

# 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판 구조 연구



헌 법 재 판 소



## 머리말

이 연구보고서는 한국공법학회를 대표하여 본 연구진이 헌법재판소로부터 받은 2018년도 헌법재판제도 연구용역, “공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판 구조 연구”를 수행한 결과를 담은 보고서이다.

본 연구진은 이 연구과제의 시작부터 지금 이 순간까지 공권력의 불행사, 즉 부작위에 대한 헌법소원심판 사례들과 자료들을 가능한 한 빠짐없이 분석하고 이러한 사례분석에 기초하여 이 연구용역에서 제기된 제반 헌법이론적 및 헌법소송법적 쟁점들을 보다 합리적이고 성과 있게 풀어가기 위해서 나름 성실히 노력해 왔다.

가장 문제가 되는 것은 부작위의 종류와 관련하여 진정부작위와 부진정부작위를 나누는 기준이 무엇인가 하는 것이었다. 이 문제를 해결하기 위해서 우리 연구진들은 마지막 편집을 위한 비공식 모임을 포함하여 총 6차례에 걸친 회의를 가졌으며, 수차례 이메일 또는 메신저로 서로 연락을 주고받으며, 토론에 토론을 거듭하고, 여러 가지 문제제기와 쟁점들에 대한 해결책을 찾고, 경우에 따라 노정된 의견의 차이를 좁혀 보려고 노력하였지만, 끝내 그렇게 하지는 못하였다. 그 결정적인 이유는 연구책임자가 종래의 구분론으로는 오늘날 부작위헌법소원의 문제를 만족할 만하게 해결할 수 없다고 하는 생각을 가지고, 새로운 구분론을 모색하고 정립해 들어가기 시작한 데에 있다. 토론 과정에서 이러한 새로운 구분론에 나머지 연구진들도 동조하고 따라와 주시기를 기대하였으나, 그것이 그렇게 쉽지는 않았던 것 같다. 연구진들은 각자 자신들의 소신을 먹고 사는 학자분들이 틀림없었다. 결국 새로운 구분론을 보다 더 확실하게 입론하기 위해서 독일 연방헌법재판소의 관련 판례와 초기 문헌들을 다시 근원적으로 직접 검색하고 입수하여 분석하는 작업에 돌입하였으며, 이러한 작업 끝에 어느 정도 종래의 구분론을 극복하고 보다 더 세밀한 기준을 세우는 새로운 구분론을 정립하는 데에 나름 성공을 하였다고 연구책임자는

자평하고 싶다. 물론 거기에 전적으로 동조하지 않은 나머지 연구진들과의 의견대립이 있었으며, 이는 결국 세부적인 쟁점에 대한 의견차이로까지 이어질 수밖에 없었으나, 연구진들간에 이러한 견해대립은 결과적으로 보다 심층적인 연구를 진행하는 데 촉매제 역할을 했던 것이 사실이다.

우리 연구진은 각자의 집필 부분에 대해서는 각자의 책임 하에 수행하는 것을 원칙으로 하였기 때문에, 서로 다른 목소리가 나오는 것이 사실이지만 각자의 주장과 결론의 공통점과 차이점을 드러내는 것이 앞으로의 실무와 학계에서의 계속적인 토론을 더욱 촉발할 수 있을 것이라는 기대 하에 마지막 결론에서는 그 사이에 노정된 연구진들간의 결론의 공통점과 차이점을 정리하는 것으로 만족할 수밖에 없었다.

언제나 그렇듯이 연구는 끝이 없다. 파도 파도, 해도 해도 계속해서 문제들이 쏟아져 나온다. 이제 어느 정도의 선에서 마무리를 지을 때가 되었다. 그동안 이 보고서를 완성하기까지 강의와 연구 등으로 바쁘심에도 불구하고, 시간을 쪼개어 이 공동 연구에 참여하고 토론하시느라 애쓰신 경희대 정태호 교수님, 한림대 홍일선 교수님, 인천대 김영진 교수님과, 그리고 또한 독일 하노버대학교 박사과정에 있으면서 귀중한 학술자료들을 제공해 준 조하늬 박사 후보생, 연이은 회의준비와 최종보고서 편집 등 작업을 위해서 힘써 준 정진향 조교와 조창훈 조교에게 진심으로 감사의 말씀을 전하고, 계속해서 무궁한 학문적 발전이 있기를 기원한다.

아무튼 이 연구보고서가 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판의 적법요건과 위헌여부의 판단구조의 정립을 위하여 좋은 밑거름이 될 수 있게 되기를 기대하면서, 헌법재판소 설립 30주년을 맞이한 2018년 올해, 본 연구진들에게 이러한 중차대한 주제에 관한 연구를 가능하게 해 주신 헌법재판소와 한국공법학회 관계자 여러분께 진심으로 감사의 말씀을 드린다.

2018년 10월 31일

잠실벌이 내려다보이는 행당언덕 연구실에서

연구책임자 방 승 주

# 목 차

## 제1장 서론 - 방승주

제1절 연구의 목적 .....	1
제2절 연구의 필요성 .....	2
제3절 연구의 내용과 범위 .....	5
I. 헌법소원심판의 대상으로서 공권력의 불행사의 유형 .....	5
II. 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판에 있어서 적법요건심사 구조 .....	7
III. 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판에 있어서 위헌여부의 판단 구조 .....	10
IV. 공권력의 불행사에 대한 헌법소원에 관한 비교법적 검토(미국, 유럽 등을 중심으로) .....	13
V. 종합적 결론 .....	13

## 제2장 헌법소원심판의 대상으로서 공권력의 불행사의 유형 - 방승주

제1절 공권력의 불행사와 부작위의 개념 .....	14
I. 진정부작위와 부진정부작위 .....	14
II. 절대적 부작위와 상대적 부작위 .....	16
1. 독일의 학설과 판례 .....	16

2. 한국의 판례와 학설 .....	22
3. 사건 .....	24
III. 진정입법부작위와 부진정입법부작위에 대한 “새로운 구분론”	28
<b>제2절 입법부작위 .....</b>	<b>33</b>
I. 헌법상 입법 의무의 유형 .....	33
1. 독일의 학설과 판례 .....	33
가. 명시적인 헌법위임과 법률유보로부터 나오는 입법 의무 .....	33
나. 기본권보호의무로부터 나오는 입법 의무 .....	34
(1) 명시적 기본권보호의무(Normierte Schutzpflichten) .....	37
(2) 해석에 의한 기본권보호의무 .....	37
다. 평등원칙, 사회적 기본권, 청구권적 기본권 등으로부터 나오는 입법 의무 .....	40
(1) 파생적 급부청구권 .....	40
(2) 본원적 급부청구권 .....	41
(3) 평등권 .....	41
라. 신뢰보호원칙으로부터 나오는 입법 의무 .....	42
마. 전통적인 직업공무원제도(기본법 제33조 제5항)로부터 나오는 입법 의무 .....	42
바. 입법부작위와 관련되는 그 밖의 사례 .....	43
(1) 헌법개정입법자의 부작위 .....	43
(2) 국가조직법상의 입법위임 .....	44
① 정당법 .....	44
② 선거법 .....	44
③ 예산법 .....	44
(3) 의회유보 .....	45

(4) 유럽의 통합책임으로부터 유래하는 의무 .....	46
2. 한국의 판례와 학설 .....	46
가. 입법위임과 형성적 법률유보로부터 나오는 명시적인 입법의무 47	
(1) 헌법총강 및 국가조직법상의 입법위임으로부터 나오는 입법의무 47	
(2) 형성적 법률유보로부터 나오는 입법의무 .....	48
① 사회적 기본권과 형성유보 .....	48
② 청구권적 기본권과 형성유보 .....	49
③ 자유권과 참정권의 보장을 위한 형성유보 .....	50
(3) 기본권보호의무로부터 나오는 입법의무 .....	50
(4) 기본권확인 의무와 보장의무로부터 나오는 입법의무 .....	51
① 기본권 확인 의무 .....	51
② 협의의 기본권보호의무를 제외한 그 밖의 기본권보장의무 53	
(5) 재산권제한에 있어서 정당한 보상의무로부터 나오는 입법의무 · 56	
나. 헌법해석에 의한 입법의무 .....	59
(1) 기본권보호의무로부터 나오는 입법의무 .....	59
(2) 평등원칙으로부터 나오는 입법의무 .....	60
(3) 기타 .....	62
① 의회유보 .....	62
② 헌법재판소의 헌법불합치결정으로 인한 입법개선 의무 .....	64
③ 평화통일조항으로부터 나오는 통일정책 수행의무와 기본권 보호의무 .....	64
II. 입법부작위의 유형과 사례 .....	65
1. 독일의 판례와 학설 .....	65
가. 진정입법부작위 .....	75
(1) 명시적 헌법위임 사례 .....	75
① BVerfGE 6, 257 .....	75
② BVerfGE 8, 1 .....	77

③ BVerfGE 15, 46	81
④ BVerfGE 25, 167	87
⑤ BVerfGE 40, 1	91
⑥ BVerfGE 44, 249	93
(2) 기본권보호의무와 관련한 입법부작위 헌법소원심판 및 위헌법률 심판 사례	95
① BVerfGE 56, 54: 비행기 소음 결정	95
② BVerfGE 77, 170	101
③ BVerfGE 142, 313	104
(3) 유럽통합책임으로부터 도출되는 기본권보호의무와 관련한 헌법 소원 사례	110
① BVerfGE 134, 366	110
② BVerfGE 142, 123	115
③ BVerfGE 135, 317	117
나. 부진정입법부작위	119
2. 한국의 판례와 학설	121
가. 진정입법부작위	121
(1) 헌법상 입법의무가 인정되지 않아 각하된 사례	121
① 2006. 3. 30. 2003헌마806, 대한민국국적 관련 입법부작위	123
② 2006. 4. 27. 2005헌마968, 범죄인인도구금일수 산정 입법부작위	123
③ 2007. 11. 29. 2006헌마876, 비의료인 문신시술업 관련 입법 부작위	125
④ 2013. 12. 23. 2013헌마812, 재판지연의 법률효과 입법부작위	126
⑤ 2014. 12. 24. 2014헌마1069, 대한민국 베트남 참전 국민 보상 관련 입법부작위	127
⑥ 2016. 10. 18. 2016헌마858, 공소시효 적용배제 입법부작위	129
(2) 부진정입법부작위를 진정입법부작위로 잘못 청구하였다는 이유로	



각하한 사례 .....	131
(3) 보충성요건 결여 .....	132
(4) 청구인적격(기본권침해의 관련성) 결여로 각하한 사례 .....	132
(5) 일사부재리 위반 사례 .....	134
(6) 입법부작위 자체가 존재하지 않아 각하된 사례 .....	134
(7) 권리보호이익 결여 사례 .....	135
(8) 청구인의 주장이 막연하고 애매모호하여 각하한 사례 .....	138
(9) 기본권침해의 가능성이 없다는 이유로 각하한 사례 .....	138
나. 부진정입법부작위 .....	138
(1) 부진정입법부작위로 다루어야 할 것을 진정입법부작위로 다루어 각하한 사례 .....	139
① 한일 청구권협정에 따른 대일민간청구권 또는 일제하 피징용 부상자 관련 보상입법부작위 .....	139
② 1980년 국보위에 의하여 강제해직된 공무원의 보상 등에 관한 법률의 수혜범위에 일정 부류의 공직자들을 포함시키지 않은 입법부작위 .....	142
③ 형사소송법 제420조에서 재심이유를 충분하게 규정하지 않은 입법부작위 .....	143
④ 개발제한구역으로 지정된 경우에 보상입법을 하지 않은 입법 부작위 .....	144
⑤ 선천성 심장질환자를 심장장애자로 인정하는 입법을 하지 않은 입법부작위 .....	145
⑥ ‘특수임무수행자 보상에 관한 법률’에 의한 특수임무수행자에 비하여 육군본부 직할 결사유격대(이른바 ‘백골병단’)에 대한 처우가 열악함에도 이를 개선해 주지 않은 입법부작위 ..	145
⑦ 투기목적이 아닌 1가구 2주택에 대하여 양도소득세를 면제 하는 입법을 하지 않은 입법부작위 .....	146
⑧ 선거운동시 확성장치의 소음기준에 관한 조항을 두지 않은 공직선거법 제79조 및 제216조에 대한 헌법소원 .....	147

(2) 부진정입법부작위로 보고 본안판단으로 넘어가 기각한 사례	149
(3) 청구기간 경과로 각하하거나 본안판단에서 기각한 사례	151
① 2012. 2. 23. 2010헌마300 골재시설 행정대집행 근거법률 입법 부작위	151
② 2016. 12. 29. 2015헌마937 제초제 ‘모뉴론’을 고엽제로 인정하지 않은 입법부작위	152
③ 2018. 6. 20. 선고된 2016헌마626 국군포로법관련 입법부작위	153
(4) 청구인적격 기여로 각하한 사례	153
① 자기관련성	153
② 현재관련성	153
③ 직접관련성	154
(5) 권리보호이익 기여로 각하한 사례	156
III. 소결	157
<b>제3절 행정부작위</b>	161
I. 독일의 판례와 학설	161
1. 행정부작위	161
2. 행정입법부작위	162
3. 구체적 사례	162
II. 한국의 판례와 학설	163
1. 행정입법부작위	163
가. 진정행정입법부작위	163
(1) 치과전문 의사건	164
(2) 평균임금결정고시 부작위사건	165
(3) 군법무관보수에 관한 규정 사건	166
(4) 국군포로법 사건	166

(5) 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위 사건 .....	167
나. 부진정행정입법부작위 .....	169
2. 행정부작위 .....	169
가. 인용 사례 .....	169
나. 각하 사례 .....	172
(1) 헌법상 작위의무가 인정되지 않는 공권력의 불행사에 대한 헌법 소원 .....	172
① 사인의 공공장소 CCTV설치 미제한 위헌확인 .....	174
② 공정거래위원회 공권력불행사 위헌확인 .....	175
③ 원자력안전법 시행령 제2조 제4호 별표1 위헌확인 .....	175
④ 지하철 역명시정 부작위 위헌확인 .....	175
⑤ 공무원 신분확인 거부행위 위헌확인 .....	176
⑥ 고발사건 처리지연 위헌확인 .....	176
⑦ 공권력불행사 위헌확인 .....	176
⑧ 국민권익위원회 공권력 불행사 위헌확인 .....	177
⑨ 업종변경허가처분 등 취소 부작위 위헌확인사건 .....	177
⑩ 시정명령 등 불행사 위헌확인사건 .....	178
⑪ 자원의절약과재활용촉진에관한법률시행령 제5조 등 위헌확인 사건 .....	179
⑫ 사립유치원의 인건비 등 지원에 관한 입법부작위 위헌확인 사건 .....	179
⑬ 보호감호행정부작위 위헌확인 사건 .....	180
⑭ 전국구국회의원 의석계승 미결정 위헌확인 사건 .....	180
(2) 기본권침해나 침해의 가능성이 존재하지 않아 각하한 사례	180
(3) 보충성요건 결여 .....	181
(4) 자기관련성 결여 .....	182
(5) 권리보호이익 결여 .....	182
(6) 막연하고 애매보호한 주장 .....	182

(7) 대외적 법률효과가 결여된 행위의 불행사 .....	182
(8) 공권력행사의 잘못된 특정 .....	183
(9) 신청권의 결여 .....	183
(10) 거부처분인지 아니면 부작위인지? .....	184
(11) 본안판단에서 기각한 사례 .....	184
III. 소결 .....	185
<b>제4절 사법부작위</b> .....	186
I. 독일의 판례와 학설 .....	186
1. 헌법소원의 대상으로서 사법부작위 .....	186
2. 재판절차의 지연 .....	187
3. 헌법소원의 목적으로서 사법부작위(사법행위중지) .....	189
II. 한국의 판례와 학설 .....	190
III. 소결 .....	192
<b>제5절 결론</b> .....	194

## 제3장 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판에 있어서 적법요건 심사구조 - 홍일선

<b>제1절 개관</b> .....	196
I. 헌법소원심판과 적법요건 .....	196
1. 적법요건의 의의 .....	196

2. 적법요건의 내용 .....	197
3. 적법요건의 체계 .....	199
II. 공권력의 불행사에 대한 헌법소원과 적법요건 .....	200
1. 문제상황 .....	200
2. 공권력의 불행사에 대한 헌법소원의 적법요건 심사구조 .....	202
<b>제2절 헌법소원 대상요건의 심사내용과 구조 .....</b>	<b>203</b>
I. 공권력의 불행사에 대한 헌법소원의 대상요건 .....	203
1. 의의 .....	203
2. 공권력의 불행사와 부작위의 구별문제 .....	205
가. 입법부작위와 입법권의 불행사 .....	205
나. 행정부작위와 행정권의 불행사 .....	206
3. 소결 .....	209
II. 입법부작위의 대상성 .....	210
1. 입법부작위의 심사가능성 .....	210
가. 독일 연방헌법재판소의 견해 .....	210
(1) 헌법소원심판의 대상성을 부인한 초기 판례: BVerfGE 1, 97	211
(2) 헌법의 명시적 입법의무를 조건으로 헌법소원심판의 대상성을 인정 한 판례 .....	213
① BVerfGE 6, 257 .....	213
② BVerfGE 8, 1 .....	216
③ BVerfGE 15, 46 .....	220
④ 그 밖의 판례들 .....	222
⑤ 비판적 평가 .....	223
(3) 기본권보호의무를 근거로 헌법소원심판의 대상성을 인정한 판례	225

① BVerfGE 39, 1(제1차 낙태판결) .....	227
② BVerfGE 46, 160(슬라이어 박사 사례) .....	229
③ BVerfGE 49, 89(칼카 사례) .....	230
④ BVerfGE 77, 170(화학무기배치 사건) .....	232
⑤ 비판적 평가 .....	235
(4) 소결 .....	236
나. 헌법재판소의 견해 .....	237
다. 비판적 평가 .....	239
2. 입법의무의 내용별 판단 .....	241
가. 명시적 헌법위임 .....	241
(1) 자유권과 입법의무 .....	241
(2) 평등권과 입법의무 .....	244
(3) 사회적 기본권과 입법의무 .....	245
나. 기본권보호의무: 헌법해석을 통한 입법의무 .....	246
3. 진정입법부작위와 부진정입법부작위 .....	248
가. 개념 .....	248
나. 진정입법부작위와 부진정입법부작위의 구분문제 .....	251
(1) 진정입법부작위를 폭넓게 인정해 주자는 견해 .....	252
(2) 비판 .....	253
다. 진정입법부작위와 부진정입법부작위의 구분기준 .....	254
(1) 경과규정의 결여 .....	254
(2) 부분적 입법부작위의 문제 .....	255
(3) 입법개선 의무불이행 .....	258
4. 행정입법부작위의 심판대상성 .....	261
5. 사법입법부작위 .....	263

III. 행정부작위의 대상성 .....	264
1. 작위의무의 근거 .....	264
2. 작위의무와 청구권 .....	266
IV. 작위의무의 판단을 어느 단계에서 할 것인지. ....	268
1. 문제의 상황 .....	268
2. 학설과 판례의 태도 .....	269
3. 비판적 평가 .....	270
<b>제3절 보충성 요건의 심사내용과 구조 .....</b>	<b>272</b>
I. 공권력의 불행사에 대한 헌법소원에서 보충성원칙의 의미 .....	272
II. 입법부작위 헌법소원에서 보충성원칙 .....	274
III. 행정부작위 헌법소원에서 보충성원칙 .....	274
<b>제4절 청구기간 요건의 심사내용과 구조 .....</b>	<b>276</b>
I. 헌법소원심판의 적법요건으로서의 청구기간 .....	276
II. 부작위 헌법소원에서 청구기간 심사 .....	277
1. 입법부작위 헌법소원에서 청구기간 .....	279
2. 행정부작위 헌법소원에서 청구기간 .....	279
<b>제5절 기타 적법요건들의 심사내용과 구조 .....</b>	<b>279</b>
I. 기본권의 침해 가능성 .....	280

II. 기본권침해상태의 주장책임 .....	281
III. 법적 관련성 .....	282
IV. 권리보호이익과 심판이익 .....	284
<b>제6절 결론</b> .....	286
1. 공권력의 불행사에 대한 헌법소원에서 적법요건 심사구조의 특징	286
2. 공권력의 불행사와 부작위의 구별문제 .....	286
3. 입법부작위에 대한 헌법소원의 대상성 .....	287
4. 입법의무의 내용별 판단 .....	289
5. 진정입법부작위와 부진정입법부작위의 구분 .....	290
6. 경과규정의 결여와 입법부작위 .....	291
7. 부분적 입법부작위의 문제 .....	292
8. 입법개선 의무 불이행과 입법부작위 .....	292
9. 행정부작위에 대한 헌법소원의 심판대상성 .....	293
10. 작위의무의 판단을 어느 단계에서 할 것인지 .....	294
11. 보충성의 원칙 .....	294
12. 청구기간 .....	295
13. 기본권침해가능성 .....	296
14. 기본권침해상태의 주장책임 .....	297
15. 법적 관련성 .....	297
16. 권리보호이익과 심판이익 .....	298



## 제4장 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판에 있어서 본안심사 - 정태호

제1절 입법부작위 헌법소원에서의 본안심사 .....	300
I. 명시적 입법위임의 불이행을 다투는 입법부작위 헌법 소원의 본안심사 .....	300
1. 적법요건으로서의 기본권 실현을 위한 입법의무의 불이행 · 300	
2. 본안심사의 구조 .....	301
가. 입법부작위 불이행의 정당화사유 존부 심사 .....	301
(1) 상당한 기간의 경과 .....	301
나. 입법부작위의 여타 정당화사유? .....	303
(1) 판례에 의한 대체가능성? .....	303
(2) 위헌적 입법위임의 문제 .....	304
다. 입법부작위로 침해된 기본권의 확인 .....	304
(1) 침해된 기본권의 특정 .....	304
(2) 소송물과 심사범위 .....	305
라. 입법부작위 위헌확인 .....	310
II. 기본권보호를 위한 입법부작위 불이행을 다투는 헌법 소원의 본안심사 .....	310
1. 적법요건으로서의 추상적 보호입법부작위의 존재와 그러한 의무에 대응하는 보호입법의 부재 .....	313
2. 기본권보호의무 위반여부에 대한 심사기준 및 통제강도 .....	315
가. 우리 헌법재판소 판례 .....	315
나. 독일의 판례 .....	317

다. 보호의무의 심사기준 .....	320
3. 보호의무 위반여부의 심사구조 .....	328
4. 심사강도 .....	332
5. 진정보호입법부작위 위헌여부 심사구조 .....	337
가. 입법자가 보호입법의무를 완전히 해태한 경우 .....	338
나. 일반적 법규정에 의한 보호를 넘는 특별한 보호입법제정 의무를 해태한 경우 .....	338
다. 차별적 보호방안과 입법부작위 위헌 확인의 가능성 .....	342
라. 입법개선 의무의 불이행과 관련된 문제 .....	346
<b>제2절 행정입법부작위 헌법소원의 본안심사 .....</b>	<b>346</b>
I. 적법요건으로서의 행정입법 제·개정 의무 및 행정입법 권자의 부작위 .....	346
II. 본안심사 .....	349
1. 상당한 기간 경과 .....	350
2. 행정입법부작위 정당화사유의 존부 심사 .....	350
가. 위임된 행정입법의 명백한 위헌성 .....	350
나. 관례에 의한 행정입법의 대체가능성? .....	351
다. 행정입법제정의 필요성 결여 .....	351
3. 침해된 기본권의 확인 .....	352
4. 행정입법부작위의 경우에는 입법부작위도 존재하는가 .....	352
5. 인용된 사례 .....	354
<b>제3절 행정조치부작위 헌법소원의 본안심사 .....</b>	<b>354</b>

I. 적법요건으로서의 행정작위의무와 부작위의 존재	355
II. 본안심사	359
1. 시간의 요소	359
2. 작위의무 불이행의 여타 정당화사유	360
3. 침해된 기본권의 확인	360
가. 법령상의 권리가 아닌 헌법에 의해 보장된 기본권의 침해	360
나. 기본권보호의무 위반의 문제	360
다. 인용된 사례	363
<b>제4절 사법부작위 헌법소원의 본안심사</b>	364
I. 사법부작위 헌법소원의 유형별 적법요건과 본안요건	364
1. 재판부작위	364
가. 사법행위청구권으로서의 재판청구권에서 유래하는 재판의무	365
나. 신속한 재판을 받을 권리에서 유래하는 실효성 있는 재판의무	365
다. 판단유탈	369
라. 사법입법 및 사법행정부작위의 문제	369
<b>제5절 결론</b>	369
<b>제5장 공권력의 불행사에 대한 헌법소원에 관한 비교법적 검토</b>	
- 김영진	
<b>제1절 미국에서의 공권력 불행사에 대한 사법심사</b>	372
I. 행정기관의 부작위(governmental inaction)	374

1. 행정기관의 재량행위에 대한 사법심사 여부와 행정부작위	374
가. 연방행정절차법 제정 이전 사법부의 태도	374
(1) (명문규정 없는 한) 사법심사 금지원칙	374
(2) 사법심사 추정원칙	375
나. 연방행정절차법의 제정과 행정부작위 개념의 편입	376
(1) 사법심사 추정원칙의 입법화와 적용 제외	376
(2) 적용 제외의 판별 기준	378
(3) 사법심사배제 추정원칙과 그 예외	380
2. 행정규칙 제정의 회피 및 형해화(ossification)	381
3. 헌법상 불법행위(constitutional tort)에 의한 행정부작위의 구제	384
가. 헌법상 불법행위의 규범적 의미	384
나. DeShaney 판례에서 연방대법원의 태도	385
(1) 사실관계	385
(2) DeShaney 판례의 다수의견	385
(3) DeShaney판례의 소수(반대)의견	386
다. Estelle 판례 및 Youngberg 판례에서 연방대법원의 태도	387
II. 입법기관의 부작위 (congressional inaction)	388
1. 연방의회의 입법 지원이 결여된 경우	388
2. 연방의회의 입법절차상 하자 발생여부에 관한 논란이 있는 경우	389
III. 사법기관의 부작위 (judicial inaction)	390
1. 상황성숙성 원칙의 운용과 행정입법 규범통제	390
2. 상황성숙성 원칙의 해석에 대한 연방대법원의 입장	391
IV. 소결	392

제2절 유럽인권재판소의 공권력 불행사에 대한 사법심사	393
I. 유럽인권재판소 판례 고찰의 의미	393
II. 공권력의 불행사와 관련 있는 유럽인권재판소의 판례들	394
1. 자연재해 관련 방재조치 미비의 경우	394
2. 시설물 안전 및 환경관련 사고 대비 미흡의 경우	395
3. 국제적 차원의 인권 보장 미흡의 경우	398
4. 개인의 생명권 보장 미흡의 경우	399
5. 재판절차 지연의 경우	401
III. 우리 헌법재판소의 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판 구조의 정립을 위한 유럽인권재판소 판례의 시사점	404
1. 논증 구조의 시사점	404
2. 유럽인권재판소 판례의 실익과 한계	405
제3절 결론	407

## 제6장 종합적 결론 - 방승주

참고문헌	421
I. 국내문헌	421
II. 외국문헌	428



# 제1장 서론

방승주

## 제1절 연구의 목적

헌법재판소는 1988년 9월부터 활동을 시작한 이래 설립 30주년을 맞이하는 금년까지 상당수의 공권력의 불행사(부작위)에 대한 헌법소원심판을 다루어 왔다.

그 가운데 조설철도주식회사 사건<sup>1)</sup>에서는 입법부작위에 대하여, 그리고 치과전문의 사건<sup>2)</sup>에서는 행정입법부작위에 대하여, 또한 최근 일본군 위안부피해자가 제기한 헌법소원사건<sup>3)</sup>에서는 정부의 행정부작위에 대하여 위헌결정을 내린 바 있다.

또한 생명과 건강에 대한 기본권보호의무와 관련하여 교통사고 처리특례법사건<sup>4)</sup>과 태아의 성감별고지사건<sup>5)</sup>, 사산된 태아의 권리능력사건<sup>6)</sup> 등을 다룬 바 있으며, 최근에는 세월호참사와 관련하여 정부의 신속한 구호조치 등 부작위 위헌확인 헌법소원심판<sup>7)</sup>도 헌법재판소에 청구되어 계류 중이다.

그 밖에도 구체적 헌법소원심판이 청구되었는지는 확실치 않으나, 가령 가슴기살균제 피해 사건, 각종 인질극이나 테러 등에 의한 살해위협신고에도 불구하고 경찰의 미온적 대처 의혹사건, 환경과 관련하여 전자기파로 인한 건강위협사건, 미세먼지로 인한 건강의 위협 등등, 사건과 사고가 끊임없이 이어지고 있어, 생명권을 포함한 다양한 기본권 관련 분야에서 국가의 기본권보호의무 불이행에 대한 헌법소원심판청구가 더욱 증가할 것으로 전망되고 있다.

---

1) 헌재 1994. 12. 29, 89헌마2, 판례집 6-2, 395, 409.  
2) 헌재 1998. 7. 16, 96헌마246, 판례집 10-2, 283, 305-306.  
3) 헌재 2011. 8. 30, 2006헌마788, 판례집 23-2 상, 366. 이에 관해서는 홍일선, 행정부작위에 대한 헌법소원심판, 헌법학연구 제18권 제3호(2012), 601-633.  
4) 헌재 1997. 1. 16, 90헌마110, 판례집 9-1, 90; 2009. 2. 26, 2005헌마764, 2008헌마118.  
5) 헌재 2008. 7. 31, 2004헌마1010, 판례집 20-2 상, 236.  
6) 헌재 2008. 7. 31, 2004헌마81, 판례집 20-2 상, 91.  
7) 2014헌마1189·2015헌마9

이와 같은 상황에도 불구하고 지금까지의 공권력의 불행사에 대한 헌법소원실무를 대체로 살펴보면, 공권력의 행사에 대한 헌법소원심판의 경우와 달리, 적법요건심사는 물론 본안판단에 있어서 위헌여부의 판단구조와 관련하여 그 기준이 아직 뚜렷하게 정립되어 있지 않거나, 심사기준의 적용 자체에 일관성의 문제가 제기되고 있는 것이 현실이다.

이러한 문제의식을 가지고서 헌법재판소가 2018년 헌법재판연구용역과제로서 “공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판 구조 연구”를 주제로 선정하여 발주한 것은 매우 시의적절하고도 의미 있는 일이라고 생각된다. 본 연구진은 이 주제에 대한 연구를 통하여, 공권력의 부작위에 대한 헌법소원에 있어서 적법요건과 위헌심사의 판단기준과 구조를 보다 명확히 하고, 보다 많은 일관성을 확보하는 데 기여하고자 노력하였다. 본 연구진은 독일과 미국, 유럽 등의 판례와 이론에 대한 비교법적 접근 및 기존 우리 헌법재판소 판례에 대한 철저한 분석을 통하여 우리 헌법재판소 판례가 가지고 있는 문제점을 발견하고, 그에 대한 개선방안을 제시함으로써 향후 헌법재판실무와 헌법이론의 발전에 기여하고자 노력하였다.

## 제2절 연구의 필요성

제안요청서가 지적하고 있는 헌법재판소 판례의 문제점은 대부분의 입법부작위 사건의 적법요건심사 단계에서 기본권침해의 관련성에 대한 검토를 제대로 하지 않고 헌법으로부터 유래하는 작위의무나 보호의무가 존재하는지 여부에 대한 검토만 할 경우도 있고, 정작 어떠한 기본권보장을 위한 입법위임인지, 헌법해석상 특정인에게 어떠한 구체적인 기본권이 발생하였는지에 관하여 특별한 언급을 하지 않고 있는 때가 종종 있는데, 이는 행정부작위 사건에서도 마찬가지라고 하는 것이다.

기본권침해의 관련성 문제는 헌법소원이 민중소송이 되는 것을 방지하기 위해서 필요한 것이라고 할 수 있는 바, 본 연구진이 우리 헌법재판소의 지금까지의 부작위 헌법소원심판 사건들의 대부



분을 조사한 결과, 상당수의 부작위 헌법소원심판 사건에서 기본권침해의 관련성 문제를 나름대로 상당히 진지하게 다룬 것으로 분석되었다. 아무튼 본 연구진은 이에 대하여 다음과 같은 문제의식을 가지고 이 문제에 대한 접근을 하였다.

우선 입법의무와 관련하여 유형화를 할 필요가 있는데, 헌법상 입법의무는 명시적인 입법위임, (형성적) 법률유보의 경우<sup>8)</sup>와, 명시적이지는 않지만 헌법해석상 특히 기본권보호의무로부터 나오는 입법의무로 나눌 수 있다.

첫째, 명시적 입법위임과 법률유보의 규정이 기본권과 관련한 경우(가령 신체의 자유: 헌법 제12조 제1항 - 제한유보, 제12조 제4항 - 형성유보, 언론·출판의 자유: 헌법 제21조 - 형성유보 등<sup>9)</sup>)에는 별다른 문제없이 청구인의 기본권과의 관련성을 특정할 수 있을 것이다. 그렇지 않은 나머지 국가조직법이나 그 밖의 입법위임의 경우 청구인의 어떠한 기본권과 관련될 것인지는 일단 기본권침해를 주장하는 청구인이 입법부작위에 의하여 자신의 기본권이 현재, 직접, 침해되고 있다는 것을 보다 특정해서 설명해야 할 책임이 있다고 볼 수 있다<sup>10)</sup>. 독일 연방헌법재판소의 경우 입법자의 입법의무, 그리고 예외적으로 특정한 조치를 취할 입법의무의 해태로 인하여 헌법소원을 하는 경우 그에 대하여 청구인이 실질적으로 주장하고 설명해야 할 소위 입증책임을 지우고 있다. 그리고 이러한 경우에 단순히 헌법 제10조의 행복추구권침해 정도만을 주장하는 경우, 기본권침해의 존재를 인정해야 할 필요가 있

---

8) 헌법의 규정양식을 기준으로 한 입법위임과 법률유보의 구분에 관하여는 방승주, 헌법재판소의 입법자에 대한 통제 범위의 강도 - 입법자의 형성의 자유와 그 한계에 대한 헌법재판소의 지난 20년간의 판례를 중심으로, 공법연구 제37집 제2호(2008. 12), 113-171(124-127). 가령 헌법 제23조 제3항 소정의 공용수용에 따른 보상입법을 제대로 마련하지 않은 경우에 이에 대한 입법부작위 헌법소원심판청구의 경우에는 헌법상 입법의무를 인정할 필요가 없다고 하는 취지의 견해(한수웅, 주식헌법재판소법, 헌법재판연구원 2015, 1006.)가 있으나, 이러한 경우에도 재산권이나 또는 평등권으로부터 도출되는 입법의무를 인정할 필요도 있을 수 있다고 하는 관점에서 앞으로 이와 관련한 문제제기에 대해서도 검토해 볼 필요가 있다고 생각된다.

9) 이에 관한 상세한 것은 방승주, 앞의 논문(주 8), 125.

10) 입법부작위(진정·부진정)의 경우 기본권침해의 관련성에 대한 심사를 포함하여 적법요건심사에 관한 상세한 언급은 방승주, 헌법소송사례연구, 박영사 2002, 450-460. 그 밖에 한수웅, 앞의 주석(주 8), 1000-1001.

을 것인지를 독일 연방헌법재판소 판례(소위 엘페스(Elfes)판결: B VerfGE 6, 32)<sup>11)</sup> 등과 비교하면서 검토해 보기로 한다.

둘째, 헌법해석상 기본권보호의무로부터 도출되는 입법 의무의 경우에는 처음부터 제3자에 의하여 기본권적 법익에 대한 제약 내지 피해 또는 침해(Beeinträchtigung)의 위험이 있을 경우에 비로소 국가에게 발생하는 것이 기본권보호의무이다.<sup>12)</sup>

이러한 기본권보호의무로부터 나오는 입법 의무의 불이행에 대한 헌법소원이 청구되는 경우에는 국가가 그 해당 기본권적 법익을 직접 침해한 것이 아니라, 단지 기본권의 객관적 가치질서의 보장이나, 헌법 제10조 제2문의 기본권보장의무의 이행 차원에서, 혹은 개별기본권을 직접 근거로 해서 기본권보호의무를 지는 것이며, 여기에 대응하는 피해자의 소위 “보호청구권”<sup>13)</sup>이 현실화되는 것이라고 할 수 있는데, 아직까지 우리 헌법재판소는 이러한 보호청구권의 문제를 본격적으로 다루지는 않는 것으로 보인다.

그러므로 기본권보호의무로부터 나오는 입법 의무 불이행 사건의 경우 청구인이 이러한 보호청구권의 침해를 주장하고 있는지의 관점에서 보호청구권침해의 관련성 문제를 적법요건 단계에서 심사해 주어야 할 필요성이 있다고 판단되며, 그 밖의 입법위임이나 법률유보의 경우도 평등권 등 다른 기본권이나 헌법적 원리와 결합하여 그로부터 개인의 주관적 청구권 내지는 공권이 도출될 수 있는 바, 이러한 기본권의 침해가능성의 심사와 관련하여 본 연구진은 주로 독일 연방헌법재판소의 판례와 학설 그리고 우리 헌법

---

11) 이 판결의 개요에 대해서는 Richter/Schuppert/Bumke, 방승주(역), Casebook Verfassungsrecht, 4 Aufl., 독일헌법판례해설(제4판) 헌법재판소 2003, 95-96; Michael Sachs(저), 방승주(역), Verfassungsrecht II, Grundrechte 2000, 헌법 II - 기본권론, 헌법재판소 2002, 230.

12) 그러므로 가령 원자력발전소의 허가나 화학무기 또는 핵무기 등의 설치로 인하여 발생 할 수 있는 생명이나 신체적 법익에 대한 침해의 위험을 이유로 하는 헌법소원의 청구가 그 인근 주민들에게 광범위하게 인정될 수 있다고 해서 곧바로 민중소송이 되는 것은 아니라고 할 수 있다. 이에 관해서는 Michael Gerhardt, Probleme des gesetzgeberischen Unterlassens in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bericht des Bundesverfassungsgerichts für die XIV. Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte 2008.

13) 이에 관해서는 방승주, 앞의 책(주 10), 453.

재판소의 판례와 학설을 비교·분석하고 보충적으로 미국과 유럽인  
권재판소 판례도 검토해 가면서 보다 적절하고 나은 결론을 도출  
하고자 노력하였다.

### 제3절 연구의 내용과 범위

본 연구의 개략적 내용과 범위는 다음과 같다.

#### I. 헌법소원심판의 대상으로서 공권력의 불행사의 유형

1. 공권력의 불행사의 유형은 진정부작위, 부진정부작위가 있고, 또  
한 이러한 부작위의 유형은 공권력의 유형으로서 입법부작위, 행  
정부작위, 사법부작위 모두에 해당될 수 있다. 그리하여 이 소제  
목 하에서는 주로 이러한 공권력의 불행사의 유형에 대해서 고찰  
하면서, 독일과 한국의 판례와 학설을 같이 검토한다.
2. 공권력의 불행사는 헌법상 작위의무를 전제로 한 것이므로 헌법  
이 각 공권력에 위임한 헌법상 작위의무에 어떠한 유형이 있는가  
를 먼저 검토한다.
3. 특히 사례를 분석해 보면 진정부작위와 부진정부작위를 구분하는  
기준이 무엇인가, 과연 그 두 가지 유형은 엄밀하게 구별될 수  
있는 것인가 하는 문제가 제기된다. 또한 용어상으로도 절대적  
부작위와 상대적 부작위, 양적 부작위와 질적 부작위 등의 표현  
도 나오고 있으므로, 이러한 개념의 정리와 또한 개념을 넘어서  
서 과연 부작위의 유형이 제대로 잘 구별될 수 있는 것인지 하는  
문제들을 연구하고, 나름 유의미한 개선책 내지 해결책을 찾기  
위해서 노력한다.
4. 입법부작위와 관련하여 헌법상 작위의무와 관련해서는 명시적 입  
법위임과 법률유보로부터 나오는 입법의무, 기본권보호의무로부

터 나오는 입법외무, 입법부작위와 관련되는 그 밖의 사례들로 대별하여 검토해 본다.

5. 가. 다음으로 행정부작위의 경우, 보통 행정의 합법률성의 원칙에 입각하여 일반적으로 행정청의 일정한 행위나 행정입법을 하도록 법률에 근거(법률유보)가 있는 것이 보통이다. 만일 입법자가 일정한 보호의무를 이행하도록 행정부에 입법위임을 하였음에도 불구하고, 행정입법자가 이러한 의무를 이행하지 않아서 기본권침해가 야기되었다고 볼 수 있을 경우에는 기본권침해의 원인이 입법부작위에 있는 것이 아니라, 행정입법부작위에 있는 것이다.

나. 또한 법률이나 법규명령(행정입법, 시행령)이 기본권보호의무를 이행하기 위한 규정을 마련하였음에도 불구하고 행정청이 해당되는 기본권보호의무를 이행하지 않은 경우에는 행정청의 행정부작위에 의해서 비로소 기본권침해가 야기된다고 할 것이므로, 이러한 경우에는 동시에 행정청이 법률에 위반될 뿐만 아니라, 행정의 법률에 대한 구속원칙을 포함하고 있는 법치국가원리와 권력분립원칙에도 위반될 가능성이 있으므로 이러한 관점에서 독일연방헌법재판소와 우리 헌법재판소 판례에 대한 검토와 비판적 분석을 진행한다.

다. 행정부작위의 경우에도 진정부작위와 부진정부작위의 구분필요성이 있을 것인지, 있다면 그 한계를 어떻게 그을 것인지 등에 대해서도 문제제기를 하고 이에 대해서도 검토한다. 다만 이에 대해서는 부정적 결론에 도달할 가능성이 있는 것이 입법부작위의 경우, 부작위의 절대성과 상대성을 대체로 구분할 수 있는 데 반하여, 행정과 사법의 부작위의 경우, 그렇게 접근하기가 대체로 힘들다는 데에 원인이 있지 않을까 생각된다.

6. 사법부작위의 경우 특히 재판지연이 문제되는데, 재판지연의 경우에는 우리 헌법재판소에 따를 경우 역시 재판의 일종에 해당된다고 보아 재판소원배제조항에 따라 부적법하다고 보고, 각하하

고 있다. 그러나 독일의 경우 사정이 다르므로, 독일 연방헌법재판소 판례와 학설을 검토하여 시사점을 얻기로 한다.

## II. 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판에 있어서 적법요건심사 구조

1. 다음 단계로는 공권력의 불행사의 유형별로 적법요건심사의 구조를 검토해 본다. 공권력의 행사에 대한 헌법소원심판의 경우, 대체로 ① 대상적격(공권력의 행사성), ② 보충성의 원칙, ③ 청구기간, ④ 기본권침해의 관련성(청구적격) - 필요한 경우 청구(인)능력, ⑤ 권리보호이익, ⑥ 대리인선임에 등에 대하여 심사한다. 단, ⑦ 예외적으로 청구인이 주장하는 기본권(침해)의 존재 여부에 대해서도 심사하는 경우도 있다.
2. 이하 연구에서는 각 부작위에 대한 헌법소원심판에서 특수하게 제기될 수 있는 쟁점이 있는 적법요건심사와 관련해서만 언급하기로 하며, 부작위 헌법소원에 있어서의 적법요건심사의 구조화가 우선 도대체 가능할 것인지 그리고 그 구체적인 내용은 어떻게 되어야 할 것인지에 대하여 다룬다.
3. 적법요건심사는 공권력의 불행사의 유형별 특성에 따라 각각 어느 정도의 차이를 둘 수 있을 것이므로 이러한 적법요건에 대하여 정형화, 구조화를 기존 독일과 한국 헌법재판소 판례와 이론의 분석을 기초로 수행하기로 한다.
4. 입법부작위의 경우 진정입법부작위와 부진정입법부작위로 나뉘는 바, 진정입법부작위의 적법요건심사는 물론 본안판단의 구조화와 정형화가 아직 정립되지 못한 사정으로 인한 것인지, 평등원칙으로부터 나오는 입법의무의 불이행의 경우에는 바로 부진정입법부작위로 보고서, 존재하는 법률에 대한 헌법소원심판청구만을 허용하고, 결정 역시 법률의 위헌 내지는 헌법불합치를 확인하는

결정을 내리고 있다.<sup>14)</sup>

5. 그러나 독일의 경우 부진정입법부작위의 경우에 법률의 위헌도 확인하지만 동시에 평등에 위반되는 입법부작위에 대하여 그 입법부작위 부분 자체의 위헌도 확인하는 주문방식을 사용하기도 한다. 이러한 실무를 우리도 도입할 필요가 있을 것인지에 대해서도 검토한다.
6. 가. 헌법재판소는 헌법상 작위의무, 즉 입법의무의 존재를 적법요건심사 단계에서 하기도 하고, 본안판단 단계에서도 하기도 하는 바, 이 입법의무의 존재 여부는 공권력의 불행사를 확인하는 차원에서 적법요건심사 단계에서 하는 것이 대체로 일관성 있다고 보이나, 본안판단에서 한 경우에 대해서는 그 사례를 분석하고 앞으로 이러한 실무와 관련하여 문제점을 지적한 후, 연구진 나름대로의 개선의 방향을 제시한다.  
나. 또한 일부 학설이 주장하는 잠정적 작위의무와 확정적 작위의무로의 구분필요성이 있는 것인지를 검토하고 본 연구진의 결론을 제시한다.
7. 청구기간과 관련하여 진정입법부작위의 경우 부작위가 계속되는 한 청구기간의 적용이 없고, 부진정입법부작위의 경우 법률에 대한 헌법소원에서 적용되는 청구기간이 있다고 하는 차이가 있는 바, 이와 관련한 문제점에 대하여 독일과 한국 헌법재판소 실무를 비교법적으로 검토하여 문제점과 시정 필요성에 대한 의견을 제시한다.
8. 행정부작위의 경우 작위의무가 법률에 존재하는 경우까지 추가되고 있어 약간의 특수성이 있다. 그러나 그러한 법률상의 작위의무도 헌법적 의무를 이행하는 차원에서의 작위의무라고 보아야 한다는 견해가 있으며, 만일 법률상의 작위의무를 행정청이 이행

---

14) 또한 이와 관련하여 평등원칙으로부터 나오는 입법의무의 불이행으로 인한 경우에도 부진정입법부작위라는 이유로 입법부작위만의 위헌확인 필요성을 적극적으로 부인하는 견해로는 한수용, 앞의 주석(주 8), 같은 곳.

하지 않는 경우에는 법률에 대한 위반일 뿐만 아니라, 행정의 합법성의 원칙을 포함하는 법치국가원리와 권력분립의 원칙에 대한 위반이 될 수 있으므로 헌법에 대한 위반에도 해당한다고 할 수 있다.

9. 이러한 이유에서 법률상의 행위의무가 존재하는 경우에도 행정청에 대해서는 결국 헌법으로부터 유래하는 작위의무가 존재한다고 할 수 있음에는 크게 문제가 되지 않는다고 보이나, 이와 관련되는 독일과 우리 헌법재판소의 판례에 대하여 검토하고 문제점과 시정필요성에 대하여 의견을 제시한다.
10. 특히 행정부의 부작위와 정부(Regierung)의 부작위를 나누어서 각각의 경우 적법요건을 달리 할 필요성이 있는지에 대하여 검토한다(특히 통치행위이론이나 부작위위법확인소송의 보충성요건에 대한 예외인정 등과 관련하여).
11. 기본권침해의 관련성(청구적격)과 관련하여, 기본권보호의무 위반사례에 있어서는 우선 청구인에게 기본권보호의무로부터 도출되는 보호청구권이 현재, 직접 침해되고 있음이 주장되어야 할 것이다. 그 밖에 기본권보호의무가 아니라 행정청의 다른 행위의무가 헌법이나 법률의 해석으로부터 도출될 경우(법률상 또는 조리상)에도 행정행위에 대한 구체적 청구권(신청권)이나 어떠한 기본권의 존재를 적법요건 심사 단계에서 요구할 필요가 있을 것인지 여부와 관련하여 독일과 우리 헌법재판소 판례와 학설에 대하여 검토하고 이에 대한 결론을 제시한다.
12. 청구기간과 관련하여 입법부작위와 같이 행정부작위에 있어서는 진정행정부작위와 부진정행정부작위로 나누어서 적용할 가능성과 필요성이 있을 것인지를 검토한다.
13. 가. 예외적으로 헌법소원심판청구의 대상이 될 수 있는 사법부작위의 유형이 있을 경우 그에 관한 적법요건 단계에서의 심사 기준들을 정형화하여 제시한다.

나. 행정부작위에 대하여 언급한 사항들(적법요건 단계에서 청구권의 존재를 요구할 것인지 여부, 청구기간에 관한 사항)이 사법부작위의 경우에도 그대로 적용될 것으로 보이지만, 사법부작위에 대하여 특수성이 인정될 수 있는 것이 무엇인지에 대하여 검토한다.

### III. 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판에 있어서 위헌여부의 판단 구조

1. 제안요청서는 작위에 의한 기본권제한과는 달리 부작위에 의한 기본권제한은 가시적으로 확인하기가 어렵기 때문에 작위에 의한 기본권제한과는 달리 기본권제한과 그 제한의 정당성 여부를 차례대로 심사하기 보다는 국가의 작위의무 위반여부에 초점을 맞추어 심사하는 경향이 있다고 지적하고 있고, 또한 작위의무의 법적 근거에 따른 심사구조의 차별화가 있는지 논증이 필요하다고 한 바 있다. 바로 이러한 검토는 본안판단 단계에서 하여야 하는 것이므로 이러한 소재목 하에 기본권침해 여부의 심사와 판단의 구조를 어떻게 형성해야 할 것인지를 연구하고 검토한다.
2. 이에 관해서도 공권력의 불행사의 각 유형별로 차별화를 기할 수 밖에 없다고 보인다.
3. 이와 관련하여 외국 판례에서 적법요건을 통과한 후 기각된 사례가 있는지, 어떠한 사안에서 어떠한 논리로 그러한 결정이 이루어졌는지에 대한 조사도 수행한다.
4. 입법부작위는 진정입법부작위와 부진정입법부작위로 나누는 바, 다음과 같이 입법의무의 유형별로 나누어서 고찰한다.
  - 가. 헌법상 명시적인 입법위임과 법률유보의 경우 위헌판단의 심사 구조
  - 나. 기본권보호의무로부터 나오는 입법의무의 경우 위헌판단의 심사 구조



다. 평등원칙과 사회적 기본권 및 청구권적 기본권 등으로부터 나오는 입법 의무의 경우 위헌판단의 심사 구조.

5. 기본권보호 의무의 경우 국가가 직접 기본권을 침해한 것이 아니라, 제3자의 기본권적 법익에 대한 침해나 침해의 위험이 존재할 경우에 그에 대하여 법률로 적절히 보호조치를 입법화해야 할 의무에 해당하므로 그 위반여부에 대한 심사는 여러 가지 특수성을 띄고 있으며, 입법 의무가 불완전·불충분하게 이행된 부진정입법 부작위의 경우 그에 대한 헌법소원 사건에서 과연 과소금지원칙을 기준으로 위헌 여부를 심사해야 할 것인지 아니면 과잉금지원칙을 기준으로 해야 할 것인지 자체도 논란이 되는 경우가 종종 있다.<sup>15)</sup>
6. 사실상 보호 의무를 어떻게 입법적으로 구체화해야 할 것인지는 입법자의 넓은 형성의 자유가 인정되는 것이다(입법자의 추정, 평가, 형성의 자유, 시간적 적응의 자유, 입법 개선 의무, 사정 변경으로 인한 적응 의무 사례 등<sup>16)</sup>). 따라서 결국 이러한 영역에서는 입법자의 형성의 자유의 범위와 그 한계에 관한 심사의 문제로 전환될 수 있다.
7. 입법자의 형성의 자유를 제한하고 축소하는 원리는 그 밖의 다른 헌법적 원리들로부터 나올 수 있다. 가령 충돌하는 헌법적 법익 간의 신중한 법익형량, 신뢰보호원칙으로부터 도출되는 경과규정의 필요성 등이 그것이다.  
그러므로 이와 관련한 독일과 우리 헌법재판소 판례와 학설을 비교·분석하고 문제점과 개선방안을 제시한다.
8. 한편 소위 기본권보호 의무 위반여부와 관련하여 심사기준으로 보통 채택하는 과소(보호)금지원칙의 심사기준의 공식도 유형화하

---

15) 가령 헌재 2008. 7. 31. 2006헌마711, 판례집 20-2 상, 345 [가각].

16) 이에 관하여는 방승주, 독일 연방헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도, 헌법논총 제7집(1996), 299 이하.

17) 이에 관하여는 방승주, 앞의 논문(주 16).

여 정립할 필요성도 있다고 보이므로 이에 관한 판례를 분석·조사한다.

9. 이와 관련하여 독일 연방헌법재판소는 제2차 낙태판결(BVerfGE 88, 203)과 같은 경우에는 위헌심사기준으로 과소금지원칙을 채택하면서도 단순히 명백성통제가 아니라 내용통제에 가까운 납득가능성통제<sup>18)</sup>를 구사하여 결국 심판대상조항을 위헌·무효로 선언한 바 있었는데, 어떠한 경우에 그와 같이 엄격한 심사를 할 필요가 있다고 볼 수 있는지에 대하여 가급적 최근 판례까지 추적하여 비교·연구한다.
10. 행정부작용의 위헌여부에 대한 심사 역시 유형별로 검토해 본다.
11. 특히 행정청의 기본권보호의무 위반의 경우에 그 심사구조를 어떻게 정립해야 할 것인지를 검토한다.<sup>19)</sup>
12. 특히 행정이나 정부가 기본권보호의무를 해태하여 국민의 기본권적 법익에 대한 보호를 제대로 하지 않은 경우, 위헌심사기준(과소보호금지원칙)을 실질화하고 과연 어떠한 경우에 엄격심사를 해야 할 필요성이 인정될 것인지를 검토한다.
13. 작위의무의 법적 근거(헌법, 법률, 명령, 조리 등)에 따라 심사구조를 달리 해야 할 것인지에 대해서도 검토한다.
14. 예외적인 사법부작용에 대한 헌법소원의 경우에도 행정부작용에 준해서 본안판단의 구조에 대하여 검토하고 독일 판례와 학설의 시사점과 우리 판례의 개선방향을 제시한다.

---

18) 이에 관하여는 방승주, 앞의 논문(주 8).

19) 이에 관하여는 방승주, 박근혜 대통령 탄핵심판에 있어서 생명권보호의무 위반여부, 헌법학연구 제23권 제1호(2017. 3), 39-90 (62-77).

#### IV. 공권력의 불행사에 대한 헌법소원에 관한 비교법적 검토(미국, 유럽 등을 중심으로)

1. 끝으로 앞의 공권력의 불행사의 유형, 적법요건심사구조, 위헌여부의 판단구조에서 주로 독일과 우리 헌법재판소의 판례와 학설을 비교법적으로 충분히 다루었기 때문에, 미국이나 유럽인권재판소 등의 판례와 학설 등에 대해서는 이 항목에서 보충적으로 다루어 우리에게 주는 시사점을 얻기 위하여 노력한다.
2. 판례법이 발달한 영·미법계의 특성상 구체적 사건에서 국가기관의 부작위에 의한 개인의 기본권 침해에 대해 어떠한 판례들이 형성되어 왔고, 이에 따른 판례법리가 사건별·유형별로 어떠한 양상으로 누적되어 왔는지에 대하여 검토한다.
3. 위와 같은 연구를 통해 우리 판례에서 나타난 주요 사건과 유사한 부작위 상황에서 어떠한 대응이 나타났고 결과적으로 국민(시민)의 권리 보호를 위해 사법부가 어떻게 기능하였는지를 비교법적 관점에서 조사·분석해 본다.
4. 공권력의 불행사와 관련된 유럽인권재판소의 판례에 대해서도 검토해 보고 시사점을 간추려 본다.

#### V. 종합적 결론

공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판의 유형, 적법요건심사, 본안판단, 비교법적 연구에 대한 종합적 결론, 특히 비교법적 연구로부터 나오는 시사점을 도출해 냄으로써 우리 헌법재판소 판례가 개선 및 보완되어야 할 점을 지적한다.

## 제2장 헌법소원심판의 대상으로서 공권력의 불행사의 유형

방승주

### 제1절 공권력의 불행사와 부작위의 개념

#### I. 진정부작위와 부진정부작위

우리 헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 하고 있다. 여기에서 말하는 공권력의 불행사는 헌법이 공권력에 대하여 일정한 행위의무를 부과하고 있음에도 불구하고 이를 행사하지 않는 것을 의미한다. 국가 공권력에게 일정한 행위의무가 있음에도 불구하고 행위를 하지 않는 것, 이를 다른 말로 부작위라고도 칭하는데, 이하(제2장)에서는 불행사와 부작위의 개념을 굳이 구분하지 않고 같은 개념으로 사용하기로 한다. 헌법재판소의 부작위에 대한 헌법소원사례를 분석해 보아도 헌법재판소는 불행사와 부작위 개념을 혼용하고 있는 것으로 보인다.

우리 헌법재판소는 부작위에 대한 개념을 독일 헌법학계의 입장을 따라서 진정부작위와 부진정부작위로 나누고 있다. 진정부작위는 헌법상 작위의무가 있음에도 불구하고 입법자 등 국가 공권력이 전혀 아무런 행위를 하지 않는 경우를 일컬으며, 부진정부작위는 국가 공권력이 헌법상 작위의무를 이행하기는 하였으나 불완전·불충분하게 한 경우를 뜻한다. 헌법재판소는 입법부작위의 경우 보통 이러한 진정부작위와 부진정부작위의 개념을 뚜렷하게 구분하고, 전자의 경우에는 말 그대로 입법부작위로 인정을 하고, 부작위가 계속되는 한 청구기간의 적용을 받지 않는 것으로 보는 데 반하여, 후자의 경우에는 실은 입법부작위가 아니라 관점에서 불완전·불충분하게 한 법률 그 자체에 대하여 다루어

야 하는 것으로 본다. 이와 같이 부진정입법부작위로서 법률 그 자체를 다투어야 할 헌법소원에서 진정입법부작위를 주장하는 경우 초기 우리 헌법재판소는 부적법하다고 보고 각하한 사례가 상당수 있다.<sup>1)</sup> 그러나 그 이후 헌법재판소(주로 지정재판부)는 이러한 사례에서 법률의 위헌여부를 다투는 헌법소원으로 받아들인다 하더라도<sup>2)</sup>, 이미 청구기간이 경과<sup>3)</sup>하거나 자기관련성<sup>4)</sup>, 직접관련성<sup>5)</sup>, 현재관련성<sup>6)</sup> 또는 권리보호이익<sup>7)</sup>의 결여로 부적법하다고 각

- 1) 가령 현재 1996. 10. 31. 94헌마204, 공보 제18호, 648 [각하]; 현재 1996. 11. 28. 95헌마16 1, 공보 제19호, 93 [각하]. 이 결정과 관련하여 반대이견이 타당하다고 본 견해로, 방송주, 일제식민지배청산 관련 헌법재판소판례에 대한 헌법적 분석과 평가, 헌법학연구 제22권 제4호(2016. 12), 39-83 (52); 현재 1996. 11. 28. 93헌마258, 판례집 8-2, 636 [각하]; 현재 2000. 6. 1. 2000헌마18, 판례집 12-1, 733 [기각,각하]; 현재 2006. 7. 4. 2006헌마712, 결정문[각하(4호)]; 현재 2006. 8. 29. 2006헌마946, 결정문[각하(4호)].
- 2) 현재 2012. 2. 23. 2010헌마300, 공보 제185호, 492 [각하]: 입법부작위 위헌확인 - 전원재판부.
- 3) 가령 현재 2009. 1. 13. 2008헌마746, 결정문[각하(4호)]; 현재 2009. 4. 21. 2009헌마189, 결정문[각하(2호)]; 현재 2009. 12. 22. 2009헌마724, 결정문[각하(2호),각하(4호)]; 현재 2012. 8. 7. 2012헌마658, 결정문[각하(2호)]; 현재 2013. 2. 26. 2013헌마65, 결정문[각하(2호)]; 현재 2012. 2. 23. 2010헌마300, 공보 제185호, 492 [각하]: 입법부작위 위헌확인 - 전원재판부: 다만 만일 진정입법부작위인지 부진정입법부작위인지가 다소 불확실한 경우, 청구인의 입장에서 청구기간경과 등 불리한 쪽 보다는 가능하다면 입법자가 입법을 제대로 하지 않은 측면이 여전히 존재하는 한, 진정입법부작위로 파악하여 청구인으로 하여금 청구기간경과의 불이익을 받지 않게끔 처리하는 것이 기본권보호의 차원에서 더 바람직한 적법요건 심사의 태도가 아닌지 의심이 든다; 현재 2012. 8. 7. 2012헌마658, 결정문[각하(2호)]; 현재 2013. 2. 26. 2013헌마65, 결정문[각하(2호)]. 최근 사건으로 진정입법부작위를 다투었으나 관련 법률의 위헌여부를 다투는 것으로 보고 청구기간 경과로 각하한 사례로는 가령 현재 2018. 5. 31. 2016헌마626, 공보 제260호, 931 [인용-위헌확인], 각하].
- 4) 가령 현재 2011. 10. 4. 2011헌마523, 결정문[각하(4호)].
- 5) 가령 현재 2013. 12. 17. 2013헌마807, 결정문[각하(4호): 입법부작위 위헌확인. 헌법재판소는 명시적으로 언급하고 있지는 않으나 이 사건심판청구를 부진정입법부작위로 본 것 같다. 즉 청구인이 헌법재판소법 제41조가 위헌체청신청기간을 규정하지 않아 자신의 기본권을 침해하였다고 주장하는 데 대하여, 이러한 내용의 기본권 침해는 이 사건 법률조항으로부터 직접 발생하는 것이 아니고, 구체적인 사건에서 재판의 진행경과에 따라 달라지는 것이므로, 결국 이 사건 심판청구는 기본권침해의 직접성요건을 갖추지 못하여 부적법하다고 하고 있다. 이러한 입장(이정미, 김창중, 서기석 재판관)은 전술한 헌법소원심판청구에 대한 심판기간 180일 규정에 대한 헌법소원심판청구에 대한 결정(현재 2013. 12. 23. 2013헌마812, 입법부작위 위헌확인)에서 헌법재판소가 - 같은 지정재판부(김창중, 이정미, 서기석 재판관)임에도 불구하고 - 이를 진정입법부작위로 보고 헌법상 입법 의무가 인정되지 않는 공권력의 불행사에 대한 헌법소원으로 각하한 것과 사뭇 다르므로 다소 일관성이 결여된 것 아닌가 하는 의문이 든다.
- 6) 현재 2017. 1. 24. 2017헌마27, 결정문[각하(4호)].
- 7) 현재 2017. 2. 21. 2017헌마114, 결정문[각하(4호)]; 현재 2017. 9. 5. 2017헌마966, 결정문

하한 사례도 있다. 이는 헌법재판소가 점차 진정입법부작위와 부진정입법부작위를 엄밀하게 나누는 것이 쉽지 않은 것임<sup>8)</sup>을 인식하고, 진정입법부작위와 부진정입법부작위의 구분과 관련한 적법요건심사를 지나치게 엄격하게 하는 것을 다소 완화하려 한 시도가 아니었겠나 생각된다.

## II. 절대적 부작위와 상대적 부작위

### 1. 독일의 학설과 판례

부작위의 유형과 관련하여 진정부작위와 부진정부작위로 개념을 구분하는 것은 이제 꽤 확립된 판례인 것으로 보이지만, 우리 헌법재판소의 한 사건에서 반대의견은 이러한 진정부작위와 부진정부작위라고 하는 양분법이 국민 기본권구제를 위해서 충분치 않다고 보고서 질적·상대적 부작위와, 양적·절대적 부작위개념을 사용한 바 있다. 이 개념 역시 독일의 판례와 학설의 영향을 받은 것으로 보이기 때문에 우선 독일에서의 절대적 부작위와 상대적 부작위 개념이 어떻게 쓰이고 있는지를 살펴볼 필요가 있다고 생각된다.

독일에서 절대적 부작위와 상대적 부작위 개념을 쓰고 있는 필

---

[각하(4호)] - 이 사건에서는 앞으로 기본권침해행위가 반복될 수 있는 가능성이 있어 헌법해명의 필요성이 있는지 여부에 대한 심사가 누락된 것은 아닌가 하는 의문이 제기된다.

8) 가령, 헌재 2011. 12. 29. 2009헌마182 등, 결정문[기각]: 2009헌마182 태평양전쟁 전후 국외 강제동원희생자 등 지원에 관한 법률 제1조 위헌확인; 2009헌마183(병합) 태평양전쟁 전후 국외 강제동원희생자 등 지원에 관한 법률 제2조 제1호 가목 등 위헌확인 사건에서 헌법재판소는 이 사건 헌법소원을 부진정입법부작위에 대한 헌법소원으로 보고, 태평양전쟁 국내강제동원희생자에 대하여 보상하지 않은 것이 평등권 등을 침해하지 않는 것이라고 보았으나, 4인의 반대의견은 이를 진정입법부작위로 보고, 헌법전문, 헌법 제10조, 범죄피해자구조청구권 등을 고려할 때 국내강제동원희생자에 대하여 보상을 하여야 할 헌법상 입법의무가 있다고 할 것이고, 상당기간 이를 이행하지 않고 있는 것은 이러한 입법의무를 위반한 것이어서 위헌이라고 보고 있다. 이 사건은 진정입법부작위와 부진정입법부작위에 대한 구분이 이와 같이 보는 시각에 따라서 다를 수 있다는 점을 극명하게 보여주는 것이라 할 것이다. 개인적으로 필자(방승주)는 반대의견에 찬성함은 전술한 바와 같다; 헌재 2011. 2. 24. 2009헌마94, 판례집 23-1 상, 143 [기각].

립 슈타르크(Philipp Stark)에 따르면, “입법자의 부작위가 존재할 경우에 독일 연방헌법재판소 판결 BVerfGE 6, 257 이래로, 입법자가 행위의무가 존재함에도 불구하고 행위를 하지 않은 ‘절대적 부작위’와 그리고 입법자의 행위(Tun)가 오로지 청구인의 관점에서만 필요한 것으로 보이는 ‘상대적 부작위’로 나뉘어질 수 있다. ‘상대적 부작위’의 경우에 이 부작위는 청구인 내지 청구인에 의하여 대표되고 있는 인적 집단들이 수혜적 법률의 혜택을 누리지 못하고 있는 한에서, 우선 청구인의 관점에서만 부당하게 보일 뿐이다.”<sup>9)</sup>라고 설명하고 있는 것을 보면, 이 절대적 부작위는 진정입법부작위와, 그리고 상대적 부작위는 부진정입법부작위와 비슷한 개념인 것을 알 수 있다. 대체로 독일에서는 입법자에게 헌법상 입법의무가 있음에도 불구하고 전혀 입법을 하지 않는 경우를 “진정입법부작위” 또는 “절대적 입법부작위”라고 칭하며, 그리고 입법자가 입법을 하였으나 불완전·불충분하게 입법을 한 경우를 일컬어서 “부진정입법부작위” 또는 “상대적 입법부작위”로 칭하고 있는 것으로 보인다.<sup>10)</sup> 이와 같이 혜택으로부터 배제된 것이 청구인의 관점에서만 부당하게 보일 뿐이라고 하는 의미에서 상대적 부작위 개념을 쓰고 있는 슈타르크(Stark)와 같은 입장도 대체로 진정입법부작위와 부진정입법부작위의 종래 구분론에서 크게 벗어나지 않고 있는 것으로 보이고, 이러한 종래의 구분론이 가지고 있는 잠재적 문제점도 정확하게 간파하지 못하고 있는 것 같다.

이 문제를 해결하기 위해서는 우리 헌법재판소의 반대의견이 독일연방헌법재판소의 판례를 언급하고 있으므로, 독일연방헌법재판소의 판례와 그러한 판례에 영향을 미쳤다고 볼 수 있는 학설을 추적하여 도대체 상대적 부작위와 절대적 부작위 개념이 무엇인지를 보다 근본적으로 밝혀 볼 필요가 있다.

조이퍼르트(Seufert)에 의하면 이 상대적 부작위와 절대적 부작위 개념은 웨셀(Wessel)이 처음 제시하였다고 한다. 즉 웨셀(Wes

9) Philipp Stark, in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), BVerfGG, 2. Aufl., 2005, § 95 Rn. 34.

10) 마찬가지로, Maunz/Schmid-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG § 91, 52. El. September 2017, Rn. 40.

sel)은 절대적이고 “독자적인” 입법의무의 관점 하에서의 부작위라고 할 수 있는 입법자의 “절대적 부작위”와 입법자가 평등원칙을 침해하여 일정한 국민집단에게만 청구권을 인정한 경우에 존재하는 “상대적 부작위”를 대립시킨다. 상대적 부작위의 특수성은 법률의 제정이 절대적이고 독립적으로 요구되지 않는고, (법제정의무의 근거로서) 평등원칙을 끌어들여서 이미 존재하는 법규정과 관련하여 비로소 요구된다는 점에 있다.<sup>11)</sup> 달리 말하면 상대적 부작위문제에 있어서는 헌법위임으로서 기능을 하는 기본법 제3조는 통설에 따르면 기본법 제6조 제5항과 같은 헌법위임과 같이 입법자에게 어떠한 “절대적”이며 독자적인 행위의무를 부과하지 않는다는 것이다. 따라서 혹 입법자의 부작위가 있다 하더라도 그것은 하등 “절대적” 부작위가 될 수 없다는 것이다. 그러나 입법자가 자유의사에 따라 어떠한 입법행위를 통하여 국민의 일정한 집단에게 혜택을 제공한 경우, 평등원칙에 구속되어 그와 유사한 다른 집단에게도 같은 혜택을 제공하지 않으면 안 된다. 만일 그와 같이 하지 않는 경우 그러한 입법자의 부작위는 “상대적 부작위”라는 것이다.

그런데 이러한 “부작위”는 기존의 “일부규정(Teilregelung)”과의 관계에서 상대적으로만 발생하기 때문에 뵘셀(Wessel)은 이러한 “상대적 부작위”는 적극적인 비교규정과 불가분의 관계(im untrennbaren Zusammenhang)<sup>12)</sup>에 있으며, 따라서 그것은 법적으로 독자적인 의미를 가질 수 없다고 하는 것이다.<sup>13)</sup> 이에 따라 뵘셀(Wessel)은 “상대적”이기는 하지만, 구체적인 헌법위임의 근거로서

11) Wessel, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde, DVBl. 1952, S. 161 ff. (164, 167). 이에 관하여 Leo Seufert, Die nicht erfüllten Gesetzgebungsgebote des Grundgesetzes und ihre verfassungsgerichtliche Durchsetzung - Ein Beitrag zum Problem gesetzgeberischen Unterlassens, Diss. Würzburg 1969, S. 77.

12) 이러한 관념은 후술하는 독일 연방헌법재판소의 1987. 10. 29. 화학무기 결정(BVerfGE 77, 170)에서 입법부작위 부분이 기존의 보호법률과 상호 불가분의 관계로 결합되어 있다고 하는 취지의 설명이 나오는데 바로 이러한 관념에 영향을 받은 것이라 추정된다. 다만 이 결정은 평등원칙이 아니라 기본권보호의무와 관련된 부작위가 다루어진 사례이다. 이에 대해서는 제2장, 제2절, II, 1, 가, (2), ② (p. 102) 참조.

13) Wessel, DVBl 1952, S. 161 ff. 167. Leo Seufert, 앞의 박사논문(주 11), 78.



평등원칙의 독자적인 법적 의미도 부인한다. “상대적 부작위”는 그의 견해에 따르면 하등의 실제적 부작위가 아니라, 겉보기에만 입법부작위일 뿐이라는 것이다. 따라서 평등원칙 역시 입법행위를 해야 하는 진정한 법적 의무를 포함하고 있지 않으며, 단지 겉으로만 그러할 뿐이라는 것이다. 그러므로 입법자가 만일 평등에 위반하여 일정한 국민집단을 고려하지 않는 경우 이것은 “상대적 부작위”에 불과하여 부작위는 존재하지 않으며, 실제로는 기본권에 위반된 적극적 행위가 있을 뿐이라는 것이다.<sup>14)</sup> 시기적으로 웨셀(Wessel)의 논문이 발표된 것이 1952년 3월이라는 점을 고려할 때, 그 이후 학계에서의 부진정 입법부작위와 상대적 입법부작위라고 하는 개념은 바로 이러한 초기 웨셀(Wessel)의 논문에 영향을 받은 것이 아닐까 추정해 볼 수 있다.

그러나 이 웨셀(Wessel)의 이론은 독일 연방헌법재판소가 일부 입법부작위에 대한 헌법소원청구의 적법성을 적극적으로 인정하기 시작한 BVerfGE 6, 257과 BVerfGE 8, 1 그리고 BVerfGE 15, 46 등 결정들이 선고되기 전에, 법률을 제정할 것인가 여부의 문제는 입법자의 경제적, 정치적 및 세계관적 고려에 달려 있는 것으로서 그에 대해서는 사법심사가 일반적으로 배제된다고 하는 이유로 입법부작위에 대한 헌법소원대상성을 부인하였던 초기 판례(BVerfGE 1, 97)<sup>15)</sup>와 케를 같이 하는 것으로서, 그의 주장은 수정되어야 할 것임을 레히너(Lechner)가 비판적으로 잘 지적하고 있다.<sup>16)</sup> 즉, 우선 레히너(Lechner)는 이 “상대적” 부작위를 독자적인 법적 현상으로서 파악하지 못하게 할 만한, 그러한 (불가분의) 필연적 관계가 도대체 존재하지 않는다고 본다.<sup>17)</sup> 이 부작위는 비교를 위해서 끌어들여진 기존의 규정과의 현존하는 상대적 관계(Relation)에서 나오는 하나의 반사(Reflex)에 지나지 않을 수 있다는 점을 레히너(Lechner)도 인정하기는 한다. 그러나 만일 입법자가 나중의

14) Wessel, DVBl 1952, S. 161 ff. 167. Leo Seufert, 앞의 박사논문(주 11), 78, 79.

15) 이에 대하여는 아래 제3장, 제2절, II, 1, 가, (1) 참조.

16) Lechner, Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassen des Gesetzgebers, NJW 1955, S. 1817 ff.

17) Lechner, 앞의 논문(주 16), 1818.

법률로 보완할 생각을 가지고서 의식적으로 잠정적인 일부 입법(Teilregelung)을 하려고 하는 경우 뿐만 아니라, 아주 방대하고 종국적인 것으로 간주될 수 있는 그러한 규율을 통해서도 국민의 일부 집단을 그대로 지나칠(übergehen) 수도 있다고 한다면, 이러한 반사의 의미는 매우 크다는 것이다. 가령 법률에 포함된 일정한 국민집단에 대한 국가의 지원이 다른 국민집단들이 배제됨으로 인하여 더욱 많아질 수 있으며, 또는 고려대상이 되는 국민집단 모두를 어차피 다 고려할 수는 없기 때문에, 단지 그러한 이유로 인해서만 일부 집단에 대한 지원이 가능하게 되었을 수도 있다는 것이다. 그러나 이러한 모든 사례에서 기존 규율의 해석과 관련하여, 의미가 있을 수는 있지만 보통 그 존재가 결코 명시적으로 드러나지는 않는, 그러한 입법적 동기와의 관계(Zusammenhang)가 중요하다는 것이다. - 웨셀(Wessel)은 - 어떠한 규범도 기존의 상응하는 규범이 없이는 성립될 수 없기 때문에, 이러한 흠결에 대한 소송은 필연적으로 기존에 이미 제정된 규범을 포함하게 될 것이라고 하는데, 레히너는 그러한 논리필연적 관계를 입증하기가 힘들다고 보는 것이다.<sup>18)</sup> 이러한 이유에서 상대적 부작위의 경우에도 이 부작위가 어쨌든 가분적(可分的)인 경우에는 - 불가분적 부작위는 실정화된 법규정의 요소들에 지나지 않으며 통일적으로 다룰 수 밖에 없다 - 그러한 부작위의 경우에는 법적 분쟁의 대상이 주로 이 입법자의 분리된 부작위에 국한될 뿐만 아니라, 보통 이 분리된 부작위만이 헌법소원심판의 대상이 된다는 것이다. 그리고 헌법재판소는 이러한 확인적 판결로서 이러한 분리된 입법 부작위의 위헌을 확인할 수 있다는 것이다.<sup>19)</sup>

자이웨르트(Seiwerth)<sup>20)</sup>도 역시 레히너(Lechner)와 같은 견해이다. 자이웨르트(Seiwerth)는 기본법 제3조 제1항은 입법자와의 관계에서 기존의 행위로부터 생성되며, 행정법에서 일반적으로 알려

18) Lechner, 앞의 논문(주 16), 1818.

19) Lechner, 앞의 논문(주 16), 1818. Leo Seufert, 앞의 박사논문(주 11), 79.

20) Jakob Seiwerth, Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtserletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen, Berlin 1962.

져 있는 행정재량의 자기구속에 해당한다고 볼 수 있는 일종의 ‘사실적인 것의 규범력’을 발휘한다고 주장하면서, 평등원칙으로부터 입법자에 대한 상대적이며 구체적인 법제정의무가 나온다고 보고 있다.<sup>21)</sup> 그리하여 입법자가 일정한 인적 집단에게만 혜택을 부여하는 경우 입법자는 이제 이 적극적인 비교규정과 관계에서 비교 가능한 다른 인적 집단들에게 청구권을 인정할 의무를 지게 된다는 것이다. 만일 입법자가 이러한 “보완”입법을 해야 할 의무를 이행하지 않는 경우 그 상대적 부작위는 독자적으로 다룰 수 있는 부작위라는 것이다.<sup>22)</sup>

자이베르트(Seiwerth)는 특히 평등에 위반된 혜택배제의 경우, 즉 일종의 명시적 배제조항이 있는 경우에는 그 조항에 대하여 직접 다룰 것을 보통 요구하는데 대하여 반대하면서, 이 경우 이 헌법소원은 권리보호이익이 없어서 각하되어야 한다는 점을 강조하고 있는 것이 특기할 뿐만 아니라 경청할 만하기도 하다. 그의 설명을 소개하면 다음과 같다. 처음부터 가령 혜택부여규정이 동일한 다른 상황에 확대되어 있지 않았다면 평등원칙 위반을 근거로 이 혜택부여규정이 무효로 선언 되어야 한다는 취지로 이 혜택부여규정의 폐지(무효선언)만을 청구하고자 하는 헌법소원의 경우에는, 헌법소원을 위하여 필요한 권리보호이익이 결여되어 있다는 것이다. 왜냐하면 심판대상이 된 법률조항이 무효선언되고 난 후, 입법자가 반드시 기본법 제3조에 따라 고려해야 할 사람들을 포함시키는 새로운 입법을 해야 할 의무를 지는 것은 아니기 때문이라는 것이다. 바로 이 때문에 다른 집단들에 대한 혜택부여규정을 다투는 것이 아니라, 입법자가 행하지 않은 평등취급, 즉 상대적 부작위에 대하여 다투는 헌법소원의 경우에만 청구인들의 권리보호이익이 제대로 존재한다는 것이다.<sup>23)</sup>

자이베르트(Seiwerth)의 견해를 대체로 볼 때에 평등에 위반된 혜택배제 사례의 경우, 기존 법률조항에 명시적인 배제조항이 있

21) Jakob Seiwerth, 앞의 책(주 20), 70.

22) Jakob Seiwerth, 앞의 책(주 20), 66.

23) Jakob Seiwerth, 앞의 책(주 20), 74.

든 없든<sup>24)</sup>, 배제조항 자체의 무효선언을 통해서 자동적으로 혜택이 확대될 수 있는 예외적인 경우를 제외하고는, 혜택부여규정 자체의 무효를 구할 권리보호이익이 없다고 보는 것이다. 그리고 그는 평등원칙은 입법자에게 적극적으로 평등취급을 명하는 명령규범(Gebot)이기도 하지만, 동시에 차별취급을 금하는 금지규범(Verbot)<sup>25)</sup>이기도 하기 때문에, 이러한 금지규범에 위반하여 기존의 혜택부여규정에서 일정한 국민집단을 차별적으로 배제한 경우에는 이들을 다시 포함시키는 보완입법을 해야 할 적극적인 입법의무가 나온다고 보는 것이다. 결국 혜택부여의 인적 범주와 관련하여 불완전·불충분한 입법의 경우뿐만 아니라, 혜택의 내용과 관련하여 차별적인 혜택부여규정의 경우에도 평등한 입법을 하지 않은 입법자의 부작위에 대해서 별도로 다룰 수 있으며, 그러할 경우에만 권리보호이익이 있다고 보는 것이다. 그리고 연방헌법재판소는 입법자가 관련규정을 청구인에 의하여 대표되는 인적 집단에 확대하는 것을 부당하게 간과하였는지 여부에 대하여 실제로 심사를 하지 않으면 안 된다는 것이다. 그리고 규율해야 할 생활관계 가운데 어떠한 요소들을 입법자가 자신의 재량의 한계를 넘지 않으면서 평등하게 취급해야 하고 어떠한 요소들을 상이하게 취급해도 되는지에 대해서는 소송법적으로가 아니라, 오로지 실체법적으로 결정해야 한다는 것이다.<sup>26)</sup> 만일 연방헌법재판소의 견해에 따를 때, 개개 집단들을 고려하지 않은 데에 있는 차별취급이 합리적인 차별표지에 근거하는 경우에는, 제기된 부작위헌법소원은 그 이유 때문에 각하해야 할 것이 아니라, 이유 없어 기각하여야 한다는 것이다.<sup>27)</sup>

## 2. 한국의 판례와 학설

---

24) Jakob Seiwerth, 앞의 책(주 20), 71.

25) Jakob Seiwerth, 앞의 책(주 20), 75.

26) Jakob Seiwerth, 앞의 책(주 20), 76.

27) Jakob Seiwerth, 앞의 책(주 20), 76.

이와 관련하여 전술한 바와 같이 우리 헌법재판소 판례에서도, 한일청구권협정 이후 일본국에 대한 민간청구권 보상입법과 관련한 입법부작위 헌법소원사건에서 3인의 반대의견<sup>28)</sup>의 경우 “절대적·양적 입법부작위”와 “상대적·질적 입법부작위” 개념을 사용하면서 절대적 부작위와 상대적 부작위 개념을 사용한 바 있다. 즉 다수의견이 사용하고 있는 진정입법부작위와 부진정입법부작위라고 하는 2분법적 기준은 애매모호하여 국민의 기본권 보호에 실효성이 없으며, 가사 2분법에 따른다 하더라도 헌법상 입법의무의 대상이 되는 입법사항이 여러 가지로 나뉘어져 있을 때에 각 입법사항을 모두 규율하고 있으나, 입법자가 질적·상대적으로 불완전·불충분하게 규율하고 있는 경우를 부진정입법부작위로, 위 입법사항들 중 일부의 입법사항에 대하여는 규율하면서, 나머지 일부의 입법사항에 관하여서는 전혀 규율하고 있지 아니한 경우, 즉 양적·절대적으로 규율하고 있지 아니한 경우에는 진정입법부작위로 보아야 한다고 주장하고 있다. 결국 2분법에 따를 때 부진정입법부작위로 포함될 수 있는 경우라 하더라도, 어떠한 법률이 여러 가지로 나뉘어질 수 있는 입법사항에 대하여 전혀 규율을 하지 않고 있는 사항이 있다면, 이 경우에는 진정입법부작위로 보아야 한다는 취지로 들린다. 결국 이러한 반대의견의 입장에 따르게 되면, 여러 가지로 나뉘어질 수 있는 입법사항, 즉 가분적 입법사항에 해당하는 것이 무엇인지가 관건으로 남게 된다고 볼 수 있다.

이러한 헌법재판소 반대의견과 관련하여 “양적” 또는 “질적” 등

---

28) 현재 1996. 10. 31. 94헌마204, 공보 제18호, 648 [각하]. 김진우, 이재화, 조승형 재판관의 반대의견. 이러한 반대의견의 논리와 비슷한 선행 논문인 김지형, 입법부작위에 관한 헌법문제 - 독일연방헌법재판소 판례이론의 검토와 함께, 헌법재판자료 제5집, 헌법재판제도의 발전, 1992. 12., 3-46 (12)을 참고할 때, 여기에서 언급된 독일 연방헌법재판소의 판례는 초기 판례인 BVerfGE 8, 1과 BVerfGE 15, 46인 것으로 보인다. 이 사건들의 경우 독일연방헌법재판소는 입법자가 입법의무를 불완전·불충분하게 이행하여 사실상 부진정입법부작위에 해당된다고 할 수 있을 것임에도 불구하고 독일 연방헌법재판소는 이를 일부 부작위로 보고서 청구기간도 적용되지 않는다고 판시하였을 뿐만 아니라(BVerfGE 15, 46 (60)), 이러한 부작위가 위헌임을 확인하고 있음을 볼 수 있다. 다만 중요한 것은 헌법위임(기본법 제131조)이 있음에도 불구하고 이에 대한 해석을 잘못하여 불완전·불충분하게 이행한 경우라고 볼 수 있을 것이다.; 그 밖에도 현재 1999. 1. 28. 97헌마9, 판례집 11-1, 45 [각하]: 입법부작위 위헌확인. 이재화, 조승형 재판관의 반대의견.

의 기준이 입법부작위의 개념을 확정하기에 효율적인 척도인가가 지극히 의심스럽고, 오히려 문제의 본질에 대한 파악을 어렵게 하고 혼란만을 가져온다고 하면서, 이렇게 “질적·상대적 입법부작위”와 “양적·절대적 입법부작위”로 구분하는 것은 전적으로 불필요하므로 이러한 개념적 구분은 더 이상 사용되어서는 아니된다고 하는 견해가 있다.<sup>29)</sup>

### 3. 사건

이와 같은 독일 초기의 부작위 개념을 둘러싼 논쟁을 살펴보면, 결국 “절대적 부작위”와 “상대적 부작위”개념은 웨셀(Wessel)의 논리에 기초한 것임을 알 수 있다. 그리고 여기에서 “절대적 부작위”는 헌법이 직접 입법자에게 입법을 명하고 있는 “명시적 헌법위임”을 이행하지 않은 부작위를 일컫는다고 볼 수 있고, “상대적 부작위”는 입법자가 임의로 혜택부여입법을 하였으나 평등원칙에 위반하여 다른 인적 집단들에 대해서는 동일한 혜택을 부여하지 않은 부작위라고 볼 수 있다.

이와 관련하여 웨셀(Wessel)의 개념에는 다음과 같은 몇 가지 문제점들이 있다고 생각된다.

첫째, 명시적 헌법위임의 이행 자체도 평등원칙에 위반하여 불완전·불충분하게 이행될 수 있다는 점, 다시 말해서 헌법위임에 대한 위반과 평등원칙 위반이 입법자의 실제 입법과정에서 동시에 경합적으로 일어날 수 있다는 점이다. 이 경우에는 일부 인적 집단들에 대해서만 명시적 헌법위임에 근거한 혜택을 부여하는 경우, 그 자체가 독립적이며, 가분적인 부작위<sup>30)</sup>라고 하지 않을 수 없는 것이다.

---

29) 한수웅, 입법부작위에 대한 헌법소원, 우당 이명구박사화갑기념논문집 [I], 현대헌법학이론 1996, 686-724 (697). 이 견해는 1993. 5. 13. 90헌바22 등, 1980년 해직공무원의 보상 등에 관한 특별조치법 제2조 및 제5조에 대한 헌법소원결정에서의 소수의견이 이러한 “질적”, “양적” 기준에 의하여 잘못 파악한 사례라고 하고 있다. 그 밖의 찬·반의견에 대해서는 제3장, 제2절, II, 3, 다, (2) p. 256 이하 참조.

30) BVerfGE 6, 257; BVerfGE 8, 1; BVerfGE 15, 46.

둘째, 명시적인 헌법위임은 과거에 대부분 입법으로 완성되었다고 할 수 있기 때문에, 오늘날 실질적인 의미의 헌법위임은 대부분 평등원칙이나 기본권 또는 국가의 기본권 보호의무로부터 헌법해석에 의하여 도출된다는 점이다. 입법자의 차별적 혜택부여의 경우에 이를 시정하고 평등에 부합하게 자신들에게도 혜택을 부여해 달라고 하는 청구권은 입법자라고 해서 예외가 될 수는 없는 것이므로, 평등원칙으로부터 입법청구권을 도출할 수 없다고 보는 웨셀(Wessel)의 견해는 독일 초기에는 몰라도 오늘날은 성립되기 힘들다. 따라서 명시적 헌법위임의 경우는 절대적 헌법위임, 평등원칙의 경우는 상대적 헌법위임으로 구분하고, 여기에 대칭하여 명시적 헌법위임을 이행하지 않는 부작위는 절대적 부작위, 상대적 헌법위임을 이행하지 않는 것은 상대적 부작위로 평가하여 상대적 부작위의 독자성(Selbständigkeit)과 가분성(Isolierbarkeit)을 부인하는 주장은 오늘날의 사회적 법치국가의 헌법상황에서는 더욱 부적절하고 맞지 않는 설명이라고 생각된다.

셋째, 레히너(Lechner)와 자이웨르트(Seiwerth)가 잘 지적하고 있듯이, 평등원칙에 위반된 혜택배제사례 역시 혜택부여와 혜택배제가 서로 불가분의 관계에 있는 경우에는 혜택부여규정이나 명시적 혜택배제조항에 대해서 직접 다룰 수 있을 것이지만, 입법자의 혜택배제가 명시적이지 않고 이에 관한 입법자의 어떠한 결정이 존재했다고 하기 어려운 경우에는, 여전히 헌법실체법적으로 평등원칙에 근거하여 그러한 평등원칙에 합치되는 완전한 입법을 요구할 수 있는 청구권이 비교집단에는 인정된다고 할 수 있으므로, 이러한 실체법적 청구권을 관철할 수 있는 가능성을 단순히 소송법적인 장애통과하여 사전에 배제하는 것은 타당하지 않고, 오히려 위헌여부의 판단단계로 들어가서 그 부작위의 위헌여부를 확인할 수 있어야 한다. 이와 같이 가분적이고 독자적인 평등위반 혜택배제사례의 경우, 헌법소원의 대상으로 혜택부여의 작위부분을 다룰 것인지, 아니면 혜택배제라고 하는 부작위 부분을 다룰 것인지 하는 문제는 단지 헌법소송법상의 절차적 또는 기술적 문제일 뿐이지, 그것 자체가 평등권을 침해받았으니, 배제된 혜택을 평등

원칙에 부합하게 제공해 달라고 요구할 수 있는 청구인의 실제법적 청구권을 좌우할 수 있는 것은 아니다. 이러한 경우까지만 기존의 혜택부여규정을 심판대상으로 삼지 않았다고 해서 각하하는 것은 지나치게 소송편의주의적 판단인 것으로 당사자의 기본권보호에 지나치게 역행하는 결정이라고 보아야 할 것이다.

이러한 생각을 기초로 해서 우리 헌법재판소 반대의견 재판관들이 초기 독일 연방헌법재판소 판례를 참고하였음을 암시하면서, 그에 기하여 펼친 것으로 보이는 소위 질적·상대적 부작위와 양적·절대적 부작위 구분론을 자세히 관찰해 보면, 위에서 논한 독일 연방헌법재판소 판례와 학설의 개념들과는 상당한 차이를 드러내고 있다.<sup>31)</sup> 독일에서 말하고 있는 가분성은 상대적 부작위, 즉 평등에 위반된 혜택부여나 혜택배제의 경우에, 과연 입법자가 혜택부여를 하지 않은 부작위와 혜택부여를 한 작위가 불가분의 관계에 있는지, 아니면 가분적이어서 이 부작위를 독자적인 것으로 볼 수 있는지를 의미한다. 그리고 “절대적”과 “상대적”이라고 하는 개념도 명시적 헌법위임이나 아니면 어떠한 비교집단과 비교할 때 비로소 차별적 입법을 배제해 달라고 요구할 수 있는 평등입법청구권의 의미에서 상대적 헌법위임이나에 기초하고 있으며, 각각의 경우에 전자는 절대적 부작위로, 후자는 상대적 부작위로 대칭시키고 있는 개념이라고 할 수 있다.

그런데 비하여, 우리 반대의견 재판관들은 입법사항이 여러 가지로 나뉘어져 있을 때에 각 입법사항을 모두 규율하고 있으나, 입법자가 질적·상대적으로 불완전·불충분하게 규율하면 부진정입법부작위이고, 위 입법사항들 중 일부의 입법사항에 대해서는 규율하면서, 나머지 일부의 입법사항에 관해서는 규율하지 않는 경우, 즉 양적·절대적으로 규율하고 있지 않는 경우에는 진정입법부작위로 보아야 한다는 것이다. 결국 입법사항을 기준으로 하는 가분성을 말하는 것인데, 어떠한 입법사항이 가분적이고 어떠한 입법사항이 불가분적인가 하는 것은 여전히 불확실하다.

---

31) 여기에서 쓰고 있는 질적 부작위와 양적 부작위라고 하는 개념은 독일에서는 잘 쓰이지 않는 개념임은 전술한 비판적 견해(한수용, 앞의 논문(주 29), 697)가 잘 지적하고 있다.



반대의견이 제시한 기준의 문제점과 모호성을 좀 더 드러내 보면 다음과 같다. 질적인 불완전·불충분성이라고 할 수 있는 것은 입법내용에 혜택과 관련한 내용적 질의 불완전이나 불충분이라고 말할 수 있을 것이다. 가령 혜택부여입법 가운데 혜택의 내용에 있어서 차등이 있어 어떤 입법대상의 경우에는 혜택이 많고 어떤 입법대상의 경우에는 적을 수도 있는데 이러한 경우에 적은 혜택을 받은 입법대상과 관련되는 사람들이 평등위반을 주장하려면, 혜택 규정 자체의 평등위반을 주장하면서 다룰 수 밖에 없을 것이니, 이 부분이 부진정입법부작위에 해당한다고 하는 것은 타당하다. 그러나 입법대상이 상대적으로 불완전·불충분하다고 하는 것은 무엇을 의미하는가가 애매모호하다. 이 “상대적”이라는 개념을 독일 논의에서 차용하였다면, 어떠한 학설이나 어떠한 독일 연방헌법재판소 판례에 따른 상대적 부작위 개념인지에 따라서 모두 달라질 수 있다. 그러나 이 상대적이라고 하는 개념이 위에서도 살펴봤듯이 처음에 웨셀(Wessel)이 사용한 개념이라고 하는 것을 고려해 본다면, 이 개념은 상대적 부작위가 법적으로 볼 때 무의미한 현상이고, 겉보기에만 부작위라고 하는 것이다. 따라서 그렇게 볼 경우에는 그의 반사에 해당한다고 볼 수 있는 일부 입법(Teilregelung)을 다루어야 하는 것이므로 역시 부진정입법부작위라고 볼 수 있을 것이나, 레히너(Lechner)나 자이베르트(Seiwerth)와 같이 보는 경우에는 이러한 상대적 부작위라도 기존의 일부 입법으로부터 가분적이고 독자적인 것일 경우에는 그 자체를 독립적인 청구대상으로 삼을 수 있다는 의미인 것이다. 즉 필자가 이 연구에서 채택하고 있는 “새로운 구분론”에 의하면 역시 가분성과 독자성이 있는 상대적 부작위라면 이는 독자적인 일부 부작위에 해당하는 것으로서 독자적인 헌법소원심판청구의 대상이 될 수 있다.

다음으로 일부 입법대상과 관련하여 양적·절대적으로 규율하고 있지 않는 경우는 진정입법부작위라고 하였는데, 여기에서 “양적·절대적”의 의미는 어떠한 인적 적용대상과 관련된 것일 수도 있고, 일정한 사항이나 내용과 관련된 것일 수도 있다고 여겨진다. 어떠한 내용이나 사항에 대해서 양적·절대적으로 아무런 규율을

하지 않은 것이라면 필자의 “새로운 구분론”에 의하면 이는 부진정 부작위에 해당할 뿐이다. 그리고 인적 적용대상과 관련하여 양적·절대적으로 아무런 규율을 하지 않은 경우라면 이것은 “새로운 구분론”에 의할 경우에 가분성과 독자성이 있다고 볼 수 있기 때문에 진정부작위에 해당한다고 볼 수 있다.

결론적으로 진정입법부작위는 입법자가 명시적 헌법위임에도 불구하고 전혀 아무런 입법을 하지 않는 경우에 해당하고, 부진정입법부작위는 상대적 입법부작위로서 입법자가 입법을 하였으나 불완전·불충분한 입법이라고 하는, 우리 헌법재판소의 막연하고 애매모호한 “불완전·불충분” 개념도 그 자체로 불충분하고 불확실하므로 받아들일 수 없을 뿐만 아니라, 우리 헌법재판소의 반대이견이 제시한 의견들도 독일 이론을 부분적으로 약간 잘못 받아들인 개념으로 보이기 때문에 취지에는 동감하나 개념적으로 보다 정밀한 구분론을 펼치지 않으면 안될 것이라고 생각한다.

### III. 진정입법부작위와 부진정입법부작위에 대한 “새로운 구분론”

진정입법부작위와 부진정입법부작위를 새롭게 구분하기 위한 새로운 시도로서 몇 가지 기준에 대하여 생각해 보고자 한다.

첫째, “명시적”이든 “암시적”이든 일정한 국민집단에 대하여 혜택을 배제하는 입법자의 결정(Entscheidung)이 있었는가이다.

입법자가 어떠한 인적 집단에 대하여 혜택을 배제하는 방법은 우선 명시적 배제조항을 두는 방법이 있고, 나아가 그러한 조항을 두지 않은 채 혜택부여 대상이 되는 인적 집단을 특별한 배제조항 없이 열거를 하고 있는 경우이다. 전자의 경우를 명시적 배제, 후자의 경우를 암시적 배제라고 볼 수 있을 것이다. 후자의 경우는 법관이 이를 열거규정으로 보는 경우 넓은 의미에서 혜택배제조항으로 볼 수도 있을 것이고, 만일 이를 예시규정으로 볼 수 있는 경우에는 법률에 대한 헌법합치적 해석을 통하여 법관이 수혜대상을 직접 확대할 수도 있을 것이나, 보통의 경우에 법관은 구체적

인 법적 근거가 없이는 함부로 수혜대상을 배제된 다른 인적 집단에게 확대시킬 수 없다. 특히 이것이 국가의 재정적 부담을 초래하는 경우에 그렇다.

이 문제를 우선 평등의 원칙과 관련한 실체법적 관점에서 다룬다면, 명시적이든 암시적이든 일정한 국민집단이 다른 비교집단에 비하여 혜택에서 배제됨으로써 차별대우를 받는 것이기 때문에 이러한 국민집단에 대하여 입법자가 혜택을 평등하게 부여하라고 요구할 수 있는 헌법상의 권리가 인정되고, 입법자는 평등원칙에 위반한 것이 되어 헌법실체법적으로 혜택부여를 확대할 의무를 지며, 그에 대한 반사로서 해당 당사자들은 입법자의 헌법실체법적 의무의 불이행을 다룰 수 있는 실질적 청구권을 획득하게 된다. 여기까지는 명시적 배제이든 암시적 배제이든 동일하다.

그러나 이 문제를 이제 절차법적 관점에서 볼 때, 종래의 구분론에 의한다면 명시적 배제이든 암시적 배제이든 입법자가 평등원칙에 위반하여 불완전·불충분하게 혜택을 부여하였으니, 이는 아무런 구별 없이 모두 부진정입법부작위에 해당되게 된다. 그러나 필자의 새로운 구분론에 의하면 명시적 배제조항의 경우는 실체법적으로는 입법자가 헌법적 의무에 위반하였고, 이 상태는 평등원칙의 관점에서 보면 혜택을 받지 못한 인적 집단의 입장에서 볼 때, 여전히 부작위와 동일한 상태이지만, 일단 소송법적으로 이들은 명시적 배제조항 그 자체의 위헌여부를 다룰 수 있는 가능성이 있다는 것이다. 특히 이 배제조항으로 인하여 그들이 혜택을 받지 못하게 되었기 때문에, “배제”와 “부여”는 불가분의 관계로서 서로 결합되어 있는 상태라고 할 수 있다. 따라서 소송법적으로 볼 때에는 이러한 혜택부여를 하지 않은 부작위 자체만으로는 헌법소원을 허용해야 할 독자적 의미가 없다. 따라서 상대적 부작위의 독립적인 헌법소원대상 인정을 위해서 요구되는 “가분성”과 “독자성”<sup>32)</sup>의 요건이 결여되어 부진입법부작위에 해당한다고 할 수 있다.

---

32) 여기에 독자적으로 헌법소원대상성을 인정해야 할 필요성이 있는가의 관점에서 “필요성”요건 하나를 더 추가할 필요가 있다고 보인다.

그런데 이에 반하여 암시적 배제의 경우는 실체법적으로 평등에 위반하여 혜택에서 배제되었으므로 그 보완입법을 청구할 수 있는 헌법적 청구권이 생성되었을 뿐만 아니라, 소송법적으로 보면, 혜택에서 배제된 국민집단의 입장에서는 헌법소원의 대상으로 삼을 수 있는 구체적인 조항 자체를 특정하기 힘들다. 그들의 관심사는 기존의 혜택부여조항 자체를 위헌선언하는 것이 아니고, 자신들이 혜택에서 배제된 상태에서 구제받는 것이기 때문에 이 경우에 이러한 인적 집단들에 대해서는 입법자의 상대적 부작위에 대해서만 따로 헌법소원청구를 하는 것이 가능할 뿐만 아니라, 헌법재판소의 입장에서도 혜택부여규정 자체를 건드리지 않고서 상대적 부작위 자체의 위헌성만을 확인할 수 있는 가능성(확인판결)이 있기 때문에 더욱 바람직스럽다고 할 수 있다. 즉 이러한 상대적 부작위의 경우에는 헌법소원청구를 위한 “가분성”과 “독자성”이 모두 인정되고 또한 “필요성”마저도 인정된다. 일단 이와 같이 암시적 혜택배제의 경우에는 독자적인 부작위 헌법소원의 적법성을 인정해 주고 나서, 실제로 그러한 부작위가 위헌인지 하는 문제는 본안판단에 들어가서 이를 심사해 주면 되고, 그렇다고 해서 언제든지 위헌결론만을 내려야 하는 것도 아니다. 입법자가 단계적 평등 실현<sup>33)</sup>을 위해서 충분한 기간이 필요한 경우에는 아직 위헌이 아니라고 하면서 기각결정을 내릴 수도 있는 것이다.<sup>34)</sup>

33) 단계적 평등실현과 입법자의 시간적 적용의 자유의 문제에 대하여는 방승주, 독일 연방 헌법재판소의 입법자에 대한 통제 범위의 강도, 헌법논총 제7집(1996), 335 이하; 방승주, 헌법재판소의 입법자에 대한 통제 범위의 강도 - 입법자의 형성의 자유와 그 한계에 대한 헌법재판소의 지난 30년간의 판례를 중심으로, 공법연구 제37집 제2호(2008. 1 2), 113-171 (149-150).

34) 가령 조카의 경우 위로금 등을 받을 수 있는 강제동원 희생자의 유족의 범위에 포함시키지 않았다고 하여 청구한 헌법소원(헌재 2009. 1. 13. 2008헌마746, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인)의 사건은 이 문제를 응용해 볼 수 있는 좋은 사례가 된다고 보인다. 입법자는 그러한 범위에 배우자 및 자녀, 부모, 손자녀, 형제자매를 규정하였으므로, 이 조항을 열거조항으로 본다고 할 때에, 그 밖의 범위에 드는 친족은 입법자가 그 범위에서 명시적으로 배제되었다고 할 수 있을 것이다. 이 경우 당사자는 이 조항의 위헌 여부를 직접 대상으로 헌법소원심판을 청구할 수 있을 것이기 때문에, 이 경우는 부진정입법부작위에 해당한다고 하며 각하할 수 있을 것이다. 다만 이 경우는 사실 청구인이 다른 유족에 대한 혜택이 폐지되는 데에 관심이 있는 것이 아니기 때문에 실제 부진정입법부작위로 헌법소원심판을 청구하는 경우 본안판단에서 헌법재판소는 이유 있다고 인정할 경우에는 계속효력을 명하는 헌법불합치결정을 내리면서 입법자에게 개정

둘째. 입법자의 혜택배제의 결정이 인적 대상에 관한 것인가 아니면 물적 대상에 관한 것인가이다. 우선 인적 집단에 대한 배제의 경우 전술하였듯이 실체법적으로 보면 모두 헌법의무 위반이므로 입법자는 이러한 평등위반의 입법적 흠결을 보완해야 하는 의무를 지는 것은 당연하다. 다만 소송법적으로 볼 때, 명시적 배제의 경우는 부진정부작위, 암시적 배제의 경우는 진정부작위라고 하는 것이다. 그런데 물적 대상에 대한 배제 역시 이와 같을 것인가가 문제이다.

혜택의 구체적 내용이나 정도, 시기 등과 관련하여 불완전·불충분한 입법에 해당되는 경우에는 그것이 명시적 배제이든 암시적 배제이든, 입법자가 해당 혜택부여와 관련하여 입법적 결정을 전혀 하지 않았다고 할 수 없으며, 다만 문제는 당사자의 입장에서 이러한 혜택부여규정이 불완전하거나 불충분하다는 것일 뿐이다. 그러므로 이 경우에 이러한 부족분에 대하여 보다 충분히 입법을 하지 않은 부작용은 기존의 혜택부여규정과 불가분의 관계로서 독자적으로 심판대상이 될 수 없는 것들이다. 다시 말해서 독립적인 부작위헌법소원의 적법성을 인정하기 위하여 필요한 “가분성”, “독자성” 그리고 “필요성”요건이 없다. 따라서 이러한 경우에는 비록 혜택부여와 관련하여 상대적으로 차별을 받았다 하더라도 인적 대상과 관련한 차별과 달리 혜택부여규정 그 자체의 위헌여부를 다뤄야 하는, 부진정입법부작위에 해당한다고 할 것이다.

요컨대, 인적 범위와 관련된 입법자의 혜택배제결정의 경우는 명시적 배제조항이 있는 경우에는 소송법적으로 부진정입법부작위이고, 암시적 배제의 경우에는 진정입법부작위로 다루어야 할 것이지만, 입법자의 혜택부여의 물적 대상, 즉 혜택의 범위와 내용과 관련하여 불완전·불충분한 입법의 경우에는 명시적이든 암시적이든 모두 부진정입법부작위에 해당한다고 보아야 할 것이다.

다음으로 어떠한 인적 집단에 대한 배제가 명시적인 것인지 아니면 암시적인 것인지, 또는 전혀 의도하지 않게 입법실수나 단순

---

을 명하는 결정을 내릴 수밖에 없을 것이다. 어쨌든 헌법재판소는 이 사건에서는 청구 기간 경과로 각하하였다.

한 간과에 해당하는지 등이 문제될 수 있다. 이러할 경우에는 국회에서 다루어진 입법자료가 입법자의 결정이 있었는지 아니면 부작위인지를 판단하는 데 도움을 줄 수 있을 것이라고 생각된다. 가령 국회의 본회의에서 다루어진 입법안이나 또는 그에 관한 입법본의에서 적어도 해당되는 국민집단이나 어떠한 혜택의 내용을 혜택의 인적 범위와 내용적 범위에 포함시킬 것인지에 관하여 국회 차원에서 논의한 끝에, 여러 가지 합리적 사유에 의하여 의도적으로 이를 배제하기로 한 것임을 알 수 있을 경우<sup>35)</sup>, 배제조항이 열거규정인지 아니면 예시조항인지, 배제가 명시적인지 또는 암시적인지 하는 배제의 법적 성격을 파악하는 데 도움이 될 것이다. 어쨌든 어떠한 배제에 대한 입법자의 결정이 있었다고 한다면 입법자가 헌법상의 입법의무를 전혀 이행하지 않은 것이라고 간단히 단정할 수는 없을 것이나<sup>36)</sup>, 전술하였듯이 인적 배제의 경우 명시적인가 암시적인가에 따라서 상대적 부작위의 “가분성”, “독자성”, “필요성”을 종합적으로 판단하여 진정입법부작위 헌법소원인지 아니면 부진정입법부작위 헌법소원인지를 구분해야 할 것이다.

35) 실제로 국회속기록을 살펴보면 강제동원희생자의 경우 대부분 결혼 전에 징용되어 직계 비속 등의 자녀가 존재하기 어렵다고 하는 점을 고려하여 민법상 상속의 범위와 일치시킬 필요성이 있지 않느냐 라는 이의제기(문병호 의원, 제268회 법제사법제1차, 23.)가 있었으나, 이 법에 따른 지원은 국가의 도의적·인도적 차원에서 지원으로서 재산권에 대한 법적 보상이 아니고 이 법과 그 성격이 유사한 지원법이나 예우법의 경우에 유족의 범위를 민법에 따른 재산상속인의 범위와 다르게 정하고 있는 점을 감안해서 원안을 유지하기로 한 것(제268회-법제사법 제9차, 5.)을 고려해 볼 때 조카를 포함시키지 않은 것은 입법자의 의도적 결정에 의한 것이었다고 할 수 있으므로 이러한 열거규정 자체가 평등권 등 기본권을 침해하여 위헌인지 여부는 별론으로 한다 하더라도 단순히 이를 입법부작위라고 평가하기는 어려울 것이다.

36) 후술하는 바와 같이 입법자가 1945. 8. 15. 이후 非常常의 접촉의 과정에서 취득된 대일 민간인 청구권에 관한 보상입법을 하지 않은 입법부작위에 대하여 다툼 헌법소원사건(헌재 1996. 10. 31. 94헌마204, 공보 제18호, 648 [각하])에서 이를 부진정입법부작위로 다루어야 할 것을 진정입법부작위로 다루었다 하여 각하한 헌법재판소의 다수견해 역시 “입법자가 부주의로 또는 이 사건 조약의 취지를 오해하여 이 사건 채권과 같은 사례를 누락하였을 수도 있고, 여러 가지 사정을 고려하여 의도적으로 배제한 것일 수도 있다. 후자의 경우라 할지라도 입법행위가 있었다는 결론에는 변함이 없다. 왜냐하면 그 경우에도 이 사건 채권에 대한 보상을 할 것인가에 관한 입법자의 응답이 전혀 없다고 볼 것이 아니라 이 사건 채권과 같은 성격의 것에 대한 보상은 이를 거부한다는 입법자의 소극적 응답이 포함되어 있다고 볼 수 있기 때문이다”(652)고 하고 있는데, 여기에서 만일 입법자가 부주의로 또는 오해에 기하여 입법을 누락한 경우라고 한다면 그 부분에 관해서는 입법행위가 없었다고 볼 수 있는 진정입법부작위라고 하는 점을 다수 견해도 간접적으로 시인한 언급이 아닌가 생각된다.

## 제2절 입법부작위

### I. 헌법상 입법의무의 유형

전술한 바와 같이 헌법상 입법위임의 경우에도 명시적 헌법위임에 근거한 입법의무와 헌법해석으로부터 나오는 입법의무가 있다. 자세한 내용을 독일과 한국으로 나누어서 살펴보면 다음과 같다.

#### 1. 독일의 학설과 판례

##### 가. 명시적인 헌법위임과 법률유보로부터 나오는 입법의무

독일 연방헌법재판소에 의하면 만일 청구인이 입법의무의 내용과 범위를 본질적으로 한정된 입법자의 명시적 헌법위임을 인용할 수 있을 경우, 입법자의 부작위는 헌법소원의 대상이 될 수 있다.<sup>37)</sup> Zuck는 이러한 입법자에 대한 명시적인 헌법위임은 거의 수증하기 어려운 문구해석논리로 회귀라고 평가한다. 오히려 만일 입법자에 대한 행위의무가 ‘오해할 수 없게끔’ 표현되어 있다면 그것으로 충분하여야 한다는 것이다. 다시 말하면 ‘입법의무의 내용과 범위가 본질적으로 확정되어야 한다’고 하는 독일 연방헌법재판소의 부연설명을 통해서 이러한 측면이 분명히 드러난다는 것이다. 이러한 기준에 따라 명시적인 헌법위임은 독일의 경우 기본법 제6조 제5항과 기본법 제12a조 제2항 제3문의 경우에 인정되었다. 그러나 이러한 위임들은 그 사이에 모두 이행되었기 때문에 입법부작위에 대한 헌법소원의 전제조건으로서 “명시적 헌법위임”은 오늘날 연방헌법재판소의 판시에 근거하지 않는 한, 하나의 역사적인 사항이 되었을 뿐이라는 것이다.<sup>38)</sup>

37) BVerfGE 6, 257 (264); 8, 1 (9); 11, 255 (261); 23, 242 (259); 56, 54 (70 f.)를 인용하며, BVerfGE 129, 124; 139, 321. Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 5. Aufl., 2017, Rn. 605.

38) Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 5. Aufl., 2017, Rn. 605.(Fn. 864)

입법자에 의한 기본권침해는 애초에 합헌적인 법률이 그 사이에 나타난 상황의 변화에 따라 헌법적으로 더 이상 부합되지 않는 상태가 되어 국가기관이 입법개선 의무를 지게 되는 경우에도 나타날 수 있다.<sup>39)</sup>

나아가 입법부작위는 입법자의 행위에 의해서만 제거될 수 있는 평등위반의 경우에도 존재할 수 있다. 즉 일정한 인적 집단이 국가적 급부의 보장이나 그에 관한 신청자격으로부터 배제되는 경우에 사회적 기본권 또는 청구권적 기본권 영역에서 나타날 수 있다.

### 나. 기본권보호의무로부터 나오는 입법 의무

국가의 부작위는 특히 국가가 국민의 기본권적 지위를 제3자의 침해로부터 보호할 의무를 지는 영역에서 논해진다. 만약 가령 생명, 건강, 자유, 명예나 재산권과 같이 기본법이 보호하는 법익들이 제3자나 또는 심지어 독일 헌법에 구속되지 않는 다른 국가에 의하여 위협을 받거나 침해되는 경우에 국가가 어떻게 행위를 하여야 하는가가 주로 문제된다. 기본권보호의무는 방대한 분야에서 의미를 가진다.

우선 연방헌법재판소의 관례에서 이 기본권보호의무는 아직 태어나지 않은 생명, 즉 태아를 임신중절로부터 보호하는 문제에서 그 특별한 의미를 얻게 되었다.<sup>40)</sup> 나아가 독일 연방헌법재판소는 기본법 제2조 제2항 제1문으로부터 나오는 생명과 건강보호에 대한 침해가능성 문제를 여러 차례 다룬 바 있는데, 가령 예를 들면, 테러공격(Schleyer납치)<sup>41)</sup>, 원자력법상 인가절차(Kalkar)<sup>42)</sup>, 비행기 소음<sup>43)</sup>, 독일연방공화국 영역 내 화학무기의 설치와 이 무기의 가동으로 인한 위협<sup>44)</sup>, 교통소음<sup>45)</sup>, 상대적 운전불가의 기준이 되는

39) Michael Gerhardt, 앞의 논문(제1장 주 12), S. 4; Zuck, 앞의 책(주 38), Rn. 615 ff.

40) BVerfGE 39, 1 (41 f.); 88, 203 (253 ff.)을 인용하며, Michael Gerhardt, 앞의 논문(제1장 주 12), S. 4.

41) BVerfGE 46, 160 (164 f.).

42) BVerfGE 49, 89 (141 f.) - Kalkar I; BVerfGE 53, 30 (57) - Müllheim-Kärlich.

43) BVerfGE 56, 54 (73).



알코올기준치의 삭감<sup>46)</sup>과 허용되는 최고속도의 하향조정 (속도제한)<sup>47)</sup>을 통한 교통안전의 개선문제, 오존농도 저감문제<sup>48)</sup>, 모바일 기기의 전자기파(전자 스모그)에 의한 가상적 위험<sup>49)</sup>에 관한 결정들이 그것이다. 그리고 최근 사례로서 인간생명을 위3협하는 범죄 무기로 사용된 항공기에 대하여 무기를 동원하여 직접 격추할 수 있도록 군에 권한을 부여한 항공안전법사건<sup>50)</sup>도 들 수 있다. 그리고 연방헌법재판소는 온라인 수색의 경우에 기본법 제1조 제1항 제2문과 연계하여 기본법 제2조 제2항 제1문에 의거하여 조직된 평화권력이자 경찰권력인 국가의 안전과 그리고 또한 국가에 의하여 보장되는 신체, 생명과 자유에 대한 위협으로부터의 국민의 안전은 보호의무를 발생시키는 상황이 된다는 점을 확인하였다. 다만 정보기술체계에 대한 은밀한 접근은 비례의 원칙에 부합하여야 한다는 것이다.<sup>51)</sup>

그리고 국민의 건강보호라고 하는 공익으로부터 건강에 대한 위협을 방지하기 위한 위협대책을 포괄하는 국가의 보호의무가 도출된다. 가령 비흡연자의 보호가 그것이다. 보호방법(Schutzkonzept)

44) BVerfGE 77, 170 (214). 이 판결에서 연방헌법재판소는 우선 입법자가 보호의무를 이행함에 있어서 제한적인 범위 내에서만 심사가 가능한 넓은 추정의 자유, 평가의 자유, 형성의 자유를 가진다고 강조하였다. 그리고 보호청구권은 공권력이 기본권의 보호를 위하여 완전히 부적합하거나 또는 완전히 불충분한 것이 아닌 그러한 방책을 취해야 한다는 것을 기준으로 할 수 밖에 없다고 하면서, 이 사건에서 구체적으로 이에 관한 논리정연한 주장이 결여되어 있다는 것이다. Zuck, 앞의 책, Rn. 612a.

45) BVerfGE 79, 174 (201 f.). 교통소음사건에서는 공공도로에 접하고 있는 인근주민토지를 위한 교통소음방지에 대한 헌법적 요건이 문제가 되었다. 청구인은 도로로부터 배출되는 소음에 의한 심대한 기본권침해를 주장하였다. 연방헌법재판소는 건축기본법과 배출물규제법 등의 법률적 규정들로 충분하다고 판시하였다. 소음부담은 기본법 제2조 제2항 제1문에 표현되어 있는 가치결단에 따를 때 인근주민들에 대하여 기대될 수 있을 정도를 넘어서지 않았다는 것이다. Zuck, 앞의 책, Rn. 612b.

46) BVerfG, Beschluß der 1. Kammer des Ersten Senats vom 27. April 1995 - 1 BvR 7 29/93-, NJW 1995, S. 2343.

47) BVerfG, Beschluß der 2. Kammer des Ersten Senats vom 26. Oktober 1995 - 1 BvR 1348&95-, NJW 1996, S. 651 f.

48) BVerfG, Beschluß der 1. Kammer des Ersten Senats vom 29. November 1995 - 1 BvR 2203/95-, NJW 1996, S. 651.

49) BVerfG, Beschluß der 3. Kammer des Ersten Senats vom 28. Februar 2002 - 1 BvR 1676/01-, NJW 2002, S. 1638.

50) BVerfGE 115, 118.

51) BVerfGE 120, 274 (319 ff.).

의 선택에 있어서는 상반된 이해관계도 고려해야 한다. 이것은 충돌하는 법익들에 대한 서열정돈(整序: Zuordnung)과 형량을 통한 해결을 요구한다는 것이다.<sup>52)</sup>

또한 기본법 제12조 제1항의 직업의 자유로부터 도출되는 기본권보호의무도 있다. 가령 대리상에 대하여 보상이 전혀 없이 경쟁을 금지하는 경우<sup>53)</sup>, 독일 국기를 달고 국제해운을 하는 상선에 대한 국제운항등록제의 도입(이중등록)의 경우<sup>54)</sup> 독일 연방헌법재판소는 기본법 제12조 제1항의 직업의 자유와 관련해서 보호의무이론을 전개하였다. 청구인들은 직장선택의 자유에 대한 침해를 주장한 기쎈(Gießen)과 마부르크(Marburg) 대학병원의 민영화사건에서 연방헌법재판소는 직업의 자유에는 우선 자기 자신의 선택에 따른 직장제공청구권은 물론, 한번 제공된 직장에 대한 존속보장이 내포되어 있지는 않다는 것을 우선 지적하였다. 그리고 기본법 제12조 제1항은 사적 처분에 근거한 직장상실에 대하여 직접적인 보호를 포함하고 있지도 않다는 것이다. 하지만 국가는 기본법 제12조 제1항에 의하여 보호되는 바, 기왕 행사된 직장선택권을 존중받고자 하는 근로자의 이익에 부합하게 보호의무를 지는데, 국가는 이러한 의무를 해고법을 통하여 이행하였다고 보았다.<sup>55)</sup>

---

52) BVerfGE 121, 317 (356 f.).

53) BVerfGE 81, 242 (255).

54) BVerfGE 92, 26 (46 f.). 이 사건에서 청구인은 입법자가 국제 해운등록에 등록된 독일 상선에 대하여 외국법의 내용에 따른 노동법상의 협약체결을 용이하게 허용하는 것은 기본법 제12조 제1항으로부터 도출되는 보호의무에 위배된다고 주장하였다. 연방헌법재판소는 기본법 제12조 제1항이 독일 선원들을 외국 선원과의 과도한 경쟁으로부터 보호할 의무를 지우는지 여부에 대한 결론은 열어 두었다. 국가가 자신에게 가능한 모든 것을 다 했다면 보호의무는 없다는 것이다. 독일 상선운항은 재정보조와 세제상 혜택을 통하여 상당한 정도로 지원을 받았다는 것이다. 그 이상의 보호는 요구될 수 없다는 것이다. Zuck, 앞의 책(주 38), Rn. 612d.

55) BVerfGE 128, 157 (176 f.). Zuck, 앞의 책(주 38), Rn. 612 f.

### (1) 명시적 기본권보호의무(Normierte Schutzpflichten)

입법자는 보호의무가 이미 기본법으로부터 도출되는 그러한 영역에서는 법규정을 제정할 의무를 진다. 이것은 가령 인간존엄을 존중하고 보호할 것을 명하는 기본법 제1조 제1항 제2문의 경우라고 할 수 있다.

그리고 기본법 제6조 제1항은 혼인과 가족에 대하여 국가질서로 특별하게 보호하고 있다. 그리고 기본법 제6조 제2항은 국가공동체가 부모에 의한 자녀의 양육과 보호에 관하여 감독을 한다고 규정하고 있다. 청소년을 보호할 입법자의 의무가 기본법 제5조 제2항에서는 언론의 자유의 한계로서, 기본법 제11조 제2항에서는 거주·이전의 자유의 한계로서, 그리고 기본법 제13조 제3항에서는 주거의 불가침에 대한 제한의 정당화로서 존재한다. 기본법 제5조 제2항에서 명예의 보호는 국가의 보호의무로서 규정되어 있다.<sup>56)</sup>

### (2) 해석에 의한 기본권보호의무

기본법에 명시적인 보호의무가 규정되어 있지 않은 경우에 연방헌법재판소는 기본권 보호의무이론을 동원하였고 이 이론을 광범위하게 발전시켜 왔다. 1975년의 임신중절에 관한 첫 번째 결정에서 연방헌법재판소는 국가의 보호의무를 포괄적인 것이라고 칭하였다. 따라서 국가의 보호의무는 당연히 생성되고 있는 생명에 대한 직접적인 국가의 침해를 금할 뿐만 아니라, 또한 국가에게 이 생명에 대하여 보호적이며, 장려적 입장을 취해야 하며, 특히 제3자로부터의 위법한 침해로부터 태아를 지켜줄 것을 명하고 있다는 것이다. 법질서의 각각의 개별 영역들은 각각의 특별한 기능분담에 따라서 이러한 원칙을 지향하여야 한다는 것이다.<sup>57)</sup>

독일 연방헌법재판소는 이 보호의무를 개별 기본권의 객관적인 성격으로부터 도출하기도 하고, 또한 기본법 제1조 제1항의 인간

---

56) Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, S. 28. ff. 을 인용하며, Michael Gerhardt, 앞의 논문(제1장 주 12), S. 6.

57) BVerfGE 39, 1 (42).

존엄보장이거나 기본법 제2조 제2항 제1문<sup>58)</sup>으로부터도 도출하기도 한다. 연방헌법재판소의 임신중절에 관한 첫 번째 결정에서는 이 보호의무를 각자의 생명권과 신체불 훼손권을 규정하고 있는 기본법 제2조 제2항 제1문에서나 또는 기본법 제1조 제1항에 규정된 인간존엄에서 찾았다. 모든 인간 생명을 보호해야 하는 국가의 의무는 이 결정에서 이미 직접 기본법 제2조 제2항 제1문으로부터 그리고 더 나아가 또한 기본법 제1조 제2문의 명시적 규정으로부터 도출되었다. 왜냐하면 생성되고 있는 생명인 태아는 기본법 제1조 제1항의 인간존엄이 보장하는 보호도 받으며, 인간 생명이 존재하는 곳에서 그 생명에는 인간존엄이 인정되기 때문이다. 연방헌법재판소의 확립된 판례에 따르면 기본권규정들은 개인의 대국가적 방어권을 포함할 뿐만 아니라, 그것은 동시에 헌법적 근본결단으로서 법의 모든 영역에 대하여 효력이 있으며, 입법, 행정과 사법에 대하여 지침과 계기를 부여하는 객관적 가치질서를 구현한다. 따라서 국가가 생성중인 생명의 법적 보호를 위해서 헌법적으로 의무를 지는지 여부와 그 범위는 기본권 규정의 객관적 내용으로부터 추론할 수 있다는 것이다.<sup>59)</sup> 이러한 논리를 기초로 연방헌법재판소는 이 첫 번째 결정에서 입법자에게 극단적인 경우에는 형법의 수단을 동원해서라도 태아를 보호할 의무가 있음을 인정하였다.<sup>60)</sup>

이에 비하여 1993년의 임신중절에 관한 두 번째 결정(BVerfGE 88, 203)에서 연방헌법재판소는 태아를 위한 보호의무의 근거로서 일찌감치 인간존엄을 원용하였다. 그에 따르면 보호의무의 근거는 국가로 하여금 명시적으로 인간존엄의 존중과 보호의 의무를 지우고 있는 기본법 제1조 제1항에 있다는 것이다. 보호의무의 대상과 보호의무의 정도는 기본법 제2조 제2항에 의해서 보다 상세하게 규정된다. 인간존재의 존엄은 태아의 생명에 대해서도 태아 자신

58) 이 조항으로부터 나오는 국가의 기본권보호의무 불이행을 근거로 한 입법부작위의 위헌을 확인한 최근 판례로서는 BVerfGE 142, 313. 이에 대해서는 아래 제2장, 제2절, II, 1. 가, (2), ③ (p. 105) 참조.

59) BVerfGE 39, 1 (41 f.).

60) BVerfGE 39, 1. Zuck, 앞의 책(주 38), Rn. 609.

을 위하여 그 존재 안에 들어 있다는 것이다. 이 태아를 존중하고 보호하는 것은, 법질서로 하여금 태아 자신의 생명권의 의미에서 태아가 발전할 수 있는 법적 전제조건들을 보장하는 것을 의미한다는 것이다. 엄마에 의하여 받아들여질 때 비로소 갖출 수 있는 것이 아니라, 태아에게 이미 그 존재를 근거로 주어져 있는 이 생명권은 인간의 존엄으로부터 출발하는 기본적이고도 불가양의 권리라는 것이다. 이 권리는 종교적-세계관적으로 중립적인 국가의 법질서가 판단을 할 수 없는 특정한 종교적 또는 철학적 확신과 상관없이, 효력을 가진다는 것이다.<sup>61)</sup> 연방헌법재판소의 판례에 따르면 인간존엄은 기본권 장(章)의 가치질서에서 가장 최고의 헌법 가치 내지는 핵심이며, 이를 각 개별 기본권이 형성한다는 것이다. 이러한 소위 가치질서이론은 어떠한 가치중립적 질서이기를 바라지 않는 기본법이 기본권 장에서 객관적인 하나의 가치질서도 정립하였으며 또한 바로 여기에서 기본권효력을 근본적으로 강화하고자 한 의도가 나타나 있다고 하는 표현에서 분명하게 드러난다는 것이다.<sup>62)</sup>

원칙적으로 보호관념의 설정은 입법자에게 맡겨져 있다. 그리하여 입법자에게는 넓은 추정·평가·형성의 자유가 주어진다.<sup>63)</sup> 어떠한 조치들이 요구되는가에 대한 결정에 대하여 연방헌법재판소는 제한적으로만, 즉 명백한 의무 위반의 경우에만 통제하게 된다는 것이다.

---

61) BVerfGE 88, 203 (251 f.). 이 제2차 임신중절에 관한 결정 번역으로는 황치연/방승주/김수철, 임신중절에 관한 결정, 헌법재판소, 독일통일관련 독일연방헌법재판소판례번역집 (BVerfGE 88, 203), 1997. 10., 75-198.

62) BVerfGE 7, 198 (205); 35, 79 (114).

63) BVerfGE 77, 170 (214); 79, 174 (202); 88, 203 (262); 106, 166 (177); 121, 317 (356). Zuck, 앞의 책(주 38), Rn. 608.

## 다. 평등원칙, 사회적 기본권, 청구권적 기본권 등으로부터 나오는 입법의무

독일에서는 급부청구권의 경우 파생적 급부청구권과 본원적 급부청구권으로 구분한다.<sup>64)</sup>

### (1) 파생적 급부청구권

파생적 급부청구권은 자유권과 더불어서 일반적 평등원칙을 통해서 성립된다. 현대국가가 국민에 대한 사회적 보장과 문화적 장려를 강력하게 추진하면 할수록, 그만큼 더 국민과 국가 간의 관계에 있어서 국가로부터의 기본권적인 자유의 보장이라고 하는 애당초의 전제 외에도 국가적 급부참여를 기본권적으로 보장해 달라고 하는 보충적 요구가 나타나게 된다.<sup>65)</sup> 물론 현대 사회국가에 있어서는 입법자가 급부행정의 범위 내에서 참여권을 보장할 것인지 여부와 그 정도는 소송으로 다룰 수 없는 입법자의 결정에 맡겨져 있음을 부인할 수 없다 하더라도, 국가가 가령 직업교육시설을 창설하였다면, 기본법 제12조 제1항(직업의 자유) 및 사회국가원리(기본법 제20조 제1항)와 연계하여 평등의 원칙으로부터 이러한 시설에의 접근을 요구할 수 있는 청구권이 도출된다고 할 수 있다. 이것은 국가가 가령 대학제도의 영역에 있어서 사실상 임의로 포기할 수 없는 독점권을 스스로 요구하였고, 또한 국가적 급부에 대한 참여가 기본권실현의 필수적 전제조건이 되는 경우 특히 그러하다.<sup>66)</sup>

부작위에 의한 평등원칙 위반은 다음과 같은 영역에서 연방헌법재판소의 심판대상이 되었다. 가령 세법영역에서는 BVerfGE 66, 214 - 필수적 부양비 공제; BVerfGE 105, 73 - 공무원연금과

64) Osterloh, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 3 Rn. 53 ff.

65) Michael Gerhardt, 앞의 논문(제1장 주 12), S. 9.

66) 의과대학에 대한 절대적 정원제한과 관련하여 BVerfGE 33, 303 (330 ff.). Michael Gerhardt, 앞의 논문(제1장 주 12), S. 9.

법률상 연금보험간의 과세상 차별; BVerfGE 107, 27 - 이중 가계운영에 대한 비용공제의 제한; BVerfGE 112, 268 - 소득활동으로 인한 아동보육비에 대한 소득공제 축소 등의 예가 그것이다. 그리고 공무원법 영역에서도 입법부작위는 가령 편부(홀아비)연금보장<sup>67)</sup>, 생활비상승조정을 위한 원거리지역수당지급<sup>68)</sup> 사건 등에서 문제가 되었다. 교사의 조기퇴직 사건에서 연방헌법재판소는 평등원칙에 대한 위반은 부인했지만, 신뢰보호원칙으로부터 나오는 경과규정을 제정할 것을 요구하는 청구권은 인정하였다.<sup>69)</sup>

## (2) 본원적 급부청구권

이에 반하여 본원적 급부청구권은 헌법으로부터 직접 나온다. 가령 국가에게 사립 대안학교체제를 보호할 의무를 지우고 있는 기본법 제7조 제4항 제1문의 예가 그것이다.<sup>70)</sup> 연방헌법재판소는 기본법 제1조 제1항과 연계하여 기본법 제2조 제1항으로부터 나오는 정보에 관한 자기결정권은 정보주체에게 자신을 통하여 저장된 개인정보에 대한 접근과 관련되는 법적 지위도 창설하고 있음을 인정하였다.<sup>71)</sup>

## (3) 평등권

독일 기본법 제3조의 일반적 평등원칙 또는 평등권이 독자적으로 입법자에게 어떠한 입법 의무를 부과한다고 볼 수는 없으나, 만일 입법자가 일정한 국민집단에게 혜택을 부여하는 입법을 할 경우에, 혜택에서 배제된 국민집단들은 평등원칙을 근거로 자신들 역시 혜택에 포함시켜 줄 것을 요구할 수 있다.<sup>72)</sup> 그러한 한에서

---

67) BVerfGE 39, 169 (185).

68) BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 6. März 2007 - 2 BvR 556/04 -, NVwZ 2007, S. 568.

69) BVerfGE 71, 255 (272 ff.). Michael Gerhardt, 앞의 논문(제1장 주 12), S. 10.

70) BVerfGE 75, 40 (62).

71) BVerfG, Beschluß der 2. Kammer des zweiten Senats vom 9. Januar 2006 - 2 BvR 443/02 -, NJW 2006, S. 1116 - 자신의 진단서류에 대한 보안처분대상자의 열람권과 관련하여, Michael Gerhardt, 앞의 논문(제1장 주 12), S. 10.

이 평등원칙 내지 평등권은 입법자에게 입법위임의 근거로서 작용할 수 있다.<sup>73)</sup>

#### 라. 신뢰보호원칙으로부터 나오는 입법 의무

법치국가원리의 하위 원칙 중의 하나인 신뢰보호원칙으로부터도 입법자의 행위의무, 즉 입법의무가 도출될 수 있다. 입법자가 어떠한 법률을 개정함에 있어서 신뢰보호원칙의 위반이 문제될 경우에 이 위헌적 상태는 관련되는 당사자들을 위한 경과규정을 마련함으로써 제거될 수 있다. 만일 입법자가 이 경과규정을 제대로 마련하지 않아 당사자의 보호할 만한 신뢰가 과잉하게 침해되는 경우에는 입법자가 이러한 경과규정을 제대로 규정하지 않은 부작위로 인하여 당사자의 기본권이 침해될 수 있고, 관련 법률은 위헌이 될 수 있는 것은 당연하다.<sup>74)</sup>

#### 마. 전통적인 직업공무원제도(기본법 제33조 제5항)로부터 나오는 입법 의무

아래에서 설명하는 바와 같이 기본법 제33조 제5항의 전통적인 직업공무원제도의 보장으로부터 공무원에 대하여 충분한 생활보장을 해야 한다는 원칙(Alimentationsprinzip)<sup>75)</sup>이 나오며, 입법자는 물가의 변동에 따라서 공무원의 급여가 보장될 수 있도록 급여법

---

72) 같은 취지로, Christian Pestalozza, “Noch verfassungsmäßige” und “bloß verfassungswidrige” Rechtslage, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des BVerfG, Tübingen 1976, 51 9 ff.(532).

73) BVerfGE 68, 155. Peter E. Hein, Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht, Baden-Baden 1988, 74.

74) 이에 관해서는 Michael Gerhardt, 앞의 논문(제1장 주 12), S. 10, 36. BVerfGE 71, 255 (272 f.).

75) 이에 대해서는 방승주, 공무원연금법상 유족범위의 제한과 기본권, 헌법소송사례연구, 박영사 2002, 52-85 (73-76). 최근 독일 연방헌법재판소 BVerfGE 139, 64.



을 개정해야 할 의무가 있다. 독일 연방헌법재판소가 입법부작위에 의하여 공무원의 기본권유사적 권리인 기본법 제33조 제5항의 침해를 확인한 최초의 입법부작위 위헌확인 결정<sup>76)</sup>도 바로 이 직업공무원제도로부터 나오는 입법의무에 근거한 것이다.

#### 바. 입법부작위와 관련되는 그 밖의 사례

그 밖에도 독일에서 입법부작위와 관련될 수 있는 그 밖의 사례들에 대하여 살펴보도록 한다.

##### (1) 헌법개정입법자의 부작위

입법부작위는 국가조직법의 영역에서 확인될 수 있다. 연방헌법재판소가 기본법으로부터 도출되는 바와 같은 기존의 규율체계가 사실영역으로부터 제기되는 문제의 해결을 위하여 더 이상 적절한 도구가 될 수 없다고 하는 결론에 이르게 된다 하더라도, 연방헌법재판소 스스로가 입법자에게 헌법개정의 의무를 지울 권한은 없다고 한다. 그리하여 예산법과 관련되는 영역에서 독일 연방헌법재판소는 기본법 제115조 제1항 제2문의 국채발행에 관한 기본법의 규율관념은 국가의 채무정책에 대한 합리적인 통제와 제한의 헌법적 도구로서 현실에서는 실효성이 없는 것으로 보이며, 예산과 재정정책의 헌법적 기제들을 새로운 학문적 이론을 감안하여 변경하는 것은 헌법개정입법자의 사항이라고 하는 것만을 지적하는 데 그쳤다.<sup>77)</sup>

---

76) BVerfGE 8, 1 (10 ff.).

77) BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 9. Juli 2007 - 2 BvF 1/04 -, DVBl 2007, S. 1030(1031.) Bundeshaushalt 2004; BVerfGE 79, 311 (336). Michael Gerhardt, 앞의 논문(제1장 주 12), S. 11.

## (2) 국가조직법상의 입법위임

### ① 정당법

기본법이 연방입법자에 대한 규율유보를 포함하고 있는 경우, 연방입법자는 이 사항과 관련하여 연방법률을 제정할 권한과 의무를 갖는다. 연방헌법재판소는 이러한 사건에 관한 심판청구가 있는 경우, 입법자가 자신의 입법의무를 이행하였는지 또는 헌법적 의무를 이행함에 있어서 그의 형성의 자유의 한계를 준수하였는지에 대하여 심사할 권한을 갖는다.<sup>78)</sup>

규율유보는 가령 정당법 영역에 존재한다. 기본법 제21조 제3항으로부터 기본법 제21조 제1항과 제2항에 포함되어 있는 정당제도에 관한 연방의 입법권한이 나온다.<sup>79)</sup>

### ② 선거법

기본법 제38조 제3항에 따라 연방은 연방선거법과 관련한 집행법률을 제정할 권한과 동시에 의무를 갖는다. 연방은 선거제도, 선거절차와 그리고 - 그 밖의 헌법규정들(기본법 제46조 내지 제48조)을 고려하면서 - 의원의 법적 지위(기본법 제38조 제1항 제2문)에 관한 규정을 통하여, 그리고 선거의 원칙들(기본법 제38조 제1항 제1문)의 구체화를 통하여 기본법 제38조 제1항과 제2항에 규정된 틀을 채워 넣어야 한다.<sup>80)</sup>

### ③ 예산법

연방헌법재판소는 1981년 예산법률에 대한 그의 결정에서 단순한 수권으로서 표현되어 있지 않는, 기본법 제115조 제1항 제3문으로부터 나오는 입법위임을 완전히 이행하도록 상기시켰다. 국제

78) Michael Gerhardt, 앞의 논문(제1장 주 12), S. 11.

79) BVerfGE 85, 264 - 정당재정에 대하여, Michael Gerhardt, 앞의 논문(제1장 주 12), S. 11.

80) BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 4. Juli 2007 - 2 BvE 1/06; 2 BvE 2/06; 2 BvE 3/06; 2 BvE 4/06 -, NVwZ 2007, S. 916 - 연방의회의원의 행위규정과 부수적 수입의 공개의무에 관하여. Michael Gerhardt, 앞의 논문(제1장 주 12), S. 11.

발행에 관한 기본법 제115조 제1항 제2문의 규범적 규율관념은 허용되는 국가채무의 한계를 지향하고 있으며 또한 그것을 완전히 실행하기 위해서는 기본법 제115조 제1항 제3문에 규정된 실행입법이 필요하였다. 그리고 특히 전술한 헌법규정에서의 투자개념의 보다 상세한 구체화 역시 이러한 실행입법의 범위에 속한다.<sup>81)</sup>

### (3) 의회유보

입법자가 만일 기본권 행사와 관련된 영역 내에서 국가의 형성의무가 있는 법영역과 관련하여 법률 규정을 제정하는 것을 하지 않은 경우, 이것은 헌법위반이라고 할 수 있다.<sup>82)</sup> 연방헌법재판소의 판례<sup>83)</sup>에 따르면 법치국가원리와 민주주의원리는 입법자에게 본질적인 결정들을 스스로 내리고 행정부에 이것을 맡기지 말아야 할 의무를 지우는데 이것을 의회유보라 한다. 연방헌법재판소는 학교법의 영역과 관련하여 무엇을 학교제도에 있어서 본질적이거나 기본적인 결정으로 볼 수 있는지에 대하여 보다 상세하게 결정하기 위해서는, 어떠한 규정과 관련되는 당사자의 기본권들이 제한되고 있는 정도를 기준으로 해야 한다고 판결한 바 있다.<sup>84)</sup> 왜냐하면 이 기본권은 학교법의 다양한 규율영역에서 그리고 사례 유형에 따라 상이할 수 있기 때문에, 무엇이 의회의 의사형성에 유보되어 있으며 그리고 무엇이 법률적 수권을 통하여 법규명령제정자에 위임될 수 있는지에 대하여 그때 그때 판례에 의하여 전개된 본질성요소들에 의거하여 별도의 심사를 필요로 한다.

의회는 입법권한의 일부를 행정부에 양도함으로써 입법기관으로서의 자신의 책임으로부터 벗어날 수는 없다. 즉 이러한 입법권한

---

81) BVerfGE 79, 311 (352); BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 9. Juli 2007 - 2 BvF 1/04 -, DVBl 1997, 1030 (1033 f.). 이 결정에서 헌법재판소는 입법자가 비록 연방예산법 규정의 제정을 통하여 형식적으로는 입법위임을 이행하였지만, 예산실무로부터 받아들여진 예산개념들이 헌법에 합치되는지에 관해서는 이의가 제기된다고 확인하였다. Michael Gerhardt, 앞의 논문(제1장 주 12), S. 12.

82) BVerfGE 34, 165 (192 f.).

83) BVerfGE 41, 251 (259 f.); 45, 400 (417 f.).

84) Michael Gerhardt, 앞의 논문(제1장 주 12), S. 13.

의 한계를 설정하고 또한 이러한 권한을 일정한 경향과 프로그램에 입각하여 기왕의 수권규정으로부터 국민들에게 무엇이 허용될 수 있는지에 대하여 인식할 수 있고 예견이 가능하도록 정확하게 윤곽을 그려놓지 않고서는 말이다.<sup>85)</sup>

청소년행형 분야와 관련해서 연방헌법재판소는 법률적 규정의 필요성은 직접적으로 침해적인 조치의 영역을 넘어서 사회적인 통합이라고 하는 목적을 지향하는 집행의 방향성과도 관련된다고 판시하였다. 입법자 자신이 효과적인 재할관념을 형성하고 또한 행형을 그러한 관념 위에 구축해야 할 의무를 진다는 것이다.<sup>86)</sup>

#### (4) 유럽의 통합책임으로부터 유래하는 의무

최근 독일 연방헌법재판소는 유럽의 통합책임으로부터 기본권 보호의무와 유사한 보호의무를 도출해 내고 있는데, 이러한 판례들은 헌법상 명시적인 헌법위임의 존부와 상관없이 이러한 통합책임으로부터 국가기관의 헌법상 행위의무를 인정하고 있다. 이와 관련한 국가기관의 부작위에 대한 헌법소원도 제기되어 커다란 이슈가 된 바 있었다.<sup>87)</sup>

## 2. 한국의 판례와 학설

우리 헌법상으로 입법의무는 명시적인 입법의무(입법위임과(형성적) 법률유보)와 헌법해석으로부터 나오는 입법의무로 크게 나뉘어질 수 있다. 이 명시적인 입법의무로서는 우선 명시적으로 입법자에게 입법위임이 이루어진 경우를 들 수 있다. 다시 말해서 “법률이 정하는 바에 따라”라든가, “법률로 정한다”라고 하는 식의 표현이 들어가 있는 헌법조항을 의미한다. 다음으로 입법자인 국

85) BVerfGE 58, 257 (274 ff.). 이에 따르면 입법자는 성적과 관련된 퇴학과 관련해서 법률유보의 요건을 충족하는 충분한 법적 근거를 지체없이 마련해야 할 의무가 있다는 것이다. Michael Gerhardt, 앞의 논문(제1장 주 12), S. 13.

86) BVerfGE 116, 69 (89); 98, 169 (201); 33, 1 (10) - 행형에 대하여 규범적으로 형성해야 할 입법자의 의무. Michael Gerhardt, 앞의 논문(제1장 주 12), S. 14.

87) BVerfGE 134, 336; 135, 317; 142, 123. 이에 대하여는 제2장, 제2절, II, 1, 가, (3) p. 111 이하 참조.

회를 특정하지는 않았지만 넓게 “국가”에게 국민에 대한 보호의무나 기본권 보장 의무를 부과한 경우, 일단 입법자 역시 국가기관에 속함은 당연한 것이므로 이 역시 명시적인 입법 의무의 범주에 포함시킬 수 있을 것이다. 그런 이후 이러한 명시적인 입법 위임이나 법률유보 그리고 그 밖의 기본권 조항들로부터의 해석을 통하여 입법자의 입법 의무를 도출해 낼 수 있는 경우를 우리는 헌법 해석에 의한 또는 헌법 해석으로부터 나오는 입법 의무라고 칭할 수 있을 것이다. 다만 명시적 입법 의무와 해석에 의한 입법 의무의 한계를 명확하게 긋는 것은 힘든 일이라고 할 수 있으며 그 양자의 차이는 매우 상대적일 수밖에 없다는 점도 유의해야 할 것이다.<sup>88)</sup>

#### 가. 입법 위임과 형성적 법률유보로부터 나오는 명시적인 입법 의무

한국 헌법에서도 상당히 여러 군데에서 명시적 입법 위임과 형성적 법률유보로부터 나오는 입법 의무를 찾아 볼 수 있다.<sup>89)</sup> 이러한 명시적인 입법 위임과 법률유보는 우선 헌법 총강 및 국가조직법과 관련된 입법 위임, 기본권 형성을 위한 법률유보가 있다. 각각에 대하여 순서대로 살펴보기로 한다.

##### (1) 헌법 총강 및 국가조직법상의 입법 위임으로부터 나오는 입법 의무

우리 헌법은 제1장 총강에서도 다양한 입법 위임 규정을 두고 있다. 즉 대한민국의 국민이 되는 요건(제2조 제1항), 공무원의 신분과 정치적 중립성(제7조 제2항), 정당의 보호와 국고보조(제8조 제3항)가 그것이다.

한편 제3장의 국회, 제4장의 정부, 제5장의 법원, 제6장의 헌법

---

88) 같은 헌법 제23조 제3항의 보상입법에 대한 법률유보에 대해서도 어떤 경우에는 명시적 입법 위임으로 본 데 반하여(헌재 1994. 12. 29. 89헌마2, 판례집 6-2, 395 [인용(위헌확인)]), 어떤 경우에는 명시적으로나 해석상으로도 입법 의무가 도출되지 않는다고 본 사례(헌재 1999. 11. 25. 98헌마456, 판례집 11-2, 634 [각하: 포락도지불보상 등 위헌확인])가 있었음을 볼 때, 이 점은 더욱 분명해진다.

89) 우리 헌법상 입법 위임과 법률유보에 관해서는 방승주, 앞의 논문(주 33), 113-171(124-127).

재판소, 제7장의 선거관리, 제8장 지방자치, 제9장 경제에 관한 헌법규정에도 여러 가지 입법위임규정이 들어 있는데, 이러한 규정들이 특히 국민의 기본권을 보장하는 것과 관련되는 경우에 상당기간 그러한 입법위임을 이행하지 않고 있는 경우에는 입법부작위가 될 수 있다. 다만 통치구조와 관련된 이러한 입법위임은 사실상 거의 다 이행되었을 것으로 볼 수 있으므로, 결국 오늘날에는 국가조직법상의 입법의무보다는 기본권보호의무나 그 밖의 헌법해석으로부터 도출되는 입법의무가 입법부작위와 관련하여 더 큰 의미가 있다고 할 것이다.

## (2) 형성적 법률유보로부터 나오는 입법의무

### ① 사회적 기본권과 형성유보

우리 헌법에는 사회적 기본권이 명문으로 다양하게 규정되어 있기 때문에, 전반적으로 독일식으로 표현한다면 본원적인 사회적 기본권이 대부분이고, 혹 예외적으로 명시적으로는 규정되어 있지 않은 권리를 입법자가 일부 국민에게 보장한 경우, 평등원칙을 근거로 하여 다른 국민들에게도 같은 혜택의 보장과 참여를 요구할 수 있다고 하는 점에서 독일식의 파생적인 사회적 기본권이 인정될 여지가 완전히 배제되는 것은 아니다. 가령 주거권과 같은 사회적 기본권은 현재 우리 헌법상 명문으로 규정되어 있지 않으나, 앞으로 헌법의 해석상 또는 헌법 제37조 제1항의 열거되어 있지 아니한 권리로부터 도출되는 사회적 기본권으로 파악하는 경우, 그러한 권리는 평등원칙과 더불어서 파생된 또는 도출된 사회적 기본권으로 성립될 수 있다. 그러므로 이러한 관점에서 사회적 기본권으로부터 다양하게 입법위임이 도출될 수 있다.

사회적 기본권과 관련하여 우리 헌법은 형성적 법률유보 조항을 두고 있거나 명시적인 입법위임조항을 다수 두고 있다.

즉 자녀에 대한 부모의 교육의무(제31조 제2항), 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성(제31조 제4항), 학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의

지위에 관한 기본적인 사항(제31조 제6항), 국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족<sup>90)</sup>의 우선적 근로기회의 부여(제32조 제6항), 신체장애자 및 질병·노령·기타의 사유로 생활능력이 없는 국민의 보호(제34조 제5항), 환경권의 내용과 행사(제35조 제2항) 등의 경우는 형성적 법률유보에 해당한다고 할 수 있다.<sup>91)</sup>

그리고 최저임금제의 시행(제32조 제1항 제2문), 근로의무의 내용과 조건(제32조 제2항), 근로조건의 기준(제32조 제3항) 등은 명시적 입법위임 규정으로서 입법자에게 더욱 강력하고도 분명하게 입법의무를 부과하고 있다고 할 수 있다.<sup>92)</sup>

## ② 청구권적 기본권과 형성유보

그 밖에 청구권적 기본권의 경우도 형성유보가 붙은 기본권들이 다수이다. 청원권(제26조)<sup>93)</sup>, 재판받을 권리(제27조 제1항)<sup>94)</sup>,

90) 가령 청구인의 아버지는 1945년부터 1949년까지 순경으로 재직하였는데, 6.25가 발발하자 인민군에게 체포되어 좌익인사들을 죽였다는 이유로 총살당하였으므로 행정자치부장관과 국민고충처리위원장 등에게 자신의 아버지를 국가유공자로 등록해 달라고 신청하였으나 거부되자 자기의 아버지 같은 사람이 국가유공자로 등록될 수 있도록 국회가 입법을 하지 않아 평등권, 행복추구권 등이 침해되었다고 주장하면서 헌법소원심판을 청구한 사례는 비록 헌법상 입법의무가 인정되지 않아 각하되었기는 하지만 헌법 제32조 제6항의 형성적 법률유보와 관련되는 헌법소원이라고 볼 수 있을 것이다.

91) 이에 관해서는 방승주, 앞의 논문(주 33), 125.

92) 이에 관해서는 방승주, 앞의 논문(주 33), 125.

93) 이에 관해서는 방승주, 앞의 논문(주 33), 125에서 청원권과 관련하여 제한유보라고 써져 있는데 이는 형성유보의 오타이므로 여기에서 바로 잡는다. 물론 형성유보인가 제한유보인가 하는 문제도 사례와 대상에 따라서는 형성인지 제한인지 그 구분이 힘든 상대적인 것이기는 하다는 점을 주의해야 할 것이지만 국민의 기본권을 구체화시키고 실현시키라고 하는 의미의 형성적 법률유보가 오히려 제한을 위한 유보로 잘못 쓰여서는 안 될 것이다.

94) 가령, 민사소송법상 보정요구사항·사전각하 및 선고기일통보사항 및 상소권상실통보사항과 관련하여 입법부작위의 위헌확인을 구한 헌법소원심판(헌재 2003. 2. 27. 2001헌마 461, 공보 제78호, 256 [각각,각하]: 입법부작위 등 위헌확인)의 경우가 재판청구권으로부터 나오는 입법의무를 주장한 사례에 해당한다. 이 사건에서 헌법재판소는 “헌법에서 그 기본권의 보장을 위하여 청구인이 주장하는 위와 같은 사항에 대하여 명시적인 입법위임을 한 바가 없고, 위 각 사항들과 관련하여 헌법해석상 그러한 내용의 입법의무가 국가에 대하여 발생하였다고 볼 수도 없다. 그러므로 이 사건 심판청구 중 위와 같은 헌법상의 명시적 위임 내지는 입법의무의 존재를 전제로 하여 입법부작위를 다투는 심판청구부분은 부적법한 청구라고 할 것이다.”고 밝히고 있다. 재판청구권상의 형성적 법률유보에도 불구하고 그 자체로부터 청구인이 바라는 특정한 입법에 대한 의무가 명시적으로 규정되어 있는 것은 아니며, 해석으로도 그러한 의무가 도출된다고 볼 수는

재판절차진술권(제27조 제5항), 형사보상청구권(제28조), 국가배상청구권(제29조 제1항), 군인·군무원·경찰공무원 등에 대한 보상(제29조 제2항), 범죄피해자구조청구권(제30조) 등이 그것이다.

### ③ 자유권과 참정권의 보장을 위한 형성유보

우리 헌법에는 자유권의 행사를 위한 형성유보 역시 여러 군데 규정되어 있다. 형사피고인을 위한 국선변호인의 선임(제12조 제4항), 체포·구속의 이유와 일시·장소의 통지대상(제12조 제5항), 통신·방송의 시설기준과 신문의 기능보장(제21조), 저작가·발명가·과학기술자와 예술가의 권리보호(제22조) 등이 그것이다.

그리고 선거권(제24조)<sup>95)</sup>, 공무담임권(제25조)의 경우도 법률이 정하는 바에 의하여 보장되도록 하고 있는데 이는 그러한 기본권 실현을 위한 입법자의 입법의무를 규정하고 있는 것이라 할 수 있다.

### (3) 기본권보호의무로부터 나오는 입법의무

헌법 제10조 제2문은 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정하고 있는데, 여기에서 기본권 보장 의무에는 제3자에 의한 기본권적 범익에 대한 침해나 침해의 위험이 있을 경우 국가가 국민을 적극적으로 보호해야 한다고 하는 좁은 의미의 기본권보호의무를 포함한다.<sup>96)</sup>

그 밖에도 국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다고 하는 헌법 제34조 제6항 역시 명시적인 기본권보호의무에 해당한다고 할 수 있다. 그리고 재외 국민들에 대한 국가의 보호의무<sup>97)</sup>에 관하여 헌법 제2조 제2항이

---

없다고 본 것이다.

95) 가령 선거구획정을 하지 않는다 하여 입법부작위를 다룬 헌법소원과 같이 선거제도와 관련한 입법부작위 헌법소원은 이러한 범주에 속한다고 할 수 있다. 헌재 2000. 3. 30. 99헌마594, 공보 제44호, 350 [각하]: 입법부작위 위헌확인 등; 헌재 2004. 5. 4. 2004헌마279, 결정문[각하(4호)]: 공직선거및선거부정방지법 제6조 제2항 등 위헌확인.

96) 방승주, 헌법 제10조, (사) 한국헌법학회 편, 헌법주석 I, 박영사 2013, 283-388 (374-381).



규정하고 있다.

한국 헌법재판소와 학설 역시 오래 전부터 기본권보호의무를 인정하여 왔다. 기본권보호의무가 헌법재판소 판례로 최초로 본격적으로 판례화된 것은 교통사고처리특례법 제4조 제1항에 대한 제1차 결정<sup>98)</sup>에서이다. 이 결정 이래로 상당히 다수의 결정<sup>99)</sup>에서 헌법재판소는 제3자의 기본권적 법익에 대한 침해나 침해의 위험이 있을 경우 국가가 국민의 기본권을 보호할 의무를 진다고 하는 것을 밝힌 바 있다.

#### (4) 기본권확인 의무와 보장의무로부터 나오는 입법 의무

헌법 제10조 제2문은 국가에게 개인이 가지는 불가침의 기본적인 권을 확인하고 보장할 의무를 지우고 있다. 그러므로 이 확인의무와 위에서 언급한 좁은 의미의 보호의무를 제외한 그 나머지 보장의무로부터도 국가의 의무가 도출될 수 있으므로 그에 대하여 살펴보면 다음과 같다.<sup>100)</sup>

##### ① 기본권 확인 의무

헌법 제10조는 국가의 기본적 인권에 대한 확인의무를 지우고 있는데 이 의미에 대하여 그간 학계와 판례에서 별다른 주목을 받지 못하였으나, 최근에는 점차 이에 관한 논의가 늘어나고 있다.<sup>101)</sup>

우선 헌법적 차원에서의 기본권 확인의무는 헌법개정자와 헌법

---

97) 이러한 의무를 주장하며 제기하였으나 각하된 헌법소원사건으로 헌재 1998. 5. 28. 97헌마282, 판례집 10-1, 705 [각하]: 재외국민보호의무불이행 위헌확인; 헌재 2006. 3. 30. 2003헌마806, 판례집 18-1 상, 381 [각하]: 임법부작위 등 위헌확인 - 전원재판부.

98) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110 등, 판례집 9-1, 90 [기각, 각하].

99) 헌재 2008. 7. 31, 2004헌바81, 판례집 20-2 상, 91, 92-93; 헌재 2008. 7. 31, 2006헌마711, 판례집 20-2 상, 345; 헌재 2008. 12. 26, 2008헌마419, 판례집 20-2 하, 960, 961; 헌재 2009. 2. 26, 2005헌마764, 판례집 21-1 상, 156, 159; 헌재 2011. 2. 24, 2009헌마94, 판례집 23-1 상, 143, 144; 헌재 2011. 12. 29, 2009헌마182 등.

100) 이에 대하여는 방승주, 헌법 제10조, 앞의 주석(주 96), 366-374.

101) 이 문제에 관한 초기 연구로 방승주, 헌법 제10조, 앞의 주석(주 96), 366 이하와, 그 이후 반향에 대해서는 각주 476의 문헌들 참조.

재판소가 진다. 만일 현행 헌법상의 기본권보장 체계에 흠결이 있다면 이러한 문제를 최우선적으로 해결해야 할 입법적 과제를 가지는 기관은 헌법개정자라고 할 수 있다. 즉 헌법개정의 발의권자인 대통령, 국회의원은 기본권의 확인 차원에서 헌법개정의 필요성을 검토해야 할 의무가 있다.<sup>102)</sup>

다음으로 헌법적 차원에서 기본적 인권의 확인의무를 지는 가장 중요한 국가기관은 헌법재판소이다. 두 가지 관점을 지적하고자 한다. 첫째, 우리 헌법재판소 실무상 쟁점별 평결방식이 아니라 주문별 평결방식이 채택되고 있는 관계로 헌법소원의 적법요건과 관련하여 한번 각하의견을 낸 재판관은 비록 5인 이상의 다수가 적법의견을 낸 경우에도 본안에 대한 의견을 피력하지 않고 끝까지 각하의견을 표시한다. 그로 인하여 가령 5인의 적법의견이 본안에 가서 위헌의견에 이르렀다 하더라도, 각하의견이 4인인 경우에는 그 가운데서 한명의 재판관이라도 위헌의견이 있었을 경우에는 인용될 수 있었을 사건이 결과적으로는 합헌 내지 기각 쪽으로 결정될 수밖에 없는 구조이다.<sup>103)</sup> 그러나 이러한 경우에 과연 헌법재판소가 국민의 기본적인 인권을 확인할 의무를 제대로 이행하고 있는 것인지 매우 의문이 드는 것이 사실이다. 현재의 주문별 평결방식은 헌법 제10조의 기본권 확인의무에 위반될 소지가 매우 높으므로, 이를 변경하여 앞으로 쟁점별 평결방식으로 가야 할 것이라고 본다.

둘째, 지나치게 적법요건 판단을 까다롭게 하거나 또는 적법요건 적용을 자의적으로 하여 헌법소원청구인이 기본권침해의 확인을 받지 못하게 되는 경우에도 역시 헌법재판소는 기본적 인권에 대한 확인의무에 위반할 가능성이 높다. 이 확인의무는 헌법에 명시적으로 이미 존재하고 있는 국가의 의무이고 해석으로 도출되는

---

102) 그 대표적 대상으로 헌법 제29조 제2항을 꼽을 수 있다. 이에 관해서는 방승주, 헌법 제10조, 앞의 주석(주 96), 371.

103) 헌법재판소 평결방식의 문제에 관하여는 최갑선, 한국 헌법재판에서의 평결방식에 관한 고찰, 헌법논총 제8집(1997), 243-277.; 공진성, 헌법재판 합의방식의 개선방안, 헌법학연구 제17권 제2호(2011. 6.), 121-159; 공진성, 헌법불합치결정시 합의방식의 개선방안, 헌법학연구 제15권 제3호(2009. 9.), 113-143.

것이 아니기 때문에, 헌법재판소로서는 헌법재판소의 능력이 미치고, 이렇다할만한 헌법소원의 전제조건이 결여된 것이 아닌 경우에는 지나치게 까다롭게 요건을 심사하여 각하시켜서는 안 될 것이다. 그러한 관점에서 살펴 보건대, 진정입법부작위와 부진정입법부작위의 경계를 긋는 것이 대단히 애매모호하고 쉽지 않음에도 불구하고, 종래의 구분론에 얽매어서 국민이 다루고 있는 입법부작위에 대하여 관련되는 법률조항이 있는 경우에는 무조건 부진정입법부작위로 다루지 않았다 해서 각하하는 것은 바로 이러한 헌법 제10조의 기본권확인 의무에 위반될 소지가 큰 경우에 해당한다.

타 국가기관이 이와 같은 기본권확인 의무를 제대로 이행하지 않을 경우에 입법자인 국회는 그러한 기본권확인 의무를 이행할 것을 명령하는 법률개정을 통하여 기본권확인 의무를 실행할 수 있을 것이다.

다음으로 기본적 인권의 확인은 입법적(법률적) 차원에서 제대로 이루어지지 않으면 안 된다.<sup>104)</sup> 헌법이 보장하고 있는 기본적인 인권들이 법제도적으로 사회의 구석구석에서 제대로 효력을 발휘하고 있는지, 만일 그렇지 않다면 그 원인이 어디에서 비롯된 것인지에 대하여 끊임없이 관찰하고 조사하여, 필요한 법제정이나 법개정을 하되, 충돌하는 기본권이나 헌법적 법익들이 있는 경우에는 최대한 신중하게 형량을 하여야 할 것이다. 법제정 단계에서부터 운용에 이르기까지 입법적 영향력이 큰 국민집단들의 의견만 과도하게 반영되고, 국회에 대하여 아무런 영향력이 없어 그들의 인권침해가 제대로 대변되지 못하고 있는 소외계층들이 도외시되는 현상이 발생되지 않도록 주도면밀하게 기본권 확인 의무로부터 나오는 입법 의무를 입법자가 이행해 나가지 않으면 안 될 것이다.

## ② 협의의 기본권보호의무를 제외한 그 밖의 기본권보장의무

제3자에 의한 기본권적 법익에 대한 침해나 침해의 위협의 경우에 성립될 수 있는 협의의 기본권보호의무 외에도 우리 헌법 제10

---

104) 방승주, 헌법 제10조, 앞의 주석(주 96), 366 이하 (371-372).

조는 국가에게 넓은 의미의 국가의 기본권 보장의무를 지우고 있다.

첫째, 기본권 보장을 위한 법적·제도적 장치의 형성의무가 넓은 의미의 보장의무에 포함된다.<sup>105)</sup> 이러한 법적·제도적 장치에는 기본권실현을 위한 조직과 절차의 형성의무와 기본권구제를 위한 조직과 절차의 형성의무의 둘로 나누어질 수 있다.

둘째, 외세와 자연재해에 의한 침해로부터의 기본권보호의무를 들 수 있다. 국가는 국민이 외세에 의하여 생명이나 신체 등 기본권을 침해받는 경우 당연히 그를 보호해야 할 의무를 지는데, 재외국민의 보호의무를 규정하고 있는 이 헌법 제2조 제2항은 국제법상 국가의 자국민에 대한 외교적 보호권을 의무로 표현한 것이라 할 수 있으나 이러한 조항이 없다 하더라도 넓은 의미의 기본권보장의무 안에는 이러한 외세로부터의 기본권보호의무가 포함된다고 봐야 할 것이다.<sup>106)</sup>

그리고 자연재해나 인재가 발생하였을 때에 당연히 국민에 대한 보호의무를 지는데 이에 대해서는 이미 앞에서 언급하였듯이 헌법 제34조 제6항이 규정하고 있으나, 역시 마찬가지로 이러한 명문조항이 없다 하더라도, 재해를 당한 국민들에 대한 국가의 보호의무는 기본권보장의무에 포함된다고 보아야 할 것이다.

셋째, 만일 과거에 국가가 국민의 생명권과 신체의 자유와 재산권 등 기본권을 침해한 경우, 그러한 국가적 불법에 대하여 진상 규명을 하고 희생된 자들이나 그 유가족들의 명예를 회복하며, 정당한 배상과 보상을 하여야 할 의무는 이러한 기본권보장의무로부터 나오는 것이라고 보아야 할 것이다. 유가족들이 이와 같이 국가로부터 명예회복을 받고, 정당한 배상과 보상을 받을 권리를 우리가 한마디로 ‘신원권’이라고 칭한다면, 이 신원권은 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치와 행복추구권 및 국가의 기본권보장

---

105) 이에 관해서는 방승주, 헌법 제10조, 앞의 주석(주 96), 373.

106) 일본군에 강제징집되어 징용사망을 당한 유족이나 징용부상을 당한 자가 보상입법을 마련하지 않았다고 하여 제기한 입법부작위 헌법소원사건들은 바로 이러한 외세로부터의 국민에 대한 국가의 보장의무로부터 나오는 입법의무를 다루는 것으로 이해할 수 있을 것이다. 가령 헌재 1998. 12. 1. 98헌마393, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위위헌 확인.

의무<sup>107)</sup>, 그리고 헌법 제37조 제1항으로부터 도출되는 기본권이라고 보아야 할 것이다.

또한 이러한 의무는 해당되는 기본권 자체로부터도 도출될 수 있다고 할 수 있다. 즉 대국가적 방어권으로서의 기본권은 국가가 부당하게 그 기본권을 침해할 경우에 국민은 국가에 대하여 그러한 침해의 중지를 요구할 수 있는 청구권이 있을 뿐만 아니라, 침해 후에 그 결과를 제거해 줄 것을 요구할 수 있는 결과제거청구권을 갖는다고 할 수 있다. 국가가 과거에 국민의 생명권과 자유권을 부당하게 침해하고 그에 대하여 아무런 보상을 하지 않은 경

---

107) 같은 취지의 소수의견으로는 권성 재판관, 헌재 2003. 1. 30. 2002헌마358, 판례집 15-1, 148 [각하]: 입법부작위 위헌확인 - 전원재판부: “전쟁이나 쿠데타등 위난의 시기에 국가조직에 의하여 이루어지는 또는 그 비호나 묵인하에 이루어지는 조직적이고 집단적인 개인의 기본권침해가 있었고 이에 대한 구제가 통상의 법체계에 의하여 적절히 이루어지지 않는 법 부재적 상황이 발생한 때에는 헌법 제10조 제2문의 기본권보장의무를 근거로 하여 그 구제를 위한 국회의 특별한 입법의무가 발생한다고 해석하는 것이 마땅하고, 이 사건의 경우가 바로 여기에 해당한다. 따라서 청구인들의 기본권침해가 발생한 날로부터 이미 22년이 경과하였고 헌정을 중단시킨 세력의 집권이 종료된 날로부터 이미 10년이상이 경과한 오늘에 이르러까지 국회가 아무런 특별입법이나 개정입법을 하지 아니한 것은 명백한 입법의무의 위반이어서 헌법에 위반된다.”; 헌재 2003. 6. 26. 2000헌마509 등, 판례집 15-1, 741 [각하]: 입법부작위 위헌확인 - 이 헌법소원은 6.25 사변이 발발한 시기에 제주도 모슬포 등지에서 재판도 없이 민간인 수백명을 군인과 경찰이 집단 학살하여 암매장을 하였다는 것으로 그 유족들이 진상규명과 명예회복, 배·보상 등에 관한 입법을 요구한 헌법소원사건이다. 다수의견은 이를 인정할 만한 구체적 자료가 없다는 이유로 입법의무가 인정되지 않으므로 각하하였으나 권성 재판관은 다음과 같은 반대의견을 주장하였는데, 이 반대의견에 찬성한다. “국회 자신도 6·25 사변을 전후한 시기에 모슬포 등지에서 양민학살사건이 발생하였고 진상조사의 책임과 권능을 가진 국가기관이 이에 대한 조사를 한 바가 전혀 없었다 하여 행정부에 대하여 진상조사를 촉구하는 건의안까지 의결한 바 있었고, 다수의견도 진상조사가 전혀 되어 있지 않다는 것을 인정하고 있는 이상, 더 늦기 전에 그 진상을 알아보도록 명하는 특별법의 입법이 필요한 것이고 50여년이 지난 지금껏 이를 게을리 한 것은 위헌적인 입법부작위가 되는 것을 부인할 수 없을진대, 재판청구의 형식을 빌미로 본안심판을 마다하는 것은 이치에 맞지 않으므로, 이 사건은 각하되어서는 아니되고 본안에 들어가 입법부작위에 대한 위헌확인을 하여야 옳다.” 국가불법행위에 대한 진상조사와 배상 등 관련 입법조치를 하지 않는 데 대한 입법부작위 청구에 있어서는 처음부터 국가가 관련 자료와 증거를 은폐하고 없애 왔었기 때문에 그 자료를 청구인들이 제시하는 것이 거의 불가능에 가깝고, 따라서 이러한 이유 때문에라도 특별법 등을 제정하여 진상조사를 하라는 것이므로, 헌법상 입법의무를 인정해야 할 뿐만 아니라, 이를 이행하지 않고 있는 국회는 입법의무를 위반하고 있는 것임을 확인할 필요가 있다. 다시 한번 헌법 제10조에 규정된 헌법재판소의 기본권 확인의무와 보호의무를 떠올리게 하며, 헌법재판소가 과연 기본권 확인의무를 충실히 이행하고 있는지를 의심케 하는 사례에 해당된다고 본다. 유사사례: 헌재 2003. 5. 15. 2000헌마192 등, 판례집 15-1, 551 [각하].

우, 본인은 물론 그 가족과 유족은 국가에 대하여 기본권침해행위의 결과를 제거해 달라고 요구할 수 있는 청구권이 있다고 할 것이므로, 이러한 청구권으로부터 국가는 국가의 불법행위로 인하여 희생당한 자들과 그 유족들에 대하여 보상을 하고 지원을 할 법률을 제정할 입법의무가 존재한다고 봐야 할 것이다.

#### (5) 재산권제한에 있어서 정당한 보상의무로부터 나오는 입법의무

우리 헌법 제23조 제3항은 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상을 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다고 규정하고 있다. 이는 이른바 불가분조항이라고 하는 것으로서 재산권에 대한 공용수용에 관한 입법의 경우 반드시 정당한 보상에 관한 법률이 규정되지 않으면 안된다는 것을 말한다. 따라서 이러한 정당한 보상에 관한 법률유보는 일종의 기본권제한에 대한 보상입법의 위임이라 할 수 있는 것으로서 여타의 자유권에 대한 제한적 법률유보와는 그 성격을 달리하는 명시적 입법위임<sup>108)</sup>이라 할 것이다.

우리 헌법재판소 판례상 명시적 입법위임을 이행하지 않았음을 이유로 국회의 입법부작위를 위헌으로 확인한 유일한 사례인 조선철도주식회사 사건<sup>109)</sup>에서 헌법재판소는 바로 이 조항을 명시적 입법위임으로 파악한 바 있다.

이 사건은 주지하듯이, 군정법령(軍政法令)에 따른 보상절차(補償節次)가 이루어지지 않은 단계에서 조선철도의통일폐지법률에 의하여 군정법령(軍政法令)을 폐지하고 그 보상에 관하여 아무런 입법조치를 취하지 않은 것이 위헌인지 여부가 문제된 헌법소원사건이다.

---

108) 마찬가지로 공용수용과 관련한 보상규정에 대하여 일종의 헌법위임으로 보는 견해로 Christian Pestalozza, 앞의 논문(주 72), 528. 이 경우 연방헌법재판소는 보상규정이 결여된 수용규정에 대하여 위헌 무효를 선언한 바 있으나(BVerfGE 4, 219, 235), 이에 반하여 Gronefeld는 헌법불합치결정에 찬성한다. Pestalozza, 앞의 논문(주 72), 같은 곳.

109) 헌재 1994. 12. 29. 89헌마2, 판례집 6-2, 395 [인용(위헌확인)]: 조선철도(주) 주식의 보상금청구에 관한 헌법소원 - 전원재판부.

헌법재판소는 이 사건에서 “이와 같이 우리 헌법은 제한 이래 현재까지 일관하여 재산의 수용·사용 또는 제한에 대한 보상을 지급하도록 규정하면서 이를 법률이 정하도록 위임하고 있다. 즉 국가에게 명시적으로 그 입법의무를 부과하여 왔다고 보인다”고 함으로써 헌법 제23조 제3항의 법률유보조항을 명시적인 입법위임 규정으로 보고 있다. 그리고 군정법령 제4조, 제5조에 따른 보상절차가 이루어지지 않은 단계에서 폐지법률에 의하여 군정법령이 폐지됨으로써 대한민국의 법령에 의한 수용은 있었으나 그에 대한 보상을 실시할 수 있는 절차를 규정하는 법률이 없는 상태가 현재까지 계속되고 있으므로 대한민국의 법률에 근거한 수용에 대하여는 그 보상에 관한 법률을 제정하여야 하는 입법자의 헌법상 명시된 입법의무가 발생하였고, 대한민국은 그 의무를 이행하지 아니하고 있다고 보았다.

여기에서 헌법재판소는 헌법상 명시된 입법의무가 “존재”한다는 표현을 사용한 것이 아니라 “발생”하였다고 하는 표현을 쓰고 있다. 즉 헌법에 법률유보의 규정이 존재하여 입법자의 입법의무가 명시되어 있다 하더라도, 입법자의 구체적인 의무가 발생해야 하는 것으로 본 것이다.

아무튼 헌법재판소의 이러한 논리에 입각하여 볼 때에, 헌법 제23조 제3항의 재산권에 대한 수용, 사용, 제한의 경우에 법률로써 하되 정당한 보상을 하도록 한 규정과 같이 기본권제한에 있어서 기본권제한에 대한 일종의 보상규정에 해당하는 법률유보조항은 일단 명시적인 입법위임으로 기능한다고 보아야 할 것이다.

조금 더 논리를 확대시킨다면, 이와 같이 국가의 적극적인 기본권제한에 대한 보상입법과 관련한 것 말고도, 기본권의 실현을 위해서 입법자가 기본권의 내용과 한계를 구체화시키도록 한 조항이나 그 밖의 법률이 정하는 바에 의하여 기본권을 행사할 수 있도록 해 놓은 소위 형성적 법률유보조항들도, 이러한 구체적인 입법형성이 없을 경우에 당사자가 상당기간 동안 기본권을 실현할 방법이 없을 경우에는 입법자가 명시적 입법위임을 위반한 경우가 될 수 있다고 보아야 할 것이다.<sup>110)</sup>

다만 이러한 명시적 입법위임이 있을 경우 입법자가 입법을 하지 않았다고 해서 그러한 부작위가 바로 위헌이 되는 것은 아니고, 상당기간 동안<sup>111)</sup> 입법자가 아무런 입법을 하지 않았어야 하고 이러한 입법부작위로 인하여 당연히 기본권침해가 존재해야 하는 것은 긴 설명을 요하지 않는다.

한편 포락토지에 대한 보상입법을 하지 않은 입법부작위에 대하여 제기한 헌법소원에 대해서는 보상입법을 해야 할 헌법상의 입법의무가 인정되지 않는다는 이유로 각하하였다.<sup>112)</sup> 이 사건에서 헌법재판소는 “피청구인이 이 사건 포락토지에 대하여 공공사업을 시행하였다 하더라도 청구인들에 대하여 보상조치를 취하거나 보상입법을 하여야 할 의무는 헌법 제23조 제1항, 제3항 등 헌법규정이나 헌법해석상 도출할 수 없으며 달리 그러한 의무를 구체적으로 발생시킨다고 볼 만한 법률상의 근거도 없다”고 하면서 헌법상 입법의무를 부인하였는데, 헌법 제23조 제3항의 보상의무 규정에 대하여 명시적이거나 해석상의 입법의무를 부인하였다는 점이 특이할 만하다. 여기에서도 일단 구체적인 입법의무가 인정되려면, 재산권으로부터 보호될 만한 일정한 재산가치 있는 재산권이 청구인에게 존재하여 그에 대한 국가의 박탈을 아무런 보상도 하지 않고서 상당기간 지체한 사정이 있었는지 하는 관점이 중요하게 작용하지 않았을까 생각된다. 다시 말해서 헌법상 인정되는 입법의무라고 하는 것은 단지 헌법상 명문으로 존재하거나 또는 해석상 그 존재의 가능성이 있다고 해서 곧바로 인정될 수 있는 것이 아니라, 청구인의 기본권 침해적 상황이 존재하여 그에 대응하여 입법의무가 발생할 경우에 인정될 수 있는 것으로 판단하고 있다고 생각된다.

민통선 부근에 전략촌을 건설하게 한 후, 그 사용·수익·처분을

---

110) 우리 헌법이 규정하고 있는 기본권장에서의 법률유보에 관해서는 방승주, 앞의 논문(주 33), 125.

111) 헌법재판소가 입법부작위를 위헌으로 확인한 사건들을 살펴보면 대체로 20년 이상 입법의무를 이행하지 않은 경우(가령 치과전문의 사건 1998. 7. 16. 96헌마246)가 바로 여기에 해당한다고 보이지만, 물론 이러한 기간이 절대적일 수는 없다.

112) 현재 1999. 11. 25. 98헌마456, 판례집 11-2, 634 [각하]: 포락토지불보상 등 위헌확인.



제한하여 재산권침해를 야기하고 있음에도 불구하고 국회가 아무런 보상입법을 마련하지 않고 있다고 주장하면서 입법부작위에 대하여 다툼 헌법소원심판청구<sup>113)</sup>의 경우나, 또는 구 도시계획법 제21조에 의하여 개발제한구역의 지정으로 인한 재산권제한에도 불구하고 보상입법을 하지 않은 입법부작위에 대하여 제기한 헌법소원심판청구<sup>114)</sup> 사건에서도 역시 헌법상 입법의무가 인정되지 않는다는 이유로 심판청구가 각하되었기는 하지만, 이것들도 같은 맥락의 사건들이라고 볼 수 있다.

## 나. 헌법해석에 의한 입법의무

### (1) 기본권보호의무로부터 나오는 입법의무

아직까지 헌법재판소가 기본권보호의무의 위반을 명시적으로 확인한 판례는 찾기가 힘들다. 다만 행정부작위의 위헌성을 확인한 위안부피해자 헌법소원사건<sup>115)</sup>과 원폭피해자 헌법소원사건<sup>116)</sup>에서 헌법재판소는 정부가 위안부피해자와 원폭피해자에 대한 배상문제의 해결을 위해서 적극적인 외교적 노력을 하지 않는 부작위는 당사자의 인간존엄권을 침해하는 것이라고 확인한 바 있다.

기본권보호의무 위반을 부인한 사례는 여러 건이 있다.<sup>117)</sup> 교통

113) 헌재 2008. 4. 8. 2008헌마195, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인.

114) 헌재 1999. 1. 28. 97헌마9, 판례집 11-1, 45 [각하]: 입법부작위 위헌확인.

115) 헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788, 판례집 23-2 상, 366 [인용(위헌확인)]: 대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 제3조 부작위 위헌확인. - 행정부작위에 대한 헌법소원에서 정부의 헌법상 입법의무를 인정하고 그 위반을 확인한 사례임. 다만 이러한 부작위에 대해서 부작위위법확인소송의 행정소송을 거칠 수 있는가, 즉 보충성 요건 결여 여부의 문제에 대해서 아무런 검토 없이 위헌여부에 대한 판단으로 들어가고 있는데, 아마도 행정소송을 거쳐 봐야 권리구제의 기대가능성이 없는 것으로 보고 보충성의 원칙의 예외를 인정했을 가능성이 있다고 생각한다. 반대의견의 경우 헌법상 작위의무가 인정되지 않는 공권력의 불행사에 대한 헌법소원으로 부적법하다고 하는 입장이며, 또한 이 사건 협정 제3조의 외교적 해결의무는 고도의 정치행위 영역으로서 헌법재판소의 사법심사의 대상은 되지만 사법자체가 요구되는 분야에 해당한다는 입장이었다.

116) 헌재 2011. 8. 30. 2008헌마648, 판례집 23-2 상, 417 [인용(위헌확인)]: 대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 제3조 부작위 위헌확인.

사고처리특례법 제4조 제1항 합헌결정<sup>118)</sup>(이 결정은 제2차 결정<sup>119)</sup>에서 위헌결정으로 판례가 변경되었으나 여전히 기본권보호 의무 위반은 부인되었다), 공직선거법상 확정기사용금지 부작위사건<sup>120)</sup>, 사산된 태아의 권리능력을 부인하는 해석을 전제로 하는 민법 제3조에 대한 헌법소원사건<sup>121)</sup>, 미국산 쇠고기 및 쇠고기 제품 수입위생조건 위헌확인사건<sup>122)</sup>, 범죄피해자구조법 제2조 제1호 등 위헌확인사건<sup>123)</sup>, 태평양전쟁 전후 국외 강제동원희생자 등 지원에 관한 법률 제1조 위헌확인사건<sup>124)</sup> 등이 그것이다.

## (2) 평등원칙으로부터 나오는 입법의무

헌법 제11조의 평등의 원칙과 그 밖의 특별한 평등권을 보장하고 있는 헌법규정으로부터 입법의무가 도출될 수 있는 것은 당연하다.

그러나 이러한 평등원칙 내지 평등권이 먼저 직접적으로 구체적인 입법의무를 부과하는 것은 아니다.<sup>125)</sup> 오히려 국가가 일정한

117) 이에 대한 자세한 것은 방승주, 헌법 제10조, 앞의 주석(주 96), 381-382.

118) 현재 1997. 1. 16. 90헌마110 등, 판례집 9-1, 90 [기각,각하].

119) 현재 2009. 2. 26. 2005헌마764 등, 판례집 21-1 상, 156 [위헌]. 이에 대한 비판적 평석으로는 방승주, 교통사고처리특례법 제4조 제1항의 위헌여부 심사기준, 법률신문 2009년 3월 26일자 제3733호, 판례평석 참조.

120) 현재 2008. 7. 31. 2006헌마711, 판례집 20-2 상, 345 [기각]: 입법부작위 위헌확인. 이 사건은 부작위헌법소원사건에서 유일하게 발견된 기각결정이라는 점에 그 특이점이 있다. 그리고 본안 판단에서 심사기준을 과소보호금지원칙으로 해야 할 것인지 아니면 과잉금지원칙으로 해야 할 것인지에 관하여 재판관들 사이에 논란이 이루어진 대표적 사례이다. 이 사건에 대한 분석을 통하여 기본권보호의무 위반 사례에 있어서 심사구조를 어떻게 해야 할 것인지를 좀 더 분명하게 검증해 볼 수 있을 것이다. 4인의 반대 의견은 “어떠한 경우에 과소보호 금지의 원칙에 미달하게 되는지에 대해서는 일반적·일률적으로 확정할 수는 없다. 이는 개별 사례에 있어서 관련 법익의 종류 및 그 법익이 헌법질서에서 차지하는 위상, 그 법익에 대한 침해와 위협의 태양과 정도, 상충하는 법익의 의미 등을 비교 형량하여 구체적으로 확정하여야 한다”고 하는 대략적 기준을 제시하고 있는데, 여기에서 제시된 요소들을 감안하여 좀 더 심층적으로 구조화하는 방법이 가능할 것으로 보인다.

121) 현재 2008. 7. 31. 2004헌바81, 판례집 20-2 상, 91 [합헌,각하].

122) 현재 2008. 12. 26. 2008헌마419 등, 판례집 20-2 하, 960 [기각,각하].

123) 현재 2011. 12. 29. 2009헌마354, 판례집 23-2 하, 795 [기각]. 이에 관한 평석으로는 방승주, 범죄피해자구조청구권의 기본권주체, 유럽헌법연구 제19호(2015. 12), 155-191.

124) 현재 2011. 12. 29. 2009헌마182 등, 결정문[기각].

125) 같은 취지의 헌법재판소 결정으로 가령 현재 1996. 11. 28. 93헌마258, 판례집 8-2, 636.

국민 집단에 대하여 일정한 혜택을 부여하거나 급부를 제공하는 경우에, 다른 비교대상이 될 수 있는 동일한 유형의 국민집단은 바로 헌법 제11조나 또는 헌법 제36조 제1항(양성평등), 헌법 제41조 제1항, 제67조 제1항(보통선거, 평등선거)에 근거하여 자신의 평등권이 침해되었다고 주장을 할 수 있다. 특히 이러한 경우에 국민들은 관련 법률조항이 자신들은 수혜대상에서 배제하였으므로 자신들을 수혜대상에 포함시키지 않은 입법부작위를 다룰 수 있는데, 이러한 경우에 우리 헌법재판소는 대부분 부진정입법부작위라고 보고, 관련되는 불완전·불충분한 법률 자체에 대하여 다룰 것을 요구하고, 진정입법부작위 헌법소원을 각하하고 있음은 전술한 바 있다.

그러나 어쨌든 국민의 입장에서서는 자신들을 수혜대상에 포함시키지 않은 부작위에 대해서 다루고 있는 것이므로, 구체적으로 그것이 진정입법부작위에 속하는지 부진정입법부작위에 속하는지는 큰 관심거리가 아니다. 그리고 그들이 입법자에게 평등원칙에 부합하는 혜택부여를 요구할 수 있는 실체법상의 청구권을 진정부작위인지 부진정부작위인지가 애매한 상태에서 청구인에게 불리하게 적용하여 청구를 각하하는 것은 바람직하지 않다.

필자의 새로운 구분론에 의하면 일정한 국민집단을 수혜대상에 포함시키지 않기로 하는 적극적인 배제나 거부적 결정이 존재하는 경우에는 이 배제조항 자체를 헌법소원의 대상으로 삼을 수 있을 것이므로 일단 소송법적으로는 부진정입법부작위로 다룰 수 있다. 그러나 입법자의 명시적인 배제나 거부적 결정이 없이 암시적으로 일정한 인적 집단을 혜택에서 배제하는 경우라면, 청구인들은 헌법소원의 대상으로 다룰 만한 명시적 법률조항이 없기 때문에, 입법자의 나머지 부작위를 다룰 수밖에 없는데다가, 이러한 부작위 부분은 기존의 혜택부여법률과 가분적이며 독자성을 띠었다고 볼 수 있으므로, 독자적인 헌법소원심판청구의 대상성을 인정해야 할 것이다. 그리하여 상당기간 동안 비교대상이 되는 인적 집단을 다른 집단에 비하여 부당하게 차별하는 법률을 개정하지 않고 있었던 한, 이는 헌법상 인정되는 입법의무를 이행하지 않은 것이라

볼 수 있을 것이므로, 이러한 진정 또는 절대적 입법부작위에 대하여 위헌확인을 하고, 입법자에게 입법개선 의무를 부과하도록 하여야 할 것이다. 물론 현행 실무에서는 종래의 구분론에 따라 진정입법부작위로 보고, 보통 관련 법률조항에 대하여 적용중지를 명하는 헌법불합치결정을 내리게 될 것이다.<sup>126)</sup>

다음으로 혜택부여의 내용이나 대상과 관련하여 물적으로 불완전·불충분성을 다투는 경우에는 이러한 불완전·불충분성은 기존의 혜택부여법률과 밀접 불가분의 관계에 있는 것이므로 이 경우에도 그 법률에 대하여 헌법소원심판을 청구해야 할 것이다.

### (3) 기타

#### ① 의회유보

의회유보는 앞의 독일의 논의에서 언급하였듯이 본질적이고 중요한 결정은 국회가 스스로 하고 이를 행정부로 위임하지 말라고 하는 것이다. 입법사항과 관련해서 말한다면, 본질적이고도 중요한 입법사항은 행정입법으로 위임하지 말고 형식적인 의미의 국회 스스로가 결정하지 않으면 안된다는 것이며, 우리 헌법재판소는 이를 의회입법의 원칙이라고 칭하기도 한다. 다만 의회유보의 경우에는 이와 같이 위임금지를 의미하는 데 비하여, 법률유보의 경우는 일정한 입법사항에 대하여 행정입법으로의 위임이 가능하다고 하는 전제 하에 서 있다고 하는 점에서 양자는 내용상 서로 구분됨에도 헌법재판소는 이 두 개념을 굳이 구분하지 않고 혼용하고 있는 것으로 보이는데, 앞으로 명확히 구분을 해서 사용해야 할 것이라고 보인다.

결국 무엇이 본질적이고도 중요한 입법사항인가 하는 것이 문제 될 텐데, 이 문제와 관련해서도 일단 기준이 되는 것은 헌법이라고 해야 할 것이다. 즉 헌법이 명시적으로 기본적인 사항은 법률

---

126) 일부 부작위 위헌확인 결정과 평등에 위반되는 혜택배제로서 헌법불합치결정이 법적 효과에 있어서는 입법자의 개정시까지 위헌법률의 적용중지라는 점에서 동일하다고 하는 지적으로는 Peter E. Hein, 앞의 책(주 73), S. 59.

로 정한다고 하는 의미의 규정이 있다면(가령 헌법 제31조 제6항) 이는 당연히 국회가 제정하는 형식적 의미의 법률을 의미하는 것이지, 행정입법을 포함하는 실질적 의미의 법률을 의미한다고 볼 수는 없는 것이다. 그 밖에도 국민의 기본권제한과 관련되는 입법사항은 전반적으로 중요하고도 본질적인 입법으로서 형식적인 의미의 입법자인 국회가 직접 행하지 않으면 안 된다고 보아야 한다.<sup>127)</sup>

그러므로 이러한 위임금지를 내포하는 의회유보 내지 의회입법의 원칙을 위반하여 행정입법으로 위임하거나 아니면 헌법 제75조에 따라 위임은 허용되어 있으나 구체적으로 범위를 정하지 않고서 행한 포괄위임의 경우 국회 스스로가 입법의무를 해태한 것이라 할 수 있을 것이기 때문에 이 역시 입법부작위의 일종이 된다고 보아야 할 것이다. 그런데 관련 수권규정이 있을 경우가 대부분일 것이기 때문에, 이 경우에는 관련규정인 수권규정이 헌법상 의회유보 원칙으로부터 나오는 본질적인 입법사항에 대한 입법의무를 불완전하게 입법한 것이므로 부진정입법부작위로서 해당 법률조항이 위헌으로 될 가능성이 있다.

다만 국가조직법상의 입법의무를 국가가 위반한 경우에 그 위헌을 주장하면서 국민이 가령 그러한 입법부작위로 인한 헌법 제10조의 행복추구권침해를 근거로 하여 헌법소원심판을 청구할 수 있을 것인가의 문제가 제기된다. 그러나 이와 같이 국가의 객관적인 헌법위반의 경우에까지 모두 헌법소원의 적법성을 인정하게 되면 흔히 우려하는 헌법소원이 민중소송이 될 우려가 없지 않은 것도 사실이므로, 이 문제에 대해서는 신중히 접근해야 할 필요가 있을 것이다.<sup>128)</sup>

---

127) 방승주, 법률유보와 의회유보, 헌법실무연구, 헌법실무연구 제10권, 2009, 1-29 (3).

128) 이 문제에 대해서는 Bethge, Herbert, Die Grenzen grundrechtlicher Subjektivierung objektiven Verfassungsrechts, in: FS für Josef Isensee, Staat im Wort, Heidelberg, S. 613 ff. 참고.

## ② 헌법재판소의 헌법불합치결정으로 인한 입법개선 의무

한편 헌법재판소의 헌법불합치결정의 입법개선을 위한 기한을 준수하지 않은 경우에도 입법자에게는 입법개선 의무가 발생한 상태이므로 역시 입법부작위 상태가 발생할 수 있다고 할 수 있으며<sup>129)</sup> 선거구획정과 관련하여 이러한 사건이 현실적으로 발생하여 선거구획정에 관한 국회법개정을 하지 않은 입법부작위에 대하여 헌법소원심판이 청구된 사례<sup>130)</sup>가 있다.

## ③ 평화통일조항으로부터 나오는 통일정책 수행의무와 기본권보호의무

전술한 바와 같이 독일 연방헌법재판소는 최근 유럽 통합책임으로부터 국가기관의 일정한 행위의무를 도출해 내고 있는데, 그와 유사하게 우리 헌법 제4조의 평화통일조항으로부터도 국가가 평화통일 정책을 제대로 수행할 의무를 도출해 낼 수 있을 것이라 생각된다. 또한 그러한 정책 수행과정에서 가령 박근혜 정부 하에서 일어났던 개성공단에 대한 일방적 철수 사태의 경우에서 볼 수 있듯이 국민들이 뜻하지 않게 재산상의 피해들을 입을 수 있기 때문에, 국가는 통일정책을 수행하는 과정에서 국민의 기본권을 충분히 보호하면서 정책을 추진할 의무를 진다고 할 수 있을 것이다.

129) 이에 관하여는 Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., 2012, Rn. 549, 1475 f.

130) 현재 2016. 4. 28. 2015헌마1177 등, 판례집 28-1 하, 141 [각하]. 이 사건에서 헌법재판소는 헌법불합치결정에도 불구하고 입법개선시한까지 개선입법을 하지 아니하여 국회의원 선거구에 관한 법률이 존재하지 아니하게 된 경우에 국회에 국회의원의 선거구를 입법할 헌법상 의무가 존재하며, 또한 입법 의무를 상당한 기간을 넘어 정당한 사유 없이 지체하였음을 인정하기는 하였으나, 심판청구 이후 국회가 국회의원의 선거구를 확정함으로써 권리보호이익이 소멸하였다고 보았다. 그러나 이정미, 안창호, 서기석, 조용호 재판관의 반대의견은 피청구인의 이 사건 입법부작위는 입법제량의 한계를 넘는 입법부불이행으로서 제20대 국회의원선거에 출마하고자 하는 자 등의 선거운동의 자유 및 선거권자의 선거권 등을 침해한다고 보았다. 반대 의견의 논리에 더 설득력이 있다고 보인다. 즉 선거구구역표에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정과 입법개선 시한에도 불구하고 이 기한을 경과시켜 개정하지 않는 사태가 계속 반복적으로 이루어질 가능성이 있는 점, 그리고 이러한 경우 그 위헌성에 대하여 객관적으로 해명해야 할 필요성이 있는 점 등을 고려할 때 심판의 이익이 인정된다고 할 수 있고, 또한 이러한 입법지체는 청구인들의 기본권을 침해하였다고 할 수 있기 때문에 이 점을 분명히 확인해 줄 필요가 있었다고 보인다. 다만 반대 의견은 입법제량의 한계를 일탈하였기 때문에 위헌이라고 하고 있다.

## II. 입법부작위의 유형과 사례

전술한 명시적 입법의무나 해석으로부터 나오는 입법의무를 입법자가 이행하지 않는 형태에는 그러한 입법의무를 전혀 이행하지 않는 진정입법부작위와 입법자가 입법의무를 이행하기는 했으나 불완전·불충분하게 이행한 경우에 해당하는 부진정입법부작위로 나눌 수 있다.

이러한 분류는 독일의 학설과 한국의 학설·판례로 대체로 받아들여지고 있으나, 진정입법부작위와 부진정입법부작위의 개념에서 다루었듯이 이 양자의 구분이 명확하지 않음으로 인하여 새로운 기준이 정립되어야 할 필요성이 제기되고 있다. 이하에서는 판례를 통하여 구체적으로 문제가 된 사건들을 중심으로 진정입법부작위와 부진정입법부작위로 나누어서 살펴보고, 각 사건에서 적법요건과 본안판단에서의 심사구조를 정립할 수 있는 실마리를 찾아보기로 한다.

### 1. 독일의 판례와 학설

독일의 경우 전술한 바와 같이 헌법소원의 대상은 공권력의 행사, 즉 작위(Handeln)뿐만 아니라, 불행사 즉 부작위(Unterlassen)가 될 수 있다.<sup>131)</sup> 형식적 입법자인 의회의 부작위도 헌법소원의 대상이 될 수 있는 것은 당연하다.<sup>132)</sup> 문제는 기본권이나 기본권 유사적 권리로부터 입법자의 적극적인 행위를 요구하는 헌법위임이 도출될 수 있을 경우에 제기된다. 이러한 헌법위임을 도출시킬 수 있는 기본권이론적 매개가 전술한 바와 같은 기본권보호의무이거나 제도보장이라고 할 수 있다. 독일에서 고전적인 예로 들 수 있는 것이 기본법 제33조 제5항인데 이 조항은 직무에 적합한 급여를 요구할 수 있는 공무원의 기본권유사적 권리를 포함하는데,

---

131) BVerfGE 69, 161 (167).

132) BVerfGE 56, 54 (70); 129, 124 (176). Maunz/Schmid-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG § 90, 53 El. Februar 2018, Rn. 218.

이 권리는 입법자에게 적정한 급여와 연금을 법률로 보장할 의무를 지운다. 만일 형식적 입법자인 의회가 이러한 의무를 해태하는 경우 헌법소원으로 이러한 의무의 위반을 주장할 수 있다.<sup>133)</sup>

이미 앞에서 언급하였듯이 독일에서는 부작위의 단계와 유형을 다양하게 구분하고 있는데, 물론 그 한계설정은 유동적이다. 누구에게든지 받아들여지는 개념이란 있을 수는 없다. 독일 학계에서도 아직까지는 전술한 진정부작위와 부진정부작위의 개념을 기초로 논의가 이루어지고 있으며, 또 절대적 부작위와 상대적 부작위의 개념을 선호하는 입장들<sup>134)</sup>도 있음은 전술한 바와 같다.

다만 독일 연방헌법재판소는 진정 입법부작위와 부진정 입법부작위라고 하는 개념 자체를 쓰고 있는 것을 찾기 어렵다. 이는 그 구별 자체가 애매모호하기 때문이 아닌가 생각된다. 이하에서는 일단 연방헌법재판소가 주문에서 입법자의 부작위에 의하여 청구인의 기본권이 침해되었다고 하는 확인이 이루어진 판례들은 - 이 경우 대부분은 이유에서 일부 헌법위임을 이행한 법률 자체의 무효선언은 지금까지의 상태보다 훨씬 더 위헌적인 상태를 초래할 뿐만 아니라, 청구인이 그것을 요구하는 것도 아니라고 하는 판시가 나오는데, 결국 이는 암시적 계속효력명령<sup>135)</sup>에 해당한다고 볼 수 있다. - 일단 부작위 헌법소원을 인용한 것으로 보고, 이를 진정입법부작위로 분류하기로 한다. 헌법위임이 있음에도 불구하고 입법자가 그 해석을 잘못하여 일정 범주의 인적 집단을 입법에 포함시키지 않은 경우, 이러한 인적 집단의 입장에서는 관련 법률이 전혀 없는 것이나 마찬가지라고 볼 수 있을 것이다. 특히 일정한 인적 집단에 대한 명시적 배제규정 자체가 존재하지 않을 경우에는 위헌·무효를 시킬 수 있는 대상 자체가 존재하지 않기 때문에, 입법적 누락 내지는 입법의무의 불이행이라고 봐야 할 것이다. 따

---

133) BVerfGE 8, 1 (10 ff.); 107, 218 (236f.); 114, 258 (274); 125, 39 (78); 139, 19 (57).  
Maunz/Schmid-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG § 90, 53 El. Februar 2018, Rn. 218.

134) Philipp Stark, in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), BVerfGG, 2. Aufl., 2005, § 95 Rn. 34.; Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., 2012, Rn. 790 f.;  
Maunz/Schmid-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG § 90, 53 El. Februar 2018, Rn. 218.

135) 이에 대해서는 방승주, 독일연방헌법재판소에 의한 경과규정, 심천 계획열박사회잡기념, 공법학의 현대적 지평, 1995, 436-527 (449-452).



라서 입법자가 입법의무를 이행함에 있어서 일정한 인적 집단을 포함시켰어야 함에도 이를 누락시켰다면, 이러한 인적 범위와 관련된 불완전·불충분한 입법의 경우는 일부 입법부작위로서 진정입법부작위에 포함시키기로 한다. 독일 연방헌법재판소는 이러한 결정들의 주문에서 “입법자”, “부작위”, “기본권침해”를 언급하고 있으며, 이유에서는 불완전한 입법에 대해서 헌법에 위반되지만 무효선언은 고려되지 않는다고 확인<sup>136)</sup>하거나, 또는 기존 법률에 대하여 합헌을 선언하면서도, 입법자에게 입법의무가 있음을 확인하면서 법개정을 촉구<sup>137)</sup>하거나, 최근에는 법률에 대하여 합헌을 선언하면서, 동시에 입법자의 부작위에 대해서는 위헌확인을 하기도 한다.<sup>138)</sup>

그에 반하여 입법자가 일정한 인적 집단에 대하여 명시적으로 혜택을 배제하기로 하였거나, 또는 혜택을 부여하기는 하였지만 그 혜택의 내용<sup>139)</sup>이나 시기와 관련하여 불완전·불충분한 입법을 한 경우에는 혜택에서 배제된 인적 집단들이 관련 법률조항에 대해서 다툴 수 있을 뿐만 아니라, 인적 집단에 대한 명시적 배제규정이나, 불완전·불충분한 혜택의 내용규정이 위헌·무효로 선언되는 경우, 그들 역시 혜택의 범주에 포함될 수 있거나 혜택의 내용이 보다 유리한 방향으로 개선될 수 있는 가능성이 있게 된다. 따라서 이와 같은 경우에는 주로 평등에 위반되는 혜택배제 사례에서 발생할 수 있게 되는데, 이러한 유형의 사례들은 대부분 기존의 법률 그 자체에 대한 헌법소원을 통하여 소송법적으로 문제가 해결될 수 있게 된다. 경우에 따라서는 해당 법률조항이 헌법위임규정과 평등조항에 동시에 위반되기도 한다. 이러한 유형의 사건들의 경우 독일 연방헌법재판소는 해당 법률조항에 대하여 헌법불합치를 선언하고, 입법자에게 입법개선 의무를 부과하는 것이 보통

136) BVerfGE 8, 1. 이유에서 입법부작위에 대한 위헌확인 판결의 원칙에 대하여 밝히고 있는 관례로서 BVerfGE 6, 257.

137) BVerfGE 53, 257; 15, 46; 40, 1.

138) BVerfGE 68, 272; 142, 313.

139) 혜택의 “인적(personell)” 확대와 “내용적(sachlich)” 확대에 대해서는 Christian Pestalozza, 앞의 논문(주 72), 530.

이다.<sup>140)</sup> 따라서 이러한 유형들은 일단 평등에 위반된 혜택배제 사례들로서 부진정 입법부작위로 분류할 수 있을 것이다. 물론 전술한 바와 같이 이러한 사례들까지 독자적이고 분리가능한 상대적 입법부작위로서 헌법소원의 적법성을 인정하는 데 아무런 문제가 없다고 보는 견해<sup>141)</sup>도 없는 것은 아니며, 이 견해가 꽤 설득력 있게 들리는 측면이 있기는 하지만 일단 이러한 사례들은 부진정 입법부작위 사례로 포함시키기로 한다.

이와 같은 새로운 분류, 즉 정리하자면 헌법상 입법의무를 전혀 이행하지 않거나, 인적 집단과 관련하여 불완전·불충분한 입법, 인적 집단의 암시적·묵시적 배제는 진정입법부작위의 카테고리에 속하는 데 반하여, 헌법상 입법의무를 이행하였으나 혜택의 인적 범주가 아니라 혜택의 내용과 시기 등과 관련하여 불완전·불충분하게 입법을 한 경우, 그리고 인적 집단에 대한 명시적 배제<sup>142)</sup>가 있는 경우는 헌법소송법상으로 부진정입법부작위 사례로 하는 필자의 이러한 분류는, 지금까지 인적 범위와 관련되는 불완전·불충분한 입법까지 모두 부진정입법부작위로 파악하던 종래 우리 헌법재판소의 다수견해나 통설의 입장과는 완전히 다른 구분이라고 할 수 있다. 그러나 실제로 독일 연방헌법재판소의 결정주문들을 자세히 분석해 보면 우리의 종래 분류에 따른 진정입법부작위, 즉 입법의무를 전혀 이행하지 않았다는 이유로 헌법소원을 인용한 판례는 전혀 보이지 않고, 일부 입법부작위라고 할 수 있는 인적 집단의 묵시적 배제나 누락 사례의 경우에 결정 주문에서 명시적으로 입법자의 일부 부작위의 위헌을 확인하고 있다는 점에서, 독일

140) BVerfGE 18, 288; 22, 349.

141) Jakob Seiwerth, 앞의 책(주 20), 66 이하.

142) 비록 일정한 혜택부여에 대한 입법적 거부 내지 거절에 해당된다고 볼 수 있는 명시적 배제의 경우도 일정한 인적 집단에 대해서는 헌법적 입법의무가 있는 혜택에서 배제를 하였다든 점에서 실질적으로 보면 일부 부작위에 해당된다. 그러나 헌법소송법적 차원에서 청구인은 바로 이 명시적 배제규정에 대하여 위헌·무효를 청구할 수 있을 것이기 때문에 이 경우 청구인은 이러한 배제조항 자체에 대해서 직접 헌법소원으로 다투어야 할 것이고, 이러한 유형의 사례들에 대해서 소송법적·형식적으로 우리는 일단 부진정입법부작위의 사례에 포함시킬 수 있을 것이나, 실질적 또는 상대적으로 보면 여전히 입법자가 헌법상 입법의무를 완전하고도 충분히 이행하지 않았다는 점에서 실제법적 일부 부작위로 평가하는 것이 보다 더 냉철한 판단이라고 생각된다.

연방헌법재판소의 판례의 실제 상황을 보다 정확하고 의미 있게 평가·분류한 것이라고 생각된다.

다만 입법부작위에 대한 헌법소원심판 대상성에 관한 연방헌법재판소의 태도가 어떠했는지에 관하여 전체적으로 간단하게 개관<sup>143)</sup>을 해 본 뒤에 중요한 판결들의 구체적 내용들을 주로 진정 입법부작위를 중심으로 하여 살펴보기로 한다.

초기<sup>144)</sup>에 연방헌법재판소는 입법자의 부작위에 대한 적법한 헌법소원의 효과에 대해서는 규정되지 않았으며 개별 국민이 입법자의 행위를 요구할 수 있는 소구가능(訴求可能)한 청구권을 원칙적으로 가질 수 없다고 하는 이유에서 입법자의 부작위에 대한 헌법소원가능성을 부인하였다. 이에 따라 연방헌법재판소는 하등의 입법기관이 아니며, 입법자를 대체하는 것은 자신의 일이 아니라는 것이다. 입법자의 부작위를 위헌이라고 사법적으로 확인하는 것은 국가기관 간의 권한질서에 변동을 초래하는 것이라고 보는 것이다.

그러나 연방헌법재판소는 헌법상 입법자의 명시적인 행위의무가 있는 경우에는 이에 대한 예외를 인정하기 시작하였다. 그리고 기본권 보호의무 등으로부터 입법자의 행위의무가 도출될 수 있는 영역에서도 입법자의 부작위에 대한 소원가능성을 인정하였다.<sup>145)</sup> 그리고 최근 들어와 연방헌법재판소는 유럽 통합의 맥락 가운데서 명시적인 헌법위임의 요건을 심사기준의 형성 차원에서 도출하였다. 하지만 최신 판례에서 연방헌법재판소는 이러한 명시적 헌법위임을 굳이 포섭과정에 끌어들이려 하지 않고 있다고 한다.<sup>146)</sup> 통합책임 그 자체이든 아니면 그 통합책임으로부터 도출되는 어떠한 의무도 기본법에 명시적으로 언급되어 있지 않았음에도 불구하고, 연방정부와 연방의회가 통합책임으로부터 유래되는 의무<sup>147)</sup>에

---

143) 이를 위하여는 독일 연방헌법재판소 재판관인 Michael Gerhardt의 앞의 논문(제1장 주 12)과 Walter, GG Art 93, in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 84. EL August 2018 등 자료들을 참고한다.

144) 1951. 12. 19. BVerfGE 1, 97 결정(이에 대하여는 제3장에서 후술)과 1960. 7. 5. BVerfGE 11, 255 결정.

145) BVerfGE 77, 170 (214).

146) Walter, GG Art 93, in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 84. EL August 2018, Rn. 346.

위반하였음을 주장하는 것으로 충분하다고 하였다. 이러한 연방헌법재판소의 판례는 기본권 보호의무와 관련된 판례에서 굳이 명시적인 헌법위임을 입법부작위에 대한 헌법소원의 요건으로 찾고 있지 않는 다른 판례들과 궤를 같이 하는 것이라고 이해할 수 있을 것이다.

다음으로 보호의무 위반이 문제된 경우에는 과연 진정입법부작위와 부진정입법부작위를 어떻게 구분해야 할 것인지의 문제가 제기된다. 특히 입법자의 보호의무 위반을 다루는 헌법소원에 있어서 첫 번째 어려움은 헌법소원대상을 정확하게 특정하는 것인데, 이에 대하여는 헌법소원청구가 보호의무에 합치되는 규정을 입법자가 제정하지 않은 부작위를 대상으로 하고 있는지, 아니면 입법자가 행위를 전혀 안한 것은 아니기 때문에, 보호의무에 합치되지 않는 구체적 규정 자체를 대상으로 하고 있는지에 따라서 전자는 진정 부작위 후자는 부진정 부작위로 보아야 할 것이라고 하고 있는 뢰스틀(Möstl)<sup>148)</sup>의 주장이 아주 타당하다고 생각된다. 나아가 뢰스틀(Möstl)은 입법자가 현존하는 보호의무에도 불구하고 “전혀” 아무런 행위를 하지 않는(gänzlich untätig) 경우에만 진정입법부작위라고 받아들이는 판례와 학설의 설명은 잘못된 것이라고 분명하게 지적하고 있는데<sup>149)</sup> 타당하다고 생각한다. 만일 이와 같이 보는 경우에는 역시 보호의무위반과 관련한 입법부작위에 대한 헌법소원은 사실상 거의 유명무실하게 될 것이기 때문이다. 뢰스틀(Möstl)이 잘 지적하고 있듯이 오늘날 법질서의 완벽성을 고려해 보면 입법자가 기본권적 법익의 위협상황에 대하여 전혀 아무런 대처를 하지 않는 상황은 사실상 거의 생각하기 힘들다. 즉 그것이 가령 경찰법상의 일반조항이든 또는 민법상 불법행위 규정이든 일정 유형의 보호와 관련된 규정은 항상 존재한다. 그러한 상

---

147) BVerfGE 134, 366; 135, 317; 142, 123.

148) Markus Möstl, Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflichten, DÖV 1998, S. 1029 ff.(1030). 또한 이를 인용하며 Michael Gerhardt, 앞의 논문(제1장 주 12), 17. 뢰스틀(Möstl)의 이러한 이론을 받아들여 국가의 기본권보호의무와 관련된 부작위에 대한 헌법소원에 대하여 논하는 문헌으로는 방승주, 교통사고처리특례법과 국가의 기본권보호의무, 헌법소송사례연구 2002, 440-486 (450-453).

149) Möstl, DÖV 1998, S. 1030.

황에서 어떠한 보호의무위반에 대하여 헌법소원이 제기되었을 경우에 가령 경찰법상의 일반조항과 같은 일정한 법률조항이 헌법에 위반된다고 하는 취지로 받아들일 수는 없다. 오히려 문제가 되는 것은 이러한 일반조항을 넘어서 추가적인 보호에 대하여 요구할 수 있는지 여부이다. 입법자가 해당 권리의 보호영역에서 전혀 아무런 행위를 하지 않은 것이 아니라고 해서, 이러한 추가적인 보호가 지금까지 이루어지지 않았다는 사실이 달라지는 것은 아니라는 것이다.<sup>150)</sup> 뢰스틀(Möstl)은 나아가 작위인가 아니면 부작위인가의 구별을 위하여 다소 논란의 여지가 있을 수 있는 “명시적이거나 암시적이거나”<sup>151)</sup>라고 하는 부가어를 삽입하면서 다음과 같은 기준을 제시하고 있다. 즉 입법자가 헌법소원청구인이 주장하는 보호청구권을 명시적(explizit)이거나 암시적(implizit)으로 - 이 경우에 선택된 법률조항의 표현은 문제되지 않는다 - 전부 또는 일부 “거부적 결정”을 한 경우에는, 법률에 대한 헌법소원으로 다루고 있는 작위, 즉 부진정 부작위라고 할 수 있다는 것이다.<sup>152)</sup> 즉 여기에서의 “부작위”는 단지 내려진 결정의 반사(Reflex)에 불과하다는 것이다. 청구인의 청구에 대한 입법자의 결정이 이미 이루어졌다는 것은 연방헌법재판소가 이미 존재하는 - 상반된 -

---

150) Möstl, DÖV 1998, S. 1030.

151) 위에서도 설명한 바와 같이 주로 평등원칙과 관련된 혜택부여 내지 혜택배제 사건과 관련된 것이기는 하지만 독일 연방헌법재판소는 입법자의 거부적 결정이 있는 경우에는 이를 부작위라고 할 수는 없는 것이므로, 이러한 거부적 결정을 확인할 수 있는 명시적 배제조항이 있는 경우에는 그 배제조항 자체에 대한 헌법소원만 허용된다고 보고 있으며, 이에 반하여 배제조항이 명시적이지 않고 암시적 또는 묵시적인 경우에는 청구인이 다룰 수 있는 대상 자체가 없고, 또 적극적인 암시적 배제조항을 무효로 선언해 봐야 청구인에게 혜택이 확대되지도 않고 오히려 지금까지 혜택을 받아 오던 자들의 혜택이 사라지게 될 뿐이며, 더욱이 이러한 혜택들은 헌법위임에 근거하여 그 법률의 존재를 필요로 한다는 이유로, 이러한 경우에는 부작위에 대한 헌법소원으로 다룰 수밖에 없는 것으로 보고 입법자의 부작위 위헌확인을 하고 있는 것을 볼 때, 뢰스틀(Möstl)의 이러한 입장은 연방헌법재판소의 이러한 판례들과는 어느 정도 거리가 있는 것으로 보이며, 오히려 평등에 위반된 혜택배제와 같은 상대적 부작위의 경우에만 지 독립적이고 분리가능한 부작위 헌법소원의 가능성과 필요성(특히 권리보호이익의 관점에서)을 모두 인정하는 전술한 자이베르트(Seiwert)의 입장과 상당히 유사한 견해인 것으로 이해된다.

152) Möstl, DÖV 1998, S. 1031. 또한 이를 인용하며 Michael Gerhardt, 앞의 논문(제1장 주 12), 17.

법규정을 폐기(무효선언)하거나 그 위헌을 확인함(헌법불합치선언)으로써만 헌법소원을 인용할 수 있다고 하는 점<sup>153)</sup>을 알 수 있게 해준다. 이에 반해서 청구인의 보호청구에 대한 어떠한 유형의 결정이 이루어지지 않은 경우에는, - 이러한 경우에 연방헌법재판소는 기존의 법률 자체의 위헌성을 확인할 필요가 없이 헌법소원을 인용할 수 있는데 - 진정 부작위가 바로 헌법소원대상이라는 것이다. 이 경우 입법자가 문제되는 기본권적 법익의 보호를 위해서 경우에 따라서는 다른 방법으로 규정을 이미 제정하였으며, 또한 어떠한 행위를 하였다고 해서 달라지는 것은 아니라는 것이다. 왜냐하면 이러한 다른 규정들은 입법자가 자신의 보호의무를 이미 충분하게 이행을 하였는가, 그리하여 추가적인 입법에 대한 청구권이 더 이상 존재하지 않는가의 실체법적 문제와 관련해서 의미가 있을 뿐, 입법자가 청구인의 청구와 관련하여 행위를 하지 않았다고 하는 사실이 바뀌는 것은 아니라는 것이다.<sup>154)</sup>

한편 입법개선 의무<sup>155)</sup> 위반을 다루는 헌법소원은 입법부작위의 특수한 사례그룹에 해당한다. 만일 법규정이 변화하는 사실상황으로 인하여 더 이상 보호의무에 합치하지 않게 된 경우, 이 규정은 개선될 필요가 있다. 헌법소원은 입법자의 작위라고 할 수 있는 기존의 법률조항을 대상으로 할 수 있으며, 이 경우는 부진정입법부작위에 해당한다.<sup>156)</sup> 또한 변화된 상황에 적응하여 법률을 개정하지 않은 부작위를 대상으로 할 수도 있는데, 이는 결국 진정입법부작위를 대상으로 하는 것이다.<sup>157)</sup>

153) Michael Gerhardt, 앞의 논문(제1장 주 12), 17.

154) Möstl, DÖV 1998, S. 1031.

155) 이와 관련하여 법률이 제정 당시에는 합헌이었던 법률이 사실적 상황의 변화로 인하여 점차 위헌으로 되어 가는 경우를 적용의무(Anpassungspflicht)사례로, 이에 비하여 법적 규율 대상 자체가 장래에 대한 예측판단에 좌우될 수밖에 없는 것으로서 제정 당시에는 입법자의 예측판단이 옳았는지 틀렸는지를 정확히 판단할 수 없는 상태에서 당시의 학문적 수준으로 볼 때 일단 상당하다고 보고 입법을 하였으나, 나중에 발달된 학문적 평가에 따라서 법률에 기초가 되어 있던 입법자의 예측판단이 전부 또는 부분적으로 잘못되었음이 확인되어 위헌으로 밝혀지는 그러한 사례들을 개선의무(Nachbesserungspflicht)사례로 세분하는 견해(방승주, 앞의 논문(주 33), 336-344)도 있다.

156) Möstl, DÖV 1998, S. 1031. BVerfG, NJW 1995, S. 2342 - 음주기준(Alkoholgrenzwert). Michael Gerhardt, 앞의 논문(제1장 주 12), 17.

입법자의 부작위는 연방헌법재판소법 제90조 제1항의 의미에서 허용되는 적법한 헌법소원대상이다. 그리고 동법 제92조와 제95조 제1항도 공권력의 불행사 내지 부작위(Unterlassungen)를 헌법소원대상으로 할 수 있음을 보여주고 있으며, 여기에서 말하는 공권력으로부터 입법자가 제외되는 것은 아니다. 입법자의 부작위를 대상으로 하는 헌법소원의 적법성에 대하여 이의를 제기하는 논거는 주로 권력분립원칙으로부터 의회에 의하여 대표되는 입법권력에 대한 사법권력의 한계에서 찾는다. 이러한 이유에서 연방헌법재판소도 초기<sup>158)</sup>에는 제정된 법률만을 헌법소원의 대상으로 할 수 있지 입법자의 부작위는 그렇지 않다고 본 것이다. 그러나 후술하는 바와 같이 독일 연방헌법재판소는 기본권이 입법자의 실제법적인 행위의무의 근거가 될 수 있는 한에서, 이러한 초기 부정적 출발점으로부터 점차 단계적으로 예외들을 받아들이지 않으면 안 되게 되었다. 즉 명시적 입법위임이 인정된 이후에 기본권 보호의무이론의 발전과 병행해서, 헌법해석에 의하여 비로소 기본권으로부터 도출되는 입법자의 행위의무에 대해서 어디까지 헌법소원이 가능한가의 문제가 점점더 시작됐다. 연방헌법재판소가 입법부작위에 대한 헌법소원은 불가하다고 하는 자신의 초기 입장을 배경으로 이 기본권보호의무 위반을 이유로 하는 부작위 헌법소원을 아무런 문제없이 받아들이지는 않는다는가, 또는 논외로 하려 했던 경향도 나타났지만, 기본권보호의무가 부작위에 의해서도 침해될 수 있는 한에서 헌법소원 역시 인용하지 않으면 안 된다고 하는 것을 인정하지 않을 수 없었다.<sup>159)</sup> 이러한 결론의 도출은 입법자의 부작위는 헌법소원의 대상이 될 수 없다고 하는 표현에 의하여 처음부터 감추어져 있던 것을 분명하게 드러나게 해 주었다.

157) BVerfGE 56, 54 (71 f.) - 비행기소음.

158) BVerfGE 1, 97 (100); 11, 255 (261). Möstl, DÖV 1998, S. 1031.

159) Möstl, DÖV 1998, S. 1031. 가장 최근에 기본권보호의무 위반을 이유로 부작위의 위헌을 확인한 사례로서 연방헌법재판소 제1재판부는 2016. 7. 26. 기본법 제2조 제2항 제1문으로부터 인식능력이 없는 피성년후견인(Betreute)를 위하여 그 사람에게 중대한 건강상의 위해가 우려될 경우에는 엄격한 진제조건 하에 그 사람의 자연적 의사에 반해서도 최후의 수단으로서 의사가 강제치료를 할 수 있도록 규정해야 할 국가의 보호의무가 도출된다고 판시한 바 있다. BVerfGE 142, 313. 아래 p. 105 이하 참조.

즉 이른바 사법적으로 소구 가능한 입법의무를 성급하게 인정하는 데 대하여 권력분립원리로부터 요구되는 신중성은 헌법소원대상의 적법성 판단 단계에서의 문제가 아니라, 기본권보호의무로부터 유래하는 주관적 권리의 실제법적 범위에 관한 본안 판단 단계에서의 문제라고 하는 점이다.<sup>160)</sup> 왜냐하면 청구권이 존재할 가능성이 배제될 수 없다면 적법요건과 관련하여 청구적격이 인정될 수 있기 때문이다.<sup>161)</sup>

그리고 독일 연방헌법재판소법 제92조에 따르면 청구인은 자신이 침해되었다고 생각하는 국가기관의 행위나 부작위를 지칭하여야 한다. 입법부작위의 경우 이것은 부작위가 도대체 어디에 존재하는지를 상세히 기술해 줄 책무(Obliegenheit)라고 이해되고 있다. 뮈스틀(Möstl)은 이러한 책무는 모든 개별적 상황에서 청구인이 어떠한 입법적 조치가 필요한지를 반드시 특정해야만 하는 것으로 오해해서는 안 된다고 설득력 있게 지적하고 있다. 다시 말하면 언제든지 청구인이 완전히 특정한 조치를 대상으로 해서만 청구를 해야 하는 것은 아니고, 오히려 보호조치가 어떻게 이루어져야 하는지에 대해서 구체적으로 기술하고자 하지 않거나 할 수도 없으며, 다른 한편 기존의 수많은 보호규정들로부터, 그 자체로 볼 때에 보호의무에 위반되어 입법자의 작위에 대한 헌법소원의 심판대상으로 삼을 수 있을 것 같은 그러한 특정한 법규정을 끄집어내어 특정하지 않고서 지금까지의 법상황<sup>162)</sup>의 불충분성을 확인하게 하는 것만으로도 충분하다는 것이다.<sup>163)</sup> 입법자의 부작위에 대한 헌법소원의 경우에 독일 연방헌법재판소법 제92조에 따라 지정해야 하는 헌법소원심판 대상은 일정한 위험으로부터의 보호, 즉 지금까지 전체적으로 불충분한 법상태에 대한 - 입법자의 재량에 속할 수 있는 - 구체책(Abhilfe)을 마련하라는 것이다.<sup>164)</sup>

160) 이러한 지적은 일찍이 Jakob Seiwert, 앞의 책(주 20)도 한 바 있었다.

161) Möstl, DÖV 1998, S. 1031. 기본권보호의무의 불이행을 이유로 하는 입법부작위에 대한 헌법소원의 적법요건과 본안판단 문제에 대해서는 방승주, 앞의 논문(주 148), 442-485.

162) 실제로 후술하는 바와 같이 연방헌법재판소가 이러한 현행의 법상황의 위헌성을 확인한 사례로서 BVerfGE 44, 249.

163) Möstl, DÖV 1998, S. 1031.



## 가. 진정입법부작위

베트게(Bethge)에 따르면 가령 독일에서 수형자 결정<sup>165)</sup>의 경우에 문제되었던 것과 마찬가지로, 지금까지 완전히 입법행위를 전혀 하지 않은 입법자의 첫 번째 입법행위가 요구되는 경우에, 이러한 상황이 진정입법부작위의 카테고리에 속한다고 한다.<sup>166)</sup> 진정입법부작위는 특히 기본권으로부터 국가의 의무, 특히 입법자에게 요구되는 의무가 도출될 수 있을 경우에 중요한 의미가 있게 된다.<sup>167)</sup>

그러나 이하에서는 전술한 바와 같이 새로운 분류방법에 입각하여 주로 독일 연방헌법재판소가 주문에서 명시적으로 입법부작위의 위헌여부의 확인을 한 사례들을 구체적으로 들어 보되, 제3장에서 다루고 있는 결정들의 경우에는 가능한 한 중복되지 않게, 그리고 제3장에서 언급하지 않고 있는 판례들은 보다 더 자세하게 고찰하면서 독일 연방헌법재판소 판례가 우리에게 주는 시사점을 얻어 보기로 한다.

### (1) 명시적 헌법위임 사례

#### ① BVerfGE 6, 257

연방헌법재판소 제1재판부는 1957. 2. 20. BVerfGE 6, 257 결정에서 입법부작위에 대한 헌법소원의 경우 헌법재판소가 어떻게 결정해야 할 것인지를 결정이유에서 상세히 밝히고 있다.<sup>168)</sup> 청구 자체는 기각되었지만, 이유에서 입법부작위에 대한 헌법소원을 어떻게 다루어야 할 것인지에 관하여 헌법재판소의 결정 방향을 제시하는 최초 판례로서의 의미가 있다고 하겠다.

---

164) Möstl, DÖV 1998, S. 1031.

165) BVerfGE 33, 1 ff.

166) Maunz/Schmid-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG § 90, 53 El. Februar 2018, Rn. 220.

167) Möstl, DÖV 1998, 1029 ff.; Callies, JZ 2006, 322 f.; Maunz/Schmid-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG § 90, 53 El. Februar 2018, Rn. 220.

168) 이 결정의 자세한 내용은 제3장, p. 214 이하도 참조.

결정요지를 소개하면 다음과 같다. “입법자가 일정한 법률의 제정에 관한 헌법위임을 기본법의 잘못된 해석의 결과로 단지 부분적으로만 이행하고 일정한 국민법주를 고려하지 않음으로써 기본법 제3조로부터 나오는 기본권을 침해하는 경우, 입법자의 일부 부작위에 대해서도 헌법소원을 청구할 수 있다. 그러한 헌법소원의 경우 입법자가 그의 부작위에 의하여 기본권을 침해하였다고 하는 확인(Feststellung)을 할 수 있을 뿐이다. 기본법이 시간적으로 서로 연속되는 부분입법(Teilregelung)을 허용하고 또한 기본법 제3조에 부합하는 법률의 보완이 아직 가능한 경우에는 그에 따라 보완이 필요한 부분입법은 헌법에 위반되지 않는다.”<sup>169)</sup>

여기에서 연방헌법재판소는 “일부 부작위(teilweises Unterlassen)”라고 하는 개념을 사용하고 있는 것을 주목해 볼 수 있다. 이 일부 부작위는 헌법위임에도 불구하고 국민의 일정한 인적 범주를 고려하지 않은 경우를 일컫는다고 할 수 있다. 따라서 연방헌법재판소는 이러한 부작위를 단순히 부진정부작위에 해당하여 해당 법률의 위헌여부를 다투어야 한다고 하면서 헌법소원을 각하하지 않고 대부분 그 적법성을 인정하고 있음을 주목해야 할 것이다.

연방헌법재판소는 이 결정에서 후속 판례와 학설에서 입법부작위에 대한 헌법소원과 관련하여 자주 인용되는 판시를 하고 있다. 즉 “BVerfGE 1, 97에서 다른 사건과 이 사건 헌법소원은 청구인이 입법 의무의 내용과 범위를 본질적으로 한정된 기본법의 명시적 위임을 원용하고 있다는 점에 의하여 구별된다. 이러한 전제에서 입법자가 헌법위임을 잘못 해석하고, 그 결과 입법 의무를 단지 불완전하게 이행하며 또한 동시에 전체를 망라하는 규율을 하지 않는 부작위에 의하여 기본권을 침해하는 경우에는 입법자의 이러한 부작위에 대해서도 헌법소원이 적법하게 허용된다.”<sup>170)</sup>

입법부작위에 대한 헌법소원의 적법성을 인정한 독일 연방헌법재판소의 최초의 판례인 이 결정을 자세히 들여다보면, 입법자가 헌법상 입법 의무를 불완전하게 수행한 경우에 입법자의 일부 부작

169) BVerfGE 6, 257.

170) BVerfGE 6, 257 (264).

위로 인정하고 있음을 알 수 있고, 이 사건 이후에도 입법부작위가 문제되는 대부분의 헌법소원사건들은 헌법상 입법위임을 입법자가 불완전하게 이행한 사건들이라고 할 수 있다. 따라서 학계에서는 입법부작위를 진정과 부진정으로 나누어서 부진정의 경우에는 불완전·불충분한 법률 그 자체에 대해서 다투어야 한다고 하는 것이 보통이나, 독일 연방헌법재판소의 판례에서는 학설과 달리 이러한 개념 자체를 사용하고 있지 않는 것으로 보인다. 오히려 이후에 설명할 BVerfGE 8, 1을 비롯한 대부분의 입법부작위는 얼핏 보면 입법자의 입법 의무의 불완전한 이행을 다투는 헌법소원으로 종래의 구분론에 의하면 부진정입법부작위에 해당하는데, 이와 같이 두루뭉술하게 보는 것은 공권력의 헌법재판소법 제68조 제1항의 “공권력의 불행사”에 대한 헌법소원, 특히 입법부작위에 대한 헌법소원제도를 거의 유명무실하게 할 가능성이 있는 해석으로서 앞으로 지양해야 할 뿐만 아니라, 종래의 진정입법부작위와 부진정입법부작위의 기준에 관한 패러다임을 새로이 전환해야 할 필요가 있다고 생각되므로 이러한 관점에서 관련 독일 연방헌법재판소의 판례들을 좀 더 면밀히 살펴보기로 한다.

## ② BVerfGE 8, 1

위 BVerfGE 6, 257에서 제시된 원칙에 입각하여 실제로 1958. 6. 11. 독일 연방헌법재판소가 최초로 일부 입법부작위로 인한 기본권침해를 주문에 확인한 판례가 바로 BVerfGE 8, 1 결정인데, 공무원 급여와 관련한 일부 입법부작위에 대한 헌법소원사건이다. 겉으로 보기에는 이것도 불완전·불충분한 입법 의무의 이행이므로 해당 법률의 위헌을 직접 다투어야 할 것으로 보이지만, 독일 연방헌법재판소는 과거 공무원인 청구인들에 대해서도 물가상승률 등 사회적 상황의 변화에 상응하는 적절한 급여와 연금을 청구할 수 있는 권리가 있으며, 입법자가 급료법개정에서 이에 대하여 고려를 하지 않은 부분은 여전히 부작위에 해당한다고 보고, 주문에 입법자의 이러한 부작위가 헌법상 직업공무원제도로부터 나오는 청구인의 권리를 침해하였다고 확인하였다. 그리고 이러한 경우에

관련 법률 자체의 무효선언은 고려되지 않는다는 것을 분명히 하면서 기본권침해의 확인에만 국한한 것을 볼 수 있다.<sup>171)</sup>

우선 이 판례의 주요 요지부분을 소개하면 다음과 같다. “헌법소원심판에서 연방헌법재판소는 생활현실의 변화로 인하여 적정한 급여의 요건에 더 이상 부합하지 않게 되고, 따라서 기본법 제33조 제5항에 더 이상 합치하지 않는 급여법을 무효로 선언해서는 안된다. 오히려 입법자가 급여법개정을 하지 않는 부작위에 의하여 기본법 제33조 제5항에 포함된 공무원의 권리를 침해하였다고 하는 확인을 할 수 있을 뿐이다.”

이 사건에서는 두 사람의 청구인이 헌법소원을 청구하였는데, 그러한 청구가 적법한지 여부와 관련해서 연방헌법재판소는 다음과 같이 평등원칙에 위반된 혜택배제의 사건과 관련하여 기존 법률이 평등에 위반되는 경우에 그 위헌성을 제거할 수 있는 방법은 여러 가지가 있을 수 있기 때문에, 그 법률을 곧바로 무효선언하는 것은 적절하지 않으며, 또한 그것이 청구인에게 도움이 되는 것도 아니라고 밝히고 있다.<sup>172)</sup> 뿐만 아니라, 해당 급여법을 무효선언하게 되면 지금까지의 상태보다 더욱 위헌적인 상황이 초래될 수 있다고 하는, 오늘날 독일 연방헌법재판소나 우리 헌법재판소의 계속효력명령의 전형적 근거로 자주 인용되고 있는 소위 근접이론(Annäherungstheorie)을 기본법개정 이전 상황이 아닌 사례에서 처음으로 적용하였다.<sup>173)</sup> 따라서 이러한 이유들을 고려해 볼 때, 전술한 바와 같이 이 결정주문에서 연방헌법재판소가 명시한 것은 입법부작위에 의한 기본권침해의 확인이지만, 이유에서 암시한 것은 입법자가 개정할 때까지 위헌적 급여법의 계속 적용을 명하는 소위 계속효력명령이라고 할 수 있고, 그러한 의미에서 이 결정은 계속효력명령 헌법불합치결정의 효시에 해당한다고 평가할

---

171) 이 판례를 암시적 계속효력명령으로 분류하고 있는 견해로는 Seung-Ju Bang, *Übergangsregelungen in Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Diss. Hannover 1996, S. 16 ff. 방승주, 앞의 논문(주 135), 449-452.

172) 상세한 것은 BVerfGE 8, 1 (9 f.).

173) 방승주, 앞의 논문(주 135), 451. Hartmut Maurer, *Zur Verfassungswidrigkeitserklärung von Gesetzen*, in: Schneider/Götz (Hrsg), *Festschrift für Werner Weber zum 70. Geburtstag*, Im Dienst an Recht und Staat, Berlin 1974, S. 345 ff. (352).

수 있다.<sup>174)</sup>

그리고 다른 청구인의 경우에는 단순히 평등권침해만을 주장하는 것이 아니라, 입법자의 법개정에 의하여 기본법 제33조 제5항으로부터 나오는 자신의 적정한 급여를 받을 권리를 침해받고 있다고 주장하고 있기 때문에, 과연 그러한 권리가 헌법상 기본권으로 인정될 수 있는지 여부를 이 결정에서 상세히 논한 후 기본권 유사적 권리에 해당하며, 헌법소원으로 그 같은 권리의 침해를 주장할 수 있다는 이유로 헌법소원의 적법성을 인정하였다. 그리고 청구인이 주장하는 바, 입법자가 직업공무원제도로부터 나오는 적정한 급여의 보장을 위한 입법의무를 여전히 불이행하고 있다는 점에서 입법부작위로 인한 그의 기본권침해를 확인한 것이다.

이 사건 헌법소원은 공무원의 일부 인적 범주가 기본법 제33조 제5항의 헌법위임을 이행한 급료법개정에서 제외되고 고려되지 않았다는 점에서, 인적 범주와 관련되는 일부 입법부작위라고 할 수 있으며, 이러한 부작위에 대해서 독일 연방헌법재판소는 굳이 입법의무를 불완전·불충분하게 이행한 법률 자체를 다룰 것만을 요구하지는 않고 있음은 전술한 바와 같다. 인적 범주와 관련하여 불완전·불충분하게 입법된 경우 그 입법에서 제외된 인적 집단은 여전히 입법자의 일부 부작위에 대하여 다룰 수 있다고 하는 것을 암시해 주는 것이다.

실제로 같은 사건에서 청구인 1)은 직업장교였는데, 1920년 전역하여 연금을 수령하기 시작하였으며 2차 대전 기간 동안 다시 군에 복귀하여 1943년 3월 12일 전역하였고, 1945년 5월 1일까지 매월 688.77 제국마르크(RM)를 연금으로 수령하였다. 그는 기본법 제131조 이행법률(G131)에 따라서 전 직업장교의 군에 속하였으며, 그에 따라 1951. 4. 1.부터 360 독일마르크(DM)를 수령하였다. 이 청구인은 종전일인 1945. 5. 8. 이전 과거 군인 출신으로서 연금통지를 받았었던 구 연금수령자들은 공무원급료법개정법률에 따

---

174) 방승주, 앞의 논문(주 135), 449-451. 이 결정유형이 과연 헌법불합치결정인지 아니면 독자적인 부작위위헌확인 결정인지에 관한 독일 학계의 논쟁에 관해서 자세한 것은 Peter E. Hein, 앞의 책(주 73), 64-69 참조.

른 인상액과 수당으로부터 배제되었기 때문에, 기본법 제3조와 제 33조 제5항으로부터 나오는 자신의 권리가 침해되었다고 보았다. 그리하여 그는 이 개정법률의 무효선언을 청구하였다.<sup>175)</sup>

청구인 2)는 1917년도에 신청에 의하여 쟌스부르크(Sensburg) (동 프로이센) 군의 군위원회 서기직으로부터 퇴직하였다. 그 후 얼마되지 않아 그는 시장으로 선출되었지만 1933년에 나치 정부의 조치에 의하여 아무런 보상 없이 해직되었다. 청구인 2)는 군위원회 서기라고 하는 자신의 과거 직을 근거로 매월 240.75 제국 마르크(RM)를 수령하였다. 1951년 4월 1일부터 그는 기본법 제131조 이행법률(G 131)에 따른 퇴직연금수령자(Ruhegehaltsempfänger)로서 매월 241 독일 마르크(DM)를 수령하였다. 그는 1951. 10. 1.부터 1952. 3. 31.까지의 기간 동안 개정법률 제6조 제1항에 따른 급양수령자들의 인상액수를 받지 못하였고, 이로 인하여 자신의 기본법 제3조로부터 나오는 평등권이 침해되었다고 생각하였다. 그리하여 그는 나치 시대에 추방되었던 지방공무원 내지 퇴직자인 자신도 국내에 남아 있었던 공무원과 퇴직자들과 같이 취급해 달라고 청구를 하였다.<sup>176)</sup>

적법요건 심사 단계에서 독일 연방헌법재판소는 이 두 청구인들이 평등권 침해의 가능성을 충분히 분명하게 제시하였다고 보았다. 그리고 “이 두 청구인들은 이러한 청구이유로써 전체 규범의 무효확인을 청구하든지 - 물론 이러한 무효확인 은 법률의 규정을 제거할 수 있을 뿐 그들 자신들을 고려대상에 포함시키는 효과는 없다 -, 아니면 최소한 입법자가 부작위 - 청구인들을 고려하지 않은 것 - 에 의하여 기본권을 침해하였다는 확인을 청구할 수 있을 뿐이라고 판시하였다.<sup>177)</sup> 이 말은 평등에 위반된 혜택배제의 위헌을 구할 경우에 해당 법률조항의 위헌무효이든지, 아니면 입법부작위 부분의 위헌확인 중 하나만을 구할 수 있을 뿐이라는 의미이다. 따라서 이러한 판시를 근거로 할 때 독일 연방헌법재판소

---

175) BVerfGE 8, 1 (6).

176) BVerfGE 8, 1 (6 f.).

177) BVerfGE 8, 1 (9 f.).

는 기본법 제131조나 기본법 제33조 제5항의 헌법위임의 이행 법률에 의한 평등위반 혜택배제 사례에서 청구인이 입법자의 부작위로 인한 기본권침해를 다룬다 하더라도 부적법하다고 보고 있지 않음을 확인할 수 있다.

결론적으로 연방헌법재판소는 이 결정에서 다음과 같은 주문을 선고하였다. “연방입법자는 1951년 12월 6일 급료법의 개정과 보완을 위한 법률 제6조 제1항의 규정과 관련하여 1951년 10월 1일 자부터 그들의 연금액을 적정하게 인상하지 않은 부작위에 의하여 기본법 제33조 제5항에 포함된 청구인들의 권리를 침해하였다.”

이 결정주문의 구성요소를 잘 살펴보면, 전술한 바와 같이 “입법자”(Bundesgesetzgeber), “부작위”(unterlassen), “기본권침해”(Grundrechtsverletzung)라고 하는 입법부작위 위헌확인 결정주문의 3요소를 모두 포함하고 있음을 확인할 수 있다.

### ③ BVerfGE 15, 46

1962. 11. 6. 독일 연방헌법재판소 제2재판부의 결정인 BVerfGE 15, 46 판결에서도 입법자의 일부 부작위에 대한 위헌확인 결정이 이루어진다. 연방헌법재판소는 결정주문에서 “연방의 법제정기관은 베를린 소재 “로디히 유증재단”을 기본법 제131조에 해당되는 사람들의 법적 지위 규율에 관한 법률(BGBI . I S. 1579)<sup>178)</sup> 제2조 제1문에 관한 별표 A에 받아들이지 않음으로써 법 앞의 평등에 관한 청구인의 기본권을 침해하였다. 1959. 6. 9. 선고 연방노동법원 판결 - 3 AZR 157/58 -을 파기하고 연방노동법원으로 환송한다.”고 밝혔다. 이 주문에서도 전술한 “입법자”, “부작위”, “기본권 침해”라고 하는 부작위 위헌확인 결정의 3요소가 모두 등장하는 것을 볼 수 있는데 주요 이유를 살펴보면 다음과 같다.

청구인은 1911년부터 1945년 독일의 패망 때까지 베를린 소재 “로디히 유증재단”이라고 하는 권리능력이 있는 재단에서 감사로서, 나중에는 재무이사, 사무총장으로 재직하였다. 그는 평생직 계

---

178) 이하 ‘기본법 제131조 이행법률(G131)’

약을 체결하였다. 그의 급여와 연금청구권은 1924. 10. 29.자와 1937. 11. 12.자로 추가된 1920. 4. 7.자 근무계약에 근거하여 우선 직접적인 국가공무원을 위한 프로이센 급료법의 규정들에 따르고, 나중에는 독일 공무원법의 규정과 제국 급료법의 규정에 따랐다. 1920년 근무계약 제6조에 따르면 직접적 국가공무원의 근무관계의 해제를 유발하는 사유들은 계약도 “소멸”시킨다고 되어 있다.<sup>179)</sup>

청구인은 1959. 9. 17. 우선 연방노동법원의 판결에 의하여 기본법 제3조, 제19조 제4항, 제103조와 제131조로부터 나오는 자신의 권리들이 침해되었다고 주장하면서 헌법소원심판을 청구하였다. 나아가 청구인은 입법자가 로디히 유증재단을 기본법 제131조 이행법률(G131) 별표(Anlage) A에 포함시키지 않았기 때문에 입법자에 의하여 평등권을 침해받았다고 주장하였다.<sup>180)</sup>

이 결정에서도 청구인이 입법의무의 불완전·불충분한 이행을 다 두고 있다는 점에서 얼핏 보기에는 부진정입법부작위로 다루어야 할 것 같으나, 연방헌법재판소는 그렇게 다루지 않았고, 오히려 입법자가 헌법위임을 이행한 법률에서 일정한 인적 집단을 고려하지 않은 것은 입법자의 일부 부작위(teilweises Unterlassen des Gesetzgebers)라고 보았으며, 이러한 입법자의 일부 부작위로 인하여 청구인의 기본권이 침해되었음을 확인하였다. 그러므로 연방헌법재판소의 이러한 논리구조를 좀더 자세하게 주목해 볼 필요가 있다.

연방헌법재판소는 헌법소원이 적법하다<sup>181)</sup>고 판시하고 그 이유를 다음과 같이 밝히고 있다. “우선 연방노동법원판결에 대한 헌법소원과 관련해서 청구기간은 준수되었다. 그리고 청구인은 기본권침해도 주장하였는데 이 기본권침해는 물론 재판 자체에도 기인할 수 있다. 하지만 청구인의 청구의 전 취지를 고려할 때 이 연방노동법원의 판결은 로디히 유증재단을 고려하지 않음으로써 기본법 제3조의 평등권을 침해하고, 또한 앞으로 기본법과 합치되는

---

179) BVerfGE 15, 46 (49).

180) BVerfGE 15, 46 (58).

181) BVerfGE 15, 46 (59).



그리고 평등권을 보장하는 판결의 기초로 보완될 필요가 있는 그러한 법률에 근거하고 있다고 하는 항변도 끌어낼 수 있다.”

다음으로 부작위에 대한 청구의 적법성에 대하여 설명하고 있는데 이 부분이 매우 중요하다고 생각된다. “청구인이 로디히 유증재단이 기본법 제131조 이행법률(G131) 별표 A에 포함되지 않아서 자신의 평등권이 침해되었음을 주장하는 한에서, 청구인은 형식적으로는 부작위로 표현되고 있는, 하지만 실질적으로는 입법자의 적극적인 결정에 대하여 다투고 있는 것이다. 기본법 제131조 이행법률 제2조의 특별한 입법기술적 형태에 따르면 로디히 유증재단의 종사자들이 적극적으로 연금에서 배제되고 있는 것이 아니라, 제2조가 기본법 제131조 이행법률의 규정상 별표 A에서 열거된 비지역사단(非地域社團)에서 근무한 사람들만 포함시키고 있을 뿐이다. 입법자는 기본법 제131조 이행법률에 해당되는 사람들의 급양비(給養費 Versorgung)를 원칙적으로 청구인이 다룰 수 없는 방법으로 규정한 것이다. 청구인은 기본법 제131조 이행법률 제2조 제1항 제1문 제1호의 규정이 보완될 필요가 있다고 주장하고 있을 뿐이다. 청구인 역시 공직에 있었음에도 불구하고 그가 평등 원칙에 위반되게 이 급양규정에 포함되지 않았다는 것이다. 청구인의 견해에 따르면 입법자가 기본법 제3조에 위반되게 “로디히 유증재단”이라고 하는 공법상 재단을 별표 A에 포함시키지 않았으므로써 기본법 제131조에서 자신에게 해당되는 위임을 불완전하게 실행하였다. 입법자의 일부 부작위(일정 집단의 비고려(非考慮))를 다투는 그러한 헌법소원은 연방헌법재판소의 확립된 관례에 따르면 적법하며, 그리고 청구기간에도 구속되지 않는다(기본적으로 B VerfGE 6, 257 [263 ff., 266]). 하지만 부작위라고 하는 이러한 특별한 경우에, 별표 A의 열거규정에서 다른 모든 기구들이 배제되고 있다는 이유로, 이 별표 A의 공포와 더불어서 청구기간이 기산된다고 본다 하더라도, 이러한 청구기간도 역시 준수되었다고 볼 수 있을 것이다. 이 별표 A의 목록은 계속 보완되는 중에 있기 때문에, 연방헌법재판소법 제93조 제2항에 따른 1년의 청구기간은 법률이나 법규명령에 의한 보완이 있을 때마다 새로이 기산된다고

봐야 할 것이다. 법규명령에 의한 마지막 보완은 1959년 8월 15일에, 그리고 법률에 의한 마지막 보완은 1961년 8월 21에 이루어졌다. 이 사건 헌법소원은 1959년 9월 17일에 접수되었다.”

본안판단과 관련해서는 청구인과 같은 인적 집단이 기본법 제131조의 보호대상이 되는 공무원직에 있었던 사람들의 범주에 해당되는가 여부만이 관건이 될 것이기 때문에, 연방헌법재판소는 그 문제에 대하여 자세하게 다룬 뒤 결론적으로 이를 인정하였다.<sup>182)</sup> 그러므로 결정에서 더욱 중요한 논점은 적법여부의 판단부분이라고 보인다. 특히 이 결정에서 진정입법부작위와 부진정입법부작위의 개념적 구별 표지가 무엇인가 그리고 그 한계는 어디에 있는가, 그리고 입법자가 헌법상 입법의무를 이행하기는 하였으나 불완전·불충분하게 입법한 경우에는 모두 부진정입법부작위에 해당되고 부작위는 전혀 문제되지 않는다고 봐야 할 것인가의 문제와 관련하여 몇 가지 중요한 논점들을 추출하여 시사점을 정리해 보면 다음과 같다.

첫째, 재판소원이 가능한 독일에서는 재판과 재판의 근거가 된 법률 자체의 위헌여부와 입법자의 부작위 자체에 대해서도 헌법소원으로 다룰 수 있다. 그런데 이 사건과 같이 과거 공무원으로서 국가로부터 급여에서 아예 배제되거나 또는 일반적인 생활수준에 부합하는 연금이나 급여를 받지 못한 경우에 먼저 법원에서 이 문제를 다룰 수 있을 것이다. 그러나 아무리 법원이라 하더라도 법률적 근거가 없는 한, 헌법상의 헌법위임을 직접 집행하여 법률에서 배제된 인적 집단에 대하여 혜택을 확대할 수는 없을 것이다.<sup>183)</sup> 물론 법률에 대한 헌법합치적 해석<sup>184)</sup>이 허용되는 경우는 별론이다. 그러므로 재판 자체에 의해서도 기본권침해를 받았다고 볼 수도 있겠지만, 문제는 재판의 근거가 되는 법률 자체에 일정

---

182) 이에 대해서는 제3장, 제2절, II, 1, 가, (2), ③ (p. 221) 참조.

183) 이와 관련하여 입법자가 기본법 제6조 제5항과 같은 헌법상의 입법위임을 전혀 수행하지 않는 경우에는 예외적으로 법원이 직접 헌법위임을 집행할 수도 있다고 하면서 해당 재판을 파기·환송하고 이유에서 입법자에게 입법의무를 이행을 촉구한 사례도 발견된다. BVerfGE 25, 167. 이에 대하여는 방승주, 앞의 논문(주 135), 488과 후술 참조.

184) 이에 대하여는 Leo Seufert, 앞의 박사논문(주 11), 89, 90, 각주 2).

한 인적 집단이 포함되어 있지 않은 경우에는 당연히 그 법률은 입법적 보완이 필요한 것이며, 그러한 보완을 하지 않은 입법자의 부작위에 대하여 연방헌법재판소는 입법자의 일부 부작위라고 인정하고 있는 것이다. 이렇게 헌법상 일정한 범주의 인적 집단에 대하여 보호하거나 지원을 해야 할 입법의무가 있음에도 불구하고, 입법자가 헌법위임을 잘못 해석하여 일정한 인적 집단을 포함시키지 않은 것은 입법자의 일부 부작위로서 진정입법부작위에 해당한다고 보아야 할 것이다.

둘째, 연방헌법재판소는 기본법 제131조 이행법률 별표 A에는 청구인과 같은 인적 집단들을 배제하고 있는 “명시적” 배제조항<sup>185)</sup>이 없기 때문에, 청구인이 헌법소원으로 다룰 대상 자체가 없다고 본 것이다. 이 경우에는 입법자의 일부 부작위를 다룰 수 밖에 없다고 본 것이다. 연방헌법재판소가 직접 “명시적” 배제조항이라고 하는 표현이 아니라 단지 “일정한 인적 집단에 대한 비고려”라고 하는 표현을 사용하기는 하였지만, 이러한 판시는 명시적 배제조항이 있는 경우에는 부진정입법부작위(평등에 위반된 혜택배제)로서 법률 자체의 위헌여부를 다룰 수 있는 데 반하여, 배제가 묵시적으로 이루어질 뿐인 묵시적 배제조항의 경우는 청구인이 다룰 수 있는 대상 자체가 없으니 진정입법부작위로 다루어야 한다고 하는 필자의 견해와 이론<sup>186)</sup>과 맞닿아 있다고 생각된다. 다시 말해서 명시적 배제조항이 없이 일정 집단이 묵시적으로 배제되고 있는 경우에는 당사자가 직접 다룰 수 있는 대상 자체가 없다고 할 것이므로 이 경우는 입법자의 일부 부작위, 즉 진정입법부작위라고 보아야 할 것이며 헌법재판소는 이 부작위의 위헌확인을 하면 된다.

한편 연방헌법재판소가 몇몇 판시에서 일정한 인적 집단에 대하여 거부하는 결정(ablehnende Entscheidung)을 내린 경우에는 그것을 “부작위(unterlassen)”라고 볼 수는 없을 것이라는 표현<sup>187)</sup>을

---

185) Schlaich/Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl., 2018, Rn. 409.

186) Friedrich Jülicher, Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen, Berlin 1972, S. 13.

쓰는 경우도 보이는데, 이와 같이 입법자의 직접적인 거부 의사가 명시적으로 표출된 경우에는 일단 그 거부 의사가 표출된 불완전·불충분한 법률조항 그 자체를 다룰 수 있을 것이기 때문에, 이러한 사례들은 부진정입법부작위라고 보는 데 큰 문제가 없을 것이다.<sup>188)</sup>

셋째, 진정입법부작위의 경우는 입법자가 입법을 하지 않고 있는 한 청구기간의 기산점은 늘 갱신된다고 할 수 있으므로, 청구기간의 적용이 없다. 그런데 비하여 입법자가 불완전·불충분하게 입법을 한 부진정입법부작위의 경우에는 불완전·불충분한 법률 그 자체를 다투어야 하기 때문에 법률의 시행 시점이나 법률이 시행된 이후의 기본권침해의 사유가 발생한 경우에는 그 시점에 청구기간이 기산된다고 할 수 있다. 그런데 문제는 일정한 인적 집단을 불완전·불충분하게 입법하여 법률적 혜택에 포함시키지 않은 경우 과연 청구기간의 적용이 없다고 봐야 할 것인지 아니면 법률의 시행시점을 기준으로 청구기간을 적용해야 할 것인지가 문제될 수 있다. 이와 관련하여 중요한 시사점을 주고 있는 판례가 바로 연방헌법재판소의 이 판례라고 생각된다. 다시 말해서 입법자의 일부 부작위의 경우에도 역시 청구기간이 적용되지 않는다. 그리고 만일 열거규정의 경우 묵시적으로 열거되어 있지 않은 인적 집단들은 적용에서 배제되어 있다고 할 수 있으므로 그 조항의 시행시점을 청구기간의 기산점으로 삼아야 한다고 보더라도, 이 열거규정을 입법자가 계속 갱신을 하는 경우에는 그 갱신 시점마다 계속해서 청구기간이 다시 새롭게 기산된다고 봐야 할 것이다. 이것이 입법자의 일부 부작위와 같은 특수한 상황에서 입법적 배제로 인하여 불이익을 받고 있는 일정한 인적 집단의 기본권보호에 보다 친화적인 청구기간 적용방법이라고 볼 수 있을 것이다. 두 가지 방법 중에는 전자의 방법 즉 연방헌법재판소가 판시한 바와 같이 입법자의 일부 부작위의 경우에는 청구기간 적용이 아예 없

---

187) BVerfGE 13, 284 (287); 23, 229 (238); 29, 268 (273)를 인용하며 BVerfGE 56, 54 (71).

188) 동지, Michael Gerhardt, 앞의 논문(제1장 주 12), 17.

다고 보는 것이 더욱 타당하다고 여겨진다.

#### ④ BVerfGE 25, 167

독일연방헌법재판소 제1재판부는 1969. 1. 29. BVerfGE 25, 167 결정<sup>189)</sup>에서 기본법 제6조 제5항 혼인 외의 자의 평등권 문제와 관련된 입법자의 부작위가 문제되는 재판소원 사건에서 입법부작위를 이유에서 확인하고 입법자에게 법제정을 촉구하면서 동시에 이 기본법 제6조 제5항이 폐지력을 가지기 때문에 그와 배치되는 다른 민법규범이 있는 경우 헌법 제6조 제5항의 헌법위임규정을 직접 적용하여 재판을 하라고 하는 명령을 내리는 초강수의 입법 의무 이행 강제에 가까운 결정을 내린다. 따라서 이 결정은 입법 부작위에 대해서 연방헌법재판소가 초기에 소극적으로 대했다고만 볼 수 없는 매우 중요한 의미가 있는 결정에 해당한다.

청구인은 1950. 11. 5. 혼인 외 자로 출생하였다. 그녀의 생부는 인지를 하였으며 공증문서로 확인이 가능한 매월 지급해야 하는 양육비지급 의무를 졌다. 생부는 1962년에 사망하였다. 그 때 이후로 청구인은 노동자연금보험으로부터 그 최고액이 공증문서로 확인된 부양비를 넘어서는 유자녀연금을 수령하였다. 이러한 사유로 부인과 생부의 유일 상속인은 청구인에게 계속 부양비를 지급하는 것을 거절하였다. 다툼이 없는 청구인의 자료에 따르면 유산은 60,000마르크(DM) 상당의 가옥부동산이다.<sup>190)</sup>

상속인의 강제집행이의소송에 의거하여 Kiel 구법원은 언급된 목록으로부터 강제집행을 1962. 3. 1.자 효력으로 불허한다고 선언하였으며, 또한 청구인에게 강제집행가능한 동 목록의 공증서류를 제출하라고 명령하였다. Kiel 주법원은 이 사건 심판대상이 된 재판으로써 청구인의 항소에 대하여 기각하였다.<sup>191)</sup> 청구인은 이 항소심 판결에 대하여 헌법소원심판을 청구하였는데 그 이유는 다음과 같다. 주법원의 판결은 기본법 제3조와 제6조 제5항에 위반된

189) 이에 대해서는 방승주, 앞의 논문(주 135), 484-491.

190) BVerfGE 25, 167 (169).

191) BVerfGE 25, 167 (169).

다. 혼인 외 자는 부가 사망하는 경우, 부의 상속인들이 민법 제1712조 제2항에 따라서 유류분에 해당하는 금액만 받게 될 수 있는데 반하여, 혼인 중의 자에게는 상속권이 인정됨으로써, 혼인 중의 자에 비하여 차별을 받고 있다는 것이다. 혼인 외 자의 한정된 청구권에 유자녀연금을 가산하게 되면 이러한 불평등은 더욱 위헌적으로 심화된다는 것이다.<sup>192)</sup>

이 사건 헌법소원은 심판대상이 되고 있는 재판의 기초가 된 일반법규정의 해석과 적용, 즉 사회보험법상 연금규정에 대한 민법 제1712조의 관계를 대상으로 하고 있으며, 연방헌법재판소는 심사의 기준으로서 무엇보다 기본법 제6조 제5항<sup>193)</sup>을 들고 있고 이 조항이 혼인 외 자의 지위에 대한 전체적 영역에 대한 근본규범이라고 판단하였다.

연방헌법재판소는 이 규정의 법적 의미가 다음과 같이 논란이 되고 있다고 하였다: 즉 논란의 핵심은 소위 기본법 제6조 제5항의 “실행(Aktualisierung)”이다. 이러한 표현은 기본법 제6조 제5항이 문언상 거의 동일한 바이마르 헌법 제121조와 마찬가지로 단순한 프로그램규정의 이상이라고 하는 점에 대해서는 일반적 합의가 있기 때문에 오해하기 쉽상이다.<sup>194)</sup>

그러면서 연방헌법재판소는 기본법 제6조 제5항의 헌법적 위임과 기본권으로서의 의의에 대하여 다음과 같이 자세하게 밝히고 있다: “연방헌법재판소의 지금까지의 판례에 의해서 이 기본권규정이 입법자에 대하여 구속력 있는 위임을 포함하고 있으며, 그 이행은 결코 입법자의 자유로운 임의에 맡겨져 있지 않다는 것이 이미 해명되었다<sup>195)</sup>. 오히려 입법자는 기본법 제6조 제5항에 선언된 약속(Verheißung)을 이행할 의무를 진다. 입법자는 헌법위임을 적정한 기간 내에 집행(ausführen)하지 않거나<sup>196)</sup>, 만일 입법자가

---

192) BVerfGE 25, 167 (171).

193) “혼인 외 자는 입법에 의하여 그들의 신체적 및 정신적 발전을 위하여 동등한 조건들과 그리고 사회에서의 그들의 지위가 혼인 중 자녀들과 마찬가지로 형성되어야 한다.”

194) BVerfGE 25, 167 (172).

195) BVerfGE 8, 210 (216); 17, 148 (155)를 인용하며, BVerfGE 25, 167 (173).

196) BVerfGE 8, 210 (216)을 인용하며, BVerfGE 25, 167 (173).

이 헌법적 명령에 부합하지 않은 법률들을 제정하는 경우<sup>197)</sup>에는 헌법을 침해하는 것이다. 그리고 연방헌법재판소는 기본법 제6조 제5항이 현행 법률의 테두리 내에서 법원과 행정의 재량의 행사에 있어서 그들을 구속하는 헌법적 가치결단의 표현이라고 결정하였다. 따라서 일반 법률의 해석에 있어서는 이 입법위임의 이행 전에 먼저 이러한 가치관이 기초가 되어 있지 않으면 안된다.”<sup>198)</sup> 그리고 “이러한 내용으로 기본법 제6조 제5항은 헌법위임의 완전한 실현이 이루어지기 전에 이미 일반적 평등원칙에 비하여 특별한 평등규정으로 간주될 수 있는 기본권을 보장한다.”<sup>199)</sup>는 것이다.

그리고 이어서 연방헌법재판소는 경우에 따라서 헌법위임을 법원이 직접 집행하는 것도 가능한지 여부의 문제를 다루고 있다. 즉 “하지만 기본법 제6조 제5항이 그 이상의 현실적인 의미를 획득하였는지 여부의 문제는 아직 미정이다. 왜냐하면 입법자가 헌법위임을 아직 계속해서 이행하지 않았으며, 어쨌든 입법자가 약속된 개혁의 핵심영역인 사법(私法)이 문제되는 한에서는 그렇다. 이러한 이유에서 헌법규정이 다음과 같은 의미, 즉 헌법적 가치결단에 합치하지 않는 전래된 일반 법규정들이 폐지되고 또한 입법자가 행위를 하지 않는 동안 발생한 법률의 흠결을 법관이 기본법 제6조 제5항을 기초로 창조적 법발견의 방법으로 메꿀 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 연방헌법재판소는 이미 1958. 10. 23. 결정에서 ‘개정법률이 부재하는 경우, 입법위임은 폐지효(derogatorische Kraft)를 가지는 실행적 법규범으로 그 규범적 기능이 전환될 수 있다’고 판시한 바 있다. 하지만 당시에 결정해야 할 사건과 관련하여 이것은 재판의 전제성이 없어 결론을 미루어 두었다.”<sup>200)</sup>

독일 연방헌법재판소는 이 사건에서 이 문제에 대한 결정이 필요하다고 하면서 다음과 같이 밝혔다. “만일 기본법 제6조 제5항이 이 사건에서 기준이 되는 시점에 가치결단과 합치하지 않는 민

197) BVerfGE 17, 148 (155); 22, 163 (172)를 BVerfGE 25, 167 (173).

198) BVerfGE 8, 210 (217)를 인용하며, BVerfGE 25, 167 (173).

199) BVerfGE 25, 167 (173).

200) BVerfGE 8, 210 (216 f.); 10, 129 (134)를 인용하며, BVerfGE 25, 167 (174).

법규정들에 대하여 폐지효를 획득했었다고 간주할 수 있다면, 혼인 외 자를 자신의 부에 따른 상속권이나 유류분청구권으로부터 배제하는 규정들도 폐지될 것이다. 왜냐하면 혼인 외 자에게는 상속권이나 금전청구권의 형태로 아버지의 유산에 대한 적절한 참여가 인정되어야 하기 때문이다. 이것은 민법 제1712조의 계속 효력을 문제시 되게 할 것이다. 왜냐하면 혼인 외 자의 상속청구권이나 상속보상청구권 외에 상속인들에 대한 혼인 외의 자의 "연장된 부양청구권"을 인정할 여지는 일반적으로 없기 때문이다."<sup>201)</sup>

그리고 이러한 문제에 대한 학계와 법원과 연방헌법재판소의 종래 판례에 대하여 상세히 검토<sup>202)</sup>한 후, 다음과 같이 결론을 맺고 있다. 즉 "따라서 요컨대 기본법 제6조 제5항의 헌법위임은 입법자가 이를 적정한 기간 내에 이행하지 않는 한, 법원이 직접 실현할 수 있고 해야 한다는 점을 확인할 수 있다. 하지만 이 기간은 현재의 의회회기의 종료와 더불어서 비로소 경과가 된다. 따라서 이 사건의 기준이 된 시점에는 혼인 외의 자를 상속권으로부터 배제하는 것과 그리고 민법 제1712조로부터 나오는 부의 상속인들에 대한 그의 청구권에 관한 해당 민법규정들은 아직 기본법 제6조 제5항에 의하여 폐지되지 않은 상태였다. 우리가 상속개시나 이 사건 심판대상인 법원의 재판의 선고를 중요한 것으로 보는 것과 상관없이 말이다."라고 결론을 내렸다.

아무튼 독일 연방헌법재판소는 이 사건 재판소원에서 해당 법률 조항의 기본법 제6조 제5항에 반하는 법 적용과 해석에 대하여 사실상 위헌으로 확인하고 해당 재판을 파기·환송하였으며, 만일 당시의 의회회기가 종료하는 시점까지 입법자가 민법의 해당 규정들을 개정하지 않으면 이 헌법위임이 곧바로 폐지효를 발휘하게 되고, 이에 따라 법원이 이제 직접 헌법위임을 집행할 수 있다고 하는 취지로 강력하게 입법의무 이행을 강제한 결정<sup>203)</sup>이라고 할 것이다.

---

201) BVerfGE 25, 167 (174).

202) BVerfGE 25, 167 (174 ff.).

203) 따라서 이 결정을 입법촉구결정에 포함시킬 수 있을 것이다. 그리고 이 결정에서 입법자의 입법의무의 이행을 위한 적절한 기간 부여의 문제가 아주 상세하게 논의되고 있는데 이에 대해서는 방승주, 앞의 논문(주 135), 485 이하.



## ⑤ BVerfGE 40, 1

1975. 5. 22. 연방헌법재판소 제2재판부의 결정인 BVerfGE 40, 1에서 연방헌법재판소는 금고(Strafhaft)와 미결구금에 대하여 차별하여 공판기간 동안 변호인의 조력 없이 재판을 받게 함으로써 적절한 방어권을 행사하지 못하게 한 재판과, 또한 그의 근거가 된 구 형사소송법 제140조 제1항 제5호에 대하여 결정 주문에서는 해당 재판을 과기·환송하면서 입법자의 부작위로 인한 기본권침해를 확인하였고, 결정 이유에서는 동 법률 조항이 헌법에 합치하지 않았음을 확인하였다. 다만 청구인이 명시적으로 입법자의 일부 부작위위헌에 대하여 주장을 한 것 같지는 않음에도, 연방헌법재판소는 주문에서 입법자의 부작위로 인하여 청구인의 기본권이 침해되었음을, 그리고 결정 이유에서는 마치 평등위반 혜택배제 사건에서 하는 것과 마찬가지로 해당 법률조항이 헌법에 합치하지 않았음을 확인한 사례이다. 이 결정은 헌법불합치결정이 연방헌법재판소법에 명문화된 이후인 1975년에 이루어진 것으로서, 헌법불합치결정의 명문화 여부와 상관없이 평등위반을 이유로 하는 헌법불합치결정을 마치 전술한 BVerfGE 8, 1이나 BVerfGE 15, 46과 같이 입법자의 부작위로 인한 기본권침해만의 확인 형식으로도 할 수 있음을 보여주는 단적인 사례이다.<sup>204)</sup> 아무튼 그 내용을 살펴보면 다음과 같다.

이 사건에서 청구인은 1974. 10. 11. 아우구스부르크(Augusburg) 구법원에 의하여 자유형을 선고 받았다. 그런데 선임된 변호인이 사퇴하고 나서 본안심리에서 아무 변호인도 나타나지 않았었다.

---

204) 그러나 이와 상반된 주장으로서 제3장, 제2절, II, 3, 다, (2) p. 256. 한편 이와 관련하여 Peter E. Hein(앞의 책, 59-60.)이 잘 설명하고 있듯이 입법부작위 위헌확인과 평등위반을 근거로 한 적용중지 헌법불합치선언은 양자 모두에 있어서 입법자에게 법률을 개정할 의무를 지우고 있으며, 법원은 이러한 입법자의 개정 시까지 재판을 정지하고 있다가 개정된 법률에 따라서 재판을 속개해야 한다는 점에서, 법적 효과 면에 있어서도 차이가 없다. 이러한 사례들은 후술하는 BVerfGE 44, 249에서도 계속되고 있다. 또한 BVerfGE 41, 399에서는 입법자 대신 법률이 청구인의 기본권을 침해한다고 하는 확인이라는 점에서만 앞의 사례들과 다를 뿐 비슷한 유형이라고 생각된다. BVerfGE 41, 399의 해당 법률조항은 정당에게만 선거운동비용을 보상하고 있었기 때문에 무소속후보자에 대해서는 배제조항인 것으로 보고, 연방헌법재판소가 청구인이 아마도 법률조항 자체를 다투는 부진정 부작위인 것으로 판단한 것 같다.

청구인은 6월 21일부터 7월 20일까지 금고 상태에 있었고, 이어서 공판 전까지는 미결구금(Untersuchungshaft) 상태에 있었다.

그는 공판이 변호인의 참여 없이 이루어졌음을 다투면서 항소하였다. 바이에른 주최고법원은 변호인의 참여가 필요했던 것은 아니라는 이유로 1975. 3. 5. 항소를 이유 없다고 하면서 각하하였다. 변호인 없이 공판을 진행한 것이 형사소송법 제140조 제1항 제5호를 침해한 것이 아닌지 여부는 1974. 10. 11. 공판 시점에 효력을 가지고 있었던 그 법률에 따라서 판단이 이루어졌다. 하지만 이 법률 조항에 따른 3개월 기간을 산정함에 있어서 피고인에게 부과되었던 금고기간은 고려되지 않았다.

청구인은 이 재판과 그리고 사실심 판결로 인하여 기본법 제3조 제1항과 제103조 제1항으로부터 나오는 기본권을 침해받았다고 주장하면서 이 재판과 사실심 판결에 대하여 다음과 같이 주장을 하면서 헌법소원심판을 청구하였다. “청구인은 공판에서 변호인의 조력이 없었기 때문에 변론을 준비하고 자신을 적절하게 방어할 수 없는 상태에 있었음에도 불구하고 아무 변호인이 선임되지 않았기 때문에, 자신의 평등권이 침해되었다. 구 형사소송법 제140조 제1항 제5호에 따른 3개월 기간의 산정에 있어서는 금고도 고려되어야 했기 때문에, 법원은 청구인에게 변호인을 선임해 주어야 한다. 이 법률의 목적은 피의자에게 적절한 방어를 가능하게 하기 위한 것이다. 최소한 피의자가 미결구금에 있었던 경우와 마찬가지로 금고상태에서도 적절한 방어권의 행사에 방해를 받았다. 금고와 미결구금에 대해서 이와 같이 차별취급을 해야 할 아무런 정당한 사유도 없다. 따라서 평등의 원칙은 미결구금과 마찬가지로 금고도 똑같이 고려해 줄 것을 요구한다.”<sup>205)</sup>

연방헌법재판소는 이 헌법소원이 적법하고 이유 있다고 판단했다.

---

205) BVerfGE 40, 1 (3 f.).

⑥ BVerfGE 44, 249

1977. 3. 30. 연방헌법재판소 제2재판부의 BVerfGE 44, 249 결정도 역시 공무원의 급료와 관련된 헌법소원사건이다. 청구인들은 바이에른, 헤센과 니더작센 주 각 대학교에서 공무원으로 임명된 대학교수, 강사와 조교들이며 또한 바덴뷔르템베르크 주 판사와 그리고 직업군인들이다. 이들은 공무원에 일반적으로 기준이 되고 있는 급여규정의 급여집단 H2와 H4, R 2와 A7~A13 기준에 의한 본봉(Grundgehalt)을 받고 있었다. 이들에게는 5부터 7단계에 이르는 지역수당과 셋, 넷 그리고 다섯 자녀를 위한 자녀양육비가 지급되었다.<sup>206)</sup> 청구인들은 일반적인 가족부양부담조정 규정에 포함된 공무원, 판사와 군인들의 급료가 자녀들에 대한 부양과 학교교육 및 직업교육에 의한 경제적 부담에 비추어 볼 때 충분하지 않다고 주장하면서 이 급료규정에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다.<sup>207)</sup>

청구인들은 과세완화로부터 자녀양육비를 통한 일반적 자녀부담 경감으로의 이행의 결과라고 할 수 있는 자녀수당의 폐지와 지역수당의 자녀관련 부분의 충분치 못한 개정을 직접 대상으로 하여 다투었다. 청구인들에 의하면 그들은 1975. 1. 1.부터 자기들의 급여의 차원에서 직무에 적합한 자녀양육이 유보되었다는 것이다. 그리하여 청구인들은 제7차 공무원급료개정법률 제1조 제5호와 1971년 공무원급료법 별표 II와 관련하여 동법 제12조 제1항, 제32조 제1항 제51조에 의하여 기본법 제3조 제1항과 제33조 제5항으로부터 나오는 자신들의 기본권을 침해받았다고 주장하였다.<sup>208)</sup>

청구인들은 폐지된 자녀수당은 공무원, 판사와 군인들에 대한 자녀수당의 경우 면세가 되었던 것을 고려할 때, 새롭게 도입된 자녀관련 일부 지역수당에 의해서나 일반적 자녀양육비에서 제대로 보전되지 않는다는 것이다.<sup>209)</sup>

---

206) BVerfGE 44, 249 (254).

207) BVerfGE 44, 249 (251).

208) BVerfGE 44, 249 (254).

209) BVerfGE 44, 249 (254).

그리고 급료법상의 급양에 있어서 헌법적으로 보장되고 자신들의 직무행위에 의해서 획득한, 직무에 적합한 자녀양육비를 청구인들에게 보장하지 않은 입법자의 부작위의 경우에 대해서도 다투었다.<sup>210)</sup> 그러한 한에서 청구인들의 이 사건 헌법소원의 목적은 이러한 급료법 영역에서 입법자가 급료를 새로이 규정하는 행위(Tätigwerden)라는 것이다.<sup>211)</sup>

이 사건도 얼핏 보면 공무원의 급료를 적정하게 입법해야 할 입법의무를 불완전·불충분하게 이행한 것을 다투는 것이라는 점에서 부진정입법부작위라고 평가하고 그러한 입법부작위에 대한 헌법소원은 각하할 수도 있었겠으나, 독일 연방헌법재판소는 전술한 판례들과 마찬가지로 입장에서 이러한 부작위에 대한 헌법소원 역시 적법성과 관련하여 길게 다를 필요도 없이 아무런 문제가 없다고 판단하고, 이 사건 헌법소원들은 본질적으로 같은 대상과 관련된다는 이유로 병합심리하기로 결정하였다.<sup>212)</sup>

연방헌법재판소는 결정이유의 마지막 부분 결정주문에 관한 이유에서 다음과 같이 설명을 하고 있다. 즉 “바로 청구인들이 다투고 있는 제7차 개정법률의 실정법 규정들에 의해서 또는 세 자녀와 네 자녀를 가진 한 가족 공무원들의 충분한 생활비지급(Alimentierung)을 하지 않고 있는 부작위에 의하여 그들의 헌법적으로 보호되는 권리가 침해되었다고 하는 것을 결정주문에 밝혀 달라고 하는 그들의 청구취지에는 부응하지 못한다. 청구인들은 동시에 일반적인 사회보장법상의 자녀양육비규정이 공무원과 군인에게 확대되면서, 자녀들에 대한 지금까지의 면세혜택들이 제거되고 또한 급여법상의 지역수당이 개정되었으며, 한 자녀나 두 자녀가 있는 결혼한 공무원에 비하여 다자녀 공무원 가족들에 대하여 심대하게 불이익을 주고 있음으로 인하여 발생하는 현행 법상태(die geltende Rechtslage)에 대해서도 다투고 있다. 이러한 청구취지와 관련하여 청구인들은 승소하였다. 연방헌법재판소는 다투어진 법상태의

---

210) BVerfGE 44, 249 (254 f.).

211) BVerfGE 44, 249 (255).

212) BVerfGE 44, 249 (262).

위헌성을 확인하는 데 그치고, 또한 확인된 위헌성을 합헌적 규정에 의하여 대체하는 것은 입법자에게 맡길 수밖에 없다. 합헌적 규정을 위해서 공무원과 군인의 급료와 관련된 총액을 반드시 인상해야만 하는 것은 아니다.”

이와 같이 이유를 밝히고 연방헌법재판소는 다음과 같이 주문을 선고하였다. “1. 입법자는 급여법을 개정하면서 자녀의 수를 충분히 고려하지 않음(부작위)으로써 청구인 1)부터 8)까지와 관련해서는 직무에 적합한 생활비지급 청구권을 그리고 청구인 9)부터 14)까지는 적정한 급여 청구권(기본법 제33조 제5항)을 침해하였다. 2. 독일 연방공화국은 청구인들의 소송비용을 보상하여야 한다.”

이 결정주문에서도 “입법자”, “부작위”, “기본권침해”라고 하는 부작위 위헌확인 결정의 3요소가 등장하는 것을 볼 수 있다.

이러한 주문과 이유를 통하여 청구인들이 정확하게 그 위헌성을 지적하는 해당 법률조항 자체를 위헌확인 하기 보다는 이러한 “헌행의 법상항”의 위헌성만을 확인함으로써 나머지 위헌성을 제거할 과제를 입법자에게 맡기고, 기존 공무원 급료법의 효력을 유지시키고자 함이 아니었겠나 생각된다. 그러한 의미에서 이 결정 역시 전술한 바와 같은 암시적 계속효력명령에 해당하는 헌법불합치 결정이라고 할 수 있을 것이다.

## (2) 기본권보호의무와 관련한 입법부작위 헌법소원심판 및 위헌법률심판 사례

### ① BVerfGE 56, 54: 비행기 소음 결정<sup>213)</sup>

1981. 1. 14. 연방헌법재판소 제1재판부는 기본권보호의무와 관련한 입법자의 부작위에 대한 헌법소원에 대하여 청구를 각하하는 결정을 내렸다. 이 사건 헌법소원심판에서 청구인들은 뒤셀도르프-로하우젠(Düsseldorf-Lohausen) 공항 인근 주민들인데 국가기관들이 이 공항으로부터 나오는 소음 방지를 위한 효과적인 조치를

213) 이에 대해서는 방승주, 앞의 논문(주 33), 339-340.

취하지 않는 부작위가 헌법에 위반된다고 주장하였다. 이 사건은 시간적 변화에 따라 입법자의 기본권보호의무의 불이행 내지 부작위의 위헌성이 문제되었다는 점에서 전술한 바와 같은 전형적인 적응의무 내지 개선의무 사례에 해당된다. 그리고 이 사건 헌법소원은 많지 않은 보호의무 위반 입법부작위 헌법소원사건으로서 그 청구의 적법성을 사실상 인정해 준 판례이기 때문에 그 의미가 상당하다고 볼 수 있으므로 이하에서 결정의 이유를 비교적 자세히 살펴보기로 한다.

“주된 청구취지에 따를 때 이 사건 헌법소원은 입법자의 부작위에 대한 것이다. 청구인들이 이 사건에서 가장 첨예하게 문제를 삼은 것은 입법자가 행정부에 대하여 비행기의 운행허가를 위한 충분치 못하거나 적합하지 못한 기준과 그리고 공항운영의 인가를 손에 쥐어 주었다고 하는 주장에서 드러난다. 즉 실효성 있는 규정들이 없기 때문에 국가의 행정청들이 치열한 이익충돌에 직면해서 지나친 요구를 받게 되고, 항공산업도 적절한 비행기제작을 통해서 원천적으로 소음을 차단할 필요가 없게 되었다는 것이다.<sup>214)</sup>

청구인이 그러한 입법자의 부작위를 다투는 것과 관련해서 헌법소원의 적법성이 처음부터 배제되는 것은 아니다. 청구인들이 비행기소음 규제지역 거주자로서 다투어진 부작위에 의해서 스스로, 현재 그리고 직접 관련되고(beschwert) 있다. 그리고 지속적인 입법부작위에 대한 헌법소원은 원칙적으로 사전 구제절차와 연방헌법재판소법 제93조 제2항 소정의 1년의 청구기간을 전제로 하지도 않는다. 하지만 지금까지 이러한 헌법소원들은 예외적으로만 그리고 입법의무의 내용과 범위가 본질적으로 규정되어 있는 기본법상의 명시적 위임을 청구인들이 원용할 수 있을 경우에만 적법한 것으로 간주되었다(BVerfGE 6, 257 [264]; 8, 1 [9]; 11, 255 [261f.]; 12. 139 [142]; 23, 242 [249]). 이 사건에서 이러한 전제조건이 명백히 존재하지는 않는다. 오히려 청구인들의 청구서는 헌법해석의 방법으로 비로소 기본권에 구체화된 근본결단들로부터 도출될 수

---

214) BVerfGE 56, 54 (70).

있는, 그러한 행위의무와 보호의무를 입법자가 이행하지 않았다고 하는 문제를 제기하고 있다. 국민이 그러한 경우에 직접 입법자의 부작위에 대한 헌법소원을 연방헌법재판소에 제기할 수 있다고 하는 것이 아무런 문제없이 (nicht ohne weiteres) 인정되는 것은 아니다. 왜냐하면 어떠한 법률을 제정해야 할 것인지 여부와 그 내용에 대한 결정은 일반적으로 사법심사가 배제되는 다양한 경제적, 정치적 및 예산법상의 여건들에 달려 있기 때문이다(BVerfGE 1, 97 [100 f.]; 11, 255 [261]).”<sup>215)</sup>

여기까지의 연방헌법재판소의 서술은 입법부작위에 대한 헌법소원이 허용되지 않던 초기 판례의 입장과 궤를 같이 하는 것으로 보인다.

“시간적으로 무제한적인 이러한 유형의 헌법소원을 위한 전제조건에는 일반적으로 최소한 입법자가 특정한 행위의무와 보호의무에도 불구하고 전혀 행위를 하지 않고 있다는 사실이 될 것이다. 이에 반하여 입법자가 행위를 하였거나 그 법률이 - 거부적이라 하더라도 - 어떠한 규율(정)을 포함하고 있다면 입법자가 결정을 하지 않은 것(부작위)은 아니다(vgl. BVerfGE 13, 284 [287]; 23, 2 29 [238]; 29, 268 [273]). 이러한 규율(정)이 충분하지 않은 것으로 간주하는 사람은 앞(I부)에서 상술한 방법으로 우선 직접적으로 집행행위에 대한 취소의 차원에서 또는 - 상응하는 전제조건이 갖추어진 경우에는 - 연방헌법재판소법 제93조 제2항에서 법적 안정성을 위해서 규정된 1년의 청구기간을 준수한 헌법소원으로 이 규율을 헌법재판소의 심사에 올려야 한다. 이러한 기간이 경과한 후 그리고 구체적 집행행위의 취소의 방법 외에 부작위를 이유로 하는 헌법소원은 기껏해야 - 근래의 결정들을 통해서 개발되고 아직 더 논의를 해야 하는 - 입법자가 애당초에는 헌법합치적인 것으로 간주된 규정을 개선해야 할 헌법적 의무를 침해하였다고 하는 관점에서 검토될 수 있다.”<sup>216)</sup>

이러한 적법성의 모든 문제들을 연방헌법재판소는 비행기소음방

---

215) BVerfGE 56, 54 (71).

216) BVerfGE 56, 54 (71 f.).

지의 중대한 의미로 인하여 일단 차치해 두고 계속되는 의견서의 제출명령을 통해서 실체법적 문제들의 해명을 위해 노력하였다. 현 단계에서 적법성의 문제를 중국적으로 판단할 필요는 없다. 오히려 연방헌법재판소법 제24조에 따라서 헌법소원이 어쨌든 각하될 수밖에 없다는 결론이 나오고 난 후에, 청구인들을 위해서 다음 사실은 인정할 수 있을 것이다. 즉 입법개선 의무의 관점에서 청구인들이 제기한 주장은 입법부작위를 대상으로 하는 헌법소원을 적법한 것으로 다루기에 충분하다는 것이다. 이러한 관점에 대한 헌법재판소의 사후심사에 집중하는 것은 청구인들 자신의 관심사에도 부합할 수 있을 것이다. 청구인들이 기존의 소음방지규정들은 애초에는 충분했는지 모르나 상황의 변화로 인하여 - 비행기운행 빈도의 폭증과 소음이 심한 제트기로의 전환, 공항부대 시설의 증가 등 - “위헌으로 되었다”는 것과 그리고 입법자가 그럼에도 불구하고 70년대 초까지 전혀 행위를 하지 않고 있었다는 것을 주장하였기 때문이다. 그렇다면 이미 비행기소음방지를 위한 법률의 제정 이전에 제기된 헌법소원이 가령 사후적으로 부적법하게 되는 것은 아니다. 왜냐하면 이 법률은 주로 소극적 소음보호 조치를 우선하여 도입하였으며, 청구인이 제기하는 문제에 대해서는 단지 제한적으로만 부합하였기 때문에, 이전에 제기된 헌법소원의 권리보호이익이 소멸되지는 않았다.”<sup>217)</sup>

결론적으로 연방헌법재판소는 입법부작위에 대한 헌법소원의 적법성이 인정되기는 하지만 전술하였듯이 연방헌법재판소법 제24조의 의미에서 이유가 없다고 결정하였다. 입법자가 기본법 제2조 제2항으로부터 도출되는 보호의무를 근거로 하여 애당초 취해진 소음방지대책을 개선했어야 하지만, 이러한 실체법적 심사의 결론은 헌법재판에 의하여 문제된 이러한 의무의 위반이 입법자에게 부담이 될 수는 없다는 것이다.<sup>218)</sup> 즉 청구인들의 견해와는 달리 입법자가 입법개선 의무의 부작위를 통해서 기본법 제2조 제2항으로부터 나오는 일종의 보호의무를 위반하지는 않았다고 확인하였

217) BVerfGE 56, 54 (72).

218) BVerfGE 56, 54 (73).



다.<sup>219)</sup>

한편 연방헌법재판소는 이와 같은 결론을 내었다고 해서 비행기 소음방지의 분야에서 이미 만족할 만한 상황에 도달했으며 모든 생각할 수 있는 보호조치가 이미 실현되었다고 하는 것을 의미하는 것은 아니라고 하는 것을 분명히 하였다.<sup>220)</sup> 오히려 보호의무에 위반되지 않았다고 하는 결론은 입법자가 입법개선의무를 명백히 침해한 경우에만 연방헌법재판소가 헌법소원의 차원에서 이 문제에 개입할 수 있다는 데에 근거한 것이라고 밝힘으로써<sup>221)</sup>, 연방헌법재판소가 소위 명백성통제<sup>222)</sup>를 사용하고 있음을 분명히 하고 있다.

그러면서 연방헌법재판소는 기본법 제2조 제2항으로부터 나오는 보호의무를 어떻게 이행해야 할 것인지는 우선적으로 국가기관들이 자기 책임 하에 결정하여야 한다고 하는 것을 선행 판결들<sup>223)</sup>을 인용하면서 다시 한 번 강조하고 있다. 또한 보통 기본권에 구현되어 있는 근본결단들로부터 헌법의 해석을 통하여 비로소 도출되는, 국가의 적극적인 보호의무와 행위의무를 능동적인 입법적 조치를 통해서 어떻게 실현해야 할 것인지는 고도로 복잡한 문제이기 때문에, 이러한 헌법재판소의 사후심사의 한계가 더욱 요청된다고 하고 있다.<sup>224)</sup> 각각의 사실적 상황에 대한 판단, 구체적인 목적설정들과 그 우선순위 그리고 생각할 수 있는 수단과 방법의 적정성에 따라서 다양한 해결들이 가능하다는 것이다. 그리고 흔히 타협을 필요로 하는 결정은 권력분립의 원칙과 민주주의 원리에 따를 때 국민에 의하여 직접 정당화된 입법자의 자기 책임에 속하며, 또한 고도로 중대한 법익들이 위협하게 되지 않는 한에서 단지 제한적으로만 연방헌법재판소에 의해서 사후적으로 심사될

---

219) BVerfGE 56, 54 (80).

220) BVerfGE 56, 54 (80).

221) BVerfGE 56, 54 (80).

222) 명백성통제를 비롯한 헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도에 대해서는 방승주, 앞의 논문(주 33), 299-348 (343-347).

223) BVerfGE 39, 1 (44); 46, 160 (164)를 인용하며 BVerfGE 56, 54 (80).

224) BVerfGE 56, 54 (81).

수 있다는 것이다.<sup>225)</sup>

다음으로 연방헌법재판소는 만일 입법자가 기본권으로부터 도출되는 보호의무에 위반했는지 여부의 문제만 관건이 되는 것이 아닌 경우, 오히려 더 나아가 그가 입법개선을 하지 않음으로써 이러한 의무에 위반했는지의 문제가 논란이 되는 경우에는 이러한 고려요소들의 비중이 더욱 높아진다는 것이다. 연방헌법재판소는 애당초 합법적이던 규율이 그 사이에 상황의 변화로 말미암아 헌법적으로 유지될 수 없게 되었음이 명백한 경우, 그리고 입법자가 그럼에도 불구하고 계속해서 아무런 행위를 하지 않고 있거나 명백히 잘못된 개선조치를 취한 경우에 비로소 이러한 유형의 헌법위반을 확인할 수 있다는 것이다. 그리고 이와 함께 비행기소음방지의 영역에서는 감수할 만한 비행기소음부담의 한계에 대한 과학적 지식이 아직 신빙성 있게 존재하지 않는다고 하는 것과 그리고 항공교통의 국제적 노선망으로 인하여 이미 그러한 규율을 위해서는 입법자에게 적당한 경험의 여지와 적응의 여지가 인정되는 복잡한 사실관계<sup>226)</sup>가 문제된다고 하는 것을 간과할 수 없다고 밝히고 있다.

결론적으로 이 결정은 주문에서는 연방헌법재판소법 제24조에 따라 명백히 이유 없다는 이유로 각하한 사례이지만, 이유를 들여다보면, 처음에는 합헌이었으나 입법자가 개선의무를 이행하지 아니하여 위헌으로 되었다고 하며 기본권보호의무 위반을 주장하는 청구인들의 헌법소원이 이유 없다고 판단한 사례에 해당한다.

이 결정에서 추출할 수 있는 몇 가지 시사점은 첫째, 전술하였듯이 입법자가 비록 거부라 하더라도 입법적 결정을 내린 경우에는 단순하게 입법부작위로 보지는 않고, 작위 즉 제정된 법률의 위헌여부의 문제로 파악한다는 점, 둘째, 적응의무 내지 개선의무 위반이 문제가 되는 보호의무 위반 사례에서는 명백성통제가 더욱 강력하게 사용되고 있다는 점을 들 수 있을 것이다.

---

225) BVerfGE 56, 54 (81).

226) 복잡한 사실관계와 관련된 입법자의 시간적 적응의 자유에 대해서는 방승주, 앞의 논문(주 33), 299-348 (343-347).

## ② BVerfGE 77, 170

1987. 10. 29. 독일 연방헌법재판소 제2재판부의 BVerfGE 77, 170(결정<sup>227</sup>) 역시 화학무기 배치와 관련하여 연방정부와 연방의회의 작위 또는 부작위에 대하여 다투어진 헌법소원인데 기본권보호의 무의 이행여부가 주된 논의대상이 된 사건이다. 결정주문은 “헌법소원들이 연방정부의 작위 또는 부작위를 대상으로 하는 한에서 이를 각하한다. 나머지 청구는 기각한다.”이다. 이 결정에서 각하된 것들은 주로 연방정부가 화학무기 배치와 관련하여 안전대책을 마련하지 않은 부작위(청구 1)와 연방의회가 마찬가지로 안전대책과 관련한 법률적 근거를 마련하지 않은 부작위(청구 2)이다. 그리고 연방의회의 보호조치를 위한 입법부작위에 대한 헌법소원에 대해서는 기존의 근거가 된 조약과 추가협약 등을 다투는 것으로 보고서, 그러한 법률적 근거들의 위헌여부를 심사한 후 기각한 것이다. 특기할 만한 것은 마렌홀츠(Mahrenholz)재판관은 청구인의 연방정부의 부작위에 대한 헌법소원심판청구(청구 1)가 적법할 뿐만 아니라, 이유 있다고 하는 반대의견을 개진한 점이다. 마렌홀츠 재판관은 그의 반대의견에서 청구인은 특히 연방정부가 화학무기의 배치와 관련하여 충분한 안전대책을 강구하지 않은 부작위는 기본법 제2조 제2항을 위반하였고, 또한 독일의 입장에서 재해방지에 대해서는 연방정부가 책임이 있는데 재해방지를 위한 조치들이 결여되어 있는 것도 헌법에 위반된다고 주장하는 바에 대하여 청구인은 청구서를 통하여 이 점에 대하여 충분히 실제적 주장을 하였기 때문에 이러한 청구가 적법하고 또한 이유 있다고 보았다.<sup>228)</sup>

입법부작위에 대한 헌법소원청구라고 할 수 있는 청구 2)에 관한 연방헌법재판소의 판단을 주로 살펴보기로 한다.

“청구인들은 화학무기의 배치와 그리고 투입 및 운반에 대해서 아무런 법률적 근거가 없다고 하는 것을 주된 청구취지로 주장하

227) 이에 대한 자세한 것은 제3장, p. 233 이하 참고.

228) BVerfGE 77, 170 (234 ff.).

고 있는 것으로 보인다. 하지만 청구취지의 이해를 위해서 붙여진 청구이유서에서 청구인들은 구형 화학무기(Altbeständen an C-Waffen)의 배치와 관련해서는 외국군대의 주둔에 관한 조약(AV: 이하 ‘동 조약’) 제1조 제1항에 의하여 (가능한) “확정(Festschreibung)”이 되어 있는 것으로 간주하고 있다. 나아가 2 BvR 624/83과 2 BvR 1080/83 헌법소원사건에 대한 최종적 의견서에서는 청구인들은 기본법이 (화학무기의 배치, 수송 투입에 관하여) 입법자의 “암묵적인 포괄위임”보다는 그 이상의 것을 요구한다고 주장하고 있다.”<sup>229)</sup>

우선 연방헌법재판소는 “이것은 청구인들이 내용상 입법자의 완전한 부작위를 주장하는 것이 아니라, 기존의 법률적 기초들이 헌법적 요건들을 충족하지 못하고 있음을 주장하는 것으로 보인다. 이러한 해석 하에 이 심판청구가 법적인 독자성을 가진다는 점에 대해서는 문제될 것이 없다.”고 밝히면서 후술하는 바와 같이 청구인의 청구를 기존 법률적 근거의 위헌을 다룬 것으로 보고, 심판대상을 정리한 후 기존 법률적 근거조항의 위헌여부만을 심사하였다.<sup>230)</sup>

즉 연방헌법재판소는 심판대상을 다음과 같이 정리하였다. 즉 “이에 따라 첫째, 기본법 제59조 제2항 제1문에 따라 발하여진 동 조약(AV) 제1조 제1항과 독일 연방공화국에 주둔하고 있는 외국군대의 지위에 관한 북대서양조약 당사자협약에 관한 추가협약(ZA-NTS: 이하 ‘동 추가협약’) 제53조 제1항 제1문에 대한 입법자의 동의에 의하여 미군이 청구인의 주거와 직장의 인근지역에 화학무기를 배치할 수 있게 되었다는 점에서, 이 입법자의 동의가 헌법소원심판의 대상이 된다. 둘째, 입법자가 이 동의에 포함되어 있는 미국 화학무기의 배치를 승인함으로써, 미국에 대하여 이러한 무기의 유사시 투입을 위한 권한을 허용하였다는 점에서 동 조약(AV) 제1조 제1항에 대한 입법자의 동의가 헌법소원심판의 대상이 된다. 끝으로 동 추가협약(ZA-NTS) 제57조 제1항과 관련하

---

229) BVerfGE 77, 170 (218).

230) BVerfGE 77, 170 (222 ff.).

여 동 조약(AV) 제1조 제1항의 승인에 의하여 미국 군대에게 문제가 되고 있는 무기를 독일 연방공화국의 각 주, 내수나 항로를 통해서 수송할 수 있는 권리가 부여되었다는 점에서 이 입법자의 승인이 헌법소원심판의 대상이 된다. 이와 관련하여 각 주 법규정들은 동 조약(AV) 제1조 제1항과 동 추가협약(ZA-NTS) 제57조 제1항에 따른 주둔군대의 이동의 자유를 확인하거나 또는 동 조약 제1조 제1항과 동 추가협약 제57조가 그 법규정들에 대하여 특별법으로서 우선하기 때문에 이러한 주법상의 규정들을 포함시킬 필요는 없다.”

이어서 연방헌법재판소는 “청구 2)가 보충적으로 화학무기의 배치와 운반과 관련된 위험을 방지하기 위한 법률적 규정들을 제정하지 않은 연방의회의 부작위를 대상으로 하고 있는 한에서 이 청구는 독자적인 심판대상이 되지 않는다. 사실상 이 경우는 동 추가협약 제53조 제1항과 제57조 제1항과 관련하여 동 조약 제1조 제1항에 대한 입법자의 동의의 위헌성을 주장하는 설명에 해당한다. 이러한 동의에 의해서 가능해진 위험요소의 원천적 개시와 이러한 위험원으로부터 유래하는 위험의 방지를 위한 법률적 규정들의 제정이나 비제정은 불가분적으로 상호 결합되어 있다. 청구인이 청구 2)를 통하여, 법률에 의하여 화학무기의 배치와 관련된 당사자들의 정보와 청문에 관한 절차를 마련하지 않은 연방의회의 부작위를 다투는 한에서도 마찬가지이다.”<sup>231)</sup>고 판시함으로써 전체적으로 작위와 부작위가 불가분적으로 상호 결합되어 있다고 볼 수 있을 경우에는 부작위에 대한 청구는 독자적인 청구로 받아들이지 않고 작위에 해당하는 기존의 법률적 근거들만을 심판대상으로 삼겠다고 한 것으로 보인다.

연방헌법재판소의 이러한 판시는 기본권보호의무 위반여부가 문제된 부작위 헌법소원에서 “진정부작위”와 “부진정부작위”의 구분을 위한 기준 중의 하나로서 “작위”와 “부작위”가 불가분적으로 상호 결합되어 있는지 아니면 가분적으로 상호 떨어질 수 있는 성

---

231) BVerfGE 77, 170 (219).

격의 것인지가 될 수 있다고 하는 것을 추론할 수 있게 해 준다. 만일 입법자가 보호의무를 일부 이행하지 않은 것이 기존의 일부 입법에 해당한다고 할 수 있는 보호법률과 서로 분리될 수 있는 대상이라고 판단되는 경우에는 입법자의 이러한 일부 부작위에 대한 헌법소원의 적법성을 인정할 수 있다고 하는 의미로 해석할 수 있다. 그리고 헌법상 명시적 헌법위임 내지 입법위임의 경우와 관련해서 이미 살펴본 것을 여기에도 적용해 본다면, 여기에서 말하는 가분적인 것의 구체적 대상을 좀 더 세부적으로 나눌 수 있을 것이다. 즉 그것이 인적(personell) 보호대상과 관련되는 경우에는 훨씬 가분성이 높다고 볼 수 있고, 그 밖의 입법자의 보호조치의 내용이나 정도 그리고 시기 등과 관련된 내용적(sachlich) 보호대상과 관련되는 경우에는 기존의 보호법률과 훨씬 불가분적으로 결합되었다고 볼 가능성이 높다고 생각된다. 다시 말해서 전자의 경우에는 진정 부작위로, 후자의 경우에는 부진정 부작위로 각각 다를 수 있는 가능성이 농후해 진다고 볼 수 있을 것인데, 이러한 가설이 성립될 수 있을 것인지는 그 이후의 판례나 또는 앞으로 제기되는 구체적인 헌법소원사건과 관련해서 차차히 검증해 볼 수 있을 것이다.

### ③ BVerfGE 142, 313

2016. 7. 26. 연방헌법재판소 제1재판부는 중대한 건강상의 위험이 우려되는 병식(病識) 없는 환자에게 환자의 자연적 의사(意思)에 반해서는 결코 강제치료를 할 수 없도록 한 것은 기본법 제2조 제2항 제1문으로부터 나오는 국가의 기본권보호의무에 위반된다고 하면서 이러한 가능성을 입법적으로 마련하지 않은 입법자의 부작위에 대해서 위헌확인을 하고 입법자에게 입법을 할 것을 촉구하였으며, 입법자가 입법을 할 때까지는 민법 제1906조<sup>232)</sup> 제3항을 적용할 것을 명하는 일종의 경과규정을 발하였다. 이 결정은 비록 위헌법률심판에서이기는 하지만 입법자가 기본권보호의무에 위반

232) 이 조항의 내용은 제4장, 제1절, II, 5, 다, p. 345, 각주 92) 참조.

하여 법률을 제(개)정하지 않은 입법부작위의 위헌을 확인한 첫 사례로서, 기본권보호의무 불이행을 이유로 하는 입법부작위와 관련하여 아직까지 미해결된 여러 가지 문제에 대하여 한 걸음 더 나아가간 해명을 해 줄 가능성이 있는 최근의 독일 연방헌법재판소의 획기적 판례라고 생각된다.<sup>233)</sup>

독일 연방대법원에 의하여 위헌제청이 된 이 사건의 배경은 다음과 같다. 독일 연방헌법재판소가 피치료감호자의 자연적 의사에 반하는 의학적 치료를 위해서는 분명하고도 명확성 있는 절차적 요건을 갖춘 법률규정을 요구한 후로, 독일 연방법원(BGH)은 1992년 개정된 민법 제1906조가 폐쇄된 병동에 입원하지 아니한 피성년후견인에 대하여 성년후견인의 동의에 의하여 강제치료를 할 수 있는 충분한 법적 근거가 되지 못한다는 결론에 이르렀다. 그런 이후 민법 제1906조는 이러한 경우에 성년후견인이 내용적 및 절차적 전제조건을 준수 하에 성년후견법원의 허가를 받아야만 피성년후견인에 대한 강제치료를 동의할 수 있도록 개정되었다. 이 규정은 특히 응급치료에 있어서 다른 여건들을 고려하여 일반 입원치료자에게까지는 확대 적용되지 못했다.

당해사건 당사자는 정신질환을 이유로 치료문제에 대한 결정과 그리고 거소지정 문제와 관련하여 성년후견을 받고 있었다. 그녀는 일시적으로 폐쇄 병동에 입원되었으며, 다양한 중병으로 인하여 강제치료도 받았다. 그녀가 그녀의 병으로 인하여 쇠약해져서 병상을 벗어날 수 없게 된 후에, 구법원(區法院)은 이 강제입원의 필요성이 없어졌다는 이유로 강제입원조치를 취소하는 한편, 강제치료도 더 이상 승인하지 않았다. 주법원의 같은 내용의 확인결정에 대하여 그녀의 성년후견인은 그녀의 이름으로 연방법원에 항고(Rechtsbeschwerde)하였다. 연방법원(BGH)은 2013년 2월 18일 개정된 민법 제1906조가 폐쇄병동에 입원된 환자에게만 강제치료의 가능성을 둔 데 반하여, 결정능력이 없는 당사자들에 대해서는 이러한 가능성을 의식적으로 규정하지 않은 것은 기본법 제3조 제1

---

233) 이 결정에 대하여는 Michael Sachs, Grundrechte: Schutzpflicht zur Zwangsbehandlung, JuS 2016, 1147.

항에 위반된다고 하는 견해에 이르렀고, 연방헌법재판소에 위헌제청을 하였다. 위헌법률심판 계속 중 당사자는 사망하였다.<sup>234)</sup>

이 위헌법률심판제청에 이르게 된 배경을 좀 더 자세히 살펴보면 다음과 같다. 63세인 당해사건 당사자는 정신질환을 앓고 있었다. 그리하여 그녀는 2014년 4월 말 이래로 의사의 치료와 처방의 동의와 그리고 또한 간호나 간호와 유사한 조치에 대한 결정을 포함하여 거소지정의 동의를 포함하는 영양과 건강의 돌봄 관련 임무 등을 위하여 다른 사람의 성년후견을 받고 있었다. 2014년 9월 초에 당사자는 일시적으로 요양시설에 수용되었다. 거기에서 그녀는 자가면역질환 치료를 위하여 처방된 약 복용을 거부하였고 섭식도 거부하였으며, 자살의도까지 표출하였다. 2014년 9월 중순부터 당사자는 법원의 허가 하에 한 병원의 폐쇄된 치매병동에서 지냈다. 몇 차례의 성년후견법원의 결정을 근거로 그녀는 자가면역질환 등을 이유로 의사의 강제치료를 받았다. 음식과 마찬가지로 약은 의사가 강제로 장착한 위관(Magensonde)을 통하여 투입되었다. 거기에서 또한 추정되는 암과 관련한 그 밖의 진단들이 실행되었다.<sup>235)</sup>

당사자는 이 무렵 신체적으로 매우 쇠약해졌고 더 이상 걸을 수도 없었으며 전통의자를 통해 스스로 움직일 수도 없었다. 정신적으로 그녀는 자신의 자연적 의사는 표현할 수 있었다. 의사의 질문에 그녀는 계속해서 표현을 하였고, 그녀는 암을 이유로 해서는 치료받고자 하지 않았다. 그녀는 수술은 물론 화학요법도 원치 않았다.<sup>236)</sup>

2015년 1월 20일 서면을 통하여 당사자의 직업성년후견인은 이 피성년후견인을 위한 감호허가를 연장해 줄 것과, 특히 유방암의 치료와 그 밖의 질병들의 약물치료의 계속을 위한 강제치료를 신청하였다. 구법원은 감호와 강제치료의 신청을 기각하였다. 당사자에게는 필요한 의사의 치료행위에 동의를 하는 데 지장을 초래하

---

234) 이상 사실관계 요약은 Michael Sachs, JuS 2016, 1147.

235) BVerfGE 142, 313 (322 f.).

236) BVerfGE 142, 313 (323).



는 정신질환이 있기는 하나, 의사의 조치는 개방된 시설에서도 이루어질 수 있을 것이라는 이유에서였다. 지방법원은 성년후견인의 항소를 기각하고, 항고(Rechtsbeschwerde)를 허용하였다.<sup>237)</sup>

연방법원(BGH)은 이 재판을 기본법 제100조 제1항 제1문에 따라 정지하고, 연방헌법재판소에 다음과 같이 위헌법률심판을 제청하였다. 즉 2013년 2월 18일의 의사의 강제치료에 대한 성년후견법상 승인규정을 위한 법률(BGBI I S. 266) 제1조 제3호에 의한 민법 제1906조 제3호가, 공간적으로 병상을 떠날 의사가 없거나, 또는 신체적으로 병상을 떠날 수 있는 상황이 되지 않는, 그러한 환자들에게 있어서도, 성년후견인의 동의하에 입원을 통한 의사의 강제치료를 받도록 하기 위해서는 오로지 독일 민법 제1906조 제1항에 따른 폐쇄병동에서의 치료일 경우만을 전제로 하고 있는 한, 동 법률조항이 기본법에 합치되는지 여부에 대해서이다.<sup>238)</sup>

연방헌법재판소는 이 결정의 주문에서 다음과 같이 주문으로 결정을 선고하였다. 첫째, 중대한 건강상의 위해가 우려되고 또한 요구되는 의사의 치료의 필요성을 인식할 수 없거나, 이러한 인식에 따라 행동할 수 없는 피성년후견인을 위하여, 그 피성년후견인이 입원 치료 중에 있기는 하지만, - 그가 공간적으로 병상을 떠날 의사가 없거나, 또는 신체적으로 병상을 떠날 수 있는 상황이 되지 않음으로 인하여 -, 폐쇄병동에 입원될 수는 없는 한에서, 그러한 환자의 자연적 의사에 반해서는 그 어떠한 상황에서도 의사의 치료가 가능하지 않게 되어 있는 것은 기본법 제2조 제2항 제1문에 합치하지 않는다. 둘째, 입법자는 지체 없이 이러한 사례집단들을 위한 규정을 제정할 의무를 진다. 셋째, 그러한 규정이 제정될 때까지 2013년 2월 18일의 의사의 강제치료에 대한 보호법상 승인규정을 위한 법률(BGBI I S. 266) 제1조 제3호에 의한 민법 제1906조 제3호는 공간적으로 병상을 떠날 수 없어서 의사의 강제치료를 받을 수 없는, 입원치료 중에 있는 피성년후견인들에게도 적용된다.<sup>239)</sup>

---

237) BVerfGE 142, 313 (323).

238) BVerfGE 142, 313 (324).

이 사건 위헌법률심판 결정이유의 결론에서 연방헌법재판소는 다음과 같이 우리의 논의에서 결정적으로 중요한 판시, 즉 기본권 보호의무 불이행을 이유로 하는 입법자의 부작위가 문제된 사건에서 부작위 부분에 대한 위헌선언만이 도대체 가능한지 여부에 대하여 다음과 같이 그 해답을 분명하게 밝혀주고 있을 뿐만 아니라, 입법자에게 그 보호의 흠결을 제거할 것을 명령하고 있음을 확인할 수 있다. 즉 “연방헌법재판소법 제78조 제1문과 결부하여 동법 제82조 제1항에 따라 연방헌법재판소는 법률이 기본법에 합치하지 않는다고 하는 확신에 도달한 경우에는 무효로 선언한다. 그러나 어떠한 법률이 평등원칙에 위반하여 단지 위헌이거나 또는 기한부(잠정적) 계속효력을 명하는 경우보다 더욱 헌법에 합치하지 않는 경우에는 이 법률을 보통 단순히 위헌(헌법불합치)으로만 선언한다. 이 사건에서 제청된 민법 제1906조 제3항은 현재의 규정내용으로 볼 때 어떠한 기본법 위반도 확인되지 않고, 오히려 일정한 인적 집단들에 대한 기본법 제2조 제2항 제1문으로부터 나오는 입법자의 구체적인 보호의무의 불이행이 확인될 뿐이기 때문에, 이러한 결함을 위헌으로 확인하는 것으로 충분하다. 이와 더불어서 민법 제1906조 제3항에 의한 헌법위반의 확인은 필요하지 않다. 입법자가 자유박탈적 강제입원요건을 포기하는 가운데, 관련된 인적 집단들을 민법 제1906조 제3항에 포함시킴으로써, 이러한 보호흠결(Schutzlücke)을 제거할 것인지 아니면 이 법 외의 특별한 방법으로 이와 같이 할 것인지 여부는 입법자의 형성의 자유에 맡겨져 있다.”<sup>240)</sup>

이어서 연방헌법재판소는 입법자가 이와 같은 보호입법을 마련할 때까지 경과기간 동안 무엇을 어떻게 적용해야 할 것인지 직접 경과규정<sup>241)</sup>을 발하여 결정 주문에 제시하고 있는데, 그 이유를 다음과 같이 밝히고 있음을 주목해 볼 필요가 있다. 즉 “입법자는 중대한 건강손상이 임박해 있고 또한 요구되는 의학적 조치의 필

239) BVerfGE 142, 313 (313 f.).

240) BVerfGE 142, 313 (353).

241) 이에 대해서는 Seung-Ju Bang(방승주), 앞의 박사논문(주 171) 참조.

요성을 인식할 수 없거나, 이러한 인식에 따라 행동할 수 없고, 따라서 응급 상황에서도 그들의 자연적 의사(意思)에 반한 의사의 조치를 통한 보호에 의존하고 있는, 그러한 피성년후견인들을 위하여 위와 같이 확인된 보호흡결을 지체 없이 메꾸어야 한다. 당해사건이 보여주고 있듯이, 현행의 법상황이 중대하거나 심지어 생명을 위협하는 건강손상의 임박한 경우에도, 이러한 인적 집단들에 대한 강제치료의 가능성을 완전히(gänzlich) 부인하고 있는 것을 감안하여, 새 규정이 발효할 때까지, 이와 같은 거동불능의 피성년후견인이라고 하는 인적 집단에 대해서 민법 제1906조 제3항을 잠정적으로 준용할 것을 명한다.”<sup>242)</sup>

입법자가 보호의무를 전혀 이행하지 않은 경우에는 진정입법부작위이지만, 보호의무를 불완전·불충분하게 이행한 경우에는 부진정입법부작위이므로 불완전한 법률 자체를 다투어야 한다고 하는 종래의 구분론에 의하면, 여전히 독일에서의 현행 법상황에는 이러한 집단들을 위한 보호입법이 완전히 없었다고 하기는 힘들고, 기껏해야 불완전·불충분한 보호입법이었다고 하면서, 결국 이러한 보호의무의 이행을 어떻게 할 것인지는 입법자의 형성의 자유에 맡겨져 있는 것이므로, 기존의 현행 법상황이 기본권보호의무에 합치되지 않으며, 입법자는 이러한 법적 상황을 보호의무에 합치되게 개정하라고 하는 명령 정도를 내렸을 것으로 추정할 수 있다. 그러나 위에서 본 바와 같이 독일 연방헌법재판소는 보호의무 불이행을 이유로 하는 입법부작위의 위헌여부가 문제된 이 사건에서 처음으로 입법부작위 부분만의 위헌을 명시적으로 확인할 뿐만 아니라, 지체 없는 보호입법의 제(개)정을 명하고, 그리고 헌법재판소에 의한 독자적인 경과규정까지 발하고 있다.

결과적으로 인적 적용범위와 관련하여 불완전·불충분한 입법의 경우는 이것이 불완전한 일부 입법과 분리해서 별도의 독자적 헌법소원이 가능한 경우에는 진정입법부작위에 해당한다고 하는, 필자가 제시한 “새로운 구분론”을 바로 이 위헌법률심판 결정이 입

---

242) BVerfGE 142, 313 (353).

증해 준 셈이다. 그리고 독일 연방헌법재판소 역시 필자와 같은 전제에서 이제 입법에 있어서 작위와 부작위를 “불완전·불충분”이라고 하는 두루뭉술한 기준에 의해서가 아니라, 인적 집단과 관련한 보호효결의 경우에는 그 인적 집단들에 대해서는 완전히 보호 입법이 없는 것이라고도 할 수 있다는 점에서 입법부작위로 간주하고 그 위헌을 확인한 사례라고 생각된다.

이러한 판례는 필자의 연구에 의하면 연방헌법재판소 판례사상 최초의 결정인 것으로 보이며, 앞으로 헌법소원심판에서도 이와 같은 유형의 결정이 이루어질 가능성이 아주 높아졌다고 할 수 있게 되었다.

### (3) 유럽통합책임으로부터 도출되는 기본권보호의무와 관련한 헌법 소원 사례

다음으로 연방헌법재판소는 유럽통합책임으로부터 기본권보호의무와 유사한 보호의무를 도출해 내고 있기도 하는데 관련 판례들을 살펴보기로 한다.

#### ① BVerfGE 134, 366

2014. 1. 14. 연방헌법재판소 제2재판부는 헌법소원심판을 정지시키고 유럽사법재판소에 제청을 하였다. 이 헌법소원에서 I부터 IV까지의 청구인들은 헌법소원심판의 방법으로 그리고 청구인 V는 기관쟁송의 방법으로 우선 독일 연방은행이 무제한국채매입(Outright Monetary Transaction; 이하 ‘OMT’)에 대한 2012년 9월 6일 유럽중앙은행 이사회의 결의안(이하 ‘OMT 결의안’)의 이행에 대한 동의에 대해서, 그리고 또한 독일 연방은행과 독일 연방의회가 이 결의에 비추어 행위를 하지 않고 있는 것에 대하여 연방헌법재판소에 각각 심판청구를 하였다.

OMT 결의안은 다음과 같이 규정되어 있다. 즉 선별된 회원국의 국채는 무제한적으로 매입될 수 있다. 단, 이 회원국들이 동시에 유럽재정안정기금(Europäische Finanzstabilisierungsfazilität)이

나 유럽안정기구(Europäisches Stabilitätsmechanismus)에 부합하는 개혁프로그램에 참여하는 경우와 그 한도 내에서 그러하다. 선언된 OMT 결의안의 목적은 질서 있는 금융정책적 거래와 그리고 금융정책의 통일성의 보장이다.<sup>243)</sup>

이 헌법소원과 기관쟁송 청구인들은 다음과 같이 주장하였다:

즉 “연방정부와 독일 연방의회는 OMT 결의안의 폐지를 위해 노력하거나 어쨌든 그 이행을 저지해야 할 의무가 있으며, 또한 독일 연방은행은 이 결의안의 이행에 동참해서는 안 된다고 하는 입장이다. OMT 결의안은 소위 월권행위(Ultra-vires-Akt)이다. 이 OMT 결의안은 유럽연합 운영에 관한 조약(이하 ‘AEUA 조약’) 제119조와 제127조 이하에 따른 유럽 중앙은행의 위임의 범위에 포함되지 않으며, 게다가 금융을 통한 예산충당의 금지(AEUA 조약 제123조)와 유럽 중앙은행의 독립성에 반한다. 국채의 매입은 통화정책의 일환으로서만 허용된다. 그럼에도 이 OMT 결의안은 몇 가지 이유에서 통화정책에 해당되지 않는다. 이 결의안은 통화정책의 한계를 유월하였고 또한 의도적으로 일정한 국가들의 국채만 매입하도록 하고 있으며, 또한 시장에서 매수인이 없는 국채가 매수되도록 할 뿐만 아니라, 국채의 매입이 정치적 조건들, 구체적으로는 유럽재정안정기금 프로그램이나 유럽안정기구에 수혜 회원국들이 참여할 것을 조건으로 하도록 규정함으로써, 유럽 중앙은행에 의한 금융예산충당 금지에 반한다. 통화정책은 전 유럽영역과 관련되고 개별 유럽국가들과 관련해서는 차별이 없어야 한다. 유럽재정안정기금 내지 유럽안정기구의 결정과 그리고 그곳에서 합의된 조건여하에 OMT 결의안을 종속시키는 것은 동시에 유럽 중앙은행의 독립성에 저촉된다. 사실적 관점에서 유럽 중앙은행의 개입을 위해서 필요한 국채에 대한 흥정 가능성이 결여되어 있다. OMT 결의안은 조약에 위반되는 시장메카니즘의 마비로 변할 것이다. 거칠게 표현한다면 은행과 납세자간, 그리고 상이한 납세자들간의 재분배를 야기하는 그러한 수단을 포함하여 임의의

---

243) BVerfGE 134, 366 (372).

수단을 가진 유로화의 방어를 위한 이러한 위임(Mandat)은 유럽 중앙은행이 가지고 있지 않다. 그러한 한에서 유럽 중앙은행은 민주적으로 충분히 정당화되지 않았다. 고권을 유럽 중앙은행으로 이양하는 것은 그것이 통화정책의 영역에 국한되는 것을 조건으로 정치적으로 허용되며 헌법적으로 승인되었을 뿐이다. OMT 결의안으로 인한 배상책임에 대한 위험과 지불능력에 대한 위험은 독일 연방의회의 재정정책적 총책임과 그리고 연방의회의 예산권한이 침해될 수 있을 정도로 광범위하게 연방의 예산에 부담을 초래할 수 있고, 또한 이 결의는 기본법 제20조 제1항과 제2항에 실정화된 민주주의원리를 침해할 뿐만 아니라, 기본법 제79조 제3항의 영원불변의 보장에 의해서 헌법개정에 대해서 뿐만 아니라, 또한 유럽 통합의 방법에 의한 공동화에 대해서도 보호되는 기본법의 헌법적 정체성을 침해한다.”<sup>244)</sup>

연방헌법재판소는 독일 국가기관의 통합책임으로부터 나오는 행위의무와 관련해서 다음과 같이 밝히고 있다.

“통합책임(Integrationsverantwortung)으로부터 독일 연방의회와 연방정부에 대해서 통합프로그램의 준수에 대해서 감시해야 할 뿐만 아니라, 유럽연합 기관의 명백히 구조적으로 증대한 권한유월에 대해서는 동참행위와 이행행위를 중지해야 할 뿐만 아니라, 통합프로그램의 준수에는 적극적으로 기여를 해야 할 의무가 발생한다. 독일 연방의회와 연방정부는 이를 위하여 - 기본법 제79조 제3항의 헌법개정의 한계를 준수하는 가운데에 - 그에 상응하는 제1차 규범(Primärrecht)개정을 촉진하고 또한 기본법 제23조 제1항 제2문과 제3문에 따라 이양 요구를 받은 고권을 공식적으로 이양함으로써, 이 권한조정을 사후적으로 정당화할 수 있다. 이것이 불가능하거나 또는 원하지 않을 경우에 독일 연방의회와 연방정부는 자신들의 각 권한의 범위 내에서 법적 또는 정치적 수단을 가지고서 문제된 조치의 통합프로그램의 폐지를 위해 영향을 미쳐야 하고, 또한 - 이러한 조치들이 계속 효력을 가지는 한에서 - 이

---

244) BVerfGE 134, 366 (374-376).

조치들의 국내적 효력들이 가능한 한 제한적이 될 수 있기 위한 적절한 대책을 마련해야 할 의무를 진다”<sup>245)</sup>

연방헌법재판소는 판시하기를 이러한 통합책임으로부터 유래하는 독일 연방의회와 연방정부의 의무에 대한 위반은 헌법소원으로 다룰 수 있는 유권자의 주관적 권리들을 침해하며 그리고 기관쟁송의 대상이 될 수 있다고 밝히고 있다.<sup>246)</sup>

헌법소원에 대한 판단부분만 살펴보면 다음과 같다: “연방헌법재판소의 확립된 판례에 따르면 기본법 제38조 제1항 제1문으로부터 개인에게 보장된 독일 연방의회에 대한 선거권은 (연방)국가권력의 형식적 정당화에 그치는 것이 아니라, 선거법의 기본적인 민주적 내용까지도 포괄한다. 이것은 개인에게 자신의 선거를 통한 결정으로 정치적 의사형성에 대하여 영향을 미치고 또한 무엇인가를 형성할 수 있도록 요구할 수 있는 청구권을 매개한다. 이 선거권은 기본법 제23조의 적용영역에서 독일 연방의회의 과제와 권한들이 유럽차원으로 옮겨짐으로 말미암아, 선거를 통하여 형성된 국가권력의 정당화와 그리고 민주주의원리가 그 국가권력의 행사에 대한 영향력이 침해될 수 있는 정도로 공동화되는 것으로부터 유권자 시민을 보호한다.”<sup>247)</sup>는 것이다.

그리고 “만일 선거권이 국민의 정치적 자결에 본질적인 영역에서 공동화될 우려가 있는 경우, 다시 말해서 국민의 민주적 자기 지배(Selbstregierung)가 - 특히 독일 연방의회에 의해서 체현되는데 - 중앙의 정치적 결정들이 더 이상 독자적으로 내려질 수 없는 방식으로 제한을 받게 되는 경우, 이 실질적 보장내용은 침해된 것이다. 이에 대하여 기본법 제38조 제1항 제1문은 전술한 권리들이 이상으로 민주적인 다수결에 대한 연방헌법재판소에 의한 합법성통제에 대한 청구권을 보장하는 것은 아니다. 선거권은 민주적 절차의 내용적 통제뿐만 아니라, 그 민주적 절차를 가능하게 하는 것도 지향하고 있다.”고 설명한다.<sup>248)</sup>

---

245) BVerfGE 134, 366 (395 f.).

246) BVerfGE 134, 366 (396).

247) BVerfGE 89, 155 (172); 123, 267 (330)을 인용하며, BVerfGE 134, 366 (396).

“유럽연합 기관의 명백히 구조적으로 중대한 권한유월에 대해서는 의회의 이러한 실질적인 형성권한의 잠식으로부터의 이러한 보호에는 내용적일 뿐 아니라, 절차적인 구성요소들이 포함되어 있다. 유권자 시민은 기본법 제38조 제1항 제1문으로부터 나오는 유럽통합의 과정에서 민주적 영향력행사가능성을 보장하기 위하여 원칙적으로 다음을 요구할 수 있는 권리를 갖는다. 즉 고권의 이동(Verlagerung)은 이에 대하여 규정을 하고 있는 기본법 제23조 제1항 제2문과 제3문, 그리고 기본법 제79조 제2항의 형식에 의해서만 이루어져야 한다는 것이다. 이 규정들이 고권이양의 명확성(Bestimmtheit)과 더불어서 보장하는 민주적 결정과정은 유럽연합의 기구와 기타 기관들의 독자적인 권한조정을 통하여 무시될 수 있다. 따라서 시민은 연방의회와 연방정부가 권한질서가 어떻게 다시 회복될 수 있으며, 그리고 이를 위한 어떠한 절차가 취해져야 하는지의 문제에 대하여 적극적으로 논박할 것을 요구할 수 있다.”<sup>249)</sup>

아무튼 독일 연방헌법재판소는 이러한 논리의 전개 끝에, 유럽 통합책임으로부터 독일 연방의회와 연방정부 등 국가기관의 행위 의무를 도출해 냈는데, 만일 독일 연방의회와 연방정부가 그러한 의무를 이행하지 않는 부작위에 의하여 자신들의 선거권을 비롯한 유권자의 권리가 침해되었다고 헌법소원을 하는 경우, 전형적인 입법부작위 또는 행정부작위에 대한 헌법소원이 인용될 수 있는 것이다.

그러나 이 사건에서 독일 연방헌법재판소 제2재판부는 전술한 OMT 결의안이 유럽연합법에 위반되는지 여부에 대한 판단을 유럽사법재판소에 제청하고 이 사건 헌법소원심판을 정지하였으며, 유럽사법재판소의 결정이 있고 나서 독일 연방헌법재판소는 바로 뒤에서 소개하는 BVerfGE 142, 123결정에서 이 사건 헌법소원과 기관쟁송심판청구에 대한 결론을 내고 있다.

---

248) BVerfGE 134, 366 (396 f.).

249) BVerfGE 134, 366 (397).



## ② BVerfGE 142, 123

2016. 2. 21. 독일 연방헌법재판소 제2재판부는 전술한 OMT 결의안과 관련한 헌법소원과 기관쟁송심판을 속개하여 마무리 지었다. 결정주문에서 연방헌법재판소는 이 사건 헌법소원심판청구들을 결정이유 C II에서 언급한 범위 내에서 각하하고, 나머지 청구들은 결정이유 D. II. 3.에서 언급한 이유에 따라 기각하였다. 기관쟁송심판 청구들은 결정이유 C. III. 2.에서 언급한 범위 내에서 각하하고, 나머지 청구들은 역시 D. II. 3.에서 언급한 이유에서 기각하였다.

먼저 전술한 BVerfGE 134, 366 결정을 통해서 심판을 정지하고 유럽연합 운영에 관한 조약(AEUA) 제 267조 제1항에 따라서 유럽사법재판소에 OMT 결의안의 유럽연합법 위반여부에 대하여 제청을 하였으므로, 그 제청사건의 경과에 대해서 간략히 기술하면 다음과 같다.<sup>250)</sup>

유럽사법재판소는 2015. 6. 16. 판결로 다음과 같이 결정을 하였다. 즉 유럽연합운영에 관한 조약 제119조, 제123조 제1항과 제127조 제1항과 제2항 그리고 중앙은행유럽시스템과 유럽중앙은행 정관(ESZB 정관)에 관한 의정서 (제4호) 제17조 내지 제24조를 다음과 같이 해석할 수 있다는 것이다. 즉 이 조항들은 중앙은행유럽시스템에 대하여 2012년 9월 5일과 6일의 유럽 중앙은행 이사회 제340차 회의 의정서에서 언급된 보도자료를 통하여 공포된 것과 마찬가지로 제2차 시장에서 국채를 매수하기 위한 프로그램을 의결할 권한을 부여하였다는 것이다(2015. 6. 16. 판결, Ganweiler, C 62/14. EU:C:2015:400, Rn. 128).<sup>251)</sup>

유럽사법재판소의 이러한 결정에 입각하여 독일 연방헌법재판소는 이 사건 헌법소원이 2012. 9. 6. OMT-프로그램에 대한 유럽중앙은행 이사회의 원칙결의안에 반대하지 않은 연방정부의 부작위를 대상으로 하고 있는 한에서 적법하고, 나머지 청구들은 부적

250) BVerfGE 134, 366 (369 ff.), BVerfGE 142, 123 (151).

251) 자세한 내용은 BVerfGE 142, 123 (153 f.) 참조.

법하다고 보았다.<sup>252)</sup>

즉 청구인 I, II, III의 헌법소원심판청구는 그들이 연방정부가 OMT-프로그램의 원칙결의안에 대하여 반대하는 행위를 하지 않음으로써, 기본법 제20조 제3항과 제2항 및 기본법 제79조 제3항과 결부하여 기본법 제38조 제1항 제1문으로부터 나오는 자신들의 기본권을 침해하였다고 주장하는 한에서 적법하다는 것이다. 청구인들은 유럽중앙은행이 OMT-프로그램에 대한 원칙결의안을 통해서 그리고 그의 이행을 통해서 자기의 권한을 충분히 실질적으로 유월하였다는 것을 설명하고 있는 한, 청구인들의 청구취지로부터 어쨌든 그러한 기본권침해의 가능성이 도출된다. 그리고 청구인 I 이 헌법의 정체성을 훼손하는 연방의회의 예산정책상의 총책임의 침해를 주장하는 한에서도 마찬가지라는 것이다.<sup>253)</sup>

그리고 청구인 I, II, III은 자신들이 헌법소원의 심판대상이 될 수 있는 연방의회의 부작위에 의하여 기본법 제93조 제1항 제4a호와 그리고 동법 제90조 제1항으로부터 나오는 헌법소원이 가능한 자신들의 기본권이나 기본권유사적 권리들이 현재 그리고 직접 침해될 수 있다고 충분히 실질적인 주장(연방헌법재판소법 제23조 제1항 제2문, 동법 제92조)을 하고 있다고 보았다.<sup>254)</sup> 2012. 9. 6. 유럽중앙은행 이사회의 원칙결의안과 그 이행이 실질적인 권한유월이 될 수 있다면, 연방정부는 자신의 통합책임(Integrationsverantwortung)을 근거로 행위의무를 진다는 것이다. 그리고 재미있는 것은 OMT-프로그램에 대한 원칙결의안이 아직까지 이행되지 않고 있는 것은 이에 대하여 영향을 줄 수 없다고 본 점이다.<sup>255)</sup>

하지만 전술한 바와 같이 이렇게 적법한 헌법소원과 기관쟁송심판청구는 이유 없다고 판단하였다. 즉 결정이유에서 자세히 실시하고 있는 기준을 준수한 상태에서 2012. 9. 6. 유럽중앙은행의 원칙결의안과 관련한 연방의회와 연방의회의 부작위(Untätigkeit)는

---

252) BVerfGE 142, 123 (172).

253) BVerfGE 142, 123 (172).

254) BVerfGE 142, 123 (172 f., 176).

255) BVerfGE 142, 123 (177).

기본법 제79조 제3항과 결부하여 기본법 제38조 제1항 제1문, 제20조 제1항과 제2항으로부터 나오는 청구인들의 기본권을 침해하지 않으며, 그로 인하여 유럽통합의 차원에서 존재하는 연방의회의 예산정책상의 총책임을 포함하여 연방의회의 권리와 의무를 침해하지 않는다고 판단하였다.<sup>256)</sup>

이 사건 OMT-프로그램과 관련한 연방의회의 부작위에 대한 헌법소원심판 결정은 과연 부작위에 대한 헌법소원이 적법하지만 본안에 들어가서 그 위헌성을 부인하여 기각한 사례가 있는가 하는 우리의 관심사와 관련하여, 바로 이 판례가 이러한 궁극증을 풀어주는 사례라고 할 수 있다. 이 결정은 유럽통합책임으로부터의 작위의무를 인정하고 그러한 의무의 불이행에 의하여 청구인들의 기본권이 침해될 수 있는 가능성이 있음과 그 밖의 헌법소원적격들을 심사하여 본안으로 넘어가 준 후, 본안에서 기본권을 침해하지 않았다는 이유로 기각결정을 한 것인데 우리에게 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

### ③ BVerfGE 135, 317

독일 연방헌법재판소 제2재판부는 2013. 12. 17. BVerfGE 134, 357 결정을 통해서 이 OMT-프로그램 관련 청구가 우선 유럽안정기구(ESM)의 설치 및 경제 및 통화연합 내 안정성, 조정 및 통제에 관한 조약의 체결과 관련하여 독일과 유럽의 법률행위들과 그리고 또한 유럽중앙은행의 조치들에 대하여, 또한 이와 관련되는 연방입법자와 연방정부의 부작위들에 대해서도 헌법소원심판대상으로 삼고 있는 원래 매우 방대한 심판들이었는데, 그로부터 BVerfGE 142, 123에서 다른 청구들을 분리하는 결정을 하였다. 그리고 분리되지 않은 심판청구 부분들에 대해서는 2014. 3. 18. 제2재판부의 판결로써 종국결정을 내렸는데, 그것이 바로 이 사건 헌법소원심판 사건이다.

이 사건에서 청구인 I은 연방정부가 TARGET2-체제<sup>257)</sup>와 그리

---

<sup>256)</sup> BVerfGE 142, 123 (185).

고 통화조달을 위한 기본조건의 개정을 위해 노력하지 않은 부작용에 의하여, 기본법 제38조 제1항 제1문으로부터 나오는 국가권력의 정당화를 요구할 수 있는 권리를 침해받았다고 주장하였다.<sup>258)</sup> 또 이 TARGET2-체제는 애초에는 제1차 규범(Primärrecht)과 합치하여 초유럽적 통화거래체제로서 개발되었으나, 2007년부터 그리고 2010년부터는 더욱 강력하게 중대한 구조적 결함이 드러났다는 것이다. 지속적인 TARGET2 잔고의 증가는 이 체제가 유로 통화지역의 회원국들에게 자신들의 수입재정을 충당하기 위해서 무한정한 액수의 “당좌대월채무(Überziehungskredite)”의 부담을 다른 회원국들이 지게 한다는 것을 보여준다는 것이다. 이것은 상당한 정도로 연방예산에 대한 위협을 초래하는데, 이는 오로지 다른 국가들의 행위에 의해서 야기되며 연방의회가 결코 동의한 적이 없다는 것이다. 따라서 헌법과 그리고 헌법의 정체성을 나타내는 핵심을 수호하기 위하여 필요한 모든 조치들을 취할 의무를 연방정부가 진다는 것이다. 그러한 한에서 어느 정도의 평가(Einschätzung)의 여지가 있기는 하지만 연방정부의 완전한 부작용(Untätigkeit)은 헌법에 위반된다고 주장하였다.<sup>259)</sup>

하지만 연방헌법재판소는 이러한 청구인 I의 연방정부의 부작용에 대한 심판청구를 부적법하다고 보았다.<sup>260)</sup> 즉 청구인 I이 TARGET2-체제와 관련하여 이 TARGET2잔고가 상한액에 따라서 제한되고, 정기적으로 조정 및 정산될 수 있도록, 그리고 유럽중앙은행체제의 법적인 기본조건과 관련하여 국내 중앙은행의 금전조달이 잠재적으로 유럽중앙은행에 대한 그들의 자본참여 이상을 상회해서는 안 된다고 하는 의미에서 이를 개정하기 위한 노력을 하지 않는 연방정부의 부작용에 대해서 심판청구를 하고 있는 한에서, 청구인은 주장하는 부작용을 제시하지 못하였다. 그리고 청구인은 단순히 TARGET2-체제가 통화연합의 구조적 결함 때문에 - 다른

257) TARGET2-체제는 유로체제가 지배하고 운영하는 실시간총액조정체제(the real-time gross settlement (RTGS) system)이다.

258) BVerfGE 135, 317 (359).

259) BVerfGE 135, 317 (359).

260) BVerfGE 135, 317 (385, 392).

나라들의 의사결정을 필요로 하는 - 책임전가를 초래하며, 나아가 현재의 TARGET2-잔고가 독일 연방공화국의 결정의 자유를 - 가령 유로-통화영역의 탈출을 고려해 볼 때 - 중대하게 침해하기 때문에 민주주의원리를 침해한다고 주장하고 있을 뿐이다. 하지만 청구인은 왜 잔고의 증대가 연방헌법재판소 판례의 의미에서의 국가채무책임체제(Haftungsmechanismus)와 동일한 의미를 가지는지, 그리고 어떻게 또 얼마만큼 이러한 체제로 인하여 연방예산에 대한 채무위험이 발생하는지에 대하여 설명하고 있지 못하다.<sup>261)</sup>

또한 청구인 II가 TARGET2-체제에 대하여 유럽사법재판소에 유럽연합운영에 관한 조약(AEUV) 제263조 제1항과 제2항에 따른 무효소송을 제기하지 않은 연방정부의 부작위가 기본법 제20조 제1항 및 제2항, 기본법 제79조 제3항과 결부하여 기본법 제38조 제1항을 침해한다고 주장하는 한에서도 이와 마찬가지로 부적법하다고 보았다.

이 결정에서 우리가 주목해 볼 수 있는 것은 일단 연방정부의 의무 자체는 인정될 수 있지만, 그렇다고 해서 청구인들이 주장하는 연방정부의 부작위에 대해서 구체적으로 입증을 하고 있지 못하므로 연방헌법재판소법 제23조 제1항 제2문과 제92조에 따른 설명의무 위반으로 부적법하다고 한 점이다.<sup>262)</sup>

#### 나. 부진정입법부작위

진정입법부작위와 부진정입법부작위를 나누는 새로운 기준 내지 구분론에 의하면, 헌법위임 내지 보호의무를 입법자가 이행함에 있어서 보호해야 할 인적 집단을 (암시적 또는 묵시적으로가 아니라) 명시적으로 배제한 경우와 그리고 보호의 내용과 시기 등에 대하여 입법자가 불완전·불충분하게 입법함으로써, 청구인이 다투고 있는 입법부작위의 부분이 기존의 보호입법과 밀접 불가분의

---

261) BVerfGE 135, 317 (392).

262) BVerfGE 135, 317 (392 f.).

관계로 상호 결합되어 있다고 할 수 있는 경우는 부진정입법부작위에 포함된다고 볼 수 있다.

그리고 가령 평등에 위반되는 혜택배제 사례의 경우도, (암시적 또는 묵시적이 아니라) 명시적 배제조항<sup>263)</sup>이 있어 청구인이 구체적 법률조항에 대하여 헌법소원으로 다룰 수 있는 경우와, 평등실현을 위한 내용과 시기 등과 관련하여 불완전·불충분한 입법의 경우에는 이러한 기존의 법률 그 자체에 대해서 다룰 수 있으므로, 이러한 경우에 국한해서만 부진정입법부작위로 다루어야 할 것이다.

특히 입법자가 만일 기본권 보호의무를 이행함에 있어서 자신의 입법의무를 인적 보호대상과 관련해서가 아니라 내용면에서 불충분하게 이행하거나 또는 과소금지원칙에 위배하는 경우에는 부진정입법부작위가 인정될 수 있을 것이다.

그리고 적응의무위반 사례나 인적 범위와 관련하여 불완전·불충분한 입법개선 의무 사례의 경우에는 진정입법부작위로 다룰 수 있으나, 그 나머지 보호의 내용과 관련하여 불충분한 입법에 대해서 다루는 경우는 부진정입법부작위<sup>264)</sup>로 헌법소원심판을 청구해야 한다고 할 것인데, 이러한 기준은 일단 일응의 기준이고, 이를 기초로 각 헌법소원 사건에서 구체적·개별적으로 판단을 해 보아야 할 것이다.

이러한 기준에 의해서 볼 때에 앞에서 다룬 BVerfGE 77, 170 화학무기 헌법소원심판 결정은 보호입법과 입법자의 부작위 부분이 불가분의 관계로 밀접하게 결합되어 있어서 불가피하게 보호입법 자체를 다루어야 하는 부진정입법부작위 사례라고 할 수 있을 것이며, 이러한 부진정입법부작위 사례들은 주로 평등에 위반된 혜택배제 사례<sup>265)</sup>에서 많이 발생할 수 있을 것이고, 일단 진정한 의미에서 부작위라고 하기는 힘들므로 자세한 사례들의 분석은 유보하기로 한다.

---

263) BVerfGE 29, 57.

264) BVerfGE 23, 242.

265) Maunz/Schmid-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG § 90, 53 El. Februar 2018, Rn. 221.

## 2. 한국의 판례와 학설

### 가. 진정입법부작위

헌법재판소 판례에서 진정입법부작위에 대한 헌법소원심판청구는 수십 건에 달하지만 대부분은 헌법으로부터 유래하는 작위의무나 보호의무가 인정되지 않거나 그 밖의 이유로 각하된 것이 대부분이며, 유일하게 인용된 사건은 전술한 조선철도주식회사 사건<sup>266</sup>)이다. 그리고 기각된 사건은 보이지 않는다.

#### (1) 헌법상 입법의무가 인정되지 않아 각하된 사례

진정입법부작위에 대한 헌법소원심판청구 사건들의 경우 헌법으로부터 유래하는 작위의무나 보호의무, 즉 입법의무가 인정되지 않는다는 이유로<sup>267</sup>) 각하된 사건들이 많이 있다. 이하에서는 주요

---

266) 헌재 1994. 12. 29. 89헌마2, 판례집 6-2, 395 [인용(위헌확인)].

267) 헌재 1996. 6. 13. 93헌마276, 판례집 8-1, 493 [각하]; 헌재 1996. 6. 21. 96헌마188, 결정문[각하(4호)]; 헌재 1997. 7. 16. 97헌마143, 결정문[각하]; 입법부작위 위헌확인 - 삼청교육대피해보상입법; 헌재 1998. 5. 28. 97헌마282, 판례집 10-1, 705 [각하]; 재외국민보호의무불이행 위헌확인; 헌재 1999. 11. 25. 98헌마456, 판례집 11-2, 634 [각하]; 포락토지불보상 등 위헌확인; 헌재 2001. 6. 28. 2000헌마735, 판례집 13-1, 1431 [각하]; 입법부작위위헌확인 - 주민투표; 헌재 2003. 1. 30. 2002헌마358, 판례집 15-1, 148 [각하]; 입법부작위 위헌확인 - 전원재판부; 헌재 2003. 1. 30. 2002헌마358, 판례집 15-1, 148 [각하]; 입법부작위 위헌확인 - 전원재판부; 헌재 2003. 2. 27. 2001헌마461, 공보 제78호, 256 [기각,각하]; 입법부작위 등 위헌확인; 헌재 2006. 5. 25. 2005헌마362, 공보 제116호, 845 [각하]; 입법부작위 등 위헌확인 - 전원재판부; 헌재 2006. 8. 22. 2006헌마848, 결정문[각하(4호)]; 징벌처분정지 규정부작위 위헌확인; 헌재 2007. 5. 1. 2007헌마422, 결정문[각하(4호)]; 입법부작위 위헌확인; 헌재 2007. 5. 31. 2006헌마1000, 공보 제128호, 674 [각하]; 입법부작위 위헌확인; 헌재 2008. 5. 6. 2008헌마356, 결정문[각하(4호)]; 입법부작위 위헌확인; 헌재 2008. 7. 1. 2008헌마428, 공보 제142호, 987 [각하(4호)]; 입법부작위 위헌확인; 헌재 2009. 3. 31. 2009헌마141, 결정문[각하(4호)]; 입법부작위 위헌확인; 헌재 2009. 9. 8. 2009헌마457, 결정문[각하(4호)]; 입법부작위 위헌확인; 헌재 2009. 11. 26. 2008헌마385, 판례집 21-2 하, 647 [각하]; 입법부작위 위헌확인 - 이에 반하여 이공현 재판관의 별개의견은 기본권침해의 가능성이 없어 부적법하다고 하는 의견이었음; 헌재 2010. 2. 2. 2010헌마18, 결정문[각하(4호)]; 입법부작위 위헌확인; 헌재 2010. 3. 25. 2007헌마933, 판례집 22-1 상, 496 [각하]; 입법부작위 위헌확인; 헌재 2010. 10. 28. 2008헌마332, 판례집 22-2 하, 144 [각하]; 입법부작위 위헌확인 - 전원재판부; 헌재 2011. 10. 25. 2011헌마603, 결정문[각하(4호)]; 입법부작위 위헌확인; 헌재 2011. 11. 1. 2011헌마620, 결정문[각하(4호)]; 입법부작위 위헌

## 사건들에 대해서 심층적으로 검토해 보기로 한다.

확인; 현재 2011. 11. 8. 2011헌마604, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인; 현재 2011. 12. 6. 2011헌마751, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인; 현재 2012. 1. 31. 2012헌마17, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인 등; 현재 2012. 2. 21. 2012헌마69, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인 - 국회의원지역선거구역표; 현재 2012. 3. 20. 2012헌마36, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인; 현재 2012. 3. 29. 2010헌마554, 공보 제186호, 693 [각하]: 입법부작위 위헌확인 - 전원재판부; 현재 2012. 4. 3. 2012헌마223, 결정문[각하(4호)]: 특정 직업군 보호 부작위 위헌확인; 현재 2012. 5. 14. 2012헌마290, 결정문[각하(4호)]: 기록등사 부작위 위헌확인 등; 현재 2012. 10. 23. 2012헌마804, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인; 현재 2012. 10. 23. 2012헌마830, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인; 현재 2012. 11. 27. 2012헌마919, 결정문[각하(2호)]: 입법부작위 위헌확인; 현재 2013. 4. 16. 2013헌마160, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인; 현재 2013. 5. 28. 2013헌마303, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인; 현재 2013. 6. 11. 2013헌마348, 결정문[각하(4호)]: 헌법재판소법 제38조 관련 입법부작위 위헌확인; 현재 2013. 7. 23. 2013헌마453, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인; 현재 2013. 8. 27. 2013헌마508, 결정문[각하(2호), 각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인; 현재 2013. 8. 29. 2012헌마840, 판례집 25-2 상, 561 [각하]: 투표소 내 수화통역인 배치 부작위 위헌확인; 현재 2013. 11. 12. 2013헌마734, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인; 현재 2013. 11. 12. 2013헌마706, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인; 현재 2013. 11. 12. 2013헌마699, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인; 현재 2013. 11. 19. 2013헌마732, 결정문[각하(2호), 각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인 등; 현재 2013. 12. 23. 2013헌마812, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인; 현재 2013. 12. 26. 2011헌마499, 판례집 25-2 하, 716 [각하]: 고등법원 설치 관련 입법부작위 위헌확인 등; 현재 2014. 6. 23. 2014헌마423, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인; 현재 2014. 6. 26. 2012헌마459, 판례집 26-1 하, 629 [기각, 각하]: 입법부작위 위헌확인 등; 현재 2014. 10. 30. 2012헌마138, 결정문[각하]: 입법부작위 위헌확인 등; 현재 2014. 12. 16. 2014헌마1044, 결정문[각하(4호)]: 대한민국 대북전단살포 입법부작위 위헌확인; 현재 2014. 12. 24. 2014헌마1069, 결정문[각하(4호)]: 대한민국 베트남 참전 국민 보상 관련 입법부작위 위헌확인; 현재 2015. 10. 21. 2014헌마456, 공보 제229호, 1695 [각하]: 강제징집 등 위헌확인 - 다만 이 결정에서 헌법재판소는 각하에도 불구하고 소년병들을 위한 특별법을 제정하는 것이 금지된 것은 아니라고 하는 완곡한 입법권고를 하고 있는 사례에 해당함.; 현재 2016. 7. 26. 2016헌마590, 결정문[각하(4호)]: 재판지연 위헌확인 - 진정입법부작위; 현재 2016. 10. 11. 2016헌마833, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인; 현재 2016. 10. 18. 2016헌마858, 결정문[각하(4호)]: 공소시효 적용배제 부작위 위헌확인 - 진정입법부작위; 현재 2016. 12. 27. 2016헌마1093, 결정문[각하(4호)]: 법관 기피신청 배제 부작위 위헌확인; 현재 2016. 12. 27. 2016헌마1076, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인; 현재 2017. 1. 3. 2016헌마1075, 결정문[각하(4호)]: 전관 변호사 수임 제한 부작위 위헌확인; 현재 2017. 1. 11. 2016헌마1136, 결정문[각하(4호)]: 국민의 탄핵 청구권 미보장 위헌확인; 현재 2017. 1. 18. 2017헌마21, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인 등; 현재 2017. 3. 21. 2017헌마220, 결정문[각하(4호)]: 현재 2017. 11. 27. 2017헌마1218, 결정문[각하(4호)]: 현재 2017. 12. 26. 2017헌마1351, 결정문[각하(4호)]: 안락사허용법률 진정입법부작위.



① 2006. 3. 30. 2003헌마806, 대한민국국적 관련 입법부작위

1992년 8월 한중수교 이후 중국동포들이 대한민국 국적을 선택할 수 있는 절차에 관한 법률의 제정 또는 조약을 체결할 헌법상 의무가 있음에도 불구하고 아무런 조치를 취하지 않고 있어 자신들의 국적선택권, 평등권, 행복추구권, 거주이전의 자유, 직업선택의 자유 등을 침해받았다고 주장하면서 청구한 헌법소원사건<sup>268)</sup>에서 헌법재판소는 헌법상 입법 의무나 조약체결의무를 부인하면서 각하하였다. 그러나 이 사건의 경우 헌법 제2조 제1항으로부터 도출되는 국적에 관한 기본권과 헌법 제2조 제2항의 국가의 재외국민 보호의무로부터 중국동포들과 같이 특수한 지위의 사람들이 대한민국 국적을 선택할 수 있는 길을 열어 놓는 입법을 해야 할 입법 의무가 도출된다고 볼 수도 있었을 것이다. 만일 이와 같이 본다면, 일단 적법요건 단계에서는 헌법소원을 통과시켜 준 후, 본안 판단에 들어가서 과연 입법자가 이와 관련한 입법형성의 자유의 한계를 일탈하였는지, 그리하여 청구인들의 기본권을 침해하였는지를 심사할 수 있었을 것이다. 이러한 논리구조를 취하더라도 가령 다수견해와 같이 입법자가 입법형성의 자유를 일탈하지 않았으며, 또한 청구인들의 기본권을 침해한 것은 아니라고 하는 확인을 할 수도 있었을 것이다. 물론 이러한 판단에도 불구하고 입법자에게는 일정한 입법개선의무를 지우는 소위 촉구결정을 내릴 수 있는 것도 당연하다.

② 2006. 4. 27. 2005헌마968, 범죄인인도구금일수 산정 입법부작위

헌법재판소는 2006년 4월 27일 대한민국정부와미합중국정부간의 범죄인인도조약에 의한 인도 절차 진행 중 미국 정부에 의해 구금된 기간을 판결 선고 전 구금일수로 산입할 수 있는 근거조항을 마련하지 아니한 입법부작위에 대한 헌법소원심판<sup>269)</sup>에서 헌법재

268) 현재 2006. 3. 30. 2003헌마806, 판례집 18-1 상, 381 [각하]: 입법부작위 등 위헌확인 - 전원재판부.

269) 현재 2006. 4. 27. 2005헌마968, 공보 제115호, 677 [각하]: 입법부작위위헌확인 - 전원재판부.

판소는 헌법해석상 입법자에게 범죄인인도구금을 형기에 산입하여야 할 입법의무가 발생한다고 볼 수 없다는 이유로 각하하였다. 그런데 이 결정에서 조대현 재판관의 보충의견에 주목할 필요가 있다. 즉 조대현 재판관의 의견에 의하면 형법 제57조의 규정을 잘 해석하면 이러한 미결구금에 범죄인인도절차 기간 동안 구금된 기간을 산입할 수 있는 가능성도 있으므로 굳이 입법의무가 없다고 하는 것<sup>270)</sup>인데, 실은 법원에서는 이미 대법원 판결에 따라 범죄인인도절차 기간 동안 구금된 기간은 산입하지 않고 있다. 따라서 청구인이 만일 형법 제57조에 대하여 헌법소원을 하면서 그러한 기간도 포함되지 않는 것으로 해석하는 것은 위헌이라고 하는 취지의 한정위헌 청구를 하였다면, 적법하게 받아들여질 수 있었을 것이다. 그렇다면 차라리 직권으로 형법 제57조의 위헌여부를 구하는 부진정입법부작위에 대한 헌법소원으로 이해하고, 그와 같이 한정위헌선언을 하는 방향으로 갈 수는 없었겠는지 하는 의문이 든다. 한편 이 사건의 경우 보기에 따라서는 신체의 자유와 헌법 제37조 제2항의 기본권제한에 있어서의 비례의 원칙 등을 감안하면 범죄인인도절차 기간 동안 구금일수 역시 형기에 산입할 국가의 의무가 발생한다고 볼 여지도 있다. 여기에서 말하는 국가라 함은 입법자일 수도 있지만, 형법 제57조가 존재하므로, 법원이 이에 대한 기본권합치적 해석을 통하여 이 기간도 형기에 산입하도록 법률을 해석·적용하는 것이 당사자의 신체의 자유를 최대한 보장하는 것이 될 것이다. 따라서 이러한 관점에서 본다면 이 사건에서도 일단 헌법해석으로부터 입법의무를 도출하고, 그 입법의무를 입법자가 위반했는지 여부를 본안판단에서 심사하면서, 형법 제57조도 존재하고 있는 사정과 그 밖에 범죄인 인도절차에 따른 구금기간을 본형에 산입할 것인지 여부와 그 방법 등에 대해서는

270) 이러한 해석은 오히려 입법의무의 존재를 전제로 하여 그 불이행이 존재하지 않는다고 하는 일종의 법률에 대한 헌법합치적 해석과도 유사하게 들린다. 이와 같이 법률에 대한 헌법합치적 해석이 가능한 경우에는 입법자의 부작위가 인정되지 않는다고 보는 견해와 그 구체적 사례(BVerfGE 8, 210)에 대해서는 Leo Seufert, 앞의 박사논문(주 11), S. 88 ff., 90, Fn. 2. 결국 입법부작위에 대한 헌법소원의 경우 법률에 대한 헌법합치적 해석의 가능성을 따져 보고, 그러한 가능성이 있을 경우에는 입법자의 부작위 자체가 존재하지 않는다고 하는 이유로 청구를 각하할 수 있을 것이다.

입법자에게 넓은 형성의 자유가 인정된다고 보고 입법의무를 침해한 것은 아니라고 하든가, 아니면 입법은 존재함에도 불구하고 대법원의 해석에 의하여 범죄인 인도절차에 따른 형기가 본형에 산입될 수 없게 되었으므로, 대법원판결과 같은 그러한 해석과 적용이 청구인의 신체의 자유를 지나치게 제한한다고 확인함으로써 일종의 한정위헌결정을 내리는 방법도 있을 수 있다. 그러므로 이 결정에서도 적법요건 심사과정에서 사실상 본안판단을 하고 있는 듯한 인상을 받게 되는데, 심사구조를 좀 더 단계화해야 할 필요성이 여기에서도 인정되는 것 아닌가 생각된다.

③ 2007. 11. 29. 2006헌마876, 비의료인 문신시술업 관련 입법부작위

다음으로 의료인이 아닌 자도 문신시술을 업으로 행할 수 있도록 그 자격 및 요건을 법률로 정하지 아니한 입법부작위에 대한 헌법소원사건<sup>271)</sup>에서 헌법재판소는 헌법이 명시적으로 비의료인의 문신시술업에 관한 법률을 만들어야 할 입법의무를 부여하였다고 볼 수 없고, 그러한 입법의무가 헌법해석상 도출된다고 볼 수 없으므로 이 사건 심판청구는 부적법하다면서 헌법상 입법의무의 존재를 인정하지 않은 데 반하여, 반대의견을 낸 조대현 재판관은 대법원과 같이 “의사가 하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위”를 모두 “의사가 하지 않으면 처벌되는 의료행위”에 포함된다고 해석하는 것은, 형사처벌의 요건을 광범위하고 포괄적으로 인정함으로써 죄형법정주의가 요구하는 명확성의 원칙에 맞지 아니하고, 일반인의 행동의 자유를 과도하게 제한하는 것이어서, 헌법에 위반된다고 선언하여야 한다고 하면서 한정위헌의견과 그리고 의사의 면허보다 낮은 수준의 의료기능만으로도 자격을 취득하고 시행할 수 있도록 허용하는 제도에 관한 입법을 촉구할 필요가 있다고 하면서 입법촉구의견을 피력하였다.

---

271) 헌재 2007. 11. 29. 2006헌마876, 판례집 19-2, 656 [각하]: 입법부작위 위헌확인 - 전원재판부.

④ 2013. 12. 23. 2013헌마812, 재판지연의 법률효과 입법부작위

헌법재판소의 2013. 12. 23. 2013헌마812, 입법부작위 위헌확인사건에서 헌법재판소는 헌법상 입법의무가 인정되지 않는다는 이유로 각하하였다. 청구인은 일반교통방해죄로 벌금 100만 원의 약식명령을 받고(서울서부지방법원 2011고약6915) 벌금미납으로 노역장에 유치되자 2012. 1. 31. 정식재판청구권회복 청구를 하였고(서울서부지방법원 2012초기100), 법원은 2012. 2. 2. 위 청구를 인용하면서 동시에 위 약식명령에 대한 집행정지결정을 하였다. 이에 청구인은 정식재판청구권회복 청구가 있으면 바로 재판의 집행을 정지하여야 함에도 형사소송법 제348조는 이를 법원의 재량으로 규정하여 청구인의 기본권을 침해하였다고 주장하면서 2012. 2. 4. 위 법률조항의 위헌을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다(2012헌마104). 그리고 위 2012헌마104 사건은 헌법재판소법 제38조가 정한 180일이 지난 현재에도 심리 계속 중에 있는바, 청구인은 위 180일의 심판기간 내에 중국결정의 선고가 이루어지지 않는 경우의 효과 등에 대하여 아무런 규정을 두지 아니한 입법부작위(이하 '이 사건 입법부작위'라 한다)가 청구인의 기본권을 침해한다고 주장하면서 2013. 11. 29. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

헌법재판소는 이 사건을 진정입법부작위에 대한 헌법소원으로 보고, 헌법상 입법의무가 인정되지 않는 공권력의 불행사에 대한 헌법소원으로서 부적법한 것으로 보고 각하하였다. 그러나 이 사건 법률조항인 헌법재판소법 제38조는 심판기간을 180일로 정하고 있으나, 헌법재판소가 훈시규정으로 해석하고 있는 조항으로, 위반시 구체적 법률효과 등에 대하여 아무런 규정을 하지 않고 있어 위헌이라는 취지이므로, 이야 말로 부진정입법부작위에 대한 헌법소원으로 보아야 하지 않을까 생각된다. 그렇다면 법률에 대한 헌법소원의 다른 적법요건이 충족되었다고 볼 경우에는 본안판단에 들어가 봐야 하나 그 밖의 요건들이 갖추어졌는지와 관련해서는 특히 첫째, 직접성 요건과 관련하여 문제될 것인데, 이 사건 법률조항은 헌법재판소의 훈시규정으로의 해석에 의하여 신속한 재판을 받을 권리의 침해가 가능하게 된 것이라 할 수 있으므로, 직접

성 요건이 결여되어 있다고 할 수 있으며(물론 헌법재판소의 이러한 해석에 대하여는 직접 헌법소원심판청구가 가능하다고 보아야 할 것임)<sup>272)</sup>, 둘째, 청구기간과 관련해서는 이 사건 법률조항의 시행일 이후에 비로소 기본권침해의 사유가 발생하였다고 볼 수 있고, 그 사유 발생일은 청구인이 2012헌마104 사건의 헌법소원심판을 청구한 2012. 2. 4.로부터 180일이 경과한 2012년 8월 경이며, 이로부터 적어도 1년 내에 심판청구를 하였어야 할 것이나, 청구인이 이 사건 심판청구(2013헌마812)를 한 것은 2013. 11. 29.로서 1년이 훨씬 지나서 청구하였음이 분명하다. 따라서 청구기간이 준수되지 못하여서도 각하사유가 된다.

⑤ 2014. 12. 24. 2014헌마1069, 대한민국 베트남 참전 국민 보상  
관련 입법부작위

한편 2014. 12. 24. 2014헌마1069, 대한민국 베트남 참전 국민 보상 관련 입법부작위 위헌확인사건<sup>273)</sup>의 경우는 진정입법부작위와 부진정입법부작위의 구분이 얼마나 상대적인 것인가를 보여주는 사례에 해당한다고 생각되어 그 내용을 자세히 살펴보면 다음과 같다.

즉 청구인은 군복무 중이던 1966. 10.경 대한민국의 베트남전쟁 참전결정에 따라 베트남에 파병되었던 자로, 1968. 5. 24. 베트남 킬로계곡에서 군 헬기에 의한 지상착륙을 하던 중 적군 총탄에 의하여 두부 총상을 입고 10개월 동안 현지치료를 받다 귀국하여 1969. 3. 20. 제대하였으며, 이후 청구인은 2002. 7. 1. 대한민국으로부터 ‘국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률’(이하 ‘국가유공자법’이라 한다.)에 따라 전상군경에 해당하는 국가유공자의 지위를 인정받아 보상받게 되었다. 이에 청구인은, ‘베트남전쟁에 참전한 군인에 대한 보상’이 ‘6.25와 같은 자국수호전쟁에 참전한 군인에

272) 이와 유사한 논리의 전개로 헌법소원심판청구를 각하한 것으로는 현재 2013. 12. 17. 2013헌마807, 결정문[각하(4호)].

273) 현재 2014. 12. 24. 2014헌마1069, 결정문[각하(4호)]: 대한민국 베트남 참전 국민 보상 관련 입법부작위 위헌확인.

대한 보상'과 동일한 법률에 의하여 이루어지고 있으나, 베트남전쟁은 대한민국의 주권 수호를 위하여 이루어진 '수호적 전쟁'이 아니라 주로 국가의 경제적 이익을 목적으로 이루어진 '획득적 전쟁'으로서 그 성격이 다르므로, '획득적 전쟁' 참전 군인에 대한 보상을 '수호적 전쟁' 참전 군인에 대한 보상과 동일하게 취급하는 것은 평등권 등을 침해한다고 주장하면서, 2014. 11. 29. 이를 구분하여 베트남전쟁 참전 군인을 특별히 보상하는 법률을 제정하지 않은 입법부작위의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다. 헌법재판소(지정재판부)는 다음과 같이 결정하였다.

“살피건대, 헌법 제32조 제6항은 “국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.”라고 규정하여 국가유공자 등에 대한 국가의 우선적 보호이념을 명시하고 있고, 이에 따라 국가유공자 등을 합당하게 예우하고 지원함으로써 이들의 생활안정과 복지향상을 도모하고 국민의 애국정신을 기르기 위한 국가유공자법이 제정되어 청구인과 같은 전상군경을 보상 및 지원하고 있는바, 그 밖에 헌법상 베트남전쟁 참전 군인에 대한 보상을 다른 전쟁에 참전한 군인과 다르게 보상해야 할 명시적인 입법위임은 존재하지 아니하고, 나아가 헌법해석상 그와 같은 내용의 구체적인 입법의무가 도출된다고 보기도 어렵다. 따라서 이 사건은 진정입법부작위 헌법소원심판을 제기할 수 있는 경우에 해당하지 아니한다.”

그러나 필자가 보건대는 소위 '획득적 전쟁' 참전 군인에 대한 보상을 '수호적 전쟁' 참전 군인에 대한 보상과 동일하게 취급한 것이 평등권을 침해한다는 의미라면, 헌법재판소의 판례에 따라 오히려 기존 보상법률의 보상 내용과 관련한 차별을 문제삼는 것이므로, 부진정입법부작위로 보아 그 법률의 위헌여부에 대하여 심사했어야 하는 것 아닌가 하는 의문이 든다. 헌법재판소는 획득적 전쟁 참전 군인에 대한 보상입법을 하지 않은 진정입법부작위에 대한 헌법소원으로 보고, 헌법상 인정되는 입법의무의 부존재로 부적법하다고 하면서 각하하였는데, 오히려 기존 법률이 청구인의 평등권을 침해하였는지 여부를 심사하고, 이유 없으면 합헌

내지 기각결정을 내리는 것도 가능하지 않았나 하는 측면에서, 이 사건 역시 진정입법부작위와 부진정입법부작위의 판단의 경계에 놓여 있거나 그 구별이 매우 상대적임을 보여주는 사례가 아닌가 생각된다.

⑥ 2016. 10. 18. 2016헌마858, 공소시효 적용배제 입법부작위

현재 2016. 10. 18. 2016헌마858, 공소시효 적용배제 부작위 위헌 확인 사건에서 청구인은 유죄로 확정되었던 자신의 형사 사건(서울고등법원 2006노1266)에 대하여 2016. 1. 27. 재심개시의 결정을 받고 당시 그 재심 사건이 계속 중에 있었다(서울고등법원 2015재노257). 한편, 청구인은 위 재심 재판 계속 중 재심대상판결과 관련하여 증언 등을 하였던 진○문, 안○모, 김○석을 모해위증죄로 서울중앙지방검찰청에 고소하였으나 서울중앙지방검찰청 검사로부터 2016. 8. 10. 공소시효가 도과되었음을 이유로 각하의 불기소처분을 받았다(서울중앙지방검찰청 2016형제70615).

이에 청구인은 형사 재심 재판에서 무죄 확정 시 위증 내지 무고한 사람에 대한 공소시효가 재개시될 수 있는 법률조항을 두지 않은 입법부작위(이하 '이 사건 입법부작위'라 한다)로 인해 청구인의 기본권이 침해당하였다고 주장하면서 2016. 10. 6. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

헌법재판소는 “그런데 우리 헌법은 ‘형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다.’고 규정(제27조 제5항)하고 있을 뿐, 형사 재심 재판에서 무죄 확정 시 위증 내지 무고한 사람에 대한 공소시효가 재개시될 수 있는 절차를 반드시 법률에 규정하여야 할 명시적인 입법위임을 하고 있지 않음은 명백하고, 나아가 헌법해석상으로도 위와 같은 법률을 규정함으로써 청구인의 기본권을 보호하여야 할 행위의무 내지 보호의무를 도출할 수 없다”고 판시하였다.

살피건대, 허위인 증언에 의하여 유죄판결을 받은 사람이 추후에 재심인용을 받은 경우, 그 허위증언을 한 자의 공소시효가 재심판결 확정시부터 다시 개시되지 않는다면, 보통 공소시효는 경

과될 가능성이 많은 점을 고려할 때, 거짓 증언에 의한 형사처벌로부터 피해자의 신체의 자유 등을 보호할 국가의 기본권보호의무가 있을 수 있다는 관점에서 본다면, 헌법의 해석으로부터 입법의무가 도출되지 않는다고 단정할 수는 없을 것이다. 다만 이 경우 입법자에게 관련 입법을 촉구하는 정도의 결정을 내릴 수도 있었을 것이다.

그리고 헌법재판소는 “한편 청구인은 이 사건 입법부작위가 살인죄 등에서의 공소시효 배제, 위증 내지 무고의 피해자와의 형평성 등에 비추어 청구인의 평등권을 침해한다고 주장하나, 헌법 제 11조 제1항의 평등원칙은 원칙적으로 입법자에게 헌법적으로 아무런 구체적인 입법의무를 부과하지 않으며, 다만 입법자가 평등원칙에 반하는 일정 내용의 입법을 하게 되면, 이로써 피해를 입게 된 자는 직접 당해 법률조항을 대상으로 하여 평등원칙의 위반 여부를 다룰 수 있을 뿐이라고 보아야 할 것이므로, 이 사건과 같이 입법자에게 어떠한 입법의무가 있음을 전제로 하는 입법부작위 헌법소원에서 위와 같은 평등권 침해 주장은 받아들일 수 없다(헌재 2006. 12. 19. 2006헌마1390 참조). 따라서 이 사건 입법부작위가 헌법에 위반된다는 이 사건 심판청구는 입법부작위에 대한 헌법소원의 요건을 충족시키지 못하여 부적법하다.”고 하였다.

그러나 과연 진정입법부작위에 대한 헌법소원에 있어서 입법자가 아무런 입법을 하지 않음으로 말미암아 평등권이 침해되었다고 주장하는 것이 전혀 불가능하다고 봐야 할 것인지는 재고해 볼 필요가 있다. 특히 진정입법부작위인지 부진정입법부작위인지의 구분문제가 상당히 상대적인 문제라고 볼 수 있는 경우가 적지 않고, 본고에서 새로이 제시하는 구분기준에 따르면 명시적 헌법위임이든 헌법해석으로부터 나오는 헌법위임이든 인적 집단과 관련하여 불완전·불충분한 입법의 경우, 그리고 암시적인 평등위반 혜택배제 사례의 경우 얼마든지 진정입법부작위로 다룰 수 있다고 하는 것이기 때문에, 진정입법부작위에서는 평등위반을 다룰 수 없다고 하는 가설은 성립되기 힘들다.

전술한 독일 연방헌법재판소의 판례들의 경우도 명시적 헌법위



임에도 불구하고 일부 인적 집단을 그 헌법위임이나 보호의무 이행을 위한 입법대상에서 배제하거나 제외함으로써 평등원칙 위반이 동반하여 문제될 수 있는 사례는 얼마든지 찾아 볼 수 있다. 그러므로 새로운 기준에 의하여 진정부작위와 부진정부작위를 구분하는 경우 평등원칙위반을 진정부작위를 다투는 헌법소원에서는 주장할 수 없다고 보는 것은 편견에 지나지 않으므로 그와 같은 판례는 앞으로 변경되어야 할 것이라고 생각된다.

## (2) 부진정입법부작위를 진정입법부작위로 잘못 청구하였다는

### 이유로 각하한 사례

진정입법부작위로 다투는 헌법소원의 경우에도 부진정입법부작위, 즉 법률 자체의 불완전·불충분성을 다투었어야 할 것을 진정입법부작위로 다투었다는 이유로 각하한 사례도 있다.<sup>274)</sup> 다만 점차로 법률 자체가 불완전·불충분하게 입법되었음을 다투는 것으로 이해한다 하더라도, 청구기간이 경과되었다는 이유로 각하한 사건들<sup>275)</sup>이 상당수 존재한다.

그런데 이상에서 고찰한 바와 같이 이제 진정부작위와 부진정부

274) 현재 2006. 12. 19. 2006헌마1390, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인. 헌법재판소는 이 결정에서 진정입법부작위에 대한 헌법소원에서는 마치 평등위반을 주장할 수 없다고 하는 취지로 판시하고 있으나, 가령 입법자가 일정한 법령을 전혀 제정하지 않음으로 말미암아, 비교대상이 되는 다른 집단과 달리 차별을 받고 있음을 주장할 수도 있는 것임을 고려한다면 이 판시는 설득력이 없다고 보인다. 지금까지 보통 평등위반은 부진정입법부작위에 대한 헌법소원에서만 다투어 올 수 있는 것처럼 판시하고 있다면, 전술한 바와 같이 이는 시정되어야 할 것이다. 다만 이 사건에서는 관련되는 법령 자체에 대해서 직접 헌법소원심판을 청구했어야 했다는 취지로 이해한다면, 다음 단계로 그 법령에 대하여 다투는 헌법소원으로 간주하고 청구기간을 준수하였는지를 심사할 수도 있었을 것이나 이 사건에서는 그러한 심사는 보이지 않는다.

275) 현재 2008. 8. 19. 2008헌마505, 공보 제143호, 1212 [각하(2호)]: 입법부작위 위헌확인; 현재 2008. 11. 25. 2008헌마687, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인; 현재 2008. 9. 23. 2008헌마550, 결정문[각하(2호), 각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인; 현재 2016. 11. 1. 2016헌마902, 결정문[각하(2호), 각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인; 현재 2017. 4. 25. 2017헌마352, 결정문[각하(2호), 각하(4호)]: 공권력 불행사 등 위헌확인 - 입법부작위 위헌확인 - 진정입법부작위의 경우 청구기간 적용이 없다는 것이 헌법재판소 판례인데 이 사건에서는 과연 진정입법부작위가 문제된 것인지 여부는 불확실하나, 어쨌든 청구기간 경과를 주된 사유로 하여 각하한 사례이다.; 현재 2018. 5. 31. 2016헌마626, 공보 제260호, 931 [인용(위헌확인), 각하].

작위의 구분기준이 바뀌어야 한다고 하는 필자의 입장에서 살펴보면, 가령 명시적이든 헌법해석에 의하든 헌법상 입법의무를 이행하기 위한 입법이 인적 범위와 관련하여 불완전·불충분한 경우, 이러한 배제가 아무런 명시적 배제조항이 없이 암시적 또는 묵시적으로 이루어지는 경우, 즉 새로운 구분기준에 의할 때 입법자의 일부 부작위에 해당한다고 볼 수 있는 경우까지 부진정입법부작위로 보고서 청구를 각하하는 것은 잘못된 적용이라고 할 수 있을 것이고, 앞으로 개선되어야 할 것이다. 백보 양보를 한다 하더라도 이 경우에는 무조건 심판청구를 각하하지 말고 해당 법률의 위헌 여부를 다루는 것으로 받아들이되, 분명히 입법자의 일부부작위를 다루는 측면이 있으므로, 인적 보호대상에 대한 입법(법률 또는 행정입법)에 의하여 인적 보호대상의 확대를 위한 개정이 있는 시점은 언제든지 입법부작위를 위한 헌법소원청구기간이 다시 기산되는 시점이라고 봐야 할 것이다.

### (3) 보충성요건 결여

이미 구제절차가 마련되어 있음에도 불구하고 그러한 절차를 거치지 않았다는 이유로 각하한 사례<sup>276)</sup>도 있다.

### (4) 청구인적격(기본권침해의 관련성) 결여로 각하한 사례

우선 자기관련성이 결여<sup>277)</sup>되었다는 이유로 각하된 사례도 있다.

한편 2015. 1. 13. 2014헌마1148, 입법부작위 위헌확인사건에서 헌법재판소는 양심적 병역거부와 관련되는 입법부작위에 대한 헌법소원을 자기관련성 결여로 각하하였다. 청구인은 양심상의 이유로 입영통지에 응하지 아니하여 병역법 제88조 제1항 위반으로 1년 6월의 징역형을 선고받아 그 형이 확정된 사람으로, ‘양심적 병역거부권을 보호할 수 있는 대체복무제도에 대한 국회의 입법부작

276) 헌재 2006. 12. 27. 2006헌마1396, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위위헌확인.

277) 헌재 2009. 2. 10. 2009헌마65, 공보 제149호, 377 [각하(4호)]. 헌재 2015. 1. 13. 2014헌마1148, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인.

위'로 인하여 양심의 자유 등을 침해받았다고 주장하면서 위 입법부작위의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구한 것이다.278)

이에 대하여 헌법재판소(지정재판부)는 “청구인은 이미 병역의무 불이행을 이유로 1년 6월의 징역형을 선고받아 확정되었으므로, 더 이상 제1국민역의 병역의무를 부담하지 않게 되었다(병역법 제65조 제1항 제2호, 병역법 시행령 제136조 제1항 제2호 가목 참조). 그렇다면 이 사건 심판청구가 인용되어 대체복무제 법률이 제정된다고 하더라도 위 법률은 청구인에게 적용될 여지가 없으므로 청구인은 위 입법부작위의 위헌 여부를 다룰 기본권 침해의 자기관련성이 없다”고 하였다.

다시 말해서 청구인은 양심상 병역거부를 이유로 실형을 살고 나온 사람으로서, 병역법 제88조 제1항의 위헌여부가 아니라, 대체복무제의 입법부작위를 다투었는데, 그 입법부작위가 위헌으로 선고된다 하더라도, 그 법률은 청구인에게 적용될 여지가 없다고 하는 이유로, 청구인은 자기관련성이 없다고 본 것이다.

그런데 입법자가 대체복무에 관한 입법을 하였었다고 가정한다면, 청구인은 병역거부 이유로 실형선고를 받지 않았을 수 있다.

---

278) 한편 헌법재판소는 2018. 6. 28. 2011헌바379·383 등 병역법 제88조 제1항 등 위헌소원심판에서 병역법 제5조 제1항의 병역종류조항의 병역의무가 제한적으로 규정되어 양심적 병역거부자에게 징역 등 군사훈련이 수반되지 않는 대체복무의 선택 기회가 제공되지 아니하기 때문에 기본권이 침해되고 있다고 하는 주장에 대하여 이는 입법자가 아무런 입법을 하지 않은 진정입법부작위를 다투는 것이 아니라, 입법자가 병역의 종류에 관하여 입법을 하였으나 그 내용이 양심적 병역거부자를 위한 비군사적 내용의 대체복무제를 포함하지 아니하여 불완전·불충분하다는 부진정입법부작위를 다투는 것이라고 보았으며, 결론적으로 이 조항에 대하여 헌법불합치선언을 하고 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다고 하는 계속적용명령을 내렸다. 헌법재판소는 병역법 제5조 제1항에 대체복무에 관한 규정이 결여되어 있다는 이유로 헌법불합치로 확인하였지만, 그 실질은 결국 헌법재판소가 종전의 합헌결정에서도 입법자에게 개선입법을 권고하였음에도 불구하고 입법자가 여하한 형태로이든 대체복무제에 대한 입법을 지금까지 하지 않은 데 대하여 그 위헌을 확인한 것이라고 보아야 할 것이다. 다만 이 사건은 위헌법률심판 내지는 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 위헌소원에 해당하기 때문에 입법부작위 자체가 재판의 전제성이 있을 수는 없으므로, 불완전·불충분한 법률조항인 병역종류조항 자체가 간접적으로 재판의 전제가 된다고 보고, 헌법불합치를 확인한 것이다. 이와 관련 사실상 입법부작위의 위헌여부에 대한 제청신청을 받아들인 독일 연방헌법재판소의 BVerfGE 142, 313결정(앞의 p. 105 이하)을 참고할 필요가 있다.

이러한 경우 실형을 선고 받아 복역하였고, 대체복무에 관한 법률이 제정된다 하더라도 더 이상 그 법률이 적용될 여지가 없다고 하여 청구인의 자기관련성이 없다고 할 것인가 의문이다. 차라리 이 경우에는 권리보호이익이 없다고 함이 더 적절하지 않았는지 생각된다. 자기관련성을 따질 때에는 어떠한 공권력의 행사나 불행사로 인하여 자기의 기본권이 침해되었을 것을 주장하여야 한다는 것인데, 청구인은 대체복무제에 관한 입법이 없음으로 인하여 자신이 병역법 제88조 제1항에 따라 실형을 선고받고 복역하게 되어 기본권을 침해받았다고 하는 취지라고 할 수 있으므로, 과연 자기관련성이 완전히 없다고 할 수 있을 것인지 의문이다.

필자가 제시하고 있는 진정부작위와 부진정부작위의 새로운 구분론에 의하면 입법자의 일부 부작용이 있을 수도 있음을 전제로 한다. 독일 연방헌법재판소의 판례에서도 부작용 헌법소원에 있어서도 자기·현재·직접관련성을 모두 심사하는 것을 볼 수 있는데, 이와 같이 기본권침해의 관련성, 즉 청구인적격의 문제는 부작용 헌법소원에 있어서라고 해서 달라질 것은 아니라고 볼 것이다.

#### (5) 일사부재리 위반 사례

한편 각하된 사건에 대하여 다시금 헌법소원심판을 청구하였다 는 이유로 부적법<sup>279)</sup>하다고 각하한 사례도 있다.

#### (6) 입법부작위 자체가 존재하지 않아 각하된 사례

이미 법률이 있기 때문에 입법부작위가 존재하지 않는다는 이유로 각하된 사례들<sup>280)</sup>도 있다.

279) 현재 1998. 12. 1. 98헌마393, 결정문[각하(4호)]; 입법부작위위헌확인; 현재 2012. 1. 17. 2011헌마846, 결정문[각하(4호)]; 이해관계인 명시 부작용 위헌확인 - 입법부작위.

280) 현재 2005. 11. 1. 2005헌마982, 결정문[각하(4호)]; 입법부작위에 의한 전산개표기 사용 속행 위헌확인; 현재 2008. 7. 29. 2008헌마503, 결정문[각하(4호)]; 입법부작위 위헌확인; 현재 2014. 9. 24. 2014헌마737, 결정문[각하(4호)]; 입법부작위 위헌확인; 현재 2015. 1. 6. 2014헌마1118, 결정문[각하(4호)]; 소명기회 불부여 등 위헌확인 - 진정입법부작위; 현재 2015. 11. 3. 2015헌마1018, 결정문[각하(4호)]; 입법부작위 위헌확인; 현재 2015. 12. 23. 2013헌마182, 공보 제231호, 176 [각하]; 입법부작위 위헌확인 - 과연 이 사건에서 청구인이 다른 심판대상의 헌법적 문제점이 진정입법부작위인지 부진정

## (7) 권리보호이익 결여 사례

권리보호이익의 결여<sup>281)</sup>로 각하한 사례도 있다. 즉 2016. 4. 28. 2015헌마1177 등, 국회의원지역선거구구역표와 관련한 입법부작위 위헌확인 사건<sup>282)</sup>에서 헌법재판소는 종전 헌법불합치결정에서 설정한 입법개선시한이 지났음에도 개선입법을 하지 아니하여 일단 국회의 입법 의무를 인정하였으나, 권리보호이익이 없다는 이유로 각하하였다.

청구인들은 헌법재판소가 국회의원지역선거구구역표에 대하여 헌법불합치결정을 하면서 2015. 12. 31.을 시한으로 입법자가 이를 개정하도록 시한을 부여하였음에도 피청구인이 위 결정상의 입법 개선시한인 2015. 12. 31.까지 선거구를 확정하지 아니한 입법부작위로 인하여 제20대 국회의원선거에 출마하고자 하는 청구인들의 공무담임권 등이 침해된다고 주장하면서, 헌법소원심판을 청구하였다.

이와 관련하여 헌법재판소는 다음과 같이 판시하였다.

첫째, 헌법 제41조 제3항은 국회의원선거에 있어 필수적인 요소라고 할 수 있는 선거구에 관하여 직접 법률로 정하도록 규정하고 있으므로, 피청구인에게는 국회의원의 선거구를 입법할 명시적인 헌법상 입법 의무가 존재한다. 나아가 헌법이 국민주권의 실현 방법으로 대의민주주의를 채택하고 있고 선거구는 이를 구현하기 위한 기초가 된다는 점에 비추어 보면, 헌법 해석상으로도 피청구인에게 국회의원의 선거구를 입법할 의무가 인정된다. 따라서 헌법재판소가 입법개선시한을 정하여 헌법불합치결정을 하였음에도 국회가 입법개선시한까지 개선입법을 하지 아니하여 국회의원의 선

---

입법부작위인지에 대하여 논란이 가능한 사례라고 볼 수 있다. 청구인은 부진정입법부작위로 주장하였으나, 헌법재판소가 직권으로 진정입법부작위로 보고, 헌법상 작위의무가 인정될 수 없다고 하는 이유로 각하한 사례이고, 또한 피의사실에 대하여 피청구인이 고지하지 아니한 부작위의 경우도 같은 이유로 각하한 사례임; 헌재 2017. 3. 21. 2017헌마219, 결정문[각하(4호)].

281) 헌재 2000. 3. 30. 99헌마594, 공보 제44호, 350 [각하]; 입법부작위 위헌확인 등; 헌재 2016. 4. 28. 2015헌마1177 등, 판례집 28-1 하, 141 [각하]; 입법부작위 위헌확인 등.

282) 헌재 2016. 4. 28. 2015헌마1177 등, 판례집 28-1 하, 141 [각하]; 입법부작위 위헌확인 등.

거구에 관한 법률이 존재하지 아니하게 된 경우, 국회는 이를 입법하여야 할 헌법상 의무가 있다.

둘째, 헌법재판소는 구 선거구구역표에 대하여 헌법불합치결정을 하면서 피청구인에게 1년 2개월 동안 개선입법을 할 수 있는 기간을 부여하였는데, 이는 선거구 획정을 진지하게 논의하고 그에 따른 입법을 하기에 불충분한 시간이었다고 볼 수 없는 점, 그럼에도 불구하고 피청구인은 입법개선시한을 도과하여 선거구 공백 상태를 초래하여 국회의원선거에 출마하고자 하는 사람 등의 선거운동의 자유가 온전히 보장되지 못하고 선거권자의 선거정보 취득이 어렵게 되었던 점, 이러한 선거구 공백 상태가 2달여의 기간 동안 계속되어 제20대 국회의원선거가 불과 40여 일 앞으로 다가왔음에도 불구하고 피청구인은 여전히 선거구에 관한 법률을 제정하지 아니하였던 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 입법부작위는 합리적인 기간 내의 입법지체라고 볼 수 없고, 이러한 지체를 정당화할 다른 특별한 사유를 발견할 수 없다. 그렇다면 피청구인은 선거구에 관한 법률을 제정하여야 할 헌법상 입법 의무의 이행을 지체하였다.

셋째, 헌법소원심판청구가 적법하려면 심판청구 당시는 물론 결정 당시에도 권리보호이익이 존재해야 하는데, 2016. 3. 2. 피청구인이 선거구를 확정함으로써 선거구에 관한 법률을 제정하지 아니하고 있던 피청구인의 입법부작위 상태는 해소되었고, 확정된 선거구에서 국회의원후보자로 출마하거나 선거권자로서 투표하고자 하였던 청구인들의 주관적 목적이 달성되었으므로, 청구인들의 이 사건 입법부작위에 대한 심판청구는 권리보호이익이 없어 부적법하다.

재판관 이정미, 재판관 안창호, 재판관 서기석, 재판관 조용호의 이 사건 입법부작위 심판청구에 관한 반대의견은 다음과 같다.

국회의원의 선거구는 선거운동의 자유와 선거권 행사를 실효적으로 보장하기 위한 핵심적 전제가 되는 것이므로, 선거구는 상시

적으로 존재하는 것이 헌법합치적 상황이라 할 것이고, 특히 국회의원선거가 압박(臨迫)하였을 때에는 그 헌법적 입법요구는 더욱 높아진다.

이 사건의 경우 선거구를 전제로 하는 예비후보자등록이 이미 시작되는 등 제20대 국회의원선거가 매우 압박하였음에도 불구하고 선거일 40여일 전까지도 피청구인은 헌법이 위임한 선거구에 관한 법률을 제정하지 아니하였는바, 이는 국회의원선거에 출마하고자 하는 사람 등의 선거운동에 막대한 지장을 초래하고, 선거권자의 선거정보 취득을 어렵게 하는 등 국민주권을 기반으로 작동하는 민주주의의 기본원리를 매우 위태롭게 하는 것이다. 나아가 선거운동의 자유가 온전히 보장되지 못한 채 제한된 선거정보에 바탕을 두고 실시된 선거는 자칫 그 민주적 정당성의 약화로 이어질 우려마저 있다.

결국 피청구인의 이 사건 입법부작위는 헌법의 명시적 위임에 의한 국회의 입법의무를 게을리 한 것으로서 중대한 헌법위반행위에 해당하고, 이와 같은 피청구인의 입법지체에는 이를 정당화할 특별한 사유가 발견되지 아니하므로, 피청구인의 이 사건 입법부작위는 입법재량의 한계를 넘는 입법의무불이행으로서 제20대 국회의원선거에 출마하고자 하는 자 등의 선거운동의 자유 및 선거권자의 선거권 등을 침해한다.

살피건대, 반대의견의 논리가 더 설득력 있다고 보인다. 즉 선거구구역표에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정과 입법개선시한에도 불구하고 이를 경과시켜 개정하지 않는 사태가 계속 반복적으로 이루어질 가능성이 있는 점, 그리고 이러한 경우 그 위헌성에 대하여 객관적으로 해명해야 할 필요성이 있는 점 등을 고려할 때 심판의 이익이 인정된다고 할 수 있고, 또한 이러한 입법지체는 청구인들의 기본권을 침해한다고 할 수 있다.

(8) 청구인의 주장이 막연하고 애매모호하여 각하한 사례

청구인이 주장하는 기본권침해가 무엇인지, 그 원인이 되는 공권력의 불행사가 무엇인지 막연하고 애매모호하다는 이유로 각하한 사례<sup>283)</sup>도 있다.

(9) 기본권침해의 가능성이 없다는 이유로 각하한 사례

기본권침해의 가능성이 없다는 이유로 각하한 사례<sup>284)</sup>도 눈에 띈다.

나. 부진정입법부작위

전술한 바와 같이 우리 헌법재판소는 법률이 헌법상 입법의무를 불완전·불충분하게 이행하였다고 볼 수 있는 부진정입법부작위의 경우에는 해당 법률조항 자체에 대하여 다툼 것을 요구하면서 이러한 경우 진정입법부작위에 대한 헌법소원은 허용되지 않는다고 보지만, 해당 법률조항 자체의 위헌여부를 다투는 것으로 이해한다 하더라도 그 밖의 헌법소원청구의 적법요건들이 결합되어 있다는 이유로 각하한 사례가 상당수 존재하며 또한 본안판단으로 넘어가 기각한 사례도 존재한다. 이하에서는 이와 관련된 주요 사례들을 좀더 자세히 살펴보고, 특히 진정입법부작위와 부진정입법부작위의 개념 구분이 불확실함으로 인하여 발생하는 문제점과 견해의 차이를 들어내 보이고, 필요에 따라 새로운 구분기준에 따른 비판을 가해 보기로 한다.

---

283) 헌재 2007. 1. 16. 2006헌마1458, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인; 헌재 2009. 3. 3. 2009헌마89, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인; 헌재 2012. 3. 20. 2012헌마36, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인; 헌재 2012. 4. 3. 2012헌마216, 결정문[각하(4호)]: 집회 및 시위에 관한 법률 폐지 부작위 위헌확인; 헌재 2014. 2. 17. 2014헌마102, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인

284) 헌재 2014. 7. 23. 2014헌마552, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인. 이 사건에서는 권리보호이익이 없기 때문에 각하하는 것도 가능하였을 것으로 보인다. 왜냐하면 그 사이에 친권이 상실되었으므로, 친권포기와 마찬가지로 상황이 되었고, 더 이상 헌법소원으로 다툼 실익이 없어졌기 때문이다.



(1) 부진정입법부작위로 다루어야 할 것을 진정입법부작위로 다루어  
각하한 사례

이미 위 진정입법부작위 사례에서도 일부 같은 사유의 각하 사건들을 다룬 바 있었지만 부진정입법부작위 사례에서도 똑 같은 사례들이 존재하는 것은 당연하다. 즉 청구인은 진정입법부작위로 주장하였지만 헌법재판소 입장에서는 부진정입법부작위로 판단하고 각하한 경우이기 때문에, 일단 헌법재판소의 판단을 기준으로 하여 이러한 사례들은 부진정입법부작위의 카테고리에 일단 묶어서 검토하기로 한다. 반대의견이나 필자의 견해에 의하면, 이 사례들 가운데 일부는 진정입법부작위로 포함시킬 수 있는 사건도 있을 것이다.<sup>285)</sup>

① 한일 청구권협정에 따른 대일민간청구권 또는 일제하 피징용부  
상자 관련 보상입법부작위

우선 1965년 한일청구권협정이 체결된 이후 대일민간청구권 보상입법(관리법, 신고법, 보상법)이 마련되었었으나, 1945. 8. 15. 이후에 취득된 청구권 보상과 관련한 입법은 전혀 규정되어 있지 않아 대일민간청구권을 보상받지 못하였다고 주장을 하면서 청구한 헌법소원 사례들<sup>286)</sup>이 이 범주에 들 수 있다.

그 첫 번째 것으로 1996. 10. 31. 94헌마204 사건에서 헌법재판소는 대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정(조약 제172호: 이하 '1965년 한일청구권협정')에 의거하여 제정된 구 청구권자금의 운용 및 관리에 관한 법률, 구 대일 민간청구권신고에 관한 법률, 구 대일 민간청구권 보상에 관한 법률의 관계규정들을 종합할 때, 입법자가 대일 민간

---

285) 전술한 바와 같이 관련입법은 존재하지만 입법자의 결정이 있었다고 볼 수 있는 명시적 입법거부, 즉 명시적인 배제조항이 없고, 헌법위임이행법률에서 일부 인적 집단들을 암시적(묵시적)으로 배제하고 있는 경우가 그러할 것이다.

286) 현재 1996. 10. 31. 94헌마204, 공보 제18호, 648 [각하]; 현재 1996. 10. 31. 94헌마108, 판례집 8-2, 480 [각하]: 입법부작위 위헌확인.

청구권에 관하여 1945. 8. 15. 이전까지의 일본국에 대한 민간청구권을 주된 보상의 대상으로 삼으면서도 예외적으로 종전 후에 발생한 특수한 상태 하에서의 접촉과정에서 취득한 청구권도 보상할 수 있도록 하는 규정을 마련함으로써, 위 일자 이후에 취득된 청구권에 대하여도 나름대로 입법적 규율을 행한 것임을 알 수 있다고 하면서, 청구인의 해당 청구권이 신고 및 보상의 대상에 포함되어 있지 않고, 그 결과로 청구인이 보상을 받지 못하게 된 것은, 입법자가 1945. 8. 15. 이후 비통상의 접촉의 과정에서 취득된 청구권에 관한 보상입법을 불완전·불충분하게 함으로써 입법의 결함이 생겼기 때문이지, 보상입법을 하지 않았기 때문은 아니므로 이른바 부진정입법부작위에 지나지 않는다고 하면서 헌법소원심판청구를 각하하였다.<sup>287)</sup>

이에 반하여 김진우, 이재화, 조승형 재판관은 다수견해에 의한 진정입법부작위와 부진정입법부작위라고 하는 이분법적 기준은 애매모호하여 국민 기본권 보호에 실효성이 없으며, 가사 이분법에 따른다 하더라도 헌법상 입법 의무의 대상이 되는 입법사항이 여러 가지로 나뉘어져 있을 때에 이러한 각각의 입법사항들 중 일부의 입법사항은 규율하면서 나머지 일부의 입법사항에 대해서는 전혀 규율하고 있지 않은 경우, 즉 양적·절대적으로 규율하고 있지 않은 경우는 부진정입법부작위로 볼 것이 아니라, 진정입법부작위로 보아야 한다고 하면서, 위 세 보상관련 법률들은 위 입법사항 중 일부인 일본국 화폐에 의한 청구권, 일본국의 국채금융기관이었던 조선은행 등에 예치한 청구권에 관한 사항만을 규율하고 있을 뿐, 나머지 입법사항에 대해서는 불완전·불충분하게나마도 규율한 바가 전혀 없으므로 진정입법부작위의 경우로 봐야 한다면서, 이러한 진정입법부작위는 현재(신고 당시)까지도 계속되고 있으므로 청구기간도 경과된 바 없다고 밝히고 있다.<sup>288)</sup>

다음으로 역시 마찬가지로 해방 후 일본국 은행에 송금한 금전

287) 헌재 1996. 10. 31. 94헌마204, 공보 제18호, 648 [각하], 649.

288) 헌재 1996. 10. 31. 94헌마204, 공보 제18호, 648 [각하], 656; 헌재 1996. 10. 31. 94헌마108, 판례집 8-2, 480 [각하]; 입법부작위 위헌확인, 504.

으로 인하여 그 후신 은행에 대하여 발생한 채권에 대한 보상이 문제된 두 번째 헌법소원사건이 현재 1996. 10. 31. 94헌마108, 입법부작위 위헌확인<sup>289)</sup> 사건이며, 헌법재판소의 다수의견과 반대의견은 앞선 결정에서와 거의 동일하다.

다음으로 피징용부상자에 대한 보상입법을 전혀 마련하지 않음으로 말미암은 기본권침해를 주장한 헌법소원<sup>290)</sup>의 경우에도 헌법재판소의 다수의견과 반대의견은 위 결정들과 마찬가지로 입장으로 나뉘었다. 즉 청구인은 1943. 3. 20. 일본군으로 강제 징집되어 육군보병 제144연대 소속 상등병으로 복무하던 중 1944. 12. 12. 미얀마 남부지역의 전투에서 부상을 당하여 미얀마 라이가 소재 제121병참병원에 입원 중 다시 연합군 비행기에 폭격당하여 1945. 3. 4. 오른 쪽 팔을 절단당하고 한 푼의 보상도 받지 못한 채 8.15 해방과 동시에 귀국하였는데, 국가가 1965년 한일청구권협정에 따른 대일민간청구권 보상과 관련한 진술한 3법을 규정하면서도 피징용부상자의 청구권의 보상에 대해서는 아무런 규정을 하지 아니하여 평등권 등 기본권을 침해당하였다는 것이다. 이 사건에서도 김진우, 이재화, 조승형 재판관은 헌법 제23조 제1항의 해석상 청구인과 같은 특정집단에게 보상청구권이라고 하는 구체적인 재산권적 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위 의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백한데도 이 사건 청구권과 같은 대일민간청구권부분에 관하여는 아무런 보상규정을 마련하고 있지 않고, 그 후 현재까지도 보상에 관한 아무런 입법을 하지 않고 있으므로, 청구인은 이러한 입법부작위에 의하여 기본권을 침해당하고 있다고 보았다. 가사 2분법에 따른다 하더라도 진술한 바와 같은 논리로 이러한 입법불비는 진정입법부작위에 해당한다는 것이다.<sup>291)</sup>

---

289) 판례집 8-2, 480 [각하].

290) 현재 1996. 11. 28. 95헌마161, 공보 제19호, 93 [각하]: 입법부작위 위헌확인.

291) 현재 1996. 11. 28. 95헌마161, 공보 제19호, 93, 100; 반대의견이 타당하다고 본 의견으로, 방승주, 앞의 논문(주 1), 52.

② 1980년 국보위에 의하여 강제해직된 공무원의 보상 등에 관한  
법률의 수혜범위에 일정 부류의 공직자들을 포함시키지 않은 입  
법부작위

다음으로 위 사건의 경우도 평등의 원칙에 위반된 혜택 배제사  
례라고 볼 수도 있지만 이러한 범주에 속하는 것으로 우선 정부산  
하 기관의 직원들에 대하여 공무원과는 달리 1980년 해직공무원의  
보상 등에 관한 법률의 수혜범위에 포함시키지 아니한 입법부작위  
에 대하여 다툼 헌법소원사건<sup>292)</sup>도 들 수 있다. 이 사건에서도 헌  
법재판소는 직접 해당 법률조항의 위헌을 다투었어야 함에도 그렇  
게 하지 않고 입법부작위에 대하여 헌법소원을 다투었으므로 부적  
법하다고 하며 각하하였다. 즉 외형적으로는 진정입법부작위에 대  
한 소원과 흡사하나 실질은 그렇지 않다는 것이다. 달리 말해서  
평등원칙에 위배된 경우 평등원칙에 합치하는 상태를 실현할 입법  
자의 의무는 헌법이 직접 부과한 구체적인 의무가 아니고, 단지  
입법자의 잘못된 입법에 의하여 비로소 발생하는 것이므로 입법을  
통한 평등원칙의 위반에 따른 결과일 뿐, 헌법위임에 의한 것이  
아니라는 것이다.<sup>293)</sup>

다음으로 1980년 국보위에 의하여 강제해직된 행정부와 입법부  
공무원과는 달리, 1981년 사회정화위원회에 의하여 강제해직된 범  
원공무원에 대해서는 보상 및 명예회복을 위한 법률을 제정하지  
않은 입법부작위에 대한 헌법소원심판 청구사건<sup>294)</sup>에서도 헌법재  
판소는 이는 부진정입법부작위에 해당하여 입법부작위에 대한 헌  
법소원대상에 해당되지 않는다고 하면서 각하하였다.

이러한 유형의 사건과 관련하여 해직공무원 등에 대한 보상입법  
에서 일정한 인적 범위가 배제되거나 누락된 경우, 평등원칙 자체  
는 구체적인 입법을 위한 구체적 헌법위임이 되지 않는다는 견지  
에서 이러한 결론에 도달한 것으로 보인다. 해직공무원 등은 국가

292) 헌재 1996. 11. 28. 93헌마258, 판례집 8-2, 636 [각하]: 입법부작위 위헌확인.

293) 헌재 1996. 11. 28. 93헌마258, 판례집 8-2, 636, 644-645.

294) 헌재 2000. 6. 1. 2000헌마18, 판례집 12-1, 733 [기각,각하]: 입법부작위 위헌확인.

에 의해서 강제해직 당한 사람들이다. 그들에 대한 국가의 강제해직은 실은 대국가적 방어권에 대한 침해였다고 할 수 있으며, 이들의 기본권침해에 대하여 국가가 보상입법 등 일종의 기본권침해의 결과를 배제하고자 하는 입법을 하였다면 이러한 입법의무의 헌법적 근거는 기본권 그 자체로부터 나오는 것이라고 생각된다. 더욱이 일정한 해직공무원 집단에 대해서 국가가 보상 내지 지원 입법을 하였다면 입법자는 이제 헌법 제11조의 평등원칙, 즉 평등취급명령과 차별금지명령을 근거로 그와 유사한 다른 국민집단에 대한 입법을 별도로 하든지 아니면 기존입법을 보완함으로써 그들에 대한 보호법률 내지는 평등실현법률을 제(개)정하지 않으면 안된다. 혹 국가의 재정적 측면 등 여러 가지 입법을 위한 제반요소를 고려할 필요가 있어서 입법자의 입법지체가 나름 정당화될 수 있는 것이었다면, 이에 대한 심사는 본안판단에 들어가서 해 주고, 청구를 기각하거나 필요한 경우에 입법촉구를 곁들이는 방법도 가능할 것이다.

### ③ 형사소송법 제420조에서 재심이유를 충분하게 규정하지 않은 입법부작위

다음으로 형사소송법 제420조가 규정하는 재심사유 외에 “유죄의 확정판결을 받은 후 등 판결에서 인정한 사실과 법률적 가치판단이 상치되어 양립할 수 없는 사실의 인정에 관한 확정판결이 있는 때”를 별도의 재심이유로 규정하지 않은 입법부작위로 인하여 재판을 받을 권리, 평등권, 신체의 자유, 재산권 및 행복추구권 등을 침해받았다고 주장하면서 제기한 헌법소원사건<sup>295)</sup>이 있다.

295) 헌재 1997. 3. 27. 94헌마235, 판례집 9-1, 390 [각하]: 입법부작위 위헌확인 등.

④ 개발제한구역으로 지정된 경우에 보상입법을 하지 않은 입법부 작위

구 도시계획법 제21조에 의하여 개발제한구역으로 지정된 경우에 보상을 지급하는 법률을 제정하지 않아 재산권을 침해받았다고 주장하면서 헌법소원심판을 청구한 사건<sup>296)</sup>이 있다.

이 사건에서도 다수의견과는 달리 이재화, 조승형 재판관은 질적·상대적으로 불완전·불충분하게 규율한 것이 아니라, 양적·절대적으로 일부 입법사항에 대하여 전혀 규율하고 있지 않은 경우이므로 다수견해와 같이 이분법에 따른다 하더라도 진정입법부작위에 해당한다고 보았다.

구 도시계획법 제21조에 의하여 개발제한구역으로 지정하면서도 그 재산권제한으로 인한 정당한 보상에 관한 입법에 대하여 입법자가 명시적이고 의도적으로 거부한 바 없이 무심코 장기간 동안 방치해 놓은 상태에 있었다고 한다면, 이는 단순한 부진정입법부작위가 아니라, 헌법 제23조 제3항의 불가분조항이 명하고 있는 정당한 보상에 대한 명시적 입법위임을 상당기간 해태하고 있었던 것이므로, 진정입법부작위로 볼 수 있는 사례에 해당하는 것 아니었나 생각된다.

필자의 새로운 구분기준에 의할 경우에도 국가의 공용수용에 대하여 다른 인적 집단들에 대해서는 보상입법을 마련하였음에도 보상을 배제하는 명시적 조항을 두지 않은 채, 암시적·묵시적으로 보상을 배제하였다면, 일단 헌법 제23조 제3항에서 나오는 정당한 보상명령이라고 하는 헌법위임에도 합치하지 않을뿐더러, 이러한 인적 집단들은 헌법 제11조의 평등의 원칙에 반하여 보상입법으로부터 제외되어 그들의 평등권이 침해되었다고 볼 수 있는 가능성이 충분히 존재하기 때문이다. 따라서 이러한 경우에 진정입법부작위로 다루었다는 이유로 각하하는 것은 지나치게 소송법적 논리만으로 입법자의 부작위로 인한 실체적 권리침해의 측면을 등한시하는 우를 범하는 것 아닌가 하는 생각이 든다.

---

296) 헌재 1999. 1. 28. 97헌마9, 판례집 11-1, 45 [각하]: 입법부작위 위헌확인.

다만 보상입법이 존재하기는 하는데, 보상의 범위와 관련하여 불충분하다는 것을 다투는 경우라면 이는 새로운 구분기준에 의한다 하더라도 부진정입법부작위라고 간주할 수 있을 것이다.

⑤ 선천성 심장질환자를 심장장애자로 인정하는 입법을 하지 않은 입법부작위

심장 장애 등급을 규정하면서 선천성 심장질환에 의한 합병증의 위험 때문에 정상적인 사회생활을 할 수 없는 자를 심장장애자로 인정하는 입법을 하지 않은 입법부작위에 대한 헌법소원심판을 청구한 사건도 있다.

헌법재판소는 이에 대하여 “선천성 심장질환에 의한 합병증의 위험 때문에 정상적인 사회생활을 할 수 없는 자를 심장장애자로 인정하는 입법을 하지 않았다고 하더라도 장애인복지법시행규칙 제2조 제1항 별표1 제10호는 심장장애의 경우를 1등급에서 3등급까지 나누어 규정하고 있고, 이는 심장장애인을 보호하기 위한 기본규정으로서 심장 장애에 관한 규정이 전혀 없는 경우가 아닌, 부진정입법부작위에 해당하므로 입법을 하지 아니하는 부작위로 인한 헌법소원심판 대상이 되지 않는다.”고 보았다.

⑥ ‘특수임무수행자 보상에 관한 법률’에 의한 특수임무수행자에 비하여 육군본부 직할 결사유격대(이른바 ‘백골병단’)에 대한 처우가 열악함에도 이를 개선해 주지 않은 입법부작위

청구인은 1951. 1. 4.부터 같은 해 3. 25. 사이에 육군본부직할결사유격대(이른바 ‘백골병단’)에 편입되어 특수작전을 수행한 공로가 인정되어 2004. 3. 22. 법률 제7200호로 제정된 ‘6·25전쟁중적후방지역작전수행공로자에대한군복무인정및보상등에관한법률’에 따라 보상금 등을 지급받았으나, 이는 ‘특수임무수행자보상에관한법률’에 의한 특수임무수행자에 비하여 그 처우가 열악하므로 이를 개선해 줄 것을 요구하는 진정을 수차에 걸쳐 하였음에도 받아들

여지지 아니하자, 위와 같은 개선입법을 하지 아니하는 국회 국방위원회 위원장의 입법부작위가 청구인의 기본권을 침해한다면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.<sup>297)</sup>

헌법재판소는 이 경우 부진정입법부작위로서 불완전한 법률 자체에 대하여 다투었어야 함에도 입법부작위에 대한 헌법소원을 청구하여 부적법하다고 보았다. 처우의 내용의 불충분성을 다루는 것이므로 이러한 판단은 타당하다고 생각된다.

그러나 이 사건의 경우 국방위원회 위원장의 입법행위는 국가기관 내부의 행위에 불과하여 대외적인 효력을 가지지 않는 것이므로, 이와 같이 대외적인 효력이 없는 행위를 하지 않은 부작위에 대한 헌법소원 역시 적법한 공권력의 불행사에 대한 헌법소원이라 할 수 없어 부적법하다고 한 법리가 여기에도 적용될 수 있었지 않았나 생각된다.

⑦ 투기목적이 아닌 1가구 2주택에 대하여 양도소득세를 면제하는  
입법을 하지 않은 입법부작위

한 청구인은 투기목적으로 주택을 소유하지 않았음에도 불구하고 이를 일률적으로 1가구 2주택을 소유한 것으로 보아 양도소득세를 부과결정 고지한 것은 소득세법 제89조의 해석상 투기목적 없이 주택의 공동소유자가 된 경우를 비과세대상으로 하는 규정을 마련하지 않은 입법부작위로 인한 것이고, 이로 인하여 자신의 거주·이전의 자유 등 기본권을 침해받았다고 주장하며 2006. 8. 16. 헌법소원심판청구를 하였다.<sup>298)</sup>

이 사건에서도 헌법재판소는 소득세법과 소득세법시행령 상 비과세양도소득과 관련된 조항은 이미 마련되어 있고, 법령해석상 비과세양도소득 대상의 범위가 문제될 뿐이므로 입법부작위가 있었다고 볼 수는 없다는 이유로 각하하였다.

그러나 청구인이 주장하는 바와 같은 인적집단이 그러한 비과세

297) 헌재 2006. 7. 4. 2006헌마712, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인.

298) 헌재 2006. 8. 29. 2006헌마946, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인.



해택입법에 명시적 배제조항이 없이 누락되거나 고려되지 않았다면 그들에 대해서는 입법자의 일부 입법부작위라고 볼 여지도 있다고 생각되므로, 적법요건 단계에서 각하할 것이 아니라, 본안판단에서 위헌여부를 심층적으로 검토하는 것이 더 타당한 것 아닌가 의심이 제기된다.

⑧ 선거운동시 확성장치의 소음기준에 관한 조항을 두지 않은 공직선거법 제79조 및 제216조에 대한 헌법소원

청구인은 2006. 5. 31. 실시된 전국 동시지방선거의 선거운동 과정에서 후보자들이 확성장치 등을 사용하여 소음을 유발함으로써 정신적·육체적 고통을 받았다고 하면서, 현행 공직선거법이 선거운동시 확성장치의 출력수 등 소음에 대한 허용기준 조항을 두지 아니하는 등 불충분하여 청구인의 행복추구권 및 환경권을 침해한다는 이유로 2006. 6. 20. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다가, 2008. 4. 11. 이 사건 헌법소원의 심판대상을 공직선거법 제79조 및 제216조라고 해 청구취지를 정정하였다.

이 헌법소원심판에서 헌법재판소는 “공직선거 운동시 발생하는 소음과 관련하여 소음·진동규제법이 적용될 수 없음은 해석상 분명하다. 그런데 공직선거법의 경우 제91조 제1항에서 특정한 경우 이외에 선거운동에서 확성장치를 사용하지 못하도록 하고 있고, 제79조 및 제216조에서 확성장치 사용목적, 사용장소, 사용대수 및 사용방법에 대한 규정을 두고 있으며, 제102조에서는 야간 연설시 확성장치 사용에 대한 제한을 두고 있으므로, 공직선거법이 확성장치에 의해 발생하는 선거운동 소음을 규제하는 입법을 전혀 하지 않았다고 할 수 없고, 다만 소음제한 입법이 확성장치의 출력수 등 소음 제한에 관한 기준을 설정하지 않는 등 불완전·불충분한 것인지가 문제될 따름이다. 따라서, 확성장치에 의해 유발되는 선거운동 소음규제 입법에 관한 이 사건 심판청구는 부진정입법부작위를 다투는 것에 해당한다고 할 것”이라고 타당하게 판시하였다.

헌법재판소의 합헌의견은 “일정한 경우 국가는 사인인 제3자에

의한 국민의 환경권 침해에 대해서도 적극적으로 기본권 보호조치를 취할 의무를 지나, 헌법재판소가 이를 심사할 때에는 국가가 국민의 기본권적 법익 보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가 하는 이른바 ‘과소보호금지원칙’의 위반 여부를 기준으로 삼아야 한다.”고 하면서 과소금지원칙을 심사기준으로 삼았고, 그에 따라 “이 사건의 경우 청구인의 기본권적 법익이 침해되고 있음이 명백히 드러나지 않고, 공직선거법의 규정을 보다라도 확장장치로 인한 소음을 예방하는 규정이 불충분하다고 단정할 수도 없으며, 기본권보호의무의 인정 여부를 선거운동의 자유와의 비교형량하에서 판단할 때, 확장장치 소음규제기준을 정하지 않았다는 것만으로 청구인의 정온한 환경에서 생활할 권리를 보호하기 위한 입법자의 의무를 과소하게 이행하였다고 평가할 수는 없다”고 판단하였다.

이에 비하여 조대현 재판관의 별개 합헌의견은 “이 사건 법률조항에서 선거운동을 위하여 확장장치의 사용을 허용하면서 확장장치에 의한 소음허용기준을 규정하지 아니한 것이 청구인의 환경권을 침해하였는지 여부에 대해서는 과소보호금지원칙이 아니라 헌법 제37조 제2항이 심사기준이 되어야 한다. 이 사건 법률조항은 청구인의 환경권을 과도하게 침해하였다고 볼 수 없으므로 합헌”이라고 하였다.

이에 반하여 김희옥, 김종대, 민형기, 목영준 재판관의 반대의견은 “이 사건 법률조항은 관련 법익을 형량하여 기본권 보호의무를 이행하는 데 있어서 환경권을 과소하게 보호하고 있고, 이는 청구인이 누려야 할 정온한 환경에서 생활할 권리의 침해를 가져왔다고 하지 않을 수 없으므로, 입법자가 공직선거시 유발되는 선거소음에 대한 입법을 개선할 수 있도록 이 사건 법률조항에 대하여 헌법불합치 결정을 선고하여야 한다.”는 입장을 피력하였다.

이 사건은 본안 판단에서 심사기준을 과소보호금지원칙으로 해야 할 것인지 아니면 과잉금지원칙으로 해야 할 것인지에 관하여 재판관들 사이에 논란이 이루어진 대표적 사례이다.

4인의 반대의견은 “어떠한 경우에 과소보호 금지의 원칙에 미달

하게 되는지에 대해서는 일반적·일률적으로 확정할 수는 없다. 이는 개별 사례에 있어서 관련 법익의 종류 및 그 법익이 헌법질서에서 차지하는 위상, 그 법익에 대한 침해와 위협의 태양과 정도, 상충하는 법익의 의미 등을 비교·형량하여 구체적으로 확정하여야 한다”고 하는 대략적 기준을 제시하고 있는데, 여기에서 제시된 요소들을 발전시키고 좀 더 구체화하여 기본권보호의무 위반 여부의 심사에 있어서 구조화의 요소를 활용할 수 있을 것이다.<sup>299)</sup>

## (2) 부진정입법부작위로 보고 본안판단으로 넘어가 기각한 사례

다음으로는 부진정입법부작위에 대한 헌법소원으로 보고, 본안판단으로 넘어가 합헌 또는 기각한 사건<sup>300)</sup>도 보인다.

이 사건에서 청구인들은 일제강점하 강제동원피해 진상규명 위원회로부터 일제 강점하 강제동원 피해자로 결정되었거나 강제동원되어 사망한 자의 유족들인데, 강제동원희생자가 국내피해자이거나 정확히 그 사망장소가 확인되지 않는 경우에도 국가가 보상을 하여야 할 헌법상 입법의무가 있음에도 불구하고 해당 법률인 태평양전쟁 전후 국외 강제동원희생자 등 지원에 관한 법률 제2조, 제4조, 제6조가 태평양전쟁 전후 강제동원된 자 중 ‘국외’로 강제동원된 자에 대해서만 위로금 및 의료지원금을 지급하도록 규정하고 있었기 때문에 그로 인하여 자신들의 평등권, 재산권 및 행복추구권 등이 침해되었다면서 헌법소원심판을 청구하였다.

헌법재판소는 이 사건 헌법소원을 부진정입법부작위에 대한 헌법소원으로 보고, 태평양전쟁 국내강제동원희생자에 대하여 보상하지 않은 것이 평등권 등을 침해하지 않는 것이라고 보았으나, 4인의 반대이견은 이를 진정입법부작위로 보고, 헌법전문, 헌법 제10조, 범죄피해자구조청구권 등을 고려할 때 국내강제동원희생자에

299) 행정부의 보호조치에 대한 심사기준과 관련해서는 방승주, 앞의 논문(제1장 주 19), 63-72.

300) 현재 2011. 12. 29. 2009헌마182 등, 결정문[기각]: 2009헌마182 태평양전쟁 전후 국외 강제동원희생자 등 지원에 관한 법률 제1조 위헌확인; 2009헌마183(병합) 태평양전쟁 전후 국외 강제동원희생자 등 지원에 관한 법률 제2조 제1호 가목 등 위헌확인.

대하여 보상을 하여야 할 헌법상 입법의무가 있다고 할 것이고, 상당기간 이를 이행하지 않고 있는 것은 이러한 입법의무를 위반한 것이어서 위헌이라고 보았다.

이 사건은 진정입법부작위와 부진정입법부작위에 대한 구분이 이와 같이 보는 시각에 따라서 다를 수 있다는 점을 극명하게 보여주는 것이라 할 것이다. 필자의 새로운 구분기준에 의할 경우에 국내피해자들이나 아니면 국내인지 국외인지 피해장소가 불확실한 피해자들의 경우는 기존 국외피해자를 위한 법률에서 명시적으로 배제하고 있는지 의문이다. 설사 법률의 적용범위 부분에서 국외 피해자들만을 대상으로 한다고 하는 것을 명시했다고 하더라도, 입법자가 국내피해자 등에 대하여 보호입법을 마련하지 않은 것은 인적 집단과 관련하여 불완전·불충분한 입법이라고 할 수 있다. 청구인들은 국외피해자들에 대한 지원 자체를 폐지하는 데에 관심이 있는 것이 아니고, 오히려 자신들에 대한 지원을 하지 않는 자체가 입법부작위로서 위헌이라고 주장하는 것이다. 나아가 독일의 자이베르트(Seiwerth)가 지적하였듯이 기존 법률의 위헌을 다투어 청구가 인용된다고 해서 당연히 청구인들이 혜택의 범주에 포함될 수 있는 것도 아니기 때문에 이러한 청구는 권리보호이익이 없다고도 할 수 있다. 그럼에도 이와 같이 인적 집단과 관련하여 일부 입법부작위라고 할 수 있는 사례들은 입법부작위 사건으로 다루되, 상당한 기간이 지났는지, 입법지체를 정당화할 만한 다른 사유는 없는지, 기본권침해가 있는지 등을 심사하여 경우에 따라 기각할 수도 있는 가능성을 열어두는 것이 더 타당하다고 생각된다. 이러한 의미에서 필자는 개인적으로 반대의견의 논리에 찬성한다.<sup>301)</sup>

한편 미귀환 국군포로의 자녀들인 청구인들이 국군포로의 보수 청구절차 및 국가유공자 신청절차를 입법하지 아니한 국회의 부작위가 자신들의 재산권 등을 침해하였다고 주장하면서 청구한 헌법

---

301) 방승주, 일제식민지배청산 관련 헌법재판소판례에 대한 헌법적 분석과 평가 - 일제강점하 일본군위안부피해자와 강제동원피해자들의 헌법소원사건들을 중심으로, 헌법학연구 제22권 제4호(2016. 12), 39-83 (56-58); 동종사건으로 헌재 2011. 2. 24. 2009헌마94, 판례집 23-1 상, 143 [기각].

소원심판청구 사건<sup>302)</sup>에서 헌법재판소는 이 사건 헌법소원이 진정 입법부작위가 아니라 부진정입법부작위에 대한 청구로 보고, 심판 대상을 국군포로법 제9조 제1항 및 국가유공자법 제4조 제1항의 위헌여부로 정리한 후, 국군포로법 제9조 제1항에 대한 심판청구에 대하여는 각하하고 나머지 심판청구에 대하여 기각하였다.

### (3) 청구기간 경과로 각하하거나 본안판단에서 기각한 사례

청구인은 자신이 주장하는 입법이 없다는 이유로 진정입법부작위를 다투었으나, 불완전·불충분한 법률 자체를 다투었어야 한다고 보고, 또한 그와 같이 이해한다 하더라도 청구기간이 경과되었다는 이유로 각하한 사례들<sup>303)</sup>이 상당 수 있으며, 또한 본안판단으로 넘어가 기각한 사례<sup>304)</sup>도 있다.

#### ① 2012. 2. 23. 2010헌마300 골재시설 행정대집행 근거법률 입법부작위

현재 2012. 2. 23. 2010헌마300 사건에서 청구인들은 1998년경부터 2006년경까지 의정부시 장암동 384-5 등 개발제한구역 내에 무허가로 설치된 골재채취업시설(골재파쇄기 10기, 골재선별기 8기 등, 이하 ‘이 사건 골재시설’이라 한다.)에서 발생하는 먼지와 소음으로 인하여 수인한도를 넘는 피해를 받아오면서 관할 행정청에 피해구제를 위해 이 사건 골재시설을 철거해 줄 것을 신청하였다가 거부당했는데, 이는 개발제한구역 내에 허가를 받지 아니하고 설치한 이 사건 골재시설을 행정대집행에 의해 철거할 수 있는 근거법률을 제정하지 아니한 입법부작위 때문이고, 이로 인해 청구

---

302) 현재 2014. 6. 26. 2012헌마757, 판례집 26-1 하, 656 [기각,각하]: 입법부작위 위헌확인.  
303) 가령 현재 2008. 7. 22. 2008헌마457, 결정문[각하(4호)]; 입법부작위 위헌확인 등; 현재 2009. 1. 13. 2008헌마746, 결정문[각하(4호)]; 현재 2009. 4. 21. 2009헌마189, 결정문[각하(2호)]; 현재 2009. 12. 22. 2009헌마724, 결정문[각하(2호),각하(4호)]; 현재 2012. 8. 7. 2012헌마658, 결정문[각하(2호)]; 입법부작위 위헌확인; 현재 2013. 2. 26. 2013헌마65, 결정문[각하(2호)]; 입법부작위 위헌확인; 현재 2018. 5. 31. 2016헌마626, 공보 제260호, 931 [인용(위헌확인),각하].  
304) 현재 2010. 12. 28. 2008헌마527, 판례집 22-2 하, 742 [기각]: 입법부작위 위헌확인.

인들의 환경권 등 기본권이 침해되었다고 주장하며, 2010. 5. 11. 입법부작위의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다. 이 사건에서 헌법재판소는 심판대상을 정리해 주는 차원에서 이 사건 헌법소원이 과연 진정입법부작위를 다투는 것인지 아니면 부진정입법부작위에 대한 것인지를 정리하고 이 사건은 부진정입법부작위에 대한 헌법소원이라고 받아들이면서도 결론은 청구기간 경과로 각하하였다.<sup>305)</sup> 다만 만일 진정입법부작위인지 부진정입법부작위인지가 다소 불확실한 경우, 청구인의 입장에서 청구기간경과 등 불리한 쪽 보다는 가능하다면 입법자가 입법을 제대로 하지 않은 측면이 여전히 존재하는 한, 진정입법부작위로 파악하여 청구기간경과의 부담을 가급적 면해 주도록 하는 것이 청구인의 기본권보호의 차원에서 바람직한 적법요건 심사의 태도가 아니었는지 의심이 들기도 한다.

② 2016. 12. 29. 2015헌마937 제초제 ‘모뉴론’을 고엽제로 인정하지 않은 입법부작위

2016. 12. 29. 선고된 2015헌마937 헌법소원심판 사건에서 청구인은 다이옥신이 들어 있지 않은 ‘모뉴론’이라고 하는 제초제가 고엽제법상 고엽제로 인정하지 않는 고엽제법 제2조 제1호(이하 ‘이 사건 성분조항’)와 고엽제후유증환자로 인정될 수 있는 복무기간의 종기를 1972. 1. 31.로 한정된 고엽제법 제2조 제2호 나목(이하 ‘이 사건 기간조항’)이 청구인의 기본권을 침해한다고 주장하면서 2015. 4. 17. 국선위임인선임신청을 하였고, 국선대리인은 2015. 9. 16. 헌법소원심판청구서를 제출하였다. 이 사건은 청구인이 심판대상을 법률조항으로 특정하면서 부진정부작위를 다투는 사례에 해당하나 헌법재판소 다수의견은 이 사건 성분조항에 대한 심판청구는 청구기간을 경과하여 부적법하며, 또한 그러한 한 이 사건 기간조항은 직접 청구인의 기본권을 침해한다고 볼 수 없거나 권리보호

305) 헌재 2012. 2. 23. 2010헌마300, 공보 제185호, 492 [각하]: 입법부작위 위헌확인 - 전원재판부.

이익이 없어 부적법하다고 보았다. 이에 반하여 이진성 재판관은 이 사건 성분조항이 개정되지 않더라도 청구인은 이 사건 기간조항의 종기가 청구인이 군인으로 복무한 시기 이후로 연장되기만 하면 고엽제후유증환자에 해당하여 고엽제법에 따른 혜택을 받을 수 있으므로, 이 사건 기간조항에 대한 심판청구는 기본권침해의 직접성, 권리보호이익이 인정되고 그 밖의 적법요건도 모두 충족하여 적법하므로 본안판단으로 나아가야 한다고 보았다.<sup>306)</sup>

### ③ 2018. 6. 20. 선고된 2016헌마626 국군포로법관련 입법부작위

최근인 2018. 6. 20. 선고된 2016헌마626 입법부작위 위헌확인 헌법소원사건에서 헌법재판소는 부진정입법부작위로 다루어야 할 것을 진정입법부작위로 다루는 경우 부적법하고, 또한 설령 이 사건 헌법소원심판청구를 해당 국군포로법 제9조 제1항, 제11조 제1항 및 국군포로법 제15조 제1항의 불완전·불충분성을 다루는 것으로 받아들인다 하더라도 청구기간이 이미 경과되었다는 이유로 입법부작위에 대한 심판청구부분은 각하하기도 하였다.

## (4) 청구인적격 결여로 각하한 사례

### ① 자기관련성

한편 부진정입법부작위로 이해한다 해도 관련당사자가 해당 법률의 적용대상자가 되지 않는다면 청구인의 자기관련성이 결여된다는 이유로 일부 청구인에 대하여 각하한 사례<sup>307)</sup>도 있다.

### ② 현재관련성

또한 현재관련성 결여로 각하한 사례<sup>308)</sup>도 있다. 청구인은 수차례 유죄판결을 선고받아 복역한 바 있고, 현재 특정범죄가중처벌

306) 구체적인 사건에 대한 판단은 자세한 소송기록에 대한 검토가 없이는 한계가 있으므로 유보하기로 한다.

307) 현재 2011. 10. 4. 2011헌마523, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인.

308) 현재 2017. 1. 24. 2017헌마27, 결정문[각하(4호)].

등에 관한 법률 위반(절도)죄 등으로 징역 5년을 선고받고(서울고등법원 2013노1847), 안양교도소에서 복역 중이다. 청구인은 이미 확정된 유죄판결에 대하여 다수의 재심청구를 하고 있다면서, 청구인의 재심청구가 인용되어 형이 줄어든 경우에는 형사보상청구를 할 수 있어야 할 것임에도, ‘형사보상 및 명예회복에 관한 법률’에서 무죄판결을 받은 경우와는 달리 감형판결을 받은 경우에는 형사보상을 규정하고 있지 아니한 입법부작위가 위헌이라고 주장하면서 2017. 1. 12. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

이에 대하여 헌법재판소는 “청구인은, 재심을 통하여 감형된 경우 형사보상규정이 없어 위헌이라는 취지로 주장한다. 그런데 청구인은 확정된 유죄판결에 대하여 현재 재심청구를 하였을 뿐, 그 재심재판에서 감형판결을 선고받은 바 없고, 재심청구를 한 것만으로는 장래에 감형판결을 받을 것이라고 객관적으로 예측되는 것도 아니므로, 이 사건 심판청구는 권리침해의 현재성을 인정할 수 없다”고 판시하였다.

### ③ 직접관련성

그리고 직접관련성 결여로 각하한 사례<sup>309)</sup>도 있다. 2013. 12. 17. 선고한 2013헌마807 헌법소원심판청구 사건에서 청구인은 집회및시위에 관한 법률 위반죄 등으로 기소되어 재판 계속 중이던(서울서부지방법원 2012고정958) 2012. 4. 27. 위헌법률심판제청신청을 제기하였는데(2012초기760), 법원은 당시까지 그 신청에 대한 판단을 하지 아니하였다. 그러자 청구인은 헌법재판소법(2011. 4. 5. 법률 제10546호로 개정된 것) 제41조(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 청구인의 신속한 재판을 받을 권리 등 기본권을 침해한다고 주장하면서 2013. 11. 27. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

이 사건에서 헌법재판소는 “이 사건 법률조항은 위헌법률심판제

---

309) 현재 2013. 12. 17. 2013헌마807, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인.



청신청을 받은 법원으로 하여금 결정으로 위헌심판제청을 할 수 있도록 규정하고 있을 뿐, 법원이 아무런 제한 없이 재판을 지연할 수 있도록 허용하는 것이 아니다. 이 사건 법률조항이 처리기한을 정하고 있지 않더라도 법원이 적정한 기간 내에 위헌법률심판제청신청에 대한 결정을 한다면 청구인에 대한 기본권 제한의 문제가 생기지 않을 것임에 반해, 이 사건 법률조항이 처리기한을 정하고 있더라도 법원이 그 기간이 경과하도록 정당한 사유 없이 결정을 하지 않고 재판을 지연한다면 청구인에 대한 기본권 침해의 문제가 발생할 수 있다(헌재 2006. 1. 26. 2005헌마108 결정 참조). 따라서 청구인이 주장하는 내용의 기본권 침해는 이 사건 법률조항으로부터 직접 발생하는 것이 아니고, 구체적인 사건에서 재판의 진행경과에 따라 달라지는 것이므로, 결국 이 사건 심판청구는 기본권침해의 직접성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다”고 판시하였다.

헌법재판소는 명시적으로 언급하고 있지는 않으나 이 사건심판청구를 부진정입법부작위로 본 것 같다. 즉 청구인이 헌법재판소법 제41조가 위헌제청신청기간을 규정하지 않아 자신의 기본권을 침해하였다고 주장하는 데 대하여 이러한 내용의 기본권 침해는 이 사건 법률조항으로부터 직접 발생하는 것이 아니고, 구체적인 사건에서 재판의 진행경과에 따라 달라지는 것이므로, 결국 이 사건 심판청구는 기본권침해의 직접성요건을 갖추지 못하여 부적법하다고 하고 있다.

그런데 이러한 입장(이정미, 김창중, 서기석 재판관)은 전술한 헌법소원심판청구에 대한 심판기간 180일 규정에 대한 헌법소원심판청구에 대한 결정<sup>310)</sup>에서 헌법재판소가 - 같은 지정재판부(김창중, 이정미, 서기석 재판관)임에도 불구하고 - 이를 진정입법부작위로 보고 헌법상 입법의무가 인정되지 않는 공권력의 불행사에 대한 헌법소원으로서 각하한 것과 사뭇 다르므로 다소 일관성이 결여된 것 아닌가 하는 의심이 든다.

---

310) 헌재 2013. 12. 23. 2013헌마812.

### (5) 권리보호이익 결여로 각하한 사례

끝으로 권리보호이익이 없어 각하한 사례<sup>311)</sup>도 있다. 청구인은 2016. 6. 30. 일반교통방해죄로 벌금 200만 원을 선고받고(서울서부지방법원 2015노1809) 상고하였으나 대법원이 2017. 1. 25. 상고기각판결을 선고하여 위 판결이 확정되었다(대법원 2016도11330). 그러자 청구인은 형사소송법상 상고인은 상고이유서에 소송기록을 인용하여 그 이유를 명시하여야 하도록 규정하고 있음에도, 상고심 판결에는 소송기록을 인용하여 이유를 작성하도록 규정하지 아니한 입법부작위로 인하여 자신의 평등권, 알 권리 등이 침해되었다고 주장하며 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

이 사건에서 헌법재판소는 청구인이 형사소송법 제398조(재판소에는 상고의 이유에 관한 판단을 기재하여야 한다)가 불완전·불충분하다고 하여 헌법소원심판을 청구한 것으로 볼 수 있으나, 이 조항을 위헌결정한다 하더라도, 청구인에 대한 확정판결에 대하여 재심을 청구할 수도 없으므로 권리보호이익이 없어서 각하하였다.

그리고 현재 2017. 9. 5. 2017헌마966 사건에서 청구인은 당시 구치소에 수용 중인데, 교도소에서 수용 중이던 2017. 8. 11. 청구인에게 부과된 징벌처분에 대하여 행정심판을 청구하였음에도 그 징벌집행이 종료된 같은 달 26일까지 해당 행정심판위원회에서 재결을 하지 않은 부작위와 징벌처분에 대한 행정심판의 재결을 당해 징벌집행 종료시까지 하도록 규정하지 않은 입법부작위가 청구인의 헌법상 기본권을 침해한다고 주장하면서 제기한 헌법소원심판을 청구하였다. 이 사건에서 헌법재판소는 청구인에 대한 징벌집행이 2017. 8. 26. 종료된 이상 행정심판법 제45조 제1항이 청구인이 주장하는 사유로 위헌으로 결정되더라도 청구인의 침해된 기본권이 구제될 수 없으므로, 이 부분 헌법소원심판청구는 권리보

---

311) 현재 2017. 2. 21. 2017헌마114, 결정문[각하(4호)]; 현재 2017. 9. 5. 2017헌마966, 결정문[각하(4호)] - 이 사건에서는 앞으로 기본권침해행위가 반복될 수 있는 가능성이 있어 헌법해명의 필요성이 있는지 여부에 대한 심사가 누락된 것은 아닌가 하는 의문이 제기된다.

호이익이 없어 부적법하다고 하면서 각하하였다.

다만 앞으로 기본권침해행위가 반복될 수 있는 가능성이 있어 헌법해명의 필요성이 있는지 여부에 대한 심사가 이루어질 수도 있지 않으나 생각된다.

### III. 소결

이상으로 입법부작위에 대한 헌법소원에 관한 독일과 한국 판례와 학설들을 검토하여 보았다. 위에서 수행한 비교헌법적 고찰을 통해서 얻어진 몇 가지 결론들을 정리하면 다음과 같다.

우선 입법부작위와 관련하여 독일 연방헌법재판소와 학설은 입법의 내용과 범위를 본질적으로 한정하는 헌법상의 명시적 입법의무(헌법위임) 뿐만 아니라, 헌법해석으로부터 나오는 행위의무나 보호의무가 있음에도 입법자가 입법의무를 이행하지 않는 경우에 입법부작위를 인정한다. 독일 연방헌법재판소 판례에서는 “진정” 부작위와 “부진정” 부작위라고 하는 개념 자체를 사용한 경우를 발견하지 못했다. 그리고 연방헌법재판소의 최근 판례까지 분석한 바에 따르면, 우선 명시적 헌법위임의 경우는 명시적 헌법위임에도 불구하고 입법자가 일정한 국민집단들을 입법대상에서 배제한 경우, 일부 입법부작위를 인정한다. 이러한 경우 불완전·불충분입법의 결과인 법률이 이미 존재한다고 해서 무조건 부진정입법부작위인 것으로 간주하고 기존 법률에 대한 위헌여부를 다룰 것을 요구하며 헌법소원심판청구를 각하하지 않는다. 그리고 기본권보호의무나 최근의 유럽통합책임으로부터 나오는 의무로부터도 입법자의 보호의무나 작위의무를 인정하고 있다. 특히 최근 독일 연방헌법재판소는 기본법 제2조 제2항 제1문으로부터 나오는 생명권의 보호의무로부터 감호병동 외의 경우에 인식능력이나 거동불능 환자의 자연적 의사에 반하는 강제치료를 할 수 있는 근거규정을 마련하지 않은 입법자의 부작위에 대해서 위헌을 확인하고 입법자에게 이러한 보호흡결을 보완하도록 명하였을 뿐만 아니라, 입법자가 관련규정을 제(개)정할 때까지 민법 제1906조 제3항을 준용할

것을 명하는 경과규정을 발하였다. 이러한 독일 연방헌법재판소의 판례 경향을 볼 때, 연방헌법재판소는 명시적 헌법위임이든 헌법 해석에 의한 보호의무이든 그러한 의무를 이행하지 않는 입법자의 부작위에 대하여 위헌을 확인하는 판례를 상당히 적극적으로 내려 오고 있어 앞으로의 입법부작위에 대한 헌법소원심판의 발전방향이 매우 기대된다고 평가할 수 있다. 이에 반하여 일부 소수설들을 제외하고 기본법 주석서 등 대다수 학설들은 대체로 진정부작위와 부진정부작위 또는 절대적 부작위와 상대적 부작위로 나누면서 종래의 애매모호한 구분론에 입각하고 있음을 볼 수 있다.

한국 헌법재판소 판례와 학설들은 대체로 종래의 구분론에 입각하고 있는 것으로 보인다. 다만 헌법재판소의 일부 반대의견에 참여한 재판관들은 질적·상대적 부작위와 양적·절대적 부작위로 구분하고, 어떠한 규율대상에 대해서 질적·상대적으로 불완전·불충분하게 규율한 경우는 부진정부작위이지만, 양적·절대적으로 불완전·불충분하게 규율한 경우는 진정부작위로 보아야 한다고 하면서 종래의 구분론에 대하여 그 유효성에 상당한 의문을 제기하면서 진전된 문제계기를 하고 있지만, 이러한 입장도 역시 “불완전·불충분” 개념과 관련하여 불확실하고 애매모호한 입장에 있기 때문에 만족할 만한 해결책을 제시하였다고 보기는 힘들다.

그러나 필자는 이러한 반대의견의 이론적 뿌리가 되었다고 볼 수 있는 독일 학설을 다시 재검토해 보고, 연방헌법재판소의 초기 판례부터 최신 판례까지 조사·분석해 본 결과 새로운 구분론을 세울 수 있었다.

새로운 구분론은 간단히 요약하면, 어떠한 헌법상의 입법의무에도 불구하고 입법자가 명시적 또는 암시적으로 일정한 인적 집단을 혜택부여입법이나 보호입법으로부터 배제한 경우, 일단 헌법실체법적으로 그 인적 집단은 평등원칙과 보호의무에 합치되는 입법을 해 줄 것을 요구할 수 있는 청구권이 발생한다. 그리고 이 청구권에 기하여 입법자 역시 그러한 입법을 하지 않은 경우는 명시적 배제이든 암시적 배제이든 일단 실체법적 입법의무 위반으로서 입법부작위에 해당한다. 다만 그럼에도 불구하고 입법자의 명시적

배제의 경우는 배제된 당사자가 그 조항을 직접 다룰 수 있는 가능성이 있으므로, 소송법적으로 부진정부작위에 대한 헌법소원심판을 통해서 해결할 수 있다. 그러나 입법자의 암시적 배제의 경우는 배제된 당사자가 다룰 수 있을 만한 뚜렷한 대상 자체가 없다. 그리고 기존의 혜택부여나 보호를 폐지해 달라고 요구하는 것이 아니라, 자신들도 혜택과 보호에 참여케 해 줄 것을 요구하는 것이기 때문에, 그 자체가 기존의 혜택이나 보호로부터 떨어져서, 가분적이고 독자적으로 다룰 수 있을 뿐만 아니라 그러한 필요성도 인정되는 부작위라고 할 수 있다. 따라서 입법자의 이러한 암시적 배제에 대해서는 진정입법부작위에 대한 헌법소원심판청구를 아무런 문제 없이 허용할 수 있는 것이다. 헌법재판소와 당사자 역시 기존 혜택부여와 보호입법 자체를 건드리지 않은 채, 입법자의 부작위부분만 위헌확인을 할 수 있게 된다. 즉, 기존 혜택부여와 보호 관련 법률을 위헌선언함으로써 법적 공백상태에 빠뜨릴 위험도 적으면서도, 동시에 입법자에게 보완입법을 명하는 것이다. 따라서 이러한 문제상황의 해결책으로 지금까지의 불완전·불충분한 법률에 대한 잠정적 계속적용을 명하는 헌법불합치결정을 통한 해결방법보다, 실체법적으로나 절차법적으로, 그리고 - 입법자와의 관계에서 - 기능법적으로, 나아가 법적 공백상태로 인한 결과고려를 보다 쉽게 할 수 있는 방안이 되기 때문에, 입법부작위 부분에 대한 위헌확인결정이 훨씬 명쾌하고도 유용한 해결책이 될 수 있다고 생각된다.

종래 필자는 앞에서도 밝혔듯이 대체로 진정입법부작위와 부진정입법부작위의 구분론과 관련하여 헌법재판소의 다수의견보다는 반대의견의 문제제기와 이의에서부터 출발하였다. 다만 이러한 반대의견과 필자입장의 차이는 만일 명시적 배제조항이 있는 경우에는 인적 집단과 관련하여 불완전·불충분한 입법이라 하더라도 그 조항의 위헌을 다룰 수 있으므로, 실체법적으로 볼 때에는 진정입법부작위 상황이지만, 소송법적으로는 부진정입법부작위에 포함시켜도 무방하다는 것이다. 그리고 명시적 배제조항의 경우라 하더라도, 실체법적으로 볼 때, 입법자가 일정한 인적 집단에 대한 해

택부여나 보호와 관련하여 여전히 행위의무나 보호의무를 제대로 이행하지 않은 부작용에 대한 헌법적 책임 문제는 그대로 존재한다. 그러나 입법자가 혜택부여와 보호에 대한 명시적 거부의를 통하여 일정한 혜택과 보호로부터 인적 집단의 일부를 배제한 경우는, 소송법적으로 청구인이 그 혜택부여나 보호법률 자체의 위헌을 다툴 수 있으니, 그러한 법적 구제절차를 밟으라고 하는 뜻이지, 그들에 대해서도 평등입법이나 보호입법을 하라고 하는 헌법적 명령이나 입법의무로부터 입법자가 면제된다는 뜻은 아니다. 그러므로 명시적 배제조항이 있음에도 불구하고 이러한 실체법적 부작용부분에 대한 독립적 헌법소원심판청구도 허용할 것인지의 문제는 차후에 좀 더 심층적으로 검토해 보아야 할 필요가 있다고 생각된다. 다만 필자의 현재까지의 연구에 의하면 명시적 배제조항이 있는 경우에는 일단 입법자의 기존의 혜택부여와 보호법률상의 배제조항 자체에 대하여 다투으로써 배제된 혜택과 보호를 다시 얻을 수 있는 가능성이 있게 되므로, 일응 소송법상으로 부진정입법부작용으로 해결해도 크게 문제되지 않는다는 점인 것이다.

끝으로 혜택부여와 보호의 물적 대상, 즉 구체적 내용이나 시기 등과 관련하여 불완전·불충분하게 입법을 한 경우에는 보장부분과 나머지 부족하거나 흠결된 부분은 서로 내용적으로 불가분의 관계로 결합되어 있다고 볼 수 있기 때문에, 이러한 경우는 부작용 헌법소원을 인정할 수 있기 위한 요건인 “가분성”, “독자성” 그리고 “필요성”이 결여되므로, 오로지 기존의 혜택부여와 보호법률 그 자체의 위헌을 다투지 않으면 안 될 것이다.

### 제3절 행정부작위

행정부작위의 경우, 보통 행정의 합법률성의 원칙에 입각하여 일반적으로 행정청의 일정한 행위나 행정입법을 하도록 법률에 근거(법률유보)가 있는 것이 보통일 것이다. 만일 입법자가 일정한 보호의무를 이행하도록 행정부에 입법위임을 하였음에도 불구하고 행정입법자가 이러한 의무를 이행하지 않아서 기본권침해가 야기되었다고 볼 수 있을 경우에는 기본권침해의 원인이 입법부작위에 있는 것이 아니라, 행정입법부작위<sup>312)</sup>에 있을 것이다.

그리고 또한 법률이나 법규명령(행정입법, 시행령)이 기본권보호의무를 이행하기 위한 규정을 두었음에도 불구하고 행정청이 해당되는 기본권보호의무를 이행하지 않은 경우에는 행정청의 행정부작위에 의해서 비로소 기본권침해가 야기된다고 할 것이므로, 이러한 경우에는 동시에 행정청이 법률에 위반할 뿐만 아니라, 행정의 법률에 대한 구속원칙을 포함하고 있는 법치국가원리와 권력분립원칙에도 위반될 가능성이 있다.<sup>313)</sup>

#### I. 독일의 판례와 학설

##### 1. 행정부작위

정부를 비롯한 행정의 부작위는 헌법소원이 가능한 공권력의 행위방식 중 하나이다. 헌법소원청구인과 행정주체간에 공법적 관계가 언급될 수 있는 경우에는 언제나 그러하다. 행정부작위에 대해서는 보통 우선적으로 일반 법원을 통한 권리보호의 수단 - 대부분은 행정소송법상 의무화소송이나 일반적인 이행소송의 방법으로 다루어질 수 있다(연방헌법재판소법 제90조 제2항 제1문). 만일 행정입법의 해태가 문제되는 경우에도 마찬가지이다. 이어지는

312) 행정입법부작위에 대해서는 vgl. Maunz/Schmid-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG § 90, 52 El. September 2017, Rn. 191.

313) 동지, 현재 2004. 2. 26. 2001헌마718, 판례집 16-1, 313 [인용(위헌확인)], 320.

규범제정소송에 있어서는 청구적격의 문제가 존재한다.<sup>314)</sup>

## 2. 행정입법부작위

행정입법부작위에 대한 헌법소원이 제기되는 경우 우선 행정소송법상 규범제정소송의 가능성을 먼저 검토해야 한다. 법률하위법규범(명령, 규칙)의 제정청구권은 행정법원에 제기해야 한다. 이것은 법정책적으로 바람직스러운 입법자의 미래행위에 의해서 비로소가 아니라, 처음부터 행정재판소의 결정권한에 맡겨져 있는 비헌법적 유형의 공법상의 쟁송이다. 행정재판소의 심급을 모두 경유한 다음에야 비로소 헌법소원이 (그 밖의 전제조건들을 유보로) 허용된다. 여기에서도 청구적격과 관련된 문제들이 존재한다. 행정부를 상대로 하는 (사전적) 규범제정소송은 기존의 법규정에 대한 사후적 규범통제에 국한되어 있는 행정소송법 제47조의 사례는 전혀 아니다.<sup>315)</sup>

## 3. 구체적 사례

행정부작위의 구체적 사례로서는 가령 Schleyer결정<sup>316)</sup>과 같은 것을 들 수 있다. 그리고 전술한 OMT 결의안이나 ESM체제와 관련하여 독일 연방의회와 연방정부의 헌법적 의무 불이행을 다투고 있는 일련의 헌법소원심판청구사건들<sup>317)</sup>은 연방정부의 행정부작위 내지 정부부작위에 대한 것이며 그 자세한 내용들은 해당 부분에서 자세히 다루었으므로 여기에서는 생략하기로 한다.

---

314) Maunz/Schmid-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG § 90, 52 El. September 2017, Rn. 207.

315) Maunz/Schmid-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG § 90, 52 El. September 2017, Rn. 191.

316) BVerfGE 46, 160. 이에 대해서는 아래 제3장, 제2절, II, 1, 가, (3), ② p. 230 참조.

317) BVerfGE 134, 366; BVerfGE 135, 317; BVerfGE 142, 123.



## II. 한국의 판례와 학설

### 1. 행정입법부작위

행정입법부작위의 경우도 진정부작위와 부진정부작위 사건으로 나눌 수 있다.

#### 가. 진정행정입법부작위

우리 헌법재판소 판례에서도 진정행정입법부작위에 대하여 위헌을 확인한 사례들이 몇 건 있다. 치과전문 의사<sup>318)</sup>, 평균임금결정고시 부작위<sup>319)</sup>와 군법무관보수에 관한 규정 사건<sup>320)</sup>, 올해 5월에 선고된 국군포로법 사건<sup>321)</sup>이 바로 그것이다. 그리고 조례 역시 국가의 권력구조의 테두리 내에서 행정영역에 속한다고 볼 수 있을 것이므로<sup>322)</sup>, 조례입법부작위 역시 진정행정입법부작위의 범주로 분류할 수 있을 것이며, 이에 관해서도 위헌확인이 이루어진 사례<sup>323)</sup>와 공권력의 불행사 내지 부작위가 아예 존재하지 않는다는 이유로 각하된 사례<sup>324)</sup>가 존재한다.

그 외에 진정행정입법부작위에 대한 헌법소원사건들은 작위의무가 인정되지 않거나<sup>325)</sup> 또는 입법공백 자체가 존재하지 않는다고

---

318) 현재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283 [인용(위헌확인),각하]: 전문의 자격시험 불 실시 위헌확인 등.

319) 현재 2002. 7. 18. 2000헌마707, 판례집 14-2, 65 [인용(위헌확인)].

320) 현재 2004. 2. 26. 2001헌마718, 판례집 16-1, 313 [인용(위헌확인)].

321) 현재 2018. 5. 31. 2016헌마626, 공보 제260호, 931 [인용(위헌확인),각하].

322) 이에 관해서는 방송주, 지방자치제도의 발전을 위한 헌법개정 방향, 지방자치법연구 제9권 제2호(2009. 6.) 3-30 (12).

323) 현재 2009. 7. 30. 2006헌마358, 판례집 21-2 상, 292 [인용(위헌확인)]: 입법부작위 위헌확인

324) 현재 2017. 10. 24. 2017헌마1129, 결정문[각하(4호)].

325) 현재 2003. 7. 24. 2002헌마378, 판례집 15-2 상, 145 [각하]; 현재 2005. 12. 22. 2004헌마66, 공보 제111호, 146 [각하]: 입법부작위 위헌확인 - 전원재판부; 현재 2007. 5. 22. 2007헌마527, 결정문[각하(4호)]: 입법부작위 위헌확인; 현재 2010. 6. 22. 2010헌마370, 결정문[각하(4호)]; 현재 2013. 1. 8. 2012헌마930, 결정문[각하(4호)]; 현재 2013. 5. 30. 2011헌마198, 판례집 25-1, 378 [각하]: 입법부작위 위헌확인 - 전원재판부.

나<sup>326)</sup>, 기본권침해<sup>327)</sup>, 자기관련성<sup>328)</sup>, 권리보호이익<sup>329)</sup> 등의 결여를 이유로 대부분 각하되었다. 이하에서 입법부작위를 위헌으로 판단한 주요 헌법소원사건들의 판시내용을 대략 살펴보면 다음과 같다.

### (1) 치과전문의사건

헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 치과전문의 자격시험 불 실시 위헌 확인 사건<sup>330)</sup>에서 헌법재판소는 보건복지부장관의 입법부작위에 대한 헌법소원의 적법요건과 관련하여, 치과전문의제도의 시행을 위하여 필요한 사항 중 일부를 누락함으로써 제도의 시행이 불가능하게 되었다면 그 누락된 부분에 대하여는 진정입법부작위에 해당한다고 보고, 우선 청구기간경과의 위법은 없다고 판단하였다. 그리고 보충성의 원칙에 대한 예외를 인정하였으며, 자기관련성도 인정된다고 보아 치과전문의자격시험의 실시를 위한 절차를 마련하지 아니한 부분에 대한 청구는 적법하여 본안판단으로 넘겼다. 본안판단에서 헌법재판소는 “행정명령의 제정 또는 개정의 지체가 위법으로 되어 그에 대한 법적 통제가 가능하기 위해서는 첫째, 행정청에게 시행명령을 제정(개정)할 법적 의무가 있어야 하고, 둘째, 상당한 기간<sup>331)</sup>이 지났음에도 불구하고, 셋째, 명령제정(개정)권이 행사되지 않아야 한다”고 전제조건을 내세우고 있다. 그리하여 헌법에서 유래하는 행정입법의 작위의무의 존재여부, 행정입법 지체의 정당화사유, 침해되는 기본권의 순서로 심사하고 헌법소원을 인용하고 있다. 이 사건에서 헌법재판소는 청구인의 직업선택

326) 헌재 2011. 2. 15. 2011헌마40, 공보 제173호, 337 [각하(4호)].

327) 헌재 2013. 11. 19. 2013헌마733, 결정문[각하(4호)].

328) 헌재 1997. 11. 27. 96헌마226, 판례집 9-2, 716 [각하]; 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마500, 결정문[각하].

329) 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마500, 결정문[각하]; 헌재 2005. 12. 22. 2004헌마66, 공보 제111호, 146 [각하]; 입법부작위 위헌확인 - 전원재판부; 헌재 2015. 6. 25. 2012헌마210, 결정문[각하].

330) 판례집 10-2, 283.

331) 기간이 경과하지 않은 경우 입법부작위가 정당화될 수 있음에 대하여 이미 Leo Seufert, 앞의 박사논문(주 11), 37.

과 직업행사의 자유의 침해를 인정하고, 진정행정입법부작위에 대하여 위헌확인을 하였다. 이 사건에서 입법지체기간은 20년 이상이었다.

## (2) 평균임금결정고시 부작위사건

헌재 2002. 7. 18. 2000헌마707, 평균임금결정고시 부작위 헌법소원사건<sup>332</sup>)과 관련하여 적법요건과 본안판단에서의 심사구조를 분석해 보면, 우선 적법요건심사에서 앞선 위헌확인 사례에서와 마찬가지로 진정입법부작위인지 부진정입법부작위인지를 먼저 규명해 주고, 진정입법부작위에 대한 헌법소원의 경우 청구기간의 적용이 없음을 확인한 후, 보충성원칙의 예외를 인정하고, 자기관련성과, 주관적 권리보호이익은 물론 심판청구의 이익 역시 인정된다고 보았다. 다음으로 본안판단에서 헌법재판소는 앞선 치과전문사의 사건(헌재 1998. 7. 16. 96헌마246)에서 정립한 전제조건을 다시 한 번 확인하고, 위헌여부의 심사에서 첫째, 행정입법의 작위의무의 존재여부, 둘째, 작위의무의 내용, 셋째, 입법지체의 정당화사유, 넷째, 기본권의 침해의 순서로 심사하고 있으며, 30년 이상의 입법지체는 합리적 기간 내의 지체라고 할 수 없다고 보고, 기본권(재산권)의 침해를 인정하였다.

이에 반하여 권성 재판관은 노동부장관의 평균임금결정행위는 행정입법이 아니고 오히려 구체적인 사안에 즉응하여 이를 처리하는 하나의 행정작용이라는 점에서 행정처분적인 작용이라고 보면서, 따라서 노동부장관의 평균임금결정행위를 행정입법이라고 하고 그 부작위를 입법부작위로 하여 그 위헌성을 주장하는 청구인의 헌법소원은 받아들일 수 없다(부적법하여 각하하여야 한다는 취지로 보임)는 견해를 밝혔다.

---

332) 판례집 14-2, 65.

### (3) 군법무관보수에 관한 규정 사건

헌재 2004. 2. 26. 2001헌마718, 군법무관보수에 관한 규정 사건<sup>333</sup>)에서 헌법재판소는 앞선 위헌확인 사례와 마찬가지로, 적법요건심사에서 진정입법부작위인지 여부를 가려 주고, 권리보호이익과 관련하여 청구인 중 심리 도중 전역한 사람이 있지만 이 사건은 헌법적으로 해명할 필요가 있는 중요한 사안이라는 이유로 청구인의 경우만 따로 권리보호이익을 부인할 것이 아니라 예외를 인정해 줘야 한다고 하였다. 그리고 본안판단에서 헌법재판소는 입법의무를 지체한 데 대한 정당화사유가 존재하는지 여부를 살펴본 후(구법 조항이 신설된 때로부터 당시까지 약 37년간 행정입법부작위의 상태가 지속되고 있다고 보았음), 다음 단계로 여기에서도 기본권(재산권)침해 자체가 존재하는지 여부에 대한 심사에 국한하고 있는 것을 볼 수 있다.

그리고 권성 재판관의 반대의견의 논거는 행정입법부작위의 경우에 제기할 수 있는 문제이다. 즉 행정입법부작위가 위헌인지 여부를 살피기 전에 그 근거가 되고 있는 법률의 위헌여부가 문제될 경우에는 그 법률의 위헌을 확인하고, 그 부작위의 위헌청구를 각하하여야 한다는 것인데, 본안판단 구조와 관련하여 색다른 의견의 제시이므로 참고해 볼 필요가 있다고 생각된다.

### (4) 국군포로법 사건

헌재 2018. 5. 31. 2016헌마626, 국군포로법 사건<sup>334</sup>)에서 헌법재판소가 국군포로법 제15조의5 제2항에 따른 대통령령을 제정할 작위의무가 인정되는지 여부를 적법요건심사인지 아니면 본안판단에서의 심사인지를 밝히지 않고서 그냥 심사를 하고 있는 것이 특이하다. 아마도 작위의무의 존재 여부를 보통 적법요건심사에서도 주로 했지만, 인용사건의 경우에는 본안판단에서도 상세히 한 사례가 있었던 점을 고려해 볼 때, 이러한 심사가 굳이 어디에 속한

---

333) 판례집 16-1, 313.

334) 공보 제260호, 931.

다고 하는 명시 자체가 불필요했던 것 아닌가 생각된다. 다음으로 헌법재판소는 이 사건 행정입법부작위에 정당한 사유가 있는지 여부를 심사한다. 이 단계는 이미 본안판단이라고 파악된다. 특이한 점은 등록포로 등에 대한 예우에 관한 사항을 대통령령에 위임하고 있는 국군포로법 조항이 처음 규정되어 시행된 2013. 6. 23.로부터 약 5년이 경과하였고, 국군포로법 시행령은 그동안 5차례 개정되면서도 국군포로법 제16조의5에 관한 사항을 여전히 규정하지 않고 있으므로 이 사건 행정입법부작위는 상당한 기간 동안 계속되고 있다고 볼 수 있다고 함으로써 앞선 다른 부작위위헌확인(인용)사건들과 비교할 때 훨씬 짧다고도 볼 수 있는 5년의 입법지체기간을 이미 상당히 긴 기간으로 판단하였다는 점이다. 그리고 청구인의 기본권 침해가 확인하였는데, 재산권제한은 아닌 것으로 보았으나, 명예권에 대한 제한은 되는 것으로 보고 그 침해를 인정하였다.

이에 대하여는 4인의 반대의견이 제시되었다.

#### (5) 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위 사건

조례입법부작위를 위헌으로 확인한 사례로서 헌재 2009. 7. 30. 2006헌마358, 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위사건<sup>335)</sup>에 관한 헌법재판소의 결정은 조례입법부작위와 관련한 적법요건 심사와 본안판단 심사에 대하여 시사점을 주고 있다. 첫째, 적법요건심사와 관련해서 기본권침해의 가능성과 자기관련성을 먼저 심사하고 이를 인정하였다. 둘째, 본안판단에서 헌법재판소는 조례제정의무의 존부를 확인하고, 조례제정을 지체할 정당한 사유가 있는지 여부를 심사한 후 이를 부인하였고, 끝으로 청구인들의 기본권침해 여부를 심사하였는데, 기본권침해 여부에 대한 심사에 있어서는 가령 작위에 의한 침해에 있어서와 같은 과잉금지원칙 위반여부를 기준으로 심사한 것이 아니라, 완화된 심사기준을 택한 것으로 보인다. 그러나 이미 조례제정의무를 인정하였고, 상당한 기간

---

335) 판례집 21-2 상, 292.

동안 조례제정을 하지 않은 것으로 확인한 이상, 청구인들의 기본권침해가 존재하는지 여부만을 확인하는 정도에 그친 것으로 보인다. 이러한 논리구조를 통하여 결국 이 사건 조례제정 부작위가 청구인들의 기본권을 침해한 것으로 결론을 내고 있다.

다음으로 김종대 재판관의 별개의견은 결론에 있어서는 위헌의 견과 같으나 그 이유구성이 약간 다르다. 즉 ‘사실상 노무에 종사하는 공무원’의 범위를 국회가 스스로 결정하였어야 합헌이나 이를 대통령령이나 조례로 재위임하였기 때문에 여기에 그 위헌성이 있다고 하는 것이며, 이 사건 부작위의 경우도 조례제정을 명령하는 것은 사실상 위헌적 법률에 기한 조례입법을 명하는 것이어서 역시 위헌적이라 할 수 있음에도 노동3권의 사각지대 발생을 방지하기 위해서는 현재로서는 시행령이나 조례가 그러한 ‘사실상 노무에 종사하는 공무원’의 범위를 규정하지 않는 것이 위헌이라고 확인할 수밖에 없다는 것이다. 다만 국회에는 이러한 내용을 스스로 규정하라고 하는 입법촉구를 하고 있음을 볼 수 있다.

그리고 반대의견은 기본권침해의 자기관련성이 부인된다는 이유로 부적법하다고 보고 있다. 다만 반대의견의 경우 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위가 조례로 아직 구체화되지 않았음에도 불구하고, 연혁적으로 볼 때 사실상 노무에 종사하는 공무원은 현업기관의 작업현장에서 노무에 종사하는 공무원이라고 볼 수 있다고 하면서 청구인들은 이러한 범위에 속하지 않으므로 자기관련성이 없다고 단정하고 있으나, 지방자치단체가 조례로 제정하기 전까지는 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위가 반대의견이 제시하는 범위에 머무를지 아니면 좀 더 확대될 수 있을지 아직 모르는 것이기 때문에, 제정되지도 않은 조례의 위헌을 확인함에 있어서 앞으로 제정될 조례의 방향을 단정하고 그 조례의 내용과 상관없다고 하는 이유로 자기관련성을 부인하는 것은 적절치 않다고 보여 위헌의견인 다수견해가 타당하다고 생각된다.

## 나. 부진정행정입법부작위

부진정행정입법부작위의 경우에는 부진정입법부작위 헌법소원사례들과 마찬가지로 해당 행정입법에 대하여 직접 다투었어야 하는데 행정입법부작위로 다투었다고 하는 이유로 각하되거나 부진정입법부작위로 보더라도 청구기간<sup>336)</sup>, 자기관련성<sup>337)</sup>, 권리보호이익<sup>338)</sup> 등 다른 사유로 각하된 사례들<sup>339)</sup>이 많이 있다. 그리고 헌법상 작위의무가 인정되지 않는다는 이유로 각하된 사례<sup>340)</sup>도 있다.

## 2. 행정부작위

### 가. 인용 사례

앞서 언급한 위안부피해자<sup>341)</sup>와 원폭피해자의 헌법소원<sup>342)</sup>의 경우 대표적으로 행정부작위에 대하여 위헌확인을 한 사례이다. 그리고 초기에 임야조사서에 대한 열람복사거부 사건<sup>343)</sup> 역시 행정

- 
- 336) 현재 2009. 7. 14. 2009헌마349, 공보 제154호, 1524 [각하(4호)]; 현재 2012. 6. 12. 2012헌마443, 결정문[각하(2호)]; 현재 2010. 5. 4. 2010헌마249, 공보 제164호, 965 [각하(4호)]; 현재 2014. 7. 1. 2014헌마440, 결정문[각하(2호), 각하(4호)].
- 337) 현재 2013. 3. 26. 2013헌마116, 결정문[각하(4호)]; 입법부작위 위헌확인; 현재 1997. 11. 27. 96헌마226, 판례집 9-2, 716 [각하]; 현재 2001. 9. 27. 2000헌마500, 결정문[각하]
- 338) 현재 2015. 6. 25. 2012헌마210, 결정문[각하].
- 339) 현재 2009. 7. 14. 2009헌마349, 공보 제154호, 1524 [각하(4호)]; 입법부작위 위헌확인 - 그리고 부진정입법부작위에 대한 헌법소원청구라고 보더라도 이미 청구기간이 경과되어 부적법하다는 취지임; 현재 2010. 10. 26. 2010헌마630, 결정문[각하(4호)] - 부진정입법부작위로 보더라도 자기관련성 없어 각하.
- 340) 현재 2003. 7. 24. 2002헌마378, 판례집 15-2 상, 145 [각하]; 현재 2005. 12. 22. 2004헌마66, 공보 제111호, 146 [각하]; 입법부작위 위헌확인 - 전원재판부; 현재 2010. 6. 22. 2010헌마370, 결정문[각하(4호)]; 현재 2013. 5. 30. 2011헌마198, 판례집 25-1, 378 [각하]; 입법부작위 위헌확인 - 전원재판부; 현재 2017. 1. 24. 2017헌마28, 결정문[각하(4호)]
- 341) 현재 2011. 8. 30. 2006헌마788, 판례집 23-2 상, 366 [인용(위헌확인)]; 대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 제3조 부작위 위헌확인
- 342) 현재 2011. 8. 30. 2008헌마648, 판례집 23-2 상, 417 [인용(위헌확인)]; 대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 제3조 부작위 위헌확인.

부작위의 위헌을 확인한 사례이다.

우선 위안부피해자 사건은 행정부작위에 대한 헌법소원에서 정부의 헌법상 입법외무를 인정하고 그 위반을 확인한 사례이다. 다만 이러한 부작위에 대해서 부작위위법확인소송의 행정소송을 거칠 수 있는가, 즉 보충성 요건 결여 여부의 문제에 대해서 아무런 검토 없이 위헌여부에 대한 판단으로 들어가고 있는데, 추정컨대, 행정소송을 거쳐 봐야 권리구제의 기대가능성이 없는 것으로 보고 보충성의 원칙의 예외를 인정했을 가능성이 있다고 생각된다.

이 사건에서 헌법재판소는 본안판단에서 첫째, 피청구인의 부작위가 존재하는지 여부를 먼저 검토한다(이 사건 협정 관련 해석상 분쟁의 존재). 둘째, 피청구인의 부작위가 기본권을 침해하는지를 심사한다. 이 단계에서 i) 부적법 각하를 하였던 선례와의 차이점을 밝히고, ii) 피청구인의 재량이 있음을 일단 인정한 후, 구체적 작위의무의 불이행이 헌법상 기본권보호의무에 대한 명백한 위반이라고 판단되는 경우에는 기본권 침해행위로서 위헌이라고 선언되어야 함을 확인한다. iii) 부작위로 인한 기본권 침해 여부를 판단한다.

이 마지막 단계의 부작위로 인한 기본권 침해가 있는지 여부를 심사함에 있어서 헌법재판소는 i) 침해되는 기본권의 중대성, ii) 기본권 침해구제의 절박성, iii) 기본권의 구제가능성, iv) 진정으로 중요한 국익에 반하는지 여부의 순서로 심사한 후, 결론적으로 피청구인의 이 사건 부작위는 청구인들의 중대한 헌법상 기본권을 침해하고 있다고 결론을 맺고 있는데, 이러한 심사의 각 관점들은 그 밖의 기본권보호의무 위반여부의 심사에 있어서 참고할 만한 중요한 시사점을 던져주고 있다고 생각된다.<sup>344)</sup>

반대의견의 경우 헌법상 작위의무가 인정되지 않는 공권력의 불

---

343) 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22, 판례집 1, 176 [인용(위헌확인),기각]: 公權力에 의한 財産權侵害에 대한 憲法訴願 - 이 사건은 헌법재판소가 특별히 헌법상 작위의무의 인정여부는 자세하게 논하지 않은 채, 피청구인의 부작위가 청구인의 알권리를 침해한다고 확인함으로써 행정청의 부작위에 대한 헌법소원을 인용한 사례에 해당한다. 이에 대하여 최광률 재판관의 반대의견은 부작위위법확인소송의 전심절차가 있음에도 이를 경유하지 않은 이 사건 헌법소원은 보충성원칙 위반으로 각하할 대상이라고 하는 입장이다.

344) 이에 관하여는 방승주, 앞의 논문(주 1), 45-49; 방승주, 앞의 논문(제1장 주 19), 63.



행사에 대한 헌법소원으로 부적법하다고 하는 입장이며, 또한 이 사건 협정 제3조의 외교적 해결의무는 고도의 정치행위 영역으로서 헌법재판소의 사법심사의 대상은 되지만 사법자체가 요구되는 분야에 해당한다는 입장이었다.

다음으로 원폭피해자 헌법소원사건의 판결내용은 위안부피해자 사건의 판결내용과 거의 대동소이하지만 결정문 자체는 약간 차이점을 보이고 있다. 즉 이 사건 판결에서 헌법재판소는 우선 적법요건에 대한 판단 항목을 명기하고서, 첫째, 행정부작위에 대한 헌법소원이 적법하기 위한 전제조건을 먼저 확인한 후<sup>345)</sup>, 둘째, 피청구인의 작위의무가 존재하는지<sup>346)</sup>, 셋째, 공권력의 불행사가 존재하는지<sup>347)</sup>를 심사하고 나서, 피청구인은 헌법에서 유래하는 작위의무가 있음에도 이를 이행하지 아니하여 청구인들의 기본권을 침해하였을 가능성이 있다고 확인하였다. 그 다음 단계로 본안판단을 하는데, 여기에서부터는 위안부피해자 헌법소원심판에서와 같은 순서로 심사하고 있다.

이 결정에서 적법요건 심사의 결론에서 적법하다고 하는 결론을 내리면서 따라서 청구인들의 기본권을 침해하였을 “가능성”이 있음을 확인하고 있는데, 이러한 언급은 적법요건 심사가 기본권침해의 가능성이 있는 것인지를 사전에 먼저 검토하려는 목적이 있음을 암시한다고 하는 측면에서 의미가 있다고 보인다. 이 결정에서 작위의무와 부작위의 존재는 적법요건 심사에서 하고, 본안판단에서는 그러한 부작위가 기본권을 침해하였는지에 집중하고 있는 점이 눈에 띈다.

---

345) 판례집 23-2 상, 417, 432.

346) 판례집 23-2 상, 417, 433.

347) 판례집 23-2 상, 417, 435.

## 나. 각하 사례

### (1) 헌법상 작위의무가 인정되지 않는 공권력의 불행사에 대한 헌법

#### 소원

행정부작위에 대한 헌법소원은 작위의무가 인정되지 않는 공권력의 불행사에 대한 헌법소원이라고 하는 이유로 각하된 사례들<sup>348)</sup>

- 348) 가장 최근 것으로 가령 헌재 2018. 4. 17. 2018헌마324, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2018. 3. 29. 2016헌마795, 공보 제258호, 580 [각하]; 헌재 2018. 2. 27. 2018헌마152, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2015. 10. 21. 2012헌마89 등, 판례집 27-2 하, 84 [기각, 각하]; 헌재 2015. 4. 14. 2015헌마326, 결정문[각하(2호), 각하(4호)]; 헌재 2014. 12. 16. 2014헌마989, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2014. 10. 14. 2014헌마701, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2014. 4. 16. 2014헌마250, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2014. 4. 1. 2014헌마200, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2013. 12. 10. 2013헌마744, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2013. 11. 19. 2013헌마754, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2013. 7. 23. 2013헌마437, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2013. 5. 28. 2013헌마316, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2013. 5. 7. 2013헌마274, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2012. 12. 26. 2012헌마970, 결정문[각하(2호), 각하(4호)]; 헌재 2013. 1. 29. 2012헌마1024, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2012. 11. 27. 2012헌마896, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2012. 8. 14. 2012헌마647, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2012. 5. 22. 2012헌마323, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2012. 7. 3. 2012헌마524, 결정문[각하(2호), 각하(4호)]; 헌재 2012. 6. 26. 2012헌마511, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2012. 5. 8. 2012헌마328, 결정문[각하(4호)]; 재 2012. 4. 3. 2012헌마103, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2012. 4. 3. 2012헌마215, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2012. 1. 17. 2012헌마8, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2012. 2. 7. 2012헌마57, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2012. 1. 31. 2012헌마27, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2012. 1. 17. 2011헌마855, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2011. 12. 29. 2009헌마621, 판례집 23-2 하, 853 [각하]; 헌재 2011. 12. 27. 2011헌마802, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2011. 11. 15. 2011헌마623, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2011. 10. 11. 2011헌마573, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2011. 10. 11. 2011헌마572, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2011. 8. 23. 2011헌마409, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2011. 7. 26. 2011헌마361, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2011. 7. 5. 2011헌마234, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2011. 5. 11. 2011헌마222, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2010. 4. 20. 2010헌마189, 공보 제163호, 1 [각하(4호)]; 헌재 2009. 11. 3. 2009헌마584, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2009. 9. 22. 2009헌마516, 결정문[각하(4호)]; 간도 영유권 회복에 관한 시정조치 부작위 위헌확인; 헌재 2009. 3. 3. 2009헌마92, 결정문[각하(4호)]; 손해배상의무불이행위헌확인; 헌재 2009. 2. 26. 2007헌마1285, 판례집 21-1 상, 267 [각하]; 정신질환 수용자를 위한 치료감호소 미설치 위헌확인 - 전원재판부; 헌재 2009. 2. 24. 2009헌마79, 결정문[각하(2호)]; 헌재 2009. 2. 10. 2009헌마29, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2007. 7. 26. 2005헌마501, 판례집 19-2, 146 [각하]; 토지보상 부작위 위헌확인; 헌재 2002. 7. 18. 2001헌마538 등, 결정문[각하]; 헌재 2007. 3. 13. 2007헌마214, 결정문[각하(4호)]; 시정명령 등 불행사 위헌확인; 헌재 2006. 10. 26. 2004헌마13, 판례집 18-2, 393 [각하]; 임법부작위 등 위헌확인; 헌재 2006. 5. 30. 2006헌마602, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2006. 2. 7. 2006헌마33, 결정문[각하(4호)]; 도시계획시설 장기미집행 위헌확인; 헌재 2005. 11. 22. 2005헌마1050, 결정문[각하(4호)]; 공청회불개최 등 위헌확인; 헌재 2005. 11. 15. 2005헌마1081, 결정문[각하(4호)]; 국가유공자특별사면면포함

이 제일 많다. 사법행정부작위<sup>349)</sup> 등도 역시 체계적으로는 법원과 관련된 문제이지만 행정부작위로 분류가 될 수 있을 것인데, 헌법상 작위의무가 인정되지 않는다는 이유로 각하된 사례가 많다.

### ① 사인의 공공장소 CCTV설치 미제한 위헌확인

헌재 2018. 2. 27. 2018헌마152, 사인의 공공장소 CCTV설치 미제한 위헌확인사건에서 청구인은 국가가 사인의 공공장소 내 폐쇄회로 텔레비전 설치를 금지하지 않는 것이 자신의 인간의 존엄과 가치 등을 침해한다고 주장하면서, 2018. 2. 9. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다. 이 사건에서 헌법재판소는 공공장소 내 폐쇄회로 텔레비전 설치를 금지하여야 할 작위의무는 헌법의 명문으로나 해석상으로 인정되지 않는다고 보면서 각하하였다. 그런데 가령 사생활의 비밀과 자유에 대한 기본권으로부터 지나친 CCTV의 설치를 금지해야 할 작위의무가 도출된다고 볼 수 있는 가능성은 없었는지, 오히려 본안판단에서 해야 할 것을 적법요건 심사단계에

---

위헌확인; 헌재 2005. 10. 27. 2005헌마115, 공보 제109호, 1154 [각하]: 지방공무원에 대한 선택적 복지제도 불이행 위헌확인; 헌재 2005. 9. 29. 2003헌마343, 결정문[각하]: 보호감호행정부작위 위헌확인 - 전원재판부; 헌재 2005. 6. 30. 2004헌마859, 판례집 17-1, 1016 [각하]: 서훈추천부작위 등 위헌확인; 헌재 2005. 4. 19. 2005헌마331, 결정문[각하(4호)]: 수용자 자비부담의약품 일괄 구입·판매 부작위위헌확인; 헌재 2004. 8. 24. 2004헌마579, 결정문[각하(4호)]; 헌재 2004. 3. 30. 2004헌마196, 결정문[각하(4호)]: 미등록관인 관보공고 시정부작위 위헌확인; 헌재 2002. 12. 18. 2002헌마52, 판례집 14-2, 904 [각하]: 저상버스 도입의무 불이행 위헌확인; 헌재 2002. 5. 30. 2001헌마708, 공보 제69호, 504 [각하]: 공용수용부작위처분취소 - 전원재판부; 헌재 2001. 1. 18. 99헌마636, 판례집 13-1, 129 [각하]; 헌재 2000. 6. 29. 98헌마391, 공보 제47호, 592 [각하]: 공훈사실 확인의무 불이행 위헌확인 - 이에 대하여는 방승주, 헌법소송사례연구, 박영사 2002, 284-296(288-294.); 헌재 2000. 6. 14. 2000헌마317, 결정문[각하(4호)]: 배상금지금지연행위 위헌 확인; 헌재 2000. 3. 30. 98헌마206, 판례집 12-1, 393 [각하]: 중재요청불이행 위헌확인; 헌재 1998. 6. 9. 98헌마147, 결정문[각하(4호)]: 비상상고신청하지아니한행위 위헌확인; 헌재 1997. 5. 29. 94헌마98, 결정문[각하]: 시정권고등 불처분 위헌확인 - 전원재판부; 헌재 1994. 4. 28. 92헌마153, 판례집 6-1, 415 [각하]: 전국구국회의원 의석계승 미결정 위헌확인; 헌재 1993. 2. 2. 93헌마2, 판례집 5-1, 4 [각하(4호)]: 재관절차불고지 등 위헌확인.

349) 헌재 2012. 11. 29. 2012헌마53, 공보 제194호, 1904 [각하]: 국민참여재판피고인의사확인 부작위 위헌확인 등; 헌재 2017. 4. 25. 2017헌마366, 결정문[각하(4호)]: 법관 징계회부 부작위 위헌확인; 헌재 2017. 6. 13. 2017헌마607, 결정문[각하(4호)] - 헌법상 작위의무가 인정되지 않는 공권력의 불행사에 대한 헌법소원.

서 판단해서 각하해 버린 것 아닌가 하는 의심이 들기는 하나, 소송기록 등 충분한 자료가 없어서 이에 관한 명확한 결론은 내리기 힘들다.

## ② 공정거래위원회 공권력불행사 위헌확인

다음으로 현재 2017. 6. 20. 2017헌마612 공정거래위원회 공권력 불행사 위헌확인사건에서 청구인들(하도급업체)이 자신들의 도급업체인 선박회사의 일방적 하도급대금 결정 등에 대하여 불공정거래행위를 이유로 피청구인인 공정거래위원회에 신고하였으나, 피청구인은 일부에 대해서만 과징금을 부과하는 의결을 하였고, 이 의결과 관련하여 청구인들이 이의신청을 하였음에도 불구하고 피청구인이 그에 대하여 아무런 조치도 취하지 않은 부작위가 자신들의 평등권을 침해한다고 하면서 그 위헌확인을 구하는 헌법소원 심판을 청구하였다. 이에 대하여 헌법재판소는 헌법이나 법률상 작위의무가 인정되지 않는 공권력의 불행사에 대한 헌법소원이라는 이유로 부적법·각하하였고, 그러면서 동시에 상당 부분 본안판단에서 할 법한 심사를 추가하고 있다.

살피건대, 이 사건에서는 가령 이러한 행정부작위에 대해서는 부작위위법확인소송 등과 같은 행정소송이 가능할 것이므로 보충성원칙 위반의 문제를 다룰 수도 있었지 않았나 하는 의문이 제기된다. 그리고 작위의무 존재 여부와 관련해서도 가령 하도급업체인 청구인과 도급업체인 선박회사간의 거래상 불공정 거래행위를 이유로 한 신고에 대하여 피청구인인 공정거래위원회에서 일부에 대해서만 약간의 과징금을 부과한 것이 부당하다고 판단하여 청구인들이 피청구인에게 이의신청을 하였는데, 피청구인이 “피청구인의 처분은 법 위반행위의 주체인 피심인(○○중공업)에 대한 것이므로 처분의 상대방이 아닌 신고인 또는 제3자는 이의신청권자에 해당하지 않는다”는 내용의 회신을 하였다는 것인 바, 이러한 경우 민사상 문제이지만 계약의 자유나 재산권을 부당하게 제약하는 계약상대방으로부터 경제적 약자인 다른 상대방의 기본권을 보호할 의무가 있다고 하는 시각으로부터 본다면, 그러한 기본권보호

의무로부터 청구인의 이의신청에 대하여 신중하게 검토해야 할 일정한 작위의무가 완전히 없다고 할 수는 없지 않을까 생각된다. 그러나 위 자료만 가지고서 이러한 검토의무를 완전히 위반했다고 결론을 내릴 수 있는 근거가 없다면 피청구인이 작위의무를 위반했다고 단정할 수는 없다고 하는 기각결정을 내릴 수도 있는 사안 아니었나 하는 생각이 든다.

### ③ 원자력안전법 시행령 제2조 제4호 별표1 위헌확인

헌재 2015. 10. 21. 2012헌마89 등, 원자력안전법 시행령 제2조 제4호 별표1 위헌확인 등<sup>350)</sup> 사건에서 헌법재판소는 사실상 적법요건 심사 하에서 본안판단을 하고 있다고 보인다. 즉 일단 헌법상 작위의무의 존재는 인정한 것 같다. 그렇다면 피청구인들이 그러한 작위의무를 이행하였다고 볼 수 없는지의 심사는 본안판단에 들어가서 심사하고 완전히 이행하지 않은 것이 아니라, 어느 정도 노력을 하였다고 볼 수 있을 경우, 작위의무 불이행이 아니라는 판단을 내렸어야 하는데, 그렇게 하지 아니하고, 실질적으로는 그러한 판단을 한 후, 공권력의 불행사가 없다고 하는 이유로 부적법하다고 보고서 각하하고 있다. 따라서 이 사례는 적법요건 판단과 본안판단을 혼동하여 본안판단에서 해야 할 것을 적법요건 판단에서 한 대표적인 사례가 아닌지 의심된다고 하겠다.

### ④ 지하철 역명시정 부작위 위헌확인

헌재 2012. 2. 7. 2012헌마57 지하철 역명시정 부작위 위헌확인 사건을 살피건대, 보기에 따라서는 경찰출석조사에 응하고 나온 국민으로서 그 조사결과에 대하여 ‘알 권리’가 있다고 할 것이기 때문에 그러한 ‘알 권리’로부터 서면으로 결과를 통지해야 할 의무가 있다고 해석할 여지도 있을 것 같은데, 작위의무가 없다고 단정한 것은 아닌지 하는 의심이 드는 사례이다.

---

350) 판례집 27-2 하, 84 [기각,각하].

#### ⑤ 공무원 신분확인 거부행위 위헌확인

헌재 2012. 1. 31. 2012헌마27 공무원 신분확인 거부행위 위헌확인 사건을 살피건대, 자기 자신의 참가를 저지하는 경찰관에게 그 소속과 성명을 물어보는 것이었으므로, 가령 소속과 성함이 적혀 있는 신분증 등을 제시하는 방법으로 자신이 허위의 공무원이 아님을 밝혀야 할 의무가 있다고 봐야 하지는 않는지, 국민의 알 권리의 측면에서 본다면 이와 관련한 헌법상 작위의무가 반드시 없다고 볼 것은 아니지 않는가 하는 생각이 드는 사례이다.

#### ⑥ 고발사건 처리지연 위헌확인

헌재 2012. 1. 17. 2011헌마855, 고발사건 처리지연 위헌확인 사건을 살피건대, 형사소송법상 고발에 대한 처리기간을 3개월로 규정하고 있는 이상 이러한 법률로부터 헌법상의 작위의무가 도출된다고 보아야 할 것 아닌지 의문이 제기된다. 그렇다면 이 문제는 작위의무의 존재를 인정하고 본안에 들어가서 작위의무 위반으로 위헌확인을 해야 할 것인지, 아니면 그럼에도 불구하고 그러한 의무의 이행은 재량에 해당하여 헌법위반이라고 할 정도까지는 아니라고 볼 것인지 등에 대하여 다루었어야 하는 것은 아닌지 의심이 된다고 하겠다.

#### ⑦ 공권력불행사 위헌확인

헌재 2011. 11. 15. 2011헌마623, 공권력불행사 위헌확인사건에 대하여 살피건대, 이 사건에 대한 헌법재판소의 결정은 다른 결정과는 다른 특별한 측면이 발견된다. 즉 일단 헌법상 작위의무가 있음은 인정하였다. 그러나 이 작위의무는 이미 피청구인에 의해 이행되고 있다고 전제하고, 배기가스를 전혀 배출하지 않는 자동차만을 운행하도록 강제하는 것은 현실적으로 불가능하다는 점을 근거로 청구인이 주장하는 바와 같이 배기가스를 배출하는 모든 자동차의 운행을 규제하여야 할 피청구인의 작위의무는 존재하지 않는다고 보면서, 부적법·각하결정을 내렸다. 그러나 이것은 사

실상 작위의무의 존재를 인정하고 본안판단을 적법요건 단계에서 하였다라는 인상을 지울 수 없는데, 차라리 이러한 심사구조일 경우에는 본안에 가서 기각하는 방법도 가능했지 않았을까 의심이 되는 사례이다.

#### ⑧ 국민권익위원회 공권력 불행사 위헌확인

현재 2011. 8. 23. 2011헌마409, 국민권익위원회 공권력 불행사 위헌확인 사건에 대하여 살피건대, 헌법재판소는 헌법상 작위의무가 없는 공권력의 불행사에 대한 헌법소원으로 보고 부적법·각하하였으나, 피청구인의 회신은 일종의 거부처분이고, 이 사건 헌법소원을 그 거부처분에 대한 헌법소원으로 파악하는 경우 행정소송등을 먼저 거칠 수 있음에도 거치지 않고 헌법소원심판을 청구하였으므로, 보충성원칙 위반으로 각하할 수도 있었을 사례로 보인다. 어쨌든 거부처분과 부작위의 구분이 명확하지 않은 점이 노출되는 사례라고 봐야 할 것이다.

#### ⑨ 업종변경허가처분 등 취소 부작위 위헌확인사건

현재 2011. 7. 26. 2011헌마361, 업종변경허가처분 등 취소 부작위 위헌확인사건에 대하여 살피건대, 이 사건의 경우 인근 주민들의 생명권이나 건강권 내지 환경권에 대한 국가 내지는 지방자치단체의 기본권보호의무 이행의 차원에서 그러한 기본권 내지는 기본권보호의무로부터 소음과 먼지 등을 배출하는 공장에 대해서 그 설립을 취소하거나 최소한 그러한 소음과 먼지 등을 제한하도록 하는 조치를 취할 의무가 도출된다고 볼 수도 있지 않나 하는 의문이 든다. 이러한 사례가 바로 국가와 가해자 및 피해자라고 하는 3각관계가 형성되는 전형적인 기본권보호의무의 사례이며, 이를 만연히 헌법으로부터 작위의무가 도출되지 않는다고 하는 이유로 부적법하다고 보고서 각하한 것은 문제가 있지 않나 하는 의문이 든다.

#### ⑩ 시정명령 등 불행사 위헌확인사건

헌재 2007. 3. 13. 2007헌마214, 시정명령 등 불행사 위헌확인사건에 대하여 살피건대, 헌법재판소(지정재판부)는 이 사건에서 신청권의 존부를 심사한 후 청구인들이 피청구인에게 시정명령 등을 신청한 사실이 있다 하더라도 그것은 법률상 근거가 있는 신청권의 행사가 아니라 피청구인의 직권발동을 촉구하는 것에 불과하다고 하였다. 그리고 그 밖의 시정명령을 해야 할 작위의무의 존부에 대해서도, 시정명령을 할 것인지 여부는 피청구인의 재량에 속하며 또한 대법원 판례를 근거로 하여 시정명령을 하지 않고 있는 점을 고려하여 재량권을 남용하였다거나 시정 또는 변경명령을 해야 할 법적 의무가 존재한다고 볼 수 없다고 하고 있다. 이 사건은 마치 부작위위법확인소송에서의 심사를 보는 듯한데, 행정소송법상 부작위위법확인소송을 먼저 거치지 않았으므로 보충성요건 결여로 각하할 수도 있었던 사건 아니었나 생각된다.

#### ⑪ 자원의절약과재활용촉진에관한법률시행령 제5조 등 위헌확인사건

헌재 2007. 2. 22. 2003헌마428 등 자원의절약과재활용촉진에관한법률시행령 제5조 등 위헌확인사건에서는 규제개혁위원회가 행정규제기본법 제14조에 의하여 한 ‘자원의절약과재활용촉진에관한법률시행규칙 제4조 [별표 2] 비고 1.의 나.의 단서조항을 삭제하라’는 내용의 권고결정에 대하여 환경부장관이 이에 따라야 할 작위의무를 지는지 및 이로써 청구인들의 기본권을 침해하는 공권력의 불행사에 해당하는지 여부가 문제되었다. 이에 대하여 헌법재판소는 행정규제기본법 제14조 제1항과 제2항의 내용은 기본적으로 행정기관의 장이 규제개혁위원회의 권고를 존중하여 자발적으로 그 내용에 부응하는 조치를 할 것을 독려하는 내용이라고 보이고 행정규제위원회의 권고결정이 그 상대방인 환경부장관에 대하여 어떠한 법적 구속력이나 강제력을 갖는다고 보기 어렵다고 보았다. 또한 위 법상으로 상대방 행정기관이 규제개혁위원회의 ‘권고’대로 이행할 것을 강제하기 위한 어떠한 절차규정도 두고 있지



아니하고, 규제개혁위원회의 권고결정이 내려졌다 하여 이를 근거로 이해관계인인 국민이 직접 상대방 행정기관에게 그 권고내용대로 조치할 것을 청구할 권한이 발생하는 것도 아니라고 하면서, 결국 헌법상 작위의무가 인정되지 않으며, 또한 청구인에게 피청구인이 규제개혁위원회의 권고내용대로 조치할 것을 구할 청구권도 없다는 이유로 각하하였다.

## ⑫ 사립유치원의 인건비 등 지원에 관한 입법부작위 위헌확인 사건

헌재 2006. 10. 26. 2004헌마13, 사립유치원의 인건비 등 지원에 관한 입법부작위 위헌확인 사건<sup>351)</sup>을 살피건대, 이 판시의 논리구조를 보면 독특한 것을 발견할 수 있다. 즉 평등원칙 내지 평등권으로부터 과연 작위의무를 도출할 수 있는지 여부를 심사하는 단계에서, 헌법재판소는 국공립유치원과 사립유치원에 대한 차별여부를 심사하면서 사립유치원에 대하여 교사 인건비, 운영비 및 영양사 인건비를 예산으로 지원하지 아니하였다고 하여 불합리한 차별이라고 보기 어렵다고 전제한 후, 따라서 헌법상의 평등조항으로부터도 작위의무가 도출된다고 볼 수 없으므로, 이러한 작위의무가 인정되지 않는 공권력의 불행사에 대한 심판청구는 부적법하다고 하는 논리구조를 취하고 있다. 결국 평등원칙으로부터 작위의무가 도출되는지에 대한 적법요건 심사에서 국공립 유치원에 대한 지원과 사립유치원에 대한 지원에 있어서 차별이 존재하는지에 관한 본안판단에 해당하는 심사를 간단하게 한 후, 이러한 심사를 기초로 차별이라고 볼 수 없다는 이유로 작위의무가 도출되지 않는다고 보고 각하하고 있다. 이러한 사례에서는 차라리 평등원칙으로부터 나오는 작위의무의 존재가능성을 일단 인정한 후, 입법자가 그러한 작위의무를 위반하였는지를 본안에 들어가서 판단을 하면서 국공립 유치원과 사립유치원의 경우는 서로 다르므로 지원에 있어서의 차별도 평등원칙에 위반되지 않는다고 하는 결론을 내린다면 오히려 적법요건 심사와 본안판단 심사가 뒤 섞이지 않

---

351) 판례집 18-2, 393 [각하].

고 보다 논리정연해 보이지 않았을까 생각된다.

### ⑬ 보호감호행정부작위 위헌확인 사건

현재 2005. 9. 29. 2003헌마343, 보호감호행정부작위 위헌확인 사건을 살피건대, 이 결정의 경우 작위의무의 존재 여부를 상당히 심도 있게 심사한 후 작위의무가 없다는 결론을 내린 것을 볼 수 있다. 사실상 본안판단에 가까운 정도의 심사라고 생각된다.

### ⑭ 전국구국회의원 의석계승 미결정 위헌확인 사건

현재 1994. 4. 28. 92헌마153, 전국구국회의원 의석계승 미결정 위헌확인 사건<sup>352)</sup>에 대하여 살피건대, 이 사건에서는 헌법상 작위의무가 인정되지 않는 공권력의 불행사에 대한 헌법소원으로서 부적법하다는 것이 다수견해임에 반하여, 반대의견인 김양균 재판관은 탈당 시 전국구국회의원의 의원직 상실에 관하여 명문의 규정을 두지 않은 입법부작위 자체가 헌법상 입법의무를 위반한 것이라고 하고 있다. 이 사건에서도 전국구 국회의원이 탈당을 하는 경우 의원직상실을 확인해야 할 피청구인의 작위의무가 있는지 여부가 중요한 쟁점으로서 적법요건판단에서 다루어지고 있는데, 본안판단에 해당할 정도의 비중으로 이루어지고 있음을 볼 수 있다. 만일 작위의무가 인정되기만 하면 의석승계를 하지 않은 피청구인의 부작위는 청구인의 공무담임권을 침해한 것이 당연하므로, 이 사건과 같은 경우에는 결론이 각하 아니면 인용의 결과가 나올 수밖에 없는 구조인 것으로 보인다.

## (2) 기본권침해나 침해의 가능성이 존재하지 않아 각하한 사례

또한 공권력의 불행사가 특정되지 않았거나 기본권침해 자체나 침해의 가능성이 존재하지 않는다 하여 각하되거나<sup>353)</sup>, 공권력의

352) 판례집 6-1, 415 [각하].

353) 가령 현재 2013. 2. 28. 2012헌마261, 결정문[각하]: 입법부작위 위헌확인 등 - 전원재판부; 현재 2012. 7. 24. 2012헌마579, 결정문[각하(4호)]; 현재 2012. 7. 11. 2012헌마553, 결

불행사 자체가 존재하지 않아서<sup>354</sup>) 각하된 사례들도 있다.

### (3) 보충성요건 결여

다음으로 보충성요건<sup>355</sup>)이 결여되어 각하된 사례들이 있다.

현재 2002. 4. 16. 2002헌마225, 유골반환 등 부작위 위헌확인 사건에 관하여 살피건대, 국가가 유골반환을 하지 아니한 부작위로 인한 기본권침해를 다투는 헌법소원의 경우, 다른 법률에 의한 구제절차가 될 수 있는 것은 부작위위법확인소송이라면 모르되 국가를 상대로 하는 민사소송을 제기하여 위 소송이 아직 법원에 계류중이라고 하여 다른 법률에 의한 구제절차를 모두 거치지 아니하

- 
- 정문[각하(4호)]; 현재 2012. 4. 17. 2012헌마221, 결정문[각하(1호후문),각하(4호)]; 현재 2009. 1. 20. 2008헌마717, 결정문[각하(4호)]; 표시착오 취소 부작위 위헌확인; 현재 2004. 3. 30. 2004헌마196, 결정문[각하(4호)]; 미등록관인 판보공고 시정부작위 위헌확인; 현재 1998. 9. 30. 97헌마263, 판례집 10-2, 558 [각하]; 훈장치탈의무불이행 위헌확인
- 354) 현재 2012. 5. 22. 2012헌마399, 결정문[각하(4호)]; 현재 2007. 6. 12. 2007헌마595, 결정문[각하(4호)]; 청원심사거부 위헌확인; 현재 2004. 5. 27. 2003헌마851, 판례집 16-1, 699 [각하]; 군인연금법개정청원에대한부작위 위헌확인 - 전원재판부 - 이 사건에서는 작위의무는 존재하나 피청구인이 나름대로 청원에 대한 회신을 하였으므로 공권력의 불행사 자체가 존재하지 않으므로 부적법하다는 취지인데 사실상 본안판단에서 기각해도 되었을 법 해 보인다.
- 355) 현재 2014. 8. 27. 2014헌마661, 결정문[각하(1호전문),각하(4호)]; 현재 2014. 7. 29. 2014헌마583, 결정문[각하(1호전문)]; 현재 2014. 1. 14. 2013헌마787, 결정문[각하(1호전문), 각하(4호)]; 현재 2013. 12. 24. 2013헌마823, 결정문[각하(1호전문)]; 현재 2013. 12. 24. 2013헌마824, 결정문[각하(1호전문)]; 현재 2013. 5. 21. 2013헌마346, 결정문[각하(1호전문)]; 현재 2013. 3. 26. 2013헌마133, 결정문[각하(1호전문)]; 현재 2013. 3. 5. 2013헌마51, 결정문[각하(1호전문)]; 현재 2013. 1. 15. 2012헌마901, 결정문[각하(1호전문)]; 현재 2009. 6. 9. 2009헌마273, 결정문[각하(1호전문)]; 현재 2004. 5. 4. 2004헌마298, 결정문[각하(1호전문),각하(1호후단)]; 현재 2008. 12. 30. 2008헌마734, 결정문[각하(1호전문)]; 현재 2007. 1. 16. 2006헌마1478, 공보 제124호, 122 [각하(4호)]; 소원권반환 방치 부작위 위헌확인; 현재 2006. 10. 31. 2006헌마1072, 결정문[각하(1호전문),각하(4호)]; 정부 등 부작위 위헌확인; 현재 2005. 11. 29. 2005헌마1128, 결정문[각하(1호전문)]; 치료의무불이행 위헌확인; 현재 2002. 4. 16. 2002헌마225, 결정문[각하(1호전문)]; 유골반환 등 부작위 위헌확인 - 국가가 유골반환을 하지 아니한 부작위로 인한 기본권침해를 다투는 헌법소원의 경우, 다른 법률에 의한 구제절차가 될 수 있는 것은 부작위위법확인소송이라면 모르되 국가를 상대로 하는 민사소송을 제기하여 위 소송이 아직 법원에 계류중이라고 하여 다른 법률에 의한 구제절차를 모두 거치지 아니하였다 하여 부적법하다고 본 것은 다소 문제가 있지 않나 생각된다; 현재 2001. 12. 20. 2000헌마722, 판례집 13-2, 907 [각하]; 징계기록제출거부행위 등 위헌확인; 현재 1998. 5. 16. 98헌마121, 결정문[각하(2호),각하(4호)]; 임야도등본발급등부작위 위헌확인; 현재 1996. 4. 12. 96헌마126, 결정문[각하(1호전문)]; 독립유공자서훈부작위 위헌확인.

였다 하여 부적법하다고 본 것은 다소 문제가 있지 않나 생각된다.

#### (4) 자기관련성 결여

또한 자기관련성<sup>356)</sup>의 결여로 각하된 사례도 있다.

#### (5) 권리보호이익 결여

다음으로 권리보호이익이 결여<sup>357)</sup>되어 각하된 사례들도 있다.

#### (6) 막연하고 애매모호한 주장

또한 막연한 주장만 있어 기본권침해의 가능성을 확인할 수 있을 정도의 구체적 주장이 결여<sup>358)</sup>되어 있다는 이유로 각하된 사례도 있다.

#### (7) 대외적 법률효과가 결여된 행위의 불행사

그리고 행정청 내부의 준비과정에 불과하여, 법률효과를 발생시키는 행위가 아닌 행위의 불행사라는 이유로 각하한 사례<sup>359)</sup>도 있다.

- 
- 356) 현재 2012. 1. 17. 2012헌마15, 결정문[각하(4호)]; 현재 2008. 7. 8. 2008헌마467, 결정문[각하(4호)]; 국회의원 후보자 공직선거법 위반행위 중지 부작위위헌확인 등; 현재 2006. 10. 26. 2004헌마13, 판례집 18-2, 393 [각하]; 입법부작위 등 위헌확인 - 전원재판부; 현재 1998. 5. 8. 98헌마111, 결정문[각하(4호)]; 철거명령부작위등위헌확인; 현재 1997. 3. 27. 94헌마277, 판례집 9-1, 404 [각하]; 1995학년도 고신대학교 신입생지원자격 제한조치에 대한 不作爲 違憲確認; 현재 1990. 6. 25. 89헌마234, 판례집 2, 207 [각하]; 告訴事件의 處理遲延에 대한 憲法訴願 - 전원재판부.
- 357) 현재 2015. 3. 26. 2013헌마152, 결정문[각하]; 현재 2015. 2. 26. 2013헌마417, 결정문[각하]; 현재 2008. 5. 20. 2008헌마301, 결정문[각하(4호)]; 현재 2006. 5. 23. 2006헌마527, 결정문[각하(4호)]; 환매권 통지 부작위 위헌확인; 현재 1999. 1. 6. 98헌마454, 결정문[각하(4호)]; 훈장등송부의무불이행 위헌확인.
- 358) 현재 2013. 11. 26. 2013헌마763, 결정문[각하(4호)]; 현재 2012. 4. 10. 2012헌마269, 결정문[각하(4호)]; 현재 2012. 4. 3. 2012헌마224, 결정문[각하(4호)]; 현재 2012. 1. 31. 2012헌마24, 결정문[각하(4호)].
- 359) 현재 2009. 3. 17. 2009헌마108, 공보 제150호, 569 [각하(4호)]; 현재 2009. 2. 10. 2009헌마65, 공보 제149호, 377 [각하(4호)] - 법률안 제출행위.

## (8) 공권력행사의 잘못된 특정

공권력행사를 잘못 특정하여 각하한 사례<sup>360)</sup>도 빼 놓을 수 없다.

## (9) 신청권의 결여

그리고 적법요건심사구조에서 더욱 심도 있게 논의하여야 하는 이른바 ‘신청권’<sup>361)</sup>의 부존재를 이유로 각하한 사례도 보인다.

한편 작위의무의 존재여부 그리고 청구인의 선거일 공고에 대한 ‘청구권’의 존재여부와 관련하여 재판관들 사이에 치열한 논란이 발생한 사건<sup>362)</sup>도 있다. 현재 1994. 8. 31. 92헌마126, 지방자치단체의 장 선거일 불공고 위헌확인사건이 그것이다.

살피건대, 변정수, 김양균 재판관의 반대의견의 논리가 더 설득력 있다. 헌법해명의 필요성과 중대성이 인정되므로, 권리보호이익 내지 심판의 이익을 인정했어야 할 것이고, 또한 대통령에게는 법률이 규정하고 있는 선거일 공고의무는 헌법이 규정하고 있는 지방자치단체의 선임과 관련한 사항을 입법자가 구체화하여 명령하고 있는 것이므로, 그 공고를 이행하지 않는 것은 결국 헌법상의 의무를 위반한 것이라고 보아야 할 것이며, 또한 선거권자와 피선거권자는 선거권과 피선거권으로부터 그러한 선거를 실시할 것을 요구할 수 있는 청구권이 당연히 인정된다고 보아야 할 것이며, 모든 선거권자와 피선거권자에게 그러한 청구권이 인정된다고 하여 민중소송이 되는 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 본 연구의 맥락에서 살펴보면, 이러한 행정부작위와 관련하여 작위의무는 이와 같이 제3자에 의한 기본권적 법익에 대한 위해를 전제로 하는 기본권보호의무와 상관없이도, 헌법이 규정하고 있는 제도의 실현을 입법자가 실행하고 법률로 행정청에 일정한 작위의무를 규정한

---

360) 현재 2005. 12. 20. 2005헌마1166, 결정문[각하(4호)]: 국가비상사태 해제조치 불행사 위헌확인.

361) 현재 1998. 5. 16. 98헌마121, 결정문[각하(2호), 각하(4호)]: 입야도등본발급등부작위등 위헌확인.

362) 현재 1994. 8. 31. 92헌마126, 판례집 6-2, 176 [각하]: 지방자치단체의 장 선거일 불공고 위헌확인; 동종사건: 현재 1994. 8. 31. 92헌마174, 판례집 6-2, 249 [각하].

경우에, 이러한 작위의무는 헌법으로부터 유래하는 작위의무라고 새길 수 있으며, 또한 그러한 의무를 이행하지 않음으로써 국민의 기본권이 침해될 경우에는 해당 행정청에게 작위의무를 이행할 것을 요구할 수 있는 청구권이 당연히 발생하는 것으로 볼 수 있다고 생각된다. 결국 기본권보호의무와 상관없이 헌법과 법률이 규정하는, 행정청의 작위의무와 국민의 청구권을 인정할 수 있는 사례로 이 사례를 들 수 있을 것이다. 비록 다수견해는 권리보호이익이 없다 하여 각하하였지만, 반대의견의 논리가 더 타당하다고 생각된다.

#### (10) 거부처분인지 아니면 부작위인지?

행정부작위의 경우에는 적극적인 거부처분인지 아니면 행정부작위인지를 구분하는 것이 쉽지 않은 것으로 보인다. 아무튼 헌법재판소는 공권력의 불행사에 대하여 또는 행정청이 확인해 줄 수 없다고 하는 민원회신에 대하여 다툼 헌법소원사건에서 전자의 경우에는 작위의무가 없어 부적법하고, 후자의 경우에는 공권력의 행사에 해당하지 않는다는 이유로 각하한 사례<sup>363)</sup>가 있다. 청구인이 같은 헌법소원 사건 내에서 거부처분과 부작위를 동시에 다툼 사례<sup>364)</sup>도 있다. 그리고 거부처분에 대한 헌법소원심판을 청구한 경우에는 별도로 부작위위헌확인 헌법소원을 청구할 수 없다고 본 사례<sup>365)</sup>도 있다.

#### (11) 본안판단에서 기각한 사례

끝으로 부작위위헌확인 헌법소원에서 거의 유일하게 헌법소원을 적법하다고 보았지만 본안판단에서 기각한 사례가 눈에 띈다.<sup>366)</sup> 이 사건은 극히 드물게 행정부작위에 대한 헌법소원 사건에서 적

363) 헌재 2000. 6. 29. 98헌마391, 공보 제47호, 592 [각하]: 공훈사실 확인의무 불이행 위헌 확인. 이에 대하여는 방승주, 헌법소송사례연구, 박영사 2002, 284-296 (288-294).

364) 헌재 2012. 11. 27. 2012헌마900, 결정문[각하(4호)].

365) 헌재 1993. 5. 10. 93헌마92, 판례집 5-1, 222 [각하(1호전단)]: 순직처리거부처분취소 등.

366) 헌재 1995. 7. 21. 94헌마136, 판례집 7-2, 169 [기각]: 고발권불행사 위헌확인.

법요건 심사 단계에서 헌법상 작위의무의 존재 여부에 대하여 심사하지 않고서, 자기관련성, 보충성의 예외를 인정한 후, 작위의무 위반 여부를 본안판단에서 해 준 후, 결국 피청구인의 고발권 불행사가 재량의 한계를 명백하고 중대하게 위반하지 않았다고 하면서, 기본권침해를 부인하고 결론적으로 헌법소원을 기각한 사례에 해당한다. 부작위 헌법소원이 부적법 ‘각하’ 아니면 ‘인용’으로 나오는 대부분의 사건과는 달리, 이 사건은 거의 유일하게 발견된 (본 연구에 따를 때 유일한 사례임) “기각”결정인 것으로 보인다. 적법요건 심사와 본안심사에 있어서 언급해 줄 가치가 풍부한 사건이라고 생각된다. 특히 조승형 재판관은 근거법률조항의 위헌성을 주장하면서 행정부작위에 대한 결론은 ‘기각’이라는 별개의견을 제시하고 있다.

### III. 소결

이상으로 행정부작위에 대한 헌법소원 사례를 분석하여 보았다. 행정입법부작위의 경우는 대체로 입법부작위와 관련하여 논하여진 헌법원리와 이론들이 거의 그대로 적용될 수 있다고 할 수 있지만, 법률 자체가 행정입법을 명하고 있을 경우에는 그 자체만으로도 행정입법의무가 발생할 수 있다. 그리고 권력분립의 측면에서 행정부가 법률상의 행정입법명령에도 불구하고 이에 상당기간 응하지 않아 국민의 기본권이 침해될 수 있는 경우에는 헌법에 명시적인 입법의무가 없다 하더라도 헌법의 해석상 평등원칙이나 기본권보호의무로부터 도출되는 작위의무의 존재를 인정할 수 있다고 봐야 할 것이며, 그 위반여부는 본안판단으로 들어가서 위 입법부작위에 대한 판단과 마찬가지로의 순서대로 심사해 줄 수 있을 것이 되, 행정입법과 관련해서는 형식적인 입법자인 국회에 인정될 수 있는 입법형성의 자유보다는 행정부에 인정될 수 있는 형성의 자유가 국민의 기본권에 보다 더 많은 구속을 받는다고 보는 것이 자연스러울 것이다.

## 제4절 사법부작위

사법부작위의 경우 우리 헌법재판소법에 따르면 재판소원이 인정되지 않고 있으며, 판례에 의하면 재판지연도 재판에 해당하므로 그에 대한 헌법소원은 각하되고 있다. 독일의 경우에는 재판소원이 인정되고 있는 바, 사법부작위에 대하여 어떠한 판례와 이론이 있는지를 먼저 검토한 후 우리의 문제를 살펴보기로 한다.

### I. 독일의 판례와 학설

그러나 독일의 경우, 재판의 지연은 물론, 재판절차에서 진술할 권리(법적 청문권) 등을 거부하는 경우나, 그 밖에 기본법 제19조 제4항에서 보장하는 효과적인 권리보호를 보장하지 않는 경우에 사법부작위에 해당하는 것으로 보고 각 기본권의 침해여부를 심사하고 있다.<sup>367)</sup>

사법부가 만일 헌법이나 법률이 규정하고 있거나 헌법해석이나 법률해석으로부터 나오는 기본권보호의무에 합치되는 방향으로 법률을 적용하지 않음으로써 기본권보호의무를 이행하지 않는 경우에는 사법부 역시 기본권보호의무에 위반할 수 있으며, 재판소원을 허용하는 독일의 경우에는 그에 대한 헌법소원심판청구가 자주 이루어지고 있다.

#### 1. 헌법소원의 대상으로서 사법부작위

독일에서는 법관의 부작위도 헌법소원의 대상이 될 수 있다. 사법부작위는 가령 법적 청문권이라고 하는 소송상의 기본권(기본법 제103조 제1항)이 무시되는 경우에 문제된다. 기본권은 방어권일 뿐만 아니라, 참여권이며 급부청구권이라고도 할 수 있다. 기본법

---

367) Maunz/Schmid-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG § 90, 52. El. September 2017, Rn. 246, 246a, 247.



제101조 제1항 제2문이 보장하고 있는 법률이 정하는 법관은 하급 판사(iudex a quo)에게 법률적으로 규정된 상급판사(iudex ad quem)에 대한 제청을 하지 않는 부작위를 통하여 박탈될 수 있다.<sup>368)</sup> 끝으로 기본법 제19조 제4항에 따라 요구되는 효과적인 권리보호의 거부 역시 하나의 부작위 사례에 해당한다. 이것은 권리보호의 보장이 효율성에 대한 급부청구권의 의미로서 이해되면 될 수록 더욱 그러하다. 연방헌법재판소에 따르면 규범심사의 부작위에 있어서와 기본법 제100조 제1항에 따른 위헌제청의 부작위에 있어서는 법관의 기본법 제101조 제1항 제2문(법률이 정하는 법관)에 대한 위반뿐만 아니라, 실질적 기본권침해도 존재할 수 있다고 한다.<sup>369)</sup>

## 2. 재판절차의 지연

법원의 부작위는 재판절차의 지연에도 있을 수 있다. 이러한 부작위는 공권력의 행사로서 헌법소원이 인용될 수 있는 대상이 될 수 있다.<sup>370)</sup>

각각된 것이기는 하나 관련 판례 하나를 소개해 보면 다음과 같다. 1981. 10. 7. 연방헌법재판소 제2재판부는 바덴-뷔르템베르크(Baden-Württemberg)주의 프라이부르크(Freiburg I. Br.) 구법원(區法院)이 청구인에 대하여 법원의 청문권보장이 없이 강제입원에 대한 가처분명령을 한 것은 청구인의 기본법 제104조 제1항과 결부하여 제2조 제2항 제1문으로부터 나오는 기본권을 침해한다고 결정하였다. 청구인은 당시 42세의 교사인데, 1979. 8. 4. 정신질환을 앓고 있는 자라는 의심에 따라 경찰에 의하여 프라이부르크대학 교 병원 정신병동에 보호조치를 위한 입원을 당하였다. 그런데

---

368) BVerfGE 73, 339 (371); 109, 13 (22); 129, 78 (105)를 인용하며 Maunz/Schmid-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG § 90, 52 El. September 2017, Rn. 246.

369) BVerfGE 66, 313 (319)를 인용하며, Maunz/Schmid-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG § 90, 52 El. September 2017, Rn. 246.

370) Maunz/Schmid-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG § 90, 52 El. September 2017, Rn. 246a.

1955. 5. 16. 바덴-뷰르템베르크 주 정신보건법(GBl. S. 87) 제18조 제1항 제1문에 따르면, 강제입원의 신청이나 명령의 적법성여부가 법원에서 다투어진 경우에 입원대상 환자의 건강상태에 대한 진단서 제출을 위하여, 또는 다른 사유로 인하여 긴급하게 필요한 경우에는, 가처분을 통해서 잠정적인 입원을 허용할 수 있다고 규정하고 있었다. 1979. 8. 6. 법관의 결정에 따라서 의사의 소견서는 프라이부르크 구법원에 접수되었고, 프라이부르크 경찰서는 같은 날, 위 정신보건법 제3조 제1항에 따라서 입원명령을 내렸다. 그런데 청구인에 대한 청문권을 보장하지 않은 채, 구법원은 위 정신보건법 제2조, 제3조, 제18조에 따라 1979. 8. 8.의 가처분명령을 통하여 잠정적 입원을 허용하였다. 왜냐하면 이러한 조치는 환자의 건강상태에 대한 진단서의 제출을 위하여 긴급히 필요하였다는 것이다. 만일 입원이 시설병원에 수용된지 2개월 내에 종국적으로 허용되는 것으로 결정되지 않으면, 이 명령은 취소된다. 청구인의 대리인이 1979. 8. 9. 법원에 신고하고 열람을 한 후 1979. 8. 17. 구법원은 1979. 8. 22.자로 청문기일을 확정하였다. 이 청문은 구법원의 한 다른 판사에 의하여 진행되었다. 이 판사는 청구인의 가처분을 취소해 달라고 하는 신청을 이유 없다고 기각하였다. 청구인에 대한 법관의 청문과 그리고 그 날 동석한 의사들과 1979. 9. 3.의 병원의 보충 소견서에 따르면 청구인은 입원치료를 요하는 정신질환을 계속 앓고 있다는 것을 알 수 있었다. 그의 정신적 상태의 계속적인 안정을 위해서는 그를 자유롭게 내버려 두어서는 안 된다고 하는 것이다.<sup>371)</sup>

청구인은 1979. 9. 28. 이 사건 헌법소원심판 계속 중 퇴원하였다. 프라이부르크 주법원(州法院)은 1979. 9. 4. 구법원의 결정을 대상으로 제기된 즉시항고가 다툼 대상(訴益)이 없어졌다(gegenstandslos)고 선고하였다. 1979. 8. 8. 구법원의 가처분을 대상으로 보충적으로 제출되고 즉시항고로서 받아들여진 소송을 프라이부르크 주법원은 1979. 9. 6. 부적법하다고 하면서 각하하였다. 왜냐하

---

371) BVerfGE 58, 208 (210-211).

면 대상 결정은 위 정신보건법 제18조 제3항에 따라서 취소가 불가하다는 이유였다. 즉시항고 역시 동시에 기각되었다. 그러자 청구인은 1979. 8. 8. 프라이부르크 구법원의 가처분과 동법원이 가처분을 취소해달라고 한 그의 신청을 1979. 9. 4. 기각한 그 결정에 대해서 헌법소원심판을 청구한 사건이 이 사건 헌법소원심판청구이다.<sup>372)</sup>

연방헌법재판소는 청문권을 보장하지 않은 부분과 관련해서는 이 사건 헌법소원심판청구를 인용하였으나, 청구인이 바덴-뷔르템베르크 정신보건법의 규정에 따라 강제입원여부에 대한 결정을 적시에 내리지 않은 일종의 재판지연에 대한 청구부분은 연방헌법재판소법 제93조 제1항에 따른 청구기간이 경과되었다는 이유로 부적법하다고 보고 각하하였다.<sup>373)</sup>

각하의 이유는 이 청구 부분은 일종의 부작위에 대한 헌법소원인데 부작위에 대한 헌법소원이라고 해서 청구기간적용이 언제나 배제되는 것은 아니라고 하면서, 만일 그렇게 본다면 작위에 대한 헌법소원의 경우 청구기간의 적용을 받는 다른 사람들과의 형평에 문제가 되기 때문에 부작위소원에 있어서도 청구기간이 적용되어야 한다고 보았다. 그리고 이 사건에서는 이러한 부작위가 종료된 시점으로부터 1달의 청구기간이 이미 경과하였기 때문에 청구기간 경과로 부적법하다고 하면서 이 청구부분은 각하한 것이다.<sup>374)</sup>

### 3. 헌법소원의 목적으로서 사법부작위(사법행위중지)

잠재적으로 기본권침해가 될 수 있으며, 헌법소원의 대상이 되는 사법부작위는 헌법소원의 목적이 되는 사법부작위와 구별하여야 한다. 가령 주 고등법원장에게 국제조약상 규정된 외국 판결의 이송행위가 금지될 수 있다. 왜냐하면 이러한 이송이 자유로운 법치국가의 포기할 수 없는 원칙들(기본법 제20조와 연계하여 기본

---

372) BVerfGE 58, 208 (214).

373) BVerfGE 58, 208 (218).

374) BVerfGE 58, 208 (218 ff.).

법 제2조 제1항)에 반하는 경우에 그러하다.<sup>375)</sup>

## II. 한국의 판례와 학설

우리의 경우에도 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적극적으로 적용하는 경우만이 아니라, 헌법으로부터 유래하는 기본권보호의무를 제대로 이행하지 않는 재판의 경우 기본권보호의무에 합치되는 재판의 거부 내지는 불이행을 이유로 그러한 재판에 대하여 헌법소원을 허용할 것인지에 대해서 검토해 볼 필요가 있다.

또한 헌법재판소의 기본권보호의무나 평등권과 관련되는 헌법불합치결정의 취지에 맞지 않게 법원이 재판을 하는 경우, 역시 일종의 가칭 “부진정 사법부작위”로 보고서 그에 대하여 예외적으로 헌법소원심판청구를 인정할 것인지도 검토해 볼 필요가 있다.

그 밖에 판단유탈 등을 고려해 볼 수 있을 것인데, 단순한 법률적 판단에 대한 판단유탈이 아니라 헌법 또는 기본권 그리고 기본권보호의무에 합치되는 해석을 유탈하는 경우에 헌법소원의 대상이 될 수 있을 것이나, 헌법재판소법 제68조 제1항상 재판소원이 배제되고 있으므로, 이러한 부진정 사법부작위에 대하여 언제 어떠한 조건 하에 예외적으로 재판소원을 인정할 수 있을 것인지는 좀 더 검토해 보아야 할 것이다.

구체적 사례로는 가령 결정하지 아니하는 결정부작위 역시 재판작용의 하나로 보고서 재판소원 배제조항을 근거로 부적법·각하한 사례<sup>376)</sup> 등이 있다.

한편 재판의 지연 역시 재판에 해당되어 이는 헌법재판소법 제68조 제1항에서 재판소원을 배제하고 있으므로 부적법하다고 하는 사례<sup>377)</sup>들이 다수 있다.

---

375) BVerfGE 108, 238 (245 ff.); 91, 335 (339 f.); 114, 396 (396 f.)를 인용하며 Maunz/Schmid-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG § 90, 52 El. September 2017, Rn. 247.

376) 헌재 2013. 7. 9. 2013헌마432, 결정문[각하(1호후문), 각하(2호)]; 결정부작위 위헌확인; 헌재 2013. 5. 28. 2013헌마330, 결정문[각하(1호후문), 각하(4호)]; 판결이유기재 부작위 위헌확인; 헌재 2002. 5. 7. 2002헌마271, 결정문[각하(4호)]; 중국판결불행사 등 위헌확인; 헌재 2001. 10. 9. 2001헌마660, 결정문[각하(4호)]; 재판부작위위헌확인.

377) 헌재 1994. 6. 30. 93헌마161, 판례집 6-1, 700 [각하]; 재판의 지연 위헌확인 등; 헌재

그 밖에 법원의 규칙제정부작위를 다룬 사건들<sup>378)</sup>이 있는데 체계상 이것들은 행정입법부작위로 귀속시킬 수 있을 것이지만 일단 사법입법부작위로 분류를 하기로 하고 여기에서 잠시 그 사례를 살펴 보기로 한다.

헌법재판소의 1989. 3. 17. 88헌마1, 사법서사법시행규칙에 관한 헌법소원 사건에서 헌법재판소는 경합자 환산규정을 대법원규칙으로 정하지 않은 입법부작위가 위헌인지 여부에 대하여 판단을 하였는데, 여기에서 헌법재판소는 “입법부작위에 대한 헌법재판소의 재판관할권은 극히 한정적으로 인정할 수밖에 없다고 할 것인 바, 생각건대 헌법에서 기본권보장을 위해 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이를 이행하지 않을 때, 그리고 헌법 해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위유무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 전혀 아무런 입법조치를 취하고 있지 않은 경우가 여기에 해당될 것이며, 이때에는 입법부작위가 헌법소원의 대상이 된다고 봄이 상당할 것이다”라고 전제하고, 경합자 환산규정을 정해야 할 헌법상의 행위의무나 또는 관련 기본권으로부터 그러한 보호의무가 발생하였는가를 심사한 후, 그러한 행위의무나 보호의무가 존재하지 않는다고 하면서 사법입법부작위에 대한 헌법소원 부분은 각하하였다. 이는 결국 헌법상 작위의무가 인정되지 않는다는 이유로 헌법소원심판청구를 각하한 것이라 할 수 있다.

한편 현재 1989. 7. 28. 89헌마1, 사법서사법시행규칙에 관한 헌법소원사건에서는 구 사법서사법시행규칙 (1973.10.1. 대법원규칙 제544호로 개정되기 전의 것) 제1조의 폐지에 따르는 경합자 환산 경과규정 불비의 입법부작위로 인하여 청구인의 기본권이 침해되었는지 여부가 문제되었는데, 이 사건에서 헌법재판소는 “청구인의 주장 취지는 앞서 본 바와 같이 1963년 법 시행규칙에서 정한

---

1999. 9. 16. 98헌마75, 판례집 11-2, 364 [각하]: 재판지연 위헌확인 - 이 사건에서는 헌법상 작위의무가 인정되지 않는다 하여 각하되었다.; 현재 2012. 4. 17. 2012헌마291, 결정문[각하(4호)]: 재판지연 위헌확인 등

378) 현재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9 [기각,각하]; 현재 1997. 5. 29. 96헌마4, 공보 제 22호, 445 [각하]: 입법부작위위헌확인 - 전원재판부.

바와 같은 경력자 환산규정을 두어 이미 인가까지 얻은 청구인의 사법서사 기득권을 보호하여야 할 것인데 이를 두지 아니한 것은 위헌이라는 것인 바, 1986년 법 부칙 제2항에 의하면 “이 법 시행 전에 사법서사의 인가를 받은 자는 이 법에 의한 사법서사의 자격이 있는 자로 본다”고 규정하고 있다. 그렇다면 구법에 의하여 취득한 기득권 보호를 위한 기본규정은 두고 있는 경우이며, 그에 관한 규정이 전혀 없는 경우는 아닌 것이다. 널리 입법부작위에는 기본권보장을 위한 법규정을 전혀 두고 있지 않은 경우와 이에 관한 규정은 두고 있지만 불완전하게 규정하여 그 보충을 요하는 경우를 상정할 수 있는데, 결국 이 사건은 후자의 범주에 속한다고 할 것이며, 이 경우는 그 불완전한 법규 자체를 대상으로 하여 그것이 헌법위반이라는 적극적인 헌법소원은 별론으로 하고, 입법부작위로서 헌법소원의 대상은 삼을 수 없다 할 것이다.”고 하면서 결국 불완전·불충분한 규칙 자체 대신 입법부작위를 다투었다고 하는 이유로 각하하였다.

다음으로 헌법재판소의 1997. 5. 29. 96헌마4, 입법부작위위헌확인 사건에서는 압류명령이 제3채무자에게 송달불능된 경우 압류명령의 신청인인 채권자에게 그 사실을 통지하거나 주소보정을 명하도록 하는 내용의 대법원규칙을 제정하지 아니한 입법부작위로 말미암아 청구인의 기본권이 침해되었는지 여부가 쟁점이 되었는데, 헌법재판소는 마찬가지로 헌법의 명문상으로는 해석상으로 그러한 의무가 발생한다고 할 수 없다고 하면서 이러한 의무를 전제로 한 이 사건 헌법소원은 헌법소원심판의 대상이 될 수 없는 사안에 대한 헌법소원이므로 부적법하다고 판단하였다.

### III. 소결

이상으로 사법부작위에 대한 헌법소원에 관한 독일과 한국의 판례와 학설을 고찰해 보았다. 우리 헌법재판소법상 재판소원배제조항에 따라 사법부의 재판지연도 모두 재판에 해당한다는 이유로 그에 대한 헌법소원이 부적법하여 각하되고 있어 많은 사례가 나

올 수는 없으나, 독일의 경우에는 전술한 바와 같이 사법부작위의 경우도 헌법소원심판에서 인용결정되는 경우도 적지 않다. 최근 사법농단사태를 통해서 알려졌다듯이 신일철주금(구 신일본제철) 강제징용자 손해배상 청구사건 등 일제강점기 피징용자의 대일본기업 손해배상청구와 관련하여 1965년 한일청구권협정에도 불구하고 개인청구권은 아직 소멸하지 않았다고 하는 대법원 판결<sup>379)</sup>이 내려져서 원심이 파기·환송되어 고등법원이 이 사건에 대하여 당시 대법원의 인용판결취지대로 재판을 하였으나, 일본기업측의 상고로 대법원에 상고심이 접수되어 계류 중 재판을 지연시키기 위하여, 양승태 전 대법원장 산하의 법원행정처 대법관들과 청와대 그리고 외교부장관 및 김앤장 법무법인 등 최고 국가기관들과 로펌 사이의 각종 불법적 거래와 내통 의혹이 현재 수사 중에 있다. 그 이후 5년이 넘게 실제로 재판이 지연되어 오다가, 정권이 바뀌고 사법농단 사태가 국민에게 알려지고 나자, 대법원이 최근 상대측 상고를 기각하고 피징용자측인 원고승소판결을 확정하였으나, 이미 원고들 다수가 사망하고 난 이후였다. 이러한 사법부의 권한남용을 통제하기 위해서는 헌법재판소의 재판소원을 통한 통제가 거의 유일한 길이 아닌가 싶다. 이와 관련한 사법부작위에 대한 효과적인 통제방안의 문제에 대한 해결은 앞으로의 지속적인 과제로 맡겨야 할 것이다.

---

379) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결.

## 제5절 결론

공권력의 불행사와 부작위의 유형은 크게 진정부작위와 부진정부작위로 구별되며, 절대적 부작위와 상대적 부작위 개념 역시 그 개념을 사용하는 학자들마다 차이가 있으나, 다수설이 사용하는 절대적 부작위와 상대적 부작위는 대체로 진정부작위와 부진정부작위와 같은 내용인 것으로 파악된다.

중요한 것은 진정입법부작위와 부진정입법부작위의 구분인데, 우리 헌법재판소는 헌법으로부터 유래하는 작위의무와 보호의무가 있음에도 입법자가 아무런 입법을 하지 않는 경우를 진정입법부작위로, 그리고 입법은 하였으나 불완전·불충분하게 한 경우에는 부진정입법부작위로 구분하는 종래의 구분론에서 크게 벗어나지 않고 있으나, 헌법재판소의 몇몇 사건의 반대의견은 양적·절대적 부작위와 질적·상대적 부작위로의 구분론을 펼친 바 있다. 다수견해의 경우 진정입법부작위와 부진정입법부작위의 구분 자체가 특히 “불완전·불충분”이라고 하는 개념과 관련하여 매우 애매모호함에도 불구하고, 이러한 기준 아닌 기준에 따라 대다수의 입법부작위에 대한 헌법소원은 법률 자체가 결함을 가진 것이기 때문에 법률 자체를 다투어야 한다고 하는 논리로 연결된다. 이러한 문제점을 의식한 반대의견 역시 그 개념이나 구분기준이 애매모호함은 마찬가지이다. 따라서 보다 정밀하게 진정입법부작위와 부진정입법부작위를 구분해 보기 위하여 독일 연방헌법재판소의 판례와 학설을 먼저 추적하여 분석하고, 새로운 구분론을 정립해 보았다. 이러한 새로운 구분론에 대해서는 앞으로 학계와 실무에서 계속적 반향과 비판을 얻어 가면서 발전시켜 가야할 필요가 있으며, 또한 그러한 과정에서 보다 정치하고 국민의 기본권보호에 합치될 수 있는 그러한 이론적 도구로 발전될 수 있을 것이라고 생각한다.

그리고 부작위에 대한 헌법소원이 적법하기 위해서는 헌법으로부터 유래하는 작위의무나 보호의무가 인정되어야 하므로, 어떠한 헌법상 작위의무가 인정될 수 있는지를 파악하기 위하여 독일과 한국의 헌법에 따른 명시적 헌법위임과 헌법해석으로부터 나오는



작위의무나 보호의무에 대하여 고찰해 보았다.

그리고 공권력의 행사와 관련하여 입법부작위, 행정부작위, 사법부작위로 나누어 각 사례들을 조사하여 분석했다.

이러한 공권력의 불행사의 유형에 관해서도 독일과 우리 헌법재판소의 사례들을 분석하여 대조해 보았다. 이러한 유형별 사례분석을 통하여 적법요건과 위헌판단의 구조연구에 대한 논의의 실마리들을 어느 정도 추출할 수 있었다.

우선 적법요건 심사구조와 관련해서는 공권력의 행사에 대한 헌법소원에 있어서와 다르지 않게, 모든 기준들에 대한 심사가 다 이루어지는 것을 볼 수 있다. 즉 우선 공권력의 불행사(헌법상 작위의무를 전제로 하는)의 존재, 보충성의 원칙, 청구기간(진정부작위에는 적용이 없지만 부진정부작위에는 적용됨), 기본권침해의 존재, 기본권침해의 관련성, 권리보호이익, 그 밖에 당사자의 주장이 애매모호하고, 구체적으로 어떠한 공권력의 불행사에 의하여 어떠한 기본권이 침해되고 있는지를 구체적으로 주장하지 않는 경우에는 그 자체로 각하하는 사례가 많이 있는데 이는 마치 독일 연방헌법재판소가 요구하는 실체적 설명이나 입증책임과도 비교될 수 있을 것이다.

그리고 위헌여부의 판단구조와 관련해서는 우선 헌법상 입법의 무가 확인이 되면, 이러한 의무에도 불구하고 입법부작위가 상당기간 지속되었는지, 그러한 입법지체를 정당화할 만한 사유가 있었는지, 끝으로 이로 인하여 청구인의 기본권이 침해되었는지의 순서대로 심사하고 있는 모습을 볼 수 있었다. 특히 부작위헌법소원을 인용한 판례들의 공통점이 이러한 부작위가 지속된 기간이 대체로 20년이 넘어 선 경우가 대부분이었다는 점이다. 어쨌든 이와 같은 유형별 사례의 분석과 진정 부작위와 부진정 부작위의 새로운 구분론의 시도가 다음 장의 연구들에 어느 정도 유의미한 분석의 틀을 제공해 줄 수 있기를 기대한다.

# 제3장 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판에 있어서 적법요건 심사구조

홍일선

## 제1절 개관

### I. 헌법소원심판과 적법요건

#### 1. 적법요건의 의의

헌법소원심판이란 공권력에 의한 기본권 침해를 헌법재판을 통해 구제하여 헌법질서를 수호하고 유지하는 제도이다. 헌법소원심판은 제1차적으로 공권력에 의한 개인의 기본권침해를 구제하는 기본권보장기능을 수행한다. 나아가 기본권을 침해하는 공권력작용의 효력을 부인하고 기본권을 실현하도록 유도하여 헌법질서를 수호하고 유지하는 기능도 수행한다.<sup>1)</sup> 헌법재판의 유형 중 위헌법률심판·탄핵심판·정당해산심판·권한쟁의심판 등은 일차적으로 객관적 헌법질서를 수호하고 간접적으로 기본권의 보호와 실현에 기여하는 반면, 헌법소원심판은 기본권의 보호와 실현을 일차적 목적으로 하는 헌법재판제도이다. 따라서 헌법소원심판은 헌법재판의 여러 유형 가운데 유일하게 개인의 권리보호를 목적으로 하는 주관적 소송으로서의 성격을 갖는다. 그러나 헌법소원심판은 개인의 권리보호를 통한 기본권보장으로 헌법질서를 수호·유지한다는 점에서 객관적 소송이라는 성격도 부수적으로 가지게 된다.

개인의 기본권을 보호하고 이를 통해 객관적 헌법질서를 수호한다는 헌법소원제도의 위와 같은 기능은 우선 적법요건을 어떻게

---

1) Christain Hillgruber/Christoph Goos, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., 2015 Rn. 79; Hans Lechner/Rüdiger Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 7. Aufl., 2015 § 90 Rn. 7 ff.; Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 11. Aufl., 2018 Rn. 203 ff. 김하열, 헌법소송법, 박영사 2014, 353 이하.

설정하느냐에 따라 영향을 받는다.<sup>2)</sup> 헌법소원심판의 적법요건 단계에서 심판대상, 청구인적격, 청구기간 등과 같은 요건을 지나치게 엄격하게 요구한다면 개인의 기본권침해를 구제해 준다는 헌법소원심판의 기능실현은 매우 제한될 수밖에 없을 것이다.<sup>3)</sup> 다른 한편 객관적 헌법질서의 수호라는 헌법소원심판의 기능을 수행하기 위해서는 적법요건심사에서 개인의 권리보호이익이나 청구인적격과 같은 요건을 완화시킬 것이 요구되기도 한다.<sup>4)</sup> 나아가 헌법소원심판의 적법요건은 권력분립이라는 관점에서, 국가의 전체 기능을 고려한 가운데 헌법재판소의 지위와 과제에 상응하도록 설정될 것이 요구된다. 특히 헌법소원의 대상성, 재판에 대한 헌법소원의 인정문제 및 직접성, 보충성 등의 요건은 헌법재판소와 국회 또는 헌법재판소와 일반 법원 간의 권한 배분에 많은 영향을 미치기도 한다. 마지막으로 헌법소원의 적법요건은 헌법재판의 원활한 기능수행이라는 관점에서 과약되어야 한다.<sup>5)</sup> 헌법소원의 심판청구 특성상 예견되는 재판부의 과중한 업무부담이나 청구남용 등의 우려로부터 헌법재판소의 원활한 기능수행을 보장하기 위해서는 청구인적격, 보충성의 원칙, 법적 관련성 등이라는 적법요건을 통한 심사의 필요성이 요구되기도 한다.

## 2. 적법요건의 내용

헌법소원심판의 적법요건은 헌법과 헌법재판소법, 헌법재판소 심판규칙, 민사소송법 등 헌법재판의 법원(法源)이 되는 법규범들을 통해 도출된다. 나아가 헌법소원심판 적법요건의 구체적 의미와 내용은 헌법재판소의 해석을 통해 확인된다.<sup>6)</sup>

헌법소원의 적법요건에 대한 가장 직접적인 근거는 헌법재판소

2) 김하열, 앞의 책(주 1), 358 이하.

3) 헌법재판연구원, 주석 헌법재판소법, 헌법재판소 2015, 962 이하.

4) Ernst Benda/Eckart Klein/Oliver Klein, Verfassungsprozessrecht - Ein Lehr- und Handbuch, 3. Aufl. 2012 Rn. 436.

5) 헌법재판연구원, 앞의 책(주 3), 1186 이하.

6) 김하열, 앞의 책(주 1), 358 이하.

법의 규정에서 찾을 수 있다. 헌법재판소법은 제68조 제1항 본문에서 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”라고 규정하고 있다. “공권력의 행사 또는 불행사 … 법원의 재판을 제외하고”라는 부분에서 헌법소원을 청구할 수 있는 대상요건이 도출된다. 다음으로 “헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자”라는 부분에서 청구인능력과 청구인적격 및 침해관련성과 법적 관련성 등의 요건이 도출된다.

헌법재판소법은 제68조 제1항 단서조항에서 “다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다.”라고 하여 이른바 보충성 원칙을 요구하고 있다. 나아가 헌법재판소법은 제69조 제1항에서 “제68조 제1항에 따른 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다. 다만, 다른 법률에 따른 구제절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정을 통지받은 날부터 30일 이내에 청구하여야 한다.”라고 하여 청구기간을 규정하고 있다.

헌법재판소법의 일반심판절차에 대한 규정에서도 변호사 강제주의(제25조), 일사부재리(제39조)와 같은 적법요건이 도출된다. 나아가 헌법재판소법에 명시적인 규정은 없지만 사법절차에서 일반적으로 요구되는 요건으로 권리보호이익이 도출되기도 한다. 주관적 권리구제절차라는 헌법소원의 기능적 관점에서, 기본권을 보호할 이익이 존재하지 않는다면 본안판단의 필요성도 원칙적으로 인정할 수 없기 때문이다.

이러한 내용을 바탕으로 헌법소원심판에서 요구되는 적법요건은 대체로 다음과 같이 정리할 수 있다.<sup>7)</sup>

- ① 기본권주체성과 관련되는 청구권자의 문제
- ② 공권력의 행사 또는 불행사라는 공권력 작용과 관련된 헌법

7) 헌법재판소, 헌법재판실무제요, 제2개정판 헌법재판소 2015, 274 이하 참조.

### 소원의 심판대상 문제

③ 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 경우와 관련되는 기본권침해가능성의 문제

④ 청구인 자신의 기본권이 현재 그리고 직접 침해당한 경우와 관련되는 법적 관련성 문제

⑤ 다른 법률에 구제절차가 있는 경우 그 절차를 모두 거쳤는가와 관련되는 보충성 문제

⑥ 헌법재판소법 제69조에서 규정한 청구기간 문제

⑦ 개인의 주관적 권리구제절차라는 헌법소원심판의 본질에서 요구되는 권리보호이익의 문제

⑧ 대리인 선임여부의 문제

⑨ 일사부재리의 문제

### 3. 적법요건의 체계

이러한 적법요건의 내용들은 상호 의존관계가 있다는 점을 유의해야 한다.<sup>8)</sup> 적법요건의 내용들은 시간적·공간적으로 중복되는 경우가 있기 때문에, 완벽하게 구분하여 독립적인 심사를 하기 어려운 경우도 있다.<sup>9)</sup> 가령 공권력의 행사 또는 불행사라는 헌법소원의 대상성과 기본권침해관련성은 서로 중복·교차되기도 한다. 공권력의 행사 또는 불행사라는 헌법소원심판의 대상으로 청구인의 기본권 침해 가능성이 존재하는지의 문제는 독립적으로 판단하기 보다는 상호 관련성을 고려하여 심사할 필요가 있기 때문이다. 나아가 권리보호이익은 넓은 의미에서 청구인적격 및 보충성 요건의 관점과 중복되기도 한다. 권리보호이익을 기본권침해관련성 및 인적인 관점에서 제한한 것이 청구인 적격이라 할 수 있으며, 절차적 관점에서 제한한 것을 보충성 요건으로 볼 수 있기 때문이다.<sup>10)</sup>

8) Benda/Klein, 앞의 책(주 4), Rn. 628.

9) 김하열, 앞의 책(주 1), 360.

10) 김하열, 앞의 책(주 1), 360.

이처럼 헌법소원의 적법요건 단계에서 심사되는 내용들은 다른 요건들과 교차·중복될 수 있다는 점에서, 각 요건의 심사단계는 경우에 따라서 종합적으로 진행될 수도 있다.<sup>11)</sup>

## II. 공권력의 불행사에 대한 헌법소원과 적법요건

### 1. 문제상황

헌법소원의 적법요건 심사에 대한 위와 같은 내용들은 그동안 대부분 공권력의 행사에 대한 헌법소원심판절차를 중심으로 논의가 진행되어 왔다. 문제는 위와 같은 내용들이 공권력의 불행사에 대한 헌법소원의 적법요건 심사에서도 동일하게 적용될 수 있는가에 대한 것이다. 지금까지 헌법재판소에서 다루어진 공권력의 불행사에 대한 판례나<sup>12)</sup> 이를 계기로 진행된 학계의<sup>13)</sup> 논의 내용들

11) Benda/Klein, 앞의 책(주 4), Rn. 628 ff.

12) 비교적 최근에 다루어진 공권력의 불행사와 관련된 헌법재판소의 대표적인 판례들을 소개하면 다음과 같다. 가령 현재 2018. 5. 31. 2016헌마626 - 입법부작위 위헌확인; 2018. 4. 17. 2018헌마324 - 행정부작위 위헌확인; 현재 2018. 3. 29. 2016헌마795 - 행정부작위 위헌확인; 현재 2018. 2. 27. 2018헌마152 - 사인의 공공장소 CCTV설치 미제한 위헌확인; 현재 2017. 12. 26. 2017헌마1351 - 입법부작위 위헌확인; 현재 2017. 11. 27. 2017헌마1218 - 형사소송법 제305조 위헌확인 등; 현재 2017. 9. 5. 2017헌마966 - 행정부작위 위헌확인; 현재 2017. 5. 10. 2017헌마436 - 공권력 불행사 등 위헌확인; 현재 2017. 4. 25. 2017헌마352 - 공권력 불행사 등 위헌확인; 현재 2017. 3. 21. 2016헌마219 - 기동순찰 직무범위 미지정 등 위헌확인; 현재 2017. 3. 21. 2017헌마220 - 입법부작위 위헌확인; 현재 2017. 1. 18. 2017헌마21 - 입법부작위 위헌확인 등; 현재 2017. 1. 11. 2016헌마1136 - 국민의 탄핵 청구권 미보장 위헌확인; 현재 2017. 1. 3. 2016헌마1075 - 전관 변호사 수임 제한 부작위 위헌확인; 현재 2016. 12. 27. 2016헌마1076 - 입법부작위 위헌확인; 현재 2016. 12. 27. 2016헌마1093 - 법관 기피신청 배제 부작위 위헌확인; 현재 2016. 11. 23. 2016헌마944 - 국회의 탄핵소추절차 부작위 위헌확인; 현재 2016. 11. 1. 2016헌마902 - 입법부작위 위헌확인; 현재 2016. 10. 11. 2016헌마833 - 입법부작위 위헌확인; 현재 2016. 7. 26. 2016헌마590 - 재판지연 위헌확인; 현재 2016. 4. 28. 2013헌마266 - 입법부작위 위헌확인; 현재 2016. 4. 28. 2015헌마1177 등 - 입법부작위 위헌확인 등이 있다.

13) 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판이라는 주제를 다룬 대표적인 논문들은 다음과 같다. 가령 김해원, 행정·사법부작위에 의한 기본권침해 판단구조, 법학논총 38-1(2018), 257-295; 문홍수, 공권력의 행사 또는 불행사 위헌무효확인헌법소원, 법조 461(1995), 71-90; 박규하, 헌법국가에 있어서의 국가의 기본권보호의무와 입법부작위에 관한 소고 - 헌법소원과 관련하여 -, 외법논집 19(2005), 163-185; 박재현, 처분의 부작위로 인한

을 종합해 볼 때, 공권력의 불행사에 대한 헌법소원의 적법요건 심사에 대해서는 다음과 같은 문제들이 구체적으로 제기된다.

첫째, 공권력의 불행사에 대한 헌법소원에서는 보통 헌법에서 유래하는 작위의무 또는 보호의무의 존재여부에 대해서만 논의가 집중된다는 것이다. 따라서 가령 기본권침해 관련성 여부의 심사가 진행되지 않거나 생략되고 있다는 지적이다. 공권력의 행사에 대한 헌법소원에서는 헌법소원의 심판대상인 공권력의 행사가 존재하는가에 대한 여부와 별도로 헌법상 보장된 청구인의 기본권이 해당 공권력의 행사로 인해 제한되는가의 여부를 적법요건 단계에서 심사하고, 제한이 인정되는 경우 이러한 기본권제한이 정당화될 수 있는가의 여부를 본안판단의 단계에서 심사한다. 이와 달리 공권력의 불행사에 대한 헌법소원에서는 적법요건의 단계에서 작위의무의 존재여부, 즉 헌법소원의 대상성 여부만이 심사되고 이러한 심사는 대부분 관련 기본권의 보호영역과 구분되어 독자적으로 이루어진다는 것이다. 가령 입법부작위에 대한 헌법소원 심판에서 입법자에게 입법의무가 존재하는가의 여부가 적법요건의 심사에서 중점적으로 다루어지는데, 그러한 입법의무의 존재 여부에 대한 심사는 관련기본권과 무관하게, 즉 어떠한 기본권을 보장하기 위한 입법의무인지의 여부와 무관하게 진행된다는 것이다.

둘째, 공권력의 불행사에 대한 헌법소원의 경우 작위의무의 존재여부에 대한 심사가 적법요건의 단계에서만 아니라 본안판단의 단계에서도 진행된다는 것이다. 이는 공권력의 불행사에 대한 헌법소원에서 작위의무의 판단시점에 문제라고 할 수 있다. 공권력의 불행사에 대한 헌법소원의 경우 작위의무의 존재여부를 적법

---

침해에 대한 구제수단, 공법학연구 10-1(2009), 369-389; 박정훈, 행정입법에 대한 사법심사 - 독일법제의 개관과 우리 법의 해석론 및 입법론을 중심으로 -, 행정법연구 11(2004), 125-174; 사봉관, 행정청의 부작위로 인한 기본권 침해의 구제 - ‘한일 청구권협정’에 따른 중재요청불이행 위헌확인 사건에 대한 헌법재판소 결정(98헌마206)의 검토를 포함하여, 헌법학연구 13-4(2007), 127-165; 성중탁, 행정부작위 헌법소원에서의 작위의무와 국가의 기본권보호의무, 저스티스 140(2014), 60-90; 진학선, 행정부작위에 대한 헌법소원 - 헌법재판소 판례를 중심으로 -, 공법연구 30-3(2002), 245-261; 정남철, 행정입법부작위에 대한 사법적 통제, 저스티스 110(2009), 194-217; 함인선, 공권력의 부작위에 대한 헌법소원심판 - 헌법재판소 결정례를 중심으로 하여 -, 법률행정논총 22-2(2002), 99-132 등 참조.

요건의 단계에서 또는 본안판단의 단계에서 심사할 것인지, 아니면 적법요건과 본안판단의 단계에서 각각 별도로 심사할 것인지가 밝혀져야 한다는 것이다. 이러한 내용을 설명하기 위해 적법요건의 단계에서 요구되는 작위의무와 본안판단의 단계에서 요구되는 작위의무를 구별하자는 견해도 제시된다. 이른바 잠정적 작위의무와 확정적 작위의무의 구별이 이에 해당된다.

셋째, 공권력의 불행사에 대한 헌법소원의 적법요건에서 공권력 불행사의 유형별 접근이 요구된다는 점이다. 공권력의 불행사에 대한 헌법소원의 적법요건에서 가장 핵심적인 내용이 될 수 있는 작위의무의 존재근거에 대해서도 유형별 검토가 요구된다. 입법부 작위와 행정부작위의 경우, 이에 대한 작위의무의 인정 근거가 각각 다르게 판단될 수 있기 때문이다. 특히 행정부작위의 경우 기본권주체가 작위의무에 근거하여 일정한 행정행위를 청구할 수 있는 청구권의 존재가 별도로 요구되는지도 문제된다. 적법성 심사의 다른 요건에 대해서도 마찬가지이다. 가령 보충성의 요건에서도 입법부작위의 문제와 행정부작위의 문제는 서로 다른 검토가 이루어져야 할 것이다. 청구기간에 대해서도 공권력의 불행사에 대한 유형별 검토가 진행되어야 할 것이다.

## 2. 공권력의 불행사에 대한 헌법소원의 적법요건 심사구조

이상과 같은 내용들을 종합하여, 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판의 적법요건 심사구조와 관련하여 다음과 같은 내용을 중심으로 논의를 전개하려고 한다.

첫째, 헌법소원의 대상성에 대한 문제이다. 이는 헌법소원심판의 대상이라는 관점에서 개인의 기본권을 침해한 공권력의 불행사가 존재하는가의 여부를 판단하는 것으로, 이른바 부작위라는 개념 자체의 존재 여부에 대한 확인문제이다. 부작위라는 개념에서 전제되는 작위의무의 인정여부를 판단하는 심사과정으로 나타낼 수도 있다. 이 문제에 대한 심사는 공권력 불행사의 유형별 검토가 이루어져야 할 것이다. 불행사의 유형에 따라 작위의무의 근거가



서로 달라질 수 있기 때문이다.

둘째, 작위의무의 판단시점에 대한 문제이다. 이는 작위의무의 존재에 대한 판단이 적법요건에서만 이루어져야 하는가 아니면 적법요건에서만 아니라 본안판단에서도 이루어질 수 있는가에 대한 문제이다. 후자의 경우를 인정할 때에는 적법요건과 본안판단에서 요구되는 작위의무 심사의 내용과 강도가 각각 어떻게 구별되느냐에 대해서도 논의되어야 할 것이다.

셋째, 작위의무의 존재 이외에 다른 적법요건들에 대한 심사문제이다. 가령 보충성의 원칙이나 청구기간의 문제가 이에 해당된다. 헌법소원심판의 적법요건 심사에서 요구되는 그 밖의 내용들에 대한 검토도 이루어져야 할 것이다.

넷째, 공권력의 불행사에 대한 헌법소원의 적법요건에서 특히 기본권침해관련성 부분에 대한 논의이다. 이는 작위의무의 인정여부에 대한 판단을 기본권침해관련성이라는 관점에서 시도해야 하는가에 대한 문제이다.

이상과 같은 내용들을 중심으로 이하에서는 앞의 제2장에서 제시된 공권력 불행사의 유형별로 각각 적법요건의 심사구조에 대한 논의를 전개하고자 한다. 공권력 불행사의 유형에는 입법부작위와 행정부작위 이외에 사법부작위도 포함되지만, 재판소원의 배제로 인해 사법부작위가 현실적으로 문제되는 사례는 그렇게 많지 않다는 점, 사법부작위에 대한 적법요건의 문제는 대부분 행정부작위의 내용과 크게 다르지 않다는 점을 이유로 사법부작위는 논의의 내용에서 배제하고자 한다.

## 제2절 헌법소원 대상요건의 심사내용과 구조

### I. 공권력의 불행사에 대한 헌법소원의 대상요건

#### 1. 의의

헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사만이 아니라 「공권력의 불행사」로 인하여 기본권을 침해받은 자도 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 공권력이란 입법권·집행권·사법권을 포함하는 모든 국가기관을 의미한다. 따라서 공권력의 불행사에 대한 헌법소원의 심판대상은 입법권의 불행사, 집행권의 불행사, 사법권의 불행사로 그 유형을 나누어 볼 수 있다. 그런데 우리 헌법재판소법은 공권력의 부작위가 아니라 불행사라는 개념을 사용하고 있으므로, 공권력 불행사의 유형별 심판대상성을 검토하기에 앞서 공권력의 불행사와 부작위는 어떠한 관계가 있는지를 먼저 살펴볼 필요가 있다.

법의 영역에서는 일반적으로 불행사와 부작위를 구분하며 사실적 개념인 불행사가 아니라 규범적 개념인 부작위에 큰 의미를 두고 있다. 법의 영역에서 부작위(不作爲, Unterlassen)란 사실적으로 단순히 「아무런 행위를 하지 아니한 것」(nichts tun)이 아니라, 규범적으로 요구되는 「일정한 행위를 하지 않은 것」(etwas nicht tun)을 의미한다.<sup>14)</sup> 헌법재판의 대상으로 공권력을 행사하지 않았다는 것도 단순히 공권력을 전혀 행사하지 않았다는 것이 아니라 헌법이라는 규범이 요구하는 일정한 행위를 하지 않았다는 것을 의미한다.<sup>15)</sup> 가령 헌법상 A라는 행위가 요구되는 상황에서 어떠한 행위주체가 B라는 행위를 하였다면, 이는 사실적인 개념에서 공권력의 행사에 해당되지만, 헌법이라는 규범적인 측면에서 요구되는 (A라는) 행위를 하지 아니하였기 때문에 부작위에 해당되는 것이다.

결국 공권력의 불행사를 대상으로 하는 헌법재판에서는 단순히 사실적 의미의 불행사가 아니라 규범적 의미에서 요구되는 부작위 개념이 존재하는가의 여부가 논의의 출발점이 된다. 공권력 주체가 도대체 아무런 행위도 하지 않았는가의 여부가 아니라, 헌법상 일정한 행위를 할 것이 요구됨에도 불구하고 그러한 행위를 하지

14) Bruno Schmidt-Bleibtreu, Kommentierung des § 90 BVerfGG, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Bd. II, 1997, § 90 Rn. 107; Michael Sachs, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., 2016, Rn. 319.

15) Benda/Klein, 앞의 책(주 4), Rn. 1033 ff.

않았는가의 여부가 중요한 전제가 되는 것이다.

## 2. 공권력의 불행사와 부작위의 구별문제

문제는 헌법소원의 심판대상으로 인정되는 공권력의 부작위를 공권력의 불행사와 동일한 개념으로 볼 수 있느냐에 대한 것이다. 이 문제가 제기되는 이유는 우리 헌법재판소법이 불행사와 부작위라는 개념을 구분하여 사용하고 있으며, 헌법소원의 대상으로서는 부작위라는 개념이 아닌 불행사라는 개념을 사용하고 있기 때문이다. 즉 헌법재판소법은 헌법소원심판에 대해서는 「공권력의 불행사」라고 규정하고 있지만(헌법재판소법 제68조 제1항, 제75조 제3항과 제4항), 권한쟁의심판에 대해서는 「피청구인의 부작위」라고 하여(헌법재판소법 제61조 제2항) 불행사와 부작위를 구분하여 사용하고 있다.

### 가. 입법부작위와 입법권의 불행사

헌법재판소법의 규정을 형식적으로 해석한다면, 가령 입법권의 영역에서 권한쟁의 심판의 대상은 입법부작위이지만 헌법소원심판의 대상은 입법권의 불행사이다. 앞에서 살펴본 바와 같이, 일반적으로 불행사라는 개념은 규범적 의미의 부작위를 넘어서 사실적 의미의 부작위까지 포함하는 것처럼 해석될 여지가 있다. 입법권의 불행사라는 개념도 입법자가 헌법에서 요구되는 일정한 입법의무를 이행하지 않은 것만이 아니라, 도대체 아무런 입법행위도 하지 않는 것을 나타낼 수 있다. 단지 헌법상 요구되는 법률을 제정하지 않은 것만이 아니라, 아무런 법률도 제정하지 않고 휴면상태에 있는 경우를 포함할 수 있다는 것이다.

이와 같은 관점에서 볼 때, 헌법소원의 대상이라는 관점에서 입법권의 불행사는 적절하지 못한 개념이다. 한편으로 오늘날과 같이 의회가 비교적 활발하게 활동하고 있는 상황에서, 입법기관이

사실적 의미에서 아무런 행위도 하지 않고 있다는 현상은 발견하기 어렵기 때문이다.<sup>16)</sup> 입법자가 입법기 내에 정기회이든 임시회이든 아무런 회의를 개최하지 않거나 아무런 안건도 의결하지 않는 상황은 찾아볼 수 없다. 다른 한편으로 헌법소원의 기능적 관점에서 이와 같은 해석은 바람직하지 못하다. 입법자가 아무런 행위를 하지 않고 있다는 문제는 입법권과 관련하여 개인의 기본권침해를 구제하고 객관적 헌법질서를 수호한다는 헌법소원제도의 기능적 관점과 직결되는 것이 아니기 때문이다. 헌법상 개인에게 보장된 기본권을 실현해 줄 수 있는 특정한 입법을 하지 않았다는 문제 또는 입법자가 헌법상 요구되는 특정한 입법을 하지 않아서 개인의 기본권이 침해되었다는 문제만이 기본권침해를 구제해 준다는 헌법소원의 기능적 관점에서 그 대상성이 인정될 수 있는 것이다.<sup>17)</sup>

행정권의 영역에서 거부처분이 헌법소원의 대상으로 인정될 수 있느냐의 여부와 관련하여 행정권의 불행사와 부작위를 구분할 실익이 있다는 점은 논란이 되고 있으나, 입법권의 영역에서는 이와 같은 문제가 존재하지 않기 때문에 입법권의 불행사는 입법권의 부작위 그 자체를 의미한다고 보아야 한다. 다만 입법권의 불행사는 규범적 의미가 아닌 사실적 불행사라는 의미로 이해될 소지가 있기 때문에, 헌법소원의 대상을 나타내는 적절한 개념으로 인정할 수 없다. 따라서 이하에서는 헌법소원심판의 대상으로 입법권의 불행사가 아니라 입법부작위라는 개념을 사용하고자 한다.

## 나. 행정부작위와 행정권의 불행사

행정권의 영역에서 제기되는 헌법소원의 대상과 관련하여 공권

---

16) Markus Möstl, Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflichten - Die Verfassungsbeschwerde gegen legislatives Unterlassen -, DÖV 1998, 1029(1030).

17) Hillgruber/Goos, 앞의 책(주 1), Rn. 143; Lechner/Zuck, 앞의 책(주 1), Einleitung Rn. 85, § 90 Rn. 105 참조.

력의 부작위와 불행사의 구별문제는 특별한 주의를 요구한다. 행정권력의 영역에서는 부작위와 불행사를 구별할 실익이 제기되기 때문이다.

이와 관련하여 부작위와 불행사를 구별하는 헌법재판소법의 태도를 의도적인 것으로 파악하여, 공권력의 불행사는 공권력의 부작위 이외에 공권력의 소극적 행사인 「거부처분」까지 포함하는 것으로 보아야 한다는 주장이 제기된다.<sup>18)</sup> 이 견해는 헌법소원심판 인용결정의 효력에 따라 거부처분을 공권력의 행사로 파악할 경우 단지 거부처분의 취소라는 효력이 생기나, 불행사에 포함되는 것으로 파악한다면 피청구인에게 새로운 처분을 의무지울 수 있다는 점을 구별의 실익으로 제시한다(헌법재판소법 제75조 제3항, 제4항).<sup>19)</sup> 권리구제의 효율성이라는 측면에서 헌법소원의 심판대상인 공권력의 불행사에는 공권력의 부작위 이외에 「공권력의 거부」까지도 포함시켜야 한다는 것이다.

이 견해에 대해서는 입법자가 과연 공권력의 불행사와 부작위를 의도적으로 구분한 것인가의 여부가 명확하지 않으며, 이른바 보충성의 원칙에 따라 양자를 구별할 실익도 없다는 비판이 제기된다.<sup>20)</sup> 거부처분은 행정소송법상 취소소송의 대상이 되므로(행정소송법 제2조 제1항 제1호, 제19조), 보충성의 원칙에 따라 거부처분이 헌법소원의 대상이 되는 경우는 실제로 존재하기 어렵다는 지적이다.<sup>21)</sup>

이 문제에 대해서 헌법재판소의 태도는 명확하지 않다. 다만 헌법재판소의 판례 중에는 거부처분을 공권력의 행사에 해당하는 것으로 인정한 사례,<sup>22)</sup> 불행사의 문제로 심사한 사례,<sup>23)</sup> 공권력의 행

18) 함인선, 앞의 논문(주 13), 102 이하.

19) 함인선, 헌법소원과 항고소송, 공법연구 35-4(2007), 66 이하.

20) 사봉관, 앞의 논문(주 13), 127, 각주 3.

21) 이러한 관점에서 가령 검사의 불기소처분을 공권력의 행사로 볼 경우 단순한 취소결정의 효력만 생기지만, 공권력의 불행사로 볼 경우에는 위헌확인 결정 이후 재처분의 의무가 생긴다는 설명(함인선, 앞의 논문[주 13], 103, 각주 3)도 형사소송법이 개정되어 재정신청제도가 확대된 현재의 상황에서는 설득력이 부족하다고 할 수 있다.

22) 「지목변경신청서반려처분」이 공권력의 행사에 해당한다고 인정하고 반려처분 취소를 결정한 사례(헌재 1999. 6. 24. 97헌마315), 「국민감사청구에 대한 감사원장의 기각결정」이 헌법소원의 대상이 되는 공권력행사에 해당한다고 인정한 사례(헌재 2006. 2. 2

사 또는 불행사에 해당되는지의 여부를 분명하게 밝히지 않았으나 인용결정의 주문에서 위헌임을 확인한 사례<sup>24)</sup> 등이 모두 존재한다.

생각건대 헌법재판소법을 제정할 당시 입법자가 부작위와 불행사의 개념을 의도적으로 구분하여 사용했다는 점을 확인하기는 어렵다. 그렇다고 헌법재판소의 판례에서 확인된 바와 같이 행정소송의 대상이 되지 않는 거부처분 또는 거부행위가 예외적으로나마 존재하고 있는 상황에서, 양자를 구별하는 실익이 전혀 없다는 주장도 설득력이 부족하다. 예외적이기는 하지만 행정소송의 대상에 포함되지 않는 거부처분이 헌법소원의 심판대상이 되는 경우, 이를 인용하는 결정에는 새로운 처분의 의무를 부과하는 것이 개인의 기본권침해를 구제하여 헌법질서를 수호·유지한다는 헌법소원 제도의 본질에 부합한다고 볼 수 있다.

따라서 행정권력의 불행사에는 부작위와 거부처분이 모두 포함되는 것으로 보아야 할 것이다. 행정권의 불행사에 대한 헌법소원의 심판대상에는 행정부작위가 주로 해당되지만, 지극히 예외적인 경우에는 거부처분(거부행위)도 포함될 수 있다는 것이다. 다만 이 문제에 대해서는 헌법소원의 심판대상이나 효력을 명확하게 규정하는 방향으로 입법론적 보완<sup>25)</sup>이 필요하다는 점도 지적해야 한

---

### 3. 2004헌마414).

- 23) 퇴직급여를 산정함에 있어 공무원으로 임용받기 전의 교육 및 실무수습기간도 재직기간에 포함하여 계산하여 달라는 신청에 대한 「공무원연금관리공단의 거부행위」가 공권력의 불행사에 해당되는지의 여부를 심판하였으나, 이는 행정기관의 내부적 의사결정에 불과하다는 이유로 공권력의 불행사에 해당하지 않는다고 판단한 사례(헌재 2004. 8. 26. 2003헌마916)이다.
- 24) 변호인의 수사서류 열람·등사 신청에 대한 검사의 거부처분이 “청구인들의 신속하고 공정한 재판을 받을 권리와 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것이므로 헌법에 위반됨을 확인한다.”고 판시한 사례(2010. 6. 24. 2009헌마257), 법원의 수사서류 열람·등사 허용 결정에도 불구하고 검사가 해당 수사서류의 등사를 거부한 거부행위는 “청구인들의 신속하고 공정한 재판을 받을 권리와 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것이므로 헌법에 위반됨을 확인한다.”고 판시한 사례(2017. 12. 28. 2015헌마632) 등 참조.
- 25) 가령 독일연방헌법재판소법은 헌법소원심판의 대상에 대해 “누구나 공권력을 통해 기본권이 침해된 경우”라고 하고(제90조 제1항), 인용결정의 효력에 대해 “헌법소원심판청구가 인용되는 경우, 기본법의 어떤 규정이 그리고 어떠한 행위 또는 부작위가 이 규정을 침해했는지를 판결에서 확인해야 한다. 이와 동시에 연방헌법재판소는 이의가 제기된 처분들을 반복하는 것은 모두 기본법을 침해하는 것이라고 선고할 수 있다.”(제95조 제

다.26) 거부처분을 행정부작위와 동일한 심판대상으로 다루는 것은 작위의무의 존재 여부라는 관점에서 문제가 있기 때문이다.

이하에서는 행정권의 불행사에 대한 헌법소원의 대상으로 행정부작위를 중심으로 살펴보고자 한다.

### 3. 소결

앞에서 살펴본 바와 같이 헌법재판소법은 공권력의 부작위가 아닌 불행사에 대해 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 법의 영역에서 문제되는 것은 공권력의 불행사라는 사실상의 개념이 아니라, 공권력의 부작위라는 규범적 개념인 것이다. 개인의 기본권침해상태를 구제해 주고 나아가 객관적 헌법질서를 확립한다는 헌법소원심판의 기능이라는 관점에서 헌법소원의 심판대상은 사실적 개념이 아닌 규범적 개념으로 이해해야 한다.

입법권의 영역에서 입법자가 사실적 의미에서 전혀 활동하지 아니한 입법권의 불행사는 찾아보기도 어려울 뿐만 아니라 헌법소원의 기능이라는 관점에서 심판대상으로 인정하기에 부적절하다. 따라서 입법권의 영역에서 헌법소원의 대상은 입법권의 불행사가 아닌 입법권의 부작위로 이해해야 한다.

행정권의 영역에서는 행정소송의 대상에 포함되지 않는 거부처분 또는 거부행위가 존재하는 경우 이를 헌법소원의 심판대상으로 인정하여 새로운 처분의 의무를 부과하는 것이 개인의 기본권침해를 구제한다는 헌법소원심판의 기능에 부합한다고 할 수 있다. 따라서 행정권의 영역에서 공권력의 불행사에 대한 헌법소원의 심판대상은 행정권의 부작위 이외에, 행정권의 거부처분까지 예외적으로 포함되는 것이다.

---

1항)라고 규정하고 있다.

26) 이 문제에 대해서 좀 더 자세한 것은 이석연, 헌법소송재판의 결정유형과 효력에 관한 고찰, 헌법논총 제1집(1990), 359 이하 참조.

## II. 입법부작위의 대상성

### 1. 입법부작위의 심사가능성

헌법소원심판의 대상으로서 입법부작위란 「헌법상 입법자에게 일정한 입법을 할 작위의무가 부여되지만, 입법자가 그러한 작위의무를 이행하지 않은 것」을 의미한다. 결국 입법부작위를 대상으로 하는 헌법소원의 적법요건 심사단계에서 핵심적인 문제는 입법자에게 헌법상 부여되는 작위의무가 존재하는가의 여부를 확인하는 것이다.

입법부작위가 헌법소원심판의 대상이 된다는 점에서는 의문의 여지가 없지만, 입법부작위를 대상으로 하는 헌법소원의 경우 단순히 법률을 대상으로 하는 헌법소원의 경우보다 특별한 주의가 요구된다. 입법부작위에 대한 헌법소원 심판청구가 인용된다면 헌법재판소법 제75조 제4항에서 규정된 인용결정의 기속력에 따라, 입법자는 인용결정의 취지에 따른 새로운 법률을 제정할 의무를 부담하게 된다.<sup>27)</sup> 민주적 정당성의 관점에서 국민의 직접적인 대표자이며, 이를 근거로 헌법실현에 대한 입법형성권을 광범위하게 부여받은 입법기관에게 헌법재판소가 사법적 판단을 통해 입법권 행사를 강제한다는 것은 권력분립의 관점에서 바람직하지 않은 것으로 여겨질 수 있기 때문이다.<sup>28)</sup>

#### 가. 독일 연방헌법재판소의 견해

독일의 경우에도 입법부작위는 연방헌법재판소법 제90조 제1항,<sup>29)</sup> 제92조<sup>30)</sup> 이하 및 제95조 제1항<sup>31)</sup>에서 의미하는 헌법소원의

27) 헌법재판소법 제75조 제4항: “헌법재판소가 공권력의 불행사에 대한 헌법소원을 인용하는 결정을 한 때에는 피청구인은 결정 취지에 따라 새로운 처분을 하여야 한다.”

28) 김하열, 앞의 책(주 1), 383; Möstl, 앞의 논문(주 16), 1029 (1031).

29) 연방헌법재판소법 제90조 제1항: “누구나 공권력을 통해 자신의 기본권들 중 하나 또는 기본법 제20조 제4항, 제33조, 제38조, 제101조, 제103조 및 제104조에 포함된 권리들 중



심판대상에 당연히 포함된다.<sup>32)</sup> 그러나 연방헌법재판소는 기본법 제정 초기 권력분립의 원리를 이유로 입법부작위를 헌법소원심판의 대상으로 인정하지 않았다. 그 이후 연방헌법재판소는 헌법의 명시적 입법위임이 있는 경우 그리고 헌법해석에 따라 도출되는 기본권보호의무를 통해 입법의무가 부여되는 경우 입법부작위를 심판대상으로 인정하기 시작하였다.

(1) 헌법소원심판의 대상성을 부인한 초기 판례: BVerfGE 1, 97

독일연방헌법재판소는 초기 판례에서, 권력분립의 원리를 고려하여 입법부작위를 헌법소원심판의 대상으로 인정하지 않았다. 권력분립의 원리에 따라 헌법소원은 입법권의 영역에서 입법자의 활동, 즉 이미 제정된 법률에 대해서만 가능하며 입법부작위에 대해서는 헌법소원을 청구할 수 없다는 것이다.<sup>33)</sup>

1951년 12월 19일 연방헌법재판소 제1재판부가 결정한 이 사건의 배경은 다음과 같다.<sup>34)</sup> 이 사건 심판청구인 여성은 전쟁으로 변호사인 남편이 사망하자 6세, 13세, 16세인 세 자녀를 홀로 양육하고 있었으며, 당시 연방 원호법(Bundesversorgungsgesetz, BVerfG) 규정에 따라 자신에 대한 원호금 90마르크와 자녀들에 대한 원호금 93마르크를 합쳐 한 달에 183마르크를 수령 받고 있었다. 청구인은 이와 같은 적은 액수의 원호금으로는 생계를 꾸려나갈

---

하나가 침해되었다는 주장으로 연방헌법재판소에 헌법소원을 청구할 수 있다.”

30) 연방헌법재판소법 제92조: “헌법소원심판의 이유에서는 침해되었다고 하는 권리와 청구인을 침해했다고 여겨지는 기관 또는 관청의 행위 또는 부작위를 적시해야 한다.”

31) 연방헌법재판소법 제95조 제1항: “헌법소원심판청구가 인용되는 경우, 그 판결에서는 기본법의 어떠한 규정이 어떠한 행위 또는 부작위로 침해되었는지를 확인하여야 한다. 이와 동시에 연방헌법재판소는 다투어진 조치를 반복하는 경우는 모두 기본법을 침해하는 것이라고 선고할 수 있다.”

32) Michael Gerhardt, Probleme des gesetzgeberischen Unterlassens in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bericht des Bundesverfassungsgerichts für die XI V. Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte 2008, 16 ff.; Lechner/Zuck, 앞의 책(주 1), § 90 Rn. 104 ff.; Möstl, 앞의 논문(주 16), 1029 (1031).

33) Gerhardt, 앞의 논문(주 32), 16.

34) 1951. 12. 29. 연방헌법재판소 제1재판부 결정 - 1 BvR 220/51 -, BVerfGE 1, 97.

수 없다고 주장하였다. 특히 연방원호법은 청구인에게 경제활동 능력이 전혀 없다는 사실을 고려하지 않았다는 점, 자신의 자녀들에 대한 원호금액이 고아인 다른 아이들에 대한 원호금액과 비교하여 터무니없이 적은 액수라는 점을 지적하였다. 나아가 가령 전쟁 중 사망한 남편이 공무원이었던 경우에는 연방원호법의 규정이외에 공무원법의 규정에 따라 과거 수입에 비례한 추가 금액을 수령 받을 수 있는 반면, 자신과 같이 사망한 남편이 변호사였던 경우에는 이를 고려해 주는 규정이 없기 때문에 추가 금액을 지원 받을 수 없다는 점도 지적했다. 청구인은 자신이 처한 이와 같은 상황을 고려해서 법률을 규정하지 아니한 입법부작위를 통해 기본법에 보장된 자신의 인간의 존엄권(기본법 제1조 제1항), 생명권 및 신체를 훼손당하지 않을 권리(기본법 제2조 제2항), 평등권(기본법 제3조 제1항 및 제2항), 혼인과 가족에 대한 국가의 보호 및 양육권(기본법 제6조 제1항, 제2항, 제4항) 등이 침해되었다고 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.<sup>35)</sup>

이에 대해 연방헌법재판소는 연방헌법재판소법에 따르면 공권력의 부작위를 대상으로 헌법소원심판을 청구할 수 있는데, 이는 통상 행정권이나 사법권의 부작위를 의미하는 것이지 입법권의 부작위를 포함하지는 않는다고 보았다. 일반적으로 개별 국민은 입법자에게 일정한 행위 의무를 부과하는 내용을 사법적으로 주장할 수 없다는 것이다. 사회적 정의, 자유 및 평등의 요청에 따라 어떠한 법률을 제정하는 것은 입법자의 영원한 과제에 해당되는 것이며, 일반 국민은 그러한 과정에 선거권의 행사를 통해서만 간접적으로 영향을 미치고 참여할 수 있다는 것이다. 연방헌법재판소도 입법기관이 아니므로 결코 입법자의 자리를 대신 할 수 없다고 하였다. 입법자의 부작위가 헌법에 반한다는 것을 법원이 결정하게 된다면 국가의 권한체계가 붕괴될 수 있다고 우려하였다. 어떠한 법률을 제정할 것인가의 문제는 경제적·정치적·세계관적 논의과정에 달려있는 것이며, 이와 같은 논의내용은 일반적으로 사법부

---

35) BVerfGE 1, 97 (98 f.).

의 심사에서 배제된다고 보았다. 연방헌법재판소에 법률에 대한 통제의 임무가 부여되었지만, 이는 이미 제정된 법률의 내용이 기본법에 합치되는 것인가의 여부만을 심사하는 임무에 국한된다고 하였다.<sup>36)</sup>

이러한 내용을 기초로 연방헌법재판소는 입법부작위는 헌법소원심판의 대상이 될 수 없다고 하여, 이 사건 심판청구를 각하하였다.

## (2) 헌법의 명시적 입법의무를 조건으로 헌법소원심판의 대상성을 인정한 판례

연방헌법재판소는 입법부작위를 헌법소원의 대상으로 인정하지 않았던 위와 같은 태도에 대해 점차 예외를 인정하기 시작하였다. 기본법이 입법자에게 명시적인 입법의무를 부과했음에도 입법자가 이를 이행하지 아니한 경우가 이에 해당되며, 이와 같은 명시적 입법의무를 이행하지 않은 입법부작위는 헌법소원심판의 대상이 될 수 있다는 것이다.<sup>37)</sup>

### ① BVerfGE 6, 257

1957년 2월 20일 독일 연방헌법재판소 제1재판부는 기본법의 명시적 헌법위임을 위반한 입법부작위가 헌법소원심판의 대상이 된다고 판시하였다.<sup>38)</sup>

이 사건 헌법소원심판의 청구인은 1906년부터 베를린에 있는 프로이센의 주 적십자지부 중앙협의회 사무직원으로 근무하였다. 청구인의 주장에 따르면 1916년 4월 1일 청구인에게는 공무원의 지위가 부여되었으며, 자신의 급여도 프로이센 공무원급여법에 따라 책정되었다고 한다. 이후 청구인은 1937년 12월 9일 제정된 법률

36) BVerfGE 1, 97 (100 f.).

37) Gerhardt, 앞의 논문(주 32), 16.

38) 1957. 2. 20. 연방헌법재판소 제1재판부 결정 - 1 BvR 441/53 -, BVerfGE 6, 257.

에 따라 독일 적십자회로 소속이 변경 되었으나 급여가 80% 정도 삭감되자 1944년 퇴직을 신청하였다. 퇴직 후 청구인은 당시 연금법 규정에 따라 538.94 제국마르크(Reichsmark, RM)를 수령 받았지만, 제2차 대전 종료 후 독일 적십자회가 해체되었기 때문에 연금수령이 중단되었다. 1951년 7월 1일부터는 새롭게 설립된 독일 적십자회로부터 월 100 마르크의 보조금을 수령 받았다고 한다.<sup>39)</sup>

한편 1949년 5월 기본법이 제정된 이후 기본법 제131조는 나치 정권이 붕괴된 이후 과거 공직에 있었지만 전쟁포로나 추방 등의 이유로 또는 해당 직위가 폐지되는 등의 이유로 공직에 계속 근무하지 못한 자들, 공무원연금을 수령 받았었지만 마찬가지로의 이유로 연금수령이 중단된 자들에 대한 법률관계를 연방법률을 통하여 새롭게 규율하도록 규정하였다.<sup>40)</sup> 기본법 제131조의 규정에 따라 1951년 5월 11일 「기본법 제131조에 해당되는 자들의 법률관계 규율을 위한 법률」(Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Artikel 131 des Grundgesetzes fallenden Personen, 131er Gesetz, G 131)이 제정되었다.<sup>41)</sup> 동법 제2조 제1항 및 이에 따른 부록(Anhang) A에서는 이 법률의 규정대상이 될 수 있는 공직관계에 대하여 「독일 수공업 협회」, 「제국 은행」, 「독일 공공 화재보험 협회」 등과 같은 37개의 분야를 규정하였다. 이에 청구인은 기본법 제131조 규정법률 제2조 및 부록의 규정이 자신이 소속되었던 적십자협회를 포함시키지 않은 것은 기본법 제131조에 반하고 나아가 기본법 제3조에서 보장한 자신의 평등권과 제

39) BVerfGE 6, 257 (258 f.).

40) 기본법 제131조는 독일의 입법부작위에 대한 헌법소원사건에서 자주 거론된 중요한 조항이므로 주의할 필요가 있다. 기본법 제131조: “망명자 및 추방된 자를 포함하여 1945. 5. 8. 현재 공직의 지위에 있었으나, 공무원법상 또는 임금법상 이외의 이유로 퇴직하여 현재까지 임용되지 아니하였거나 또는 종전의 지위에 상당하는 지위에 임용되지 아니한 사람들의 법률관계는 연방법률로써 정한다. 망명자 및 추방된 자를 포함하여 1945. 5. 8. 현재 원호를 받을 권리를 가지며 공무원법상 또는 임금법상 이외의 이유로 전혀 또는 상당한 원호를 받지 못하는 사람에 대해서도 이와 동일하다. 연방법률이 시행되기까지는 주법에 따른 규정이 없는 한 법률상의 청구권은 행사할 수 없다.”

41) 기본법 제131조의 내용 및 제131조에 해당하는 자들의 법률관계를 규율하기 위한 법률에 대해서 자세한 것은 Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2009, Art. 131 Rn. 1 ff. 참조.

14조의 재산권을 침해한다는 이유로 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.<sup>42)</sup>

이 사건의 적법요건에 대한 판단 부분에서 연방헌법재판소는 이 사건의 청구인은 입법부작위를 통해 자신의 기본권이 침해되었다고 주장한다고 전제하였다. 나아가 연방헌법재판소는 입법부작위를 헌법소원의 심판대상으로 인정하지 아니한 기존의 판례(BVerfGE 1, 97)와 이 사건 심판청구는 다음과 같은 점에서 구별된다는 점을 지적하였다. 이 사건의 경우 청구인은 입법의무의 내용과 범위를 본질적으로 획정한 기본법의 명시적 위임을 근거로 기본권침해를 주장한다는 점이 그것이다. 이와 같은 경우 입법자가 헌법위임을 오히려 해석하지 못해 자신의 입법의무를 불충분하게 이행하고 완전한 법률규정을 제정하지 않는 등의 부작위를 통해 기본권을 침해하였다면, 이러한 입법부작위를 대상으로 하는 헌법소원심판청구는 적법한 것이라고 판시하였다.<sup>43)</sup>

나아가 연방헌법재판소는 이 사건에서와 같이 입법자가 자신의 헌법위임을 부분적으로만 이행하여 평등원칙을 위반한 경우, 기본법 제3조 제1항(평등원칙)에 근거한 헌법소원은 입법자의 부분적 부작위를 심판대상으로 청구될 수 있다고 보았다. 그러나 입법자의 평등원칙 위반은 불충분한 입법 그 자체의 무효를 주장해야 하므로 헌법소원의 심판대상은 불충분한 입법 그 자체가 되어야 한다는 입장은 다음과 같은 경우 정당하지 않다고 하였다. 헌법위임이 어떠한 규정 전체를 대상으로 하는 것이 아니라, 규율대상의 범위로 인해 통일적 법률이 아니라 시간적으로 연속되는 부분 규정들을 허용하는 경우가 이에 해당된다고 한다. 기본법 제3조의 평등원칙이라는 관점에서 위와 같은 부분규정들은 물론 보완이 필요한 것이기는 하나, 이를 보완하기 까지 전부를 무효로 다루어서는 안 된다는 것이다. 이러한 경우 불충분한 법률 그 자체가 아니라 입법자가 입법의무를 이행하지 아니한 부작위가 그 대상이 된다는 것이다.<sup>44)</sup>

---

42) BVerfGE 6, 257 (261).

43) BVerfGE 6, 257 (264).

이와 같은 내용으로 연방헌법재판소는 명시적 헌법위임에 근거한 입법부작위가 헌법소원심판의 대상에 포함된다고 하여 이 사건에 대한 적법요건을 인정하였다. 그러나 연방헌법재판소는 이 사건의 본안판단에서 심판청구를 기각하였다. 이 사건 청구인의 주장내용과 달리 독일 적십자회는 기본법 제131조에서 규정하는 공무원 또는 공직의 범위에 포함될 수 없다는 것이 주된 이유였다.<sup>45)</sup>

## ② BVerfGE 8, 1

1958년 6월 11일 연방헌법재판소 제1재판부는 기본법의 명시적 입법부무를 이행하지 아니한 입법부작위에 대한 헌법소원 심판청구를 적법하다고 판단하고 심판청구를 인용하였다.<sup>46)</sup>

이 사건의 배경은 다음과 같다. 기본법 제정 후 독일연방공화국이 수립되는 과정에서 1950년 5월 17일 현재 연방의 직무를 수행하는 자들에 대한 잠정적 법률관계 규정법률<sup>47)</sup>에 의하여 연방공무원의 급여는 1927년 12월 16일자 제국급여법(Reichsbesoldungsgesetz)의 규정에 따라 책정되었다. 그러나 당시 도입된 화폐개혁 및 경제발전이라는 상황변동으로 공무원의 급여를 높게 책정해 줄 필요성이 제기되었다. 이에 따라 1951년 12월 6일 급여법개정및보완법률(이하 「급여법개정법률」이라고 함)<sup>48)</sup>이 제정되었다. 급여법개정법률은 지금까지 산발적인 형태로 존재하던 공무원 급여관련 법률들을 통일적으로 규율한다는 목적, 기존에 공무원의 급여를 지나치게 하향 평준화했던 태도를 수정하고 공무원 급여를 경제상황에 맞게 인상하여 우수한 공무원을 확보·유지시킨다는 목적으로 제정되었다. 이에 따라 급여법개정법률은 기존에 인화된 공무원

44) BVerfGE 6, 257 (264 f.).

45) BVerfGE 6, 257 (266 ff.).

46) 1958. 6. 11. 제1재판부 결정 - 1 BvR 1/52, 46/52 -, BVerfGE 8, 1.

47) BGBl. S. 207.

48) Gesetz zur Änderung und Ergänzung des Besoldungsrechts vom 6. Dezember 1951(BGBl. I S. 939, [ÄnderungsG]).

급여수준을 인상하고 근무수당과 복지수당을 인상하는 규정들을 도입하였으며, 1951년 10월 1일을 기준일로 적용대상을 규정하였다. 급여법개정법률의 적용대상을 규율하는 제6조의 규정에 대해서는 제정당시부터 논란이 있었다. 특히 기본법 제131조의 규정에 따라 1945년 5월 8일 기준으로 망명이나 추방 등의 이유로 퇴직된 공무원과 공무원연금수령자들을 포함시킬 것이냐에 대해서 논의가 활발하게 전개되었다. 그러나 당시 예산부족이라는 주된 이유로 급여법개정법률의 적용대상을 규정한 제6조는 기본법 제131조의 적용을 받는 연금수령자를 대상에 포함시키지 않았다. 다만 법률 제정작업을 주도한 연방의회 내 공무원법 위원회는 상황이 개선되는대로 배제된 적용대상들을 포함시키겠다는 의견을 제시하였다.<sup>49)</sup> 이에 따라 1952년 8월 20일 개정된 제2차 급여법개정법률<sup>50)</sup>은 제6조에서 기존에 배제된 기본법 제131조에 포함된 연금수령자를 적용대상에 포함시켰다. 제2차 급여법개정법률은 1952년 4월 1일 시행되었다. 결국 기본법 제131조에서 규정한 공무원 및 공무원연금수령자는 1951년 10월 1일부터 1952년 3월 31일까지의 기간 동안은 급여법개정법률에 따라 인상된 급여 또는 연금을 수령 받지 못하였던 것이다.<sup>51)</sup>

이 사건 심판청구인 1)은 직업장교였으며, 1920년 제대하고 연금을 수령 받고 있었다. 제2차 세계대전이 발발하자 청구인 1)은 다시 군에 편입되었으며 1943년 3월 12일까지 복무를 하였다. 1945년 5월 1일까지 청구인 1)은 매월 699,77 제국마르크(RM)의 연금을 수령 받았다. 그는 기본법 제131조에서 규정한 연금청구권이 있는 직업군인에 해당되었으며, 이에 따라 1951년 4월 1일부터 매월 360 마르크(DM)의 연금을 수령 받았다. 청구인 1)은 급여법개정법률에서 지원하는 연금인상분 지급액을 자신이 수령 받지 못하게 됨으로써 기본법 제3조의 평등권과 기본법 제33조 제5항<sup>52)</sup>에서

49) BVerfGE 8, 1 (4 f.), 특히 대변인 미스너 박사(Dr. Mißner) 견해 참조.

50) BGBl. I S. 582.

51) BVerfGE 8, 1 (6).

52) 기본법 제33조 제5항: “공직 근무법은 직업공무원제도의 전통적인 원칙들을 고려하여 규정되어야 하고 발전되어야 한다.”

도출되는 권리를 침해당했다는 주장으로 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다. 청구인은 이와 같은 이유로 급여법개정법률이 무효라고 주장하였다.<sup>53)</sup>

심판청구인 2)는 구 동프로이센의 쟈스부르크(Sensburg) 구 위원회 위원장으로 근무하였으며 1917년 퇴직하였다. 퇴직 후 청구인 2)는 시장으로 선출되었으나, 1933년 나치정권의 조치로 아무런 보상도 받지 못하고 해임되었다. 청구인은 위원회 위원장으로 직무 했었다는 사유로 인해 해 매달 240.75 제국마르크(RM)의 연금을 수령 받았다. 1951년 4월 1일부터 청구인은 기본법 제131조에 해당되는 연금수령자로 매월 241 마르크(DM)의 연금을 수령 받았다. 청구인은 1951년 10월 1일부터 1952년 3월 31일까지 급여법개정법률에서 지원하는 연금인상분을 수령 받지 못한 것으로 인해 기본법 제3조의 평등권이 침해되었다고 주장하였다. 청구인은 급여법개정법률의 적용을 받는 다른 연금수령자와 자신을 동등하게 대우해 줄 것을 요청하며, 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.<sup>54)</sup>

연방헌법재판소는 특별한 내용의 언급 없이 이 사건 심판청구자들의 적법성을 인정하였다. 청구인 1)과 청구인 2)가 주장한 평등권 침해주장과 관련하여 연방헌법재판소는 다음과 같은 두 가지 가능성을 제시하였다. 이 사건 심판청구는 한편으로 급여법개정법률 규정 그 자체의 무효를 주장한 것으로 볼 수도 있으며, 다른 한편으로 청구인들을 고려하지 않은 입법자의 부작위를 통해 기본권이 침해되었다는 점을 확인해 달라는 주장으로 볼 수도 있다고 하였다.<sup>55)</sup> 평등권 침해 부분을 연방헌법재판소가 인정한다면 입법자는 청구인들을 고려하지 않고 다른 적용대상자들에게만 급여인상이라는 혜택을 부여했던 급여법개정법률 규정을 폐지하는 조치를 취할 수 있다고 보았다. 이 경우 입법자는 차별적인 급여법개정법률을 통해 이미 법률의 적용대상자들에게 부여된 혜택을 소급하여 반환하도록 요구할 것인가의 문제도 직면하게 될 것이라고 보았다.<sup>56)</sup>

---

53) BVerfGE 8, 1 (6).

54) BVerfGE 8, 1 (6 f.).

55) BVerfGE 8, 1 (9 f.).



그러나 연방헌법재판소는 청구인들의 주장을 자세하게 들여다보면 청구인들이 다른 수혜대상자들과 동일한 액수의 급여인상을 요구하는 것이 아니라 자신들의 몫에 알맞은 적정한 인상액을 요구한 것으로 볼 수 있다는 점을 지적하였다. 이러한 내용은 이 사건 심판청구인 1)이 지적한 바와 같이, 기본법 제33조 제5항에서 도출되는 권리에 근거할 수 있다고 보았다. 기본법 제33조 제5항은 바이마르 공화국시대부터 발전되어 온 직업공무원제의 내용 중 하나로 공무원에게 적정한 소득을 보장해 줄 국가의 의무를 규정한 것이라고 설명하였다.<sup>57)</sup> 기본법은 이 규정에서 입법자가 공무원법을 제정할 경우 공무원에게 적정한 소득을 보장해 줄 국가의 의무를 부여한 것이라고 한다.<sup>58)</sup> 나아가 기본법 제33조 제5항은 청구인들과 같은 개별 공무원에게 기본권과 유사한 권리를 보장한 것이며, 기본권과 유사한 권리의 침해에 대해서도 헌법소원심판을 청구할 수 있는 것이라고 보았다.<sup>59)</sup> 이러한 내용을 근거로 연방헌법재판소는 입법자가 변화된 상황을 충분히 고려하여 급여상태를 개정하는 법률규정을 마련하지 않은 부작위를 통해, 기본법 제33조 제5항에서 보장되는 기본권과 유사한 권리를 침해했다는 점을 확인할 수 있으므로, 이 사건 심판청구의 적법성을 인정하였다.<sup>60)</sup>

본안판단에서 연방헌법재판소는 이와 같은 부작위를 통해 청구인들의 기본권과 유사한 권리가 침해되었다고 하여 이 사건 심판청구를 인용하였다. 다만 연방헌법재판소는 변화된 생활관계를 고려하지 않고 공무원의 적정한 급여를 보장해 주어야 한다는 기본법 제33조 제5항에 위반되는 급여법개정법률을 무효로 선언할 수는 없다고 보았다. 급여법개정법률을 제정하는 과정에서 입법자에게 부여된 입법형성권을 존중해 주어야만하기 때문이라는 것이다. 따라서 연방헌법재판소는 이와 같은 경우에 입법자가 청구인들에 대한 급여문제를 고려하지 아니한 부작위를 통해 기본법 제33조

56) BVerfGE 8, 1 (10).

57) BVerfGE 8, 1 (15 f.).

58) BVerfGE 8, 1 (16 f.).

59) BVerfGE 8, 1 (17 f.).

60) BVerfGE 8, 1 (20).

제5항에서 도출되는 권리를 침해했다고 확인하는 결정을 내려야 한다고 보았다. 나아가 급여상태를 고려한 헌법에 합치되는 규정을 제정하는 것은 입법자의 임무에 해당된다고 하였다. 따라서 입법자는 청구인들과 같은 기본법 제131조의 적용대상자들에 대해서도 이들에게 혜택을 배제시킨 1951년 10월 1일부터 1952년 3월 31일까지의 기간에 대한 상황을 고려하여, 기본법 제33조 제5항의 규정내용에 적합한 새로운 규정을 제정해야 한다고 판시하였다.<sup>61)</sup>

### ③ BVerfGE 15, 46

1962년 11월 6일 연방헌법재판소 제2재판부는 입법부작위를 통한 기본권침해를 주장한 헌법소원심판을 적법하고 이유 있는 것으로 판단하여 인용하는 결정을 내렸다.<sup>62)</sup>

이 사건은 앞에서 살펴본 사례와 유사하게,<sup>63)</sup> 「기본법 제131조에 해당되는 자들의 법률관계 규율을 위한 법률」의 적용범위에 자신이 포함되지 않았다는 내용을 주장한 것이다. 이 사건 심판청구인은 1911년부터 1945년까지 베를린에 있는 「로디히 유증재단」(Rohdich'sche Legatenfond)에서 감독관, 경리담당관, 최고 경영자로 근무하였다. 로디히 유증재단은 1796년 프로이센 국방부장관이자 보병장군이었던 프리드리히 빌헬름 폰 로디히(Friedrich Wilhelm von Rpdich) 장군이 사망한 이후 그의 유언에 따라, 주로 국가를 위해 봉사하다 희생당한 전직 군인들의 복지를 지원한다는 목적으로 설립된 재단이다. 당시 청구인은 프로이센 국가공무원 급여법의 규정 및 그 이후 독일 공무원법 및 제국 급여법 등의 규정에 따라 급여를 수령 받고 있었다. 제2차 세계대전이 종료되고 로디히 재단이 동 베를린의 지방행정청 관할로 넘어가자 청구인은 로디히 재단에서 더 이상 근무할 수 없게 되었다. 1949년 3월 1일

---

61) BVerfGE 8, 1 (28).

62) BVerfGE 1962. 11. 6. 연방헌법재판소 제2재판부 결정 - 2 BvR 151/60 -, BVerfGE 15, 46.

63) BVerfGE 6, 257.

부터 청구인은 키일에 있는 원호청으로부터 전직 공직자 신분이라는 자격으로 연금을 수령 받게 되었다. 1951년 5월 11일 「기본법 제131조에 해당되는 자들의 법률관계 규율을 위한 법률」이 제정되어 전직 공무원과 공무원연금을 수령 받는 자들에 대한 새로운 지원이 시작되자 청구인은 관할 행정청에 자신에 대한 지원금을 신청하였다. 그러나 슐레스비히 홀스타인 주 연금청과 재무장관은 로디히 재단은 사법의 규율을 받는 재단에 해당되므로 기본법 제131조의 법률에 따른 지원을 받을 수 없다고 통보하였다.<sup>64)</sup> 이에 청구인은 키일 노동법원에 소송을 제기하였으며, 동 법원은 청구인이 기본법 제131조의 법률에 따라 지원금을 받을 수 있는 지위에 있다고 판시하였다. 로디히 재단은 공법상의 재단에 해당되므로 기본법 제131조의 적용을 받는 대상에 포함되며, 기본법 제131조의 법률 관련규정을 확대해석하면 이와 마찬가지로의 내용을 도출해 낼 수 있다는 것이다.<sup>65)</sup> 그러나 연방노동법원은 로디히 재단의 법적지위를 엄격하게 판단하면 청구인의 근무관계가 기본법 제131조의 법률 규정에 명백히 포함되는 것으로 볼 수 없다는 이유로 원심을 파기 환송하였다.<sup>66)</sup>

이 사건 헌법소원 심판청구인은 연방노동법원의 판결이 기본법 제3조, 제19조 제4항, 제103조 및 제131조가 보장하는 자신의 기본권을 침해하였다는 이유로 헌법소원심판을 청구하였다. 나아가 청구인은 입법자가 로디히 재단을 기본법 제131조의 적용을 받은 규율대상에 포함시키지 아니하였다는 점을 지적하며, 이러한 입법부작위를 통해 자신의 평등권이 침해되었다는 내용도 주장하였다.<sup>67)</sup>

연방헌법재판소는 연방노동법원의 판결에 대한 부분과 입법부작위에 대한 부분 모두 적법성을 인정하였다. 특히 입법부작위에 대한 부분에서 연방헌법재판소는 이 사건 심판청구인의 주장이 입법자가 로디히 재단을 기본법 제131조의 법률규정에 포함시키지 않

---

64) BVerfGE 15, 46 (49 ff.).

65) BVerfGE 15, 46 (56 f.).

66) BVerfGE 15, 46 (57 f.).

67) BVerfGE 15, 46 (58).

음으로써 기본법 제131조에 따라 부여되는 입법의무를 불완전하게 이행했다는 내용으로 볼 수 있다고 하였다. 연방헌법재판소는 이와 같은 (특정한 집단을 고려하지 아니한) 입법자의 부분적 부작위(teilweises Unterlassen des Gesetzgebers)에 대한 헌법소원심판은 연방헌법재판소의 확립된 판례에 따르면,<sup>68)</sup>적법한 것에 해당되며 청구기간요건의 적용도 받지 않는 것이라고 하였다.<sup>69)</sup>

본안판단 부분에서 연방헌법재판소는 기본법 제131조에 포함되는 공법상의 재단을 판단할 경우에는 해당 재단의 목적이 공공 행정의 기능범위에 포함될 수 있느냐의 문제가 결정적인 기준이 되며, 이에 따르면 로디히 재단은 기본법 제131조에 포함되는 공법상의 재단에 해당된다고 보았다.<sup>70)</sup> 따라서 청구인이 소속된 로디히 재단을 기본법 제131조의 법률의 적용을 받는 대상에 포함시키지 않은 부작위로 인해 청구인의 평등권이 침해되었다고 판시하였다.<sup>71)</sup> 그러나 연방헌법재판소는 기본법 제131조의 적용대상을 연방헌법재판소가 직접 규정할 수는 없으며 규정내용을 명령할 수도 없으므로, 입법기관의 부작위를 통해 청구인의 평등권이 침해되었다는 점을 확인하는 결정밖에 내릴 수 없다고 판시하였다.<sup>72)</sup>

#### ④ 그 밖의 판례들

기본법에서 입법자에게 명시적으로 입법의무의 내용과 범위를 부과했음에도 불구하고 입법자가 이를 이행하지 아니한 경우 입법 부작위에 해당되므로 헌법소원의 대상이 될 수 있다는 연방헌법재판소의 태도는 이후에도 몇몇 판례들 속에서 확인할 수 있다. 가령 혼인 외의 출생자들에 대해서도 혼인 중의 출생자와 마찬가지로의 지위를 규정하도록 입법의무를 부과한 기본법 제6조 제5항<sup>73)</sup>의

---

68) 여기서 연방헌법재판소는 과거 BVerfGE 6, 257(263 ff., 266)판례를 인용하였다. BVerfGE 15, 46 (60).

69) BVerfGE 15, 46 (60).

70) BVerfGE 15, 46 (63 ff.).

71) BVerfGE 15, 46 (75).

72) BVerfGE 15, 46 (75 ff.).

헌법위임을 적절한 기간 내에 이행하지 아니한 경우 입법부작위에 해당된다고 인정한 판례가 그 예이다.<sup>74)</sup>

연방헌법재판소의 판례에 따르면, (입법부작위의 근거가 될 수 있는) 기본법이 입법자에게 입법 의무의 내용과 범위를 명시적으로 부여한 헌법위임은 앞에서 설명한 기본법 제6조 제5항, 제33조 제5항, 제131조 제1문 이외에도 기본법 제12a조 제2항 제3문<sup>75)</sup>, 제101조 제1항 제2문<sup>76)</sup>, 제104조 제2항 제4문<sup>77)</sup>, 제134조 제4항<sup>78)</sup> 등이 있다.<sup>79)</sup>

### ⑤ 비판적 평가

이와 같은 내용의 연방헌법재판소 판례들에 대해서는 다음과 같은 내용을 주목할 필요가 있다.

첫째, 기본법에서 규정된 명시적 입법 의무를 이행하지 않았다는 입법부작위는 매우 예외적인 경우에 해당된다는 점이다. 이러한 입법부작위는 제2차 대전 이후 독일 연방공화국이 수립되는 과정, 즉 기본법 제정 직후 기본법의 내용들을 구체화하는 세부 법률들이 아직 제정되기 이전 또는 불충분하게 제정되던 당시의 시대적

---

73) 기본법 제6조 제5항: “혼인 외의 자녀들에 대해서는 그 신체적·정신적 성장과 사회적 지위에서 혼인 중의 자녀와 마찬가지로의 동등한 조건이 입법을 통해서 마련되어야 한다.”

74) 1958. 10. 23. 연방헌법재판소 제1재판부 결정 - 1 BvL 45/56 -, BVerfGE 8, 210 (216); 1969. 1. 29. 연방헌법재판소 제1재판부 결정 - 1 BvR 26/66 -, 25, 167 (173 f.).

75) 기본법 제12a조 제2항 제3문: “(대체복무의) 자세한 사항은 양심상 결정의 자유를 침해할 수 없으며 군대 미 연방국경수비대와 어떠한 관계도 없는 대체복무의 가능성을 규정하는 법률로 정한다.”

76) 기본법 제101조 제1항 제2문: “누구든지 법률이 정한 법원에 의하여 재판을 받을 권리를 박탈당하여서는 아니된다.”

77) 기본법 제104조 제2항: “자유 박탈의 여부 및 기간은 법관만이 결정할 수 있다. 법관의 명령에 의하지 않은 일체의 자유박탈은 지체 없이 법관의 결정을 받아야 한다. 경찰은 자신의 권한에 의하여 누구도 체포된 다음날까지 유지할 수 없다. 자세한 것은 법률로 규정한다.”

78) 기본법 제134조 제4항: “(구 독일 제국재산을 연방재판으로 권리승계하는 것에 대해) 자세한 것은 연방참사원의 동의가 필요한 연방법률로 규정한다.”

79) 가령 BVerfGE 10, 302 (329); 11, 255 (261 f.); 12, 139 (142); 19, 52 (60); 19, 150 (155 f.); 23, 242 (249); 44, 1 (22); 56, 54 (70 f.) 등 참조.

배경에서 등장한 결과라는 점이다. 기본법 제정 초기와 달리 기본법의 명시적 입법의무가 거의 이행된 오늘날의 상황에서는, 기본법의 명시적 입법의무를 이행하지 아니한 입법부작위를 더 이상 찾아보기 어렵게 된 것이다. 이러한 관점에서 기본법 제6조 제5항이나 제12a조 제2항 제3문 등의 입법의무 불이행을 심판대상으로 하는 헌법소원은 기본법의 역사적 접근을 통해서만 확인할 수 있다는 지적이 제시되고 있다.<sup>80)</sup> 오늘날 이와 관련된 대부분의 헌법소원은 명시적 입법의무의 완전한 불이행이 아니라, 입법의무의 불완전한 행사문제로 제기되고 있다. 즉 (진정)입법부작위를 대상으로 한 헌법소원 심판청구가 아니라, 입법자가 이미 제정한 규범의 불충분성을 근거로 제기되는 부진정입법부작위의 형태로 청구된다는 것이다.<sup>81)</sup>

둘째, 기본법의 명시적 입법의무 불이행을 근거로 청구된 연방헌법재판소 초기 판례들의 내용이 실제로 입법부작위에 해당되는가의 의문이 제기된다. 가령 앞에서 예로 들었던 판례들에서 기본법 제131조의 규정법률에 자신들이 포함되지 않았다는 주장<sup>82)</sup>이나 급여법개정법률에 자신들이 포함되지 않았다는 주장들을 입법부작위의 유형에 대한 진정입법부작위와 부진정입법부작위의 논의에 포함시킨다면, 부진정입법부작위에 포함되는 것으로도 볼 수 있기 때문이다.<sup>83)</sup> 헌법상 규정된 입법의무를 전혀 이행하지 아니한 경우를 진정입법부작위라고 하고 입법의무를 이행하긴 하였으나 불충분하게 이행한 경우를 부진정입법부작위로 구분할 경우, 앞의 사례에서 제시된 내용들은 입법의무의 완전한 불이행이라기보다는 불완전한 이행으로 볼 수 있기 때문이다.

셋째, 입법의무의 불완전한 이행으로 볼 수 있는 이와 같은 주장들을 (진정) 입법부작위에 해당되는 것으로 보아 헌법소원의 심판대상성을 인정한 초기 판례들은 헌법불합치 결정이 확립되기 이

80) Lechner/Zuck, 앞의 책(주 1), § 90 Rn. 107.

81) 가령 BVerfGE 74, 33(37 f.); Lechner/Zuck, 앞의 책(주 1), § 90 Rn. 107 Fn. 302 참조.

82) BVerfGE 6, 17.

83) 이 부분에 대해서는 뒤 진정입법부작위와 부진정입법부작위의 구별문제 참조.

전 법률의 위헌선언으로 인한 법적 공백상태의 초래를 방지하기 위한 시도 때문이 아니었나하는 의문이 제기된다. 연방헌법재판소의 판례 내용에서도 나타나는 바와 같이, 가령 기본법 제131조의 규정법률에 청구인을 포함하지 않았다는 주장에 대해 불완전한 기존의 법률규정을 심판대상으로 인정한다면 청구인 이외 이미 해당 규정의 적용을 받는 집단들에 대해서도 기본법 제131조의 내용을 실현시킬 수 없다는 문제가 발생되므로 입법부작위로 판단해야 된다는 주장이 그것이다.<sup>84)</sup> 급여법개정법률에 자신들이 포함되지 않았다는 주장에 대해서, 불완전한 내용의 급여법개정법률 그 자체를 심판대상으로 인정할 경우 이미 해당 규정의 적용을 받는 대상자들에 대해서도 급여인상의 혜택이 무효화되는 문제가 발생되므로 입법부작위의 문제로 보아야 한다는 주장도<sup>85)</sup> 이와 마찬가지로이다. 이러한 내용으로 볼 때, 기본법의 명시적 입법의무를 이행하지 않는 것이 입법부작위에 해당된다는 연방헌법재판소의 초기 판례들은 헌법불합치 결정이 연방헌법재판소법으로 제도화되기 이전,<sup>86)</sup> 불완전한 법률 자체를 무효 선언할 경우 초래될 수 있는 법적 공백상태를 우려해서 제시한 대안의 하나였다고 판단할 수 있다.

### (3) 기본권보호의무를 근거로 헌법소원심판의 대상성을 인정한 판례

연방헌법재판소는 초기 판례에서 권력분립의 원리를 근거로 입법부작위를 헌법소원의 대상으로 인정하지 않은 태도에서 기본법의 명시적 입법의무를 근거로 첫 번째 예외를 인정한 이후, 기본법의 해석을 통한 입법의무라는 두 번째 예외를 인정하기 시작하

84) BVerfGE 6, 257 (264 f.).

85) BVerfGE 8, 1 (20).

86) 독일 연방헌법재판소법은 1970년 12월 21일 제4차 개정법률을 통해 헌법불합치결정(Unvereinbarkeitserklärung)의 법적 근거를 마련하였으며, 그 이전에는 연방헌법재판소의 판례를 통해 불합치결정이 인정되고 있었다. 자세한 것은 Hillgruber/Goos, 앞의 책(주 1), Rn. 538; Andreas Heusch, Kommentierung des § 31 BVerfGG, in: Umbach/Clemens/Dollinger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2005, § 31 Rn. 8 참조.

였다.<sup>87)</sup> 연방헌법재판소는 기본법에 규정된 기본권들의 근본결단으로부터 헌법해석이라는 방법을 통해 도출될 수 있는 입법자의 보호의무 또는 행위의무를 인정하고, 이러한 의무를 이행하지 아니한 입법부작위에 대해서는 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 하였다. 가령 기본법 제2조 제1항,<sup>88)</sup> 제3조 제1항,<sup>89)</sup> 제14조 제3항 제2문<sup>90)</sup>들의 규정은 어떠한 명시적 입법의무도 포함하지 않고 있지만, 이러한 규정의 해석으로부터 입법의무를 부과하는 기본권보호의무가 도출된다는 것이다.

연방헌법재판소의 관례에 따르면 기본법에 포함된 기본권 규정들은 개인의 국가에 대한 주관적 방어권만이 아니라 객관적 가치질서를 포함하고 있다고 한다. 객관적 가치질서라는 성격은 헌법의 근본 결단으로서 법의 모든 영역에서 적용되며 입법, 행정, 사법에 대한 지침으로 작용한다는 것이다.<sup>91)</sup> 주관적 방어권으로서의 기본권은 「국가로부터의 기본권 침해」를 방지할 것을 목적으로 하나, 객관적 가치질서로서의 기본권은 「사인으로부터의 기본권 침해」를 방지하는 것을 그 목적으로 한다는 것이다. 국가로부터의 침해방지는 국가권력의 소극적 부작용을 요구하는 반면, 사인으로부터의 침해방지는 보호의무의 실현을 위한 국가의 적극적 행위를 요청한다고 한다. 보호의무의 범위와 정도, 즉 국가에게 어느 정도의 보호의무가 부여되는가의 문제는 기본권 규범들의 객관법적 내용으로부터 도출될 수 있다고 한다. 이 경우 문제되는 법익이 기본법의 가치체계에서 높으면 높을수록, 국가의 보호의무는 더욱 더 중요해 진다고 한다.<sup>92)</sup> 연방헌법재판소는 일련의 관례를 통해 기본법 제2조 제1항으로부터 기본권 보호의무를 도출하였

---

87) Gerhardt, 앞의 논문(주 32), 16 ff.; Lechner/Zuck, 앞의 책(주 1), § 90 Rn. 108; Möstl, 앞의 논문(주 16), 1029(1031).

88) 기본법 제2조 제1항: “다른 사람의 권리를 침해하지 않거나 헌법질서 또는 도덕률에 반하지 않는 한, 누구든지 자신의 인격을 자유롭게 실현할 권리를 가진다.”

89) 기본법 제3조 제1항: “모든 인간은 법 앞에 평등하다.”

90) 기본법 제14조 제3항 제2문: “공용수용은 보상의 종류와 정도를 규정하는 법률에 의해서 또는 법률에 근거해서만 실행될 수 있다.”

91) BVerfGE 39, 1 (41).

92) BVerfGE 39, 1 (42).



다.<sup>93)</sup> 기본법 제2조 제1항에 따라 국가는 개인의 생명 유지를 보호·보장하도록 노력할 의무를 지며, 특히 다른 개인(제3자)의 불법적 생명침해행위로부터 개인의 생명을 보호할 의무를 진다는 것이다.

기본권의 객관적 가치라는 성격으로부터 도출되는 이와 같은 보호의무는 특히 입법자에게 제3자의 기본권침해위험을 방지할 수 있는 전반적인 법적 상태를 마련하고 유지할 입법의무를 부과시킨다고 한다.<sup>94)</sup> 기본권의 보호의무를 근거로 부과되는 입법의무를 입법자가 이행하지 않은 경우 입법부작위에 해당되며, 이에 대한 헌법소원 심판청구가 가능하다는 것이다.<sup>95)</sup>

이러한 내용과 관련되는 연방헌법재판소의 주요 판례들을 소개하면 다음과 같다.

#### ① BVerfGE 39, 1(제1차 낙태판결)

연방헌법재판소 제1재판부는 1975년 2월 25일 이른바 「제1차 낙태판결」(Schwangerschaftsabbruch I)에서 기본법 제2조 제2항 제1문으로부터 국가, 특히 입법자에게 부과되는 보호의무에 대해 판시하였다.<sup>96)</sup>

이 사건은 독일 연방의회 의원 중 193명의 의원들과 바덴 뷚템베르크, 바이에른, 라인란트 팔츠, 자란트, 쉘레스비히 홀스타인 등의 주정부들이 제5차 형법개정법률 제218a조의 위헌여부를 제청한 추상적 규범통제절차였다. 이 사건 심판대상 규정의 위헌제청 이유는 임신 12주 이내의 임신중절수술을 처벌하지 아니한 것이 기본법 제2조 제2항 제1문 및 제1조 제1항에 반한다는 주장이었

93) BVerfGE 36, 1 (31); 29, 1 (41); 73, 118 (201); 97, 125 (146); 99, 185 (194 f.) 등 참조.

94) Lechner/Zuck, 앞의 책(주 1), § 90 Rn. 110 ff.

95) Möstl, 앞의 논문(주 16), 1029 (1031).

96) 1975. 2. 25. 제1재판부 판결 - 1 BvR 1, 2, 3, 4, 5, 6/74 -, BVerfGE 39, 1.

다.<sup>97)</sup>

연방헌법재판소는 우선 태아가 헌법의 보호를 받는 독자적인 기본권주체라는 점을 인정하고, 태아에 대한 국가의 보호의무는 국가에 의한 직접적인 침해 금지만이 아니라 태아를 보호하고 배려할 의무까지 포함된다는 점을 지적하였다.<sup>98)</sup> 특히 태아에 대한 국가의 보호의무는 타인에 의한 불법적 침해로부터도 태아를 보호할 것을 요구한다고 한다. 한편 국가의 보호의무는 기본법의 법질서 내부에서 문제되는 법익의 가치가 높으면 높을수록, 더욱 더 중요한 의미를 가진다고 하였다. 인간의 생명은 기본법의 질서 내부에서 가장 높은 가치를 지닌다는 점도 지적하였다. 인간의 생명은 인간의 존엄성에 대한 가장 중요한 기초이며 다른 기본권들의 전제가 된다고 하였다.<sup>99)</sup>

국가가 태아에 대한 보호의무를 어떤 방법으로 효율적으로 이행할지의 여부에 대해서는 일차적으로 입법자가 결정할 문제라고 한다. 입법자는 태아에게 어떤 보호조치를 취할 것인가의 여부를 결정할 수 있다는 것이다. 이 경우 입법자는 태아를 보호하기 위하여 다양한 방법을 선택할 수 있지만, 헌법상 요구되는 태아의 보호를 다른 방법으로 이행할 수 없는 극단적인 경우에는 태아를 보호하기 위해 형범이라는 수단을 도입할 의무를 진다고 한다.<sup>100)</sup>

이러한 내용을 근거로 연방헌법재판소는 이 사건 심판대상 법률 조항은 태아를 보호한다는 헌법상의 의무에 부합되지 않는다고 하여 위헌이라고 선언하였다.<sup>101)</sup>

이 판례는 기본법 제2조 제2항을 근거로 태아에 대한 국가의 보호의무를 인정하였으며, 보호의무를 이행하기 위한 입법의무의 내용을 제시하였다는 점에서 의미가 있다. 그러나 이 사건은 기존의 법률규정을 심판대상으로 한 추상적 규범통제절차였다는 점에서, 이를 통하여 입법부작위에 대한 헌법소원 심판의 적법요건에 대한

---

97) BVerfGE 39, 1 (18 ff.).

98) BVerfGE 39, 1 (37 f.).

99) BVerfGE 39, 1 (42).

100) BVerfGE 39, 1 (44 ff.).

101) BVerfGE 39, 1 (51 ff., 68).

내용을 확인할 수는 없다.

② BVerfGE 46, 160(슐라이어 박사 사례)

1977년 10월 16일 연방헌법재판소 제1지정재판부는 슈라이어 박사 사례에서 기본권 보호의무에 대한 내용을 다음과 같이 판시하였다.<sup>102)</sup>

이 사건 심판청구인 한스-마틴 슈라이어 박사(Dr. Hanns-Martin Schleyer)는 1977년 9월 5일 테러리스트들에 의해 납치되어 감금당하고 있었다. 납치자들은 연방정부와 연방경찰청에게 슈라이어 박사를 풀어주는 조건으로 자신들이 거명한 죄수들의 석방과 이들의 안전한 국외 출국을 요구하였으며, 자신들의 요구조건이 수용되지 않을 경우 슈라이어 박사를 살해하겠다고 위협하였다. 이에 심판청구인 슈라이어 박사의 아들은 법정대리인의 자격으로, 슈라이어 박사의 생명에 대한 긴급하고 현존하는 위협을 방지하기 위해 연방헌법재판소가 연방정부와 주 정부 등을 상대로 납치자들의 요구를 들어주도록 명령하는 내용의 가처분을 신청하였다.<sup>103)</sup>

이에 연방헌법재판소는 기본법 제2조 제2항 제1문은 제1조 제1항 제2문과 결합하여 모든 인간 생명의 보호의무를 국가에게 부과한다고 하였다. 이러한 보호의무는 포괄적인 것으로, 생명에 대한 보호의무는 국가에게 생명을 보호하고 배려할 것을 요청한다고 한다. 연방헌법재판소는 특히 타인에 대한 불법적 침해에 대한 생명 보호의 의미를 강조하며, 이러한 보호명령은 모든 국가 기관들에게 각각 특별한 과제를 부과한다고 하였다. 인간 생명은 최고의 가치를 의미하기 때문에, 인간생명에 대한 보호의무는 특별히 중요한 것으로 파악되어야 한다는 것이다.<sup>104)</sup>

그러나 국가 기관들이 이러한 생명의 보호의무를 어떻게 하면

---

102) 1977. 10. 16. 연방헌법재판소 제1지정재판부 판결 - 1 BvQ 5/77 -, BVerfGE 46, 160.

103) BVerfGE 46, 160 (161 f.)

104) BVerfGE 46, 160 (164 f.).

효율적으로 행사할 것인가의 여부는 원칙적으로 독자적인 책임 하에 결정할 수 있는 것이라고 하였다. 효과적인 생명보호를 위해서 어떠한 보호조치가 요청되는지는 국가기관이 결정할 문제라는 것이다. 특히 테러리스트의 생명위협에 대한 보호의 특징은 여러 상황들의 복합적 상태를 고려한 보호조치를 요청하는 데에 있다고 보았다. 기본법에서는 개인에 대한 보호의무만이 아니라, 전체 시민들에 대한 보호의무도 도출된다는 점도 지적하였다. 이러한 상황을 고려할 때 보호의무의 효과적 이행은 관할 국가기관들이 각각의 사례가 처해 있는 개별 상황들을 적절하게 대처할 것을 전제로 한다고 설명하였다.<sup>105)</sup>

연방헌법재판소는 결론적으로 이와 같은 헌법적 상황들을 고려할 때 관할 국가 기관들에 대해 특정한 결정 내용을 명령할 수 없는 것이라고 보았다. 자신에게 부과된 보호의무를 어떻게 이행할 것인가의 조치는 연방정부와 각 지방정부들이 결정할 문제라는 것이다. 이러한 내용을 바탕으로 연방헌법재판소는 이 사건 가처분 명령 심판청구를 기각하였다.<sup>106)</sup>

이 사례를 통해서 기본법 제2조 제2항 제1문을 통해 국가 기관들에 부여되는 보호의무의 내용이 재차 확인되고 좀 더 구체화되었다. 특히 이 사건은 행정권력에 대한 기본권 보호의무의 내용을 다루었다는 점에서 주목할 만 하다. 다만 이 판례에서도 공권력의 부작위, 특히 입법부작위의 문제가 직접 다루어진 것은 아니었다.

### ③ BVerfGE 49, 89(칼카 사례)

1978년 8월 8일 연방헌법재판소 제2재판부는 이른바 칼카(Kalka r) 사례에서 기본권 보호의무에 대한 내용을 다루었다.<sup>107)</sup>

1972년 노트라인 베스트팔렌 주 정부는 칼카 지역에 이른바 「신속 증식형 원자로」(Schneller Brüter)라는 새로운 기술을 도

---

105) BVerfGE 46, 160 (164 f.)

106) BVerfGE 46, 160 (165).

107) 1978. 8. 8. 연방헌법재판소 제2재판부 결정 - 1 BvL 8/77 -, BVerfGE 49, 89.

입한 원자력 발전소 건설계획을 수립하였다. 이에 발전소 건설부지에서 1 km 가량 떨어진 곳에서 농업을 해오던 원심재판 청구인은 뒤셀도르프 행정법원에 원자력발전소 인가처분 취소소송을 제기하였으나, 동법원은 이를 기각하였다. 이에 원심재판 청구인은 노트라인 베스트팔렌 주 고등 행정법원에 항소하였으며, 동 법원은 연방헌법재판소에 원자력발전소 건설을 허용한 근거법률인 원자력법 제7조 등에 대한 위헌법률심판을 제청하였다.<sup>108)</sup>

고등행정법원의 위헌제청 이유는 심판대상 조항이 권력분립의 원리, 의회민주주의 원칙, 법치주의원리 등에 반한다는 것이었다. 원자력에너지의 사용을 허가하는 것은 매우 중대한 문제에 해당되므로 권력분립, 의회민주주의 원칙 등의 요청에 따라 본질적인 내용을 의회에서 구체적인 법률로 규정해야 함에도 불구하고 심판대상 법률조항은 이를 대부분 집행부에 위임했다는 것이 위헌주장의 요지이다.<sup>109)</sup> 이 부분에서 제청법원은 입법부작위의 문제를 보조적으로 주장하였다. 입법자가 원자력 에너지의 사용 등에 대해 직접 규정하지 아니하고 집행부에 위임한 태도는, 기본법 제2조 제2항 제1문의 생명과 신체의 불가침이라는 기본권을 통해 원자력 에너지의 위험에 대한 국가의 포괄적 보호의무를 주장할 수 있는 시민들의 관점에서 매우 중요한 문제에 해당된다고 보았다. 기본권에 중대한 위험을 초래할 수 있는 영역에 대해서는 기존의 법률보다 더욱 더 상세한 법률규정이 요구되는 반면, 이를 자세하게 규정하지 아니하고 집행부에 위임하는 것은 입법자의 임무를 충분하게 이행한 것으로 볼 수 없다는 것이다.<sup>110)</sup>

그러나 연방헌법재판소는 기본법의 권력분립의 원칙에 따라 모든 포괄적이고 근본적 결정권들이 오로지 의회에게만 부여되는 것은 아니라는 점을 지적하였다. 물론 원자력 에너지의 사용은 본질적으로 중대한 문제에 해당되므로 의회입법으로 규정할 문제에 해당되기는 하나 입법자가 이 사건 심판대상 조항에서 「신속 증식

---

108) BVerfGE 49, 89 (91 ff.).

109) BVerfGE 49, 89 (94 ff.).

110) BVerfGE 49, 89 (97).

형 원자로」와 같은 원자력 에너지의 구체적 사용방법에 대한 규정들까지 상세하게 규정할 수는 없는 것이라고 판시하였다.<sup>111)</sup> 특히 기본권보호의무를 근거로 입법자가 모든 위험상태를 예견하고 이에 대한 법률규정을 통해 위험상황에 대한 완벽한 안전조치를 마련해야 한다는 주장은 인간의 인식능력을 잘 못 이해한 것이며 국가의 모든 과학기술 사용을 금지해야 한다는 불합리한 결과를 초래할 것이라고 지적하였다.<sup>112)</sup> 이러한 내용을 근거로 연방헌법재판소는 이 사건 심판대상조항이 기본법에 위반되지 않는다고 판시하였다.

이 사례에서 기본권 보호의무를 통해 입법자에게 부과되는 입법 의무의 내용이 다루어졌다는 점은 의미 있는 것이다. 그러나 이 사건은 구체적 규범통제절차였다는 점에서 입법부작위에 대한 헌법소원심판의 적법요건 내용을 파악할 수 없으며, 판례 내용에서도 입법부작위의 문제가 비중 있게 다루어진 것은 아니었다.

#### ④ BVerfGE 77, 170(화학무기배치 사건)

연방헌법재판소는 1987년 10월 29일 독일 연방공화국의 화학무기(C-Waffen) 배치와 관련된 제2재판부 결정에서 기본권보호의무를 근거로 한 행정부작위와 입법부작위에 대한 내용을 판시하였다.<sup>113)</sup>

1980년대 중반 독일 연방공화국에 주둔 중인 미합중국 부대가 화학무기를 보유하고 있다는 내용이 언론에 보도되었다. 이에 대해 독일 연방정부는 화학무기의 보유사실 자체는 인정하였으나, 어떠한 종류의 화학무기가 언제부터 배치되고 있었는가에 대한 자세한 내용은 국가기밀에 해당된다는 이유로 밝히지 않았다. 한편 1955년 3월 24일 외국군대의 주둔에 관한 조약(Aufenthaltsvertrag

---

111) BVerfGE 49, 89 (124 ff.).

112) BVerfGE 49, 89 (140 ff.).

113) 1987. 10. 29. 연방헌법재판소 제2재판부 결정 - 2 BvR 624, 1080, 2029/83 -, BVerfGE 77, 172.

[AV]) 및 북대서양 조약(Nordatlantikvertrag[Nato-Vertrag])에 대한 동의법률 등의 연방의회 내 심의과정에서도 독일연방공화국 내에 화학무기가 배치될 경우의 안전대책 등에 대한 논의는 찾아볼 수 없었다.<sup>114)</sup>

이러한 내용을 배경으로 화학무기가 배치된 장소로 추정되는 라인란트 팔츠 주 만하임과 헛센 주 마인 킨지히 지역 인근 주민들은 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다. 청구인들의 주장내용들은 대체로 다음과 같다. 심판청구 1)에서 청구인들은 연방정부가 화학무기의 배치를 허용하였다는 점 그리고 연방정부가 이에 대한 충분한 안전조치를 마련하지 않았다는 부작위를 통해 기본법 제2조 제2항의 기본권이 침해되었다고 주장하였다. 심판청구 2)에서 청구인들은 연방의회가 독일연방공화국의 화학무기 배치에 대한 법률형식의 입법을 하지 않았다는 점을 지적하고 이러한 부작위를 통해 기본법 제2조 제2항의 기본권이 침해되었다는 주장을 하였다.<sup>115)</sup>

연방헌법재판소는 연방정부를 상대로 주장한 심판청구 1)을 각하하였다. 화학무기 배치와 관련된 연방정부의 행위는 조약내용의 이행과 관련된 국제법상의 행위에 해당되므로 헌법소원의 심판대상이 되지 않는다는 점,<sup>116)</sup> 화학무기를 독일 연방공화국에 배치한 것은 독일 연방정부의 결정이 아니라 미합중국의 결정에 해당되므로 이로 인한 생명과 건강에 대한 위험 여부의 주장도 독일 연방헌법재판소에서 판단할 사항이 아니라는 것이 그 이유였다.<sup>117)</sup> 한편 기본권보호의무를 이행하지 않았다는 점에 대해서 연방헌법재판소는 기본권보호의무를 어떻게 이행할지의 여부에 대해서는 입법자와 집행권에게 광범위한 형성의 자유가 부여된다는 점을 지적하였다.<sup>118)</sup> 따라서 보호의무와 관련된 기본권 주장은 이러한 형성의 자유라는 관점에서 기본권을 보호하기 위한 공권력의 조치가

---

114) BVerfGE 77, 170 (173 ff.).

115) BVerfGE 77, 170 (176).

116) BVerfGE 77, 170 (207 ff.).

117) BVerfGE 77, 170 (213).

118) BVerfGE 77, 170 (214).

완전히 부적합하거나 완전히 불충분한 경우에 해당된다는 점에서 출발해야 한다고 한다. 이러한 내용을 기초로 헌법소원심판을 청구하기 위해서는 청구인이 공권력의 보호조치가 전혀 이행되지 않았다는 점 또는 이행된 경우에도 완전히 부적합하거나 불충분하다는 점을 설명해야 한다고 한다. 그러나 이 사건 심판청구 1)에서 연방정부를 상대로 한 청구인들의 주장에는 이와 같은 내용들이 충분히 설명되지 않았기 때문에 심판청구가 부적법한 것이라고 판시하였다.<sup>119)</sup>

연방헌법재판소는 연방의회를 상대로 주장한 심판청구 2)에 대해서는 적법성을 인정하였다. 청구인들의 주장은 연방의회의 부작위를 다루고 있는 것으로, 독일 연방공화국 내부에서 화학무기의 배치, 운반 등에 대한 내용에 대해 연방의회가 법률규정을 마련하지 않아서 자신들의 기본권 침해를 설명한 것이라고 파악하였다. 그러나 연방헌법재판소는 청구인의 주장 내용을 자세하게 살펴보면, 기존에 이미 제정된 외국군대 주둔에 관한 조약의 이행법률 또는 북대서양조약에 관한 이행법률의 특정 조항이 화학무기 주둔에 관한 근거 법률로 부족하다든지 또는 안전조치에 대한 불충분한 규정이라는 점으로 파악할 수 있다고 하였다. 청구인들의 주장은 입법자의 완전한 부작위가 아니라 기존의 법률규정이 헌법상의 요청을 불충분하게 이행했다는 점에 있다는 것이다.<sup>120)</sup> 이러한 설명을 바탕으로 연방헌법재판소는 이 사건 심판청구 2)의 심판대상은 외국군대 주둔에 관한 조약 이행법률(AV 이행법률) 및 북대서양조약 이행법률(NATO 이행법률)의 일부조항으로 보아야 한다는 전제 하에 적법요건을 심사하였다. 이 사건 심판청구 2)의 심판대상은 진정입법부작위가 아니라 부진정입법부작위에 해당된다는 것이다. 따라서 연방헌법재판소는 법률에 대한 헌법소원심판의 적법요건들, 자기관련성·직접성·현재성 요건 및 청구기간 준수 여부 등을 심사하였으며, 이 사건 심판청구 2)의 경우 이러한 적법요건이 모두 인정된다고 판시하였다.<sup>121)</sup>

---

119) BVerfGE 77, 170 (214 f.).

120) BVerfGE 77, 170 (218).



연방헌법재판소는 이 사건 심판청구 2)에 대한 본안판단에서 이 사건 심판대상 조항들(AV 이행법률, NATO 이행법률)이 청구인의 기본권을 침해하지 않았다고 하여 심판청구를 기각하였다. 이 사건 심판대상 조항들을 근거로 독일 연방공화국에 화학무기가 배치되었다고 하여 청구인들의 생명권과 신체의 불가침이라는 기본권 침해에 대한 구체적 위험성이 유발되었다는 것을 확인할 수 없다는 점, 따라서 청구인들의 기본권 침해위험에 대한 안전조치를 불충분하게 마련했다는 것도 확인할 수 없다는 점 등이 그 이유였다.<sup>122)</sup>

이 사건의 경우 입법부와 집행부를 상대로 기본권 보호의무를 통해 부과되는 의무의 내용과 이행에 대한 자세한 설명을 하고 있다는 점을 주목할 필요가 있다. 특히 기본권보호의무 불이행이라는 부작위를 대상으로 헌법소원심판을 청구하기 위해서는 보호조치가 전혀 마련되지 않았거나 명백히 불충분하다는 것 등을 청구인이 자세하게 설명할 필요가 있다고 판시한 부분이 부작위에 대한 헌법소원심판의 적법요건으로 제시되었다는 점을 유의해야 한다. 그러나 이 사건의 심판대상은 연방헌법재판소가 지적한 바와 같이, 진정입법부작위가 아니라 기존 법률의 불충분한 내용 자체를 대상으로 하는 부진정입법부작위였다는 점에서 입법부작위 헌법소원심판의 적법요건에 대해서 많은 내용을 제시해 주지는 못한다.

#### ⑤ 비판적 평가

이와 같이 기본권 보호의무를 근거로 입법권 또는 집행권의 부작위를 다룬 연방헌법재판소의 판례는 앞에서 소개한 판례 이외에도 많이 확인할 수 있다. 가령 1988년 11월 30일 연방헌법재판소 제1재판부의 「도로교통소음 사례」(Verkehrslärm-Verfahren),<sup>123)</sup>

---

121) BVerfGE 77, 170 (219 ff.).

122) BVerfGE 77, 170 (222 ff.).

123) 1988. 11. 30. 연방헌법재판소 제1재판부 결정 - 1 BvR 1301/84 -, BVerfGE 79, 174.

1993년 5월 28일 연방헌법재판소 제2재판부의 「제2차 낙태판결」(Schwangerschaftsabbruch-Fall II),<sup>124)</sup> 1995년 1월 10일 연방헌법재판소 제1재판부의 「상선사례」(Handelsschiffsfall),<sup>125)</sup> 2008년 2월 27일 연방헌법재판소 제1재판부의 「온라인 수색(Online-Durchsuchungen) 판결」,<sup>126)</sup> 2008년 7월 30일 연방헌법재판소 제1재판부의 「비흡연자보호(Nichtraucherchutz) 판결」<sup>127)</sup> 등이 이에 해당된다.

이러한 판례들을 통해 연방헌법재판소는 기본권 보호의무로부터 입법자에게 헌법의무가 부여됨을 확인하고 있다. 입법자가 헌법상 명시적으로 규정된 입법의무 이외에, 기본권보호의무라는 헌법해석을 통하여 부여되는 입법의무를 이행하지 아니한 경우에도 입법부작위가 성립할 수 있다는 것이다. 그러나 기본권 보호의무와 관련된 연방헌법재판소의 판례들을 통해서 구체적으로 입법부작위가 직접 다루어진 사례들은 찾아보기 어려우며, 기본권 보호의무 위반을 통해 입법부작위라는 심판대상이 적법요건의 단계에서 확인된 사례도 거의 찾아볼 수 없었다.

#### (4) 소결

이와 같은 일련의 판례들을 통해 연방헌법재판소가 제시한 입법부작위에 대한 헌법소원의 심판대상 요건은 다음과 같이 요약할 수 있다.

초기 연방헌법재판소는 권력분립의 원리를 엄격하게 고려하여, 입법자에게 일정한 작위의무를 명령하는 것이 연방헌법재판소의 권한에 해당되지 않는다고 보아 입법부작위에 대한 헌법소원을 인

124) 1993. 5. 28. 연방헌법재판소 제2재판부 판결 - 2 BvF 2/90 und 4, 5/92 -, BVerfGE 88, 203.

125) 1995. 1. 10. 연방헌법재판소 제1재판부 판결 - 1 BvF 1/90, 1 BvR 342, 348/90 -, BVerfGE 92, 26.

126) 2008. 2. 27. 연방헌법재판소 제1재판부 판결 - 1 BvR 370, 595/07 -, BVerfGE 120, 274.

127) 2008. 7. 30. 연방헌법재판소 제1재판부 판결 - 1 BvR 326/07, 402, 906/08 -, BVerfGE 121, 317.

정하지 않았다. 이후 연방헌법재판소는 기본법이 명문의 규정으로 입법자에게 일정한 입법의무를 부과하였음에도 불구하고 입법자가 그 의무를 이행하지 아니한 경우에는, 예외적으로 입법부작위를 대상으로 하는 헌법소원심판이 가능하다고 판시하였다. 다만 이와 같은 명시적 입법의무의 불이행은 기본법 제정 이후 연방의회와 활발한 입법활동을 통해 오늘날 거의 찾아보기 어려운 상황이 되었다. 나아가 당시 연방헌법재판소가 입법부작위에 해당된다고 판시했던 사안들도, 엄격하게 판단해 보면 진정입법부작위가 아닌 부진입법부작위에 해당되는 것임을 확인할 수 있었다. 연방헌법재판소가 초기 판례들에서 부진입법부작위에 해당되는 사안을 진정입법부작위의 문제로 판단한 것은 헌법불합치 결정이 제도화되기 이전 기존의 법률규정을 위헌으로 선언할 경우 초래될 법적 공백상태의 불합리한 문제점을 시정하기 위한 대응책의 하나였던 것으로 판단할 수 있다.

이러한 가운데 연방헌법재판소는 기본법상 기본권 규정의 해석을 통해, 특히 기본권보호의무라는 개념을 근거로 입법자에게 일정한 입법의무를 도출할 수 있다고 진제하고, 기본권보호의무를 통해 부과되는 입법의무를 이행하지 아니한 경우에도 헌법소원의 대상인 입법부작위에 해당된다고 판시하였다. 기본권보호의무라는 헌법해석을 통한 입법의무를 인정함으로써 연방헌법재판소는 권력분립의 원리를 근거로 제시한 입법부작위에 대한 초기의 소극적 태도에서 벗어나 비교적 폭넓은 예외를 인정하기 시작하였다.

#### 나. 헌법재판소의 견해

우리 헌법재판소의 견해도 앞에서 설명한 독일연방헌법재판소의 태도와 크게 다르지 않다. 우리 헌법재판소도 입법부작위의 문제를 권력분립의 원리라는 관점에서 조심스럽게 판단하고 있으나, 헌법이 명시적으로 부과한 입법의무를 이행하지 않았거나 헌법해석상 도출되는 기본권보호의무에 따라 부과되는 입법의무를 이행

하지 않는 경우 입법부작위에 대한 헌법소원심판이 가능하다는 입장이다.

가령 헌법재판소는 1989년 3월 17일 「사법서사법시행규칙에 관한 헌법소원사건」에서 “무릇 어떠한 사항을 법규로 규율할 것인가, 이를 방치할 것인가는 특단의 사정이 없는 한 입법자의 정치적, 경제적, 사회적 그리고 세계관적 고려하에서 정해지는 사항인 것이며, 따라서 일반국민이 입법을 해달라는 취지의 청원권을 향유하고 있음은 별론이로되 입법행위의 소구청구권은 원칙적으로 인정될 수 없다고 할 것이다. 만일 법을 제정하지 아니한 것이 위헌임을 탓하여 이 점에 관하여 헌법재판소의 위헌판단을 받아 입법당국으로 하여금 입법을 강제하게 하는 것이 일반적으로 허용된다면 결과적으로 헌법재판소가 입법자의 지위에 갈음하게 되어 헌법재판의 한계를 벗어나게 된다고 할 것이다. 따라서 입법부작위에 대한 헌법재판소의 재판관할권은 극히 한정적으로 인정할 수밖에 없다고 할 것인 바, 생각컨대 헌법에서 기본권보장을 위해 법령에 명시적인 입법 위임을 하였음에도 입법자가 이를 이행하지 않을 때, 그리고 헌법 해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 전혀 아무런 입법조치를 취하고 있지 않은 경우가 여기에 해당될 것이며, 이때에는 입법부작위가 헌법소원의 대상이 된다고 봄이 상당할 것이다.”라고 판시하여,<sup>128)</sup> 입법부작위에 대한 헌법소원이 원칙적으로 허용되지 않으며 명시적 입법의무와 기본권보호의무를 통한 입법의무가 존재하는 경우에 예외적으로 가능할 수 있다는 점을 밝히고 있다.

나아가 1992년 12월 24일 이른바 「의사국가고시응시자격에 대한 헌법소원」 사건에서도 “어떠한 사항을 법규로 규율할 것인가의 여부는 특단의 사정이 없는 한 입법자의 정치적, 경제적, 사회적 각종 고려하에서 정하여지는 입법정책의 문제이므로, 국민이 국회에 대하여 일정한 입법을 해달라는 청원을 함은 별론으로 하고,

---

128) 헌재 1989. 3. 17. 88헌마1.

법률의 제정을 소구하는 헌법소원은 헌법상 기본권보장을 위하여 명시적인 입법위임이 있었음에도 입법자가 이를 방치하고 있거나 헌법 해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위 내지 보호의무가 발생하였음에도 불구하고 국가가 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 경우가 아니면 원칙적으로 인정될 수 없다 할 것이다.”라고 하여 기존 판례의 내용을 고수하였다.<sup>129)</sup>

결국 우리 헌법재판소도 독일 연방헌법재판소가 초기 판례에서 제시한 바와 같이, 어떠한 사항을 법규로 규율할 것인가의 여부는 특단의 사정이 없는 한 입법자의 정치적·경제적·사회적 고려 하에서 정하여 지는 입법정책의 문제에 해당된다는 점을 전제로 하고 있다. 따라서 국민이 입법부작위를 대상으로 하여 특정한 법률의 제정을 요구하는 것은 원칙적으로 인정될 수 없다는 것이다. 다만 헌법에서 기본권보장을 위해 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이를 방치하고 있거나, 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백한 경우에도 입법자가 전혀 아무런 입법조치를 취하고 있지 않은 경우에는 입법부작위가 존재하며 이에 대해 헌법소원을 청구할 수 있다는 것이다.<sup>130)</sup>

한편 헌법재판소는 입법부작위에 대한 헌법소원심판대상의 전제로 요구되는 (헌법의 명시적 규정 또는 헌법해석을 통해 도출되는) 작위의무란 헌법규범을 준수하여야 하는 등의 일반적 의무가 아니라 개별 사건에 있어서 이행해야 하는 구체적 작위의무를 나타낸다고 판시하고 있다.<sup>131)</sup>

## 다. 비판적 평가

---

129) 헌재 1992. 12. 24. 90헌마174.

130) 헌재 1989. 3. 17. 88헌마1; 헌재 2001. 6. 28. 2000헌마735 등 참조.

131) 헌재 1999. 9. 16. 98헌마75; 헌재 2004. 8. 26. 2003헌마916.

이상 살펴본 바와 같이 독일 연방헌법재판소와 우리 헌법재판소는 입법부작위에 대한 헌법소원의 적법요건으로 우선 입법자의 작위의무가 존재할 것과 다음으로 입법자가 작위의무를 이행하지 않았을 것을 요구하고 있다. 이 경우 입법자의 작위의무는 헌법의 명문규정 또는 헌법해석을 통해 도출될 수 있다는 것이다. 이러한 견해는 독일<sup>132)</sup>과 우리나라<sup>133)</sup>의 학계에서도 대체로 그대로 인정되고 있다.

생각건대 권력분립의 원리를 근거로 입법부작위에 대한 헌법소원심판을 소극적으로 인정하려는 독일 연방헌법재판소의 초기 견해와 우리 헌법재판소의 지적은 어느 정도 설득력이 있다. 어떤 사항을 입법화할 것인가의 여부는 당시의 정치적·경제적·사회적 상황 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 하는 입법정책의 문제에 해당되며, 이는 국민으로부터 직접적으로 민주적 정당성을 부여받은 입법기관의 중심권한에 해당되기 때문이다. 그러나 헌법의 명문규정에 자세한 사항은 법률로 정한다는 명시적 입법위임이 존재함에도 불구하고 이를 이행하지 않는 경우 까지 위와 같은 소극적 태도를 유지하는 것은 바람직하지 않을 것이다. 헌법의 명시적 입법위임을 이행하지 아니한 것은 입법기관의 자율적 판단영역을 넘어 분명한 헌법위반에 해당되며, 이를 심사하는 것은 헌법질서를 수호한다는 헌법재판소의 권한에 해당되는 것이기 때문이다. 나아가 오늘날과 같이 기본권의 성격이 단순히 주관적 공권으로 대국가적 효력만 인정되는 것이 아니라 객관적 가치질서의 하나로 사인상호간에서도 효력을 가지며, 특히 사인에 의한 기본권침해를 국가가 보호해 주어야 하는 국가의 기본권보호의무가 인정되는 상황에서는 헌법규범의 해석을 통해서도 입법자에게 작위의무가 존재한다고 볼 수 있는 것이다.

다만 이러한 경향에 따라 입법기관에 대한 작위의무를 헌법의

132) 가령 Benda/Klein, 앞의 책(주 4), § 19 Rn. 549, 564; Gerhardt, 앞의 논문(주 32), 16 ff.; Lechner/Zuck, 앞의 책(주 1), § 90 Rn. 104 ff.; Möstl, 앞의 논문(주 16), 1029 (1030 ff.) 등 참조.

133) 가령 성낙인 외, 헌법소송론, 법문사 2012, 241쪽 이하; 허영, 헌법소송법론, 박영사 2018, 373 이하 등 참조.

명시적 위임만이 아니라 해석을 통한 경우에도 인정한다면, 초기 독일과 우리 헌법재판소가 우려한 바와 같이 권력분립의 원리에서 근거한 기능적 적정성의 원칙에 위반되는 것은 아닌지 문제될 수 있다. 그러나 이는 개인의 기본권침해를 구제하고 이를 통해 객관적 헌법질서를 수호한다는 헌법소원제도의 기능을 고려할 때, 적어도 적법요건의 단계에서 심각하게 판단될 문제라고 여겨지지는 않는다. 오히려 권력분립의 원리에 근거한 기능적 적정성의 원칙은 실체법적 판단의 영역에서, 기본권보호의무 불이행을 정당화시켜줄 수 있는 근거의 하나로 본안판단에서 다루어져야 할 것이다.<sup>134)</sup>

## 2. 입법의무의 내용별 판단

헌법소원의 대상으로 입법부작위를 위와 같이 정의해 볼 때, 입법부작위가 인정되기 위해서는 헌법상 명시적 입법 의무가 존재하거나 헌법해석을 통해 입법 의무가 도출되어야 한다.

### 가. 명시적 헌법위임

#### (1) 자유권과 입법 의무

자유권이란 일차적으로 개인의 사적 영역에 대한 국가의 부당한 침해를 방지하는 소극적 의미의 대국가적 방어권이다. 국가의 부당한 침해를 방지한다는 의미의 자유권은 국가에 대해 일정한 행위를 요청하는 작위의무를 부과하는 것이 아니라, 오히려 부당한 침해행위를 금지하는 부작위를 요청하는 것이다. 따라서 자유권의 영역에서는 원칙적으로 부작위를 대상으로 하는 헌법소원을 청구할 수 없는 것이다.<sup>135)</sup>

---

134) Möstl, 앞의 논문(주 16), 1029 (1031).

135) Schmidt-Bleibtreu, 앞의 책(주 14), § 90 Rn. 108.

자유권의 영역에서 기본권제한을 법률에 위임하는 법률유보조항은 입법자에게 형식적 의미의 법률을 통하여 자유권적 기본권을 제한할 수 있도록 권한을 부여한 수권규정이다. 이러한 점에서 자유권의 기본권제한 법률유보규정은 일정한 내용의 입법사항을 법률로 제정할 의무를 부과하는 헌법적 입법 의무와 구별된다.<sup>136)</sup> 그러므로 자유권의 기본권 제한 법률유보 규정과 관련하여 입법 의무 불이행을 이유로 한 헌법소원 심판청구는 존재하지 않으며, 이에 대한 다툼은 기본권을 제한하는 규정 자체를 심판대상으로 한 헌법소원 청구만이 가능한 것이다.<sup>137)</sup> 기본권 제한 법률유보조항은 입법자에게 반드시 기본권을 제한하는 내용의 법률을 제정할 의무를 부과한 것이 아니기 때문이다.

재산권에 대한 법률유보 규정도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다. 헌법 제23조 제3항의 규정은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 이는 국가에게 재산권을 제한하는 법률을 제정하는 경우 위헌적 재산권 침해를 방지하기 위해 보상규정을 두어야 할 필요성을 규정하고 있는 것이다. 보상에 대한 입법 의무는 헌법이 직접 입법자에게 부과한 의무가 아니라, 입법자가 일단 재산권을 제한하는 법률을 제정하기로 판단한 경우 그러한 규정에 보상에 대한 부분이 포함되어 있어야 한다는 입법행위의 결과에 해당되는 것이다.<sup>138)</sup>

이와 관련하여 독일 연방헌법재판소는 입법자가 공용수용에 관한 법률을 제정하면서 보상의 종류와 범위에 관하여 전혀 규정하지 아니한 경우 입법부작위에 해당되지 않는다고 판시하였다.<sup>139)</sup> 결여된 부분과 그 외의 법률이 하나의 불가분의 통일체를 형성하고 있기 때문에 전체 규정이 분할될 수 없는 이른바 불가분적 법률규정에 대해서는 법률전체의 폐지를 목적으로 헌법소원심판이

136) 한수용, 입법부작위에 대한 헌법소원, 우제이명구박사화합기념논문집(I), 고시연구사 1996, 706.

137) Schmidt-Bleibtreu, 앞의 책(주 14), § 90 Rn. 109.

138) Schmidt-Bleibtreu, 앞의 책(주 14), § 90 Rn. 109.

139) BVerfGE 4, 219.



청구되어야 한다는 것이다.<sup>140)</sup> 이른바 불가분조항(Junktivklausel)의 원칙에 따라 공용수용에 관한 법률에서 보상규정의 결여는 그 자체만이 아니라 법률전체가 위헌이라는 결과를 가져온다는 것이다. 따라서 법률의 내용 중 보상규정이 결여되어 있다면 법률 전체가 무효이기 때문에, 헌법소원의 심판대상은 보상규정의 결여라는 부작위가 아니라 (적정한 보상규정을 두지 않은 채 수용을 명하는) 적극적인 법률 그 자체가 된다는 것이다.<sup>141)</sup>

이러한 관점에서 1994년 12월 29일 헌법재판소가 「조선철도 주식의 보상금청구에 관한 헌법소원」 사건<sup>142)</sup>에서 입법부작위에 대한 헌법소원의 적법성을 인정하고 나아가 본안판단에서 심판청구를 인용한 것은 비판의 여지가 있다.

첫째, 헌법재판소는 “공용필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다.”고 규정한 헌법 제23조 제3항을 보상에 관한 입법의무를 부과한 헌법위임으로 인정했다는 점이다.<sup>143)</sup> 앞에서 살펴본 바와 같이 재산권과 관련하여 보상에 대한 입법의무는 헌법이 직접 입법자에게 부과한 의무가 아니라, 입법자가 일단 재산권을 제한하는 법률을 제정하기로 판단한 경우 그러한 규정에 보상에 대한 부분이 포함되어 있어야 한다는 입법행위의 결과에 해당되는 것이다.

둘째, 이 사건의 경우는 이른바 진정입법부작위가 아니라 부진정입법부작위에 해당되므로 부적법한 심판청구였다는 점이다. 이 사건에서 입법자는 공용수용에 대한 보상규정을 둔 군정법령을 제정하였으나 보상절차가 이루어지기 전에 폐지법률에 의하여 군정법령이 폐지되었기 때문에 보상절차가 중단된 것이다. 즉 이 사건에서 문제된 것은 입법자가 처음부터 아무런 입법행위를 하지 않았다는 점이 아니라, 법률의 폐지를 통한 적극적인 입법활동의 결

---

140) 이 부분은 BVerfGE 8, 274 (274 ff.)도 참조.

141) BVerfGE 4, 219 (230).

142) 헌재 1994. 12. 29. 89헌마2, 판례집 6-2, 395 이하.

143) 헌재 1994. 12. 29. 89헌마2, 판례집 6-2, 409 이하, 413.

과 기본권 침해상태가 발생한 것이라는 점이다. 따라서 이 사건은 입법사무의 불이행이라는 진정입법부작위가 아니라, 불완전·불충분한 입법행위의 결과인 폐지법률을 심판대상으로 한 부진정입법부작위에 해당되는 것이다.<sup>144)</sup>

## (2) 평등권과 입법사무

대부분의 입법부작위에 대한 헌법소원 심판청구는 입법부작위가 평등원칙에 위반된다는 내용으로 주장된다. 입법자가 일정한 사항을 규율하면서 한 집단에게는 혜택을 부여하고 있지만 자신이 속한 다른 집단을 (명시적 또는 묵시적으로) 이러한 혜택에서 배제한 경우, 혜택부여대상에서 제외된 자가 자신이 소속된 집단을 법률의 수혜범위에 포함시키지 않았다는 이유로 입법부작위를 주장하는 것이다.

그러나 평등원칙의 위반을 이유로 주장하는 입법부작위의 대부분은 진정입법부작위에 해당되지 않는다. 평등원칙 그 자체는 헌법상 입법자에게 구체적인 작위의무를 명시적으로 부과하지 않기 때문이다. 평등원칙은 입법자에게 평등원칙에 반하지 아니하는 특정한 법률을 제정할 것을 위임하지 않는다. 오히려 평등원칙은 입법자가 어떤 법률을 제정하는 경우 같은 것은 같게 다른 것은 다르게 취급할 것을 요구할 뿐이다.<sup>145)</sup> 이러한 의미에서 수혜적 법률대상에서 배제된 집단들이 평등권 침해를 이유로 주장하는 입법부작위는 청구인의 관점에서만 부작위에 해당된다고 하여 상대적 부작위 또는 허위 부작위로 표현되기도 한다.<sup>146)</sup>

결국 수혜적 법률대상에서 배제되어 평등권이 침해되었다는 주장으로 청구되는 헌법소원의 심판대상은 (입법사무를 이행하지 아니한) 입법부작위가 아닌 (청구인을 수혜대상에서 배제한) 입법자의 판단, 즉 제정된 법률규정 그 자체가 되어야 하는 것이다.<sup>147)</sup>

144) 한수용, 앞의 논문(주 136), 708 이하.

145) Schmidt-Bleibtreu, 앞의 책(주 14), § 90 Rn. 111.

146) Benda/Klein, 앞의 책(주 4), § 24 Rn. 791.

### (3) 사회적 기본권과 입법의무

사회적 기본권을 사회국가원리가 구체화된 헌법위임의 성격을 가진 기본권이라고 이해할 경우, 이를 통한 입법의무의 부과를 인정할 수 있다. 헌법위임이란 국가권력에게 일정한 방향으로 활동을 하도록 의무를 부과하는 헌법적 명령을 말한다. 헌법위임은 행정과 사법도 구속한다는 점에서 입법위임과 구별되지만, 헌법위임에는 헌법에 표현된 국가목표를 법률로 실현하여야 할 입법위임이 우선적으로 포함된다.<sup>148)</sup> 헌법위임은 우선 입법목적의 선택이라는 측면에서, 입법과정에서 고려하여야 할 구속력 있는 국가목표를 입법자에게 헌법적으로 부과하는 것이다. 이에 따라 부과된 입법자의 임무를 입법자가 전혀 이행하지 않거나 불충분하게 이행하는 것은 허용되지 않는다.<sup>149)</sup>

이러한 내용을 고려할 때 사회적 기본권이 부여한 헌법위임을 입법자가 이행하지 않았다는 주장으로 헌법소원심판을 청구한다면, 이는 헌법소원의 대상으로 인정될 수 있는 입법부작위에 해당된다. 그러나 현재 사회적 기본권을 실현하라는 헌법위임을 전혀 이행하지 아니한 입법부작위, 즉 아무런 입법조치를 하지 않은 경우는 찾아보기 어려우므로 사회적 기본권에 대한 진정입법부작위의 가능성은 거의 존재하지 않을 것이다. 이러한 상황에서는 사회적 기본권을 실현하는 입법이 존재하기는 하나, 해당 규정의 내용이 충분하지 않아 자신의 사회적 기본권이 침해되었다는 주장이 대부분에 해당될 것이다. 그러나 이와 같은 주장은 진정입법부작위가 아니라 부진정입법부작위에 해당되는 것이다. 결국 사회적 기본권 분야에서 입법의무의 불이행 문제는 불충분한 또는 불완전한 법률 규정 그 자체를 심판대상으로 하여 청구되어야 할 것이다.<sup>150)</sup>

147) Schmidt-Bleibtreu, 앞의 책(주 14), § 90 Rn. 111.

148) 계희열, 헌법학(중), 박영사 2004, 653.

149) 한수웅, 앞의 논문(주 136), 720 이하.

150) 한수웅, 앞의 논문(주 136), 722.

## 나. 기본권보호의무: 헌법해석을 통한 입법의무

헌법이 명시적으로 부여한 입법의무를 전혀 이행하지 않은 상황은 앞에서 살펴본 바와 같이 오늘날 거의 찾아보기 어렵게 되었다. 결국 입법부작위에 대한 헌법소원은 헌법해석을 통해 도출되는 입법의무, 즉 기본권보호의무를 통해 부과되는 입법의무 불이행의 경우가 그 논의의 중심을 이루게 된다.

기본권보호의무(*grundrechtliche Schutzpflicht*)란 헌법에 의하여 보호되는 기본권적 법익을 기본권주체인 사인에 의한 위법한 침해나 침해의 위험으로부터 보호해야 하는 국가의 의무를 의미한다.<sup>151)</sup> 헌법상 보호되는 기본권적 법익을 사인인 제3자의 위법한 제약으로부터 보호하여야 할 국가의 의무라는 것이다.<sup>152)</sup> 기본권보호의무는 동등한 기본권주체들의 기본권영역들을 상호확정하고, 그렇게 확정된 영역에서 타기본권주체의 행위나 영역으로부터 나오는 기본권적 법익에 대한 침해 또는 침해의 위험을 억제하여 각 기본권 주체가 자신의 기본권을 실효적으로 행사할 수 있도록 범질서를 형성·유지하여야 할 국가의 의무라고 할 수 있다.<sup>153)</sup>

기본권보호의무는 특히 입법자에게 보호필요를 충족시키는 법률을 제정하도록 하는 입법의무를 부과한다.<sup>154)</sup> 방어권으로서의 성격을 가지는 자유권은 자유영역의 침해금지라는 의미에서 국가권력의 불행사 또는 소극적 행사를 요구하는 반면, 기본권보호의무는 사인에 의한 기본권침해상황으로부터 개인의 기본권을 보호해 줄 수단을 마련하라는 의미에서 국가권력의 적극적 활동을 전제로 한다. 국가권력의 적극적 행사는 우선 입법자의 법률을 근거로 해서 가능하기 때문에, 기본권 보호의무는 사인의 위법한 기본권 제약 위험으로부터 적합하고 충분하게 기본권을 보호해 줄 수 있는

---

151) Josef Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in: HStR V, 2000, § 111 Rn. 3.

152) 정태호, 기본권보호의무, 인권과 정의 제252호(1997), 84.

153) 정태호, 앞의 논문(주 152), 85 이하.

154) Isensee, 앞의 책(주 151), § 111 Rn. 151.

규범을 제정할 의무를 부과한다.<sup>155)</sup>

기본권보호의무를 통해 입법자에게 부과되는 입법의무는 다음과 같다. 우선 보호의무는 법치국가적으로 가능한 범위 안에서 기본권적 법익의 보호를 위하여 필요한 조치를 취할 수 있는 권한의 기초를 미리 법률로 확정해 둘 의무를 입법자에게 부과한다.<sup>156)</sup> 보호의무의 법적 효과는 방어권의 성격을 갖는 자유권과 달리 법률이라는 매개체를 통하여 확정되기 때문이다. 보호의무에서 부여되는 입법의무를 통해 입법자는 사인으로부터 기본권적 법익을 보장하기에 적합하고 충분한 규범들을 마련할 의무를 부여받는다. 이 경우 입법자는 기본권적 법익에 대한 위협을 평가하는 과정에서, 서로 상충되는 법익들을 형량하거나 위협에 대한 보호대책을 선택하는 문제에서 광범위한 형성의 여지를 보유하게 된다. 입법자가 이행해야 하는 헌법적 보호의무는 새롭게 제기되고 다양해지는 위협상황에 상응하여 실현되어야 한다는 점에서 수시로 변화될 수 있기 때문이다.<sup>157)</sup>

나아가 기본권보호의무는 상황이 변경되는 경우 기존의 규정을 개선하여 새로운 위협상황에 대처할 법률을 제정해야하는 이른바 입법개선 의무(*gesetzgeberische Nachbesserungspflicht*)도 입법자에게 부여한다.<sup>158)</sup> 입법자가 이행해야 하는 헌법적 보호의무는 변화된 위협상황에 상응하여 실현되어야만 하는 동태적 성격을 가지므로, 기존에 헌법적 요청을 충족시켰던 보호대책들로는 변화된 상황에서 제기되는 보호의무의 요청을 충족시킬 수 없는 경우 입법자는 그것을 대체하거나 개선해야만 하는 것이다.<sup>159)</sup>

이상 살펴본 바와 같이, 헌법해석을 통하여 도출되는 기본권보호의무가 입법자에게 일정한 보호조치를 마련하는 법률을 제정할 입법의무를 부과했음에도 불구하고 입법자가 이를 전혀 이행하지 않았다면 이는 헌법소원의 대상으로 인정할 수 있는 진정입법부작

---

155) Isensee, 앞의 책(주 151), § 111 Rn. 153.

156) 정태호, 앞의 논문(주 152), 102 이하.

157) Isensee, 앞의 책(주 151), § 111 Rn. 154.

158) Isensee, 앞의 책(주 151), § 111 Rn. 155.

159) 정태호, 앞의 논문(주 152), 103.

위에 해당되는 것이다.<sup>160)</sup> 그러나 오늘날과 같이 기본권을 보호하기 위한 입법활동이 비교적 활발하게 진행되고 있는 상황에서 보호의무의 이행을 위한 입법조치가 전혀 존재하지 않는 경우는 지극히 예외적으로만 존재할 수 있으므로, 보호의무의 위반을 이유로 헌법소원을 청구하는 경우는 대부분 보호의무의 불충분한 이행을 주장하는 내용에 해당될 것이다.<sup>161)</sup> 보호의무의 불충분한 이행이 문제되는 경우, 입법자가 보호의무를 이행하려고 나름대로 시도한 기존의 법률규정이 존재하기 때문에, 이에 대한 헌법소원 심판청구는 불충분하다고 간주되는 법률을 대상으로 청구해야 한다. 보호의무의 불충분한 이행은 진정입법부작위가 아니라 부진정입법부작위에 해당되는 것이다.

결국 기본권보호의무를 근거로 주장되는 입법부작위가 헌법소원의 대상이 되기 위해서는 다음과 같은 두 가지 요건이 필요하다.<sup>162)</sup> 첫째, 헌법상의 기본권으로부터 보호의무 자체가 도출되어야 한다. 일정한 기본권이 침해될 수 있는 위험상황으로부터 해당 기본권을 보호하기 위한 국가의 기본권보호의무가 헌법해석을 통해 도출되어야 한다는 것이다. 둘째, 보호의무를 통해 입법자에게 입법적 의무가 부과되었음에도 불구하고 입법자가 이를 전혀 이행하지 아니한 경우이다. 기본권보호의무의 이행을 위해 입법자에게 구체적 입법적 의무가 부과되었음에도 불구하고 입법자가 이를 전혀 이행하지 아니한 진정입법부작위만이 입법부작위에 대한 헌법소원 심판의 대상으로 인정될 수 있다는 것이다.

### 3. 진정입법부작위와 부진정입법부작위

#### 가. 개념

---

160) Lechner/Zuck, 앞의 책(주 1), § 90 Rn. 110g.

161) 한수웅, 앞의 논문(주 136), 716 이하.

162) Lechner/Zuck, 앞의 책(주 1), § 90 Rn. 111.

헌법소원의 대상으로 입법부작위는 다음과 같은 두 가지로 나누어 볼 수 있다.

첫째, 입법자가 일정한 법률을 전혀 제정하지 않아 자신의 기본권이 침해되었다고 주장하는 헌법소원의 경우이다. 입법자가 아무런 행위를 하지 않았다는 점에서 이는 단순한 입법권의 불행사로 나타낼 수도 있다. 그러나 오늘날과 같이 의회입법이 활발하게 이루어지고 있는 상황에서, 입법자가 아무런 법률도 제정하지 않고 태만하게 있는 경우를 상정할 수는 없다. 즉 헌법소원의 대상으로 입법권의 불행사는 사실적 의미의 단순한 불행사가 아니라, 규범적 의미의 불행사로 이해되어야 한다. 기본권주체의 기본권침해를 방지하기 위해 또는 그의 기본권을 보호하기 위해 입법자에게 일정한 법률을 제정할 의무가 부과되어 있음에도 불구하고, 입법자가 그 의무를 전혀 이행하지 아니하여 요구되는 법률이 아예 존재하지 않는 경우를 의미한다. 입법 의무의 완전한 불행사를 나타내는 것이다. 이러한 의미의 입법부작위를 진정입법부작위(echtes Unterlassen der Gesetzgebung)라고 한다.<sup>163)</sup> 진정입법부작위는 입법자가 자신에게 부여된 입법 의무를 전혀 이행하지 않았다는 의미에서, (불충분하게 이행한 상대적 부작위와 대립되는 개념으로) 절대적 부작위(absolute Unterlassen)로 나타내기도 한다.<sup>164)</sup>

둘째, 입법자가 일정한 법률을 제정하기는 하였지만 그 내용·범위 등이 불완전하거나 불충분하기 때문에 자신의 기본권이 침해되었다는 주장으로 제기하는 헌법소원의 경우이다. 가령 입법자가 국민에게 일정한 혜택을 주는 법률을 제정하는 과정에서 청구인이 포함된 특정 집단을 배제하거나 차별하였다면, 청구인은 이와 같은 입법 의무의 불충분·불완전한 이행을 대상으로 헌법소원을 청구할 수 있다. 이러한 경우를 결함이 있는 입법권의 행사<sup>165)</sup> 또는 부진정입법부작위(unechtes Unterlassen der Gesetzgebung)라고

163) Lechner/Zuck, 앞의 책(주 1), § 90 Rn. 107; Möstl, 앞의 논문(주 16), 1029 (1030).

164) Benda/Klein, 앞의 책(주 4), Rn. 790; Schmidt-Bleibtreu, 앞의 책(주 14), § 90 Rn. 117; Philipp Stark, Kommentierung des § 95 BVerfGG, in: Umbach/Clemens/Dollinger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2005, § 95 Rn. 34.

165) 헌법재판소, 앞의 책(주 7), 233.

한다.<sup>166)</sup> 부진정입법부작위는 특히 평등권의 영역에서 입법 의무의 불완전 이행을 다루는 경우 등장하는데, 입법권의 행사가 존재하지만 청구인의 입장에서 보면 자신을 수혜대상에서 제외한 것은 입법자의 입법 의무 불이행에 해당된다는 점에서 상대적 입법부작위(relatives Unterlassen)로 나타내기도 한다.<sup>167)</sup>

이와 같이 입법부작위를 진정입법부작위와 부진정입법부작위로 구분할 경우, 공권력의 행사가 아닌 불행사에 대한 헌법소원심판은 진정입법부작위만 포함된다. 부진정입법부작위의 경우, 물론 청구인은 불충분 또는 불완전하다고 주장하지만, 입법권의 행사가 이미 존재하기 때문이다.<sup>168)</sup> 따라서 부진정입법부작위를 대상으로 하는 헌법소원은 이미 행해진 불충분한 입법권의 행사, 불완전한 법률 그 자체를 대상으로 청구되어야 한다. 결국 부진정입법부작위는 (공권력의 행사인) 법률을 대상으로 한 헌법소원과 동일한 절차에 따라 심판이 청구되어야 하는 것이다.<sup>169)</sup>

부진정입법부작위의 경우 입법자가 제정한 일정한 법률에 대해, 해당법률이 명시적 또는 묵시적으로 청구인의 기본권을 충분하게 보호하지 못했다는 이유로 헌법소원이 청구된다. 입법자가 특정한 입법행위를 근거로 일정한 결정을 내렸지만, 그 결정이 청구인의 기본권보호에 충분하지 않다는 점을 주장하는 것이다. 입법권의 불행사가 아닌 불완전한 행사를 주장하는 것이다. 따라서 부진정입법부작위에 대한 헌법소원심판청구는 헌법재판소가 이미 존재하는 (불완전한) 법률을 대상으로, 해당 법률이 청구인의 기본권을 침해한다거나 청구인의 기본권을 보호하지 못하므로 위헌이라는 형식으로 인용결정이 내려지게 된다.<sup>170)</sup> 인용결정이 내려진 법률규정은 헌법재판소법 제75조 제6항에 따라 원칙적으로 그 결정이

---

166) Lechner/Zuck, 앞의 책(주 1), § 90 Rn. 107; Möstl, 앞의 논문(주 16), 1029 (1030).

167) Benda/Klein, 앞의 책(주 4), Rn. 791; Schmidt-Bleibtreu, 앞의 책(주 14), § 90 Rn. 112; Stark, 앞의 책(주 164), § 95 Rn. 34.

168) Lechner/Zuck, 앞의 책(주 1), § 90 Rn. 106.

169) 헌재 1989. 7. 28. 89헌마1; 헌재 1993. 3. 11. 89헌마79; 헌재 1996. 6. 13. 95헌마115; 헌재 1997. 3. 27. 94헌마235; 헌재 1999. 3. 25. 97헌마99.

170) Möstl, 앞의 논문(주 16), 1029 (1031); Stark, 앞의 책(주 164), § 95 Rn. 34.



내려진 날부터 효력을 상실한다.

진정입법부작위는 청구인이 주장하는 기본권침해사유와 관련해서 입법자가 아무런 입법, 아무런 결정을 내리지 않은 경우를 의미한다. 이 경우 헌법재판소는 이미 존재하는 특정한 법률규정을 대상으로 위헌 결정을 선고하는 것이 아니라, 입법부작위 그 자체를 대상으로 위헌을 선언하는 인용결정을 하게 된다.<sup>171)</sup> 인용결정에 따라 입법자는 새로운 입법을 제정할 의무를 지게 된다(헌법재판소법 제75조 제4항). 이 경우 입법자가 청구인이 주장하는 기본권침해를 방지하기 위해 다른 내용의 결정을 이미 내렸는지, 즉 기본권침해를 방지하는 것과 관련된 다른 법률규정이 이미 존재하는지의 여부는 적법요건의 단계에서 문제되지 않는다. 입법자가 다른 법률규정을 통해서 청구인이 주장하는 입법 의무를 이미 이행하였는지의 여부, 따라서 청구인이 주장하는 바와 같은 기본권침해가 존재하지 않는다는 문제는 이른바 실체법적 문제로 본안판단의 대상에 포함되기 때문이다.<sup>172)</sup>

#### 나. 진정입법부작위와 부진정입법부작위의 구분문제

문제는 진정입법부작위와 부진정입법부작위가 언제나 명확하게 구분되지는 않는다는 것이다. 부진정입법부작위는 공권력의 불행사, 즉 입법부작위에 포함되지 않는다는 점에서 양자의 구별 실익은 헌법소원심판 적법요건의 하나인 청구기간의 적용을 받느냐의 여부에 있다. 부진정입법부작위의 경우 제정된 (불완전·불충분한) 법률 자체에 대하여 헌법소원을 제기해야 하므로 청구기간의 제한을 받으며, 청구기간의 도과 후에 제기된 헌법소원은 부적법한 것으로 각하된다. 반면 공권력의 불행사로 인한 기본권침해는 그 불행사가 지속되는 한 계속된다고 할 수 있으므로, 진정입법부작위에 대한 헌법소원심판은 입법자의 부작위가 계속되는 한 청구기간

171) Stark, 앞의 책(주 164), § 95 Rn. 34.

172) Möstl, 앞의 논문(주 16), 1029 (1031).

의 제약 없이 적법하게 청구할 수 있는 것이다.<sup>173)</sup>

(1) 진정입법부작위를 폭넓게 인정해 주자는 견해

진정입법부작위의 경우 청구기간의 제약을 받지 않기 때문에, 헌법소원의 심판대상으로 진정입법부작위가 폭넓게 인정된다면 이를 통한 기본권 침해를 주장하는 국민은 청구기간의 제약 없이 헌법소원심판을 청구할 수 있게 된다.

이러한 점을 배경으로, 특히 헌법소원심판을 통한 폭넓은 기본권 침해구제장치를 마련해 주자는 이유로 진정입법부작위와 부진정입법부작위를 구분하지 아니하고 입법권의 불행사를 다투는 헌법소원심판은 진정입법부작위의 문제로 취급하자는 견해가 있다.<sup>174)</sup> 이 견해는 진정입법부작위이든 부진정입법부작위이든 특정 집단에서 배제된 당사자의 입장에서 보면 자신을 포함시키는 입법이 존재하지 않는 것은 마찬가지이므로 기본권을 구제받음에 있어서는 동일하게 취급되어야 한다는 점을 그 이유로 제시한다. 나아가 청구기간의 적용여부와 같은 절차적 문제로 인하여 기본권의 구제라는 실제법적인 문제가 왜곡되어서도 안 된다는 이유도 추가하고 있다.<sup>175)</sup>

이와 유사한 관점에서 입법부작위의 전제조건인 명백한 헌법위임이나 헌법해석을 통한 입법자의 보호의무 또는 행위의무를 요구하기 보다는 오히려 기본권침해의 상태가 현존하고 그것이 입법의 흠결 내지 부재에 의한 것이라고 주장될 때에는 입법부작위에 대한 헌법적 판단을 하여도 무방할 것이라는 견해도 주장된다.<sup>176)</sup> 이에 따라 가령 평등원칙의 위반과 같은 부진정입법부작위의 경우도 진정입법부작위의 범주에 포함시켜 청구기간의 제약을 받지 않는 것으로 보아 권리구제의 길을 폭넓게 인정해 주어야 한다는 것

173) 자세한 것은 뒤의 청구기간 부분 참조.

174) 정종섭, 헌법소송법, 박영사 2006, 567.

175) 정종섭, 앞의 책(주 174), 567.

176) 이석연, 입법부작위 헌법소원에서의 헌법판단의 범위, 심천계회열박사화갑기념논문집 (I), 박영사 1995, 410 (412).

이다.<sup>177)</sup>

## (2) 비판

권리구제수단을 폭넓게 인정해 주기 위해 진정입법부작위의 개념을 확장하자는 위와 같은 견해들은 적절하다고 할 수 없다. 헌법소원심판의 적법요건으로 청구기간을 요구한 취지에 반하기 때문이다.

헌법소원심판절차에서 청구기간을 요구한 것은 법치국가원리의 구체화를 통해 한편으로는 법적 안정성과 법적 평등의 보장, 다른 한편으로는 실질적 정의의 요청을 고려한 결과이다.<sup>178)</sup> 어떤 법률이 제정된 이후 오랜 시간이 지나 문제의 법률이 수없이 적용되고 집행되어 법률이 의도하는 효과나 질서가 현실화되고 정착된 이후에도, 이른바 입법부작위에 해당된다는 주장으로 언제라도 해당 법률의 위헌성을 심사하게 한다면 이를 통해 법적 안정성에 위반되는 결과를 초래하게 될 것이다.<sup>179)</sup> 다른 한편으로 가령 평등원칙에 위반되는 법률에 대해 청구기간의 제약 없이 진정입법부작위라는 이유로 헌법소원심판의 적법성을 인정해 준다면, 해당 법률에 대해 다른 형태로 기본권침해를 주장하는 청구인은 청구기간의 제약을 받는다는 점에서 불합리한 법적 불평등의 새로운 문제가 제기될 수도 있다.<sup>180)</sup>

헌법소원심판절차를 통한 기본권침해상태의 구제를 확대하자는 주장은 가령 청구기간 규정의 적절한 개정과 같은 다른 방법으로 해결해야 할 문제이다. 이를 이유로 부진정입법부작위에 해당되는 심판대상을 진정입법부작위로 확대할 수는 없는 것이다.

---

177) 이석연, 앞의 논문(주 176), 415.

178) Andreas Heusch/Christoph Sennekamp, Kommentierung des § 93 BVerfGG, in: Umbach/Clemens/Dollinger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2005, § 93 Rn. 5; Hillgruber/Goos, 앞의 책(주 1), § 3 Rn. 230.

179) 한수웅, 앞의 논문(주 136), 698.

180) 한수웅, 앞의 논문(주 136), 698 이하 참조.

## 다. 진정입법부작위와 부진정입법부작위의 구분기준

헌법소원의 심판대상으로 진정입법부작위와 부진정입법부작위의 구분이 어려운 대부분의 사례는 다음과 같은 두 가지의 경우로 나누어볼 수 있다. 우선 자유권의 영역에서 경과규정의 결여로 인한 자유권 침해를 다투는 경우이다. 다음으로는 평등권의 영역에서 특정한 인적 집단을 법률의 규율대상에 포함시키지 않은 경우이다.

### (1) 경과규정의 결여

자유권의 영역에서 입법부작위로 인한 기본권침해를 주장하는 상당수의 헌법소원심판청구는 경과규정의 결여에 대한 문제에 해당된다.

가령 헌법재판소는 구 사법서사법시행규칙의 폐지에 따르는 경합자 환산경과규정을 두지 않은 입법부작위에 대한 헌법소원사건에서, “청구인의 주장 취지는 앞서 본 바와 같이 1963년 법 시행규칙에서 정한 바와 같은 경력자 환산규정을 두어 이미 인가까지 얻은 청구인의 사법서사 기득권을 보호하여야 할 것인데 이를 두지 아니한 것은 위헌이라는 것인 바, 1986년 법 부칙 제2항에 의하면 「이 법 시행전에 사법서사의 인가를 받은 자는 이 법에 의한 사법서사의 자격이 있는 자로 본다」고 규정하고 있다. 그렇다면 구법에 의하여 취득한 기득권 보호를 위한 기본규정은 두고 있는 경우이며, 그에 관한 규정이 전혀 없는 경우는 아닌 것이다. 널리 입법부작위에는 기본권보장을 위한 법규정을 전혀 두고 있지 않은 경우와 이에 관한 규정은 두고 있지만 불완전하게 규정하여 그 보충을 요하는 경우를 상정할 수 있는데, 결국 이 사건은 후자의 범주에 속한다고 할 것이며, 이 경우는 그 불완전한 법규 자체를 대상으로 하여 그것이 헌법위반이라는 적극적인 헌법소원은 별론으로 하고, 입법부작위로서 헌법소원의 대상은 삼을 수 없다 할

것이다.”라고 하여 경과규정의 결여는 부진정입법부작위에 해당하므로 불완전한 법규 그 자체를 대상으로 헌법소원심판을 청구하여야지 이를 입법부작위로 다룰 수 없다고 판시하였다.<sup>181)</sup>

또한 침구사자격시험제도를 폐지하면서 기존에 이미 자격을 취득한 침구사의 기득권을 보호하는 경과규정만을 두고 청구인들과 같이 침구사자격시험을 준비 중인 사람들을 위한 경과규정을 두지 아니한 것은 입법부작위로 인한 직업의 자유 침해라고 주장한 헌법소원심판사건에서도, “이 사건의 경우는 청구인들과 같은 처지에 놓여 있는 사람들에게 아무런 입법을 하지 아니한 채 방치한 이른바 진정입법부작위(眞正立法不作爲)의 경우라기보다는 입법은 하였으나 문언상 명백히 하지 않고 반대해석으로 그 규정의 취의를 알 수 있도록 한 이른바 부진정입법부작위의 경우에 해당한다 할 것이며, 이러한 부진정입법부작위에 대하여 재판상 다룰 경우에는 그 입법규정 즉, 이 사건의 경우에는 위 의료법 부칙 제3항 자체를 대상으로 하여 그것이 헌법위반이라는 적극적인 헌법소원을 제기하여야 할 것이다.”라고 판시하였다.<sup>182)</sup>

기본권을 제한하는 입법에서 입법자가 경과규정을 두는 이유는 헌법상 부과된 입법의무의 이행이라기보다는 신뢰보호의 원칙을 실현하기 위한 것이다. 입법자가 법률의 개정과정에서 발생하는 기본권 제한을 신뢰보호의 원칙에 부합하게 규율하기 위한 필요성에 근거한 것이다.<sup>183)</sup> 따라서 경과규정이 존재하지 않는다는 이유로 기본권침해를 주장하는 경우에는 경과규정을 두지 않은 입법자의 「잘못된 결정」 그 자체, 즉 경과규정이 결여된 법률 그 자체를 심판대상으로 해야 한다. 입법자에게 경과규정의 제정을 요구하는 헌법상 입법의무는 존재하지 않기 때문이다.<sup>184)</sup>

## (2) 부분적 입법부작위의 문제

---

181) 헌재 1989. 7. 28. 89헌마1.

182) 헌재 1993. 9. 27. 89헌마248.

183) 헌법재판연구원, 앞의 책(주 3), 1003.

184) 한수웅, 앞의 논문(주 136), 694.

앞에서 살펴본 바와 같이 평등원칙은 그 자체로 입법자에게 구체적인 입법의무를 부과하지 않는다. 다만 입법자가 일정 내용의 입법을 할 경우 입법자에게 같은 것은 같게 다른 것은 다르게 취급할 것을 요구할 뿐이다. 평등원칙 그 자체로부터 헌법상 입법의무가 도출되지 않는다는 점에서 평등권 침해를 주장하는 대부분의 입법부작위는 진정입법부작위가 아닌 부진정입법부작위의 문제에 해당된다. 가령 어떤 법률의 수혜대상에서 배제되었다는 이유로 입법부작위를 통한 평등권 침해를 주장하는 헌법소원심판이 청구되었다면, 이러한 차별적 취급은 제정된 법률규정을 통해 초래된 것이므로 이 사건의 심판대상은 입법부작위가 아니라 (청구인을 수혜대상에서 배제한) 기존의 법률규정이 되는 것이다. 입법규정의 적용대상에서 배제된 차별취급이라는 이와 같은 문제점은 수혜대상에서 배제된 헌법소원청구인의 관점에서 부작위로 주장된다는 점에서 상대적 부작위라고 나타내지는 것이다.<sup>185)</sup>

한편 입법자가 평등원칙이 아닌 다른 헌법적 위임을 평등원칙에 위반되게 부분적으로만 이행한 경우가 있다면, 이러한 부분적 입법부작위는 진정입법부작위에 해당되는가의 문제가 제기된다. 어떠한 헌법위임의 이행을 위해서 (입법사항의 범위 때문에) 일회적인 통일적 입법이 아니라 시간을 두고 단계적으로 이어지는 부분적 규정이 요구되는 경우, 평등권침해를 주장하는 헌법소원은 이미 존재하는 기존의 불충분한 규정을 대상으로 해야 하는지 아니면 헌법위임을 아직 이행하지 아니한 부분적 부작위를 대상으로 해야 하는지 문제되는 것이다.

앞에서 살펴본 바와 같이, 과거 독일연방헌법재판소는 입법자가 기본법 제131조의 헌법위임을 이행하기 위하여 제정한 『기본법 제131조에 해당되는 자들의 법률관계 규율을 위한 법률』의 대상범위에 청구인 재단을 포함시키지 아니한 것을 부분적 입법부작위로 인정하였다.<sup>186)</sup> 연방헌법재판소는 “입법자가 헌법위임을 단지 부분적으로만 이행하고 이로써 평등원칙을 침해하였다면 평등원칙위반

185) Benda/Klein, 앞의 책(주 4), § 24 Rn. 791.

186) BVerfGE 15, 46 (46 ff.).

을 이유로 한 헌법소원은 입법자의 부분적 입법부작위(teilweises Unterlassen des Gesetzgebers)에 대해서도 제기될 수 있다.”고 판시하였다.<sup>187)</sup>

연방헌법재판소의 위와 같은 설명을 바탕으로 입법사항에 대하여 「질적·상대적」으로 불충분하게 규율한 것을 부진정입법부작위로, 여러 종류의 입법사항 가운데에서 일부 입법사항에 대하여는 규율하면서 나머지 입법사항에 대하여는 전혀 입법행위를 하지 아니한 것을 「양적·부분적」 부작위로 구분하여 후자의 부작위를 진정입법부작위에 포함시키려는 견해가 주장된다.<sup>188)</sup> 어떤 법률이 평등원칙에 위반되는 경우에는 입법자가 특정한 입법사항에 대하여 질적·상대적으로 불완전하게 규율한 것이며, 이는 부진정입법부작위에 해당되므로 불완전한 법률 그 자체를 대상으로 헌법소원심판이 청구되어야 한다고 한다. 반면 연방헌법재판소의 결정에서 제시된 바와 같이, 어떤 명시적 헌법위임이 일정 집단을 입법으로 규율할 것을 위임하고 이를 위하여 제정된 법률이 동등하게 취급되어야 할 집단 가운데 일부 집단만을 규율대상에 포함한 경우, 「단계적 실현을 허용하는 헌법위임」의 존재를 근거로 규율대상에 포함되지 않은 집단은 평등원칙의 위반과는 별도로 헌법적 입법위임의 양적·부분적 부작위를 근거로 입법부작위를 대상으로 하는 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 것이다.<sup>189)</sup>

이와 같은 견해에 대해서는 양적 또는 질적 등의 기준이 입법부작위 개념을 확정하기에 효율적인 척도인지 의문이 제기되며, 오히려 문제의 본질 파악을 혼란케 한다는 이유로 비판이 제기되기도 한다.<sup>190)</sup> 부분적 입법부작위라는 개념 자체는 독일 기본법 제131조와 같이 규율대상의 성질상 부분입법을 통한 단계적 실현을 허용하는 특수한 경우에만 평등원칙과 헌법위임이 연계되어 가능

---

187) BVerfGE 15, 46 (60).

188) 김지형, 입법부작위에 관한 헌법문제 - 독일연방헌법재판소 판례이론의 검토와 함께 -, 헌법재판자료 제5집, 헌법재판소 1992, 12 참조.

189) 김지형, 앞의 논문(주 188), 12; 이석연, 앞의 논문(주 176), 413 이하. 정종섭, 앞의 책(주 174), 503.

190) 한수웅, 앞의 논문(주 136), 697.

한 것으로, 이와 같은 가능성은 우리 헌법에서 찾아볼 수 없다는 점을 추가로 지적하기도 한다. 특히 독일의 경우에도 기본법 제131조의 헌법위임이 이행된 이후에는 더 이상 부분적 입법부작위란 표현이 등장하지 않는다는 점을 제시하고 있다.

생각건대 부분적 입법부작위란 개념으로 입법부작위를 헌법소원의 심판대상으로 인정한 독일 연방헌법재판소의 초기 판례는 기본법 제131조의 헌법위임을 구체화한 법률이 충분하게 정비되기 이전인 기본법제정 당시의 시대적 배경 속에서 등장한 것이라는 점을 주목하여야 한다. 나아가 앞에서 지적한 바와 같이, 연방헌법재판소법으로 헌법불합치 결정이 제도화되기 이전 심판대상 법률의 위헌선언으로 법적 공백상태가 발생할 가능성을 우려하여 부진정 입법부작위가 아닌 입법부작위의 개념에 포함시킨 판례였다는 점도 지적할 수 있다. 독일의 경우에도 1970년대 이후 헌법불합치 결정이 연방헌법재판소법에 도입된 이후에는 더 이상 부분적 입법부작위라는 개념이 등장하지 않고 있는 것이다. 이러한 점에서 볼 때, 부분적 입법부작위라는 개념은 입법부작위를 구분하기 위한 적절한 개념이 아닐 뿐만 아니라, 부분적 입법부작위의 예로 설명되는 사안도 진정입법부작위가 아닌 부진정입법부작위에 해당되는 것이었다는 점을 주의해야 한다.

### (3) 입법개선 의무 불이행

입법개선 의무 불이행으로 인한 기본권침해를 다투는 헌법소원의 경우 특별한 주목이 필요하다. 앞에서 살펴본 바와 같이 헌법해석을 통한 기본권보호의무를 통해 입법자는 상황이 변경되는 경우 기존의 규정을 개선하여 새로운 위험상황에 대처할 법률을 제정해야 하는 입법개선 의무를 부여받는다.<sup>191)</sup> 입법자가 이행해야 하는 헌법적 보호의무는 변화된 위험상황에 상응하여 실현되어야만 하는 동태적인 성격을 가지므로, 기존에 헌법적 요청을 충족시켰던

---

191) Isensee, 앞의 책(주 151), § 111 Rn. 155.



보호대책들로는 변화된 상황에서 제기되는 보호의무의 요청을 충족시킬 수 없는 경우 입법자는 그것을 대체하거나 개선해야만 하는 것이다.<sup>192)</sup> 따라서 기본권보호의무를 이행하기 위해 입법자가 일정한 법률을 제정하였으나, 변화된 시대상황에 따른 위험상황의 변경에도 불구하고 입법자가 이를 개선하지 아니하여 기본권이 침해되었다고 주장하는 헌법소원 심판청구의 경우 입법부작위를 통한 기본권침해인가의 여부가 문제되는 것이다.<sup>193)</sup>

이러한 경우 한편으로는 변화된 상황을 반영하지 아니한 기존 법률규정 그 자체의 위헌여부를 다룬다는 점에서, 이는 부작위가 아닌 (공권력의 행사에 포함되는) 부진정입법부작위와 마찬가지로 평가할 수 있다. 그러나 다른 한편으로 청구인이 주장하는 내용은 입법자가 행사한 기존 법률규정 그 자체의 위헌여부가 아니라, (변화된 시점에서 요구되는) 새로운 시대상황을 반영하여 개선 입법을 하지 아니한 입법자의 의무불이행, 즉 부작위를 심판대상으로 하는 것이다. 기존의 법률규정으로 인해 기본권이 침해되었다는 것이 아니라, 변화된 상황을 반영하지 못하고 아무런 입법개선행위도 하지 아니한 입법자의 부작위로 인해 기본권이 침해되었다는 것이다. 이러한 점에서 입법개선 의무 불이행을 심판대상으로 하는 헌법소원은 입법자의 입법의무 불이행을 심판대상으로 하는 진정입법부작위와 같이 판단될 수도 있다.<sup>194)</sup>

입법개선 의무 불이행과 관련하여 과거 독일 연방헌법재판소에서 다루어진 공항부지 소유사례를 살펴볼 필요가 있다. 1981년 연방헌법재판소 제1재판부가 다룬 이 사건은 독일 북부 뒤셀도르프-로하우젠(Düsseldorf-Lohausen) 공항부지 인근에 거주한 주민들이 청구한 헌법소원심판사건이었다.<sup>195)</sup> 이 사건에서 청구인들은 항공기 운행 횟수가 증가하여 소음발생피해가 많아졌음에도 불구하고 국가기관들이 이에 대처하여 효과적인 조치를 마련하지 않은 부작

192) 정태호, 앞의 논문(주 152), 103.

193) Lechner/Zuck, 앞의 논문(주 1), § 90 Rn. 111.

194) Möstl, 앞의 논문(주 16), 1029 (1031).

195) 1981. 1. 14. 연방헌법재판소 제1재판부 결정 - 1 BvR 612/72 -, BVerfGE 56. 54.

위를 통해 자신들의 생명 및 신체의 불가침권(기본법 제2조 제2항) 및 인간의 존엄권 보호 등의 기본권이 침해되었다고 주장하였다.<sup>196)</sup>

연방헌법재판소는 이 사건에서 청구인이 다투고 있는 내용은 궁극적으로 입법부작위를 통한 기본권침해의 문제라고 전제하였다.<sup>197)</sup> 입법자가 집행부에 대해 항공기 운항에 대해 불충분하고 부적합한 기준을 제시함으로써 인해 기본권침해상황이 발생하게 되었다는 것이다. 이 경우 입법자가 기본권보호의무를 통해 부여되는 입법의무를 전혀 이행하지 아니한 경우에는 청구기간의 적용을 받지 않는 입법부작위에 대한 헌법소원 심판이 될 수 있으나, 입법의무를 불충분하게나마 어느 정도 이행한 경우에는 입법부작위가 될 수 없다고 설명하였다.<sup>198)</sup> 입법자가 기본권보호의무를 통해 부여된 입법의무를 이행한 법률을 제정할 당시에는 합헌으로 간주된 규정이라고 하더라도, 상황이 변경하여 기존의 법률규정만으로는 개인의 생명 및 신체의 불가침권을 충분히 보호할 수 없다면 입법자에게는 법률을 개선할 의무가 부과되며, 이러한 법률개선 의무를 이행하지 않은 것은 입법부작위에 해당될 수 있다는 것이다.<sup>199)</sup>

연방헌법재판소는 그러나 이 사건의 경우 적법요건의 문제를 충분하게 심사하지 않고, 이 사건 심판청구는 적법성이 인정된다고 하여도 연방헌법재판소법 제24조<sup>200)</sup>에서 의미하는 「명백하게 이유 없는」 경우에 해당한다고 하여 이 사건 심판청구를 각하하였다.<sup>201)</sup>

이러한 내용에 따르면 입법개선 의무불이행의 문제는 다음과 같은 내용을 중심으로 제기된다고 할 수 있다. 첫째, 법률의 기초가

---

196) BVerfGE 56, 54 (60 ff.).

197) BVerfGE 56, 54 (70).

198) BVerfGE 56, 54 (71).

199) BVerfGE 56, 54 (71 f.).

200) 연방헌법재판소법 제24조: “심판청구가 부적법하거나 명백하게 이유 없는 경우 재판부의 일치된 결정으로 각하될 수 있다. 심판청구인에게 사전에 적법성이나 이유 부분에 대한 의문점이 제시된 경우, 결정 내용에 별다른 이유를 제시할 필요가 없다.”

201) BVerfGE 56, 54 (73 ff.).

근본적으로 변화되었는가에 대한 문제이다. 애초 입법자가 법률을 제정할 당시의 상황이 새로운 법률규정의 개선을 필요로 할 정도로 근본적으로 변화되었는가의 문제이다. 둘째, 입법자에게 이러한 상황변화에 따라 새로운 법률규정을 통해 기존의 법률을 개선할 의무가 부여되고 있느냐에 대한 문제이다. 변화된 위험상황에 대비하여 기본권을 보호할 의무가 여전히 입법자에게 부여되고 있느냐에 대한 문제이다.<sup>202)</sup>

이와 같은 내용의 입법개선 의무 불이행을 헌법소원심판으로 다루는 경우, 과거 입법자가 당시의 상황에 맞다고 판단하여 제정한 법률에 대해 개선의 필요성이 제기되는지의 여부가 심사의 기초가 될 것이다. 기존의 법률규정을 기초로 개선의 필요성과 이에 대한 입법개선 의무의 존재 여부를 다투게 된다는 것이다. 이러한 관점에서 볼 때 입법개선 의무 불이행의 문제도 결국 진정입법부작위가 아닌, 부진정입법부작위의 문제로 다루어져야 할 것이다.<sup>203)</sup>

#### 4. 행정입법부작위의 심판대상성

헌법소원의 적법요건으로 요구되는 입법부작위에 대한 설명은 행정입법부작위의 경우에도 대체로 그대로 적용된다.<sup>204)</sup>

행정입법부작위란 행정입법권을 가진 행정기관이 행정입법을 할 작위의무가 있음에도 불구하고 행정입법을 하지 아니한 경우를 의미한다.<sup>205)</sup> 따라서 행정입법부작위도 입법부작위와 마찬가지로, 진정행정입법부작위와 부진정행정입법부작위로 나눌 수 있다. 행정입법권을 가진 행정기관이 행정입법을 할 작위의무가 있음에도 불구하고 전혀 행정입법을 하지 않은 경우를 진정행정입법부작위라고 한다. 반면 행정입법기관이 작위의무를 이행하기 위하여 행정입법을 제정하기는 하였으나 그 내용이 불완전·불충분한 경우에

202) Lechner/Zuck, 앞의 책(주 1), § 90 Rn. 111.

203) Lechner/Zuck, 앞의 책(주 1), § 90 Rn. 111.

204) Schmidt-Bleibtreu, 앞의 책(주 14), § 90 Rn. 118.

205) 헌법재판연구원, 앞의 책(주 3), 1014 이하.

는 부진정행정입법부작위라고 할 수 있다. 이 경우 공권력의 불행사라는 관점에서 헌법소원의 대상이 되는 것은 진정행정입법부작위이며, 부진정행정입법부작위의 경우 행정입법권의 행사가 이미 존재하므로, 불완전·불충분한 행정입법 그 자체를 대상으로 헌법소원이 청구되어야 할 것이다.

행정입법부작위의 경우에도, 앞에서 설명한 입법부작위와 마찬가지로, 적법요건의 하나로 헌법소원의 대상성을 인정하기 위해서는 우선 행정입법을 하여야 할 작위의무가 존재해야 한다. 행정입법에 대한 작위의무는 헌법에서 직접 도출되는 의무만이 아니라 행정입법의 특성상 법률규정에 의해 인정되는 작위의무도 포함된다. 법률에서 구체적인 행정입법의 제정을 위임했음에도 불구하고 행정권이 이를 무시하고 있다면, 이는 단순히 법률위반이 아니라 민주주의와 법치주의에 기초하는 법치행정의 원칙에 반하는 것으로 볼 수 있기 때문이다.<sup>206)</sup>

우리 헌법재판소도 1998. 7. 16. 「전문의 자격시험 불 실시 위헌 확인 등」 사건에서 “행정권력의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 허용되고, 특히 행정명령의 제정 또는 개정의 지체가 위법으로 되어 그에 대한 법적 통제가 가능하기 위하여는 첫째, 행정청에게 시행명령을 제정(개정)할 법적 의무가 있어야 하고 둘째, 상당한 기간이 지났음에도 불구하고 셋째, 명령제정(개정)권이 행사되지 않아야 한다. 이 사건에 있어서 보건복지부장관의 작위의무는 의료법 및 위 규정에 의한 위임에 의하여 부여된 것이고 헌법의 명문규정에 의하여 부여된 것은 아니다. 그러나 삼권분립의 원칙, 법치행정의 원칙을 당연한 전제로 하고 있는 우리 헌법하에서 행정권의 행정입법 등 법집행의무는 헌법적 의무라고 보아야 한다. 왜냐하면 행정입법이나 처분의 개입없이도 법률이 집행될 수 있거나 법률의 시행

---

206) 헌법재판소, 앞의 책(주 7), 244.

여부나 시행시기까지 행정권에 위임된 경우는 별론으로 하고, 이 사건과 같이 치과전문제의도의 실시를 법률 및 대통령령이 규정하고 있고 그 실시를 위하여 시행규칙의 개정 등이 행해져야 함에도 불구하고 행정권이 법률의 시행에 필요한 행정입법을 하지 아니하는 경우에는 행정권에 의하여 입법권이 침해되는 결과가 되기 때문이다.”라고 판시하였다.<sup>207)</sup>

## 5. 사법입법부작위

헌법은 제108조에서 “대법원은 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다.”고 하여, 규칙제정권을 부여하고 있다. 이에 따라 대법원의 규칙제정권 행사 또는 불행사를 통해 국민의 기본권이 침해될 수 있고 이를 다투는 헌법소원도 가능한 것이다. 사법입법부작위는 이와 같은 규칙제정권을 행사하지 않은 것을 의미한다. 입법부작위와 행정입법부작위에서 설명한 내용은, 사법입법부작위의 경우에도 대체로 그대로 적용된다.<sup>208)</sup> 가령 대법원규칙을 제정할 의무가 헌법이나 법률규정으로부터 존재함에도 불구하고 이를 이행하지 아니한 경우 공권력의 불행사를 근거로 한 헌법소원심판청구가 가능하다. 사법입법부작위의 경우에도 작위의무의 존재를 전제로 하는데, 작위의무란 헌법에서 직접 도출되거나 법률로부터 도출되는 경우가 있다.

헌법재판소도 “청구인은 압류명령이 제3채무자에게 송달되지 아니한 경우 압류명령의 신청인인 채권자에게 그 사실을 통지하거나 주소보정을 명하도록 하는 내용의 대법원 규칙을 제정하여야 할 의무가 대법원에 있음에도 그러한 내용의 대법원규칙을 제정하지 아니함으로써 자신의 헌법상 보장된 기본권을 침해받았다고 주장하면서 그 위헌확인을 구하고 있다. 그러나 입법부작위에 대한 헌법소원은 헌법에서 기본권보장을 위하여 명시적인 입법위임을 하

207) 헌재 1998. 7. 16. 96헌마246.

208) 헌법재판연구원, 앞의 책(주 3), 1050 이하 참조.

였음에도 입법권자가 이를 방치하고 있거나 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위외무 내지 보호의무가 발생하였음에도 불구하고 국가가 아무런 입법조치를 취하지 아니하고 있는 경우가 아니면 원칙적으로 인정될 수 없다. 이 사건의 경우 청구인 주장과 같은 내용의 대법원규칙을 제정하도록 위임하고 있는 명시적 헌법이나 법률규정이 없을 뿐만 아니라 헌법이나 법률의 해석상으로도 그와 같은 규칙을 제정하여야 할 의무가 발생한다고 할 수 없다.”라고 판시한바 있다.<sup>209)</sup>

### III. 행정부작위의 대상성

#### 1. 작위의무의 근거

행정권력의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위 내지 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 불구하고 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 해당된다.<sup>210)</sup>

행정부작위 헌법소원에서 가장 핵심적인 요건에 해당하는 「헌법에서 유래하는 작위의무」의 존재 여부에 대해 헌법재판소는 다음과 같이 판단하고 있다. 첫째, 헌법상 명문으로 공권력의 주체에 대한 작위의무가 규정되어 있는 경우이다. 둘째, 헌법상 명시적으로 규정되어 있지 않았어도 헌법해석을 통해 도출되는 경우이다. 셋째, 공권력의 주체에 대한 작위의무가 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우가 그것이다.<sup>211)</sup>

헌법재판소는 헌법에서 유래하는 작위의무가 어떠한 이유에서 헌법의 명문규정, 헌법해석, 법령의 명문규정으로 각각 존재할 수

209) 헌재 1997. 5. 29. 96헌마4.

210) 헌법재판소, 앞의 책(주 7), 242.

211) 헌재 1998. 2. 27. 97헌가10 등, 판례집 10-1, 15 이하; 헌재 1999. 9. 16. 98헌마75, 판례집 11-2, 364 이하; 헌재 2004. 8. 26. 2003헌마916, 공보 96, 908 이하; 헌재 2004. 10. 28. 2003헌마898, 판례집 16-2 하, 212 이하 등 참조.

있는가에 대해서 자세하게 설명하지는 않고 있다. 그러나 작위의무의 존재여부에 대한 이와 같은 헌법재판소의 견해는, 마찬가지로 별다른 설명 없이, 학계에서도 대체로 그대로 수용되고 있다.<sup>212)</sup>

생각건대 앞의 입법부작위에 대한 작위의무에 대해서 살펴본 바와 같이, 헌법에서 명문으로 작위의무를 규정한 것과 헌법해석상 작위의무가 도출되는 경우에 대해서는 별다른 이의가 제기될 수 없을 것이다. 헌법에서 명문으로 작위의무를 규정했음에도 불구하고 이를 이행하지 않은 것은 명시적인 헌법위반에 해당되며, 헌법의 규범구조적 특성상 이러한 작위의무는 헌법해석을 통해서도 얼마든지 도출될 수 있기 때문이다. 결국 문제는 헌법상의 작위의무가 헌법의 명문이나 헌법해석을 통해서가 아니라, 하위법인 법령을 통해서도 인정될 수 있는가의 여부이다. 이에 대해서는 행정권력의 작위의무가 법령에만 규정되어 있어도 행정권력에는 법집행의무가 있기 때문에, 이를 이행하지 않는 것은 의회가 제정한 법률을 집행하지 않는 결과가 되어 권력분립의 원리를 침해하게 된다는 견해가 제시된다.<sup>213)</sup>

그러나 이러한 태도는 자칫 행정부작위에 대한 헌법소원심판과 행정소송법상의 부작위위법확인소송의 관계를 모호하게 할 우려가 있다는 지적을 피할 수 없을 것이다. 행정권력이 일정한 법률상의 의무가 있음에도 불구하고 이를 이행하지 않는 것은 행정소송법 제2조 제1항 제2호에 따라 우선 부작위위법확인소송의 대상이 된다. 나아가 법원의 재판을 그 대상에서 제외시키고 보충성의 원칙을 요구하고 있는 우리 헌법재판소법의 태도에 따라, 법령상 존재하는 작위의무의 위반은 헌법소원심판의 대상이 되기도 어려울 것이다.

이러한 이유에서 헌법재판소가 제시한 세 번째 요건은 헌법과 무관한 내용의 단순한 법령상의 작위의무가 아니라, 「헌법에서

---

212) 사봉관, 앞의 논문(주 13), 127 이하; 전학선, 앞의 논문(주 13), 255 이하; 허영, 앞의 책(주 133), 373 이하.

213) 사봉관, 앞의 논문(주 13), 134; 전학선, 앞의 논문(주 13), 259.

근거하거나 헌법해석상 도출되는 작위의무의 내용을 실현하기 위하여 법령에 구체화된 작위의무」라고 표현하는 것이 좀 더 정확할 것이다.<sup>214)</sup> 독일 연방헌법재판소가 행정부작위 헌법소원에 대한 작위의무의 존재 여부를 단순한 법률위반이 아니라 「기본법에서 명시적으로 규정되어 있거나, 기본권 또는 기본법 제93조 제1항 제4a호에서 규정된 다른 권리들의 해석으로부터 도출되는 경우」라고 파악하는 것도,<sup>215)</sup> 이러한 의미에서 이해될 수 있을 것이다.<sup>216)</sup>

## 2. 작위의무와 청구권

위와 같은 요건에 따라 작위의무가 존재하는 경우에도, 행정부작위에 대한 헌법소원심판을 청구하기 위해서 청구인에게 별도의 청구권이 필요한가의 여부가 문제될 수 있다. 즉 헌법에서 유래하는 작위의무가 존재하고 이에 따라 기본권주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 이행하지 않은 경우에만 행정부작위를 대상으로 하는 헌법소원이 청구될 수 있는가의 문제가 그것이다.

이에 대한 헌법재판소의 태도는 명확하지 않다. 헌법재판소는 과거 “부작위소원은 기본권주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 불구하고 행정권력의 주체가 그 의무를 해태한 경우에 한하여 허용된다.”라고 하여, 작위의무의 존재 이외에 별도로 청구권의 존재가 요구된다는 것과 같이 판시한바 있다.<sup>217)</sup> 이러한 태도는 행정

214) 이는 결국 작위의무의 존재 요건 중 첫 번째·두 번째와 독립된 또 다른 요건이 아니라, 첫 번째·두 번째의 요건을 보완하는 의미밖에 없다고 할 수 있다.

215) BVerfGE 2, 287 (290); 6, 257 (263 ff.); 56, 54 (68 f.); 69, 161 (167) 등.

216) 이러한 독일 연방헌법재판소의 견해는 학계에서도 수용되고 있다. 가령 Lechner/Zuck, 앞의 책(주 1), § 90, Rn. 104 ff.; Christian Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 1991, § 12 Rn. 34; Schmidt-Bleibtreu, 앞의 책(주 14), § 90 Rn. 177; Andreas Voßkuhle, Kommentierung des Art. 93 GG, in: v. Mangoldt/Klein/Stark, GGK III, 2005, Art. 93 GG Rn. 176 참조.

217) 가령 현재 1991. 9. 16. 89헌마163, 판례집 3, 505쪽 이하. 특히 과거 지방자치단체의 장 선거일 불공고 위헌확인사건(92헌마126) 사건에서 최광률, 이재화 재판관은 보충의견에서 “부작위에 대한 헌법소원을 제기하기 위하여는 먼저 피청구인의 부작위 및 그로



부작위에 대한 헌법소원의 요건으로 작위의무의 존재만을 요구한다면, 당사자가 아닌 모든 국민이 행정부작위에 대한 헌법소원심판을 청구하게 될 우려가 있다는 점을 근거로 설명되기도 한다.<sup>218)</sup> 작위의무의 존재 이외에 별도의 청구권의 존재를 요구함으로써 헌법소원심판이 민중소송화될 우려를 방지할 수 있다는 것이다.

이에 대해서는 행정부작위에 대한 헌법소원의 청구범위가 지나치게 좁게 한정될 우려가 있다는 비판이 제기될 수 있다.<sup>219)</sup> 행정권력의 작위의무에 대응하는 구체적 청구권은 행정소송법상 부작위위법확인소송의 요건인 「신청권」과 실질적으로 동일한 의미로 해석될 수 있기 때문이다. 부작위위법확인소송에서 「당사자의 법령 또는 조리상의 권리에 기한 신청권」과 같이, 행정권력의 작위의무에 대응하는 구체적 청구권의 존재까지를 요구한다면 보충성의 원칙과 재판소원 금지로 인해 행정부작위에 대한 헌법소원심판의 청구는 거의 청구될 가능성이 없을 것이다. 이는 결국 기본권 침해의 구제라는 헌법소원제도의 본질에 반하는 결과이다.

따라서 행정부작위를 심판대상으로 하는 헌법소원에서는 행정권력의 작위의무가 존재하고 이와 청구인에 대한 기본권침해와의 연관성이 인정되는 것으로 충분하며, 별도로 작위의무에 대응하는 구체적 청구권의 존재까지 요구되지는 않는다고 보아야 한다.<sup>220)</sup> 작위의무의 존재만을 요구할 경우 당사자가 아닌 제3자도 부작위에 대한 헌법소원을 청구하여 헌법소원이 민중소송화될 수 있다는 우려는, 헌법소원심판의 다른 적법요건인 자기관련성의 문제로도

---

인한 청구인의 기본권침해의 주장이 있어야 할 뿐만 아니라, 피청구인의 작위의무 및 청구인의 청구권이 있어야 한다.”라고 하여 별도의 청구권의 존재를 요구하고 있었다(헌재 1994. 8. 31. 92헌마126, 판례집 6-2, 176 이하). 그밖에 헌법재판소가 청구권의 존재여부를 언급한 경우에 대해서는 헌재 1996. 2. 29. 93헌마186, 판례집 8-1, 111 이하; 헌재 2000. 3. 30. 98헌마206, 판례집 12-1, 393 이하 참조.

218) 한병채, 헌법재판론, 고시계 1994, 462.

219) 사봉관, 앞의 논문(주 13), 143쪽 이하; 전학선, 앞의 논문(주 13), 259.

220) 이러한 점에서 “행정권력에게 일정한 작위의무가 존재하고 이에 따라 청구인이 일정한 행정행위 내지 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도”라는 요건은 “행정권력에게 작위의무가 존재하고 이로 인해 청구인의 일정한 기본권이 침해되었을 것”이라는 의미로 해석해야 할 것이다.

충분히 해결할 수 있을 것이다.

한편 행정권력의 작위의무가 기본권 보호의무를 통해 도출되는 경우 좀 더 세심한 주의가 필요하다. 기본권보호의무와 관련하여 보호의무에 상응하는 주관적 권리로 이른바 보호청구권(Schutzanspruch)이 존재하는가의 여부에 대한 논의결과 이를 긍정하는 견해가 대부분이다.<sup>221)</sup> 헌법상 기본권의 근본적인 사명과 근거는 개인의 존엄, 인간의 자율성을 보장하는데 있다고 하면 기본권 보호의무에 상응하는 보호청구권이 존재해야만 한다고 할 수 있다. 나아가 기본권이 보장하고자 하는 인간의 자율성과 자기목적성은 국가의 기본권보호의무에 상응하는 주관적 권리가 주어질 때 더 효과적으로 관철될 수 있는 것이다.<sup>222)</sup>

이처럼 기본권의 보호의무의 존재에 따라 이에 상응하는 보호청구권도 주어진다고 한다면 기본권 보호의무의 불이행을 다루는 헌법소원의 심판대상에서는 보호의무에 상응하는 보호청구권도 당연히 존재하는 것으로 보아야 할 것이다. 다만 적법요건의 단계에서는 보호청구권이 존재하는가의 여부만 문제될 뿐, 실제 보호청구권이 침해되었는가의 여부는 본안판단에서 다루어져야 할 사항일 것이다.<sup>223)</sup>

## IV. 작위의무의 판단을 어느 단계에서 할 것인지

### 1. 문제의 상황

작위의무와 관련하여 제기되는 또 다른 문제는 헌법소원 심판에서 작위의무의 존재 여부를 적법요건심사의 단계에서 검토해야 하는 것인가 아니면 본안판단의 단계에서 검토해야 하는 것인가의 여부이다.

---

221) 보호청구권에 대해 자세한 것은 방승주, 헌법소송사례연구, 박영사 2002, 471 이하; 정태호, 앞의 논문(주 152), 100 이하 참조.

222) 정태호, 앞의 논문(주 152), 101 이하.

223) Möstl, 앞의 논문(주 16), 1029 (1031).

## 2. 학설과 판례의 태도

이에 대한 헌법재판소의 태도는 명확하지 않다. 작위의무의 존재여부를 적법요건판단으로 심사한 경우가 대부분 이지만, 본안판단에서도 심사한 사례가 있기 때문이다.<sup>224)</sup> 반면 독일 연방헌법재판소의 경우는 일관되게 부작위를 심판대상으로 하는 헌법소원절차에서 작위의무의 존재여부를 적법요건의 심사단계에서 판단하고 있다.<sup>225)</sup>

이 문제에 대해서는 학계에서도 아직 충분한 논의가 전개되지 않고 있다. 다만, 헌법소원절차를 통한 국민의 기본권보호의 확대라는 요청에 따라, 적법요건으로서의 작위의무와 본안판단요건으로서의 작위의무를 구별할 필요가 있다는 견해가 주장되고 있다.<sup>226)</sup> 즉, 헌법소원이 개인의 주관적 권리구제와 객관적 헌법질서의 수호기능도 가지고 있으며, 기본권도 객관적 법질서로서의 측면을 내포하고 있으므로, 비록 헌법소원이 인용되지 않더라도 헌법재판소가 행정권력의 일반적 작위의무가 있음을 확인하는 것 자체로도 의미가 있다는 것이다. 따라서 적법요건의 단계에서 요구되는 작위의무와 본안판단의 단계에서 요구되는 작위의무를 구별하여, 적어도 적법요건의 단계에서 요구되는 작위의무에 대한 판단은 기존 헌법재판소의 선례보다는 완화될 필요가 있다고 한다.<sup>227)</sup>

---

224) 가령 헌법재판소는 공정거래위원회의 고발권불행사 위헌확인사건(94헌마136)에서 적법요건에서는 자기관련성과 보충성만을 판단하고, 작위의무의 존재 여부를 본안에서 판단하였다(헌재 1995. 7. 21. 94헌마136, 판례집 7-2, 169 이하). 한편 헌법재판소는 국회입법청원불심사에 대한 헌법소원사건(2000헌마18)에서도 작위의무는 도출할 수 있지만 이러한 작위의무를 해태하지는 않았다는 이유로 기각결정을 하였다(헌재 2000. 6. 1. 2000헌마18, 판례집 12-1, 733 이하).

225) BVerfGE 2, 287 (290); 6, 257 (263 ff.); 56, 54 (68 f.); 69, 161 (167); 77, 170 (215) 등 참조.

226) 사봉관, 앞의 논문(주 13), 146 이하.

227) 사봉관, 앞의 논문(주 13), 149 이하.

### 3. 비판적 평가

생각건대 이 문제는 부작위를 심판대상으로 한 헌법소원의 고유한 특성과 우리 헌법소원의 제도적 특징을 함께 고려해서 판단할 문제라고 여겨진다.

물론 앞에서 살펴본 바와 같이, 작위의무의 존재 자체를 헌법에서 명문으로 규정하거나 헌법의 해석상 도출되는 「구체적 작위의무」로 이해한다면, 이에 대한 판단문제는 부작위에 대한 헌법소원심판절차에서 사실상 가장 본질적인 내용에 해당되는 것이다. 작위의무와 관련하여 구체적 청구권의 존재까지도 요구되지 않는 것으로 이해한다면 더욱 더 그러하다. 나아가 헌법재판의 평결실무에서 적법요건에 대한 문제와 본안판단에 대한 문제를 동시에 결정하는 이른바 주문별 평결방식 하에서는, 이러한 본질적인 문제에 대한 판단에 좀 더 신중을 가할 것이 요청된다. 부작위의 존재 여부를 적법요건의 단계에서만 검토한다면, 적법요건의 문제와 본안판단의 문제를 각각 순차적으로 결정하는 쟁점별 평결방식과 달리 주문별 평결방식에서는 재판관들의 논의를 통해 작위의무의 존재 여부에 대한 쟁점 자체에 좀 더 집중된 결론을 도출하지 못할 가능성도 있기 때문이다.<sup>228)</sup> 이러한 관점에서 볼 때, 부작위를 대상으로 한 헌법소원의 운명을 적법요건의 심사단계에만 맡겨 버리는 것은 기본권보호와 객관적 헌법질서의 수호라는 헌법소원제도의 본질에 부족한 것처럼 여겨질 수도 있을 것이다.

그러나 부작위 헌법소원에서 부작위란 사실상의 개념이 아닌 법률상의 개념을 의미하는 것이다. 부작위라는 법률상의 개념 자체에는 작위의무의 존재가 이미 포함되어 있는 것이다. 따라서 부작위를 심판대상으로 하는 헌법소원에서 작위의무의 존재 여부는 부작위라는 개념 자체가 인정되는가, 다시 말해 헌법소원의 심판대상 자체가 존재하는가의 문제에 해당되는 것이다. 헌법상 도출되는 일정한 작위의무가 확인되지 않는 부작위는 단순한 사실상의

---

228) 이 부분에 대해서 좀 더 자세한 것은 최갑선, 한국 헌법재판에서의 평결방식 고찰, 헌법논총 8 (1997), 257 이하.

부작위로 헌법소원의 심판대상 자체에 포함되지 않기 때문이다.<sup>229)</sup> 이러한 관점에 비추어 볼 때, 작위의무의 존재여부를 본안 판단에서 심사하자는 주장은 부작위라는 개념의 특성에 맞지 않는 것이다. 나아가 작위의무의 존재를 적법요건과 본안판단에서 각각 구별하여 심사하자는 주장에 대해서도, 그 구별기준이 명확하지 않다는 것과 그러한 구별이 과연 허용될 수 있는가의 의문이 제기된다.<sup>230)</sup>

결국 부작위 헌법소원에서 작위의무의 존재 여부는 심판대상인 부작위의 개념 자체에 포함되는 것으로 적법요건 단계에서 판단할 문제라고 할 것이다. 다만, 작위의무의 존재 여부가 부작위에 대한 헌법소원에서는 가장 본질적인 문제에 해당되므로, 이에 대한 판단에는 좀 더 신중을 가할 것이 요구되는 것이다.

그러나 앞의 입법부작위 부분에서 설명된 바와 같이, 청구인이 제시한 헌법소원의 심판대상이 진정입법부작위에 해당되는가의 여부와 관련하여, 입법자가 이미 다른 법률규정을 통해 입법의무를 이행했다고 볼만한 사정이 있는가의 문제는 적법요건의 단계가 아니라 본안판단의 단계에서 심사되어야 할 것이다. 가령 입법자가 청구인의 기본권침해상황을 야기한 기본권보호의무를 전혀 이행하지 않은 것이 아니라, 다른 방식으로 이를 이행하기 위한 기존의 관련 법률규정이 존재하지 않는가의 여부는 이른바 실체법적으로 중요한 문제에 해당되기 때문에 이는 적법요건의 문제가 아니라 본안판단의 문제에 해당되는 것이라고 할 수 있다.<sup>231)</sup>

나아가 오늘날 헌법의 명시적 위임만이 아니라 기본권보호의무와 같은 헌법해석을 통해 도출되는 작위의무까지 그 근거를 비교적 폭넓게 인정하는 경향에 비추어 제기되는 권력분립적 요청도 적법요건의 단계가 아닌 본안판단의 단계에서 고려될 문제라고 판

229) Lechner/Zuck, 앞의 책(주 1), § 90 Rn. 104 ff.; Voßkuhle, 앞의 책(주 216), Rn. 176; Schmidt-Bleibtreu, 앞의 책(주 14), § 90 Rn. 177.

230) 이와 유사한 문제로, 어떤 헌법소원심판절차에서 기본권침해에 대한 자기관련성이 중대하게 문제된 경우, 이를 적법요건 단계에서 간략히 심사하고 본안판단 단계에서 다시 엄격하게 심사할 수 있는가의 의문도 제기된다.

231) Möstl, 앞의 논문(주 16), 1029 (1031).

단하였다. 어떤 사항을 입법화할 것인가의 여부는 입법자가 당시의 정치적·경제적·사회적 상황 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 하는 입법정책의 문제에 해당되므로, 헌법재판소가 이를 적극적으로 심사하는 것은 바람직하지 않을 수도 있다. 그러나 공권력의 행사 또는 불행사로 인한 기본권침해를 구제하고 이를 통해 객관적 헌법질서를 수호하는 헌법재판소의 기능적 관점에서 볼 때, 작위의무의 존재 여부에 대한 판단을 지나치게 제한적으로 접근하는 것도 문제가 있다. 따라서 적법요건의 단계에서는 헌법의 명시적 위임만이 아니라 (기본권보호의무와 같이) 헌법규정의 해석을 통해서도 작위의무의 존재를 비교적 폭넓게 인정하는 것이 바람직하다고 할 수 있다. 다만 헌법재판소가 이를 지나치게 적극적으로 판단하여 입법자에게 특정한 입법을 강제하는 것은 아닌가 하는 권력분립적 관점은 본안판단의 단계에서 충분히 고려될 사항이라고 할 수 있다.<sup>232)</sup>

결국 부작위 헌법소원의 적법요건 단계에서는 심판대상성의 존재 여부로 작위의무가 존재하며 그 작위의무를 이행하지 않았는가의 여부를 심사하고, 본안판단에서는 작위의무를 이행하지 않은 공권력 주체의 상황을 정당화할 수 있는가의 여부를 심사하는 것이다. 가령 입법자의 입장에서 기존에 제정한 특정 법률규정으로도 작위의무의 이행을 주장할 수 있는지의 여부, 권력분립적 관점에서 입법자에게 특정한 입법을 강제하는 것이 과연 적절한가의 여부 등의 정당화문제는 적법요건이 아닌 본안판단의 사항이라고 할 수 있다.<sup>233)</sup>

### 제3절 보충성 요건의 심사내용과 구조

#### I. 공권력의 불행사에 대한 헌법소원에서 보충성원칙의 의미

232) Möstl, 앞의 논문(주 16), 1029 (1031).

233) 이에 대해 좀 더 자세한 것은 뒤 제4장 참조.

헌법재판소법은 제68조 제1항 단서규정에서 “다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다.”라고 하여 보충성의 원칙(Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde)을 요구하고 있다. 이는 헌법소원제도가 일반적인 권리구제수단과의 관계에서 예외적이고 보충적인 지위에 있다는 성격에서 요청되는 것이다. 기본권침해의 상황에서 일반적이고 통상적인 권리구제절차를 먼저 거치게 하는 것은 국가의 권리구제절차 시스템의 정상화를 유지하고 기본권침해상황을 유발한 당해 기관으로 하여금 먼저 그 오류를 정정할 수 있는 기회를 제공해 주는 데에 그 의의가 있는 것이다.<sup>234)</sup>

그러나 보충성의 원칙은 헌법소원과 다른 권리구제절차의 기능적 측면에서 요구되는 것이므로, 그 자체가 헌법소원의 심판청구를 배제하거나 제약하는 것으로 해석되어서는 안 된다. 따라서 법률상 다른 구제절차가 없는 경우, 헌법소원심판을 청구한 청구인의 귀책사유로 돌릴 수 없는 정당한 이유로 전심절차를 거치지 아니한 경우, 통상의 권리구제절차로 권리가 구제될 가능성이 희박하고 기본권침해를 당한 자에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것밖에 되지 않는 경우, 특정한 경우에 통상의 권리구제절차가 허용되는지가 객관적으로 분명하지 아니한 경우, 기타 전심절차를 거칠 것을 기대하기가 어려운 경우 등에는 보충성원칙의 예외가 인정된다.<sup>235)</sup>

부작위를 심판대상으로 하는 헌법소원의 적법요건 단계에서 보충성의 원칙은 공권력의 행사에 대한 헌법소원심판의 경우와 특별히 다른 내용이나 심사구조가 요구되지 않는다. 입법부작위를 대상으로 하는 헌법소원의 경우, 입법권의 행사에 대한 헌법소원의 경우와 마찬가지로, 보충성의 원칙이 요구되지 않는다. 따라서 부작위를 심판대상으로 하는 헌법소원의 적법요건에서 보충성 원칙

234) 헌재 1992. 10. 1. 91헌마31.

235) 헌재 1989. 9. 4. 88헌마77; 헌재 1999. 12. 23. 97헌마136; 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마415.

의 심사는 주로 행정부작위의 경우에 집중된다.

## II. 입법부작위 헌법소원에서 보충성원칙

입법자가 일정한 법률을 제정하였으나 그 내용이 불완전·불충분하여 청구인의 기본권을 침해하였다고 주장하는 부진정입법부작위의 경우, 불완전·불충분한 입법 그 자체가 헌법소원심판의 대상이 되므로 이에 대해서는 법률에 대한 헌법소원심판과 마찬가지로의 내용이 요구된다. 법률에 대한 기본권침해를 구제해 주는 다른 구제절차가 존재하지 않으므로, 부진정입법부작위의 경우 일반적으로 보충성원칙의 예외가 인정된다. 반면 불완전·불충분한 입법이 집행행위를 전제로 한다면 곧바로 헌법소원심판을 청구할 수 없다. 집행행위를 매개로 한 불완전·불충분한 법률에 대해서는 위헌법률심판절차나 헌법재판소법 제68조 제2항의 규범통제형 헌법소원심판을 청구해야 한다.<sup>236)</sup>

입법자가 작위의무를 이행하지 않아 기본권침해를 야기한 법규가 전혀 존재하지 않는 진정입법부작위의 경우에도 보충성의 원칙은 일반적으로 요구되지 않는다.<sup>237)</sup> 입법부작위의 위헌상태를 다룰 수 있는 통상적인 권리구제절차가 존재하지 않기 때문이다.<sup>238)</sup>

## III. 행정부작위 헌법소원에서 보충성원칙

행정부작위를 심판대상으로 하는 헌법소원에서도 다른 헌법소원과 마찬가지로, 헌법재판소법 제68조 제1항 단서 보충성의 원칙이 충족되어야 한다. 즉 다른 법률의 구제절차가 있는 경우 이를 모두 거친 경우에만 행정부작위를 심판대상으로 한 헌법소원을 청구할 수 있는 것이다. 행정부작위에 의한 기본권침해상태를 다른 법

236) Gerhardt, 앞의 논문(주 32), 19 ff.; Möstl, 앞의 논문(주 16), 1029 (1033).

237) Gerhardt, 앞의 논문(주 32), 19 ff.; Möstl, 앞의 논문(주 16), 1029 (1034).

238) 헌재 1998. 7. 16. 96헌마246; 헌재 1989. 3. 17. 88헌마1; 헌재1997. 12. 24. 96헌마172 등.



를 통해 구제받을 수 있는 수단으로는 행정소송법상의 부작위위법확인소송제도가 있다.<sup>239)</sup> 즉 우리 행정소송법은 항고소송의 하나로 부작위위법확인소송을 두고 있기 때문에(행정소송법 제4조 제3호), 행정부작위에 의한 기본권침해는 행정소송법상의 부작위위법확인소송을 통해서 다룰 수 없어야 헌법소원의 심판대상이 될 수 있는 것이다.

부작위위법확인소송(不作爲違法確認訴訟)이란 행정청이 당사자의 법규상 또는 조리상 권리에 기한 신청에 대하여 상당한 기간 내에 신청을 인용하는 적극적 처분 또는 각하하거나 기각하는 등의 소극적 처분을 하여야 할 법률상 응답의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우, 그 부작위가 위법하다는 것을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 또는 무응답이라고 하는 소극적 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 제도이다.<sup>240)</sup> 행정소송법은 부작위위법확인소송의 대상이 되는 부작위를 「행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상의 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것」이라고 정의하고 있다(행정소송법 제2조 제1항 제2호).

나아가 부작위위법확인소송의 원고적격으로 「처분의 신청을 한 자로서 부작위의 위법의 확인을 구할 법률상 이익이 있는 자」를 요구하고 있다(행정소송법 제36조). 이러한 내용을 기초로 학설<sup>241)</sup>과 판례<sup>242)</sup>는 행정소송의 대상이 되는 부작위가 성립하기 위해서 ① 당사자의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여, ② 행정청이 상당한 기간 내에, ③ 일정한 처분을 하여야 할 법규상 또는 조리상 의무가 있음에도, ④ 그 신청을 인용하는 적극적

239) 행정부작위에 의한 권리침해 일반에 대한 구제방법으로는 박재현, 앞의 논문(주 13), 369 이하 참조.

240) 부작위위법확인소송에 대해서 좀 더 자세한 것은 박민영/이동훈, 부작위위법확인소송과 행정상 이행소송, 법학논집 31-2 (2009), 121 이하; 박재현, 앞의 논문(주 13), 369 이하; 이일세, 부작위위법확인소송의 쟁점에 관한 고찰, 강원법학 35 (2012), 857 이하 참조.

241) 가령 박균성, 행정법강의, 박영사 2007, 851 이하; 이일세, 앞의 논문(주 240), 863 이하; 정하중, 행정법개론, 법문사 2009, 782 이하 등 참조.

242) 대법원 1990. 9. 25. 89누4758; 대법원 2000. 2. 25. 99두11455 등 참조.

처분 또는 기각하는 소극적 처분 등을 하지 아니할 것 등의 요건이 필요하다고 한다.

결국 신청을 전제로 한 행정처분의 부작위에 대해서는 행정소송법상의 부작위위법확인소송을 거칠 것이 필요하고, 신청을 전제로 하지 않은 행정작용의 부작위에 대해서 헌법소원심판의 청구가능성이 인정된다고 볼 수 있다.<sup>243)</sup> 그밖에도 헌법재판소가 일반적으로 인정하고 있는 보충성원칙의 예외에 따라,<sup>244)</sup> 행정부작위에 대한 기본권침해의 경우에도 법률상 다른 권리구제절차가 없는 경우, 청구인의 귀책사유로 돌릴 수 없는 정당한 이유로 전심절차를 거치지 아니한 경우, 통상의 권리구제절차로 권리가 구제될 가능성이 희박하고 기본권 침해에 당한 자에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것밖에 되지 않는 경우, 기타 전심절차를 거칠 것을 기대하기 어려운 경우 헌법소원심판청구가 가능하다고 할 수 있다.

## 제4절 청구기간 요건의 심사내용과 구조

### I. 헌법소원심판의 적법요건으로서의 청구기간

일반적인 소송절차에서 청구기간을 요건으로 하는 것은 일정한 기간이 경과하면 공권력행사의 효력을 더 이상 다룰 수 없게 하여 법적 안정성을 보호하기 위한 제도이다. 헌법소원심판에서도 적법요건의 하나로 청구기간을 요구하는 것은 헌법질서 및 헌법생활에 있어서 공권력의 행사에 따른 효과를 오랜 기간 불확정한 상태에 둠으로써 발생하는 국민의 권리의무관계의 불안정을 조속히 제거하여 국가의 작용과 법질서에서 법적 안정성을 꾀하고자 하는 것이다.<sup>245)</sup> 그러나 헌법소원심판에서 청구기간을 지나치게 엄격하게 요구한다면 헌법소원을 통한 개인의 기본권 침해 구제 그 자체를

243) 사봉관, 앞의 논문(주 13), 130; 함인선, 앞의 논문(주 13), 105 이하.

244) 가령 헌재 1993. 5. 13. 91헌마190, 판례집 5-1, 312 이하; 헌재 1995. 12. 28. 91헌마80, 판례집 7-2, 851 이하; 헌재 2001. 1. 18. 99헌마703, 판례집 13-1, 139 이하 등 참조.

245) 헌법재판연구원, 앞의 책(주 3), 1150.

처음부터 과도하게 제한하는 것으로 헌법소원심판제도의 제 기능에 반할 수도 있을 것이다.

헌법재판소법은 제69조 제1항에서 “제68조 제1항에 따른 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 1년 이내에 청구하여야 한다. 다만, 다른 법률에 따른 구제절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정을 통지받은 날부터 30일 이내에 청구하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 헌법재판소법의 청구기간 규정에 대해서는 기본권침해를 구제받기 위한 헌법소원의 청구가능성 자체를 제한하는 청구기간 규정의 내용이 과연 명확성의 원칙에 부합되는지, 지나치게 단기로 확정되어 권리구제가능성을 무의미하게 하는 것은 아닌지, 특히 법령에 대한 헌법소원심판의 경우에는 과연 청구기간 규정을 적용하는 것 자체가 의미가 있는 것인가를 비롯하여 청구기간을 확장할 필요성이 없는지 등의 매우 다양한 문제가 제기되고 있다.<sup>246)</sup> 이하에서는 부작위에 대한 헌법소원 심판에서 제기되는 청구기간 문제를 중심으로 논의를 전개하고자 한다.

## II. 부작위 헌법소원에서 청구기간 심사

공권력의 불행사를 심판대상으로 한 헌법소원에서도 공권력의 행사를 심판대상으로 한 헌법소원에서와 마찬가지로 청구기간이 존재하는가의 여부가 문제된다. 헌법소원의 청구기간을 규정한 헌법재판소법 제69조 제1항은 공권력의 행사와 불행사를 구별하지 않고 청구기간을 규정하고 있기 때문이다.

이에 대해서 우리 헌법재판소법이 청구기간에 대해 공권력의 행사와 불행사를 특별히 구별하지 않고 있다는 점, 공권력불행사의 경우에도 법적 안정성의 필요가 전혀 없다고 하기는 어렵다는 점 등을 근거로 부작위에 대한 헌법소원심판도 청구기간의 적용이 필요하다는 견해가 있다.<sup>247)</sup> 이 견해는 청구기간의 구체적인 기산점

---

246) 이에 대해서 자세한 것은 한수용, 법령에 대한 헌법소원심판에서 청구기간의 헌법적 문제점, 중앙법학 15-4 (2013), 7 이하 참조.

과 관련하여 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 않는다고 한다.<sup>248)</sup>

그러나 이러한 견해는 공권력의 행사와 불행사로 인한 기본권침해의 상황을 정확하게 고려하지 않은 태도라고 할 수 있다. 공권력의 적극적인 행사로 인한 기본권침해의 경우 침해행위의 종료와 위법상태의 계속이 단계적으로 발생하지만, 부작위에 의한 기본권 침해는 작위의무에 따른 의무의 이행이 없는 한, 즉 부작위가 존재하는 한 기본권침해의 상태가 계속적으로 존재하고 있는 것이다. 따라서 부작위에 의한 기본권침해에 대해서는 청구기간의 제한 없이 헌법소원심판을 청구할 수 있어야 한다.

헌법재판소도 “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.”라고 판시하고 있으며,<sup>249)</sup> 학설도 이와 마찬가지로의 태도이다.<sup>250)</sup> 청구기간 문제에 대해서는 독일의 학설과 판례도 마찬가지로의 견해이다.<sup>251)</sup>

247) 문홍수, 앞의 논문(주 13), 71 이하.

248) 문홍수, 앞의 논문(주 13), 88 이하.

249) 현재 1994. 12. 29. 89헌마2, 판례집 6-2, 408; 현재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 299 이하 등 참조.

250) 사봉관, 앞의 논문(주 13), 132; 전학선, 앞의 논문(주 13), 254; 최희수, 헌법소송법요론, 다나출판 2012, 262; 한수웅, 앞의 논문(주 246), 25; 허영, 앞의 책(주 133), 404; 헌법재판소, 앞의 책(주 7), 268.

251) 독일의 경우에도 부작위 상태가 계속되고 있는 한 청구기간이 적용되지 않는다는 것이 학설과 연방헌법재판소 판례의 입장이다. Christoph Gusy, Die Verfassungsbeschwerde, 1988, Rn. 213; Heusch/Sennekamp, 앞의 책(주 178), § 93 Rn. 93 ff.; Lechner/Zuck, 앞의 책(주 1), § 93 Rn. 66; Schmidt-Bleibtreu, 앞의 책(주 14), § 90 Rn. 120; Voßkuhle, 앞의 책(주 216), Art. 93 Rn. 194; BVerfGE 10, 302 (308); 16, 119 (121); 58, 208 (218); 77, 170 (214 f.).

## 1. 입법부작위 헌법소원에서 청구기간

부진정입법부작위의 경우 공권력의 불행사를 근거로 한 헌법소원이 아니라 불완전·불충분한 법률규정 자체에 대한 헌법소원심판으로 보아야 하기 때문에, 법령에 대한 헌법소원심판의 청구와 마찬가지로 청구기간이 적용된다.<sup>252)</sup>

진정입법부작위의 경우 기본권침해상태가 계속해서 존재한다는 점을 이유로 청구기간이 적용되지 않는다.<sup>253)</sup> 진정입법부작위의 경우 부작위의 상태가 특정한 시점에 확인되는 경우에도, 기본권 침해행위는 계속해서 존재한다는 점에서 청구기간이 적용되지 않는다.<sup>254)</sup> 청구인이 주장하는 내용의 법률이 입법과정에서 논의되었으나 부결된 경우에도 마찬가지이다. 부작위에 해당되는 법적 공백상태는 여전히 존재하며, 따라서 기본권침해행위는 변함이 없기 때문이다.<sup>255)</sup>

## 2. 행정부작위 헌법소원에서 청구기간

행정부작위에 의한 기본권침해의 경우에도, 행정청이 작위의무를 이행하지 않는 한 기본권침해상태는 계속해서 존재하는 것이므로 청구기간이 적용되지 않는다. 반면 행정청이 부작위 상태를 중단하고 요구되는 행정행위를 이행한 경우에는, 청구기간이 적용된다고 해석된다. 더 이상 부작위로 인한 침해상태가 계속해서 진행되지 않고 있기 때문이다.<sup>256)</sup>

## 제5절 기타 적법요건들의 심사내용과 구조

---

252) 헌법재판연구원, 앞의 책(주 3), 1157; Gerhardt, 앞의 논문(주 32), 22. BVerfGE 56, 54 (71 f.).

253) 헌법재판연구원, 앞의 책(주 3), 1157; BVerfGE 6, 257(266); 65, 54(70); 77, 170(214). Benda/Klein, 앞의 책(주 4), Rn. 612; Lechner/Zuck, 앞의 책(주 1), § 93 Rn. 71.

254) Möstl, 앞의 책(주 16), 1029 (1034).

255) Möstl, 앞의 책(주 16), 1029 (1034).

256) Gerhardt, 앞의 논문(주 3), 23. BVerfGE 58, 208 (218).

## I. 기본권의 침해 가능성

헌법재판소법 제68조 제1항 본문은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 … 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 헌법소원심판을 청구하기 위해서는 헌법상 보장된 기본권의 침해 가능성이 존재해야 하는 것이다.

기본권 침해가능성 요건은 부작위 헌법소원심판의 경우에도 그대로 적용된다. 따라서 헌법소원심판을 청구하기 위해서는 단순히 공권력이 헌법상 부여된 작위의무를 이행하지 않았다는 점만을 제시하는 것으로는 부족하고, 이와 같은 부작위로 인하여 헌법상 보장된 자신의 기본권이 침해되었다는 점을 주장해야 한다. 기본권 침해를 주장하지 않고 단순히 법률의 제정이나 개정 또는 폐지를 주장하는 헌법소원심판은 부적법한 것이 된다.

헌법재판소도 일정한 법률규정의 개폐를 요구하는 헌법소원심판 청구에서 “이 부분 청구는 헌법재판소법 제75조 제7항을 「민사법원에서의 재심판결에 판단유탈의 위법판결을 한 사실이 있을 때는 그 재심소송을 헌법재판소가 하여야 한다.」로 개정하는 심판과 동법 동조 제4항을 폐지하는 심판을 구하는 청구이다. 이러한 법률의 개폐는 입법기관의 소관사항이므로 헌법소원심판청구의 대상이 될 수 없다. 청구인이 주장하는 헌법상의 청원권이나 청원법 제4조 제3호에 의한 법률개폐의 청원도 동법 제7조에 규정한바, 그 청원사항을 주관하는 관서, 즉 입법부에 제출하는 것이지 입법기관이 아닌 헌법재판소에 헌법소원의 방법으로 청원할 수 있는 것도 아니다. 따라서 위 법률조문들을 개폐하는 심판을 구하는 헌법소원심판청구는 헌법소원심판청구의 대상이 될 수 없는 사항에 대한 헌법소원심판청구이어서 이 또한 부적법하다.”라고 판시하고 있다.<sup>257)</sup>

헌법재판소가 공권력의 불행사를 심판대상으로 한 헌법소원의

---

257) 헌재 1992. 6. 26. 89헌마132.

적법요건을 심사하는 과정에서 물론 가장 본질적인 문제인 작위의 무의 존재여부를 집중적으로 심사하게 되지만, 이와 관련하여 부작용으로 인해 헌법상 보장된 기본권의 침해 가능성 여부도 판단해야 하는 것이다.

## II. 기본권침해상태의 주장책임

공권력의 행사 또는 불행사로 인해 자신의 기본권이 침해되었다는 내용을 청구인이 주장할 것이 헌법소원심판의 적법요건에 해당되는지 문제가 될 수 있다. 독일 연방헌법재판소법은 제92조에서 “헌법소원심판청구의 이유제시 부분에서는 청구인이 침해되었다고 주장하는 권리 및 (자신의 권리를) 침해하였다고 여겨지는 기관이나 관청의 작위 또는 부작용을 명시해야 한다.”라고 하여 기본권 침해상태의 주장책임을 적법요건의 하나로 규정하고 있지만, 우리의 경우 위와 같은 명시적 규정이 없기 때문이다.

물론 헌법소원심판을 비롯한 헌법재판의 심리에는 직권탐지주의가 적용되므로 헌법재판소는 당사자가 주장하거나 제출하지 않은 사실도 직권으로 수집하여 재판의 기초로 삼을 수 있다. 그러나 헌법소원심판의 청구인은 심판을 개시한 주된 당사자의 입장에서 자신의 심판청구를 통해 심판대상이 특정되고 심판절차의 목적이나 경로가 설정되는 역할을 수행하기도 한다. 나아가 청구인의 주장이나 설명이 충실할수록 헌법재판소는 개인의 기본권 침해를 구제하고 이를 통해 객관적 헌법질서를 확립한다는 본연의 기능을 더욱 더 잘 수행할 수 있을 것이다. 이러한 이유로 우리의 경우에도 비록 명문의 규정은 없지만 헌법소원심판을 청구하기 위해서는 청구인 자신이 공권력의 어떠한 행사 또는 불행사를 통해 자신의 어떠한 기본권이 어떠한 방식으로 침해되었는가의 여부를 주장할 책임이 있다고 해석된다.<sup>258)</sup>

청구인의 기본권침해 주장책임을 인정하는 경우에도 부작용을

---

258) 김하열, 앞의 책(주 1), 460. 현재 2005. 2. 3. 2003헌마544.

심판대상으로 하는 헌법소원에서 어느 정도까지 주장을 해야 하는가 문제될 수 있다. 독일에서 논의된 내용을 소개하면, 가령 입법부작위를 대상으로 하는 헌법소원심판청구의 경우 청구인은 어떠한 점에서 입법부작위가 존재하는지의 여부만을 주장하면 된다고 한다.<sup>259)</sup> 청구인은 자신의 기본권 침해를 보호해 주지 못하는 특정한 법률규정이 존재하지 않는다는 정도의 내용을 설명하면 족하고, 구체적으로 어떠한 형태와 내용의 법률규정을 제정해야 하는가의 내용까지는 주장할 책임이 없다는 것이다.<sup>260)</sup> 이제까지 존재하는 법적 상태만으로는 자신의 기본권침해를 충분하게 보호할 수 없다는 주장으로 족하며, 희망하는 법률규정의 구체적 내용까지 제시할 필요는 없다는 것이다. 청구인의 기본권침해상태를 방어하고 보호해 줄 수 있는 법률규정은 매우 다양한 형태도 존재할 수 있으며, 이에 대한 판단은 입법자의 권한에 해당되는 것이기 때문이라고 한다. 다만 이러한 경우에도 청구인은 자신의 기본권침해상태를 야기한 공권력의 불행사는 특정해 줄 필요가 있다고 한다. 가령 법률규정의 미비로 인한 경우에는 입법부작위로 인한 기본권 침해 또는 집행행위의 불행사를 통한 기본권침해의 경우 행정부작위로 인한 기본권침해 등이 그 예에 해당된다고 한다.<sup>261)</sup>

### III. 법적 관련성

헌법재판소는 확립된 판례를 통해 헌법소원심판청구의 적법요건으로 법적 관련성을 요구하고 있다. 헌법소원심판의 청구인은 원칙적으로 자신의 기본권이, 현재 그리고 직접 침해당한 경우라야 헌법소원을 청구할 수 있다는 것이다.<sup>262)</sup>

자기관련성은 자신의 기본권을 침해받은 자만이 헌법소원을 적법하게 청구할 수 있다는 의미로, 민중소송이나 추상적 규범통제

259) Gerhardt, 앞의 논문(주 32), 17 f.

260) Gerhardt, 앞의 논문(주 32), 18.

261) Lechner/Zuck, 앞의 책(주 1), § 92 Rn. 18; Möstl, 앞의 논문(주 16), 1029 (1032).

262) 헌법재판소, 앞의 책(주 7), 285 이하; 헌법재판연구원, 앞의 책(주 3), 1074 이하.



절차가 아닌 주관적 권리구제절차라고 하는 헌법소원제도의 본질에서 요구되는 내용이다. 현재성은 공권력작용과 기본권의 침해가 시간적 의미로 현재 관련이 있어야 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 것이다. 직접성은 공권력작용으로 인하여 기본권침해가 직접 발생한 경우에만 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 것이다. 이중 직접성의 요건은 법령에 대한 헌법소원심판에서 특히 중요한 의미를 가진다. 법령 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 집행행위에 의하지 아니하고 법령 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생겨야 한다는 것이다.<sup>263)</sup> 법령에 대한 헌법소원에서 기본권침해의 직접성이 엄격히 요구되는 이유는, 법령은 일반적으로 구체적인 집행행위를 매개로 하여 비로소 기본권을 침해하게 되므로 예외적·보충적인 특별권리구제수단이라는 헌법소원의 본질상 기본권의 침해를 받은 개인은 먼저 일반 소송의 방법으로 집행행위를 대상으로 기본권침해에 대한 구제절차를 따를 것이 요청되기 때문이다.<sup>264)</sup>

헌법소원심판절차에서 요구되는 이와 같은 법적 관련성의 내용은 공권력의 불행사를 심판대상으로 하는 헌법소원에서도 마찬가지로 요구된다. 부작위 헌법소원심판에서도 공권력의 부작위로 인해 청구인 자신의 기본권이 현재 그리고 직접 침해되어야 하는 것이다.<sup>265)</sup> 그러나 입법부작위의 경우 기본권침해의 직접성은 별도로 심사할 필요가 없이 원칙적으로 인정된다.<sup>266)</sup> 입법부작위는 입법의 부재를 그 대상으로 하는 것이므로, 법률자체가 존재하지 않기 때문에 법률의 시행을 전제로 하는 법률의 집행행위란 있을 수 없는 것이다.

자기관련성의 관점에서 입법부작위, 특히 기본권보호의무 위반을 근거로 청구되는 입법부작위에 대한 헌법소원심판은 특별한 주의가 요청된다. 환경위험이나 교통사고위험 등과 같이 오늘날 일

263) 헌재 1992. 11. 12. 91헌마192; 헌재 2005. 5. 26. 2004헌마671.

264) 헌재 1998. 4. 30. 97헌마141; 헌재 2005. 5. 26. 2004헌마671.

265) Gerhard, 앞의 논문(주 32), 18 f.

266) BVerGE 11, 261.

반화된 위협으로부터 기본권을 보호하기 위한 부작위 헌법소원심판청구는 자칫 민중소송화될 우려도 있기 때문이다. 그러나 위와 같은 일반화된 위협에 처해진 다수의 기본권주체들이 공권력의 부작위로부터 각각 자신의 기본권이 침해되었다는 주장이 가능하다면, 이는 민중소송이 아닌 적법한 헌법소원심판청구가 될 것이다.<sup>267)</sup>

헌법재판소는 2014헌마1148결정에서 양심상의 이유로 입영통지에 응하지 아니하여 병역법 제88조 제1항 위반으로 1년 6월의 징역형을 선고받아 그 형이 확정된 청구인이 ‘양심적 병역거부권을 보호할 수 있는 대체복무제에 대한 국회의 입법부작위’로 인하여 양심의 자유 등을 침해받았다고 주장한 헌법소원심판청구에서 “청구인은 양심상 병역거부를 이유로 실형을 살고 나온 사람으로서, 병역법 제88조 제1항의 위헌여부가 아니라, 대체복무제의 입법부작위를 다투었는데, 그 입법부작위가 위헌으로 선고된다 하더라도, 그 법률은 청구인에게 적용될 여지가 없다고 하는 이유로, 청구인은 자기관련성이 없다.”고 하여 각하결정을 내렸다.<sup>268)</sup>

기본권보호의무를 근거로 주장되는 기본권침해의 위험성은 대체로 지금 당장 발생하지는 않지만 일정한 기간이 지난 장래에 발생할 것이 예측되는 것을 특징으로 한다. 그러나 기본권침해가 장래에 발생하더라도 그 침해가 틀림없을 것으로 현재 확실하게 예측된다면 기본권 구제의 실효성을 위하여 침해의 현재성을 인정하는 것을 고려한다면,<sup>269)</sup> 이에 대한 부작위 헌법소원심판청구도 현재성을 인정할 수 있을 것이다.<sup>270)</sup>

#### IV. 권리보호이익과 심판이익

헌법소원제도는 국민의 기본권을 보호하기 위한 주관적 권리구

---

267) Möstl, 앞의 논문(주 16), 1029 (1033).

268) 현재 2015. 1. 13. 2014헌마1148.

269) 현재 1992. 10. 1. 92헌마68.

270) Möstl, 앞의 논문(주 16), 1029 (1033).

제절차이므로 권리보호의 이익이 적법요건의 하나로 인정된다. 개인의 권리를 보호할 필요성이 존재하지 않는다면 그러한 헌법소원 심판청구는 부적법한 것이다.<sup>271)</sup> 적법요건으로서 권리보호의 이익은 헌법소원심판 청구시만이 아니라 헌법재판소의 결정 당시에도 존재해야 한다. 따라서 헌법소원심판청구 당시에는 권리보호이익이 인정되었으나 심판계속 중에 사실관계 또는 법률관계의 변동으로 말미암아 기본권의 침해가 종료된 경우에는, 원칙적으로 권리보호이익이 없어 부적법한 헌법소원이 된다.<sup>272)</sup>

이와 같은 내용은 부작위를 심판대상으로 하는 헌법소원에서도 그대로 적용된다. 따라서 작위의무를 이행하지 아니한 공권력의 불행사로 인하여 자신의 기본권이 침해되었다는 주장으로 헌법소원심판이 청구되었으나, 심리 도중 해당 공권력 주체가 (법률을 제정하거나 처분을 부과하는 등의) 작위의무를 이행하여 기본권침해가 구제된 경우에는 권리보호이익이 존재하지 않는 부적법한 청구가 되는 것이다.

한편 헌법소원제도는 객관적 헌법질서를 수호한다는 기능도 실현하기 때문에 권리보호이익이 존재하지 않는 경우에도 객관적 헌법질서의 수호를 위해 심판의 이익을 인정하여 본안판단을 할 수도 있다. 기본권침해행위가 종료되어 주관적 권리구제에는 별 도움이 되지 않는다 하더라도 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판청구의 이익을 인정할 수 있는 것이다.<sup>273)</sup> 이와 같은 심판청구 이익에 대한 요건과 내용은 공권력의 불행사에 대한 헌법소원에서 공권력의 행사에 대한 헌법소원과 마찬가지로 적용된다.

271) 헌법재판연구원, 앞의 책(주 3), 1127 이하.

272) 헌재 1997. 3. 27. 93헌마251; 헌재 2007. 5. 31. 2003헌마579. 헌법재판소, 앞의 책(주 7), 244 이하.

273) 헌재 1997. 11. 27. 94헌마60; 헌재 2001. 7. 19. 2005헌마546; 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마327; 헌재 2004. 12. 16 2004헌마478. 헌법재판소, 앞의 책(주 7), 350; 헌법재판연구원, 앞의 책(주 3), 1129.

## 제6절 결론

결론으로 앞에서 살펴 본 공권력의 불행사를 대상으로 하는 헌법소원 적법요건의 심사구조 내용을 정리하면 다음과 같다.

### 1. 공권력의 불행사에 대한 헌법소원에서 적법요건 심사구조의 특징

헌법소원심판의 적법요건은 개인의 기본권침해를 구제하고 이를 통해 객관적 헌법질서를 수호·유지한다는 헌법소원제도의 기능적 관점에서 이해되어야 하며, 이는 공권력의 불행사를 대상으로 하는 헌법소원심판의 경우에도 그대로 적용된다. 다만 공권력의 불행사를 대상으로 하는 헌법소원의 경우 공권력의 불행사라는 대상성이 존재하는가의 문제, 특히 작위의무의 존재 여부에 지나치게 논의가 집중되는 특징이 나타난다. 따라서 기본권침해관련성이나 그 밖의 다른 적법요건의 심사는 소홀한 것 아니냐는 점도 지적된다. 나아가 작위의무의 존재 여부에 공권력의 불행사를 대상으로 하는 헌법소원의 운명이 좌우된다는 점에서 적법요건의 단계에서 요구되는 작위의무와 본안판단에서 요구되는 작위의무를 구별하여 전자의 경우는 완화된 심사, 후자의 경우에는 엄격한 심사를 하자는 견해가 제기되기도 한다.

### 2. 공권력의 불행사와 부작위의 구별문제

공권력의 불행사를 대상으로 하는 헌법재판에서는 단순히 사실적 의미의 불행사가 아니라 규범적 의미에서 요구되는 부작위 개념이 존재하는가의 여부가 논의의 출발점이 된다. 공권력 주체가 도대체 아무런 행위도 하지 않았는가의 여부가 아니라, 헌법상 일정한 행위를 할 것이 요구됨에도 불구하고 그러한 행위를 하지 않았는가의 여부가 중요한 전제가 된다. 문제는 헌법소원의 심판대

상으로 인정되는 공권력의 부작위를 공권력의 불행사와 동일한 개념으로 볼 수 있느냐에 대한 것이다. 이 문제가 제기되는 이유는 우리 헌법재판소법이 불행사와 부작위라는 개념을 구분하여 사용하고 있으며, 헌법소원의 대상으로서는 부작위라는 개념이 아닌 불행사라는 개념을 사용하고 있기 때문이다.

헌법소원의 대상이라는 관점에서 입법권의 불행사는 적절하지 못한 개념이다. 한편으로 오늘날과 같이 의회가 비교적 활발하게 활동하고 있는 상황에서, 입법기관이 사실적 의미에서 아무런 행위도 하지 않고 있다는 현상은 발견하기 어렵기 때문이다. 다른 한편으로 헌법소원의 기능적 관점에서도 이와 같은 해석은 바람직하지 못하다. 입법자가 아무런 행위를 하지 않고 있다는 문제는 입법권과 관련하여 개인의 기본권침해를 구제하고 객관적 헌법질서를 수호한다는 헌법소원제도의 기능적 관점과 직결되는 것이 아니기 때문이다. 이러한 의미에서 입법권의 불행사는 입법권의 부작위 그 자체를 의미한다고 보아야 한다.

행정권력의 불행사에는 부작위와 거부처분이 모두 포함되는 것으로 보아야 한다. 행정권의 불행사에 대한 헌법소원의 심판대상에는 행정부작위가 주로 해당되지만, 지극히 예외적인 경우에는 거부처분(거부행위)도 포함될 수 있기 때문이다. 예외적이기는 하지만 행정소송의 대상에 포함되지 않는 거부처분이 헌법소원의 심판대상이 되는 경우, 이를 인용하는 결정에는 새로운 처분의 의무를 부과하는 것이 개인의 기본권침해를 구제하여 헌법질서를 수호·유지한다는 헌법소원제도의 본질에 부합한다고 볼 수 있다. 다만 이 문제에 대해서는 헌법소원의 심판대상이나 효력을 명확하게 규정하는 방향으로 입법론적 보완이 필요하다.

### 3. 입법부작위에 대한 헌법소원의 대상성

헌법소원심판의 대상으로서 입법부작위란 헌법상 입법자에게 일정한 입법을 할 작위의무가 부여되지만, 입법자가 그러한 작위의

무를 이행하지 않은 것을 의미한다. 결국 입법부작위를 대상으로 하는 헌법소원의 적법요건 심사단계에서 핵심적인 문제는 입법자에게 헌법상 부여되는 작위의무가 존재하는가의 여부를 확인하는 것이다.

초기 독일 연방헌법재판소는 권력분립의 원리를 엄격하게 고려하여, 입법자에게 일정한 작위의무를 명령하는 것이 연방헌법재판소의 권한에 해당되지 않는다고 보아 입법부작위에 대한 헌법소원을 인정하지 않았다. 이후 연방헌법재판소는 기본법이 명문의 규정으로 입법자에게 일정한 입법의무를 부과하였음에도 불구하고 입법자가 그 의무를 이행하지 아니한 경우에는, 예외적으로 입법부작위를 대상으로 하는 헌법소원심판이 가능하다고 판시하였다. 다만 명시적 입법의무의 불이행은 기본법 제정 이후 연방의회의 활발한 입법활동을 통해 오늘날 거의 찾아보기 어려운 상황이 되었다. 나아가 당시 연방헌법재판소가 입법부작위에 해당된다고 판시했던 사안들도, 엄격하게 판단해 보면 진정입법부작위가 아닌 부진입법부작위에 해당되는 것임을 확인할 수 있었다. 이는 헌법불합치 결정이 연방헌법재판소법에 명문화되기 이전, 기존의 법률규정을 위헌으로 선언할 경우 초래될 법적 공백상태의 불합리한 문제점을 시정하기 위한 대응책의 하나였던 것으로 판단할 수 있다.

연방헌법재판소는 기본법상 기본권 규정의 해석을 통해, 특히 기본권보호의무라는 개념을 근거로 입법자에게 일정한 입법의무를 도출할 수 있다고 전제하고, 기본권보호의무를 통해 부과되는 입법의무를 이행하지 아니한 경우에도 헌법소원의 대상인 입법부작위에 해당된다고 판시하였다. 기본권보호의무라는 헌법해석을 통한 입법의무를 인정함으로써 연방헌법재판소는 권력분립의 원리를 근거로 제시한 입법부작위에 대한 초기의 소극적 태도에서 벗어나 비교적 폭넓은 예외를 인정하기 시작하였다.

우리 헌법재판소도 입법부작위의 문제를 권력분립의 원리라는 관점에서 조심스럽게 판단하고 있으나, 헌법이 명시적으로 부과한 입법의무를 이행하지 않았거나 헌법해석상 도출되는 기본권보호의

무에 따라 부과되는 입법의무를 이행하지 않는 경우 입법부작위에 대한 헌법소원심판이 가능하다는 입장이다.

#### 4. 입법의무의 내용별 판단

자유권의 영역에서 헌법의 명시적 입법위임은 찾기 어렵다. 자유권이란 일차적으로 개인의 사적 영역에 대한 국가의 부당한 침해 방지하는 소극적 의미의 대국가적 방어권이다. 국가의 부당한 침해를 방지한다는 의미의 자유권은 국가에 대해 일정한 행위를 요청하는 작위의무를 부과하는 것이 아니라, 오히려 부당한 침해행위를 금지하는 부작위를 요청하는 것이다. 따라서 자유권의 영역에서는 원칙적으로 부작위를 대상으로 하는 헌법소원을 청구할 수 없다. 자유권의 영역에서 기본권제한을 법률에 위임하는 법률유보조항은 입법자에게 형식적 의미의 법률을 통하여 자유권적 기본권을 제한할 수 있도록 권한을 부여한 수권규정이다. 이는 일정한 내용의 입법사항을 법률로 제정할 의무를 부과하는 헌법적 입법의무와 구별된다. 그러므로 자유권의 기본권 제한 법률유보 규정과 관련하여 입법의무 불이행을 이유로 한 헌법소원 심판청구는 존재하지 않으며, 이에 대한 다툼은 기본권을 제한하는 규정 자체를 심판대상으로 한 헌법소원 청구만이 가능하다.

평등원칙의 위반을 이유로 주장하는 입법부작위의 대부분은 진정한 입법부작위에 해당되지 않는다. 평등원칙 그 자체는 헌법상 입법자에게 구체적인 작위의무를 명시적으로 부과하지 않기 때문이다. 평등원칙은 입법자에게 평등원칙에 반하지 아니하는 특정한 법률을 제정할 것을 위임하지 않는다. 오히려 평등원칙은 입법자가 어떤 법률을 제정하는 경우 같은 것은 같게 다른 것은 다르게 취급할 것을 요구할 뿐이다. 이러한 의미에서 수혜적 법률대상에서 배제된 집단들이 평등권 침해를 이유로 주장하는 입법부작위는 청구인의 관점에서만 부작위에 해당된다고 하여 상대적 부작위 또는 허위 부작위로 표현되기도 한다.

사회적 기본권이 부여한 헌법위임을 입법자가 이행하지 않았다는 주장으로 헌법소원심판을 청구한다면, 이는 헌법소원의 대상으로 인정될 수 있는 입법부작위에 해당된다. 그러나 현재 사회적 기본권을 실현하라는 헌법위임을 전혀 이행하지 아니한 입법부작위, 즉 아무런 입법조치를 하지 않은 경우는 찾아보기 어려우므로 사회적 기본권에 대한 진정입법부작위의 가능성은 거의 존재하지 않을 것이다. 이러한 상황에서는 사회적 기본권을 실현하는 입법이 존재하기는 하나, 해당 규정의 내용이 충분하지 않아 자신의 사회적 기본권이 침해되었다는 주장이 대부분에 해당될 것이다. 그러나 이러한 주장은 진정입법부작위가 아니라 부진정입법부작위에 해당되는 것이다.

기본권보호의무를 근거로 주장되는 입법부작위가 헌법소원의 대상이 되기 위해서는 다음과 같은 두 가지 요건이 필요하다. 첫째, 헌법상의 기본권으로부터 보호의무 자체가 도출되어야 한다. 일정한 기본권이 침해될 수 있는 위험상황으로부터 해당 기본권을 보호하기 위한 국가의 기본권보호의무가 헌법해석을 통해 도출되어야 한다는 것이다. 둘째, 보호의무를 통해 입법자에게 입법의무가 부과되었음에도 불구하고 입법자가 이를 전혀 이행하지 아니한 경우이다. 기본권보호의무의 이행을 위해 입법자에게 구체적 입법의무가 부과되었음에도 불구하고 입법자가 이를 전혀 이행하지 아니한 진정입법부작위만이 입법부작위에 대한 헌법소원심판의 대상으로 인정될 수 있다.

## 5. 진정입법부작위와 부진정입법부작위의 구분

입법부작위를 진정입법부작위와 부진정입법부작위로 구분할 경우, 공권력의 행사가 아닌 불행사에 대한 헌법소원심판은 진정입법부작위만 포함된다. 부진정입법부작위의 경우, 물론 청구인은 불충분 또는 불완전하다고 주장하지만, 입법권의 행사가 이미 존재하기 때문이다. 따라서 부진정입법부작위를 대상으로 하는 헌법소



원은 이미 행해진 불충분한 입법권의 행사, 불완전한 법률 그 자체를 대상으로 청구되어야 한다. 부진정입법부작위는 (공권력의 행사인) 법률을 대상으로 한 헌법소원과 동일한 절차에 따라 심판이 청구되어야 한다.

진정입법부작위의 경우 청구기간의 제약을 받지 않기 때문에, 헌법소원의 심판대상으로 진정입법부작위가 폭넓게 인정된다면 이를 통한 기본권 침해를 주장하는 국민은 청구기간의 제약 없이 헌법소원심판을 청구할 수 있게 된다. 이러한 점을 배경으로, 특히 헌법소원심판을 통한 폭넓은 기본권침해구제장치를 마련해 주자는 이유로 진정입법부작위와 부진정입법부작위를 구분하지 아니하고 입법권의 불행사를 다투는 헌법소원심판은 진정입법부작위의 문제로 취급하자는 견해가 있다. 그러나 이러한 견해는 적절하다고 할 수 없다. 헌법소원심판의 적법요건으로 청구기간을 요구한 취지에 반하기 때문이다. 헌법소원심판절차를 통한 기본권침해상태의 구제를 확대하자는 주장은 가령 청구기간 규정의 적절한 개정과 같은 다른 방법으로 해결해야 할 문제이다. 이를 이유로 부진정입법부작위에 해당되는 심판대상을 진정입법부작위로 확대할 수는 없는 것이다.

## 6. 경과규정의 결여와 입법부작위

기본권을 제한하는 입법에서 입법자가 경과규정을 두는 이유는 헌법상 부과된 입법 의무의 이행이라기보다는 신뢰보호의 원칙을 실현하기 위한 것이다. 입법자가 법률의 개정과정에서 발생하는 기본권 제한을 신뢰보호의 원칙에 부합하게 규율하기 위한 필요성에 근거한 것이다. 따라서 경과규정이 존재하지 않는다는 이유로 기본권 침해를 주장하는 경우에는 경과규정을 두지 않은 입법자의 「잘못된 결정」 그 자체, 즉 경과규정이 결여된 법률 그 자체를 심판대상으로 해야 한다. 입법자에게 경과규정의 제정을 요구하는 헌법상 입법 의무는 존재하지 않기 때문이다.

## 7. 부분적 입법부작위의 문제

부분적 입법부작위란 개념으로 입법부작위를 헌법소원의 심판대상으로 인정한 독일 연방헌법재판소의 초기 판례는 기본법 제131조의 헌법위임을 구체화한 법률이 충분히 정비되기 이전인 기본법제정 당시의 시대적 배경 속에서 등장한 것이다. 나아가 연방헌법재판소법으로 헌법불합치 결정이 제도화되기 이전 심판대상 법률의 위헌선언으로 법적 공백상태가 발생할 가능성을 우려하여 부진정입법부작위가 아닌 입법부작위의 개념에 포함시킨 판례였다. 독일의 경우에도 1970년대 이후 헌법불합치 결정이 연방헌법재판소법에 도입된 이후에는 더 이상 부분적 입법부작위라는 개념이 등장하지 않고 있다. 이러한 점에서 볼 때, 부분적 입법부작위라는 개념은 입법부작위를 구분하기 위한 적절한 개념이 아닐 뿐만 아니라, 부분적 입법부작위의 예로 설명되는 사안도 진정입법부작위가 아닌 부진정입법부작위에 해당되는 것이었다.

## 8. 입법개선 의무 불이행과 입법부작위

헌법해석을 통한 기본권보호의무를 통해 입법자는 상황이 변경되는 경우 기존의 규정을 개선하여 새로운 위험상황에 대처할 법률을 제정해야하는 입법개선 의무를 부여받는다. 기본권보호의무를 이행하기 위해 입법자가 일정한 법률을 제정하였으나, 변화된 시대상황에 따른 위험상황의 변경에도 불구하고 입법자가 이를 개선하지 아니하여 기본권이 침해되었다고 주장하는 헌법소원 심판청구의 경우 입법부작위를 통한 기본권침해인가의 여부가 문제된다. 입법개선 의무 불이행을 헌법소원심판으로 다루는 경우, 과거 입법자가 당시의 상황에 맞다고 판단하여 제정한 법률에 대해 개선의 필요성이 제기되느냐의 여부가 심사의 기초가 된다. 기존의 법률규정을 기초로 개선의 필요성과 이에 대한 입법개선 의무의 존재 여부를 다투게 된다는 것이다. 이러한 관점에서 볼 때 입법개선의

무 불이행의 문제도 결국 진정입법부작위가 아닌, 부진정입법부작위의 문제로 다루어져야 할 것이다.

## 9. 행정부작위에 대한 헌법소원의 심판대상성

행정권력의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위 내지 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 불구하고 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 해당된다. 행정부작위를 심판대상으로 하는 헌법소원에서는 행정권력의 작위의무가 존재하고 이와 청구인에 대한 기본권침해와의 연관성이 인정되는 것으로 충분하며, 별도로 작위의무에 대응하는 구체적 청구권의 존재까지 요구되지는 않는다고 보아야 한다. 작위의무의 존재만을 요구할 경우 당사자가 아닌 제3자도 부작위에 대한 헌법소원을 청구하여 헌법소원이 민중소송화될 수 있다는 우려는, 헌법소원심판의 다른 적법요건인 자기관련성의 문제로도 충분히 해결할 수 있을 것이다.

행정권력의 작위의무가 기본권 보호의무를 통해 도출되는 경우 좀 더 세심한 주의가 필요하다. 기본권의 보호의무의 존재에 따라 이에 상응하는 보호청구권도 주어진다고 한다면 기본권 보호의무의 불이행을 다투는 헌법소원의 심판대상에서는 보호의무에 상응하는 보호청구권도 당연히 존재하는 것으로 보아야 할 것이다. 다만 적법요건의 단계에서는 보호청구권이 존재하는가의 여부만 문제될 뿐, 실제 보호청구권이 침해되었는가의 여부는 본안판단에서 다루어져야 할 사항이다.

## 10. 작위의무의 판단을 어느 단계에서 할 것인지.

헌법소원절차를 통한 국민의 기본권보호의 확대라는 요청에 따

라, 적법요건으로서의 작위의무와 본안판단요건으로서의 작위의무를 구별할 필요가 있다는 견해가 주장된다. 그러나 부작위 헌법소원에서 부작위란 사실상의 개념이 아닌 법률상의 개념을 의미하는 것이다. 부작위라는 법률상의 개념 자체에는 작위의무의 존재가 이미 포함되어 있는 것이다. 따라서 부작위를 심판대상으로 하는 헌법소원에서 작위의무의 존재 여부는 부작위라는 개념 자체가 인정되는가, 다시 말해 헌법소원의 심판대상 자체가 존재하는가의 문제에 해당되는 것이다. 헌법상 도출되는 일정한 작위의무가 확인되지 않는 부작위는 단순한 사실상의 부작위로 헌법소원의 심판대상 자체에 포함되지 않기 때문이다. 이러한 관점에 비추어 볼 때, 작위의무의 존재여부를 본안판단에서 심사하자는 주장은 부작위라는 개념의 특성에 맞지 않는 것이다. 나아가 작위의무의 존재를 적법요건과 본안판단에서 각각 구별하여 심사하자는 주장에 대해서도, 그 구별기준이 명확하지 않다는 것과 그러한 구별이 과연 허용될 수 있는가의 의문이 제기된다. 결국 부작위 헌법소원에서 작위의무의 존재 여부는 심판대상인 부작위의 개념 자체에 포함되는 것으로 적법요건 단계에서 판단할 문제라고 할 것이다. 다만, 작위의무의 존재 여부가 부작위에 대한 헌법소원에서는 가장 본질적인 문제에 해당되므로, 이에 대한 판단에는 좀 더 신중을 가할 것이 요구된다.

## 11. 보충성의 원칙

부진정입법부작위의 경우 불완전·불충분한 입법 그 자체가 헌법소원심판의 대상이 되므로 이에 대해서는 법률에 대한 헌법소원심판과 마찬가지로의 내용이 적용된다. 법률에 대한 기본권침해를 구체해 주는 다른 구체절차가 존재하지 않으므로, 부진정입법부작위의 경우 일반적으로 보충성원칙의 예외가 인정된다. 반면 불완전·불충분한 입법이 집행행위를 전제로 한다면 곧바로 헌법소원심판을 청구할 수 없다. 집행행위를 매개로 한 불완전·불충분한

법률에 대해서는 위헌법률심판절차나 헌법재판소법 제68조 제2항의 규범통제형 헌법소원심판을 청구해야 한다. 입법자가 작위의무를 이행하지 않아 기본권침해를 야기한 법규가 전혀 존재하지 않는 진정입법부작위의 경우에도 보충성의 원칙은 일반적으로 요구되지 않는다. 입법부작위의 위헌상태를 다룰 수 있는 통상적인 권리구제절차가 존재하지 않기 때문이다

행정부작위를 심판대상으로 하는 헌법소원에서도 다른 헌법소원과 마찬가지로, 헌법재판소법 제68조 제1항 단서 보충성의 원칙이 충족되어야 한다. 행정부작위에 의한 기본권침해상태를 다른 법률을 통해 구제받을 수 있는 수단으로는 행정소송법상의 부작위위법확인소송제도가 있다. 이를 검토해 보면 신청을 전제로 한 행정처분의 부작위에 대해서는 행정소송법상의 부작위위법확인소송을 거칠 것이 필요하고, 신청을 전제로 하지 않은 행정작용의 부작위에 대해서 헌법소원심판의 청구가능성이 인정된다. 그 밖의 경우 헌법재판소가 일반적으로 인정하고 있는 보충성원칙의 예외에 따라, 행정부작위에 대한 기본권침해의 경우에도 법률상 다른 권리구제절차가 없는 경우, 청구인의 귀책사유로 돌릴 수 없는 정당한 이유로 전심절차를 거치지 아니한 경우, 통상의 권리구제절차로 권리가 구제될 가능성이 희박하고 기본권 침해를 당한 자에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것밖에 되지 않는 경우, 기타 전심절차를 거칠 것을 기대하기 어려운 경우 헌법소원심판청구가 가능하다.

## 12. 청구기간

부진정입법부작위의 경우 공권력의 불행사를 근거로 한 헌법소원이 아니라 불완전·불충분한 법률규정 자체에 대한 헌법소원심판으로 보아야 하기 때문에, 법령에 대한 헌법소원심판의 청구와 마찬가지로 청구기간이 적용된다. 진정입법부작위의 경우 기본권 침해상태가 계속해서 존재한다는 점을 이유로 청구기간이 적용되지 않는다. 진정입법부작위의 경우 부작위의 상태가 특정한 시점

에 확인되는 경우에도, 기본권침해행위는 계속해서 존재한다는 점에서 청구기간이 적용되지 않는다. 청구인이 주장하는 내용의 법률이 입법과정에서 논의되었으나 부결된 경우에도 마찬가지이다. 부작위에 해당되는 법적 공백상태는 여전히 존재하며, 따라서 기본권침해행위는 변함이 없기 때문이다.

행정부작위에 의한 기본권침해의 경우에도, 행정청이 작위의무를 이행하지 않는 한 기본권침해상태는 계속해서 존재하는 것이므로 청구기간이 적용되지 않는다. 반면 행정청이 부작위 상태를 중단하고 요구되는 행정행위를 이행한 경우에는, 청구기간이 적용된다고 해석된다. 더 이상 부작위로 인한 침해상태가 계속해서 진행되지 않고 있기 때문이다.

### 13. 기본권침해가능성

헌법소원심판을 청구하기 위해서는 헌법상 보장된 기본권의 침해 가능성이 존재해야 한다. 기본권 침해가능성 요건은 부작위 헌법소원심판의 경우에도 그대로 적용된다. 헌법소원심판을 청구하기 위해서는 단순히 공권력이 헌법상 부여된 작위의무를 이행하지 않았다는 점만을 제시하는 것으로는 부족하고, 이와 같은 부작위로 인하여 헌법상 보장된 자신의 기본권이 침해되었다는 점을 주장해야 한다. 기본권 침해를 주장하지 않고 단순히 법률의 제정이나 개정 또는 폐지를 주장하는 헌법소원심판은 부적법한 것이 된다. 헌법재판소가 공권력의 불행사를 심판대상으로 한 헌법소원의 적법요건을 심사하는 과정에서 물론 가장 본질적인 문제인 작위의무의 존재여부를 집중적으로 심사하게 되지만, 이와 관련하여 부작위로 인해 헌법상 보장된 기본권의 침해 가능성 여부도 판단해야 한다.

### 14. 기본권침해상태의 주장책임

헌법소원심판을 청구하기 위해서는 청구인 자신이 공권력의 어떠한 행사 또는 불행사를 통해 자신의 어떠한 기본권이 어떠한 방식으로 침해되었는가의 여부를 주장할 책임이 있다. 청구인의 기본권침해 주장책임을 인정하는 경우에도 부작위를 심판대상으로 하는 헌법소원에서 어느 정도까지 주장을 해야 하는가 문제될 수 있다. 독일의 논의내용을 검토해 보면, 입법부작위를 대상으로 하는 헌법소원심판청구의 경우 청구인은 어떠한 점에서 입법부작위가 존재하는지의 여부만을 주장하면 된다. 청구인은 자신의 기본권 침해를 보호해 주지 못하는 특정한 법률규정이 존재하지 않는다는 정도의 내용을 설명하면 족하고, 구체적으로 어떠한 형태와 내용의 법률규정을 제정해야 하는가의 내용까지는 주장할 책임이 없다. 이제까지 존재하는 법적 상태만으로는 자신의 기본권침해를 충분히 보호할 수 없다는 주장으로 족하며, 희망하는 법률규정의 구체적 내용까지 제시할 필요는 없다는 것이다. 다만 이러한 경우에도 청구인은 자신의 기본권침해상태를 야기한 공권력의 불행사는 특정해 줄 필요가 있다. 가령 법률규정의 미비로 인한 경우에는 입법부작위로 인한 기본권침해 또는 집행행위의 불행사를 통한 기본권침해의 경우 행정부작위로 인한 기본권침해 등이 그 예에 해당된다.

## 15. 법적 관련성

헌법소원심판절차에서 요구되는 법적 관련성의 내용은 공권력의 불행사를 심판대상으로 하는 헌법소원에서도 마찬가지로 요구된다. 부작위 헌법소원심판에서도 공권력의 부작위로 인해 청구인 자신의 기본권이 현재 그리고 직접 침해되어야 한다. 그러나 입법부작위의 경우 기본권침해의 직접성은 별도로 심사할 필요가 없이 원칙적으로 인정된다. 입법부작위는 입법의 부재를 그 대상으로 하는 것이므로, 법률자체가 존재하지 않기 때문에 법률의 시행을 전제로 하는 법률의 집행행위란 있을 수 없는 것이다.

자기관련성의 관점에서 입법부작위, 특히 기본권보호의무 위반을 근거로 청구되는 입법부작위에 대한 헌법소원심판은 특별한 주의가 요청된다. 환경위험이나 교통사고위험 등과 같이 오늘날 일반화된 위험으로부터 기본권을 보호하기 위한 부작위 헌법소원심판청구는 자칫 민중소송화될 우려도 있기 때문이다. 그러나 위와 같은 일반화된 위험에 처해진 다수의 기본권주체들이 공권력의 부작위로부터 각각 자신의 기본권이 침해되었다는 주장이 가능하다면, 이는 민중소송이 아닌 적법한 헌법소원심판청구가 될 것이다.

## 16. 권리보호이익과 심판이익

헌법소원제도는 국민의 기본권을 보호하기 위한 주관적 권리구제절차이므로 권리보호의 이익이 적법요건의 하나로 인정된다. 이는 부작위를 심판대상으로 하는 헌법소원에서도 그대로 적용된다. 따라서 작위의무를 이행하지 아니한 공권력의 불행사로 인하여 자신의 기본권이 침해되었다는 주장으로 헌법소원심판이 청구되었으나, 심리 도중 해당 공권력 주체가 (법률을 제정하거나 처분을 부과하는 등의) 작위의무를 이행하여 기본권침해가 구제된 경우에는 권리보호이익이 존재하지 않는 부적법한 청구가 된다.

헌법소원제도는 객관적 헌법질서를 수호한다는 기능도 실현하기 때문에 권리보호이익이 존재하지 않는 경우에도 객관적 헌법질서의 수호를 위해 심판의 이익을 인정하여 본안판단을 할 수 있다. 기본권침해행위가 종료되어 주관적 권리구제에는 별 도움이 되지 않는다 하더라도 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판청구의 이익을 인정할 수 있는 것이다. 이와 같은 심판청구 이익에 대한 요건과 내용은 공권력의 불행사에 대한 헌법소원에서도 공권력의 행사에 대한 헌법소원과 마찬가지로 적용된다.



## 제4장 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판에 있어서 본안심사

정태호

본장의 과제는 헌법의 명문규정에 의해 또는 헌법해석상 작위의무를 지는 공권력 주체에 따라 부작위 헌법소원의 유형을 구분하고, 적법요건 심사를 통과한 각 유형의 헌법소원의 본안심사와 관련된 문제를 검토하는 것이다. 물론 부작위 헌법소원의 경우 적법요건의 문제와 본안심사의 대상이 명쾌하게 구분되지 않는 경우가 종종 발생하고 관례에서도 부분적인 동요가 확인되고 있기 때문에 본 장에서도 양 영역을 가르기 위한 작업을 부분적으로 하지 않을 수 없다.

어쨌든 헌법소원심판절차에서 본안심사의 핵심은 청구인의 주장이 공권력의 행사 또는 불행사가 실체헌법, 특히 기본권규정 내지 기본권에 대한 제한이 합헌성을 띠기 위한 적극적·소극적 요건을 규율하고 있는 헌법규정 내지 헌법원리에 비추어 타당성이 있는 것인지를 판단하는 것이므로, 본안심사는 기본권해석론 전반을 활용할 수밖에 없다. 그러나 본장의 과제는 기본권해석론에 대한 상론이 아니라 부작위 헌법소원청구의 인용여부를 심사할 때 지켜야 할 틀을 구명하는 것이다. 다만, 기본권보호의무 심사구조는 방어권과 같은 전통적인 기본권 기능의 존중여부에 대한 심사구조와는 달리 충분히 해명되지 않은데다가 공권력에게 작위의무를 부과하는 고전적 기본권의 기능에 비하여 공권력의 진정부작위를 유발할 가능성이 비교적 높기 때문에 비교적 심도 있게 서술하기로 한다. 기본권보호의무의 심사구조에 대한 개관은 입법부작위 부분에서 전개하고, 이를 다른 유형의 부작위 헌법소원에서 원용하면서 각 유형별로 특별한 사항에 대해서만 언급하기로 한다.

## 제1절 입법부작위 헌법소원에서의 본안심사

### I. 명시적 입법위임의 불이행을 다투는 입법부작위 헌법소원의 본안심사

#### 1. 적법요건으로서의 기본권 실현을 위한 입법위임의 불이행

명시적 입법위임의 불이행을 다투는 고전적 진정입법부작위 헌법소원청구가 인용되기 위한 전제는, 입법위임의 내용과 범위의 핵심을 규정한 헌법의 명시적 위임이 존재함에도 불구하고 입법자가 그 위임을 이행하기 위한 입법을 전혀 하지 아니한 상태의 존재이다.

그러나 헌법에 명시된 기본권 관련 입법위임을 전혀 이행하지 않은 경우 문제되는 진정입법부작위의 존재는 헌법소원절차에서는 본안판단의 문제가 아니라 적법요건의 문제이다.

입법자가 어떤 식으로든 헌법에 의해 위임된 입법위임을 이행하기 위한 입법을 하였다면, 통상적인 경우 입법부작위는 존재하지 않는다. 입법의 결과가 기본권의 제한이나 형성에 관한 헌법적 정당화요건을 충족하지 못했거나 그 이행에 불완전한 측면이 있더라도 진정입법부작위는 존재하지 않으며, 제정된 법률의 위헌성이 문제될 뿐이다. 단, 입법위임에 의하여 규율될 대상이 가분적 성격을 띠고, 입법자가 그 가분적 일부에 대해서 입법을 한 경우에만 진정입법부작위가 인정될 수 있을 것이다.<sup>1)</sup>

---

1) 가령 BVerfGE 6, 257; 15, 46 참조.

## 2. 본안심사의 구조

### 가. 입법의무 불이행의 정당화사유 존부 심사

#### (1) 상당한 기간의 경과

입법자가 헌법의 명시적 입법위임에 의해 부과된 입법의무를 이행하려면 사리상 어느 정도의 시간이 필요하다. 입법자에게 불가능한 것을 요구할 수는 없기 때문이다. 그렇기 때문에 입법자가 입법위임에 의해 부과된 입법의무를 이행하고 있지 않더라도 입법작업에 소요되는 상당한 기간이 경과하지 않으면 그 입법부작위를 위헌으로 확인할 수는 없다.

새 헌법이 제정되거나 기존 헌법이 개정되면서 새 헌법 또는 개정 헌법규정의 시행을 뒷받침하기 위하여 필요한 법률제정작업에 필요한 시간을 충분히 반영하여 설정된, 새 헌법 또는 개정헌법규정의 발효를 위한 경과기간이 종료된 경우에는 입법자에 의한 입법의무 불이행은 특단의 사정이 없는 한 정당화되기 어려울 것이다. 헌법이 입법위임의 이행을 위한 특별한 기간을 설정하고 있는 경우도 마찬가지이다. 이 경우 입법을 위한 기간 동안 관련 법률이 제정되지 않으면 헌법재판소는 특별한 사정이 없다면 부작위를 위헌으로 확인할 수 있다.

새 헌법이나 개정된 헌법규정이 시행을 위해 필요한 경과기간을 거치지 않고 바로 시행·발효되었거나 경과기간은 있었으나 그 기간이 충분하지 않았다면 입법부작위의 존재만으로는 그 위헌을 확인할 수는 없다. 그러한 경우에는 위임받은 입법작업에 필요하다고 객관적으로 평가되는 기간이 지났음에도 입법자가 해당 법률을 제정하지 않고 있을 때에만 입법부작위를 위헌으로 선언할 수 있다고 보아야 한다.

한편, 전쟁 등과 같은 불가항력적 사유로 입법자가 입법작업을 정상적으로 진행하기 어려운 특별한 사정이 있었던 경우에는 입법자에게 그러한 사유가 존재했던 기간과 그 사유가 종료된 후 국회

가 정상화되는 데 필요한 기간을 추가적으로 인정해야 할 것이다.

그러나 제헌헌법 이래 수차례의 헌법개정을 거쳐 1987년 헌법이 시행된 지 30년 이상의 시간이 흘러 어느 선진법치국가들 못지않은 고도의 법제화가 이룩된 현재 헌법에 존재하는 다양한 형태의 고전적 입법위임(형성유보 있는 자유권, 각종 청구권적 기본권, 사회적 기본권에 포함되어 있는 명시적·묵시적 입법위임)을 입법자가 이행하지 않고 있는 영역이 남아 있을지 의문이다. 따라서 이와 같은 유형의 입법위임이 이행되지 않아 관련 기본권이 침해되었다는 이유로 제기되는 진정입법부작위 헌법소원이 적법성 심사를 통과할 수 있는 가능성은 현실적으로 낮다고 밖에 할 수 없을 것이다.

다만, 과거에는 어떤 보장내용에 포함되지 아니하였으나 해당 기본권의 보장내용에 대한 해석이 변화하였고 그 보장내용의 실현을 위해서는 입법이 필요한 경우 진정입법부작위가 인정될 여지가 생길 것이다. 가령 헌법재판소는 장애인의 이동편의를 위해 저상버스를 운행해야 하는 것이 헌법 제34조 인간다운 생활할 권리의 내용이 아니라 입법정책의 문제에 불과하다고 판단하여 저상버스를 도입하지 않고 있는 보건복지부장관의 부작위가 인간다운 생활을 할 권리를 침해한다는 이유로 제기된 헌법소원을 부적법 각하하였다.<sup>2)</sup> 그러나 인간다운 생활을 할 권리에 장애인이 정치적·사회적·경제적·문화적 생활에 참여하여 인간다운 생활을 할 수 있도록 자유롭게 이동할 수 있는 사실상의 여건의 조성을 요구할 권리가 인정되는 방향으로 해석론이 변화한다면, 인간다운 생활을 할 권리로부터 관련 입법의무가 도출될 것이다. 입법자가 그와 같은 입법의무에도 불구하고 관련 법률의 제정을 해태한다면 진정입법부작위 상태가 발생하게 되는 것이다.

---

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

## 나. 입법부작위의 여타 정당화사유?

국회의 입법부작위의 경우 행정입법부작위나 행정부작위와는 달리 시간적 요소 이외에는 그 부작위를 정당화하는 사유의 존재를 통상적인 경우에는 상상하기 어렵다. 다만, 다음과 같은 사유들을 가정해 볼 수 있을 것이다.

### (1) 판례에 의한 대체가능성?

판례가 위임된 입법의 역할을 대신하는 상황이 출현하는 것이 이론적으로 불가능한 것은 아니다. 헌법이 입법자에게 가령 노사간 분쟁발생시의 임금지불 여부 및 범위에 관한 규율을 위임하고 있으나, 이 문제에 대한 노조와 기업을 비롯한 사회적 합의가 형성되어 있지 않아 관련 입법을 둘러싼 치열한 정치적·사회적 대립이 지속되고 있다고 상정하면, 국회가 정치적으로 부담되는 문제의 법률의 제정을 회피할 수도 있을 것이다. 이 경우 법원은 실제로 발생한 쟁의기간 동안의 임금 등을 사용자에게 요구하는 노동자들의 청구에 대한 재판을 거부할 수 없을 것이고, 그에 따라 실제로 발생한 파업에서 사용자의 임금지불 의무의 존부 및 범위를 확정하는 판례를 형성하게 될 것이며, 이 경우 그 판례는 법률의 역할을 사실상 대신하게 된다.<sup>3)</sup> 그렇지만 입법자가 자신에게 부여된 입법위임을 이행하지 않은 것이 헌법적으로 정당화될 수 없다. 판례에 의한 법률의 대체가능성을 인정하는 것은 권력분립원리, 민주주의원리에 반하게 될 것이기 때문이다.

---

3) 참고로 대법원은 무노동·무임금의 원칙에 대하여 과거 임금의 내용을 교환적 부분과 생활보장적 부분으로 구별하여 근로의 대가로 받는 교환적 부분은 무노동·무임금의 원칙에 따르지만 근로자로서의 신분 때문에 받는 생활보장적 부분은 파업기간중에도 지급해야 한다는 입장을 취했다. 그러나 대법원은 그 후 이러한 ‘무노동·부분임금’의 설에서 ‘무노동·완전무임금’으로 판례를 바꾸었다(대판 1995. 12. 21. 94다26721).

## (2) 위헌적 입법위임의 문제

입법위임의 내용이 헌법의 기본원리나 근본적 헌법규정에 명백히 반하는 것이라면, 해당 입법위임의 불이행을 헌법에 위반된다고 할 수는 없을 것이다. 이 경우에는 위헌적인 내용의 입법위임을 포함하는 헌법규정 자체의 위헌성 문제도 제기될 것이다. 위헌적 헌법규정을 공권력의 행사의 일종으로 보아 헌법소원을 통해서 다룰 수 있는지, 그러한 헌법소원의 적법성이 인정된다고 하더라도 헌법규정에 대한 위헌심사가 가능한지<sup>4)</sup>의 문제가 제기될 것이다.

## 다. 입법부작위로 침해된 기본권의 확인

### (1) 침해된 기본권의 특징

입법부작위로 헌법상 보장된 청구인의 기본권이 침해되었어야 한다. 입법부작위 헌법소원의 적법요건 심사에서 입법부작위의 법적 관련성, 작위의무의 존재를 심사하면서 부작위로 침해될 가능성이 있는 기본권이 특정되는 경우가 대부분이겠지만, 본안에서는 관련 기본권의 보호영역 내지 보호내용과 그에 대한 침해여부를 제대로 심사한 후 침해된 기본권을 결정서의 주문에 표시하여야 한다(헌법재판소법 제75조 제2항). 이처럼 공권력의 행사 또는 불행사로 침해된 기본권을 특정하도록 한 것은 무엇보다도 공권력에 대한 교육효과를 제고하기 위한 것이다. 그렇지만 헌법재판소의 실무에서는 법령소원<sup>5)</sup>은 물론 부작위소원<sup>6)</sup>의 주문에서도 침해된

---

4) 헌법재판소의 관례는 이에 대해 부정적이다. 헌재 2001. 2. 22. 2000헌바38, 판례집 13-1, 289, 294-295, 이에 대해서는 1인의 반대 의견이 있음; 헌재 95. 12. 28. 95헌바3, 판례집 7-2, 841, 845-848; 김선택, 형식적 헌법의 실질적 위헌성에 대한 헌법재판 - 위헌적 헌법규범의 성립가능성과 사법심사가능성에 관하여 -, 법학논집 32(1996), 329 이하 참조.

5) 헌재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91, 115. 법령에 대한 헌법소원은 청구인의 침해된 기본권구제의 면도 있으나 객관적인 헌법질서의 확립이라는 성질이 더 부각되어야 할 것이고, 법 제75조 제2항의 취지가 동조 제3항 내지 제5항과의 관계에서 볼 때 입법권, 즉 법률에 의한 기본권침해의 경우에 부합하는 규정이라고 보여지지 않고, 오히려 동조 제6항이 헌법소원을 인용하여 법률의 위헌을 선고할 경우에는 법 제45조, 제47조의 규정

기본권을 특정하지 않고 있다. 침해된 기본권의 특성은 결정이유에서만 행해진다.

한편, 일반적으로 어떤 기본권의 실현을 위한 명시적인 입법위임에 따른 입법의무가 존재함에도 입법자가 그 의무를 이행하지 않으면 그 입법위임을 포함하고 있는 기본권이 침해될 것이나, 가분적인 입법위임의 일부분만을 이행한 경우에는 평등권과 같은 다른 기본권도 동시에 침해될 수 있다.<sup>7)</sup>

## (2) 소송물과 심사범위

헌법소원이 적법하다고 전제할 때 헌법재판소는 청구인이 침해당했다고 주장한 기본권 이외의 기본권침해여부, 나아가 객관적 헌법규범의 위반여부를 심사할 수 있는지가 문제된다. 이 문제는 헌법소원심판절차의 소송물(Streitgegenstand) 및 심사범위(Prüfungsumfang)의 문제<sup>8)</sup>이다.

‘소송물’ 이외에도 헌법소원절차에서는 이 절차가 비대실적 소송구조를 가지고 있음을 이유로 해서 ‘절차의 대상(Verfahrensgegenstand)’<sup>9)</sup>이라는 용어도 사용된다. 헌법재판소의 결정문에서는 소송물보다는 ‘심판의 대상’이라는 표현이 등장한다. 여기서는 혼란을 피하기 위하여 일반소송법학에서 굳어진 용어인 소송물이라는 용어를 사용한다. 헌법재판소법도 소송물이라는 개념을 정의하고 있지는 않지만 헌법소원 청구사유(제68조 제1항), 헌법소원심판청구서의 필요적 기재사항(제71조 제1항 제1, 2, 3항)이나 인용결정의 내용(제75조 제2, 3항) 등에 관한 규율을 통해서 소송물 정의에 대

---

을 준용하도록 하고 있어서 구태어 주문에 침해된 기본권을 표시할 필요까지는 없다고 해석되기 때문이라고 하지만, 설득력이 없는 논증이다. 결정문 작성의 편의를 위해서 법률을 무시하는 것에 불과하다.

6) 가령 헌재 2018. 5. 31. 2016헌마626, 판례집 30-1 하, 279, 282; 헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788, 판례집 23-2 상, 366, 370 등 참조. 인용결정서의 주문에서 헌법재판소는 특정의 행정부작위가 위헌임을 확인하는 데 그치고 있다.

7) 가령 BVerfGE 6, 257 (264 f.); 15, 46 (75 ff.).

8) 이에 대해서는 Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., 2012, Rn 491 ff. 참조.

9) S. Detterbeck, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht, 1995, S. 305 ff. 및 그곳에서 인용된 문헌 참조.

한 중요한 지침을 주고 있다. 그에 따르면 헌법소원심판절차의 소송물은 청구인이 다투고 있는 공권력의 조치에 의하여 청구인이 주장하는 기본권이 침해되었는지 여부이다. 소송물을 구성하는 양대 개념요소 중 ‘청구인이 다투고 있는 공권력조치’의 의미에 대해서는 이견이 없지만, ‘청구인이 주장하는 기본권의 침해여부’라는 개념요소의 의미에 대해서는 견해가 갈린다. 헌법소원의 주관적 기능과 객관적 기능의 관계에 대한 오랜 논쟁의 유산이 영향을 미치고 있는 것이다. 객관적 소송물 개념(objektiver Streitgegenstands begriff)은 청구인의 기본권 침해의 주장을 생활사태의 주장으로 보고 청구인의 주장은 소송물에서 침해된 기본권을 한정하는 효과가 없다고 본다. 이에 따르면 헌법재판소는 ‘법은 법관이 안다’(jura novit curia)는 원칙에 따라 청구인이 다투고 있는 공권력조치가 기본권을 침해하는지를 청구인이 침해당했다고 주장하는 기본권에 국한하지 말고 헌법상 보장된 모든 기본권의 관점에서 심사하여야 한다고 본다.<sup>10)</sup> 이에 비하여 주관적 소송물개념(subjektiver Streitgegenstands begriff)은 청구인의 기본권 침해주장을 소원대상의 근거에 있는 생활사태만으로 보는 것이 아니라 청구인이 특정한 구체적인 사실관계, 즉 청구인 자신이 소원대상과 침해된 기본권을 결부시키고 있는 관계로 이해한다.<sup>11)</sup> 청구인은 공권력조치 자체를, 즉 모든 가능한 법적 관점에서 다투는 것이 아니라 그가 주장하는 기본권침해의 관점에서만 다투고 있다고 보는 것이다. 이 설에 따르면 헌법재판소는 청구인의 명백한 의사에 반해서 심사해야 하는 기본권을 확대할 수 없다.

어떤 소송물 개념을 취하느냐에 따라 헌법재판소의 심사범위까지 규정하고 제한한다. 헌법재판소가 소원청구가 이유 있는 것인지를 심사할 때 직권으로 청구인이 구체적으로 적시한 위헌사유

---

10) M. Sachs, Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen, 1977, S. 379; H. Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Stand 2018, § 90 Rn 175h.

11) Rennert, in: Mitarbeiterkommentar, 1. Aufl., 1992, § 95 Rn 14; Stark, in: Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Mitarbeiterkommentar, 2. Aufl., 2005, § 95 Rn 5; Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, Rn 493 f.



이외의 사유까지 확장할 수 있느냐의 문제에 대해서 답이 달라진다. 객관적 소송물설을 취하면 심사범위 확장은 당연히 가능하고 상황에 따라서는 그렇게 해야 할 의무가 있다고 본다.<sup>12)</sup> 반면, 주관적 소송물설을 취하면 헌법재판소는 청구인의 기본권침해 주장에 의해 한정되는 범위에서만 청구가 이유 있는지를 심사하여야 한다.<sup>13)</sup>

이 문제에 대한 독일 연방헌법재판소의 판례는 통일되어 있지 않다. 대체로 제2재판부는 객관적 소송물개념에 입각해 있고, 제1재판부는 주관적 소송물개념에 입각해 있는 것으로 분석되고 있다.<sup>14)</sup> 제2재판부는 헌법소원이 적법성심사를 통과하면 청구인이 다투고 있는 공권력조치의 위헌여부를 직권으로 청구인이 주장하고 있지 아니한 다른 기본권의 관점은 물론 모든 객관적 헌법규범의 관점에서든 심사할 수 있다고 본다.<sup>15)</sup> 반면 제1재판부는 초기에는 청구인이 주장하지 아니한 기본권의 침해여부도 심사하였으나,<sup>16)</sup> 그 사이 청구인에 의해 한정되는 주관적 소송물로 그 심사범위를 한정하고 있다.<sup>17)</sup> 독일 연방헌법재판소의 양 재판부의 이와 같은 입장 차이는 모든 관점에서 합헌성을 떠나 기본권제한은 해당 기본권침해를 의미한다는 취지의 엘페스(Elfes) 판결<sup>18)</sup>

12) M. Sachs, Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen, S. 380 ff.

13) Rennert, in: Mitarbeiterkommentar, 1. Aufl., 1992, § 95 Rn 14; Stark, in: Mitarbeiterkommentar, 2. Aufl., 2005, § 95 Rn 6; Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, Rn 495.

14) Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, Rn 496 및 그곳에서 인용된 문헌 참조.

15) BVerfGE 42, 312 (325 f.); 99, 100 (119) 참조.

16) BVerfGE 23, 153 (165 f.).

17) BVerfGE 82, 6 (18).

18) BVerfGE 6, 32 (41). 엘페스 판결의 범리에 관하여 자세한 것은 H.-U. Erichsen, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), HStR, VI, 1989, § 152 Rn. 44; R. Scholz, Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des BVerfG, AöR 100(1976), S. 95 ff.; J. Schwabe, Mißdeutungen um das Elfes-Urteil, DÖV 1973, S. 625 ff.; 정태호, 원처분의 헌법소원대상성에 관한 소고, 헌법논총 제6집, 1995, 280; 정태호, 헌법소원심판절차에 있어서의 청구취하의 효력의 제한에 관한 고찰, 공법연구 제24집 제2호, 1996. 6, 301 이하. 한편, 이처럼 심판기준을 확대하는 것은 그 권한일 뿐만 아니라, 그 의무가 있다고 보는 W. Seufert, Die Verfassungsbeschwerde in der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Das Bundesverfassungsgericht 1951-1971, S. 161 ff. 이에 관하여 자세한 것은 E. Träger, Zum Umfang von Prüfungsbefugnis und Prüfungspflicht des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsbeschwerde-Verfahren, FS für Willi Geiger, 1989,

의 법리를 통해 심사범위가 헌법질서 전체로 확대됨으로써 상당 부분 해소되고 있다. 즉 제1재판부는 엘페스판결의 법리에 의거하여 간접적으로, 즉 기본권과 내용상 관련이 있는 조직, 절차, 권한 규정과 같은 객관적 헌법규범의 위반여부를 헌법소원심판절차에서 심사하고 있는 것이다.

우리 헌법재판소의 관례에 의하면<sup>19)</sup> 헌법재판소로서는 청구인의 주장에 얽매어 청구인 주장의 당부에만 판단을 한정해야 하는 것이 아니라, 가능한 모든 범위에서 헌법상의 기본권침해유무를 직권으로 심사하여야 한다고 한다. 헌법재판소는 소송물의 두 번째 개념요소를 청구인이 주장하고 있는 생활사태로 이해하면서, 그것을 바탕으로 어떤 기본권이 침해되었는지를 판단하는 것은 헌법재판소의 일이라고 봄으로써 객관적 소송물 개념을 취하고 있는 것으로 해석된다. 그러나 헌법재판소가 헌법소원심판절차에서 독일 연방헌법재판소처럼 객관적 헌법위반여부까지 그 심사범위를 확장하지는 않고 있는 것으로 보인다.

생각건대, 헌법재판소법 제68조 제1항으로부터 청구인이 자신의 주관적 공권인 기본권의 침해를 주장해야 한다는 적법요건을 추출해 낼 수는 있으나, 청구인이 침해되었다고 주장한 기본권에 심사범위를 한정해야 할 헌법재판소의 의무는 도출되지 아니한다. 오히려 헌법재판소는 그에게 적법하게 제기된 심판청구를 자신의 관할법역인 헌법의 전체를 기준으로 판단하여야 하는 것이 원칙이다. 청구인은 자신의 심판청구가 인용되어 기본권침해를 구제받는 것을 희망하고 있으므로, 헌법재판소가 모든 가능한 관점에서 기본권침해유무 내지 헌법위반유무를 직권으로 심사한다고 하더라도, 그로 인하여 청구인에게 불이익이 발생하지 않는 한, 문제가 되지 않는다고 할 것이다. 이는 동일한 법규범의 합헌성여부가 심판절차가 달라지거나(위헌법률심판절차나 헌법소원심판절차나) 청구인(각 심판청구인마다 청구이유를 달리 구성할 수 있으므로)에

---

S. 763 ff.

19) 헌재 1989. 9. 4. 선고, 88헌마22 결정; 1993. 5. 13. 92헌마80 결정; 1993. 5. 13. 선고, 91헌마190 결정 등 참조.

따라 달리 판단되는 결과를 피할 수 있다는 점에서도 바람직하다. 결과적으로 헌법소원제도가 규범통제절차에 상당히 가깝게 접근하는 결과가 되지만, 헌법소원제도가 기본권을 비롯한 헌법의 수호·유지라는 객관적 기능을 수행한다는 점에 비추어 보면 무리 없이 이해될 수 있는 것이다.<sup>20)</sup>

다만, 애초부터 기본권과 관련이 없는 국가조직에 관한 입법위임을 입법자가 이행하고 있지 않고 있음을 다투는 경우에는 적법요건인 청구인적격 및 그 요소인 법적 관련성을 받기 어려울 것이다. 물론 독일의 상술한 엘페스 판결의 법리는 법적 관련성 요건을 돌파하는 데도 도움을 줄 수 있다. 엘페스 판결의 법리에 따르면 공권력의 모든 범저촉은, 따라서 행정청이나 법원에 의한 법률위반은 - 그것이 내용상 기본권과 관련성이 있는 한 - 기본권침해를 동시에 포함한다.<sup>21)</sup> 즉 법령에 저촉되는 조치는 그것이 행정처분이든 판결이든 법률적인 기초가 없는 것이며, 따라서 법치국가원리에 반하여 관련 기본권을 침해한다. 이 엘페스판결의 논리는 행정소송 및 헌법소송에 있어서도 매우 중요한 의미를 띤다. 즉 객관적 법규정의 저촉도, 해당 법규범이 주권적 공권을 보호하는 데 의미를 갖고 있는 한, 그 권리를 기초로 하여 행정소송이나 헌법소원의 적법한 대상으로 삼을 수 있다는 것이다. 처음에 독일 기본법 제2조 제1항으로부터 도출된 일반적 행동의 자유와 관련하여 개발된 이 논리는 이제 기본법상의 모든 기본권에 확대 적용되고 있다. 이 법리는 행정소송에 있어서 원고적격(Klagebefugnis),<sup>22)</sup> 헌법소원절차에 있어서의 청구인적격<sup>23)</sup>을 확장해 줄 수

20) E. Träger, FS für Willi Geiger, 1989, S. 779 참조.

21) 이로 인하여 그 효과 면에서 보면 엘페스판결의 논리는 법치국가원리의 주관적 권리화의 현상을 동반하게 된다고 주장하는 학자들도 있다. 이에 관하여 W. Schmidt, Die Freiheit vor dem Gesetz zur Auslegung des Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes, AöR 91 (1966), S. 42 ff. 참조.

22) 이에 관하여는 N. Achterberg, Die Klagebefugnis - eine entbehrliche Sachurteilsvoraussetzung? DVBl. 1981, S. 278 ff. 참조.

23) 예를 들면 엘페스논리는 헌법소원심판절차의 적법요건인 청구인적격 내지 소원적격에 다음과 같이 응용된다: “국민에게 부담을 주는 법규정의 수규자는 소원적격의 요건을 충족한다. 왜냐하면 동규정은 적어도 - 다른 기본권의 보호영역을 제약하고 있지 않는 한 - 수규자의 행복추구권을 제약하고 있기 때문이다. 동규정이 합헌성을 띠는지 여부

있다. 위법한 공권력의 행사는 적어도(보충적으로) 일반적 행동의 자유로 이해된 개인의 행복추구권을 침해하는 것이 되기 때문이다. 그렇기 때문에 어떤 법률의 제정절차가 헌법이나 국회법에 위반된다고 하더라도 그러한 사유만으로는 그 법률로 인하여 국민의 기본권이 현재, 직접적으로 침해받는다고 볼 수 없으므로 헌법소원심판을 청구할 수 없다는 헌법재판소의 판례<sup>24)</sup>는 기본권제한적 법률유보 그리고 헌법이 정한 입법절차에 담긴 민주적·법치국가적 의미를 고려할 때 헌법재판소의 판례는 시급히 시정되어야 한다고 본다.<sup>25)</sup>

#### 라. 입법부작위 위헌확인

진정입법부작위로 기본권이 침해되었다고 판단되는 경우 헌법재판소는 그 결정의 주문에서 청구인이 다투고 있는 입법부작위가 위헌임을 확인할 수밖에 없다. 취소하거나 무효로 선언하여야 하는 공권력조치가 존재하지 않기 때문이다. 헌법재판소는 자신이 확인한 위헌상태를 적극적으로 제거할 수 있는 권한이 없다.<sup>26)</sup> 그러므로 입법의무의 불완전한 이행, 따라서 법률의 불완전성을 다투는 부진정입법부작위 헌법소원이 인용될 경우 대두되는 결과고려를 위한 변형결정의 문제도 제기되지 않는다.

## II. 기본권보호를 위한 입법의무 불이행을 다투는 헌법소원의 본안심사

상술한 것처럼 전통적인 기본권들이 우리 헌법에 의해서 보장되

---

는 이유의 문제이지 적법성판단의 문제는 아니다.” 그러므로 수급자는 소원적격과 관련하여 자신이 다투고 있는 법규정의 수급자임을 주장하면 된다.

24) 헌재 1998. 8. 27. 97헌마8, 판례집 10-2, 439 - 노동조합및노동관계조정법 등에 대한 날치기처리에 대한 헌법소원.

25) 이에 대하여 상세한 것은 김하열, 입법절차의 하자를 다투는 헌법소원, 고려법학 55권(2009.12), 101 이하 참조.

26) Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, Rn 619.

고 그 실현을 위해 필요한 다수의 법률이 제정·시행되기 시작한 지 오래되었기 때문에 고전적인 기본권 기능의 차원에서는 진정입법부작위가 인정되기 쉽지 않다. 이에 비해서 고전적 기본권들에 대한 재해석을 통해서 종래에는 인정되지 않던 새로운 기본권 기능 내지 법적 효과가 인정되고, 이와 같은 새로운 기본권적 효과를 국가가 존중하기 위해서는 입법이 필요함에도 입법이 이루어지고 있지 않은 경우에는 진정입법부작위가 발생할 가능성이 비교적 크다.

기본권을 객관적 가치질서의 요소로서 이해하면 기본권은 그 개방성과 불확정성으로 인하여 그로부터 유래하는 권리의 주체, 그 의무의 주체, 그리고 그 권리 또는 의무의 내용 등 3가지 면에서 추상화되면서 결국 ‘개인의 자유를 존중하고 실현하라’는 당위적 명령으로서의 의미를 갖게 된다.<sup>27)</sup> 그에 따라 국가는 기본권을 다양한 수단과 방법을 통해서 실현하여야 하는 의무를 지게 된다. 특히 입법자는 기본권에 의해서 보장된 자유가 처한 그때그때의 위험상황에 대처하는 입법적 조치를 취해야 할 의무를 지게 된다. 따라서 기본권은 사인에 의한 다른 사인의 기본권적 범익에 대한 위해에 대하여 기본권을 보호해야 할 의무(기본권보호의무), 어떤 조직내에서 다수의 기본권주체들이 대립, 경쟁하는 경우 그 조직의 기능이 제대로 발휘되고 또 각 기본권주체들이 조화롭게 기본권을 행사할 수 있게 하는 조직을 형성해야 할 의무를 부과하며(조직형성의 지침: 조직형성을 위한 규범적 급부의무),<sup>28)</sup> 기본권의 실효적 행사와 보호를 위하여 필요한 절차를 마련하고 또 형성하여야 할 의무를 부과하며(절차형성의 지침: 기본권의 실효성 있는

27) Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 477 ff.; ders., *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen*, *Der Staat* 1990, S. 49, 57. 그는 이것을 기본원리(Grundprinzip)라고 지칭하고 있다. 인권과 정의 8월호, 1997, 83 이하. 기본권의 객관법적 효과에 대한 개관으로는 Jan Schapp, *Grundrechte als Wertordnung*, *JZ* 1998, S. 913 ff.

28) 가령 독일 연방헌법재판소는 학문의 자유로부터 국가의 그에 대한 침해금지뿐만 아니라 자유로운 학문 활동이 가능하도록 적합한 조직상의 조치를 통해 대책을 세울 의무도 도출하였다. 그리하여 교수의 영역에서 대학교수들이 결정적인 영향력을 행사할 수 있어야 하고, 연구문제와 교수초빙문제에서 대학교수집단이 결정권을 보유하고 있어야 하며, 특히 교수초빙과 관련하여 비학문종사자가 공동결정권을 행사하는 것은 허용되지 않는다고 판단하였다(BVerfGE 35, 79 [112 ff.]).

행사를 보장하는 절차형성을 위한 규범적 급부의무),<sup>29)</sup> 자유행사의 가능성이 물질적 전제와 결부되어 있는 경우 경우에 따라서는 입법자에게 개인에게 급부를 제공하는 내용의 입법을 하여야 할 의무를 부과하기도 한다(급부의무: 사실적 급부의무)<sup>30)</sup>. 기본권을 이처럼 객관적 가치로 이해할 경우 기본권은 입법자에게 헌법에 보장된 적극적·능동적 지위에 속하는 권리들이 요구하는 것과는 비할 수 없을 정도로 강력하게 입법자에게 적극적인 행위를 할 것을 요구하게 된다. 물론 기본권에서 도출되는 이와 같은 객관법적 효과는 다시 그에 상응하는 개인의 헌법적 청구권을 낳는다. 즉 보호의무로부터 보호요구권이, 설비, 급부, 절차의 형성을 위한 기준으로부터 참여권이 발생하고 있다. 독일 연방헌법재판소 판례의 발전을 돌이켜 보면 기본권의 객관법적 기능은 새로운 주관적 권리들의 산파임을 알 수 있다.

여기서는 이처럼 입법자에게 입법의무를 부과하는 다양한 기본권의 기능 중 헌법재판소가 명시적으로 수용한 기본권보호의무를 이행하기 위하여 입법의무를 지는 입법자가 그 의무를 이행하지 않음으로써 발생하게 되는 진정입법부작위의 문제만을 고찰의 대상으로 삼는다. 물론 대부분의 영역에서 이미 기본권을 보호하기 위한 법률들이 제정·시행되고 있을 것이다. 따라서 진정입법부작위보다는 이미 시행되고 있는 보호입법의 실효적 보호수준이 헌법이 요구하는 수준에 미달되었거나 보호대상에서 부당하게 제외됨으로써 자신의 관련 기본권이 침해되었음을 주장하는, 즉 기존 보호입법의 불완전함으로 인해 자신의 기본권이 침해된다고 주장하는 부진정입법부작위 헌법소원만이 본안심사에 이르게 될 것이다. 그러므로 이 영역에서의 진정입법부작위는 기본권적 법익을 위협하는 새로운 유형의 위협이 출현했고, 그 위협에 실효적으로 대처하려면 특별한 보호입법이 요구됨에도 불구하고 입법자가 그러한 입법을 지체하고 있는 많은 경우어나 인정될 수 있을 것이다.

29) 독일 연방헌법재판소는 예술의 자유로부터 청소년유해서적을 선정하는 행정절차의 형성과 관련하여 예술의 본질인 다양성을 고려할 수 있도록 위원회가 구성되어야 한다는 효과를 이끌어 냈다(BVerfGE 83, 130 [149 f.] - 조세핀 무첸바하 결정).

30) BVerfGE 33, 303 (330 f.) - numerus clausus(대학입학정원) I.

본 장의 과제는 진정입법부작위 헌법소원심판절차의 본안심사의 특수한 구조를 구명하는 것이므로 보호의무와 관련해서도 진정입법부작위가 인정될 수 있는 기준을 제시하는 것으로 충분할 것이다. 그렇지만 기본권보호의무론이 우리 판례에 수용된 지 그리 오래되지 않았을 뿐 아니라 보호의무론의 발원지인 독일에서조차 그 위반여부를 심사하는 일반적인 심사구조나 심사기준이 확고히 형성되지 않고 있는 상태다. 이 때문에 여기서 그 심사구조 및 심사기준을 개관한 뒤에 진정입법부작위 헌법소원의 본안문제인 입법자의 부작위로 인한 기본권보호의무 위반여부를 가리는 특수한 심사구조를 밝혀 보기로 한다.

### 1. 적법요건으로서의 추상적 보호입법의무의 존재와 그러한 의무에 대응하는 보호입법의 부재

입법의무가 헌법의 명시적 입법위임에 의하여 부과되는 것이 아니라 기본권보호의무처럼 헌법해석상 도출되는 의무인 경우에는 기본권보호의무의 규범구조에 비추어 볼 때 구체적 입법의무의 존부에 대한 판단이 복잡하기 때문에 적법요건단계에서는 추상적 작위의무(가령 인간생명보호를 위한 기본권보호의무 및 이를 이행하기 위한 입법의무) 존부만을 심사하고, 본안판단에서는 청구인이 주장하는 구체적 작위의무의 존부(가령 인간생명보호를 위해 청구인이 주장하는 내용의 구체적인 입법을 하여야 할 의무가 있는지 여부)를 심사하여야 한다.

그에 따라 헌법해석상 도출되는 작위의무를 이행하도록 강제하기 위한 진정입법부작위 헌법소원의 특별한 적법요건으로는 입법자의 추상적 부작위로 인한 청구인의 기본권에 대한 타격(법적 관련성)의 존재, 입법자의 추상적 작위의무의 존재, 입법자의 부작위의 (부)진정성(즉 청구인이 주장하는 문제를 규율하는 입법이 전혀 없는지, 아니면 관련 입법이 있으나 불완전한 것인지) 여부를 심사하고, 본안에서는 구체적 작위의무의 존부, 구체적 작위의무 불이행의 정당화사유 존부, 작위의무위반으로 인한 청구인의 기본

권 침해여부를 심사하여야 한다고 본다.<sup>31)</sup>

한편, 입법자만이 아니라 모든 국가권력이 기본권보호의무를 지고 있고 또 그 의무를 이행할 수 있다는 사정은 입법자에 대하여도 보호청구권을 행사할 수 있는 법적 상태를 확정하는 문제에 대하여 중요한 의미를 갖고 있다. 행정과 사법이 입법자가 마련한 법질서를 토대로 이미 충분한 수준의 보호를 제공하고 있고, 따라서 국가의 보호의무를 이행하고 있다면, 입법부작위를 이유로 입법자를 탄핵할 수는 없다. 행정과 사법이 현 법질서를 토대로 독자적인 책임 하에 활동할 수 있는 여지를 충분히 활용함으로써 실효성 있는 충분한 보호를 제공할 수 있는 경우에도 마찬가지이다. 특히 입법자가 특정 법률을 제정하지 않아 기본권을 침해하고 있다는 입법부작위 헌법소원은 법원과 행정의 기본권합치적 해석과 적용을 통해 충분한 수준의 기본권보호를 보장해 줄 수 있는 법규범이 존재하는 경우에는 언제나 적법성심사를 통과할 수 없다. 그런데 현대의 법제화 현황을 감안하면 대부분의 경우에 그러한 법규범이 존재할 것이다. 이와 같은 사정 때문에 보호입법의 부재를 이유로 하는 헌법소원은 적법성심사를 통과하지 못할 가능성이 높을 수밖에 없다.<sup>32)</sup> 헌법재판소가 입법자의 보호의무 불이행 내지 불완전 이행을 다루는 헌법소원에서 충분한 수준의 보호가 제공되는지를 심사할 때 모든 국가작용의 보호활동을 고려해야 하는 것도 이 때문이다.<sup>33)</sup>

---

31) 독일연방헌법재판소도 입법부작위에 대한 대표적인 헌법소원사건에서 그와 같은 심사방식을 취한 것으로 분석된다. 이에 관한 소개로는 Lechner/Zuck, BVerfGG, 6. Aufl. 2011, § 90 Rn. 110 ff.; Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 1988, Rn. 502 ff. 참조.

32) M. Möstl, Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflichten - Die Verfassungsbeschwerde gegen legislatives Unterlassen -, DÖV 1998, S. 1029, 1039 및 주 82에서 인용된 문헌 참조.

33) 가령 현재 2015. 4. 30. 2012헌마38, 판례집 27-1 하, 12, 30 이하는 담배로 인한 생명, 신체에 대한 위험에 대한 기본권보호의무를 충분히 이행하고 있음을 법률부터 시행규칙에 이르기까지의 여러 보호수단들을 제시하는 방식으로 논증하고 있다.



## 2. 기본권보호의무 위반여부에 대한 심사기준 및 통제강도

### 가. 우리 헌법재판소 판례

헌법재판소<sup>34)</sup>의 기본권보호의무 관련 판례를 분석해 보면 기본권보호의무 위반이 다투어지고 있는 사건에 대한 본안판단에서 헌법재판소는 보통 다음과 같은 논증절차를 밟는다. 독일 연방헌법재판소<sup>35)</sup>의 판례도 유사한 논증절차를 밟는다.

먼저 사건과 관련이 있는 기본권을 확정된 뒤 해당 기본권이 방어권 이외에도 국가에게 기본권보호의무를 부과하고 있는지를 검토하고, 이어서 해당 기본권이 어느 정도 해당 사건에서 타격을 받고 있는지를 확인한다. 다음으로 보호의무의 이행과 관련하여 보호의무의 규범구조적 특성에 비추어 볼 때 권력분립과 민주주의 원칙에 따라 입법자에게 폭넓은 예측·평가·형성의 여지가 주어졌음을 이유로 헌법재판소로서는 과소금지 위반여부만을 심사할 수 있을 뿐임을 확인한다.

그러나 이어지는 보호의무 위반여부를 가리는 심사기준을 구체화하는 대전제에 관한 양국의 헌법재판소의 판례에는 차이가 있다.

우리 헌법재판소의 판례는 두 가지 유형으로 나뉜다. 첫째 유형

---

34) 종합보험가입자를 위해 기소가 가능한 교통사고유형을 한정적으로 열거하고 있는 교통사고처리특례법상의 규정에 대한 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110 등, 판례집 9-1, 90, 119 이하; 확정장치를 사용한 선거운동을 허용하고 있는 공직선거법 규정에 대한 헌재 2008. 7. 31. 2006헌마711, 판례집 20-2 상, 345, 358 이하; ‘미국산 쇠고기 수입위생조건’에 관한 헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419 등, 판례집 20-2 하, 960, 974 이하; 교통사고처리특례법에 대한 제2차 결정인 헌재 2009. 2. 26. 200헌마764 등; 축산법상의 가축사육시설 등록기준에 관한 헌재 2015. 9. 24. 2013헌마384, 판례집 27-2 상, 658, 699 이하; 담배사업법에 관한 헌재 2015. 4. 30. 2012헌마38, 판례집 27-1 하, 12, 27 이하; 원자력이용시설 방사선환경영향평가서 작성 등에 관한 고시상의 규정에 대한 헌재 2016. 10. 27. 2012헌마121, 판례집 28-2 상, 654, 664 이하 등 참조.

그밖에도 부당해고에 대한 근로자의 보호의무에 관한 헌재 2002. 11. 28. 2001헌마50; 가축전염병예방방법상의 도축장 사용정지·제한명령에 관한 헌재 2015. 10. 21. 2012헌마367, 판례집 27-2 상, 708, 718-719; 대통령 박근혜에 대한 탄핵심판청구에 대한 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1, 45.

35) 가령 BVerfGE 142, 313 (337 f.) - 강제진료; 133, 59 (75 f.) - 입양(Sukzessivadoption); 121, 317 (356 f.) - 음식점에서의 흡연금지; 96, 56 (64) - 친부확인(Vaterschaftsaukunft).

은 기본권 기능의 하나로 기본권보호의무가 최초로 인정된 때부터 판례에 의해 채택된 것이다. 이 유형에서 헌법재판소는 과소(보호) 금지가 보호의무 위반여부를 가리는 심사기준임을 명시적으로 언급하는 한편, 입법자가 보호를 위해 필요한 입법을 전혀 하지 않았거나 현 보호입법의 현황이 기본권에 의해 보호되는 법익을 보호하기에 명백히 부족한 경우에만 위헌을 선언할 수 있다고 하여 그 통제강도를 명백성통제로 한정한다.<sup>36)</sup> 즉, “국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가 하는 이른바 ‘과소보호 금지원칙’의 위반 여부를 기준으로 삼아, 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 조치가 필요한 상황인데도 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것임이 명백한 경우에 한하여 국가의 보호의무의 위반을 확인하여야 하는 것”이다.

과소보호금지는 국가가 그 보호의무를 이행하기 위하여 충분한 규범적·사실적 조치를 취함으로써 - 상충하는 법익들을 고려하는 가운데 - 적절하고 실효적인 보호 수준에 도달할 것을 요구한다.<sup>37)</sup> 이처럼 과소보호금지에 입각하여 어떤 보호조치가 ‘기본권적 법익의 보호를 위한 적절하고 효율적인지’를 판단하는 것과 ‘국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것인지’의 판단이 같을 수 있는 것인지 의문이다. 명백성통제기준을 적용할 경우 헌법재판소는 입법자가 제시한 보호구상이 기본권적 법익을 전혀 보호할 수 없는 것이 명백한 경우에만 입법자의 보호구상을 탄핵할 수 있다. 반면, 과소금지는 입법자의 보호방안이 기본권적 법익의 보호를 위해 적절하고 효율적일 것을 요구하며, 이를 위해서 헌법재판소는 입법자가 제시하는 보호방안의 실효성과 그것을 통한 실제적 보호수준에 대한 섬세한 사실조사를 할 수 있게 된

36) 가령 헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419 등, 판례집 20-2 하, 960, 975; 헌재 1997. 1. 16. 90 헌마110등, 판례집 9-1, 90, 122.

37) BVerfGE 88, 203 (254); BVerfG, NJW 1995, S. 2343; NJW 1996, S. 651.

다. 이처럼 두 명제가 요구하는 보호의무의 이행수준 자체가 다르다. 그럼에도 제1유형의 판례는 이처럼 심사기준, 그에 따라 기본권적 법익에 대한 보호수준이 다른 과소보호금지와 이른바 명백성공식을 하나의 공식으로 결합시켜 놓음으로써 보호의무의 법리에 대한 이해부족을 드러내고 있다는 비판을 피하기 어렵다고 본다.

둘째 유형은 후에 형성된 판례에서 제시된 것으로서 과소금지를 명시하지 않은 채 보호의무 위반의 기준만을 제시하고 있을 뿐이다.<sup>38)</sup> 이 유형의 판례에 의하면 “국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는, 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는지를 기준으로 삼아야 한다.”

헌법재판소는 최근 판례에서는 보호의무 위반 심사에서는 주로 제2유형을 사용하고 있다. 제2유형의 판례는 과소금지라는 개념은 언급하지 않은 채 그 개념적 정의를 보호의무 위반여부를 판단하는 심사기준으로 제시하고 있는 것으로 보인다. 물론 국가가 선택한 보호방안이 과연 그와 같은 요구를 충족하는지를 헌법재판소가 어느 정도의 강도로 들여다 볼 것인지, 즉 통제의 강도에 대해서는 전혀 언급하지 않고 있다. 헌법재판소가 제2의 유형의 심사기준을 제시함으로써 보호의무 이행여부에 대한 심사에서 초기의 판례에 비하여 보호의무의 이행여부를 더 까다롭게 심사하겠다는 의도를 표시한 것인지도 분명하지 않다.

## 나. 독일의 판례

독일 연방헌법재판소는 보호의무 준수 여부를 판단하는 심사기준으로 대부분의 판례에서 명백성통제 기준(Maßstab der Evidenzkontrolle)을 적용하였다.<sup>39)</sup> 명백성통제기준은 보호의무의 규범구조

38) 헌재 2016. 10. 27. 2012헌마121, 판례집 28-2 상, 654; 헌재 2015. 9. 24. 2013헌마384; 헌재 2015. 10. 21. 2012헌마89등 참조.

39) 가령 BVerfGE 50, 290, 332 f.; 56, 54 (271) - 비행장소음; BVerfGE 77, 170 (124) - 화학무기. 요지 2 c); BVerfG, NJW 1998, S. 3264 (3266) - 산림피해 등 참조; BVerfG

상 기본권적 법익을 어떻게 보호할 것인지는 권력분립원칙과 민주주의원리에 의하면 원칙적으로는 국민으로부터 직접 민주적 정당성을 확보하고 있는 입법자가 결정할 일이며, 따라서 그 결정은 제한적인 사법적 통제만을 받는 것이 합당하다는 데 그 법리적 근거를 두고 있다. 그에 따르면 법원이나 헌법재판소는 공권력이 보호조치를 전혀 취하지 않았는지 또는 취한 규율과 조치가 보호목표를 달성하기에 극히(gänzlich) 부적합하거나 매우(völlig) 불충분한 경우에만 보호의무 위반을 확인할 수 있다.<sup>40)</sup> 사법부가 관련 공권력조치에 명백한 하자가 있을 때에만 그 조치의 위법성을 인정할 수 있기 때문에 명백성통제로 칭한다. 이 통제기준에서는 입법자가 다극적 헌법관계에서의 이해갈등을 최적으로 해소하고 있는지를 가리는 것이 아니라, 피해자의 이익을 가해자의 이익에 완전히 종속시키지 않으면 충분한 것으로 보게 된다.<sup>41)</sup>

연방헌법재판소의 판례는 제2차 낙태판결에서 근본적인 변화를 겪는다. 이 판결에서 연방헌법재판소는 다음과 같이 판시하고 있다. 즉, “헌법은 보호를 목표로서 정해주는 했지만 보호의 구체적 형식까지 확정하고 있지는 않다. 물론 입법자는 과소금지를 준수해야 하며, 그러한 범위에서 헌법재판소의 통제를 받는다. - 대립하는 법익들을 고려하는 가운데 - 적절한 보호가 필요하다. 그 보호가 자체로서 실효성을 발휘하고 있다는 것이 결정적인 의미를 갖는다. 입법자가 취하는 대책이 적절하고 실효성 있는 보호를 위하여 충분하여 하고 또 세심한 사실조사와 어느 정도 타당한(vertretbar) 평가에 입각해 있어야 한다.”<sup>42)</sup> “과소금지에 위반하지 않으려면 법질서에 의해 구체화되는 보호가 최저수준의 요구(Mindestanforderungen)에 부합해야 한다.”<sup>43)</sup> 이 판례에서 연방헌법재판

---

E 125, 39 (78 f.) - 베를린주 대립기간 중 주일(Adventssontage Berlin); BVerfGE 142, 313 (337) - 강제치료.

40) BVerfGE 79, 124 (202) - 교통소음; 이 공식은 기본권보호의무론을 허무한 것으로 전락시킬 것이라는 이유로 반대하는 Steinberg, NJW 1996, S. 1988.

41) Ch. Callies, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 322 ff.

42) BVerfGE 88, 203 (254).

43) BVerfGE 88, 203 (254 f.).

소는 국가에게 보호방안의 제시와 그 실행을 요구하고 있다. 이 보호방안이 국가의 보호의무를 충족시키려면, “- 대립하는 법익들을 고려하는 가운데 - 적절하고 그 자체로서 실효성 있는 보호가 달성되도록 규범적·사실적 조치를 충분히 취해야 한다”고 판시하고 있다. “이를 위해서는 예방적·진압적 보호 요소를 결합한 세밀한 보호방안이 개발되어야 하는데, 그러한 보호방안을 제시하고 규범을 통해서 실행하는 것은 입법자의 일이다.” 물론 입법자는 상충하는 공익과 제3자의 사익도 고려해야 하기 때문에 보호방안의 실효성을 위하여 기술적으로 가능한 모든 것을 동원하여야 할 의무를 지는 것은 아니다.<sup>44)</sup> 이어서 독일 연방헌법재판소는 입법자가 제시한 이 보호방안을 세밀하게 통제하고 있다.<sup>45)</sup>

제2차 낙태판결에 의하면 과소금지에 의거한 심사는 명백성통제에 비하여 통제의 밀도가 높다. 연방헌법재판소가 기본권보호와 관련하여 헌법이 요구하는 최저수준이 결과적으로 보장되고 있는지 여부를, 보호방안과 관련한 사실에 대한 세심한 조사를 전제로 하고 있는 상대적 타당성 통제의 테두리 안에서 심사하기 때문이다. 과소금지는 이와 같은 방식으로 명백성통제보다 구체적이고 또 그에 따라 보다 엄격한 심사기준을 형성한다. 이 때문에 과소금지에 의한 엄격한 심사는 보호의무의 통제기준으로는 과도하게 엄격한 것이라는 비판도 제기되었다.<sup>46)</sup>

문제가 되고 있는 것은 연방헌법재판소가 과소금지라는 심사기준을 그 후의 판례에서 일관성 있게 적용하고 있지 않고 있다는 것이다. 과소금지를 전혀 언급하지 않으면서 다시 명백성통제 공식으로 회귀하거나<sup>47)</sup> 제2차 낙태판결을 원용하면서 과소금지를 언

44) BVerfG, NJW 1996, S. 651 - 오존.

45) BVerfGE 88, 203 (261 및 264 ff.).

46) 재판관 Mahrenholz와 Sommer의 반대이견, BVerfGE 88, 203 (355).

47) BVerfG, JZ 1997, S. 897 f. - 전자스모그; BVerfG, NJW 1998, S. 3264 (3265) - 산림 피해. “그러한 의무를 입법적 조치를 통해서 어떻게 실현할 것인지에 대한 결정은 일반적으로 사법적 심사의 대상이 되지 않는 다수의 경제적, 정치적, 재정적 여건에 달려 있다. 입법자의 형성의 자유는 특수한 상황하에서만 특정 조치를 통해서 보호의무를 충족시키는 것이 가능할 정도로 축소될 것이다. (...) 입법자는 기본법 제14조 제1항에서 나오는 보호의무를 (...) 부작위를 통해서 명백히 침해하지 않았다.”

급하면서도 이를 명백성 공식과 결합시키기도 한다.<sup>48)</sup>

독일의 판례가 보호의무의 문제를 조심스럽게 다루고 있는 가운데 학계에서는 재판실무에서 합리적으로 사용할 수 있는 보호의무 위반여부에 대한 심사구조를 제시하기 위한 시도가 행해지고 있으나 아직까지 방어권심사의 구조처럼 확고한 지지를 받고 있는 심사구조는 제시되지 못하고 있는 상태다.

#### 다. 보호의무의 심사기준

우리와 독일에서 대체적으로 합의가 형성되고 있는 문제는, 보호의무 위반여부에 대한 심사를 방어권 도식, 즉 제한의 헌법적 정당성 여부를 따지는 방식으로 진행할 수 없다는 것이다. 가해자의 국가에 대한 방어권과 피해자에 대한 국가의 보호의무가 충돌하며 형성되는 다극적 헌법관계에서는 자유권적 기본권의 방어권적 차원과 보호의무의 차원이 불가분적으로 결합되어 있다. 이와 같은 헌법적 관계에서 방어권과 보호의무가 각기 미치는 범위는, 이 관계의 구체적 모습과 내용에 의해서만 그리고 다극적 비례성 심사의 틀 안에서 형량을 거쳐서만 확정될 수 있다. 보호의무가 구체적인 사건에서 미치는 범위를 가리는 심사기준은 과소금지(Untermaßverbot)이다. 과소금지는 국가가 그 보호의무 이행에 필요한 충분한 규범적·사실적 조치를 취함으로써 - 상충하는 법익들을 고려하는 가운데 - 적절하고 실효적인 보호 수준에 도달할 것을

---

48) BVerfG, NJW 1995, S. 2343 - 알콜허용한계치: “국가는 물론 대립하는 법익들을 고려하는 가운데 적절하고 실효성 있는 보호가 실현되도록 규범적·사실적 조치를 취해야 한다(과소금지; BVerfGE 88, 203 [254] 참조). 그러나 연방헌법재판소는 도로교통에서 음주의 위험에 대처할 때 생각 가능한 모든 보호조치들이 이미 강구되었는지를 심사할 필요가 없다. 연방헌법재판소는 오히려 국가기관들이 전혀 활동하지 않고 있는 경우 또는 이제까지 강구된 조치들이 명백히 불충분한 경우에 비로소 개입할 수 있다(BVerfGE 56, 54 [80 f.]; BVerfGE 77, 170 [214]; BVerfGE 79, 174 [201 f.]). 이러한 심사기준을 토대로 할 때 입법자가 헌법소원청구인이 요구하는 규율을 하지 않았으므로 도로교통에서 음주로 인한 위험으로부터 개인을 보호하여야 할 의무를 위반하였다고 볼 수는 없다.”; 동일한 심사기준을 사용하고 있는 BVerfG, NJW 1996, S. 651 - 오존; BVerfG, Beschluss vom 11. Januar 2016 1 BvR 2980/14(제1재판부 제1지정부) - 요양보호의 위기(Pflegenotstand) 등 참조.

요구한다.<sup>49)</sup> 보호의무와 과소금지의 관계는 방어권과 과잉금지의 관계에 상당하는 것이다. 과소금지는 헌법이 요구하는 최저한의 보호수준을 규정하는 데 비하여, 과잉금지는 이 보호를 위해 취해질 수 있는 기본권제한의 상한을 규정한다. 그리하여 입법 활동은, 과잉금지와 과소금지가 모두 준수될 수 있는 범위 안에서만 합헌적으로 전개될 수 있게 된다. 그에 따라 입법자가 과소금지와 과잉금지의 틈새에 놓이게 되는 것이다.

일각에서는 보호의무의 문제는 방어권 문제로 번역이 가능하다는 주장이 제기된다. 즉 사인이 감행하는 다른 사인의 기본권적 법익에 대한 가해를 법질서에 의해 그 피해자에게 부과되는 수인의 의무를 이유로 국가에게 귀속시킬 수 있고, 따라서 보호의무는 방어권과 같은 것이라 한다(일치설[Kongruenztheorie]).<sup>50)</sup>

이 설에 의하면 어떤 보호가 필요한 지의 문제는 과잉금지원칙의 하부요건인 필요성을 심사할 때 가려지며, 협의의 비례성심사에서도 상충하는 법익들 사이의 형량이 이루어진다는 것이다. 입

49) BVerfGE 88, 203, 254; BVerfG, NJW 1995, S. 2343; NJW 1996, S. 651

50) 대표적으로 D. Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Riksiken der Technik, 1985, S. 88ff.; J. Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 211; Karl-Eberhard Hain, Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot?, in: DVBL. 1993, S. 983. Hain의 주장에 동조하고 있는 H.-U. Erichsen, Grundrchtliche Schutzpflicht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Jura 1997, S. 88; Ch. Starck, Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens, in: JZ 1983, S. 817; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 11/2, 1994, S. 813 f.; P. Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 86. 국내학자로는 정문식, 생명윤리법상 국가의 기본권 보호의무, 공법학연구 제8권 제3호, 2008, 177-180. 이와 같은 시도의 문제점과 한계를 상설하고 있는 국내문헌으로는 방승주, 교통사고처리특례법과 국가의 기본권보호의무, 헌법소송사례연구, 2002, 440-486 (479-470); 정혜영, 방어권과 기본권보호의무 - 보호의무사안의 방어권적 재구성에 관한 논의를 중심으로 -, 아주법학 제7권 제4호, 2014.2., 135 이하 참조. 확장장치를 이용한 선거운동을 허용한 공직선거법상의 규정을 보호의무의 문제가 아닌 환경권제한으로 파악해야 한다고 보는 조대환 재판관의 다음과 같은 별개의견도 일치설의 일종이라고 본다. “이 사건 법률조항이 소음공해를 초래하는 확장장치의 사용을 허용한 부분은 국가가 국민의 기본권인 환경권을 적극적으로 침해하는 것이므로, 그것이 헌법적으로 정당화되려면 헌법 제37조 제2항의 요건을 갖추어야 한다. 이 사건 법률조항이 확장장치의 사용을 허용하여 소음공해를 초래할 수 있게 한 것이 헌법 제35조 제1항에 의하여 보장되는 환경권을 제한하는 것이므로 헌법 제37조 제2항에 따라 심사함이 마땅하고, 그 중에서 소음한도를 제한하지 아니한 부분만 떼어내어 헌법 제35조 제2항의 문제로 보고 과소보호금지의 원칙을 적용할 사안이 아니다.”(헌재 2008. 7. 31. 2006헌마711, 판례집 20-2 상, 345, 361-362).

법활동의 최저한과 최고한 사이에, 하한과 상한 사이에 틈은 존재하지 않으며, 두 한계는 일치한다고 한다. 과잉금지과 과소금지는 동일한 결과를 각기 상이한 관점에서 지칭하는 것일 뿐이라는 것이다. “광의의 비례원칙에 의거하여 수해자(역주: 가해자)의 관점에서는 허용되는 최고한도의 문제로, 보호를 원하는 자의 시각에서는 최소한의 요구의 문제로 보이는 것에 대해서 같은 답이 주어진다.” 필요성요건 자체가, 관련 기본권의 관점에서 보호받아야 할 법익을 위하여 국가가 “필요적으로(erforderlich) 해야만 하는 바로 그것을 하는 것이 허용된다는 것을 시사한다는 것이다. 환언하면 과잉금지에 의하여 필요한 최고한은 과소금지에 의하여 필요한 최저한과 동일하다는 것이다. 과잉금지는 과소금지를 내포하고 있고, 그에 따라 헌법이론적으로 볼 때 심사기준으로서의 과소금지는 필요 없게 된다고 한다. 보호의무에서 전형적으로 나타나는 기본권적 삼각관계, 즉 국가를 중심에 놓고 가해자와 피해자가 대립하고 있는 기본권적 삼각관계는 결국 국가와 피해자 사이의 이극적 관계로 환원되게 된다고 한다.

일치설은 기본권 “제한(Eingriff)”의 개념을 현저히 확대하는 방식으로 보호의무를 방어권과 등치시킴으로써 궁극적으로는 보호의무의 개념을 폐기하려는 것이다.<sup>51)</sup> 독일에서 일치설 등장에 결정적 계기가 되었던 것은 뮐하임-케를리히(Müllheim-Kärlich) 원자력발전소 허가사건에서 연방헌법재판소의 오해의 소지가 다분한 판시였다. 이 판결에서 연방헌법재판소는 국가가 허가한 원자력발전소의 제3자의 생명 및 건강에 대한 위험에 대한 국가의 “공동책임”을 언급하고 있다.<sup>52)</sup> 국가의 공동책임으로부터 국가가 기본권적 법익에 대한 그러한 위험한 활동을 금지하지 않고 방치하고 있는 것, 즉 부작위도 포함하는 국가가 보인 행태의 결과를 기본권에 대한 제한으로 국가에 귀속시킬 수 있다고 추론하는 것이다. 즉 국가가 가해자에게 허용한 것은 국가 자신의 행위처럼 국가에

51) 이와 같이 평가하고 있는 Ch. Callies, Die Grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, JZ 2006, S. 321, 325; 보다 상세한 것은 Ders., Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 12 ff., 423 ff.

52) BVerfGE 53, 30 (75 f.).



귀속되며, 따라서 피해자의 관련 기본권에 대한 제한으로 귀속된다는 것이다.

그렇지만 과소금지는 다극적 기본권관계에서도 과잉금지에 대하여 독자성을 갖는다.<sup>53)</sup> 먼저 일치설은 기본권이 원칙적으로 가해자와 피해자라는 사인 상호간의 관계에 직접 적용될 수 없다는 사실을 간과하고 있고, 따라서 부분적으로 타당성 없는 결론에 이르게 된다. 사인의 가해행위를 국가의 기본권제한과 동일시할 수 있는 것은, 국가에게 사인의 행위에 대한 특별한 책임이 인정되는 특별한 경우에만 생각해 볼 수 있을 것이다. 국가가 개인에게 기본권을 통해 보장된 자유의 행사를 위협예방의 차원에서 금지하고 허가를 받은 개인이 이를 행사하도록 하였다는 것만으로는 국가가 해당 기본권을 제한했다고 볼 수는 없기 때문이다. 나아가 일치설은, 다음과 같은 사실, 기본권적 법익에 대한 보호가 입법목적으로서 비례성심사에서 중요한 의미를 갖기는 하지만 입법자가 이 목적을 그에 비례하는 수단으로 추구하는지를 심사한 결과(즉 과잉금지원칙에 의거한 심사결과)로부터 입법자가 선택한 수단이 기본권적 법익 보호를 위하여 헌법이 요구하고 있는 것에 부합하는 것인지의 문제에 대한 답을 추론을 할 수 없다는 점을 간과하고 있다.<sup>54)</sup> 더구나 필요성요건으로 하여금 입법자가 충분히 효과적인 보호를 제공하는지의 문제를 심사하는 역할을 수행하도록 하면, 그 요건은 입법자가 추구하는 목적을 같은 정도로 달성하는 것을 가능하게 하면서 관련 개인의 방어권이나 공익을 덜 제한하는 온건한 수단이 존재하는지만을 묻는 경우보다 훨씬 정확성이 떨어지며, 따라서 심사도구로서의 가치가 떨어질 수밖에 없다.<sup>55)</sup> 과잉금

53) 과소(보호)금지원칙의 독자성에 대한 상세한 논증은 정태호, 기본권보호의무, 인권과 정의 제25호, 1997.8., 105; 정태호, 기본권적 3각관계 그리고 과소(보호)금지원칙의 독자성, 고시연구 제29권 제5호, 2002.5., 16; 허완중, 기본권보호의무에서 과소금지원칙과 과잉금지원칙의 관계, 공법연구 제37집 제1-2호, 2008, 206 이하. 독일 문헌으로는 J. Dietlein, Das Untermaßverbot, ZG 1995, S. 131 (138); M. Möstl, DÖV 1998, S. 1029 (1038); BVerfGE 71, 206 (요지 1 및 217 ff.). 이 관례에서 독일 연방헌법재판소는 어떤 법률이 목적의 실현에 제한적인 적합성만을 보이고 있고 “필요 이상의 자유”를 남기고 있다면 방어권에 대한 침해로 탄핵할 수 없다고 판시함으로써 과소금지의 독자성을 시사하고 있다.

54) J. Dietlein, ZG 1995, S. 131 (138).

지원칙은 또한 국가가 아무런 보호조치를 강구하고 있지 않는 경우나 당초 충분했던 보호수준이 보호조치의 변경이나 폐지를 통해서 보호수준이 축소되거나 소멸하였을 때 또는 사실관계나 법적 상태의 변화 때문에 기존의 보호조치가 충분한 보호를 보장하지 못하게 되었음에도 불구하고 해당 보호조치의 개선을 통해 보호수준을 끌어올리지 못하고 있는 경우에는 아무런 역할도 할 수 없다.<sup>56)</sup> 그러므로 일치설은, 따라서 과잉금지원칙에만 의거하여 이루어지는 다극적 기본권관계에 대한 심사는 기껏해야 기본권보호의 무 이행의 일부만을 포착할 수 있을 뿐이다.<sup>57)</sup>

그밖에도 과잉금지는 방어권의 내용과 그 규범구조에 맞추어 개인의 자유를 제한하는 국가의 개별조치에 주목하고 또 그에 따라 국가와 개인의 이차관계 내지 양극관계에서의 형량에 맞추어져 있다. 그러므로 그 기능과 구조상 복잡한 형량을 필요로 하는 다극적 헌법관계에서 제기되는 문제에 대처하는 데 제한적인 역할만을 할 수 있다. <sup>58)</sup>

이상의 고찰을 종합해 보면 과잉금지와 과소금지는 일치할 수 없다고 보는 것이 타당하다. 오히려 두 심사기준은 상이한 출발점에서 발원하는 것이며, 단계적 심사의 틀 속에서 통합되어야 한다. 즉 과잉금지와 과소금지가 제시하고 있는 각각의 구체적 규범적 요청들이 충족되고 있는지를 일단 별도로 심사한 뒤에 그 결과를 다시 종합적으로 형량 하여야 한다. 이와 같은 고찰방식에서 과잉금지와 과소금지는 각기 입법자의 입법형성의 폭을 제한하는 복도(Korridor)의 양 측면을 이룬다. 입법자는 두 심사기준이 설정하는 한계 안에서 권력분립원리에 따라 부여되는 형성의 자유를 갖고 충돌하는 이익들을 형량하고 조화를 시켜야 한다. 그렇다면 과잉금지는 국가에게 허용되는 기본권 제한의 최대치를 보여주고 과소금지는 국가에게 요구되는 기본권보호의 최저한을 드러낸다. 과잉

55) M. Möstl, DÖV 1998, S. 1029 (1038).

56) 허완중, 기본권보호의무에서 과소금지원칙과 과잉금지원칙의 관계, 공법연구 제37집 제1-2호(2008), 201-227, 209 및 거기서 인용하고 있는 독일 문헌 참조.

57) M. Borowski, Grundrechte als Prinzip, 2. Aufl., 2007, S. 192.

58) Ch. Callies, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 457.

금지와 과소금지이 이처럼 가령 환경보호와 같은 다른 헌법적 지침들과 함께 입법자의 형량을 구조화하는 것이다.

또한 위에서 거칠게 스케치한 과소금지의 내용을 어떻게 구조화하고 이를 구체적 사건에 적용할 것인지의 문제도 해결되어야 한다. 과소금지 위반여부를 심사하는 지침을 뚜렷하게 제시할 수 있을 때에만 기본권보호의무도 방어권처럼 실효성 있게 관철될 수 있기 때문이다. 한국 및 독일의 판례가 제시하는 지침들은 국가가 기본권보호의무를 충족하였는지를 심사할 때 걸어야 할 필요한 명확한 길을 제시하지 못하고 있다. 판례에서 확인할 수 있는 지침들은 보호의무의 합리적인 심사를 위해서는 제한적인 역할만을 할 수 있을 뿐이다. 심사기준이 일정하지도 않을 뿐 아니라 과소금지라는 심사기준과 이 심사기준에 담긴 헌법적 요구가 충족되었는지를 심사하는 강도인 통제의 강도가 뒤섞여 제시되면서 혼란을 유발하기까지 한다.<sup>59)</sup>

이와 같은 문제점들을 일단 논외로 하면 독일 연방헌법재판소는 보호의무의 충족여부를 다음과 같은 기준들에 의거하여 심사하려고 한다는 것이다. ‘첫째, 입법자는 보호의무가 문제되는 사실적 상황을 세심하게 조사하여야 한다. 둘째, 입법자는 상충하는 이익들을 일용 타당한 방법으로(in vertretbarer Weise) 상호 형량하여야 한다. 즉 입법자는 실제적 조화의 방식으로 상충하는 이익들 사이에서 일용 타당한 타협을 모색해야 한다. 셋째, 입법자가 선택한 보호조치는 실효성이 있어야 한다. 즉 그 조치가 실효성 있는 보호를 보장하여야 한다. 이 보호가 실효성이 있는지 여부는 과소금지에 의거하여 확정하여야 한다. 즉 과소금지가 구체적 사건에서 요구되는 보호수준을 알려주는 본래의 척도를 제공한다는 것이다.

문제는 우리나라 독일의 판례가 “어떤 보호방안을 통한 적절하고 효과적인 보호”를 위한 “충분한 대책”이라는 매우 추상적인 요건” 이외에는 과소금지 위반여부를 심사하는 데 적용되어야 하는 구체

---

59) 심사기준과 통제강도를 구분해야 한다는 점을 지적하고 있는 Dimberger, DVBl. 1992, S. 879 (881); Möstl, DÖV 1998, S. 1029 (1039); Ch. Callies, Rechtsstaat und Umweltschutz, 2001, S. 458.

적인 지침을 제시하지 않고 있다는 것이다. 이는 과소금지라는 개념을 사용하는 일부 문헌의 경우에도 마찬가지이다. 단지 산발적으로만 그 심사의 지침들을 개발하고 있을 뿐이다.

헤르메스(G. Hermes)<sup>60</sup>)는 과소금지라는 개념을 언급하지도 않은 채 과잉금지원칙이 기본권들 사이의 충돌 및 기본권과 공익 사이의 충돌을 해결하는 데 결정적인 역할을 수행한다는 데 이론이 있을 수 없다고 본다. 헌법이 명하는 보호의 정도도 비례성심사에 의거하여 확인할 수 있다고 주장한다. 그는 생명권 및 신체를 훼손당하지 않을 권리에서 파생하는 보호의무와 관련한 심사를 다음과 같이 4단계로 구분하고 있다.

선행질문: 생명이나 건강에 대한 위해를 감수하도록 하는 것을 정당화할 만한 목표 내지 일이 생명권이나 신체를 훼손당하지 않을 권리를 보장하는 헌법규범에 비추어 합헌성을 띠는가?

제1단계: 그 규범에 의해 보호되는 보호법익에 대한 위해가 그에 대립하는 기본권적 지위를 실현하는 데 적합한가?

제2단계: 생명이나 건강에 대한 위해를 허용하거나 감수하는 것이 대립하는 지위를 관철하기 위하여 필요한가? 이에 대립하는 이익을 존중하면서도 이 법익들에 대한 위해를 전혀 가하지 않거나 덜 가하는 대안은 없는가?

제3단계: 생명이나 건강에 대한 위해와 이에 대립하는 지위 간에 적절한 관계가 존재하는가? 헤르메스에 따르면 기본권충돌의 경우에 이 제3단계의 심사는 생명이나 건강을 보호하려는 목적으로 기본권을 제한받게 되는 이들과 관련한 협의의 비례성심사와 일치한다고 한다.

헤르메스에 의하면 각 심사단계에서 제기된 물음에 대해 긍정적 답변이 주어진다면 그 보호는 헌법에 의해 요구되는 수준을 충족시키는 것이라고 본다. 그 질문들 중 어느 하나의 질문에 대해서

---

60) 무엇보다도 G. Hermes, Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 2 53 f.

라도 부정적 답이 나온다면 기본권보호의무에 대한 위반이 존재하는 것이라고 한다.<sup>61)</sup> 요컨대, 보호의 흠결이 다른 법익의 관점에서 적합하고, 필요하며 상당한 것인지를 가리면 된다는 것이다. 헤르메스와 유사한 방식으로 방어권에 대한 비례성심사를 기본권보호의무의 심사에 전용하는 이들도 있다.<sup>62)</sup>

방어권과 관련한 고전적 비례성심사를 통해 과소금지에 의거하여 보호의무가 미치는 범위를 측정하기 위한 준거도 찾아낼 수 있다는 점에서는 위와 같은 제안들도 설득력이 있다고 본다. 물론 목표만을 제시하는 입법위임인 과소금지는 본질상 조건적 구조를 갖는 방어권에 대한 비례성심사와는 이질적인 규범구조를 갖고 있고, 따라서 방어권의 비례성심 도식에는 들어맞지 않기 때문에 보호의무의 심사에 비례성심사를 단순히 전용하는 것에는 문제가 있을 수밖에 없다.<sup>63)</sup> 헤르메스의 제안이 갖고 있는 일부 타당한 측면에도 불구하고 그의 심사방식은 가령 기본권보호의 실효성(Effektivität) 요소를 보호의무 심사에 통합해 보려는 노력을 소홀히 함으로써 보호의무의 특수성을 지나치게 적게 고려하고 있다고 본다.

그러므로 기본권보호의 실효성 요소를 재판실무에서 합리적으로 활용할 수 있는 방식으로 과소금지에 흡수하되, 실효성을 최적화 명령으로 이해하는 것이 아니라 필요성요건처럼 제한적이지만 명확한 윤곽을 가진 개념으로 축소함으로써 입법자가 입법형성의 자유를 누릴 수 있도록 하면서 과소금지와 과잉금지를 통합하여 3단계로 심사하여야 한다.<sup>64)</sup> 그렇다면 과소금지에 의거한 보호의무심사는 다음과 같은 모습을 띌 수 있다고 본다.

---

61) G. Hermes, Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 254 f.

62) 가령 Erichsen, Jura 1997, S. 85 (88). 그는 BVerfGE 88, 203 (254)는 명백히 그와 같은 심사를 하고 있다고 해석한다.

63) Dietlein, ZG 1995, S. 131, 139; Möstl, DÖV 1998, S. 1029 (1038); Ch. Callies, Rechtstaat und Umweltstaat, 2001, S. 460 참조.

64) M. Möstl, DÖV 1998, S. 1029 (1038 f.); Ch. Callies, JZ 2006, S. 321 (329 ff.); 보다 상세한 것은 Ders., Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 556 ff. (574 ff.). Callies는 Möstl처럼 자신의 심사공식이 토대로 하고 있는 사상을 구체적으로 언급하고 있지 않지만 사실상 유사한 심사공식을 보다 구체적이고 또 섬세하게 제시하고 있다.

### 3. 보호의무 위반여부의 심사구조<sup>65)</sup>

선행심사: 기본권에 의해 보호되는 법익을 사인의 위해로부터 보호하려는 국가의 보호방안이 존재하는가? 현행법에 그러한 유형의 위해로부터 해당 법익을 보호할 방안이 전혀 없다면 과소금지 위반이 존재한다.<sup>66)</sup>

제1단계: 그러한 보호방안이 존재한다면, 이 보호방안이 해당 기본권에 의해서 보호되는 법익을 실효성 있게 보호하기에 적합한가? 해당 법익을 위한 보호방안이 존재하더라도 그 방안으로는 그 법익을 실효성 있게 보호하지 못한다면 과소금지원칙에 대한 위반이 존재한다.

---

65) Ch. Callies, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 460 f.

66) 보호의무를 사인의 위해행위를 억제하는 방식으로 이행할 수밖에 없는 경우 국가의 보호활동은 위해행위를 하는 사인의 기본권적 자유에 대한 제한을 의미하게 되고, 따라서 법률상의 근거가 필요하다(헌법 제37조 제2항 전단). 그렇기 때문에 대부분의 경우 방어권 제한을 위한 법률유보도 보호의무 이행을 위한 법률유보도 포함하게 된다. 입법자가 보호입법을 하기는 하였으나 그것이 보호의무를 이행하기에 충분하지 않다고 주장되는 부진정 입법부작위의 상태에서는 이를 명확하게 확인할 수 있다. 그렇지만 입법자가 보호를 위한 입법활동을 전혀 하지 않은 경우나 카셀주교등법원의 유전자공학에 관한 결정에서 문제된 임의시온방지법의 규율처럼 경찰법상의 일반조항이나 민법의 불법행위 규정을 통한 보호 이상의 행위의 구체적이고 특별한 규율이 필요한 지가 문제되는 진정 입법부작위의 상황에서는 보호의무 실현의 매체인 법률 자체가 없다. 법치국가원리에 토대를 둔 배분의 원리에 따르면 '법률로 규율되지 않고 또 그에 따라 금지되지 않은 것은 허용된 것'이라는 추론이 가능하다. 그에 따라 가해자는 제3자의 기본권적 법익에 위해를 가하는 것이 원칙적으로 가능하게 된다. 결국 보호의무 위반을 주장하는 피해자가 가해자에 비해 기본권의 차원에서는 불리한 상황에 놓이게 된다. 그에 따라 보호의무와 관련해서도 일종의 법률유보가 존재한다. 보호의무에서의 법률유보는 물론 방어권과는 다른 구조를 갖는다. 국가의 행위가 없는 상태에서는 국가에 의한 방어권 제한은 존재하지 않는다. 국가의 행위가 없는 상태를 방어권에 대한 제한과 같은 것으로 볼 수는 없기 때문이다. 그렇지만 법률유보와 본질성이론을 기본권적 법익에 대한 사인의 위해에 대해서도 유추하여 활용할 수 없는 것은 아니다. 이 경우 기본권에서 방어권만을 도출할 수 있다는 입장을 취한다면, 가해행위를 금지하는 법률이 없으므로 배분의 원리에 비추어 볼 때 그러한 가해행위는 허용된다고 볼 수밖에 없을 것이다. 그렇지만 국가가 보호의무를 지고 있다고 보는 한, 배분의 원리에 따라 문제를 해결할 수는 없다. 헌법적 3각관계에서 국가가 그 보호의무를 이행하기 위해서도 법률에 가해행위를 한 자의 기본권을 제한할 수 있는 근거가 있어야 한다. 그러므로 법률유보는 방어권의 차원에서만이 아니라 보호의무의 차원에서도 적용되는 것이다.

제2단계: 제1단계 질문에 대하여 긍정적 답이 주어진다면, 기존 보호방안에 비하여 제3자의 권리를 더 강하게 제한하거나 공익에 해를 가하지 않으면서도 기존의 보호방안보다 더 실효성 있는 보호를 제공하는 보호방안이 존재하는가? 환언하면, 실효성이 더 크면서도 온건한 보호방안이 존재하는가? 제2단계의 심사를 통해서 보호방안들의 실효성을 심사하고 그 실효성이 없거나 부족한 경우에는 과소금지에 위반된다는 평가를 내릴 수 있게 된다.

제3단계: 제2단계 질문에 대하여 긍정적 답이 주어진다면, 그 보호가 상충하는 법익들을 고려할 때 상당한가(즉 수인가능한 것인가)? 이 단계에서는 현 보호방안을 따를 때 기본권에 의해 보호되는 법익에 대하여 남아 있는 위협이나 리스크를 감수하는 것이 상충하는 사익 및 공익과 형량해 볼 때 수인가능한 것인지를 심사한다. 제3단계 질문에 대해서 부정적인 답이 주어지는 경우에도 과소금지원칙에 대한 위반을 인정할 수 있다.

여기서 수인가능한 정도는 궁극적으로 구체적인 사례에서 다극적 헌법관계의 양태와 내용에 대한 분석을 통해서 확인해야 한다. 다극적 관계에서 과잉금지와 과소금지 심사에 영향을 미치는 요인들은 사실상 동일하다. 그러므로 과소금지와 과잉금지의 심사에 영향을 미치는 요인들을 종합적 형량의 틀 안에서 모두 적절하게 고려하여야 한다.

다극적 헌법관계에 관한 비례성심사에서 수행되어야 할 종합적 형량의 방식은 다음과 같이 개관할 수 있다.<sup>67)</sup> 자유권제한의 상한을 설정하는 과잉금지와 기본권보호의무의 하한을 설정하는 과소금지는 일단 입법자가 자유롭게 결정할 수 있는 범위를 설정하는 ‘복도’의 양 측면을 형성한다. 입법자는 이 통로 안에서 권력분립 원칙상 인정받아야 하는 결정의 여지, 즉 상충하는 이익들을 형량하고 조화시키는 데 필요한 여지를 갖게 된다. 그에 따라 다극적

---

67) Ch. Callies, JZ 2006, S. 321, 329 f.; 상세한 것은 Ch. Callies, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 577 ff.

비례성심사는 다음과 같은 구조를 갖게 된다. 먼저 비례성심사의 출발점은 구체적인 다극적 헌법관계를 형성하고 있는 각 법적 지위이다. 관련 방어권적 측면의 침해여부와 보호의무의 충족여부를 가리기 위한 비례성심사의 제1, 2단계(적합성심사, 필요성심사)는 별도로 진행한다. 그러므로 가해자의 기본권과 관련하여 과잉금지 제1, 2단계를 심사하고, 피해자의 기본권과 관련해서는 과소금지의 제1, 2단계를 심사한다. 환경보호처럼 그 위해행위로 타격을 받는 공익에 대해서도 마찬가지로 심사가 이루어져야 한다. 다극적 비례성심사의 제3단계에서는 3가지 심사의 결과를 종합하여야 한다. 비유하자면 입법자가 활동하게 되는 복도의 각 측면들을 따로따로 보는 것이 아니라 함께 세워 놓고 관찰하는 것이다. 이는 다극적 형량, 즉 다극적 헌법관계의 법적 지위들 상호관계를 고려하고 상호 조화시키는 작업을 통해서 이루어진다.<sup>68)</sup>

이와 같은 다면적 심사를 통해서 다극적 관계에서 서로 얽혀 있는 상충하는 법익들이 그 위상에 맞는 대우를 받게 된다. 무엇보다도 방어권 중심의 심사에서 제대로 평가받지 못한 보호의무의 측면이 보다 많은 비중을 얻게 될 것이다. 다극적 형량의 과정을 지도하는 원리는 전통적인 과잉금지심사에서처럼 실제적 조화의 원리 내지 형량법칙<sup>69)</sup>이다. 실제적 조화의 원리나 형량법칙은 그 구조상 모두 다극적 형량에 대해 열려 있다. 그러므로 다면적으로 행해지는 실제적 조화의 모색은 다극적 헌법관계 안에서 상충하는 법익들을 서로 최적으로 실현하는 것을 목적으로 해야 한다. 관련 모든 법익들이 모두 최적으로 실효성을 얻을 수 있도록 각각의 실현의 한계를 설정해 주어야 한다. 이와 관련하여 협의의 비례성요건을 구체화하는 형량법칙의 명제를 다극적 헌법관계에 맞게 일부 수정하면 다음과 같다. 즉 “한 원리가 실현되지 못하는 정도가 높

68) Calliess와 유사한 방향을 제시하고 있는 C.-W. Canaris, Grundrechtswirkungen und V erhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privat rechts, JuS 1989, S. 161 (163 f.); J. Isensee, HStR V, 2. Aufl., 2000, § 111, Rn 165 f. 이에 대해 비판적인 견해로는 W. Cremer, Freiheitsgrundrechte, Funktionen und Strukturen, 2004, S. 314 ff.

69) 이에 대해서는 G. Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 146.



을수록 다른 원리들이 실현되어야 하는 이유의 중요성은 그에 비례하여 커야 한다.”<sup>70)</sup> 이와 같은 기본적인 형량원리를 토대로 하고 전술한 심사의 지침들에 의거하여 형량의 대상이 되는 법익들의 의의를 확인해야 한다. 이 때 법익들이 같은 방향을 가리키면 그 법익들의 비중을 합산하여야 한다. 그와 같은 방식으로 행해진 형량의 결과는, 보호방안을 개발할 때 입법자에 의해 존중되어야 하고, 그 보호방안이 헌법재판소의 심사대상이 되는 경우에는 그 심사의 기준이 된다.

다극적 헌법관계에서 관련 법익들 별로 행해지는 대안의 존부심사는 다극적 비례성심사의 구성요소 중의 하나이다. 대안심사를 통해 국가 활동의 여지가 다시 열린다. 검토대상이 되는 대안들은 과잉금지든 물론 과소금지의 심사를 통과할 수 있어야 한다. 그러므로 대안심사는 과잉금지와 과소금지에 의해 형성되는 복도의 윤곽을 그려내는 작업이기도 하다. 대안심사는 다극적 비례성심사의 틀 안에서 행해져야 하는 종합적 형량, 즉 다극적 헌법관계 안에 있는 다양한 법적 지위들 사이의 실제적 조화를 모색하기 위한 형량의 수단이 된다. 대안심사가 탄력성을 부여함으로써 제3자에 대한 위해활동으로 얻어지는 이익과 이로 인한 피해 사이의 올바른 중용을 발견하고 이로써 다극적 헌법관계에서의 법익 간의 균형을 조성하는 데 도움을 준다.

이 형량과정에서 관련 기본권들의 비중과 의미, 기본권적 법익에 대한 위협 내지 피해의 강도, 가해활동에 대한 제한의 정도, 국가의 보호에 피해자가 의존하는 정도, 피해자의 자구가능성 등 다양한 기준들이 법익간 조정에 영향을 미친다.

입법자에게 인정되어야 하는 형성의 여지는 후술하는 것처럼 헌법재판소가 과잉금지와 과소금지 위반여부를 심사하는 심사강도를 조절함으로써 유지된다.

어떤 심사강도를 채택하든 방어권과 보호의무 사이에 균형이 지켜져야 한다는 원칙이 준수되어야 한다. 위해적 활동을 하는 이의

---

70) Ch. Callies, JZ 2006, S. 321 (330).

방어권과 그로 인해 피해를 입는 이의 보호청구권이 투명하게 하나의 연관 속에서 고찰되어야 하는 다극적 헌법관계에서 국가의 조치의 합헌여부를 심사할 때 헌법재판소의 통제강도는 일관성을 유지하는 가운데 결정되어야 한다. 보호의무의 심사에 대해서는 명백성통제만 가능하다면 상충하는 방어권과 관련해서는 상대적 타당성통제나 내용에 대한 치밀한 통제가 행해져서는 안 되며, 방어권과 관련해서도 명백성통제가 이루어져야 한다. 그럴 때에야 다극적 헌법관계에서 충돌하는 방어권과 보호의무 사이의 균형, 따라서 가해자와 피해자 사이의 형평이 지켜지는 것이다. 따로 떼어 놓고 보면 보다 엄격한 통제강도의 적용이 가능한 경우에도 마찬가지이다.

#### 4. 심사강도

기본권보호의무를 이행하기 위한 입법자나 집행부의 결정에 대한 헌법재판소의 통제강도는 방어권에서처럼 명백성통제(Evidenzkontrolle), 상대적 타당성통제(Vertretbarkeitskontrolle), 치밀한 내용통제(intensivierte Inhaltskontrolle)의 3단계로 구분된다.<sup>71)</sup> 헌법재판소는 기본권보호의무 위반여부에 대한 심사를 할 때 명백성통제를 심사강도로 선택하곤 했다. 상술한 것처럼 기본권보호의무 위반여부 심사에 관한 제1유형의 판례는 과소금지과 명백성통제를 명시적으로 결합하기도 했다. 독일 연방헌법재판소도 대부분 명백

71) 이에 대해서는 BVerfGE 50, 290 (336 ff.); K. Schlaich/S. Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 10. Aufl., 2015, Rn 532 ff. 이와 같은 통제강도 구분을 명시적으로 응용하고 있는 국내 판례로는 무엇보다도 현재 1997. 1. 16. 90헌마110 등, 판례집 9-1, 90, 130 (김진우 등 3인의 재판관의 위헌의견). 독일의 통제강도 구분론에 대한 상세한 소개로는 방송주, 독일 연방헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도, 헌법논총 제7집, 1996, 299-348; 정태호, 규범통제에서의 사실확인과 법률의 실제효과예상 -미국 연방대법원 및 독일 연방헌법재판소의 실무에 대한 비교를 중심으로-, 전남대 법률행정논총 제21집 (2001), 109, 특히 139 이하. 이와 같은 이론적 토대 위에서 헌법재판소 판례를 분석하고 있는 정태호, 헌법재판의 한계에 관한 고찰 - 입법형성의 여지를 규정하는 요인들에 대한 분석을 중심으로 -, 공법연구 제30집 제1호 (2001. 12), 223 이하; 방송주, 헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도, 공법연구 제37집 제2호 (2008), 113-171 참조.

성통제로 만족하였다. 독일 연방헌법재판소는 태아의 생명권이 문제되었던 두 차례의 낙태판결<sup>72)</sup>에서는 명백성통제가 아닌 내용통제와 상대적 타당성통제를 한 바 있다.

독일 연방헌법재판소가 공동결정판결<sup>73)</sup>에서 제시한 기준에 의하면 입법자의 예상에 대한 가장 강도 높은 심사는 “치밀한 내용통제”이다. 헌법재판소는 이 경우 사실에 충분한 기초를 두지 아니한 입법자의 예상(가령 수단의 적합여부, 피해의 최소성 내지 같은 정도의 적합성을 가지면서 피해를 덜 주는 온건한 대안의 부재, 보호방안의 실효성 및 그 효과의 충분성 등을 뒷받침하는 사실에 대한 평가와 예상)에 원칙적으로 구속받지 않는다고 본다. 헌법재판소는 입법자가 고려하지 아니한 자료를 바탕으로 독자적인 예상을 하고 입법자의 예상이 잘못된 것으로 판단되는 경우에는 입법자의 예상을 탄핵할 수 있다고 본다.<sup>74)</sup> 이른바 “상대적 타당성통제”에서 헌법재판소는 입법자가 입법당시 확보할 수 있었던 자료에 기초하여 사실상황을 적정하게 판단하였는지 여부의 심사에 그친다. 입법자의 판단이 객관적으로 유지될 수 없는 것으로 밝혀질 경우에만 입법자의 판단을 문제 삼을 수 있다. 이 통제방식 역시 기본적으로 내용에 대한 통제이기는 하지만 사건에 따라서는 헌법재판소는 특정의 반드시 충족되어야 하는 절차적 요건의 준수여부만을 심사하는 것으로 그칠 수 있다. 독일 연방헌법재판소는 가령 공동결정법을 다음과 같은 이유만으로 합헌으로 보았다. 즉, “입법자가 자신의 규율이 장차 발휘할 효과를 가능한 범위에서 신빙성 있게 예측할 수 있도록 그리고 헌법위반을 피하기 위하여 입수할 수 있는 자료들을 사리에 맞게 또 상대적으로 타당성 있게 판단하였으며 또 인식을 얻을 수 있는 소스를 모두 활용하였다.”<sup>75)</sup>는 이유로 합헌성을 인정하였다.<sup>76)</sup> 이와 같은 통제방식의 적

---

72) BVerfGE 39, 1 (44 및 55 ff.) - 제1차 낙태판결. 상대적 타당성 통제(Ch. Callies, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 461) 내지는 내용통제(Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, Rn 532)를 한 것으로 평가되고 있다; BVerfGE 88, 203 (254) - 제2차 낙태판결은 상대적 타당성 통제를 한 것으로 평가된다.

73) BVerfGE 50, 290 (336 ff.).

74) BVerfGE 45, 187 (238).

75) BVerfGE 50, 290 (333 f.) 또한 BVerfGE 55, 37 (66); 65, 1 (55); 68, 193 (220).

용에는 두 가지 면에서 제한이 가해진다는 점을 감안하여야 한다. 먼저, 입법절차에 대한 심사는 심사된 법률과 그 제정과정의 이력이 별도로 알려지지 아니한 경우에는 적용하기 힘들다. 다음으로 오래된 법률을 이 방식으로 심사하기도 곤란할 것이다.<sup>77)</sup> “명백성통제”의 경우에는 입법자의 예측이 전혀 그 근거를 찾을 수 없을 정도로 그렇게 명백히 잘못되었는지 여부만을 심사한다.<sup>78)</sup> 통제가 이와 같이 관대하게 이루어지기 때문에 입법자의 예상이 잘못된 것으로 폐기되는 일은 극히 드물 수밖에 없다. 그에 따라 입법자는 비교적 많은 자유를 구가할 수 있다.

입법자의 형성 및 예측의 여지는 기본권보호의무에 국한된 현상이 아니라는 사실에 유의하여야 한다. 보호의무와 그 이행에 대한 사법적 통제의 강도는 선명하게 구분되어야 한다. 입법자에게 형성이나 예측을 위한 여지가 인정되어야 하는 근본 이유는 보호의무 때문이 아니다. 사법적 통제의 범위가 축소되는 근본이유는 법치국가적 권력분립원리, 민주주의원리가 정치적 문제에 대한 결정과 관련하여 입법자에게 입법의 기초가 되는 사실에 대한 예측에

---

76) 그러나 연방헌법재판소는 결과통제를 절차통제로 완전히 대체한 적이 없으며, 기껏해야 절차통제를 통하여 결과통제를 보완하고 있다는 점에 유의하여야 한다. 실제로 연방헌법재판소가 법률의 합헌성판단을 위해서 점점 더 빈번하게 입법절차 중의 경과에 의거하는 현상이 관측되고 있으나(H. P. Schneider, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung. Zur Funktionsgerechtigkeit und Kontrollrechte verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, NJW 1980, S. 2103 [2106]; H. H. v. Armin, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 388 ff.), 압도적으로 많은 사례들에서는 그것이 가급적 신빙성 있게 객관적 헌법위반을 확인하기 위해 보조적으로 행해지고 있을 뿐이다. C. Simons, Grundrechte und Gestaltungsspielraum. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Prüfungsinstrumentarium von Bundesverfassungsgericht und US-amerikanischem Supreme Court bei der Normenkontrolle, 1999, S. 265 f. 따라서 헌법심사는 객관적 성격을 띠며 헌법이 제시한 규칙의 테두리 안에서 입법절차를 형성하는 것은 입법기관의 일이라는 원칙에 대한 주목할 만한 예외는 존재하지 않는다(G. Kisker, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 39 [1981], S. 171, 172). 이에 반하여 ‘납득가능성통제(필자의 개념으로는 ‘상대적 타당성 통제’와 동일)’를 통하여 입법자의 사실확인이나 예측판단 등의 차원까지 심사의 대상으로 확대하게 되면 입법행위의 결과만이 아니라, 입법자의 행위 및 입법의 절차에까지 그 통제의범위가 확대될 수 있다고 하는 견해로는 방송주, 앞의 논문(주 71), 153 이하.

77) K. Schlaich 저(정태호 역), 독일헌법재판론, 2003, Rn 497. 상황에 따라서는 단순무효선언 대신에 입법개선의의무를 포함하는 촉구선언을 할 수도 있을 것이다.

78) BVerfGE 30, 292 (317); 37, 1 (20).

대한 우선권을 부여하기 때문이다. 환언하면 형성의 여지는 정치 작용, 특히 입법작용의 특징이며, 그 자체 기본권보호의무 이행의 본질적 요소는 아니다.<sup>79)</sup> 그러므로 구체적인 특정의 침해행위의 부작위를 명하는 금지인 방어권과 복수의 선택 가능한 국가의 활동들을 통해서 이행될 수 있는 작위명령인 보호의무 사이에 존재하는 규범구조적 차이는 입법자의 형성의 여지와 관련해서는 결정적 의미를 갖지 않는다. 입법자에게 부여되는 형성의 여지의 한계와 헌법재판소에 부여되는 통제 권한의 한계를 결정하는 것은, 방어권과 보호청구권의 차이와 같은 규범구조적 차이가 아니라 실체적 문제들이기 때문이다. 이 실체적 문제들은 구체적 사건에서 주장되고 있는 특정의 보호가 그 제공여부를 입법자의 결정에만 맡겨둘 수 없을 정도로 실정헌법의 관점에서 중요한지 여부에 달려 있다. 그에 따라 입법사실에 대한 예측의 문제는 구체적 사건에서 관련된 실체적 기본권과 민주적 정당성에 입각해 있는 입법자의 결정권한이라는 형식원리 사이의 형량의 문제가 된다. 여기서 결정적 의미를 갖는 것은 예측의 여지에 관한 형량의 문제는 방어권이냐 보호의무냐 모두 기본권에서 제기된다는 것이다. 보호의무가 특히 미래지향성이 강하기 때문에 그와 관련해서 형량과 예측의 문제가 방어권에 비해 보다 빈번하게 제기되고 또 그 문제의 해결이 보다 어렵다고 하더라도 이는 정도 차이의 문제일 뿐 질적인 차이의 문제는 아니다.

그러므로 보호의무에 대한 사법적 통제와 관련하여 방어권의 영역에서는 제기되지 아니하는 문제는 없다는 것을 확인할 수 있다.<sup>80)</sup> 결론적으로 사법적 통제의 강도와 관련해서도 방어권과 보호의무를 동등하게 취급하여야 한다는 원칙이 관철될 수 있고 또 그래야 한다. 특히 가해자의 방어권과 피해자의 보호청구권이 충돌하는 다극적 헌법관계에서 국가가 취한 조치에 대한 사법적 통

79) Ch. Callies, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 462; Dirnberger, DVBl. 1992, S. 879 (881); Möstl, DÖV 1998, S. 1029 (1039); 이에 대하여 상세한 설명으로는 Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 420 ff., 특히 S. 426 ff.

80) Ch. Callies, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 463; Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 426 ff.

제의 강도는 균일하게 유지되어야 한다. 그러므로 보호의무와 관련하여 명백성통제가 적용되었다면, 방어권과 관련해서도, 비록 국가와 개인의 양극적 관계만을 떼어 놓고 본다면 그 이상의 강한 통제가 가능하다고 하더라도, 명백성통제가 적용되어야 한다. 그렇게 할 때에만 다극적 헌법관계에서 가해자와 피해자 사이의 균형이 유지될 수 있기 때문이다.<sup>81)</sup>

그렇지만 판례와 다수설은 입법자의 보호의무 이행에 대한 심사강도는 입법자에게 폭넓은 예측·평가·형성의 여지가 주어지고, 헌법재판소는 입법자의 이와 같은 여지를 존중해야 한다는 이유로 원칙적으로 명백성통제가 되어야 한다고 본다.<sup>82)</sup> 상대적 타당성통제는 낙태와 같이 해당 기본권적 법익 및 규율대상의 특성 때문에 또는 가령 이미 법제화가 높은 정도로 진행되어 있어서 확실한 판단을 내릴 수 있는 개별사건의 특수성이 존재하는 경우에만 예외적으로 행해질 수 있고, 치밀한 내용통제는 보호의무 심사강도로는 부적합할 것이라고 한다.<sup>83)</sup> 이에 따르면 입법자의 보호의무 위반을 주장하는 헌법소원은 국가가 제공하는 보호가 다양한 권리와 이익들의 형량을 통해서 확인되는 보호수준에 비하여 명백히 미흡한 경우에만 인용될 수 있을 것이다. 입법자는 위험의 평가, 상충하는 법익과 이익의 형량, 보호수단의 효과에 대한 판단과 선택과 관련하여 폭넓은 (오류의) 여지를 누리는 것이다. 문제는 이와 같은 논증이 기본권적 법익에 대하여 위해적 활동하는 자에게 일방적으로 유리하게 작용하며, 가해자와 피해자의 법적 지위에 대한 균형 있는 고려를 외면하고 있다는 것이다.

그러므로 보호의무와 관련한 심사강도 역시 명백성통제로 고정

81) Ch. Callies, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 463.

82) J. Isensee, Die Grundrechte als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 117 Rn 162; K. Hesse, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers, in: FS Mahrenholz, 1984, S. 557는 기능법적 관점에서 행위규범과 통제규범의 구분론에 입각하고 있는 데 비하여 H. H. Klein, Die grundlegende Schutzpflicht, DVBl. 1994, S. 445 f.; Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, Rn 527은 기본권보호의무의 타당범위가 본질상 제한되어 있다는 실체법적 한계론에 입각해서 그와 같은 결론에 도달한다.

83) M. Möstl, DÖV 1998, S. 1029 (1038).

되는 것이 아니라 관련된 기본권적 법익의 종류, 그에 대한 위협의 심각성, 규율대상의 특성과 복잡성, 가변성, 입법에 필요한 상충하는 이익들 사이의 형량의 복잡성 등에 따라 단계화된다고 보는 것이 타당하다.

## 5. 진정보호입법부작위 위헌여부 심사구조

위에서 살펴본 것처럼 헌법해석을 통하여 도출되는 기본권보호 의무의 경우에는 보호의무의 존부 및 이행여부에 관한 판단이 불명확하기 때문에, 적법성심사의 단계에서는 단지 보호의무의 존재 가능성 내지 잠정적 보호의무의 존재 및 그 의무의 불이행 가능성만을 판단하고, 본안판단의 단계에서 입법자가 보호의무를 이행하지 않았는지의 여부를 판단하게 된다. 확정적 보호입법의무의 존재와 그 불이행을 적법요건으로 요구할 경우 복잡한 실체헌법의 문제가 적법요건심사단계로 이행하게 되고, 이는 적법요건심사에 과중한 하중이 실리게 되기 때문이다.

확정적 보호입법의무가 존재함에도 불구하고 입법자가 전혀 활동하지 아니한 진정부작위의 상태는 입법자가 기본권적 법익을 보호하기 위한 활동을 전혀 하지 않은 경우에 존재할 것이다. 그러나 현대 법치국가에서는 빈틈을 찾기가 힘들 정도로 구석구석까지 규율을 하는 법질서가 형성되어 있음을 감안하면 어떤 기본권적 법익에 대한 사인의 위해를 억제하기 위한 법률규정이 전혀 없는 경우를 상상하기 어렵다. 대부분 어딘가에는 보호규범이 존재하게 마련이다. 경찰법상의 일반조항이나 민법상의 불법행위규정처럼 그 타당영역이 매우 넓은 일반적 법규범이 어떤 종류든 보호를 제공하고 있기 때문이다.

그러므로 보호의무와 관련한 진정입법부작위는 그와 같은 일반조항을 통한 보호를 넘어가는 특별한 추가적 보호가 요구되는 경우에도 존재한다고 보아야 할 것이다.<sup>84)</sup> 가령 광범위한 지역의 주

---

84) Ch. Callies, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 320; M. Möstl, DÖV 1998, S. 1029 (1030 f.).

민들의 생명과 건강을 심각하게 위협할 수도 있는 원자력발전소의 원자로 폭발이나 기타 시설의 고장이나 하자로 인한 방사선 누출 위험을 경찰법상의 일반조항이나 원자력사고 발생으로 피해를 입은 사람들에게 인정될 수도 있는 민사불법행위로 인한 손해배상제도만으로는 충분히 실효성 있게 대처하기 어려우며, 이 영역을 규율하는 특별입법이 필요할 것이다.<sup>85)</sup> 이와 관련해서는 본질성이론과 결합되는 의회유보원칙이 기준을 제공할 것이다.

#### 가. 입법자가 보호입법의무를 완전히 해태한 경우

제1단계: 사인의 활동으로 위협받는 기본권적 법익을 보호하여야 할 구체적 보호의무가 발생하였는가?

제2단계: 구체적 보호의무를 이행하기 위한 보호입법이 전혀 존재하지 않는가? 특별한 보호법률이 기본권적 법익에 대한 보호를 제공하고 있기는 하지만 그것이 부적합하거나 불충분한 경우는 부진정입법부작위가 문제될 뿐이다.<sup>86)</sup>

제3단계: 보호입법을 통해 보호의무를 이행할 수 없었던 특별한 정당화사유가 존재하는지를 검토한다. 그러한 사유가 존재하지 않으면, 진정입법부작위로 관련 기본권이 침해되었음을 확인하여야 할 것이다.

#### 나. 일반적 법규정에 의한 보호를 넘는 특별한 보호입법제정 의무를 해태한 경우

제1단계: 사인의 활동으로 위협받는 기본권적 법익을 보호하여야 할 구체적 보호의무가 발생하였는가?

제2단계: 해당 기본권적 법익에 대해서도 보호효과가 미치는 일반조항적 성격의 보호규범이 존재하는가? 이 일반적 보호규범만으

85) 이에 대해서는 앞의 제2장, 제2절, II, 1. 독일의 판례와 학설 부분(p. 66)도 참조.

86) 이에 대해 상세한 것은 M. Möstl, DÖV 1998, S. 1029 (1036).



로는 기본권적 법익에 대하여 사인의 위해활동이 가하는 위협의 정도·태양과 특성에 맞는 실효성 있는 충분한 보호를 제공할 수 없는가?

제3단계: 그로 인한 특별한 보호입법을 하여야 할 의무에도 불구하고 입법자가 입법을 하지 않고 있는가? 그렇다면 진정입법부작위가 존재하며, 특별한 정당화사유가 존재하지 않는 한 이와 같은 부작위는 기본권보호의무 위반으로 관련 기본권에 대한 침해를 확인해야 할 것이다.

어떤 새로운 과학기술의 상업적 이용을 허용할 경우의 잠재적 위험으로부터 국민의 생명과 건강과 같은 기본권적 법익에 대한 충분한 실효적인 보호를 제공하고, 과학기술의 이용자와 잠재적 위험에 노출되는 개인들의 기본권적 법익, 국민의 안전과 보건, 국민경제의 성장, 환경보호와 같은 공익 등 상충하는 법익들을 균형 있게 실현할 수 있도록 입법자에게 특별한 입법을 하여야 할 의무가 발생할 수 있다. 예를 들면 원자력발전과 관련해서 입법자는 그러한 의무를 이행하기 위해 이미 원자력안전법, 원자력 시설 등의 방호 및 방사능 방재 대책법, 원자력손해배상법, 원자력손해배상 보상계약에 관한 법률 등과 같은 각종 특별 공·사법을 제정·시행하였다. 그러한 특별한 보호법률들이 시행되지 않고 있는 상태에서 원자력이 다양한 상업적 목적으로 이용되고 있는 상황을 상정하면, 그 이용에 수반되는 잠재적 위험에 노출되어 있는 개인의 생명, 신체, 재산과 같은 기본권적 법익들은 민법, 형법, 일반적인 경찰작용을 규율하는 행정법령 등을 통해서만 보호받을 수밖에 없을 것이다. 이 경우에 관할 행정기관들은 기본권보호의무를 이행한다는 이유로 법률의 수권 없이 그러한 기술의 이용을 금지하거나 그 부작위 명령에 위반하였다는 이유로 행정적 제재를 가할 수는 없을 것이다. 원자력 이용행위는 이용자의 기본권행사이므로 그것을 기본권보호를 위해 제한하려면 헌법 제37조 제2항에 따라 법률적 근거가 있어야 하기 때문이다.

입법자가 안전성이 입증된 원자로와 방사능 누출 위험을 최소화

하는 장치와 구조물을 사용하지 않는 원자력발전소나 원자력 발전 과정에서 나오는 방사성 폐기물의 처리대책을 마련하지 않은 원자력발전소의 허가 및 가동을 금지하는 법률을 제정하지 않은 상태에서 상업발전을 하는 원자력발전소가 가동되도록 방치함으로써 생명, 신체 등에 대한 보호청구권을 침해하고 있다는 이유로 헌법소원이 제기되었다고 가정해 보자. 이 경우 헌법재판소가 민법상의 불법행위에 관한 규정이나 형법상의 업무상과실치사상에 관한 규정이 원자력발전소 가동에 따른 생명, 신체 등에 대한 위협에 대하여 어느 정도의 보호를 제공할 수 있다는 이유로 해당 헌법소원을 부진정입법부작위 헌법소원으로 평가하고, 그에 따라 그 적법성을 심사할 수는 없을 것이다. 또 헌법재판소가 그와 같은 규율이 기본권보호에 명백히 미흡하다는 이유로 헌법소원청구를 인용하려고 하는 경우 그 규정들을 위헌으로 선언하거나 불합치선언할 수는 없을 것이다. 해당 규정들에 의한 기본권보호가, 입법자가 그 보호의무를 이미 충분히 이행하였는지 그리고 그에 따라 추가적인 입법에 대한 요구가 정당한지 여부라는 실체법적 문제를 해결하는 데 의미를 가질 수는 있다. 그렇지만 그렇다고 해서 입법자가 소원청구인이 주장하는 내용의 보호방안과 관련해서는 아무런 입법활동을 하지 않았다는 사실이 바뀌는 것은 아니다. 헌법재판소로서는 그러한 상황에서 입법자가 필요한 입법을 하지 아니한 부작위가 위헌임을 확인해야 할 것이다.

한편, 원자력의 평화적 이용의 조건과 한계, 이해관계의 충돌을 조정하는 특별한 법률이 필요한지에 대해서는 기본권보호의무론 외에도 공동체생활에 본질적 결정을 입법자 스스로 내리도록 요구하고 있는 본질사항의 회유보원칙<sup>87)</sup>이 지침을 제공한다고 본다. 의

---

87) 헌법재판소도 “위임의 명확성의 요건이 완화될 수 있는 경우에도 국민주권주의, 권력분립주의 및 법치주의를 기본원리로 채택하고 있는 우리 헌법하에서는 **국민의 헌법상 기본권 및 기본의무와 관련된 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 관한 사항에 대한 정책형성기능은 원칙적으로 주권자인 국민에 의하여 선출된 대표자들로 구성되는 입법부가 담당하여 법률의 형식으로써 이를 수행하여야 하고**, 이와 같이 입법화된 정책을 집행하거나 적용함을 임의로 하는 행정부나 사법부에 그 기능이 넘겨져서는 안 된다고 해석하므로, 국민의 기본의무인 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적 내용에 관한 사항에 대하여는 조세법률주의의 원칙상 가능한 한 법률에 명확하게 규정되어야 하

회유보원칙은 의회라는 입법자가 헌법상 부과되어 있는 법률제정의무를 스스로 명확한 법률규정을 통해서 이행하도록 명함으로써 명시적인 위임의 형식이든(포괄적 위임입법을 통해) 은폐된 위임의 형식이든(가령 일반조항이나 불확정개념의 사용을 통해) 이 입법의무를 회피하지 못하도록 퇴로를 차단하고 있다. 독일 연방헌법재판소는 기본권실현에 의미가 있는 모든 사항들(기본권적 관련성 또는 기본권적 관련성의 진지성)<sup>88)</sup>, 공동체에 대하여 중요한 영향을 미치거나 공동체내에서 논란의 대상이 되고 있는 사항들이 본질적인 의미를 갖는다고 한다. 그러나 이러한 기준도 본질적인 것과 비본질적인 것을 구분하는 합리적인 기준을 제시하고 있지는 못하다. 오늘날 특히 기본권적 연관성과 중요성을 가지지 아니한 국가의 행위가 거의 없다는 것을 고려한다면, ‘어느 정도’의 기본권적 중요성이나 연관성이 존재해야만 입법자가 스스로 결정해야 하는지의 문제가 사전에 밝혀지지 않는 한, ‘기본권적 중요성’이라는 기준으로 본질적인 것과 비본질적인 것을 구분하는 것이 사실상 불가능하기 때문이다. 그 기준은 모호성 때문에 거의 모든 문제를 입법자가 스스로 결정하도록 만드는 부작용을 초래할 수도 있다.

기본권적 중요성 또는 기본권적 관련성의 진지성이라는 기준이 충분한 도움을 주지 못하는 경우에는 ‘사안이 의회의 입법절차에서 결정될 필요성이 있는가, 공개적 토론의 필요성과 상충하는 이익 사이의 조정필요성이 있는가’, 즉 사안이 강한 민주성을 띠는 의회의 직접적인 의사결정을 요구하는가라는 기준이 의회유보원칙의 적용여부에 대한 판단을 좀 더 용이하게 해줄 수 있을 것이다. “국회의 입법절차는 국민의 대표로 구성된 다원적 인적 구성의 합

---

고 이와 같은 사항을 대통령령 등 하위법규에 위임하는 데에는 일정한 한계가 있는 것”(강조표시는 필자가 한 것임 - 현재 1998. 3. 26. 96헌바57, 판례집 10-1, 255, 264; 1998. 5. 28. 96헌가1, 판례집 10-1, 509, 518)이라고 판시함으로써 이 점을 인식하고 있는 것으로 분석된다. 최근 판례로는 현재 2015. 5. 28. 2013헌가6; 현재 2016. 6. 30. 2015헌바125등; 현재 2017. 8. 31. 2015헌바388 등 참조.

88) 가령 BVerfGE 34, 165 (192 f.); 40, 237 (249); 41, 251 (260); 45, 400 (417 f.); 47, 46 (78 ff.); 48, 210 (221); 49, 89 (126). 이는 기본권제한이 아닌, 기본권 관련성 공식은 기본권을 제한하는 조치만이 법률적 근거를 필요로 하는 것이 아니라는 것을 분명히 하는 것이다.

의체에서 공개적 토론을 통하여 국민의 다양한 견해와 이익을 인식하고 교량하여 공동체의 중요한 의사결정을 하는 과정이다. 일반국민과 야당의 비판을 허용하고 그들의 참여가능성을 개방하고 있다는 점에서 전문관료들만에 의하여 이루어지는 행정입법절차와는 달리 공익의 발견과 상충하는 이익간의 정당한 조정에 보다 적합한 민주적 과정이라 할 수 있다. 그리고 이러한 견지에서, 규율 대상이 기본권적 중요성을 가질수록 그리고 그에 관한 공개적 토론의 필요성 내지 상충하는 이익 간 조정의 필요성이 클수록, 그것이 국회의 법률에 의해 직접 규율될 필요성 및 그 규율밀도의 요구 정도는 그만큼 더 증대되는 것으로 보아야 한다.”<sup>89)</sup>

원자력을 이용한 전기의 생산이 국민 생활, 그 기본권에 대하여 미치는 광범위한 영향, 그에 따라 필요한 관련 규율의 종류와 밀도에 비추어 볼 때 원자력 발전의 허용여부에 대한 결정, 허가의 핵심적 조건, 방사상폐기물의 처리 등에 대한 결정은 공동체생활에 본질적인 의미를 갖는 사항이다. 따라서 입법자만이 이 문제에 대한 결정권을 가지고 있고 또 입법자는 관련 결정을 원칙적으로 법률의 형식으로 밀도 높게 스스로 내려야 하며 이를 행정청에 위임할 수 없다고 본다.<sup>90)</sup> 그렇다면 입법자는 이 영역에서 기본권보호의무를 이행할 때 본질사항의회유보원칙에 의하여 자신이 스스로 결정하여야 하는 사항을 명확하게 법률로 규율해야 할 의무를 지며, 그러한 의무를 전혀 이행하지 않을 경우에는 입법부작위로 관련 기본권을 침해하게 된다고 보아야 한다. 입법자가 법률로 본질적 사항을 스스로 명확하게 규율하지 않고 행정청에게 위임하고 있다면, 그와 같은 위임을 포함하고 있는 법률규정은 본질사항의회유보원칙에 반해서 위헌임은 물론이다.

#### 다. 차별적 보호방안과 입법부작위 위헌 확인의 가능성

89) 헌재 2004. 3. 25, 2001헌마882, 판례집 16-1, 441 - 교수임용후보자 가산점제.

90) BVerfGE 49, 89 - 칼카 원자력발전소 제1차 판결 참조.

입법자가 어떤 기본권적 법익을 보호하기 위하여 관련 개인들이 처한 위험의 양상과 정도에 따라 세분화되는 보호체계를 제시한 경우 특정 유형의 관련자들에 대해서만 미흡한 보호를 제공하는 오류를 범할 수도 있다. 이와 같은 오류는 보호체계가 복잡할수록 발생할 가능성이 높다. 어쨌든 이 미흡한 부분을 분명하게 확정해 낼 수 있고 또 간단한 보충적 입법을 통해서 해당 부분의 위험성을 치유할 수 있다면, 헌법재판소로서는 보호방안 전체를 위험으로 선언하는 것이 아니라 미흡한 부분에 한하여 입법부작위 위험 확인을 하면서 입법자에게 신속한 입법을 촉구할 수도 있다. 그렇게 하는 것이 세분화된 보호방안 중 합헌적인 부분의 정상적 작동을 통한 기본권보호에 지장을 초래하지 않으면서도 합헌상태로 이행하는 최선의 길일 수 있기 때문이다. 이와 관련하여 좁은 의미의 보호의무의 문제가 아니라 질병으로 인하여 자신에게 닥친 건강 내지 생명에 대한 심각한 위험을 분별하지 못한 채 치료를 거부하는 정신질환자의 자초위난에 대한 보호가 문제된 사건에서 독일 연방헌법재판소가 2016. 7. 26.의 판결<sup>91)</sup>을 통해서 입법자가 긴급한 조력을 필요로 하는 인간을 보호해야 할 의무를 다하지 못했음을 이유로 입법부작위 위험을 확인한 것은 매우 시사적이다. 독일 민법 제1906조 제3항<sup>92)</sup>에 대한 위험제청사건에서 독일 연방헌

91) BVerfGE 142, 313. 이에 관한 자세한 것은 제2장, 제2절, II, 1, 가, (2), ③ p. 105 참조.

92) 제1906조 (강제입원[Unterbringung])에 대한 성년후견법원의 허가

(1) 성년후견인이, 성년피후견인을 자유박탈이 따르는 강제입원을 시키는 것은, 그것이 다음 각 호의 이유 때문에 피성년후견인의 복리를 위해 필요한 것인 경우에만 허용된다.

1. 피성년후견인이 그의 정신질환이나 정신적 또는 영적 장애로 자살할 위험이나 자신의 건강을 중대하게 손상할 위험이 존재하거나,

2. 피성년후견인을 강제입원시키지 않으면 임박한 중대한 건강에 대한 손상을 방지하기 위하여 필요한 건강검진, 치료 또는 수술을 할 수 없고, 성년피후견인이 정신질환이나 영적 또는 정신적 장애로 인하여 강제입원의 필요성을 인식할 수 없거나 그 인식에 따라 행동할 수 없는 경우

(2) 강제입원은 성년후견법원의 허가를 받은 경우에만 허용된다. 허가 없는 강제입원은 지체할 경우 위험이 있는 때에만 허용된다. 이 경우 (강제입원 후) 법원의 허가를 지체 없이 받아야 한다. 성년후견인은 강제입원의 요건이 소멸된 경우에는 강제입원을 중단시켜야 한다. 성년후견인은 강제입원의 중단을 성년후견법원에 신고하여야 한다.

(3) 제1항에 의한 치료가 피성년후견인의 자연적 의사에 반하는 경우(강제치료)에는 성년후견인은 다음 각 호의 요건을 충족시키는 경우에만 강제치료에 대하여 동의할 수

법재판소 제1재판부는, 2013년 2월 18일의 성년후견법에 의한 강제치료 동의에 관한 규율을 위한 법률로 개정된 독일 민법 제1906조 제3항에 대한 해석상, 치료공간을 벗어나 치료를 피할 의사가 없거나, 또는 신체적으로 치료를 받을 수 있는 상황이 안 되는, 따라서 법적으로 개방병동에 입원·치료시키는 것은 가능하지만 폐쇄병동에 강제입원시킬 수 없는 환자로서 중대한 건강 손상이 임박해 있는 병식(病識) 없는 피성년후견인(Betreute)의 자연적 의사에 반해서는 어떤 상황에서도 그를 강제로 치료할 수 없도록 함으로써 결과적으로 자신의 건강이나 생명에 대한 심각한 위협과 치료의 필요성을 인식하지 못하거나 그러한 인식에 따라 행위할 수 없는 상태에 있으면서 치료를 거부하는 이들에게 강제치료가 그들의 이익에 부합하고 또 그 치료의 유용성이 그로 인한 불이익을 명백히 압도하는 경우조차도 필요한 긴급한 보호를 제공하기 위한 명백한 보호입법의 흠결이 존재하고, 그러한 범위에서 입법자의 부작위는 기본법 제2조 제2항 제1문으로부터 나오는 국가의 생명 및 건강 보호의무에 위반된다는 것을 확인하였다.

연방헌법재판소는 이 판결에서 적법성 심사에서는 자력으로 거

---

있다.

1. 피성년후견인이 정신질환 또는 정신적 또는 영적 장애로 치료조치의 필요성을 인식할 수 없거나 그러한 인식에 따라 행동할 수 없고,

2. 먼저 치료조치의 필요성에 대하여 피성년후견인을 설득하기 위한 시도를 하여야 하고,

3. 피성년후견인의 복리를 위하여 제1항에 의하여 행해진 강제입원상태에서 행해지는 강제치료가 임박한 중대한 건강손상을 방지하기 위하여 필요하고,

4. 중대한 건강손상을 피성년후견인에게 기대할 수 있는 다른 조치를 통해서 방지할 수 없으며,

5. 예상되는 강제치료의 이점이 예상되는 건강손상을 명백히 능가하는 경우 제1846조는, 성년후견인이 그 의무를 이행하는 경우에 장애가 있는 경우에만 적용될 수 있다.

(3a) 성년후견인이 강제치료를 동의하려면 성년후견법원의 동의를 얻어야 한다. 성년후견인은 강제치료 요건이 소멸된 경우에는 강제치료에 대한 동의를 철회하여야 한다.

(4) 제1, 2항은 요양원(Anstalt), 양로원(Heim)이나 여타 시설에 체류하는 피성년후견인이 강제입원되지 않은 상태에서 기계적 설비, 의약품에 의하여 또는 다른 방식으로 장기간 또는 통상적으로 자유를 박탈당해야 하는 경우에도 준용된다.

(5) 대리인에 의한 강제입원, 제1, 3, 4항에 의한 조치에 대한 대리인의 동의는 대리권이 서면으로 부여되고 또 제1, 3, 4항에서 열거된 조치를 명시적으로 포함하고 있는 경우에만 허용된다. 그 밖의 사항에 대해서는 제1-4항이 준용된다.

동할 수 없고 또 스스로 의미 있게 자결권을 행사할 수 없는 일군의 환자들에 대한 부당한 차별대우에 의한 평등권침해의 가능성이 이유로 재판의 전제성을 인정하였으면서도<sup>93)</sup> 본안에서는 보호의무 위반이 명백하다는 이유로 실무상 더 이상 필요 없게 된 평등권심사를 생략하고 있다.<sup>94)</sup> 이 판결은 특정 유형의 환자들의 자결권과 그들에 대한 국가의 보호의무가 충돌하는 상황에서 그들이 자결권을 의미 있게 행사할 수 없는 상태에 있는 경우조차도 자결권 존중에 치우쳐 그들의 생명이나 건강을 보호하기 위해 강제입원과 강제치료의 길을 열어 놓지 않는 독일 민법의 보호방안의 허점을 지적하고 있는 것이다. 연방헌법재판소가 제청대상이 된 독일 민법규정을 무효로 선언하면 강제입원의 대상이 되는 환자들에 대한 강제치료의 길까지 차단하게 되는 부조리가 발생하게 되고, 그렇다고 계속적용명령부 불합치결정을 내린다면 보호의무를 충족시키고 있는 멸절된 현행 규정에 대해서까지 위헌의 낙인을 찍게 되는 등의 부작용이 있었을 것이다. 결국 제청대상이 된 민법규정 자체는 위헌이 아니므로 당해사건의 당사자와 같은 유형의 사람들을 위한 강제치료의 가능성을 마련하지 않은 부분적 입법부작위가 보호의무에 반하여 위헌임을 확인하면서 입법자에게 신속하게 필요한 보완입법을 할 것을 촉구하는 한편, 입법자를 대신하여 과도기를 위한 경과규정을 통해 보호가 필요한 환자들에게 강제치료의 길을 열어놓는 응급처치를 할 수밖에 없었던 것이다.<sup>95)</sup>

이 사건은 종래의 구분론에 의하면 본래의 의미의 진정입법부작위 헌법소원 사건이 아니라, 입법자가 보호입법을 하였으나 판단착오로 일부 인적 집단을 위한 특정 보호수단이 빠짐으로써 불완전하고 불충분하게 된 입법, 즉 부진정입법부작위의 위헌성을 문제 삼고 있는 위헌제청 사건이다.<sup>96)</sup> 그럼에도 불구하고 위헌심판절차에서는 찾아 볼 수 없었던 입법부작위 위헌확인 결정이 내려

93) BVerfGE 142, 313 (342 ff.).

94) BVerfGE 142, 313 (352).

95) BVerfGE 142, 313 (352 f.).

96) 새로운 구분론에 따라 이 결정을 기본권 보호의무를 위반한 입법자의 일부 부작위, 즉 진정입법부작위로 구분하는 견해로는 앞의 제2장, 제2절, II, 1, 가, (2) ③ p. 105 참조.

진 것은, 관련 개인들의 기본권 보호에 구멍이 발생하는 것을 막기 위해 일종의 변형결정이 필요했기 때문이다. 즉 특정 유형의 환자들의 생명이나 건강에 대한 중대하고 임박한 위협의 방지를 위해 만들어진 보호체계 중 합헌적인 부분에 대해서까지 위헌선언을 함으로써 보호체계의 구멍을 확대하지 않도록 하면서 합헌상태를 조성하여야 할 필요가 있었기 때문이다.

#### 라. 입법개선의무의 불이행과 관련된 문제

입법자의 입법개선의무의 불이행 문제는 입법자의 부작위를 다투는 헌법소원의 형태로 제기되지만,<sup>97)</sup> 본안에서는 기존 법률규정이 변화된 현실에서도 충분하고 실효성 있는 기본권보호를 제공할 수 있는지의 문제로 다뤄지고, 따라서 기존법률규정의 위헌여부에 대한 심사가 이뤄지게 된다.<sup>98)</sup>

## 제2절 행정입법부작위 헌법소원의 본안심사

상술한 것처럼 행정입법권을 가진 행정기관이 헌법에서 유래하는 행정입법을 제정할 의무가 있음에도 행정입법을 하지 아니하여 기본권을 침해한 경우에는 그 행정입법 부작위 위헌의 확인을 구하는 헌법소원을 청구할 수 있다.<sup>99)</sup>

### I. 적법요건으로서의 행정입법 제·개정 의무 및 행정입법권자의 부작위<sup>100)</sup>

97) 가령 BVerfGE 56, 54 (71 f.) - 비행장소음.

98) 다만 입법개선의무와 관련한 입법부작위의 경우도 새로운 구분론에 따라 일부 진정부작위 가능성을 열어두고 있는 견해로는 제2장, 제2절, II, 1, 가, (2), ② p. 102와 1, 나. p. 120 참조. 그리고 이 판결에 대한 자세한 소개로 제3장, 제2절, II, 3, 다, (3) p. 259 참조.

99) 헌재 1993. 7. 29. 92헌마51, 판례집 5-2, 175; 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마707, 판례집 14-2, 65, 72 등 참조.

100) 이에 대해서는 정태호, 주석 헌법재판소법, 2015, 헌법재판연구원, 1014 이하 참조.



행정입법부작위의 개념이나 성립요건에 대해서는 입법자의 진정 입법부작위 및 부진정입법부작위에 대한 설명이 준용된다. 진정행정입법부작위가 성립하려면 행정청에게 시행명령을 제·개정할 법적 의무가 있어야 하고, 상당한 기간이 지났음에도 불구하고, 명령 제정(개정)권이 행사되지 않아야 한다.<sup>101)</sup>

헌법에서 유래하는 행정입법의무의 존재는 적극적인 공권력행위(‘공권력의 행사’)에 대한 헌법소원에서 ‘기본권침해의 가능성’에 해당하는 것이다. 그러한 행정입법의무가 존재하지 않는다면, 행정입법부작위에 의하여 청구인의 기본권이 침해될 가능성이 없기 때문이다.

특기할 것은, 행정기관의 작위의무는 헌법에서 유래하여야 하는 것이 원칙이지만, 헌법에 행정입법을 발하도록 하는 명시적 위임이 없더라도 법률이 행정청에 입법권을 위임한 경우 이를 이행하여야 하는 것이 헌법의 원칙인 권력분립의 원칙, 법치행정의 원칙에 부합하고, 따라서 법령에 의하여 행정청에게 부과된 행정입법의무는 헌법적 의무에 해당한다는 것이다.<sup>102)</sup>

행정입법 작위의무의 존재가 적법요건인지, 아니면 본안문제인지에 대한 헌법재판소의 태도는 동요하고 있다. 대부분의 판례는 이 문제를 적법요건으로 다뤘지만,<sup>103)</sup> 일부 판례에서는 본안판단에서 심사하기도 하였다.<sup>104)</sup>

101) 헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283, 305-306; 헌재 2004. 2. 26. 2001헌마718, 판례집 16-1, 313, 320.

102) 헌재 2004. 2. 26. 2001헌마718, 판례집 16-1, 313, 320.

103) 가령 사법시험성적산출방법 등에 관한 입법부작위위헌확인사건에서는 행정입법작위의무의 존부는 적법요건으로 다루어졌다(헌재 2005. 12. 22. 2004헌마66, 공보 제111호, 146, 149). 그밖에도 가령 헌재 2003. 7. 24. 2002헌마378, 판례집 15-2 상, 145, 152 이하; 헌재 2011. 2. 15. 2011헌마40, 공보 제173호, 337, 338; 헌재 2003. 7. 24. 2002헌마378, 판례집 15-2 상, 145, 153 이하 등 참조.

104) 군법무관 봉급 등에 관한 행정입법부작위 확인사건(헌재 2004. 2. 26. 2001헌마718, 판례집 16-1, 313, 320, 평균임금 고시 의무 해태사건(헌재 2002. 7. 18. 2000헌마707, 판례집 14-2, 65, 75 이하), ‘사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위’를 정하는 조례를 제정 부작위위헌확인 사건(헌재 2009. 7. 30. 2006헌마358, 판례집 21-2 상, 292, 299 이하)에서는 적법요건에서는 자기관련성만 심사되었고, 행정입법부작위의의무의 성격 및 그 정당성 유무는 본안판단의 문제로 심사되었다.

독일 연방헌법재판소는 입법부작위 헌법소원에서 작위의무의 존재여부를 적법요건심사의 단계에서 판단하고 있다.<sup>105)</sup> 부작위는 단순한 무위가 아닌 법이 부과한 작위의무의 불이행상태이고, 따라서 부작위의 존재는 기본권침해가 도대체 가능할 수 있는 전제 중의 하나인 공권력의 ‘행사’에 대응하는 것이라는 점, 부진정부작위와 진정부작위를 구분하고 전자의 경우에는 부작위가 아니라 불완전 법규범 자체를 다투도록 하는 반면 후자의 경우에는 부작위 자체의 위헌확인을 구하도록 하고 있고 또 전자에 대해서는 헌법재판소법 제69조 제1항의 청구기간 규정이 적용되지만 후자에 대하여는 부작위상태가 지속되는 동안 그 규정에 의한 청구기간의 제한이 없다는 점 등을 감안할 때 작위의무의 존재는 적법요건이라고 보아야 한다.

한편, 기본권보호의무에 위반하는 진정입법부작위 헌법소원에서는 보호의무의 규범구조의 특성 때문에 그 적법요건으로 추상적 내지 일응의 작위의무의 존부만이 요구되고 구체적 작위의무의 존부나 그 이행여부는 본안판단의 문제로 보는 것이 타당하다.<sup>106)</sup> 그렇지만 기본권보호의무 위반을 주장하는 진정행정입법부작위 헌법소원에서는 그와 같이 적법요건을 완화해야 할 필요는 없을 것이다. 기본권보호의무 이행을 위한 행정입법도 입법자의 수권, 즉 입법자에 의한 행정입법 제·개정 명령에 입각해서 제·개정될 것이기 때문이다. 기본권보호의무 자체가 행정기관에 대하여 위해활동을 하는 사인의 기본권을 제한하는 권한을 부여하지는 않는 반면, 관련 행정입법은 기본권적 법익에 대하여 위해활동을 하는 사인의 기본권에 대한 제한을 수반할 것이므로 이 영역에서의 행정입법은 입법자가 법률로 입법권을 위임하는 경우에만 제정될 수 있는 것이 원칙이다. 입법자가 행정기관에게 입법권을 위임할 때 포괄적 위임입법금지와 본질사항의 회유보 원칙을 준수하여야 한다. 그렇기 때문에 보호의무를 실현하기 위한 행정입법의 제정이나 개정 없이 기본권이 침해되었음을 주장하는 헌법소원은 통상적인 행정

105) BVerfGE 23, 242 (249); 56, 54 (71) 등 참조.

106) 위 제4장 제1절 II, 1. p. 315 참조.

입법부작위의 심사구조와 유사할 수밖에 없다.

다만, 법률이 행정입법권자에게 기본권보호의무에 부합하는 규율을 발하도록 수권하였고 행정입법권자가 해당 법률에 입각하여 그 보호의무를 이행하기에 충분한 규율을 취할 수 있는 경우처럼, 그 행정입법의무가 불확정개념을 사용하여 추상적인 형태로 부과됨으로써 행정입법권자에게 폭넓은 행정입법재량권이 부여된 경우에는 행정입법권자는 기술적 발전이나 현실의 변화에 맞게 행정입법을 개선하여야 할 의무도 지게 된다.<sup>107)</sup> 그와 같은 법적 상태에서 보호청구권을 토대로 행정입법개선 의무 불이행을 다투는 헌법소원이 청구된 경우 그 적법성심사는 입법자의 보호의무불이행을 다투는 헌법소원과 유사한 문제상황에 직면하게 될 것이다.<sup>108)</sup> 이 경우 행정입법개선 의무 불이행을 이유로 하는 행정입법부작위 헌법소원이 청구된 경우 적법요건으로는 추상적 보호의무의 존재만을 요구하고, 본안심사에서는 청구인이 주장하는 구체적인 보호의무의 존부와 그 의무이행을 위해 행정입법의 개선이 필요한지 여부를 심사하여야 할 것이다.

## II. 본안심사

행정입법부작위 헌법소원의 본안에서는 행정입법권을 가진 행정기관이 헌법에서 유래하는 행정입법을 제정할 의무를 ‘상당한 기간이 경과’ 했음에도 ‘정당한 사유 없이’ 이행하지 않아 기본권을 침해하였는지를 심사한다.

행정입법권자의 작위의무의 내용이 입법권을 위임하는 모 법령에서 이미 구체화되어 있기 때문에 행정입법부작위 헌법소원은 성공 확률이 높다.

---

107) 이에 대해서는 M. Gerhardt, Probleme des gesetzgeberischen Unterlassens in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Bericht des Bundesverfassungsgerichts für die XVI. Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichts 2008, 2007, S. 27 f. 참조.

108) BVerfGE 56, 54 (86) - 비행기장소음 참조.

## 1. 상당한 기간 경과

행정입법의 제정이나 개정을 위해서도 상당한 시간이 필요하다. 행정입법의 제·개정에는 필요하다고 볼 수 있는 합리적 시간은 그 규율의 난도 등에 따라 달라질 수 있을 것이다. 물론 행정입법을 제정하거나 개정하도록 명한 법령에 시한이 설정되어 있는 경우에는 그 시한을 정당한 사유 없이 경과하면 그 부작위는 위헌성을 띠게 된다고 보아야 한다.

행정입법부작위 위헌확인청구가 인용된 사례에서 부작위 상태가 지속된 기간은 5년,<sup>109)</sup> 20년,<sup>110)</sup> 30년,<sup>111)</sup> 36년,<sup>112)</sup> 37년<sup>113)</sup> 등이었다.<sup>114)</sup>

## 2. 행정입법부작위 정당화사유의 존부 심사

행정입법부작위가 확인되더라도 그 부작위가 정당화될 수 있는 경우도 있다. 따라서 이 유형의 헌법소원이 인용되려면 행정입법의 제·개정을 지체하는 것을 정당화할 수 있는 사유가 없어야 한다.

### 가. 위임된 행정입법의 명백한 위헌성

위임입법 자체가 헌법에 위반된다는 것이 누가 보아도 명백하거나 위임 입법에 따른 행정입법의 제정이나 개정이 당시 실시되고 있는 전체적인 법질서 체계와 조화되지 아니하여 그 위임입법에 따른 행정입법 의무의 이행이 오히려 헌법질서를 파괴하는 결과를

---

109) 헌재 2018. 5. 31. 2016헌마626, 공보 제260호, 931 - 국군 등록포로 예우

110) 헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283 - 치과전문의 시험

111) 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마707, 판례집 14-2, 65 - 평균임금결정·고시부작위.

112) 헌재 2009. 7. 30. 2006헌마358, 판례집 21-2 상, 292 - '사실상 노무에 종사하는 공무원'의 구체적 범위를 정하는 조례미제정.

113) 헌재 2004. 2. 26. 2001헌마718, 판례집 16-1, 313 - 군법무관임용 등에 관한 법률상의 군법무관 보수 등.

114) 이에 대해서는 앞 제2장, 제3절, II, 1. 가. 진정행정입법부작위 참조.

가져옴이 명백한 경우<sup>115)</sup>에는 행정입법부작위는 예외적으로 정당화될 수 있다는 것이 판례이다.

다만, 위임입법이 명백히 위헌인 경우에만 행정입법부작위가 헌법적으로 정당화될 수 있는 이유가 무엇인지 불분명하다. 법령에 의해 부과된 위임입법 제·개정 의무 자체가 가령 입법권 위임의 한계를 벗어나 포괄적 위임의 형태로 부과된 것이어서 위헌이라면 그 위헌성이 명백한 것이 아니었다고 하더라도 그에 입각해 제·개정되는 위임입법도 위헌일 수밖에 없기 때문이다.

#### 나. 판례에 의한 행정입법의 대체가능성?

행정입법의 부작위로 인한 법령의 공백을 채우는 대법원판례가 있다는 것이 행정입법의 무불이행의 정당화사유가 될 수는 없다.<sup>116)</sup> 판례는 법령의 공백을 메우기 위하여 형성되어 사실상의 법규범으로서의 역할을 수행하지만, 그것이 행정기관의 행정입법의무를 소멸시키는 것은 아니다. 이를 인정할 경우 권력분립원칙, 헌법의 권한배분의 질서는 뿌리 채 흔들리게 될 것이다. 법적 명확성이나 안정성의 측면에서도 판례가 행정입법을 따라갈 수는 없다.

#### 다. 행정입법제정의 필요성 결여

한편, 행정기관이 법령상 부과된 행정입법을 상당한 기간이 지나도록 하지 않고 있더라도 하위 행정입법의 제정 없이 상위 법령의 규정만으로도 집행이 이루어질 수 있는 경우에는 그 행정입법이 상위 법령의 집행을 위하여 필수불가결한 것이 아니어서 작위의무가 인정되지 않는다.<sup>117)</sup> 따라서 이러한 경우에는 행정입법부

115) 헌재 2004. 2. 26. 2001헌마718, 판례집 16-1, 313, 321; 헌재 2018. 5. 31. 2016헌마626, 공보 제260호, 931, 935.

116) 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마707, 판례집 14-2, 65, 76.

117) 헌재 2005. 12. 22. 2004헌마66, 공보 제111호, 146, 149; 헌재 2013. 5. 30. 2011헌마198, 판례집 25-1, 378, 388 이하.

작위 위헌확인을 구하는 헌법소원은 청구기각이 아니라 적법요건의 미 충족으로 부적법 각하되게 된다.

### 3. 침해된 기본권의 확인

적법요건인 청구인적격요건을 통해서 행정입법부작위로 인한 기본권침해가능성에 대해서만 심사가 이뤄지지만,<sup>118)</sup> 본안판단에서는 헌법재판소법 제75조 제2항에 비추어 볼 때 행정입법부작위로 인해 침해된 청구인의 기본권이 구체적으로 확인되어야 한다.<sup>119)</sup>

그런데 행정입법부작위 위헌확인을 구하는 헌법소원의 경우 의회 입법자의 입법부작위 위헌확인을 구하는 헌법소원과 달리 상위의 법령이 행정입법의 제정이나 개정 명령에도 그 의무불이행이 문제되기 때문에 부작위로 청구인의 권리가 침해되었는지,<sup>120)</sup> 나아가서는 행정기관의 부작위로 청구인의 권리가 침해되었다고 하더라도 그것이 단순한 법령상의 권리인지 아니면 헌법에서 보장된 기본권이기도 한 것인지가 불분명한 경우가 있을 수 있다. 법률에 의한 형성 내지 구체화를 요하는 기본권들이 적지 않고, 기본권을 객관적 가치로 이해하거나 헌법 제10조 제2문의 기본권보장의무로부터 기본권의 온전한 실현에 필요한 다양한 헌법적 효과가 도출되고 있기 때문이다. 이는 결국 기본권 해석의 문제가 된다.

### 4. 행정입법부작위의 경우에는 입법부작위도 존재하는가

입법자가 행정입법권자에게 기본권보호를 위한 입법권의 일부를 위임하였으나 수임 행정입법권자가 관련 행정입법을 제정하고 있

---

118) 가령 자기관련성 유무를 가리고 있는 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마707, 판례집 14-2, 65, 72-73; 헌재 2004. 2. 26. 2001헌마718, 판례집 16-1, 313, 318-319 등 참조.

119) 가령 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마707, 판례집 14-2, 65, 77-78; 헌재 2004. 2. 26. 2001헌마718, 판례집 16-1, 313, 327-328; 헌재 2018. 5. 31. 2016헌마626, 공보 제260호, 931, 935-936.

120) 가령 헌재 2018. 5. 31. 2016헌마626, 공보 제260호, 931에서는 행정부작위로 청구인의 기본권이 침해될 가능성이 있는지에 대해서 재판관들의 견해가 갈리고 있다.

지 않은 경우 헌법소원으로 입법부작위도 다룰 수 있는지 의문이 있을 수 있다. 입법자는 입법권을 위임했어도 행정입법제정권자를 대신하여 필요한 법규범을 법률형식으로 제정할 수 있을 뿐만 아니라 본래 입법권을 보유한 입법자와 위임에 의하여 입법권을 부여받은 행정입법제정권자 사이에 배분된 책임에 비추어 볼 때 입법자가 우선적인 책임을 지므로 입법권을 위임한 경우에도 그 책임을 완전히 면할 수 없으며 위임 이후에도 위임된 입법권이 제대로 행사되는지를 감독하여야 하기 때문에 입법자의 부작위를 다루는 헌법소원이 가능하다는 논리이다.<sup>121)</sup>

그러나 그러한 논증은 위임에 의거한 법제정은 자치권에 의거한 법제정처럼 제한적이기는 하지만 독자적 책임 하에 이루어지는 법의 제정이며,<sup>122)</sup> 따라서 그 경우 다른 권력이 책임을 져야 하는 범위에서는 입법자에게 책임을 물을 수는 없다는 원칙이 타당하다는 점을 간과하고 있는 것이다. 그러한 논리에 따르면 입법권 위임에 의거한 이른바 파생적 법제정을 통해 입법자의 부담을 덜어 주려는 목적은 달성할 수 없게 될 것이다. 보호의무에 의거하여 필요한 규율을 할 책임이 배타적으로 그리고 온전히 입법자에게 계속 유보되어 있어야 한다면, 입법자가 위임하지 말고 스스로 결정해야 하는 이른바 본질사항의 범위가 과도하게 확정되는 결과를 초래하게 될 것이다. 그러므로 어떤 규율사항을 집행권에게 위임하기로 한 입법자의 결정은 존중되어야 하며, 법규명령이나 조례를 통해 해당 사항을 규율할 수 있도록 한 입법자에게 행정입법제정권자의 부작위에 대한 책임을 묻어서는 안 된다고 본다.<sup>123)</sup>

---

121) R. Schneider, Rechtsschutz gegen verfassungswidriges Unterlassen des Gesetzgebers, AöR 89 (1964), S. 24, 53.

122) P. Badura, Das normative Ermessen beim Erlaß von Rechtsverordnungen und Satzungen, in: Gedächtnisschrift W. Martens, S. 25ff.

123) M. Möstl, DÖV 1998, S. 1029, 1036; K. Westwomke, Der Anspruch auf Erlaß von Rechtsverordnungen und Satzungen, 1976, S. 61.

## 5. 인용된 사례

헌법재판소에 의하여 진정행정입법부작위가 확인된 사건들 중 시행령 관련 사건으로는 군법무관의 봉급 등을 법관 및 검사의 예에 준하여 지급하도록 하는 대통령령 제정의무 해태사건,<sup>124)</sup> ‘국군 포로의 송환 및 대우 등에 관한 법률’상의 시행령제정의무 불이행 사건<sup>125)</sup> 시행규칙 관련 사건으로는 치과전문의자격시험제도 실시할 수 있도록 하는 시행규칙 제정의무 해태사건,<sup>126)</sup> 행정규칙(고시) 관련 사건으로는 평균임금 고시 의무 해태사건,<sup>127)</sup> 지방자치단체의 조례 관련 사건으로는 지방공무원법 제58조 제2항의 위임에 따라 ‘사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위’를 정하는 조례 제정의무 해태사건<sup>128)</sup> 등이 있다.

### 제3절 행정조치부작위 헌법소원의 본안심사

행정부작위<sup>129)</sup>란 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위 내지 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우를 말한다.<sup>130)</sup>

124) 헌재 2004. 2. 26. 2001헌마718, 판례집 16-1, 313.

125) 헌재 2018. 5. 31. 2016헌마626, 공보 제260호, 931.

126) 헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283.

127) 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마707, 판례집 14-2, 65.

128) 헌재 2009. 7. 30. 2006헌마358, 판례집 21-2 상, 292.

129) 행정부작위 헌법소원에 대한 국내 문헌으로는 홍일선, 행정부작위에 대한 헌법소원심판, 헌법학연구 제18권 제3호 (2012.09) 601 이하; 사봉관, 행정청의 부작위로 인한 기본권 침해의 구제, 헌법학연구 제13권 제4호 (2007), 127 이하; 전학선, 행정부작위에 대한 헌법소원, 공법연구 제30권 제3호(2002), 245 이하; 함인선, 공권력의 부작위에 대한 헌법소원심판, 법률행정논총 제22권 제2호 (전남대학교 법률행정연구소, 2002), 99 이하 등 참조.

130) 헌재 1991. 9. 16. 89헌마163, 판례집 3, 505, 513; 헌재 1994. 4. 28. 92헌마153, 판례집 6-1, 415, 424; 헌재 2011. 12. 29. 2009헌마621, 판례집 23-2 하, 853, 858 등 참조.



## I. 적법요건으로서의 행정작용의무와 부작용의 존재<sup>131)</sup>

여기서 “공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작용의무가 특별히 구체적으로 규정되어”가 의미하는 바는, 헌법상 명문으로 공권력 주체의 작용의무가 규정되어 있는 경우, 헌법의 해석상 공권력 주체의 작용의무가 도출되는 경우, 공권력 주체의 작용의무가 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우 등을 포괄하고 있다.<sup>132)</sup> 그러나 행정청이 적극적으로 거부처분을 발한 경우에는 거부행위가 존재하므로 행정부작용에 해당하지 않으며, 이 거부처분을 다투어야 한다.<sup>133)</sup>

작용의무 이외에도 ‘구체적인 행정행위 청구권’이 있을 것을 행정부작용의 적법요건으로 요구할 수 있는지에 대해서는 견해가 갈린다. 헌법재판소는 국회의 탄핵소추의결 부작용위헌확인청구,<sup>134)</sup> 55년간 시행하지 아니한 임야에 대한 도시계획결정 취소부작용 위헌확인청구,<sup>135)</sup> 규제개혁위원회의 권고결정 불이행 위헌확인청구<sup>136)</sup> 등 다수의 사건에서 그와 같은 청구권의 존재여부를 명시적으로 심사하였다.

이 문제에 관한 학설도 행정부작용 헌법소원의 요건에 관한 헌법재판소의 판례를 문언 그대로 받아들여 이를 인정하는 긍정설,<sup>137)</sup> 구체적 청구권을 적법요건으로 요구하게 되면 행정부작용 성립요건과 행정소송법상의 부작용위법확인소송의 요건이 사실상 일치하게 되어 행정부작용 헌법소원이 인정되는 경우가 거의 없을 것임을 이유로 행정청의 헌법상의 작용의무만 존재하면 족하다는

131) 이에 대해서는 정태호, 주석 헌법재판소법, 2015, 헌법재판연구원, 1034 이하 참조.

132) 헌재 2004. 10. 28. 2003헌마898, 판례집 16-2 하, 212 - 근로기회제공불이행 위헌확인; 헌재 2011. 12. 29. 2009헌마621, 판례집 23-2 하, 853, 858; 헌재 2011. 8. 30. 2008헌마 648, 판례집 23-2 상, 417, 433.

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

134) 헌재 1996. 2. 29. 93헌마186, 판례집 8-1, 111, 117-118.

135) 헌재 1999. 11. 25. 99헌마198, 공보 제40호, 936, 937-938.

136) 헌재 2007. 2. 22. 2003헌마428 등, 공보 제125호, 220, 225.

137) 헌재 1994. 8. 31. 92헌마126, 판례집 6-2, 176, 203에 수록된 최광률, 이재화 재판관의 보충의견.

부정설,<sup>138)</sup> 행정청의 헌법상의 작위의무가 인정되고 그 부작위에 의하여 기본권이 침해된 경우에는 그 기본권으로부터 기본권의 침해를 배제하기 위하여 해당 행정청이 하여야 할 구체적인 작위내용을 특정할 수 있으면 족하다는 헌법연역설<sup>139)</sup>로 갈린다.

행정청의 부작위로 청구인의 기본권이 침해된다면 청구인은 침해된 기본권이 방어권이라면 기본권에 대한 방해의 구체적 상태에 따라 침해행위의 중지 (그리고 중지 후에도 침해의 결과가 남아 있다면) 결과제거 청구권을, 급부권이라면 일정한 급부를 요구할 수 있게 된다.<sup>140)</sup> 청구인은 행정청의 행정부작위로 자신의 기본권이 침해될 수 있는 가능성이 존재한다는 것을 주장하면 족하다. 요컨대, 작위의무 이외에 행정청에게 특정한 행위를 요구할 수 있는 별도의 청구권의 존재는 행정부작위 헌법소원의 적법요건이 아니다. 헌법재판소 판례에서 확인되는 ‘행정행위 내지 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도’라는 표현은 청구인의 기본권을 침해하는 행정청의 구체적 작위의무 위반을 특정할 수 있는 주장을 하여야 한다는 의미로 새겨야 한다.<sup>141)</sup> 헌법재판소는 일본군 위안부 및 원폭피해자 등이 제기한 헌법소원의 적법요건심사에서 헌법에서 유래하는 헌법에서 유래하는 작위의무의 존부와 부작위의 존부만을 심사하고 구체적 청구권의 존재여부를 별도로 살피지 아니하였다.<sup>142)</sup>

행정입법부작위에서처럼 행정부작위에서도 작위의무의 존재가 적법요건인지에 대한 헌법재판소의 입장은 부분적으로 동요하고 있다. 작위의무의 존재여부를 적법요건판단으로 심사한 경우가 대부분이지만,<sup>143)</sup> 본안판단에서도 심사한 사례가 있기 때문이다.<sup>144)</sup>

---

138) 전학선, 행정부작위에 대한 헌법소원, 공법연구 제30권 제3호 (2002), 259-261.

139) 한병채, 헌법재판론, 1994, 462-465; 사봉관, 행정청의 부작위로 인한 기본권 침해의 구제, 헌법학연구 제13권 제4호 (2007), 144-145 참조.

140) H.-J. Papier, in: Maunz/Dürig, Grundgesetzkommentar, Stand 2018, Art. 34 Rn 62 및 거기서 인용된 문헌 참조.

141) 동지: 사봉관, 행정청의 부작위로 인한 기본권 침해의 구제, 헌법학연구 제13권 제4호 (2007), 145.

142) 헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788, 판례집 23-2 상, 366, 382 이하; 헌재 2011. 8. 30. 2008헌마648, 판례집 23-2 상, 417, 432 이하.

143) 가령 헌재 1991. 9. 16. 89헌마163, 판례집 3, 505, 513 - 약사의 한약조제판매 단속 부

이 문제에 대해서는 행정입법부작위의 적법요건에 대한 설명을 준용할 수 있을 것이다.

그런데 행정입법부작위와는 달리 행정부작위는 행정심판법에 정한 행정심판(행정심판법 제3조 참조) 이외에도 행정소송법 제4조 제3호의 부작위위법확인소송이라는 항고소송의 대상이 될 수도 있다.<sup>145)</sup> 따라서 보충성원칙과 재판소원배제원칙의 결합, 그리고 그에 따른 원처분소원의 원칙적 부적법성 때문에 행정부작위에 대한 헌법소원은 행정소송법상의 부작위위법확인소송의 대상이 되지 않는 경우에만 적법하다. 부작위위법확인소송의 대상이 되는 부작위는 ‘행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상의 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것’이다(행정소송법 제2조 제1항 제2호). 나아가 부작위위법확인소송의 원고적격으로 ‘처분의 신청을 한 자로서 부작위의 위법의 확인을 구할 법률상 이익이 있는 자’를 요구하고 있다(행

---

작위; 헌재 1994. 4. 28. 92헌마153, 판례집 6-1, 415, 424 - 전국구국회의원 의석계승 미결정; 헌재 1994. 6. 30. 93헌마161, 판례집 6-1, 700, 704 - 재판지연; 헌재 2000. 3. 30. 98헌마206, 판례집 12-1, 393, 401 이하 - 제일 한국인 피징용부상자들의 보상청구권이 협정에 의해서 타결된 것인지 여부에 관한 한·일 양국간의 의견차이를 해소하기 위하여 중재회부를 하여야 할 정부의 구체적 작위의무; 헌재 2004. 10. 28. 2003헌마898, 판례집 16-2 하, 212, 221 이하 - 고용명령에 의한 취업보호에 관한 국가보훈처장의 작위의무; 헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788, 판례집 23-2 상, 366 - 대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 제3조 부작위; 헌재 2011. 12. 29. 2009헌마621, 판례집 23-2 하, 853 - ‘징발재산정리에 관한 특별조치법’에 따라 매수한 징발재산에 대하여 국방부장관이 피징발자의 상속인들에게 매각하여야 할 헌법상의 작위의무 부정; 헌재 2016. 5. 26. 2014헌마1002, 공보 제236호, 957, 958-959 - 독도에 대피시설이나 의무시설, 관리사무소, 방파제 등을 설치하지 않은 부작위; 헌재 2016. 6. 30. 2015헌마296 - 공무원연금 급여비용 지급 및 책임준비금 적립 부작위; 헌재 2018. 3. 29. 2016헌마795, 공보 제258호, 580, 582 - 자동차 제작자에게 자동차교체명령을 해야 할 환경부장관의 의무.

144) 헌재 2008. 9. 25. 2007헌마1126, 판례집 20-2 상, 628, 631-632 가령 헌법재판소는 공정거래위원회의 고발권불행사 위헌확인사건(94헌마136)에서 적법요건에서는 자기관련성과 보충성만을 판단하고, 작위의무의 존재 여부를 본안에서 판단하였다(헌재 1995. 7. 21. 94헌마136, 판례집 7-2, 169 이하). 한편 헌법재판소는 국회입법청원불심사에 대한 헌법소원사건(2000헌마18)에서도 작위의무는 도출할 수 있지만 이러한 작위의무를 해대하지는 않았다는 이유로 기각결정을 하였다(헌재 2000. 6. 1. 2000헌마18, 판례집 12-1, 733 이하; 헌재 2004. 5. 27. 2003헌마851, 판례집 16-1, 699, 702 이하).

145) 행정부작위에 의한 권리침해 일반에 대한 구체방법에 대해서는 박재현, 처분의 부작위로 인한 침해에 대한 구제수단, 공법학연구 제10권 제1호 (2009), 369 이하 참조.

정소송법 제36조). 이 규정들을 기초로 대법원<sup>146)</sup>은 행정소송의 대상이 되는 부작위가 성립하려면, 당사자의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여, 행정청이 상당한 기간 내에, 일정한 처분을 하여야 할 법규상 또는 조리상 의무가 있음에도, 그 신청을 인용하는 적극적 처분 또는 기각하는 소극적 처분 등을 하지 않아야 한다고 한다. 행정소송법상의 부작위위법확인소송의 적법요건에 관한 대법원의 판례는 행정부작위에 대한 헌법소원의 적법요건에 관한 헌법재판소의 판례와 적어도 표면상 별다른 차이가 없다. 그러므로 대법원이 작위의무나 개인의 신청권 인정에 소극적인 영역에서만 행정부작위 헌법소원의 적법성이 인정될 수 있을 것이다. 즉 신청을 전제로 한 행정처분의 부작위에 대해서는 행정소송법상의 부작위위법확인소송이, 신청을 전제로 하지 않은 행정작용의 부작위에 대해서는 헌법소원이 각각 가능하다고 할 것이다.<sup>147)</sup> 적법성요건으로서의 작위의무를 추상적인 작위의무의 존재로 족하다고 본다면, 행정부작위 헌법소원의 허용범위는 더 넓어질 것임은 물론이다.

---

146) 대법원 1990. 9. 25. 89누4758; 대법원 2000. 2. 25. 99두11455 등 참조.

147) 사봉관, 행정청의 부작위로 인한 기본권 침해의 구제, 헌법학연구 제13권 제4호 (2007), 130; 함인선, 공권력의 부작위에 대한 헌법소원심판, 법률행정논총 제22권 제2호 (전남대학교 법률행정연구소, 2002), 105 이하.

## II. 본안심사

헌법에서 유래하는 행정기관의 구체적 작위의무가 법령에 특별히 구체적으로 규정되어 있음에도 그 의무를 해태하여 청구인의 기본권이 침해된 경우에 행정부작위를 다투는 헌법소원<sup>148)</sup>이 인용될 수 있다.

적법요건으로서의 작위의무를 구체적 작위의무로 보느냐, 아니면 추상적 작위의무만으로도 충분한지에 따라 본안심사의 구조도 달라지지만, 헌법재판소 판례의 주류는 구체적 작위의무의 존재를 적법요건으로 본다는 점에 대해서는 상술한 바 있다.

이와 같은 헌법재판소 주류 판례의 기초에 따르면 이 유형의 헌법소원에서 본안심사는 통상 다음과 같이 진행될 것이다.

### 1. 시간의 요소

헌법에서 유래하는 작위의무를 지는 행정기관이 그 의무 이행을 위해 합리적으로 요청되는 기간이 경과되었음에도 해당 행정기관이 그 작위의무를 이행하지 않고 있어야 한다. 의무이행에 필요한 기간은 일률적으로 정할 수 없다. 그 기간은 개별사건에서 문제되고 있는 구체적인 작위의무의 내용과 특성, 기본권적 법익에 대한 위협의 양상과 정도, 기본권적 법익에 대한 위해가 실현될 확률, 상충하는 법익, 법익의 원상회복가능성여부 등을 종합적으로 판단하여 개별적으로 판단할 수밖에 없을 것이다.

가령 인질범이 인질의 생명을 볼모로 국가에 대하여 대가를 요구하는 인질사태의 경우에 인질의 생명을 구하기 위하여 활동을 해야 할 행정기관, 즉 경찰의 보호의무는 그 사태를 인지하게 되는 순간부터 그 사태가 끝날 때까지 지속되고, 즉각적이면서도 기

---

148) 이와 관련 2014. 4. 16. 세월호참사 사건에 대한 정부의 신속한 구조조치부작위 위헌확인 헌법소원심판 청구(2014헌마1189·2015헌마9)가 현재 계류중이다. 이 문제와 당시의 정부 대응이 생명권보호의무에 위반되는지 여부에 다른 문헌으로는 방승주, 앞의 논문(제1장 주 19), 62-78 참조.

민한 대응을 요구한다.

한편, 작위의무 이행의 시한을 법령이 명시하고 있는 경우에는 그 기간이 경과하면 특별한 사정이 없는 한 상당한 기간이 경과된 것으로 볼 수밖에 없을 것이다.

## 2. 작위의무 불이행의 여타 정당화사유

작위의무를 지는 행정기관에게 그 의무를 이행하지 않은 데 대한 정당화사유가 없어야 한다. 헌법에서 유래하는 구체적 작위의무가 법령에 의해서 부과된 경우에는 그 법령이 가령 본질사항의 회유보의원칙, 포괄위임입법금지의 원칙 위반이나 위임 범위의 유월 등과 같은 형식적 하자를 안고 있다면 작위의무의 내용 자체는 헌법적으로 문제가 없더라도 그 법적 근거의 형식적 하자로 법적 효력이 없으며, 따라서 작위의무의 불이행은 헌법적으로 정당화된다고 보아야 할 것이다.

## 3. 침해된 기본권의 확인

### 가. 법령상의 권리가 아닌 헌법에 의해 보장된 기본권의 침해

법령에 규정된 행정기관의 작위의무의 불이행을 다투는 헌법소원의 경우 부작위로 단순한 법령상의 권리가 아닌 기본권이 침해되어야 한다. 행정입법부작위 헌법소원에서 설명한 것처럼 부작위로 침해된 권리가 기본권인지 아니면 법령상의 권리에 불과한 것인지가 불분명한 경우도 있을 수 있으나, 이는 기본권의 해석을 통해서 판명될 문제이다.

### 나. 기본권보호의무 위반의 문제

보호의무를 이행해야 할 일차적 수범자는 입법자이지만, 행정기

관이나 법원도 법률의 해석과 적용을 통해서 보호의무를 이행하여야 할 의무를 진다. 법원은<sup>149)</sup> 입법자의 명시적인 결정이 없는 경우에는 법의 보완적 형성이나 불확정법개념의 해석을 통해서 보호의무를 이행할 수 있다.<sup>150)</sup> 행정기관도 입법자가 명시적으로 특정 보호방안을 제시하지 않고 있는 경우에도 무엇보다도 불확정개념의 해석을 통해 자신에게 부과된 보호의무를 이행할 수 있고 또 그렇게 해야 한다.<sup>151)</sup> 그렇지만 그 경우에도 통상적인 경우 기본권보호의무로부터 행정기관이 특정한 내용의 조치를 취하여야 할 의무는 도출되지 않는다. 보호의무의 이행과 관련하여 일의적으로 그 규율대상을 규정하는 것이 사리상 불가능한 경우에는 무엇보다도 집행권력에 대해서도 불확정법개념을 통해 평가·예측·형량의 여지가 부여되고 있기 때문이다.<sup>152)</sup> 한 사람의 기본권을 보호하는 조치가 다른 사람의 기본권에 대한 제한을 초래할 수밖에 없는 경우에도 마찬가지이다. 그러한 경우에 구체적 상황에 맞게 정당한 형량을 통해 그 상황을 규율하여야 하는 과제는 일차적으로 관할 행정기관의 과제가 될 것이기 때문이다.<sup>153)</sup> 요컨대, 기본권보호의무의 규범구조에 비추어 볼 때 행정기관이 기본권 보호를 위하여 특정한 행정활동을 하여야 할 작위의무 해태를 이유로 하는 헌법소원은 국가에게 상황의 특수성 때문에 청구인이 주장하는 구체적 작위의무가 인정될 때에나 적법성심사를 통과하고 인용될 수 있을 것이다.

149) BVerfGE 84, 212 (226 f.).

150) 가령 경찰관직무집행법 제5조 제1항 제3호 참조(밑줄은 필자가 표시함).  
 경찰관직무집행법 제5조(위험 발생의 방지 등) ① 경찰관은 사람의 생명 또는 신체에 위해를 끼치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재(天災), 사변(事變), 인공구조물의 파손이나 붕괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 위험한 동물 등의 출현, 극도의 혼잡, 그 밖의 위험한 사태가 있을 때에는 다음 각 호의 조치를 할 수 있다.  
 1. 그 장소에 모인 사람, 사물(事物)의 관리자, 그 밖의 관계인에게 필요한 경고를 하는 것  
 2. 매우 긴급한 경우에는 위해를 입을 우려가 있는 사람을 필요한 한도에서 억류하거나 피난시키는 것  
 3. 그 장소에 있는 사람, 사물의 관리자, 그 밖의 관계인에게 위해를 방지하기 위하여 필요하다고 인정되는 조치를 하게 하거나 직접 그 조치를 하는 것

151) BVerfGE 46, 160 (164).

152) BVerfGE 50, 290 (332 f.); 77, 170 (214 f.) 참조.

153) BVerfGE 96, 56 (64 f.).

그리하여 가령 인질범이 교도소에 수감된 동료들의 석방을 인질 석방조건으로 내세우며 이를 들어주지 않을 경우 인질을 살해하겠다고 정부를 협박하고 있는 상황에서 인질의 가족이 인질의 생명에 대한 국가의 보호의무에 의거하여 인질범이 정부를 상대로 내세우는 인질 석방의 조건을 들어줄 것을 내용으로 하는 가처분신청을 헌법소원청구와 함께 제기한다면, 그 신청은 기각될 것이다. 관할 국가기관들에게 이와 같은 인질사건에서 인질의 생명을 구하기 위하여 인질범의 요구를 들어주어야 할 의무가 없으며, 오히려 인질의 생명만이 아니라 일반 국민의 생명을 지키기 위해서도 구체적인 상황에 맞는 수단을 선택할 수 있는 자유가 인정되어야 하기 때문이다.<sup>154)</sup>

이에 비하여 헌법재판소는 좁은 의미의 기본권보호의무가 아닌 정부(외교통상부 장관)의 외교적 보호의무 위반으로 인한 기본권 침해여부가 쟁점이었던 일본군위안부 및 원폭피해자 사건에서 상황의 특수성을 이유로 일체로부터 피해를 입은 관련 개인들의 대

---

154) BVerfGE 46, 160 (164 f.). 독일 연방헌법재판소는 이와 같은 유형의 가처분신청을 다음과 같은 이유로 기각하였다. 즉 '생명권은 국가에 대하여 모든 생명을 보호할 의무를 부과한다. 생명보호의무는 포괄성을 띠며, 국가는 생명을 보호하고 장려하여야 한다. 무엇보다도 타인에 의한 위법적 위해로부터 생명을 지켜주어야 한다. 모든 국가기관들은 자신의 소임에 따라 이러한 헌법적 요청에 맞추어 활동하여야 한다. 인간의 생명은 최고의 가치 중의 하나이기 때문에 국가의 생명보호의무에는 각별한 비중이 부여되어야 한다. 그렇지만 국민의 생명을 실효성 있게 보호하여야 할 의무를 어떻게 이행할 것인지에 관할 국가기관이 원칙적으로 독자적인 책임 하에 결정하여야 한다. 관할 국가기관이 실효성 있는 생명보호를 보장하기 위하여 어떤 보호조치가 합목적적이고 또 필요한 것인지에 대하여 판단한다. 특별한 상황에서는 구체적인 생명을 실효성 있게 보호하려면 불가피하게 특정한 수단을 선택하는 수밖에 없을 정도로 국가기관의 수단선택의 자유가 축소될 수도 있다. 인질 살해를 공언하는 인질범의 협박에 대한 보호의 특성은 생명 보호를 위해 강구해야 할 조치는 특유의 상황에 부합해야만 한다는 데 있다. 강구되어야 할 조치를 일반적으로 미리 규정해 놓을 수도 없으며 개인의 기본권으로부터 규범으로 도출해 낼 수도 없다. 헌법은 국가에 대하여 개인을 위해서만이 아니라 국민 전체에 대해서도 보호의무를 부과하고 있다. 이와 같은 복합적 의무를 실효성 있게 이행하려면 관할 국가기관들이 구체적 사건의 상황에 적절하게 대응할 수 있어야 한다. 이 때문에 특정한 수단을 취하도록 할 수는 없다. 나아가 특정 수단의 사용강제는, 인질범들로 하여금 국가의 반응을 처음부터 계산에 넣고 행동하도록 만들 것이기 때문에 헌법적으로 행해질 수 없다. 그렇게 될 경우 국가가 국민에 대한 실효성 있는 보호를 제공할 수 없게 될 것이다. 이와 같은 헌법적 상태에 비추어 볼 때 관할 국가기관들에게 인질의 가족들이 요구하는 특정한 조치를 취하여야 할 헌법적 의무는 존재하지 않는다.'



일청구권 문제 해결 방법과 관련한 외교정책적 예측·형성의 여지가 없다는 점을 인정하지 않았다. 정부의 부작위로 인하여 침해되는 기본권(인간의 존엄과 가치 등)이 매우 중대하다는 점, 다른 외교적 접근법을 통한 배상청구권 실현을 기다릴 시간적 여유가 없을 정도로 피해자가 모두 고령이어서 기본권 침해 구제의 절박성이 있다는 점 등을 근거로 ‘대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정’에 명시된 분쟁해결절차로 나가는 것 이외의 선택의 여지가 없다고 보았다.<sup>155)</sup> 그러나 헌법재판소의 인용결정에도 관련 피해자들의 대일청구권 문제는 해결될 기미는 보이지 않는다. 부적법 각하의견을 낸 3인의 소수의견이 주장하는 것처럼<sup>156)</sup> 관련 피해자들의 대일청구권 문제 해결에 관한 정부의 재량이 헌법재판소의 법정의견의 판단처럼 사실상 영(零)으로 축소되었다고 볼 수 있었는지는 의문이다.<sup>157)</sup>

#### 다. 인용된 사례

지금까지 헌법재판소는 토지조사부 등에 대한 열람·복사 신청에 대하여 거부의 의사표시도 하지 않고 방치해 버린 사실상의 부작위를 알권리에 기초하여,<sup>158)</sup> 공정거래위원회의 고발권 불행사를 재판절차진술권에 기초하여,<sup>159)</sup> 일본군 위안부<sup>160)</sup>와 원폭피해자<sup>161)</sup>의 일본국에 대한 배상청구권이 각기 ‘대한민국과 일본국 간의 재산

155) 헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788, 판례집 23-2 상, 366, 389 이하; 헌재 2011. 8. 30. 2008헌마648, 판례집 23-2 상, 417, 439 이하.

156) 헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788, 판례집 23-2 상, 366, 394 이하; 헌재 2011. 8. 30. 2008헌마648, 판례집 23-2 상, 417, 442 이하.

157) 다만 이 결정의 역사적 및 헌법적 의의에 대해서는 방승주, 일제식민지배청산 관련 헌법재판소판례에 대한 헌법적 분석과 평가 - 일제강점하 일본군위안부피해자와 강제동원피해자들의 헌법소원사건들을 중심으로, 헌법학연구 제22권 제4호 (2016. 12), 39-83 (49-50).

158) 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22, 판례집 1, 176, 185-186.

159) 헌재 1995. 7. 21. 94헌마136, 판례집 7-2, 169, 174 이하. 그러나 헌법재판소는 고발권 불행사가 공정거래위원회에게 주어진 재량권의 합리적 행사의 결과로 평가하면서 헌법소원청구를 기각하였다.

160) 헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788, 판례집 23-2 상, 366, 382 이하.

161) 헌재 2011. 8. 30. 2008헌마648, 판례집 23-2 상, 417, 432 이하.

및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정' 제2조 제1항에 의하여 소멸되었는지 여부에 관한 한·일 양국 간 해석상 분쟁을 동 협정 제3조가 정한 절차에 따라, 즉 국제중재절차에 회부하여 해결하지 아니하고 있지 아니한 부작위를 인간의 존엄과 가치 및 신체의 자유 등에 기초하여 각기 행정부작위를 인정하였다.

## 제4절 사법부작위 헌법소원의 본안심사

### I. 사법부작위 헌법소원의 유형별 적법요건과 본안요건

#### 1. 재판부작위

법원의 재판부작위는 법 제68조 제1항에서 헌법소원의 대상에서 제외된 법원의 재판 자체가 아니라 헌법이 헌법에서 유래하는 재판의무를 법원이 해태하는 상태이므로 헌법소원의 대상이 될 수 있다.<sup>162)</sup> 물론 헌법에서 유래하는 재판의무가 있는 경우에만 재판부작위가 성립한다. 이와 같은 부작위는 방어권만이 아니라 광의의 급부청구권<sup>163)</sup>을 보장하고 있는 헌법 제27조의 재판청구권이 무시되는 경우에 문제될 수 있다.

헌법 제27조가 보장하고 있는 사법행위청구권, 헌법 및 법률에 의한 법관의 재판을 받을 권리, 실효성 있는 권리보호를 내용으로 하는 신속한 재판을 받을 권리(같은 조 제3항)<sup>164)</sup> 등은 급부권도 보장하고 있으므로 부작위에 의하여 침해될 수 있다.

그러나 아직까지 헌법재판소가 재판부작위를 위헌으로 확인한 사례는 없다.

162) 현재 1994. 6. 30. 93헌마161, 판례집 6-1, 700, 704 참조.

163) 이에 대해서는 BVerfGE 107, 395 (408 ff.); Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG, Stand 2010, § 90 Rn 246 참조.

164) Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG, Stand 2010, § 90 Rn 246 참조.

#### 가. 사법행위청구권으로서의 재판청구권에서 유래하는 재판의무

재판청구권의 구현은 입법자의 폭넓은 형성권에 맡겨져 있어서 법원은 재판청구권에 근거해서 법령에 정한 국민의 정당한 재판청구행위에 대하여만 재판을 할 의무를 부담하고, 법령이 규정하지 아니한 재판청구행위에 대해서까지 헌법상의 재판청구권에서 유래한 재판을 할 작위의무가 법원에 있다고 할 수는 없다는 것이 관례이다.<sup>165)</sup>

이러한 법리를 배경으로 헌법재판소는 중국판결이 상소기간 경과로 확정된 후 동 판결선고 전에 청구의 인낙이 있었다는 이유로 하는 기일지정신청에 대한 법원의 재판지연의 위법확인을 구하는 헌법소원을 헌법에서 유래하는 청구인이 주장하는 구체적 작위의무가 없다는 이유로 각하하였다.<sup>166)</sup>

그러나 재판청구권이 실현되려면 입법자의 구체적 형성을 필요로 한다는 논거로 법령에 의하여 구체화되지는 아니하였으나 재판청구권의 실현을 위해서는 불가결한 재판을 요구할 수 있는 가능성을 완전히 부정할 수 있을지는 의문이다. 이러한 논리에 따르면 재판청구권은 완전히 입법자의 처분에 맡겨질 것이기 때문이다.

#### 나. 신속한 재판을 받을 권리에서 유래하는 실효성 있는 재판의무

헌법재판소는 헌법이 규정하고 있는 신속한 재판을 받을 권리의 실현을 위해 사법절차에 대해 어떠한 내용을 규정할 것인지는 입법자의 광범위한 형성의 자유에 속할 뿐 아니라, 판결 또는 결정의 선고기일에 대해서는 구체적인 사건의 특성을 고려하여 당해사건을 담당하는 법원이 결정하도록 하는 것이 바람직하다 할 것이므로, 신속한 재판을 받을 권리로부터 재판기간을 일률적으로 규정해야할 입법의무가 도출될 수 없고,<sup>167)</sup> 또 모든 재판에 일률적으로 적용되는 적정한 재판기간을 미리 법률로 규정하기란 매우 곤란할 뿐 아니라 법률이 선고기간을 미리 규정하고 있다 하더라도

165) 헌재 1994. 6. 30. 93헌마161, 판례집 6-1, 700, 705; 정종섭, 헌법소송법, 629.

166) 헌재 1994. 6. 30. 93헌마161, 판례집 6-1, 700, 704.

167) 헌재 2006. 1. 25. 2005헌마108.

도 법률이 정한 기간을 반드시 지킬 것을 강요할 경우 사건에 따라서는 재판의 졸속을 초래하여 공정한 재판을 받을 권리를 침해할 가능성도 있다는 이유로 민사소송법과 소송촉진 등에 관한 특례법 등에서 구체적으로 정하고 있는 판결선고기간을 훈시규정으로 해석하여야 한다고 한다.<sup>168)</sup>

이와 같은 논리적 배경 속에서 보안처분의 취소청구에 대한 재판의 지연<sup>169)</sup> 등을 다투는 헌법소원사건에서 보안처분의 효력이 소멸하기 전까지 법원이 판결을 내려야 한다는 내용의 헌법에서 유래하는 구체적 내용의 작위의무의 존재는 인정되지 않았다. 일부 판례는 재판지연을 다투는 헌법소원을 헌법재판소법에 의하여 금지된 재판에 대한 헌법소원으로 보아 각하하기도 하였다.<sup>170)</sup>

또 형사소송절차에서 형사재판 기간을 명시하지 아니한 입법자의 부작위를 다투는 헌법소원에 대해서는 “헌법은 형사 사건의 재판기간에 대해 명시적인 입법위임을 한 바 없고, 헌법이 규정하고 있는 신속한 재판을 받을 권리의 실현을 위해 사법절차에 대해 어떠한 내용을 규정할 것인지는 입법자의 광범위한 형성의 자유에 속할 뿐 아니라, 판결 또는 결정의 선고기일에 대해서는 구체적인 사건의 특성을 고려하여 당해 사건을 담당하는 법원이 결정하도록 하는 것이 바람직하다 할 것이므로, 신속한 재판을 받을 권리로부터 재판기간을 일률적으로 규정해야 할 입법의무가 도출된다고 할 수 없다.”는 이유로 각하하였다.<sup>171)</sup>

그러나 법원이 정당한 사유 없이 재판을 지연하여 승소를 무의미하게 만든다면, 헌법 제27조 제3항에 의하여 보장된 신속한 재판을 권리를 침해한다고 할 것이고, 그와 같은 형태의 재판부작위는 헌법소원의 적법한 대상이 될 수 있음은 물론 인용도 될 수 있다고 보아야 할 것이다.<sup>172)</sup>

---

168) 헌재 1999. 9. 16. 98헌마75, 판례집 11-2, 364, 370.

169) 헌재 1999. 9. 16. 98헌마75, 판례집 11-2, 364, 371.

170) 헌재 1998. 5. 28. 96헌마46.

171) 지정재판부의 각하결정 헌재 2016. 7. 26. 2016헌마590 및 이 결정이 원용하고 있는 헌재 2006. 1. 26. 2005헌마108 등 참조.

172) 헌재 1993. 11. 25. 92헌마169, 판례집 5-2, 489, 496에 수록된 변정수 재판관의 반대의

문제는 어떤 경우 어느 정도 지체하여야 신속한 재판을 받을 권리가 침해되는냐이다. 이와 관련하여 유럽인권재판소는 얼마 전부터 재판절차가 지나치게 장기화되는 경우에 유럽인권협약 제6조 제1항(공정하고 신속한 절차에 대한 권리)과 아울러 유럽인권협약 제13조(실효적인 권리구제절차에 대한 권리)가 침해될 수 있다는 판례를 형성해 왔다. 그에 따르면 유럽인권협약 제13조는, 적정한 기간 내에 분쟁에 대하여 재판을 받지 못하는 경우에는 유럽인권협약 제6조 제1항에 대한 침해를 주장하는 것을 가능하게 하는, 회원국의 법에 의한 실효성 있는 권리구제수단을 마련할 것을 요구하고 있다. 이 요구는 헌법재판소가 관할하는 절차를 비롯한 모든 소송절차에 대하여 타당하다.<sup>173)</sup> 권리구제절차가 실효성이 있으려면, 그것이 사건을 담당하는 법원이 신속한 재판을 하도록 하는 데 적합하거나(예방), 재판이 이미 부당하게 지체되었을 때는 관련 개인에게 그로 인해 발생한 물질적·비물질적 손해에 대하여 보상을 해주어야 한다(보상: Kompensation)는 것이다.<sup>174)</sup>

유럽인권재판소의 위와 같은 판례는 유럽인권협약의 회원국에 대하여 국내 소송법제를 동 판례가 제시하는 방향으로 개혁하는 계기가 되었다. 독일은 ‘소송절차 및 수사절차 지연에 대한 권리보호에 관한 법률(Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren)’을 제정하였다.<sup>175)</sup> 헌법소송도 구제대상에 포함되었음은 물론이다. 연방헌법재판소법은 제97조의 a~e에서 연방헌법재판소가 관할하는 절

---

건 참조. 정종섭, 헌법소송법, 631에서는 재판기간에 관한 규정이 강행규정의 성격을 띠는 경우에는 그에 대한 위반은 신속한 재판을 받을 권리를 침해한다고 한다. 그러나 신속한 재판을 받을 권리는 헌법상 보장된 기본권으로서 입법자를 구속하고, 따라서 입법자가 어떤 재판기간을 강행규정으로 명시하는지 여부와 무관하게 침해될 수 있다고 보아야 한다.

173) 독일은 연방헌법재판소가 관할했던 절차에 지체가 발생하였다는 이유로 이미 여러 차례 유럽인권재판소에 의하여 그 지체에 책임이 있다는 판단을 받았다. 즉 EGMR, EuGRZ 1997, 310 ff.; NJW 1997, 2809 ff.; NVwZ 2010, 177 ff. 이에 대해서는 제5장, 제2절, II, 5. p. 403 참조.

174) EGMR, NJW 2006, 2389 (2390 ff.)는 독일법상의 헌법소원, 직무감독소청이나 태만소청(Untätigkeitsbeschwerde)이 충분하지 아니한 이유를 상세히 판시하고 있다. 제5장, 제2절, II, 5. p. 403 참조.

175) Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., 2012, Rn 1288.

차에서 발생한 소송지체로 인한 보상금 청구를 구할 수 있도록 하는 지체소원제도(Verzögerungsbeschwerde)<sup>176)</sup>를 두고 있다. 독일법은 어떤 경우에 재판의무의 위법한 불이행이 존재하는지에 대한 문제를 해결하는 데 필요한 지침을 제공할 수 있다고 본다.

독일법은 보상을 해주어야 할 정도로 재판이 부적절하게 장기간 계속되었는지(unangemessenen Dauer)를 판단하는 명확한 기준을 제시하는 대신 파편적인 지침만을, 즉 사건의 사실적·법적 난도, 사건의 의의, 당사자 및 제3자의 태도, 담당법원의 지위나 성격 등만을 제시하고 있다(법원조직법 제198조 제1항 제2문, 연방헌법재판소법 제97조의 a 제2항 제1문 등 참조). 관할 법원의 과제 및 지위에 대한 고려는 특히 사건이 접수된 시간적인 순서를 벗어나서 보다 중요하고 효과가 큰 사건들을 배상의 압박을 받지 않고 우선적으로 처리할 수 있도록 해준다.<sup>177)</sup> 기준의 불명확성 때문에 비판이 제기되기도 하지만<sup>178)</sup> 천변만화하는 사건에 비추어 보면 일의적 기준을 제시하는 것은 사리에 맞지 않을 것이다. 법원이 사건에 대한 심리를 위해 일 년 동안 아무 것도 하지 않았다면 그 기준을 충족한다고 판단한 판례도 있다.<sup>179)</sup> 독일 연방정부는 연방하원의 권고를 받아들여 위 법 시행 후 2년 뒤에 그 성과에 대한 평가보고서를 제출하였다. 그 보고서<sup>180)</sup>에 따르면 재판지체를 이유로 한 보상 청구소송의 승소율이 상당히 높았다(민사재판 30.68%, 형사재판 44.44%, 행정재판 58.06%, 조세재판 15.38%, 사회재판 13.23%). 그 보상액은 그다지 많지 않았다.

유럽에서 진행되고 있는 이와 같은 변혁은 재판지체문제에 대한 우리의 감수성을 높여주고, 장차 관련 판례의 변화를 초래할 수도 있다는 희망을 주고 있다.

---

176) 이에 대한 상세한 서술은 Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, Rn 1292 ff.; Zuck, NVwZ 2012, 265 ff.; 정태호(역)/슬라이히-코리오트, 독일연방헌법재판소 - 지위, 절차 -, 10판, 2015, 단락번호 345k 이하 참조.

177) BT-Drs. 17/3802, S. 26.

178) Ch. Lenz/R. Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 1. Aufl. München 2013, I, § 97a Rn 18.

179) 가령 LSG Hamburg, 30. Oktober 2014, Az. L 1 SF 16/13 ESV.

180) BT-Drucksache 18/2950 vom 17. Oktober 2014 (PDF; 589 kB).

## 다. 판단유탈

재판에서 판단을 유탈하거나 탈루한 것은 ‘진정한 의미의 재판 부작위’가 아니라, ‘부진정 재판부작위’, 즉 불완전한 내지는 위법한 재판이다. 따라서 이를 재판부작위로 보아 헌법소원을 통해 다룰 수는 없다. 그렇다고 그러한 불완전한 재판을 대상으로 하는 헌법소원을 제기할 수도 없다. 재판소원의 원칙적 금지에 반하여 부적법하기 때문이다. 판단의 유탈이나 탈루는 그 내용에 따라 탈루된 부분에 대한 중국재판이 아직 내려지지 않은 채 법원에 계속되어 있거나 그 위법한 재판으로 보아 법원에 대한 상소나 재심청구를 통해서 다룰 수 있을 뿐이다.<sup>181)</sup>

## 라. 사법입법 및 사법행정부작위의 문제

법령이 일정 내용의 대법원 규칙을 제·개정하도록 하였고 상당한 시간이 경과하였음에도 불구하고 대법원이 그 제·개정의무를 이행하고 있지 않은 진정사법입법부작위에 대해서는 진정행정입법부작위에 대한 서술이 준용된다.

법원이 재판이 아닌 사법행정행위를 하여야 할 헌법에서 유래하는 의무를 지고 있음에도 상당한 시간이 경과하도록 그 행위를 하지 않고 있는 사법행정부작위에 대해서는 행정부작위에 대한 서술이 준용된다.

## 제5절 결론

이상의 고찰로부터 결론으로서 다음과 같은 사항을 확인할 수 있다.

첫째, 부작위 헌법소원이 적법성심사라는 비좁은 관문을 넘으면

---

181) 헌재 1996. 4. 25. 92헌바30, 판례집 8-1, 353, 367-368.

부작위를 정당화하는 예외적 사정이 없는 한 헌법소원은 성공할 수 있다.

둘째, 고전적인 기본권 기능과 관련해서는 헌법이 시행된 지 이미 상당한 시간이 지나고 고도의 법제화가 진행되어 진정입법부작위가 성립될 가능성은 낮다. 단, 고전적 기본권의 보장내용을 확대하는 방향의 새로운 기본권해석이 관철되고 그 확대된 보장내용의 실현을 위한 입법의무가 새로 발생한 예외적인 경우에는 진정입법부작위를 다투는 헌법소원이 성공할 수 있을 것이다.

셋째, 진정입법부작위는 명시적인 형성적 법률유보가 있는 고전적 기본권과 관련해서보다는 기본권의 객관적 가치로서의 측면에서 발원하는 기본권보호의무처럼 국가에게 적극적 행위의무를 부과하는 새로운 기본권기능이 인정되는 경우 발생할 가능성이 상대적으로 높다.

넷째, 국가조직에 관한 입법위임의 불이행도 입법에 의해 구체화되어야 할 조직이 기본권 실현과 직접적 연관이 있다면 입법부작위 헌법소원의 대상이 될 수 있다.

다섯째, 부작위 소원을 인용할 경우 공권력에 대한 교육효과를 제고하기 위해 헌법재판소의 결정주문에 침해된 기본권도 특정하도록 되어 있으나(헌법재판소법 제75조 제2항) 헌법재판소는 설득력 없는 논거로 이를 무시하고 있다.

여섯째, 기본권보호의무 위반여부를 가리는 심사기준인 과소금지(Untermaßverbot)에 관한 헌법재판소 판례는 동요하고 있으며, 심사기준과 심사강도를 구별하지 못한 채 뒤섞어 놓음으로써 혼란을 초래하고 있다. 판례가 제시하고 있는 심사의 지침만으로는 보호의무를 방어권처럼 확고하게 관철할 수 없다. 기본권보호의무에서 전형적으로 나타나는 다극적 헌법관계의 본질에 부합하는, 따라서 가해자의 방어권과 피해자의 기본권보호의무를 균형 있게 반영하는 심사의 지침이 필요하다. 다극적 헌법관계에서 입법자에게 인정되어야 하는 예측·평가·형량의 여지는 심사의 강도를 조절함으로써 보장되어야 한다.

일곱째, 기본권보호를 위한 확정적 보호입법의무가 존재함에도 불구하고 입법자가 전혀 활동하지 아니함으로써 발생하는 진정부



작위 상태는 입법자가 기본권적 법익을 보호하기 위한 활동을 전혀 하지 않은 경우에 존재할 것이다. 그러나 고도의 법제화가 진행된 현대 법치국가에서는 어떤 기본권적 법익에 대한 사인의 위해를 억제하기 위한 보호입정이 전혀 없는 경우를 상정하기 어렵다. 대부분 어딘가에는 적어도 일반조항적 성격의 보호규범이 존재하게 마련이기 때문이다. 그러므로 진정입법부작위는 그와 같은 일반조항을 통한 보호를 넘어가는 특별한 추가적 보호가 요구되는 경우에도 존재한다고 보아야 할 것이다. 특별한 보호입법이 필요한 지에 대해서는 본질성이론과 결합되는 의회유보원칙이 판단기준을 제공할 것이다.

여덟째, 행정입법의무가 불확정개념을 사용하여 추상적인 형태로 부과됨으로써 행정입법권자에게 폭넓은 행정입법재량권이 부여된 경우에는 행정입법권자는 기술적 발전이나 현실의 변화에 맞게 행정입법을 개선하여야 할 의무도 지게 된다. 이 경우 행정입법개선 의무 불이행을 이유로 하는 행정입법부작위 헌법소원이 청구된 경우 적법요건으로는 추상적 보호의무의 존재만을 요구하고, 본안심사에서는 청구인이 주장하는 구체적인 보호의무의 존부와 그 의무 이행을 위해 행정입법의 개선이 필요한지 여부를 심사하여야 한다.

아홉째, 보호의무의 이행과 관련하여 입법자만이 아니라 집행권력에 대해서도 평가·예측·형량의 여지가 인정될 수 있으며, 법령은 불확정법률개념을 통해 그와 같은 여지를 부여하고 있다. 그러한 경우 행정기관이 기본권 보호를 위하여 특정한 행정활동을 하여야 할 작위의무를 해태하였음을 이유로 제기되는 헌법소원은 상황의 특수성이 청구인이 주장하는 구체적 작위의무를 부과하는 경우이나 적법성심사를 통과하고 인용될 수 있다.

열째, 법원이 정당한 사유 없이 재판권을 지연하여 승소를 무의미하게 만든다면, 헌법 제27조 제3항에 의하여 보장된 신속한 재판을 받을 권리를 침해한다고 할 것이고, 그와 같은 형태의 재판부작위는 최근 유럽인권재판소의 판례나 독일의 그에 부응하는 절차법개혁이 보여주는 것처럼 헌법소원의 적법한 대상이 될 수 있음은 물론 인용도 될 수 있다고 보아야 한다.

# 제5장 공권력의 불행사에 대한 헌법소원에 관한 비교법적 검토

김영진

## 제1절 미국에서의 공권력 불행사<sup>1)</sup>에 대한 사법심사

미국의 경우 엄밀한 의미의 독일식 헌법소원제도가 연방헌법이나 주 헌법에 명문화되어 있지 않은 국가에 해당한다. 그러나 역사적으로 각 주 법원 및 연방 법원을 통한 사법심사(judicial review)제도가 정립되어 나가면서 법원의 사법심사 여부를 다투게 된 사례들을 다수 찾아 볼 수 있는데 이 사례들을 검토해 나가다 보면 국가기관의 부작위가 시민의 헌법적 권리침해로 귀결되는 상황에 대한 법적 해결을 위해 결국 헌법소원 제도의 운용과 유사하게 법리를 전개하고 결론을 도출하는 경우를 발견할 수 있다.

우선 **행정기관의 부작위(governmental inaction)**에 대해, 즉, 행정기관이 법령에 의거, 특정한 행정작용을 해야 함에도 불구하고 행하지 아니한 경우 또는 행정기관의 재량에 따라 일정한 행정작용이 시행되지 않거나 지연되는 경우, 사법부가 이러한 부작위 상황에 대해 사법심사를 할 수 있는지 여부에 관한 논의가 미국에서 전개되어 왔고 이를 명명하자면 **행정기관의 부작위에 대한 사법심사 허용**

---

1) 불행사의 개념에 대해 대륙법계에서 영어를 병행하여 쓰는 국가들 중 스페인이나 벨기에의 연구문헌에서는 “legislative omission”과 같이 “omission”이란 용어가 학술 문헌적 차원에서 표현되기도 한다. 예를 들어 Sarah Verstraelen, “Constitutional Dialogue in the Case of Legislative Omissions: Who Fills the Legislative Gap?”, *Utrecht Law Review*, Vol. 14, 1 (2018). 그러나 미국의 경우는 소비자보호법제에서 표시 또는 현출시켜야 할 사항의 누락이란 뜻으로 “omission” 용어가 구사되거나 법문의 조항 상 표현으로 “failure to act”와 등가의 의미로서 불행사(또는 부작위)의 개념으로 활용될 뿐 학술문헌의 차원에서 “legislative omission”과 같은 용어는 결코 사용되지 않는다. 오히려 입법할 의무(duty to legislate)로 접근해 보면 부처 간 권력분립을 강조하는 입장에서 입법부에 대한 잠식(또는 침해; encroachment on legislature)의 주제가 검색이 되며 기본적으로 입법부가 특정 법을 입법하지 않은 부작위(failure to enact)에 대해 사법심사가 가능하지 않다(unreviewable)는 것이 연방대법원의 원칙적 태도이다. Board of Educ. of Kiryas Joel Village School Dist. v. Grumet, 512 U.S. 687 (1994) 참조.

여부 문제라 할 수 있겠다. 행정기관의 부작위 중 행정입법의 부작위로 범위를 더 한정하면 **행정규칙 제정의 회피 및 형해화**(경화, ossification)에 관한 문제도 검토할 수 있다. 그러나 엄밀히 말하면 이 문제들은 독일이나 우리나라의 공권력 불행사에 의한 헌법소원제도와 완전히 동일 선상에 병렬적으로 위치시킬 수 있는 것은 아니다. 미국에서의 논의의 초점은 주로 행정의 본질적 속성을 고려할 때 행정작용에 있어서 행정기관의 재량이 필요한 경우가 빈번하다는 입장의 행정부와 행정작용 역시 법에 따른 통제를 기본적으로 받아야 한다는 입장의 사법부 간의 권력분립원리를 실제 어떻게 구현할 것인가라는 관점에 치중하는 경향이 강하기 때문이다. 실제 행정작용의 대상이 작위의 형태이건 부작위의 형태이건은 크게 중요치 않을 수밖에 없는 것도 미국 법제의 현황이다.<sup>2)</sup> 그럼에도 불구하고 행정기관의 부작위에 대한 사법심사 허용 여부에 관한 미국의 논의를 일별하다보면 우리 헌법소원제도에 있어서 부작위의 개념 정립과 관련하여 시사점을 탐색할 수 있으므로 숙고와 천착을 요하는 지점임에는 틀림없다.

한편 이러한 행정기관의 부작위가 본격적으로 개인의 헌법적 권리 침해 여부로 전개되는 과정과 유사하다고 평가할 수 있는 상황에 관한 미국 특유의 법리 구성을 살펴본다면 기존 보통법상 불법행위(common law tort) 법리와는 구분되는 **헌법상 불법행위(constitutional tort)** 논의에 주목할 필요가 있다. 이 헌법상 불법행위 논의는 제도 운영의 외형상 구조에 있어서 우리의 헌법소원제도 중 공권력 불행사에 의한 헌법소원과 상당한 유사성 또는 근접성을 보여주는 연방대법원 판례들이 존재하기 때문이다.

---

2) 1946년 제정된 연방행정절차법의 행정작용 개념에는 작위뿐만 아니라 부작위가 포함되어 있다. 5 U.S.C. §551(13)(1988) 참조. “agency action” includes the whole or a part of an agency rule, order, license, sanction, relief, or the equivalent or denial thereof, or failure to act; 한편, 이러한 미국적 특성 때문에 행정기관의 부작위 상황에만 따로 초점을 맞추어 이를 해소하기 위해 활용하고 있는 조치로 보통법상의 직무집행명령(mandamus)이나 형평법상 금지명령(injunction) 제도 등을 추적할 수도 있고 비교법적 관점에서는 우리 행정쟁송법상 행정청의 부작위에 대한 구체적 구제 제도-의무이행심판, 부작위위법확인 소송 등- 또는 우리 헌법재판제도에서 권한쟁의심판과 미국의 관련 유사 제도들간의 교차·중첩 지점을 탐색한다는 차원에서 접근할 수도 있다.

또한 **입법기관의 부작위(congressional inaction)**도 미국의 정치 현실에서 전통적으로 권력분립의 원리 또는 대통령 권한행사의 한계 논의와 관련하여 발생해 온 논점인데 이에 대한 일별을 통해 우리 헌법소원제도 구조와 관련되는 사항이 도출될 수 있는지에 대해 점검을 해 보아야 할 것이다. 입법기관의 부작위는 경우의 수를 분류하여 연방의회의 입법 지원이 결여된 경우 및 연방의회의 입법절차상 하자 발생여부에 관한 논란이 있는 경우로 나누어 고찰해 볼 수 있을 것이다. 나아가 소위 **사법기관의 부작위(judicial inaction)** 상황은 권력분립이 도입된 최초의 시기부터 법원의 사법심사제도 정립을 중심으로 발전해 온 미국법의 특성상 별도의 특별한 언급이 문언상으로도 나타나지 않는 분야이나 실제 소송에 있어서 원고적격 등의 요건과 동시에 판단되는 상황성숙성 원칙의 운용에 따라 결과론적으로 사법부작위로도 해석되는 양상을 초래할 수 있으므로 이에 대해 또한 살펴보기로 한다.

## I. 행정기관의 부작위(governmental inaction)

### 1. 행정기관의 재량행위에 대한 사법심사 여부와 행정부작위

#### 가. 연방행정절차법 제정 이전 사법부의 태도

##### (1) (명문규정 없는 한) 사법심사 금지원칙

건국 이후 19세기 미국의 법원은 사법심사의 대상이 된다는 명백한 법률상 규정이 없는 한, 행정기관의 재량행위에 대해 사법심사를 허용하지 않았다. 1827년도의 초창기 연방대법원 판례인 *Martin v. Mott*에서는 행정기관의 재량행위에 있어서 그 재량권의 범위나 기준에 대해 사법부가 관여할 대상이 아니고 오로지 권한을 위임받은 행정기관이 판단할 일이며 사법심사의 대상이라기보다는 입법과정에서 해결할 문제로 보는 것이 타당하다는 입장을 취하였다.<sup>3)</sup> 이 시기는 적극적 작위에 대해서도 행정기관의 재량행위의

경우라면 명문규정이 없는 한 사법심사자체를 허용하지 않았으므로 실령 행정기관의 부작위가 존재하였다 하더라도 행정기관의 재량적 판단에 따른 부작위로 간주되었을 가능성이 높으며 따라서 이 경우에도 논리 필연적으로 사법심사자체가 행해지지는 않게 된다. 실제로도 이 시기 연방대법원이 행정기관의 부작위에 초점을 맞추어 사법심사를 단행한 판례는 발견되지 않는다.

## (2) 사법심사 추정원칙

1902년의 *American School of Magnetic Healing v. McAnnulty*<sup>4)</sup> 판례에서 연방대법원은 행정기관의 재량행위에 대해 사법심사를 허용하는 입장을 채택하기 시작했는데 행정행위가 재량행위라 하더라도 어떤 기준에 의해 정당화되어야 하며 법률상 기준을 남용하며 개인에게 피해를 입히면 당연히 구제를 허용해야 한다는 입장을 취하였다.<sup>5)</sup> 연방대법원은 이 판례에서 만일 사법적 구제책이 확보되지 않는다면 행정기관의 재량권 남용에 대한 통제가 요원해지고 이는 곧 국민의 기본권 보장을 저해하게 되는 결과를 초래한다고 판단하였는데 이는 곧 사법심사가 허용될 수 있는 사안임에도 불구하고 단지 행정기관의 재량행위라는 명목으로 무조건 사법심사 배제대상이 된다는 앞서 1800년대의 기존 연방대법원 판단을 번복하는 입장을 이 시기부터 채택하기 시작한 것으로 파악할 수 있다. 이렇듯 연방대법원의 새로운 경향의 태도 채택은 다수의 판례들<sup>6)</sup>을 경유하면서 사법부의 확고한 입장으로 정립되어 갔고 추후 1946년 연방행정절차법의 제정을 통해 입법화에 이르게

3) 신중석, 미국행정법상 행정부작위에 대한 사법심사, 연세법학연구 제2권 제1호, 1992, 219, 각주 1번 참조. 이러한 입장은 이후 1840년의 *Decatur v. Paulding*, 1895년의 *Lern Moon Sing v. United States*, 1900년의 *Keim v. United States* 판례 등에도 그대로 계승되어 나타났다고 한다.

4) 187 U.S. 94 (1902).

5) 신중석, 앞의 글, 각주 1번 참조. 이 입장은 1915년의 *Geglow v. Uhl*, 1917년의 *Lane v. Hoglund* 판례로 이어지면서 정착되었는데 특히 *Lane*판결에서는 사법심사의 기준이 될 만한 어떤 기준을 당해 법률 규정에서 발견한다면 법원은 그 기준으로 사법심사를 할 수 있다는 입장을 취하였다.

6) *U.S. v. Williams*, 278 U.S. 255 (1929), *St. Joseph Stock Yards Co. v. U.S.*, 298 U.S. 38 (1936), *Kessler v. Strecker*, 307 U.S. 22 (1939), *Stark v. Wickard*, 321 U.S. 288 (1944) 등.

된다.

## 나. 연방행정절차법의 제정과 행정부작위 개념의 편입

### (1) 사법심사 추정원칙의 입법화와 적용 제외

1946년 제정된 연방행정절차법(Administrative Procedure Act)은 사법부가 형성해 온 기존 판례 법리를 입법화하여 행정행위에 대한 사법심사를 규정하였다. 이 연방행정절차법의 규정에 따르면 행정작용(agency action)의 개념 범위에 거부 및 부작위도 포함시키면서<sup>7)</sup> 행정기관의 행위가 부적법하게 거부되거나 부당하게(비합리적으로) 지연된 경우 이를 행하도록 명할 수 있는 권한을 사법부에게 부여하고 있었다.<sup>8)</sup> 행정작용의 개념 규정에 거부 및 부작위를 포함시키면서 이들이 부적법하게 거부되거나 부당하게 지연되면 원칙적으로 사법심사의 대상이 된다는 입장을 사법부가 취하게 됨으로써 얻는 실익은 행정기관의 작위뿐만 아니라 부작위에

---

7) 5 U.S.C. §551(13)(1988). “agency action” includes the whole or a part of an agency rule, order, license, sanction, relief, or the equivalent or denial thereof, or failure to act (밑줄은 필자가 표시함)

8) 5 U.S.C. §706(1), To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action. The reviewing court shall--

(1) compel agency action unlawfully withheld or unreasonably delayed; (밑줄은 필자가 표시함) and

(2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be--

(A) arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law;

(B) contrary to constitutional right, power, privilege, or immunity;

(C) in excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations, or short of statutory right;

(D) without observance of procedure required by law;

(E) unsupported by substantial evidence in a case subject to sections 556 and 557 of this title or otherwise reviewed on the record of an agency hearing provided by statute; or

(F) unwarranted by the facts to the extent that the facts are subject to trial de novo by the reviewing court.

대하여서도 시민이 권리구제를 넓게 받을 수 있도록 하는 법리 구성에 근접한다는 점이라고 판단된다.

한편 사법심사 추정원칙의 채용에 따른 구체적 사법심사의 양상을 검토해보면 행정입법에 있어서 행정부작위의 태양으로 첫째, 의회가 제정한 관련법의 입법목적 달성을 위해 행정입법을 행정기관에게 위임함에도 불구하고 행정입법이 제정되지 않은 경우(또는 공포되지 않은 경우) 및 둘째, 행정입법은 제정되었으나 시행되지 못한 경우로 분류할 수 있다.<sup>9)</sup> 행정기관의 부작위 사유로는 재원 부족, 우선순위에 대한 판단 착오, 관료주의적 나태, 정치적 압력 등을 들 수 있다.<sup>10)</sup> 또한 연방행정절차법의 운용을 위해서는 동법 제706조 제1항의 명문 조항에 대한 해석을 통해 행정기관의 불법적 거부 및 부당한 지연에 대한 판단기준의 정립이 가능하다. 특히 불법적 거부의 구체적 태양으로 자의적이거나 변칙적이거나 재량권을 남용한 경우 및 헌법적 권리, 권능, 특권 또는 면책에 반하는 상황에 대한 해석이 필요하고 법률상 관할, 권한 또는 한계의 일탈 내지 법률상 권한의 흠결, 법률상 요구되는 절차의 위반에 대해서는 해당 법 규정의 적용을 통한 파악을 시도할 수 있다.

한편 연방행정절차법은 동법의 적용 제외 대상으로 i)법률의 규정이 명시적으로 사법심사를 배제하는 경우 및 ii)법률에 의거, 행정행위가 행정기관의 재량에 의해 수행된 행위를 명문화하고 있었다.<sup>11)</sup> 법률 자체 규정에서 사법심사를 배제하는 경우에 대해서는 사법심사 여부에 대한 논란의 여지가 없었으나 법률에 의거, 행정행위가 행정기관의 재량에 의해 수행된 행위, 즉 일정한 재량행위의 경우를 동법의 적용 제외 영역으로 둔 것은 사법심사 추정원칙에 대한 예외를 또 다시 설정한 것이었고 또한 연방행정절차법 상 행정기관의 재량에 의해 수행된 행위에 관한 정의가 명확히 규정

---

9) 이동수, 미국 행정법상 행정청의 부작위에 대한 사법심사, 토지공법연구 제8집, 1999, 193 참조.

10) 이동수, 앞의 글, 194 참조.

11) 5 U.S.C. §701(a)(1982). This chapter applies, according to the provisions thereof, except to the extent that-- (1) statutes preclude judicial review; or (2) agency action is committed to agency discretion by law.

되지 않아 특정 행위가 이러한 재량행위에 해당하는지 여부에 대한 논란은 여전히 지속될 수밖에 없었다. 그럼에도 불구하고 연방 행정절차법이 사법심사의 제외대상으로 삼는 두 가지 경우-법률상 규정에 의한 배제 및 재량행위-이외에는 그 동안 연방대법원이 판례를 통해 정립해 온 “사법심사 추정원칙“을 연방입법으로 성문화시켰다는 평가는 충분히 가능한 것으로 판단된다.

나아가 1967년 *Abbott Laboratories v. Gardner*<sup>12)</sup> 판례는 연방 행정절차법이 사법심사 추정의 근거를 갖고 있다고 판시하면서 이와 상반되는 입법의도가 “명백하고 확신을 주는 증거(clear and convincing evidence)”에 의해서 입증될 경우에는 사법심사가 제약될 수 있음을 선언하였다. 이 판례를 통해 연방대법원은 소송이 제기된 행정청의 행정행위가 사법심사를 위해 성숙되었을 때만 사법심사의 대상이 될 수 있다는 상황성숙성 원칙을 재해석하였는데 연방대법원의 판단 준거로는 첫째, 행정입법의 집행 전 사법심사를 배제하는 의회의 의도를 추론할 수 있는 근거가 있는지를 판단하고 둘째, 행정입법의 위법성에 관하여 제기된 쟁점이 추상적 법률문제로서 추가적 사실발견이 필요하지 않아 사법심사에 적합한지를 판단하며 셋째, 사법심사 지연의 결과 당사자는 위법하다고 생각하는 행정입법을 억지로 준수하거나 혹은 위반함으로써 초래되는 벌금 등의 비용 손실을 감수해야 하는 양자택일의 가능성을 언급하였다.<sup>13)</sup> 연방대법원은 이 판례를 통해 최종적으로 행정입법은 구체적 집행과정 이전 단계의 추상적 상태에서도 사법심사의 대상이 될 수 있다는 원칙까지 정립하였다.

## (2) 적용 제외의 판별 기준

12) 387 U.S. 136 (1967). 이 사건은 FDA가 공포한 행정입법의 집행 전 사법심사를 청구한 것으로 동 행정입법은 모든 처방약 제조업자들로 하여금 약물의 증명(generic name)과 상호명(trade name)을 상표 및 약품광고에 포함시키도록 규정하였고 이에 따라 의사들로 하여금 잘 알려진 상호명을 가진 동일한 성분의 약을 처방할 수 있도록 의도한 것이었다.

13) *Abbott* 판결에 관한 연방대법원의 상세한 설시 내용은 황의관, 미국 행정법의 행정입법에 대한 집행 전 사법심사에 대한 연구-*Abbott* 판결과 그 시사점을 중심으로, 공법연구, 제42집 제1호, 한국공법학회, 2013 및 황의관, 사법심사대상인 행정청 행위에 관한 미국과 한국법의 비교연구, 미국헌법연구, 제25권 제3호, 미국헌법학회, 2014 참조.



연방대법원이 채용한 사법심사 추정원칙은 연방행정절차법상의 입법으로 지원을 받게 되었으나 동시에 규정된 적용 제외 영역에 대한 해석은 필히 수반되어야 하는 것이었다. 1971년의 *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe*<sup>14)</sup> 판례에서 연방대법원은 행정기관의 재량행위 중 재량권을 일정범위내로 제한하는 법률상 기준이 있으면 이 재량권의 행사는 법률의 제정목적에 따라야 하므로 사법심사의 대상이 되고 법령자체가 구체적이지 못하여 재량권행사를 제한하는 법령상 기준이 없을 때(no-law-to-apply)는 사법심사의 대상이 되지 않는다는 기준을 확립하였다.<sup>15)</sup> 게다가 이 no-law-to-apply 원칙이 그 자체로서 판단 기준으로 화하면서 연방대법원은 재량행위의 판단에 있어서 하급법원이 no-law-to-apply 기준을 좁게 또는 넓게 적용하느냐에 따른 사법심사대상 여부도 판정하게 되었다.

한편 1982년의 *Covelo Indian Community v. Watt*<sup>16)</sup> 판례에서 워싱턴 D.C. 연방지방법원은 행정기관의 법률상 작위의무가 있음에도 불구하고 그 의무에 반하여 부작용을 한 경우, 즉 행정기관이 법령에 의거 일정한 행위를 해야 함에도 불구하고 이를 이행하지 아니한 행정부작용이 연방행정절차법 §706(1)에 반하여 사법심사의 대상이 된다는 입장을 취하였다. 이 판례에서 법원은 해당법을 자체 및 입법 경과를 검토하여 행정기관이 해결방안을 의회에 제출할 작위의무를 인정하면서 이를 제출하지 않은 부작용은 사법심사의 대상이 된다고 판시하였다. 이를 통해 부작용의 경우에도 우선 근거법령의 해석을 통해 작위의무를 도출하고 이 의무에 반하는 부작용의 경우를 사법심사의 대상으로 삼는 것이 원칙임을

14) 401 U.S. 402 (1971). 이 사건은 템퍼스 시내의 공원을 관통하는 6차선 고속도로의 건설을 연방교통부 장관이 승인하였는데 공원보존을 위한 시민단체는 연방교통부장관의 승인행위가 고속도로 건설에 관한 법률 위반임을 주장하였고 연방대법원은 교통부 장관이 고속도로 건설을 승인한 행위가 사법심사의 대상이 되는지 여부를 결정하였다.

15) 법령상 기준이 존재하는 경우를 지속재량행위, 법령상 기준이 존재하지 않는 경우를 자유재량행위로 명명할 수도 있다.

16) 551 F.Supp.366 (D.D.C.1982). 이 사건은 인디언들의 무허가토지매매에 관한 해결책을 연방내무성 장관이 의회에 입법 청원하기로 하였으나 기일 내 이행하지 않은데 대해 이행을 요구하는 강제 명령을 청구하였고 연방대법원은 장관의 부작용이 제정법상의 명시적 규정에 반하는 부작용이라고 판단하였다.

주지할 수 있으며 이에 더해 사법심사 추정원칙의 적용 및 적용 제외 영역에 대한 해석 및 적용을 부가해 왔다고 사법부의 동향을 중간 정리할 수 있다.

### (3) 사법심사배제 추정원칙과 그 예외

거부처분과 부작위를 동시에 행정행위의 개념에 포괄시켜 온 것에 더하여 미국 연방대법원은 기존의 사법심사 추정원칙 및 적용 제외라는 이원적 이론 구성을 행정행위에 대한 사법심사 여부에 관하여 관철하여 왔으나 특히 행정기관의 부작위에 한정해서는 기존 연방대법원이 정립한 원칙의 적용과는 또 다른 차원인 사법심사배제 추정이 적용되어야 한다는 판단이 등장하게 된다. 1985년의 연방대법원 판례 *Heckler v. Chaney*<sup>17)</sup>에서 행정부작위의 경우 사법심사배제 추정원칙을 적용하여 모든 행정부작위는 사법심사에서 제외되는 것이 원칙이라는 방향을 제시하였는데 이 원칙의 예외로서 행정부작위를 사법심사의 대상으로 삼기 위해서는 행정기관에게 법률상 작위의무가 있거나 또는 행위를 기속하는 법률상의 합리적 기준이 존재함을 원고가 입증하여야 한다는 식의 입장을 취하였다. 연방대법원은 이 판례를 통해 행정부작위의 경우 사법심사 요건으로 작위의무 또는 법률상의 합리적 기준을 열거함으로써 구체적 소송에서 행정부작위를 다투기 위한 논증의 도구를 제시한 것으로 파악할 수 있다.<sup>18)</sup>

17) 470 U.S. 821 (1985). 이 사건의 사실관계는 연방교도소에 수감되어 있는 8명의 사형수들이 독극물 주사에 의하여 사형이 집행되도록 결정되자 이 약물을 사형에 사용하는 것은 식품의약품법 위반에 해당하므로 약물의 사용을 금지해달라고 연방식품의약품(FDA)에 요청하였는데 연방식품의약품국은 이 요청을 받아들이지 않고 아무런 행정처분을 하지 않기로 결정한 것이다. 항소법원은 FDA의 부작위에 대해 사법심사 추정을 적용하여 FDA는 사형목적으로 사용하는 약물이 안전하고 효과적인지 조사를 실시하고 약물 사용을 금지해야 할 의무가 있다는 판결을 하였으나 연방대법원은 이 판결을 파기하면서 행정기관의 부작위에는 사법심사 배제추정이 적용되어야 한다고 판시하였는데 동 판례에서 어떤 행정기관이라도 자신의 관할권 내의 모든 법률 위반 의심사항에 대해 조사할 수는 없고 자신의 한정적 조사자원을 어떻게 분배할지 결정은 행정청이 여러 사항-조사의 성공가능성, 조사에 필요한 자원의 양 및 전체 프로그램과의 관계, 법 위반 효과의 심각성 등-을 고려해서 판단해야 한다고 언급하였다.

18) 우리 헌법재판소는 행정부작위에 대한 헌법소원의 판단에 있어서 작위의무 이외에 청구인들의 청구권의 존재를 적법요건으로 한 사례(헌재 1994. 8. 31. 92헌마126, 판례집 6-

한편 이렇듯 행정기관의 부작위와 관련하여 특유하게 정립된 사법심사배제 추정원칙은 2004년 Norton v. Southern Utah Wilderness Alliance<sup>19)</sup> 판례에서 재확인되는데 이 판례에서 연방대법원은 법률이 행정기관에게 광범위한 의무만을 부여한 경우에 법원이 행정기관에게 행위를 강요할 수는 없고 그 의무의 이행수단의 선택은 행정기관의 재량에 맡겨져 있다고 판시하고 있다.

## 2. 행정규칙 제정의 회피 및 형해화(ossification)

미국에서 행정기관이 연방행정절차법에 따른 약식행정규칙 제정(informal rule making)에 있어서 다양한 사유에 기인하여 합리적·효율적 규칙제정을 주저하고 있는 현상<sup>20)</sup>이 존재해 왔고 이 현상을 해석함에 있어서 그 발생 원인에 주목해 볼 수도 있으나 결론적으로 일종의 행정입법 부작위가 진행되고 있는 것으로 파악해 볼 수도 있다.

연방행정절차법 제553조에 따르면 법률에서 규칙을 행정기관의 청문을 기초하여 제정하도록 요구하고 있지 않은 경우, 첫째, 제안된 행정입법의 통지(notice), 둘째, 이해당사자의 의견 제출 및 검토, 셋째, 실체적 규칙(substantive rule)의 기반 및 목적의 설명(statement of its basis and purpose)이 첨부된 최종규칙의 공포에 이르는 총 세 단계를 경유하면 약식규칙 제정이 원칙적으로 가능하다. 그러나 실제 이 절차의 운영에 있어 입법, 행정, 사법 각 영

---

2, 176. 이에 대해서는 제2장, 제3절, II, 2, p. 184 및 제3장, 제2절, III, 2, p. 267 각주 2 17 참조)가 있는데, 미국 연방대법원의 판례의 경향은 행정부작위의 경우 작위의무 또는 법률상의 합리적 기준만을 언급할 뿐 청구인들의 청구권의 존재 여부를 별도로 따지지는 않는 듯하다. 한편 연방행정절차법상 규정(5 U.S.C. §702)에는 행정청의 작위에 의해 위법한 침해를 당한 자에 대해 사법심사를 받을 권리는 명문으로 인정하고 있다. (A person suffering legal wrong because of agency action, or adversely affected or aggrieved by agency action within the meaning of a relevant statute, is entitled to judicial review thereof.)

19) 542 U.S. 55 (2004).

20) 이 현상에 대해 “규칙제정절차의 사용에 관한 행정기관의 증대하는 혐오”로 표현하는 학자도 있다. R.J. Pierce, Jr., “Rulemaking and the Administrative Procedure Act”, 32 Tulsa L.J. 185, 191 (1996).

역의 관여에 따라 오히려 많은 시간과 비용이 요구되는 부담스럽고 번거로운 절차로 화하게 되었다. 즉, 입법부는 규칙 제정시 행정기관으로 하여금 법에 규정된 과도한 분석요건을 충족할 것을 부과하였고 행정부도 행정명령(executive order)을 통해 다양한 부가적 분석요건을 예산관리청(Office of Management and Budget: OMB)의 심사통과 요건으로 부과하였으며 사법부도 기관 고유의 엄격심사기준 통과 요건으로 규칙 제정시 매우 상세한 규칙제정기록을 요구함으로써 이들 모두 공통적으로 약식규칙 제정의 회피현상을 유도하게 되었다.<sup>21)</sup>

애초 행정기관의 효율적 의사결정수단으로 도입한 약식규칙 제정이 본 취지를 달성하지 못하고 회피되는 현상은 행정의 효율성을 저해하고 행정기관이 유연한 규칙제정을 통해 새로운 기술 등을 실험해보고자 하는 의욕을 좌절시키는가 하면 정책진술서, 지침, 안내서 등과 같은 비입법적 규칙을 통해 비규범적 규칙제정(non-rule rulemaking)이 유도될 수 있는데 이는 또한 궁극적으로 행정의 정책결정과정에서 궁극적 목적인 시민을 소외시키는 결과로 귀결될 수 있다.

한편 이러한 미국에서의 행정규칙 제정의 회피 및 형해화 현상을 탈피하고 활성화(deossification)시키기 위한 방안에 대해서도 구상해 볼 수 있는데 첫째, 입법부가 부가한 각종 부가적 분석요건을 제거하는 방안 및 행정기관의 규칙제정에 관한 의회 심사법에 규정된 신속처리절차(fast-track procedure)를 활용하는 방안, 둘째, 행정명령을 제·개정하여 규칙제정회피의 정도를 감소시키기 위한 규제심사조항 및 심사절차의 투명성 확보를 위한 공개조항을 도입하는 방안, 셋째, 사법부의 전통적 엄격심사원칙을 수정하는 방안에 대한 검토가 필요하다. 이상 방안들의 탐색은 결국 행정입법 부작위 상황을 해소하여 행정입법 작위 상황으로 변경시키는 안에 해당할 수 있는데 법규범적 차원에서 논의의 초점으로 볼 수

---

21) 미국에서의 입법, 행정, 사법부에 의한 규칙제정회피에 대해 보다 상세한 내용은 박수현, 미국 행정법에 있어서 규칙제정회피 및 그 방지수단에 관한 고찰, 안암법학, 제11권, 2000 참조.

있는 사법부의 사법심사원칙에 대한 수정방안과 관련하여 1984년 연방대법원이 Chevron v. Natural Resources Defense Council<sup>22)</sup> 판례를 통해 언급한 바를 일별해 볼 필요가 있다.<sup>23)</sup>

Chevron 판례 이전의 연방대법원은 행정기관의 법률해석에 대한 사법심사의 개입여부에 대해 일관성을 결여하여 때로는 전적으로 사법부가 행정기관의 법률해석을 대체하기도 하고 때로는 반대로 전적으로 존중하기도 하였는데 연방대법원이 이러한 판단을 내림에 있어 어떠한 선택기준이 있었는지는 상당히 불분명하였다. 그러나 Chevron 판례를 통해 사법부는 행정기관의 법률해석을 원칙적으로 존중해야 한다는 입장으로 정리가 되었는데 즉, 법원 자신의 정책적 선호에 따라 취사선택한 결론으로 행정부의 법률해석을 무효로 하여서는 안 되고 의회가 명시적으로 규율하지 아니할 경우 행정기관에게 재량을 부여한 것으로 보아 이러한 재량 하의 법률해석이 합리적이라면 법원은 수용해야한다는 원칙을 지지하였다.

행정규칙 제정의 회피 및 형해화 현상에 대한 해소책으로서 Chevron 원칙의 확대 적용은 결국 문제되는 행정규칙일지언정 법원의 사법심사단계에서 제정을 주도한 행정기관의 판단을 신뢰하는 결과가 최종 산출될 것이니 약식행정규칙 제정의 원 취지에 따라 행정의 효율성 확보를 위해 규칙 제정을 회피하지 말고 그대로 진행하라는 사법부의 메시지로도 해석할 수 있을 것이다. 그렇다면 결국 행정입법 부작위 상황의 해소는 행정입법에 대한 사법부의 사법심사 관련 태도에 따라 간접적이거나 상당한 영향을 받을 수 있게 되는 것이다.

---

22) 467 U.S. 837(1984). 이 사건은 대기정화법상의 “고정오염원(stationary source)”의 해석에 관하여 환경보호청이 고정오염원을 ‘대기오염물질을 방출하는 총체적 설비의 일부분으로 신축되거나 변경된 건축물 및 설비’라고 해석하는 규칙을 제정하였다가 위 규칙을 폐기하고 고정오염원의 정의를 공장단위로 하는 새로운 해석규칙으로 제정한 것에 대하여 환경단체들이 새로운 해석규칙의 취소를 구하였는데 연방대법원은 환경보호청의 새로운 해석규칙대로 오염물질 배출을 공장단위로 평가하는 것을 허용하는 입장을 취하였다.

23) Chevron 판례에 대해서는 이동수, 미국행정법상 행정기관의 제정법 해석에 대한 사법심사, 토지공법연구, 제46집, 2009 및 황의관, 미국사법부의 행정청 법률해석에 대한 사법적 존중에 관한 연구- Chevron 독트린과 그 적용범위를 중심으로, 미국헌법연구, 제24권 제1호, 2013 참조.

### 3. 헌법상 불법행위(constitutional tort)에 의한 행정부작위의 구제

#### 가. 헌법상 불법행위의 규범적 의미

미국의 불법행위 구제 방식은 기본적으로 각 주에서 보통법(common law)에 의해 인정되는 불법행위에 의한 손해배상소송이 있으나 연방법(42 U.S.C. §1983)<sup>24)</sup>에 의해 헌법상 권리침해에 대한 민사소송상의 구제책도 존재하는바 이를 헌법상 불법행위(constitutional tort)라고 칭한다. 헌법상 불법행위제도는 주 정부를 비롯한 주 행정기관이 연방 헌법 또는 연방 법률이 보장하는 권리를 주의회의 제정법 또는 행정명령을 근거로 침해하는 경우에 이 침해행위를 한 주 정부 또는 주 공무원에 대한 손해배상을 허용하는 제도이다. 이 제도는 주가 연방 헌법 또는 연방 법률이 보장하는 시민의 권리를 침해할 수 없도록 하는데 초점을 맞춘 장치이므로 연방 불법행위법(Federal Torts Claims Act)이나 주 불법행위법(State Torts Claims Act)에 기반을 두고 연방 공무원이나 주 공무원이 직무수행 도중 시민에 대해 불법행위를 하여 손해배상책임을 부담하게 되는 국가배상제도와는 법적 성격의 측면에서 구별된다.<sup>25)</sup> 헌법상 불법행위제도는 헌법소원제도가 보유하고 있는 “공권력의 행사 또는 불행사로 인한 국민의 기본권 침해”라는 요건들을 의미상 유사하게 갖고 있으므로 비교의 관점에서 검토의 실익이 있다. 특히 주 행정기관의 부작위가 헌법상 불법행위를 구성하는지 여부에 대하여 연방대법원에서 치열한 의견 대립이 있었던

---

24) Every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress.

25) 양승두, 미국헌법상 불법행위와 행정청의 부작위에 관한 고찰, 미국헌법연구 제4호, 1993.

건은 DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services<sup>26)</sup> 판례이고 주가 선행행위를 하였기 때문에 파악하고 주에게 작위의무를 인정한 경우의 판례로 Estelle v. Gamble<sup>27)</sup> 및 Youngberg v. Romeo<sup>28)</sup> 등이 있다.

## 나. DeShaney 판례에서 연방대법원의 태도

### (1) 사실관계

1984년 위스컨신 주 위네바고 카운티에 사는 조슈아 드샤이가 생부에게 폭행을 당한 사건에서 위네바고 카운티 사회사업국 소속 공무원들이, 조슈아의 생부가 조슈아를 폭행하여 중상을 입히거나 죽음에 이르게 할지도 모르는 위험이 있다는 사실을 알고 있었거나 또는 알 수 있었음에도 불구하고 적절한 위험예방조치를 하지 않은 것이 문제되었다. 이러한 부작위는 수정헌법 제14조가 조슈아에게 보장하는 자유권을 적법절차를 거치지 않고 박탈하였으므로 헌법상 불법행위를 이유로 소송이 제기되었다. 원고인 조슈아 생모의 주장은 카운티나 카운티 사회사업국 근무자가 조슈아를 생부로부터 떼어 놓는 조치를 하지 않음으로써 조슈아가 폭행으로 인해 뇌에 중상을 입고 평생을 구호시설에서 생애를 마치게 될 상황을 조성한 책임이 있다는 것이다.

### (2) DeShaney 판례의 다수의견

조슈아에 대한 주의 헌법상 보호의무가 존재하는가에 대해서 첫째, 수정헌법 제14조의 문언상 주가 개인의 행위로 말미암은 침해에 대하여 그 주민에게 생명과 자유, 재산을 보호하여 줄 것을 요구하고 있지는 않다고 판단(수정헌법 제14조는 주의 권한 행사에 대해 제한을 가하는 문언-적법절차에 의하지 아니하고는 주가 개

---

26) 109 S.Ct. 998 (1989).

27) 429 U.S. 97 (1976).

28) 457 U.S. 305 (1982).

인의 생명, 자유, 재산을 박탈할 수 없다-일뿐 이를 확대해석하여 국민상호간의 관계에 개입하여 주가 국민을 보호하여야 하는 것은 아니라고 판시)하였고 둘째, 수정헌법 제14조의 적법절차조항이 곧 개인에게 정부의 지원을 받을 수 있는 적극적 권리를 부여하는 것은 아니라고 지적하였으며 셋째, 주가 일반 주민 모두에게 적절한 보호 서비스를 제공할 의무가 없다 하더라도 어느 특정 개인에 대해 주와 개인 간의 특별한 관계(special relationship)가 생겨 적절한 보호를 하여야 할 의무가 있다는 상고인의 주장에 대해 조슈아의 경우는 해당하지 않는다고 판시하였다.

### (3) DeShaney판례의 소수(반대)의견

이 판례의 소수의견에서는 다수의견이 제기한 문제제기, 즉 주 정부에게 적극적으로 개인을 보호할 의무가 있는가와 개인은 이를 향유할 일반적 권리를 가지는가의 문제에 대해 수정헌법 제14조 적법절차조항의 실체적 요소와 관련하여 작위와 부작위를 구별하려는 태도는 결국 이미 주 정부에게 개인을 보호할 의무가 없다는 결론을 내리기 위해 준비된 논변에 불과하다는 의견을 개진하였다. 특히 소수의견은 주 정부가 개인의 고통을 알면서 이 고통을 제거하기 위해 도와주겠다는 의사를 표시한 것은 그 개인이 스스로를 위해 행동하거나 타인으로부터 도움받을 수 있는 자유를 박탈할 수 있다는 점에 주목하면서 학대로부터 보호받는 일에 관한 모든 사항이 카운티 사회사업국에 의존하도록 제도가 구성되었기에 학대 사실이 발생하였을 때 어떤 조치를 취하여야 할 것인가에 관한 결정권도 역시 동 기관에 있음을 주목한다.



#### 다. Estelle 판례 및 Youngberg 판례에서 연방대법원의 태도

먼저 Estelle 판례는 주 교도소에 수감되어 있는 죄수의 건강을 고려하여 교도소 당국이 적절한 의료상 조치를 하지 않은 것이 헌법상 불법행위를 구성하여 수정헌법 제14조의 적법절차조항 위반이라고 소를 제기한 사안에 대해 연방대법원의 다수의견은 3개월간 17차례의 교도소 의사의 진료가 있었으므로 더 철저한 의사의 진료행위가 없었다는 주장만으로는 교정공무원에 대한 소인(cause of action)을 구성할 수 없다고 판시하였으나 교도소 수감을 이유로 죄수는 자신을 돌볼 수 있는 자유를 박탈당하였고 주가 죄수를 돌볼 것이 기본적으로 요구된다는 점에 대한 정당성은 연방대법원도 인정을 하였다.

또한 Youngberg 판례는 주립지체장애인 수용시설에 수용되어 있는 사람은 안전한 수용, 육체적 제재를 받지 않을 자유, 적절한 재활훈련을 받을 헌법상의 권리가 있음에도 불구하고 주가 이 의무를 이행하지 않았고 따라서 헌법상 불법행위를 구성하여 수정헌법 제14조의 적법절차조항 위반이라고 소를 제기한 사안에서 연방대법원의 다수의견은 주와 개인간의 특별한 관계(special relationship)가 생겨 적절한 보호를 하여야 할 의무가 주에 있다고 판시하였다.

이들 두 판례는 주가 특정인의 자유를 적극적 행위를 통해 제한하여 그 특정인이 스스로를 보호할 수 없는 상황을 주가 조성한 경우에 작위의무가 발생하며 단지 주가 특정인에게 위해가 발생할 것을 알았다는 사실만으로는 주에게 그 위험발생을 방지할 작위의무가 발생하는 것은 아니란 점을 인정한 취지를 갖는다.

## II. 입법기관의 부작위(congressional inaction)

### 1. 연방의회의 입법 지원이 결여된 경우

연방의회가 부작위로 일관하여 입법적 지원이 결여 혹은 미비한 경우나 대통령으로 대표되는 행정부를 정치적 교착상태로 유도하기 위한 입법부의 의도적 부작위는 역사적으로 새로운 사실이 아닐 만큼 빈번해 왔다는 분석이 있다. 이 견해에 따르면 연방 헌법상 문언들도 의회가 반드시 입법을 해야 할 의무가 있다는 주장을 쉽사리 지지하지만은 않는다고 하면서 연방의회가 헌법상 많은 권한을 보유함에도 불구하고 그 권한의 행사 최소한을 충족시키는 것은 별론으로 하더라도 권한 행사 자체는 본질적으로 선택적이라고 한다.<sup>29)</sup> 연방대법원은 일찍이 1849년의 *Luther v. Borden*<sup>30)</sup> 이후 법원의 역할은 법에 대한 상세한 설명을 담당하는 것이지 법을 만드는 역할을 담당하는 것은 아니라는 입장, 즉 대법원이 관여할 영역은 무엇이 법인지를 결정하는 것이지, 무엇이 법이어야만 한 다를 선언하는 것은 아니라는 입장을 전통적으로 취하였었고 이는 최근의 연방대법원 판례<sup>31)</sup>도 맥락을 같이 하고 있는 태도이다. 그럼에도 불구하고 연방의회의 부작위가 제도본질적으로 무한정 허용될 수는 없으며 최소한 대통령의 권한행사에 대한 견제장치로서의 의회의 입법을 통한 권능 행사는 헌법적 심사의 테두리 내에 당연히 있어야 할 것이다.<sup>32)</sup>

29) William P. Marshall, *"The Limits on Congress's Power to Do Nothing: A Preliminary Inquiry"*, 93 Ind. L.J. 159, 165 (2018).

30) 48 U.S. 1 (1849). 이 판례의 사실관계는 단순한 불법 증거침입으로 보이지만 그 이면에는 연방대법원이 원고와 피고의 공방을 통해 어느 쪽이 지지하는 정부가 합법적인 주 정부인지를 결정해야 하는 상황을 맞이하게 되었고 연방 헌법 제4조 제4항의 해석에 관하여 각 주의 내부적 정치문제에 대해 간접할 권한을 오로지 의회의 수중에 맡긴 것이기에 이에 관한 사법부의 판단은 배제된다는 입장을 취하였다.

31) *Ziglar v. Abbasi* 137 S.Ct. 1843 (2017). 이 판례는 형량 및 평가해야만 하는 다수의 고려를 포함하는 이슈는 “법을 해석하는 자(those who interpret them)” 보다는 “법을 작성하는 자(those who write laws)”에게 맡겨져야만 한다는 입장을 선 판례 *United States v. Gilman*, 347 U.S. 507 (1954)로부터 인용하고 있다.

32) 한편 연방대법원은 1976년의 *Massachusetts Bd. of Retirement v. Murgia* 판결에서 법률이 불완전하더라도 입법부의 판단을 존중해야 한다는 취지의 입장을 표명한 바 있

## 2. 연방의회의 입법절차상 하자 발생여부에 관한 논란이 있는 경우

양원제 국가인 미국에서 반드시 하원이 진담해야 할 사항에 대해 상원에게 백지 위임을 하거나 상원과 하원에서 별도로 법률안이 나왔으나 추후 최종적으로 상원안을 채택하여 법률을 승인시킨 경우에 대해 실제 입법이 완성되었다더라도 입법절차상 불완전하다는 문제제기가 가능하다.

예를 들어 오바마 행정부 시기 건강보험제도개혁과 관련하여 하원안과 상원안은 의료비에 대한 연방차원의 연대부담과 관련하여 각각 상호 대립하는 내용 하에 하원안은 연대부담을 긍정하여 공적보험을 의무적으로 도입하고 낙태의 합법화 입장을 취하였으나 상원안은 이에 대해 모두 부정적인 입장이었는데 이 두 안의 협상과정에서 결국 상원수정안이 채택되었고 대통령이 서명하여 입법되었다.<sup>33)</sup> 즉, 이 경우는 상원과 하원에서 별도로 법률안을 승인하였고 이후 양원의 합의로 상원수정안을 채택하면서 법률을 승인시킨 사례에 해당하는데 연방대법원은 본시 최소한 하원이 초안을 작성한다면 상원이 수정하여 승인하는 것은 헌법상 절차에 반하지 않는다는 입장을 1911년의 *Filnt v. Stone Tracy Co.*, *Rainey v. US*<sup>34)</sup> 이래로 취하였다. 그러나 이 경우는 하원이 초안을 아예 작성하지 않고 하원 안과 상원 안이 독립되어 현출되었다는 특징이 있었다.

한편 상원안 §4980(h)는 50인 이상의 전일제 근로자를 연 120일 이상 고용한 고용주는 피고용인에 대해 건강보험을 의무적으로 제공하여야 하고 이에 따르지 않을 경우 벌금을 납부하도록 규정하고 있는데 이 벌금의 법적 성격이 실질적으로 세금에 해당한다고

---

는데 이 경우 불완전(imperfect)의 의미는 법률에 의해 피해 보는 사람이 없도록 세밀하게 규율하지 못하였다는 의미로도 해석할 수 있다.

33) 오바마 정부의 건강보험개혁입법배경 및 입법과정에 대해 상세는 이원복, 미국의료개혁법의 의료보험 의무가입 제도에 대한 연방대법원의 합헌결정, 의료법학, 2013 및 김재선, 미국 건강보험개혁법(PPACA) 의무가입 위반에 대한 penalty규정의 행정법적 성격에 관한 고찰, 토지공법연구, 제64집, 2014 참조.

34) 220 U.S. 107 (1911).

과약한다면 연방 헌법 제1조 제7항에 따라 연방재정 증대에 관한 입법은 하원에서만 이루어져야 하며 상원은 이에 승인 또는 반대할 수 있다고 한 연방헌법 규정을 준수하지 않고 입법절차상 하자로 위헌적 내용의 법안을 제정한 것이란 주장이 이론적으로 가능해지는 것이다.

이에 대한 항변으로는 연방대법원의 스티븐스 대법관이 1990년 US v. Munoz-Flores 판례에서 취한 의견<sup>35)</sup>을 소개할 수 있는데 연방헌법상 절차를 광범위하게 해석하는 입장에서 접근한다면 연방헌법상 규정은 의회의 법률제정절차를 규정할 뿐이며 이미 양원에 의해 승인이 되고 대통령의 서명으로 입법되었다면 절차상 하자는 문제되지 않는다는 의견을 개진한 바가 있었다.

### III. 사법기관의 부작위(judicial inaction)

#### 1. 상황성숙성 원칙의 운용과 행정입법 규범통제

미국의 경우, 법원에 소가 제기된 사건이 사법심사를 위해 아직 성숙되지 않은 상황에 해당한다면 사법심사의 대상이 될 수 없다는 상황성숙성 원칙(ripeness doctrine)을 운용하고 있는데 특히 행정입법에 대한 사법심사에 있어서 상황성숙성의 판단 여하에 따라 법원이 재판을 진행하지 않게 되는 경우가 발생할 수 있고 따라서 당사자로 하여금 심각한 곤란을 겪게 만드는 경우 이를 사법부의 부작위로 파악 가능한지가 문제될 수 있다.

상황성숙성의 원칙은 기본적으로 추상적·이론적인 문제에 사법부의 자원을 사용하는 것을 억제하고 실제적·현실적 문제의 해결에 사법 자원 투입의 집중을 가할 수 있게 하자는 취지를 갖는데 분쟁 대상인 문제가 (광의의) 행정행위-행정입법 포함-일 경우 결국 행정부의 정책결정에 관한 사법부의 과도한 개입 가능성을 방지할 수 있는가의 의미를 보유하고 있다. 그러나 이 상황성숙성의 판단

---

35) 495 U.S. 385, 398 (1990).

및 그 활용 여부에 따라 사법부가 지나치게 소극적 태도를 취함으로써 당사자의 권리구제에 미흡한 역할을 하는 결과가 일응 도출될 수도 있다. 미국 연방 헌법 제3조는 연방 사법부의 관할권이 “사건 또는 분쟁(case and controversy)”인지 여부에 따라 인정된다고 하므로 “사건 또는 분쟁”의 해당 여부부터 연방 사법부에 의해 결정되어야 사법심사 여부가 확정되는 것인데 이 때 상황성숙성 원칙의 검토를 반드시 경유하여야 하는 단계에 놓게 된다.

## 2. 상황성숙성 원칙의 해석에 대한 연방대법원의 입장

1947년의 *United Public Workers v. Mitchell*<sup>36)</sup> 판례에서 연방 대법원은 연방 헌법 제3조에 따라 사법부가 권고적 의견을 공표하는 것은 아니며 법률이나 규칙이 무효라고 추상적으로 선언하는 것은 권고적 의견에 해당한다는 입장을 취하면서 중앙인사위원회의 개입조치에 따라 청구인들의 기본권이 침해되거나 침해될 상당한 가능성만으로는 정당한 사건이나 분쟁을 구성하지 않는다고 판시하였다. 즉, 연방대법원은 가상적 위협은 불충분하다는 전제 하에 규범이 구체적 사건에 적용된 경우에만 심사하겠다는 논리 구조를 채택하면서 법원이 자신의 관할을 헌법적 차원의 분쟁을 넘어 분쟁으로 정의할 수 없는 영역까지 권한을 확장시켜 나간다면 결국 정치적 기관이 될 것이란 태도를 취하였다.

이러한 판례의 태도에 대해 결국 사법부의 “사건 또는 분쟁”에의 해당 여부에서의 집착에 의거, 적어도 문제를 제기한 당사자로 하여금 무효라고 믿는 행정입법에 계속 강제되도록 하는 한편 행정입법의 유효성에 관한 불확실성이 야기하는 손해를 감수하게 하고 나아가 실제로 사건 또는 분쟁화해서 법원이 심리하게 되는 대

---

36) 330 U.S. 75 (1947). 이 사건은 12인의 연방고용인들이 중앙인사위원회를 상대로 연방공무원 정치활동금지법 규정(연방공무원이 정치적 조직 및 정치적 캠페인에 능동적 참여하는 것을 금지) 및 동법에 따른 중앙인사위원회 규칙(연방공무원이 출판물을 위한 서신 및 글을 작성할 수 없고 선거사무소 요원으로 활동하는 것을 금지)에 대해 집행 및 금지명령과 함께 위법확인판결을 구하는 소를 제기한 것으로 연방대법원은 동 사건이 심리를 위해 성숙한 것이 아니라고 판시하였다.

상은 행정입법 제정단계의 내용과는 차이가 나는, 즉 개별사건의 적용과정에서 나온 내용이 될 것이므로 궁극적으로 당사자에게 불리하게 적용될 수 있다-승소확률이 낮아지며 따라서 결국 행정입법에 대한 소송 자체의 억지력이 커진다-는 비판이 개진되었다.

1967년 *Abbott Laboratories v. Gardner*<sup>37)</sup> 판례는 상기 비판들을 수용하여 연방대법원의 상황성숙성 법리를 전환적으로 재구성하였다. 이 판례에서 연방대법원은 상황성숙성의 원칙 문제는 크게 두 가지 양상, 즉 사법적 결정을 위해 적합성을 갖고 있는지 여부 및 법원의 심리 연기에 따라 사건 당사자들이 겪는 어려움을 동반 평가하도록 요구하였다. 따라서 연방대법원은 우선 의회가 규정에 대한 집행 전 사법심사를 배제하려는 의도가 있었는지부터 먼저 심사하고 그러한 의도에 대한 증거가 없다는 것을 확인한 후 집행 전 사법심사가 적합하다는 태도를 취하였고 다음으로 법원이 집행절차 전에 규정심사를 거부한다면 당사자가 중대한 손해-상당한 비용이 소요되는 의무이행을 강제당하거나 불이행에 따른 민·형사상 벌칙부과의 위험성 등-를 입게 될 것이라고 판단하였다.

#### IV. 소결

미국의 경우, 명문의 헌법소원제도를 보유하고 운영해 온 독일과는 달리 1803년의 *Marbury v. Madison* 판결 이래 고유의 사법심사(judicial review) 구도를 역사적으로 발전시켜 왔으므로 엄격한 권력분립 및 권력 간의 견제와 균형을 지지하는 관점에서 공권력의 불행사 상황을 해석하고 이에 대해 사법심사 구도를 어떤 양상으로 운용할 것인가란 사법제도 운용의 차원을 우선 주목해 볼 수 있다. 따라서 공권력 불행사 중 행정기관의 부작위에 대한 미

---

37) 387 U.S. 136 (1967). 이 사건의 사실관계는 상품명에 따라 판매되는 처방약물의 상품명칭 표시와 관련 있는 것으로 1962년 연방의회는 식품, 의약품 및 화장품 법(Food, Drug and Cosmetic Act)상 대분류명(속명)에 상품명을 함께 라벨과 기타 인쇄물에 표시하도록 규정하는 수정법률을 제정하였는데 이에 따라 식품의약품청은 속명이 라벨에 나타나도록 하고 상품명은 사용되는 경우마다 다른 표시자료가 나타나도록 하는 행정입법을 제정하였고 이에 대해 의약품제조업자들이 동 행정입법에 대한 금지명령 및 위법확인판결을 구하는 소를 제기한 것이다.

국에서의 논의 초점은 주로 행정작용에 있어서 행정기관의 재량이 필요한 경우가 빈번하다는 입장의 행정부와 행정작용 역시 법에 따른 통제를 기본적으로 받아야 한다는 입장의 사법부 간의 권력 분립원리를 실제 어떻게 구현할 것인가라는 관점에 치중하게 되는데 사법부가 어떠한 경우 사법심사를 가할 것인가(추정), 반대로 어떠한 경우 사법심사를 가하지 않을 것인가(배제 추정) 등의 입장 정립이 필요해 왔고 관례법 중심 국가의 법제도 운영답게 이러한 사법부의 입장 표명이 추후 입법에도 반영되어 온 것을 또한 주목할 수 있다. 또한 개인의 권리구제 측면에서 미시적으로 접근한 방식으로는 연방법 규정에 의거, 헌법상 권리침해에 대한 구제책으로 존재하는 헌법상 불법행위(constitutional tort)제도도 참조해 볼 수 있는데 이 제도의 운용이 적어도 외관상으로는 독일식 헌법소원제도의 운용 양태와 보다 더 유사한 면을 보여준다고도 판단을 가할 수 있다. 권력기관간의 견제와 균형의 관점에 천착하기에 독일식과는 다소 유사하게 보기 힘든 입법부작위 및 사법절차에 있어서 상황성숙성이란 요소를 부각해서 볼 수 있는 사법부작위를 제외한다면 미국에서의 논의는 주로 거시적 관점에서 행정기관의 재량이 개입된 부작위에 대해 사법부가 어떻게 대응할 것인가를 주된 논변으로 볼 수 있겠고 우리의 관점에서는 주로 행정입법부작위를 판단함에 있어 미국 연방대법원의 태도에 대한 고찰을 가함으로써 관련될 수 있는 시사점들을 추론해 볼 수 있을 것으로 생각한다.

## 제2절 유럽인권재판소의 공권력 불행사에 대한 사법심사

### I. 유럽인권재판소 판례 고찰의 의미

공권력 불행사 또는 부작위에 의한 기본권 침해가 전통적으로 작위의무의 확인 등을 통해 그 구제 범위를 설정하는 작업에 치중

해 왔다면 최근의 각종 대형안전사고 및 인재에 의한 사고 등의 빈번한 발생과 관련하여 새로운 관점에서 접근법을 모색하여 법리 구성을 시도하는 방안 중 주목할 만한 내용은 개별적 작위의무 도출에의 치중 대신 국가의 기본권 보장의무로의 연결을 통해 보다 두터운 수준의 시민 권리 보호 및 보장의 단계로 승격시키는 작업을 꼽을 수 있다.

이를 염두에 둔다면 유럽인권재판소 태동의 배경 및 그 필요성 부터가 국경을 넘는 인권의 광역적 보장이란 측면을 주목할 수 있겠고, 실제 유럽인권재판소가 다룬 판례들의 공통적 함의 및 취지로부터 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판 구조의 새로운 정립을 위한 이론구성에 있어서 참조할 만한 시사점 추출도 가능할 수 있을 것이다. 이에 사실관계의 면에 있어서 공권력의 불행사를 다룬다고 추론할 수 있는 유럽인권재판소의 판례들을 유형별로 일별하고 사안별 작위의무 또는 국가의 기본권 보장의무의 판단에 관한 논증방식을 점검해 볼 필요가 있다.

## II. 공권력의 불행사와 관련 있는 유럽인권재판소의 판례들<sup>38)</sup>

### 1. 자연재해 관련 방재조치 미비의 경우

2008년 유럽인권재판소는 *Budayeva and Others v. Russia*(nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02) 판례<sup>39)</sup>에서 러시아 정부가 산사태 발생의 위험을 미리 알고 있었음에도 불구하고 중부 코카서스 지역 Elbrus 산에 인접한 Tyrnauz 마을 주민의

---

38) 국내 선행 연구에서 이 판례들 중 일부 내용을 소개한 자료로는 김성진, “국가의 국민 안전보장의무: 유럽인권재판소 판례를 중심으로”, 화우공익재단 제4회 공익세미나(국가의 국민 안전보장의무: 세월호 참사 이후 법적 논쟁) 자료집, 2017, 15-19; “유럽인권재판소를 통해 살펴본 지역인권보장체계”, 한국헌법학회 제84회 정기학술대회(인권의 보편성과 지역별 인권보장체계) 자료집, 2014, 10 참조.

39) <https://www.informea.org/sites/default/files/court-decisions/BUDAYEVA%20AND%20OTHERS%20v.%20RUSSIA.pdf> (최종방문일: 2018.10.25.)에서 판례 전문 참조.



안전을 보장하기 위한 대책인 토지사용계획을 마련하지 않은 점, 이를 위한 예산 배정이 되어 있지 않았던 점, 산사태 발생의 위험을 경고하기 위한 관측소의 설치 등 경고 시스템을 마련하지 않은 점 등을 들어 러시아 정부가 당해 지역 주민의 안전에 문제가 있을 것이라는 점을 충분히 예견하였음에도 불구하고 위험 지역에 대한 예방적 조치와 응급 구호 조치 계획을 마련하지 않은 것이 국민의 생명을 보호할 국가의 보호의무를 다하지 못한 것이라고 판단하였다. 또한 사고에 대한 조사 또는 검토의 부재 역시 유럽인권협약 제2조가 규정하는 생명권 보호에 반한다고 판단하였다. 이 판례에서 국내 관련법으로 자연적 및 산업적 근원에 의한 비상사태로부터 시민과 지역을 보호하기 위한 연방법 조항이 언급되었는데 동 조항이 연방, 지역, 로컬 법집행기관으로 하여금 매스 미디어 및 기타 채널을 통해 비상사태에 대한 정보 및 시민을 보호하기 위한 안전조치, 예상되는 재해 및 이에 대한 보호조치 등에 대해 즉각적으로 정확히 고지할 의무를 부여하고 있다고 판단하였다.

## 2. 시설물 안전 및 환경관련 사고 대비 미흡의 경우

터키 이스탄불 Kazım Karabekir의 빈민가 쓰레기 매립장에서 발생한 메탄가스 폭발로 인해 매립장 근처 무허가 건물에 살던 39명이 목숨을 잃는 사고가 발생하였는데 이에 대해 2004년 유럽인권재판소는 *Öneryıldız v. Turkey*(no. 48939/99)판례<sup>40)</sup>에서 쓰레기 매립장에서 메탄가스 폭발이 발생할 가능성이 있다는 사실이 관계당국에 알려졌음에도 불구하고 국가가 쓰레기 매립장 근처에 사는 주민들에게 닥친 이러한 실제적이고 즉각적인 위협을 예방하기 위한 필요하고 충분한 예방조치를 취하지 않은 점, 비록 무허가 건물이라 하더라도 국가가 그들의 존재를 알고 있었던 점, 쓰레기 매립장에 가스 배출 시설을 설치하는 것이 국가에게 불가능하거나

40) [https://www.informea.org/sites/default/files/court-decisions/Oneryildiz\\_v\\_Turkey\\_2004.pdf](https://www.informea.org/sites/default/files/court-decisions/Oneryildiz_v_Turkey_2004.pdf)(최종방문일: 2018.10.25.)에서 판례 전문 참조.

지나친 부담을 지우는 것이라고 볼 수 없는 점, 국가가 매립장 근처의 주민들에게 위험에 대한 정보를 제공하지 않은 점 등을 이유로 터키 정부가 국민의 생명을 보호하기 위한 적극적 의무를 위반하였다고 판단하였다. 이 판례에서 다수의견은 유럽인권협약 제2조에 대한 실체적, 절차적 측면의 위반과 의정서(Protocol) No. 1, 제1조<sup>41)</sup>에 대한 위반, 유럽인권협약 제13조에 대한 위반 등을 인정하였는데 동협약 제2조의 절차적 측면의 위반 여부에 대해 동의하지 않거나 의정서 No.1 제1조는 이 사례에서 적용되지 않는 것이라고 각각 주장하는 두 명의 재판관-Judge Türmen/Judge Mulroni-에 의한 일부 반대의견도 개진되었다.

또한 2009년 유럽인권재판소는 *Tătar v. Romania*(no. 67021/01) 판례<sup>42)</sup>에서 UN의 조사결과에 따라 시안화물에 의해 오염된 폐수를 배출하는 금광이 발견되었고 이에 대해 유럽인권협약 제8조의 개인 사생활 및 가정생활을 보호해야 할 국가의 의무를 위반한 것으로 판단하였는데 청구인이 시안화물과 천식과의 인과관계의 입증에 실패하였음에도 불구하고 환경과 건강에 위협을 초래하는 산업 시설에 대해서는 국가가 이의 허가, 설치, 운용 및 관리 감독을 함에 있어 운영허가를 부여할 시점 및 사고발생 후속 시점 양자 모두 국민의 안전을 보장해야 할 의무가 있다고 판단하였다. 나아가 환경과 관련된 문제에 있어 국가는 일반 시민으로 하여금 객관적인 정보를 전달받고 의사 결정 과정에 참여할 수 있도록 보장해야 할 의무를 갖는데 이 사건 금광의 운영허가 부여에 있어 근거가 되었던 기존 영향평가의 내용에 대해 루마니아 정부는 공개하지 않았고 사고 이후 지역 주민의 불안에도 불구하고 계속 이상 정보

---

41) "Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties."

42) <https://www.informea.org/sites/default/files/court-decisions/AFFAIRE%20TATAR%20c.%20ROUMANIE.pdf>(최종방문일: 2018.10.25.)에서 판례 전문 참조.

부재 상황은 지속되었다는 점을 지적하였다.

또한 2012년 유럽인권재판소는 *Di Sarno and Others v. Italy*(no. 30 765/08) 판례<sup>43)</sup>를 통해 이탈리아 Campania 지역에서 정부 당국이 쓰레기 수거 및 처리를 제대로 하지 않아 약 5개월 동안 길거리에 쓰레기가 방치되어 쌓이는 상황이 발생한 것은 환경을 심각하게 훼손하고 주민의 생명과 건강을 위협에 빠뜨렸다는 주장을 심사하였는데 청구인이 비록 의료 차원의 문제에 대한 불만은 제기하지 않았고 쓰레기에 노출된 결과 주민의 생명과 건강을 직접 위협하였다고 법원이 실제 판단하지는 않았음에도 불구하고 최종적으로 유럽인권협약 제8조에 따른 개인 사생활 및 가정생활을 보호해야 할 국가의 의무를 실제적·절차적 측면에서 모두 위반하였고 동시에 동협약 제13조의 실효적 구제를 받을 권리에 대한 침해가 있었다고 판단하였다.

또한 2014년 유럽인권재판소는 *Brincat and Others v. Malta*(nos. 6 0908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, and 62338/11) 판례<sup>44)</sup>에서 석면 노출 위험의 심각성을 강조하면서, 몰타 정부가 최소한 1970년대 초부터는 고용기간 내내 석면에 직접 노출된 환경에서 근무하는 조선소 수리공들의 위험에 대하여 알았거나 알았어야 했고 석면이 이들의 의복에 묻어 가정으로 운반됨으로써 결과적으로 가족 구성원의 건강에 대해서도 영향을 미치게 되었음에도 불구하고 2003년까지 아무런 입법이나 다른 실제적인 보호 조치를 취하지 않은 것은 청구인들의 건강과 생명을 보호하고 그러한 위험에 대하여 알려야 할 국가의 적극적 보호 의무를 위반한 것에 해당하여 유럽인권협약 제2조의 생명권 및 제8조의 개인 사생활 및 가정생활을 보호해야 할 국가의 의무에 반한다고 판단하였다.

---

43) <https://www.informea.org/sites/default/files/court-decisions/CASE%20OF%20DI%20SARNO%20AND%20OTHERS%20v.%20ITALY.pdf> (최종방문일: 2018.10.25.)에서 판례 전문 참조.

44) [http://www.menschenrechte.ac.at/orig/14\\_4/Brincat%20u.a..pdf](http://www.menschenrechte.ac.at/orig/14_4/Brincat%20u.a..pdf) (최종방문일: 2018.10.25.)에서 판례 전문 참조.

### 3. 국제적 차원의 인권 보장 미흡의 경우

2012년 유럽인권재판소는 *Hirsi Jamaa and Others v. Italy [GC]*(no. 27765/09) 판례<sup>45)</sup>에서 이탈리아가 리비아를 떠난 난민들을 공해상에서 억류하여 리비아로 돌려보내면서 이들에 대한 국제법상 난민지위에 대한 어떠한 확인도 하지 않고 비인간적인 처우에 처해질 가능성이 높은 리비아로 돌려보낸 것이 유럽인권협약 제3조 비인간적 처우의 금지 규정을 위반한 것이라고 판단하면서 이탈리아에 대하여 배상을 명하였다. 이 판례에서는 이탈리아 항해법 및 이탈리아-리비아 간의 양자간 협정은 물론이거니와 난민지위에 관한 제네바 협약(1951년), 해양법에 관한 UN협약(1982년), 해양수색 및 구조에 관한 국제협약(1979년), 다국적 조직범죄에 대응한 UN협약을 보완하는 육지, 해상, 영공을 통한 이민자 밀수 대항 의정서(2000년), 유럽의회의 1821 결의(2011년) 등 다양한 유형의 국제법 규범도 유럽연합 법제와 함께 검토되었다. 이 판례에서 재판관 1인-Judge Pinto De Albuquerque-은 별개 의견으로서 본 사안이 한편으로는 난민에 대한 국제적 보호, 다른 한편으로는 이민 및 국경통제정책과 국제법과의 양립가능성을 다룬 것이기에 난민이 “권리들을 가질 권리”(the right to have rights)에 대해 유럽이 어떻게 인식할 것인가가 궁극적 문제이며 이렇게 극도로 민감한 정치적 문제에 대한 해답은 국제인권법과 국제난민법의 교차점에 놓여 있다고 언급하였다.

또한 2016년 유럽인권재판소는 *Paposhwili v. Belgium [GC]*(no. 41738/10) 판례<sup>46)</sup>에서 조지아로 추방되는 외국인이 심각한 질병을 갖고 있음에도 불구하고 그의 의료 상황에 대해 벨기에 관련 기관에서 검진을 하지 않고 추방한 후 동일한 수준의 치료를 받지 못해 생명이 단축될 위험에 있다면 이러한 추방은 유럽인권협약 제3

---

45) <http://www.asylumlawdatabase.eu/sites/www.asylumlawdatabase.eu/files/alddfiles/Original%20judgment%20-%20HIRSI%20JAMAA%20AND%20OTHERS%20v.%20ITALY.pdf> (최종방문일: 2018.10.25.)에서 판례 전문 참조.

46) <https://lovdata.no/static/EMDN/emd-2010-041738-2.pdf> (최종방문일: 2018.10.25.)에서 판례 전문 참조.

조의 비인간적 처우 금지 및 동 협약 제8조의 개인 사생활 및 가정생활을 보호해야 할 국가의 의무 규정에 위반됨을 인정하였다. 이 판례에서 재판관 1인-Judge Lemmens-은 별개 의견으로 유럽 인권협약 제3조에 대한 엄격한 해석에 관하여 법원이 정립한 태도를 따라야 한다는 주장을 취하였다.

#### 4. 개인의 생명권 보장 미흡의 경우

2002년 체첸 반군에 의한 러시아 모스크바 극장 인질 사건에서 러시아 특수부대에 의해 구출작전이 개시되었고, 125명의 인질이 구출작전 중, 혹은 그 이후에 후유증으로 사망한 바 2011년 유럽 인권재판소는 *Finogenov and others v. Russia*(nos. 18299/03, 27311/03) 판례<sup>47)</sup>에서 러시아 정부가 구출작전의 수립과 시행 과정에서 부적절한 계획 수립 및 이에 따른 행동, 체계적인 의료구조 서비스의 제공 등 인질들의 희생을 최소화 할 수 있는 가능한 모든 수단을 강구하지 않은 것, 그리고 희생의 원인 및 책임자에 대한 실질적이고 효율적인 조사를 하지 않은 것 등은 유럽인권협약 제2조의 생명권 보호를 위한 국가의 적극적 보호의무를 다하지 않은 것이라고 판단하였다. 다만 인질 위기상황을 해결하기 위해 법집행기관이 무력에 의존하고 가스 수단을 활용한 것 자체가 동 협약 제2조에 반하는 조치는 아니었다고 판단하였다.

또한 2011년 유럽인권재판소는 *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom [GC]*(no. 55721/07)판례<sup>48)</sup>에서 2003년 이라크 침공 후 이라크 중남부의 치안을 담당하고 있던 영국이 그곳에서 발생한 영국군에 의한 이라크 민간인들의 의문사 사건과 관련하여 이라크인 희생자들의 가족들이 진상 규명을 제기하였는데 영국이 이들 의문사에 대하여 독립적이고 효율적인 조사를 하지 않았다면서는 이는

47) [http://www.hr-dp.org/files/2013/09/05/CASE\\_OF\\_FINOGENOV\\_AND\\_OTHERS\\_v.\\_RUSSIA\\_.pdf](http://www.hr-dp.org/files/2013/09/05/CASE_OF_FINOGENOV_AND_OTHERS_v._RUSSIA_.pdf) (최종방문일: 2018.10.25.)에서 판례 전문 참조.

48) <http://www.asylumlawdatabase.eu/sites/www.asylumlawdatabase.eu/files/aldfiles/CASE%20OF%20AL-SKEINI%20AND%20OTHERS%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM.pdf> (최종방문일: 2018.10.25.)에서 판례 전문 참조.

유럽인권협약 제2조의 생명권 보호를 위한 적극적 보호의무 중 절차적 의무를 위반하였다는 판단과 함께 배상금 지급을 명하였다. 이 사건에서는 2인의 재판관-Judge Rozakis/Judge Bonello-이 기능적 관할권 심사(a functional jurisdiction test) 등을 언급하면서 관할의 쟁점에 국한하여 별개의견을 제기하였다.

한편 2012년 유럽인권재판소는 *İbeyi Kemaloglu and Meriye Kemaloglu v. Turkey*(no. 19986/06)판례<sup>49)</sup>에서 눈보라로 인해 학교가 일찍 끝난 7살의 Atalay가 4km 떨어진 자신의 집으로 걸어가다 다음 날 근처 강가에서 동사한 채로 발견되었는데 이는 학교로부터 수업이 일찍 끝날 것이라는 연락을 받지 못한 스쿨버스가 오지 않았던 것에 기인한 것이란 주장에 대해 국가가 그 학생의 생명권에 대한 위험을 피할 수 있었던 수단을 강구하지 못한 것은 유럽인권협약 제2조 생명권 규정에 대한 위반으로 보았으며 또한 생명권 보장에 대한 국가의 적극적 작위의무는 실효적인 사법체계의 운용을 그 하나의 내용으로 하는데 터키가 7세 학생의 죽음에 대한 책임을 묻고 적절한 배상을 제공할 수 있는 사법체계를 운용하지 못한 것은 터키 사법체계의 심각한 결함으로 유럽인권협약 제6조 제1항의 공정한 재판을 받을 권리 조항에 대한 위반임을 지적하였다.

또한 2012년 유럽인권재판소는 *Kayak v. Turkey*(no. 60444/08)판례<sup>50)</sup>에서 학생들에 대한 안전과 생명을 보호해야 할 의무에 대해서 판단하였는데 한 학생을 다른 학생이 학교 구내식당에서 흉친 칼로 살해한 사건에서 학교가 학생들의 건강과 안전을 보호하는 데 있어 필수적인 역할을 수행해야 한다는 점, 특히 학생들이 학교의 감독하에 있는 경우 학교가 모든 종류의 폭력으로부터 학생들을 보호해야 할 1차적인 책임이 있다는 점, 학교 당국이 학생들 안전에 문제가 있다는 점을 인식하고 있었으면서도 경찰의 도움을 요청하는 등

---

49) [http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ah\\_UKEwi3xPy5oZDfAhXEV7wKHXRSACUQFjABegQICRAC&url=http%3A%2F%2Fhudoc.echr.coe.int%2Fwebsites%2Fcontent%2Fpdf%2F001-110253%3FTID%3DSoudeazyxk&usg=AOvVaw1GsJyVot1grEZsDF4Z6D6R](http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ah_UKEwi3xPy5oZDfAhXEV7wKHXRSACUQFjABegQICRAC&url=http%3A%2F%2Fhudoc.echr.coe.int%2Fwebsites%2Fcontent%2Fpdf%2F001-110253%3FTID%3DSoudeazyxk&usg=AOvVaw1GsJyVot1grEZsDF4Z6D6R) (최종방문일: 2018.10.25.)에서 판례 전문 참조.

50) [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"itemid":\["003-4016232-4682097"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{) (최종방문일: 2018.10.25.)에서 판례 전문 참조.

관련 기관에 보고하지 않은 점, 학교 시설에 대한 감독을 소홀히 한 점 등을 들어 학생들의 안전과 생명을 보호해야 할 의무를 다하지 못하여 유럽인권협약 제2조의 생명권 규정을 위반하였다고 판단하였다. 또한 이 사건 보상 절차의 진행에 있어 5년 3개월의 기간이 경과된 점은 동 협약 제6조 제1항이 규정하는 합리적 기간 내에 공정한 재판을 받을 권리를 침해하였다고 판단하였다.

## 5. 재판절차 지연의 경우

1995년 유럽인권재판소는 *MP v. Germany*(no. 20950/92)<sup>51)</sup> 판례에서 유럽인권 협약 제6조 제1항에 대한 침해를 다루었는데 이 사건의 청구인은 뮌헨 거주 독일 시민으로 Allotment Garden Association (Kleingartenverein)에 리스 해준 상속 부동산의 소유자였고 리스 기간은 1955년 1월 1일부터 1979년 12월 31일에 달하는 것이었다. 그러나 청구인은 1976년 11월 22일자 서한을 통해 계약 종료시점 기준, 계약 폐기를 주장하였고 이에 대해 세입자 협회는 청구인의 계약 폐기에 관한 권리에 대해 이의를 제기하였다. 이어서 1978년 2월 20일, 청구인은 세입자 퇴거를 위한 소를 제기하였다. 관련법의 위헌 여부에 대한 독일연방헌법재판소의 판정 결과를 기다리거나 관련법의 개정에 의거, 민사 절차는 계속 지체를 반복하여 1993년 4월 23일이 되어서야 비로소 청구인의 법적 항변에 대한 판단을 받게 되었다. 청구인의 민사소송 관련 연방헌법재판소의 절차 경유기간이 장기간에 달한 것은 유럽인권협약 제6조 제1항(공정하고 신속한 재판에 대한 권리)에 반할 수 있다는 것이 청구인 주장의 논지였는데 이에 대한 정부 측 항변은 연방헌법재판소가 최초에는 1990년 말까지 사안에 대해 판단하려 하였으나 독일통일시기와 맞물려 보다 긴급한 사례에 우선권을 주는 것이 필요하였다고 주장하였다. 최종적으로 절차 경유기간에 관한 청구

---

51) [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["M.P. v. GERMANY"\],"itemid":\["001-45827"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (최종방문일: 2018.10.25.)에서 판례 전문 참조. 독일 문헌으로는 NJW 1997, S. 2809 ff. 이에 관하여 앞의 제4장, 제4절, I, 1, 나. p. 369 각주 173 참조.

인의 항변은 채택되어 지나치게 장기간에 달하는 절차 경유는 유럽인권협약 제6조 제1항에 반한다고 판시하였다.

한편 2009년 유럽인권재판소는 *Case of Leela Förderkreis E.V. and Others v. Germany*(no. 58911/00)<sup>52)</sup>판례에서 인도 신비주의 종교운동에 뿌리를 둔 명상단체가 그들 구성원 및 추종자를 대하는 행동양식과 그들의 종교적·철학적 관점에 의거, 청소년의 발달 및 그들의 사회적 관계에 잠재적 위협을 가할 수 있다는 우려가 확산되어 가면서 공공의 비판 및 논란의 대상이 되었던 사건에 나타났던 재판절차의 지연을 다루었다. 독일 연방정부는 1970년 이래 이 단체의 잠재적 위협에 대해 국민의 인식을 제고 시키는 차원에서 각종 관련 캠페인을 시작하였고 1979년 이래 이들 단체에 관한 여러 가지 공식 명명-미성숙 종교(종파), 싸이코 종파, 파괴적 컬트 등을 발표했다. 청구인 단체는 1984년 10월 1일, 쾰른 행정법원에 정부가 동 단체의 종교운동에 관해 언급하는 것은 연방헌법상 종교적 신념에 대한 국가의 중립성 의무 위반이라고 주장하였고 쾰른 행정법원은 상기 명명의 사용들이 독일기본법 제4조 제1항의 종교의 자유에 반한다고 하면서 청구인의 주장을 인용하였다. 이에 대해 1986년 4월 28일, 정부는 항소했고 항소행정법원 및 연방행정법원을 각기 경유하면서 종교의 자유가 절대적인 것은 아니며 정부가 대중에게 알리고 인간의 존엄성 및 시민의 건강을 보호할 권리가 종교의 자유에의 간섭을 정당화할 수 있다는 판단이 도출되었다. 1991년 5월 3일에는 이들 재판의 결과에 대해 독일연방헌법재판소에 헌법소원도 제기되었다.<sup>53)</sup> 이렇듯 다양한 절차를 경유하면서 절차의 지연이 유럽인권협약 제6조 제1항(공정하고 신속한 재판에 대한 권리)에 반할 수 있는지가 문제되었다. 유럽인권재판소는 절차 진행 기간의 합리성 평가를 위해서는 사건의 상황과 아울러 사건의 복잡성, 청구인 단체 및 관계기관의 행동, 청구인 단

52) https://hudoc.echr.coe.int/eng/#/fulltext/:"["Case of Leela Förderkreis E.V. and Others v. Germany"], "itemid":["001-89420"] (최종방문일: 2018.10.25.)에서 판례 전문 참조. 독일 문헌으로는 NVwZ 2010, S. 177 ff. = 5891100/00. 이에 관하여 앞의 제4장, 제4절, I, 1, 나. p. 369 각주 173 참조.

53) 이에 대하여는 독일 연방헌법재판소의 Osho판결 BVerfGE 105, 279 참조.



체의 급박성 등의 기준을 참조하여야 한다고 언급하면서 쉼튼 행정법원에 의한 절차 경유가 1년 4개월, 항소행정법원에서 4년 1개월, 연방행정법원에서 1년 이내로 시간이 경과한 것은, 청구인 단체가 이에 기여한 것을 고려한다면, 충분히 수용할 수 있는 기간 범위 내에 있다고 보았다. 한편 11년 3개월 지속된 독일연방헌법재판소 소송절차에 대해서 유럽인권재판소는 헌법재판의 특성상 헌법수호자로서의 역할 등이 일반재판과 다르기는 하나 이 기간은 통상의 한계를 넘어선 것이라고 판단하였다.

또한 2006년 유럽인권재판소는 *Case of Sürmeli v. Germany*(no. 75 529/01)<sup>54</sup>판례에서 재판절차의 지연을 다루었는데 이 사건의 청구인은 독일인으로 1982년 5월 3일에 자전거 운전자와 충돌하여 왼팔이 부러지는 부상을 입고 병원치료를 받게 되었고 퇴원 후, 자전거 운전자의 책임보험사와 협상에 돌입하여 이 보험사로부터 후유장애에 관련하여 보상금을 지불받게 되었다. 또한 시 위원회의 사고보험자로부터 일시 장애연금도 지불받게 되었는데 청구인은 더 나아가 자신의 정신적 충격과 위장 장애까지 호소하면서 연금 증액을 청구하였으나 항소사회법원에서 이 주장은 인용되지 않았다. 청구인은 다양한 사유에 의해 소송절차가 지연되었는데 즉, 특정 전문가의 지명 및 활동, 법정 외 조정 등 합의 실패, 케이스 파일 및 추가보고서의 준비, 새 전문가의 지명 등의 과정을 경유하면서 절차가 지연되었다. 한편 청구인은 하노버 주법원이 소송절차를 과도하게 지연시켜 자신의 기본권을 침해했다고 독일연방헌법재판소에 주장했는데 그 헌법소원을 지정재판부가 재판부의 재판에 회부시키지 않았다. 절차의 지연이 유럽인권협약 제6조 제1항(공정하고 신속한 재판에 대한 권리)에 반할 수 있는지와 관련하여 유럽인권재판소는 절차 진행 기간의 합리성 평가를 위해서는 사건의 상황과 아울러 사건의 복잡성, 청구인 단체 및 관계기관의 행동, 청구인 단체의 급박성 등의 기준을 참조하여야 한다고 언급

---

54) [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Case of Sürmeli v. Germany"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) ["itemid":["001-75689"]] (최종방문일: 2018.10.25.)에서 판례 전문 참조. 독일 문헌으로는 NJW 2006, 2 389 ff.(2390). 이에 관하여 앞의 제4장, 제4절, I, 1, 나. p. 369 각주 174 참조.

하였고 최종적으로 청구인의 행동 및 정부에 의해 의존되는 환경에도 불구하고 절차 경유시간이 유럽인권협약 제6조 제1항의 합리적인 시간을 초과한 것이라고 판단하였다.

### III. 우리 헌법재판소의 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판 구조의 정립을 위한 유럽인권재판소 판례의 시사점

#### 1. 논증 구조의 시사점

유럽인권재판소 판례들의 판시 내용에서 사용되고 있는 논증 구조를 살펴보면 모두가 공통적이지는 않고 약간씩 세부내용에서 차이가 날 수는 있음에도 불구하고 대체적으로 첫째, 일단 사안에 적용되는 규범(유럽인권협약)으로부터 국가의 적극적 의무(positive obligation)를 도출하고, 둘째, 이 적극적 의무가 국가로 하여금 입법 및 행정적 조치를 취하도록 하는 주요 의무(primary duty)를 파생시키도록(entail) 하고, 셋째, 이 적극적 의무가 공적 영역이건 아니건 간에 어떠한 맥락에도 적용되는 것으로 해석해야 하고, 넷째, 국가가 그 관할 내에서 행할 의무는 실체적인(substantive) 측면과 절차적인(procedural) 측면, 양자 모두를 포함하도록 해석되어야 하고, 다섯째, 실체적인 측면에서 살펴볼 점은 문제가 되는 행위에 특화된 규제-예를 들어, 면허, 설치, 가동, 안전 및 감독 등-를 검토하고 예방적 조치가 가능하다면 공공의 정보권(알 권리)에 중점을 두고 검토하며 여섯째, 절차적 측면에서 살펴볼 점은 문제되는 행동의 기술적 측면을 고려하면서 관련되는 절차의 단점 및 시행착오를 확인하는 순으로 진행된 점을 파악할 수 있다.

현재 우리 헌법재판소가 구사하는 공권력 불행사에 관한 헌법소원 심판 구조에 있어 적법요건 및 본안요건이 명쾌히 구분되지 못하고<sup>55)</sup> 심지어 논자에 따라서는 사건을 접하는 재판부의 논증 체

---

55) 이러한 문제의식에 대해서는 제4장 도입부, p. 301 참조

택 여부에 따라 논증 구도가 일관성을 확보하지 못한 채, 따라서 판례의 태도가 요동치는 것이 아닌지 의구심을 제기할 수 있는 상황들도 발생하여 왔음을 고려한다면<sup>56)</sup> 유럽인권재판소 판례가 구사하는 기본권 보장 의무의 제반 유형 및 단계는 우리로서도 주목할 필요성이 꽤 있다고 판단한다. 특히 유럽 각국의 공권력 불행사와 관련하여 유럽인권재판소가 판시한 판결문의 내용 상 거의 일관되다시피 등장하고 있는 논증 구도로 관련 주체의 의무 면에 있어서 최대 총 4단계의 심사구조를 경유하는 논증 구도를 눈여겨보아야 할 것이다. 이 4단계의 심사구조는 우선 규범보호영역의 설정과 관련하여 국가의 적극적 의무라는 거시적 차원의 기본권 보장 의무를 상정하고 이로부터 출발하여 국가로 하여금 구체적 입법 및 행정 조치를 취하도록 하는 주요 의무를 부여함으로써 추상적 의무의 수준을 각국에 맞게 더 현실화·구체화시키는 양상을 보여준다. 다음으로 이 주요 의무는 국가가 그 관할 영역 내에서 실제 집행하기 위한 차원을 고려하여 실제적 측면의 의무 및 절차적 측면의 의무로 다시 확장하여 전개하는 양상을 보여준다. 우리가 단순히 작위의무라고만 명명하는 단일 영역에 대해 이처럼 유럽인권재판소가 심층적으로 분석하고 단계별로 규범 영역을 정립하며 전개해 나가는 논증 방식은 우리 헌법재판소의 향후 논증 구도 정립에도 상당한 시사점을 부여할 수 있다고 판단한다.

## 2. 유럽인권재판소 판례의 실익과 한계

공권력 불행사를 판단함에 있어서 작위의무 도출의 근거를 기본권 보호의무에 국한시키지 않고 국가의 적극적 기본권 보장 의무로 더 범위를 확장시켜 파악하는 데 있어서 유럽인권재판소 판례의 논리 전개를 일별하고 참조해 볼 필요성은 상당하다. 유럽인권재

56) 예를 들어 우리 헌법 제23조 제3항의 보상입법에 대한 법률유보에 대해서 어떤 경우에는 명시적 입법위임으로 본 데 반하여(헌재 1994. 12. 29. 89헌마2, 판례집 6-2, 395 [인용(위헌확인)]), 어떤 경우에는 명시적으로나 해석상으로도 입법의무가 도출되지 않는다고 본 사례(헌재 1999. 11. 25. 98헌마456, 판례집 11-2, 634 [각하]: 포락토지불보상 등 위헌확인)가 존재한다.

판소가 양산한 판례들은 상당히 광범위한 유형의 기본권 침해 양상이 궁극적으로 관련 국가의 공권력 불행사에 의해 기인한 것으로 추정하는 경향을 파악할 수 있고 동시에 이에 의한 기본권 침해를 시정할 것을 각 관련 국가들에 대해 사법판단의 형식으로 권고해 온 것으로 이해할 수 있다. 물론 유럽인권재판소의 특성상 1개 국가의 권력 분립 구조에 의해 설치된 고유의 사법부가 소속 국가의 주권자인 국민의 기본권을 위한 법적 판단을 가하는 상황과 다소 차별화되는 지점이 존재할 수도 있다. 그럼에도 불구하고 기본적인 인권 개념 및 그 유용성의 확장을 통해 시민의 권리구제란 관점에서 충분히 친화적 판단을 내릴 수 있는 유럽인권재판소가 판시한 판례 내용 및 논증 구도는 일별할 가치가 상당하다.

그러나 이들 판례의 태도를 통해 주목할 지점이 기존 국가의 기본권보호의무 중심에서 기본권보장의무로 전이될 경우, 거대 세력을 갖는 사인의 등장에 따른 소위 기본권 3자효의 구도가 아니라 오히려 과거의 기본권 구도이자 원형적 모습이라 할 수 있는 국가 대 개인의 양자 구도로 다시 단순히 회귀한다는 평가도 충분히 가능할 수 있다. 또한 이러한 과거 회귀적 양상이 꼭 바람직한가에 대해서는 충분히 갑론을박이 가능하다. 국가 대 개인이란 전통적 차원의 이항(양자) 대립적 기본권 구도는 과거 국가로부터의 자유를 지향했던 시대의 기본 프레임에는 충분히 적합할 것이다. 그러나 오늘날 국가를 상대로 하는 급부 청구의 의미가 국가로부터의 자유보다 더 중요해진 시대상황의 변화를 고려한다면 기본권 보장 의무를 강조하는 입장은 국가에게만 무한한 책임을 추궁하는 시도 내지 개인에게만 무한한 면책을 요구하는 시도로도 충분히 전개될 수 있기 때문이다. 한편 우리의 헌법소원심판 구조가 특히 공권력 불행사의 경우, 오히려 국가 대 개인의 양자 구도로 전개되어야 할 당위성이 어느 정도 필요한가에 대해서도 깊은 숙려가 있어야 할 것이다. 그간 거대 사인세력의 등장에 따라 헌법학계가 정립하고 발전시켜 온 기본권에 있어서 소위 3자적 효력이란 삼항(다극적) 이론 구도를 인위적으로 완화시키고 국가 대 개인이란 전통적 구도로 회귀함에 있어서 따르는 부작용은 발생하지 않는지에 대해

서도 충분한 검토가 필요할 것이다. 현대사회에서 국민의 기본권 침해에 대한 국가의 기능과 역할이 극도로 확대되더라도 완벽한 무한 책임의 유토피아적 국가란 존재하기가 결단코 힘들다는 점도 분명 염두에 두어야 할 것이다.

### 제3절 결론

이상 본 장에서는 공권력의 불행사에 대한 사법심사에 관한 비교법적 검토를 위해 우선 미국 사법심사제도가 포섭해 온 것으로 파악할 수 있는 행정기관의 부작위, 입법기관의 부작위, 사법기관의 부작위를 각각 구분하여 살펴보았다. 명문의 헌법소원제도를 보유하고 운영해 온 독일과는 달리 1803년의 *Marbury v. Madison* 판결 이래 고유의 사법심사(judicial review) 구도를 역사적으로 발전시켜 온 미국은 전통적으로 엄격한 권력분립 및 권력 간의 견제와 균형을 지지하는 관점에서 공권력의 불행사 상황을 해석하고 이에 대해 사법심사 구도를 어떤 양상으로 운용할 것인가란 다소 거시적 차원의, 사법제도 운용의 맥락에서 이 문제에 대해 접근해 온 것으로 추론해 볼 수 있다.

미국에서 행정기관의 부작위 상황으로 상정할 수 있는 경우는 행정기관이 법령에 의거, 특정한 행정작용을 해야 함에도 불구하고 행하지 아니한 경우 또는 행정기관의 재량에 따라 일정한 행정작용이 시행되지 않거나 지연되는 경우를 생각해 볼 수 있는데 이상의 경우에 대한 미국적 접근 방식은 사법부가 이러한 부작위 상황에 대해 사법심사를 할 수 있는지 여부, 즉 그들의 헌정 시스템이 전통적으로 보유해 오면서 그 기능과 역할을 강조해 온 사법심사 제도를 실제 가동시킬 수 있는지 여부로 먼저 접근하는 경향이 강하다. 따라서 결국 공권력 불행사 중 행정기관의 부작위에 대한 미국에서의 논의 초점은 주로 행정작용에 있어서 행정기관의 재량이 필요한 경우가 빈번하다는 입장의 행정부와 행정작용 역시 법에 따른 통제를 기본적으로 받아야 한다는 입장의 사법부 간의 권력분립원리를 실제 어떻게 구현할 것인가라는 관점에 다분히 치중

하게 된다. 이렇듯 행정기관의 부작위에 대한 미국 사법부의 개입 여부에 대해 시기적 차원에서 살펴보면 건국이후 19세기까지 미국 연방대법원은 애초 명문의 별도 규정이 존재하지 않는 한 사법심사 금지원칙을 채택해 오다가 20세기 초부터 사법심사를 허용하는 사법심사 추정원칙을 기본적으로 채택하였다. 이러한 사법심사 추정원칙은 1946년 연방행정절차법이 제정되면서 입법 형태로 편입되었는데 반면 이 원칙의 예외로서 연방행정절차법의 적용제외 대상이 함께 동법에 규정됨으로써 사법심사를 긍정하는 경우와 부정하는 경우가 여전히 병존해 왔다고 해석할 수 있다. 또한 1985년 연방대법원에 따르면 특정한 행정기관의 부작위에 한정하여 사법심사배제 추정원칙이 적용되어야 한다는 의견이 개진되었으나 이 원칙의 예외 역시 동시에 제시됨으로써 부작위 상황의 구체적 정황에 따라 사법부의 독자적 판단 및 개입을 탄력적으로 진행하고자 하는 의도로도 해석할 수 있겠다. 한편 미국에서 행정기관이 연방행정절차법에 따른 약식행정규칙 제정(informal rule making)에 있어서 다양한 사유에 기인하여 합리적·효율적 규칙제정을 주저하고 있는 제정 회피 및 형해화(ossification) 현상은 일종의 행정입법 부작위로도 파악할 수 있는데 이를 활성화(deossification)하기 위한 방안으로 연방대법원이 Chevron 판례에서 정립한 원칙-법원 자신의 정책적 선호에 따라 취사선택한 결론으로 행정부의 법률해석을 무효로 하여서는 안 되고 의회가 명시적으로 규율하지 아니할 경우 행정기관에게 재량을 부여한 것으로 보아 이러한 재량 하의 법률해석이 합리적이라면 법원은 수용해야한다는 원칙-을 어떤 범위로까지 적용시킬 것인가도 결국 미국식 판례 법리의 적용에 따른 행정입법 부작위에 대한 대처방안으로 볼 수 있다. 한편 행정기관의 부작위에 대한 미국적 고찰에 있어서 사법부가 보유하고 있는 사법심사 제도의 개입 및 운용과 같은 거시적 접근법이 주된 지위를 차지함에도 불구하고 독일식 헌법소원제도가 요구하는 요건과 유사한 양상으로 개인의 권리구제 측면에서 미시적으로 접근할 수 있는 미국적 제도도 여전히 존재한다. 이러한 제도로는 연방법 규정에 의해 헌법상 권리침해에 대한 구체적으로 존

재하는 헌법상 불법행위(constitutional tort)를 거론할 수 있는데 행정부작위 구제 방안에 대하여 실제 사법부의 판례들이 쏟아낸 행정기관의 작위의무에 대한 관련 논증들을 참고한다면 충분히 이론적·제도적으로 주목할 만한 가치가 크다고 본다.

미국에서 입법기관의 부작위 상황으로 상정할 수 있는 경우로는 첫째, 연방의회의 입법 지원이 결여된 경우 및 둘째, 연방의회의 입법절차상 하자 발생여부에 관한 논란이 있는 경우로 나눌 수 있다. 전자의 경우에 대해서는 권력분립 구도에 충실한 미국적 정치 현실을 고려할 때 연방의회가 부작위로 일관하여 입법적 지원을 결여하였거나 혹은 대통령으로 대표되는 행정부를 정치적 교착상태로 유도하기 위한 입법부의 의도적 부작위는 미국 헌정 운용의 역사에서 빈번해 왔다는 분석도 유효하다. 그럼에도 불구하고 연방의회의 부작위가 제도본질적으로 무한정 허용될 수는 없으며 최소한 대통령의 권한행사에 대한 견제장치로서의 의회의 입법을 통한 권능 행사는 헌법적 심사의 테두리 내에 당연히 있어야 할 것이다. 후자의 경우와 관련하여서는 양원제 국가인 미국에서 반드시 하원이 진담해야 할 사항에 대해 상원에게 백지 위임을 하거나 상원과 하원에서 별도로 법률안이 나왔으나 추후 최종적으로 상원안을 채택하여 법률을 승인시킨 경우에 대해 실제 입법이 완성되었더라도 입법절차상 불완전하다는 문제제기가 일용 가능할 수 있는데 이렇듯 절차적 측면을 부각하여 미국법제상의 입법부작위로서 하나의 유형으로 설정하는 이론 구성을 시도해 볼 실익이 있을 것인가는 더욱 숙려를 요하는 지점이다.

미국에서 사법기관의 부작위 상황으로 상정할 수 있는 경우로서 미국법제가 운용하고 있는 상황성숙성 원칙(ripeness doctrine), 즉 법원에 소가 제기된 사건이 사법심사를 위해 아직 성숙되지 않은 상황에 해당한다면 사법심사의 대상이 될 수 없다는 원칙을 주목해 볼 수 있다. 특히 행정입법에 대한 사법심사에 있어서 상황성숙성의 판단 여하에 따라 법원이 재판을 진행하지 않게 되는 경우가 발생할 수 있고 따라서 당사자로 하여금 심각한 곤란을 겪게 만드는 경우를 사법부의 부작위로 파악 가능한지가 문제될 수 있다. 연방대법원은

과거 상황성숙성 원칙의 의미를 좁게 파악하는 관점에서 규범이 구체적 사건에 적용된 경우에만 심사하겠다는 논리구조를 채택하다가 Abbott 관례에서 사법적 결정을 위해 적합성을 갖고 있는지 여부 및 법원의 심리 연기에 따라 사건 당사자들이 겪는 어려움을 동반 평가하는 입장으로 전환적으로 법리 재구성을 시도하였다.

다음으로 본 장에서는 유럽인권재판소가 양산해 낸 판례들을 중심으로 공권력 불행사 유형으로 분류할 수 있는 사건들에 대해 어떤 구체적 논증을 경유하여 유럽인권협약 위반 여부를 최종적으로 판단하였는지에 대해서도 고찰해 보았다. 국경을 넘는 인권의 광역적 보장을 위한 시도라는 관점을 천착하고 개별적 작위의무 도출에의 치중 대신 국가의 기본권 보장 의무로의 연결을 통해 보다 두터운 수준의 시민적 권리 보장을 도모하고자 하는 유럽인권재판소 판례들은 오늘날 빈번하게 발생하는 각종 대형안전사고 및 인재에 의한 사고를 배경으로 하여 주목의 가치가 상당하다.

유럽인권재판소 판례들의 판시 내용에서 주로 사용되고 있는 논증 구도로서 규범보호영역의 설정과 관련한 국가의 적극적 의무(positive obligation)라는 거시적 차원의 기본권 보장 의무에서 출발하여 이를 더 구체화시킨 주요 의무(primary duty), 나아가 실체적(substantive) 측면의 의무 및 절차적(procedural) 측면의 의무로 확장되어 나감으로써 관련 주체의 의무 면에 있어서 최대 총 4단계의 심사구조를 경유하는 논증 양상을 주목한다면 우리의 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판 구조의 새로운 정립을 위한 이론 구성에 있어서도 필히 참조할만한 시사점이 도출될 수 있을 것이다. 그러나 한편으로 유럽인권재판소가 양산한 판례들이 결과적으로 기본적 인권 개념 및 그 유용성의 확장 측면, 시민의 권리구제 측면에 있어서 친화적 판단을 가한 경우가 많음에도 불구하고 이러한 경향성에 따른 국가의 기본권 보장 의무의 무한정 확대를 위한 이론 구성이 현실적으로 결코 용이하지만은 않다는 점도 반드시 염두에 두어야 할 것이다.



## 제6장 종합적 결론

방승주

### I.

이상에서 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판구조와 관련하여 공권력의 불행사의 유형, 적법요건 심사구조, 위헌여부의 판단구조의 순서로 살펴보되, 기존의 독일과 한국의 헌법재판소 판례와 학설에 대하여 비판적으로 고찰한 후, 미국과 유럽인권재판소의 판례에 대한 비교법적 분석을 추가해 보았다.

일단 진정부작위와 부진정부작위, 절대적 부작위와 상대적 부작위 등 부작위의 개념과 구분에 있어서 연구책임자와 공동연구원들 상호 간에 의견의 불일치가 있었다. 이로 인하여 다음과 같은 세부적인 논점들과 관련해서 서로 다른 결론들이 나왔지만, 나머지 문제들에 대해서는 대체로 의견을 공유하였다. 그러나 연구진 상호간의 의견의 일치 여부와 상관 없이 우리의 이 연구는 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판을 둘러싸고 제기될 수 있는 거의 모든 쟁점과 문제들에 대해서 진지하게 연구하고 토론한 결과라고 할 수 있기 때문에, 이러한 결과들은 앞으로 이 문제에 관한 헌법재판 실무와 학계의 지속적인 발전적 논의를 위한 충분한 기초가 될 것이라고 생각하고 이하에서 그 부분을 정리하고자 한다. 우리 연구진은 연구 시작부터 종료시까지 유기적인 공동 연구를 하기 위해서 노력하였지만, 집필부분에 대해서는 원칙적으로 각 연구자가 자기 책임 하에 집필을 하기로 하였기 때문에, 전체적으로 결론이 같을 수는 없다. 따라서 각 연구자의 개별적 연구의 결론은, 각 장의 결론부분을 참조하기 바란다. 다만 이하에서는 실제로 연구자들 간에 어떠한 주제들에 대해서 의견대립이 있었는지를 학계에 적나라하게 노출시킴으로써 이후의 학계와 실무에서의 계속적 토론에 불을 지피려는 의도가 있다. 논란이 되었던 점들은 다음과 같다.

## II.

우선, 제2장에서 제시된 소위 “새로운 구분론”과 제3장에서 제시된 의견 간의 주요 차이점을 먼저 들어본다.

첫째, 제3장은 진정 부작위와 부진정 부작위에 대하여 종래의 구분론에 철저히 입각하고 있다. 따라서 대부분 입법자가 어떠한 입법도 하지 않는 경우는 극히 드물기 때문에, 명시적 헌법위임을 제외하고, 보호의무, 평등권, 사회적 기본권 등의 경우에는 입법자의 불완전·불충분한 입법을 다룰 수밖에 없고, 따라서 이러한 영역에서는 부진정입법부작위가 문제될 수밖에 없다고 하는 것이다. 나아가 입법개선 의무 사례의 경우도 역시 보호의무와 주로 관련되므로, 부진정입법부작위만이 문제될 수 있다고 보는 것이다. 그러나 이러한 종래의 구분론에 따른 입장이 제2장에서 이번 연구 과정에서 획득하여 정립한 “새로운 구분론”과 차이가 많이 날 수밖에 없는 것은 당연하다.

둘째, 제3장의 필자는 나아가 재산권에 대한 법률유보조항에 존재하는 공용수용의 경우 보상 의무 규정으로부터는 어떠한 입법의 무도 도출될 수 없다고 본다. 그러나 우리 헌법 제23조 제3항에서 “공공필요에 의하여 재산권을 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다”고 규정하고 있는데, 이보다 더 입법자의 명시적인 입법 의무를 분명히 나타내주고 있는 규정도 드물 뿐만 아니라, 우리 헌법재판소의 최초의 입법부작위 위헌결정은 이 조항에 대해서 명시적 입법 의무로 이미 판시한 바도 있었다. 제3장 필자는 이 조선철도주식회사 사건은 폐지법률이 존재하였으므로 폐지법률에 대하여 다루었어야 한다고 하는 취지의 의견이다(제4장 필자도 마찬가지임). 그러나 이에 반하여 제2장 필자의 입장에 의하면 재산권수용 규정이 존재한다 하더라도, 보상규정을 마련하지 않은 입법자의 부작위 부분에 대해서, “가분성”, “독자성”, “필요성”의 요건들이 인정될 수 있다면, 그 부작위에 대해서는 별도의 독립적인 헌법소원청구의 대상성을 충분히 인정할 수 있다고 본다. 특히 그것이 인적으로 독립하여 보

호하여야 할 대상이 되는 경우에는 더 그렇다. 이러한 제2장 필자의 “새로운 구분론”에 의하면 조선철도주식회사 사건 역시 진정한 법부작위로 평가하는 데 별다른 문제는 없다고 보인다.

셋째, 작위의무를 어느 단계에서 판단할 것인지와 관련해서, 작위의무의 문제는 적법요건 단계에서 하는 것이 타당하다고 볼 수 있겠으나, 그렇다고 하여 그 요건을 너무 지나치게 엄격하게 심사하지 말고, 보다 완화할 필요성이 있다고 보고 있다. 그렇다고 본안 판단 단계에서 작위의무의 심사 가능성을 완전히 부인하고 있는 것 같지는 않고 주로 명시적 헌법위임의 경우에 해당되는 설명으로 보인다. 즉, 제2장과 제6장의 필자인 연구책임자 입장에서 볼 때, 오늘날 입법의무는 대부분 헌법의 해석이나 기본권보호의무로부터 유래하는 입법의무가 대부분이라고 할 수 있으므로, 헌법해석에 의한 작위의무의 도출은 일단 적법요건에서 다루어 줄 수 있기는 하지만, 기본권보호의무나 또는 평등원칙 또는 사회적 기본권으로부터 나오는 입법의무는 상당부분 각 기본권들과 아주 밀접하게 관련되어 있다. 따라서 본안 판단 단계에서도 이러한 입법자의 보호의무나 입법의무의 문제가 다루어지지 않을 수 없고, 오히려 더욱 심도 있는 심사가 필요할 때도 많을 것이라고 본다. 실무에서 어떠한 경우에는 작위의무의 존재여부를 꽤 심도 있게 심사하고 있는데, 구체적으로 그것이 적법요건 단계인지 아니면 본안 판단 단계인지를 밝히지 않고서 한 사례도 있었던 것을 고려해 본다면(제2장 참조.), 과연 어느 단계에서 그러한 심사를 할 것인가 하는 것 보다는 기본권과 관련된 입법의무의 존재와 기본권침해 여부에 대하여 심도 있게 심사하는 것 자체가 더욱 중요하다고 생각된다.

넷째, 입법자가 입법의무의 이행을 전부가 아니라 일부 거부하는 경우에는 그러한 입법거부의 의사가 법률조항에 명시적으로나 암시적으로 표현되는 것이 보통일 것이다. “새로운 구분론”에 의하면 우선 명시적 배제의 경우는 소송법상 배제조항 자체(부진정 입법부작위)에 대한 헌법소원심판청구를 통하여, 이에 비하여 암시적 배제의 경우는 “가분성”, “독자성”, “필요성”의 요건이 인정되어

독립된 일부 입법부작위 헌법소원청구로 구제가 가능할 것이다. 그럼에도 불구하고 제3장 필자는 명시적이든 암시적이든 입법자가 입법을 거부한 경우에 대해서 모두 진정 입법부작위로 보아 청구 기간적용이 없다고 하는 취지(위 제3장, 제4절, II, 1. 참조.)이므로 이 점에 다소 차이가 있다고 보인다.

다섯째, 기본권침해의 법적 관련성과 관련하여 제2장의 우리 헌법재판소의 사례 분석에 의하면, 자기관련성, 현재관련성, 직접관련성의 요건이 모두 다루어진 바 있었고, 독일 연방헌법재판소의 판례에서도 이러한 요건을 심사한 사례가 있는 것으로 보이나, 제3장의 필자는 자기관련성과 현재관련성의 심사는 필요하지만, 직접관련성은 필요하지 않다고 보고 있는데 앞으로 좀 더 검토해 봐야 할 것으로 보인다.

여섯째, 소위 일부 입법부작위를 인정하고 있는 BVerfGE 8, 1과 BVerfGE 15, 46 등 초기의 독일 연방헌법재판소의 결정과 관련하여, 1970년에 헌법불합치결정이 법제화되기 이전에 독일 연방헌법재판소가 위헌·무효선언으로 인한 법적 공백상태를 방지하기 위한 방편으로 부작위 위헌확인선언을 택하였을 가능성이 많다고 주장하면서 이러한 일련의 결정들의 의미를 애써 축소하고 있는 것으로 보이나, 연구책임자는 그 결정이 바로 (계속효력을 명하는) 헌법불합치결정의 효시라고 본다. 즉, 독일 연방헌법재판소의 헌법불합치결정은 바로 BVerfGE 8, 1 결정에서와 마찬가지로 공무원 급여법과 같이 그에 대하여 위헌·무효 선언을 하여 효력을 상실하게 될 경우에 지금까지의 상태보다 훨씬 더 위헌적인 상태가 발생할 우려가 있을 때에, 무효선언을 하지 않고 입법부작위의 위헌만을 확인하거나 법률이 헌법에 합치하지 않음을 확인하는 방법으로 시작되었다. 그러한 헌법불합치결정이 독일 연방헌법재판소의 1970년의 개정으로 비로소 독일연방헌법재판소법 제78조, 제82조 제1항, 제95조에 별다른 요건이나 법적효과에 대한 규정은 없이 “헌법불합치결정”이라고 하는 결정형태만 위 조문에 삽입된 것이기 때문에, 이러한 헌법불합치결정의 법제화 여부는 부작위 위헌확인 의 결정주문에 대하여 어떠한 영향을 주었다고 보기 힘들고 오히

려 거꾸로 그러한 헌법소원사건 자체가 위헌·무효선언과 다른 형태의 헌법불합치결정 내지 입법부작위 위헌확인 결정을 태동하는 계기를 마련해 주었다고 평가할 수 있다. 나아가 앞서 제2장에서 자세히 설명하고 있듯이, 1970년 이후에도 그와 같은 유형의 입법부작위 위헌확인 결정은 계속 나오고 있고, 심지어 최근 2016년에는 위헌법률심판에서조차 기본권보호의무를 근거로 하는 입법의무불이행을 문제 삼아 입법자의 부작위에 대하여 위헌확인을 하고, 입법자에게 보호흡결을 매울 입법의무를 부과하였을 뿐 아니라, 입법자가 입법행위를 할 때까지 헌법재판소가 직접 경과규정을 발하는 결정을 발하기도 하였다. 이러한 독일 연방헌법재판소의 실무를 본다면 선뜻 입법부작위 위헌확인결정들을 애써 폄하하고 있는 듯 보이는 제3장의 전술한 의견에 동의하기 힘들다.

### III.

다음으로 제4장 집필자와의 의견의 차이이다.

첫째, 제4장 집필자 역시 진정부작위와 부진정부작위의 구분과 관련, 원칙적으로 종래의 구분론을 기초로 하고 있지만, 제3장 집필자와는 달리 독일 연방헌법재판소가 소위 일부 입법부작위를 인정할 수 있는 원칙을 판시한 독일 연방헌법재판소의 BVerfGE 6, 257 결정과 관련하여 “입법위임에 의하여 규율될 대상이 가분적 성격을 띠고, 입법자가 그 가분적 일부에 대해서 입법을 한 경우에만 진정입법부작위가 인정될 수 있을 것”이라는 점을 받아들임으로써, 일단 “가분성”이 있을 경우에 입법위임의 불완전·불충분한 이행은 진정입법부작위가 될 수 있음을 인정하고 있다. 따라서 철저히 종래의 구분론에만 집착하고 있는 제3장 집필자와는 달리 “새로운 구분론”에 대하여 이를 인정할 여지를 남겨 두고 있으나, 다만 새로운 구분론이 이 연구과정 가운데 새롭게 정립되다 보니, 그에 대한 어느 정도의 적응 기간이 필요한 것 아니겠나 생각된다.

둘째, 제4장 집필자는 사회적 기본권(인간다운 생활을 할 권리

등)과 관련하여 헌법해석론의 변화로 인한 입법의무의 도출가능성과 그 불이행으로 인한 진정입법부작위의 가능성도 인정하고 있다는 점이다. 이 점 역시 제2장의 새로운 구분론과 의견을 같이 하는 부분인데 반하여, 여전히 입법개선의무의 경우는 부진정입법부작위, 즉 법률 자체에 대한 헌법소원만이 가능하다고 보고 있는 제3장 집필자와 다른 점으로 보인다.

셋째, 헌법재판소가 입법자의 부작위 위헌확인만 할 수 있을 경우에는 결과고려를 위한 변형결정을 구대여 할 필요가 없음을 인정하고 있는데, 이는 제2장의 새로운 구분론에서 피력하고 있는 내용과 맞는 주장이라고 생각된다. 그러나 어쨌든 독일 연방헌법재판소의 이와 같은 첫 번째 일부 입법부작위의 위헌확인(기본권침해만을 확인하고 무효선언은 생략함)은 이미 제2장에서 자세히 설명하였듯이 그 자체가 결정유형(Entscheidungsvariante)의 하나로서 BVerfGE 8, 1결정의 경우에는 법률의 무효결정을 하는 경우에 발생하게 될 더욱 위헌적인 상태를 고려하고 있기 때문에, 사실상 결과고려의 관점에서 계속효력을 명하는 헌법불합치결정, 즉 우리 헌법재판실무에서는 소위 변형결정 중의 하나로 일컬어지는 결정유형의 효시에 해당된다고 할 수 있다. 다만 엄밀하게 말하면 “부작위 위헌확인 결정”이라고 하는 별도의 결정주문형태들을 유형화할 수 있는 것이 사실이기 때문에, 독일에서는 이러한 결정에 대하여 헌법불합치결정과 구분되는 별도의 결정유형으로 설명되고 있기도 하다.

넷째, 작위의무의 심사를 과연 어떠한 단계에서 할 것인지와 관련하여 제4장 집필자는 적법요건 심사 단계에서는 추상적 작위의무의 존부만을, 그리고 본안 심사 단계에서는 구체적 작위의무의 존부를 심사하는 것으로 제안하고 있는데, 오늘날 공권력의 부작위의 문제는 주로 기본권보호의무에 기한 행위의무에 관한 것이고, 또한 기본권보호의무 역시 기본권과 관련된 실체법적 문제라고 하는 점을 고려할 때에, 타당한 지적이라고 생각되고, 이 부분은 본 연구를 공동으로 진행한 전 연구원들이 대체로 찬성하는 논점이라고 생각된다.

다섯째, 제4집필자는 독일의 Christian Calliess를 인용하며, 소위 다극적 지위들 간의 상호 헌법적 관계를 고려하여, 가해적 지위에 있는 국민에 대해서는 방어권에 대한 과잉금지에 입각한 심사를, 피해자적 지위에 있는 국민에 대해서는 과소금지원칙에 입각한 심사를 일단 진행한 후, 이러한 결론들을 실제적 조화의 원리에 부합하게 상호 조정해야 한다고 제안하고 있다. 이러한 관점은 하나의 사건에서도 청구인의 입장에서는 과소금지, 그러나 그와 대립적 관계에 있는 다른 국민에 대한 보호입법의 제한기능에 대해서는 과잉금지의 원칙에 입각하여 심사를 하여야 하며, 이러한 심사의 결과를 종합적으로 형량할 수 있다는 이론적 뒷받침을 해 줄 수 있는 의미 있는 제안이라고 생각된다. 실제로 선거운동과 관련하여 확정기 소음측정기준 관련 입법부작위 헌법소원사건(헌재 2008. 7. 31. 2006헌마711)에서, 나중에는 주로 관련 공직선거법의 위헌여부를 다투는 쪽으로 청구취지가 정리되기는 하였지만, 이 사건이 방어권 문제인지, 기본권보호의무의 문제인지를 둘러싸고, 재판관들 간에 격렬하게 논란이 벌어진 것은 이러한 이론적 배경에 연유한 것 아닌가 생각된다. 다만 연구책임자 역시 원론적으로 제4장 집필자의 이러한 견해에 찬성을 하지만, 헌법소원심판은 여전히 청구인의 기본권침해를 구제하는 주관적 권리구제수단이라고 하는 점을 고려한다면, 헌법재판소가 기본권보호의무 위반을 주장하는 청구인 외에, 그와 대립되는 가해자적 지위의 국민들의 기본권 문제에 대하여 어느 범위에서, 어느 정도까지 심도 있게 심사를 진행한 후, 그 심사의 결과를 청구인의 청구에 대한 결론에 반영해야 할 것인지가 의문이며, 이는 여전히 해결해야 할 숙제로 남지 않겠나 생각된다.

여섯째, 위헌심사에 있어서 통제의 강도 문제와 관련하여, 헌법재판소가 미래에 대한 예측판단을 한 경우, 입법자는 자연스럽게 “시간적 적용의 자유(zeitlicher Anpassungsspielraum)”를 가질 수 있기 때문에, 그에 따라 통제의 강도도 엄격한 내용통제(Inhaltskontrolle)가 아니라, 명백성통제(Evidenzkontrolle) 내지 납득가능성통제(Vertretbarkeitskontrolle)를 사용한다고 하는 점은 이미 제2장

필자가 독일 연방헌법재판소나 우리 헌법재판소 판례를 분석한 선행논문(1996, 2008)에서 상세히 밝힌 바 있다. 이와 같이 명백성통제나 납득가능성통제와 같은 완화된 통제의 과정에서 헌법재판소가 입법자의 형성의 자유<sup>1)</sup>의 영역을 존중하려다 보면, 입법과정의 결론이라고 할 수 있는 법률내용 그 자체의 헌법위반 여부에 관한 내용적 통제를 지양하고, 오히려 입법자 자신의 입법과정에서의 행위통제나 결과통제 쪽으로 넘어가서, 현재의 과학적 수준과 자료에 나름 성실하게 접근하여 예측판단을 하려고 노력을 다 하였는지에 대한 심사에만 국한하면서, 입법자의 평가의 우선권(Einschätzungsprärogative)을 존중하고, 해당법률의 합헌성을 확인하는 사례들이 적지 않음도 이미 연구책임자의 선행논문에서 상세하게 밝힌 바 있다. 그러나 제4장 집필자의 경우 연구책임자의 이러한 견해에 대하여 동의하지 않고 있는 것으로 보인다.

일곱째, 입법자의 보호의무 이행을 위해서는 경찰법이나 민법과 같은 일반조항만으로는 부족하고, 특별한 보호입법이 필요하다고 하면서, 입법자가 이러한 특별한 보호입법제정의무를 불완전·불충분하게 이행한 경우는 진정입법부작위가 될 수 있다고 하는 취지인데, 이 점은 새로운 구분론과도 일치하는 결론이다. 다만 원칙적으로 종래의 구분론에 입각하고 있는 제4장 집필자의 전체적인 논리에 있어서 불완전·불충분한 입법이 어떠한 경우에 부진정입법부작위이고, 어떠한 경우에는 진정입법부작위인지에 대한 기준이 다소 뚜렷하게 제시되고 있지는 않은 것 같다.

여덟째, 생명권보호의무로 인한 강제치료의 필요성을 인정해야 하는 문제와 관련하여 독일 연방헌법재판소가 한 위헌법률심판에서 입법부작위에 대하여 위헌을 확인한 결정인 BVerfGE 142, 313 결정에 대하여 연구책임자가 이는 “새로운 구분론”을 뒷받침해 줄 수 있는 연방헌법재판소의 역사적이고 획기적인 결정으로 평가하면서, 여기에서 문제가 된 생명권에 대한 보호의무를 제대로 이행하지 않은 입법자의 부작위를, 종래의 구분론과는 달리 새로운 구

---

1) 이에 관해서는 앞의 논문들 외에도, 방승주, 입법형성권과 위헌법률심사제도의 관계에 관한 연구(2011년도 국회사무처 연구용역 최종보고서), 국회사무처 2012, 5-24 참조.



분론에 입각하여 진정입법부작위라고 평가하고 있는 데 반하여, 제4장 집필자는 이를 여전히 종래의 구분론에 기초하여 부진정입법부작위 사건으로 보고, 그 사건에서의 입법부작위 위헌확인 결정은 변형결정의 일종으로 파악하고 있기도 하다. 그러나 연구책임자가 볼 때, 이 결정은 제청법원이 사실상 입법자의 부작위에 대하여 위헌제청을 한 사건이며, 또한 위헌법률심판계속 중 당해사건 당사자가 사망을 하여 각하(또는 심판절차종료)사유가 충분하였음에도 불구하고, 연방헌법재판소는 이 사건을 각하하지 않고서, 입법자의 부작위에 대하여 위헌확인을 선고하였다. 그러므로 이 결정은 기본권보호의무 위반을 이유로 하여 제기된 입법부작위 헌법소원심판사건에 있어서도, 입법부작위의 위헌여부에 대한 실체적 심사의 좋은 모델이 될 수 있는 매우 중요한 의미가 있는 결정이라고 할 수 있다.

아홉째, 보호의무와 관련된 입법개선 의무 사례에서도 제2장 집필자인 연구책임자의 새로운 구분론의 경우에는 보호의 인적 범위와 관련하여 불완전·불충분한 보호의무 이행은 진술한 독일 연방헌법재판소의 BVerfGE 142, 313결정이 잘 보여 주고 있듯이 진정한 입법부작위가 될 수 있음을 열어 놓고 있는 데 반하여, 제4장 집필자는 제3장 집필자와 마찬가지로, 이 경우에는 불완전·불충분한 법률에 대한 헌법소원심판청구만 가능하다고 보고 있다.

열 번째, 행정부작위의 위헌여부의 심사기준 정립의 문제인데, 이것은 보통의 경우 입법자에게 넓은 형성의 자유가 인정되는 입법부작위 위헌심사에 있어서와는 달리, 급박한 강도나 인질범에 의한 생명위협이 아니라, 세월호참사의 경우와 같이 국가의 미온적 내지는 느장 대응으로 인하여 구출할 수 있는 수많은 국민생명들이 희생된 사례에 있어서, 과연 정부나 행정의 생명권 보호의무 위반 여부에 대하여 어떠한 심사기준을 가지고서 그 위헌여부를 판단해야 할 것인지 하는 문제는 여전히 계속적으로 더욱 연구하고 보완해야 할 것으로 생각된다.

열한 번째, 재판지연이나 사법부작위에 대한 헌법소원의 가능성 문제는 헌법재판소법상 재판소원이 배제되어 있는 상태에서 거의

가 심판대상이 되기 힘든 현실인데, 최근 불거진 사법농단 사태 등을 고려할 때, 입법적으로 재판소원제도를 적극 도입할 필요성이 클 뿐 아니라, 헌법재판소가 해석을 통하여 예외적인 재판소원의 대상을 적극 확대하는 결정을 통해서, 재판거래 등을 통하여 불이익을 받은 당사자들의 기본권을 구제하고 사법적 정의를 다시 세우는 방법을 적극 모색했었다더라면 하는 생각이 있었으나, 지난 8월 말에 5명의 재판관의 퇴직을 앞두고 관련 재판소원 사건들을 무더기로 각하하고 만 것은 아쉬움이 남는 바이다.

#### IV.

제5장은 입법부작위와 행정부작위 또는 사법부작위에 대한 법적 쟁송제도와 관련하여 미국 연방대법원과 유럽인권재판소의 판례들을 주로 검토하였다. 그곳에서 다루어진 사건들은 우리에게 의미가 있는 결정례들이라고 할 수 있지만, 특히 재판지연과 관련한 유럽인권재판소의 다양한 판례들은 우리에게 시사점을 더욱 많이 주고 있다.

즉, 재판의 지연과 관련해서는 우리 헌법재판소에서도 실제로 많은 사법부작위에 대한 헌법소원심판이 청구된 바 있었다(제2장 참조.). 그러나 재판소원이 헌법소원에서 배제되어 있는 탓에 대부분 각하되고 마는 것이 현실이다. 또한 이와 관련해서 가령 헌법재판소법이 헌법소원의 경우에 180일 기간을 둔 것과 같이 재판기간을 입법자가 명문화한 경우에도 이를 권고규정으로 보고서 수년 동안 재판을 하지 않는 경우도 적지 않은데, 유럽인권재판소가 독일 연방헌법재판소와 같은 유럽 국내 헌법재판기관이나 법원에 대하여, 재판지연이 유럽인권협약상의 기본적 인권에 대한 위반임을 확인하고 정당하고 신속한 재판을 강제하는 결정을 내릴 뿐만 아니라, 유럽 각국의 국내 재판기관들이 그러한 유럽인권재판소의 결정을 존중하여 재판을 이행하는 것은, 제5장이 잘 보여주고 있듯이 우리의 사법현실에 대하여 시사하는 바가 상당히 크다고 할 수 있다.

# 참고문헌

## I. 국내문헌

### 1. 단행본

- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010.
- 김운용, 『위헌심사론』, 서울 삼지원, 1998.
- 김철수, 『헌법학신론』, 박영사, 2013.
- 김하열, 『헌법소송법』, 박영사, 2018.
- 김학성, 『헌법학원론』, 피앤씨미디어, 2017.
- 김현철, 『판례 헌법소송법』, 전남대학교출판부, 2016.
- 남복현, 『헌법재판소결정의 소송법적 효력』, 한국학술정보, 2013.
- 방승주, 『헌법소송사례연구』, 박영사, 2002.
- \_\_\_\_\_, 『입법형성권과 위헌법률심사제도의 관계에 관한 연구』, 국회사무처 2012.
- 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2017.
- \_\_\_\_\_, 『헌법소송론』, 법문사, 2012.
- 슬라이히 [정태호 역], 『독일헌법재판론』, 2003.
- 슬라이히-코리옌트 [정태호 역], 『독일연방헌법재판소 - 지위, 절차 -(제 10판)』, 2015.
- 신동운, 『형법총론』, 법문사, 2011.
- 양건/김문현/남복현, 『헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서』, 헌법재판소, 1999. 12.
- 오호택, 『헌법소송법』, 동방문화사, 2015.
- 이동흡, 『헌법소송법』, 박영사, 2018.
- 이재상, 『형법총론』, 박영사, 2012.
- 이준일, 『헌법학강의』 제3판, 홍문사, 2015.
- 임용, 『형법총론』, 법문사, 2016.
- 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2017.

- 전광석, 『한국헌법론』, 집현재, 2017.
- 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2016.
- \_\_\_\_\_, 『헌법소송법』, 박영사, 2014.
- 최희수, 『헌법소송법요론』, 대명출판사, 2017.
- 한병채, 『헌법재판론』, 고시계, 1994.
- 한수용/정태호/김하열/정문식, 『주식 헌법재판소법』, 헌법재판연구원, 2015.
- 한수용, 『헌법학』, 법문사, 2017.
- 허 영, 『한국헌법론』, 박영사, 2017.
- \_\_\_\_\_, 『헌법소송법론』, 박영사, 2018.
- 홍성방, 『헌법소송법』, 박영사, 2015.
- 헌법재판소, 『헌법재판실무제요(제1개정증보판)』, 헌법재판소, 2008.
- 헌법재판소 헌법재판연구원, 『주식 헌법재판소법』, 헌법재판소, 2015.
- 헌법재판소, 헌법재판제도의 발전, 헌법재판자료 제5집, 1992.
- Christoph Degenhart, [홍일선 역], 『독일헌법총론』, 피앤씨미디어, 2015.
- Richter/Schuppert/Bunke, [방승주 역], Casebook Verfassungsrecht, 4 Aufl., 『독일헌법판례해설』, 헌법재판소, 2003.
- Sachs, Michael, [방승주 역], Verfassungsrecht II, Grundrechte 2000, 헌법 II - 기본권론, 헌법재판소, 2002.
- Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, [정태호 역], 『독일헌법재판론』, 미리교역, 2001.

## 2. 학술 논문

- 강병근, (2014). 한일청구권협정 제3조의 분쟁해결방식에 관한 연구, 국제법 학회논총 제59권 제4호, 11-40.
- 공진성, (2009). 헌법불합치결정시 합의방식의 개선방안, 헌법학연구 제15권 제3호, 113-143.
- \_\_\_\_\_, (2011). 헌법재판 합의방식의 개선방안, 헌법학연구 제17권 제2호, 121-159.
- 금태환, (2003). 미국행정입법심사에 있어서의 성숙성, 행정법연구 제9호, 207-231.

- \_\_\_\_\_, (2007). 한국·중국·일본에서의 행정입법의 사법심사 대상 적격, 공법학연구 제8권 제3호, 141-163.
- 김관원, (2015). 일본군'위안부' 피해자 구제에 관한 일고(一考), 동북아역사논총 제50호, 239-272.
- 김도협, (2012). 미군공여지반환과 헌법소원 가능성에 대한 검토, 토지공법연구 제57집, 83-100.
- 김선태, (1996). 형식적 헌법의 실질적 위헌성에 대한 헌법재판 - 위헌적 헌법규범의 성립가능성과 사법심사가능성에 관하여 -, 법학논집 제32권, 329-356.
- 김성진, (2017). 국가의 국민 안전보장의무: 유럽인권재판소 판례를 중심으로, 화우공익재단 제4회 공익세미나(국가의 국민 안전보장의무: 세월호 참사 이후 법적 논쟁) 자료집, 15-19.
- \_\_\_\_\_, (2014). 유럽인권재판소를 통해 살펴본 지역인권보장체계, 한국헌법학회 제84회 정기학술대회(인권의 보편성과 지역별 인권보장체계) 자료집, 10.
- 김재선, (2014). 미국 건강보험개혁법(PPACA) 의무가입 위반에 대한 penalty규정의 행정법적 성격에 관한 고찰, 토지공법연구 제64집, 277-299.
- 김주환, (2006). 권리구제형 헌법소원심판의 논증 - 심판청구의 적법성 판단을 중심으로, 헌법학연구 제12권 제1호, 523-557.
- 김창록, (2009). 일본군 '위안부' 헌법소원, 법학논고 제31집, 337-368.
- 김하열, (2009). 헌법재판 : 입법절차의 하자를 다루는 헌법소원, 고려법학 제55권, 101-126.
- 김해원, (2018). 행정·사법부작위에 의한 기본권침해 판단구조, 법학논총 제38권 제1호, 257-295.
- 남복현, (2011). 헌법재판소법 개정방향, 헌법학연구 제17권 제4호, 1-51.
- 도회근, (2013). 헌법소원제도의 공과(功過) -사법정책적 개선방안을 중심으로-, 법학논총 제30권 제4호, 73-100.
- 명재진, (2016). 바이마르 헌법과 국사재판소, 홍익법학 제17권 제2호, 135-160.
- 문홍수, (1995). 공권력의 행사 또는 불행사 위헌무효확인헌법소원, 법조 통

- 권 제461호, 71-90.
- 박규하, (2005). 헌법국가에 있어서의 국가의 기본권보호의무와 입법부작위에 관한 소고 - 헌법소원과 관련하여 -, 외법논집 제19집, 163-186.
- 박균성, (2016). 미국 행정입법제도의 시사점, 행정법연구 제46호, 75-103.
- 박민영/이동훈, (2009). 부작위위법확인소송과 행정상 이행소송, 법학논집 제31권 제2호, 121-152.
- 박수현, (2000). 미국 행정법에 있어서 규칙제정기피 및 그 방지수단에 관한 고찰, 안암법학 제11권, 51-86.
- 박재현, (2009). 처분의 부작위로 인한 침해에 대한 구제수단, 공법학연구 제10권 제1호, 369-389.
- 박정훈, (2004). 행정입법에 대한 사법심사-독일법제의 개관과 우리 법의 해석론 및 입법론을 중심으로-, 행정법연구 제11호, 125-174.
- \_\_\_\_\_, (2013). 행정부작위와 국가배상책임의 구조적 해석, 토지공법연구 제63집, 163-196.
- 박진완, (2005). 헌법재판소와 국회의와의 관계 - 규범반복금지 -, 헌법학연구 제11권 제2호, 75-110.
- 박찬권, (2014). 헌법재판에서 입법형성의 범위에 관한 고찰, 헌법학연구 제20권 제2호, 237-276.
- 방승주, (1995). 독일연방헌법재판소에 의한 경과규정, 심천 계획열박사화갑 기념, 공법학의 현대적 지평, 436-527.
- \_\_\_\_\_, (1996). 독일 연방헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도, 헌법논총 제7집, 299-348.
- \_\_\_\_\_, (2017). 박근혜 대통령 탄핵심판에 있어서 생명권보호의무 위반여부, 헌법학연구 제23권 제1호, 39-90.
- \_\_\_\_\_, (2009). 법률유보와 의회유보, 헌법실무연구 제10권, 1-29.
- \_\_\_\_\_, (2008). 위헌입법의 현황과 대책, 저스티스 통권 제106호, 254-292.
- \_\_\_\_\_, (2016). 일제식민지배청산 관련 헌법재판소판례에 대한 헌법적 분석과 평가, 헌법학연구 제22권 제4호, 39-83.
- \_\_\_\_\_, (2008). 헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도, 공법연구 제37집 제2호, 113-171.
- \_\_\_\_\_, (2013). 헌법 제10조, (사) 한국헌법학회 편, 헌법주석 I, 박영사,

283-388.

- 사봉관, (2007). 행정청의 부작위로 인한 기본권 침해의 구제 - ‘한일 청구권협정’에 따른 중재요청불이행 위헌확인 사건에 대한 헌법재판소 결정(98헌마206)의 검토를 포함하여, 헌법학연구 제13권 제4호, 127-165.
- 서보국, (2014). 행정입법부작위에 대한 행정소송, 법학연구 제25권 제2호, 87-115.
- 성중탁, (2014). 행정부작위 헌법소원에서의 작위의무와 국가의 기본권보호 의무, 저스티스 제140호, 60-90.
- 신중석, (1992). 미국행정법상 행정부작위에 대한 사법심사, 연세법학연구 제2집(제2권 제1호), 219-230.
- 양승두, (1993). 미국헌법상 불법행위와 행정청의 부작위에 관한 고찰, 미국헌법연구 제4호, 5-38.
- 음선필, (2010). 라틴아메리카의 헌법재판제도, 세계헌법연구 제16권 제3호, 561-606.
- 이기한, (2016). 미국 환경법 집행에 대한 사법심사 제도에 관한 일고찰, 미국헌법연구 제27권 제3호, 169-199.
- 이동수, (2009). 미국 행정법상 행정기관의 제정법 해석에 대한 사법심사, 토지공법연구 제46집, 319-337.
- \_\_\_\_\_, (1999). 미국 행정법상 행정청의 부작위에 대한 사법심사, 토지공법연구 제8집, 191-218.
- 이석연, (1995). 입법부작위 헌법소원에서의 헌법판단의 범위, 심천계획열박사화갑기념논문집(I), 410.
- \_\_\_\_\_, (1990). 헌법소송재판의 결정유형과 효력에 관한 고찰, 헌법논총 제1집, 359-398.
- 이원복, (2013). 미국의료개혁법의 의료보험 의무가입 제도에 대한 연방대법원의 합헌결정, 의료법학 제14권 제1호, 275-302.
- 이일세, (2012). 부작위위법확인소송의 쟁점에 관한 고찰, 강원법학 제35권, 857-894.
- 이현준, (2007). 지적불부합지 문제의 국가배상책임과 입법부작위 헌법소원 심판청구, 한국지적학회지 제23권 제2호, 117-131.
- 장영철, (2008). 행정입법에 대한 추상적 규범통제제도의 도입방안에 관한

- 연구, 공법연구 제37집 제1-2호, 155-180.
- 전정환, (2008). 기본권보호제도로서 헌법소원제도의 필요충분조건, 원광법학 제24권 제4호, 37-61.
- 전학선, (2002). 행정부작위에 대한 헌법소원 - 헌법재판소 판례를 중심으로 -, 공법연구 제30집 제3호, 245-261.
- 정극원, (2009). 헌법재판에서의 포괄적 위임입법금지 원칙의 적용, 헌법학연구 제15권 제3호, 461-486.
- 정남철, (2009). 행정입법부작위에 대한 사법적 통제, 저스티스 제110호, 194-217.
- 정문식, (2007). 생명윤리법상 국가의 기본권 보호의무, 공법학연구 제8권 제3호, 167-191.
- 정이근, (2011). 한국 헌법소원심판제도의 현상과 과제, 영산법률논총 제8권 제2호, 1-12.
- 정재민, (2016). 일본군 '위안부' 관련 2011년 헌법재판소 결정과 2015년 한일정부 간 합의의 관계. 국제법학회논총 제61권 제1호, 189-219.
- 정재황, (1998). 행정처분과 헌법소원심판-등사신청거부처분취소, 헌법학연구 제4권 제3호, 369-386.
- 정중섭, (1994). 법령에 대한 헌법소원심판절차에 있어 청구기간의 적용여부 - 헌법재판소 1992. 6. 26. 선고 91 헌마 25 결정, 세계헌법연구 제1호, 344-362.
- 정태호, (2001). 규범통제에서의 사실확인과 법률의 실제효과예상 -미국 연방대법원 및 독일 연방헌법재판소의 실무에 대한 비교를 중심으로-, 전남대 법률행정논총 제21집 제1호, 133-182.
- \_\_\_\_\_, (1997). 기본권보호의무, 인권과 정의 제252호, 83-108.
- \_\_\_\_\_, (2002). 기본권적 3각관계 그리고 과소(보호)금지원칙의 독자성, 고시연구 제29권 제5호, 14-29.
- \_\_\_\_\_, (1995). 원처분의 헌법소원대상성에 관한 소고, 헌법논총 제6집, 249-303.
- \_\_\_\_\_, (2008). 인권보장제도로서의 헌법소원의 개념과 실제. 헌법학연구, 제14권 제2호, 1-44.
- \_\_\_\_\_, (1996). 헌법소원심판절차에 있어서의 청구취하의 효력의 제한에



- 관한 고찰, 공법연구 제24집 제2호, 301-335.
- \_\_\_\_\_, (2001). 헌법재판의 한계에 관한 고찰-입법형성의 여지를 규정하는 요인들에 대한 분석을 중심으로-, 공법연구 제30집 제1호, 223-245.
- 정하명, (2003). 미국 행정법상 행정입법에 대한 사전적 사법심사, 공법연구 제31집 제5호, 139-155.
- 정혜영, (2014.2). 방어권과 기본권보호의무 - 보호의무사안의 방어권적 재 구성에 관한 논의를 중심으로 -, 아주법학 제7권 제4호, 133-164.
- 정호경, (2008). 행정소송과 헌법재판의 관계에 관한 고찰, 행정법연구 제22호, 55-80.
- 채우석, (2003). 재량행위와 사법심사 - 초기의 미국행정법제를 중심으로 -, 토지공법연구 제19집, 383-399.
- 최갑선, (1997). 한국 헌법재판에서의 평결방식 고찰, 헌법논총 제8집, 243-278.
- 최계영, (2008). 헌법소원에 의한 행정작용의 통제, 공법연구 제37집 제2호, 201-234.
- 한상희, (2010). 사회권과 사법심사, 공법연구 제39집 제1호, 93-133.
- 한수웅, (1996). 입법부작위에 대한 헌법소원, 우체 이명구박사화갑기념논문집(I), 686-724.
- 함인선, (2002). 공권력의 부작위에 대한 헌법소원심판, 법학논총 제22집 제2호, 99-132.
- \_\_\_\_\_, (2007). 헌법소원과 항고소송 공법연구 제35집 제4호, 49-74.
- 황의관, (2013). 미국사법부의 행정청 법률해석에 대한 사법적 존중에 관한 연구- Chevron 독트린과 그 적용범위를 중심으로, 미국헌법연구 제24권 제1호, 399-463.
- \_\_\_\_\_, (2014). 사법심사대상인 행정청 행위에 관한 미국과 한국법의 비교 연구, 미국헌법연구 제25권 제3호, 547-606.
- 허완중, (2008). 기본권보호의무에서 과소금지원칙과 과잉금지원칙의 관계, 공법연구 제37집 제1-2호, 201-227.
- \_\_\_\_\_, (2011). 입법자의 법률관찰의무, 공법연구 제39집 제4호, 239-261.
- \_\_\_\_\_, (2011). 헌법재판소결정에 따른 입법자의 의무, 헌법논총 제22집, 357-445.

홍석한, (2015). 헌법재판소에 의한 입법권 통제에 대한 고찰, 국가법연구 제11권 제2호, 193-217.

홍일선, (2012). 행정부작위에 대한 헌법소원심판, 헌법학연구, 제18권 제3호, 601-633.

Kim Sang-Kyum, (2002). Kommunale Verfassungsbeschwerde in Deutschland und Korea, 한독사회과학논총 제12권 제1호, 273-299.

### 3. 판례번역집

황치연/방승주/김수철, 임신중절에 관한 결정, 헌법재판소, 독일통일관련 독일연방헌법재판소판례번역집 (BVerfGE 88, 203), 1997. 75-198.

## II. 외국문헌

### 1. 독일

Achterberg, N., Die Klagebefugnis - eine entbehrliche Sachurteilsvoraussetzung? DVBl. 1981. S. 278 ff.

Alexy, R., Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, Der Staat 1990. S. 49 ff.

Alexy, R., Theorie der Grundrechte, 1994.

Bang, Seung-Ju Übergangsregelungen in Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Diss. Hannover 1996.

Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht : ein Lehr- und Handbuch, Heidelberg, 2012.

Bethge, Herbert, Die Grenzen grundrechtlicher Subjektivierung objektiven Verfassungsrechts, in: FS für Josef Isensee, Staat im Wort, Heidelberg 2007. S. 613 ff.

Bethge, Herbert, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG 52. EL September 2017, § 90.

Blüggel, Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das

- Bundesverfassungsgericht, Berlin, 1998.
- Borowski, M., Grundrechte als Prinzip, 2. Aufl., 2007.
- Calliess, Christian, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, JZ 2006, S. 321 ff.
- Calliess, Christian, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001.
- Canaris, C.-W., Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, S. 161 ff.
- Detterbeck, Steffen, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht, 1995.
- Detterbeck, Steffen, Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG auch bei normativem Unterlassen?, DÖV 1990, S. 858 ff.
- Di Fabio, Udo, Rechtsfragen zu unerkannten Gesundheitsrisiken elektromagnetischer Felder, DÖV 1995, S. 1 ff.
- Dietlein, J., Das Untermaßverbot, ZG 1995, S. 131 ff.
- Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005.
- Dietz, Martin, Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen, Frankfurt am Main, 2011.
- Drath, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 1976.
- Erichsen, H.-U., Grundrechtliche Schutzpflicht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Jura 1997, S. 85 ff.
- Erichsen, H.-U., in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), HtSR, VI, 1989, § 152.
- Führ, Martin, Lärmwirkungsforschung - Konsequenzen für das Verwaltungshandeln und dessen gerichtliche Kontrolle, UPR 2017, S. 411 ff.
- Gerhardt, Michael, Probleme des gesetzgeberischen Unterlassens in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bericht des

- Bundesverfassungsgerichts für die XIV. Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte 2008.
- Grünwald, Zur verfassungsrechtlichen Problematik der rückwirkenden Änderung von Verjährungsvorschriften, MDR 1965.
- Gusy, Christoph, Die Verfassungsbeschwerde, 1988.
- Hain, Karl-Eberhard, Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot?, DVBL. 1993, S. 982 ff.
- Herter, Wilfried, Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Steuergesetze : eine Untersuchung zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen und den Folgen für das Steuerverfahren, Frankfurt am Main [u.a.], 1995.
- Hermes, G., Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987.
- Hesse, K., Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers, in: FS Mahrenholz, 1984, S. 547 ff.
- Hillgruber, Christain /Goos, Christoph, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., 2015.
- H. Lechner/R. Zuck, Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2011, § 90.
- Ipsen, Jörn, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980.
- Isensee, Josef, Die Grundrechte als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), HtSR, V, § 117.
- Jahn/Krehl/Löffelmann/Güntge, Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen, 2. Aufl., Heidelberg 2017.
- Jülicher, Friedrich, Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen, Berlin 1972.
- Klein, H. H., Die grundlegende Schutzpflicht, DVBl. 1994, S. 445 ff.
- Kirchhof, Paul, Annäherung an das Recht, in: Der Staat im Recht. - Berlin, 2013, S. 157 ff.
- Lechner/Zuck, BVerfGG. Kommentar, 6. Aufl., 2012.

Lechner, Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassen des Gesetzgebers, NJW 1955, S. 1817 ff.

Lenz, Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Handkommentar, 2012.

Lenz, Christofer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Aufl., 2015, § 90.

Limbach, Das Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl., 2010.

Maunz, Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Kommentar, 2015.

Maunz/Schmid-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG § 90, 52. El. September 2017.

Maunz/Schmid-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG § 90, 53. El. Februar 2018.

Maurer, Hartmut, Die Rechtsfolgen der Nichtigerklärung von Gesetzen, 1964.

Möstl, Markus, Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflichten, DÖV 1998, S. 1019 ff.

Osterloh, Art. 3 GG, in: Sachs(Hrsg.), GG, 2014

Papier, H.-J., in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, Stand 2018, Art. 34.

Pestalozza, Christian, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., 1991.

Hein, Peter E., Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht, 1988.

Riechelmann, F., Rechtssicherheit als Freiheitsschutz. Struktur des verfassungsrechtlichen Bestandsschutzes, 2009.

Ruppert/Schorkopf/Henke, BVerfGG, 2015, § 90.

Sachs, Michael, Grundgesetz Kommentar, 1999.

Sachs, Michael, Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen, 1977.

Sachs, Michael, Grundrechte: Schutzpflicht zur Zwangsbehandlung, JuS 2016, S. 1147 ff.

Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 2015.

Schmidt, W., Die Freiheit vor dem Gesetz zur Auslegung des Art. 2 Abs. 1 des - Grundgesetzes, AöR 91(1966), S. 42 ff.

Schmidt-Bleibtreu, Bruno, Kommentierung des § 90 BVerfGG, in:

- Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Bd. II, 1997.
- Scholz, R., Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des BVerfG, AöR 100(1976), S. 95 ff.
- Schwabe, J., Mißdeutungen um das Elfes-Urteil, DÖV 1973, S. 625 ff.
- Schweda, Joachim, Nicht erfüllte Aufträge des Verfassungsgebers an den Gesetzgeber, insbesondere diejenigen im Bonner Grundgesetz, Diss. Uni. Münster 1966.
- Schwindt, Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte, 2014.
- Seiwerth, Jakob, Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen, Berlin 1962.
- Sennekamp, Heusch/Christoph, Kommentierung des § 93 BVerfGG, in: Umbach/Clemens/Dollinger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2005, § 93.
- Seufert, Leo, Die nicht erfüllten Gesetzgebungsgebote des Grundgesetzes und ihre verfassungsgerichtliche Durchsetzung, Diss. Uni, Würzburg 1969.
- Seufert, W., Die Verfassungsbeschwerde in der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Das Bundesverfassungsgericht 1951–1971. S. 161ff.
- Simons, C., Grundrechte und Gestaltungsspielraum. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Prüfungsinstrumentarium von Bundesverfassungsgericht und US-amerikanischem Supreme Court bei der Normenkontrolle, 1999.
- Starck, Christian(Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Zweiter Band, Verfassungsauslegung, 1976.
- Starck, Christian, Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen

- menschlichen Lebens, JZ 1983, S. 817 ff.
- Starck, Christian, in: Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Mitarbeiterkommentar, 2. Aufl., 2005, § 95.
- Stark, Philipp, in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), BVerfGG, 2. Aufl., 2005, § 95.
- Stern, K., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 11/2, 1994.
- Träger, E.: Zum Umfang von Prüfungsbefugnis und Prüfungspflicht des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsbeschwerde-Verfahren, FS für Willi Geiger, 1989.
- Unruh, P., Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996.
- Voßkuhle, Andreas, Kommentierung des Art. 93 GG, in: v. Mangoldt/Klein/Stark, GG III, 2005, Art. 93.
- Walecki, Rainer, Die Normsetzungspflicht des Gesetzgebers und ihre Erzwingbarkeit, Diss. Uni. Würzburg 1972.
- Walter, GG Art 93, in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 84. EL August 2018
- Wessel, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde, DVBl. 1952, S. 161 ff.
- Willers, Verfassungsgerichtliche Übergangsfristen im Mehrebenensystem: Am Beispiel der Sportwetten, Berlin, 2011.
- Winkler, Zeit und Recht. Kritische Anmerkungen zur Zeitgebundenheit des Rechts und des Rechtsdenkens (Forschungen aus Staat und Recht 100), 1995.
- Wroblewski, Die Unvereinbarerklärung mit Weitergeltungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts und das Strafrecht : eine Untersuchung zur Strafbarkeit auf Grundlage verfassungswidrigen Rechts unter Berücksichtigung der bisherigen Anwendungsfälle der §§ 370 AO und 284 StGB, 2016.
- Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 1994.
- Zuck, R., Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 1988.

Zuck, R., Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 5. Aufl., 2017.

## 2. 미국

Abernathy, Cases and Materials on Civil Rights and Constitutional Litigation, (5th ed. 2011).

Chemerinsky, Constitutional Law: Principles and Policies, (5th ed, 2015).

Eskridge Jr., Frickey & Garrett, Legislation and Statutory Interpretation, (2nd ed. 2007).

Eskridge Jr., Frickey, Garrett & Brudney, Cases and Materials on Legislation and Regulation: Statutes and the Creation of Public Policy, (5th ed. 2014).

Jellum, Mastering Statutory Interpretation, (2nd ed. 2013).

Lawson, Federal Administrative Law, (7th ed. 2015).

Popper, McKee, Varona, Harter, Niles & Pasquale, Administrative Law: A Contemporary Approach, (3rd ed. 2016).

Ricks & Tenenbaum, Current Issues in Constitutional Litigation: A Context and Practice Casebook, (2nd ed. 2015).

Scalia & Garner, Reading Law: The Interpretation of Legal Texts, (1th ed. 2012).

Stone, Seidman, Sunstein, Tushnet & Karlan, Constitutional Law, (7th ed. 2013).

Tribe, American Constitutional Law, (2nd ed. 1988).

Wasserman, Understanding Civil Rights Litigation, (LexisNexis, 2013).

BLACK'S LAW DICTIONARY, (4th pocket ed. 2011).

Barker, "*Constitutional Litigation: Procedural Protections of Constitutionalism in the Americas and Beyond*", 49 Duq. L. Rev. 129 (2011).

Graber, "*Judicial Supremacy Revisited: Independent Constitutional Authority in American Constitutional Law and Practice*", 58 Wm. & Mary L. Rev. 1549 (2017).



Marshall, *The Limits on Congress's Power to Do Nothing: A Preliminary Inquiry*, 93 Ind. L.J. 159, 165 (2018).

Pierce, Jr., *Rulemaking and the Administrative Procedure Act*, 32 Tulsa L.J. 185, 191(1996).

Verstraelen, *Constitutional Dialogue in the Case of Legislative Omissions: Who Fills the Legislative Gap?* Utrecht Law Review. Vol. 14, 1(2018).

## 연구자 약력

### **방 승 주: 제1장, 제2장, 제6장 책임집필**

고려대학교 법과대학(법학사)

고려대학교 대학원 법학과(법학석사)

독일 Phillips-Universität Marburg L.L.M.

독일 Leibniz Universität Hannover Dr. jur.(법학박사)

전 헌법재판소 헌법연구원

현 국회입법지원위원회 위원

현 한양대학교 법학전문대학원 교수

### **정 대 호: 제4장 책임집필**

고려대학교 법과대학(법학사)

고려대학교 대학원 법학과(법학석사)

독일 Universität Regensburg 헌법학 Dr. jur.(법학박사)

전 헌법재판소 헌법연구위원

전 국회 개헌특별위원회 자문위원

전 대통령 국민개헌자문위원회 위원

현 경희대학교 법학전문대학원 교수

### **홍 일 선: 제3장 책임집필**

국민대학교 정치외교학과(정치외교학사)

고려대학교 대학원 법학과(법학석사)

독일 Freie Universität Berlin Dr. jur.(법학박사)

전 헌법재판소 헌법연구원

현 독일 헤어베르트 크뤼거 재단 비교헌법학회 회원

현 한림대학교 법학과 교수

**김 영 진: 제5장 책임집필**

서울대학교 법과대학(법학사)

서울대학교 대학원 법학과(법학석사)

서울대학교 대학원 법학과 박사과정 수료

미국 University of Wisconsin-Madison S.J.D.(법학박사)

전 한국법제연구원 부연구위원

현 인천대학교 법학부 교수



판 권

소 유

---

헌법재판연구 제29권

공권력의 불행사에 대한  
헌법소원심판구조 연구

---

---

2018년 12월 21일 인쇄

2018년 12월 24일 발행

발행처 **헌법재판소**

서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전화: (代) 708-3456

인 쇄 경성문화사

---

---

(비매품)