



헌법소원심판 청구권자 확대방안 연구

일시 : 2023. 6. 8. [목] 14:00

장소 : 한국세무사회관 2층 대회의실

개 회 사

원경희 회장 [한국세무사회]

좌 장

전학선 교수 [한국외대 법전문원 원장]

발 제

김상겸 교수 [동국대]

토 론

홍승현 부장검사 [인천지방검찰청 부천지청]

치현숙 선임연구위원 [한국법제연구원]



진행 일정

시 간	내 용
13:30-14:00	등록 및 안내
14:00-14:05	(개 회 사) 원경희 한국세무사회 회장
14:05-15:05	좌 장 전학선 교수 (한국외대 법전원 원장) 주 제 헌법소원심판 청구권자 확대방안 연구 발 표 김상겸 교수 (동국대)
15:05-15:35	지 정 토 론 홍승현 부장검사(인천지방검찰청 부천지청) 차현숙 선임연구위원(한국법제연구원)
15:35-15:50	자 유 토 론

목 차

◎ 주 제 : 헌법소원심판 청구권자 확대방안 연구

▣ 회장님 개회사	7
Ⅰ. 들어가는 말	11
Ⅱ. 헌법소원의 의의와 기능	13
Ⅲ. 헌법소원의 적법요건	20
Ⅳ. 헌법소원의 당사자와 청구인 확대 필요성	28
Ⅴ. 맺음말	34
토론문 홍승현 부장검사(인천지방검찰청 부천지청)	39
토론문 차현숙 선임연구위원(한국법제연구원)	43

제33회 한국세무포럼 회장님 개회사



안녕하십니까. 한국세무사회 원경희 회장입니다.

제33회 한국세무포럼 개회를 선언합니다.

오늘 세무포럼은 제가 세무사 회장으로서는 개최하는 마지막 세미나입니다.

그 동안 한국세무포럼은 관련학계로부터 세제 및 세정 발전을 이끄는 견인차 역할을 하고 있다는 평가를 받아왔습니다. 특히 학회가 개최하는 세미나를 후원하는 데 그치지 않고 한국세무사회와 같은 조세전문가 단체가 직접 정기학술대회를 매월 개최한 것은 처음 있는 일입니다. 지난 2020년 10월 처음 개최한 한국세무포럼은 조세제도 및 납세자 권익보호를 위한 연구 활동을 격려하고 세제 및 세정 발전과 관련한 정책대안을 제시하였습니다.

그 내용을 살펴보면, 매년 정부의 세법 개정안을 분석하고 개선방안(12회, 24회)을 제시하였으며, 실무적으로 신탁(1회, 20회) 및 금융세제(2회), 주택정비사업 관련 세제(7회)에 대한 회원님들의 이해를 돕게 하였습니다.

납세자의 불만이 심화되었던 부동산 세제와 관련하여 다주택자의 양도소득세(6회), 다주택자의 취득세 증과(8회), 주택에 대한 종합부동산세 과세(16회)에 대한 개선방안 또한 제시하였습니다. 그리고 국토보유세(17회), 가상자산, NFT 과세(18회), 횡재세 도입(27회), 상속세 과세방식을 유산취득세로 전환(10회)하는 것과 같이 향후 도입이 논의되는 세제에 대한 분석과 나아갈 방향에 대한 시사점을 던졌으며, 삼쩍삼과 같이 우리 업역을 침해하는 플랫폼 기업에 대하여 전문직의 플랫폼 제재에 대한 헌법적 필요성(23회), 플랫폼 및 AI, 챗GPT의 불법 세무대리 대응 방안(30회, 31회), 납세자 권익 보호를 위한 원천징수세율 인하 및 홈택스 개인정보보호 과제(32회) 등 다양한 각도에서 해결방안을 다루었습니다.

또한, 세무사의 업역 확대와 관련하여 조세전문법원의 설립(19회, 31회), 지방세 분야에서 한국 지방세연구원과 공동학술대회(22회), 취득세 사전검증제도 도입(19회) 및 고향세와 기회발전 특

구(29회)와 같은 주제를 다루었습니다.

오늘 제33회 한국세무포럼의 제목인 “헌법소원심판 청구권자 확대방안 연구”도 우리 회원들의 업역 확대와 연관된 주제입니다. 우리나라는 헌법소원을 제기할 때 반드시 변호사를 선임해야 하는 변호사 강제주의를 채택하고 있어, 헌법이 보호하는 기본권 등을 침해받은 당사자도 직접 헌법소원을 제기할 수 없다는 문제점을 가지고 있습니다. 또한, 국민의 재산권 침해와 관련하여 조세, 특허, 노동 등 특정분야에 전문 지식과 경험이 없는 변호사에게만 청구권을 부여하는 것은 사회 변화 및 시대적 요구에 맞지 않습니다. 따라서 오늘 포럼에서 헌법소원의 청구인 범위를 변호사 강제주의에서 벗어나 분야별로 전문자격사까지 확대해야 하는 필요성을 제시하고 그 방법을 모색하는 의미 있는 시간이 되길 희망합니다.

바쁘신 중에도 좌장을 맡으신 한국외국어대학교 전학선 법학전문대학원 원장님과 발표를 해주실 동국대학교 김상겸 교수님, 토론을 해주실 홍승현 부장검사님과 한국법제연구원 차현숙 선임연구위원님께도 깊이 감사드립니다.

끝으로 포럼 현장에는 오시지 못하셨지만, 항상 애정 어린 관심과 격려를 아끼지 않는 모든 세무사 회원님들께 감사드립니다.

앞으로도 한국세무사회의 세무포럼이 시의성 있고 다양한 주제를 다루어주길 기대합니다.

점점 더워지는 날씨에 건강관리에 유념하시고, 6월 30일 정기총회 때 다시 뵐 수 있기를 기원합니다.

감사합니다.

2023. 6. 8.

한국세무사회 회장 원 경 희

주 제 발 표

헌법소원심판 청구권자 확대방안 연구

| 주제 발표자 | 김 상 겸 교수
(동국대)

헌법소원심판 청구권자 확대방안 연구

| 김상겸 교수 (동국대) |

I. 들어가는 말

우리나라에서 독자적인 헌법재판제도가 도입된 것은 1960년 제3차 개정 헌법이다. 그런데 제2공화국은 군사쿠데타로 무너졌고 헌법재판소도 설립되지 못하였다. 헌법재판소가 다시 도입된 것은 1987년 제9차 개정 헌법이다. 제6공화국 헌법은 제111조 제1항에 헌법재판소 관할 재판의 종류를 규정하면서 제5호에 ‘법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판’이라 하여 헌법소원 심판제도를 도입하였다.¹⁾ 국민의 기본권을 재판청구권이 아니라 예외적으로 특별하게 구제할 수 있는 방법으로 헌법소원이 헌법재판의 한 종류로 등장하였다.

헌법재판소는 1988년 헌법재판소법의 시행으로 업무를 시작하였다. 헌법재판소가 운영되면서 우리나라 헌법재판의 역사는 새롭게 시작되었다. 헌법재판의 한 종류로 도입된 헌법소원은 다른 헌법소송의 종류와 달리 국가작용이나 국가기관에 관한 객관적 소송이 아니라 기본권 주체가 헌법재판소에 기본권침해를 구제받기 위한 주관적 소송의 형태를 띤 기본권구제를 위한 예외적인 절차로서 성격을 갖고 있다.

1) 본 논문에서는 헌법소원심판 대신 헌법소원이란 용어를 사용한다.

헌법은 제111조 제1항 제5호에서 법률이 정하는 헌법소원이라고 하여, 헌법재판소법에서 헌법소원에 대하여 구체적인 내용을 정하도록 하였다. 이에 따라 헌법재판소법은 두 가지 유형의 헌법소원을 규정하고 있다. 헌법재판소법은 제68조 제1항에 공권력의 작용으로 침해되는 기본권을 구제하기 위한 권리구제형 헌법소원을 규정하고, 제2항에서는 규범통제형 헌법소원을 규정하고 있다.²⁾

이렇게 헌법재판소법은 두 가지 유형의 헌법소원을 규정하고 있는데, 헌법소원은 일반적으로 국가공권력의 행사 또는 불행사로 인한 기본권침해에 대하여 이를 예외적으로 구제하려는 헌법재판이다.³⁾ 헌법소원은 헌법재판의 역사에서 전형적인 헌법재판은 아니고 헌법상 기본권 침해를 다투는 주관적 권리구제 절차로서 개인의 심판청구가 중요한 요소라고 할 수 있다.

헌법소원은 헌법재판의 일종으로 헌법의 객관적 가치질서를 수호한다는 점에서 객관적 소송이면서, 국민의 기본권구제라는 점에서 주관적 소송이다. 헌법재판도 소송절차라는 점에서 원칙적으로 청구인의 신청을 통하여 소송이 진행되므로 정당한 청구권자의 심판청구가 필요하다. 헌법재판에서도 정당한 청구권을 가진 사람이 심판청구를 할 수 있다는 점에서 심판청구의 권리를 가진 자가 청구권자로 심판청구가 되면 청구인이 된다. 헌법재판에서 심판청구를 하면 청구한 자가 청구인이고 그 상대방은 피청구인으로 헌법재판의 소송당사자가 된다.

헌법소원은 다른 헌법재판과 달리 청구권자가 사인(私人)으로, 심판 절차에서 사인이 당사자라면 당사자가 변호사의 자격이 있는 경우가 아니면 변호사를 대리인으로 선임해야만 심판청구나 심판 수행을 하도록 헌법재판소법 제25조 제3항이 규정하고 있다. 그래서 헌법소원에서 청구권자는 소송대리인인 변호사를 선임해야만 심판청구가 가능하므로 변호사 없이는 심판청구가 불가능하다.

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

2) 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원은 법원의 위헌법률심판 청구와 관련하여 국민에 의한 위헌법률심판을 대체하는 헌법소원이라 할 수 있다.

3) 헌법소원이 재판청구권처럼 기본권적 성격을 갖는지에 대한 논란은 있다. 이에 대해서는 한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2019, 1448면 이하.

헌법소원에서 적법요건이 청구인에게 청구절차에서 접근의 어려움을 느끼게 한다면, 헌법이 보장한 헌법소원의 청구권을 헌법 스스로 포기하도록 하는 결과를 초래하게 한다. 물론 반대의 경우에는 헌법소원이 민중소송화 됨으로써 보충적인 권리구제수단이 될 수 있다. 그래서 헌법소원심판제도의 중심에는 청구인의 범위가 먼저 중요한 전제가 된다.

현대국가는 행정국가화 경향과 국가공권력의 확장, 그리고 국민의 높아진 권리의식 확대 등으로 인하여 헌법소원에서 청구인의 확대는 헌법소원의 심판절차에서 중요한 문제라 할 수 있다. 헌법소원이 국가공권력으로 인한 국민의 기본권 침해를 구제하기 위한 제도라는 취지를 살리기 위한 목적을 실현하려면, 전문적이고 구체적인 소송참가자가 필요하다고 볼 수 있다. 그런 점에서 변호사뿐만 아니라 각 분야의 전문자격사를 가진 사람이나 단체 등도 청구권자가 될 수 있는지를 검토하는 것이 필요하다.

이상의 관점에서 본 연구는 먼저 헌법소원의 의미와 그 기능 등을 살펴보고 헌법소원의 적법요건을 검토한다. 그 후 헌법소원의 적법요건에서 청구권자에 대하여 헌법재판의 당사자능력과 당사자적격의 관점에서 헌법소원의 청구권자 확대 문제를 강구한다.

Ⅱ. 헌법소원의 의의와 기능

1. 헌법소원의 의의

(1) 헌법재판의 개념

헌법소원은 헌법재판의 한 종류라는 점에서 우선 헌법재판의 개념을 살펴보는 것이 필요하다. 이는 헌법재판이 일반 사법재판과 다르다는 것을 확인하는 것이다.⁴⁾ 헌법재판은 넓은 의미에서 사법적 작용을 하는 것이란 점에서 사법재판이라 할 수 있지만, 국가의 최고규범인 헌법을 심사기준으로 한다는 점에서 소위 헌법심(憲法審)으로써 법률심과 구분된다.

일반적으로 헌법재판이란 헌정생활에서 헌법에 관한 분쟁이 발생하는 경우, 유권적 기관에 의하여 이를 해결함으로써 헌법의 규범력을 실현하고 유지하려는 국가작용으로 헌법의 보장작용을 말한다.⁵⁾ 그런데 헌법재판의 개념은 헌법의 개념을 정의하는 것처럼 일의적으로 정의하기

4) 김하열, 「헌법소송법」, 박영사, 2018, 6면 이하.

어려운 점이 있다.⁶⁾ 헌법재판의 개념은 그 내용과 담당기관에 따라 형식적·실질적 의미의 헌법재판으로 구분하기도 한다.⁷⁾

먼저 형식적 의미에 있어서 헌법재판은 헌법재판을 담당하고 있는 기관이 관할하고 있는 재판을 말한다. 즉 헌법재판권을 가진 기관을 중심으로 헌법재판을 정의하는 것으로 헌법재판소라는 명칭을 가진 국가기관이 관장하는 재판을 헌법재판이라고 할 수 있다.⁸⁾ 이에 반하여 실질적 의미의 헌법재판은 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.⁹⁾

헌법재판의 개념을 형식적·실질적 의미의 헌법재판으로 구분하는 것은 양자가 모든 헌법재판을 포괄하지는 못하기 때문이다.¹⁰⁾ 그렇지만 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.¹¹⁾ 이런 관점에서 헌법재판의 실질적 개념은 살아있는 헌법현실 속에서 구체화해야 한다.¹²⁾

5) 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 KommTar, GG, Art. 93.

6) 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.

7) 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.

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

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

10) 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 일반법원에 부여하고 있는 국가인 미국, 스위스, 일본 등의 경우는 별개의 문제이다.

11) 우리나라 현행 실정법에서 각 선거소송은 사법부가 관할하고 있다.

2) 헌법소원의 개념

헌법소원은 헌법재판의 전형적인 모습은 아니지만, 국가공권력의 작용으로 기본권이 침해되며 이를 구제하기 위한 예외적인 방법으로 헌법재판의 일종이 되었다.¹³⁾ 국민의 권리가 침해되면 통상적으로는 법원의 재판을 통하여 구제절차를 받게 되지만, 재판절차를 통하여 구제받지 못한 경우 특별한 절차로서 보충적인 구제절차가 헌법소원이다.¹⁴⁾

헌법소원은 공권력에 의한 기본권침해에 대하여 헌법재판절차를 통하여 이를 구제함으로써 기본권을 보장하려는 헌법재판제도를 말한다.¹⁵⁾ 또는 헌법소원은 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.¹⁶⁾

우리나라 헌법상 헌법소원은 제111조 제1항 제5호에서 법률이 정하는 헌법소원이기 때문에, 헌법재판소법에 의하면 헌법소원은 공권력작용으로 인하여 기본권침해가 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.¹⁷⁾

먼저 내용위임설은 헌법이 헌법소원의 관할권을 헌법재판소에 위임하고 있고, 헌법재판소법에 헌법소원에 관하여 구체적 내용을 규정하고 있다고 하며, 그 내용에는 당연히 절차에 관한 것도 포함된다고 보는 것이다. 이에 대하여 절차위임설은 헌법은 헌법소원을 헌법재판으로 규정하고 있고, 법률로 헌법소원을 규정해야 한다고 하여 헌법소원의 구체적 절차를 법률로 정해야 한다는 의미라고 한다. 그래서 모든 공권력의 행사 또는 불행사로 기본권이 침해되는 경

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

13) 정종섭, 「헌법소송법」, 박영사, 2019, 577면.

14) 정종섭, 「헌법소송법」, 578면.

15) 허영, 「헌법소송법론」, 박영사, 2019, 355면.

16) 이동흡, 「헌법소송법」, 법문사, 2019, 319면.

17) 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.

우 헌법소원을 제기할 수 있다는 것은 법원의 재판을 제외해서는 안 된다는 것을 의미하기 때문에 입헌주의와 법치국가원리에 따라 재판을 제외하는 것에 대하여 위헌으로 볼 수 있다고 한다.¹⁸⁾

헌법이 규정하고 있는 법률이 정하는 헌법소원이란 의미에 대하여 헌법재판소는 명확한 입장을 견지하고 있지 않으나, 헌법재판소법 제68조 제1항이 법원의 재판을 제외한다는 것에 대하여 위헌은 아니라고 하고 있다.¹⁹⁾ 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 헌법소원의 내용을 규정할 수 있다고 하였다.²⁰⁾

우리나라의 헌법소원은 헌법 제111조 제1항 제5호가 규정하고 있는 것처럼, 헌법이 법률에 그 구체적 내용을 위임하고 있다. 이에 따라 헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 사람이 헌법재판소에 그 권리구제를 위하여 헌법소원을 청구하도록 하고 있고, 동조 제2항에서는 재판의 적용 대상인 법률의 위헌 여부와 관련하여 법원이 법률의 위헌 여부를 청구하지 않을 때 이를 구제하기 위한 헌법소원도 규정하고 있다. 전자는 권리구제형 헌법소원이라 하고, 후자는 위헌심사형 헌법소원이라고 한다.²¹⁾ 헌법소원은 권리구제형이든 위헌심사형이든 심판을 통하여 국민의 기본권을 구제하고 헌법질서를 수호·유지하는 제도를 말한다.²²⁾

18) 정종섭, 「헌법소송법」, 575면 이하.

19) 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172 등.

20) 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172 등.

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

22) 정종섭, 「헌법소송법」, 박영사, 2019, 577면.

2. 헌법소원의 기능과 법적 성격

(1) 헌법소원의 기능

헌법소원은 헌법재판의 한 종류이다. 헌법재판은 헌법의 규범적 효력을 관철하여 그 실효성을 담보하는 헌법보호의 기능,²³⁾ 입법·행정·사법의 모든 국가작용이 헌법에서 설정한 권력분립의 견제와 균형의 체계 내에서 작용되도록 보장하는 권력통제기능,²⁴⁾ 국가권력을 통제하고 국가권력의 절차적 정당성을 확인함으로써 국민의 자유와 권리를 보호하는 기능,²⁵⁾ 헌법이 갖고 있는 정치적 성격을 규범화하여 정치적 평화를 추구하는 기능,²⁶⁾ 헌법의 규범력과 실효성을 보장하는 기능 등을 갖는다.

헌법이 최고규범이라는 것을 전제로 하는 헌법재판으로서 헌법소원은 국가공권력으로부터 침해된 기본권을 구제함으로써 기본권을 보호하는 것이다.²⁷⁾²⁸⁾ 즉 헌법을 통하여 하나의 독립된 제도로써 기본권 보호를 목적으로 하여 기능하는 특별하고 추가적인 기본권 구제절차이다.²⁹⁾ 그런 점에서 헌법소원의 가장 중요한 기능은 헌법상의 기본권을 구하는 기능이라 할 수 있다.³⁰⁾

헌법소원은 기본권 구제기능과 함께 객관적 헌법질서의 보장기능도 갖는다.³¹⁾ 헌법재판소는 초기부터 헌법소원제도의 기능을 주관적 권리구제뿐만 아니라 헌법질서의 수호·유지기능을 갖는다고 보았다.³²⁾ 헌법재판소는 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 헌법소원에서 “헌법소원의 대상이 된 침해행위가 이미 종료하여서 이를 취소할 여지가 없기 때문에 헌법소원이 주관적 권리

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

24) 김하열, 「헌법소송법」, 20면.

25) 허완중, 「헌법소송법」, 45면.

26) 헌법재판소, 「헌법재판실무제요」, 3면.

27) 허영, 「헌법소송법론」, 361면.

28) 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).

29) 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.

30) 김하열, 「헌법소송법」, 415면.

31) 이동흡, 「헌법소송법」, 322면.

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

구제에는 별 도움이 안 되는 경우라도 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 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.

이런 헌법재판소의 입장과 별개로 기본권 구제절차로서 헌법소원은 기본권의 이중적 성격과 관련하여 한편에서는 기본권 보호와 함께 다른 한편에서는 기본권의 보호를 통하여 국가공동체의 객관적 질서를 보호하는 기능도 갖게 된다.³³⁾ 이런 점에서 헌법소원은 기본권구제라는 주관적 소송의 성격도 있지만, 헌법질서의 수호·유지라는 객관적 소송의 성격도 갖는다.³⁴⁾

나아가 헌법소원은 국가권력을 통제하는 기능도 갖는다. 헌법소원은 그 목적이 기본권 보호에 있는데, 공권력에 의한 기본권침해 여부를 심판하기 때문에 공권력 작용이 중요한 대상이다. 기본권은 헌법에서 핵심적인 내용이며, 공권력에 의하여 기본권이 침해되었는지 여부가 헌법소원의 핵심이다. 즉 기본권침해의 구제절차인 헌법소원 심판절차를 통하여 공권력의 합헌성 여부를 심사하는 것이기 때문에 공권력의 통제라는 기능을 수행된다.³⁵⁾ 그래서 공권력 주체는 그 작용의 목적과 수단이 기본권 최대 보장을 목적으로 하는 헌법질서에 부합되는지 판단해야 한다.

우리나라는 독일과 달리 헌법 제111조 제1항 제5호와 헌법재판소법 제68조 제1항에서 헌법소원의 대상에서 법원의 재판을 제외하고 있지만, 법원이 헌법재판소의 결정과 배치되는 판결을 내리면 헌법에 합치되는 정상적인 사법작용으로 보지 않고 헌법소원의 대상이 될 수 있다고 하였다.³⁶⁾ 이러한 헌법재판소의 견해에서 헌법소원이 권력통제의 기능도 수행하고 있음을 볼 수 있다.

33) 허영, 「헌법소송법론」, 363면.

34) 허영, 「헌법소송법론」, 362면.

35) 김하열, 「헌법소송법」, 417면.

36) 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 헌법에의 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).

(2) 헌법소원의 법적 성격

헌법재판소법은 제68조에서 두 가지 유형의 헌법소원을 규정하고 있다. 그래서 이와 관련하여 특히 위헌심사형 헌법소원의 법적 성격에 관한 논란이 있다.

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

권리구제형 헌법소원에서 논쟁이 일고 있는 것은, 헌법재판소법 제68조 제1항에서 그 대상에서 법원의 재판을 제외하고 있어서 문제가 된다.³⁷⁾ 법원의 재판은 사법작용의 핵심으로 국가공권력의 행사라고 볼 수 있는데, 동 조항은 재판작용을 그 대상에서 제외함으로써 공권력의 행사 또는 불행사에서 사법작용인 법원의 재판이 제외됨으로써 헌법소원에서 기본권구제를 위한 성격에 흠결이 발생할 수 있기 때문이다. 이는 권리구제형 헌법소원의 법적 성격에서 볼 때 기본권 구제절차인 헌법소원의 의미를 상당부분 몰각시키는 것이다.

헌법소원에서 그 법적 성격과 관련하여 논란이 일고 있는 것은 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원이다. 이 헌법소원에 대하여 헌법학계는 이중적인 법적 성격을 갖고 있다고 한다.³⁸⁾ 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 기각당해야만 당해 법률의 위헌 여부에 대하여 헌법소원을 청구할 수 있다. 그래서 명칭과 절차는 헌법소원으로 진행되지만, 그 내용은 법률의 위헌 여부를 헌법재판소에 청구하기 때문에 위헌법률심판의 성격을 갖는다.

헌법재판소는 판례를 통하여 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원에 대하여 “헌법재판소법 제68조 제2항 소정의 헌법소원은 그 본질이 헌법소원이라기 보다는 위헌법률심판이므로

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

38) 김하열, 「헌법소송법」, 393면.

헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 헌법소원에서 요구되는 보충성의 원칙은 적용되지 아니한다.”라고 하여 헌법소원의 본질을 위헌법률심판으로 보고 있다.³⁹⁾ 물론 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원이 본질은 규범통제라고 하여도 법원과 헌법재판소의 양자관계로 이루어지는 위헌법률심판은 아니고,⁴⁰⁾ 국민이 헌법재판소에 직접 규범통제소송을 청구하는 형태이기 때문에 국민과 법원 및 헌법재판소라는 3자간의 관계가 성립한다는 점에서 특징이 있다.⁴¹⁾

Ⅲ. 헌법소원의 적법요건

1. 헌법소원에서 적법요건의 의의

(1) 적법요건의 의미

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

헌법소원은 헌법재판소법 제68조 제1항에서 “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 후에 청구할 수 있다.”라고 하여, 법률에 규정되어 있는 기본권침해를 구제받기 위한 모든 절차를 거쳐야만 청구할 수 있도록 하고 있다.

39) 헌재 1997. 7. 16. 96헌바36.

40) 헌법재판소는 “헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원은 그 형식에도 불구하고 실질은 위헌법률심판제도이다. 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 갖출 것을 요하지 않는다.”라고 하여 실질적으로 위헌법률심판이라고 거듭 견해를 밝히고 있다(헌재 2003. 5. 15. 2001헌바98).

41) 김하열, 「헌법소송법」, 393면.

헌법소원은 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 헌법소원에 관하여 그 범위와 내용, 심판 절차 등에 대하여 법률에 위임하고 있으며, 이 위임에 따라 헌법재판소법은 헌법소원 심판절차에 관하여 구체적으로 규정하고 있다.

헌법소원은 민사소송 등과 마찬가지로 적법요건에 관한 판단과 본안에 관한 판단으로 구분한다. 일반 사법재판 중 민사재판에서뿐만 아니라 헌법재판에서도 적법요건 심사와 본안판단 심사를 구분하는 것은 독일의 소송법에서 발전한 것이다.⁴²⁾ 헌법소원도 법이 정한 요건을 충족해야 청구가 가능하고, 소의 청구가 되어야 그 쟁점에서 대한 심사가 진행될 수 있다. 즉 헌법소원에서 본안판단을 하려면 먼저 소송의 청구를 위한 요건을 충족해야 한다는 것이다. 이렇게 소송에서 청구가 가능하도록 하는 법적 요건을 통상 적법요건이라고 한다. 헌법소원도 소를 청구하면 적법한 청구에 대해서만 본안판단을 하게 된다.

본안판단 전 심사하는 적법요건은 소송의 종류마다 다양하게 구분된다.⁴³⁾ 이렇게 구분하여 소송절차를 진행하는 것은 법이 정한 요건을 구체적으로 심사함으로써 법치국가원리의 실현뿐만 아니라 소송의 효율성을 제고하여 구체적인 권리보호를 위한 것이라고 할 수 있다. 헌법소원의 적법요건은 헌법, 헌법재판소법, 헌법재판소 심판규칙 및 민사소송법 등 헌법소송에 관한 법규범에서 정해지는데, 그 내용은 헌법재판소가 구체화한다.⁴⁴⁾ 따라서 헌법재판소는 헌법소원의 목적과 기능을 고려하여 헌법이 규정하고 있는 기본권 보장을 최대한 실현할 수 있도록 적법요건을 구체화해야 한다.

(2) 적법요건의 체계와 구성

헌법소원에서 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 침해 받은 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,

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

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

44) 김하열, 「헌법소송법」, 420면.

청구권자, 청구의 대상으로써 ‘공권력의 행사 또는 불행사’, 기본권의 침해, 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 함을 규정하고 있다. 그리고 동법 제40조 제1항에 의하여 민사소송법 내지 행정소송법의 관련 규정들을 준용함으로써 권리보호이익도 헌법소원 심판청구를 위한 적법요건으로 인정된다.⁴⁵⁾

나아가 헌법재판소는 앞에 열거한 조항에 규정된 요건 외에 청구인과 침해받은 기본권 사이의 법적 관련성을 헌법소원의 적법성을 판단하고 있다.⁴⁶⁾ 헌법재판소가 판례를 통하여 인정하고 있는 기본권침해의 법적 관련성을 헌법소원의 적법요건에 추가한다면, 헌법소원의 적법요건으로는 청구권자, 청구의 대상으로써 ‘공권력의 행사 또는 불행사’, 기본권침해의 법적 관련성, 보충성원칙, 청구기간, 권리보호이익 등이라 할 수 있다. 이외에도 헌법소원의 적법요건에 헌법재판소법 제25조의 변호사강제주의, 제39조의 일사부재리 등도 포함된다.

2. 헌법소원의 개별적 적법요건

앞에서 언급한 것처럼 헌법소원 적법요건은 권리구제형과 위헌심사형에 따라 차이가 있지만, 여기서는 권리구제형 헌법소원에서 적법요건 중에서 중요한 의미를 갖는 청구인능력, 공권력, 기본권의 침해, 보충성원칙, 권리보호이익 및 대리인 선임 등을 중심으로 검토한다.

(1) 헌법소원의 청구인

헌법소원은 공권력의 작용으로 인하여 기본권의 침해가 발생하였을 때 청구하는 헌법소송이기 때문에, 헌법소원의 청구인은 기본권의 주체가 될 수 있다.⁴⁷⁾ 즉 헌법소원은 헌법상 보장

45) 김하열, 「헌법소송법」, 421면.

46) 헌재 1989. 7. 21, 89헌마12 참조.

47) 허영, 「헌법소송법론」, 박영사, 2020, 363면.

된 기본권을 침해받은 사람이 청구하는 것으로 기본권능력(Grundrechtsfähigkeit)이 있는 사람이 청구인능력(Beschwerdefähigkeit)을 가진다. 물론 기본권능력을 가진다고 청구인능력을 가지는 것과 일치하지는 않으나 기본권 구제절차인 헌법소원에서 양자는 결부된다.⁴⁸⁾

헌법소원에서 기본권의 주체는 청구인이 될 수 있다는 점에서 우선 국민인 자연인이 해당되며, 외국인의 경우 기본권 주체로 인정되는 범위 내에서 청구인이 될 수 있다.⁴⁹⁾ 자연인 이외에도 권리능력이 없는 사단,⁵⁰⁾ 사법인(私法人) 등도 기본권의 주체가 되는 범위 내에서는 청구인이 될 수 있다.⁵¹⁾ 다만 공법인은 원칙적으로 기본권의 수범자로서 헌법소원의 청구인이 될 수 없지만 예외적으로 국가와의 관계에서 기본권 주체로서 지위와 기능을 갖는 경우 헌법소원의 청구인이 될 수 있다고 본다.⁵²⁾

헌법소원의 청구인은 정당한 청구인으로서 소송을 수행하고 본안판단을 받기에 적합한 자격이 있어서 하는데 이를 청구인적격(Beschwerdebefugnis)이라고 한다. 헌법소원에서 청구인적격은 기본권을 침해받은 사람을 인정한다. 또한 헌법소원에서 소송을 수행할 수 있는 능력은 소송능력(Prozeßfähigkeit)이라고 하는데 이는 스스로 또는 대리인을 통하여 할 수 있는 것을 말한다.⁵³⁾ 그런데 헌법소원의 청구인적격을 갖는 사람도 대부분 스스로 소송을 수행할 수 없다. 이는 헌법재판소법 제25조 제3항에 의하여 변호사자격을 보유한 사람만이 헌법소원 심판절차를 수행하도록 규정하고 있기 때문이다.⁵⁴⁾

(2) 헌법소원의 대상

1) 공권력의 작용

헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원을 청구할 수 있다.”라고

48) 김하열, 「헌법소송법」, 424면.

49) 이에 관하여 자세히는 한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2019, 390면 이하; 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2020, 250면 이하.

50) 권리능력이 없는 사단의 경우 사단의 구성원이 아닌 사단 자신의 기본권에 관해서만 청구인이 될 수 있다고 본다(허영, 「헌법소송법론」, 박영사, 365면).

51) 헌법재판소는 기본권의 성질이 허용하는 한 사법인도 기본권의 주체가 된다고 보고 있다. 예를 들어 헌재 1991. 6. 3. 90헌마56.

52) 헌재 1992. 10. 1. 92헌마68 등.

53) 김하열, 「헌법소송법」, 424면.

54) 독일은 헌법소원에서 변호사강제주의가 적용되지 않는다(허영, 「헌법소송법론」, 368면).

하여 법원의 재판을 제외한 공권력의 행사 또는 불행사를 헌법소원의 대상으로 규정하고 있다. 여기서 ‘공권력’이란⁵⁵⁾ 입법권·행정권·사법권을 행사하는 모든 국가기관·공공단체 등의 고권적 작용이라고 할 수 있다.⁵⁶⁾ 이것이 본래 의미의 헌법소원으로 권리구제형 헌법소원이다.

공권력의 작용은 크게 입법작용, 행정작용 및 사법작용으로 나눌 수 있다. 먼저 입법작용에 는 헌법은 위헌 심사의 대상이 아니라는 점에서 제외하고,⁵⁷⁾ 직접 기본권을 침해하는 법률,⁵⁸⁾ 조약과 일반적으로 승인된 국제법규,⁵⁹⁾ 국가에 의무가 발생했음에도 입법을 하지 않은 입법부 작위 등이 포함된다.⁶⁰⁾ 그다음 행정작용은 행정처분에 대하여 다른 법률에 구제절차가 있는 경우 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 헌법소원을 청구할 수 없도록 한 헌법재판소법의 규정 때문에 헌법소원의 대상이 되는 행정처분은 매우 제한이어서, 기본권을 침해하는 통치행위, 행정 입법, 행정입법부작위, 권력적 사실행위, 검사의 불기소처분 등이 헌법소원의 대상으로 된다.⁶¹⁾

나아가 공권력의 작용으로서 사법작용은 헌법재판소법 제68조 제1항에서 법원의 재판을 제외함으로써 원칙적으로 헌법소원의 대상에서 제외된다.⁶²⁾ 비교법적 관점에서 볼 때 법원의 재판을 제외한다고 위헌이라 볼 수는 없다. 예를 들면 독일을 비롯하여 오스트리아, 스위스, 스페인 등에서 헌법소원의 대상을 특정 공권력의 행사 또는 불행사에 한정하고 있는 입법례를 보면 헌법소원제도의 본질에 반한다고 볼 수 없고 국가마다 서로 다른 입법정책에 따른 것이라 볼 수 있다. 그러나 재판소원을 배제하는 것은 기본권 보호와 실현에 있어 그 실효성을 현저히

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

56) 헌재 2001. 3. 21. 99헌마139 등.

57) 헌법 규정도 포함된다는 견해는 김선택, “형식적 헌법의 실질적 위헌성에 대한 헌법재판”, 법학논집 제32집, 고려대학교 법학연구소, 1996, 353면. 그런데 헌법재판소는 “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 부정하고 있다(헌재 1989. 9. 29. 89헌마13).

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

59) “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).”

60) 헌재 1989. 3. 17. 88헌마1; 헌재 2001. 6. 28. 2000헌마735. 그리고 법원의 재판에는 일반법원의 재판뿐만 아니라 군사법원의 재판도 포함된다(헌재 2008. 4. 15. 2008헌마267; 헌재 2008. 5. 20. 2008헌마359; 헌재 2008. 8. 19. 2008헌마523).

61) 허영, 「헌법소송법론」, 370면. 독일의 경우 행정처분은 헌법소원의 대상으로 특별한 의미를 갖지 못하는데 그 이유는 행정처분으로 인해 기본권 침해가 발생되면 다른 권리구제절차를 거친 후 법원의 최종재판결과에 대한 재판소원을 인정하기 때문이다.

62) 헌재 1992. 12. 24. 90헌마158.

떨어뜨리는 것이라 할 수 있으며 궁극적으로는 헌법소원이라는 제도를 통해 이루고자 하는 국민의 기본권 보장이라는 헌법소원의 본질적 기능조차도 약화시킬 수 있는 점에서 많은 문제를 발생한다는 것도 간과할 수 없다.⁶³⁾ 이러한 모든 공권력의 작용은 기본권에 기속되어야 하기 때문에 헌법소원제도는 헌법상 보장된 국민의 권리와 자유를 실질적으로 보장하는 권력통제장치라고 할 수 있다.

2) 기본권의 침해와 법적 관련성

헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원은 ‘헌법상 보장된 기본권’을 침해받은 자가 청구할 수 있다고 규정함으로써 헌법상 보장된 기본권의 존재를 전제로 하고 있다. 그런데 헌법 규정 어디에도 기본권의 개념과 범위를 정하지 아니한 까닭에 결국 헌법해석을 통해 이를 정할 수밖에 없다. 헌법재판소도 “헌법에 의하여 직접 보장된 개인의 주관적 공권”이라고 파악할 수 있다.”라고 하였고,⁶⁴⁾ 여기서 헌법에 의해 ‘직접’ 보장된 개인의 주관적 권리라고 함은 “헌법에서 명문으로 규정하고 있는 만을 의미하는 것이 아니라 해석을 통해 도출된 것도 포함한다.”라고 하였다.⁶⁵⁾

헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 청구인능력과 청구인적격에 관한 것으로 후자의 경우 법적 관련성이 있어야 한다. 즉 공권력의 작용으로 기본권이 침해된 것에 대하여 헌법소원 청구인의 법적 관련성이 있어야 한다. 이 법적 관련성은 자신의 기본권이 공권력의 작용으로 침해되었다는 것에 대한 자기관련성, 직접성과 현재성을 내용으로 한다.⁶⁶⁾

(3) 보충성원칙과 그 예외

1) 보충성의 의의와 기능

헌법소원은 다른 법률에 구제절차가 있는 경우,⁶⁷⁾ 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 심판

63) 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172 등.

64) 헌재 2001. 3. 21. 99헌마139 등.

65) 허완중, 앞의 책, 530면.

66) 허영, 「헌법소송법론」, 400면.

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

청구를 할 수 없다.⁶⁸⁾ 이를 헌법소원의 보충성이라고 한다. 다른 법률에 구제절차가 있는 경우는 대부분 법원의 소송절차를 의미한다.⁶⁹⁾ 보충성원칙은 헌법상 보장된 기본권침해에 대해 예비적이고 보충적인 최후의 구제수단으로서 헌법소원이 갖는 본질적 특성으로 인하여⁷⁰⁾ 다른 법률이 정한 절차에 따라 침해된 기본권의 구제를 받기 위한 모든 절차를 거쳤음에도 구제받지 못한 경우 비로소 헌법소원을 청구할 수 있는 것을 말한다.⁷¹⁾ 그런데 법령 자체가 기본권을 직접 침해하면 청구인은 그 법령 자체의 효력을 직접 소송물로 하여 일반법원에 제기할 길이 없으므로⁷²⁾ 구제절차가 있는 경우에 해당하지 않아 바로 헌법소원을 청구할 수 있다.⁷³⁾

헌법 제111조 제1항 제5호는 ‘법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판’이라고 하여 헌법소원에 관해 법률주의를 채택하고 있다. 헌법재판소법 제68조 제1항은 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하면서 보충성원칙을 규정하고 있다. 이 때문에 행정처분에 대하여 행정소송을 제기하게 되면 헌법소원을 제기할 수 없어서 공권력 행사로 인한 기본권 침해에 대하여 현행 헌법이 그 구제절차로 도입한 헌법소원제도의 의의를 살릴 수 없게 되었다.

보충성 요건은 재판소원을 금지하는 현행 헌법재판소법 제68조 제1항의 규정과 함께 행정작용에 대한 헌법소원을 크게 제한하고 있으므로 이러한 제한으로 인해 행정작용에 의한 헌법소원제기는 감사의 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 한해 인정된다.⁷⁴⁾

2) 보충성원칙의 예외

적법한 권리구제절차를 거치고 보충성원칙을 적용한 결과 실효적 기본권 구제를 기대하기 어려울 때, 헌법재판소는 보충성원칙에 대한 예외를 인정하고 있다.⁷⁵⁾ 예를 들면 헌법재판소는

68) 헌법재판소는 “여기에서 ‘다른 법률에 의한 구제절차를 거친 후’란 다른 법률에 의한 구제절차를 적법하게 거친 경우를 말하므로,”라 하고 있다(헌재 1999. 9. 16. 98헌마265).

69) 김하열, 「헌법소송법」, 527면.

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

71) 헌재 1993. 12. 23. 92헌마247.

72) 대법원 1994. 4. 26. 선고 93부32 결정.

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

74) 헌법재판소, 「헌법재판실무제요」, 315면.

심판청구인의 불이익으로 돌릴 수 없는 정당한 이유 있는 착오로 인해 전심절차를 밟지 않거나, 전심절차를 통해 권리구제가 될 가능성이 거의 없거나 허용되는지 여부가 객관적으로도 불확실하여 전심절차를 밟는 것이 기대하기 어려울 때 예외 사유를 인정하였다.⁷⁶⁾

(4) 권리보호이익

헌법소원은 기본권 보호를 위한 주관적 권리구제절차로 권리보호이익이 있을 때에 청구할 수 있다. 권리보호이익은 소송제도에서 필연적으로 요구되는 요건으로 정당한 이익이 없거나 무익한 제소나 청구를 억제하는 기능을 갖기 때문에 불필요한 소송으로 인한 불이익을 차단하게 된다.⁷⁷⁾ 권리보호이익은 청구인의 주관적 기본권 보호의 필요성에 의한 것이지만, 헌법질서의 수호라는 관점에서는 권리보호이익이 없더라도 헌법 문제의 해명을 위하여 본안심판을 해야 하는 경우 헌법소원의 객관적 기능에서 심판의 이익을 필요로 한다.⁷⁸⁾ 권리보호이익은 심판의 청구 때부터 종국결정 때까지 계속하여 존재해야 한다.⁷⁹⁾

(5) 변호사강제주의

헌법재판소법 제25조 제3항은 헌법재판의 심판절차에서 사인(私人)이 당사자인 경우 변호사 자격이 없으면 변호사를 대리인으로 선임하여 심판청구를 하거나 심판수행을 하도록 규정하고 있는데, 이를 변호사강제주의라고 한다. 헌법소원에서 적법요건인 변호사강제주의는 우리나라 다른 소송절차에 찾기 어려운 특유한 제도로 국민의 재판청구권 보장의 관점에서 보면 부당하게 헌법소원제도를 제약하는 것으로 볼 수 있다.⁸⁰⁾

헌법재판소는 변호사강제주의가 헌법소원의 본질을 침해하지 않는다고 하면서 분업화원리

75) 헌재 2011. 6. 30. 2009헌마406.

76) 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22.

77) 김하열, 「헌법소송법」, 551면.

78) 정종섭, 「헌법소송법」, 714면 이하.

79) 김하열, 「헌법소송법」, 552면.

80) 허영, 「헌법소송법론」, 141면. 물론 변호사강제주의는 소비자 단체소송(소비자기본법 제72조), 개인정보 단체소송(개인정보 보호법 제53조), 증권관련 집단소송(증권관련 집단소송법 제5조 제1항) 등에서 볼 수 있는데, 당사자는 변호사를 대리인으로 선임하지 않으면 소송 및 심판절차를 수행할 수 없다(박성은, “변호사강제주의 도입의 전제조건 - 독일의 제도와 상황을 참고하여 -”, 인권과정의 통권 제493호. 대한변호사협회, 2020, 97면).

의 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 대상조치가 별도로 마련되어 있는 이상 무자력자의 헌법재판을 받을 권리의 본질적 내용의 침해라고 볼 수 없다고 하였다.⁸¹⁾ 그렇지만 변호사강제주의를 헌법소원에만 적용하는 것에 대한 헌법적 논거는 부족하다고 본다.⁸²⁾

IV. 헌법소원의 당사자와 청구인 확대 필요성

1. 헌법소원의 당사자

(1) 당사자의 의의

헌법재판에서 당사자는 자기 이름으로 심판을 청구하는 청구인과 그 상대방인 피청구인을 당사자라고 한다.⁸³⁾ 헌법재판의 목적과 기능은 주관적 권리구제와 객관적 헌법질서의 보장에 있는데, 이는 헌법소원의 경우도 마찬가지이다. 헌법소원에서 당사자는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 청구인이고, 피청구인은 단지 상대방으로 특정되지 않는다.

헌법재판소법은 제71조에서 청구서의 기재 사항의 하나로 침해의 원인이 되는 공권력의 행사 또는 불행사 등을 규정하고 있지만, 피청구인의 기재 여부는 명시하지 않고 있다. 그런데 헌법재판소 심판규칙 제68조 제1항은 법령에 대한 헌법소원의 경우를 제외하고는 피청구인을 기재하도록 하고 있으며, 동 심판규칙 제70조는 피청구인의 기재가 누락되거나 명확하지 아니함에도 불구하고 보정명령에 불응한 경우 심판청구를 각하할 수 있도록 하고 있다.

헌법재판소법 제75조 제4항은 “공권력의 불행사에 대한 헌법소원을 인용하는 결정을 한 때에는 피청구인은 결정취지에 따라 새로운 처분을 하여야 한다.”라고 규정하여 피청구인이란 용

81) 헌재 1990. 9. 3. 89헌마120 등.

82) 박성은, 앞의 논문, 102면 이하에서는 변호사강제주의의 헌법적 정당성을 기술하고 있지만, 그 논거는 당사자의 기본권을 침해하지 않는다는 것인데, 기본권 보호의 관점에서 변호사강제주의를 채택한 경우와 채택하지 않은 경우에 대한 논거가 없다.

83) 이동흡, 앞의 책, 55면.

어를 사용하고 있다. 실무에서는 법령을 심판대상으로 하는 헌법소원의 경우 청구의 상대방이 되는 당사자를 상정하지 않고 절차를 진행하지만, 그 밖의 공권력 행사 또는 불행사를 다투는 헌법소원의 경우에는 피청구인의 존재를 상정하고 절차를 진행한다.⁸⁴⁾

(2) 당사자의 지위와 권리

헌법소원의 당사자는 심판절차에 참여하여 헌법재판소법이 규정하고 있는 권리를 행사하고 의무를 이행하면서 소송수행의 지위를 가진다. 헌법재판소법 제30조 제2항에 따라 헌법소원은 원칙적으로 서면심리 방식에 의하지만 필요하다고 인정하는 경우 변론을 열어서 이해관계인과 참고인의 진술을 들을 수 있다. 그래서 당사자는 변론 때 진술을 할 수 있는 지위를 가질 수 있다.⁸⁵⁾

헌법소원의 당사자는 헌법재판소법 관련 규정에 따라 심판절차에서 자신의 이익을 위하여 필요한 소송법상의 권리인 청구서 또는 답변서 제출과 심판결정의 송달을 받을 권리, 출석요구를 받을 권리, 기일지정 신청권, 제척·기피신청권, 변론권과 질문권 및 증거조사 신청권 등을 갖는다. 또한 당사자 중 청구인은 재판에서 자료제출과 의견진술권, 심판청구의 취하 또는 포기할 권리, 심판의 변론에 참여할 권리 등도 갖는다.

2. 청구인 확대 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.⁸⁶⁾

84) 이동흡, 앞의 책, 58면.

85) 이동흡, 앞의 책, 58면.

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

헌법소원제도의 핵심적인 역할은 공권력의 기본권침해부터 국민이 구제받기 위한 최후의 수단이라는 것이다. 그런데 헌법소원의 적법요건을 엄격하게 적용하여 청구인의 청구가 각하된다면, 이는 헌법이 규정한 기본권구제라는 취지에 어긋나게 된다. 물론 헌법재판소법 제68조 제1항은 헌법소원에 보충성원칙을 규정하여 다른 권리구제절차를 모두 거친 후에야 할 수 있도록 하고 있다.

헌법재판소법은 헌법소원을 보충적인 최후의 권리구제수단이라 하고 있지만, 헌법소원은 주관적인 권리구제 수단이면서 객관적인 헌법질서의 수호·유지수단이다. 그래서 헌법소원제도는 헌법질서의 수호·유지를 위한 중요한 수단이기도 하다는 점에서 그 해명이 헌법적으로 중요한 의미를 가진 경우, 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있는 경우에는 예외적으로 위헌 여부를 확인해야 할 필요가 있다.⁸⁷⁾ 그래서 헌법소원의 기능과 역할의 관점에서 적법요건을 완화할 필요성이 있다.

(2) 국가의 기본권보장의무

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.⁸⁸⁾ 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. 오늘날 법치국가는 법률국가(Gesetzesstaat)라고 할 수 있으며, 국가권력의 정당성과 그 행사의 합법성에는 법과 국가, 법과 법률의 상호관계가 작용하고 있다.⁸⁹⁾ 이러한 법치국가원리를 통해 국가의 모든 권력기관은 국민의 기본권을 보호해야 하는 의무를 진다.

국가기관의 기본권보호의무는 법치국가적으로 가능한 범위 안에서 기본권의 보호를 위하여 필요한 조치를 취할 수 있도록 입법자에게 법률제정의 의무를 부과하고, 이에 따라 입법자는 다양한 수단을 선택할 수 있는 입법재량과 권력분립의 원칙에서 도출되는 광범위한 형성의 자

87) 헌재 1994. 7. 29. 91헌마137.

88) 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2022, 1123면 이하.

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

유를 가진다.⁹⁰⁾

이와 함께 행정과 사법은 입법자가 제정한 법률을 적용하고, 법률의 적용과 해석을 통하여 기본권보호의무를 구체적으로 실현한다. 즉 행정은 법률유보원칙에 따라 집행을 통하여 보호의무를 실현하고, 사법은 국가기관이 기본권보호의무를 준수하고 있는지를 통제한다. 그런데 국민의 기본권을 보호해야 할 공권력이 기본권을 침해한다면 이를 확인하고 국민의 기본권을 보호해야 할 의무가 국가에 있다는 점에서 비록 예외적이지만 최후의 기본권 구제수단으로 헌법소원의 적법요건을 완화하는 것이 필요하다.

(3) 청구인의 확대 문제

헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면 헌법소원의 청구는 ‘헌법이 보장한 기본권을 침해받은 자’가 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 헌법소원을 청구하기 위해서는 청구권자는 청구인능력과 청구인적격이 필요하고 이 요건들을 충족하지 못하면 헌법재판소는 부적법 각하결정을 한다. 헌법소원의 청구인은 기본권의 주체로서 청구능력을 가지고 자신의 기본권이 현재·직접 침해당한 요건을 충족한 경우만 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다.

헌법소원에서 청구인 요건이 엄격해질수록 헌법소원제도의 범위는 협소해지고 그 의미도 축소된다. 또한 헌법소원 청구인이 소 제기에 필요한 요건을 보면 법령의 적법한 적용, 자신의 기본권침해 여부에 관한 판단, 변호사강제주의의 요구, 권리보호이익 유무의 판단 등을 스스로 해야 하는 어려움에 직면하고 이를 충족하지 못하면 각하를 면치 못한다.

헌법재판소는 자신의 결정에서 “청구인의 기본권침해 자기관련성이 인정되지 않아 부적법하다.”⁹¹⁾, 또는 “청구인들의 이 사건 심판청구는 청구인 적격이 없는 자의 청구여서 부적법하다고 할 것이다.”라고 하여⁹²⁾ 적법요건을 엄격하게 적용하지만 각 요건을 구분하여 판단하는 것은 아니다. 물론 헌법재판소는 헌법소원제도의 취지와 본질을 고려하여 판단하고 있으나, 헌법소원도 헌법재판으로서 주관적 권리구제뿐만 아니라 입법작용 등 공권력작용으로부터 헌법질서의 보장을 위한 객관적 소송으로서 성격도 고려해야 한다.

이상의 관점에서 헌법소원의 청구인 범위는 확대될 필요가 있다. 특히 국가기관의 권력적

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

91) 헌재 1991. 3. 11. 91헌마21.

92) 헌재 1995. 9. 28. 92헌마23 등.

행위는 법률에 근거하고 있는데, 그 전제가 되는 법률이 헌법에 합치되는지는 공권력 행사의 정당성 문제와 결부되고 행정기관의 처분행위와 같은 공권력의 행사 등으로 인하여 직접적으로 국민의 기본권침해가 발생하게 된다면 국가는 다른 관점에서 국민의 기본권보장을 위한 의무를 해야 할 필요성이 대두된다. 예를 들면 법령해석기관이 그 해석을 통하여 기본권침해 등의 위헌 소지가 있음을 인지하면 해석을 요청한 국민의 기본권구제를 위하여 국민을 대리하여 청구권자의 지위로 헌법소원을 제기할 수 있는 제도가 필요하다고 본다.⁹³⁾

헌법소원의 청구인 확대와 관련하여 고려할 수 있는 것은 전문자격사 또는 전문자격사단체이다. 우리나라는 현재 분야별로 전문자격사제도를 운영하고 있고, 전문자격사들로 구성되는 전문자격사단체가 관련 법률에 따라 운영되고 있다. 이런 전문자격사의 관련 분야에서 헌법소원의 청구와 관련해서는 이들에 의한 전문지식의 활용을 통하여 국민의 기본권을 확대보장할 수 있다면 헌법소원의 취지를 볼 때 도입을 고려해야 할 이유는 충분하다고 본다.

3. 헌법소원 청구의 개선방안

(1) 헌법재판소법의 개정문제

헌법소원의 청구는 자신의 기본권이 공권력에 의해 현재, 직접 침해된 경우라야 제기할 수 있음이 원칙이다. 헌법소원의 심사청구에 있어 기본권의 수범자인 행정기관은 그 청구 주체가 될 수 없다.⁹⁴⁾ 이런 이유로 청구인의 범위를 확대하려면 현행 헌법재판소법을 개정하는 것이다.

청구권자의 확대와 관련하여 고려해 볼 수 있는 것이 기본권을 침해당한 국민을 대신하는 ‘제3자 소송담당’이다. 제3자 소송담당은 일반적으로 민사소송에서 권리주체가 아닌 제3자가 권리주체를 위하여 당사자적격을 가지고 소송을 수행할 수 있는 권능을 의미한다.⁹⁵⁾ 권리는 원칙적으로 권리주체에 의해 주장되고 소송수행을 하도록 하는 것이 자기책임의 원칙에 부합하

93) 이에 관해서는 정세윤, “헌법소원심판의 개선방안에 관한 연구 - 적법요건의 청구인 확대를 중심으로 -”, 동국대학교 석사학위논문, 2020 참조.

94) “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).”

95) 헌법재판소, 「헌법재판실무제요」, 293면.

로, 제3자 소송담당은 예외적으로 법률의 규정이 있는 경우에만 인정되고, 법률에 명문규정이 없는 경우 헌법재판소는 제3자 소송담당 유형의 헌법소원을 부적법한 것으로 결정하였다.⁹⁶⁾ 헌행법은 원칙적으로 기본권을 직접 침해당한 주체만이 헌법소원을 청구할 수 있도록 하고 있고, 단체의 구성원 등이 기본권침해를 당했다고 하더라도 단체가 각 구성원을 대신하여 헌법소원을 청구하는 것에 대해서는 자기관련성을 인정하지 않았다.⁹⁷⁾

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 헌법소원 대리인이 되어 해석 근거에 대한 주도적인 입증결과를 보인다면 헌법재판소는 그 입증결과와 당부만의 결정으로 보다 신속하게 심판을 할 수 있을 것이다.⁹⁸⁾

(2) 변호사강제주의 문제

헌법재판소법 제25조의 제2항과 제3항은 헌법소원 등 각종 헌법재판절차에 있어서 변호사가 아니면 소송수행을 하지 못하도록 규정하여 변호사강제주의를 채택하고 있다. 동조 제2항은 국가 혹은 지방자치단체를 당사자로 하는 소송의 경우 당해 기관의 소속 직원 가운데 변호사자격이 있는 자만 소송대리가 가능하도록 하고 있어서 일반소송에서 변호사자격이 없는 소속공무원에 의한 대리를 가능하게 한 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률⁹⁹⁾ 제3조의 소송수행자 지정 조항의 예외를 규정하고 있다.¹⁰⁰⁾

변호사강제주의가 재판업무에 분업화원리의 도입, 재판을 통한 기본권의 실질적 보장 및 재판심리의 부담 경감과 효율화를 들고 있으나,¹⁰¹⁾ 일반 민·형사재판과는 달리 헌법재판에서만

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

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

98) 이와 관련하여 반대 입장으로는 정형근, “법조 유사직역의 소송대리권 주장에 대한 비판적 검토”, 경희법학 제54권 제1호, 경희대학교 법학연구소, 2019, 38면 이하.

99) 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.

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

유독 변호사강제주의를 채택하여 심판청구요건을 더욱 엄격히 제한할 근거가 부족하다는 비판과 국선변호인제도가 규정되어 있다 하더라도 변호인을 선임할 자격이 부족한 국민은 헌법소원 등 헌법재판 청구의 기회가 제한당하는 등의 문제점을 가지고 있다.¹⁰²⁾

이러한 문제는 독일의 입법례와 달리¹⁰³⁾ 일반소송에 변호사강제주의가 채택되지 않고 있으며, 변호사 외의 전문가에 의한 소송대리금지는 그 합리성이 결여됐다는 점을 지적해 볼 때, 동조항은 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률과 마찬가지로 소송수행자지정제도로 하는 것이 타당하다.¹⁰⁴⁾ 앞에서 예를 든 것처럼 법령해석심의위원회가 독립된 법제화를 통해 헌법소원의 청구대리로서 그 지위를 인정받으면 헌법재판소법 제25조 제3항의 변호사강제주의는 선택적 또는 병렬적 아니면 삭제하고 법률전문가집단으로 이루어진 위원회 또는 변호사와 공조한 전문가자격사를 통하여 심판절차를 진행하면 된다고 본다.

V. 맺음말

헌법재판은 헌법우위의 원칙을 실현함으로써 법치국가의 실질화에 기여한다. 헌법소원은 헌법재판으로서 국민의 기본권 보장을 위한 기능과 함께 기본권 보장을 위한 헌법질서를 수호·유지하여 보장하는 기능을 갖는다. 현행 헌법은 헌법소원의 구체적 내용을 법률에 위임함으로써 헌법재판소법은 권리구제형 헌법소원과 규범통제형 헌법소원이라는 두 가지 유형의 헌법소원을 규정하고 있다.

헌법소원이 기본권의 보장을 위한 기본권으로써 재판청구권이 있음에도 헌법재판의 한 종류로 헌법에 명문으로 규정된 것은 공권력의 작용으로부터 기본권을 특별하게 보장하고자 함에 있다. 헌법소원은 국가공권력의 작용으로부터 기본권의 침해 받은 국민이 그 구제를 헌법재판소에 청구할 때 심판청구의 적법요건들이 충족되어야 본안판단으로 가게 된다. 그런 점에서 헌법소원에서는 무엇보다도 적법요건의 충족이 중요하다. 그래서 헌법소원의 적법요건이 무엇

101) 헌재 1990. 9. 3. 89헌마120 등.

102) 김상겸, 앞의 논문, 142면; 김하열, 「헌법소송법」, 130면; 김현철, “헌법소송의 특수성에 관한 소고”, 헌법논집 제4집, 헌법재판소, 1993. 286면; 허영, 「헌법소송법론」, 141면 이하.

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

104) 김상겸, 앞의 논문, 142면.

인지 검토하는 것이 매우 중요하고, 적법요건에서도 청구인능력과 청구인적격이 핵심이라고 할 수 있다. 특히 현행 헌법재판소법은 헌법소원에서 변호사강제주의를 채택함으로써 주관적 소송에서 청구인능력을 제한하고 있다.

기본권 보호기능을 갖고 있는 헌법소원은 헌법질서의 보장이란 기능도 갖고 있다. 그런 점에서 헌법소원은 법치국가원리의 목표인 기본권 최대 보장원칙에 부합되어야 한다. 헌법소원이 가지고 있는 기본권의 보호와 실현이라는 제도의 취지와 기능에 부합하도록 하기 위해 청구인의 범위를 확대하여 법률해석기관의 활용이나 전문자격사단체 등의 활용을 구체화하는 것이 필요하다. 또한 청구인의 대리인으로 법률해석기관 또는 전문자격사단체 등도 심판절차에 참가할 수 있도록 해야 한다.

헌법소원의 적법요건을 법률로써 무엇을 규정하고 어떻게 적용하느냐는 국민의 기본권 보장과 헌법재판을 통한 기본권 보호를 위하여 중요한 의미가 있다. 즉 헌법소원의 적법요건이 청구인인 국민에게 구제의 첫 단계부터 어려운 절차라는 인식을 준다면 헌법 스스로 국민에게 헌법이 보장한 기본권 구제제도인 헌법소원 청구 권을 포기하도록 하는 결과를 초래하게 될 것이다. 물론 이와 반대로 완화된 요건으로 모든 걸 포용하는 절차가 되면 헌법소원이 민중소송화 될 가능성이 높아지고 심판청구 오·남용의 문제로 인하여 헌법재판소의 업무부담이 가중되면서 보충적 권리구제수단인 헌법소원제도의 본질과는 거리가 먼 결과를 가져올 수 있다.

이런 이유로 헌법소원의 적법요건 개선을 위해서는 헌법소원의 청구인으로 한정하고, 청구인의 범위를 확대하는 방법으로 헌법소원의 청구가능성을 정리하는 것이 필요하다. 헌법소원의 적법요건은 관련 법령에 근거를 두고 헌법재판소가 실무에서 구체화하고 있지만, 시대정신에 따른 사회변화에 대한 고려도 필요하다. 헌법소원의 청구인 확대 문제는 헌법소원제도를 본래의 취지에 맞게 정립하여 활성화하고 법치국가원리가 지향하는 기본권의 최대 보장이란 관점에서 개선방안이 논의되어야 할 것이다.

참고문헌

- 강경근, 「일반헌법학」, 법문사, 2017.
- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2009.
- 김광욱, “헌법재판소법 제68조 제2항의 당사자”, 일감법학 제49호, 건국대학교 법학연구소, 2021.
- 김두형, “전문자격사의 책임과 역할”, 법조 제575호, 한국법조협회, 2004.
- 김문현, “현행 헌법소원제도에 있어 보충성의 원칙과 예외”, 법학논집 제4권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 1999.
- 김상겸, “헌법재판소법의 문제점과 개선방안”, 공법학연구 제6권 제1호, 한국비교공법학회, 2005.
- 김윤희, “전문자격사제도의 헌법적 의미와 입법한계”, 헌법학연구 제15권 제1호, 한국헌법학회, 2009.
- 김유찬, “EU 국가들(독일과 오스트리아를 중심으로)의 세무사 제도의 고찰을 통한 전문자격사 제도 선진화 방안”, 계간 세무사 2008년 겨울호, 한국세무사회, 2008.
- 김하열, 「헌법강의」, 박영사, 2018.
- 김하열, 「헌법소송법」, 박영사, 2018.
- 김학성·최희수, 「헌법학원론」, 피앤씨미디어, 2021.
- 김효전, “헌법재판소의 헌법상 지위와 권한”, 고시계 1987. 12.
- 도회근, “헌법소원제도의 공과(功過) -사법정책적 개선방안을 중심으로-”, 법학 논총 제30권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2013.
- 박규하, “헌법소원제도의 본질과 대상”, 외법논집 제14집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2003.
- 박성은, “변호사강제주의 도입의 전제조건 - 독일의 제도와 상황을 참고하여 -”, 인권과정의 통권 제493호, 대한변호사협회, 2020.
- 성기용, “헌법소원의 직접성 요건 - 헌법재판소 판례의 변천을 중심으로 -”, 헌법재판연구 제8권 제1호, 헌법재판연구원, 2021.
- 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2022.

- 성낙인 외, 「헌법소송론」, 법문사, 2021.
- 이동찬, “우리나라 자격제도의 입법적 개선방안 - 자격기본법을 중심으로”, 법학연구 제40집, 전북대학교 법학연구소, 2013.
- 이동흡, 「헌법소송법」, 박영사, 2018.
- 전학선, 「프랑스 헌법소송론」, 한국문화사, 2022.
- 정광현, “헌법소원의 개념”, 세계헌법재판 판례동향1(2012), 헌법재판연구원, 2013.
- 정광현, “독일연방헌법재판소의 헌법소원 수리절차”, 법조 제71권 제2호, 법조협회, 2022.
- 정세운, “헌법소원심판의 개선방안에 관한 연구 - 적법요건의 청구인 확대를 중심으로 -”, 동국대학교 석사학위논문, 2020.
- 정재황, 「신 헌법입문」, 박영사, 2021.
- 정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2022.
- 정형근, “법조 유사직역의 소송대리권 주장에 대한 비판적 검토”, 경희법학 제54권 제1호, 경희대학교 법학연구소, 2019.
- 조재현, “헌법재판에서 법정조언자의 도입가능성에 관한 시론적 연구”, 인권과 정의 제446호, 대한변호사협회, 2014.
- 조흥석, “국가의 기본권 보호의무와 개인의 보호청구권”, 법과 정책연구 제11집 제3호, 한국법정책학회, 2011.
- 최광선, “프랑스의 변호사 대리제도에 관한 검토”, 인권과정의 통권 제493호, 대한변호사협회, 2020.
- 최희수, “법령헌법소원의 직접성요건에 관한 헌법재판소 판례 경향”, 강원법학 제45권, 강원대학교 비교법학연구소, 2015.
- 헌법재판소, 「주석 헌법재판소법」, 2015.
- 한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2019.
- 한수웅, 「기본권의 새로운 이해」, 법문사, 2020.
- 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2020.
- 허영, 「헌법소송법」, 박영사, 2020.
- 허완중, 「헌법소송법」, 박영사, 2019.

허완중, “한국 헌법상 예외적으로 헌법소원 대상이 되는 법원의 재판”, 저스티스 통권 제189호, 한국법학원, 2022,

Benda, Ernst/Klein, Eckert, Lehr- und Handbuch des Verfassungsprozessesrecht, 3. Aufl., Heidelberg : C.F. Muller, 2012.

Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 20. neu Aufl., Heidelberg, C. F. Müller, 1999.

Lechner/Zuck, Rüdiger, BVerfGG Lechner/Zuck. Bundesverfassungsgerichtsgesetz : Kommentar, 6. Aufl., München : Beck, 2011.

Maunz, Theodor/Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer/Bethge(Hrsg.). Bundesverfassungsgerichtsgesetz : Kommentar, Stand : Juli 2012, München : C. H. Beck, 2012.

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. Muller, 2002.

토 론 문

헌법소원심판 청구권자 확대방안 연구

| 홍승현 부장검사(인천지방검찰청 부천지청) |

안녕하십니까. 홍승현 부장검사입니다. 세미나에 불러주셔서 감사합니다.

발제문은, 헌법소원 대상에서 법원의 재판을 제외하는 것에 대한 문제를 제기하고, 헌법의 기본권보호 기능과 헌법소원의 헌법질서 수호기능 보장을 위해 법률해석기구와 전문자격사(단체)에 의한 헌법소원 청구를 허용하거나 변호사강제주의를 완화하여 이들의 심판수행을 허용하는 것으로 보입니다.

헌법소원 제도의 골격을 살펴보면, 헌법 제111조 제1항 5호에서 헌법재판소의 관장사항으로 ‘법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판’을 규정하고 있고, 헌법 재판소법 제5절은 제68조 제1항에서 헌법소원의 청구사유로 ‘공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 다른 법률에 있는 구제절차를 거친 후 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다’고 권리구제형 헌법소원을, 제68조 제2항에서 위헌심사형 헌법소원을 규정하고, 제69조에서 청구기간 제한을, 제70조에서 국선대리인을, 제72조에서 본안심리를 위한 지정재판부에 의한 적법요건 사전심사를 규정하는 한편 제40조 제1항에서 민사소송법을 준용함으로써 소의 적법요건으로 권리보호이익을 요구하고, 제25조 제3항에서 ‘심판절차에서 당사자인 사인은 변호사가 아닌 이상 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거

나 심판수행을 하지 못한다'라고 규정하여 변호사강제주의를 선언하고 있습니다.

입법자는 헌법소원 대상인 공권력 작용 중 법원의 재판을 제외하여 실질적인 4심제를 배제하기로 결정하였으나, 위헌법률이 적용되어 확정된 판결에 대한 구제방법이 사실상 없고, 정부의 자발적인 구제조치도 기대하기 어려운 경우 기본권보호 필요성이 크다는 점에서 이를 비판하는 발제문의 지적에는 공감이가나, 깊이있는 접근이 필요하다고 봅니다.

헌법소원은 청구인 개인의 권리구제뿐 아니라 이를 통해 독립된 객관적인 헌법질서 수호 기능도 수행하고 있지만, 입법자는 '공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자'만이 헌법소원을 청구할 수 있도록 제한하여 헌법소원의 객관소송화에 한계를 설정하고 있습니다. 발제문이 지적하는 바와 같이 헌법소원은 각국의 사법제도에 대한 헌법정책적 결단에 달려 있는 것이고, 절대적 기준이나 운용방법이 있는 것은 아니지만, 우리 입법자는 법률의 합헌성 추정 원칙, 무익한 제소로 인한 사회적 비용과 소의 이익을 요구하는 소송제도 일반론 및 헌법소원 심판의 정치화 우려 등을 종합적으로 고려하여 청구인 범위를 합리적으로 제한한 것으로 보입니다.

위헌소원의 객관적 헌법질서 수호기능을 중시하여 발제문은 법률해석기구나 전문자격사(단체)의 심판청구를 허용하자고 제안하고 있지만, 법률해석기구나 전문자격사(단체)의 개념, 범위를 명시하고 있지 않아, 발제문의 주장 취지를 명확히 하고 논의 활성화를 위해 법률해석기구의 개념, 범위를 특정할 필요가 있고, 전문자격사(단체) 역시도 마찬가지로 보입니다. 일반적으로 법률 해석을 담당하는 사법부나 행정부는 위헌법률심판 제정, 법개정 추진, 처분변경 등 기본권 침해에 대한 직접적 시정권한과 의무가 있고 본연의 역할도 법정되어 있습니다. 헌법재판소도 '국가, 지방자치단체나 그 기관, 국가조직의 일부나 공법인인 기본권의 주체가 아니고 기본권을 보호, 실현해야 할 책임과 의무를 지니고 있을 뿐이라 청구인 적격이 없다. 공권력 주체라도 국가에 대해 독립성을 가지고 있는 독자적 기구로 해당 기본권 영역에서 개인들의 기본권 실현에 이바지하는 경우 예외적으로 기본권 주체가 될 수 있으므로 헌법소원 심판을 제기할 수 있다(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68 등)'고 판단하고 있습니다. 정부나 공공기관이 아닌 법률해석기구나 전문자격사(단체)에 헌법소원의 당사자성을 인정하자는 것은 헌법상 기본권 보호, 헌법질서 유지를 위한 방법의 문제인데, 헌법재판소는 '주관적인 권리보호 이익을 결여한 심판청구라도 그 해명이 헌법적으로 중대한 의미를 지니고 있는 경우라면 헌법소원의 이익이 있다(90헌마 110)'고 판단하고, '별도의 집행행위 없이도 직접적, 현재적 기본권을 침해하는 법률이나 공포

후에 시행되지 않았어도 청구인의 기본권 침해가 충분히 예측되는 경우 등도 헌법소원 대상'으로 인정하고 있어(헌재 1995. 5. 25. 91헌마67), 발제문이 제안하는 청구인 확대 필요나 실익을 인정할 수 있을지, 예외적 필요 사례가 존재한다고 하더라도 무익한 심판청구 우려나 그로 인한 사회적 비용과 비교 형량하였을 때 청구인 범위 확대의 이익이 더 크다고 볼 수 있을지 의문입니다. 또한, 전문자격사(단체)의 경우에는 관련성 있는 법률에 대하여만 헌법소원 청구를 허용하자고 하였으나 실제 그 범위를 명확히 구분하여 소의 적법요건을 갖추었는지 판단하기는 쉽지 않아 보입니다. 기본권을 침해당하지 않은 법률해석기구, 전문자격사(단체)에게 위헌소원을 허용하는 외국 입법례가 있는지, 있다면 그 구체적인 운용형태는 어떠한지 등에 대하여 궁금합니다.

헌법재판소법은 '변호사를 대리인으로 선임하여 심판청구 및 심판수행'할 것을 본안 심리에 들어갈 적법요건으로 요구하고 있습니다. 이와 관련하여 헌법재판소법의 변호사강제주의가 재판청구권, 평등권을 부당하게 제약한다는 헌법소원(헌재결 1990. 9. 3. 89헌마120등)이 제기되기도 하였으나, 헌법재판소는 재판업무의 분업화 원리 보장, 기본권의 실질적 보장, 재판심리의 부담 경감과 효율화 필요성, 헌법재판의 질적 개선, 사법의 원활한 운영 및 사법 운영의 민주화 등 공공복리 기여도가 변호인 선임비용을 지출하지 않는 이익보다 크고 무자력자를 위한 국선 변호인제도도 별도로 마련되어 있다는 등의 이유로 합헌결정을 하였습니다. 변호사강제주의가 현 시점에서 헌법재판의 입법목적에 가장 잘 달성할 수 있는 효율적인 제도인가에 대한 논의는 별론으로 하고 헌법재판소의 합헌결정 논리는 헌법재판에 있어 변호사강제주의를 채택한 사유를 잘 설명해주는 측면이 있습니다. 따라서 변호사강제주의에 대한 수정이나 변경을 주장하려면 변경이 필요한 구체적인 논거를 제시하고 실증적인 검토를 선행함으로써 변경을 통해 달성할 수 있는 공익이 현행 제도를 유지하였을 경우보다 크다는 것을 적절하게 제시할 수 있어야 할 것으로 보입니다.

한편, 발제문은 우리 법에서 헌법재판에만 변호사강제주의가 있다고 하였으나, 형사재판에서는 법이 정한 중대한 사안의 경우 피고인의 이익을 더욱 두텁게 보호할 필요가 있다는 점에서 일찍부터 변호사강제주의가 채택되어 운용되고 있습니다. 또한 증권관련집단소송법, 소비자 기본법의 소비자단체소송, 개인정보보호법에 따른 개인정보처리자에 대한 단체소송에도 변호사강제주의가 채택되어 있고, 민사소송에도 변호사강제주의를 채택하기 위한 법안이 꾸준히 발의되어 왔습니다. 이와 같이 변호사강제주의는 당사자 보호의 필요성이 큰 경우 당사자의 직접 소송수행을 금지하고 법률전문가의 조력을 받도록 마련된 제도이고, 발제문이 적절히 지적한

바와 같이 헌법소원은 기본권 보호의 최후 보루라는 점에서 민사 등 여타 재판절차보다 청구인의 이익을 더욱 두텁게 보호할 필요가 있어, 헌법재판의 변호사강제주의 채택은 수긍할 수 있는 입법적 결단으로 보입니다. 이와 같은 변호사강제주의는 당사자의 직접 심판수행을 허용할 것인지와 직결된 문제이고, 법률해석단체나 전문자격사(단체)에 헌법재판 수행을 허용할 것인지는 이들에게 헌법재판에서 변호사의 역할을 맡길 것인지의 문제여서 그 논의선상이 다른 것으로 보입니다.

헌법재판은 특정한 법규가 적용되는 민사재판 등과는 달리 헌법 정신에 따른 추상적 개념을 각종 개별 법규에 적용하여 당해 법규의 위헌 여부를 살피고 공권력 행사, 불행사의 위헌 여부와 소송물이 본안심리를 받을 수 있는 적법 요건을 갖추고 있는지도 살펴 소송절차에 적절히 대응할 수 있는 고도의 법률지식이 요구되는데, 변호사가 아닌 전문자격사(단체)나 법률해석기구인 소송수행을 위한 전문성을 지니고 있지 않아 이들에게 헌법소송을 수행할 대리권을 부여한다는 것은 전문자격사 제도의 취지와 부합하지 않고 청구인의 기본권 보호에도 바람직하지 않은 결과가 발생할 우려가 있습니다.

최근 국회에 상정되었던 변리사에게 특허침해에 대한 민사소송의 공동수행을 허용하자는 변리사법개정안은, 특허심판원, 특허법원 단계에서 변리사가 참여하고 있어 관련된 민사 재판에 효율적으로 대응할 전문성이 있고, 기술심리가 필요한 상당수 재판에서 변리사의 참여 없이 기술에 대한 전문적인 이해가 부족한 변호사가 재판절차 외에서만 변리사 조력을 받고 소송은 단독으로 수행할 경우 장기간의 재판 지연으로 소송비용이 상당히 증가할 수 있다는 데이터와 변리사에게 변호사와의 공동소송수행을 요청하는 산업계의 설문조사 결과 및 별도 시험 통과 등의 일정 요건을 갖춘 변리사에게 소송수행 권한을 인정하는 해외 입법례 등을 토대로 발의되었으나, 변리사는 민사소송의 전문성을 갖추고 있다고 볼 수 없어 변리사의 소송수행을 허용한다면 전문성의 결여로 인해 국민에게 사법 피해가 발생할 위험이 있고 공동소송대리는 우리법의 체계와도 부합하지 않는다는 등의 이유로 법사위2소위를 통과하지 못했습니다. 이와 비교하여 보면, 변호사 이외의 전문자격사(단체)나 법률해석기구에 기본권 보호의 최후 보루라는 특수성이 있고 심판의 수행에 고도의 헌법과 법률, 송무지식이 요구되는 헌법재판을 수행하는 대리권을 부여해야 할 이론적 근거가 부족하고, 현재로서 실증적 필요도 인정하기 어려우며 이를 허용하는 해외사례도 보이지 않는다는 점에서 헌법재판의 대리권을 확대하는 것은 신중하게 생각해 볼 문제로 보입니다.

토 론 문

헌법소원심판 청구권자 확대방안 연구

| 차현숙 선임연구위원(한국법제연구원) |

□ 논의에 앞서

- 헌법소원심판 청구권자 확대방안에 관한 논의를 위하여 발표자이신 김상겸 교수님께서 헌법재판 및 헌법소원 전반에 대해서 개괄적인 소개를 하여 주셨기에 관련된 다양한 논의를 다시한번 확인할 수 있는 중요한 시간이 되었습니다. 논의를 시작하기에 앞서 자리를 마련해주신 한국세무사회와 깊이 있는 발표를 해주신 김상겸 교수님께 감사의 말씀을 드립니다.

□ 「헌법재판소법」 제25조제3항에 따른 변호사 강제주의

- 「헌법재판소법」 제25조제3항에서 각종 심판절차에서 사인(私人)은 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판 수행을 하지 못하도록 규정하고 있다. 즉, 변호사 강제주의를 채택하고 있는 것이다. 이 조항에서 말하는 “각종 심판절차”는 헌법재판소가 권한을 가진 위헌법률심판, 헌법소원심판, 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판을 말하는 것이고 헌법소원의 경우 특히 청구권자가 사인이므로 변호사 선임 없는 심

판청구가 불가능하다고 할 것이다.

법률명	주요내용
헌법재판소법 [시행 2022. 2. 3.] [법률 제18836호, 2022. 2. 3., 일부개정]	제25조(대표자·대리인) ① 각종 심판절차에서 정부가 당사자(참가인을 포함한다. 이하 같다)인 경우에는 법무부장관이 이를 대표한다. ② 각종 심판절차에서 당사자인 국가기관 또는 지방자치단체는 변호사 또는 변호사의 자격이 있는 소속 직원을 대리인으로 선임하여 심판을 수행하게 할 수 있다. ③ <u>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.</u> [전문개정 2011.4.5]

- 변호사 강제주의는 변호사를 대리인으로 선임하지 않으면 헌법재판을 청구하거나 수행할 수 없다는 것이므로 헌법상 보장된 재판을 받을 권리(헌법 제27조제1항)를 침해한다는 주장이 끊임없이 제기되어 왔다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 일관되게 변호사 강제주의가 헌법에 위배되지 않는다는 입장을 견지해오고 있다.

□ 헌법재판소의 변호사 강제주의에 대한 견해

- 헌법재판소는 「헌법재판소법」 제25조제3항에 대한 위헌소원에서 아래와 같은 취지로 결정해왔다.

사건번호	결정요지
憲法裁判所法 第25條 第3項에 관한 憲法訴願 [전원재판부 89헌마120, 1990. 9. 3., 기각]	1. 헌법재판(憲法裁判)에 있어서의 변호사강제주의(辯護士強制主義)의 위헌성(違憲性)을 문제삼아 스스로 심판청구(審判請求) 및 수행(遂行)을 하고자 하는 자(者)는, 그에 대하여 국선대리인(國選代理人)의 선임결정(選任決定)을 받아 그를 통하여 소원심판청구(訴願審判請求)를 수행(遂行)할 수 있게 되었다 하더라도 자기자신(自己自身)에 의한 직접적(直接的)인 심판수행권(審判遂行權)이 제한(制限)받고 있음이 명백(明白)하므로 소원요건(訴願要件)인 권리침해(權利侵害)의 직접성(直接性)과 현재성(現在性)은 구비되었다고 볼 것이다. 2. <u>변호사강제주의(辯護士強制主義)는 재판업무(裁判業務)에 분업</u>

	<u>화(分業化) 원리(原理)의 도입(導入)이라는 긍정적 측면 외에도, 재판(裁判)을 통한 기본권(基本權)의 실질적(實質的) 보장(保障), 사법(司法)의 원활한 운영과 헌법재판(憲法裁判)의 질적(質的) 개선(改善), 재판심리(裁判審理)의 부담경감(負擔輕減) 및 효율화(效率化), 사법운영(司法運營)의 민주화(民主化) 등 공공복리(公共福利)에 그 기여도가 크다 하겠고, 그 이익(利益)은 변호사선임(辯護士選任) 비용지출(費用支出)을 하지 않는 이익(利益)보다는 크다고 할 것이며, 더욱이 무자력자(無資力者)에 대한 국선대리인제도(國選代理人制度)라는 대상조치(代償措置)가 별도로 마련되어 있는 이상 헌법(憲法)에 위배(違背)된다고 할 수 없다.</u>
헌법재판소법 제25조 제3항 등 위헌확인 [전원재판부 2003헌마783, 2004. 4. 29., 기각]	1. <u>변호사강제주의 아래에서는 국민은 변호사에게 보수를 지급하여야 하는 경제적 부담을 지고 자신의 재판청구권을 혼자서는 행사할 수 없는 제한을 받으나, 법률지식이 부족한 당사자에 대한 조력을 통한, 기본권 침해에 대한 구제의 보장, 승소의 가망이 없는 헌법재판 청구의 자제를 통한 헌법재판의 질적 향상 및 변호사의 감시를 통한 국가사법의 민주적 운영 등 변호사의 강제를 통하여 얻게 되는 공공의 복리가 그로 인하여 제한되는 개인의 사적이익에 비하여 훨씬 크다.</u> 더구나 광범위한 국선대리인제도가 마련되어 있다는 점(헌법재판소법 제70조)등을 고려하면 변호사강제주의는 공공복리를 위하여 필요한 합리적인 규정으로 헌법에 위반되지 아니한다. 2. 헌법재판소법 제72조 제3항 제3호가 변호사의 선임이 없는 헌법소원을 지정재판부가 각하하도록 규정하였다 하더라도 변호사의 선임이라는 소송요건은 그 구비여부가 객관적으로 명백히 드러나서 누구나 그 구비여부를 쉽게 판별할 수 있기 때문에 이를 구비하지 아니한 소원을 지정재판부에서 바로 각하하여도 그 재판이 잘못될 염려가 없고, 오히려 이렇게 하는 것이 전원재판부의 업무부담을 줄여주고 소송의 결과에 대한 관계 당사자들의 공연한 기대를 조기에 차단하여 그들로 하여금 선후책을 강구할 수 있도록 도와주는 이점이 있으므로 위 규정은 합리적인 이유가 있는 것이고 재판청구권의 본질을 침해할 정도로 입법의 재량을 현저히 일탈한 것이라고 볼 수 없다.
	가. <u>변호사 강제주의는 법률지식이 불충분한 당사자의 기본권 침해에 대한 구제를 보장하고, 당사자를 설득하여 승소의 가망이 없는 헌법재판의 청구를 자제시키며, 헌법재판에서의 주장과 자료를 정리, 개발하고 객관화하는 기능을 수행함으로써, 재판</u>

헌법재판소법 제25조 제3항 위헌확인 [전원재판부 2008헌마439, 2010. 3. 25., 기각]	<u>소와 관계 당사자 모두가 시간, 노력, 비용을 절감하여 헌법재판의 질적 향상을 가져온다. 이 사건 법률조항에 의하여 국민의 경제적 부담과 재판청구권을 혼자서는 행사할 수 없다는 제약은 개인의 사적 이익에 대한 제한임에 반하여, 변호사가 헌법재판에서 수행하는 기능들은 모두 국가와 사회의 공공복리에 기여하는 것이고, 양자를 비교할 때 변호사의 강제를 통하여 얻게 되는 공공의 복리는 그로 인하여 제한되는 개인의 사익에 비하여 훨씬 크다고 할 것이다.</u> 나아가 헌법소원심판의 경우에는 당사자가 변호사를 대리인으로 선임할 자력이 없는 때 또는 공익상 필요한 때에는 국가의 비용으로 변호사를 대리인으로 선임하여 주는 국선대리인제도가 마련되어 있고(법 제70조), 변호사가 선임되어 있는 경우에도 당사자 본인이 스스로의 주장과 자료를 헌법재판소에 제출하여 재판청구권을 행사하는 것이 봉쇄되어 있지 않는 점 등을 고려 할 때, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다. 나. <u>전문적인 법률지식과 윤리적 소양을 갖춘 변호사에게 법률사무를 맡김으로써 법률사무에 대한 전문성, 공정성 및 신뢰성을 확보하여 일반 국민의 기본권을 보호하고 사회정의를 실현하려는 입법목적과, 국가기관과 국민에 미치는 영향력이 큰 헌법재판에 있어서는 법률전문가인 변호사에게 소송을 수행하게 함으로써 얻을 수 있는 공익이 현저히 크다는 점을 고려할 때, 변호사에게만 대리인 자격을 부여하는 것에는 합리적 이유가 있으며, 변호사 자격을 갖추지 못한 법학전공자나 법학자에게 대리권을 부여하는 것이 반드시 변호사 선임비용의 절감이나 효율적인 심판수행을 가져올 수 있는지 여부도 분명치 않으므로, 이 사건 법률조항은 변호사자격이 없는 자의 평등권을 침해하지 아니한다.</u> 재판관 조대현, 재판관 송두환의 반대의견 헌법소원심판은 공권력의 행사로부터 국민의 기본권이 침해된 경우에 이를 구제하는 최후적 절차인 동시에, 객관적 헌법질서를 수호하고 유지하기 위한 절차이다. 또한 일반소송과는 달리 원칙적으로 서면심리에 의하고, 예외적으로 필요하다고 인정하는 경우에만 구두변론을 하고 있으며, 직권 심리주의를 취하고 있는바, 변호사 강제주의라는 엄격한 제소요건을 유지하는 것은 헌법소원심판의 본질과 심리 방법의 특수성에 비추어 적정하지 않다고 보이므로, 재판청구권을 제한하는 목적의 정당성이나 수단의 적합성이 의문스럽다. 또한 청구인의 능력과 사건의 특수성을 심리하여 예외적으로 변호사
---	---

	선임명령을 하거나, 심리에 특별히 장애가 되지 않는다고 판단될 경우 변호사자격유무에 구애받지 않고 대리인 자격을 인정받을 수 있도록 하는 방법이 가능하며, 지정재판부의 업무를 강화하거나, 공탁금 제도의 활성화 또는 변호사 수임료에 대한 보조금 지급 등의 다른 대체수단을 통해서도 헌법소원의 남용을 방지할 수 있고, 심판청구의 보정요구나 민사소송법상 석명준비명령 등을 통해 청구인을 보호할 수 있다. 현행 국선대리인 제도의 경우, 선임신청을 위한 요건이 비교적 엄격하여 일반국민의 권리보호에 효과적으로 기여하고 있다고 볼 수 없으므로, 국선대리인 제도의 존재만을 이유로 변호사 강제주의의 정당성을 인정하기 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법소원심판의 본질에 부합하지 않고 재판청구권을 침해하므로 헌법에 위반된다.
--	---

- 헌법재판소는 변호사 강제주의는 다음과 같은 기능을 수행한다¹⁾고 하였다.

첫째, 법률지식이 불충분한 당사자가 스스로 심판을 청구하여 이를 수행할 경우 헌법재판에 특유한 절차적 요건을 흠결하거나 전문적인 주장과 자료를 제시하지 못하여, 침해된 기본권의 구제에 실패할 위험이 있다. 변호사 강제주의는 이러한 위험을 제거하거나 감소시켜 기본권의 침해에 대한 구제를 보장한다.

둘째, 변호사는 한편으로는 당사자를 설득하여 승소의 가망이 없는 헌법재판의 청구를 자제시키고 다른 한편으로는 헌법재판에서의 주장과 자료를 정리, 개발하고 객관화하는 기능을 수행한다. 이로써 재판소와 관계 당사자 모두가 시간, 노력, 비용을 절감할 수 있고 이렇게 하여 여축된 시간과 노력 등이 헌법재판의 질적 향상에 투입되게 된다.

셋째, 변호사는 헌법재판이 공정하게 진행되도록 감시하는 역할도 수행하는데 이것은 국가사법의 민주적 운영에 기여한다.

한편 변호사 강제주의 아래에서는 국민은 변호사에게 보수를 지급하여야 하는 경제적 부담을 지고, 자신의 재판청구권을 혼자서는 행사할 수 없게 되는 제약을 받는다. 그러나 이러한 부담과 제약은 개인의 사적 이익에 대한 제한임에 반하여 변호사가 헌법재판에서 수행하는 앞에서 본 기능은 모두 국가와 사회의 공공복리에 기여하는 것이다. 양자를 비

1) 헌재 2004. 4. 29. 2003헌마783 전원재판부

교할 때 변호사의 강제를 통하여 얻게 되는 공공의 복리는 그로 인하여 제한되는 개인의 사익에 비하여 훨씬 크다고 하지 않을 수 없다. 더구나 헌법재판 중 헌법소원의 경우에는 당사자가 변호사를 대리인으로 선임할 자력이 없는 때 또는 공익상 필요한 때에는 국가의 비용으로 변호사를 대리인으로 선임하여 주는 광범위한 국선대리인제도가 마련되어 있다는 점(법 제70조), 변호사가 선임되어 있는 경우에도 당사자 본인이 스스로의 주장과 자료를 헌법재판소에 제출하여 재판청구권을 행사하는 것은 전혀 봉쇄되어 있지 않다는 점, 변호사는 본질적으로 당사자 본인의 재판청구권행사를 도와주는 것이지 이를 막거나 제한하는 것이 아니라는 점 등을 고려하면 더욱 그렇다. 그렇다면 변호사 강제주의를 규정한 법 제25조 제3항은 공공복리를 위하여 필요한 합리적인 규정이므로 헌법에 위반되지 아니한다.

- 헌법재판소는 이러한 세 가지 기능을 헌법재판이 추구하는 공공복리의 측면에서 이해한다. 다시 말해 변호사 강제주의는 기본권의 구제, 헌법재판의 질적 향상, 사법의 민주성이라는 공공복리의 관점에서 이해되고 있는 것이다.²⁾

□ 청구권자의 확대 관련 검토

- 헌법소원제도의 핵심적인 역할은 공권력의 기본권침해부터 국민이 구제받기 위한 최후의 수단이며, 이라는 발표자의 의견에 전적으로 동의한다.
- 또한 “헌법소원을 청구하기 위해서 청구권자는 청구인능력과 청구인적격이 있어야 하며, 이 요건을 충족하지 못하는 경우 헌법재판소는 각하 결정을 하게 된다. 헌법소원도 헌법재판으로서 주관적 권리구제 뿐만 아니라 입법작용 등 공권력 작용으로부터 헌법질서의 보장을 위한 객관적 소송으로서의 성격도 고려할 필요가 있다. 이러한 관점에서 헌법소원의 청구인 범위는 확대될 필요가 있다. 특히 국가기관의 권력적 행위는 법률에 근거하고 있는데, 그 전제가 되는 법률이 헌법에 합치되는지는 공권력 행사의 정당성 문제와 결부되고 행정기관의 처분행위와 같은 공권력의 행사 등으로 인하여 직접적으로 국민의 기본권침해가 발생하게 된다면 국가는 다른 관점에서 국민의 기본권보장을 위한 의무를 해야 할 필요성이 대두된다.”는 발표자의 견해에도 동의한다.

2) 허프포스트, 2017.1.27. 기사, 헌법재판에서 변호사 강제주의의 목적, (최종접속일: 2023.5.28. <http://www.huffingtonpost.kr/news/articleView.html?idxno=44734>)

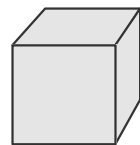
- 헌법재판소가 변호사 강제주의와 관련하여 그 기능으로 들고 있는 세 가지 중 첫 번째 기능은 “법률지식이 불충분한 당사자가 스스로 심판을 청구하여 이를 수행할 경우 헌법재판에 특유한 절차적 요건을 흠결하거나 전문적인 주장과 자료를 제시하지 못하여, 침해된 기본권의 구제에 실패할 위험이 있다. 변호사 강제주의는 이러한 위험을 제거하거나 감소시켜 기본권의 침해에 대한 구제를 보장한다”는 것이다. 또한 “변호사는 한편으로는 당사자를 설득하여 승소의 가망이 없는 헌법재판의 청구를 자제시키고 다른 한편으로는 헌법재판에서의 주장과 자료를 정리, 개발하고 객관화하는 기능을 수행한다. 이로써 재판소와 관계 당사자 모두가 시간, 노력, 비용을 절감할 수 있고 이렇게 하여 여축된 시간과 노력 등이 헌법재판의 질적 향상에 투입되게 된다”는 것을 들고 있다.³⁾
- 다만 이 결정에서 재판관 조대현, 재판관 송두환의 반대의견은 “헌법소원심판은 공권력의 행사로부터 국민의 기본권이 침해된 경우에 이를 구제하는 최후적 절차인 동시에, 객관적 헌법질서를 수호하고 유지하기 위한 절차이다. 또한 일반소송과는 달리 원칙적으로 서면심리에 의하고, 예외적으로 필요하다고 인정하는 경우에만 구두변론을 하고 있으며, 직권심리주의를 취하고 있는바, 변호사 강제주의라는 엄격한 제소요건을 유지하는 것은 헌법소원심판의 본질과 심리 방법의 특수성에 비추어 적정하지 않다고 보이므로, 재판청구권을 제한하는 목적의 정당성이나 수단의 적합성이 의문스럽다. 또한 청구인의 능력과 사건의 특수성을 심리하여 예외적으로 변호사 선임명령을 하거나, 심리에 특별히 장애가 되지 않는다고 판단될 경우 변호사자격유무에 구애받지 않고 대리인 자격을 인정받을 수 있도록 하는 방법이 가능하며, 지정재판부의 업무를 강화하거나, 공탁금 제도의 활성화 또는 변호사 수입료에 대한 보조금 지급 등의 다른 대체수단을 통해서도 헌법소원의 남용을 방지할 수 있고, 심판청구의 보정요구나 민사소송법상 석명준비명령 등을 통해 청구인을 보호할 수 있다. 현행 국선대리인 제도의 경우, 선임신청을 위한 요건이 비교적 엄격하여 일반국민의 권리보호에 효과적으로 기여하고 있다고 볼 수 없으므로, 국선대리인 제도의 존재만을 이유로 변호사 강제주의의 정당성을 인정하기 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법소원심판의 본질에 부합하지 않고 재판청구권을 침해하므로 헌법에 위반된다.”고 하였다.
- “법률지식이 불충분한 당사자가 스스로 심판을 청구하여 이를 수행할 경우 헌법재판에 특유한 절차적 요건을 흠결하거나 전문적인 주장과 자료를 제시하지 못하여, 침해된 기본권의 구제에 실패할 위험이 있다. 변호사 강제주의는 이러한 위험을 제거하거나 감소

3) 헌재 2010. 3. 25. 2008헌마439

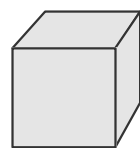
시켜 기본권의 침해에 대한 구제를 보장한다”는 변호사 강제주의의 기능에 대해서 특정 전문분야에 대해서는 변호사보다 더 깊이 있는 전문성을 확보할 수 있는 전문자격사단체 등을 대리인으로 참가할 수 있도록 할 필요성을 검토한다면, 국민의 기본권 보장에 보다 기여할 수 있을 것이다.

- “심리에 특별히 장애가 되지 않는다고 판단될 경우 변호사 자격유무에 구애받지 않고 대리인 자격을 인정받을 수 있도록 하는 방법”으로 전문자격사의 활용을 적극 검토할 수 있을 것으로 보인다.

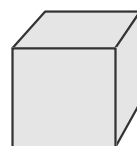
MEMO



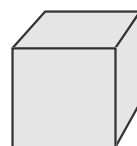
MEMO



MEMO



MEMO



제33회 한국세무포럼 <비매품>

인 쇄 일 2023년 6월 8일

발 행 일 2023년 6월 8일

발 행 인 원 경 희

발 행 처 한국세무사회
조세연구팀
06660 서울시 서초구 명달로 105(서초3동 1497-16)
전화 (대표) 521-9544