

**법령소원에서 직접성 요건의 본질과 운용**  
**- 헌재 2016. 11. 24. 2013헌마403 결정 및**  
**헌재 2020. 9. 24. 2017헌마498 결정을 중심으로 -**  
**Das Wesen der Unmittelbaren-Betroffenheit**  
**und deren Anwendung**  
**- Eine Betrachtung u.a. in Bezug auf den Beschluss**  
**2013Hunma403 und auf den Beschluss 2017Hunma498 -**

한양대학교 법학전문대학원 교수 정광현  
 Hanyang Law School, Prof. Chung, Kwang Hyun

■ 목 차 ■

<p>I. 대상 결정과 문제의 제기 ..... 79</p> <p>1. 대상 결정 ..... 79</p> <p>2. 문제의 제기 ..... 85</p> <p>II. 독일에서의 직접성 요건과 보충성원칙 ... 88</p> <p>1. 직접성 요건 ..... 88</p> <p>2. 보충성 원칙 ..... 92</p> <p>III. 직접성 요건의 기능과 법적 본질 ..... 97</p>	<p>1. 직접성 요건의 기능 ..... 97</p> <p>2. 직접성 요건의 법적 본질 ..... 101</p> <p>3. 소결론 ..... 109</p> <p>IV. 대상 결정에 대한 검토 ..... 110</p> <p>1. 공무원 의제조항 결정(헌재 2016. 11. 24. 2013헌마403) ..... 110</p> <p>2. 면세 제외조항 결정(헌재 2020. 9. 24. 2017헌마498) ..... 112</p>
--	---

## I 국문초록

1. 직접성 요건은 자기관련성 및 현재성 요건과 함께 법령소원의 적법요건 중 하나이다. 그에 따르면, 법령에 대한 헌법소원이 적법하려면 원칙적으로 어떤 집행행위의 매개를 필요로 함이 없이 직접 청구인에게 일정한 행위의무 내지 금지의무를 부과할 것이 요구된다. 심판대상법령이 형벌규정인 경우 통상적으로 그러한 직접성이 인정된다. 하지만 2013헌마403 결정에서 헌법재판소는 좀 다른 판단을 하였다. 그에 따르면, 형벌규정에 대한 헌법소원은 청구인이 이미 그 규정 위반으로 기소된 때에는 부적법하다. 그런 경우에는 우선 형사재판절차를 통한 권리구제부터 도모해 보라고 하는 것이 충분히 수인가능하기 때문이라는 것이다.

사건으로는, 이 경우 청구인은 그 형벌규정에 의해 직접 관련되었다고 보아야 할 것이지만, 그럼에도 헌법재판소의 결정에는 동의할 수 있다. 왜냐면 법령소원의 경우에는 항상 청구인적격 초과 문제가 생기기 때문이다. 즉, 청구인은 자신 이외에 다른 수범자에게 향해진 규정부분에 대해서도 헌법소원을 제기하는 한에서 청구인적격을 초과한 것이 된다. 그와 같은 청구인적격 초과는 기본적으로 바람직하지 않으나, 청구인을 우선 법원의 구제절차를 밟도록 할 경우 중대하고 회복불가능한 불이익이 발생하는 경우에는 그런 청구인적격 초과를 감수할 수 있다고 하겠다. 그러나 이는, 경우에 따라 청구인의 권리를 구제해 줄 수 있는 그런 법원의 소송이 이미 계속중인 때에는 해당되지 않는다고 할 것이다.

2. 헌법재판소의 2017헌마498 결정에서는 부가가치세 면제 대상에서 청구인을 소위 불평등하게 제외한 조세법 조항에 대한 헌법소원이 적법한지가 문제되었다. 헌법재판소는 해당 헌법소원을 부적법 각하하면서, 청구인은 직접관련성이 없다고 하였다. 하지만 이러한 판시이유는 설득력이 없다. 왜냐면 면제 대상에서의 제외는 어떤 집행행위의 매개 없이 그 법령 자체에 의해 발생한 것이었기 때문이다. 하지만 헌법소원이 부적법하다는 결론 자체에 대해서는 정당했다고 생각한다. 왜냐면 이 사건에서도, 청구인이 과세처분에 대해 취소를 구하는 소를 제기함으로써 이미 법원에서의 소송이 계속중이었는데, 청구인적격 초과 문제를 야기하지 않는 해당 소송을 통한 권리구제의 도모가 충분히 수인가능한 것으로 판단되기 때문이다.

**주제어:** 법령소원, 직접성, 청구인적격 초과, 형벌규정, 조세법 규정

(논문접수일: 2021. 5. 23. 심사개시일: 2021. 5. 24. 게재확정일: 2021. 6. 15.)

## I. 대상 결정과 문제의 제기

### 1. 대상 결정

#### (1) 공무원 의제조항 결정(헌재 2016. 11. 24. 2013헌마403)

##### 가) 사건의 개요

청구인은 농업협동조합중앙회 4급 차장으로서, ○○센터장으로 재직하던 중, 2009. 1.경부터 2010. 10.경까지 축산물가공업자 박모씨로부터 총 1,400여만 원 상당의 향응을 제공받은 혐의로 2013. 5. 20. 기소되었다. 이에 청구인은 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제4조 제2항의 위임에 따라 ‘형법 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용함에 있어 공무원으로 의제되는 농협중앙회 간부직원’ 범위를 ‘과장대리급 이상의 직원’으로 규정하고 있는 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 시행령」 제3조가 죄형법정주의에 반하고, 위임범위의 한계를 벗어났으며, 평등권을 침해한다고 주장하면서, 2013. 6. 5. 헌법소원심판을 청구하였다.

##### 나) 심판대상

이 사건 심판대상은 구 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 시행령」(2008. 7. 9. 대통령령 제20910호로 개정되고, 2011. 12. 13. 대통령령 제23363호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1호 중 ‘농업협동조합중앙회의 과장대리급 이상의 직원’에 관한 부분(이하 ‘공무원 의제조항’이라 한다)이고, 그 내용 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

##### [심판대상조항]

구 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 시행령」

제3조(간부직원의 범위) 법 제4조 제2항에 따른 정부관리기업체의 간부직원의 범위는 다음과 같다. 다만, 다른 법령에 의하여 공무원 또는 공무원에 준하는 신분을 가지는 경우에는 그 법령의 적용을 배제하지 아니한다.

1. 제2조 제1호부터 제44호까지, 제53호 및 제54호의 정부관리기업체와 농업협동조합중앙회, 수산업협동조합중앙회 및 산림조합중앙회의 임원과 과장대리급(과장대리급제가 없는 정부관리기업체에서는 과장급)이상의 직원

[관련조항]

「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」

제4조(뇌물죄 적용대상의 확대) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기관 또는 단체로서 대통령령으로 정하는 기관 또는 단체의 간부직원은 「형법」 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

1. ~ 2. (생략)

② 제1항의 간부직원의 범위는 제1항의 기관 또는 단체의 설립목적, 자산, 직원의 규모 및 해당 직원의 구체적인 업무 등을 고려하여 대통령령으로 정한다.

다) 결정의 요지

위 사건에서 헌법재판소는 재판관 5 : 4의 다수의견으로 심판청구를 각하하였는데, 그 결정 요지는 다음과 같다.

① 법정의견

“이 사건 시행령조항은 형벌조항의 구성요건 일부를 규정하고 있는 조항으로서, 검사의 기소와 법원의 재판을 통한 형벌의 부과라는 구체적 집행행위가 예정되어 있으므로, 원칙적으로 기본권 침해의 직접성을 인정할 수 없다.

나아가 집행기관인 검사나 법원이 이 사건 시행령만을 적용하여 기소나 재판을 할 수 없고 형벌조항인 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제4조, 형법 제129조 등을 함께 적용하여 기소 또는 재판을 하여야 할 것이므로, ‘법령이 일의적이고 명백한 것이어서 집행기관의 심사와 재량의 여지없이 법령에 따라 집행행위를 하여야 하는 경우’에 해당하지 아니하고, 청구인이 이 사건 시행령조항을 위반하여 기소된 이상 재판과정에서 곧바로 법원에 이 사건 시행령조항의 위헌 여부에 관한 판단을 구할 수 있었을 것이므로, ‘구제절차가 없거나 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없는 경우’라고 볼 수도 없어, 이 사건 시행령조항은 기본권 침해의 직접성을 인정할 수 있는 예외적인 경우에 해당하지 않는다.”<sup>1)</sup>

② 반대의견

“헌법재판소는 다수의 결정에서, 국민에게 일정한 행위유무나 행위금지의무를 부과하는 법규정을 정한 후 이를 위반할 경우 제재수단으로서 형벌을 부과하도록 한 경우에 그 형벌의

1) 헌재 2016. 11. 24. 2013헌마403, 판례집 28-2하, 297.

부과를 직접성에서 말하는 집행행위라고 할 수 없다는 이유로 행위의무나 행위금지의무를 내용으로 하는 형벌조항에 대하여 기본권 침해의 직접성을 인정하였는바, 형벌의 부과를 예정하고 있다는 이유로 직접성을 부정하고 있는 다수의견의 논리는 헌법재판소의 종래 입장에 배치된다.

또한 청구인이 기소된 이상, 재판 과정에서 곧바로 법원에 이 사건 시행령조항에 대한 위헌심사를 구할 수 있었다고 하더라도, 그러한 절차가 존재한다는 사정만으로 이 사건 시행령조항이 그 자체로 직접 기본권 제한 효과를 발생시킨다는 점이 달라지지는 않는다. 헌법재판소는 일찍이 명령·규칙에 대한 헌법소원을 인정해 오고 있고, 특히 심판대상이 형벌조항인 경우에는 그 위헌성이 확인될 경우 당해사건에서만 무죄를 선고하는 데 그칠 것이 아니라 일반 국민의 기본권 침해상태를 제거해 줄 필요성이 크다고 할 것이므로, 법원에 의한 위헌심사가 가능하다는 이유만으로 이 사건 시행령조항에 대하여 직접성을 인정할 필요가 없다는 다수의견에는 찬성할 수 없다.”<sup>2)</sup>

## (2) 면세 제외조항 결정(헌재 2020. 9. 24. 2017헌마498)

### 가) 사건의 개요

청구인은 경기도 ○○시가 자본금 100%를 출자한 지방공사로서, ○○시로부터 하수처리장 등 환경기초시설의 운영·관리 내지 문화스포츠센터 운영·관리, 주차장 운영·관리, 종량제 쓰레기봉투 판매 등을 위탁받아 처리하는 것을 업으로 하고 있다.

경기 ○○세무서장은 2015. 11. 24.부터 2016. 3. 11.까지 청구인에 대해 세무조사를 실시하였고, 그 결과 청구인이 2011년 제1기부터 2015년 제1기의 부가가치세 과세기간 동안 전체 사업비 중 주차장 관리수입·종량제 쓰레기봉투 판매수입 및 위탁수수료를 제외한 나머지 929억여 원을 부가가치세 과세표준 신고에서 누락하였다고 판단하여 2016. 4. 11. 위 기간의 귀속분 부가가치세 129억여 원 등을 경정·고지하였다. 청구인은 이에 대해 그 취소를 구하는 소를 제기하였으나, 2018. 2. 6. 그 청구가 기각되었고, 2019. 1. 16. 항소 기각 및 2019. 5. 16. 상고 기각을 거쳐 판결이 확정되었다.

그런데 2017. 2. 7. 개정된 「조세특례제한법 시행령」 제106조 제7항 제22호의2에서는 일정 요건을 갖춘 지방공사를 부가가치세 면제 대상에 포함시켰고, 그 부칙 제2조 제2항에서는 이러한 부가가치세 면제조항이 원칙적으로 위 시행령 시행 이후에 재화나 용역을 공급하거나 공급받는 분 또는 재화를 수입 신고하는 경우부터 적용되도록 하였다. 또한 같은 부칙

2) 헌재 2016. 11. 24. 2013헌마403, 판례집 28-2하, 298.

제23조 제1항에서는 위 시행령 시행 전에 지방공기업법의 경영개선명령 등에 따라 공단 등과 합병한 지방공사에 대해서는 위 시행령 제106조 제7항 제22호의2가 소급 적용되도록 하였다.

청구인은 위 부칙 제23조 제1항에 따른 부가가치세 면제 소급 적용대상에 포함되지 못하자, 2017. 5. 4. 이 시행령 부칙 제23조 제1항에 대해 평등권 및 재산권 침해를 이유로 헌법소원심판을 청구하였다.

#### 나) 심판대상

이 사건 심판대상은 「조세특례제한법 시행령」 부칙(2017. 2. 7. 대통령령 제27848호) 제23조 제1항(이하 ‘면세 제외조항’이라 한다)이고, 그 내용 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

##### [심판대상조항]

「조세특례제한법 시행령」 부칙

제23조(부가가치세의 면제 등에 관한 적용례) ① 제106조 제7항 제22호의2의 개정규정은 이 영 시행 전에 시·군 또는 자치구에서 설립한 지방공사가 지방공기업법 제78조 및 제78조의2에 따른 경영개선명령 등에 따라 공사·공단과 합병하거나 같은 법 제49조에 따른 설립 타당성 평가에 따라 자발적으로 공사·공단과 합병한 경우에도 적용한다.

##### [관련조항]

「조세특례제한법 시행령」

제106조(부가가치세 면제 등) ⑦ 법 제106조 제1항 제6호에서 “대통령령으로 정하는 정부 업무를 대행하는 단체”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.

22의2. 다음 각 목의 요건을 모두 갖춘 지방공기업법 제49조에 따라 설립된 지방공사가. 시·군 또는 자치구인 지방자치단체가 설립하였을 것

나. 제21호에 따른 지방공사를 제외할 경우 해당 지방자치단체가 설립한 유일한 지방공사일 것

다. 해당 지방자치단체에 제22호에 따른 지방공단이 없을 것

「조세특례제한법 시행령」 부칙

제2조(일반적 적용례) ① (생략)

② 이 영 증 부가가치세에 관한 개정규정은 이 영 시행 이후 재화나 용역을 공급하거나 공급받는 분 또는 재화를 수입신고하는 경우부터 적용한다.

③ (생략)

#### 다) 결정의 요지

위 사건에서 헌법재판소는 재판관 8 : 1의 다수의견으로 심판청구를 각하하였는데, 그 결정 요지는 다음과 같다.

##### ① 법정의견

“과세관청의 부과처분에 의하여 조세채무가 확정되는 부과세방식이나 납세의무자 스스로 조세채무 성립요건의 충족을 확인하여 세액을 신고함으로써 조세채무가 확정되는 신고납세방식의 조세에 있어서 조세법령으로 인한 기본권 침해는 과세처분 또는 경정거부처분 등의 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 현실화된다. 이러한 법리는 해당 조세법령이 조세의 면제나 부가가치세 영세율 적용 등의 조세혜택을 배제하는 내용을 담고 있는 경우에도 마찬가지로 적용되고, 이 경우 문제될 수 있는 납세의무 부담의 평등원칙 위반 여부 또한 납세의무자의 구체적인 재산권 제한 문제와 분리하여 파악할 수 있는 것이 아니다.

법령에 대한 헌법소원에서 법규범이 집행행위를 예정하고 있더라도 그 법령이 일의적이고 명백한 것이어서 집행기관이 심사와 재량의 여지없이 그 법령에 따라 일정한 집행행위를 하여야 하는 경우에는 당해 법령의 직접성을 인정할 수 있다. 그런데 이와 같은 법리를 적용함에 있어서, 집행행위가 법령이 정한 요건이 충족될 경우 집행기관의 ‘재량’ 없이 이루어지는 기속행위라는 것과 집행기관이 법령이 정한 요건의 충족 여부를 ‘심사’할 여지도 없이 일의적이라는 것은 구분되어야 한다. 즉 집행행위가 조세의 부과처분 등과 같이 집행기관의 재량이 없는 기속행위라 하더라도 집행기관에게 적극적·소극적 과세요건의 충족 여부에 대한 심사가 예정되어 있는 경우에는 위 법리를 적용하더라도 당해 법령의 직접성을 인정할 수 없다.

결국 심판대상조항으로 인한 기본권 침해는 개개의 적극적·소극적 과세요건의 충족 여부를 심사한 결과에 따르는 해당 과세기간에 대한 과세처분 또는 경정거부처분 등의 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 현실화되는 것이므로, 이 사건 심판청구는 기본권 침해의 직접성 요건을 갖추었다고 볼 수 없어 부적법하다.”<sup>3)</sup>

3) 헌재 2020. 9. 24. 2017헌마498, 공보 제288호, 1285-1286.

② 반대의견

“심판대상조항은 조세특례제한법 시행령 제106조 제7항 제22호의2에 따라 부가가치세가 소급하여 면제되는 대상을 ‘이 영 시행 전에 시·군 또는 자치구에서 설립한 지방공사가 경영개선명령이나 설립 타당성 평가에 따라 공사·공단과 합병한 경우’로 한정하고 있다. 그리하여 애당초 지방공단과 합병한 사실이 없는 청구인은 심판대상조항이 정한 요건을 갖춘 지방공사의 경우와 달리 부가가치세 면제라는 세제상의 혜택을 소급하여 받을 수 없는데, 이와 같은 불리한 법적 지위는 심판대상조항 자체에 의하여 이미 확정되었다. 법정의견은 과세관청에 의한 심사가 예정되어 있다는 것을 이유로 심판대상조항에 의한 기본권 침해의 직접성을 부인하고 있으나, 심판대상조항이 처음부터 청구인을 부가가치세 소급 면제 대상에 포함하고 있지 않음이 분명한 이상, 과세관청이 과세요건 충족 여부를 심사한다고 하여 그와 다른 내용의 과세처분을 할 여지가 있다고 볼 수 없으므로 이에 터 잡아 직접성을 부인하는 논리는 수긍하기 어렵다.

법정의견에 의하면 청구인은 기본권 침해의 직접성 요건 때문에 심판대상조항에 대한 헌법소원심판을 청구할 수 없으므로, 부가가치세 소급 면제 대상에서 제외된 불이익을 문제 삼기 위해서는 부가가치세 부과처분을 받거나 부가가치세에 관한 경정청구거부처분을 받은 다음 행정소송으로 그 처분의 당부를 다툴 수밖에 없다. 그런데 청구인이 부가가치세 부과처분을 받으려면 청구인은 가산세를 감수하고 부가가치세법이 정한 신고의무를 제대로 이행하지 않아야 하는데, 이는 법령에 대한 헌법소원을 인정하는 취지에 부합하지 않는다.

국세기본법상 경정청구제도는 어디까지나 주어진 세법의 테두리 내에서 납세의무자를 보호하기 위한 제도이므로, 심판대상조항처럼 부가가치세 면제 규정의 소급 적용 여부가 그 자체로 분명한 경우에는 청구인이 부가가치세를 소급 면제해 달라는 취지의 경정청구를 한다 해도 청구인의 권리구제에 현실적으로 별다른 도움이 되지 못한다. 법정의견은 청구인에게 경정청구가 받아들여지지 않을 것을 알면서도 심판대상조항의 위헌성을 다투기 위해 어쩔 수 없이 관련 불복 절차를 밟도록 강요하는 것과 다르지 않다.

법정의견에 의하면 시행령에 해당하는 심판대상조항에 대해서는 헌법소원을 제기할 길이 완전히 차단된다. 물론 청구인은 과세처분이나 경정청구거부처분에 대한 행정소송을 제기하고 그 소송 계속 중 법원을 통해 하위 조세법령에 해당하는 심판대상조항의 위헌 여부를 다투어 볼 수 있으나, 그와 같은 소송단계에 이르기 위해서는 청구인이 고의로 조세법령을 위반함과 아울러 가산세의 불이익을 감내해야 하거나 현실적 구제를 기대하기 어려운 불복절차를 거쳐야만 한다.

청구인이 심판대상조항에 따른 기본권 침해를 호소하며 위헌 심사를 요청하였음에도 심판대상조항의 구체적 내용을 일절 고려하지 아니한 채 형식적·일률적 기준 아래 기본권 침해의 직접성을 부정하는 것은 타당하지 않다. 이상에서 본 바와 같이 이 사건 심판청구는 기본권 침해의 직접성 요건을 갖추어 적법하므로, 본안 판단에 나아가 심판대상조항의 위헌 여부를 심사하여야 한다.”<sup>4)</sup>

## 2. 문제의 제기

### (1) 대상 결정을 둘러싼 의문점

앞서 소개한 대상 결정들에 대하여는 다음과 같은 의문들이 제기될 여지가 있다.

#### 가) 집행행위의 매개에 의한 권리의무의 변동?

먼저, 위 대상 결정 중 공무원 의제조항 결정과 면세 제외조항 결정에 대해 공통적으로 제기되는 의문은 - 일단 각 심판대상조항에 대해 직접성에서 말하는 ‘집행행위’가 존재하는지는 잠시 논외로 하고 - 각 심판대상조항은 정말 그 자체는 아무런 권리의무의 변동을 초래하지 않았는가 하는 점이다.

공무원 의제조항 결정의 경우 심판대상조항인 구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 시행령 제3조 제1호에 의하여, 농업협동조합중앙회의 과장대리급 이상의 직원들은 - 기소 전후 내지 형사재판절차의 개시·진행 여부를 불문하고 - 여느 공무원과 마찬가지로 형법 제129조 내지 제132조 소정의 뇌물 수수 등의 행위를 하면 안 된다는 금지의무를 지게 되었다고 할 수 있지 않은가?

또한 면세 제외조항 결정의 경우 심판대상조항인 조세특례제한법 시행령 부칙 제23조 제1항에 의하여, 위 시행령 시행 전에 지방공기업법의 경영개선명령 등에 따라 공단 등과 합병한 지방공사를 제외한 그 밖의 지방공사들은 관련 부가가치세 면제조항인 위 시행령 제106조 제7항 제22호의2의 소급적용 대상에서 확정적으로 배제된 한에서 재산권에 대한 제한이 확정되었다고 할 수 있지 않을까?

하지만 거의 자명한 이러한 결론을 대상 결정들의 범정의견은 애써 외면하려고 하는 것 같다.

4) 헌재 2020. 9. 24. 2017헌마498, 공보 제288호, 1286-1287.

## 나) '집행행위'란 개념의 포섭범위는 어디까지?

'집행'의 사전적인 의미는 '어떤 일 따위를 실제로 시행하는 것' 또는 '법률이나 명령, 재판 등의 내용을 실제로 행하는 것'이다. 이러한 의미의 집행행위는, 그 근거법령이 그 자체로 개인의 권리·의무관계에 변동을 초래한다고 해서, 더 이상 행해지지 못하게 되는 것은 아니다. 하지만 헌법소원의 직접성 요건과 관련해서는 이러한 통상적인 언어용례가 그대로 통용되지 않는다. 직접성 요건과 관련하여 집행행위를 논할 때에는 주로 '그 자체로 개인의 권리·의무관계에 변동을 초래하지는 못하는 법령'을 전제로 하면서, '그 법령이 일반·추상적으로 예정한 권리·의무 변동의 가능성을 현실화하는 집행행위'만 관념하는 경향이 있기 때문이다.

실제로, 위 공무원 의제조항 결정의 법정의견은 심판대상 시행령 조항에 대해 '검사의 기소와 법원의 재판을 통한 형벌의 부과'를 구체적 집행행위로 간주하였다. 하지만 이에 대해서는 "국민에게 일정한 행위금지 의무를 부과하고 이를 위반할 경우 제재수단으로 형벌을 부과할 것을 정한 형벌규정에서, 형벌의 부과절차는 행위금지 의무(구성요건)의 내용을 실현하는 것이 아니고, 의무위반에 대한 제재로서 행위금지 의무규정의 실효성을 관철시키기 위한 강제수단을 의미한다. 따라서 행위금지 의무부과에 의한 기본권침해의 직접성 여부를 판단할 때 형벌의 부과절차를 행위금지 의무부과의 집행행위라고 볼 수 없다."는 비판이 있다.<sup>5)</sup> 이는 집행행위는 "아직 청구인의 권리관계를 변동시킬 가능성만을 가진 법률에 근거하여 청구인의 법률관계를 구체적으로 변동시키는 행위", 즉 "법률효과를 가져오는 법률요건의 하나로서 규정되어 있는 행위"<sup>6)</sup>라는 개념정의를 따른 것으로 추측된다. 그러나 대상 결정의 법정의견은 이러한 개념정의에서 벗어나 행위금지 의무의 효과 자체를 가져오는 것이 아니라 단지 그 실효성을 관철하기 위한 행위도 직접성 요건에서 말하는 집행행위로 포섭시키고 있다. 결국 직접성에서 말하는 집행행위가 무엇인지에 관해 견해의 불일치가 있는 셈이다.

면세 제외조항 결정의 경우도 사정은 비슷하다. 여기서 법정의견은 이른바 '신고납세방식 조세법령'에 대한 집행행위로서 '과세처분' 또는 '경정청구거부처분' 등을 들었다. 그런데 신고납세방식 조세의 경우 이러한 처분이 행해지기 이전에 이미 납세의무자는 해당 조세법령에 의해 납세의무에 관한 사항을 신고·납부할 의무를 지게 되고, 그 신고가 행해짐으로써 조세채무가 확정되는 것이지, 사후적인 과세처분이나 경정청구거부처분 등에 의해 비로소 조세채무의무를 지게 되는 그런 법률관계의 변동이 발생하는 것이 아니다. 그런 점에서 전술한 과세처분 등이 과연 직접성 요건에서 말하는 집행행위인지에 대해 의문을 표하는 견해도

5) 공진성, 형벌규정에 대한 헌법소원심판청구의 직접성에 관한 연구, 전남대 법학논총 제41권 제1호(2021. 2), 7쪽 이하.

6) 황도수, 헌법재판실무연구, 2003, 86쪽.

있다.<sup>7)</sup> 하지만 이러한 회의적인 견해에 대해서는 위 결정의 법정의견을 옹호하는 측에서 다시 ‘왜 하필 직접성 요건에서는 통상적인 집행행위 개념이 통용되지 못하고, 것처럼 제한적인 개념을 사용해야 하는가’ 하고 반문할 수 있을지도 모른다.

집행행위의 포섭범위가 가지는 실제적 의미는, 만약 (공무원 의제조항 사건에서는) ‘검사의 기소와 법원의 재판을 통한 형벌의 부과’를 공무원 의제조항에 대한 집행행위로, (면세 제외조항 사건에서는) ‘과세처분이나 경정청구거부처분 등’을 면세 제외조항의 집행행위로 간주할 수 있다면, 각 심판대상조항에 대한 헌법소원이 일단 직접성 공식을 충족하지 못하여 부적법한 것으로 판단될 여지가 그만큼 더 커진다는 데 있다. 따라서 단지 순수한 개념정의의 문제로만 치부해서는 안 되고, 이 직접성 요건이 달성하려는 소송제도적 목적이 무엇인지를 고려하는 가운데 합목적적으로 그 포섭범위를 결정해야 한다.

전술한 집행행위에 대한 상이한 관념에 대해서는 바로 그런 관점에서 각각의 타당성을 검토할 필요가 있다. 이러한 견지에서 접근할 때, 전술한 두 대립하는 관념 중 어느 쪽을 채택할 것인가?

#### 다) 권리구제절차의 존부와 권리구제의 기대가능성에 관한 판단은 어떻게?

다른 한편, 전술한 대상 결정들의 각 법정의견처럼 집행행위를 파악한다고 할 때, 그에 대해 권리구제절차가 과연 존재하는지, 만약 존재한다면, 그것이 권리구제의 기대가능성이 있는 것인지 아니면 단순히 우회적인 절차의 강요에 지나지 않는지 하는 것도 문제시된다.

가령, 공무원 의제조항 결정의 경우 법정의견은 “형벌규정을 위반하여 기소된 후에는 재판 과정에서 그 형벌규정이 법률인 경우에는 위헌법률심판제청신청을 통하여 헌법재판소에 그 위헌 여부에 관한 판단을 구할 수 있고(헌법재판소법 제41조, 제68조 제2항), 명령·규칙인 경우에는 곧바로 법원에 그 위헌 여부에 관한 판단을 구할 수 있다는 점에서(헌법 제107조 제2항) 구제절차가 없거나 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없는 경우에 해당한다고 볼 수 없다.”고 판시하였는데, 일견 그 취지가 모호하다. 즉, 이 견해에 따를 때 심판대상조항의 집행행위라고 하는 ‘검사의 기소와 법원의 재판을 통한 형벌의 부과’에 대한 구제절차가 곧 ‘위헌법률심판절차’라는 의미인지<sup>8)</sup> 아니면 가령 당해 형사소송절차 내지 그 상소절차 등이 그 구제절차인데, 필요하다면 위헌법률심판절차로 이어질 수도 있는 점에서 권리구제의 기대가능성도 충분하다는 뜻인지 다소 불분명한 측면이 있다.

7) 김규림, 신고납세방식 조세에 관한 법령과 헌법재판소법 제68조 제1항 헌법소원, 조세법연구 제26권 제3호(2020. 11), 82쪽 이하.

8) 이러한 취지로 이해하여 법정의견을 비판한 견해로는, 공진성(주 5), 18쪽 이하 참조.

또한 면세 제외조항 결정과 관련해서는 법정의견이 말하는 집행행위에 대한 권리구제절차로서 ‘경정청구거부처분에 대한 취소소송’ 같은 것이 과연 권리구제의 기대가능성이 있는 구제절차라고 할 수 있는지, 혹시 우회적인 절차의 강요가 아닌지에 대해 의문을 제기하는 견해도 있다.<sup>9)</sup>

여기서 도대체 어떤 것들을 직접성 요건에서 말하는 집행행위에 대한 구제절차라고 보아야 하는지, 그리고 권리구제의 기대가능성 유무에 관한 판단기준은 무엇인지 등은 직접성 요건의 예외를 인정할지와 관련하여 중요하다. 하지만 그에 대해 어떤 선형적인 기준이 존재하는 것은 아니라고 할 것이다. 그러므로 여기서도 소송제도적 관점에서 판단기준을 수립할 필요가 있다. 그런 관점에서 대상 결정들의 판시는 정당화될 여지가 있는가?

## (2) 이 글의 순서

이상의 의문점들에 대한 근본적인 답변을 위해서는 직접성 요건의 본질이 도대체 무엇이고 어떠한 기능을 해야 하는 것인가에 대한 이해가 선행되어야만 한다고 생각한다. 또한 이 요건의 설계를 소송제도적 내지 법정정책적 관점에서 이해함에 있어서는 그 기원국인 독일의 사례를 참고하는 것이 확실히 도움이 될 것이다. 이에, 이하에서는 이 글의 목적과 관련된 범위에서 먼저 독일에서의 직접성 요건과 보충성 원칙을 간략히 살펴보고(II), 이어서 직접성 요건의 기능과 본질을 논한 후(III), 끝으로 대상 결정들에 대한 검토를 통해 직접성 요건의 운용에 관한 몇 가지 소견을 피력하도록 한다(IV).

## II. 독일에서의 직접성 요건과 보충성원칙

### 1. 직접성 요건

#### (1) 직접성 요건의 형성

1951년 독일연방헌법재판소법 제정 과정에서 벌써 독일 의회의 법사위에서는 법률에 대해서도 헌법소원을 제기할 여지를 인정하되, 다만 엄격한 요건 하에서만 허용해야 한다는 견해가 유력하게 대두되었다. 즉, ‘입법에 대해서는 원칙적으로 그 집행을 기다려야 하고, 법률이 그 집행을 통해 기본권을 제한하는 경우에는 권리구제절차에서 그 집행행위가 다루어지도록

9) 김규림(주 7), 94쪽 이하 참조.

해야 한다'거나 '법률에 대한 헌법소원심판 청구는 청구인이 해당 법률에 대해 직접적으로 관련된 경우에만 할 수 있다'거나 '중대하고 회복불가능한 불이익이 발생하는 경우에만 청구인은 직접적으로 법률에 대한 헌법소원을 제기할 수 있다'거나 하는 것들이 논의되었다.<sup>10)</sup>

그리고 이러한 구상들은 같은 해 독일연방헌법재판소가 출범한 직후 판례에 그대로 반영되기에 이른다. 이른바 '유족연금(Hinterbliebenerente)' 사건에서 독일연방헌법재판소는 "법률에 대한 헌법소원이 적법하기 위해서는 청구인 자신이 현재 그리고 집행행위의 매개에 의해서가 아니라 해당 법률에 의해 직접 기본권이 침해되었다는 주장이 있어야 한다."고 전제한 다음,<sup>11)</sup> "법률이 그 실행을 위해서는 법적으로 필수적으로 혹은 사실상의 행정실무에 기해 집행권의 의사에 의해 영향을 받는 (예컨대 조세 산정이나 기타 행정행위 형태의) 특별한 집행행위를 전제로 하는 경우, 헌법소원은 개인의 권리에 대한 직접적 제한을 낳은 해당 집행행위만 대상으로 할 수 있되, 청구인은 그 헌법소원을 제기하기 전에 해당 집행행위에 대한 권리구제절차부터 거쳐야 한다. 그 사건을 담당할 법원이 법률의 합헌성에 대한 청구인의 문제 제기에 견해를 같이 한다면, 법원은 기본법 제100조 및 연방헌법재판소법 제80조 이하에 따라 스스로 연방헌법재판소에 제청을 하게 될 터이다. 만약 법원의 제청이 행해지지 않는다면, 청구인한테는 권리구제절차 경로 후 헌법소원을 하는 방안이 여전히 남아 있다."고 판시하였다.<sup>12)</sup>

이로써 법률에 대한 헌법소원은 기본적으로 법률이 집행행위의 매개 없이 청구인의 권리의 무에 직접 영향을 미치는 경우라야 허용된다는 원칙이 성립하였다. 바꾸어 말해, 법률이 어떤 집행행위의 매개를 필요로 하면, 직접 그 법률에 대해 헌법소원을 제기하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다는 것이다. 이 경우 기본권이 침해된 당사자는 일차적으로 집행행위를 대상으로 통상적인 권리구제절차를 경로하여야 하며, 법률의 위헌성은 법원의 위헌제청에 의한 위헌법률심판절차에서 심사되도록 하거나, 혹은 위헌제청을 하지 않고 그대로 절차를 진행함으로써 기본권침해 구제에 실패한 법원의 재판에 대해 헌법소원을 제기한 후, 그 헌법소원심판절차에서 헌법재판소로 하여금 법률의 위헌성도 부수적으로 심사하게 하는 식으로만 다룰 수 있을 뿐이다.

10) ParlA III, 제82회 의사기록, 30쪽 이하(정광현, 법령에 대한 헌법소원의 청구기간, 이강국 헌법재판소장 퇴임기념논문집, 박영사, 2013, 482쪽에서 재인용).

11) BVerfGE 1, 97 [101].

12) BVerfGE 1, 97 [102 f.]. 그 외에도 BVerfGE 16, 16, 147 [159]; 53, 366 [389] 등에서 거듭 확인된 확립된 판례이다.

## (2) 절차법적 기능의 관점에서 예외의 인정

하지만 경우에 따라서는 매개되는 집행행위가 존재함에도 불구하고 직접 법률에 대해 헌법 소원을 제기하는 것이 예외적으로 허용되기도 한다. 독일연방헌법재판소에 따르면, 직접성 개념은 ‘헌법소송법상의 개념(ein Begriff des Verfassungsprozessrechts)’인바, ‘이러한 절차법적 기능의 관점에서(im Lichte der Funktion dieser Verfahrensordnung)’ 파악되어야 하고, 따라서 각 규범수범자에게 개별적으로 특정한 법적 효과가 발생하게끔 하는 데 있어 집행행위가 요구된다는 것은 단지 규범에 의한 직접적인 기본권관련성이 결여되어 있을 수 있다는 데 대한 하나의 징표에 불과할 뿐이며, 그것이 결정적인지는 언제나 헌법소송법에 의한 검토를 요한다고 한다.<sup>13)</sup> 그리하여 예컨대 집행행위가 행해지기도 전에 벌써 법률규정이 당사자에게 나중에는 더 이상 수정하기 어려운 결정을 하게끔 강요하거나 일단 법집행행위가 행해지고 나면 더 이상 회복할 수 없는 처분을 하게끔 만들거나 하는 경우<sup>14)</sup> 또는 집행행위에 대한 권리구제절차가 청구인에게 주어지지 않아서<sup>15)</sup> 혹은 청구인으로서 공권력작용이 존재하는지조차 인식할 수 없어서<sup>16)</sup> 권리구제절차를 밟을 수 없는 경우 등과 같이 집행행위에 대한 권리구제절차를 밟도록 하는 것이 불가능하거나 청구인에게 수인불가능한 경우에는 직접성은 충족된 것으로 간주된다.<sup>17)</sup>

## (3) 직접성 요건을 설정한 실제적 이유

그럼, 이러한 ‘직접성 요건(Erfordernis der Unmittelbarkeit)’을 설정해야 할 실제적인 이유는 무엇일까? 앞서 ‘유족연금’ 결정에서는 그렇게 하는 것만이 “연방헌법재판소법 제90조 제2항의 근본취지와 헌법소원의 목적에 부합”하기 때문이라고 한다.<sup>18)</sup> 하지만 이는 다소 막연하다. 규범통제권한이 연방헌법재판소에 전속해 있는 상황에서는, 법률 자체를 소송물로 하여 이를 다룰 수 있는 법원에서의 권리구제절차란 존재하지 않으며, 그래서 ‘권리구제절차 사전 경로(Rechtswegerschöpfung)’ 요건을 규정한 연방헌법재판소법 제90조 제2항은 심판 대상이 집행행위일 때에만 적용될 수 있는 것으로 인식되고 있다. 그런 점에서 이 조항과 직접성 요건 사이의 연관성은 일견 그리 자명해 보이지 않는다. 한편, 단순히 ‘헌법소원의

13) BVerfGE 70, 35 [51].

14) BVerfGE 43, 291 [387]; 65, 1 [37]; 68, 287 [300].

15) BVerfGE 67, 157 [170].

16) BVerfGE 100, 313 [354].

17) BVerfGE 109, 279 [137].

18) BVerfGE 1, 97 [103].

목적'이라는 추상적 개념만 열거하는 것도 직접성 요건의 설정 이유를 이해하는 데 일견 별로 보탬이 되지 않는 듯하다.<sup>19)</sup>

반면에, 이른바 '보험료 납부의무 없는 건강보험(Beitragsfreie Krankenversicherung)' 사건에서의 설명은 그나마 좀 더 구체적으로 보인다.<sup>20)</sup> 그에 따르면, 법관의 위헌제청에 의한 구체적 규범통제의 경우이든 재판에 대한 헌법소원심판절차에서 부수적으로 규범통제를 하는 경우이든 모두 헌법재판소의 심사에 앞서 법원이 해당 규범을 구체적인 사건에 적용하는 과정이 선행한다는 공통점이 있다고 한다. 그리고 이러한 법원에 의한 규범의 구체적 적용 과정에서는 청구인의 정확한 문제상황이 드러나게 되고, 나아가 통상적으로 그에 대한 법원의 헌법적 평가까지도 행해지게 된다는 것이다. 독일 기본법에서는 추상적 규범통제제도 및 구체적 규범통제제도를 마련해 놓고 있고, 게다가 재판소원심판절차에서 행해지는 부수적 규범통제의 가능성까지 상존하는 상황인데, 여기에 더해 심지어 개별 국민이 '모든 사람들에게 적용될 법률규정(eine für alle geltende Gesetzesvorschrift)'을 직접 대상으로 헌법소원을 제기할 적격까지 개방하고 있는바, '그런 식의 광범위한 적격(eine derart weitreichende Befugnis)'을 인정함에 있어서는 특정한 요건, 즉 자기관련성, 현재성, 직접성을 충족할 것을 요구함이 상당하다는 것이 독일연방헌법재판소의 판단이다. 만약 이러한 요건이 구비되지 않는다면, 안 그래도 폭넓게 보장되는 규범통제의 가능성들에 비추어, 굳이 그런 법령을 직접 대상으로 한 헌법소원의 적법성까지 긍정함으로써 입법자에 의해 제정된 규정을 더욱 폭넓게 그리고 그 구체적인 적용과는 유리된 채 헌법재판소의 심사 하에 둘 아무런 필요를 못 느끼는 것이다.

19) 하지만 독일연방헌법재판소의 이러한 견해가 전혀 선택할 여지가 없다는 의미는 아니다. 제2차 세계대전 종전 이후 독일의 입법자들은 헌법소원의 도입을 통해 법률의 위헌성과 무관한 순수한 사법이나 행정의 오류를 통제하는 쪽보다는 오히려 그 근거법률에 대한 통제에 더 큰 비중을 두었던 것으로 보이며, 다만 그 경우에 있어서도 규범 자체를 직접 헌법소원 대상으로 하는 것을 광범위하게 허용하기보다는, 대개의 경우 규범은 집행행위의 매개를 요할 것이라는 전제 하에, 청구인으로 하여금 일단 집행행위를 대상으로 통상적인 권리구제 절차를 모두 경료하게 하고, 그런 연후에야 비로소 연방헌법재판소에서 근거법률의 위헌성을 주장할 수 있게 하되, 그 판단에 특별히 일반적인 의미가 있거나 혹은 청구인에게 우선 집행행위가 행해지기를 기다렸다가 그에 대해 권리구제절차를 밟으라고 요구할 경우 중대하고 회복불가능한 불이익이 발생하는 경우에는 그런 권리구제절차의 사전 경료를 요구함이 없이 바로 법률을 직접 대상으로 헌법소원을 하는 것도 허용자는 등의 논의를 거쳐 연방헌법재판소법 제90조 제2항과 같은 일련의 규정들을 제정하였다. 이러한 입법사적 배경까지 상세히 제시되었더라면, 전술한 독일연방헌법재판소의 위와 같은 판시내용은 좀 더 쉽게 수긍이 갈 수 있었을 터이다. 독일연방헌법재판소법 제정 경우에 관한 보다 상세한 내용은, K. Chung, Zur Nützlichkeit der Urteilsverfassungsbeschwerde, 2012, 281쪽 이하 참조.

20) BVerfGE 60, 360 [369 f.].

#### (4) 소결론

요컨대, 독일연방헌법재판소는 직접성 요건의 설정을 통해 ‘법률에 대한 헌법소원’에 비해 ‘개별 법집행행위 - 궁극적으로는 법원의 재판 - 에 대한 헌법소원’을 우선시하고 있으며, 그래서 법원에 의한 규범의 구체적 적용과정을 건너뛴 채 헌법재판소가 본원적 규범통제에 들어가는 것을 되도록 지양하려고 한다. 모든 사람들에게 적용될 법률규정을 개별 국민이 헌법소원을 제기할 수 있는 적격이란 다소 광범위한 것인바, 직접성 요건의 설정을 통해 이를 적절한 정도로 한계지을 필요가 있다는 입장인 것이다. 하지만 직접성 요건의 충족 여부를 판단함에 있어서는 ‘법률이나 집행행위 중 어느 것이 직접적으로 청구인의 권리의무에 변동을 초래했는가’라는 실제법적인 기준에만 전적으로 의존하기보다는, 오히려 절차법적 기능의 관점에서 접근하여 청구인에게 집행행위가 행해지길 기다려 그에 대해 권리구제를 받도록 요구하는 것이 수인불가능한 경우에는 직접성 요건에 대한 예외를 인정하기도 한다.

## 2. 보충성 원칙

### (1) ‘보충성’의 개념

우리나라에서는 ‘보충성 원칙’이라고 하면, 헌법재판소법 제68조 제1항 단서의 규정, 즉 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 것을 의미하는 것으로 통용되고 있다. 하지만 독일에서는 이러한 요청 자체는 ‘권리구제절차 사전 경로(Rechtswegerschöpfung)’의 요건이라고 일컫고, 이러한 요건에 대한 일종의 상위개념으로서 ‘보충성 원칙(Prinzip der Subsidiarität)’이란 용어를 사용하고 있음에 유의할 필요가 있다. 따라서 용어상의 혼동을 피하려면, 가령 ‘독일식 보충성 원칙’이라는 식으로 구별해서 칭해야 할 터이나, 다만 여기서는 주로 독일의 법상황을 다루고 있는 만큼, 단순히 ‘보충성 원칙’이라고만 표기하도록 한다.

일반적으로, ‘보충성 원칙’이라는 용어는 두 개 이상의 기관들 사이에 그 담당할 과제의 유사성이 인정될 때, 어느 기관이 우선적으로 그 과제를 수행해야 하고, 그 상대방 기관은 단지 보충적으로만 그 과제를 담당해야 하는지 그 우선순위에 관한 기준을 담고 있다. 가령, 유럽연합처럼 초국가적인 기관과 개별 회원국 사이에서 어떤 공통적인 과제가 있다고 할 때, 개별 회원국이 우선적으로 해당 과제 수행의 책임을 져야 하고, 그것이 제대로 실행되지 못하거나 실행되기 곤란한 사정이 있는 경우에만 초국가적인 기관이 나서야 한다는 식이다.

마찬가지로, 헌법소원에 있어서의 보충성 원칙 역시 헌법재판권과 일반재판권 간에도 어느

정도 그 담당 과제의 공통성이 존재한다는 전제에서 출발한다. 즉, 헌법재판소가 되었던 일반 법원이 되었던, 개인의 기본권이 침해된 경우 그에 대한 사법적 구제를 해야 한다는 점에서는 공통적인 면이 있다는 것이다. 그리고 이 경우 헌법소원의 보충성 원칙은 기본권 구제라는 과제의 일차적 담당자를 일반 법원으로 설정하고, 헌법재판소는 단지 보충적으로만 그 과제를 수행해야 한다고 한다. 또한 그런 관점에서 독일연방헌법재판소법 제90조 제2항에 규정된 ‘권리구제절차 사전 경로’의 요건도 보충성 원칙의 한 구현형태로 여겨진다.

하지만 독일연방헌법재판소의 실무에서 보충성 원칙은 청구인에게 예컨대 소 제기, 항소, 상고 등과 같은 협의의 권리구제절차를 경로할 것을 요구하는 데에서 끝나는 것이 아니라, 그를 넘어서 청구인에게 수인가능한 한에서, 기본권침해를 바로잡거나 방지할 수 있는 일체의 가능한 소송법적 수단들을 총동원할 것까지 요구한다.

예컨대, 만약 법원에 가처분신청을 했는데 기각되자, 그에 대해 상급심 법원에 상소를 한다면, 이는 전형적인 권리구제절차에 해당하고, 그 최상급심에서 최종적인 판단이 내려진다면, 그로써 독일연방헌법재판소법 제90조 제2항에서 말하는 ‘권리구제절차’는 모두 경로했다고 할 수 있다. 하지만 독일연방헌법재판소의 견해에 따르면, 그렇다고 그 가처분신청에 관한 최상급심 법원의 재판을 거치기만 하면 항상 헌법소원심판청구가 가능해진다고 단정하지는 못한다. 왜냐면, 비록 가처분신청 사건과는 별개인 독자적인 절차이긴 하지만, 그 본안 사건 소송에서 기본권침해를 구제해 줄 여지도 있는바, 만약 그런 경우에 해당한다면 - 이는 특히 주장되고 있는 기본권침해가 가처분신청 절차에 관한 것이 아니라 오로지 본안 사건 자체에 관련된 것일 경우가 그러하다 - 가처분신청 기각에 대한 고유한 상소절차뿐만 아니라, 관련된 본안소송 절차까지 모두 경로하고 나서야 비로소 헌법소원심판을 청구할 수 있게 된다고 한다.<sup>21)</sup> 이를 통해, 말하자면, ‘가처분 신청 기각 재판에 대한 헌법소원심판’은 ‘본안 사건에 관한 법원에서의 소송’에 대해 보충적인 관계에 놓이게 되는 셈이다.

나아가, 보충성 원칙은 단순히 이런 절차를 단지 형식적으로만 경로한다고 해서 충족되는 것은 아니라고 한다. 청구인은 그 절차를 경로하는 과정에서부터 기본권구제에 중요한 일체의 사실들을 주장해야 하며, 헌법재판소에 가서야 비로소 새로운 사실을 주장하면서 기본권구제를 바라서는 안 된다는 것이다.<sup>22)</sup> 또한 법원이 범한 절차적 오류에 대해서는 당해 소송절차에서 진작에 이를 다투었어야 하며, 그렇게 하지 않고 있다가 나중에 헌법소원심판을 청구할 때 비로소 다루려고 하는 것 역시 허용되지 않는다고 한다.<sup>23)</sup>

21) BVerfGE 79, 275 [278 f.]; 86, 15 [22].

22) BVerfGE 81, 22 [27 f.].

23) BVerfGE 84, 203 [208].

요컨대, 기본권구제를 위한 통상적인 권리구제절차를 경료해야 하는 것은 물론이고(연방헌법재판소법 제90조 제2항 소정의 ‘권리구제절차 사전 경료’ 요건), 그 이외에도 청구인에게 가용한 소송법적 절차를 상정할 수 있다면 그런 절차들까지 모두 경료해야 하며(여기까지를 ‘형식적 보충성(formelle Subsidiarität)’이라고 일컫기도 한다), 나아가 그 절차들 내에서 청구인은 기본권구제에 중요한 사실 주장이나 절차적 오류에 대한 이의 제기 등 법원에 의한 기본권구제를 이끌어내기 위한 주장책임을 다하지 않으면 안 된다(이를 ‘실체적 보충성(materielle Subsidiarität)’이라고 일컫기도 한다).<sup>24)</sup>

## (2) 법령소원의 보충성

그런데 이러한 식의 보충성 원칙 적용영역의 확장은 비단 순수하게 법집행기관에 의한 기본권침해가 문제된 경우뿐만 아니라, 법률에 의한 기본권침해가 문제된 경우에게까지 미친다. 여기서 한 가지 지적할 것은, 후자의 경우는 전자와는 다른 특수성이 있는데, 그것은 ‘법률의 위헌성 제거’라는 과제는 결코 헌법재판소와 일반 법원이 공통적으로 담당하는 과제가 아니라는 점이다. 독일에서 규범통제권한은 기본적으로 헌법재판소에 전속하고 있는바, ‘일반 법원에서의 집행행위를 소송물로 한) 권리구제절차’에 대한 관계에서 ‘헌법재판소에서의 법률에 대한 헌법소원심판절차’가 과연 ‘보충적’이라고 말할 수 있는지는 심히 의문스럽다. 그럼에도 이른바 ‘법령소원의 보충성 원칙(Prinzip der Rechtssatzverfassungsbeschwerde)’이라는 명칭 하에, 법률에 대해 직접 헌법소원을 하기보다는 우선적으로 법원에서 관련 집행행위에 대한 권리구제절차부터 밟을 것을 요구하고 있다.

이 원칙은 언뜻 효과의 측면에서 직접성 요건하고 유사한 듯 보이지만, 문제의 법령이 집행행위의 매개 없이 청구인의 기본권을 직접 제한하여 일응 직접성 요건을 충족하는 경우에도 법원에서의 권리구제절차부터 밟을 것을 요구하는 점에서, 법령소원의 여지를 그만큼 더 제약한다. 한 가지 사례를 들어 설명하면,<sup>25)</sup> 다음과 같다.

구 독일보험법 제176c조에 의하면, 장애인법 제1조에서 정의한 장애인들은 별다른 요건의 충족이 없이도 법적 의료보험에 임의로 가입할 수 있었다. 그러나 1981년 법개정으로 말미암아 장애인들은 ‘장애 확정 후 3개월 이내에’ 그리고 ‘장애인 본인, 그 부모 혹은 배우자가 법적 의료보험 가입 5년 전에 3년 이상 보험에 들어 있었던 경우’에 한하여 법적 의료보험에 가입할 수 있게끔 되었다. 종전 규정에 따라 법적 의료보험에 임의로 가입할 수 있었던 청구인

24) 형식적 및 실체적 보충성의 개념 설명에 관하여는, Schlaich/Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 10. Aufl. Rn. 247 ff. 참조.

25) BVerfGE 69, 122.

은, 위 법개정 당시 이미 개정법상 '장애 확정 후 3개월 이내에'라는 요건을 충족할 수 없었기 때문에 더 이상 법적 의료보험 임의가입 대상자의 지위를 가질 수 없게 되었다. 이에 청구인은, 법적 의료보험에의 가입을 더 까다롭게 만든 위 개정 조항에 대해 헌법소원을 제기하였다. 그런데 이에 대해 독일연방헌법재판소는 한편으로는 행정상 특별한 집행행위의 매개 없이 권리관계가 변동한 점을 들어 직접성 요건의 충족을 인정하면서도, 다른 한편으로는 보충성 원칙의 관점에서 '청구인은 먼저 보험가입신청을 한 다음, 이를 보험공단이 위 개정법 규정상 거부할 수밖에 없을 때, 그 거부처분에 대해 제소하여 이를 법원에서 다투는 방안을 일차적으로 강구했어야 했고, 그것이 청구인에게 전혀 수인불가능하다고 보이지도 않는다'고 판시하였다.

이 사례에서 독일연방헌법재판소가 언급한 거부처분은 원래 법에서 그 규정내용의 실현을 위해 예정하고 있던 집행행위가 아니라, 단지 청구인의 재촉에 기해 행해진 데 불과하다는 점에서 이른바 '유발된 행정행위(ein provozierter Verwaltungsakt)'라고 할 수 있다. 과거 독일연방헌법재판소는, 이러한 종류의 유발된 행정행위는 직접성에서 말하는 '집행행위'에 해당하지 않는다고 직접성 요건의 충족을 인정하였고, 그에 따라 법령소원을 적법한 것으로 취급한 바 있다.<sup>26)</sup> 그러나 전술한 판례에서는 청구인에게 수인가능하다면, 인위적으로 행정행위를 유발해서라도 그 행정행위를 다투는 방안을 강구할 것을 요구하고, 법령을 직접 대상으로 한 헌법소원을 부적법 각하하였다. 이것은 '법령소원의 보충성 원칙'이라는 새로운 진입장벽을 추가함으로써, 예전에 단지 '유발된 행정행위'에 불과하다는 이유만으로 그에 대한 구제절차를 밟을 필요도 없고 그래서 법령소원이 적법하다고 한 종전의 판례의 태도를 우회적으로 변경한 것이라고 할 수 있다.

### (3) 보충성 원칙을 설정한 실제적 이유

독일연방헌법재판소가 연방헌법재판소법 제90조 제2항의 권리구제절차 사전 경료의 요건만 적용하는 데에서 그치지 않고, 더 나아가 판례법으로 위와 같이 포섭범위가 다소 광범위한 보충성 원칙을 설정하는 데까지 나아간 것은 재판소원 사건의 폭주로 독일연방헌법재판소의 업무 부담이 가히 감당하기 어려울 만큼 과도해진 데에서 그 주된 원인을 찾을 수 있다. 하지만 법령소원에 관한 한, 단지 연방헌법재판소의 부담 경감만이 목적인 것은 아닌 듯하다. 비록 궁극적으로는 법률의 위헌성 판단이 결국 헌법재판소의 몫으로 돌아가게 될 테지만, 법원에서의 권리구제절차를 우선적으로 밟을 것을 요구함으로써 통상적으로 여러 심급을 거쳐 심리된 사실관계 자료와 함께 일반 법원이 당해 사안을 어떻게 바라보고 있는지 등이

26) BVerfGE 31, 314 [323].

연방헌법재판소에 전달될 수 있게 되는 데에서 그 장점이 있다고 보고 있다.<sup>27)</sup> 그러한 절차를 거치는 것이 청구인으로서의 분명 번거로울 테지만, 어쨌든 법원이 근거법률의 위헌성에 관한 청구인의 견해에 공감한다면 재판 중에 바로 위헌제청을 해 줄 것이고, 설령 법원이 위헌제청을 하지 않는다고 하더라도, 청구인은 최종적으로 재판에 대한 헌법소원을 통해 해당 근거법률에 대한 부수적 규범통제를 이끌어낼 수 있는 만큼, 달리 그런 절차가 수인불가능한 것으로 여겨지게 하는 특별한 사정이 없는 한, 전혀 요구하지 못할 바는 아니라는 것이 연방헌법재판소의 기본적인 입장인 것이다.

#### (4) 소결론

보충성 원칙은 기본적으로 헌법재판소와 일반 법원 사이에 역할 배분에 초점이 맞춰져 있다. 특히 재판소원 사건의 폭주로 연방헌법재판소의 업무 부담이 과중한 상태여서, 기본권 구제의 과제를 일차적으로 일반 법원이 담당하게 할 필요가 그만큼 더 커졌고, 그에 따라 보충성 원칙의 포섭범위도 지나치리만큼 팽창되었다. 것처럼 보충성 원칙을 확장하는 것이 과연 적절한지는 이 글의 범위를 벗어난 것이기 때문에 더 이상 상론하지 않기로 하고, 다만 이 글의 주제와 관련된 한에서 특별히 언급할 만한 의미가 있다고 한다면, 그것은 '법령소원의 보충성 원칙'이다. 이 원칙을 관철시킴으로써, 통상적으로 연방헌법재판소는 업무 부담의 경감이라는 효과를 거둘 수 있게 될 뿐만 아니라, 사건 자료를 전문적으로 관할하여 다루는 일반 법원의 당해 사건의 사실관계 및 법률관계에 대한 평가도 아울러 제공받을 수도 있고, 그리하여 헌법재판소가 자칫 불확실한 사실적·법적 근거 하에 너무 폭넓은 결정을 내려 버리거나<sup>28)</sup> 혹은 관련 법규정의 내용에 대해 아직 법원 내에서 어떤 확립된 판례가 형성되기도 전에 헌법재판소가 독자적으로 해석론을 전개하여 일반 법원에 의한 판례의 발전을 저해하는 우를 범할 가능성을 그만큼 불식시킬 수 있게 된다.<sup>29)</sup>

27) BVerfGE 69, 122 [125 f.].

28) BVerfGE 97, 157 [166].

29) BVerfGE 86, 15 [27].

### Ⅲ. 직접성 요건의 기능과 법적 본질

#### 1. 직접성 요건의 기능

이상과 같은 독일의 직접성 요건 및 법령소원의 보충성 원칙을 참조할 경우 우리의 직접성 요건에 어떠한 기능을 기대할 수 있을지에 관해 다음과 같이 말할 수 있다.

##### (1) 헌법재판소의 부담 경감 및 재판업무의 효율성 제고

헌법재판소가 출범한 지 벌써 30여 년이 되었다. 그동안 우리 헌법재판은 괄목할 만한 성과를 거두었고, 그로써 헌법재판에 대한 국민들의 인식도 크게 제고되었다. 이는 통계에서도 여실히 엿볼 수 있는데, 1988. 9. 1.부터 2021. 3. 31.까지 사이에 총 42,287건이 접수되었고, 그 중 40,924건이 처리되었으며, 특히 올해 3월 한 달에 접수된 사건 수만 해도 무려 1,576건에 이른다.<sup>30)</sup> 이는 공휴일을 제외하고 매일 평균 약 70여 건의 신건이 접수되었다는 이야기인데, 헌법재판관 9명으로 구성된 기관이 그에게 부여된 최고의 권위에 상응하는 재판을 해야 한다는 부담 하에 처리해 나가는 데 있어서 결코 만만치 않은 숫자라고 할 것이다.

이처럼 헌법재판소에 해마다 많은 사건들이 들어오고 있고, 향후에도 그 수가 갈수록 늘어날 가능성이 있어 헌법재판소의 업무부담은 점점 커지는 추세라고 할 수 있지만, 그것들이 다 똑같은 정도로 중요성을 가진다고는 보기 어려울 것이다. 특히 최근에는 헌법재판소에 대한 국민적 관심이 높아지면서 ‘일단 하고 보자’는 식의 헌법소원이 급증하고 있다고 한다. 그런 헌법소원의 상당수는 특정한 법률의 제1조(목적), 제2조(정의) 규정부터 시작해서 관련 별칙규정까지 해당 법률의 거의 대부분의 조항을 망라하다시피 하고, 더 나아가 동법의 시행령 및 시행규칙 조항들까지 포함시키기도 하지만, 정작 청구인과 실질적으로 연관되는 조항은 그 중 극히 일부에 지나지 않는 그런 모습도 보인다는 것이다.<sup>31)</sup>

한정된 인적 자원을 가지고 최고의 권위에 걸맞는 재판을 해야 하는 헌법재판소로서는 그와 같은 헌법소원제도의 남용을 적절히 견제하고 그 역량을 중요 사건에 집중시키는 것이 재판업무의 신속하고 효율적인 처리와 결정의 질의 제고를 위해서도 필요하다. 집행행위를 다투으로써도 얼마든지 기본권구제를 받을 수 있는데도, 일단 무조건 법령에 대한 헌법소원을 제기하는 행태 역시 그런 견지에서 지양되어야 한다. 직접성 요건은 일차적으로 바로 이러한

30) 공보 제294호, 465쪽 이하 참조.

31) 이승환, 기본권침해의 직접관련성에 관한 헌법재판소 결정의 정리와 체계화 시도, 헌법논총 제17집 (2006), 306쪽 이하 참조.

목적을 추구하는 하나의 수단으로서의 의미가 있다.

## (2) 헌법재판소와 법원 사이의 적절한 역할 배분

다른 한편, 직접성 요건은 헌법재판소와 법원 사이의 적절한 역할 배분에도 기여할 여지가 있다. 가령, 어떤 법률규정에 대해 아직 법원의 확립된 유권해석이 내려지지 않은 상황에서 그 법률규정에 대해 직접 헌법소원을 제기하면, 헌법재판소로서는 해당 법률규정의 위헌성 판단을 위해 우선 그것이 어떠한 내용의 규율을 담고 있는지부터 확정해야 한다. 하지만 헌법 이외의 법규정, 즉 일반법에 대한 최종적인 유권해석기관은 대법원 이하의 각급법원이 지, 헌법재판소가 아니다. 헌법 제107조 제1항은 법률의 위헌여부에 관한 한 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판을 받아야 하지만, 당해 소송사건 자체에 대한 재판은 종국적으로 그 법원이 하도록 규정하고 있다. 또한 헌법 제101조 제1항은 “사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다”고 하고 있다. 이들 규정은, 일반법의 해석·적용에 관한 한, 법원이 유권해석권자라는 것을 시사한다. 그럼에도 헌법재판소가 해당 법률규정의 위헌성 판단을 위해 독자적으로 일반법에 관한 해석론을 펼칠 경우 그것은 사실상 헌법재판소가 법원에 대해 일종의 법률 해석 및 적용 지침을 주는 형국이 되어 위와 같이 헌법이 예정한 기능적 권력배분에 배치되는 측면이 있다. 설령 법원이 그것을 무시한다고 하더라도, 그로써 이번에는 헌법재판소 자신의 권위가 심대하게 훼손되는 부작용도 생길 수 있다.

비단 법령의 해석·적용만 아니라, 사실관계의 확정에도 있어서도 상대적으로 더 전문성을 가진 기관은 법원이 지 헌법재판소가 아니다. 헌법재판소는 법원에 비해 세세한 사실관계를 일일이 확정할 만한 인적·물적 여력이 충분하지 않으며, 그런 기능을 일반적으로 담당하는 것이 그의 주요과제도 아니다. 하지만 만약 법률에 대한 헌법소원을 광범위하게 허용한다면, 당장 청구인이 헌법소원을 할 만한 적격을 가지는지 여부를 판단하는 단계에서부터 헌법재판소는 관련 사실관계들 하나하나를 직접 확정하지 않으면 안 된다.

그러므로 결국 헌법이 예정하고 있는 각 사법기관들의 권한영역을 존중하고 일반법의 해석이나 사실관계의 확정에도 있어서 전문성의 비교우위에 따라 헌법재판소와 법원 간에 역할을 합리적으로 배분하려고 한다면, 무분별한 법령소원의 제기를 적절히 제약하여 가능한 한 법원에서의 구제절차부터 밟도록 유도할 필요가 있고, 직접성 요건은 바로 이 목적에 어느 정도 기여할 수 있다고 하겠다.

### (3) 규범통제권의 절제되고 합리적인 행사

나아가, 민주적 정당성을 가진 국회가 만든 법률에 대해 헌법재판소가 규범통제권을 방만하게 행사하는 것은 결코 바람직하지 않다. 본래 헌법은 고도의 개방성을 가지고 있고, 이러한 개방성은 주권자인 국민이 대의민주적 기제를 통해 무엇이 공공선(公共善)이고 이를 실현하기 위해 어떠한 수단을 동원할지에 관한 정치적 결단을 내릴 수 있는 여지를 허여하기 위한 것이다. 이에 따라 헌법의 개방적 규범내용을 현실여건에 맞게 구체화할 일차적 책임은 국민들의 대표들로 구성된 의회에 있다. 그런 의회에서 입법을 통해 내린 결정에 대해 헌법재판소가 규범통제권 행사를 빌미로 지나치게 간여하거나 국민의 대표자들의 결단을 너무 광범위하게 자신의 판단으로 대체하는 것은 바람직하지 않다. 공동체 내의 상충하는 여러 법익들 사이의 최적의 조화점은 기본적으로 의회에서 공개적 토론을 거쳐 과정적으로 찾아가게끔 해야 하지, 헌법재판소가 사법적인 판단으로 선불리 재단할 것은 아니다. 사회구성원들의 각양각색의 이해관계를 9명의 재판관들로 구성된 헌법재판소가 300명의 국회의원들로 구성된 국회보다 훨씬 더 잘 파악하여 항상 현명하게 조정할 수 있으리라는 보장은 없다. 게다가, 헌법이라는 최상위법에 대한 최고 유권해석권한의 행사가 행여 잘못된 결론에 이를 경우, 그것은 어쨌든 일단 법적으로 입법자를 포함한 모든 국가권력에 기속력을 미치면서 법질서에 두고두고 걸림돌이 될 수도 있다. 또한 설령 오판에까지는 이르지 않았다고 하더라도, 위헌성에 관하여 일정한 예단을 심어 주어 법질서 전체가 생동력을 상실한 채 그 위헌성 프레임에 갇혀 화석화될 위험도 있다.

그렇기에 미국이나 독일 등 해외의 헌법재판 모범국들은 규범통제권의 행사에 아주 신중한 자세를 견지하고 있다. 즉, 미국 연방대법원의 경우 법률의 규정이나 그 해석에 의해서는 도저히 합당한 결론이 도출될 수 없을 때에 비로소 헌법적 쟁점들에 대해 판단하는 것을 원칙으로 삼고 있고(이른바 ‘최후수단성 원칙(The Last Resort Rule)'), 독일 연방헌법재판소의 경우 ‘직접성’과 ‘권리구제절차 사전 경료’ 요건들의 결합 내지 ‘법령소원의 보충성 원칙’을 통해 법률에 대한 위헌성 심사 이전에 일반재판권에 의한 권리구제가능성부터 타진하게 하고 있다. 또한 법률에 대한 위헌성을 심사하는 경우에 있어서도 미국의 경우 법률의 ‘문면위헌(unconstitutional on its face)’ 보다는 ‘적용위헌(unconstitutional as applied)’ 여부 심사를 우선시하고, 독일의 경우도 전술한 바와 같이 법령소원을 통한 법률에 대한 본원적 심사보다는 위헌제청에 의한 구체적 규범통제를, 그리고 다시 이러한 구체적 규범통제보다는 가능한 재판소원심판절차 중의 부수적 규범통제의 방식을 우선시함으로써, 법률에 대한 위헌성 심사를 일반·추상적으로 하는 것을 되도록 피하고, 최대한 개별·구체적 사건과 연관시켜

하려고 하고 있다.<sup>32)</sup>

특히, 규범통제에 있어서 이러한 '구체적 사건과의 밀착성' 확보는 '법리적 전문성'과 결합하여 사법기관의 판단을 의회의 판단에 비해 비교우위에 올라서게 하는 요인이 되는 점에서 중요하다. 즉, 입법자는 통상 그 규율대상에 관한 일정한 예측을 바탕으로 일반·추상적 규정을 만드는데, 그런 예측이 과연 얼마나 적실성이 있을지, 그리고 설령 그 입법적 규율이 일반적으로는 타당성을 가진다고 하더라도 개별 사안의 특수성으로 인하여 부당하게 되는 경우는 없을지 등의 판단에 있어서 입법자가 항상 완벽하기는 어렵다. 반면, 사법기관은 구체적 사건과의 밀착성을 확보할 경우 이미 벌어진 개별·구체적 사건의 사태를 확인한 후, 심사를 하는 것이기에, 심판대상 규정의 세세한 잘잘못에 관한 평가에 있어서 입법자에 비해 더 정밀성을 기할 수 있게 되는 것이다.

이에 대해, 어쩌면 법령소원 역시 청구인에게 발생한 구체적인 기본권침해 상황을 전제하는 것이기에, 그런 한에서는 구체적 사건성을 가진다고 할 수 있지 않은가 하는 의문을 제기할지도 모르겠다. 하지만 이 경우 청구인에 대한 부분은 몰라도, 적어도 청구인 이외의 다른 국민들에 대해 적용되는 부분에 관한 한, 아직 충분히 구체화되지 않은 상태라는 점에 유념할 필요가 있다.

한편, 이러한 문제점은 위헌제청에 의한 구체적 규범통제의 경우에도 마찬가지로 되지 않은가 하는 의문도 역시 제기될 여지가 있다. 실제로 구체적 규범통제의 경우에도 당해 사건 당사자 이외의 일반국민은 심판절차에 인입되지 않은 채로 있는 점에서 그들에게 적용되는 법률규정 부분에 관한 한 역시 충분히 구체적 사건화되지 않은 측면이 있다고 할 수 있다. 그러나 여기서도 또 다른 기제를 통해 규범통제권 행사가 보다 합리성을 기할 여지가 있게 되는데, 그것은 바로 '법원의 조력'이다. 법원은 구체적 사실관계의 확정 및 일반법의 해석·적용에 있어서의 전문성을 가지고 구체적 사건에 더욱 밀착하여 사안의 구체적 타당성 있는 해결에 도움이 될 만한 사실적 요소를 발견하거나 사안에 적절한 법률의 해석·적용가능성은 없는지를 점검해 주고, 필요하다면 합헌적 법률해석 내지 (법리적으로 허용되는 한에서) 법관에 의한 법형성을 통해 입법적 흠결을 메워 줄 수도 있으며, 이것마저 어려울 경우에는 최후의 수단으로서 헌법재판소에 법률에 대한 위헌제청을 함으로써 그 위헌성에 관한 자신의 의견을 전달한다. 자신의 결정이 가진 (입법자를 포함한 다른 국가기관에 대한) 법적 기속력 때문에 규범통제권한을 더욱 절제되고 고도로 합리적인 방식으로 행사해야 하는 헌법재판소로서는,

32) 이에 관한 좀 더 자세한 것은, 정광현, 법률의 위헌성에 대한 사법심사, 공법연구 제47집 제1호 (2018. 10), 118쪽 이하 참조.

이러한 법원의 전문적 식견을 하나라도 더 접할 수 있는 것이 그렇지 않은 경우보다 훨씬 더 장점이 많다는 것은 자명하다.

요컨대, 직접성 요건은 법령에 대한 본원적 규범통제보다는 집행행위에 대한 권리구제절차를 우선시키는 효과가 있는바, 그로써 위와 같은 법원의 조력 하에 구체적 사건과의 밀착성을 그만큼 더 강화시키는 계기를 제공할 뿐만 아니라, 경우에 따라 헌법재판소로 하여금 규범의 위헌성에 관한 법원의 의견까지 참고할 수 있게 매개하는 기능도 한다고 하겠다.

## 2. 직접성 요건의 법적 본질

이상과 같이 직접성 요건은 헌법재판소 자신의 업무부담 경감의 측면에서나 법원 및 입법자와의 관계의 측면에서 여러 가지 유의미한 기능이 있다. 하지만 그렇다고 직접성 요건이 법적으로 정당화되느냐 하는 것은 전혀 별개의 문제이다. 그것은 헌법소원을 할 개인의 권리를 제약하는 측면이 있는 만큼, 상응하는 ‘법적 근거’가 있어야 한다. 문제는, 이러한 법적 근거로서 일차적으로 고려대상이 되는 헌법재판소법 제68조 제1항에서는 이 요건에 관한 ‘명시적’ 근거를 찾기 어렵다는 데 있다.<sup>33)</sup> 그렇다면 차선책으로 적어도 ‘해석’에 의해서는 그 법적 근거를 제시할 수 있는지가 관건인데, 이는 필연적으로 직접성 요건의 소송법적 본질을 무엇으로 파악할 것인가 하는 문제를 수반한다. 즉, 법령이 직접성을 결여하면, 다시 말해 어떤 매개되는 집행행위를 예정하고 있으면 헌법소원이 원칙적으로 부적법하다고 하는 것은 여러 적법요건의 범주 중 대상적격에 속하는 것인지, 청구인적격에 속하는 것인지 혹은 그 이외의 것에 해당하는지를 분명히 하고 난 다음에야 비로소 그것이 법적 근거가 있는 것인지를 실질적으로 판단할 수 있게 될 뿐만 아니라, 향후 이 요건의 적용에 있어서 유용한 지침도 얻게 될 것이라는 점이다. 이와 관련해서는 아직 일치된 견해는 없는 듯한데, 현재까지 판례 및 문헌상으로 다음과 같은 입론들이 발견되며, 더러는 하나의 입장 내에 이러한 입론들 중 여러 가지가 함께 혼재해 있는 듯한 양상도 보인다.

### (1) 기본권침해가능성 부정론(실질적으로 ‘대상적격론’)

먼저, 직접성을 ‘기본권제한의 효과’(또는 ‘기본권침해가능성’)라는 실제법적 기준과 직결

33) 같은 견해로, 황도수(주 6), 2003, 64쪽 참조. 참고로, 헌법소원에 관한 한, 우리와 유사한 조문들을 가지고 있는 독일에서도 직접성 요건은 당초 독일연방헌법재판소가 ‘법관법’으로 발전시킨 것이라는 평가로는, Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, 1323쪽 참조. 우리나라에서도 ‘판례법’을 통해 직접성 요건이 적용되게 된 것이라는 견해로, 최희수, 법령헌법소원의 직접성요건에 관한 헌법재판소 판례 경향, 강원법학 제45권 (2015. 6), 4쪽 참조.

시키는 입론이 있다. 가령 어떤 법령에 대한 헌법소원이 제기되었다고 할 때, 기본권제한이 그 법령 자체에 의해 발생한 경우에는 직접성 요건의 충족을 인정할 수 있지만, 그렇지 않고 집행행위에 의해 비로소 발생하는 경우에는 직접성 요건이 구비되지 않은 것으로 보아야 한다는 식인 것이다.

헌법재판소 판례 중에는 “기본권 침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법령 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 법적 지위의 박탈이 발생하는 경우를 말하므로, 당해 법령에 근거한 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 기본권침해의 법률효과가 발생하는 경우에는 직접성의 요건이 결여된다.”고 판시한 부분이 있는데,<sup>34)</sup> 일견 바로 이러한 입론을 취한 예로 비친다.<sup>35)</sup>

이러한 입론에서는, 기본권제한은 법령과 집행행위 둘 중 어느 하나에 의해서만 발생하는 것으로 관념된다.<sup>36)</sup> 그리고 이 경우 매개되는 집행행위를 필요로 하는 법령에 대한 헌법소원을 부적법한 것으로 취급하는 이유는 거의 자명한데, 그것은 ‘그런 법령은 그 자체 기본권침해 가능성이 있다고는 할 수 없기 때문’이라는 데 있다. 이러한 사유를 헌법소원의 적법요건들 중 어느 하나로 분류하자면, 일단 대상적격 아니면 청구인적격의 범주에 드는 것으로 보게 될 텐데, 지배적인 견해는 이를 청구인적격의 범주에 드는 것으로 분류하고 있다.<sup>37)</sup> 하지만 그에 대해 특별히 명확한 근거는 찾아보기 어렵다. 생각건대, 여기서 ‘기본권침해가능성이 없다는 것’이 만약 ‘청구인이 누구이든 상관없이 모든 수범자를 상대로 일반적으로 기본권제한 효과가 없다’는 의미라면, 그것은 ‘대상적격’의 문제로, 그렇지 않고 만약 ‘다른 누군가에게는 기본권제한을 야기할 수 있지만, 적어도 청구인에 관한 한 기본권제한 효과가 없다’는 의미라면, ‘청구인적격’의 문제로 분류함이 타당할 것이다. 사건으로는, 위 입론은 개별 청구인의 특수한 주관적인 사유에 주목한다기보다, 심판대상 법령 자체가 가진 특성 때문에 일반적으로 기본권제한 효과를 부정하는 것이라고 보이므로, 결국 ‘직접성’을 사실상 ‘대상적격’의 문제로 접근하는 입장이라고 간주하는 게 논리정합적이지 않나 한다.<sup>38)</sup>

34) 해당 판례들 중 하나의 예만 들자면, 헌재 2002. 12. 18. 2002헌마279, 공보 제76호, 98.

35) 이러한 판시에 일단 기본적으로 동조하는 입장으로는, 김현철, 헌법소원의 직접성 요건, 헌법판례연구 제9권 (2008. 2), 303쪽 이하; 성기용, 헌법소원의 직접성 요건에 관한 고찰, 이화여대 법학논집 제21권 제2호 (2016. 12), 172쪽; 정재황, 헌법재판론, 2020, 996쪽 이하; 정중섭, 헌법소송법, 2019, 690쪽; 정주백, 집행행위와 헌법소원의 직접성, 헌법재판연구 제7권 제2호 (2020. 12), 235쪽 이하; 황도수(주 6), 84쪽 이하; 허영, 헌법소송법론, 2019, 402쪽 참조.

36) 이런 관념을 드러낸 전형적인 예로는, 정주백, 형사재판 중 적용법령에 대해 헌법소원을 제기하였을 때의 직접성 문제, 헌법재판연구 제5권 제1호 (2018. 6), 312쪽 이하 참조.

37) 예컨대, 정재황(주 35), 925쪽 이하; 허완중, 헌법소송법, 535쪽 이하 참조.

38) 실제로, 헌재 2019. 8. 29. 2018헌마274 결정에서는 “이 사건 심판대상조항은 기본권 침해의 직접성이 인정되지 아니하므로 헌법소원의 대상이 될 수 없다.”라고 판시함으로써, 헌법재판소가 직접성을 사실상 ‘대상적격’ 문제로 인식한다는 인상을 주기도 하였다.

어쨌든 이러한 입장에 대해서는 다음과 같은 의문이 제기될 여지가 있다.

첫째로, 법령이 집행행위의 매개를 필요로 한다고 해서, 반드시 ‘법령 자체는 기본권을 제한한 게 아니다’고 말해야 하는가? 가령, 어떤 집행행위에 대한 소송계속중에 그 근거법률에 대해 위헌제청이 있는 경우, 헌법재판소는 그 위헌법률심판 사건의 결정이유에서 ‘그 근거법률에 의해 제한되는 기본권이 무엇인지’부터 논하는 게 보통이다. 과연 이러한 언어용례에 대해 ‘기본권제한은 근거법률이 아닌 집행행위에 의해 비로소 생긴 것인데도 이를 간과하였다’며 그 표현이 부정확함을 단정할 수 있을까?

참고로, 가령 헌재 2005. 5. 26. 2004헌마49결정에서 헌법재판소는 계구사용행위와 그 근거법령인 계호근무준칙 제298조 제1호, 제2호를 모두 대상으로 한 헌법소원을 전부 적법한 것으로 보아 본안판단을 한 바 있다. 법령과 집행행위 모두 기본권침해가능성을 가진 공권력 작용으로서 대상적격이 있다고 본 것이다. 이는 위 입론이 출발점으로 삼는 ‘법령 아니면 집행행위 둘 중 하나만 기본권제한의 효과를 발생시킨다’는 전제와 분명히 배치되는 사례도 있음을 보여 주는 하나의 반증이라고 할 수 있다.

다른 한편, 독일의 문헌에서는 ‘법령이 개인의 권리의무에 변동을 가져올 집행행위를 예정했다고 할 때, 적어도 그런 법령이 없었던 상황에서의 해당 개인의 기본권적 지위는, 그 법령이 행정청에게 구체적 집행행위를 하도록 수권함으로써 이미 언제든지 해당 집행행위를 당할 것을 수인할 의무를 지는 상태로 변경되었다고 할 수 있다’는 지적도 보인다.<sup>39)</sup> 그러한 한에서 해당 법령으로 인한 ‘직접적인 권리의무의 변동’ 내지 ‘기본권제한’의 존재를 인정할 수는 없을까?

설령 이런 의문들을 차치하고, 기본권제한을 발생시킨 공권력작용으로서 ‘법령 아니면 집행행위’라는 식의 양자택일관계가 성립한다 하더라도, 둘째로, 다음과 같은 지적도 가능할 것이다. 예컨대, 헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25 결정에서는 국가유공자와 그 유족 등 취업보호대상자가 국가기관이 실시하는 채용시험에 응시하는 경우에 10%의 가점을 주도록 한 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제34조 제1항에 대한 헌법소원에서 “심판청구 당시 청구인은 7급 국가공무원 공채시험에 응시하기 위하여 준비 중에 있었기 때문에 이 사건 법률조항으로 인한 기본권침해를 현실적으로 받았던 것은 아니다. 그러나 청구인이 국가공무원 공채시험에 응시할 경우 장차 그 합격 여부를 가리는 데 있어 이 사건 가산점제도가 적용될 것임은 심판청

39) Bettermann, Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtssetzungsakte der öffentlichen Gewalt, AÖR 86 (1961), 176-179쪽; Schenke, Zulässigkeitsprobleme der Rechtssatzverfassungsbeschwerde, in: FS für Steiner, 2009, 690쪽; Stern, 앞의 책, 126쪽; T. Chung, Bedeutung des § 90 BVerfGG für die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen Gesetze, 1993, 213-214쪽 참조.

구 당시에 이미 확실히 예측되는 것이었으므로, 기본권침해의 현재성의 요건도 갖춘 것으로 보아야 한다.”고 하였다. 이것은 비록 현재성에 관한 판사이기는 하지만, 심판대상이 법률규정인 점에서 직접성과도 관련이 있다. 특히 판사에서 위 법률규정의 존재에도 불구하고 ‘기본권 침해가 현실화되지 않았다’고 보고 있는데, 이는 청구인이 실제로 시험에서 불합격처분을 받을 때 비로소 기본권침해가 현실화된다는 취지로 보인다. 만약 그렇다면, 여기서 논의되는 위 입론의 입장에 의할 경우, 기본권침해는 불합격처분에 의해 발생하는 것이지, 위 법률규정에 의해 직접 발생하는 것은 아니라고 하여 직접성 결여를 들어 헌법소원을 부적법 각하했어야 했을 터이다. 하지만 실제 판례는 그렇게 하지 않고 본안판단에 들어갔다. 이러한 결과를 위 입론에서는 어떻게 설명할 수 있을까? 기본권제한 효과 발생에 있어서 전술한 ‘법령과 집행행위 간의 양자택일 관계’라는 도그마를 고수하는 한, 이러한 예외를 포용 내지 해명하기란 그리 쉽지 않을 것이라고 판단된다.

## (2) 광의의 보충성 원칙론

이상의 문제들로 인해 위 (1)의 입론을 보충하거나 혹은 그에 대한 대안을 제시하는 차원에서 직접성 요건을 ‘헌법소원의 광의의 보충성’으로 설명하려는 시도도 행해지고 있다. 헌법재판소는 “법령에 대한 헌법소원에 있어서 ‘기본권침해의 직접성’을 요구하는 이유는, 일반적으로 법령은 구체적인 집행행위를 매개로 하여 기본권을 침해하게 되므로 먼저 일반 쟁송의 방법으로 그 집행행위를 대상으로 하여 구제절차를 밟는 것이 기본권침해에 대한 예비적·보충적인 최후의 구제수단인 헌법소원의 본질에 부합하기 때문”이라고 판시한 바 있는데,<sup>40)</sup> 이러한 시도의 한 예로 보인다.<sup>41)</sup>

이러한 입론은 직접성을 더 이상 순수하게 기본권제한 효과의 유무라는 실체법적인 기준만 가지고 재단하려고 하기보다는, 주로 기능법적인 형량, 특히 헌법재판소와 일반 법원 사이의 역할 분담의 관점에서 접근한다. 즉, “구체적 집행행위가 존재한다면 대체로 그 집행행위를 대상으로 하여 구제절차를 밟을 수 있는 것이기 때문에 그 과정에서 문제된 해당 법률의 적용 여부에 관련하여 전제된 사안의 사실적·법률적 관계를 심사하고 심판청구인의 권리보호 이익, 해당 법률의 위헌여부심판의 필요성 등을 판단토록 하기 위하여” 특별한 사유가 없는 한 그 근거법률을 직접 헌법소원의 대상으로 삼는 것을 원칙적으로 허용하지 않는다는 것이다.<sup>42)</sup> 하지만 ‘특별한 사유’가 있다면, 가령 “집행행위가 존재하는 경우라도 그 집행행위를

40) 헌재 2000. 6. 29. 2000헌마325, 판례집 12-1, 969.

41) 상당히 비중 있게 이러한 입론에 동조하는 견해로는, 김하열, 헌법소송법, 2021, 518쪽 이하; 정호경, 법령소원의 요건에 관한 연구, 사법 제38호 (2016. 12), 594쪽; 최희수(주 33), 5쪽 이하 참조.

대상으로 하는 구제절차가 없거나 구제절차가 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고 다만 기본권침해를 당한 청구인에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것밖에 되지 않는 경우 등”에는 예외적으로 당해 법률에 대해 헌법소원을 할 수 있다고 한다.<sup>43)</sup> 이로써 이 입론은, 어쨌든 자체적으로는 별다른 논리적 모순 없이, 집행행위를 예정한 법령에 대한 헌법소원에서 직접성을 부정하는 원칙과 긍정하는 예외를 모두 포용할 수 있고, 그를 통해 헌법소원의 적법여부의 판단에 그만큼 더 유연성을 발휘할 여지를 확보하게 되었다.

그렇다면, 이러한 ‘광의의 보충성 원칙’의 헌법소원의 적법요건 체계 내에서의 위치는 어디라고 파악해야 할까? 국내 문헌에서는 이에 대해 특별히 고려함이 없이 그냥 청구인적격의 문제로 치부하는 듯하다.<sup>44)</sup> 하지만 ‘보충성’의 관념은 사법기관 내지 재판제도 사이의 우선순위 설정에 주안점을 둘 뿐이고, 청구인의 주관적 사유는 주된 고려대상이 아니다. 물론, 청구인에게 법원에서의 권리구제절차를 밟기를 기대하기 어려운 사정이 있는 때에는 예외적으로 헌법재판소에 바로 헌법소원을 하는 것이 허용되기도 하지만, 그렇다고 그것이 원래 없던 청구인적격을 다시 생기게 하는 것은 아니다. 다른 권리구제절차를 경료하든 그렇지 않든 청구인적격의 유무는 그에 따라 좌우되는 게 아니라고 할 것이다. 청구인이 수인불가능한지에 관한 사정은 단지 법원에서의 권리구제절차를 사전에 거치도록 소송법적 의무를 지울지에 있어서 하나의 고려요소가 되는 데 불과할 뿐이다. 따라서 만약 직접성 요건이 순전히 ‘광의의 보충성’을 구현한 것으로 본다면, 이를 청구인적격의 범주로 분류할 수는 없다.

한편, 만약 직접성을 청구인적격에 위치시킨 것이, 독일의 일부 문헌에서 그러하듯,<sup>45)</sup> 단지 전통적인 판례의 태도와 관행적인 체계를 따른 것일 뿐이고, 실제로는 직접성의 본질이 여전히 ‘광의의 보충성 원칙’의 범주에 드는 것으로 보아야 한다는 입장이라면, 이번에는 다음과 같은 질문들을 던질 수 있다.

첫째로, 법령소원과 법원의 권리구제절차 사이의 관계에서 ‘보충성’이란 관념을 사용하는 것 자체가 과연 적절한가? 앞서도 지적한 바와 같이, 보충성은 복수의 기관들 간에 그 담당과제의 공통성이 있다는 것을 전제로 한다. 그런데 법률에 대한 규범통제권한은 헌법재판소에 전속한 권한인바, 심판대상이 법률인 경우에는 과제의 공통성을 상정하기 어렵다. 그리고 설령 법원도 최소한 위헌제청을 결정하는 과정에서 사실상의 규범심사를 할 권한은 있다고 하더라도, 그것이 과연 헌법재판소에 의한 위헌심사권과의 관계에서 우선적인 순위를 부여받

42) 헌재 1992. 4. 14. 90헌마82, 판례집 4, 202.

43) 헌재 1992. 4. 14. 90헌마82, 판례집 4, 202.

44) 이러한 경향을 보여 주는 것으로는 예컨대, 김하열(주 41), 508쪽 이하; 최희수, 헌법소송법 요론, 2015, 198쪽 이하 참조.

45) 예컨대, Ruppert, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2005, § 90 Rn. 78.

을 만한 것인지도 의문이다.

설령 이러한 개념적 문제를 차지한다고 하더라도, 둘째로, 그러한 보충성 원칙이 과연 법적으로 얼마나 근거가 있는 것인지도 한 번 따져 볼 필요가 있다. 왜냐면, 법령의 경우 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에서 말하는 다른 권리구제절차가 없다는 것이 확립된 판례인바,<sup>46)</sup> 법령에 대한 헌법소원에 있어서 '원래의 의미의 보충성'을 규정한 위 조항은 적용될 여지가 없다고 보아야 하기 때문이다. 이 입론을 칭할 때 '광의의'라는 수식어가 필요한 것도 바로 이러한 이유에서이다. 그렇다면 이제 쟁점은, 이와 같이 실정법상으로는 명시적 근거가 없음에도, 일종의 법관법으로 소위 '광의의 보충성 원칙'이라는 새로운 적법요건을 창설해도 과연 괜찮은가이다. 법정정책적으로는 아무리 그런 광의의 보충성 원칙에 따라 헌법재판소와 법원 사이에 역할을 적절하게 배분할 필요가 있다고 하더라도, 그런 것은 어디까지나 사법기관 내부의 문제일 뿐이고, 권리구제를 희망하는 청구인에게 불이익을 주면서까지 강제하는 것이 당연시될 수 있는 사유는 아니다. 따라서 그럼에도 정녕 '광의의 보충성 원칙'을 내세워 청구인의 법령소원을 각하하려고 한다면, 적어도 별도의 명시적 법률규정을 두어 그런 조치가 청구인의 관점에서 사전에 충분히 예견될 수 있도록 해야 할 것이다. 이러한 전제조건이 갖추어지지 않은 한에서는, 단지 '광의의 보충성 원칙'을 들어 법령소원을 각하하는 것은 정당화되기 힘들다고 생각한다.

### (3) 청구인적격 초과론

따라서 새로운 길이 모색될 필요가 있는데, 그런 차원에서 다음과 같은 입론을 상정해 볼 수 있다.<sup>47)</sup>

① 먼저, 법령은 집행행위를 매개로 하든 하지 않든 관계없이 궁극적으로 청구인의 기본권적 지위에 불리한 변경을 야기하는 한에서는, 기본권제한의 효과가 있다고 본다(언제 그런 기본권제한의 효과가 발생한 것으로 보느냐는 현재성 요건의 문제이므로, 직접성 요건의 충족 여부를 판단하는 단계에서는 일단 논외로 해도 될 것이다). 주지하는 바와 같이, 오늘날 기본권제한 개념은 간접적·사실적 제한도 포함한다. 그러므로 단지 집행행위를 매개로 한다고 해서, 그것이 기본권제한 효과가 없다고 간주할 사유는 아니라고 생각한다.

② 하지만 청구인은 그렇다고 그 법령에 대해 '전적으로' 관련된 것은 아니라는 점에 유의할 필요가 있다. 법령은 일반·추상적 규율로서, 전체 수범자를 대상으로 한다. 이를 관념적으로

46) 헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 503.

47) 정광현, 직접관련성 요건의 본질과 그 심사척도, 공법학연구 제19권 제1호 (2018. 2), 209쪽 이하 참조.

묘사하면, 하나의 법률규정 속에는 각 수범자를 대상으로 하는 개별적 규율들이 무수히 내재해 있고, 그 개별적 규율의 다발 중에 청구인에게 향해 있는 것은 오로지 하나일 뿐이다. 만약 그 무수한 개별적 규율들 중 청구인 자신에 대한 것 하나만 분리해 낼 수 있다면, 청구인은 마땅히 그에 대해서만 헌법소원을 해야 하고, 원칙적으로 그런 한에서만 청구인적격이 인정되게 될 터이다. 하지만 실제로는 일반·추상적 형태의 규정에서 청구인에게만 향해 있는 그 하나의 개별적 규율만 분리해 낸다는 것은 불가능하다. 이 때 만약 청구인이 그런 이유에서 해당 규정 전체를 헌법소원 대상으로 삼는다면, 청구인은 자신이 관련된 그 개별적 규율 부분을 제외한 나머지 규율 부분들에 관한 한, 청구인적격을 초과하여 헌법소원을 한 것이라고 할 수 있다(이하 이를 ‘청구인적격 초과’의 문제’라고 부르기로 한다).

③ 반면, 집행행위를 대상으로 다룰 경우에는 이러한 청구인적격 초과’의 문제가 생기지 않는다. 청구인에 대해 법령을 적용하는 집행행위란, 그 법령 속에 내포된 무수한 개별적 규율의 다발 가운데에서 청구인에게 해당하는 것만 추출하는 과정이기 때문이다.

④ 어떤 법령과 그 집행행위가 청구인에게 기본권제한을 초래하고, 청구인은 해당 법령을 다투어 이를 위헌·무효화시키든, 그 개별 집행행위를 다투어 이를 취소시키든 궁극적으로 자신의 침해된 기본권을 구제받을 수 있다고 할 때, 청구인으로서의 전술한 청구인적격 초과’의 문제를 야기하지 않는 방안을 우선적으로 강구할 것이 요구된다. 헌법재판소법 제40조에 의하여 준용되는 민사소송법 제1조 제2항은 “당사자와 소송관계인은 신의에 따라 성실하게 소송을 수행하여야 한다.”고 규정하고 있는바, 만약 청구인적격 초과’의 문제를 불필요하게 야기하는 방안을 선택한다면, 이는 위 조항 소정의 신의성실의 요청을 위반한 것으로 간주해야 할 터이다. 직접성 요건은 이처럼 청구인적격을 초과하여 법령에 대해 헌법소원을 하기보다, 가능한 한 청구인적격 초과’의 문제를 야기하지 않는 집행행위를 다룰 것을 요구하는 것에 다르아니다. 매개되는 집행행위가 있음에도 법령을 다룰 경우 헌법소원이 원칙적으로 부적법 각하되는 것은, 청구인적격을 초과하여 행사한 부분에 관한 한 청구인적격이 없는 것이기 때문이다.

⑤ 하지만 주의할 것은, 청구인은 법령에 대해 청구인적격이 온전히 있지도 않지만, 그렇다고 전적으로 없지도 않다는 점이다. 정확히 말해, 청구인은 법령에 대해 청구인적격을 단지 ‘부분적으로만’ 가진다고 하겠다. 따라서 만약 청구인에게 법집행행위를 다룰 것을 기대할 수 없는 특별한 사정이 있는데도, 무조건 법령에 대한 헌법소원을 청구인적격 결여를 이유로 각하하는 것은 지나치다. 경우에 따라 직접성 요건의 예외를 인정하는 것은 바로 이러한 이유에서이다.

이러한 입론에 의할 때, 직접성 요건은 진정으로 청구인적격의 문제로 편입되게 된다. 언뜻 심판대상을 법령으로 할 것이냐 아니면 집행행위로 할 것이냐에 관한 문제로 보이는 점에서 대상적격에 속하는 것이 아닌가 하는 의문이 제기될 여지도 있지만, 그것은 단지 현상적인 것에 불과할 뿐, 본질은 아니다. 청구인적격은 헌법소원심판의 대상이 된 공권력의 행사 또는 불행사에 대해 '누가' 헌법소송을 제기하여 다툴 자격이 있는지에 관한 것인데, 이를 달리 표현하면, 청구인이 '어떠한 공권력의 행사나 불행사에 대해' 소송수행을 할 수 있는 정당한 적격자로서의 지위가 인정될 수 있느냐에 관한 문제로도 볼 수 있다. 즉, 청구인적격은 헌법소원대상과 청구인 사이의 특정한 관련성을 요구하는 것인바, 이는 한편으로는 '정당하게 청구인이 될 수 있는 자의 범위'를 규정함과 동시에, 다른 한편으로 '청구인이 정당한 적격자로서 다툴 수 있는 공권력의 행사 또는 불행사의 범위'를 규정하는 의미도 있다고 하겠다.

생각건대, 이 입론은 여러 장점이 있다. 첫째로, 직접성을 결여하면 법령소원이 부적법한 이유를 더 이상 청구인과 무관한 사법기관들 간 기능 배분의 필요성에서 찾지 않고, 바로 '청구인적격 초과'라는 청구인 자신의 특수한 상태에서 발견하기 때문에, 청구인에 대한 관계에서 이 요건의 정당화가 그만큼 더 용이해지는 면이 있다. 또한 직접성 요건의 법적 근거도 비교적 명확하게 제시할 수 있게 된다. 즉, 헌법재판소법 제68조 제1항 본문 중 "공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자"라는 문언과 헌법재판소법 제40조에 의해 준용되는 민사소송법 제1조 제2항 등의 해석을 통해 이 요건이 도출된다고 하겠다.

둘째로, 한편으로는 청구인에게 법령에 대한 청구인적격이 '온전히' 있지는 않기 때문에 원칙적으로 법령소원을 각하할 수 있다고 하면서도, 다른 한편으로는 그렇다고 청구인적격이 '완전히' 없는 것은 아니고 적어도 '부분적으로는' 있는 것으로 관념함으로써, 직접성의 예외 인정의 기초를 제공한다. 그리고 이처럼 유동적인 상황을 상정함으로써 사법기관 내 적절한 역할 배분 등에 관한 공익과 청구인의 사익을 형량을 통해 유연하게 조정할 여지도 커지게 된다.

셋째로, 더 이상 전통적인 직접성 공식에만 구속되지 않고, 한 걸음 더 나아가, - 독일식의 '법령소원의 보충성 원칙'의 적용사례와 같이 - 비록 법령이 매개되는 집행행위를 예정하지 않은 경우라고 하더라도, 청구인에게 수인불가능한 부담을 주지 않는다는 조건 하에서, 일단 인위적으로 집행행위를 유발해서라도 법령소원 대신에 집행행위를 다투는 방안을 강구할 것을 요구할 여지가 있게 된다. 왜냐면 집행행위의 매개가 있든 없든, 법령소원이라면 청구인적격 초과 문제는 그대로 상존하는 것이기 때문이다.

### 3. 소결론

직접성 요건은 심판청구대상 법령이 매개되는 집행행위를 요하는 한에서 그에 대한 헌법소원을 부적법 각하하여 조기에 종료할 수 있게 함으로써, 일차적으로 헌법재판소의 업무부담을 경감하고, 헌법재판소가 불필요하게 사실관계의 확정이나 일반법의 해석에 관여함이 없이 이를 일차적으로 법원에서 맡아 하도록 배분하는 기능도 있다. 그리고 무엇보다 국회가 만든 법률을 기초도 불확실한 상태에서 광범위하게 일반·추상적으로 심사하는 것을 피하고, 법원에서 법집행행위에 대한 권리구제절차가 먼저 경로되는 과정에서 획득된 구체적인 사실관계 자료와 관련 일반법의 해석에 관한 법원의 견해를 전달받을 기회를 가진 후, 규범통제에 본격적으로 착수할 수 있게 하는 점에서 규범통제권의 절제되고 합리적인 행사에도 도움이 되는 측면이 있다.

이처럼 법정정책적인 관점에서 여러 유의미한 기능이 있지만, 이것 자체가 이 요건을 정당화할 수 있는 법적 근거가 되는 것은 아니다. 하지만 이 요건을 명시적으로 규정한 법률은 없기 때문에, 과연 해석론에 의해 그 법적 근거를 찾을 수 있는지 검토할 필요가 있으며, 이는 이 요건의 법적 본질을 어떻게 파악할 것인가 하고도 관련이 있다.

이와 관련하여 판례나 문헌에서는 직접성 요건을 근거지우는 여러 가지 입론이 발견되는데, 그 중 먼저 '기본권침해가능성 부정론'은 매개되는 집행행위를 요하는 법령은 그 자체로 기본권제한 효과를 발생시키지는 않는다는 이유로 실질적으로 해당 법령의 '대상적격'을 부정하는 입장이다. 하지만 이는 기본권침해를 야기한 공권력작용으로서 '법령 아니면 집행행위'라는 양자택일의 도그마에 사로잡혀 있다는 한계가 있으며, 직접성 원칙의 예외가 인정되는 근거를 설명하는 데에 있어서도 취약하다. 다음으로, 이른바 '광의의 보충성 원칙'이라는 관념으로 직접성을 설명하려는 입론이 시도되기도 하는데, 그에 따르면 헌법소원은 예비적·보충적인 최후의 구제수단인바, 달리 특별한 사정이 없다면, 헌법재판소에 근거법령에 대해 헌법소원을 제기하기보다는 법원에 그 집행행위를 다투는 소를 제기하는 방안이 우선적으로 강구되어야 한다면서, 그렇기 때문에 집행행위를 요하는 법령에 대한 헌법소원을 각하할 수 있다고 한다. 그러나 법률에 대한 규범통제권은 원래 헌법재판소에 전속되어 있다는 점에 비추어볼 때, 법률이 심판대상을 이룬 경우에도 과연 '법원절차에 대한 헌법재판소절차의 보충성'을 상정할 수 있는지가 의문이고, 나아가 그런 '광의의 보충성'을 뒷받침할 만한 법적 근거도 부족하다는 점에서 이 입론의 약점이 있다고 하겠다. 끝으로, '모든 수규자에 적용될 법령에 대해 청구인이 심판을 청구하는 것은, 해당 법령에 내포된 무수한 개별 규율들 중 청구인 자신에게 향해진 규율 부분을 넘어서 다른 사람들에 대한 규율 부분까지 다투는 것이고, 그런 범위에서 청구인

적격을 초과하여 소송을 수행하려는 것이어서, 그 법령소원을 부적법 각하하는 것'이라는 입론도 있다. 이 마지막 입론이 청구인한테는 그나마 어느 정도 설득력을 발휘할 수 있을 테고, 직접성 요건의 예외가 인정되는 이유도 큰 무리 없이 설명할 수 있는 점에서 타당하다고 생각한다.

## IV. 대상 결정에 대한 검토

### 1. 공무원 의제조항 결정(헌재 2016. 11. 24. 2013헌마403)

이 사건에서 심판대상조항은 농업협동조합중앙회의 과장대리급 이상의 직원도 뇌물 수수 등 행위와 관련해서는 공무원으로 의제하여 형사처벌되도록 하겠다는 취지를 담고 있다. 이 결정의 반대의견이 타당하게 지적한 바와 같이, 이는 원래 공무원이 아닌 자에게 공무원과 동일한 행위금지의무를 부과한 것이고, 이러한 행위금지의무의 발생에는 다른 매개되는 집행 행위는 존재하지 않는다. 그런 점에서 판례가 말하는 직접성의 전형적인 징표, 즉 '집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우'에 해당한다. 그러므로 일견 '전통적 의미의 직접성 요건'은 충족되었다고 볼 수도 있다.

하지만 그렇다고 해서 위 사건에서의 법령소원이 적법한 것으로 받아들여져야 한다고 결론 내리는 것은 아직 속단이다. 법령을 심판대상으로 했을 때 발생하는 청구인적격 초과 문제 는 여전히 남아 있기 때문이다. 즉, 청구인은 해당 법령에 대해 '온전히' 청구인적격을 가지고 있지는 못하다. 그런 청구인적격상 결함에도 불구하고 법령소원이 적법한 것으로 받아들여지려면, 청구인에게 '당장 법령소원을 제기할 것이 아니라, 우선 대체적인 권리구제절차를 경료 하라'고 요구하는 것이 수인불가능하다는 사정 등이 존재해야 한다. 이러한 요청을 '직접성 요건'이라고 부르든 아니면 독일에서 논의되는 바와 같이 '법령소원의 보충성 원칙'이라고 부르든, 그것은 단지 명칭을 달리하는 데 불과할 뿐이고, 근본적으로 청구인적격 초과 문제 로부터 도출된다는 점에서 그 본질은 다르지 않다.<sup>48)</sup>

집행행위 개념의 제한적 정의, 즉 '아직 청구인의 권리관계를 변동시킬 가능성만 가진 법률 에 근거하여 청구인의 법률관계를 구체적으로 변동시키는 행위'라고 정의하는 데 대해서는

48) K. Chung(주 19), 391쪽 참조.

그렇게 정의해야 할 필연성이 도대체 어디에서 도출되는지도 의문이거나, 전술한 바와 같이 - 직접성이라고 하든 법령소원의 보충성이라고 하든 - 청구인의 수인가능성을 전제로 청구인적격 초과에 대처할 필요가 있다고 한다면, 애써 그렇게 정의해 본들 그다지 큰 실익이 있을 것 같지도 않다. 오히려 중요한 것은, 청구인적격 초과 문제를 일으키지 않는 어떤 다른 유효한 구제절차를 상정할 수 있는가이다.

청구인이 뇌물 수수 행위와 관련하여 공무원으로 의제되어 형사처벌의 대상이 됨으로 인한 기본권제한은, 그 근거법령에 해당하는 공무원 의제조항을 위헌·무효화함으로써도 해소될 수 있고, 형사재판절차에서 검사가 공소제기한 데 대해 사실관계를 다투거나 다른 구성요건이 충족되지 않았음을 다투거나 혹은 위법성조각 내지 책임조각 사유의 존재, 공소시효 만료 등과 같은 것들을 주장함으로써 사실상 해소될 수도 있다. 설령 전체 소송경과에 비추어 심판대상조항을 다투는 것 이외에는 달리 기본권제한을 해소할 방법이 없음이 나중에 밝혀진다고 하더라도, 헌법재판소와 마찬가지로 헌법을 재판규범으로 삼아 국민의 기본권을 구제해야 하는 임무가 있는 법원은 그런 경우 위헌제청을 하든가 아니면 법률하위법령의 경우에는 스스로 그 위헌성을 판단하여 적용을 배제하는 식으로 대응하게 될 터이다. 이런 점까지 종합해 보면, 형사재판절차 자체가 앞서 말한 ‘다른 유효한 구제절차’에 해당하며, 권리구제의 기대가능성도 어느 정도 충분하다고 볼 여지가 있다.

이러한 형사재판절차에서 위와 같이 공소제기의 부당성을 다투어 성공할 가능성이 아직 남아 있는데도, 전체 소송경과에 비추어 그 심사가 꼭 필요한 것인지도 불분명한 법령을 들고 와 헌법소원을 하는 것을 무분별하게 허용하고 그에 기해 법령에 대한 위헌심판을 남발한다면, 그로써 헌법소원심판이 사실상 민중소송처럼 변질될 우려는 그만큼 더 커질 것이다.

물론, 공소제기가 되기 전이라면, 그 경우에까지 ‘형사재판절차를 통해 문제 해결을 시도해 보라’라고 하는 것은 일단 청구인에게 범법행위를 하여 처벌의 위험에 스스로를 노출시키라는 이야기밖에 되지 않아 청구인으로서 수인불가능할 터이다. 하지만 이미 기소되어 기왕에 법원에서의 재판절차가 진행중이라면, 원칙적으로 일단 그 절차에서 문제를 해결하는 방안을 강구하는 것이 우선될 필요가 있다.

그렇다면, 대상 결정의 법정 의견이 해당 법령소원을 부적법 각하한 것은 - 그 판시에 있어서 다소 무리한 논리를 구사한 듯한 측면은 있지만 - 어쨌든 결론적으로는 정당한 것으로 보인다. 다만, 이 경우 계속 ‘직접성 흠결’로 그 사유를 댈지 아니면 ‘청구인적격 흠결’로 그 사유를 댈지는 좀 더 고민해 볼 문제이다.

## 2. 면세 제외조항 결정(헌재 2020. 9. 24. 2017헌마498)

이 결정에서도 ‘전통적 의미의 직접성 요건’은 충족되었다고 할 수 있다. 사안에서 심판대상 조항은 집행행위의 매개 없이 그 자체로 청구인과 같은 일반적인 지방공사를 부가가치세 면제조항의 소급적용 대상에서 확정적으로 배제하였기 때문이다.

특히, 신고납세 방식의 조세에 있어서 과세처분은 원칙이 아니라 예외적으로만 행해질 뿐이고, 통상적인 경우에는 조세채무 확정에 과세처분이 개재되지 않는다. 우리나라의 부가가치세에 해당하는 독일의 매출세(Umsatzsteuer)와 관련하여 제기된 법령소원에서 독일연방헌법재판소는 “1967년 매출세법 제16조, 제18조에 의하면, 방송국은 한 해가 지나면 조세신고를 해야 하고, 매월 말일로부터 10일 이내에 사전신고를 함과 동시에 사전납부를 해야 한다. 사전신고는 조세신고로 간주된다. 과세결정은, 만약 조세신고와 다르지 않게 조세가 확정되었다는 전제 하에 방송국이 이를 포기하면, 행해지지 않는다. 따라서 이러한 과세결정은 조세산정절차에서 원칙이 아니고, 단지 방송국이 그 조세채무의 근거와 액수를 다프으로써 유발될 수 있을 뿐이다. 오로지 납세의무자의 측구에 의하여 행해진 데 불과한 ‘유발된 행정행위’는 연방헌법재판소 판례에서 말하는 법률의 집행에 필요한 집행행위가 아니다.”라고 하며, 직접성 요건의 충족을 인정한 바 있다.<sup>49)</sup> 이러한 독일의 판례를 참조하더라도, 부가가치세와 같은 신고납세 방식의 조세에 관한 법령은 그 자체로 권리·의무의 변동을 야기하는 조항이라고 봄이 상당할 것이다.

하지만 그렇다고 해서 이것이 법령소원이 적법하다는 결론으로 바로 직결된다고 할 수는 없다. 이른바 ‘유발된 행정행위’는 직접성에서 말하는 집행행위가 아니고 따라서 법령소원은 직접성 요건을 갖춘 적법한 헌법소원이라고 판단한 위 독일연방헌법재판소 판례는, 그사이 ‘법령소원의 보충성 원칙’의 엄격한 적용에 의해 우회적으로 변경되었다. 오늘날 이 원칙은, 청구인에게 수인가능하기만 하다면, 경우에 따라서는 인위적으로 행정행위를 유발해서라도 그 행정행위에 대한 권리구제절차를 거쳐야 하지, 법령소원을 제기하려고 해서는 안 된다는 식으로 적용되고 있는데,<sup>50)</sup> 이것 역시 청구인적격 초과의 문제로부터 연원한 것이라고 하겠다. 그리고 이러한 원칙에 따를 때, 과세처분이나 경정청구거부처분 등이 면세 제외조항이 의도한 권리·의무관계의 변동을 현실화한 - 이른바 전통적 의미의 직접성 요건에서 말하는 - ‘집행행위’인지를 논하는 것은 별로 중요하지 않다. 청구인은 그 스스로 이들 처분을 유발해서라도 그에 대한 권리구제절차를 밟도록 요구될 여지가 있기 때문이다.

49) BVerfGE 31, 314 [323].

50) BVerfGE 69, 122.

다만, 관건은 청구인에게 ‘법령소원을 제기하기보다는, 과세처분 또는 경정청구거부처분을 유발한 후, 이를 다투라’고 요구하는 것이 수인불가능하느냐에 달려 있다고 할 것이다. 대체로 조세와 관련해서는 근거법령을 다투면서 납세를 지연하는 것을 그대로 용인하기는 어려울 것이므로, 수인불가능성 판단에 보다 엄격한 잣대를 적용할 개연성이 크다. 물론, 수인불가능성은 언제나 항상 일반·추상적인 형량이 아니라 청구인의 특수한 주관적인 사정을 고려한 개별·구체적인 형량에 의해 판단되어야 한다.

대상 결정의 사안에서 청구인은 실제로 문제의 부가가치세와 관련해 이미 과세처분을 받았고, 그에 대해 법원에 취소를 구하는 소까지 제기하였다. 과세처분 취소소송에서는 적극적·소극적 과세요건의 충족 여부에 대한 심사가 포괄적으로 행해질 수 있는바, 그 과정에서 청구인의 특수한 상황에서 기인하는 법률포섭의 부당성 내지 과세요건 미충족 같은 것들을 다투어 볼 여지가 있었다. 설령 그로써 부가가치세로 인한 재산권 제한이 근본적으로 제거되기 힘들고 궁극적으로는 면세 제외조항을 다투는 수밖에 없다고 하더라도, 헌법재판소가 불필요하게 법령소원을 받아들여 관련 사실관계의 확정이나 조세법령의 해석에 그 역량을 소진하기보다는, 그에 전문성 있는 법원으로 하여금 이를 담당하게 할 필요가 있고, 그 과정에서 정녕 근거법령의 위헌성이 문제된다면, 법원이 위헌제청을 하거나 법률하위법령의 경우에는 스스로 부수적 규범통제를 함으로써 적절히 대응하는 것도 가능한 상황이었다. 그리고 실제로 청구인은 법원의 소송절차에서 면세 제외조항의 위헌성을 주장하기도 하였다. 결과적으로, 사건이 대법원의 상고기각 판결로 종결되기에 이르기까지 청구인 주장의 위헌성은 받아들여 지지 못한 것 같으나, 그렇다고 해서 해당 소송절차를 거치는 것이 권리구제의 기대가능성 없는 우회적인 절차에 지나지 않는 것이라고는 볼 수 없다. 명령·규칙·처분의 위헌 여부가 재판의 전제가 된 경우 대법원이 그에 대한 최종적 심사권한을 가진다고 규정한 헌법 제107조 제2항의 체제 하에서, 법원도 헌법상 그에게 부여된 규범통제권한의 범위 내에서는 헌법재판소와 대등한 규범통제기관으로 간주되어야 할 테기 때문이다.

이 모든 것을 종합할 때, 과세처분이나 경정청구거부처분 취소소송을 통해 법원에서 권리구제를 받을 가능성을 전제로 청구인에게 법령소원을 허용하지 않은 것은 어쨌든 결과적으로 정당했다고 할 것이다.

## | 참고문헌 |

- 김하열, 헌법소송법, 박영사, 2021.
- 정재황, 헌법재판론, 박영사, 2020.
- 정종섭, 헌법소송법, 박영사, 2019.
- 허영, 헌법소송법론, 박영사, 2019.
- 허완중, 헌법소송법, 박영사, 2019.
- 황도수, 헌법재판실무연구, 지구촌, 2003.
- 공진성, 형벌규정에 대한 헌법소원심판청구의 직접성에 관한 연구 - 헌재 2016. 11. 24. 2013헌마403 결정에 대한 평석, 전남대 법학논총 제41권 제1호 (2021. 2).
- 김규림, 신고납세방식 조세에 관한 법령과 헌법재판소법 제68조 제1항 헌법소원 - 헌재 2020. 9. 24. 2017헌마498 결정을 중심으로, 조세법연구 제26권 제3호 (2020. 11).
- 김현철, 헌법소원의 직접성 요건, 헌법판례연구 제9권 (2008. 2).
- 성기용, 헌법소원의 직접성 요건에 관한 고찰: 예외에 관한 헌법재판소 판례를 중심으로, 이화여대 법학논집 제21권 제2호 (2016. 12).
- 이승환, 기본권침해의 직접관련성에 관한 헌법재판소 결정의 정리와 체계화 시도, 헌법논총 제17집 (2006).
- 정광현, 법령에 대한 헌법소원의 청구기간, 이강국 헌법재판소장 퇴임기념논문집, 박영사, 2013.
- 정광현, 직접관련성 요건의 본질과 그 심사척도, 공법학연구 제19권 제1호 (2018. 2).
- 정광현, 법률의 위헌성에 대한 사법심사 - 사법심사 유형과 그 운영의 합리성 제고를 중심으로, 공법연구 제47집 제1호 (2018. 10).
- 정주백, 형사재판 중 적용법령에 대해 헌법소원을 제기하였을 때의 직접성 문제 - 헌재 2016. 11. 24. 2013헌마403에 대한 평석, 헌법재판연구 제5권 제1호 (2018. 6).
- 정주백, 집행행위와 헌법소원의 직접성, 헌법재판연구 제7권 제2호 (2020. 12).
- 정호경, 법령소원의 요건에 관한 연구 - 직접성 요건을 중심으로, 사법 제38호 (2016. 12).
- 최희수, 법령헌법소원의 직접성요건에 관한 헌법재판소 판례 경향, 강원법학 제45권 (2015. 6).

- Chung, Kwang-hyun, Zur Nützlichkeit der Urteilsverfassungsbeschwerde. Eine rechtsvergleichende Betrachtung u.a. aus koreanischer Perspektive, Hamkemannunbi, 2012.
- Chung, Tae Ho, Bedeutung des § 90 BVerfGG für die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen Gesetze. Versuch des normorientierten Aufbaus der Systematik der Zulässigkeitskontrolle der Rechtssatzverfassungsbeschwerde, Diss. Uni. Regensburg, 1993.
- Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan, Das Bundesverfassungsgericht, 10. Aufl. C.H.Beck, 2015.
- Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, C.H.Beck, 1994.
- Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas/Dollinger, Franz-Wilhelm (hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz Mitarbeiterkommentar, C.F.Müller, Heidelberg, 2005 (각주에서 인용형식: 집필자, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG).
- Bettermann, Karl August, Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtssetzungsakte der öffentlichen Gewalt, AÖR 86 (1961).
- Schenke, Wolf-Rüdiger, Zulässigkeitsprobleme der Rechtssatzverfassungsbeschwerde – Unmittelbare Betroffenheit, Subsidiarität, Rechtswegerschöpfung, Verfassungsbeschwerdefrist, in: Festschrift für Udo Steiner, Stuttgart u.a., 2009.

## | Abstract |

1. Nach der Rechtsprechung des KVerfG ist das unmittelbare Betroffensein des Beschwerdeführers, welches zusammen mit dem Selbst- und dem Gegenwärtigbetroffensein eine Voraussetzung für die Rechtssatzverfassungsbeschwerde bildet, dann anzuerkennen, wenn ihm eine Rechtsnorm eine Gebots- bzw. Verbotspflicht auferlegt, ohne dass ein weiterer Vollzugsakt erforderlich ist. Bei einer Strafrechtsnorm wird eine solche unmittelbare Betroffenheit normalerweise bejaht. Allerdings hat das KVerfG im Beschluss 2013Hunma403 etwas anders entschieden. Nach seiner Auffassung sei die Verfassungsbeschwerde gegen eine Strafrechtsnorm dann unzulässig, wenn der Beschwerdeführer wegen des Verstoßes gegen sie schon angeklagt ist. In einem solchen Fall sei es nämlich dem Beschwerdeführer durchaus zumutbar, zuerst auf das strafgerichtliche Verfahren verwiesen zu werden.

Meines Erachtens ist der Beschwerdeführer zwar durch die Strafrechtsnorm unmittelbar betroffen, aber die Entscheidung des KVerfG ist trotzdem zu befürworten. Denn bei der Rechtssatzverfassungsbeschwerde ergibt sich immer das Problem des Exzessiv-Beschwerdefugtseins. Das heißt, der Beschwerdeführer wäre insofern exzessiv beschwerdebefugt, als er die Verfassungsbeschwerde auch gegen den Rechtsnormteil erheben würde, welcher nicht auf ihn selbst, sondern andere Adressaten richtet. Ein derartiges Exzessiv-Beschwerdefugtsein ist nur hinnehmbar, wenn dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde, falls er zunächst auf das fachgerichtliche Verfahren verwiesen würde. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn das fachgerichtliche Verfahren, in welchem der Beschwerdeführer gegebenenfalls abgeholfen werden kann, schon anhängig ist.

2. Im Beschluss 2017Hunma498 des KVerfG geht es darum, ob die Verfassungsbeschwerde gegen eine steuerrechtliche Vorschrift, die den angeblich gleichheitswidrigen Ausschluss des Beschwerdeführers von der Befreiung der

Mehrwertssteuer regelt, zulässig ist. Das KVerfG hat die Verfassungsbeschwerde als unzulässig abgewiesen, zwar mit der Begründung, dass der Beschwerdeführer nicht unmittelbar durch die angegriffene Vorschrift betroffen sei. Diese Begründung überzeugt aber nicht, weil der Ausschluss kraft der Vorschrift auch ohne einen Vollziehungsakt erfolgt ist. Dennoch ist die Unzulässigerklärung der Verfassungsbeschwerde meiner Meinung nach berechtigt. Auch im Fall war nämlich das fachgerichtliche Verfahren schon anhängig, indem der Beschwerdeführer die Anfechtungsklage gegen den Steuerbescheid erhoben hatte.

**Keywords:** Rechtssatzverfassungsbeschwerde, Unmittelbare-Betroffenheit, Exessiv-Beschwerdebefugtsein, Strafrechtsnorm, steuerrechtliche Vorschrift

