

프랑스 사후적 위헌심사에 있어서 청구인의
직접청구에 관한 연구
- 2015년 10월 14일 제2015-491호
QPC 판례평석을 중심으로 -

박인수* · 이신이**

< 목 차 >

- I. 들어가는 말
- II. 헌법재판소법 제23-7조에 의한 자동적 청구의 유형
- III. 프랑스 헌재 2015년 10월 14일 제2015-491호 QPC 판례평석
- IV. 맺음말

I. 들어가는 말

프랑스 헌법재판소(Conseil constitutionnel)는 2010년부터 사후적 위헌심사(Question Prioritaire de Constitutionnalité, 이하 QPC)를 도입·운영해 오면서 초기에 발생한 기능상의 문제점들을 법령의 개정 및 판례 해석 등을 통하여 적절하게 수정·보완함으로써 현재는 아주 안정적으로 규범통제를 하고 있는 것으로 평가되고 있다. 프랑스 헌법재판소의 성격 또한 사전적·사후적 위헌심사를 통하여 실질적인 법원으로서의 성격뿐만 아니라 전체 사법(司法)체계 상 최고법원으로서의 지위를 함께 인정받고 있다.

하지만 사후적 위헌심사 절차에 관한 불명확한 규정으로 인하여 여전히 몇몇 문제가 제기되고 있다. 특히 프랑스 사후적 위헌심사의 특징 중 하나인 이중적

* 영남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

** 엑스-마르세유대학교(ILF, Aix-marseille Université) 박사학위과정.

적법성 심사(double filtrage)¹⁾와 관련하여 행정최고재판소(Conseil d'État) 또는 대법원(Cour de cassation)이 QPC 적법성 심사에 관한 최종적인 권한을 가지고 예외적으로 헌법재판소법²⁾ 제23-7조에 따라 3개월의 기한 내에 그 적법성 여부를 결정하지 않는 경우에 한하여 헌법재판소로 이송하도록 규정하고 있다.³⁾ 하지만 이 경우 이송방식과 이송주체, 이송시기 등에 관하여 구체적인 규정이 존재하지 않아⁴⁾, 헌법재판소는 판례를 통하여 법원 사무처를 통한 자동이송(transmission de greffe à greffe) 또는 청구인에 의한 직접청구(saisine directe du justiciable) 등으로 구분하여 이를 인정하고 있다.⁵⁾ 그럼에도 불구하고 자동적 청구⁶⁾에 있어서 QPC 제청신청서에 대한 요건심사 여부 및 그 기준 그리고 부대상송인 사후적 위헌소송에 독자적 성격을 부여하고 있는 헌법재판

- 1) 원칙적으로 프랑스 사후적 위헌심사에서는 제청신청 절차 상 2회의 적법성 심사를 받도록 하고 있지만, 법원의 성격(제23-1조 제3항) 또는 소송경제 상 청구인의 선택에 의하여 행정최고재판소 또는 대법원에서 1회의 적법성 심사도 가능하다(Florian Savonitto, "Les cas d'absence de double filtrage des QPC", Gazette du Palais, 2012, n° 185, p.15).
- 2) "헌법재판소 조직법률 규정에 관한 1958년 11월 7일 제58-1067호 법률명령(Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel)"은 헌법재판소의 조직과 기능 및 규범통제에 관한 절차와 효력 등을 규정하고 있으므로 여기에서는 '헌법재판소법'으로 사용한다.
- 3) 헌법재판소법 제23-7조 제1항 : 행정최고재판소 또는 대법원이 사후적 위헌심판 제청을 결정한 때에는 그 결정서 및 당사자 의견서 또는 제청청구서를 함께 헌법재판소에 제출한다. 행정최고재판소 또는 대법원이 제청신청을 기각한 때에는 그 결정 사본을 헌법재판소에 송부한다. 행정최고재판소 또는 대법원이 제23-4조와 제23-5조에 규정된 기한 내에 제청 여부를 결정하지 않은 경우에 당해 사건은 헌법재판소에 이송된다.
- 4) 프랑스 현재 2009년 12월 3일 제2009-595호 DC 결정주석, p.2 ; "이 경우 이송방식에 관하여 헌법재판소법 또는 헌법재판소 규칙(Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité) 등 어디에도 구체적인 규정이 존재하지 않는다. 따라서 이 경우에는 헌법재판소가 소의 존재를 인식할 수 있는 경우에 한하여 청구인이 직접청구를 할 수 있도록 허용해야 한다.", X. Magnon (dir.), 「La question prioritaire de constitutionnalité - pratique et contentieux」, Lexis-Nexis, 2013, p.253.
- 5) Gottot Salomé, "Les saisines directes du Conseil constitutionnel : vers une remise en cause de l'unité procédurale de la question prioritaire de constitutionnalité ?", Revue française de droit administratif, 2015, n° 3, p.589; 한편, 헌법재판소법 제23-7조에 의한 자동적 청구와 별개로 선거소송에 관한 헌법 제59조에 따라 제기된 소송에서 선거법에 관한 위헌여부(QPC)를 다룰 때에도 QPC 요건심사 없이 헌법재판소에 청구인의 직접청구가 가능하다. 하지만 이 경우는 프랑스 선거소송의 특성상 헌법재판소가 최종심이 되고, 행정최고재판소 또는 대법원의 부작위와 관련하여 인정되는 것이 아니기 때문에 여기에서는 다루지 않기로 한다(프랑스 현재 2012년 1월 12일 제2011-4538호 결정 ; Florian Savonitto, *idem*, pp.16-17 참고).
- 6) 프랑스 헌법재판소법 제23-7조에 의한 법원 사무처를 통한 자동이송 및 청구인에 의한 직접청구를 포괄하는 용어로 여기서는 '자동적 청구'로 사용하기로 한다.

소법 제23-9조⁷⁾의 적용여부 등이 문제되고 있다.

특히 우리나라와 같은 위헌심사형 헌법소원 절차를 두고 있지 않는 프랑스 사후적 위헌심사는 행정최고재판소와 대법원의 QPC 제청기각 결정에 대한 구제절차를 인정하지 않을 만큼 QPC 적법성 심사에 있어서 두 최고법원에 절대적인 권한을 부여하고 있다. 따라서 헌법재판소 제23-7조에 따라 QPC 요건심사 없이 헌법재판소에 이송되는 자동적 청구 문제는 프랑스 사후적 위헌심사에 있어서 매우 특별한 경우에 속한다.

실질적으로 행정최고재판소와 대법원이 QPC 적법성 심사에 부여된 3개월의 기한을 초과하는 사례는 매우 드물다. 즉, 두 최고법원은 이러한 전속적인 QPC 적법성 심사 권한을 법률에 규정된 기한 내에 성실히 준수하고 있다고 평가되고 있다. 하지만 불명확한 법률조항으로 인하여 예기치 않은 피해를 받는 청구인이 계속해서 발생할 가능성이 여전히 존재하고 있기 때문에 이러한 자동적 청구 문제에 있어서 행정최고재판소와 대법원에 기한의 준수만을 기대할 것이 아니라 기존의 헌법재판소 결정을 유형별로 분석하여 그 요건과 절차를 명확하게 할 필요가 있다고 생각된다.

특히 최근의 헌법재판소 2015년 10월 14일 제2015-491호 QPC 결정은 이러한 문제점을 아주 잘 나타내고 있다. 따라서 아래에서는 헌법재판소법 제23-7조에 의한 자동적 청구 유형을 기존의 판례를 통하여 분석(Ⅱ)해 보고, 최근의 헌법재판소 2015년 10월 14일 제2015-491호 QPC 결정에 대한 문제점과 해결 방안(Ⅲ)을 중심으로 서술하고자 한다.

Ⅱ. 헌법재판소법 제23-7조에 의한 자동적 청구의 유형

프랑스 헌법재판소법은 행정최고재판소 또는 대법원에서 QPC 제청신청에 대한 ‘제청결정이 있을 때’에는 그 결정서 및 당사자 의견서 또는 제청신청서를 헌법재판소에 송부하도록 하고 있다(제23-7조 제1항 전단). 하지만 제23-7조의 기한도과로 인한 자동적 청구의 경우에는 위의 규정이 적용되지 않기 때문에 헌법재판소가 당해사건을 인지하기 어렵다는 점을 고려하여 의회 입법준비 과

7) 프랑스 헌법재판소법 제23-9조 : 헌법재판소에 사후적 위헌심판이 제청된 경우에 어떤 이 유로든지 당해 사건이 소멸하더라도 위헌심사 심리에 영향을 미치지 아니한다.

정에서 이 경우의 이송주체와 이송방식 등에 관한 논의가 있었다.⁸⁾ 따라서 여기에서는 헌법재판소의 결정을 통해서 인정된 자동적 청구에 관하여 유형별로 분석(Ⅱ-1, Ⅱ-2)하고, 이렇게 이송된 QPC 제청신청서의 경우 헌법재판소의 요건심사 여부 및 그 기준(Ⅱ-3)에 대하여 살펴보기로 한다.

1. 법원 사무처를 통한 자동이송(transmission de greffe à greffe)

이 유형은 다시 행정최고재판소 또는 대법원이 적법성 심사를 위해 부여된 3개월의 기한을 초과하여 QPC 요건심사에 대한 불송부결정권(dessaisissement)의 상실을 확인⁹⁾하고, 법원 사무처를 통해 헌법재판소 사무처로 이송하는 유형과 불송부결정권의 상실을 확인하지 않고 곧바로 헌법재판소에 이송하는 유형으로 구분된다.

1) 불송부결정권 상실의 확인(constat de dessaisissement)을 통한 자동이송

(1) 프랑스 현재 20011년 12월 16일 제2011-206호 QPC 결정

청구인 Noël은 타르브(Tarbes) 민사지방법원(tribunal de grande instance)에 부동산 강제집행(procédure d'exécution forcée immobilière)에 관한 민법 제2206조가 1789년 인간과 시민의 권리선언(Déclaration des droits d'homme et du citoyen de 1789) 제2조와 제17조에 의해 인정되는 재산권 및 채무자의 방어권을 침해한다는 이유로 QPC 제청신청을 하였다. 타르브 민사지방법원은 위의 QPC 제청신청을 대법원에 이송할 것을 결정¹⁰⁾하였고, 대법원 사무처는

8) J.-L. Warsmann, 'Rapport de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n° 1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution', Doc. Assemblée nationale, n° 1898, 3 septembre 2009, pp.78-79 참고.

9) 이는 행정최고재판소 또는 대법원이 QPC 제청결정과 유사한 형식으로 헌법재판소 사무처에 이송하면서, 그 결정 주문에 “불송부결정권의 상실을 확인한다(constate le dessaisissement de la Cour de cassation)”고 명시하는 것을 의미한다.

10) 행정최고재판소 또는 대법원에 속하는 법원에서 QPC 제청신청이 있는 경우에는 즉시 1. 재판의 전제성, 2. 기존의 합헌성 심사여부, 3. 진지성에 대하여 심사하여 행정최고재판소

2011년 6월 20일에 이를 접수하고 6월 22일에 등록하였다. 그리고 9월 22일 대법원은 이 QPC 제청신청은 접수일을 기준으로 헌법재판소법 제23-4조에 규정된 요건심사 기한을 초과하여 불송부결정권이 상실하였음을 확인하고 이를 헌법재판소 사무처에 이송하였다.¹¹⁾

2010년 사후적 규범통제 시행 후 처음으로 헌법재판소법 제23-7조를 근거로 한 QPC 제청신청서를 이송 받은 헌법재판소는 QPC 요건심사에 관한 권한과 기준 등을 고찰할 필요가 있었다. 2011년 12월 16일 결정에서 헌법재판소는 “행정최고재판소 또는 대법원의 기한 초과로 인하여 자동이송을 받은 경우 QPC 사건의 기초가 된 재판에 대하여 심사할 수 있는 어떠한 법률도 존재하지 않기 때문에 두 최고법원의 제청결정을 통한 QPC 심사와 다르게 판단할 권한이 없다. 또한 이 경우에 QPC 요건심사에 관한 결정서가 헌법재판소에 송부되지 않기 때문에 다툼이 있는 법률조항이 QPC 사건의 기초가 된 재판에 적용되는 지 여부는 심사하지 않는다.”¹²⁾고 확인하면서 문제가 된 민법 제2206조는 헌법에 합치된다고 결정하였다.¹³⁾

(2) 프랑스 현재 2014년 1월 31일 제2013-363호 QPC 결정

청구인 Michel은 2010년 푸아티에(Poitiers) 경죄재판소(Tribunal correctionnel)에 X를 공문서 위조 및 횡령죄 등으로 고소하였다. 푸아티에 경죄재판소는 2011년 6월 16일 피고인 X를 무죄 판결하고, 고소인 Michel을 무고죄로 1,500유로의 벌금형을 결정하였다. 이에 청구인은 푸아티에 항소법원(cour d'appel)에 위의 결

또는 대법원에 이송여부를 판단하여야 한다(헌법재판소법 제23-2조 제1항 참고).

11) 프랑스 대법 2011년 9월 21일 제1703호 판결.

12) 프랑스 현재 2011년 12월 16일 제2011-206호 QPC 결정주석, p.5.

13) 강제집행 절차는 채권자가 자신의 채권을 효과적으로 회수하기 위한 공익적 목적을 위하여 규정된 것으로 경매나찰로 인하여 채무자의 재산권을 침해한다는 주장은 헌법상 보장하는 재산권의 범위에 속하지 않는다. 그리고 임의경매에 대한 합의가 이루어지지 않을 경우 채권자는 법원에 의한 공경매를 신청할 수 있고, 이 경우 채무자가 경매물에 대한 시장가격을 법원에 제시할 수 있도록 하고 있다. 한편 민법 제2206조는 이 경매에서 유찰될 경우에 채권자가 경매가격을 지정하고, 입찰자가 없는 경우 채권자 낙찰자가 된다고 규정하고 있으므로 헌법재판소는 문제가 된 법률조항은 지나치게 헌법상 보장된 채무자의 방어권을 제한하고 있다고 볼 수 없다고 판결하였다(프랑스 현재 2011년 12월 16일 제2011-206호 QPC 결정, 판시사항 5-8번 참고); 이에 대한 반론으로 Olivier Salati, “Jurisprudence du Conseil constitutionnel - Conseil constitutionnel, 16 décembre 2011, n° 2011-206 QPC, M. Noël C.”, Revue française de droit constitutionnel, 2012, n° 90, pp.418-412 참고.

정에 대한 항소와 동시에 경죄사건의 항소권자(faculté d'appeler)를 제한하고 있는 형사소송법(code de procédure pénale) 제497조가 공정한 재판을 받을 권리 등을 침해한다는 이유로 QPC 제청신청을 하였다. 푸아티에 항소법원은 이 사건 청구인은 적법한 항소권자가 아니라는 이유로 항소를 각하하고 QPC 제청신청을 기각하였다.

2013년 5월 16일 청구인은 대법원에 항소법원의 각하판결에 대한 상고와 함께 동 법률조항에 대한 이전의 대법원 QPC 제청기각 결정¹⁴⁾에 대하여도 합헌성 여부의 판단을 구하는 내용을 추가하여 항고하였다. 대법원은 2013년 11월 5일 판결을 통하여 QPC 요건심사를 위해 부여된 기한의 도과로 불송부결정권의 상실을 확인하면서 이 사건을 헌법재판소에 이송하였다.¹⁵⁾

헌법재판소는 먼저 청구인의 QPC 제청청구서를 검토하여 심사대상을 형사소송법 제497조 제3호만으로 한정하면서, 동 법률조항이 사소청구인(partie civile)에게 경죄사건에서 항소할 경우 검사에 의한 공소절차(action publique)와 달리 손해배상청구의 이익(intérêts civils)이 있는 경우에만 가능하도록 규정한 것은 헌법상 보호되는 범죄피해자의 손해를 실질적으로 회복하기 위한 입법자의 선택이라고 판단하였다. 따라서 사소청구인인 Michel이 1심 경죄재판소에서 무죄판결을 받은 상대방을 대상으로 다시 항소할 수 없다고 해서 공정한 재판을 받을 권리 등을 침해하는 것은 아니라고 결정하였다.¹⁶⁾ 다음으로 대법원의 결정에 대한 합헌성심사 여부와 관련하여 헌법재판소는 헌법 제61-1조에 의한 사후적 위헌심사는 '법률조항'만을 대상으로 하고 있고, QPC 제청은 '행정최고재판소 또는 대법원의 결정'에 의하도록 규정하고 있으므로 두 최고법원의 최종적인 제청결정은 QPC 심사대상뿐만 아니라 제심의 대상도 될 수 없다고 강조하였다.¹⁷⁾

2) 불송부결정권의 상실확인이 없는 자동이송(프랑스 헌재 2012년 11월 23일 제2012-283호 QPC 결정)

청구인 Antonie는 베르사유(Versailles) 행정재판소(Tribunal administratif)에

14) 프랑스 대법 2010년 7월 16일 제12186호 판결.

15) 프랑스 대법 2013년 11월 5일 제5900호 판결.

16) 프랑스 헌재 2014년 1월 31일 제2013-363호 QPC 결정, 판시사항 8번 참고.

17) 프랑스 헌재 2014년 1월 31일 제2013-363호 QPC 결정주석, pp.12-13, 프랑스 헌재 2011년 7월 22일 제2011-152호 QPC 결정.

서 생-브랑 공원의 일부에 대한 토지용도 변경처분(déclassement)에 대하여 권한남용(excès de pouvoir)을 이유로 취소소송 중에 2010년 6월 23일 동 재판소에 환경법(code de l'environnement) 제L. 341-1조 등 7개 조항이 2005년 환경헌장 제7조에 규정된 정보권 및 참여권을 침해한다는 이유로 QPC 제청신청을 하였다. 2011년 6월 23일 베르사유 행정재판소는 행정최고재판소에 당해사건의 판결과 함께 위 QPC 제청신청서를 이송하였고, 행정최고재판소는 2011년 7월 15일에 이를 접수하였다. 이후 2012년 9월 13일 행정최고재판소는 헌법재판소법 제23-7조에 의한 불송부결정권 상실의 확인 없이 곧바로 헌법재판소 사무처에 이송하였다.

이 사건은 청구인이 원용한 환경법 7개의 조항 중에서도 특히 용도구역 지정 절차에 이해당사자(intéressé)만 참여할 수 있도록 하면서, 그 요건을 행정입법권(pouvoir réglementaire)에 위임하고 있는 제L. 341-3조와 용도구역 변경절차에는 어떠한 참여방법도 규정하고 있지 않는 제L. 341-13조가 문제가 되었다.¹⁸⁾

헌법재판소는 위 환경법 조항은 환경헌장 제7조에서 보장하고 있는 국가기관이 보유한 환경에 관한 정보에 접근할 권리 및 환경에 영향을 미치는 공공계획 결정에 참여할 권리를 침해하고, 또한 위 권리에 관한 요건과 한계를 법률로 정하도록 규정하고 있음에도 불구하고 이를 행정입법으로 위임한 것은 부진정 입법부작위(incompétence négative du législateur)에 해당하여 헌법에 위반된다고 판시하였다. 다만 즉시 위헌결정으로 발생할 중대한 영향을 고려하여 위헌결정의 효력을 1년간 유예하는 헌법불합치 결정을 하였다.¹⁹⁾

2. 청구인에 의한 직접청구(saisine directe du justiciable)

1) 프랑스 헌재 2012년 2월 15일 제2012-237호 결정

사르그민느(Sarreguemines) 경죄재판소에 마약 복용죄로 기소된 청구인 Zafer는 동 재판소에 불법 마약류 사용을 처벌하고 있는 공공보건법(code de la santé publique) 제L. 3421-1조가 헌법에서 보장하고 있는 개인의 자유, 인격권, 신체의 자유 등을 침해한다는 이유로 QPC 제청신청을 하였다. 2011년 9월 12

18) 프랑스 헌재 2012년 11월 23일 제2012-283호 QPC 결정주석, pp.18-19.

19) 프랑스 헌재 2012년 11월 23일 제2012-283호 QPC 결정, 판시사항 26, 27, 31번 참고.

일 사르그민느 경죄재판소는 헌법재판소법 제23-2조의 요건을 충족했다고 판단하고 이 QPC 청구서를 대법원에 이송하였고, 대법원은 9월 23일 이를 접수하였다.

한편 2011년 9월 30일 청구인은 대법원에 메츠(Metz) 항소법원의 유죄판결에 대한 상고와 함께 동일한 조항과 이유로 두 번째 QPC 제청신청²⁰⁾을 하였고, 11월 30일 대법원은 두 번째 QPC 제청신청을 기각²¹⁾하였다. 하지만 2012년 2월 2일 청구인은 지난해 9월 23일 사르그민느 경죄재판소에 의해 대법원에 접수된 첫 번째 QPC 제청신청이 헌법재판소법 제23-7조에 규정된 요건심사 기한을 초과하였다는 것을 원인으로 헌법재판소에 직접 청구하였다.

2012년 2월 15일 헌법재판소는 동일한 청구인, 청구이유, 법률조항 등 3가지 동일성을 근거로 두 QPC 제청신청은 실질적으로 같은 하나의 청구로 판단하고 이를 기각하였다.²²⁾

2) 프랑스 현재 2014년 11월 21일 제2014-440호 결정

청구인 Jean-Louis는 대법원 국선변호 진담변호사 선정위원회(Bureau d'aide juridictionnelle)에 각기 다른 이유로 세 번의 국선변호를 청구하였다가 기각되자, 대법원장(Premier président de la cour de cassation)을 상대로 위의 기각 결정에 대한 항소와 동시에 국선변호에 관한 1991년 7월 10일 법률(loi n°

20) 일반적으로 하급심에서 QPC 제청신청이 행정최고재판소 또는 대법원에 이송결정을 하거나 행정최고재판소 또는 대법원이 헌법재판소에 제청결정을 할 경우에 당해사건은 두 최고법원의 제청결정 또는 헌법재판소의 QPC 결정이 있을 때까지 중지되는 것이 원칙(제23-3조 제1항)이지만, 재판으로 인해 개인의 자유가 박탈되거나 재판이 자유를 침해하는 조치를 종료하는 것을 목적으로 할 경우에 당해사건은 중단되지 않는다(제23-3조 제2항). 따라서 이 사건은 제23-3조 제2항이 적용되어 형사재판 절차가 중단되지 않아서 청구인이 동일한 내용의 두 번의 QPC 제청신청을 한 것으로 생각된다.

21) 프랑스 대법 2011년 11월 30일 제6861호 판결.

22) 헌법재판소는 2012년 2월 15일 제2012-237호 QPC 사건의 특이성과 대법원의 두 번째 QPC 요건심사 결정을 고려하여 이를 직접청구 유형으로 분류하고 있지 않지만(프랑스 현재 2014년 11월 21일 제2014-440호 QPC 결정주석, p.4.), 다수의 논문에서는 이 사건을 청구인에 의한 직접청구로 인정하고 있다(Gottot Salomé, *op. cit.*, p.591; Jean Barthélemy · Louis Boré, "QPC et saisine directe du Conseil constitutionnel", *Constitution*, 2012, p.300; Florian Savonitto, "La saisine directe du Conseil constitutionnel : une opportunité manquée", *Gazette du Palais*, 2012, n° 66, p.21; Mathias Revon, "La saisine directe d'un Conseil constitutionnel par un justiciable est-elle possible ?", *Revue française de droit constitutionnel*, 2016, n° 106, p.485).

91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique)의 다수 조항이 헌법에 보장된 자유와 권리를 침해한다는 이유로 QPC 제청신청을 각각 제기하였다.

한편 청구인 Jean-Louis는 대법원이 QPC 적법성 심사에 부여된 기한을 초과하자 2014년 10월 10일, 16일, 28일 차례로 헌법재판소에 헌법재판소법 제 23-7조를 원인으로 한 사후적 위헌심사를 직접 청구하였다.²³⁾

헌법재판소는 3가지 QPC 청구를 하나로 병합하여 판단²⁴⁾하면서, 국선변호에 관한 1991년 7월 10일 법률에 의한 결정의 법적성격은 실제로 항소법원장 또는 대법원장에 의해 선고된다하더라도 이는 사법행정 결정(décision d'administration judiciaire)²⁵⁾에 속하고, 또한 이러한 결정에 대한 항소절차는 법원에 의한 재판 절차가 아니라고 강조²⁶⁾하면서 행정최고재판소와 대법원의 기존 판례를 다시 확인하였다. 따라서 헌법재판소는 청구인이 국선변호인 선임절차 중에 제기한 사후적 위헌심사는 헌법 제61-1조에서 규정하고 있는 '소송 계속 중의 법원(instance en cours devant une juridiction)'에 해당하지 않기 때문에 부적법하다고 결정하였다.²⁷⁾

3. 소 결

지금까지 헌법재판소 결정을 통하여 인정된 제23-7조에 의한 자동적 청구를 유형별로 분석해 보았다.²⁸⁾

특히 행정최고재판소 또는 대법원의 적법성 심사가 없는 경우에 QPC 요건 심사 여부와 그 기준에 관하여 헌법재판소는 "QPC 사건의 기초가 된 재판에 대하여 심사할 어떠한 법률도 존재하지 않기 때문에 행정최고재판소 또는 대법원의 제청을 통한 QPC 심사와 다르게 판단할 권한이 없다. ... 다만 이 경우

23) 프랑스 현재 2014년 11월 21일 제2014-440호 결정주석, pp.1-2.

24) 프랑스 현재 2014년 11월 21일 제2014-440호 QPC 결정, 판시사항 5번 참고.

25) 행정최고재판소 2003년 1월 22일 제244177호 판결.

26) 프랑스 대법 2011년 7월 7일 제1601호 판결.

27) 프랑스 현재 2014년 11월 21일 제2014-440호 QPC 결정, 판시사항 8-9번 참고; 다만 이 결정은 헌법 제61-1조에서 의미하는 법원에 해당한다면 청구인에 의한 직접청구가 수리될 수 있다는 가정을 남겼다(Mathias Revon, *op. cit.*, p.490.).

28) 프랑스 현재 2011년 12월 16일 제2011-206호 QPC 결정, 프랑스 현재 2012년 11월 23일 제2012-283호 QPC 결정, 프랑스 현재 2014년 1월 31일 제2013-363호 QPC 결정(자동이송 관련 결정); 프랑스 현재 2012년 2월 15일 제2012-237호 QPC 결정, 프랑스 현재 2014년 11월 21일 제2014-440호 QPC 결정(직접청구 관련 결정).

다툼이 있는 법률조항에 대한 판단은 청구인이 제출한 이유와 동기가 기재된 QPC 제청신청서를 바탕으로 결정한다.”고 제23-7조를 근거로 한 최초의 결정에서 명확하게 밝혔다.²⁹⁾ 그리고 이러한 헌법재판소의 입장은 이후의 자동적 청구사건에 계속해서 동일하게 유지되고 있다.

한편 이러한 자동적 청구를 다시 법원 사무처를 통한 자동이송과 청구인에 의한 직접청구로 구분하는 실익은 행정최고재판소 또는 대법원의 불송부결정권의 상실확인을 통한 개입 가능성 즉, 이송주체에 따라 구별되는 것으로만 생각되어 왔다.

하지만 청구인의 직접청구에 관한 프랑스 헌재 2015년 10월 14일 제 2015-491호 결정에 의하면 자동적 청구에 관한 두 유형 사이에 이송주체의 차이뿐만 아니라 사후적 위헌소송의 독자성에 관한 헌법재판소법 제23-9조 적용 여부에도 차이를 두면서, 청구인에게 예상하지 못한 피해를 발생시켰다. 따라서 아래에서는 이 사건 결정에 대한 분석(Ⅲ-1) 및 문제점(Ⅲ-2)에 대하여 살펴보고자 한다.

Ⅲ. 프랑스 헌재 2015년 10월 14일 제2015-491호 QPC 판례평석

1. 프랑스 헌재 2015년 10월 14일 제2015-491호 QPC 결정

1) 참고조문

- 헌법재판소법 제23-7조 제1항 : 행정최고재판소 또는 대법원이 사후적 위헌심판 제청을 결정한 때에는 그 결정서 및 당사자 의견서 또는 청구서를 함께 헌법재판소에 제출한다. 행정최고재판소 또는 대법원이 제청기간 결정을 한 때에는 그 결정 사본을 헌법재판소에 송부한다. 행정최고재판

29) 즉, 사후적 위헌심사에 관한 헌법 제61-1조에 따라 법률의 규정 또는 헌법상 보장된 자유와 권리에 해당하는 지 여부 등 심사대상의 적법성을 판단하는 것으로 보여 진다(프랑스 헌재 2009년 12월 3일 제2009-595호 DC 결정, 프랑스 헌재 2010년 5월 28일 제2010-1호 QPC 결정; 프랑스 헌재 2012년 11월 23일 제2012-283호 QPC 결정주석, p.4, 참고).

소 또는 대법원이 제23-4조와 제23-5조에 규정된 기한³⁰⁾ 내에 제청여부를 결정하지 않은 경우에 당해 사건은 헌법재판소에 이송된다.

- 헌법재판소법 제23-9조 : 헌법재판소에 사후적 위헌심판이 제청된 경우에 어떤 이유로든지 당해 사건이 소멸하더라도 위헌재판 심리에 영향을 미치지 아니한다.

2) 사건의 개요

청구인 Pierre는 2013년 7월 17일 푸아티에 행정재판소로부터 노동부 고용센터(Pôle emploi)를 통해 특별 보조금의 일부지급을 결정 받았다.³¹⁾ 하지만 국선변호인의 불성실한 변론으로 보조금 전액을 받지 못한 청구인은 보르도 행정항고법원(Cour administrative d'appel de Bordeaux)에 항고와 동시에 국선변호인에 관한 법률 제27조, 제29조, 제31조에 대한 QPC 제청신청을 하였다.

특히, “국선변호인의 보수는 심급과 사안의 난이도에 따라 계산된다.”라고 규정하고 있는 국선변호인의 보수규정으로는 저소득 소송당사자의 권리를 효과적으로 보호하기 위한 적절한 법률서비스를 제공받기 어렵다는 이유로 이 사건 법률조항은 당사자 평등의 원칙, 무기평등의 원칙(principe d'égalité des armes) 및 시민과 인간의 권리선언 제6조와 제16조에서 규정하고 있는 차별금지원칙 및 적절한 재판을 받을 권리 등을 침해한다고 주장하였다.

2014년 12월 30일 보르도 행정항고법원은 위 QPC 제청신청³²⁾과 항고를 모두 기각하였다.³³⁾ 이에 청구인은 2015년 3월 6일 위 사건에 대한 상고 및 QPC

30) 하급심에서 행정최고재판소 또는 대법원에 QPC 이송결정을 한 경우(제23-2조 제3항 단서), 행정최고재판소 또는 대법원에 상고와 동시에 하급심의 QPC 이송 기각결정에 대한 항고를 한 경우(제23-2조 제3항 단서) 및 행정최고재판소 또는 대법원에 상고와 함께 처음으로 QPC 제청신청을 한 경우(제23-5조 제1항) 모두 행정최고재판소 또는 대법원은 3개월 이내에 QPC 적법성 여부를 판단하여야 한다(제23-5조 제3항).

31) 푸아티에 행정재판소 2013년 7월 17일 제1200061호 판결(<http://www.pierregenevier.eu/npdf2/jug-ta-vs-pe-17-7-13.pdf> [2017. 05. 26 최종검색]).

32) 보르도 행정항고법원은 새로운 문제성 및 진지성의 결여를 이유로 청구인의 QPC 제청신청을 기각하였다(보르도 행정항고법원 2014년 12월 30일 제13BX02589호 판결(<http://www.pierregenevier.eu/npdf2/dec-CAA-bordeaux-31-12-14.pdf> [2017. 05. 26 최종검색])).

33) 이 사건 청구인은 1심에서 지역 변호사협회에서 지정해준 국선변호사의 불충분한 변론으로 일부만 승소하자 2심에서 적절한 방어권을 보장받기 위하여 새로운 국선변호인을 선택할 수 있도록 요구했지만 받아들여지지 않아, 결국 이 사건 항고심은 변호인의 부재를 원인으로 기각되었다(보르도 행정항고법원 2014년 12월 30일 제13BX02589호 판결).

제청기각 결정에 대한 항고를 행정최고재판소에 제기하였다.

2015년 6월 9일 이 사건 청구인은 3개월이 지나도 QPC 제청여부에 대한 결정이 없자, 헌법재판소법 제23-7조를 근거로 하여 헌법재판소에 직접 QPC 심사를 청구하였다. 한편 2015년 7월 16일 행정최고재판소는 4개월 전에 제기된 청구인의 상고를 각하하였다.³⁴⁾

2015년 10월 14일 헌법재판소는 이 사건 QPC 최종 등록일은 상고가 각하된 다음날인 2015년 7월 17일이라고 판단하면서, 이 사건 QPC 청구는 당해 소송의 소멸로 부적법 각하한다고 결정하였다.³⁵⁾ 이에 청구인은 QPC 등록일자 오류를 수정해 줄 것을 요구했지만, 헌법재판소는 이를 기각하고 이전과 동일하게 이 사건 등록완료일을 2015년 7월 17일로 유지하였다.³⁶⁾

3) 헌법재판소 결정

헌법재판소는 헌법재판소법 제23-7조와 제23-9조의 관련성을 언급하면서, “행정최고재판소 또는 대법원이 3개월의 기한 내에 QPC 제청여부를 결정하지 않는 경우에 청구인은 직접 헌법재판소에 QPC 심사를 청구할 수 있다. 하지만 이 경우에는 QPC 청구의 원인이 되는 소송 즉, 당해 사건이 유효하게 존재하여야 한다.”고 해석하였다. 따라서 이 사건은 2015년 7월 16일 행정최고재판소의 상고 각하결정으로 당해 사건이 소멸하였으므로 QPC 청구는 부적법하다고 결정하였다.

2. 프랑스 헌재 2015년 10월 14일 제2015-491호 QPC 결정의 문제점

헌법재판소는 이 사건 결정에서 매우 간략한 설명으로 청구인에 의한 직접 청구의 부적법성을 논증하였다.

먼저 헌법재판소법 제23-7조 제1항 단서 및 당해사건과 위헌심사의 분리

34) 프랑스 행정최고재판소 2015년 7월 16일 제388499호 판결(<http://www.pierregenevier.eu/npdf2/dec-CE-vsPE-16-7-15.pdf> [2017. 05. 26 최종검색]).

35) 프랑스 헌재 2015년 10월 14일 제2015-491호 QPC 결정, 판시사항 3번 참고.

36) 프랑스 헌재 2015년 12월 11일 제2015-491R호 QPC 결정, 판시사항 2번 참고.

관한 제23-9조를 언급하면서, “어떤 원인으로든지 위헌소송의 원인이 된 재판이 소멸하게 된 경우에는 헌법재판소법 제23-7조 제1항 단서를 기초로 한 자동적 청구를 주장할 수 없다.”라고 두 조항의 연관성을 불명확하게 추론하였다. 그리고 QPC 제청신청의 등록일자 오류정정 요구와 관련하여 “청구인에 의해 제기된 QPC 제청신청 등록일을 (상고각하 결정 다음날인) 2015년 7월 17일로 판단한 데에는 하자가 없다.”라고 하면서도 이러한 해석에 대하여 납득할 수 있는 어떠한 공식적인 이유나 근거를 제시하지 않았다.

이러한 헌법재판소의 해석은 세 가지 이유에서 문제가 있어 보인다. 먼저 사후적 위헌소송이 헌법재판소에 제기되면 당해사건과 분리하여 독자적으로 판단하도록 하는 여러 법률규정과 체계적 정합성이 맞지 않고, 헌법재판소법 제23-7조와 제23-9조의 관련성을 모호하게 추론하면서 자동적 청구에 대하여 축소해석을 하였다. 또한 이 사건 등록일을 행정최고재판소 또는 대법원의 상고 결정에 따라 판단함으로써 제23-7조에 의한 청구인에 의한 직접청구권을 매우 제한하였다.

따라서 아래에서는 이 사건 결정의 문제점을 당해사건 절차와 사후적 위헌심사 절차를 분리하여 판단하도록 하는 법률규정(2-1))과 헌법재판소법 제23-7조와 제23-9조의 연관성 여부(2-2)) 및 청구인에 의한 직접청구권의 제한 가능성(2-3))을 중심으로 설명하고자 한다.

1) 계속 중인 재판과 QPC 절차의 분리에 관한 법률규정

(1) 행정법원법(Code de justice administrative) 제R. 771-17조

행정법원법 제R. 771-17조는 “사후적 위헌심사가 상고와 함께 제기된 경우, 행정최고재판소는 QPC 제청여부를 상고의 적법성여부(admission du pourvoi)와 관계없이 먼저 결정한다.”라고 규정하고 있다. 그리고 행정최고재판소 판례에서도 동 법률조항에 따라 상고의 적법성 검토보다 먼저 QPC 제청여부에 대하여 결정하는 판결이 다수 존재하고 있다.³⁷⁾ 즉, 행정최고재판소는 위 행정법

37) 프랑스 행정최고재판소 2010년 9월 15일 제340570호 판결, 프랑스 행정최고재판소 2011년 3월 2일 제342099호 판결(항고보다 먼저 QPC 요건심사를 결정한 사건); 프랑스 행정최고재판소 2010년 6월 25일 제326363호 판결, 프랑스 행정최고재판소 2010년 10월 7일 제323882호 판결(항고와 QPC 요건심사를 동시에 결정한 사건); “행정최고재판소는 상고와 함께 3개월 내에 판결을 내려 할 책임이 있는 위헌심사 청구 신청이 제기된 경우에는 상

원법 규정에 따라 3개월 내에 QPC 제청여부에 대하여 먼저 결정하고, 이후에 상고의 적법성 여부를 판단해왔다. 또한 행정법원법 제R. 771-17조에 대한 주석서에서는 “이 규정은 행정최고재판소에 상고와 동시에 처음으로 사후적 위헌심사가 제기되거나, 상고와 함께 하급심의 QPC 기각결정에 반하여 이를 다투는 경우에도 적용된다.”³⁸⁾고 설명하고 있다. 다시 말해 상고의 적법성 여부와 QPC 요건심사 절차는 하나의 절차가 다른 절차에 영향을 미치지 않도록 분리하여 판단하여야 한다고 명확히 밝히고 있다.

그러나 이 사건에 대한 헌법재판소 결정에서는 행정법원법 제R. 771-17조와 정면으로 반대되는 입장을 취하면서 행정최고재판소의 상고의 적법성에 대한 판단이 청구인에 의해 직접 청구된 QPC 제청신청에 영향을 미치는 결과를 발생시켰다.

(2) 프랑스 헌법재판소법 제23-9조

헌법재판소의 이러한 입장은 “헌법재판소에 사후적 위헌심사가 제청되면 당해 소송의 소멸은 QPC 심사에 영향을 미치지 않는다.”고 규정하고 있는 헌법재판소법 제23-9조와도 모순된다. 헌법재판소는 이 사건 결정에서 어떠한 구체적인 이유 없이 당해 소송이 소멸한 경우에 청구인에 의한 직접청구는 부적절하다고 판시하면서 제23-9조의 예외를 인정하는 결정을 하였다.

만약 이 사건에서 헌법재판소가 당해사건과 사후적 위헌소송을 분리하여 독자적으로 판단하도록 하는 제23-9조를 원용하려면, 청구인에 의한 직접청구의 경우에는 제23-9조의 적용이 배제되므로 당해사건의 소멸로 사후적 위헌소송도 부적법하게 된다고 판시하는 것이 더욱 논리적이기 때문이다.³⁹⁾

한편, 헌법재판소의 결정과 같이 청구인에 의한 직접청구의 경우에 ‘현재 계속 중인 재판의 존재’라는 제23-9조의 예외가 인정된다고 하더라도 이 사건 QPC 등록일을 조정하면서 재판의 전제성을 상실하도록 판단한 것은 헌법재판소가 행정최고재판소 또는 대법원과 발생할 수 있는 권한충돌 문제를 피하기 위한 선택으로 밖에 이해되지 않는다.

고의 적법성에 대한 결정을 먼저 해서는 아니 된다.”(Mathias Revon, *op. cit.*, p.488, 각주번호 79, 재인용).

38) collectif d'éditeurs, 「Code de justice administrative 2017, annoté et commenté」, Dalloz, 2016, p.493.

39) Mathias Revon, *ibid.*, p.489 참고.

2) ‘계속 중인 재판의 존재’ : 헌법재판소법 제23-7조와 제23-9조의 관련성?

헌법재판소법 제23-7조에 규정된 자동적 청구는 입법과정에서 QPC 요건심사를 위해 부여된 3개월의 기한을 초과할 경우에 행정최고재판소 또는 대법원을 제재하기 위한 수단으로써 도입되었다.⁴⁰⁾ 특히 법원의 개입(불송부결정권 상실의 확인 등)을 통한 자동이송 방식은 헌법 제61-1조의 “행정최고재판소 또는 대법원이 ‘정해진 기한 내(dans un délai déterminé)’에 제청결정을 통하여...”라는 문언을 고려하여 헌법재판소법 채택을 위한 의회토론 과정에서 논의되었다. 앞에서 살펴보았듯이 헌법재판소는 2011년 12월 16일 제2011-206호 QPC 결정을 시작으로 다수의 결정에서 자동이송을 인정하였다.

반면에 청구인에 의한 직접청구 즉, 행정최고재판소 또는 대법원이 QPC 적법성 심사를 위해 부여된 기한을 초과하고도 아무런 결정을 하지 않는 경우에 대하여는 충분히 논의되지 못하였다. 하지만 이러한 문제는 이후 구체적인 사건에서 인식되었고, 헌법재판소는 두 차례의 결정⁴¹⁾을 통하여 이를 인정하게 된 것이다. 따라서 헌법재판소법 제23-7조의 청구의 주체나 요건에 관한 법률규정이 불완전하다고 해서 제23-9조와의 연관성을 언급하면서 자동적 청구의 원칙, 특히 청구인에 의한 직접청구를 부당하게 축소 해석해서는 아니 된다.

그러므로 이 사건에서 헌법재판소는 당해 사건이 행정최고재판소의 상고각하 결정으로 소멸하였다 하더라도, 기한도과에 대한 재제로써 당해사건과 사후적 위헌소송의 분리에 관한 제23-9조를 직접 적용하여 위헌여부에 대해 적극적으로 판단하는 것이 헌법 제61-1조와 헌법재판소법 제23-7조 및 제23-9조의 입법취지에도 적합하다고 생각한다.

40) 프랑스 헌법재판소법 채택을 위한 의회 토론과정에서 기한을 준수하지 않은 행정최고재판소와 대법원에 대한 제제수단으로써 일부 교수들은 헌법재판소 직권으로 QPC 제청을 할 수 있는 방안을 제시하였으나, 헌법재판소 사무처장(Secrétaire général du Conseil constitutionnel)인 Marc Guillaume는 법원 사무처가 헌법재판소로 이송하는 방안을 주장하였다(J.-L. Warsmann, *op. cit.*, pp.69-70 참고).

41) 헌법재판소 결정 중 청구인에 의한 직접청구에 관한 분류문제는 앞의 각주번호 22번 참고.

3) 청구인에 의한 직접청구권의 제한

(1) 청구인에 의한 직접청구권의 제한 가능성

헌법재판소는 이 사건에서 제23-7조에 의한 청구인의 직접청구의 경우 제23-9조의 효력이 배제되는 것으로 해석하였다. 그리고 이 사건 QPC 등록일을 행정최고재판소의 상고각하 결정이 있는 다음날로 판단함으로써 청구인에 의한 직접청구 가능성을 사실상 배제하는 결과를 가져왔다. 따라서 여기에서는 헌법재판소의 결정에 따라 행정최고재판소에 재판이 청구된 2015년 3월 6일부터 종료된 2015년 7월 16일까지를 시간 순으로 다시 살펴보면서 청구인에 의한 직접청구 가능성을 평가해 보고자 한다.

이 사건 청구인은 3월 6일에 항소심 판결 대한 상고 및 QPC 제청기각결정에 대한 항고를 행정최고재판소에 제기하였다. 그리고 6월 7일 QPC 요건심사를 위해 부여된 기한이 도과하여도 QPC 제청여부에 대한 결정이 없자, 6월 9일 청구인은 헌법재판소에 제23-7조를 원인으로 QPC 제청신청을 하였다. 한편 행정최고재판소는 청구인이 상고를 제기한지 4개월 뒤인 7월 16일에 상고각하 판결을 하였다.

헌법재판소가 원칙적으로 판단했다면 QPC 접수일(date de réception)인 6월 9일부터 7월 16일까지는 기한도과 및 새롭게 추가된 당해사건의 존재라는 요건을 갖추었기 때문에 이 사건 청구인에 의한 직접청구는 적법하게 수리되었어야 한다.

하지만 헌법재판소는 이 사건 QPC 등록일(date d'enregistrement)을 행정최고재판소의 상고각하 판결 다음날인 7월 17일 이라고 결정하면서, QPC 제청신청의 기초가 된 당해사건의 소멸하였으므로 청구인의 QPC 청구를 각하한다고 결정하였다. 즉, 청구인에 의한 직접청구의 경우 QPC 등록일은 행정최고재판소의 상고에 대한 적법성 여부(recevabilité du pourvoi)에 따라 결정된다는 것이다. 이러한 헌법재판소의 해석은 행정최고재판소와 대법원의 기한도과에 대한 제재를 포기한 결정이라는 비판을 피할 수 없게 되었다.

그렇다면 헌법재판소 해석에 따라 청구인에 의한 직접청구의 경우 행정최고재판소 또는 대법원의 상고결정에 따라 QPC 등록일이 결정된다고 가정해 보면, 두 가지로 유형으로 구분해 볼 수 있다. 먼저는 행정최고재판소 또는 대법원이 상고를 각하하면 헌법재판소는 당해사건의 소멸로 청구인의 직접청구를

각하하는 경우와 다음으로 행정최고재판소 또는 대법원이 상고를 수리하면 헌법재판소가 청구인의 직접청구를 등록하는 경우이다. 하지만 후자의 경우에는 두 최고법원이 불송부결정권의 상실을 확인하면서 헌법재판소 사무처로 자동이송할 가능성이 높기 때문에 결론적으로 청구인에 의한 직접청구는 사실상 불가능하게 된다.

이러한 헌법재판소의 해석을 두 최고법원과의 관계를 고려하여 현실적인 관점에서 이해해 보면 헌법재판소는 사후적 위헌심사가 시행되기 이전부터 2009년 12월 3일 제2009-595호 DC 결정을 통해 행정최고재판소와 대법원의 QPC 적법성 심사에 대하여 통제하는 것을 원하지 않았다. 그리고 2010년 5월 28일 첫 QPC 판결에서도 행정최고재판소와 대법원의 QPC 제청기간 결정에 대한 재심권한이 없다고 밝혔다. 즉, 사후적 위헌심사에 있어서 QPC 요건심사권한은 행정최고재판소와 대법원에 절대적·최종적으로 전속해있다는 의미로 이러한 헌법재판소 입장은 현재까지도 유지되고 있다.

이렇게 행정최고재판소와 대법원의 제청이 없으면 법률에 대한 위헌여부를 결정할 수 없을⁴²⁾ 뿐만 아니라 기각된 제청신청에 대한 구제절차가 없기 때문에 프랑스 사후적 위헌재판을 ‘소극적 헌법재판(juge constitutionnel négatif)’라고 평가하기도 한다. 더구나 이번 사건에서와 같이 헌법과 법률에서 헌법재판소에 부여하고 있는 행정최고재판소와 대법원의 부작위(재판지연)에 대한 통제권한을 불명확한 해석으로 회피하는 것은 헌법재판소가 사법체계 상 최고법원으로서의 지위를 스스로 부정하는 것이 아닌가 하는 우려를 하게 된다.

(2) 재판기능의 거부(déni de justice de fonctionnement) 문제

헌법재판소는 자동적 청구에 관한 두 유형 모두를 행정최고재판소 또는 대법원의 판결여부에 따라 결정되도록 함으로써, “청구인은 헌법재판소에 직접 위헌심사를 제청할 수 없다.”라는 원칙을 암묵적으로 재확인하였다. 한편 이번 결정을 통하여 행정최고재판소 또는 대법원은 원칙적으로 QPC 적법성 심사권한에 관한 독점적 결정권에 더하여, 제23-7조에 의한 예외적인 경우에도 불송부결정권 상실의 확인 또는 상고의 적법성 결정을 통하여 사후적 위헌심사 절차에 영

42) 이를 반대해석하면 행정최고재판소와 대법원은 QPC 제청신청을 기각함으로써 문제가 된 법률조항에 대한 묵시적인 합헌선언을 할 수 있는 권한을 가지고 있다고 평가된다 (Mathias Revon, *op. cit.*, p.491, 각주번호 83번 참고).

향을 미칠 수 있게 되었다. 따라서 어떠한 경우에도 두 최고법원의 개입 없이는 헌법재판소가 사후적 위헌심사 권한을 원활하게 행사할 수 없게 되었다.

하지만 헌법재판소의 불명확한 해석으로 청구인에게 예측하지 못한 피해를 야기 시켰다. 이는 L. Favoreu에 의해 인정된 소송권자의 예정된 재판을 부당하게 지연하거나 거부해서는 아니 되는 ‘재판기능의 거부금지(déni de justice de fonctionnement)⁴³⁾’ 원칙에 반하는 것이 아닌지 고찰해 볼 필요가 있다.

이 사건에서 헌법재판소 및 행정최고재판소, 대법원 어느 누구도 헌법재판소법 제23-7조에서 인정하고 있는 청구인에 의한 직접청구를 명시적으로 배제하지 않았지만, 실질적으로 청구인은 적법한 절차에 따라 진행된 소송에서 법원의 납득할 수 없는 해석으로 더 이상 재판을 수행할 수 없는 사법기능의 결함이 발생하였다. 이러한 모순적인 상황은 헌법재판소가 행정최고재판소 또는 대법원과의 권한갈등 피하기 위하여 청구인 측의 피해보다는 법원과의 조화를 더 우선적으로 고려한 정치적인 해석이라는 비난을 피하기 어렵다.⁴⁴⁾

이러한 문제점을 고려해서 만약 청구인이 헌법과 법률에 규정된 절차에 따라 이유와 동기가 적시된 QPC 제청신청서를 작성한 경우 반드시 행정최고재판소 또는 대법원으로부터 QPC 적법성 여부에 대한 판단이 필요한 것인지 원론적으로 고민해 볼 필요가 있다.

그럼에도 불구하고 사후적 위헌심사의 기본원칙상 정해진 기한 내에 행정최고재판소 또는 대법원의 제청을 통해서만 QPC 심사를 할 수 밖에 없다면, 헌법재판소는 적어도 헌법 제61-1조에 따라 법률에서 규정하고 있는 기한 내에 QPC 요건심사가 제대로 이루어 졌는지에 대한 통제를 해야 하는 것이 청구인의 권리보호와 헌법 제61-1조의 입법취지에 적합하다고 할 것이다.

따라서 헌법재판소는 행정최고재판소 또는 대법원이 법률에 규정된 기한을 초과한 경우 이에 대한 제재로써 다른 요건 없이 청구인에 의한 직접청구를 적극적으로 인정하는 것이 프랑스 사후적 위헌재판을 더욱 확대·발전시킬 수 있는 방법이라고 생각된다.

43) 재판의 거부판 판사가 소송에 대한 판결을 정당한 이유 없이 거부, 무시 또는 일부만 판결하는 것을 의미(협의)할 뿐만 아니라 정해진 기한 내에 소송권자의 주장에 대하여 판결을 해야 하는 것을 포함하는 개인의 사법적 보호의무에 대한 국가의 모든 위법행위(광의)를 가리킨다(J.M. Moulin, “Le juge commet un déni de justice s’il refuse d’évaluer un dommage admis dans son principe”, Droit 21, 2002, p.10).

44) Louis Favoreu, 「Du déni de justice en droit public français」, LGDJ, 1964, p.327 (Mathias Revon, *ibid.*, p.493, 재인용).

IV. 맺음말

프랑스 헌법재판소는 헌법재판소법 제23-7조 제1항의 자동적 청구에 관한 불명확한 규정을 판례를 통하여 두 유형으로 구분하여 인정하여 왔다. 즉 행정최고재판소 또는 대법원이 QPC 제청여부를 3개월 이내에 결정하지 않는 경우, 기한도과로 인한 불송부결정권의 상실을 확인하게 되면 헌법재판소 사무처로 자동이송하고, 그렇지 않으면 청구인이 직접 헌법재판소에 QPC를 청구할 수 있다. 하지만 2015년 10월 14일 제2015-491호 QPC 사건에서 헌법재판소는 청구인이 직접 QPC청구를 하기 위해서는 기한의 도과뿐만 아니라 ‘현재 계속 중인 재판의 존재’라는 새로운 요건을 추가하였다.

이는 상고절차와 QPC 절차를 분리하여 판단하도록 규정하고 있는 행정법원법 제R. 771-17조 및 헌법재판소법 제23-9조와 직접적으로 모순된다. 그리고 행정최고재판소 또는 대법원의 기한도과를 제재하기 위한 수단으로 규정된 제23-7조 제1항의 입법취지에도 반한다. 왜냐하면 이 사건과 같이 3개월의 기한이 도과하여 청구인이 직접 헌법재판소에 QPC 청구를 하더라도, 이후에 행정최고재판소 또는 대법원이 상고를 각하하면 이때부터는 QPC 청구가 부적법하기 때문에 결국 행정최고재판소 또는 대법원은 법률에서 부여하고 있는 QPC 요건심사에 관한 기한제한이 사실상 면제되는 결과가 된다. 한편 행정최고재판소 또는 대법원에서 상고를 수리하면 이때부터 QPC 청구가 적법해지지만, 이는 불송부결정권 상실의 확인을 통한 자동이송과 유사한 경우가 되어 청구인의 직접청구가 무의미해지기 때문이다.

또한 헌법재판소는 제23-7조를 부당하게 축소 해석함으로써 이 사건 청구인의 재판 받을 권리가 상실되는 결과를 야기 시켰다. 이는 소송권자의 예정된 재판을 거부할 수 없는 ‘재판의 거부’ 금지 원칙에도 위배될 여지가 있다.

따라서 이 사건과 같이 행정최고재판소 또는 대법원이 QPC 요건심사를 위해 부여된 3개월의 기한이 도과하고, 자동이송을 하지 않아 청구인이 직접 헌법재판소에 QPC를 청구한 경우에는 헌법재판소법 제23-9조를 직접 적용하여 당해 사건의 존재여부와 관계없이 법률의 위헌여부를 심사하는 것이 청구인의 권리보호, 법률규정의 체계적 정합성 및 입법취지에 적합하다고 생각된다.

특히 프랑스 사후적 위헌심사제도는 행정최고재판소 또는 대법원에 QPC 적법성 여부에 관한 심사권한이 전속해 있고, 우리나라와 같은 위헌심사형 헌법

소원 제도를 인정하고 있지 않아 QPC 청구기각에 대한 구제수단이 존재하지 않는 점을 고려하면, 이에 대한 프랑스의 헌법소원제도 도입문제는 논외로 하더라도 헌법재판소가 행정최고재판소와 대법원의 기한도과에 대한 실질적인 통제를 위해서도 헌법재판소법 제23-7조의 청구인에 의한 직접청구의 기회를 폭넓게 인정할 필요가 있다고 생각된다. 더욱이 헌법재판소법 제23-7조의 불명확한 규정으로 인하여 발생할 법원 간의 권한분쟁을 합리적으로 해결하기 위해서는 자동이송의 주체와 요건을 보다 명확하게 규정하는 노력이 필요하다고 할 것이다.

투고일 : 2017.10.29 / 심사완료일 : 2017.12.5 / 게재확정일 : 2017.12.18

[참고문헌]

- Favoreu Louis, 「Du déni de justice en droit public français」, LGDJ, 1964.
- Warsmann J.-L., 「Rapport de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n° 1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution」, Assemblée nationale, 2009.
- Magnon, X. (dir.), 「La question prioritaire de constitutionnalité - pratique et contentieux」, Lexis-Nexis, 2013.
- collectif d'éditeurs, 「Code de justice administrative 2017, annoté et commenté」, Dalloz, 2016.
- Moulin J.M., 「Le juge commet un déni de justice s'il refuse d'évaluer un dommage admis dans son principe」, Droit 21, 2002.
- Barthélemy J. · Boré L., 「QPC et saisine directe du Conseil constitutionnel」, Constitution, 2012.
- Savonitto, F., 「La saisine directe du Conseil constitutionnel : une opportunité manquée」, Gazette du Palais, 2012.
- _____, 「Les cas d'absence de double filtrage des QPC」, Gazette du Palais, 2012.
- Salomé, G., 「Les saisines directes du Conseil constitutionnel : vers une remise en cause de l'unité procédurale de la question prioritaire de constitutionnalité ?」, Revue française de droit administratif, 2015.
- Revon, M., 「La saisine directe du Conseil constitutionnel par un justiciable est-elle possible ?」, Revue française de droit constitutionnel, 2016.

프랑스 헌재 2009년 12월 3일 제2009-595호 DC 결정.

프랑스 헌재 2010년 5월 28일 제2010-1호 QPC 결정.

프랑스 헌재 2011년 7월 22일 제2011-152호 QPC 결정.

프랑스 헌재 2011년 12월 16일 제2011-206호 QPC 결정.

프랑스 헌재 2012년 2월 15일 제2012-273호 QPC 결정.

프랑스 헌재 2012년 11월 23일 제2012-283호 QPC 결정.

프랑스 헌재 2014년 1월 31일 제2013-363호 QPC 결정.

프랑스 헌재 2014년 11월 21일 제2014-440호 QPC 결정.

프랑스 헌재 2015년 10월 14일 제2015-491호 QPC 결정.

- 프랑스 헌재 2015년 12월 11일 제2015-491R호 QPC 결정.
- 프랑스 헌재 2009년 12월 3일 제2009-595호 DC 결정주석.
- 프랑스 헌재 2001년 12월 16일 제2011-206호 QPC 결정주석.
- 프랑스 헌재 2012년 2월 15일 제2012-273호 QPC 결정주석.
- 프랑스 헌재 2012년 11월 23일 제2012-283호 QPC 결정주석.
- 프랑스 헌재 2014년 1월 31일 제2013-363호 QPC 결정주석.
- 프랑스 헌재 2014년 11월 21일 제2014-440호 QPC 결정주석.
- 프랑스 행정최고재판소 2003년 1월 22일 제244177호 판결.
- 프랑스 행정최고재판소 2015년 7월 16일 제388499호 판결.
- 프랑스 대법 2010년 7월 16일 제12186호 판결.
- 프랑스 대법 2011년 9월 21일 제1703호 판결.
- 프랑스 대법 2011년 7월 7일 제1601호 판결.
- 프랑스 대법 2011년 11월 30일 제6861호 판결.
- 프랑스 대법 2013년 11월 5일 제5900호 판결.
- 푸아티에 행정재판소 2013년 7월 17일 제1200061호 판결.
- 보르도 행정항고법원 2014년 12월 30일 제13BX02589호 판결.

[국문초록]

프랑스 사후적 위헌심사에 있어서 청구인의 직접청구에 관한 연구

- 2015년 10월 14일 제2015-491호 QPC 판례평석을 중심으로 -

박인수* · 이신이**

프랑스 사후적 위헌소송에 있어서 행정최고재판소 또는 대법원은 예외적으로 헌법재판소법 제23-7조에 따라 3개월의 기한 내에 그 적법성 여부를 결정하지 않는 경우에 한하여 헌법재판소에 이송하도록 규정하고 있다. 하지만 이 경우 이송방식과 이송주체, 이송시기 등에 관하여 구체적인 규정이 존재하지 않아, 헌법재판소는 판례를 통하여 자동적 청구를 인정하고 있다. 한편 2015년 10월 14일 제2015-491호 QPC 사건에서 헌법재판소는 청구인이 직접 QPC 청구를 하기 위해서는 기한의 도과뿐만 아니라 ‘현재 계속 중인 재판의 존재’라는 새로운 요건을 추가하였다. 즉, 행정최고재판소와 대법원의 상고에 대한 결정에 따라 QPC 사건에 영향을 미치게 함으로써 청구인에 의한 직접청구를 사실상 불가능하게 되었다.

이러한 정치적 해석은 상고절차와 QPC 절차를 분리하여 판단하도록 규정하고 있는 행정법원법 제R. 771-17조 및 헌법재판소법 제23-9조와 직접적으로 모순되고, 제23-7조와 제23-9조의 관련성을 불명확하게 추론하면서 청구인에 의한 직접청구를 부당하게 축소해석 함으로써 재판기능 거부금지 원칙의 위반 여부가 문제될 뿐만 아니라 더 이상 행정최고재판소 또는 대법원은 QPC 요건 심사를 위한 기한제한에 구애받지 않게 됨으로써 이를 제재하기 위한 수단으로써 규정된 제23-7조의 입법취지에도 반한다.

따라서 헌법재판소가 행정최고재판소와 대법원의 기한도과에 대한 통제를 위하여 당해소송과 QPC 절차의 분리에 관한 헌법재판소법 제23-9조를 적극적으로 적용하여 제23-7조에 의한 청구인의 직접청구 가능성을 폭넓게 인정할 필요가 있다. 그리고 불명확한 규정으로 인하여 발생할 법원 간의 권한분쟁을 합

* 영남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

** 엑스-마르세유대학교(ILF, Aix-marseille Université) 박사학위과정.

리적으로 해결하기 위해서는 제23-7조의 자동적 청구에 관한 주체와 요건을 보다 명확하게 규정하여야 할 것이다.

주제어 : 사후적 위헌심사, QPC, 헌법재판소, 행정최고재판소, 대법원, 자동적 청구, 자동이송, 직접청구

[Abstract]

The referral of the question on constitutionality by the petitioner to the Conseil constitutionnel

Park, In-Soo* · Lee, Shin-Yi**

The Conseil d'État and the Cour de cassation in the constitutionality a posteriori has the final authority on the QPC of legality examination. Exceptionally, in accordance with Article 23-7 of the Organic Law n° 2009-1523, it is required to be transferred to the Conseil only if it does not decide whether it is legitimate within a period of three months. However, in this case, there is no specific regulation regarding the transfer mode, the transfer subject, and the transfer timing. The Conseil is recognized as an automatic transfer through a court office or a direct referral by a petitioner.

In QPC case n° 2015-491, the Conseil added a new requirement that the petitioner, in addition to the deadline for the direct referral, as well as the existence of the ongoing trial. This interpretation is directly contradictory to Article R. 771-17 based on the code of administrative Court and Article 23-9 of the Organic Law n° 2009-1523. It also contradicts the legislative intent of Article 23-7, Paragraph 1, stipulated as a means to reduce the possibility of direct referral by a petitioner.

Therefore, it is necessary for the Consil to widely acknowledge the opportunity of direct referral by a petitioner. And more efforts should be made to more clearly define the subjects and requirements for automatic transfer.

* Professor, Yeungnam University Law School.

** Ph.D. in Law programme at Aix-marseille University.

Key words : question on constitutionality, QPC, filtrage, auto saisine Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation.