통진당 행정소송 검토보고(對外泌)

2015. 1. 7. TF

I. 검토배경

가. 헌법재판소의 결정

▣ **헌법재판소가 정당해산결정과 함께 통진당 소속 의원 5인 의원직상실결정**

● 중앙선관위 ⇨ 통진당 지방의회 비례대표 6명 의원직 퇴직 결정

나. 통진당 소속 전 국회의원 소제기

▣ **통진당 소속 의원들 행정소송 제기**

● 국회의원 ➡ 선관위 상대로 국회의원지위확인청구

다. 검토 사항 및 검토 결과 개요

1) 현 상황이 법원에 미칠 영향 분석

▣ **유·불리 공존 ➡ 전략적 활용 필요**

2) 헌재결정의 타당성 검토

▣ **의원직 상실결정은 헌재의 권한 없는 결정으로 의견표명에 불과하고, 의원직 상실 결론도 현행 헌법과 법률 해석에 부합하지 않는 측면이 더 큼**

3) 행정소송에 대한 법원의 판단 방향

▣ **각하 부적절 / 기각 또는 인용**

● 1기각 시나리오

- 소의 적법성 긍정 : 헌재의 '의원직 상실 결정'의 효력을 둘러싸고 법적 지

위에 관한 분쟁이 있는바, 법원은 이로 인하여 발생한 법률적 지위의 불안을 해소하기 위한 사법적 판단을 할 의무를 부담(일반사법권을 담당)하고 있기 때문에, 의원직 상실 여부에 관해 분쟁이 있는 이상 일반재판권에 따라 판단을 할 의무가 있음

- 기각 이유 구성 개요(제1안) : ①명문규정이 없으므로, 전체적인 법체계를 살펴 판단, ②공직선거법 제192조 제4항의 규정 해석상 강제해산은 비례대표 당연퇴직사유(헌재의 의원직 상실 결정이나 중앙선관위 등 관계기관의 선언 불필요, 공직선거법 제192조 제4항의 법률규정의 효력 자체에 따른 법률효과), ③나아가 공직선거법 제192조 제4항은 헌법 등 관련 규정과 여러 현실에 비추어 지역구 국회의원에도 적용 가능, ④이러한 결론은 정당해산제도의 취지와 방어적 민주주의의 관점에 부합

- 기각 이유 구성 개요(제2안, 보수적인 이유구성) : 정당해산결정은 헌법재판소의 전속적 권한이고, 의원직상실 여부는 정당해산결정의 부수적 효과이므로, 헌법재판소는 의원직 상실 여부에 관한 결정을 할 수 있음 ⇒ *부적절*

● 2인용 시나리오

- 소의 적법성 긍정 : 위와 같음. 헌재의 권한 밖의 행위라는 판단이 포함될 수 있음

- 인용 이유 구성 개요 : ①명문규정이 없으므로, 전체적인 법체계를 살펴 판단, ②헌법 개정의 연혁(의원직 상실조항 도입 및 삭제 경위에 드러난 입헌자의 의사), ③정당해산결정과 의원직 상실 문제 논리필연성 없음, ④국민주권의 이념에 충실한 국민대표성 원리가 정당기속성 보다 우위, ⑤공직선거법 제192조 제4항의 '해산'에는 강제해산을 배제할 이유가 없으므로 비례대표의원도 자격을 유지하고, 지역구 의원은 애초에 퇴직간주될 여지가 없음

II. 헌재결정의 개요 및 정당성 검토

1. 헌재결정 개요

가. 주문

1. 피청구인 통합진보당을 해산한다.
2. 피청구인 소속 국회의원 김미희, 김재연, 오병윤, 이상규, 이석기는 의원직을 상실한다.

나. 헌재 결정의 논리적 구조

1) 정당해산심판절차에서 의원직에 대한 심판이 가능한 근거

▣ 국민대표성과 정당기속성의 공존

- 국민대표성 지위만 있다면 정당해산결정과 관계없이 국회의원 자격이 유지되어야 하나, 정당기속적 지위가 있어 위헌정당 해산으로 인해 영향을 받을 수밖에 없음

▣ 관련 법률의 해석

- 공선법 제192조 제4항에서 정한 '정당의 해산'은 <u>자진해산의 경우에만 해당하는 것으로 제한 해석</u>함 ➜ 제한 해석의 근거는 제시하지 않고 있음

> 제192조(피선거권상실로 인한 당선무효 등) ④ 비례대표국회의원 또는 비례대표지방의회의원이 소속정당의 합당 · 해산 또는 제명 외의 사유로 당적을 이탈 · 변경하거나 2 이상의 당적을 가지고 있는 때에는 「국회법」 제136조(퇴직) 또는 「지방자치법」 제78조(의원의 퇴직)의 규정에 불구하고 퇴직된다. 다만, 비례대표국회의원이 국회의장으로 당선되어 「국회법」 규정에 의하여 당적을 이탈한 경우에는 그러하지 아니하다.

▣ 법률의 공백상태를 전제로 의원자격상실 여부 판단 권한

- 법적인 근거가 없더라도 헌법재판소가 위헌정당해산제도의 취지와 본질적 효력에 근거하여 국회의원 자격상실 여부를 판단할 수 있는 권한을 스스로 창설할 수 있다는 취지(준입법적 권한 행사 가능 입장)
- 위헌정당으로 해산되는 경우에는 방어적민주주의의 실효성 확보를 위해 <u>국민대표성을 다소 희생시키더라도</u> 정당기속성에 따라 정당해산과 함께 의원직도 박탈하여야 함

2) 정당해산심판제도의 본질적 효력

▣ 정당해산심판제도의 본질

- 헌법수호를 위해 정당해산을 결정하는 경우와 같은 상황은 <u>비상적 상황</u>이

라고 선언함 ➡ 비상적 상황에서는 헌법을 수호하기 위해 비상적인 권한을 행사할 수 있다는 입장으로 보임

▣ **국회의원직 유지시의 문제점**

- 실질적으로는 그 정당이 계속 존속
- 정당해산결정의 실효성을 확보할 수 없게 됨

2. 헌재 결정에 대한 비판적 논의 가능성

1) 준 입법적 기능 수행의 문제

▣ **헌법적 근거의 부재**

- 준입법기관으로서 권한을 행사할 수 있는 헌법적 근거가 없음

▣ **입법권 침해**

- 헌재는 입법기관이 아닌 위헌심사를 통해 입법권을 통제하는 기관
- 입법의 부재 역시 입법자의 영역 ➡ 부재사실이 위헌인 경우 그 위헌성을 선언하는 것 이상의 권한을 행사하는 것은 입법권 침해
- 입법의 흠결은 일반적 사법권을 가진 법원이 보충할 문제이지 헌법 제111조에 열거된 특정 사안에 관하여만 사법권을 가진 헌재가 할 사항은 아님
- 입법자의 의사 왜곡 및 입법형성 기회 박탈 결과

2) 국회의원의 지위에 대한 헌재 입장의 문제점

▣ **지나친 정당기속성 강조**

▣ **국민주권 원리의 침해**

- 선출된 권력인 국회의원의 민주적 정당성 ➡ 국민대표성의 중요한 근거인데, 정당기속성 때문에 이를 희생시킨다면 국민주권의 원리 침해 소지
- 특히, 헌법적 근거도 명문의 규정도 없이 국회의원의 국민대표성을 희생시킨 결정은 헌법적인 정당성이 부족함

3) 비상적 상황이라는 논리의 문제점

▣ **비상적 상황인지 여부**

● 다른 대체적 방어 수단의 존재

- 국회의원에 대한 형사처벌, 피선거권 박탈, 의원직 상실 가능

▣ **현행헌법의 결단**

● 1962년 헌법에 정당해산시 의원직 상실 규정을 두었다가 1972년 유신헌법에서 삭제한 이후 규정 없음 ➡ 이는 현행헌법이 의원의 국민대표성을 근거로 정당해산만으로는 의원직이 당연 상실되는 것은 아니라는 결단을 내린 것으로 볼 여지 있음

▣ **입법자의 의도(공선법 제192조 제4항 관련)**

● 해석상 비례대표 국회의원도 정당해산시 퇴직하지 않는 것으로 되어 있음

● 지역구의원의 퇴직규정을 별도로 두지 않은 것 ➡ 지역구 의원이 퇴직간주되는 경우는 없다는 입법자의 의도가 반영된 것으로 볼 수 있음

● 다른 대체수단이 충분히 마련되어 있어 입법자들은 별도의 의원직 박탈 규정을 두지 않았던 것으로 해석가능

4) 정당해산의 본질적 효력이라는 논거의 문제점

▣ **입법자의 의도에 부합하지 않음**

● 현행법상 입법자들은 <u>개인의 민주적 기본질서 침해는 형법 등을 통해 방어</u>하고, <u>정당의 민주적 기본질서 침해는 위헌정당해산심판을 통해 방어</u>하는 것으로 규정하고 있고 이는 현행 헌법의 기본적인 결단으로 볼 수 있음

▣ **헌법재판소가 우려하는 위헌적 활동은 국가보안법이나 형법상의 관련 규정을 통해 방어할 수 있음**

3. 학계의 입장

가. 학설의 소개

1) 지위유지설

▣ **국민대표성(민주적 정당성) / 국회의원의 독자적인 헌법상의 정당성**

▣ **국회의 자율사항 / 연혁적 측면**

▣ **민주적 기본질서 수호의 대체 가능성**

▣ **공선법 제192조 제4항 등 현행법의 입법의도**

2) 절충설

▣ **제1설 - 입법을 통해 자격상실을 규정할 수 있다는 견해**

▣ **제2설 - 비례대표의 경우 의원직 상실 견해(구○○)**

▣ **제3설 - 선별적 자격상실 견해(최○○, 정○○)**

3) 지위상실설

▣ **방어적 민주주의 원리**

▣ **우리사회의 현실 고려**

나. 검토의견

▣ **학계 태도에 대한 검토**

● 국내의 다수 견해는 독일의 1950년대 정당해산심판에 관한 판례와 학설을 무비판적으로 소개하는 수준임[1)]

- 당시 독일은 전후의 냉전체재 및 나치정권 출현 등 특수한 헌정사적인 경험이 있었고 이를 통해 방어적 민주주의 이론이 시대적으로 필요한 상황에서 위와 같은 이론 구성이 필요하였음

- 1960년대 이후 독일에서도 이 제도는 현실적으로 활용된 바 없음

● 오늘날 우리나라에서 그대로 도입되기는 어려운 내용임

1) 정○○, 정당해산심판의 헌법적 쟁점, 공법연구 제42집 제3호(2014. 2.), 132쪽 참조

▣ 국민대표성에 입각한 해석의 필요성

- 정당기속성의 헌법상 한계
  - 정당기속성이 대의제 민주주의의 원리(국민대표성)와 충돌하거나 이를 대체하여서는 안됨
- 국민대표성에 기초한 자유위임 원리의 우월성
- 이러한 측면에서 볼 때 위헌정당을 해산하여 헌법을 수호하기 위해 국회의원의 **국민대표성이 희생**되어야 한다는 논리는 헌법적인 근거가 빈약함

▣ 위헌정당해산제도상 필연적인 효력인지 여부

- 위헌정당해산제도는 헌법수호를 위한 방어적 수단일 뿐 그 자체가 목적이 될 수는 없음 ➡ 대의제 희생시킬 만한 상위 원리 아님
- 논리필연성도 빈약함

▣ 비교형량상의 문제점

- 대체 수단이 존재하므로, 이를 통해 헌법 수호가 가능함에도 아무런 법적 근거 없이 국회의원의 국민대표성을 희생시키는 것은 또 다른 헌법침해에 해당
- 특히 **이에 대한 불복방법이 없다는 점에서 본질적인 침해** 우려

▣ 권력분립 원칙에 위반됨

- 헌법상 의원의 자격심사와 제명은 국회의 자율권 영역 ➡ 법원 제소 불가(권력분립원리)
- 헌법상의 통치구조 기본원리인 대의제 및 권력분립원칙상 법적인 근거 없는 의원직 상실 결정은 정당화되기 어려움
- 국민으로부터 **직접 위임받지 못한 권력이 직접 위임받은 권력인 국회의원의 자격을 심사**하는 것 역시 위 원칙에 어긋남

▣ 현행법의 입법의도

● 정당법의 내용

- 해산된 정당의 대표 및 간부에 대한 유사정당, 대체정당 창설 금지규정, 명칭 사용 금지규정, 재산 몰수 및 국고귀속 규정 등을 자세히 두고 있음

- 공선법 제192조 제4항의 정당해산에 강제해산이 제외된다고 볼 근거 없음(양○ 교수 입장)

▣ **현실적인 문제**

● 실제 위헌정당 소속의원이라고 하더라도 정당내부에서 위헌적인 정당 활동을 반대하면서 노선투쟁을 통해 이를 해소하려고 노력하는 의원 등 다양한 입장의 의원들이 공존할 수 있음

Ⅲ. 현 상황이 법원에 미치는 영향 분석

1. 헌재 결정 이후 언론 동향 분석

1) 해산결정으로 인한 대법원과 헌재의 역학관계 관련 보도

▣ **헌재가 정치·경제·사회에 지대한 영향을 미친 결정들을 내리면서 그 위상이 매우 높아졌다는 취지의 언론 보도가 다수 존재**

● 통진당 해산 결정으로 헌재의 위상이 한층 더 높아졌다는 것에 다수의 언론이 동의하고 있는 것으로 보임

● 헌재가 대법원의 권위를 위협하고 있다는 취지의 보도도 다수 존재함

▣ **헌재 결정에 대한 평가는 언론사마다 상반되나, 대법원이 헌재 결정에 영향을 받을 것이라는 점에는 대부분의 언론사가 동의하고 있음**

● 이석기 상고심 판단에 헌재 결정의 영향을 받을 수밖에 없을 것이라는 전망이 지배적

● 헌재의 결정이 성급했다는 취지의 비판 기사도 일부 존재함

▣ **이번 결정으로 헌법재판관 구성에 관한 논란도 커진 것으로 보임**

- 헌재 재판관 구성방식에 문제가 있으며, 헌재 재판관들의 다양성이 떨어진다는 취지의 언론 보도가 다수 존재
- 대법원장의 3인 지명권을 문제 삼는 취지의 기사도 다수 존재

2) 의원직 상실 선고에 대한 행정소송 관련 보도

▣ **헌재 결정 직후 통진당이 조만간 의원직 상실 결정에 대하여 법원에 소송을 제기할 것이라고 다수의 언론이 보도하고 있음**

▣ **언론들은 헌재의 결정에 대한 행정소송은 각하될 것으로 예상된다고 보도하고 있음**

- 다수의 법조계 인사가 동 소송이 각하될 것으로 전망했다고 보도됨

- 최○○ 변호사, '행정소송은 행정행위와 같은 처분에 대해서 소송을 하는 것. 법원·헌재의 판결은 행정소송의 대상 자체가 되지 않아' - 이○○ 중앙대 명예교수, '행정 조치가 아니기 때문에 헌재 결정에 대한 행정소송을 제기할 수 없어' '일선 법관들은 십중팔구 각하 처리될 것이라고 입을 모아', '서울고법의 한 판사는 위헌정당 해산시 의원직을 유지시키는 것은 모순이라고 발언'

- 실제로도 2004, 2007, 2008년에 접수된 헌재의 결정에 대한 행정소송은 모두 각하되었던 바 있다고 언론 보도(동아일보)

▣ **국회의원 지위확인 청구의 인용여부에 대해서는 논란이 있으나, 부정적인 시각이 다수**

- 통진당 측은 법적 근거가 없는 결정이어서 행정소송으로 다툴 수 있는 사안이라고 주장

- 임○○ 서강대 로스쿨 교수, '정당 해산 결정시에 소속 국회의원의 자격이 상실된다는 규정이 없으므로, 의원직 상실을 선고한 것은 헌재의 견해 표명에 불과... 중앙선거관리위원회의 의원직 상실 처분이나 국회 사무처의 의원실 정리 처분에 대한 행정소송을 제기하면 될 것' - 김○○ 민변 변호사, '위법한 행정처분에 대해서는 법원에 취소를 구할 수 있기 때문에 그런 의미에서 취소 심판이나 항고 소송 같은 것은 얼마든지 가능할 수 있지 않겠나...'

- 반면, 다수의 언론은 동 청구의 인용 가능성을 낮게 보고 있음

- 동 소송은 당사사소송인 공법상 지위확인 청구소송으로 볼 수 있음 - 행정청이 아닌 헌재는 소송대상이 될 수 없고, 선관위는 의원직 상실을 단순 집행하는 기관이기 때문에 피고라고 보기 어려움

- 또한 이 경우 행정처분이 무효임을 전제로 하여 지위확인을 구하여야 하는데 헌재 결정이 무효라는 선결 조건이 이루어질 가능성이 없음
- 선거법을 대상으로 위헌법률심판을 청구하는 것도 명문화되지 않은 법률에 대한 심판 청구가 될 뿐만 아니라, 설사 그것이 가능하다 하더라도 판단 주체가 다시 헌재가 되기 때문에 구조상 본안소송이 성립되기 어려워
- 김○○ 동국대 법대 학장, 이○○ 중앙대 명예교수, 노○○ 경희대 교수 등이 부정적인 견해를 피력

▣ **헌재의 의원직 상실 주문이 타당한지 여부에 대해서는 의견이 나뉨**

● 여러 의견이 팽팽하게 맞서고 있어 주류 여론이 무엇인지 판단하기 어려움

- 김○○ 명지대 석좌교수, '현행 헌법에 국회의원직 상실 규정이 없기 때문에 국회의원의 자격심사나 제명처분으로만 국회의원직을 상실한다고 봐야할 것'
- 장○○ 고려대 로스쿨 교수, '정당을 해산하는 것은 민주주의에 대한 위협이 되기 때문인데 의원 활동을 금지하지 않는다면 취지에 맞지 않는다.'
- 이○○ 변호사, '원칙적으로 입법사항이지만 법에 규정이 없어 헌재가 적극적으로 결정할 수 있는 사안'
- 성○○ 서울대 로스쿨 교수, '입법 정책적으로는 의원직 상실이 바람직'
- 이○○ 중앙대 명예교수, '비례직은 상실하는 것이 당연하다고 보는데, 지역구는 당만 보고 투표한 것이 아니라서 논쟁이 될 소지는 있다. 다만, 현실적으로 헌재 판결이 내려진 경우 다툴 방법은 없어'
- 노○○ 경희대 법학과 교수, '의원직 상실을 결정한 것은 문제가 있어 보이나, 이에 대해 이의를 제기하기는 힘들어'

▣ **의원직 상실 선고가 타당한지 여부와는 별개로 불복은 어려워 보인다는 논평이 주류**

2. 현 상황이 법원에 미치는 영향 분석 및 대응전략 검토

가. 법원에 대한 영향 총론

1) 대법원과 헌재의 역학관계에 대한 여론

● 헌재가 사회적인 임팩트가 큰 사건 잇따라 선고하면서 위상 격상

● 법원이 헌재가 한 결정에 대한 뒷수습을 하는 형국 ➡ 진보적인 여론은 법원과 헌재가 청와대와 함께 보수의 울타리 안에 함께 있는 것으로 평가

● 여론 총평 ⇨ ①법원은 헌재 결정에 반하는 판결을 하지 않을 것으로 예상, ②헌재결정은 사법심사의 대상이 될 수 없음(행정소송 각하 당연시)

2) 긍정적인 측면

▣ **헌재 결정 또는 그와 관련된 사안에 대한 법원의 사법심사 기회**

- 헌재의 위상에 관한 일반적인 인식을 흔들 수 있는 기회
- 불복방법이 없는 헌재의 권한 없는 결정(한정위헌, 재판소원, 가처분 등) 또는 그로 인해 형성된 법률관계에 대한 사법심사 가능성을 밝힐 수 있는 기회

▣ **재판취소(형집행정지 가처분 인용) 방지를 위한 압박카드 활용 가능**

- GS칼텍스 사건 등 재판취소 할 경우 통진당 행정소송으로 대응하겠다는 묵시적 압박카드로 활용
- 행정소송에 대한 선고(법원의 입장 표명)는 상당한 시간이 소요되므로, 그 전에 선고가 가능할 것으로 보이는 GS칼텍스 등 재판소원 사건을 무마시킬 수 있는 카드로 활용 가능
- 행정소송과 민사소송이 법원에 계속 중이라는 카드를 쥐고 전략적 활용 방법 모색 가능

▣ **행정소송 영역 확대 모색할 수 있는 기회**

- 처분성, 소익, 공법상 당사자 소송의 영역

▣ **민변 등 헌재 결정에 비판적인 세력 우군화 모색 기회**

- 현재 민변이 상고법원 추진 강하게 비판 ➡ 민변 소속 변호사(이○○ 포함)들이 정당해산 사건 대리
- 이번 기회를 활용한 민변 등 우군화 전략 모색

3) 부정적인 측면

▣ **법원의 입지 및 운신의 폭 축소 ➡ 헌재결정 사후 처리 모양새(역학관계에 부정적 영향)**

- 사안의 성격
  - 국민의 65%가 헌재 결정을 지지하고 있는 사안

- 다른 판단의 여지를 보일 경우 **보수언론과 헌법학계의 전방위 집중 포화**를 맞을 가능성. 헌재에 우호적인 헌법교수들의 비판도 예상

● 내란회합의 성격에 대하여 헌재가 선행 판단을 함에 따라 이석기 사건에 대한 대법원의 선택 가능성 축소

● 이석기 사건 및 행정소송의 결론이 헌재의 판단과 완전히 일치할 경우 ➡ 민변 등 진보계열의 대법관 다양화 및 대법관 증원 요구가 더욱 촉발될 우려

▣ 법무부와의 관계 부담

● 상고법원 법안 처리 및 재판소원 사건 수습을 위해 법무부의 협조가 필요한 상황(GS칼텍스 관련 환급소송 수행 및 국세청 설득, 형 집행 지휘 등)

● 행정소송 일련의 과정에서 헌재 입장과 배치되는 심리 또는 판결을 할 경우 법무부와의 관계 악화로 향후 원만한 협조에 부담이 될 수 있음

▣ 행정소송 결과에 대한 부담 ➡ 헌재의 짐을 고스란히 법원이 떠안은 형국

● 각하할 경우 : 향후 권한 없는 헌재 결정 및 그와 관련된 법률관계에 대한 사법심사 가능성 원천 차단 ➡ 헌재의 상대적 우위 용인 / 헌재의 사법권 침해 제어 불가 우려

● 기각할 경우 : 국민 일반은 기각과 각하의 차이를 명확하게 준별하지 못하여 각하한 경우와 같은 인식을 할 우려(이유 구성 및 보도에 세심한 배려 필요)

● 인용할 경우 : 여론의 부담

▣ 보수·진보세력 쌍방의 여론 공세

● 행정소송 제기 및 심리 과정 중 내내 이슈와 관심이 될 가능성(부담) : 특히 보수 언론의 여론몰이를 위한 법원 압박 우려

나. 대응에 있어 고려할 사항

▣ 국민여론의 양면성

- 헌재 결정에 대하여 65%가 지지의견 ➡ 헌재결정에 배치되는 판단 부담
- 반면, 현재와 같은 분위기 및 북한과 관련된 사안임에도 불구하고 35%가 헌재결정에 비판적이라는 점도 주목할 필요 있음 ➡ 이 35%는 나름의 근거에 기초한 진성 의견일 가능성이 높음(의원직 상실에 있어서만큼은 합리적이고 설득력 있는 이유를 제시할 경우 헌재 결정에 배치되는 판단을 하더라도 국민 여론에 크게 반하지 않을 가능성 있음)

▣ 헌재의 결정은 그 자체로 불가쟁·불가침이라는 인식 불식시킬 필요

- 특히 결론을 떠나서 '권한 없는 헌재 결정에 대한 쟁송가능성'을 이번 기회에 반드시 인식시킬 필요
  - 이를 인식시키지 못할 경우에는 그 자체로 향후 법원에 대한 역풍 ⇨ 한정위헌, 재판소원 문제에 있어서 법원의 대응논리 및 대응수단 잃게 될 수 있음
- 다만, 법원을 비롯한 사법기관의 재판결과에 대한 쟁송가능성 역풍에 유의

▣ 법원의 입장을 표명함에 있어 충분한 시간적 여유를 갖고, 주어진 시간 및 기회(카드) 활용 가능

- 1심 판결에 상당한 시간이 소요된다는 점 활용 가능(여론 동향, 정세 등 파악 후 전략적인 선택 가능)
- 1심 이후에도 심급이 있다는 점 십분 활용할 필요(1심 판결로 여론을 살피고 상급심에서 최종 판단)

▣ 행정소송의 판결 이유에 있어 정치한 이론 구성 필요

- 각하할 경우 ➡ 명시적 권한 유무를 떠나서 헌재 결정에 대한 사법심사는 불가능하다는 인상을 주지 않도록 신중한 이론 구성 필요
- 기각할 경우 ➡ 극히 유의할 필요 있음
  - 헌재에 의원직 상실을 선고할 권한이 없음에도 불구하고 의원직이 상실되었다고 볼 근거 빈약(헌재의 의원직 상실 결정 이외에 의원직이 상실되었다고 볼

만한 다른 국가기관의 처분이나 행위가 존재하지 아니함) ⇨ 헌법과 법률 해석 논리로 극복 가능

- 명문의 근거규정이 없음에도 불구하고 헌재가 의원직 상실을 선고할 권한이 있다고 판단할 경우에는 향후 헌재의 권한 유월을 통제할 방법이 없음

- 위와 같은 문제점을 유의한 정치한 이론 구성이 필요

● 인용할 경우 ➡ 최대한 기존의 법리를 활용하여 비난 가능성 축소 필요

- 인용을 위한 이론구성은 오히려 수월한 편임

- 법리적으로 합리적이고 설득력이 있다는 평가를 받아야만 여론의 집중 포화를 피할 수 있고, 이를 위해서는 기존 법리에서 크게 벗어나지 않는 것이 유리함

Ⅳ. 행정소송 검토

1. ‘국회의원 지위확인’ 소송

▣ 소송형태의 적법성, ‘확인의 이익’ 여부가 문제됨

● 소송형태: 의원직 상실 결정이 무효임을 전제[2]로 한 ‘국회의원 지위 확인의 소’

● 피고: 중앙선거관리위원회 ⇒ 대한민국[3]으로 경정 필요

● ‘확인의 이익’[4] 필요

▣ 가구제 형태: 헌재의 의원직 상실 결정에 대한 효력정지 가처분(행정소송법 제8조에 의한 민사집행법 준용) ⇒ 판례상 불허

2. 행정소송에 대한 예상과 그로 인한 파장 검토

---

2) 여기서 당사자소송은 행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송인 경우뿐만 아니라, **그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송**도 포함하는 것이므로(행정소송법 제3조 제2호), 헌재의 ‘의원직 상실 결정’이 반드시 ‘처분’이어야 할 필요는 없다고 볼 수 있다.

3) 주무관청은 국가소송의 총괄담당인 ‘법무부’가 될 것으로 예상된다.

4) 대법원 1982. 3. 23. 선고 80누476 전원합의체 판결

“확인의 소에 있어서 확인의 이익은 그 대상인 법률관계에 관하여 당사자 사이에 분쟁이 있고 그로 인하여 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 불안, 위험이 있어 판결로서 그 법률관계의 존부를 확정하는 것이 위 불안, 위험을 제거하는데 필요하고도 적절한 경우에 비로소 인정되는 것”

가. 소송요건 및 본안판단 상의 주요 쟁점

▣ 사법판단의 형식을 띤 헌재의 '의원직 상실 결정'의 효력 여부(유.무효)를 법원이 판단할 수 있는지 여부

● 헌재 결정의 효력 유무에 대한 법원의 판단 가능성 ⇒ 법원의 권한·관할, 헌재 결정의 속성 등 문제

☞ 헌법 제111조 제1항은 헌법재판소가 행사할 수 있는 권한을 제한적으로 열거 ⇒ 헌법재판소는 헌법으로부터 부여받은 권한 범위 내에서 심판권을 행사할 수 있을 뿐, 이를 넘어서 법원에 속하는 사법권을 행사할 수 없음

☞ 정당해산결정에 따라 그 소속 국회의원의 의원직 상실 여부에 대해서는 헌법이나 법률에 명문의 규정이 없어 의원직 상실 여부에 대한 심판권은 원칙적으로 헌법재판소의 관장사항이라고 할 수 없음 → 따라서, 헌재의 '의원직 상실 결정'은 단지 헌재의 견해를 일응 표명한 것에 불과함

☞ 헌재의 견해 표명에 불과한 '의원직 상실 결정'으로 인해 원고들의 의원직의 상실 여부가 이 사건 소로써 법률관계에 관한 분쟁이 된 이상, 법원은 일반적 재판관할권의 행사로서 국회의원의 직위와 관련된 전체적인 법체계 등을 종합적으로 살펴 헌재의 의원직 상실 결정의 효력 여하를 판단하고 분쟁을 해결할 임무가 있음

● 헌재 결정의 '무효' 기준 및 근거 ⇒ 헌법 및 법률의 근거 없는 판단의 유효성 문제, 헌재의 준입법적 권한 행사 가능 여부

☞ 정당해산결정에 따라 그 소속 국회의원의 의원직 상실 여부에 대한 심판권은 원칙적으로 헌법재판소의 관장사항이라고 할 수 없으므로(권한 없음) '의원직 상실 결정'은 아무런 법적 근거 없이 이루어진 것으로서 효력이 없음 ⇒ 권한 없는 주체의 행위로서 무효

☞ 특히, 헌법재판소가 헌법해석의 명목 하에 헌법과 법률의 명문의 규정이 없는 사항에 대해 적극적인 권한 행사를 하는 것은 입법부와의 관계에서 권력분립의 원칙에 위배될 수 있고, 더 나아가 입법자의 의사

와 일치하지 않는 방향으로 해석을 하고 권한을 행사하는 것은 입법형성권을 제약하는 등 또다른 입법권의 침해 문제가 발생할 수도 있어 바람직하지 않음

▣ 법원이 의원직 상실에 대해 독자적으로 판단을 할 수 있는지 여부

● 헌재의 의원직 상실 결정 무효의 주된 논거가 헌법 및 법률의 근거가 없음이라면, 법원은 법률해석권에 따라 의원직 상실에 대해 판단을 할 수 있는 것인지 여부

☞ 의원직의 상실 여부가 이 사건 소로써 법률관계에 관한 분쟁이 된 이상 법원은 국회의원의 직위와 관련된 전체적인 법체계 등을 종합적으로 살펴 가능한 법령의 해석·적용을 통해 분쟁을 해결할 임무가 있음

☞ 헌재의 '의원직 상실 결정'이 무효로 돌아간다 하더라도, 현행 법체계 등을 종합적으로 보았을 때 의원직 상실 여부가 달라질 수 있는 여지가 있는지는 여전히 법원의 판단권 내에 있다고 할 것임

나. 예상

1) 예상 주문 ①: 각하 ⇒ 부적절

▣ 상정 근거

● 재판부가 여론을 의식하거나 판단의 부담을 회피하기 위해 각하할 가능성 있음 ➡ '각하' 결론의 근거로, '헌재의 의원직 상실 결정'이 행정청의 처분에 해당하지 않으므로 이를 전제로 하는 당사자소송은 부적법하다고 하거나 확인의 이익이 없음을 이유로 할 가능성 있음

☞ 그러나 당사자소송은 '그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송'도 허용되므로(행정소송법 제3조 제2호), '헌재의 의원직 상실 결정'이 반드시 '행정청의 처분'임을 전제로 하지 않아도 될 것임 ⇒ 즉, '헌재의 의원직 상실 결정'이 무효인지 여부만 전제가 될 뿐이므로, 당해 재판부가 이 점을 주지할 필요가 있고, 아래에서 보는 바와 같이 확인의 이익은 법리상 긍정될 수 있음

▣ 영향 및 파장

- 헌재 결정 지지여론에 부합하나, 헌재 결정의 문제점으로 지적되던 부분에 대한 법원의 입장을 기대했던 반대여론에는 부응하지 못하게 됨
- 결론이 '각하'인 관계로 외견상 법원이 헌재 결정의 불가쟁성을 인정하는 듯한 모양새로 비춰질 우려 ➡ 헌재의 한정위헌결정이나 재판취소 등의 문제에 있어서 법원이 수세에 놓이게 될 우려
- 특히 재판부가 '각하' 결론의 근거로 위 두 가지를 들 경우 법리 검토 오류로 인한 비난 가능성
- 실질적 법치주의 원리상 대법원이 권리구제의 길을 원천적으로 봉쇄하는 결과가 되어서는 안 된다는 의미에서도 적어도 '각하'의 결론은 피하는 것이 바람직할 것으로 보임

2) 예상 주문 ②: 기각

▣ 예상 근거

- <u>소송형태의 적법성 인정</u> : 당사자소송은 '그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송'도 허용되므로(행정소송법 제3조 제2호), '헌재의 의원직 상실 결정'이 반드시 '행정청의 처분'임을 전제로 하지 않아도 됨
- <u>'확인의 이익' 긍정</u> : 의원직 상실에 따른 국고보조금 환수, 후원회 활동의 금지, 세비 지급 중단 등 국회의원 지위에 따른 특권 상실, 수사 가능성 등의 법률상 지위의 불안·위험이 있고, 이를 제거하는 데 확인의 소가 유효적절한 수단으로 인정될 수 있음
- 헌재의 '의원직 상실 결정'이 존재한다는 것 자체가 '소송형태의 적법성'이나 '확인의 이익'을 부정할 근거가 될 수는 없고, 그 유·무효 판단은 본안 판단의 사유일 뿐임

☞ **헌재의 '의원직 상실 결정'은 관장사항 외의 것으로서 단순한 의견표명에 불과하고, 법원은 의원직 상실 여부에 관해 분쟁이 있는 이상 일반재판권에 따라 판단을 할 의무가 있음**

● 가처분신청에 대한 결정은 본안 판단시까지 판단을 미룰 가능성 큼 → 본안판단이 있은 후 보전의 필요성 부정으로 '기각' 결정 가능

▣ 본안판단 이유 구성

● 헌법재판소의 의원직 상실 결정의 근거인 ①국회의원의 정당기속성의 현실, ②정당해산결정의 실효성 확보를 위한 본질적 효력, ③공직선거법 제192조 제4항[5]의 '해산'은 자진해산을 의미하는 점[6] 등을 긍정할 경우 '기각' 주문이 나갈 수 있을 것이나, 헌재의 설시나 논거를 그대로 차용한 듯한 인상은 회피할 필요 있음

☞ <u>기각 이유 설시례</u> : ①정당해산에 따른 의원직 상실에 관해서는 현행 헌법과 법률에 명문의 규정이 없으므로, 국회의원의 직위와 관련된 전체적인 법체계를 살펴 원고들의 의원직 존재(유지) 여부를 판단해야 할 것인 점, ②**헌법의 차원**에서는, 연혁적으로 1962년 헌법은 제38조에서 "국회의원은 소속정당이 해산된 때에는 그 자격이 상실된다"라는 규정을 두었으나 1972년 헌법에서 위 규정이 삭제된 이래 헌법에는 소속정당 해산에 따른 의원직 상실 규정을 두고 있지 않는바, 이러한 사정만으로 입법자의 의사가 반대로 바뀐 것이라고 단정할 수는 없는 점, ③**법률의 차원**에서는, 소속정당의 해산과 관련한 국회의원의 직위에 관해서 가장 근접한 현행법 규정으로는 공직선거법 제192조 제4항의 규정이 있는바, 비례대표국회의원 또는 비례대표지방의회의원이 소속 정당의 합당·'해산' 또는 제명 외의 사유로 당적을 이탈하는 경우 퇴직된다고 규정하는데, 해산 외의 사유로 열거하고 있는 '합당'이나 '제명' 모두 당해 소속 정당이 자율적으로 존속하고 임의에 따른 결정을 내릴 수 있는 경우를 상정한 것임에 비추어 여기서의 '해산'은 '자진해산'을 의미할 뿐, 더 나아가 위헌정당해산심판을 받아 '강제해산'되는 경우까지 규정한 것으로 보기는 어려운 점, ④그렇다면 비례대표국회의원의 경우 소속 정당의 **강제해산**은 위 **공**

---

5) 공직선거법 제192조 (피선거권상실로 인한 당선무효 등)
④ 비례대표국회의원 또는 비례대표지방의회의원이 소속정당의 합당·해산 또는 제명 외의 사유로 당적을 이탈·변경하거나 2 이상의 당적을 가지고 있는 때에는 「국회법」 제136조(퇴직) 또는 「지방자치법」 제78조(의원의 퇴직)의 규정에 불구하고 퇴직된다. 다만, 비례대표국회의원이 국회의장으로 당선되어 「국회법」 규정에 의하여 당적을 이탈한 경우에는 그러하지 아니하다.

6) 다만, 이에 대해서는 헌재의 결정이나 중앙선관위의 결정에 구체적인 근거가 없으므로, 재판부가 이에 대해 어느 정도 근거 제시 및 해명이 필요할 것으로 보인다.

직선거법 제192조 제4항에 의한 당연퇴직 사유에 해당한다고 보이고, 이에 따른 비례대표국회의원의 의원직 상실은 ―헌재의 의원직 상실 결정이나 중앙선관위 등의 관계기관의 선언을 기다리지 않고도― 위 공직선거법 제192조 제4항의 법률규정의 효력 자체에 따른 법률효과로 봄이 상당하고, 이러한 결과는 정당해산제도의 취지와 방어적 민주주의의 관점에도 부합하는 점, ⑤나아가 위 공직선거법 제192조 제4항은 소속 정당의 강제해산에 따른 지역구국회의원의 당연퇴직에 관해 규정하고 있지 않지만, 현재 우리나라의 국회의원들은 정당의 재정적·기술적 도움으로 의원에 당선되는 등 그 출발점에서부터 정당예속성이 지나치게 높고, 정당기율보다는 국가이익을 우선시하는 자유투표 내지 교차투표가 현실적으로 어려운 상황이며 이러한 사정은 비례대표국회의원이나 지역구국회의원 사이에 큰 차이가 없는바, 소속 정당이 자유민주적 기본질서에 위배되어 해산이 되는 마당에 비례대표국회의원과 달리 취급하여 해당 지역구국회의원의 자유위임원칙이나 국민대표성을 이유로 의원직을 유지하도록 하는 것은 **정당해산제도의 취지** 및 **방어적 민주주의에 기초한 국민의 법감정**에도 부합하지 않는 점 등을 들 수 있을 것임

헌재는 의원직 상실 결정의 타당성의 근거가 되는 논거와 분석틀을 동시에 의원직 상실 결정 '권한'의 근거로 논의하고 있고 그 주된 논거가 바로 '위헌정당해산 제도의 취지·본질적 효력'과 '정당해산결정의 실효성'이므로, 법원으로서는 헌재의 의원직 상실 결정을 권한 없는 행위로서 '무효'라고 선언하면서 본안판단으로 나아가는 마당에 그 본안의 결론을 '기각'이라고 설시하기 위해서는 헌재가 든 위 주된 논거를 그대로 차용하게 되면 자칫 헌재의 의원직 상실 결정 권한의 '정당성'을 뒷받침하는 것처럼 비춰질 수 있으므로 주의를 요함 → 이유구성이 '인용' 결론에 비해 상대적으로 어렵고 조심스러운 상황임

▣ 영향 및 파장

- 확인의 이익 설시를 통해, 헌재와 대비되는 법원의 역할에 대해 필요한 설시가 가능(실질적 법치주의 상 법원의 권리구제의 최후보루의 위상, 외형상의 헌재 결정에 따른 권리침해 가능성 상존, 헌재 결정은 단심으로서 불복이 불가한 구조적 문제점 지적 등)
- 다만, 필요 이상의 설시를 할 경우 대법원과 헌재 사이의 위상 다툼이 되거나 연쇄적 순환고리(법원의 재판에 대해 헌법소원이 반복되는 현상 등)가 될 우려 있음

- 재판부가 헌재의 논리를 그대로 인용하거나 차용할 경우, 법원이 헌재의 논리와 판단을 답습한다는 인상이 들 수도 있고, 헌재의 설시상의 문제점 내지 모순점을 고스란히 승계하게 되는 모양새가 될 수 있음
- 또한 국민들이 각하와 기각의 차이를 명확히 인식하지 못하여 법원이 헌재보다 하위에 있다는 인상을 주거나, 권한 없는 헌재 결정 및 그에 따른 법률관계에 대한 사법심사 가능성이 차단되는 듯한 오해를 불러일으킬 수 있음

3) 예상 주문 ③: 인용

▣ 예상 근거

- 당사자소송의 적법성이나 확인의 이익 모두 앞서 본 바와 같이 긍정
- 가처분신청에 대한 결정은 소명 여하가 아닌 직접적인 '법리판단'과 연결되는 것이므로, 가처분 신청재판부에서 본안 판단시까지 판단을 미룰 가능성도 큼 → 본안판단이 있은 후 보전의 필요성 부정으로 '기각' 결정 가능

다만, 법원이 가처분에 적극적으로 나선다면, 가처분 신청재판부에서 피보전권리로서 '헌재의 의원직 상실 결정의 효력을 다툴 수 있는 권리' 가 있는지 여부를 먼저 정면으로 다루면서 '인용' 결정을 하는 흐름도 그 가능성을 배제할 수는 없을 것으로 보임 → 이 경우도 헌재와 대비되는 법원의 역할에 대해 필요한 설시가 가능할 수 있음(실질적 법치주의 상 권리구제의 최후의 보루, 헌재 결정에 따른 권리침해 가능성 상존, 헌재 결정은 단심으로서 불복이 불가한 구조적 문제점 지적 등)

▣ 본안 판단 이유 구성

☞ 인용이유 설시례 : ①정당해산결정에 따라 소속 국회의원의 의원직이 상실되는지에 관해 헌법이나 법률에 명문의 규정이 없는 점, ② 우리나라는 1962년 개정 헌법(제3공화국 헌법) 제38조에서 의원직 상실 조항을 규정하다가 1972년 개헌(유신헌법) 시 위 조항을 삭제한 점에서 의원직 상실을 배제하는 것이 입법자의 의사로 볼 수 있는 점, ③정당해산결정과 의원직 상실 문제는 반드시 논리필연적이라고 보기 어려운 점, ④국민주권의 이념에 충실할 때 주권자인 국민에 의하여 선임된 국회의원은 소속정당 해산만으로는 국민의 대표성을 상실한다고 보기 어려운 점, ⑤ 이는 방어적 민주주의의 관점이나 정당해산결정의 실효성 관점에서 보더라도

국회의원의 국민대표성이 부득이하게 '희생'될 사안은 아니라고 볼 것인 점, ⑥ 공직선거법 제192조 제4항의 '해산'에는 강제해산을 배제할 이유가 없으므로 비례대표의원도 자격을 유지하고, 지역구 의원은 애초에 퇴직간주될 여지가 없는 것으로 보이는 점, ⑦ 헌법재판소법 제58조 제2항은 국회차원에서 해산된 정당 소속 국회의원의 자격심사나 징계를 위한 근거규정 정도로 봄이 상당한 점 등을 제시할 수 있음

▣ 영향 및 파장

- 국민 대다수의 여론(헌재 결정에 65% 이상 찬성하는 상황)과 배치되는 듯한 결론으로 인해 보수언론을 통한 사법부에 대한 비난이 거세질 수 있음
- 대법원과 헌재 사이의 권한 다툼이나 역학관계 상의 힘겨루기처럼 비춰질 우려가 있음
- 헌재의 결정을 법원의 재판으로 무효선언을 할 수 있는 결과가 되어, 역으로 헌재가 법원의 재판을 취소하거나 한정위헌결정이 가능하다는 부정적인 빌미를 제공하는 결과가 될 수도 있음

4) 예상 주문 ④: 일부 인용(지역구), 일부 기각(비례대표)

▣ 예상 근거

- 당사자소송의 적법성이나 확인의 이익 모두 앞서 본 바와 같이 긍정됨임
- 정당해산결정으로 해산되는 정당 소속 국회의원이 지역구에서 당선된 경우와 비례대표로 당선된 경우를 나누어, ①지역구 국회의원은 국민대표성이 우위에 있고, 공직선거법 제192조 제4항의 적용이 없으므로 의원직을 상실한다고 보기 어렵고, ②비례대표 국회의원은 정당기속성이 우위에 있고, 공직선거법 제192조 제4항의 '해산'은 '자진해산'을 의미하는 것으로 볼 수 있으므로 의원직 상실이 타당하다는 결론[7]이 가능함

▣ 본안 판단 이유 구성

- 이유 설시례 : 지역구 국회의원에 대해서는 위 인용결론의 ①~⑦의 이유

7) 구○○ 교수는 비례대표 국회의원의 경우 정당대표성이 강하다는 점에서 정당해산결정으로 비례대표 국회의원만이 의원신분을 상실한다는 견해를 제시하고 있다.

설시가 가능할 것이고, 비례대표 국회의원에 대해서는 위 기각결론의 ①~③과 같이 헌재의 논리와 유사한 설시를 하면서도 그대로 차용한다는 인상을 주지 않기 위한 추가적인 설시가 필요함

▣ 영향 및 파장

- 일부 인용을 통해 헌재의 의원직 상실 결정과는 매우 다른 시각의 결론을 냄으로써 대법원과 헌재 사이의 힘겨루기 논란, 재판소원이나 한정위헌결정에서의 부정적인 빌미 제공 등의 악영향은 —전부인용보다는 완화된 형태일 것이지만 여전히— 피할 수 없을 것으로 보임
- 언론에 자주 노출되어 국민에게 인지도가 있는 비례대표 국회의원인 이석기, 김재연에 대해서는 의원직 상실 결론을 유지하게 되어 여론에 크게 어긋나지 않으면서도, 반대로 지역구 국회의원에 대해서는 의원직 상실 결정 무효선언을 하게 되어 헌법학계 및 일부 법조인들의 헌재결정의 법리적 문제점 지적을 받아들였다는 절충적인 결론으로 평가될 수도 있음
- 다만, 지역구 국회의원에 대한 인용결론에 대해서는 여전히 국민 대다수의 여론(헌재 결정에 65% 이상 찬성하는 상황)과 배치되는 듯한 결론으로 인해 보수언론을 통한 사법부에 대한 비난은 여전할 수 있음