

제1장

가처분

▶ 가처분 답안쓰기 전략 ◀

1. 가처분 목차 : 쟁점, 가처분 허용여부, 가처분 요건, 결론
2. 허용여부 : 권한쟁의심판이나 위헌정당해심판은 헌법재판소법에 규정되어 있으므로 법조항을 들면 된다. 헌법소원의 경우 최근 헌법재판소법 71조의 2에서 가처분 규정을 두고 있다.
3. 회복할 수 없는 손해 : 본안심판에 소요되는 시간으로 나중에 헌법재판소가 인용결정 하더라도 공권력 행사로 인한 손해를 회복할 수 없음을 논증한다. 위헌정당해산심판의 경우라면 정당활동으로 인한 민주적 기본질서 침해가 나중에 위헌정당 해산 결정으로 회복하기 힘들 수 있음을 논증한다.
4. 불이익 형량 : 가처분 인용과 본안기각의 경우 불이익(공익), 가처분 기각과 본안인용의 경우 불이익(기본권), 후자가 클 경우 가처분을 인정한다. 이 공식은 암기하고 사례를 공식에 넣어주면서 설명해 간다.

사례 01 2021년도 시행 제10회 변호사시험 1문의 1 : 헌법소원 가처분

甲은 2013. 9. 30. 서울중앙지방법원에서 乙에 대한 사기미수죄로 징역 1년을 선고받았고 2014. 6. 30. 위 판결이 확정되었다. 甲은 서울구치소에 수용 중이던 2014. 9. 30. 乙에게 사업자금으로 빌려 준 1억 원의 지급을 구하는 대여금 청구의 소를 제기하였다. 甲의 소송대리인 변호사 丙은 위 사건의 상담을 위하여 일반 접견만으로는 충분하지 않다고 생각하여 변호인접견실에서의 접견 신청을 하였으나 구치소장은 구 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령」(2014. 9. 26. 대통령령 제25397호로 개정되고 2015. 12. 10. 개정되기 전의 것) 제58조 제2항 등(이하 '이 사건 접견제한규정'이라 한다)에 근거하여 민사소송 대리인인 변호사는 변호인에 해당하지 않는다는 이유로 불허하였다. 甲은 丙과의 접견시간은 일반 접견과 동일하게 회당 30분 이내로, 접견 횟수는 다른 일반 접견과 합하여 월 4회로 제한하는 것은 위헌이라고 주장한다.

甲은 「헌법재판소법」 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판청구를 하면서 이 사건 접견제한규정에 대한 효력 정지가처분을 신청하였다. 甲이 제기한 가처분신청의 타당성을 검토하시오. (15점)

목 차

- | | |
|-------------|--------------|
| 1. 가처분의 의의 | 3. 가처분의 인정여부 |
| 2. 가처분 허용여부 | 4. 사안의 해결 |

1. 가처분의 의의

가처분은 본안결정의 실효성을 확보하고 잠정적인 권리보호를 위해 행하는 잠정적인 조치이다.

2. 가처분 허용여부

헌법재판소법 제71조의2는 헌법재판소가 헌법소원심판의 청구를 받은 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 중국결정의 선고시까지 심판 대상이 된 공권력의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있다고 하여 가처분을 규정하고 있다. 따라서 헌법소원심판에서 가처분은 허용된다.

3. 가처분의 인정여부

- 가. 본안사건이 명백히 부적법하거나 명백히 이유 없는 경우는 아닐 것 : 이 사건 변호사와의 면회횟수 제한에 대한 헌법소원청구가 명백히 부적법하거나 명백히 이유없다고 할 수 없다.
- 나. 회복하기 어려운 중대한 손해 예방의 필요성 : 변호사와 면회를 함에 있어 시기를 놓치면 방어권 행사에 회복하기 어려운 손해를 입게 될 것이다.
- 다. 긴급성 : 민사소송이 진행 중이므로 접견횟수조항의 효력을 정지할 긴급성이 인정된다.
- 라. 이익형량 : 가처분신청이 인용되고 본안심판청구가 기각될 경우 대리인과 불필요한 접촉을 야기해 교도질서유지라는 공익을 실현할 수 없게 되는 불이익보다 가처분신청이 기각되고 본안심판이 인용될 경우 甲이 입는 재판청구권의 불이익이 크다.

4. 사안의 해결

甲이 제기한 가처분신청을 인용함이 타당하다.

사례 02 2023년 모의고사 2차 1문의 2 : 권한쟁의심판의 가치분

2023. 5. 4. A당 소속 국회의원 20명은 B당 소속 국회의원 甲을 「국회법」 제155조 제10호, 제163조 제2항 제2호에 따라 30일의 출석정지에 처하는 징계안을 발의하였다. 이들이 제출한 甲에 대한 징계요구 사유는 ‘2023. 4. 26. 23:00경 법제사법위원장이 전체회의 속개를 위해 회의장에 입장할 때 甲이 위원장석을 점거하여 회의의 진행을 심각하게 방해하였고, 법제사법위원장의 점거해제를 위한 경고에도 불구하고 甲이 계속해서 위원장석을 점거하여 회의장 질서를 심각하게 어지럽히고 의사진행을 방해하였다’는 내용이었다. 국회의장 乙은 이 징계안을 「국회법」 제156조 제7항에 따라 2023. 5. 19. 국회(임시회) 본회의에 부의하여 의결하였고, 甲에 대한 30일의 출석정지 징계안이 가결되었음을 선포하였다(이하 ‘징계안 가결선포행위’라 한다). 이 처분으로 인해 甲은 30일의 출석정지기간 중에는 회기 중 여부와 관계없이 국회의 모든 회의에 참석할 수 없게 되어 사실상 국회의원으로로서의 활동이 정지되는 상황이 되었다.

이에 2023. 5. 24. 甲은 자신에 대한 징계사유가 존재하지 않을 뿐만 아니라 위원장석 점거 및 점거 해제를 위한 위원장의 조치에 따르지 않은 경우에 대한 「국회법」 상의 징계 관련 조항도 헌법상 적법절차원리에 위배되어 위헌무효이므로, 이 규정에 근거한 징계안 가결선포행위가 甲의 법률안 심의·표결권 등의 권한을 침해하여 무효라고 주장하면서 권한쟁의심판을 청구하였다. 그리고 동시에 甲은 자신에 대한 ‘30일 출석정지 처분’의 효력정지를 구하는 가치분신청을 하였다. 이 가치분신청의 인용 여부에 대하여 판단하시오. (20점)¹⁾

목 차

- | | |
|-----------------------|---------------------|
| 1. 쟁점의 정리 (2점) | 가. 가치분신청의 인용요건 (6점) |
| 2. 가치분의 허용 여부 (3점) | 나. 사안의 적용 (8점) |
| 3. 가치분신청의 인용 여부 (14점) | 4. 사안의 해결 (1점) |

1. 쟁점의 정리 (2점)

권한쟁의심판에 있어서 가치분이 허용되는지 여부를 살펴본 후, 가치분신청의 인용요건 충족 여부를 검토하여야한다.

2. 가치분의 허용 여부 (3점)

헌법재판소법은 권한쟁의심판(제65조)에서 가치분에 관한 명문규정을 두고 있다. 그러므로 권한쟁의심판에 있어서 가치분은 허용된다고 할 것이다.

3. 가치분신청의 인용 여부 (14점)

가. 가치분신청의 인용요건 (6점)

본안심판이 부적법하거나 이유 없음이 명백하지 않고, 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방할 필요와 그 효력을 정지시켜야 할 긴급한 필요가 있으며, 가치분을 인용한 뒤 종국결정에서 청구가 기각되었을 때 발생하게 될 불이익과 가치분을 기각한 뒤 청구가 인용되었을 때 발생하게 될 불이익을 비교형량하여 후자의 불이익이 전자의 불이익보다 클 경우 가치분을 인용할 수 있다.

1) 현재 2022.6.3. 2022헌사448.

나. 사안의 적용 (8점)

- 1) 본안심판이 부적법하거나 이유 없음이 명백하지 않아야 함 : 사안에서 국회의원에 대한 출석정지 처분을 권한쟁의심판으로 다투는 것이 명백히 부적법하거나 이유 없는 경우에 해당한다고 보기 어렵다.
- 2) 회복하기 어려운 중대한 손해 예방의 필요성 : 甲에 대한 출석정지 처분의 효력이 그대로 유지되면 법률안 심의 표결권에 회복하기 어려운 중대한 손해를 입게 된다.
- 3) 긴급성 : 甲에 대한 30일의 출석정지 처분은 2022. 6. 17. 그 집행이 종료되므로, 손해를 방지할 긴급한 필요도 인정된다.
- 4) 이익형량 : 가치분을 인용한 뒤 종국결정에서 권한쟁의심판청구가 기각되면 그때부터 甲에 대한 30일의 출석정지 처분 중 잔여기간에 대한 집행이 다시 진행되므로, 불이익이 거의 없다. 반면 가치분을 기각한 뒤 종국결정에서 권한쟁의심판청구가 인용되는 경우에는 甲은 출석정지기간 동안 침해받은 법률안 심의표결권을 회복하여 행사할 방법이 없게 된다. 따라서 가치분을 기각한 뒤 청구가 인용되었을 때 발생하게 될 불이익이 더 크다.

4. 사안의 해결 (1점)

甲의 가치분 신청을 인용함이 타당하다.

■ 기본권 글쓰기 전략 ▼

1. 평등권 답안쓰기 전략

가. 목차

차별의 발생, 심사척도, 자의금지원칙이 심사기준이면 차별취급의 비교대상군, 차별의 합리성을 판단해준다.

차별의 발생, 심사척도, 비례원칙이 심사기준이면 차별목적의 정당성, 차별취급의 적정성, 최소성, 균형성을 심사한다.

나. 비교대상군

동일한 면도 있고 다른 면도 있어야 한다. 즉 비교할 가치가 있어야 비교대상이 된다. 법률에서 차별하고 있는 대상과 그렇지 않은 대상을 발견해야 한다.

다. 심사척도

입법형성의 자유가 넓은 영역에서 차별은 자의금지, 좁은 영역에서 차별은 비례원칙이 적용된다. 헌법에서 차별을 금지하고 있거나 차별로 기본권 제한이 중대한 제한이면 입법형성의 자유가 좁아져 비례원칙이 적용된다. 나머지는 자의금지원칙이 적용된다. 근로영역에서 여성 차별(헌법 제32조 제4항), 혼인관계에서 남녀차별이나 혼인했다는 이유로 차별(헌법 제36조), 교육의 기회에서 차별(헌법 제31조)은 특히 차별을 금지하고 있는 영역이다. 따라서 이러한 사유를 기준으로 한로 차별은 비례심사가 적용된다. 가산점부여는 공무담임권에 중대한 제한이므로 엄격한 심사척도가 적용된다. 선거원칙에 반하는 제한도 엄격한 심사척도가 적용된다.

2. 과잉금지원칙

가. 과소보호금지원칙과의 구별

국가가 기본권을 제한하는 경우 과잉금지원칙이 적용된다. 사인이 침해자여서 국가가 보호자라면 과소보호금지원칙이 적용된다.

나. 입법형성권 일탈여부

헌법에서 직접 보호되는 것이 아니고 법률에서 이미 형성된 권리가 아니면 입법형성권 일탈남용으로 심사한다. 선거권 연령은 법률에서 비로소 형성되므로 입법형성권의 범위내인지 이를 벗어난 것인지를 심사한다. 그러나 18세 이상의 국민은 선거권을 가지는데 징역형을 선고 받고 형 집행 중인 자에 대한 선거권 박탈은 이미 형성된 권리를 제한하므로 과잉금지원칙이 적용된다.

다. 입법형성의 자유와 과잉금지원칙 적용

직업행사의 자유제한이나 광고제한은 입법형성의 자유가 넓다. 따라서 최소성원칙을 적용하는 경우 완화된 심사를 한다. 현저히 잘못된 수단을 선택한 경우가 아니면 최소성원칙에 부합된다.

라. 과잉금지원칙 심사

헌법 제37조 제2항의 국가안전보장, 질서유지, 공공복리에 포섭할 수 있다면 그 목적은 정당하다.

수단의 적합성은 목적 달성에 효과적이라면 정당하다.

효과적인 수단이라도 기본권 제한을 최소화하는 수단이 있는지 판단해야 한다. 최소성 원칙 위반의 경우 법령에 규정된 수단보다 완화된 수단을 예로 들고 이를 통해서도 입법목적이 실현될 수 있음을 논증한다. 최소성 원칙 위반이 아니라면 법령에 규정된 수단보다 완화된 수단을 예로 들고 이를 통해서 입법목적이 실현될 수 없으므로 부득이하게 그 수단을 선택할 수 없음을 주장한다.

법익균형성은 최소성원칙 판단을 유지해서 답안을 쓴다. 법익균형성원칙 위반이면 해당 법령으로 실현하려는 공익이 법령으로 야기되는 불이익보다 크다고 보기 힘들다. 법익균형성원칙 위반이 아니면 해당 법령으로 실현하려는 공익이 법령으로 야기되는 불이익보다 크다고 논증한다.

사례 01

2023년도 제2차 변호사시험 모의시험 2문 : 행정심판법 제49조 제1항, 기본권 주체, 평등권

재건축조합인 A는 「도시 및 주거환경정비법」 제89조에 따라 조합원 丁에게 청산금을 부과하는 처분을 하였다. 이에 丁은 A를 상대로 서울특별시 행정심판위원회에 행정심판을 청구하였고, 동 위원회는 A의 丁에 대한 처분이 무효임을 확인하는 내용의 재결을 하였다. 이에 A는 서울특별시 행정심판위원회를 피고로 하여 위 재결의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였으나, 서울행정법원은 위 처분에 있어 A는 행정청에 해당하고, 위 인용재결은 「행정심판법」 제49조 제1항에 따라 A를 기속한다는 이유로 A의 소를 각하하였다. 이에 A는 「행정심판법」 제49조 제1항에 관하여 「헌법재판소법」 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판을 청구하였는데, 다음 A의 청구이유에 대해서 각각 판단하시오. (20점)¹⁾

- (1) 청산금부과에 있어 재건축조합이 공법인의 지위에 있다고 보더라도, 당해 조합이 공권력행사의 상대방이 되는 경우에는 항고소송으로 이를 다룰 수 있다고 보아야 하므로, 재판청구권의 주체가 될 수 있다. 그런데 「행정심판법」 제49조 제1항은 당해 조합의 경우까지 행정심판 인용재결에 불복할 수 없도록 하여 법원의 판단을 받을 기회를 박탈하고 있으므로 재판청구권을 침해한다.
- (2) 「행정심판법」 제49조 제1항이 행정심판의 피청구인이 재건축조합인 경우에 사인 또는 사법인과 달리 행정심판 재결에 대하여 항고소송으로 다룰 수 없도록 제한하는 것은 평등원칙에 위배된다.

목 차

[설문] 다음 A의 청구이유에 대해서 각각 판단하시오. (20점)

1. 쟁점
2. 재판청구권 침해 주장에 관한 판단 (12점)

- 가. 공법인의 기본권 주체성 인정 여부에 관한 원칙과 예외
- 나. A의 공법인 지위에 대한 판단
- 다. 사안의 해결
3. 평등원칙 위반 주장에 관한 판단 (8점)

1) 현재 2022.7.21. 2019헌바543.

[설문] 다음 A의 청구이유에 대해서 각각 판단하십시오. (20점)

1. 쟁점

행정심판법 제49조 제1항은 피청구인을 기속하므로 행정심판의 인용재결에 대해 항고소송을 제기할 수 없게 됨에 따라 재건축조합 A가 재판청구권 침해를 주장하고 있다. 행정심판 피청구인이 재판청구권의 주체가 되는 지를 판단하고, 사인 또는 사법인에 비해 합리적 이유가 없는 차별을 받았는지 살펴보기로 하겠다.

2. 재판청구권 침해 주장에 관한 판단 (12점)

가. 공법인의 기본권 주체성 인정 여부에 관한 원칙과 예외

공법인은 기본권의 “수범자”이지 기본권의 주체가 아니고 오히려 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 ‘책임’과 ‘의무’를 지니고 있을 뿐이다. 다만, 사경제 주체로서 활동하는 경우나 고유 업무를 수행하는 경우, 일반 사인처럼 그 지배하에 있는 경우 등에는 기본권 주체가 될 수 있다.

나. A의 공법인 지위에 대한 판단

재건축조합 A는 재건축사업에 관한 국가의 기능을 대신하여 수행하는 공권력 행사자 내지 기본권 수범자의 지위에 있다고 할 것이다. 이 사안에서 A는 도시정비법 제89조에 따라 기본권의 수범자인 행정청의 지위에서 국민인 甲에게 청산금부과처분을 하였기 때문에, 재판청구권의 주체가 될 수 없다.

다. 사안의 해결

재건축조합인 A는 기본권의 주체가 된다고 볼 수 없으므로 A의 재판청구권 침해 주장은 이유 없다.

3. 평등원칙 위반 주장에 관한 판단 (8점)

가. 평등원칙의 의의 : 평등원칙은 절대적 평등이 아니라 합리적 이유가 없는 차별을 금지한다.

나. 평등원칙의 심사척도 : 사안의 경우 특별히 헌법이 금지하는 것도 아니고 A의 재판청구권이 제한되는 것도 아닌 바, 자의금지원칙이 적용된다.

다. 차별취급의 존재 : 행정심판법 제49조 제1항은 재건축조합인 경우에 사인 또는 사법인과 달리 행정심판 재결에 대하여 항고소송으로 다룰 수 없도록 제한하도록 하여 사인 또는 사법인과 재건축조합을 차별하고 있다.

라. 평등원칙 위반여부 : 행정심판의 피청구인이 행정심판 재결에 대하여 항고소송으로 다룰 수 있도록 한다면 권리를 구제받은 청구인의 지위가 불안정해질 수 있다. 이는 국민 권리의 신속한 구제라는 행정심판의 취지에 맞지 않다. 사인 또는 사법인과 재건축조합을 차별한 것은 행정심판의 취지에 부합하는 바, 합리적 이유가 인정된다.

사례 01

2023년도 제2차 변호사시험 모의시험 제1문의 1: 특별위원회
위원 개선, 자유위임, 국회의 자율권, 법률안 심의 표결권

2021. 7. 26. 국민연금 등 국민복지 전반에 걸친 개혁방안 마련 및 관련 법안의 심사·처리를 위하여 활동 기한을 2021. 12. 31.로 하는 국민복지개혁 특별위원회(이하 '국개특위'라 한다)가 국회에 구성(위원장 포함 18인)되었다. A당 소속 국회의원인 甲은 2021. 10. 18. 국회(정기회)에서 국개특위 위원으로 선임되었는데, 이후 국개특위 활동기한도 2022. 8. 31.까지로 연장되었다.

A당과 B당의 교섭단체 대표의원들과 C당 원내대표 의원은 2022. 4. 20. '국민연금법 개정안'(이하 '이 사건 법안'이라 한다)을 「국회법」 제85조의2에 따라 신속처리대상안건으로 지정하여 처리하기로 하는 내용의 합의안(이하 '이 사건 합의안'이라 한다)을 발표하였다.

A당은 2022. 4. 21. 의원총회에서 이 사건 합의안 추인을 당론으로 결정하였으나, A당 소속 국개특위 위원인 甲은 2022. 4. 22. 이 결정에 대하여 반대 의사를 표명하였다. 그러자 A당 교섭단체 대표의원은 국회(임시회) 회기 중이었던 2022. 4. 25. 국회의장 乙에게 A당 소속 국개특위 위원을 甲에서 丙으로 개선할 것을 요청하였고, 乙은 같은 날 A당 소속 국개특위 위원을 甲에서 丙으로 개선하였다(이하 '이 사건 개선행위'라 한다).

이후 2022. 4. 29. 丙이 참여한 국개특위 의결에 따라 乙은 이 사건 법안을 신속처리대상안건으로 지정하였고, 이 사건 법안은 국회 법제사법위원회를 거쳐 2022. 11. 25. 본회의에 부의되어 원안대로 가결·선포되었다.

甲은 2022. 4. 25.에 있었던 乙의 개선행위로 인해 자신의 법률안 심의·표결권 등이 침해되었다고 주장하면서, 2022. 6. 24. 乙을 상대로 하여 권한의 침해확인을 구하는 권한쟁의심판을 청구하였다. 이 청구의 적법성 여부 및 권한침해 여부에 대하여 판단하시오. (40점)¹⁾

[참조조문]

「국회법」(2018. 4. 17. 법률 제15620호로 개정된 것)

제48조(위원의 선임 및 개선) ① 상임위원은 교섭단체 소속 의원 수의 비율에 따라 각 교섭단체 대표의원의 요청으로 의장이 선임하거나 개선한다. 이 경우 각 교섭단체 대표의원은 국회의원 총선거 후 첫 임시회의 집회일부터 2일 이내에 의장에게 상임위원 선임을 요청하여야 하고, 처음 선임된 상임위원의 임기가 만료되는 경우에는 그 임기만료일 3일 전까지 의장에게 상임위원 선임을 요청하여야 하며, 이 기한까지 요청이 없을 때에는 의장이 상임위원을 선임할 수 있다.

② 어느 교섭단체에도 속하지 아니하는 의원의 상임위원 선임은 의장이 한다.

③ 생략

④ 특별위원회 위원은 제1항과 제2항에 따라 의장이 상임위원 중에서 선임한다. 이 경우 그 선임은 특별위원회 구성결의안이 본회의에서 의결된 날부터 5일 이내에 하여야 한다.

⑤ 위원을 선임한 후 교섭단체 소속 의원 수가 변동되었을 때에는 의장은 위원회의 교섭단체별 할당 수를 변경하여 위원을 개선할 수 있다.

⑥ 제1항부터 제4항까지에 따라 위원을 개선할 때 임시회의 경우에는 회기 중에 개선될 수 없고, 정기회의 경우에는 선임 또는 개선 후 30일 이내에는 개선될 수 없다. 다만, 위원이 질병 등 부득이한 사유로 의장의 허가를 받은 경우에는 그러하지 아니하다.

1) 현재 2020.5.27. 2019헌라1.

목 차

1. 쟁점 정리 (2점)	사. 소결 (1점)
2. 권한쟁의심판의 적법 여부 (18점)	3. 이 사건 개선행위로 인한 심의표결권 침해 여부 (18점)
가. 권한쟁의심판의 요건 (1점)	가. 국회의 자율권과 이 사건 개선행위의 법적 성격 (5점)
나. 당사자능력 및 당사자적격 (5점)	나. 자유위임원칙 위배 여부 (7점)
다. 피청구인의 처분 또는 부작위 (3점)	다. 국회법 제48조 제6항 위배 여부 (5점)
라. 권한의 침해 또는 침해의 현저한 위험 (2점)	라. 소결 (1점)
마. 권리보호이익 (4점)	4. 사안의 해결 (2점)
바. 청구기간의 준수 (2점)	

[설문] 이 청구의 적법성 여부와 권한침해 여부에 대하여 판단하십시오. (40점)

1. 쟁점 정리 (2점)

사안에서 국회의원 甲의 권한쟁의심판청구가 적법한지 여부와 이 사건 개선행위가 국회의원 甲의 법률안 심의표결권 등을 침해하는지 여부가 문제된다.

2. 권한쟁의심판의 적법 여부 (18점)

가. 권한쟁의심판의 요건 (1점)

당사자능력 및 당사자적격을 갖추어야 하고 피청구인의 처분으로 인해 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한의 침해 또는 침해의 현저한 위험이 있어야 한다. 그리고 권리보호이익이 인정되어야 하며, 청구기간을 준수하여야 한다.

나. 당사자능력 및 당사자적격 (5점)

1) 국회의원 甲과 국회의장 乙의 당사자능력과 적격

헌법재판소는 다음 가) 나) 다) 요건을 갖춘 경우 국가기관으로서 당사자능력이 인정된다고 하였다.

가) 그 국가기관이 헌법에 의해 설치될 것 : 국회의원과 국회의장은 헌법에 의하여 설치된 국가기관이다(제41조 제1항과 제58조).

나) 헌법 또는 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받고 있을 것 : 국회의원은 헌법과 법률에 의하여 법률안 심의표결권을 부여받고 있으며, 국회의장은 헌법과 법률에 의하여 의안의 가결선포 등의 권한이 부여되어 있다.

다) 권한쟁의를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 없는 경우 : 국회의장과 국회의원 간 권한분쟁은 권한쟁의심판 이외에 달리 해결할 적당한 기관이나 방법이 없다.

2) 소결

국회의원 甲과 국회의장 乙은 당사자능력이 있다. 또한 乙의개선행위로 국회의원 甲의 법률안 심의권 표결권의 침해가 발생할 수 있으므로 당사자적격도 인정된다.

다. 피청구인의 처분 또는 부작위 (3점)

헌법재판소법 제61조 제2항의 권한쟁의심판에서의 ‘처분’은 모든 법적 행위뿐만 아니라 단순한 사실 행위, 대외적인 행위뿐 만 아니라 대내적인 행위, 그리고 개별적 결정뿐만 아니라 일반적 규범의 정립 까지 포함된다.

사안의 경우 국회의장의 개선행위는 국회의원 甲의 법률안 심의 표결권에 법적 영향을 주므로 권한쟁의심판의 대상이 되는 처분이라 할 수 있다.

라. 권한의 침해 또는 침해의 현저한 위험 (2점)

국회의원 甲은 국회의장 乙의 이 사건 개선행위로 말미암아 국개특위 위원으로서 이 사건법안 등 국개특위에 상정된 법률안들에 대하여 심의 표결권을 행사하지 못하게 되었으므로 권한침해의 개연성을 인정할 수 있다.

마. 권리보호이익 (4점)

구체적인 보호이익이 소멸한 경우에도 같은 유형의 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있고, 헌법 질서의 수호유지를 위하여 예외적으로 심판청구의 이익을 인정할 수 있다.

위 국개특위는 활동기한이 종료되었으므로 이 사건 권한쟁의심판청구가 인용되더라도 청구인이 국개특위 위원신분을 회복할 수는 없게 되었으므로, 권한쟁의로써 해결해야 할 구체적인 보호이익은 소멸하였다. 그러나 위원회 위원의 개선은 국회법 제48조에 따라 반복적으로 행해지므로 헌법적으로 해명할 이익이 있다.

바. 청구기간의 준수 (2점)

헌법재판소법 제63조 제1항은 “권한쟁의심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다.”고 규정하고 있다. 사안에서 乙의 개선행위는 2022. 4. 25.에 있었고, 2022. 6. 24에 권한쟁의심판이 청구되었으므로 헌법재판소법 제63조 제1항의 청구기간은 준수하였다.

사. 소결 (1점)

이 사건 권한쟁의심판청구는 적법요건을 모두 충족하여 적법하다.

3. 이 사건 개선행위로 인한 심의 표결권 침해 여부 (18점)**가. 국회의 자율권과 이 사건 개선행위의 법적 성격 (5점)**

국회의 자율권이란 다른 국가기관 간섭 없이 의사나 내부보직에 대해 자율적으로 결정할 수 있는 권한이다. ‘국회의 내부조직에 관한 자율권’이란 외부의 간섭 없이 스스로 내부조직을 구성할 수 있는 자율권을 의미하고, 교섭단체와 위원회를 구성하는 것도 이에 포함된다.

국회의장이 위원회의 위원을 선임 개선하는 행위는 그 자율권에 근거하여 내부적으로 회의체 기관을 구성 조직하는 행위이다. 따라서 이 사건 개선행위가 헌법이나 법률을 명백히 위반한 흠이 있는지를 심사하는 것으로 충분하다.²⁾

2) 헌재 1997.7.16. 96헌라2; 헌재 2003.10.30. 2002헌라1 등 참조.

나. 자유위임원칙 위배 여부 (7점)

1) 자유위임원칙

헌법 제46조 제2항에서 규정하고 있는 자유위임원칙은 국회의원이 의사결정시 국가이익을 우선하여 양심에 따른 의사결정을 하여야 한다는 원칙이다. 국개특위 甲은 A당의 당론에 반하는 의사를 가진다고 A당의 요청에 따라 개선한 행위는 국개특위위원인 甲의 자유위임에 따른 법률안 심의 표결권이 침해될 수 있다. 국회의장의 국개특위위원의 선임과 개선이 의사정리권한에 속하여 국회의 자율권 행사라고 하더라도 헌법 제46조와 충돌하게 된다.

2) 사안의 경우

교섭단체인 정당은 국민의 정치적 의사를 결집하여 국정에 반영할 수 있어야 존립 의의가 있다. A당은 정당의 정책을 국개위원의 개선을 통해 법률안에 반영할 의도를 가지고 정당 정책에 반대하는 甲의 사임을 요청하여 국회의장이 개선한 것이므로 그 정당성을 인정할 수 있다.

또한 甲은 이 사건 개선행위 후에도 의원으로서 국개특위 심사절차에 참여할 수 있었다. 따라서 이 사건 개선행위는 자유위임의 원칙에 위배되지 않는다.

다. 국회법 제48조 제6항 위배 여부 (5점)

1) 국회법 제48조 제6항의 의미

국회법 제48조 제6항 본문 중 “위원을 개선할 때 임시회의 경우에는 회기 중에 개선될 수 없고” 부분은 해당 위원이 ‘위원이 된 임시회의 동일 회기 중 다시 개선되는 것’을 금지하는 것이다.

2) 사안의 경우

2021년 정기회에서 선임된 甲에 대하여는 2022년 국회(임시회)의 회기 중이더라도 甲이 선임된 임시회에 개선되는 것이 아니므로 이 사건 개선행위는 국회법 제48조 제6항에 위배되지 않는다.

라. 소결 (1점)

이 사건 개선행위는 甲의 법률안 심의 표결권을 침해하지 않는다.

4. 사안의 해결 (2점)

사안에서 국회의원 甲의 국회의장 乙을 상대로 한 권한쟁의심판청구가 적법하고 乙의 개선행위가 甲의 법률안 심의표결권을 침해한다고 할 수 없다.