

민사소송과 관련된 헌법재판소 결정에 대한 고찰

문영화*

【목 차】

I. 서론	1. 민사재판권(민사사법권)
II. 재판청구권에 관한 위헌심사의 기준 및 헌재결정의 분류	2. 민사소송에 대한 접근권 3. 소송절차에서 재판청구권 4. 상소심에서 재판을 받을 권리 5. 재심의 재판을 받을 권리
1. 위헌심사의 기준	
2. 헌재결정의 분류	
III. 헌재결정에 대한 분석	IV. 맺는 말

【국 문 요 약】

이 글은 1989년 이후 민사소송과 관련하여 선고된 다수의 헌재결정을 정리하면서 민사소송절차에서 실현되고 있는 재판청구권의 의미와 가치에 관한 시대적 흐름을 읽어내는 것을 목적으로 하였다. 민사소송과 관련된 헌재결정을 재판청구권의 구체적 내용과 그 보호영역을 고려하여 민사재판권(민사사법권), 민사소송에 대한 접근권, 소송절차에서 재판청구권, 상소심에서 재판을 받을 권리, 재심의 재판을 받을 권리에 관한 것으로 분류하되, 요지를 제시하여 망라하면서, 개별 결정이나 주제에 관한 기존 연구의 논의를 인용하는 방식으로 분석하였다.

헌법재판소는 1989. 1. 25. 국가를 상대로 하는 재산권청구에 관하여 가집행선고를 면제하는 구 소송촉진 등에 관한 특례법 제6조 제1항 단서에 대하여 위헌결정을 한 것을 비롯하여, 1988년 설립된 이래 30년 남짓 기간 동안 민사소송과 관련하여 많은 의미 있는 결정을 하였다. 그러나

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수

다음과 같은 몇 가지 점에서는 아쉬움이 있다. 첫째, 이의가 제기되지 않은 행정형 결정에 대하여 기관력을 부여하는 조항의 위헌 여부에 대하여 권력분립에 대한 고려를 하지 않고 있는 점, 둘째, 상한액을 두지 않거나 패소불명백성을 요건으로 함으로써 민사소송에 대한 접근권을 제한하고 있는 인지제도와 소송구조제도에 대한 합헌의 근거로써 그 기준이나 통제조차도 제시되지 않은 ‘남소’가능성을 여전히 들고 있는 점, 셋째, 상소심에서 재판받을 권리 자체를 재판청구권의 내용에서 배제함으로써 상소심에서의 재판을 받을 권리 및 재심의 재판을 받을 권리를 제한하는 입법에 대한 위헌심사가 실질적으로 이루어지지 않고 있는 점, 넷째, 판결을 통한 법원의 당사자에 대한 논증 및 설득의무는 재판의 본질임에도 상고심판결의 이유를 생략하도록 규정하는 상고심절차에 관한 특례법의 해당 조항에 대하여 절차의 ‘신속성’에만 근거하여 합헌으로 선언해오고 있는 점 등이다.

민사소송법 연구자의 관점에서는 기본권으로서 재판청구권이 헌법에 규정된 것의 역사적 의미는 종래 법률(소송법)에 의하여 규율되어 왔던 사법적 기본원칙을 필요 최소한의 기준으로 하고, 입법만으로 쉽게 폐지되지 않도록 함으로써 영구적으로 보장하는 한편, 국민의 사법에의 접근을 실질적으로 보장하기 위한 것이라고 이해된다. 헌법상 재판청구권은 실체적 기본권의 실현수단으로서도 의미를 갖는 만큼, 사법절차를 통한 권리보호가 실질적으로 보장될 수 있는 내용을 담지하여야 한다. 사법이 변화하는 사회에 걸맞은 역할과 기능을 수행해 갈 수 있도록 재판청구권에 관한 해석과 입법에 대한 통제가 적절하게 이루어지기를 희망한다.

I. 서론

헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”고 규정하고 있다. 헌법 제27조 제1항에서 규정하는 기본권의 성격에 대한 헌법학계의 전통적인 견해는, ‘국가에 대하여 재판을 청구하는 것을 내용으로 하는 청구권적 기본권’이라는 입장,¹⁾ ‘재판이라는 국가적 행위를 청구할 수 있는 적극적 측면과 헌법과 법률이 정한 법관이 아닌 자에 의한 재판 및 법률에 의하지 아니한 재판을 받지 아니하는 소극적 측면을 아울러 가지고 있어서 청구권과 자유권이라는 이중적 성격을 가진 것’이라는 입장,²⁾ ‘권리·의무에 관한 다툼이 생긴 경우에 법관의 재판을 요구할 수 있는 제소권 내지 재판청구권으로서의 실체적 권리와 재판이 행해지는 경우에 기능과 신분이 독립한 법관에 의해서 적법한 절차와 공정한 재판을 받을 수 있는 사법절차적 기본권으로서의 절차적 권리’라는 두 가지 상이한 성격의 권리라는 입장³⁾ 등으로 나누어진다.⁴⁾

역사적으로 재판제도는 기본권으로서 재판청구권이 헌법에 규정되기

-
- 1) 김철수, 「제19전정신판 헌법학개론」, 박영사(2007), 1061면; 정재황, 「신헌법입문 제10판」, 박영사(2020), 603면; 최희수, “국민의 재판청구권의 실질화를 위한 방안-항소심 이원화, 고등법원 상고부, 대법원 심리불속행제도를 중심으로-”, 「헌법학연구」 제16권 제1호(2010. 3.), 104면; 한수용, 「제3판 헌법학입문」, 법문사(2019), 424면에서는 헌법 제27조 제1항은 재판청구권을 보장하고 있다고 하면서, 재판청구권은 실체적 권리의 구제를 위하여 국가에게 적극적 행위, 즉 권리구제절차의 제공을 요구하는 청구권적 기본권이라고 정의한다.
 - 2) 권영성, 「개정판 헌법학원론」, 법문사(2010), 608면; 성낙인, 「제20판 2020 헌법학」, 법문사(2020), 1552면; 정중섭, 「제12판 헌법학원론」, 박영사(2018), 836면; 김상겸, “법치국가의 요소로서 절차적 기본권-재판청구권과 관련하여-”, 「아·태공법연구」 제7집, 아세아태평양공법학회(2000), 160면에서는 주관적 공권으로서 국가에 대한 방어권으로서의 성격과 국가에 대하여 권리보호를 위한 사법절차를 요구하는 청구권적 성격을 갖는다고 한다.
 - 3) 허영, 「전정 15판 한국헌법론」, 박영사(2019), 408-410면.
 - 4) 김선택, “사법적 권리구제의 헌법적 보장-재판청구권을 중심으로-”, 「법실천의 제문제:동천 김인섭 변호사 화갑기념 논문집」, 논문집간행위원회(1996), 36-37면에서는 위와 같은 분류를 전통적인 기본권 분류의 체계에 맞춘 것이라고 하면서, 기본권유형론에서 탈피하여 개별기본권에 의한 법적 효력과 보장되는 법적 내용에 따라 차별화하여 법적 성격을 논하여야 한다고 비판한다.

이전부터 존재하여 왔고, 민사재판과 형사재판은 전자가 사인(私人) 사이에 다툼 있는 권리관계를 공권력을 통하여 확정·실현하는 절차인데 반하여, 후자는 국가가 형벌권을 행사하여 개인의 권리(자유권 및 재산권)를 제한하기 위하여 반드시 거쳐야 하는 절차⁵⁾라는 점에서 본질적으로 차이가 있다. 민사소송에서 재판청구권은 사권(私權)의 보호를 요구하는 원고의 입장에서 국가에 대하여 적극적으로 어떤 행위를 요구할 수 있는 권리(訴權)라는 측면이 강조되겠지만,⁶⁾ 형사소송에서 재판청구권은 피고인의 방어권이 주된 내용이 되어야 할 것인데,⁷⁾ 위와 같은 민사소송과 형사소송의 본질의 차이에도 불구하고 헌법 제27조 제1항에서 규정하는 재판청구권의 성격을 위와 같이 일률적으로 정의하는 것은 재고할 필요가 있다고 생각한다.⁸⁾

-
- 5) 우리 헌법 제12조 제1항은 누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다고 규정하고 있는바, 위 규정의 ‘처벌’에는 형사처벌, 즉 자유형이 포함된다(정종섭, 앞의 책, 507면).
- 6) 소송절차에서 피고의 권리 역시 포함된다; 소권론에서는 원고가 요구하는 국가의 행위에 따라 권리보호청구권설, 본안판결청구권설, 사법행위청구권설 등으로 나누어진다. 이시윤, 「제14판 신민사소송법」, 박영사(2020), 219-221면
- 7) 형사소송제도에서 국가가 행사하는 형사소추권의 근거를 헌법 제27조 제1항에서 찾을 수 없는 것은 당연하고, 피고인으로서 헌법과 법률이 정한 법관의, 법률에 의한 재판 없이는 처벌을 받지 않을 권리가 헌법 제12조 제1항과 무관하게 제27조 제1항에서만 도출된다거나, 이러한 권리를 국가에 대하여 적극적 재판을 청구할 수 있는 것으로 성격지을 수 있을지는 의문이다. 또 고소·고발인이나 범죄피해자가 가해자의 범행을 처벌해 줄 것을 법원에 청구할 수 있는 권리를 사법행위청구권으로서 재판청구권의 내용에 포함된다고 하더라도(헌재 1997. 8. 21. 94헌바2 전원합의회 결정의 반대이견), 형사소송제도에서 그러한 권리의 보장이 주된 것이 될 수는 없을 것이다.
- 8) 三月月章, 「民事訴訟法研究 第7卷」, 有斐閣(1978), 4면에서는 형사사범의 영역에서 국민의 재판받을 권리의 보장은 형사소추를 받은 상황, 시민생활에서 극단적 병리적 상태를 전제로 하여, 공정하게 취급을 받을 처우를 확보하는 것에 지나지 않지만, 민사사범의 영역에서 국민의 재판받을 권리의 보장은 개인의 권리의 실현, 모든 국민의 관심이 있을 수 있는 사안을 국가의 재판제도에 맡긴다는 데에 의미가 있다고 한다.; 芦部信喜 編, 憲法Ⅲ人權(2), 有斐閣(1981), 280-281면에서는 일본 헌법 제24조에서 규정하는 법률에서 정한 법관은 민사 및 형사법원을 의미하기 때문에 재판을 받을 권리는, 민사재판에서는 ‘私權의 보호를 구하기 위하여 국가에 대하여 재판을 요구할 권리’라고 하는 적극적 내용의 의미함과 동시에, ‘누구도 법률에 정한 소송절차에 따라 법률에 정한 법관의 재판을 거치지 않고는 강제적 형벌을 받거나, 또는 민사관계의 다툼을 확정시킬 수 없는 권리’라고 하는 소극적 내용을 포함한다고 한다.; 김선택, 앞의 글, 42면에서는 재판청구권도 사법권의 행사인 재판

원시적인 민사소송제도는 권력분립에 의한 법치국가의 원리가 선언되기 이전부터 존재하여 왔었지만, 근대적 의미의 민사소송제도는 법의 지배를 실현하기 위한 중요한 도구이고, 민사소송법 역시 이를 뒷받침하기 위한 법률로서 헌법상의 재판청구권과 직접 맞닿아 있다. 그리고 민사소송에서의 재판청구권은 기본권인 재산권 또는 인격권의 실현을 위한 수단(절차권)의 측면이 강하고, 개별 소송제도의 차이에서 발생하는 문제와 관련하여서는 법 앞에서의 평등, 즉 평등권과도 관련이 된다. 또한 우리 헌법은 민사소송과 관련하여 제27조 제3항에서 신속한 재판에 대한 권리를, 제109조에서는 공개재판의 원칙을 규정하고 있고, 헌법 제101조 역시 민사재판청구권과 관련이 있다. 민사소송에서 실현되어야 할 헌법상 기본권의 내용에 관하여는 학계의 연구가 있었지만,⁹⁾ 보다 충실한 후속 연구가 이어져야 한다고 생각한다.

헌법재판소는 1988년 설립된 이후 민사소송과 관련하여 다수의 의미 있는 결정을 해오고 있는데,¹⁰⁾ 이에 관한 민사소송법학계의 연구는 활발

권의 내용에 따라 민사재판청구권, 형사재판청구권, 행정재판청구권, 헌법재판청구권으로 나눌 수 있다고 하면서, 민사재판청구권과 형사재판청구권의 헌법적 근거는 헌법 제27조 제1항과 제101조 제1항이고, 행정재판청구권은 그 외에 헌법 제107조 제2항을 추가할 수 있다고 한다.

- 9) 이시윤, “민사절차상 재판을 받을 권리”, 「헌법논총」 제21집, 헌법재판소(2010), 5면 이하에서는 우리 헌법상으로 제27조를 축으로 제10조의 인간으로서 존엄과 가치의 보장, 제11조 평등의 원칙, 제109조 공개재판의 원칙이 더해져서 절차적 기본권을 이루고, 민사절차와 이를 준용하는 행정·가사·특허·헌법재판에서 ‘재판을 받을 권리’는 ①헌법과 법률이 정한 법원에 의한 재판을 받을 권리, ②법률에 의한 재판을 받을 권리, ③신속한 재판을 받을 권리로 집약된다고 한다.; 장석조, “공정한 재판을 받을 권리 -법적 청문청구권을 중심으로-”, 「재판자료」 제76집, 법원도서관(1997), 491면 이하에서는 우리 헌법상 절차적 기본권은 헌법 제27조 제1항의 주된 규율 대상인 사법행위청구권(der Anspruch auf Justizgewährung)과 법률이 정한 법관(gesetzlicher Richter)에 의하여 재판 받을 권리, 법적 청문청구권(der Anspruch auf rechtliches Gehör), 신속한 재판을 받을 권리 등이라고 하면서, 보호영역에 따라 사법행위청구권은 사법절차에의 접근을 위한 기본권에, 나머지 셋은 사법절차상의 기본권에 속한다고 설명한다.; 홍기문, “헌법과 민사소송”, 「민사소송」 제9권 제2집, 한국민사소송법학회(2005), 6면 이하에서는 헌법 제27조 제1항에서 도출되는 정당절차청구권 및 변론권과 그 밖의 헌법 규정에서의 평등의 원칙, 재판공개 원칙, 신속한 재판을 받을 권리의 보장 등이 민사소송에서 구현되어야 한다고 한다.
- 10) 헌법재판소의 첫 위헌결정이 국가를 상대로 하는 재산권의 청구에 관하여 가집행선고를 면제한 구 소송촉진 등에 관한 특례법 제6조 제1항 단서에 대한 1989. 1. 25. 88헌가7 전

하지 못하였다. 중요한 결정에 대한 법률적·사회적·역사적 의미를 심도 있게 짚어보는 것도 연구자의 과제이지만, 30년 남짓 선고된 다수의 결정을 정리하고 민사소송절차에서 실현되고 있는 재판청구권의 가치에 관한 전반적인 흐름을 읽어내는 것도 필요한 작업일 것이라고 생각하였다.

이 글에서는 우선 헌법재판소의 재판청구권에 관한 위헌심사기준에 관한 헌법학계의 논의를 간략하게 본다. 이어서 현재결정을 재판청구권의 내용과 민사소송절차에 따라 분류하여 분석하면서 현재결정의 의미를 검토한다.

민사집행법과 관련한 현재결정도 적지 않다. 그런데 민사집행에서 기본권의 문제는 민사집행절차가 광의의 민사소송절차라는 점에서 절차권으로서 재판청구권이 전면에 등장하기는 하지만, 집행채권자의 집행채권의 실현이라는 측면과 국가의 집행권 행사에 의하여 집행채무자의 재산권에 대한 직접적인 침해라는 측면에서 권리확인절차인 협의의 민사소송절차와는 차이가 있기 때문에, 차후에 따로 고찰하기로 하고 이 글에서는 다루지 않는다.

II. 재판청구권에 관한 위헌심사의 기준과 현재결정의 분류

1. 위헌심사의 기준

헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”고 규정하여, 기본권제한의 한계를 규정하고 있다. 국내 헌법학계의 다수의견은 재판청구권의 위반 여부도 헌법 제37조 제2항에 근거하여 기본권제한의 한계심사를 적용할 수 있다고 한다(과잉금지원칙 심사설).¹¹⁾ 이에 반하여 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙은 자유를 제한하는 국가공권력에 대한 제한원리로서 기본권제한의 한계이고, 재판청구

원재판부 결정이었다.

11) 김철수, 앞의 책, 1087면; 권영성, 앞의 책, 617면; 성낙인, 앞의 책, 1573면; 정종섭, 앞의 책, 867면; 정재황, 앞의 책, 621면.

권과 같이 입법을 통하여 비로소 기본권의 내용이 형성되거나 기본권의 행사가 현실적으로 가능한 경우에는 제소를 곤란하게 하는 절차법규정이 합리적인 이유로 정당화될 수 있는지, 즉 입법형성권의 한계 일탈 여부가 심사기준이 되며, 결과적으로 현저하게 비합리적인 절차법규정이 아닌 한 재판청구권에 대한 위반이 부정된다고 하는 입장(합리성 심사설)이 있다.¹²⁾ 또, 헌법 제37조 제2항의 ‘권리’에는 재판청구권이 포함됨을 전제로 하면서 재판청구권의 위헌 여부를 심사할 때에는 ‘최소침해성 원칙’에 있어서 좀 더 입법형성권을 존중하는 쪽으로 사안을 해석하는 것이 필요하다는 입장(완화된 과잉금지원칙 심사설)과 과잉금지원칙이 모든 청구권에 대한 위헌 여부를 심사기준으로 부적절하다고 하면서 입법자가 추구하는 정책목적과 선택된 수단 사이에 실질적 관련성이 있는지를 판단하여야 한다는 입장(적정보장원칙설, 실질적 관련성 심사설) 등이 있다.¹³⁾

재판청구권에 관련한 헌재결정에서는 위헌심사기준으로서 ‘과잉금지원칙’, ‘정당성과 합리성’, 재판청구권의 ‘본질적 내용 침해’, ‘비례원칙’ 등 다양한 용어들이 등장한다. 헌재결정의 위헌심사기준을 분석한 최근 문헌에서도 헌재결정에서 각 심사기준이 적용되는 근거를 일률적으로 제시하기는 어렵다고 한다.¹⁴⁾

12) 한수용, “형성적 법률유보를 가지는 기본권에서 과잉금지원칙의 적용여부-헌법재판소결정에서 드러난 과잉금지원칙의 적용의 문제점을 중심으로-”, 「헌법실무연구」 9권(2008. 12.), 헌법실무연구회, 404-408면; 이에 대하여 김종철, “인지제도에 대한 헌법적 검토:헌법원리와 재판청구권을 중심으로, 「법과 사회」 제50권, 법과사회이론학회(2015. 12.), 13면에서는 제도형성에 관하여는 광범위한 재량권이 인정된다고 하더라도 기본적인 재판절차를 구축한 이상, 재판절차에의 접근성을 구체화함에 있어서 재판청구권이 효과적으로 구현되지 않는다면 기본권 보장체계 및 법치주의의 실현이 불완전해지기 때문에 엄격한 보장이 필요하고, 인지대와 같이 경제적 요인을 기준으로 삼는 입법의 경우는 자유권과 마찬가지로 일차적으로 형성된 보호범위를 확정할 수 있기 때문에 과잉금지원칙의 적용이 가능하다고 한다.

13) 이재홍, “민사소송 인지제도에 대한 위헌제청 사건”, 「헌재결정해설집」 2017, 헌법재판소(2018), 222-223면; 김현귀, 「재판청구권의 위헌심사기준-법원에 의한 재판을 받을 권리를 중심으로-」, 헌법재판연구원(2020), 9면에서는 그 밖에도 재판청구권의 보호영역 확정에 관해서는 ‘상응보장원칙’이, 기본권제한의 요소 중 ‘수단의 적합성’이 강화된 형태로 변형된 과잉금지원칙이 적용되어야 한다는 견해도 있다고 한다.

14) 김현귀, 앞의 책, 10면; 연구책임자 이종엽·김주경, 「법원의 헌법판단을 위한 위헌심사기

한편, 민사소송등인지법 조항의 재판청구권 위반 여부와 관련한 비교적 최근의 헌재 2017. 8. 31. 2016헌바447 결정에서 이진성 재판관은 다수의견의 보충의견으로 과잉금지원칙의 판단에 있어서 ‘침해의 최소성’ 부분과 ‘법익의 균형성’ 부분을 엄격히 구별하여야 함을 강조하였고, 그 이후 헌재결정에서 침해의 최소성 부분에서는 입법대안이 있는지를 분명히 검토하고, 법익의 균형성 부분에서 구체적인 형량을 하는 사례가 종전보다 늘어나고 있다고 한다.¹⁵⁾

이 글에서는 헌재결정문에서 요지를 추출하여 인용하고, 헌재결정의 타당성을 특정 위헌심사기준을 적용하여 검토하지는 않는다.

2. 헌재결정의 분류

헌재결정을 분석함에 있어서 분석대상인 민사소송 관련 헌재결정을 분류하는 방법이 문제되는데, 우선 재판청구권의 구체적인 내용 또는 그 보호영역 등을 분류기준으로 고려할 수 있다. 재판청구권의 구체적 내용에 대한 견해는 다양하다.¹⁶⁾ 헌재결정에 따르면 재판청구권은 제27조 제

준 연구」, 사법정책연구원(2018), 23-24면에서는 헌법재판소는 ‘과잉금지원칙’과 ‘비례의 원칙’을 동일한 의미로 사용하고 그 내용에 있어서도 차이가 없다고 하고, 같은 책 67-68면에서는 ‘본질적 내용 침해금지원칙’은 위헌심사기준으로서 독자적인 의미가 없다고 하면서, 헌법재판소도 심사대상규범이 과잉금지원칙에 따른 심사를 통과하지 못하면 본질적 내용 침해금지원칙에 대한 구체적인 판단은 생략하고 아주 간략하게 덧붙여서 본질적 내용도 침해한다는 취지의 결론만을 언급한다고 한다.

15) 이재홍, 앞의 글, 226면.

16) 민사소송법 학계의 해석론은 주 9)와 같다. 헌법학계의 입장은 다음과 같다. 김철수, 앞의 책, 1062-1086면에서는 재판청구권의 내용으로 ‘헌법과 법률이 정한 법원에 의한 재판’을 받을 권리, ‘법률에 의한’ 재판을 받을 권리, ‘재판’을 받을 권리, ‘공정하고 신속한 공개재판’을 받을 권리 등으로 설명한다.; 권영성, 앞의 책, 609-615면에서는 ‘재판’을 받을 권리, ‘헌법과 법률이 정한 법원에 의한 재판’을 받을 권리, ‘법률에 의한’ 재판을 받을 권리, ‘신속한 공개재판’을 받을 권리, ‘공정한 재판’을 받을 권리 등으로 설명한다.; 김선택, 앞의 글, 32면에서는 사법적 권리구제의 측면에서 헌법 제27조 제1항의 구체적 내용을 ①‘재판 자체’의 청구 가능성 보장, ②‘특정한 재판’ 보장으로서 헌법과 법률이 정한 법원으로 구성된 법원에서 법률에 의한 재판, ③재판을 통하여 권리구제의 실효성 보장으로 나눈다.; 최희수, 앞의 글, 105면에서는 헌법 제27조 제1항의 구체적인 내용을 ①‘재판’ 그 자체를 받을 권리, ②‘헌법과 법률이 정한 법원에 의한 재판’일 것, ③헌법과 법률에 의한 재판일 것, ④신속한 공개재판에 의한 것, ⑤공정하게 진행되는 재판에 의한 것으로 나눈다. 재판

1항의 ‘헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판’에 대한 권리, ‘법률에 의한 재판’에 대한 권리, ‘공정한 재판’에 대한 권리와 헌법 제27조 제3항의 ‘신속한 재판’에 대한 권리, 제109조의 ‘공개재판의 원칙’등으로 나눌 수 있을 것이다.¹⁷⁾ 재판청구권의 내용에 따라 현재결정을 분류해 보면, 공정한 재판 및 신속한 재판에 대한 권리와 공개재판의 원칙에 관한 현재결정은 그 수가 많지 않고, 대부분이 ‘헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판’에 대한 권리와 ‘법률에 의한 재판’에 대한 권리에 관련한 것임을 알 수 있다. 또 ‘헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판’에 대한 권리에 관련된 결정들은 사법권(사법조직)이나 법원에 대한 접근, 상소심의 재판을 받을 권리 또는 재심의 재판을 받을 권리에 관한 것이다. 이시운 전 재판관은 ‘민사절차상 재판을 받을 권리’라는 논문에서 헌법과 법률이 정한 법관의 재판, 재판에 access권-절차개시면의 재판청구권, 절차적 기본권-소송진행면의 재판청구권, 재판을 받을 권리의 침해와 구제책으로 나누고, 권리의 내용과 함께 관련 현재결정에 대한 논평을 하고 있는바, 이는 재판청구권의 구체적 내용과 보호영역¹⁸⁾을 함께 고려한 것이라고 생각한다.

이 글에서도 재판청구권의 구체적 내용과 그 보호영역을 고려하여 민사재판권(민사사법권), 민사소송에 대한 접근권, 소송절차에서의 재판청구권, 상소심에서 재판을 받을 권리, 재심의 재판을 받을 권리로 나누어 분석한다.

청구권의 구체적 내용에 관한 헌법학자들 사이의 견해는 크게 차이가 없는 것 같다.

17) 현재 1996. 3. 28. 93헌바27 전원재판부, 현재 1996. 12. 26. 94헌바1 전원합의부, 현재 2006. 7. 27. 2005헌바58 전원재판부, 현재 2018. 7. 26. 2016헌바159 전원재판부 등.

18) 헌법재판소 1997. 8. 21. 94헌바2 전원재판부 결정의 소수의견은, 헌법 제27조 제1항의 재판청구권을 그 보호영역에 따라 ‘사법절차에의 접근을 위한 기본권’과 ‘사법절차상의 기본권’으로 나눌 수 있다고 하면서, 전자는 사법행위청구권을, 후자는 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리, 청문청구권, 신속한 재판을 받을 권리 등을 그 내용으로 한다고 설명한다.; 김현귀, 앞의 책, 15-16면에서는 재판청구권을 ‘재판절차에 접근할 권리’와 ‘재판절차 안에서의 권리’로 나누고 전자는 사법적 절차의 적정한 형성과 그에 대한 접근의 보장을, 후자는 재판절차 안에서 적법하고 공정한 재판을 받을 권리의 보장을 의미한다고 한다.

III. 헌법재판소의 결정에 대한 분석

1. 민사재판권(민사사법권)

가. 행정기관의 배상결정에 대하여 민사소송법상 재판상화해가 성립된 것으로 간주하는 규정

“국가배상심의회의 배상결정에 대하여 신청인이 동의한 때에 민사소송법의 규정에 의한 재판상 화해가 성립된 것으로 본다.” 고 규정한 구 ‘국가배상법’ (1997. 12. 13. 법률 제5433호로 개정되기 전의 법률) 제16조¹⁹⁾²⁰⁾ [헌재 1995. 5. 25. 91헌가7 전원재판부]

배상결정절차에 있어서 심의회의 제3자성·독립성이 희박한 점, 심의절차의 공정성·신중성도 결여되어 있는 점, 심의회에서 결정되는 배상액이 법원의 그것보다 하회하는 점, 신청인의 배상결정에 대한 동의에 재판청구권을 포기할 의사까지 포함되는 것으로 볼 수 없는 점에서, 동의된 배상결정에 재판상 화해와 같은 강력하고 최종적인 효력까지 부여함으로써 재판청구권을 제한하는 것은 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 기본권제한 입법에 있어서의 과잉금지원칙에 위반한다. 국가권력을 입법, 행정 및 사법으로 분립한 뒤 실질적 의미의 사법작용인 분쟁해결에 관한 중국적 권한을 원칙적으로 헌법과 법률에 의한 법관으로 구성되는 사법부에 귀속시키고, 나아가 국민에게 그러한 법관에 의한 재판을 청구할 수 있는 기본권을 보장하고자 하는 헌법의 정신에도 충실하지 못한 것이다.²¹⁾

헌재는 구 국가배상법 제16조와 동일한 취지로 규정된 ‘특수임무수행자 보상에 관한 법률’ (2006. 9. 22. 법률 제7978호로 개정된 것) 제17조

19) 1997. 12. 13. 개정 법률에 의하여 삭제되었다.

20) 구 국가배상법 제16조의 입법연혁에 관하여는 조병훈, “국가배상법 제16조 위헌여부-헌법재판소 1996. 5. 25. 91헌가7 결정과 관련하여-”, 「법학논총」 23집, 단국대학교 법학연구소(1997), 113-115면.

21) 이시윤, “민사절차상 재판을 받을 권리”, 17-18면에서는 이 결정에 대하여 “매우 의의가 있는 위헌결정인데, 헌법학계는 물론 입법당국이 그에 대한 평가를 소홀히 하고 있는 것 같다.”고 하면서, 이 결정 뒤에도 각종 행정위원회의 조정결정에서 재판상 화해 간주규정을 두는 입법예가 많은 데에 대하여 위헌문제를 지적한다.

의2에 대하여는 위원회의 제3자성 및 독립성, 보상금 지급심의절차의 공정성·신중성, 보상금 액수가 법원의 그것과 별다른 차이가 없게 되는 점, 보상금 지급결정에 대한 보상신청인들의 동의에는 특수임무수행 등으로 인한 피해에 대하여 더 이상 재판을 청구하지 않겠다는 재판청구권 포기 의사까지 명백하게 포함되어 있는 점, 청구인들이 보상금 지급결정에 대한 동의 여부를 자유롭게 선택할 수 있는 상황에서 보상금 지급결정에 동의한 다음 보상금까지 수령한 점에 근거하여 신청인의 재판청구권을 침해하지 않는다고 하였고,²²⁾ ‘4·16세월호 참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법’ (2015. 1. 28. 법률 제13115호로 제정된 것) 제16조²³⁾와 구 ‘민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률’ (2000. 1. 12. 법률 제6123호로 제정되고, 2015. 5. 18. 법률 제13289호로 개정되기 전의 것) 제18조 제2항에 대하여도 동일한 이유로 신청인의 재판청구권을 침해하지 않는다고 하였다.²⁴⁾

소송절차 또는 제소 전 화해절차에서 당사자들의 화해에 기초하여 작성된 재판상 화해조서를 준재심의 대상으로 규정함으로써 재판상 화해조서가 기판력을 갖는다는 해석의 근거가 되는 민사소송법 제461조에 대하여는 민사소송법학계에서 비판의 목소리가 높다.²⁵⁾ 소비자분쟁조정위원회, 의료분쟁조정위원회, 산업재산분쟁조정위원회, 한국저작권위원회, 금융분쟁조정위원회, 개인정보분쟁조정위원회, 건설분쟁조정위원회, 환경분쟁조정위원회 등의 조정 또는 조정에 갈음하는 결정에는 재판상 화해

22) 헌재 2009. 4. 30. 2006헌마1322 전원재판부, 헌재 2011. 2. 24. 2010헌바199 전원재판부.
 23) 헌재 2017. 6. 29. 2015헌마654 전원재판부; 이 결정에 대한 비판적인 입장의 평석은 김광재, “세월호피해지원법령의 헌법적 쟁점: 재판상화해간주조항 및 이의제기금지조항을 중심으로 -헌재 2017. 6. 29. 선고 2015헌마654 결정 -”, 「법조」 vol.66, no.6, 통권 726호, 법조협회(2017), 335면 이하.
 24) 헌재 2018. 8. 30. 2014헌바180 등 전원합의부, 이 결정에서는 같은 법률 제18조 제2항의 ‘민주화운동과 관련하여 입은 피해’ 중 불법행위로 인한 정신적 손해에 관한 부분은 헌법 제29조 제1항의 국가배상청구권에 위반된다고 하였다. 최희수, “보상금 지급 동의의 재판상 화해 간주와 재판청구권”, 「법학연구」 vol.32, no.1, 충북대학교 법학연구소(2021), 101면에서는 “일차적으로 문제되는 재판청구권의 침해 가능성을 부정하면서 부차적인 국가배상청구권의 침해만을 긍정하는 결과를 도출하는 것에는 동의하기 어렵다.”고 한다.
 25) 이시훈, 앞의 책, 596면; 정동윤·유병현·김경욱, 「민사소송법 제8판」, 법문사(2020), 732-733면 등.

와 동일한 효력이 부여되도록 규정되어 있다. 위와 같이 행정기관이 조정인이 되는 행정형 조정에 대하여 재판상 화해의 효력을 부여하는 것은 재판청구권의 포기에 해당한다는 문제가 제기될 수 있다.²⁶⁾ 특히, 행정기관의 결정에 대하여 재판상 화해조서와 같은 효력이 있다고 규정하는 것은 기관력과 관련하여 재판상 화해조서가 갖는 문제점을 그대로 확대할 뿐만 아니라, 사법기관이 아닌 행정기관에서 한 결정에 대하여 판결과 동일한 효력을 부여하는 것이 되므로 권력분립의 원칙에 위반된다는 강한 비판론이 있다.²⁷⁾

나. 법원에 의한 재판을 받을 권리

사법보좌관의 업무를 규정한 구 ‘법원조직법’ (2005. 3. 24. 법률 제7402호로 개정되고, 2014. 12. 30. 법률 제12886호로 개정되기 전의 법률) 제54조 제2항²⁸⁾ 제1호 중 민사소송법에 따른 소송비용액 확정결정절차에서의 법원

26) 이에 관하여는 김소연, “재판 외 분쟁해결절차(ADR)로서 행정형 조정과 재판청구권의 관계- 행정형 조정의 양면적 속성을 중심으로 -”, 「헌법학연구」 vol.27, no.1, 한국헌법학회(2021), 331면 이하.

27) 호문혁, “판결과 ADR 체계의 정립에 관한 연구”, 「법학」 53권 1호(통권 162호), 서울대학교법학연구소(2012), 590-595면; 이시윤, “민사절차상 재판을 받을 권리”, 29-30면에서는 행정조정절차가 규정되어 있는 법률이 증가하는 것에 대하여, ①권력분립구조를 왜곡시키는 문제가 생길 수 있는 점, ②강제조정결정에 대하여 법원에 불복 기회가 주어지지 않는 경우에는 위헌의 문제가 발생할 수 있는 점, ③조정조서 또는 조정결정이 재판상 화해로 간주되어 법원의 확정판결과 동일한 효력을 갖게 됨으로써 법원에 의한 재판을 받을 권리의 침해 문제가 발생할 수 있다고 주장한다.

28) 제54조(사법보좌관)

①대법원과 각급 법원에 사법보좌관을 둘 수 있다.

②사법보좌관은 다음 각 호의 업무 중 대법원규칙이 정하는 업무를 할 수 있다.

1. 「민사소송법」(동법이 준용되는 경우를 포함한다)상의 소송비용액·집행비용액 확정결정절차, 독촉절차, 공식최고절차에서의 법원의 사무

2. 「민사집행법」(동법이 준용되는 경우를 포함한다)상의 집행문 부여명령절차, 채무불이행자명부 등재절차, 재산조회절차, 부동산에 대한 강제경매절차, 자동차·건설기계에 대한 강제경매절차, 동산에 대한 강제경매절차, 담보권실행 등을 위한 경매절차, 제소명령절차, 가압류·가처분의 집행취소신청절차에서의 법원의 사무

3. 「주택임대차보호법」 및 「상가건물 임대차보호법」상의 임차권등기명령절차에서의 법원의 사무

의 사무 부분 [헌재 2009. 2. 26. 2007헌바8,84(병합) 전원재판부]

사법보좌관제도는 이의절차 등에 의하여 법관이 사법보좌관의 소송비용액 확정결정절차를 처리할 수 있는 장치를 마련함으로써 적정한 업무처리를 도모함과 아울러 사법보좌관의 처분에 대하여 법관에 의한 사실확정과 법률의 해석적용의 기회를 보장하고 있는바, 이는 한정된 사법 인력을 실질적 쟁송에 집중하도록 하면서 궁극적으로 국민의 재판을 받을 권리를 실질적으로 보장한다는 입법목적 달성에 기여하는 적절한 수단임을 인정할 수 있다. 따라서 사법보좌관에게 소송비용액 확정결정절차를 처리하도록 한 심판대상조항이 입법재량권을 현저히 불합리하게 또는 자의적으로 행사하였다고 단정할 수 없으므로 헌법 제27조 제1항에 위반된다고 할 수 없다.

[재판관 김희옥 위헌의견]

헌법 제27조 제1항은 정치적 중립성, 신분 및 인적 독립이 보장된 법관에 의한 공정한 재판을 받을 권리를 규정한 것이다. 공정성의 핵심적 요건으로서의 ‘법관에 의한 재판’은 성질상 재판 형식 일반에 요구되는 것이므로 재판의 형식 또는 절차별로 공정성의 보장의 정도를 미리 등급화하여 상대적으로 공정성의 보장이 완화되는 재판을 자의적으로 상정할 수 없다. 사법보좌관의 처분에 대한 이의 등 불복절차는 어차피 그 처분의 시정을 위하여 법관의 개입을 요구할 뿐만 아니라 신청인에게 추가적 비용과 불편을 초래하므로 실질적으로는 사실상 또 하나의 심급을 거치게 하는 문제를 야기한다. 따라서 사법보좌관에 의한 재판에 있어서 이러한 이의절차를 두었다 하여 이로써 ‘법관에 의한 재판’에 합치된다고 보기도 어렵다.

사법보좌관제도는 법원조직법의 개정을 통하여 2005. 7. 1. 도입되었다.²⁹⁾ 대한변협은 당초 제출되었던 사법보좌관법안에 대하여 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해하는 위헌의 소지가 있다고 하면서 사법보좌관제도의 도입을 반대하는 의견을 강력히 피력하였는데, 특히 소송비용액 확정결정은 집행권원이 되기 때문에 사법보좌관이 담당하기에 적절하지 않다는 주장을 하였었다.³⁰⁾ 이 문제는 위 헌재결정에 의하여 일단락

29) 사법보좌관제도의 도입경위에 관하여는 정준영, “사법보좌관제도와 사법보좌관의 업무”, 「민사집행법연구」 제2권, 한국민사집행법학회(2006. 2.), 210-212면.

30) 강대성, “사법보좌관법안에 대한 약간의 검토”, 「법학연구」 제12집, 경상대학교법학연구소(2004), 97-98면.

이 되었다. 사법보좌관제도는 비쟁송성 업무인 소송비용액·집행비용액 확정결정절차, 독촉절차, 공시최고절차 등을 업무영역으로 하였다가, 법원조직법 제54조와 사법보좌관규칙의 개정을 통하여 공시송달에 의한 독촉절차 업무, 이행권고결정 업무, 가사소송법에 따른 상속의 한정승인·포기 신고의 수리와 한정승인취소·포기취소 신고의 수리 사무, 미성년 자녀가 없는 당사자의 협의이혼확인 사무 등 지속적으로 업무영역이 확대되어 왔고, 이의절차도 일부 개정되었다.³¹⁾ 근래에는 쟁송성이 강한 영역을 사법보좌관의 업무에 포함시키는 것에 대하여는 비판적인 견해도 제시되고 있는바,³²⁾ 사법자원의 효율적인 배분과 사법서비스의 질적 향상이라는 입법목적과 함께 사법보좌관에 의한 재판이 헌법상 재판청구권을 침해하는 것은 아닌지에 관한 추가적 검토도 필요하다.

다. 행정기관의 결정에 대하여 법원에 불복할 기회를 주지 않은 경우

학교안전사고에 대한 공제급여결정에 대하여 학교안전공제중앙회 소속의 학교안전공제보상재심사위원회가 재결을 행한 경우, 재심사청구인이 재결서정본을 송달받은 날로부터 60일 이내에 공제급여와 관련된 소를 제기하지 아니하거나 소를 취하한 때에는 학교안전공제회와 재심사청구인 사이에 당해 재결 내용과 동일한 합의가 성립된 것으로 간주하는 구 ‘학교안전사고 예방 및 보상에 관한 법률’ (2007. 1. 26. 법률 제8267호로 제정되고 2016. 5. 29. 법률 제14161호에 의하여 개정되기 전의 것) 제64조 [현재 2015. 7. 30. 2014헌가7 전원재판부]

합의간주조항이 실질적으로 재심사청구인에게만 재결을 다룰 수 있도록 한 것은 학교안전공제회(이하 ‘공제회’라 함)의 소제기로 인한 추가적인 분쟁을 방지함으로써 재심사청구인의 권리를 두텁게 보호하고, 학교안전사고로 인한 분쟁을 조기에 해결하여 교육현장을 조속히 정상화시키기 위한 것이다. 그러나 공제회는 공제급여지급결정을 둘러싼 법률상 분쟁에 있어 재

31) 연구책임자 김경오, 「사법보좌관제도의 발전적 운영방안에 관한 연구」, 사법정책연구원 (2019), 118면 이하에서는 추가적인 업무영역 확대를 제안하고 있다.

32) 김성태, “민사소액사건에 있어서 이행권고결정제도에 관한 소고 -사법보좌관의 업무를 중심으로-”, 「법학논집」 제23권 제4호 통권 66호, 이화여자대학교 법학연구소(2019. 6.), 12면 이하.

심사청구인과 마찬가지로 일방당사자에 지나지 않으므로, 공제회 역시 공제 급여의 존부 및 범위에 관하여 법관에 의한 재판을 받을 기회를 보장받음으로써 재결의 효력에서 벗어날 수 있어야 한다. 합의간주조항은 합리적인 이유 없이 분쟁의 일방당사자인 공제회의 법관에 의한 재판을 받을 기회를 박탈함으로써 공제회의 재판청구권을 침해한다.

라. 법원조직상 재판사무범위의 배분

“재판업무의 수행상 필요가 있는 경우 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 고등법원 부로 하여금 그 관할구역 안의 지방법원 소재지에서 사무를 처리하게 할 수 있다.”고 규정한 ‘법원조직법’ (2010. 1. 25. 법률 제9940호로 개정된 것) 제27조 제4항, ‘고등법원 원외재판부의 재판사무 범위를 정한 고등법원 부의 지방법원 소재지에서 사무처리에 관한 규칙’ (2010. 12. 13. 대법원규칙 제2310호로 개정된 것) 제4조 제1항 제1호 및 제2호³³⁾ [헌재 2013. 6. 27. 2012헌마1015 전원재판부]

고등법원 원외재판부 역시 고등법원의 재판부 중 하나로서 단지 재판부가 지방법원 소재지에 있다는 점에서만 차이가 있을 뿐, 고등법원 판사에 의한 심리검토가 이루어진다는 점에서 차이가 없고, 재판내용의 전문성과 공정성은 법원의 규모나 담당재판부의 소재지 등과 직접적 관련이 없으며, 고등법원장은 사건의 성격, 전문성, 복잡성 등을 고려하여 필요한 경우 대법원장의 허가를 얻어서 재판사무 중 일부를 고등법원에서 재판하는 것으로 정할 수 있고, 재판장의 요청에 따라 고등법원 원외재판부에 접수된 사건 중 고등법원에서 재판함이 상당한 사건을 고등법원에서 재판하게 할 수 있으므로 사건의 경중과 전문성에 따라 재판사무 분담을 합리적으로 조정할 수 있는 길이 열려 있는 사정을 종합하면, 관할구역 안에서 법원조직에 따른 재판사무 범위의 배분에 관한 입법형성 재량을 일탈하여 재판받을 권리를 침해하였다고 볼 수 없다.³⁴⁾

33) 제4조(재판사무의 범위)

① 고등법원 원외재판부는 「법원조직법」 제28조에 의하여 고등법원이 심판하는 사건 중 다음 각 호의 사건을 재판한다.

1. 고등법원 원외재판부 소재지의 지방법원 또는 그 관할지원(이하 ‘당해 지방법원 또는 지원’이라 한다)의 제1심 판결에 대한 항소사건
2. 당해 지방법원 또는 지원의 제1심 심판·결정·명령에 대한 항고사건

2. 민사소송에 대한 접근권

가. 제척기간 또는 제소기간

1) 상속회복청구권의 제척기간

상속회복청구권의 행사기간을 ‘상속개시일부터 10년’의 제척기간으로 규정한 구 민법(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되고, 2002. 1. 14. 법률 제 6591호로 개정되기 전의 것), 제99조 제2항³⁵⁾ 해당 부분 [헌재 2001. 7. 19. 99헌바9·26·84, 2000헌바11, 2000헌가3, 2001헌가23(병합) 전원재판부]

상속개시일부터 10년이 경과하면 진정상속인은 상속재산에 대한 권리를 상실하고 참칭상속인이 권리를 취득하도록 함으로써 참칭상속인을 오히려 보호하는 규정으로 역할을 하게 한 것은 입법목적 달성에 필요한 정도 이상으로 상속인의 기본권을 제한한 것으로서 기본권제한의 입법한계인 피해의 최소성, 공공필요와 침해되는 상속인의 기본권 사이의 균형성을 갖추었다고 볼 수 없으므로 기본권제한의 입법한계를 일탈한 것으로 재산권을 보장한 헌법 제23조 제1항, 사적자치권을 보장한 헌법 제10조 제1항, 재판청구권을 보장한 헌법 제27조 제1항, 기본권의 본질적 내용의 침해를 금지한 헌법 제37조 제2항에 위반된다. 부동산물권변동에 있어서 공신의 원칙을 인정하지 않는 우리나라 물권법 체계의 특수성으로 말미암아 억울한 선의의 제3자는 도처에서 발생할 수 있는데 유독 상속의 경우에만 다른 법률관계에 있어서

34) 이 사건에서 청구인들은 고등법원 원외재판부(서울고등법원 춘천재판부)에서 재판받는 것이 고등법원(서울고등법원)에서 재판받는 것보다 전문성이나 공정성 등의 측면에서 불이익함에도 원외재판부에서 항소심 재판을 받도록 강제하는 것은 청구인들의 재판을 받을 권리를 침해한다고 주장하였다.; 학술적으로는 원외재판부 설치에 관하여 적극적인 견해가 많다. 김희성, “강원도민의 항소심 사법접근권 보장을 위한 과제와 법안”, 「강원법학」 제29권, 강원대학교 비교법학연구소(2009), 311면 이하; 최희수, “강원지역 ‘항소심 법원’ 설치의 정당성”, 「강원법학」 제29권, 강원대학교 비교법연구소(2009), 201면 이하; 최대호, “경기북부지역의 고등법원 원외재판부 설치에 관한 법정정책 과제”, 「법과 정책연구」 제19집 제3호, (사)한국법정정책학회(2019), 67면 이하.

35) 제99조(상속회복청구권)

①상속권이 참칭상속권자로 인하여 침해된 때에는 상속권자 또는 그 법정대리인은 상속회복의 소를 제기할 수 있다.

②제1항의 상속회복청구권은 그 침해를 안 날부터 3년, 상속이 개시된 날부터 10년을 경과하면 소멸된다.

보다 더 거래의 안전을 필요로 하는 것과 같이 한 것은 합리적 차별이라 할 수 없으므로 상속을 원인으로 재산권을 취득한 사람을 그 밖의 사유를 원인으로 재산권을 취득한 사람에 대하여 합리적 이유 없이 차별 취급하는 것으로 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙에 위배된다.

이후 현재는 상속회복청구권의 행사기간을 ‘상속권의 침해행위가 있는 날로부터 10년’으로 개정된 민법(2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정된 것) 제999조 제2항³⁶⁾에 대하여는 상속회복청구권의 행사기간이 합리적인 정도로 상당히 연장되어 재산권이나 평등권을 침해한 것이라고 할 수 없고, 달리 다른 헌법상의 기본권을 침해하였다고 볼 사정이 없다고 하여 합헌 결정을 하였다.³⁷⁾

상속회복청구권의 행사기간을 상속침해를 안 날로부터 3년으로 제한한 구 민법(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되기 전의 것) 제999조에 의하여 준용되는 제982조 제2항³⁸⁾ 중 ‘그 침해를 안 날로부터 3년’ 부분 [현재 2004. 4. 29. 2003헌바5 전원재판부]

재산상속권의 침해를 안 날이라고 함은 자기가 진정상속인임을 알고 또 자기가 상속에서 제외된 사실을 안 때라고 해석되고 있으므로 그 기산점이 불합리하게 책정되었다고 할 수 없고, 상속으로 인한 재산권 이전이 포괄적으로 이루어지는 법률적 특성과 이에 따른 선의의 제3자 보호의 필요성을 감안할 때 3년이라는 기간은 상속인이 자신의 상속재산을 회복하기 위하여 권리를 행사하기에 충분한 기간이라고 보일 뿐만 아니라, 현행법상 인정되

36) 제999조(상속회복청구권)

- ①상속권이 참칭상속권자로 인하여 침해된 때에는 상속권자 또는 그 법정대리인은 상속회복의 소를 제기할 수 있다.
- ②제1항의 상속회복청구권은 그 침해를 안 날부터 3년, 상속권의 침해행위가 있는 날부터 10년을 경과하면 소멸된다.

37) 현재 2002. 11. 28. 2002헌마134 전원재판부.

38) 제999조(상속회복청구권) 제982조의 규정은 재산상속권 침해에 관하여 이를 준용한다.

제982조(호주상속회복의 소)

- ①호주상속권이 참칭호주로 인하여 침해된 때에는 상속권자 또는 그 법정대리인은 호주상속회복의 소를 제기할 수 있다.
- ②전항의 호주상속회복청구권은 그 침해를 안 날로부터 3년, 상속이 개시된 날로부터 10년을 경과하면 소멸한다.

는 다른 소멸시효 및 제척기간 관련 규정이 정하고 있는 권리행사기간과 비교하여 보더라도 상당한 기간이라고 보이므로, 입법목적의 달성을 위한 적정성 내지는 피해의 최소화, 입법에 의하여 보호하려는 공공의 필요와 침해되는 기본권 사이의 균형성을 모두 갖추고 있다. 따라서 헌법 제37조 제2항에서 정하는 기본권제한의 한계 내의 정당한 입법권의 행사로서 과잉금지원칙에 위배되지 아니하므로, 상속인의 재산권, 사적자치권, 재판청구권을 침해하는 것이 아니다. 상속을 원인으로 한 재산권의 이전은 상속 이외의 것을 원인으로 한 재산권의 이전과는 다르므로 상속을 원인으로 한 재산권의 이전에 관하여 거래의 안전을 위하여 특별히 진정상속인에게 그 상속재산에 대한 침해행위를 안 날로부터 3년의 권리행사기간을 부여하고 그 이후에는 더 이상 다룰 수 없도록 한 것은 합리적인 이유가 있는 것이고 평등의 원칙을 침해하는 것이 아니다.

민법(2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정된 것) 제999조 제2항 [헌재 2006. 2. 23. 2003헌바38,61(병합) 전원재판부]

(위 2003헌바5 결정과 동일한 내용에 공동상속인과 관련하여 다음 사항을 덧붙이고 있다) 공동상속인을 참칭상속인에 해당되는 것으로 보고 그에 대한 상속회복청구를 단기의 제척기간의 적용을 받도록 하는 것은 참칭상속인인 공동상속인으로부터 상속재산을 전득한 제3자의 이익과 거래의 안전을 보호함으로써 상속회복청구에 관한 이해관계를 합리적으로 조정하기 위한 것으로서 이는 정당한 공공의 이익을 위한 것이다. 공동상속인이라도 자신의 상속분을 넘는 부분에 대하여 권리를 주장하고 있다면 그 부분에 관하여는 본질적으로 보통의 참칭상속인과 다를 것이 없다. 심판대상조항의 기간을 적용하는 데에 공동상속인을 참칭상속인의 범위에 포함시키는 것도 진정상속인의 재산권 및 재판청구권을 침해하지 않는다.

[재판관 송인준의 위헌의견]

2001. 7. 19. 위헌결정 이후 상속회복청구권자에게 다소 유리하게 개선된 것은 사실이지만, 개정 법률조항은 상속재산의 회복과 관련한 권리구제 특히 미성년자의 보호에 미흡한 반면 참칭상속인으로부터 상속재산을 양수한 제3자의 보호에만 치중한 나머지 진정상속인의 재산권을 보호하지 못하고 있어서 위헌성이 완전히 제거되지 못하고 있다.

이후 현재는 민법(2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정된 것) 제999조 제2항에 관하여 선고한 결정들에서도 2002헌마134 결정과 2003헌바5 결정을 인용하여 합헌 결정을 하였다.³⁹⁾

민법 제1014조의 가액지급청구권에 상속회복청구권의 제척기간인 민법(2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정된 것) 제999조 제2항 중 ‘상속권의 침해행위가 있는 날부터 10년’ 을 적용하는 것이 상속개시 후에 공동상속인으로 확정된 자의 재산권, 재판청구권을 침해하거나 평등원칙에 위배되는지 여부 [헌재 2010. 7. 29. 2005헌바89 전원재판부]

[재판관 이강국, 이공현, 민형기의 의견]

민법 제1014조의 가액지급청구권에 심판대상조항을 적용하는 것은 상속을 둘러싼 법률관계를 조기에 확정함으로써 거래의 안전을 도모하고, 상속개시 당시 법적으로 진정한 상속권자의 지위에 있던 기존의 공동상속인들의 신뢰를 보호하려는 정당한 입법목적에 위한 효과적인 수단으로서, 상속개시 후에 공동상속인으로 확정된 자의 상속권 행사를 애초부터 박탈하는 것이 아니라 권리행사의 기간만을 제한하는 것이고, 상속권 침해행위가 있는 날부터 10년이 경과하도록 인지되거나 재판이 확정되지 아니하여 가액지급청구권을 행사할 수 없는 경우는 사실상 예상하기 어려울 뿐만 아니라 가액지급청구권 행사의 상대방인 다른 공동상속인은 일반적으로 진정한 권리자일 것이므로 그들의 상속재산 내지 그 상당 가액에 대한 법적 안정성과 신뢰를 보호할 필요성이 크다는 점에서, 상속개시 후에 공동상속인으로 확정된 자의 재산권을 침해하는 것으로 볼 수 없고, 가액지급청구권의 행사기간을 여타의 채권적 청구권 등과 달리 설정한 데에는 합리적 이유가 있으므로 평등원칙에 위배된다거나, 재판청구권을 침해한다고도 볼 수 없다.

[재판관 이동흡, 송두환의 의견]

민법 제1014조의 가액지급청구권에 심판대상조항이 적용되는 경우에 제척기간의 기산일인 ‘상속권의 침해행위가 있는 날’을 ‘다른 공동상속인이 상속재산을 분할 기타 처분한 날’로 보게 되면, 그날로부터 10년이 지난 이후에 인지 또는 재판의 확정으로 공동상속인이 된 자는 진정상속인의 지위를 회복하였음에도 이미 10년의 제척기간이 경과되어 가액지급청구권의 행사가

39) 헌재 2008. 7. 31. 2006헌바110 전원재판부, 헌재 2009. 9. 24. 2008헌바2 전원재판부, 헌재 2010. 11. 25. 2010헌바253 전원재판부 등.

능성 자체를 박탈당하게 되는바, 이는 인지의 소급효와 사후인지제도 등을 규정한 우리 민법의 체계나 가액지급청구권 제도의 취지에도 반하는 것이므로, ‘상속권의 침해행위가 있는 날’은 헌법합치적 법률해석의 원칙에 따라 ‘인지 또는 재판의 확정일’로 보아야 한다. ‘인지 또는 재판의 확정일’을 제척기간의 기산일로 보는 이상 피인지자 등의 재산권, 재판청구권을 침해하는 것이 아님은 물론 평등원칙에도 위배되지 아니한다.

[재판관 조대현, 김희옥, 김종대, 목영준의 위헌의견]

민법 제1014조에 규정된 가액지급청구권은 상속자격을 갖춘 진정한 공동상속인 사이에서 상속분을 적절하게 분할하고 배분하기 위하여 인정된 상속재산분할청구권으로서, 권리의 상대방이 참칭상속인이 아니라 진정한 공동상속인인 점, 권리의 구제방식이 민사소송절차가 아닌 가사소송절차인 점, 제3자의 법률적 지위 및 거래의 안전을 위하여 진정상속인의 권리행사를 제한할 필요가 없다는 점에서 상속회복청구권과 명백히 구별된다. 민법 제1014조에 심판대상조항을 적용하면 인지 또는 재판의 확정이 상속권의 침해가 있는 날로부터 10년이 지난 후에 이루어진 경우에는 가액지급청구를 원칙적으로 할 수 없게 되는 결과가 발생하는데, 이는 가액지급청구권이라는 우회적·절충적 형태를 통해서라도 피인지자 등의 상속권을 뒤늦게나마 보상하여 주겠다는 입법취지와 새로이 공동상속인이 된 자의 피해의 최소성 원칙에 반하고 법익의 균형성도 갖추지 못한 것으로, 결국 과잉금지원칙에 위반하여 청구인들의 재산권과 재판청구권을 침해하므로 헌법에 위반된다.

위 결정의 주문은 합헌이지만, 재판관 6인이 민법 제1014조에 민법 제999조 제2항의 제척기간 10년을 적용하는 법원의 해석론에 대하여 위헌이라거나 위헌의 소지가 있다고 판단하였다. 위 결정과 같이 인지나 재판확정이 이루어진 시기와 무관하게 재산권 침해행위가 있는 날을 기산일로 하여 제척기간을 적용하는 것에 대하여는 학계의 비판이 많다.⁴⁰⁾

40) 정구태·신영호, “민법 제1014조의 상속분가액지급청구권 재론”, 『가족법연구』 제27권 제3호(통권 제48호), (사)한국가족법학회(2013), 216면 이하에서는 민법 제1014조의 상속분가액지급청구권은 상속회복청구권과 전혀 별개의 권리로서 상속회복청구권의 제척기간이 적용되지 않는다고 한다.; 윤영미, “상속회복청구권 제척기간에 관한 헌법적 쟁점”, 『고려법학』 제74호, 고려대학교 법학연구원(2014. 8.), 201-212면에서는 인지나 재판확정이 이루어진 시기와 무관하게 재산권 침해가 있는 날을 제척기간의 기산일로 하는 것은 재산권 침해 및 평등원칙 위배의 의심이 있다고 한다.

한편, 상속회복청구권의 제척기간에 의하여 문제되는 상속인의 기본권에 재산권 이외에 재판청구권이 포함되는 것에 대하여 반대하는 견해도 있다.⁴¹⁾

2) 채권자취소권

채권자취소권의 행사기간에 관한 민법 제406조 제2항 중 ‘법률행위 있는 날로부터 5년 내’ 부분 [헌재 2006. 11. 30. 2003헌바66 전원재판부]

재판을 청구할 수 있는 기간을 정하는 것은 입법자가 입법형성의 재량에 기초한 정책적 판단에 따라 결정할 문제이고 입법부에 주어진 합리적인 재량의 한계를 일탈하지 아니하는 한 위헌이라고 판단할 것은 아니다. 채권자취소권의 제소기간이 채권자에게 현저하게 불리하거나 합리성이 없다고 볼 수 없고, 채권의 존속기간을 고려하여 채권자취소권의 행사기간을 정함으로써 채권자의 이익을 보호하고 있을 뿐만 아니라, 채권자의 이익이 감소하는 시점에서 법률관계의 조속한 안정과 제3자의 보호를 통한 거래의 동적 안전도 도모하고 있으므로 그것이 현저히 불합리하여 기본권제한의 입법적 한계를 벗어나 청구인들의 재산권과 재판청구권을 침해한 것이라고 할 수 없다.

나. 전치주의

“국가배상법에 의한 손해배상의 소송은 배상심의회의 배상금지급 또는 기각의 결정을 거친 후에 한하여 이를 제기할 수 있고, 다만, 배상신청이 있는 날로부터 3월을 경과한 때에는 그러하지 아니하다.” 고 규정한 구 ‘국가배상법’ (1997. 12. 13. 법률 제5433호로 개정되고 2000. 12. 29. 법률 제6310호로 개정되기 전의 법률) 제9조 [헌재 2000. 2. 24. 99헌바17,18,19(병합) 전원재판부]

배상심의회의 배상결정을 거치도록 하는 것은 법원에 의한 재판을 받을 권리와 신속한 재판을 받을 권리를 제한하는 측면은 있다. 그러나 국가배상

41) 이동진, “상속회복청구권의 제척기간 -법률해석, 헌법적 평가, 개선입법-”, 「가족법연구」 제33권 제2호(통권 제65호), (사)한국가족법학회(2019. 7.), 471면에서는 민법 제99조 제2항의 효과가 재산권 박탈이라면 재판청구권 침해는 상속권(재산권) 침해에 완전히 흡수되어 독자적인 의미를 잃게 된다고 한다.

법에 의한 손해배상청구에 관한 시간, 노력, 비용의 절감을 도모하여 배상사무의 원활을 기하고, 피해자로서도 신속, 간편한 절차에 의하여 배상금을 지급받을 수 있으며, 국고손실을 절감하도록 하기 위한 공익과 배상절차의 합리성 및 적정성의 정도, 그리고 배상신청을 하는 국민의 수고나 시간의 소모를 비교하여 볼 때 기본권제한의 한계를 규정한 헌법 제37조 제2항에 위배하여 국민의 재판청구권을 침해하는 정도에는 이르거나, 국민의 평등권을 침해하는 것이라고는 할 수 없다.

헌재의 위 결정 후 2000. 12. 29. 국가배상법 제9조는 배상심의회에 배상신청을 하지 아니하고도 손해배상의 소를 제기할 수 있도록 개정되었다.

다. 중재판정에 대한 불복 제한

집행판결 후 중재판정취소의 소를 제기하는 경우에는 그 취소사유 중 구 중재법(1999. 12. 31. 법률 제6083호로 전부 개정되기 전의 법률) 제13조 제1항 제5호가 규정한 구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부 개정되기 전의 법률) 제422조 제1항 제4호 내지 제9호에 해당하는 사유를 당사자가 과실 없이 집행판결절차에서 주장할 수 없었다는 것을 소명한 때로 제한하는 구 ‘중재법’ 제15조⁴²⁾ [헌재 2000. 11. 30. 98헌바83 전원재판부] 집행판결절차에서 주장할 수 있었던 중재판정취소의 사유를 집행판결 후

42) 제15조(집행판결후의 중재판정취소의 소)

①집행판결을 한 후에는 중재판정의 취소의 소는 제13조 제1항 제5호의 사유를 이유로 한 경우에 한하여 중재판정취소의 소를 제기할 수 있다. 다만, 당사자가 과실없이 집행판결절차에서 그 취소의 이유를 주장할 수 없었다는 것을 소명한 때에 한한다.

제13조(중재판정취소의 소)

- ①당사자는 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 중재판정의 취소의 소를 제기할 수 있다.
1. 중재인의 선정 또는 중재절차가 이 법이나 중재계약에 의하지 아니한 때
 2. 중재인의 선정 또는 중재절차에 있어서 당사자가 소송무능력자이거나 대리인이 적법하게 선임되지 아니하였을 때
 3. 중재판정이 법률상 금지된 행위를 할 것을 내용으로 한 때
 4. 중재절차에 있어서 정당한 사유 없이 당사자를 심문하지 아니하였거나 중재판결에 이유를 붙이지 아니하였을 때
 5. 민사소송법 제422조 제1항 제4호 내지 제9호에 해당하는 사유가 있을 때

의 중재판정취소의 소에서 다시 제한 없이 주장할 수 있게 허용한다면 분쟁 해결의 실효성을 거둘 수 없게 된다. 심판대상조항은 당사자의 태만으로 인한 상대방 지위의 불안정을 방지하고 법원의 반복심리에 따른 소송경제의 낭비를 막는 등 공공복리를 위한 입법으로서 헌법상의 정당성과 합리성이 인정되므로 기본권제한의 한계를 벗어난 것이 아니어서 재판청구권을 침해하지 않는다.

1999. 12. 31. 법률 제6083호로 전부 개정된 중재법 제36조 제4항은 “당해 중재판정에 관하여 국내법원에서 내려진 승인 또는 집행판결이 확정된 후에는 중재판정취소의 소를 제기할 수 없다.”고 규정하고 있다.

라. 인지제도

민사소송등인지법은 1990. 12. 31. 법률 제4299호로 제정되어 1991. 1. 1.부터 시행되고 있다. 제1조는 민사소송절차 등에서 소장 등에 인지를 붙여야 함을 규정하고, 제2조는 소장에 붙여야 할 인지의 액수를, 제3조는 항소장 및 상고장에 붙여야 할 인지의 액수를, 제4조 이하는 반소장, 재심소장 등에 붙여야 할 인지의 액수를 규정하는데 제2조 또는 제3조를 기준으로 한다. 1997. 12. 13. 법률 제5428호 일부 개정에 의하여 소장에 첨부할 인지액 산출방식을 소가의 0.5퍼센트인 정률제에서 소가의 증가에 따라 부담율을 낮추는 4단계 역진제(0.5퍼센트, 0.45퍼센트, 0.4퍼센트, 0.35퍼센트)로 변경하고, 상소장 인지액의 할증비율을 항소장은 소장 인지액의 2배에서 1.5배로, 상고장은 소장 인지액의 3배에서 2배로 각각 낮추었다.⁴³⁾

개정 전 후 민사소송등인지법 각 조항들의 위헌 여부에 대한 헌재결정이 있었는데, 주된 쟁점은 법률이 소가에 따라 인지액을 정하면서 그 상한을 규정하고 있지 않다는 것과 상소심에서 인지액이 제1심 보다 증액되는 것이다.

인지제도의 취지 및 위헌 여부에 대한 판단의 전제가 되는 입법자의 재량에 관한 헌법재판소의 입장은 첫 번째 결정인 1994. 2. 24. 93헌바

43) 2009. 5. 8. 법률 제9645호 개정은 문장이나 용어를 한글로 정비한 것이고 내용상 변경된 것은 없다.

10 전원합의부 결정에서부터 가장 최근에 선고된 2018. 3. 29. 2017헌바56 전원재판부 결정에 이르기까지 일관된다.⁴⁴⁾ 민사소송에서 인지대는 국가의 소송제도를 이용하기 위하여 소를 제기하는 사람이 수익자부담으로서 국고에 납부하는 수수료의 성격이고, 인지제도의 역할은 남소를 억지함으로써 법원기능의 효율성을 높이는 것이며, 법률로서 인지제도를 규정하는 것은 그 규정방식이 지극히 불합리하거나 인지액이 지극히 다액이어서 국민의 재판청구권을 침해할 정도에 이르지 않는 한 입법자의 광범위한 재량영역에 속한다는 것이다. 다만, 현재 1996. 10. 4. 95헌가1,4 전원재판부 결정에서 인지액의 상한을 규정하지 않은 것을 근거로 한 재판관 김문희, 황도연의 위헌의견이 등장한 이후 이어지는 결정에서도 재판관 2인 또는 3인의 위헌의견이 있다.

학계에서는 인지액 상한을 규정하고 있지 않은 입법에 대한 비판과 소가연동제를 대체하거나 보완하는 다양한 방법에 의한 인지액 산정방식에 관한 논의가 이루어져 오고 있고,⁴⁵⁾ 개정 법률안도 제출되었었다.⁴⁶⁾

44) 현재결정에서 제시된 심사기준은 명시적으로 과잉금지원칙을 언급한 것과 그렇지 않은 것으로 나눌 수 있다. 자세한 이재홍, 앞의 글, 221-222면.

45) 이시윤·조관행, “민사소송에 있어서의 국민불편해소방안”, 「민사소송」 제1권, 한국민사소송법학회(1998. 1.), 312-313면에서는 인지액의 산정에서 있어서 정률제를 유지하면서 0.3% 정도로 저감하고, 소가의 상한을 30억 원으로 제한하는 소가상한제(ceiling 제도)를 채택하고, 상소심 인지액의 할증비율은 항소심의 경우 1.5배, 상소심의 경우 2배 수준으로 하향조정하며, 소액사건에서는 정액제를 채택하는 방안을 제안하였다.; 김종철, 앞의 글, 19-20면에서는 소가 및 심급 연동제의 현행 인지제가 남소 및 남상소의 방지를 목적으로 무제한으로 인지를 부담시키고 사법접근권의 불합리한 차별을 조장한다고 비판하면서, 소가연동제는 그대로 두더라도 인지액 상한제의 도입을 우선적으로 검토할 필요가 있다고 주장한다.; 김제완, “민사소송 인지제도의 개선방안: 국민의 사법접근성과 재판의 효율성 제고를 위한 시론”, 「법과 사회」 제50권, 법과사회이론학회(2015. 12.), 39면에서는 소가를 기본적 기준으로 하되, 사건의 난이도와 공익적 성격, 당사자의 경제력 등을 인지액 산정시 반영요소로 부분적으로 고려하자고 하면서, ‘총인지대 = 기본인지대(정액) + 소가 반영부분(한도) + 재판부 재량부분(한도)’와 ‘총인지대 = 기본인지대(정액) + 소가 반영부분(한도) × 재판부 재량증감비율(범위)’라는 산정방식을 제안한다.; 연구책임자 이해정, 「인지제도 및 실무 개선방안에 관한 연구」, 사법정책연구원(2019), 55-68면에서는 법원서비스의 계량화·표준화에 기초한 인지정책으로의 방향 전환과 사건별 또는 사물관할별 인지정액제 도입을 주장한다.

46) 이재홍, 앞의 글, 217면.

구 민사소송등인지법(1997. 12. 13. 법률 5428호로 개정되기 전의 것) 제1조⁴⁷⁾ [헌재 1996. 8. 29. 93헌바57 전원재판부]

민사소송법에 소송구조제도가 갖추어져 있어서 소장의 인지액이 소송을 제기하고자 하는 당사자의 자력으로는 부담하기 어려울 정도로 고액인 경우에도 패소할 것이 명백하여 소송의 실질적 이익이 없다고 인정되지 않는 한 소장에 인지를 붙이지 아니하고도 재판을 받을 수 있는 길이 있으므로 자력이 부족한 당사자의 재판청구권을 침해하거나 불합리하게 차별하는 조항이 아니다.

구 민사소송등인지법(1997. 12. 13. 법률 5428호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1항⁴⁸⁾ [헌재 1996. 10. 4. 95헌가1,4 전원재판부]

납소와 그에 따른 법원업무의 양질성과 효율성 저하를 방지하기 위한 입법목적의 정당성 및 방법의 적합성을 인정할 수 있고, 인지액 산정비율을 통일, 일원화함으로써 국민의 부담을 경감시키고 있으며, 법원이 소송비용을 지출할 자력이 부족한 자에 대하여는 소송상 구조를 할 수 있으므로 제한되는 재판청구권과 그에 의하여 추구되는 공익 사이에는 상당한 비례관계가 있으므로 재판청구권을 과잉금지원칙에 반하여 과도하게 제한하는 것이라고 할 수 없다. 소송구조제도를 이용하여 소장에 인지를 붙이지 아니하고도 재판을 받을 수 있는 길을 열어두고 있으므로 소송제기 시 무자력자를 자력자에 비하여 불합리하게 차별하는 것이라고 볼 수 없으며, 소송물 가액이 고액인 사건의 비율, 우리나라의 경제 현황 등 여러 가지 사정을 고려할 때 고액 소송물의 제소자를 다른 제소자에 비하여 불합리하게 차별하여 헌법상의 평등의 원칙에 위배되는 조항이라고 할 수 없다.

[재판관 김문희, 황도연 위헌의견]

수수료에 해당하는 비용을 현저히 넘는 고액의 인지대는 재판청구권에 대한 지나친 제한으로서 과잉금지원칙에 위반하고, 소가가 다액인 경우에도

47) 제1조(인지의 첨부) 민사소송절차, 행정소송절차 기타 법원에서의 소송절차 또는 비송사건절차에 있어서의 소장이나 신청서 또는 신청의 취지를 기재한 조서에는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 인지를 붙여야 한다. 다만, 대법원규칙이 정하는 바에 의하여 인지의 첨부에 갈음하여 당해 인지액 상당의 금액을 현금으로 납부하게 할 수 있다.

48) 제2조(소장) ①소장(反訴狀 및 大法院에 제출하는 訴狀을 제외한다)에는 소송목적의 가액에 1천분의 5를 곱하여 산출한 금액 상당의 인지를 붙여야 한다.

언제나 소가에 비례하여 수수료의 성격을 무색케 할 정도로 다액의 인지를 붙이도록 함으로써 실질적으로 재판에 의한 권리구제의 길을 막는다고 할 수 있어서, 그 범위에서 재판청구권을 지나치게 제한하므로 위헌이다.

구 민사소송등인지법(1997. 12. 13. 법률 5428호로 개정되기 전의 것) 제3조⁴⁹⁾ [현재 1994. 2. 24. 93헌바10 전원재판부]

심급에 따라 붙여야 할 인지액에 차등을 두는 것은 국가의 의무에 비례한 비용이라는 측면과 함께 남소 또는 남상소로 말미암아 법원의 국민에 대한 권리보호기능의 저하를 막기 위한 목적이 있다. 항소장 또는 상고장 인지액의 기준이 되는 제1심 인지액 자체가 소가의 1천분의 5로 비교적 근소하게 규정되어 있음을 고려할 때 적정한 한계를 넘어선 차별이라고 할 수 없고, 소송구조제도가 마련되어 있어서 자력이 부족한 당사자에 대하여 항소 또는 상고의 기회를 제대로 이용할 수 없을 정도로 어렵게 하거나 차단함으로써 그들의 재판청구권을 침해한다거나, 그들을 불합리하게 차별한다고 할 수 없다.

구 민사소송등인지법 제2조 제1항, 제3조 전단(1997. 12. 13. 법률 제 5428호로 개정되고 2009. 5. 8. 법률 제9645호로 개정되기 전)⁵⁰⁾ 및 재심에 대하여도 재심대상판결에 따라 심급에 따른 인지를 붙이도록 하는 구 민사소송등인지법 제8조 제1항⁵¹⁾ 중 제2조 제1항, 제3조 전단의 적용을 받는

49) 제3조(항소장, 상고장) 항소장에는 제2조 규정액의 배액의 인지를, 상고장(大法院에 제기하는 訴狀을 포함한다)에는 제2조 규정액의 3배액의 인지를 붙여야 한다.

50) 제2조(소장) ①소장(反訴狀 및 大法院에 제출하는 訴狀을 제외한다)에는 소송목적의 가액(이하 “訴價”라 한다)에 따라 다음 각 호의 금액 상당의 인지를 붙여야 한다.

1. 소가가 1천만 원 미만인 경우에는 소가에 1만분의 50을 곱하여 산출한 금액
2. 소가가 1천만 원 이상 1억 원 미만인 경우에는 소가에 1만분의 45를 곱하여 산출한 금액에 5천원을 가산한 금액
3. 소가가 1억 원 이상 10억 원 미만인 경우에는 소가에 1만분의 40을 곱하여 산출한 금액에 5만5천원을 가산한 금액
4. 소가가 10억 원 이상인 경우에는 소가에 1만분의 35를 곱하여 산출한 금액에 55만5천원을 가산한 금액

제3조(항소장, 상고장) 항소장에는 제2조 규정액의 1.5배액의 인지를, 상고장(大法院에 제출하는 訴狀을 포함한다)에는 제2조 규정액의 2배액의 인지를 붙여야 한다.

51) 제8조(재심소장 등) ①재심의 소장에는 심급에 따라 제2조, 제3조 또는 제4조 제1항 규정

부분 [헌재 2006. 5. 25. 2004헌바22,2005헌바93,2006헌바28,2005헌마639(병합) 전원재판부 결정]

법적 안정성의 요청이 큰 확정판결에 대해 이루어지는 재심의 소의 특수성에 비추어 입법재량을 일탈하였다고 볼 수 없고, 인지액의 상한을 규정하지 아니하고, 소가의 일정한 비율로 심급에 따른 인지를 붙이도록 하였더라도, 소가가 고액인 재심소송을 제기하는 자를 적정한 정도를 넘게 차별한다고 할 수 없다.⁵²⁾

민사소송등인지법 제2조 제1항 및 제3조 전단(2009. 5. 8. 법률 제9645호로 개정된 것) [헌재 2011. 8. 30. 2010헌바427 전원재판부]

법원업무의 양질성과 효율성 저하의 방지라는 입법목적의 정당성이 있고, 심급에 따라 일정비율의 인지를 붙이도록 요구함으로써 국가의 소송 업무에 대한 수수료를 소송당사자가 일부 부담하게 되고 남소를 자제하게 되어 재판업무의 완성도 및 효율을 보장하는 실효적인 수단이 된다. 소송구조제도가 있어서 소장에 인지를 붙이지 않고 재판을 받을 수 있는 길을 열어두고 있고, 소가가 증가할수록, 심급이 올라갈수록 인지액이 커지는 것에는 타당성이 있고, 소가가 증가할수록 첩부하는 인지의 비율이 줄어들도록 규정함으로써 피해의 최소성 요건도 충족되며, 법익균형성도 갖추고 있으므로 과잉금지원칙에 위배하지 않는다. 항소장의 인지액을 제1심 인지액의 1.5배로 하는 것은 합리적인 이유가 있으므로 이를 두고 평등원칙에 위배된다고 할 수 없다.

[재판관 송두환의 위헌의견]

남소를 방지함으로써 법원 기능의 효율성 저하를 방지하는 것은 인지제도의 시행에 따르는 부수적 효과라고 볼 수 있을 뿐, 이를 인지제도의 주된 목적이 된다고 할 수는 없다. 소가의 여하에 따라서는 보통사람이 도저히 감당할 수 없는 인지액이 산출되게 되는바, 과도한 인지액의 납부를 요구하는 것은 인지제도의 주된 목적, 즉 수수료로서의 기능을 초과하는 것이다.

액의 인지를 붙여야 한다.

52) 구 민사소송등인지법 제2조 제1항, 제3조 전단(1997. 12. 13. 법률 제5428호로 개정되고 2009. 5. 8. 법률 제9645호로 개정되기 전)에 대하여는 93헌바57 결정과 95헌가14 결정을 인용하고, 고액 소송물의 경우 개정 법률이 종전에 비하여 위헌성을 더 완화하였다는 판단을 추가하였다.

심판대상조항에 따르면 고액의 인지액을 납부할 재력이 없는 사람은 소가가 고액인 소를 제기할 수 없게 되고, 재력이 있는 자만이 소가가 고액인 소를 제기할 수 있게 된다. 이는 경제적 능력에 상관없이 모든 국민이 보편적으로 국가의 사법제도에 접근할 수 있게 하려는 헌법상 재판청구권 보장의 가치와 부합되지 않는다.

민사소송등인지법(2011. 3. 7. 법률 제10430호로 개정된 것) 제1조 본문 중 ‘민사소송절차의 소장’에 관한 부분 [헌재 2015. 6. 25. 2014헌바61 전원재판부]

민사소송법상의 소송구조제도, 민사소송비용 패소자부담원칙, 다중·다양한 소송사건을 계량화·표준화하여 인지액의 상한을 규정하기는 용이하지 아니한 점, 인지액의 상한을 정할 경우 남소방지라는 인지제도의 취지에 어긋날 수 있는 점, 민사소송등인지법 제2조는 소송목적의 값이 증가할수록 첩부할 인지의 비율을 낮추고 있는 점 등을 고려하면 민사소송절차의 소장에 일률적으로 인지를 첩부하도록 하면서 인지액의 상한에 관한 규정을 두고 있지 아니한 것이 인지를 첩부할 자력이 부족한 자들의 재판청구권을 침해하거나 평등원칙에 위배된다고 보기 어렵다.

[재판관 강일원, 서기석의 위헌의견]

재판유상주의를 채택하여 소송제도를 이용하는 국민에게 일정한 비용을 부담하도록 하는 것은 입법자가 선택할 수 있는 제도이다. 그러나 기본권침해를 줄일 수 있는 인지액 상한제 등 보완책을 두지 않고 소송물 가액에 단순 비례하는 인지를 붙이도록 강제하여 재판청구권을 제한하고 있는 현행 제도는 과잉금지원칙에 위배하여 헌법에 위반된다.

민사소송등인지법(2009. 5. 8. 법률 제9645호로 개정된 것) 제8조 제1항 중 같은 법 제3조 전단, 제2조 제1항에 따른 금액이 적용되는 부분 [헌재 2017. 8. 31. 2016헌바447 전원재판부]

재심은 상소보다 더 예외적으로 인정되어야 하는 절차임에도 불구하고, 심판대상조항은 재심에 대한 특별한 가중치를 두지 않은 채 항소심 소장에 붙일 인지액과 항소심 확정판결에 대한 재심소장에 붙일 인지액을 같게 정하고 있으므로 재판청구권 제한의 정도는 상대적으로 경미하다. 이와 같이 심판대상조항이 재심의 인지액에 대해 추가적인 가중치를 두지 않음으로써

제1심 인지액이나 항소심의 인지액 가중치에 의한 재판청구권의 제한이 상대적으로 완화되기도 한다. 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배하여 소송 당사자의 재판청구권을 침해하였다고 볼 수 없고, 항소심 확정판결에 대한 청구이의의 소는 항소심 확정판결에 대한 재심청구와는 본질적으로 동일한 비교대상이 아니므로 평등원칙에 위반되지 않는다.⁵³⁾

[재판관 강일원, 서기석, 이선애의 위헌의견]

인지액 상한제를 도입하더라도 인지제도의 목적을 충분히 달성하면서도 기본권침해를 상당 부분 줄일 수 있으므로 심판대상조항 중 소송목적의 값에 비례하여 아무런 제한 없이 인지액을 정하도록 한 부분은 과잉금지원칙에 위배하여 재판청구권을 침해한다.

항소심에서 본소와 목적이 같은 반소장의 경우에 인지의 액수를 줄여주도록 규정한 민사소송등인지법(2009. 5. 8. 법률 제9645호로 개정된 것) 제4조 제2항 제2호⁵⁴⁾ [헌재 2018. 3. 29. 2017헌마56 전원재판부]

본소청구에 대한 심리·판단을 하면서 동시이행관계에 있는 반소청구에 대한 심리·판단이 이루어진다고 하더라도 본소청구와 반소청구가 모두 인용되어 소송목적의 달성과 각각 집행권원을 얻게 될 수도 있고, 이러한 경우 법원이 본소원고와 반소원고를 위하여 제공하는 역무가 공통된다고 볼 수 없는 점에서 본소청구와 반소청구가 동시이행관계에 있는 경우를 본소와 반소의 목적이 같은 경우와 달리 취급하는 데에는 합리적 이유가 있으므로 평등원칙에 위반되지 않는다.

53) 재판유상주의, 재판 업무의 완성도와 효율성 보장, 소송구조제도, 확정판결의 법적 안정성 보장 등의 논거와 판단의 구조는 헌재 2011. 8. 30. 2010헌마427 전원재판부 결정과 거의 동일하다.

54) 제4조(반소장)

- ① 제1심에 제출하는 반소장에는 제2조에 따른 금액의 인지를 붙이고, 항소심에 제출하는 반소장에는 제2조에 따른 금액의 1.5배에 해당하는 인지를 붙여야 한다.
- ② 본소(本訴)와 그 목적이 같은 반소장에는 심급에 따라 다음 각 호에 해당하는 금액의 인지를 붙여야 한다.
 1. 제1심의 경우에는 제1항 전단에 따른 금액에서 본소의 소송목적의 값에 대한 제2조에 따른 금액을 뺀 금액
 2. 항소심의 경우에는 제1항 후단에 따른 금액에서 본소의 소송목적의 값에 대한 제2조에 따른 금액의 1.5배를 뺀 금액

국가를 당사자로 하는 소송 등에 있어서 민사소송등인지법 규정의 인지를 면제하는 인지첩부 및 공탁제공에 관한 특례법(1997. 12. 13. 법률 제5454호로 개정되기 전의 것) 제2조⁵⁵⁾ [헌재 1994. 2. 24. 91헌가3 전원재판부]⁵⁶⁾

국가가 민사소송등인지법 소정의 인지를 첩부함은 국고에 증감이 없고 사무의 번잡만을 초래하는 면이 있다. 인지첩부는 소송절차에 관한 것이고 실체적 소송내용에 관계가 없으므로 국가가 인지첩부를 면제받겠다고 하여도 실체적 재판의 승패에 영향을 주는 것은 아니므로 상대방 당사자의 헌법상 보장된 재산권을 침해하거나 그 밖의 어떤 손해가 생기게 하는 것도 아니다. 따라서 국가에게 민사소송등인지법 소정의 인지첩부의무를 면제한다 하여도 이로써 헌법에 보장된 재산권 등 기본권 보장에 있어서 국가를 합리적 근거 없이 우월하게 대우하는 것이라고 할 수 없다. 국가의 인지첩부면제는 남소나 남상소방지의 의미는 별로 없다고 할 수 있지만, 국가의 남소나 남상소의 방지는 패소 시에 상대방의 소송비용까지 부담하는 데에서 기대할 수 있을 것으로 국가에게 제소시나 상소시에 인지첩부를 면제하였다고 하여 국가의 남소나 남상소로 말미암아 상대방 당사자의 헌법에 보장된 신속한 재판을 받을 권리의 보장에 있어서 소송당사자를 합리적 이유 없이 차별하여 국가를 우대하는 것이라고 단정할 수 없다.⁵⁷⁾

마. 소송비용 부담

1) 소송비용 패소자부담 원칙

원칙적으로 패소한 당사자에게 소송비용을 부담시키는 민사소송법 제98조 [헌재 2013. 5. 30. 2012헌바335 전원합의부]

-
- 55) 제2조(인지불첩부) 국은 국가를 당사자로 하는 소송 및 행정소송절차에 있어서 민사소송 인지법 규정의 인지를 첩부하지 아니한다.
- 56) 헌재 1996. 8. 29. 93헌바57 전원재판부, 헌재 2017. 6. 29. 2017헌가14 전원재판부도 이 결정을 인용하여 동일하게 판단하였다.
- 57) 연구책임자 이해정, 앞의 책, 143-152면에서는 남소방지, 입법목적(예산조달의 곤란)의 해소, 전략적 봉쇄소송의 통제수단, 지방자치단체와의 형평성 등에 관하여 검토를 하고, “국가가 소송을 제기할 때 인지납부의무가 면제되는 것은, 남소방지 측면에서 합리적 이유 없이 국민보다 우대하고, 같은 상황에서 인지납부의무를 부담하는 지방자치단체를 불합리하게 차별하며, 국가에 의한 전략적 봉쇄소송이 제기되기 쉬운 환경을 조성한다는 측면에서 문제가 있다. 특히 국가에게 유리한 인지첩부법의 태도는 사법부 독립성의 근거인 3권 분립정신에도 어긋날 수 있다.”고 지적한다.

정당한 권리행사를 위해 소송을 제기하거나 부당한 제소에 대하여 응소하려는 당사자를 위하여 실효적인 권리구제를 보장하고, 남소와 남상소를 방지하여 사법제도의 적정하고 합리적인 운영을 도모하기 위하여 원칙적으로 패소한 당사자에게 소송비용을 부담시키는 것은 합리적인 이유가 인정된다. 민사소송법은 소송비용의 패소자 부담 원칙에 일정한 예외를 인정하여 구체적 타당성을 도모하고 있다. 또 민사소송법, 대법원규칙 등에서 소송비용의 범위와 액수를 한정하고, 소송비용 확정결정에 대한 불복절차도 마련해 놓고 있고, 소송구조제도를 두고 있으므로 재판청구권을 과도하게 제한한다고 볼 수 없다. 민사소송법에 따라 구체적인 사정을 고려하여 소송비용의 부담 여부나 그 부담액수가 달라질 가능성도 존재하는 점을 고려하면, 권리남용으로 인한 패소의 경우에 소송비용 부담에 관한 별도의 예외 규정을 두지 않았다는 점을 이유로 민사소송법 제98조가 재판청구권을 침해한다고 볼 수 없다.

원고가 동시이행관계에 있는 의무의 이행에 관하여 상환이행청구를 하여 전부 승소를 한 경우에는 원고와 피고가 소송비용을 분담할 수 있도록 규정하여야 함에도 소송비용 부담조항에서 이에 관한 예외를 인정하지 않고 동시이행항변권을 행사한 피고를 패소자로 보아 소송비용을 부담하도록 하는 것이 헌법에 위반되는지 여부 [헌재 2018. 3. 29. 2017헌바56 전원재판부]

소송비용 패소자부담 원칙에 대하여는 민사소송법 제99조, 제100조와 같은 예외 규정을 두고 있고, 법원은 예외 규정에 따라 원고가 소송에 이르게 된 경위 및 상환이행청구를 하게 된 경위, 소송에서 이루어진 원고·피고의 행위와 주장 등 구체적인 사정을 고려하여 소송비용의 부담 여부나 그 부담액수를 정할 수 있으므로 동시이행관계와 관련한 상환이행청구의 경우에 대하여 별도의 예외규정을 두지 않았다는 점을 이유로 소송비용 부담조항이 재판청구권을 침해한다고 볼 수는 없다.

2) 패소자가 부담할 소송비용에 변호사보수 산입

우리 민사소송법은 처음에는 변호사보수를 패소자가 부담하여야 할 소송비용에 산입하지 않았으나, 1981년 소송촉진등에 관한 특례법에서 변호사보수의 소송비용산입제를 도입하였고, 1990년 개정 민사소송법에서 이를 수용하였다.⁵⁸⁾⁵⁹⁾

변호사보수를 패소한 당사자가 부담할 소송비용에 포함하도록 규정한 구 민사소송법(1990. 1. 13. 법률 제4201호로 개정되고, 2002. 1. 26. 법률 제 6626호로 개정되기전의 것) 제99조의2 제1항⁶⁰⁾ [헌재 2002. 4. 25. 2001헌 바20 전원재판부]

소송수행을 위하여 지출한 비용 중에서 어느 범위의 것을 소송비용으로 하여 패소한 당사자에게 부담시킬 것인지, 특히 변호사보수를 소송비용에 산입하여 패소한 당사자로부터 이를 상환받을 수 있게 할 것인지는 국가의 재정규모, 국민의 권리의식과 경제적·사회적 여건, 소송실무에 있어 변호사 대리의 정도 및 변호사강제주의를 채택하였는지 여부 등을 고려하여 국민의 효율적인 권리보호와 소송제도의 적정하고 합리적인 운영이 가능하도록 입법자가 법률로 정할 성질의 것이다. 비록 변호사보수를 소송비용에 산입함으로써 특히 경제적인 능력이 부족한 사람들의 법원에의 접근을 일부 제한하게 되는 점은 부인할 수 없지만, 패소한 당사자가 부담하게 되는 구체적인 소송비용의 상환범위를 당사자가 수인할 수 있는 범위 내에서 합리적으로 제한하고 있을 뿐만 아니라 정당한 권리실행을 위하여 소송제도를 이용하려는 사람들에게 실효적인 권리구제수단을 마련하고 사법제도를 적정하고 합리적으로 운영하기 위한 중대한 공익을 추구하고 있어서 피해의 최소성과 법익의 균형성도 갖추고 있으므로 과잉금지원칙에 위배되지 않는다.

구 ‘변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙’ (2007. 11. 28. 대법원규칙 제2116호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항 별표 중 ‘소송목적의 값이 100만 원까지는 소송비용에 산입되는 비율을 10%로 정한 부분’ [헌재 2008.

58) 변호사보수의 소송비용산입에 관한 입법례에 관하여 진병서, “소송비용의 부담에 관한 약간의 검토”, 「민사소송」 제13권 제2호, 한국민사소송법학회(2009), 169-173면 참조.

59) 이종구, “민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구-미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로-”, 「경영법률」 제24권 3호, 한국경영법률학회(2014), 454면에서는 변호사보수 소송비용 산입제도와 관련하여, 소송당사자 사이의 다툼이 사실문제가 아니라 법률문제이고 이에 관하여 법원의 판결이 없거나 판결이 있다고 하더라도 하급심 판결 상호 간에 충돌이 있는 경우 또는 법률문헌의 추상성으로 인하여 해석에 첨예한 대립이 있는 경우에도, 결과책임주의에 따라 패소자가 소송의 유형이나 성질을 불문하고 상대방의 변호사비용을 대법원규칙에 따라 물어주어야 한다면 지나치게 국민의 재판청구권을 제한하는 결과가 될 것이라고 한다.

60) 현행 민사소송법 제109조 제1항과 동일하다.

12. 26. 2006헌마384 전원재판부]

변호사보수의 소송비용 산입에 있어서 변호사보수를 기준으로 하지 않음으로써 소송의 특수성 등을 충분히 반영하지 못하는 문제가 있다 하더라도, 소가를 기준으로 변호사보수의 산입비율을 정하고 있는 것은 국민의 효율적인 권리보호와 소송제도의 적절한 운영이 가능하도록 한 것으로서 이러한 목적달성을 위한 합리적인 수단이므로 청구인의 재판청구권을 침해한다고 볼 수는 없다.⁶¹⁾

헌재는 개정된 민사소송법 제109조 제1항에 대하여도 헌재 2011. 5. 26. 2010헌바204 전원재판부, 헌재 2013. 7. 25. 2012헌바68 전원재판부, 헌재 2016. 6. 30. 2013헌바370,392,421,2014헌바7,296,2015헌바74(병합) 전원재판부 결정에서 동일한 판단을 하였다.

3) 소취하간주의 경우

소취하간주의 경우 소송비용을 원칙적으로 원고가 부담하도록 한 민사소송법 제114조 제2항 중 제98조를 준용하는 부분 중 ‘소취하간주’에 관한 부분과 소취하간주의 경우에도 변호사보수를 소송비용에 산입하도록 한 민사소송법 제109조 제1항 중 ‘소취하간주’에 관한 부분 [헌재 2017. 7. 27. 2015헌바1 전원재판부]

소취하간주의 경우 소송비용을 원칙적으로 원고에게 부담시키게 되면, 소송비용 상환의 염려 때문에 소송제도의 이용을 꺼리게 될 위험이 있으므로 헌법 제27조가 보장하는 재판청구권을 제한하지만, 재판청구권을 침해하지 않는다.⁶²⁾ 소취하간주의 경우에도 소송이 종료된 이상 소송절차의 진행과정에서 발생한 소송비용을 누가 얼마만큼 부담할 것인지의 문제는 여전히 남

61) 청구인은 “대법원규칙에 따르면 소가 100만 원 이하인 소송의 경우 소송비용액의 확정결정을 받더라도 소송비용에 산입되는 변호사보수는 43,600원[436,500원(소가)의 10%] 정도에 불과한바, 이는 변호사보수가 최소 200만 원 내지 300만 원 정도인 법률시장의 현실을 고려하지 아니한 것으로서, 소가 100만 원 이하인 사건에 대하여는 소송결과에 상관없이 거의 대부분의 변호사보수를 당사자에게 부담시키는 결과를 초래하므로, 소가 100만 원 이하 사건 당사자인 청구인의 변호사를 선임하여 재판을 받을 권리를 침해한다.”고 주장하였다.

62) 논거와 판단구조는 민사소송법 제98조에 대한 위 2012헌바335 전원합의부 결정과 같다.

고, 어떠한 사유로든 소송절차가 진행되는 도중에 변호사인 대리인이 선임되어 소송행위를 하였다면 그에 관한 비용은 소송 진행 중에 발생한 비용으로서 소송비용에 해당한다는 점에서 재판에 의하여 소송이 종료된 경우와 본질적으로 다를 바가 없으며, 오히려 소취하간주로 소송이 종료된 경우와 한하여 소송비용에서 변호사보수를 제외해야 할 합리적인 근거를 찾기 어렵다.⁶³⁾

바. 소송비용 담보제공

국내에 주소 등을 두고 있지 아니한 원고에게 소송비용 담보제공명령을 하도록 한 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부 개정되고, 2010. 7. 23. 법률 제10373호로 개정되기 전의 것) 제117조 제1항 [현재 2011. 12. 29. 2011헌바57 전원재판부]

국내에 주소 등을 두고 있지 아니한 원고에 대한 피고의 소송비용상환 청구권의 이행을 확보하기 위한 것으로 그 입법목적의 정당성과 수단의 적절성을 인정할 수 있다. 담보제공명령의 대상을 국내에 주소 등을 두고 있지 아니한 원고로 한정하고, 담보제공은 지급보증위탁계약을 맺은 문서의 제출로도 가능하며, 청구의 일부에 대하여 다툼이 없고 그 액수가 담보로 충분한 경우에는 예외를 인정하고, 자력이 부족한 원고는 소송비용의 담보면제를 받는 방식의 소송구조를 받을 수도 있는 등 자력이 부족한 원고를 구제하기 위한 방안을 마련하여 원고의 재판청구권 제한이 최소화되도록 하고 있으므로 침해최소성의 원칙에 반하지 아니한다. 담보제공명령의 불이행으로 인하여 받게 되는 원고의 불이익에 비하여 담보제공명령으로 달성하려는 공익이 결코 작다고 할 수 없어 법익의 균형성 원칙에 반하지 아니한다. 따라서 과잉금지원칙에 위배하여 헌법 제 27조 제1항의 재판청구권을 침해한다고 볼 수 없다. 국내에 주소 등을 주지 않은 원고는 국내에 재산이 없을 가능성이 많아서 피고가 소송비용액 확정재판에 기한 강제집행을 하는 것이 사실상 불가능하므로 차별 취급에는 합리적인 이유가 있으므로 국내에 주소 등을 두고 있지 아니한 원고의 평등권을 침해하지 않는다.

63) 논거와 판단구조는 위 2010헌바204 결정과 같다.

직권으로 원고에게 소송비용에 대한 담보제공을 명할 수 있도록 한 민사소송법(2010. 7. 23. 법률 제10373호로 개정된 것) 제117조 제2항 중 제1항의 ‘소장·준비서면, 그 밖의 소송기록에 의하여 청구가 이유 없음이 명백한 때 등 소송비용에 대한 담보제공이 필요하다고 판단되는 경우’에 관한 부분 및 원고가 담보를 제공하지 않을 경우 변론 없이 판결로 소를 각하할 수 있다고 규정한 민사소송법 제124조 본문 [현재 2016. 2. 25. 2014헌바366 전원재판부]

원고의 소송비용상환의무의 이행을 미리 확보하여 피고의 소송비용을 보전하는 한편, 부당한 소송 또는 남상소를 제한하기 위한 것이므로 입법목적의 정당성이 인정된다. 또 피고의 신청과 상관없이 법원 직권으로 담보제공을 명할 수 있게 하여 입법 목적을 쉽게 달성할 수 있도록 하고 있으므로 수단의 적절성도 인정된다. 법원 직권으로 담보제공을 명할 수 있는 사유는 엄격히 제한되어 있고, 담보제공명령에 대한 불복절차가 마련되어 있으며, 또 담보제공은 법원 허가를 받아 지급보증위탁계약을 맺은 문서를 제출하는 방법으로도 할 수 있으므로 원고가 담보액 전액을 당장 지출해야 하는 부담 없이 의무를 이행할 길이 열려 있고, 민사소송법은 담보액의 적정한 기준을 규정하고 있으며, 원고가 담보제공기간 안에 담보를 제공하지 않았다고 하더라도 판결선고 전까지 담보를 제공한 경우에는 변론 없이 소를 각하하지 못하도록 규정하고 있는 사정을 종합하여 보면 침해의 최소성도 인정되고, 원고의 재판청구권이 어느 정도 제한된다 하더라도 심판대상조항을 통해 달성하려는 공익보다 무겁다고 할 수 없으므로 법익의 균형성도 갖추었다. 과잉금지원칙을 위배하여 재판청구권을 침해한다고 할 수 없다.

사. 소송구조

민사소송법상의 소송구조는 패소할 것이 명백하지 아니한 사건에서 소송비용을 지출할 자력이 없는 당사자에 대하여 재판비용의 납입유예, 변호사 및 집행관의 보수와 채당금의 납입유예, 소송비용의 담보를 면제하는 제도라고 정의할 수 있는바,⁶⁴⁾ 무자력으로 권리의 신장·옹호가 곤란한 사람을 구조하는 사회적 제도를 총칭하는 법률구조의 한 유형이다.⁶⁵⁾

64) 이시윤·조관행, 앞의 글, 314면.

65) 김도훈, “민사소송상 소송구조에 관한 소고”, 「서울법학」 제19권 제2호, 서울시립대학교

헌법재판소는 인지제도, 소송비용 담보제공제도 등의 위헌 여부를 판단하면서 경제적 약자들이 재판유상주의에도 불구하고 소송구조제도를 이용하여 소를 제기할 수 있는 가능성이 열려있음을 근거로 하여 재판청구권의 침해가 없다는 결론에 이르고 있다. 민사소송법상 패소가능성이 명백한 경우에는 소송구조를 받을 수 없고, 소송구조의 범위도 재판비용 및 변호사보수 등의 납입·지급유예에 그친다. 헌법재판소는 패소가능성이 명백한 사람은 애당초 보장받을 재판청구권이 없다고 보고, 소송구조를 받은 사람에 대하여 소송비용을 면제하는 것은 남소의 우려가 있을 뿐만 아니라 자력이 없는 사람의 재판청구권을 자력이 있는 사람에 비하여 지나치게 보장하여 불공평한 결과에 이르게 된다고 한다.⁶⁶⁾

패소할 것이 명백한 경우 소송구조의 거부를 인정하는 구 민사소송법(1990. 1. 13. 법률 제4201호로 개정되고 2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되기 전의 것) 제118조 제1항 단서⁶⁷⁾ [헌재 2001. 2. 22. 99헌바74 전원재판부]

소송비용을 지출할 자력이 없는 국민이 적절한 소송구조를 받기만 한다면 훨씬 쉽게 재판을 받아서 권리구제를 받거나 적어도 권리의 유무에 관한 정당한 의혹을 풀어볼 가능성이 있는 경우에는 소송구조의 거부가 재판청구권 행사에 대한 ‘간접적인 제한’이 될 수도 있고, 경우에 따라서는 재판청구권에 대한 본질적인 침해까지로 확대 평가될 여지도 있을 수 있다. 그러나 이러한 ‘간접적인 제한’의 여부가 논의될 수 있는 경우는 재판에 의한 권리구

법학연구소(2011.11.30.), 321면; 민사소송법 제정 이후 2008년까지의 소송구조의 현황에 관해서는 이동률, “소송구조의 현황과 개선방안”, 「민사소송」 제14권 제2호, 한국민사소송법학회(2010), 813면; 이시윤·조관행, 앞의 글, 315면에서는 소송구조와 법률구조법상의 법률구조를 정비하여 일원화하는 방안이 요망된다고 한다.

66) 연구책임자 김홍엽, 「국민의 사법수요 분석 및 정책제안을 위한 연구」, 법원행정처(2019), 322면에서는 “현재까지의 법률구조 및 소송구조의 논의를 서비스 제공받는 사람을 중심으로 재편하여 개인들의 법률복지수급권을 보장하기 위한 효율적인 방안을 모색하는 쪽으로 논의를 옮겨가야 한다.”고 제안한다.

67) 제118조(구조의 요건)

①법원은 소송비용을 지출할 자력이 부족한 자의 신청에 의하여 각심에서 소송상의 구조를 할 수 있다. 다만, 패소할 것이 명백한 경우에는 그러하지 아니하다.

②구조의 사유는 소명하여야 한다.

제의 가능성이 어느 정도 있는 경우이고, 패소의 가능성이 명백한 경우에는 애당초 재판청구권의 본질을 침해하는 것이 아니다. 법원이 충분한 자료의 검토 없이 서둘러 소송구조의 허부를 판단함으로써 구체적 사건에서 판단을 그르칠 약간의 가능성이 있을 수 있다는 우려 때문에 심판대상조항이 국민의 재판청구권을 침해한다고는 도저히 말할 수 없다.⁶⁸⁾⁶⁹⁾

[재판관 이영모 위헌의견]

법원이 소송구조 여부를 결정하면서 신청인이 제출한 소명만으로 본안의 결론까지 예측하는 것은 헌법이 보장하는 재판을 받을 권리를 충족시킬 수 없다. 민사사건 등의 소송구조에 대해서는 형사사건에 버금가는 유형의 예외적인 사건인 경우에 한하여 형사사건과 같은 조건으로 소송구조를 하여 재판청구권을 행사할 수 있게 보호하는 것이 평등원칙에도 부합하고, 그러한 입법적 배려를 하지 않은 것은 필요 최소한의 제한이라는 요건에 어긋나서 헌법 제37조 제2항에 위반된다.

소송구조의 내용을 재판비용 및 변호사, 집달관의 보수 등에 대한 납입, 지급유예 등을 규정하고 있는 구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로

68) 현재 2002. 6. 27. 2001헌바100, 2002헌바7(병합) 전원재판부도 이 결정을 인용하였다.

69) ‘패소불명백성’의 요건에 관한 소명 정도와 관련하여, 대법원은 제1심에서 패소한 당사자가 제2심에서 소송구조를 신청하는 경우에는 제1심에서 소송구조를 신청하는 경우에 비하여 더 구체적으로 소명할 필요가 있고(대법원 1992. 8. 31. 선고 92마102 결정), 항소심에서 패소한 당사자가 상고심에서 소송구조를 신청하는 경우에는 제1심이나 항소심에서 소송구조를 신청하는 경우에 비하여 더 구체적인 소명이 필요하다고 하였었다(대법원 2001. 3. 8. 선고 2001카기 38 결정). 그런데, 대법원 2001. 6. 9.자 2001마1044 결정은 “구 민사소송법 제118조 제1항의 규정에 비추어 보면, 소송상 구조의 요건으로는 소송비용을 지출할 자력이 부족할 것과 패소할 것이 명백하지 않을 것이 요구되고, 같은 법 제119조의 구조의 범위는 일부 구조도 가능한데, 여기서 패소할 것이 명백하지 않다는 소극적 요건은 신청인이 승소의 가능성을 적극적으로 진술하고 소명하여야 하는 것은 아니고, 법원이 당시까지의 재판절차에서 나온 자료를 기초로 패소할 것이 명백하다고 판단할 수 있는 경우가 아니라면 그 요건은 구비되었다고 할 것이다. 또한 항소심은 속심으로서 원칙적으로 제1심에서 제출하지 않았던 새로운 주장과 증거를 제출할 수 있으므로, 제1심에서 패소하였다는 사실만으로 항소심에서도 패소할 것이 명백하다고 추정되는 것은 아니어서, 제1심에서 패소한 당사자가 항소심에서 소송상 구조를 신청하는 경우에도 신청인이 적극적으로 항소심에서 승소할 가능성을 진술하고 소명하여야 하는 것은 아니고, 법원은 신청인의 신청이유와 소명자료는 물론 본안소송에서의 소송자료 및 증거자료도 함께 종합하여 항소심에서 신청인이 패소할 것이 확실한지를 판단하여야 할 것이다.”고 하여 종전과는 약간 차이를 보였다.

전부 개정되기 전의 것) 제118조 제1항 본문 및 제119조 제1항⁷⁰⁾ [현재 2002. 5. 30. 2001헌바28 전원재판부]

민사소송에서 자력이 부족한 자의 재판받을 권리를 보장하기 위하여 소송구조제도를 두면서도 소송구조의 내용을 재판비용 및 변호사, 집행관의 보수 등에 대한 납입, 지급유예 등을 규정하고 있는 것만으로는 그 구조의 범위가 협소하여 자력이 부족한 자의 사실상 법원에의 접근을 방해함으로써 재판받을 권리 등의 기본권을 침해하는 것은 아닌지에 대하여 문제가 되지 않지만, 자력이 부족하여 소송구조를 받은 자가 소송에서 패소하는 경우에도 일체의 소송비용을 부담하지 않도록 하고 국가가 이를 부담한다면, 자력이 부족한 자는 본안소송에서의 승패에 대한 부담이 없으므로 언제든지 소송을 제기할 수 있게 되는 결과를 가져오게 되어 자력이 부족한 자에 의한 납소를 초래할 우려가 있을 뿐만 아니라, 일반국민이 납부하는 세금인 국고로 자력이 없는 자의 재판받을 권리를 자력이 있는 자에 비하여 오히려 지나치게 보장하게 되어 불공평하므로 구 민사소송법 제119조 제1항에서 규정하고 있는 소송상 구조의 범위가 자력이 부족한 자의 법원에의 접근을 방해하여 평등하게 재판받을 권리를 침해하였다거나 재판받을 권리를 실효적, 실질적으로 보장하지 못한다고 인정하기 어렵고, 인간다운 생활을 할 권리나 인간으로서의 존엄과 가치를 침해하지 않는다.⁷¹⁾

70) 제119조(구조의 객관적 범위)

①소송과 강제집행에 대한 소송상의 구조는 다음과 같다.

1. 재판비용의 납입유예
2. 변호사 및 집행관의 보수와 채당금의 지급유예
3. 소송비용의 담보면제

②제1항 제2호의 경우에 변호사나 집행관이 보수를 받지 못하는 때에는 국고에서 상당한 금액을 지급한다.

71) 위 결정에 대하여 김도훈, 앞의 글, 343-345면에서는 패소자로서는 민사소송법 제98조에 따라 상대방의 소송비용을 부담하여야 하므로 구조를 받은 사람이 승패에 대한 부담이 없다는 지적은 타당하지 못하고, 또 소송구조결정에 따른 변호사의 기본보수액이 심급마다 100만 원에 불과하여 실제 변호사를 구하기 어려운 현실을 감안할 때 구조를 받은 사람이 세금으로 지나치게 재판받을 권리를 보장받는다는 지적 역시 타당하지 못하다고 비판한다.; 책임연구원 김홍엽, 「국민의 사법수요 분석 및 정책제안을 위한 연구」, 320면에서도 소송구조사건은 일반 변호사의 입장에서는 수익성이 낮아 기피되는 경향이 있으므로 대법원예규를 개정하여 법률구조공단의 변호사 또는 공익법무관이 원칙적이고 일차적으로 소송구조사건을 수임할 수 있도록 함으로써 소송구조제도를 일정 범위 내에서 그 운용에서 법률구조제도와 통합할 필요가 있다고 한다.

헌재는 개정 민사소송법 제128조 제1항 단서⁷²⁾에 대하여도 헌재 2013. 2. 28. 2010헌바450, 2012헌바331(병합) 전원재판부, 헌재 2013. 7. 25. 2012헌바471, 2013헌바37(병합) 전원재판부, 헌재 2016. 7. 28. 선고 2014헌바242, 455(병합) 전원재판부 결정에서 99헌바74 결정과 동일한 내용으로 판단하였다.

민사소송법 제128조 제1항의 명확성의 원칙 위반 및 같은 조 제4항의 포괄위임금지원칙 위반 여부 [헌재 2016. 7. 28. 2014헌바242, 455(병합) 전원재판부]

민사소송법 제128조 제1항의 ‘소송비용을 지출할 자금능력이 부족한 사람’이라는 요건이 자금능력 판단에 관한 구체적인 기준을 적시하고 있지는 않지만 관련 법령, 소송구조제도의 취지, 관련 법리 등에 비추어 그 기준을 예측할 수 있으므로, ‘소송비용을 지출할 자금능력이 부족한 사람’이라는 부분이 명확성의 원칙에 위반된다고 볼 수 없고, 같은 항 단서의 ‘패소할 것이 분명한 경우’란 소송구조 재판 시에 제출된 자료만으로도 더 이상 심리할 필요 없이 신청인이 패소할 것이 확실하다고 판단할 수 있는 경우를 의미하고, 구체적인 사건의 소송 진행정도 및 관련 법리에 비추어 법관이 객관적 가치판단에 따라 결정할 수 있으므로 명확성의 원칙에 위반되지 아니한다. 소송구조요건의 구체적인 내용과 소송구조절차에 관한 상세한 사항을 대법원규칙에 위임한 민사소송법 제128조 제4항은 포괄위임금지원칙에 위반되지 아니한다.⁷³⁾

72) 제128조(구조의 요건)

- ①법원은 소송비용을 지출할 자금능력이 부족한 사람의 신청에 따라 또는 직권으로 소송구조(訴訟救助)를 할 수 있다. 다만, 패소할 것이 분명한 경우에는 그러하지 아니하다.
- ②제1항의 신청인은 구조의 사유를 소명하여야 한다.
- ③소송구조에 대한 재판은 소송기록을 보관하고 있는 법원이 한다.
- ④제1항에서 정한 소송구조요건의 구체적인 내용과 소송구조절차에 관하여 상세한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

73) 이 결정은, 민사소송법 제128조 제1항이 신청인의 자금능력을 소송구조의 요건으로 하고 있다고 하더라도 이는 재판청구권의 실질적 보장이 필요한 대상의 범위를 한정한 것이고, 남소 방지 등 정책적인 측면이나 재정적 여건 등을 종합적으로 고려하여 소송구조의 범위를 제한한 것이므로 입법형성권 내에 있다고 하였다.

소송구조에 대한 재판을 소송기록을 보관하고 있는 법원이 하도록 한 민사소송법 제128조 제3항 [헌재 2016. 7. 28. 2015헌마105, 2016헌바36(병합) 전원재판부]

원심에서 패소하여 상소와 함께 소송구조를 신청한 경우 소송기록을 보관하고 있는 법원이 원심법원이라면 원심법원이 소송구조신청사건을 판단할 때 ‘패소할 것이 분명한 것’으로 선입견을 갖고 소송구조신청을 기각할 수 있다는 점에서 헌법 제27조 제1항의 공정한 재판을 받을 권리를 제한할 수는 있지만, 신속한 재판과 소송경제를 위하여 ‘패소할 것이 분명한지 여부’에 관하여 법관의 고도의 전문적 판단에 맡기고, 이로 인한 문제점을 최소화하기 위하여 항고제도, 소송구조 전담재판부 등을 규정하고 있으므로, 원심법원이 아닌 상소심 법원이 소송구조신청사건을 판단하도록 규정하지 않았다는 점만으로 입법형성권의 한계를 벗어나 공정한 재판을 받을 권리를 침해하였다고 할 수 없다.

3. 소송절차에서의 재판청구권

가. 기피

기피신청에 대한 재판을 그 신청을 받은 법관이 소속된 법원의 합의부에서 하도록 한 민사소송법 제46조 제1항 [헌재 2013. 3. 21. 2011헌바219 전원재판부]

심판대상조항은 기피신청에 대한 법원의 직분관할을 정한 규정으로서, 관할배분의 문제는 기본적으로 입법형성권을 가진 입법자가 사법정책을 고려하여 결정할 사항이고, 기피신청권 자체가 법률에 의하여 구체적으로 형성되는 권리라는 점에서 완화된 심사기준이 적용될 필요가 있다. 심판대상조항은 기피신청인의 공정한 재판을 받을 권리를 보장함과 동시에 상대방 당사자의 신속한 재판을 받을 권리도 조화롭게 보장하기 위하여 기피재판을 당해 법관 소속 법원의 합의부에서 하도록 규정하고 있다. 어떠한 경우에도 기피신청을 받은 법관 자신은 기피재판에 관여하지 못하고, 기피신청을 받은 법관의 소속 법원이 기피신청을 받은 법관을 제외하면 합의부를 구성하지 못하는 경우에는 바로 위 상급법원이 결정하도록 규정하고 있으며, 기피신청에 대한 기각결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있도록 하여 상급심에 의한 시정의 기회가 부여되는 등 민사소송법에는 기피신청인의 공정한 재판

을 받을 권리를 담보할 만한 법적 절차와 충분한 구제수단이 마련되어 있다. 결국 민사재판절차에서의 공정성과 아울러 신속성까지도 조화롭게 보장하기 위하여 입법자의 입법재량의 범위 내에서 형성된 것이므로 청구인의 재판청구권을 침해한다고 볼 수 없다.⁷⁴⁾

기피신청을 받은 법관으로 하여금 기피신청에 대한 의견서를 제출하도록 하고, 기피재판에서 의견을 진술할 수 있도록 한 민사소송법 제45조 제2항, 제46조 제2항 단서 중 각 ‘기피’에 관한 부분 [헌재 2020. 6. 25. 2017헌바516 전원재판부]

민사소송법은 기피이유를 제척이유처럼 일일이 열거하지 않고 매우 포괄적으로 규정하고 있고 기피이유에 대한 입증도 소명만으로 충분하도록 규정하고 있기 때문에, 자칫 당사자가 기피신청권을 법관에 대한 주관적인 불만이나 소송지휘에 대한 불복수단으로 남용하거나 소송지연의 도구로 악용할 우려가 있다. 민사소송법은 기피재판을 담당하는 법원으로 하여금 기피신청인과 기피신청을 받은 법관의 의견을 모두 고려할 수 있게 함으로써 기피신청인의 일방적인 주장에 의해 기피제도가 남용되지 않도록 하고, 기피이유에 관한 쟁점을 쉽게 파악할 수 있게 함으로써 기피재판을 신속하게 진행하도록 정하고 있다. 기피신청을 받은 법관의 의견서나 진술은 하나의 판단 자료에 불과할 뿐이어서 기피재판을 담당하는 법원을 기속하지 않으며, 기피신청의 기각결정에 대하여는 즉시항고를 하거나 본안에 대한 상소를 통하여 시정할 수 있는 절차적 기회도 보장되므로 심판대상조항은 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 볼 수 없다.

나. 보조참가인의 지위

“참가인의 소송행위가 피참가인의 소송행위와 저촉되는 때에는 그 효력이 없다.”고 규정한 구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부 개정되기 전의 것) 제70조 제2항 [헌재 2001. 11. 29. 2001헌바46 전원재판부]

심판대상조항이 피참가인의 소송행위에 저촉되는 보조참가인의 소송행위의 효력을 부인하더라도 이는 피참가인과 보조참가인의 소송상의 지위가 다름으로 말미암아 생기는 것으로서 이로써 피참가인을 합리적 근거 없이 우

74) 헌재 2020. 6. 25. 2017헌바516 전원재판부 결정도 같다.

월하게 대우하는 것이라고 할 수 없으므로 보조참가인의 평등권을 침해한 규정이라고 할 수 없다. 보조참가인의 소송행위가 효력이 없는 경우에는 보조참가인에게 참가적 효력이 미치지 않기 때문에 보조참가인은 이후 피참가인과의 소송에서 피참가인이 자기의 행위와 저촉되는 행위를 하지 않았더라면 그 소송에서 판결결과가 달라질 수 있었음을 주장할 수 있으므로⁷⁵⁾ 보조참가인의 재판을 받을 권리의 본질적인 내용을 침해한다고 할 수 없다.

다. 공시송달로 기일통지를 받은 경우 자백간주 배제

공시송달로 기일통지를 받은 당사자가 변론기일에 불출석한 경우 자백으로 간주되지 않도록 규정한 민사소송법 제150조 제3항 단서 [헌재 2013. 3. 21. 2012헌바128 전원재판부]

민사소송법 제150조의 자백간주제도는 민사소송절차에 있어 상대방의 주장을 알고 이를 시인하는 자백의 의사를 당사자의 소송진행상 태도에 기초하여 인정함으로써 절차의 효율적 진행을 도모하려는 것이다. 심판대상조항은 공시송달의 경우 당사자가 변론기일이 있음을 현실적으로 알았다고 볼 수 없으므로 당사자의 자백의사가 있었다고도 볼 수 없다는 데에 기초한 것이고, 이는 입법자가 민사소송절차를 변론주의에 따라 합리적으로 형성한 결과이다. 자백간주가 배제된다고 하더라도, 그 상대방은 자신이 주장하는 사실을 증명하는 데에 지장이 없으므로 민사소송을 통한 실체적 권리구제의 실효성은 충분히 보장된다. 공시송달에 따라 한 쪽 당사자의 출석 없이도 소송절차는 그대로 진행됨으로써 상대방 당사자는 신속한 재판을 받을 수 있게 된다. 심판대상조항으로 말미암아 공시송달로 기일통지를 받은 당사자의 대립당사자가 가지는 효율적이고 공정한 재판을 받을 권리를 침해하지 아니한다.

라. 송달

1) 우편송달

75) 위 판시는 '보조참가인의 소송행위가 효력이 없는 경우에는 보조참가인이 이후 피참가인과의 소송에서 피참가인이 자기의 행위와 저촉되는 행위를 하지 않았더라면 그 소송에서 판결결과가 달라질 수 있었음을 주장하여 보조참가인에게 참가적 효력이 미치지 않도록 할 수 있으므로'로 기술하여야 정확하다.

당사자가 송달장소 변경신고를 하지 않은 경우 종전의 송달장소에 등기우편으로 송달할 수 있도록 한 구 민사소송법(1990. 1. 13. 법률 제4201호로 신설되고, 2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부 개정되기 전의 것) 제171조의2 제2항⁷⁶⁾ [헌재 2002. 7. 18. 2001헌바53 전원재판부]

심판대상조항은 송달의 장애로 인한 절차지연을 방지함으로써 소송절차의 신속성의 실현이라는 공익을 달성하려는 것으로서 입법목적이 정당하고, 신고의무의 이행을 촉구하는 적절한 방법이다. 송달장소 변경신고 하지 아니한 모든 경우에 등기우편에 의한 발송송달을 허용하는 것이 아니라 ‘달리 송달할 장소를 알 수 없는 때에 한하여’ 허용되므로 침해의 최소성도 갖추고 있다. 민사소송절차의 신속성 등의 공익적 법익은 송달장소의 변경신고를 게을리 한 당사자 등이 입는 불이익보다 훨씬 크므로 법익의 균형성도 갖추고 있으므로 공정한 재판을 받을 권리를 과도하게 제한하는 규정이라고 볼 수 없다.

2) 유치송달

“송달받을 사람의 동거인이 정당한 사유 없이 송달받기를 거부하는 경우 유치송달을 할 수 있다.” 고 규정한 민사소송법 제186조 제3항 중 ‘동거인’ 에 관한 부분 [헌재 2018. 7. 26. 2016헌바159 전원재판부]

동거인이 송달받기를 거부하는 때에는 유치송달을 할 수 있다고 규정함으로써 실제로 송달된 서류가 송달받을 사람 본인에게 도달되었는지 여부를 묻지 아니하고 송달의 효력이 인정되므로 당사자는 자기에게 송달된 서류를 사실상 받지 못하는 경우에도 재판이 그대로 진행됨으로써 공정한 재판을 받을 권리를 제한받는 결과가 된다. 그러나 절차지연을

76) 제171조의2(송달장소변경의 신고의무)

①당사자, 법정대리인 또는 소송대리인이 송달장소를 변경하였을 때에는 지체 없이 그 취지를 법원에 신고하여야 한다.

②제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니한 자에 대한 서류의 송달은 달리 송달할 장소를 알 수 없는 때에 한하여 종전에 송달을 받던 장소에 등기우편으로 송달할 수 있다.

제174조(발신주의) 제171조 제2항, 제171조의2 제2항 또는 제173조의 규정에 의하여 서류를 우편으로 발송한 때에는 발송한 때에 송달된 것으로 본다.

방지하고 신속한 재판을 실현하기 위한 것으로서 입법목적이 정당하고, 유치하는 방법으로 송달의 효과를 인정하는 것은 수단의 적합성도 인정된다. 송달받을 사람의 주소 등에서, 사리를 분별할 능력이 있는 동거인에 한하여, 정당한 사유가 없는 수령거절의 경우로 요건을 한정하고 있고, 유치송달 실시 여부는 송달실시기관의 의무가 아닌 재량사항으로 정하고 있으며, 당사자는 이러한 위험을 피하기 위해 송달장소 등 신고제도를 이용할 수 있고, 당사자 본인이 송달서류를 전달받지 못한 경우에 예외적으로 불이익을 받을 수는 있으나, 상대방 당사자의 신속한 재판을 받을 권리의 보장을 포함한 민사소송절차의 신속성 등의 공익보다 결코 크다고 볼 수 없으므로 침해의 최소성 및 법익의 균형성도 갖추고 있다. 따라서 공정한 재판을 받을 권리를 침해하지 아니한다.

마. 판결선고 기간

판결의 선고를 소가 제기된 날로부터 5월내에, 항소심 및 상고심에 있어서는 기록의 송부를 받은 날부터 5월내에 하도록 규정한 구 민사소송법(1994. 7. 27. 법률 제4769호로 개정되고, 2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부 개정되기 전의 것) 제184조 [현재 1999. 9. 16. 98헌마75 전원재판부]

구 민사소송법 제184조는 헌법 제27조 제3항 제1문에 의거한 국민의 신속한 재판을 받을 권리를 보장하기 위한 법규정이지만, 이 규정의 판결선고기간을 직무상의 훈시규정으로 해석함이 법학계의 지배적 견해이고, 법원도 이에 따르고 있으므로 그 기간 내에 반드시 판결을 선고해야 할 법률상의 의무가 발생한다고는 볼 수 없다. 법률에 의한 구체적 형성 없이 헌법 제27조 제3항 제1문에서 신속한 재판을 위한 어떤 직접적이고 구체적인 청구권이 발생하지 아니한다. 피청구인들이 신속한 재판을 해야 할 어떠한 법률상의 의무나 헌법상의 의무도 존재하지 않으므로 청구인들에 대한 보안처분의 효력이 만료되는 시점까지 판결을 선고하지 아니한 것은 피청구인들의 공권력의 불행사라고 할 수는 없다.⁷⁷⁾

77) 청구인들은 법원에 제기한 보안관찰처분취소청구사건에 대한 고등법원 및 대법원의 판결이 부당하게 지연되어 자신들의 보안관찰처분의 효력만료시점 이후에 선고됨으로써 공정하고 신속한 재판을 받을 권리가 침해되었다고 주장하면서 고등법원과 대법원의 재판부를

바. 자유심증주의

“법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실주장이 진실한지 아닌지를 판단한다.” 고 규정한 민사소송법 제202조 중 ‘변론 전체의 취지’ 및 ‘자유로운 심증으로’ 부분 [헌재 2012. 12. 27. 2011헌바155 전원합의부]

심판대상조항은 사회가 복잡하고 법원의 증거조사와 증거방법도 다양한 모습과 내용으로 나타나는 오늘날 민사소송의 특성을 반영하여 실체적 진실 발견과 사실인정의 구체적 타당성을 확보하기 위한 것이므로 합리적 이유가 있다. 당사자 사이에 다툼이 있는 ‘사실주장’의 진실 여부를 판단하는 경우로서 적용대상이 국한되고, 사회정의와 형평의 이념에 입각하여야 한다는 내용상의 한계도 존재하며, 일정한 경우 증거력을 법정하는 예외를 두고 있을 뿐만 아니라, 양 당사자에게 공통으로 적용되어 중립적이고 공정한 재판 절차의 형성에 저촉이 되지도 아니한다. 민사소송에서 법관의 사실인정에 관한 증거 판단에 자의와 전단을 초래함으로써 공정한 재판절차를 훼손할 정도로 민사소송절차에 관한 입법형성의 한계를 벗어났다고 볼 수 없으므로 헌법 제27조 제1항의 법률에 의한 재판을 받을 권리를 침해하지 아니한다.

사. 기판력

“확정판결은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력을 가진다.” 고 규정한 민사소송법 제216조 제1항[헌재 2010. 11. 25. 2009헌바250 전원재판부]

헌법상 법치국가원리의 한 구성요소인 법적 안정성, 즉 사회질서의 유지와 분쟁의 일회적인 해결 및 동일한 분쟁의 반복 금지에 의한 소송경제를 달성하려고 하는 것이므로 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 전소와 후소의 소송물이 동일한 경우 등에 당사자와 법원을 구속하여 확정판

피청구인으로 하여 부작위위헌확인심판을 청구하였다. 이 결정에 대하여 이시윤, “민사절차에서 재판을 받을 권리”, 64면에서는 “구 민소법 제184조(현행 제199조)는 법치에 지장만 주는 지킬 수도 없는 규정이고 방지할 수도 없으니 정비의 차원에서 헌법불합치의 선포를 하고 합리적 대안제시의 입법개선조치를 촉구함이 마땅하였을 것이다.”고 한다.

결의 주문 내용에 저촉되는 다툼이나 판단을 금지하는 것이므로 방법의 적절성도 인정된다. 기관력은 확정판결의 사실심 변론종결시를 표준시로 하여 당사자 및 이와 동일시하여야 할 지위에 있는 제3자에 대하여 원칙적으로 주문에 포함된 것에 한하여 동일한 사항이 다시 소송상 문제가 되었을 때 이에 저촉되는 주장과 판단을 하는 것을 막는 데 그치며, 잘못된 재판에 대하여는 상소심 또는 재심을 통하여 바로잡게 함으로써 재판청구권을 실질적으로 보장하기 위한 수단을 마련하고 있다. 뿐만 아니라 판결경정제도를 통하여도 바로 잡을 수 있다.⁷⁸⁾ 기관력제도가 없을 경우의 법적 불안정 위험성을 보태어 보면 피해의 최소성과 법익의 균형성도 갖추고 있으므로 확정판결의 패소 당사자의 재판청구권을 침해한다고 볼 수 없다.

구 민사소송법(1990. 1. 13. 법률 제4201호로 개정되고, 2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부 개정되기 전의 것) 제445조가 “지급명령에 대하여 이의신청이 없거나 이의신청을 취하하거나 각하결정이 확정된 때에는 지급명령이 확정된다.”고 규정함으로써 지급명령에 대하여 기관력을 배제한 것 [헌재 2003. 1. 30. 2002헌바61,68(병합) 전원재판부]

지급명령은 채무자의 심문과 증거조사 없이 발령되고 채무자의 이의만 없으면 곧바로 확정되는 등 그 생성 및 확정과정이 판결과는 다른 차이점이 있기 때문에 채무자가 이의할 기회를 놓치면 실체에 반하는 채무명목이 성립할 수도 있게 된다. 이러한 경우에는 이의사유의 발생시기를 구별함이 없이 채무자로 하여금 청구이의의 소를 제기할 수 있게 하여 채무자를 보호하는 것이 공평의 요청에 부합한다. 심판대상조항이 확정된 지급명령에 대하여 확정판결과 동일한 효력을 부여하지 아니한 것은 합리적인 이유가 있으므로 확정된 지급명령을 받은 사람과 확정판결을 받은 사람을 불합리하게 차별하는 것이 아니어서 평등의 원칙에 어긋나지 않고, 지급명령에 대하여 확정판결과 동일한 효력을 부여하지 않는다고 하여 재산권에 대한 침해가 될 수는 없다.

78) 기관력과 관련하여 잘못된 판결을 바로 잡을 수 있는 수단의 하나로서 ‘판결경정제도’를 언급한 것은 타당하지 않다.

아. 소취하 및 항소취하 간주 규정

민사소송의 당사자가 2회에 걸쳐 변론기일에 불출석하고 그로부터 1개월 이내에 기일지정신청이 없는 경우 소가 취하된 것으로 간주하는 민사소송법 제268조 제1항 및 제2항 [헌재 2012. 11. 29. 2012헌바180 전원재판부]

통상 1개월이라는 기간은 소송유지 여부를 결정할 충분한 기간이라고 볼 수 있을 뿐 아니라, 부득이한 사유로 기일을 해태하고 기일지정신청을 하지 못하였다라도 재소금지규정이 없어서 후일 다시 소를 제기할 수 있으며, 소송의 궁극적 주체인 당사자의 적극적인 참여를 유도함으로써 정확하고 신속한 재판을 가능하게 함으로써 민사소송의 여러 원칙들과도 부합하므로 민사소송절차를 형성함에 있어서 입법재량의 범위를 일탈하였다고 볼 수 없다.

항소심 기일에 2회 불출석한 경우에 항소취하 간주를 규정한 민사소송법 제268조 제4항 중 같은 조 제2항을 준용하는 부분 [헌재 2013. 7. 25. 2012헌마656 전원재판부]

심판대상조항의 입법목적은 소송지연을 방지하기 위한 것이고 민사소송의 이상 중 신속·경제의 이념을 실현하기 위해서는 당사자에 의한 소송지연을 막는 것은 필수적이므로, 그 입법목적의 합리성이 인정된다. 심판대상조항에서 정한 항소취하간주의 요건이 당사자의 재판청구권을 지나치게 제한하는 것이라고 보기 어렵다. 항소심 변론기일에 불출석한 경우 항소취하간주로 제1심 판결이 그대로 확정되는 불이익을 입게 되는 것이 항소인에게 상당히 가혹한 것이라고 볼 여지가 있으나, 항소인으로서 제1심 판결의 결과를 충분히 알 수 있음에도 수차례 기일을 해태하여 자신에게 유리한 법적, 사실적 주장을 펼칠 기회를 스스로 포기한 것이므로 심판대상조항에 따른 불이익이 상당히 과중한 것이라고 보기 어렵다. 심판대상조항은 소송의 주체인 당사자의 적극적인 참여를 유도함으로써 정확하고 신속한 재판을 가능하게 한다는 점에서 민사소송법 상의 여러 원칙들에도 부합한다. 결국 입법재량의 범위를 일탈하여 청구인의 재판청구권을 침해한다고는 볼 수 없다.

자. 증거채부의 재량

유일한 증거가 아닌 한 당사자가 신청한 증거로서 법원이 필요하지 아니

하다고 인정한 것은 조사하지 아니할 수 있다고 규정한 구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부 개정되기 전의 것) 제263조⁷⁹⁾ [헌재 2004. 9. 23. 2002헌바46 전원재판부]

민사소송절차의 신속과 심리의 원활한 진행을 위하여 당사자가 신청한 증거 중 심리의 진행이나 진실발견과 무관한 증거에 대하여는 이를 조사하지 않을 수 있도록 함으로써, 신속한 재판실현이라는 소송경제와 실제적 진실에 합치하는 공정한 재판실현이라는 헌법적 요청에 부합하는 규정으로서 입법목적의 정당성 및 방법의 적절성을 인정할 수 있다. 위와 같은 헌법적 요청을 달성함에 있어서, 달리 규정하거나 다른 제도를 통하여 기본권침해를 최소화할 수 있는 방안이 있다고도 보이지 아니하므로 피해의 최소성 요건을 갖추었다. 법원의 소송지휘권 행사로 인한 기본권침해, 즉 심리의 진행이나 실제적 진실발견과 무관한 증거신청이 받아들여지지 않아 그에 대한 증거조사가 행하여지지 않는 불이익은 신속한 재판의 확보 및 공정한 재판실현이라는 공익에 비하여 크다고 할 수 없으므로 법익의 균형성도 상실한 것이 아니다. 따라서 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 헌법상 보장된 기본권인 재판청구권이나 인간의 존엄과 가치를 침해한 것이라 할 수 없다. 또 원·피고 모두에게 적용되는 것이므로 구체적 사건에서 재판을 진행하는 법원의 소송지휘상에 사실상 차이가 있는지는 별론으로 하고 법률 조항 자체가 평등의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.⁸⁰⁾

헌재는 민사소송법 제290조에 관한 헌재 2011. 10. 25. 2010헌바64 전원재판부 결정에서도 위 결정을 인용하여 동일한 판단을 하였다.

차. 증명의 정도

정정보도청구의 소를 민사집행법상의 가처분절차에 의하여 재판하도록 규

79) 263조(증거신청의 채부) 당사자가 신청한 증거로서 법원이 필요하지 아니하다고 인정한 것은 조사하지 아니할 수 있다. 다만, 당사자의 주장사실에 대한 유일한 증거는 그러하지 아니하다.

80) 이 결정에 대하여 이시윤, “민사절차상의 재판을 받을 권리”, 55면에서는 증거채부에 관한 재량에 제약이 있어야 함을 염두에 두지 않은 규정에 대하여 비교적 간단하게 합헌선언을 한 데에 아쉬움이 있다고 한다.

정한 구 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률(2005. 1. 27. 법률 제7370호로 제정된 것) 제26조 제6항 본문 전단⁸¹⁾ 중 정정보도청구 부분 [헌법재판소 2006. 6. 29. 2005헌마165,314,555,807,2006헌가3(병합)]

심판대상조항에 따르면 정정보도청구의 소에서는 청구원인을 구성하는 사실의 인정을 ‘증명’ 대신 ‘소명’으로 할 수 있게 되는데, 정정보도청구소송은 통상의 가처분과는 달리 그 자체가 본안소송이다. 이러한 정정보도청구소송에서, 승패의 관건인 ‘사실적 주장에 관한 언론보도가 진실하지 아니함’이라는 사실의 입증에 대하여, 통상의 본안절차에서 반드시 요구하고 있는 증거를 배제하고 그 대신 간이한 소명으로 이를 대체하는 것은 소송을 당한 언론사의 방어권을 심각하게 제약하므로 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다. 정정보도청구사건을 가처분절차에 따라 소명만으로 인용할 수 있게 하는 것은 나아가 언론의 자유를 매우 위축시킨다.

[재판관 김경일, 송인준, 조대현의 합헌의견]

심판대상조항은 허위보도로 인한 피해를 신속하게 구제하기 위하여 정정보도청구에 대한 심리절차를 신속한 가처분절차에 의하도록 하고 있는 것이고, 이는 공공복리를 도모한다는 정당성을 가진다. 일반적인 소송구조의 예외를 인정하고 있는 셈이지만, 허위보도로 인한 피해를 신속하게 구제하기 위하여 필요하고도 적절한 수단이다. 정정보도청구사건의 심리를 가처분절차에 의한다고 하더라도 변론절차에서 당사자 쌍방에게 주장과 입증할 기회가 균등하게 주어지므로 피해자 보호에만 치중하거나 언론사에게 불공정한 심리절차라고 말할 수 없다. 그리고 소명의 증명도와 증명의 증명도는 이론상으로는 구분되지만, 어느 것이나 전문적인 재판능력을 구비한 법관의 자유심증에 맡겨지는 것으로서, 실제에 있어서는 크게 차이가 없다. 따라서 심판대상조항으로 말미암아 정정보도청구사건의 심리가 소홀해진거나 언

81) 제26조(정정보도청구등의 소)

①피해자는 법원에 정정보도청구등의 소를 제기할 수 있다.② 내지 ⑤ 생략)

⑥제1항의 규정에 의한 청구에 대하여는 민사집행법의 가처분절차에 관한 규정에 의하여 재판하며, 청구가 이유 있는 경우에는 법원은 제15조제3항·제5항 및 제6항의 규정에 따른 방법에 따라 정정보도·반론보도 또는 추후보도의 방송·게재 또는 공표를 명할 수 있다. 다만, 민사집행법 제277조 및 제287조는 이를 적용하지 아니한다.

2009. 2. 6. 법률 제9425호로 ⑥항은 다음과 같이 개정되었다.

⑥정정보도청구의 소에 대하여는 「민사소송법」의 소송절차에 관한 규정에 따라 재판하고, 반론보도청구 및 추후보도청구의 소에 대하여는 「민사집행법」의 가처분절차에 관한 규정에 따라 재판한다. 다만, 「민사집행법」 제277조 및 제287조는 적용하지 아니한다.

론사에게 불리해진다고 보기 어렵다. 허위보도로 인한 피해를 구제하기 위한 조치가 신속하게 이루어져야 할 필요성은 매우 긴박하고 긴요한 것이므로 법익을 비교하여 보아도 언론사의 법익 침해가 더 크다고 볼 수 없다. 심판대상조항이 정정보도청구사건에 관하여 언론사의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 보기 어렵다.⁸²⁾

카. 당사자신문 상대방에 대한 과태료부과신청권

민사소송법 제370조 제1항이 “선서한 당사자가 거짓 진술을 한 때에는 법원은 결정으로 500만 원 이하의 과태료에 처한다.” 고만 규정하고 있을 뿐, ‘상대방 당사자가 법원에 대하여 거짓 진술한 당사자를 과태료에 처할 것을 신청할 권리’ 를 포함하여 규정하지 않은 것(이른바 부진정입법부작위)이 상대방 당사자의 재판청구권을 침해하는지 [헌재 2008. 9. 25. 2007헌바23 전원재판부]

심판대상조항은 상대방의 과태료재판신청의 남용을 방지하고, 확정판결의 결론과 무관한 당사자의 진술을 사유로 한 재심청구의 남용을 방지하여, 소송당사자 사이에 실체적 진실의 발견과 권리관계의 신속한 확정이라는 헌법적 요청을 조화시키기 위한 것이므로 입법목적의 정당성이 인정된다. 신문 받은 당사자의 상대방에게 과태료재판의 신청권을 부여하지 않고 과태료재판의 개시·심리 및 종결 등을 법원의 직권에 일임한 것은, 상대방이 오로지 당사자를 괴롭히고 법원의 재판진행을 방해하기 위하여 과태료재판의 신청을 악용하는 것을 막아주어 당사자로 하여금 법원의 당사자신문에 적극 협조하도록 함으로써 실체적 진실의 발견과 신속한 재판의 실현 사이에 조화를 이루려는 헌법의 요청에 부응하는 적절한 방법이다. 소송당사자 사이에 실체적 진실의 발견과 권리관계의 신속한 확정이라는 헌법적 요청을 달성함에 있어서, 달리 규정하거나 다른 제도를 통하여 기본권침해를 최소화할 수 있는 방안이 있다고도 보이지 않으므로 피해의 최소성 요건도 갖추었다. 또한 당사자의 진술에 대하여 과태료의 제재가 행하여지지 않음으로써 상대방

82) 이 헌재결정에 대하여는 헌법학계의 평식이 다수 있지만[양재규, “언론중재법 관련 헌재 결정 (2005헌마165 등)에 대한 소고 -언론의 위축 효과를 중심으로-”, 「언론중재」 vol.1 00, 언론중재위원회(2006), 4면 이하; 조소영, “정정보도청구권에 대한 헌법적 평가”, 「헌법판례연구」 제8권, 한국헌법판례연구회(2006), 309면 이하 등], 구 언론중재법 제26조 제6항 본문의 위헌선언의 의미를 다루고 있는 문헌은 발견하지 못하였다.

이 재심청구를 하는 데에 제약을 받는 불이익은, 권리관계의 신속한 확정과 법적 안정성이라는 공익에 비하여 크다고 할 수 없으므로 법익의 균형성도 갖추었다. 심판대상조항이 과태료재판신청권을 부여하지 않음으로써 청구인의 재심청구권 행사가 제약받고 있다 하더라도, 그러한 입법이 헌법재판소가 관여하여야 할 정도로 입법재량권을 현저히 불합리하게 또는 자의적으로 행사함으로써 청구인의 재판청구권을 침해하였다고 할 수 없다.

타. 가집행선고

구 소송촉진 등에 관한 특례법(1981. 1. 29. 법률 제3361호로 제정되고 1990. 1. 13. 법률 제4203호로 개정되기 전의 법률) 제6조 제1항⁸³⁾ 중 “다만, 국가를 상대로 하는 재산권의 청구에 관하여는 가집행의 선고를 할 수 없다.” 는 부분 [헌재 1989. 1. 25. 88헌가7 전원재판부]

가집행선고는 불필요한 상소권의 남용을 억제하고 신속한 권리실행을 하게 함으로써 국민의 재산권과 신속한 재판을 받을 권리를 보장하기 위한 제도인데, 심판대상조항에 따르면, 법원은 국가가 원고가 되어 얻은 승소판결에는 상당한 이유가 없는 한 반드시 가집행의 선고를 하여야 하지만, 반면에 국민이 국가를 상대로 한 소송에서 얻어낸 승소판결에는 아무리 확실 있는 판결이라고 할지라도 가집행의 선고를 할 수 없게 됨으로써 결국 재산권과 신속한 재판을 받을 권리의 보장에 있어서 소송당사자를 차별하여 국가를 우대하고 있는 것이 명백하고 이처럼 민사소송의 당사자를 차별하여 국가를 우대할만한 합리적 이유도 찾기 어렵다. 심판대상조항은 헌법 제11조 제1항에 위반됨이 명백하다.

파. 소액사건의 판결을 선고하면서 재판장이 이유를 설명하지 않은 경우

1981. 1. 29. 법률 제3361호로 제정된 소송촉진 등에 관한 특례법 제17조 내지 제20조는 소액사건심판에 관한 특례를 규정하면서 제20조⁸⁴⁾

83) 제6조(가집행의 선고)

①재산권의 청구에 관한 판결에는 상당한 이유가 없는한 당사자의 신청유무를 불문하고 가집행할 수 있음을 선고하여야 한다. 다만, 국가를 상대로 하는 재산권의 청구에 관하여는 가집행의 선고를 할 수 없다.

②가집행의 선고를 함에 있어서는 과도한 담보를 제공하게 하여서는 아니된다.

84) 제20조(판결에 관한 특례)

에서 판결에 관한 특례를 규정하였다. 위 조항은 1990. 1. 13. 개정 시에 소액사건심판법 제11조의2⁸⁵⁾로 신설 규정되었고,⁸⁶⁾ 민사소송법 전부 개정에 따라 2002. 1. 26. 소액사건심판법의 개정이 있었지만 내용상 변경은 없었다.⁸⁷⁾

소액사건에 대한 판결서에 이유의 기재를 생략할 수 있다거나, 이유의 요지를 구술로 설명할 수 있도록 규정한 소액사건심판법(2002. 1. 26. 법률 제 6630호로 개정된 것) 제11조의2 제2항 및 제3항 [헌재 2004. 9. 23. 2003헌마19 전원재판부]⁸⁸⁾

심판대상조항은 구체적인 소송사건의 재판절차에 있어 판결을 성립시키기 위한 준비행위로서의 판결서 작성에 관하여 적용되는 범규범으로서 법원의 재판이라는 구체적인 집행행위의 매개를 거쳐 비로소 특정인의 기본권에 영향을 미칠 수 있게 되므로, 그 자체로 인하여 어떤 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈을 가져온다고 보기 어렵다. 헌법소원의 대

①판결의 선고는 변론종결 후 즉시 할 수 있다.

②판결을 선고함에는 주문을 낭독하고 주문이 정당함을 인정할 수 있는 범위 안에서 그 이유의 요지를 구술로 설명하여야 한다.

③판결서에는 이유를 기재하지 아니한다. 다만, 특히 필요하다고 인정할 때에는 이유를 기재할 수 있다.

85) 제11조의2(판결에 관한 특례)

①판결의 선고는 변론종결 후 즉시 할 수 있다.

②판결을 선고함에는 주문을 낭독하고 주문이 정당함을 인정할 수 있는 범위 안에서 그 이유의 요지를 구술로 설명하여야 한다.

③판결서에는 민사소송법 제193조의 규정에 불구하고 이유를 기재하지 아니할 수 있다.

86) 소액사건의 판결이유 기재 생략에 대한 비판으로는 김도훈, “재판에서의 이유 기재 생략에 관한 고찰”, 『법학연구』 15(3), 인하대학교 법학연구소(2012), 702면에서는 소송촉진 등에 관한 특례법 제20조 제3항과 소액사건심판법 제11조의2 제3항은 문언 상으로 차이가 있어서 소액사건심판법 제11조의 2 제3항에 관하여는 원칙과 예외의 해석을 달리할 수도 있지만, 입법과정을 고려하면 소송촉진 등에 관한 특례법과 차이가 없다고 한다.

87) 1990. 1. 13. 법률 제4205호로 개정되고, 2002. 1. 26. 법률 제6630호로 개정되기 전의 소액사건심판법 제11조의2 제3항에 대하여 헌재 2001. 6. 5. 2001헌바29 제1지정재판부 결정은 재판의 전제성이 없다고 하여 각하 하였다.

88) 청구인은 김혜시를 상대로 불법주차 견인과 관련하여 공무원의 위법행위로 손해를 입었다고 주장하면서 125,000원의 손해배상청구의 소를 제기하였는데 제1심 담당판사가 판결 이유의 요지를 구술로 설명하지 않아서 재판청구권 등이 침해되었다고 주장하면서, 위 사건의 항소심 계속 중에 헌법소원을 청구하였다.

상을 전체로서 ‘이유를 설명하지 않은 채 이루어진 판결선고’로 파악하게 되면 이는 전형적인 ‘법원의 재판’에 해당하게 되어 부적법하다.

[재판관 권성, 송인준, 주선희 반대의견]

헌법 제27조 제1항은 국민의 ‘재판받을 권리’를 기본권으로서 보장하고 있는바, 이러한 재판청구권은 그것에 내재하는 효율적인 권리구제 내지 권리보호의 요청으로부터 ‘청문청구권’이라는 절차적 기본권을 포함하고 있다. 이러한 청문청구권은 법원에서의 법적 청문을 보장하는 권리로서 법적 분쟁의 당사자가 법원의 결정 이전에 판단근거가 된 사실관계와 법률관계에 관하여 진술할 기회를 가질 권리를 본질로 하는바, 이러한 진술권이 효율적으로 행사되도록 하기 위해 청문청구권은 그 내용에 있어 ‘정보를 구할 권리’, ‘진술할 권리’, ‘진술한 내용의 고려를 요구할 권리’의 3가지 실현단계로 구성되어 있다. 이 중 특히 진술한 내용의 고려를 요구할 권리에 대응하여 당사자의 주장을 고려하여야 할 법원의 의무는 법원이 당사자의 주장을 인식하고 고려했다는 것이 충분히 드러나도록 판결에 이유를 제시할 의무를 통해 구체적으로 표현되고 있다. 이처럼 법원에게는 헌법상의 재판청구권에서 유래하는 판결이유 제시의무가 부과되어, 소액사건의 경우 판결선고 시 이유를 설명하도록 한 소액사건심판법 제11조의2 제2항에 구체화되어 있다. 청구인이 제기한 소액사건의 담당판사가 그 판결을 선고하면서 위와 같은 이유 설명의무를 다하지 아니한 것은 소송당사자인 청구인의 재판청구권을 침해하는 공권력 불행사에 해당한다.

하. 재판의 지연(부작위)

종국판결이 상소기간 도과로 확정된 후 동 판결선고 전에 청구의 인낙이 있었다는 것을 이유로 하는 기일지정신청에 대하여 아무런 재판을 하지 않은 것이 재판청구권 침해인지 여부 [헌재 1994. 6. 30. 93헌마161 전원재판부]

법원은 법령에 정한 국민의 정당한 재판청구행위에 대하여만 재판을 할 의무를 부담하고, 법령이 규정하지 아니한 재판청구행위에 대하여는 헌법상의 재판청구권에서 유래한 재판을 할 작위의무가 없다. 기일지정신청에 관하여는 구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부 개정되기 전의 것) 제152조, 제241조, 민사소송규칙(2002. 6. 28. 대법원규칙 제1761호로

전부 개정되기 전의 것) 제52조, 제53조 등의 규정이 있다. 그러나 중국판결이 상소기간 도과로 확정된 후 동 판결선고 전에 청구의 인낙이 있었다는 것을 이유로 하는 기일지정신청은 법이 예상한 바가 아니어서 법령에 이를 규정한 바 없고, 그러한 경우에 기일지정신청을 인정하는 법리도 없다. 따라서 그러한 기일지정신청은 법원에 대하여 아무런 의미도 부여하는 것이 아니어서 법원은 이에 대하여 재판 특히 재판에 의한 소송종료선언을 하여야 할 의무를 부담하지 않는다. 따라서 이 사건 헌법소원은 헌법에서 유래한 작위의무가 없는 공권력의 불행사에 대한 헌법소원이어서 부적법하다.⁸⁹⁾

기피사건 재판부가 아무런 이유 없이 본안사건에 대한 판결선고 전에 기피신청에 대한 결정을 하지 않고 그 후에 각하함으로써 소송당사자인 청구인의 기피권을 사실상 무력화하거나 박탈하는 것과 같은 결과를 초래함으로써 말미암아 재판자연으로 인하여 청구인의 헌법상 보장된 공정하고 신속한 재판을 받을 권리, 평등권 등 기본권을 침해하였는지 여부 [헌재 1998. 5. 28. 96헌마46 전원재판부]

청구인이 기본권침해사유로 주장하는 재판의 지연은 결국 법원의 재판절차에 관한 것이므로 헌법소원의 대상이 될 수 없다.⁹⁰⁾

4. 상소심에서 재판을 받을 권리

헌재는 헌법 제27조 제1항의 재판청구권에는 ‘상소심에서 재판을 받을 권리’는 포함되지 않는다고 본다. 또 심급제도는 한정된 사법자원의 합리적인 분배의 문제인 동시에 재판의 적정과 신속이라는 서로 상반되는 두 가지의 요청을 어떻게 조화시키느냐의 문제로서 기본적으로는 입법자의

89) 이 결정에 대하여 이시윤, “민사절차상 재판을 받을 권리”, 65면에서는 “소송을 현저히 지연시키면 공권력의 주체가 헌법에서 직접 유래하는 소송촉진의무를 해태한 것이 되어 헌법소원의 대상이 된다.”고 하면서, 입법부작위와 달리, 사법부작위는 국민의 신속한 재판을 받을 권리가 헌법상 명시적으로 규정되어 있으므로 현재 판례가 변경되어야 한다고 주장한다.

90) 청구인은 기피사건 재판부가 기피신청에 대한 결정을 하지 않고 있다가, 본안에 대한 피고 패소판결이 선고된 후 기피신청에 대한 재판을 할 이익이 없다는 이유로 기피신청을 각하하자, 공권력의 불행사로 인하여 헌법상 보장된 공정하고 신속한 재판을 받을 권리 등을 침해받았다고 주장하면서 헌법소원심판을 청구하였다.

형성의 자유에 속하는 사항이라고 한다.⁹¹⁾ 헌법학계에서는 헌법재판소의 이러한 입장에 찬성하는 견해도 있지만,⁹²⁾ 반대하는 견해도 있다. 반대하는 견해는 헌법에 명시적으로 규정되어 있지는 않지만, 헌법 제27조 제1항, 제101조 제1항, 제2항에 의하여 상소심의 재판을 받을 권리가 인정될 수 있는데, 항소는 가장 기본적인 상소절차이기 때문에 제2심의 재판을 받을 권리는 인정될 수 있고, 최종심으로서 대법원의 재판을 받을 권리 역시 헌법이 보장하는 기본권으로 인정할 수 있으며, 다만, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반되지 않는 범위에서 제한될 수 있을 뿐이라고 한다.⁹³⁾

가. 원심재판장의 항소장심사권

민사소송법 제399조 제2항 중 “항소인이 제1항의 기간 이내에 항소장에 법률의 규정에 따른 인지를 붙이지 아니한 흠을 보정하지 아니한 때에는 원심재판장은 명령으로 항소장을 각하하여야 한다.”는 부분 [헌재 2012. 7. 26. 2009헌바297 전원합의부]

항소인이 원심재판장으로부터 인지보정명령을 받고도 보정기간 내에 이를 이행하지 아니한 경우 항소심 재판부담의 경감, 소송지연과 남상소의 방지, 신속한 권리의무의 실현을 위하여 원심재판장으로 하여금 명령으로 항소장을 각하하도록 한 것으로서, 입법목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다. 소송구조를 받거나 인지보정기간의 연장을 받을 수 있음에도 불구하고

91) 헌재 1992. 6. 26. 90헌바25 전원재판부, 헌재 1993. 11. 25. 91헌바8 전원재판부, 헌재 1995. 1. 20. 90헌바1 전원합의부, 헌재 1996. 3. 28. 93헌바27 전원합의부, 헌재 1997. 10. 30. 97헌바37,95헌바142·215,96헌바95(병합) 전원합의부.

92) 김철수, 앞의 책, 1978면.

93) 정종섭, “현행 헌법은 대법원의 재판을 받을 권리를 기본권으로 보장하고 있는가?”, 「일감법학」 제2권, 건국대 법학연구소(1997), 174-178면; 최희수, “국민의 재판청구권의 실질화를 위한 방안-항소심 이원화, 고등법원 상고부, 대법원 심리불속행제도를 중심으로-”, 124면; 소액사건의 상고제한에 관한 90헌바25 결정에서 재판관 변정수의 위헌의견 참조.; 범죄인 인도법 제3조의 위헌여부에 관한 헌재 2003. 1. 30. 2001헌바95 전원합의부 결정에서 재판관 권성은 위헌의견을 피력하면서, “재판에 대한 상급심에의 불복청구권은 헌법이 보장하는 기본권의 하나인 재판청구권의 본질적 내용의 일부를 구성한다. 재판청구권에서 말하는 재판은 정당한 재판을 말하고 상급심의 불복심사는 정당한 재판을 보장하는 가장 필수적인 장치의 하나이기 때문이다.”고 하였다.

원심재판장의 인지보정명령을 만연히 불이행한 항소인에게 아무런 법적 불이익이 가해지지 않는다면, 원심재판장의 인지보정명령에 응할 하등의 이유가 없고 가급적 인지를 늦게 보정하려고 할 것이며, 항소장각하명령을 받기 위한 요건으로 ‘인지보정기간 내의 인지보정명령의 불이행’이라는 객관적인 요건 외에 ‘소송지연의 목적’과 같은 주관적인 요건을 요구한다면 소송절차의 안정성, 명확성, 신속성은 크게 위협받게 될 것이므로 위와 같은 입법 목적을 효율적으로 달성하기 위한 다른 대체수단을 찾기는 어렵다. 인지제도와 원심재판장의 항소장심사권제도의 도입목적, 소송구조제도의 존재와 인지보정기간의 법적 성격, 피항소인의 신속한 재판을 받을 권리도 헌법상 보장되어야 한다는 점 및 인지보정명령의 이행 여부는 항소인에게 달려 있다는 점 등을 종합해 볼 때, 심판대상조항으로 인하여 항소인의 재판받을 권리가 제한되는 불이익이 항소심 재판부담의 경감, 소송지연과 남상소의 방지, 신속한 권리의무의 실현이라는 공익보다 크다고 할 수도 없으므로, 피해의 최소성 및 법익의 균형성을 갖추고 있다. 그러므로 심판대상조항이 항소인의 재판받을 권리를 침해하거나 평등원칙에 반한다고 할 수 없다.

[재판관 이동흡, 송두환, 박한철의 한정위헌의견]

원심재판장의 항소장각하명령에 대하여 즉시항고하기까지 항소인이 부족 인지액을 납부한 경우에도 적용하는 한 합리성을 결여하여 과도하게 재판을 받을 기회를 제약하는 것으로서 항소인의 재판을 받을 권리를 침해하므로 원심재판장의 항소장각하명령에 대하여 즉시항고하기까지 항소인이 부족한 인지액을 납부한 경우에도 적용하는 한 헌법에 위반된다고 한정위헌선고를 해야 한다.

나. 상소권의 제한

1) 소송비용 독립상소 금지

“소송비용의 재판에 대하여는 독립하여 항소를 하지 못한다.” 고 규정한 구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부 개정되기 전의 것) 제361조 [현재 1996. 2. 29. 92헌바8 전원재판부]

확정된 본안재판의 안정성을 유지하고 상호 모순되는 재판을 방지하며 불필요한 상소의 금지에 의하여 상급심 법원의 부담을 경감하려는 입법목적이 정당하고, 이를 달성하기 위하여 소송비용의 재판에 대하여만 불복하는 자

가 소송비용의 재판에 대하여 상소할 수 있는 권리를 일정한 경우로 제한하는 방법을 택한 것은 필요하고도 적정하며, 본안의 재판에 대한 불복과 함께 소송비용의 재판에 불복하는 것까지 봉쇄하는 것은 아니고, 구 민사소송법 제100조 제1항, 제103조 제1항의 경우 등 본안의 재판과 독립하여 소송비용의 재판을 할 수 있는 것으로 규정되어 있는 경우에는 심판대상조항이 적용되지 아니하고 독립의 즉시항고가 허용되는 점 등을 종합하면 입법자가 입법재량을 현저히 불합리하게 또는 자의적으로 행사하였다고 단정할 수 없으므로 헌법 제27조 제1항에 위반된다고 할 수 없다. 또 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 것이라거나 재산권을 과도하게 침해하는 것으로 보이지 아니하므로 헌법 제23조 제1항에 위반된다고 할 수도 없다.⁹⁴⁾

현재는 현행 민사소송법 제391조에 대한 헌재 2010. 3. 25. 2008헌마 510 전원재판부 결정에서도 동일한 내용의 판단을 하였다.⁹⁵⁾

2) 강제집행정지신청의 재판에 대한 불복

94) 이 결정의 말미에는 다음과 같은 부분이 있다. “다만, 소송비용의 재판이 본안의 재판에 따른 부수재판이라고 하더라도 청구인이 주장하는 바와 같이 소송물가액에 따른 인지액 등 소송비용이 많이 지출된 경우에는 소송비용의 재판도 소송당사자에게 상당한 이해관계가 있어 그 재판에 대하여만 독립하여 다룰 실익이 있을 뿐만 아니라 소송비용의 재판이 법률에 명백히 위반하여 본안의 재판과 부합하지 아니한 경우에는 본안재판의 법적 안정성을 해하지 않고도 부당한 소송비용의 재판을 시정할 수도 있을 것이므로 국민의 재판을 받을 권리 및 재산권의 보장을 위하여 이 사건 법률조항의 입법목적인 본안재판의 법적 안정성을 크게 해하지 않는 한도 내에서 소송비용의 재판에 대한 독립적인 불복을 허용하는 것이 입법 정책적으로 바람직한 길임을 밝혀 둔다.”

95) 조수혜, “미국 민사소송에서 소송비용의 재판에 대한 불복방법”, 「민사소송」 제15권 제1호, 한국민사소송법학회(2011), 272면에서는 오늘날 소송비용이 상당히 고액이기 때문에 당사자에게 본안재판만큼이나 소송비용부담재판에 대하여 쟁송할 실익이 있고, 소송비용부담재판에서 법원이 발휘할 수 있는 재량의 폭이 넓어서 사실상 당사자가 이를 예측하여 대비할 수 없으며, 판결문에는 소송비용부담에 대하여는 이유가 설시되지 않아서 본안의 승소 정도와 달리 소송비용부담의 정도가 정해진 경우에 당사자가 법원의 소송비용부담 재판에 대하여 승복하기도 어렵고, 실제적으로 당사자가 소송비용으로 상당한 금액을 지불하여야 하는 현실을 고려하여 보면, 소송비용에 대하여 독립하여 불복할 수 없도록 한 것은 가혹하고, 소송비용에 관하여만 불만이 있는 당사자도 이에 대한 상소를 제기하기 위하여 부득이 본안의 심사와 함께 상소를 제기하게 되어 소송경제 측면에서 비효율적이게 된다고 한다.

가집행선고부 판결에 대하여 상소가 제기된 경우의 강제집행정지신청에 대한 재판에 대하여 불복을 허용하지 않는 구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부 개정되기 전의 것) 제474조 및 제473조 제3항 후문⁹⁶⁾ [헌재 1993. 11. 25. 91헌바8 전원재판부]

판결이 미확정인 경우 그에 대한 가집행허용 여부가 신속 내지 긴급히 확정지어져야 하므로 강제집행정지재판에 대하여서는 불복을 허용하지 않는 것이 합리적이다. 구 민사소송법 제420조는 통상의 불복방법이 없는 결정·명령에 대하여도 재판에 영향을 미친 헌법 또는 법률의 위반이 있는 때에는 대법원에 불복할 수 있도록 특별항고 제도를 두고 있으므로 가집행선고부 판결에 대한 집행정지의 재판에 대하여 불복을 신청할 수 없다고 하더라도 위 재판에 대하여 대법원에 불복할 수 있는 기회를 근본적으로 박탈하고 있는 것은 아니어서 불합리하지 않으므로 헌법에 위반되지 않는다.

3) 자백간주판결에 대한 항소권

자백간주로 인한 피고 패소판결을 항소의 대상에서 제외하는 규정을 두지 않은 민사소송법 제390조 제1항이 신속한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부 [헌재 2015. 7. 30. 2013헌바120 전원재판부]

신속한 재판을 받을 권리의 실현을 위해서는 구체적인 입법형성이 필요하고, 다른 사법절차적 기본권에 비하여 폭넓은 입법재량이 허용된다. 자백간

96) 제473조(제심 또는 상소추원신청에 인한 집행정지)

- ① 제심 또는 제160조의 상소추원의 신청이 있는 경우에 그 불복의 이유로 주장한 사유가 법률상 이유 있다고 인정되고 사실에 대한 소명이 있는 때에는 법원은 당사자의 신청에 의하여 담보를 제공하게 하거나 담보를 제공하지 아니하게 하고 강제집행의 일시정지를 명할 수 있고 담보를 제공하게 하고 강제집행의 실시를 명하거나 실시한 강제처분의 취소를 명할 수 있다.
- ② 담보 없이 하는 강제집행의 정지는 그 집행에 의하여 보상할 수 없는 손해가 있는 것을 소명한 때에 한한다.
- ③ 제1항 및 제2항의 재판은 변론없이 할 수 있다. 이 재판에 대하여는 불복을 신청하지 못한다.
- ④ 상소추원의 신청의 경우에 소송기록이 원심법원에 있으면 이 법원이 제1항의 재판을 한다.

제474조(상소제기로 인한 집행정지) 가집행선고 있는 판결에 대하여 상소의 제기가 있는 경우에는 제473조의 규정을 준용한다.

주로 인한 피고 패소판결에도 오관의 시정을 위하여 항소가 필요한 점, 피고의 자백간주를 원고의 소송상 청구가 이유 있음을 자인하는 의사가 명백한 경우와 같이 취급하여 확정판결과 같은 효력이 발생하게 규율하는 것은 부당한 점, 자백간주로 패소한 피고가 항소한 경우 실기한 공격·방어방법의 각하를 규정한 민사소송법 제149조의 제재를 받을 수 있는 점 등을 종합하면, 자백간주로 인한 피고 패소판결을 항소의 대상에서 제외하지 않은 것은 입법자의 적법한 재량범위 내의 입법행위이고, 신속한 재판을 받을 권리를 침해한다고 볼 수는 없다.

다. 소액사건에 대한 상고권의 제한

소액사건에 관하여 일반사건에 비하여 상고 및 재항고를 제한하고 있는 소액사건심판법 제3조⁹⁷⁾ [헌재 1992. 6. 26. 90헌바25 전원재판부]⁹⁸⁾

헌법상 상고심에서 재판을 받을 권리에 관한 명문규정이 없고 상고문제가 일반 법률에 맡겨져 있는 우리 법제에서 헌법 제27조에서 규정한 재판을 받을 권리에 모든 사건에 대해 상고법원의 구성법관에 의한, 상고심 절차에 의한 재판을 받을 권리까지도 포함된다고 단정할 수 없을 것이고, 모든 사건에 대해 확일적으로 상고할 수 있게 하느냐 않느냐는 특단의 사정이 없는 한 입법정책의 문제이므로 결국 재판을 받을 권리의 침해라고 할 수 없다. 재판제도 이용의 효율화의 견지에서나 사익에 관한 분쟁해결방식인 민사소송에 있어서 얻어질 이익과 지출하여야 할 비용·노력과의 비례균형 유지의 요청, 더구나 신속·간편·저렴하게 처리되어야 할 소액사건절차 특유의 요청 등을 고려할 때 소액사건에 대한 상고제한제도가 결코 합리성이 없거나 입법자의 위헌적인 차별이라 하기 어려우므로 평등의 원칙에 배치한다고 할 수 없다.

97) 소액사건심판법 제3조(상고 및 재항고) 소액사건에 대한 지방법원본원합의부의 제2심판결이나 결정·명령에 대하여는 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에 한하여 대법원에 상고 또는 재항고를 할 수 있다.

1. 법률·명령·규칙 또는 처분의 헌법위반 여부와 명령·규칙 또는 처분의 법률위반 여부에 대한 판단이 부당한 때
2. 대법원의 관례에 상반되는 판단을 한 때

98) 이 결정에 대한 평석은 정종섭, 앞의 글, 161면 이하

[재판관 변경수 위헌의견]

법원이 재판을 함에 있어 사실인정이나 법률적용을 잘못하여 국민의 권리를 침해하는 수도 있을 수 있는 것이기 때문에 상급법원에 대한 상소제도가 말로 사법권으로부터의 국민의 권리보호와 재판에 대한 신뢰확보를 위하여 반드시 있어야 하는 것이다. 헌법 제27조 제1항에서 말하는 “법률에 의한 재판”의 절차적 측면은 대법원을 상고심으로 하는 심급제에 따른 재판을 의미하는 것이므로 모든 국민은 최고심인 대법원의 재판을 받을 권리가 있다고 보아야 한다. 따라서 대법원의 재판을 받을 권리, 즉 상고권은 헌법 제27조 제1항에서 도출되는 기본권으로서 일종의 헌법상 보장된 절차적 기본권이라고 할 수 있다. 그러므로 심급제를 폐지한다든가 대법원에의 상고를 부당하게 제한하는 것은 국민의 재판청구권을 침해하는 것으로서 위헌여부의 문제가 될 수 있다. 소액사건심판법 제3조에서의 이러한 상고제한이 대법원의 역할과 기능확보, 신속한 분쟁의 해결과 과도한 소송비용의 부담을 막는 등의 소송경제적 이유, 그리고 당사자의 신속한 권리구제에 기여한다는 목적을 가지고 있다고는 하지만 이는 헌법에 합치되는 합리적인 제한으로 보기 어렵고, 그로 인하여 헌법 제27조 제1항에서 보장한 국민의 재판을 받을 권리가 현저히 침해되었다고 아니할 수 없다.

라. 상고허가제

상고이유제한 및 상고허가제를 규정한 구 소송촉진등에 관한 특례법(1990. 1. 13. 법률 제4203호로 개정되기 전의 것) 제11조 및 제12조의 위헌 여부 [헌법재판소 1995. 1. 20. 90헌바1 전원재판부]

상고제도의 목적을 법질서의 통일과 법의 발전 또는 법창조에 관한 공익의 추구에 둘 것인지, 아니면 구체적 사건의 적정한 판단에 의한 당사자의 권리구제에 둘 것인지, 아니면 양자를 다 같이 고려할 것인지는 역시 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항이고, 그 중 어느 하나를 더 우위에 두었다 하여 헌법에 위반되는 것은 아니다. 권리상고에 관한 개정 전 특례법 제11조는 그 권리상고의 이유로서 제1항 제1호 및 제2호에서 헌법위반 및 헌법해석의 부당과 명령·규칙 또는 처분의 법률위반 여부를 규정하여 헌법 제107조 제2항의 취지에 부합하고, 제1항 제3호에서는 법률·명령·규칙 또는 처분의 해석에 대한 대법원 판례와의 저촉을 규정함으로써 상고제도에 의한

법질서의 통일을 도모하고 제2항에서 그 경우에도 종전의 대법원판례를 변경하여 원심판결을 유지함이 상당하다고 인정할 때에는 상고를 기각하도록 하여 법의 발전이나 구체적 사건에서의 권리구제와도 조화를 이루도록 하고 있다. 개정 전 특례법 제12조는 허가상고에 관한 규정으로서, 만약 상고를 허가함에 있어서 재판부의 업무부담 등 예측할 수 없는 사정을 허가기준으로 한다면 이는 법치국가에서 용인될 수 없는 법적 불안을 야기시키는 것이고 평등원칙에도 위배된다고 할 수 있지만, 특례법 제12조 제1항이 ‘법령의 해석에 관한 중요한 사항’을 상고허가의 기준으로 삼고 있어 구체적 사건과 관계없는 우연한 사정이나 법원의 자의에 의한 허·부의 결정을 배제하고 객관적으로 법률적 중요성을 가지는 사건에 한하여 상고를 허가하도록 함으로써 상고제도를 법질서의 통일 및 법의 발전이라는 목적에 부합하게 운영하려는 것이므로 결코 비합리적이거나 자의적인 차별이라고 할 수 없고, 제2항에서는 그 경우 원심판결을 파기하지 아니하면 현저히 정의와 형평에 반한다고 인정되는 중대한 법령위반이 있을 때 원심판결을 파기하도록 하여 개별적인 권리구제도 아울러 도모하고 있는 것이다. 그러므로 개정 전 특례법 제11조 및 제12조는 헌법이 요구하는 대법원의 최고법원성을 존중하면서 다른 한편, 대법원의 민사소송사건에 있어서 상고심 재판을 받을 수 있는 객관적인 기준으로서 법질서의 통일 및 법의 발전을 구체적 사건에서의 적정한 판단에 의한 당사자의 권리구제보다 더 우위에 둔 규정으로서 합리성이 있다고 할 것이므로 헌법에 위반되지 아니한다.

마. 심리불속행제도

민사사건에 관하여 상고허가제를 두었던 구 소송촉진 등에 관한 특례법에 대한 비판이 거세어지자, 1990. 9. 1. 위 법률의 개정으로써 상고허가제가 폐지되었다. 그 후 1994. 9. 1. 상고심절차에 관한 특례법(이하 ‘특례법’이라 함)이 제정되어 심리불속행제도가 도입되었다.⁹⁹⁾¹⁰⁰⁾ 심리불속행제도에 대하여는 상고권 제한하는 측면뿐 만아니라, 상고심 판결에

99) 심리불속행제도의 도입과정에 대하여는 박종현, “심리불속행 상고기각판결에서 이유 기재 생략 제도의 위헌성검토”, 공법학연구 제14권 제2호, 비교공법학회(2013), 352-354면 참조.

100) 이시윤, “민사절차상의 재판을 받을 권리”, 39면에서는 “납상고의 방지와 국내법령해석의 통일기능의 강화를 목적으로 한 것으로서 이 정도의 상고심 access의 제한은 입법형성의 자유영역에 속하므로 합헌론에 찬성한다.”고 한다.

판결이유를 기재하지 않는 것에 관한 위헌 여부가 문제로 된다.

1) 심리불속행

심리불속행제도를 규정하고 있는 특례법 제4조 [헌재 1997. 10. 30. 97헌바37,95헌마142·215,96헌마95(병합) 전원합의부]¹⁰¹⁾

심판대상조항이 비록 국민의 재판청구권을 제약하고 있기는 하지만 심급제도와 대법원의 기능에 비추어 볼 때 헌법이 요구하는 대법원의 최고 법원성을 존중하면서 민사, 가사, 행정 등 소송사건에 있어서 상고심재판을 받을 수 있는 객관적 기준을 정함에 있어 개별적 사건에서의 권리구제보다 법령해석의 통일을 더 우위에 둔 규정으로서 그 합리성이 있으므로 헌법에 위반되지 않는다.

2) 개별 심리속행사유

대법원판례 위반을 심리불속행의 예외사유로 규정하는 특례법 제4조 제1항 제3호 [헌재 2002. 6. 27. 2002헌마18 전원재판부]

개별 사건에서의 권리구제보다 법령해석의 통일을 더 우위에 둔 입법자의 판단에 따라 상고심 재판을 받을 수 있는 객관적인 기준에 대법원판례 위반 여부를 한 요소로 삼은 것은 그 합리성이 인정될 뿐만 아니라, 판례의 법원성을 인정하지 않는 대륙법계 국가라는 이유로 실체법이 아닌 절차법인 심판대상조항의 일부로 편입하여 대법원판례 위반을 심리불속행의 예외사유의 하나로 규정할 수 없는 것이 아니고, 이로 인하여 새로운 권리침해가 발생하는 것도 아니다.

특례법 제4조 제1항 제5호 ‘중대한 법령위반에 관한 사항이 있는 때’에서 ‘중대한’의 개념이 명확성의 원칙에 위반되는지 여부 [헌재 2002. 6. 27. 2002헌마18 전원재판부]

심리불속행제도의 입법취지를 고려할 때 심리불속행의 판단대상은 상고인

101) 헌재 1998. 2. 27. 96헌마92 전원재판부, 헌재 2001. 2. 22. 99헌마461,2000헌마258(병합) 전원재판부, 헌재 2002. 6. 27. 2002헌마18 전원재판부, 헌재 2005. 9. 29. 2005헌마567 전원재판부 등도 동일한 내용이다.

이 주장하는 상고이유가 민사소송법상 규정된 상고이유에 실질적으로 해당 하는가 여부이고, 그 판단기준은 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있음을 상고이유로 하는지 여부이므로 중대한 법령위반에서 ‘중대성’은 판결결과에 영향을 미치는지 여부, 즉 원심판결이 파기될 가능성 여부를 기준으로 판단하여 법령위반으로 인하여 원심판결이 파기될 가능성이 있으면 중대한 법령위반이 있는 것으로 보아 심리불속행의 예외로서 심리속행을 허용한 것이라고 합리적인 해석이 가능하므로 명확성의 원칙에 위반되지 아니한다.

3) 판결이유의 생략

심리불속행 재판의 판결이유를 생략할 수 있도록 규정한 특례법 제5조 제1항 중 제4조에 관한 부분 [헌법재판소 1997. 10. 30. 97헌바37, 95헌마142·215, 96헌마95(병합) 전원재판부]¹⁰²⁾

특례법 제4조 제1항 각호에서는 심리불속행의 예외사유를 객관적이고 구체적으로 규정하여 구체적 사건의 상고이유와 관계없는 우연한 사정이나 법원의 자의에 의한 결정을 배제하고 있고, 심판대상조항은 단지 특례법 제4조에 의한 판결의 보다 신속한 처리를 목적으로 한 것에 지나지 아니한 것이므로 특례법 제4조가 헌법에 위반되지 아니한 터에 이를 헌법에 위반되는 것으로 볼 수 없다.

심리불속행 재판의 판결이유를 생략할 수 있도록 규정한 특례법 제5조 제1항 중 제4조에 관한 부분 [헌재 2007. 7. 26. 2006헌마551, 2007헌마88, 255(병합) 전원재판부]¹⁰³⁾

특례법 제5조 제1항은 심리불속행제도의 내용을 구성하는 절차적 규정으로서 헌법재판소는 이미 심리불속행제도에 대하여 여러 차례 합헌결정을 선고한 바 있다. 심리불속행 상고기각판결에 이유를 기재한다고 해도, 당사자

102) 헌재 2001. 2. 22. 99헌마461, 2000헌마258(병합) 전원재판부, 헌재 2005. 9. 29. 2005헌마567 전원재판부 등도 동일한 내용이다.

103) 헌재는 헌재 2011. 12. 29. 2010헌마344 전원재판부, 헌재 2012. 7. 26. 2011헌마728 전원재판부 등에서도 동일한 결정을 하였는데, 이 결정들에서는 재판관 이정미, 김창종의 위헌의견이 있다.

의 상고이유가 법률상의 상고이유를 실질적으로 포함하고 있는지 여부만을 심리하는 심리불속행 재판의 성격 등에 비추어 현실적으로 특례법 제4조의 심리속행사유에 해당하지 않는다는 정도의 이유 기재에 그칠 수밖에 없고, 나아가 그 이상의 이유기재를 하게 하더라도 이는 법령해석의 통일을 주된 임무로 하는 상고심에게 불필요한 부담만 가중시키는 것으로서 심리불속행 제도의 입법취지에 반하는 결과를 초래할 수 있으므로 특례법 제5조 제1항은 재판청구권 등을 침해하여 위헌이라고 볼 수 없다.

[재판관 김희옥, 김종대, 송두환은 위헌의견]

특례법 제5조 제1항은 대법원의 심리불속행 상고기각 판결에 대해서 그 이유를 전혀 기재하지 않을 수 있도록 함으로써 그 판결이 과연 적정한 것이었는지, 혹시 상고인의 주장에 대한 판단을 누락하였거나 잘못 판단한 점은 없는지 등에 대해 살펴볼 가능성을 원천적으로 차단하고 있으므로, 근대 민주주의 국가에서의 재판 이념과는 부합하지 아니하며, 법치주의원리에 따른 재판을 무의미하게 만들고 당사자의 주장에 대해 실질적으로 아무런 대답이 없는 재판을 가능하게 하는 것으로 재판의 본질에도 반하는 부당한 규정이다.¹⁰⁴⁾¹⁰⁵⁾¹⁰⁶⁾

104) 이 결정에 대하여 박종현, 앞의 글, 359면에서는 심리불속행제도 폐지법률안이 제안되고 2006년 법제사법위원회 상정 이후 2007년 법안 소위에서 본격적으로 폐지논의가 진행되고 있었는데, 그러한 상황에서 선고된 것으로서, 재판소 외부에서 공식화되고 있던 제도에 대한 반대론을 수용한 것이라고 평가한다.; 박종현, 앞의 글, 376면에서는 심리불속행 상고기각판결에 있어서 이유의 기재를 생략할 수 있게 하는 것은 국민의 재판청구에 대하여 법원이 수행하여야 할 적절한 응답의무를 부정하는 면, 또 판결의 정당성을 확보하기 위하여 법원이 당연히 하여야 할 논증의무를 부정하게 된다는 면에서 재판청구권을 침해하고, 또 국민과 다른 통치기관에 의한 통제를 받지 않는 재량에 따른 상고기각이 이루어질 수 있고 주권자인 국민에게 권력행사의 의미와 정당성을 이해시키려고 하지 않는다는 면에서 국민주권주의를 침해하며, 또한 법원으로 하여금 사법권력 행사의 의미를 명확히 밝히지 않을 수 있게 하고, 일관적이지 못한 법적 결정 혹은 재량에 의한 정치적 결정을 할 수 있도록 하고, 공적 검증이라는 과정으로부터 자유롭게 한다는 면에서 법치주의의 이념을 훼손하므로 위헌이라고 한다.; 최희수, “국민의 재판청구권의 실질화를 위한 방안-항소심 이원화, 고등법원 상고부, 대법원 심리불속행제도를 중심으로-”, 118-119면에서는 심리불속행제도에 대하여는 여러 가지 비판이 있지만, 선고가 필요 없기 때문에 ‘사실상의 선고시점’을 알기 어렵고, 또 어떤 이유로 기각이 되었는지도 알 수 없다는 점이 가장 큰 문제점이라고 한다.

105) 김태호, “상고심절차에관한특례법 제4조 등 위헌확인 등”, 「헌재결정해설집」 2007, 헌법재판소(2008), 287-288면에서는 재판의 본질과 법치주의 원리 등에 비추어 심리불속행 상고기각판결의 이유기재를 생략할 수 있도록 한 특례법 조항에 대하여 위헌이라는 소

바. 상고이유서 부제출에 의한 상고기각

소송기록접수통지를 받은 후 20일의 기간 내에 상고이유서를 제출하지 아니한 경우 판결로 상고를 기각하도록 한 민사소송법 제429조 본문 [헌재 2008. 10. 30. 2007헌마532 전원재판부]

민사소송법이 상고이유서를 제출하지 아니한 때에 변론 없이 이유를 생략한 판결로 상고를 기각하도록 한 것은 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항인 심급제도의 내용을 입법자가 구체적으로 형성한 것으로서, 상고심에서의 소송 경제와 신속을 모색하기 위한 것이라는 점에서 목적이 정당할 뿐만 아니라 수단의 적절성도 인정된다. 소정의 기간 내에 상고이유서를 제출하지 아니하였더라도 직권조사 사유가 있거나 상고장에 상고이유의 기재가 있는 때에는 그 적용대상에서 제외하고, 당사자의 책임에 돌릴 수 없는 사유로 제출기간을 준수하지 못한 경우 추후보완은 허용되지 않지만 기간이 경과된 후라도 상고이유서가 제출되면 기간의 신장을 인정하여 상고이유서를 적법한 것으로 처리할 수도 있으며, 상고이유서 제출과 관련하여 권리구제의 필요성이 인정되는 때에는 민사소송법 제451조 제1항 소정의 재심으로 구제될 여지도 있어서 당사자의 권리구제의 가능성이 봉쇄되었다고 볼 수도 없으므로 최소침해성의 원칙에도 반하지 아니한다. 심판대상조항에 의하여 법률조항이 추구하는 신속·원활한 상고심 재판의 운영이라는 공익은 당사자의 권리구제라는 사익에 비하여 결코 작다고 볼 수는 없으므로 법익균형성의 원칙에도 반하지 않는다.¹⁰⁷⁾

수의견은 헌법재판소가 판결의 이유기재 생략이라는 쟁점에 대하여 처음으로 헌법적 관점에서 판단을 한 것으로서 향후 심리불속행제도를 보다 합리적으로 운영하기 위한 측면에서도 의미가 있다고 평가하고 있다.

106) 김진홍, “심리불속행 상고기각 판결의 문제점”, 『관례연구』 13집, 서울지방변호사회(2000), 337면 이하에서는 구체적인 사안의 분석을 통하여 심리불속행 제도가 운용되는 실태를 제시한 다음, 입법과정에서 우려했던 바와 같이 대법원이 심리불속행 제도를 자의적으로 운영하는 것이 아닌지 우려가 생기는 것이 당연하다고 하면서 대법원이 심리불속행 상고기각 판결을 할 때 최소한 상고이유가 심리불속행 사유에 해당되는 이유라도 기재 해주기를 바란다고 한다.

107) 이시윤, “민사절차상 재판을 받을 권리”, 41면에서는 상고이유서를 소송기록접수통지를 수령한 후 20일 이내에 제출하도록 하는 것은 외국의 법례에 비추어 지나치게 짧다고 하면서, 소송촉진만을 내세워 상고심에 대한 access권을 지나치게 제한하는 것으로서 상고심절차에 의한 효율적인 권리보호에 합치하는지 의문이라고 한다.

사. 부대항소의 중속성

민사소송법 제393조가 환송 후 항소심에서 항소인의 항소취하를 제한하고 있지 않음으로 말미암아 부대항소인의 상소심의 재판을 받을 권리를 침해한 것인지 여부 [헌재 2005. 6. 30. 2003헌바117 전원재판부]

민사소송법 제393조에 따라 환송 후 항소심에서 항소인이 임의로 항소를 취하함으로써 부대항소인이 항소심 판단을 다시 받지 못하게 되었다고 하더라도 이는 부대항소의 중속성에서 도출되는 당연한 결과이므로 이로써 항소심의 재판을 받을 권리가 침해된 것으로 볼 수는 없다. 민사소송법 제403조가 규정하는 부대항소의 중속성은 항소기간의 제한을 두는 규정의 취지와 불이익변경금지원칙의 예외라는 점에서 합리적 근거가 있다. 환송 후 항소심에서 항소가 취하됨으로써 상고심재판이 결과적으로 효력을 상실하는 것은 부대항소의 중속성이라는 민사소송법의 원리를 관철하기 위하여 입법자가 선택한 결단의 결과이므로 민사소송법 제393조에 의하여 상고심의 재판을 받을 권리가 침해된 것이라고 말할 수 없다.

아. 즉시항고기간

즉시항고기간을 1주일로 제한하고 있는 구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부 개정되기 전의 것) 제414조 제1항¹⁰⁸⁾ 중 1주일 부분 [헌재 1998. 8. 27. 97헌바17 전원재판부]

법원의 판결에 대한 불복절차와 판결이외의 결정·명령에 대한 불복절차를 동일한 불복절차 안에서 규율할 것인지 여부, 불복기간의 설정 여부 등은 그 나라가 취하고 있는 소송법체계에 따라 입법권에 의해서 비로소 형성될 성질의 것이다. 따라서 집행정지의 효력이 인정되는 즉시항고에 대하여 신속히 항고재판을 진행함으로써 분쟁의 조속한 해결을 도모하려는 입법목적 을 고려해 볼 때 즉시항고기간을 보통항고의 경우와는 다르게, 또한 판결에 대한 항소기간과는 달리 1주일로 정하였다고 하여 그것이 곧바로 입법권의

108) 제414조(즉시항고)

- ① 즉시항고는 재판의 고지가 있는 날부터 1주일 내에 하여야 한다.
- ② 제1항의 기간은 불변기간으로 한다.

형성의 범위를 일탈하여 과잉으로 재판청구권을 제한한 것이라고는 할 수 없으며, 또한 합리적인 차별이라 수긍되므로 헌법상의 평등권을 침해하는 위헌규정이라고도 할 수 없다.

자. 특별항고

‘불복할 수 없는 결정이나 명령에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법위반이 있거나, 재판의 전제가 된 명령·규칙·처분의 헌법 또는 법률의 위반 여부에 대한 판단이 부당한 경우’에만 특별항고를 제기할 수 있도록 함으로써 특별항고 사유를 제한하는 민사소송법 제449조 제1항 [헌재 2007. 11. 29. 2005헌바12 전원재판부]

특별항고제도는 대법원의 명령·규칙·처분에 대한 위헌심사권(헌법 제107조 제2항)과 관련되어 마련된 제도로서, 비록 통상의 불복방법이 없어 확정된 결정 또는 명령이라고 하여도 위헌성 여부의 판단을 위해 필요한 경우에는 예외적으로 대법원에 불복할 수 있도록 하려는 데 그 취지가 있다. 특별항고사유를 일정 범위로 한정하는 것은 확정된 결정이나 명령의 법적 안정성을 유지하고, 소송의 지연 등을 목적으로 하는 불필요한 특별항고를 방지함과 아울러 법원의 업무부담을 경감하기 위한 것으로서 그 정당성을 인정할 수 있을 뿐만 아니라, 그 제한 범위도 입법자에게 주어진 합리적 재량의 범위 내의 것으로 보이고, 달리 입법자가 현저히 불합리하게 또는 자의적으로 입법재량권을 행사하였다고 볼 만한 사정도 없다.

5. 재심의 재판을 받을 권리

가. 재심사유의 제한

헌재는 재심의 재판을 받을 권리 역시 상소심에서 재판을 받을 권리와 마찬가지로 헌법 제27조 제1항에서 규정한 재판청구권에 당연히 포함된다고 할 수 없고, 어떤 사유를 재심사유로 정하여 재심을 허용할 것인가는 입법자가 확정판결에 대한 법적 안정성, 재판의 신속·적정성, 법원의 업무부담 등을 고려하여 결정하여야 할 입법정책의 문제라고 한다.¹⁰⁹⁾

109) 헌재 1996. 3. 28. 93헌바27 전원재판부, 헌재 2004. 12. 16. 2003헌바105 전원재판부 등.

1) 심리불속행 관련

민사소송법 제451조 제1항에서 ‘상고심절차에 관한 특례법 제4조 제1항에 해당하는 심리불속행 예외사유를 명백히 적시하였음에도 불구하고 대법원이 심리불속행 사유에 해당한다고 판단하여 상고를 기각한 경우’를 제외한 것 [헌재 2004. 12. 16. 2003헌바105 전원재판부]

특례법 제4조 제1항에 해당하는 심리불속행 예외사유를 명백히 적기하였음에도 불구하고 대법원이 심리불속행 사유에 해당한다고 판단하여 상고를 기각한 경우를 재심사유로 새로이 허용하는 것은 절차의 신속을 위하여 이유불기재의 상고기각판결을 할 수 있도록 규정한 특례법의 입법목적에 정면으로 배치되는 것으로서 특례법의 제정취지를 몰각하는 결과가 될 뿐만 아니라, 재심제도의 취지에도 어긋나므로, 위와 같은 사유를 재심사유에 포함시키지 않았다고 하여 헌법에 위배되지 않는다.

2) 민사소송법 제451조 제2항 관련

감정인의 거짓진술이 판결의 증거가 되고, 그 거짓진술에 대하여 유죄의 판결이 확정되는 경우에 한하여 재심사유로 규정하고 있는 제451조 제1항 제7호, 제2항 중 ‘제7호’ 부분 [헌재 2009. 4. 30. 2007헌바121 전원합의회]

과학의 발전을 통한 새로운 사실의 발견이라는 것도 확정판결 이후 우연하게 발생하는 사정에서 비롯되므로 그와 같은 우연성에 기대어 확정판결에 대한 불복가능성을 무한히 열어두는 것은 법적 안정성의 근본을 흔들 여지가 충분하다. 감정인의 거짓진술에 대하여 그것이 판결의 증거가 될 것 및 그 진술에 대하여 유죄의 판결이 확정될 것 등을 요구하는 것은 당사자의 권리를 실효적으로 보장하는 한편, 무분별하고 불필요하게 재심을 제기하는 남소의 폐단을 억제하기 위한 것이라는 점에서, 법적 안정성을 위해 구체적 정의 내지 재판의 적정성을 현저히 희생하였다고 보기 어려우므로 입법자의 합리적인 재량의 범위를 벗어났다고 할 수 없으므로 재판청구권을 침해하는 것이라 할 수 없다. 형사소송법상의 재심사유와 구별하여 민사소송법상 재심의 대상에 포함시키지 않은 것이 현저히 불합리하거나 자의적인 차별이라고 보기도 헌법 제11조의 평등권을 침해한다고 볼 수도 없다.

[재판관 민형기의 위헌의견]

과학기술의 발전으로 종래 알 수 없었던 새로운 사실이 확인되어 기존 확정판결의 결론이 타당성을 상실하게 될 경우까지도, 그것이 ‘이미 확정된 판결’이라는 형식상의 이유로 그 결론을 그대로 유지하려는 태도는 법적 안정성만을 지나치게 강조한 것으로서 정의를 추구하는 사법제도의 본질에 부합하지 아니하고, 헌법의 기본권 보장정신에도 명백히 위배되므로 재판청구권을 침해한다.

3) 국가의 점유시효취득 관련

민사소송법 제451조 제1항에서 국가의 부동산 소유권 취득이 점유취득시효의 완성에 따른 것으로 정당하다는 판결이 확정된 후 그 부동산이 개인의 소유로 밝혀진 경우를 민사소송법상 재심사유로 규정하지 않은 것 [헌재 2009. 10. 29. 2008헌바101 전원재판부]

확정판결이 국가의 점유취득시효 완성을 인정하였다고 하더라도 이는 민법 제245조 제1항에 근거하여 이루어진 만큼 그와 같은 판결에 중대한 하자가 있다고 보기 어렵고, 설령 위 민법 조항이 위헌적이라거나 입법론적으로 불합리하다고 하더라도 이는 헌법재판소에 대한 위헌법률심판제청을 신청하여 그 위헌성을 심판받는거나 입법론적으로 해결해야 하는 문제에 불과하다. 시효제도의 본질상 일정기간 동안 지속된 사실관계의 존재가 시효취득을 인정할지 여부에 대한 판단의 핵심적인 기준이 되므로 국가로부터 시효취득의 기회를 박탈하지 않는다고 하여 이를 부당하다고 할 수는 없다. 국가가 국민들에 대한 기본권 보호의무를 가진다고 할지라도, 그와 같은 보호의무를 다하기 위해서 반드시 국가의 시효취득을 인정한 판결에 대하여 이를 재심사유로 규정해야 한다는 당위가 성립하는 것도 아니다.

4) 민사소송법 제451조 제1항 제9호

‘판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 누락한 때’를 재심사유로 규정한 민사소송법 제451조 제1항 제9호가 명확성의 원칙에 위배되는지 및 재판청구권을 침해하였는지 여부 [헌재 2016. 12. 29. 2016헌바43 전원합의부]

판결의 효력 및 재심제도의 입법취지와 관련 규정의 내용에 비추어 보면, ‘판결에 영향을 미칠 중요한 사항’이라 함은 그 판단 여하에 따라 판결의 결론에 영향을 미치는 사항, 즉 당사자가 소송상 제출한 공격방어방법으로서 판결주문에 영향이 있는 것을 의미함을 알 수 있고, 대법원도 이와 같이 해석하고 있다. 판단누락 유무의 구체적인 판단 기준이 법원에 의하여 장기간에 걸쳐 집적되어 있으므로 건전한 상식을 가진 일반인이면 위와 같은 ‘판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 누락한 때’의 의미내용을 예측할 수 있고, 이미 확립된 판례에 기초하여 그 해석 및 적용에 대한 신뢰성이 있는 원칙을 도출할 수 있어 해석자 개인의 주관적인 판단에 따라 그 해석이 좌우될 가능성이 없으므로, 심판대상조항은 명확성의 원칙에 위배되지 아니한다. 심판대상조항은 ‘판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 누락한 때’, 즉 당사자가 소송상 제출한 공격방어방법으로서 판결주문에 영향이 있는 것에 대하여 판결 이유 중에 판단을 명시하지 아니한 경우로 재심사유를 제한하는바, 그 입법목적의 정당성이 인정된다. 입법자가 재심제도의 취지에 따라 재심사유를 ‘판단이유를 누락한 때’가 아닌, ‘판단을 누락한 때’로 규정하였다고 하여 재판의 적정성을 현저히 희생하였다고 보기는 어렵다. 따라서 심판대상조항은 예외적인 경우만 재심을 허용하고자 하는 입법자의 결단에 의한 것으로서 재판청구권의 본질을 심각하게 훼손하는 등 입법형성권의 한계를 일탈하여 그 내용이 자의적이라고 하기 어려우므로 재판청구권을 침해하지 아니한다.

나. 재심사유의 보충성

상소에 의하여 주장하였던 사유를 재심사유로 하여서는 재심의 소를 제기할 수 없도록 규정한 민사소송법 제451조 제1항 제9호 중 ‘상소에 의하여 그 사유를 주장하였거나’ 부분 [헌재 2012. 12. 27. 2011헌바5 전원재판부]

불필요한 재심이나 재심의 남용을 방지함으로써 확정된 중국판결의 법적 안정성을 유지하고 재심을 통한 분쟁해결의 실효성과 사법자원의 효율적인 활용을 도모하는 것을 목적으로 하므로 입법목적의 정당성이 인정된다. 재심은 확정판결을 불복의 대상으로 한다는 점에서 법적 안정성의 요청을 물리쳐야 할 만큼 정의의 요청이 절박한 예외적인 경우에 한하여 인정되어야 하므로 재심사유를 상소심에서 주장하여 판단을 받은 경우 다시 그 재심사

유로 재심의 소를 제기하는 것을 허용하지 않더라도 재판청구권의 본질을 심각하게 훼손한다거나 자의적이라 할 수 없다. 또한 소송당사자가 민사소송법 제451조 제1항 제9호의 재심사유를 상고이유로 주장하고 이유 기재 없는 심리불속행 기각판결을 선고받는 경우에도 상고이유로 주장한 재심사유가 심리불속행사유로 인정되지 않는다는 판단이 이루어진 것이라는 점을 고려하면 심판대상조항이 이유 기재 없는 심리불속행 상고기각판결에도 적용되는 것이 재판청구권의 본질을 심각하게 훼손하여 입법형성권의 한계를 일탈하였다고 보기 어렵다.

다. 준재심 사유

구 민사소송법 제431조(1990. 1. 13. 법률 제4201호로 개정되고 2002. 1. 26. 법률 제6626호 전부 개정되기 전의 것) 중 “제206조의 조서가 … 확정된 경우에 제422조 제1항에 기재한 사유가 있는 때에는 확정판결에 대한 제422조 내지 제430조의 규정에 준하여 재심을 제기할 수 있다.”는 부분 [헌재 1996. 3. 28. 93헌바27 전원재판부]

확정된 판결이나 화해조서 등의 법적 안정성을 유지하고 불필요한 준재심을 방지하여 재판상 화해 등에 의한 분쟁해결의 실효성을 확보함과 아울러 법원의 업무부담을 경감하기 위한 입법목적은 정당하고, 구 민사소송법 제422조 제1항에 기재한 사유가 있을 때에만 준재심을 허용하고 그 이외의 경우에는 허용하지 않도록 제한한 것은 필요하고도 적정한 것이라고 판단되며, 더욱이 당사자 사이에 화해의 합의가 없었는데도 화해조서가 작성된 경우에는 구 민사소송법 제146조 제2항¹¹⁰⁾에 의하여 조서의 기재에 대한 이의를 하여 다툴 수 있는 방법이 있으므로¹¹¹⁾ 심판대상조항이 입법재량권을

110) 제146조(관계인의 조서낭독청구권)

①조서는 관계인의 신청이 있는 때에는 그에게 낭독 하여 주거나 열람하게 하여야 한다.

②조서의 기재에 관하여 관계인의 이의가 있는 때에는 조서에 그 사유를 기재하여야 한다.

111) 완성된 조서에 대하여 관계인이 이의를 제기할 경우, 재판장은 이의가 정당하면 조서의 기재를 정정하도록 하고, 이의가 정당하지 않으면 구 민사소송법 제146조 제2항(현행 제164조)에 따라 이의의 취지를 조서에 기재하게 한다. 편집대표 민일영, 「제8판 주석 민사소송법(III)」, 한국사법행정학회(2018), 516면; 당사자 사이에 합의가 없음에도 화해조서가 작성되어 무효라고 주장하면서 기일지정신청을 한 경우에는 그 무효사유의 존부를 가리기 위하여 기일을 지정하여 심리를 하여야 하고(대법원 2000. 3. 10. 선고 99다6

현저히 불합리하게 또는 자의적으로 행사하여 불완전, 불충분하게 입법을 한 것으로 판단되지 아니한다. 따라서 헌법 제27조 제1항의 재판청구권을 침해하는 것이라 할 수 없고, 합리적 이유 없이 차별을 하여 헌법 제11조의 평등권을 침해하거나, 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄 및 행복추구권이나 헌법전문의 자유민주적 기본질서 등을 침해하는 규정이라고 할 수도 없다.¹¹²⁾

라. 재심기간

가사소송법(2010. 3. 31. 법률 제10212호로 개정된 것) 제12조 본문 중 구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부 개정되기 전의 것) 제426조 제1항, 제3항¹¹³⁾을 따르도록 한 부분¹¹⁴⁾ 가운데 친생자관계존부확인외의 소에 관한 부분 [헌법재판소 2018. 12. 27. 선고 2017헌바472 전원재판부]

재심제기의 기간을 두는 것은 당사자 사이에 일어나는 법적 불안상태를 막기 위한 것이고, 친생자관계존부확인외의 소는 특별민사소송절차인 가사소

7703 판결), 명시적으로 기일지정신청을 하지 않고 ‘이의신청서’ 등을 제출한 경우에도 기일지정신청으로 보아 심리를 하여야 한다(대법원 2001. 3. 9. 선고 2000다58668 판결).

112) 이시윤, “민사절차상 재판을 받을 권리”, 42면에서는 “민사소송법 제451조의 재심사유는 판결에서 생길 수 있는 하자를 예상하고 입법화한 것이므로, 화해에서 생길 수 있는 하자를 구제하는데 적용시키기에 부적합하고, 재심사유 11개 가운데 겨우 5개 정도(2, 3, 4, 5호와 10호)밖에 화해의 경우에 끌어들이 수 없으므로 화해조서의 흠이 있을 때 재심사유 있을 때 밖에는 다룰 길이 없게 되면 오히려 화해의 경우가 기판력 있는 확정 판결의 경우보다 흠이 생길 개연성이 더 많은데도 그 구제책을 더 좁히는 결과가 된다.”고 비판한다.

113) 제426조(재심제기의 기간)

- ①재심의 소는 당사자가 판결확정 후 재심의 사유를 안 날로부터 30일내에 제기하여야 한다.
- ②제1항의 기간은 불변기간으로 한다.
- ③판결확정 후 5년을 경과한 때에는 재심의 소를 제기하지 못한다.
- ④재심의 사유가 판결확정 후에 생긴 때에는 제3항의 기간은 그 사유가 발생한 날로부터 기산한다.

114) 가사소송법(2010. 3. 31. 법률 제10212호로 개정된 것) 제12조 본문, 민사소송법 부칙(2002. 1. 26. 법률 제6226호) 제5조에 의하여 구 민사소송법(1960. 4. 4. 법률 제547호로 제정되고, 2002. 1. 26. 법률 제6226호로 전부 개정되기 전의 것) 제426조 제1항, 제3항에 따르게 되는 사안에 관한 것임.

송의 한 종류로서 다른 민사소송 및 가사소송과 달리 친생자관계존부확인
 소에 대하여만 특별히 친생자관계를 기초로 하여 형성된 법적 불안상태를
 막을 필요성이 없거나 적다고 볼 수 없다. 디엔에이검사로 친생자관계를 정
 확히 확인할 수 있다는 등의 사정을 들어 확정판결에 기초한 친생자관계존
 부의 판결이 확정된 후 상당한 시간이 경과하였음에도 재심제기기간의 제한
 을 두지 아니한 채 불안정하게 두게 되는 경우, 친생자관계존부확정판결에
 기초하여 형성된 복잡·다양한 사법적 관계들도 항시 불확정한 상태로 유지
 될 수밖에 없게 되므로 법적 안정성이 훼손되게 된다. 더욱이 당사자가 모
 두 생존해 있는 동안에는 제소기간의 제한 없이 친생자관계존부확인 소를
 제기할 수 있고, 다만 이미 친생자관계존부확인 소를 제기하여 판결이 확
 정된 경우에만 그 확정판결에 대한 재심의 제기기간이 제한될 뿐이다. 나아
 가 대리권의 흠이 있거나 재심을 제기할 판결이 전에 선고한 확정판결에 어
 긋난다는 이유로 제기하는 재심의 소에는 재심제기기간이 적용되지 않고(구
 민사소송법 제427조), 재심사유를 안 날부터 30일의 재심제기기간은 불변기
 간이므로 당사자가 책임질 수 없는 사유로 기간을 도과하였을 경우에는 추
 완하여 재심을 제기할 수 있으며, 재심사유가 판결확정 후에 생긴 때에는
 그 사유가 발생한 때부터 5년의 기간 내에 재심의 소를 제기할 수 있다(구
 민사소송법 제426조 제4항). 그렇다면 심판대상조항에 의하여 친생자관계존
 부확인 소의 확정판결에 대한 재심을 재심제기기간 안에 제기하도록 하더
 라도, 이는 입법자에게 주어진 합리적 재량의 범위 내의 것으로 보이고, 달
 리 입법자가 그 재량을 행사함에 있어서 헌법재판소가 개입하여야 할 정도
 로 현저히 불합리하게 또는 자의적으로 행사함으로써 불완전하거나 불충분
 한 입법에 이른 것으로 볼 만한 사정을 찾아볼 수 없다. 따라서 심판대상조
 항은 청구인의 재판청구권을 침해한다고 볼 수 없다.

중요한 사항에 관한 판단누락을 사유로 한 재심의 제기기간을 판결이 확
 정된 뒤 그 사유를 안 날부터 30일 이내로 제한한 민사소송법 제456조 제1
 항 중 제451조 제1항 제9호에 관한 부분 [헌재 2019. 12. 27. 2018헌바84
 전원재판부]

조속한 권리관계의 확정을 통하여 종국판결의 법적 안정성을 유지하고,
 이미 확정판결을 받은 당사자의 법적 불안상태가 장기간 계속되는 것을 방
 지함과 아울러 사법자원의 효율적인 분배를 추구하기 위해서는 재심제기기

간을 제한할 필요성이 있다. 이미 소를 제기하여 판결을 선고받은 당사자가 스스로 한 주장에 대한 판단이 누락된 것을 알았다면, 그로부터 30일 이내에 재심의 소를 제기할 것인지를 충분히 숙고하고 이를 준비할 수 있을 것으로 보인다. 나아가 당사자가 책임질 수 없는 사유로 재심제기기간을 준수할 수 없었던 경우 추후보완이 허용되어 사유가 소멸된 때로부터 2주 내에 재심의 소를 제기할 수 있다. 심판대상조항이 당사자에게 현저히 불합리하거나 합리성이 없다고 하기는 어려우므로 입법재량의 범위를 일탈하여 민사소송 당사자의 재판청구권을 침해하지 않는다.

국가배상사건인 당해사건 확정판결에 대하여 헌법재판소 위헌결정을 이유로 한 재심의 소를 제기할 경우, 재심제기기간을 재심사유를 안 날부터 30일 이내로 한 헌법재판소법 제75조 제8항 중 ‘국가배상사건에 대하여 민사소송법 제456조 제1항을 준용하는 부분’ [헌재 2020. 9. 24. 2019헌바130 전원재판부]

헌법재판소법 제75조 제8항이 헌법재판소의 위헌결정에 따른 재심에 관하여 형사사건과 그 외 사건을 구별하여 관련법을 준용하고 있는 것도 입법자의 입법형성권을 현저하게 일탈한 것이라고 볼 수 없다. 그렇다면 심판대상조항이 위헌결정에 따른 재심에 있어 국가배상사건인 당해사건에 대한 재심절차에 민사소송법을 준용하도록 하고, 이로써 민사소송법 제456조 제1항이 정한 재심제기기간도 준용되도록 한 것 그 자체를 가리켜 입법자의 입법형성권을 현저하게 일탈한 것이라고 할 수 없다. 위헌결정을 이유로 한 재심의 소는 다른 재심사유에 비하여 그 재심사유의 존재 및 발생시기가 비교적 명확한 점, 위헌결정 그 자체가 재심사유에 해당하므로 그 사유가 있음을 주장·증명하는 데 있어 관련 기록이나 증거를 면밀히 검토하여야 할 필요성이 크지 않은 점, 재심의 사유를 안 날부터 30일이라는 재심제기기간은 불변기간에 해당하여 추후보완이 가능한 점, 나아가 심판대상조항은 국가배상청구권에 관한 직접적인 법률조항이 아니라 위헌결정을 이유로 한 재심에 관한 법률조항이라는 점 등을 종합하면, 당해사건이 국가배상사건이라는 점을 고려하더라도 심판대상조항이 정한 ‘재심의 사유를 안 날부터 30일’이라는 재심제기기간이 당해사건에 대한 재심청구를 현저히 곤란하게 하거나 또는 사실상 불가능하게 할 정도로 짧다고 볼 수 없다.

IV. 맺는 말

1. 민사소송법 학계의 관점에서 ‘기본권으로서 재판청구권’의 역사적 의미

헌법재판소 설립 이후 30년 동안 민사소송과 관련하여 선고된 헌재결정을 정리해보아야겠다는 생각을 가진 계기는 ‘민사소송원칙의 헌법화’에 관한 문헌들을 접한 이후이었다. 민사소송법학계에서는 1970년 이후 이에 관한 논의가 전개되었다. 대표적이면서 자주 인용되는 문헌으로서 1971년 9월 이탈리아 피렌체에서 개최된 국제 법과학회(International Association of Legal Science)에서 피렌체대학 비교법학 교수 Mauro Cappelletti에 의하여 발표된 논문 “민사소송에서 당사자에 대한 기본적 보장: 헌법적, 국제적, 사회적 경향의 비교(Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation: Comparative Constitutional, International, and Social Trends)”¹¹⁵⁾와 1983. 9. 11.부터 같은 달 17.까지 독일 뷔르츠부르크에서 개최된 제7회 국제소송법학회(Der VII. Internationale Kongress für Prozessrecht)에서 독일 교수 Karl Heinz Schwab와 Peter Gottwald에 의하여 보고서 형식으로 발표된 “헌법과 민사소송(Verfassung und Zivilprozess)”¹¹⁶⁾이 있는데, 간략하게 소개한다.

Cappelletti 교수의 논문에서는, 서두에서 민사소송에서 오래 전부터 기본적 원칙으로 받아들여져 왔었던 a)소를 제기하고 소송물을 결정하는 당사자의 배타적 권리, b)법관의 중립, c)방어권을 비롯하여, 비교적 근래에 획득된 d)행정권으로부터 사법권의 독립 보장, e)중립적인 또는 법이 정한 법관에 대한 권리(the right to a ‘natural’ or ‘lawful’ judge), 공개된 공적 절차의 보장(the guarantee of an open and public

115) Mauro Cappelletti, “Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation: Comparative Constitutional, International, and Social Trends”, 『Stanford Law Review』 Vol. 25, No. 5 (May, 1973), pp.651-715; 이 논문의 일본어 번역판은 「手續保障の比較法的研究 -民事訴訟法における改革動向-」, 日本比較法研究所翻譯叢書 15, 中央大學出判部(1982), 3-125면

116) Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter, 「Verfassung und Zivilprozess」, Verlag Ernst und Werner Giesecking GmbH(1984); 이에 관한 일본어 번역판도 있다. “憲法と民事訴訟”, 『判例タイムズ』 No.163(1986.10.25.), 205-244면

proceeding) 등 사법의 기본원칙들이 기본적으로 보장되고 헌법적으로 또는 국제적으로 선언됨으로써 다른 권리 또는 보장과 차이가 있게 된 것을 당시의 보편적 현상으로 지적한다. ‘기본적’이라는 의미는 문명화된 사법제도를 가진 국가에서 ‘필요 최소한’이라는 의미뿐만 아니라, ‘영구적 불변요소’에 해당한다는 의미이고, ‘헌법화(constitutionalisation)’는 제2차 세계대전의 비극적 경험으로 말미암아 위와 같은 사법의 기본원칙들을 법률과 법전에 실정법화(positivisation)하는 것만으로는 충분하지 않다는 인식을 바탕으로 하여, 쉽게 바꿀 수 없고 심지어는 입법부까지도 구속하는 새로운 실정법의 유형, 즉 상위의 법으로 규정하는 현상을 말하며, ‘국제화(internationalisation)’는 세계인권선언, 유럽인권협약 등 국제규범에 위와 같은 사법의 기본원칙들을 포함하는 움직임이라고 설명한다. 이어서 사법적으로 보호를 받아야 할 당사자의 권리로서 법관의 중립성에 대한 권리와 법적 청문권을 들고, 이러한 당사자의 권리를 실질적으로 보장하기 위하여 사법에 대한 접근성(The Accessibility of Justice)의 문제를 우선 지적하면서, 산업적이고 역동적인 사회변화의 산물인 노동분쟁, 사회보험과 교통보험, 환경오염, 소비자 보호, 다국적 기업 등의 사회문제에 대처하는 사법의 엄청나게 확대되고 새로운 사회적 역할을 강조한다. 사법은 더 이상 엘리트의 보호에 적합한 도구일 수 없고 모든 사람이 효율적으로 접근할 수 있어야 함을 거듭 강조하면서, 사법에 대한 효율적 접근의 장애물과 관련하여, 변호사비용과 법률적 지원의 필요성, 재판비용과 당사자의 재정적 부담, 소액사건에 대한 특별한 배려, 신속한 재판, 그 밖에 통역사 지원, 당사자의 무지와 문맹 등의 문제에 관하여 검토한다. 나아가 소송절차에서 당사자의 공정한 대우를 받을 권리(The parties' right to fair treatment)를 다루는데, 절차적 사항에 관하여 통지를 받을 권리, 증거를 제출하고 반박할 권리, 증거조사에 참여할 권리 등 법적 심문청구권과 공정한 심리에 대한 권리(the right to a fair hearing)는 소송절차의 모든 단계에서 내재되어 있는 속성임을 강조한다. 그리고 민사소송에서 당사자 권리의 기본적 보장, 헌법화 및 국제화 현상은 이념적으로는 모든 국가의 사법운영과 절차의 기초적 표준을 형성하고, 사회적으로는 개인의 사회적·경제적 지위의 개선을 의미하며, 교육적으로는 사법적 절차보장을 통하여 문화를 선도하는 것과 관

런이 있고, 새로운 정의(正義)의 비전을 제시하는 의미도 갖는다고 결론을 내리고 있다.

Schwab 및 Gottwald 교수의 글에서는, 서론에서 제2차 세계대전 이후 재판에 관련된 헌법규범이 한층 큰 의미를 갖게 되었다고 하면서, 소송의 ‘헌법화’(‘constitutionalisation’ des Prozesses) 또는 법원의 재판 절차를 ‘적용된 헌법’(‘angewandtes Verfassungsrecht’)으로 표현하기도 하는데, 헌법과 전체 소송법의 관계를 고려하면 다소 과장된 면이 없지는 않지만, 많은 국가에서 법원의 재판절차 및 법원에서 권리를 찾으려는 국민의 지위와 관련된 소송법규의 특별한 중요성이 인식되었다는 데에는 논란의 여지가 없게 되었다고 한다. 이하 각 장에서 민사재판권의 조직과 그 사명에 있어서 헌법이 미치는 영향(독립한 국가권력으로서 사법, 사법의 개념·사명·목적, 민주주의원칙의 영향), 법치국가원칙과 민사소송(법원의 법률에 의한 구속, 법률이 정한 법관, 법관의 중립성, 절차의 사법적 형식성, 법적 안정성, 상소심에서 재판을 받을 권리), 재판에의 접근(사법행위청구권, 국가에 의한 권리보호의 보장, 재판에의 접근의 실효성), 재판절차에서 기본권(절차에 관한 통지, 법적 심문청구권, 실효적 권리보호, 공정한 재판절차에 대한 권리, 재판절차에서 기타 권리의 보호), 헌법적 보장의 실현(법관의 심사권, 헌법적 또는 국제인권법적 구제) 등에 관하여 검토를 하고 있다.

우리 헌법에 기본권으로서 재판청구권이 명문화된 것은 제헌헌법에서부터인데 현재까지 그 내용은 크게 변경되지 않았다.¹¹⁷⁾ 우리 헌법과 민사소송법의 관계와 기본권으로서 재판청구권의 의미가 앞에서 본 서양에서의 사법적 기본원칙의 헌법화 과정과 동일하다고 할 수는 없다. 그러나 우리 헌법도 법치주의와 민주주의의 원리를 바탕으로 하고, 근대화된 재판제도로서 민사소송법이 이를 뒷받침하고 있다. 뿐만 아니라, 민사소

117) 1948년 제정된 헌법 제22조는 “모든 국민은 법률에 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”고 규정하였는데, 1963. 12. 17. 전면 개정된 헌법 제24조 제1항에서 “모든 국민은 헌법과 법률에 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”고 규정하여 법관의 자격을 법률만이 아니라 헌법에서 규정할 수 있도록 하면서, 제3항에서 “모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다.”는 규정을 추가하였는데, 위 규정들은 그 후 1972. 12. 27., 1980. 10. 27., 1987. 10. 29. 전면 개정에서도 그대로 유지되고 있다(현행 헌법 제27조와 동일하다).

송에서의 당사자의 권리는 국제규범에도 명시되어 있다. 이러한 사정을 고려하면, 우리 헌법상 재판청구권의 내용도 서구에서 오랫동안 수용되었던 사법의 기본원칙 또는 가치와 더불어, 사회의 변화에 따라 확대되는 사법의 기능과 역할을 염두에 두고 해석되어야 할 것이다.

2. 이 글을 마치면서

이 글은 1989년 이후 민사소송과 관련하여 선고된 헌재결정을 정리하면서 민사소송절차에서 실현되고 있는 재판청구권의 의미와 가치에 관한 시대적 흐름을 읽어내는 것을 목적으로 하였다. 민사소송과 관련된 헌재결정을 재판청구권의 구체적 내용과 그 보호영역을 고려하여 민사재판권(민사사법권), 민사소송에 대한 접근권, 소송절차에서의 재판청구권, 상소심에서 재판을 받을 권리, 재심의 재판을 받을 권리에 관한 것으로 분류하되, 요지를 제시하여 망라하면서, 개별 결정이나 주제에 관한 기존 연구의 논의를 인용하는 방식으로 분석하였다.

이번 연구를 통하여 저자는 헌법재판소가 지난 30년 동안 다수의 의미 있는 결정을 통하여 입법을 통제하는 역할을 해오고 있음을 확인하는 한편, 민사소송과 관련된 결정에 관련하여서는 다음과 같은 아쉬움을 갖게 되었다. 첫째, 이의가 제기되지 않은 행정형 결정에 대하여 기판력을 부여하는 조항의 위헌 여부에 관하여 권력분립에 대한 고려를 하지 않은 점, 둘째, 상한액을 두지 않거나 패소불명백성을 요건으로 함으로써 민사소송(사법)에의 접근권을 제한하고 있는 인지제도와 소송구조제도에 대한 합헌의 근거로써 그 기준이나 통계조차도 제시되지 않은 ‘남소’가능성을 여전히 들고 있는 점, 셋째, 상소심에서 재판받을 권리 자체를 재판청구권의 내용에서 배제함으로써 상소심에서 재판을 받을 권리 및 재심의 재판을 받을 권리를 제한하는 입법에 대한 위헌심사가 실질적으로 이루어지지 않고 있는 점, 넷째, 판결을 통한 법원의 당사자에 대한 논증 및 설득의무는 재판의 본질임에도 상고심판결의 이유를 생략하도록 규정하는 상고심절차에 관한 특례법의 해당 조항에 대하여 절차의 ‘신속성’에만 근거하여 합헌으로 선언해오고 있는 점 등이다.

민사소송법 연구자의 관점에서 입법에 의한 재판제도의 구체적 형성이

필요한 이유는 자력구제의 금지와 국가에 의한 재판제도 운영의 필연적 결과이고, 기본권으로서 재판청구권이 헌법에 규정된 것의 역사적 의미는 단순히 법률(소송법)에 의하여 규율되어 왔던 사법적 기본원칙을 필요 최소한의 기준으로 하여 입법만으로 쉽게 폐지되지 않도록 함으로써 영구적으로 보장하고, 더불어 국민의 사법에의 접근을 실질적으로 보장하기 위한 것이라고 이해된다. 재판청구권은 실체적 기본권의 실현수단으로서도 의미를 갖는 만큼, 사법절차를 통한 권리의 보호가 실질적으로 보장될 수 있는 내용을 담지하여야 한다. 사법이 변화하는 사회에 걸맞은 역할과 기능을 수행해 갈 수 있도록 재판청구권에 관한 해석과 입법에 대한 통제가 적절하게 이루어져야 할 것이다.

이 글은 민사소송에 관련된 헌재결정을 정리하는 데에 의미를 두었던 만큼, 개별 헌재결정에 대한 평가와 관련된 재판청구권의 가치를 재고하는 데에는 부족함이 있다. 다양한 관점에서 민사소송에 관련된 헌재결정에 대한 분석 및 비판과 함께 건전한 입법적 대안을 제시하는 후속연구가 이어지기를 기대한다.

(논문투고일: 2021.8.14, 심사개시일: 2021.9.6, 게재확정일: 2021.9.24)



▶ 문 영 화

재판청구권, 민사소송, 헌법재판소 결정,
민사소송원칙의 헌법화, 사법에의 접근, 실질적 권리보장

【참 고 문 헌】

I. 국내문헌

1. 단행본

- 권영성, 「개정판 헌법학원론」, 법문사(2010)
- 김철수, 「제19전정신판 헌법학개론」, 박영사(2007)
- 성낙인, 「제20판 2020 헌법학」, 법문사(2020)
- 이시윤, 「제14판 신민사소송법」, 박영사(2020)
- 정동윤·유병현·김경옥, 「민사소송법 제8판」, 법문사(2020)
- 정재황, 「신헌법입문 제10판」, 박영사(2020)
- 정중섭, 「제12판 헌법학원론」, 박영사(2018)
- 한수용, 「제3판 헌법학입문」, 법문사(2019)
- 허영, 「전정 15판 한국헌법론」, 박영사(2019)
- 편집대표 민일영, 「제8판 주식 민사소송법(II)」, 한국사법행정학회(2018)
- 김경오, 「사법보좌관제도의 발전적 운영방안에 관한 연구」, 사법정책연구원(2019)
- 김현귀, 「재판청구권의 위헌심사기준-법관에 의한 재판을 받을 권리를 중심으로-」, 헌법재판연구원(2020)
- 김홍엽, 「국민의 사법수요 분석 및 정책제안을 위한 연구」, 법원행정처(2019)
- 이종엽·김주경, 「법원의 헌법판단을 위한 위헌심사기준 연구」, 사법정책연구원(2018)
- 이혜정, 「인지제도 및 실무 개선방안에 관한 연구」, 사법정책연구원(2019)

2. 논문

- 강대성, “사법보좌관법안에 대한 약간의 검토”, 「법학연구」 제12집, 경상대학교법학연구소(2004)
- 김광재, “세월호피해지원법령의 헌법적 쟁점: 재판상화해간주조항 및 이의제기금지조항을 중심으로 -헌재 2017. 6. 29. 선고 2015헌마 654 결정 -”, 「법조」 vol.66, no.6, 통권 726호, 법조협회(2017)
- 김도훈, “민사소송상 소송구조에 관한 소고”, 「서울법학」 제19권 제2호,

- 서울시립대학교 법학연구소(2011. 11. 30.)
- 김도훈, “재판에서의 이유 기재 생략에 관한 고찰”, 「법학연구」 15(3), 인하대학교 법학연구소(2012)
- 김상겸, “법치국가의 요소로서 절차적 기본권-재판청구권과 관련하여-”, 「아·태공법연구」 제7집, 아세아태평양공법학회(2000)
- 김선택, “사법적 권리구제의 헌법적 보장-재판청구권을 중심으로-”, 「법실천의 제문제:동천 김인섭 변호사 화갑기념 논문집」, 논문집간행위원회(1996)
- 김성태, “민사소액사건에 있어서 이행권고결정제도에 관한 소고 -사법보좌관의 업무를 중심으로-”, 「법학논집」 제23권 제4호 통권 66호, 이화여자대학교 법학연구소(2019. 6.)
- 김소연, “재판 외 분쟁해결절차(ADR)로서 행정형 조정과 재판청구권의 관계- 행정형 조정의 양면적 속성을 중심으로 -”, 「헌법학연구」 vol.27, no.1, 한국헌법학회(2021)
- 김제완, “민사소송 인지제도의 개선방안: 국민의 사법접근성과 재판의 효율성 제고를 위한 시론”, 「법과 사회」 제50권, 법과사회이론학회(2015. 12.)
- 김중철, “인지제도에 대한 헌법적 검토:헌법원리와 재판청구권을 중심으로, 「법과 사회」 제50권, 법과사회이론학회(2015. 12.)
- 김진홍, “심리불속행 상고기각 판결의 문제점”, 「판례연구」 13집, 서울지방변호사회(2000)
- 김태호, “상고심절차에관한특례법 제4조 등 위헌확인 등”, 「헌재결정해설집」 2007, 헌법재판소(2008)
- 김희성, “강원도민의 항소심 사법접근권 보장을 위한 과제와 법안”, 「강원법학」 제29권, 강원대학교 비교법학연구소(2009)
- 박종현, “심리불속행 상고기각판결에서 이유 기재 생략 제도의 위헌성검토”, 공법학연구 제14권 제2호, 비교공법학회(2013)
- 윤영미, “상속회복청구권 제척기간에 관한 헌법적 쟁점”, 「고려법학」 제74호, 고려대학교 법학연구원(2014. 8.)
- 이동률, “소송구조의 현황과 개선방안”, 「민사소송」 제14권 제2호, 한국민사소송법학회(2010)

- 이동진, “상속회복청구권의 제척기간 -법률해석, 헌법적 평가, 개선입법-”, 「가족법연구」 제33권 제2호(통권 제65호), (사)한국가족법학회(2019. 7.)
- 이시윤·조관행, “민사소송에 있어서의 국민불편해소방안”, 「민사소송」 제1권, 한국민사소송법학회(1998. 1.)
- 이시윤, “민사절차상 재판을 받을 권리”, 「헌법논총」 제21집, 헌법재판소(2010)
- 이재홍, “민사소송 인지제도에 대한 위헌제청 사건”, 「헌재결정해설집」 2017, 헌법재판소(2018)
- 이종구, “민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구-미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로-”, 「경영법률」 제24권 3호, 한국경영법률학회(2014)
- 장석조, “공정한 재판을 받을 권리-법적 청문청구권을 중심으로-”, 「재판자료」 제76집, 법원도서관(1997)
- 전병서, “소송비용의 부담에 관한 약간의 검토”, 「민사소송」 제13권 제2호, 한국민사소송법학회(2009)
- 정구태·신영호, “민법 제1014조의 상속분가액지급청구권 재론”, 「가족법연구」 제27권 제3호(통권 제48호), (사)한국가족법학회(2013)
- 정준영, “사법보좌관제도와 사법보좌관의 업무”, 「민사집행법연구」 제2권, 한국민사집행법학회(2006. 2.)
- 정중섭, “현행 헌법은 대법원의 재판을 받을 권리를 기본권으로 보장하고 있는가?”, 「일감법학」 제2권, 건국대 법학연구소(1997)
- 조병훈, “국가배상법 제16조 위헌여부-헌법재판소 1996. 5. 25. 91헌가 7 결정과 관련하여-”, 「법학논총」 23집, 단국대학교 법학연구소(1997)
- 조수혜, “미국 민사소송에서 소송비용의 재판에 대한 불복방법”, 「민사소송」 제15권 제1호, 한국민사소송법학회(2011)
- 최대호, “경기북부지역의 고등법원 원외재판부 설치에 관한 법정정책 과제”, 「법과 정책연구」 제19집 제3호, (사)한국법정책학회(2019)
- 최희수, “강원지역 ‘항소심 법원’ 설치의 정당성”, 「강원법학」 제29권, 강원대학교 비교법연구소(2009)
- 최희수, “국민의 재판청구권의 실질화를 위한 방안-항소심 이원화, 고등

- 법원 상고부, 대법원 심리불속행제도를 중심으로-, 「헌법학연구」 제16권 제1호(2010. 3.)
- 최희수, “보상금 지급 동의의 재판상 화해 간주와 재판청구권”, 「법학연구」 vol.32, no.1, 충북대학교 법학연구소(2021)
- 한수웅, “형성적 법률유보를 가지는 기본권에서 과잉금지원칙의 적용여부-헌법재판소결정에서 드러난 과잉금지원칙의 적용의 문제점을 중심으로-”, 「헌법실무연구」 9권(2008. 12.), 헌법실무연구회
- 호문혁, “판결과 ADR 체계의 정립에 관한 연구”, 「법학」 53권 1호(통권 162호), 서울대학교법학연구소(2012)
- 홍기문, “헌법과 민사소송”, 「민사소송」 제9권 제2집, 한국민사소송법학회(2005)

II. 외국문헌

- 三ヶ月 章, 「民事訴訟法研究 第7卷」, 有斐閣(1978)
- 芦部信喜 編, 「憲法III人權(2)」, 有斐閣(1981)
- Maurio Cappelletti, “Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation: Comparative Constitutional, International, and Social Trends”, 「Stanford Law Review」 Vol. 25, No. 5(May, 1973)
- Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter, 「Verfassung und Zivilprozess」, Giesecking(1984)

Abstract

A Study on the Constitutional Court's Decisions Related to Civil Litigation

This article analyzes the decisions of the Constitutional Court related to civil litigation by dividing them into civil jurisdiction, the right to access to justice, the right to a fair trial in the civil procedure, the right to appeal and the right to retrial in consideration of the specific content of the right to obtain justice in the court and the scope of its protection.

The Constitutional Court has ruled on January 25, 1989 that the Article 6 (1) of ACT ON SPECIAL CASES CONCERNING EXPEDITION, ETC. OF LEGAL PROCEEDINGS, which exempted the state from the sentence of provisional execution, was unconstitutional. In addition, the Constitutional Court has made many meaningful decisions since its establishment in 1988.

However, there are some unsatisfactory aspects in the decisions related to civil litigation as follows: first, the separation of powers is not considered as to the unconstitutionality of the provisions granting 'claim preclusion' to administrative decisions that have not been challenged; second, the Constitutional Court ruled that the stamp tax system, which restricts people's access to justice by not stipulating an upper limit, was constitutional on the grounds of the abuse of litigation, but its meaning is not clear, and no statistics have been presented about it, and it is the same for the litigation relief system that requires that the invincibility of the party; third, the constitutional review of the legislation restricting the right to appeal and the right to retrial is not practically conducted because of excluding the right to

a trial in the appeals trial from the content of the right to obtain justice in the court; fourth, the court's duty to argue and persuade the parties through the judgment is the essence of the trial, but the relevant provisions of ACT ON SPECIAL CASES CONCERNING PROCEDURE FOR TRIAL BY THE SUPREME COURT, which stipulates that no grounds may be stated in the judgment of the supreme court, is declared constitutional based only on the speed of the procedure.

From the point of view of a civil procedure law researcher, the civil litigation system is a result of the prohibition of self-remedies and the right to obtain justice in the court was stipulated historically as a fundamental right in the Constitution to guarantee the principle of judicial procedure at least and permanently, which has been regulated by the litigation law, and to ensure effective access to the justice of the people. As the right to obtain justice in the court has meaning as a means of realizing substantive fundamental rights, it must contain the contents that can guarantee the effective legal protection through judicial procedures. It is expected that the interpretation of the right to obtain justice in the court and control of the legislation will be properly implemented so that the judicial system can perform its roles and functions appropriate to the changing society.



▶ **Younghwa MOON**

The right to obtain justice in the court, Constitutional Court's decisions relating to civil litigation, Constitutionalization of civil procedural guarantees, Access to justice, Right to effective legal protection