

Free Public Edition

제7판

법학 입문

Introduction to Public Law

Constitutional Law · Administrative Law

공법

헌법·행정법

김해마루 지음

울현출판사

Introduction to Public Law

Constitutional Law · Administrative Law

공법

헌법·행정법

공법이 학문적으로 나름의 체계를 갖춘 것은 근대국가 성립 이후로, 그리 오래되지 않았다. “젊은 법”인 공법은 지금도 발전 단계에 놓여 있다. 그 결과, 다른 법 분야보다 “**이것이 소송이 가능한 사안인가?**” 자체에 많은 관심을 둔다.

공법사건은 기본적으로,

1. 국가기관의 **공권력 작용 또는 법을**,
2. 법원과 헌법재판소가 **통제**하는 구조다.

그런데,

1. 공권력 작용 근원에는 선거를 통해 구성된 대통령과 국회의 원이 있다.
2. 반면, 사법심사를 하는 법관과 헌법재판소 재판관은 선거로 뽑지 않는다.

결국, 민주적 정당성 없는 기관이 오히려 민주적 정당성 있는 기관을 심판하는 구조다. 따라서 지나친 사법심사는 적절하지 않다.

**공법 – 헌법·행정법 | Constitutional Law
· Administrative Law**

제1강 공법구조론 | Administrative Procedure Outline

제2강 취소소송, 권리소원 소송요건
| Litigation Requirements of Revocation Litigation &
Constitutional Complaint for Relief

제3강 위헌심판, 기관분쟁 소송요건
| Litigation Requirements of Adjudication
on the Constitutionality & Jurisdiction Disputes

제4강 기본권론 | Theory of Fundamental Rights

제1강

공법구조론

Administrative Procedure Outline

행정소송과 헌법재판의 기본 구조에 관하여

여기서 공법이란 **헌법**과 **행정법**을 뜻한다.

이번 강의의 목표는,

- 1. 공법사건 개념과 유형을 살피고,
- 2. 이를 토대로, **행정소송**과 **헌법재판**의 구조를 이해하는 것이다.

그러기 위해서는 토지수용, 재건축, 체납처분 등 이론상, 실무상 중요한 개념들을 알고 있어야 한다. 이러한 기초 개념들도 살펴본다.

Jan Matejko
Konstytucja 3 Maja 1791 roku (The Constitution of May 3, 1791)
1891, oil on canvas, 247 × 446 cm, Zamek Królewski w Warszawie - Muzeum, Warsaw



민사사건과 공법사건 구별	2	기초 개념	139
법규 체계	5	행정사건과 행정구제	165
헌법사건과 헌법재판	59	처분의 흠과 불복 방법	170
위헌법률심판	63	항고소송	185
탄핵심판	71	행정심판	200
정당해산심판	79	당사자소송	208
권한쟁의심판	85	민중소송과 기관소송	232
권리소원심판	90	행정소송 판결 효력	246
위헌소원심판	93	대법원과 헌법재판소	257
헌법재판 주문 결정	97	사건번호	267
헌법재판 결정 효력	120		

제2강

취소소송, 권리소원 소송요건

Litigation Requirements of Revocation Litigation & Constitutional Complaint for Relief

재판을 받기 위한 전제조건이 무엇인지에 관하여 (공권력 통제 유형)

소송요건이란, 법원이 재판을 하기 위한 전제다. 그러한 **전제조건**을 갖추지 못하면? 원고는 아무리 합리적 주장을 하더라도 패소한다. 두 강의(제2강, 제3강)에 걸쳐, 소송(심판)유형별로 각각 소송요건을 살펴본다.

먼저 제2강 취소소송, 권리소원 소송요건에서는 **공권력 작용에 대항**하는 구조의 공법 사건을 본다. 대표적으로, 다음 2가지가 있다.

- 1. 행정소송 중 **취소소송**
- 2. 헌법재판 중 **헌법소원**

소송요건(심판청구조건) 면에서, 서로 공통점이 많지만, 서로 다른 개성을 갖고 있기도 하다. 이처럼, 같은 구조의 소송(심판) 유형 간에는,

- 1. 소송요건(심판청구조건) 핵심이 서로 비슷하면서도,
 - 2. 실제 발현되는 모습에서 조금씩 다른 특징이 있다.
- 이것을 구체적으로 이해하는 것이 이번 강의의 목표다.

Rembrandt van Rijn
De Nachtwacht (The Night Watch)
1642, oil on canvas, 380 × 454 cm, Rijksmuseum, Amsterdam



소송요건 의의	276	취소소송 소송요건	377
공법 분쟁 4유형	283	원고적격	380
권리소원 심판청구요건	293	피고적격	399
청구인능력	297	대상적격	405
기본권 제한	302	제소기간	430
청구인적격	309	행정심판전치	444
대상적격: 공권력 행사	327	관할	452
대상적격: 공권력 불행사	345	요건심리와 본안심리	459
보충성	355	처분의 흠	476
필요성	361		
청구기간	366		
변호사 강제주의	374		

제3강

위헌심판, 기관분쟁 소송요건

Litigation Requirements of Adjudication
on the Constitutionality & Jurisdiction Disputes

재판을 받기 위한 전제조건이 무엇인지에 관하여 (나머지 유형)

제2강에서는 공권력 작용에 국민이 대항해 통제하는 유형을 살펴보았다면, 제3강 위헌심판, 기관분쟁 소송요건에서는 나머지 유형을 살펴본다. 구체적으로,

- 1. 법률을 통제하는 유형
- 2. 국가기관 등끼리 서로 공권력 작용을 통제하는 유형

법률을 통제하는 유형은 다음과 같다.

- 1. 헌법재판 중 위헌법률심판
- 2. 헌법재판 중 위헌소원심판

국가기관 등끼리 서로 공권력 작용을 통제하는 유형은 다음과 같다.

- 1. 행정소송 중 기관소송
- 2. 헌법재판 중 권한쟁의심판

Sébastien Norblin
Antigone donnant la sépulture à Polynice (Antigone Giving Burial to Polynices)
1825, oil on canvas, 114 × 146 cm, Beaux-Arts de Paris, Paris



위헌법률심판 심판청구요건	502	권한쟁의 심판청구요건	544
위헌소원 심판청구요건	505	당사자능력	546
제청능력	509	권한의 제한	559
제청적격	512	당사자적격	568
법률	513	처분, 부작위	574
재판 전제성	522	청구기간	578
필요성	533	필요성	581
청구인적격	535		
청구기간	539		
변호사 강제주의	543		

제4강

기본권론

Theory of Fundamental Rights

기본권 제한과 보장에 관하여

모든 국가작용의 궁극적 목표는 **기본권보장**이다. 지금까지 배운 여러 개념과 절차 이론을 바탕으로, 기본권을 **제한**할 때의 **한계**를 살펴본다.

이번 강의의 목표는 다음을 이해하는 것이다.

- 기본권보장과 **제도보장**의 차이. 그리고 기본권의 **이중성**이 보여주는 상호 밀접한 관계
- 헌법상 권리**와 **법률상 권리**의 비교. 그리고 그것이 헌법소원에 미치는 영향
- 기본권 갈등, 즉 **경합**과 **충돌**의 해결 원리
- 기본권 제한의 **위헌심사 기준**. 특히 절대적 금지사유와 과잉금지 원칙의 탄력 적용

Eugène Delacroix
La Liberté guidant le peuple (Liberty Leading the People)
1830, oil on canvas, 260 × 325 cm, Musée du Louvre, Paris



기본권 개념	586	법률유보	678
기본권의 양면성	604	평등권 제한	706
기본권 유형	623	신체자유 제한	723
헌법상 권리와 법률상 권리	635	재산권 제한	757
기본권 갈등	640	표현자유 제한	785
포괄적 기본권	651	사회적 기본권 제한	797
기본권 제한	656		

일러두기

1. 문법상 작은따옴표가 맞아도, 시각적 효과를 위해 큰따옴표를 사용했다.
2. 법령 이름은 법제처 산하 법률 제명 약칭 위원회의 “법률 제명 약칭 기준”에 따른 약칭이 있을 경우 그 약칭으로 표기했다. 인용한 법령은 2026. 8. 시행 중인 것을 기준으로 하되, 형사소송법, 공소청법, 중수청법은 2026. 10., 법원조직법은 2028. 3. 시행 예정인 것을 기준으로 한다.
3. 판례번호는 “대법원 2026. 7. 16. 선고 2026도1894 판결”을 “2026도 1894”로 기재하는 식으로 사건번호만 표기하면서, 단기(檀紀) 연도는 서기 두 자리 연도로 같음했다. 단, 하급심 재판은 법원명을 “○○고법”, “○○행법”, “○○지법”, “○○지원”처럼 약칭해 함께 표기했다. 한편, 대법원 전원합의체 판결은 “전합”이라고 부기했지만, 헌법재판소 전원재판부 결정은 별도로 “전원재판부”라고 표시하지 않았고, 어느 경우든 법정 의견만 인용했다.
4. 기출문제가 곳곳에 있다. 공부 방향 설정에 참고하라고 넣은 것이다. 정답과 풀이는 제공하지 않는다.
5. 법령, 판례, 기출문제는 원문 그대로 인용하되, 비문 교정 또는 간결한 표현 등을 위해 수정한 부분은 “[]”로 표시했다. 단, 띄어쓰기는 별도의 수정 표시 없이 맞춤법에 맞게 교정했고, 가운데띄점(·), 아래아(ㅏ, ㅑ), 불릿(·) 등은 모두 쉼표(,) 또는 마침표(.)로 바꿨다.
6. 영문 병기는 한국법제연구원 “대한민국영문법령”과 대법원 “각급 기관 및 직위의 영문표기에 관한 내규”를 기본으로 하되, 뜻을 보다 명확히 전달하기 위해 의역한 용어도 있다. 영문 병기를 한 이유는 “외국인에게 일상적 용어로 우리 법률개념을 표현할 수 없다면 그 제도를 이해하지 못한 것”이라는 지은이의 신념을 담은 것이다.
7. 삽입한 법률서류는 실제 사건 양식을 참고하되, 인적사항과 구체적 내용은 가공했다.
8. 이 책 내용이 소속 기관의 견해와 반드시 일치하는 것은 아니다. 단, 기본 법리는 오로지 통설과 대법원 판례에 따라 설명했다. 쟁점에 관한 개인적 주장 또는 견해는 철저히 배제했다.

제7판 머리말

이 책은 수험용 공법(헌법, 행정법) 입문서다.

즉, 민사법(5권), 형사법(2권), 공법(1권)으로 구성된 8권짜리 “법학 입문” 시리즈의 일부로, 그중 공법 단권인 “헌법·행정법” 편에 해당한다. 이 시리즈는 제4판(2017)까지 “누워서 읽는 법학”이라는 이름으로 출간했고, 제5판(2019)부터는 “법학 입문”으로 이름을 바꿨다.

이번 제7판(2026)에서는 제6판(2023) 이후의 법령 개정과 새로 나온 판례를 반영했다.

배움은 단계를 뛰어넘어선 안 되고(學不可躐等), 조급하고 경솔하게 해서도 안 되니(不可草率), 그렇게 하면 헛되이 마음과 힘만 낭비할 뿐이다(徒費心力). 반드시 차례와 순서에 따라(須依次序), 올바른 방법으로 이해해야 한다(如法理會). 그렇게 하여 경전 하나를 충분히 익히면(一經通熟), 다른 책들도 쉽게 읽을 수 있게 된다(他書亦易看). — “주자어류(朱子語類)” 제11권 ‘독서법 하(讀書法下)’ 중에서

이 책은 법학을 이해하기 위한 최소한의 이론, 즉 다음 단계로 나아가기 위해 반드시 알아야만 하는 것부터 하나씩 쌓아가는 방식으로 서술했다. 이 시리즈의 공법, 형사법, 민사법 과목 사이에는 별도의 선후관계가 없으나, 같은 과목 안에서는 제1권(제1강 → 제2강 → 제3강 → 제4강), 제2권(제5강 → 제6강...), 제3권... 식의 순서를 따른다. 예를 들어, 기본권론에서 가장 먼저 이해해야 할 부분은 제4강 “기본권론”이 아니라 제1강 “공법구조론”에 있다. 제4강 내용은 제1강부터 제3강까지를 이해한 이후에야 비로소 파악할 수 있는 나머지 기본권론이다. 만약 제1강도 모른 채 제4강 하나만을 먼저 본다면, 기본권론을 이해하는 데에도 제1강부터 제4강까지 넷을 순서대로 다 읽은 사람보다 오히려 더 오래 걸릴 것이다. 같은 강 안에서의 서술도 마찬가지다. 부디 순서대로 읽기를 바란다.

이번 제7판 역시 많은 분들의 도움으로 완성할 수 있었다.

아낌없는 조언을 해주신 강동호 님(아주대학교 법학전문대학원), 강현 변호사 님(한신대학교 겸임교수), 견대영 님, 김기만 님(국방부), 김별다비 경정님(경찰청, 변호사), 김승환 님(University of Cambridge, MPhil Classics), 김윤정 경정님(충청남도경찰청), 김현경 서기관님(외교부), 노진탁 님(전남대학교 법학전문대학원), 박수정 변호사님(법무법인 빗), 오현수 변호사님(법무법인(유한) 태평양), 전성환 님(연세대학교 신촌캠퍼스), 정수연 변호사님(법무법인 해운), 조다솔 변호사님, 조민지 서기관님(통일부), 최가희 변호사님(청주지방법원 전임회생위원), 하민희 님, 한종현 변호사님께 감사드립니다.

특히 오현수 변호사님은 시리즈 초기부터 변함없이 큰 힘이 되어 주셨다. 하민희 님과 한종현 변호사님 부부, 김현경 서기관님, 정수연 변호사님은 법률 용어의 영문표기 오류와 부적절한 표현까지 바로잡아 주셨고, 김승환 님은 라틴어 법언도 꼼꼼히 교정해 주셨다.

어떤 일이 있더라도, 또 어느 누가 뭐라 하더라도, 이 책을 읽는 모든 분이 항상 다음 네 가지를 중심에 두기를 당부한다.

조문, 판례, 기출문제, 강약조절.

이것이 수험 법학의 전부이며, 합격의 유일한 방법이다.

2026. 8. 지 은 이

제1강

공법구조론

Administrative Procedure Outline



Jan Matejko, *Konstytucja 3 Maja 1791 roku (The Constitution of May 3, 1791)*
1891, oil on canvas, 247 × 446 cm, Zamek Królewski w Warszawie - Muzeum, Warsaw

행정소송과 헌법재판의 기본 구조에 관하여

- 여기서 공법이란 **헌법**과 **행정법**을 뜻한다.
이번 강의의 목표는,
 1. 공법사건 개념과 유형을 살피고,
 2. 이를 토대로, **행정소송**과 **헌법재판**의 **구조**를 이해하는 것이다.
- 그러기 위해서는 토지수용, 재건축, 체납처분 등 이론상, 실무상 중요한 개념들을 알고 있어야 한다. 이러한 기초 개념들도 살펴본다.

민사사건과 공법사건 구별

Difference between Civil Case and Public Case

로마를 위한 법은 공법이요, 개인의 이익을 위한 법은 사법이다.
- Domitius Ulpianus

민사사건

개념

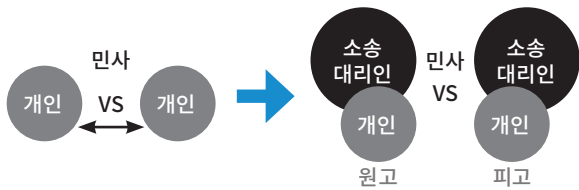
개인과 개인 사이에 권리나 법률관계를 다투는 것. 예를 들어,

- 1. “계약한 대로 돈을 얼마 달라.”
- 2. “등기를 이전해 달라.”
- 3. “내 땅 위의 건물을 철거하라.”
- 4. “치료비, 위자료를 달라.”

관계자

- 1. 개인 대 개인 분쟁이,
- 2. 소송을 통해, 원고(plaintiff) 대 피고(defendant) 구조로 이어진다.

각 당사자(원고, 피고)는 보조자로 소송대리인(litigation representative)을 쓸 수 있다.



소송대리인을 쓸 것인지 선택은 자유다. 다만, 쓴다면, 원칙적으로 변호사 (attorney-at-law)만 소송대리인이 될 수 있다.

2010다15363: 변호사강제주의를 택하지 않고 있는 [것이] 우리나라 법제[다.]
민사소송법 제87조(소송대리인의 자격) ... 변호사가 아니면 소송대리인이 될 수 없다.

구조

- 1. 당사자가 법적으로는 서로 대등한 지위에 있다.
- 2. 개인 대 개인.

소결

- 1. 이러한 권리관계: 민사관계.
- 2. 그에 관한 소송: 민사소송.
- 3. 취지: 개인 상호 간 이익 조정.

공법사건

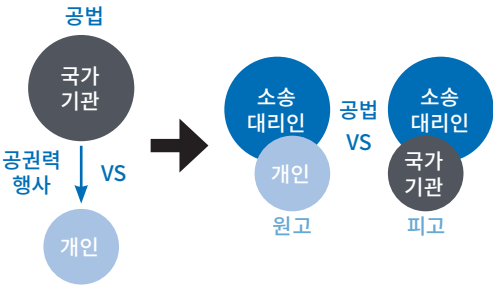
개념

국가기관의 공권력 행사를 다투는 것. 예를 들어,

- 1. “포항시장의 폐기물처리시설 설치결정을 취소하라.”
- 2. “서울경찰청장의 운전면허정지처분을 취소하라.”
- 3. “수도를 서울에서 다른 곳으로 옮기는 법률은 위헌이다.”

관계자

- 1. 국가기관 대 개인 분쟁이,
 - 2. 소송을 통해, 원고(plaintiff) 대 피고(defendant) 구조로 이어진다.
- 각 당사자(원고, 피고)는 보조자로 소송대리인(litigation representative)을 쓸 수 있다.



- 1. 어떤 사건에서는, 소송대리인을 쓸 것인지 선택은 자유다. 다만, 쓴다면, 원칙적으로 변호사(attorney-at-law)만 소송대리인이 될 수 있다.

행정소송법 제8조(법적용예) ② 행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항 [예]는 법원조직법과 **민사소송법** 및 민사집행법의 규정을 **준용**한다.

- 2. 그러나 어떤 사건에서는 반드시 변호사인 소송대리인이 있어야만 한다.

헌법재판소법 제25조(대표자, 대리인) ③ 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.

구조

- 1. 국가기관이 우월적 지위에서 어떤 처분을 내리고, 그 영향을 받는 자가 이에 대항하는 지위에 있다.
- 2. 개인 대 국가기관.

소결

- 1. 이러한 권리관계: 공법관계.

2. 그에 관한 소송: 공법소송(예: 행정소송, 헌법재판).
3. 취지: 개인 권리 구제 + 공익 보호 실현.

혼재와 구별

머리에

편의상 공법사건 중 가장 대표적 구조를 제시했다. 그러나 실제로는 위와 다른 구조도 많다. 민사사건과 공법사건은 실제로 구별이 모호할 때도 있다.

배경

하나의 사실관계에서 민사와 공법 모두 문제 될 수 있다. 예를 들어, ○○세무서장이 甲에게 양도소득세를 부과했는데, 알고 보니 세무서 소속 공무원 A의 서류위조로 일어난 사건이었다고 하자.

민사 문제

민사적으로는, 甲이 A를 상대로 “위자료를 지급하라.”라고 청구할 수 있다.

1. 피해자 甲이 원고(plaintiff)가 되어,
2. 가해자 A를 피고(defendant)로 삼아,
3. 법원 앞 소장(written complaint) 제출을 통해,
4. 소제기

공법 문제

공법적으로는, 甲이 ○○세무서장을 상대로 “양도소득세 부과 처분은 취소되어야 한다”며 취소를 구하는 소를 제기할 수 있다.

1. 처분 상대방인 甲이 원고(plaintiff)가 되어,
2. 처분 행정청인 ○○세무서장을 피고(defendant)로 삼아,
3. 법원 앞 소장(written complaint) 제출을 통해,
4. 소제기

민사 문제? 공법 문제?

甲이 대한민국(국가)을 상대로 “잘못 낸 세금을 돌려 달라.”라고 청구할 수 있다.

1. 공법적 관계로 손실자가 된 甲이 원고(plaintiff)가 되어,
2. 공법적 관계로 이득자가 된 대한민국(국가)을 피고(defendant)로 삼아,
3. 법원 앞 소장(written complaint) 제출을 통해,
4. 소제기

실제로도 이것이 민사소송인지 공법소송인지 논란이 있다.

법규 체계

System of Regulation

세상에는 헌법과 법률이 있다. - 성낙인

법 분류

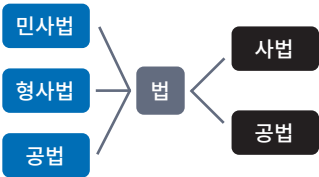
공법/사법



- 1. 사법(private law): 개인과 개인 사이의 법률관계를 규율하는 법 → 민법, 상법.
- 2. 공법(public law): 국가권력에 복종하는 개인과 국가 관계를 규율하는 법 → 민사소송법, 형법, 형사소송법, 대한민국헌법, 헌법재판소법, 행정소송법.

공법/사법 할 때 사법(私法; private law)은 [사법]으로 발음한다. 입법/사법/행정 할 때 사법(司法; jurisdiction)은 [사법]으로 발음한다.

민사법/형사법/공법



- 1. 민사법(civil law): 민사관계를 다루는 법. 즉, 민사소송 관련 법 → 민법, 상법, 민사소송법.
- 2. 형사법(criminal law): 형사관계를 다루는 법. 즉, 형사소송 관련 법 → 형법, 형사소송법.
- 3. 공법(public law): 공법관계를 다루는 법. 즉, 행정소송, 헌법재판 관련 법 → 대한민국헌법, 헌법재판소법, 행정기본법, 행정소송법.

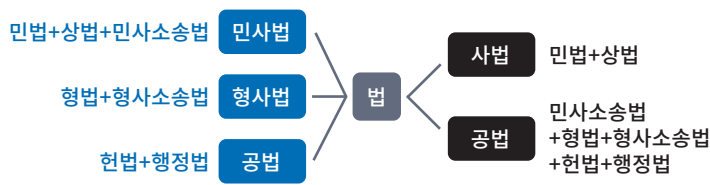
공법

개념

“공법(public law)”은 2가지 뜻이 있다.

- 1. “공법/사법”이라 말할 때 공법: 사법(private law) 아닌 모든 법 → 민사소송법, 형법, 형사소송법, 대한민국헌법, 헌법재판소법, 행정기본법, 행정소송법.

2. “민사법/형사법/공법”이라 말할 때 공법: 민사법(civil law)도 형사법(criminal law)도 아닌 모든 법 → 대한민국헌법, 헌법재판소법, 행정기본법, 행정소송법.



민법? → 공법×

민법은 공법인가? 공법이 아니다. 왜냐하면,

- 1. 민사법/형사법/공법 분류에서는 공법이 아니라 민사법(civil law)이다.
- 2. 공법/사법 분류에서도 공법이 아니라 사법(private law)이다.

민사소송법? → 공법△

민사소송법은 공법인가? 질문이 잘못되었다. 왜냐하면,

- 1. 민사법/형사법/공법 분류에서는 공법이 아니라 민사법(civil law)이다.
- 2. 공법/사법 분류에서는 공법(public law)이다.

행정소송법? → 공법○

행정소송법은 공법인가? 공법이다. 왜냐하면,

- 1. 민사법/형사법/공법 분류에서는 공법(public law)이다.
- 2. 공법/사법 분류에서도 공법(public law)이다.

앞으로 “공법”이라 하면, 민사법/형사법/공법 분류에서 말하는 공법을 뜻한다.
이 책 제목도 그렇다.

공법 분류

거칠게 말해, 헌법사건을 다루는 법인지 기준으로 나누면,

- 1. 헌법사건 공법 → 헌법(constitutional law): 대한민국헌법, 헌법재판소법.
- 2. 나머지 공법 → 행정법(administrative law): 행정기본법, 행정소송법.

“행정법”이라는 이름을 가진 법은 없다. 행정기본법, 행정소송법, 행정심판법, 행정절차법 등을 통틀어 행정법이라 부른다.

실체법인지 절차법인지를 기준으로 나누면,

- 1. 실체법(substantive law)인 공법: 대한민국헌법, 행정기본법.
- 2. 절차법(procedural law)인 공법: 헌법재판소법, 행정소송법, 행정심판법, 행정절차법.

결국,

- 1. 헌법 실체법: 대한민국헌법.
- 2. 헌법 절차법: 헌법재판소법.
- 3. 행정 실체법: 행정기본법.
- 4. 행정 절차법: 행정소송법, 행정심판법, 행정절차법.

실체법과 절차법

실체법(substantive law)

법률관계 실체를 정한 법. 요건(requirement) → 효과(effect)를 정한다.

- 1. 민사 실체법(civil substantive law): “남이 내 소유물을 점유하면 → 반환 받을 권리가 있다.”

민법 제213조(소유물반환청구권) 소유자는 그 소유에 속한 물건을 점유한 자[에게] 반환을 청구할 수 있다. ...

- 2. 형사 실체법(criminal substantive law): “사람을 살해하면 → 사형, 무기, 또는 5년 이상 징역에 처한다.”

형법 제250조(살인, 존속살해) ① 사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

- 3. 헌법 실체법(constitutional substantive law): “모든 국민은 → 양심 자유를 가진다.”

대한민국헌법 제19조 모든 국민은 양심의 자유를 가진다.

- 4. 행정 실체법(administrative substantive law): “행정청이 처분을 하면 → 일단 유효하다.”

행정기본법 제1조(목적) 이 법은 **행정의 원칙과 기본사항**을 규정하여 행정의 민주성과 적법성을 확보...함을 목적으로 한다.

행정기본법 제15조(처분의 효력) 처분은 권한이 있는 기관이 취소 또는 철회하거나 기간의 경과 등으로 소멸되기 전까지는 유효한 것으로 통용된다. ...

절차법(procedural law)

실체법을 실현하는 절차를 정한 법. 재판 절차를 정한다.

- 1. 민사 절차법(civil procedural law): 민사소송 소제기 절차, 관할법원.

민사소송법 제248조(소제기의 방식) ① 소를 제기하려는 자는 법원에 소장을 제출하여야 한다.

민사소송법 제20조(부동산이 있는 곳의 특별재판적) 부동산에 관한 소를 제기하는 경우에는 부동산이 있는 곳의 법원에 제기할 수 있다.

2. 형사 절차법(criminal procedural law): 체포 절차, 형사소송 공소제기 절차, 관할법원.

형사소송법 제200조의2(영장에 [따른] 체포) ① 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 [타]당한 이유가 있고, 정당한 이유 없이 ... 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있는 때에는 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할 지방법원 판사의 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있다. ...

형사소송법 제254조(공소제기의 방식과 공소장) ① 공소를 제기함에는 공소장을 관할 법원에 제출하여야 한다.

형사소송법 제4조(토지관할) ① 토지관할은 범죄지, 피고인의 주소, 거소 또는 현재지로 한다.

3. 헌법 절차법(constitutional procedural law): 헌법재판 심판청구 절차.

헌법재판소법 제1조(목적) 이 법은 **헌법재판소**의 조직 및 운영과 그 **심판절차**에 관하여 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

헌법재판소법 제69조(청구기간) ① ... 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다. ...

헌법재판소법 제40조(준용규정) ① 헌법재판소의 심판절차에 관하여는 ... 민사소송에 관한 법령을 준용한다. 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을 준용하고, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 「행정소송법」을 함께 준용한다.

4. 행정 절차법(administrative procedural law): 행정소송 소제기 절차.

행정소송법 제1조(목적) 이 법은 **행정소송절차**를 통하여 행정청의 위법한 처분 그 밖에 공권력의 행사, 불행사등으로 인한 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고, 공법상의 권리관계 또는 법적용에 관한 다툼을 적정하게 해결함을 목적으로 한다.

행정소송법 제20조(제소기간) ① 취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. ...

행정소송법 제8조(법적용예) ② 행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항 [에]는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다.

지금까지 본 것을 모두 이해하고 암기할 필요가 없다. 대강 이해하면 충분하다.

	민사	형사	공법	
			헌법	행정
실체법	민법	형법	대한민국헌법	행정기본법
절차법	민사소송법	형사소송법	헌법재판소법	행정소송법
통틀어	민사법	형사법	헌법	행정법

구별 필요성

시험과 공법

변호사시험에서 주요 과목은?

- 1. 민사법 시험 = 민법, 상법, 민사소송법.
- 2. 형사법 시험 = 형법, 형사소송법.
- 3. 공법 시험 = 헌법, 행정법.

변호사시험법 제9조(시험과목) ① 시험과목은 다음 각호와 같다.

- 1. 공법(헌법 및 행정법 분야의 과목을 말한다)
- 2. 민사법(「민법」, 「상법」 및 「민사소송법」 분야의 과목을 말한다)
- 3. 형사법(「형법」 및 「형사소송법」 분야의 과목을 말한다)
- 4. 전문적 법률분야에 관한 과목으로 응시자가 선택하는 1개 과목

예전 사법시험에서 주요 과목은?

- 1. 제1차 시험(기본3법) = 민법, 형법, 헌법.
- 2. 제2차 시험(기본3법+후4법) = 민법, 상법, 민사소송법, 형법, 형사소송법, 헌법, 행정법.

예나 지금이나, 민법 >>> 형사법 > 나머지



구별 필요성 1: 고유한 법원칙

각 분야마다 고유한 법원칙이 있다. 예를 들어,

- 1. 계약자유 원칙은 민사법에 적용한다.
- 2. 무죄추정 원칙은 형사법에 적용한다.
- 3. 신뢰보호 원칙은 공법에 적용한다.

구별 필요성 2: 절차와 관할

각 분쟁유형마다 소송절차나 관할이 다르다. 예를 들어,

- 1. 민사소송: 개인이 개인을 상대로 지방법원(district court)에 소를 제기.
- 2. 형사소송: 검사가 피고인을 상대로 지방법원(district court)에 공소를 제기.

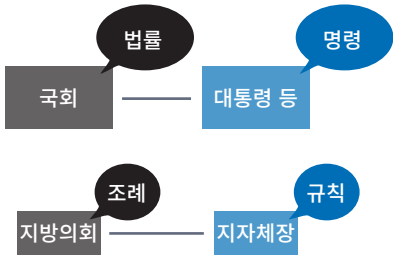
- 3-1. 행정소송: 대표적으로, 개인이 행정청을 상대로 행정법원(administrative court)에 소를 제기.
- 3-2. 헌법재판: 대표적으로, 개인이 국가기관을 상대로 헌법재판소(constitutional court)에 심판을 청구.

법규 의의

개념

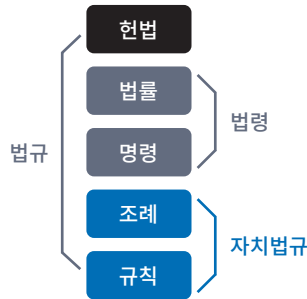
세상에는 각종 규율(norms)이 있다. 법률도 있고, 동아리 회칙도 있고, 각종 단체의 정관도 있다.

- 1. 법규(regulation)란? 규율 중에서 법규성이 있는 것.
 - 2. 법규성(normative force)이란? 국민을 규율하는 대외적 힘.
- 쉽게 말해, 법규란 모든 국민에게 “법”으로 인정되는 것이다. 예를 들어,
- 1. 식품위생법: 법규다.
 - 2. ○○산악회 회칙: 법규가 아니다.



종류

- 1. 대전제: 모든 법의 대전제 “헌법”
우리나라 헌법의 이름은 “대한민국헌법”이다. 편의상 “헌법”이라고도 한다.
- 2. 국가법: 국회가 만드는 “법률” + 대통령 등이 만드는 “명령”
법률 + 명령 = 법령
- 3. 자치법: 지방의회가 만드는 “조례” + 지방자치단체장이 만드는 “규칙”
조례 + 규칙 = 자치법규 = 자치입법 = 자치규정
- 4. 국제법: “조약” + “국제관습법”
일정한 경우, 국제법은 국내에서도 법규성을 갖는 법규가 된다.



헌법

개념

헌법(constitution)은 국가의 기본법이다. 최상위에 있는 규범이다. 크게 2가지로 나눌 수 있다.

- 1. 통치구조(governing structure)를 정하는 내용
- 2. 기본권(fundamental rights)을 정하는 내용

헌법은 국가라는 틀 안에서 권위와 자유를 조화시키는 기술이다(*Le droit constitutionnel est une technique de la conciliation de l'autorité et de la liberté dans le cadre de l'État*; Constitutional law is a technique for reconciling authority and liberty within the State).

통치구조 규정

헌법은 국가의 정치조직 구성과 정치 작용 원칙을 정한다.

대한민국헌법 제1조 ① 대한민국은 민주공화국이다.
② 대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.
대한민국헌법 제8조 ① 정당의 설립은 자유이며, 복수정당제는 보장된다.
대한민국헌법 제40조 입법권은 국회에 속한다.
대한민국헌법 제66조 ④ 행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다.
대한민국헌법 제101조 ① 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다.
② 법원은 최고법원인 대법원과 각급법원으로 조직된다.
대한민국헌법 제111조 ① 헌법재판소는 다음 사항을 관장한다.
1. 법원의 제청에 [따른] 법률의 위헌 여부 심판
4. 국가기관 상호 간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호 간의 권한 쟁의에 관한 심판
5. 법률[에서] 정하는 헌법소원에 관한 심판
대한민국헌법 제117조 ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.

기본권 규정

헌법은 국민의 “기본적 인권(기본권; fundamental rights)”과 “의무(duty)”도 정한다.

- 대한민국헌법 제10조

모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.
- 대한민국헌법 제12조 ④

누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률[에서] 정하는 바에 [따라] 국가가 변호인을 붙인다.
- 대한민국헌법 제23조 ①

모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.
- 대한민국헌법 제34조 ①

모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.
- 대한민국헌법 제38조

모든 국민은 법률[에서] 정하는 바에 [따라] 납세의 의무를 진다.
- 대한민국헌법 제39조 ①

모든 국민은 법률[에서] 정하는 바에 [따라] 국방의 의무를 진다.

하위법으로 위임

- 1. 헌법은 최고법이다 보니, 모든 세부적 사항까지 일일이 규정하지는 않는다. 내용 자체가 굉장히 추상적, 포괄적이다.
- 2. 만약 헌법에서 세부사항까지도 일일이 규정해서 예를 들어 “국회의원은 300인으로 한다.”라고 해 놓는다면? 국회의원 수를 1명이라도 늘리거나 줄이기 위해서는 헌법을 개정해야 하는 문제가 생긴다. 탄력성이 떨어진다.
- 3. 그래서 구체적 사항은 하위법인 법률(act)에 위임(delegation)한다.



- 대한민국헌법 제8조 ③

정당은 법률[에서] 정하는 바에 [따라] 국가의 보호를 받으며, 국가는 법률[에서] 정하는 바에 [따라] 정당운영에 필요한 자금을 보조할 수 있다.
- 대한민국헌법 제23조 ①

모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.
- 대한민국헌법 제34조 ⑤

신체장애자 및 질병, 노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률[에서] 정하는 바에 [따라] 국가의 보호를 받는다.
- 대한민국헌법 제41조 ②

국회의원의 수는 법률로 정하되, 200인 이상으로 한다.
- ③ 국회의원 선거구와 비례대표제 기타 선거에 관한 사항은 법률로 정한다.

물론, 헌법이 모든 사항을 법률에 위임하진 않는다. 즉,

1. 헌법이 직접 금지하는 사항도 있다.

예: 농지의 소작 제도

대한민국헌법 제121조 ① ... 농지의 소작제도는 금지된다.

2. 헌법이 원칙적으로 금지하되 그 예외 범위를 법률에 위임하는 사항도 있다.

예: 사영 기업의 국유 이전

대한민국헌법 제126조 국방상 또는 국민경제상 긴절한 필요로 ... 법률이 정하는 경우를 제외하고는, 사영기업을 국유 또는 공유로 이전하거나 그 경영을 통제 또는 관리할 수 없다.

3. 헌법이 허용하되 그 구체 범위를 법률에 위임하는 사항도 있다.

예: 농지의 임대차

대한민국헌법 제121조 ② 농업생산성의 제고와 농지의 합리적인 이용을 위하여거나 불가피한 사정으로 발생하는 농지의 임대차와 위탁경영은 법률이 정하는 바에 따라 인정된다.

4. 헌법이 명시적으로 정하진 않은 사항도 있다.

예: 농산물 최저가격 제도

연습문제

2026년도 변호사시험 공법 선택형

- [문 14.] 헌법상 경제질서에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ② 헌법은 국가로 하여금 사회적, 경제적 방법으로 농민의 적정소득을 보장하기 위해 노력하고, 법률이 정하는 바에 따라 농산물의 최저가격제를 시행하도록 규정하고 있다.
 - ③ 국방상 또는 국민경제상 긴절한 필요를 이유로 법률이 정하는 경우에는 사영기업을 국유로 이전하는 것이 허용된다.
 - ④ 농업생산성의 제고와 농지의 합리적인 이용을 위하여거나 불가피한 사정으로 발생하는 농지의 소작제도, 임대차 및 위탁경영은 법률이 정하는 바에 따라 인정된다.

법률

개념

법률(act)은 헌법 바로 밑에 있는 규범이다.

예: 이름을 보통 “~법(률)”으로 짓는다. 건설폐기물법은 법률이다.

건설폐기물법 제1조(목적) 이 법은 건설공사 등에서 나온 건설폐기물을 친환경적으로 적절하게 처리하고 그 재활용을 촉진하여 국가 자원을 효율적으로 이용하며, 국민경제 발전과 공공복리 증진에 이바지함을 목적으로 한다.

제정 주체

- 1. 법률은 국회가 만든다.
- 2. 다만, 공포는 대통령이 한다.

대한민국헌법 제40조 입법권은 국회에 속한다.

대한민국헌법 제53조 ① **국회에서 의결된 법률안은** 정부에 이송되어 15일 이내에 **대통령이 공포**한다.

제정 절차

대한민국헌법 제49조 국회는 헌법 또는 법률에 특별한 규정이 없는 한 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다. 가부동수인 때에는 부결된 것으로 본다.

대한민국헌법 제53조 ① 국회에서 의결된 법률안은 정부에 이송되어 15일 이내에 대통령이 공포한다.

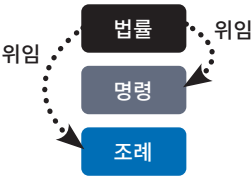
- ② 법률안에 **이의가 있을 때에는 대통령은** 제1항의 기간내에 이의서를 붙여 국회로 환부하고, 그 **재의를 요구**할 수 있다. 국회의 폐회 중에도 또한 같다.
- ③ 대통령은 법률안의 일부에 대하여 또는 법률안을 수정하여 재의를 요구할 수 없다.
- ④ 재의의 요구가 있을 때에는 국회는 재의에 붙이고, 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 법률안은 법률로서 확정된다.
- ⑤ 대통령이 제1항의 기간 내에 공포나 재의의 요구를 하지 아니한 때에도 그 법률안은 법률로서 확정된다.
- ⑥ 대통령은 제4항과 제5항의 규정에 [따라] 확정된 법률을 지체 없이 공포하여야 한다. 제5항에 [따라] 법률이 확정된 후 또는 제4항에 [따른] 확정법률이 정부에 이송된 후 5일 이내에 대통령이 공포하지 아니할 때에는 국회의장이 이를 공포한다.

지금 단계에서 모두 암기할 필요가 없다. 취지를 이해하면 충분하다.

하위법으로의 위임

- 1. 법률은 헌법보다는 구체적이지만, 여전히 어느 정도의 추상성을 갖고 있다.
- 2. 즉, 모든 기술적, 전문적 사항까지 국회가 “법률(act)”로 규정할 수는 없다. 빠르게 변하는 사회상을 반영해 수시로 법률을 개정하기는 어렵고, 폐단도 있다.
- 3. 그래서 국회는 더 구체적, 세부적 내용은 법률에 직접 규정하는 것이 아니라 다시 하위법에 위임한다.

법률은 명령에 위임할 수도, 조례에 위임할 수도 있다.



명령

개념

명령(degree)은, 행정입법 중 법규성(normative force) 있는 규범을 뜻한다.

- 1. 행정입법(administrative legislation): 행정부에서 만드는 규율.
- 2. 법규명령: 행정입법 중 국민의 권리, 의무에 관계된 사항을 정하는 규범.

법규명령을 짧게 “명령”이라 한다. 즉, 법규명령 = 명령.

명령의 제정 주체

누가 만드느냐에 따라 여러 가지로 나뉜다.

- 1. 대통령령(presidential decree): 대통령이 만든다.

예: 이름을 보통 “~법 시행령(enforcement decree)”으로 짓는다. 건설폐기물법 시행령은 대통령령이다.

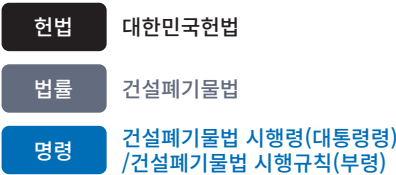
건설폐기물법 시행령 제1조(목적) 이 영은 [건설폐기물법]에서 위임된 사항과 그 시행에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

- 2. 부령(ordinance of the ministry): 행정 각부의 장, 즉 장관이 만든다.

예: 이름을 보통 “~법 시행규칙(enforcement rule)”으로 짓는다. 건설폐기물법 시행규칙은 부령(환경부령)이다.

건설폐기물법 시행규칙 제1조(목적) 이 규칙은 [건설폐기물법] 및 [같은] 법 시행령에서 위임된 사항과 그 시행에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

명령 ⊃ 대통령령, 부령



명령 분류

상위법으로부터의 위임 여부에 따라 2가지로 나뉜다.

- 1. 위임명령(delegation decree; delegation ordinance): 상위법의 위임을 받고 제정하는 명령. 즉, 위임을 받은 법규명령.



예: 어머니법(mother law)인 건설폐기물법의 위임을 받은 내용을 정하기 위해, 같은 법 시행령(위임명령)을 만든다.



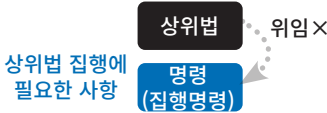
건설폐기물법 시행령 제1조(목적) 이 영은 [건설폐기물법]에서 위임된 사항과 그 시행에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

예: 할머니법(grandmother law)인 건설폐기물법 또는 어머니법(mother law)인 같은 법 시행령의 위임을 받은 내용을 정하기 위해, 같은 법 시행규칙(위임명령)을 만든다.



건설폐기물법 시행규칙 제1조(목적) 이 규칙은 [건설폐기물법] 및 [같은 법 시행령에서 위임된 사항과 그 시행에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

2. 집행명령(execution decree; execution ordinance): 상위법의 위임을 받지 않고, 다만 상위법의 집행에 필요한 사항을 정한 명령. 즉, 위임받지는 않은 법규명령.



예: 어머니법(mother law)인 건설폐기물법의 위임을 받지 않더라도, 같은 법의 집행에 필요한 사항을 정하기 위해 같은 법 시행령(집행명령)을 만든다.



건설폐기물법 시행령 제1조(목적) 이 영은 [건설폐기물법]에서 위임된 사항과 그 시행에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

예: 할머니법(grandmother law)인 건설폐기물법 또는 어머니법(mother law)인 같은 법 시행령의 위임을 받지는 않더라도, 같은 법 또는 같은 법 시행령의 집행에 필요한 사항을 정하기 위해 같은 법 시행규칙(집행명령)을 만든다.



건설폐기물법 시행규칙 제1조(목적) 이 규칙은 [건설폐기물법] 및 [같은] 법 시행령에서 위임된 사항과 그 시행에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

명령이 위임명령과 집행명령으로 나뉜다는 말은 어떤 뜻인가?

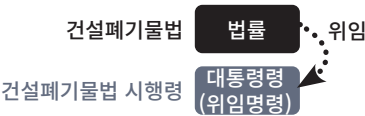
- 1. “건설폐기물법 시행규칙 제n조 제m항은 위임명령”이고,
- 2. “건설폐기물법 시행규칙 제p조 제q항은 집행명령”이라는 뜻이다.

다만, 실제로 그 둘을 구별하기 모호할 때도 있다.

위임명령

법률이 규정한 사항에 관해 국회보다는 대통령이, 대통령보다는 각부의 장관이 더 전문성이 있다. 그래서 법률이 대통령령에 위임하기도, 법률이 부령에 위임하기도, 대통령이 부령에 위임하기도 한다.

- 1. 법률의 위임에 따른 위임명령인 대통령령



대한민국헌법 제75조 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.

건설폐기물법 제13조(건설폐기물의 처리기준 등) ① 누구든지 건설폐기물을 배출, 수집, 운반, 보관 또는 중간처리를 하려는 자는 대통령령으로 정하는 기준과 방법에 따라야 [한다.] ...

건설폐기물법 시행령 제9조(건설폐기물의 처리기준 등) ① 법 제13조에 따른 건설폐기물의 배출, 수집, 운반, 보관, 중간처리의 기준 및 방법은 다음과 같다.

- 1. 건설폐기물은 폐콘크리트, 폐아스팔트 콘크리트, 폐목재, 폐합성수지, 폐금속류 등의 종류별로 재활용가능성, 소각가능성 또는 매립필요성 여부 등에 따라 구분하여 배출, 수집, 운반, 보관할 것. ...

2. 법률의 위임에 따른 위임명령인 부령



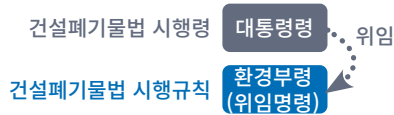
대한민국헌법 제95조 ... 행정 각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 ... 부령을 발할 수 있다.

건설폐기물법 제13조(건설폐기물의 처리기준 등) ① 누구든지 ... 건설폐기물을 수집, 운반하는 경우 건설폐기물이 흩날리거나 누출되지 아니하도록 상부 전체가 금속 또는 이에 준하는 재질로서 환경부령으로 정하는 재질로 덮여 있는 차량을 이용하여야 한다.

건설폐기물법 시행규칙 제3조의3(수집운반차량 덮개 재질) 법 제13조 제1항에서 “환경부령으로 정하는 재질”이란 다음 각호의 재질을 말한다.

- 1. 강화플라스틱 재질
- 2. 폴리카보네이트 재질
- 3. 탄소섬유 재질
- 4. 그 밖에 ...

3. 대통령령의 위임에 따른 위임명령인 부령



대한민국헌법 제95조 ... 행정 각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 ... 부령을 발할 수 있다.

건설폐기물법 시행령 제9조(건설폐기물의 처리기준 등) ② 제1항에 따른 건설폐기물의 배출, 수집, 운반, 보관, 중간처리에 관한 구체적인 기준 및 방법은 환경부령으로 정한다.

건설폐기물법 시행규칙 제5조(건설폐기물의 배출, 수집, 운반 등의 구체적인 기준, 방법) ② 영 제9조 제2항에 따른 건설폐기물의 배출, 수집, 운반, 보관, 중간처리에 관한 구체적인 기준 및 방법은 별표 1의2[→ 보관의 경우 배출자는 그의 사업장에서 발생하는 건설폐기물을 보관개시일부터 90일을 초과하여 보관하지 아니하여야 한다]와 같다.

위임명령이 새로운 내용을 규정할 수 있는가?

- 1. 위임 범위에서는, 할 수 있다.
- 2. 위임 범위 밖에서는, 할 수 없다. 만약 했다면? 그 명령은 무효다.

89누2493: 법률의 시행령은 [i] 모법인 법률[로] 위임받은 사항[→ 이에 따라 만든 시행령은 위임명령임]이나 [ii] 법률이 규정한 범위 내에서 법률을 현실적으로 집행하는데 필요한 세부적인 사항[→ 이에 따라 만든 시행령은 집행명령임]만을 규정할 수 있을 뿐[이다.] 법률에 [따른] **위임이 없는 한** 법률이 규정한 개인의 권리, 의무에 관한 내용을 변경, 보충하거나 법률에 규정되지 아니한 **새로운 내용을 규정할 수는 없[다.]**

일정한 권리에 관하여 법률이 규정한 존속기간을 뜻하는 제척기간은 권리관계를 조속히 확[정]시키기 위하여 권리의 행사에 중대한 제한을 가하는 것이[다. 그러]므로, 모법인 법률에 [따른] 위임이 없는 한 시행령이 함부로 제척기간을 규정할 수는 없[다.]

형사처벌 규정도 마찬가지다. 위임 범위 밖에서 한 명령은 무효다.

2015도16014전합: 법률의 시행령이 형사처벌에 관한 사항을 규정하면서 법률의 명시적인 위임 범위를 벗어나 처벌의 대상을 확장하는 것은 죄형법정주의의 원칙에도 어긋난다.] 그러한 시행령은 위임입법의 한계를 벗어난 것으로서 무효이다.

위임명령은 상위법의 위임이 있어야만 만들 수 있는가?

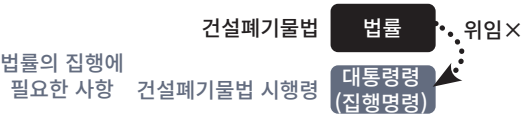
- 1. 새로운 내용을 규정할 수 있으므로,
- 2. 위임이 필요하다.

2019도11381: 위임명령은 법률이나 상위명령에서 구체적으로 범위를 정한 개별적인 위임이 있을 때에 가능하다.

집행명령

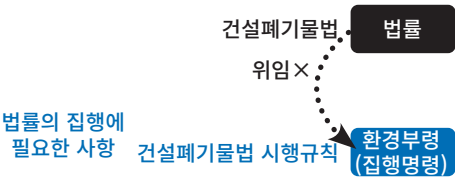
상위법의 위임이 없더라도, 상위법의 집행을 위해 필요한 사항을 정하기 위해 명령을 만들기도 한다. 위임이 필요 없는 대신, 새로운 사항을 만들 수는 없다. 쉽게 말해, 이미 정해져 있는 사항에 관해, 절차를 규정할 뿐이다.

- 1. 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항을 정한 집행명령인 대통령령



대한민국헌법 제75조 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 **법률을 집행하기 위하여 필요한 사항**에 관하여 **대통령령**을 발할 수 있다.

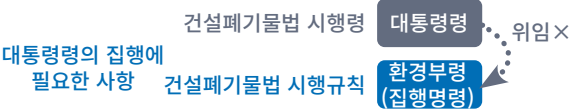
- 2. 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항을 정한 집행명령인 부령



대한민국헌법 제95조 ... 행정 각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 **직권으로 ... 부령**을 발할 수 있다.

건설폐기물법 시행규칙 제14조(허가증의 재교부) 건설폐기물 처리업자는 건설폐기물 처리업허가증을 잃어버리거나 건설폐기물 처리업허가증이 헐어 못쓰[는] 경우에는 시, 도지사에게 재교부를 신청할 수 있다.

3. 대통령령을 집행하기 위하여 필요한 사항을 정한 집행명령인 부령



대한민국헌법 제95조 ... 행정 각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 ... 부령을 발할 수 있다.

건설폐기물법 시행규칙 제5조(건설폐기물의 배출, 수집, 운반 등의 구체적인 기준, 방법) ① 영 제9조 제1항 제2호에 따른 건설폐기물 수집, 운반증의 발급절차, 규격 및 기재방법 등[에]는 「폐기물관리법 시행규칙」 별표 5 제6호[→ 폐기물 수집, 운반증]의 규정을 준용한다.

집행명령이 새로운 내용을 규정할 수 있는가?

- 1. 위임을 받지 못했으므로,
- 2. 할 수 없다. 만약 했다면? 그 명령은 무효다.

89누2493: 법률의 시행령은 ... 법률에 [따른] 위임이 없는 한 법률이 규정한 개인의 권리, 의무에 관한 내용을 변경, 보충하거나 법률에 규정되지 아니한 새로운 내용을 규정 할 수는 없[다].

집행명령은 상위법의 위임이 있어야만 만들 수 있는가?

- 1. 새로운 내용을 규정할 수도 없고, 새로운 내용을 규정하려는 것도 아니므로,
- 2. 위임이 필요 없다.

2023헌마820: 집행명령의 경우 법률의 구체적, 개별적 위임 여부 등이 문제 되지 않[는 다.] 다만 상위법의 집행과 무관한 독자적인 내용을 정할 수 없다는 한계가 있다.

2004두12261: [대통령령인] 지방공무원 징계 및 소청규정 제14조, 제1조의3 제1항 제1호는 지방공무원법 제62조 제2항 본문의 의견을 듣는 절차에 관하여 임용권자가 시, 군, 구의 5급 이상 공무원을 직권면직시킬 경우 시, 도인사위원회의 의견을 듣도록 규정하고 있다. [법률인 지방공무원법]이 직권면직절차에 관하여 위임에 관한 아무런 규정을 두지 아니하였다고 하더라도 대통령령은 직권면직에 관한 같은 법의 규정을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 규정할 수 있다.] ... [위 규정이] 인사권을 침해하지도 않[는다. 그러]므로 위 지방공무원 징계 및 소청규정을 무효라고 할 수 없다.

구별의 어려움

위임명령과 집행명령을 구별하기 어려울 때가 있다. 즉, 과연 명령에서 “새로운 내용을 규정”한 것인지 판단이 어려울 때가 있다.

방송법 제65조(수신료의 결정) [텔레비전 방송] 수신료의 금액은 이사회가 심의, 의결한 후 방송통신위원회를 거쳐 국회의 승인을 얻어 확정되고, [한국방송]공사가 이를 부과, 징수한다.

방송법 시행령 제43조(수신료의 납부통지) ① 공사 또는 지정받은 자가 수신료를 징수하고자 하는 때에는 다음 각호의 사항을 명시한 수신료 납부통지서를 납부기한 7일 전까지 수상기등록자에게 도달하도록 송부하여야 한다. ...

- 1. 납부금액
 - 2. 징수대상월
 - 3. 납부기한
 - 4. 납부장소
 - 5. ... 수신료채납에 대한 가산금
- ② 지정받은 자가 수신료를 징수하는 때에는 지정받은 자의 고유업무와 관련된 고지행위와 결합하여 이를 행하여서는 안 된다.

2023헌마820(법정의견): 방송법 시행령 제43조는 단순히 수신료 납부통지에 관한 절차적 사항을 규정하고 있다. 그러므로 이를 상위법의 시행에 필요한 절차, 형식을 규율하는 집행명령으로 보는 것이 타당하다.

2023헌마820(반대의견): [방송법 시행령 제43조를] 단순히 방송법이 규정한 내용을 집행하는 데 필요한 세부적인 사항을 정한 집행명령으로는 볼 수 없고, 국민의 권리, 의무에 관한 사항을 정한 위임명령으로 보아야 한다.

결국, 관련 규정을 종합해 판단할 수밖에 없다.

2022도10256: 법률의 시행령의 내용이 모법의 입법 취지와 관련 조항 전체를 유기적, 체계적으로 살펴보아 모법의 해석상 가능한 것을 명시한 것에 지나지 아니하거나 모법 조항의 취지에 근거하여 이를 구체화하기 위한 것인 때[가 있다. 이때]에는 모법의 규율 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없다(→ 집행명령이라는 취지). 그러므로 그런 경우는] 모법에 이에 관하여 직접 위임하는 규정을 두지 아니하였다고 하더라도 이를 무효라고 볼 수는 없다.]

중간 결론

	위임명령	집행명령
상위법의 위임	필요	불필요
새로운 사항 규정	가능	불가능
법규성	○	

유보 원칙과 우위 원칙

명령을 아무렇게나 만들어도 되는가? 안 된다. 다음 원칙을 준수해야 한다.

- 1. 유보 원칙(principle of reservation): 새로운 내용을 정한 명령을 만들려면, 상위법의 위임이 필요하다(유보 원칙 = “위임 필요”).

2. 우위 원칙(principle of superiority): 새로운 내용을 정하든 그렇지 않든 간에, 명령은 상위법을 위반해서는 안 된다(우위 원칙 = “위반 금지”).

유보 원칙

1. 새로운 내용을 정한 대통령령을 만들려면 법률의 위임이 필요하다. → 법률 유보 원칙.

2018두47264전합: 행정법 영역에서는 법률, 시행령, 시행규칙 등 다양한 형식의 행정법규에서 신청기간을 규정하고 있다. 신청기간 규정이 법률관계를 조속히 확정시키기 위하여 권리의 행사에 중대한 제한을 가하려는 취지라면 ‘기본권 제한의 법률유보원칙’에 따라 법률에서 직접 정하거나 법률의 위임에 근거하여 하위법령에서 정하여야 한다. 따라서 모법의 위임 없이 하위법령에서 정한 신청기간은 대외적으로 국민과 법원을 구속하는 효력이 없다(→ 무효다.).

2. 새로운 내용을 정한 부령을 만들려면, 법률 또는 대통령령의 위임이 필요하다. → 법령유보 원칙.

2012두23808전합: [이 사건] 시행령 조항... 및 ... [이 사건] 시행규칙 조항[은] ... 납세 의무자가 세무조정계산서의 작성을 외부 전문가에게 맡기도록 강제하는 제도(이하 ‘외부세무조정제도’라고 한다)[를 두었다. 이는] 국민의 기본권 및 기본적 의무와 관련된 것[이다. 그러]서 법률에서 정해야 할 본질적 사항에 해당[한다. 그러]므로, 법률에서 적어도 적용대상 및 세무조정업무를 맡게 될 ‘외부’의 범위 등에 관한 기본적인 사항을 직접적으로 규정하고 있어야 [한다.]

[그런]데, ... 모법 조항이 외부세무조정제도를 규정하고 있다고 볼 수 없[다. 이 사건] 시행령 조항은 모법 조항의 위임 없이 규정된 것이거나 모법 조항의 위임범위를 벗어난 것으로서 무효[이다. 따라서] 시행령 조항의 위임에 따른 시행규칙 조항 역시 무효[다.]

우위 원칙

1. 대통령령은, 법률을 위반해서는 안 된다. → 법률우위 원칙.
2. 부령은, 법률 및 대통령령을 위반해서는 안 된다. → 법령우위 원칙.

2016두33186: 하위법령은 그 규정이 상위법령의 규정에 명백히 저촉되[면] 무효[다.]

법규성이 있어야 우위 원칙을 따른다.

법규성

명령도 법규다. 즉,

1. 대통령령(시행령)은 법규성을 갖는다.

2020두43722: 국토계획법 시행령... 제56조 제1항 [별표 1의2] ‘개발행위허가기준’은 국토계획법 제58조 제3항의 위임에 따라 제정된 대외적으로 구속력 있는 법규명령에 해당한다.

2. 부령(시행규칙)도 법규성을 갖는다.

2003두4355: [구 여객자동차법] 시행규칙... 제31조 제2항 제1호, 제2호, 제6호는 [구 여객자동차법]... 제11조 제4항의 위임에 따라 시외버스운송사업의 사업계획변경에 관한 절차, 인가기준 등을 구체적으로 규정한 것[이다. 이는] **대외적인 구속력이 있는 법규 명령**이다.]

소결

1. 법규명령은 제정 취지, 제정주체에 따라 여러 종류로 나눌 수 있다.

	대통령이 제정	장관이 제정
위임에 따라 제정	대통령령인 위임명령	부령인 위임명령
직권으로 제정	대통령령인 집행명령	부령인 집행명령

2. 이러한 대통령령, 부령은 모두 법규성(normative force)을 가진다. 즉, 모든 국민은 법률과 마찬가지로 법 시행령(대통령령), 법 시행규칙(부령)을 따라야 한다. 법원 역시 시행령, 시행규칙을 재판규범으로 삼는다.

3. 법률과 명령을 합쳐서 “법령”이라 부른다. 법령도 법규성을 갖는 법규다.

2016다276177: ‘법령’은 일반적인 의미에서의 법령, 즉 **법률**과 그 밖의 **법규명령**으로서의 대통령령, 총리령, 부령 등을 의미[한다.]

사실, 법률, 명령 말고도 더 있긴 하다. 차차 배우자.

행정기본법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

- 1. “법령등”이란 다음 각 목의 것을 말한다.
 - 가. **법령**: 다음의 어느 하나에 해당하는 것
 - 1) **법률** 및 **대통령령**, ...**부령**
 - 2) ...
 - 3) ...

연습문제1

2021년도 변호사시험 공법 선택형

[문 22.] 법률유보의 원칙에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ⑤ 시행령은 모법인 법률[로] 위임받은 사항이나 법률이 규정한 범위 내에서 법률을 현실적으로 집행하는 데 필요한 세부적인 사항만을 규정할 수 있을 뿐, 법률에 [따른] 위임이 없는 한 법률이 규정한 개인의 권리, 의무에 관한 내용을 변경, 보충하거나 법률에 규정되지 아니한 새로운 내용을 규정할 수는 없다.

연습문제2

2022년도 변호사시험 공법 선택형

- [문 18.] 헌법 제75조와 제95조에 따른 위임입법과 「헌법재판소법」 제68조 제1항에 [따른] 헌법소원심판에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ④ 행정규칙이 아닌 시행령은 법률에 [따른] 위임이 없더라도 법률이 규정한 개인의 권리, 의무에 관한 내용을 보충하거나 법률에 규정되지 아니한 새로운 추가적 내용을 규정할 수 있다.

연습문제3

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

- [문 1.] 죄형법정주의에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ① 법률의 시행령이 형사처벌에 관한 사항을 명확히 규정하고 있다면 법률의 명시적인 위임범위를 벗어나 처벌의 대상을 확장하더라도 죄형법정주의에 어긋나는 것은 아니다.

연습문제4

2026년도 변호사시험 공법 선택형

- [문 15.] A는 공영방송 법인이며, 「방송법」에 [따라] 텔레비전수상기를 소지한 자로부터 징수하는 월 2,500원의 텔레비전방송수신료(이하 ‘수신료’라 한다)를 주요 재원으로 하고 있다. A는 B전력공사에 수신료 징수업무를 위탁하였고, B전력공사는 30년간 고유업무인 전기요금 징수업무 고지행위와 결합하여 수신료를 고지, 징수하여 왔다. 그런데 최근 수신료의 징수를 전기요금과 결합하여 행할 수 없도록 하는 내용으로 아래와 같이 「방송법 시행령」 제43조 제2항이 개정되었다. 이에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- 「방송법 시행령」 제43조(수신료의 납부통지) ② 지정받은 자가 수신료를 징수하는 때에는 지정받은 자의 고유업무와 관련된 고지행위와 결합하여 이를 행하여서는 안 된다.
- ㄴ. 위 조항은 수신료 징수업무를 위탁하는 경우 통합징수를 금지하여 A의 방송운영의 자유를 제한하므로 상위법령의 위임을 요하는 위임명령에 해당한다.

연습문제5

2026년도 변호사시험 공법 선택형

- [문 38.] 공법상 급부청구권에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ③ 사회보장급부를 받기 위한 신청기간 규정이 법률관계를 조속히 확정시키기 위하여 권리의 행사에 중대한 제한을 가하려는 취지라면 기본권 제한의 법률유보원칙에 따라 법률에서 직접 정하거나 법률의 위임에 근거하여 하위법령에서 정해야 한다.

연습문제6

2026년도 변호사시험 공법 선택형

- [문 40.] 행정입법에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ③ 법률의 시행령은 모법인 법률[로] 위임받은 사항이나 법률이 규정한 범위 내에서 법률을 현실적으로 집행하는 데 필요한 세부적인 사항만을 규정할 수 있을 뿐, 법률의 위임이 없는 한 법률이 규정한 개인의 권리, 의무에 관한 내용을 변경, 보충하거나 법률에 규정되지 아니한 새로운 내용을 규정할 수는 없다.

명령과 행정규칙

행정입법 분류

행정입법(administrative legislation): 행정부에서 만드는 규율. 행정입법은 2가지로 나뉜다.

- 1. 명령(decree) ← 지금까지 본 것
- 2. 행정규칙(administrative rule) ← 이제 볼 것

개념

- 1. 명령(decree): 행정입법 중 법규성(normative force)이 있는 것. 명령은 법규다. 그래서 법규명령이라고도 한다.
- 2. 행정규칙(administrative rule): 행정입법 중 법규성이 없는 것. 행정규칙은 법규가 아니다. 단지 행정조직 내부의 업무처리 절차나 기준을 정한 데 불과하다.

2020두42262: 상급행정기관은 소속 공무원이나 하급행정기관[에] 업무처리지침이나 법령의 해석, 적용 기준을 정해주는 ‘행정규칙’을 제정할 수 있다.

2016다276177: 행정규칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖는 것이 아니므로 [‘법령’]에 해당하지 않는다.

예: 이름을 보통 “~지침”, “~예규”, “~고시”, “~훈령”으로 짓는다. 건설폐기물의 처리 및 재활용 관련 업무처리지침은 행정규칙이다.

건설폐기물의 처리 등에 관한 업무처리지침 I. 총칙 1. 일반사항 가. 목적 1) 본 업무처리지침(이하 ‘지침’이라 함)은 [건설폐기물법] 및 [폐기물관리법]에 따른 건설폐기물의 배출, 수집, 운반, 보관 및 처리 등 건설폐기물의 친환경적 적정처리 및 재활용 촉진을 위한 **업무를 처리[할 때] 행정의 일관성** 및 신뢰성 등의 확보를 목적으로 한다.

사례

- 1. 개발행위허가기준(대통령령): 법규성○

2020두43722: 국토계획법 시행령[에 있는] ‘개발행위허가기준’은 국토계획법...의 위임에 따라 제정된 **대외적으로 구속력 있는 법규명령**에 해당한다.

2. 개발행위허가운영지침(국토교통부 훈령): 법규성×

2020두43722: 국토계획법 시행령...은 국토교통부장관이 ... 개발행위허가기준에 대한 '세부적인 검토기준'을 정할 수 있다고 규정하였을 뿐이다. 그러므로] 그에 따라 국토교통부장관이 국토교통부 **훈령**으로 정한 '개발행위허가운영지침'은 ... 개발행위허가기준에 대한 세부적인 검토기준이다. 즉,] 상급행정기관인 국토교통부장관이 소속 공무원이나 하급행정기관에 대하여 개발행위허가업무와 관련하여 국토계획법령에 규정된 개발행위허가기준의 해석, 적용에 관한 세부 기준을 정하여 둔 **행정규칙에 불과**하다. 따라서] **대외적 구속력이 없다**.

위반 또는 준수 효과

명령은 법규성이 있으므로 법이다.

1. 만약 어떤 행위가 명령(시행령, 시행규칙) 규정을 위반했다면? 그 자체로 위법하다(법 위반○).
2. 만약 어떤 행위가 명령(시행령, 시행규칙) 규정을 준수했다면? 명령 자체에 문제가 있지 않은 한, 적법하다(법 위반×).

행정규칙은 법규성이 없으므로 법이 아니다.

1. 만약 어떤 행위가 행정규칙(지침, 예규, 고시 등) 규정을 위반했다면? 그것만으로 위법한 행위는 아니다.

2021두58912: 이 사건 고시는 그 형식 및 내용에 비추어 행정기관 내부의 사무처리준칙에 불과하다. 그러므로 일반 국민이나 법원을 구속하는 대외적 구속력은 없다.

따라서 ... 이 사건 **고시**에서 정한 절차에 위반된다고 하여 **그러한 사정만으로 곧바로 그에 기초하여 내려진 행정처분이 위법하다고 볼 수는 없다**. 그 행정처분이 위법한지는] 관계 법령의 규정 내용과 취지 등에 비추어 그 절차상 하자가 ... 중대한지에 따라 판단되어야 한다.]

2. 만약 어떤 행위가 행정규칙(지침, 예규, 고시 등) 규정을 준수했다면? 그것만으로 적법한 행위는 아니다.

2020두43722: 국토교통부 **훈령**으로 정한 '개발행위허가운영지침'은 ... 세부 기준을 정하여 둔 행정규칙에 불과하여 대외적 구속력이 없다. 따라서 행정처분이 위 **지침**에 따라 이루어졌더라도, 해당 처분이 적법한지는 국토계획**법령**에서 정한 개발행위허가기준과 비례, 평등원칙과 같은 **법의 일반원칙**에 적합한지 여부에 따라 판단해야 한다.

처분 기준인 행정규칙은 원칙적으로 미리 공표해야 한다. 그러나 공표한 기준이라 해서 절대적 기준이 되는 건 아니다. 공표하지 않은 기준 역시 절대적 기준이 될 수 없다.

행정절차법 제20조(처분기준의 설정, 공표) ① 행정청은 필요한 처분기준을 해당 처분의 성질에 비추어 되도록 구체적으로 정하여 공표하여야 한다. ...

2018두45633: 행정청이 **미리 공표한 기준**, 즉 행정규칙을 따랐는지 여부[는] 처분의 적법성을 판단하는 결정적인 지표가 되지 못[한다. 그와] **마찬가지로**, 행정청이 **미리 공표하지 않은 기준**을 적용하였는지 여부도 처분의 적법성을 판단하는 결정적인 지표가 될 수 없다.

참고: 이미 법령에 처분 기준이 나와 있다면, 처분 기준인 행정규칙으로 다시 공표할 의무 자체가 없다. 상식적으로 생각하면 된다.

2014두3631: 처분기준의 설정, 공표제도는 행정청의 자의적인 권한행사를 방지하여 행정의 투명성과 예측가능성을 보장하려는 취지[다. 그러므로] 행정청은 최대한 구체적으로 처분기준을 설정, 공표하여야 [한다. 하지만] 처분의 근거가 되는 법령에 처분기준을 구체적으로 규정하고 있는 때에는 이를 다시 설정, 공표할 의무는 없[다.]

행정규칙과 예외

행정규칙은,

1. 원래 법규성이 없다. 기본적으로, 행정규칙은 법령(법규)에 근거한 규율이 아니기 때문이다.

2020두42262: ‘집행증서’...는 법령상 용어는 아니고 강제집행을 승낙하는 의사표시가 기재되어 민사집행법에 따른 강제집행의 집행권원이 되는 공정증서를 강령상, 실무상으로 지칭하는 용어[다.]

법무부장관은 공증인의 ‘집행증서’... 작성 사무에 관한 사항을 정하여 그 사무의 적절성과 공정성을 확보...함을 목적으로, ... ‘집행증서 작성사무 지침’을 제정하였다. 이는 공증인의 감독기관인 법무부장관이 **상위법령의 구체적인 위임 없이** 공증인이 직무수행에서 준수하여야 할 세부적인 사항을 규정한 ‘**행정규칙**’이라고 보아야 한다.

2. 그러나 예외적으로, 행정규칙이 상위 법령과 결합해 법규성을 띠 때가 있다. 이런 행정규칙을 “법령보충규칙”이라 부른다.

행정기본법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “법령등”이란 다음 각 목의 것을 말한다.
 - 가. 법령: 다음의 어느 하나에 해당하는 것
 - 1) 법률 및 대통령령, ...부령
 - 3) 1)...의 위임을 받아 ... 정한 훈령, 예규 및 고시 등 행정규칙

2016다276177: 행정규칙이라 하더라도, ... [상위] **법령과 결합하여 대외적 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력**을 가지는 [경우가 있다.]

명령과 예외

명령은,

1. 원래 법규성이 있다.
2. 그러나 예외적으로, 명령이라도 부령(시행규칙)으로 제재적 처분 기준을 정한 부분만큼은 법규성이 없다.

2016두57984: 지방계약법 시행규칙 제76조 제1항 [별표 2] 제20호는 입찰, 낙찰 또는 계약의 체결, 이행과 관련하여, 사기로 지방자치단체에 10억 원 이상의 손해를 끼친 자와 10억 원 미만의 손해를 끼친 자로 나눈 후 후자[에] 제재기간을 11개월 이상 1년 1개월 미만으로 제한기준을 정하고 있다. 그리고 같은 조 제4항 및 제5항은 정상을 참작할 특별한 사유가 있을 때에는 그 제재기간을 경감할 수 있되, 그 경감 기간은 6개월을 초과할 수 없도록 정하고 있다.

이러한 제재적 행정처분의 기준이 부령[→ 시행규칙] 형식으로 규정되어 있더라도 그것은 행정청 내부의 사무처리준칙을 규정한 것에 지나지 않[는다.] 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없다[→ 법규성이 없다].

3. 다만, 만약 법률/대통령령(시행령)이 부령(시행규칙)에 제재적 처분 기준을 정하라고 위임한 경우였다면? 다시 원칙으로 돌아가, 그 부령(시행규칙)상 제재적 처분 기준은 법규성이 있다.

2011두10584: 법령에서 행정처분의 요건 중 일부 사항을 부령으로 정할 것을 위임한 데 따라 시행규칙 등 부령에서 이를 정[했다]. 이] 경우에 그 부령의 규정은 국민에 대해서도 구속력이 있는 법규명령에 해당한다[→ 국민이나 법원을 구속하는 효력이 있다. 즉 법규성이 있다].]

행정규칙이 상위 법령과 결합해 법규성을 띠는 경우인지 판단

다음은 모두 충족해야, 법령보충규칙으로서 법규성을 인정한다.

1. 법규적 사항일 것 = 상위 법령에 실질적 법규성 존재

2020두39297: 위임근거[가] ... 예시적 규정에 불과한 이상, 그 위임에 따른 ... 고시가 대외적으로 국민과 법원을 구속하는 효력이 있는 규범이라고 볼 수는 없다.]

2. 유보 원칙(principle of reservation) = 상위 법령이 구체적 권한 부여

2016다276177: [i] 법령의 규정이 특정 행정기관[에] 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여[한다]면? 이로써 [행정규칙이] 그 법령 내용을 보충하는 기능을 가[진다면? 그리고] [ii] 그 내용이 해당 법령의 위임 한계를 벗어나지 않[는]다면? 이러한 조건들 아래, 행정규칙도 그 법령과 결합하여 대외적 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가지는 [경우가 있다.]

2026두30378: 행정 각부의 장이 정하는 특정 고시가 ... 법령에 근거를 둔 것이[라] 하자. 그렇[더라도] 규정 내용이 법령의 위임 범위를 벗어난 것일 경우에는 법규명령으로서의 대외적 구속력을 인정할 여지는 없다.

3. 우위 원칙(principle of superiority) = 행정규칙이 상위 법령 준수

2020두42262: 행정규칙의 내용이 상위법령에 반하는 것이라면 법치국가원리에서 파생되는 법질서의 통일성과 모순금지 원칙에 따라 그것은 법질서상 당연 무효[다. 그 결과] 행정내부적 효력도 인정될 수 없다.

법령보충규칙은 형식은 행정규칙인데도 실질은 법령이라, 우위 원칙을 따른다. 위반 시 행정규칙으로서도 무효다.

일률적으로 말할 수 없다. 관련 규정을 살펴야 한다.

1. 법규성○ 사례

2018두52204: [금융위원회법]...의 위임에 따라 금융위원회가 고시한 ‘금융기관 검사 및 제재에 관한 규정’ 제18조 제1항이 대외적으로 구속력이 있는 법규명령의 효력을 가지는[가]

신용협동조합법 제83조는 신용협동조합에 대한 **금융위원회의 감독 등을 정하고 있다**. 이 규정에 따르면, 금융위원회는 신용협동조합과 중앙회의 업무를 감독하고 감독상 필요한 명령을 할 수 있으며(제1항), 금융감독원장은 소속 직원으로 하여금 신용협동조합 또는 중앙회의 업무와 재산에 관하여 검사를 하게 할 수 있다(제2항). 신용협동조합법 제84조 제1항은 신용협동조합의 임직원이 법 또는 법에 따른 명령, 정관, 규정에서 정한 절차, 의무를 이행하지 않은 경우...에는 금융위원회는 신용협동조합으로 하여금 관련 임원에 대해서는 개선(改選, 위법행위를 한 임원을 해임하고 새로운 임원을 선출하는 것을 뜻한다), 직무의 정지 또는 견책(제1호), 관련 직원에 대해서는 징계면직, 정직, 감봉 또는 견책(제2호) 등의 조치를 하게 할 수 있다고 정하고 있다.]

[금융위원회법]은 ‘금융기관의 감독 및 검사, 제재(制裁)에 관한 사항’을 금융위원회의 소관 사무의 하나로 정하면서(제17조 제2호), 금융위원회가 필요하다고 인정하는 경우에는 금융감독원의 업무 등에 관한 사항을 보고하게 하거나 금융위원회가 정하는 바에 따라 업무 등을 검사할 수 있다고 정하고 있다(제60조). 그 위임에 따라 금융위원회가 고시한 「금융기관 검사 및 제재에 관한 규정」...은 금융감독원장이 실시하는 검사의 방법, 검사결과와 처리와 제재, 그 밖에 필요한 사항을 정하고 있다. 그런데] 이는 금융감독원장이 검사를 실시하는 금융기관에 적용될 뿐만 아니라(제2조 제1항), 필요한 범위 내에서 금융위원회가 검사를 실시하는 금융기관에도 준용된다(제2조 제2항).

이와 같은 관련 법령의 규정 체계와 내용, 입법 취지 등을 종합하면, [다음과 같다.] 이 사건 고시 제18조 제1항은 금융위원회법의 위임에 따라 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정한 것이다. 그리고] 금융위원회 법령의 위임 한계를 벗어나지 않[는다. 그러]므로 그와 **결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령**의 효력을 가진다.]

2. 법규성× 사례 (‘·’ 유보 원칙 위반)

2026두30378: 특정 고시가 위임의 한계를 준수하고 있는지...를 판단할 때에는 어떻게 하나? 해당 법률 규정의 입법 목적과 규정 내용, 규정의 체계, 다른 규정과의 관계 등을 종합적으로 살펴야 한다.]

법률의 위임 규정 자체가 그 의미 내용을 정확하게 알 수 있는 용어를 사용하여 위임의 한계를 분명히 하고 있는데도 고시에서 그 문언적 의미의 한계를 벗어났다[고 하자. 또는,] 위임 규정에서 사용하고 있는 용어의 의미를 넘어 그 범위를 확장하거나 축소[했다고 하자. 이]로써 위임 내용을 구체화하는 단계를 벗어나 새로운 입법을 한 것으로 평가할 수 있다면[?] 이는 위임의 한계를 일탈한 것으로서 허용되지 아니한다.]

원고들은 우정국에서 근무하는 우정사업본부 소속 국가직 공무원이다. ... 이 사건 **업무지침** 중 현업공무원이 1일 1시간 이상 시간외근무를 한 경우에만 해당 일의 시간외근무시간을 월별 시간외근무수당 지급시간에 산입하도록 규정한 부분[은] ... **상위 법령인 공무원수당규정의 위임 한계를 벗어나 효력이 없다.**

[그 이유는 다음과 같다.] 이 사건 업무지침은 ... 상위 법령인 공무원수당규정의 위임이 없[는데]도 현업공무원이 지급받을 시간외근무수당의 범위에 관하여 추가적인 제한을 가하는 내용에 해당[한다. 그]뿐 아니라, 현업공무원의 경우 실제 시간외근무시간을 분 단위까지 더하여 월별 시간외근무시간을 산정하도록 하고 있는 공무원수당규정 [조항]의 해석상 도출 가능한 내용이라고 볼 수도 없다.

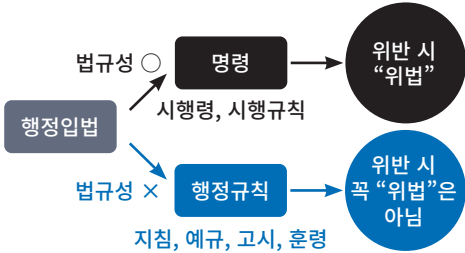
3. 법규성× 사례 (∴ 법규적 사항 아님)

2020두39297: [산재보험법] 시행령 [별표 3] ‘업무상 질병에 대한 구체적인 인정 기준’의] ... 위임에 따른 고용노동부 고시가 대외적으로 국민과 법원을 구속하는 효력이 있는 규범[인가?]

[산재보험법]..., 같은 법 시행령...의 규정 내용과 형식, 입법 취지를 종합하면, [다음과 같다.] 같은 법 시행령 [별표 3] ‘업무상 질병에 대한 구체적인 인정 기준’은 같은 법...에 서 규정하고 있는 ‘업무상 질병’에 해당하는 경우를 예시적으로 규정한 것이[다. 즉,] 그 기준에서 정한 것 외에 업무와 관련하여 발생한 질병을 모두 업무상 질병에서 배제하는 규정으로 볼 수는 없[다.]

‘업무상 질병에 대한 구체적인 인정 기준’은 ‘뇌혈관 질병 또는 심장 질병’, ‘근골격계 질병’의 업무상 질병 인정 여부 결정에 필요한 사항은 고용노동부장관이 정하여 고시하도록 위임하고 있다.] 위임근거인 ... ‘업무상 질병에 대한 구체적인 인정 기준’이 예시적 규정에 불과한 이상, 그 위임에 따른 고용노동부 고시가 대외적으로 국민과 법원을 구속하는 효력이 있는 규범이라고 볼 수는 없[다(법규성×)]. 즉,] 상급행정기관이자 감독기관인 고용노동부장관이 그 지도, 감독 아래 있는 근로복지공단에 대하여 행정내부적으로 업무처리지침이나 법령의 해석, 적용 기준을 정해주는 ‘행정규칙’이[다.]

소결



- 1. 명령 위반 행위는 위법하고, 준수 행위는 적법하다.
단, 제재적 처분 기준을 정한 부령 위반 행위는 행정규칙 위반에 준한다.
- 2. 행정규칙 위반 행위는 적법할 수도 있고 위법할 수도 있고, 준수 행위는 적법할 수도 있고 위법할 수도 있다.

2018두45633: 처분이 행정규칙을 위반하였다고 하여 그러한 사정만으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니고, 처분이 행정규칙을 따른 것이라고 하여 적법성이 보장되는 것도 아니다.

단, 상위 법령과 결합해 법규성을 띠 때는 명령 위반에 준한다.

연습문제1

2025년도 변호사시험 공법 선택형

[문 27.] 행정입법에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 국토교통부훈령 '개발행위허가운영지침'은 [국토계획법 시행령]에 따라 정한 개발행위허가기준에 대한 세부적인 검토기준으로서 대외적 구속력을 가진다.
- ㄴ. 행정청이 미리 공표한 처분기준인 행정규칙을 따랐는지 여부가 처분의 적법성을 판단하는 결정적인 지표가 되지 못하는 것과 마찬가지로, 행정청이 미리 공표하지 않은 처분기준을 적용하였는지 여부도 처분의 적법성을 판단하는 결정적인 지표가 될 수 없다.
- ㄷ. 위임근거인 [산업재해법 시행령] [별표 3] '업무상 질병에 대한 구체적인 인정 기준'이 예시적 규정에 불과한 이상, 그 위임에 따른 고용노동부 고시는 대외적으로 국민과 법원을 구속하는 효력이 있는 규범이라고 볼 수 없다.
- ㄹ. [금융위원회법]에 따라 금융위원회가 고시한 '금융기관 검사 및 제재에 관한 규정' 제18조 제1항은 위 법률의 위임에 따라 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정한 것으로서, 그 위임 한계를 벗어나지 않는다면 그와 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령의 효력을 가진다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 공법 선택형

[문 33.] 행정절차에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ⑤ 처분기준의 설정, 공표제도는 행정청의 자의적인 권한행사를 방지하여 행정의 투명성과 예측가능성을 보장하려는 취지이므로, 행정청은 최대한 구체적으로 처분기준을 설정, 공표하여야 하지만, 처분의 근거가 되는 법령에 처분기준을 구체적으로 규정하고 있는 때에는 이를 다시 설정, 공표할 의무는 없다.

연습문제3

2026년도 변호사시험 공법 선택형

[문 36.] 제재처분에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ④ 법령에서 제재처분의 기준을 부령으로 정할 것을 위임한 데 따라 시행규칙 등 부령에서 이를 정한 경우에 그 부령의 규정은 국민에 대해서 구속력이 있는 법규명령에 해당[하]지만 법원을 기속하는 효력은 없다.

연습문제4

2026년도 변호사시험 공법 선택형

[문 40.] 행정입법에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ④ 공증인은 직무에 관하여 공무원의 지위를 가지고, 법무부장관은 공증인에 대한 감독기관으로서 「공증인법」에 근거한 직무상 명령권한을 가지므로, 법무부장관이 공증인의 집행증서 작성 사무의 적절성과 공정성을 확보하고 집행채무자의 권리침해를 방지하기 위해 마련한 「집행증서 작성사무 지침」은 법규명령에 해당한다.

조례

개념

조례(municipal ordinance)는, 지방자치단체가 그 사무에 관해 지방의회 의결을 통해 제정하는 법이다.

예: 이름을 보통 “~조례”로 짓는다. 서울특별시 수도조례는 조례다.

대한민국헌법 제117조 ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 **자치에 관한 규정**을 제정할 수 있다.

지방자치법 제28조(조례) ① **지방자치단체**는 법령의 범위에서 **그 사무에 관하여** 조례를 제정할 수 있다. ...

서울특별시 수도 조례 제1조(목적) 이 조례는 「수도법」 및 「지방공기업법」에 따라 서울특별시의 수도요금과 급수설비에 관한 공사비의 부담구분 및 공급조건 등 급수의 적정관리를 **위하여 필요한 사항**과 「먹는물관리법」에 따라 먹는 물 수질 검사에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제정 주체

1. 조례는 지방의회가 제정한다.
2. 다만, 공포는 지방자치단체장이 한다.

예: 서울특별시의 조례는 서울특별시의회에서 의결해 만든다. 공포는 서울특별시장이다.

제정 절차

지방자치법 제32조(조례와 규칙의 제정 절차 등) ① 조례안이 지방의회에서 의결되면 지방의회의 의장은 의결된 날부터 5일 이내에 그 지방자치단체의 장에게 이송하여야 한다.

- ② 지방자치단체의 장은 제1항의 조례안을 이송받으면 20일 이내에 공포하여야 한다.
- ③ 지방자치단체의 장은 이송받은 조례안에 대하여 **의의가 있으면** 제2항의 기간에 이유를 붙여 지방의회로 환부(還付)하고, **재의(再議)를 요구**할 수 있다. 이 경우 지방자치단체의 장은 조례안의 일부에 대하여 또는 조례안을 수정하여 재의를 요구할 수 없다.
- ④ 지방의회는 제3항에 따라 재의를 받으면 조례안을 재의에 부치고 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전(前)과 같은 의결을 하면 그 조례안은 조례로서 확정된다.

- ⑤ 지방자치단체의 장이 제2항의 기간에 공포하지 아니하거나 재의 요구를 하지 아니하더라도 그 조례안은 조례로서 확정된다.
- ⑥ 지방자치단체의 장은 제4항 또는 제5항에 따라 확정된 조례를 지체 없이 공포하여야 한다. 이 경우 제5항에 따라 조례가 확정된 후 또는 제4항에 따라 확정된 조례가 지방자치단체의 장에게 이송된 후 5일 이내에 지방자치단체의 장이 공포하지 아니하면 지방의회의 의장이 공포한다.

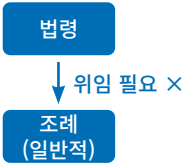
지금 단계에서 모두 암기할 필요가 없다. 법률 제정 절차와 비슷한 것과 다른 것을 비교, 대조하면서 취지를 이해하면 충분하다. 예를 들어, 국민은 직접 법률 개정을 청구할 수 없지만, 주민은 직접 조례 개정을 청구할 수 있다.

- 지방자치법 제19조(조례의 제정과 개정, 폐지 청구)** ① 주민은 지방자치단체의 조례를 제정하거나 개정하거나 폐지할 것을 청구할 수 있다.
- ② 조례의 제정, 개정 또는 폐지 청구의 청구권자, 청구대상, 청구요건 및 절차 등에 관한 사항은 따로 법률로 정한다.

상위법으로부터 위임

조례를 제정하려면, 상위법(법률)의 위임이 있어야 하는가?

1. 원칙: 필요 없다. 조례는 상위법의 위임이 없어도 충분히 제정할 수 있다.



지방자치법 제28조(조례) ① 지방자치단체는 법령의 범위에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. ...

2. 예외: 주민의 권리를 제한하는 조례는 상위법(법률)의 위임이 있어야만 비로소 제정할 수 있다.



지방자치법 제28조(조례) ① ... 다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.

유보 원칙과 우위 원칙

조례에도 유보 원칙과 우위 원칙을 적용하는가? 명령과 조금 다르다.

1. 유보 원칙(principle of reservation): 유보 원칙은 적용하지 않는다.

지방자치법 제28조(조례) ① 지방자치단체는 법령의 범위에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. ...

2000추29: 조례가 규정하[는] 사항이 그 근거 법령 등에 비추어 볼 때 자치사무나 단체위임사무에 관한 것이라면 [어떨까?] 이는 자치조례로서 ... 국가법에 적용되는 일반적인 위임입법의 한계가 적용될 여지는 없다. [즉, 상위법의 위임이 필요 없다.]

예외: 권리제한 조례라면 유보 원칙을 적용한다.

지방자치법 제28조(조례) ① ... 다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.

2006추52: 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙에 해당하는 조례를 제정할 경우에는 그 조례의 성질을 묻지 아니하고 법률의 위임이 있어야 하고 그러한 위임 없이 제정된 조례는 효력이 없다.

제주특별자치도에서 자동차대여사업을 하고자 하는 사람의 영업활동을 제한하는 내용의 ‘제주특별자치도 여객자동차 운수사업에 관한 조례안’ [조항]은 그 수권규정인 ‘제주...특별법’...이 조례로 정할 수 있도록 한 사항에 해당하지 아니하[다. 결국,] 법률의 위임 없이 국민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항을 규정한 것으로 무효[다.]

2. 우위 원칙(principle of superiority): 우위 원칙은 언제나 적용한다. 조례는 법령(= 법률 + 명령)을 위반해서는 안 된다.

지방자치법 제28조(조례) ① 지방자치단체는 법령의 범위에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. ...

2023추5160: 지방자치법 제28조 제1항 본문[에서] 말하는 ‘법령의 범위에서’란 ‘법령에 위반되지 않는 범위 내에서’를 가리킨다. 그러므로 지방자치단체가 제정한 조례가 법령에 위반되는 경우에는 효력이 없[다.]

행정규칙이 상위 법령과 결합해 법규성을 띠 때는 명령에 준한다. 즉, 조례는 그런 행정규칙을 위반해서는 안 된다.

사례

법률은 지방자치단체가 소유하는 행정재산(administrative property) 사용허가를 받은 임차인(lessee)이 제3자에 전대(sublease)하는 행위를 금지한다.

공유재산법 제20조(사용허가) ① 지방자치단체의 장은 행정재산에 대하여 그 목적 또는 용도에 장애가 되지 아니하는 범위에서 사용허가를 할 수 있다.

③ 제1항에 따라 사용허가를 받은 자는 그 행정재산을 다른 자에게 사용, 수익하게 하여서는 아니 된다. ...

국가(國家) 재산을 국유재산(國有財産; state property)이라 부르듯, 지방자치단체(公共團體) 재산을 공유재산(公有財産; public property)이라 부른다. 지방자치단체의 행정재산은 공유재산에 속한다.

국유재산법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “**국유재산**”이란 ... **국가 소유**로 된 ... 재산을 말한다.
7. “**사용허가**”란 행정재산을 국가 외의 자가 일정 기간 유상이나 무상으로 사용, 수익할 수 있도록 허용하는 것을 말한다.

국유재산법 제6조(국유재산의 구분과 종류) ① 국유재산은 그 용도에 따라 행정재산과 일반재산으로 구분한다.

② 행정재산의 종류는 다음 각호와 같다.

1. 공용재산: 국가가 직접 사무용, 사업용...으로 사용하거나 ... 사용하기로 결정한 재산
2. 공공용재산: 국가가 직접 공공용으로 사용하거나 ... 사용하기로 결정한 재산
3. 기업용재산: 정부기업이 직접 사무용, 사업용...으로 사용하거나 ... 사용하기로 결정한 재산
4. 보존용재산: ... 국가가 보존하는 재산

③ “일반재산”이란 행정재산 외의 모든 국유재산을 말한다.

공유재산법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “**공유재산**”이란 ... **지방자치단체 소유**로 된 ... 재산을 말한다.
7. “**사용허가**”란 ... 행정재산을 해당 지방자치단체 외의 자가 일정 기간 유상이나 무상으로 사용, 수익할 수 있도록 허용하는 것을 말한다.

공유재산법 제5조(공유재산의 구분과 종류) ① 공유재산은 그 용도에 따라 행정재산과 일반재산으로 구분한다.

② “행정재산”이란 다음 각호의 재산을 말한다.

1. 공용재산: 해당 지방자치단체가 사무용, 사업용...으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산...
2. 공공용재산: 해당 지방자치단체가 공공용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산...
3. 기업용재산: 해당 지방자치단체가 경영하는 기업용...으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산...
4. 보존용재산: ... 지방자치단체가 보존하고 있거나 보존하기로 결정한 재산

③ “일반재산”이란 행정재산 외의 모든 공유재산을 말한다.

공유(公有; public ownership)는 공유(共有; co-ownership)와 다르다.

민법 제262조(물건의 공유) ① 물건이 지분[으로] 수인의 소유로 된 때에는 공유로 한다.

그런데 만약 어떤 조례가 행정재산의 전대를 허용한다면?

1. 우위 원칙 위반으로,
2. 그 조례는 위법, 무효다.

2022추5057: 공유재산법은 ... 행정재산의 사용허가를 받은 자가 다른 사람에게 사용, 수익하게 하는 것을 금지한다(제20조 제3항). ... 행정재산에 대한 제3자의 사적 이용을 허용할 것인지 여부는 각 지방자치단체의 자율적 규율에 맡겨져 있다고 보기 어렵다. 그러므로 지방자치단체가 조례를 통해 공유재산법에 반하는 내용으로 행정재산의 제3자 사용, 수익을 허용하는 것은 위법하[다.]

소결

	일반 조례	권리제한, 의무부과 조례
상위법에 위반?	금지	
상위법의 위임?	불필요	필요
법규성	○	

연습문제1

2024년도 변호사시험 공법 선택형

[문 31.] 다음 사례에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

A광역시 의회는 A광역시 소유의 행정재산에 관하여 ...공유재산법...에 따라 사용허가를 받은 임차인들이 그 행정재산을 양도, 양수 또는 전대하는 것을 허용하는 내용의 「A광역시 행정재산 관리 운영 조례」 개정안을 의결하였다. 행정안전부장관은 위 개정안이 공유재산법에 위반된다는 이유로 A광역시시장에게 재의요구를 지시하였다.

ㄱ. 공유재산법상 행정재산의 사용허가를 받은 자는 그 행정재산을 다른 자에게 사용, 수익하게 하여서는 아니 되므로, 임차인이 그 사용허가를 받은 행정재산을 양도, 양수 또는 전대하는 것을 허용하는 내용의 위 개정안은 상위법령에 위반된다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 공법 선택형

[문 12.] 지방자치단체의 조례에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 지방자치단체는 법령의 범위에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있고, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.

② 조례 제정은 법령의 범위 안에서 허용되는데, 여기서 법령에는 법률과 대통령령, 총리령, 부령과 같은 법규명령은 물론 법규명령으로 기능하는 행정규칙까지 포함된다.

④ 지방자치단체의 장은 이송받은 조례안에 대하여 이의가 있으면 20일 이내에 이유를 붙여 지방의회로 환부하고 재의를 요구할 수 있지만, 조례안의 일부에 대하여 또는 조례안을 수정하여 재의를 요구할 수 없다.

⑤ 주민은 지방자치단체의 조례를 제정하거나 개정하거나 폐지할 것을 청구할 수 있다.

규칙

개념

규칙(municipal rule)은, 지방자치단체장이 그 권한에 관해 제정하는 법이다.
예: 이름을 보통 “~조례 시행규칙”으로 짓는다. 서울특별시 수도조례 시행규칙은 규칙이다.

대한민국헌법 제117조 ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.

지방자치법 제29조(규칙) 지방자치단체의 장은 법령 또는 조례의 범위에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 규칙을 제정할 수 있다.

서울특별시 수도 조례 시행규칙 제1조(목적) 이 규칙은 「서울특별시 수도 조례」에서 위임된 사항과 그 시행에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

넓은 의미의 “규칙”은 자치입법 일체를 말한다. 여기에는 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙도 있다. 그러나 여기서는 좁은 의미의 “규칙”, 즉 지방자치단체의 규칙(자치규칙)만 보자.

제정 주체

규칙은 지방자치단체장이 제정한다.
서울특별시규칙은 서울특별시장이 만든다.

상위법으로부터 위임

규칙은 조례와는 다르다. 반드시 상위법(법률, 명령, 조례)의 위임이 있어야 제정할 수 있다.



지방자치법 제29조(규칙) 지방자치단체의 장은 법령[→ 법률 또는 명령] 또는 조례의 범위에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 규칙을 제정할 수 있다.

	일반	권리제한, 의무부과
조례	위임 불필요	위임 필요
규칙	위임 필요	위임 필요
법규성	○	

법규성

지방자치단체의 규칙도 법규다. 즉, 법규성을 갖는다.

다만, 지방자치단체의 규칙 중에서, 제재적 행정처분의 기준을 정한 부분만큼은 법규성이 없다.

94누14148전합: 규정형식상 ... 지방자치단체의 규칙으로 정한 행정처분의 기준은 행정처분 등에 관한 사무처리기준과 처분절차 등 행정청 내의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과하다. 그러므로 행정조직 내부[에서]의 행정명령의 성격을 지닐 뿐 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 없다(→ 법규성이 없다.)

소결

- 1. 규칙은 법규성(normative force)을 가진다. 즉, 모든 주민은 법률과 마찬가지로 규칙을 따라야 한다. 법원 역시 규칙을 재판규범으로 삼는다.
- 2. 조례와 규칙을 합쳐서 “자치법규”라 부른다. 자치법규도 법규성을 갖는 법규다.

행정기본법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

- 1. “법령등”이란 다음 각 목의 것을 말한다.
나. 자치법규: 지방자치단체의 조례 및 규칙

제정주체	국가법(규)	자치법(규)
대한민국(국회) / 지방자치단체(지방의회)	법률	조례
대통령 등 / 지방자치단체장	명령	규칙

조약

개념

조약(treaty)이란, 국제법 주체 사이에 문서로 합의한 것이다.

예: 사증(Visa)면제협정, 자유무역협정(FTA), 주한미군지위협정(SOFA), 한일어업협정.

체결주체

우리나라는 대통령이 조약 체결 권한을 가진다.

대한민국헌법 제73조 대통령은 조약을 체결, 비준...한다.

- 1. 체결(conclusion): 조약체결권자는 대통령이다. 그러나 실제로는 대통령으로부터 권한을 위임받은 정부대표나 특별사절 등 전권위원(plenipotentiary)이 체결하는 경우가 많다.
- 2. 비준(ratification): 전권위원이 체결한 조약을 조약체결권자(대통령)가 최종적으로 확인하는 것이 비준이다. 비준까지 받아야 조약이 “성립”한다.

국회의 동의

동의를 필요한 조약도 있고, 필요하지 않은 조약도 있다.

대한민국헌법 제60조 ① 국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, **중요한** 국제조약에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 **중대한** 재정적 부담을 지우는 조약 또는 **입법사항**에 관한 조약의 **체결, 비준에 대한 동의를** 가진다.

1. 안전보장에 관한 조약같이 중요한 조약은 대체로 국회의 동의를 필요하다.

조약 명정보다는 조약의 실제 내용이 중요하다.

97헌가14: 이 사건 조약[주한 미군 지위 협정(SOFA)]은 그 명칭이 “협정”으로 되어 있어 국회의 관여 없이 체결되는 행정협정처럼 보이기도 [한다. 그러나 우리나라의 입장에서 볼 때에는 외국군대의 지위에 관한 것이고, 국가에게 재정적 부담을 지우는 내용과 입법사항을 포함하고 있으므로 국회의 동의를 요하는 조약으로 취급되어야 한다.

2. 기타 조약은 국회의 동의가 필요 없다.

법규성과 효력

조약은 국내에서도 법규성을 갖는 “법규”다. 물론, 필요한 절차를 모두 거쳐 적법해야만 그러한 법규로 인정받을 수 있다.

대한민국헌법 제6조 ① 헌법에 [따라] 체결, 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 **국내법과 같은 효력**을 가진다.

- 1. 국회의 동의를 필요한 조약은? 국회의 동의까지 있어야 “필요한 절차를 모두 거쳤다.”라고 말할 수 있다. 그래서 국회 동의를 있어야 국내에서 효력을 인정받는다. 동의를 받으면, “법률”과 동일한 효력도 인정한다(헌법>법률=조약).
- 2. 국회 동의를 필요 없는 조약은? 대통령의 비준 결과 국내법적 효력이 인정된다. 비준을 하면, “대통령령”과 동일한 효력을 인정한다(헌법>법률>조약).

	전권위원의 체결	대통령의 비준	국회의 동의	국내법적 효력
국회 동의를 필요한 조약	내용확정의 요건	성립 요건	효력 요건	법률
국회 동의를 불필요한 조약	내용확정의 요건	성립 및 효력 요건	(불필요)	대통령령

연습문제1

2021년도 변호사시험 공법 선택형

[문 7.] 헌법상 국제질서에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ③ 한미자유무역협정의 경우 헌법 제60조 제1항에 [따라] 국회의 동의[가 필요한] 우호 통상항해조약의 하나로서 법률적 효력이 인정되므로, 규범통제의 대상이 됨은 별론으로 하고, 그에 [따라] 성문헌법이 개정될 수는 없다.
- ④ 우리나라가 가입한 개정 교토협약이 국내법과 같은 효력을 가진다고 하더라도, 곧 헌법적 효력을 갖는 것이라고 볼 만한 근거는 없는바, 동 협약이 법률조항의 위헌성 심사척도가 될 수는 없다.

연습문제2

2023년도 변호사시험 공법 선택형

- [문 16.] 헌법상 국제질서에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ① 이른바 [주한미군]지위협정(SOFA)은 비록 그 내용이 외국군대의 지위에 관한 것이고 국민에게 재정적 부담을 지우는 입법사항을 포함하고 있다 하더라도, 그 명칭이 협정으로 되어 있어 국회의 동의 없이 체결될 수 있는 행정협정에 해당한다.
 - ② 헌법에 따라 적법하게 체결되어 공포된 조약은 국내법과 동일한 효력을 가지지만, 죄형 법정주의원칙상 조약으로 새로운 범죄를 구성하거나 범죄자에 대한 처벌을 가증할 수 없다.
 - ④ 헌법에 [따라] 체결, 공포된 조약과 달리 일반적으로 승인된 국제법규는 헌법절차 [로] 승인되었다고 볼 수 없으므로 국내법과 같은 효력을 갖지 않는다.

연습문제3

2026년도 변호사시험 공법 선택형

- [문 2.] 국회의 권한에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ③ 조약이 그 명칭 때문에 국회의 관여 없이 체결되는 행정협정처럼 보이더라도, 우리나라의 입장에서 볼 때 외국군대의 지위에 관한 것이고, 국가에게 재정적 부담을 지우는 등 입법사항을 포함하고 있는 경우에는 국회의 동의를 요하는 조약으로 취급되어야 하고, 이러한 조약의 체결, 비준에 대하여는 국회가 동의권을 가진다.

관습법

개념

- 1. 관습(custom) = 사회에서 거듭된 관행 ≠ 법
- 2. 관습법(customary law) = 사회에서 거듭된 관행 + 법적 확신 = 법

2002다1178전합: 관습법이란 **사회의 거듭된 관행**으로 생성한 사회생활규범이 사회의 **법적 확신**과 인식[에 따라] **법적 규범**으로 승인, 강행되기에 이른 것을 말[한다.] 그러한 관습법은 법원(法源)으로서 법령에 저촉되지 아니하는 한 **법칙**으로서의 효력이 있[다.]

법원(法源; sources of law)은 쉽게 말하면 법이다. 법원(法院; court)은 재판을 하는 곳이다.

요건

- 1. 관습일 것(사회에서 거듭된 관행이 있을 것)
- 2. 사회로부터 법적 확신(*opinio juris*; an opinion of law)을 얻었을 것
- 3. 헌법질서에 맞을 것

2002다1178전합: 사회의 거듭된 관행으로 생성한 어떤 사회생활규범이 법적 규범으로 승인되기에 이르렀다고 하[려면] 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 아니하는 것으로서 정당성과 합리성이 있다고 인정될 수 [있]어야 [한다.] 그렇지 아니한 사회생활규범은 ... 이를 법적 규범으로 삼아 관습법으로서의 효력을 인정할 수 없다.

2002다13850전합: 공동선조의 후손 중 성년 남자만을 중종의 구성원으로 하고 여성은 중종의 구성원이 될 수 없다는 종래의 관습은 [유효한가? 이는] ... 변화된 우리의 전체 법질서에 부합하지 아니하여 정당성과 합리성이 있다고 할 수 없[다. 그러므로 이러한] 종래의 관습법은 이제 [이제는] 법적 효력을 가질 수 없게 되었다.

관습법은 법률 없이 모든 이의 의사로 오랜 세월 확립되어 온 것(*Consuetudine autem ius esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit*; Customary law is regarded as that which long usage has approved, without a statute, through the consent of all).

종류

1. 관습헌법 = 관습법인 헌법(헌법전에 없는 헌법)

예: 서울이 수도라는 점

2004헌마55: 서울이 바로 수도인 것은 국가생활의 오랜 전통과 관습에서 확고하게 형성된 자명한 사실 또는 전제된 사실로서 모든 국민이 우리나라의 국가구성에 관한 강제력 있는 법규범으로 인식하[는] 것이다. ... [이는] 우리 헌법 조항에서 명문으로 밝힌 것은 아니지만 자명하고 헌법에 전제된 규범[이다. 따라서] 관습헌법으로 성립[되었다.]

관습헌법도 성문헌법과 마찬가지로 주권자인 국민의 헌법적 결[단] 의사의 표현이[다. 따라서] 성문헌법과 동등한 효력을 가진[다.]

2. 관습법률 = 관습법인 법률(민법전에 없는 민법 등)

예: 분묘기지권(묘지 조성을 위해 다른 사람의 토지를 사용할 수 있는 권리)의 시효취득 제도

2013다17292전합: 대법원은 ... 타인 소유의 토지에 소유자의 승낙 없이 분묘를 설치한 경우에도 20년간 평온, 공연하게 그 분묘의 기지를 점유하면 지상권과 유사한 관습상의 물건인 분묘기지권을 시효로 취득하...는 것이 관습이라고 판시하여 왔[다.] ... 50년 이상의 [기간] 위와 같은 관습에 대한 사회 구성원들의 법적 확신이 어떠한 흔들림도 없이 확고부동하게 이어져 온 것을 확인하고 이를 적용하여 왔다.

2017헌바208: 이 사건 관습법은 형식적 의미의 법률은 아니지만 실질적으로는 법률과 같은 효력을 갖는다.

3. 국제관습법 = 관습법인 국제법(조약집에 없는 국제법)

예: 주권면제(sovereign immunity)

대한민국헌법 제6조 ① ... 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.

97다39216전합: 국제관습법에 [따르]면 국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것이 원칙이[다.]

우열관계

우열관계 설정의 필요성

헌법, 법률, 명령, 조례, 규칙, 조약은 모두 법규성(normative force)을 가진다. 따라서 충돌, 모순을 해결하기 위해 상호 우열관계가 있어야 한다.

법규성이 없는 규범 사이는 우열관계가 문제 되지 않는다. A동아리 회칙과 B동아리 회칙이 서로 달라 모순이 있더라도, 법적으로 문제 될 것은 전혀 없다.

우열의 근거

- 1. A법규가 B법규에 어떤 사항을 위임하거나,
- 2. A법규 범위에서(= A법규를 위반하지 않는 한도에서) B법규를 제정한다면?
어느 경우든 A법규가 B법규보다 위에 있다는 뜻이다. 예를 들어,
- 1. 헌법 > 법률(헌법 각 규정들)

대한민국헌법 제24조 모든 국민은 법률[에서] 정하는 바에 [따라] 선거권을 가진다.

- 2. 국회의 동의를 필요한 조약 = 법률(헌법 제6조 제1항)

대한민국헌법 제6조 ① 헌법에 [따라] 체결, 공포된 조약 [등은]... 국내법과 같은 효력을 가진다.

- 3. 법률 > 대통령령(헌법 제75조)

대한민국헌법 제75조 대통령은 법률[에서] 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.

예외: 대통령이 법률과 같은 효력을 갖는 명령을 발하는 경우가 있다. 바로 긴급재정경제명령, 긴급명령이다. 국가비상사태라는 특수성을 고려한 것이다.

-
- 대한민국헌법 제76조 ① 대통령은 내우, 외환, 천재, 지변 또는 중대한 재정, 경제상의 위기에[서] 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때에 한하여 최소한으로 필요한 재정, 경제상의 처분을 하거나 이에 관하여 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다.
- ② 대통령은 국가의 안위에 관계되는 중대한 교전상태에[서] 국가를 보위하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회가 불가능한 때에 한하여 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다.
-

구 금융실명거래및비밀보장에관한긴급재정경제명령(1997. 12. 31. 법률 제5493호로 폐지되기 전의 것) 제1조(목적) 이 명령은 실지명령에 [따른] 금융거래를 실시하고 그 비밀을 보장하여 금융거래의 정상화를 기함으로써 경제정의를 실현하고 국민경제의 건전한 발전을 도모함을 목적으로 한다.

- 4. 국회의 동의를 불필요한 조약 = 대통령령(헌법 제6조 제1항)

대한민국헌법 제6조 ① 헌법에 [따라] 체결, 공포된 조약 [등은]... 국내법과 같은 효력을 가진다.

5. 대통령령 > 부령(헌법 제95조)

대한민국헌법 제95조 ... 행정 각부의 장은 소관사무에 관하여 **법률이나 대통령령의 위임** 또는 직권으로 ... **부령을 발할** 수 있다.

6. 법령(법률, 명령) > 자치법규(헌법 제117조 제1항)

대한민국헌법 제117조 ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, **법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정**을 제정할 수 있다.

7. 조례 > 규칙(지방자치법 제29조)

지방자치법 제29조(규칙) 지방자치단체의 장은 **법령 또는 조례의 범위에서** 그 권한에 속하는 사무에 관하여 **규칙**을 제정할 수 있다.

우열의 효과

A법규 > B법규라고 하자. 그러면,

1. 만약 A법규(상위법), B법규(하위법) 내용이 서로 충돌하면, B법규(하위법)은 무효다.
2. 가급적 B법규(하위법)가 A법규(상위법)에 합치하는 것으로 해석한다.
3. B법규(하위법) 개정으로는 A법규(상위법) 사항을 바꿀 수 없다.
4. B법규(하위법)가 무효라도 A법규(상위법)에 영향 없다.

우열의 효과 1: 상위법에 반하는 하위법은 무효

A법규 > B법규인데, 두 내용이 서로 충돌한다고 하자. 그러면, B법규(하위법)은 무효다.

1. 처음부터 당연히 무효일 수도 있다(당연무효).
2. 어떤 절차(예: 헌법재판소의 위헌 결정 선고)를 거쳐야만 비로소 무효로 될 수도 있다.

헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력) ② **위헌**으로 결정된 **법률** 또는 법률의 조항은 그 **결정**이 있는 날부터 효력을 상실한다.

우열의 효과 2: 가급적 상위법에 합치하도록 하위법을 해석

A법규 > B법규인데, 두 내용이 서로 충돌하는지 분명하지 않다고 하자. 그러면, 가급적 B법규(하위법)는 A법규(상위법)에 합치한다고 해석(interpretation)한다. 예를 들어,

1. 가급적 헌법에 합치하도록 법률을 해석한다(합헌적 법률 해석).
2. 가급적 법률에 합치하도록 명령을 해석한다(합법률적 명령 해석).

2015두48655전합: 국가의 법체계는 그 자체로 통일체를 이루고 있으므로 상, 하규범 사이의 충돌은 최대한 배제하여야 [한다.] 또한 규범이 무효라고 선언될 경우에 생길 수 있는 법적 혼란과 불안정 및 새로운 규범이 제정될 때까지의 법적 공백 등으로 인한 폐해를 피하여야 할 필요성[이 있다.]

2024두33891: 하위법령은 그 규정이 상위법령의 규정에 명백히 저촉되어 무효인 경우를 제외하고는 관련 법령의 내용과 입법 취지 및 연혁 등을 종합적으로 살펴 그 의미를 **상위법령에 합치되는 것으로 해석해야** [한다.]

상위법(A법규)을 해석하는 원리가 아니라, 하위법(B법규)을 해석하는 원리다.

우열의 효과 3: 하위법 개정으로는 상위법 사항을 바꿀 수 없음

A법규 > B법규인데, 법규 내용을 바꾸고 싶다.

- 1. A법규(상위법)에서 정한 것(= 상위법 사항)은 B법규(하위법) 개정만으로는 바꿀 수 없다.

국회 운영에서, 다수결(majority) 원칙, 의사 공개(open session) 원칙, 회기 계속(continuing session) 원칙은 헌법 사항이라, 바꾸려면 법률(국회법) 개정만으로는 안 되고 헌법 개정까지 해야 한다.

대한민국헌법 제49조 국회는 헌법 또는 법률에 특별한 규정이 없는 한 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다. 가부동수인 때에는 부결된 것으로 본다.

대한민국헌법 제50조 ① 국회의 회의는 공개한다. 다만, 출석의원 과반수의 찬성이 있거나 의장이 국가의 안전보장을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 공개하지 아니할 수 있다.

대한민국헌법 제51조 국회에 제출된 법률안 기타의 의안은 회기 중에 의결되지 못한 이유로 폐기되지 아니한다. 다만, 국회의원의 임기가 만료된 때에는 그러하지 아니하다.

- 2. B법규(하위법)에서 정한 것(= 하위법 사항)은 B법규(하위법) 개정으로 바꿀 수 있다.

국회 운영에서, 일사부재의(not deliberating same bill twice) 원칙은 법률 사항이라, 바꾸려면 법률 개정을 하면 된다.

국회법 제92조(일사부재의) 부결된 안건은 같은 회기 중에 다시 발의하거나 제출할 수 없다.

우열의 효과 4: 하위법 무효는 상위법에 영향 없음

A법규 > B법규인데, 하위법이 무효(또는 위헌)라 하자. 그래도, A법규(상위법)에 영향 없다.

96헌바18: 위임입법의 법리는 헌법의 근본원리인 권력분립주의와 의회주의 내지 법치주의에 바탕을 두는 것이[다. 그렇]기 때문에 행정부에서 제정된 대통령령[B]에서 규정 한 내용이 정당한 것인지 여부와 위임의 적법성은 직접적인 관계가 없다.

따라서 대통령령[B]으로 규정한 내용이 헌법에 위반될 경우 [다음과 같다.] 그 대통령령 [B]의 규정이 위헌으로 [될 수는 있다. 그러나] 그 [때문에] 정당하고 적법하게 입법권을 위임한 수권법률조항[A]까지 위헌으로 되는 것은 아니다.

이 사건 심판대상 조항[A]이 분리과세대상이 되는 공장용지의 구체적 범위를 대통령령으로 정하도록 위임한 것 자체는 정당하고 적법한 입법권의 위임이다. 그것(A)이 평등의 원칙에 반하여 청구인의 기본권을 침해하는 것이 아니[다.]

거꾸로 A법규(상위법)가 무효(또는 위헌)라면, 그에 기초한 B법규(하위법)도 무효(또는 위헌)로 될 수 있다.

합헌적 법률 해석의 한계

2015도13103: 어떤 법률 규정을 문면 그대로 적용하면 위헌적 결과가 초래될 수 있는 경우[가 있다.] 그 **적용요건이나 효력범위를 제한하여 해석함**으로써 헌법의 규범 질서에 합치되도록 할 수 있다면, 헌법을 최고규범으로 하는 통일적인 법질서의 형성을 위하여 헌법에 합치되는 해석을 택하여야 [한다.] 이에 [따라] **위헌적인 결과가 될 해석은 배제하면서 합헌적이고 긍정적인 면은 살려야 한다**는 것이 헌법의 일반원리이기도 하다.]

합헌적 해석이 가능한 경우(해석 한계 안에 있는 경우) → 위헌 결정을 하지 않을 수 있다. 예를 들어,

1. 공무원의 노동운동, 집단 행위 금지 조항: 적용 범위를 축소 해석할 수 있다.

국가공무원법 제66조(집단 행위의 금지) ① 공무원은 **노동운동이나 그 밖에 공무 외의 일을 위한 집단 행위**를 하여서는 아니 된다. ...

2003도2960: 국가공무원법 제66조에서 금지한 ‘노동운동’은 ... 근로삼권, 즉 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 의미한다고 해석하여야 [하고,] 제한되는 단결권은 ... 노동조합을 결성하고 그에 가입, 활동하는 권리를 말한[다.] 또한 같은 법상의 ‘공무 이외의 일’을 위한 집단적 행위’는 공무가 아닌 어떤 일을 위하여 공무원들이 하는 모든 집단적 행위를 의미하는 것은 아니고 ... ‘공익에 반하는 목적을 위하여 직무전념의무를 해태하는 등의 영향을 가져오는 집단적 행위’라고 **축소 해석**하여야 한다.

2. 군무원의 정치적 의견 공표 금지 조항: 적용 범위를 축소 해석할 수 있다.

구 군형법(2014. 1. 14. 법률 제12232호로 개정되기 전의 것) 제94조(정치 관여) ... 연설, 문서 또는 그 밖의 방법으로 **정치적 의견을 공표**하거나 그 밖의 정치운동을 한 사람은 2년 이하의 금고에 처한다.

2016헌바139: 공무원과 국군의 정치적 중립성을 선언한 헌법의 입법 목적, 심판대상조항의 입법 취지 그리고 관련 규범들과의 관계 등을 종합적으로 고려할[자. 그러]면, 심판대상조항에서 금지하는 “정치적 의견을 공표”하는 행위는 [다음처럼 한정할 수 있다. 즉,] ‘군무원이 그 지위를 이용하여 특정 정당이나 특정 정치인 또는 그들의 정책이나 활동 등에 대한 지지나 반대 의견 등을 공표하는 행위로서 군조직의 질서와 규율을 무너뜨리거나 민주헌정체제에 대한 국민의 신뢰를 훼손할 수 있는 의견을 공표하는 행위’로 **한정할 수 있다.**

3. 군인의 항문성교 금지 조항: 적용 범위를 축소 해석할 수 있다.

군형법 제92조의6(추행) [대한민국 **군인** 등]에 대하여 **항문성교**나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.

2019도3047전합: 군형법 제92조의6의 문언, 개정 연혁, 보호법익과 헌법 규정을 비롯한 전체 법질서의 변화를 종합적으로 고려하[자. 그러]면, 위 규정은 동성인 군인 사이의 항문성교나 그 밖에 이와 유사한 행위가 **사적 공간에서 자발적 의사 합치**에 따라 이루어지는 등 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적, 구체적으로 침해한 것으로 보기 어려운 경우에는 **적용되지 않는다**고 [보는 것]이 타당하다.

4. 무죄 선고를 받은 장교에게 봉급을 소급 지급하는 조항: 적용 범위를 확대 해석할 수 있다.

군인사법 제48조(휴직) ② 장교, 준사관 및 부사관이 사형, 무기 또는 장기 2년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 사건으로 기소되거나[약식명령(略式命令)이 청구된 경우는 제외한다] 제1심에서 금고 이상의 형을 선고 받은 때에는 임용권자가 ... 휴직을 명할 수 있다.

④ ... 제2항에 따라 휴직된 사람에게는 휴직기간 동안 다음 각호의 구분에 따라 봉급을 지급...한다. 다만, 제2항에 해당되어 휴직된 사람이 **무죄를 선고받은 경우**에는 봉급의 차액(差額)을 **소급하여 지급**한다.

2. 제2항에 따라 휴직된 사람: 봉급의 100분의 50

2004다22377: 군인사법 제48조 제4항 후단의 ‘무죄의 선고를 받은 때’의 의미[를 본다.] 형식상 무죄판결본 아니라 공소기각재판을 받았다 하더라도 그와 같은 공소기각의 사유가 없었더라면 무죄가 선고될 현저한 사유가 있는 이른바 내용상 무죄재판의 경우도 이에 포함된다. 이렇게 **확대 해석**함이 법률의 문의적(文義的) 한계 내의 합헌적 법률해석에 부합한다.]

합헌적 해석이 불가능한 경우(해석 한계를 넘는 경우) → 위헌 결정을 하게 된다. 예를 들어,

1. 종업원이 업무상 위법 행위를 하면 영업주를 처벌하는 조항: 적용 범위를 “선임 감독상 과실이 있는 경우만”으로 축소 해석할 수는 없다.

구 청소년보호법(2011. 9. 15. 법률 제11048호로 전부개정 되기 전의 것) 제54조(양벌규정) ... **개인의 ... 종업원**이 그 ... 개인의 업무에 관하여 제49조의2[부터] 제49조의4[까지] 및 제50조[부터] 제53조[까지]의 **죄를 범한 때에는** 행위자를 벌하는 외에 그 ... **개인에 대하여도** 각 해당 조의 **벌금형을 과한다**.

2010헌가23: 이 사건 심판대상법률조항들에 [따를] 경우, 개인 영업주가 종업원 등의 위반행위와 관련하여 선임, 감독상의 주의의무를 다하여 아무런 잘못이 없는 경우까지에도 영업주에게 형벌을 부과할 수밖에 없게 된다. ...[이는] 아무런 비난받을 만한 행위를 한 바 없는 자에 대해서까지, 다른 사람의 범죄행위를 이유로 처벌하는 것[이다. 즉,] 형벌에 관한 책임주의에 반[한다.]

2. 공개전형 실시에 필요한 사항을 다른 법령으로 정하도록 한 조항: 적용 범위를 “가산점 항목”까지 포함한 것으로 확대 해석할 수는 없다.

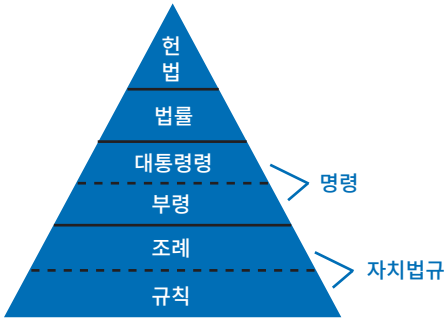
교육공무원법 제11조(교사의 신규채용 등) ④ ... 공개전형을 하는 경우 ... **공개전형에 필요한 사항**은 대통령령으로 정한다.

2001헌마882: [대전광역시 교육감]은 ... 2001. 11. 10. ‘2002학년도 대전광역시 공립 중등학교 교사임용후보자 선정경쟁시험 시행요강’을 공고하였[다.] 그에 따르면 제1차 시험에서 대전, 충남지역 소재 사범계대학 졸업자...에게는 각 제1차 시험 배점의 5%에 해당하는 가산점을 ... 주도록 되어 있[다.]

교육공무원법 제11조 제2항[→ 현행 제4항]에서는 ... 이 사건 가산점 항목에 관하여는 아무런 명시적 언급도 하고 있지 않다. 이 경우 만일 “공개전형의 실시에 관하여 필요한 사항” 속에 이 사건 가산점 항목이 포함되는 것으로 해석한다면, [어떨까?] ... 이러한 해석은 법률의 합헌적 해석의 원칙에 반할 뿐 아니라, 실제로 굳이 그와 같이 해석해야 할 어떠한 논리 필연적 이유도 찾을 수 없다. 그러므로 ... 이 사건 가산점 항목은 결국 아무런 법률적 근거가 없다고 보아야 한다.

소결

- 1. 헌법 > 법률 > 대통령령(시행령) > 부령(시행규칙) > 조례 > 규칙
- 2. 헌법 > 법령(법률, 명령, 조약) > 자치법규



법질서는 여러 규범들이 같은 줄에 나란히 선 체계가 아니라, 여러 규범들이 다른 층에 있는 위계질서다(Die Rechtsordnung ist somit nicht ein System von gleichgeordneten, gleichsam nebeneinander stehenden Rechtsnormen, sondern eine Stufenordnung verschiedener Schichten von Rechtsnormen; The legal order is not a system of norms coordinated to each other, standing, so to speak, side by side on the same level, but a hierarchy of different levels of norms).

연습문제1

2025년도 변호사시험 공법 선택형

[문 14.] 국회의 운영 및 의사절차에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉔. 헌법은 국회의 회의를 공개한다는 원칙을 규정하면서, ‘출석의원 과반수의 찬성이 있거나 의장이 국가의 안전보장을 위하여 필요하다고 인정할 때’에는 이를 공개하지 아니할 수 있다는 예외를 두고 있다.
- ㉕. 헌법은 “부결된 안건은 같은 회기 중에 다시 발의 또는 제출하지 못한다.”라고 규정하여, 소수파[의] 의사방해를 배제하고 회의의 원활한 운영을 도모하고 있다.

연습문제2

2025년도 변호사시험 공법 선택형

- [문 16.] 위임입법에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ⑤ 위임입법의 법리는 헌법의 근본원리인 권력분립주의와 의회주의 내지 법치주의에 바탕을 두는 것이기 때문에 행정부에서 제정된 대통령령에서 규정한 내용이 정당한 것인지 여부와 위임의 적법성은 직접적인 관계가 있다.

연습문제3

2026년도 변호사시험 공법 선택형

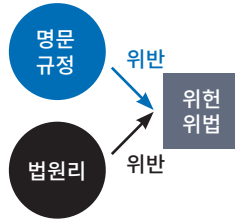
- [문 8.] 합헌적 법률해석에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ① 영업주가 고용한 종업원 등의 업무에 관한 범법행위에 대하여 영업주도 자동적으로 함께 처벌하도록 규정한 조항을 ‘영업주가 종업원 등에 대한 선임감독상의 주의의무를 위반한 과실 기타 영업주의 귀책사유가 있는 경우에만 처벌하는 것’으로 해석하는 것은 허용된다.
 - ③ 구 「군형법」 제94조가 금지하는 정치적 의견 공표행위를, 특정 정당이나 정치인 또는 그들의 정책이나 활동 등에 대한 지지나 반대의견 등의 공표와 같이 군의 정치적 중립성을 훼손할 수 있는 의견을 군인 또는 군무원이 그 지위를 이용하여 공표하는 행위로 한정하여 해석하는 것은 허용된다.
 - ④ 「군인사법」 제48조 제4항 후단의 ‘무죄의 신고를 받은 때’를 형식상 무죄판결뿐 아니라 공소기각재판을 받았다 하더라도 그와 같은 공소기각의 사유가 없었더라면 무죄가 선고될 현저한 사유가 있는 이른바 내용상 무죄재판의 경우까지로 확대 해석한 것은 법률의 문리적 한계 내의 합헌적 법률해석에 따른 정당한 것이다.
 - ⑤ 「군형법」 제92조의6은 동성인 군인 사이의 항문성교나 그 밖에 이와 유사한 행위가 근무시간 이후에 사적 공간에서 자발적 의사 합치에 따라 이루어지는 등 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적, 구체적으로 침해한 것으로 보기 어려운 경우에는 적용되지 않는다고 [보는 것]이 타당하다.

위헌과 위법

위헌, 위법 개념

- 1. 법령이나 법규 위반 → 위법(illegality)
- 2. 헌법 위반 → 위헌(unconstitutionality)

위헌, 위법이 되는 사유



1. 법의 명문(written)에 반해서 위헌, 위법이 되기도 한다.

예: 헌법에서 국회의원의 수를 200인 이상으로 정했는데, 법률에서 국회의원 수를 180명으로 정했다면, 위헌인 법률이다.

2. 법원리(principle)에 반해서 위헌, 위법이 되기도 한다.

예: 헌법원리로 신뢰보호(protection of trust)라는 것이 있다. 법률이 신뢰보호 원칙을 침해하는 내용을 두었다면, 위헌인 법률이다.

2011헌바786: [사건 개요] 청구인들은 사법시험에 합격한 후 사법연수원에 입소하여 2013. 1. 1. 이후에 사법연수원을 수료할 예정인 사람들[이다]. 청구인들이 **사법연수원에 입소할 당시의 법원조직법에 [따르면] 사법연수원[에서 정한] 과정을 마치면 바로 판사임용자격을 취득할 수 있었다. 그러나** 2011. 7. 18. 법원조직법이 개정되어 2013. 1. 1.부터는 사법연수원[에서 정한] 과정을 마치더라도 **바로 판사임용자격을 취득할 수 없고** 일정 기간 이상의 법조경력을 갖추어야 판사로 임용될 수 있게 되었[다].

이에 청구인들은 ... [‘위] 개정규정은 2013년 1월 1일부터 시행한다.’ 부분 및 제2조가 신뢰보호원칙에 반하여 청구인들의 공무담임권을 침해한다고 주장하면서 2011. 12. 6. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

[주문] 법원조직법(2011. 7. 18. 법률 제10861호) 부칙 제1조 단서 중 제42조 제2항에 관한 부분 및 제2조는 2011. 7. 18. 당시 사법연수생의 신분을 가지고 있었던 자가 사법연수원을 수료하는 해의 판사 임용에 지원하는 **경우에 적용되는 한 헌법에 위반된다.**

[이유] 신뢰보호원칙은 법치국가원리에 근거를 두고 있는 헌법상 원칙[이다. 이 원칙은] 특정한 법률[로] 발생한 법률관계는 그 법에 따라 파악되고 판단되어야 하고 과거의 사실관계가 그 뒤에 생긴 새로운 법률의 기준에 따라 판단되지 않는다는 국민의 신뢰를 보호하기 위한 것이다.

법률의 개정 시 구법 질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하[다고 하자. 그리고] 법률의 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신[뢰] 파괴를 정당화할 수 없다[고 하자. 그렇다면], 그러한 새 입법은 신뢰보호의 원칙상 허용[될] 수 없다.

이 사건 법원조직법 개정 당시 사법연수생의 신분을 가지고 있었던 사람들의 신뢰보호 차원에서 통상 그들에게 예정된 사법연수원 수료시점에 적어도 한번은 사법연수원 입소 당시의 신뢰대로 종전 규정과 같은 판사즉시임용의 기회를 부여해야 [한다. 따라서] 이 사건 **심판대상 조항은** 이에 어긋나는 한도 내에서 **신뢰보호원칙에 반[한다].**

단순한 부당(unfair)보다 심하게 법원리를 위반하면 위법(illegality).

판단 난이도

- 1. 규정 위반인지는 비교적 판단하기 쉽다.
- 2. 법원리 위반인지는 비교적 판단하기 어렵다. 법원리는 추상적(abstract)이기 때문이다.

예를 들어,

- 1. 200인 이상으로 하라는 명문 규정이 있는데, 180인으로 정했다면? 규정 위반이다. 위반인지 판단하기 쉽다.
- 2. 어떤 것이 신뢰보호 원칙을 침해했는지는? 판단하기 어렵다.

실제 분쟁은 “법원리가 침해되었는지?”와 같이 애매한 경우가 많다. 판례 사안도 그렇다. 그 결과, 시험 문제도 그렇다. 어떤 판례 사안을 제시한 후 “판례에 따른 때 ~~법원리를 침해했는지?”를 묻는 식이다. case study가 필요하다.

헌법 원리

다음은 몇 가지 기본적 헌법 원리(principle)다.

2000헌마238: 대한민국의 주권을 가진 우리 국민들은 헌법을 제정하면서 국민적 합의로 대한민국의 정치적 존재형태와 기본적 가치질서에 관한 이념적 기초로서 헌법의 지도원리를 설정하였다. 이러한 헌법의 지도원리는 [i] **국가기관 및 국민이 준수**하여야 할 최고의 가치규범이고, [ii] 헌법의 각 조항을 비롯한 모든 **법령의 해석기준**이며, [iii] **일법권의 범위와 한계** 그리고 국가정책결정의 방향을 제시한다.

헌법 원칙이라고도 한다.

- 1. 국민주권 원리(national sovereignty): “국민이 그 나라의 주권을 가진다.”

대한민국헌법 제1조 ② 대한민국의 **주권은 국민**에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.

- 2. 민주주의(democracy) 원리: “국가권력 행사는 국민의 정치적 합의에 기초해야 한다.”

2013헌다1: 민주주의(democracy)라는 말은 고대 희랍어에서 유래[한] 것으로서, ‘평범한 시민’을 의미하는 데모스(dêmos)와 ‘권력, 지배’를 의미하는 크라토스(kratos)의 결합으로 이루어진 말이다. 이것은 ‘평범한 시민들의 지배’를 의미한다.

근대의 입헌적 민주주의 체제는 **사회의 공적 자율성에 기[초]한 정치적 의사결정**을 추구하는 민주주의 원리[와 같은] ... 주요한 원리에 따라 구성되고 운영된다.

- 3. 다원주의(pluralism): “어떤 사상을 가졌든 다 정치과정에 참여할 수 있다.”

2013헌다1: 민주주의 원리는 ... 국민들이 주권자로서의 충분한 능력과 자격을 동등하게 가진다는 규범적 판단에 기초한다. 따라서 국민 각자는 서로를 공동체의 대등한 동료로 존중해야 하고, 자신의 의견이 옳다고 믿는 만큼 타인의 의견에도 동등한 가치가 부여될 수 있음을 인정해야 한다.

따라서 민주주의 원리는 하나의 초월적 원리가 만물의 이치를 지배하는 절대적 세계관을 거부하고, 다양하고 복수적인 진리관을 인정하는 **상대적 세계관(가치상대주의)**을 받아들인다. ... 결국 정견의 다양성은 민주주의의 당연한 전제가 된다.

경우에 따라서는 이러한 견해를 사이에 대립이 발생하기도 하지만, 이는 본질적으로 자연스러운 현상이다.

4. 다수결 원리(majority rule): “다수의사로 결정하되 그 과정과 절차가 중요하다.”

2013헌다1: 민주주의 원리는 억압적이지 않고 자율적인 정치적 **절차**를 통해 일견 난립하고 서로 충돌하기까지 하는 정견들로부터 하나의 국가공동체적 다수의견을 형성해 가는 **과정**으로 실현된다. ... 설혹 통념이나 보편적인 시각들과 상충하는 듯 보이는 견해라 하더라도 원칙적으로 **논쟁의 기회**가 부여되어야 하고, 충돌하는 견해들 사이에서는 논리와 설득력의 경합을 통해 [더욱] 우월한 견해가 판명되도록 해야 한다는 점이 민주주의 원리가 지향하는 정치적 이상이다.

대한민국헌법 전문: ... **자율과 조화**를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여 ...

“다수의사로 결정”한다는 건 일정한 정족수로 결정한다는 뜻이다. 기본적으로는 일반 정족수(ordinary quorum)에 따르지만, 특별 정족수(extraordinary quorum)에 따를 수도 있다.

대한민국헌법 제49조 국회는 헌법 또는 법률에 특별한 규정이 없는 한 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다. ...

2015헌라1: 헌법 제49조 전문은 ... 의회민주주의의 기본원리인 다수결의 원리를 선언하고 있다. ... 이러한 다수결의 원리를 실현하는 국회의 의결방식은 헌법이나 법률에 특별한 규정이 없는 한 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성을 요하는 일반 정족수를 기본으로 한다.

일반 정족수는 국회의 의결이 유효하기 위한 최소한의 출석의원 또는 찬석의원 수를 의미[한다. 그러므로] 의결대상 사안의 중요성과 의미에 따라 헌법이나 법률에 의결의 요건을 달리 규정할 수 있다. 즉 일반 정족수는 다수결의 원리를 실현하는 국회의 의결 방식 중 하나로서 국회의 의사결정 시 합의에 도달하기 위한 최소한의 기준일 뿐 이를 헌법상 절대적 원칙이라고 보기는 어렵다.

헌법 제49조에 따라 어떠한 사항을 일반 정족수가 아닌 특별 정족수에 따라 의결할 것인지 여부는 국회 스스로 판단하여 법률에 정할 사항이다.

5. 방어적 민주주의(defensive democracy): “그러나 자유의 적에게는 자유가 없다.”

2013헌다1: 그러나 어떤 정당이 앞서 본 민주적이고 자율적인 정치적 과정 자체를 거부하면서 민주주의의 근본적인 이념을 부정하는 등 폭력적이거나 억압적 혹은 자의적인 지배를 통해 **전체주의**적인 통치를 추구할 경우에는 이러한 정당이 권력을 장악하여 민주주의 체제의 근본토대를 허물어뜨릴 **위험**이 발생할 수 있다. ... 파시즘과 전체주의에 경도된 정당이 민주적 지지를 얻고 집권한 후 숭고한 인간성을 말살하고 **인류의 보편적 가치**를 훼손했던 지난 세기의 경험과 ... 역사적 교훈을 쉽게 잊어서는 안 될 것이다.

따라서 그들이 이 민주주의 체제를 공격함으로써 이를 폐지하거나 혹은 심각하게 훼손시켜 그것이 유명무실해지[게 하]는 것을 **사전에 방지**할 제도적 장치...의 필요성 역시 인정된다.

6. 법치국가(rule of law) 원리: “국가도 법의 지배를 받는다.”

대한민국헌법 제37조 ② 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 **법률로써** 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에는 도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

2013헌다1: 민주주의 체제는 ... 개인의 자유와 권리를 강조하는 자유주의 이념으로부터 큰 영향을 받았다. ... [이는] 국가권력이나 다수의 정치적 횡포로부터 보호받을 수 있는 인권의 우선성을 주장한다. **기본적 인권, 국가권력의 법률기속, 권력분립** 등의 관념들은 자유주의의 요청에 해당하며, 우리 헌법상에는 ‘법치주의 원리’로 반영되어 있다.

2002헌가5: 우리 헌법은 **국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호**하려는 법치국가의 실현을 기본이념으로 하고 있다. 그 법치국가의 개념[은 다음을 포함한다.]

[i] 헌법이나 법률[로] 명시된 죄형법정주의와 소급효의 금지 및 이에 유래하는 유추해석금지의 원칙 등이 적용되는 일반적인 **형식적 법치국가**의 이념[을 포함한다.]

[ii] 법정형벌은 행위의 무거움과 행위자의 부책에 상응하는 정당한 비례성이 지켜져야 하며, 적법절차를 무시한 가혹한 형벌을 배제하여야 한다는 자의금지 및 과잉금지의 원칙이 도출되는 **실질적 법치국가**의 실현이라는 이념도 포함[한다.]

인간의 인간에 대한 모든 권력은 제한해야 한다(*Alle Macht von Menschen über Menschen muß begrenzt sein*; All power of people over people must be limited).

7. 적법절차 원리(due process of law): “법의 절차, 내용이 적정해야 한다.”

제4강 기본권론 중 “신체자유 제한”에서 또 본다.

대한민국헌법 제12조 ① ... 누구든지 ... 법률과 **적법한 절차**에 [따르]지 아니하고는 처벌, 보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

③ 체포, 구속, 압수 또는 수색을 할 때에는 **적법한 절차**에 따라 검사의 신청[으로] 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. ...

92헌가8: 우리 헌행 헌법에서는 제12조 제1항의 처벌, 보안처분, 강제노역 등 및 제12조 제3항의 영장주의와 관련하여 각각 적법절차의 원칙을 규정하고 있다.

그렇지만 이는 그 대상을 한정적으로 열거하[는] 것이 아니라 그 적용대상을 **예시**한 것에 불과하다. ... 이 적법절차의 원칙은 ... 그 적용대상을 형사소송절차에 국한하지 않고 **모든 국가작용** 특히 입법작용 전반[에 적용한다.]

헌행 헌법상 적법절차의 원칙[은] 위와 같이 법률[에서] 정한 **절차**와 그 **실체**적인 내용이 **합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것**이어야 한다[.]

8. 비례 원칙(proportionality): “참새 잡으려 대포를 쏘아서는 안 된다.”

과잉금지 원칙이라고도 한다. 제4강 기본권론 중 “기본권 제한”에서 또 본다.

92헌가8: [국가작용은] 적법절차의 원칙에 입각한 해석원리에 따라 그 적정성과 위헌 여부를 판단하여야 할 것이다. 그리고 그다음에는 헌법 제37조 제2항에서 도출되는 **비례의 원칙 내지 과잉입법금지의 원칙**이 지켜지고 있는지 여부에 관한 문제로 돌아가 함께 판단하여야 된다.

대한민국헌법 제37조 ② 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공 복리를 위하여 **필요한 경우에 한하여** 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

89헌가95: 과잉금지의 원칙은 [원래] 국가가 국민의 **기본권을 제한**하는 내용의 입법활동을 [할 때] 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 **한계**를 의미[한다. 이것은 헌법상 원칙이다. 구체적으로는 다음과 같다.]

[i] 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 [한다](**목적의 정당성**).[.]

[ii] 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 [한다](**방법의 적절성**).[.]

[iii] 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법 목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 [한다](**피해의 최소성**).[.]

[iv] 그 입법[으로] 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량 할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(**법익의 균형성**).[.]

2008헌가22: 그런데 헌법 제37조 제2항의 비례원칙은, 단순히 기본권제한의 일반원칙에 그치지 않[는다. 이것은] **모든 국가작용**은 정당한 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위[에]서만 행사되어야 한다는 국가작용의 한계를 선언한 것이다.

9. 신뢰보호 원칙(protection of trust): “국가가 유도한 신뢰는 보호해야 한다.”

제4장 기본권론 중 “재산권 제한”에서 또 본다.

2015헌바263: 신뢰보호원칙은 법치국가원리에 근거를 두고 있는 헌법상 원칙이다. 이는 특정한 법률[로] 발생한 법률관계는 그 법에 따라 파악되고 판단되어야 하고 **과거의 사실관계**가 그 뒤에 생긴 **새로운 법률의 기준에 따라 판단되지 않는다**는 국민의 신뢰를 보호하기 위한 것이다.

법률의 개정 시 구법 질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며, 법률의 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신[뢰] 파괴를 정당화할 수 없다면, 그러한 새 입법은 신뢰보호의 원칙상 허용될 수 없다.

[그런데] 국민이 가지는 모든 기대 내지 신뢰가 헌법상 권리로써 보호될 것은 아니다. 신뢰의 근거 및 종류, 상실된 이익의 중요성, 침해의 방법 등에 비추어 종전 법규, 제도의 존속에 대한 개인의 **신뢰가 합리적인이어서 권리로써 보호될 필요성이 있[어야]** 한다.]

즉, 신뢰보호원칙의 위반 여부를 판단[할 때], 한편으로는 **침해받은** 신뢰이익의 보호가치, 침해의 [무거운] 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰침해의 방법 등과 다른 한편으로는 새로운 입법을 통해 실현하고자 하는 **공익적** 목적을 종합적으로 **비교, 형량**하여야 한다.

10. 죄형법정주의(*nulla poena sine lege*; no penalty without law): “법을 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다.”

제4강 기본권론 중 “신체자유 제한”에서 또 본다.

대한민국헌법 제12조 ① ... 누구든지 ... 법률과 적법한 절차에 [따르]지 아니하고는 처벌, 보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

대한민국헌법 제13조 ① 모든 국민은 행위 시의 법률에 [따라] 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄[로] 거듭 처벌받지 아니한다.

형법 제1조(범죄의 성립과 처벌) ① 범죄의 성립과 처벌은 행위 시의 법률에 따른다.

91헌가4: 죄형법정주의는 이미 제정된 정의로운 법률에 [따르]지 아니하고는 처벌되지 아니한다는 원칙이다. 이는 무엇이 처벌될 행위인가를 국민이 **예측 가능한** 형식으로 정하도록 하여 개인의 **법적 안정성을 보호**하고 성문의 형벌법규에 [따른] 실정법질서를 확립하여 **국가형벌권의 자의적(恣意的) 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보장**하려는 법치국가 형법의 기본원칙이다.

죄형법정주의는 자유주의, 권력분립, 법치주의 및 국민주권의 원리에 입각한 것이다. 즉, 무엇이 범죄이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인가는 반드시 국민의 대표로 구성된 **입법부가 제정한 법률**로써 정하여야 한다는 원칙이다. 그리고 죄형법정주의를 천명한 헌법 제12조 제1항 후단이나 제13조 제1항 전단에서 말하는 “법률”도 입법부에서 제정한 형식적 의미의 법률을 의미[함은] 물론이다.

11. 사회국가 원리(welfare state): “자본주의와 자유시장경제의 틀 안에서, 그 결함을 개선하자.”

제4강 기본권론 중 “사회적 기본권 제한”에서 또 본다.

대한민국헌법 전문: ... 모든 사회적 폐습과 불의를 타파하며 ... 정치, 경제, 사회, 문화의 모든 영역[에서] 각인의 기회를 균등히 하고 ...

대한민국헌법 제119조 ② 국가는 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체 간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.

2002헌마52: 우리 헌법은 사회국가원리를 명문으로 규정하고 있지는 않지만, 헌법의 전문, 사회적 기본권의 보장..., 경제 영역에서 적극적으로 계획하고 유도하고 재분배하여야 할 국가의 의무를 규정하는 경제에 관한 조항(헌법 제119조 제2항 이하) 등과 같이 사회국가원리의 구체화[한] 여러 표현을 통하여 사회국가원리를 수용하였다.

사회국가란 한마디로, [i] **사회정의**의 이념을 헌법에 수용한 국가, [ii] 사회현상[에] 방관적인 국가가 아니라 경제, 사회, 문화의 모든 영역에서 정의로운 사회질서의 형성을 위하여 사회현상에 **관여하고 간섭하고 분배하고 조정**하는 국가이며, [iii] 궁극적으로는 국민 각자가 실제로 자유를 행사할 수 있는 그 **실질적 조건을 마련**해 줄 **의무**가 있는 국가이다.

88헌가13: 헌법은 제119조 제2항[은] ... 헌법이 이미 많은 문제점과 모순을 [드러낸] 자유방임적 시장경제를 지향(指向)하지 않고 아울러 전체주의국가의 계획통제경제도 지양(止揚)하면서 [모든 국민이] 호혜공영(互惠共榮) 하는 실질적인 사회정의를 보장되는 국가[의 이상을 추구하고 있음을 의미한다.]

[위 헌법 조항은] 자본주의적 생산양식이라든가 시장[메커]니즘의 자동조절기능이라는 골격은 유지하면서 근로대중의 최소한의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 소득의 재분배, 투자의 유도, 조정, 실업자 구제 내지 완전고용, 광범한 사회보장을 책임 있게 시행하는 국가 즉 **민주복지국가**(民主福祉國家)의 이상을 추구하고 있음을 의미하는 것이다.

행정법 원리

다음은 몇 가지 기본적 행정법 원리(principle)다.

행정법 (일반)원칙이라고도 한다.

1. 법치행정 원칙(law-governed administration)

행정기본법 제8조(법치행정의 원칙) 행정작용은 **법률에 위반되어서는 아니 되며**[→ **법률우위**], 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 경우와 그 밖에 국민 생활에 [큰] 영향을 미치는 경우에는 **법률에 근거하여야 한다**[→ **법률유보**].

2. 평등 원칙(principle of equality)

행정기본법 제9조(평등의 원칙) 행정청은 **합리적 이유 없이** 국민을 **차별**해서는 아니 된다.

3. 비례 원칙(proportionality)

행정기본법 제10조(비례의 원칙) 행정작용은 다음 각호의 원칙에 따라야 한다.

1. 행정목적에 달성하는 데 유효하고 적절할 것
 2. 행정목적에 달성하는 데 필요한 최소한도에 그칠 것
 3. 행정작용으로 인한 국민의 **이익 침해**가 그 행정작용이 의도하는 **공익**보다 크지 아니할 것
-

4. 권한남용금지 원칙(prohibition of authority abuse)

행정기본법 제11조(... 권한남용금지의 원칙) ① 행정청은 **행정권한을 남용**하거나 그 권한의 **범위를 넘어**서는 아니 된다.

5. 신뢰보호 원칙(protection of trust)

행정기본법 제12조(신뢰보호의 원칙) ① 행정청은 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 행정에 대한 국민의 정당하고 합리적인 신뢰를 보호하여야 한다.

- ② 행정청은 권한 행사의 기회가 있[는데도] **장기간 권한을 행사하지 아니하여** 국민이 그 권한이 행사되지 아니할 것으로 **믿을 만한 정당한 사유**가 있는 경우에는 그 권한을 행사해서는 아니 된다. 다만, 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우는 예외로 한다.
-

6. 부당결부금지 원칙(prohibition against unfair combine)

행정기본법 제13조(부당결부금지의 원칙) 행정청은 행정작용을 할 때 상대방에게 해당 행정작용과 **실질적인 관련이 없는 의무를 부과**해서는 아니 된다.

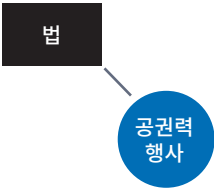
헌법 원리 = 행정법 원리

- 1. 헌법 원리는 행정법 원리기도 하고,
 - 2. 행정법 원리는 헌법 원리기도 하다.
- 통틀어 공법 원리라 할 수 있다.

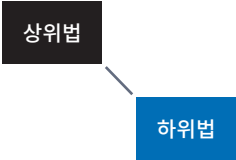
위헌, 위법의 국면

국가작용은 법(법의 명문, 법원리)을 위반해서는 안 된다.

- 1. 공권력 행사(exerting governmental power): 모든 공권력 행사는 법을 위반해서는 안 된다. 법을 위반한 공권력 행사는 위법하며, 궁극적으로는 위헌이다.



- 2. 법규(regulation): 모든 하위법은 상위법에 위반되어서는 안 된다. 상위법을 위반한 하위법 역시 위헌, 위법이다.



통제의 필요성과 그 의의

결국 위에서 본 모든 체계는 왜 존재하나? 궁극적으로, 헌법의 통치질서에 따라 국민의 기본권을 보장하기 위한 것이다.

- 1. 공권력통제(control of governmental power): 위헌, 위법한 공권력 행사에 대응할 수 있게 해야 한다.
- 2. 규범통제(control of regulation): 위헌, 위법한 규범 효력도 다룰 수 있게 해야 한다.

연습문제

2025년도 변호사시험 공법 선택형

[문 14.] 국회의 운영 및 의사절차에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

-
- ㄱ. 다수결의 원리를 실현하는 국회의 의결방식은 헌법이나 법률에 특별한 규정이 없는 한 재석의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성을 요하는 일반정족수를 기본으로 하며, 이는 헌법상 절대적 원칙으로 볼 수 있다.
-

결론

국가작용이 위법한 경우

국가작용은 다음 경우에 위법하다. 그때 통제가 필요하다.

1. 법령에 위반
2. 법원리에 위반

2017두38874: 처분이 적법한지는 ... [i] 헌법과 법률, 대외적으로 구속력 있는 **법령의 규정**과 입법 목적, [ii] 비례, 평등원칙과 같은 **법의 일반원칙**에 적합한지 여부에 따라 판단해야 한다.

공법사건의 분쟁 국면

1. 공권력통제 차원: 헌법소원(공권력 행사 통제), 취소소송(행정처분 통제) 등

헌법재판소법 제68조(청구 사유) ① **공권력의 행사** 또는 불행사(不行使)로 ... 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 ... **헌법재판소에 헌법소원**심판을 청구할 수 있다.

...

행정소송법 제4조(항고소송) 항고소송은 다음과 같이 구분한다.

1. **취소소송**: 행정청의 **위법한 처분**등을 취소 또는 변경하는 소송

행정소송법 제9조(재판관할) ① 취소소송의 제1심 관할법원은 피고의 소재지를 관할하는 **행정법원**으로 한다.

2. 규범통제 차원: 위헌법률심판(법률 통제), 명령규칙심사권(명령, 규칙 통제) 등

대한민국헌법 제107조 ① **법률이 헌법에 위반되는 여부**가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 **헌법재판소에** 제청하여 그 심판에 [따라] 재판한다.

- ② **명령, 규칙...이 헌법이나 법률에 위반되는 여부**가 재판의 전제가 된 경우에는 **대법원**은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.
-

절차의 2가지 축

그런데, 구체적으로 이들 분쟁을 처리하는 절차는 다음 2가지로 나뉜다.

1. 헌법사건(constitutional case): 헌법재판절차로 분쟁을 해결. 헌법소원, 위헌법률심판 등

헌법재판소법 제2조(관장사항) 헌법재판소는 다음 각호의 사항을 관장한다.

1. 법원의 제청(提請)에 [따른] **법률의 위헌(違憲) 여부 심판**
2. 탄핵(彈劾)의 심판

3. 정당의 해산심판
 4. 국가기관 상호 간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호 간의 권한 쟁의(權限爭議)에 관한 심판
 5. **헌법소원**(憲法訴願)에 관한 심판
-

2. 행정사건(administrative case): 행정구제절차로 분쟁을 해결. 취소소송 등

행정소송법 제3조(행정소송의 종류) 행정소송은 다음의 네 가지로 구분한다.

1. **항고소송**: 행정청의 처분등이나 부작위[에] 제기하는 소송
 2. 당사자소송: 행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송
 3. 민중소송: 국가 또는 공공단체의 기관이 법률에 위반되는 행위를 한 때에 직접 자기의 법률상 이익과 관계없이 그 시정을 구하기 위하여 제기하는 소송
 4. 기관소송: 국가 또는 공공단체의 기관 상호 간[에서]의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이[에] 제기하는 소송. 다만, 헌법재판소법 제2조의 규정에 [따라] 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외한다.
-

행정소송법 제4조(항고소송) 항고소송은 다음과 같이 구분한다.

1. **취소소송**: 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송
 2. 무효등 확인소송: 행정청의 처분등의 효력 유무 또는 존재 여부를 확인하는 소송
 3. 부작위위법확인소송: 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송
-

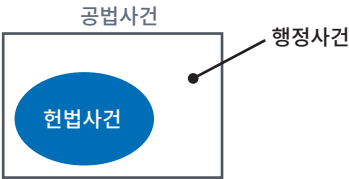
여기 있는 종류와 내용은 일단 가볍게 쓱 읽고 차근차근 배우자.

헌법사건과 헌법재판

Constitutional Case

인생의 모든 문제에는 답이 있다. - Wayne Walter Dyer

의의 개념



- 1. 공법사건: 국가기관의 공권력 행사에 관한 다툼.
 - 2. 헌법사건(constitutional case): 공법사건 중에서도 특히 헌법소송사항.
 - 3. 행정사건(administrative case): 공법사건 중 헌법사건이 아닌 나머지.
- 그렇다면 헌법소송사항 내지 헌법사건이란 무엇인가?
- 1. 거칠게 말해, 헌법질서를 수호하는 재판 사건을 말한다.
 - 2. “헌법재판소가 관장하는 사건” 정도로 기억하면 충분하다.

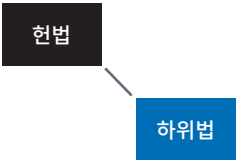
종류

-
- 대한민국헌법 제111조 ① 헌법재판소는 다음 사항을 관장한다.
- 1. 법원의 제청에 [따른] 법률의 위헌 여부 심판[→ 위헌법률심판(= 헌가)]
 - 2. 탄핵의 심판[→ 탄핵심판(= 헌나)]
 - 3. 정당의 해산 심판[→ 정당해산심판(= 헌다)]
 - 4. 국가기관 상호 간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호 간의 권한 쟁의에 관한 심판[→ 권한쟁의심판(= 헌라)]
 - 5. 법률[에서] 정하는 헌법소원에 관한 심판[→ 헌법소원심판(= 헌마, 헌바)]
-

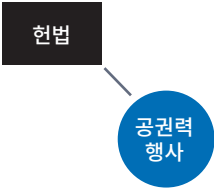
제도의 필요성

헌법재판 제도를 왜 두었나?

- 1. 헌법의 모든 하위법 내용은 헌법에 위반되어서는 안 된다.



- 2. 입법부, 행정부, 사법부 등 모든 국가기관은 공권력을 행사할 때 헌법을 준수해야 한다.



그런데, “과연 어떻게 하는 것이 헌법에 부합하는가?”에 관해 국가기관 사이, 또는 국가기관과 국민 사이에서 의견 차이와 분쟁이 발생할 수 있다.

- 1. 이것이 바로 헌법사건(constitutional case)이고,
- 2. 이를 재판으로 해결하기 위한 제도가 바로 헌법재판(constitutional review)이다.

제도 의의

헌법재판은 문제점을 근본적으로 해결한다.

- 1. 일반적 소송(법원 사건)에서는 법률이 있으면 그 법률조항을 반드시 적용해야만 한다.

대한민국헌법 제103조 법관은 헌법과 법률에 [따라] 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.

- 2. 그러나 헌법재판을 통하면, 법률을 위헌으로 판단해 무효로 만들 수 있다. 이를 통해, 그 법률을 재판에 적용하지 않게 만들 수 있다.

헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력) ② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다.

위헌법률심판(= 헌가)

필요성

- 1. 민사소송, 형사소송 진행 과정에서, 법원 스스로 사건에 적용할 법률이 위헌이라는 의심이 들 때가 있다.
- 2. 그러면 법원은 헌법재판소에 “법률이 위헌인지 판단해 달라.”라고 요청한다.
- 3. 헌법재판소가 위헌 결정을 내리면? 문제의 법률은 무효로 된다.

제도

이런 사건 또는 절차를 위헌법률심판(adjudication on the constitutionality of an Act)이라 한다.

탄핵심판(= 헌나)

필요성

1. 원래 공무원이 위법, 위헌적 행위를 하면 형벌이나 징계를 가하면 된다. 이를 통해 위법, 위헌적 행동을 하는 것을 막을 수 있다.
2. 그러나 대통령, 국무총리 등 특수한 직위에 있는 공무원에 대해서는 일반적 형벌이나 징계가 효과가 없을 수도 있다.
3. 그러면 어떻게 할까? 그 대응책으로, 일정한 절차를 통해 헌법재판소가 재판으로 공무원을 파면할 수도 있게 했다.

제도

이런 사건 또는 절차를 탄핵심판(adjudication on impeachment)이라 한다.

정당해산심판(= 헌다)

필요성

1. 위헌인 정당이 있으면, 그 위헌 정당으로부터 우리를 보호할 필요가 있다.
2. 어떤 정당을 함부로 위헌이라 간주하지 못하게 할 필요가 있다.

제도

이런 사건 또는 절차를 정당해산심판(adjudication on dissolution of political party)이라 한다.

권한쟁의심판(= 헌라)

필요성

1. 국가기관, 지방자치단체 사이에 권한이 누구에게 있는지, 권한이 있다면 어디까지 미치는지에 관하여 다툼이 생길 수 있다.
2. 이를 그대로 두면 국가 기능 마비로 결과적으로 국민의 기본권이 침해될 수 있다. 그러므로 분쟁해결수단을 두어야 한다.

제도

이런 사건 또는 절차를 권한쟁의심판(adjudication on jurisdiction disputes)이라 한다.

권리구제형 헌법소원심판(= 헌마)

필요성

1. 원래 국민은 자신의 권리가 침해되면 우선 일반 소송절차를 통하여 그 권리를 구제받는다.

2. 그러나 이러한 방법으로는 충분한 구제가 되지 못하거나 구제방법이 아예 없는 경우가 있다. 개인 대 개인이 아니라, 국가기관으로부터 침해 받은 경우를 생각해 보라.
3. 이때, 공권력 행사로 기본권을 침해받은 개인이 공권력 행사를 취소하거나 위헌임을 확인할 것을 헌법재판소에 청구할 수 있다.

제도

이런 사건 또는 절차를, 권리구제형 헌법소원심판(constitutional complaint for relief)이라 한다.

줄여서 권리소원이라 부른다.

위헌법률심판형 헌법소원심판(= 헌바)

필요성

1. 소송 당사자가 자기 사건에 적용할 법률이 위헌이라고 주장하면서 법원에 위헌법률심판의 제청신청을 했다. 그런데, 법원이 이를 받아들이지 않을 수도 있다. 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하는 것은 오직 법원만 할 수 있기 때문에, 당사자는 난감하다.
2. 이때 당사자가 그 법률을 다투며 헌법재판소에 심판을 청구할 길이 있다.

제도

이런 사건 또는 절차를, 위헌법률심판형 헌법소원심판(constitutional complaint for review of the constitutionality of an Act; constitutional complaint challenging an Act)이라 한다.

줄여서 위헌소원이라 부른다.

위헌법률심판

Adjudication on the Constitutionality of an Act

단언컨대 무엇이 법인지를 결정하는 것은 사법부의 영역이자 의무이다.
- John Marshall

제도

개념

- 헌법재판소법 제41조(위헌 여부 심판의 제청)** ① 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 [해당] 사건을 담당하는 법원...은 직권 또는 당사자의 신청에 [따른] 결정으로 헌법재판소에 위헌 여부 심판을 제청한다.
- 헌법재판소법 제45조(위헌결정)** 헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률 조항의 위헌 여부만을 결정한다. ...

취지

97헌가4: 위헌법률심판은 최고규범인 헌법의 해석을 통하여 헌법에 위반되는 법률의 효력을 상실시키는 것이[다.]

구조

2단계 구조

- 1. 법원의 위헌법률심판 제청(referral)
- 2. 헌법재판소의 위헌법률심판(adjudication)



제1 단계: 법원의 위헌법률심판 제청

법원이 헌법재판소에 심판을 청구한다.

제2 단계: 헌법재판소의 위헌법률심판

법원의 제청을 받은 헌법재판소가 법률의 위헌 여부를 결정한다.

법원의 제청

머리에

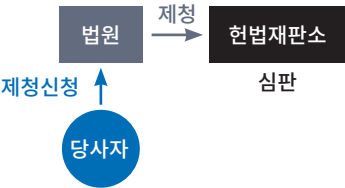
법원은 언제 제청 결정을 하는가?

- 1. 당사자의 제청 신청(application for a referral) → 신청에 따른 제청(referral upon application)
- 2. 직권으로(ex officio) → 직권 제청(ex officio referral)

당사자의 제청 신청이 있을 경우

- 1. 소송 당사자가 법원에 “헌법재판소에 위헌법률심판 제청을 하여 달라.”라고 요구한다.
- 2. 그러면 법원은 제청을 할 수도 있고 안 할 수도 있다.

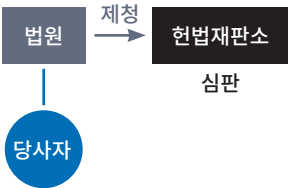
당사자의 제청 신청 → 법원의 제청 결정 → 헌법재판소의 위헌 결정



법원이 직권으로 제청하는 경우

- 1. 소송 당사자의 제청 신청이 없더라도,
- 2. 법원이 제청을 하기도 한다. 소송을 담당하는 법원이 보기에, 재판에 적용할 법률이 위헌이라는 의심이 들 경우다.

법원의 제청 결정 → 헌법재판소의 위헌 결정



법원의 제청 기준

법원이 보기에, 위헌이라는

- 1. 단순한 의심(mere possible doubt) → 제청×
- 2. 합리적 의심(reasonable doubt) → 제청○
- 3. 확신(conviction) → 제청○

93헌가2: 헌법 제107조 제1항과 헌법재판소법 제41조(위헌여부심판의 제청)... 규정의 취지는, 법원은 문제 되는 법률조항이 담당법관 스스로의 법적 견해에 [따라] 단순한 의심을 넘어선 합리적인 위헌의 의심이 있으면 위헌여부심판을 제청하라는 취지이다.

2023두57913: 법원으로서 [해당] 재판에 적용될 법률조항이 위헌이라는 합리적인 의심이 있다고 판단되는 경우 헌법재판소에 위헌법률심판제청을 할 수 있을 뿐[이다. 법원] 스스로 그 법률조항이 위헌임을 전제로 재판할 수는 없다.

연습문제

2024년도 변호사시험 공법 선택형

[문 14.] 사인인 甲은 군 복무 중 낙상사고를 당하여 군의관 乙로부터 치료를 받았으나 의병전역 후 법령에 따른 보훈보상금을 지급받던 중 乙의 고의 또는 중과실로 장애를 입게 되었다고 주장하며 대한민국과 乙을 상대로 손해배상을 청구하였다. 위 재판 계속 중 甲은 군인 등의 국가배상청구권을 제한한 「국가배상법」 제2조 제1항 단서에 대해 위헌법률심판제청을 신청하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄴ. 甲이 제기한 손해배상청구소송의 담당 법관은 「국가배상법」 조항에 관하여 단순한 위헌의 의심을 갖게 된 경우에도 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하여야 한다.

헌법재판소의 결정

머리에

법원의 제청을 받은 헌법재판소는 어떤 결정을 내리나?

- 1. 위헌(unconstitutionality) 결정
- 2. 합헌(constitutionality) 결정
- 3. 각하(dismissal) 결정

각하 결정

법률이 위헌인지와 상관없이, 제청이 부적법한 경우

예: 법원이 재판할 사건에 적용되지도 않는 법률을 제청하면, 헌법재판소는 각하 결정한다.

2005헌가6: 법률에 대한 위헌제청이 적법하기 위해서는 위헌 여부가 문제 되는 법률 또는 법률조항이 법원에 계속 중인 [해당] 사건에서 재판의 전제가 되어야 [한다.] 재판의 전제가 된다는 것은 그 법률 또는 법률조항이 [해당] 사건에 적용될 법률이어야 하고 그 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 말한다.

이 조항이 위헌으로서 그 효력을 잃는다고 하여도 [해당] 사건 재판의 주문이나 그 내용 및 효력에 관한 법률적 의미에 아무런 영향을 미치지 못한다. ... 이 사건 위헌심판제청을 각하한다.

본안 결정

제청이 적법한 경우를 전제로,

- 1. 위헌 결정(인용 결정) ← 법률이 위헌일 경우

헌법재판소법 제45조(위헌결정) 헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률 조항의 위헌 여부만을 결정한다. ...

- 2. 합헌 결정(기각 결정) ← 법률이 위헌이 아닐 경우

사례

사건 개요

98헌가16: 청구의 이○선은 서울지방법원에 **[학원법] 위반으로 공소제기** 되었다(98고단7799). 그 공소사실의 요지는 ‘피고인은 ... 1995. 12. 초순경부터 1997. 10. 16.경까지 사이에 [PC]통신...을 통하여 회원으로 가입한 2,415명으로부터 약 374,000,000원을 받고 수천 회에 걸쳐 문제를 내고 질[의응]답하는 방식으로 ... **과외교습을 함으로써 위 법률 제22조 제1항 제1호, 제3조[를] 위반하였다**’는 것이다.

위 법원은 그 소송계속 중 1998. 11. 10. 위 이○선에게 적용될 **[법] 제22조 제1항 제1호, 제3조에 헌법위반의 의심이 있다고 하여 직권으로 위헌 여부의 심판을 제청**하였다.

심판 대상

98헌가16: 이 사건 법률조항 및 관련 규정들의 내용은 다음과 같다.

법 제3조(과외교습) 누구든지 **과외교습을 하여서는 아[니] 된다**. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. ...

법 제22조(벌칙) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 1년 이하의 **징역** 또는 300만 원 이하의 **벌금**에 처한다.

1. 제3조의 규정[을] 위반하여 과외교습을 한 자

주문

98헌가16: **[법] 제3조, 제22조 제1항 제1호...는 헌법에 위반된다**.

이유

98헌가16: 법 제3조는 침해의 최소성과 법익의 균형성을 갖추지 못하여 비례의 원칙에 위반되어 국민의 **기본권을 과도하게 침해**하는 것이[다. 그러]므로 비례의 원칙에 반하여 국민의 자녀교육권, 인격의 자유로운 발현권, 직업선택의 자유를 침해하는 **위헌적인 규정**이다.

법 제22조 제1항 제1호는 법 제3조를 위반한 경우 형벌에 처한다는 형벌조항이[다. 그러]므로, 처벌의 전제가 되는 법 제3조가 헌법에 위반된다면 이에 따라 그 형벌규정인 법 제22조 제1항 제1호도 역시 위헌이 될 수밖에 없다. 따라서 법 제22조 제1항 제1호도 헌법에 반한다.

인용 결정 종류

머리에

인용 결정(위헌 결정)에는 다음이 있다.

- 1. 단순위헌 결정
- 2. 한정합헌 결정
- 3. 한정위헌 결정

4. 헌법불합치 결정

96헌마172: 헌법재판소의 법률에 대한 **위헌결정**에는 **단순위헌결정**은 물론, **한정합헌, 한정위헌결정과 헌법불합치결정도 포함**[된다.]

단순위헌 결정

“X법률조항은 헌법에 위반된다.”

한정합헌 결정

“X법률조항은 ...라고 해석하는 한 헌법에 위반되지 않는다.”

89헌가104: 주문 “... 그러한 해석하에 헌법에 위반되지 아니한다.”라는 문[구]의 취지는 [무엇인가?] 군사기밀보호법[에서 정한] 군사[상] 기밀의 개념 및 그 범위에 대한 한정 축소해석을 통하여 얻[은] 일정한 합헌적 의미를 천명한 것이[다. 즉,] 그 의미를 넘어선 확대해석은 바로 헌법에 합치하지 아니하는 것으로서 채택될 수 없다는 뜻이다.

90헌가11: 합헌해석 또는 합헌한정해석이[란 무엇인가?] 법률의 규정을 넓게 해석하면 위헌의 의심이 생길 경우[를 생각해 보자.] 이를 **좁게 한정하여 해석**하는 것이 [해당] 규정의 입법 목적에 부합하여 합리적 해석이 되고 그와 같이 해석**하여야 비로소 헌법에 합치**하게 될 때[가 있다. 이럴 때 하]는 헌법재판의 한가지 형태[다.] 이것은 헌법재판소가 위헌심사권을 행사할 때 해석 여하에 따라서는 위헌이 될 부분을 포함하[는] 광범위한 규정의 의미를 한정하여, 위헌이 될 가능성을 제거하는 해석기술이기도 하다.

이와 같은 합헌해석은 헌법을 최고법규로 하는 통일적인 법질서의 형성을 위하여서 필요[하다.] 뿐[만] 아니라, 입법부가 제정한 법률을 **[단순]위헌이라고 하여 전면 폐기하기 보다는** 그 효력을 되도록 유지하는 것이 권력분립의 정신에 합치하고 민주주의적 입법 기능을 최대한 존중하는 것이[다. 이것은] 헌법재판의 당연한 요청이기도 하다.

만일 법률에 일부 위헌요소가 있을 때에 합헌적 해석으로 문제를 수습하는 길이 없다면 일부 위헌요소 때문에 전면위헌을 선언하는 길 밖에 없다.[그렇게 되면 합헌성이 있는 부분마저 폐기되는 충격일 것으로 이는 헌법재판의 한계를 벗어날뿐더러 법적 안정성의 견지에서 도저히 감내할 수 없는 것이 될 것이다.

한정위헌 결정

“X법률조항은 ...라고 해석하는 한 헌법에 위반된다.”

2011헌바117: 형법... 제129조 제1항[은] ...으로 해석하는 한 헌법에 위반된다.

[해당] 사건에 적용되는 법률조항이 다의적 해석가능성이나 다의적 적용가능성을 가지고 있고 그 가운데 특정한 해석이나 적용 부분만이 위헌이라고 판단되는 경우, 즉 부분적, 한정적으로 위헌인 경우[가 있다. 이때]는 그 부분에 한정하여 위헌을 선언하여야 하는 것 역시 당연[하다.]

부분적, 한정적인 위헌 부분을 넘어 법률조항 전체의 **[단순]위헌을 선언[한]다면** [어떻게 될까?] 그것은 **위헌으로 판단되지 않은 수많은 해석, 적용 부분까지 위헌으로 선언하는 결과**가 된다. 그렇게 되면] 규범통제[에서] 규범유지의 원칙과 헌법합치적 법률해석의 원칙에도 부합하지 않게 될 것이다.

[해당] 법률조항에 대한 다의적인 해석이나 적용가능성 중에서 특정한 해석이나 적용 부분을 한정하여 위헌이라고 선언한 한정위헌결정들은 이러한 법리에 근거한[다.] 법률 조항에 대한 위헌심사절차에서는 당연하면서도 불가피한 결론이[다.]

헌법불합치 결정

“X법률조항은 헌법에 합치하지 않는다.”

91헌마21: [지방의회의원선거법] 제36조 제1항의 “시, 도의회의원 후보자는 700만 원의 기탁금” 부분[은] **헌법에 합치되지 아니한다.** ... 위 ... 법률조항부분을 위 법률시행 후 최초로 [시행]하는 시, 도의회의원 선거일 공고일을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다.

[해당] 법률 규정이 **전체적으로는 헌법 규정에 저촉되지만 부분적으로는 합헌적인 부분도 혼재**하고 있는 경우가 있다. 헌법불합치결정은 이 경우 법률 규정의 효력을 일[단] 존속시키면서 헌법합치적인 상태로 개정할 것을 촉구하는 변형결정의 일종[이다. 이것은] 전부부정(위헌)결정권은 일부부정(헌법불합치)결정권을 포함한다는 논리에 [기초한] 것이다.

위헌이나 합헌이나의 결정 외에 한정합헌 또는 헌법불합치 등 중간영역의 주문(主文)형식은 헌법[을] 최고법규로 하는 통일적인 법질서의 형성을 위하여서 필요[하다.] 뿐[만] 아니라 입법부가 제정한 법률을 위헌이라고 하여 전면폐기하기보다는 그 효력을 가급적 유지하는 것이 권력분립의 정신에 합치하고 민주주의적 입법기능을 최대한 존중하는 것이[다.] 그것은 국민의 대표기관으로서 입법형성권을 가지는 국회의 정직성, 성실성, 전문성에 대한 예우이고 배려[다.]

구체적으로 어떤 한도까지의 금액이 합헌적인가 하는 기준액을 헌법재판소가 확정하여 제시할 수 있[지도 않다. 따라서] 국민의 대표기관인 국회 스스로 위헌적인 상태를 바로 잡는 것이 바람직하[다.]

법률 문언이 모호하면 흠 없는 의미를 우선한다(*In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret*; Where a statute is ambiguous, the meaning free from defect should be preferred).

헌법불합치 결정 종류

머리에

헌법불합치 결정은 다시 2종류로 나뉜다.

- 1. 적용중지형 ← 원칙
- 2. 잠정적용형 ← 예외

원칙과 예외를 혼동하지 말자.

적용중지형

헌법불합치 결정도 위헌 결정이라서,

- 1. 원칙적으로
- 2. 결정 선고와 동시에 심판대상 법률조항 적용을 중지한다.

잠정적용형

헌법불합치 결정도 위헌 결정이기는 하지만,

1. 예외적으로
2. 주문에서 특별히 “~까지 잠정 적용한다.”라고 명시하면 잠정 적용한다.

2006헌바112: 위헌적인 법률조항을 잠정적으로 적용하는 상태가 위헌 결정으로 말미암아 발생하는 법적 규율이 없는 상태보다 오히려 헌법적으로 더욱 바람직[한 경우도 있다. 그] 경우에는, ... 입법자가 합헌적인 방향으로 법률을 개선할 때까지 일정 [기간] 위헌적인 법 규정을 존속[케] 하고 또한 **잠정적으로 적용**하게 할 필요가 있다.]

헌법불합치 결정 중 잠정적용을 명하는 경우

머리에

언제 잠정적용을 명하는가? 다음 경우다.

1. 수혜 조항이 평등권을 침해해 위헌일 때
2. 중요하고 계속해야 하는 행정 근거 조항일 때
3. 그 밖에 법적 공백 방지가 필요할 때

수혜 조항이 평등권을 침해해 위헌일 때

2018헌가6: 이 사건 법률조항은 국가가 국가유공자의 유족인 6.25전몰군경자녀 [중] ... 나이가 많은 자와 그렇지 않은 자를 합리적 이유 없이 차별하여 나이가 많은 자에게 우선하여 이 사건 수당을 지급하고 있[다. 그러]므로, 나이가 적은 6.25전몰군경자녀의 **평등권을 침해하여 헌법에 위반된다.**

[다만,] 이 사건 법률조항은 ... 당장 그 효력을 상실시킬 경우에는 이 사건 **수당 지급의 근거 규정이 사라지게 되어** 그 입법 목적을 달성하기 어려운 법적 공백 상태가 발생할 수 있다. ... 따라서 이 사건 법률조항[에] 헌법불합치 결정을 선고하고 입법자의 개선입법이 있을 때까지 **잠정적용**을 명하기로 한다. 입법자는 늦어도 2022. 12. 31.까지 개선입법을 하여야 하며, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 이 사건 법률조항은 2023. 1. 1.부터 그 효력을 잃는다.

만약 적용을 중지하면, 기존에 혜택받던 사람들까지도 혜택을 못 받게 되기 때문이다.

중요하고 계속해야 하는 행정 근거 조항일 때

97헌바26: 도시계획시설결정으로 말미암아 종래의 용도대로도 토지를 사용할 수 없거나 사적 이용권이 완전히 배제되는 경우에도 이 사건 법률조항이 아무런 보상 없이 장기간 이를 감수하도록 규정하고 있[다면?] 이러한 부담은 법이 실현하려는 중대한 공익으로도 정당화될 수 없는 과도한 부담이[다. 그러]므로, 이 사건 법률조항은 이러한 점에[서] 비례의 원칙에 위반되어 [해당] 토지소유자의 **재산권을 과도하게 침해하는 위헌적**인 규정이다.

[다만,] 도시계획을 시행하기 위해서는 계획구역 내의 토지소유자에게 행위제한을 부과하는 법 규정이 필요하다. 그런데] 헌법재판소가 ... 당장 법률의 효력을 소멸시킨다면, 토지재산권의 행사를 제한하는 근거규범이 존재하지 않게 됨으로써 도시계획이라는 중요한 지방자치단체행정의 수행이 수권규범의 결여로 말미암아 불가능하[다.] 도시계획은 국가와 지방자치단체의 **중요한 행정으로서 잠시도 중단되어서는 안 되기 때문에**, 이 사건 법률조항을 입법개선시까지 잠정적으로 적용하는 것이 바람직하[다.] ... 입법자는 되도록 [이런] 시일 내에, 늦어도 2001. 12. 31까지 보상입법을 마련함으로써 이 사건 법률조항의 위헌적 상태를 제거하여야 [한다.]

그 밖에 법적 공백 방지가 필요할 때

예를 들어,

1. 당장, 강제처분 근거 조항 필요

2015헌바370: 심판대상조항은 ... 긴급한 사정이 인정되지 않는 경우에도 영장 없이 피의자 수색을 할 수 있다는 것이므로, ... **영장주의에 위반된다.**

[다만,] 그 효력을 즉시 상실시킨다면, 수색영장 없이 타인의 주거 등을 수색하여 피의자를 **체포할 긴급한 필요가 있는 경우에도 이를 허용할 법률적 근거가 사라지게 되는 법적 공백상태가 발생**[한다.] ... 헌법불합치결정을 선고하되, 2020. 3. 31.을 시한으로 입법자가 심판대상조항의 위헌성을 제거하고 합헌적인 내용으로 법률을 개정할 때까지 심판대상조항이 계속 적용되도록 한다. ... 위 시한까지 개선입법이 이루어지지 않으면 심판대상조항은 2020. 4. 1.부터 그 효력을 상실한다.

2. 당장, 아동 성적 학대행위자의 임용 제한 필요

2020헌마1181: 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 **공무담임권을 침해**한다. [그런데,] 심판대상조항의 위헌성은 아동에 대한 성적 학대행위로 형을 선고받아 그 형이 확정된 사람에 대하여 일반직공무원 및 부사관으로 임용되는 것을 제한하는 점 그 자체에 있는 것이 아니[다. 즉, 위헌성은] 범죄의 경중이나 재범의 위험성을 불문하고 직무의 종류에 상관없이 영구적으로 임용을 제한하고 있는 점에 있다.

단순위헌결정을 하게 되면, **아동에 대한 성적 학대행위**로 형을 선고받아 그 형이 확정된 사람이 일반직공무원 및 부사관으로 **임용되는 것을 제한할 수 없는 법적 공백**이 발생할 수 있다. ... 단순위헌결정을 하는 대신 입법자의 개선입법이 있을 때까지 계속 적용을 명하는 헌법불합치 결정을 선고함이 타당하다. ... 2024. 5. 31.까지 개선입법이 이루어지지 않으면 심판대상조항은 2024. 6. 1.부터 효력을 상실한다.

연습문제

2026년도 변호사시험 공법 선택형

[문 18.] 공무담임권에 관한 설명으로 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄷ. 아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등의 성적 학대행위로 형을 선고받아 그 형이 확정된 사람은 일반직 공무원 및 부사관으로 임용될 수 없도록 한 「국가공무원법」 및 「군인사법」 조항은 과잉금지원칙에 반하여 일반직 공무원이 되려는 자나 부사관이 되려는 자의 공무담임권을 침해한다.

탄핵심판

Adjudication on Impeachment

정치에 관심 없이 자기 일에만 몰두하는 사람은 아테네에서 아무 일도 안 하는 사람이다.
- Pericles

제도

개념

헌법재판소법 제48조(탄핵소추) 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 공무원이 그 직무 집행에서 헌법이나 법률을 위반한 경우에는 국회는 ... 탄핵의 소추를 의결할 수 있다.

헌법재판소법 제53조(결정의 내용) ① 탄핵심판 청구가 이유 있는 경우에는 헌법재판소는 피청구인을 해당 공직에서 파면하는 결정을 선고한다.

취지

2016헌나1: 헌법은 탄핵소추 사유를 ‘헌법이나 법률을 위배한 경우’라고 명시[했다. 그리]고 헌법재판소가 탄핵심판을 관장하게 [했다. 이]로써 탄핵절차를 정치적 심판절차가 아닌 **규범적** 심판절차로 규정하고 있다.

탄핵제도는 누구도 법 위에 있지 않다는 법의 지배 원리를 구현하고 헌법을 수호하기 위한 제도이다. 국민[으로부터] 직접 선출된 대통령을 파면하는 경우 상당한 정치적 혼란이 발생할 수 있지만 이는 국가공동체가 자유민주적 기본질서를 지키기 위하여 불가피하게 치러야 하는 민주주의의 비용이다.

연습문제

2024년도 변호사시험 공법 선택형

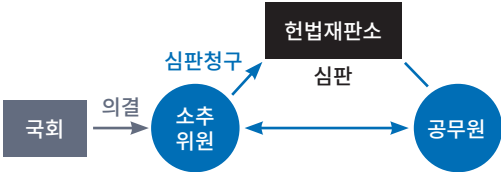
[문 15.] 탄핵심판에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

③ 헌법은 탄핵소추의 사유를 ‘헌법이나 법률에 대한 위배’로 명시하고 헌법재판소가 탄핵심판을 관장하게 함으로써 탄핵절차를 정치적 심판절차가 아니라 규범적 심판절차로 규정하였고, 이에 따라 탄핵심판절차의 목적은 ‘정치적 이유가 아니라 법위반을 이유로 하는’ 파면임을 밝히고 있다.

구조

3단계 구조

- 1. 국회의 탄핵소추 의결(pass motions for request)
- 2. 소추위원의 탄핵심판 청구(request)
- 3. 헌법재판소의 탄핵심판(adjudication)



제1 단계: 국회의 탄핵소추 의결

국회에서 “헌법재판소에 탄핵소추를 하기로” 결의한다.

대한민국헌법 제65조 ① 대통령, 국무총리, 국무위원, 행정각부의 장, 헌법재판소 재판관, 법관, 중앙선거관리위원회 위원, 감사원장, 감사위원 기타 법률이 정한 공무원이 그 직무집행에[서] 헌법이나 법률을 위배한 때에는 국회는 탄핵의 소추를 의결할 수 있다.

제2 단계: 소추위원의 탄핵심판 청구

탄핵소추의결이 통과되면, 소추위원이 헌법재판소에 탄핵심판청구를 한다.

제3 단계: 헌법재판소의 탄핵심판

국회의 탄핵소추를 받은 헌법재판소는 공무원을 탄핵(파면)할 것인지 심판한다.

국회의 탄핵소추 의결

국회의 탄핵소추 의결 효과

- 1. 소추위원이 헌법재판소에 소추의결서를 제출하게 된다. 이 제출 자체가 탄핵심판 청구다.

헌법재판소법 제49조(소추위원) ① 탄핵심판에서는 국회 법제사법위원회의 위원장이 소추위원이 된다.
② 소추위원은 헌법재판소에 소추의결서의 정본을 제출하여 탄핵심판을 청구하며, 심판의 변론에서 피청구인을 신문할 수 있다.

- 2. 해당 공무원의 권한 행사가 정지된다.

대한민국헌법 제65조 ③ 탄핵소추의 의결을 받은 자는 탄핵심판이 있을 때까지 그 권한행사가 정지된다.

국회의 탄핵소추 의결 목적

국회의 그 의결 목적은? 다음을 통해 헌법을 수호하기 위해서다.

- 1. 법적 책임을 추궁해 헌법의 규범력을 확보한다.
- 2. 그 위반 행위로 침해된 자유를 사후 보장한다.
- 3. 같은 종류 위반 행위의 재발을 사전 예방한다(by 권한 행사 정지).

2024헌나1: 방통위원장에 대한 탄핵심판은 방통위원장[의] 헌법 및 법률 위반을 사전에 방지하는 기능과, 방통위원장이 그 직무집행에[서] 헌법이나 법률을 위반한 경우 사후적으로 법적 책임을 추궁하여 파면함으로써 헌법의 규범력을 확보하는 기능을 한다. 또한 ... 방통위원장에 대한 탄핵심판은 위헌, 위법적인 직무집행으로 침해된 방송의 공적 기능의 회복을 통하여 방송의 자유 및 언론의 자유 보장에 기여할 수 있다.

국회 의결에는 부수적으로 다른 목적, 동기가 있을 수 있다.

2024헌나3: 국회의 탄핵소추의결 과정에서 법정 절차가 준수되고 피소추자의 헌법 내지 법률 위반행위가 일정한 수준 이상 소명되었다[고 하자. 그러]면, 해당 탄핵소추의결은 피소추자의 법적 책임을 추궁하고 동종의 위반행위가 재발하는 것을 예방함으로써 헌법을 수호하기 위한 것으로 보아야 [한다.] 설령 부수적으로 정치적 목적이나 동기가 내포되어 있다 하더라도 그러한 점만으로 탄핵소추권이 남용되었다고 볼 수 없다.]

국회의 탄핵소추 의결 정족수

1. 원칙: 재적 1/3 이상 발의 + 재적 과반수 찬성

대한민국헌법 제65조 ② 제1항의 탄핵소추는 국회재적의원 3분의 1 이상의 발의가 있어야 하며, 그 의결은 국회재적의원 과반수의 찬성이 있어야 한다. ...

2. 예외(대통령 탄핵소추): 재적 과반수 발의 + 재적 2/3 이상 찬성

대한민국헌법 제65조 ② ... 다만, 대통령에 대한 탄핵소추는 국회재적의원 과반수의 발의와 국회재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다.

2024헌나9: 가중 의결정족수를 요구한 취지는, 대통령은 국가원수인 동시에 행정부 수반으로서... 대통령이 갖는 민주적 정당성의 비중, 헌법상 지위 및 권한의 중요성 등을 고려하여 탄핵소추가 신중하게 행사되도록 하기 위함이다.

대통령 권한 대행자는? 원칙대로 본다.

대한민국헌법 제71조 대통령이 궐위되거나 사고로 ... 직무를 수행할 수 없을 때에는 국무총리, 법률이 정한 국무위원의 순서로 그 권한을 대행한다.

대한민국헌법 제86조 ② 국무총리는 대통령을 보좌하며, 행정에 관하여 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할한다.

89헌마221: 국무총리는 단지 대통령의 첫째 가는 보좌기관으로서 행정에 관하여 독자적인 권한을 가지지 못[한다. 즉,] 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할하는 기관으로서의 지위만을 가[진다. 따라서] 행정권 행사에 대한 최후의 결정권자는 대통령이라고 해석하는 것이 타당하다.]

2024헌나9: 국무총리는 ... 국민으로부터 직접 선출된 대통령의 민주적 정당성과 비교하여 상당히 축소된 간접적인 민주적 정당성만을 보유하고 있다. 그러므로] 가사 국무총리가 대통령의 모든 업무를 수행한다고 하더라도 대통령 권한대행자로서 국무총리는 대통령과는 확연히 구분되는 지위에 있다.

국무총리이기 때문에 대통령의 권한을 대행할 수 있는 것이지, 국무총리와 권한대행이 별개의 지위로 존재하는 것이 아니다. 결국 해당 공직의 박탈을 통하여 국민으로부터 위임된 권한을 환수함으로써 헌법을 수호하고자 하는 탄핵심판 제도의 취지에 비추어 보아도 **본래의 신분상 지위[→ 국무총리 탄핵]에 따라** 탄핵소추 의결정족수를 적용함이 타당하다.

연습문제1

2025년도 변호사시험 공법 선택형

[문 3.] 탄핵심판에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 탄핵심판에서는 국회의 소추의결서의 정본으로 청구서를 갈음한다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 공법 선택형

[문 2.] 국회의 권한에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ② 국회의 탄핵소추의결 과정에서 법정 절차가 준수되고 피소추자의 헌법 내지 법률 위 반행위가 일정한 수준 이상 소명되었다면, 설령 부수적으로 정치적 목적이나 동기가 내포되어 있다 하더라도 그러한 점만으로 탄핵소추권이 남용되었다고 볼 수 없다.

연습문제3

2026년도 변호사시험 공법 선택형

[문 3.] 대통령과 국무총리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 대통령에 대한 탄핵소추에 국회재적의원 3분의 2 이상의 찬성이라는 가중 의결정족 수를 요구한 취지는, 대통령이 갖는 민주적 정당성의 비중, 헌법상 지위 및 권한의 중요성 등을 고려하여 탄핵소추가 신중하게 행사되도록 하기 위함이다.
- ② 국무총리는 국민으로부터 직접 선출된 대통령의 민주적 정당성과 비교하여 상당히 축소된 간접적인 민주적 정당성만을 보유하고 있으므로, 대통령 권한대행자로서 국무총리는 대통령과는 확연히 구분되는 지위에 있다.
- ③ 국무총리는 단지 대통령의 첫째 가는 보좌기관으로서 행정에 관하여 독자적인 권한을 가지지 못하고 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할하는 기관으로서의 지위만을 가지며, 행정권 행사에 대한 최후의 결정권자는 대통령이라고 해석하는 것이 타당하다.
- ⑤ 대통령 권한대행자는 대통령과 동일한 지위에서 대통령과 동일한 직무를 집행한다는 점에서 대통령과 다르게 볼 이유가 없으므로, 대통령 권한대행 중인 국무총리에 대한 탄핵소추에는 국회재적의원 과반수의 발의와 국회재적의원 3분의 2 이상의 찬성이라는 요건이 적용되어야 한다.

연습문제4

2026년도 변호사시험 공법 선택형

[문 5.] 국가기관에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 방송통신위원회는 방송의 자유와 공공성 및 공익성을 높이고 방송의 독립성을 보장하기 위하여 설치되었는데, 방송통신위원회 위원장에 대한 탄핵심판은 위헌, 위법적인 직무집행으로 침해된 방송의 공적 기능의 회복을 통하여 방송의 자유 및 언론의 자유 보장에 기여할 수 있다.

헌법재판소의 결정

머리에

소추위원의 탄핵심판청구를 받은 헌법재판소는 어떤 결정을 내리나?

- 1. 탄핵(impeachment) 결정(인용 결정)
- 2. 기각(rejection) 결정
- 3. 각하(dismissal) 결정

각하 결정

공무원의 위헌, 위법행위와 상관없이, 심판청구가 부적법한 경우

예: 심판 도중 공무원이 임기 만료로 퇴직하면, 헌법재판소는 각하 결정한다.

2021헌나1: 탄핵심판절차는 파면결정을 선고함으로써 헌법의 규범력을 확보하기 위한 수단이다. [따라서] 파면을 할 수 없어 목적 달성이 불가능하면 심판의 이익은 소멸한다. 피청구인이 임기만으로 퇴직으로 법관직을 상실함에 따라 본안심리를 마친다 해도 파면결정이 불가능해졌다. [따라서] 공직 박탈의 관점에서 심판의 이익을 인정할 수 없다. ... 결국 이 사건 심판청구는 탄핵심판의 이익이 인정되지 아니하여 부적법하므로 각하해야 한다.

본안 결정

심판청구가 적법한 경우를 전제로,

- 1. 탄핵 결정(인용 결정) ← 공무원의 위헌, 위법행위를 인정해 파면할 경우

헌법재판소법 제53조(결정의 내용) ① 탄핵심판 청구가 이유 있는 경우에는 헌법재판소는 피청구인을 해당 공직에서 파면하는 결정을 선고한다.

탄핵 당한 공무원은 공무담임권을 제한받는다.

2019헌마1301: 공무담임권이란 입법부, 집행부, 사법부는 물론 지방자치단체 등 국가, 공공단체의 구성원으로서 그 직무를 담당할 수 있는 권리를 말한다.

2021헌나1: 탄핵심판절차에 따른 파면결정으로 피청구인이 된 행정부나 사법부의 고위공직자는 공직을 박탈당하게 된다. 이는 공무담임권의 제한에 해당한다.

헌법에 명문의 근거가 있는 ‘헌법재판소의 탄핵결정에 [따른] 파면’은 그 요건과 절차가 준수될 경우 ‘공직의 부당한 박탈’이 되지 않[고] 권력분립원칙에 따른 균형을 훼손하지 않[는다].

- 2. 기각 결정 ← 공무원의 위헌, 위법행위를 인정하지 않아 파면하지 않을 경우

연습문제1

2024년도 변호사시험 공법 선택형

[문 15.] 탄핵심판에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ④ 탄핵심판절차에 따른 파면결정으로 피청구인이 된 행정부나 사법부의 고위공직자는 공직을 박탈당하게 되는데, 이는 공무담임권의 제한에 해당한다.
- ⑤ 헌법재판소의 탄핵결정에 [따른] 파면은 그 요건과 절차가 준수될 경우 공직의 부당한 박탈이 되지 않으며, 권력분립원칙에 따른 균형을 훼손하지 않는다.

연습문제2

2025년도 변호사시험 공법 선택형

- [문 15.] 탄핵심판에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ④ 탄핵심판 도중 피청구인이 임기만으로 퇴직한 경우, 헌법과 「헌법재판소법」에 명시적인 규정은 없지만 헌법질서의 수호, 유지와 고위공직자에 대한 권력통제를 위한 헌법적 해명의 필요성이 인정되므로 심판의 이익을 인정할 수 있다.

파면 사유

머리에

- 1. 직무상
- 2. 헌법 또는 법률을 위반한 때

직무상

2004헌나1: 헌법 제65조에 규정된 ... ‘직무집행[에서]’의 ‘직무’란, 법제상 소관 직무에 속하는 고유 업무 및 통념상 이와 관련된 업무를 말한다. 따라서 직무상의 행위란, 법령, 조례 또는 행정관행, 관례[로] 그 지위의 성질상 필요로 하거나 수반되는 모든 행위나 활동을 의미한다.

헌법 또는 법률 위반에 위반

2004헌나1: 헌법은 탄핵사유를 “헌법이나 법률에 위배한 때”로 규정하고 있[다.] ‘헌법’에는 명문의 헌법규정뿐만 아니라 헌법재판소의 결정에 [따라] 형성되어 확립된 불문헌법도 포함된다. ‘법률’이란 단지 형식적 의미의 법률 및 그와 등등한 효력을 가지는 국제조약, 일반적으로 승인된 국제법규 등을 의미한다.

비례 원칙 문제

- 1. 원칙: 파면을 정당화할 수 있을 정도로 중대한 법위반 필요.

2004헌나1: 규정은 헌법 제65조 제1항의 탄핵사유가 인정되는 모든 경우에 자동적으로 파면결정을 하도록 규정하고 있는 것으로 문리적으로 해석할 수 있[다.]

[그러나] 직무행위로 인한 모든 사소한 법위반을 이유로 파면을 해야 한다면, 이는 피청구인의 책임에 상응하는 헌법적 징벌의 요청 즉, 법익형량의 원칙에 위반된다. 따라서 헌법재판소법 제53조 제1항의 ‘탄핵심판청구가 이유 있는 때’란, 모든 법위반의 경우가 아니라, 단지 공직자의 파면을 정당화할 정도로 ‘중대한’ 법위반의 경우를 말한다.

‘법위반이 중대한지’ 또는 ‘파면이 정당화되는지’의 여부는 그 자체로서 인식될 수 없다. 그러므로 ‘법위반이 어느 정도로 헌법질서에 부정적 영향이나 해악을 미치는지의 관점’과 ‘피청구인을 파면하는 경우 초래되는 효과’를 서로 형량[→ **저울질**]하여 탄핵심판청구가 이유 있는지의 여부 즉, 파면여부를 결정해야 한다.

2. 대통령 탄핵결정: “특히 더” 중대한 법위반 필요.

2016헌나1: 대통령에 대한 파면결정은 국민이 선거를 통하여 대통령에게 부여한 민주적 정당성을 임기 중 박탈하는 것으로서 국정공백과 정치적 혼란 등 국가적으로 큰 손실을 [줄] 수 있으므로 신중하게 이루어져야 한다.

따라서 **대통령을 탄핵하기 위해서는** 대통령의 법 위배 행위가 헌법질서에 미치는 부정적 영향과 해악이 중대하여 대통령을 파면함으로써 얻는 헌법 수호의 이익이 대통령 파면에 따르는 국가적 손실을 **앞도할 정도로** 커야 한다. 즉, ‘탄핵심판 청구가 이유 있는 경우’란 대통령의 파면을 정당화할 수 있을 정도로 중대한 헌법이나 법률 위배가 있을 때를 말한다.

형사소송과의 관계

탄핵심판 절차에 형사소송법 준용

헌법재판소법 제40조(준용규정) ① 헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 민사소송에 관한 법령을 준용한다. 이 경우 **탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을 준용**하고, ...

탄핵심판 절차 정지 가능

헌법재판소법 제51조(심판절차의 정지) 피청구인에 대한 탄핵심판 청구와 동일한 사유로 형사소송이 진행되고 있는 경우에는 재판부는 심판절차를 정지할 수 있다.

이중처벌 아님

대한민국헌법 제13조 ① 모든 국민은 ... 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.

2019헌바12: 헌법 제13조 제1항은 ... 이른바 ‘이중처벌금지의 원칙’을 규정하고 있다. 그런데] ... 여기서 말하는 ‘처벌’은 원칙적으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미[한다. 즉,] 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분이 모두 그 ‘처벌’에 포함되는 것은 아니다.

연습문제

2025년도 변호사시험 공법 선택형

[문 3.] 탄핵심판에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ③ 피청구인에 대한 탄핵심판 청구와 동일한 사유로 형사소송이 진행되고 있는 경우 재판부는 심판절차를 정지할 수 있다.

- ⑤ 탄핵결정의 선고[로] 그 공직에서 파면된 공직자의 직무상 법률위반행위가 법률상 범죄를 구성하는 경우, 형사상의 책임을 부과하는 것은 이중처벌에 해당되지 아니한다.

사례

사건 개요

2016헌나1: 2016. 12. 9. 피청구인에 대한 탄핵소추안이 제346회 국회(정기회) 제18차 본회의에서 재적의원 300인 중 234인의 찬성으로 가결되었[다.] 소추위원[(국회 법제사법위원회 위원장)]은 헌법재판소법 제49조 제2항에 따라 소추의결서 정본을 헌법재판소에 제출하여 피청구인에 대한 탄핵심판을 청구하였다.

청구인은 피청구인이 직무집행[에서] 헌법과 법률을 광범위하고 중대하게 위배하였다고 주장하였다. 그러[면서], 소추의결서에 ... 5개 유형의 헌법 위배행위와 4개 유형의 법률 위배행위를 적시하여 이 사건 심판을 청구하였다.

주문

2016헌나1: 피청구인 대통령 박근혜를 파면한다.

이유

2016헌나1: 이 사건 심판대상은 [i] 대통령이 직무집행에[서] 헌법이나 법률을 위배했는지 여부 및 [ii] 대통령에 대한 파면결정을 선고할 것인지 여부이다.

[i] [(x)] 피청구인[의] 일련의 행위는 최○원 등의 이익을 위해 대통령으로서의 지위와 권한을 남용한 것으로서 공정한 직무수행이라 할 수 없다. 피청구인은 헌법 제7조 제1항, 국가공무원법 제59조, 공직자윤리법 제2조의2 제3항, 부패방지권익위법 제2조 제4호 가목, 제7조를 위배하였다. ... [(y)] 아무런 법적 근거 없이 대통령의 권한을 이용하여 기업의 사적 자치 영역에 간섭한 피청구인의 행위는 헌법상 법률유보 원칙을 위반하여 해당 기업의 재산권 및 기업경영의 자유를 침해한 것이다. ... [(z)] 피청구인은 최○원에게 위와 같은 문건이 유출되도록 지시 또는 방치하였으므로, 이는 국가공무원법 제60조의 비밀엄수의무 위배에 해당한다.

[ii] 피청구인의 이 사건 헌법과 법률 위배행위는 국민의 신임을 배반한 행위로서 헌법수호의 관점에서 용납될 수 없는 중대한 법 위배행위라고 보아야 한다. 그렇다면 피청구인의 법 위배행위가 헌법질서에 미치는 부정적 영향과 파급 효과가 중대하[다. 그러]므로, 국민으로부터 직접 민주적 정당성을 부여받은 피청구인을 파면함으로써 얻는 헌법수호의 이익이 대통령 파면에 따르는 국가적 손실을 압도할 정도로 크[다.]

정당해산심판

Adjudication on Dissolution of Political Party

자유의 적에게는 자유가 없다. - Louis Antoine de Saint-Just

제도

정당의 의의

1. 정당(political party)은, 대의제 민주주의에서 중요한 역할을 한다.

2013헌다1: 정당은 국민과 국가의 중개자로서의 기능을 수행한다. 정당은 국민의 다양한 정치적 의사들을 대표하고 형성[한다.] 통상 국민들은 정당에 대한 지지 혹은 선거에서의 투표를 통해서 국가정책의 결정에 참여하거나 그에 대한 영향을 끼칠 수 있다.]

2. 정당 그 자체도 민주적이어야 한다.

대한민국헌법 제8조 ② 정당은 그 목적, 조직과 활동이 민주적이어야 하며, 국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 가져야 한다.

따라서 정당의 “조직”도 민주적이어야 한다.

3. 위헌인 정당은 해산될 수 있다.

대한민국헌법 제8조 ④ 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 헌법재판소의 심판[으로] 해산된다.

다만, 정당의 “조직”이 비민주적이라 해서 해산할 수는 없다. 그것만으로는 민주질서에 중대한 위협을 주는 건 아니기 때문이다.

개념

헌법재판소법 제55조(정당해산심판의 청구) 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 ... 헌법재판소에 정당해산심판을 청구할 수 있다.

헌법재판소법 제59조(결정의 효력) 정당의 해산을 명하는 결정이 선고된 때에는 그 정당은 해산된다.

취지

이에 따라, 정당해산 제도는 동전의 양면처럼 2가지 의미가 있다. 어떤 의미든 간에, 헌법질서를 수호하기 위한 제도다.

1. “정당을 해산할 수 있다.” → 위헌정당으로부터 국가를 보호하는 의미.

2013헌다1: 어떤 정당이 앞서 본 민주적이고 자율적인 정치적 과정 자체를 거부하면서 민주주의의 근본적인 이념을 부정하는 등 폭력적이거나 억압적 혹은 자의적인 지배를 통해 전체주의적인 통치를 추구할 경우에는 [어떻게 될까?] 이러한 정당이 권력을 장악하여 민주주의 체제의 근본토대를 허물어뜨릴 위험이 발생할 수 있다.

그들이 이 민주주의 체제를 공격함으로써 이를 폐지하거나 혹은 심각하게 훼손시켜 그것이 유명무실해지도록 만[들 수 있다. 이것]을 사전에 방지할 제도적 장치로서 정당해산심판제도의 필요성 역시 인정된다.

2. 헌법재판소의 심판 외에 “다른 방법으로는 정당을 해산할 수 없다.” → 정당을 보호하는 의미.

2013헌다1: 어떤 정당이 민주적 기본질서를 부정하고 이를 적극적으로 공격하는 것으로 보[이면 어떨까?]

[그렇다고] 하더라도 국민의 정치적 의사형성에 참여하는 정당으로서 존재하는 한 우리 헌법에 [따라] 최대한 두텁게 보호[된다. 그러]므로, 단순히 행정부의 통상적인 처분[으로]는 해산될 수 없[다. 즉,] 오직 헌법재판소가 그 정당의 위헌성을 확인하고 해산의 필요성을 인정한 경우에만 정당정치 영역에서 배제된[다.]

정당해산심판제도는 정부의 일방적인 행정처분[으로] 진보적 야당이 등록취소 되어 사라지고 말았던 우리 현대사에 대한 반성의 산물[이다. 즉,] 제3차 헌법 개정을 통해 헌법에 도입된 것이다.

연습문제

2021년도 변호사시험 공법 선택형

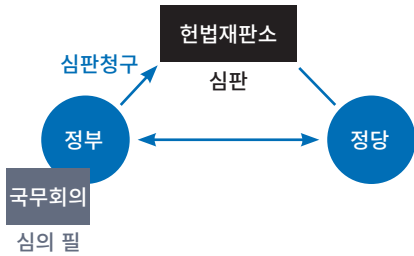
[문 16.] 정당해산심판에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 헌법 제8조 제4항의 정당해산심판제도는 정치적 반대세력을 제거하고자 하는 정부의 일방적인 행정처분[으로] 유력한 진보적 야당이 등록 취소되어 사라지고 말았던 우리 현대사에 대한 반성의 산물로서 1960년 제3차 헌법 개정을 통해 헌법에 도입된 것이다.

구조

2단계 구조

- 1. 정부의 정당해산심판 청구(request)
- 2. 헌법재판소의 정당해산심판(adjudication)



제1 단계: 정부의 정당해산심판 청구

정부는

- 1. 반드시 국무회의(cabinet council)를 거쳐
- 2. 헌법재판소에 정당해산심판을 청구한다.

헌법재판소법 제55조(정당해산심판의 청구) 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 국무회의의 심의를 거쳐 헌법재판소에 정당해산심판을 청구할 수 있다.

- 대한민국헌법 제88조** ① 국무회의는 정부의 권한에 속하는 중요한 정책을 심의한다.
- ② 국무회의는 대통령, 국무총리와 15인 이상 30인 이하의 국무위원으로 구성한다.
- ③ 대통령은 국무회의의 의장이 되고, 국무총리는 부의장이 된다.

대한민국헌법 제89조 다음 사항은 국무회의의 심의를 거쳐야 한다.

14. 정당해산의 제소

제2 단계: 헌법재판소의 정당해산심판

헌법재판소는

- 1. 정당을 해산할 것인지 심판한다.
- 2. 결정 선고 시까지 시간이 걸린다. 그사이를 대비해, 가처분을 할 수도 있다.

헌법재판소법 제57조(가처분) 헌법재판소는 정당해산심판의 청구를 받은 때에는 직권 또는 청구인의 신청[으로] 중국결정의 선고 시까지 피청구인의 활동을 정지하는 결정을 할 수 있다.

연습문제

2021년도 변호사시험 공법 선택형

[문 16.] 정당해산심판에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄷ. 헌법재판소는 정당해산심판의 청구를 받은 때에는 직권 또는 청구인의 신청[으로] 중국결정의 선고 시까지 피청구인의 활동을 정지하는 결정을 할 수 있다.

헌법재판소의 결정

머리에

정부의 정당해산심판청구를 받은 헌법재판소는 어떤 결정을 내리나?

- 1. 정당해산(dissolution) 결정(인용 결정)
- 2. 기각(rejection) 결정
- 3. 각하(dismissal) 결정

각하 결정

정당의 목적, 활동과는 상관없이, 심판청구가 부적법한 경우

예: 정당이 아닌 개인을 대상으로 정당해산심판 청구 하면, 헌법재판소는 각하 결정한다.

본안 결정

심판청구가 적법한 경우를 전제로,

1. 정당해산 결정 ← 정당의 목적, 활동이 민주적 기본질서에 위배될 경우

헌법재판소법 제59조(결정의 효력) 정당의 해산을 명하는 결정이 선고된 때에는 그 정당은 해산된다.

정당해산 결정을 하면, 이제 중앙선거관리위원회가 집행(execution)한다.

헌법재판소법 제60조(결정의 집행) 정당의 해산을 명하는 헌법재판소의 결정은 중앙선거관리위원회가 「정당법」에 따라 집행한다.

2. 기각 결정 ← 정당의 목적, 활동이 민주적 기본질서에 위배되지 않을 경우

해산 사유

머리에

1. 목적 또는 활동이
2. 민주적 기본질서를 위반할 때

목적 또는 활동

2013헌다1: 정당해산 여부를 결정하는 문제는 결국 그 정당이 표방하는 정치적 이념이 무엇인지가 아니[다. 이 문제는] 그 정당의 **목적이나 활동**이 민주적 기본질서에 위배되는지 여부에 달려있[다.]

정당의 목적이란, 어떤 정당이 추구하는 정치적 방향이나 지향점 혹은 현실 속에서 구현하고자 하는 정치적 계획 등을 통칭한다. ... 만약 정당의 진정한 목적이 숨겨진 상태라면 공식 강령은 이른바 허울이나 장식에 불과[하다.] 이 경우에는 강령 이외의 자료를 통해 진정한 목적을 파악해야 한다.

정당의 활동이란, 정당 기관의 행위나 주요 정당관계자, 당원 등의 행위로서 그 정당[에] 귀속시킬 수 있는 활동 일반을 의미한다. ... 정당 소속의 국회의원 등[의] ... 활동 중에서도 국민의 대표[자] 지위가 아니라 그 정당에 속한 유력한 정치인의 지위에서 [한] 활동으로서 정당과 밀접하게 관련[된] 행위들은 정당의 활동이 될 수도 있[다.]

[헌법 제8조 제4항]의 규정형식에 비추어 볼 때, 정당의 목적이나 활동 중 어느 하나라도 민주적 기본질서에 위배된다면 정당해산의 사유가 될 수 있[다.]

민주적 기본질서에 위반

2013헌다1: 정당해산심판제도가 수호하고자 하는 민주적 기본질서[란 무엇인가?] 우리가 오늘날의 입헌적 민주주의 체제를 구성하고 운영하는 데에 필요한 가장 핵심적인 내용이나 요소를 의미[한다.] ... 구체적으로는 국민주권의 원리, 기본적 인권의 존중, 권력 분립제도, 복수정당제도 등이 현행 헌법상 주요한 요소[다.]

[그것은] 민주적 기본질서에 대한 단순한 위반이나 저촉을 의미하는 것이 아니[다.] 즉, 민주 사회의 불가결한 요소인 정당의 존립을 제약해야 할 만큼 그 정당의 목적이나 활동이 우리 사회의 민주적 기본질서[에] 실질적인 해악을 끼칠 수 있는 구체적 위험성을 초래하는 경우를 가리킨다.

비례 원칙 문제

2013헌다1: [한편,] 헌법 제8조 제4항의 명문 규정상 요건이 구비된 경우[라면 무조건 정당해산결정을 내릴 수 있을까? 이런 경우]에도 [i] 해당 정당의 위헌적 문제성을 해결할 수 있는 다른 대안적 수단이 없[어야] 한다. 그리고 [ii] 정당해산결정을 통하여 얻을 수 있는 사회적 이익이 정당해산결정으로 인해 초래되는 정당의 정당활동 자유 제한으로 인한 불이익과 민주주의 사회에 대한 중대한 제약이라는 사회적 불이익을 초과할 수 있을 정도로 커야 한다. 이러한 경우에 한하여 정당해산결정이 헌법적으로 정당화될 수 있다.

정리

	목적	활동	조직
민주적이여야 하는가?	○	○	○
중대한 위반 시 정당해산 사유인가?	○	○	×
단순한 위반 시 정당해산 사유인가?	×	×	×

상식적으로 이해하면 충분하다.

연습문제

2021년도 변호사시험 공법 선택형

[문 16.] 정당해산심판에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄴ. 헌법 제8조 제4항의 민주적 기본질서 개념은 정당해산결정의 가능성과 긴밀히 결부되어 있다. 이 민주적 기본질서의 외연이 확장될수록 정당해산결정의 가능성은 축소되고, 이와 동시에 정당활동의 자유는 확대될 것이다. 따라서 민주적 기본질서를 현행 헌법이 채택한 민주주의의 구체적 모습과 동일하게 보아서는 안 된다.

ㄹ. 비례원칙 준수 여부는 법률이나 기타 공권력 행사의 위헌 여부를 판단할 때 사용하는 위헌심사의 척도에 해당하므로, 헌법재판소가 정당해산결정을 내리기 위해서는 그 해산결정이 비례원칙에 부합하는지를 판단할 필요가 없다.

사례

사건 개요

2013헌다1: 피청구인([통합진보당, 대표 이○희])은 2011. 12. 13. 민주노동당, 국민참여당이 진보신당 탈당파 주도하에 설립된 조직인 ‘새로운 진보정당 건설을 위한 통합연대(이하 ‘새진보통합연대’라 한다)’와 함께 신설합당 형식으로 창당한 정당이다.

청구인([대한민국 정부])은 2013. 11. 5. 국무회의의 심의, 의결을 거쳐, 피청구인의 목적과 활동이 민주적 기본질서에 위배된다고 주장하면서 피청구인의 해산 및 피청구인 소속 국회의원에 대한 의원직 상실을 구하는 이 사건 심판을 청구하였다.

이 사건 심판의 대상은 [i] 피청구인의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배되는지, [ii] 피청구인에 대한 해산결정을 선고[할지] 및 [iii] 만약 해산결정을 선고할 경우 피청구인 소속 국회의원에 대한 의원직 상실을 선고[할지] 여부이다.

주문

2013헌다1:

- 1. 피청구인 통합진보당을 해산한다.
- 2. 피청구인 소속 국회의원 김@희, 김%연, 오\$윤, 이×규, 이△기는 의원직을 상실한다.

이유

2013헌다1: 피청구인 주도세력은 북한식 사회주의를 추구[한다. 그러]면서 적극적이고 계획적으로 우리 헌법상 민주적 기본질서를 공격하여 이를 훼손하거나 궁극적으로 폐지하려고 한다.

[(i)] 피청구인의 **목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배**[된다. 그리고 (ii)] 피청구인의 목적과 활동에 내포된 위험적 성격의 중대성과 대한민국이 처해 있는 특수한 상황 등에 비추어 피청구인의 위험적 문제성을 해결할 수 있는 **다른 대안적 수단이 없**[다. 또한, (iii)] 정당해산결정으로 초래되는 불이익보다 이를 통하여 얻을 수 있는 사회적 이익이 월등히 커서 피청구인[에] 해산결정을 해야 할 사회적 필요성(**법익의 형량[→ 저울질]**)도 있[다.] 따라서 피청구인은 해산되어야 한다.

헌법재판소의 해산결정으로 위험정당이 해산되는 경우에 그 정당 소속 국회의원이 그 의원직을 유지하는지 상실하는[지] 헌법이나 법률에 명문의 규정이 없다. [그런데도] 정당해산심판제도의 본질적 효력에 따라, 그리고 정당해산결정의 취지와 목적을 실효적으로 확보하기 위하여, 피청구인 소속 국회의원들 ... 모두 그 의원직을 상실시키기로 한다.

권한쟁의심판

Adjudication on Jurisdiction Disputes

학자들이 국가를 사람의 몸에 비유해 그 이해와 흥망을 논하는 것은 우연이 아니다.
- 山口松五郎

제도

개념

- 헌법재판소법 제61조(청구 사유)** ① 국가기관 상호 간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호 간에 권한의 유무 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 해당 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.
- 헌법재판소법 제66조(결정의 내용)** ① 헌법재판소는 심판의 대상이 된 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 유무 또는 범위에 관하여 판단한다.
- ② 제1항의 경우에 헌법재판소는 권한침해의 원인이 된 피청구인의 처분을 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있고, ...

취지

2011헌라1: 권한쟁의심판은 국가기관 상호 간 또는 국가기관과 지방자치단체 간 그리고 지방자치단체 상호 간에 헌법과 법률에 [따른] 권한과 의무의 존부와 범위에 관하여 다툼이 발생한 경우에 헌법소송을 통하여 이를 유권적으로 심판[한다.]

[이]로써 각 기관에게 주어진 **권한을 보호**함과 동시에 객관적 권한질서의 유지를 통해서 **국가기능의 수행**을 원활히 [한다. 나아가] 국가기관 및 지방자치단체라는 수평적 및 수직적 권력 상호 간의 **견제와 균형을 유지**시켜 헌법이 정한 권능질서의 규범적 효력을 보호[한다.]

분쟁 당사자

기초 개념

- 1. 대한민국 → 국가
- 2. 국토교통부장관 → 국가기관
- 3. 서울특별시 → 지방자치단체
- 4. 서울특별시장 → 지방자치단체 기관

규정

헌법재판소법 제61조(청구 사유) ① 국가기관 상호 간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호 간에 권한의 유무 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 ...

국가기관 상호 간 다툼

법무부장관 ↔ 환경부장관

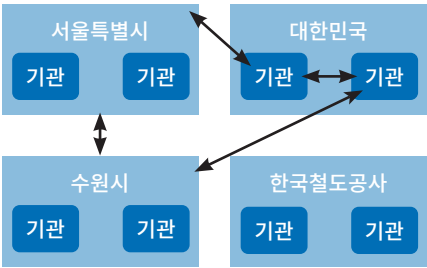
국가기관과 지방자치단체 간 다툼

국토교통부장관 ↔ 서울특별시

지방자치단체 상호 간 다툼

서울특별시 ↔ 수원시

소결

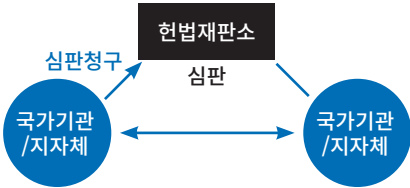


공사(한국철도공사 등)는 공공단체이지만, 국가가 아니다. 따라서 공사의 기관은 공공단체의 기관일 뿐, 국가기관이 아니다. 이와 비교하면, 법무부장관은 국가기관이다.

구조

2단계 구조

- 1. 국가기관이나 지방자치단체의 권한쟁의심판 청구(request)
- 2. 헌법재판소의 권한쟁의심판(adjudication)



제1 단계: 국가기관이나 지방자치단체의 권한쟁의심판 청구

청구인(국가기관, 지방자치단체)이 피청구인(국가기관, 지방자치단체)을 상대로 헌법재판소에 심판을 청구한다.

헌법재판소법 제61조(청구 사유) ① 국가기관 상호 간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호 간에 권한의 유무 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 해당 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.

개인은 권한쟁의심판을 청구할 수 없다.

제2 단계: 헌법재판소의 권한쟁의심판

심판청구를 받은 헌법재판소는 권한의 유무, 범위를 판단한다.

결정 선고 시까지 시간이 걸린다. 그사이를 대비해, 가처분을 할 수도 있다.

헌법재판소법 제65조(가처분) 헌법재판소가 권한쟁의심판의 청구를 받았을 때에는 직권 또는 청구인의 신청[으로] 종국결정의 **선고 시까지 심판 대상이 된 피청구인의 처분** 효력을 정지하는 결정을 할 수 있다.

연습문제

2025년도 변호사시험 공법 선택형

- [문 5.] 헌법재판에서의 가처분과 「행정소송법」상 집행정지에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ③ 권한쟁의심판 계속 중 헌법재판소는 청구인의 신청이 없더라도 직권으로 종국결정의 선고 시까지 심판대상이 된 피청구인의 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있다.

헌법재판소의 결정

머리에

국가기관의 권한쟁의심판청구를 받은 헌법재판소는 어떤 결정을 내리나?

- 1. 인용(uphold) 결정
- 2. 기각(rejection) 결정
- 3. 각하(dismissal) 결정

각하 결정

권한 침해와는 상관없이, 심판청구가 부적법한 경우

본안 결정

- 1. 인용 결정 ← 피청구인이 청구인의 권한을 침해했을 경우
- 2. 기각 결정 ← 피청구인이 청구인의 권한을 침해하지 않았을 경우

사례

사건 개요

2008헌라7: 청구인들은 민주당 소속의 제18대 **국회의원**으로 2008. 12. 18. 및 이 사건 심판청구 당시 국회 외교통상통일위원회(이하 ‘**외통위**’라 한다) **위원**이다.

청구인들은 ... **피청구인 외통위 위원장이 회의장의 출입문이 폐쇄된 상태에서 이 사건 회의를 개의**하여 이 사건 동의안을 외통위에 **상정**한 행위 및 이 사건 동의안을 법안심사소위원회로 **회부한 행위**...로 ... 헌법 및 국회법에 [따라] 부여된 청구인들의 의안심의, 표결권이 침해되었다고 주장[한다. 그러]면서 2008. 12. 21. 위 권한침해의 확인 및 이 사건 상정, 회부 행위의 무효 확인을 구하는 이 사건 권한쟁의심판을 청구하였다.

심판 대상

2008헌라7: 이 사건 심판의 대상은 피청구인 외통위 위원장이 ... [이 사건 상정, 회부행위] 청구인들의 이 사건 동의안에 대한 심의, 표결권을 침해하였는지 여부 및 위 상정, 회부행위가 무효인지 여부이다.

주문

- 2008헌라7:
- 2. 피청구인 국회 외교통상통일위원회 위원장[의] ... [이 사건 상정, 회부행위]는 청구인들의 위 비준동의안 심의권을 침해한 것이다.
 - 3. 청구인들의 피청구인 국회 외교통상통일위원회 위원장에 대한 [이 사건 상정, 회부행위]에 관한 무효확인청구를 모두 기각한다.

이유

2008헌라7: 이 사건 상정, 회부행위는 다수결의 원리, 의사공개의 원칙 및 국회법 제 54조, 제75조 제1항[을] 위배하여 청구인들의 이 사건 동의안에 대한 심의권을 침해하였[다.]

[그러나] 이 사건 상정, 회부행위의 무효확인을 구하는 청구인들의 심판청구 부분[은] ... 기각 의견이 재판관 6인의 의견에 달하여 ... 기각하여야 [한다.]

연습문제

2021년도 변호사시험 공법 선택형

[문 18.] 국회와 국회의원의 권한에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ⑤ 국회의 입법과 관련하여 일부 국회의원들의 권한이 침해되었다 하더라도 그것이 다수결의 원칙과 회의공개 원칙 같은 입법절차에 관한 헌법의 규정을 명백히 위반한 흠에 해당하는 것이 아니라면 그 법률안의 가결 선포행위를 곧바로 무효로 볼 것은 아니다.

인용 결정 종류

머리에

인용 결정에는 다음이 있다.

- 1. 권한 존부 확인 결정, 권한 범위 확인 결정
- 2. 처분 취소 결정
- 3. 처분 무효 확인 결정
- 4. 부작위 위법 확인 결정

헌법재판소법 제66조(결정의 내용) ① 헌법재판소는 심판의 대상이 된 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 유무 또는 범위[를] 판단한다.

- ② 제1항의 경우에 헌법재판소는 권한침해의 원인이 된 피청구인의 처분을 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있고, 헌법재판소가 부작위에 대한 심판청구를 인용하는 결정을 한 때에는 피청구인은 결정 취지에 따른 처분을 하여야 한다.

권한 존부 확인 결정, 권한 범위 확인 결정

2010헌라2: [주문] ... 충청남도 천수만 해역 중 [별지 1] 도면 표시 가, 나 사이의 각 점을 순차적으로 연결한 선의 우측(남동쪽) 부분에 대한 관할권한은 청구인에게 있고, 위 선의 좌측(북서쪽) 부분에 대한 관할권한은 피청구인에게 있음을 확인한다. ...

[이유] 이 사건 갯송해역의 해상경계선은 청구인과 피청구인의 육상지역과 죽도, 안면도, 황도의 각 현행법상 해안선(약최고고조면 기준)만을 고려하여 등거리 중간선 원칙에 따라 확정된 선으로 [하는 것]이 타당하다.

처분 취소 결정

2004헌라2: [주문] ... 피청구인이 2004. 3. 10. 진해시 용원동 1307 도로에 대한 점용을 이유로 청구의 박○원..에게 [한] 각 점용료부과처분은 이를 취소한다.

[이유] 이 사건 점용료부과처분은 피청구인이 자신의 관할구역이 아닌 청구인의 관할구역[에] 권한 없이 [한] 것으로서 위법할 뿐만 아니라 청구인의 자치권한을 침해한 것이다. ... 그러므로 피청구인의 ... 이 사건 점용료부과처분은 청구인이 주장하는 청구취지에 따라 취소되어야 한다.

처분 무효 확인 결정

2010헌라2: [주문] ... 태안마을 제136호 및 제137호의 어업면허처분 중 위 제2항 기재 청구인의 관할권한에 속하는 영역에 대한 부분은 무효임을 확인한다.

[이유] 태안군수가 [한] 태안마을 제136호, 제137호의 어업면허처분 중 청구인의 관할권한에 속하는 구역에 대해서 이루어진 부분은 청구인의 지방자치권을 침해하여 권한이 없는 자[로부터] 이루어진 것이므로 그 효력이 없다.

부작위 위법 확인 결정

2004헌라2: [주문] ... 피청구인이 위 각 토지에 관하여 지방자치법 [현행 제8조에 따른] 사무와 재산의 인계를 청구인에게 행하지 아니하는 부작위는 위법함을 확인한다.

...

[이유] 피청구인이 청구인에게 현재까지 위 토지들에 대한 사무와 재산을 인계하지 않고 있는 이 사건 부작위는 지방자치법 [현행 제8조]를 위반한 위법이 있다. 이러한 위법한 부작위는 위 토지들을 관할구역으로 하는 청구인의 자치권한을 침해하는 것이다. ... 그러므로 피청구인의 이 사건 부작위는 위법함을 확인...한다.

권리소원심판

Constitutional Complaint for Relief

근래에 신문고를 치는 자가 정치의 잘잘못과 민생의 편안과 근심은 말하지 않고 오직 자기들 일만 호소한다. - 세종실록 59권

제도

개념

헌법재판소법 제68조(청구 사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 ... 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. ...

헌법재판소법 제68조 제1항이 규정한 헌법소원이다.

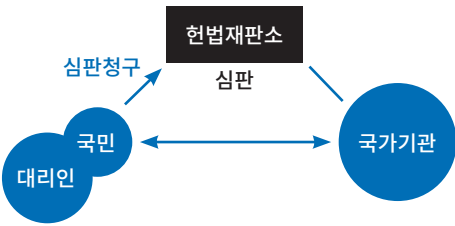
취지

2005헌마126: 헌법소원제도는 국민의 기본권침해를 구제해 주는 제도[다.]
한편, 헌법소원제도는 개인의 주관적 권리구제뿐만 아니라 객관적 헌법질서를 보장하는 기능도 가지고 있다.]

2단계 구조

머리에

- 1. 당사자의 헌법소원심판 청구(request)
- 2. 헌법재판소의 헌법소원심판(adjudication)



당사자의 헌법소원심판 청구

기본권 침해를 받은 개인이 공권력 행사를 한 국가기관을 상대로 헌법재판소에 심판을 청구한다.

헌법재판소법 제68조(청구 사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 ... 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다.

헌법재판소의 헌법소원심판

심판청구를 받은 헌법재판소는 공권력 행사가 위헌인지 여부를 결정한다.

결정 선고 시까지 시간이 걸린다. 그사이를 대비해, 가처분을 할 수도 있다.

2005헌사754: 헌법재판소법은 정당해산심판과 권한쟁의심판에 관해서만 가처분에 관한 규정을 두고 있다. 그렇지만 헌법재판소법 제68조 제1항에 [따른] 헌법소원심판절차[에서도] 가처분의 필요성은 있을 수 있[다.] 달리 가처분을 허용하지 아니할 [타당]한 이유를 찾[을] 수 없[다. 그러]므로 **헌법소원심판청구사건에서도 가처분은 허용된다.**

2024헌사98: 가처분신청은 본안 사건의 심판이 적법하게 계속되거나 신청인이 제기하려는 본안 사건이 명백히 부적법하지 않아야 [한다.]

연습문제

2025년도 변호사시험 공법 선택형

[문 5.] 헌법재판에서의 가처분과 「행정소송법」상 집행정지에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ② 가처분은 본안사건의 심판이 헌법재판소에 계속 중일 때 신청할 수 있음이 원칙이지만, 본안소송을 전제로 우선 가처분신청을 한 후에 본안사건의 심판을 청구할 수도 있다.
- ④ 「헌법재판소법」은 정당해산심판과 권한쟁의심판에 관해서만 가처분에 관한 규정을 두고 있을 뿐, 다른 헌법재판절차에서도 가처분이 허용되는지에 관하여는 명문의 규정을 두고 있지 않다.

헌법재판소의 결정

머리에

당사자의 권리소원심판청구를 받은 헌법재판소는 어떤 결정을 내리나?

- 1. 인용(uphold) 결정
- 2. 기각(rejection) 결정
- 3. 각하(dismissal) 결정

각하 결정

기본권 침해와 상관없이, 심판청구가 부적법한 경우

본안 결정

- 1. 인용 결정 ← 기본권 침해가 인정될 경우
- 2. 기각 결정 ← 기본권 침해가 인정되지 않을 경우

사례

사건 개요

2004헌마826: 청구인은 2004. 6. 4. 마약류관리법위반(향정) 혐의로 구속되어 ... 대 구구치소의 입출소자 대기실에서 그날 함께 수용되는 수용자 22명과 같이 담당교도관으로부터 신입자교육을 받고 신체검사를 받는 등 입소절차를 거쳐 입소하였다. ... 개별적으로 칸막이가 쳐진 검사실로 이동하여 속옷까지 탈의를 하고 담당교도관이 보는 앞에서 돌아서서 상체를 숙인 후 양손으로 [엉덩이]를 벌려 항문을 보이고 난 후 검사실을 나오는 방법으로 정밀신체검사...를 받았다.

그 후 청구인은 ... 이 사건 정밀신체검사[라는 공권력행사]는 헌법 제10조[로] 보장되는 인간으로서의 존엄과 가치와 행복추구권을 침해한 것이라며 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

주문

2004헌마826: 청구인의 심판청구를 기각한다.

이유

2004헌마826: 청구인이 수인하여야 할 모욕감이나 수치심에 비[교]하여 반입금지품을 차단함으로써 얻을 수 있는 수용자들의 생명과 신체의 안전, 구치소 내의 질서유지 등의 공익이 보다 크[다]. 그러므로 헌법원리인] 과잉금지의 원칙에 위배되었다고 할 수 없다.

위헌소원심판

Constitutional Complaint for Review
of the Constitutionality of an Act

이름은 실질의 손님이다. - 장자, 소요유 편

제도

개념

헌법재판소법 제68조(청구 사유) ② 제41조 제1항에 따른 법률의 위헌 여부 심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. ...

헌법재판소법 제68조 제2항이 규정한 헌법소원이다.

취지

2013헌마497: 당사자의 위헌제청신청이 법원[으로부터] 기각된 경우 법 제68조 제2항은 그 신청을 한 당사자가 헌법재판소에 법률에 대한 위헌 여부 심판을 청구할 수 있도록 정하고 있다. 즉, ... 법원이 위헌제청을 하지 않고 위헌적인 법률을 적용하여 재판을 한다는 의심이 있는 경우 소송당사자가 직접 헌법재판소에 해당 법률의 위헌 여부에 관한 심판을 청구할 수 있도록 [했다. 이]로써 헌법재판소로 하여금 법원의 재판의 전제가 되는 법률의 위헌성을 심사하게 할 수 있는 길을 열어 놓고 있다.

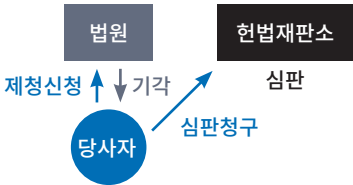
법원이 아니라 개인이 직접 헌법재판소에 법률에 대한 위헌 여부 심판을 구한다는 점에서 법은 이를 **헌법소원의 형태**로 심판 청구를 하는 것으로 정하고 있다.]

[그렇]지만, 법 제68조 제2항의 헌법소원심판은 구체적인 소송사건을 계기로 하여 헌법재판소에 ‘법률의 위헌 여부’에 대한 심판을 구하는 제도[다. 이] 점에서, 법 제41조의 **위헌법률심판과 마찬가지로** 구체적 규범통제에 해당한다.

구조

4단계 구조

- 1. 당사자의 위헌법률심판 제청 신청(application for a referral)
- 2. 법원의 위헌법률심판 제청신청 기각(dismissal of the application)
- 3. 당사자의 헌법소원심판 청구(request)
- 4. 헌법재판소의 위헌법률심판(adjudication)



제1 단계: 당사자의 위헌법률심판 제청 신청

소송 당사자가 법원에 “헌법재판소에 위헌법률심판 제청을 해 달라.”라고 요구한다.

제2 단계: 법원의 위헌법률심판 제청신청 기각 결정

법원은 “그 법률이 위헌이라는 의심이 들지 않는다.”라는 이유로 제청신청을 기각한다.

제3 단계: 당사자의 헌법소원심판 청구

당사자가 위 기각 결정에 불복한다. 그래서 이번에는 직접 헌법재판소에 “그 법률이 위헌인지 여부를 판단해 달라.”라는 취지로 심판을 청구한다.

제4 단계: 헌법재판소의 헌법소원심판

헌법소원심판 청구를 받은 헌법재판소가 법률의 위헌 여부를 결정한다.

일반적으로는, 법원 결정에 불복하는 당사자는 상소(항고)해서 상소심(항고심) 법원 결정을 받을 수 있다. 다만 법원 결정 중에서도 제청신청 기각 결정은 특별히 취급한다. 상소(항고)가 아니라 위헌법률심판형 헌법소원심판 청구만 할 수 있다. 즉, 상소심(항고심) 법원 결정을 받는 게 아니라 헌법재판소 결정을 받는다.

헌법재판소법 제41조(위헌 여부 심판의 제청) ④ 위헌 여부 심판의 제청에 관한 결정에 대하여는 항고할 수 없다.
2014그247: 위헌제청신청을 기각하는 결정에 대하여는 민사소송에 [따른] 항고나 재항고를 할 수 없다.

연습문제

2024년도 변호사시험 공법 선택형
[문 14.] 사인인 甲은 군 복무 중 낙상사고를 당하여 군의관 乙로부터 치료를 받았으나 의병전역 후 법령에 따른 보훈보상금을 지급받던 중 乙의 고의 또는 중과실로 장애를 입게 되었다고 주장하며 대한민국과 乙을 상대로 손해배상을 청구하였다. 위 재판 계속 중 甲은 군인 등의 국가배상청구권을 제한한 「국가배상법」 제2조 제1항 단서에 대해 위헌법률심판제청을 신청하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
㉡. 위헌법률심판제청신청이 기각된 경우, 甲은 그 기각결정에 대하여 민사소송[으로] 항고나 재항고를 할 수 없을 뿐만 아니라 특별항고도 할 수 없다.

특별항고가 무엇인지는 차차 배우자.

성격

형식

형식과 이름만 헌법소원일 뿐이다.

실질

구조적으로 실질은 위헌법률심판이다.

결정

머리에

당사자의 위헌소원심판청구를 받은 헌법재판소는 어떤 결정을 내리나?

1. 위헌(unconstitutionality) 결정(인용 결정)
2. 합헌(constitutionality) 결정(기각 결정)
3. 각하(dismissal) 결정

각하 결정

법률이 위헌인지와 상관없이, 심판청구가 부적법한 경우

예: 재판받을 사건에 적용되지도 않는 법률을 위헌소원심판 청구 하면, 헌법재판소는 각하 결정한다.

본안 결정

심판청구가 적법한 경우를 전제로,

1. 위헌 결정(인용 결정) ← 법률이 위헌일 경우

헌법재판소법 제75조(인용결정) ⑥ ... 제68조 제2항에 따른 헌법소원을 인용하는 경우에는 제45조...를 준용한다.

헌법재판소법 제45조(위헌결정) 헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률 조항의 위헌 여부를만을 결정한다. ...

2. 합헌 결정(기각 결정) ← 법률이 위헌이 아닐 경우

사례

사건 개요

89헌마214: 청구인[들은] 도시계획법... 제21조 제1항에 따라 ... **개발제한구역으로 지정된 토지 위에 ... 건축물을 건축하여 ... 철거대집행계고처분** 등을 받고, ... 취소를 구하는 **행정소송**(89구1928)을 제기하였다.

위 청구인들은 위 **소송계속 중** ..법원에 [도시계획]법 제21조가 재판의 전제가 된다고 주장하면서 위헌심판제청을 신청하였[다. 그러나] 위 신청이 **기각**되[었다. 그러자] 위 청구인들은] ... 이 사건 헌법소원[→ **위헌소원**]심판을 청구하였다.

심판 대상

89헌마214: 이 사건 심판의 대상은 도시계획법... 제21조...의 위헌 여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

-
- 도시계획법 제21조(개발제한구역의 지정) ① 건설교통부장관은 도시의 무질서한 확산을 방지하고 도시주변의 자연환경을 보존하여 도시민의 건전한 생활환경을 확보하기 위하여 또는 국방부장관의 요청이 있어 보안상 도시의 개발을 제한할 필요가 있다고 인정되는 때에는 도시개발을 제한할 구역...의 지정을 도시계획으로 결정할 수 있다.
- ② 제1항의 규정[으로] 지정된 개발제한구역 안에서는 그 구역지정의 목적에 위배되는 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 토지면적의 분할 또는 도시계획사업의 시행을 할 수 없다. ...
-

주문

89헌마214: 도시계획법... 제21조는 헌법에 합치되지 아니한다.

이유

89헌마214: 종래의 지목과 토지현황에 [따른] 이용방법에 따른 토지의 사용도 할 수 없거나 실질적으로 사용, 수익을 전혀 할 수 없는 예외적인 경우에도 아무런 보상 없이 이를 감수하도록 하고 있[다면 어떻게? 헌법상 원칙인] 비례의 원칙에 위반되어 [해당] 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해[한다. 이는] 헌법에 위반된다.

헌법재판 주문 결정

Text Determination of Constitutional Review

적어도 셋 이상을 선택할 수 있는 대안이 있을 경우,
집단적 의사결정을 내렸을 때 반드시 합리적 결과에 이르게 하는 절차는
존재하지 않는다. - Kenneth Arrow

머리에

문제점

헌법재판소 재판관들도 사건마다 다양한 의견이 있다. 그러면 어떻게 처리하나?

- 1. 결정주문(text of decision)은 어떻게 되고,
- 2. 법정의견(court opinion)은 무엇인가?

문제상황의 구별

- 1. 결론(주문)에 관한 의견이 다양할 경우?
- 2. 근거(이유)에 관한 의견이 다양할 경우?

기초 개념: 대법원과 헌법재판소 구성

정수

- 1. 대법원: 대법원장(Chief Justice of Supreme Court)을 포함해 26인의 대법관(Justice of Supreme Court)

“대포26”

법원조직법 제4조(대법관) ① 대법원에 대법관을 둔다. ② 대법관의 수는 대법원장을 포함하여 26명으로 한다.
법원조직법 제1조(시행일) ② ... 다만, 같은 개정규정에 따라 증원[14명 → 26명]되는 대법관의 수 12명 중 4명의 증원은 공포 후 2년이 경과한 날[2028. 3. 13.]부터 시행하고, 4명의 증원은 공포 후 3년이 경과한 날[2029. 3. 13.]부터 시행하며, 4명의 증원은 공포 후 4년이 경과한 날[2030. 3. 13.]부터 시행한다.
대한민국헌법 제104조 ① 대법원장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다. ② 대법관은 대법원장의 제청으로 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다.
보통, 합의체는 가부동수를 최대한 피하고자 홀수로 구성한다. 그런데 대법관 정원은 왜 짝수인 26인일까? 대법관 중 1인이 법원행정처장을 맡아 재판에는 관여하지 않아서다. 따라서 실제 대법원 전원합의체 구성원은 25인으로 홀수다.
법원조직법 제19조(법원행정처) ① 사법행정사무를 관장하기 위하여 대법원에 법원행정처를 둔다. ② 법원행정처는 법원의 인사, 예산, 회계, 시설, 통계, 송무(訟務), 등기, 가족관계등록, 공탁, 집행관, 법무사, 법령조사 및 사법제도연구에 관한 사무를 관장한다.
법원조직법 제68조(임명) ① 법원행정처장은 대법관 중에서 대법원장이 보한다.

2. 헌법재판소: 헌법재판소장(President of the Constitutional Court)을 포함해 9인의 재판관(Justice of Constitutional Court)

대한민국헌법 제27조 ① 모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관[에게] 법률에 [따른] 재판을 받을 권리를 가진다.

대한민국헌법 제111조 ② 헌법재판소는 법관의 자격을 가진 9인의 재판관으로 구성하며, 재판관은 대통령이 임명한다.

④ 헌법재판소의 장은 국회의 동의를 얻어 재판관 중에서 대통령이 임명한다.

대통령이 9인 모두 임명(appointed)하되, 3인은 국회가 선출(selected), 3인은 대법원장이 지명(nominated)한 사람으로 임명해야 한다.

대한민국헌법 제111조 ③ 제2항의 재판관중 3인은 국회에서 선출하는 자를, 3인은 대법원장이 지명하는 자를 임명한다.

2025헌라1: [이]것은, 입법부, 행정부, 사법부가 헌법재판소 구성에 동등하게 참여하도록 함으로써 권력 상호 간의 견제와 균형을 도모하[기 위한 것이다. 나아가] 헌법 수호와 국민의 기본권 보장을 사명으로 하는 헌법재판소가 중립적인 지위에서 헌법재판기능을 수행하도록 하기 위한 것이다.

임기

1. 대법원: 대법원장 6년 단임 / 대법관 6년 연임

대한민국헌법 제105조 ① 대법원장의 임기는 6년으로 하며, 중임할 수 없다.
② 대법관의 임기는 6년으로 하며, 법률이 정하는 바[에 따라] 연임할 수 있다.

2. 헌법재판소: 헌법재판소장 따로 규정× / 재판관 6년 연임

대한민국헌법 제112조 ① 헌법재판소 재판관의 임기는 6년으로 하며, 법률이 정하는 바[에 따라] 연임할 수 있다.

정년

1. 대법원: 대법원장 70세 / 대법관 70세

법원조직법 제45조(... 정년) ④ 대법원장과 대법관의 정년은 각각 70세...로 한다.

2. 헌법재판소: 헌법재판소장 따로 규정× / 재판관 70세

헌법재판소법 제7조(재판관의 임기) ② 재판관의 정년은 70세로 한다.

임명 의무

1. 재판관 공석 발생 시, 상당한 기간 내 후임자를 임명할 의무가 있다.

헌법재판소법 제6조(재판관의 임명) ③ 재판관의 임기가 만료되거나 정년이 도래하는 경우에는 임기만료일 또는 정년도래일까지 후임자를 임명하여야 한다.
④ 임기 중 재판관이 결원된 경우에는 결원된 날부터 30일 이내에 후임자를 임명하여야 한다.

- ⑤ 제3항 및 제4항에도 불구하고 국회에서 선출한 재판관이 국회의 폐회 또는 휴회 중에 그 임기가 만료되거나 정년이 도래한 경우 또는 결원된 경우에는 국회는 다음 집회가 개시된 후 30일 이내에 후임자를 선출하여야 한다.

2012헌마2: 헌법재판소법 제6조 제3항[부터] 제5항[까지는] 공석이 된 재판관의 후임자 선출 기한을 규정하고 있다.]

그런데 헌법재판소법 제6조 제2항은 재판관의 선출 시 국회의 인사청문을 거쳐야 한다고 규정[한다.] 국회법 및 인사청문회법은 이를 위한 구체적인 절차를 규정[한다.]

그렇다면 [국회가] 공석인 재판관의 후임자를 선출[하는 데] 준수하여야 할 기간은 헌법재판소법 제6조 제3항[부터] 제5항[까지] 규정하고 있는 기간이 아니[다.] 헌법 제27조, 제111조 제2항 및 제3항의 입법 취지, 공석인 재판관 후임자의 선출절차 진행에 소요되는 기간 등을 고려한 ‘상당한 기간’이[다. 그러므로 국회는] ‘**상당한 기간**’ 내에 공석이 된 재판관의 후임자를 선출하여야 할 헌법상 작위의무를 부담한다.

2. 국회 선출 대상 3인을 국회가 선출한 이상, 대통령은 원칙적으로 이들을 임명할 의무가 있다.

대한민국헌법 제111조 ③ [대통령이 임명할] 재판관중 3인은 국회에서 선출하는 자를, 3인은 대법원장이 지명하는 자를 임명한다.

2025헌라1: 헌법이 재판관 임명과 관련하여 [국회]에게 부여한 선출권은 단순히 대통령의 재판관 임명권을 견제하는 것에 그치지 않고 **헌법재판소를 구성할 권한**을 의미하는 것으로 보아야 한다. 즉 [국회가] 가지는 재판관 3인의 선출권은 헌법재판소 구성에 관한 독자적이고 실질적인 것[이다.] 대통령은 [국회가] 헌법 제111조 제3항에 따라 재판관으로 선출한 사람에 ... 임의로 그 임명을 거부하거나 선별하여 임명할 수 없[다.]

대통령은 청구인이 헌법 제111조 제3항에 따라 재판관으로 선출한 사람이 헌법과 헌법재판소법에서 정한 자격요건을 갖추고 그 선출과정에 의회민주주의를 원칙으로 하는 헌법 및 국회법 등 법률을 위반한 하자가 없는 한 ... **그 사람을 재판관으로 임명할 헌법상 의무**를 부담한다.

대통령 권한 대행자도 마찬가지로 의무가 있다.

대한민국헌법 제71조 대통령이 궐위되거나 사고로 ... 직무를 수행할 수 없을 때에는 국무총리, 법률이 정한 국무위원의 순서로 그 권한을 대행한다.

2025헌라1: 대통령이 궐위 또는 사고로 ... 그 직무를 수행할 수 없는 경우에는 대통령의 권한을 대행하는 국무총리 또는 국무위원 역시 대통령과 마찬가지로 위와 같은 헌법상 의무를 부담한다고 보아야 한다.

연습문제1

2025년도 변호사시험 공법 선택형

[문 1.] 헌법재판에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 국회가 선출하여 임명된 헌법재판소 재판관 중 공석이 발생한 때에, 국회는 공석이 된 헌법재판소 재판관의 후임자를 상당한 기간 내에 선출할 헌법상 작위의무를 부담한다.

ㄴ. 헌법은 헌법재판소 재판관의 임기를 6년으로 정하되, 법률이 정하는 바[에 따라] 연임할 수 있도록 하고 있다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 공법 선택형

[문 3.] 대통령과 국무총리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ④ 국회가 헌법재판소 재판관으로 선출한 사람이 헌법과 「헌법재판소법」에서 정한 자격요건을 갖추고 그 선출과정에 의회민주주의를 원칙으로 하는 헌법 및 「국회법」 등 법률을 위반한 하자가 없는 한, 대통령은 그 사람을 재판관으로 임명할 헌법상 의무를 부담하고, 대통령의 권한을 대행하는 국무총리 역시 동일한 의무를 부담한다.

기초 개념: 합의와 평의

합의

법원 소송에서 합의(collegial deliberation; deliberation)란,

- 1. 민사, 형사, 행정재판에서
- 2. 심판의 결론을 내기 위해
- 3. 법원 합의부(collegiate panel; panel of judges) 법관들이
- 4. 사건의 쟁점에 관한 의견을 나누고
- 5. 표결하는
- 6. 과정.

법원조직법 제7조(심판권의 행사) ③ 고등법원... 및 행정법원의 심판권은 판사 3명으로 구성된 합의부에서 행사한다. ...

- ⑤ 지방법원...에서 합의심판을 하여야 하는 경우에는 판사 3명으로 구성된 합의부에서 심판권을 행사한다.

2025도18361: 합의부에서 심판권을 행사하는 때에는 합의부를 구성하는 3명의 판사들은 [다음 절차를 거친다. 즉,] 독립된 개별 법관의 의견을 넘어 재판기관인 법원의 의사를 형성하기 위하여 구체적 사건에서 쟁점이 되는 사실을 확인하고, 그에 적용되는 법률을 해석, 적용하여 결론을 이끌어내는 절차 즉, 합의(合議)를 거치게 된다. 합의는 서로 다른 경험과 가치관을 갖고 있는 합의부 구성원들이 서로 협력하여 자유로이 의견을 교환하고 심의, 논의하여 하나의 유기적 일체로서 법원의 의사를 형성하는 필수적 과정이다.

단독판사(single-judge)가 심판하는 사건, 즉 단독사건(single-judge case)에는 당연히 이 과정이 없다.

법원조직법 제7조(심판권의 행사) ③ ... 행정법원의 경우 단독판사가 심판할 것으로 행정법원 합의부가 결정한 사건의 심판권은 단독판사가 행사한다.

- ④ 지방법원...의 심판권은 단독판사가 행사한다.

평의

헌법재판에서 평의(deliberation)란,

1. 헌법재판에서
2. 심판의 결론을 내기 위해
3. 헌법재판소 재판관들이
4. 사건의 쟁점에 관한 의견을 나누고
5. 표결하는
6. 과정.

합의부 재판장과 주심

1. 재판장(chief-judge): 재판 진행을 주도, 지휘.

민사소송법 제135조(재판장의 지휘권) ① 변론은 재판장...이 지휘한다.

형사소송법 제279조(재판장의 소송지휘권) 공판기일의 소송지휘는 재판장이 한다.

행정소송법 제8조(법적용예) ② 행정소송에 관하여 ... 법원조직법과 민사소송법...의 규정을 준용한다.

법원조직법 제58조(법정의 질서유지) ① 법정의 질서유지는 재판장이 담당한다.

헌법재판소법 제35조(심판의 지휘와 법정경찰권) ① 재판장은 심판정의 질서와 변론의 지휘 및 평의의 정리(整理)를 담당한다.

② ... 「법원조직법」 제58조부터 제63조까지의 규정을 준용한다.

대법원 전원합의체 재판장은 대법원장이 된다. 헌법재판소 전원재판부 재판장은 헌법재판소장이 된다. 그 밖에는 재판장을 정하는 일정한 기준이 있는데, 법원은 대체로 부장판사(presiding judge)가 담당한다.

법원조직법 제7조(심판권의 행사) ① 대법원의 심판권은 대법관 전원의 3분의 2 이상의 합의체에서 행사하며, 대법원장이 재판장이 된다. ...

법관 등의 사무분담 및 사건배당에 관한 예규 제4조의4(합의부 재판장의 보임) ① ... 합의부 재판장을 부장판사 재직기간과 ... 법조경력, 나이 등 제반 사정을 고려하여 형평에 맞도록 보임한다.

헌법재판소법 제22조(재판부) ① [원칙적으로] 헌법재판소의 심판은 재판관 전원으로 구성되는 재판부에서 관장한다.

② 재판부의 재판장은 헌법재판소장이 된다.

2. 주심(judge-in-charge): 재판서 초안 작성.

주심을 정하는 일정한 기준이 있는데, 제1심법원은 많은 경우 배석판사(associate judge)가 담당한다.

합의방법(법원)

최대공통(narrowest) 기법을 이용한다. 예를 들어, 3인 합의부에서,

1. 민사사건 의견이 甲 법관 1억 원, 乙 법관 1억 원, 丙 법관 2억 원으로 같았다면 → 과반수 의견인 1억 원.

법원조직법 제66조(합의의 방법) ① 합의심판은 ... **과반수**로 결정한다.

2. 민사사건 의견이 甲 법관 1억 원, 乙 법관 2억 원, 丙 법관 3억 원으로 같았다면 → 丙 3억 원 (누적 1인) > 乙 2억 원 (누적 2인) → 乙 의견인 2억 원.

법원조직법 제66조(합의의 방법) ② 합의에 관한 의견이 3개 이상의 설(說)로 나뉘어 각각 과반수에 이르지 못할 때에는 다음 각호의 의견에 따른다.

1. 액수의 경우: **과반수에 이르기까지** 최다액(最多額)의 의견의 수에 차례로 소액의 의견의 수를 **더하여 그중 최소액**의 의견
-

3. 형사사건 의견이 甲 법관 징역 1년, 乙 법관 징역 1년, 丙 법관 징역 2년으로 같았다면 → 과반수 의견인 징역 1년.

법원조직법 제66조(합의의 방법) ① 합의심판은 헌법 및 법률에 다른 규정이 없으면 **과반수**로 결정한다.

4. 형사사건 의견이 甲 법관 징역 1년, 乙 법관 징역 2년, 丙 법관 징역 3년으로 같았다면 → 丙 3년 (누적 1인) > 乙 2년 (누적 2인) → 乙 의견인 징역 2년.

법원조직법 제66조(합의의 방법) ② 합의에 관한 의견이 3개 이상의 설(說)로 나뉘어 각각 과반수에 이르지 못할 때에는 다음 각호의 의견에 따른다.

2. 형사(刑事)의 경우: **과반수에 이르기까지** 피고인에게 가장 불리한 의견의 수에 차례로 유리한 의견의 수를 **더하여 그중 가장 유리한** 의견
-

조문 서술은 복잡하지만, 사례 하나를 들어 계산해 보면 쉽게 이해할 수 있다.

의견 구분

법정의견을 기준으로, 다음과 같이 나뉜다.

1. 법정의견(court opinion): 법원(헌법재판소)의 의견
2. 반대의견(dissenting opinion): 법정의견 결론에 반대하는 의견
3. 별개의견(concurring in judgment): 법정의견 결론에는 동의하나, 근거에 반대하는 의견
4. 보충의견(simple concurrence): 법정의견 결론과 근거 모두 동의하고, 근거를 추가하는 의견

법정의견 7인과 반대의견 1인이 모여 앞으면 8(= 법정의견 7 + 반대의견 1)인이다. 법정의견 7인과 보충의견 1인이 모여 앞으면 7(= 보충의견 없는 다수의견 6 + 보충의견 1)인이다.

5. 반대보충의견: 반대의견 결론과 근거 모두 동의하고, 근거를 추가하는 의견
6. 별개보충의견: 별개의견 결론과 근거 모두 동의하고, 근거를 추가하는 의견

다수인지를 기준으로, 다음과 같이 나뉜다.

1. 다수의견(major opinion)
2. 소수의견(minor opinion)

그런데 다수의견이 꼭 법정의견과 같지는 않다.

1. 과반수를 기준으로 정하면, 다수의견이 법정의견이 되겠지만,

헌법재판소법 제23조(심판정족수) ② 재판부는 종국심리(終局審理)에 관여한 재판관 과반수의 찬성으로 사건에 관한 결정을 한다. ...

2. 6인 이상을 기준으로 정하면, 소수의견이 법정의견이 될 수 있다.

헌법재판소법 제23조(심판정족수) ② ... 다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 재판관 6명 이상의 찬성이 있어야 한다. ...

심판절차의 공개와 비공개

법원 소송절차의 공개와 비공개

1. 심리(trial), 판결(judgment)은 공개한다.

대한민국헌법 제109조 재판의 심리와 판결은 공개한다. ...

판결 선고(pronouncement)는 어떤 경우에도 비공개할 수 없다. 그러나 심리는 예외적으로 비공개할 수도 있다.

대한민국헌법 제109조 ... 다만, 심리는 국가의 안전보장 또는 안녕질서를 방해하거나 선량한 풍속을 해할 염려가 있을 때에는 법원의 결정으로 공개하지 아니할 수 있다.

2. 합의(deliberation)는 비공개한다. 합의 과정에서 누가 찬성이고 반대인지 드러난다면 외압 위험이 있어서다.

대한민국헌법 제27조 ① 모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관[에게] 법률에 [따른] 재판을 받을 권리를 가진다.

대한민국헌법 제103조 법관은 헌법과 법률[에 따라] 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.

법원조직법 제65조(합의의 비공개) 심판의 합의는 공개하지 아니한다.

2003헌바81: 사법절차의 경우 심리와 판결은 공개하는 것을 원칙으로 하면서도... 심판의 합의는 공개하지 아니하도록 [한다.]

2025도18361: 합의의 방법 등에 관하여 법률은, 합의부를 구성하는 판사들이 합의 과정에서 구체적 사건에 관한 의견을 언제든지 자유롭게 교환하고 심의, 논의할 수 있도록 심판의 합의는 공개하지 아니한다고 규정[한다.] ... 이러한 합의의 비공개 원칙...[등]은 헌법 제27조가 정한 공정한 재판을 받을 권리 및 헌법 제103조가 정한 재판의 독립을 보장하는 토대가 된다.

3. 판결서(written judgment)는 공개하더라도, 판결서에 법관 의견을 표시하지 않는다. 누가 찬성이고 반대인지는 판결서에서도 드러나지 않는다.

2003헌바81: [이처럼] 사법절차에서 합의...에 관하여는 [해당] 재판절차가 종료되더라도 비공개원칙을 유지[한다.]

다만, 대법원(Supreme Court) 재판은 예외다.

법원조직법 제15조(대법관의 의사표시) 대법원 재판서(裁判書)에는 합의에 관여한 모든 대법관의 의견을 표시하여야 한다.

4. 원칙적으로 법정에서 이루어진다.

법원조직법 제56조(개정의 장소) ① 공판(公判)은 법정에서 한다.

② 법원장은 필요에 따라 법원 외의 장소에서 개정(開廷)하게 할 수 있다.

5. 변론준비절차(민사), 공판준비절차(형사)를 실시할 수도 있다.

민사소송법 제279조(변론준비절차의 실시) ① 변론준비절차에서는 변론이 효율적이고 집중적으로 실시될 수 있도록 당사자의 주장과 증거를 정리하여야 한다.

민사소송법 제282조(변론준비기일) ① 재판장등은 변론준비절차를 진행하는 동안에 주장 및 증거를 정리하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 변론준비기일을 열어 당사자를 출석하게 할 수 있다.

형사소송법 제266조의5(공판준비절차) ① 재판장은 효율적이고 집중적인 심리를 위하여 사건을 공판준비절차에 부칠 수 있다.

② 공판준비절차는 주장 및 입증계획 등을 서면으로 준비하게 하거나 공판준비기일을 열어 진행한다.

헌법재판절차의 공개와 비공개

1. 심리(trial), 결정(decision)은 공개한다.

대한민국헌법 제113조 ③ 헌법재판소의 조직과 운영 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.

헌법재판소법 제34조(심판의 공개) ① **심판의 변론과 결정의 선고는 공개한다.** ...

결정 선고(pronouncement)는 현행법상 어떤 경우에도 비공개할 수 없다. 그러나 심리는 예외적으로 비공개할 수도 있다.

헌법재판소법 제34조(심판의 공개) ② 헌법재판소의 심판에 관하여는 「법원조직법」 제57조 제1항 단서...[를] 준용한다.

법원조직법 제57조(재판의 공개) ① 재판의 심리와 판결은 공개한다. 다만, 심리는 국가의 안전보장, 안녕질서 또는 선량한 풍속을 해칠 우려가 있는 경우에는 결정으로 공개하지 아니할 수 있다.

2. 평의(deliberation)는 비공개한다. 평의 과정에서 누가 찬성이고 반대인지 드러난다면 외압 위협이 있어서다.

헌법재판소법 제34조(심판의 공개) ① ... 다만, 서면심리와 평의(評議)는 공개하지 아니한다.

2003헌바81: 사법절차의 ... 재[판] 독립성... 보장[과 같은 취지로,] 헌법재판소의 재판에서도 심판의 변론과 결정의 선고는 공개하나 서면심리와 평의는 공개하지 아니한다.

3. 그러나 결정서(written decision)는 공개할 때 재판관 의견까지 표시한다.
누가 찬성이고 반대인지는 반드시 결정서에서 드러난다.
-

헌법재판소법 제36조(중국결정) ③ 심판에 관여한 재판관은 결정서에 의견을 표시하여야 한다.

4. 원칙적으로 심판정에서 이루어진다.
-

법원조직법 제33조(심판의 장소) 심판의 변론과 중국결정의 선고는 심판정에서 한다.
다만, 헌법재판소장이 필요하다고 인정하는 경우에는 심판정 외의 장소에서 변론 또는 중국결정의 선고를 할 수 있다.

법정과 심판정은 용어가 다를 뿐, 둘 사이에 본질적 차이는 없다. 영어로도 모두 “courtroom”이다.

2020도12017: 헌법재판소법에서 심판정을 ‘법정’이라고 부르기도 [한다.] ... 법원의 법정에서의 재판작용 수행과 헌법재판소의 심판정에서의 헌법재판작용 수행 사이에는 본질적인 차이가 없음...

5. 심판준비절차를 실시할 수도 있다.
-

헌법재판소 심판 규칙 제11조(심판준비절차의 실시) ① 헌법재판소는 심판절차를 효율적이고 집중적으로 진행하기 위하여 당사자의 주장과 증거를 정리할 필요가 있을 때에는 심판준비절차를 실시할 수 있다.

헌법재판소법 제40조(준용 규정) ① 헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 민사소송에 관한 법령을 준용한다. 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을 준용하고, ...

연습문제1

2025년도 변호사시험 공법 선택형

[문 1.] 헌법재판에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 헌법재판소장이 필요하다고 인정하는 경우 심판의 변론은 심판정 외의 장소에서 할 수 있지만, 중국결정의 선고는 심판정 외의 장소에서 할 수 없다.
-

연습문제2

2025년도 변호사시험 공법 선택형

[문 3.] 탄핵심판에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ② 헌법재판소는 심판절차를 효율적이고 집중적으로 진행하기 위하여 당사자의 주장과 증거를 정리할 필요가 있을 때 심판준비절차를 실시할 수 있다.

연습문제3

2025년도 변호사시험 공법 선택형

[문 15.] 법원에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은?
(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄴ. 재판의 심리와 판결은 공개하는 것이 원칙이나, 국가의 안전보장 또는 안녕질서를 방해하거나 선량한 풍속을 해할 염려가 있을 때에는 법원의 결정으로 공개하지 아니할 수 있다.

본안전판단과 본안판단

복습

헌법소원 기준으로,

- 1. 소송요건○ & 청구이유○ → 인용 결정
- 2. 소송요건○ & 청구이유× → 기각 결정
- 3. 소송요건× → 각하 결정

본안전판단

본안전판단이란?

- 1. 각하할 사안인지 아닌지 살펴보는 것이다.
- 2. 이 단계를 통과해야 인용이든 기각이든 내릴 수 있다.

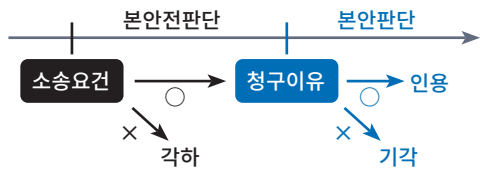
적법요건판단, 소송요건판단이라고도 한다.

본안판단

본안판단이란?

- 1. 인용할 사안인지 기각할 사안인지 살펴보는 것이다.
- 2. 본안전판단 단계를 통과해야 본안판단을 할 수 있다.

소결



정족수

개요

넓은 의미의 정족수(quorum)에는 다음 2가지가 있다.

- 1. 심리정족수(quorum)
- 2. 의결정족수(voting requirement)

심리정족수

사건을 심리하고 결정할 수 있는 정족수.

의결정족수

결정을 통과시키는 정족수.

관계

- 1. 심리정족수를 충족하지 못하면,
- 2. 의결을 할 수도 없고, 해서도 안 된다.

참고: 국회법에도 같은 개념이 있다.

국회법 제73조(의사정족수) ① 본회의는 재적의원 5분의 1 이상의 출석으로 개의한다.
국회법 제109조(의결정족수) 의사는 헌법이나 이 법에 특별한 규정이 없으면 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다.

심리정족수

개요

- 1. 원칙: 헌법재판은 전원재판부에서 한다. 심리정족수는 7인 이상이다.
- 2. 예외: 어떤 경우는 지정재판부에서 한다. 3인이 심사한다.

전원재판부

- 1. 헌법재판은 재판관 9인으로 구성된 전원재판부에서 한다.

대한민국헌법 제111조 ② 헌법재판소는 법관의 자격을 가진 9인의 재판관으로 구성하며, 재판관은 대통령이 임명한다.
헌법재판소법 제22조(재판부) ① 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판소의 심판은 재판관 전원으로 구성되는 재판부[→ 전원재판부]에서 관장한다.
2016헌나1: 헌법재판은 9인의 재판관으로 구성된 재판부[에 따라] 이루어지는 것이 원칙이다.

- 2. 심리정족수는 7인 이상이다.

헌법재판소법 제23조(심판정족수) ① 재판부는 재판관 7명 이상의 출석으로 사건을 심리한다.

2016헌나1: 현실적으로는 일부 재판관이 재판에 참여할 수 없는 경우가 발생할 수밖에 없다. 이에 헌법과 헌법재판소법은 재판관 중 결원이 발생한 경우에도 헌법재판소의 헌법 수호 기능이 중단되지 않도록 **7명 이상의 재판관이 출석하면 사건을 심리하고 결정**할 수 있음을 분명히 하고 있다. 그렇다면 헌법재판관 1인이 결원[되]어 8인의 재판관으로 재판부가 구성되더라도 탄핵심판을 심리하고 결정하는 데 헌법과 법률상 아무런 문제가 없다.

지정재판부 사전심사 제도

현실적으로 재판관 9인이 그 많은 헌법소원 사건을 모두 심리하는 것은 어렵다. 그래서 헌법소원(권리소원, 위헌소원) 사건은 먼저 재판관 3인으로 구성된 지정재판부의 사전심사를 거치게 했다.

헌법재판소법 제72조(사전심사) ① 헌법재판소장은 헌법재판소에 재판관 3명으로 구성되는 지정재판부를 두어 **헌법소원심판의 사전심사**를 담당하게 할 수 있다.

- 1. 지정재판부에서 3인의 만장일치로 심판청구가 부적법하다고 판단하면, 지정재판부(3인)가 최종결정을 내릴 수 있다.

헌법재판소법 제72조(사전심사) ③ 지정재판부는 다음 각호의 어느 하나에 해당되는 경우에는 지정재판부 재판관 전원의 일치된 의견에 [따른] 결정으로 헌법소원의 심판청구를 각하한다.

- 4. 그 밖에 헌법소원심판의 청구가 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우
- 2. 그 외에는, 지정재판부는 사건을 전원재판부(9인)로 넘겨야 한다.

헌법재판소법 제72조(사전심사) ④ 지정재판부는 전원의 일치된 의견으로 제3항의 각 하결정을 하지 아니하는 경우에는 결정으로 헌법소원을 재판부의 심판에 회부하여야 한다. ...

지정재판부는 헌법소원에만 적용한다. 참고로, 헌법소원 사건이 가장 많다.

2003헌마783: 헌법재판소법[은 일정한 경우] 헌법소원을 지정재판부가 각하하도록 규정하였다.]

오히려 이렇게 하는 것이 전원재판부의 업무부담을 줄여주고 소송의 결과에 대한 관계 당사자들의 공연한 기대를 조기에 차단하여 그들로 하여금 선후책을 강구할 수 있도록 도와주는 이점이 있다. 그러므로 위 규정은 합리적인 이유가 있다. 위 규정이 재판청구권의 본질을 침해할 정도로 입법의 재량을 현저히 일탈한 것이라고 볼 수 없다.

연습문제

2021년도 변호사시험 공법 선택형

[문 3.] 헌법재판의 가치분배에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 가치분심판에서 6명의 재판관이 출석하여 4명의 재판관이 인용의견을 냈다면 가치분심판 인용결정이 내려진다.

- ② 「헌법재판소법」은 정당해산심판과 권한쟁의심판에 대해서 명문으로 가처분제도를 두고 있다.
- ③ 헌법재판소는 가처분심판의 인용결정을 전원재판부에서만 하였다.
- ④ 본안심판이 부적법하거나 이유 없음이 명백한 경우에는 가처분을 인용할 수 없다.
- ⑤ 법령의 효력을 정지시키는 가처분은 비록 일반적인 보전의 필요성이 인정된다고 하더라도 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있는 때에는 인용되어서는 아니 된다.

의결정족수

개요

- 1. 원칙: 의결정족수는 관여 재판관의 과반수다.

헌법재판소법 제23조(심판정족수) ② 재판부는 종국심리(終局審理)에 관여한 재판관 과반수의 찬성으로 사건에 관한 결정을 한다. ...

- 2. 예외: 어떤 경우는 의결정족수가 재판관 6인 이상으로 가중될 수 있다.

헌법재판소법 제23조(심판정족수) ② ... 다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 재판관 6명 이상의 찬성이 있어야 한다. ...

예외1: “일부 유형”에서 “인용 결정”

- 1. 일부 유형(5가지 유형)에서
- 2. 인용 결정(청구인 주장을 받아들이는 결정)을 하려면, 의결정족수를 6인 이상 찬성으로 가중한다. 위헌 선언을 엄격히 하려는 취지다. 그 5가지 유형은 다음과 같다.
 - 1. 위헌법률심판에서 인용 결정(위헌 결정)
 - 2. 탄핵심판에서 인용 결정(탄핵 결정)
 - 3. 정당해산심판에서 인용 결정(정당해산 결정)
 - 4. 권리소원심판(권리구제형 헌법소원심판)에서 인용 결정
 - 5. 위헌소원심판(위헌법률심판형 헌법소원심판)에서 인용 결정(위헌 결정)

예: 4인 합헌의견 + 5인 위헌의견 → 합헌의견

대한민국헌법 제113조 ① 헌법재판소에서 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 또는 헌법소원에 관한 인용결정을 할 때에는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다.

98헌가5: 탁주의 공급구역제한제도를 규정하[는] 주세법 제5조 제3항이 헌법에 위반되는지 여부[가 쟁점이다.]

[4인의 합헌의견] 이 사건 법률조항은 입법자가 ... 입법형성권의 범위[에서] 입법한 것 [이다. 이는] 헌법 제37조 제2항[에서] 정한 한계 내에서 [한] 필요하고 합리적인 기본권 제한이[다. 그러]므로 [이 사건 법률조항은] 헌법에 위반되지 아니한다.

[5인의 위헌의견] 이 사건 법률조항은 탁주제조업자 및 판매업자의 직업의 자유 및 평등권과 소비자의 자기결정권을 침해하는 규정이다. 그러므로 [이 사건 법률조항은] 헌법에 위반된다.

[결론] 이 사건 법률조항에 대하여 재판관 ... 4명이 헌법에 위반되지 아니한다는 의견이다. 그리고 재판관 ... 5명이 헌법에 위반된다는 의견이다. 위헌의견에 찬성한 재판관은 5인이어서 다수의견이기는 하지만 헌법 제113조 제1항, 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제1호에서 정한 법률의 위헌결정을 위한 심판정족수에는 이르지 못하였다. 이에 위헌결정을 할 수 없으므로 이에 주문과 같이 결정한다.

[주문] 주세법 제5조 제3항(1995. 8. 4. 법률 제4956호로 개정된 것)은 헌법에 위반되지 아니한다.

예: 4인 합헌의견 + 5인 헌법불합치의견 → 합헌의견

2008도7562전합: 헌법재판소의 헌법불합치결정은 헌법과 헌법재판소법이 규정하고 있지 않은 변형된 형태이지만 법률조항에 대한 위헌결정에 해당한다.]

2011헌바228: 부모가 고엽제 후유증 환자인지 여부에 따라 척추이분증을 얻은 고엽제 2세를 달리 취급하는 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배되는지 여부가 이 사건의 쟁점이다.

[4인의 합헌의견] 이 사건 법률조항은 평등의 원칙에 위배되지 아니한다. 이 사건 법률조항은 청구인의 인간다운 생활을 할 권리나 행복추구권을 침해한다고 할 수 없다. 그러므로, 헌법에 위반되지 아니한다.

[5인의 헌법불합치의견] 차별취급의 기준으로 삼은 1세가 고엽제 후유증 환자인지 여부는 우연적 사정에 기인한 결과의 차이일 뿐 차별의 합리적인 이유가 될 수 없다. 그러므로 ... 이 사건 법률조항에 [따른] 차별취급은 평등원칙에 위배된다.

[결론] 이 사건 법률조항에 대하여는 재판관 4인이 합헌의견, 재판관 5인이 헌법불합치 의견이다. 그러므로 비록 헌법불합치의견이 다수이긴 하지만 법률의 위헌선언에 필요한 정족수 6인에 미달한다. 그러므로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 않는다는 선언을 하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

[주문] ‘고엽제후유증 등 환자지원 및 단체설립에 관한 법률’(2007. 12. 21. 법률 제 8793호로 개정된 것) 제2조 제4호 중 ‘제5조 제3항 제1호’ 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

예외2: 판례변경

헌법재판소법 제23조(심판정족수) ② ... 다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 재판관 6명 이상의 찬성이 있어야 한다.

2. 종전에 헌법재판소가 판시한 헌법 또는 법률의 해석 적용에 관한 의견을 변경하는 경우

원칙

1. 위 예외(일부 유형에서 인용 결정, 또는 판례변경)에 해당하지 않는 한,
2. 모두 재판관 과반수의 찬성으로 결정한다.

예를 들어,

1. 청구인 주장을 받아들이지 않는 기각(합헌)결정은 굳이 6인 이상 찬성이 필요 없다. 즉, 과반수 찬성만으로도 기각(합헌)결정을 내릴 수 있다.
2. 권한쟁의심판에서는 과반수 찬성으로 결정한다. 인용이든, 기각이든, 각하든 상관없다.

왜? 만약 6인 이상으로 정족수를 가중해 버리면, 국가기관 또는 지방자치단체 대립당사자 간 다툼에 한쪽 편을 드는 셈이 되어 부당하기 때문이다.

3. 본안전판단(적법요건판단)도 과반수 기준이다. 본안전요건을 통과한다는 판단 자체가 인용 결정은 아니기 때문이다.

92헌바23: 6인 이상의 찬성[이 필요한] 경우 **의외**의 사항에 관한 재판[에서]는 원래의 재판원칙대로 재판관 과반수의 찬성으로 결정되어야 [한다].

평결방식

평의 절차

1. 주심재판관이 검토내용을 요약 발표
2. 재판관들 의견 교환

참고: 관례상 의견표시 순서는 주심재판관 → 후임 → 선임 → 재판장

3. 최종 표결(= 평결)
4. 결정서 작성

참고: 주심재판관이 초안을 작성한다. 다만, 주심재판관이 소수의견을 냈다면 다수의견을 낸 재판관 중에서 초안 작성자를 지정한다.

문제점

먼저 판단할 쟁점(선 쟁점)과 이를 전제하는 나중에 판단할 쟁점(후 쟁점)이 있다고 하자. 예를 들어,

1. 선 쟁점: 청구인이 기본권 제한을 받았는가?
2. 후 쟁점: (그렇다면,) 청구인이 받은 기본권 제한이 과도한 침해인가?

기본권 제한 사실조차 없다면, 제한이 과도했는지 살필 필요도 없이 헌법소원을 받아들일 수 없다.

헌법재판소법 제68조(청구 사유) ① ... 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 ... 헌법 재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. ...

또 예를 들어,

1. 선 쟁점: K에 대한 제재가 소급형벌에 따른 형사처벌인가?
2. 후 쟁점: (아니라면,) K에 대한 제재가 균형성을 상실해 위헌인가?

소급형벌에 따른 형사처벌이라면, 균형성을 살필 필요도 없이 무조건 위헌이다.

대한민국헌법 제13조 ① 모든 국민은 행위 시의 법률[로] 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 ... 아니한다.

이런 경우, 평결은 어떻게 이루어지나?

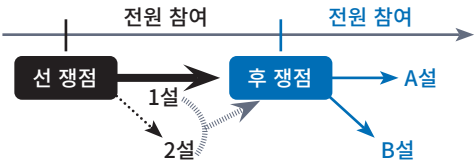
쟁점식

쟁점별 평결방식(voting by issues), 쟁점식은 논리순서에 따라 쟁점별로 여러 번, 즉 순차 표결하는 방식이다.

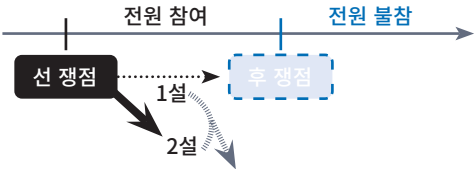
- 1. 선 쟁점을 표결에 부친다. 전원이 참여한다.
- 2. (선 쟁점 표결 결과 필요하게 되었다면,) 후 쟁점을 표결에 부친다. 여기에도 전원이 참여한다.
- 3. (선 쟁점 표결 결과 필요 없게 되었다면,) 후 쟁점을 표결에 안 부친다. 아무도 표결에 참여하지 않는다.

예를 들어, 논리상 선 쟁점에서 1설을 취해야만 후 쟁점 논의가 필요한 경우,

- 1. 만약 선 쟁점 표결 결과 1설이 채택되면? 전원 후 쟁점 표결에 참여한다.



- 2. 만약 선 쟁점 표결 결과 2설이 채택되면? 아무도 후 쟁점 표결에 참여 안 한다.



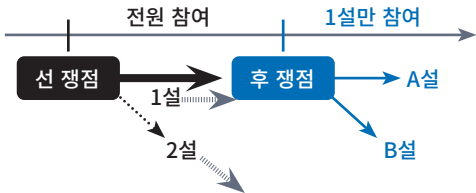
주문식

주문별 평결방식(total-voting), 즉 주문식은 논리순서와 상관없이 결론(주문) 중심으로 1회만 표결하는 방식이다.

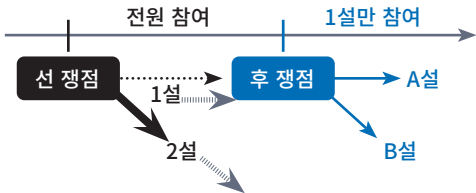
- 1. 결론(주문)을 표결에 부친다. 전원이 참여한다.
- 2. 선 쟁점은 당연히 전원이 판단한다.
- 3. 후 쟁점은 전원이 판단하지는 않는다. 선 쟁점 판단에 따라, 어떤 사람은 후 쟁점을 판단하고, 나머지 사람은 후 쟁점을 판단하지 않았을 것이다.

예를 들어, 논리상 선 쟁점에서 1설을 취해야만 후 쟁점 논의가 필요한 경우,

1. 만약 선 쟁점에서 1설이 다수라면? 1설 선택자만 후 쟁점을 판단했을 것이다.
2설 선택자는 후 쟁점을 판단 안 했을 것이다.



2. 만약 선 쟁점에서 2설이 다수라면? 그래도 1설 선택자는 후 쟁점을 판단했을 것이다. 2설 선택자는 후 쟁점을 판단 안 했을 것이다.



헌법재판소 실무: 주문식

본안전판단과 본안판단을 순차 표결하지 않는다. 결론(주문) 중심으로 1회만 표결한다. 그 결과,

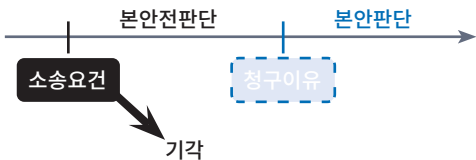
- 1. 과반수가 소송요건을 갖추었다고 보아 본안전판단을 통과하더라도,
- 2. 각하의견을 냈던 재판관은 본안판단 표결에 참여하지 않는다.

예를 들어, 만약 재판관 9인 중 인용의견이 5인이고 각하의견이 4인이라면?

1. 5인의 인용의견은 “본안전판단 통과 & 본안판단 인용”이라는 의견이다.

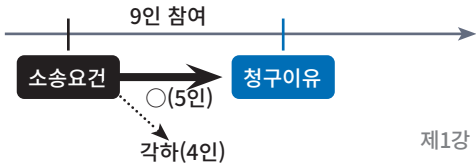


2. 4인의 각하의견은 “본안전판단 실패”라는 의견이다.



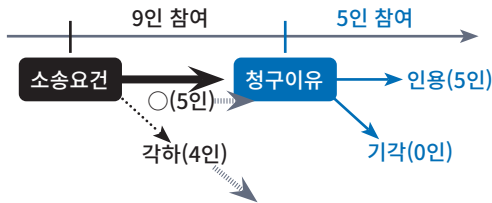
그러면 헌법재판소 법정의견(court opinion)은 무엇으로 결정되는가?

1. 본안전판단: 통과(5인) vs 실패(4인) → 통과(∵ 과반수)



헌법재판소법 제23조(심판정족수) ② 재판부는 종국심리(終局審理)에 관여한 재판관 과반수의 찬성으로 사건에 관한 결정을 한다. ...

2. 본안판단: 인용(5인) → 인용불가(∵ 6인 이상 아님)



헌법재판소법 제23조(심판정족수) ② ... 다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 재판관 6명 이상의 찬성이 있어야 한다.

- 1. 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 또는 헌법소원에 관한 인용결정(認容決定)을 하는 경우

3. 주문(법정의견): 기각(∵ 본안전판단 통과 + 인용불가)



97헌마13: 재판관 5인의 의견은 헌법소원 심판청구를 인용하여야 한다는 의견이고 재판관 4인의 의견은 심판청구가 부적법하므로 각하하여야 한다는 의견인 경우 [어떻게 처리하나?] 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 규정된 헌법소원 인용결정의 정족수에 미달하므로 심판청구를 기각할 수밖에 없다.

“인용 5인 + 각하 4인 = 기각.” 아무도 기각의견을 내지 않았는데, 헌법재판소 법정의견은 돌연 기각이 되어 기이하다.

이유에 관한 의견이 다양할 경우

문제점

근거(이유)에 관한 재판관 의견이 다양하다면? 예를 들어,

- 1. 재판관 전원이 위헌 의견이긴 한데,
- 2. 그 근거가 죄형법정주의 위반, 법률유보 원칙 위반, 과잉금지 원칙 위반 등으로 다양하다고 하자.
- 3. 어느 한 이유만으로는 의결정족수에 미달한다고 하자.
- 4. 헌법재판소의 법정의견(court opinion)과 주문(text of decision)은?

해결방법

주문식을 전제로,

1. 결론(주문)은 일치하므로 주문에 관한 법정의견은 문제가 없다. 예를 들어, 재판관 전원이 위헌 의견이라면, 주문은 위헌이다.
2. 근거(이유)에 관해 통일된 법정의견은 나오지 못한다. 결정 자체가 다양한 이유(multi-legged holding)를 갖는다.
3. 가장 많은 찬성을 받은 이유를 상대다수의견(plurality opinion)이라 한다.

사례

재판관 8인 의견이 다음과 같이 갈렸다.

1. 위헌(법률유보 원칙 위반, 과잉금지 원칙 판단불요) 2인
2. 위헌(법률유보 원칙 위반, 과잉금지 원칙 위반) 3인
3. 위헌(법률유보 원칙 판단불요, 과잉금지 원칙 위반) 1인
4. 위헌(법률유보 원칙 위반 아님, 과잉금지 원칙 위반, 평등 원칙 위반 아님) 1인
5. 합헌 1인

2003헌마715: [재판관 윤영철, 재판관 권 성의 의견] 이 사건 규칙조항은 모법인 의료법 규정과 더불어 기본권 제한에 관한 방식, 즉 **법률유보원칙을 위배**하고 있어서 그 자체로서 위헌[이다.] ... [그러]므로 기본권제한의 정도가 과도한 것인지 여[부, 즉 **과잉금지원칙을 따질 필요가 없다.**]

[재판관 전효숙, 재판관 이공현, 재판관 조대현의 의견] 이 사건 규칙조항은 법률상 근거 없이 기본권을 제한하고 있으므로 **법률유보원칙에 위배**된다. ... [또한,] **과잉금지원칙을 위배**하여 ... 위헌[이다.]

[재판관 주선희의 의견] 이 사건 규칙조항은 모법으로부터 구체적으로 기준과 범위를 정하여 위임받은 사항을 규율하[는]지 여부 [즉, **법률유보원칙을 살필 필요가 없다.**] ... 이 사건 규칙조항은 **과잉금지원칙[을] 위배**하여 ... 위헌[이다.]

[재판관 송인준의 의견] 이 사건 규칙조항 또한 명백히 모법에서 정하[는] 위임의 기준과 범위[에]서 기본권 제한사유를 정한 것이니만큼 **법률유보원칙에 위배되지 않는다.** ... 그러나 이 사건 규칙조항은 기본권 제한의 정도 면에서 고찰하면 과잉규제에 해당되어 [즉, **과잉금지 원칙을 위배**하여] 헌법에 위반된[다.] ... 다만 ... 헌법상 **평등원칙에 위배될 정도는 아니라는 점**을 덧붙여 둔다.

[재판관 김효종의 반대의견] 나는 ... 이 사건 규칙조항이 법률유보원칙을 준수하고 있을 뿐만 아니라 과잉금지원칙, 평등원칙에도 위배되지 아니하여 합헌이라고 판단[한다.]

분석해 보면,

1. 법률유보 원칙 위반 의견 5인(= 2인 + 3인) < 6인
2. 과잉금지 원칙 위반 의견 5인(= 3인 + 1인 + 1인) < 6인
3. 평등 원칙 위반 의견 0인(= 0인) < 6인
4. 위헌 의견 7인(= 2인 + 3인 + 1인 + 1인)

그러면, 어떻게 처리하나?

1. 주문은 인용(위헌)($\because$ 7인 $\geq$ 6인).

헌법재판소법 제23조(심판정족수) ② ... 다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 재판관 **6명 이상**의 찬성이 있어야 한다.

1. ... **헌법소원에 관한 인용결정**(認容決定)을 하는 경우
-

주문식에 따라야 가능한 결과다.

2. 이유는 “법률유보 원칙 위반”은 아니다.
3. 이유는 “과잉금지 원칙 위반”도 아니다.
4. 이유는 “법률유보 원칙 또는 과잉금지 원칙 위반”이다.

2003헌마715: 이 사건 규칙조항에 대해 **위헌선언을 하면서** 위헌주문에 대한 **이유에 [서] 재판관들의 의견이 상이**한 사례

이 사건 규칙조항은 ... 기본권 제한에 관한 법률유보원칙**이나** 과잉금지원칙[을] 위배하여 일반인의 직업선택[을] 자유를 침해하고 있으므로 헌법에 위반된다.

법률유보 원칙을 측정하면 위헌이 될 수 없다. 과잉금지 원칙을 측정해도 마찬가지다. 그러나 측정되지 않은 것은 역설을 피할 수 있다(About what is not observed we are still free to make suitable assumptions. We use that freedom to avoid paradoxes).

주문에 관한 의견이 다양할 경우

문제점

결론(주문)에 관한 재판관 의견이 다양하다면? 예를 들어,

1. 재판관 의견이 위헌, 헌법불합치, 한정위헌, 한정합헌, 합헌 의견 등으로 다양하다고 하자.
2. 어느 한 의견만으로는 의결정족수를 충족할 수 없다.
3. 헌법재판소의 법정의견(court opinion)과 주문(text of decision)은?

해결방법

최대공통(narrowest) 기법을 이용한다.

헌법재판소법 제40조(준용규정) ① 헌법재판소의 심판절차에 관하여는 ... 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 민사소송에 관한 법령을 준용한다. ...

법원조직법 제66조(합의의 방법) ② 합의에 관한 의견이 3개 이상의 설(說)로 나뉘어 각각 과반수에 이르지 못할 때에는 다음 각호의 의견에 따른다.

1. 액수의 경우: 과반수에 이르기까지 최다액(最多額)의 의견의 수에 차례로 소액의 의견의 수를 더하여 그중 최소액의 의견

2. 형사(刑事)의 경우: 과반수에 이르기까지 피고인에게 가장 불리한 의견의 수에 차례로 유리한 의견의 수를 더하여 그중 가장 유리한 의견

단순위헌 > 헌법불합치 > 한정위헌 > 한정합헌 > 합헌.

액수 문제보다는 유불리 문제에 가까워, 제2호에 따른다.

사례

1. 위헌 1인 + 한정합헌 5인 + 합헌 3인 → 한정합헌

위헌?[누적 1인] > 한정합헌?[누적 6(= 1 + 5)인] → 한정합헌!

89헌가104: 이 사건[에서] 관여재판관의 평의의 결과는 단순합헌의견 3, 한정합헌의견 5, 전부위헌의견 1의 비율로 나타났다. 그런데, 한정합헌의견(5)는 질적인 일부위헌의견이기 때문에 전부위헌의견(1)도 일부위헌의견의 범위[에서]는 한정합헌의 의견과 견해를 같이 한 것이다. 그러므로 이를 합산하면 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호[에서 정한] 위헌결정정족수(6)에 도달하였다. 그것이 주문의 의견이 된다.]

[주문] 군사기밀보호법... 제6조, 제7조, 제10조는 ... 경우에 한하여 적용[되]므로 그러한 해석하에 헌법에 위반되지 아니한다.

2. 위헌 3인 + 헌법불합치 4인 + 합헌 2인 → 헌법불합치

위헌?[누적 3인] > 헌법불합치?[누적 7(= 3 + 4)인] → 헌법불합치!

2017헌바127: 자기낙태죄 조항과 의사낙태죄 조항이 헌법에 위반된다는 단순위헌의견이 3인이고, 헌법에 합치되지 아니한다는 헌법불합치의견이 4인이다. 그러므로, 단순위헌의견에 헌법불합치의견을 합산하면 법률의 위헌결정을 함에 필요한 심판정족수에 이른다. 따라서 위 조항들에 대하여 헌법에 합치되지 아니한다고 선언한다.]

[주문] 형법... 제269조 제1항, 제270조 제1항 중 ‘의사’에 관한 부분은 모두 헌법에 합치되지 아니한다. 위 조항들은 2020. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.

3. 헌법불합치 1인 + 한정위헌 5인 + 합헌 3인 → 한정위헌

헌법불합치?[누적 1인] > 한정위헌?[누적 6(= 1 + 5)인] → 한정위헌!

2000헌가5: 한정위헌의견은 질적인 일부위헌의견이다. 그래서] 위헌결정의 일종인 헌법불합치의견도 일부위헌의견의 범위[에]서는 한정위헌의견과 견해를 같이 했다.]

[주문] 상호신용금고법... 제37조의3 제1항 중 임원에 관한 부분 및 제2항은 ... 범위[에]서 헌법에 위반된다. ...

4. 일부 단순위헌 및 일부 헌법불합치 1인 + 전부 헌법불합치 5인 + 합헌 3인
→ 전부 헌법불합치

일부 단순위헌 및 일부 헌법불합치?[누적 1인] > 전부 헌법불합치?[누적 6(= 1 + 5)인] → 전부 헌법불합치!

2005헌바33: 재판관 1인이 ‘일부 단순위헌, 일부 헌법불합치’ 의견이고 재판관 5인이 ‘전부 헌법불합치’ 의견인 경우 ‘헌법불합치’ 주문을 낸 사례

[주문] 1. 공무원연금법 제64조 제1항 제1호(1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정된 이후의 것)는 헌법에 합치되지 아니한다. / 2. 위 법률 조항은 2008년 12월 31일을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다.

5. 위헌 1인 + 적용중지 헌법불합치 2인 + 잠정적용 헌법불합치 5인 + 일부위헌 1인 → 잠정적용 헌법불합치

위헌?[누적 1인] ▷ 적용중지 헌법불합치?[누적 3(= 1 + 2)인] ▷ 잠정적용 헌법불합치?[누적 8(=1+2+3)인] → 잠정적용 헌법불합치!

2005헌마1139: 이 사건 법률조항에 대하여는 아래와 같은 재판관 4인의 다른 의견이 있다(재판관 이공현의 단순위헌의견, 재판관 조대현의 일부위헌의견, 재판관 이동훈, 재판관 송두환의 적용중지 헌법불합치의견). ... 단순위헌의견과 적용중지 헌법불합치의견을 계속적용 헌법불합치의견에 합산하면 법률의 위헌결정을 함에 필요한 심판정족수에 이르게 된다.] ... [그러므로] 이에 계속적용을 명하는 헌법불합치결정을 하기로 한다.

[주문] ‘공직자등의 병역사항 신고 및 공개에 관한 법률’... 제8조 제1항 본문 가운데 ‘4급 이상의 공무원 본인의 질병명에 관한 부분’은 헌법에 합치하지 아니한다. 이 법률조항 부분은 입법자가 2007. 12. 31.을 시한으로 개정할 때까지 계속 적용된다. ...

6. 위헌 5인 + 잠정적용 헌법불합치 2인 + 합헌 2인 → 잠정적용 헌법불합치

위헌?[누적 5인] ▷ 잠정적용 헌법불합치?[누적 7(= 5 + 2)인] → 잠정적용 헌법불합치!

2008헌가25: 이 사건 법률조항들이 헌법에 위반된다는 의견이 5인이고, 헌법에 합치되지 아니한다는 의견이 2인이[다. 그러]므로, 단순위헌 의견에 헌법불합치 의견을 합산하면 ... 법률의 위헌결정을 함에 필요한 심판정족수에 이[른다.] 따라서 이 사건 법률조항들에 대하여 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하되, ... 개선입법을 할 때까지 계속 적용되어 그 효력을 유지하도록 ... 한다.

[주문] [집시법] ... 제10조 중 “옥외집회” 부분 및 제23조 제1호 중 “제10조 본문의 옥외집회” 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. / 위 조항들은 2010. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.

주의: 의결정족수 자체를 넘지 못할 경우

1. (위헌소원) 각하 4인 + 위헌 1인 + 헌법불합치 4인 → (둘연) 합헌

본안전판단 통과! : (위헌 1인 + 헌법불합치 4인) ≥ 과반수] → 위헌?[누적 1인] ▷ 헌법불합치?[누적 5(= 1 + 4)인 < 6인] → 합헌!

99헌바110: 재판관 [5인]의 의견은 청구인들의 심판청구는 적법하므로 본안에 들어가 심판해야 한다는 것이다. 그런데! 그중 재판관 [4인]의 의견은 이 사건 법률조항은 헌법에 합치하지 아니한다는 것이고, 재판관 [1인]의 의견은 ... 위헌이라는 것이다[다.]

[한편, 나머지] 재판관 [4인]의 의견은 ... 각하하여야 한다는 것이다[다.]

헌법재판소법 제23조(심판정족수) ② ... 다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 재판관 6명 이상의 찬성이 있어야 한다.

1. 법률의 위헌결정, ... 헌법소원에 관한 인용결정(認容決定)을 하는 경우
[그렇다면,] 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 규정된 법률의 위헌결정에 필요한 정족수 6인에 미달하여 합헌결정을 선고하는 것이다.

[주문] 자연공원법... 제4조는 헌법에 위반되지 아니한다.

2. (권한쟁의) 각하 4인 + 인용 4인 + 기각 1인 → 기각

본안전판단 통과![·(인용 4인 + 기각 1인) ≥ 과반수] → 인용?[누적 4인 < 과반수] → 기각!

2009헌라12: 각하의견이 재판관 ... 4인[이다.] 기각의견이 재판관 ... 1인[이다.] 인용의견이 재판관 ... 4인[이다.] 어느 의견도 독자적으로는 헌법재판소법 제23조 제2항[에서] 정한 권한쟁의심판의 심판정족수를 충족하지 못한다.

헌법재판소법 제23조(심판정족수) ② 재판부는 중국심리(終局審理)에 관여한 재판관 과반수의 찬성으로 사건에 관한 결정을 한다. ...

그런데 각하의견은 ... 기각의견의 결론 부분에 한하여는 기각의견과 견해를 같이하는 것으로 볼 수 있[다. 그러]므로 이 부분 심판청구를 모두 기각[해야 한다.]

[주문] ... 청구인들의 이 사건 심판청구를 모두 기각한다.

정리

	법원소송		헌법재판	
절차 개시	소제기		심판청구	
공격 당사자	원고		청구인	헌가→제청법원
방어 당사자	피고		피청구인	헌가바→없음
보조자	형사→변호인	소송대리인	대리인	
소송활동	변론		변론	
심판기관	대법원(1곳)	법원(전국)	헌법재판소(1곳)	
구성원	법관		재판관	
최고재판부	25인 (from 26인)	대법원 전원합의체	헌법재판소 전원재판부	9인 (from 9인)
소부	3인 이상(4인)	대법원 소부	헌법재판소 지정재판부	3인 헌마바 사전심사
심리	공개(원칙)		공개(원칙)	
논의/표결	비공개	합의	평의	비공개
청구에 대한 대답	판결		결정	
선고	공개(절대적)	선고	선고	공개(절대적)
재판서 의견표시	비공개(예외: 대법원)		공개	

헌법재판 결정 효력

Effect of the Constitutional Review

이에 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문을 선고합니다.
주문 피청구인 대통령 박근혜를 파면한다.
- 이정미 전 헌법재판소장 권한대행

머리에

개요

헌법재판소 결정에 여러 효력이 발생할 수 있다. 대표적으로,

- 1. 확정력(force not to decide the same matter twice)
- 2. 기속력(binding force)

확정력

확정력은,

- 1. 모든 헌법재판 유형에서
- 2. 모든 결정 유형에 발생한다.

기속력

기속력은,

- 1. 일부 헌법재판 유형에서
- 2. 일부 또는 모든 결정 유형에 발생한다.

이것이 무슨 말인가? 일단, 차이가 있다는 점만 기억하고, 나머지는 차차 배우자.

확정력

개념

확정력이란? 이미 내린 결정을,

- 1. 당사자가 다시 다투지 못하게 하고,
- 2. 헌법재판소도 번복하지 못하게 하는 효력이다.

헌법재판소법 제39조(일사부재리) 헌법재판소는 이미 심판을 거친 동일한 사건[으로]는 다시 심판할 수 없다.

92헌아2: 헌법재판소의 결정[은] 헌법재판소법상 불복신청을 할 수 있는 방법이 전혀 규정되어 있지 아니하[다.] 오히려 헌법재판소법 제39조는 “일사부재리”라는 표제 아래 “헌법재판소는 이미 심판을 거친 동일한 사건[으로]는 다시 심판할 수 없다.”라고 규정하고 있다. 그러므로 헌법재판소가 각종의 심판절차를 거쳐 선고한 결정은 그 선고와 동시에 곧바로 형식적으로 확정된[다. 그러므로 [그 결정은] 취소될 수 없[다.] ... 헌법 소원의 형식[으로]도 그 취소나 변경을 구하는 심판청구를 제기할 수 없[다.]

적용범위

1. 모든 헌법재판 유형에서,
2. 모든 결정 유형에 발생한다.

다만, 확정력은,

1. 이미 심판을 거친 같은(동일) 사건에 적용한다.
2. 같은(동일) 사건이 아니라면, 심판대상인 법률조항이나 쟁점이 같더라도 다시 다룰 수 있다.

왜? 헌법재판소는 판례변경을 할 수 있기 때문이다. 판례를 변경하더라도, 확정력과는 관계가 없고 확정력을 침해하는 것도 아니다.

2009헌바17: 헌법재판소는 1990. 9. 10. 89헌마82 결정에서 심판대상조항[→ 간통죄 처벌조항]이 헌법에 위반되지 않는다고 결정하였[다.] ... 1993. 3. 11. 90헌가70 결정에서는 위 89헌마82 결정이 그대로 유지되었다. 그 뒤 2001. 10. 25. 2000헌바60 결정에서 ... 법정의견은 위 89헌마82 결정의 판시를 그대로 유지하면서 간통죄 폐지 여부[는] 입법자가 진지하게 접근할 필요가 있다는 점을 지적하였다. 이어 **2008. 10. 30.** 2007헌가17등 결정에서 ... 위헌정족수 6인에는 이르지 못하[여 **합헌 결정**했다].

[이변 사건]의 청구인들은 간통 내지 상간하였다는 범죄사실로 기소되어 [해당] 사건 계속 중 형법 제241조가 위헌이라며 위헌법률심판제청 신청을 하였으나 그 신청이 기각되자 **[2009. 2. 3. 등에]** 헌법소원심판을 청구하였다. ...

배우자 있는 자의 간통행위 및 그와의 상간행위를 2년 이하의 징역에 처하도록 규정한 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제241조...[는] 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하여 헌법에 위반[된다.]

기속력

개념

기속력이란? 모든 국가기관과 모든 지방자치단체가 헌법재판소 결정을 따르고 존중하도록 하는 효력이다.

2021헌나1: 기속력이라는 것은 [무엇인가?] 헌법재판이 지니는 헌법수호라는 객관적 목적의 실현을 보장하기 위[해 있다. 이를 위]하여 소송당사자에게 미치는 실질적 확정력을 넘어 **법원을 포함하여 모든 국가기관에까지 그 구속력을 확장한 것**이다.]

적용 범위

1. 위헌법률심판에서 인용 결정(위헌 결정)

헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력) ① 법률의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속(羈束)한다.

2. 권한쟁의심판에서 모든 결정

헌법재판소법 제67조(결정의 효력) ① 헌법재판소의 권한쟁의심[판] 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.

권한쟁의심판은 대립당사자 구조라서 인용과 기각을 불문한다.

3. 권리소원심판(권리구제형 헌법소원심판)에서 인용 결정

헌법재판소법 제75조(인용결정) ① 헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치 단체를 기속한다.

4. 위헌소원심판(위헌법률심판형 헌법소원심판)에서 인용 결정(위헌 결정)

헌법재판소법 제75조(인용결정) ⑥ ... 제68조 제2항에 따른 헌법소원[→ 위헌소원]을 인용하는 경우에는 ... 제47조를 준용한다.

헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력) ① 법률의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속(羈束)한다.

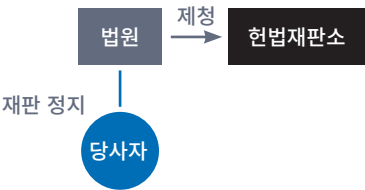
비교: 탄핵심판에는 기속력×

2021헌나1: 헌법재판소법의 명문 규정에 따라 헌법재판소의 결정에 기속력이 인정되는 위헌법률심판, 헌법소원심판 및 권한쟁의심판[을 보자. 이] 경우 그 기속력이 미치는 것은 법원을 비롯한 국가기관과 지방자치단체, 즉 공권력 주체에 한한다. 이 절차들은 규범을 통제하는 것이거나 피청구인이 공적인 권한의 주체인 경우들이다.

그러나 헌법재판소가 관장하는 탄핵심판절차는 직무집행상 중대한 위헌, 위법행위를 한 ‘공직자 개인’에 ... 파면결정을 통해 ‘법적 책임’을 부과하는 절차이다. ... 탄핵심판의 결정에 관하여 기속력 규정이 없다. ... 탄핵심판절차는 헌법질서나 법질서의 객관적, 합일적 확장을 목적으로 하는 것이 아니라 특정 피청구인에 관한 국회의 파면 요구에 대하여 개별적으로 판단하는 절차로서 그 구속력을 확장할 것이 필연적으로 요구되지 않기 때문이다[다]. ... 탄핵심판의 결정에[는] 법원을 비롯한 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속하는 효력을 해석상으로 인정할 근거는 없다.

위헌법률심판 사례

1. 법원이 제청 결정을 하면, 일단 법원의 해당 사건은 정지(suspension)된다. 따라서 헌법재판소 결정 전에는 법원이 판결할 수 없다.

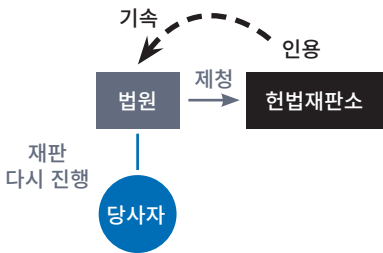


헌법재판소법 제41조(위헌 여부 심판의 제청) ① 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 [해당] 사건을 담당하는 법원...은 직권 또는 당사자의 신청에 [따른] 결정으로 헌법재판소에 위헌 여부 심판을 제청한다.

헌법재판소법 제42조(재판의 정지 등) ① 법원이 법률의 위헌 여부 심판을 헌법재판소에 제청한 때에는 [해당] 소송사건의 재판은 헌법재판소의 위헌 여부의 결정이 있을 때까지 정지된다. ...

위헌법률심판에서는 해당 사건이 정지되므로 해당 사건 재심 문제는 안 나온다.

2. 헌법재판소가 결정을 하면, 법원의 해당 사건은 다시 진행(resume)된다. 법원은 헌법재판소 결정에 따라 해당 사건을 처리한다. 합헌 결정이었다면, 그 법률을 유효한 것으로 보고 판결한다. 위헌 결정이었다면, 그 법률을 무효로 보고 판결한다.

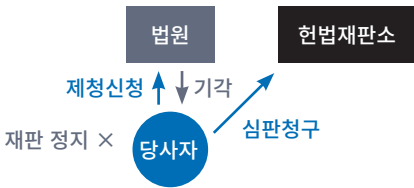


헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력) ① 법률의 위헌결정은 법원...[을] 기속(羈束)한다.

② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다.

위헌소원심판 사례

1. 법원이 제청 신청을 기각한 이상, 법원의 해당 사건은 정지되지 않는다. 따라서 헌법재판소 결정 전에 법원이 판결할 수도 있다. 물론 헌법재판소 결정 후에 법원이 판결할 수도 있다.



헌법재판소법 제68조(청구 사유) ② 제41조 제1항에 따른 법률의 위헌 여부 심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. ...

위헌소원심판에서는 해당 사건이 정지되지 않으므로 해당 사건 재심 문제가 나올 수 있다.

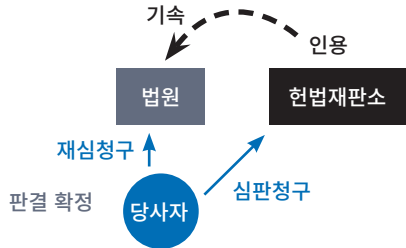
2. 만약 헌법재판소가 먼저 결정했다면? 앞서 본 위헌법률심판 사례처럼 법원은 헌법재판소 결정에 따라 해당 사건을 처리하면 된다.

헌법재판소법 제75조(인용결정) ⑥ ... 제68조 제2항에 따른 헌법소원을 인용하는 경우에는 ... 제47조를 준용한다.

헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력) ① 법률의 위헌결정은 법원...[을] 기속(羈束)한다.

② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다.

3. 만약 법원이 먼저 판결하고 상소기간까지 지나 그 판결이 확정까지 됐다면? 그때는 당사자가 재심을 청구할 수 있다.



헌법재판소법 제75조(인용결정) ⑦ 제68조 제2항에 따른 헌법소원이 인용된 경우에 해당 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자는 재심을 청구할 수 있다.

92누13400: 위 규정의 취지는 [다음과 같다.] 당사자의 위헌심판제청신청을 법원이 기각하여 그 신청을 한 당사자가 헌법소원심판을 청구하는 경우 그 헌법소원심판절차중에도 법원에 계속 중인 [해당]소송사건의 재판은 정지되지 아니한 채 확정되는 수도 있다. 이를 고려하여 그 헌법소원이 인용된 경우에 그에 앞서 이미 확정된 [해당]사건의 구제를 위한 불복수단을 마련해 주[려는 것이다. 그러므로] 위 규정[에서 정한] “[해당]헌법소원과 관련된 소송사건”이[란] [해당] 헌법소원의 전제가 된 [해당] 소송사건만을 가리[킨다.]

결정 이유에 관한 의견이 다양할 경우

선행 헌법재판소 결정 근거(이유)에 관한 재판관 의견이 다양해, 통일된 법정의견이 없다면? 헌법재판소 결정의 기속력은?

1. 문제상황

2006헌마1098: 헌법재판소는 ... 2003헌마715 ... 사건에서, ... 시각장애인에 한해 안마사의 자격을 인정하는 ‘안마사에 관한 규칙[보건복지부령]’...이 법률유보원칙 및 과잉금지원칙[을] 위배하여 비시각장애인의 직업선택[택] 자유를 침해한다고 재판관 7:1의 의견으로 위헌결정을 선고하였다.

다만 위헌결정의 이유[는] 위헌의견을 낸 재판관 7인 사이에서도 다음과 같이 견해가 나뉘었[다.] 그 의견분포를 보면 ① ... 법률유보원칙에 위배...[는] 재판관 2인이, ② ... 과잉금지원칙에 위반...[은] 재판관 2인이, ③ 위 ① ② 모두[는] 재판관 3인이 각각 위헌의견을 제시하였다.

위헌결정 이후 국회에서는 ... 구 **의료법** [조항]을 ... 개정함으로써 종전의 시각장애인 안마사제도를 그대로 유지[했다.] ... 개정한 이유를 보면, “... 이를 **법률에 직접 규정하려는 것**”에 있다고 한다.

2. 판단 기준

2006헌마1098: 헌법재판소법 제47조 제1항 및 제75조 제1항에 규정된 법률의 위헌결정 및 헌법소원 인용결정의 기속력과 관련하여 [다음과 같이 보아야 한다.] ... 설령 결정 이유에까지 기속력을 인정한다고 하더라도, 결정주문을 뒷받침하는 결정 이유[는] 적어도 위헌결정의 정족수인 재판관 **6인 이상**의 찬성이 있어야 [한다](헌법 제113조 제1항 및 헌법재판소법 제23조 제2항 참조)[.] 이에 **미달할 경우에는 결정 이유[에] 기속력을 인정할 여지가 없다.**

헌법재판소법 제23조(심판정족수) ② ... 다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 재판관 **6명 이상**의 찬성이 있어야 한다.

- 1. **법률의 위헌결정**, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 또는 **헌법소원에 관한 인용결정**(認容決定)을 하는 경우

3. 사안적용

2006헌마1098: 헌법재판소가 ... 위헌...결정한 2003헌마715... 이유에서 비맹제외기준이 **과잉금지원칙[을] 위반한다는 점과 관련하여서는 재판관 5인만이 찬성**하였을 뿐이 [다. 그러]므로 위 **과잉금지원칙 위반의 점[에] 기속력이 인정될 여지가 없다.**

국회에서 ... 위헌결정 이후 비맹제외기준을 거의 그대로 유지하는 이 사건 법률조항을 개정하였[다. 그렇]다고 하더라도, 위와 같이 비맹제외기준이 과잉금지원칙[을] 위반한다는 점과 관련하여 기속력을 인정할 여지가 없는 이상 ... 이 사건 법률조항이 위 위헌결정의 기속력에 저촉된다고 볼 수는 없[다.]

연습문제1

2022년도 변호사시험 공법 선택형

[문 16.] 헌법재판소 위헌결정의 효력 등에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄷ. 설령 헌법재판소 위헌결정의 결정 이유에까지 기속력을 인정한다고 하더라도, 결정 이유의 기속력을 인정하기 위해서는 결정주문을 뒷받침하는 결정 이유[에] 적어도 위헌결정의 정족수인 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 할 것이고, 이에 미달할 경우에는 결정 이유[에] 기속력을 인정할 여지가 없다.
- ㄹ. 「헌법재판소법」은 법률의 위헌결정, 권한쟁의심판의 결정, 헌법소원의 인용결정에 대한 기속력을 명문으로 규정하고 있다.

연습문제2

2024년도 변호사시험 공법 선택형

[문 1.] 다음 사례에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

A 세무서장은 「국세기본법」상 제2차 납세의무자에 해당하는 甲에게 B 주식회사의 체납국세에 대한 과세처분(이하 ‘이 사건 과세처분’이라 한다)을 하였다. 이 사건 과세처분의 위법성을 주장하기 위한 행정소송의 제소기간은 경과되었다. 그런데 그로부터 1년 후에 헌법재판소는 乙이 청구한 헌법소원심판 사건에서 이 사건 과세처분의 근거가 되었던 「국세기본법」 규정이 헌법에 위반된다고 결정(이하 ‘이 사건 위헌결정’이라 한다)하였다. A 세무서장은 이 사건 과세처분에 따라 당시 유효하게 시행 중이던 「국세징수법」을 근거로 甲이 체납 중이던 체납액 및 결손액(가산세 포함)을 징수하기 위하여 甲 명의의 예금채권을 압류했다.

- ③ 만약 이 사건 위헌결정 이전에 甲이 이 사건 과세처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하여 이미 패소 확정되었다면, 甲에게는 이 사건 위헌결정이 「헌법재판소법」 제75조 제7항이 정한 재심청구사유에 해당하므로 甲은 재심을 청구할 수 있다.

연습문제3

2026년도 변호사시험 공법 선택형

[문 17.] 헌법재판소 결정의 효력에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉡. 탄핵심판절차는 피청구인에 관한 국회의 파면 요구에 대하여 개별적으로 판단하는 절차로서 그 구속력을 확장할 것이 필연적으로 요구되지 않으므로, 「헌법재판소법」은 탄핵심판의 결정에 기속력을 부여하고 있지 않다.

소급효 문제

문제점

소급효(retroactive effect)란? 법적 효력이 과거로 거슬러 올라가 발생하는 효과다. 헌법재판소 결정에 소급효가 있는가?

기초 개념: 해당, 동종, 병행, 일반 사건

1. 해당 사건(the original case): 법원이 헌법재판소에 위헌제청 해 위헌 결정이 선고된 경우, 그 제청한 법원이 심리하는 그 소송사건.

예전에는 “당해(當該)”라는 용어를 많이 썼다. “해당(該當)”과 실질적인 뜻 차이는 없다.

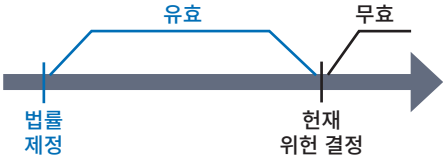
2. 동종 사건: 헌법재판소가 위헌 결정한 것과 같은 법률을 이미 법원이 헌법재판소에 위헌제청해 결정을 기다리던 중인 경우, 그 제청한 법원이 심리하는 그 소송사건.
3. 병행 사건: 헌법재판소가 위헌 결정한 것과 같은 법률이 이미 법원에서 재판의 전제가 되어 계속 중인 경우, 그 법원이 심리하는 그 소송사건.
4. 일반 사건: 헌법재판소가 위헌 결정한 후, 같은 법률이 새로 법원에서 재판의 전제가 되어 계속 중인 경우, 그 법원이 심리하는 그 소송사건.

원칙: 장래효

헌법재판소의 모든 결정에는 원칙적으로 소급효가 없다. 즉, 장래효만 있다.

- 헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력) ② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다.
- 헌법재판소법 제54조(결정의 효력) ② 탄핵결정[으로] 파면된 사람은 결정 선고가 있는 날부터 5년이 지나지 아니하면 공무원이 될 수 없다.
- 헌법재판소법 제59조(결정의 효력) 정당의 해산을 명하는 결정이 선고된 때에는 그 정당은 해산된다.
- 헌법재판소법 제67조(결정의 효력) ② [권한쟁의심판에서] 국가기관 또는 지방자치단체의 처분을 취소하는 결정은 그 처분의 상대방[에게] 이미 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다.

어떤 법률조항에 위헌 결정을 했다. 그러면 헌법재판소 결정 시부터 해당 조항을 무효로 본다.

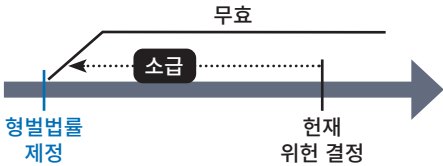


예외(1): 헌법재판소법에서 정한 소급효(형벌조항의 위헌 결정)

다음 요건을 충족하는 헌법재판소 결정에는 소급효가 있다. 헌법재판소법이 명시한 소급효다.

- 1. 위헌법률심판과 위헌소원심판에서
- 2. 형벌조항인 법률에
- 3. 인용 결정(위헌 결정)

헌법재판소 결정 전부터, 즉 처음부터, 해당 형벌조항을 무효로 간주한다.



- 헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력) ③ 제2항[→ 위헌결정의 장래효 규정][이 있더라도] 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다. ...

예외(2): 해석에 따른 소급효(위헌 결정)

형벌조항과 무관하다고 하더라도, 헌법재판소 위헌 결정에 소급효가 있을 수 있다. 헌법재판소법이 명시하지는 않았지만, 해석(interpretation)을 통해 소급효를 인정한다.

구조: A사건 발생 → A사건에 적용할 법률 위헌 결정 → A사건 소제기

1. 해당 사건: 소급효○
2. 동종 사건: 소급효○
3. 병행 사건: 소급효○

2010헌마535: 헌법재판소법 제47조 제2항 본문은 위헌결정의 시간적 효력 범위에 관하여 장래효를 원칙으로 규정하고 있[긴] 하다. 그러나 [i] 위헌결정을 위한 계기를 부여한 사건([**해당 사건**]), [ii] 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌 여부에 관하여 헌법재판소에 위헌제청을 하였거나 법원에 위헌제청신청을 한 사건([**동종 사건**]), [iii] 따로 위헌제청신청을 아니 하였지만 [**해당**] 법률조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건([**병행 사건**])[에] 예외적으로 소급효가 인정[된다.]

헌법불합치 결정 경우도, 법률로 정하기 나름이지만, 대체로 마찬가지다.

2005헌마723: 어떠한 법률조항[에] 헌법재판소가 헌법불합치결정을 하여 입법자에게 그 법률조항을 합헌적으로 개정 또는 폐지하는 임무를 입법자의 형성 재량에 맡[겼다고] 하자. 그렇게 한] 이상, 그 개선입법의 소급적용 여부와 소급적용의 범위는 원칙적으로 입법자의 재량에 달린 것이기는 하[다.]

[그렇]지만, 이 사건 법률조항에 대한 위 헌법불합치결정의 취지나 위헌심판에서의 구체적 규범통제의 실효성 보장이라는 측면을 고려[하면, 이 사건에서는 다음과 같다.] 적어도 위 헌법불합치결정을 하게 된 [**해당 사건**] 및 위 헌법불합치결정 당시에 이 사건 법률조항의 위헌 여부가 쟁점이 되어 법원에 계속 중인 사건[→ **병행 사건**][에]는 위 헌법불합치결정의 소급효가 미친[다.]

4. 일반 사건: 소급효×(원칙) / 소급효○(예외) / 다시 소급효×(예외의 예외).

2010헌마535: [더 나아가] [iv] 위헌결정 이후에 제소된 사건([**일반 사건**])이라도 구체적 타당성의 요청이 [뚜렷]하고 소급효의 부인이 정의와 형평에 반하는 경우에는 예외적으로 소급효를 인정할 수 있다.

2021다211600: 물론, 위헌결정의 효력이 미치는 범위가 무한정일 수는 없[다.] 다른 법리에 [따라] 그 소급효를 제한하는 것까지 부정되는 것은 아니[다.] 법적 안정성의 유지나 당사자의 신뢰보호를 위하여 불가피한 경우에 위헌결정의 소급효를 제한하는 것은 오히려 법치주의의 원칙상 요청된[다.]

소결

2020헌바401: 그렇다면 헌법재판소법 제47조 제2항은 비형벌법규에 대한 위헌결정의 장래효를 원칙으로 하면서 구체적 타당성이 강하게 요청되는 경우, 즉 앞서 헌법재판소와 대법원이 들고 있는 일정한 경우에는 해석을 통해 예외적으로 소급효를 인정하는 규정으로 이해할 수 있[다.]

이는 입법자가 구체적 타당성 내지 정의의 요청과 법적 안정성 내지 신뢰보호의 요청을 종합적으로 고려하여 양자를 조화시키기 위해 입법형성권을 행사한 결과[다.]

결국 공익(위헌인 법률을 제거할 사회적 필요성)과 사익(법률을 신뢰한 개인의 권리 보호) 저울질 문제다. 여기서는 원칙적으로, 공익 > 사익.

2005헌마598: 우리 재판소의 결정[으로] 구 교육공무원법 제11조 제1항이 위헌으로 선언되었[다. 그러나] 우리 헌법재판소법 제47조 제2항은 **장래효의 원칙**을 규정함으로써 위헌법률이 당연히 무효인 것이 아니라 위헌결정으로 장래 효력을 상실하도록 되어 있[다. 즉] 헌법재판소[의] 위헌확인 시까지는 **유효한 신뢰의 근거**로 작용할 수 있다.

그러[나] 이러한 신뢰이익은 위헌적 법률의 존속에 관한 것에 불과하[다. 즉,] **위헌적인 상태를 제거해야 할 법치국가적 공익**과 [저울질] 해 보면 공익이 신뢰이익에 대하여 **원칙적인 우위**를 차지[한다. 그렇]기 때문에 합헌적인 법률에 기초한 신뢰이익과 동일한 정도의 보호, 즉 “헌법에서 유래하는 국가의 보호의무”까지는 요청할 수는 없다.

연습문제1

2024년도 변호사시험 공법 선택형

- [문 1.] 다음 사례에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- A 세무서장은 「국세기본법」상 제2차 납세의무자에 해당하는 甲에게 B 주식회사의 채납국세에 대한 과세처분(이하 ‘이 사건 과세처분’이라 한다)을 하였다. 이 사건 과세처분의 위법성을 주장하기 위한 행정소송의 제소기간은 경과되었다. 그런데 그로부터 1년 후에 헌법재판소는 乙이 청구한 헌법소원심판 사건에서 이 사건 과세처분의 근거가 되었던 「국세기본법」 규정이 헌법에 위반된다고 결정(이하 ‘이 사건 위헌결정’이라 한다)하였다. A 세무서장은 이 사건 과세처분에 따라 당시 유효하게 시행 중이던 「국세징수법」을 근거로 甲이 체납 중이던 체납액 및 결손액(가산세 포함)을 징수하기 위하여 甲 명의의 예금채권을 압류했다.
- ② 이 사건 위헌결정의 대상 법조항은 이 사건 과세처분의 근거가 된 것이고, 위헌결정의 소급효를 인정하여도 법적 안정성을 침해할 우려가 없으므로 이 사건 위헌결정의 소급효는 甲에게도 미친다.

연습문제2

2025년도 변호사시험 공법 선택형

- [문 13.] 신뢰보호원칙에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ① 위헌인 법률일지라도 해당 법률에 대한 헌법재판소의 위헌 결정이 있기 전까지는 합헌성이 추정되므로 합헌적인 법률에 기초한 신뢰이익과 동일한 정도의 보호, 즉 ‘헌법에서 유래하는 국가의 보호의무’까지 요청된다.

연습문제3

2026년도 변호사시험 공법 선택형

- [문 17.] 헌법재판소 결정의 효력에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

7. 대법원은 비형벌법규에 대한 위헌결정의 효력을 규정한 「헌법재판소법」 제47조 제2항에도 불구하고, 위헌결정을 하게 된 [해당]사건, 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌 여부에 관하여 헌법재판소에 위헌제청을 하였거나 법원에 위헌제청신청을 한 동종사건, 따로 위헌제청신청은 아니하였지만 [해당] 법률 또는 법률조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 병행사건 및 위헌결정 이후 위와 같은 이유로 제소된 일반사건에도 위헌결정의 효력이 미친다고 해석하고, 다시 이 경우에도 법적 안정성의 유지나 당사자의 신뢰보호를 위하여 불가피한 경우 위헌결정의 소급효를 제한하는 것이 오히려 법치주의의 원칙상 요청되는 것이라고 보았다.

형벌조항 위헌 결정에 따른 형사사건 처리

문제점

어떤 형벌조항에 위헌 결정이 났다. 형사법원은 형사사건을 어떻게 처리하는가?

원칙: 무죄

형사법원은 무죄판결을 선고해야 한다.

1. 위헌 결정 후 범행을 했다면? 당연히 무죄.

간통죄 위헌 결정일인 2015. 2. 26. 후 2016. 2. 26. 간통한 P → 당연히 무죄.

형사소송법 제325조(무죄의 판결) 피고사건이 범죄로 되지 아니하[는] ... 때에는 판결로써 무죄를 선고하여야 한다.

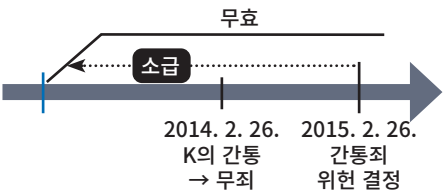
2. 위헌 결정 전 범행을 했다면? 그래도 무죄. 왜? 위헌 결정의 소급효 때문이다.

간통죄 위헌 결정일인 2015. 2. 26. 전 2014. 2. 26. 간통한 K → 소급효로 무죄.

헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력) ③ ... 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다. ...

형사소송법 제325조(무죄의 판결) 피고사건이 범죄로 되지 아니하[는] ... 때에는 판결로써 무죄를 선고하여야 한다.

2010도5986전합: 형벌에 관한 법령이 헌법재판소의 위헌결정으로 ... 소급하여 그 효력을 상실하였[다면 어떻게 되는가? 법원은 해당 법령을 적용하여 공소가 제기된 피고사건에] ... 무죄를 선고하여야 한다.



3. 위헌 결정 전 형사법원에서 유죄 확정판결까지 받아 버렸다면? 형사법원에 재심을 청구할 수 있다.

위헌 결정 전 유죄 확정판결까지 받은 K' → 재심(원칙).

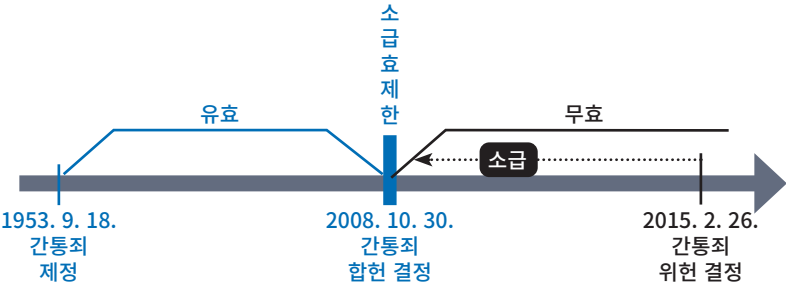
헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력) ④ 제3항의 경우[→ 형벌조항 위헌결정이 있는 경우에 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결[에]는 재심을 청구할 수 있다.

소급효 제한

형벌조항이라도, 예전에 합헌 결정이 있었다면 소급효를 제한한다. 즉 헌법재판소가 예전에는 합헌 결정을 했다가, 판례변경으로 위헌 결정을 한 사안을 보자.

2015헌바216: 헌법재판소는 간통죄를 처벌하는 형법 제241조 제1항[에 그동안 다음과 같이 판단했다.] 1990. 9. 10. 합헌결정을 선고한 이래 **2008. 10. 30.**까지 총 네 차례에 걸쳐 **합헌결정**을 선고[했다. 그러다가] 2015. 2. 26. 위헌결정을 선고하였다.

- 1. 이때도 위헌 결정의 소급효 자체는 인정한다.
- 2. 다만, 합헌 결정일 이후까지만 소급효가 있다.



헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력) ③ 제2항[→ **위헌 결정의 장래효 규정**][이 있더라도] **형벌에 관한 법률** 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다. **다만**, 해당 법률 또는 법률의 조항[에] **종전에 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급**하여 효력을 상실한다.

2019도15167: 헌법재판소법 제47조 제3항 단서는 ... **소급효를 제한**하고 있다.

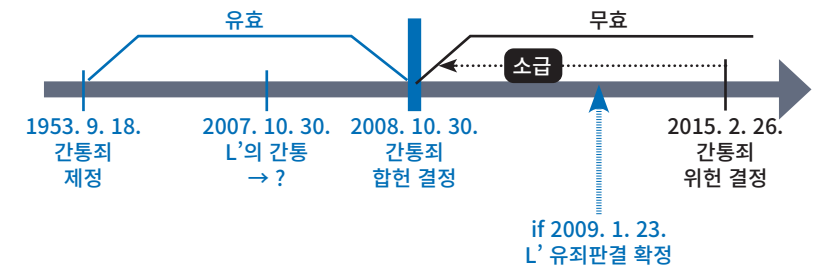
2015헌바216: 헌법재판소가 특정 형벌법규[에] 과거에 합헌결정을 하였다든 것은 [어떤 뜻인가?] 적어도 그 당시에는 [해당] 행위를 처벌할 필요성에 대한 사회구성원의 합의가 유효하다는 것을 확인한 것이[다. 그러]므로, 합헌결정이 있었던 시점 이전까지로 위헌결정의 소급효를 인정할 근거가 없다.

따라서,

- 1. 합헌 결정 후 범행을 했다면? 무죄. 왜? 위헌 결정의 소급효 때문이다.
간통죄 합헌 결정일인 2008. 10. 30. 후 2014. 2. 26. 간통한 K → 소급효로 무죄.
- 2. 합헌 결정 전 범행을 했다면? 무죄 아닐 수도 있다. 왜? 여기까지는 소급효가 미치지 않기 때문이다.

간통죄 합헌 결정일인 2008. 10. 30. 전 2007. 10. 30. 간통한 L → 소급효 안 미침(무죄 아닐 수도 있음).

2015헌바216: 헌법재판소법 제47조 제3항 단서에 따라 형법 제241조 제1항[간통죄 처벌조항]은 위 조항에 대한 합헌결정이 있는 날의 다음 날인 2008. 10. 31.로 소급하여 효력을 상실하였[다. 그러]므로 그 이전의 행위를 내용으로 하[는 간통죄 처벌조항]는 효력을 상실하지 아니한[다].



합헌 결정 후 유죄 확정판결까지 받은 L' → 재심.

헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력) ④ 제3항의 경우[→ 형벌조항 위헌 결정이 있는 경우]에 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결[에]는 재심을 청구할 수 있다.

2015모1475: 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항[→ 간통죄 처벌조항]이 [헌법재판소법 제47조] 제3항 단서에 [따라] 종전의 합헌결정이 있는 날[= 2008. 10. 30.]의 다음 날[= 2008. 10. 31.]로 소급하여 효력을 상실하는 경우[다. 그리고] 합헌결정이 있는 날의 다음 날 이후에 유죄판결이 ... 확정되었[다.]

비록 범죄행위가 그 이전[→ 2007. 10. 30.]에 [있었]더라도 그 판결은 위헌결정으로 ... 소급하여 효력을 상실한 법률 또는 법률의 조항을 적용한 것[이다. 이는] ‘위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결’에 해당[한다. 그러]므로 이[에] 재심을 청구할 수 있다.

재심에서 무죄 판결을 하면 된다.

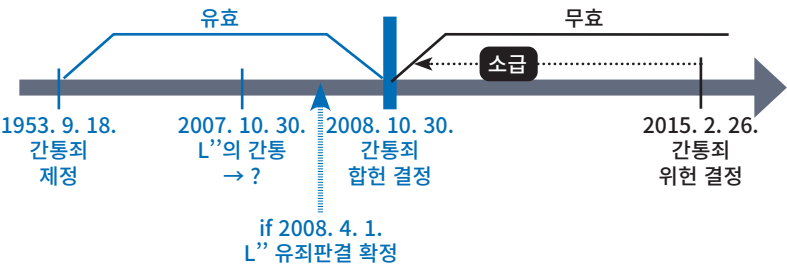
형사소송법 제325조(무죄의 판결) 피고사건이 범죄로 되지 아니[한] ... 때에는 판결로써 무죄를 선고하여야 한다.

2015도15782: [공소사실은 다음과 같다. 피고인이 [→ 2008. 10. 30. 이전에] 총 8회 간통하였[고] ... 배우자에게 상해를 가하였[다.]

피고인이 ... 서울중앙지방법원에서 **간통죄** 및 상해죄로 징역 1년에 집행유예 2년을 선고받아 **2009. 1. 23.** 그 판결(이하 ‘재심대상판결’이라 한다)이 **확정**[되었다.] ... 그 후 피고인은 형법 제241조에 대한 헌법재판소의 위헌결정에 따라 2015. 3. 17. 재심대상판결[에] 헌법재판소법 제47조 제3항, 제4항에 [따른] 재심청구를 [하였다.] 이에 제1심은 ... 재심개시결정을 [하였다.]

[제1심법원은] ... **간통의 공소사실**[은] 위헌결정으로 형벌법규가 효력을 상실하였다는 이유로 **무죄**를 선고하고, 상해의 공소사실[은] 벌금 400만 원을 선고[하였다. 피고인이 항소하였으나, 항소심법원은 항소를 기각하였다. 이러한 항소심법원의 판단은 ... 잘못 이 없다.

4. 합헌 결정 전 범행 때문에, 합헌 결정 전 형사법원에서 유죄 확정판결까지 받아 버렸다면? 마땅한 재심 사유는 없다.



합헌 결정 전 유죄 확정판결까지 받은 L'' → 재심×.

헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력) ③ ... 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 ... **다만,** 해당 법률 또는 법률의 조항[에] 종전에 합헌으로 결정된 사건이 있는 경우에는 [위헌]결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실한다.

2019도15167: 헌법재판소법 제47조 제3항 단서는 ... **소급효를 제한**하고 있다.

2015헌바216: 헌법재판소법 제47조 제3항 단서에 따라 **[2008. 10. 31.] 이전의 행위**를 내용으로 하[는] 간통죄 처벌조항[은] 효력을 상실하지 아니한다[다].

그러나 만약 어떤 이유로든 재심이 개시됐다면? 범행 당시 간통죄 처벌조항은 유효해서, 무죄는 아니다. 그렇다고 유죄 판결을 내릴 수는 없다. 형사법원은 유무죄 판단 없이 면소(prosecution exemption) 판결을 선고한다.

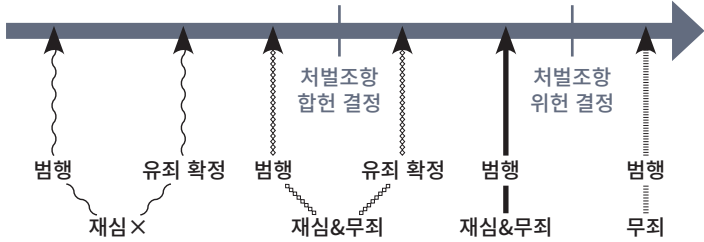
형법 제1조(범죄의 성립과 처벌) ② 범죄 후 법률이 변경되어 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 [된] ... 경우에는 신법(新法)에 따른다.

형사소송법 제326조(면소의 판결) 다음 경우에는 판결로써 **면소**의 선고를 하여야 한다.

4. **범죄 후의 법령개폐로 형이 폐지**되었을 때

2019도15167: 종전 합헌결정일[= 2008. 10. 30.] 이전의 범죄행위[→ 2007. 10. 30.] [에서] ... 그 범죄행위에 적용될 법률 또는 법률의 조항[에] 위헌결정[이 있었다. 이로써] 헌법재판소법 제47조 제3항 단서에 [따라] 종전 합헌결정일의 다음 날[= 2008. 10. 31.] 로 소급하여 효력을 상실하였[다. 그렇]다면 **범죄행위[→ 2007. 10. 30.] 당시 유효한 법률 또는 법률의 조항이 그 이후 폐지된 경우와 마찬가지로**다. 그러므로 법원은 형사소 송법 제326조 제4호에 해당하는 것으로 보아 **면소판결**을 선고하여야 한다.

(형벌조항)	형사법원의 판단?
합헌 결정 전 범행 (if 합헌 결정 전 유죄 확정)	재심× (단, 재심 개시되면 면소)
합헌 결정 전 범행 (if 합헌 결정 후 유죄 확정)	재심○ → 무죄
합헌 결정 후 위헌 결정 전 범행 (if 유죄 확정)	재심○ → 무죄
위헌 결정 후 범행	무죄



연습문제1

2022년도 변호사시험 공법 선택형

[문 16.] 헌법재판소 위헌결정의 효력 등에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 형사재판 유죄확정판결이 있[고 난 뒤] [해당] 처벌 근거조항에 대해 위헌결정이 내려진 경우 유죄판결을 받은 자는 재심청구를 통하여 유죄의 확정판결을 다룰 수 있다.

연습문제2

2025년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 30.] 중극재판에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄴ. 「헌법재판소법」 제47조 제3항 본문에 따라 형벌에 관한 법률조항에 대하여 위헌결정이 선고된 경우 그 조항은 소급하여 효력을 상실하므로, 법원은 [해당] 조항이 적용되어 공소가 제기된 피고사건에 대하여 「형사소송법」 제325조 전단에 따라 무죄를 선고하여야 한다.

연습문제3

2026년도 변호사시험 공법 선택형

[문 17.] 헌법재판소 결정의 효력에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄴ. 형법법규가 위헌결정으로 소급하여 효력을 상실하는 범위에서, 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다.

연습문제4

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 17.] 헌법재판소 결정의 효력에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄴ. 법률조항에 대하여 헌법재판소가 중전의 합헌결정 이후 위헌결정을 내려 이 법률조항이 중전 합헌결정일의 다음 날로 소급하여 효력을 상실하였다면, 중전의 합헌결정일 이전에 이 법률조항에 해당하는 범죄행위에 대한 유죄의 확정판결을 받은 경우, 위 확정판결을 대상으로 하는 재심심판절차에서는 재심 대상 범죄행위 당시 유효한 위 법률조항이 그 이후 폐지된 경우와 마찬가지로 법원은 면소판결을 선고하여야 한다.

헌법불합치 결정에 따른 개선입법 없이 개정시한을 도과할 경우

문제점

헌법불합치 결정을 할 때 개정시한을 두기도 한다. 예를 들어,

1. “A조항은 ~까지 개정하지 않으면 그다음 날부터 그 효력을 상실한다. 개정할 때까지 A조항 적용을 중지해야 한다.” → 적용중지형
2. “A조항은 ~까지 개정하지 않으면 그다음 날부터 그 효력을 상실한다. ~을 시한으로 개정할 때까지 A조항은 계속 적용한다.” → 잠정적용형

어느 경우든, 개정을 못 하고 개정시한을 넘기면?

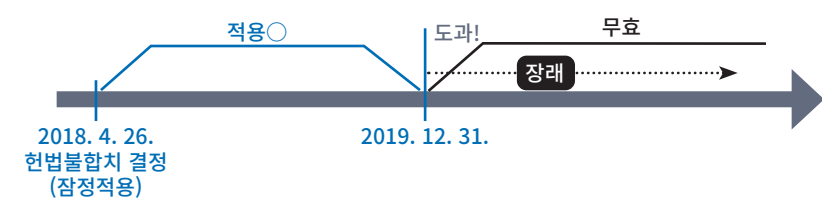
논의의 편의상, A조항은 형벌조항이 아니라고 전제하자.

잠정적용형 경우

2018두49154: 잠정적용 헌법불합치결정이 선고되었으나 위헌성이 제거된 개선입법이 이루어지지 않은 채 개정시한[2019. 12. 31.]이 지남으로써 그 법률조항의 효력이 상실되었다고 하[자. 그렇]더라도 그 효과는 장래에 향해서만[2019. 12. 31. 이후에만] 미칠 뿐이다. 해당 사건이라고 하여 이와 달리 취급할 이유는 없다.

2012도7455: 헌법재판소는 ... 통신제한조치의 총연장기간이나 총연장횟수를 제한하지 아니하고 계속해서 통신제한조치가 연장될 수 있도록 한 것은 ... 헌법에 합치하지 아니한다고 선언[했다. 그리]면서, 이 사건 법률조항은 입법자가 [T시점]을 시한으로 개정할 때까지 계속 적용한다고 결정하였[다.] ...

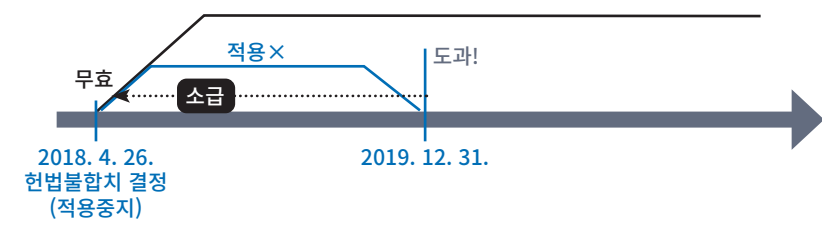
이 사건 법률조항의 위헌성이 제거된 개선입법이 이루어지지 아니한 채 위 개정시한이 도과함으로써 이 사건 법률조항의 효력이 상실되었다고 하더라도 그 효과는 장래에 향하여만 미칠 뿐이다. 즉, 그 이전에 이 사건 법률조항에 따라 이루어진 통신제한조치기간 연장의 적법성이나 효력에는 영향을 미치지 아니한다.



적용중지형 경우

2023다316790: 헌법불합치결정도 위헌결정의 일종이므로 그 결정의 효력은 결정이 있는 날로부터 발생하고, 위헌결정의 경우와 같은 범위에서 소급효가 인정된다. 따라서 헌법불합치결정에 따른 개선입법이 소급적용되는 범위도 위헌결정에서 소급효가 인정되는 범위와 같다. 그러므로 특별한 사정이 없는 한 헌법불합치결정 당시의 시점(2018. 4. 26.)까지 소급되는 것이 원칙이다.

2018두49154: 적용중지 헌법불합치결정이 선고되었으나 위헌성이 제거된 개선입법이 이루어지지 않은 채 개정시한(2019. 12. 31.)이 지났다고 하자. 이때에는 헌법불합치결정 시점과 법률조항의 효력이 상실되는 시점 사이(2018. 4. 26.~2019. 12. 31.)에 아무런 규율도 존재하지 않는 법적 공백을 방지할 필요가 있다. 그러므로, 그 법률조항은 헌법불합치결정이 있었던 때(2018. 4. 26.)로 소급하여 효력을 상실한다.



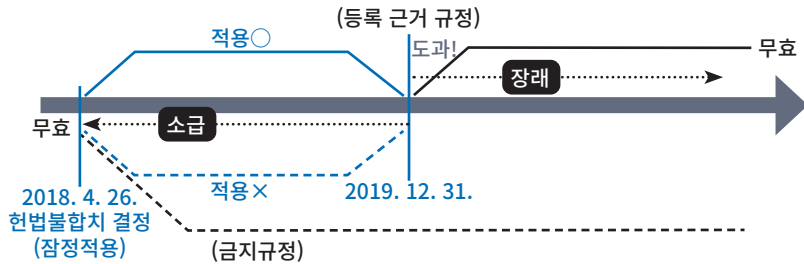
주의: 근거 규정과 금지 규정의 구별

2018두49154: 잠정적용 헌법불합치결정이 선고된 경우라도 해당 법률조항의 잠정적용을 명한 부분(등록 근거 규정)의 효력이 미치는 사안이 아니라 적용중지 상태에 있는 부분(금지 규정)의 효력이 미치는 사안이라면 [어떨까?]

그 법률조항 중 적용중지 상태에 있는 부분은 헌법불합치결정이 있었던 때(2018. 4. 26.)로 소급하여 효력을 상실한다.

헌법재판소가 세무사 자격 보유 변호사로 하여금 ‘세무사로서는’ 세무사의 업무를 할 수 없도록 규정한 ... 이 사건 법률조항[이] 세무사 자격 보유 변호사의 직업선택[택] 자유를 침해한다는 취지로 2019. 12. 31.을 시한으로 개정될 때까지 계속 적용을 명하는 헌법불합치결정을 선고하였[다. 그러]나 개정시한까지 개선입법이 이루어지지 않[았다.]

이 사건 법률조항의 계속 적용을 명한 부분의 효력은 일반 세무사의 세무사등록을 계속 허용할 수 있는 근거 규정이라는 점에만 미[친다. 즉,] 세무사 자격 보유 변호사의 세무대리를 전면적, 일률적으로 금지한 부분은 여전히 그 적용을 중지하도록 한 취지[다. 그러]므로 후자는 헌법불합치결정이 있었던 때로 소급하여 효력을 상실하였[다.]



주의: 잠정적용형 경우라도, 형벌조항이라면?

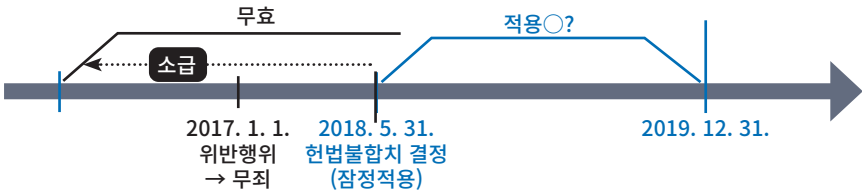
2018도17454: 형벌조항에 대해서 계속 적용을 명한 헌법불합치 결정이 이루어지고 개정시한이 도과하지 않은 경우[라 하자.] 법원이 형사사건에서 해당 형벌조항을 적용할 수 있는[가?]

헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력) ③ ... **형벌에 관한 법률** 또는 법률의 조항은 **소급하여 그 효력을 상실한다.** ...

형사소송법 제325조(무죄의 판결) 피고사건이 범죄로 되지 아니하[는] ... 때에는 판결로서 **무죄**를 선고하여야 한다.

헌법재판소의 **헌법불합치결정**은 헌법과 헌법재판소법이 규정하고 있지 않은 변형된 형태이지만 법률조항에 대한 **위헌결정에 해당**한다... 이 사건 헌법불합치결정은 형벌에 관한 법률조항에 대한 위헌결정이[다.] 그리고 헌법재판소법 제47조 제3항 본문에 따라 형벌에 관한 법률조항[에] 위헌결정이 선고된 경우 그 조항은 소급하여 효력을 상실[한다.]

[그러므로] 법원은 [해당] 조항이 적용되어 공소가 제기된 피고사건[에] 형사소송법 제325조 전단에 따라 **무죄**를 선고하여야 한다.



연습문제1

2022년도 변호사시험 공법 선택형

[문 16.] 헌법재판소 위헌결정의 효력 등에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

-
- ㄴ. 헌법재판소가 「공직선거법」의 국회의원 지역선거구 구역표[를] 계속적용 [하는] 헌법불합치 결정을 하면서 입법개선시한을 부여한 경우, 그 시한까지 국회가 아무런 조치를 취하지 않으면 헌법불합치 선언된 위 선거구 구역표의 효력은 상실되고, 입법자가 국회의원선거에 관한 사항을 법률로 규정[할 때] 폭넓은 입법형성의 자유를 가진다고 하여도 선거구에 관한 입법을 할 것인지 여부에 대해서는 입법자에게 어떤 형성의 자유가 존재한다고 할 수 없다.
-

연습문제2

2026년도 변호사시험 공법 선택형

[문 17.] 헌법재판소 결정의 효력에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄹ. 피고인에 대하여 유죄를 인정하는 원심판결 선고 후 그 근거가 되는 형벌조항에 대하여 잠정적용 헌법불합치결정이 선고되었으나 개정시한까지 법률개정이 이루어지지 않은 경우, 그 형벌조항은 개정 시한 만료 다음 날부터 효력을 상실하므로 이를 적용하여 공소가 제기된 위 피고사건에 대하여 면소를 선고하여야 한다.
-

연습문제3

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 29.] 전기통신 관련 수사처분에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄷ. 통신제한조치기간 연장과 관련된 법률조항에 대하여 잠정적용 헌법불합치결정이 선고되었으나 위헌성이 제거된 개선입법이 이루어지지 않은 채 개정시한이 지남으로써 법률조항의 효력이 상실되었다고 하더라도 그 효과는 장래에 향하여만 미칠 뿐이며 그 이전에 그 법률조항에 따라 이루어진 통신제한조치기간 연장의 적법성이나 효력에는 영향을 미치지 아니한다.
-

제2강

취소소송, 권리소원 소송요건

Litigation Requirements of Revocation Litigation & Constitutional Complaint for Relief



Rembrandt van Rijn, *De Nachtwacht* (The Night Watch)
1642, oil on canvas, 380 × 454 cm, Rijksmuseum, Amsterdam

재판을 받기 위한 전제조건이 무엇인지에 관하여 (공권력 통제 유형)

- **소송요건**이란, 법원이 재판을 하기 위한 전제다. 그러한 **전제조건**을 갖추지 못하면? 원고는 아무리 합리적 주장을 하더라도 패소한다. 두 강의(제2강, 제3강)에 걸쳐, 소송(심판)유형별로 각각 소송요건을 살펴본다.
먼저 제2강 취소소송, 권리소원 소송요건에서는 **공권력 작용에 대항**하는 구조의 공법사건을 본다. 대표적으로, 다음 2가지가 있다.
 1. 행정소송 중 **취소소송**
 2. 헌법재판 중 **헌법소원**
- 소송요건(심판청구요건) 면에서, 서로 공통점이 많지만, 서로 다른 개성을 갖고 있기도 하다. 이처럼, 같은 구조의 소송(심판) 유형 간에는,
 1. 소송요건(심판청구요건) 핵심이 서로 비슷하면서도,
 2. 실제 발현되는 모습에서 조금씩 다른 특징이 있다.이것을 구체적으로 이해하는 것이 이번 강의의 목표다.

소송요건 의의

The Importance of Litigation Requirements

“연애에 대해서, 사람의 외모를 운동경기에 비교한다면 지역대회 예선에 불과하다.
그 사람의 내면이야말로 진정한 본선무대라고 할 수 있지.” /
“즉, 내면을 깔고 닦으라는 것이군요?” /
“아니, 지역대회 예선을 통과하지 못하면 본선에는 진출할 수 없다는 거지.”
- 어느 대화

승소와 패소

원고 승소

원고 승소: 원고 입장에서 자신의 청구가 받아들여지는 것. 그 판결을 청구인용(acceptance) 판결이라 한다.

“청구가 이유 있어 인용한다.”라고 표현한다.

원고 패소

원고 패소: 원고 입장에서 자신의 청구가 받아들여지지 않는 것. 그 판결에는 2종류가 있다. 청구기각(rejection) 판결과 소각하(dismissal) 판결이다.

1. 청구기각(rejection) 판결: 증거가 부족한 경우, 또는 법적으로 권리가 인정될 수 없는 경우다. 쉽게 말해, 내용(content)이 틀렸다는 말이다.

“청구가 이유 없어 기각한다.”라고 표현한다.

2. 소각하(dismissal) 판결: 청구한 내용을 판단할 것도 없이, 아예 소제기 자체에 문제가 있는 경우다. 쉽게 말해, 형식(form)이 틀렸다는 말이다.

“소가 부적법하여 각하한다.”라고 표현한다.

소결

1. 인용 판결과 기각 판결은 모두 소제기 자체는 적법한 때 나오는 결론이다.
2. 소제기가 부적법하다면? 청구인용이나 청구기각 판결을 내려서는 안 되고, 반드시 소각하 판결을 해야 한다.

미국연방 민사소송제도에서는, 우리와 같이 기각, 각하를 구별하지 않는다. 그래서 사실 기각, 각하에 정확히 대응하는 영어단어가 없다.

소송요건 개념

의미

그렇다면 과연 어떤 경우 소제기 자체에 문제(procedural error)가 있는가? 즉, 어떤 경우 소가 부적법한가? 바로 소송요건을 갖추지 못한 경우를 말한다.

1. 소송요건(litigation requirements)이란,
2. 법원이 판결하기 위한 요건이다.

사례

원고가 도롱뇽이라면 법원이 판결을 할 수가 없다. 원고가 도롱뇽인 사건은, 소송요건 중 무언가 갖추지 못한 것이 있다는 뜻이다.

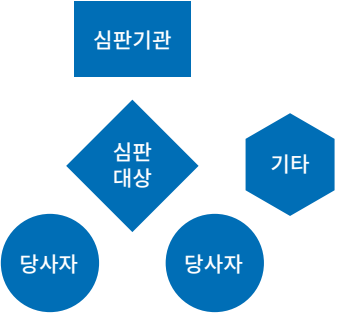
울산지법2003카합982: [주문] 1. 신청인 ‘도롱뇽’의 신청을 **각하**한다. 2. 신청인 ‘도롱뇽의 친구들’의 신청을 기각한다.

[이유] 신청인들의 주장에 따르면 [다음과 같다.] 신청인 ‘도롱뇽’은 천성산에 서식하는 도롱뇽 또는 위 도롱뇽을 포함한 자연 [그] 자체이다. 신청인 ‘도롱뇽’은 이 사건 터널 공사로 인한 도롱뇽의 생존환경 및 천성산의 자연환경 파괴를 막기 위하여 자연 내지 자연물의 고유의 가치의 대변자인 환경단체 ‘도롱뇽의 친구들’을 그 사법적 담당자로 삼아 이 사건 신청에 이르게 되었[다.] 살피건대, ... 자연물인 도롱뇽 또는 그를 포함한 자연 그 자체에 대하여는 현행법의 해석상 그 당사자능력을 인정할 만한 근거를 찾을 수 없다. 그렇다면, **신청인 도롱뇽의 이 사건 가처분 신청은 부적합**하다.

[‘도롱뇽의 친구들’은] 천성산을 비롯한 모든 자연환경과 생태계 보[전] 운동을 통해 더 이상의 자연파괴를 막는 한편, 생명을 중시하는 생각을 폭넓게 전파하여 환경운동, 생명운동에 이바지함을 그 목적으로 하는 단체[이다. 소송요건은 갖추었다.] ... 신청인 단체의 이 사건 가처분 신청은 그 피보전권리에 대한 소명이 부족하[다. 그러]므로, ... 이유 없다.

- 1. “도롱뇽(동물)” 경우, 소송요건 중 당사자능력이 없다. 그러므로 도롱뇽의 소(신청)는 부적법하다. 따라서 소를 “각하”한다.
- 2. “도롱뇽의 친구들(환경운동 단체)” 경우, 소송요건은 갖추었다. 그러나 주장 사실 증명에 실패해 청구(신청)가 이유 없다. 따라서 청구를 “기각”한다.

소송요건의 국면



법원

법원은

- 1. 재판권을 가져야 한다: 미국인과 프랑스인 사이에 중국에서 발생한 분쟁에 관해 미국인이 엉뚱하게 한국 법원에 소제기 하면? 부적법해 각하해야 한다.

서울고법2013나17874: 甲이 乙로부터 홍콩 소재 부동산의 지분을 매수하였다고 주장하면서 甲의 상속인 丙 등이 乙을 상대로 ... 부동산 지분에 관한 소유권이전등기절차의 이행을 ... 구한 사안[이다.]

외국에 소재하[는] 부동산 또는 그 지분의 이전등기를 구하는 소송은 대한민국과 실질적 관련성을 인정하기 어렵[다.] 오히려 부동산 소재국 법원인 중화인민공화국 홍콩특별행정구 법원이 전속적 국제재판관할을 가[진다. 그러]므로, 주위적 청구의 소는 국제재판관할이 없는 대한민국 법원에 제기되어 부적법하[다.]

2. 관할권(jurisdiction)을 가져야 한다.

적합한 법정(proper forum).

당사자

당사자들은

1. 당사자능력(admissibility)을 가져야 한다: 도롱뇽은 당사자능력이 없다.
2. 당사자적격(standing)도 가져야 한다: 자기 친척이 권리를 침해받았다고 주장하며 자기가 원고가 된다면? 당사자적격이 없다.

적합한 당사자(proper party).

심판대상

심판을 받을 대상(object)이 그 소송에 적합한 것이어야 한다: 취소소송(행정소송)은 어떤 처분을 대상으로 제기해야 한다. 처분 아닌 것을 대상으로 취소소송 소를 제기했다면? 소가 부적법하다. 각하 판결을 받는다.

적합한 청구(claim). 심판대상을 소송 목적, 소송 객체, 소송물(matter of lawsuit)이라고도 부른다.

기타

그 밖에 소가 적법하기 위한 각종 요건들이 있다. 몇 가지만 보자.

1. “법적으로 판결을 받을 필요”가 있어야 한다: 영업정지처분을 받았는데 정해진 기간이 지나 영업정지가 풀렸다면? 이제 그 영업정지처분 취소를 구할 법적 필요성이 없다. 이 경우 취소소송(행정소송) 소를 제기하는 것은 부적법하다.
2. “법에서 정한 일정한 기간 내” 소제기를 해야 한다: 건축불허가처분을 받고 취소소송(행정소송)으로 불복하려면? 불허가 사실을 안 날부터 90일 내에 소제기 해야 한다. 그렇지 않으면 부적법하다.

분야별 소송요건

머리에

지금까지 넓은 의미의 소송요건과 판결 유형들을 살펴보았다.

- 1. 형사소송, 헌법재판 등 세부적 소송 유형으로 들어가 보면, 용어와 의미가 조금씩 달라진다.
- 2. 그러나 전체적 취지와 구조는 통한다.

민사소송과 소송요건

- 1. 소송요건을 갖추지 못했는데 소제기를 했다면? 소제기는 부적법하다.
- 2. 소송요건을 갖추지 못하면? 소가 부적법하여 소각하 판결을 한다.

민사소송법 제219조(변론 없이 하는 소의 각하) **부적법한 소**로서 그 흠을 보정할 수 없는 경우에는 변론 없이 **판결로 소를 각하**할 수 있다.

	청구인용	청구기각	소각하
승패	원고 승소 (피고 패소)	원고 패소 (피고 승소)	
사유	청구가 이유 있음	청구가 이유 없음	소가 부적법
소송요건	소송요건 구비		소송요건 불비

소송요건을 갖추지 못했다는 이유로 내리는 소 각하 판결을 **소송판결**이라 부른다. 확정된 **소송판결의 기판력**은 “소송요건에 흠이 있다.”라는 점에 있다.

2002다70181: 소송판결의 기판력은 그 판결에서 확정된 소송요건의 흠결에 관하여 미[친다. 그렇]지만, 당사자가 그러한 소송요건의 흠결을 보완하여 다시 소를 제기한 경우에는 그 기판력의 제한을 받지 않는다.

형사소송과 소송조건

형사(criminal)소송에서는 소송요건 대신 **소송조건(litigation condition)**이라는 용어를 쓴다. 소송조건은 공소제기의 유효조건이다. 즉,

- 1. 소송조건을 갖추지 못했는데 공소제기를 했다면, 공소제기가 부적법하다.
- 2. 그러면 법원은 공소기각 판결을 내린다.

모욕죄 경우, 고소는 **소송조건(공소제기의 유효조건)**이다.

형법 제311조(모욕) 공연히 사람을 모욕한 자는 1년 이하의 징역이나 금고 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다.

형법 제312조(고소와 피해자의 의사) ① ... 제311조의 죄는 **고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.**

형사소송법 제327조(공소기각의 판결) 다음 각호의 경우에는 판결로써 공소기각의 선고를 하여야 한다.

- 8. 그 밖에 **공소제기의 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효일 때**

형사소송 판결에는 인용, 기각, 각하가 없다. 유죄, 무죄, 공소기각 등만 있다. 굳이 대응시키면, 인용 = 유죄, 기각 = 무죄, 각하 = 공소기각인 셈이다.

	유죄	무죄	공소기각
승패	검사 승소 (피고인 패소)	검사 패소 (피고인 승소)	
사유	죄가 인정됨	죄가 인정되지 않음	공소제기가 부적법
소송요건	소송조건 구비		소송조건 불비

행정소송과 소송요건

행정소송법 제8조(법적용예) ② 행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다.

- 1. 소송요건을 갖추지 못했는데 소제기를 했다면, 소제기가 부적법하다.
- 2. 그러면 법원은 소각하 판결을 내린다.

	청구인용	청구기각	소각하
승패	원고 승소 (피고 패소)	원고 패소 (피고 승소)	
사유	청구가 이유 있음	청구가 이유 없음	소가 부적법
소송요건	소송요건 구비		소송요건 불비

헌법재판과 심판청구요건

헌법재판소법 제40조(준용규정) ① 헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 민사소송에 관한 법령을 준용한다. ...

- 1. 심판청구요건을 갖추지 못했는데 심판청구를 했다면, 심판청구가 부적법하다.
- 2. 그러면 헌법재판소는 심판청구각하 결정을 내린다.

	청구인용	청구기각	심판청구각하
승패	청구인 승소 (피청구인 패소)	청구인 패소 (피청구인 승소)	
사유	청구가 이유 있음	청구가 이유 없음	심판청구가 부적법
심판청구요건	심판청구요건 구비		심판청구요건 불비

참고: 소송과 헌법재판 용어 차이

- 1. 소 ↔ 심판
- 2. 제기 ↔ 청구
- 3. 판결 ↔ 결정
- 4. 원고 ↔ 청구인
- 5. 피고 ↔ 피청구인

실질적 차이는 없다고 보아도 좋다.

연습문제

2026년도 변호사시험 공법 선택형

[문 22.] 재결 및 판결 등의 효력에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 소송판결의 기판력은 그 판결에서 확정된 소송요건의 흠결에 관하여 미치는 것이므로, 당사자는 소송요건의 흠결을 보완하더라도 동일한 소를 다시 제기할 수 없다.

본안전판단과 본안판단

본안전판단

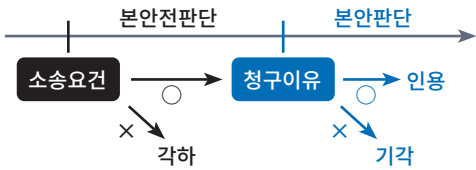
- 1. 본안전판단 : 법원이 소송요건을 갖추었는지 심사.
- 2. 본안전항변(defense in abatement): “소송요건을 갖추지 못했으므로 소가 부적법하다.”라는 취지로 피고가 항변.

본안판단

- 1. 본안판단: 소송요건을 갖춘 것을 전제로, 청구가 이유 있는지 심사.
- 2. 본안에 관한 항변(defense on the merits): 소송요건이 인정된다 하더라도 “청구가 이유 없다.”라는 취지로 피고가 항변.

비유

- 1. 조건을 만족하지 못해 만나기도 전에 거부하는 경우 → 각하
- 2. 만나본 결과 사람이 마음에 들지 않아 거부하는 경우 → 기각



실질적 의의

머리에

소송요건을 두어, 소송요건을 통과한 사건만 본안심사를 한다는 것은 다음 두 가지 의미가 있다.

당사자에 대하여

- 1. 소송요건을 통과하지 못하면 패소한다는 점에서 소제기를 할 때 신중해지라는 메시지를 준다. 즉, 소제기, 심판청구가 남용되는 것을 막는다.

2. 헌법재판, 행정소송은 다수결 원리로 결정된 사항에 대해 개인이 불복하여 시정한다는 의미가 있다. 만약 너도나도 제한 없이 모든 사항을 불복할 수 있다면, 정작 필요한 부분은 뒷전으로 밀리고 사회적 혼란만 커질 것이다.

심판기관에 대하여

1. 소송요건을 통과하지 못하면 법원이나 헌법재판소가 본안판단을 하지 않아도 된다. 심사 부담을 덜어준다. 만약 판사나 재판관 업무부담이 과도하게 높으면, 중요사안에 집중하기 어렵고, 판결의 공정성 면에서도 문제가 생긴다.

판사 업무부담은 지난 30년 동안 50% 가까이 상승했다는 이야기가 있다. 소송요건 단계에서 사건이 “걸러질” 필요가 있다.

2. 국민이 판사, 재판관을 선거로 뽑지 않아, 사법부의 민주적 정당성(democratic legitimacy)은 낮다. 사법기관이 적극적으로 정책판단을 내리는 것도 바람직하지 않다.

소결

공법사건에서는 소송요건 문제가 더욱 중요하다.

공법 분쟁 4유형

Four Types of Public Case

잘 구별하는 자, 잘 판단한다.
- 오래된 법언

복습: 권리소원과 항고소송

권리소원

권리소원은 헌법재판의 대표 격이다.

1. 공권력 작용으로 기본권 침해 받은 자가
2. 그 공권력 작용(공권력 행사 또는 공권력 불행사)이
3. 위헌인지 심사를
4. 헌법재판소에 청구하여
5. 구제를 받는 심판청구.

헌법재판소법 제2조(관장사항) 헌법재판소는 다음 각호의 사항을 관장한다.

5. 헌법소원(憲法訴願)에 관한 심판

헌법재판소법 제68조(청구 사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 ... 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법재판소에 헌법소원심판(→ 권리소원심판)을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다.

항고소송

항고소송은 행정소송의 대표 격이다.

1. 행정작용을 다룰 법률상 이익이 있는 자가
2. 그 행정작용(처분등 또는 부작위)이
3. 위법한지 심사를
4. 법원에 청구하여
5. 구제를 받는 소송.

행정소송법 제3조(행정소송의 종류) 행정소송은 다음의 네 가지로 구분한다.

1. 항고소송: 행정청의 처분등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송

행정소송법 제4조(항고소송) 항고소송은 다음과 같이 구분한다.

1. 취소소송: 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송
 2. 무효등 확인소송: 행정청의 처분등의 효력 유무 또는 존재 여부를 확인하는 소송
 3. 부작위위법확인소송: 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송
-

권리소원(헌법소원)과 항고소송의 비교

모두 어떤 공권력 작용에 대해 불복하여 개인을 구제하고 사회의 법질서를 수호한다. 이 점에서 통한다.

심판대상

- 1. 권리소원(헌법소원)은 국가기관의 공권력 작용(공권력 행사, 공권력 불행사)을 다룬다.
- 2. 항고소송은 행정청의 행정작용(처분등, 부작위)을 다룬다.

국가기관-행정청 / 공권력 행사-처분등 / 공권력 불행사-부작위 / 공권력 작용-행정작용

심판기관과 판단 기준

- 1. 권리소원(헌법소원)은 위헌(unconstitutional)인지 심사를 헌법재판소에 구한다.
- 2. 항고소송은 위법(illegal)한지 심사를 법원에 구한다.

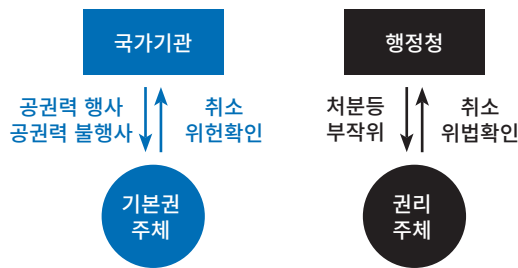
위헌-위법 / 헌법재판소-법원

당사자

- 1. 권리소원(헌법소원)은 기본권 주체가 기본권 침해를 받았다며, 국가기관을 상대로 한다. 기본권침해와 관련성 있는 자만 청구할 수 있다.
- 2. 항고소송은 권리 주체가 권리 침해를 받았다며, 행정청을 상대로 한다. 다룰 법률상 이익이 있는 자만 제기할 수 있다.

기본권 주체-권리 주체 / 국가기관-행정청 / 기본권 침해 관련성-법률상 이익

소결



조금 차이가 있다. 그러나 결국 처분, 부작위도 공권력 작용이 구체화한 것에 불과하다. 소송요건(심판청구요건)의 큰 틀은 같다. 요건에 대응해 이해하면 쉽다.

	권리소원	항고소송
심판기관	헌법재판소	법원
청구 당사자	기본권 주체	권리 주체
	(기본권 침해 관련성)	(법률상 이익)
청구 상대방	국가기관	행정청
대상	공권력 작용	행정작용
	(공권력 행사	(처분등
	공권력 불행사)	부작위)
심사기준	위헌 여부	위법 여부

처분의 4유형

유리, 불리에 따른 구별

- 1. 침익처분(disadvantageous disposition): 처분을 받는 사람 입장에서, 불리한 것.

예: 영업정지처분

- 2. 수익처분(advantageous disposition): 처분을 받는 사람 입장에서, 유리한 것.

예: 건축허가처분

- 3. 수익처분의 제거(elimination of advantageous disposition): 처분을 받았던 사람 입장에서, 수익처분을 제거하는 것. 결과적으로 침익처분이다.

예: 건축허가취소처분(건축허가철회처분)

- 4. 침익처분의 제거(elimination of disadvantageous disposition): 처분을 받았던 사람 입장에서, 침익처분을 제거하는 것. 결과적으로 수익처분이다.

예: 영업정지취소처분(영업정지해제처분)

효과 범위에 따른 구별

- 1. 처분은, 처분을 받는 사람(처분상대방)에게 효과를 미친다.
- 2. 처분은, 처분상대방은 물론 처분상대방 이외 자(제3자)에게 효과를 미치기도 한다.

공권력 행사(공권력 작용) 경우?

- 1. 이상은 처분(행정작용)을 기준으로 표현했다.
- 2. 그러나 공권력 행사(공권력 작용) 경우도 구조는 마찬가지다.

제1 유형: 침익처분

배경

- 1. 행정청이 甲에게 침익처분(disadvantageous disposition)했다.
- 2. 처분상대방 甲에 침익효과(disadvantageous effect)가 생겨 버렸다.
- 3. 행정청의 처분 때문에 甲은 억울하다.

행정기본법 제22조, 제23조에서 규율하는 제재처분(sanction)이 침익처분에 해당한다. 행정상 강제(administrative compulsion) 역시 침익처분이긴 한 데, 행정기본법 제22조, 제23조에서가 아니라 따로 규율한다. 그래서 행정기본법상 “제재처분”은 행정상 강제를 포함하지 않는 것으로 정의했다.

행정기본법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.	
5. “제재처분”이란 법령등에 따른 의무를 위반하거나 이행하지 아니하였음을 이유로 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 말한다. 다만, 제30조 제1항 각호에 따른 행정상 강제는 제외한다.	
행정기본법 제22조(제재처분의 기준) ① 제재처분의 근거가 되는 법률에는 제재처분의 주체, 사유, 유형 및 상한을 명확하게 규정하여야 한다. ...	
행정기본법 제23조(제재처분의 제척기간) ① 행정청은 법령등의 위반행위가 종료된 날부터 5년이 지나면 해당 위반행위에 대하여 제재처분...을 할 수 없다.	
행정기본법 제30조(행정상 강제) ① 행정청은 ... 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 조치를 할 수 있다.	
1. 행정대집행: 의무자가 행정상 의무...로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 의무를 이행하지 아니하는 경우 법률로 정하는 다른 수단으로는 그 이행을 확보하기 곤란하고 그 불이행을 방지하면 공익을 크게 해칠 것으로 인정될 때에 행정청이 의무자가 하여야 할 행위를 스스로 하거나 제3자에게 하게 하고 그 비용을 의무자로부터 징수하는 것	
2. 이행강제금의 부과: 의무자가 행정상 의무를 이행하지 아니하는 경우 행정청이 적절한 이행기간을 부여하고, 그 기한까지 행정상 의무를 이행하지 아니하면 금전급부 의무를 부과하는 것	
3. 직접강제: 의무자가 행정상 의무를 이행하지 아니하는 경우 행정청이 의무자의 신체나 재산에 실력을 행사하여 그 행정상 의무의 이행이 있었던 것과 같은 상태를 실현하는 것	
4. 강제징수: 의무자가 행정상 의무 중 금전급부[→ 금전급여]의무를 이행하지 아니하는 경우 행정청이 의무자의 재산에 실력을 행사하여 그 행정상 의무가 실현된 것과 같은 상태를 실현하는 것	
5. 즉시강제: 현재의 급박한 행정상의 장애를 제거하기 위한 경우로서 ... 행정청이 곧바로 국민의 신체 또는 재산에 실력을 행사하여 행정목적을 달성하는 것	
행정대집행법 제3조(대집행의 절차) ...	
행정대집행법 제4조(대집행의 실행 등) ...	
행정기본법 제31조(이행강제금의 부과) ...	

행정기본법 제32조(직접강제) ① 직접강제는 행정대집행이나 이행강제금 부과 방법으로는 행정상 의무 이행을 확보할 수 없거나 그 실현이 불가능한 경우에 실시하여야 한다.

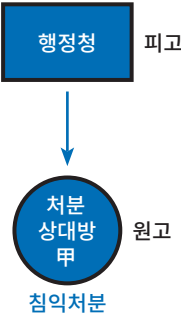
국세징수법 제1조(목적) 이 법은 국세의 징수에 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 납세의무의 적절한 이행을 통하여 국세수입을 확보하는 것을 목적으로 한다.

행정기본법 제33조(즉시강제) ① 즉시강제는 다른 수단으로는 행정목적 달성을 수 없는 경우에만 허용되며, 이 경우에도 최소한으로만 실시하여야 한다.

불복

그러면, 처분상대방 甲은 방어소송(protect litigation)을 하면 된다.

- 1. 처분상대방 甲은 원고가 된다.
- 2. 행정청은 피고가 된다.
- 3. 甲에 대한 침익처분을 없애는 것이 궁극적 목표다.



2015두44295: 원고[(甲)]는 군포시 B에서 ... 이 사건 제과점...을 운영하고 있[다.] 군포경찰서장은 ... 원고[(甲)]가 2013. 3. 14. 18:39경 이 사건 제과점에서 ... 캔디를 D에게 판매하였는데 위 캔디 중 유통기한이 2012. 12. 31.로 표시된 1통...이 포함되[었다]면서 피고[(군포시장)]에게 이를 통보[하였다.] 이에 피고[(군포시장)]는 원고[(甲)]가 유통기한이 [지난] 이 사건 캔디를 판매의 목적으로 보관하였다는 이유로 2013. 8. 1. 원고[(甲)]에게 **영업정지 15일의 이 사건 처분**을 하였다.

원고[(甲)]는 이 사건 캔디를 판매하지 않았[다고 주장하였다.] 원고(甲)[는] 자신(甲)에 대한 처분의 취소를 구하는 취소소송 소를 제기하였다.

처분 시 필요 절차?

- 1. 제1 유형에서 다투려는 대상은 권익을 제한하는 처분이다.
- 2. 처분을 하면서 사전 통지나 의견제출 기회 부여를 누락하면, 위법하다.

행정절차법 제21조(처분의 사전 통지) ① 행정청은 당사자에게 **의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분**을 하는 경우에는 **미리** 다음 각호의 사항을 당사자등에게 **통지**하여야 한다.

행정절차법 제22조(의견청취) ③ 행정청이 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 할 때 [원칙적으로] 당사자들에게 의견제출의 기회를 주어야 한다.

2017두66602: 행정청이 **침해적 행정처분**을 하면서 당사자에게 행정절차법상의 사전 통지를 하거나 의견제출의 기회를 주지 않았다면[?] 사전 통지를 하지 않거나 의견제출의 기회를 주지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당하지 않는 한, **그 처분은 위법**하여 취소를 면할 수 없다.

만약 법령상 청문 실시 대상인데 누락해도, 같은 이유에서 위법하다.

행정절차법 제22조(의견청취) ① 행정청이 처분을 할 때 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 청문을 한다.

- 1. 다른 법령등에서 청문을 하도록 규정하고 있는 경우

2016두63224: 행정청이 특히 **침해적 행정처분**을 할 때 그 처분의 근거 법령 등에서 청문을 실시하도록 규정하고 있다면[?] 행정절차법 등 관련 법령상 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당하지 않는 한, 반드시 청문을 실시하여야 한다. 그러한 절차를 결여한 처분은 **위법한 처분**으로서 취소사유에 해당한다.

연습문제1

2026년도 변호사시험 공법 선택형

- [문 33.] 행정절차에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ④ 행정청이 특히 침해적 행정처분을 할 때 그 처분의 근거 법령 등에서 청문을 실시하도록 규정하고 있다면, 「행정절차법」 등 관련 법령상 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당하지 않는 한, 반드시 청문을 실시하여야 하며, 그러한 절차를 결여한 처분은 위법한 처분으로서 취소사유에 해당한다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 공법 선택형

- [문 36.] 제재처분에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ① 「행정기본법」상 제재처분이란 법령등에 따른 의무를 위반하거나 이행하지 아니하였음을 이유로 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 말하며, 과징금, 과태료, 이행강제금 등의 금전적 제재처분을 포함한다.
 - ③ 「행정기본법」상 행정청은 원칙적으로 법령등의 위반행위가 성립된 날부터 5년이 지나면 해당 위반행위에 대한 제재처분 중에서도 특히 인허가의 정지, 취소, 철회, 등록 말소, 영업소 폐쇄와 정지를 갈음하는 과징금 부과처분을 할 수 없다.
 - ⑤ 「행정기본법」에 따르면 제재처분의 근거가 되는 법률에는 제재처분의 주체, 사유, 유형, 상한 및 하한을 명확하게 규정하여야 하고, 그 유형과 상한 및 하한을 정할 때에는 해당 위반행위의 특수성 및 유사한 위반행위와의 형평성 등을 종합적으로 고려해야 한다.

제2 유형: 수익처분의 거부, 부작위

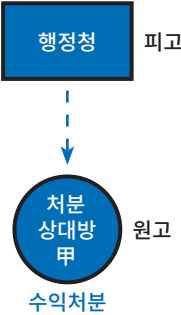
배경

- 1. 甲이 행정청에 “나(甲)에게 수익처분(advantageous disposition)을 해라.” 라고 신청했다.
- 2. 처분상대방 甲에 수익효과(advantageous effect)가 생기면 좋겠다.
- 3. 행정청의 거부 또는 부작위 때문에 甲은 억울하다.

불복

그러면, 처분상대방이 되고 싶은 甲은 요구소송(demand litigation)을 하면 된다.

- 1. 처분상대방이 될 甲은 원고가 된다.
- 2. 행정청은 피고가 된다.
- 3. 甲에 대한 수익처분을 받는 것이 궁극적 목표다.



2010두4643: 원고[(甲)는] ... 특별법...[으로] 지정된 대덕연구개발특구... 내의 대전 유성구 화암동 산 23-1 등 토지...에 노인의료복지시설...을 건립하기 위하여 피고[(대전광역시 유성구청장)]에게 도시계획시설의 설치를 제안하[였다.] ... [그리고] 원고[(甲)]는 2008. 11. 20. 피고[(대전광역시 유성구청장)]에게 ... 이 사건 사회복지시설에 대한 건축허가신청...을 [하였다. 그러나 피고(대전광역시 유성구청장)]는 2008. 12. 8. 원고[(甲)에게] ... [위 특별]법 절차에 따르지 않은 개발사업은 불가하다는 이유로 이 사건 건축허가신청을 반려[(거부)하는 처분(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다)을 [하였다.]

[원고(甲)는] 이 사건 사회복지시설의 경우 ... 녹지구역 내 노인복지시설로서 [위 특별]법에 [따른] 건축행위 및 건축허가 등의 제한을 받지 [않는다고 주장하였다. 원고(甲)는 그래서] ... 이 사건 [거부]처분은 위법하[다고 주장하였다. 원고(甲)는 자신(甲)에 대한 거부처분의 취소를 구하는] 취소소송 소를 제기하였다.]

거부처분/부작위 시 필요 절차?

- 1. 제1 유형과 달리, 제2 유형에서 다투려는 대상(거부처분/부작위)은 권익을 제한하는 처분이 아니다.
- 2. 거부처분/부작위를 하면서 사전 통지나 의견제출 기회 부여를 누락해도, 위법하진 않다.

2017두38874: 외국인의 사증발급 신청에 대한 거부처분은 당사자에게 의무를 부과하거나 적극적으로 권익을 제한하는 처분이 아니[다. 그러므로] 행정절차법 제21조 제1항에서 정한 ‘처분의 사전통지’와 제22조 제3항에서 정한 ‘의견제출 기회 부여’의 대상은 아니다.

연습문제

2026년도 변호사시험 공법 선택형

[문 25.] 다음 사례에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

대한민국 국민인 乙은 2022. 3. 6.부터 4박 5일간 A국을 방문하여 재외동포가 아닌 A국 국적자인 甲을 소개받았다. 이후 乙은 2022. 4. 5. 한국에서 혼인신고를 하였고, 甲은 2022. 4. 26. A국에서 혼인신고를 마쳤다. 甲은 乙과 혼인하였음을 이유로, 2022. 5.경부터 2025. 5.경 간에 매년 한 차례씩 A국 한국총영사관 총영사 B에게 결혼이민(F-6) 체류자격의 사증발급을 네 차례 신청하였다. 그러나 B는 ‘乙의 가족부양능력 결여’ 등을 이유로 甲에 대한 사증발급을 네 차례 모두 거부하였다.

⑤ 甲의 사증발급 신청에 대한 B의 거부처분은 당사자에게 의무를 부과하거나 적극적으로 권익을 제한하는 처분으로 볼 수 없다.

제3 유형: 침익적 제3자요 처분

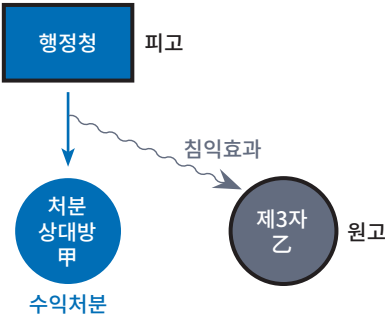
배경

- 1. 행정청이 甲에 대해 수익처분(advantageous disposition)했다.
- 2. 제3자 乙에 대해 침익효과(disadvantageous effect)가 생겨 버렸다.
- 3. 행정청의 처분 때문에 乙은 억울하다.

불복

그러면, 제3자 乙은 제3자 방어소송(third party protect litigation)을 하면 된다.

- 1. 제3자 乙은 원고가 된다.
- 2. 행정청은 피고가 된다.
- 3. 甲에 대한 수익처분을 없애, 乙에 대한 침익효과를 없애는 것이 궁극적 목표다.



2012두24474: 쌍용양회공업 주식회사[(甲)]...가 피고[(남양주시장)]에게 ... 이 사건 공장의 신설[에 관하여 승인을 신청하였다. 그 내용은 다음과 같다.] [i] 이 사건 부지 중 일부 위에 면적 합계 2,063.78㎡의 규모로 건축되어 있던 공장등록이 말소된 기존 벽돌공장을 모두 철거[한다. 그리고] [ii] 위 벽돌공장이 건축되어 있지 아니한 부분까지 포함한 이 사건 부지 중 일부 위에 건축물 연면적 합계 1,056㎡, 공작물 연면적 합계 1,901.76㎡의 규모로 레미콘 공장을 신축[한다. 그런데 피고(남양주시장)는 쌍용양회공업 주식회사(甲)에 대하여 위 레미콘 공장 신설을 승인하는 처분을 하였다.]

[한편,] 원고들[(乙)]은 이 사건 공장의 신설에 관한 사전환경성검토협의 대상지역에 거주하는 주민들[이다.]

[지역 주민인 원고들(乙)은] 이 사건 공장의 신설[은] 개발제한구역 내에서 ... 허용되지 않는다고 주장하였다. 원고들(乙)은 쌍용양회공업 주식회사(甲)에 대한 처분의 취소를 구하는 취소소송 소를 제기하였다.]

만약 甲에 대해 거꾸로 침익처분을 해서 제3자 乙에 대해 수익효과가 생겨 버렸다면? 제3자 乙이 소송할 필요가 없다.

2019두49953: 경업자[甲]에 대한 행정처분이 경업자[甲]에게 불리한 내용이라면[?] 그와 경쟁관계에 있는 기존의 업자[乙]에게는 특별한 사정이 없는 한 유리할 것이다. 그러므로 기존의 업자[乙]가 그 행정처분의 무효확인 또는 취소를 구할 이익은 없다.]

제4 유형: 수익적 제3자효 처분의 거부, 부작위

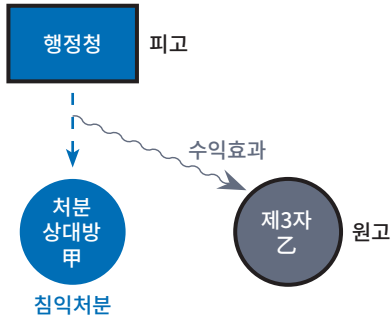
배경

- 1. 제3자 乙이 행정청에 “저 사람(甲)에게 침익처분(disadvantageous disposition)을 하라.”라고 신청했다.
- 2. 제3자 乙에 수익효과(advantageous effect)가 생기면 좋겠다.
- 3. 행정청의 거부 또는 부작위 때문에 乙은 억울하다.

불복

그러면, 제3자 乙은 제3자 요구소송(third party demand litigation)을 하면 된다.

- 1. 제3자 乙은 원고가 된다.
- 2. 행정청은 피고가 된다.
- 3. 행정청을 피고로 하여,
- 4. 甲에 대한 침익처분을 받아, 乙에 대한 수익효과를 받는 것이 궁극적 목표다.



2014두41190: 건축주[(甲)]가 건축허가 대상 토지 소유자인 원고[(乙)]의 토지사용승낙서를 제출하여 피고[(의정부시장)]로부터 건축허가를 받았[다. 그런데 건축주(甲)는] 원고[(乙)]에게 매매대금을 지급하지 못[했다. 그래서] 매매계약이 해제되고 토지사용승낙서가 실효되[었다. 그러자] 원고[(乙)]가 피고[(의정부시장)]를 상대로 [건축주(甲)에 대한] 건축허가 철회신청을 하였[다. 그러나] 피고[(의정부시장)]가 ... 거부[처분 하였다.]

[한편, 토지 소유자인] 원고[(乙)]는 이 사건 건축허가가 존속함으로 인해 이 사건 토지에 관하여 사실상 사용, 수익, 처분 권능을 행사하지 못하고 있다.

[원고(乙)는 다음과 같이 주장하였다.] 피고[(의정부시장)]가 원고[(乙)]의 신청에 따라 이 사건 건축허가를 철회함으로써 원고[(乙)]의 이익을 보호할 필요가 [있다. 그리고] 이를 [건축주(甲)가] 받는 불이익과 비교, 교량하여 볼 때 원고[(乙)]의 이익을 보호할 필요가 [건축주(甲)]의 불이익을 정당화할 만큼 강하다. [이에, 토지 소유자인 원고(乙)는 건축주(甲)에 대한 거부처분의 취소를 구하는 취소소송 소를 제기하였다.]

정리

	침익 효과	수익 효과
처분상대방에게	[제1 유형] 침익처분 → 처분상대방이 방어소송	[제2 유형] 수익처분 → 처분상대방이 요구소송
제3자에게	[제3 유형] 침익적 제3자효 처분 → 제3자가 방어소송	[제4 유형] 수익적 제3자효 처분 → 제3자가 요구소송

잘 구별하는 자, 잘 판단한다(*Bene cernit, qui bene distinguit; Wer gut unterscheidet, der entscheidet gut; Who distinguishes well decides well*).

권리소원 심판청구요건

Litigation Requirements of Constitutional Complaint

국왕도 하나님과 기본법 아래에 있다. - Henry de Bracton

복습: 권리소원 개념

개념

1. 공권력 행사 또는 불행사로 말미암아
2. 헌법상 보장된 기본권(직업 자유, 재산권, 신체 자유 등)을 침해당한 자가
3. 그 공권력의 위헌 여부 심사를
4. 헌법재판소에 청구하여
5. 구제를 받는 제도.

근거

대한민국헌법 제111조 ① 헌법재판소는 다음 사항을 관장한다.

5. 법률[에서] 정하는 헌법소원에 관한 심판

헌법재판소법 제68조(청구 사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 ... 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다.

심판기관에 관하여

머리에

심판기관에 재판권, 관할권이 인정되어야 한다.

재판권

재판권이란, 심판청구를 받은 기관이 그 사건을 재판할 수 있는 권한이다.

재판권이 없다면, 절차 무효(*coram non judice*)로 각하한다.

관할권

관할(jurisdiction)이란, 재판권 있는 심판기관 간 재판권의 분담관계를 정해 놓은 것이다.

관할 위반이면, 법원은 관할권 있는 법원으로 사건을 넘긴다. 이를 이송(*transfer*)이라 한다.

민사소송법 제34조(관할위반 또는 재량에 따른 이송) ① 법원은 소[송] 전부 또는 일부에 대하여 관할권이 없다고 인정하는 경우에는 결정으로 이를 관할법원에 이송한다.

강의계획

법원은 각 지방마다 있지만, 헌법재판소는 한 곳(서울 종로구)에 있다. 그 결과,

1. 헌법사건으로 국내사건인 이상,
2. 특별히 재판권이나 관할권이 문제 되지는 않는다.
3. 그래서 재판권, 관할권 요건은 굳이 살피지 않겠다.

당사자에 관하여

당사자능력

당사자능력(admissibility)이 필요하다. 정확히는,

1. 청구인에게는 청구인능력이 인정되어야 하고,
2. 피청구인에게는 피청구인능력이 인정되어야 한다.

당사자적격

당사자적격(standing)도 필요하다. 정확히는,

1. 청구인에게는 청구인적격이 인정되어야 하고,
2. 피청구인에게는 피청구인적격이 인정되어야 한다.

기본권 제한

청구인이 기본권 제한을 받아야 한다.

강의계획

헌법소원에서 피청구인이란 공권력 작용을 하는 국가기관을 말한다. 예를 들어 “법무부장관”, “법원행정처장” 등이다. 즉, 공권력 작용은 국가기관이 한다. 그 결과,

1. 심판대상(공권력 작용) 요건을 통과한 이상,
2. 피청구인(국가기관)에 관한 요건도 함께 통과하는 셈이다.
3. 그래서 피청구인에 관한 요건(피청구인능력, 피청구인적격)은 굳이 살피지 않겠다.

심판대상에 관하여

공권력 작용(대상적격)

심판대상(object)은 공권력 작용이어야 한다.

1. “심판청구의 대상이 될 자격이 있는가?”라는 뜻에서,
2. 대상적격 문제라고도 한다.

강의계획

청구인이 권리소원으로 다투는 대상이 과연 심판대상(공권력 작용) 요건을 갖추었는지 살펴보아야 한다.

기타

머리에

그 밖에 법률에서 직접 규정했거나, 성질상 당연히 필요하다고 해석되는 요건이 있다. 몇 가지만 본다.

청구기간

헌법재판소법은 권리소원 심판청구에 시간제한을 두었다. 그 기간을 도과한 심판청구는 부적법하다.

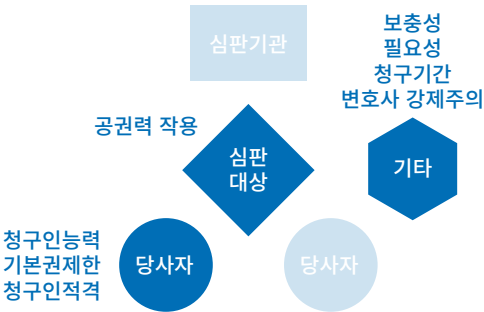
기본권 침해 가능성

기본권 침해 가능성이 없다면? 청구인이 헌법소원제도를 선택한 것은 잘못이다. 역시 심판청구는 부적법하다.

결론

심판청구요건 의의

권리소원 심판청구요건 중 어느 하나라도 충족시키지 못하면, 그 심판청구는 부적법하다.



정리

실제로 문제 되는 요건을 나열하면 다음과 같다.

- 1. 청구인능력(기본권의 주체) [당사자]
- 2. 기본권 제한 [당사자]
- 3. 청구인적격 [당사자]

4. 공권력 작용 [심판대상]
5. 보충성 [기타]
6. (권리보호의) 필요성 [기타]
7. 청구기간 [기타]
8. 변호사 강제주의 [기타]

“권리소원은 청.청.공.기.보.권.변.기.”로 암기를 할 수도 있다. 소송요건(심판청구 요건)은 언제나 심판기관 → 당사자 → 심판대상 → 기타 요소로 구성된다고 이해를 할 수도 있다. 암기와 이해를 병행해야, 암기도 잘되고 이해도 잘된다.

청구인능력

Admissibility to a Requester

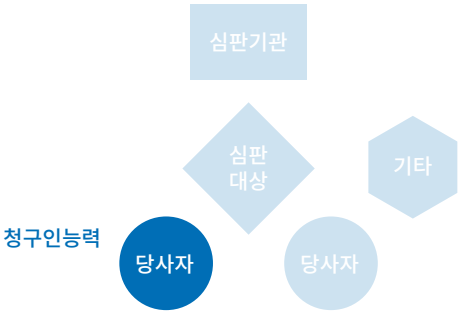
신은 하고 싶은 모든 것을 하고, 인간은 할 수 있는 모든 것을 한다.
- Napoléon Bonaparte

개념

사례

도롱뇽이 권리소원 심판을 청구할 수 있는가?

- 1. 안 된다. 그러한 심판청구는 부적법하다.
- 2. 왜? 도롱뇽은 청구인능력이 없기 때문이다.



분석

심판청구요건 중 청구인능력(admissibility to a requester) 문제다. 청구인이 기본권 주체인지 아닌지 하는 문제다.

헌법재판소법 제68조(청구 사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 ... 헌법상 보장된 **기본권을 침해받은 자**는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다.

99헌마494: 헌법재판소법 제68조 제1항[에서 정한] 헌법소원은 기본권을 침해받은 자만이 청구할 수 있[다.] 여기서 기본권을 침해받은 자만이 헌법소원을 청구할 수 있다는 것은 곧 기본권의 주체라야만 헌법소원을 청구할 수 있[다는 의미다.] 기본권의 주체가 아닌 자는 헌법소원을 청구할 수 없[다.]

주의사항

기본권(fundamental rights) 주체와 권리(private rights) 주체는 다르다. 민법상 권리를 갖거나 의무를 질 수 없더라도, 기본권을 누릴 수는 있다. 예를 들어, 교회를 보자.

- 1. 단체로서 종교의 자유 등 기본권을 누린다.

2. 그러나 민법상 권리능력은 없다. 그래서 교회(단체)를 권리능력 없는 사단이라 부른다.

교회는 권리의무의 주체는 아니더라도 기본권의 주체는 된다. 즉, 교회의 청구인 능력은 인정된다.

유형별 분석

머리에

1. 기본권 소지자(bearer): 기본권을 누리는 자 → 청구인능력○
2. 기본권 수범자(addressee): 기본권을 지켜야 하는 자 → 청구인능력×

자연인

자연인(natural person)은 청구인능력이 있다.

1. 국민이든(대한민국 국적이 있든)
2. 외국인이든(대한민국 국적이 없든), 마찬가지다.

99헌마494: ‘국민’ 또는 국민과 유사한 지위에 있는 ‘외국인’은 기본권의 주체가 될 수 있다.]

단, 외국인에게 인정되지 않는 기본권도 있다. 그 기본권에 관해서는 외국인은 국민과 유사한 지위에 있지 않아 기본권 주체가 될 수 없다. 차차 본다.

사적 단체

사적 단체(private association)도 청구인능력이 있다.

1. 단체가 법인등기가 되어 법인격이 있든(권리능력이 있든),
2. 단체가 법인등기가 안 되어 법인격이 없든(권리능력이 없든), 마찬가지다.

92헌마177: 청구인협회[한국신문편집인협회]는 언론인들의 협동단체로서 법인격은 없다. 그러나 대표자와 총회가 있고, 단체의 명칭, 대표의 방법, 총회 운영, 재산의 관리 기타 단체의 중요한 사항이 회칙으로 규정되어 있는 등 사단으로서의 실체를 가지고 있다. 그러므로 권리능력 없는 사단이다.]

[권리능력 없는 사단도] 기본권의 성질상 자연인에게만 인정될 수 있는 기본권이 아닌 한 기본권의 주체가 될 수 있다. 헌법상의 기본권을 향유하는 범위[에서는] 헌법소원 심판청구능력도 있다.]

단, 단체에게 인정되지 않는 기본권도 있다. 역시 그 기본권에 관해서는 단체는 자연인과 유사한 지위에 있지 않아 기본권 주체가 될 수 없다. 역시 차차 본다.

공적 기관

원칙적으로, 공적 기관이나 공적 단체(public association)는 기본권 소지자가 아니라 기본권 수범자다. 그래서 청구인능력도 없다.

2004헌바50: 기본권 보장규정인 헌법 제2장의 제목이 “국민의 권리와 의무”이고 그 제 10조[부터] 제39조[까지의 규정]에서 “모든 국민은 ... 권리를 가진다[.]”라고 규정하고 있다. 그러므로 이러한 기본권의 보장에 관한 각 헌법 규정의 해석상 국민만이 기본권의 주체[다.]

공권력의 행사자인 국가, 지방자치단체나 그 기관 또는 국가조[직] 일부나 공법인은 기본권의 수범자이지 기본권의 주체가 아니[다.] 이들은 오히려 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 ‘책임’과 ‘의무’를 지니고 있을 뿐이다.

그렇다면 이 사건에서 **지방자치단체인 청구인**은 기본권의 주체가 될 수 없[다.] 따라서 청구인의 재산권 침해 여부는 더 나아가 살펴볼 필요가 없다.

예를 들어, 사인은 사람을 뽑을지, 누구를 뽑을지, 어떻게 뽑을지는 원칙적으로 자유고, 매우 예외적인 경우만 제한된다. 그러나 공적 기관은 그렇지 않다.

2022두56661: 국립대학교 법학전문대학원에 입학원서를 제출한 제철일안식일에수재림교 신자 甲이 [있었다.] 1단계 서류전형 평가 합격 통지와 함께 토요일 오전반으로 면접접고사 일정이 지정되[었다. 그러자] 토요일 일몰 전에 세속적 행위를 금지하는 안식일에 관한 종교적 신념을 지키기 위해 면접 일정을 토요일 오후 마지막 순번으로 변경해달라는 취지의 이의신청서를 제출했[다. 그러나] 총장이 이를 거부하고 면접평가에 응시하지 않은 甲에게 불합격 통지를 [했다.]

국립대학교 총장은 공권력을 행사하는 주체이자 기본권 수범자로서의 지위를 갖는다. 그 결과 [다음과 같다.] 사적 단체 또는 사인의 경우 차별처우가 사회공동체의 건전한 상식과 법감정에 비추어 볼 때 도저히 용인될 수 있는 한계를 벗어난 경우에 한해 사회질서에 위반되는 행위로서 위법한 행위로 평가[된다. 이와] 달리, 국립대학교 총장은 헌법상 평등원칙의 직접적인 구속을 받고, **국민의 기본권을 보호 내지 실현할 책임과 의무**를 부담하므로, 그 차별처우의 위법성이 보다 폭넓게 인정된다.

甲의 면접일시 변경을 거부함으로써 甲이 종교적 신념을 이유로 받게 된 중대한 불이익을 방지한 총장의 행위는 헌법상 평등원칙을 위반한 것으로 위법하[다.]

연습문제

2026년도 변호사시험 공법 선택형

[문 26.] 다음 사례에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

甲은 ○○교 신자인데, ○○교는 금요일 일몰부터 토요일 일몰까지 학교 활동 및 시험 응시 등의 세속적 행위를 금지하고 있다. A국립대학교 총장 乙은 서류전형을 합격한 학생들을 대상으로 토요일 오전반과 오후반으로 나누어 면접평가를 실시하되, 면접 결시자는 불합격 처리하도록 하는 내용의 A국립대학교 법학전문대학원 모집요강을 공고하였다. 乙이 甲의 면접일시를 토요일 오전으로 지정하자, 甲은 乙에게 토요일 일몰 후 면접에 응시할 수 있게 해 달라는 취지의 이의신청을 하였으나, 乙은 이를 거부하였다. 甲은 결국 면접평가에 응시하지 않았고, 乙은 甲에 대해 불합격 통지를 하였다. 이에 甲은 乙을 상대로 위 이의신청 거부행위 및 불합격처분에 대한 취소소송을 제기하였다.

ㄴ. 乙이 甲의 면접일시 변경을 거부함으로써 甲이 종교적 신념을 이유로 받게 된 중대한 불이익을 방지한 乙의 행위는 헌법상 평등원칙을 위반한 것으로 위법하다.

르.乙은 공권력을 행사하는 주체이자 기본권 수범자로서의 지위를 가지므로, 헌법상 평등원칙의 직접적인 구속을 받고, 국민의 기본권을 보호 내지 실현할 책임과 의무를 부담하므로, 그 차별처우의 위법성이 사적 단체 또는 사인의 경우보다 폭넓게 인정된다.

특징

개요

청구인능력은 문제의 사건이 어떤 사건인지와는 무관하다. 인정되냐 인정되지 않냐는 “청구인이 무엇인지”에 따라 일률적으로(uniformly) 결정한다.

사례

1. 청구인이 국민인 이상, 사건 내용을 묻지 않고 청구인능력은 인정된다.
2. 반대로, 만약 청구인이 공적 단체라면, 일률적으로 청구인능력이 없다.

비교: 청구인적격은 일률적으로 결정되지 않는다. 사건과의 관련성을 살펴 “이 사건에서는 청구인적격이 있고, 저 사건에서는 청구인적격이 없다.”라는 식이다.

예외

청구인이 공적 기관과 사인(private person) 지위 모두 갖춘 경우가 있다. 이때는 일률적으로 청구인능력을 판단할 수 없다. 사건과의 관련성을 살펴야 한다.

이중적 지위

문제점

공적 기관과 사인(private person) 지위 모두 있는 경우가 있다.

사례

국회의원, 대통령, 장관, 지자체장 등

2007헌마700: 대통령은 소속 정당을 위하여 정당활동을 할 수 있는 사인으로서의 지위와 국민 모두에 대한 봉사자로서 공익실현의 의무가 있는 헌법기관으로서의 지위를 동시에 갖는다.]

판단 기준

2007헌마843: 국가 및 그 기관 또는 조직의 일부나 공법인은 원칙적으로는 기본권의 ‘수범자’로서 기본권의 주체가 되지 못하고, 다만 국민의 기본권을 보호 내지 실현하여야 할 책임과 의무를 지는 데 그칠 뿐이다. 그러므로] 공직자가 국가기관의 지위에서 순수한 직무상의 권한행사와 관련하여 기본권 침해를 주장하는 경우에는 기본권의 주체성을 인정하기 어렵다.]

[그러나] 그 외의 사적인 영역에서는 기본권의 주체가 될 수 있다.]

원칙: 공적 기관 지위

기본권 수범자(addresses) → 청구인능력×

2005헌마442: 직무와 관련된 영역에서 금품제공 등의 행위를 할 수 없도록 한 구 [법률조항]이 현직 지방자치단체의 장인 청구인들의 기본권을 제한하는 것인[가?] ... [이] 부분은 지방자치단체장 개인의 기본권을 제한하는 것이 아니라 지방자치단체장으로서의 공무집행의 방법을 제한하는 것[다. 그러]므로 헌법소원심판의 대상이 될 수 없다.

2012헌마533: 청구인이 ... 침해당하였다고 주장하는 기본권은, ... 자신의 양심에 따라 법안을 발의하고 법안을 심의, 표결하는 등 국회의원으로서의 직무를 수행할 권리[다.] 이는 입법권을 행사하는 국가기관인 국회를 구성하는 국회의원의 지위에서 주장하는 권한일지언정 헌법이 일반국민에게 보장하고 있는 기본권이라고 할 수는 없다.

예외: 사인 지위

기본권 소지자(bearer) → 청구인능력○

2007헌마700: 청구인은 대한민국 국민이고, 2003. 2. 25.부터 대한민국의 대통령으로 재직 중이다. ... 청구인은 2007. 6. 21. 피청구인[중앙선거관리위원회 위원장]의 ... 이 사건 조치...가 청구인이 개인으로서 가지는 정치적 표현의 자유를 침해하였다고 주장하면서 헌법재판소법 제68조 제1항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 제기하였다. ... 대통령도 국민의 한 사람으로서 제한적으로나마 기본권의 주체가 될 수 있다.[다.] 최소한 [사인으로서]의 지위와 관련[해서]는 기본권 주체성을 갖는다.

2007헌마843: 청구인은 선출직 공무원인 하남시~~장~~으로서 이 사건 법률 조항으로 ... 공무담임권 등이 침해된다고 주장[한다.] ... 순수하게 직무상의 권한행사와 관련된 것이라기보다는 공직의 상실이라는 개인적인 불이익과 연관된 공무담임권을 다투고 있다. 그러므로 이 사건에서 청구인에게 기본권의 주체성이 인정된다.

기본권 제한

Infringement on Fundamental Rights

권리가 있는 곳에 구제가 있다. - 라틴 법언

개념

사례

전직 대통령인 전두환에게 수여했던 훈장을 빼앗지 않는다고 해서, 국민이 권리 소원 심판을 청구할 수 있는가?

- 1. 안 된다. 그러한 심판청구는 부적법하다.
- 2. 왜? 청구인(국민)에게 기본권 침해(infringement on fundamental rights) 여지가 없기 때문이다.

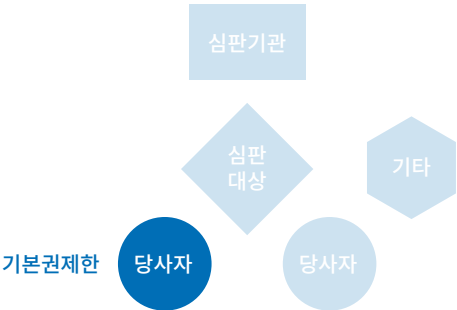
97헌마263: 청구인들은 피청구인이 위 청구외인들[전두환, 노태우 등]에게 특혜를 베푸는 차별적 대우에 대하여 몹시 불쾌한 감정을 느끼고 있으므로 이는 곧 청구인들의 행복추구권을 침해[한다고 주장한다.]

[그러나 이른바 12.12 사건 등에 관련하여 유죄판결을 받은 전직대통령 전두환, 노태우 등]에게 수여한 모든 훈장을 치탈하지 아니하[는] 것만으로는 청구인들의 행복추구권 등 헌법상 보장된 기본권이 침해받을 여지가 없다. 그러므로 청구인들로서는 헌법재판소법 제68조 제1항에 [따른] 헌법소원심판을 청구할 수 없다.

분석

어떤 공권력 행사가 어떤 이유든 헌법에 위반된다고 가정하자. 그렇다면도,

- 1. 그 때문에 기본권이 침해될 여지가 없다면,
- 2. 권리소원제도를 이용할 수 없다.



헌법재판소법 제68조(청구 사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 ... 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다.

즉, 헌법소원은 민중소송(public suit)이 아니다.

91헌마162: 일반국민을 수범자로 하는, 추상적이고 일반적인 성격을 지닌 법률에 대하여 모든 국민 개개인에게 어느 시점에서나 헌법소원심판을 청구할 수 있게 하[면 어떨까? 이는] 민중소송을 인정하는 것에 다름 아니어서 우리의 헌법재판제도상 허용될 수 없[다.] 그러므로 그러한 법률에 대한 헌법소원심판청구가 적법하기 위하여는 청구인에게 [해당]법률에 해당되는 사유가 발생함으로써 그 법률이 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 현실 침해하였거나 침해가 확실히 예상되는 경우에 한정된[다.]

연습문제

2021년도 변호사시험 공법 선택형

[문 17.] 「헌법재판소법」 제68조 제1항의 헌법소원심판청구에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 청구인의 구체적인 기본권 침해와 무관하게 법률 등 공권력이 헌법에 합치하는지 여부를 추상적으로 심판하고 통제하는 절차이다.

유형별 분석

기본권 실체

1. 기본권 실체(substance)가 있어야 한다. 기본권 실체가 없으면, 기본권 제한도 생각할 수 없다.
2. 예를 들어, 실체 존재하지 않는 기본권을 내세워 헌법소원심판을 청구할 수 없다.

2007헌마369: [사건 개요] 청구인들은 ‘한미연합 군사훈련’의 일종인 2007년 전시증원연습이 북한에 대한 선제적 공격연습으로서 한반도의 전쟁발발 위험을 고조시켜 동북아 및 세계 평화를 위협[한다. 그러]므로 청구인들의 평화적 생존권을 침해한다.’고 주장[한다. 그러면서 청구인들은] 2007. 3. 22. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

[이유] 청구인들이 평화적 생존권이란 이름으로 주장하[는] 평화란 헌법의 이념 내지 목적으로서 추상적인 개념에 지나지 아니[한다.] 평화적 생존권은 이를 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로서 특별히 새롭게 인정할 필요성이 있다거나 그 권리내용이 비교적 명확하여 구체적 권리로서의 실질에 부합한다고 보기 어렵다. 따라서 평화적 생존권을 헌법상 보장된 기본권이라고 할 수 없다.

기본권 침해 주장

1. 기본권 침해 주장(assertion)이 있어야 한다. 청구인이 기본권이 침해되었다는 주장을 하지도 않는 상황에서, 그 침해 여부를 판단하는 건 무의미하다.
2. 예를 들어, 헌법원리 훼손만을 이유로 해서는 헌법소원심판을 청구할 수 없다. 헌법원리가 훼손된 것과 기본권이 침해된 것은 다르다.

2005헌마268: 청구인들은 기본권 침해주장 이외에 이 사건 조약들[→ ‘대한민국과 미합중국 간의 미합중국 군대의 서울역지역으로부터의 이전에 관한 협정’ 등]이 일반 헌법 규정(제5조[침략전쟁의 부인], 제60조[국회의 조약에 관한 비준동의])에 위반된다는 주장을 하고 있다.

그러나 앞서 살펴본 바와 같이 기본권 침해의 가능성이 없이 단순히 일반 **헌법 규정**이나 **헌법원칙에 위반된다는 주장**은 기본권침해에 대한 구제라는 헌법소원의 적법요건[→ **심판청구요건**]을 충족시키지 못하는 것으로서 받아들일 수 없다.

기본권 침해 가능성

1. 기본권 침해 가능성(probability)이 있어야 한다.
2. 예를 들어, 실제로 존재하는 기본권을 내세워 그 침해를 주장한다고 하자. 그렇다면, 기본권 침해 “가능성”이 없다면, 헌법소원심판을 청구할 수 없다.

2005헌마268: 청구인들은 미군기지의 대규모 이전에 따라 환경권이 침해될 우려가 높고, 미군범죄의 피해자가 될 수 있[는데도] 수사권 및 재판권이 제약되므로 재판절차진술권, 행복추구권, 평등권이 침해될 우려가 있고, 주변 토지나 건물이 개발제한구역에 포함됨으로써 재산권을 제한받[는]다고 주장한다.

그러나 이 사건 조약들은 평택지역으로 미군부대가 이전한다는 내용을 담고 있을 뿐이다. 그러므로 이에 [따라] 청구인들의 환경권, 재판절차진술권, 행복추구권, 평등권, 재산권이 **바로 침해되는 것이 아니다**. 또한 미군부대의 이전 후에 권리침해를 받을 우려가 있다 하더라도 그러한 권리침해의 우려는 다른 법률에 [따라] 장래에 잠재적으로 나타날 수 있는 것에 불과하다.

기본권 보호 범위

1. 기본권 보호 범위(protection area)에 들어 있어야 한다.
2. 예를 들어, 실제로 존재하는 기본권을 내세워 그 침해를 주장한다고 하자. 그렇다면, 청구인이 주장하는 권리가 그 기본권 “보호 범위” 밖이라면, 헌법소원심판을 청구할 수 없다.

2005헌마268: 청구인들은 이 사건 조약들에 [따라] 평택시의 미군기지가 늘어나면 평택 주민들의 생활에 직접적인 영향을 미치게 되는 것임에도 평택 시민들의 의사가 반영되지 않은 채 조약들이 체결됨으로써, 청구인들의 자기결정권...이 침해당하였다고 주장한다.

그런데 미군기지의 평택이전은 공공정책의 결정 내지 시행에 해당[한다. 그것이] 인근 지역에 거주하는 사람들의 삶을 결정[할 때] 사회적 영향을 미치게 됨은 부인할 수 없다. 그러나 이것이 개인의 인격이나 운명에 관한 사항은 아니며 또한 각자의 개성에 따른 개인적 선택에 직접적인 제한을 가하는 것도 아니다. 따라서 위와 같은 사항은 헌법상 **자기결정권의 보호범위에 포함된다고 볼 수 없다**.

이 사건 심판청구는 기본권 침해의 **가능성 등 적법요건**[→ **심판청구요건**]을 갖추지 못하여 모두 부적법하므로 이를 각하[한다.]

보호 범위에 들어 있는지는 청구인의 주장 취지도 고려해 판단한다.

근로기준법 제53조(연장 근로의 제한) ① 당사자 간에 합의하면 1주 간에 12시간을 한도로 제50조의 근로시간[1주 간에 40시간]을 연장[→ 최대 주52시간]할 수 있다.

2019헌마500: 근로의 권리에는 ‘일할 자리에 관한 권리’뿐만 아니라 ‘일할 환경에 관한 권리’가 포함[된다. 그러나] 이는 근로자를 보호하기 위한 것이다[다.]

[그러므로] 사용자와 근로자 모두 주 52시간 이외에 더 이상 연장근로를 할 수 없도록 금지하는 것이 기본권 침해라고 주장하고 있는 이 사건에서는 ... 근로의 권리 침해는 문제 된다고 보기 어렵다. 따라서] 이에 대해서는 별도로 살피지 않는다.

연습문제1

2021년도 변호사시험 공법 선택형

[문 7.] 헌법상 국제질서에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 전국의 주한미군 기지를 통폐합하여 평택지역으로 집중[하여] 재배치하는 내용의 미군기지이전협정과 이행합의서는 지역주민의 자기결정권을 직접적으로 제한한다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 공법 선택형

[문 10.] 사업주 甲과 근로자 乙은 업종별 차등기준 없이 최저임금을 적용하도록 하고, 아무런 예외 없이 근로시간을 최대 주 52시간으로 제한하여 더 이상 연장근로를 할 수 없도록 하는 것이 자신들의 기본권을 침해한다고 주장하면서 아래 조항들에 대하여 [헌법재판소법] 제68조 제1항에 [따른] 헌법소원심판을 청구하려고 한다. 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

「최저임금법」
...
제14조(위원회의 구성 등) ① 위원회는 다음 각호의 위원으로 구성한다.
1. 근로자를 대표하는 위원 9명
2. 사용자를 대표하는 위원 9명
3. 공익을 대표하는 위원 9명
「근로기준법」
제53조(연장 근로의 제한) ① 당사자 간에 합의하면 1주 간에 12시간을 한도로 제50조의 근로시간을 연장할 수 있다.

- ⑤ 근로의 권리에는 ‘일할 자리에 관한 권리’뿐만 아니라 ‘일할 환경에 관한 권리’가 포함되므로 「근로기준법」 제53조 제1항으로 인해 乙의 근로의 권리가 침해된다.

2단계 심사

기본권 침해 주장, 가능성, 보호 범위 → 본안전판단

- 1. 여기서 말하는 기본권 침해란, 말 그대로 “주장”이나 “가능성”일 뿐이다.

2. 이것은 본안전판단 단계에서 살핀다. 본안전판단이란? 소송요건(심판청구요건)을 갖추고 있는지 확인하는 단계다.

이 단계(본안전)에서는,

- 1. 기본권 침해 “주장”이 있는지,
- 2. 그 “가능성”이 있는지,
- 3. 기본권 “보호 범위”에 들어 있지만 본다.

실제 기본권 침해 → 본안전판단

- 1. 실제로 침해가 있었는지 아닌지(consequence)는 그다음 단계다.
- 2. 이것은 본안전판단 단계에서 살핀다. 본안전판단이란? 여러 가치들을 저울질하는 단계다.

이 단계(본안)에서는,

- 1. “과도한 제한”인지,
- 2. 제한에 “합리적 이유”가 있는지를 본다.

사례

헌법원칙 위반 주장 사례

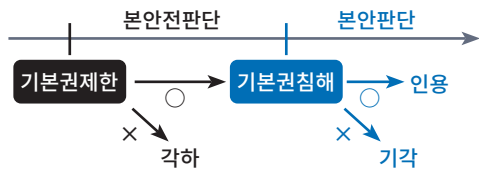
- 1. 청구인의 주장: 어떤 공권력 행사가 자기 기본권을 침해한다는 것이 아니라, 그 공권력 행사가 적법절차의 “원칙에 위반”하고 있다!
- 2. 분석: 그러면, 기본권 침해의 주장(assertion)이나 가능성(probability)이 없다. 저울질 자체가 필요 없다.
- 3. 효과: 헌법재판소는 본안전판단 결과, 각하(dismissal) 결정한다.

기본권 침해 주장 사례

- 1. 청구인의 주장: 어떤 공권력 행사가 자기 “기본권을 침해”한다!
- 2. 분석: 기본권 침해의 주장이나 가능성은 있다. 그렇다면 저울질이 필요하다.
- 3. 효과: 심리를 진행한 결과 실제로는 침해(consequence)가 아니라 판단했으면? 헌법재판소는 본안전판단 결과, 기각(rejection) 결정한다.

제한과 침해의 구별

머리에



기본권 제한 개념

- 1. 기본권 침해의 주장이 있거나, 기본권 침해 가능성이 인정되는 것을, 기본권 “제한” 상태라 부른다.
- 2. 만약 기본권 제한이 아니라면? 각하한다.

기본권 침해 개념

- 1. 실제로도 기본권 침해가 인정되는 것을, 기본권 “침해” 상태라 부른다.
- 2. 만약 기본권이 제한되고 기본권 침해라면? 인용한다.

기본권 제한이 있고, 그러한 제한이 합리적 범위를 벗어난 경우다. 즉, 과도한 제한인 경우다.

- 3. 만약 기본권이 제한되나 침해까지는 아니라면? 기각한다.

기본권 제한은 있지만, 그러한 제한이 합리적 범위에 있는 경우다. 즉, 과도한 제한이 아닌 경우다.

2019헌마500: 주 52시간 상한제조항은 사용자와 근로자 간에 합의를 한 경우에도 1주간 12시간을 한도로 근로시간을 연장할 수 있도록 제한하고 있고, 휴일근로시간도 그 한도에 포함된다. 주 52시간 상한제조항은 연장근로시간에 관한 사용자와 근로자 간의 계약 내용을 제한한다는 측면에서는 사용자와 근로자의 **계약의 자유를 제한**한다. 그리고 근로자를 고용하여 재화나 용역을 제공하는 사용자의 활동을 제한한다는 측면에서는 **직업의 자유를 제한**한다.]

따라서 주 52시간 상한제조항이 ... 청구인들의 계약의 자유와 ... 직업의 자유를 **침해하는지 여부가 문제** 된다. ... 주 52시간 상한제조항은 과잉금지원칙에 반하여 ... 청구인들의 계약의 자유 및 ... 직업의 자유를 **침해하지 않는다**.

	청구인용	청구기각	심판청구각하
기본권 제한	○		×
심판청구 요건	구비 (적법)		불비 (부적법)
기본권 침해	○	×	
청구인 승패	승소	패소	

연습문제

2026년도 변호사시험 공법 선택형

[문 10.] 사업주 甲과 근로자 乙은 업종별 차등기준 없이 최저임금을 적용하도록 하고, 아무런 예외 없이 근로시간을 최대 주 52시간으로 제한하여 더 이상 연장근로를 할 수 없도록 하는 것이 자신들의 기본권을 침해한다고 주장하면서 아래 조항들에 대하여 [헌법재판소법] 제68조 제1항에 [따른] 헌법소원심판을 청구하려고 한다. 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

...

「근로기준법」

제53조(연장 근로의 제한) ① 당사자 간에 합의하면 1주 간에 12시간을 한도로 제50조의 근로시간을 연장할 수 있다.

③ 「근로기준법」 제53조 제1항은 연장근로시간에 관한 사용자와 근로자 간의 계약 내용을 제한한다는 측면에서는 甲과 乙의 계약의 자유를 제한하고, 근로자를 고용하여 재화나 용역을 제공하는 사용자의 활동을 제한한다는 측면에서는 甲의 직업의 자유를 제한한다.

청구인적격

Standing to Sue

남에게, 또 남의 일에 대해서 말을 삼가라. - Henry Fielding

개념

사례

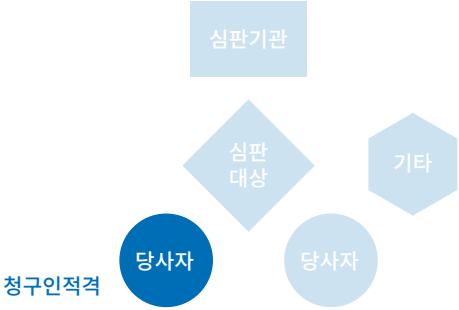
내 친구가 기본권침해를 받았다 해서, 내가 청구인이 되어 권리소원 심판을 청구할 수 있는가?

- 1. 안 된다. 그러한 심판청구는 부적법하다.
- 2. 왜? 내게 청구인적격(standing to sue)이 없기 때문이다.

분석

이처럼 청구인으로서 심판청구를 수행하고 결정을 받기 위하여 필요한 자격을 청구인적격(standing to sue)이라 한다. 쉽게 말해, “청구인으로서 적합하다는 자격”이다. 이것은,

- 1. 기본권 침해와
- 2. 청구인 사이에
- 3. 법적 관련성(legal nexus)이 있는가 하는 문제다.



헌법재판소법 제68조(청구 사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 ... 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. ...

청구인적격의 3요소

개요

청구인적격은 다음 3가지로 구성된다.

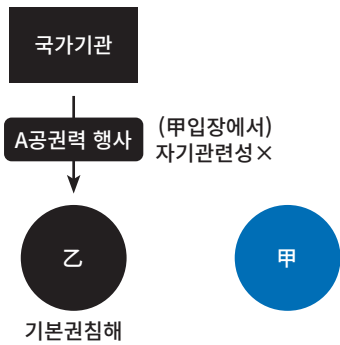


- 1. 자기관련성(personal nexus)
- 2. 직접관련성(direct nexus)
- 3. 현재관련성(present nexus)

자기관련성

자기관련성(personal nexus)이란? 자기 기본권이 침해되는지 하는 문제다.

- 1. 공권력 행사의 상대방은 자기관련성이 있다.
- 2. 공권력 행사의 상대방이 아닌 제3자는? 원칙적으로 자기관련성이 없다. 청구인적격이 없다.

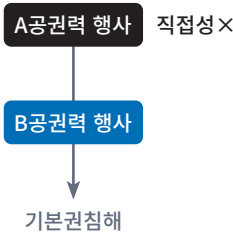


직접관련성

직접관련성(direct nexus)이란? 공권력 행사 자체로 기본권이 침해되는지 하는 문제다. 직접성이라고도 한다.

- 1. 그 공권력 행사 “때문에” 기본권이 침해됐다면 직접관련성이 있다.
- 2. 결과적으로 기본권을 침해받은 것으로 보이더라도, 사실은 간접적 또는 반사적으로 불이익을 받은 데 불과하다면? 직접관련성이 없다. 청구인적격이 없다.

만약 심판대상인 공권력 행사(A) 외에 다른 공권력 행사(B)가 있어야 비로소 기본권침해가 발생한다면? 공권력 행사(A)에 관해 기본권침해의 직접성이 없다.



현재관련성

현재관련성(present nexus)이란? 지금(현재) 기본권이 침해되는지 하는 문제다. 현재성이라고도 한다.

- 1. 그 공권력 행사 때문에 지금 현재 기본권 침해를 받고 있다면? → 현재관련성이 있다.



- 2. 과거에 기본권 침해가 있었지만 헌법소원 심판 청구 당시 이미 침해가 종료됐다면? → 현재관련성이 없다. 원칙적으로 청구인적격이 없다.



- 3. 미래에 침해가 있을 수도 있는 잠재적 경우라면? → 현재관련성이 없다. 원칙적으로 청구인적격이 없다.



자기관련성 원칙

원칙

공권력 행사의 직접 상대방(乙)이 아닌 자(甲)는 자기관련성이 없다.

사례

1. 구성원 乙을 규제 → 단체 甲 자체는 자기관련성×

2020헌마670: 단체[甲]와 그 구성원[乙]은 서로 별개의 독립된 인격체이다. 그러므로 단체[甲]의 **구성원[乙]이 기본권을 침해당한 경우 단체[甲]가** 구성원[乙]의 권리구제를 위하여 헌법소원심판을 청구하는 것은 **원칙적으로 허용되지 않는다.**

심판대상조항의 수범자는 일반계임제공업자[乙]인데 청구인 사단법인[甲]은 이에 해당하지 않는다. 청구인 사단법인[甲]은 그 구성원[乙]과 별개의 독립된 인격체다. 따라서 구성원인 일반계임제공업자 회원들[乙]의 기본권 구제를 위하여 이 사건 심판을 청구할 수 없다.

따라서 청구인 사단법인[甲]의 심판청구는 **부적법**하다.

2. 乙을 규제 → 간접적, 사실적, 경제적 이해관계뿐인 甲은 자기관련성×

2009헌마146: 원칙적으로 기본권을 침해당하고 있는 자[乙]만이 헌법소원을 제기할 수 있다. 제3자[甲]는 특별한 사정이 없는 한 기본권침해에 직접 관련되었다고 볼 수 없다. 즉, 공권력 작용의 **직접 상대방[乙]이 아닌 제3자[甲]**가 헌법소원을 청구하는 경우에는 [다음과 같다.] 그 제3자[甲]의 기본권이 직접적, 법적으로 침해당하고 있는 경우에만 자기관련성이 인정될 수 있다. 단지 **간접적, 사실적 또는 경제적인 이해관계**로만 관련되어 있는 경우에는 **자기관련성이 부인**된다.]

이 법과 [제주4.3사건진상규명및희생자명예회복위원회가 2002. 11. 20.부터 2009. 3. 6.까지 결정한 제주4.3사건 희생자 결정으로] 청구인들[甲]이 스스로 자신들의 명예가 훼손되었다고 생각할 수는 있다. 그러나 그것은 어디까지나 주관적이고 정서적인 ‘명예감정’에 관련된 것이다. 그러한 명예감정은 헌법이 보호하는 명예권이나 인격권에는 포함되지 않는다. ... 청구인들[甲]은 이 사건에서 간접적, 사실적인 이해관계로만 관련되어 있다. 그래서 청구인들[甲]에게는 기본권침해의 **자기관련성이 인정되지 않는다.**

그렇다면, 이 사건 심판청구는 **부적법**하다.]

3. 乙에게 혜택을 주는 법령 → 혜택 상대방 아닌 자 甲은 자기관련성×

2010헌마789: 이 사건 재학생 방침보류는 국방부장관이 예비군지휘관에 대하여 예비군 교육훈련 업무와 관련하여 지시한 사무처리지침을 규정한 것이다. 그런데 예비군 교육훈련의 대상자인 청구인은 그 직접적인 **적용을 받는 사람이 아니다.** 그리고 이 사건 재학생 방침보류에서 정한 각급학교 학생 등에 해당하지 않는다. 즉, 청구인은 이 사건 재학생 방침보류의 **수혜대상에서 제외되어 있다.**

청구인은 학생에게 예비군 교육훈련 일부의 보류혜택을 부여하는 것이 부당하다고 주장할 뿐이다. ... 청구인에게 이 사건 재학생 방침보류의 위헌 여부에 관한 헌법소원 심판을 구할 **자기관련성이 없다.**

그렇다면 이 사건 심판청구는 **부적법**하다.]

수범자와 자기관련성

공권력 행사의 수범자(addressee)가 아니라면?

1. 원칙: 자기관련성×

최저임금법 제14조(위원회의 구성 등) ① 위원회는 다음 각호의 위원으로 구성한다.

1. 근로자를 대표하는 위원... 9명
2. 사용자를 대표하는 위원... 9명
3. 공익을 대표하는 위원... 9명

2019헌마500: 청구인들은 ... 최저임금위원회의 구성에 관한 [최저임금법] 제14조... 등이 청구인들의 계약의 자유 등 기본권을 침해한다고 주장하면서, 2019. 5. 14. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

위원회조항...은 최저임금위원회의 구성 ... 등에 관하여 규정한 조직규범으로서 일반국민을 수범자로 하지 않고 있[다.] 어떠한 **국가기관이나 기구**의 기본조직 및 직무범위 등을 규정한 **조직규범**은 원칙적으로 그 조직의 구성원이나 구성원이 되려는 자 등 외에 **일반국민을 수범자로 하지 않[는다]**. 그리고 일반국민은 그러한 조직규범에 [따라] 자기의 헌법상 보장된 기본권이 직접적으로 침해된다고 할 수 없[다.]

그러므로 ... [이 부분] 심판청구는 모두 **부적법**하다.

2. 예외: 자기관련성○

공증인법 제10조(공증인의 소속과 정원) ② 각 지방[공소]청 소속 공증인의 정원(定員)은 지방[공소]청의 관할 구역마다 법무부장관이 정한다. ...

공증인의 정원 및 신원보증금에 관한 규칙 제2조(정원) 각 지방[공소]청소속 공증인의 정원은 별표 1과 같다.

2019헌마572: 인가공증인의 경우 공증인가를 받고자 하는 **법무법인이 직접 수범자** [다. 그렇지만] 인가공증인 정원제 [때문에] 소속 법무법인이 공증인가를 받지 못하게 되거나 스스로 법무법인을 설립하여 공증인가를 받는 것이 제한된 변호사들로서도 **법무법인과 유사한 정도의 불이익**을 받는[다.] ... 따라서 이 사건 정원 규정은 청구인들의 직업의 자유 등 기본권을 침해할 가능성이 있[다. 그러]므로 기본권침해의 **자기관련성**이 인정된다.

이 사건 정원 규정에 대한 심판청구는 **적법**하[다.]

결국, 실질적으로 판단한다.

주의: 기본권 주체 문제와 자기관련성

형사피해자 재판절차 진술권의 주체는 “형사피해자”다. 그런데 형사피해자에 해당하는지는 기본권 주체 문제라기보다는 자기관련성(청구인적격) 문제다.

대한민국헌법 제27조 ⑤ **형사피해자**는 법률이 정하는 바에 [따라 해당] 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다.

1. 청구인이 도롱뇽 → 도롱뇽은 기본권 주체× → 청구인능력×
2. 청구인이 사람 → 사람은 기본권 주체○ → 청구인능력○ → 청구인적격?

92헌마48: 헌법 제27조 제5항에 [따른] 형사피해자의 재판절차진술권은 ... 형사피해자로 하여금 ... 형사사건에 관한 의견진술을 할 수 있는 청문의 기회를 부여함으로써 형사사법의 절차적 적정성을 확보하기 위하여 이를 기본권으로 보장하는 것이[다.] 따라서 ... 형사피해자의 개념은, ... 형사실체법상으로는 직접적인 보호법익의 향유주체로 해석되지 않는 자라 하더라도 문제 된 범죄행위로 말미암아 법률상 불이익을 받게 되는 자의 뜻으로 풀이하여야 [한다.]

청구인들은 이 사건 **교통사고로 사망한 ... 이○덕의 부모**[다.] ... 비록 교통사고처리특례법의 보호법익인 생명의 주체는 아니라고 하더라도 위 교통사고로 위 망인이 사망함으로써 극심한 정신적 고통을 받은 법률상 불이익을 입게 된 사람임이 명백[다.] 그러므로 헌법상 재판절차진술권이 보장되는 형사피해자의 범주에 속한[다.] ... 청구인들에게는 이 사건 헌법소원심판을 청구할 수 있는 **청구인적격이 있다.**

연습문제1

2023년도 변호사시험 공법 선택형

[문 2.] 「헌법재판소법」 제68조 제1항에 따른 헌법소원심판에서 청구인의 자기관련성이 인정되지 않는 사례는? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 일반게임제공업자가 게임물의 버튼 등 입력장치를 자동으로 조작하여 게임을 진행하는 장치 또는 소프트웨어를 제공하거나 게임물 이용자로 하여금 이를 이용하게 하는 행위를 금지하는 [게임산업법 시행령] 조항에 대하여, 일반게임제공업자를 회원으로 하는 단체인 사단법인이 직업의 자유가 침해된다고 주장하면서 청구한 헌법소원심판

연습문제2

2025년도 변호사시험 공법 선택형

[문 19.] 재판절차진술권에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ② 헌법 제27조 제5항에 정한 형사피해자의 개념은 반드시 형사실체법상의 보호법익을 기준으로 한 피해자개념에 한정하여 결정할 것이 아니라, 형사실체법상으로는 직접적인 보호법익의 향유주체로 해석되지 않는 자라 하더라도 문제 된 범죄행위로 말미암아 법률상 불이익을 받게 되는 자의 뜻으로 이해하여야 한다.

연습문제3

2026년도 변호사시험 공법 선택형

[문 10.] 사업주 甲과 근로자 乙은 업종별 차등기준 없이 최저임금을 적용하도록 하고, 아무런 예외 없이 근로시간을 최대 주 52시간으로 제한하여 더 이상 연장근로를 할 수 없도록 하는 것이 자신들의 기본권을 침해한다고 주장하면서 아래 조항들에 대하여 [헌법재판소법] 제68조 제1항에 [따른] 헌법소원심판을 청구하려고 한다. 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

「최저임금법」

...

제14조(위원회의 구성 등) ① 위원회는 다음 각호의 위원으로 구성한다.

- 1. 근로자를 대표하는 위원 9명
- 2. 사용자를 대표하는 위원 9명
- 3. 공익을 대표하는 위원 9명

「근로기준법」

제53조(연장 근로의 제한) ① 당사자 간에 합의하면 1주 간에 12시간을 한도로 제50조의 근로시간을 연장할 수 있다.

② 「최저임금법」 제14조 제1항은 최저임금위원회의 구성에 관하여 규정한 조직규범으로서 일반국민을 수범자로 하지 않고 있으므로 이에 대한 심판청구는 부적법하다.

연습문제4

2026년도 변호사시험 공법 선택형

[문 11.] 「헌법재판소법」 제68조 제1항에 [따른] 헌법소원심판에 관한 설명으로 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

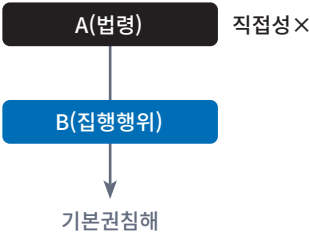
ㄴ. 각 지방검찰청 관할 구역별로 인가공증인의 정원을 한정하고 있는 「공증인법」 조항의 직접적인 수범자는 공증인가를 받고자 하는 법무법인이지만, 그 법무법인에 소속된 변호사도 이 조항에 대한 자기관련성이 인정될 수 있다.

직접관련성 원칙

원칙

공권력 행사(A)가 직접 기본권을 침해하지 않고 후속 집행행위(B)가 있어야 기본권을 침해한다면 직접관련성이 없다. 즉,

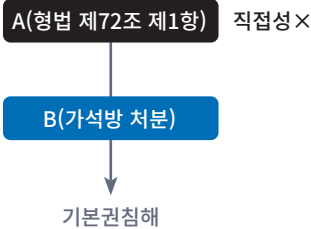
- 1. 법령(A) 자체로 기본권을 침해할 때 그 법령에 직접관련성을 인정할 수 있다.
- 2. 법령(A)에 집행행위(B)가 따라야 비로소 기본권을 침해한다면, 그 법령에 직접관련성을 인정할 수 없다.



2019헌마50: 법령 자체[A]가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 집행행위[B]에 [따르]
지 아니하고 법령 그 자체[A]에 [따라] 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위
의 박탈이 생겨야 한[다.]

행정행위를 예정해 법령에 직접관련성× 사례

1. 형법 제72조 제1항(A)이 가석방 처분(B)을 집행행위로 예정한 경우 → 형법
제72조 제1항(A)은 직접관련성×



형법 제72조(가석방의 요건) ① 징역이나 금고의 집행 중[인] 사람이 행상(行狀)이 양
호하여 누워침이 두렸한 때에는 무기형은 20년, 유기형은 형기의 3분의 1이 지난 후
행정처분으로 가석방을 할 수 있다.

형집행법 제122조(가석방 허가) ① 위원회는 가석방 적격결정을 하였으면 5일 이내에
법무부장관에게 가석방 허가를 신청하여야 한다.

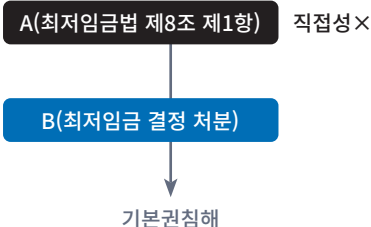
- ② 법무부장관은 제1항에 따른 위원회의 가석방 허가신청이 적정하다고 인정하면 허가
할 수 있다.

93헌마12: 형법 제72조 제1항[A]은 동 규정에 따른 요건이 갖추어지면 법률상 당연히
가석방을 하도록 정하[는] 것이 아니[다.] 수형자의 연령 등 제반 사정을 참작하여 재량
적인 행정처분[B]으로써 가석방을 할 수 있도록 하는 가석방제도의 원칙을 정하[는] 규
정에 불과하[다.]

[위] 규정이 그 자체로서 가석방이라는 구체적인 행정처분을 기다리지 않고 직접 수형
자인 청구인의 기본권을 침해하고 있다고는 볼 수 없[다.] 그러[므로] 기본권침해의 직접
관련성이 결여되었[다.]

따라서 [형법 제72조 제1항(A)]을 심판대상으로 한 청구인의 이 사건 헌법소원심판청
구는 부적법하다.

2. 최저임금법 제8조 제1항(A)이 최저임금 결정 처분(B)을 집행행위로 예정한
경우 → 최저임금법 제8조 제1항(A)은 직접관련성×



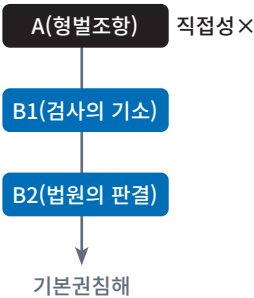
최저임금법 제8조(최저임금의 결정) ① 고용노동부장관은 매년 8월 5일까지 최저임금을 결정하여야 한다. 이 경우 고용노동부장관은 대통령령으로 정하는 바에 따라 제 12조에 따른 최저임금위원회(이하 “위원회”라 한다)에 심의를 요청하고, 위원회가 심의하여 의결한 최저임금안에 따라 최저임금을 결정하여야 한다.

2019헌마50: 최저임금결정조항은 고용노동부장관으로 하여금 최저임금위원회가 심의하여 의결한 최저임금안에 따라 최저임금을 결정하도록 하여 최저임금결정에 대한 권한과 의무를 정하고 있을 뿐이다. 즉, 그 자체[로] 청구인들의 기본권에 어떠한 불리한 영향을 미치지 않는다.

그러므로 ... [이 부분] 심판청구는 모두 **부적법**하다.

사법행위 등을 예정해 법령에 직접관련성× 사례

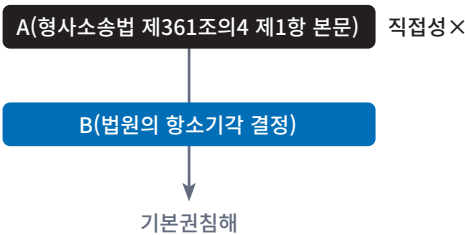
1. 형벌조항(A)이 법원 판결(B2) 등을 집행행위로 예정한 경우 → 형벌조항(A)은 직접관련성×



2016헌마1117: 검사의 기소[B1]와 법원의 재판[B2]을 통한 형벌의 부과라는 구체적 집행행위가 예정되어 있다. 따라서 이 사건 처벌조항(A)은 원칙적으로 기본권 침해의 직접성을 인정할 수 없다.

형벌조항[A]을 위반하여 기소된 후에는 재판과정에서 그 조항에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 한 다음 헌법재판소에 그 위헌 여부에 관한 판단을 구할 수 있다. 그러므로, 그 집행행위인 형벌부과[B1, B2]를 대상으로 한 구체적자가 없다고 볼 수 없다. 설령 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없는 경우에 해당한다고 볼 수도 없다.

2. 형사소송법 제361조의4 제1항 본문(A)이 법원 결정(B)을 집행행위로 예정한 경우 → 형사소송법 제361조의4 제1항 본문(A)은 직접관련성×



형사소송법 제361조의2(소송기록접수와 통지) ① 항소법원이 기록의 송부를 받은 때에는 즉시 항소인과 상대방에게 그 사유를 통지하여야 한다.

형사소송법 제361조의3(항소이유서와 답변서) ① 항소인 또는 변호인은 전조의 통지를 받은 날로부터 20일 이내에 항소이유서를 항소법원에 제출하여야 한다. ...

형사소송법 제361조의4 (항소기각의 결정) ① 항소인이나 변호인이 전조 제1항의 기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 때에는 결정으로 항소를 기각하여야 한다. ...

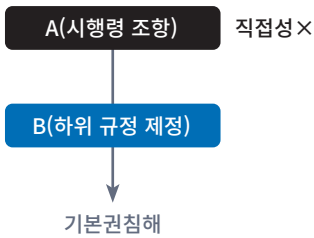
2015헌마165: 이 사건 결정조항[→ 제361조의4 제1항 본문(A)]은 구체적인 소송사건에서 법원[이] 해석, 적용[하]는 재판규범[이다. 즉,] 법원의 재판[B]이라는 구체적인 집행행위의 매개를 거쳐 비로소 특정인의 기본권에 영향을 미치게 되는 법규범[이다. 그리고] 집행기관이 심사와 재량의 여지없이 그 법률에 따라 일정한 집행행위를 하여야 하는 경우에도 해당하지 않[는다. 게다가] 즉시항고라는 구제절차도 존재[한다. 그러므로] 이 사건 결정조항[A]에 대한 심판청구는 기본권 침해의 직접성이 없는 법률조항을 대상으로 한 것이다.

주의: 항소기각 결정 조항(제361조의4 제1항 본문)은 직접성×. but 항소이유서 제출 의무 조항(제361조의3 제1항 전문)은 직접성○.

2015헌마165: 이 사건 의무조항[→ 제361조의3 제1항 전문]은 항소인에게 20일이라는 한정된 기간 내에 항소이유서를 제출하도록 강제하고 있[다. 즉,] 법률 그 자체에 따라 행위의무를 부과하고 있[다. 그러]므로 기본권 침해의 직접성은 인정된다.

입법행위를 예정해 법령에 직접관련성× 사례

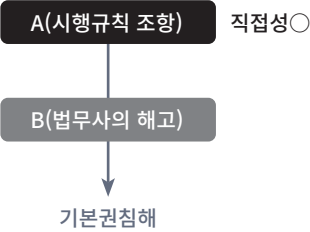
시행령 조항(A)이 하위 규정 제정(B)을 집행행위로 예정한 경우 → 시행령 조항(A)은 직접관련성×



2015헌마853: 법령[A]이 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원의 대상이 되려면 구체적인 집행행위[B] 없이 직접 기본권을 침해하여야 [한다.] 여기의 집행행위에는 입법행위도 포함[된다. 그러]므로 법령[A]이 그 규정의 구체화를 위하여 하위규범[B]의 시행을 예정하고 있는 경우에는 [해당] 법령[A]의 직접성은 원칙적으로 부인된[다.]

이 사건 시행령조항[A]은 ... ‘지방계약법상 수의계약’...의 계약상대자를 선정하는 기준과 관련하여 행정자치부장관에게 하위규범을 제정, 시행[B]할 권한을 부여하고 있을 뿐[이다. 즉, 이 사건 시행령조항(A)이] 지방계약법상 수의계약의 체결을 통하여 업무를 수행하고자 하는 청구인에 ... 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이라는 법적 효과를 발생시키는 내용을 직접 규정하고 있지 아니하다. ... 따라서 이 사건 시행령조항[A]에 대한 심판청구는 기본권 침해의 직접성이 인정되지 아니하여 부적법하다.

그러나 사인(private person)의 행위는 “집행행위”에 해당하지 않는다.



95헌마331: 법규범이 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접 기본권을 침해한다고 할 때의 집행행위란 공권력행사로서의 집행행위를 의미[한다.]

[그러]므로 법규범이 정하고 있는 법률효과가 구체적으로 발생[할 때] 이 사건에서 법무사의 해고행위와 같이 **공권력이 아닌 사인의 행위**를 요건으로 하고 있다고 할지라도 법규범의 직접성을 부인할 수 없는 것이다[→ 법령(A)의 **직접관련성**○].

연습문제1

2021년도 변호사시험 공법 선택형

[문 17.] 「헌법재판소법」 제68조 제1항의 헌법소원심판청구에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄹ. 기본권침해의 직접성이란 집행행위에 [따르]지 아니하고 법률 그 자체[로] 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 말하므로, 법규범[에서] 정하[는] 법률효과가 구체적으로 발생함[에] 사인의 행위를 요건으로 하고 있다고 한다면 직접성이 인정되지 아니한다.

연습문제2

2024년도 변호사시험 공법 선택형

- [문 10.] 헌법소원심판의 적법요건인 직접성에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ① 법령은 일반적으로 구체적인 집행행위를 매개로 하여 비로소 기본권을 침해하게 되므로 기본권의 침해를 받은 개인은 우선 그 집행행위를 대상으로 하여 일반 소송의 방법으로 기본권 침해에 대한 구제절차를 밟는 것이 헌법소원의 성격상 요청된다.
 - ② 살수차의 사용요건 등을 정한 「경찰관 직무집행법」 조항은 집회, 시위 현장에서 경찰의 살수행위라는 구체적 집행행위를 예정하고 있으므로 기본권 침해의 직접성이 인정되지 않는다.
 - ③ 법무사의 사무원 총수는 5인을 초과하지 못한다고 규정한 「법무사법 시행규칙」 조항은 사무원 해고 효과를 직접 발생시키지 않으므로 기본권 침해의 직접성이 인정되지 않는다.
 - ④ 검사 징계위원회의 위원 구성을 정한 「검사징계법」 조항은 [같은] 법에서 별도의 징계처분을 예정하고 있기 때문에 기본권 침해의 직접성이 인정되지 않는다.

- ⑤ 교도소장의 서신개봉 재량을 부여하고 있는 [형집행법 시행령] 조항은 교도소장의 금지물품 확인 행위와 같은 구체적인 집행행위를 예정하고 있으므로 수용자의 기본권 침해의 직접성이 인정되지 않는다.

연습문제3

2026년도 변호사시험 공법 선택형

[문 10.] 사업주 甲과 근로자 乙은 업종별 차등기준 없이 최저임금을 적용하도록 하고, 아무런 예외 없이 근로시간을 최대 주 52시간으로 제한하여 더 이상 연장근로를 할 수 없도록 하는 것이 자신들의 기본권을 침해한다고 주장하면서 아래 조항들에 대하여 [헌법재판소법] 제68조 제1항에 [따른] 헌법소원심판을 청구하려고 한다. 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

「최저임금법」
제8조(최저임금의 결정) ① 고용노동부장관은 매년 8월 5일까지 최저임금을 결정하여야 한다. 이 경우 고용노동부장관은 대통령령으로 정하는 바에 따라 제12조에 따른 최저임금위원회(이하 “위원회”라 한다)에 심의를 요청하고, 위원회가 심의하여 의결한 최저임금안에 따라 최저임금을 결정하여야 한다.
...

- ① 「최저임금법」 제8조 제1항은 고용노동부장관의 최저임금결정에 대한 권한과 의무를 정하고 있을 뿐 그 자체[로] 甲, 乙의 기본권에 어떠한 불리한 영향을 미치지 않으므로 이에 대한 심판청구는 부적법하다.

연습문제4

2026년도 변호사시험 공법 선택형

[문 11.] 「헌법재판소법」 제68조 제1항에 [따른] 헌법소원심판에 관한 설명으로 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 경우 항소기각결정을 하도록 규정한 「형사소송법」 조항은 구체적인 소송사건에서 법원[에서] 해석, 적용되는 재판규범으로서 법원의 재판이라는 구체적인 집행행위를 매개로 하여 비로소 특정인의 기본권에 영향을 미치게 되므로, 위 조항에 대한 심판청구는 기본권 침해의 직접성 요건을 충족하지 않는다.

현재관련성 원칙

원칙

지금(현재) 기본권이 침해되지 않는다면 현재관련성이 없다.

89헌마12: 법률에 대하여 바로 헌법소원을 제기하려면 우선 청구인 스스로가 [해당] 규정에 관련되어야 할 뿐만 아니라 [해당] 규정[으로] 현재 권리침해를 받아야 한다[다].

2018헌마739: 장차 언젠가 기본권 침해를 받을 우려가 있다 하[자. 그렇]더라도 그러한 우려는 단순히 장래 잠재적으로 나타날 수 있는 것에 불과하여 기본권 침해의 현재성을 구비하였다고 볼 수 없다[다].

사례

1. 과거에 종료한 기본권 침해 → 공권력 행사는 현재관련성×



나중에 공부할 권리보호이익(주관적 심판청구 이익) 관점에서 보자.

2. 미래의 잠재적 기본권 침해 → 공권력 행사는 현재관련성×



2020헌마395: 이 사건 횡수제한조항은 사업장 변경 횡수를 취업활동기간 동안 3회, 취업활동 연장기간 동안 2회로 제한하고 있다. 따라서 이 사건 횡수제한조항은 허용되는 사업장 변경을 **모두 마친 후 추가로 사업장 변경을 신청하고자 하는 경우에 비로소 적용된다.**

그런데 ... 청구인들은 **3회 이상 사업장 변경을 시도하지 않았음**을 자인하고 있다. 그렇다면 현재로서는 청구인들이 허용되는 사업장 변경 횡수를 모두 소진할지가 불분명하여 이 사건 횡수제한조항으로 인한 기본권 침해가 현재 확실히 예측된다고 볼 수 없[다.] 장차 이 사건 횡수제한조항으로 기본권 침해를 받을 우려가 있다고 하더라도 이는 잠재적인 것에 불과하다.

따라서 이 사건 횡수제한조항에 관하여서는 기본권 침해의 **현재성을 인정할 수 없[다.]**

현재성 등이 없어 청구인적격이 없다면 심판청구가 부적법해 본안 판단을 받지 못한다. 그러나 그것이 곧 합헌이라는 뜻은 아니다. 청구인적격을 갖춘 누군가 심판청구를 적법하게 해 위헌(인용) 결정을 받을 수도 있다.

2015헌마994: 결격기간 및 자격취소 조항은 기본적으로 관련자가 아동학대관련범죄로 금고 이상의 실형이나 징역유예, 또는 벌금형이 확정되는 것을 전제하고 있다. 그런데 어린이집 설치, 운영자, 원장, 보육교사인 청구인들은 아동학대관련범죄로 조사 내지 수사받고 있거나 형사 소추되었거나 재판 중에 있다고 보이지 않는[다.] 그렇다면 위 청구인들이 **어린이집에 근무하고 있다는 사실만으로** 위 조항들로 인한 침해가 확실히 예상되거나 그 위헌 여부에 대해 관련되어 있다고 보기 어렵다. ... 그러므로 어린이집 설치, 운영자, 원장, 보육교사인 청구인들의 결격기간 및 자격취소 조항에 대한 심판청구는 기본권 침해의 자기관련성 및 **현재성이 인정되지 아니한다.** ... 결격기간 및 자격취소 조항에 대한 심판청구는 **부적법하므로 각하**[한다.]

2019헌마813: 청구인 임○○는 보육교사로 근무하였던 사람으로, 2016. 6. 21.에서 6. 29. 사이에 범한 [아동학대처벌법]위반(아동복지시설종사자등의아동학대가중처벌)죄로 2017. 8. 11. 벌금 500만 원을 선고받았고... 위 **판결이 확정**되었다. 이에 따라 2019. 9. 20. 청구인 임○○의 보육교사**자격이 취소**되었다. ... 청구인들은 아동학대관련범죄로 벌금형이 확정된 날부터 10년이 지나지 아니한 사람은 어린이집을 설치, 운영하거나 어린이집에 근무할 수 없...도록 규정한 영유아보육법 [조항들이] 청구인들의 직업의 자유를 침해한다고 주장하면서, 2019. 7. 25. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다. ... 심판대상조항은 **침해의 최소성 요건을 충족했다고 보기 어렵다.** ... 그렇다면 설치, 운영 금지조항...은 **헌법에 위반**[된다.]

연습문제1

2025년도 변호사시험 공법 선택형

- [문 6.] 「헌법재판소법」 제68조 제1항에 따른 헌법소원심판에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ⑤ 외국인근로자의 사업장 변경 횟수를 3회로 제한한 [외국인고용법] 조항에 대한 심판 청구[에서] 외국인근로자가 아직 3회 이상 사업장 변경을 시도하지 않은 경우, 위 횟수제한조항으로 인한 기본권 침해가 현재 확실히 예측된다고 볼 수 없다.

연습문제2

2025년도 변호사시험 공법 선택형

- [문 9.] 직업의 자유에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ㄷ. 아동학대관련범죄로 벌금형이 확정된 날부터 10년이 지나지 아니한 사람은 어린이집을 설치, 운영하거나 어린이집에 근무할 수 없도록 한 「영유아보육법」 조항은 사전에 영유아를 아동학대의 위험으로부터 철저히 보호해야 할 필요성이 인정되므로 직업의 자유를 침해하지 않는다.

요건의 완화

문제점

- 1. (i) 자기관련성, (ii) 직접관련성, (iii) 현재관련성 요건을 너무 엄격하게 요구하면?
- 2. 현실적으로 청구인이 충분히 다뤄볼 만한 사안인데도 본안판단을 하지 않게 되는 문제가 있다.

해결

- 1. 예외(exception)를 인정한다.
- 2. 또는, 요건을 완화(relaxation)해, 어느 정도만 되어도 요건을 충족했다고 보기도 한다.
- 3. 결국 본안판단을 하게 되는 경우가 많이 있다.

자기관련성 예외/완화

예외/완화

공권력 행사의 직접 상대방(乙)이 아닌 자(甲)라도 자기관련성○

사례

1. 구성원 乙을 규제 → 단체 甲 자체라도 기본권을 제한받으면 자기관련성○

2016헌마188: 부동산중개법인[甲]이 그 소속 중개보조원[乙]의 기본권 침해를 이유로 헌법소원심판을 청구할 수는 없다. ... [그러나] 심판대상조항이 중개보조원[乙]과 중개 의뢰인 사이의 직접 거래를 금지함에 따라 청구인[甲]은 자신의 중개의뢰인과 중개보조 원[乙] 사이의 거래를 중개할 수 없게 되었다. 그러므로 적어도 법인인 청구인[甲]의 직 업수행의 자유(영업의 자유) 등을 제한하고 있다. 이러한 측면에서 직권으로 청구인에 게 자기관련성을 인정할 수 있다.

2021헌마619: 청구인 회사[로톡(甲)]는 심판대상조항의 직접적인 수범자는 아니[다. 그 령지만] 수범자인 변호사[乙]의 상대방[甲]으로서 법률서비스 온라인 플랫폼을 운영하 며 변호사[乙]등의 광고, 홍보, 소개 등에 관한 영업행위를 하고 있[다.] 이 사건 규정의 수범자인 변호사[乙]가 준수해야 하는 광고방법, 내용 등의 제약을 그대로 이어받게 된 다. 이는 실질적으로는 변호사[乙]등과 거래하는 위와 같은 사업자[甲]의 광고 수주 활 동을 제한하거나 해당 부문 영업을 금지하는 것과 다르지 않다.] ... 따라서 심판대상조 항은 청구인 회사[甲]의 영업의 자유 내지 법적 이익에 불리한 영향을 [준다. 그러므로] 기본권침해의 자기관련성을 인정할 수 있다.

2. 乙을 규제 → 직접적, 법적 침해를 받은 甲은 자기관련성○

2009헌마146: [대통령 박근혜 등의 특정 개인이나 단체를 문화예술인 지원사업에서 배제하도록 한 일련의] 지시는 형식적으로는 예술위 등[乙]에 ... 이루어진 것이었다. 그 러나 그 실질은 청구인들[甲]에 대한 문화예술 지원배제라는 일정한 목적을 관철하기 위하여 단지 예술위 등[乙]을 이용한 것에 불과하다[다.] 청구인들[甲]은 그에 따라 문화예 술 지원 대상에서 제외되었다. 그러므로 청구인들[甲]의 자기관련성이 인정[된다.]

99헌마289: 국민건강보험법 부칙 제6조 및 제7조의 직접적인 [규범 적용을 받는 자]는 법인인 직장의료보험조합(乙)이다. 그러나 乙은 공법인으로서 기본권의 주체가 될 수 없다. 그뿐만 아니라, 법 규정의 실질적인 규율대상이 [규범 적용을 받는 자]인 법인의 지위와 아울러 제3자인 청구인들(직장의료보험조합의 조합원들)[甲]의 법적 지위라고 볼 수 있다. 또한] 법 규정이 내포하는 불이익이 [규범 적용을 받는 자(乙)]의 범위를 넘 어 제3자인 청구인들[甲]에게도 유사한 정도의 불이익을 가져온다는 의미에서 거의 동 일한 효과를 가지고 있다.] ... 청구인들[조합원들 甲]의 자기관련성을 인정할 수 있다.

3. 乙에게 혜택을 주는 법령 → 혜택 상대방 아닌 자 甲이라도 평등권 침해 또는 지위 향상 가능성 있으면 자기관련성○

2010헌마789: 일반적으로 수혜적 법령의 경우에는 [다음 경우에 자기관련성을 인정할 수 있다.] [i] 수혜범위에서 제외된 자[甲]가 자신이 평등원칙에 반하여 수혜대상에서 제 외되었다는 주장을 하[는 때. 또는,] [ii] 비교집단[乙]에게 혜택을 부여하는 법령이 위헌 이라고 선고되어 그러한 혜택이 제거된다면 비교집단[乙]과의 관계에서 자신[甲]의 법적 지위가 상대적으로 향상된다고 볼 여지가 있는 [때. 이런 경우 甲이] 그 법령의 직접적인 적용을 받는 자[乙]가 아니라고 할지라도 자기관련성을 인정할 수 있다.

99헌마494: 국민의 기본권을 제한하고 부담을 부과하는 소위 ‘침해적 법률’의 경우에는 규범의 수범자가 당사자로서 자신의 기본권 침해를 주장하게 [된다. 그렇]지만, 이 사건과 같이 ‘수혜적 법률’의 경우에는 반대로 수혜범위에서 제외된 자[甲]가 그 법률[로] 평등권이 침해되었다고 주장하는 당사자에 해당[한다. 그리고 해당] 법률에 대한 위헌 또는 헌법불합치 결정에 따라 수혜집단[乙]과의 관계에서 평등권 침해 상태가 회복될 가능성이 있다면 기본권 침해성이 인정된다.

청구인들[甲]은 이 사건 심판대상규정으로 말미암아 재외동포법의 수혜대상에서 제외되었다는 평등권 침해를 주장[한다. 그러]므로 기본권 침해성을 인정할 수 있다. ... 자기관련성을 부인할 수 없[다.]

연습문제1

2021년도 변호사시험 공법 선택형

[문 17.] 「헌법재판소법」 제68조 제1항의 헌법소원심판청구에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

다. 일반적으로 수혜적 법령의 경우에는 수혜범위에서 제외된 자가 자신이 평등원칙에 반하여 수혜대상에서 제외되었다는 주장을 하거나, 비교집단[에] 혜택을 부여하는 법령이 위헌이라고 선고되어 그러한 혜택이 제거된다면 비교집단과의 관계에서 자신의 법적 지위가 상대적으로 향상된다고 볼 여지가 있는 때에는 자기관련성을 인정할 수 있다.

연습문제2

2023년도 변호사시험 공법 선택형

[문 2.] 「헌법재판소법」 제68조 제1항에 따른 헌법소원심판에서 청구인의 자기관련성이 인정되지 않는 사례는? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

② 「변호사법」 규정의 위임을 받아 변호사 광고에 관한 구체적인 규제사항 등을 정한 대한변호사협회의 「변호사 광고에 관한 규정」에 대하여, 그 규정의 수범자인 변호사를 상대로 법률서비스 온라인 플랫폼을 운영하며 변호사 등의 광고, 홍보, 소개 등에 관한 영업행위를 하[는] 업체가 영업의 자유가 침해된다고 주장하면서 청구한 헌법소원심판

③ 대통령의 지시로 대통령 비서실장 등이, 야당 소속 후보를 지지하였거나 정부에 비판적 활동을 한 문화예술인이나 단체를 정부의 문화예술 지원사업에서 배제할 목적으로 한국문화예술위원회 등의 공공기관 소속 직원들로 하여금 특정 개인이나 단체를 문화예술인 지원사업에서 배제하도록 한 일련의 지시 행위에 대하여, 그 배제 대상이 된 문화예술인들이 표현의 자유가 침해된다고 주장하면서 청구한 헌법소원심판

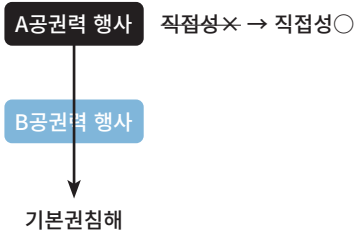
④ 중개보조원이 중개의뢰인과 직접 거래 하는 것을 금지하는 「공인중개사법」 조항에 대하여, 부동산중개법인이 소속 중개보조원과 중개의뢰인 사이의 거래를 중개할 수 없어 직업수행의 자유가 침해된다고 주장하면서 청구한 헌법소원심판

⑤ 방송통신위원회가 지원금 상한액에 대한 기준 및 한도를 정하여 고시하도록 하고, 이동통신사업자가 방송통신위원회가 정하여 고시한 상한액을 초과한 지원금을 지급할 수 없도록 하는 등을 정한 [단말기유통법] 조항들에 대하여, 이동통신단말장치를 구입하고자 하는 이동통신서비스 이용자들이 계약의 자유가 침해된다고 주장하면서 청구한 헌법소원심판

직접관련성 예외/완화

예외/완화

공권력 행사(A)가 직접 기본권을 침해하지 않고 후속 집행행위(B)가 있어야 기본권을 침해하더라도 직접관련성○



사례

2003헌마3: 법령[(공권력행사 A)]의 집행행위[(공권력행사 B)]를 기다렸다가 그 집행행위에 대한 권리구제절차를 밟을 것을 국민에게 요구할 수 없는 경우[는 어떤가? 이런 경우에는] 예외적으로 [공권력행사 A에 관하여] 기본권침해의 직접성이 인정될 수 있다.

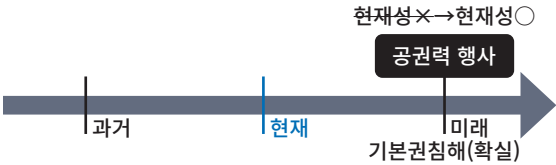
예컨대, 형법상의 법률조항[A]은 엄밀한 의미에서 법률 그 자체[로] 국민의 신체의 자유를 제한하는 것이 아니[다.] 넓은 의미의 재량행위(법관의 양형)의 하나인 형법 조항의 적용행위[B]라는 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 국민의 기본권이 제한[된다. 이론적으로는, 법률조항 A에 [따른] 기본권침해의 직접관련성을 인정하기 어렵다.]

[그렇지만 실제로는] 국민에게 그 합헌성이 의심되는 형법 조항에 대하여 위반행위를 우선 범하고 그 적용, 집행행위인 법원의 판결을 기다려 헌법소원심판을 청구할 것을 요구할 수는 없다. 따라서 이러한 경우에는 예외적으로 집행행위[B]가 재량행위[인데도] 법령[A]에 [따른] 기본권침해의 직접성을 인정할 수 있다.]

현재관련성 예외/완화

예외/완화

지금(현재) 기본권이 침해되지 않더라도 현재관련성○



사례

98헌마168: 청구인 이○규는 1998. 10. 17. 15:30 서울 광진구 구의○에 있는 대공원 웨딩홀에서 [결혼]식을 거행할 예정이[다.] ... 가정의례에관한법률... 제4조는 허례허식행위의 금지라는 제목으로 ... 경조기간[에] 주류 및 음식물 접대를 금지하고 있다.

청구인들은 이 규정이 청구인들의 일반적 행동의 자유 내지 직업수행의 자유 등을 침해하는 것이라며 1998. 5. 29. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

청구인은 예비신랑으로서 비록 현재 기본권을 침해받고 있지는 않다. 그러나 위 법률] 제4조 제1항 제7호의 규정으로 ... 1998. 10. 17. 결혼식 때에는 하객들에게 주류 및 음식물을 접대할 수 없는 불이익을 받게 되는 것이 현재 시점에서 충분히 예측할 수 있 [다. 그러]므로 이 사건 심판청구는 현재성의 예외인 경우로서 적법하다.

연습문제

2025년도 변호사시험 공법 선택형

[문 6.] 「헌법재판소법」 제68조 제1항에 따른 헌법소원심판에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 법률이 헌법소원의 대상이 되려면 현재 시행 중인 유효한 법률이어야 [하는 것이] 원칙이나, 공포된 법률의 경우 효력발생 전이라도 그 시행이 확실시되어 청구인이 불이익을 입게 될 수 있음을 충분히 예측할 수 있는 경우에는 헌법소원을 청구할 수 있다.

제3강

위헌심판, 기관분쟁 소송요건

Litigation Requirements of Adjudication
on the Constitutionality & Jurisdiction Disputes



Sébastien Norblin, *Antigone donnant la sépulture à Polynice (Antigone Giving Burial to Polynices)*
1825, oil on canvas, 114 × 146 cm, Beaux-Arts de Paris, Paris

재판을 받기 위한 전제조건이 무엇인지에 관하여 (나머지 유형)

- 제2강에서는 공권력 작용에 국민이 대항해 통제하는 유형을 살펴보았다면, 제3강 위헌심판, 기관분쟁 소송요건에서는 나머지 유형을 살펴본다. 구체적으로,
 1. 법률을 통제하는 유형
 2. 국가기관 등끼리 서로 공권력 작용을 통제하는 유형
- 법률을 통제하는 유형은 다음과 같다.
 1. 헌법재판 중 위헌법률심판
 2. 헌법재판 중 위헌소원심판
- 국가기관 등끼리 서로 공권력 작용을 통제하는 유형은 다음과 같다.
 1. 행정소송 중 기관소송
 2. 헌법재판 중 권한쟁의심판

위헌법률심판 심판청구요건

Litigation Requirements of Adjudication on the Constitutionality of Act

저는 인간인 당신이 내린 칙령이 변함없이 전해 온 하늘의 법보다
우선한다고는 생각하지 않습니다.
- Sophocles, "Antigone"

복습: 위헌법률심판 개념

개념

1. 법원 재판의 전제가 되는 법률에 관해
2. 그 사건 계속 중 담당 법원이
3. 그 법률의 위헌 여부 심사를
4. 헌법재판소에 청구하여
5. 판단을 받는 제도.

근거

대한민국헌법 제111조 ① 헌법재판소는 다음 사항을 관장한다.

1. 법원의 제청에 [따른] 법률의 위헌 여부 심판

헌법재판소법 제41조(위헌 여부 심판의 제청) ① 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 [해당] 사건을 담당하는 법원...은 직권 또는 당사자의 신청에 [따른] 결정으로 헌법재판소에 위헌 여부 심판을 제청한다.

심판기관에 관하여

머리에

심판기관에 재판권, 관할권이 인정되어야 한다.

강의계획

이 요건은 굳이 살피지 않겠다.

당사자에 관하여

당사자능력(제청능력)

심판청구를 하려면 법원이어야 한다.

당사자적격(제청적격)

심판청구를 하려면 문제의 법률이 재판의 전제가 되어 사건이 계속 중인 법원이어야 한다.

소송 당사자?

법원에서의 소송 당사자는, 헌법재판소에서의 심판 당사자가 아니다.
위헌법률심판과 위헌소원은 쌍방 대립당사자구조로 되어 있지 않다. 원고 대 피고, 청구인 대 피청구인, 신청인 대 피신청인 식이 아니다. 즉, 당사자가 일방만 있다. 이 점이 특색이다.

심판대상에 관하여

법률(대상적격)

심판대상(object)은 법률이어야 한다.

강의계획

제청법원이 위헌법률심판을 청구한 대상이 과연 심판대상(법률) 요건을 갖추었는지 살펴보아야 한다.

기타

머리에

그 밖에 법률에서 직접 규정했거나, 성질상 당연히 필요하다고 해석되는 요건이 있다. 재판 전제성이 가장 중요하다.

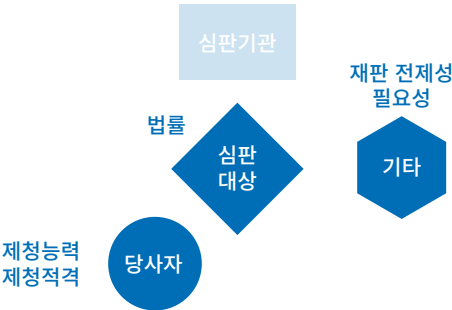
재판 전제성

법률이 위헌인지에 따라 법원에서의 소송결과가 달라져야 한다. 재판 전제성이란 한다. 재판 전제성이 없다면 심판청구는 부적법하다.

결론

심판청구요건 의의

위헌법률심판 심판청구요건 중 어느 하나라도 충족시키지 못하면, 그 심판청구는 부적법하다.



정리

실제로 문제 되는 요건을 나열하면 다음과 같다.

1. 제청능력 [당사자]
2. 제청적격 [당사자]
3. 법률 [심판대상]
4. 재판 전제성 [기타]
5. 필요성 [기타]

“위헌법률심판은 제.제.법.전.필.”로 암기를 할 수도 있다. 소송요건(심판청구요건)은 언제나 심판기관 → 당사자 → 심판대상 → 기타 요소로 구성된다고 이해를 할 수도 있다. 암기와 이해를 병행해야, 암기도 잘되고 이해도 잘된다.

위헌소원 심판청구요건

Litigation Requirements of Constitutionality Complaint

나는 이 나라에서 태어났기에 날 때부터 그런 관습에 젖어 있었지만, 내 생각으로는
이 관례는 지키는 것보다 도리어 깨뜨리는 편이 훌륭하다.

-William Shakespeare

복습: 위헌소원 개념

개념

1. 법원 재판의 전제가 되는 법률에 관해
2. 그 사건 계속 중 당사자가
3. 그 법률의 위헌 여부 심사를 헌법재판소에 청구해 달라고 법원에 제청신청했지만
4. 기각을 당하자 직접 헌법재판소에 청구하여
5. 판단을 받는 제도.

근거

대한민국헌법 제111조 ① 헌법재판소는 다음 사항을 관장한다.

5. 법률[에서] 정하는 헌법소원에 관한 심판

헌법재판소법 제68조(청구 사유) ② 제41조 제1항[→ 위헌법률심판 제도]에 따른 법률
의 위헌 여부 심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에
헌법소원심판을 청구할 수 있다. ...

취지

1. 제청신청 기각 결정을 받은 당사자는 권리소원으로는 구제받기 쉽지가 않다.

헌법재판소법 제68조(청구 사유) ③ ... 법원의 재판에 대한 헌법소원심판은 확정된 재
판을 그 대상으로 하며, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에 한정하여 청구할
수 있다.

1. 법원의 재판이 헌법재판소의 결정에 반하는 취지로 재판함으로써 기본권을 침해
한 경우
 2. 법원의 재판이 헌법과 법률에서 정한 적법한 절차를 거치지 아니함으로써 기본
권을 침해한 경우
 3. 법원의 재판이 헌법과 법률을 위반함으로써 기본권을 침해한 것이 명백한 경우
-

2. 그러나 이러한 경우도 소송 당사자에게 헌법재판의 길을 열어 줄 필요가 있
다. 법원이 부당하게 제청신청 기각을 했을 수도 있기 때문이다. 그래서 법률
을 통해 권리소원 말고도 위헌소원이라는 헌법소원 유형을 만들었다.

대한민국헌법 제111조 ① 헌법재판소는 다음 사항을 관장한다.

5. 법률[에서] 정하는 헌법소원에 관한 심판
-

심판기관에 관하여

머리에

심판기관에 재판권, 관할권이 인정돼야 한다.

강의계획

이 요건은 굳이 살피지 않겠다.

당사자에 관하여

당사자능력(청구인능력)

청구인능력은 권리소원 심판에서와 같다. 자연인은 청구인능력이 있다.

당사자적격(청구인적격)

제청신청 기각 결정을 받은 자여야 청구인적격이 있다.

소송 당사자?

법원에서의 소송 당사자가 헌법재판소 심판의 당사자로 된다. 이 점에서 위헌법률심판과 다르다.

위헌소원은 쌍방 대립당사자구조로 되어 있지 않다. 원고 대 피고, 청구인 대 피청구인, 신청인 대 피신청인 식이 아니다. 즉, 당사자가 일방만 있다. 이 점이 특색이다. 이 점은 위헌법률심판과 같다.

심판대상에 관하여

법률(대상적격)

심판대상(object)은 법률이어야 한다.

강의계획

위헌소원심판을 청구한 대상이 과연 심판대상(법률) 요건을 갖추었는지 살펴봐야 한다.

기타

머리에

그 밖에 법률에서 직접 규정했거나, 성질상 당연히 필요하다고 해석되는 요건이 있다. 재판 전제성이 가장 중요하다.

재판 전제성

법률이 위헌인지에 따라 법원에서의 소송결과가 달라져야 한다. 재판 전제성이라 한다. 재판 전제성이 없다면 심판청구는 부적법하다.

변호사 강제주의, 청구기간

위헌소원도 헌법소원이다. 그러므로 변호사 강제주의, 청구기간 요건이 추가로 필요하다.

주의: 헌법재판소에 헌법소원(위헌소원) 심판청구 하는 것에(헌법재판소의 심판절차에) 변호사 강제주의를 적용한다. 법원에 제청신청 하는 것에는(법원의 심판절차에는) 변호사 강제주의를 적용하지 않는다.

헌법재판소법 제25조(대표자, 대리인) ③ 각종 심판절차[→ 헌법재판소의 심판절차]에서 당사자인 사인(私人)은 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판 수행을 하지 못한다. 다만, 그가 변호사의 자격이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

연습문제

2024년도 변호사시험 공법 선택형

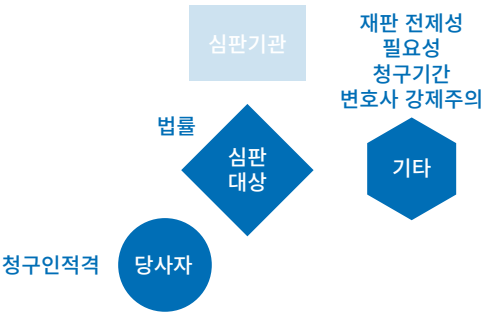
[문 14.] 사인인 甲은 군 복무 중 낙상사고를 당하여 군의관 乙로부터 치료를 받았으나 의병전역 후 법령에 따른 보훈보상금을 지급받던 중 乙의 고의 또는 중과실로 장애를 입게 되었다고 주장하며 대한민국과 乙을 상대로 손해배상을 청구하였다. 위 재판 계속 중 甲은 군인 등의 국가배상청구권을 제한한 「국가배상법」 제2조 제1항 단서에 대해 위헌법률심판제청을 신청하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 甲의 위헌법률심판제청신청은 당사자가 사인인 경우이므로 변호사 강제주의가 적용된다.

결론

심판청구요건 의의

위헌소원 심판청구요건 중 어느 하나라도 충족시키지 못하면, 그 심판청구는 부적법하다.



정리

실제로 문제 되는 요건을 나열하면 다음과 같다.

1. 청구인적격 [당사자]
2. 법률 [심판대상]
3. 재판 전제성 [기타]
4. 필요성 [기타]
5. 청구기간 [기타]
6. 변호사 강제주의 [기타]

“위헌소원은 법.전.필.+청.변.기.”로 암기를 할 수도 있다. 소송요건(심판청구요건)은 언제나 심판기관 → 당사자 → 심판대상 → 기타 요소로 구성된다고 이해를 할 수도 있다. 암기와 이해를 병행해야, 암기도 잘되고 이해도 잘된다.

제청능력
Referral Capacity

나는 이 학생들에게 10년의 정역을 내리는데 너무나 큰 법과 현실과의 간격을 느낀다.
- 유병진, “재판관의 고민”

개념

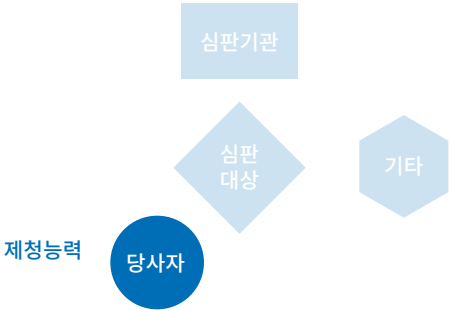
사례

법원에서 재판을 받던 소송 당사자가 위헌법률심판을 청구할 수 있는가?

- 1. 안 된다. 그러한 심판청구는 부적법하다.
- 2. 왜? 소송 당사자는 위헌법률심판 제청능력(청구인능력)이 없기 때문이다.

분석

위헌법률심판 청구(제청)는 오직 법원(court)만 할 수 있다. 즉, 법원만 제청능력(referral capacity)을 가진다.



헌법재판소법 제41조(위헌 여부 심판의 제청) ① 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 [해당] 사건을 담당하는 **법원**(군사법원을 포함한다. 이하 같다)은 직권 또는 당사자의 신청에 [따른] 결정으로 헌법재판소에 위헌 여부 심판을 제청한다.

군사법원의 경우

군사법원 개념

군사법원(military court; court for Armed Forces)이란? 군인 등의 형사재판을 담당하는 특별법원이다.

대한민국헌법 제110조 ① 군사재판을 관할하기 위하여 **특별법원으로서 군사법원**을 둘 수 있다.

② 군사법원의 상고심은 대법원에서 관할한다.

군사법원법 제6조(군사법원의 설치 및 관할구역) ① 군사법원은 **국방부장관** 소속으로 하며, 중앙지역군사법원, 제1지역군사법원, 제2지역군사법원, 제3지역군사법원 및 제4지역군사법원으로 구분하여 설치하되, 그 소재지는 별표 1과 같다.

군법무관 제도

군법무관(military advocate)은 법무장교, 즉 군인이다. 군대 내에서 군판사, 군검사, 국선변호장교 등 보직을 맡는다.

군사법원법 제24조(군판사의 임용자격) ② 군판사는 군법무관으로서 10년 이상 복무한 ... 장교 중에서 임명한다. ...

군사법원법 제41조(군검사의 임명) ① 군검사는 ... 소속 군법무관 중에서 임명한다. ...

군사법원법 제62조(국선변호인) ② [군사법원 등에서 직권으로] 선정하는 변호인은 변호사나 변호사 자격이 있는 장교... 중에서 선정하여야 한다. ...

군법무관에는 직업군인으로 장기(예: 10년) 복무하는 군법무관(“장기 군법무관”)도 있고, 병역의무로 3년 동안 복무하는 법무관(“단기 군법무관”)도 있다. 이제는 변호사 자격이 필요하므로, 변호사시험에 합격해야 한다.

병역법 제58조(...법무...장교...의 병적 편입) ② 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사람 중 ...법무...사관후보생을 지원한 사람은 ...법무...사관후보생의 병적에 편입할 수 있다.] ...

- 2. ... 변호사 자격을 얻기 위하여 ... 법학전문대학원에서 정하여진 과정을 이수하
[는] 사람
- ③ 제2항에 따라 ...법무...사관후보생의 병적에 편입된 사람은 35세까지 ... 현역장교 병적에 편입할 수 있다.] ...

병역법 시행령 제119조의3(...법무... 분야 현역장교의 선발기준 및 절차) ① ... 법무... 분야의 현역장교는 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사람 중에서 선발한다.

- 1의2. 법무 분야 현역장교: ... 법무사관후보생의 병적에 편입되어 정해진 과정을 마치고 ... 변호사의 자격을 취득한 사람

군인사법 제7조(의무복무기간) ① 장교...의 의무복무기간은 다음 각호와 같다. ...

- 4. 단기복무 장교의 의무복무기간은 3년으로 한다. ...

2020두53293: 현역병입영 대상자 중 법학전문대학원 등에서 정해진 과정을 이수하 [는] 사람이 법무사관후보생을 지원하여 병무청장[이] 신체등급, 성적 등을 기준으로 법무사관후보생[으로] 선발[하]는 경우 ‘법무사관후보생 병적’에 편입[된다.] 법무사관후보생[은] 정해진 과정을 마치고 ... 변호사의 자격을 취득하면 국방부장관[이] 신체등급, 성적 등을 기준으로 법무장교로 선발[한] 후 현역입영 통지서를 송달받아 군부대에 입영하여 군사교육을 마친 다음 날 법무장교로 임용되어 ‘법무장교 병적’에 편입된[다.]

군사법원이 “법원”인가?

군사법원과 같은 특별법원(special court)은 “법원”이 아니다. 왜?

- 1. 원래 법원의 심판권은 “법관”(= 대법원장 + 대법관 + 판사)만 행사할 수 있다.

대한민국헌법 제101조 ① 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다.

법원조직법 제5조(판사) ① 대법원장과 대법관이 아닌 법관은 판사로 한다.

2. 군사법원과 같은 특별법원의 심판권은 법관(judge) 아닌 자도 행사할 수 있기 때문이다. 따라서 군사법원은 “법원”이 아니다.

93헌바25: 헌법 제110조 제1항에서 “특별법원으로서 군사법원을 둘 수 있다.”라고 한] 의미는 [무엇일까?] 군사법원을 일반법원과 조직 권한 및 재판관의 자격을 달리하여 특별법원으로 설치할 수 있다는 뜻으로 해석[된다.]

군사법원법 제22조(군사법원의 재판관) ① 군사법원에서는 군판사 3명을 재판관으로 한다.

군사법원법 제24조(군판사의 임용자격) ② 군판사는 군법무관으로서 10년 이상 복무한 영관급 이상의 장교 중에서 임명한다. ...

군법무관법 제3조(임용 자격) 군법무관은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사람 중에서 임용한다.

1. 군법무관 임용시험에 합격하여 사법연수원의 정하여진 과정을 마친 사람
2. 판사, 검사 또는 변호사 자격이 있는 사람

비교: 특허법원, 가정법원, 행정법원, 회생법원은? 이들은 특별법원이 아니라 “법원” 맞다. 이들의 심판권은 오직 “법관”만 행사할 수 있다.

법원조직법 제3조(법원의 종류) ① 법원은 다음의 8종류로 한다.

1. 대법원 / 2. 고등법원 / 3. 특허법원 / 4. 지방법원 / 5. 가정법원 / 6. 행정법원 /
7. 회생법원 / 8. 해사국제상사법원

법원조직법 제7조(심판권의 행사) ① 대법원의 심판권은 대법관 전원의 3분의 2 이상의 합의체에서 행사하며, 대법원장이 재판장이 된다. 다만, 대법관 3명 이상으로 구성된 부(部)에[서] ... 재판할 수 있다. ...

- ③ 고등법원, 특허법원 및 행정법원의 심판권은 판사 3명으로 구성된 합의부에서 행사한다. 다만, 행정법원의 경우 단독판사가 심판할 것으로 행정법원 합의부가 결정한 사건의 심판권은 단독판사가 행사한다.
- ④ 지방법원, 가정법원, 회생법원, 해사국제상사법원과 지방법원 및 가정법원의 지원, 가정지원 및 시, 군법원의 심판권은 단독판사가 행사한다.
- ⑤ 지방법원, 가정법원, 회생법원, 해사국제상사법원과 지방법원 및 가정법원의 지원, 가정지원에서 합의심판을 하여야 하는 경우에는 판사 3명으로 구성된 합의부에서 심판권을 행사한다.

제청능력 부여

군사법원은 “법원”이 아니다. 그런데도, 예외적으로 위헌법률심판, 위헌소원과 관련해서는 헌법재판을 할 수 있도록 군사법원도 “법원으로 간주”한다.

헌법재판소법 제41조(위헌 여부 심판의 제청) ① 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 [해당] 사건을 담당하는 법원(군사법원을 포함한다. 이하 같다)은 직권 또는 당사자의 신청에 [따른] 결정으로 헌법재판소에 위헌 여부 심판을 제청한다.

만약 “군사법원을 포함한다.”라는 문구가 없었더라면? 그러면 군사법원은 제청능력이 없었을 것이다.

제청적격

Standing to Make a Referral

각자 자기 할 일만 잘하면 된다던데. - Lewis Carroll, “이상한 나라의 앨리스”

개념

사례

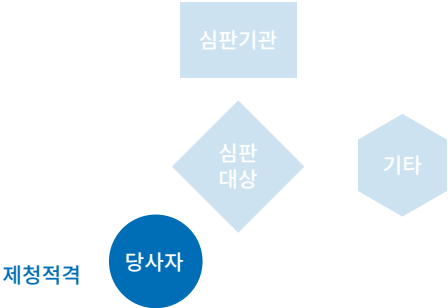
창원지방법원의 X사건 재판에 A법률이 적용되는 상황이다. 오지랖이 넓은 서울남부지방법원 K판사는 A법률이 위헌이라고 생각한다. K판사는 X사건 소식을 들었다. 이때 K판사가 서울남부지방법원 이름으로 위헌법률심판을 제청할 수 있는가?

- 1. 안 된다. 그러한 심판청구는 부적법하다.
- 2. 왜? X사건 재판을 담당하지도 않는 서울남부지방법원은 제청할 자격이 없기 때문이다.

분석

제청법원으로서 결정을 받기 위하여 필요한 자격을 제청적격(standing to make a referral)이라 한다. 쉽게 말해 제청법원으로서 적합하다는 자격이다.

- 1. 위 사례에서 창원지방법원은 제청능력과 제청적격 모두 있다.
- 2. 위 사례에서 서울남부지방법원은 법원이므로 제청능력은 있다. 그러나 제청적격은 없다.



헌법재판소법 제41조(위헌 여부 심판의 제청) ① 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 [해당] 사건을 담당하는 법원...은 직권 또는 당사자의 신청에 [따른] 결정으로 헌법재판소에 위헌 여부 심판을 제청한다.

판단 기준

형식적으로 판단한다. 즉, 형식적으로 제청법원의 해당 사건인지로 판단한다.

법률
Act

입법자들도 인류의 일원이 아니던가? 혹시 그들은 자신들이 나머지 인류보다 더 좋은 흙으로 빚어졌다고 믿는 것인가? - Frédéric Bastiat

개념

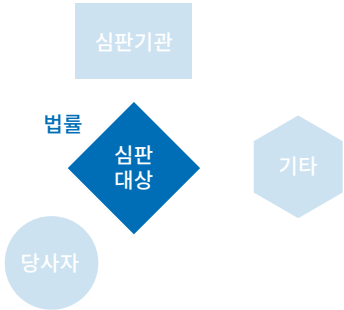
사례

법원이 재판을 하려 보니, 재판에 적용할 A시행령이 위헌 같다. 그러면 그 법원이 위헌법률심판을 제청할 수 있는가? 또는, 소송 당사자가 위헌소원심판을 청구할 수 있는가?

- 1. 안 된다. 그러한 심판청구는 부적법하다.
- 2. 왜? 시행령은 위헌법률심판, 위헌소원의 심판대상이 아니기 때문이다.

분석

- 1. 위헌법률심판은 말 그대로 법률을 심판대상으로 한다.
- 2. 위헌소원은 구조적으로 위헌법률심판의 성격을 가진다. 그러므로 역시 법률을 심판대상으로 한다.
- 3. 따라서 법률이 아닌 처분, 부작위는 심판대상이 될 수 없다.



대한민국헌법 제107조 ① **법률이** 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 [따라] 재판한다.

대한민국헌법 제111조 ① 헌법재판소는 다음 사항을 관장한다.

- 1. 법원의 제청에 [따른] **법률의** 위헌 여부 심판

헌법재판소법 제41조(위헌 여부 심판의 제청) ① **법률이** 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 [해당] 사건을 담당하는 법원...은 직권 또는 당사자의 신청에 [따른] 결정으로 헌법재판소에 위헌 여부 심판을 제청한다.

여기서 “심판대상”이라 하면 “위헌법률심판, 위헌소원 심판대상”을 뜻한다.

법률과 같은 효력 있는 규범?

문제점

- 1. “법률” 형식은 아니더라도,
 - 2. 실질적으로 법률과 같은 효력 있는 규범이라면,
- 위헌법률심판, 위헌소원 심판대상이 되는가?

복습

- 1. 법률 효력을 갖는 명령: 대통령의 긴급명령(emergency order) 등.

대한민국헌법 제76조 ① 대통령은 내우, 외환, 천재, 지변 또는 중대한 재정, 경제상의 위기에[서] 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때에 한하여 최소한으로 필요한 재정, 경제상의 처분을 하거나 이에 관하여 **법률의 효력을 가지는 명령**을 발할 수 있다.

② 대통령은 국가의 안위에 관계되는 중대한 교전상태에[서] 국가를 보위하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회가 불가능한 때에 한하여 **법률의 효력을 가지는 명령**을 발할 수 있다.

구 금융실명거래및비밀보장에관한긴급재정경제명령(1997. 12. 31. 법률 제5493호로 폐지되기 전의 것) 제1조(목적) 이 명령은 실지명령에 [따른] 금융거래를 실시하고 그 비밀을 보장하여 금융거래의 정상화를 기함으로써 경제정의를 실현하고 국민경제의 건전한 발전을 도모함을 목적으로 한다.

- 2. 법률 효력을 갖는 관습법: 관습민법 등 관습법률(customary law).

민법 제1조(법원) 민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 **관습법**에 [따르]고 ...

2013다17292전합: 대법원은 ... 타인 소유의 토지에 소유자의 승낙 없이 분묘를 설치한 경우에도 **20년간 평온, 공연하게 그 분묘의 기지를 점유하면** 지상권과 유사한 관습상의 물권인 **분묘기지권을 시효로 취득**하...는 것이 관습이라고 판시하여 왔다[다.] ... 50년 이상의 [기간] 위와 같은 관습에 대한 사회 구성원들의 법적 확신이 어떠한 흔들림도 없이 확고부동하게 이어져 온 것을 확인하고 이를 적용하여 왔다.

대법원 입장

국회 승인 없었다면, 심판대상이 아니다. 예를 들어,

- 1. 국회 승인 없는 긴급명령은 심판대상이 아니다.

2010도5986전합: 헌법 제107조 제1항, 제111조 제1항 제1호에 따르면, [헌법재판소 [의] 위헌심사] 대상이 되는 ‘법률’이란 ‘국회의 의결을 거친 이른바 **형식적 의미의 법률**’을 의미[한다]. 위헌심사의 대상이 되는 규범이 형식적 의미의 법률이 아닌 때에는 그와 동일한 효력[→ **법률의 효력**]을 갖는 **데에 국회의 승인이나 동의를** 요하는 등 국회의 입법권 행사라고 평가할 수 있는 실질을 갖춘 것이어야 한다.

국회에서 긴급조치를 승인하는 등의 조치가 취하여진 바도 없다. 따라서 유신헌법에 근거한 긴급조치는 국회의 입법권 행사라는 실질을 전혀 가지지 못한 것[이다]. 즉, 긴급조치는 **헌법재판소의 위헌심판대상이 되는 ‘법률’에 해당한다고 할 수 없[다].** 긴급조치의 위헌 여부에 대한 심사권은 최종적으로 대법원에 속한다.

2. 국회 승인 없는 관습법률도 심판대상이 아니다.

2007가기134: 헌법 제111조 제1항 제1호 및 헌법재판소법 제41조 제1항에서 규정하는 위헌심사의 대상이 되는 법률은 국회의 의결을 거친 이른바 형식적 의미의 법률을 의미[한다.] 또한 민사에 관한 관습법은 법원[이] 발견[하]고 성문의 법률에 반하지 아니하는 경우에 한하여 보충적인 법원(法源)이 되는 것에 불과하여(민법 제1조) 관습법이 헌법에 위반되는 경우 법원이 그 관습법의 효력을 부인할 수 있[다. 그러므로 결국 관습법은 헌법재판소의 위헌법률심판 대상이 아니[다.]

따라서 민법 시행 이전의 상속에 관한 구 **관습법** 중 ‘호주가 사망한 경우 여자에게는 상속권 및 분재청구권이 없다’는 부분에 대한 위헌법률심판의 제청을 구하는 ... 이 사건 신청은 **부적법**하다.

헌법재판소 입장

국회 승인 상관없이, 심판대상이다. 예를 들어,

1. 긴급명령은 심판대상이다.

2010헌바132: 위헌법률심판 또는 [위헌소원]심판의 대상이 되는 ‘법률’이란 무엇인가? 국회의 의결을 거친 이른바 형식적 의미의 법률은 물론이고 그 밖에 조약 등 ‘형식적 의미의 **법률과 동일한 효력**’을 갖는 규범들도 모두 포함된다.

최소한 법률과 동일한 효력을 가지는 이 사건 긴급조치들의 위헌 여부 심사권한도 **헌법재판소에 전속**한다.

2. 관습법률도 심판대상이다.

2017헌바208: 헌법 제111조 제1항 제1호, 제5호 및 헌법재판소법 제41조 제1항, 제68조 제2항은 위헌심판의 대상을 ‘법률’이라고 규정하고 있[다. 그런데] 여기서 ‘법률’이라고 함은 국회의 의결을 거친 형식적 의미의 법률뿐만 아니라 **법률과 같은 효력**을 갖는 조약 등도 포함된다.

그렇다면 법률과 같은 효력을 가지는 이 사건 관습법[→ **관습법률**]도 **헌법소원심판의 대상**이 된다.] 단지 형식적 의미의 법률이 아니라는 이유로 그 예외가 될 수는 없[다.]

연습문제

2023년도 변호사시험 공법 선택형

[문 6.] 법원에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

- ㄱ. 법관정년제 자체는 헌법에서 명시적으로 규정하[는] 것으로서 위헌 판단의 대상이 되지 아니하므로, 법관의 정년연령을 규정한 법률의 구체적인 내용도 위헌 판단의 대상으로 삼을 수 없다.
- ㄴ. 특정 사건에서 법관으로 하여금 증거조사에 [따른] 사실판단 없이 최초의 공판기일에 공소사실과 검사의 의견만을 듣고 결심하여 형을 선고하도록 규정한 법률조항은, 입법[으로] 사법의 본질적인 중요 부분을 대체하는 것이므로 권력분립원칙에 위배된다.

다. 법관이 중대한 신체상 또는 정신상의 장애로 직무를 수행할 수 없을 때에는, 대법관인 경우에는 대법원장의 제청으로 대통령이 퇴직을 명할 수 있고, 판사인 경우에는 인사위원회의 심의를 거쳐 대법원장이 퇴직을 명할 수 있다.

르. 헌법재판소에 [다른] 위헌심사의 대상이 되는 법률이란 국회의 의결을 거친 이른바 형식적 의미의 법률을 의미하므로, 1972년 유신헌법상 긴급조치의 위헌 여부에 대한 심사권은 최종적으로 대법원에 속한다.

법률 범위

법률

1. 성문법률(statutory law): 국회(National Assembly)가 “법률”이라는 형식으로 만드는 성문법률은? 당연히 심판대상이다.
2. 관습법률(customary law): 관습법 중 법률 효력이 있는 관습법률은? 헌법재판소에 따르면, 심판대상이다.

2017헌바208: 법률과 같은 효력을 가지는 이 사건 관습법도 헌법소원심판의 대상이 [된다.] 단지 형식적 의미의 법률이 아니라는 이유로 그 예외가 될 수는 없다.

헌법

헌법은 심판대상이 아니다. 왜냐하면, 헌법(constitution)은 법률보다 상위에 있는 최고규범이기 때문이다. 즉, 헌법은 법률이 아니다.

1. 성문헌법(statutory constitution): “대한민국헌법”이라는 형식으로 있는 성문헌법은? 심판대상이 아니다.

95헌바3: 여기서 위헌심사의 대상이 되는 법률이 국회의 의결을 거친 이른바 형식적 의미의 법률을 의미하는 것에 아무런 의문이 있을 수 없다. 헌법의 개별규정 자체는 헌법소원[→ 위헌소원]에 [다른] 위헌심사의 대상이 아니다.

2. 관습헌법(customary constitution): 관습법 중 헌법 효력이 있는 관습헌법은? 심판대상이 아니다.

2004헌마554: 헌법사함에 관하여 형성되는 관행 내지 관례가 전부 관습헌법이 되는 것은 아니다. 강제력이 있는 헌법규범으로서 인정되려면 엄격한 요건들이 충족되어야만 [한다.] 이러한 요건이 충족된 관습만이 관습헌법으로서 성문의 헌법과 동일한 법적 효력을 가지는 것이다.

명령

명령은 심판대상이 아니다. 왜냐하면, 대통령령(presidential decree)이나 부령(ordinance of the ministry) 같은 행정입법은 “법률”이 아니기 때문이다.

다만, 헌법재판소에 따르면, 법률과 같은 효력이 있는 긴급명령은 심판대상이다.

자치법규(조례, 규칙)

조례, 규칙은 심판대상이 아니다. 조례(municipal ordinance)와 규칙(municipal rule)은 법률이 아니기 때문이다.

96헌바77: 헌법재판소법 제68조 제2항에 [따른] 헌법소원[→ 위헌소원]의 대상은 [해당] 사건의 재[판] 전제가 되는 ‘법률’이다. 그러므로 지방자치단체의 조례는 그 대상이 될 수 없다.

2012헌바412: 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 [따른] 헌법소원[→ 위헌소원]심판청구[에서] ... 대통령령, 부령, 규칙 또는 조례 등을 대상으로 한 것은 부적법하다.

조례, 규칙에 대해 위헌법률심판이나 위헌소원이 불가능해도 괜찮다. 왜? 일반 법원 재판이나 권리소원을 통해 다투는 길은 있기 때문이다.

96추138: [주문] 피고[→ 충청북도의회]가 1996. 9. 5.에 한 충청북도청소리음부즈만조례안에 대한 재의결은 효력이 없다.

[이유] 위 조례안의 규정은 ... 지방자치법...에 위반되는 규정이[다.] ... 그렇다면 ... 이 사건 조례[안] 일부 조항이 위법한 이상 이 사건 조례안에 대한 재의결은 전부 효력이 부인되어야 [한다.]

92헌마264: 조례는 지방자치단체가 그 자치입법권에 근거하여 자주적으로 지방의회의 의결을 거쳐 제정한 법규[다. 그렇기] 때문에 조례 자체로 ... 직접 그리고 현재 사기의 기본권을 침해받은 자는 그 권리구제의 수단으로서 조례에 대한 헌법소원[→ 권리소원]을 제기할 수 있다.

92헌마216: 헌법재판소법 제68조 제1항[→ 권리소원]에서 말하는 “공권력”에는 입법 작용이 포함[된다.] ... 조례제정행위도 입법작용의 일종으로서 헌법소원[→ 권리소원]의 대상이 된다.

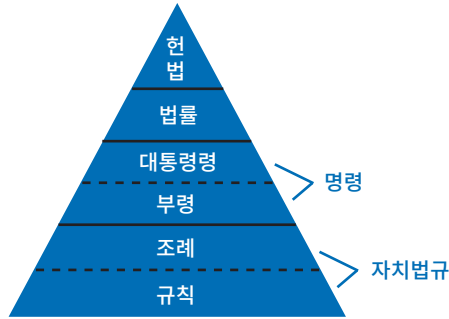
국회 동의를 받은 조약

국회 동의를 받은 조약(treaty)은 심판대상이다.

대한민국헌법 제6조 ① 헌법에 [따라] 체결, 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.

대한민국헌법 제60조 ① 국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결, 비준에 대한 동의권을 가진다.

2000헌바20: [국제통화기금협정 제9조(지위, 면제 및 특권) 제3항 (사법절차의 면제) 및 제8항(직원 및 피용자의 면제와 특권), 전문기구의특권과면제에관한협약 제4절, 제19절(a)]은 각 국회의 동의를 얻어 체결된 것[이다. 이것은] 헌법 제6조 제1항에 따라 국내법적, 법률적 효력을 가[진다. 그리고] 가입국의 재판권 면제에 관한 것[이다. 그러]므로 성질상 국내에 바로 적용될 수 있는 법규범으로서 위헌법률심판의 대상이 된다.



입법 작용?

입법 작용(legislative action; exertion of legislative power)은 심판대상이 아니다. 즉,

1. 입법행위도 심판대상이 아니다.
2. 입법부작위도 심판대상이 아니다.

물론 입법작용이 공권력 행사, 공권력 불행사에 해당할 수는 있다. 그러면? 위헌 소원이 아니라 권리소원을 통해 다투면 된다.

법률의 해석?

문제점

1. 법률(act) 자체는 심판대상이 된다. 법률 전체(whole)를 심판대상으로 삼아도 된다. 일부 조항(clause)을 심판대상으로 삼아도 된다.
2. 그렇다면 법률의 해석(interpretation)도 심판대상이 될 수 있는가?

대법원 입장

2018아526: 이 사건 신청이유의 요지는, ... 이 사건 법률 조항...의 ‘대지의 분할 제한’에 ‘대지 자체의 적법한 원인으로 확정판결 등을 받아 대지를 분할하는 경우’도 포함되는 것으로 해석하는 한도 내에서 헌법...에 위반된다는 것이다.

구체적 분쟁사건의 재판에서 합헌적 법률해석을 포함하는 법령의 해석적용 권한은 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 전속되어 있다. 이러한 점 등에 비추어, ... 법원의 위헌제[청] 대상은 오로지 법률조항 자체의 위헌 여부일 뿐이다. 법률조항에 대한 해석의 위헌 여부는 그 대상이 될 수 없다. 따라서 “법률조항을 ...하는 것으로 해석적용하는 한 위헌”이라는 취지의 위헌제청신청은 그 법률조항에 대한 법원의 해석을 다투는 것에 불과하여 부적법하다.]

위 법리에 비추어 살펴보면, 이 부분 신청은 ... 그 자체로 부적법하다.

헌법재판소 입장

2011헌바117: 이 사건 심판의 대상은 형법... 제129조 제1항...의 ‘공무원’에 구 [제주특별법]... 제299조 제2항의 제주특별자치도통합영향평가심의위원회 심의위원 중 위촉위원이 포함되는 것으로 해석, 적용하는 것이 위헌인지[다.]

[이제는] 개념법학적 관념을 기초로 하여 ‘**법률**’과 ‘**법률의 해석**’을 **별개의 것으로 인식할 것은 아[니]다.**] ... 일반적으로 민사, 형사, 행정재판 등 구체적 법적 분쟁사건을 재판[할 때] 재판의 전제가 되는 법률 또는 법률조항에 대한 해석과 적용권한은 사법권의 본질적 내용으로서 대법원을 최고법원으로 하는 법원의 권한에 속[한다.] 그러나 ... 일반적인 재판절차에서와는 달리, **구체적 규범통제절차에서의 법률조항에 대한 해석과 적용권한은 (대)법원이 아니라 헌법재판소의 고유권한**[이다.]

구체적 규범통제절차에서 제청법원이나 헌법소원청구인이 심판대상 법률조항의 특정한 해석이나 적용 부분의 위헌성을 주장하는 **한정위헌청구 역시 원칙적으로 적법**[하다.]

법률 개정과 심판 대상

문제점

- 어떤 사건에 A법률조항이 적용된다.
- A법률조항이 B법률조항으로 개정되었다. 실질적 내용 차이는 거의 없다.

B법률조항을 심판 대상으로 청구한 경우 → 부적법

2000헌가4: 제청신청인이 [해당] 사건에서 반환을 구하는 부당이득금의 원인이 된 것은 중학교수업료 징수행위[다. 그런데] 그 수업료 징수의 근거가 된 것은 교육기본법 제8조 제1항 단서[B]가 아니라 제청신청인의 자녀가 중학교에 재학 중일 당시 시행되던 구 교육법 제8조의2[A]이다. 따라서 위 교육기본법 조항[B]은 **[해당] 사건 재판에 적용될 법률이 아니며**, 그 위헌여부는 [해당] 사건의 재판과 아무런 관련이 없[다. 그러]므로 **재판의 전제성 요건을 흠결한 것임이 분명하다.**

A법률조항을 심판 대상으로 청구한 경우 → 심판 대상은 A(+ B)

2007헌가22: 이 사건 **심판대상은** 이 사건 구법 조항[A]의 **위헌 여부**[다. 그렇]지만, 이 사건 신법 조항[B]의 경우에도 과태료의 기준 및 액수(‘제공받은 금액 또는 음식물, 물품 가액의 50배에 상당하는 금액’) 등 이 사건에서 위헌성이 문제 된 부분에서[는] 이 사건 구법 조항[A]의 내용과 실질적인 차이가 없[다.] 그렇다면 이 사건 신법 조항[B] 또한 그 위헌 여부에 관하여 이 사건 구법 조항[A]과 결론을 같이 할 것이 명백하[다. 그러므로] 이 사건 신법 조항[B]으로 **심판대상을 확장**한다.

연습문제

2021년도 변호사시험 공법 선택형

[문 14.] 주식회사 甲은 그 사용인인 乙이 甲의 업무에 관하여 「도로법」상 운행조항을 위반한 범죄사실로 「도로법」 제86조(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)에 따라 벌금 500,000원의 약식명령을 고지받고 위 약식명령이 확정되었다. 甲은 위 약식명령에 대해서 재심을 청구하면서, 처벌의 근거가 된 심판대상조항에 대해서 위헌법률심판제청신청을 하고자 한다. 다음 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

「도로법」 제86조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인 기타의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제81조[부터] 제85조[까지]의 규정에 [따른] 위반행위를 한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당 조의 벌금형을 과한다.

※ 위 조문은 가상의 것임.

ㄱ. 헌법재판소는 심판대상조항이 위헌이라고 판단할 경우, 동일한 내용을 규정한 신법상의 법률조항에도 심판대상을 확장하여 위헌 결정을 할 수 있다.

사례

사건 개요

94헌바20: 망 이○○ 등 12명은 향토예비군대원으로서 ... 동원훈련소집 중 포탄용 폭약폭발사고로 현장에서 사망하였다.

[유족들인] 청구인들은 ... 국가를 상대로 한 손해배상청구의 소...를 제기하고 같은 법원에 향토예비군대원의 국가배상청구권을 제한하는 근거조항인 **헌법 ... 부분 및 국가배상법 ...** 부분에 대한 위헌심판제청신청을 하였[다. 그러나] 위 법원은 ... 위 신청을 기각하였다. 청구인들은 ... 이 사건 헌법소원[→ **위헌소원**]심판을 청구하였다.

심판 대상

94헌바20: 이 사건의 심판대상은 헌법 제29조 제2항 중 ‘기타 법률[에서] 정하는 자’ 부분 및 국가배상법 제2조 제1항 단서규정 중 ‘향토예비군[→ 현행법상 “예비군”]대원’ 부분이고, 그 내용은 다음과 같다.

대한민국헌법... 제29조 ② 군인, 군무원, 경찰공무원 **기타 법률[에서] 정하는 자** 전투, 훈련 등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률[에서] 정하는 **보상** 외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 **배상**은 청구할 수 없다.

국가배상법... 제2조(배상책임) ① ... 다만, 군인... 또는 **예비군대원**이 전투, 훈련 ... 관련하거나 ... 전사, 순직 또는 공상을 입은 경우에 ... 다른 법령의 규정[으로] ... **보상**을 지급받을 수 있을 때에는 [국가배상법] 및 민법의 규정에 [따른] **손해배상**을 청구할 수 없다.

보상(indemnities)과 배상(compensation)은 다르다. 쉽게 말해, 보상은 위법행위의 결과일 필요가 없다. 배상은 위법행위의 결과여야 한다.

주문

- 94헌바20:
1. 청구인들의 헌법... 제29조 제2항 중 ‘기타 법률[에서] 정하는 자’ 부분에 대한 심판청구를 각하한다.

2. 국가배상법... 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

이유

94헌바20: [헌행법상] 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 [따른] 위헌심사의 대상이 아니다.

결론

	헌법	법률	명령	자치법규	조약
자체	×	○	×(예외 있음)	×	○(예외 있음)
입법작용	×				

재판 전제성

Prerequisite to Trial

영혼에서는 명료함을, 물질세계에서는 실익을 찾아라. - Gottfried Wilhelm Leibniz

개념

사례

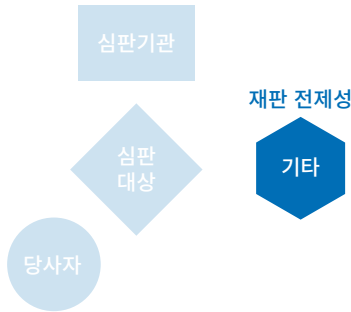
법원의 어떤 사건 재판에 A법률이 적용된다. 그런데 A법률이 위헌으로 무효가 되든 아니든, 그 재판 결과가 달라지지 않을 것이다. 이때 그 법원이 위헌법률심판을 제청할 수 있는가? 또는, 소송 당사자가 위헌소원심판을 청구할 수 있는가?

- 1. 안 된다. 그러한 심판청구는 부적법하다.
- 2. 왜? A법률 위헌 여부에 재판 전제성이 없기 때문이다.

분석

법률의 위헌 여부에 따라, 담당 법원이 다른 재판을 하게 될 것인가? 이 관계를 재판 전제성(prerequisite to a trial)이라 한다. 쉽게 말해,

- 1. A법률이 위헌이면
- 2. 법원 재판 결과가 달라질 경우,
- 3. “재판 전제성이 있다.”라고 한다.



헌법재판소법 제41조(위헌 여부 심판의 제청) ① 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 [해당] 사건을 담당하는 법원(군사법원을 포함한다. 이하 같다)은 직권 또는 당사자의 신청에 [따른] 결정으로 헌법재판소에 위헌 여부 심판을 제청한다.

전제성 요건

사건의 계속

사건이 종결되면 안 되고, 법원에서 계속 중이어야 한다. 그래야 위헌 여부에 따라 법원이 다른 판단을 할 수 있기 때문이다.

해당 사건과의 관련성

심판대상법률이 해당 사건에 적용되는 것이어야 한다.

공소장에 적용법조로 명시되어 있지 않더라도, 실질적, 간접적으로 적용되는 법률조항인 경우가 있다.

2011헌바379: [해당] 사건은 형사사건[이다.] 공소장에 적용법조로 기재되지 않은 병역종류조항은 [해당] 사건에 직접 적용되는 조항이 아니다[.]

[그러나] 병역종류조항이 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 포함하고 있지 않다는 이유로 위헌으로 결정된다면[?] 양심적 병역거부자가 현역입영 또는 소집 통지서를 받은 후 3일 내에 입영하지 아니하거나 소집에 불응하더라도 대체복무의 기회를 부여받지 않는 한 [해당] 형사사건을 담당하는 법원이 무죄를 선고할 가능성이 있[다. 그러므로] 병역종류조항의 위헌 여부에 따라 [해당] 사건 재판의 결과가 달라질 수 있다. 따라서 병역종류조항은 재판의 전제성이 인정된다.

다른 내용의 재판

위헌일 때는, 합헌일 때와 다른 재판을 법원이 하게 되어야 한다.

1. 주문이 달라지면, “다른 재판”이 이루어진다고 봐야 한다.

92헌가8: “다른 내용의” 재판을 하게 되는 경우[란] 원칙적으로 제청법원이 심리 중인 [해당] 사건의 재[판] 결론이나 주문에 어떠한 영향을 주는 것[이다.]

2. 비록 주문은 동일해도, “다른 재판”이 이루어졌다고 볼 수 있는 경우도 있다.

92헌가8: [그뿐만 아니라], 문제 된 법률의 위헌 여부가 비록 재판의 주문 자체에는 아무런 영향을 주지 않는다고 하더라도 [i] 재판의 결론을 [끌]어내는 이유를 달리하는데 관련되어 있거[나] [ii] 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 전혀 달라지는 경우에는 재판의 전제성이 있는 것으로 보아야 한다.

[이 사건의 경우 구 형사소송법] 제331조 단서규정의 위헌 여부에 따라 형사판결의 주문 성립과 내용 자체가 직접 달라지는 것은 아니지만 만약 위 규정이 위헌으로 법적 효력이 상실된다면 ... 제청법원이 무죄 등의 판결을 선고하게 될 경우에 ... [즉, 위헌 결정이 있으면 피고인이 불구속 상태가 되며], 이와는 달리 이 단서 규정이 합헌으로 선언되면 ... [피고인이 여전히 구속 상태가 되어] 그 재판의 효력과 관련하여 전혀 다른 효과를 가져오는 재판이 될 것이다.

따라서... [법원의 주문과 결론은 그대로지만] 그 재판의 밀접 불가결한 실질적 효력이 달라지는 구속영장의 효력에 관계되는 것이어서 재판의 내용이나 효력 중에 어느 하나라도 그에 관한 법률적 의미가 전혀 달라지는 경우에 해당[한다. 그러므로] 재판의 전제성이 있다.

전제성 요건 판단 주제

1. 제청법원 견해를 존중한다.
2. 그러나 최종적으로는 헌법재판소 스스로 판단한다.

2011헌바92: 법률이 재판의 전제가 되는지의 여부는 제청법원의 견해를 존중하는 것이 원칙이다. 그러나 재판의 전제와 관련된 법률적 견해가 유지될 수 없는 것으로 보이면 헌법재판소가 직권으로 조사할 수 있다.

연습문제

2023년도 변호사시험 공법 선택형

- [문 5.] 재판의 전제성에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ① 위헌법률심판에서 재판의 전제성이[란] 구체적인 사건이 법원에 계속 중이고, 위헌 여부가 문제 되는 법률이 [해당] 사건 재판에 적용되며, 그 법률이 헌법에 위반되는 지 여부에 따라 [해당] 사건을 담당한 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우를 말한다.
 - ④ 헌법재판소는 법원의 위헌법률심판제청[에서] 재판의 전제성에 관한 제청법원의 법률적 견해를 존중하여야 하므로, 비록 이러한 제청법원의 견해가 명백히 유지될 수 없더라도 직권으로 조사할 수 없다.
 - ③ [해당] 사건이 부적합한 것이어서 법률의 위헌 여부를 따져 볼 필요조차 없이 각하를 면할 수 없는 것일 때에는 재판의 전제성이 인정되지 않는다.

기본권 제한 법률과 헌법재판 유형

기본권 제한 법률

두 법률조항(P, Q) 모두 기본권(직업 자유, 행동 자유)을 제한한다고 하자.

1. 음주운전 재범자 면허“취소” 법률조항(P)

- 도로교통법 제93조(운전면허의 취소, 정지)** ① 시, 도경찰청장은 운전면허...를 받은 사람이 다음 각호의 어느 하나에 해당하면 ... 운전면허...를 취소하거나 1년 이내의 범위에서 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다. 다만, 제2호...에 해당하는 경우에는 운전면허를 **취소하여야** ... 한다.
2. 제44조 제1항...을 위반...한 사람이 **다시** 같은 조 제1항을 **위반**하여 운전면허 정지 사유에 해당된 경우

도로교통법 제44조(술에 취한 상태에서의 운전 금지) ① 누구든지 술에 취한 상태에서 자동차등...[을] 운전하여서는 아니 된다.

2009헌바83: [음주운전 재범자 면허취소] 법률조항[P]은 [그] 해당사유가 발생하면 중대성 정도에 관계없이 반드시 운전면허를 취소해야 [한다. 그러]므로 **[취소조항(P)은]** 운전을 직업으로 하는 자에게는 **직업의 자유**를, 운전을 직업으로 하지 않는 일반인에게는 일반적 **행동자유권을 제한**하는 규정이다.]

2. 음주운전 재범자 면허“결격” 법률조항(Q)

도로교통법 제82조(운전면허의 결격사유) ② 다음 각호의 어느 하나의 경우에 해당하는 사람은 해당 각호에 규정된 기간이 지나지 아니하면 운전면허를 받을 수 없다. ...

- 6. 다음 각 목의 경우에는 운전면허가 취소된 날...부터 2년
가. 제44조 제1항...을 2회 이상 위반...한 경우

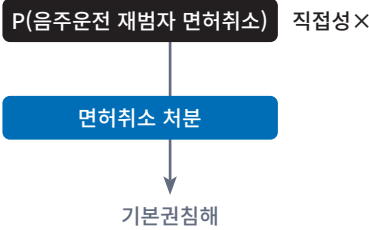
도로교통법 제44조(술에 취한 상태에서의 운전 금지) ① 누구든지 술에 취한 상태에서 자동차등...[을] 운전하여서는 아니 된다.

2022헌마1505: 결격조항[Q]은 음주운전 금지규정을 2회 이상 위반하여 운전면허가 취소된 경우 그 취소일부터 2년이라는 기간 동안 운전면허를 취득할 수 없도록 하고 있[다. 그러]므로 일반적 행위의 자유를 제한한다. 한편, 결격조항[Q]은 그 요건에 해당하는 사람들 가운데 자동차의 운전을 필수불가결한 요소로 하는 일정한 직업군의 사람들에 대하여 종래의 직업을 계속 유지하는 것을 불가능하게 [한다. 또는] 장래를 향하여 2년 동안 그와 같은 직업을 선택하는 것을 불가능하게 하는 효과를 발생시킨다. 따라서 결격조항[Q]은 직업의 자유를 제한한다.

후속 집행행위를 예정한 법률 경우(취소조항 P)

2022헌마1505: 취소조항[P]에 관하여 주장하는 기본권 침해의 효과는 취소조항[P]에 근거한 운전면허 취소처분이라는 구체적인 집행행위가 있을 때 비로소 발생하는 것이 [다. 즉,] 위 조항 자체로 ... 직접 발생하는 것은 아니다. ... [즉,] 취소처분이 있기 전에는 운전면허가 유효하게 존재[한다. 그러므로] 취소조항[(P)으로] 직접 운전면허의 실효 상태가 확정된다고 볼 수는 없다.

- 1. P 법률소원: 직접관련성× → 부적법 → 각하



2022헌마1505: 취소조항[P]에 대한 청구인 김○○의 [법률소원] 심판청구는 기본권 침해의 직접성을 갖추지 못하여 부적법하다. ... [그러]므로 이를 각하[한다.]

- 2. P 위헌법률심판/위헌소원: if 재판 전제성○ 경우 → 적법 → 본안판단(합헌)

2022헌마1505: 운전면허 취소처분은 행정소송의 대상이 된다. 그러므로 그 소송절차에서 운전면허 취소사유에 대한 사실관계의 확정과 더불어 운전면허 취소처분의 근거가 된 취소조항[P]에 대하여 위헌법률심판제청신청을 할 수 있[다. 그리고] 그 결과에 따라 취소판결 등을 통해 최종적인 권리구제를 받을 수 있[다.] 위와 같은 절차를 밟도록 하는 것이 불필요한 우회절차를 강요하는 것이라고 보기도 어렵다.

2022헌바227: 취소조항[P]은 과잉금지원칙에 반하여 직업의 자유 및 일반적 행동자유권을 침해하지 아니한다. ... [취소조항(P)]은 **헌법에 위반되지 아니한다**.

후속 집행행위를 예정하지 않은 법률 경우(결격조항 Q)

1. Q 법률소원: 직접관련성○ → 적법 → 본안판단(기각)

2022헌마1505: 홍○○는 운전면허 결격에 관하여 정하고 있는 위 조항[Q]이 자신의 기본권을 침해한다고 주장하면서 2024. 2. 5. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

결격조항[Q]은 ... 일반적 행동의 자유를 제한한다. ... 직업의 자유[도] 제한한다(→ 본안판단은 통과.)

[그러나] 결격조항[Q]은 과잉금지원칙에 반하여 직업의 자유 및 일반적 행동의 자유를 침해하지 않는다.

결격조항[Q]에 대한 [법률소원] 심판청구는 이유 없[다]. 그러므로 ... 기각[한다].

2. Q 위헌법률심판/위헌소원: 재판 전제성× → 부적법 → 각하

2022헌바227: 부산광역시경찰청장은 청구인이 2회 이상 술에 취한 상태에서 자동차를 운전했다는 이유로 [취소조항(P)]에 따라 ... 면허를 취소하는 처분...을 [했다.]

이 사건 처분은 2회 이상 음주운전의 경우 그 면허를 필요적으로 취소하도록 한 취소조항[P]에 따라 이루어진 것이다. 그러므로 **결격조항[Q]은 [해당] 사건에 적용되는 법률이라 보기 어렵다.** 따라서 결격조항[Q]의 위헌 여부는 [해당] 사건 **재판의 전제가 되지 않는다.**

그렇다면 **결격조항[Q]에 대한 [위헌소원] 심판청구는 부적법하므로 ... 각하[한다.]**

소결(사례)

1. 취소조항(P) → 위헌법률심판/위헌소원으로 다뤄야

2. 결격조항(Q) → 법률소원으로 다뤄야

음주운전 재범자	취소조항(P)	결격조항(Q)
후속 집행행위 예정	○ (면허취소 처분 예정)	× (그 자체로 결격 상태)
법률의 직접관련성	×	○
법률소원	부적법(각하)	적법(기각)
재판 전제성	○	×
위헌법률심판/위헌소원	적법(합헌)	부적법(각하)
해당 사건	면허취소 취소소송	없음

연습문제

2026년도 변호사시험 공법 선택형

[문 20.] 화물차 운전을 업으로 하는 甲은 2007. 3. 8. 술에 취한 상태에서 자동차를 운전한 전력이 있는 사람으로, 2025. 6. 13. 다시 술에 취한 상태로 화물차를 운전하였다는 이유로 도로교통법위반(음주운전) 혐의로 기소되었다(부산지방법원 2025고단1347). 부산광역시장경찰청장은 2025. 7. 3. 음주운전 금지규정을 위반한 사람이 다시 이를 위반하여 운전면허 정지 사유에 해당된 경우 운전면허를 필요적으로 취소하도록 규정한 「도로교통법」 조항(이하 ‘A조항’이라 한다)에 따라 甲의 운전면허를 2025. 8. 11.자로 취소하는 처분을 하였다. 甲은 음주운전 금지규정을 2회 위반하였다는 이유로 운전면허취소처분을 받은 경우 그 면허취소일로부터 2년이 지나지 아니하면 운전면허를 받을 수 없도록 규정한 「도로교통법」 조항(이하 ‘B조항’이라 한다)에 [따라] 운전면허가 취소된 날부터 2년간 운전면허를 받을 수 없게 되었다. 甲은 부산광역시장경찰청장의 운전면허취소처분 취소를 구하는 소를 제기하였다(부산지방법원 2025구단1464). 甲은 위 소송 계속 중 A, B조항에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였으나(부산지방법원 2025아339) 2025. 9. 30. 위 신청이 기각되자, 2025. 10. 28. 위 조항들에 대하여 「헌법재판소법」 제68조 제2항에 [따른] 헌법소원심판을 청구하였다. 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 甲의 B조항에 대한 위 심판청구는 재판의 전제성이 인정되고, 청구기간을 준수하였다.

② 甲의 위 심판청구에서 [해당]사건은 부산지방법원 2025구단1464 자동차운전면허취소처분취소 사건이다.

③ 甲이 「헌법재판소법」 제68조 제1항에 [따른] 헌법소원심판을 청구할 경우, B조항에 대한 심판청구는 기본권 침해의 직접성을 갖추었고, A조항에 대한 심판청구는 기본권 침해의 직접성을 갖추지 못하였다.

④ 甲은 A, B조항[으로] 직업의 자유를 제한받는다.

⑤ 입법자가 음주운전 금지규정을 2회 이상 위반하여 운전면허가 취소된 사람의 운전면허 결정기간을 정[할 때,] 행정청이 과거 위반 전력과 시간적 간격이나 음주운전 경위, 위반행위의 태양 및 혈중알코올농도 수준 등을 개별적으로 고려하도록 하지 않고 일률적으로 2년으로 정하였다고 하여 그것이 지나치다고 보기는 어려우므로, B조항은 침해의 최소성에 위반되지 않는다.

형사사건과 재판 전제성

기초 개념: 형사 재심 제도

재심 제도란?

1. 판결을 더는 다룰 수 없는 상태를 판결이 확정(judgment becomes finally binding)이라 한다. 상소기간이 도과하면, 판결이 확정된다.
2. 다만, 비상적(extraordinary) 방법으로는 확정판결을 깰 수 있다. 위조 증거로 유죄 판결을 받은 것처럼 중대한 흠이 있을 경우, 일정 요건 아래 재심(retrial; reopening of procedures)을 허용한다.

2018도7575: 확정판결에 대하여는 법적 안정성을 위하여 확정력과 기판력을 부여함이 원칙이다.] 다만 **예외적으로 재심** 등을 허용하는 것이 [타]당한 경우에 재심청구 등 특별한 불복방법을 허용[한다. 이]것이 형사소송법과 민사소송법의 기본 취지이다.

형사에서는, 피고인에게 이익되는 재심만 된다. 즉,

1. 유죄 → 무죄로 바꾸는 재심(이익 재심)은 된다.
2. 무죄 → 유죄로 바꾸는 재심(불이익 재심)은 안 된다.

형사소송법 제420조(재심이유) 재심은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 이유가 있는 경우에 **유죄의 확정판결에 대하여 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여** 청구할 수 있다.

1. 원판결의 증거가 된 서류 또는 증거물이 확정판결[로] 위조되거나 변조된 것임이 증명된 때

형사소송법 제421조(동전) ① **항소 또는 상고의 기각판결에 대하여는 ... 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여** 재심을 청구할 수 있다.

2018도20698전합: 형사소송법은 ... 피고인에게 이익이 되는 이른바 **이익재심만을 허용**하고 있다.

재심절차는 두 단계로 나뉜다.

1. 재심청구에 대한 심판: 재심 개시 여부를 심리하는 절차(= 재심개시절차)

형사소송법 제435조(재심개시의 결정) ① 재심의 청구가 이유 있다고 인정한 때에는 재심개시의 결정을 하여야 한다.

2018도20698전합: 재심개시절차에서는 형사소송법 등에서 규정하[는] **재심사유가 있는지 여부만을 판단**[해야 한다. 이 절차에서는] 나아가 재심사유가 재심대상판결에 영향을 미칠 가능성이 있는가의 실체적 사유는 ... 고려하여서는 아니 된다.

2. 본안사건에 대한 심판: 재심대상사건에 대한 심판 절차(= 재심심판절차)

형사소송법 제438조(재심의 심판) ① 재심개시의 결정이 확정된 사건에 대하여는 ... 법원은 그 심급에 따라 다시 심판을 하여야 한다.

2018도20698전합: 재심심판절차는 원판결의 당부를 심사하는 종전 소송절차의 후속 절차가 아니[다.] 사건 자체를 **처음부터 다시 심판하는 완전히 새로운 소송절차**이다. ... 이는 재심심판법원으로 하여금 이익재심 원칙의 제한하에 재심대상판결의 내용에 구속되지 않고 재심대상사건의 [유무죄]를 판단하고 형을 정하여야 한다는 취지[다.]

무죄 판결 확정 경우?

처벌 근거 조항은 재판 전제성×

헌법재판소법 제75조(인용결정) ⑦ [위헌]소원이 인용된 경우에 해당 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자는 재심을 청구할 수 있다.

-
- ⑧ 제7항에 따른 재심에서 형사사건에 대하여는 「형사소송법」을 준용...한다.
-

2004헌바28: [위 규정에 비추어 해당] 사건인 형사사건에서 무죄의 확정판결을 받은 때에는 처벌조항의 위헌확인을 구하는 헌법소원이 인용되더라도 재심을 청구할 수 없다. 청구인에 대한 무죄판결은 종국적으로 다룰 수 없게 된다. 그러므로 더 이상 재판의 전제성이 인정되지 않는다.]

(예외) 무죄 판결 확정에도 재판 전제성을 인정하는 경우가 있다.

2010헌바70: 대법원이 위 [해당] 사건에서 긴급조치 제1호 위반의 점에 대하여 무죄판결을 선고하였다. 그러므로 이 경우에도 과연 재판의 전제성이 인정되는지 여부가 문제 된다.

[i] 법률과 같은 효력이 있는 유신헌법에 따른 긴급조치의 위헌 여부를 심사할 권한은 본래 헌법재판소의 전속적 관할 사항이다. [ii] 법률과 같은 효력이 있는 규범인 긴급조치의 위헌 여부에 대한 헌법적 해명의 필요성이 있다. [iii] [해당] 사건의 대법원판결은 대세적 효력이 없는 데 비하여 형벌조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정은 대세적 구속력을 가지고 유죄 확정판결에 대한 재심사유가 된다. 이런 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건에서는 ... 예외적으로 객관적인 헌법질서의 수호, 유지 및 관련 당사자의 권리구제를 위하여 심판의 필요성을 인정하여 적극적으로 그 위헌 여부를 판단하는 것이 헌법재판소의 존재 이유에도 부합하고 그 임무를 다하는 것이 된다. 그러므로 해당 사건에서 재판의 전제성을 인정함이 타당하다.

유죄 판결 확정 경우?

처벌 근거 조항은,

1. 재심개시절차의 재판 전제성×
2. 재심심판절차의 재판 전제성○

2016헌바99: 확정된 유죄판결에서 처벌의 근거가 된 법률조항은 원칙적으로 ‘재심의 청구에 대한 심판’, 즉 재심의 개시 여부를 결정하는 재판에서는 재판의 전제성이 인정되지 않고, 재심의 개시결정 이후의 ‘본안사건에 대한 심판’에[서]만 재판의 전제성이 인정된다.]

2010헌바70: 확정된 유죄판결에서 처벌의 근거가 된 법률조항을 재심의 개시 여부를 결정하는 재판에서 재판의 전제성을 인정하지 않는다. 그 주된 이유는, [다음과 같다. 피고인은] 재심대상사건의 재판절차에서 처벌조항의 위헌성을 다룰 수 있었다. 그런데도 이를 다루지 않았다. 그리고 유죄 판결이 확정된 뒤에야 비로소 형사소송법에 정한 재심사유가 없는데도 처벌조항의 위헌성을 들어 재심을 통하여 확정된 유죄판결을 다투는 [셈이다. 이런] 것을 재판의 전제성이 없다고 차단[할 필요가 있다. 그렇게 해서] 형사재판절차의 법적 안정성을 추구하자는 데 있다.

3. 결과적으로, 재심개시결정이 유효하게 존속해야 재판 전제성이 인정된다.

2015헌가36: [i] 재심의 개시결정 없이 위헌제정이 되거나 [ii] 재심의 개시결정과 동시에 또는 그 이후에 위헌제정이 되었다고 하더라도 그 재심의 개시결정이 상급심에서 취소된 경우에는 원칙적으로 재판의 전제성이 인정되지 아니한다.

(예외1) 재심개시절차와 재심심판절차 전체를 하나처럼 보아 재판 전제성을 인정하는 경우가 있다.

2010헌바70: 긴급조치 제9호를 심판대상으로 하는 사건들...의 [해당] 사건 **법원**들은 재심사유가 없다는 이유로 청구인들의 **재심청구를 기각**하였다. 이 경우 재심의 대상이 된 유죄판결에서 처벌의 근거 조항인 긴급조치 제9호가 [해당] 사건에서 재판의 전제성이 인정되지 않아 이 부분 심판청구가 부적법한지 문제 된다.

만약 피고인이 재심대상사건의 재판절차에서 그 처벌조항의 위헌성을 다룰 수 없는 규범적 장애가 있는 특수한 상황이었다면? 그에게 그 재판절차에서 처벌의 근거 조항에 대한 위헌 여부를 다투라고 요구하는 것은 규범상 불가능한 것을 요구하는 노릇이다. 그러므로 이러한 경우에는 **예외적으로** 유죄판결이 확정된 후이라도 **재판의 전제성을 인정**하여 위헌성을 다룰 수 있는 길을 열어줄 필요가 있다.

유신헌법 당시 긴급조치 위반으로 처벌을 받게 된 사람은 재심대상사건 재판절차에서 긴급조치의 위헌성을 다룰 수조차 없는 규범적 장애가 있었다. ... [이에] 일반 형사재판에 대한 재심사건과는 달리 긴급조치 위반에 대한 재심사건에서는 예외적으로 형사재판 재심절차의 이원적 구조를 완화[할 필요가 있다. 즉,] 재심 개시 여부에 관한 재판과 본안에 관한 재판 전체를 [해당] 사건으로 보아 재판의 전제성을 인정함이 타당하다.

(예외2) 재심개시결정이 존속하지 않더라도, 재심 사유를 한정한 형사소송법 조항이 위헌이라고 주장하는 경우라면 재판 전제성을 인정할 수 있다.

2009헌바430: 청구인은 법관의 오판 등을 재심사유에서 제외하고 있는 것이 위헌이라고 주장[한다.] 이는 소위 부진정입법부작위의 경우에 해당[한다.] 이러한 경우 그 법률조항에 대하여 위헌 또는 헌법불합치결정이 선고되고 그 결정의 취지에 따라 [해당] 법률조항이 개정되는 경우 [해당] 사건의 결과에 영향을 미칠 가능성이 있다. 그러므로 재판의 전제성이 인정된[다.]

연습문제

2021년도 변호사시험 공법 선택형

[문 14.] 주식회사 甲은 그 사용인인 乙이 甲의 업무에 관하여 「도로법」상 운행조항을 위반한 범죄사실로 「도로법」 제86조(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)에 따라 벌금 500,000원의 약식명령을 고지받고 위 약식명령이 확정되었다. 甲은 위 약식명령에 대해서 재심을 청구하면서, 처벌의 근거가 된 심판대상조항에 대해서 위헌법률심판제청신청을 하고자 한다. 다음 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

「도로법」 제86조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인 기타의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제81조[부터] 제85조[까지]의 규정에 따른 위반행위를 한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당 조의 벌금형을 과한다.

※ 위 조문은 가상의 것임.

-
- ㄱ. 甲이 제기한 재심의 소가 재심의 요건을 구비하지 못하여 소각하의 판결을 받을 것이 명백한 경우에는 甲이 심판대상조항이 위헌이라고 주장하면서 위헌법률심판제청신청을 하더라도, 심판대상조항은 재심개시절차에서는 원칙적으로 재판의 전제성이 인정되지 아니한다.
-
- ㄴ. 법원은 재심사유가 있다고 판단하였으나 재심개시결정을 하지 아니한 채 심판대상조항에 대해서 직권으로 위헌제청을 한 경우, 그 위헌법률심판제청은 원칙적으로 재판의 전제성이 인정되지 아니하여 부적법하다.
-
- ㄷ. 법원이 재심개시결정을 하고, 그 이후에 甲이 심판대상조항에 대해서 한 위헌법률심판제청신청을 받아들여 위헌법률심판제청을 하였다고 하더라도, 그 재심개시결정이 상급심에서 취소된 경우에는 그 위헌법률심판제청은 원칙적으로 재판의 전제성이 인정되지 아니하여 부적법하다.
-
- ㄹ. 심판대상조항과 별도로 甲이 재심개시절차에서 자신에게 적용될 재심사유가 없다고 판단하여, 「형사소송법」 등의 조항들이 재심사유를 지나치게 좁게 규정하[는] 것이 위헌이라고 주장하며 위헌법률심판제청신청을 할 경우, 그 위헌법률심판제청신청은 재판의 전제성이 인정된다.
-

행정사건과 재판 전제성

복습: 처분의 공적력

위법한 처분이라도, 원칙적으로,

1. 취소되기 전까지는 유효하다.
2. 다투려면, 제소기간 내 취소소송을 제기해야 한다.

2006다83802: 행정처분이 아무리 위법하다고 하여도 그 하자가 중대하고 명백하여 당연히무효라고 보아야 할 사유가 있는 경우를 제외하고는 아무도 그 하자를 이유로 무단히 그 효력을 부정하지 못[한다.]

2011헌바38: 행정처분의 근거 법률이 헌법에 위반된다는 사정은 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없[다. 그러]므로 특별한 사정이 없는 한 그러한 하자는 행정처분의 **취소사유에 해당할 뿐 당연히무효사유는 아니[다.]**

행정소송법 제20조(제소기간) ① 취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 다만, ...

② 취소소송은 처분등이 있는 날부터 1년...을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만, ...

취소소송 제소기간 도과 경우?

처분 근거 조항은 재판 전제성×

2011헌바38: **제소기간이 경과한 뒤에는 행정처분의 근거 법률이 위헌임을 이유로 무효확인소송 등을 제기하더라도 행정처분의 효력에는 영향이 없음**이 원칙이다.

따라서 처분의 근거가 된 법률조항의 위헌 여부에 따라 [해당] 사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우로 볼 수 없[다. 그러]므로 **재판의 전제성이 인정되지 아니한다.**

사례

사건 개요

2003헌바113: 하남시장은, 청구인[주식회사 ○○]이 ... [하남시의 하천부지를] 무단 점유하였다는 이유로 [i] 1999. 2. 6. 구 하천법... 제33조 제3항, 제4항 ... 등의 규정에 따라 청구인에게 ... 부당이득금 [부과 처분]을 하였다. ... 그 후 하남시장은 청구인이 ... 위 부당이득금을 납부하지 아니하자 [ii] 2000. 1. 29. ... 가산금 [징수처분]을 하였다.

청구인[주식회사 ○○]은 2000. 2. 5. 경기도지사에게 위 [ii] 2000. 1. 29. 자 [가산금] 징수처분의 취소를 구하는 행정심판을 제기하였다가 ... 위와 같은 징수처분에 대한 불복은 이의신청의 대상이고 행정심판의 대상이 아니라는 이유로 각하재결을 받[았다.] ... 각하재결을 받고, [2000.] 7. 25. 하남시장을 상대로 ... [i] [부당이득금 부과 처분 및] [ii] [가산금 징수처분]의 ... 취소 [등]를 구하는 [행정]소송 [소]를 제기하였다.

[항소심] 소송계속 중 청구인은 법 제33조 제4항[에 대하여] ... 위헌제청신청을 하였다. 그러나 [항소심법원]이 ... [소]를 각하하면서 위 위헌제청신청도 기각하자, 청구인은 ... 이 사건 [위헌소원]심판을 청구하였다.

주문

2003헌바113: 이 사건 심판청구를 **각하**한다.

이유

1. 해당 법원사건의 예상 결과

2003헌바113: [(i)] 제소기간이 [지난] 2000. 7. 25. 행정소송이 제기되었거나(1999. 2. 6. 자 부과처분에 대하여), [(ii)] 지방자치법 [현행 제157조]의 규정에 따른 이의신청을 하지 아니하고 행정심판을 거친 후 행정심판의 대상이 아니라는 이유로 각하재결을 받은 후 행정소송 [소]를 제기[하였다. 즉, 필수적 전치주의 사안에서] 적법한 전심절차를 밟지 않았[다](2000. 1. 29. 자 징수처분에 대하여).

[그 결과 구 하천법 규정이 위헌인지 여부와 상관없이] ... [취소소송이] 부적법하여 **각하[될 사안]**이다.]

2. 위헌소원의 결론

2003헌바113: [그러므로 위헌소원에서] ... 재판의 전제성 요건을 **흡결**하여 [심판청구는 부적법하다.]

주의: “해당 사건의 부적법 각하”와 “위헌소원 사건의 부적법 각하”를 구별하라.

필요성

Necessity

지나간 슬픔에 새 눈물을 낭비하지 마라. - Euripides

개념

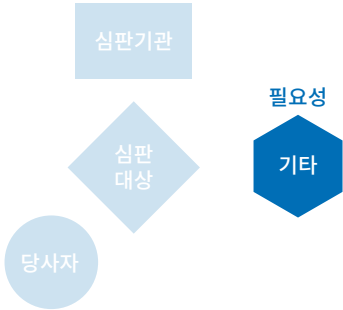
사례

법원이 헌법재판소에 위헌제청을 했다. 또는 당사자가 위헌소원심판을 청구했다. 그런데 그 후 소송 당사자가 소취하를 해 법원 사건이 종결됐다. 이때 위헌법률 심판 또는 위헌소원 심판청구는 적법한가?

- 1. 아니다. 그러한 심판청구는 부적법하다.
- 2. 왜? 헌법재판소가 심판을 할 필요성이 없기 때문이다.

분석

사후적으로 재판 전제성이 소멸할 때, 굳이 심판이 필요한가? 이것이 필요성 (necessity) 또는 소의 이익 문제다.



이것도 넓게 보면 재판 전제성 요건으로 볼 수도 있다.

사례

2002헌바3: 청구인은 2001. 10. 8. 1개월간의 법무사업무정지처분을 받았고, 그 처분의 취소를 구하는 소[를] 제기하면서 이 사건 법률조항에 대한 위헌제청신청을 하였다. 그런데, 위 법무사업무정지처분은 위 취소소송의 변론 종결 이전인 2001. 11. 7. 기간이 만료되어 그 효력이 상실되었[다.]

[그러]므로 위 취소소송은 [이 사건 법률조항의 위헌 여부와 상관없이] 소 각하의 판결을 면할 수 없게 되었[다.]

따라서 ... 재판의 전제성이 결여되어 부적법하다.

예외

99헌가7: 심리기간 중 사태 진행으로 소의 이익이 소멸되었[다. 그렇]더라도 ... 제청 당시 전제성이 인정되는 한 예외적으로 객관적인 헌법질서의 수호, 유지를 위하여 그 위헌 여부에 대한 판단을 할 수 있다.

이 사건 법률조항은 형집행에 관한 것으로서 국민의 신체의 자유에 관련된 문제[다. 그리고] 이에 대하여 아직 헌법재판소에서 해명이 이루어진 바 없[다. 또한,] 많은 피고인들의 형집행에 [관해] 기본권침해가 반복될 것이 명백하[다. 그러]므로 이에 대한 위헌 여부 심판을 하기로 한다.

주의: 무조건 적법하다는 취지가 아니다. “제청 당시 전제성이 인정되는 한” 문구를 기억하라.

의의

머리에

필요성 요건은 2가지 의미가 있다.

주관적 필요성

주관적 심판청구 이익을 뜻한다. 원칙적 고려요소다.

객관적 필요성

객관적 심판청구 이익을 뜻한다. 예외적, 보충적으로 고려한다.

소결

1. 주관적 심판청구 이익이 없더라도,
 2. 객관적 심판청구 이익이 있다면,
- 심판청구가 적법할 수 있다.

청구인적격

Standing to Request

넘어져야 일어설 수 있다. - 박문영

개념

사례

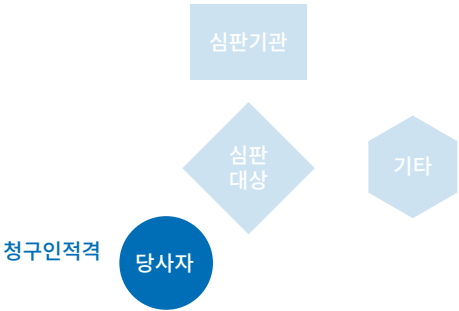
재판받는 중인 소송 당사자가 법원에 제청신청도 하지 않은 채 바로 헌법재판소에 위헌소원심판을 청구할 수 있는가?

- 1. 안 된다. 그러한 심판청구는 부적법하다.
- 2. 왜? 위헌소원 심판을 청구할 자격(청구인적격)이 없기 때문이다.

분석

청구인으로 심판을 수행하고 결정을 받기 위해 필요한 자격을 청구인적격(standing to request)이라 한다. 쉽게 말해 청구인으로 적합하다는 자격이다.

주의: 위헌소원의 청구인적격은 권리소원에서의 청구인적격(= 자기관련성 + 직접관련성 + 현재관련성)과는 다르다. 즉, 위헌소원에서는 자기관련성, 직접관련성, 현재관련성이 필요 없다.



헌법재판소법 제68조(청구 사유) ② 제41조 제1항[→ 위헌법률심판 제도]에 따른 법률의 위헌 여부 심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다....

판단 기준

형식적으로 판단한다. 즉, 제청신청 기각 결정(dismissal of the application)이 있었는지 판단하면 된다.

제청신청 각하 결정 경우?

원래 소송 당사자의 제청신청을 받은 법원은,

- 1. 제청신청이 적법하고 이유 없으면 → 제청신청을 기각(dismissal)한다.
- 2. 제청신청이 적법하고 이유 있으면 → 헌법재판소에 제청(referral)한다.
- 3. 제청신청이 부적법하면 → 제청신청을 각하(rejection)한다.

제청신청을 받은 법원의 심리 자체도 요건심리(본안전판단)와 본안심리(본안판단)로 나뉜다.

이때, 위헌소원 청구인적격은?

- 1. 기각 경우, 당연히, 당사자는 청구인적격이 있다.
- 2. 인용(헌법재판소에 제청) 경우, 당연히, 당사자는 청구인적격이 없다.
- 3. 각하 경우는? 청구인적격이 있다. 즉, 헌법재판소법 제68조 제2항에서 정한 제청신청 “기각”은 제청신청 “각하”도 포함한다.

99헌바96: 제68조 제2항에 [따른] 헌법소원[에서] ‘기각’에는 각하도 포함된다.]

2007헌바24: 청구인은 ... 공직선거법위반으로 기소되었고, 1심...과 2심...에서 각[각] 유죄판결을 선고받았다. ... 청구인은 이에 불복하여 상고...한 후 공직선거법 제93조 제1항에 관하여... 위헌심판제청을 신청하였으나..., 2007. 2. 22. 대법원이 ... 위 신청을 각하했다. 그러자 청구인은] 2007. 3. 2. 위 각하결정문을 송달받은 후 같은 달 21[일] 위 조항의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원[→ 위헌소원]심판을 청구하였다.

4. 본안 판단... 이 사건 법률조항은... 헌법에 위반되지 않는다.

소결

법원 결정	제청신청 ×	제청신청 인용	제청신청 각하	제청신청 기각
위헌소원 청구인적격	×	×	○	○

사례

사건 개요

96헌바12: 청구인(○라이더 ○○회사)은 미합중국 캘리포니아주 토란스시에 본사를 두고 자연건강보조식품의 제조 및 판매 등을 목적으로 설립된 법인이다. 위 법인은] ... 다단계판매조직을 관리, 운영하여 구 방문판매[법]...을 위반하였다고 기소되[었다].

[청구인은 현 서울남부지방법원]에 재판계속 중 [(i)] 적용법조인 위 법률 제18조 제1항, 제3항, 제26조에 대하여 위 법원에 위헌 여부 심판의 제청신청...을 하였[다.] 위 법원이 ... 청구인의 위 제청신청을 기각하[였다. 그러]자 [(i) 위 조항들과 (ii) 개정 후 부칙 제3항에 대해] 이 사건 심판청구를 하였다.

심판 대상

96헌바12: 이 사건 심판대상은 [(i) 개정 전] 구 방문판매[법]... 제18조 제1항, 제3항, 제26조..., [(ii) 개정 후] 구 방문판매[법](... 부칙 제3항의 위헌 여부[다.]

주문

96헌바12:

1. ... 제18조 제1항, 제3항, 제26조는 헌법에 위반되지 아니한다.
2. ... **부칙 제3항**에 관한 심판청구**부분을 각하**한다.

이유

96헌바12: 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원[위헌소원]은 법률의 위헌 여부 심판의 제청신청을 하여 그 신청이 기각된 때에만 청구할 수 있는 것[이다. 그런데] 기록에 첨부된 서울지방법원 남부지원[→ 현 서울남부지방법원]의 위헌제청신청기각결정...에 [따르]면 청구인은 구 방문판매등에관한법률 **부칙 제3항**에 대한 위헌 여부 심판의 **제청 신청을 하지 않았고 따라서 법원의 기각결정도 없었다**. 그러므로 청구인의 [(ii)] 이 부분 심판청구는 그 심판청구요건을 갖추지 못하여 **부적법**하다.

요건 완화

개요

그러나 청구인적격 요건을 완화하기도 한다.

기초 개념1: 수표 제도

1. 어떤 사람(A)이 거래 상대(B)에게 돈을 줄 게 있는데 현금으로 지급하는 것은 위험하고 귀찮을 수 있다. 이때, 은행에 예금계좌를 만든 다음 은행 보고 지급하도록 맡길 수가 있다. 이를 은행에 대한 지급위탁(payment entrustment)이라 한다.
2. 그러면 A를 발행인으로 해서 거래 상대(B)에게 증권을 발행한다. 이것이 바로 수표(check)다.
3. 수표소지인(B)이 기간 내에 은행에 수표를 제시하면, 은행은 돈을 지급한다.
4. 그런데 만약 발행인(A)의 사업이 망하거나 이런저런 이유로 해서 위 계좌에 예금부족(non-sufficient funds)이 생기면? 은행은 돈을 지급하지 못한다. 이것이 부도다. 그때의 수표를 부도수표(dishonored check)라 한다.

기초 개념2: 부도수표 발행인의 처벌 요건

수표를 소지한 사람이 수표금을 지급받으려면? 수표가 발행된 날부터 10일 내에 은행에 수표를 제시해야 한다.

1. 이렇게 지급제시 기간 내에 제시했는데 만약 수표가 부도가 났다면? 발행인을 처벌한다.

부정수표 단속법 제2조(부정수표발행인의 형사책임) ② 수표를 발행하거나 작성한 자가 수표를 발행한 후에 **예금부족 [등으로] ... 제시기일에 지급되지 아니하게 한 때**에도 전항과 같다[5년 이하의 징역 또는 수표금액의 10배 이하의 **벌금**에 처한다].

2. 반대로, 제시기간을 초과한 다음에 제시했다면? 발행인을 처벌하지 않는다.
제시기간은 발행일부터 10일이다.

수표법 제28조(수표의 일괄출급성) ② 기재된 발행일이 도래하기 전에 지급을 받기 위하여 제시된 수표는 그 제시된 날에 이를 지급하여야 한다.

수표법 제29조(지급제시기간) ① 국내에서 발행하고 지급할 수표는 10일 내에 지급을 받기 위한 제시를 하여야 한다.

④ 제1항...의 기간은 수표에 적힌 발행일부터 기산(起算)한다.

사건 개요

2000헌바29: 청구인은 당좌수표 6매 합계 [4,262만 5,000원] 상당을 부도낸 후 ... 부산지방검찰청 동부지[청]에 부정수표단속법위반죄로 불구속[으로] 기소되었다. 그런데 위 당좌수표들은 소위 '선일자수표'로 실제 발행일이 수표에 기재된 발행일자보다 2~5개월가량 앞서는 것들이며, 수표에 기재된 발행일에 이르러 각 지급제시되었으나 모두 거래정지로 지급되지 않았다.

위 형사피고 사건에서 청구인은 ... 선일자수표는 수표에 기재된 발행일이 아닌 실제의 발행일로부터 10일 이내에 제시되도록 하는 것이 옳을 텐데도, 현행법상으로는 기재된 발행일로부터 10일 이내에 제시되도록 하고 있으므로 부당하다고 주장[한다.]

[이에] 수표법 제28조 제2항 및 제29조 제1항...에 대한 위헌법률심판제청신청...을 하였[다. 그러나 제청신청이] ... 기각되자, ... 이 사건 ... 헌법소원(위헌소원)심판을 청구하기 에 이르렀다.

심판 대상

2000헌바29: 이 사건의 심판대상은 원칙적으로 청구인이 위헌제청신청을 하고 법원에서 기각당한 법률조항인 수표법... 제28조 제2항과 제29조 제1항의 위헌 여부가 [된다.]

그러나 ... 수표법 제29조 제1항은 국내수표의 지급제시기간은 10일간이라는 것이다.] 이것만으로는 청구인이 다투는 선일자수표의 기산일에 관한 아무런 규율이 되지 않[는다. 그뿐만 아니라,] 여기에 반드시 기산일에 관한 규정인 같은 조 제4항을 보태어 보아 야만 비로소 의미[가 있다.] 즉 수표법 제29조 제4항은 같은 조 제1항을 보충하는 규정으로서 이 두 규정은 이 사건에서 서로 밀접적 연관관계에 있[다.]

[그러]므로, 비록 목시적으로나마 선일자수표의 기산일에 관한 법률조항인 같은 조 제4항에 대하여도 위헌제청신청이 있었고, 그에 대한 법원의 기각결정도 있었다고 못 볼 바 아니[다. 그러]므로 이를 심판대상에 포함[해] 함께 판단하기로 한다.

주문

2000헌바29: 청구인의 심판청구 중 ... 수표법 제29조 제1항 및 제4항은 헌법에 위반되지 아니한다.

청구기간 Filing Period

한정된 것이 무엇인가? 그것은 인간의 생명이며 시간이다. - “탈무드”

개념

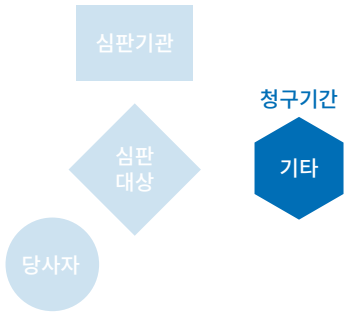
사례

제청신청 기각 결정을 받고 1년도 넘게 지났다. 헌법재판소에 위헌소원심판을 청구할 수 있는가?

- 1. 안 된다. 그러한 심판청구는 부적법하다.
- 2. 왜? 청구기간(filing period)을 도과했기 때문이다.

분석

- 1. 권리소원에 청구기간 제한이 있는 것처럼,
- 2. 위헌소원에도 청구기간 제한이 있다.



헌법재판소법 제69조(청구기간) ② 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판은 위헌 여부 심판의 제청신청을 기각하는 결정을 통지받은 날부터 30일 이내에 청구하여야 한다.

연습문제

2023년도 변호사시험 공법 선택형

[문 7.] 「헌법재판소법」상 청구기간에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

② 「헌법재판소법」 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판은 위헌 여부 심판의 제청신청을 기각하는 결정을 한 날부터 30일 이내에 청구하여야 한다.

예외?

개요

위헌소원 청구기간에 예외를 인정할 수 있는가? 안 된다.

1. 설령 기간 도과에 정당한 사유가 있다거나,
2. 설령 청구인에게 과실이 없더라도,
기간에 관해 예외를 인정할 수는 없다. 왜?

정당한 사유 있는 경우의 예외?

1. 행정소송법 조항에 정당한 사유 있는 경우의 예외를 두고 있다.

행정소송법 제20조(제소기간) ② 취소소송은 처분등이 있은 날부터 1년...을 경과하면 이를 제기하지 못한다. **다만, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.**

2. 그러나 위헌소원은 위헌법률심판처럼 고유한 헌법재판 유형이다. 그래서 유추할 만한 행정소송 유형이 없다.

헌법재판 중 권한쟁의, 헌법소원 경우 행정소송법을 준용한다. 이들에 행정소송 중 기관소송, 항고소송을 대응시킬 수 있다.

헌법재판소법 제40조(준용규정) ① ... 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 「행정소송법」을 함께 준용한다.

3. 위헌소원에 유추할 행정소송 유형이 없다 보니, 행정소송의 제소기간 규정을 준용할 수 없다.

책임질 수 없는 사유로 도과한 경우의 예외?

1. 민사소송법 조항에 책임질 수 없는 사유로 불변기간을 도과한 경우 예외를 두고 있다.

민사소송법 제173조(소송행위의 추후보완) ① 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간을 지킬 수 없었던 경우에는 그 사유가 없어진 날부터 2주 이내에 게을리한 소송행위를 보완할 수 있다. ...

2. 그러나 법에서 불변기간이라고 명시한 경우에만 불변기간을 인정할 수 있다.
3. 따라서 불변기간이라는 명시규정이 없는 이상, 위헌소원에 관해 추완심판청구를 할 수 없다.

즉, 불변기간 또는 추완은 위헌소원의 성질에 반한다. 그래서 준용할 수 없다.

헌법재판소법 제40조(준용규정) ① 헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 **헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서** 민사소송에 관한 법령을 준용한다. ...

관련 문제

권리소원의 청구기간 준용?

위헌소원에는 권리소원의 청구기간 규정을 적용하지 않는다.

99헌바96: 헌법소원의 청구기간에 대하여는 법 제69조가 헌법소원의 종류에 따라 그 기간을 달리 규정하고 있다. 즉 제1항에서는 법 제68조 제1항의 헌법소원의 청구기간을 규정하고 제2항에서는 법 제68조 제2항의 헌법소원의 청구기간을 규정하고 있다. 그러므로 이 사건과 같이 그 청구가 법 제68조 제2항의 헌법소원에 해당하는 이상에는 그 청구기간에 대하여 법 제69조 제2항이 적용될 뿐이다. 여기에 법 제69조 제1항이 적용될 여지는 전혀 없는 것이다.

제청신청 각하?

1. 제청신청이 이유 없다며 기각된 것이 아니라,
2. 제청신청이 부적법하다고 각하된 경우는 어떤가? 이때도 마찬가지로 위헌소원의 청구기간 규정을 적용한다.

99헌바96: 제68조 제2항에 [따른] 헌법소원[에서] '기각'에는 각하도 포함된다.]

사례

사건 개요

99헌바96: 청구의 망 이○춘은 ... 대통령직선제개헌요구시위에 참가하여 시위를 하던 중 ... 고가도로에서 떨어져 ... 사망하였다. 그 후 이○춘의 부모형제들인 청구인들은 ... 국가를 상대로 손해배상청구의 소를 제기[하였다].

[청구인들은] 부산고등법원...에 항소하는 한편 예산회계법 제96조 제2항이 국가에 대한 채권의 소멸시효를 5년으로 정하고 있어 ... 이에 대한 위헌법률심판제청신청...을 하였다. 그런데 부산고등법원은 [민법상 3년의 소멸시효가 적용될 사안으로 보고] 1999. 3. 26. ... 위헌제청신청사건에 관하여는 ... 예산회계법 제96조 제2항의 위헌 여부는 재판의 전제가 되지 못한다는 이유로 [제청신청에 대해] 각하[결정]하였다. [이는 1999. 4. 1. 송달되었다.]

[그런데] 대법원은 1999. 9. 17. [결론은 부산고등법원과 같은 취지로] 청구인들의 상고를 기각하면서, [다만 이유는 부산고등법원의 판단과는 달리, ... 손해배상청구권은 [예산회계법상 5년의] 시효완성으로 소멸되었다고] ... 판시하였다. 이에 청구인들은 예산회계법 제96조 제2항이 위헌이라고 주장하면서 1999. 10. 29. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

주문

99헌바96: 이 사건 심판청구를 모두 각하한다.

이유

99헌바96: 이 사건의 경우, 청구인들은 제청신청에 대한 각하결정을 1999. 4. 1. 송달 받았고, 이 사건 헌법소원은 1999. 10. 29. 제기되었으므로 이 소원은 청구기간이 도과한 뒤에 제기되었음이 명백하여 부적법하다.

다만 [“[해당] 사건의 원심에서는 대상조항을 적용하지 아니하였는데 대법원이 이를 적용함으로써 청구인들이 그제[야] 대상조항이 재판의 전제가 되는 것을 비로소 알게 되었[다.] 이것은 당사자가 책임질 수 없는 사유로 ... 청구기간을 준수하지 못한 경우에 해당[한다. 그러므로] 소송행위의 추완이 허용되어야 한다[”]라는 취지의 주장을 청구인들이 하는 것으로 볼 수도 있어 이 점에 대하여 더 살[펴 보자.]

법 제40조 제1항[으로] 준용[하]는 민사소송법 제159조 및 제160조에 [따르]면 법이 불변기간이라고 규정한 경우에만 이른바 소송행위의 추완[을 할 수 있다. 그런데] 법 제69조 제2항에 대하여는 이를 **불변기간이라고 규정하는 법 규정이 없어서 그 기간의 준수에 대하여 추완이 허용되지 않[는다.]**

[그]뿐만 아니라, [설]사 이 청구기간을 불변기간이라 하여 추완[할 수 있]다고 하더라도 [문제가 있다. 즉,] 이때에는 민사소송법 제160조에 [따라] 당사자가 책임질 수 없는 사유가 없어진 후 2주일 내에 해태된 소송행위를 추완하[였어야 했다. 그런데] 청구인들이 대법원판결을 송달받은 1999. 10. 1.로부터 2주일이 지난 같은 달 29일에 이 사건 헌법 소원청구를 하였[다.]

[그러]므로, 청구인들이 주장하는 바가 그들이 책임질 수 없는 사유에 해당되는지 여부를 더 따져볼 것도 없[다. 어차피] 청구인들의 주장은 이유가 없[다.]

변호사 강제주의

Mandatory Attorney Representation

스스로를 변호하는 사람은 어리석은 변호사와 당나귀 같은 의뢰인을 둔 셈이죠.
- Bewitched, “Samantha for the Defense” 중에서

복습

헌법소원: 변호사 강제주의

헌법재판소법 제25조(대표자, 대리인) ③ 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.

2008헌마439: 변호사 강제주의는 법률지식이 불충분한 당사자의 **기본권 침해에 대한 구제를 보장**[한다. 그리고] **당사자를 설득하여 승소의 가망이 없는 헌법재판의 청구를 자제**시[킨다. 또한,] 헌법재판에서의 주장과 자료를 정리, 개발하고 객관화하는 기능을 수행[한다. 그리하여] 재판소와 관계 당사자 모두가 시간, 노력, 비용을 절감하여 헌법재판의 질적 향상을 가져온다.

헌법소원: 국선대리인 제도

1. 헌법소원(ㄷ 위헌소원)은 반드시 변호사를 대리인으로 써야 한다.
2. 따라서 가난한 사람을 위해 국선대리인(court-appointed representative) 제도가 있다.

헌법재판소법 제70조(국선대리인) ① 헌법소원심판을 청구하려는 자가 변호사를 대리인으로 선임할 **자격(資力)이 없는 경우에는** 헌법재판소에 국선대리인을 선임하여 줄 것을 신청할 수 있다. ...

국선대리인과 위헌소원 청구기간

복습: 위헌소원 청구기간

헌법재판소법 제69조(청구기간) ② 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판은 위헌 여부 심판의 **제청신청을 기각하는 결정을 통지받은 날부터 30일 이내에** 청구하여야 한다.

국선대리인 선임 경우 특칙

국선대리인 선임절차에 시간이 걸린다. 그래서 청구기간에 특칙이 있다.

헌법재판소법 제70조(국선대리인) ① ... 이 경우 제69조에 따른 청구기간은 국선대리인의 **선임신청이 있는 날을 기준으로** 정한다.

- ④ 헌법재판소가 국선대리인을 선정하지 아니한다는 결정을 한 때에는 지체 없이 그 사실을 신청인에게 통지하여야 한다. 이 경우 신청인이 **선임신청을 한 날부터 그 통지를 받은 날까지**의 기간은 제69조의 청구기간에 **산입하지 아니한다**.

- ⑤ 제3항에 따라 선정된 국선대리인은 선정된 날부터 60일 이내에 ... 심판청구서를 헌법재판소에 제출하여야 한다.

권한쟁의 심판청구요건

Litigation Requirements of Constitutional Jurisdiction Dispute

이것은 정부의 견제와 균형을 위한 것이다. 그런데 이제는 견제만 있고 균형은 없다.
- Gracie Allen

복습: 권한쟁의 개념

개념

- 1. 국가기관 간, 지방자치단체 간, 또는 국가기관과 지방자치단체 사이에
- 2. 권한 귀속, 또는 권한 범위에 관해 다툼이 생겼을 때
- 3. 국가기능이 원활하게 수행되도록
- 4. 헌법재판소에 청구하여
- 5. 판단을 받는 제도.

심판기관에 관하여

머리에

심판기관에 재판권, 관할권이 인정돼야 한다.

강의계획

이 요건은 굳이 살피지 않겠다.

당사자에 관하여

당사자능력

- 1. 청구인에게는 청구인능력이 인정되어야 한다.
- 2. 피청구인에게는 피청구인능력이 인정되어야 한다.

당사자적격

- 1. 청구인에게는 청구인적격이 인정되어야 한다. 청구인이 자신의 권한을 제한 받아야 청구인적격을 갖는다.
- 2. 피청구인에게는 피청구인적격이 인정되어야 한다. 문제의 처분 또는 부작위를 한 국가기관, 지방자치단체가 피청구인적격을 갖는다.

강의계획

피청구인적격은 따로 살피지 않겠다.

심판대상에 관하여

처분 또는 부작위(대상적격)

심판대상(object)은 처분 또는 부작위이어야 한다.

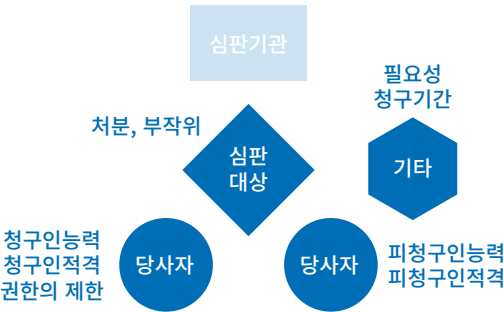
강의계획

청구인이 권한쟁의심판을 청구한 대상이 과연 심판대상(처분 또는 부작위) 요건을 갖추었는지 살펴보아야 한다.

결론

심판청구요건 의의

권한쟁의 심판청구요건 중 어느 하나라도 충족시키지 못하면, 그 심판청구는 부적법하다.



정리

실제로 문제 되는 요건을 나열하면 다음과 같다.

- 1. 당사자능력(권한의 주체) [당사자]
- 2. 권한의 제한 [당사자]
- 3. 청구인적격 [당사자]
- 4. 처분, 부작위 [심판대상]
- 5. 필요성 [기타]
- 6. 청구기간 [기타]

“권한쟁의는 당.당.당.대상.필.기.”로 암기를 할 수도 있다. 소송요건(심판청구요건)은 언제나 심판기관 → 당사자 → 심판대상 → 기타 요소로 구성된다고 이해를 할 수도 있다. 암기와 이해를 병행해야, 암기도 잘되고 이해도 잘된다.

당사자능력

Admissibility to a Litigant

국가란 인간이나 다름없다. 왜냐하면 국가도 인간처럼
가지각색의 성격으로 형성되어 있기 때문이다. - Plato

개념

사례

개인 김갑동이 국가기관 또는 지방자치단체의 처분, 부작위에 불만이 있다. 김갑동이 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있는가?

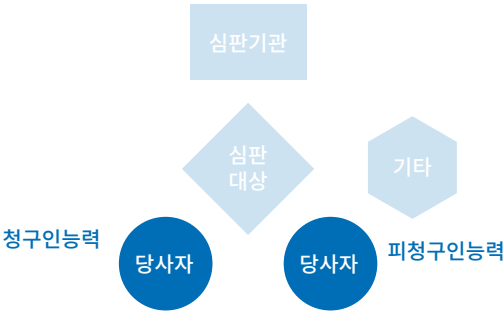
- 1. 안 된다. 그러한 심판청구는 부적법하다.
- 2. 왜? 김갑동은 청구인능력이 없기 때문이다.

분석

- 1. 권한쟁의란, 국가기관 등이 침해받은 권한을 회복하기 위한 제도다.
- 2. 그러므로 애당초 그러한 권한을 부여받은 국가기관 등만 심판청구를 하거나 그 상대방이 될 수 있다.

이처럼, 청구인, 피청구인이 권한(authority) 주체로서 권한쟁의심판 당사자가 될 수 있는지를 당사자능력(admissibility to a litigant) 문제라 한다.

당사자능력 = 청구인능력(admissibility to a requester) + 피청구인능력(admissibility to the requested).



헌법재판소법 제61조(청구 사유) ① 국가기관 상호 간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호 간에 권한의 유무 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 해당 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.

주의사항

다음은 서로 구별해야 한다.

- 1. 권한(authority) 주체
- 2. 기본권(fundamental rights) 주체

- 예를 들어, 개인이나 사적 단체는,
- 1. 국가기관과 같은 권한(authority)은 없다. 그러므로 권한의 주체가 아니다.
 - 2. 그러나 기본권(fundamental rights)을 누린다. 그러므로 기본권의 주체다.

관련 규정

헌법

헌법은 권한쟁의의 당사자를 다음과 같이 정했다.

- 1. 국가기관
- 2. 지방자치단체

대한민국헌법 제111조 ① 헌법재판소는 다음 사항을 관장한다.

- 4. **국가기관** 상호 간, 국가기관과 **지방자치단체** 간 및 지방자치단체 상호 간의 권한
쟁의에 관한 심판

헌법재판소법

헌법재판소법은 이를 구체화했다. 즉, 법률은 당사자를 다음과 같이 정했다.

- 1. 국가기관(state agency): 국회, 정부, 법원, 중앙선거관리위원회 등.
- 2. 지방자치단체(local government): 특별시, 광역시, 특별자치시, 도, 특별자
치도, 시, 군, 자치구 등.

헌법재판소법 제62조(권한쟁의심판의 종류) ① 권한쟁의심판의 종류는 다음 각호와
같다.

- 1. 국가기관 상호 간의 권한쟁의심판
국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호 간의 권한쟁의심판
 - 2. 국가기관과 지방자치단체 간의 권한쟁의심판
가. 정부와 특별시, 광역시, 특별자치시, 도 또는 특별자치도 간의 권한쟁의심판
나. 정부와 시, 군 또는 지방자치단체인 구... 간의 권한쟁의심판
 - 3. 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의심판 ...
-

국가기관과 지방자치단체의 차이

- 1. 헌법재판소법이 국가기관을 나열한 것은 예시(example)다. 따라서 위 조항
에 명시되어 있지 않은 기관이라도, 국가기관으로 해석(interpretation)되
는 이상 얼마든지 당사자능력이 있다.

96헌라2: 헌법 제111조 제1항 제4호에서 헌법재판소의 관장사항의 하나로 ‘국가기관
상호 간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의에 관[한 심]
판’이라고 규정하고 있을 뿐[이다.] 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있는 **국가기관**의 종
류나 범위에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않[다. 그리고] 이에 관하여 특별히 **법
률로 정하도록 위임하고 있지도 않다.**

따라서 입법자인 국회는 권한쟁의심판의 종류나 당사자를 제한할 **입법형성의 자유가 있다고 할 수 없다**.] 헌법 제111조 제1항 제4호에서 말하는 국가기관의 의미와 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있는 국가기관의 범위는 결국 **헌법해석**을 통하여 확정하여야 할 문제이다.

국회의원과 국회의장 사이에 위와 같은 각자 권한의 존부 및 범위와 행사를 둘러싸고 언제나 다툼이 생길 수 있고, 이와 같은 분쟁은 ... 각각 별개의 헌법상의 국가기관으로서의 권한을 둘러싸고 발생하는 분쟁이다.] 국회의원과 국회의장은 ... 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있다고 보아야 [한다.] ... **헌법재판소법** 제62조 제1항 **제1호의 규정**도 한정적, 열거적인 조항이 아니라 **예시적**인 조항으로 해석[해야 한다.]

2. 반면, 지방자치단체를 나열한 것은 입법(legislation)을 통해 당사자를 한정(limitation)하는 의미다. 즉, 법률조항에 지방자치단체로 명시돼 있어야만 비로소 “지방자치단체”로서의 당사자능력을 가진다.

2009헌라11: 헌법은 ‘국가기관’과는 달리 ‘지방자치단체’의 경우에는 **그 종류를 법률로 정하도록 규정**하고 있다(제117조 제2항).] 지방자치법은 위와 같은 헌법의 위임에 따라 지방자치단체의 종류를 특별시, 광역시, 도, 특별자치도와 시, 군, 구로 정하고 있다(지방자치법 제2조 제1항).] 헌법재판소법은 지방자치법이 규정하[는] 지방자치단체의 종류를 [고려]하여 권한쟁의심판의 종류를 정하고 있다. 즉, **지방자치법은 헌법의 위임을 받아 지방자치단체의 종류를 규정**하고 있다. 그러[므로] 헌법재판소가 헌법해석을 통하여 권한쟁의심판의 당사자가 [될] 지방자치단체의 범위를 새로이 확정하여야 할 필요가 없다.

[즉,] 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의심판을 규정하[는] **헌법재판소법** 제62조 제1항 **제3호의 경우**에는 이를 예시적으로 해석할 필요성 및 법적 근거가 없는 것이다. [즉, **한정적, 열거적 조항**이다.]

지방자치단체의 의결기관인 지방의회를 구성하는 지방의회 의원과 그 지방의회의 대표자인 지방의회 의장 간의 권한쟁의심판은 [어떤가? 이는] 헌법 및 헌법재판소법[에 따라] 헌법재판소가 관장하는 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의심[판] 범위에 속한다고 볼 수 없다. 그러므로 그 심판청구는] 부적법하다.

대한민국헌법 제117조 ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.

② 지방자치단체의 종류는 법률로 정한다.

소결

	국가기관의 경우	지방자치단체의 경우
범위를 법률에 위임했는지	×	○
헌법재판소법 제62조 제1항	제1호	제3호
열거의 본질	예시 규정	한정 규정
범위 확정 문제	헌법 해석	지방자치법 확인

1. 당사자 A가 지방자치단체인지 여부는 지방자치법에서 지방자치단체로 정했는지 확인하면 되기 때문에 간단하다.
2. 그러나 당사자 A가 국가기관인지는 해석(interpretation) 문제를 남긴다.

당사자능력 있는 국가기관 여부 판단

설치 근거

설치 근거는 다음에 한정한다.

1. 헌법(constitution)

2009헌라6: 권한쟁의 심판의 당사자능력은 헌법[에 따라] 설치된 국가기관에 한정하여 인정하는 것이 타당하[다.]

설치 근거로 “법률”만 있어서는 안 된다.

2022헌라5: 법률[에 따라] 설치된 기관의 그 권한을 둘러싼 분쟁은 헌법문제가 아니라 단순한 법률문제에 불과하다. 권한쟁의심판의 당사자능력을 법률[에 따라] 설치된 국가기관으로까지 넓게 인정한다면 헌법해석을 통하여 중요한 헌법상의 문제를 심판하는 헌법수호기관으로서의 헌법재판소의 지위와 기능에도 맞지 아니하고 헌법재판소와 법원의 관할을 나누어 놓고 있는 헌법체계에도 반한[다.]

권한부여 근거

권한부여 근거는 다음과 같다. 이때 그 국가기관으로서 독자적 권한(authority of its own)을 부여받아야 한다.

1. 헌법(constitution) 또는
2. 법률(act)

2016헌라2: 헌법 제111조 제1항 제4호[에서 정한] 국가기관에 해당하는지 아닌지를 판별[할 때는] ... 국가기관이 ... 헌법과 법률에 [따라] 독자적인 권한을 부여받고 있는지 여부... 등을 종합적으로 고려하여야 [한다.]

예: 국회의 입법권, 감사의 수사권과 기소권

보충성(subsidiarity)

권한의 다툼을 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 없어야 한다.

2016헌라2: 헌법 제111조 제1항 제4호[에서 정한] 국가기관에 해당하는지 아닌지를 판별[할 때는] ... 헌법에 [따라] 설치된 국가기관 상호 간의 권한쟁의를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 [한다.]

소결

국가기관이 다음 요건을 모두 갖추야 권한쟁의 당사자능력이 있다.

- 1. 헌법에 설치 근거가 있을 것
- 2. 헌법, 법률에 따른 권한이 있을 것
- 3. 다른 절차로 다룰 수 없을 것

편의상, 여기서 “당사자능력”이라 하면, “권한쟁의 당사자능력”을 뜻한다.

기초 개념

정부와 행정부

대한민국헌법 제66조 ④ 행정권은 대통령을 수반으로 하는 **정부**에 속한다.

2020헌마264: 여기서의 ‘정부’란 입법부와 사법부에 대응하는 넓은 개념으로서의 **집행부**를 일컫는[다.]

정부는 다음 2가지로 나뉜다.

- 1. 대통령(president)
- 2. 행정부(administration): (국무)총리, 국무위원, 국무회의, (행정) 각부, 감사원

대한민국헌법 제4장 정부 [제66조~제100조]

제1절 대통령 [제66조~제85조]

제2절 행정부 [제86조~제100조]

제1관 국무총리와 국무위원 [제86조~제87조]

제2관 국무회의 [제88조~제93조]

제3관 행정 각부 [제94조~제96조]

제4관 감사원 [제97조~제100조]

중앙행정기관

행정기관의 조직과 정원에 관한 통칙 제2조(정의) 이 영에서 사용되는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “중앙행정기관”이[단] **국가의 행정사무**를 담당하기 위하여 설치된 행정기관으로서 그 관할권의 범위가 전국에 미치는 행정기관을 말한다. ...

- 1. 대통령 직속: 정부 > 대통령 > A기관

예: 감사원, 경호처, 국정원

대한민국헌법 제66조 ① **대통령**은 국가의 원수이며, ...

대한민국헌법 제97조 국가의 세입, 세출의 결산, 국가 및 법률이 정한 단체의 회계검사와 행정기관 및 공무원의 직무에 관한 감찰을 하기 위하여 **대통령 소속하에 감사원**을 둔다.

정부조직법 제16조(대통령경호처) ① 대통령 등의 경호를 담당하기 위하여 **대통령경호처**를 둔다.

정부조직법 제17조(국가정보원) ① 국가안전보장에 관련되는 정보 및 보안에 관한 사무를 담당하기 위하여 **대통령 소속으로 국가정보원**을 둔다.

2. 총리 직속: 정부 > 행정부 > 총리 > A기관

예: 기획처, 인사처, 공정위, 권익위(“Anti-Corruption” & Civil Rights Commission ≠ 인권위)

대한민국헌법 제86조 ② 국무총리는 대통령을 보좌하며, 행정에 관하여 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할한다.

정부조직법 제23조(기획예산처) ① 중장기 국가발전전략수립, 재정정책의 수립, 예산, 기금의 편성, 집행, 성과관리, 민간투자 및 국가채무에 관한 사무를 관장하기 위하여 국무총리 소속으로 **기획예산처**를 둔다.

정부조직법 제24조(인사혁신처) ① 공무원의 인사, 윤리, 복무 및 연금에 관한 사무를 관장하기 위하여 국무총리 소속으로 **인사혁신처**를 둔다.

공정거래법 제54조(공정거래위원회의 설치) ① 이 법에 따른 사무를 독립적으로 수행하기 위하여 국무총리 소속으로 **공정거래위원회**를 둔다.

부패방지권익위법 제11조(국민권익위원회의 설치) ① 고충민원의 처리와 이에 관련된 불합리한 행정제도를 개선하고, 부패의 발생을 예방하며 부패행위를 효율적으로 규제하도록 하기 위하여 국무총리 소속으로 **국민권익위원회**...를 둔다.

3. 각부 자체: 정부 > 행정부 > 각부(= A기관)

예: 재경부, 법무부, 행안부

대한민국헌법 제96조 행정각부의 설치, 조직과 직무범위는 법률로 정한다.

정부조직법 제29조(행정각부) ① 대통령의 통할하에 다음의 행정각부를 둔다.

1. 재정경제부
 6. 법무부
 8. 행정안전부
-

정부조직법 제30조(재정경제부) ① 재정경제부장관은 경제정책의 수립, 총괄, 조정, 화폐, 외환, 국고, 정부회계, 내국세제, 관세, 국제금융, 공공기관 관리, 경제협력 및 국유재산에 관한 사무를 관장한다.

정부조직법 제35조(법무부) ① 법무부장관은 검사사무, 형형, 인권옹호, 출입국관리 그 밖에 법무에 관한 사무를 관장한다.

정부조직법 제37조(행정안전부) ① 행정안전부장관은 국무회의의 서무, 법령 및 조약의 공포, 정부조직과 정원, 상훈, 정부혁신, 행정능률, 전자정부, 정부청사의 관리, 지방자치제도, 지방자치단체의 사무지원, 재정, 세제, 낙후지역 등 지원, 지방자치단체간 분쟁조정, 선거, 국민투표의 지원, 안전 및 재난에 관한 정책의 수립, 총괄, 조정, 비상대비, 민방위 및 방재에 관한 사무를 관장한다.

4. 각부 소속: 정부 > 행정부 > 각부 > A기관

예: 국세청(재경부), 공소청(법무부), 경찰청(행안부), 중수청(행안부)

정부조직법 제30조(재정경제부) ③ 내국세의 부과, 감면 및 징수에 관한 사무를 관장하기 위하여 **재정경제부장관 소속으로 국세청**을 둔다.

정부조직법 제35조(법무부) ② 검사에 관한 사무를 관장하기 위하여 **법무부장관 소속으로 공소청**을 둔다.

정부조직법 제37조(행정안전부) ⑤ 치안에 관한 사무를 관장하기 위하여 **행정안전부장관 소속으로 경찰청**을 둔다.

⑨ 중대범죄 수사에 관한 사무를 관장하기 위하여 **행정안전부장관 소속으로 중대범죄 수사청**을 둔다.

5. 독립 기관: 정부 > 행정부 > A기관

예: 인권위(National “Human Rights” Commission ≠ 권익위), 공수처

국가인권위원회법 제3조(국가인권위원회의 설립과 독립성) ① 이 법에서 정하는 **인권**의 보호와 향상을 위한 업무를 수행하기 위하여 국가인권위원회...를 둔다.

② 위원회는 그 권한에 속하는 업무를 **독립**하여 수행한다.

공수처법 제3조(고위공직자범죄수사처의 설치와 독립성) ① 고위공직자범죄수처에 관하여 다음 각호에 필요한 직무를 수행하기 위하여 고위공직자범죄수사처...를 둔다.

1. 고위공직자범죄수처에 관한 수사

② 수사처는 그 권한에 속하는 직무를 **독립**하여 수행한다.

이처럼, 중앙행정기관은 꼭 대통령 직속이거나 총리 직속일 필요가 없다. 꼭 각 부 자체거나 각부 소속일 필요도 없다. 즉, 소속은 다양할 수 있다.

2020헌마264: 수사처는 직제상 대통령 또는 국무총리 직속기관 내지 국무총리의 통할을 받는 행정각부에 속하지 않는다. 그렇다고 하더라도 대통령을 수반으로 하는 행정부에 소속되고 그 관할권의 범위가 전국에 미치는 중앙행정기관[이다.]

대통령과 행정부, 국무총리에 관한 헌법 규정의 해석상 국무총리의 통할을 받는 ‘행정각부’에 모든 행정기관이 포함된다고 볼 수 없다. 즉 정부의 구성단위로서 그 권한에 속하는 사항을 집행하는 중앙행정기관을 반드시 국무총리의 통할을 받는 ‘행정각부’의 형태로 설치하거나 ‘행정각부’에 속하는 기관으로 두어야 하는 것이 헌법상 강제되는 것은 아니[다. 그러므로] 법률로써 ‘행정각부’에 속하지 않는 독립된 형태의 행정기관[→ 공수처 등]을 설치하는 것이 헌법상 금지된다고 할 수 없다.

헌법기관과 중앙행정기관

1. 헌법기관(constitutional institution): 헌법(constitution)이 설치한 기관 (cf. 법률이 설치한 기관)

“세상에는 헌법과 법률이 있다.” - 성낙인

2. 중앙행정기관(central administrative agencies): 정부(executive branch) 기관 (cf. 입법부 기관, 사법부 기관)

“각 국가에는 세 종류의 권력이 있다. 입법권(→ 입법부), ... 집행권(→ 정부), 그리고 ... 재판권(→ 사법부)이다.” - Montesquieu

예를 들어,

1. 감사원: 헌법기관○(∴ 헌법 제97조) and 중앙행정기관○(∴ 정부 소속)

대한민국헌법 제97조 국가의 세입, 세출의 결산, 국가 및 법률이 정한 단체의 회계검사와 행정기관 및 공무원의 직무에 관한 감찰을 하기 위하여 **대통령 소속하에 감사원**을 둔다.

2023헌라5: [감사원]은 대통령 소속으로 행정부에 속한 기관이다. 헌법 제97조는 ... [감사원에] ‘국가’를 대상으로 한 회계검사권과 ‘행정기관’을 대상으로 한 직무감찰권을 부여하고 있다. [그중] **직무감찰권은 행정부 내부의 통제장치**로서의 성격을 갖는다[다.]

2. 선관위: 헌법기관○(∴ 헌법 제114조 제1항) but 중앙행정기관×(∴ 정부 소속 아님)

대한민국헌법 제114조 ① 선거와 국민투표의 공정한 관리 및 정당에 관한 사무를 처리하기 위하여 **선거관리위원회**를 둔다.

2023헌라5: 우리 헌법이 선거관리사무를 행정부로부터 기능적, 조직적으로 분리하여 독립된 헌법기관인 선거관리위원회에 부여한 [이유는] 선거관리기구가 대의민주제에서 요청되는 독립적, 중립적 선거관리라는 헌법적 과제를 제대로 수행하기 위해서는 외부 권력기관, 특히 대통령을 수반으로 하는 정부의 영향력을 제도적으로 차단할 필요가 있다[다.] 이를 위해서는 선거관리사무를 **행정부가 아닌 독립된 헌법기관**에 맡겨야 한다는 헌법적 결단이 헌법체계에 반영된 결과라고 볼 수 있다.

3. 인권위/공수처: 헌법기관×(∴ 헌법에 ×) but 중앙행정기관○(∴ 정부 소속)

2009헌라6: [인권위는] **중앙행정기관**에 해당[한다.] ... 국회가 제정한 국가인권위원회 **법에 따라** **비로소 설립된 [인권위는]** 국회의 위 법률 개정행위[로] 존폐 및 권한범위 등이 좌우[된다. 그러]므로 ... 헌법에 **따라** 설치된 국가기관에 해당한다고 할 수 없다.

2020헌마264: 수사처가 **중앙행정기관**[인데도] 기존의 행정조직에 소속되지 않고 대통령과 기존행정조직으로부터 구체적인 지휘, 감독을 받지 않는 형태로 설치된 것은 수사처 업무의 특수성에서 기인한[다.] ... **법률에 근거하여 수사처라는 행정기관을 설치**하는 것이 헌법상 금지되지 않는[다.]

감사원, 선관위, 인권위/공수처 모두 직무상 독립성 있는 기관이다. 그러나 정부 소속일 수 있고(감사원, 인권위/공수처), 나아가 대통령 직속일 수 있다(감사원).

	중앙행정기관 ○	중앙행정기관 ×
헌법기관 ○	감사원	선관위
헌법기관 ×	인권위/공수처	-

정당

정당(political party)이란?

1. 정치적 견해를 같이하는 사람들이 자발적으로 조직한 집단이다.

예: 더불어민주당, 국민의힘, 정의당.

- 2. 민법상 법인 아닌 사단(quasi-incorporated association)이다.
- 3. 정당은 국민과 국가의 중개자 역할을 한다.

2013헌다1: 정당은 국민과 국가의 중개자로서의 기능을 수행한다. 정당은 국민의 다양한 정치적 의사들을 대표하고 형성[한다.] 통상 국민들은 정당에 대한 지지 혹은 선거에서의 투표를 통해서 국가정책의 결정에 참여하거나 그에 대한 영향을 끼칠 수 있[다.] 국민의 정치 의사 형성을 매개하는 정당은 오늘날 민주주의에[서] 필수불가결한 요소[다.]

연습문제

2026년도 변호사시험 공법 선택형

- [문 5.] 국가기관에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ② 중앙행정기관을 국무총리의 통할을 받는 ‘행정각부’의 형태로 설치하거나 ‘행정각부’에 속하는 기관으로 두는 것이 헌법상 강제되므로, 법률로써 ‘행정각부’에 속하지 않는 독립된 형태의 행정기관을 설치하는 것은 헌법상 금지된다.
 - ④ 감사원의 직무감찰권은 행정부 내부의 통제장치로서의 성격을 갖는다고 볼 수 있으므로, 정부와 독립된 헌법기관인 국회, 법원, 헌법재판소는 물론 선거관리위원회도 헌법 제97조가 정한 감사원의 직무감찰 대상에 포함되지 않는다.
 - ⑤ 대의민주주의와 국민주권주의를 실현하기 위해서는 선거의 공정한 관리가 필수적으로 요구되는데, 선거와 투표관리사무 등의 담당기관을 일반행정기관과는 별도의 독립기관으로 구성해야 한다는 요청이 나오는 것도 바로 이 때문이며, 선거관리위원회는 이러한 요청을 제도화한 것이다.

국가기관 사례

정부

정부(central government) 자체 → 당사자능력○

대한민국헌법 제66조 ④ 행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다.

정부의 부분기관(central government organ)을 보자.

- 1. if 헌법에 설치 근거○: 대통령, 국무총리, 국무위원, 각부 장관 등 → 당사자능력○

- 대한민국헌법 제66조 ① 대통령은 국가의 원수이며, 외국에 대하여 국가를 대표한다.
- 대한민국헌법 제86조 ① 국무총리는 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다.
- 대한민국헌법 제87조 ① 국무위원은 국무총리의 제청으로 대통령이 임명한다.
- 대한민국헌법 제94조 행정각부의 장은 국무위원 중에서 국무총리의 제청으로 대통령이 임명한다.

2. if 헌법에 설치 근거×: 국가인권위원회, 국가경찰위원회 등 → 당사자능력×

2009헌라6: 국회가 제정한 국가인권위원회법[에 따라] 비로소 설립된 [국가인권위원회는] 국회의 위 법률 개정행위[로] 존폐 및 권한범위 등이 좌우[된다. 그러므로] 국가인권위원회는] 헌법 제111조 제1항 제4호[에서 정한] 헌법에 [따라] 설치된 국가기관에 해당한다고 할 수 없다. ... 법률에 [따라] 설치된 청구인[국가인권위원회]에게는 권한쟁의 심판의 당사자능력이 인정되지 아니한다.

2022헌라5: 국회가 제정한 경찰법에 [따라] 비로소 설립된 [국가경찰위원회는] 국회의 경찰법 개정행위[로] 존폐 및 권한범위 등이 좌우[된다. 그러므로] ... 헌법에 [따라] 설치된 국가기관에 해당한다고 할 수 없다. ... 정부조직법상 합의제 행정기관을 포함한 정부의 부분기관 사이의 권한에 관한 다툼은 정부조직법상의 상하 위계질서나 국무회의, 대통령령에 [따른] 조정 등을 통하여 자체적으로 해결될 가능성이 있[다. 국가경찰위원회]의 경우도 [마찬가지다.] ... 법률에 [따라] 설치된 [국가경찰위원회]에게는 권한쟁의심판의 당사자능력이 인정되지 아니한다.

국회

국회(assembly) 자체 → 당사자능력○

대한민국헌법 제40조 입법권은 국회에 속한다.

국회의 부분기관(assembly organ)을 보자.

1. if 헌법에 설치 근거○: 국회의원, 국회의원, 위원회/장 등 → 당사자능력○

대한민국헌법 제41조 ① 국회는 국민의 보통, 평등, 직접, 비밀선거[로] 선출된 국회의원으로 구성한다.

대한민국헌법 제48조 국회는 의장 1인...을 선출한다.

대한민국헌법 제62조 ② 국회나 그 위원회의 요구가 있을 때에는 국무총리, 국무위원 또는 정부위원은 출석, 답변하여야 ...

2. if 헌법에 설치 근거×: 교섭단체, 소위원회/장, 안전조정위원회/장 등 → 당사자능력×

2019헌라6: 교섭단체는 국회의 원활한 운영을 위하여 소속의원의 의사를 수렴, 집약하여 의견을 조정하는 교섭창구의 역할을 하는 조직이다. ... 헌법은 권한쟁의심판청구의 당사자로 국회의원들의 모임인 교섭단체에 대해서 규정하고 있지 않다. ... 교섭단체가 갖는 권한은 원활한 국회 의사진행을 위하여 국회법에서 인정하고 있는 권한일 뿐이다. ... 교섭단체는 그 권한침해를 이유로 권한쟁의심판을 청구할 수 없다.

2019헌라4: 헌법 제62조는 ‘국회의 위원회’(이하 ‘위원회’라 한다)를 명시하고 있으나 ‘국회의 소위원회’(이하 ‘소위원회’라 한다)는 명시하지 않고 있다. 소위원회는 국회법에 설치근거를 두고 있[다.] ... 소위원회는 위원회의 부분기관에 불과하여 헌법에 [따라] 설치된 국가기관에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 소위원회가 설치된 뒤에야 비로소 존재할 수 있는 그 소위원회 위원장 또한 헌법[에 따라] 설치된 국가기관에 해당한다고 볼 수 없다. ... 소위원회는 ... 위원회의 부분기관에 불과하므로, ... 위원회에서 해결될 수 있다. ... 소위원회 위원장은 ... 권한쟁의심판에서의 청구인능력이 인정되지 않는다.

2019헌라5: 안전조정위원회는 국회법에 그 구성 요건 및 활동기간 등에 관한 별도의 조항을 두고 있다. 그러나 **헌법이 아닌 국회법에 설치 근거**가 있[다.] ... 안전조정위원회의 위원장도 안전조정위원회가 구성된 뒤에야 비로소 조정위원 중에서 선출된[다.] ... 따라서 안전조정위원회의 위원장은 ... 헌법에 [따라] 설치된 국가기관에 해당한다고 볼 수 없다. ... 국회법 제57조의2에 근거한 안전조정위원회 위원장은 ... 헌법 제111조 제1항 제4호 및 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호의 ‘국가기관’에 해당한다고 볼 수 없[다]. 그러므로] 권한쟁의심판에서의 **당사자능력이 인정되지 않는다**.

정당?

정당은 권한쟁의 당사자능력이 없다. 왜? 정당은,

- 1. 국가기관도 아니고,
- 2. 지방자치단체도 아니기 때문이다.

2019헌라6: 헌법이 특별히 정당설립의 자유와 복수정당제를 보장하고, 정당의 해산을 엄격한 요건하에서 인정하는 등 정당을 특별히 보호하고 있[다. 그러나] 이는 정당이 공권력의행사 주체로서 **국가기관의 지위를 갖는다는 의미가 아니고** 사인[이] 자유로이 설립[할] 수 있다는 것을 의미한다. 따라서 정당은 특별한 사정이 없는 한 권한쟁의심판절차의 **당사자가 될 수는 없다**.

정당은 정치적 성격이 있지만 기본적으로는 사적 단체로, 기본권의 주체다. 따라서 정당은 헌법소원심판의 당사자능력은 있다. 헌법소원을 할 수 있으므로, 굳이 권한쟁의 당사자로 인정할 필요가 없다.

연습문제1

2024년도 변호사시험 공법 선택형

[문 9.] 권한쟁의심판의 적법요건에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「국회법」상의 안전조정위원회 위원장은 헌법과 「헌법재판소법」이 정하는 권한쟁의심판을 청구할 수 있는 국가기관에 해당하지 않으므로, 권한쟁의심판에서의 당사자능력이 인정되지 않는다.

연습문제2

2025년도 변호사시험 공법 선택형

[문 2.] 권한쟁의심판에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 정당은 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 없지만, 교섭단체는 국회의 부분기관으로서 독자적인 권한을 가지므로 권한쟁의심판의 당사자능력이 인정된다.
- ㄴ. 일반적으로 「정부조직법」상 합의를 행정기관을 포함한 정부의 부분기관 사이의 권한에 관한 다툼은 「정부조직법」상의 상하 위계질서 등을 통하여 해결될 수 있으므로 권한쟁의심판이 허용될 수 없다.

㉑. 국가경찰위원회는 업무의 헌법적 중요성, 기관의 독립성 등에 비추어 권한쟁의심판의 당사자인 국가기관에 해당한다.

지방자치단체 사례

기초 개념: 자치구와 일반구(행정구)

1. 특별시/광역시 안에 있는 구는 지방자치단체다. 그중에서도 기초자치단체다. 이런 구를 자치구(autonomous Gu)라 한다.

서울특별시(광역시자치단체) 안의 종로구(기초자치단체): 지방자치단체○(자치구)

2. 일반 시 안에 있는 구는 지방자치단체가 아니다. 이러한 구를 일반구 또는 행정구(non-autonomous Gu)라 한다.

고양시(기초자치단체) 안의 일산동구: 지방자치단체×[일반구(행정구)]

기초 개념: 지방자치단체의 종류

1. 광역(upper level)자치단체: 서울특별시, 경기도 등.
2. 기초(lower level)자치단체: 종로구(자치구), 고양시 등.

일반구(행정구)인 일산동구는 지방자치단체가 아니다.

지방자치단체

1. 지방자치단체(local government) 자체 → 당사자능력○

대한민국헌법 제111조 ① 헌법재판소는 다음 사항을 관장한다.

4. 국가기관 상호 간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의에 관한 심판

2. 지방자치단체의 부분기관(local government organ): 지방의회 의원, 지방의회 의장 등 → 당사자능력×

2009헌라11: 지방자치단체의 의결기관인 지방의회를 구성하는 지방의회 의원과 그 지방의회의 대표자인 지방의회 의장 간의 권한쟁의심판은 [어떨까?] 헌법 및 헌법재판소법에 [따라] 헌법재판소가 관장하는 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의심판의 범위에 속한다고 볼 수 없다. 그러므로 부적법하다.

주의: 지방자치단체장의 국가기관성?

지방자치단체장(서울특별시장, 경기도지사, 종로구청장, 고양시장 등)은,

1. 원칙: 지방자치단체의 부분기관 지위 → 당사자능력×

2003헌라1: 권한쟁의심판을 청구할 수 있는 자에 대하여는 헌법 제111조 제1항 제4호와 헌법재판소법 제62조 제1항 제3호가 정하고 있[다(→ “지방자치단체”일 것).] 이에 [따르면] 지방자치단체의 장은 원칙적으로 권한쟁의 심판청구의 당사자가 될 수 없다.

2. 예외: 국가 사무에 관해 위임을 받은 국가기관 지위 → (국가기관으로서) 당사자능력○

지방자치법 제115조(국가사무의 위임) 시, 도와 시, 군 및 자치구에서 시행하는 국가사무는 시, 도지사 및 시장, 군수 및 자치구의 구청**장에게 위임**하여 수행하는 것을 원칙으로 한다. ...

2003헌라1: 다만 지방자치단체의 장이 **국가위임 사무에 대해 국가기관의 지위에서 처분**을 행한 경우에는 권한쟁의 심판청구의 **당사자가 될 수 있다**.

도시계획사업실시계획인가사무는 건설교통부장관으로부터 시, 도지사에게 위임되었고, 다시 시장, 군수에게 재위임된 기관위임사무로서 국가사무[다.]

연습문제

2025년도 변호사시험 공법 선택형

[문 2.] 권한쟁의심판에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄷ. 지방의회 의원과 지방의회 의장 간의 권한쟁의심판은 헌법재판소가 관장하는 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의심판의 범위에 속한다고 볼 수 없다.
- ㄹ. 지방자치단체의 장은 원칙적으로 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 없지만, 지방자치단체의 장이 국가위임사무에 대해 국가기관의 지위에서 처분을 행한 경우에는 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있다.

제4강

기본권론

Theory of Fundamental Rights



Eugène Delacroix, *La Liberté guidant le peuple* (Liberty Leading the People)
1830, oil on canvas, 260 × 325 cm, Musée du Louvre, Paris

기본권의 보장과 제한에 관하여

— 모든 국가작용은 궁극적 목표는 **기본권보장**이다. 지금까지 배운 여러 개념과 절차 이론을 바탕으로, 기본권을 **제한**할 때의 **한계**를 살펴본다.

이번 강의의 목표는 다음을 이해하는 것이다.

- 1. 기본권보장과 **제도보장**의 차이. 그리고 기본권의 **이중성**이 보여주는 상호 밀접한 관계
- 2. **헌법상 권리**와 **법률상 권리**의 비교. 그리고 그것이 헌법소원에 미치는 영향
- 3. 기본권 갈등, 즉 **경합**과 **충돌**의 해결 원리
- 4. 기본권 제한의 **위헌심사 기준**. 특히 절대적 금지사유와 과잉금지 원칙의 탄력 적용

기본권 개념

Concept of Fundamental Rights

인간은 자유롭게 태어났지만 모든 곳에서 사슬에 묶여 있다.
- Jean-Jacques Rousseau

인권과 기본권

인권

인권(human rights)이란,

- 1. 인간(human)이면
- 2. 인정받아야 하는
- 3. 자연법(natural law; *lex naturalis*)상 권리

헌법과 무관하게 받은 권리

기본권

기본권(fundamental rights)이란,

- 1. 국가가 보장하는
- 2. 기본적인(fundamental)
- 3. 실정법(positive law; *ius positum*)상 권리

헌법이 인정해서 받은 권리

인권과 기본권 관계

- 1. 인권과 기본권은 원래 서로 다른 개념이다.
- 2. 그러나 현행 헌법은 인권 자체를 기본권에 포함했다.

대한민국헌법 제10조 ... 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 **인권**을 확인하고 이를 **보장**할 의무를 진다.

대한민국헌법 제37조 ① 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.

기본권 ⊃ 인권

기본권보장

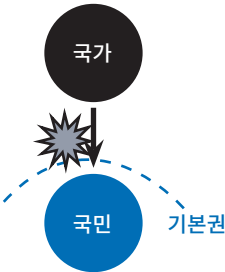
머리에

기본권의 이름은 대체로 다음과 같다.

- 1. ~권(리)
- 2. ~자유

개념

기본권보장(guarantee of fundamental rights)이란, 기본권을 헌법적 수준으로 보장하는 것이다. → 국가는 국민의 기본권을 침해하면 안 된다.



기본권보장 대상은,

- 1. 개인(private person)의
- 2. 주관적(subjective)
- 3. 권리(rights)

99헌마139: 기본권이[란] 국민의 국가에 대한 주관적인 헌법상의 권리[다.]

2018헌마595: 헌법재판소는 헌법소원심판절차를 통하여 ... 주관적인 권리구제의 보장에도 충분한 배려를 하여야 [한다.]

다음 기본권을 지금 모두 암기할 필요는 없다. 그러나 조문 하나하나에 큰 의미가 있다. 차분히, 소리 내 읽어 보자.

기초적 기본권

- 1. 인간존엄

대한민국헌법 제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 ... 가진다. ...

- 2. 행복추구권

대한민국헌법 제10조 모든 국민은 ... 행복을 추구할 권리를 가진다. ...

- 3. 평등권

대한민국헌법 제11조 ① 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별, 종교 또는 사회적 신분[을 이유로] 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 생활의 모든 영역[에서] 차별을 받지 아니한다.

인신 관련 기본권

- 1. 생명권
- 2. 신체자유

대한민국헌법 제12조 ① 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. ...

3. 처벌로부터의 자유

대한민국헌법 제13조 ① 모든 국민은 행위 시의 법률[에 따라] 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.
③ 모든 국민은 자기의 행위가 아닌 친족의 행위 [때문에] 불이익한 처우를 받지 아니한다.
대한민국헌법 제27조 ④ 형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.

4. 거주이전자유

대한민국헌법 제14조 모든 국민은 거주, 이전의 자유를 가진다.
--

사생활 관련 기본권

1. 주거자유

대한민국헌법 제16조 모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다. ...
--

2. 사생활비밀자유

대한민국헌법 제17조 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.

3. 통신자유

대한민국헌법 제18조 모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다.
--

정신 관련 기본권

1. 양심자유

대한민국헌법 제19조 모든 국민은 양심의 자유를 가진다.
--

2. 종교자유

대한민국헌법 제20조 ① 모든 국민은 종교의 자유를 가진다.
--

3. 언론출판자유

대한민국헌법 제21조 ① 모든 국민은 언론, 출판의 자유...를 가진다.

4. 집회결사자유

대한민국헌법 제21조 ① 모든 국민은 ... 집회, 결사의 자유를 가진다.
--

5. 학문자유

대한민국헌법 제22조 ① 모든 국민은 학문...의 자유를 가진다.

6. 예술자유

대한민국헌법 제22조 ① 모든 국민은 ... 예술의 자유를 가진다.
--

경제활동 관련 기본권

1. 직업자유

대한민국헌법 제15조 모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.

2. 재산권

대한민국헌법 제23조 ① 모든 국민의 재산권은 보장된다. ...

정치참여 관련 기본권

1. 정치적자유

대한민국헌법 제8조 ① 정당의 설립은 자유...다.

2. 선거권

대한민국헌법 제24조 모든 국민은 법률[에서] 정하는 바[에 따라] 선거권을 가진다.

3. 국민투표권

대한민국헌법 제72조 대통령은 필요하다고 인정할 때에는 외교, 국방, 통일 기타 국가 안위에 관한 중요정책을 국민투표에 [부칠] 수 있다.
대한민국헌법 제130조 ② 헌법개정안은 국회가 의결한 후 30일 이내에 국민투표에 [부쳐] 국회의원선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻어야 한다.

4. 공무담임권

대한민국헌법 제25조 모든 국민은 법률[에서] 정하는 바[에 따라] 공무담임권을 가진다.

청구권적 기본권

1. 청원권

대한민국헌법 제26조 ① 모든 국민은 법률[에서] 정하는 바[에 따라] 국가기관에 문서로 청원할 권리를 가진다.

2. 재판청구권

대한민국헌법 제27조 ① 모든 국민은 헌법과 법률[에서] 정한 법관[에게] 법률에 [따른] 재판을 받을 권리를 가진다.

3. 형사보상 청구권

대한민국헌법 제28조 형사피의자 또는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 법률[에서] 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률[에서] 정하는 바[에 따라] 국가에 정당한 보상을 청구할 수 있다.

4. 범죄피해자 구조 청구권

대한민국헌법 제30조 타인의 범죄행위로 ... 생명, 신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률[에서] 정하는 바[에 따라] 국가로부터 구조를 받을 수 있다.

5. 범죄피해자 재판절차 진술권

대한민국헌법 제27조 ⑤ 형사피해자는 법률[에서] 정하는 바[에 따라 해당] 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다.

6. 국가배상 청구권

대한민국헌법 제29조 ① 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률[에서] 정하는 바[에 따라] 국가 또는 공공단체에 상당한 배상을 청구할 수 있다. ...

7. 손실보상 청구권

대한민국헌법 제23조 ③ 공공필요에 [따른] 재산권의 수용, 사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.

사회적 기본권

1. 교육권

대한민국헌법 제31조 ① 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.

2. 근로권

대한민국헌법 제32조 ① 모든 국민은 근로의 권리를 가진다. ...

3. 사회보장수급권

대한민국헌법 제34조 ① 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.

4. 환경권

대한민국헌법 제35조 ① 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.

5. 혼인자유

대한민국헌법 제36조 ① 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.

6. 모성보호권

대한민국헌법 제36조 ② 국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다.

7. 보건권

대한민국헌법 제36조 ③ 모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.

효과

1. 국가기관의 기본권 보장 의무

대한민국헌법 제10조 ... 국가는 개인이 가지는 불가침의 **기본적 인권을** 확인하고 이를 **보장할 의무**를 진다.

2. 무단제한 금지

대한민국헌법 제37조 ② 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공 복리를 위하여 **필요한 경우에 한하여 법률로써** 제한할 수 있으며, ...

3. 본질내용침해 금지

대한민국헌법 제37조 ② 국민의 모든 자유와 권리는 ... 제한하는 경우에도 자유와 권리의 **본질적인 내용을 침해할 수 없다**.

기본권의 주체

문제점

1. 외국인도 기본권 주체가 되는가? 즉, 외국인이 권리를 침해받았다면 기본권 침해가 될 수 있나?

2012헌마854: 자연인인 경우에는 국민 이외에 외국인이나 무국적자에게 어느 범주까지 기본권의 주체성을 인정할 수 있는지가 문제[된다.]

2. 단체도 기본권 주체가 되는가? 즉, 단체가 권리를 침해받았다면 기본권 침해가 될 수 있나?

2009헌가27: 우리 헌법은 법인 내지 단체의 기본권 향유능력에 대하여 명문의 규정을 두고 있지는 않[다.]

논의 실익

1. 기본권 침해가 될 수 있다면, 외국인/단체도 헌법소원 청구인적격이 있다.

2. 기본권 침해가 될 수 없다면, 외국인/단체는 헌법소원 청구인적격이 없다.

헌법재판소법 제68조(청구 사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 ... 헌법상 보장된 **기본권을 침해받은 자**는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. ...

93헌마120: 여기서 기본권을 침해받은 자만이 헌법소원을 청구할 수 있다는 것은 [무슨 뜻인가] 곧 기본권의 주체라야만 헌법소원을 청구할 수 있고, **기본권의 주체가 아닌 자는 헌법소원을 청구할 수 없다**는 것을 의미[한다.]

인간의 권리

인간(human)이라서 갖는 권리는 외국인도 기본권 주체가 될 수 있다.

인간이라서 갖는 권리 = 인권

2014헌마346: 단순히 ‘국민의 권리’가 아니라 ‘**인간의 권리**’로 볼 수 있는 기본권에 대해서는 **외국인도 기본권의 주체**이다.

인간의 권리는, 예를 들어,

1. 인간존엄 및 행복추구권

대한민국헌법 제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. ...

99헌마494: **인간의 존엄과 가치, 행복추구권**은 대체로 ‘**인간의 권리**’로서 외국인도 주체가 될 수 있다.]

2. 평등권

대한민국헌법 제11조 ① 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별, 종교 또는 사회적 신분[을 이유로] 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 생활의 모든 영역[에서] 차별을 받지 아니한다.

99헌마494: **평등권도 인간의 권리**로서 [외국인도 주체가 될 수 있다. 다만,] ... 제한이 있을 수 있을 뿐이다.

2019헌마1165: 내국인등과 달리 보험료를 체납한 경우에는 다음 달부터 곧바로 보험급여를 제한하는 국민건강보험법 제109조 제10항...이 [있다. 위 조항은] 청구인들[우즈베키스탄 국적[고려인 등]의 평등권을 침해[한다.]

2020헌마1079: 이 사건 처리기준이 긴급재난지원금 지급 대상에 외국인 중에서도 ‘영주권자 및 결혼이민자’를 포함시키면서 ‘난민인정자’를 제외[했다. 이]것은 합리적 이유 없는 차별이다. 그러므로 이 사건 처리기준은 청구인[외국인]의 평등권을 침해한다.

법 앞에 모든 사람은 평등하다(Aequalitas omnium coram lege; All are equal before the law).

3. 신체의 자유와 변호인조력권

대한민국헌법 제12조 ① 모든 국민은 **신체의 자유**를 가진다. 누구든지 법률에 [따르]지 아니하고는 체포, 구속, 압수, 수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 [따르]지 아니하고는 처벌, 보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

대한민국헌법 제12조 ④ 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 **변호인의 조력을 받을 권리**를 가진다. ...

2014헌마346: 청구인은 외국인이다. ... 청구인이 침해받았다고 주장하는 변호인의 조력을 받을 권리는 성질상 **인간의 권리**에 해당[된다. 그러]므로 [변호인의 조력을 받을 권리는] 외국인도 주체이다. ... 따라서 청구인의 심판청구는 청구인 적격이 인정된다.

인천국제공항에서 난민인정신청을 하였으나 난민인정심사불회부결정을 받은 청구인을 인천국제공항 송환대기실에 약 5개월째 수용하고 환송구역으로의 출입을 막[았다. 이 것은] 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속”에 해당[한다.] ... [그러므로] 헌법 제12조 제4항 본문에 따라 변호인의 조력을 받을 권리가 있다. ... [그러]나 이 사건 변호인 접견신청 거부는 아무런 법률상 근거가 없다. ... 이 사건 변호인 접견신청 거부는 청구인의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하므로 헌법에 위반된다.

2020헌가1: 강제퇴거명령을 받은 사람[→ 외국인]을 보호할 수 있도록 하면서 보호기간의 상한을 마련하지 아니한 출입국관리법 제63조 제1항...이 [있다. 위 조항은] 과잉금지원칙 및 적법절차원칙에 위배되어 피보호자의 신체의 자유를 침해[한다.]

모든 사람은 생명과 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다(Everyone has the right to life, liberty and security of person).

국민의 권리

국민(nation)이라서 보장하는 권리에 관해 외국인은 기본권 주체가 될 수 없다.

국민이라서 보장하는 권리 = 기본권 - 인권

2004헌마670: 외국인에게 모든 기본권이 무한정 인정될 수 있는 것이 아니[다.] 원칙적으로 ‘국민의 권리’가 아닌 ‘인간의 권리’의 범위[에]서만 인정[된다. 따라서 “국민의 권리” 침해로는 **외국인이 헌법소원 심판청구를 할 수 없다.**]

국민의 권리는, 예를 들어,

1. 국회의원선거권, 대통령선거권

대한민국헌법 제24조 모든 국민은 법률[에서] 정하는 바[에 따라] 선거권을 가진다.

대한민국헌법 제41조 ① 국회는 국민의 보통, 평등, 직접, 비밀선거[로] 선출된 국회의원으로 구성한다.

대한민국헌법 제67조 ① 대통령은 국민의 보통, 평등, 직접, 비밀선거[로] 선출한다.

2. 공무담임권

대한민국헌법 제25조 모든 국민은 법률[에서] 정하는 바[에 따라] 공무담임권을 가진다.

인간의 권리와 국민의 권리 구별

어떤 기본권이 인간의 권리인지 국민의 권리인지는 어떻게 구별하는가? 일단,

1. 헌법 규정이 “인간에게” 또는 “누구든지” 부여하는 권리는 인간의 권리다.

근로의 권리 중 근로조건 요구권(일할 환경에 관한 권리)

대한민국헌법 제32조 ③ 근로조건은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.

2014헌마367: ‘일할 환경에 관한 권리’는 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 권리로서 **외국인에게도** 인정[된다. 이는] 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함한다.

여기서의 근로조건은 임금과 그 지불방법, 취업시간과 휴식시간 등 근로계약에 [따라] 근로자가 근로를 제공하고 임금을 수령하는 데 관한 조건들이[다. 그런데] 이 사건 출국만기보험금은 퇴직금의 성질을 가지고 있[다. 그래서] 그 지급시기에 관한 것은 근로조건의 문제[다. 그러]므로 외국인인 청구인들에게도 기본권 주체성이 인정된다.

2. 헌법 규정이 “모든 국민”에게 부여하는 권리는 국민의 권리다.

근로의 권리 중 정책 요구권(일할 자리에 관한 권리)

대한민국헌법 제32조 ① 모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적, 경제적 방법으로 근로자의 **고용의 증진**과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, ...

2004헌마670: 근로의 권리[는] “일할 자리에 관한 권리”만이 아니라 “일할 환경에 관한 권리”도 함께 내포하고 있[다.] 국가에 대하여 고용증진을 위한 사회적, 경제적 정책을 요구할 수 있는 권리[→ **일할 자리에 관한 권리**]는 사회권적 기본권으로서 **국민에 대하여만** 인정해야 [한다.]

그러나 위와 같이 일률적으로 구별할 수는 없다. 예를 들어, 직업자유를 보자.

대한민국헌법 제15조 모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.

1. 인간의 권리로, 외국인도 기본권 주체라 본 사례

2007헌마1083: 직업의 자유 중 이 사건에서 문제 되는 직장 선택의 자유는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과도 밀접한 관련을 가[진다. 그]만큼 단순히 국민의 권리가 아닌 인간의 권리로 보아야 [한다. 그러]므로 외국인도 제한적으로라도 직장 선택의 자유를 향유할 수 있[다.]

2. 국민의 권리로, 외국인은 기본권 주체가 아니라고 본 사례

2013헌마359: [비의료인의 의료행위를 금지하여] 제한하[는] 직업의 자유는 [어떤가?] 국가자격제도정책과 국가의 경제상황에 따라 법률[로] 제한할 수 있고 인류보편적인 성격을 지니고 있지 아니하[다. 그러]므로 국민의 권리에 해당한다. [이처럼] 헌법에서 인정하는 직업의 자유는 원칙적으로 대한민국 국민에게 인정되는 기본권이이지, 외국인에게 인정되는 기본권은 아니다.

[위 2007헌마1083은] 이미 근로관계가 형성[된] 예외적인 경우에 제한적으로 인정한 것에 불과하다. 그러한 근로관계가 형성되기 전단계인 특정한 직업을 선택할 수 있는 권리는 국가정책에 따라 법률로써 외국인에게 제한적으로 허용되는 것이지 헌법상 기본권에서 유래[하]는 것은 아니다.

단체의 권리

성질상 단체도 누릴 수 있는 권리는 단체도 기본권 주체가 될 수 있다.

2009헌마595: 본래 자연인에게 적용되는 기본권규정이라도 ... **성질상** 법인이 누릴 수 있는 기본권은 당연히 법인[에]도 적용하여야 [한다.] 따라서 **법인**도 사단법인, 재단법인 또는 영리법인, 비영리법인을 가리지 아니하고 위 한계 내에서는 헌법상 보장된 기본권이 침해되었음을 이유로 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

또한 **법인 아닌 사단, 재단**이라고 하더라도 대표자의 정함이 있고 독립된 사회적 조직체로서 활동하는 때에는 **성질상** 법인이 누릴 수 있는 기본권을 침해당하게 되면 그의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있[다.]

예를 들어,

1. 직업자유(영업자유), 거주이전자유

대한민국헌법 제14조 모든 국민은 거주, 이전의 자유를 가진다.

대한민국헌법 제15조 모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.

94헌마113: 헌법 제15조에 [따른] 직업선택의 자유는 자신이 원하는 직업 내지 직종을 자유롭게 선택하는 직업선택의 자유와 그가 선택한 직업을 자기가 결정한 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 직업수행의 자유를 포함[한다.]

94헌바42: 법인의 설립이나 지점 등의 설치, 활동거점의 이전... 등은 법인이 그 존립이나 통상적인 활동을 위하여 필연적으로 요구되는 기본적인 행위유형들이[다. 그러]므로 이를 제한하는 것은 결국 헌법상 **법인[에] 보장된 직업수행의 자유와 거주, 이전의 자유**를 제한하는 것인가의 문제로 귀결된다.

2. 표현자유, 재산권

대한민국헌법 제21조 ① 모든 국민은 언론, 출판의 자유와 집회, 결사의 자유를 가진다.

대한민국헌법 제23조 ① 모든 국민의 재산권은 보장된다. ...

2009헌마595: 언론, 출판의 자유, 재산권의 보장 등과 같이 **성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권**은 당연히 법인[에]도 적용하여야 [한다.]

자연인의 권리

자연인(natural person)이라서 보장하는 권리에 관해 단체는 기본권 주체가 될 수 없다. 예를 들어,

1. 인간존엄가치, 행복추구권

대한민국헌법 제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. ...

2004헌바67: 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치, 행복을 추구할 권리는 그 **성질상 자연인에게 인정되는 기본권**이다.[다.] 법인인 청구인들에게는 적용되지 않는다.[다.]

2. 선거권, 국민투표권

대한민국헌법 제24조 모든 국민은 법률이 정하는 바에 [따라] 선거권을 가진다.

대한민국헌법 제72조 대통령은 필요하다고 인정할 때에는 외교, 국방, 통일 기타 국가 안위에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있다.

대한민국헌법 제130조 ② 헌법개정안은 국회가 의결한 후 30일 이내에 국민투표에 붙여 국회의원선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻어야 한다.

2009헌마256: 헌법상 기본권인 선거권 및 국민투표권은 대한민국 국적을 가진 자연인인 대한민국 국민에게만 인정[된다.] 그 권리의 **성질상 법인이나 단체는 선거권 및 국민투표권 행사의 주체가 될 수 없[다.]**

주의점

기본권 주체 인정 문제 ≠ 기본권 제한 정도 문제

2007헌마1083: 기본권 주체성의 인정문제와 기본권 제한의 정도는 별개의 문제[다. 그러므로, 외국인에게 직장 선택의 자유에 대한 기본권주체성을 인정한다는 것이 곧바로 이들에게 우리 국민과 동일한 수준의 직장 선택의 자유가 보장된다는 것을 의미하는 것은 아니[다.]

연습문제1

2023년도 변호사시험 공법 선택형

- [문 4.] 기본권 주체에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ㄱ. 변호인의 조력을 받을 권리는 성질상 인간의 권리에 해당하므로 외국인도 그 주체가 된다.
 - ㄴ. 인간의 존엄과 가치에서 유래하는 인격권은 자연적 생명체인 개인의 존재를 전제로 하므로 성질상 법인에는 적용될 수 없다.

연습문제2

2025년도 변호사시험 공법 선택형

- [문 11.] 외국인의 기본권에 관한 설명으로 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ㄱ. 「국민건강보험법」상 지역가입자인 국내체류 외국인이 보험료를 체납한 경우에는 그 체납기간이나 체납횟수 등과 관계없이 국민건강보험공단이 1회 체납만으로도 다음 달부터 곧바로 체납한 보험료를 완납할 때까지 보험급여를 하지 않도록 내국인등과 달리 규정한 것은 평등권을 침해한다.
 - ㄴ. 강제퇴거명령을 받은 외국인을 대한민국 밖으로 송환할 수 있을 때까지 보호시설에 인치, 수용할 수 있도록 하면서 그 보호기간의 상한을 마련하지 아니한 「출입국관리법」 조항은 피보호자의 신체의 자유를 침해한다.
 - ㄷ. 인천국제공항에서 난민인정신청을 하였으나 난민인정심사불회부결정을 받은 외국인을 인천국제공항 송환대기실에 약 5개월째 수용하고 환송구역으로의 출입을 막은 것은 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 ‘구속’에 해당하며, 구속 상태에서 변호인의 접견신청을 거부한 것은 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한다.
 - ㄹ. 「외국인고용법」에서 외국인근로자를 고용한 사업 또는 사업장의 사용자는 외국인근로자의 출국 등에 따른 퇴직금 지급을 위하여 외국인근로자를 피보험자로 하는 보험 또는 신약에 가입하도록 규정하고 있는데, 이 출국만기보험금은 퇴직금의 성질을 가지고 있어서 그 지급시기에 관한 것은 근로조건의 문제이므로 외국인근로자에게도 기본권 주체성이 인정된다.
 - ㅁ. 코로나19 확산으로 경제적 타격을 입은 국민들을 지원하기 위한 「긴급재난지원금 가구구성 및 이의신청 처리기준(2차)」이 긴급재난지원금 지급 대상인 ‘외국인만으로 구성된 가구’에 ‘영주권자 및 결혼이민자’는 포함시키면서 ‘난민인정자’를 제외한 것은 합리적 이유 없는 차별이므로 난민인정자의 평등권을 침해한다.

연습문제3

2026년도 변호사시험 공법 선택형

- [문 13.] 직업의 자유에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ① 헌법 제15조의 직업선택의 자유는 자신이 원하는 직업을 자유롭게 선택하는 좁은 의미의 직업선택의 자유와 그가 선택한 직업을 자기가 원하는 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 직업수행의 자유를 포함하는 직업의 자유를 뜻하고, 법인도 직업수행의 자유의 주체가 될 수 있다.
 - ⑤ 적법하게 고용허가를 받아 적법하게 우리나라에 입국하여 우리나라에서 일정한 생활관계를 형성, 유지하는 등 우리 사회에서 정당한 노동인력으로서 지위를 부여받은 외국인들의 직장선택의 자유는 인간의 권리로서 보장된다.

제도보장

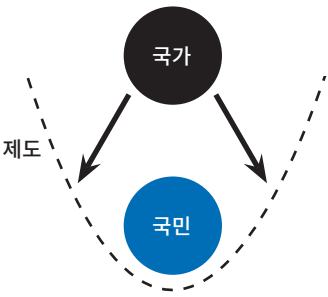
머리에

제도보장의 이름은 대체로 다음과 같다.

- 1. ~제(도)

개념

제도보장(guarantee of institution)이란, 국가의 기반이 되는 제도를 헌법적 수준으로 보장하는 것이다. → 국가는 제도를 만들고 유지해야 한다.



제도보장 대상은,

- 1. 국가공동체(national community)의
- 2. 객관적(objective)
- 3. 질서(legal-order)

95헌바48: 제도적 보장은 객관적 제도를 헌법에[서] 규정하여 [해당] 제도의 본질을 유지하려는 것[이다.] 헌법제정권자가 특히 중요하고도 가치가 있다고 인정되고 **헌법적으로도 보장할 필요가 있다고 생각하는 국가제도를 헌법에[서] 규정**[한다. 이]로써 장래의 법발전, 법형성의 방침과 범주를 미리 규율하[는 것이다.]

2018헌마595: 헌법재판소는 헌법소원심판절차를 통하여 **객관적인 헌법질서의 보**
장..에도 충분한 배려를 하여야 [한다.]

제도보장(institution-guarantee)과 제도적 보장(institutional guarantee)
은 엄밀히는 다르다. 그러나 현행법 해석에서 구별 실익은 거의 없다.

사례

1. 군사제도

대한민국헌법 제5조 ② 국군은 국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 의무를 수행함을
사명으로 하며, 그 정치적 중립성은 준수된다.

2. 직업공무원제도

대한민국헌법 제7조 ① 공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을
진다.
② 공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률[에서] 정하는 바[에 따라] 보장된다.

3. 복수정당제도

대한민국헌법 제8조 ① 정당의 설립은 자유이며, 복수정당제는 보장된다.

4. 사유재산제도

대한민국헌법 제23조 ① 모든 국민의 재산권은 보장된다. ...

5. 교육제도

대한민국헌법 제31조 ④ 교육의 자주성, 전문성, 정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법
률[에서] 정하는 바[에 따라] 보장된다.
⑤ 국가는 평생교육을 진흥하여야 한다.
⑥ 학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관
한 기본적인 사항은 법률로 정한다.

6. 가족제도

대한민국헌법 제36조 ① 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립
되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.

7. 선거제도

대한민국헌법 제41조 ① 국회는 국민의 보통, 평등, 직접, 비밀선거[로] 선출된 국회의원
으로 구성한다.
대한민국헌법 제67조 ① 대통령은 국민의 보통, 평등, 직접, 비밀선거[로] 선출한다.

8. 사법제도

대한민국헌법 제101조 ① 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다.
② 법원은 최고법원인 대법원과 각급법원으로 조직된다.

9. 헌법재판제도

대한민국헌법 제111조 ① 헌법재판소는 다음 사항을 관장한다.

1. 법원의 제청에 [따른] 법률의 위헌 여부 심판
 2. 탄핵의 심판
 3. 정당의 해산 심판
 4. 국가기관 상호 간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호 간의 권한 쟁의에 관한 심판
 5. 법률[에서] 정하는 헌법소원에 관한 심판
-

10. 지방자치제도

대한민국헌법 제117조 ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.

② 지방자치단체의 종류는 법률로 정한다.

대한민국헌법 제118조 ① 지방자치단체에 의회를 둔다.

② 지방의회의 조직, 권한, 의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다.

11. 경제질서제도

대한민국헌법 제119조 ① 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.

② 국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.

효과

1. 국가기관의 제도보장의무

대한민국헌법 제36조 ① 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.

97헌가12: 헌법 제36조 제1항은 혼인제도와 가족제도에 관한 헌법원리를 규정[한다. 이것은] 혼인제도와 가족제도는 인간의 존엄성 존중과 민주주의의 원리에 따라 규정되어야 함을 천명한 것이다. ... 이 규정은 가족생활이 ‘양성의 평등’을 기초로 성립, 유지될 것을 명문화한 것이다.]

[그러]므로 [이 규정은] **입법자가 가족제도를 형성[할 때] 이를 반드시 고려할 것을 요구** 하고 있다.

2. 폐지 금지

95헌바48: [그]뿐만 아니라 [제도보장이 있으면] 헌법에[서] 규정[하고] 있기 때문에 법률로써 이를 **폐지할 수 없다.**]

3. 본질내용침해 금지

95헌바48: 비록 [제도의] 내용을 제한하더라도 그 **본질적 내용을 침해할 수 없다.**

기본권보장과 제도보장

머리에

2005헌마403: **제도적 보장**은 주관적 권리가 아닌 객관적 법규범이라는 점에서 **기본권**과 **구별**[된다.]

기본권보장 ≠ 제도보장

기본권보장

- 1. 국민의 주관적 권리(subjective rights)를
- 2. 국가가 보장해야 한다.

제도보장

- 1. 국가의 객관적 질서(objective legal-order)를
- 2. 국가가 보장해야 한다.

헌법 조항 의미

헌법 조항은 다음 중 어느 하나 이상 의미가 있을 수 있다.

- 1. 기본권보장(guarantee of fundamental rights)
- 2. 제도보장(guarantee of institution)
- 3. 헌법원리(constitutional principle)

대한민국헌법 제36조 ① 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.

2001헌바82: 헌법 제36조 제1항은 [i] 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 **기본권으로서 보장**하고, [ii] 혼인과 가족에 대한 **제도를 보장**한다. 그리고 [iii] 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족에 관련되는 공법 및 사법의 모든 영역에 영향을 미치는 **헌법원리 내지 원칙규범으로서의 성격**도 가[진다.] 이는 적극적으로는 적절한 조치를 통해서 혼인과 가족을 지원하고 [제3자로부터의] 침해 앞에서 혼인과 가족을 보호해야 할 국가의 과제를 포함하며, 소극적으로는 불이익을 야기하는 제한조치를 통해서 혼인과 가족을 차별하는 것을 금지해야 할 국가의 의무를 포함한다.

소결

	기본권	제도
성질	주관적 권리	객관적 질서
보장 대상	권리, 자유	질서, 법규범

보장방법

국가의 기본권보장

국가는 국민의 헌법상 기본권을 침해하면 안 된다.

- 1. 국민은 침해받지 “않을” 권리를 가진다.
- 2. 소극적 권리(negative right)다.
- 3. 국가가 침해하지 않으려면? 기본적으로, 국가는 가만히 있으면 된다.

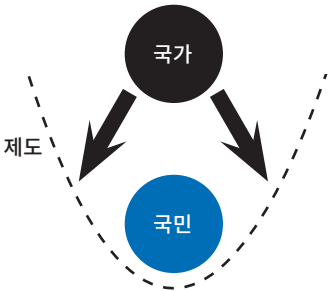


행위 없으면 침해 없다(No exercise, no violation).

국가의 제도보장

국가는 제도를 헌법적 수준으로 만들고 유지해야 한다.

- 1. 국가는 구비를 “해야 할” 의무를 부담한다.
- 2. 적극적 의무(positive duty)다.
- 3. 국가가 침해하지 않으려면? 국가는 무언가를 해야 한다.



행위 있어야 침해 없다(With exercise, no violation).

보장실패

국가의 기본권보장 실패

국가의 기본권보장 실패란?

1. 적극적으로 침해: 국가가 기본권 침해행위를 “해 버려서”,
2. 소극적 의무를 위반: 국민의 기본권을 침해하지 “않을” 의무를 위반한 것.

국가의 제도보장 실패

국가의 제도보장 실패란?

1. 소극적으로 침해: 국가가 제도를 만들거나 유지하지 “않아서”,
2. 적극적 의무를 위반: 제도 구비를 “해야 할” 의무를 위반한 것.

보장실패의 소송법적 효과: 헌법소원 가능한가?

1. 기본권보장에 실패하면 국민은 헌법소원을 할 수 있다.

헌법재판소법 제68조(청구 사유) ① 공권력의 행사...로 ... 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 ... 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. ...

2. 그러나 제도보장에 실패했다는 이유로 국민이 헌법소원을 할 수는 없다.

96헌마186: 공권력의 행사...로 헌법의 기본원리 혹은 헌법상 보장된 제도의 본질이 훼손되었다고 하여 그 점만으로 바로 국민의 기본권이 직접 현실적으로 침해된 것이라고 할 수는 없다. ... [그]뿐만 아니라, 국민주권주의, 복수정당**제도의 훼손만 주장할 뿐** 이로 인한 구체적 기본권의 침해 또는 침해의 가능성을 전혀 주장조차 하지 않고 있는 청구인들은 주장 자체로 이미 청구인적격이 없다.

보장실패의 실체법적 효과: 위헌인가?

국가가 기본권보장 또는 제도보장에 실패하면, 국가 행위는 위헌인가?

1. 기본권보장에 실패하면 국가 행위는 위헌이다.

89헌마31: 피청구인[(재무부장관)은] 대통령에 보고하여 그 지시를 받아 1985. 2. 7. 청구인[(양○모)] 경영의 국제그룹을 해체키로 기본방침을 정하고 [1985. 2.] 11. 그 인수업체를 정[했다]. 한편, [피청구인은 그] 실행을 위하여 제일은행장 등에 지시하여 [1985. 2.] 13.부터 국제그룹계열사에 대한 은행자금관리에 착수하게 하[였다. 그리고] [피청구인은] 청구인으로부터 처분위임장 등으로 계열사의 처분권을 위임받게 하[였다. 또한, 피청구인은 자신]이 만든 보도자료[에 따라] [1985. 2.] 21. 제일은행의 이름으로 해체를 언론에 발표하게 하[였다.]

[이처럼 피청구인(→ 국가기관)이] 국제그룹해체를 위하여 한 일련의 공권력의 행사는 청구인[(→ 국민)]의 기업활동의 자유와 평등권을 침해한 것이므로 위헌[이다.]

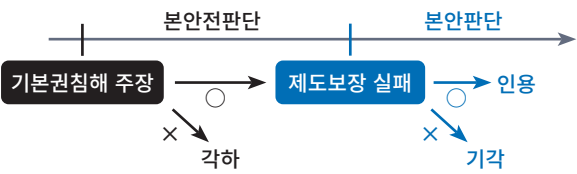
2. 제도보장에 실패해도 국가 행위는 위헌이다.

90헌마125: [헌법소원을 할 수 있는지와 별개로,] 공권력의 행사...가 위헌인지 여부를 판단[할 때는] 국민주권주의, 법치주의, 적법절차의 원리 등 헌법의 기본원리 위배 여부를 그 기준으로 적용할 수는 있다.]

95헌가6: 현대의 자유민주주의사회에서 동성동본금혼을 규정한 민법 [규정은] ... “개인의 존엄과 양성의 평등”에 기초한 혼인과 가족생활의 성립, 유지라는 헌법 규정에 정면으로 배치...된다. 즉, 이 사건 법률조항은 헌법 ... 제36조 제1항 [등에 위반]된다.]

소결

- 1. 본안전단계: 기본권 침해 주장이 있어서 본안전요건을 통과해야만,
- 2. 본안단계: 제도보장 실패를 이유로 위헌 주장을 할 수 있다.



결론

	기본권	제도
성질	주관적 권리	객관적 질서
보장 대상	권리, 자유	질서, 법규범
침해 시 위험?	○	○
침해 시 헌법소원?	○	×

기본권의 양면성

Double-Sidedness of Fundamental Rights

자유는 제도일 수밖에 없다. - Peter Häberle

머리에

지금까지 배운 것

기본권보장 ≠ 제도보장

1. 기본권 = 주관적 권리
2. 제도 = 객관적 질서

자유는 제도가 아니다(*Die Freiheit ist kein Rechtsinstitut*; Freedom is not institution).

앞으로 이해할 것

기본권보장 = 제도보장

1. 기본권 ⊃ 주관적 권리 측면
2. 기본권 ⊃ 객관적 질서 측면

자유는 제도일 수밖에 없다(*Die Freiheit ist Rechtsinstitut*; Freedom is institution).

추가로 배울 것

기본권보장 → 보호의무

1. 기본권 = 국가의 침해 측면
2. 보호의무 = 다른 개인의 침해 측면

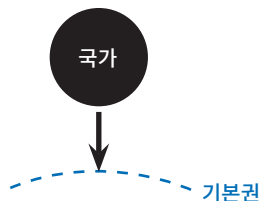
자유는 제도를 통해 보호한다.

개념

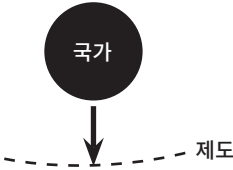
기본권의 양면성

사실은, 기본권(fundamental rights) 자체에도 2가지 의미가 모두 들어 있다.

1. 기본적으로, 주관적 권리(subjective rights) ← 원래 의미의 기본권 측면



2. 추가로, 객관적 질서(objective legal-order) ← 원래 의미의 제도 측면



이러한 기본권의 특성을 양면성(double-sidedness)이라 한다.

이중성이라고도 한다.

주관적 권리 측면

93헌바45: 국민의 기본권은 국가권력[으로부터] 침해되어서는 아니 된다는 의미에서 소극적 방어권으로서의 의미[가 있다.]

객관적 질서 측면

대한민국헌법 제10조 ... 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

93헌바45: [그]뿐만 아니라, 헌법 제10조[를 고려하면 다음과 같다.] 국가는 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 보호할 의무를 부담하고 있다는 의미에서 기본권은 국가권력에 대한 객관적 규범 내지 가치질서로서의 의미를 함께 갖는다. [이러한] 객관적 가치질서로서의 기본권은 입법, 사법, 행정의 모든 국가기능의 방향을 제시하는 지침으로서 작용[한다.]

사례

사례 제시

직업의 자유는 원래 기본권이다. 이 기본권 자체에 2가지 의미가 있다.

대한민국헌법 제15조 모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.

주관적 권리 측면

직업의 자유는, 기본적으로 기본권이다. 즉, 자유롭게 직업을 선택하고 수행할 주관적 권리다.

94헌마113: 헌법 제15조에 [따른] ... 직업의 선택 혹은 수행의 자유는 각자의 생활의 기본적 수요를 충족시키는 방편이 [된다.] 또한 개성신장의 바탕이 된[다. 이] 점에서 주관적 공권의 성격이 두드러진 것[이다.]

객관적 질서 측면

직업의 자유는, 추가로, 제도 측면도 있다. 즉, 사회적 시장경제질서를 구성하는 객관적 질서다.

94헌마113: [이러한 직업의 자유는] 다른 한편으로는 국민 개개인이 선택한 직업의 수행[으로] 국가의 사회질서와 경제질서가 형성된다는 점에서 사회적 시장경제질서라고 하는 객관적 법질서의 구성요소이기도 하다. 따라서 각 개인이 향유하는 직업에 대한 선택 및 수행의 자유는 공동체의 경제사회질서에 직접적인 영향을 미친다.]

사회적 시장경제질서는 원래 제도보장 규정인 헌법 제119조에서 정하고 있다. 그렇지만, 기본권보장 규정인 헌법 제15조와도 관련이 있다.

- 대한민국헌법 제119조 ①** 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.
- ② 국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.

2016헌바77: 직업수행의 자유와 같은 경제적 기본권 제한에 대한 위헌심사에[는] 헌법 제119조에 규정된 경제질서 조항의 의미를 충분히 고려하여야 한다. 우리 헌법은 제119조 제1항에서 ... 자유경쟁을 존중하는 시장경제를 기본으로 [한다. 그러]면서도, 같은 조 제2항에서 ... 우리 헌법의 경제질서가 사회정의, 공정한 경쟁질서, 경제민주화 등을 실현하기 위한 국가의 규제와 조정을 허용하는 사회적 시장경제임을 밝히고 있다.

연습문제1

2026년도 변호사시험 공법 선택형

- [문 13.] 직업의 자유에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ② 직업의 선택 혹은 수행의 자유는 국민 개개인이 선택한 직업의 수행[으로] 국가의 사회질서와 경제질서가 형성된다는 점에서 사회적 시장경제질서라고 하는 객관적 법질서의 구성요소이기도 하다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 공법 선택형

- [문 14.] 헌법상 경제질서에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ① 우리 헌법의 경제질서는 사유재산제를 바탕으로 하고 자유경쟁을 존중하는 시장경제에 입각하고 있으므로, 사회적 시장경제질서로서의 성격을 띠다고 할 수 없다.

주종관계

사례

대한민국헌법 제21조 ① 모든 국민은 ... 집회...의 자유를 가진다.

2000헌바67: 집회의 자유는 개인의 인격발현의 요소이자 민주주의를 구성하는 요소라는 **이중적 헌법적 기능**을 가지고 있다.

주된 요소

주관적 권리 측면이 기본적이고 주된 요소다.

2000헌바67: 집회의 자유는 **일차적으로 국가공권력의 침해에 대한 방어**를 가능하게 하는 기본권이다. 구체적으로, 개인이 집회에 참[여]하는 것을 방해하거[나] 집회에 참[여]할 것을 강요하는 **국가행위를 금지**하는 기본권이다.

종된 요소

객관적 질서 측면이 추가적이고 종된 요소다.

2000헌바67: 집회의 자유는 표현의 자유와 더불어 민주적 **공동체가 기능하기 위하여 불가결한 근본요소**에 속한다. ... 사회, 정치현상에 대한 불만과 비판을 공개적으로 표출케 함으로써 정치적 불만이 있는 자를 사회에 통합하고 정치적 안정에 기여하는 기능을 한다.

국가가 사람을 위해 만들어졌지 사람이 국가를 위해 만들어지지 않았다(The state was made for man, not man for state).

효과

개요

기본권에는 양면성이 있다. 이것은 어떤 효과를 가져오는가? 어떤 의미가 있나?

헌법소원의 이중적 역할

헌법소원 제도는 다음 역할을 모두 담당한다.

1. 주관적 권리(subjective rights) 구제
2. 객관적 질서(objective legal-order) 보장

99헌마139: [국민은] 모든 국가적 권능의 정당성 근거인 동시에 국가권력의 목적이다. 그러한 국민의 기본권을 가장 실질적으로 보장해주는 대표적인 헌법재판제도로... **헌법소원심판**이 있다. 그 본질은 개인의 **주관적 권리구제뿐 아니라 객관적인 헌법질서의 보장도 겸하고** 있다.]

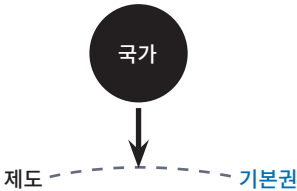
2009다19864: 헌법상의 기본권은 **제1차적으로** 개인의 자유로운 영역을 공권력의 침해로부터 보호하[는] **방어적 권리**다. 그렇지만 **다른 한편**으로 헌법의 기본적인 결단인 **객관적인 가치질서**를 구체화한 것[이다.]

주의: 그러나 객관적 질서 침해를 이유로는 헌법소원 본안전요건을 통과할 수 없다. 헌법소원의 “요건”과 헌법소원의 “역할”을 구별하라.

헌법재판소법 제68조(청구 사유) ① 공권력의 행사...로 ... 헌법상 보장된 **기본권을 침해받은 자**는 ... 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. ...

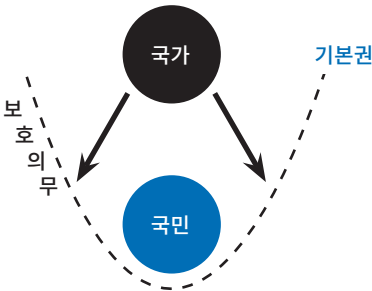
제도보장과 보호의무 이론 발전

1. 양면성을 통해, 기본권보장과 제도보장은 밀접한 관계를 갖는다.



93헌바45: 국가는 ... 적극적으로 국민의 기본권을 보호할 의무를 부담하고 있다는 의미에서 기본권은 국가권력에 대한 객관적 규범 내지 가치질서로서의 의미를 함께 갖는다.

2. 양면성에 기초해, 오늘날 기본권보장은 보호의무로도 발전한다.

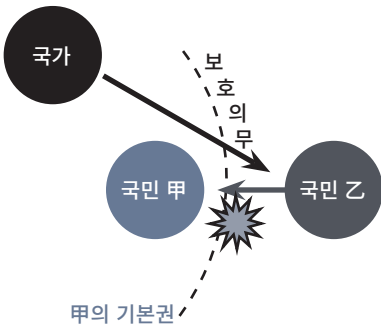


93헌바45: 객관적 가치질서로서의 기본권은 입법, 사법, 행정의 모든 국가기능의 방향을 제시하는 지침으로서 작용[한다. 그러]므로, [기본권도] 국가기관[에] 기본권의 객관적 내용을 실현할 의무를 부여한다.

보호의무

개념

2011헌바379: 기본권 보호의무란 [무엇인가?] 기본권적 법익을 기본권 주체인 사인[으로부터의] 위법한 침해 또는 침해의 위험으로부터 보호하여야 하는 국가의 의무를 말[한다.]



1. 보호대상: 국민(의 기본권)
2. 위험원인: 다른 개인(private person)
3. 보호의무자: 국가(기관). 즉, 국회, 정부, 법원.

2009헌마94: 국가의 보호의무를 **입법자 또는 그로부터 위임받은 집행자**가 어떻게 실현하여야 [하나?]

사례

2016헌나1: 생명, 신체의 안전에 관한 권리는 인간 존엄과 가치의 [바탕]을 이루는 기본권이[다.] **국민의 생명, 신체의 안전이 위협받거나** 받게 될 우려가 있는 경우 국가는 [어떻게 해야 하는가? **국가는**] 그 위협의 원인과 정도에 따라 사회, 경제적 여건과 재정 사정 등을 [고려]하여 국민의 생명, 신체의 안전을 [도모]하기에 필요한 적절하고 효율적인 입법, 행정상의 조치를 취하여 그 침해의 **위험을 방지...할 포괄적 의무**를 진다.

2006헌마711: 국가가 국민의 기본권을 적극적으로 보장하여야 할 의무가 인정된[다.] 헌법 제35조 제1항이 국가와 국민에게 환경보전을 위하여 노력하여야 할 의무를 부여하고 있다.] 환경침해는 사인[이] 빈번하게 유발[하]므로 입법자가 그 허용 범위에 관해 정할 필요가 있다.] 환경피해는 생명, 신체의 보호와 같은 중요한 기본권적 법익 침해로 이어질 수 있다. 이런] 점 등을 고려할 때, 일정한 경우 국가는 **사인인 제3자[가] 국민의 환경권[을] 침해[할 때]도 적극적으로 기본권 보호조치를 취할 의무**를 진다.

근거

1. 실정법적 근거: 헌법 제10조 후문

대한민국헌법 제10조 ... 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 **이를 보장할 의무**를 진다.

2004헌바81: 우리 헌법은 제10조 제2문에서 ... 국가의 적극적인 기본권보호의무를 선언하고 있다.]

2. 이론적 근거: 기본권의 양면성(double-sidedness)

93헌바45: **객관적 가치질서로서의 기본권**은 입법, 사법, 행정의 모든 국가기능의 방향을 제시하는 지침으로서 작용[한다. 그러]므로, [기본권도] **국가기관[에] 기본권의 객관적 내용을 실현할 의무를 부여**한다.

의의

1. 국가는 국민에 대한 관계에서 기본권을 보장해야 한다.
2. 국가는 개인과 개인 사이의 질서를 세울 때도 기본권을 존중해야 한다.

2004헌바81: 국가의 기본권보호의무 선언은 [다음 의미가 있다.] ... [i] 국가가 국민과의 관계에서 국민의 기본권보호를 위해 노력하여야 할 의무가 있다. 그]뿐만 아니라 [ii] 국가가 사인 상호 간의 관계를 규율하는 사법(私法)질서를 형성하는 경우에도 헌법상 기본권이 존중되고 보호되도록 할 의무가 있다.]

연습문제

2022년도 변호사시험 공법 선택형

[문 5.] 기본권보호의무에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄷ. 헌법 제35조 제1항은 국가와 국민에게 환경보전을 위하여 노력하여야 할 의무를 부여하고 있고, 환경침해는 사인[으로부터]도 빈번하게 유발되고 있으며 생명, 신체와 같은 중요한 기본권의 법익 침해로 이어질 수 있다는 점에서 국가는 사인인 제3자[로부터의] 환경권 침해에 대해서도 기본권 보호조치를 취할 의무를 진다.

보호의무 위반 판단 기준

머리에

국가가 보호의무를 위반하는 경우란 언제인가? 다음을 모두 만족해야 한다.

- 1. 상황: 보호의무가 발생할 것. 즉, 다른 개인으로부터 기본권 침해 상황인가?

2011헌바379: [만약] 제3자[로부터] 개인의 생명이나 신체의 훼손이 문제 되는 사안도 아[니라면?] 기본권 보호의무 위반 여부에 대해서는 따로 판단하지 않는다.

- 2. 구체성: 특정의무 불이행. 즉, 구체적 의무가 있는데도 게을리했는가?
- 3. 정도: 최소의무 불이행. 즉, 최소한의 의무조차 게을리했는가?

특정의무 불이행 판단 기준: 의무의 구체성

국가기관은 구체적 의무가 있는데도 게을리했는가 하는 문제다.

- 1. 국회는 특정한(specific) 입법의무가 있는데도 게을리했는가?

2017헌마237: 청구인은 어린 시절의 가정불화, 학창 시절의 학교폭력, 군복무 시절의 대인관계 등으로 인해 심한 정신적 고통을 겪었[다. 청구인은 그 때문에] 군복무 시절에 다른 사람의 도움 없이 커터칼로 왼쪽 손목을 그어 자살을 시도하였으나 실패한 경험이 있[다. 청구인은] 현재도 지옥에서 [사는] 것처럼 고통스러운 상황[이다.]

[이에 청구인은] 고통 없이 자살할 수 있는 법률을 제정하지 않은 입법부작위...로 ... 인간으로서의 기본권이 침해된다고 주장[한다. 그러면서 청구인은] 2017. 3. 10. 헌법재판소법 제68조 제1항에 [따른] 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

[그러나] [i] 헌법의 명문 규정이나 [ii] 헌법 해석상 청구인의 주장과 같은 [국회의] 구체적인 입법의무가 도출된다고 보기 어렵다. 그러므로 [위] 심판청구는 부적법하다.

2019헌마168: 청구인들은, 국가가 양육비를 대신하여 지급해 주는 양육비 대지급제 등 양육비를 효과적으로 지급받을 수 있는 법률을 제정하지 아니한 입법부작위가 청구인들의 기본권을 침해한다고 주장[한다. 그러므로] ... 입법자에게 청구인들이 주장하는 바와 같은 구체적 내용의 법률을 입법할 헌법상 의무가 존재하는지 살펴본다.

우선 [i] ... 헌법조항을 살펴봐도 청구인들의 주장과 같은 법률의 입법에 대한 구체적, 명시적인 입법위임은 존재하지 아니한다.

[나아가] [ii] 헌법조항의 해석만으로는 청구인들이 주장하는 바와 같이 양육비 대지급제 등 양육비의 이행을 실효적으로 담보하기 위한 구체적 제도에 대한 입법의무가 곧바로 도출된다고 보기는 어렵다.

2. 정부는 특정한(specific) 집행의무가 있는데도 게을리했는가?

2016헌나1: 여객선 세월호는 수학여행을 가는 단원고등학교 학생 ... 등 476명을 태우고 ... 항해 중 ... 선체가 왼쪽으로 기울어지기 시작하였다. ... 세월호 승무원은 ... 승객들에게 구명조끼를 입고 배 안에서 기다리라는 안내방송을 여러 차례 하였다. ... 304명은 배 안에서 탈출하지 못하였고 이들은 모두 사망하거나 실종되었다.

피청구인[대통령 박근혜]은 세월호가 침몰[한] 날 청와대 본관 집무실로 출근하지 않고 관저에 머물러 있었다. ... 피청구인은 ... 국가안보실과 사회안전비서관으로부터 수차례 보고서를 받아 보았...다고 주장한다. ... 그런데 피청구인은 ... 외국 대통령 방한시기의 재조정제에 관한 ... 보고서를 검토하고, ... 자율형 사립고등학교의 문제점에 관한 ... 보고서를 검토하는 등 일상적 직무를 수행하였다고 주장하고 있다. ... 피청구인은 ... 10분간 통화하였는데, 당시 기초연금법에 관하여 이야기를 나누었다고 한다.

국민의 생명이 위협받는 재난상황이 발생하였다고 하여 피청구인[대통령 박근혜]이 직접 구조 활동에 참여하여야 하는 등 **구체적이고 특정한 행위의무**까지 바로 발생한다고 보기는 어렵다. 세월호 참사로 많은 국민이 사망하였고 그에 대한 피청구인의 대응조치에 미흡하고 부적절한 면이 있었다고 하여 곧바로 피청구인이 생명권 보호의무를 위반하였다고 인정하기는 어렵다.

3. 법원은 특정한(specific) 재판의무가 있는데도 게을리했는가?

98헌마75: 법무부장관은 1995. 12. 22. 청구인에 대하여 보안관찰처분...을 하였다. 청구인은 이에 불복하여 ... 서울고등법원에 위 보안관찰처분의 취소를 구하는 소[→ 행정소송]...를 제기하였[다. 그러나] 서울고등법원은 1998. 2. 24. 위 보안관찰처분의 효력기간인 2년이 이미 경과하여 소의 이익이 없게 되었다는 이유로 위 청구를 각하하였다.

이에 청구인...은 [다음과 같이 주장한다.] 피청구인 서울고등법원...이 ... 심리와 판결 선고를 부당하게 지연하여 소송의 대상이 된 보안관찰처분...의 효력이 만료되는 1997. 12. 21...까지 판결을 ... 선고하지 아니함으로써 공정하고 신속한 재판을 받을 권리와 평등권을 침해하였[다.]

대한민국헌법 제27조 ③ 모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다. ...

행정소송법 제8조(법적용예) ② 행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 ... 민사소송법...의 규정을 준용한다.

민사소송법 제199조(종국판결 선고기간) 판결은 소가 제기된 날부터 5[개월] 이내에 선고한다. 다만, 항소심 및 상고심에서는 기록을 받은 날부터 5[개월] 이내에 선고한다.

98헌마75: 법원은 민사소송법[→ 현 제199조]에서 정하는 기간 내에 판결을 선고하도록 노력해야 [한다. 그렇]지만, 이 기간 내에 반드시 판결을 선고해야 할 법률상의 의무가 발생한다고 볼 수 없다. 또한, [헌법 제27조 제3항 제1문에 의거한 신속한 재판을 받을 권리의 실현을 위해서는 구체적인 입법형성이 필요하[다.] 신속한 재판을 위한 어떤 직접적이고 구체적인 청구권이 이 헌법 규정으로부터 직접 발생하지 아니[한다. 그러]므로, 보안관찰처분들의 취소청구에 대해서 법원이 **그 처분들의 효력이 만료되기 전까지** 신속하게 판결을 **선고해야 할** 헌법이나 법률상의 작위의무가 존재하지 아니한다.

훈시규정(directory provision)에 해당한다.

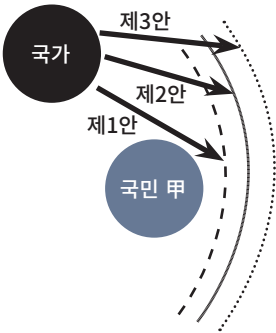
최소의무 불이행 판단 기준: 과소보호금지

국가기관이 최소한의 의무조차 게을리했는가 하는 문제다.

- 1. 보호의무 이행은 궁극적으로 입법을 통해 이루어진다.

2004헌바81: 국민의 기본권에 대한 국가의 적극적 보호의무는 궁극적으로 입법자의 입법행위를 통하여 비로소 실현될 수 [있][다.]

- 2. 이때 국가는 실현 방식(법 내용)을 선택할 권한이 있다.



2009헌마94: 국가[는] 국민의 생명, 신체의 안전에 관한 기본권을 보호할 의무를 [지긴 한다. 그러나 그렇다고] 하더라도 국가의 보호의무를 입법자 또는 그로부터 위임받은 집행자가 어떻게 실현하여야 할 것인가 하는 문제[에는 어느 정도 재량이 있다. 이 문제는] 원칙적으로 권력분립과 민주주의의 원칙에 따라 국민[으로부터] 직접 민주적 정당성을 부여받고 자신의 결정에 대하여 정치적 책임을 지는 입법자의 책임범위에 속[한다.]

- 3. 그래서 최대보장(최소제한)이 아닌 최소보장(과소보호금지) 기준에 따른다.

2009헌마94: 국가가 국민의 생명, 신체의 안전에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 [어떻게 해야 하는가?] 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가 하는 이른바 ‘과소보호 금지원칙’의 위반 여부를 기준으로 삼[아야 한다.]

[그렇다면, 헌법재판소는] [i] 국민의 기본권을 보호[하는] 조치가 필요한 상황인데도 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 [ii] 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것임이 명백한 경우에 한하여 국가의 보호의무 위반을 확인하여야 [한다.]

2020헌마389: 개별 사례에서 과소보호금지원칙 위반 여부는 [다음에 따라 판단한다. 즉,] 기본권침해가 예상되어 보호가 필요한 ‘위험상황’에 대응하는 ‘보호조치’의 내용이, 문제 되는 위험상황의 성격에 상응하는 보호조치로서 필요한 최소한의 성격을 갖고 있는지에 따라 판단한다.

사례1

탄소중립기본법 제7조(국가비전 및 국가전략) ① 정부는 2050년까지 탄소중립을 목표로 ... 한다.

탄소중립기본법 제8조(중장기 국가 온실가스 감축 목표 등) ① 정부는 국가 온실가스 배출량을 2030년까지 2018년의 국가 온실가스 배출량 대비 35퍼센트 이상의 범위에서 대통령령으로 정하는 비율만큼 감축하는 것을 중장기 국가 온실가스 감축 목표...로 한다.

탄소중립기본법 시행령 제3조(중장기 국가 온실가스 감축 목표 등) ① 법 제8조 제1항에서 “대통령령으로 정하는 비율”이란 40퍼센트를 말한다.

1. 2030년까지 목표 비율 설정○ → 과소보호금지 기준 위반×

2020헌마389: 탄소중립기본법 시행령 제3조 제1항은 같은 법 제8조 제1항의 위임을 받아 2030년 중장기 감축목표의 구체적인 비율을 정[했다].

그 비율의 구체적 수치 설정에는 개별적인 감축수단들의 특성과 이들 사이의 조합 등 다양한 고려 요소와 변수가 영향을 미치는 이상, 그 수치만을 이유로 미래에 과중한 부담을 이전하는 것이라고 단정하여 판단하기는 어렵다. ... [그] 수치만으로는, 기후위기라는 위험상황에 상응하는 보호조치로서 필요한 최소한의 성격을 갖추지 못한 것으로 볼 수 없다.

2. 2031년부터 2049년까지 목표 비율 설정× → 과소보호금지 기준 위반○

2020헌마389: 탄소중립기본법 제8조 제1항은 2030년까지의 중장기 감축목표의 비율을 규정하였을 뿐[이다. 즉,] 2031년부터 2050년 탄소중립의 목표 시점에 이르기 전인 2049년까지의 감축목표에 대해서는 어떤 형태의 정량적인 기준도 제시하지 않았다.

[이렇게 되면] 2050년 탄소중립의 목표 시점에 이르기까지 점진적이고 지속적인 감축을 실효적으로 담보할 수 없[다. 그러므로] 미래에 과중한 부담을 이전하는 방식으로 온실가스 감축목표를 규율한 것이다. ... 따라서 ... 2031년부터 2049년까지의 감축목표에 대한 규율에 관하여 기후위기라는 위험상황에 상응하는 보호조치로서 필요한 최소한의 성격을 갖추지 못하였[다. 그러므로] 과소보호금지원칙을 위반하였다.

사례2

주거지역에서 확성장치 소음 규제기준 설정× → 과소보호금지 기준 위반○

2018헌마730: 정온한 생활환경이 보장되어야 할 주거지역에서 출근 또는 등교 이전 및 퇴근 또는 하교 이후 시간대에 확성장치의 최고출력 내지 소음을 제한하는 등 사용시간과 사용지역에 따른 [참을] 한도 내에서 확성장치의 최고출력 내지 소음 규제기준에 관한 규정을 두지 [않았다.]

[이는] 국민이 건강하고 쾌적하게 생활할 수 있는 양호한 주거환경을 위하여 노력하여야 할 국가의 의무를 부과한 헌법 제35조 제3항에 비추어 보면, 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하지 아니하여 국가의 기본권 보호의무를 과소하게 이행한 것[이다. 결국] 청구인의 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 침해하므로 헌법에 위반된다.

연습문제1

2021년도 변호사시험 공법 선택형

[문 2.] 선거권과 선거제도에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ⑤ 헌법재판소는 대통령선거와 국회의원선거에서 확성장치의 사용과 관련하여 확성장치의 수만 규정하고 있을 뿐 확성장치의 소음규제기준을 마련하고 있지 아니한 「공직선거법」 조항은 과잉금지원칙에 위배되어 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 침해한다고 하였다.

연습문제2

2022년도 변호사시험 공법 선택형

[문 5.] 기본권보호의무에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 국가가 국민의 생명, 신체의 안전에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 ‘과소보호금지원칙’의 위반 여부를 기준으로 삼아, 국민의 생명, 신체의 안전을 [도모하는] 조치가 필요한 상황인데도 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것임이 명백한 경우에 한하여 국가의 보호의무 위반을 확인하여야 한다.
- ㄴ. 국민의 민주적 의사를 최대한 표출하도록 해야 할 시, 도지사선거에서 확성장치를 사용하는 선거운동으로부터 발생하는 불편은 어느 정도 감수해야 하므로, 국가가 「공직선거법」상 확성장치의 최고출력 내지 소음에 관한 규제기준을 마련하지 않았더라도 이것이 국가의 기본권보호의무를 불이행한 것이라고 보기는 어렵다.

연습문제3

2025년도 변호사시험 공법 선택형

[문 12.] 혼인과 가족생활에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄴ. 헌법 제34조 및 제36조가 가족생활을 보호하고 청소년의 복지향상을 위해 노력할 과제를 국가에 부여하고 있으므로, 이러한 헌법조항의 해석만으로도 양육비 대지급제 등 양육비의 이행을 실효적으로 담보하기 위한 구체적 제도에 대한 입법의무가 도출된다.

연습문제4

2026년도 변호사시험 공법 선택형

[문 16.] 환경권에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

-
- ② 국가가 국민의 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리에 관한 보호의무를 다하지 않았는지를 헌법재판소가 심사할 때에는 ‘과소보호금지원칙’의 위반 여부를 기준으로 삼아, 개별 사례에서 기본권 침해가 예상되어 보호가 필요한 ‘위험상황’에 대응하는 ‘보호조치’의 내용이, 문제 되는 위험상황의 성격에 상응하는 보호조치로서 필요한 최소한의 성격을 갖고 있는지에 따라 판단한다.
-
- ④ [탄소중립기본법] 제8조 제1항에서 2031년부터 2049년까지의 감축목표에 관하여 어떤 형태의 정량적 기준도 제시하지 않은 것은 기후위기라는 위험상황에 상응하는 보호조치로서 필요한 최소한의 성격을 갖추지 못하였으므로 과소보호금지원칙을 위반하였다.
-
- ⑤ [탄소중립기본법 시행령] 제3조 제1항은 같은 법 제8조 제1항의 위임을 받아 2030년 중장기 감축목표의 구체적인 비율을 정한 것일 뿐이므로 기후위기에 상응하는 보호조치로서 필요한 최소한의 성격을 갖추지 못한 것으로 보기 어렵다.
-

기본권보장과 제도보장

개요

1. 기본권보장과 제도보장은 다르다.

대한민국헌법 제3조 대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다.

99헌마139: 헌법 제3조는 ... 대한민국의 주권이 미치는 공간적 범위를 명백히 선언하고 있다. ... [그러나] 이러한 영토조항이 국민 개개인의 주관적 권리인 기본권을 보장하는 것으로 해석하는 견해는 거의 존재하지 않는다. 왜 그럴까? 기본권이란 국민의 국가에 대한 주관적인 헌법상의 권리인데 [비]하여, 영토조항은 국가공동체를 구성하는 본질적인 요소에 대한 규정이기 때문이다.]

2. 그러나 양면성 때문에 밀접한 관계가 있다.

99헌마139: 국민의 개별적인 주관적 기본권을 실질적으로 보장하기 위해서는 경우에 따라서는 객관적인 헌법질서의 보장이 전제[되어야 한다.]

그 예로서, 헌법 제3조의 영토조항[을 보자. 영토조항]은 우리나라의 공간적인 존립기반을 선언[한다.] 영토변경은 우리나라의 공간적인 존립기반에 변동을 가져[온다.] 또한 국가의 법질서에도 변화를 가져[온다. 이로써,] 필연적으로 국민의 주관적 기본권에도 영향을 미친다.

기본권보장과 제도보장의 차이점

기본권보장은,

1. 최대보장(최소제한) → 위헌 여부 판단시, 엄격심사

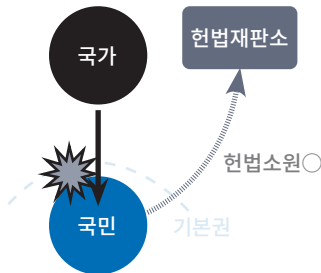
대한민국헌법 제37조 ② 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

2004헌바81: [기본권은] 입법자의 입법행위를 매개로 하지 아니하고 단순히 기본권이 존재한다는 것만으로 헌법상 광범위한 방어적 기능을 갖[는다. 이것이] 기본권의 소극적 방어권으로서의 측면[이다.]

91헌바15: 기본권의 경우 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 따라 필요한 경우에 한하여 ‘최소한으로 제한’[된다.]

기본권의 본질 내용 침해 여부만으로 판단하지 않는다. 즉, 본질 내용 침해가 없더라도 다른 이유로 기본권 침해를 인정할 수 있다.

2. 기본권 침해 → 헌법소원 가능



헌법재판소법 제68조(청구 사유) ① 공권력의 행사...로 ... 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 ... 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. ...

제도보장은,

1. 최소보장(폭넓은 제한) → 위험 여부 판단시, 완화심사

95헌바48: 제도적 보장은 기본권 보장의 경우와는 [다르다. 즉, 제도보장은] 그 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 안에서 입법자에게 제도의 구체적인 내용과 형태의 형성권을 폭넓게 인정[한]다. 그러한 의미에서 ‘최소한 보장의 원칙’이 적용될 뿐[이다.]

제도보장을 실현하는 방법은 다양하다. 즉, 국가의 재량이 크다.

대한민국헌법 제119조 ② 국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.

98헌마55: 헌법 제119조 제2항은 국가가 경제영역에서 실현하여야 할 목표의 하나로서 “적정한 소득의 분배”를 들고 있[다. 그렇]지만, 이로부터 반드시 소득에 대하여 누진세율에 따른 중합과세를 시행하여야 할 구체적인 헌법적 의무가 조세입법자에게 부과되는 것이라고 할 수 없다.

오히려 입법자는 사회, 경제정책을 시행[할 때] 소득의 재분배라는 관점만이 아니라 서로 경쟁하고 충돌하는 여러 목표, 예컨대 “균형있는 국민경제의 성장 및 안정”, “고용의 안정” 등을 함께 고려하여 서로 조화시키려고 시도하여야 [한다. 그리고] 끊임없이 변화하는 사회, 경제상황에 적응하기 위하여 정책의 우선순위를 정할 수도 있다. 그러므로 “적정한 소득의 분배”를 무조건적으로 실현할 것을 요구한다거나 정책적으로 항상 최우선적인 배려를 하도록 요구하는 것은 아니[다.]

궁극적으로, 제도의 본질 내용 침해 여부로 판단한다.

95헌바48: 헌법에 [따라] 일정한 제도가 보장되면 입법자는 ... 비록 내용을 제한하더라도 그 **본질적 내용**을 침해할 수 없다.

대한민국헌법 제117조 ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.

대한민국헌법 제118조 ② ... 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다.

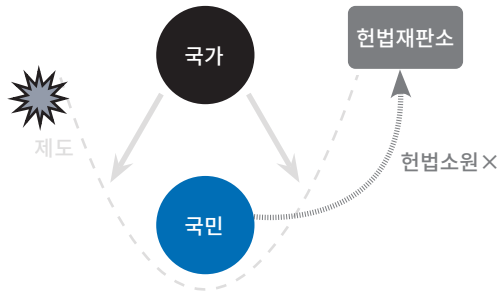
2006헌라6: 헌법은 제117조와 제118조에서 ‘지방자치단체의 자치’를 제도적으로 보장하고 있다.] 그 보장의 **본질적 내용**은 자치단체의 보장, 자치기능의 보장 및 **자치사무의 보장**이다.]

자치사무는 지방자치단체가 주민의 복리를 위하여 처리하는 사무[다. 즉,] 법령의 범위 안에서[→ **위법하지 않은 이상**] 그 처리 여부와 방법을 **자기책임 아래 결정**할 수 있는 사무[다. 이는] 지방자치권의 최소한의 본질적 사항이다[다. 그러]므로 지방자치단체의 자치권을 보장한다고 한다면 최소한 이 같은 자치사무의 자율성만은 침해해서는 안 된다.

이와 같이 헌법상 제도적으로 보장된 자치권 가운데에는 자치사무의 수행에 ... 다른 행정주체(특히 중앙행정기관)로부터 합목적성에 관하여 명령, 지시를 받지 않는 권한[→ 단지 위법 여부만을 검사 받을 권한]도 포함된다고 볼 수 있다.

행정안전부장관 등은 합동감사 실시계획을 통보하면서 구체적으로 어떠한 자치사무가 어떤 법령에 위반되는지 여부를 밝히지 아니하였[다.] ... 헌법 및 지방자치법에 [따라] 부여된 서울특별시의 지방자치권을 침해한 것이다.

2. 제도 침해 → 헌법소원 불가능



96헌마186: 공권력의 행사...로 헌법의 기본원리 혹은 헌법상 보장된 제도의 본질이 훼손되었다고 하여 그 점만으로 바로 국민의 기본권이 직접 현실적으로 침해된 것이라고 할 수는 없다. ... [그]뿐만 아니라, 국민주권주의, 복수정당**제도의 훼손만 주장할 뿐** 이로 인한 구체적 기본권의 침해 또는 침해의 가능성을 전혀 주장조차 하지 않고 있는 청구인들은 주장 자체로 이미 **청구인적격이 없다**.

기본권보장과 제도보장의 상호보완성

기본권보장과 제도보장은 상호보완해(complementary) 기본권을 실현한다.

아래 3가지가 근본적으로 다르지는 않다. 설명 방식 차이에 가깝다.

1. 병존관계: 기본권보장이 곧 제도보장

기본권보장
= 제도보장

예: 재산권 보장이 곧 사유재산제도 보장

대한민국헌법 제23조 ① 모든 국민의 재산권은 보장된다. ...
92헌바20: 재산권보장은 [i] 개인이 현재 누리고 있는 재산권을 개인의 기본권으로 보장한다는 의미와 [ii] 개인이 재산권을 향유할 수 있는 법 제도로서의 사유재산제도를 보장한다는 이중적 의미가 있다.]

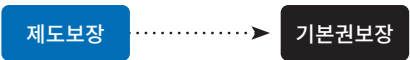
2. 수반관계: 기본권보장을 위한 수단이 제도보장



예: 교육권 보장을 위한 수단이 교육제도

대한민국헌법 제31조 ① 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.
대한민국헌법 제31조 ⑥ 학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.
90헌가27: 의무교육제도는 교육의 자주성, 전문성, 정치적 중립성 등을 지도원리로 하여 국민의 교육을 받을 권리를 뒷받침하[려는,] 헌법상의 교육기본권에 부수되는 제도 보장이다.]

3. 종속관계: 제도보장 결과 간접적으로 기본권보장



예: 복수정당제도 보장 결과 간접적으로 정당설립자유 보장

대한민국헌법 제8조 ① 정당의 설립은 자유이며, 복수정당제는 보장된다.
99헌마135: [헌법 제8조 제1항은] 국민 누구나가 원칙적으로 국가의 간섭을 받지 아니하고 정당을 설립할 권리를 국민의 기본권으로서 보장[한다. 그러]면서, 아울러 정당설립의 자유를 보장한 것의 당연한 법적 산물인 복수정당제를 제도적으로 보장하고 있다.

소결

	기본권	제도
성질	주관적 권리	객관적 질서
보장 대상	권리, 자유	질서, 법규범
보장 정도	최대보장 = 과잉제한금지	최소보장
침해 시 위헌?	○	○
침해 시 헌법소원?	○	×

연습문제1

2025년도 변호사시험 공법 선택형

[문 18.] 지방자치제도에 관한 설명으로 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄷ. 헌법상 제도적으로 보장된 자치권에 자치사무의 수행[에] 다른 행정주체로부터 함목 적성에 관하여 명령, 지시를 받지 않는 권한까지 포함된다고 볼 수는 없다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 공법 선택형

[문 14.] 헌법상 경제질서에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

⑤ 헌법 제119조 제2항은 국가가 경제영역에서 실현할 목표의 하나로서 ‘적정한 소득의 분배’를 들고 있으므로, 이로부터 소득에 대하여 누진세율에 따른 종합과세를 시행 하여야 할 구체적인 헌법적 의무가 조세입법자에게 부과된다.

기본권보장과 보호의무

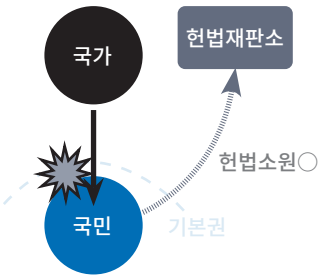
개요

- 1. 기본권보장과 보호의무는 다르다.
- 2. 그러나 양면성 때문에 기본권은 보호의무로도 발전한다.

기본권보장과 보호의무의 차이점

기본권보장은,

- 1. 최대보장(최소제한) → 위헌 여부 판단시, 엄격심사
- 2. 기본권 침해 → 헌법소원 가능



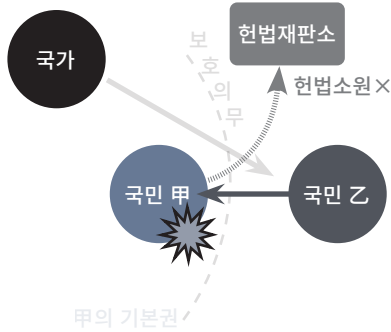
보호의무는,

- 1. 최소보장(과소보호금지) → 위헌 여부 판단시, 완화심사

2004헌바81: 국민의 기본권에 대한 국가의 적극적 보호의무는 궁극적으로 입법자의 입법행위를 통하여 비로소 실현될 수 있[다. 그렇기] 때문에, ... 기본권의 소극적 방어권으로서의 측면과 근본적인 차이가 있다.

2009헌마94: 보호의무[를] ... 심사할 때 ... 이른바 ‘과소보호 금지원칙’의 위반 여부를 기준으로 삼[아야 한다.]

2. 보호의무 불이행 → 헌법소원 불가능



90헌마125: 헌법의 기본원리가 훼손되었다고 하더라도 그 [때문에] 헌법상 보장된 구체적 기본권을 침해당한 바 없[다면] 헌법소원심판청구가 허용된다고 할 수는 없다.

A기본권보장과 A보호의무의 상호보완성

기본권보장과 보호의무는 상호보완 해(complementary) 기본권을 실현한다.

역시 아래 3가지가 근본적으로 다르지는 않다. 설명 방식 차이에 가깝다.

1. 병존관계: 기본권보장이 곧 보호의무 이행

기본권보장
= 보호의무이행

예: 보건권보장이 곧 보건보호의무 이행

대한민국헌법 제35조 ① 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.

2020헌마389: **환경권**의 보호대상이 되는 환경에는 자연환경뿐만 아니라 인공적 환경과 같은 생활환경도 포함된다. ... 국가의 기후위기에 대한 대응의 의무도 국가와 국민이 ‘환경보전’을 위하여 노력할 의무에 포함된다.

대한민국헌법 제36조 ③ 모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.

2012헌마38: 이 사건에서는 담배사업법에 따라 담배의 제조 및 판매가 이루어짐으로써 담배를 구매하여 직접 흡연하는 일반 국민의 기본권이 침해되었는지 여부, 즉 직접흡연으로 ... 국민의 생명, 신체의 안전이 위협받거나 받게 될 우려가 있는지 여부가 문제된다. 따라서 이 사건에서 제한되는 기본권은 국가의 보호의무에 상응하는 생명, 신체의 안전에 관한 권리이다.

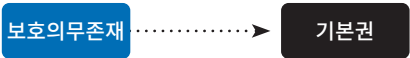
2. 수반관계: 보호의무 불이행은 기본권을 침해



예: 범죄로부터의 보호의무 불이행은 생명권을 침해

88헌마3: 개인의 법익을 직접 침해하는 것은 국가가 아닌 제3자의 범죄행위이므로 위와 같은 원초적인 행위 자체를 기본권침해 행위라고 규정할 수는 없[다. 그러나] 이와 같은 침해가 있[는데도] 이것을 배제하여야 할 국가의 의무가 이행되지 아니한다면 이 경우 국민은 국가를 상대로 ... 기본권 침해를 주장할 수 있[다.]

3. 근거관계: 보호의무가 기본권의 근거



예: 보건보호의무가 보건권의 근거

대한민국헌법 제34조 ① 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.
② 국가는 사회보장, 사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다.
2002헌마90: [헌법 제34조 제2항에 있는] 국가의 사회복지, 사회보장증진의 의무도 국가[에] 물질적 궁핍이나 각종 재난으로부터 국민을 보호할 대책을 세울 의무를 부과[한다.] 결국 ‘인간다운 생활을 할 권리’의 실현을 위한 수단적인 성격을 갖는[다.]
헌법 [제34조 제1, 2항]의 규정[에 따라] 국민에게 주어지게 되는 사회보장에 따른 국민의 수급권은 국가[에] 적극적으로 급부를 요구할 수 있는 권리를 주된 내용으로 [한다.]

A기본권보장과 B보호의무의 독립성

- 1. A기본권 침해 시 → 위헌
- 2. B보호의무 위반 시 → 위헌

어느 것 하나에 위헌 사유가 있더라도 위헌이다.

교통사고처리법 제4조(보험 등에 가입된 경우의 특례) ① 교통사고를 일으킨 차가 ... 보험 또는 공제에 가입된 경우에는 ... 차의 운전자에 대하여 공소를 제기할 수 없다. ...
2005헌마764: [교통사고처리법] 제4조 제1항 본문 중 ... 공소를 제기할 수 없도록 한 부분[은 위헌인가?]
이 사건 법률조항은 과잉금지원칙[을] 위반하여 ... 교통사고로 중상해를 입은 피해자의 재판절차진술권을 침해한 것이[다.]
[그러나 중상해 여부와 상관없이] 이 사건 법률조항은 국가의 기본권보호의무의 위반 여부에 관한 심사기준인 과소보호금지의 원칙[을] 위반한 것이라고 볼 수 없다.
이상의 이유로 이 사건 법률조항 중 ... 피해자로 하여금 중상해에 이르게 한 경우에 공소를 제기할 수 없도록 규정한 부분은 청구인들의 재판절차진술권...을 침해하여 헌법에 위반[된다.]

소결

	기본권	제도	보호의무
성질	주관적 권리	객관적 질서	국가의 의무
보장 대상	권리, 자유	질서, 법규범	권리, 자유
보장 정도	최대보장 = 과잉제한금지	최소보장	최소보장 = 과소보호금지
침해 시 위헌?	○	○	○
침해 시 헌법소원?	○	×	×

연습문제1

2022년도 변호사시험 공법 선택형

[문 5.] 기본권보호의무에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄴ. 개인의 생명, 신체의 안전에 관한 기본권보호의무 위배 여부를 과소보호금지원칙을 기준으로 심사한 결과 동 원칙 위반이 아닌 경우에도 다른 기본권에 대한 과잉금지 원칙 위반을 이유로 기본권 침해를 인정하는 것은 가능하다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 공법 선택형

[문 16.] 환경권에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 환경권의 보호대상이 되는 환경에는 자연환경뿐만 아니라 인공적 환경과 같은 생활 환경도 포함되며, ‘환경보전’을 위하여 노력할 국가의 의무에는 기후위기에 대한 대응의 의무도 포함된다.

기본권 유형

Types of Fundamental Rights

18세기에는 가장 적게 정치하는 정부가 가장 좋은 정부였다.
그러나 20세기에는 가장 많이 공급해 주는 정부가 가장 좋은 정부다.
- Walter Lippmann

머리에

기본권 유형 존재

기본권은 4가지로 나뉜다.

1. 자유권적 기본권(자유권): 국가로부터의 자유 → 방어권
2. 청구권적 기본권(절차권): 국가에 대한 자유 → 청구권
3. 사회권적 기본권(복지권): 국가를 통한 자유 → 요구권
4. 참정권적 기본권(참정권): 국가로의 자유 → 참여권

구별 실익

기본권의 성질이 유형마다 조금씩 다르다. 따라서,

1. 기본권 보호 범위와 방식이 다르다.
2. 기본권 제한 원리도 다르다.

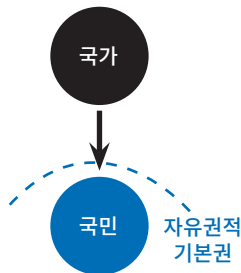
자유권적 기본권(자유권)

별칭

국가로부터의 자유. 즉, 소극적 방어권(defensive right).

개념

국가로부터 방해나 간섭을 받지 않고 하고 싶은 일을 할 기본권.



사례

1. 인간존엄

대한민국헌법 제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 ... 가진다. ...

2006헌마788: 헌법은 제10조에서 [말하는] ... 인간의 존엄성은 ‘국가권력의 한계’로서 국가[의] **침해로부터 보호**받을 개인의 **방어권**[이기도 하다.]

2. 행복추구권

대한민국헌법 제10조 모든 국민은 ... 행복을 추구할 권리를 가진다. ...

93헌가14: 헌법 제10조의 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가[에] 적극적으로 요구할 수 있는 것을 내용으로 하는 것이 아니[다.] 국민이 행복을 추구하[려는] 활동을 **국가권력의 간섭 없이 자유롭게** 할 수 있다는 포괄적인 의미의 **자유권**으로서의 성격을 가[진다.]

[그러]므로 국민에 대한 일정한 보상금의 수급기준을 정하[는] 이 사건 규정이 행복추구권을 침해한다고 할 수 없다.

3. 신체자유

대한민국헌법 제12조 ① 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. ...

2011헌마28: 헌법 제12조 제1항의 신체의 자유는, [i] 신체의 안정성이 외부로부터의 물리적인 힘이나 정신적인 위협으로부터 **침해당하지 아니할 자유**와 [ii] 신체활동을 **일의적이고 자율적으로 할 수 있는 자유**를 말한다.

4. 양심자유

대한민국헌법 제19조 모든 국민은 양심의 자유를 가진다.

2011헌바379: 대체복무제가 마련되지 아니한 상황에서, 양심상의 결정에 따라 입영을 거부...하는 이 사건 청구인 등[은] 현재의 대법원 판례에 따라 처벌조항[으로] 형벌을 부과받[는다. 이]로써 [이들은] 양심에 반하는 행동을 강요받고 있다. 그러]므로, 이 사건 법률조항은 ‘양심에 반하는 행동을 **강요당하지 아니할 자유**’...를 제한하고 있다.

5. 종교자유

대한민국헌법 제20조 ① 모든 국민은 종교의 자유를 가진다.

2000헌마159: [청구인의 경우] 일요일에 예배행사 참석과 기도, 봉사행위 이외의 다른 업무를 일[절] 금지한다는 교리[를] 위반하지 않으면 사법시험 응시[를 할 수 없다. 이는] 청구인의 종교적 **확신에 반하는 행위를 강요**하는 결과가 된다는 [주장이다.] 그 점에서 종교적 행위의 자유에 제한이 될 수 있다.

6. 표현자유

대한민국헌법 제21조 ① 모든 국민은 언론, 출판의 자유와 집회, 결사의 자유를 가진다.

2008헌마324: 헌법 제21조에서 보장하[는] 표현의 자유는, 전통적으로는 사상 또는 의견의 **자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)**를 의미[한다.]

7. 재산권

대한민국헌법 제23조 ① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.

서울지법95나7207: 헌법 제23조 제1항은 단지 추상적으로 국민의 **자유권적 기본권으로서의 재산권**을 보장하되 그 내용과 한계는 법률로 정한다고 규정하고 있다.]

의의

94헌바13: 고전적인 자유권[은] **국가와 개인 사이의 양자관계**를 규율[한다.]

98헌가16: 헌법은 자유권적 기본권[을] 보장[한다. 헌법은 이를 통하여 개인이 **자유**를 행사함으로써 필연적으로 발생하는 사회 내에서의 개인 간의 불평등을 인정[한다.]

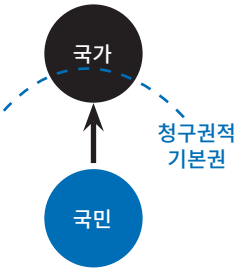
청구권적 기본권(절차권)

별칭

국가에 대한 자유. 즉, 적극적 청구권(claimable right).

개념

국가에 대해 권리구제를 요구할 기본권.



2002헌바104: 국가기관 등[에] 특정한 행위를 요구하거나 국가의 보호를 요구하는 [기본권이] 절차적 기본권(청구권적 기본권)[이다. 이러한 청구권적 기본권은] 본질적으로 제도적 보장의 성격을 강하게 띠고 있다.

2015헌바77: **권리구제절차의 제공을 요구**하는 청구권적 기본권[은] 입법자[의] 구체적 인 제도 형성을 필요로 한다.

비교: 사회권적 기본권(복지권)은 정책을 요구할 권리다. 이와 비교하면, 청구권적 기본권(절차권)은 권리구제를 요구할 권리다.

사례

1. 청원권

대한민국헌법 제26조 ① 모든 국민은 법률[에서] 정하는 바[에 따라] 국가기관에 문서로 청원할 권리를 가진다.

93헌마239: 헌법상 보장된 청원권은 [무엇인가?] 공권력과 관계에서 일어나는 여러 가지 이해관계, 의견, 희망 등에 관하여 적법한 청원을 한 모든 당사자에게 국가기관이 청원을 수리할 것을 요구할 수 있는 권리다. 그뿐만 아니라 이를 심사하여 청원자에게 그 처리결과를 통지할 것을 요구할 수 있는 권리[다.]

2. 재판청구권

대한민국헌법 제27조 ① 모든 국민은 헌법과 법률[에서] 정한 법관[에게] 법률에 [따른] 재판을 받을 권리를 가진다.

2001헌바95: 재판청구권[에는] 재판이라는 국가적 행위를 청구할 수 있는 적극적 측면 [이 포함된다.]

3. 국가배상청구권

대한민국헌법 제29조 ① 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률[에서] 정하는 바[에 따라] 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다. ...

96헌바24: 우리 헌법상의 국가배상청구권에 관한 규정은 단순한 재산권의 보장만을 의미하는 것은 아니[다. 이는] 국가배상청구권을 청구권적 기본권으로 보장하[는] 것이다.

의의

2007헌바121: 재판청구권은 공권력이나 사인[으로부터] 기본권이 침해당하거나 침해당할 위험에 처해 있을 경우 이에 대한 구제나 그 예방을 요청할 수 있는 권리[다. 이] 점 에서 다른 기본권의 보장을 위한 기본권이라는 성격을 가지고 있다.

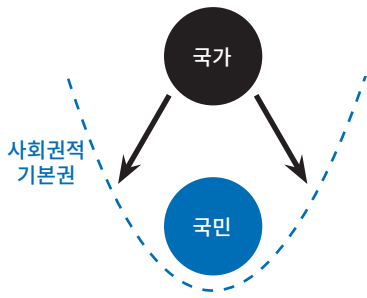
사회권적 기본권(복지권)

별칭

국가를 통한 자유. 즉, 추상적 요구권(demandable right).

개념

국가를 통해 어떤 사회경제 정책이 시행되도록 할 기본권. 즉, 정책을 요구할 기본권.



비교: 청구권적 기본권(절차권)은 권리구제를 요구할 권리다. 이와 비교하면, 사회권적 기본권(복지권)은 정책을 요구할 권리다.

사례

1. 교육을 받을 권리

대한민국헌법 제31조 ① 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.

2007헌마1456: **교육을 받을 권리**[에는] ... 국민이 능력에 따라 균등하게 교육받을 수 있도록 국가가 **적극적으로 배려하여 [달라고] 요구할 수 있는 권리**[가 포함된다. 이는] **사회권적 기본권**의 성격이 강하다.]

2010헌마503: ‘각자의 능력에 따라 교육시설에 입학하여 배울 수 있는 권리’의 대상인 국가의 교육시설은 [어떤가?] 그 물적, 인적 한계 등으로 말미암아 입학자격조건을 정[할 때] 능력에 따른 차별이 가능한 영역[이다. 즉,] 입법적 재량범위가 넓은 영역[이다.]

2. 사회보장수급권

대한민국헌법 제34조 ① 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.

② 국가는 사회보장, 사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다.

97헌마333: 연금수급권과 같은 **사회보장수급권**은 ... **사회적 기본권**의 하나이다. [이처럼] 사회적 기본권의 성격을 가지는 연금수급권은 국가[에] **적극적으로 급부를 요구**하는 것이[다.]

[그러]므로 헌법 규정만으로는 이를 실현할 수 없고, 법률에 [따른] 형성을 필요로 한다.

3. 환경권

대한민국헌법 제35조 ① 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.

2016헌마795: 헌법 제35조 제1항은 ... 국민의 **환경권**을 보장[한다.] ... 이 규정으로부터 대기오염으로 인한 국민건강 및 환경에 대한 위해를 방지하여야 할 국가의 **추상적인** 의무는 도출될 수 있다.

이와 같은 국가의 추상적인 의무로부터 ... 피청구인[환경부장관]이 아우디폭스바겐코리아 주식회사 등에게 자동차교체명령을 하여야 할 구체적이고 특정한 작위의무가 도출된다고는 볼 수 없다.

4. 보건권

대한민국헌법 제36조 ③ 모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.

2010헌마20: [이는] 국민이 자신의 건강을 유지하는 데 필요한 **국가적 급부와 배려를 요구할 수 있는 권리**를 말[한다.]

국가[는] 국민에게 ... 보건권을 보장하기 위하여 ... 국가의 재정부담 능력, 전체적인 사회보장수준과 국민감정 등 사회정책적인 고려, 상충하는 국민 각 계층의 갖가지 이해관계 등 복잡[다단]한 요소를 함께 고려해야 [한다.] 이 부분은 입법부 또는 입법[으로] 다시 위임을 받은 행정부 등 해당기관의 광범위한 입법재량에 맡겨져 있[다.]

의의

98헌가16: 헌법은 자유권적 기본권의 보장[에 따른] ... 개인 간의 불평등을 인정[한다. 그 대신,] **사회적 기본권의 보장**을 통하[여,] 되도록 국민 누구나가 자력으로 자신의 기본권을 행사할 수 있는 **실질적인 조건을 형성**해야 할 국가의 의무...를 부과하고 있다.

95헌마390: 사회적 기본권이 추구하는 사회적 평등은 정치적인 성격이 강한 법 영역이 [다.] 이에 대한 결정은 제1차적으로는 입법적인 정책판단에 유보될 수밖에 없[다.]

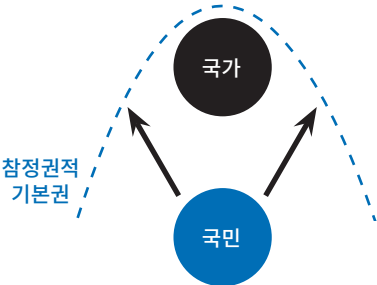
참정권적 기본권(참정권)

별칭

국가로의 자유. 즉, 능동적 참여권(participatory right).

개념

국가의 정치 과정에 참여할 기본권.



88헌가6: 주권자인 국민은 선거를 통하여 직접적으로는 국가기관의 구성원을 선출하고 간접적으로는 여하한 정부를 원하느냐에 관한 **국민의 의사**를 표시한다. 이러한 정치행위를 **참정권**이라고 [한다.]

우리 헌법은 민주정치의 실현을 위해 모든 국민이 자유롭고 평등하게 국가 의사의 형성 과정에 참여하고, 국가기관의 구성원으로서 공무를 담임하는 권리와 기회를 [얻]도록 국민의 참정권을 필수적인 것으로 인정하고 있다.

참정권은 국민주권의 상징적 표현으로서 ... 다른 기본권[보다] 우월적 지위를 가진다. 따라서 이러한 국민주권이 현실적으로 행사될 때에는 국민 개인이 가지는 불가침의 기본권으로 보장된다.

사례

1. 선거권

대한민국헌법 제24조 모든 국민은 법률[에서] 정하는 바[에 따라] 선거권을 가진다.

2002헌마411: [우리나라는] 원칙적으로 간접민주정치를 채택하고 있[다.] 공무원을 선거하는 권리는 **국민의 참정권 중 가장 중요한 기본적 권리**[다.]

2. 국민투표권

대한민국헌법 제72조 대통령은 필요하다고 인정할 때에는 외교, 국방, 통일 기타 국가 안위에 관한 중요정책을 국민투표에 [부칠] 수 있다.

대한민국헌법 제130조 ② 헌법개정안은 국회가 의결한 후 30일 이내에 국민투표에 [부쳐] 국회의원선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻어야 한다.

2009헌마256: 국민투표권이란 국민이 국가의 특정 사안에 대해 직접 결정권을 행사하는 권리[다. 이는] 각종 선거에서의 선거권 및 피선거권과 더불어 **국민의 참정권의 한 내용을 이루는 헌법상 기본권**이다.

3. 공무담임권

대한민국헌법 제25조 모든 국민은 법률[에서] 정하는 바[에 따라] 공무담임권을 가진다.

2005헌마848: 일반적으로 참정권[에는] ... **국가기관의 구성원으로 선임될 수 있는 권리**인 간접적인 참정권[이 포함된다. 이것은] ... 공무담임권(헌법 제25조)[에 해당한다.]

종류

- 1. 직접적 참정권: 국민투표권
- 2. 간접적 참정권: 선거권, 공무담임권

2005헌마848: 일반적으로 참정권은 [i] 국민이 국가의 의사형성에 직접 참여하는 직접적인 참정권과 [ii] 국민이 국가기관의 형성에 간접적으로 참여하거나 국가기관의 구성원으로 선임될 수 있는 권리인 간접적인 참정권으로 나눌 수 있다.

이에 따라 우리 헌법은 참정권에 관하여 [ii] 간접적인 참정권으로 공무원선거권(헌법 제24조), 공무담임권(헌법 제25조)을, [i] 직접적인 참정권으로 국민투표권(헌법 제72조, 제130조)을 규정하고 있다.

의의

2009헌마256: 민주주의 국가에서 참정권은 국민주권의 원칙을 실현하[려는] 가장 기본적이고 필수적인 권리[다. 그래서] **다른 기본권[보다] 우월적인** 지위를 갖는다.

성질의 혼재

개요

- 1. 4가지 유형 중 어느 하나에 해당하는 기본권도 있다.
 - 2. 4가지 유형 중 동시에 어느 둘 이상에 해당하는 기본권도 있다.
- 지금까지 본 기본권들 중에도 동시에 다른 유형에도 해당하는 것이 많다.

행복추구권

행복추구권의 성격은?

대한민국헌법 제10조 모든 국민은 ... 행복을 추구할 권리를 가진다. ...

1. 기본적으로, 자유권적 기본권이다.

93헌가14: 헌법 제10조의 행복추구권은 ... 국민이 행복을 추구하[려는] 활동을 **국가권력의 간섭 없이 자유롭게** 할 수 있다는 포괄적인 의미의 **자유권**으로서의 성격을 가[진다.]

2. 추가로, 사회적 기본권 성격도 있다.

2021다286000: 헌법 제10조의 행복추구권...이 실질적으로 보장되기 위해서는 국가권력으로부터 개인의 자유영역을 보호하는 것이 필요할 뿐 아니라 기본권 행사의 실질적인 조건을 형성하고 유지하는 **국가의 적극적인 활동**을 필요로 한다.

근로권

근로권(근로자유)의 성격은?

대한민국헌법 제32조 ① 모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적, 경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 [한다.]

1. 기본적으로, 사회적 기본권이다.

2001헌마50: **근로의 권리는 사회적 기본권**[이다. 이는] 국가[에] 직접 일자리(직장)를 청구하거나 일자리[를] 갈음하는 생계비의 지급청구권을 의미하는 것이 아니[다. 이는] 고용증진을 위한 사회적, 경제적 정책을 요구할 수 있는 권리에 그친다.

2. 추가로, 자유권적 기본권 성격도 있다.

2004헌마670: [다만,] 근로의 권리[는] “일할 자리에 관한 권리”만이 아니라 “일할 환경에 관한 권리”도 함께 내포[한다.] 후자(後者)는 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하[는] **자유권적 기본권의 성격**도 갖고 있어 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함[다.]

근로3권

근로3권(단결권, 단체교섭권, 단체행동권)의 성격은?

대한민국헌법 제33조 ① 근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.

2016다248998전합: 헌법이 노동3권을 기본권으로 보장하는 뜻은 [무엇인가?] 근로자가 사용자와 대등한 지위에서 단체교섭을 통하여 자율적으로 단체협약을 체결할 수 있도록 하여 근로조건에 관한 노사의 실질적 자치를 실현하기 위함이다.

1. 기본적으로, 자유권적 기본권이다.

2. 추가로, 사회적 기본권 성격도 있다.

2015헌가38: 근로3권은 사회적 보호기능을 담당하는 자유권 또는 **사회권적 성격**을 띤 **자유권**이라고 할 수 있다. 자유권적 성격과 사회권적 성격을 함께 갖는 근로3권은, [i] 국가가 근로자의 단결권을 존중하고 부당한 침해를 하지 아니함으로써 보장되는 자유권적 측면인 국가로부터의 자유뿐만 아니라, [ii] 근로[자] 권리행사의 실질적 조건을 형성하고 유지해야 할 국가의 적극적인 활동을 필요로 한다.

알 권리

알 권리의 성격은?

대한민국헌법 제21조 ① 모든 국민은 언론, 출판의 자유...를 가진다.

2012헌마167: 알 권리(right to know)는 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 자유롭게 정보를 수령, 수집하거나, 국가기관 등[에] 정보의 공개를 청구할 수 있는 권리를 말한다.

1. 자유권적 기본권 성격도 있다.

2012헌마167: [알 권리의] **자유권적 성질**은 일반적으로 정보에 접근하고 수집, 처리[할 때] 국가권력의 방해를 받지 아니한다는 것[→ 국가로부터의 자유]을 말[한다.]

2. 청구권적 기본권 성격도 있다.

2012헌마167: [알 권리의] **청구권적 성질**은 의사형성이나 여론형성에 필요한 정보를 적극적으로 수집할 권리 등[→ 국가에 대한 자유]을 의미[한다.]

자유권 겸 청구권적 기본권이라 한다.

90헌마133: 표현의 자유...는 전통적으로 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미[한다. 이는] 사상 또는 의견의 자유로운 표명은 자유로운 의사의 형성을 전제로 한다[→ 자유권적 기본권].

[그런데] 자유로운 의사의 형성은 정보에의 접근이 충분히 보장됨으로써 비로소 가능[하다(→ 청구권적 기본권).]

그러한 의미에서 ... “알 권리”는 표현의 자유와 표리일체의 관계에 있[다. 또한,] 자유권적 성질과 청구권적 성질을 공유[한다.]

혼인, 가족 생활 보장

혼인, 가족 생활을 보장받을 권리의 성격은?

대한민국헌법 제36조 ① 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.

98헌가16: 헌법 제36조 제1항은 ... 혼인 및 그에 기초하여 성립된 부모와 자녀의 생활 공동체인 가족생활이 국가의 특별한 보호를 받는다는 것을 규정하고 있다.

1. 자유권적 기본권 성격도 있다.

98헌가16: 이 헌법규정은 소극적으로는 국가권력의 부당한 침해에 대한 개인의 주관적 방어권으로서 국가권력이 혼인과 가정이란 사적인 영역을 침해하는 것을 금지[한다.]

부모가 자녀 이름을 지을 자유, 부모의 자녀 교육권도 포함한다.

대한민국헌법 제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. ...

대한민국헌법 제37조 ① 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.

2015헌마964: 부모가 자녀의 이름을 지어주는 것은 자녀의 양육과 가족생활을 위하여 필수적인 것이고, 가족생활의 핵심적 요소라 할 수 있다. 그러므로] ‘부모가 자녀의 이름을 지을 자유’는 혼인과 가족생활을 보장하는 헌법 제36조 제1항과 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조[로] 보호받는다.

98헌가16: ‘부모의 자녀에 대한 교육권’은 비록 헌법에 명문으로 규정되어 있지는 [않다. 그렇지만] 이는 모든 인간이 누리는 불가침의 인권[이다. 즉, 이는] 혼인과 가족생활을 보장하는 헌법 제36조 제1항, 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조 및 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.”라]고 규정하는 헌법 제37조 제1항에서 나오는 중요한 기본권이다.

2. 사회적 기본권 성격도 있다.

98헌가16: [헌법 제36조 제1항은] 적극적으로는 혼인과 가정을 제3자 등으로부터 보호해야 할 뿐이 아니라 개인의 존엄과 양성의 평등을 바탕으로 성립되고 유지되는 혼인, 가족제도를 실현해야 할 국가의 과제를 부과하고 있다.

출생등록 될 권리

출생등록 될 권리의 성격은?

2021헌마975: 태어난 즉시 ‘출생등록 될 권리’는 ‘출생 후 아동이 보호를 받을 수 있을 최대한 빠른 시점’에 아동의 출생과 관련된 기본적인 정보를 국가가 관리할 수 있도록 등록할 권리[다. 이는] 아동이 사람으로서 인격을 자유로이 발현하고, 부모와 가족 등의 보호하에 건강한 성장과 발달을 할 수 있도록 최소한의 보호장치를 마련하도록 요구할 수 있는 권리이다. 이는 헌법에 명시되지 아니한 독자적 기본권[이다.]

1. 자유권적 기본권 성격도 있다.

2. 사회적 기본권 성격도 있다.

2021헌마975: 태어난 즉시 ‘출생등록 될 권리’는 ... 자유로운 인격실현을 보장하는 **자유권적 성격**과 아동의 건강한 성장과 발달을 보장하는 **사회적 기본권의 성격**을 함께 지닌다.

장애인의 접근권

장애인의 접근권 성격은?

2022다289051전합: 장애인의 접근권은 헌법상 인간의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리를 장애인에게도 동등하게 보장하고, 사회적 약자인 장애인이 인간다운 생활을 하는 데 필수적인 전제가 되는 권리[다.] 비록 헌법에 명시되지는 않았으나 헌법 규정들로부터 도출되는 기본권으로서의 지위를 가진다.

1. 자유권적 기본권 성격도 있다.

2022다289051전합: 장애인의 접근권이 접근에 대한 방해의 금지를 구하는 소극적, 방어적인 수준[인 경우도 있다.]

2. 사회적 기본권 성격도 있다.

2022다289051전합: [장애인의 접근권이 위 수준을] 넘어 비장애인과 동등한 수준의 접근을 보장할 수 있는 특정 시설과 설비를 설치할 것을 국가나 사인(사인)에게 적극적으로 요구할 수 있는 권리로 구체화되기 위해서는 이를 위한 법률이 필요하다.]

연습문제1

2025년도 변호사시험 공법 선택형

[문 12.] 혼인과 가족생활에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠. 헌법 제36조 제1항에 규정된 혼인과 가족생활의 보장은 소극적으로는 국가권력의 부당한 침해에 대한 개인의 주관적 방어권으로서 국가권력이 혼인과 가정이란 사적 인 영역을 침해하는 것을 금지하면서, 적극적으로는 혼인과 가정을 제3자 등으로부터 보호해야 할 뿐만 아니라 개인의 존엄과 양성의 평등을 바탕으로 성립되고 유지 되는 혼인, 가족제도를 실현해야 할 국가의 과제를 부과하고 있음을 의미한다.
- ㉡. 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’는 ‘출생 후 아동이 보호를 받을 수 있을 최대한 빠른 시점’에 아동의 출생과 관련된 기본적인 정보를 국가가 관리할 수 있도록 등록할 권 리로서, 자유로운 인격실현을 보장하는 자유권적 성격과 아동의 건강한 성장과 발달 을 보장하는 사회적 기본권의 성격을 함께 지닌 헌법에 명시되지 아니한 독자적 기 본권이다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 공법 선택형

[문 21.] 다음 사례에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

[장애인등편의법] 제7조는 “장애인 등이 시설을 이용할 때 편리하게 하기 위한 편의시설 (이하 ‘장애인 이용 편의시설’이라 한다)”의 설치의무를 부담하는 대상시설의 범위를 대 통령령으로 정하도록 규정하고 있었는데, 그 위임에 따라 같은 법 시행령에서는 바닥면 적 300㎡ 이상인 편의점 등에 대해서만 장애인 이용 편의시설을 설치하도록 규정하고 있었다. 위 시행령의 내용은 1998. 4. 11. 시행된 이래로 20년 넘게 동일하게 유지되었 고, 이에 따라 전국 대부분의 편의점 등 소규모 소매점은 위 면적에 해당되지 않아 장애 인의 접근이 가능한 출입구와 경사로 등의 편의시설을 설치하지 않고 있었다. 이에 장애 인 ㅁ이 국가배상청구를 하였다.

- ㉠. 장애인의 접근권은 인간다운 생활을 할 권리 등 여러 헌법규정들로부터 도출되는 기 본권으로서의 지위를 가지는데, 특정 시설과 설비를 설치할 것을 국가 등에게 적극 적으로 요구할 수 있는 권리로 구체화되기 위해서는 이를 위한 법률이 필요하다.

결론

개념정리

예외가 있지만, 대체로 다음과 같다.

	자유권적	청구권적	사회권적	참정권적
자유	국가로부터의	국가에 대한	국가를 통한	국가로의
특징	소극적	적극적	추상적/적극적	능동적
본질	방어권	청구권	요구권	참여권
기본권 주체	인간	국민	국민	국민
약칭	자유권	청구권	복지권	참정권

교과서와 논문마다 사용하는 용어에 조금씩 차이가 있다. 암기는 의미가 거의 없다. 기본권 유형별로 취지와 성질을 이해하는 것이 중요하다.

일반적 설명

일반적으로, 따로 특정하지 않는 한, 자유권적 기본권을 기준으로 설명한다.

- 1. 지금까지 설명도 그랬다.
- 2. 앞으로의 설명도 그럴 것이다.

헌법상 권리와 법률상 권리
Constitutional Rights and Rights under Law

역사란, 한 시대가 다른 시대 속에서 찾아낸
주목할 만한 가치가 있다고 생각한 것들에 대한 기록이다.
- Jacob Burckhardt

개념

헌법상 권리

- 1. 헌법이 보장하는 권리.
- 2. 즉, 기본권이다.

2004헌마644: 헌법은 외교, 국방, 통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을 결정하는 경
우(제72조)와 헌법개정안을 확정하는 경우(제130조 제2항)에 **국민투표권을 인정**하고
있다.

국민투표권이란 국가의 특정 사안에 대해 국민투표라는 형식을 통해 국민이 직접 결정
권을 행사하는 권리로서, ... 헌법상 **기본권**이다.

법률상 권리

- 1. 법률이 창설하는 권리.
- 2. 즉, 기본권이 아니다.

2004헌마530: 우리 헌법은 ... 국민투표권을 기본권으로 규정한 바가 없다. ... [물론]
지방자치법은 주민에게 주민투표권(제13조의2) ... 등을 부여함으로써 주민이 지방자치
사무에 직접 참여할 수 있는 길을 일부 열어 놓고 있다. 그렇[지만] 이러한 제도는 어디
까지나 입법[으로] 채택된 것일 뿐 헌법[에 따라] 이러한 제도의 도입이 보장되고 있는
것은 아니다.

그러므로 자치사무의 처리에 주민들이 직접 참여하는 것을 의미하는 주민투표권을 헌
법상 보장되는 **기본권**이라고 ... 보기는 어렵다.

구별실익

문제점

권리의 침해로 이유로 헌법소원심판청구를 할 수 있는가?

법리

- 1. 헌법상 권리(기본권) 침해 → 헌법소원 가능
- 2. 법률상 권리 침해 → 헌법소원 불가능

대한민국헌법 제68조(청구 사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 ... **헌법상
보장된 기본권**을 침해받은 자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. ...

2004헌마530: 청구인은 주민투표에 참여할 권리가 청구인의 기본권임을 전제로 이 소원을 제기하고 있다. ... [그러나] 주민투표권은 법률이 보장하는 권리일 뿐이지 헌법이 보장하는 기본권...으로 볼 수 없다. ... 따라서 이 사건 심판청구는 청구인의 주장 자체로 보아 기본권의 침해 가능성이 인정될 수 없는 경우이어서 **부적법**하다.

주의점

법률이 규정한 권리의 성격?

법률이 어떤 권리를 규정했다고 그것이 모두 법률상 권리는 아니다.

1. 법률이 헌법상 권리를 확인(recognition)해 구체화한 권리 → 헌법상 권리
2. 법률이 입법형성권 행사로 새롭게 창설(creation)한 권리 → 법률상 권리

투표(vote)권 경우?

1. 국민투표권: 국민투표법이 국민투표권을 규정 = 헌법상 국민투표권을 확인 → 헌법상 권리

국민투표법 제7조([국민]투표권) 19세 이상의 국민은 **[국민]투표권이 있다.**

2004헌마644: 국민투표권[은] ... **헌법상 기본권**이다.

대한민국헌법 제72조 대통령은 필요하다고 인정할 때에는 외교, 국방, 통일 기타 국가 안위에 관한 중요정책을 국민투표에 [부칠] 수 있다.

대한민국헌법 제130조 ② 헌법개정안은 국회가 의결한 후 30일 이내에 국민투표에 [부쳐] 국회의원선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻어야 한다.

2. 주민투표권: 주민투표법이 주민투표권을 규정 = 법률로 주민투표권을 창설 → 법률상 권리

주민투표법 제5조(주민투표권) ① 18세 이상의 주민 중 ... 투표인명부 작성기준일 현재 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사람에게는 **주민투표권이 있다.** ...

2004헌마643: 주민투표권은 ... 그 명칭의 여하를 불문하고 헌법상의 기본권성이 부정된다. 즉, ... 주민투표권[은] ... **법률상의 권리**에 해당한다.

법률이 규정한 권리 침해에 대한 헌법소원?

따라서 법률이 규정한 권리가 침해된 사안이라도,

1. 헌법소원을 할 수 있을 수도 있다. ← 헌법상 권리 침해 사안
2. 헌법소원을 할 수 없을 수도 있다. ← 법률상 권리 침해 사안

용어 문제

다음을 구별하라.

1. 법률이 창설한(created) 권리 → 법률상 권리
2. 법률이 규정한(provided) 권리 → 법률상 권리 or 헌법상 권리

선거(election)권 경우?

1. 대통령, 국회의원, 지방의회의원 선거권: 공직선거법이 해당 선거권을 규정 = 헌법상 해당 선거권을 확인 → 헌법상 권리

대한민국헌법 제41조 ① 국회는 국민의 보통, 평등, 직접, 비밀선거[로] 선출된 **국회의원**으로 구성한다.

대한민국헌법 제67조 ① **대통령**은 국민의 보통, 평등, 직접, 비밀선거[로] 선출한다.

대한민국헌법 제118조 ② **지방의회**의 조직, 권한, **의원선거**...에 관한 사항은 법률로 정한다.

2. 지방자치단체장 선거권: 공직선거법이 해당 선거권을 규정 = 헌법상 해당 선거권을 확인 → 헌법상 권리

대한민국헌법 제118조 ② ... 지방자치단체의 장의 **선임방법**...에 관한 사항은 법률로 정한다.

공직선거법 제34조(선거일) ① 임기만료에 [다른] 선거의 선거일은 다음 각호와 같다.

3. 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 **선거**는 그 임기만료일전 30일 이후 첫번째 수요일

2014헌마797: [헌법은] 지방자치단체의 장의 ‘선임방법’ ...에 관한 사항은 법률로 정한다.”라고만 규정하여 지방의회의원의 ‘선거’와는 문언상 구별하고 있[다. 그러므로] 지방자치단체의 장 선거권이 헌법상 보장되는 기본권인지 여부가 문제 된다.

지방자치단체의 대표인 단체장은 지방의회의원과 마찬가지로 주민의 자발적 지지에 기초를 둔 선거를 통해 선출되어야 한다는 것은 지방자치제도의 본질에서 당연히 도출되는 원리이다. 이에 따라 공직선거 관련법상 지방자치단체의 장 선임방법은 ‘선거’로 규정되어 왔[다. 그리고] 지방자치단체의 장을 선거로 선출하여온 우리 지방자치제의 역사에 비추어 볼 때 지방자치단체의 장에 대한 주민직선제 이외의 다른 선출방법을 허용할 수 없다는 관행과 이에 대한 국민적 인식이 광범위하게 존재한다고 볼 수 있다.

지방자치단체의 장 선거권 역시 **다른 선거권과 마찬가지로** 헌법 제24조에 [따라] 보호되는 **헌법상의 권리**로 인정하여야 [한다.]

	헌법 규정	법률 규정	권리 성격
국민투표권	○	○	헌법상 권리
주민투표권	×	○	법률상 권리
대통령/국회의원/지방의원 선거권	○	○	헌법상 권리
단체장 선거권	×	○	헌법상 권리

소결

헌법상 권리와 법률상 권리를 구별하려면,

- 1. 형식적으로 헌법 문언을 확인할 뿐만 아니라,
- 2. 실질적으로 헌법, 법령을 해석해야 한다.

연습문제

2025년도 변호사시험 공법 선택형

[문 18.] 지방자치제도에 관한 설명으로 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄹ. 헌법은 ‘지방자치단체의 장의 선임방법에 관한 사항은 법률로 정한다’고 규정하고 있으나, 지방자치단체의 대표인 단체장이 주민의 자발적 지지에 기초를 둔 선거를 통해 선출되어야 한다는 것은 지방자치제도의 본질에서 당연히 도출되는 원리이다.

구체적 차이점

헌법상 권리

만약 어떤 권리가 헌법상 권리일 경우,

- 1. 법률로 권리를 없앨 수 없다.

대한민국헌법 제12조 ⑥ 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.

2002헌바104: 헌법 제12조 제6항의 규정은 위와 같이 ‘누구든지 ... 권리를 가진다.’라는 형식을 취하고 있다.] 이는 우리 헌법이 헌법적 차원에서 일정한 권리를 인정하는 것으로서 입법자가 법률로써 이러한 권리행사의 주체를 임의로 제한할 수는 없다.]

- 2. 법률이 규정하지 않아도 권리는 존재한다.
- 3. 법률이 규정했다면, 그것은 확인적(recognitory) 의미다.
- 4. 침해받으면, 헌법소원을 할 수 있다.

법률상 권리

만약 어떤 권리가 법률상 권리일 경우,

- 1. 법률로 권리를 없애도 된다.
- 2. 법률이 규정하지 않으면 권리는 존재하지 않는다.
- 3. 법률이 규정했다면, 그것은 창설적(constitutive) 의미다.
- 4. 침해받아도, 헌법소원을 할 수 없다.

소결

	헌법상 권리	법률상 권리
성질	주관적 권리(기본권○)	주관적 권리(기본권×)
보장 대상	권리, 자유	권리, 자유
법률 규정 없을 경우	권리 존재	권리 부존재
법률 규정 있을 경우	확인적 의미	창설적 의미
침해 시 헌법소원?	○	×

결론

전제 법리

1. 기본권 내용과 보호 범위를 확정해야,
2. 기본권 제한도 가능하다.

의미 1: 기본권 확정

1. 헌법상 권리와 법률상 권리를 구별하는 작업을 통해,
2. 기본권 내용과 보호 범위(protection area)를 확정한다.

의미 2: 기본권 제한의 한계 제시

1. 헌법상 권리와 법률상 권리를 구별하는 작업을 통해,
2. 기본권을 실현하고 제한하는 입법한계(legislative limit)를 제시한다.

기본권 갈등

Conflicts of Fundamental Rights

떨어져 있을 때의 추위와 붙으면 가시에 찔리는 아픔 사이를 반복하다가
결국 우리는 적당히 거리를 유지하는 법을 배운다.
- Arthur Schopenhauer

기본권 갈등

개념

여러 기본권 사이 관계.

종류

- 1. 기본권 경합(경쟁; competition; concurrence): 1개의 기본권 주체가 여러 기본권 제한을 받을 경우.
- 2. 기본권 충돌(상충; collision): 여러 기본권 주체 간 기본권이 상충할 경우.

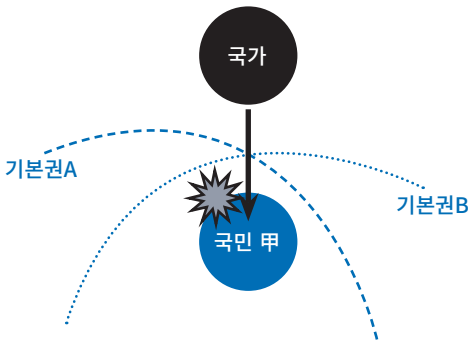
문제점

기본권 경합 또는 기본권 충돌 상황을 어떻게 해결할 것인가?

기본권 경합

개념

- 1. 1개의 사건에서
- 2. 1개의 기본권 주체가
- 3. 여러 기본권이 제한(침해)받을 경우
- 4. 국가에 대해
- 5. 여러 기본권 적용을 주장하는 상황.



2010헌가90: 하나의 규제로 ... 여러 기본권이 동시에 제약을 받는 기본권 경합의 경우
[어떻게 해결하나?]

사례

변호사시험 응시기회 제한 제도를 보자.

2016헌마47: 청구인들은 ... 2012년 2월에 법학전문대학원 석사학위를 취득한 자들로
서 2012년 1월에 실시된 2012년도 변호사시험부터 2016년 1월에 실시된 2016년도 변
호사시험까지 5회 모두 불합격하였다. 이들은 변호사시험의 응시기간과 응시횟수...를
법학전문대학원의 석사학위를 취득한 달의 말일...부터 5년 내에 5회로 제한한 변호사
시험법... [때문에] 향후 변호사시험에 더[는] 응시하지 못하게 되었다.]

이 제도 때문에 당사자가 다음 기본권을 모두 침해받는다고 주장한다.

1. 직업자유

대한민국헌법 제15조 모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.

2. 공무담임권

대한민국헌법 제25조 모든 국민은 법률[에서] 정하는 바[에 따라] 공무담임권을 가진다.

3. 행복추구권

대한민국헌법 제10조 모든 국민은 ... 행복을 추구할 권리를 가진다. ...

즉, 같은 사건으로 같은 사람이 위 3개 기본권 모두를 침해받는다고 주장한다.

2016헌마47: [청구인들은] 위 조항에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다. ... **청구인들의 주장**[은 다음과 같다]

변호사시험의 응시기회를 제한함으로써 달성하고자 하는 공익은 그 효과가 불확실[하
다.] 반면 그로 인해 청구인들은 [큰] 비용과 시간을 투입하였으나 변호사 자격취득 기
회를 상실하여 매우 중대한 손해를 입[는다.] 따라서 응시기회제한조항은 [i] **직업선택의
자유를 침해**하며, [iii] **행복추구권 역시 침해**한다.

변호사시험 응시횟수를 제한함으로써 변호사가 될 기회를 영구히 박탈하는 것은 향후
판, 검사가 될 기회마저 박탈하는 것이므로 [ii] **공무담임권 역시 침해**된다.

해결방법

모든 사정을 종합해 정한다. 필요하다면 일정한 기본권을 심사에서 뺀다. 빼지
않기도 한다. 일률적으로 말할 수는 없지만, 다음 규칙을 활용할 수 있다.

1. 특별기본권 > 일반기본권
2. 기본적 기본권 > 보충적 기본권
3. 구체적 기본권 > 추상적 기본권
4. 주된 기본권 > 부수적 기본권
5. 의미 있는 주장 있는 기본권 > 의미 있는 주장이 없는 기본권
6. 구별할 수 없을 경우 → 모든 기본권 적용(누적 적용)

특별관계

특별 기본권 > 일반 기본권

예: 공무원임권 > 직업자유

99헌마135: 청구인들은 직업의 자유도 침해되었다고 주장[한다. 그러나] 공무원직에 관한 한 공무원임권은 직업의 자유에 우선하여 적용되는 특별법적 규정이다. ... [그러므로 일반기본권인 직업의 자유는] 이 사건 법률조항[에 따라] 제한되는 기본권으로서 고려하지 아니한다.

보충관계

1. 기본적 기본권 > 보충적 기본권

예: 일반적인 기본권 > 행복추구권

2007헌마991: 헌법 제10조의 행복추구권은 포괄적인 자유권으로서... 다른 구체적인 개별적 자유권이 존재하지 않을 경우에 보충적으로 적용될 수 있는 기본권이다. [그러므로 공무원임권이라는 우선적으로 적용되는 기본권이 존재하여 그 침해 여부를 판단하는 이상, 행복추구권 여부를 따로 판단할 필요는 없다].

2016헌마292: 청구인들은 이 사건 법률조항으로 ... 행복추구권이 침해되었다는 주장도 하고 있다. [그러나] ... 선거권 침해 여부를 판단하는 이 사건[에서는] 행복추구권 침해 여부에 대하여도 별도로 판단하지 아니한다. ... 심판대상조항이 과실범, 고의범 등 범죄의 종류를 불문하고, 침해된 법익의 내용을 불문하며, 형 집행 중에 이뤄지는 재량적 행정처분인 가석방 여부를 고려하지 않고 선거권을 제한한다고 하여 불필요한 제한을 부과한다고 할 수 없다. ... 따라서 이 사건 법률조항은 청구인들의 선거권을 침해하지 아니한다. ... 그렇다면 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 모두 기각[한다.]

2. 구체적 기본권 > 추상적 기본권

예: 출생등록 될 권리 > 인격권

2021헌마975: 혼인 중 여자와 남편 아닌 남자 사이에서 출생한 자녀에 대한 생부의 출생신고'를 허용하도록 규정하지 아니한 [법조항이 있다. 이와 관련해,] 혼인의 출생자인 청구인들은 침해되는 기본권으로 ... 인격권, 인간으로서의 존엄과 가치도 주장하고 있다. [그러나] 인격권, 인간으로서의 존엄과 가치는 태어난 즉시 '출생등록 될 권리'의 헌법적 근거가 되는 것이다. ... [결국] 태어난 즉시 '출생등록 될 권리'에 대한 침해 여부를 판단함으로써 위 기본권들의 침해 여부에 대한 판단이 함께 이루어지는 것으로 볼 수 있다. [따라서] 그 침해 여부는 별도로 판단하지 아니한다.

주종관계

1. 주된 기본권 > 부수적 기본권

예: 집회자유 > 결사자유

2010헌가90: 심판대상조항은 국민운동단체인 바르게살기운동협의회에 대하여 선거기간[에] 일체의 모임을 금지시[킨다. 이]로써 [i] 집회의 자유와 [ii] 결사의 자유(단체활동의 자유)를 동시에 제한하고 있다.

[이 경우] 기본권을 제한하는 **입법자의 객관적 동기** 등을 참작[해야 한다. 이에 따라,] 사안과 **가장 밀접한 관계가 있고 또 침해의 정도가 큰 주된 기본권을 중심으로** 하여 그 제한의 한계를 따져보아야 한다.

입법자의 일차적 의도는 선거기간[에] 모임, 즉 [i] 집회를 금지하고자 하는 데 있[다.] [ii] 단체의 모임은 단체의 다양한 활동 중의 하나에 불과하[다. 그리고] 헌법상 [ii] 결사의 자유보다는 [i] 집회의 자유가 두텁게 보호[된다. 또한,] 위 조항[으로] 직접 제약되는 자유 역시 [i] 집회의 자유[다.] 따라서 아래에서는 심판대상조항이 ... [ii] **결사자유를 침해하는지는 따로 판단하지 않고** [i] 집회의 자유를 침해하는지를 살핀다.

2. 주된 기본권 ≥ 부수적 기본권

예: 직업자유 ≥ 표현예술자유

2003헌가1: 이 사건 법률조항에 [따른] [ii] 표현 및 예술의 자[유] 제한은 극장 운영자의 직업의 자유에 대한 제한을 매개로 하여 간접적으로 제약되는 것이[다.] 입법자의 객관적인 동기 등을 참작하여 볼 때 사안과 가장 밀접한 관계에 있고 또 침해의 정도가 가장 큰 **주된 기본권은 [i] 직업의 자유[다.]** 따라서 이하에서는 [i] **직업의 자[유] 침해 여부를 중심으로 살피는 가운데 [ii] 표현, 예술의 자[유] 침해 여부에 대하여도 부가적으로 살펴보기로 한다.**

실질관계

의미 있는 주장이 있는 기본권 > 의미 있는 주장이 없는 기본권

예: 행동자유권 > 재산권 및 평등권

2015헌마894: 이 사건 규칙조항은 혐의상 이혼을 하려는 ... 부부가 함께 법원에 직접 출석하여 혐의이혼의사확인신청서를 제출하도록 강제하고 있다. 이처럼 다른 선택의 여지없이 당사자 쌍방의 직접 출석만을 강제하는 것은 혐의이혼을 하려는 사람들의 [i] 일반적 행동의 자유에 대한 제한이 될 수 있다. 따라서 이 사건 규칙조항이 ... 청구인 노○태의 [i] 일반적 행동자유권을 침해하는지 여부가 문제 된다.

청구인 노○태는 이 사건 규칙조항이 자신의 [ii] 재산권과 [iii] 평등권도 침해한다고 주장한다. 그러나 [ii] 혐의상 이혼을 하려는 당사자가 혐의이혼의사확인신청서를 법원에 직접 출석하여 제출함으로써 생업 종사 등에 필요한 시간 활용에 제약을 받는 것은 **사실적, 반사적 불이익에 불과하다.** 한편, [iii] 청구인 노○태는 평등권 주장과 관련하여 **누구와 어떤 불합리한 차별을 받[는]지에 대한 의미 있는 주장을 하고 있지 않다.** 따라서 청구인 노○태의 이 부분 주장[**ii, iii**]에 대하여는 **별도로 판단하지 아니한다.**

주의점

위 규칙, 기준들은 사례에 불과하다.

1. 일률적, 추상적, 절대적으로 단순 적용해 해결할 수 없다.
2. 개별적, 구체적, 상대적으로 사건마다 사안에 맞는 적용을 해야 한다.

위 규칙은 만병통치약이 아니다.

의의

지금까지 살핀 기본권 경합 처리는 어떤 의미가 있는가?

1. 소송경제: 만약 모든 기본권을 예외 없이 하나하나 심사하면, 헌법재판 진행이 너무 지연된다. 오히려 당사자를 위한 신속한 기본권 구제에 해가 된다.
2. 모순방지: 기본권마다 보호 범위와 제한 원리가 다르다. 그래서 만약 기본권마다 하나하나 침해 여부를 단편적으로 파악한 후 합치면, 전체적으로 일관성 없는 재판이 될 위험이 있다.

비교: 유사 경합

기본권의 유사(apparent) 경합이란,

1. 겉보기엔 A기본권, B기본권의 경합처럼 보이지만,
2. 실제로는 A기본권만 제한되고 B기본권은 제한되지 않아서(또는 B는 기본권으로 보호 받는 대상이 아니어서) 경합이 아닌 경우를 말한다.

예: 생부의 출생신고 미허용 → 출생등록 될 권리(A), 양육권(B1), 가족 생활 자유(B2)

2021헌마975: 생부인 청구인들은 침해되는 기본권으로 양육권[B1] 및 가족생활의 자유[B2]도 주장하고 있다. [그러나] 심판대상조항들은 출생신고에 관한 조항으로서 생부인 청구인들이 혼인외 출생자인 청구인들을 양육하는 것[B1]을 직접 제한하지 아니한다. 아울러 생부가 생래적 혈연관계에 있는 그 자녀와 가족관계를 형성하는 것[B2]은 민법상 친생추정과 부인, 인지에 관한 규정들[에 따라] 제한되는 것일 뿐, 심판대상조항들[로] 제한되는 것이 아니다. 따라서 이에 대해서는 나아가 판단하지 아니한다.

예: 농협 중앙회장선거 규제 → 표현자유(A), 선거권(B)

2018헌바85: [농협 중앙회장선거에 관한 이 사건 위탁선거법 조항은] 후보자를 포함한 회장선거에서 선거운동을 하고자 하는 사람의 표현의 자유[A]를 제한한다. ... 청구인은 심판대상조항들이 중앙회장선거 후보자의 선거운동의 자유[B]를 침해한다고 주장하나, 사법인적인 성격을 지니는 농협중앙회의 중앙회장선거에서 회장을 선출하거나 선거운동을 하는 것은 헌법[으로] 보호되는 선거권의 범위에 포함되지 아니한다.]

사안해결

변호사시험 응시기회 제한으로 제한받는 기본권은 직업자유. 따라서 직업자유 침해 여부를 판단하면 충분하다.

2016헌마47: 청구인들은 응시기회제한조항 [때문에] 더[는] 시험에 응시할 수 없으므로 변호사 자격을 취득할 수 없다. 따라서 위 조항은 변호사 또는 변호사 자격을 요하는 직업을 선택하고자 하는 청구인들의 [i] 직업선택의 자유를 제한한다.

변호사시험은 ‘변호사에게 필요한 직업윤리와 법률지식 등 법률사무를 수행할 수 있는 능력을 검증하기 위한’(변호사시험법 제1조) 순수한 변호사 자격시험이다. 따라서 다른 법령에서 변호사 자격을 판사, 검사 등 공무원의 임용 조건으로 정하고 있더라도 위 조항과 [ii] 공무담임권과의 관련성은 간접적인 것에 불과하다. 그러므로, 청구인들의 [ii] 공무담임권 제한 주장에 대해서는 따로 판단하지 아니한다.]

[iii] 행복추구권 침해 여부는 [i] [더] 밀접한 기본권인 직업선택의 자유 침해 여부에 대하여 판단하는 이상 따로 판단하지 아니한다.

연습문제1

2025년도 변호사시험 공법 선택형

[문 12.] 혼인과 가족생활에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄴ. ‘혼인 중 여자와 남편 아닌 남자 사이에서 출생한 자녀에 대한 생부의 출생신고’를 허용하도록 규정하지 아니한 [가족관계등록법] 조항은 혼인의 출생자에 대한 생부의 양육권을 직접 제한한다.

연습문제2

2025년도 변호사시험 공법 선택형

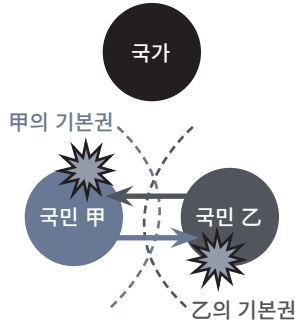
[문 20.] 선거에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄷ. 1년 이상의 징역형을 선고받고 그 집행이 종료되지 아니한 사람의 선거권을 제한하는 「공직선거법」 조항은 과실범, 고의범 등 범죄의 종류를 불문하고 침해된 법익의 내용을 불문하며 형 집행 중에 이루어지는 재량적 행정처분인 가석방 여부를 고려하지 않으므로 선거권을 침해한다.
- ㄹ. 기본적으로 사법인적인 성격을 지니는 농협중앙회의 중앙회장선거에서 회장을 선출하거나 선거운동을 하는 것은 헌법[으로] 보호되는 선거권의 범위에 포함된다.

기본권 충돌

개념

1. 1개의 사건에서
2. 여러 기본권 주체가
3. 각자의 기본권이 제한(침해)받을 경우
4. 국가에 대해
5. 각자의 기본권 적용을 주장하는 상황.



2002헌바95: 기본권의 충돌이란 [무엇인가?] 상이한 복수의 기본권주체가 서로의 권익을 실현하기 위해 하나의 동일한 사건에서 국가에 대하여 서로 대립되는 기본권의 적용을 주장하는 경우를 말[한다.]

[기본권 충돌은] 한 기본권주체의 기본권행사가 다른 기본권주체의 기본권행사를 제한 또는 희생시킨다는 데 그 특징이 있다.

사례

금연구역 지정 제도를 보자.

2003헌마457: 국민건강증진법...은 공중이 이용하는 시설 중 ... 시설관리자...가 [해당] 시설의 전체를 금연구역으로 지정하거나 [해당] 시설을 금연구역과 흡연구역으로 구분하여 지정하여야 하는 시설을 보건복지부령[으로] 정하도록 규정하고 있[다.] 이에 기[초]하여 보건복지부령인 국민건강증진법시행규칙...[은] 각 해당시설을 구체적으로 규정하고 있[다.] 국민건강증진법...은 시설이용자가 [이처럼] 지정된 금연구역에서 흡연하는 것을 금지하고 있다.

이 제도 관련해 다음 기본권이 서로 충돌한다.

1. 흡연권

대한민국헌법 제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. ...

대한민국헌법 제17조 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.

2003헌마457: 흡연자들이 자유롭게 흡연할 권리를 흡연권이라고 [하자. 그러면, 이러한 흡연권은 인간의 존엄과 행복추구권을 규정한 헌법 제10조와 사생활의 자유를 규정한 헌법 제17조[로] 뒷받침된다.

2. 혐연권

대한민국헌법 제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. ...

대한민국헌법 제17조 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.

대한민국헌법 제36조 ③ 모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.

대한민국헌법 제37조 ① 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.

2003헌마457: 흡연자들의 흡연권이 인정되듯이, **비흡연자들에게도 흡연을 하지 아니할 권리 내지 흡연으로부터 자유로울 권리**[→ **협연권**]가 인정된다. ... 협연권은 흡연권과 마찬가지로 헌법 제17조, 헌법 제10조에서 그 헌법적 근거를 찾을 수 있다. 나아가 흡연이 흡연자는 물론 간접흡연에 노출되는 비흡연자들의 건강과 생명도 위협한다는 면에서 협연권은 헌법이 보장하는 건강권과 생명권에 기[초]하여서도 인정된다.

즉, 같은 사건으로 서로 다른 사람이 각자의 기본권을 침해받았다고 주장한다.

2003헌마457: 청구인은 2003. 7. 11. [위] 시행규칙 [조항이] 청구인의 기본권을 침해한다는 이유로 위 조문이 위헌임을 확인하여 달라는 이 사건 심판청구를 하였다.

흡연자와 비흡연자가 함께 생활하는 공간에서의 흡연행위는 필연적으로 **흡연자의 기본권**[→ **흡연권**]과 **비흡연자의 기본권**[→ **협연권**]이 충돌하는 상황[을] 초래[한]다.

해결방법

모든 사정을 종합해 정한다. 일률적으로 말할 수는 없지만, 다음 규칙을 활용할 수 있다.

1. 상위기본권 > 하위기본권
2. 양쪽 이익 저울질
3. 조화롭게 해결

서열이론

상위기본권 > 하위기본권.

예: **적극적 단결권 > 소극적 단결권**

2002헌바95: 일반적으로 근로자가 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 단체협약상의 규정을 유니언 샵(Union Shop) 협정이라고 [한다.] 이는 노동조합이 그 조직을 유지, 강화하기 위하여 조합원지위의 취득과 유지를 강제하는 단체협약상의 제도로서, 노동조합의 대표적인 조직강제 수단의 하나에 해당한다. [그런데] 이 사건 법률조항은 ... 이러한 조직강제의 유효성을 인정하고 있[다]. 그리고 그 내용도 특정한 지배적 노동조합으로의 단결강제를 예정하고 있[다.] 이 경우 [ii] 근로자의 단결하지 아니할 자유[→ 소극적 단결권]와 [i] 노동조합의 적극적 단결권(조직강제권)이 충돌[한다.]

대한민국헌법 제10조 모든 국민은 ... 행복을 추구할 권리를 가진다. ...

대한민국헌법 제21조 ① 모든 국민은 ... 결사의 자유를 가진다.

대한민국헌법 제33조 ① 근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.

2002헌바95: [그러나] 근로자에게 보장되는 [i] 적극적 단결권이 [ii] 단결하지 아니할 자유보다 특별한 의미가 있다.] 노동조합의 [i] 조직강제권도 이른바 자유권을 수정하는 의미의 생존권(사회권)적 성격을 함께 가[진다. 그러한] 만큼 [ii] 근로자 개인의 자유권에 비[교]하여 [i] [적극적 단결권은] 보다 특별한 가치로 보장[된다. 그렇다면,] [i] 노동조합의 적극적 단결권은 [ii] 근로자 개인의 단결하지 않을 자유[→ 소극적 단결권]보다 중시된[다.]

예: 학교 밖에서의, 부모의 교육권 > 국가의 교육권

98헌가16: 자녀의 양육과 교육에[서] 부모의 교육권은 교육의 모든 영역에서 존중되어야 [한다.] 다만, 학교교육에 관한 한, 국가는 헌법...에 [따라] 부모의 교육권으로부터 원칙적으로 독립된 독자적인 교육권한을 부여받음으로써 부모의 교육권과 함께 자녀의 교육을 담당하지만, 학교 밖의 교육영역에서는 원칙적으로 부모의 교육권이 우위를 차지한다.

형량이론

양쪽 이익 저울질.

예: 표현자유 △ 인격권

85다카29: [i] 표현의 자유는 민주정치[에서] 최대한의 보장을 받아야 [한다. 그렇]지만 그에 못지않게 [ii] 개인의 명예나 사생활의 자유와 비밀 등 사적 법익도 보호되어야 [한다. 그러]므로, [ii] 인격권으로서의 개인의 명[예] 보호와 [i] 표현의 자[유] 보장이라는 두 법익이 충돌하였을 때 그 조정[은 다음과 같이 해야 한다.]

대한민국헌법 제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 ...가진다. ...

대한민국헌법 제21조 ① 모든 국민은 언론, 출판의 자유와 집회, 결사의 자유를 가진다.

85다카29: 구체적인 경우에 사회적인 여러 가지 이익을 비교하여 [i] 표현의 자유로 얻어지는 이익, 가치와 [ii] 인격권의 보호[로] 달성되는 가치를 형량하여 그 규제의 폭과 방법을 정하여야 한다.

조화이론

조화롭게 해결.

예: 정보공개청구권 ◎ 사생활비밀자유

2009헌바258: 이 사건 법률조항은 공공기관이 보유, 관리하는 개인정보를 공개하면 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 경우에 이를 비공개 대상으로 할 수 있도록 [했다. 이]로써, [i] 국민의 알권리(정보공개청구권)와 [ii] 개인정보 주체의 사생활의 비밀과 자유가 서로 충돌하게 [된다.]

대한민국헌법 제17조 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.

대한민국헌법 제21조 ① 모든 국민은 언론, 출판의 자유와 집회, 결사의 자유를 가진다.

위와 같은 기본권들이 충돌하는 경우에 기본권의 서열이나 법익의 형량을 통하여 [한 쪽]의 기본권을 우선시키고 다른 쪽의 기본권을 후퇴시킬 수는 없다.

[그 이유는 다음과 같다.] [i] 정보공개청구권은 알권리의 당연한 내용이며, 알권리는 헌법 제21조의 표현의 자유에 당연히 포함되는 기본권[이다.] ... [이는] 개인의 자유권적 기본권에 해당[한다. 그리고] [ii] 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유 또한 개인의 자유권적 기본권에 해당[한다. 그러]므로 [i] 국민의 알권리(정보공개청구권)와 [ii] 개인정보 주체의 사생활의 비밀과 자유 중 어느 하나를 상위 기본권이라고 하거나 어느 쪽이 우월하다고 할 수는 없다.]

따라서 이러한 경우에는 [기본적으로] 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 **상충하는 기본권[i, ii] 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 조화로운 방법**을 모색[해야 한다](규범조화적 해석).

주의점

위 규칙, 기준들은 사례에 불과하다.

1. 일률적, 추상적, 절대적으로 단순 적용해 해결할 수 없다.
2. 개별적, 구체적, 상대적으로 사건마다 사안에 맞는 적용을 해야 한다.

위 규칙도 만병통치약이 아니다.

2009헌바258: 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 ... 규범조화적 해석[을 하더라도], 법익형량의 원리, 입법에 [따른] 선택적 재량 등을 **종합적으로 참작**하여 심사하여야 한다.

의의

지금까지 살핀 기본권 충돌 처리를 통해, 무엇을 짐작할 수 있는가?

1. 원래는 국민은 기본권을 국가 상대로 주장할 수 있었다. 즉, 기본권 효력은 원래는 국가 영역에 미친다.

2026다202519: 헌법상 기본권은 제1차적으로 개인의 자유로운 영역을 **공권력의 침해로부터 보호**하기 위한 방어적 권리[다.]

2. 그러나 사실 국민은 기본권을 다른 국민 상대로도 주장할 수 있다. 즉, 기본권 효력은 사적 영역에도 미칠 수 있다.

2026다202519: 헌법상 기본권은 ... 다른 한편으로 헌법의 기본적인 결단인 객관적인 가치질서를 구체화한 것[이다. 따라서] 사법을 포함한 모든 법 영역에 그 영향을 미친다. 그러]므로 **사인 간의 사적인 법률관계도 헌법상의 기본권 규정에 적합하게 규율되어야 한다.**

3. 다만, 기본권이 사적 영역에 직접 효력을 미친다고 할 수는 없다. 기본권은 신의칙 같은 일반조항을 통해 간접적으로(indirectly) 효력을 미칠 뿐이다.

2009다19864: 기본권 규정은 [원칙적으로] **사법상의 일반원칙**을 규정한 민법 제2조, 제103조, 제750조, 제751조 등의 내용을 형성하고 그 해석 기준이 [된다. 이로써 기본권 규정은] **간접적으로 사법관계에 효력**을 미친다.]

기본권과 기본의무의 충돌

기본권(fundamental rights)과 기본의무(fundamental duty)가 충돌하기도 한다. 역시 해결이 필요하다.

2020도3439: 양심에 따른 병역거부, 이른바 양심적 병역거부는 종교적, 윤리적, 도덕적, 철학적 또는 이와 유사한 동기에서 형성된 양심상 결정을 이유로 집총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행을 거부하는 행위를 말한다. 이러한 양심적 병역거부의 허용 여부는 헌법 제19조 양심의 자유 등 기본권 규범과 헌법 제39조 국방의 의무 규범 사이의 충돌, 조정 문제가 된다.

대한민국헌법 제19조 모든 국민은 양심의 자유를 가진다.

대한민국헌법 제39조 ① 모든 국민은 법률[에서] 정하는 바[에 따라] 국방의 의무를 진다.

비교: 유사 충돌

기본권의 유사(apparent) 충돌이란,

1. 겉보기엔 A기본권, B기본권의 충돌처럼 보이지만,
2. 실제로는 A기본권만 존재하고 B기본권은 존재하지 않아서(또는 B는 기본권으로 보호 받는 대상이 아니어서) 충돌이 아닌 경우를 말한다.

사안해결

금연구역 지정 제도로 흡연자의 흡연권과 비흡연자의 혐연권이 충돌하는 상황이다.

1. 서열이론에 따라, 비흡연자의 혐연권이 상위기본권이다.

2003헌마457: 흡연권은 위와 같이 사생활의 자유를 실질적 핵으로 [한다.] 혐연권은 사생활의 자유뿐만 아니라 생명권에까지 연결[된다. 그렇다면] 혐연권이 흡연권보다 상위의 기본권이다[다.]

2. 흡연자의 흡연권은 비흡연자의 혐연권을 침해해서는 안 된다.

2003헌마457: 이처럼 상하의 위계질서가 있는 기본권끼리 충돌하는 경우에는 상위기본권우선의 원칙에 따라 하위기본권이 제한될 수 있[다. 그러]므로, 결국 흡연권은 혐연권을 침해하지 않는 한에서 인정되어야 한다.

사회적 기본권 제한

Restrictions on Social Fundamental Rights

근로기준법을 준수하라! 우리는 기계가 아니다! 일요일은 쉬게 하라!
노동자들을 혹사하지 말라! 내 죽음을 헛되이 하지 말라!
- 전태일

머리에

헌법 규정

- 대한민국헌법 제31조 ① 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.
- 대한민국헌법 제32조 ① 모든 국민은 근로의 권리를 가진다. ...
- 대한민국헌법 제34조 ① 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.
- 대한민국헌법 제35조 ① 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.
- 대한민국헌법 제36조 ① 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.
- ② 국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다.
- ③ 모든 국민은 보전에 관하여 국가의 보호를 받는다.

일반적 기본권 제한에 대한 심사기준

과잉금지 원칙(prohibition of excessive restriction) → (정도에 따라) 위헌 또는 합헌

사회적 기본권 제한에 대한 심사기준

최소보장 원칙(minimum guarantee) → (정도에 따라) 위헌 또는 합헌

사회적 기본권의 특징

머리에

대표적으로, 사회보장수급권(인간다운 생활을 할 권리)을 본다.

2009헌마617: 헌법은 제34조 제1항에서 국민에게 인간다운 생활을 할 권리를 보장하는 한편, [같은] 조 제2항에서는 국가의 사회보장 및 사회복지증진의무를 천명하고 있[다.] ‘인간다운 생활을 할 권리’는 인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 권리를 의미[한다.]

다음 특징이 있다.

- 1. 국가의무의 한계성
- 2. 폭넓은 입법재량

3. 추상성

4. 상대성

국가의무의 한계성

2009헌마617: 국민에게 주어지게 되는 사회보장에 따른 국민의 수급권은 **국가[에] 적극적으로 급부를 요구**할 수 있는 권리를 주된 내용으로 [한다.] ... ‘국가의 사회보장 및 사회복지증진 의무’는 국가가 물질적 궁핍이나 각종 재난으로부터 국민을 보호할 의무로서 ‘인간다운 생활을 할 권리’ 실현을 위한 수단적인 성격을 갖는다.]

93헌가14: [물론,] 국가의 의무를 이행[할 때] 가능하다면 그들의 공헌과 희생에 상응한 예우를 충분히 하는 것이 바람직[하다. 그렇]지만, [문제는] **국가재정능력에 한계가 있** [다는 점이다.]

폭넓은 입법재량

2018헌마186: 기본적으로 사회적 기본권의 구체적인 실현에 [관해] 입법자는 광범위한 형성의 자유를 가진다.]

2009헌마617: 국가가 국민에게 ‘인간다운 생활을 할 권리’를 보장하기 위하여 국민들에게 **한정된 가용자원을 분배**하는 사회보장수급권에 관한 입법을 할 경우에는 [다음을 모두 고려해야 한다. 즉,] 국가의 재정부담능력, 전체적인 사회보장수준과 국민감정 등 사회정책적인 고려, 상충하는 국민 각 계층의 갖가지 이해관계 등 **복잡[다단]한 요소를 함께 고려**해야 [한다. 따라서] 이 부분은 입법부 또는 입법[에 따라] 다시 위임을 받은 행정부 등 해당기관의 **광범위한 입법재량**에 맡겨져 있다.]

추상성

93헌가13: 입법자에게 광범위한 입법재량이 부여되[는 결과,] ... 헌법상의 사회보장권은 그에 관한 수급조건, 수급자의 범위, 수급액 등 구체적인 사항이 **법률에 규정됨으로써 비로소 구체적인 법적 권리로** 형성된다.]

2018헌마186: 학교안전공제제도는 학생이나 교직원 등이 학교안전사고라는 사회적 위험을 보험과 유사한 방식을 통해 대처하는 사회보장적 제도이다. 이 제도에 따라 공제급여를 받을 권리는 이른바 ‘사회보장수급권’의 하나로서 헌법 제34조의 인간다운 생활을 할 권리에 그 헌법적 근거를 두고 있다.] **헌법 규정만으로는 이를 실현할 수 없고 법률에 [따른] 형성을 필요로 한다.**

일반적으로,

1. 법령상 실체적 요건 충족 → 추상적 청구권 ○
2. 그에 따라, 지급 신청 & 지급 결정 → 구체적 수급권 ○

2020두48512: 일반적으로 사회보장수급권은 관계 법령에서 정한 실체법적 **요건을 충족**시키는 객관적 사정이 발생하면 **추상적인 급부**[→ 급여] **청구권**의 형태로 발생[한다. 그리고] 관계 법령에서 정한 절차, 방법, 기준에 따라 관할 행정청에 **지급 신청**을 하여 관할 행정청이 **지급결정**을 하면 그때 비로소 **구체적인 수급권**으로 전환된다.

급부[→ 급여]를 받으려고 하는 사람은 [어떻게 해야 하나?] 우선 관계 법령에 따라 행정청에 그 지급을 신청[한다. 그리하여] 행정청이 거부하거나 일부 금액만 지급하는 결정을 하는 경우 그 결정에 대하여 항고소송을 제기하여 취소 또는 무효확인 판결을 받[는다. 그리고] 그 기속력에 따른 재처분을 통하여 구체적인 권리를 인정받아야 한다.

따라서 사회보장수급권의 경우 구체적인 권리가 발생하지 않은 상태에서 곧바로 행정청이 속한 국가나 지방자치단체 등을 상대로 한 당사자소송으로 급부[→ 급여]의 지급을 소구하는 것은 허용되지 않는다.]

구체적 수급권까지 발생해야 지연손해금이 발생한다.

2020두48512: [어선원재해보험법]상 어선원 보험급여의 지급결정이 있어야만 비로소 보험급여의 지급의무가 발생[한다. 그리고] 같은 법...은 지급결정일부터 14일 이내에 보험급여를 지급하도록 하고 있[다. 그러므로] 보험급여에 대한 지연손해금은 보험급여 지급결정일로부터 14일이 지나야 발생[한다.]

상대성

93헌가14: “인간다운 생활”이라고 하는 개념[은] **사회의 경제적 수준 등에 따라 달라질 수 있는 상대적** 개념이[다.]

연습문제

2026년도 변호사시험 공법 선택형

[문 38.] 공법상 급부청구권에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ② 사회보장수급권은 일반적으로 관계 법령에서 정한 실체법적 요건을 충족시키는 객관적 사정이 발생하면 추상적 급부청구권의 형태로 발생하고, 관계 법령에서 정한 절차, 방법, 기준에 따라 관할 행정청에 지급 신청을 하여 관할 행정청이 지급결정을 하면 그때 비로소 구체적 수급권으로 전환된다.
- ⑤ 사회보장수급권의 경우 구체적 권리가 발생하지 않은 상태라고 하더라도 관계 법령에서 정한 실체법적 요건을 충족시키는 객관적 사정이 발생하여 추상적 급부청구권이 인정된다면 행정청이 속한 국가나 지방자치단체 등을 상대로 한 당사자소송으로 급부의 지급을 청구할 수 있다.

사회적 기본권 제한의 심사기준

머리에

이러한 특징은 사회적 기본권 제한의 심사기준에 반영된다.

최소보장 원칙

그 결과, 사회적 기본권 제한의 심사기준은,

1. 최대보장 원칙, 즉 과잉금지 원칙(prohibition of excessive restriction)이 아니라,

2. 최소보장 원칙(minimum guarantee)에 따른다.

2009헌마617: 국가가 인간다운 생활을 보장하[는] 헌법적 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우[를 보자.] 국가가 최저생활보장에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다는가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된[다.]

2018헌마730: 국가가 국민의 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 [어떤가?] 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가 하는 이른바 ‘과소보호 금지 원칙’의 위반 여부를 기준으로 삼아야 한다.

결론

일반적 기본권 제한에 대한 심사기준

과잉금지 원칙(prohibition of excessive restriction) → (정도에 따라) 위헌 또는 합헌

사회적 기본권 제한에 대한 심사기준

최소보장 원칙(minimum guarantee) → (정도에 따라) 위헌 또는 합헌

