근거

우리나라 헌법 제12조 제4항에는 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.”라고 하여 변호인 조력권을 기본권으로 규정하여 보장하고 있다. 또한 동조 제5항에서는 “누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다.”라고 하여 변호인 조력권은 신체의 자유에서 핵심적인 기본권이라 할 수 있다.

헌법은 형사사건에서 신체의 자유를 보장하기 위한 기본권으로서 변호인 조

411) 허영, 「헌법소송법론」, 141면.

412) 네이버 지식백과(<https://terms.naver.com/entry.naver?docId=3655267&cid=42131&categoryId=42131>, 2023. 3. 25. 최종 방문).

413) 현재 우리나라는 법의 보호를 충분히 받지 못하는 사람들을 위하여 법률상담, 변호사에 의한 소송 대리 및 형사변호 등의 법률적 지원을 하기 위하여 설립된 공공기관인 대한법률구조공단이 있지만, 헌법재판까지 포함시키지는 않고 있다. 물론 헌법재판소법 제70조는 헌법소원심판에서 변호사를 선임할 자격이 없는 사람을 위하여 국선대리인제도를 규정하고 있지만, 여러 제약이 있어서 충분하다고 보기는 어렵다.

력권을 규정하고 있지만, 소송에서 변호사를 대리인으로 강제해야 하는 변호사 강제주의를 규정하고 있지는 않다. 그런데 법률에서 보면 먼저 소송대리인의 선임을 규정하고 있는 증원관련 집단소송법 제5조 제1항을 보면 “증원관련집단소송의 원고와 피고는 변호사를 소송대리인으로 선임(選任)하여야 한다.”라고 하여, 소송의 양 당사자는 변호사를 소송대리인으로 의무적으로 선임해야 소송을 진행할 수 있다.

변호사강제주의는 헌법재판소법에도 규정되어 있는데, 제25조 제3항에서 “각종 심판절차에서 당사자인 사인(私人)은 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판 수행을 하지 못한다. 다만, 그가 변호사의 자격이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 하여, 소송대리인으로 변호사를 선임하도록 규정하고 있다. 이 규정에 따라 소송당사자가 사인인 헌법소원심판에서 변호사를 선임하지 않으면, 심판청구를 할 수 없고 심판 수행도 할 수 없다. 결과적으로 우리나라 헌법소원심판에서는 소송수행능력이 변호사 이외에는 없다고 보아야 한다.

헌법소원심판에서 경제력의 부족으로 변호사를 선임하기 어려운 국민을 위하여 헌법재판소법 제70조는 제1항에서 “헌법소원심판을 청구하려는 자가 변호사를 대리인으로 선임할 자격이 없는 경우에는 헌법재판소에 국선대리인을 선임하여 줄 것을 신청할 수 있다.”라고 규정하여, 국선대리인제도를 통하여 헌법소원심판의 청구 기회를 실질적으로 보장하고 있다. 또한 동조 제2항에서는 “제1항에도 불구하고 헌법재판소가 공익상 필요하다고 인정할 때에는 국선대리인을 선임할 수 있다.”라고 하여, 공익을 이유로 하여 헌법재판소는 독자적으로 변호사를 선임할 수 있다. 이 외에 동조 제3항에서는 “헌법재판소는 제1항의 신청이 있는 경우 또는 제2항의 경우에는 헌법재판소규칙으로 정하는 바에 따라 변호사 중에서 국선대리인을 선정한다. 다만, 그 심판청구가 명백히 부적법하거나 이유 없는 경우 또는 권리의 남용이라고 인정되는 경우에는 국선대리인을 선정하지 아니할 수 있다.”라고 하여, 명백하게 헌법소원심판청구가 부적법하거나 이유가 없는 경우, 또는 이유가 없는 경우 변호사강제주의를

적용할 필요가 없다고 하고 있다.

우리나라와 달리 독일 연방헌법재판소법에는 변호사강제주의에 관한 규정이 없어서 변호사에 의한 소송대리의 강제가 없다.⁴¹⁴⁾ 이는 헌법소원심판에서도 적용되기 때문에 변호사를 통하여 심판청구나 심판 수행이 의무가 아니다. 그런데 연방헌법재판소법 제22조 제1항은 구두변론절차에서 변호사나 법학교수를 대리인으로 선임해야 하는 의무가 있다.⁴¹⁵⁾ 즉 구두변론에서는 대리인인 변호사나 법학교수만 변론을 할 수 있다. 물론 이 경우 대리인을 선임하지 않으면 구두변론에 참여할 수 없는 불이익이 있지만, 헌법소원심판에는 영향을 주지 않는다.⁴¹⁶⁾

독일은 대리인 선임능력이 없는 사람을 위해서 연방헌법재판소가 대리인을 선임해 주는(Beiordnung) 관행도 있다.⁴¹⁷⁾ 변호사강제주의를 채택하지 않은 독일은 권리능력 없는 사단 등이 단체소송의 형식으로 헌법소원심판을 청구하는 경우, 연방헌법재판소법 제21조에 따라서 연방헌법재판소는 1인 또는 몇 사람의 소송수행자를 선임하도록 지시할 수 있는데, 이때에는 선임된 사람만이 소송수행능력을 갖는다.

(3) 변호사강제주의의 내용

헌법재판소법 제25조 제3항에 따라서 헌법소원심판에서는 사인인 청구인이 독자적으로 심판청구를 하거나 심판 수행을 할 수 없다. 헌법소원심판 청구인은 변호사를 선임하여 소송행위를 대신하도록 해야 한다.⁴¹⁸⁾ 그래서 헌법소원심판에서 변호사를 대리인으로 소송청구를 하는 것은 적법요건에 해당한다. 만약 사인이 헌법소원심판을 변호사의 선임 없이 독자적으로 하는 경우 헌법재판소법 제28조, 심판규칙 제70조에 따라 헌법재판소로부터 변호사를 선임하라는 보정명령을 받게 된다. 그런데 청구인이 보정명령을 수용하지 않으면 심판

414) 허영, 「헌법소송법론」, 368면.

415) Benda/Klein, aaO., Rn. 456.

416) 허영, 「헌법소송법론」, 141면 이하.

417) Wolfgang Lower, in : Handbuch, 3. Aufl., Bd. 3, § 70, RN. 183 참조

418) 김하열, 「헌법소송법」, 132면.

청구는 부적법하여 각하된다.

헌법재판소법은 심판청구뿐만 아니라 심판 수행에 대해서도 변호사강제주의를 적용하고 있어서 사인이 청구인이 심판청구 후에도 독자적으로 심판 수행을 할 수가 없다. 변호사에 의한 소송수행은 소송행위의 유효요건이므로 사인이 한 소송행위는 효력이 없다.⁴¹⁹⁾ 그런데 변호사의 자격이 없는 사인이 한 심판청구와 소송행위가 차후 변호사인 대리인이 추인하면 심판청구와 심판 수행이 유효화된다.⁴²⁰⁾

헌법재판소는 대리인의 추인이 없는 청구인의 소송행위 효력에 대하여 “변호사인 대리인이 제출한 심판청구서에 청구인이 한 심판청구와 주장을 묵시적으로라도 추인하고 있다고 볼 내용이 없다면, 대리인의 심판청구서에 기재되어 있지 아니한 청구인의 그 전의 심판청구내용과 대리인의 심판청구 이후에 청구인이 제출한 추가된 별개의 심판청구와 주장은 당해 사건의 심판 대상이 되지 않는다.”라고 하여, 변호사의 추인이 없는 청구인의 소송행위 효력을 인정하지 않았다.⁴²¹⁾

헌법재판소는 대리인인 변호사가 소송 중에 사임을 하게 된 경우 소송행위의 효력에 대하여 “헌법재판소법 제25조 제3항의 취지는 “재판의 본질을 이해하지 못하고 재판자료를 제대로 정리하여 제출할 능력이 없는 당사자를 보호해주며 사법적 정의의 실현에 기여”하려는 데 있다고 할 것이고 청구인의 헌법재판 청구권을 제한하려는데 그 본래의 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, 헌법소원 심판청구를 비롯하여 기왕의 대리인의 소송행위가 무효가 되는 것은 아니다.”라고 하여, 소송대리인으로 변호사를 선임하여 소송을 진행하였다면 소송행위를 유효한 것으로 보고 있다.⁴²²⁾

419) 김하열, 「헌법소송법」, 132면.

420) 헌재 1992. 6. 26. 89헌마132.

421) 헌재 1995. 2. 23. 94헌마105.

422) 헌재 1992. 4. 14. 91헌마156.

(4) 현행 변호사강제주의에 대한 비판

헌법재판소법에 규정된 변호사강제주의 특히 헌법소원심판에서 변호사강제주의에 대해서는 찬반론이 존재한다. 먼저 변호사강제주의에 대한 찬성론의 입장은 헌법재판소의 판례뿐만 아니라 학계에서도 존재하는데 이를 보면 법절차의 무지로 인한 권리구제를 받지 못하는 것을 방지할 수 있다는 것이다.⁴²³⁾

헌법재판소는 그동안 판례를 통하여 변호사강제주의의 합헌성을 강하게 피력하였다. 헌법재판소의 논거를 보면 “재판업무에 분업화 원리 도입이라는 긍정적 측면 외에도, 재판을 통한 기본권의 실질적 보장, 사법의 원활한 운영과 헌법재판의 질적 개선, 재판심리 부담 경감과 효율화, 사법운영 민주화 등 공공복리에 크게 이바지하고, 그 이익은 변호사 선임 비용 지출을 하지 않는 이익보다는 크다고 할 것이며, 더욱이 무자력자에 대한 국선대리인제도라는 대상조치가 별도로 마련된 이상 헌법에 위배된다고 할 수 없다.”라고 하여 변호사강제주의의 합헌성을 강조하였다.⁴²⁴⁾

이상의 변호사강제주의의 합헌론에 대하여 그 위헌성을 주장하는 견해에 의하면 “헌법소송에서 채택하고 있는 변호사강제주의는 우리나라 다른 소송절차에는 없는 특유한 제도로써 국민의 재판청구권을 부당하게 제약한다는 비판을 면할 길이 없다.”라고 하면서, “헌법재판소가 주장하는 변호사강제주의의 정당성에 대하여 그러한 이유가 왜 하필 헌법소송에서만 강조되어야 하는 것인지에 대한 합리적인 설명이 어렵기 때문이다.”라고 하여, 변호사강제주의를 위헌이라 보고 있다.⁴²⁵⁾

변호사강제주의를 적용하는 헌법소원심판에서 변호사강제주의는 심판청구부터 심판수행까지 변호사가 소송수행능력을 갖는다는 점에서 국민의 기본권보장과 관련하여 기본권침해를 구제하기 위한 특별하고 예외적인 헌법소원심판의 기본권 구제를 위한 심판의 기회를 어렵게 만들게 된다. 이는 헌법소원심판의 기본권보장기능을 축소시킬 수 있는 문제가 있다. 아무리 헌법재판소가 재

423) 허완중, 앞의 책, 140면.

424) 헌재 1996. 10. 4. 95헌마70.

425) 허영, 「헌법소송법론」, 141면 이하. 이외에도 정연주, 「헌법소송론」, 법영사, 2015, 67면 참조.

판의 실효성 보장을 강화하기 위한 것이라고 강조하여도, 소송청구의 기회가 제한되는 문제가 있는 것은 실재(實在)하는 것이기 때문에 이에 대한 제고가 필요하다.⁴²⁶⁾

426) 이를 비교법적 관점에서 보지 않아도 변호사강제주의가 헌법소원심판에서만 엄격하고 강하게 적용된다는 것은 기본권 구제절차라는 관점에서 문제가 있다고 볼 수 있다.

IV. 헌법소원심판에서의 청구권자 확대 방안

1. 적법요건의 완화 필요성

(1) 헌법소원제도의 취지

헌법은 제111조 제1항 제5호에서 헌법소원을 규정하면서 헌법소원의 범위·내용·절차 등을 법률로 규정하도록 함으로써 헌법소원제도의 법률주의를 채택하고 있다. 그런데 헌법소원제도의 운용은 헌법소원제도를 운용하고 있는 국가들의 입법례에서 보듯이 헌법소원은 각국의 사법제도에 관한 헌법정책적인 결정에 달려있다고 할 수 있다. 그래서 헌법소원제도에 관해서는 절대적인 기준이나 운용 방법이 있는 것은 아니다.⁴²⁷⁾

헌법소원제도의 핵심적인 역할은 공권력 작용으로 인한 기본권침해로부터 국민이 기본권을 구제받을 수 있는 최후의 보충적 수단이라는 지위이다. 그런데 헌법소원을 제기하는데 그 적법요건을 엄격하게 적용하여 청구인의 청구가 각하된다면, 이는 헌법이 부여한 기본권 구제를 위한 방법이라는 취지에 어긋나게 된다. 물론 헌법재판소법 제68조 제1항에서 규정하고 있는 보충성원칙은 다른 권리구제절차를 다 소진해야 한다는 보충적 절차로서 최후의 권리구제수단이라는 점이다.

헌법소원심판은 주관적인 권리구제 절차일 뿐만 아니라 객관적 헌법질서의 수호와 유지에 기여하는 이중적 성격을 가지고 있는데, 이는 이미 기본권 구제를 통하여 헌법질서를 유지하는 것이 중요하다는 의미이다. 헌법재판소는 청구인의 주관적 권리구제에 별 도움이 안 되는 경우라고 하여도 당해 사건에 대한 본안판단이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 필요하여 그 해명이 헌법적으로 중요한 의미를 포함하고 있는 경우나, 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있는 경우에는 예외적으로 위헌임을 확인할 필요가 있게 된다.⁴²⁸⁾ 이런

427) 헌법재판소법상의 의의와 본질 등 이에 관해서는 장영수, “현행 헌법소원제도의 의의, 본질과 법원의 재판에 대한 헌법소원”, 법학논집 제32집, 고려대학교 법학연구원, 1996, 10면 이하.

428) “헌법소원심판청구 당시 권리보호의 이익이 인정되더라도 심판 계속 중에 생기는 사정변경 즉 사

이유에서 볼 때 헌법소원심판이 갖는 취지를 적극적으로 살리려면 헌법재판소가 적법요건을 완화하는 것이 필요하다고 볼 수 있으며, 실질적으로도 헌법소원심판의 권리보호이익 즉 소의 이익이 있다면 각하하는 것보다는 그 이유를 기술하여 기본권보장을 위한 논거를 구축하는 것이 더 중요하다는 점에서 적극적으로 결정하는 것이 필요하다.

(2) 국가의 기본권보호의무

헌법은 제10조 후문에서 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”라고 규정하여 국가의 기본권보장의무를 언급하고 있다. 헌법이 규정하고 있는 국가의 기본권보장의무 또는 기본권보호의무는 단순한 도덕적·윤리적 의무가 아니라 규범적 의무라고 할 수 있다.⁴²⁹⁾ 이는 헌법상 기본원리인 법치국가원리가 기본권의 최대한 보장을 목표로 하고 있다는 점에서 알 수 있다.

헌법은 국가권력의 기본권 기속성을 천명하고 있으며, 법치국가는 기본권보장의 구체적 수단으로서 법률을 제정하고 있다. 우리나라 헌법은 독일 기본법 제1조 제3항처럼 입법, 행정과 사법 등 국가권력에 대하여 직접적으로 기본권 기속을 규정한 조항은 없지만, 헌법 제10조 후문에서는 국가의 기본권보장 의무를 규정하여 국가권력의 기본권 기속성을 간접적으로 천명하고 있다.⁴³⁰⁾ 또한 헌법 제37조 제2항은 일반적 법률유보원칙을 규정하여, 기본권은 국회가 제정하는 법률로만 제한하도록 함으로써 법치국가가 지향하는 기본권 최대보장원칙을 확인하고 있다.

법치국가는 헌법우위의 원칙과 법우선의 원칙을 통하여 기본권보장을 위한

실관계 또는 법제의 변동으로 말미암아 권리보호의 이익이 소멸 또는 제거된 경우에는 원칙적으로 심판청구는 부적법하게 된다 할 것이나, 다만 이러한 경우에도 당해 사건에 대한 본안판단이 헌법 질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 그 해명이 헌법적으로 중요한 의미를 지니고 있는 경우나, 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있는 경우 등에는 예외적으로 심판청구의 이익을 인정하여 이미 종료된 침해행위가 위헌이었음을 확인할 필요가 있으며, 여기서 말하는 반복적 침해의 위험성이란 단순히 추상적이거나 이론적인 가능성이 아니라 구체적인 것이어야 한다(헌재 1994. 7. 29. 91헌마137).”

429) 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2022, 1123면 이하.

430) 헌법학계에서는 헌법 제10조 후문을 국가의 기본권보장의무인지 기본권보호의무인지에 대하여 이를 동일하게 보는 견해도 있고, 이를 유사하게 보지만 차이가 있다고 보는 견해도 있다.

구체적 수단으로 법률을 제정하고 운영하고 있다. 이런 점에서 현대 법치국가는 법률국가(Gesetzesstaat)라고도 할 수 있으며, 국가권력의 정당성과 그 행사의 합법성에는 법과 국가, 법과 법률의 상호관계가 작용하고 있다.⁴³¹⁾ 이러한 법치국가원리를 기초로 하여 국가의 모든 권력기관은 국민의 기본권을 보호해야 하는 의무가 있다. 국가기관의 기본권보호의무는 법치국가원리에 따라 가능한 범위 내에서 기본권의 보호를 위하여 필요한 조치를 행사할 수 있도록 입법자에게 법률제정권을 부여함으로써 법률제정의 의무를 부과하고 있다. 이에 따라 입법자는 다양한 수단을 선택할 수 있는 입법재량권을 가지며 권력분립원칙으로부터 파생되는 광범위한 입법형성권을 가진다.⁴³²⁾

입법은 헌법에 기속되지만, 행정과 사법은 헌법에 근거하여 입법자가 제정한 법률을 적용하고, 입법에 의하여 제정된 법률의 적용과 해석을 통하여 기본권적 이익에 대한 보호 의무를 구체적으로 이행하게 된다. 법치국가원리로부터 도출된 법률유보원칙에 따라 행정은 집행을 통하여 보호의무를 실현하고, 사법은 행정입법과 행정처분 등이 기본권보호의무를 이행하고 있는지를 통제함으로써 주어진 의무를 이행한다.

국가권력이 헌법에 의하여 국민의 기본권을 보호해야함에도 국가 공권력의 작용들이 기본권을 침해한다면, 이러한 공권력의 행사 또는 불행사가 기본권침해로써 명확히 작용하였는지 국민이 인지할 수 없었다고 하여도 객관적 증명을 통하지 않는 한은 헌법소원심판의 청구에서 그 청구는 기간을 도과하여 적법요건이 흠결되면 기본권의 구제가 어려워지는 문제가 발생하게 된다는 점에서 적절하게 완화할 필요성이 발생하게 된다.

(3) 법령해석기관을 통한 헌법소원심판 청구의 필요성

국가기관의 권력적 행위는 법률 등에 근거하거나 법률의 위임을 받은 행정입법에 근거하여 행사된다. 그 경우 전제가 되는 법령이 헌법 또는 법률에 합치

431) 김상겸, “기본권보장과 법치국가”, 아·태공법연구 제6집, 아세아태평양공법학회, 1999, 216면.

432) 조흥석, “국가의 기본권 보호의무와 개인의 보호청구권”, 법과 정책연구 제11집 제3호, 한국법정책학회, 2011, 1106면.

되는지 여부는 공권력행사의 정당성 문제와 결부되고, 이에 행정청의 처분행위와 같은 공권력의 행사 또는 집행적 법규명령 등으로 인하여 직접적으로 국민의 기본권이 침해된다면 그 전제가 되는 법률 또는 법령의 해석을 통하여 헌법소원의 청구권자인 국민은 기본권의 구제가능성을 인식하여 대처할 수 있어야 한다. 그런데 현행 헌법에 규정된 헌법재판제도는 추상적 규범통제를 인정하지 않고 있으며, 헌법소원심판은 보충성이라는 적법요건을 충족해야 하기 때문에 기본권의 구제를 위하여 여러 어려움이 발생하게 된다. 이런 상황에서 법령의 기본권침해에 대한 법제처의 법령해석으로 위헌여부를 사전에 판단할 수 있게 된다면 국민의 기본권을 보장과 그 발전에 기여할 수 있다.

행정작용으로 기본권침해가 발생하는 경우 법령해석기관에 의하여 심판대상이 되는 법령의 해석을 통하여 기본권침해 등의 위헌소지가 있음을 파악하게 된다. 이 경우 해석을 요청한 국민의 기본권 구제를 위하여 해석을 요청한 국민인 해석요청인을 대리하여 청구권자 지위로서 헌법재판소에 헌법소원심판을 제기할 수 있는 제도가 있다면, 기본권의 최대 보장이란 관점에서 또한 특별한 기본권 구제절차로서 헌법소원제도의 취지에서 볼 때 상당한 의미를 부여할 수 있다고 본다. 그런데 헌법재판소법을 위시한 현행법은 이에 관하여 별도의 규정을 두지 않고 있다. 그래서 이런 문제로 행정기관이 헌법소원 심판청구를 하면 행정기관의 기본권 주체성의 부정, 기본권침해의 자기관련성 등을 이유로 심판의 적법요건을 충족하지 못하여 부적법한 청구로 각하될 것이다.

헌법소원제도의 취지가 주관적 권리구제를 넘어서 헌법질서의 유지·수호라고 한다면 공권력의 행사로 인한 기본권침해를 최대한 구제할 수 있는 방법으로 법령해석기관을 통한 헌법소원심판의 청구권자 확대도 이를 부정적으로만 볼 수 없다고 판단된다.⁴³³⁾

(4) 전문자격사에 의한 헌법소원심판의 필요성

433) 이와 관련해서는 헌법소원심판에서 청구인 확대를 주제로 한 논문을 참조할 수 있다. 정세윤, “헌법소원심판의 개선방안에 관한 연구 - 적법요건의 청구인 확대를 중심으로 -”, 동국대학교 석사학위논문, 2020 참조.

민주주의는 다양성을 전제로 하고 있는데, 현대사회는 다양한 이해관계가 얽히면서 복잡하고 다양한 법률분쟁이 발생하고 있다. 이런 현상에는 과학기술의 발전으로 인간의 삶이 다양해지면서 분야별로 세분화된 것도 있다. 그렇다보니 점차 전문화되는 분야에서 서로 간의 이해관계로 분쟁이 많아지고 대부분의 분쟁은 전문적인 지식을 요구하는 법적 분쟁으로 변하고 있다.

우리나라는 법적 분쟁에 있어서 송무와 관련해서는 법률전문가인 변호사에게 소송대리권을 부여하고 있다. 이는 앞에서 본 것처럼 변호사강제주의를 채택하고 있는 헌법재판에서 확연하게 볼 수 있다. 그런데 전문분야에서 소송대리권 문제는 헌법소원심판에서 청구권자 지위와 관련하여 일정 부분 연관성이 있다고 하여도 청구권자 범위의 확대에 결정적인 요소는 아니다.

현재 전문자격분야에서 쟁점은 소송대리권으로 변리사의 경우 기존의 소송대리권에서 특허침해소송까지 확대할 것을 주장하고 있고, 세무사는 조세소송의 대리인 지위, 법무사의 경우에는 소액사건에서 소송대리권을 요구하고 있다. 이외에도 공인노무사의 경우 노동사건에 대한 소송대리권을 허용해 달라는 주장이 계속되고 있다.⁴³⁴⁾ 현재는 변리사를 제외한 세무사, 공인회계사, 공인노무사 등은 행정심판까지 허용되고 있다.

재판에서 소송대리권의 허용 여부는 소송당사자로서 청구권자의 지위와 관련하여 일단 별개의 문제라고 할 수 있지만, 완전히 분리하여 생각할 수는 없다. 그렇다고 법률전문직역의 변호사에게 소송대리인의 자격을 부정하는 것은 아니라고 본다. 변호사강제주의를 채택한다고 하여도, 헌법소원심판의 청구권자와 관련하여 각 직역의 전문자격사가 공동참가자로서 자신의 직업의 자유 침해 문제 등으로 청구권자가 될 수 있는 여지는 충분히 고려할 수 있다.

헌법소원심판에서 심판대상이 법령인 경우, 예를 들어 조세법의 경우에는 조세실무의 전문가인 세무사가 세법을 통한 재산권 침해 등의 기본권침해에 대하여 심판대상의 내용적인 부분 즉 실제적인 면에서 소송참가 또는 소송대리를 하게 된다면, 소송절차의 대리인으로서 변호사와 협력함으로써 소송절차에

434) 이에 관해서는 정형근, “법조 유사직역의 소송대리권 주장에 대한 비판적 검토”, 경희법학 제54권 제1호, 경희대학교 법학연구소, 2019, 37면 이하.

서 기본권의 구제효과는 더욱 커질 것으로 판단된다.

헌법소원 심판절차에 들어가면 실질적 권리보호이익이란 적법요건을 충족하기 위해서는 전문가들의 의견 개진이 심판의 성숙도를 높이게 되는데, 현행 하에서는 단순히 이해관계인으로서 또는 참고인과 진술인으로서 역할만 하다보면 절차의 형식적 측면에서 영향을 미치는 정도에 불과하게 된다. 그런데 헌법소원심판의 취지에서 보면 기본권을 최대한 구제하여 최대보장이란 법치국가원리를 실현하는 것이기 때문에 제도의 취지를 최대한 살리는 것이 필요하다.

앞에서 언급한 것처럼 심판대상이 법령인 경우 그 법령의 분야에 전문적인 능력을 검증받은 전문자격사들이 참여한다면 국가 실정법의 발전에도 기여하게 된다고 볼 수 있다. 특히 세법의 적용과 관련해서는 조세실무와 관련된 경우 이를 명확하게 파악하고 처리할 수 있는 세무사가 헌법소원심판에 청구인에 부수하여 자격을 갖게 된다면 변호사의 소송대리권을 침해하지 않는 범위에서 공동청구권자로서 소송에 참여할 수 있다고 본다. 이는 다른 전문자격사의 경우에도 그대로 원용될 수 있다. 즉 노동법에서는 공인노무사, 회계와 관련해서는 공인회계사, 관세법과 관련해서는 관세사 등 한정된 전문자격사제도를 최대한 활용하는 것도 기본권의 실질적 보장에 기여하는 것이라고 생각된다.

헌법소원심판에서 청구권자는 앞에서 본 것처럼 기본권의 주체는 누구나 될 수 있다.⁴³⁵⁾ 여기서 중요한 것은 누가 기본권의 주체인지 여부를 넘어서 문제는 헌법소원심판에서 청구인은 직접 기본권을 침해받은 자인지 여부라고 할 수 있다. 즉 청구인적격은 헌법소원심판에서 정당한 청구인으로서 소송을 수행하고 본안판단을 받기에 적합한 자격을 말하며, 이는 청구인이 직접 현재 관련하여 기본권을 침해받았는지 말하는 것이다.⁴³⁶⁾

헌법소원심판에서 청구권자의 법적 지위와 자격과 관련하여 적법요건의 적용은 남소를 예방하고 민중소송화하는 것도 방지하여 효율적으로 권리를 구제하기 위한 소송절차를 운영하기 위하여 필요하다. 그렇지만 앞에서 언급한 것처

435) 허영, 「헌법소송법론」, 363면.

436) 김하열, 「헌법소송법」, 424면.

럼 헌법소원제도의 취지를 고려한다면 기본권구제를 위하여 소송대리인으로서 법률전문가인 변호사의 도움뿐만 아니라 소송의 대상과 그 내용과 관련하여 전문분야별 전문자격사 또는 전문자격사단체의 지원도 중요하다고 볼 수 있다.

헌법소원심판과 같이 헌법소송에서는 소송당사자로서 청구인은 있지만 피청구인이 명확하지 않은 경우, 소송대상이 국가의 공권력으로 이는 법령에 근거하여 행사된다는 점에서 그 분야에서 전문적인 지식을 갖고 자격을 보유하고 있는 자격사에게 국민의 기본권 보장이란 점에서 청구권자의 지위를 허용한다면 이는 헌법소원심판의 기본권 구제라는 취지에도 부합된다고 볼 수 있다. 물론 이 경우 소송대상과 관련된 전문분야의 자격사 또는 자격사단체로 한정해야 할 것이다.

우리나라는 현재 분야별로 전문자격사제도를 운영하고 있고, 전문자격사들로 구성되는 전문자격사단체가 관련 법률에 따라 설립되어 운영되고 있다. 이런 전문자격사의 관련 분야에서 헌법소원심판의 청구와 관련해서는 이들에 의한 전문지식의 활용을 통하여 국민의 기본권을 보다 확대 보장하는 것은 법치국가적 관점에서 중요한 문제라고 볼 수 있고, 법적 분쟁 특히 헌법적 분쟁에서 기본권 보장을 위하여 전문분야 지식의 활용도가 높아지고 있다는 점에서 그 필요성은 커지고 있다.

2. 청구권자 확대 필요성

(1) 헌법재판소법 제68조 제1항의 청구인

앞에서 언급한 것처럼, 헌법재판도 일반소송과 마찬가지로 소송당사자로서 청구인을 적법요건의 요소로 보고 있다. 청구인은 심판청구를 할 수 있는 사람 또는 심판청구를 한 사람으로, 청구권자는 심판청구를 할 수 있는 사람 즉 헌법소원심판의 청구할 권리를 갖고 있는 사람을 말한다. 헌법소원심판에서 청구권자는 헌법재판소법에서 찾을 수 있다.

헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면 헌법소원심판의 청구는 ‘헌법이 보장한

기본권을 침해받은 자'가 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 헌법소원을 청구하기 위해서는 청구권자는 청구인능력과 청구인적격이 필요하고 이 요건들을 충족하지 못할 경우 헌법재판소는 부적법 각하결정을 한다. 그러나 헌법재판소는 “청구인은 ~이/가 인정되지 않아 부적법하다.”⁴³⁷⁾, “ ... 청구인들의 이 사건 심판청구는 청구인 적격이 없는 자의 청구여서 부적법하다고 할 것이다.”⁴³⁸⁾라고 하여 위 두 요건을 엄격히 구분한 후에 각 요건으로 구분하여 판단하지는 않는 것 같다.

(2) 청구인의 확대 문제

헌법소원심판의 청구인은 기본권의 주체로서 청구능력을 가지고 자신의 기본권이 현재·직접 침해당한 요건을 충족한 경우만 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다. 이미 논의한 것처럼 이러한 청구인의 요건을 엄격하게 적용하여 심판청구의 주체를 제한한다면 헌법소원제도의 범위가 협소해질 위험이 많게 된다.⁴³⁹⁾ 그뿐만 아니라 청구인이 헌법소원을 제기함에 앞서 필요한 요건들을 보면 적법하게 법령이 적용되었나에 대한 해석의 전제를 필두로 하여 자신의 기본권의 침해여부의 판단, 심판을 청구함에 있어 변호사강제주의의 요구, 권리보호이익 유무에 대한 판단 등을 개인 스스로가 먼저 판단해야 하는 어려움을 직면하게 된다. 그렇지 아니할 경우 그 청구는 각하를 면하지 못할 것이다.⁴⁴⁰⁾

물론 이러한 절차들이 주관적 권리 구제절차로서의 헌법소원이 가진 본질의 문제로 생각하지 않을 수 없겠으나, 헌법소원심판은 개개인의 청구를 확장해보면 헌법질서에 부합하지 않는 법령등 공권력의 작용으로부터 보호를 위한 객

437) 청구인 유○석은 위 지방의회의원선거법 제36조 제1항이 규정한 기탁금이 헌법에 위반된다고 헌법소원심판청구를 하고 있으나 동인은 서울특별시의회의원선거에 후보자가 되고자 하는 자이므로 시·도의회의원 후보자의 기탁금(700만원)을 규정한 부분에 대하여서만 자기 관련성이 인정된다고 할 것이고 나머지 부분에 대하여서는 자기 관련성을 인정할 수 없어 그 부분에 대한 헌법소원심판 청구는 부적법하다고 할 것이다(헌재 1991. 3. 11. 91헌마21).”

438) 헌재 1995. 9. 28. 92헌마23 등.

439) 금동흙, 앞의 논문, 64면.

440) 헌법재판소에 제68조 제1항으로 헌법소원접수, 처리된 사건 중 각하 처리된 사건은 그 총 누적 수의 약 ⅔가 적법요건의 흠결로 각하결정을 받았다.

관소송으로서의 성격을 가짐으로써, 이 때문에 청구인은 침해의 주체로서 공권력이 아닌 또 다른 측면의 기본권보호의무를 가진 국가기관의 도움으로 그 침해의 구제를 헌법재판소를 통해 받을 필요가 있다.

3. 헌법소원심판 청구의 개선방안

(1) 헌법재판소법의 개정 문제

헌법소원심판의 청구는 자신의 기본권이 공권력에 의해 현재, 직접 침해된 경우라야 제기할 수 있음이 원칙이다. 헌법소원의 심사청구에 있어 기본권의 수범자인 행정청은 그 청구 주체가 될 수 없다.⁴⁴¹⁾ 이런 이유로 논의사항에 대한 방안의 전제는 현행 헌법재판소법의 개정이다.

청구권자의 확대와 관련하여 고려해 볼 수 있는 것이 기본권을 침해당한 국민을 대신한 ‘제3자 소송담당’이다. 제3자 소송담당은 일반적으로 민사소송에서 권리주체가 아닌 제3자가 권리주체를 위하여 당사자적격을 가지고 소송을 수행할 수 있는 권능을 의미한다.⁴⁴²⁾ 기본권을 비롯한 권리는 원칙적으로 권리주체에 의하여 주장되고 소송수행을 하도록 하는 것이 자기책임의 원칙에 합치되므로, 제3자 소송담당은 예외적으로 법률의 규정이 있는 경우에만 인정하고,⁴⁴³⁾ 그렇지 않을 경우 헌법재판소는 제3자 소송담당 유형의 헌법소원을 부적법한 것으로 결정하고 있다. 현행법은 원칙적으로 기본권을 직접 침해당한 주체만이 헌법소원심판을 청구할 수 있고, 비록 단체의 구성원 등이 기본권의 침해를 당했다고 하더라도 그 단체의 각 구성원을 위하여 그들을 대신한 헌법소원심판 청구는 자기관련성이 인정되지 아니하므로 허용되지 않는다.⁴⁴⁴⁾

441) “기본권의 보장에 관한 각 헌법규정의 해석상 국민(또는 국민과 유사한 지위에 있는 외국인과 사법인)만이 기본권의 주체라 할 것이고, 국가나 국가기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 기본권의 ‘수범자(受範者)’이지 기본권의 주체로서 그 ‘소지자’가 아니고 오히려 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 책임과 의무를 지니고 있는 지위에 있을 뿐이므로, 공법인인 지방자치단체의 의결기관인 청구인 의회는 기본권의 주체가 될 수 없고 따라서 헌법소원을 제기할 수 있는 자격이 없다(헌재 1998. 3. 26. 96헌마345).”

442) 헌법재판소, 「헌법재판소법무제요」, 293면.

443) 헌재 2007. 7. 26. 2005헌라8; 헌재 2007. 10. 25. 2006헌라5.

444) 헌재 1991. 6. 3. 90헌마56; 헌재 2007. 7. 26. 2003헌마377.

그다음 고려할 수 있는 방안이 청구대리인으로서 소송에 참가하는 것이다. 일반 법률대리인인 변호사보다 전문적 체계를 구축한 전문자격사단체의 의견을 통하여 문제가 된 위헌·위법한 법령 등에 대한 주장 근거로 국민의 헌법소원심판 대리인이 되어 해석 근거에 대한 주도적인 입증결과를 보인다면 헌법재판소는 그 입증결과의 당부만의 결정으로 좀 더 신속하게 심판을 할 수 있을 것이다. 물론 소송대리의 문제와 관련하여 헌법재판소법은 소송대리인으로 변호사만 인정하고 있지만, 이 조항을 배척하여 변호사강제주의를 부정하는 것이 아니라 법령을 심판대상으로 하는 경우에 한정하여 그 분야 전문자격사에도 법령의 내용에 한하여 부분적인 소송대리를 인정한다면 오히려 법치국가 원리에 부합되는 결과를 가져올 수 있을 것이다.

(2) 변호사강제주의의 문제

헌법재판소법 제25조의 제2항과 제3항은 헌법소원 등 각종 헌법재판절차에 있어서 변호사가 아니면 소송수행을 하지 못하도록 규정하여 변호사강제주의를 채택하고 있다. 동법 제2항은 국가 혹은 지방자치단체를 당사자로 하는 소송의 경우 당해 기관의 소속직원 가운데 변호사자격이 있는 자만을 소송대리가 가능하도록 함으로써 일반소송에서 변호사자격이 없는 소속공무원에 의한 대리를 가능하게 한 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률⁴⁴⁵⁾ 제3조 상의 소송수행자지정 조항의 예외를 규정한 것이다.⁴⁴⁶⁾

변호사강제주의가 재판업무에 분업화원리의 도입, 재판을 통한 기본권의 실질적 보장 및 재판심리의 부담경감과 효율화를 들고 있으나 일반 민·형사재판과는 달리 헌법재판에서만 유독 변호사강제주의를 채택하여 심판청구요건을 더욱 엄격히 제한할 근거가 부족하다는 비판⁴⁴⁷⁾과 국선변호인제도가 규정되어

445) 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 제3조(국가소송 수행자의 지정 및 소송대리인의 선임) ① 법무부장관은 법무부의 직원, 각급 검찰청의 검사(이하 "검사"라 한다) 또는 「공익법무관에 관한 법률」에서 정한 공익법무관(이하 "공익법무관"이라 한다)을 지정하여 국가소송을 수행하게 할 수 있다. ② 법무부장관은 행정청의 소관사무나 감독사무에 관한 국가소송에서 필요하다고 인정하면 해당 행정청의 장의 의견을 들은 후 행정청의 직원을 지정하여 그 소송을 수행하게 할 수 있다. ③ 생략. ④ 법무부장관은 변호사를 소송대리인으로 선임(選任)하여 국가소송을 수행하게 할 수 있다.

446) 김상겸, “헌법재판소법의 문제점과 개선방안”, 공법학연구 제6권 제1호, 한국비교공법학회, 2005, 141면.

있다 하더라도 변호인을 선임할 자력이 부족한 국민은 헌법소원심판 등 헌법 재판청구의 기회가 제한당하는 등의 문제점을 가지고 있다 할 것이다.

이러한 문제는 독일의 입법례와 달리⁴⁴⁸⁾ 일반소송에 변호사강제주의가 채택 되지 않고 있으며, 변호사이외의 전문가에 의한 소송대리금지는 그 합리성이 결여됐다는 점을 지적해 볼 때, 동 조항은 ‘국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률’과 마찬가지로 소송수행자지정제도로 하는 것이 타당하다.⁴⁴⁹⁾

위 문제를 전제로 법령해석심의위원회가 독립된 法制化를 통해 헌법소원심판의 청구대리로서 그 지위를 인정받게 된다면 위 변호사강제주의 조항 특히, 사인이 당사자인 경우를 규정한 헌법재판소법 제25조 제3항은 필요없게 되고 법률전문가집단으로 이루어진 위원회를 통해 심판절차를 진행하면 된다.

(3) 보충성의 문제

헌법소원심판의 보충성 원칙은 헌법소원은 ‘다른 법률에 구제절차’가 있는 경우에 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 심판청구를 할 수 없는 것을 의미한다. 헌법소원의 대상인 공권력의 행사는 포괄적인 개념이라 할 것이므로 헌법으로 부터 입법권이 부여된 기관에 의해 제정 또는 개정된 법령이나 조례의 경우에도 공히 공권력행사의 결과물로서 헌법소원의 대상이 된다. 다만, 법령에 대한 헌법소원의 경우에는 다른 구제절차를 상정할 수 없기 때문에 보충성의 원칙이 적용될 여지가 없어진다.⁴⁵⁰⁾ 따라서 논리적으로 법령헌법소원은 항상 허용되는 것이라고 보아야 할 것이다.⁴⁵¹⁾ 그러나 이 경우 법령 자체의 효력을 직접적인 소송물로 하여 일반법원에 제기할 길이 없으므로 바로 헌법소원 심판을 청구할 수 있다 할지라도, 위 기본권의 주체인 청구인은 직접 헌법소원

447) 김상겸, “헌법재판소법의 문제점과 개선방안”, 142면; 김하열, 「헌법소송법」, 130면; 김현철, “헌법소송의 특수성에 관한 소고”, 헌법논집 제4집, 헌법재판소, 1993. 286면.

448) 독일 연방헌법재판소법 제22조 제1항에 의하면, 연방헌법재판소의 재판절차에서는 변호사에 의한 소송대리의 강제는 없고 단지 구두변론절차시 변호사나 법학교수를 대리인으로 선임해야할 것을 규정하고 있다.

449) 김상겸, 앞의 논문, 142면.

450) 헌재 1998. 4. 30. 97헌마141.

451) 최희수, “법령헌법소원의 직접성요건에 관한 헌법재판소 판례 경향”, 강원법학 제45권, 강원대 비교법학연구소, 2015. 6. 2면.

이 가능한 법령인지를 알 수 없는 까닭에 그 해석을 받아 볼 필요가 생기게 된다. 이 때문에 단순히 법령해석심의 위원회를 통한 직접적인 헌법소원이 진행될 경우를 가정한다면 보충성의 원칙이 무시되는 결과로 보이게 된다.

해석요청당사자가 법령해석을 신청하는 경우는 일반적으로 법령이 신청인의 권리와 직접적인 관계를 가짐으로써 그 법령이 가진 의미를 확정하여 권리침해의 여부를 확인하는 과정이라 할 것이므로, 이 같은 전제를 바탕으로 위 원칙을 대입한다면 법령 자체에 의해 기본권을 직접 침해받은 경우 그 법령 자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반법원에 제기할 길이 없어 '구제절차가 있는 경우'에 해당하지 않는 것이 되어 바로 헌법소원심판청구가 가능한 것이라 할 수 있다.

V. 결론 - 요약과 시사점

헌법소원심판은 국가공권력의 작용으로부터 기본권의 침해를 받은 국민이 그 구제를 헌법재판소에 청구할 때 그 심판청구의 적법요건들이 충족되어야 본안 판단으로 가게 된다. 그런 점에서 헌법소원심판에서는 무엇보다도 적법요건의 충족이 중요하다. 그래서 헌법소원심판에서 그 적법요건이 무엇인지 검토하는 것이 무엇보다도 중요하고, 적법요건에서도 청구인능력과 청구인적격이 핵심이라고 할 수 있다. 특히 현행 헌법재판소법은 헌법소원심판에서 변호사강제주의를 채택함으로써 주관적 소송에서 청구인능력을 제한하고 있다.

헌법질서에서 헌법재판제도는 헌법의 수호를 위한 재판이라는 점에서 기본권 보호기능을 갖고 있는 헌법소원심판도 헌법질서의 보장이란 기능도 갖고 있다. 그런 점에서 헌법소원심판은 법치국가원리의 목표인 기본권 최대 보장원칙에 부합되어야 한다고 볼 수 있다. 헌법소원이 가지고 있는 기본권의 보호와 실현이라는 제도의 취지와 기능에 부합하도록 하기 위해 법률해석기관의 활용이나 전문자격사단체 등의 활용을 구체화시키고 그에 대한 문제점과 청구인의 대리인으로 법률해석기관이 심판진행에 참가할 수 있는 가능성 등에 관한 법개정이 필요하다고 본다.

헌법소원의 적법요건을 법률로써 무엇을 규정하고 어떻게 적용하느냐는 국민의 기본권의 보장과 헌법재판을 통한 기본권보호의 활성화에 중요한 의미를 가지게 된다. 즉 헌법소원의 적법요건이 청구인인 국민에게 구제의 첫 단계부터 힘들게만 보이도록 하는 절차로써 느끼게 한다면 헌법 스스로 국민들에게 헌법이 보장한 기본권 구제제도로서의 헌법소원 청구 권리를 포기하도록 하는 결과를 초래하게 될 것이고 이와 반대로 완화된 요건으로 모든 걸 포용하는 절차라면 헌법소원심판은 민중소송화가 될 가능성이 높아져 심판청구 오·남용의 문제로 인한 헌법재판소의 업무부담의 가중과, 동시에 보충적 권리구제수단인 헌법소원제도의 본질과는 거리가 먼 결과를 가져오게 할 것이다.

이런 이유로 인하여 본 연구에서는 적법요건의 개선방향을 정함에 있어서 헌

법소원심판의 청구권자로 한정하고, 청구권자의 범위를 확대하는 방법으로 헌법소원심판의 청구가능성을 정리하였다. 이는 무엇보다도 헌법소원심판이 갖고 있는 헌법적 의미가 일반 법률소송과 달리 기본권 구제를 위한 요건의 확대를 통하여 법치국가가 지향하는 기본권의 최대한 보장이란 관점에서 국민의 기본권 최대 보장에 기여할 수 있기 때문이다. 또한 이런 관점은 헌법소원심판이 무엇보다도 특별하고 예외적인 기본권 구제절차라는 점에서 일반소송과 그 목적이나 취지 및 기능이 헌법질서의 유지·수호이기 때문이다.

헌법재판제도의 도입은 현대국가의 헌법이 법치국가원리에 기반하고 있기 때문이라고 할 수 있다. 즉 헌법의 최고규범성은 헌법이 국가실정법 체계에서 최고의 효력을 갖는 규범이고 주권자인 국민 전체의 의사를 결집시킨 문서이기 때문이다. 헌법질서를 유지하고 이를 수호하는 재판으로서 헌법재판제도가 도입되어 명문화된 것은 현대 헌법이 실질적 규범력을 행사하는 살아있는 규범이기 때문이다.

1987년 제9차 개정헌법에서 헌법재판제도를 다시 도입하면서 과거 우리 헌법에서 볼 수 없었던 헌법소원심판을 도입한 것은 최고규범이 담고 있는 기본권을 보다 구체적으로 다시 한 번 더 보장하기 위한 것이라고 할 수 있다. 이런 이유로 헌법소원심판을 예외적이면서 특별한 기본권 구제절차라고 하는 것이다. 그렇다면 헌법소원심판이 좀 더 쉽게 청구될 수 있거나 구제를 위한 폭넓은 방법이 필요하다. 그런데 현행 헌법소원심판은 청구권자의 범위를 엄격하게 해석하여 일반 소송의 경우처럼 제한하고 있다.

어떤 사법적 성격의 절차도 그 정당성을 위해서는 법적 근거와 법리적인 해석이 필요하다. 헌법재판 역시 사법적 성격의 소송이란 점에서 절차의 정당성과 함께 적법성이 요구된다고 볼 수 있다. 그런데 소송의 적법요건은 관련 법률에서 명확하게 규정되어 있는 것은 아니고 재판실무의 과정에서 합법적 범위 내에서 효율성과 적정성을 위하여 결정되는 경우가 대부분이다. 그렇다면 절차의 목적이나 기능의 관점에서 그 적법성과 효율성을 고려하는 것이 필요하다고 본다.

헌법소원심판의 특수성을 고려한다면 그 적법요건 중에서 청구권자의 범위를 확대하는 것이 헌법과 법률이 규정하고 있는 범위를 무조건 벗어나는 것이라고 볼 수는 없다. 특히 예외적인 기본권 구제절차라는 헌법소원심판은 국가의 기본권보장의무와도 연결되어 있다고 볼 수 있다. 물론 오·남용의 위험성을 고려하여 민중소송화되는 것도 차단해야 하지만 그렇다고 하여도 기본권 구제라는 본질적 특성을 너무 협소하게 요건을 적용하는 것도 제도의 취지에 부합된다고 보기는 어려울 것이다. 그런 점에서 헌법소원심판사건에서 관련 당사자의 범위를 직접 기본권을 침해당한 자에 한정한다고 하여도 이와 관련하여 전문자격사 또는 전문자격사단체의 도움을 받아 청구할 수 있도록 확대할 필요가 있다고 본다.

앞에서 본 것처럼 전문자격사에게 청구권자로서의 지위가 아니라 소송대리인으로서 일정 부분의 지위를 부여한다고 하여도 변호사의 소송대리인으로 지위를 부정하는 것도 아니고 변호사강제주의를 배척하는 것이 아니다. 헌법소원심판에서 소송을 청구하고 수행하기 위해서는 실체법적·절차법적 전문자격사인 변호사의 조력이 필요하다. 다만 헌법소원의 심판대상이 법령인 경우 그 법령의 구체적 내용과 관련하여 전문분야의 자격사가 참여하게 된다면 오히려 변호사의 업무부담을 줄이는 효과도 있고, 법령의 실체적 해석을 위해서도 전문적인 실무경험을 가진 전문자격사에게 제한된 범위에서 소송대리를 허용한다고 하여도 헌법소원심판의 취지를 벗어난다고 볼 수는 없을 것이다.

나아가 헌법소원심판에서 제3자 소송담당 제도를 도입하는 것도 고려되어야 할 것이다. 제3자 소송담당은 일반적으로 민사소송에서 권리주체가 아닌 제3자가 권리주체를 위하여 당사자적격을 가지고 소송을 수행할 수 있는 권능을 의미하기 때문에 법률에 규정이 있어야 한다. 그런 점에서 헌법재판소법에 명문의 규정을 두어 이를 적극적으로 활용하는 것도 헌법소원심판의 취지를 살리는 길이라고 생각된다.

이상에서 헌법소원심판에서 청구권자의 범위를 확대하는 것이 기본권 구제를 통하여 기본권 보장을 강화한다는 점에서 그 필요성을 개진하였다. 이를 위하

여 입법론적인 차원에서 헌법재판소법의 개정방안을 제시해 보았다. 헌법재판소법은 적법요건에 대한 명확한 규정을 두지 않아서 헌법재판소가 실무상 필요한 헌법소원의 적법절차에 대한 여러 문제에 관한 법리를 성립하고 이론을 발전·전개함으로써 적법요건을 정립하고 있지만 분명한 것은 헌법재판소의 견해가 절대적으로 옳다고는 할 수 없다. 그래서 헌법소원심판의 청구인 확대 문제는 논의의 대상이며, 학계를 비롯하여 법조계 등에서도 제기되는 문제에 대하여 지속적으로 논의할 필요성이 있다고 본다.

참고문헌

I. 국내문헌

1. 단행본

- 강경근, 「일반헌법학」, 법문사, 2017.
- 계희열, 「헌법학(중)」, 박영사, 2002.
- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2009.
- 김상겸·백윤철, 「헌법학」, 한국학술정보, 2013.
- 김승대, 「헌법학강론」, 법문사, 2020.
- 김철수, 「헌법학신론」, 박영사, 2014.
- 김하열, 「헌법강의」, 박영사, 2018.
- 김하열, 「헌법소송법」, 박영사, 2018.
- 김학성·최희수, 「헌법학원론」, 피앤씨미디어, 2021.
- 박균성, 「행정법강의」, 박영사, 2016.
- 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2022.
- 성낙인 외, 「헌법소송론」, 법문사, 2021.
- 심경수, 「헌법」, 법문사, 2018.
- 이동흡, 「헌법소송법」, 박영사, 2018.
- 이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2017.
- 장영수, 「헌법학」, 홍문사, 2021.
- 정하중, 「행정법개론」, 법문사, 2017.
- 전광석, 「한국헌법론」, 집현재, 2020.
- 전광석, 「헌법의 기초」, 집현재, 2021.
- 전학선, 「프랑스 헌법소송론」, 한국문화사, 2022.
- 정재황, 「신 헌법입문」, 박영사, 2021.
- 정종섭, 「헌법소송법」, 박영사, 2019.

정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2022.
 헌법재판소, 「주석 헌법재판소법」, 2015.
 한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2019.
 한수웅, 「기본권의 새로운 이해」, 법문사, 2020.
 허 영, 「한국헌법론」, 박영사, 2020.
 허 영, 「헌법소송법론」, 박영사, 2020.
 허완중, 「헌법소송법」, 박영사, 2019.

2. 논문

고민수, “독립 행정위원회(independent administrative Agency)의 헌법적 정당성”, 『한국행정학회 학술발표논문집』, 2005. 10.
 권영수·김일환, “기본권보호를 위한 헌법소원의 기능과 역할에 관한 연구”, 법과 정책 제5집, 청주대학교 법과정책연구소, 1999.
 김광옥, “헌법재판소법 제68조 제2항의 ‘당사자’”, 일감법학 제49호, 건국대 법학연구소, 2021.
 김문현, “현행 헌법소원제도에 있어 보충성의 원칙과 예외”, 법학논집 4권 3호, 이화여자대학교 법학연구소, 1999.
 김상겸, “독일 지방자치단체의 헌법소원 - 보충성을 중심으로 -”, 동의법정 제14집, 동의대학교 법정연구소, 1998.
 김상겸, “독일에 있어서 연방주의와 헌법재판”, 아·태공법연구 제4집, 아세아·태평양공법학회, 1997.
 김상겸, “기본권보장과 법치국가”, 아·태공법연구 제6집, 아세아태평양공법학회, 1999, 216면.
 김상겸, “헌법재판소법의 문제점과 개선방안”, 공법학연구 제6권 제1호, 한국 비교공법학회, 2005, 141면.
 김선택, “형식적 헌법의 실질적 위헌성에 대한 헌법재판”, 법학논집 제32집, 고려대학교 법학연구소, 1996.

- 김소연, “독립행정기관의 헌법적 체계화에 관한 연구”, 법조 제62권 제9호, 법조협회, 2013.
- 김준영, “헌법소원심판 청구인적격의 확대에 관한 연구”, 단국대학교 대학원 석사학위논문, 2001.
- 김철용·김문현·정재황, “헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적연구”, 헌법재판연구 제4집, 헌법재판소, 1993.
- 김학성, “제이장 헌법소원의 대상”, 헌법재판연구 제1권, 헌법재판소, 1990.
- 김해원, “독립행정기관에게 입법권을 수권하는 법률에 대한 헌법적합성심사로서 권한법적 통제”, 법학연구 제23권 제3호, 경상대학교 법학연구소, 2015.
- 김현철, “헌법소송의 직접성 요건”, 헌법판례연구 제9권, 한국헌법판례연구학회, 2008.
- 김현철, “헌법소송의 특수성에 관한 소고”, 헌법논집 제4집, 헌법재판소, 1993.
- 김현철, “헌법소송의 특수성에 관한 일고찰”, 『헌법논집 제16집, 헌법재판소, 2005.
- 도회근, “헌법소원제도의 공과(功過) -사법정책적 개선방안을 중심으로-”, 법학논총 제30권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2013.
- 류성진 외, “법제처 법령해석제도의 발전방안에 관한 연구용역”, 법제처, 2015.
- 류성진, “법령해석제도 지난 10년의 성과와 개선방안에 대한 연구”, 법학논총 제35집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2015.
- 박경철, “우리 헌법질서에서 재판소원의 위헌성”, 공법연구 제30집 제3호, 한국공법학회, 2002.
- 박규하, “헌법소원제도의 본질과 대상”, 외법논집 제14집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2003.
- 신봉기, “우리나라 법령해석제도의 최신동향”, 법학논고 제35집, 경북대학교

- 법학연구원, 2011.
- 여경수, “권리구제형 헌법소원상 적법요건에 관한 비판적 고찰”, 인권과정의 제463호, 대한변호사협회, 2017.
- 우세나·양천수, “민사소송에서 소의 이익에 관한 몇 가지 문제”, 영남법학 제44호, 영남대학교 법학연구소, 2017.
- 이광윤, “독립행정청의 법적 성격”, 행정법연구 제9권, 행정법이론실무학회, 2003.
- 이덕구, “헌법소원의 청구권자 및 청구대상”, 인천대학교 논문집 제15집, 인천대학교 법학연구소, 1990.
- 이동과, “헌법소원제도 일고”, 청주법학 제4권, 청주대학교 법학연구소, 1989.
- 이상수, “행정부의 법해석권에 관한 연구”, 원광대학교 박사학위논문, 2015.
- 이상윤, “법제처 법령해석제도의 현황과 과제”, 동아법학 제51집, 동아대학교 법학연구소, 2011.
- 장영수, “현행 헌법소원제도의 의의, 본질과 법원의 재판에 대한 헌법소원”, 법학논집 제32집, 고려대학교 법학연구원, 1996.
- 정광현, “헌법소원의 개념”, 세계헌법재판 판례동향1(2012), 헌법재판연구원, 2013.
- 정세윤, “헌법소원심판의 개선방안에 관한 연구 - 적법요건의 청구인 확대를 중심으로 -”, 동국대학교 석사학위논문, 2020.
- 정종섭, “주요 국가 헌법재판제도에 대한 비교적 연구”, 헌법재판연구 제2집, 헌법재판소, 1989.
- 정준현, “법령해석제도의 개선방향에 관한 소고”, 월간법제 통권 제585호, 법제처, 2006.
- 정준현, “법령해석요청주체 및 법령해석대상 확대가능성에 관한 검토”, 법학논총 제33권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2009.
- 정태호, “의원내각제로의 개헌과 헌법재판소와 대법원의 구성방식 및 권한의 조정”, 고시연구 1998. 2.

- 정태호, “헌법소원의 개념과 역사적 발전”, 안암법학 제4집, 안암법학회, 1996.
- 정형근, “법조 유사직역의 소송대리권 주장에 대한 비판적 검토”, 경희법학 제54권 제1호, 경희대학교 법학연구소, 2019,
- 정해영, “법치행정의 원리와 공공기여금”, 아주법학 제10권, 제4호, 아주대학교 법학연구소, 2017.
- 조재현, “헌법재판에서 법정조언자의 도입가능성에 관한 시론적 연구 - 미국의 경험을 중심으로 -”, 인권과 정의 제446호, 대한변호사협회, 2014.
- 조홍석, “국가의 기본권 보호의무와 개인의 보호청구권”, 법과 정책연구 제11집 제3호, 한국법정책학회, 2011.
- 최희수, “법령헌법소원의 직접성요건에 관한 헌법재판소 판례 경향”, 강원법학 제45권, 강원대학교 비교법학연구소, 2015.
- 차진아, “추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향”, 고려법학 제55권, 고려대학교 법학연구원, 2009.
- 한수웅, “헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌여부”, 헌법논집 제10집, 헌법재판소, 1999.
- 한수웅, “현행 헌법재판제도에서 추상적(抽象的) 규범통제(規範統制)의 도입 문제 -사전적(事前的) 규범통제(規範統制)의 도입 문제를 포함하여-”, 홍익법학 제7권, 홍익대학교 법학연구소, 2005.

II. 외국문헌

- Alfred C. Aman, Jr./ William T. Mayton, Administrative Law, 2nd ed, 2001.
- Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven of öffentlichen Recht, Berlin 1986.
- Benda, Ernst/Klein, Eckert, Verfassungsprozeßrecht

- Benda/Klein. Lehr- und Handbuch des Verfassungsprozessrechts, 3. Aufl., Heidelberg : C.F. Müller, 2012.
- Lechner/Zuck, BVerfGG Lechner/Zuck. Bundesverfassungsgerichtsgesetz : Kommentar, 6. Aufl., München : Beck, 2011.
- Maunz/Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer/Bethge (Hrsg.). Bundesverfassungsgerichtsgesetz : Kommentar, Stand : Juli 2012, München : C. H. Beck, 2012.
- Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht
- Schlaich/Korioth. Das Bundesverfassungsgericht, 7. Aufl., München : C.H. Beck, 2007.
- Umbach/Clemens, GG H Umbach/Clemens(Hrsg.). Grundgesetz : Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Band I , Heidelberg : C.F. Müller, 2002.
- Umbach/Clemens, BVerfGG Umbach/Clemens/Dollinger(Hrsg.). Bundesverfassungsgerichtsgesetz : Mitarbeiterkommentar und Handbuch, 2. Aufl., Heidelberg : C.F. Müller, 2005.
- Walter/Mayer, Bundesverfassungsrechts
- Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer. Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 10. Aufl., Wien : Manzsche Verlags, 2007
- Gröschner, Rolf, Schulwesen, in: Dreier, Horst(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band I , 2. Aufl., Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, Artikel 8.
- Herzog, Roman, in: Maunz/Dürig(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, München, C. H. Beck, 1999, Art. 8.
- Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neud. 20. Aufl., Heidelberg, C. F. Müller, 1999.

- Jarass, D. Hans/Pieroth, Bodo(Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 8. Aufl., München, C. H. Beck, 2006.
- Kloepfer, Michael, Versammlungsfreiheit, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, C. F. Müller, 1989.
- Maunz, Theodor, in: Maunz/Dürig(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, München, C. H. Beck, 1999, Art. 8.
- Minor, Amanda, "From New London to new directions in eminent domain law: Kelo and the future exercise of eminent domain by the federal government", 22 Geo. Mason U. Civ. Rts. L. J. 177(Spring 2012).
- Papier, Hans-Jürgen, Grundgesetz und Wirtschaftsordnung, in : Benda, Ernst/ Maihofer, Werner/ Vogel, Hans-Jochen(Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, Teil1, Berlin, de Gruyter, 1984.
- Richter, von Ingo/Schuppert, Gunnar Folke, Casebook Verfassungsrecht, 3. Aufl., München, C. H. Beck, 1996.
- Schmidt, Reiner, Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, 2. Aufl., Heidelberg, C. F. Müller, 2001, §83.
- Wendt, in: Sachs(Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2003.
- Zippelius, Reinhold/Würtenberger, Thomas, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl., München, C. H. Beck, 2008.

Abstract

A Study on Expansion of Claimants for Constitutional Complaints

Constitutional complaint adjudication refers to a special and exceptional constitutional litigation for relief to the Constitutional Court when an individual's fundamental rights are violated due to the exercise of public power or an unfortunate event. In 1987, Korea introduced the constitutional complaint adjudication for the first time in the current Constitution, the 9th amendment. In Article 111, Paragraph 1, Subparagraph 5 of the Constitution, constitutional complaint adjudication is a matter under the jurisdiction of the Constitutional Court, and it is referred to as 'the constitutional complaint adjudication prescribed by law', and the specific content is entrusted to the law.

As a delegation of the Constitution, Article 2 Subparagraph 5 of the Constitutional Court Act stipulates 'adjudication on constitutional complaints' as a matter under the jurisdiction of the Constitutional Court, and Article 68 and below stipulates constitutional complaint adjudication. Article 68 of the Constitutional Court Act stipulates the grounds for requesting a constitutional complaint, and in paragraph 1, the constitutional complaint, which can be requested in cases where the fundamental rights guaranteed by the constitution are violated due to the exercise of public power or non-exercise, and in paragraph 2, the constitutional complaint It stipulates two types of adjudication on constitutional complaints, including adjudication on constitutional

complaints that can be requested when an application for adjudication on the constitutionality of a law pursuant to Article 41 (1) is rejected.

The constitutional complaint adjudication under Article 68, Paragraph 1 of the Constitutional Court Act is called a rights relief-type constitutional complaint, and the constitutional complaint under Paragraph 2 is called a norm-control-type constitutional complaint. Apart from the distinction between the two, the constitutional complaint is basically subjective. It has the function of protecting fundamental rights through the remedy of rights, and also has the function of maintaining and defending the objective constitutional order by protecting the fundamental rights of the constitution. This is because the principle of the rule of law, the basic principle of the Korean constitution, aims to guarantee the basic rights of the people to the maximum extent, and to this end, the state power can maintain and protect the constitutional order through the protection of the basic rights as the culprit of the Gibbno right.

As the Korean Constitution prescribes constitutional complaint adjudication, the specific procedure for constitutional complaint adjudication is embodied in the relevant provisions of the Constitutional Court Act. The constitutional complaint adjudication in Korea is operated by bringing in the constitutional complaint adjudication of the German Basic Law and the Federal Constitutional Court Act, but the difference from Germany is that the trial of the court, that is, the judicial action, is excluded from the national public power, so that the right remedy procedure is It is operated in a very exceptional form because it does not meet the principle of replenishment through exhaustion.

The difference between constitutional complaint adjudication in Korea and Germany is not only the scope of state power, but also the principle of compulsory lawyers in Article 25, Paragraph 3 of the Constitutional Court Act. In Germany's constitutional complaint trial, the principle of compulsory lawyering is not applied in principle, and only oral arguments are conducted through a lawyer or a professor of law as a litigation representative. Of course, even in this case, there is no problem with the progress of the litigation process even if oral arguments are abandoned because a lawyer is not appointed. By adopting the rule of compulsory lawyer without exception in constitutional court proceedings, Korea restricts the operation of special and exceptional fundamental rights remedies, which is the purpose of constitutional court proceedings, by preventing the plaintiff, who is the claimant, from making a claim or proceeding .

In accordance with Article 72 of the Constitutional Court Act, constitutional complaint adjudication is subject to prior review by a designated tribunal composed of three judges. The designated tribunal is responsible for adjudication on constitutional complaints; If the inconsistency is clear, the judges may unanimously decide to dismiss. When the designated tribunal makes a decision to refer an adjudication, the tribunal first examines whether the legal requirements are met, and if the request for adjudication is unlawful, it dismisses the constitutional complaint.

In the adjudication process of constitutional complaints, the legal requirement has an important meaning. In adjudication on constitutional complaints, in principle, judgments on the merits are made only on legitimate constitutional complaints. The composition of the legal

requirements in the constitutional complaint adjudication is closely related to the function of the constitutional complaint, which is the protection of fundamental rights and objective constitutional guarantee. In addition, in that the constitutional complaint adjudication functions first in the protection of individual subjective rights, the requirements of the claimant, who is the person whose fundamental rights guaranteed by the constitution are violated, can be seen as important in the legal requirements.

In terms of subjective fundamental rights relief, which is the primary function of constitutional complaints, a strict interpretation that limits the claimant to those whose fundamental rights have been directly infringed raises a question as to whether the purpose of the constitutional complaint can be met by reducing the meaning of constitutional complaints as a fundamental rights remedy procedure. In particular, if the subject of the wish is closely related to the specialized field, the assistance of a professionally qualified person or an organization of professionally qualified persons who exclusively performs professional work is required. In addition, if the object of the wish is an administrative action, the help of a legal interpretation agency may be needed.

In the Constitutional Court of Korea, there is a system for participation of interested parties in relation to litigation, allowing interested parties to submit their opinions. This is also applied to constitutional complaint adjudication. In legal issues of high importance, important administrative agencies such as the Minister of Justice, the Minister of National Defense, or the Commissioner of the Military Manpower Administration submit their opinions, and depending on the case, the c

courts and the National Human Rights Commission of Korea also submit their opinions. In addition to this opinion submission system, public organizations composed of qualified professionals are also allowed to submit their opinions.

Public organizations are also subject to constitutional complaint adjudication, and are allowed to participate in joint adjudication and assisted participation, and submit their opinions as interested parties. However, with respect to the participation of public organizations in litigation, the Constitutional Court does not allow participation in joint litigation, but only allows submission of opinions as they are regarded as interested parties. In this way, the Constitutional Court rarely recognizes the participation of organizations or third parties in joint lawsuits or auxiliary participation in joint lawsuits in adjudication on constitutional complaints. In this respect, expanding the scope of claimants for constitutional complaint adjudication can be seen as necessary for the protection of constitutional order through the maximum guarantee of fundamental rights.

From this point of view, in order to actively preserve the purpose of adjudication on constitutional complaints, it is necessary to consider participation in litigation by professionally qualified personnel within a limited scope. For example, when laws and regulations in each specialized field are subject to adjudication, the participation of experts with abundant practical knowledge and experience in the specialized field, such as tax accountants in the field of tax law and certified labor attorneys in the field of labor law, can be a driving force for developing the constitutional complaint system. . Expanding the scope of claimants to professionally qualified persons in this way does not

deny the status of lawyers as litigation agents and the principle of compulsory lawyers. If the protection of the rights of the person requesting a trial, which is the subject of fundamental rights, is strengthened through cooperation between legal experts and experts in the field of expertise, and the guarantee of the system as a remedy for basic rights is strengthened, it can be seen as conforming to the rule of law state principle.

Considering the goal of the rule of law state, which is the maximum guarantee of fundamental rights, even if it is a constitutional complaint, which is a special exceptional remedy for fundamental rights, limiting the claimant to the person whose fundamental rights have been directly infringed as the party is another function of adjudication on constitutional complaint, which is the guarantee of objective constitutional order. seems to have not taken into account In this regard, it is necessary to expand the scope of claimants in constitutional complaint adjudication. And for this purpose, the Constitutional Court Act should be amended and stipulated, or the interpretation theory should be actively expanded to guarantee the way to remedy the basic rights of the people.

Key words: constitutional adjudication system, constitutional complaint adjudication, adjudication claimant, professionally qualified professional, principle of subsidiarity, principle of compulsion of lawyers, interest in protecting rights, principle of rule of law, tax accountant