

## 재판의 전제성에 관한 헌법재판소 결정에 대한 헌법적 고찰

이 부 하\*

### < 목 차 >

- I. 서 론
- II. 재판의 전제성 원칙과 그 예외
- III. 재판의 전제성과 관련한 헌법재판소 결정 평가
- IV. 결 론

### I. 서 론

헌법재판소는 법제도상 헌법에 저촉되는 법규범의 위헌성 심사와 헌법과 관련된 정치적 쟁송을 해결하는 헌법기관이다.<sup>1)</sup> 헌법재판소의 관장사항 중 가장 중요한 사항은 법규범에 대한 위헌성 여부 심사권이다. 헌법 제107조 제1항에 의하면, 헌법재판소는 법률의 위헌 여부가 재판(裁判)의 전제(前提)가 된 경우에 법률의 위헌심사권을 지니고 있다. 즉, 특정 법률 또는 법률조항의 위헌 여부가 구체적인 소송사건의 선결문제(先決問題)가 되는 경우, 헌법재판소는 그 법률조항이 위헌인지 여부를 심사하게 된다. 헌법재판소는 법률의 위헌 심사를 함에 있어서 헌법해석을 통해 헌법의 규범력을 발휘하게 된다.<sup>2)</sup> 우리 헌법에서는 법률의 효력에 관한 심사권을 헌법재판소에 집중시킴으로써 ‘법적 안정성’과

\* 영남대학교 법학전문대학원 교수.

1) 이상명, “판례평석: 국회의원의 심의표결권 침해에 대한 권한쟁의심판”, 「한양법학」 제21권 제1집, 한양법학회, 2010. 2., 209면.

2) 표명환, “입법통제에 있어서 헌법재판의 기능적 한계”, 「유럽헌법연구」 제32호, 유럽헌법학회, 2020. 4., 315면.

‘법적 통일성’을 유지하고자 하고 있다.

위헌법률심판 제청과 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판(이하 ‘위헌심사형 헌법소원심판’이라 한다) 청구에 있어서 헌법과 헌법재판소법에서 ‘재판의 전제성’을 요구하는 것은 구체적인 소송사건에 적용되는 법률의 위헌성이 문제되는 경우, 헌법재판소가 집중하여 그 법률의 위헌성을 심사하라는 취지다. 위헌심사형 헌법소원심판제도와 위헌법률심판제도는 구체적인 소송사건에 적용되는 법률의 위헌 여부가 당해 소송사건의 재판의 전제가 된 경우에 헌법에 위반되는 법률 또는 법률조항을 제거하기 위한 구체적 규범통제제도이다.<sup>3)</sup>

위헌심사형 헌법소원심판은 헌법재판소법 제41조 제1항에 의거하여 위헌법률심판 과정에서 당해 소송사건 당사자의 위헌법률심판 제청신청을 법원이 기각한 경우에 그 제청신청을 한 당사자가 직접 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하라는 것이다. 위헌심사형 헌법소원심판에 있어서 요구되는 ‘재판의 전제성’은 위헌법률심판절차와 동일하게 구체적 규범통제절차로서의 본질을 나타내는 요건이다.<sup>4)</sup>

우리 헌법은 다른 국가의 헌법과는 달리, 헌법 제107조 제1항과 제107조 제2항에서 동일하게 ‘재판의 전제성’ 요건을 요구하면서도 양 국가기관에게 규범통제권을 분배하고 있다.<sup>5)</sup> 우리 헌법에서는 당해 소송사건에 적용될 법령의 위헌심사에 있어서 ‘법률’의 위헌 여부는 헌법재판소에, ‘명령·규칙·처분’ 등의 위헌 내지 위법 여부는 대법원에게 각각 심사권을 부여하고 있다.

본 논문에서는 먼저 헌법재판소 결정에서 판시하고 있는 재판의 전제성 개념을 살펴보고, 헌법재판소가 이론 구축한 재판의 전제성의 인정요건을 분석하면서 고찰해 본다. 다음으로 헌법재판소가 판시하고 있는 재판의 전제성의 예외들을 연구해 본다. 특히 재판의 전제성 판단은 원칙적으로 제청법원이 주로 하는데, 예외적으로 헌법재판소가 재판의 전제성 판단에 직접 개입하여 제청법원의 법률적 견해를 대체하는 경우가 있다. 이러한 헌법재판소의 재판의 전제성 판단에 있어서 개입을 살펴본다(이하 II). 재판의 전제성과 관련된 중요 결정들에서

3) 박경철, “헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원제도에 관한 헌법적 검토”, 『강원법학』 제45권, 강원대학교 비교법학연구소, 2015. 6., 274면 이하.

4) 헌재 2014. 1. 28. 2011헌바246 등, 1, 11.

5) 이부하, “헌법 제107조 제2항에 대한 헌법 통일적 해석”, 『동아법학』 제67호, 동아대학교 법학연구소, 2015. 5., 65면.

사건의 개요와 헌법재판소가 판시한 결정요지 및 헌법재판소 결정에 대한 평가를 해본다(이하 III). 결론에서는 전술한 내용을 종합하여 정리해 본다(이하 IV).

## II. 재판의 전제성 원칙과 그 예외

### 1. 재판의 전제성의 원칙

#### 1) 재판의 전제성 개념

위헌심사형 헌법소원심판제도와 위헌법률심판제도에서 구체적 소송사건에서 법률의 위헌 여부가 문제되는 경우, 헌법재판소에 심판을 청구하기 위해서는 재판의 전제가 되어야 한다. 재판의 전제성에서 말하는 ‘재판’이란 인적·물적으로 독립된 법원이 헌법과 법률이 정한 절차에 따라 구체적 분쟁이나 위법 여부를 법규범을 기준으로 유권적으로 판단하는 작용을 말한다.<sup>6)</sup> 다시 말하면, ‘재판’이란 해당 법적 심급에서 소송사건을 종결하거나 소송사건을 위해 독자적인 의미를 지니는 법원의 판단작용이라 정의할 수 있다.<sup>7)</sup>

재판의 전제성은 당해 소송을 담당하는 법원에 계속 중인 사건에서 당해 소송사건 재판에 적용되는 법률의 위헌 여부가 당해 소송사건 재판의 ‘선결문제’가 된다는 의미이다.<sup>8)</sup> 구체적으로 헌법재판소가 실시하고 있는 재판의 ‘전제성’은 첫째, 구체적인 소송사건이 법원에 계속되어 있거나 계속 중이어야 한다. 둘째, 위헌성 여부가 문제되는 법률(내지 법률조항)이 당해 사건의 재판에 적용되는 것이어야 한다. 셋째, 그 법률이 위헌인지 여부에 따라 소송사건 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우이다.<sup>9)</sup>

예외적으로 제청된 또는 청구된 법률조항이 재판을 담당하는 법원의 사건 재판에 직접 적용되지 않더라도 그 법률조항의 위헌 여부에 따라 당해 소송사건

6) 헌법재판소, 「헌법재판소실무제요」 제2개정판, 2015, 133면.

7) 이부하, “헌법 제107조 1항에 있어서 재판의 전제성의 존재요건”, 「공법연구」 제33집 제1호, 한국공법학회, 2004. 11., 431면.

8) BVerfGE 7, 171 (173); 79, 240 (243); 90, 145 (166); 97, 49 (60); 104, 74 (82); 106, 275 (296).

9) 헌재 2021. 5. 27. 2019헌바332, 판례집 33-1, 555, 560.

의 재판에 직접 적용되는 법률조항의 위헌 여부가 결정되거나 당해 재판의 결과를 좌우하는 경우 등 양 법규범 간에 내적 관련이 있는 경우에는 간접적으로 적용되는 법률규정에 대해서도 재판의 전제성을 인정하고 있다.<sup>10)</sup>

## 2) 재판의 전제성 인정요건

(1) 구체적인 소송사건이 법원에 계속되어 있었거나 계속 중이어야 함

구체적인 소송사건이 법원에 계속 중인 경우라야 재판의 전제성이 충족될 수 있다. 예를 들어, 청구인이 당해 사건의 소를 취하한다는 내용의 화해가 성립되어 당해 소송사건이 종결되었다면, 구체적인 소송사건이 법원에 계속 중인 경우라 할 수 없다. 이 경우, 1심 법원에서 적용된 법률조항이 위헌인지 여부는 당해 소송사건과의 관계에서 재판의 전제가 되지 않는다.<sup>11)</sup> 구체적인 소송사건이 법원에 ‘적법하게’ 계속되어 있을 것을 요한다. 당해 소송사건이 처음부터 원고적격의 흠결 또는 제소기간 경과 등으로 부적법한 경우나 당해 소송사건이 소 취하 또는 취하 간주된 경우에는 재판의 전제성이 부정된다.<sup>12)</sup>

헌법재판소는 “청구인이 건물철거와 토지인도 등을 구하는 청구만 한 상태에서, 상해를 원인으로 한 손해배상청구에 필요한 신체감정을 위하여 피고측에 그 감정보용의 예납을 명해 달라고 법원에 신청한 경우, 민사소송에서 소송비용의 예납명령이나 증거채부결정에 대해서는 불복신청이 허용되지 아니하므로, 소송비용의 예납명령절차나 신체감정절차를 당해 사건으로 볼 수는 없고, 상해를 원인으로 한 손해배상청구 소송절차를 당해 사건으로 볼 수밖에 없다. 따라서 상해를 원인으로 한 손해배상청구를 하지 않은 이상 당해 사건이 법원에 계속 중이라고 볼 수 없으므로, 소송비용의 예납에 관한 민사소송법 제116조의 위헌 여부는 재판의 전제가 되지 않는다.”<sup>13)</sup>고 판시하였다.

위 사건에서 법제도상 민사소송에서 소송비용의 예납명령에 대한 불복신청이 허용되지 않는다는 이유로 소송비용의 예납명령절차가 당해 사건이 아니고, 상해를 원인으로 한 손해배상청구 소송절차를 당해 사건으로 보아 법원에 계속

10) 헌재 2021. 5. 27. 2019헌바332, 판례집 33-1, 555, 560.

11) 헌재 2012. 2. 23. 2009헌바222, 1, 4.

12) 김현철, 「관례 헌법소송법」 제4판, 전남대학교 출판부, 2016, 165면.

13) 헌재 2017. 5. 25. 2015헌바349, 공보 제248호, 523.

중이 아니라는 논증을 하기 보다는 그 법률조항이 당해 소송사건의 재판에 적용되지 않는 경우라고 보는 것이 적절해 보인다.

(2) 위헌 여부가 문제되는 법률 또는 법률조항이 당해 소송사건의 재판에 적용되는 것이어야 함

위헌심사형 헌법소원심판제도는 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 되는 경우에 당사자가 위헌법률심판 제청신청을 하였음에도 불구하고 법원이 이를 기각한 경우, 법원의 제청에 갈음하여 당사자가 직접 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있는 제도이다. 여기서 위헌심사형 헌법소원심판이나 위헌법률심판의 대상은 재판의 전제가 되는 ‘법률’이지, ‘대통령령’은 해당되지 않는다.<sup>14)</sup> 위헌법률심판 또는 위헌심사형 헌법소원심판의 대상이 되는 ‘법률’은 형식적 의미의 법률과 이러한 법률과 동일한 효력을 갖는 법규범들이 포함된다.<sup>15)</sup> 일정한 법규범이 위헌법률심판 또는 위헌심사형 헌법소원심판의 대상이 되는 ‘법률’인지 여부는 그 형식이나 명칭을 기준으로 하는 것이 아니라 그 법규범의 효력을 기준으로 한다.

헌법재판소는 “헌법재판소법 제68조 제2항의 법률의 의미는 당해 사건과는 관계없는 일반적·추상적인 법률규정 그 자체가 아니라, 당해 사건 재판의 전제가 되고 해석에 의하여 구체화·개별화된 법률의 의미와 내용을 가리킨다.”고 실시하고 있다. 그런데 일반적·추상적인 법률규정과 구체화·개별화된 법률규정 간을 구분할 실익이 있는지 의문시된다. 더욱이 당해 사건과 관련없는 일반적·추상적인 법률규정은 구체적 사건에 적용되는 것이 아니어서 위헌심사형 헌법소원심판 청구에 있어서 재판의 전제성과 관련하여 논의할 사항이 아니다. 구체적 사건에서 일반적·추상적인 법률규정을 구체적·개별적으로 해석·적용하는 것이지, 일반적·추상적인 법률규정과 구체화·개별화된 법률규정 간의 구분을 통해 헌법재판소법 제68조 제2항에 규정된 법률이 구체화·개별화된 법률이라고 설명하는 것은 큰 의미가 없다.

재판의 전제성이 인정되기 위해서는 위헌성이 문제되는 법률이나 법률조항이 당해 소송사건의 재판에 적용되는지가 중요하다. 예를 들어, “청구인들은 이 사

14) 헌재 2007. 4. 26. 2005헌바51, 판례집 19-1, 444, 452-453.

15) 손인혁, “형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효 제한 - 헌재 2016. 4. 28. 2015헌바216 결정 -”, 『법조』 제66권 제1호, 법조협회, 2017. 1., 467면.

건 헌법소원심판을 청구한 후 당해 사건의 항소심에서 소를 취하하여 당해 사건이 종결되었으므로, 이 사건 법률조항은 당해 사건에 적용될 여지가 없게 되었고, 따라서 청구인들의 이 사건 심판청구는 재판의 전제성을 갖추지 못한 것이어서 부적법하다.”<sup>16)</sup>고 판시하고 있다. 즉, 당해 사건의 항소심에서 소 취하로 사건이 종결되면 그 법률조항을 당해 소송사건의 재판에 적용할 여지가 없다는 것이다.

(3) 해당 법률이 헌법에 위반되는지 여부에 따라 법원이 다른 내용의 재판을 하는 경우

법원이 ‘다른 내용의 재판을 하게 되는 경우’는 원칙적으로 당해 사건 법원이 심리중인 재판의 주문에 영향을 주는 것 이외에도 위헌 여부가 문제된 법률의 위헌 여부가 재판의 주문에 영향을 못 미치더라도 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 뜻한다.<sup>17)</sup> 여기서 재판의 주문이 달라지는 경우란 “그 법률이 위헌일 때는 합헌일 때와 다른 판단을 할 수밖에 없는 경우”를 말한다.<sup>18)</sup>

가) 당해 사건의 법원이 제청하지 않은 법조항이 제청한 법조항과 내용적으로 불가분적인 결합이 되어 있어 판결의 주문이 달라질 가능성이 있는 경우

이 사건에서 법원이 직접 적용한 법조항은 신용협동조합법 제27조의2 제2항과 제3항이다. 그런데 신용협동조합법 제27조의2 제2항은 신용협동조합법상 허용되는 선거운동에 관하여 규정하면서 제3항에서는 제2항 선거운동의 기간에 관하여, 제4항에서는 제2항 선거운동의 구체적인 방법에 관하여 각 정관에 위임하고 있다. 법조문 구조를 살펴볼 때 제2항과 제3항이 결합되어 구체적으로 선거운동 기간이 정해지고, 제2항과 제4항이 결합되어 구체적으로 선거운동 방법이 정해지게 된다. 따라서 제2항, 제3항, 제4항은 모두 선거운동에 관한 기간과 방법에 있어 불가분적으로 결합되어 있다고 볼 수 있으므로, 신용협동조합법 제27조의2 제2항, 제3항, 제4항이 헌법에 위반되는지 여부에 따라 당해 사건

16) 헌재 2011. 11. 24. 2010헌바412, 공보 제182호, 1841, 1843.

17) 헌재 2020. 12. 23. 2018헌바382, 공보 제291호, 96, 99.

18) 헌재 1993. 5. 13. 90헌바22 등, 판례집 5-1, 253, 261.

에서 청구인의 범죄행위 인정 여부 및 판결의 주문이 달라질 가능성이 있다.<sup>19)</sup>

나) 재판의 주문 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지지 않는 경우

재판의 전제가 된다는 것은 그 위헌 여부에 따라 재판의 주문 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 상이해지는 경우를 의미한다.<sup>20)</sup> 여기서 말하는 ‘재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우’<sup>21)</sup>란 “판결주문의 형식적 내용이 달라지는 것은 아니라 하더라도 그 ‘판결의 실질적 효력’에 차이가 있게 되는 것”이라고 판시하고 있다.<sup>22)</sup> 여기서 말하는 판결의 실질적 효력에 있어서 차이가 있는 경우가 어떠한 경우인지 설명이 요구된다.

또한 헌법재판소는 “재판의 주문에는 영향을 주지 않는다고 하더라도 적어도 이유를 달리하게 하거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지게 된다”고 하여 이 사건 법률조항의 위헌 여부는 재판의 전제성이 있다고 판시하였다.<sup>23)</sup> 그러나 구체적인 판시내용을 살펴보면, “원고들의 진술내용의 차이에 따라 재판의 결론이나 주문에 직접 영향을 줄 수 있음은 물론이고 가사 주문에는 영향을 주지 않는다고 하더라도 적어도 이유를 달리하게 하거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지게 된다”고 판시하고 있다.<sup>24)</sup> 원고들의 진술내용에 따라 재판의 주문 내지 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 상이하게 되는 경우라서 재판의 전제성이 인정된다고 한다. 그러나 재판의 전제성을 인정하기 위해서는 헌법재판소의 위헌 여부 결정에 따라 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우여야 한다.

또한 헌법재판소는 재판의 전제성과 관련하여 “재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우”라고 판시하고 있다. 이를 정확히 표현하면, 법률적(gesetzlich) 의미라기보다는 법적(rechtlich) 의미이다. 해당 법률의 문언은 변화가 없는데, 당해 사건을 담당하는 법원이 재판에서 법률의 해석 및 적용으로

19) 헌재 2020. 6. 25. 2018헌바278, 판례집 32-1하, 427, 432.

20) 헌재 2015. 7. 30. 2014헌바420등, 1, 3; 헌재 2018. 4. 26. 2017헌바88, 판례집 30-1상, 612, 621.

21) 소수의 결정에서 “재판의 내용이나 효력 중 어느 하나라도 그에 관한 법률적 의미가 전혀 달라지는 경우에 해당하므로 재판의 전제성이 있다.”고 판단한 바 있다(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 865; 헌재 2007. 12. 27. 2006헌바73, 공보 제135호, 91).

22) 헌재 2001. 10. 25. 2000헌바5, 판례집 13-2, 469, 476.

23) 헌재 2002. 11. 28. 2001헌가28, 판례집 14-2, 584, 591.

24) 헌재 2002. 11. 28. 2001헌가28, 판례집 14-2, 584, 591.

재판의 내용과 효력의 의미, 즉 법적 의미를 다르게 본 경우라고 할 수 있다.

## 2. 재판의 전제성의 예외

구체적 규범통제제도인 위헌법률심판제도는 헌법에 위반되는 법률을 실효(失効)시켜 헌법의 최고규범력을 유지하기 위한 제도이지, 구체적인 분쟁 해결이나 개인의 권리구제를 위한 제도는 아니다.<sup>25)</sup> 이러한 제도의 취지에 따르면, “재판의 전제성은 심판대상 법률이 당해 사건에 적용되고 그 위헌 여부에 따라 논리적·추상적으로 재판의 법적 의미와 내용이 달라질 수 있는 가능성이 있다면 인정되는 위헌법률심판의 개시요건에 불과하고, 청구인의 심판청구이익이나 심판의 필요성을 따져서 위헌법률심판이 제청신청인이나 청구인을 유리하게 하거나 재심의 기회를 주는 경우에만 재판의 전제성이 인정된다고 볼 수 없다.”고 판시하고 있다. 이러한 입장은 헌법재판소가 재판의 전제성 요건을 완화하여 재판의 전제성의 범위를 넓게 확장하겠다는 취지로 해석된다. 재판의 전제성 요건을 엄격하게 제한하게 되면, 법률에 대한 규범통제 기능은 그만큼 축소되고, 헌법에 반하는 법률을 통제하지 못하고 방치하게 되는 경우가 커지게 된다는 의미이다. 헌법재판소는 법률에 대한 규범통제의 범위를 지나치게 제한하는 것은 위헌적인 법률을 실효시켜 헌법의 최고규범력을 보장하려는 헌법의 기본정신에 부합되지 않게 된다고 판시하고 있다.<sup>26)</sup>

헌법재판소가 실시하고 있는 재판의 전제성의 예외로는 첫째, 직접 적용되는 법률조항과 간접 적용되는 법률조항 사이에 내적 관련이 있는 경우, 둘째, 재심을 청구할 수 있는 경우, 셋째, 객관적인 헌법질서의 수호·유지와 관련 당사자의 권리구제를 위해 심판의 필요성이 있는 경우이다.

### 1) 직접 적용되는 법률조항과 간접 적용되는 법률조항 사이에 내적 관련이 있는 경우

당해 사건의 재판에 직접 적용되지 않는 법률조항이라 하더라도, 그 법률조항이 헌법에 위반되는지 여부에 따라 당해 사건의 재판에 직접 적용되는 법률

25) 헌재 2009. 4. 30. 2006헌바29, 판례집 21-1하, 49, 60.

26) 헌재 2009. 4. 30. 2006헌바29, 판례집 21-1하, 49, 60.



조항이 헌법에 위반되는지 여부가 결정되거나 그 의미가 달라짐으로써 당해 사건 재판에 영향을 미치는 경우 등 양 규범 사이에 내적 관련이 인정되는 경우에는 간접적으로 적용되는 법률조항에 대해서도 재판의 전제성이 충족될 수 있다.<sup>27)</sup>

당해 사건의 재판에 직접 적용되는 법률조항은 개인회생절차 개시신청의 기각사유로 ‘개인회생절차에 의함이 채권자 일반의 이익에 적합하지 아니한 때’를 정하고 있는 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제595조 제6호인데, 대법원은 이 사건 법률조항인 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제625조 제2항 제4호에 해당하여 면책의 대상이 되지 않는 채무가 있는 경우에도 동법 제595조 제6호에 해당될 수 있는 것으로 해석하였다. 이 사건 법률조항인 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제625조 제2항 제4호는 당해 사건의 재판에 간접적으로 적용되고, 당해 사건에 직접 적용되는 법률조항인 동법 제595조 제6호와 내적 관련이 있으므로, 재판의 전제성이 충족될 수 있다고 판시하였다.

## 2) 재심을 청구할 수 있는 경우

당해 사건은 이미 확정되었으나, 이 경우에도 당해 사건에 적용되는 법률이 위헌으로 결정되면 확정된 판결에 대하여 당사자는 재심청구가 가능하다.<sup>28)</sup> 따라서 당해 소송사건이 이미 확정되었다고 하더라도 심판대상조항에 대해서는 재심 청구가 가능하므로 재판의 전제성이 인정된다.<sup>29)</sup> 즉, 당해 소송사건이 이미 확정되었지만, 심판대상조항이 위헌 결정이 될 경우 재심을 통해 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우에 해당하므로, 재판의 전제성이 인정된다는 것이다.

이와 관련하여, 위헌 결정된 법률 또는 법률조항에 근거한 유죄의 확정판결을 대상으로 재심을 청구한 경우에는 재판의 전제성이 인정되지만, 유죄 확정판결의 근거법률이 위헌이라는 사유로 재심을 청구한 경우에는 해당 근거법률이 아직 위헌 결정이 내려진 바 없기 때문에 재심사유에 해당되지 않는다.<sup>30)</sup>

27) 헌재 2021. 5. 27. 2019헌바332, 판례집 33-1, 555; Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, 2. Auflage, 2021, § 80 Rn. 58; Ulsamer, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 2016, § 80 Rn. 217, 243. 이를 ‘간접적인 재판의 전제성’이라 한다.

28) 헌법재판소법 제75조 제7항

29) 헌재 2020. 6. 25. 2018헌바278, 판례집 32-1하, 427, 432.

30) 신현석, “재심사건과 재판의 전제성”, 『법학연구』 제25집 제1호, 인하대학교 법학연구소,

따라서 법원이 재심 개시결정을 하지 않더라도 헌법재판소가 그 근거법률에 대하여 재판의 전제성을 긍정하는 것이 타당하다.<sup>31)</sup>

### 3) 객관적인 헌법질서의 수호·유지를 위해 헌법적 해명이 필요한 경우

통합도산법의 시행까지 상당기간이 남았고 그 시행일 이전에 파산절차가 개시된 경우에는 기존 파산법의 적용을 받게 된다. 이 사건 법률조항으로 인한 기본권 침해 사례는 반복하여 나타날 위험성이 있다. 비록 당해 사건이 부적법하게 되어 재판의 전제성을 인정할 수 없다고 하더라도, 파산선고 후 연체로 청구권을 재단채권으로 취급하는 것이 헌법적으로 용인되는가 하는 문제는 당해 사건 당사자에게만 국한된 것이 아니고 이 사건 법률조항으로 인한 기본권 침해가 반복될 위험성이 매우 크므로, ‘객관적인 헌법질서의 유지·수호를 위하여 그 헌법적 해명이 필요한 중요한 의미를 지니고 있다’고 판시하였다. 즉, 당해 사건이 부적법하게 되어 재판의 전제성을 인정할 수 없는 경우라도 헌법적 해명이 필요한 중요한 의미를 가지는 경우에는 예외적으로 재판의 전제성을 인정하고 있다.

## 3. 재판의 전제성 판단에 있어서 헌법재판소의 개입

### 1) 제정법원의 원칙적 판단과 그 예외

위헌법률심판이나 위헌심사형 헌법소원심판에 있어서 헌법에 위반되는지 여부가 문제되는 법률이 재판의 전제성을 갖추고 있는지 여부는 헌법재판소가 독자적인 판단을 하기보다는 되도록 이에 관한 법원의 법률적인 견해를 존중해야 하는 것을 원칙으로 삼고 있다.<sup>32)</sup> 왜냐하면 문제되는 법률의 위헌 여부가 재판의 전제성이 있느냐 없느냐는 구체적인 소송사건 기록에 대한 검토 없이 법률의 위헌성 여부만 판단하는 헌법재판소보다는 기록을 가지고 있고 사실을 조사하여 법률을 적용하는 법원이 더 적합하다. 헌법재판소가 위헌 여부의 본안판

---

2022. 3., 280면.

31) 신현석, 앞의 논문, 308면.

32) 이에 관하여는 김현철, “헌법재판과 법률해석”, 『법학논총』 제30집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2010. 8., 329면.

단 보다도 형식적 요건인 재판의 전제성에 치중하여 이를 나름대로 철저히 규명하려고 하면 결과적으로 본안판단이 심히 지연될 것이기 때문이다.<sup>33)</sup>

그러나 예외적으로 헌법재판소는 재판의 전제성에 관한 제청법원의 법률적 견해가 ‘명백히 유지될 수 없을 때’<sup>34)</sup>에는 이를 직권으로 조사할 수 있으며, 그 결과 재판의 전제성이 없다고 판단되면 그 제청을 부적법하다 하여 각하할 수 있다고 한다.<sup>35)</sup>

## 2) 제청법원의 법률적 견해가 유지될 수 없어 재판의 전제성을 부인한 사례

당해 사건은 피고인이 부실금융기관에 채무를 이행하지 아니한 채무자 법인의 현직 임원(대표이사)으로서 부실관련자에 해당하여 예금보험공사의 조사에 응할 의무가 있음에도 이를 거부하였다는 것이 문제가 되어 기소된 사건이다. 예금자보호법 제21조의2 제1항의 “부실 또는 부실우려에 책임이 있다고 인정되는 부실관련자” 부분은 손해배상청구의 대상자에 관한 규정일 뿐 예금보험공사의 조사대상자인 ‘부실관련자’를 한정하기 위한 규정이 아니다. 이 부분 법률조항은 당해 사건에 적용되는 법률조항이 될 수 없으므로, 그에 대하여 위헌선언이 있다고 하여 당해 사건 재판의 결과가 달라지지 아니한다. 따라서 심판대상조항 중 위 법률조항에 관한 부분은 재판의 전제성이 인정되지 아니하므로 이에 대한 위헌법률심판 제청은 부적법하다.<sup>36)</sup>

## 3) 평가

헌법재판소는 재판의 전제성을 판단함에 있어서 예외적인 경우 제청법원의 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없는 경우에 재판의 전제성 인정 여부를 직권으로

33) 헌재 2001. 11. 29. 99헌바15, 판례집 13-2, 586, 591.

34) ‘명백히 유지할 수 없을 때’(offensichtliche Unhaltbarkeit)는 독일 연방헌법재판소가 계속하여 판시해 온 사항이다(BVerfGE 81, 40 (49); 87, 114 (133); 93, 386 (395); 99, 300 (313); 102, 99 (112)). Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2005, § 86 Rn. 37.

35) 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 53.

36) 헌재 2009. 9. 24. 2007헌가15, 판례집 21-2상, 408, 419. 【판시사항】 1. 재판의 전제와 관련된 제청법원의 법률적 견해가 유지될 수 없어 헌법재판소가 직권으로 재판의 전제성을 부인한 사례

로 조사하여 새롭게 판단하고 있다. 구체적인 사건을 살펴보면, 제청법원의 법률적 견해에 대해 헌법재판소가 자신의 법적 견해로 대체한다기 보다는 제청법원이 당해 사건에 적용되는 법률조항을 잘못 파악한 경우에 헌법재판소가 재판의 전제성 인정 여부를 직권으로 조사하여 판단한 것이다. 즉, 제청법원의 법률적 견해 전제가 문제가 있어 헌법재판소가 이를 수용하기 어렵다고 보기 보다는 제청법원이 당해 사건에 적용되는 법률조항을 잘못 파악하여 제청한 경우이다.

재판의 전제성 판단은 법원의 법률적 견해를 존중해야 하는 것이 원칙이고, 재판의 전제성에 관한 제청법원의 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없을 때에는 예외적으로 헌법재판소가 직권으로 조사할 수 있다는 것이다. 다만, 심사대상 법률조항이 당해 사건에 적용되는지 여부가 불분명한 경우에는 헌법재판소는 재판의 전제성을 인정하고 있다.<sup>37)</sup>

헌법재판소는 원칙적으로 제청법원의 법률적 견해를 존중해야 하고, 예외적으로 재판의 전제성에 관한 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없을 때에만 헌법재판소가 재판의 전제성 인정 여부를 다시 판단한다는 것이다. 실무적으로 제청법원이 당해 사건에 적용되는 법률조항을 잘못 파악한 경우 헌법재판소가 적용되는 법률조항을 정정하면 되는 것이기에 재판의 전제성 충족에 크게 영향을 미치지 않는다고 보인다. 이러한 헌법재판소의 입장을 선해(善解)하면, 위헌법률심판이나 위헌심사형 헌법소원심판의 적법요건(특히, 재판의 전제성) 완화를 통해 구체적 규범통제제도를 활성화하겠다는 의지로 보여진다.

### Ⅲ. 재판의 전제성과 관련한 헌법재판소 결정 평가

#### 1. 2011헌바253 결정

##### 1) 사건의 개요

청구인이 별건 손해배상소송의 상대방 변호사가 담당 재판부를 매수하였다는

37) 헌재 2003. 11. 27. 2003헌바39, 관례집 15-2하, 297, 305 (국가보훈처장은 행정청의 유족연금지급 거부처분이 행정소송의 대상이 되지 않는다고 주장하나, 이 사건에서 그렇게 단정하기 어려우므로 재판의 전제성이 인정된다).

내용의 허위 진정서를 대한변호사협회에 제출함으로써 위 변호사를 무고하였다는 취지의 범죄사실로 징역 1년에 집행유예 3년을 선고받고, 불복하여 항소심 계속 중 위 손해배상소송의 관련 법관들에 대하여 기일 외 증인신청, 법원의 녹음장치를 사용한 녹음신청, 위 청구인이 직접 녹음하는 것을 금지하지 말아달라는 취지의 신청 및 속기신청을 하였으나 기각되었고, 이에 이의신청을 하였으나 기각되었다. 이에 청구인은 위 항소심 계속 중 형사소송법 제56조의2 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 위 신청이 각하되자 헌법소원심판을 청구하였다.<sup>38)</sup>

## 2) 결정요지

형사소송법 제56조의2 제1항은 검사, 피고인 또는 변호인이 공판정에서의 심리의 전부 내지 일부에 대하여 속기, 영상녹화, 녹음을 신청할 수 있도록 하고 또한 소송당사자의 신청이 없는 경우일지라도 법원이 직권으로 이를 명할 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 형사소송법 제56조의2 제1항의 위헌 여부에 따라 당해 사건 법원이 청구인에 대하여 다른 내용의 판단을 할 수 있는 경우, 즉 재판의 주문 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우에 해당되지 않으므로, 청구인들의 위 법률조항에 대한 심판청구는 재판의 전제성이 없어 부적법하다고 판시하고 있다.<sup>39)</sup>

## 3) 평가

형사소송법 제56조의2 제1항은 소송당사자가 공판정에서의 심리에 대한 속기, 녹음, 영상녹화 등을 신청하지 않더라도 필요하다고 인정하는 경우에는 법원이 직권으로 이를 명할 수 있도록 규정하고 있다. 형사소송법 제56조의2 제1항이 헌법재판소에 의해 위헌 결정이 나더라도 당해 소송사건의 법원이 형사사건에 있어서 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우가 아니기 때문에, 형사소송법 제56조의2 제1항에 대한 심판청구는 재판의 전제성이 없다는 것이다. 즉, 재판의 주문 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우도 아니

38) 헌재 2013. 8. 29. 2011헌바253 등, 판례집 25-2상, 424, 429.

39) 헌재 2013. 8. 29. 2011헌바253 등, 판례집 25-2상, 424, 433.

기 때문에,<sup>40)</sup> 재판의 전제성이 없어 부적법하다는 것이다.

그러나 이 결정의 이유에는 문제가 있다. 이 사건은 형사소송법 제56조의2 제1항의 위헌 여부에 따라 재판의 주문 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지지 않기 때문에 재판의 전제성이 없는 경우가 아니라, 형사소송법 제56조의2 제1항이 당해 소송사건의 재판에 적용되지 않기 때문에 재판의 전제성이 없는 것으로 실시하는 것이 타당해 보인다.

## 2. 2019헌바332 결정

### 1) 사건의 개요

주식회사 ○○게임즈(이하 ‘○○게임즈’라 한다)는 게임 퍼블리싱사업, 소프트웨어 개발 및 공급업 등을 영위하는 회사로서 코스닥시장의 상장법인이고, 청구인은 ○○게임즈 발행주권을 매수한 주주이다. ○○회계법인은 ‘주식회사 등의 외부감사에 관한 법률’에 따른 ○○게임즈의 외부감사인으로서 ○○게임즈 2017 사업연도 재무제표 및 연결재무제표에 대한 감사를 마치고 ‘감사인의 감사 수행에 중요하고 전반적인 제한이 있어 충분하고 적합한 감사증거를 입수할 수 없으며, 발견되지 아니한 왜곡표시가 있을 경우 이것이 재무제표에 미칠 수 있는 영향이 중요하고 동시에 전반적일 수 있다.’는 감사 결론에 이르러 ‘의견거절’ 취지의 감사보고서를 작성하였다.

주식회사 한국거래소(이하 ‘한국거래소’라 한다)는 ○○게임즈에 대하여 코스닥시장 상장규정 제38조 제1항 제11호에 따른 상장폐지사유에 해당함을 통보하였고, ○○게임즈는 해당 통보에 대하여 이의 신청을 하였다. 한국거래소는 기업심사위원회를 개최하여 ○○게임즈가 재감사를 받을 수 있도록 개선기간을 부여한 뒤, ○○게임즈가 2018. 9. 28.까지 재감사보고서를 제출하여 상장폐지사유를 해소하지 못하는 경우 ○○게임즈 발행주권의 상장을 폐지하기로 의결(이하 ‘이 사건 상장폐지결정’이라 한다)하였다.

청구인은 이 사건 상장폐지결정의 무효확인을 구하는 소를 제기하고, 그 소송 계속 중 코스닥시장 상장규정 제38조 제1항 제11호 중 ‘의견거절’ 부분 및

---

40) 헌재 2013. 8. 29. 2011헌바253 등, 판례집 25-2상, 424, 433.

제40조 제1항 중 ‘당해 법인에게’ 부분과 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’ 제390조 제2항 제2호에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 청구가 기각됨과 동시에 코스닥시장 상장규정에 대한 위헌법률심판제청신청은 각하되고, ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’ 제390조 제2항 제2호에 대한 위헌법률심판제청신청은 기각되자, 2019. 8. 20. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.<sup>41)</sup>

## 2) 결정요지

자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제390조 제2항 제2호(심판대상조항)는 거래소가 상장규정에 증권의 상장폐지기준 및 상장폐지에 관한 사항을 포함하도록 한 근거조항이고, 당해 사건의 소송물인 상장폐지결정의 직접적인 근거조항은 아니나 간접적으로 적용되는 근거조항이다. 거래소의 상장규정은 투자자 보호 및 시장건전성 유지라는 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’의 목적에 벗어나지 않도록 유의해야 하므로, 심판대상조항의 위헌 여부에 따라 상장폐지결정이 무효가 될 수 있으므로, 심판대상조항은 당해사건과 관련하여 재판의 전제성 요건을 충족한다.<sup>42)</sup>

## 3) 평가

헌법재판소는 이 사안의 법률조항을 재판의 전제성 예외에 해당하는 ‘직접 적용되는 법률조항과 간접 적용되는 법률조항 사이에 내적 관련이 있는 경우’로 판단했다. 즉, 직접 적용되는 법조항은 상장폐지결정의 근거인 코스닥시장 상장규정 제38조 제1항 제11호이고, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제390조 제2항 제2호는 상장폐지결정에 간접적으로 적용되는 법조항으로 본 것이다. 헌법재판소는 당해 사건의 재판에 직접 적용되지 않는 법률조항이라 하더라도, 그 법률조항이 헌법에 위반되는지 여부에 따라 당해 사건의 재판에 직접 적용되는 법률조항이 헌법에 위반되는지 여부가 결정되거나 그 의미가 달라짐으로써 당해 사건 재판에 영향을 미치는 경우 등 양 규범 사이에 내적 관련이 인정되는 경우에는 간접적으로 적용되는 법률조항에 대해서도 재판의 전제성을 인

41) 헌재 2021. 5. 27. 2019헌바332, 판례집 33-1, 555, 558.

42) 헌재 2021. 5. 27. 2019헌바332, 판례집 33-1, 555.

정하고 있다.

그런데 한국거래소와 상장신청법인 사이에 체결되는 상장계약은 사법(私法)상 계약이다. 상장폐지결정은 사법상 계약관계를 해소하는 한국거래소의 일방적 의사표시이며, 상장규정은 한국거래소가 다수의 상장신청법인과 상장계약을 체결하기 위해 사전에 마련해 둔 약관이다. 상장계약, 상장폐지결정, 상장규정과 관련된 법률관계는 사법관계(私法關係)에 속하기 때문에, 그 효력에 대한 판단은 법원이 개별사건에서 판단해야 할 문제이다.<sup>43)</sup> 따라서 해당 법률조항의 위헌 여부에 따라 당해 사건 재판의 주문이 달라지는 경우라 보기 어려우므로, 재판의 전제성이 결여되어 부적법하다고 보아야 한다.

### 3. 2019헌가24 결정

#### 1) 사건의 개요

당해사건의 피고인 A는 살인미수 혐의로 기소되고, 위치추적 전자장치 부착 명령이 청구된 자이다. 1심 계속 중에 피고인에 대하여 이루어진 정신감정 결과에 따르면, 범행 당시 피고인에게 변별능력과 제어능력이 존재하긴 하였으나 알코올 장애 관련 치료가 필요하다고 보았다. 이에 제청법원은 ‘치료감호 등에 관한 법률’ 제4조 제7항에 따라 검사에게 치료감호청구를 요구하였으나, 검사는 이에 응하지 아니하였고, 당해사건은 2019. 8. 14. 변론종결(추정)된 상태이다. 제청법원은 치료감호법 제4조 제7항에 위헌이라고 인정할 만한 상당한 이유가 있다면서 직권으로 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.<sup>44)</sup>

#### 2) 결정요지

만약 치료감호법 제4조 제7항이 개정되어 피고인의 청구에 의하여 또는 법원의 직권에 의하여 당해 형사재판 중에 치료감호가 선고될 수 있다면, 하나의 재판절차에서 형사유무죄에 대한 판단과 치료감호 인용 여부에 대한 판단이 함

43) 헌재 2021. 5. 27. 2019헌바332, 판례집 33-1, 555, 556 (재판관 이선애, 재판관 이은애의 적법요건에 관한 반대의견).

44) 헌재 2021. 1. 28. 2019헌가24 등, 판례집 33-1, 1, 4.



께 이루어질 것이고, 이는 당해사건 재판의 주문이 달라지거나 적어도 그 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 것으로 볼 수 있을 것이다. 따라서 치료감호법 제4조 제7항은 당해사건과 관련하여 재판의 전제성이 인정된다.<sup>45)</sup>

### 3) 평가

살인미수 혐의 형사사건에 대한 재판과 치료감호에 대한 재판은 별개의 청구로 개시된 별개의 재판이다. 치료감호사건과 피고사건인 형사사건은 그 대상이나 요건, 절차에 있어서 구별되며, 양자는 본질적으로 별개의 사건이다.

검사만 치료감호를 청구할 수 있고 법원은 검사에게 치료감호청구를 요구할 수 있다고 규정한 ‘치료감호 등에 관한 법률’ 제4조 제1항 및 동조 제7항에서는 검사의 치료감호 청구권한과 법원의 치료감호 청구 요구권을 구별하여 규정하고 있다. 헌법재판소가 치료감호법 조항들을 위헌이라고 판단하더라도 바로 당해 소송을 담당하는 법원이 형사사건인 당해 소송사건에서 재판의 주문 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 등 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우라 보기 어렵다.<sup>46)</sup> 따라서 치료감호법 제4조 제7항의 위헌 여부는 재판의 전제성 요건을 충족하지 못한 것으로 판단할 수 있다.

## 4. 2017헌가25 결정

### 1) 사건의 개요

제청신청인은 전기판매사업자인 한국전력공사와 전기공급계약을 체결하고 전기를 공급받는 전기사용자이다. 제청신청인은 한국전력공사가 2016. 7.부터 같은 해 8.까지 제청신청인이 사용한 525kWh의 전기에 대해 128,565원의 전기요금을 부과하였다. 그러자 한국전력공사의 기본공급약관 중 누진요금에 관한 부분이 전기사업법 제4조, 전기사업법 시행령 제7조 제1항 제1호를 위반하며 제청신청인의 계약의 자유를 침해하여 무효라고 주장하면서, 한국전력공사를 상

45) 헌재 2021. 1. 28. 2019헌가24 등, 판례집 33-1, 1, 7.

46) 헌재 2021. 1. 28. 2019헌가24 등, 판례집 33-1, 1, 2 (재판관 이선애, 재판관 이은애의 반대이견).

대로 위 기간 동안의 전기요금채무는 68,670원을 초과하여 존재하지 아니한다는 확인을 구하는 소를 제기하였다. 전주지방법원 군산지원(‘제청법원’)은 제청신청인이 위 소송 계속 중 전기사업법 제16조 제1항, 제53조, 제54조에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하자, 그 중 전기사업법 제16조 제1항 부분에 대한 위헌법률심판제청신청을 받아들여 위헌법률심판을 제청하였다.<sup>47)</sup>

## 2) 결정요지

전기사업법 제16조 제1항(심판대상조항)을 ‘전기요금약관’이 효력을 갖게 되는 근거 조항으로 보고, 심판대상조항이 위헌일 경우 한국전력공사가 전기요금약관을 근거로 제청신청인에게 전기요금을 징수할 수 없게 된다고 본, 제청법원의 법률 해석이 명백히 유지될 수 없다고 단정하기 어렵고, 심판대상조항이 위헌이라면 전기요금약관 중 전기요금의 산정기준이나 요금체계 등에 관한 부분은 전기판매사업자가 일반적으로 작성하는 약관으로는 정할 수 없는 것이어서 무효라는 판단이 가능하므로, 심판대상조항은 재판의 전제성 요건을 충족한다.<sup>48)</sup>

## 3) 평가

전기사업법 제16조 제1항(심판대상조항)은 전기판매사업자가 작성한 전기요금약관에 대해 산업통상자원부 장관의 인가를 받도록 하고 있고, 심판대상조항이 전기요금약관에 의거해 이루어진 전기공급계약의 효력요건으로 보기 어렵다. 전기요금약관은 전기사업자와 불특정 다수의 수요자 간에 이루어지는 전기공급계약에 적용되는 보통계약약관에 해당하고, 전기요금약관에 의거한 전기공급계약은 본래 사법관계(私法關係)이기 때문이다.<sup>49)</sup> 전기공급계약의 효력 내지 전기공급계약에 따른 채무의 존부와 범위 문제는 사법적(私法的) 문제로서 법원이 구체적으로 판단할 사항이다.

47) 헌재 2021. 4. 29. 2017헌가25, 판례집 33-1, 378, 382.

48) 헌재 2021. 4. 29. 2017헌가25, 판례집 33-1, 378.

49) 헌재 2021. 4. 29. 2017헌가25, 판례집 33-1, 378, 379 (재판관 이은애의 적법요건에 관한 반대의견).

심판대상조항에 의하면, 전기판매사업자는 전기요금과 기본공급약관을 작성하여 산업통상자원부장관의 인가를 받아야 한다. 심판대상조항은 사법관계(경제관계)에 대한 국가의 규제와 조정을 위한 절차법적 조항이다. 즉, 전기공급계약의 근거조항으로 보기 어렵다. 따라서 심판대상조항이 위헌이라고 판단되더라도 바로 당해 소송을 담당하는 법원이 한국전력공사와 사인(私人) 간의 전기요금약관에 근거한 사법관계인 전기공급계약의 효력 내지 전기공급계약에 따른 채무의 존부와 범위에 관하여 당해 사건 재판의 주문이 달라지는 등 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우라 보기 어렵다. 결국 심판대상조항은 재판의 전제성 요건을 충족하지 못하였다고 볼 수 있다.

#### IV. 결 론

구체적 규범통제제도의 본질적인 목적은 헌법에 위반되는 법률을 제거하여 헌법의 최고규범력을 유지하려는 데 있다. 구체적 규범통제제도에서 핵심적인 적법요건 중 하나는 ‘재판의 전제성’이다. 재판의 전제성이 인정되기 위해서는 구체적인 소송사건이 법원에 계속되어 있어야 하고, 위헌 여부가 문제되는 법률 내지 법률조항이 당해 소송사건의 재판에 적용되는 것이어야 한다. 또한 그 법률 또는 법률조항이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우여야 한다. 즉, 재판의 전제성이란 당해 소송사건의 재판에서 적용될 법률의 위헌성이 문제되는 경우에 그 법률의 위헌 여부가 당해 소송사건의 재판에 있어서 ‘선결문제’(先決問題)가 된다는 의미이다.

재판의 전제성을 갖추라는 것은 구체적인 소송사건과 관련하여 헌법재판소가 법률에 대한 규범통제를 하라는 것이지, 구체적 소송사건과 관련이 없는 입법에 대한 본원적·추상적 규범통제를 하라는 것은 아니다. 헌법 제107조 제1항에서 ‘재판의 전제가 된 경우’를 폭넓게 해석·적용하는 것은 구체적 규범통제제도의 의미를 퇴색시킬 수 있다. 따라서 헌법 제107조 제1항에서의 ‘재판의 전제성’은 엄격하게 해석해야 한다.

우리나라 헌법재판소는 유권해석으로 재판의 전제성 인정요건의 예외를 넓게 인정해 오고 있다. ‘직접 적용되는 법률조항과 간접 적용되는 법률조항 사이에 내적 관련이 있는 경우’와 ‘객관적인 헌법질서의 유지·수호를 위하여 그 헌법

적 해명이 필요한 중요한 의미를 지니는 경우' 등을 재판의 전제성의 예외로 인정하고 있다. 그러나 헌법재판소처럼 재판의 전제성의 예외를 넓게 인정하게 되면, 구체적 규범통제제도의 특성이 약화되고 헌법의 최고규범력 보장에 취약해질 수 있다. 헌법재판소가 재판의 전제성의 예외를 넓게 인정하게 되면, 구체적 소송사건에 적용되지 않는 법률조항을 심사하게 되므로 구체적 규범통제제도의 본질을 훼손하고 헌법재판소가 과도하게 입법에 대한 규범통제권을 행사하게 된다. 즉, 헌법재판소가 헌법에 근거 없는 규범통제권을 행사하게 되어 권력분립원리를 위반할 수 있다. 헌법에 위반되는 법률조항을 제거하여 헌법의 최고규범력을 보장하기 위한 구체적 규범통제제도의 취지상 우리나라 헌법재판소가 자신의 유권해석에 의해 규범통제권을 스스로 확장하는 것은 바람직하지 않다.

헌법재판소는 원칙적으로 제청법원에게 재판의 전제성에 관한 판단권을 부여하고 있지만, 제청법원의 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없는 경우에는 헌법재판소 직권으로 재판의 전제성 여부를 다시 심사하고 있다. 헌법재판소 결정에서 판시하고 있는 제청법원의 재판의 전제성에 대한 법률적 견해가 유지될 수 없는 경우에는 제청법원의 법률적 견해 전체가 유지될 수 없는 경우가 아니라 제청법원이 당해 사건에 적용될 법률조항을 잘못 파악한 경우이다. 제청법원이 재판의 전제성 판단과 관련하여 당해 사건에 적용될 법률조항을 잘못 파악한 경우, 헌법재판소는 부적법 각하 결정을 하여 법률의 위헌 여부의 본안판단에 집중할 필요가 있다.

우리나라 헌법재판소가 구체적 사건에서 재판의 전제성 관련 결정들에서 당해 법률조항의 위헌 여부에 따라 재판의 주문 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지지 않기 때문에 재판의 전제성을 충족할 수 없는 것이 아니라, 당해 법률조항이 당해 소송사건의 재판에 적용되지 않기 때문에 재판의 전제성이 없는 경우가 몇몇 있다. 또한 사법관계(私法關係)에 속하는 사건에 있어서, 사법관계의 효력에 대한 판단은 법원이 개별사건에서 판단해야 할 문제이고, 따라서 해당 법률조항의 위헌 여부에 따라 당해 사건 재판의 주문이 달라지는 경우라 보기 어려우므로, 재판의 전제성이 충족되지 않는 경우가 있다.

[참고문헌]

- 김현철, 「판례 헌법소송법」 제4판, 전남대학교 출판부, 2016.
- \_\_\_\_\_, “헌법재판과 법률해석”, 「법학논총」 제30집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2010.
- 박경철, “헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원제도에 관한 헌법적 검토”, 「강원법학」 제45권, 강원대학교 비교법학연구소, 2015.
- 손인혁, “형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효 제한 - 헌재 2016. 4. 28. 2015헌바216 결정 -”, 「법조」 제66권 제1호, 법조협회, 2017.
- 신현석, “재심사건과 재판의 전제성”, 「법학연구」 제25집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2022.
- 이부하, “헌법 제107조 1항에 있어서 재판의 전제성의 존재요건”, 「공법연구」 제33집 제1호, 한국공법학회, 2004.
- \_\_\_\_\_, “헌법 제107조 제2항에 대한 헌법 통일적 해석”, 「동아법학」 제67호, 동아대학교 법학연구소, 2015.
- \_\_\_\_\_, “한국과 독일의 구체적 규범통제제도간 비교”, 「헌법학연구」 제15권 제4호, 한국헌법학회, 2009.
- 이상명, “판례평석: 국회의원의 심의표결권 침해에 대한 권한쟁의심판”, 「한양법학」 제21권 제1집, 한양법학회, 2010.
- 표명환, “입법통제에 있어서 헌법재판의 기능적 한계”, 「유럽헌법연구」 제32호, 유럽헌법학회, 2020.
- Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, 2. Auflage, 2021, § 80.
- Ulsamer, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 2020, § 80.
- Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2005, § 85.

[국문초록]

## 재판의 전제성에 관한 헌법재판소 결정에 대한 헌법적 고찰

이 부 하\*

법원이 위헌법률심판을 제청하거나 청구인이 위헌심사형 헌법소원심판을 청구할 때 재판의 전제성을 요구하는 것은 구체적 규범통제제도의 특성 때문이다. 재판의 전제성은 구체적인 소송사건이 법원에 계속되어 있었거나 계속 중이어야 하며, 위헌 여부가 문제되는 법률이 당해 소송사건의 재판에 적용되는 것이어야 한다. 또한 그 법률이 헌법에 위반되는지 여부에 따라 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우이다. 여기서 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우란 그 위헌 여부에 따라 재판의 주문 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 말한다.

우리나라 헌법재판소는 재판의 전제성의 예외로서 첫째, 직접 적용되는 법률조항과 간접 적용되는 법률조항 사이에 내적 관련이 있는 경우, 둘째, 재심을 청구할 수 있는 경우, 셋째, 객관적인 헌법질서의 수호·유지와 관련 당사자의 권리구제를 위하여 심판의 필요성이 있는 경우를 들고 있다. 헌법재판소가 재판의 전제성의 예외를 넓게 인정하게 되면 구체적 소송사건에 적용되지 않는 법률조항을 심사하게 되므로, 구체적 규범통제제도의 본질을 훼손하고 헌법재판소가 과도하게 입법에 대한 규범통제권을 행사하게 된다. 즉, 헌법재판소가 유권해석으로 헌법에 없는 규범통제권을 행사하게 되면 권력분립원리에 위반될 수 있다.

재판의 전제성 판단에 있어서 헌법재판소는 원칙적으로 제청법원의 법률적 견해를 존중하지만, 예외적으로 재판의 전제성에 관한 제청법원의 법률적 견해가 '명백히 유지될 수 없을 때'에는 헌법재판소가 이를 직권으로 조사할 수 있다고 하여 재판의 전제성 여부를 직접 판단한다. 재판의 전제성에 관한 제청법원의 법률적 견해가 유지될 수 없는 경우를 살펴보면, 제청법원의 법률적 견해

---

\* 영남대학교 법학전문대학원 교수.

전체가 문제가 있어 수용하기 어렵다고 판단되는 경우라고 하기 보다는 제청법원이 당해 사건에 적용되는 법률조항을 잘못 파악하여 제청한 경우이다.

우리나라 헌법재판소가 판시한 재판의 전제성 관련 결정들을 살펴보면, 당해 법률조항의 위헌 여부에 따라 재판의 주문 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지지 않는 경우가 아니기 때문에 재판의 전제성이 없는 것이 아니라, 당해 법률조항이 당해 소송사건의 재판에 적용되지 않기 때문에 재판의 전제성이 없는 경우가 종종 있다. 또한 사법관계(私法關係)에 속하는 사건에 있어서, 사법관계의 효력에 대한 판단은 법원이 개별사건에서 판단해야 할 문제이고, 따라서 해당 법률조항의 위헌 여부에 따라 당해 사건 재판의 주문이 달라지는 경우라 보기 어려우므로, 재판의 전제성이 충족되지 않는 경우가 있다.

주제어 : 재판의 전제성, 구체적인 사건, 다른 내용의 재판, 내적 관련성, 헌법재판소의 개입

[Abstract]

A Constitutional Consideration of the Korean Constitutional Court'  
Decision concerning preconditional relevant to the underlying case

Lee, Boo-Ha\*

The court requires the preconditional relevant to the underlying case when it proposes an unconstitutional legal trial or when the claimant requests an unconstitutional review type constitutional appeal because of the characteristics of the specific normative control system. Preconditional relevant to the underlying case means that, first, a specific case must have been or is pending in the court, second, the law in question as to whether it is unconstitutional must apply to the trial of the litigation case, and third, this means that the court in charge of the litigation case decides differently depending on whether the Act is in violation of the Constitution. A trial with a different content refers to a case in which the order of trial is different or the legal meaning of the content and effect of a trial is different depending on whether the trial is unconstitutional. The Constitutional Court of Korea is an exception to the preconditional relevant to the underlying case. First, if there is an internal relationship between directly applied legal provisions and indirectly applied legal provisions, second, if a retrial can be requested, and thirdly, objective protection and maintenance of constitutional order and cases where a trial is necessary for the relief of the rights of the parties concerned. If the Constitutional Court broadly recognizes the exception to the preconditional relevant to the underlying case, it will examine the provisions of the law that do not apply to specific litigation cases, thereby undermining the essence of the specific normative control system and excessively exercising the normative control of the Constitutional Court. In other words, the Constitutional Court can exercise the right to normative control that are not based on the Constitution,

---

\* Professor, Yeungnam University Law School.



thereby violating the principle of separation of powers.

In determining the preconditional relevant to the underlying case, the Constitutional Court in principle respects the legal opinion of the requesting court, but as an exception, when the legal opinion of the requesting court on the preconditional relevant to the underlying case cannot be maintained, the Constitutional Court ex officio can be investigated, so it directly determines whether the underlying case is preconditioned. Looking at the case where the legal opinion of the requesting court regarding the preconditional relevant to the underlying case cannot be maintained, it is not the case where the entire legal opinion of the requesting court is problematic and difficult to accept, but rather a case where the requesting court made a request by misunderstanding the legal provisions applicable to the case.

Looking at the decisions related to the preconditional relevant to the underlying case made by the Constitutional Court of Korea, it is not the case that the order of trial or the legal meaning of the content and effect of trial does not change depending on whether the relevant statutory provision is unconstitutional. There are often cases where there is not preconditioned relevant to the underlying case because the relevant statutory provisions do not apply to the trial of the relevant case. In addition, in a case belonging to the legal relation of civil law, the judgment on the validity of the legal relation of civil law is a matter for the court to decide in an private case, and therefore the order of the trial of the case changes depending on whether the relevant statutory provision is unconstitutional. Because it is difficult to judge, there are cases where the preconditional relevant to the underlying case is not satisfied.

Key words : preconditional relevant to the underlying case, specific case,  
trial with a different content, internal relationship,  
Intervention of the Constitutional Court

