

같은 기능을 가지게 된다.<sup>109)</sup> 사회적 참여권의 헌법적 형성은 아벤드로트(Abendroth)에 의해서 최초로 체계화되었는데,<sup>110)</sup> 국가권력에 비종속적인 사회적으로 자유로운 자기 결정으로서의 참여권을 통하여 인격발현권과 근로의 권리 및 재산권보장 등의 영역에서 기본권해석의 새로운 진입관문을 열게 한다는 것이다.<sup>111)</sup> 참여권은 민주적 참여의 보장과 사회적 참여의 보장으로 나누어지는데 사회국가적 기본권이론의 내용에 해당하는 것은 후자의 사회적 참여를 기본권으로서 보장하는 것을 의미한다.<sup>112)</sup> 자유와 참여의 이원주의적 관점에서 본다면 자유가 민주주의적 기본권관념의 징표라면 참여는 사회국가적 기본권관념의 요소이기 때문에<sup>113)</sup> 사회적 참여권은 사회국가원리에 구속적인 평등규정의 근거에 따라 물질적 생존의 구축을 가능케 하는 것이다.<sup>114)</sup> 사회국가적 기본권이론에 따르면 사회적 참여권은 헌법에 직접 규정된 헌법의 지도규정은 아니라 하더라도 입법권자의 입법행위, 행정 및 사법을 구속하는 지침이 된다.<sup>115)</sup>

## 2. 기본권의 사회적 기능과 재산권의 사회구속성

재산권보장은 시민적 권리의 보장으로서의 제도에 관한 헌법적 보장규정이 아니라, 좁은 의미의 시민으로서의 국민 일부에 대한 확고한 안전을 목표로 하는 것이므로,<sup>116)</sup> 사회정책적 측면에서 다른 기본권으로부터 간섭을 받게 된다.<sup>117)</sup> 사회국가원리의 규범적 기능은 재산권영역에 있어서 사회의존적인 계층의 사회적 요구를 수용할 수 있게 재산권자에게 그 권리행사에 대하여 헌법적인 간섭을 허락하며, 동시에 반사회적인 재

<sup>109)</sup> 따라서 국가는 재정상태와 관계없이 최저생존에 관한 급부요구를 침해할 수 없게 되므로 사회국가적 기본권이론의 제1차적 목적이 되는 급부요구권은 헌법체계상에서 보장되는 것이다. vgl. Krüger/Seifert, a.a.O., S. 24; Bleckmann, a.a.O., S. 18, 90.

<sup>110)</sup> Abendroth, Begriff und Wesen des sozialenn Rechtsstaats im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland(1954), in: ders., Antagonistische Gesellschaft und politische Demokratie, 1967, S. 126f.

<sup>111)</sup> Abendroth, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, in: Perels(Hrsg.) Materialien zur Verfassungsgeschichte und Verfassungstheorie der Bundesrepublik, 1975, S. 66f.

<sup>112)</sup> 즉, 사회적 참여권이란 사회국가원리에 의한 기본권지위(Grundrechtsposition)의 창설을 요구하는 주관적 권리를 뜻한다. Mössner, Staatsrecht, 2. Aufl. 1985, S. 16.

<sup>113)</sup> Haverkate, Rechtsfragen des Leistungsstaats, 1983, S. 63ff.

<sup>114)</sup> Staff, Verfassungsrecht, 1976, S. 29.

<sup>115)</sup> 따라서 참여권은 한편으로는 입법권자가 기본권침해를 위한 위임을 실행하거나, 다른 한편으로는 국가적 행위의 내용과 목적을 정하는데 있어서 중요한 기능을 가지게 된다. Bleckmann, a.a.O., S. 218.

<sup>116)</sup> Smend, Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht, in: Staatsrechtliche Abhandlungen von Rudolf Smend, 1955, S. 319.

<sup>117)</sup> Hamel, a.a.O., S. 23.

산권의 남용을 배제하는 것이다.<sup>118)</sup> 현대국가에 있어서의 재산권보장은 재산권자의 무제한적 권리행사를 의미하는 것이 아니라, 사회적합성과 공공복리적합성에 구속적인 보장을 의미한다. 즉 재산권에는 사회구속성이 가하여지는 것이다. 입법권자는 개별재산권자의 자유이익과 사회공동체의 필수적인 공동이익이 균형되게 실현되도록 재산질서(Eigentumsordnung)를 유지하여야 하는 것이다. 입법권자는 재산권내용을 규정하는 경우에 공공복리를 고려하여야 하며, 또한 재산권자의 권능과 의무를 이와 같은 사회국가원리에 맞게 설정하여야 한다. 재산권의 사회구속성을 정하는 표준척도는 구체적인 경우에 재산객체가 갖는 사회적 관련성과 사회적 기능이다.<sup>119)</sup> 개인이 소유하고 있는 재산객체가 단지 그 자신의 생존뿐만 아니라, 타인의 생존이나 생활에 직접적인 혹은 간접적인 의미를 가지는 경우에는 그 재산권에 대한 사회적 평가가 달라져야 하는 것은 바로 이와 같은 사회적 기능 때문이다. 재산권의 사회적 관련성은 유한적이고 희소성을 가진 재산객체나 사회공동체를 위하여 중요한 기능을 가지는 재산객체에 대하여 보다 큰 헌법적 의미를 갖게 된다. 전자의 경우에 해당하는 것이 토지재산권에 관한 사회구속성이고, 후자에 속하는 것으로서는 특히 자연보호, 수질과 환경보존, 공적 인접권 및 문화재보호 등을 위한 재산권의 사회구속성이다. 재산권의 사회구속성은 근본적으로 토지재산권에 관한 것이지만,<sup>120)</sup> 오늘날 후자의 경우에도 그 범위를 점점 확대해 나가고 있다. 재산권의 사회구속성의 내용은 이처럼 재산객체의 사회관련성에 따라 변경이 가능한 것이지만 재산권의 본질과 평등권규범의 가치척도를 일탈하여 정하여 지는 것은 아니다. 입법권자가 오로지 개별 재산권자 자신만을 위한 재산권행사가 아니라 재산권의 사회구속성으로서의 공공복리에 적합한 재산권행사가 되도록 재산권자에게 공동체에 대한 사회적 의무를 부과하게 된다. 입법권자는 이와 같은 규정권능을 통하여 규범적 본질인 헌법상의 재산권보장으로서 사유재산권의 승인과 재산권의 사회구속성에 따른 구속적인 방침으로서의 사회모델을 실현하여야 한다. 그러므로 입법권자는 헌법적으로 보장되는 재산권자의 법적 지위와 사회정당한 재산질서의 규범명령간에 야기되는 긴장관계를 동시에 고려하여 재산권의 내용과 한계를 정하여야 하는 것이다.

<sup>118)</sup> Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft, 1965, S. 19.

<sup>119)</sup> BVerfGE 38, 348, 370.

<sup>120)</sup> 우리 헌법재판소도 “재산권의 사회구속성은 수요가 늘어난다고 해서 공급을 늘릴 수 없는 토지 재산권에 대하여서는 입법부가 다른 재산권보다 더 엄격하게 규제할 필요가 있다고 하는데, 이에 관한 입법부의 입법제량의 여지는 다른 정신적인 기본권에 비하여 넓다고 봐야 하는 것이다.”라고 판시하여 토지에 관한 재산권의 사회구속성을 강조하고 있다. 헌재결 1989. 12. 22, 88 헌가 13, 헌재판례집 제1권, 357(372)면.

### 3. 정리

사회국가적 기본권이론은 자유주의적 기본권이론과 비교하여 볼 때 자유의 보장을 넘어서 자유의 획득(Erwerb der Freiheit)을 실현하게 하는 국가의 과제를 부과하고 있다는 점에서 구별된다.<sup>121)</sup> 경제적 영역에서 재화의 불균등한 분배에 의하여 초래된 사실적 불균등은 사회국가원리의 헌법순위적 목적을 실현하기 위한 재화의 균등분배(Gleichverteilung)를 통하여 해결할 수 있는데, 이것이 바로 국가의 사회적 의무이다. 국가는 한편으로는 사회적 약자를 보호하여야 하고, 다른 한편으로는 스스로 사적인 방법으로 충분히 보장이 실현되지 않는 모든 영역에 있어서 인간의 실질적 생존배려(Daseinsvorsorge)의 책임을 떠맡아야 하는 것이다. 국가가 실현하여야 하는 정당한 기회균등은 국가에 대하여 사회적 안전과 문화적 축진의 실증적 급부요구의 헌법적 규정인 사회적 기본권의 목적이 된다.<sup>122)</sup> 사회국가적 기본권이론은 헌법상 사회적 기본권을 명문화하고 있지 아니한 독일기본법의 약점을 보완하기에 적합한 이론이라는 점에서 사회적 기본권을 헌법적으로 명문화하고 있는 우리의 경우에 있어서 그 적용의 의미가 큰 것은 아닐 것이다. 다만, 우리 헌법상에 재산권의 사회구속성을 직접 규정하고 있다는 점에서 사회국가적 기본권이론은 그 규범내용을 구체적이고 실현가능성이 높은 척도로 정하는 데에 있어서 적용할 수 있을 것이다.

## VII. 맺음말

기본권이론은 개별적인 경우에 있어서 그 이론에서 적용되고 있는 해당 기본권의 구체화 또는 체계화를 통한 보다 높은 정도의 기본권의 실현에 있다. 기본권이론은 개별 기본권이 가지고 있는 본질과 기능은 물론 그 성격 등을 통하여 이미 그 보호범위가 규정되어 있거나 또는 아직 규정상에는 도출되지 않고 있는 보호범위를 내용적으로 구체화하는 것이기 때문이다. 기본권의 구체화를 그 목적으로 하는 기본권이론은 기본권의 규범내용이 아직 덜 구체화되어 있는 경우에는 보다 높은 기본권보장의 강화로 나타나는 것은 분명하다. 그러나 헌법의 전체구조 속에서 본다면 반드시 개별 기본권보장의 강화로 이어지는 것은 아니다. 재산권보장이라는 측면에서 기본권이론을 적용하여 고찰하

여 보면, 첫째, 그 보장을 강화하게 하는 이론, 둘째, 결과적으로 그 보장을 약화하게 하는 이론, 셋째, 그 보장에 있어서 한편으로는 제한이 되지만, 다른 한편으로는 그 보장을 강화하게 하는 이론 등으로 대별할 수 있다. 재산권보장을 강화하는 것으로 작용하는 것이 자유주의적 기본권이론, 제도적 기본권이론 및 민주적-기능적 기본권이론이다. 반면에 결과적으로 재산권보장을 약화시키게 하는 것이 기본권의 가치이론이다. 사회국가적 기본권이론은 재산권보장에 공공복리에 의한 제한을 가하는 것이므로 재산권자에게는 제한이 되지만, 사회적 약자에게 있어서는 오히려 자유영역의 범위확대를 가져오게 하여 기본권의 강화로 나타난다. 자유주의적 기본권이론은 재산권보장이 국가에 대한 제약의 원리가 되어 그 자유보장적 기능을 강화하였다는 점에서, 제도적 기본권이론은 그 본질상 객관적 가치질서에 착안한 것으로서 주관적 공권으로서의 재산권보장의 기능의 약화를 초래하는 것이 아니라 오히려 부수적으로 강화하고 있다는 점에서 민주적-기능적 기본권이론은 재산권을 통한 인격발현의 실현이라는 점에서 그 보장을 강화하는 이론이 된다. 이에 반하여 기본권의 가치이론은 재산권보장을 헌법의 가치결정에 종속되게 함으로서 오히려 재산권의 자유보장의 강도를 가치 구속적으로 약화시키게 되었다. 사회국가적 기본권이론은 재산권자에게 재산의 객체가 갖는 사회적 기능에 따라 그 의무를 부과하여 그 제한으로 나타나고 있지만, 국가에 대하여 기본권보호의무, 급부요구권 및 사회적 참여권을 통한 법적지위의 실현을 가능하게 한다는 점에서 사회적 약자에게 있어서의 재산권보장은 물론 다른 사회적 기본권의 실질적 실현을 이루게 하여 기본권보장을 강화하게 하여 그 제한과 보장이라는 두 가지의 기능을 동시에 가지게 된다.

<sup>121)</sup> Mühleisen, a.a.O., S. 16.

<sup>122)</sup> Stein, a.a.O., S. 400.

# 기본권구제수단으로서의 법령소원에 있어서 보충성원칙의 재검토

정 강 찬(헌법연구원, 서울고등법원 판사)

## [쟁점]

보충성의 원칙에 있어서 다른 권리구제수단을 당해 공권력 행사의 효력을 직접 다투는 절차만을 의미한다는 헌법재판소 선행의 타당성 여부(소극)

## 관련조항

### 대한민국헌법

#### 제107조

① 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.

② 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.

#### 제111조

① 헌법재판소는 다음 사항을 관장한다.

1. 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판
2. 탄핵의 심판
3. 정당의 해산 심판
4. 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판
5. 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판

헌법재판소법

제68조(청구사유)

① 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다.

② 제41조제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 이 경우 그 당사자는 당해 사건의 소송절차에서 동일한 사유를 이유로 다시 위헌여부심판의 제청을 신청할 수 없다.

제69조(청구기간)

① 제68조제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다. 다만, 다른 법률에 의한 구제절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정을 통지받은 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다. <개정 2003.3.12>

② 제68조제2항의 규정에 의한 헌법소원심판은 위헌여부심판의 제청신청을 기각하는 결정을 통지받은 날부터 30일 이내에 청구하여야 한다. <개정 2003.3.12>

1. 서론)

가. 권리구제형 헌법소원의 보충성 선언

우리 헌법은 제107조 제1항에서 법원의 위헌법률심판제청권, 제2항에서 법원의 명령·규칙 및 처분에 대한 위헌·위법심사권, 제111조 제1항에서 헌법재판소의 위헌법률심판권(제1호)과 헌법소원심판권(제5호)을 각 규정하고, 헌법재판소법은 제68조 제1항에서 권리구제형 헌법소원(헌마사건), 제2항에서 위헌심사형 헌법소원(헌바사건)을 각 규정하며, 제68조 제1항 단서에서는 “다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다.”고 하여 권리구제형 헌법소원의 기본권구제수단으로서의 보충성을 선언하고 있다.

나. 헌법재판소 선례의 태도

그러나 헌법재판소(이하 헌재라고만 한다) 선례들은 다른 법률에 의한 구제수단의

1) 본 발표문은 기왕에 본 연구관이 작성하여 제출한 “2003헌마95호 호적부상 성(姓) 표기 정정신청 거부행위 위헌확인 사건 검토 의견 및 법령에 대한 헌법소원에 관한 개선 의견서”와 검토보고서 “행정규칙의 헌법소원 심판대상성과 관련된 문제- 2004헌마670사건과 관련하여 -”를 기초로 약간의 수정을 한 것입니다.

이 사건에서 본 연구관은 호적예규에 대한 위헌소원은 호적정정신청에 대한 호적공무원의 거부처분에 대한 가사비송이 예정되어 있고, 청구이유 자체에서 필요적 선결문제인 것이 명백하므로 헌법 제107조 제2항의 취지 및 헌법재판소법 제 68조 제1항 단서의 취지에 비추어 권리구제절차를 모두 거치지 않아 보충성의 요건을 흠결한 것이고, 청구인의 기본권은 호적공무원의 호적기재 및 그 정정신청에 대한 거부처분에 의하여 침해된 것이고, 예규 자체만으로는 직접 침해되었다고 보기 어려우므로 호적예규에 의한 기본권 침해의 직접성이 결여되었으며, 청구기간준수 여부는 청구취지변경시를 기준으로 하여 판단하여야 하므로 청구기간을 도과하였다고 주장한 바 있다.

또한 법령에 대한 헌법소원과 관련하여, 헌법소원의 보충성 요건 상의 권리구제절차를 ‘당해 공권력의 행사 또는 불행사를 직접 대상으로 하여 그 효력을 다투는 절차’라고 하는 선례와 관련하여, 이를 행정소송 상의 항고소송 등으로 한정하지 말고, 청구인이 헌법소원을 통하여 달성하려는 목적을 실현시키는데 직접적이고 유효적절한 수단이며, 그 선결문제로서 명령·규칙 또는 법률의 위헌 여부를 다투는 것이 논리필요적이라면 당사자소송, 민사소송, 비송사건 등도 위 권리구제수단에 포함시켜 판단함이 헌법 제107조의 취지, 헌법소원의 보충성에 비추어 타당하다고 주장한 바 있다.

위 사건은 2007. 10. 25. 부적법각하결정이 선고되었고, 그 이유에서는 대법원호적예규 제520호는 제722호로 개정되어 실효되었으므로 권리보호이익이 없다는 점을, 제722호는 두음법칙에 대한 합리적인 예외를 두고 있어 결국 호적공무원의 판단에 따른 결정에 따르는 것이므로 직접성이 흠결되었다는 점을, 제723호는 정정절차에 관한 규정이므로 기본권침해성이 없다는 점을 근거로 들었다.

의미를 좁게 해석하여 당해 공권력 행사의 효력 자체를 소송물로 하여 다룰 수 있는 절차만을 의미한다고 해석하고2), 특히 법령에 있어서는 당해 법령의 효력 자체를 소송물로 하여 다룰 수 있는 소송절차가 없으므로 법령을 심판대상으로 하는 권리구제형 헌법소원에 있어서는 보충성의 원칙의 예외에 해당하거나 동 원칙이 적용되지 않는다3)고 보고, 집행행위를 매개로 하지 않고 직접 법령에 의하여 기본권이 침해되었는지 여부 즉 직접성 요건만이 필요하다고 보고 있다.

다. 논의의 필요성

이로써 동일한 명령·규칙을 둘러싸고 한편으로는 현재에 권리구제형 헌법소원이 제기될 수도 있고, 한편으로는 법원에 그에 따른 집행행위의 취소 또는 법률관계에 대한 소송이 제기되어 선결문제로서 명령·규칙의 효력이 다투어질 수도 있어(원고와 청구인이 같은 수도 있고, 다를 수도 있다) 명령·규칙의 심판권과 관련한 헌법 제107조의 해석을 둘러싸고 법원과 현재 간에 갈등이 있어 왔고4), 양 기관 사이에 결론이 모

2) 「헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원은 공권력의 행사 또는 불행사가 직접 청구인의 기본권을 침해할 것을 요건으로 하고 있으며, 다른 법률에 구체절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 심판청구를 하여야 한다. 그리고 여기서 말하는 권리구제절차는 공권력의 행사 또는 불행사를 직접 대상으로 하여 그 효력을 다룰 수 있는 권리구제절차를 의미하는 것으로서 사후적·보충적 구제수단인 손해배상청구나 손실보상청구를 의미하는 것이 아님은 헌법소원제도를 규정된 헌법의 정신에 비추어 명백하다.」(헌재 1989. 4. 17. 88헌마3, 판례집 1, 31, 35) 1) 「구제절차가 있는 경우에도 헌법소원심판청구인이 그의 불이익으로 돌릴 수 없는 정당한 이유 있는 착오로 전심절차를 밟지 않은 경우라든지 전심절차로 권리가 구제될 가능성이 거의 없거나 권리구제절차가 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차 이행의 기대가능성이 없는 경우 등에는 바로 헌법소원을 제기할 수 있는 것이다.」(헌재 1989. 9. 4. 88헌마22, 판례집 1, 176, 185-187 ; 헌재 1995. 12. 28. 91헌마80, 판례집 7-2, 851, 865)

3) 「공권력 행사의 일종이라고 할 입법 즉 법률 자체에 의한 기본권침해가 문제가 될 때에는 일반법원에 법령 자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 제소하는 길은 없어, 구체절차가 있는 경우가 아니므로, 헌법재판소법 제68조 제1항 단서 소정의 구체절차를 모두 거친 후에 헌법소원을 내야하는 제약이 따르지 않는 이른바 보충성의 원칙의 예외적인 경우이다.」(헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9, 20; 헌재 1990. 6. 25. 89헌마220, 판례집 2, 200, 203-204)

「법률에 대한 헌법소원에 있어서는 다른 구체절차가 없으므로 보충성의 원칙이 적용될 여지가 없는 만큼 직접 법률에 대하여 헌법소원심판을 청구할 수 있다.」(헌재 1991. 11. 25. 89헌마99, 판례집 3, 585, 589)

「행정부에서 제정한 명령·규칙도 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것 일 때에는 헌법소원심판의 대상이 될 수 있고 현행 행정소송법의 해석상 명령·규칙 자체의 효력을 다투는 것을 소송물로 하여 일반법원에 소송을 제기할 수 있는 방법은 인정되지 아니하므로 이 사건의 경우에는 헌법재판소법 제68조 제1항 단서의 규정이 적용되지 아니한다.」(헌재 1997. 6. 26. 94헌마52, 판례집 9-1, 659, 667-668)

4) 대법원에서는 위 규정이 대법원에 명령·규칙의 위헌·위법여부에 대한 최종심사권을 부여한 것이라고 보고 있고, 현재로서는 구체적 사건에 있어서 명령·규칙의 위헌성이 전제가 될 경우에

순, 저촉될 위험도 상존하게 되었다.

법률의 경우에도 법원에 소송이 제기되고 선결문제로서 위헌제청심판청구를 하여 위헌제청되거나 제68조 제2항에 의한 위헌심사형 헌법소원으로 제기되는 경우와 제68조 제1항에 의한 권리구제형 헌법소원(법령의 효력발생과 관련한 청구기간의 제한이 있음)으로 제기될 가능성이 병존한다.

결국 불기소처분에 대한 헌법소원을 제외하면 현재의 헌마사건의 상당부분이 이른바 법령소원에 해당하고 특히 법원의 심리를 통한 사실관계 및 법률적 견해의 정리 없이 현재의 가정적 판단도 요청되는 등 현재의 업무부담 가중의 중요한 요인이 되고 있다고 할 것이다.

이러한 점에서 과연 법령소원에 있어서 보충성을 요건으로 하지 않고 있는 현재 선례의 태도가 타당한지에 대한 검토는 의미가 있다고 할 것이다.

라. 대법원의 행정소송법 개정의견과 관련하여

대법원이 2006. 9. 8. 국회에 제출한 행정소송법 개정의견에는 명령·규칙과 조례 등 자치입법을 항고소송의 대상에 포함시킴으로써 이와같은 문제점을 해결하려 하고 있다.5)

그러나 위 개정의견은 현재 국회 법제사법위원회에 계류 중이어서, 대선 및 총선 정

헌법해석의 최고기관인 현재에 심판제청할 필요 없이 대법원에서 이를 심판할 수 있다는 것이며 재판의 전제가 되지 않고 직접 법령의 규정에 의한 기본권침해가 있으면 현재에서 이를 판단할 권한이 있다고 해석하고 있다.

5) 개정의견에 따르면 제2조 정의규정에서 “처분”의 개념(“처분”이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 공권력의 행사 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다, 제1항 제1호) 외에 “명령 등”의 개념(“명령 등”이라 함은 국가기관의 명령·규칙 및 지방자치단체의 조례·규칙을 말한다, 제1항 제2호)을 도입하여 “처분 등”의 개념(“처분 등”이라 함은 처분 및 명령 등 또는 그 거부와 행정심판에 대한 재결을 말한다, 제1항 제3호)과 “부작위”의 개념(“부작위”라 함은 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분 또는 명령 등을 하지 아니하는 것을 말한다, 제1항 제4호)을 통하여 명령, 규칙과 자치입법을 항고소송의 대상으로 삼았고, 명령 등을 대상으로 한 항고소송에 관한 특례를 신설하였다(명령 등에 대한 취소소송의 제1심판할법원은 피고의 소재지를 관할하는 고등법원으로 하고, 명령 등의 취소소송과 그 명령 등을 집행하는 처분에 대한 취소소송 또는 그 명령 등의 헌법 또는 법률 위반 여부가 선결문제로 되어 있는 민사소송, 형사소송 등이 모두 제기된 경우 명령 등의 취소소송의 종결을 기다려 처분에 대한 취소소송 등의 결론을 도출할 수 있도록 처분의 취소소송이 계속중인 법원은 소송절차를 중지할 수 있고, 명령 등에 대한 취소소송은 그 취소를 구할 법적으로 정당한 이익이 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 이익이 생긴 날부터 1년 이내에 제기하여야 하며, 명령 등에 대한 취소판결은 제3자에게도 효력이 있고, 원칙적으로 소급효가 있으나, 그 명령 등에 근거한 재판 또는 처분이 이미 확정된 경우에는 그 효력에 영향을 미치지 아니하고, 다만 그 명령 등에 근거한 유죄판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다. 제36조 내지 제40조)

국과 맞물려 회기내에 처리될지 여부가 심히 불투명하며, 향후 처리되더라도 대법원에서 기대하는 내용으로 이루어질지는 여전히 불투명하다. 따라서 이와같은 논의는 여전히 의미가 있다고 본다.

### 마. 논의전개의 주안점

본 연구관은 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에서 규정하는 “다른 법률에 구제절차가 있는 경우”란 현재 선례보다 넓게 해석하여 당사자소송이든, 민사소송이든, 비송사건이든 청구인이 헌법소원을 통하여 달성하려는 권리구제의 목적달성을 위하여 유효적절한 수단이고, 법령의 위헌, 위법 여부가 논리필연적으로 그 절차에서 선결문제로 다루어질 것이 예상된다면 보충성의 원칙이 적용되어야 한다는 입장이다.

그동안 헌법 제107조 제2항의 해석 및 명령·규칙 심판권과 관련하여 대법원의 입장과 현재의 입장을 대변하는 견해 표명은 여러차례 있어 왔고, 현재의 입장을 옹호하는 견해에서는 우리 헌법재판소법에서 재판소원을 금지하고 있으므로 통일적인 헌법적 규범통제를 위해서는 되도록 현재에서 규범통제를 하여야 한다는 점을 근거로 삼고 있다.

따라서, 본 발표문에서는 보충성에 관한 독일과 오스트리아의 입법례 및 판례를 대략적으로 살펴보고, 보충성 원칙에 대한 현재의 입장에 동조하는 입장의 견해를 비판한 뒤, 그동안 현재에서 처리해 온 법령에 대한 권리구제형 헌법소원사건을 개별적으로 검토함으로써 법령소원에서도 보충성 원칙이 적용되어야 하는 점에 대한 근거를 더하는데 논의의 초점을 맞추고자 한다.

## 2. 보충성 원칙에 관한 외국의 입법례 및 판례

### 가. 독일 연방헌법재판소<sup>6)</sup>

6) 독일에서는 연방헌법재판소법 차원의 제도이던 憲法訴訟願審判이 1969. 1. 29. 제19차 기본법 개정 에 의하여 기본법 제93조 제1항 제4호 a, b의 규정이 추가됨에 따라 비로소 기본법에 수용되었고, 그 후 기본법 제94조 제2항의 제2문 규정이 현재와 같이 보충되었다.

독일 기본법 제93조 제1항 제4a호는 “연방헌법재판소는 공권력(offentliche Gewalt)에 의하여 기본권 또는 기본법 제20조 제4항, 제33조, 제38조, 제101조, 제103조 및 제104조에 포함된 권리(기본법상 기본권 유사한 권리)를 침해받았다고 주장하는 사람이 제기한 헌법소원에 대하여 심판한다.”고 규정하고, 이 기본법규정을 구체화하고 있는 연방헌법재판소법은 제13조에서 연방헌법재

### (1) 보충성 원칙

독일연방헌법재판소법 제90조 제2항 제1문은 “기본권 침해에 대하여 구제절차가 허용되어 있는 때에는, 그 구제절차를 거친 후에 헌법소원을 제기할 수 있다”고 규정하고 있다.

독일연방헌법재판소에 의하면 헌법소원은 “일반법원이나 행정법원의 재판절차에 추가적인(zusätzlich) 권리구제수단이 아니라, 국민의 기본권에 대한 공권력의 침해를 방지할 수 있도록 국민에게 주어진 최후의 보충적인(subsidiär), 비정규적 권리구제수단(außerordentlicher Rechtsbehelf)”이라고 한다.

국민은 다른 법원에서 허용되는 구제절차를 최종심까지 충분히 거친 경우에, 따라서 먼저 “주장된 헌법침해를 교정하기 위하여 사건의 형편에 따라 취할 수 있는 모든 절차적 가능성을 이용하고 난” 경우에 비로소 헌법소원을 청구할 수 있다.<sup>8)</sup>

이를 헌법소원의 補充佐(Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde)이고 구제절차의 사전경료 또는 사전구제절차의 소진(vorherige Erschöpfung des Rechtswegs)이라고 한다. 이 원칙은 헌법소원에 이르기 전에 통상적인 권리구제방법을 사전에 거쳐야 한다는 실정법명제와, 헌법재판소의 부담경감 등에 대한 고려로부터 독일연방헌법재판소가 판례로써 자유롭게 발전시켜 온 것으로서, 여러가지 적법요건 판단에 영향을 미치며, “침해의 직접성,” “권리구제의 필요성”과 관련이 있고, 특히 법령에 대한 헌법소원에서 문제된다.

독일의 경우 헌법소원은 '재판에 대한 헌법소원'(Urteils Verfassungsbeschwerde)과 '법령에 대한 헌법소원'(Rechtssatz Verfassungsbeschwerde)으로 구별된다. 행정행위에 대하여는 행정심판과 행정소송이 가능하며, 판결에 대하여는 항소와 상고가 가능하다.

판소의 관할사항을 규정하면서 제8a호에서 간단히 헌법소원을 언급·열거한 후에 제90조 제1항에서 앞서 본 기본법규정과 같이 누구든지 공권력에 의하여 자신의 기본권 또는 기본법상 기본권과 유사한 권리를 침해받은 경우에는 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다고 규정함으로써 모든 공권력작용을 망라하여 헌법소원의 대상으로 인정하고 있는바, 헌법소원제도를 창설한 입법자의 의사는 명백히 법원의 재판도 헌법소원의 대상에 포함시키는 것이었고,

이에 따라 통설과 연방헌법재판소의 판례는 기본법 제93조 제1항 제4a호에서 말하는 “공권력”에는 법원의 재판도 포함된다고 보고 있다. 강일원·유남석·최완주, 헌법소원심판, 재판자료 92집(2001), 504-505쪽

7) 이하의 내용은 박종보, 헌법소원심판에 있어서 보충성의 원리, 공법연구 24집 3호, 251-276쪽의 내용을 요약, 발췌한 것이다.

8) 또한, 헌법소원에 의해서는 기본권침해만을 다룰 수 있다. 헌법소원이 다른 법원의 재판을 대상으로 하는 것이라면, 법원이 법률을 올바르게 적용하였는지 여부에 대한 심사는 원칙적으로 행하여지지 않는다.

이 구제절차를 모두 거친 후라야 헌법소원은 적법하므로 헌법소원은 일반적으로 최종 심법원의 확정력 있는 재판을 대상으로 하게 된다. 그러므로 독일의 경우 헌법소원으로써 국민은 최상급법원의 확정력 있는 판결을 재심사하도록 요구할 수 있으며, 그 과정에서 법원이 적용한 법률을 간접적으로 통제하게 할 수 있다. 그리고 경우에 따라서는 다른 법원을 거치는 우회 없이 직접 법률에 대한 헌법소원의 방식으로 헌법재판소가 일반적인 구속력을 가지는 법률의 무효선언을 하는 것까지 가능하다. 헌법소원은 재판소원이고, 예외적인 경우 법령소원에 의하게 된다.

헌법소원에서 구제절차의 사전경로를 요구하는 것은 헌법재판소와 일반법원 사이의 바람직한 업무분담에 의하여 헌법재판소의 부담의 경감을 가하고, 기본권침해의 기초 사실을 일반법원에서 먼저 심리하도록 함으로써 헌법재판소로 하여금 법원의 사전적·법률적 견해를 충분히 알고서 헌법소원의 심리에 임하도록 하려는 데 있다고 설명된다.

## (2) 예외

독일에서는 구제절차의 사전경로의 예외가 실정법상 명문으로 인정되고 있다(연방헌법재판소법 제90조 제2항 제2문: "헌법소원이 일반적 중요성을 지니고 있거나, 먼저 권리구제절차를 거치게 함으로써 소원청구인이 중대하고 피할 수 없는 손해를 입게 되는 우려가 있는 경우에는 권리구제절차가 종료되기 전에 제기된 소원에 대해서 연방헌법재판소가 즉시 결정할 수 있다". 이 결정을 연방헌법재판소의 즉시결정(Vorabentscheidung)이라고 한다.

위와 같은 실정법상의 사유 외에도 판례는 청구인에게 사전에 구제절차를 거칠 것을 기대하기가 곤란한 경우에도 일반 권리구제절차를 거치는 데 따르는 위험(Rerchtswegrisiko)을 소원신청인에게 일방적으로 부담지워서는 안된다는 점에 근거하여 권리구제절차 경로의 기대가능성이 없거나 착오의 위험성이 있는 경우에 예외를 인정하고 있다.

## (3) 보충성 원칙의 강화

9) 여기에서의 일반적인 중요성은 헌법소원이 헌법상 기본원리에 관한 문제점(grundätzliche verfassungsrechtliche Probleme)을 제기하거나, 예상되는 결정에서 개별사건을 넘어서 여러 많은 유사한 사건에서의 법상태에 관한 명확성(Klarheit über die Rechtslage)을 제공하는 것을 말한다.

독일연방헌법재판소는 최근의 판례에서 침해의 직접성이 인정되는 경우에도 수범자가 법률에 의한 기본권위반을 가능한 한 헌법소원의 형식으로 제기된 규범통제로 직접 다투지 말고, 법원에의 제소를 통하여 다투도록 하고 있다. 그 목적은 헌법재판소의 부담경감이며, 또한 다투어지는 법률도 법원의 구체적인 사건심리의 불빛 아래에서 제대로 판단되고 그 헌법적합성이 심사될 수 있다는 것이다.

그 해석론적 출발점은 보충성원칙이다. 법원에 의한 권리구제이면 되지 공권력 행사를 소송물로 하여 다투는 것만을 의미하지는 않는다. 헌법재판소의 근자의 판례는 보충성을 추가적인, 헌법재판소법 제90조 제2항 제1문으로부터 독립적인, 법규에 대한 헌법소원의 적법요건으로 이해한다.

독일연방헌법재판소는 소원청구인에게 모든 사용할 수 있고 기대할 수 있는 일반법원의 구제를 청구할 것을 요구한다.<sup>10)</sup>

이 문제에 관하여 더 나아가 연방헌법재판소법 제90조 제2항 제1문은 근본적으로 법률에 대한 헌법소원에 적용될 수 있으며, 현재, 직접, 자기가 이익을 침해당해야 한다는 종래의 기준과는 작별을 고하여야 한다는 주장도 있다. 그래서 직접적인 법령소원은 다른 법원들에서 할 수 있는 부수적 규범통제가 예외적으로 충분히 권리를 구제해 주지 못하거나 헌법재판소법 제90조 제2항 제2문의 예외적인 경우에만 허용된다는 것이다.<sup>11)</sup>

## (4) 법률과 법규명령의 위헌심판절차의 차이

독일의 경우 법률에 대하여는 헌법재판소만이 폐지독점권을 가지므로 일반법원은

10) 한 가지 예를 들면, 연방보험법 제176C조의 개정으로 인하여 중장애자의 법률에 정한 의료보험 가입가능성이 제한되었는데, 중장애자인 소원청구인이 직접 법률을 대상으로 하는 헌법소원을 청구하였다. 소원청구인 자신이 직접 현재 법률에 의해 권리를 침해당하였음에도 불구하고 연방헌법재판소는 이 헌법소원이 부적법한 것으로 각하하였다. 헌법재판소는 소원청구인에게 (처음부터 분명히 가망없는) 의료보험조합에의 수용신청을 하고, 사회법원에 의한 구제를 구하도록 요구하였는데, 이 법원은 그 법률이 위헌이라고 인정하는 경우에는 그 법률을 기본법 제100조 제1항에 따라 헌법재판소에 제청하여야 하는 것이다. 법원이 합헌이라고 인정하는 때에는 제청할 필요가 없고, 청구인에게는 확정판결에 대하여 헌법소원을 청구할 길이 남아 있다. 이러한 처리방식이 소원청구인에게 "기대가능하고 또한 보충성 원칙에 따라 요구된다."고 하는 것이 헌법재판소의 생각이다.

11) 박종보 교수는 독일과 같이 재판에 대한 헌법소원이 인정되는 체제에서는 법령에 대한 헌법소원이든 행정처분에 대한 헌법소원이든 어차피 헌법재판소의 최종적 심판관할권에 들게 되므로 다른 구제절차가 있는지를 판단하여 구제절차의 사전경로의 예외를 인정하는 데 양자를 구별할 필요가 없다고 한다.

위헌이라고 판단하는 경우에 제청의무가 있고, 합헌이라고 판단하는 경우에는 그 법률을 적용하여 재판한다. 그 법률의 위헌 여부는 재판에 대한 헌법소원에 의하여 간접적으로 다투어질 수 있다. 그런데 일정한 자치법규와 법규명령의 경우에는 헌법재판소만이 폐지독점권을 가지는 것이 아니므로, 법원은 위헌선언을 하고 적용하지 않을 수 있다. 그것은 바로 연방행정법원 제47조 제1항("고등행정법원은 그 관할권 범위 내에서 신청에 의하여 다음 법규의 효력을 재판한다. 1. 건축법전의 규정에 따라 제정된 자치법규와 건축법전 제246조 제2항에 근거하여 제정된 법규명령. 2. 주법률이 정하는 경우에는 주법률 아래 제정된 법규명령")에 의한 행정법원에 의한 법규명령과 자치법규에 대한 구체적 규범통제의 가능성을 말한다. 이 경우 법규명령을 파기할 수 있는 것은 헌법재판소의 독점적 권한은 아니므로, 법원은 헌법재판소에 제청할 수 없으며, 소원청구인은 일반법원에 제소하여야 한다고 한다. 이것은 명령을 무효화함으로써 적용되지 않도록 할 수 있는 법원에 의한 확산된 규범통제이다.

## 나. 오스트리아 헌법재판소<sup>12)</sup>

### (1) 오스트리아 헌법소원제도의 특색

#### (가) 재판소원 불인정 등

오스트리아의 헌법소원제도는 특수한 사법기관인 헌법재판소가 관장한다는 점, 다른 사법기관 즉 통상(민·형사)법원 및 행정법원의 재판을 제외하고 국가의 행정작용 및 입법작용을 대상으로 한다는 점, 행정작용으로 인하여 국민의 헌법상 권리가 침해된 경우에는 행정법원을 거치지 아니하고 바로 헌법재판소에 소원을 제기하도록 한 점 등에 그 특색이 있다.

오스트리아에서는 헌법재판소와 동등한 헌법기관으로서 헌법재판소보다 일반적인 사법권을 행사하고 있는 다른 사법기관의 권한으로 헌법이 규정한 사항과 중복되지 않는 범위 내에서만 헌법소원이 인정되고 있으며, 헌법에서 대법원이 그 관장사항인 민·형사 사건에 관한 최종적인 판단권을 갖는다고 명시하는 한편, 헌법재판소가 관장하는 헌법소원의 대상으로 법원의 재판을 명시하지 않음으로써 헌법상 사법기관은 각자의 관장사항에 대하여 최종적인 판단권을 가지고 있다는 점을 명백히 하고 있다. 이

<sup>12)</sup> 이 부분은 특별히 출처를 적시하지 않는 한, 김우수, 개인의 위헌심판청구(Individualantrag) 및 이와 관련된 보충성 요건-오스트리아의 헌법재판제도-, 헌법논총 제17집(2006), 97-165쪽의 내용을 요약, 발췌한 것이다.

것은 헌법상 사법기관이 3원적 구조를 이루어 서로 독립한 헌법기관인 대법원·행정법원·헌법재판소가 사법권을 분장하도록 되어 있는 체제와 조화를 이루는 제도라고 할 것이다.<sup>13)</sup>

#### (나) 법원의 직권에 의한 법률 및 법규명령의 위헌제청

법률과 법규명령에 대하여 재판법원이 직권으로 그 위헌여부 심판을 헌법재판소에 제청을 하여야 하며, 우리 헌법 또는 헌법재판소법에서 인정되는 위헌제청신청이나 위헌심사형 헌법소원은 인정되지 않는다.

#### (2) 개인의 위헌심판청구

##### (가) 의의

한편 개인은 법률이나 법규명령에 의하여 직접 권리가 침해되었다고 주장하면서 곧바로 헌법재판소에 심판청구를 할 수 있는 개인의 위헌심판청구가 인정된다.<sup>14)</sup>

<sup>13)</sup> 강일원, 유남석, 최완주, 헌법소원심판, 재판자료 92집(2001), 506쪽

<sup>14)</sup> 1920. 10. 1. 제정된 오스트리아 연방헌법(Bundes-Verfassungsgesetz 1920)에서 헌법재판소가 일반법원의 제청에 의한 연방법규명령 및 주법규명령의 위법성, 연방정부의 제청에 의한 주법규명령의 위법성, 헌법재판소에 계속 중인 사건에 적용될 법규명령의 위법성에 대한 심판(Verordnungsprüfung)을 관장하도록 규정하였으나, 위헌법률의 심판과 관련해서는 헌법재판소가 직권으로 헌법재판소에 계속 중인 사건에 적용될 법률의 위헌 여부를 심판하는 것 외에 일반법원이나 개인이 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청할 수 없었기 때문에 1929년 개정된 연방헌법(B-VG Novelle 1929)은 민·형사최고법원(OGH)과 행정법원(VwGH)에도 계속 중인 사건과 관련하여 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청할 수 있는 권한을 부여하였으며, 1975년 개정된 연방헌법(B-VG Novelle 1975, BGBl. 302)에서는 모든 항소심 법원에까지 위헌법률심판제청권한을 확대하였다. 또한 연방헌법 제139조 및 제140조에 의하여 개인의 위헌심판청구(Individualantrag)제도가 도입됨으로써 위헌인 법률 또는 위법한 법규명령으로 인하여 권리를 침해받은 사람이 일정한 요건 하에 해당 법률이나 법규명령에 대한 심판을 헌법재판소에 직접 청구할 수 있는 절차가 마련되었다.(전개논문 101-103쪽 참조)

참고로 헌법재판소는 법률이나 법률조항의 전부 또는 특정 문언(bestimmte Stellen)을 위헌인 것으로 폐지할 수 있을 뿐이고, 법률조항의 특정 적용영역에 한정하여 폐지하는 것은 허용되지 않는다는 견해를 밝히고 있다. (전개논문 119쪽 참조)

심판청구의 형식과 관련하여 위헌인 법률 혹은 위법한 법규명령의 폐지에 관한 주장이 결여되어 있다면 이는 달리 흠결을 보정할 수 있는 성질의 것이 아니기 때문에 심판청구 자체가 각하된다.<sup>1)</sup>

또한 기속력 있는 본안결정(실체적 판단)이 존재하지 아니할 것을 요건으로 하여 이미 헌법재판소의 본안판단에 의하여 폐지되거나 위헌·위법으로 확인된 법률이나 법규명령 혹은 그 일부조항은 다시 심판청구의 대상이 될 수 없고(헌법재판소법 제19조 제3항 2목 d; rechtskräftig entschiedener Sache) 위헌법률심판청구를 기각하는 소극적 내용의 판결 효력에 관하여도 이미 실체적 판단이 이루어진 경우에는 그 기속력을 인정하여 뒤에 제기된 동일한 내용의 위헌심판청구



헌법재판소는 헌법에 위반되는 법률 또는 법률에 위반되는 법규명령에 의해 법원의 재판이나 행정청의 처분 등을 거치지 않고 직접 자신의 권리를 침해받았다고 주장하는 자가 제기하는 법률의 위헌성 또는 법규명령의 위법성에 관하여 심판할 권한을 가진다(연방헌법 제140조 제1항 및 제139조 제1항의 각 마지막 문장)<sup>15)</sup>

개인의 위헌심판청구는 헌법에 위반되는 법률 또는 법률에 위반되는 법규명령에 의해 직접 자신의 권리를 침해당했다고 주장하는 자가(민중소송과 구별) 그 법규범이 법원의 재판이나 행정청의 처분에 의하지 않고서 실제로 그 개인에게 효력을 미치는 경우, 즉 구체적 법률관계를 전제(추상적 규범통제와 구별)로 한 심판청구이다.<sup>16)</sup>

또한 법률이나 법규명령 자체를 심판대상으로 하고 명시적으로 보충성 요건을 규정하지 않으며, 청구기간에 대한 제약을 두고 있지 아니한다는 점에서 행정청의 처분 등 공권력 작용을 심판대상으로 하고 반드시 사전구제절차를 거치도록 하면서 그 청구기간을 6주로 한정하고 있는 연방헌법 제144조의 헌법소원과 구별된다.<sup>17)</sup>

일반법원이나 행정법원, 독립행정위원회 등이 심판제청한 경우 및 헌법재판소가 직권 심판회부한 경우와 달리 개인의 위헌심판청구는 상당수 각하되었다(2002년도 37건 중 34건이 각하됨)<sup>18)</sup>.

#### (나) 개인의 위헌심판청구에 있어서 보충성의 원칙

오스트리아 연방헌법이나 헌법재판소법에서 명시적으로 보충성에 관하여 규정하고 있지 않지만 헌법재판소가 개인의 위헌심판청구에 있어 보충성을 별도의 적법요건으로 파악하여 이를 엄격하게 해석하고 있다.<sup>19)</sup>

헌법재판소 관련 판례들은 「만약 청구인에게 당해 사건에서 이미 법원에 의한 혹은 행정청에 의한 절차가 진행되고 있고 그 절차에서 위헌·위법심사(Normenprüfung)을 제청할 것을 촉구(Anregung)하거나 또는 연방헌법 제144조에 보장된 헌법재판소에의 헌법소원(Beschwerde)을 청구할 수 있는 기회가 부여되고 있는 한, 원칙적으로 심판대상 법규범의 위헌·위법성을 주장하기 위한 우회적 수단이 언제나 주어졌다고 보아야

를 각하하고 있다(VfSlg 15223/1998)(다만 종전 판결에서 아직 판단을 내리지 않은 부분에 관하여 이루어진 제청법원의 제청은 허용된다).

또한 기본권 침해의 직접성 요건도 갖추어야 한다.

15) 전계논문 117쪽 참조

16) 전계논문 114쪽 참조

17) 전계논문 115쪽 참조

18) 전계논문 105쪽 참조

19) 전계논문 106쪽 참조

한다」는 기본적인 생각에서 도출되고 있다.

게다가 연방헌법 제89조 제2항에 따라 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하는 법원이 법률의 위헌성에 관하여 당사자와 견해를 같이 하지 않는다는 것이<sup>20)</sup> 개인의 심판청구를 적법하게 하는 것도 아니다.<sup>21)</sup>

결국 개인의 위헌심판청구는 아주 특별하고 예외적인 상황 하에서만(nur bei Vorliegen besonderer, außergewöhnlicher Umstände) 허용된다고 할 것인데<sup>22)</sup>, 여기서 기존 법률규정으로 인해 사안 자체에서 당사자의 권리구제수단이 가망이 없는지 혹은 없었는지 여부는 중요한 것이 아니다.<sup>23)</sup>

헌법재판소는 일관하여 개인의 위헌심판청구의 경우에 규범통제에 대한 주도권을 분장(分掌, mediatisieren)시키려는 연방헌법제정자의 근본결단에서 입론 근거를 찾고 있다.<sup>24)</sup>

#### [보충성 요건 흠결을 이유로 각하하는 경우]

헌법재판소 판례에서 다음과 같은 경우에는 규범심사를 위한 다른 방법을 요구할 수 있거나 있었다고 보아서 개인의 위헌심판청구를 각하하고 있다.

① 위헌이라고 의심되는 법률조항을 적용하여야 하는 사법상의 법률쟁송(Rechtsstreit um ein Privatrecht)<sup>25)</sup>

#### ② 민사소송 등 각종 소송의 제기

당사자는 민사소송 등 각종 소송을 제기하고 그 소송절차에서 재판의 전제가 되는 법규범에 대한 위헌 의심을 개진할 수 있으며 그 기회에 항소심 법원에 위헌심판을 제청하도록 촉구할 수 있다. 즉 원칙적으로 이와 같이 규범심사를 목적으로 소송을 제기하는 것 자체가 허용되지만, 여기서 당사자의 경제적 사정은 크게 고려될 수 없다고 한다. 만약 절차적 위험부담 및 관련 비용과 시간의 문제 때문에 원칙적으로 이러한 목적의 소송제기를 ‘우회할 수 없는 수단’으로 보게 된다면(즉 다른 권리구제절차를 거치지 않고 곧바로 헌법재판소에 위헌법률심판을 제기할 수 있다고 한다면) 연방헌법

20) 당해 사건을 담당하는 법원이 위헌제청을 하지 아니하면 당사자는 당해 사건에 적용된 법률의 위헌 여부에 관하여 헌법재판소의 판단을 받을 수 없게 되는 측면이 있다. 다만 오스트리아에서 법원은 당해 사건에 적용되는 법률이나 법규명령에 대한 위헌의 의심(Bedenken)이 있는 경우에 위헌, 위법심판을 제청하여야 할 의무가 있다(연방헌법 제89조 제2항 참조)

21) VfSlg 14752/1997

22) VfSlg 15262/1998, VfSlg 15547/1999

23) VfSlg 15163/1998, VfGH 14. 6. 1999. G245/98

24) M. Hiesel, a.a.O. S. 847

25) VfSlg 13797/1994, VfSlg 14738/1997

제139조 제1항 마지막 문장 및 제140조 제1항 마지막 문장에 함축된 '제한적 의미(Einschränkung)'가 크게 상실되기 때문이다.<sup>26)</sup> 헌법재판소는 이처럼 연방헌법이 개인의 위헌심판청구를 제한적으로 허용하는 의미를 최대한 존중하여 가급적 재판절차 내에서 분쟁의 전제가 되는 법규범에 대한 의심을 개선하도록 하고 그 절차에서 법원으로 하여금 위헌제정 여부를 결정하도록 유도하고 있다.<sup>27)</sup>

③ 토지이용계획<sup>28)</sup> 또는 건축상세계획 등 관련 개별 법령에서 허가 승인(Bewilligung), 예외적승인(Ausnahmegbewilligung) 신청절차를 예정하고 있고, 그 기회에 행정청의 일정한 처분을 이끌어낼 수 있는 경우<sup>29)</sup>

그러나 관련 법령에서 일정한 처분을 이끌어 낼 수 있는 절차를 예정하고 있지 않거나 혹은 별도의 절차를 이행하는데 상당한 비용부담 특히 상당한 비용을 지출하여 건축허가를 위한 관련 계획서류를 구비해야 하는 부담이 전제되는 경우에는 이러한 우회적 방법을 기대할 수 없다고 보고 있다.

④ 도로교통법, 자연보호법 등 관련 행정법규상 예외적인가, 예외적승인 절차를 토대로 행정청의 처분을 이끌어 낼 수 있는 경우<sup>30)</sup>

#### ⑤ 집행정지신청

관련 법률에서 명시적으로 집행정지의 효력을 인정하고 있지 않더라도 당사자가 집행정지 신청을 하여 행정심판절차에서 다룰 수 있는 경우

26) VfSlg 15030/1997, VfSlg 10785/1986

27) 청구인은 이혼한 아내가 구법원에 제기한 재산 및 예금 분할신청 절차에서 화해로 종료되었으나, 그 재산분할 청구와 화해의 근거가 된 혼인법 조항이 직접 그의 권리를 침해하는 법적인무를 지우고 있다고 하였으나 헌법재판소는 청구인은 종전에 계속 중이었던 재판절차에서 1심법원의 결정을 기다려 그 결정에 대해 항고를 제기 하고 그 항고절차에서 해당 법률조항의 위헌성에 관한 주장을 제기할 수 있는 가능성이 열려 있었기 때문에 부적법하다고 하였다.

28) 토지이용계획(Flächenwidmungsplan)은 연방헌법 제139조의 위법한 법규명령의 심판청구에서 의미하는 법규명령(Verordnung)에 해당한다(VfSlg 8697/1979)

29) 토지이용계획, 건축상세계획의 일부분에 대한 취소를 구하는 심판청구는, 만약 토지소유자에게 상당한 비용부담(특히 상당한 비용을 들여 건축허가 관련서류를 구비해야 하는 부담) 없이 별도의 절차를 통하여 어떠한 처분을 이끌어 내는 것이 가능하였고 또 요구할만하였을 때에는 그 처분에 대한 행정심판절차를 모두 거친 후 헌법재판소의 헌법소원절차에서 관련법령의 위법성에 관한 의견을 개진하거나 직권에 의한 심판회부결정을 촉구할 수 있는 기회가 부여되어 있었으므로 별도로 청구적격이 없다고 한다(VfSlg 11348/1987 등)

30) 만약 개별 행정법령에서 각종 허가, 인가, 승인 등 신청절차를 규정하고 있고 정해진 요건 하에서 행정청의 일정한 처분이 내려질 수 있다면 우선 그 신청을 거부하는 행정청의 처분이 수범자의 권리나 법적 지위를 직접 제한한다고 볼 수 있다. 당사자는 그러한 처분에 대하여 행정심판절차를 모두 거친 후 헌법재판소에 헌법소원을 청구할 수 있다.

그러나 예외적으로 법규명령으로 인해 당사자의 권리가 직접 침해되는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 달리 보고 있다.

#### ⑥ 신고납세 방식의 세금, 부담금 등 환급 신청<sup>31)</sup>

[규범통제를 위한 다른 방법을 기대할 수 없다고 보아 적법하다고 본 경우]

① 형사처벌(Strafverfahren), 행정벌(Verwaltungsstrafverfahren) 절차로 이행되는 경우 다만 형사처벌 절차 또는 행정벌 절차가 이미 계류 중이라면 이에 해당하지 않는다.

② 규범심사 목적의 확인결정(Feststellungsbescheid)<sup>32)</sup>

확인결정의 유일한 목적이 특정한 법령에 대한 위헌성, 위법성 문제를 헌법재판소에 제기하기 위한 수단을 얻기 위한 것이라면 그러한 확인결정이 내려질 법적 가능성이 심판청구의 적법요건을 배제하지 않는다. 이는 법원의 확인판결의 경우에도 마찬가지이다.

### 3. 권리구제형 법령소원에 있어서 보충성 원칙

#### 가. 자동 집행력 있는 법규명령에 대한 대법원 판례<sup>33)</sup> 와 헌법소원의 대상으로서의 명령·규칙

집행행위를 매개로 하지 않고도 직접적으로 국민의 권리·의무에 변동을 가져오는 법규명령<sup>34)</sup>을 자동집행력 있는 법규명령이라고 한다.

31) 이 경우 그 부과근거가 되는 법률조항이 위헌이고 따라서 그 납부가 부당하다고 주장하면서 환급신청이라는 행정절차상의 수단을 이용할 수 있고, 이 경우 적어도 해당 법률조항을 근거로 하여 이미 납부기한이 도래한 세금 등의 납부의무와 관련해서는 부과처분의 위법성을 다투려는 납세의부자의 지위와 다를 바가 없으며, 이러한 절차에서 과세관청의 어떠한 처분을 받을 수 있고 이를 토대로 하여 납세의무의 근거가 되는 법률조항이 위헌이라는 주장을 헌법재판소에 제기할 수 있다.

32) 청구인이 개별 법령에 정해진 절차에 따라 확인결정(권리확정적 처분)을 받을 수 있고, 이에 대하여 행정심판절차 등을 모두 거친 후 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있으며 그 과정에서 직권에 의한 규범심사를 촉구할 수 있다면, 원칙적으로 개인의 위헌심판청구는 보충성 원칙에 반하여 부적법하다고 할 것이다.

33) 이 항목은 정성태, 법규명령의 처분성, 행정판례연구 10집(2005.06) 3, 18, 박영사 참조

34) 대통령령, 총리령, 부령 외에도 대법원은 "법령의 규정이 특정 행정기관에 그 법령내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 그 권한행사의 절차나 방법을 특정하고 있지 않은 관계로 수입 행정기관이 행정규칙의 형식으로 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하고 있는 경우에는, 그 행정규칙이 당해 법령의 위임한계를 벗어나지 않는 한, 그와 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서 효력을 가지는 것이다"라고 판시하여 고시의 법규명령으로서의 효력을 인정해 오고 있다. 대체로 학설은 고시를 그 성질에 따라 일반처분적 성질을 가지는 고시, 행정규칙적 성질을 가지는 고시, 법규명령적 성질을 가지는 고시, 준법률행위인 통지로서의 고시,

대법원은 그와같은 자동집행력 있는 법규명령이라고 하여 모두 그 처분성을 인정하는 것이 아니고 오히려 법령의 규정에 의해서 바로 효력이 발생하는 경우에는 이를 항고소송으로 다룰 수 없고 직접 공법상 당사자소송을 제기하는 방법으로 다루어야 한다고 판시하고 있는데<sup>35)</sup> 이는 자동집행력을 갖는 법규명령이라고 하더라도 구체적 사실을 규율하는 것이 아닐 때에는 처분성을 갖지 못한다고 보기 때문이다.<sup>36)</sup>

결국 대법원은 자동집행력을 갖는 법규명령 중 구체적 사실을 규율 대상으로 하는 것만 처분으로 인정하고 있다고 할 것이다.(이를 처분적 법규명령이라고 한다)<sup>37)38)</sup>

사실행위인 고시로 나누어 설명한다.(문상덕, 법령의 수권에 의한 행정법규의 법적 성격과 그 통제, 행정법연구 1997. 상반기, 165면 이하 참조)

35) 대법원 2004. 7. 8. 선고 2004두244 판결 등 다수

36) 정성태 판사는 행정소송법 제2조 제1항 제1호에서 “처분등”을 “행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용...”으로 정의하고 있으므로, 처분은 구체적 사실을 대상으로 하고, 이러한 점에서 규율대상이 추상적인 법규범과 구별된다고 본다.

37) 대법원은 ① 거제군의 위치를 정하고 있는 대통령령이 위법하다며 그 취소를 구한 사건에서, “원래 대통령령은 법령의 효력을 가진 것으로서 행정소송법상 행정처분이라 볼 수 없다고 해석함이 타당할 것으로 ... 행정소송의 목적이 될 수 없을 것이다. 물론 법령의 효력을 가진 명령이라도 그 효력이 다른 행정행위를 기다릴 것 없이 직접적으로 또 현실적으로 그 자체로서 국민의 권리훼손 기타 이익침해의 효과를 발생케 하는 성질의 것이라면 행정소송법상 처분이라 보아야 할 것이고, 따라서 그에 관한 이해관계자는 그 구체적 관계사실과 이유를 주장하여 그 명령의 취소를 구할 수 있을 것”(대법원 1953. 8. 19. 선고 53누37 판결)이라고 하였고(본건은 대통령령에 의한 직접적인 권리훼손 기타 이익침해사실을 다룬 것이 아니라 오로지 법령으로서의 적법 여부만을 다루었고, 이는 행정소송의 목적이 될 수 없다는 이유로 각하되었다). ② 두밀분교의 폐지를 내용으로 하는 경기도의회가 제정한 경기도립학교설치조례의 무효확인을 구한 사건에서 “조례가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 국민의 구체적인 권리·의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하고, ... ”(대법원 1996. 9. 20. 선고 95누8003 판결)라고 판시하여 법규명령이라고도 그 실질적 내용에 따라서는 직접 취소소송의 대상이 될 수 있다는 것을 원칙적으로 인정하고 있었으나, 그 동안 인정된 건수가 1건에 불과하던 중 ③ 1차 약물(의사가 기존 유사약제에 의한 사전치료 없이 처음부터 투여한 경우에도 이에 대한 보험급여가 인정되는 약물, 이에 대하여 대체가능한 다른 저렴한 약물을 먼저 투여한 후 효과가 없거나 부작용이 나타나는 때에 2차적으로 투여할 경우에만 보험급여로 인정되는 약물을 2차 약물이라고 한다)로 결정되어 공급되어 온 정신분열병 치료제 자이프렉사정에 대하여 보건복지부고시에 의하여 2차약물로 변경하자 당해 제약회사에 의하여 제기된 보건복지부고시취소소송에서 위 고시가 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 제약회사, 요양기관, 환자 및 국민건강보험공단 사이의 법률관계를 직접 규율한다는 이유로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 판시하였고(대법원 2003. 10. 9. 선고 2003두23결정) ④ 대법원 2004. 5. 12. 자 2003무41 결정에서도 같은 취지의 판시를 한 바 있다.

38) 하급심 판결이기는 하나 서울행정법원 2002. 11. 15. 선고 2002구합12472 고시무효확인 사건(확정)[하집2002-2,428]에서 “법령을 집행하는 행위가 존재하지 아니하고 바로 법령으로 말미암아 직접 법률상의 이익이 침해되거나 법령을 집행하는 행위가 있다 하더라도 형식적인 것에 불과하여 법령에 의해 직접 법률상의 이익이 침해되는 것과 다를 바 없는 경우에는 예외적으로 직접 법령에 대하여 행정소송을 제기할 수 있다. 요양급여비용을 산정하는 단가인 '건강보험요양급여행위및 그상대가치점수당단가'에 관한 보건복지부 고시 제2001-77호와 제2002-18호는 요양급여를 받는

한편 현재는 헌법재판소법 제68조 제1항 본문이 행정처분과 달리 공권력의 행사가 “구체적 사실”에 관한 것일 것을 요하지 않으므로, 법규명령이 집행행위의 개입 없이 헌법상 보장된 기본권을 침해하기만 하면 그것이 구체적 사실을 규율하는 것이 아니라고 하더라도 헌법소원심판대상이 될 수 있다고 본다.<sup>39)</sup>

### 나. 보충성 원칙의 재검토

(가) 보충성의 원칙에 대한 헌법재판소의 입장에 찬성하는 학설

이 견해는 한마디로 말해서 재판소원을 허용하지 않고 있는 헌법재판소법하에서는 명령·규칙의 헌법소원에 대하여 보충성원칙을 강조하다 보면 현재의 관할권을 약화시키고 헌법적 규범통제의 통일성에 분열을 가져오며, 결국 헌법소원의 기능을 약화시키는 것이고, 또한 법률에 있어서는 어차피 헌가로 오든 헌바로 오든 결국 현재의 업무 부담 경감에는 별 차이가 없으므로 곧바로 헌재로 올 수 있는 방법도 선택할 수 있도록 법령에 대한 헌법소원에 있어서는 구체절차의 사전경료라는 보충성원칙의 예외를 인정하여야 한다는 것이다.

상론하면 다음과 같다.

우리 헌법재판소법은 법원의 사법행위를 헌법소원의 대상에서 제외시키면서도, 한편으로는 입법행위와 집행행위에는 보충성을 요구함으로써 먼저 법원의 재판을 거치게 하는 이율배반적인 결과를 초래하여 헌법소원의 실효성을 크게 약화시키고 있다.

일반법원의 사실적 및 법률적 견해의 전달은 전혀 이루어지지 않으며, 현재는 기본

자, 요양기관 등의 법률상 이익에 직접적인 변동을 가져오거나 직접적인 변동을 가져오는 것과 다를 바가 없어 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로서의 성질을 갖는다”는 취지로 판시하여 그 범위를 확장하고 있다.

39) 대법원을 중심으로 최근 공청회의 개최 등 행정소송법 개정논의가 전개되고 있다. 공청회에서 제시된 행정소송법 개정시안에는 행정소송의 대상이 되는 처분의 범위를 확장하기 위하여 현행 소송법 제2조 제1항 제1호의 “처분”에 대체하여 개정안 제2조 제1항 제1호에서는 “행정행위등”이란 개념을 도입하고 그 “행정행위등”을 “행정청이 행하는 법적·사실적 행위로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용(이하 “행정행위”라 한다) 및 행정심판에 대한 재결을 말한다.”고 규정하여 권력적 사실행위 등이 항고소송의 대상에 포함되는 점을 명백히 하는 등 행정소송의 대상범위를 대폭 확대하면서 법적 행위뿐만이 아니라 사실적 행위까지 포함시키고, 현행 규정에 명시되어 있는 “구체적 사실에 관한 법집행”이란 요건을 삭제하여 구체적 사실에 관한 법집행에 해당되지 아니하는 공권력의 행사까지 확장하여 행정소송의 대상으로 하고자 한다. 따라서, 행정행위등의 범위에는 협의의 처분은 물론 권력적 사실행위와 법규명령 등이 포함되며, 이들을 모두 취소소송·무효등확인소송·의무이행소송·예방적금지소송의 대상으로 하고자 한다. 대법원, 행정소송법개정안 공청회 자료집, 2004

권규정의 해석(나아가 관련법률조항의 해석) 뿐만 아니라 기본권침해 주장의 원인이 된 기초사실을 직접 심리하여야만 한다.

구제절차의 사전경료는 헌법소원심판이 청구된 후에 현제가 어차피 수행하여야 할 업무부담을 덜어주는 것이 아니라, 그 실제적인 의의는 법원의 재판관할권에 속하는 모든 사항을 처음부터 현재의 헌법소원심판관할권에서 배제하는 데 있다고 보아야 할 것이며, 더군다나 법원의 재판 자체가 아닌 법원의 재판을 거친 다른 공권력행사에 대한 헌법소원도 현재에서 허용하지 않고 있으므로, 헌법소원의 보충성을 지나치게 강조하다 보면, 헌법소원이 정작 공동화할 우려가 있어, 과거의 우리 헌법현실에 대한 깊은 반성에 근거하여 공권력의 기본권구속성을 실현할 수 있는 가장 실효성 있는 장치로서 이 제도를 도입한 헌법개정의 의미가 사라진다.

재판에 대한 헌법소원이 인정되는 독일에서 보충성원칙에 대한 예외는, 공권력에 의한 기본권침해에 대하여 최후의 관할권을 가지는 헌법재판소에 바로 호소할 수 있는 지름길을 제공하는 것에 불과하나, 재판에 대한 헌법소원이 인정되지 않는 우리의 경우, 구제절차의 사전경료에 예외를 인정하는 것은 현재의 관할권을 확보하거나 확대하는 기능을 하므로, 직접성이 있는 법률에 대하여 기본권을 침해당한 국민은 바로 그 법률조항에 대하여 헌법소원을 청구할 수도 있고, 집행행위를 기다리거나 집행행위를 촉구한 후에 그 집행행위에 대하여 구제절차를 밟는 방법을 선택할 수도 있는 것이다.

헌법소원의 補充性原則을 널리 一般化함으로서 노리는 憲裁의 負擔輕減은 결코 발생하지 않고, 오로지 법원의 提請 또는 提請申請棄却決定을 받기 위하여 소원청구인에게 법원의 재판을 거치도록 하는 것은 곤란하며, 개인의 권리영역을 직접 침해하는 입법행위는 곧 바로 헌법재판소에서 다룰 수 있어야 한다는 것은 효과적인 기본권보장을 위한 요청이다. 그렇기 때문에 헌법재판소법 제68조 제1항 단서는 직접 법률을 대상으로 하는 헌법소원에는 적용되지 않는다.

현행 憲法 제101조의 "司法權"에는 민사·형사·행정사건 등의 재판권만이 포함되고 법규범의 합헌성심사권은 원칙적으로 법원의 권한에 속하지 않는다. 憲法 제101조에 의거하여 법원의 권한을 구체화한 法院組織法 제2조는 "法院은 憲法에 특별한 規定이 있는 경우를 제외한 一切의 '法律상의 爭訟'을 심판"한다고 규정하고 있다. 법원은 법규범을 직접 訴訟物로 하는 위헌심판권은 가지지 않는 것이 원칙이며, 다만 헌법 제107조 제2항의 예와 같은 특별한 규정이 있는 경우에만 제한된 규범통제권만을 행사한다고 보아야 한다.

우리의 경우 법률과 명령·규칙의 위헌심사가 이원화됨으로써 오는 法の 分裂을 피

하기 위하여 오히려 현제가 적극적으로 명령·규칙의 위헌 여부를 심사할 필요가 있고, 抽象的 規範統制가 불가능한 우리 헌법체제 하에서 명령·규칙에 대한 헌법소원은 법률의 통제에 독점권을 가지는 憲裁가 法律下位規範도 일관성 있게 통제할 수 있는 장구이다.

명령·규칙이 직접 기본권을 침해하는 때에는 바로 헌법소원을 청구할 수 있다고 하여야 하며 동일한 명령·규칙에 대한 해석이 두 기관 사이에 달라 생기는 문제를 해결하는 것은 解釋論으로는 한계가 있으므로 입법론적으로 건국헌법 이래 변함없는 규정인 헌법 제107조 제2항은 헌법소원제도가 도입된 현행헌법에 맞게 개정되어 憲法的 最終的 解釋은 한 기관이 담당하는 것이 옳으므로 명령·규칙에 대한 위헌 여부심판도 현재로 하여금 행하도록 하여야 한다는 견해가 있다.<sup>40) 41)</sup>

#### (나) 본 연구관의 비판적 견해

그러나 이러한 견해가 헌법개정에 관한 논의라면 그 타당성을 수긍할 수도 있으나, 적어도 현행 헌법과 헌법재판소법 아래에서는 이러한 견해에 찬성할 수가 없다.

우선 명문에 반한다.

우리 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에서는 "다만 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다." 고만 규정하고

40) 박종보, 憲法訴訟願審判(헌법소원심판)에 있어서 補充性(보충성)의 原則(원칙)

41) 그밖에도 헌법 제107조 제2항에서 명시하고 있는 대법원의 '최종적' 심사권은 '법원조직 내부에서의 최종적인 심사권'으로 이해하여야 하고, 헌법재판소 또한 헌법소원의 형식으로 명령·규칙에 의한 기본권의 침해가 문제될 경우에는 기본권침해의 직접성 요건이 충족된다는 전제 하에 명령·규칙에 대한 위헌심사권한을 가진다고 보는 견해가 있고(남복현, 헌법재판소와 사법부, 한양법학 제1집, 164면 및 남복현, 헌법의 최종적인 해석기관, 헌법재판자료 제4집, 94면 참조), 그 외에 원처분의 헌법소원 대상성 논의와 관련하여 위와 같은 견해를 피력하는 학자들이 있다(김학성, 헌법소원의 쟁송대상, 헌법재판자료 제3집, 359면, 김문현, 헌법해석에 있어서의 헌법재판소와 법원의 관계, 김철수 교수 회갑기념 논문집-현대법의 이론과 실제, 1993, 103면, 이옥한, 헌법재판소법 제68조 제1항의 '법원의 재판을 제외하고는'의 문제점과 그 해결방안, 인권과 정의 제237호, 48면 등 참조). 또한 김철수 교수는 '법원은 구체적인 사건의 심사를 목적으로 하는 것이지 법령의 심사를 목적으로 하는 것이 아니므로, 명령과 규칙을 무효로 하는 것은 법원의 법규적용의 한계를 일탈하는 것이기 때문에 적용거부에 거쳐야 그치는 것이 일반적이다.'(김철수, 헌법학개론 제15개정판, 1317면 참조)라고 보고 있으며, 권영성 교수도 같은 입장을 취하고 있다(권영성, 헌법학원론 2004년도 개정판, 1083면 참조). 한편 허영 교수는 명령·규칙에 대한 재판 전제적인 위헌심사권은 최종적으로 대법원이 갖지만, 처분적 명령·규칙·조례에 대한 헌법소원의 경우 명령·규칙·조례의 위헌심사권은 헌법재판소에 속한다고 보는 것이 헌법소원제도와 규범통제제도의 체계정당성에 부합한다고 보고 있다(허영, 한국헌법론 제3판, 825면 참조).

있을 뿐, 그 공권력 행사 또는 불행사의 효력을 상실시키는 절차를 거칠 것을 요구하고 있지 아니하다.

침해된 기본권이 구제되는 절차라면 어떤 절차이든지 이에 해당한다. 가령 재산권이 침해된 것이면 그 재산권이 전보되면 되는 것이고, 공무담임권이 침해된 것이면 그 공무담임권이 회복되면 되는 것이다. 반드시 당해 법률이나 명령 규칙이 효력을 상실해야만 권리구제가 되는 것이 아닐 뿐만 아니라 그 효력을 상실시킨다고 하더라도 바로 그 권리구제가 되지 않는 경우도 상정할 수 있는 것이다.

법률에 대한 헌법적 통제와 명령규칙에 대한 헌법적 내지 법률적 통제가 분산되어 있다고 해서 헌법적 통제가 흔들릴 것이라는 우려는 헌법개정론이라면 몰라도 현행 헌법과 헌법재판소법의 규정의 해석론으로는 그리 설득력 있어 보이지 않는다.

이를 재판소원의 인정여부와 연관시키는 것도 지나치게 독일헌법에 집착한 해석이라고 할 수밖에 없다. 독일에서도 재판소원이 인정되지만 법원의 법률 적용 자체에 대하여 헌법재판소에서 관여하는 것이 아니고 그 적용한 법률이 헌법에 위반되는지 여부를 검토하는 것이다. 또한 독일은 현재가 최고 법원으로서의 위치를 헌법 자체에서 인정받고 있다. 또한 법규명령에 대하여 법원의 심판권을 인정하고 있다.

더군다나 우리와 같이 민사형사법원, 행정법원, 헌법재판소에 대등한 사법부로서 지위를 인정하고 재판소원을 인정하지 않고 있는 오스트리아에서도 보충성의 원칙은 매우 엄격하게 요청되고 있다.<sup>42)</sup>

또한 우리는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 인정하고 있다. 이는 독일이나 오스트리아에서는 인정하지 않는 제도이다. 이는 위헌법률심판제청권의 실효성을 보장하기 위한 것이고, 여기에서 더욱 법률에 대한 제68조 제1항에 의한 권리구제형 헌법소원이 극히 예외적으로만 허용되어야 할 근거를 발견할 수 있다. 권리구제형 헌법소원의 제소기간은 규범통제와는 어울리지 않는 규정이다. 당해 법률이 존속하는 한 기본권침해는 계속되고 있기 때문이다. 여기에서 일반 소송절차 등에 의한 권리구제를 도모하면서 재판의 전제로서 법률의 위헌심사를 하도록

42) 독일에서 裁判에 대한 헌법소원심판이 수용된 것은 全體主義 아래에서의 司法에 대한 국민들의 강한 不信을 역사적 배경으로 하고 있다. 이와 같이 헌법재판소형 헌법재판제도를 두고 있는 대표적인 두 나라에서 재판에 대한 헌법소원의 인정 여부가 다른 것은 두 나라의 역사적 환경과 사법제도가 다른 데서 기인하는 것이다. 강일원, 유남석, 최완주, 전계논문, 520-521쪽 참조.

요청하고 있다는 것을 판단할 수 있다.

보충성 요건이 재판소원을 인정하는 독일에서 법률과 사실에 관한 법원의 정리된 의견을 통하여 재판소원이 이루어 지도록 하기 위함이라는 것은 우리 법률하에서도 당연히 원용할 수 있는 논거이고, 그와같은 재판소원과 같은 제도가 우리의 68조 제2항의 헌법소원이므로 더더욱 법원에 의한 권리구제절차를 거칠 필요가 있는 것이다.

헌법재판소의 업무 감경을 위하여 보충성 요건이 존재하는데 우리나라의 경우에는 위헌제청신청으로 오든지 제68조 제2항에 의하여 헌법소원으로 오든지 간에 헌법재판소의 업무부담은 감경되지 않는다는 논지 또한 본말이 전도된 것으로 설득력이 없다. 보충성 원칙은 업무감경만을 위한 것이 아니기 때문이다.

명령규칙을 2분적으로 관장하게 할 경우에 발생하는 법원과 헌법재판소 결정의 모순, 충돌은 당연히 우려된다. 과연 헌법제정자와 입법자가 이를 간과한 것일까? 당연히 이러한 점을 고려한 헌법제정과 입법을 하였을 것이다. 법률의 경우에는 그러한 우려가 없다. 헌법 제107조 제1항이 헌법재판소에 최종적이고 독점적인 판단 권한을 주었기 때문이다. 그런데 헌법은 제107조 제2항에서 명문으로 대법원에 명령, 규칙에 대한 최종적인 권한을 주었다. 그에 대한 양 규정 모두 재판의 전제가 되었을 경우를 상정하고 있다. 이는 구체적 규범통제의 원칙을 천명하는 것이라고 보는 것이 명문 규정에 합치된다. 만일 헌법재판소에 명령·규칙에 대한 최종적인 심사권을 부여함으로써 명령·규칙에 대한 규범통제의 통일성을 꾀하려는 의도가 헌법제정자에게 있었다면 당연히 헌법에서 이를 천명하였을 것이다.

오스트리아에서는 헌법에서 명령·규칙에 대한 최종적인 판단권한을 헌법재판소에 부여하고 있다.

따라서 규범통제의 통일성을 도모하기 위해서 법률에 대한 위헌여부 판단은 헌법재판소에 있고, 명령·규칙에 대한 위헌위법여부 판단은 최종적으로 대법원에 두도록 규정하고 있는 것이다. 헌법재판소법에서 헌법소원의 보충성을 인정하는 것도 그러한 취지에서 보아야 할 것이고, 헌법의 취지에 부합하기 위해서는 다른 법률에 의한 권리구제절차란 헌법소원을 통하여 달성하려는 목적 즉 침해된 기본권 또는 권리를 회복하는데 유효적절한 수단이라면 당연히 법원에 의한 각종소송(당사자소송, 민사소송, 형사소송 등)이나 그밖의 신청사건, 비송사건, 처분에 대한 이의 등을 포함하는 것이며, 이러한 절차에서 논리필연적인 선결문제로서 법률, 명령규칙의 위헌 또는 위법성을 다투는 것이 예상된다면 이를

거치게 하여야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 이를 거치는 것을 요구할 수 없을 경우에 비로소 헌법소원의 최후적인 기본권구제수단으로서의 역할이 빛나게 되는 것이다.

양자의 충돌우려가 있을수록 보충성요건이 빛을 발하게 되어 있다. 따라서 보충성요건을 헌법 및 법률의 명문 규정 및 취지에 맞도록 엄격하게 적용한다면 구체적 사건에 있어서 법률과 명령규칙이 모두 문제될 경우에 법원에서는 당연히 법률에 대한 헌법재판소의 판단을 기다려서 명령·규칙에 대한 판단을 하게 될 것이다.<sup>43)</sup> 또한 양자가 결합되어 문제가 된다면 경우에 따라서는 모두 헌법재판소에 보내는 것도 이론적으로 가능하다고 생각된다.<sup>44)</sup>

명령·규칙에 대한 판단이 문제가 되는 것은 결국 법원에 소송을 제기하거나 제기할 가능성이 있음에도 불구하고, 아니면 명령규칙에 대한 위헌 판단이 나오더라도 결국은 법원의 소송을 통해서 권리구제가 실현되어야 할 경우에 소위 양다리 걸치기를 하는 경우라고 할 것이고 이는 헌법재판소의 업무부담 경감(연구시간이나 인력의 효율적 배분)이나 당사자의 심급 이익이라는 측면에서 보아서도 무익하며, 결국 헌법재판소에서 직접성 또는 보충성 요건의 판단을 그르쳤거나, 잘못 운영하는 것이라고 결론을 내릴 수밖에 없다.

(다) 선례에 대한 비판적 검토를 통한 보충성 의미 확인

① 의료보험진료수가및약제비산정기준 중 개정규정 위헌확인 헌법소원 사건 (2000. 12. 14. 2000헌마659, 판례집 12-2,437~458)

이 사건에서 헌법재판소는 “이 사건 개정기준으로 인하여 본인일부부담금이 인상되는 불이익을 직접 입고 있고, 이 사건 개정기준을 직접 대상으로 하는 다른 권리구제 절차가 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실한 뿐 아니라, 만일 허용된다 하더라도 이 사건 개정기준이 2000. 12. 31.까지 한시적으로만 적용되는 까닭에 그 이후에는 청구인의 권리보호의 이익이 부정될 가능성이 많은 점 등을 종합하여 판단하여 보면, 헌

43) 그런데 명령·규칙의 위법 여부라는 것도 대부분 委任立法의 體系問題, 즉 憲法 제75조 제95조 및 제108조의 위임한계 위반의 문제가 될 것이므로 대부분 헌법위반여부 판단이 되면, 예외적으로만 순수한 법률위반심사의 여지가 남게 된다. 鄭宗燮, 앞 논문, 108면.

44) 시행령조항이 그 규율의 근거인 수권법률조항을 떠나서는 존재할 수 없으므로, 법률조항과 시행령조항이 합쳐져서 청구인이 주장하는 기본권침해의 원인이 되는 공권력 행사를 이루고 있다고 봄이 상당하다(헌재 2003. 9. 25. 2002헌마519, 판례집 15-2상, 454, 461 참조)

법소원심판을 청구하는 외에 달리 효과적인 구제방법이 있다고 보기는 어려우므로 기본권 구제의 사각지대를 방지할 수 없다는 헌법소원심판제도의 근본적인 취지에 비추어 이 사건 헌법소원심판청구는 적법하다고 하지 않을 수 없다”고 판시하고 있는데, 결국 청구인의 침해된 재산권은 그 돈을 돌려주라고 함으로써 구제될 수 있는 것이고 (즉 인상된 본인일부부담금을 되돌려 받고 싶은 것이고) 그렇다면 당사자소송에 의하여 그 반환을 청구하면서 필요적 선결문제로서 위 고시의 효력을 다룰 수 있는 것이다. 개정기준이 한시적으로 적용된다는 것도 위 고시 자체의 효력을 다투는 절차만을 고려하는 것이고, 당사자소송에 의하면 한시적으로 적용되는 기간에 대하여는 위 기준이 그대로 적용되며, 그에 대하여 당연히 선결문제로서 그 위헌 또는 위법을 다투 수 있는 것이다.

불기소처분의 경우에는 손해배상이나 손실보상을 구하는 것이 본래의 목적 즉 자의적인 수사가 아닌 적법한 수사를 받거나 자의적인 불기소처분이 아닌 적법한 공소제기의 달성이라는 목적을 달성할 수 없기 때문에 그 타당성이 인정되고, 그밖에도 부관부행정행위 관련 사건에 있어서의 태도 및 법령 또는 행정입법부작위위헌확인 헌법소원의 경우에는 그 타당성이 수궁이 간다.

그러나, 의료보험진료수가및약제비산정기준 사건은 본인부담금 중 일부를 국민건강보험공단에서 지급받는 것이 그 목적이고 또한 그 사건에서 가장 핵심 쟁점(가장 중요한 선결문제)이 될 것이므로 당사자소송을 제기하는 것이 사후적, 보충적 구제수단이 아닌 직접적인 권리구제수단이라고 할 것이다.

청구인으로서 오히려 헌법소원에서 승소하더라도 재차 국민건강보험공단에 그 지급을 청구하여야 하고 만일 임의지급을 하지 않는다면(인용결정의 효력은 주문에만 미친다) 재차 소송을 제기하여야 한다. 특히 인용결정이 나서 당해 고시가 취소되고 계산상 불명확함이 발생하여 금액에 상호 다툼이 생기는 경우를 상정해 본다면 오히려 헌법소원이 우회적일 수도 있다. 더군다나 헌법불합치결정이 날 경우에는 헌가나 헌바 사건이 아닌 한 오히려 권리구제에 어려움을 겪게 될 것으로 보인다(그런 의미에서 재판의 전제로서의 명령·규칙심사권은 당해사건에서 적용이 되지 않을 뿐이어서 개별권리구제에 유용성이 더 있어 보이고, 대법원에서는 전원합의체판결에 의하여 그 신중성을 기함과 동시에 최종적으로 관보에 게재케 함으로써 규범통제로서의 실효성을 거두게 할 수 있는 것이다).

다시 말하면 당사자소송이나 민사소송 그밖의 쟁송수단이 그 선결문제로서 법령의 위헌 또는 위법을 다투는 것이 논리적으로 필수적이며, 또한 청구인의 기본권

구제 또는 청구인이 헌법소원을 통하여 달성하려는 목적에 가장 직접적이고 효과적인 수단이라고 판단되면 별도로 헌법소원을 제기하는 것은 보충성의 원칙에 어긋난다고 보아야 한다. 이는 독일이나 오스트리아에서 그와같이 가장 직접적이고 효과적인 수단일 것을 요하지 않고 당해 법령의 위헌, 위법성을 주장할 수 있는 경우라면 어떠한 구제수단이라도 거쳐야 하는 것으로 운용되는 것보다는 그 엄격성이 덜 한 것이다.

② 교수재임용추천거부행위 등에 대한 헌법소원(1993.05.13. 91헌마190, 판례집 5-1,312~338) 사건<sup>45)</sup>에서 “세무대학장의 재임용추천거부행위와 같은 총·학장의 임용제청이나 그 철회는 행정기관 상호간의 내부적인 의사결정 과정일 뿐 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다는 것이 대법원의 일관된 판례이므로 세무대학장이 청구인의 교수 재임용추천을 하지 아니한 공권력 불행사의 위헌여부를 다투는 청구인이 행정소송을 거치지 아니하고 바로 헌법소원심판을 청구하였다 하더라도 소원심판청구의 적법요건인 보충성의 원칙에 반하지 아니하고, 법령 자체에 대한 헌법소원심판청구의 경우에도 법령 자체에 의한 직접적인 기본권침해 여부가 문제되었을 경우 그 법령의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반 법원에 구제를 구할 수 있는 절차는 존재하지 아니하므로 이 경우에는 다른 구제절차를 거칠 것 없이 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다”는 취지로 그 보충성의 예외를 인정하였으나, 한편 “세무대학 인사위원회가 청구인에 대한 재임용추천을 동의하였는데 그 후 세무대학장이 인사위원회의 동의없이 재임용추천을 철회한 것과 그 추천행위가 자유재량행위나 기속재량행위나 하는 공권력행사에 대한 적법절차에 관한 부분은 청구인이 원고가 된 교수지위확인사건의 판결에서 다투어 판시한 것이어서 청구인도 이 사건 청구의 기본 주장으로 다투지 아니하고 있으므로 이에 대한 판단은 필요 없다”고 하였는데, 이 사건 세무대학장 재임용 추천 철회 행위의 적법성 여부에 대한 부분이 선결문제가 된 행정소송이 제기되었고, 그 절차에서 위 법령의 위헌, 위법성 여부도 선결문제로 다룰 수 있었을 뿐만 아니라 그 소송이 자신의 교수직을 유지시키려는 목적에 유효한 수단으로 보여지므로 굳이 보충성의 예외를 인정할 필요가 없지 않으나 생각된다.

③ 한편 체육시설의설치·이용에관한법률시행규칙 제5조에 대한 헌법소원

45) 세무대학설치법 제15조에 근거한 대통령령(세무대학의조직과운영에관한규정) 제16조의 교수(재)임용절차에 의하면 교수·부교수 및 조교수는 학장이 인사위원회의 동의를 얻어 재무부장관에게 추천하고 재무부장관의 제청으로 대통령이 임명하도록 되어 있다. 이에 따라 세무대학장은 1991.8.19. 세무대학 인사위원회의 동의를 얻어 재무부장관에게 청구인의 재임용을 추천하였다가 1991.8.29. 위 추천을 철회함으로써 결국 청구인은 교수재임용에서 탈락하게 되었다.

(1993.05.13. 92헌마80, 판례집 5-1,365~385)에서는 규칙에서 직접 당구장에 출입문에 18세 미만자의 출입을 금지하는 내용의 표시를 하여야 한다고 규정하여 기본권을 직접 침해하고 있을 뿐만 아니라 청구인이 그 목적을 달성할 수 있는 수단은 그와같은 규칙의 효력을 부정하는 것이고, 대법원 판례의 입장에 비추어 항고소송에서 그 처분성을 인정받을 수 없으므로 그 타당성이 인정된다고 생각된다.<sup>46)</sup>

④ 이와같은 판단은 법률에 대한 권리구제형 헌법소원의 경우에도 마찬가지로 적용된다.

가령 1990. 6. 25. 89헌마220 지방공무원법 제31조, 제61조에 대한 헌법소원 사건 [판례집 2, 200~206]에서 “법률자체에 의한 직접적인 기본권침해가 문제될 때에는 그 법률자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반 법원에 소송을 제기하는 길이 없으므로 다른 구제절차를 거칠 것 없이 바로 헌법소원을 제기할 수 있다”고 판시하여 그 적법성을 인정하나, 청구인은 당사자소송을 통하여 자신의 법률적 지위를 확인함으로써 자신의 목적을 직접 효과적으로 달성할 수 있었고, 그 필수적인 선결문제로써 위 법률의 위헌심판제청을 할 수 있었으며 만일 그 신청이 기각될 경우에는 법률 제68조 제2항에 의한 헌법소원을 제청할 수 있었을 것이다. 이와같이 해석하면 헌법 제107조 제1항의 취지 및 법률 제68조 제2항에 의한 청구기간의 입법취지도 살리고, 또한 법률에 대한 제68조 제1항의 헌법소원의 청구기간 제한과 관련된 비판에서도 자유로울 수 있다. 또한 법원의 정리된 사실적 판단과 법률적 견해가 헌법재판소에 전달됨으로써 헌법재판소로서는 그렇지 않은 상태에서 헌마사건으로 곧바로 왔을 때와 비교하여, 가정적 판단을 하는 부담에서 벗어나고 법률의 위헌성 여부에만 집중할 수 있게 된다. 이것이 바로 독일 연방헌법재판소가 기대하는 보충성 원칙의 가장 큰 기능인 것이다.

⑤ 구 공무원연금법 사건(2005.10.27. 2004헌가20, 판례집 17-2,205~214)도 당사자소송 중에 위헌제청신청을 한 것이었는데(서울행정법원 2002구합43391 퇴직연금 청구) 만일 청구인이 당사자소송을 제기하지 아니한 채 위 법률규정(또는 명령, 규칙 규정과 함께)에 의하여 직접 기본권이 침해되었다고 소송을 하였다고 하더라도 우리 재판소에서는 보충성 원칙에 위배되지 않는다고 판단하였을 가능성이 매우 높다.<sup>47)</sup>

46) 한편으로는 청구인이 과연 위 규정을 위반하더라도 특별한 형사적, 행정적 제재가 예상되지 않는다는 점을 보면 강행규정이라고 할 수 없어 보이기 는 하나(위 법률 제11조와 제38조 내지 40조의 처벌규정 참조) 과연 아무런 불이익이 없을 것인지 불확실하고, 향후 그에 대한 권리구제수단도 불확실하다.

47) 이 사건에서 구 공무원연금법 제47조 제3호에서 퇴직연금 지급정지대상기관을 총리령으로 정하도록 위협하고 있는 조항 및 법 제2호, 제3호에서 퇴직연금 지급정지의 요건 및 내용을 대통령령

4. 결론<sup>48)</sup>

규범 자체의 효력을 상실시키는 규범통제는 헌법재판소의 권한에 가까운 점, 법원의 심리구조가 구체적 사건의 판단에 더 적합하고, 그 법규명령에 대한 위헌·위법 판단이 있어도 이유에서만 판단될 뿐이며 대세효가 없다는 한계가 있으나, 헌법 제107조 제1항에서 법률심사는 재판의 전제성이 있을 경우에 소송이 계속된 법원을 거쳐서 헌법재판소가 판단하도록 하고, 법원에서 이를 받아들여주지 않을 경우 헌법재판소법 제68조 제2항이 헌법소원에 의하여 헌법재판소의 판단을 받도록 하며 제107조 제2항에서 재판의 전제성이 있을 경우에 법규명령에 대한 최종적인 심사권을 대법원에 부여한 취지에 비추어 보면, 법률이든 하위법령이든 헌재가 규범의 통제를 함에 있어서 1차적으로 법원의 선판단을 거칠 수 있는 경우에는 이를 거친 다음 최종적인 위헌여부 판단을 함이 순리이고, 거칠 수 있는 법원의 판단을 피해서 바로 헌재로 오는 것은 보충성이론으로 배제하는 것이 헌법 해석의 통일을 기하는 효과적 방법이라고 본다.

헌법재판소법에서 재판소원을 금지함으로써 법원의 위헌명령규칙심사에 대한 판단을 시정할 기회를 갖지 못하는 점을 우려하는 견해도 있으나, 재판소원이 금지되어 있다는 것 역시 한편으로는 명령·규칙에 대한 대법원의 최종적인 심사권을 인정할 수 있는 근거로 작용할 수 있는 것이다. 특히 재판소원이 인정되지 않는 오스트리아에 있어서도 보충성의 원칙이 매우 엄격하게 적용되고 있음은 앞서 본 바와 같다. 법령에 대

으로 정하도록 위임하고 있는 것이 포괄위임금지의 원칙에 어긋난다고 판시하였는데, 이 사건의 당해사건에서는 청구인이 공무원연금관리공단을 상대로 지급정지조항에 따라 미지급받은 금액 중 일부에 대한 지급을 구하는 당사자소송을 제기한 상태에서 위헌제청신청을 재판부가 받아들여서 이 사건에 이르게 된 것이다. 만일 청구인이 그와같은 당사자소송을 제기하지 않은 채 위 법률과 대통령령 및 총리령을 함께 결합시켜 헌마사건으로 청구하였다고 하더라도 받아들여졌을 가능성이 매우 높다.

48) 김우수 판사도 우리 헌법재판의 실무에서 특히 법령소원의 경우 헌법재판소법 제68조 제1항 후단의 '다른 법률에 의한 구제절차'란 법률 자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하는 절차에 한정되는 것으로 보고 있으나, 헌법재판소의 업무부담 경감, 특히 연구시간이나 인력의 효율적 배분, 당사자의 심급 이익이라는 측면에서 법령에 의한 기본권 침해가 일차적일 법원의 사실인정과 심리, 법령해석을 통해 권리구제가 가능하다면 가급적 그러한 절차를 거치도록 함이 바람직하며, 그런 의미에서 '다른 법률에 의한 구제절차'의 의미를 법규범 자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하는 절차 뿐만 아니라, 법규범의 위헌 여부를 우회적, 간접적을 다툴 수 있는 절차가 예정되어 있고 실제로 당사자로 하여금 그러한 절차를 거치도록 하는 것이 수인할 수 없을 정도로 현저하게 과도한 시간과 비용의 소요, 절차적 부담으로 되지 않는 이상 그러한 절차도 포함되는 것으로, 즉 보충성 요건을 엄격하게 해석하여 운용함이 바람직하며, 특히 우리 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원과 같은 제도를 두고 있지 않음에도 오스트리아 헌법재판에서 개인의 위헌심판청구에서 보충성을 별도 적법요건으로 삼고 엄격하게 운용하고 있음은 우리 헌법재판 실무 운용에도 시사하는 바가 크다고 한다.(전계논문 161-163쪽 참조)

한 권리구제형 헌법소원에 있어서의 보충성 요건은 독일, 오스트리아(특히 민사형사법원, 연방행정법원과 연방헌법재판소의 대등성을 인정하되 재판소원을 인정하지 아니하는 점 참조)의 예를 참조하고, 우리의 실정헌법과 헌법재판소법의 규정에 대한 문언적, 체계적, 합목적적 해석에 비추어, 다른 법률에 의한 권리구제수단을 당해 공권력 행사의 효력을 상실시키는 절차만을 의미하는 것으로 보는 선례의 태도는 변경되어야 하며, 침해된 권리 또는 기본권 구제에 유효적절한 수단이며, 그 절차에서 논리필연적으로 당해 법령의 위헌·위법 여부를 선결문제로서 심사할 수 있다면 그러한 법원에서의 소송과 절차도 다른 권리구제절차로 보아야 한다. 또한 평등권 침해 주장을 매개로 한 법령 헌법소원의 민중소송화도 방지할 수 있으며, 불필요한 사건의 폭주로 인한 헌법재판소의 인력 낭비도 막을 수 있으며, 소위 양다리 걸치기 수법에 의한 양기관의 판단의 모순, 저축의 문제도 방지할 수 있는 방법이다.

헌법소원의 활성화는 항고소송이 제 기능을 발휘하지 못하였다는 반성적 고려의 산물이기는 하나, 헌법재판소는 그 동안 국민의 기본권구제기관으로서 선도적인 역할을 충분히 하였고 그로 인하여 헌법적인 외침에 대해 무관심하던 대법원에 대하여도 충분한 각성효과를 일으켰다고 보여진다. 더군다나 그동안 헌법재판소 연구관을 거쳐간 다수의 법관들에 의하여 헌법적 규범통제의 저변도 상당히 확대되었다고 보여지며, 향후에도 그와같은 법관은 다수 양성되어질 것으로 기대된다.

이제는 헌법소원은 다른 권리구제수단이 없을 경우의 보충적인 수단이라는 원칙으로 돌아감이 타당하다.



## 행정청의 부작위로 인한 기본권 침해의 구제

— ‘한일 청구권협정’<sup>1)</sup>에 따른 중재요청불이행 위헌확인 사건에 대한

헌법재판소 결정(98헌마206)의 검토를 포함하여 —

김민준 2023

사 봉 관(헌법연구관, 서울고등법원 판사)

### I. 서론

1. 헌법재판소법(이하 ‘법’이라 한다) 제68조 제1항에서는 공권력의 행사 이외에 ‘공권력의 불행사’도 헌법소원의 대상으로 규정하고 있고, 여기에서의 공권력은 입법권·행정권·사법권을 행사하는 모든 국가기관·공공단체 등의 고권적 작용을 말하므로<sup>2)</sup>, 행정권력의 불행사 내지 부작위<sup>3)</sup>도 당연히 헌법소원의 대상이 될 수 있다.

그러나 모든 행정권력의 부작위<sup>4)</sup>가 헌법소원의 대상이 되는 것은 아니다.

먼저 헌법재판소는 “행정권력의 불행사에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법

1) 우리나라와 일본 사이에 1965. 6. 22. 체결되고, 1965. 12. 18. 발효된 ‘대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정’(조약 제172호)을 말하고, 이 글에서는 위 협정을 ‘한일 청구권협정’ 또는 ‘이 사건 협정’으로 약칭한다.

2) 헌재 2001. 3. 21. 99헌마139등, 판례집 13-1, 692

3) 법 제68조 제1항, 제75조 제3항, 제4항에서는 ‘공권력의 불행사’라고 규정하고 있으나, 권한쟁의심판에 관하여 규정하고 있는 법 제61조 제2항에서는 피청구인의 ‘부작위’라고 규정하고 있다. 이와 같이 법에서 ‘불행사’와 ‘부작위’를 구분하고 있고, ‘불행사’와 ‘부작위’를 구분하여 ‘공권력의 거부’를 ‘불행사’에 포함시킴으로써 거부처분에 대한 헌법소원에 있어서는 단순한 취소결정이 아니라 청구인이 신청한 원래의 처분이 이루어지도록 해주는 것이 효율적인 권리구제수단이 될 것이라는 이유로 양자를 구분하여야 한다는 견해(함인선, ‘공권력의 부작위에 대한 헌법재판’ - 헌법소원심판에서의 헌재 결정례를 중심으로 하여 -, 공법논총, 창간호, 434-435쪽)도 있다.

그러나 입법자가 의도적으로 공권력의 불행사와 부작위를 구별하고자 하였는지도 분명하지 않고, 헌법재판소도 이를 명확히 구별하여 사용하고 있지도 않다. 또한 거부처분이 행정소송법상 취소소송의 대상이 되는 이상 보충성의 원칙에 따라 거부처분이 헌법소원의 대상이 되는 경우도 상정하기 어려우므로 양자를 구별할 실익도 별로 없다고 생각된다. 따라서 이 글에서는 양자를 구별하지 않고 동일한 의미로 사용하되, 주로 ‘부작위’라는 용어를 사용하기로 한다.

4) 헌법소원의 대상이 되는 행정의 부작위는 ‘행정입법부작위’와 ‘행정권력의 부작위’로 나누어 볼 수 있을 것이다(김철수, ‘헌법학신문(제17권정신판)’, 2007, 1285쪽), 이 글에서는 행정의 부작위 중 행정입법부작위를 제외한 행정권력의 부작위만을 논의의 대상으로 삼고자 한다.

에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 불구하고 공권력의 주체가 그 의무를 게을리하는 경우에 한하여 허용되며, 기본권의 침해 없는 행정행위의 단순한 부작위의 경우는 헌법소원으로서 부적법하다.”고 판시함으로써<sup>5)</sup>, 헌법소원의 대상이 될 수 있는 행정권력의 부작위를 일정 범위로 제한하고 있고, 보충성의 원칙에 의해서도 제한이 된다.

그리고 헌법소원은 자기관련성, 직접성, 현재성을 요건으로 하므로, 원칙적으로 공권력의 행사 또는 불행사의 직접적인 상대방만이 청구인적격이 있고, 타인에 대한 공권력의 작용이 단지 간접성, 사실적 또는 경제적인 이해관계로만 관련되어 있는 제3자에게는 원칙적으로 청구인적격이 없다.<sup>6)</sup> 다만 헌법소원의 다른 적법요건인 ‘직접성’은 집행행위에 의하지 아니하고 법령 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻하므로<sup>7)</sup>, 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원에 있어서는 ‘직접성’ 요건이 특별히 문제되지 않을 것이고, 공권력의 불행사로서 기본권 침해가 계속된다는 부작위의 특성상 ‘현재성’ 요건도 문제될 여지가 없을 것이다.

2. 이 글에서는 행정권력의 부작위로 인한 헌법소원의 적법요건 중 쟁점이 되는 보충성과 청구기간 및 작위의무와 청구권에 관한 일반론적인 검토와 개인적인 의견을 제시해 보고, 이를 전제로 한일 청구권협정에 따른 중재요청불이행 확인사건에 대한 헌법재판소 선례(98헌마206 결정)를 간략하게 검토해보고자 한다.<sup>8)</sup>

## II. 보충성과 청구기간

### 1. 보충성

가. 헌법소원은 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에

5) 이는 헌법재판소의 확립된 견해라고 할 수 있다(헌재 1991. 9. 16. 89헌마163, 판례집 3, 505; 헌재 1994. 4. 28. 92헌마153, 판례집 6-1, 415; 헌재 1996. 11. 28. 92헌마237, 판례집 8-2, 606; 헌재 2001. 1. 18. 99헌마636, 판례집 13-1, 136 등)

6) 헌재 1993. 3. 11. 91헌마233, 판례집 5-1, 103, 111 등

7) 헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813, 823

8) 참고로 일제강점기에 군위안부로 강제동원된 청구인들이 제기한 것으로서, 이 사건 협정 제3조에 의한 행정권력의 부작위의 위헌확인을 구하는 헌법소원사건이 2006헌마788호로 헌법재판소에 계류 중이다.

심판청구를 하여야 하고(법 제68조 제1항 단서), 이를 헌법소원의 보충성이라고 한다.

그런데 행정소송법에서는 항고소송의 하나로서 부작위위법확인소송을 규정하면서(행정소송법 제4조 제3호), 위 소송의 대상이 되는 부작위를 ‘행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것’으로 정의하고 있고(위 법 제2조 제1항 2호), 대법원은 행정심판 및 항고소송의 대상이 되는 ‘부작위’가 성립하기 위해서는, ① 당사자의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여, ② 행정청이 상당한 기간 내에, ③ 일정한 처분을 하여야 할 법규상 혹은 조리상 의무가 있음에도, ④ 그 신청을 인용하는 적극적 처분 또는 기각하는 소극적 처분 등을 하지 아니할 것을 요건으로 한다고 판시하고 있다.<sup>9)</sup>

따라서 행정권력의 부작위에 대한 구제는 원칙적으로 행정심판 내지 위와 같은 부작위위법확인소송에 따라 이루어져야 하고, 부작위위법확인소송의 제기가 가능한 경우에는 헌법소원의 심판청구는 허용될 수 없다.<sup>10)</sup>

또한 공권력 행사(행정청의 거부처분)가 있음이 명백한 경우에는, 그 거부처분의 취소를 구하는 행정소송 또는 헌법소원심판을 청구하여야 하고, 이와 병행하여 행정권력의 불행사를 이유로 부작위 위헌확인 심판청구를 하는 것은 허용되지 않으며<sup>11)</sup>, 행정소송을 제기하였다면 재판소원이 금지되므로(법 제68조 제1항), 행정권력의 부작위에 대한 구제절차로서의 헌법소원은 극히 제한된 범위에서만 인정된다.

나. 다만 헌법재판소는 이러한 보충성의 원칙의 예외로서, 법률상 다른 권리구제절차가 없는 경우<sup>12)</sup>, 헌법소원심판을 청구한 청구인의 귀책사유로 돌릴 수 없는 정당한

9) 대법원 2000. 2. 25. 선고 99두11455 판결 등 참조

10) 법 제68조 제1항 단서의 뜻은 헌법소원이 그 본질상 헌법상 보장된 기본권 침해에 대한 예비적이고 보충적인 최후의 구제수단이므로, 공권력작용으로 말미암아 기본권의 침해가 있는 경우에는 먼저 다른 법률이 정한 절차에 따라 침해된 기본권의 구제를 받기 위한 모든 수단을 다하였음에도 불구하고 그 구제를 받지 못한 경우에 비로소 헌법소원심판을 청구할 수 있는 것을 밝힌 것이다(헌재 1993. 12. 23. 92헌마247, 판례집 5-2, 692)

11) 헌재 1993. 5. 10. 93헌마92, 판례집 5-1, 222, 225

12) 특히 대법원은 ‘행정소송은 구체적인 사건에 대한 법률상 분쟁을 법에 의하여 해결함으로써 법적 안정을 기하자는 것이므로, 부작위위법 확인소송의 대상이 될 수 있는 것은 구체적 권리의무에 관한 분쟁이어야 하고 추상적인 법령에 관하여 제정의 여부 등은 그 자체로서 국민의 구체적인 권리의무에 직접적인 변동을 초래하는 것이 아니어서 행정소송의 대상이 될 수 없다’고 판시함으로써 행정입법부작위는 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 없다’고 보고 있으므로(대법원 1992. 2. 8. 선고 91누11261 판결), 행정입법부작위에 대해서는 보충성의 원칙이 적용될 여지가 없어 헌법소원의 대상이 된다(헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283, 300).

다만 대법원 행정소송법 개정위원회의 개정 시안 제2조 제1항 제3호, 제4조 등에서는 국가기관의 명령·규칙 및 지방자치단체의 조례·규칙도 항고소송의 대상으로 규정하고 있다(법원행정처,

이유로 전심절차를 거치지 아니한 경우<sup>13)</sup>, 통상의 권리구제절차로 권리가 구제될 가능성이 희박하고 기본권 침해에 당한 자에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것밖에 되지 않는 경우<sup>14)</sup>, 기타 전심절차를 거칠 것을 기대하기 어려운 경우 등 비교적 넓게 보충성의 원칙의 예외를 인정하고 있다.

## 2. 청구기간의 문제

행정권력의 부작위에 대한 헌법소원에도 법 제69조 제1항<sup>15)</sup> 소정의 청구기간의 제약이 있는지에 관해서는 논의가 있다.

독일연방헌법재판소법이 공권력의 불행사에 대한 헌법소원제기기간을 정하고 있지 않는 반면에(제93조), 우리 법 제69조 제1항에서는 공권력의 불행사에 대한 헌법소원에 대하여도 공권력 행사에 대한 헌법소원의 경우와 마찬가지로 청구기간을 적용한다고 규정하고 있고, 공권력의 불행사의 경우에도 법적 안정성의 필요성이 전혀 없다고 하기는 어려우므로 입법론으로는 몰라도 최소한 해석론으로서는 공권력의 부작위에 대한 헌법소원에도 청구기간의 적용이 있다고 보아야 한다고 하면서, 부작위위헌의 정도가 취소사유에 지나지 않는 경우에 있어서는 공권력이 구체적인 작위의무를 이행할 상당한 기간이 경과한 시점으로부터 청구기간이 기산된다고 하고, 공권력 불행사의 정도가 위헌무효인 경우에는 청구기간이 적용되지 않는다는 견해<sup>16)</sup>가 있다.

‘행정소송법 개정자료집 II’, 2007, 968-1001쪽.

13) 헌재 1995. 12. 28. 91헌마80, 판례집 7-2, 851, 865

14) 헌법재판소는, ①세무대학장의 재임용추천거부행위와 같은 총·학장의 임용제청이나 그 철회는 행정기관 상호간의 내부적인 의사결정 과정일 뿐 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다는 것이 대법원의 일관된 판례이므로 세무대학장이 청구인의 교수 재임용추천을 하지 아니한 공권력 불행사의 위헌여부를 다투는 청구인이 행정소송을 거치지 아니하고 바로 헌법소원심판을 청구하였다 하더라도 소원심판청구의 적법요건인 보충성의 원칙에 반하지 아니한다(헌재 1993. 5. 13, 91헌마190, 판례집 5-1, 312, 321-322)고 판시하였고(다만 대법원은 2004. 4. 22. 선고 2000두7735 전원합의체 판결로 대학교원의 임용권자가 임용기간이 만료된 조교수에 대하여 재임용을 거부하는 취지로 한 임용기간만료의 통지가 행정소송의 대상이 되는 처분이 된다고 판시하여, 종전의 판례를 변경하였다), ②공정거래위원회가 청구의 회사의 독점규제및공정거래에관한법을 위반행위에 대하여 형사처벌을 위한 고발을 하지 아니한 행정부작위는 행정심판 내지 행정소송의 대상이 되는 ‘부작위’로서의 요건을 갖추지 못하였다고 할 것이고, 이러한 경우에도 청구인에게 행정쟁송절차의 사전 경우를 요구한다면 이는 무용한 절차를 강요하는 것으로 되어 부당하므로, 청구인이 행정쟁송절차의 경우 없이 곧바로 헌법소원심판청구를 한 것은 보충성의 예외로서 적법하다(헌재 1995. 7. 21. 94헌마136, 판례집 7-2, 169, 174)고 판시하였다.

15) 법 제69조 제1항 본문 - ‘법 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음에 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다’

16) 문흥수, ‘공권력행사 또는 불행사 위헌무효확인헌법소원’, 법조 461호(1995. 2.), 88-89쪽

그러나 헌법재판소는 ‘공권력의 행사는 그 행사가 있는 때 기본권 침해행위는 종료하고 그 위법상태가 계속될 수 있음에 비하여 공권력의 불행사는 그 불행사가 계속되는 한 기본권침해의 부작위가 계속된다 할 것이므로, 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판은 그 불행사가 계속되는 한 기간의 제약이 없이 적법하게 청구할 수 있다’고 판시<sup>17)</sup>하였고<sup>18)</sup>, 현재는 학설상으로도 공권력의 부작위에 대한 헌법소원심판청구에 대하여는 그 성질상 청구기간이 문제될 수 없다는 점에 거의 이견이 없는 것으로 보인다.<sup>19)</sup>

## Ⅲ. 작위의무와 청구권

앞서 본 바와 같이 헌법재판소는, ‘행정권력의 부작위에 대한 헌법소원은 ① 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 ② 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위 내지 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 허용된다’고 하여, 일반적인 헌법소원의 요건 이외에 작위의무와 청구권도 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원의 요건으로 보고 있다.

### 1. 작위의무

#### 가. 일반론

(1) 법적 영역에서의 부작위란 규범적인 개념으로서, 규범적으로 기대된 일정한 행위를 하지 않은 소극적인 행위라고 할 수 있다<sup>20)</sup>. 그리고 이러한 부작위 개념은 법 영

17) 헌재 1994. 12. 29. 89헌마2, 판례집 6-2, 395, 408

18) 다만 헌법재판소는 진정(행정)입법부작위에 대해서는 위와 같이 청구기간의 적용이 없다고 하면서도, 부진정(행정)입법부작위, 즉 입법자가 어떤 사항에 관하여 입법은 하였으나 그 입법의 내용, 범위, 절차 등이 당해사항을 불완전, 불충분 또는 불공정하게 규율하고 있는 경우에는, 그 불완전한 입법규정 자체가 평등의 원칙에 위배된다는 등 헌법위반을 내세워 적극적인 헌법소원을 제기하여야 하며, 이 경우에는 법 소정의 청구기간을 준수하여야 한다고 판시하고 있다(헌재 1996. 10. 31. 94헌마204, 공보18, 648).

19) 허영, ‘헌법소송법론(제2판)’, 2007, 400쪽

20) 전학선, ‘행정부작위에 대한 헌법소원 -헌법재판소 판례를 중심으로-’, 공법연구 제30집 제3호(2002), 251쪽

역에 따라 사용되는 의미는 일정하지 않으나, 최소한의 공통된 개념요소로서 (법적) 작위의무 내지 행위의무가 존재하고, 기대된 작위 내지 행위를 하지 않았을 것이 요구된다.<sup>21)</sup>

따라서 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원도 공권력의 주체에게 '헌법에서 유래하는 작위의무'가 있을 것을 1차적 요건으로 한다. 다만 이러한 작위의무는 헌법에서 명시적으로 규정된 경우에만 인정되는 것은 아니고, 헌법해석을 통한 작위의무가 인정되면 족하다고 본다.<sup>22)</sup>

(2) 또한 '헌법에서 유래하는' 작위의무를 어떻게 해석할 것인가에 대하여, 구체적인 작위의무가 헌법에는 없고, 하위법에 규정되어 있을 뿐일 때에는 헌법에서 유래하는 작위의무라고 볼 수 없다는 견해도 있으나, 행정권력의 작위의무가 법률에만 규정되었다고 하더라도 행정권력에게는 당연히 법집행의무가 있을 뿐만 아니라, 행정권력이 이러한 법률상 의무를 이행하지 않는 것은 의회가 제정한 법률을 집행하지 아니하는 것으로서 입법권을 행정권이 침해하는 결과가 되어 권력분립의 원칙에도 어긋나게 되므로, 특별한 경우(예컨대 행정 내부의 단순한 조직규범 등)를 제외하고는 법률상 작위의무도 '헌법에서 유래하는' 작위의무에 포함된다고 보아야 할 것이다.<sup>23)</sup>

헌법재판소도, "공권력의 주체에게 '헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어'가 의미하는 바는 첫째, 헌법상 명문으로 공권력 주체의 작위의무가 규정되어 있는 경우 둘째, 헌법의 해석상 공권력 주체의 작위의무가 도출되는 경우 셋째, 공권력 주체의 작위의무가 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우 등을 포괄하고 있는 것으로 볼 수 있다."고 판시하였다.<sup>24)</sup>

(3) 한편 헌법재판소는 또한 행정권력의 작위의무가 '특별히 구체적으로' 규정될 것을 요구하고 있는바, 이를 적법요건으로 보아 '구체적' 작위의무가 인정되지 않는다면 모두 부적법하다고 해야 할 것인지, 아니면 일반적인 헌법상 작위의무를 적법요건으로 보고, 구체적 작위의무는 본안에서 판단할 것인지도 문제될 수 있을 것이다. 이 문제

21) 함인선, 전제 논문, 432쪽

22) 헌법재판소도 '부작위위헌확인소원은 기본권보장을 위하여 헌법상 명문으로 또는 헌법의 해석상 특별히 공권력 주체에게 작위의무가 규정되어 있어 청구인에게 그와 같은 작위를 청구할 헌법상 기본권이 인정되는 경우에 한하여 인정되는 것인바,'라고 판시함으로써(헌재 1996. 2. 29. 93헌마 186, 판례집 8-1, 118-119), 헌법해석상으로도 작위의무가 도출될 수 있음을 인정하고 있다.

23) 한병채, '헌법재판론', 1994, 456쪽

24) 헌재 2004. 10. 28, 2003헌마898, 판례집 16-2(하), 219

는 뒤에서 살펴보기로 한다.

나. 작위의무에 관한 헌법재판소의 선례

(1) 작위의무를 인정한 경우

헌법재판소의 선례 중, 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원에서 작위의무를 인정한 경우는 아래 2건 뿐인 것으로 보인다.

① 부동산 소유권의 회복을 위한 입증자료로 사용하고자 청구인이 문서의 열람·복사신청을 하였으나 피청구인 이천군수가 그 신청이 정당한 이해관계인에 의하여 제출된 것인지의 여부도 검토하지 아니한채 아무런 조치를 취하지 아니한 부작위는, 헌법 제21조에 규정된 표현의 자유와 자유민주주의적 기본질서를 천명하고 있는 헌법 전문, 제1조, 제4조의 해석상 국민의 정부에 대한 일반적 정보 공개를 구할 권리로서 인정되는 '알권리'를 침해한 것이다.<sup>25)</sup>

② 공정거래위원회는 심사의 결과 인정되는 공정거래법 위반행위에 대하여 일응 고발을 할 것인가의 여부를 결정할 재량권을 갖는다고 보아야 할 것이나, 공정거래법이 추구하는 법목적에 비추어 행위의 위법성과 가벌성이 중대하고 피해의 정도가 현저하여 형벌을 적용하지 아니하면 법목적의 실현이 불가능하다고 봄이 객관적으로 상당한 사안에 있어서는 공정거래위원회로서는 그에 대하여 당연히 고발을 하여야 할 의무가 있고, 이러한 작위의무에 위반한 고발권의 불행사가 명백히 자의적인 경우에는 당해 위반행위로 인한 피해자의 평등권과 재판절차진술권을 침해하는 것이라고 보아야 한다.<sup>26)</sup>

(2) 작위의무를 부정한 경우

헌법재판소는 대부분의 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원에서 행정권력의 작위의무를 부정하여 왔는바, 그 중 몇 가지를 소개하면 다음과 같다(아래에 소개하는 선례

25) 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22, 판례집 1, 176-196; 이 선례가 행정권력의 부작위를 위헌으로 확인한 유일한 선례로 보인다. 다만 위 선례에서는 행정권력의 '작위의무'의 인정여부에 대해서는 따로 판시하지 아니하였으나 이를 당연한 전제로 하고 있는 것으로 판단된다. 한편 이러한 부작위에 대해서는 '공공기관의 정보공개에 관한 법률'의 시행으로 현재는 행정소송의 대상이 된다.

26) 헌재 1995. 7. 21. 94헌마136, 판례집 7-2, 169-194(다만 결론은 '공정거래위원회가 청구의 회사의 불공정거래행위에 대하여 시정조치를 하는 것만으로도 법목적의 실현이 가능하다고 판단하여 형사처벌을 위한 고발권을 행사하지 아니하였다고 하더라도 이를 고발권의 남용이라거나 고발권을 행사하여야 할 작위의무의 위반으로서 명백히 자의적인 조치라고 단정할 수 없다'는 이유로 청구인의 청구를 기각하였다).

는 법률상 작위의무도 헌법상 유래되는 작위의무에 포함된다고 보았거나, 헌법상 의무를 인정하면서도, 헌법상 구체적 작위의무가 없다는 이유로 각하한 사안이다).

① 청구인이 자신의 임야에 관하여 도시계획결정<sup>27)</sup>을 한 후 55년간 도시계획사업을 시행하지 아니하면서 아무런 보상도 하지 아니한 것은 재산권의 본질적 내용을 침해한 것이고, 피청구인이 보상조치 없이 위 도시계획결정을 취소하지 않는 공권력의 불행사가 헌법에 위반된다고 주장한 사안에서, '공권력의 불행사에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 있어서 이에 따라 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 게을리 하는 경우에 허용된다고 할 것이고, 그렇지 아니한 경우에 단순한 공권력의 불행사에 대하여는 헌법소원심판청구를 할 수 없는 것이다. 그런데 헌법이나 도시계획법상 피청구인에게 이 사건 임야에 관한 도시계획결정을 취소하여야 할 작위의무가 구체적으로 규정되어 있거나 청구인이 직접 그 도시계획결정의 취소를 청구할 수 있는 권리가 있다고 볼 근거가 없으므로, 이 사건 헌법소원 심판청구는 피청구인의 단순한 공권력의 불행사를 대상으로 한 것으로서 허용될 수 없다.'<sup>28)</sup>

② 독립유공자의 유족이라고 하는 청구인들이 국가보훈처장이 서훈추천을 하지 않은 부작위와, 대통령이 영전을 수여하지 않은 부작위가 위헌이라고 주장한 사안에서, '헌법 전문에서 3. 1.운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통을 계승한다고 선언하고 있으므로, 국가는 독립유공자를 제대로 가려내어 그들과 유족 등에게 그 공헌도에 상응하는 예우를 하여야 할 헌법적 의무를 지닌다고 보아야 할 것이나, 독립유공자의 구체적 인정절차는 입법자가 헌법의 취지에 반하지 않는 한 입법재량을 가지는 영역이고, 당사자가 독립유공자 등록을 위한 서훈추천 신청을 했다고 해서 자동적으로 서훈추천이 이루어질 수는 없다. 따라서 국가보훈처장이 청구인들의 망부 등에 대한 서훈추천을 하여 주어야 할 헌법적 작위의무가 있다고 할 수 없다. (그리고) 헌법 제80조<sup>29)</sup>와 상훈법의 내용을 종합하면 영전의 수여는 기본적으로 대통령의 재량에 달려 있는 사항이며, 달리 헌법은 국민에게 영전을 수여할 것을 요구할 권리를 부여하고 있지 않으므로, 대통령에게 특정인에 대한 영전수여를 하여야 할 헌법상 작위의무가 있다고 볼 수 없다.'<sup>30)</sup>

③ 지방공무원인 청구인이 대한민국 정부가 지방공무원에게 맞춤형 복지제도를 시

27) 1944. 1. 8. 조선총독부고시 제14호에 의한 것

28) 헌재 1999. 11. 25. 99헌마198, 공보 40, 936-938

29) 헌법 제80조 '대통령은 법률이 정하는 바에 의하여 훈장 기타의 영전을 수여한다'

30) 헌재 2005. 6. 30. 2004헌마859, 판례집 17-1, 1016-1022

행할 수 있도록 법규제정과 예산지원을 하지 아니한 부작위가 위헌이라고 주장한 사안에서, '지방공무원법 제77조는 지방공무원의 보건, 후생 등에 필요한 사항의 기준설정 및 실시의무를 관할 지방자치단체의 장에게 부여하고 있고, 피청구인 대한민국 정부에게는 이를 위한 법령, 규칙 등 세부기준의 제정의무를 부여하고 있지 아니하므로, 그 부작위를 다투는 청구부분은 부적법하다. (또한) 지방재정법, 지방교부세법 및 지방자치법 조항 어디에도 피청구인 대한민국 정부에게 지방공무원에 대한 맞춤형 복지제도의 실시를 위한 예산지원의무 등을 규정하고 있지 아니하므로, 피청구인에게 헌법의 명문이나 헌법의 해석에서 유래하는 작위의무를 인정할 수 없다.'<sup>31)</sup>

④ 장애인인 청구인이 장애인이 편리하게 승차할 수 있는 저상(低床)버스의 도입을 청구하였는데 보건복지부장관이 이를 이행하지 않은 것에 대한 위헌확인을 구한 사안에서, '헌법은 제34조 제1항에서 모든 국민의 인간다운 생활을 할 권리를 사회적 기본권으로 규정하면서, 제2항 내지 제6항에서 특정한 사회적 약자와 관련하여 인간다운 생활을 할 권리'의 내용을 다양한 국가의 의무를 통하여 구체화하고 있다. 헌법이 제34조에서 여자(제3항), 노인·청소년(제4항), 신체장애자(제5항) 등 특정 사회적 약자의 보호를 명시적으로 규정한 것은, '장애인과 같은 사회적 약자의 경우에는 개인 스스로가 자유행사의 실질적 조건을 갖추는 데 어려움이 많으므로, 국가가 특히 이들에 대하여 자유를 실질적으로 행사할 수 있는 조건을 형성하고 유지해야 한다는 점을 강조하고자 하는 것이다. (이러한) 장애인의 복지를 향상해야 할 국가의 의무가 다른 다양한 국가과제에 대하여 최우선적인 배려를 요청할 수 없을 뿐 아니라, 나아가 헌법의 규범으로부터는 '장애인을 위한 저상버스의 도입'과 같은 구체적인 국가의 행위의무를 도출할 수 없는 것이다. 국가에게 헌법 제34조에 의하여 장애인의 복지를 위하여 노력을 해야 할 의무가 있다는 것은, 장애인도 인간다운 생활을 누릴 수 있는 정의로운 사회 질서를 형성해야 할 국가의 일반적인 의무를 뜻하는 것이지, 장애인을 위하여 저상버스를 도입해야 한다는 구체적 내용의 의무가 헌법으로부터 나오는 것은 아니다.'<sup>32)</sup>

### 3. 청구권

가. 헌법재판소는 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원의 요건으로, 헌법에서 유래하는 작위의무 이외에 '이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도'

31) 헌재 2007. 5. 31. 2006헌마186, 공보 128, 657-658

32) 헌재 2002. 12. 18. 2002헌마52, 판례집 14-2, 904-905

공권력의 주체가 그 의무를 해태한 경우라고 하여, 기본권 주체의 '청구권'을 다른 요건으로 보고 있는 듯하다. 그런데 이러한 청구권과 작위의무와의 관계는 어떠한 것인지에 대해서는 논란이 있다.

나. 학설

(1) 작위의무설<sup>33)</sup>

행정청의 헌법상 작위의무가 인정되는 이상 그 상대방에게는 이러한 것을 이행하라고 하는 청구권이 존재한다고 볼 수 있다는 견해이다.

위 견해에서는 헌법재판소가 요구하는 기본권 주체의 구체적 청구권을 행정소송법상 부작위위법확인소송의 요건으로 요구되는 청구권, 즉 청구인이 행정청에 대하여 작위를 청구할 법령상 조리상의 신청권과 실질적으로 동일할 것으로 보고, 만일 이렇게 본다면 보충성의 원칙상 행정권력에 대한 헌법소원은 극히 제한적으로만 인정될 수밖에 없다는 점을 지적하고 있다.

또한 독일연방헌법재판소는 입법부작위에 대하여 주관적 권리로서 기본권을 인정하려면 헌법의 입법자에 대한 위임은, ① 명시적으로 기본법에 규정되어 있어야 하고, ② 입법자에게 구체적으로 특정행위를 지시하여야 하며, ③ 기본권적 성질을 보여주어야 한다고 규정하고 있을 뿐이고, 헌법에서 유래하는 작위의무의 존재(위 ①, ② 요건)가 인정되면 그만이지 청구인에게 따로 구체적 청구권이 있을 것을 요구하고 있지 않다(③의 요건은 기본권의 침해를 요건으로 하는 헌법소원 구조상 당연한 것으로 오히려 본안요건으로 분류함이 상당할 것이다)고 하는 한편, 미국연방대법원판례에서도 작위의무에 상응하는 청구권의 존재를 따로 언급하는 것을 찾을 수 없다고 하고 있다.

(2) 청구권 존재설

청구권은 행정청의 작위에 대한 의무이행소송을 청구할 수 있는 구체적 청구권이어서 하므로, 행정청의 부작위에 대하여 신청에 따른 행정처분을 명할 수 있다고 하기 위하여는 작위의무의 내용 내지 특성에 따라 개별적으로 인정되는 별도의 청구권이 존재하여야 한다는 견해로서, 이러한 견해는 지방자치단체의 장(長) 선거일 불공고 위헌확인사건(92헌마126)의 보충의견에서 제시되었다.

위 결정에서 재판관 최광률, 재판관 이재화는 보충의견으로, '부작위에 대한 헌법소

원을 제기하기 위하여는 먼저 피청구인의 부작위 및 그로 인한 청구인의 기본권침해의 주장이 있어야 할 뿐만 아니라, 피청구인의 작위의무 및 청구인의 청구권이 있어야 한다. 이러한 청구권은 행정청의 헌법상 작위의무가 인정되는 경우에도, 청구인이 행정청에 대하여 그러한 작위의무의 이행을 청구할 수 있는 구체적 청구권이어서 하므로, 그 인정 여부는 작위의무의 내용 내지 특성에 따라 개별적으로 판단되어야 한다고 할 것이다. 우리 재판소가 종래 부작위소원은 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 불구하고, 공권력의 주체가 그 의무를 해태한 경우에 한하여 허용된다는 취지로 판시(89헌마163 사건)한 것도, 그와 같은 이론에 근거한 것으로 이해된다. 그것은 헌법상의 작위의무의 불이행이 있고 그로 인하여 기본권이 침해된 경우에도 당연히 청구권이 인정된다고 한다면, 부작위소원을 청구하기 위한 적법요건으로서 작위의무의 존재 외에 청구권의 존재를 거론할 필요가 없기 때문이다.'라고 하여<sup>34)</sup>, 작위의무의 존재 이외에 청구권의 존재가 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원의 적법요건의 하나임을 명시적으로 밝혔다.

(3) 헌법상 연역설<sup>35)</sup>

행정청의 헌법상의 작위의무가 인정되고 그 부작위에 의하여 기본권이 침해된 경우에는, 그 기본권으로부터 침해를 배제하기 위하여 피청구인이 하여야 할 구체적인 작위내용을 특정할 수 있으면 족하다는 설, 즉 청구권이 헌법해석에 의하여 사후적으로 연역될 수 있으면 된다는 견해이다.

위 견해는, 법 제68조 제1항에서 행정소송법과 달리 '처분의 신청'을 한 자를 전제로 헌법소원심판청구를 인정하고 있지 않고, 만일 부작위 위헌확인소원에 행정소송법상의 부작위위법확인소송과 같은 '청구권의 존재'를 요건으로 하게 된다면, 보충성의 원칙과 재판소원금지에 따라 공권력의 불행사에 대한 헌법소원을 부정하는 결과를 가

33) 전학선, 전계 논문, 259-261쪽을 요약하였고, 재인용 표시는 생략하였다.

34) 헌재 1994. 8. 31. 92헌마126, 판례집 6-2, 176-248 : 또한 위 결정에서 조규광, 김진우 재판관은 다른 보충의견으로, '헌법 제118조 제2항은 단체장의 선임방법에 관한 사항은 법률로 정한다고만 규정하고 있고, 실제 위 헌법규정을 처음 구체화한 지방자치법(1988.4.6. 법률 제4004호)은 시한을 정하지 아니하고 당분간 단체장을 정부 임명제하에 두도록 하였으며, 위 헌법규정의 위임에 의한 지방자치법과 지방교육자치에관한법률은 광역 지방자치단체의 집행기관을 일반행정에 관한 사무를 관장하는 특별시장·직할시장·도지사과 교육·학예 등에 관한 사무를 관장하는 교육감으로 이원화시키고, 동일한 법률상의 지위에 있는 집행기관 중 교육감은 시·도 의회에서 선출되는 교육위원으로 구성되는 교육위원회에서 선출되도록 규정하고 있다. 따라서 단체장에 대한 주민직접선거제가 헌법적 의지라고는 볼 수 없으므로 단체장 선거권 및 피선거권은 법률에 의하여 보장되는 법률상의 권리에 불과하다.'라고 하여 법률상의 권리와 기본권적 청구권을 구별하고, 기본권적 청구권이 없는 경우에는 부작위위헌확인소원은 부적법하다는 견해를 밝히기도 하였다.

35) 한병채, 전계서, 462-465쪽

저오게 되어 부당하고, 또 행정권력의 작위의무 위반으로부터 당연히 청구권을 인정한다면 모든 국민이 모든 공권력에 대하여 헌법소원을 청구할 수 있게 되어 헌법소원이 민중소송화하는 것을 막을 길이 없다는 점 등을 지적하고 있다.

#### 다. 헌법재판소의 선례

(1) 헌법재판소는 작위의무와 청구권의 관계 등에 대하여 앞서 본 92헌마126 결정의 보충의견을 제외하고는 명시적으로 밝힌 것은 없는 듯하고, 대부분의 선례에서는 작위의무가 없다는 이유만으로 각하결정을 하였을 뿐, 청구권의 존재를 거론한 선례가 오히려 예외에 속한다.

(2) 헌법재판소가 특별히 청구권의 존부에 관하여 언급한 선례로는, ① 청구인은 국회가 탄핵소추의결을 하지 아니한 것을 위헌적인 공권력의 불행사라고 주장한 사안(93헌마186)에서, '부작위위헌확인소원은 기본권보장을 위하여 헌법상 명문으로 또는 헌법의 해석상 특별히 공권력주체에게 작위의무가 규정되어 있어 청구인에게 그와 같은 작위를 청구할 헌법상 기본권이 인정되는 경우에 한하여 인정되는 것인바, 국회에게 대통령의 헌법 등 위배행위가 있을 경우에 탄핵소추의결을 하여야 할 헌법상의 작위의무가 있다거나 청구인에게 탄핵소추의결을 청구할 헌법상 기본권이 있다고 할 수 없다.'고 판시한 것<sup>36)</sup>, ② 피청구인(부산광역시)이 임야에 관하여 도시계획시설(공원)로 결정한 후 55년간 도시계획사업을 시행하지 아니하면서 도시계획결정을 취소하지 않은 공권력의 불행사에 대한 헌법소원사건(99헌마198)에서, '헌법이나 도시계획법상 피청구인에게 이 사건 임야에 관한 도시계획결정을 취소하여야 할 작위의무가 구체적으로 규정되어 있거나, 청구인이 직접 그 도시계획결정의 취소를 청구할 권리가 있다고 볼 근거가 없으므로, 이 사건 헌법소원 심판청구는 피청구인의 단순한 공권력의 불행사를 대상으로 한 것으로서 허용될 수 없다'고 판시한 것<sup>37)</sup>, ③ 독일정부의 우리나라 국민에 대한 '미성년자보호관련관헌의관할권및준거법에관한협약'의 적용을 피하기 위하여 우리나라 정부가 위 협약에 가입, 수정가입, 일부가입 또는 독일과의 별도조약을 체결하지 아니한 것이 헌법소원의 대상이 되는지 여부가 문제된 사건(97헌마282)에서, '행정권력 내지 사법행정권의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법

36) 헌재 1996. 2. 29, 93헌마186, 판례집 8-1, 111-125

37) 헌재 1999. 11. 25. 99헌마198, 공보 40, 936-938

에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 있어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위등 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 허용되는 것인데, 헌법 제2조 제2항은 "국가는 법률이 정하는 바에 의하여 재외국민을 보호할 의무를 진다"고 규정하고 있으나, 위 규정이나 다른 헌법규정으로부터도 청구인이 외교통상부장관이나 법원행정처장에게 청구인 주장과 같은 공권력의 행사를 청구할 수 있다고 인정되지 아니하므로 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하다'고 판시한 것<sup>38)</sup>, ④ 재일 한국인 피징용부상자들의 보상문제가 한일 청구권협정에 의해 타결된 것인지에 관한 한·일 양국정부의 분쟁을 해결하기 위한 방법으로 우리나라 정부가 중재에 회부하지 아니한 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원사건(98헌마206)에서, '정부는 재일 한국인 피징용 부상자들의 보상청구권이 한일 청구권협정에 의해 타결된 것인지에 관해서 한·일 양국정부가 의견을 달리 함으로써 양국 모두로부터 사실상 보호받지 못하고 있는 재일 한국인 피징용 부상자들 및 그 유족들로 하여금 합당한 보상을 받을 수 있도록 가능한 모든 노력을 다 함으로써 그들을 보호하여야 할 것이나, 우리나라 정부에게 청구인들이 원하는 바와 같이 중재회부라는 특정한 방법에 따라 우리나라와 일본국간의 분쟁을 해결하여야 할 헌법에서 유래하는 구체적 작위의무가 있고 나아가 청구인들이 이러한 공권력행사를 청구할 수 있다고 볼 수는 없으므로, 우리나라 정부가 중재를 요청하지 아니하였다고 하더라도 헌법소원의 대상이 될 수 없다'고 판시한 것<sup>39)</sup> 등이 있다.

#### 4. 작위의무와 청구권 등에 대한 해석론(사건)

##### 가. 헌법소원과 기본권의 이중적 기능

(1) 헌법소원은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 '헌법상 보장된 기본권을 침해 받은 자'가 헌법재판소에 그 권리의 구제를 위하여 헌법소원심판을 청구하고(법 제68조 제1항), 이에 대해 헌법재판소가 심판을 통하여 국민의 기본권을 구제하고 헌법질서를 수호하고 유지하는 제도이다.<sup>40)</sup>

헌법소원은 헌법상의 기본권이 침해된 경우에 이를 구제하는 소송이라는 점에서 주관소송으로서의 성질을 갖지만, 이외에도 위헌적인 공권력의 행사나 불행사를 헌법질

38) 헌재 1998. 5. 28, 97헌마282, 판례집 10-1, 705-711

39) 헌재 2000. 3. 30, 98헌마206, 판례집 12-1, 393-403

40) 정종섭, '헌법소송법(제4판)', 2006, 469쪽

서에서 배제하여 헌법에 의해 형성된 질서를 보호하고 유지하는 기능을 가지므로 객관소송으로서의 성질도 가진다.<sup>41)</sup>

(2) 기본권은 행정권력을 포함한 모든 국가권력을 구속한다. 전통적인 기본권이론은 기본권을 국가에 대한 방어권이나 개인의 주관적 공권으로 이해하였고<sup>42)</sup>, 지금도 국가권력의 남용을 저지함으로써 국민의 자유를 보장한다는 기본권의 기능이 중요시되는 것은 분명하지만, 오늘날 기본권은 헌법적 위계질서에 관한 가치결단과 객관적 규범 내지 객관법적 내용의 규범으로 이해되고 있고, 아울러 기본권은 국민과 국민의 관계(대등한 질서관계)에서도 효력을 갖는 법규범의 내용으로 인식되기에 이르렀다. 즉 기본권은 객관적 법질서로서의 측면을 내포하고 있음이 강조되고 있고, 그러한 가운데 기본권은 그것이 갖는 방사효과(放射效果)의 결과 사인상호간에도 효력이 미치는 것이라는 점에서 이론이 제기되지 않는다.<sup>43)</sup>

(3) 따라서 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원의 요건으로서 작위의무와 청구권은 이러한 헌법소원과 기본권의 이중적 기능이라는 면에서 이해되어야 할 것이다.

나. 작위의무 외에 청구권의 존재가 적법요건으로서 필요한지 여부

헌법소원은 기본적으로 기본권의 침해에 대한 구제수단이므로, 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원에 있어서도 헌법상 보장된 기본권의 침해가 있을 것이 적법요건이 됨은 당연하다.

그러나 적법요건으로서 기본권의 침해에 더하여 행정권력의 작위의무에 대응하는

41) 헌법재판소도, '헌법소원제도는 개인의 주관적 권리구제뿐만 아니라 객관적인 헌법질서의 수호·유지의 기능도 갖고 있다. 이 심판 계속 중에 주관적인 권리보호이익이 소멸된 경우라도 그러한 기본권 침해여부가 반복될 위험이 있고 그 해명이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항으로 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판청구의 이익을 인정하는 것이 우리 재판소의 선례'라고 판시함으로써(헌재 1999. 5. 27. 97헌마137등, 판례집), 헌법소원이 개인의 주관적 권리구제 외에 객관적인 헌법질서의 수호·유지의 기능이라는 이중적 기능을 갖고 있다는 점을 분명히 하고 있다.

42) 헌법재판소도, "지방자치단체 주민으로서의 자치권 또는 주민권은 '헌법에 의하여 직접 보장된 개인의 주관적 공권'이 아니어서, 그 침해만을 이유로 하여 국가사무인 고속철도의 역의 명칭 결정의 취소를 구하는 헌법소원심판을 청구할 수 없다고 판시하고 있다(헌재 2006. 3.30, 2003헌마 837, 공보 114, 551-553)

43) 이승우, '국가의 기본권보호의무', 현대공법과 개인의 권익보호(규제 양승두교수 화갑기념논문집), 1153 -1187쪽

구체적 청구권까지 요구할 필요는 없을 것이다. 행정권력의 작위의무에 대응하는 구체적 청구권은 부작위위법확인소송의 요건인 '신청권 내지 주관적 공권'과 실질적으로는 동일한 의미일 것이므로, 만일 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원의 적법요건으로 행정권력의 구체적 작위의무에 대응하는 구체적 청구권의 존재까지 요구한다면 보충성의 원칙과 재판소원금지의 원칙상 행정권력의 불행사에 대한 헌법소원은 인정될 여지가 없게 되어, 결국 기본권 침해의 구제라는 헌법소원제도의 본질적 기능을 훼손시키는 결과를 가져올 것이기 때문이다.

그러므로 행정권력의 작위의무가 헌법규정과 헌법해석에서 도출될 수 있고 그 작위의무와 청구인의 기본권과의 연관성이 연역적으로 인정된다면, 이로써 헌법소원의 적법요건인 청구권의 존재라는 점은 충족되었다고 보아야 할 것이고, 따로 행정권력의 작위의무에 대응하는 구체적 청구권의 존재가 적법요건으로 요구되는 것은 아니라고 할 것이다. 즉 헌법재판소가 제시한 '행정행위 내지 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도'라는 것은, 청구인에게 자신의 어떤 기본권이 침해되고 있는지를 구체적으로 주장할 것, 다시 말해 청구인이 단순한 일반적인 부작위가 있다는 주장이 아니라 행정권력의 구체적 작위의무를 특정할 수 있는 주장을 해야 한다는 의미로 해석되어야 할 것이다<sup>44)</sup>.

다. 적법요건으로서의 작위의무와 본안 판단요건으로서의 작위의무의 구별

(1) 이와 같이 작위의무가 인정되면 '청구권의 존재'라는 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원의 적법요건이 충족된다고 본다면, 행정권력의 작위의무만이 적법요건의 판단에서 중요한 문제로 남는다.

그런데 앞서 본 바와 같이 헌법재판소는 '헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어'라고 판시하여 '구체적 작위의무'를 적법요건 단계에서 요구함으로

44) '독일의 판례는 대체로 '연방헌법재판소법 제90조 및 제92조의 해석상 행정청의 부작위에 대하여도 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 그러나 모든 부작위소원에서와 마찬가지로 첫째, 헌법상의 작위의무가 구체화되어 있어야 하고, 둘째 개개인이 연방헌법재판소법 제90조의 범위안에서 그러한 작위의무에 따르는 행정청의 행위를 청구할 수 있는 청구권이 있어야 한다. 공권력을 행사해야 할 의무에 반하는 부작위에 의하여 피해를 입었다는 막연한 일반적 주장만으로는 불충분하다. 청구인은 자기 청구에 대하여 바로 청구권을 가지는 그와 같은 피청구인의 구체적인 작위(행위내용)를 특정할 수 있어야 한다'라고 판시하고 있다고 하면서, 이는 청구권을 가지는 그와 같은 구체적인 작위내용을 특정하여야 한다는 것으로 해석하여야 하며, 이를 청구권이 존재하여야 한다는 것으로까지 지나치게 확대해석해서는 안될 것이다.'는 것도 이와 같은 견해이다(한병채, 전게서, 454-455쪽 참조)



써, 사실상 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원의 가능성을 극히 제한하고 있다(이는 헌법재판소가 행정권력의 부작위에 대하여 본안판단한 사례가 2건 밖에 되지 않는 것에서도 드러난다).

따라서 이하에서는 국민의 기본권 보호의 확대를 위하여, 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원에 있어, 적법요건으로서의 작위의무와 본안판단요건으로서의 작위의무를 구별할 필요가 있다는 견해를 제시해 보고자 한다.

(2) 국가의 기본권보호의무<sup>45)</sup>

(가) 우리 헌법 제10조 후문에서는 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고, 이를 보장할 의무를 진다”고 규정하여, 국가의 기본권보호의무를 선언하고 있다.

이러한 국가의 기본권보호의무의 내용, 효력, 범위 등에 관해서는 학설상 많은 논란이 있지만<sup>46)</sup>, 최소한 국가는 국민의 기본권을 침해하지 않고 이를 최대한 보호해야 할 의무를 가지며, 만약 국가가 불법적으로 기본권을 침해하는 경우 그러한 기본권을 보호해주어야 할 행위의무를 진다<sup>47)</sup>는 점에 대해서는 이론이 없다. 또한 기본권은 모든 국가권력을 기속하므로, 행정권력 역시 이러한 기본권보호의무에 따라 기본권이 실효적으로 보장될 수 있도록 행사되어야 함은 당연할 것이다.<sup>48)</sup>

(나) 헌법재판소는 교통사고처리특례법 제4조 등에 대한 헌법소원 사건<sup>49)</sup>에서 비교적 상세하게 기본권보호의무에 대하여 언급하고 있다.

『(1) 합헌의견<sup>50)</sup>』

(라) 국가의 기본권보호의무 위반 여부

45) 학자들에 따라서 기본권보장의무와 기본권보호의무라는 용어가 달리 사용되기도 하지만, 이 글에서는 헌법재판소의 다수 선례들이 사용하고 있는 ‘기본권보호의무’라고 한다.

46) 기본권보장의무의 의의와 법적성격 및 이와 관련한 견해의 대립 등에 대해서는, 송기춘, ‘국가의 기본권보장의무에 관한 연구’, 서울대학교 박사학위 논문(1999), 17-108쪽 참조

47) 헌재 2003. 5.15, 2000헌마192등, 판례집 15-1, 551, 558

48) 송기춘, 전제 논문, 129쪽

49) 이 사건은 교통사고처리특례법 제3조 제2항 단서에 해당하지 아니하는 중대한 과실로 인한 교통사고로 말미암아 피해자에게 생명에 대한 위험을 발생하게 하거나, 불구 또는 불치나 난치의 질병 등 이른바 중상해에 이르게 한 경우에도 단순히 자동차종합보험 등에 가입하였다는 것만으로 공소제기조차 하지 못하도록 규정한 같은 법 제4조 제1항이 헌법에 위반된 것인지의 여부가 쟁점이 되었다(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등, 판례집 9-1, 90, 119-141)

50) 재판관 4인의 합헌의견과, 재판관 5인의 위헌의견이 있었다.

1) 우리 헌법은 제10조에서 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다고 규정함으로써, 소극적으로 국가권력이 국민의 기본권을 침해하는 것을 금지하는데 그치지 아니하고 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 타인의 침해로부터 보호할 의무를 부과하고 있다.

2) 헌법재판소는 권력분립의 관점에서 소위 “과소보호금지원칙”을, 즉 국가가 국민의 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 기준으로 심사하게 된다. 따라서 입법부작위나 불완전한 입법에 의한 기본권의 침해는 입법자의 보호의무에 대한 명백한 위반이 있는 경우에만 인정될 수 있다. 다시 말하면 국가가 국민의 법익을 보호하기 위하여 전혀 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 명백하게 전적으로 부적합하거나 불충분한 경우에 한하여 헌법재판소는 국가의 보호의무의 위반을 확인할 수 있을 뿐이다.

헌법재판소는 원칙적으로 국가의 보호의무에서 특정조치를 취해야 할, 또는 특정법률을 제정해야 할 구체적인 국가의 의무를 이끌어 낼 수 없다. 단지 국가가 특정조치를 취해야만 당해 법익을 효율적으로 보호할 수 있는 유일한 수단일 경우에만 입법자의 광범위한 형성권은 국가의 구체적인 보호의무로 축소되며, 이 경우 국가가 보호의무이행의 유일한 수단인 특정조치를 취하지 않은 때에는 헌법재판소는 보호의무의 위반을 확인하게 된다.

(2) 재판관 3인의 위헌의견<sup>51)</sup>

1) 생명·신체에 대한 국가의 기본권보호의무의 헌법적 근거

헌법전문의 “우리 대한국민은……우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서……”라는 부분, 제10조(중략), 제30조의 “타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다.”, 제37조 제1항의 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.”는 규정내용으로부터 국민의 생명·신체의 안전에 대한 기본권과 그 생명·신체를 사인에 의한 침해로부터 적절히 보호할 국가의 의무가 도출된다고 할 것이다. 즉 기본권은 단순히 국가권력의 부당한 침해로부터 개인의 자유를 보장할 뿐만 아니라 공동체의 가치질서의 구성요소로서 국민의 기본권을 사인에 의한 침해로부터 보호할 의무를 국가에게 적극적으로 부과하는 것이기도 하다.

51) 이외에 평등원칙 위배와 형사피해자의 재판절차에서의 진술권의 제한이 과잉금지의 원칙에 위배된다는 재판관 2인의 위헌의견도 있었다.

### 5) 기본권보호에 있어서의 과소보호금지의 원칙 및 평등원칙

국가는 이 기본권보호의무를 이행함에 있어서 국민의 생명·신체에 대한 보호의 정도가 헌법이 요구하는 최소한도의 보호수준에 미달해서는 아니된다는 의미에서 이른바 국가의 국민에 대한 과소보호금지(過少保護禁止)라는 헌법상의 원칙을 준수하여야 한다. 헌법이 요구하는 최소한도의 보호수준은 생명·신체라는 법익이 헌법질서에서 차지하는 위상, 이 법익의 침해에 대한 위협의 태양과 정도, 상충하는 법익의 의미 등을 비교교량함으로써 밝혀지게 된다.

헌법재판소로서는 원칙적으로 국가가 보호의무를 위반한 것이 명백한 경우에만 국가의 해당 작위나 부작위의 위헌성을 확인할 수 있다고 할 것이나, 헌법재판소의 통제의 강도는 일률적인 것이 아니고 관련된 기본권적 법익의 중대성, 그 침해의 심각성, 그 침해의 빈도 등에 따라서 달라지게 된다고 보아야 한다.<sup>52)</sup>

### (3) 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원의 적법요건으로서의 '작위의무'

(가) 헌법소원이 민중소송화하는 것은 피해야 할 것이므로, 행정권력에게 기본권의 실효성을 확보해야 할 일반적인 보호의무로부터 곧바로 행정권력의 작위의무를 도출할 수는 없을 것이다. 그러나 국가권력의 기본권에의 기속성과 기본권보호의무에 비추어 보면, 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원의 적법요건으로 요구되는 '작위의무'에 대한 '구체성'의 요구는 적어도 헌법재판소의 선례보다는 완화될 필요가 있다고 본다.

물론 어느 경우에 행정권력에게 '작위의무'가 있다고 인정할 수 있을 것인가는 일률적으로 말하기 어렵지만, 독립유공자들과 유족 등에게 그 공헌도에 상응하는 예우를 하여야 할 의무<sup>52)</sup>나 장애인의 복지를 향상해야 할 국가의 의무<sup>53)</sup> 등과 같이 헌법과 헌법의 해석에 의하여 국가의 의무가 도출될 수 있는 경우에는 적법요건으로 요구되는 행정권력의 작위의무를 충족하였다고 보아야 하고, 그 밖에는 기본권적 법익의 중대성(예컨대 생명, 신체에 대한 기본권적 법익의 보호를 위하여 필요한 경우), 그 침해된 법익의 심각성 등에 따라 개별적으로 결정될 수밖에 없다고 본다.

(나) 헌법재판소도 공정거래위원회의 고발권불행사 위헌확인 사건(94헌마136)에서, 적법요건에서는 자기관련성과 보충성만을 판단하고 고발권 행사의 재량성과 고발권 행사의 당부를 본안에서 판단한 후, 각하 결정이 아니라 기각 결정을 하였는바<sup>54)</sup>, 위 선례는 묵시적으로 적법요건에서 요구되는 '작위의무'와 본안판단에서 요구되는 '작위의

52) 위 2004헌마859 결정 참조

53) 위 2002헌마52 결정 참조

54) 헌재 1995. 7. 21. 94헌마136, 판례집 7-2, 169-194

무'가 구별될 수 있다는 입장을 밝힌 것으로 보인다.

(4) 요컨대 개인적 의견으로는, 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원에 있어 요구되는 작위의무는 적법요건 단계에서 요구되는 '작위의무'와 본안판단 단계에서 요구되는 '작위의무'로 구별될 수 있다고 본다.

물론 행정권력의 부작위에 대하여 위헌으로 확인할 수 있는 경우는 행정권력이 기본권보호의무 등을 명백히 위반한 경우, 즉 행정권력이 국민의 생명, 신체에 관련된 기본권적 법익을 보호하기 위하여 전혀 아무런 보호조치를 취하지 않은 경우나 취한 조치가 법익을 보호하기에 명백하게 전적으로 부적합하거나 불충분한 경우로 한정될 것이고, 특히 행정권력에게 행위재량이 인정되는 경우는 그 재량권이 영으로 수축되는 등의 예외적인 사정이 없다면 행정권력의 구체적 작위의무를 도출하기 어려울 것이므로 헌법소원이 인용될 가능성은 없을 것이다.

그러나 헌법소원이 개인의 주관적 권리구제 뿐만 아니라 객관적인 헌법질서의 수호 기능도 갖고 있고, 기본권도 객관적 법질서로서의 측면을 내포하고 있으므로, 비록 헌법소원이 인용되지 않더라도 헌법재판소가 행정권력의 일반적 작위의무가 있음을 확인하는 것 자체로도 의미가 있을 것이고, 행정권력이 헌법재판소가 확인한 일반적 작위의무의 이행을 위한 아무런 실효성 있는 조치를 취하지 않는 경우에는 그 사유만으로 국가에 대한 손해배상청구 등이 가능할 수도 있다는 점에서 위와 같이 적법요건 단계에서 요구되는 작위의무와 본안판단 단계에서 요구되는 작위의무를 구별할 실익이 있다고 생각된다.

## IV. 중재요청불이행 위헌확인 사건에 대한 헌법재판소 결정 검토

### 1. 위 헌법재판소 결정(이하 '종전 선례'라 한다)의 요지<sup>55)</sup>

(1) 이 사건은 재일 한국인 피징용부상자들의 보상문제가 이 사건 협정에 의해 타결된 것인지에 관한 한·일 양국정부의 분쟁을 해결하기 위한 방법으로서 우리나라 정부가 중재에 회부하지 아니한 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원인바, 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구

55) 헌재 2000. 3. 30. 98헌마206, 판례집 12-1, 393, 401-403

체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위 내지 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 허용된다고 하는 것이 우리 재판소의 확립된 판례이다.

(2) 우리나라 정부가 우리나라와 일본국 모두로부터 사실상 보호받지 못하고 있는 재일 한국인 피징용부상자들로 하여금 합당한 보상을 받을 수 있도록 가능한 모든 노력을 다 함으로써 그들을 보호하여야 함은 두말할 나위도 없다. 그러나 우리나라 정부에게 청구인들이 원하는 바와 같이 중재회부라는 특정한 방법에 따라 우리나라와 일본국간의 분쟁을 해결하여야 할 헌법에서 유래하는 구체적 작위의무가 있고, 나아가 청구인들이 이러한 공권력행사를 청구할 수 있는 것인지 여부에 관해서 보면, 이는 아래에서 보는 바와 같이 긍정하기 어렵다.

(3) 이 사건 협정 제3조<sup>56)</sup>는 이 사건 협정의 해석 및 실시에 관한 양국간의 분쟁은 우선 외교상의 경로를 통하여 해결하고, 외교상의 경로를 통하여 해결할 수 없었던 분쟁은 일방체약국의 정부가 상대국 정부에 중재를 요청하여 중재위원회의 결정에 따라 해결하도록 규정하고 있는데, 위 규정의 형식과 내용으로 보나, 외교적 문제의 특성으로 보나, 이 사건 협정의 해석 및 실시에 관한 분쟁을 해결하기 위하여 외교상의 경로를 통할 것인가 아니면 중재에 회부할 것인가에 관한 우리나라 정부의 재량범위는 상당히 넓은 것으로 볼 수밖에 없고, 따라서 이 사건 협정당사자인 양국간의 외교적 교섭이 장기간 효과를 보지 못하고 있다고 하여 재일 한국인 피징용부상자 및 그 유족들인 청구인들과의 관계에서 정부가 반드시 중재에 회부하여야 할 의무를 부담하게 된다고 보기는 어렵고, 마찬가지로 이유로, 청구인들에게 중재회부를 해달라고 우리나라 정부에 청구할 수 있는 권리가 생긴다고 보기도 어렵다. 그리고 국가의 재외국민보호 의무(헌법 제2조 제2항)나 개인의 기본적 인권에 대한 보호의무(헌법 제10조)에 의하더라도 여전히 이 사건 협정의 해석 및 실시에 관한 한·일 양국간의 분쟁을 중재라

<sup>56)</sup> 한일 청구권협정 제3조

1. 본 협정의 해석 및 실시에 관한 양 체약국 간의 분쟁은 우선 외교상의 경로를 통하여 해결한다.

2. 1의 규정에 의하여 해결할 수 없었던 분쟁은 어느 일방 체약국의 정부가 타방 체약국의 정부로부터 분쟁의 중재를 요청하는 공한을 접수한 날로부터 30일의 기간 내에 각 체약국 정부가 임명하는 1인의 중재 위원과 이와 같이 선정된 2인의 중재 위원이 당해 기간 후의 30일의 기간 내에 합의하는 제3의 중재 위원 또는 당해 기간 내에 이들 2인의 중재 위원이 합의하는 제3국의 정부가 지명하는 제3의 중재위원과의 3인의 중재 위원으로 구성되는 중재 위원회에 결정을 위하여 회부한다. 단, 제3의 중재 위원은 양 체약국 중의 어느 편의 국민이어서는 아니 된다.

는 특정 수단에 회부하여 해결하여야 할 정부의 구체적 작위의무와 청구인들의 이를 청구할 수 있는 권리가 인정되지도 아니한다.

(4) 결국, 우리나라 정부가 일본국 정부에 대하여 중재를 요청하지 아니하였다고 하더라도 이는 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위 내지 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 해당되지 않으므로, 헌법소원의 대상이 될 수 없는 것이다.

## 2. 한일 청구권협정의 체결경위와 그 주요 내용 및 문리적 해석

### 가. 한일 청구권협정의 체결경위

1951. 9. 8. 샌프란시스코에서 체결된 연합국과 일본국과의 평화조약 제21조에 의하면 조선은 동 조약 제4조의 이익을 누릴 권리가 있다고 규정하고 있고, 위 조약 제4조(a)항에서는 “일본국 및 그 국민의 재산으로서 제2조에 열거된 지역에 있는 것, 그리고 일본국 및 그 국민의 청구권(채권을 포함한다)으로서 현재 이들 지역의 시정을 행하고 있는 당국 및 그 주민(법인을 포함한다)에 대한 것의 처리와 일본국에 있는 이들 당국 및 주민의 재산 그리고 일본국 및 그 국민에 대한 이들 당국 및 주민의 청구권(채권을 포함한다)의 처리는 일본국과 이들 당국간의 특별결정의 주제로 한다.”고 규정하고 있다.

이 사건 협정은 위 샌프란시스코 조약의 취지에 따른 것으로서 1951. 10. 21. 예비회담 이후 1952. 2. 15. 제1차 한일회담 본회의가 열려 우리나라와 일본의 국교정상화를 위한 회담이 본격적으로 시작된 이래 7차례의 본회의와 이에 따른 수십 차례의 예비회담, 정치회담 및 각 분과위원회별 회의 등을 거쳐, 1965. 6. 22. 이 사건 협정과 어업에 관한 협정, 재일교포의 법적 지위 및 대우에 관한 협정, 문화재 및 문화협력에 관한 협정 등 4개의 부속협정이 체결되었다.

### 나. 한일 청구권협정의 주요 내용

이 사건 협정에서는 제1조에서 일본이 우리나라에 10년간에 걸쳐 3억 달러를 무상

으로 제공하고 2억 달러의 차관을 행하기로 한다는 내용이 규정됨과 아울러 이 사건 협정으로 타결된 우리 국민의 일본국 등에 대한 청구권의 범위와 이에 대한 분쟁 등에 관한 처리방안 등이 규정되었는바, 위 협정 제2조의 내용은 다음과 같다.

한일 청구권협정 제2조

- 1. 양 체약국은 양 체약국 및 그 국민(법인을 포함함)의 재산, 권리 및 이익과 양 체약국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제가 1951년 9월 8일에 샌프란시스코시에 서 서명된 일본국과의 평화조약 제4조 (a)에 규정된 것을 포함하여 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다는 것을 확인한다.<sup>57)</sup>
- 2. 본조의 규정은 다음의 것(본 협정의 서명일까지 각기 체약국이 취한 특별조치의 대상이 된 것을 제외한다)에 영향을 미치는 것이 아니다.
  - (a) 일방체약국의 국민으로서 1947년 8월 15일부터 본 협정의 서명일까지 사이에 타방체약국에 거주한 일이 있는 사람의 재산, 권리 및 이익<sup>58)</sup>
  - (b) 일방체약국 및 그 국민의 재산, 권리 및 이익으로서 1945년 8월 15일 이후에 있어서의 통상의 접촉<sup>59)</sup>의 과정에 있어 취득되었고 또는 타방체약국의 관할 하에 들어오게 된 것
- 3. 2의 규정에 따르는 것을 조건으로 하여 일방체약국 및 그 국민의 재산, 권리 및

57) 이 사건 협정에 대한 합의의사록 I 제2조 (g)항에서는 이 사건 협정 제2조에 관하여, “동조 제1항에서 말하는 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것으로 되는 양국 및 그 국민의 재산, 권리 및 이익과 양국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제에는 한일회담에서 한국측으로부터 제출된 ‘한국 대일청구요강’(소위 8개 항목)의 범위에 속하는 모든 청구가 포함되어 있고, 따라서 동 대일청구요강에 관하여는 어떠한 주장도 할 수 없게 됨을 확인하였다”고 규정하고 있다. 그리고 위 대일청구요강의 8개 항목일본으로 반출된 지금(地金) 및 지은(地銀), 조선총독부 채신국에 대한 각종 저금, 채권 등, 1945. 8. 9. 이후 일본인이 한국의 은행으로부터 인출해간 예금액, 대체 또는 송금된 금품, 한국 법인의 재일 재산, 한국인이나 법인이 소유하고 있던 일본의 유가증권, 은행권 등과 함께 “피징용 한국인의 미수금, 전쟁에 의한 피징용자의 피해에 대한 보상, 한국인의 대 일본국정부 청구 은급(恩給)관계, 한국인의 대 일본인 또는 법인 청구”가 포함되어 있었다.

58) 이 사건 협정에 대한 합의의사록 I 제2조에서는 “이 사건 협정 제2조 제2항 (a)호의 ‘재산, 권리, 이익’이라 함은 법률상의 근거에 의거하여 재산적 가치가 인정되는 모든 종류의 실체적 권리를 말하는 것으로 양해되었고(a항), ‘거주한’이라 함은 ‘동조 2(a)에 기재한 기간내의 어떠한 시점까지 지던 그 국가에 계속하여 1년 이상 거주한 것을 말하는 것으로 양해되었다(c항)’고 규정하고 있다.

59) 이 사건 협정에 대한 합의의사록 I 제2조 (d)항에서는, ‘통상의 접촉’에는 제2차 세계대전의 전투상태의 종결의 결과, 일방국의 국민으로서 타방국으로부터 귀환한 자(지점폐쇄를 행한 법인을 포함함)의 귀환시까지 사이에, 타방국의 국민과의 거래, 종전 후에 발생한 특수한 상태 하에서의 접촉이 포함되는 것으로 양해되었다고 규정하고 있다.

이익으로서 본 협정의 서명일에 타방체약국의 관할 하에 있는 것에 대한 조치와 일방체약국 및 그 국민의 타방체약국 및 그 국민에 대한 모든 청구권으로서 동일자 이전에 발생한 사유에 기인하는 것에 관하여는 어떠한 주장도 할 수 없는 것으로 한다.]

다. 협정의 문리상 해석

(1) 위와 같이 이 사건 협정에서는, 대한민국이 일본국으로부터 3억불의 무상자금과 2억불의 차관금을 제공받고(제1조), 이로써 양체약국 및 그 국민의 재산, 권리 및 이익과 양체약국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제가 샌프란시스코 평화조약 제4조 (a)항에 규정된 것을 포함하여 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것으로 하며(제2조 제1항), 일방 체약국 및 그 국민의 재산, 권리 및 이익으로서 이 사건 협정의 서명일에 타방체약국의 관할 하에 있는 것에 대한 조치와 일방 체약국 및 그 국민의 타방 체약국 및 그 국민에 대한 모든 청구권으로서 동일자 이전에 발생한 사유에 기인하는 것에 관하여는, 어떠한 주장도 할 수 없도록(제2조 제3항) 규정하고 있으므로, 최소한 이 사건 협정의 문언상으로는, 대한민국 국민의 일본국 내지 일본국민(법인을 포함함)에 대한 청구는 원칙적으로 모두 이 사건 협정에 의해 일괄타결됨으로써 이 사건 협정의 서명일 이전에 발생한 사유에 기인하여서는 어떠한 주장이나 청구도 할 수 없게 된 것으로 보인다.

(2) 다만 이 사건 협정 제2조에서는 동조 제2항에 규정된 사항에 영향을 미치지 않는다고 규정하고 있고(제2조 제2항), 동조 제3항도 제2항의 규정에 따르는 것을 조건으로 하고 있으므로(제2조 제3항), 동조 제2항은 동조 제1항, 제3항의 적용을 받지 않는 예외적 사항을 규정한 것이 된다.

그런데 동조 제2항은 (a)호에서 “일방체약국의 국민으로서 1947년 8월 15일부터 본 협정의 서명일까지 사이에 타방체약국에 거주한 일이 있는 사람의 재산, 권리 및 이익”을, (b)호에서 “일방체약국 및 그 국민의 재산, 권리 및 이익으로서 1945년 8월 15일 이후에 있어서의 통상(通常)의 접촉의 과정에 있어 취득되었고 또는 타방체약국의 관할하에 들어오게 된 것”을 각 규정하고 있는바, 이러한 예외적 사항은 이 사건 협정에서 일괄타결된 청구권의 범위에 포함되지 않는다고 보인다.

따라서 이 사건 협정에 의해 일괄타결된 대일민간청구권에는 1947. 8. 15.부터 협정

서명일인 1965. 6. 22.까지 사이에 일본국에 1년 이상 계속하여 거주한 일이 있는 자의 청구권을 제외한다는 전제하에 ① 1945. 8. 15. 이전까지의 청구권 ② 1945. 8. 15. 이후에 있어서의 비통상(非通常)의 접촉의 과정에 있어 취득된 청구권으로 대별할 수 있다.

(3) 결국 이 사건 협정에 대한 문리상 해석으로는, ① 군위안부나 피징용 부상자중 1947. 8. 15.부터 이 사건 협정 서명일인 1965. 6. 22.까지 사이에 일본국에 1년 이상 계속하여 거주한 일이 없는 자의 청구권은 1945. 8. 15. 이전까지의 청구권으로서 원칙적으로 이 사건 협정의 적용을 받아 일괄타결된 대일민간청구권의 하나라고 할 것이고<sup>60)</sup>, ② 위 기간 동안 일본국에 1년 이상 계속하여 거주한 자의 청구권은 이 사건 협정 제2조 제2항 (a)호에 따라 일괄타결대상에서 제외된 것으로 해석된다.

### 3. 한일 청구권협정의 해석에 관한 한·일 양국의 입장 등

#### 가. 일본의 입장

일본의 입장은 기본적으로 우리 국민의 일본국에 대한 개인적 손해배상청구권은 이 사건 협정 및 그 이행으로 포기되었거나 그 배상이 모두 종료되었다는 것이다. 따라서 군위안부, 피징용부상자 등 문제에 대해서는 더 이상 일본국의 법적 책임은 존재하지 않고, 다만 보상을 대신하는 조치로서 인도적 견지에서 개별적인 위로금이나 정착금을 지급할 수 있으며, 정부 차원이 아닌 민간 차원에서 아시아여성발전기금의 조성 등을 모색하겠다는 입장이다.

#### 나. 우리 정부의 입장<sup>61)</sup>과 보상조치

60) 헌법재판소도 피징용 부상자에 의하여 제기된 입법부작위 위헌확인 사건(95헌마161)에서, '이 사건 협정(등)을 종합하여 보면, 피징용 부상자의 청구권은 이 사건 협정 제2조 제2항의 예외사항에 해당하지 아니하고 따라서 이 사건 협정의 적용을 받아 일괄타결된 대일민간청구권에 포함된 것이라고 보여진다'라고 판시하여(헌재 1996. 11. 28. 95헌마161, 공보19, 93-100) 이와 같이 해석하고 있는 듯 하다.

61) 2006헌마788호 사건에서 청구인들이 제출한, 2005. 8. 26.자 '한일회담 문서공개 후속대책 관련 민관공동위원회 개최 보도자료'와 정신대할머니와 함께 하는 시민모임의 외교통상부에 대한 답변 요청서에 대한 2006. 4. 10.자 회신을 참조하였다.

#### (1) 우리 정부의 입장

우리 정부는, 이 사건 협정은 일본의 식민지배 배상을 청구하기 위한 것이 아니라, 샌프란시스코 조약 제4조에 근거하여 한일 양국간의 재정적·민사적 채권·채무관계를 해결하기 위한 것이었고, 일본군 위안부 문제 등과 같이 일본정부 등 국가권력이 관여한 '반인도적 불법행위'에 대해서는 이 사건 협정에 의하여 해결된 것으로 볼 수 없으므로 일본 정부의 법적 책임이 인정된다는 입장을 취하고 있다.

또한 우리 정부는, 이 사건 협정이 적법하게 체결된 조약이므로 재협상을 추진하는 것은 법적 안정성을 훼손하고, 외교적 신뢰관계에도 부정적 영향을 미칠 수 있으며, 국제사법재판소에의 제소방안도 일본 정부와 소모적인 법리논쟁이 불가피한데다가 패소시 우리 정부의 대일 외교수행에 심각한 장애가 예상된다는 이유로 신중하게 접근해야 한다는 입장을 밝힌바 있다.

그리고 유엔인권위원회, 유엔인권소위 등을 통하여 일본 정부에 대하여 진상조사와 적절한 조치를 취할 것을 요구한 바는 있으나, 이 사건 협정에 따라 중재절차 요구 등의 방법으로 해결하려고 한 바는 없다.

#### (2) 보상조치

1966. 2. 19. 제정된 '청구권자금의운용및관리에관한법률' 제5조 제1항에서는 "대한민국 국민이 가지고 있는 1945년 8월 15일 이전까지의 일본국에 대한 민간청구권은 이 법에서 정하는 청구권자금 중에서 보상하여야 한다"고 규정하고, 1971. 1. 19. 제정된 '대일민간청구권신고에관한법률'에서는 보상대상이 되는 청구권의 범위와 신고기간, 증거조사방법 등을 규정하였으며, 1974. 12. 21. 제정된 '대일민간청구권보상에관한법률'에서는 보상 금액 및 방법 등을 규정하였다.

다만 위 각 법률규정상 피징용사망자와 재산권을 보상대상으로 할 뿐 피징용부상자, 군위안부, 원자폭탄 피해자 등은 그 보상대상에 포함되지 않았고, 신고기간도 '대일민간청구권신고에관한법률' 시행 60일 경과 후부터 10월 이내로 한정되었으며, 보상금은 피징용사망자에 대하여 1인당 30만원, 예금·채권 등 재산에 대하여는 일본국 통화 1엔당 30원으로 하여 보상하도록 하였다. 이에 따라 우리 정부는 피징용사망자 8,552명에 대하여 약 25억 7천만원, 예금·채권 등 재산 74,967건에 대하여 약 66억 2천만원, 합계 약 91억 9천만원의 보상금을 지급하였고, 위 각 법률은 1982. 12. 31 모두 폐지되었다.

한편 그 후 정부는 1990. 원폭피해자복지기금을 조성하여 원자폭탄 피해자들에 대한

진료비, 장제비 등을 지원하고 있고, 1993. 6. 11. ‘일제하일본군위안부에대한생활안정 지원법’을 제정하여 생존한 일본군위안부에 대하여 생활안정지원금 등을 제공하고 있다.<sup>62)</sup>

#### 4. 종전 선례에 대한 검토(결론을 곁하여)

##### 가. 종전 선례의 입장

종전 선례는 기본적으로 행정권력의 ‘구체적’ 작위의무와 이에 의거한 행정행위의 청구권을 행정권력의 부작위 헌법소원의 적법요건으로 보고, 외교적 문제의 특성상 행정부에 넓은 재량이 인정되므로 이 사건 협정에 따른 행정권력의 부작위는 헌법소원의 대상이 되는 ‘공권력의 불행사’에 해당하지 않는다고 보았다.

##### 나. 종전 선례에 대한 검토

그러나 개인적 의견으로는 행정권력의 부작위 헌법소원에 있어서의 ‘작위의무’는 적법요건으로 요구되는 것과 본안판단에서 요구되는 것이 구별될 수 있고, 위 사건에서는 적법요건으로 요구되는 행정권력의 일반적 작위의무를 인정할 수 있으므로 본안에 나아가 판단을 하였어야 한다고 본다.

(1) 우선 국가의 기본적 인권에 대한 보호의무를 규정하고 있는 헌법 제10조 후문과 국가의 재외국민 보호의무를 규정하고 있는 헌법 2조 제2항 및 위 헌법조항들의 해석상, 국가가 외국에 거주하는 자국민을 보호할 헌법상 의무와 자국민이 외국에 의해 국제법 등에 반한 권리의 침해를 당하였음에도 외국에 의해서는 통상적인 방법으로 권리의 충분한 구제를 받지 못하는 경우에 국가에게 부과되는 자국민 보호의무를 도출할 수 있으므로, 이러한 국가의 보호의무가 인정되는 이상 적법요건 단계에서 요구되는 일반적 작위의무 요건은 충족되었다고 보아야 한다.

헌법재판소도 일찍이 ‘헌법 제2조 제2항에서 규정한 재외국민을 보호할 국가의 의무에 의하여 재외국민이 거주국에 있는 동안 받는 보호는 조약 기타 일반적으로 승인된

<sup>62)</sup> 2006년을 기준으로 정부는 일시금으로 4,300만원을 지급하였고, 생활지원금으로 월 74만원을 지급하고 있다

국제법규와 당해 거주국의 법령에 의하여 누릴 수 있는 모든 분야에서의 정당한 대우를 받도록 거주국과의 관계에서 국가가 하는 외교적 보호와 국외거주 국민에 대하여 정치적인 고려에서 특별히 법률로써 정하여 베푸는 법률·문화·교육 기타 제반영역에서의 지원을 뜻하는 것이다’라고 판시함으로써<sup>63)</sup>, 국가의 재외국민에 대한 보호의무가 헌법에서 도출되는 것임을 인정한 바 있고, 독일 연방헌법재판소도 ‘외국과 대립하고 있는 독일 국민과 그들의 이익을 보호하는 데 대해 모든 국가기관의 헌법적 의무가 있음’을 긍정하고 있다고 한다.<sup>64)</sup>

(2) 아울러 국내법상으로 법률의 효력을 갖는 이 사건 협정<sup>65)</sup>에 의해서도 행정권력의 일반적 작위의무를 인정할 수 있다고 본다.

앞서 본 바와 같이 이 사건 협정은 일본 패망 후 일제 강점시기에 자행되었던 불법행위에 대한 배상청구권 등의 범위와 배상절차 등을 정한 것으로서, 현재도 위 협정의 해석과 관련하여 한, 일 양국간에 논란이 계속되고 있고, 일본국의 사법제도를 통하여서는 일제의 만행에 대한 진상규명이나 불법행위로 인한 피해를 구제받을 가능성이 매우 적다.<sup>66)</sup>

<sup>63)</sup> 헌재 1993. 12. 23. 89헌마189, 판례집 5-2, 646 참조

<sup>64)</sup> BVerfGE 55, 349(367f.)(이승우, 전개논문, 1161쪽에서 재인용)

<sup>65)</sup> 헌법재판소는 대한민국과일본국간의어업에관한협정비준 등 위헌확인 사건에서 ‘이 사건 협정은 우리나라 정부가 일본 정부와의 사이에서 어업에 관해 체결·공포한 조약(조약 제1477호)으로서 헌법 제6조 제1항에 의하여 국내법과 같은 효력을 가지므로, 그 체결행위는 고권적 행위로서 공권력의 행사에 해당한다’고 판시하였다(헌재 2001. 3. 21. 99헌마139, 판례집 13-1, 677, 692)

<sup>66)</sup> 최근(2007. 10. 31.) 일본 최고재판소가 일제강점기 때 히로시마(廣島)의 미쓰비시(三菱) 중공업으로 강제 징용되었다가 원폭 피해를 당했던 우리나라 국민들이 제기한 손해배상소송에서 일본정부가 원고들에게 4800만엔을 배상하라고 판결이 있었다고 한다(경향신문, 11. 2. 자 인터넷판 기사 참조).

위 기사 내용은 다음과 같다. ‘일본의 최상급 법원이 사상 처음으로 징용을 반인도적 행위로 인정하고 일본 정부의 책임을 묻은 것이다. 만시지탄(晩時之歎)이긴 하지만 그래도 최고재판소가 최소한의 양식을 보여주었다고 평가할 만하다. 일제 한국인 피해자들이 일본 정부나 기업을 상대로 본격적으로 소송에서 나선 것은 1991년이다. 이후 수많은 징용, 징병, 군대위안부 피해자들이 소송을 냈으나 그때마다 일본 법원은 1965년 한·일 협정으로 청구권이 종결됐다며 원고 패소 판결을 내렸다. 최고재판소의 이번 판결은 재산과 관련한 청구권이 없어졌지만, 강제 징용과 같은 반인도적 범죄에 대한 배상은 국가간 조약이나 시효에 의해 소멸되지 않았다는 뜻을 담고 있다. 일본 최고재판소의 판결에서 반인도적 범죄에 대한 일본 법원의 태도 변화와 함께 이를 해결하겠다는 의지가 읽혀진다. 현재 일본 각급 법원에는 한국인 피해자들이 제기한 근로 정신대 관련 2건, 군속 관련 1건, 야스쿠니 신사 합사 관련 1건 등 4건의 소송이 계류 중이다. 또 제일동포 피해자들이 진행 중인 소송이 다수 있다. 일본 법원이 최고재판소의 판결 취지를 살려 전향적인 결정을 내릴 것을 기대한다. 나아가 일본 정부는 이번 판결을 계기로 징용·징병·군대위안부 문제를 법원에만 맡겨 둘 것이 아니라 조속한 해결을 위해 적극적으로 노력할 필요가 있다. 고령인 피해자들에게 남은 시간이 얼마 없기 때문이다. 한·일 협정으로 인해 해결에 법적 어려움이 있

그런데 이 사건 협정 제3조 제1항에서는 '본 협정의 해석에 관한 양 계약국의 분쟁은 우선 외교적인 경로를 통하여 해결한다'고 규정하고 있는바, 그 문언 자체로도 이 사건 협정 당시 그 해석에 관한 분쟁의 발생을 예상하여 그 해결의 주체를 국가로 정한 것이라고 보여질 뿐만 아니라, 위 규정의 '해결한다'라는 것의 의미는 이 사건 협정의 체결 경위 등에 비추어 보면 '해결하여야 한다' 또는 '해결할 의무가 있다'는 것으로 해석될 수 있으므로, 국가(행정권력)는 위 협정의 해석에 대한 분쟁을 해결하기 위한 일반적 작위의무가 있다고 볼 수 있을 것이다(행정권력이 그 분쟁해결을 위한 수단의 선택에 있어 넓은 재량이 있다고 하여 일반적 작위의무까지 부정될 수는 없을 것이다).

(3) 아울러 이 사건 협정의 해석에 관한 분쟁을 해결할 행정권력의 작위의무는 단순히 피해배상청구권 등의 재산권만에 관련된 것이 아니라, 일제 치하라는 특수한 상황에서 일본국에 의하여 자행된 우리 국민들에 대한 인간의 존엄과 가치 및 신체의 자유에 대한 침해를 회복한다는 의미가 있다는 점도 고려되어야 할 것이다. 일제에 의하여 강제 징용되었거나 군위안부로 강제 동원되어, 인간의 존엄과 가치가 말살된 상태에서 비극적인 삶을 영위하였던 피해자들의 훼손되었던 인간의 존엄과 가치를 회복시켜야 할 의무는 국가가 국민에 대하여 부담하는 가장 근본적인 보호의무라고 할 것이기 때문이다.

따라서 이와 같은 청구인들 지위 내지 특수성에 의하여도 국가에게 이 사건 협정의 해석과 관련한 분쟁 해결을 위한 일반적 작위의무가 있다고 보아야 할 당위성이 있다고 생각한다.

다. 결론에 대신하여

물론 헌법상의 국가의 기본권보호의무와 재외국민보호의무 및 이 사건 협정 내용에 의하여 국가의 일반적 작위의무를 인정할 수 있다고 하여, 곧바로 행정권력에게 특정한 조치를 취할 구체적 작위의무를 인정할 수는 없을 것이다. 그리고 종전 선례에서도

다면 일본 정부가 새로운 법을 제정하거나 당사자간 화해·조정을 유도할 수 있지 않은가. 그렇게 되면 한·일 관계는 어두운 과거를 털고 새로운 단계로 도약할 수 있다.' 아직 일본 최고재판소의 판결을 보지 못했지만, 위 판결에서 이 사건 협정의 해석을 직접적으로 다루었는지는 불분명하므로, 여전히 우리 정부에게 이 사건 협정의 해석을 둘러싼 분쟁의 해결을 위한 작위의무가 있는지 여부를 판단하는 것은 의미가 있다고 본다.

지적인 바와 같이, 외교관계의 특성상 이 사건 협정의 해석을 둘러싼 분쟁의 해결은 우리나라의 의사에 의해서만 결정될 수는 없는 것이므로, 이러한 작위의무의 수신인인 행정권력에게 그 분쟁해결 수단의 선택에 대한 광범위한 재량권이 귀속되어 있음은 분명하다.

그러나 헌법재판소가 헌법의 가치수호와 진정한 의미로서 국민의 기본권보호라는 본래의 기능과 역할을 제대로 수행하기 위해서는, 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원에 있어 적법요건 단계와 본안판단 단계에서 요구되는 '작위의무'의 내용을 구별하여 본안에 나아가 판단할 여지를 넓힘으로써, 행정권력에게 구체적 작위의무는 아니라 할지라도, '행정권력의 국민에 대한 기본권보호의무'가 단순한 정치적 책임 내지 의무가 아니라 헌법상 요구되는 법적 작위의무가 될 수 있음을 선언할 필요가 있다고 생각한다.

끝으로 권성 재판관께서 문경·함평 양민학살사건의 피해보상에 관한 입법부작위 사건(2000헌마192등)에서 제시한 소수의견을 소개하면서 글을 맺는다.

“광풍노도와 같은 시련의 시기가 모두 지나가면 그 와중에서 불운을 겪은 일부 국민들의 상처를 치료하고 보상하여 주는 것은 민주주의를 추구하는 문명국가의 마땅한 의무이고 이러한 의무는 의회와 정부의 책임으로 귀속된다. 전쟁으로 위축되었던 헌정질서를 복구하는 과정에서 의회가 처참한 불운과 불행 겪은 국민들을 구제하는 입법을 하는 것은 국민을 다시 통합하고 국가를 전진시키기 위하여 의회가 반드시 하지 않으면 안되는 기본적인 의무이다. 사건발생 후 50여년이 경과한 이 시점에서조차 계속 입법을 지연하여 우리 국민의 일부인 이들 피해자나 그 유족들의 고통과 좌절을 방치한다면, 이는 '정의를 부정하는 것'(Justice Denied)과 동일한 '정의를 지연(Justice Delayed)'으로 평가될 것이다.”<sup>67)</sup>

67) 헌재 2003. 5.15, 2000헌마192등, 판례집 15-1, 553-554

## 학회 공지사항

### 1. 회원신상변동 접수안내

- 신상변동사항이 있으신 회원여러분들께서는 학회당일 접수대에 마련되어 있는 서식을 통해 알려주시거나 조재현 총무간사(jjh21@donga.ac.kr)에게 전해주시기 바랍니다.

### 2. 회비납부안내

- 회비는 정기총회 당일 납부하시거나 다음 계좌로 입금하여 주시면 감사하겠습니다.
- 계좌번호: 신한은행 100-020-403160 • 예금주: (사)한국헌법학회
- 회비: 정회원 5만원, 기관회원 20만원, 이사 10만원, 상임이사 15만원, 부회장 50만원

### 3. 헌법학연구 원고모집

- 헌법학연구 제13권 제4호에 게재할 원고를 11월말까지 모집합니다.
- 논문작성요령 개요
  - 분량: A4용지 기준으로 20장 내외를 기준으로 합니다.
  - 논문은 제목, 본문, 주제어 순으로 작성하여야 하며, 논문 제출시 아울러 외국어 제목, 외국어 성명 및 소속, 외국어 주제어 및 외국어 초록을 함께 제출하여야 합니다.
  - 논문작성에 관한 자세한 내용은 한국헌법학회 논문작성요령을 참고하시기 바랍니다.
- 논문제출은 아래 두 가지 방법 가운데 하나를 택하시면 됩니다.
  - 파일 이메일 송부: 송기춘 교수(출판이사, 전북대, kcsong@chonbuk.ac.kr), 장용근 교수(출판간사, 단국대, jykh@naver.com) 또는 김도협 교수(출판간사, 대진대, dhkim507@daejin.ac.kr)에게 작성한 논문파일을 보내 주시기 바랍니다.
  - 논문출력본과 디스켓 우편송부: 송기춘 교수(우편번호 560-756 전주시 덕진구 덕진동 1가 664-14 전북대학교 법과대학)에게 우편으로 논문출력본 2부와 디스켓 1개를 보내셔도 됩니다.
- 게재된 원고에 대해서는 예년과 같이 소정의 게재료를 받을 예정입니다.



제13대 집행부임원명단 (2006. 11- 2007. 11)

회 장	정만희 교수 (동아대학교) mhjung@dau.ac.kr
부회장	강경근 교수 (숭실대학교) kkkang@ssu.ac.kr
	김명재 교수 (전남대학교) mjkim@chonnam.ac.kr
	김배원 교수 (부산대학교) bwonkim@pusan.ac.kr
	김상겸 교수 (동국대학교) thomas@dongguk.edu
	김학성 교수 (강원대학교) gimhs@kangwon.ac.kr
	신 평 교수 (경북대학교) lawshin@kornet.net
	심경수 교수 (충남대학교) ksshim@cnu.ac.kr
	이석연 변호사 (이석연법률사무소)
	정종섭 교수 (서울대학교) jschong@snu.ac.kr
	한수용 교수 (중앙대학교) hansw55@hotmail.com
감 사	조홍석 교수 (경북대학교) chohs@knu.ac.kr
	장영수 교수 (고려대학교) jamta@korea.ac.kr
총무이사	박선영 교수 (가톨릭대학교) sy0406@naver.com
	방승주 교수 (한양대학교) peace@dau.ac.kr
학술이사	박종보 교수 (한양대학교) parkjb@hanyang.ac.kr
기획이사	정연주 교수 (성신여자대학교) paul.sungshin.ac.kr
섭외이사	이종수 교수 (연세대학교) bodenlee@yonsei.ac.kr
국제이사	정태호 교수 (경희대학교) chungth@hanmail.net
	임지봉 교수 (서강대학교) jibonglim@hotmail.com
재무이사	정극원 교수 (대구대학교) jkw@daegu.ac.kr
출판이사	송기춘 교수 (전북대학교) kcsong@chonbuk.ac.kr
홍보이사	송석윤 교수 (서울대학교) junis@snu.ac.kr
총무간사	전학선 교수 (한국외국어대학교) hakseon@kw.ac.kr
	조재현 교수 (동아대학교) jjh21@dau.ac.kr
학술간사	황성기 교수 (동국대학교) sghwang@dongguk.ac.kr
기획간사	명재진 교수 (충남대학교) bonn@cnu.ac.kr
섭외간사	이희훈 교수 (백석대학교) h20412@hanmail.net
국제간사	이준일 교수 (고려대학교) profyi@korea.ac.kr
	김일환 교수 (성균관대학교) ilhwan@skku.edu
	이경주 교수 (인하대학교) kempo@inha.ac.kr
재무간사	박진애 교수 (고려대학교) jinwayek@hotmail.com
출판간사	장용근 교수 (단국대학교) jykh@naver.com
	김도협 교수 (대진대학교) dhkim507@daejin.ac.kr
홍보간사	정문식 교수 (전남대학교) jeongabr@chonnam.ac.kr