

입법부작위에 대한 헌법소원심판에 관한 일고찰 - 1994. 12. 29. 89헌마2 결정과 관련하여 -

한 병 호*

Verfassungsbeschwerde gegen Gesetzgeberisches Unterlassen.
- Die Problematik der Entscheidung des Verfassungsgerichts vom 29. 12. 1994. -

Byung-ho Han

I. 서 론

입법부작위에 의한 기본권침해의 구체문제가 우리나라의 헌법학에서 이론적으로 논의되기 시작한 것은 이미 오래전의 일이지만, 그것이 현실의 법제도로써 정착된 것은 1988년에 시행된 현행헌법과 그에 따라 1988년에 제정된 헌법재판소법에 의하여 헌법소원심판제도가 확립되면서부터라고 할 수 있다. 현행헌법은 제111조 제1항에서 헌법재판소의 관장사항의 하나로서 “법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판”을 규정하고, 그것을 구체화한 헌법재판소법은 제68조 제1항에서 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다”고 규정하고 있는데, “공권력의 ... 불행사”라는 개념범주에는 입법권의 불행사를 뜻하는 입법부작위도 포함되기 때문이다. 실제로 헌법재판소도 그 활동초기부터 입법부작위가 헌법소원심판의 대상이 될 수 있다는 점을 명백하게 밝혀 왔다¹⁾.

그런데 입법부작위에 대한 헌법소원심판이 허용됨으로써 입법부작위에 의한 기본권침해의 구체가 제도화되었음에도 불구하고, 입법부작위에 대한 헌법소원심판청구사건들은 대부분 요건심리단계에서 부적합한 것으로 판단되어 각하당하고 있는 실정이다. 그것은 헌법소원심판의 대상으로서의 입법부작위의 성립요건이 매우 엄격하기 때문이다. 우선, 헌법재판소는 헌법의 명문규정에 의한 또

* 한국해양대학교 부교수

1) 1989. 3. 17. 88헌마1 결정(헌판집 1, 16쪽 이하)에서 헌법재판소는, 입법행위의 소구청구권은 원칙적으로 인정될 수 없으나, “헌법에서 기본권보장을 위해 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이를 이행하지 않을 때, 그리고 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 전혀 아무런 입법조치를 취하고 있지 않은 경우”에는 입법부작위가 헌법소원의 대상이 된다고 판시하고 있다.

는 헌법해석에 의한 입법의무의 존재를 헌법소원심판의 대상이 되는 입법부작위 개념의 구성요소로 삼고 있다. 그 결과, 헌법상의 입법의무가 존재하지 않으면 입법부작위도 존재하지 않으므로, 존재하지 않는 행위인 입법부작위에 대한 헌법소원심판청구는 부적법한 것으로서 허용될 수 없다는 것이다. 다음으로, 헌법재판소는 헌법상 입법의무가 존재하는 경우도 입법부작위에 대한 헌법소원심판과 관련해서는 두 가지로 구분하여 다르게 취급하고 있다. 하나는 입법의무를 전혀 이행하고 있지 않은 경우(완전불이행)로서, 헌법재판소는 이러한 이른바 진정입법부작위만이 헌법소원심판의 대상으로서의 입법부작위에 해당한다고 한다. 다른 하나는 입법의무를 불완전하게나마 이행하고 있는 경우(불완전이행)로서, 헌법재판소는 이러한 이른바 부진정입법부작위의 경우에는 입법부작위가 아니라 불완전입법의 산물인 법령을 대상으로 헌법소원심판을 청구해야 한다고 한다. 그런데 이러한 이른바 부진정입법부작위의 경우에는 법령에 대한 헌법소원심판에서 일반적으로 인정되는 청구기간의 제한²⁾을 받는다고 한다. 이것은 청구기간의 제한을 전혀 받지 않는 진정입법부작위의 경우와 비교한다면 청구인에게 엄청난 제약이 아닐 수 없다.

그런데 그 동안 두 개의 사건에서 입법부작위에 대한 헌법소원심판청구가 그 어려운 관문을 뚫고서 본안에 관한 판단을 받았고, 헌법재판소는 그 청구를 인용하여 입법부작위의 위헌확인결정을 내렸다. 1994년 12월 29일에 선고된 조선철도(주) 주식의 보상금청구에 관한 헌법소원사건의 결정³⁾과 1998년 7월 16일에 선고된 치과전문의 자격시험 불 실시 위헌확인 등에 관한 헌법소원사건의 결정⁴⁾이 바로 그것이다. 이들 두 사건에서 모두 이른바 진정입법부작위의 존재를 인정하고 본안판단 후 인용(입법부작위의 위헌확인)결정을 내렸던 것이다⁵⁾. 이 두 사건에서의 헌법재판소 결정은 입법부작위에 대한 헌법소원심판청구를 인용한 결정이라는 점에서 획기적인 것이라고 할 수 있다. 또한 이러한 인용결정을 통하여 입법부작위를 대상으로 하는 헌법소원심판에 대한 헌법재판소의 견해의 전체적인 면모를 이해할 수 있다는 점에서도 의미가 크다고 할 수 있다. 그러나 다른 한편으로는 이들 두 인용결정은 입법부작위에 대한 헌법소원심판에서의 헌법재판소의 일관된 견해가 과연 그대로 유지되고 있는가, 또는 헌법재판소의 그러한 견해가 과연 타당한 것인가를 가늠해 보는 데에도 중요한 시금석이 될 수 있다고 생각한다. 아래에서는 그러한 관점에서 이들 두 가지 사건 중 조선철도(주) 주식의

2) 헌법재판소법은 제69조 제1항에서 헌법소원심판의 청구기간을 “그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내”, “그 사유가 있는 날로부터 180일 이내”로 규정하고 있는데, 헌법재판소는 법령에 대한 헌법소원심판에서의 청구기간의 기산점인 “그 사유가 있는 날”을 원칙적으로 법령시행일로 보고 있다. 1990. 6.25. 89헌마220(헌판집 2, 200쪽 이하); 1990. 10. 8. 89헌마 89(헌판집 2, 332쪽 이하); 1992. 4. 14. 89헌마136(헌판집 4, 179쪽 이하); 1996. 2. 29. 94헌마213(헌판집 8-1, 147쪽 이하); 1996. 3. 28. 93헌마198(헌판집 8-1, 241쪽 이하) 등 참조.

3) 1994. 12. 29. 89헌마2(헌판집 6-2, 395쪽 이하).

4) 1998. 7. 16. 96헌마246.

5) 다만, 1994. 12. 29. 89헌마2 사건에서는 행정부작위의 위헌확인과 법률의 위헌확인도 선택적으로 청구되었으나, 선택적 청구 중 하나(입법부작위의 위헌확인청구)가 이유있다고 하여 나머지 선택적 청구는 더 이상 살필 필요도 없다고 하였다. 또한 1998. 7. 16. 96헌마246(치과전문의 자격시험 불 실시 위헌확인 등) 사건에서는 보건복지부장관의 입법부작위에 대해서만 청구가 인용되고, 보건복지부장관의 나머지 부작위(스스로 치과전문의 자격시험을 실시하지 아니하는 부작위 그리고 대한치과의사협회로 하여금 치과전문의 자격시험을 실시하도록 지시하지 아니하는 부작위)와 대한치과의사협회의 부작위(치과전문의 자격시험을 실시하지 아니하는 부작위)에 대한 청구는 자기관련성의 결여를 이유로 각하되었다.

보상금청구에 관한 헌법소원사건에서의 헌법재판소의 결정을 대상으로 그 타당성 여부를 비판적으로 분석·평가해 보기로 한다⁶⁾.

II. 사건개요 및 헌법재판소의 결정의 내용

1. 사건개요 및 심판대상

1) 사건개요

1946년 5월 군정법령(제75호 “조선철도의 통일”)은 사설철도를 완전국영체제로 만들기 위하여 조선철도(주)·경남철도(주)·경춘철도(주) 등의 사설철도회사의 전재산을 공용수용하고 재산권자에게는 적당한 보상을 지급하도록 하였다. 그리고 보상청구권자는 소정기일 내에 보상청구서와 관련증거를 소관행정청(운수부장)에게 제출하도록 하고, 그러지 않으면 모든 권리를 포기한 것으로 간주하도록 하였다. 이에 조선철도(주)의 주식을 소유하고 있던 대한금융조합연합회는 이 군정법령에 따라 적법하게 보상청구서를 제출하였으나, 6.25 전쟁으로 위 공용수용으로 인한 보상의 관계서류가 소실되어 버렸다. 그 후 1961년 2월 교통부 장관이 사설철도회사의 주주의 등록을 공고하자 대한금융조합연합회의 포괄승계인인 농협중앙회가 소정의 등록을 마쳤으며, 그 후 1961년 10월 주식 모두를 공개처분하면서 보상청구권도 함께 양도하였다. 그런데 1961년 12월 위 군정법령의 폐지법률(“조선철도의 통일 폐지 법률”)에 의하여 위 군정법령이 폐지되었고⁷⁾ 그 후 보상절차가 중단되자, 농협중앙회로부터 주식 및 보상청구권을 승계취득한 양수인은 국가를 상대로 한 보상청구권확인청구소송을 제기하여 1973년 3월 확정승소판결을 받았다. 그럼에도 불구하고 보상금지급은 계속 거절당했고, 1977년 12월 위 양수인으로부터 주식 및 보상청구권을 다시 양수한 이 사건 청구인이 1989년 1월 11일 헌법소원심판을 청구하였다.

2) 심판대상

청구인은 세 가지의 선택적 청구를 하였는데, 그에 따라 심판대상도 세 가지이다. 첫째는 군정법령 폐지 후 사설철도회사의 재산의 수용으로 인한 손실보상절차를 규정하는 법률을 제정하지 아니하는 입법부작위의 위헌확인이고, 둘째는 군정법령에 따른 보상금의 사정·확정절차⁸⁾를 취하지 아니하는 행정부작위의 위헌확인이며, 셋째는 위 군정법령폐지법률의 위헌확인이다.

- 6) 1998. 7. 16. 96헌마246(치과전문의 자격시험 불 실시 위헌확인 등) 결정은 행정입법부작위의 위헌확인청구를 인용한 것인데, 이 결정에 대한 분석·평가는 다음 기회로 미루기로 한다.
- 7) “조선철도의 통일 폐지법률”은 본문에서 군정법령 제75호(조선철도의 통일)를 폐지한다는 내용의 규정을 두고, 그 부칙에는 시행일에 관한 규정(공포한 날) 외에 “본법 시행전에 확정된 사설철도수용으로 인한 보상청구권은 본법의 시행에 의하여 영향을 받지 아니한다”는 경과규정을 두고 있다.
- 8) 위 군정법령(제4조 및 제5조)에 의하면, 사정위원회가 청구권의 심사, 필요한 검열과 조사, 회장장부 등의 관계증거의 분석과 평가사정을 거쳐 공정한 사정가격을 운수부장에게 신고하도록 하고, 보상금취득권자를 결정하도록 하며, 결정보상금을 받을 권리자 및 추천보상액을 확정하여 운수부장에게 보고하도록 한 반면에, 운수부장은 사정위원회 보고기록의 사정액을 수정하여 위원회의 재심을 명할 수 있도록 하였고, 보상액의 최종결정 후에는 보상증권을 교부하도록 되어 있다.

2. 헌법재판소의 결정 내용

1) 결정의 주문과 선택적 청구에 대한 판단

헌법재판소는, 위 군정법령에 의하여 수용된 사설철도회사의 재산권자로서 적법하게 보상청구서를 제출하여 “수용으로 인한 보상청구권을 포기하지 않은 것으로 확정된 자 또는 그 보상청구권을 승계취득한 자에 대하여 위 수용으로 인한 손실보상금을 지급하는 절차에 관한 법률을 제정하지 아니하는 입법부작위는 위헌임을 확인한다”는 취지로 주문을 결정하였다. 그리고 결정의 이유에 관해서는, 아래에서 보는 바와 같이 입법부작위의 위헌확인 청구부분에 대하여 먼저 살피고 그 청구 이유있다고 판단하면서, 나머지의 선택적 청구부분은 더 이상 살필 필요도 없이 심판청구를 이유있다고 판시하였다. 그 결과 이 결정의 주문은 입법부작위의 위헌확인 청구부분에 국한되고, 결정의 이유에 관한 판단도 입법부작위의 위헌확인 청구부분에 집중되어 있다.

2) 적법성 판단

이 사건의 결정에서 헌법재판소는 헌법소원심판청구의 적법성을 세 부분으로 나누어서 판단하고 있다.

첫째, 대상적격에 관해서는, 입법부작위에 대한 헌법소원에 대한 헌법재판소의 관례를 지적하면서⁹⁾, 이 사건의 입법부작위는 대상적격이 있다고 해석하고 있다. 그러면서도 구체적인 판단은 뒤의 본안 판단부분으로 미루고 있다.

둘째, 자기관련성에 관해서는, 위 군정법령에 따른 사설철도회사의 재산수용으로 인한 보상청구권 자에는 피수용재산의 소유자인 법인(사설철도회사)만이 아니라 사설철도회사의 주주도 포함되며, 다만 위 군정법령에 의한 보상청구권의 포기의체규정에 따라 “적법하게 보상신청서를 제출함으로써 보상청구권을 확정적으로 취득한 자 또는 그로부터 위 보상청구권을 승계취득한 자는 이 사건 입법부작위와 자기관련성이 있다”고 판단한다. 그리고 보상청구권의 양도행위의 적법성을 부인하는 이해관계기관의 의견은 손실보상청구권이 이론의 여지없이 양도가능한 채권이라는 이유로 배척한다. 또한 청구인이 진정한 보상청구권의 양수인인지 불분명하다는 이해관계기관의 의견에 대해서도, 사실문제 판단에 깊이 관여할 수 없는 헌법해석기관으로서의 헌법재판소의 지위 및 주관적 기본권보장과 객관적 헌법보장이라는 헌법소원의 기능을 들어, 권리귀속에 관한 다툼이 있을 경우에는 권리귀속에 대한 소명만으로 자기관련성 여부를 판단할 수 있다고 하면서, 이 사건 청구인은 대법원판결에 의하여 손실보상청구권의 존재를 확인받은 사람으로부터 그 청구권을 양수한 사실을 소명하고 있다는 이유로 자기관련성을 인정한다. 나아가 보상청구권의 시효소멸 주장에 대해서는 보상절차를 규정한 군정법령의 폐지로 그 이후 보상청구권을 행사할 수 없었다고 하면서 이 청구권의 소멸시효는

9) “입법부작위에 대한 헌법소원이 허용되나, 헌법에서 기본권보장을 위해 법령에 명시적으로 입법위임을 하였음에도 불구하고 입법자가 이를 이행하지 않고 있는 경우 또는 헌법해석상 특정인의 기본권을 보호하기 위한 국가의 입법의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 전혀 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 경우에 한하여 그 입법부작위가 헌법소원의 대상이 된다”는 것이 헌법재판소의 관례라고 지적하고 있다.

아직 진행하지도 않았다고 판단한다¹⁰⁾.

셋째, 청구기간에 관해서는, 헌법재판소법 제69조의 청구기간제한규정에도 불구하고, 공권력의 불행사는 공권력의 행사와는 달리 그 불행사가 계속되는 한 기본권침해의 부작용이 계속되므로, 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판은 그 불행사가 계속되는 한 청구기간의 제한을 받지 않는다고 한다.

3) 본안 판단

헌법재판소는 이 사건의 본안에 관한 판단에서, 군정법령에 의하여 수용이 이루어졌으나 군정법령 폐지법률의 제정 이후 위 수용에 대한 보상법률이 제정되지 않고 있고, 군정법령에 따른 보상청구권을 적법하게 승계 취득한 청구인에게 여태까지 어떠한 보상도 행해지지 않은 사실을 인정하면서, 이 사건의 쟁점을 다음과 같이 정리하고 있다. 즉, 청구인은 군정법령에 의한 재산수용 후 그 군정법령이 폐지됨으로써 보상절차가 중단되었는데도, 군정법령에 의하여 그 폐지 전에 이미 확정된 보상청구권을 행사할 수 있도록 보상절차에 관한 새로운 입법조치를 취하지 않은 것은 헌법 제23조에 위반되는 입법부작위라고 주장하는 데 반하여, 이해관계기관들은 군정법령이 폐지되었고 달리 보상절차를 규정한 법률이 없는 이상 보상의 내용과 범위가 구체적으로 확정되지 아니한 보상청구권에 불응하더라도 청구인의 재산권을 침해하는 것은 아니며 그와 같이 구체적으로 발생되지 아니한 보상청구권에 대해서는 보상의무가 없다는 취지로 주장하기 때문에, 이 사건의 쟁점은 헌법 제23조 제3항에 따라 수용 등을 할 경우에 그에 대한 보상을 실시하는 법률을 제정할 의무가 있는지 여부, 그리고 있다면 그 입법부작위가 위헌인지 여부라고 정리하고 있다.

첫째, 보상입법의 헌법상 입법의무 유무에 관하여, 헌법재판소는 공용수용 및 손실보상에 관한 역대헌법의 규정들을 검토한 다음, 우리 헌법이 제헌 이래 현재까지 재산권의 수용·사용·제한에 대한 보상을 지급하도록 규정하면서 이를 법률이 정하도록 위임하고 있다고 판단하여, 명시적인 입법 의무의 존재를 긍정하고 있다. 입법 의무의 유무는 군정법령 폐지법률의 제정 당시에 시행되던 헌법의 규정에 따라 판단하여야 한다는 이해관계기관의 주장에 대해서는, 입법위임 유무의 판단은 현행 헌법의 조항에 따라야 한다는 이유로 그것을 배척한다. 그리고 제5차 개정헌법은 수용 등에 관해서만 법률에 위임하고 있을 뿐 보상에 관해서는 법률에 위임한 바가 없다는 이해관계기관의 주장에 대해서도, 보상관련조항의 개정취지는 종전의 입법위임을 정면으로 부정하는 것이 아니라 다만 정당한 보상을 지급할 의무를 새로이 강조하는 데 있을 뿐이라는 이유로 그 주장을 배척한다. 이와 같이 공용수용 등에 의한 손실에 대한 보상에 관해서는 헌법상 명시적인 입법위임에 따른 입법의무가 존재한다고 판단한 다음, 헌법재판소는 이 사건의 경우를 구체적으로 검토하고 있다. 즉 대한민국헌법 제정 후에도 효력을 가졌던 군정법령에 의한 위 수용은 헌법 제23조 제3항의 “수용”에 해당하는데도, 군정법령에 의한 수용 후 그 보상절차가 이루어지지 않은 단계에서 군정법령이 폐지됨으로써, 수용

10) 이러한 판단의 법적 근거로서 헌법재판소는 “소멸시효는 권리자가 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행된다”는 민법 제166조 제1항의 규정을 들고 있다.

에 따른 손실의 보상을 실시할 수 있는 절차를 규정하는 법률이 없는 상태가 계속 방치되고 있다고 한다. 그리하여, 대한민국 법률에 근거한 수용에 대해서는 그 보상에 관한 법률을 제정해야 할 입법자의 헌법상 명시적인 입법의무가 발생하였음에도 불구하고, 대한민국은 그 의무를 이행하지 않고 있다고 결론짓고 있다.

둘째, 이 사건 입법부작위가 위헌인지 여부에 관하여, 헌법재판소는 입법자의 형성자유 내지 입법제량을 이유로 입법의무의 불이행을 곧 위헌이라고 단정할 수는 없다고 먼저 전제하면서, 입법의무가 있음에도 불구하고 입법자가 입법을 하지 않기로 결의하거나 상당한 기간 내에 입법을 하지 않는 경우와 같이 입법제량의 한계를 넘는 경우에는 그 입법부작위가 위헌이라고 한다. 그런데 이 사건의 경우에는, 군정법령의 폐지로 보상절차에 관한 법률이 없게 되었는 데도, 군정법령에 의한 수용에 따른 손실보상청구권자에 대한 보상을 위한 입법조치가 30여년 동안이나 없었다는 점에서, 이 사건의 입법부작위는 입법자의 형성자유 한계를 넘은 것으로서, 손실보상청구권이 확정된 자의 재산권을 침해하여 위헌이라고 판단한다.

그런데, 헌법재판소는 이 사건의 입법부작위의 위헌을 판단하면서 앞에서 언급한 논거 외에도 예비적·보충적 논거를 하나 더 지적하고 있다. 즉 “가사 헌법에서 수용에 대한 손실보상절차를 규정하는 법령을 제정하도록 명시적인 입법위임을 한 것이 아니라 가정하더라도 특정인의 구체적 재산권을 보장하기 위하여 국가의 행위의무가 발생하였음이 명백한데, 국가가 그 행위의무를 불이행하고 있는 것은 위헌”이라고 한다. 헌법재판소는 그 구체적인 이유를 다음과 같이 논증하고 있다. 피수용 재산권자는 보상절차를 함께 규정하고 있던 군정법령이 정한 바에 따라 적법하게 보상청구서를 제출함으로써 군정법령에 따라 보상청구권을 포기하지 않는 것으로 확정받았으며, 청구인은 그러한 확정된 보상청구권을 승계취득한 것이라고 한다. 그런데 군정법령에 따른 보상금의 사정·확정절차가 개시되기 전에 군정법령이 폐지됨으로써 보상절차를 진행할 법령상 근거가 없어지게 됨으로써 보상청구권자 및 그 승계취득자는 보상금을 지급받을 수 없게 되었다는 것이다. 왜냐하면 군정법령 폐지법률은 이미 확정된 보상청구권의 존속만을 부칙에 규정했을 뿐, 보상금의 사정·확정·지급 절차에 관해서는 아무런 규정도 두지 않았다고 보기 때문이다. 그러나 이러한 확정된 보상청구권은 군정법령 폐지법을 시행 당시의 헌법하에서나 현행헌법하에서나 헌법상 보장된 재산권으로서, 군정법령에 의하여 구체화되고 군정법령 폐지법률도 그 존속을 보장하고 있는 권리임에도 불구하고, 보상절차에 관한 법률을 제정하지 않음으로써 이처럼 법령에 의하여 구체화된 헌법상 재산권(보상청구권)을 실현불가능상태로 방치하는 것은 제헌 이래의 헌법상 재산권보장규정에 명백히 반하는 것이라고 한다. 따라서 군정법령 폐지법률이 시행된 이후에는 군정법령상 구체화되었던 재산권을 보호하기 위하여 군정법령에서 인정한 보상의 기준과 내용에 따라 보상청구권의 실현절차를 규정하는 법률을 제정할 국가의 행위의무가 발생하였다고 보아야 한다는 것이다. 그럼에도 불구하고 30년이 넘도록 입법조치를 취하지 않은 것은 입법제량의 한계를 넘는 입법의무불이행으로서 헌법상 보장된 재산권을 침해하는 것이기 때문에 위헌이라고 한다.

끝으로, 집행가능할 정도로 내용과 범위가 확정된 구체적 보상청구권이 발생한 것이 아니라는 이

유로 국가의 보상입법의무를 부인하려는 이해관계기관의 주장에 대해서는, 이 사건의 보상청구권은 그 실행을 위하여 국가가 요구하는 일체의 절차를 마친 것이므로 그 자체 구체적 청구권이 발생된 것이고 그 내용과 범위는 보상입법에 의하여 비로소 확정될 수 있다는 이유를 들면서 그러한 주장을 배척한다.

III. 헌법재판소 결정의 의의와 그것에 대한 비판적 평가

1. 결정의 의의

조선철도(주) 주식의 손실보상금청구에 관한 헌법소원사건에서의 헌법재판소의 인용결정은 입법부작위에 대한 헌법소원심판청구를 인용하여 입법부작위의 위헌을 확인한 최초의 결정이다. 일찍이 헌법재판소가 입법부작위를 헌법소원심판의 대상으로서 인정해 왔지만, 그 동안에 있었던 입법부작위에 대한 다수의 헌법소원심판청구는 대부분의 경우에 입법의무가 존재하지 않는다는 이유로¹¹⁾ 또는 헌법소원심판의 대상으로서의 입법부작위(이른바 진정입법부작위)가 아니며 그리고 부진정입법부작위라고 볼 경우에는 청구기간의 경과를 이유로¹²⁾ 각하당했다. 그러한 사정을 감안할 때, 입법부작위에 대한 헌법소원심판청구를 본안판단까지 하고, 나아가 그 청구를 인용하여 입법부작위의 위헌을 확인한 것만으로도 이 사건의 헌법재판소 결정은 가히 획기적인 것이라고 아니할 수 없다¹³⁾. 또한 재판관의 전원일치의견에 의한 이 결정을 통하여 입법부작위에 대한 헌법소원심판절차에서의 헌법재판소의 태도를 전체적으로 파악할 수 있게 되었다는 점도 지적할 수 있다. 역설적일지라도 아래에서 보는 바와 같이 헌법재판소 결정에 대하여 비판적 분석을 가할 수 있는 것도 그 덕분이라고 볼 수 있다.

2. 결정에 대한 비판

1) 선택적 청구에 대한 판단

헌법재판소는 청구인이 청구한 입법부작위의 위헌확인, 또는 행정부작위의 위헌확인, 또는 군정법령 폐지법률의 위헌확인이라는 세 가지 선택적 청구 중에서 입법부작위의 위헌확인 청구를 이유있다고 판단함으로써 나머지 선택적 청구를 더 이상 살피지 않은 채 이 사건 헌법소원심판청구를 인용하였다. 이러한 헌법재판소의 판단은 그 자체로서는 의견상 아무런 문제가 없는 듯이 보인다. 선택적 청구가 허용되는 한, 선택적 청구 상호간에는 판단의 순서가 문제되지 않으며, 또한 선택적 청구 중

11) 예컨대 1998. 5. 28. 97헌마239 ; 1997. 7. 16. 97헌마143 ; 1996. 11. 28. 92헌마237 ; 1992. 12. 24. 90헌마174(헌관집 4, 930) ; 1991. 11. 25. 90헌마19(헌관집 3, 599) ; 1991. 9. 16. 89헌마163(헌관집 3, 505) ; 1989. 9. 29. 89헌마13(헌관집 1, 294) ; 1989. 7. 28. 89헌마1(헌관집 1, 157).

12) 예컨대, 1997. 3. 27. 94헌마235 ; 1996. 11. 28. 95헌마161 ; 1996. 11. 28. 93헌마258(헌관집 8-2, 636) ; 1996. 10. 31. 94헌마108(헌관집 8-2, 167) ; 1996. 6. 13. 95헌마115(헌관집 8-1, 516) ; 1993. 9.27. 89헌마248(헌관집 5-2, 284) ; 1993. 3. 11. 89헌마79(헌관집 5-1, 92)

13) 이석연, "입법부작위 헌법소원에서 헌법판단의 범위 - 헌법재판소 판례를 중심으로 -", 판례연구(서울지방변호사회) 1996. 1, 17쪽.

어느 하나만이라도 이유있다는 결론에 이른다면 나머지 선택적 청구에 대한 판단 여하와 관계 없이 청구는 인용되어야 할 것이기 때문이다. 그럼에도 불구하고 이 사건의 선택적 청구에 대한 헌법재판소의 판단에 대해서는 다음과 같은 의문이 제기된다.

첫째는 헌법재판소가 더 이상 살필 필요조차 없다고 본 나머지 청구는 헌법소원심판청구의 적법요건을 갖추고 있다고 보기 어렵지 않은가라는 점이다. 즉 군정법령에 따른 보상금의 사정·확정절차를 취하지 아니하는 행정부작위의 위헌확인 청구는 그 행정부작위가 행정심판법 및 행정소송법상의 부작위에 해당하는 한 이들 법률에 의한 구제절차(의무이행심판과 부작위위법확인소송)를 거치지 아니하여¹⁴⁾ 헌법소원심판의 보충성의 원칙을 위반하였고, 군정법령 폐지법률의 위헌확인 청구는 이미 청구기간을 넘긴 것으로 볼 수 있다¹⁵⁾. 이와 같이 본다면, 청구인의 선택적 청구 중 입법부작위의 위헌확인 청구만 남게 되고, 그것을 제외한 나머지 청구는 본안판단에는 들어갈 수 없는 부적법한 청구가 됨으로써, 선택적 청구는 본안에 관한 한 단일의 청구가 되어 버린다. 이와 같이 선택적 청구 중 일부만이 본안심리에 들어갈 수 있는 적법한 심판청구이고 나머지는 요건심리단계에서 부적법한 것으로 판단될 경우에는, 선택적 청구 전부에 대한 요건심리를 먼저하고 적법한 심판청구에 한하여 본안심리를 할 것인지, 아니면 인용판단이 나올 때까지 선택적 청구를 임의로 하나씩 선택하여 차례로 각각에 대해서 요건심리와 적법한 청구에 대한 본안심리를 할 것인지는 재고해 보아야 할 것이다.

둘째는, 이 사건 청구인의 선택적 청구가 손실보상청구권의 실현을 공통적인 목표로 삼고 있지만, 각 선택적 청구가 동일한 법률의 해석과 관련하여 상호저촉되는 해석에 의거하고 있다는 점이다. 행정부작위의 위헌확인 청구는 군정법령에 따른 보상금 사정·확정절차의 불이행을 문제삼는 것으로서, 군정법령 폐지법률의 시행에도 불구하고 이 사건에 관한 한 군정법령의 효력이 존속되고 있다는 해석에 입각해 있다. 그리고 군정법령 폐지법률의 위헌확인 청구는 이 폐지법률의 시행으로 군정법령이 일용 효력을 상실했으나, 이 사건에 관한 한 폐지법률이 위헌이므로 군정법령의 효력이 회복되어야 한다는 해석에 의거하고 있다. 그에 반해서 입법부작위의 위헌확인 청구는 군정법령 폐지법률의 시행으로 군정법령이 효력을 상실하였고, 그 결과 이 사건의 보상금 사정·확정절차에 관하여는 더 이상 근거법률이 존재하지 않는다는 해석에 기초하고 있다. 따라서 이들 세 가지 선택적 청구에서는 모두 군정법령 폐지법률의 해석 여하 및 그에 따른 군정법령의 효력 여하의 문제가 청구인의 주장에 따른 청구를 인용하기 위한 선결문제로 되어 있다고 볼 수 있다. 그리하여 설령 이들 선택적 청구가 의견상 모두 적법한 청구인 것처럼 가정한다 할지라도, 본안판단에서 그 중 어느 하나의 청구를 받아들이는 것은 나머지 다른 청구를 배척하는 결과를 초래할 것이다. 이와 같이 선택적 청구가 법률의 해석과 관련하여 상호모순적인 논리에 근거하고 있는 경우에는, 올바른 법률해석에 기초한 청구

14) 결정문상으로는 다른 구제절차를 거쳤는가에 관한 언급이 전혀 없다.

15) 청구인은 헌법재판소 발족일인 1988. 9. 19.부터 180일 이내, 그리고 철도청장으로부터 보상금지급 거절통지서를 받음으로써 기본권침해사유를 안 날인 1988. 12. 20.부터 60일 이내인 1989. 1. 11.에 헌법소원심판청구를 함으로써 청구기간을 준수하였다고 주장할지 모르나, 청구인은 헌법재판소 발족 이전부터 군정법령 폐지법률에 의한 기본권침해사유를 알고 있었으므로, 헌법재판소 발족일인 1988. 9. 19.부터 60일 이내에 심판청구를 했어야 했다. 한수웅, "입법부작위에 대한 헌법소원", 우재 이명구박사 화갑기념논문집[II], 현대헌법학이론(고시연구사, 1996), 710쪽.

를 우선적으로 판단하면서 그것과 배치되는 나머지 주장을 배척함이 옳지 않을까 한다¹⁶⁾.

셋째는 기본권침해행위의 특징과 관련된 문제이다. 헌법소원심판을 청구할 때에는 기본권을 침해하는 공권력의 행사 또는 불행사를 특정하여야 하는데, 이와 같이 기본권침해행위를 특정할 때에는 자신의 기본권을 직접 침해하는 행위를 특정해야만 심판청구가 적법하게 된다(기본권침해의 직접성). 그런데 이 사건 청구인은 선택적 청구를 하면서, 기본권침해행위로서는 선택적으로 입법부작위 또는 행정부작위 또는 군정법령 폐지법률의 제정·시행이라는 세 가지 행위를 특정했다고 볼 수 있다. 물론 이와 같이 특정된 기본권침해행위들은 각각 그 자체로서는 일반적으로 기본권을 직접 침해하는 행위가 될 수 있는 것들이다. 그러나 군정법령 폐지법률의 시행으로 보상금 사정·확정절차의 근거법령이 없다는 이유로 손실보상절차를 이행하지 않고 있는 바로 이 사건의 경우에는, 청구인이 선택적으로 특정한 세 가지 기본권침해행위가 모두 경합하여 청구인의 기본권을 직접 침해하는 행위일 수 있으리라고 볼 수는 없다. 오히려 그 세 가지 침해행위 중 어느 하나가 청구인의 기본권을 직접 침해하는 행위로 판명되는 경우에는, 나머지의 행위는 청구인의 기본권에 대한 직접적인 침해행위가 아닌 것으로 판단될 것이다¹⁷⁾. 따라서 이 사건의 선택적 청구에 대해서는 요건심리 단계에서 청구인의 기본권을 직접 침해하는 행위를 확인하여, 직접적 침해행위에 대한 심판청구를 제외한 나머지 청구는 부적법한 것으로 판단함이 옳다고 본다.

2) 입법부작위의 존재 여부에 관한 판단

헌법재판소는 헌법소원심판대상으로서의 입법부작위를 이른바 진정입법부작위에 국한하고 있다. 구체적 입법의무의 존재와 그러한 입법의무의 전면적 불이행을 그 개념적 구성요소로 하는 진정입법부작위가 아닌 경우, 즉 입법의무의 부존재 또는 입법의무의 불완전이행의 경우에는 입법부작위에 대한 헌법소원심판청구는 부적법한 것으로 판단하고 있다. 입법의무가 존재하지 않는 경우에는 입법부작위가 존재할 수 없기 때문에, 존재하지 않는 행위에 대한 헌법소원심판청구는 허용될 수 없다는 논리가 작용하고 있는 것으로 보인다. 또한 이른바 부진정입법부작위의 경우, 즉 입법의무가 존재하나 그것을 불완전이행하고 있는 경우에는, 입법부작위를 대상으로 하여 헌법소원심판을 청구할 것이 아니라 입법의무의 불완전이행(즉 불완전입법)의 산물인 불완전한 법률 그 자체를 대상으로 하여 헌법소원심판을 청구해야 한다고 보고 있는데, 이러한 판단에는 불완전입법의 경우에는 입법부작위에 의해서가 아니라 입법행위의 불완전성(잘못)에 의해서 기본권이 침해되는 것이라는 논리가 작용하

16) 헌법재판소는 법률의 해석에 관하여 법원이나 정부의 견해를 존중했다고 할지 모른다. 이 사건의 결정에서도 이해관계기관들은 군정법령 폐지법률의 시행으로 더이상 보상절차에 관한 근거법령이 없다는 주장을 하였는데, 헌법재판소도 이러한 주장내용과 동일한 판단에 따라 입법부작위를 인정하고 있다. 그러나 그것이 입법자를 존중하는 것인지는 의문이다. 폐지입법의 위헌성이 문제되고 이 사건의 결정에서처럼 입법부작위의 위헌성도 인정되기 때문이다.

17) 다만 뒤에서 보는 바와 같이, 군정법령 폐지법률이 위헌일지라도 그 폐지법률의 시행으로 말미암아 군정법령의 효력이 이 사건에서의 보상금지급절차와 관련해서도 확정적으로 상실되어 더이상 회복될 수 없고, 그것으로 인하여 야기된 헌법위반사태를 사후적으로나마 다시 시정할 입법의무가 새로이 발생한다면, 그러한 입법의무를 이행하지 않은 입법부작위를 또 하나의 독립적인 기본권침해행위라고 볼 수 있는 여지는 남아 있다.

고 있는 것으로 보인다¹⁸⁾.

헌법재판소의 이러한 기본입장에 의한다면, 이 사건의 경우에 입법부작위가 존재하기 위해서는 입법부작위의 존재 및 그러한 입법부작위의 전면적 불이행(즉 의무적 입법사항에 관한 법률의 부존재)이 긍정되어야 한다. 이에 따라 헌법재판소는, 기본적으로는 현행헌법 제23조 제3항이 공용수용으로 인한 손실보상에 관한 명시적 입법위임규정이라고 보고, 그러한 명시적 입법위임에 의거한 입법부작위의 존재를 인정하면서, 나아가 예비적 내지 보충적으로는 “가사 헌법에서 … 명시적인 입법위임을 한 것이 아니라 가정하더라도 … 국가의 행위의무가 발생하였음이 명백”하다고 하면서 헌법해석에 의한 입법부작위의 존재를 아울러 인정하고 있다. 그리고 헌법재판소는 입법부작위의 또 하나의 개념적 구성요소로 인식되는 입법부작위의 전면적 불이행(즉 의무적 입법사항에 관한 법률의 부존재)에 관해서는 군정법령 폐지법률의 제정·시행 이후로는 줄곧 군정법령에서와 같은 손실보상절차를 규정한 법률이 없었음을 들어 의무적 입법사항을 규정한 법률이 존재하지 않음을 인정하고 있다.

그런데, 헌법재판소가 이와 같이 헌법소원심판의 대상적격이 있다고 판단하는 이 사건의 입법부작위는 기이하게도 일반적으로 헌법소원심판의 대상으로서 헌법재판소가 인정하는 입법부작위(즉 이른바 진정입법부작위)와는 너무나 판이하다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 왜냐하면, 일반적으로 헌법재판소가 헌법소원심판청구의 대상으로 허용하는 이른바 진정입법부작위는 입법부작위에 관한 입법이 전혀 없는 경우에만 인정되는 데 반하여, 이 사건에서 헌법재판소가 인정한 입법부작위의 경우에는 입법부작위에 관한 입법이 전무하거나 커녕 두 번이나 있었고, 더구나 처음의 입법은 불완전입법으로조차 볼 수 없기 때문이다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소가 단지 헌법상 명시적 입법위임에 의한 또는 헌법해석에 의한 입법부작위의 존재 및 입법부작위에 관한 법률의 부존재라는 일반적인 기준에 의한 결과적인 현존상태의 판단만으로 이 사건의 입법부작위의 존재를 긍정하려는 것은 충분한 설득력을 지니기 어렵다.

우선 이 사건의 사실관계를 살펴 보기로 한다. “공용을 위하여 시설철도를 정부수습하에 통일함으로써 조선 내 철도운수를 완전한 국영체제로 발전시킴”을 목적으로 제정된 군정법령은 시설철도회사의 전재산을 공용수용(국유화)하고 그 대가로서 소정의 절차에 따라 “적당한 보상”을 지급하도록 규정하였다. 이에 피수용자는 군정법령에 따라 보상청구서를 제출함으로써¹⁹⁾ 군정법령에 따른 보상금의 사정·확정절차에 들어가게 되어 있었다. 그러나 대한민국 헌법제정과 정부수립 이후에도 군정법령²⁰⁾에

18) 김지형, “입법부작위에 관한 헌법문제 - 독일연방헌법재판소 판례이론의 검토와 함께 -”(상), 판례월보 1992. 5, 14쪽.

19) 군정법령에 의하면 보상청구권자가 보상청구서를 비롯한 관련증거를 소정기간 내에 제출하지 않으면 보상청구권을 포기한 것으로 간주하였다.

20) 이 군정법령은 1948년의 건국헌법 제100조에 의거하여 위헌이 아닌 한 효력을 계속 가지게 되었다. 참고로, 1948년의 건국헌법은 “공공필요에 의하여 국민의 재산권을 수용, 사용 또는 제한함은 법률이 정하는 바에 의하여 상당한 보상을 지급함으로써 행한다”(제15조 제3항), “중요한 운수, 통신, 금융, 보험, 전기, 수리, 수도, 가스 및 공공성을 가진 기업은 국영 또는 공영으로 한다”(제87조 제1항), “국방상 또는 국민경제상 긴절한 필요에 의하여 사영기업을 국유 또는 공유로 이전하거나 또는 그 경영을 통제, 관리함은 법률이 정하는 바에 의하여 행한다”(제88조), “제85조 내지 제88조에 의하여 특허를 취소하거나 권리를 수용, 사용 또는 제한하는 때에는 제15조 제3항의 규정을 준용한다”(제89조)고 규정하고 있었다.

의한 보상금 사정·확정절차가 종료되지 않은 상태에서 보상금 사정·확정절차를 규정한 군정법령을 폐지하는 법률이 제정·시행되었고, 그 이후에는 보상절차가 중단되었으며, 손실보상청구권의 존재를 확인하는 법원의 판결에도 불구하고 보상금의 지급은 보상금의 확정·지급에 관한 근거법령이 없다는 이유로 계속 거절당했다. 이러한 이 사건의 사실관계를 살펴 보면, 헌법재판소의 판단처럼 헌법상의 입법 의무의 존재를 긍정한다고 할지라도, 군정법령 폐지법률이 제정·시행될 때까지는 공용수용으로 인한 손실보상청구권을 침해하는 입법부작위의 존재는 전혀 상상할 수 없다. 공용수용과 더불어 손실보상절차를 규정한 합헌적인 군정법령이 있었고, 따라서 헌법재판소가 인정하는 바 헌법상 입법 의무가 완전히 행되었기 때문이다. 따라서 이러한 상태에서는 단지 군정법령에 의한 보상금 사정·확정절차의 불이행(이행지체)으로 인한 손실보상청구권침해의 위법을 인정할 수 있을 뿐이다.

그런데 이러한 입법 의무의 완전이행상태가 헌법재판소의 판단에 의하면 군정법령 폐지법률의 시행 이후에는 헌법상 입법 의무의 완전불이행상태로 바뀌었다는 것인데, 과연 그러한지는 군정법령 폐지법률의 내용에 달려 있다. 헌법재판소는 이 폐지법률의 시행으로 보상절차를 규율하는 법률이 없는 상태가 계속되고 있다고 보지만, 그렇다면 입법자는 군정법령 폐지법률의 제정이라는 적극적 입법을 통하여 이 사건의 보상절차에 관한 헌법상 입법 의무의 이행불능상태를 초래함으로써 이 사건의 손실보상청구권을 적극적으로 침해하였다고 볼 수 있다. 따라서 이 사건의 보상절차를 규율하는 법률의 부존재는 입법부작위의 개념요소인 입법행위부존재상태의 계속이 아니라 적극적 입법행위(군정법령 폐지법률의 제정)의 결과적 산물에 불과하다. 이와 같이 본다면 헌법소원심판청구는 마땅히 적극적 입법의 결과인 군정법령 폐지법률을 대상으로 삼아야 할 것이다²¹⁾. 입법 의무의 불완전이행에 따른 이른바 부진입법부작위의 경우에도 불완전입법의 산물인 법규를 대상으로 헌법소원심판청구를 해야 한다는 점을 고려한다면 합헌상태를 위헌상태로 바꾸는 적극적 입법의 경우에는 더 말할 나위도 없다고 볼 수 있다. 이에 대하여는, 법률의 일부폐지의 경우와는 달리 전부폐지의 경우에는 이른바 진정입법부작위로 보는 것이 타당하다고 하면서, 폐지법률의 위헌결정으로 그것에 의해 폐지된 종전의 법률이 그대로 되살아나는가와 관련하여 논란의 여지가 있고, 폐지된 종전의 법률이 되살아난다면 실질적인 의무이행심판이 되어 위헌확인심판으로서의 입법부작위에 대한 헌법소원심판의 성질과 조화되기 어렵다는 것을 그 이유로 드는 견해가 있다²²⁾. 물론 폐지법률의 위헌결정에는 헌법재판소법에 따라 원칙적으로 소급효가 인정되지 않으며²³⁾, 그와 같이 소급효가 인정되지 않는 한 폐지법률의 위헌결정으로 이미 그것에 의해 폐지된 법률이 일반적으로 폐지법률 시행 전의 상태로 효력을 당연히 원상회복한다고는 볼 수 없다²⁴⁾. 이와 같이 본다면 이 사건에서의 군정법령 폐지법률이

21) 전원배, “입법부작위에 대한 헌법소원”, 입법조사연구 1996. 12, 14쪽; 김지형, 앞글, 15쪽 이하; 한수용, 앞글, 709쪽.

22) 정종섭, “국회의 입법부작위에 대한 헌법소원심판제도”, 헌법재판의 이론과 실제, 금량 김철수 교수 화갑기념논문집(박영사, 1993), 466쪽.

23) 헌법재판소법 제47조 제2항에 따르면 위헌결정된 법률조항은 위헌결정일부터 효력을 상실하나, 다만 형벌조항은 소급하여 효력을 상실한다.

24) 이와 같이 법률의 위헌결정의 소급효가 없는 경우에는 이미 폐지된 법률이 위헌결정일부부터라도 원상회복된다면, 위헌결정된 폐지법률의 시행기간(그 시행일부부터 위헌결정일까지의 기간) 동안에는 그 폐지된 법률의 효력

위헌으로 결정된다고 하여도 군정법령이 원상회복되는 것은 아니라고 할 수 있다. 그러나 폐지법률이 위헌결정된다면, 이 사건의 경우처럼 이미 군정법령의 적용을 받은 사건에 대해서는 군정법령의 추급효가 인정될 수 있을 것이다. 또한 폐지법률의 단순위헌결정이 지니는 일반적인 문제점을 고려한다면 그러한 문제점을 피할 수 있는 헌법불합치결정을 고려해 볼 수도 있을 것이며, 나아가 이 사건에서는 군정법령 폐지법률의 경과규정에 대한 한정합헌 또는 한정위헌의 결정도 생각해 볼 수 있다. 따라서 폐지법률의 위헌결정의 효과로서 그것에 의해 폐지된 법률이 원상회복할 수 있는지의 난점을 이유로 폐지법률 자체를 다룰 수는 없고 단지 폐지입법의 결과적 현상을 입법부작위로 보아 입법부작위만을 다룰 수 있다고 하는 것²⁵⁾은 납득하기 어렵다²⁶⁾. 따라서 헌법재판소가 이 사건에서 입법부작위의 존재를 인정하기 위해서는, 단지 헌법상 입법의무가 존재하고 현재 그러한 입법의무사항에 관한 법률이 없다는 사실을 인정하는 것만으로는 부족하고, 입법의무가 어떠한 근거에 의하여 언제 발생했는가, 그리고 그에 따라 폐지입법과 입법부작위의 상호관계가 어떠한가를 논증해야 한다고 본다.

다른 한편으로는 헌법재판소의 판단처럼 군정법령 폐지법률의 시행으로 이 사건의 보상절차를 규율하는 법률이 없는 상태가 과연 초래되었는가도 재고해 보아야 한다. 왜냐하면 군정법령 폐지법률은 그 부칙에서 보상청구권의 효력에 관한 경과규정, 즉 “본법 시행전에 확정된 사설철도수용으로 인한 보상청구권은 본법의 시행에 의하여 영향을 받지 아니한다”라는 규정을 두고 있기 때문이다. 그런데 헌법재판소는 이러한 경과규정이 손실보상청구권의 존속만을 보장할 뿐이고 이 사건의 보상절차에 관한 군정법령의 효력의 존속을 보장하는 것은 아니라고 보고 있다. 더구나 정부의 이해관계기관들은, 군정법령 폐지법률의 시행에도 불구하고 그 경과규정에 의하여 존속이 보장되는 것은 이미 군정법령에 따라 보상액의 사정·확정절차를 마친(그리하여 보상금액이 확정된) 보상청구권에 국한된다고 주장한다. 그러나 이러한 해석에 따를 경우에는 앞에서 지적한 바와 같이 군정법령 폐지법률은 기본권(손실보상청구권)을 침해하는 위헌적인 법률이 되거나²⁷⁾, 그 경과규정이 무의미한 주의적 규정으로 전락해 버릴 것이다. 그렇다면 그 경과규정에 대한 다른 해석의 여지는 없음을 따져

의 공백상태가 초래된다. 그 반면에 형벌법률의 경우에는 그 위헌결정의 소급효가 인정되기 때문에 위헌결정된 형벌법률에 의해 폐지된 법률은 논리적으로는 당연히 처음부터 그 효력을 원상회복한다고 볼 수도 있다. 그러나 어떤 형벌법률이 이 사건에서와 같은 단순폐지(이 경우에는 문제의 소지가 별로 없다)가 아니라 대체입법을 통하여 폐지되는 경우에는, 그 대체입법의 위헌결정으로 그것에 의해 폐지된 법률의 효력이 당연히 원상회복한다고 보기에는 많은 문제가 있다. 예컨대, 대체입법의 일부조항의 위헌결정이 있는 경우, 또는 일부조항의 위헌으로 인한 대체입법 전부의 위헌결정이 있는 경우, 대체입법의 내용이 그것에 의해 폐지된 법률의 내용보다 일부분이나마 개선된 경우에 특히 그렇다. 아울러 대체입법의 위헌결정이 늦어질수록 그 위헌결정의 소급효로 인한 법적 혼란도 가중된다. 이와 같이 폐지법률의 위헌결정으로 그것에 의해 폐지된 법률의 원상회복이 불가능하거나 원상회복으로 인한 곤란한 법적 문제의 초래가 우려된다면, 그러한 난점을 피하기 위해서는 위헌으로 판단되는 폐지법률에 대해서 단순위헌결정이 아닌 헌법불합치결정을 내리는 방안을 고려해 볼 수 있을 것이다.

25) 이것은 결국 폐지법률의 입법 자체는 언제나 합헌이라는 결과를 초래한다.

26) 전원배, 앞글, 14쪽에서는 “개정법률에 대한 위헌결정의 효력 여하는 진정·부진정 입법부작위의 구분과는 별도로 권력분립원칙과 관련된 헌법재판권의 한계론과 관련하여 다시 논할 성질의 문제”라고 한다.

27) 물론 대체입법을 통하여 군정법령에서 정한 바와 유사한 합헌적인 법률이 군정법령의 폐지와 동시에 시행되었다면(그런 경우에는 실제로는 이 대체법률의 부칙에서 군정법령의 폐지가 규정되었을 것이다) 군정법령 폐지법률을 위헌이라고 할 수 없을 것이다.

불 필요가 있다. 이해관계기관들의 견해는 경과규정에서 말하는 “본법 시행전에 확정된 … 보상청구권”을 군정법령상의 보상절차(즉 보상액의 사정·확정과 보상증권의 교부)를 마친 보상청구권만을 의미한다고 주장한다. 그러나 이해관계기관들이 주장하는 그러한 보상청구권은 군정법령이 폐지된다고 하더라도 그 존속과 실현에 아무런 영향을 받지 않는 국가에 대한 보상증권상의 채권이기 때문에, 군정법령 폐지법률상의 경과규정은 무의미한 것이 되고 만다²⁸⁾. 이 경과규정이 의미있는 것은 오히려 군정법령에 따라 보상청구서를 제출함으로써 보상청구권을 포기하지 않은 것으로 확정된 그러한 보상청구권의 경우이다. 그렇다면 경과규정상의 “본법 시행전에 확정된 … 보상청구권”은, 헌법재판소의 판단에서도 그러하듯이, 군정법령 폐지법률 시행전에 군정법령에 따라 보상청구서를 제출함으로써 보상청구권을 포기하지 않은 것으로 확정된 보상청구권으로서 군정법령에 따른 보상절차(보상액의 사정·확정과 보상증권의 교부)를 완료하지 않은 보상청구권을 가리키는 것으로 볼 수 있을 것이다. 다음으로는 군정법령 폐지법률의 경과규정에 규정된 “본법의 시행에 의하여 영향을 받지 아니한다”라는 말의 의미를 되새겨 보아야 할 것이다. 이에 대해서 이해관계인들이나 헌법재판소는 이미 그 존재가 확정된 보상청구권의 “존속”만을 보장하는 것으로 이해하고 있다. 이러한 해석은, 그와 같은 경과규정 없이 군정법률을 단순폐지하는 경우에는 이미 존재하는 보상청구권도 소멸할 수 있다는 가정에 기초하고 있다고 볼 수 있다. 그러나 군정법령에 의하여 이미 발생하여 존재하게 된 보상청구권은 그것을 박탈하는 규정이 없이 단순히 군정법령을 폐지하는 것만으로 상실시킬 수 없다. 또한 이미 존재하는 보상청구권을 무조건 상실시키는 것은 위헌적인 권리 박탈 내지 재산권 몰수로서, 그것은 입법자에 의한 위헌적인 입법의 감행을 전제하지 않고서는 생각할 수 없는 것이다. 따라서 군정법령 폐지법률상의 경과규정이 의미있는 것이 되기 위해서는, “본법의 시행에 의하여 영향을 받지 아니한다”라는 말은 군정법률 폐지법률의 시행에 의한 군정법령 폐지효력의 적용을 받지 않는다는 의미로 이해해야 할 것이다. 그리하여 폐지법률의 경과규정의 법문은, “본법 시행 전에 확정된 … 보상청구권에 대해서는 본법의 효력이 미치지 아니한다”라는 의미로 바꾸어 표현될 수 있을 것이다. 이것은 곧 군정법령 폐지법률의 효력의 제한, 그리고 폐지되는 군정법령의 추급효의 인정을 의미한다. 그것은 일반적으로 경과규정이 지니는 특성에도 부합되는 것이기도 하다.

이와 같이 본다면, 경과규정의 해석 여하에 따라 군정법령 폐지법률이 위헌법률이 될 수도 있고 합헌적인 법률이 될 수도 있다는 것이 된다. 경과규정을 이미 존재하는 권리의 존속의 보장이라는 단순한 주의적 규정 내지 확인·선언규정에 불과한 것으로 해석함으로써 군정법령 폐지법률 자체가 위헌법률이 되게 할 것이나, 일반적인 경과규정의 특성에 부합되도록 군정법령 폐지법률의 효력을 제한하고 폐지되는 군정법령의 추급효를 인정하는 의미있는 내용규정으로 해석함으로써 군정법령 폐지법률이 합헌적인 법률이 되게 할 것이냐는 합헌적 법률해석의 원칙에 따른다면 자명한 결론에 이르게 된다. 이러한 합헌적 법률해석의 원칙에 따라 군정법령 폐지법률의 경과규정을 해석하는 한, 이해관계기관들이 주장하고 헌법재판소도 인정한 바와 같은 결론, 즉 군정법령 폐지법률의 시행 이후에

28) 이해관계기관들은 “우리 헌법상 재산권보장의 원칙에 따라 국가가 그 보상의무를 진다는 것을 확인·선언한 것일 뿐”이라고 하여 사실상 이를 시인하고 있다고 본다.

이 사건의 보상절차에 관한 근거법령이 없어졌다는 결론은 옳지 못하다. 군정법령은 그 폐지 이후에도 이 사건의 보상청구권에 관하여는 보상절차를 종료할 때까지 여전히 추급효를 지니고 있다고 보아야 하기 때문이다. 따라서 행정청이 군정법령의 폐지로 보상절차에 관한 근거법령이 없다는 이유를 들어 보상절차를 이행하지 않는 것은 군정법령에 따른 보상절차 이행의무를 위반한 행정부작위에 해당한다고 볼 수 있다. 이렇게 본다면 이 사건의 경우에는 입법부작위가 존재할 여지가 없고(헌법상 입법의무가 있다고 하더라도 그 입법의무는 이미 완전하게 이행되어 있다), 군정법령 폐지법률도 위헌이 아니며, 따라서 헌법소원심판은 행정부작위를 대상으로 청구해야 할 것이다²⁹⁾.

3) 입법부작위의 위헌성에 관한 판단

헌법재판소는 이 사건의 결정에서 입법의무의 불이행이 모두 위헌은 아니라고 하면서, 입법자의 형성자유 내지 입법재량에 따른 입법시기 결정의 자유를 그 이유로 들고 있다. 그리고 입법의무의 불이행이 위헌으로 인정되는 것은 입법을 하지 않기로 결의하거나 상당한 기간 내에 입법을 하지 않는 경우와 같이 입법재량의 한계를 넘는 경우에 한한다고 한다. 그에 따라 30여년간 입법의무 불이행상태를 방치한 이 사건의 입법부작위는 위헌이라는 결론을 내린다. 물론 입법의무가 아직 이행되고 있지 못하다고 하더라도, 입법의무의 명시적 이행거부가 없는 한 입법의무의 이행기간(즉 법정기간이 없는 한, 입법의무의 이행에 소요되는 합리적인 기간으로서의 상당한 기간) 내에는 그러한 입법의무의 미이행을 위헌이라고 할 수 없다. 의무이행기간 중에는 아직 그러한 미이행이 이행지체에까지 이르렀다고 볼 수 없을 것이기 때문이다.

그런데 헌법재판소는 입법의무의 이행기간의 문제를 입법자의 형성자유 내지 입법재량의 차원에서 취급하여 입법재량의 한계를 넘는 경우를 위헌이라고 한다. 물론 입법자에게 형성자유 내지 입법재량이 인정되는 일반적인 입법권 행사의 경우에는 형성자유 내지 입법재량의 일부로서 입법시기 결정의 자유가 인정된다고 할 수 있다. 그러나 구체적인 입법의무가 있는 사항의 경우에는 입법의무의 범위 내에서는 입법자에게 더 이상 형성자유 내지 입법재량이 인정되지 않는다. 이와 같이 형성자유 내지 입법재량이 인정되지 않는 입법의무사항의 경우에는 입법의무의 범위 내에서는 입법시기의 결정에 관해서도 더 이상 입법자의 재량권이 인정되지 않는다. 그럼에도 불구하고 입법의무 미이행상태가 상당한 기간을 경과한 경우에만 입법부작위를 위헌이라고 보는 것은 입법을 위한 준비로부터 입법절차의 종료에 이르기까지 입법과정에서 일반적으로 소요되는 합리적 기간이 입법의무의 이행을 위한 입법에서도 고려되어야 하기 때문이다. 따라서 당연히 입법의무의 이행기간 내에서는 입법의무의 미이행상태는 아직 입법의무의 이행지체라고 볼 수 없고, 따라서 위헌이라고 할 수 없다.

이와 같이 본다면, 입법의무사항의 경우에도 입법시기의 결정이 입법재량에 속하고 다만 입법재량의 한계를 넘는 때에만 위헌이 된다고 하는 헌법재판소의 판단은 불필요한 논리적 우회라고 할 수 있다. 이러한 주장에 대해서는, 상당한 기간 내에는 입법자가 입법의 시기를 자유로이 결정할 수 있으

²⁹⁾ 아울러 행정부작위의 위헌확인 청구가 인용될 수 있다면 그것은 이 사건에서처럼 입법부작위의 위헌확인 청구가 인용되는 것보다 청구인의 기본권실현이라는 점에서 훨씬 더 실효성을 지닐 것이다.

며, 그러한 한도 내에서는 입법시기의 결정에 관한 재량이 없다고 볼 수 없다고 할지 모른다. 물론 헌법재판소가 입법행위의 이행에 소요되는 상당한 기간을 판단할 때에는 입법과정에서 이론적으로 소요되리라고 예측되는 합리적인 최장기간을 상정해야 할 것이며, 그러한 기간에 비해서 실제로 입법행위의 이행을 위한 입법에 소요되는 기간은 더 짧을 수도 있다. 그것은 이론과 실제의 차이에 기인할 수도 있고³⁰⁾, 입법자에 대한 통제를 최소화하기 위한 사법적 자제에 기인할 수도 있다. 그러나 그것은 결코 입법행위의 입법시기의 결정에 관하여 입법자에게 재량권을 인정하기 때문이라고 볼 수는 없다. 그것은 행정상의 부작위의 판단에서도 처분의무 외에 상당한 기간이 고려되고 있음에서도 알 수 있다³¹⁾. 즉 재량권이 없는 기속행위의 경우에도 부작위를 판단하는 데 “상당한 기간”이라는 요소를 고려하고 있는데, 이것은 처분의무의 이행을 위한 처분시기의 결정에 관하여 행정청에 재량권이 인정되기 때문이라고는 볼 수 없다.

또한 헌법재판소는, 입법권행사에 관하여 일반적으로 입법자의 형성자유 내지 입법재량이 인정되나 입법행위의무는 입법재량의 한계를 넘는 것이며, 마찬가지로 논리로 입법시기의 결정에 관해서도 일반적인 형성자유 내지 입법재량이 인정되나 입법행위의무의 경우에는 상당한 기간을 넘긴 때에만 입법재량의 한계를 넘는 것이라고 항변할지 모른다. 그러나 입법자의 형성자유 내지 입법재량의 유무는 입법사항별로 개별적으로 판단할 문제이지, 입법사항 전체를 두고서 대부분은 입법재량에 속하고 나머지는 입법재량의 한계에 속한다고 하는 식의 판단이 되어서는 안된다. 입법재량의 한계는 바로 입법재량에 속하는 입법사항에 관하여 다시 인정되어야 할 것이기 때문이다.

다른 한편, 헌법재판소는 상당한 기간의 경과 여부에 의하여 입법부작위의 위헌 여부를 판단하면서 또 하나의 판단을 덧붙이고 있다. 즉 헌법재판소는 이 사건의 본안판단을 세 부분으로 나누어 판단하고 있는데³²⁾, 그 중 두번째 부분인 입법부작위의 위헌 여부에 관한 판단 부분에서 “가사 헌법에서 ... 명시적인 입법위임을 한 것이 아니라 가정하더라도 특정인의 구체적 재산권을 보장하기 위한 국가의 행위의무가 발생하였음이 명백”하고 “그 행위의무를 불이행하고 있는 것은 위헌”이라는 판단과 그 이유를 실시하고 있다. 그런데 이러한 판단 부분에 관해서는 다음과 같은 문제점을 지적할 수 있다.

첫째, 결정문의 구성체계상의 부적절성을 지적할 수 있다. 이 부분의 대부분은 국가의 행위(입법)의무의 존재를 논증하는 것인데, 그러한 내용은 본안판단의 첫번째 부분의 판단사항인 보상입법의 헌법상 입법행위의무의 유무에 관한 사항이고, 따라서 거기서 함께 검토될 사항이다. 입법행위의무의 유무와 입법부작위의 위헌 여부를 구분하여 판단하면서 헌법해석상 입법행위의무의 유무의 문제를 입법부작위

30) 가령, 소요기간의 계산에 포함된 고려사항이 실제로는 나타나지 않을 수도 있고, 입법자가 그것을 무시할 수도 있다. 또한 다양한 입법사항 중에서 입법자가 실제로 판단한 입법의 우선순위와 헌법재판소가 이론적으로 판단한 입법의 우선순위가 다를 수도 있다.

31) 행정심판법 제2조와 행정소송법 제2조에서는 부작위의 개념요소로서 당사자의 신청, 상당한 기간, 법률상 처분의무, 처분을 하지 않음을 들고 있다.

32) 즉 보상입법의 헌법상 입법행위의무 유무에 관한 판단, 이 사건 입법부작위가 위헌인지 여부에 관한 판단, 이해관계기관의 나머지 주장에 관한 판단 등 세 부분으로 나누어, 앞의 두 부분에서는 청구인의 주장을 인용하고 마지막 세번째 부분에서는 이해관계기관의 항변을 배척하고 있다.

의 위헌 여부에 관한 판단 부분에 다루는 것은 결정문의 구성체계상 일관성이 없다고 할 수 있다³³⁾.

둘째, 이 부분의 판단은 이론적으로도 심각한 문제가 있다. 비록 가정법이라는 하지만 헌법재판소는 명시적 입법위임의 유무에 관한 앞에서의 자신의 판단을 스스로 부정하고 있기 때문이다. 그리하여 헌법해석에 관한 자신의 유권적 판단에 대한 법적 확신의 결여 가능성을 스스로 인정함으로써 이 사건의 결정에 대한 신뢰도를 떨어뜨리고 있다고 볼 수 있다. 또한 헌법상 명시적 입법위임의 유무에 관한 판단이 옳다고 본다면, 헌법해석상 입법외부의 유무에 관한 이 부분에서의 판단은 불필요한 사족이 될 것이다. 그 반대로 헌법해석에 의한 입법외부의 발생 유무에 관한 판단이 꼭 필요했다면 명시적 입법위임에 의한 입법외부의 존재의 논증은 부적절한 것이라는 추정이 가능하게 된다. 이와 같이 본다면 헌법재판소가 하나의 사안에 관한 헌법해석에서 이중적 태도를 취한다고 볼 수 있는데, 최종적인 유권해석기관이 그러한 태도를 취하는 것은 옳지 못하다. 물론 이 사건의 헌법재판소의 결정에서처럼 명시적인 입법위임에 의한 입법외부의 유무와 헌법해석을 통한 입법외부의 유무에 관한 판단이 하나의 결정문에서 동시에 행해질 수 없다는 것은 아니다. 명시적 입법위임에 의한 입법외부의 존재가 부정되는 경우에는 당연히 헌법해석을 통한 입법외부의 유무가 판단되어야 할 것이다. 또한 명시적 입법위임에 의한 입법외부의 존재가 인정됨에도 불구하고 헌법해석을 통한 입법외부의 유무가 판단될 수 있는 경우로서는 서로 다른 복수의 입법부작위가 병존하는 경우를 상정해 볼 수 있을 것이다. 그러한 경우에는 헌법해석을 통하여 인정되는 입법외부가 명시적 입법위임에 의한 입법외부와는 별개의 것임을 합리적 논거에 의거해서 논증되어야 할 것이다³⁴⁾.

4) 입법외부 유무에 관한 판단

일반적으로 헌법재판소는 헌법소원심판의 대상으로서의 입법부작위에서는 입법외부의 존재가 필수적인 요소라고 보고 요건심리단계에서 입법외부의 유무를 판단하고 있다. 그리하여 이 사건의 결정에서도 적법성 판단의 일환으로 이 사건의 입법부작위의 대상적격을 판단하면서 대상적격이 있다고 결론짓고 있다. 그런데 입법부작위의 대상적격의 인정에 핵심적 요소인 입법외부의 존재에 관한 구체적인 판단내용은 본안판단으로 미루고 있다. 이렇게 보면 입법외부 유무라는 하나의 문제가 적법성 판단과 본안판단의 양쪽 모두에 관련된 사항이라는 결과를 초래한다. 더구나 헌법재판소는 이 사건의 결정의 본안판단에서, 한편으로는 입법부작위의 위헌 여부의 문제와는 별도로 명시적 입법위임에 따른 입법외부의 유무를 판단하면서, 다른 한편으로는 입법부작위의 위헌 여부에 관한 판단의 일부로서 헌법해석에 의한 입법외부의 유무를 판단하고 있다. 결국 헌법재판소는 입법외부의 유무에 관한 사항을 적법성 판단의 대상이자 본안판단의 대상으로 여길 뿐 아니라, 본안판단에서는 다시 입법부작위의 위헌 여부와는 별개 사항으로서 그리고 그와 동시에 위헌 여부의 일부 사항으로서 다루

33) 그렇다고 입법외부의 유무의 문제가 입법부작위의 위헌 여부의 판단에서 취급되어서는 안된다는 의미는 아니다. 이 사건의 결정에서도 입법외부의 유무의 문제가 심판청구의 적법성 판단에서, 본안판단 중 입법외부의 유무에 관한 판단과 입법부작위의 위헌 여부에 관한 판단에서 다루어지고 있다. 따라서 입법외부의 유무의 문제가 입법부작위에 대한 헌법소원심판에서 어떠한 지위를 가지는가는 면밀하게 재검토되어야 할 사항이다.

34) 그러나 결국 어느 하나에 의하여 청구가 인용될 수 있다면, 헌법해석에 의한 객관적 헌법질서의 유지라는 목적을 제외하고는 청구인의 청구와 관련해서는 구태여 이중의 입법외부의 논증은 불필요할 것이다.

고 있다고 볼 수 있다³⁵⁾. 그러나 하나의 사항이 심리절차상 여러 단계에서 반복적으로 심사되어야 할 것인가는 의문이다. 이 사건의 결정에서처럼 입법의무 유무의 사항을 여러 심리단계에서 중복해서 판단하는 것은 입법부작위에 대한 헌법소원심판절차에서 입법의무 유무의 판단이 차지하는 올바른 지위를 정립하지 못했기 때문이라고 볼 수 있다.

일반적으로 널리 부작위라는 개념은 어떤 특정의 행위를 하지 않는 것을 그 특정의 행위를 하는 것(작위)에 대비해서 부르는 것이다. 이러한 차원에서 부작위 개념은 작위의무의 존재를 전제하지 않으며, 부작위의 위법 여부에 관한 판단도 포함하고 있지 않다. 부작위가 위법성을 떨 수 있는 것은 그 부작위가 작위의무의 불이행으로서 인정되는 경우에 국한된다. 그러한 의미에서 본질적으로 작위의무는 부작위의 위법성의 요소라고 볼 수 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 작위의무는 부작위 개념의 구성요소로 파악하여 부작위의 성립요건으로 이해되는 것이 오히려 일반적이다. 행정쟁송법상의 심판대상이 되는 부작위가 그렇고, 헌법소원심판대상으로서의 입법부작위의 경우에도 일반적으로 그렇게 이해되고 있다³⁶⁾. 이와 같이 본질적으로는 부작위의 위법성의 요소라고 볼 수 있는 작위의무의 존재를 부작위의 성립요건으로 이해하는 경우에는 요건심리와 본안심리를 구별하는 심판절차에서는 어느 단계에서 작위의무 유무를 판단할 것인가라는 문제가 제기된다. 먼저 작위의무가 부작위의 성립요건이 아닌 위법성의 요소라고 보는 경우에는, 작위의무 유무는 일반적으로 심판대상인 부작위의 존재를 전제로 그 위법 여부와 관련하여 요건심리가 아닌 본안심리의 단계에서 판단되어야 할 것이다. 그렇지만 이 경우에도 작위의무 유무가 요건심리단계에서 전혀 판단될 수 없는 것은 아니다. 즉 청구인의 주장에 따를지라도 청구가 이유없음이 명백한 때에는 요건심리단계에서 그 청구를 각하하여 심판절차를 종료할 수 있을 것이기 때문이다. 따라서 청구인의 존재주장에 불구하고 작위의무의 부존재가 객관적으로 명백한 때에는 작위의무의 명백한 부존재를 이유로 요건심리단계에서 청구를 각하할 수는 있을 것이다. 다른 한편으로 작위의무가 부작위의 성립요건이라고 보는 경우에는, 작위의무 유무는 심판대상의 존재 여부에 관한 사항으로서 요건심리단계에서 판단되어야 할 것으로 보게 된다. 그리하여 작위의무가 없는 것으로 판단되는 경우에는 부작위가 존재하지 않는 것이 되고, 따라서 심판대상인 부작위의 부존재라는 이유만으로도 청구는 각하당할 것이다. 그 반면에 작위의무가 있는 것으로 판단하는 경우에는 다른 요건충족이 없는 한 부작위의 존재를 인정하는 것이 될 뿐만 아니라, 실질적으로는 그 부작위의 위법성의 개연성까지도 인정하는 것이 된다. 왜냐하면 본질적으로 작위의무는 부작위의 위법성의 요소로서 작위의무의 불이행은 부작위의 위법성의 징표로 받아들여질 것이기 때문이다³⁷⁾. 그러나 심판대상인 행위의 위법 여부가 본안판단의 주요쟁점이 되는 심판

35) 그 반면에 행정입법부작위의 위헌확인 청구를 인용한 1998. 7. 16. 96헌마246(치과전문의 자격시험 불 실시 위헌확인 등) 사건에서는 “행정입법의 작위의무”를 본안판단에서 다루고 있다.

36) 행정쟁송법상의 부작위의 경우에는 행정심판법과 행정소송법이 처분의무의 존재를 부작위의 개념요소로서 명시적으로 규정하고 있기 때문이지만, 헌법소원심판대상으로서의 입법부작위의 경우에는 명문규정이 없는 데도 그렇게 이해되고 있다.

37) 따라서 작위의무의 불이행을 정당화하는 사유가 없는 한 그 부작위는 위법으로 판단될 것이다. 행정입법부작위의 위헌확인 청구를 인용한 1998. 7. 16. 96헌마246 결정에서는 본안판단에서 행정입법 자체의 정당화사유에 관한 판단을 하고 있다. 그러한 의미에서 작위의무 불이행의 정당화사유는 형법상의 위법성조각사유에 비

절차에서 행위의 위법 여부에 관한 핵심적 요소를 요건심리단계에서 판단하는 것은 요건심리와 본안 심리를 구별하는 심판절차에서는 논리적으로는 부적절하다고 아니할 수 없다.

이와 같은 부작위 일반에 관한 사항은 입법부작위의 경우에도 그대로 나타난다. 그리하여 입법의무를 입법부작위의 개념적 요소로 이해하는 헌법재판소는 일반적으로 입법의무 유무를 심판청구의 적법성판단에서 심사하여 입법의무의 부존재를 심판청구의 각하사유로 삼아 왔다. 그런데 이 사건의 결정에서처럼 입법의무의 존재를 인정하는 경우에는 심판절차상 어느 단계에서 심사해야 할 것인가에 관하여 혼란을 겪고 있다고 볼 수 있다. 입법부작위의 성립요건으로 이해하는 헌법재판소의 견해에 비추어 본다면 입법의무 유무를 적법성 판단에서 심사해야 할 것 같고, 본질상 입법부작위의 위법요소라는 점에 비추어 본다면 그것을 본안판단에서 입법부작위의 위법 여부와 관련하여 심사해야 할 것 같기도 했을지 모른다. 그리하여 입법의무 유무라는 하나의 사항을 적법성판단과 본안판단 양쪽에서 동시에 심사했는지 모른다. 그런데 이러한 혼란은 본질적으로 입법부작위의 위법성의 요소인 입법의무의 존재를 입법부작위의 성립요건으로 파악한 데서 연유한다. 오히려 헌법재판소는 입법의무를 입법부작위의 위법요소로 파악하는 문제를 고려해 볼 일이다. 그리하여 입법의무 유무는 본질적으로는 본안판단의 대상으로 삼아야 할 것이다. 그러한 경우에도 입법의무의 명백한 부존재를 적법성판단에서 인정하여 청구를 각하할 수 있을 것이며, 실제로는 그러한 경우가 대부분일 것이다. 입법의무의 존재는 극히 예외적인 경우에만 인정되고, 따라서 도무지 입법의무의 발생근거가 될 수조차 없는 것을 논거로 입법의무의 존재를 주장하는 경우는 입법의무의 명백한 부존재로 인정될 수 있을 것이기 때문이다.

다른 한편으로, 헌법재판소는 이 사건의 결정에서 입법의무의 존재를 인정하는데, 주위적으로는 명시적 입법위임에 의한 입법의무의 존재를, 예비적·보충적으로는 헌법해석상의 입법의무의 존재를 인정하고 있다. 우선 명시적 입법위임 여부와 관련하여 1948년의 건국헌법으로부터 1987년의 현행헌법에 이르기까지 헌법은 재산권의 공용수용 등에 대한 손실보상에 관하여 명시적 입법위임을 해왔음을 인정한다. 그러나 이러한 헌법규정³⁸⁾이 명시적인 입법위임에 해당하는가는 의문의 여지가 있다³⁹⁾. 입법위임은 입법자에 대한 무조건적 입법의무를 부과하는 것인데, 공용수용 등을 하는 경우에 그에 대한 손실보상법률을 두도록 하는 헌법규정은 그러한 입법위임의 특성에 부합하지 않기 때문이다. 실제로 공용수용 등을 하는 경우에 손실보상청구권의 유무를 둘러싸고 공용수용 등과 손실보상에 관한 헌법규정이 어떠한 효력을 가지는가에 대하여 방침규정설과 직접효력설 및 위헌무효설 등의 학설이 대립되어 왔었다. 그 가운데에서 지금은 거의 지지를 받고 있지 못하는 방침규정설에 의하면

견될 만한 것이다. 사실 작위의무를 부작위의 개념요소로서 그 성립요건이라고 보는 것 자체가 형법상의 부작위범(특히 부진정부작위범)에서의 부작위 개념과 유사하다고 볼 수 있다. 그러나 형법상의 부작위는 위법성조각사유가 없는 한 위법으로 판단되는 범죄의 구성요건적 행위이며, 따라서 명문규정이 없더라도 작위의무의 존재를 구성요건적 행위로서의 부작위의 성립요건이라고 보는 것이 옳다.

38) 이 사건의 공용수용은 1948년의 건국헌법 제87조 및 제88조에 의거한 철도운수의 국유화를 위한 공용수용으로 이해될 수도 있지만, 헌법재판소의 결정에서는 이에 관한 언급이 없이 일반적인 재산권에 관한 공용수용·손실보상규정(현행헌법 제23조 제3항)만을 거론하고 있다. 다만 1948년의 건국헌법 제89조에서는 이러한 공용수용에도 재산권 일반에 관한 공용수용규정(제15조 제3항)을 준용하도록 하고 있었다.

39) 한수용, 앞글, 706쪽 이하, 709쪽.

손실보상입법에 관한 입법의무는 없는 것으로 되어 입법위임을 인정할 여지가 없다. 또한 직접효력설에 의하면, 공용수용 등이 있으면 손실보상청구권이 직접 헌법에 의하여 발생되기 때문에, 손실보상규정이 없는 경우에는 직접 헌법에 의거하여 손실보상청구를 할 수 있다고 한다. 이 경우에도 공용수용 등에 대한 손실보상입법에 관한 입법의무가 존재하는지 의문스럽고⁴⁰⁾, 또한 직접 헌법에 근거한 손실보상청구라는 직접적인 권리실현방법이 있다는 것이 되어 입법의무의 불이행에 따른 입법부작위의 위헌이라는 우회로를 인정할 실익도 적다고 할 수 있다. 그리고 위헌무효설에 의하면, 손실보상규정이 없는 공용수용 등은 위헌이기 때문에, 손실보상규정이 없이 공용수용 등을 허용하는 법률 자체가 위헌이라고 한다⁴¹⁾. 이것은 공용수용 등을 허용하는 법률은 그에 대한 손실보상규정과 결합함으로써 비로소 합헌적인 것이 될 수 있다는 이른바 결부조항의 원칙에 따른 것이라고 볼 수 있다. 이러한 경우에는, 합헌적인 손실보상입법은 공용수용 등을 허용하는 법률의 합헌성의 전제조건이 하나일 뿐이고, 손실보상입법에 관한 입법의무가 무조건적으로 부과된 것이라고 볼 수는 없다. 따라서 어느 학설에 의하더라도 공용수용 등에 대한 손실보상입법에 관한 명시적 입법위임의 존재를 인정하기는 어렵다⁴²⁾.

다음으로 헌법재판소는 명시적 입법위임에 의한 입법의무의 존재를 확신하지 못했음인지, 아니면 그것과는 별개의 입법의무에 의한 입법부작위의 존재를 인정한다는 취지였음인지 몰라도, 특정인의 구체적 재산권을 보장하기 위한 국가의 행위의무의 명백한 발생을 예비적 내지 보충적으로 증명하고 있다⁴³⁾. 즉 군정법령에 의하여 이미 확정되고 그 폐지법률에 의해서도 존속이 보장된 이 사건의 보상청구권은 군정법령의 폐지로 그 보상절차에 관한 법령상의 근거가 없어지게 됨으로써 실질적으로 실현불가능하게 되었는데, 이와 같이 법령에 의하여 구체화된 헌법상의 재산권인 이 사건의 보상청구권을 그 실현절차(보상절차)에 관한 법률의 제정없이 실현불가능 상태로 방치하는 것은 헌법상의 재산권보장규정에 명백히 반하는 것이며, 따라서 “폐지법률이 시행된 이후에는 대한민국에 … 보상청구권의 실현절차를 규정하는 법률을 제정할 행위의무가 발생하였다”고 한다. 그러나 헌법재판소의 판단대로 군정법령 폐지법률의 시행으로 군정법령이 폐지되어 이 사건의 보상청구권이 실현불가능하게 되었다고 보더라도, 그것은 앞에서 이미 지적했듯이 군정법령 폐지법률의 제정이라는 적극적 입법 때문이고, 따라서 손실보상청구권의 침해를 이유로 하는 헌법소원심판청구는 군정법령 폐지법률을 대상으로 함이 마땅하다.

물론 헌법재판소는 군정법령 폐지법률 자체가 헌법소원심판 대상인지 여부에 관하여 판단하지 않

40) 다만, 헌법에 의하여 직접 손실보상청구권이 발생한다고 보더라도, 보상의 기준과 방법 및 절차 등 세부적인 사항에 관한 법률이 없으므로 해서 헌법상의 손실보상청구권의 실현에 현저한 장애가 초래될 수 있으므로, 그러한 한도 내에서 헌법해석을 통한 입법의무와 입법부작위의 존재가능성을 고려해 볼 수는 있을 것이다.

41) 따라서 공용침해를 당하기 전의 원래의 재산권침해를 이유로 공용수용 등과 그 근거법령 자체의 합헌성을 다루는 권리구제방법이 있다. 다만 공용유사침해를 이유로 하는 손실보상청구권의 발생도 생각해 볼 수는 있다.

42) 설령 명시적 입법위임의 존재를 인정한다고 할지라도 이 사건의 경우에는 군정법령에서 보상규정을 두고 있었기 때문에 입법부작위의 존재를 인정하기는 어렵다는 점은 이미 지적하였다.

43) 이석연, 앞글, 18쪽 이하에서는 이와 같이 명시적 입법위임이 아닌 헌법해석에 의한 입법의무의 존재를 인정하고 그에 따라 입법부작위의 위헌을 판시하는 것이 더 논리적일 것이라는 지적을 하고 있다.

있고, 따라서 그 위헌 여부도 판단하지 않았다. 그렇다면 그 폐지법률의 위헌결정이 없는 이상⁴⁴⁾ 군정법령 폐지의 효력은 여전히 존속한다고 볼 수 있다. 그 경우 그 폐지법률의 위헌 여부를 떠나서 그리고 적어도 잠정적으로는 이 사건의 보상청구권에 대해서는 보상절차가 없는 상태라고 볼 수도 있다⁴⁵⁾. 이와 같이 법률의 공백상태가 비록 위헌적인 폐지입법에 의하여 그리고 후발적으로 야기된 것일지라도, 그러한 공백상태로 인하여 이미 구체화된 기본권의 실현이 불가능하거나 방해받는 경우에는, 위헌적인 폐지입법을 다투는 것과는 별개로 법률의 공백상태 자체를 입법부작위로 보아 다룰 수 있는 지 문제된다. 이 경우 위헌적인 폐지입법을 다투 수 있는 상황에서는 법률의 그러한 후발적 공백상태를 입법부작위로 삼아 그것을 다투 수 있도록 하는 것은 불필요한 우회로를 인정하는 것이다. 그 반면에 위헌적인 폐지입법을 더 이상 다투 수 없는 상황에서 보충적으로 그러한 법률공백상태를 입법부작위로 삼아 그것을 다투 수 있다면, 기본권침해의 구제수단으로서는 유용한 것이 될 수 있다. 그러나 이 경우도 여전히 문제점을 안고 있다. 먼저 이러한 입법부작위에 대한 헌법소원심판청구를 인정한다면 그것은 폐지입법에 대한 헌법소원심판청구와는 달리 청구기간의 제한을 받지 않게 되는데, 그것은 폐지입법에 대한 헌법소원심판에서의 청구기간의 제한을 사실상 무의미하게 만드는 것이다. 또한 그것은 법률의 공백상태를 초래하지 않는 통상적인 입법(제정·개폐)에 의한 기본권침해의 경우와의 형평에도 문제를 야기한다. 왜냐하면 통상적인 입법에 의한 기본권침해의 경우에는 헌법소원심판에서 청구기간의 제한이 따르지만, 이 사건처럼 법률의 공백상태를 초래하는 폐지입법의 경우에는 폐지입법에 대한 헌법소원심판청구의 적법 여부를 불문하고 입법부작위에 대한 헌법소원심판청구가 청구기간의 제한없이 허용될 것이기 때문이다.

다른 한편, 이 사건에서 헌법재판소가 폐지입법에 의한 후발적 법률공백상태에서 실현불가능하게 된 기본권을 실현가능하게 하기 위한 국가의 행위의무(입법의무)를 인정하고 그렇게 함으로써 입법부작위도 인정하는 것은, 후발적인 법률공백상태를 기성사실로서 인정하되 그러한 법률공백상태를 사후적으로나마 제거함으로써 위헌상태를 시정할 국가의 행위의무(입법의무)를 사실상 인정하는 것으로도 볼 여지가 없지 않다. 이 경우는 입법개선의무를 인정하는 경우와 비슷하게 보일지 모르나, 구체적으로 보면 차이가 있다. 입법개선의무는 처음에는 기본권보호의무를 완전히행한 합헌적인 입법이 있었으나 그 후의 사정변경으로 말미암아 결과적으로 그 입법이 불완전한 입법으로 전락하는 경우에 인정되는 데 반하여, 헌법재판소가 인정한 위헌적인 법률공백상태는 입법자의 폐지입법에 의해 초래된 것이다. 그러나 그와 같이 위헌적인 폐지입법에 의하여 초래된 법률공백상태일지라도 청구기간의 경과로 더 이상 다른 구제수단이 없게 되었다면⁴⁶⁾, 그러한 법률공백상태를 제거·시정할 입법

44) 이 사건에서는 군정법령 폐지법률 자체를 대상으로 하는 헌법소원심판청구는 이미 청구기간을 넘겼다. 혹시 위헌법률심판(또는 헌법재판소법 제68조 제2항에 의거한 위헌심판형 헌법소원심판)에 의한 합헌성심사가 가능할지는 모르겠다.

45) 물론 앞에서 지적했듯이 폐지법률상의 경과규정의 해석 여하에 따라서는 군정법령의 추급효에 따라 보상절차가 존재한다고 볼 수 있다.

46) 물론 헌법재판소는 이에 관하여 직접 판단하지는 않았지만, 군정법령 폐지법률의 시행 이후에는 국가의 행위의무(입법의무)가 발생했다고 봄으로써, 폐지법률에 대한 헌법소원심판청구의 가능성 여부를 불문하는 것처럼 보인다.

의무가 사후적으로나마(예컨대 다른 구제수단의 청구기간 경과 이후) 인정될 수 있다고 보고, 그러한 경우에 한하여 보충적으로 입법부작위에 대한 헌법소원심판 청구를 허용할 수 있는 가능성은 있다. 이것은 입법개선义务的 불이행의 경우보다는 위헌상태의 시정의 필요성이 크다고 할 수 있다. 그렇다고 하더라도 부진정입법부작위에 의한 기본권침해의 경우나 적극적 입법에 의한 통상적인 기본권 침해의 경우보다는 위헌상태의 시정의 필요성이 반드시 크다고 할 수 없다. 따라서 이 경우에도 다른 기본권침해유형과의 형평이나 법적 안정성의 문제가 여전히 고려되어야 할 것이다.

IV. 결 론

헌법재판소는 이 사건(1994. 12. 19. 89헌마2, 헌판집 6-2, 395쪽 이하)의 결정에서 입법부작위의 위헌확인 청구를 최초로 인용함으로써, 기본권침해의 구제수단으로서의 입법부작위에 대한 헌법소원심판의 효용성을 실제로 입증하였다. 즉 입법부작위에 대한 헌법소원심판이 단지 논리적으로만 가능한 것이 아니고 실제로도 가능한 것임을 보여 주었다. 입법부작위에 대한 헌법소원심판에서의 헌법재판소의 이러한 적극적 태도는 1998. 7. 16. 96헌마246 사건에서 행정입법부작위의 위헌확인 결정으로 이어지고 있다.

그럼에도 불구하고 헌법재판소의 이 사건 결정은 이론적으로 재고되어야 할 문제점을 안고 있는 것이 사실이다. 그 가운데에서 특별히 지적할 것으로는, 첫째, 이 사건의 결정은 선택적 청구를 판단 하면서, 선택적 청구 중 일부의 청구가 부적법한 경우의 판단의 우선순위 문제를 충분히 고려하지 못했다고 본다. 특히 선택적 청구가 하나의 법률조항의 해석에 관하여 서로 저촉되는 해석에 기초함으로써 그 법률조항의 해석 여하에 따라 하나의 청구가 인용되면 불가피하게 다른 선택적 청구를 인용할 수 없고, 나아가 기본권침해의 직접성의 원칙에 따라 올바르게 기본권침해행위를 특정하면 나머지의 청구는 직접성의 결여로 부적법하게 될 수밖에 없는 이 사건에서는 더욱 그렇다.

둘째, 이 사건은 완전한 법률이 그 폐지입법에 의하여 결과적으로 법률공백상태를 초래한 것으로 보이는 경우임에도 불구하고, 헌법재판소는 현존의 법률공백상태라는 결과적 현상을 기초로 하여 입법부작위의 존재를 긍정하고자 한다. 그러나 이 사건의 경우에는 처음부터 법률이 전혀 없는 통상의 진정입법부작위와는 달리 두 번의 입법이 있었고, 더구나 주장되는 법률의 흠결상태는 폐지입법의 결과로서 그 경우에는 그 폐지입법을 심판대상으로 삼아야 한다는 것이 간과되고 있다. 나아가 폐지 법률의 해석 여하에 따라서는 법률공백상태가 부정될 수도 있었는데도 그러했다.

셋째, 입법위무의 존재에 관하여 헌법재판소는 헌법상의 공용수용 및 보상에 관한 규정을 명시적인 입법위임규정이라고 인정하고 있으나, 그렇게 보는 데에는 무리가 있다고 본다. 나아가 비록 가정법이기는 하지만 명시적인 입법위임의 부정에 대비하여 예비적·보충적으로 헌법해석에 의한 입법위무의 존재를 인정하고 있는데, 그러한 입법위무(및 그것에 기초한 입법부작위)와 명시적 입법위임에 따른 입법위무(및 그것에 기초한 입법부작위) 상호간에는 어떠한 상관관계가 있는지가 명확하지 않다. 나아가 위헌적인 폐지입법에 의하여 초래되었다고도 볼 수 있는 이 사건의 기본권침해에 대하

여 입법부작위를 인정하면서도, 그것으로 인하여 초래되는 문제점(다른 기본권침해의 경우와의 형평성 문제, 청구기간 제한의 철폐에 따른 불평등 내지 법적 불안정의 문제 등)을 충분히 고려하지 못했다.

결국 헌법재판소는 이 사건의 청구를 인용함으로써 입법부작위에 대한 헌법소원심판을 통한 기본권침해의 구제의 길이 실제로 열려 있음을 보여 주었다. 그러나 이러한 입법부작위 위헌확인 결정에도 불구하고 입법자가 그 결정에 따른 입법조치를 얼마나 성실하게 할지는 여전히 미지수이다. 이 사건의 결정대로 군정법령상의 보상의 기준과 내용에 따른 보상절차를 규정하는 법률을 제정하려고 하는 경우에도, 외형상으로는 몰라도 실제로는 그 법률의 적용대상이 극도로 제한된(어쩌면 이 사건의 청구인뿐일지도 모른다) 지극히 처분적인 성격을 지닐 수밖에 없을 것이다.

