

헌법재판소법 제68조 제2항의 ‘당사자’ ‘Party’ in Article 68 (2) of the Constitutional Court Act

김 광 옥*
Kim Kwang Wook

목 차

- | | |
|-----------------------------------|---|
| I. 서론 | V. 형사소송을 당해 사건으로 하는 헌법소원심판 |
| II. 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원심판의 청구인능력 | VI. 결론: 헌법재판소법 제68조 제2항 중 ‘당사자’ 개념의 독자성과 헌법소원심판의 청구인적격 확대 |
| III. 민사소송을 당해 사건으로 하는 헌법소원심판 | |
| IV. 행정소송을 당해 사건으로 하는 헌법소원심판 | |

헌법재판소법 제68조 제2항이 규정하고 있는 헌법소원심판의 본질은 위헌법률심판이라는 것이 판례의 태도이다. 그런데 헌법소원심판은 위헌법률심판과 달리 당해 사건 당사자의 ‘청구’에 의하여 헌법소원심판이 개시된다. 따라서 헌법소원심판을 청구할 수 있는 자가 누구인가라는 것은 헌법소원심판에서 중요하다. 헌법재판소법 제68조 제2항은 위헌법률심판 제청신청을 한 당사자가 기각결정을 받은 경우에 헌법소원심판을 청구할 수 있게 하므로, ‘당사자’의 의미는 중요하다.

헌법재판소는 그동안 ‘당사자’의 의미를 일반적으로 밝히지 않고, 개별사건에서 헌법소원심판의 입법취지와 기능을 고려하여 ‘당사자’ 해당 여부를 판단하여 왔다. 헌법재판소는 민사소송의 보조참가인, 가사소송의 공동소송참가인, 행정소송의 피고, 행정소송의 피고 보조참가인인 행정청, 당해 사건 선정자 등도 위 ‘당사자’에 해당한다고 보았다.

엄밀한 의미의 ‘당사자’는 협의의 당사자, 즉 당해 사건 재판의 원고와 피고만을 가리킨다고 할 것이다. 그러나 헌법재판소법 제68조 제2항의 당사자를 그렇게 좁게 이해할 것만

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2021.49.149>

투고일: 2021. 7. 8. / 심사외뢰일: 2021. 8. 9. / 게재확정일: 2021. 8. 27.

* 헌법재판소 헌법연구관

Rapporteur Judge, The Constitutional Court of Korea

은 아니다. 위헌법률심판 제청신청을 하여 기각결정을 받을 수 있거나, 또는 그 기각결정의 효력을 받거나 원용할 수 있는 사람으로, 당해 사건 판결의 효력을 받는 소송관계인이라면 헌법소원심판의 당사자가 될 수 있다고 보아야 한다. 헌법재판소의 입장과 같이 민사소송의 보조참가인, 공동소송참가인, 선정자도 위헌법률심판제청신청에 대한 기각결정에 따른 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 헌법재판소는 변론종결 뒤 승계인은 청구인적격이 없다고 보았지만, 변론종결 뒤 승계인은 판결의 효력을 받게 되므로, 헌법소원심판을 청구할 수 있도록 함이 타당하다.

[주제어] 헌법소원심판, 헌법재판소법, 당사자, 청구인, 청구인적격

I. 서론

1. 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원심판의 특수성

법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다(헌법 제107조 제1항). 법원은 계속되고 있는 재판에 적용되는 법률에 대하여 위헌의 의심이 있는 경우 직권으로 해당 법률에 대하여 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청할 수 있다. 재판의 당사자는 법원으로 하여금 헌법재판소에 위 법률에 대한 위헌법률심판을 제청(이하 ‘위헌제청’이라고만 한다)을 할 것을 신청할 수 있는데(헌법재판소법 제41조 제1항), 법원은 당사자의 신청에도 불구하고 법률의 위헌성에 대한 합리적인 의심이 들지 않는다고 판단한 때에는 결정으로 그 신청을 기각한다.

위헌제청신청을 하였으나 법원으로부터 기각 또는 각하결정을¹⁾ 받은 ‘당사자’는 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 해당 법률을 대상으로 하여 헌법재판소에 직접 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 이러한 이른바 ‘위헌심사형(규범통제형) 헌법소원심판’은 법

1) 위헌법률심판제청신청이 부적법한 경우 신청을 각하하는 법원의 실무례가 있는데, 헌법재판소는 헌법재판소법 제68조 제2항의 ‘기각’에는 ‘각하’도 포함된다고 보아, 청구인이 위헌법률심판제청신청에 대한 기각결정을 받은 것으로 본다. 헌법재판소 실무례요 제2개정판, 헌법재판소, 2015, 359-360쪽 참조.

한편, 당해 사건 법원이 제청신청에 대하여 각하결정을 한 경우에는 헌법소원심판 청구가 원칙적으로 부적법하나, 당해 사건 법원의 부적법판단이 잘못된 경우에는 예외적으로 그 심판청구가 적법하다고 해석하는 견해로 한수웅, “헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판의 법적 성격 및 법원의 ‘제청신청 기각결정’의 의미”, 법학논집 제42집 제3호, 중앙대학교 법학연구원, 2018, 104-105쪽 참조.

이 연구는 위헌제청신청에 대한 기각 결정과 각하 결정의 의미를 구분하는 데 목적이 있는 것이 아니므로, 양자를 모두 ‘위헌제청하지 아니하는 결정’이라는 의미로 ‘기각결정’으로만 표현한다.

원이 위헌제청을 하지 않음으로써 헌법위원회가 무용의 기관으로 전락하였던 과거의 역사적 경험을 바탕으로 도입된 것으로써²⁾ 비교법적으로 매우 이례적인 심판유형이다.³⁾ 헌법재판소는 위헌심사형 헌법소원심판의 본질은 위헌법률심판이라고 보고 있고,⁴⁾ 학설도 대체로 위헌심사형 헌법소원심판이 위헌법률심판의 성격을 가진다고 본다.⁵⁾

그런데 위헌심사형 헌법소원심판의 본질이 위헌법률심판이라고 하더라도, 실제적으로 위헌심사형 헌법소원심판은 위헌법률심판과 적법요건 등에서 실질적으로 차이점들을 보인다.⁶⁾ 예컨대 위헌법률심판이 법원의 ‘제청’으로서 심판절차가 개시되는 반면, 위헌심사형 헌법소원심판은 청구인의 ‘청구로써’ 심판절차가 개시됨에 따라, 그 심판청

- 2) 김하열, 헌법소송법 제3판, 박영사, 2018, 391쪽; 이명웅, “헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원제도-실무상 쟁점을 중심으로-”, 헌법논총 제12집, 헌법재판소, 2001, 318쪽.
- 3) 김하열 외 3명, 주석 헌법재판소법, 헌법재판연구원, 2015, 1136쪽; 이황희, “구체적 규범통제사건의 심사방식에 관한 소고·당해사건 고려 및 재판전제성 인정범위 문제를 중심으로”, 법학논총 제21권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2016, 113쪽 등 참조. 다만 오스트리아의 경우 2013년에 도입된 당사자청구제도는 우리 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판청구와 유사한 것으로 평가된다. 이에 관하여는 김태호, 오스트리아 사법제도 연구, 사법정책연구원, 2015; 허완중, 오스트리아 헌법재판제도에 관한 연구, 헌법재판연구원, 2016 등 참조. 헌법재판소법 제68조 제2항의 입법경위에 관하여는 헌법재판소 10년사, 헌법재판소, 1998, 74-76쪽 참조.
- 4) 헌법재판소 1997. 7. 16. 96헌바36등, 판례집 9-2, 44, 52쪽.
헌법재판소는 초기에는 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원심판과 같은 조 제1항 헌법소원심판을 명확히 구분하지 아니하여 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원심판에서도 권리침해의 현재성 등을 적법 여부에서 판단하기도 하였으나(헌법재판소 1989. 12. 18. 89헌마32등 참조), 1990년부터는 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판과 제2항의 헌법소원심판을 다른 것으로 이해하였고(헌법재판소법 제68조 제2항 개정판, 헌법재판소, 2015, 215-216쪽 참조), 위 96헌바36 결정에서는 “헌법재판소법 제68조 제2항 소정의 헌법소원은 그 본질이 헌법소원이라기 보다는 위헌법률심판이므로…”라고 하여, 지금의 입장을 확립하였다.
- 5) 김하열, 헌법소송법 제3판, 박영사, 2018, 383쪽; 정종섭, 헌법소송법 제8판, 박영사, 2014, 276쪽; 한수웅, 앞의 논문, 88쪽; 허영, 헌법소송법 제15판, 박영사, 2020, 357쪽 등 참조. 위헌법률심판의 연장선상에 있다는 점을 부정하지 않지만, 헌법소원제도에 더 가까운 성격으로 보는 견해로 이명웅, 앞의 논문, 316-319쪽 참조. 위헌심사형 헌법소원이 위헌법률심판과 동일한 구체적 규범통제사건이라고 하더라도, 위헌심사형 헌법소원심판은 당사자가 자신의 이해관계에 기초하여 당해소송의 소송상 목적을 달성하기 위한 측면이 강하다는 점을 지적하면서 심사방식에서 차이가 있어야 하고, 심사범위는 더 협소하게 운영되는 것이 바람직하다는 지적으로 이황희, 앞의 논문, 117-121쪽 참조.
다른 한편으로, 위헌심사형 헌법소원심판의 본질이 헌법소원심판이고, 나아가 재판소원적 헌법소원의 성격을 가진다고 보는 견해로 방승주, “헌법재판소의 2012. 5. 31. 2009헌바123·126(병합) 구 조세감면규제법 부칙 제23조 위헌소원 결정을 둘러싼 헌법소송법적 쟁점에 대한 검토”, 헌법실무연구 제13권, 박영사, 2012, 592-609쪽 참조.
- 6) 같은 취지로 김하열, 앞의 책, 393쪽. 그리고 이러한 실질적인 몇 가지 차이들은 위헌심사형 헌법소원심판의 본질이 위헌법률심판이라고 과연 말할 수 있는가라는 의문을 가지게 한다. 이 연구에서는 위헌심사형 헌법소원심판의 본질이 무엇인가에 관하여는 유보하고(물론 위헌심사형 헌법소원심판의 본질론이 뒤에서 보는 행정청의 청구인적격 인정 여부에 영향을 미치기는 한다), 위헌심사형 헌법소원심판이 위헌법률심판과 실제로 차이를 나타내고 있는 청구인적격(절차의 개시)에 주목한다.

구는 헌법재판소법 제68조 제2항이 정한 적법요건을 갖추어야 한다. 또한 위헌심사형 헌법소원은 당해 사건 재판을 정지시키는 효력이 없으므로(헌법재판소법 제42조 참조), 헌법소원심판계속 중 당해 사건 재판이 확정되기도 하고,⁷⁾ 이에 따라 심판청구의 적법 여부가 달라지기도 한다. 적법요건에 관하여는 청구인이 헌법재판소법 제68조 제2항이 정한 절차를 준수하였는지, 즉 위헌제청신청을 하였다가 기각 결정을 받은 법률을 대상으로 헌법소원심판을 청구한 것인지⁸⁾ 또는 헌법소원심판 청구인이 당해 사건의 ‘당사자’에 해당하는지 등이 문제되는가 하면, 당해 사건 재판의 부정지(不停止)와 관련해서는 청구인이 당해 사건 재판에서 승소하여 그 판결이 확정된 경우에도 그 심판청구가 여전히 재판의 전제성 요건을 갖추었다고 볼 것인지,⁹⁾ 특히 당해 사건 재판에서 무죄판결이 확정된 경우 해당 형벌규정의 위헌 여부가 당해 사건 재판의 전제가 되는지¹⁰⁾ 등이 주로 문제된다.¹¹⁾

헌법재판소법은 청구사유(헌법재판소법 제68조 제2항), 청구기간(같은 법 제69조 제2항), 인용결정의 내용 및 효력(같은 법 제75조) 등 위헌심사형 헌법소원심판 절차에 관하여 매우 부분적인 규정만을 두고,¹²⁾ 세부적인 사항은 헌법재판소법 제40조에서 ‘헌법재

-
- 7) 상고심에서 위헌제청신청을 한 경우, 상고심법원이 상고기각과 동시에 위헌제청신청을 기각하기도 하므로, 헌법소원심판청구 이전에 이미 당해 사건 재판이 확정되기도 한다.
 - 8) 위헌제청신청하지 아니한 법률조항을 대상으로 한 헌법소원심판 청구는 원칙적으로 부적법하나, 예외적으로 당해 사건 법원이 그 법률조항의 위헌 여부를 실질적으로 판단하였거나, 위헌제청신청 한 법률조항과 밀접적 관계를 맺고 있어 법원의 묵시적인 판단이 있었다고 볼 수 있는 경우는 적법하다. 헌법재판소 2012. 4. 24. 2010헌바1, 판례집 24-1하, 38, 45쪽 등 참조.
 - 9) 헌법재판소는 이에 대하여 재판의 전제성을 부정한다. 헌법재판소 2009. 4. 30. 2006헌바29, 판례집 21-1하, 49, 58-59쪽; 헌법재판소 2016. 4. 28. 2013헌바196, 판례집 28-1상, 583, 588-589쪽 등 다수.
 - 10) 재판의 전제성을 부정하는 것이 헌법재판소의 원칙적인 입장이다(헌법재판소 2018. 1. 25. 2016헌바201등, 판례집 30-1상, 41쪽 등 다수). 다만 현재 2013. 3. 21. 2010헌바132등은, 당해 사건 법원이 긴급조치 제1호가 위헌이라는 전제에서 청구인에 대하여 무죄판결이 선고되어 확정된 경우에는 헌법재판소는 긴급조치의 위헌 여부 심사 권한은 본래 헌법재판소의 전속관할이고, 법률과 같은 효력이 있는 긴급조치의 위헌 여부에 대하여 헌법적 해명의 필요성이 있으며, 헌법재판소의 위헌결정은 대세적 효력을 가진다는 점을 근거로 재판의 전제성을 인정한 바 있다(헌법재판소 2013. 3. 21. 2010헌바132등, 판례집 25-1, 180, 195-196쪽 참조). 헌법재판소는 여기서 더 나아가 재판의 전제성이 인정되지 않는 경우에도 심판이익을 인정하여 본안판단에 나아가고 있는데(헌법재판소 2003. 6. 26. 2002헌바3, 판례집 15-1, 713, 720-721쪽 등 다수), 이에 대하여 비판적인 견해로는 한수웅, 주석 헌법재판소법, 헌법재판연구원, 2015, 489-491쪽 참조.
 - 11) 한편, 위헌심사형 헌법소원심판제도에 관하여, 당사자가 자신에게 불리한 내용의 법률이라는 이유로 위헌심사형 헌법소원심판을 제기하게 될 문제점을 가지고 있고, 이러한 문제점을 해결하기 위하여 위헌심사형 헌법소원심판에서 재판의 전제성 요건을 위헌법률심판의 그것보다 더 강화해야 한다는 등의 대안을 제시하는 견해로 이명웅, 앞의 논문, 322-328쪽 참조. 이 견해의 문제의식도 위헌심사형 헌법소원심판이 위헌법률심판과 차이점을 보인다는 점에서 출발하고 있다.

판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서’ 행정소송법과 민사소송법령을 준용하도록 하고 있을 뿐이다. 이로 인하여 위헌심사형 헌법소원심판에서 나타나는 심판관계와 그 관계에 적용·준용되는 규범 및 그 내용의 확정은 학설과 판례에 맡겨져 있다.

2. 헌법재판소법 제68조 제2항의 ‘당사자’

앞서 본 바와 같이 헌법재판소법 제68조 제2항은 위헌제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 ‘당사자’가 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있도록 하고 있다. 따라서 위 ‘당사자’란 자신의 이름으로 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원심판을 청구할 수 있고, 또 그 (본안에 관한) 종국결정을 받을 자격이 있는 사람, 즉 청구인능력 및 청구인적격을 가지는 사람을 의미한다. 결국 누가 위 ‘당사자’에 해당하는가는 곧 누가 위헌심사형 헌법소원심판의 청구인능력 및 청구인적격을 가지는가를 의미한다.

헌법재판소는 그동안 위 ‘당사자’의 일반적 의미를 밝히기보다는 개별사건에서 ‘구체적 규범통제형 위헌심사제의 입법취지 및 기능’을 고려하여¹³⁾ 청구인이 위 ‘당사자’에 포함되는지 여부를 판단하여 왔다. 예컨대 헌법재판소는 민사소송의 보조참가인도 헌법소원심판을 청구할 수 있는 당사자에 해당한다고 하였고,¹⁴⁾ 여기서 더 나아가 행정소송의 피고 또는 피고 보조참가인인 행정청도 위 당사자에 포함된다고 하였으며,¹⁵⁾ 명시적으로 긍정하지는 아니하였으나 당해 사건의 선정자도 청구인적격을 가진다는 전제에서 그들의 심판청구에 대한 본안판단에 나아간 바도 있다.¹⁶⁾ 반면, 헌법재판소는 당해 사건의 변론이 종결된 후의 특정승계인은 소송승계를 하지 아니한 이상 헌법소원심판을 청구할 수 없다고 보기도 하였다.¹⁷⁾

위헌심사형 헌법소원심판의 적법요건에 관하여는 그동안 주로 재판의 전제성이나¹⁸⁾

12) 이에 대한 지적으로 한수웅, 주석 헌법재판소법, 헌법재판연구원, 2015, 59쪽.

13) 헌법재판소 2003. 5. 15. 2001헌바98, 판례집 15-1, 534, 543쪽.

14) 헌법재판소 2003. 5. 15. 2001헌바98, 판례집 15-1, 534, 543쪽.

15) 헌법재판소 2008. 4. 24. 2004헌바44, 판례집 20-1상, 453, 461-462쪽; 헌법재판소 2021. 3. 25. 2018헌바348 결정.

16) 당해 사건 소 제기 전에 선정행위가 있었던 사안으로 헌법재판소 2020. 3. 26. 2017헌바363등, 판례집 32-1상, 205, 209-210쪽 참조. 당해 사건 계속 중 선정행위가 있었던 경우로 헌법재판소 2018. 12. 27. 선고 2017헌바402 결정 참조.

17) 헌법재판소 2019. 12. 27. 2018헌바109, 판례집 31-2하, 113, 121쪽. 다만 이 결정에서는 변론종결 후 승계인인 청구인은 당해 사건에서 소송승계를 하지 아니하였다는 것만으로 부적법하다고 볼 수 없다는 반대의견이 있었다.

18) 이에 관한 연구로는 김주현, “재판의 전제성에 관한 고찰”, 헌법논총 제8집, 헌법재판소, 1997, 105-184쪽;

이른바 ‘한정위헌청구의 허용 여부’에 관한 논의가¹⁹⁾ 주류를 이뤄왔고, 그 외 적법요건에 관한 논의는 구체적 사건에서의 헌법재판소 결정에 의존하여 왔다. 헌법재판소법 제68조 제2항 중 ‘당사자’의 의미 또한 마찬가지였고, 이에 관한 이론적 연구가 상세히 이루어진 바는 없었다.²⁰⁾

여기에서는 이러한 문제의식에서 출발하여 당해 사건, 즉 법원의 재판절차(소송)에서의 당사자 및 소송관계인들의 의미를 살펴보고, 이를 바탕으로 헌법재판소법 제68조 제2항 중 ‘당사자’의 의미를 밝힘으로써, 위헌심사형 헌법소원심판의 청구인의 의미 범위를 살펴보고자 한다. 그리고 이에 관한 헌법재판소의 결정들의 타당성을 검토한다. 이 연구는 당해소송을 ‘계기로’ 헌법재판소에 구체적 규범통제를 요구할 수 있는 청구인적격을 확장할 필요가 있다는 점을 주장하는데 목적이 있고, 당해소송 그 자체의 ‘당사자’ 개념을 재정립하거나 또는 확장하여야 한다는 것을 주장하고자 하는 것이 아님을 밝혀 둔다.

II. 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원심판의 청구인능력

1. 청구인능력과 청구인적격의 의미

일반적으로 당사자능력이란 소송의 주체가 될 수 있는 소송법상의 능력을 말하고,²¹⁾ 원고(청구인)적격이란 소송목적이 되는 권리 또는 법률관계에 관하여 소송을 제기하고, 수행하며, 본안판결을 받을 수 있는 자격을 의미한다.²²⁾

정광현, “행정처분 무효확인소송에서 법률의 위헌 주장과 재판의 전제성”, 헌법논총 제23집, 헌법재판소, 2012, 315-352쪽; 한수웅, “위헌법률심판에서의 ‘재판의 전제성’에 관한 비판적 고찰”, 헌법논총 제25집, 헌법재판소, 2014, 409-466쪽 등 다수.

19) 이에 관한 연구로는 김하열, “법률해석과 헌법재판: 법원의 규범통제와 헌법재판소의 법률해석”, 저스티스 통권 제108호, 한국법학원, 2008, 5-53쪽; 진상현, “위헌법률심사의 본질과 한정위헌”, 헌법학연구 제19권 제2호, 한국헌법학회, 2013, 291-322쪽; 손인혁, “한정위헌청구의 허용 여부를 둘러싼 법률해석권한의 배분-헌재 2012. 12. 27. 2011헌바117 결정에 대한 평석-”, 연세법학 제21권, 연세법학회, 2013, 1-23쪽; 한수웅, “헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판에서 한정위헌결정의 문제점: 한정위헌청구의 문제를 계기로 하여”, 홍익법학 제8권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2007, 137-173쪽; 김명수, “변형결정(한정합헌, 한정위헌 및 헌법불합치 결정)의 지속력과 법원의 재판”, 재판자료 제75집, 법원도서관, 1997, 489-534쪽; 유남석, “이른바 한정결정의 허용성 및 지속력 유무”, 재판자료 제92집, 법원도서관, 2001, 407-490쪽 등 다수.

20) 헌법재판소법 제68조 제1항 헌법소원심판의 청구인적격에 관한 선행연구로는 정광현, “직접관련성 요건의 본질과 그 심사척도”, 공법학연구 제19권 제1호, 한국비교공법학회, 2018, 187-225쪽 등.

21) 강현중, 민사소송법 제7판, 박영사, 2018, 207쪽.

이러한 개념에 바탕하면, 위헌심사형 헌법소원심판의 청구인능력은 헌법소원심판 절차에서 주체가 될 수 있는 소송법상의 능력으로, 청구인적격은 ‘구체적으로 헌법소원의 대상이 된 법률에 대하여 자신의 이름으로 심판을 청구하고, 본안판단을 유효하게 받을 수 있는 자격’으로 이해될 수 있다.²³⁾

2. 헌법재판소법 제68조 제2항의 문언상 ‘당사자’

2.1 헌법재판소법 제68조 제2항 본문은 “제41조 제1항에 따른 법률의 위헌 여부 심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”고 규정한다. 위헌심사형 헌법소원심판은 당해 사건 재판의 존재를 전제하므로, 당해 사건에서 당사자능력을 가지는 자가 곧 위헌심사형 헌법소원심판에서 심판절차의 주체가 될 수 있는 자, 즉 청구인능력을 가지는 자라고 할 것이다.²⁴⁾

2.2 헌법재판소법 제68조 제2항 본문은 “제41조 제1항에 따른 법률의 위헌 여부 심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”고 규정한다. 따라서 위 문언상 위헌심사형 헌법소원심판의 청구인적격을 가지는 사람은 ‘위헌제청신청을 하여 기각결정을 받은 당사자’라고 할 것이고, 이를 나누어 살펴보면 청구인적격을 가지기 위해서는 ‘위헌제청신청을 할 것’, ‘기각결정을 받을 것’ 그리고 ‘(당해 사건의) 당사자’일 것이 요구된다고 할 수 있다. 그런데 당해 사건에서 위헌제청신청을 할 수 있는 지위에 있어야만 그 신청이 적법할 것이고, 법원은 그 적법한 신청에 대하여 기각결정을 할 수 있을 것이므로, 헌법재판소법 제68조 제2항의 ‘당사자’란 결국 이러한 위헌제청신청을 할 수 있는 자격이 있는 자로서, 위헌제청신청을 하여 그에 대한 결정을 받거나, 또는 적어도 그러한 결정의 효력을 받는 자여야 한다. 결국 위 세 가지 요건은 독립된 것이 아니라 상호 연결되어 있다.

22) 강현중, 앞의 책, 214쪽; 이시윤, 신민사소송법 제5판, 박영사, 2009, 132쪽.

23) 헌법재판소법 제68조 제1항 헌법소원심판의 청구인적격을 ‘구체적으로 헌법소원심판의 대상이 된 개별 공권력의 행사·불행사에 대해 자신의 이름으로 헌법소원심판을 청구하고, 그 소송수행을 할 수 있는 권능’으로 정의하는 견해로 정광현, “직접관련성 요건의 본질과 그 심사척도”, 공법학연구 제19권 제1호, 한국비교공법학회, 2018, 199쪽.

24) 당해 사건에서 당사자능력을 가지는 행정청이 위헌심사형 헌법소원심판의 청구인능력을 가지는가에 관하여는 뒤에서 상세히 살펴본다.

2.3 이처럼 세 가지 요건이 상호 연결되어 있다는 점은, 위헌심사형 헌법소원심판의 청구인적격에 관한 논의를 어디에서부터 시작하여야 할 것인지를 다소 어렵게 한다. 다만, 위 조항에서 규정하는 청구인적격의 핵심표지는 ‘당사자’에 있으므로, 우선 당해 사건 소송에서 ‘당사자’란 누구를 의미하는가를 살펴보고, 엄밀한 의미의 ‘당사자’라고 할 수는 없지만, 이에 준하거나 유사한 지위에 있는 소송관계인이 있을 수 있는지를 살펴보는 방식으로 접근할 수 있을 것이다. 그리고 행정소송(그 중에서도 주로 항고소송), 형사소송 및 민사소송이 주로 위헌심사형 헌법소원심판과 위헌법률심판의 당해 사건이 되고 있는데, 위 소송절차들은 서로 절차가 상이하므로, 당해 사건 소송의 유형을 나누어 살펴보기로 한다. 다만, 행정소송의 경우 행정소송법에 특별한 규정이 없는 한 민사소송법 등의 규정이 준용되므로(행정소송법 제8조), 행정소송에 관해서는 행정소송법의 특별규정들에 관하여, 즉 당해 사건 피고인 행정청 또는 당해 사건 보조참가자인 행정청(행정소송법 제17조)의 청구인적격, 행정소송법 제16조에 따라 참가한 제3자의 청구인적격을 중심으로 살펴보고, 민사소송과 큰 차이가 없는 부분에 관하여는 민사소송에서 함께 살펴본다.²⁵⁾

III. 민사소송을 당해 사건으로 하는 헌법소원심판

1. 민사소송의 당사자와 그 밖의 소송관계인

1.1 당사자

민사소송은 널리 사법상의 권리관계의 확정·보전·실현 등 세 가지를 과제로 하는 절차이다.²⁶⁾ 넓은 의미의 민사소송은 판결절차(권리관계의 확정), 보전절차(권리의 보

25) 뒤에서도 살펴보겠지만, 항고소송에서도 민사소송법상 당사자능력 및 소송능력을 갖춘 자는 민사소송법에 따른 보조참가가 가능하고, 학설도 대체로 민사소송법상 보조참가가 가능하다는 점에 동의한다(김성원, “행정소송에서의 제3자의 소송참가”, 원광법학 제32권 제3호, 원광대학교 법학연구소, 2016, 23-25쪽; 박균성, 행정법강의 제17판, 박영사, 2020, 860쪽; 정하중, 행정법개론 제14판, 법문사, 2020, 709쪽; 홍정선, 행정법원론(상) 제27판, 박영사, 2019, 1100쪽)는 점에서, 항고소송에서 보조참가인의 지위와 민사소송에서 보조참가인의 지위는 크게 다르지 않다. 이는 선정자와 선정당사자의 관계 또한 마찬가지이고, 변론종결 뒤 승계인의 법적 지위도 항고소송인가 민사소송인가에 따라 달라지지 않는다.

26) 이시윤, 앞의 책, 4쪽; 정동윤/유병현/김경욱, 민사소송법 제6판, 법문사, 2017, 5쪽.

전) 및 강제집행절차(권리의 강제적 실현)를 모두 포함한다.²⁷⁾

민사소송에서의 ‘당사자’라 함은 자기의 이름으로 국가의 권리보호를 요구하는 사람과 그 상대방을 말한다.²⁸⁾ 실체법적 권리의무의 주체일 것을 요하지 않고, 재판의 명의인이 되는 사람을 가리킨다는 이른바 형식적 당사자개념이 통설이다.²⁹⁾ 공동소송인(민사소송법 제65조 내지 제70조)이나 공동소송참가인(같은 법 제83조), 독립당사자참가인(같은 법 제79조), 승계참가인(같은 법 제81조), 인수참가인(제82조)도 해당 소송에서 당사자의 지위를 가진다.

1.2 그 밖의 소송관계인

이러한 ‘당사자’는 소송관계인과 구별된다. 즉, 실제로 소송행위를 하는 사람이 반드시 당사자인 것은 아니고, 자기의 이름으로 소송에 관여하지만, 자기의 이름으로 판결을 요구하거나 요구받지 않는 사람 또는 다른 사람의 이름으로 받은 판결의 효력을 받을 뿐인 사람은 당사자가 아니다.³⁰⁾ 대표적으로 보조참가인, 선정자, 변론종결 뒤 승재인 등을 예로 들 수 있다. 위 소송관계인들의 구체적 지위에 관하여는 아래에서 살펴본다.

2. 위헌법률심판제청신청권자

2.1 당사자

위헌제청신청은 당해 사건 소송절차의 개개의 파생적·부수적 사항에 관한 당사자의 법원에 대한 절차적인 요구, 즉 소송상의 신청이다.³¹⁾ 위헌제청신청이 당해 사건 재판절차의 파생적·부수적 사항에 관한 절차적 요구, 즉 당해소송상의 신청이라고 한다면, 이는 소송행위에 해당한다. 따라서 당해 사건 절차에서 소송행위를 할 수 있는 자여야 위헌제청신청을 할 수 있을 것이다.

27) 이시윤, 앞의 책, 45쪽; 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 172쪽 참조.

28) 이시윤, 앞의 책, 114쪽; 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 172쪽.

29) 이시윤, 앞의 책, 114쪽; 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 172쪽; 호문혁, 민사소송법 제13판, 법문사, 2016, 214쪽.

30) 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 173쪽.

31) 신청(申請)의 의미에 관하여는 이시윤, 앞의 책, 335쪽; 한충수, 민사소송법, 박영사, 2016, 337쪽 참조.

당해 사건의 당사자는 유효하게 소송행위를 할 수 있으므로, 당연히 위헌제청신청권자가 된다. 다만, 당해 사건의 당사자가 기본권주체인 사인만이 아니라 국가기관, 지방자치단체 또는 공공단체인 경우에도 위헌제청신청권자가 될 수 있는가는 이론이 있을 수 있는데, 이는 행정청에게 위헌제청신청권이 인정되는지와 거의 동일한 문제라고 할 것이므로, 뒤에서 상세히 살펴본다.

2.2 소송행위로서의 위헌제청신청을 할 수 있는 소송관계인

위헌제청신청 또한 소송행위이므로, 소송관계인이 위헌제청신청을 할 수 있는지 여부는 그 소송관계인이 소송행위를 할 수 있는가에 달려있다.

2.2.1 보조참가인

소송결과에 이해관계 있는 제3자는 당사자 중 어느 일방(피참가인)을 돕기 위해 법원에 계속 중인 소송에 보조참가할 수 있다(민사소송법 제71조). 보조참가인은 소송에 관하여 공격·방어·이의·상소, 그 밖의 모든 소송행위를 할 수 있으나 참가 당시 소송진행의 정도에 따라 할 수 없는 소송행위도 있다(같은 법 제76조 제1항). 보조참가인의 소송행위가 피참가인의 소송행위에 어긋나는 경우에는 보조참가인의 소송행위는 효력을 가지지 않는다(같은 조 제2항). 보조참가인은 참가인의 소송행위와 어긋나지 않는 한 참가인을 위하여 상소할 수 있고, 재심을 청구할 수도 있다.

이처럼 보조참가인은 당사자인 피참가인을 돕기 위한 소송행위를 할 수 있으므로, 위헌제청신청을 할 수 있는 지위에 있다. 보조참가인의 위헌제청신청이 오히려 피참가인에게 해가 되는 경우를 상정할 수도 있을 것이나,³²⁾ 문제가 된 법률조항에 대한 위헌결정이 피참가인에게 이익이 되는 경우라면 위헌제청신청은 유효하다고 봄이 상당하다.

2.2.2 공동소송적 보조참가인

파산선고를 받은 파산채무자는 자신의 재산에 대한 관리처분권한을 상실함으로써, 그에 관한 소송에서 당사자적격을 상실하고, 파산관재인이 받은 판결의 효력을 받는다. 이처럼 판결의 효력을 받지만, 정작 그 제3자는 당사자적격을 갖지 못하여 소를 제기할

32) 이 경우 위헌제청신청 자체가 효력이 없다고 할 수 있고, 또한 피참가인은 자신이 직접 보조참가인이 한 위헌제청신청을 취할 수도 있다.

수 없는 경우 그 제3자가 소송에 참가할 수 있도록 하는 것이 민사소송법 제78조의 공동소송적 보조참가이다. 민사소송법 제78조는 공동소송적 보조참가가 있는 경우 필수적 공동소송에 관한 심리특칙인 민사소송법 제67조 및 제69조를 준용하도록 하고 있다.

공동소송적 보조참가인은 판결의 효력을 받는다는 점에서 공동소송인과 비슷한 지위에 있으나, 당사자적격이 없다는 점에서는 보조참가인과 비슷한 지위를 가진다.³³⁾ 공동소송적 보조참가인은 피참가인의 의사에 반하는 소송행위를 할 수 있고,³⁴⁾ 상대방이 피참가인이나 공동소송적 보조참가인 1인에게 한 행위는 양자 모두에게 발생한다.³⁵⁾ 따라서 공동소송적 보조참가인은 직접 위헌제청신청을 할 수 있고, 이는 위헌제청신청이 피참가인의 의사에 반하는 경우에도 마찬가지이다.³⁶⁾

2.2.3 선정자

공동의 이해관계 있는 여러 사람이 공동소송인이 되어 소송을 하여야 할 경우, 그 공동소송인들 가운데서 모두를 위해 소송을 수행할 자로 선출된 자를 선정당사자라 하고, 선정당사자를 선출한 자를 선정자라 한다.³⁷⁾ 변론의 복잡, 송달사무의 폭주 등의 이유로 다수 자 중 대표자를 뽑아 그에게 소송을 맡겨 다수당사자소송을 단순화·간소화하기 위한 방법으로 고안된 제도이다.³⁸⁾

선정행위는 제소 전에 이루어질 수도 있고, 소송계속 중에 이루어질 수도 있다. 소송계속 중 선정당사자가 선정된 경우에는 선정자는 소송에서 당연히 탈퇴한다. 소송관계에서 탈퇴한 선정자가 소송수행권을 여전히 가지고 있는지 또는 당사자적격을 여전히 가지고 있는지에 관하여는 견해의 대립이 있으나, 다수설³⁹⁾과 판례⁴⁰⁾는 소송에서 탈퇴

33) 이로 인하여 공동소송적 보조참가인의 소송법상 지위는 명확히 설정되기 어렵다는 논의가 있어왔다. 공동소송적 보조참가가 있는 경우 피참가인이 단독으로 소취하를 할 수 있는지, 공동소송적 보조참가인에게 소송절차의 중단·중지사유가 발생한 경우 소송절차 전체가 중단·중지되는지 등에 관하여는 견해가 대립한다. 이에 관하여는 한충수, 앞의 책, 710쪽 참조.

34) 이시윤, 앞의 책, 695쪽. 다만, 그 소송행위는 양자 모두에게 이익이 되는 경우에만 효력을 가진다는 견해로 한충수, 앞의 책, 710쪽.

35) 한충수, 위의 책, 710쪽.

36) 헌법재판소 2014. 2. 27. 2013헌바178, 판례집 26-1상, 293, 295-296쪽의 당해 사건 재판이 이러한 경우에 해당하는 것으로 보인다.

37) 이시윤, 앞의 책, 665쪽.

38) 이시윤, 앞의 책, 665쪽. 선정당사자 제도는 독일 민사소송법에는 없던 것을 일본이 1926년 민사소송법 개정 시 새로 마련한 것으로, 우리나라에서는 제정 민사소송법에 도입된 이래 계속 유지되고 있는 제도인데, 그 연원은 신탁법리에 기한 영국법의 대리소송(Representative Action)에 그 뿌리를 두고 있다고 한다. 방순원, 민사소송법(상) 전정개판, 한국사법행정학회, 1987, 176쪽 참조.

한 선정자의 소송수행권을 부인한다. 다수설은 이에 따라 선정자의 당사자적격이 상실되었다고 보아, 당해 소송에서 보조참가를 할 수 있다고 한다.⁴¹⁾ 또한, 선정자는 소송계속 중 선정행위를 취소하고 당해 소송에서 선정당사자의 지위를 수계함으로써 당사자가 될 수 있다.

제소 전에 선정행위가 이루어진 경우 선정자는 당해 소송의 당사자였던 적이 없고, 소송계속 중 선정행위가 이루어진 경우 선정자는 당해 소송에서 당연히 탈퇴하므로, 선정자는 선정행위가 제소 전후 언제 이루어졌는지에 관계없이 당해 소송의 당사자라고 보기 어렵다.

3. 헌법소원심판청구권자(청구인적격)

3.1 ‘위헌제청신청 기각 결정을 받은’ 당사자(또는 소송관계인)

위헌제청신청을 하여 기각결정을 받은 당사자 본인이 그 결정을 바탕으로 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 데에는 아무런 의문이 없다.

앞서 본 바와 같이 보조참가인은 피참가인을 위하여, 공동소송적 보조참가인은 피참가인의 의사에 반하여서도 각자 위헌제청신청을 할 수 있으므로, 자신이 한 신청에 대하여 법원이 기각결정을 한다면 이를 바탕으로 직접 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 또한, 보조참가인과 공동소송적 보조참가인은 또한 판결의 효력을 받는 자이므로(민사소송법 제77조, 제78조 참조), 이들은 자신이 받은 위헌제청신청 기각결정에 바탕으로 스스로 직접 청구인이 되어 헌법소원심판을 청구할 수 있도록 할 필요성도 인정된다. 헌법재판소도 이와 같은 입장에 있다.⁴²⁾ 특히 헌법재판소는 2003. 5. 15. 2001헌바98 결정에서 당해 사건 보조참가인의 청구인적격을 인정하는 이유를 밝혔는데, 헌법재판소는 위헌제청신청의 당사자라고 명시되어 있지 아니하나, 피참가인의 소송행위와 저촉되지 아니하는 한 소송행위를 할 수 있는 자이므로 위헌제청신청의 ‘당사자’에 해당한다고 할 것이

39) 강현중, 앞의 책, 839쪽; 한충수, 앞의 책, 686쪽. 다만 선정자의 소송수행권이 상실되지 않는다는 견해로 이시윤, 앞의 책, 669쪽; 방순원, 앞의 책, 180쪽.

40) 대법원 2003. 5. 30. 선고 2001다10748 판결, 대법원 2013. 1. 18.자 2010그133 결정 등.

41) 강현중, 앞의 책, 839쪽; 한충수, 앞의 책, 686-687쪽.

42) 당해 사건이 민사소송인 경우 보조참가인의 청구인적격을 명시적으로 인정한 결정으로 위 헌법재판소 2003. 5. 15. 2001헌바98 결정 등 참조. 가사소송인 친생자관계 존재확인 소에서 공동소송적 보조참가인의 청구인적격을 인정하고 본안판단에 나아간 예로 헌법재판소 2014. 2. 27. 2013헌바178 결정 참조.

고, 이와 같이 해석하는 것이 구체적 규범통제형 위헌심사제의 입법취지 및 기능에도 부합한다고 보았다.

3.2 위헌제청신청 기각 결정의 ‘효력’을 받는 당사자(또는 소송관계인)

위헌제청신청을 하여 기각결정을 받지 아니한 당사자는 헌법소원심판을 청구할 수 없다는 데에도 그다지 의문이 없다. 그러나 여기에 대해서는 약간의 예외를 인정할 필요도 있다. 즉, 위헌제청신청을 당사자가 직접 하지는 아니하였으나, 당해 사건 재판에서 위헌제청신청을 한 소송관계인이 있고, 당사자도 그에 대한 기각결정의 효력을 받게 된다고 할 수 있다면, 당사자도 그 기각결정이 있음을 이유로 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 보아야 한다. 그리고 여기에서 더 나아가, 엄밀한 의미의 당사자는 아니지만 당사자에 준하는 자로서, 당해 사건 재판에서의 위헌제청신청 및 그 기각결정의 효력을 받는다고 볼 수 있는 소송관계인도 그 기각결정에 바탕하여 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 보아야 한다. 이러한 점에서 다음과 같이 피참가인, 선정자, 당해 사건 변론종결 후의 승계인 등은 ‘직접’ 위헌제청신청을 한 소송관계인은 아니지만 위헌제청신청의 기각 결정에 바탕하여 헌법소원심판을 청구할 수 있는 자로 볼 수 있다.

3.2.1 보조참가인의 위헌제청신청이 있는 경우 피참가인

보조참가인이 위헌제청신청을 하였다가 기각결정을 받는 경우, 피참가인인 당사자는 그 결정의 효력을 받는다고 할 수 있으므로, 보조참가인이 받은 기각결정을 바탕으로 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 봄이 상당하다.

당해 사건에서 보조참가인이 위헌제청신청을 하였으나 기각결정을 받은 경우, 이를 근거로 당해 사건의 피참가인이 헌법소원심판을 청구할 수 있는가? 여기에는 위헌제청신청을 한 것은 보조참가인이고, 위 신청에 대한 기각결정은 위 보조참가인이 받게 되는 것이므로 그 효력이 피참가인에게 귀속되는 것으로 볼 수 없으며, 피참가인이 기각결정의 효력을 받는다고 하면 피청구인은 같은 소송절차에서 더 이상 동일 법률조항에 대하여 위헌제청신청을 할 수 없을 뿐만 아니라(헌법재판소법 제68조 제2항 후문), 기각결정을 통지받은 날부터 30일 이내에 헌법소원심판을 청구할 수 있게 된다는 점에서(같은 법 제69조 제2항), 청구인적격을 부정함이 타당하다는 견해가 있을 수 있다. 그러나 보조참가인은 피참가인을 위한 소송행위를 하는 것이고, 그 소송행위가 유효하다면 그에

따른 효과는 피참가인에게도 귀속된다고 할 것이므로, 보조참가인이 받은 위헌제청신청에 대한 기각결정의 효력 또한 피참가인에게 귀속되고, 따라서 피참가인은 그 기각결정을 바탕으로 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 봄이 상당하다. 참가인이 받은 위헌제청신청 기각결정의 효과를 피참가인 스스로 원용하는 것까지 불가능하다고 보기는 어려운데, 피참가인이 별도로 위헌제청신청을 하여 기각결정을 받아야만 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 하면, 이는 무의미한 절차의 반복에 불과하기 때문이다.

3.2.2 선정당사자의 위헌제청신청이 있는 경우 선정자

민사소송법 제53조에 따라 선정당사자가 지정된 경우, 선정자는 당해 사건 재판의 당사자라고 볼 수 없다. 당해 사건의 당사자인 선정당사자는 위헌제청신청을 할 수 있고, 그 기각결정을 받은 경우 헌법소원심판을 청구할 수 있을 것이나, 선정자는 당해 사건의 당사자가 아니고 소송행위도 할 수 없으므로, 위헌제청신청을 할 수도, 그에 대한 기각결정도 받을 수 없어 헌법소원심판을 청구할 수 없다고 보는 것이 언뜻 자연스러워 보인다. 그러나 다음과 같은 점들을 고려하면, 선정자는 비록 위헌제청신청을 할 수는 없더라도 선정당사자가 받은 위헌제청신청 기각결정을 바탕으로 헌법소원심판을 청구할 수는 있다고 보아야 한다.

첫 번째 이유는 선정당사자가 받은 판결의 효력은 선정자에게 미치므로(민사소송법 제218조 제3항), 선정자도 당해 사건 재판에 적용되는 법률에 대한 위헌결정을 통하여 유리한 판결을 얻을 필요가 있다는 점이다.

두 번째 이유는, 위헌법률심판제청신청은 법원의 결정인바 민사소송법 제224조는 법원의 결정에 관하여 그 성질에 어긋나지 않는 한 판결에 관한 규정이 준용되므로, 선정당사자가 받은 위헌제청신청 기각결정의 효력도 (비록 그 효력에 기판력이 인정되는지 여부는 불확실하더라도) 선정자에게 미친다고 볼 수 있다는 점이다.

세 번째 이유는, 헌법재판소법 제75조 제7항은 “제68조 제2항에 따른 헌법소원이 인용된 경우에 해당 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자는 재심을 청구할 수 있다.”고 하고 있는데,⁴³⁾ 선정자가 헌법재판소법 제68조 제2항 및 제75조 제7항의 ‘당사자’에 해당하지 않는다면 비록 선정당사자가 헌법소원심판에서 위헌결정을 받게 되더라도 선정자가 당해 사건의 확정판결에 대하여 재심을 청구할 수 없다는

43) 여기에서의 ‘해당 헌법소원과 관련된 소송사건’은 헌법소원의 전제가 된 당해 사건만을 가리킨다. 헌법재판소 2000. 6. 29. 선고 99헌바66등 결정, 대법원 1993. 7. 27. 선고 92누13400 판결 참조.

결론에 이를 수 있게 된다는 점이다.

마지막으로, 선정자는 소송계속 중 자신의 의사에 따라 선정행위를 취소하고 당해 사건의 당사자로 참가할 수 있다.⁴⁴⁾ 오로지 선정당사자가 한 위헌제청신청에 대한 기각 결정의 효력을 받아 헌법소원심판을 청구하기 위하여 선정자로 하여금 선정행위를 취소하고 당해 사건의 당사자가 될 것을 요구하는 것은 당해 사건 소송절차를 번잡하게 한다.

헌법재판소는 명시적으로 판단하지는 않았으나 선정당사자가 받은 기각결정을 바탕으로 선정자가 제기한 헌법소원심판청구가 적법하다는 전제에서 본안 판단에 나아가고 있다. 이는 선정행위가 소 제기 전에 이루어진 것이든,⁴⁵⁾ 소송 계속 중에 이루어진 것이든⁴⁶⁾ 마찬가지이다.

3.2.3 변론종결 뒤 승계인

① 확정판결의 기판력은 당사자뿐만 아니라 변론을 종결한 뒤의 승계인(변론 없이 한 판결의 경우 판결선고 뒤의 승계인)에 대해서도 미친다(민사소송법 제218조 제1항). 변론종결 뒤 소송물인 실체법상의 권리의무를 승계한 자가 승계인에 해당함에는 학설·판례가 일치하지만,⁴⁷⁾ 계쟁물에 관한 당사자적격을 당사자로부터 전래적으로 옮겨 받은 자(분쟁주체지위승계인)가 전부 변론종결 뒤 승계인에 해당하는지에 관하여는 견해가 대립한다. 소송물이론에서 소송법설을 취하는 견해는 대체로 승계인성을 긍정하지만,⁴⁸⁾ 구실체법설을 취하는 대법원은 소송목적이 물건적 청구권인 경우와 채권적 청구권인 경우를 나누어, 전자인 경우 계쟁물 승계인도 변론종결 뒤 승계인에 해당한다고 하고, 후자의 경우 계쟁물 승계인은 기판력을 받는 변론종결 뒤 승계인에 해당하지 않는다는 입장에 있다.⁴⁹⁾

② 당해 사건 확정판결의 기판력을 받게 될 변론종결 뒤 승계인의 경우에도 앞서

44) 이시윤, 앞의 책, 669쪽.

45) 항고소송이 당해 사건이었던 경우로 헌법재판소 2020. 3. 26. 2017헌바363등.

46) 민사소송이 당해 사건이었던 경우로 헌법재판소 1998. 12. 24. 89헌마214등, 항고소송이 당해 사건이었던 경우로 헌법재판소 2018. 12. 27. 2017헌바402 결정.

47) 강현중, 앞의 책, 713쪽; 이시윤, 앞의 책, 579쪽.

48) 이시윤, 앞의 책, 580쪽.

49) 물건적 청구권에 관하여는 대법원 2003. 5. 13. 선고 2002다64148 판결 등을, 채권적 청구권에 관하여는 대법원 1993. 2. 12. 선고 92다25151 판결 등을 참조. 한편, 대법원과 같은 입장으로 강현중, 앞의 책, 713-715쪽; 한충수, 민사소송법, 박영사, 2016, 586쪽 참조.

본 선정자와 같이, 당해 사건 당사자가 받은 위헌제청신청 기각결정을 바탕으로 헌법소원심판을 청구할 수 있는가? 헌법재판소는 2019. 12. 27. 2018헌바109에서 명시적으로 이를 부정하였다. 이 결정을 살펴본다.

이 사건의 당해 사건은 건물 상공에 대한 지상권을 설정하는 내용의 수용재결이 위법하다며 그 취소를 구하는 항고소송이었다. 이 항고소송에서 원고들은 근거법률조항에 대하여 위헌제청신청을 하였는데, 원고 중 2인은 당해 사건 변론종결 전에, 1인은 당해 사건 변론종결 뒤에 각 자신의 건물 소유지분을 제3자에게 이전하였다. 당해 사건 법원은 청구기각 판결을 선고하면서 같은 날 위헌제청신청도 기각하였고, 위 양도인들을 제외한 원고들 및 건물의 소유지분을 취득한 위 제3자들이 헌법소원심판을 청구하였다.

헌법재판소는 위 제3자들이 당해 사건에서 원고의 지위를 승계하였다는 사정이 나타나지 아니하므로, 위 제3자들은 ‘당해 사건에서 제청신청을 하였다가 기각당한 당사자에 해당하지 않는다’고 판단하였다. 즉, 헌법재판소는 변론종결 전에 건물지분을 양수한 사람이든, 변론종결 후에 건물지분을 양수한 사람이든 소송승계가 없는 한 위헌제청신청 및 기각결정의 효력을 받는 사람일 수 없다는 입장이다.

다만, 위 결정에서는 변론종결 후에 건물지분을 승계한 청구인의 경우에는 헌법소원심판과 동시에 승계참가신청을 할 수 있고, 이에 관하여 석명을 구한 뒤에 그 심판청구의 적법여부를 판단하여야 한다는 반대의견이 있었다.⁵⁰⁾

③ 변론종결 전의 승계인이든, 변론종결 후의 승계인이든 당해 사건 소송절차에 승계신청을 하지 않는 한 엄밀한 의미의 ‘당사자’는 아니다.

변론종결 전의 승계인은 당해 사건 소송절차에서 수계절차를 밟아 당사자가 되지 아니하는 한, 그 절차에서 어떠한 소송행위도 할 수 없으므로, 위헌제청신청을 할 수 없다. 그리고 변론종결 전의 승계인은 피승계인이 한 위헌제청신청 및 그에 기각결정의 효력이 귀속되지 않을 뿐만 아니라, 종국판결의 효력도 귀속되지 않으므로, 변론종결 전의 승계인이라면 헌법재판소법 제68조 제2항의 ‘당사자’에 해당한다고 볼 필요성도 없다. 따라서 변론종결 전 승계인은 청구인적격이 부정된다.

반면, 변론종결 후의 승계인의 경우는 달리 불만한 사유들이 있다. 피승계인(양도인)이 당해 사건 소송절차에서 위헌제청신청을 하였더라도, 당해 사건 판결과 같은 날 그 신청에 대하여 결정하는 것이 현재 법원의 관행인바, 이러한 관행에서 양도인은 당해

50) 재판관 이은애의 반대의견. 이 반대의견은 헌법소원심판 청구와 동시에 승계참가신청을 하여야 한다고 보고 있다.

사건 패소판결과 동시에 위헌제청신청 기각결정을 받게 된다. 이러한 당해 사건의 변론 종결 후 양도인의 지위를 승계한 양수인으로서 변론종결 후 승계인은 피승계인(양도인)이 받은 미확정의 패소판결에 대하여 수계신청을 하여 당사자로서 항소할 수도 있을 것이지만, 양도인이 받은 패소판결이 위헌인 법률조항에 근거한 것이라고 생각된다면 수계신청 및 항소제기 절차를 따로 밟을 필요 없이 해당 법률조항에 대한 위헌판단을 헌법재판소에 직접 구할 수 있도록 할 필요가 있다. 특히 항소심 인지액은 제1심 소송의 1.5배에 달하므로(민사소송 등 인지법 제3조), 변론종결 뒤 승계인이 당해 사건 소송에서 수계절차를 밟고 항소한 뒤에 위헌제청신청을 거쳐 헌법소원심판을 청구하라고 하는 것은 불필요한 비용 및 절차낭비를 초래한다. 양수인으로서 헌법소원심판에서 위헌결정을 받아 이를 바탕으로 확정된 당해 사건 재판에 대하여 재심을 구하기만 하면 되므로, 굳이 위와 같이 항소심 절차를 거칠 것을 요구할 필요가 없다. 비록 민사소송법 제218조 제3항이 변론종결 후의 승계인에게 기판력이 미치도록 한 것은 권리관계의 안정을 위한 것이기는 하지만,⁵¹⁾ 당해 사건 판결이 선고된 후라면 변론종결 후 승계인이 양수인이 한 위헌제청신청 및 그 기각결정의 효력을 받아 헌법소원심판을 청구하도록 하는 것이 시간적·비용적으로 훨씬 더 효율적이다. 따라서 변론종결 후 승계인은 양수인의 위헌제청신청 및 그 기각결정의 효력을 원용하여, 당해 사건 변론종결 후 승계인임을 소명하여 자신의 이름으로 직접 헌법소원심판을 청구할 수 있다.⁵²⁾

IV. 행정소송을 당해 사건으로 하는 헌법소원심판

1. 행정소송의 당사자와 그 밖의 소송관계인

1.1 행정소송의 당사자

행정소송법 제8조 제2항은 행정소송에 관하여 행정소송법에서 특별히 정하고 있지 않은 사항에 대하여 법원조직법, 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용하도록 하고 있다. 행정소송도 정식 쟁송절차로서 양쪽 당사자가 대립하는 구조를 가진다는 점에서

51) 이시윤, 앞의 책, 579쪽; 박재완, 민사소송법강의, 박영사, 2017, 369쪽.

52) 헌법재판소 2019. 12. 27. 2018헌바109 결정 재판관 이은애의 반대이견.

민사소송과 본질적으로 다르다고 보기 어려우므로,⁵³⁾ 행정소송에서의 당사자 개념도 민사소송에서의 그것과 달리 보아야 할 필요는 없다. 따라서 자기의 이름으로 행정소송법 제3조가 정하고 있는 소송을 제기하는 사람 및 그 소송상대방이 ‘엄밀한 의미의’ 행정소송의 당사자가 된다.

1.2 당사자 아닌 소송관계인

1.2.1 행정소송법 제16조에 따라 참가한 제3자

행정소송법은 행정소송의 결과에 따라 권리 또는 이익의 침해를 받을 제3자는 당사자나 그 제3자의 신청 또는 법원의 직권으로 소송에 참가할 수 있도록 한다(행정소송법 제16조 제1항). 이렇게 소송에 참가한 제3자에 대해서는 민사소송법 제67조, 즉 필수적 공동소송에 대한 특별규정이 준용된다(같은 조 제3항). 제3자의 소송법상 지위는 민사소송법상 공동소송적 보조참가인의 지위에 있다고 보는 것이 통설이다.⁵⁴⁾

1.2.2 행정소송법 제17조에 따라 참가한 행정청

행정소송법은 또한, 피고 아닌 행정청이 소송에 참가할 필요가 있는 경우 당사자 또는 그 행정청의 신청이나 법원의 직권으로 그 행정청을 소송에 참가할 수 있도록 한다(행정소송법 제17조 제1항). 이렇게 소송에 참가한 피고 아닌 행정청에 대하여는 민사소송법 제76조, 즉 보조참가에 관한 규정이 준용되므로(같은 조 제3항), 참가한 행정청은 보조참가인에 준하는 지위에 있다.⁵⁵⁾

1.2.3 민사소송법 규정에 의한 소송관계인

한편, 항고소송에서도 민사소송법상 당사자능력 및 소송능력을 갖춘 자는 민사소송법에 따른 보조참가가 가능하고, 그 성격은 공동소송적 보조참가라는 것이 대법원의 태도인데,⁵⁶⁾ 학설도 대체로 민사소송법상 보조참가가 가능하다는 점에 동의한다.⁵⁷⁾ 그리고

53) 법원실무제요(행정), 법원행정처, 2016, 48쪽.

54) 김성원, 앞의 논문, 18쪽; 박균성, 앞의 책, 858-859쪽; 정하중, 앞의 책, 707쪽; 홍정선, 앞의 책, 1098쪽.

55) 박균성, 앞의 책, 860쪽; 정하중, 앞의 책, 708쪽; 홍정선, 앞의 책, 1099쪽.

56) 대법원 2002. 9. 24. 선고 99두1519 판결, 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011두30069 판결 등 참조. 위 99두1519 판결은 행정청은 민사소송법상 당사자능력 및 소송능력을 갖추지 못하였으므로 보조참가할 수 없다고 하였다.

57) 김성원, 앞의 논문, 23-25쪽; 박균성, 앞의 책, 860쪽; 정하중, 앞의 책, 709쪽; 홍정선, 앞의 책, 1100쪽.

공동소송참가도 요건을 갖춘 한 가능하다는 것이 지배적인 견해로 보인다.⁵⁸⁾ 선정자, 선정당사자나 변론종결 후의 승계인 등은 앞서 민사소송 부분에서 살펴본 바와 동일하다.

2. 위헌제청신청 및 헌법소원심판청구권자: 행정청의 청구인적격

2.1 행정청 아닌 참가인

행정소송인 당해 사건에서 보조참가인과 공동소송적 보조참가인이 위헌제청신청을 할 수 있고, 그에 대한 기각결정을 받아 헌법소원심판을 할 수 있다는 점은 앞서 민사소송에서 본 바와 같다. 행정소송법 제16조에 따라 참가한 제3자 또한 공동소송적 보조참가인의 지위에 있으므로 마찬가지이다.

2.2 당사자인 행정청 또는 참가인인 행정청

행정소송을 당해 사건으로 하는 경우 사인(私人)간의 법적 분쟁을 다루는 민사소송과는 다른 문제가 발생한다. 그 소송의 일방당사자, 주로 피고가 기본권주체인 국민이 아니라 공권력행사의 주체인 행정청인바, 공권력행사의 주체인 행정청도 당해 사건 소송절차에서 위헌제청신청을 할 수 있고, 그에 대한 기각결정을 바탕으로 헌법소원심판을 청구할 수 있는가가 문제된다. 이는 행정소송법 제17조에 따라 보조참가한 행정청의 경우에도 마찬가지이다.

2.2.1 헌법재판소의 태도

헌법재판소는 2008. 4. 24. 2004헌바44 결정에서 피고 보조참가인인 울진군수의 위헌제청신청 및 헌법소원심판이 적법하다고 보아 본안판단에 나아갔다. 그리고 헌법재판소

58) 김성원, 앞의 논문, 27-28쪽; 정하중, 앞의 책, 709-710쪽; 홍정선, 앞의 책, 1100쪽.

한편, 민사소송법상 독립당사자참가가 가능한가에 대하여, 항고소송의 피고는 행정청이므로 행정청 아닌 원고를 상대로 하는 독립당사자참가는 허용되지 않는다는 구 행정소송법(1984년 전부개정되기 전의 것) 시대의 대법원 판결이 있으나(대법원 1970. 8. 31. 선고 70누70, 71 판결. 이를 지지하는 입장으로 정하중, 앞의 책, 710쪽; 홍정선, 앞의 책, 1100쪽), 피고 행정청에 대하여는 처분의 취소를, 원고에 대하여는 관련 민사상 청구를 하는 형태의 독립당사자참가는 요건을 갖춘 한 허용될 수 있다는 반대의 견해도 있다. 김성원, 앞의 논문, 26쪽; 법원행정처, 법원실무제요(행정), 법원행정처, 2016, 99쪽.

는 최근 결정인 2021. 3. 25. 2018헌바348 결정에서도 그 이유를 명시하지는 아니하였지만, 위 2004헌바44 결정에서 한 판단의 연장선에서 행정청인 상주시장의 위헌제청신청 및 헌법소원심판이 적법하다고 보아 본안판단에 나아갔다.

헌법재판소가 2004헌바44 결정에서 밝힌 이유는 다음과 같이 정리될 수 있다.

① 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판은 구체적 규범통제의 헌법소원으로서, 헌법재판소법 제68조 제1항에 규정된 헌법소원과 그 심판청구의 요건과 대상이 다르다.

② 헌법재판소법 제68조 제2항은 기본권의 침해가 있을 것을 그 요건으로 하고 있지 않을 뿐만 아니라 청구인적격에 관하여도 ‘법률의 위헌여부심판의 제청신청이 법원에 의하여 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자’라고만 규정하고 있으므로, 위 ‘당사자’는 모든 재판의 당사자를 의미하고, 행정소송의 피고인 행정청만 위 ‘당사자’에서 제외하여야 할 합리적인 이유도 없다.

③ 행정청이 행정처분 단계에서 당해 처분의 근거가 되는 법률이 위헌이라고 판단하여 그 적용을 거부하는 것은 권력분립의 원칙상 허용될 수 없지만, 행정처분에 대한 소송절차에서는 행정처분의 적법성·정당성뿐만 아니라 그 근거 법률의 헌법적합성까지도 심판대상으로 되는 것이므로, 행정처분에 불복하는 당사자뿐만 아니라 행정처분의 주체인 행정청도 헌법의 최고규범력에 따른 구체적 규범통제를 위하여 근거 법률의 위헌 여부에 대한 심판의 제청을 신청할 수 있고 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 제기할 수 있다고 봄이 상당하다.

④ 청구인은 당해 사건의 당사자가 아니라 보조참가인이지만, 헌법재판소법 제40조에 의하여 준용되는 행정소송법 제17조 및 민사소송법 제76조에 따라 피참가인의 소송행위와 저촉되지 아니하는 한 일체의 소송행위를 할 수 있으므로 헌법재판소법 소정의 위헌 법률심판제청 신청 및 헌법소원의 ‘당사자’에 해당된다.

2.2.2 비판

이러한 헌법재판소의 태도에 대하여, ① 원래 법원에게만 인정되는 위헌제청권이 위헌심사형 헌법소원심판을 통하여 행정청에게도 확대되는 결과가 초래되고, 이는 헌법 제107조 제1항의 규범내용에 정면으로 반하는 점, ② 헌법소원심판의 본질은 그 역사적 발생에 있어서나 현재 범세계적인 헌법재판의 실무에 비추어보나 ‘개인의 심판청구’에 의한 주관적 권리구제절차라는 것에 있으므로, 국가기관이 헌법소원심판을 청구하도록

할 수는 없다는 점, ③ 위헌심사형 헌법소원은 법관이 위헌법률심판제청을 하지 않는 경우에 대한 대안으로써 도입된 것이라는 점 등을 근거로, 위헌심사형 헌법소원심판을 청구할 수 있는 주체는 개인에 한정되어야 한다는 비판이 있다.⁵⁹⁾

2.2.3 검토

행정청이 위헌심사형 헌법소원심판의 청구인이 될 수 있는가라는 문제는, 비판론에서 알 수 있듯 엄밀히는 청구인적격의 문제라기보다는 청구인능력의 문제라고 할 수 있다. 행정청이 당해 사건인 행정소송의 피고 또는 보조참가인이 될 수 있음은 앞에서 본 바와 같으므로, 행정청이 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원심판의 청구인능력을 가진다고 보는 한, 행정청의 청구인적격 문제는 사인(私人)의 청구인적격 문제와 사실상 동일하기 때문이다. 즉, 행정청의 청구인능력 문제는 엄밀히 청구인적격 문제에 선행한다.

그리고 다음과 같은 점들을 고려하면 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원심판에서 행정청의 청구인능력은 인정된다고 봄이 타당하고, 따라서 청구인적격도 인정될 수 있다.

① 헌법 제111조 제1항 제5호가 ‘법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판’을 헌법재판소의 관장사항으로 정하고 있으므로, 헌법규정만으로는 헌법소원의 본질적 개념을 추출해 내기 어렵다. 오늘날 시행되고 있는 각국 헌법소원제도를 일반적으로 ‘기본권침해에 대하여 사법기관의 비상적 권리구제가 행해질 것을 구하는 해당 기본권주체의 신청’으로 정의할 수도 있을 것이지만,⁶⁰⁾ 법률에 의하여 구체적으로 형성된 헌법소원심판 제도가 ‘기본권주체의 기본권 침해에 관한 권리구제절차’의 범위를 넘어간다고 하여 반드시 헌법소원의 본질에 반한다고 단언하기 어렵다.⁶¹⁾ 특히 위헌심사형 헌법소원은 당해 사건 재판을 매개하는데, 당해 사건의 당사자가 국가기관이나 지방자치단체 등이 아니라고 하더라도 여전히 ‘기본권주체’가 아닐 가능성이 있다. 따라서 당해사건 당사자가 기본권주체가 될 수 없다고 하더라도 반드시 위헌심사형 헌법소원심판의 청구인능력이

59) 한수웅, 앞의 논문, 108-110쪽.

60) 정광현, “헌법소원의 개념”, 세계헌법재판 판례동향 1, 헌법재판연구원, 2012, 235쪽, 199-242쪽 참조.

61) 위헌심사형 헌법소원심판제도 그 자체에 대하여 현행 헌법이 규정하는 헌법재판에 대한 기본원칙과 헌법재판 제도의 근본적인 구조에 부합하지 못한다고 하여 위헌적이라는 견해가 있는데, 이러한 견해도 공권력 등에 의한 기본권주체 기본권 침해에 대한 권리구제수단이라는 점을, 헌법소원제도의 당연한 본질이자 한계라는 점을 전제한다. 정재현, “헌법소원제도에 대한 새로운 고찰-위헌심사형 헌법소원제도의 헌법적 문제점을 중심으로”, 사법 통권 제34호, 사법발전재단, 2015, 226-227쪽.

부정되어야 하는 것은 아니다.

② 위헌심사형 헌법소원은 법원이 위헌법률심판제청을 하지 않는 경우에 대한 대안으로써 도입되었다. 그런데 위헌법률심판은 객관소송의 일종으로서,⁶²⁾ 헌법의 모든 규정이 법률의 위헌성 판단의 기준이 되고, 청구인의 기본권 침해 여부로 심판범위가 제한되지 않는다.⁶³⁾ 위헌심사형 헌법소원심판의 본질을 위헌법률심판으로 파악하는 이상 그 심판절차에서도 모든 헌법규범이 법률의 위헌성 판단의 심사기준이 된다.⁶⁴⁾ 이처럼 위헌심사형 헌법소원의 심사기준이 모든 헌법규범이 된다면, 그 청구인적격을 판단함에 있어 ‘기본권주체의 기본권 침해 여부’를 고려할 필요는 크지 않다고 생각한다.

오히려 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 또는 지방자치단체 상호간의 권한을 창설·제한·분배하는 내용의 법률이 위헌 여부가 문제되고, 그 위헌성 문제가 기관소송 등에서 재판의 전제가 된다면, 그 법률에 대한 구체적 규범통제의 필요성이 요청될 수 있다.⁶⁵⁾

③ 뿐만 아니라, 기본권주체와 소송의 당사자는 반드시 일치하지 않는다. 제3자 소송 담당(예컨대 파산관재인)의 경우에는 권리의무의 주체와 소송 당사자가 다르고, 사안에 따라 학문의 자유의 주체가 될 수 있는 국립대학교⁶⁶⁾는 국가가 설립·경영하는 학교로서 민사소송에서 당사자능력이 인정되지 않는다.⁶⁷⁾

④ 따라서 헌법재판소법 제68조 제2항의 ‘당사자’를 기본권주체로만 반드시 제한하여 해석하기보다는, 국가기관, 지방자치단체 및 행정청 등도 당해 사건 재판에서 위헌제청 신청을 할 수 있고, 그 기각결정을 받게 되면 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 해석함이 상당하다. 그리고 그 행정청이 피고가 아닌 보조참가인에 불과하더라도, 앞서 본 바와 같이 보조참가인이나 공동소송적 보조참가인이 위헌제청신청 및 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 보는 이상 역시 마찬가지로 보아야 할 것이다.

⑤ 나아가 당해 사건이 형식상 민사소송이지만 국가, 지방자치단체 기타 공공기관을 당사자로 하는 민사소송에서도 국가, 지방자치단체 등은 당해 사건 소송절차에서 위헌

62) 한수용, 헌법학 제5판, 박영사, 2015, 1412쪽.

63) 한수용, 위의 책, 1412쪽.

64) 김하열, 헌법소송법 제3판, 박영사, 2018, 405쪽.

65) 지방자치단체는 위헌법률심판 또는 위헌심사형 헌법소원심판을 통하여 자치권을 침해하는 법률의 위헌성을 다룰 수 있다는 취지로 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2006, 348쪽 참조.

66) 당시 국립대학이었던 서울대학교의 기본권주체성이 인정될 수 있다는 헌법재판소 1992. 10. 1. 선고 92헌마68 등 결정 참조.

67) 당시 국립대학이었던 서울대학교의 당사자능력을 부정한 대법원 2001. 6. 29. 선고 2001다21991 판결 참조.

제청신청을 할 수 있고, 그 기각결정을 바탕으로 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 보아야 한다.

V. 형사소송을 당해 사건으로 하는 헌법소원심판

1. 형사소송에서의 당사자개념은 형사소송절차의 구조를 어떻게 이해하는가에 관계된다. 현행 형사소송제도를 순수한 당사자주의를 취하고 있다는 견해나 당사자주의를 기본구조로 하면서 직권주의적 요소가 가미된 것으로 이해하는 견해에 따르면 피고인과 검사에게 당사자의 지위를 인정한다. 반면 직권주의를 기본구조로 하면서 당사자주의에 의한 수정이 가해졌을 뿐이라는 견해에 따르면 피고인과 검사는 소송주체일 수는 있어도 당사자는 될 수 없다고 한다.⁶⁸⁾ 현행 형사소송제도가 당사자주의를 기본으로 하고 있다고 보는 것이 다수설적 견해로,⁶⁹⁾ 이 견해에 따르면 피고인은 소극적 당사자로서, 검사는 적극적 당사자로서 형사소송의 당사자에 해당한다.⁷⁰⁾ 검사를 형사소송의 당사자라고 본다면 검사도 당해 사건 재판에서 위헌제청신청을 할 수 있고, 그 기각결정이 있는 경우 헌법소원심판을 청구할 수 있는가 의문이 있을 수 있는데, 앞서 본 바와 같이 행정소송과 민사소송에서 국가기관·지방자치단체의 청구인적격을 인정하는 것과 마찬가지로 긍정하는 것이 타당하다. 검사의 위헌제청신청은 재판의 전제성과 같은 다른 적법요건이 오히려 문제될 가능성이 더 크므로, 청구인적격 자체를 부정해야만 할 실익도 크지 않다.

2. 변호인은 법률에 다른 규정이 없는 한, 독립하여 소송행위를 할 수 있다(형사소송법 제36조). 그러나 변호인은 소송의 주체가 아니라, 소송의 주체인 피고인의 보조자에 지나지 않는다.⁷¹⁾

3. 한편, 확정된 형사판결에 대하여 재심을 청구할 수 있는 자는 유죄의 선고를 받은 자, 즉 피고인에 한정되지 않는다. 그의 법정대리인도 재심을 청구할 수 있고, 피고인이

68) 이재상, 신형사소송법 제2판, 박영사, 2009, 47쪽 참조.

69) 이재상, 위의 책, 102쪽 참조.

70) 이재상, 위의 책, 108쪽 참조.

71) 이재상, 위의 책, 127쪽 참조.

사망하거나 심신장애가 있는 경우에는 그 배우자, 직계친족 또는 형제자매도 재심을 청구할 수 있다(형사소송법 제424조). 재심절차는 재심청구의 심리절차와 재심의 공판절차로 나누어지는데,⁷²⁾ 위 재심청구권자는 재심청구의 심리절차에서 당사자의 지위에 있다고 할 것이므로, 재심청구권자는 재심청구사건에서 위헌제청신청을 할 수 있고, 그 기각결정이 있다면 이를 바탕으로 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 피고인이 이미 사망한 경우 재심의 공판절차에서 누가 당사자로서 위헌제청신청 등을 할 수 있는가는 문제될 수도 있는데, 필요적 변론사건으로서 재심을 청구한 자가 변호인을 선임하지 않은 경우 법원이 직권으로 변호인을 선임하여야 한다는 점에서(형사소송법 제438조 참조) 재심청구권자에게 당사자에 준하는 지위를 인정할 필요가 있다.

VI. 결론: 헌법재판소법 제68조 제2항 중 ‘당사자’ 개념의 독자성과 헌법소원심판의 청구인적격 확대

1. 당해 사건의 ‘당사자’와 헌법재판소법 제68조 제2항 중 ‘당사자’ 개념의 구별 필요성

헌법재판소법 제68조 제2항 중 ‘당사자’는 누구를 의미하는가라는 문제는, 다시 말해 당해 사건 소송에서 ‘당사자’와 위 조항에서 위헌제청신청 및 그 기각결정에 따라 헌법소원심판을 청구할 수 있는 ‘당사자’의 개념이 과연 동일하게 이해되어야 하는가의 문제에서 시작된다.

당해 사건의 당사자를 가장 협의의 개념으로 파악할 경우, 즉 민사소송이나 행정소송에서의 원·피고, 형사소송에서의 피고인만을 당사자로 파악하면서, 헌법재판소법 제68조 제2항의 ‘당사자’ 또한 당해 사건 소송의 위 ‘협의의 당사자’로 해석한다면, 위 조항에 따른 헌법소원심판의 청구권적격을 가지는 자의 범위도 그만큼 좁아진다. 반면, 위 조항의 ‘당사자’의 범위를 보다 넓게 해석한다면, 청구인적격을 가지는 자의 범위도 그만큼 넓어지게 될 것이다.

구체적 규범통제를 통하여 헌법의 최고규범성을 확보하는 한편, 소송관계인들을 위한

72) 이재상, 위의 책, 765-768쪽 참조.

적 법률로부터 보호하고 권리구제를 도모한다는 점에서, 그리고 소송관계인들의 시간·비용 등의 불필요한 낭비를 방지한다는 점에서 헌법재판소법 제68조 제2항의 '당사자'는 가급적 넓게 해석될 필요가 있다.

2. 위헌심사형 헌법소원심판의 청구인적격 판단기준

위헌심사형 헌법소원심판의 청구인적격은 세 가지 단계로 검토된다. 먼저 당해 사건 재판에서 위헌법률심판제청을 신청할 수 있는가를 살펴보고, 다음으로 위 신청을 할 수 없는 사람이더라도 법원의 기각결정의 효력을 받는 사람에는 해당하는가를 살펴보아야 한다. 그리고 마지막으로 당해 사건 종국판결이 확정될 경우 그 판결의 효력을 받는 사람으로서, 당해 사건 재판에 적용된 법률의 위헌성을 다룰 실익이 있는 사람인가를 살펴보아야 한다.

당해 사건 재판에서 위헌법률심판제청을 신청할 수 있는 사람은 소송행위를 유효하게 할 수 있는 사람이면 족하다. 민사소송·행정소송에서의 (엄밀한 의미의) 당사자는 물론이고 공동소송적 보조참가인이나 보조참가인도 포함된다. 행정소송에서는 행정소송법 제16조에 따라 참가한 제3자 및 같은 법 제17조에 따라 보조참가한 행정청도 포함된다. 당사자가 반드시 기본권주체여야 하는 것은 아니다.

위헌제청신청에 대한 법원의 기각결정이 이루어지면, 그 결정의 효력이 귀속된다고 볼 수 있는 사람이어야 한다. 위에서 본 위헌제청신청을 할 수 있는 사람이 스스로 그 신청을 하였다면 기각결정의 효력도 자신에게 귀속되므로, '기각결정을 받은 당사자'에 해당한다. 자신이 아닌 제3자의 신청에 따른 기각결정이 있는 경우, 그 결정의 효력을 받는다고 볼 수 있는 사람 또한 동일하게 보아야 한다.

당해 사건 재판에 대한 종국판결이 확정됨에 따라 그 판결의 효력을 받게 되는 사람의 경우, (당사자 등이 한) 위헌제청신청 및 그 기각결정의 효력을 받는다고 볼 수 있다면, '기각결정을 받은 당사자'로서 청구인적격이 인정되어야 한다. 변론종결 뒤 승계인은 피승계인이 한 위헌제청신청 및 그 기각결정의 효력을 받는다고 할 것이고, 당해 사건 판결의 효력도 받게 되므로, '기각결정을 받은 당사자'로서 헌법소원심판의 청구인적격을 인정함이 상당하다.

참고문헌

1. 단행본

- 김하열, 헌법소송법 제3판, 박영사, 2018.
- 김하열/정문식/정태호/한수웅, 주석 헌법재판소법, 헌법재판연구원, 2015.
- 강현중, 민사소송법 제7판, 박영사, 2018.
- 박균성, 행정법강의 제17판, 박영사, 2020.
- 박재완, 민사소송법강의, 박영사, 2017.
- 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2006.
- 방순원, 민사소송법(상) 전정개판, 한국사법행정학회, 1987.
- 법원행정처, 법원실무제요(행정), 법원행정처, 2016.
- 이시윤, 신민사소송법 제5판, 박영사, 2009.
- 이재상, 신형사소송법 제2판, 박영사, 2009.
- 정동윤/유병현/김경욱, 민사소송법 제6판, 법문사, 2017.
- 정중섭, 헌법소송법 제8판, 박영사, 2014.
- 정하중, 행정법개론 제14판, 법문사, 2020.
- 한수웅, 헌법학 제5판, 법문사, 2015.
- 한충수, 민사소송법, 박영사, 2016.
- 허영, 헌법소송법 제15판, 박영사, 2020.
- 헌법재판소, 헌법재판소 10년사, 헌법재판소, 1998.
- 헌법재판소, 헌법재판실무제요 제2개정판, 헌법재판소, 2015.
- 호문혁, 민사소송법 제13판, 법문사, 2016.
- 홍정선, 행정법원론(상) 제27판, 박영사, 2019.

2. 학술지

- 김성원, “행정소송에서의 제3자의 소송참가”, 원광법학 제32권 제3호, 원광대학교 법학연구소, 2016, 9-34쪽.
- 방승주, “헌법재판소의 2012. 5. 31. 2009헌바123·126(병합) 구 조세감면규제법 부칙

- 제23조 위헌소원 결정을 둘러싼 헌법소송법적 쟁점에 대한 검토”, 헌법실무연구 제13권, 헌법실무연구회, 2012, 592-609쪽.
- 이명웅, “헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원제도-실무상 쟁점을 중심으로-”, 헌법논총 제12집, 헌법재판소, 2001, 309-340쪽.
- 이황희, “구체적 규범통제사건의 심사방식에 관한 소고-당해사건 고려 및 재판전제성 인정범위 문제를 중심으로”, 법학논총 제21권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2016, 95-127쪽.
- 정광현, “직접관련성 요건의 본질과 그 심사척도”, 공법학연구 제19권 제1호, 한국비교공법학회, 2018, 187-225쪽.
- _____, “헌법소원의 개념”, 세계헌법재판 판례동향 1, 헌법재판연구원, 2012, 199-242쪽.
- 정재현, “헌법소원제도에 대한 새로운 고찰-위헌심사형 헌법소원제도의 헌법적 문제점을 중심으로”, 사법 통권 제34호, 사법발전재단, 2015, 187-233쪽.
- 한수웅, “헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판의 법적 성격 및 법원의 ‘제청신청 기각결정’의 의미”, 법학논문집 제42집 제3호, 중앙대학교 법학연구원, 2018, 79-119쪽.

[Abstract]

‘Party’ in Article 68 (2) of the Constitutional Court Act

Kim Kwang Wook*

The essence of the Constitutional complaint under Article 68 (2) of the Constitutional Court Act is Constitutional review of statutes upon request. However, unlike the Constitutional review, the Constitutional complaint is initiated by the “petition” of the party to the underlying case, and therefore one who can petition the Constitutional complaint is important. Article 68 (2) of the Constitutional Court Act allows “Party” to petition the Constitutional complaint when the Party’s request to a preliminary question for the Constitutional review is denied, hence the meaning of “Party” is important.

The Constitutional Court has not revealed the meaning of “Party” in general and has decided whether the Complainant is party or not by considering the legislative purpose and function of the Constitutional complaint from individual cases.

“Party” in the strict sense refers only to the plaintiff and the defendant in the underlying cases. But the “Party” in the above clause should not be interpreted so narrowly. The Constitutional Court held that intervenor(civil procedure), co-litigant(family litigation), administrative agency(defendant and intervenor in administrative litigation), and selector in the underlying case are considered as “Party”.

A person who can receive a decision to deny by a preliminary question or a person who can receive or invoke the effect of a decision to deny and receive the effect of a judgement in the underlying case, should be considered as the “Party” who can be complainant to a Constitutional complaint.

[Key Words] Constitutional complaint, Constitutional Court Act, party, Complainant, Complainant Eligibility

* Rapporteur Judge, The Constitutional Court of Korea