

입법부작위 위헌확인

(1996. 10. 4. 94헌마108 전원재판부)

[판례집 8권2집, 480~505]

【관시 사항】

1. 이른바 眞正立法不作爲와 不眞正立法不作爲의 의미
2. 不眞正立法不作爲에 대한 憲法訴願의 제기방법
3. 진정입법부작위에 해당하지 않는다고 본 사례

【결정 요지】

가. 넓은 의미의 立法不作爲에는, 입법자가 헌법상 立法義務가 있는 어떤 사항에 관하여 전혀 입법을 하지 아니함으로써 '立法行爲의 欠缺'이 있는 경우'와 입법자가 어떤 사항에 관하여 立法은 하였으나 그 입법의 내용 범위 절차 등이 당해 사항을 不完全, 不充分 또는 不公正하게 규율함으로써 '입법행위에 缺陷'이 있는 경우'가 있는데, 일반적으로 前者를 진정입법부작위, 後者를 부진정입법부작위라고 부르고 있다.

나. 이른바 부진정입법부작위를 대상으로 憲法訴願을 제기하려면 그것이 平等의 원칙에 위배된다는 등 헌법위반을 내세워 積極的인 헌법소원을 제기하여야 하며, 이 경우에는 헌법재판소법 소정의 提訴期間을 준수하여야 한다.

다. 大韓民國과 日本國間의 財産및請求權에 관한 問題의 解決과 經濟協力에 관한 協定(조약

제172호)에 의거하여 제정된 舊 청구권자금의 운용 및 관리에 관한 법률, 舊 대일민간청구권신고에 관한 법률, 舊 대일민간청구권보상에 관한 법률의 관계규정들을 종합하면, 입법자는 對日民間請求權에 관하여 1945. 8. 15. 이전까지의 일본국에 대한 민간청구권을 주된

補償의 대상으로 삼으면서도 예외적으로 終戰후에 발생한 特殊한 상태하에서의 접촉과정에서 취득된 請求權도 보상할 수 있도록 하는 규정을 마련함으로써 위 일자 이후에 取得된 청구권에 대하여도 나름대로 立法的 規律을 행한 것임을 알 수 있는 바, 청구인의 이 사건 청구권이 신고 및 보상의 대상에 포함되어 있지 않고 그 결과로 청구인이 보상을 받지 못하게 된 것은, 입법자가 1945. 8. 15. 이후 비통상의 접촉의 과정에서 취득한 청구권에 관한 보상입법을 불완전·불충분하게 함으로써 입법의 결함이 생겼기 때문이지, 보상입법을 하지 않았기 때문은 아니므로 이른바 不真正立法不作爲에 지나지 않는다.

재판관 김진우, 이재화, 조승형의 反對意見

가. 다수의견은 입법부작위를 진정·부진정의 두 경우로 나누고 있으며, 그 판단기준을 어떤 사항에 관하여 "입법이 있었느냐"의 여부에만 두고 있으나, 이와 같은 2분법적 기준은 애매모호하여 국민의 기본권 보호에 실효성이 없으며, 가사 2분법에 따른다 하더라도, 헌법상 입법 의무의 대상이 되는 입법사항이 여러가지로 나누어져 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 한다.

다. 위 조약의 규정내용과 위 세 보상관련법률의 관계규정에 따르면,

(1) 이 사건의 경우 헌법 제23조 제1항의 해석상 청구인과 같은

특정집단에게 보상청구권이라고 하는 구체적인 재산권적 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 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 있다.

(2) 가사 2분법에 따른다 하더라도 이 사건의 경우 위 조약에 따라 입법자가 입법하여야 할 사항(헌법상 입법의무의 대상이 되는 입법사항)은 일본국화폐에 의한 청구권, 다른나라의 화폐에 의한 청구권, 일본국의 국책금융기관에 예치한 청구권, 기타 일본국의 지배하에 있는 금융기관에 예치한 청구권 등(그 청구권이 상속으로 인하여 승계된 것이거나 일반거래에 의하여 양수된 것이거나를 묻지 아니하고 위 청구권에 포함된다)에 관한 사항이라 할 것이나, 위 세 보상관련법률은 위 입법사항 중 일부인 일본국 화폐에 의한 청구권, 일본국의 국책금융기관이었던 조선은행 등에 예치한 청구권의 보상청구권을 가지고 있는 그 본인이나 그 상속인에의 보상에 관한 사항만을 규율하고 있을 뿐, 나머지 입법사항에 대하여서는 불완전 또는 불충분하게나마도 규율한 바가 전혀 없어, 진정입법부작위의 경우로 보아야 한다.

反對意見에 관한 재판관 김진우의 補充意見

나. 이 사건 헌법소원심판의 對象은 1945. 8. 15.이후에 非通常的 去來에서 이루어진 대일민간청구권 중 청구인 주장의 청구권에 대한 補償立法을 하지 아니한 입법부작위의 위헌여부이고, 請求趣旨

국 국민이 귀국할 때에 일본국정부기관에 기탁한 기탁금

6. 일본국에 본점을 둔 일본국의 생명보험회사에 대한민국 또는 일본국에서 납입한 보험료와 수취하게 된 보험금

7. 대한민국에 본점을 둔 법인의 일본국에 있던 지점의 재산정
이로 인하여 생긴 잉여금중 대한민국 국민인 주주의 지분

8.~9. 생략

舊 對日民間請求權申告에관한法律 제2조(보상의 대상) ①청구
권의 보상은 대일민간청구권신고에관한법률(이하 "청구권신고법"
이라 한다) 제6조의 규정에 의하여 대일민간청구권신고관리위원
회에서 증거 및 자료의 적부를 심사하여 당해 청구권신고의 수
리가 결정된 것을 대상으로 한다.

단서 생략

②~④ 생략

憲法裁判所法 제69조

【참조 판례】

1989. 7. 28. 선고, 89헌마1 결정

1991. 9. 16. 선고, 89헌마151 결정

1993. 3. 11. 선고, 89헌마79 결정

1993. 9. 27. 선고, 89헌마248 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구위 김○준은 8. 15. 해방이전에 중국으로 건너가 호북성 한구시(湖北省 漢口市)에 거주하면서 여러가지 사업을 하여 많은 재산을 축적하였는바, 1945. 8. 하순에야 해방의 소식을 듣고 같은 해 9. 2.부터 9. 6.까지 사이에 3회에 걸쳐 별지목록 기재와 같이 일화 5,020,000엔 및 미화 5,000,000달러를 일본 국책은행인 주식회사 대만은행 한구(漢口)지점을 통하여 동 은행 일본 큐슈 후꾸오까(九州 福岡)지점으로 송금하였으므로 위 은행(주식회사 대만은행은 연합국사령관의 명령으로 1945. 9. 30.경 폐쇄조치되었으며 1957. 7. 29. 청산종료되었음)의 후신으로 설립된 일본무역신용주식회사에 대하여 동액의 채권(이하 "이 사건 청구권"이라 한다)을 갖고 있었다고 한다. 그런데 1964. 6. 22. 체결되고 같은 해 12. 18. 발효된 "대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정"은 1945. 8. 15. 전후를 불문하고 대일청구권(對日請求權) 전부를 일괄타결한 것으로 해석되고 있음에도 불구하고 위 협정에 근거하여 제정된 국내법인 "청구권자금의운용및관리에관한법률", "대일민간청구권신고에관한법률" 및 "대일민간청구권보상에관한법률" 등은 1945. 8. 15. 이전에 취득한 대일민간청구권(對日民間請求權)만을 그 보상대상으로 규정하였기 때문에 위 김형준은 이 사건 청구권에 대한 보상을 받지 못하고 있다가 1979. 12. 12.경 이를 청구인에게 양도하고 1980. 8. 9. 위 일본무역신용주식회사에 대하여 채권양도통지를 하였으며 그 후 사망하였는바, 국회가 이 사건 청구권과 같이 1945. 8. 15. 이후에 취득된 대일민간청구권의 보상에 관한 법률을 제정하지 아니함으로써(즉, 입법부작위로 인하여) 청구인의 평등권과

재산권이 침해되었다 하여 1994. 6. 3. 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

따라서 이 사건 심판의 대상은, 과연 이 사건 청구권에 대한 보상의 내용 및 절차 등에 관하여 규정한 법률이 제정되지 아니하였는지, 제정되지 아니하였다면 그 "입법부작위"가 어떤 유형의 것인지, 그리고 그 "입법부작위"로 인하여 청구인 주장의 기본권이 침해되었는지의 여부 등이다.

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 1951. 9. 8. 미국 샌프란시스코에서 체결되고 1952. 4. 28. 그 효력을 발생한 연합국과 일본국과의 평화조약 제21조, 제4조에 의거, 한일 양국은 1965. 6. 22. "대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정"(조약 제172호, 이하 "이 사건 협정"이라 한다)을 체결하였다. 이 협정 제1조, 제2조와 이 협정에 대한 합의의사록(1965. 12. 18. 조약 제173호) 제2조 (b)호, (d)호, (g)호 및 한일회담에서 한국측이 제출한 "한국의 대일청구요강"(소위 8개 항목)에 의하면, 대한민국이 일본국으로부터 3억불의 무상자금과 2억불의 차관자금을 제공받되 이로써 이 협정 제2조 제2항에 규정된 예외사항을 제외하고는 양국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제가 "완전히 그리고 최종적으로 해결된 것"으로 확인되었으므로, 더 이상 일본국이나 그 국민에 대한 청구권을 주장할 수 없게 되었으며 청구인의 이 사건 청구권도 이 협정에 의하여 일괄타결된 대

일청구권에 포함된 것이다.

(2) 그런데, 위 협정에 의거하여 제정된 국내법인 "청구권자금의운용및관리에관한법률"(1966. 2. 19. 법률 제1741호, 이하 "청구권자금법"이라 한다.) 제5조 제1항에서는 대한민국국민이 가지고 있는 1945년 8월 15일 이전까지의 일본국에 대한 민간 청구권만 보상하도록 규정하였고, 위 법률에 의거하여 보상의 기준·종류·한도 등의 결정에 필요한 사항을 정하기 위해 제정된 "대일민간청구권신고에관한법률"(1971. 1. 19. 법률 제2287호, 이하 "청구권보상법"이라 한다) 및 "대일민간청구권보상에관한법률"(1974. 12. 21. 법률 제2685호, 이하 "청구권보상법"이라 한다)도 신고 및 보상의 대상을 1945. 8. 15. 이전까지의 일본국 및 일본국민에 대한 민간청구권만으로 제한하고, 이 사건 청구권과 같이 1945. 8. 15. 이후에 취득한 것으로서 이 사건 협정에 의해 일괄타결된 대일민간청구권의 보상에 관하여는 아무런 규정을 두지 아니하였다.

(3) 국가는 일본과 1965. 6. 22. 이 사건 협정을 체결함으로써 국민의 대일민간 청구권을 소멸시키고, 그 대가로 일본으로 무상자금 3억불과 차관자금 2억불을 제공받았다. 그렇다면 국가는 대일민간청구권자들에게 자신이 제공받은 자금으로 즉시 이를 상환하여 줄 의무가 있는 것이고, 그에 대한 법률의 규정은 국가의 당연한 의무를 확인해 주는 것에 불과하다. 만약 국가가 일본과의 협정을 통해 자국민의 대일청구권을 권리자의 동의도 없이 자의로 소멸시키고 그 대신 받아온 청구권자금을 자의적으로 처리할 수 있다고 한다면, 이는 국가가 자국민의 대일청구권을 일방적으로 몰취, 행사하여 자국민의 희생으로 불법 내지 부당한 이득을 취하는 결과가

된다.

(4) 그러므로 국가의 입법기관인 국회는 마땅히 청구인의 이 사건 청구권을 보상하는 내용과 절차를 규정하는 법률을 제정하여야 함에도 불구하고 아직까지 이를 제정하지 않고 있다. 국회가 이러한 법률을 제정하지 아니함으로 인하여 청구인은 이 사건 청구권에 관한 보상을 받지 못하고 있으니 결국 이러한 입법부작위로 말미암아 청구인들의 평등권과 재산권이 침해당한 것이어서 그 위헌확인을 구하는 것이다.

나. 법무부장관의 주장

(1) 입법부작위에 대한 헌법소원은, 헌법에서 기본권보장을 위해 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 불구하고 입법자가 이를 방치하고 있거나, 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 작위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 전혀 아무런 입법조치를 취하고 있지 않은 경우에만 인정된다. 그런데 이 사건 입법부작위는 이러한 경우에 해당하지 아니하므로 이 사건 심판청구는 부적법하다.

(2) 이 사건 청구권은, 주식회사 대만은행이 연합국사령관의 명령으로 폐쇄조치된 후 1957. 7. 29. 청산완료됨에 따라, 그 행사의 상대방을 영구히 상실함으로써 목적달성이 불가능하다는 점에서나, 우리 나라와 일본은 모두 채권의 소멸시효를 10년으로 규정하고 있는데 이 사건 청구권은 1945. 8. 15. 직후에 취득한 것이므로 이미 소멸시효가 완성되었다는 점에서나, 청구인이 이 사건 청구권을 양수하였다고 주장하는 1979. 12. 12.부터 기산하더라도 10년이 경과한 1989. 12. 12에 소멸시효가 완성되었다는 점에서 결국 이 사건

청구권은 이미 소멸하였으며, 따라서 청구인은 현재, 직접 자기의 기본권을 침해받고 있는 자가 아니어서 청구인적격이 없으므로, 이 사건 심판청구는 이 점으로서도 부적법하다.

3. 판 단

가. 넓은 의미의 "입법부작위(立法不作爲)"에는,

① 입법자가 헌법상 입법 의무가 있는 어떤 사항에 관하여 전혀 입법을 하지 아니함으로써 "입법행위의 흠결(Lücke)이 있는 경우"(즉, 입법권의 불행사)와 ② 입법자가 어떤 사항에 관하여 입법은 하였으나 그 입법의 내용·범위·절차 등이 당해 사항을 불완전, 불충분 또는 불공정하게 규율함으로써 "입법행위에 결함(Fehler)이 있는 경우"(즉, 결함이 있는 입법권의 행사)가 있는데, 일반적으로 전자를 진정(眞正)입법부작위, 후자를 부진정(不眞正)입법부작위라고 부르고 있다.

그런데 우리 재판소의 판례에 의하면, 이른바 "진정입법부작위" 즉 본래의 의미에서의 입법부작위를 대상으로 하여 헌법소원을 제기하려면 헌법에서 기본권보장을 위하여 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 불구하고 입법자가 상당한 기간내에 이를 이행하지 아니하거나 또는 헌법의 해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 경우이어야 하고, "부진정입법부작위"를 대상으로, 즉 입법의 내용·범위·절차 등의 결함을 이유로 헌법소원을 제기하려면 이 경우에는 결함이 있는 당해 입법규정 그 자체를 대상으로 하여 그것이 평등의 원칙에 위배된다는 등 헌법위반을 내세워 적극적인 헌법소원을 제기하여야 하며, 이 경우에는 헌법재판소법 소정

의 제소기간(청구기간)을 준수하여야 한다(우리 재판소 1989. 선고 89헌마1 결정;1993. 3. 11, 선고 89헌마79 결정;1993. 9. 27. 선고 89헌마248 결정 등 참조).

나. 그러므로 청구인이 주장하는 이 사건 입법부작위가 위 두 가지의 유형중 그 어느것에 해당하는지를 살펴보기로 한다.

(1) 1951. 9. 8. 미국 샌프란시스코에서 체결되고 1952. 4. 28. 그 효력을 발생한 연합국과 일본국과의 평화조약 제21조, 제4조, 이에 의거하여 1965. 6. 22. 한일 양국간에 체결된 이 사건 협정 제1조, 제2조, 이 사건 협정에 대한 합의의사록(1965. 12. 18.조약 제173호) 제2조의 규정들을 종합하여 보면, 이 사건 청구권은 이 사건 협정 제2조 제2항의 예외사항에 해당하지 아니하고 따라서 이 사건 협정의 적용을 받아 일괄타결된 대일민간청구권에 포함된 것이라고 보여진다.

(2) 청구인은 이 사건 청구권에 대하여 보상입법을 하지 않고 있는 입법부작위가 위헌이라고 주장하고 있으므로, 먼저 청구권자금법 등 이 사건 협정에 의거하여 제정된 보상관계입법의 내용에 관하여 살펴본다.

청구권자금법은 이 사건 협정에 의하여 수입(受入)되는 자금을 효율적으로 운용·관리 또는 도입함에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하여 제정된 것인데(제1조), 동법 제5조 제1항은 "대한민국국민이 가지고 있는 1945년 8월 15일 이전까지의 일본국에 대한 민간청구권은 이 법에서 정하는 청구권자금중에서 보상하여야 한다."라고 규정하고, 같은 조 제2항은 "전항의 민간청구권의 보상에 관한 기준·종류·한도 등의 결정에 필요한 사항은 따로 법률로 정

한다."라고 규정하고 있다.

한편, 청구권신고법은 청구권자금법 제5조 제1항에 규정된 대일민간청구권의 정확한 증거와 자료를 수집함에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하여 제정된 것인데(제1조), 같은 법 제2조 제1항은 신고대상의 범위를 "1947년 8월 15일부터 1965년 6월 22일까지 일본국에 거주한 일이 있는 자를 제외한 대한민국국민(법인을 포함한다)이 1945년 8월 15일 이전(제1호·제5호 및 제7호에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다)에 일본국 및 일본국민(법인을 포함한다)에 대하여 가졌던 청구권 등으로서 다음 각호에 계기하는 것"이라고 규정하고 있다. 그리고 청구권보상법은 청구권자금법 제5조 제2항의 규정에 의하여 대한민국국민이 가지고 있는 일본국에 대한 민간청구권의 보상에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하여 제정된 것인데(제1조), 같은 법 제2조 제1항은 "청구권신고법 제6조의 규정에 의하여 대일민간청구권신고관리위원회에서 증거 및 자료의 적부를 심사하여 당해 청구권신고의 수리가 결정된 것"을 보상의 대상으로 하고 있다.

위와 같이 청구권자금법 제5조 제1항은 "대한민국국민이 가지고 있는 1945년 8월 15일 이전까지의 일본국에 대한 민간청구권"만을 보상의 대상으로 규정하였지만, 그후에 제정된 청구권신고법 제2조는 이 범위를 넘어 일정한 경우(같은 조 제1항 제1·5·7호의 경우)에는 1945. 8. 15. 이후에 취득된 청구권까지도 신고대상의 범위에 포함시키고 있으며, 청구권보상법은 청구권신고법이 정한 신고대상 청구권 중 신고관리위원회에서 신고를 수리한 것만을 보상해 주도록 하고 있으므로, 결국 대일민간 청구권 중 어떤 것이 보상을 받

고, 어떤 것이 보상을 받지 못하는지의 여부는 오로지 청구권신고법의 규정, 특히 동법 제2조 제1항의 규정내용에 달려 있다고 보여진다. 그러므로 이 조항을 중심으로 이 문제를 살펴 본다.

(3) 청구권신고법 제2조 제1항은 우선 "1947년 8월 15일부터 1965년 6월 22일까지 일본국에 거주한 일이 있는 자"의 청구권을 신고대상에서 배제하고 있다. 이는 이 사건 협정 제2조 제2항 (a)호를 염두에 둔 규정이다. 이 (a)호는 이 사건 협정의 일괄타결에서 제외된 사항이므로 여기에 해당하는 청구권에 관하여는 보상을 할 필요가 없음이 당연하고, 따라서 신고대상에서 배제하고 있는 것이다.

다음으로, 청구권신고법 제2조 제1항은 청구권자금법 제5조의 규정에 맞추어 원칙적으로 "1945년 8월 15일 이전에" 일본국 및 일본국민(법인을 포함한다)에 대하여 가졌던 청구권을 신고대상으로 하고 있다. 같은 항의 제 2·3·4·6·8·9호에 계기된 청구권은 모두 위 일자 이전의 것만을 신고대상으로 한다.

그러나 한편, 같은 항 제1·5·7호에 계기된 청구권에 관하여는 예외적으로 그 취득시기가 1945. 8. 15.전이건 후이건 불문하고 신고의 대상으로 하고 있다. 이 제1·5·7호는 이 사건 협정 제2조 제2항 (b)호에 대응하는 규정으로 이해된다. 즉 이 (b)호는 1945. 8. 15. 이후에 "통상의 접촉의 과정"에 있어 취득된 청구권을 일괄타결의 대상에서 제외한 규정인 바, 이 사건 협정에 대한 합의의사록 제2조 (d)호에 의하면 "종전후에 발생한 특수한 상태하에서의 접촉"은 위(b)호 소정의 "통상의 접촉"에 포함되지 아니한다고 규정되어 있으므로 이러한 것들에 대하여는 보상을 하여야 할 것인데, 위 제

1·5·7의 각호는 바로 이와 같은 1945. 8. 15. 이후에 비통상의 접촉의 과정에 있어 취득된 청구권에 대한 보상을 실현하기 위하여 마련된 규정으로 보인다.

이와 같이 청구권신고법 제2조 제1항은 이 사건 협정에 의하여 일괄타결된 대일민간청구권의 보상에 관하여 동 협정의 분류(즉, 1945. 8. 15. 이전에 취득한 것과 그후에 취득한 것)에 대응하여 각 사례별로 나름대로의 입법적 규율을 행하고 있음을 알 수 있다. 그런데 청구인의 이 사건 청구권은 1945. 8. 15. 이후 비통상의 접촉의 과정에서 취득된 청구권의 하나로 보여짐에도 불구하고 청구권신고법 제2조 제1항 제1·5·7호 소정의 신고대상 청구권에 포함되어 있지 않는 것 같다. 이 사건 청구권은 위 신고법 제2조 제1항 제1·5·7호의 그 어느 것에도 해당한다고 볼 수 없기 때문이다(만약 견해를 달리하여 이 사건 청구권이 이 조항 제1·5·7호 소정의 신고대상 청구권 중 그 어느 것이라도 해당되는 것이라면, 국회는 이 사건 청구권의 보상에 관하여 입법을 한 것임이 분명하므로 청구인 주장의 "입법부작위"는 애당초 존재하지 아니한 것이어서 바로 그 이유로 이 사건 심판청구는 부적법하다).

(4) 이와 같이, 이 사건 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, 입법자가 그러한 청구권에 관한 보상입법을 하지 않았기 때문은 아니다. 입법자는 위에서 본 바와 같이 1945. 8. 15. 이후 비통상의 접촉의 과정에서 취득된 청구권에 관하여서도 나름

대로의 입법적 규율을 행한 것이다.

그 입법적 규율에 있어서 입법자가 이 사건 청구권과 같은 사례를 포함시키지 아니한 이유는 분명치 않다. 입법자가 부주의로 또는 이 사건 협정의 취지를 오해하여 이 사건 청구권과 같은 사례를 누락하였을 수도 있고, 여러가지 사정을 고려하여 의도적으로 배제한 것일 수도 있다. 후자의 경우라 할지라도 입법행위가 있었다는 결론에는 변함이 없다. 왜냐하면 그 경우에도 이 사건 청구권에 대한 보상을 할 것인가에 관한 입법자의 응답이 전혀 없다고 볼 것이 아니라 이 사건 청구권과 같은 성격의 것에 대한 보상은 이를 거부한다는 입법자의 소극적 응답이 포함되어 있다고 볼 수 있기 때문이다.

청구인은 이 사건 청구권과 같이 1945. 8. 15. 이후에 취득된 대일민간청구권에 대하여는 입법자가 아무런 보상입법을 하지 않고 있다는 취지로 주장하나, 이는 위에서 본 바와 같은 청구권신고법 제2조의 규정내용을 상세히 살피지 아니한 데에서 온 잘못된 주장이다.

다. 그렇다면 이 사건 심판의 대상인 청구인 주장의 입법부작위는 헌법소원의 대상이 될 수 있는 진정(眞正)한 의미에서의 입법부작위가 아니고 이른바 "부진정입법부작위"임이 분명하다. 그런데 앞서 본 청구권자금법, 청구권신고법 및 청구권보상법은 1982. 12. 31. 법률 제3613호(청구권자금의운용및관리에관한법률 폐지법률), 및 법률 제3614호(대일민간청구권신고에관한법률 폐지법률) 및 법률 제3615호(대일민간청구권보상에관한법률 폐지법률)로 모두 폐지되었다. 따라서 청구인으로서 "헌법재판소법 제69조 제1항이 정한 청구기간내에"

청구권신고법 등 보상관계입법의 관계규정과 각 그 폐지법률을 대상으로하여 그것이 헌법위반이라는 적극적인 헌법소원을 제기하여야 하는바, 청구인이 주장하는 위 보상관계입법들에 의한 기본권침해는 헌법재판소가 발족하기 이전의 일이므로 이러한 경우 그 청구기간의 기산점은 헌법재판소가 구성된 1988. 9. 19. 이라고 함이 우리 재판소의 확립된 판례이다(1991. 9. 16. 선고 89헌마151 결정 등 참조). 그런데 청구인의 이 사건 헌법소원은 1988. 9. 19.부터 헌법재판소법 제69조 제1항소정의 청구기간인 180일을 훨씬 경과한 1994. 6. 3.에 제기되었으므로 그 청구기간을 도과하였음이 분명하다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 청구기간을 도과한 것으로서 부적법하므로 더 나아가 판단할 것도 없이 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 김진우, 이재화, 조승형의 아래 5기재와 같은 반대의견과 이 반대의견에 관한 재판관 김진우의 아래 6기재와 같은 보충의견이 있는 외에는 그 나머지 재판관 전원의 의견 일치에 따른 것이다.

5. 재판관 김진우, 재판관 이재화, 재판관 조승형의 반대의견

우리는 다음과 같은 이유로 이 사건 심판청구의 적법성을 인정하고 본안판단을 하여야 한다는 의견이므로 다수의견에 반대한다.

가. 이 사건의 심판대상은 1945. 8. 15. 이후에 비통상적으로 이루어진 대일민간청구권에 대한 보상입법을 하지 아니한 입법부작위에 의한 청구인의 기본권이 침해되었는지의 여부이다.

즉

청구인은 1945. 8. 15. 이전에 이루어진 대일민간청구권에 대한 보상입법에 관하여서는 자기관련성이 없어 주장한 바도 없고 주장할 필요도 없으며 1945. 8. 15. 이후에 비통상적으로 이루어진 대일민간청구권에 대한 보상입법이 없었다고 주장하고 있기 때문이다(보상입법의 유무는 판단문제에 불과하다).

나. 우리 헌법재판소는 입법부작위로서 헌법소원심판의 대상이 되는 경우에 관하여, "헌법에서 기본권 보장을 위하여 명시적으로 그 내용과 범위를 한정하여 법령에 그 입법을 위임하였을 때 또는 헌법해석상 특징인 내지 특정집단에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 전혀 이런 조치를 취하지 않은 경우에 국한한다"는 판례를 확립(헌법재판소 1989. 3. 17. 선고, 88헌마1결정; 1991. 9. 16. 선고, 89헌마163결정; 1991. 11. 25. 선고, 90헌마19결정 참조)하고 있는바, 이 사건 심판청구의 대상인 입법부작위가 위와 같은 적격요건을 구비하고 있는지가 문제가 될 뿐이다.

이 사건에서 청구인이 침해를 당하였다고 주장하는 기본권인 재산권에 관한 헌법 제23조 제1항은 그 해석상 청구인과 같은 특징인 내지 특정집단에게 보상청구권이라고 하는 구체적인 재산권적 기본권을 인정한다고 볼 수 있고, 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 다음에서 보는 바와 같이 헌법 해석상 명백하다.

(1) 대일민간청구권보상의 대상에 1945. 8. 15. 이전은 물론 그 이후라도 비통상적인 접촉의 과정에서 이루어진, 대한민국 민간인의, 일본국 및 일본국국민에 대한 모든 청구권이 해당된다고 인정되는

점,

이 사건 조약 제1조 제1항(a)는 "현재의 1,080억 일본원(日本圓)으로 환산되는 3억 아메리카 합중국불(\$300,000,000)과 동등한 일본원(圓)의 가치를 가지는 일본국의 생산물 및 일본용역을, 본협정의 효력발생일부터 10년기간에 걸쳐 무상으로 제공한다……"라 규정하고, 제2조 제1항은 "양체약국은, 양체약국 및 그 국민(법인을 포함함)의 재산, 권리 및 이익과 양체약국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제가 1951. 9. 8.에 샌프란시스코에서 서명된 일본국과의 평화조약 제4조(a)에 규정된 것을 포함하여, 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다는 것을 확인한다"라 규정하고, 제2조 제2항(b)는 "본 조의 규정은 다음의 것 (본 협정의 서명일까지 각기 체약국이 취한 특별조치의 대상이 된 것을 제외한다)에 영향을 미치는 것이 아니다.……(b) 일방체약국 및 그 국민의 재산, 권리 및 이익으로서 1945. 8. 15. 이후에 있어서의 통상의 접촉의 과정에 있어 취득되었고 또는 타방체약국의 관할하에 들어 오게 된 것"이라 규정하여 1945. 8. 15. 이후에 있어서의 비통상적인 접촉의 과정에 있어 취득된 청구권은 위 제2조 제1항의 적용대상이 됨을 명백히 하였고 다수 의견이 지적하는 바와 같이 이 사건 조약에 대한 합의의사록 제2조(d)가 이를 확인하고 있다. 따라서 이 조항이 구 군정법령 제57호 규정에 의하여 지정된 금융기관에 예입한 예입금인지 여부와 청구권이 승계된 것인지 여부를 불문하고, 이 사건 채권과 같은 경우의 모든 민간인채권이 이 사건 조약에서 일본국이 지불하기로 한 3억불의 무상자금에 포함되는 것이라고 인정할 수 있는 근거라 보여진다[다만 이 사건 조약의 서명일까지 대한민국과 일본국이 각각 취한 특

별조치의 대상이 된 것은 제외한다고 하였으나, 위 합의의사록 (2)항(b)에서 "특별조치라 함은, 일본국에 관하여는, 제2차 세계 대전 전후상태의 종결의 결과로 발생한 사태에 대처하여 1945. 8. 15. 이후 일본국에서 취해진 전후처리를 위한 모든 조치 (1951. 9. 8.에 샌프란시스코시에서 서명된 일본국과의 평화조약 제4조(a)의 규정에 의거하는 특별약정을 고려하여 취해진 조치를 포함함)를 말하는 것으로 양해되었다"라고만 규정하고 있을 뿐이므로, 종전의 결과로 발생한 사태에 대처하여 패전국인 일본국이 이 사건 채권의 경우와 같은 대한민국 민간인의 청구권을 일방적인 조치로 소멸시킬 수 없음이 국제법상 명백함을 확인하고 있으며, 따라서 위와 같은 제외례가 이 사건 채권에는 해당되지 않는다 할 것이다].

(2) 이 사건 채권과 같은 경우의 대일민간청구권을 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였다고 볼 수 있는 점.

위 (1)항에서 실시한 바 있는 이 사건 조약 제1조 제1항 규정의 3억불 무상자금을 일본국이 대한민국에 제공하는 조건으로 같은 조약 제2조 제1항에서 규정한 바와 같이 대일민간청구권에 관하여 완전히 그리고 최종적으로 해결(채권소멸)하는 것이고, 이 사건 채권과 같은 경우의 대일민간청구권도 위 3억불 무상자금에 포함된다 함은 위(1)항에서 본 바와 같으므로, 국가는 이 사건 조약이 발효된 1965. 12. 18.부터 이 사건 채권과 같은 대일민간청구권을 보장할 행위의무 내지 보호의무가 발생하였다고 보여진다.

(3) 이 사건의 경우 이 사건 채권과 같은 대일민간청구권부분에 대하여는, 이 사건 조약에 근거하여 위 청구권자금법, 청구권 신고법, 청구권보상법 등 3법을 입법하면서도 그 청구권의 신고 및 보상의 대상에서 제외시키고 있는 등 아무런 보장규정을 마련하고 있

지 않을 뿐 아니라 그 이후 현재까지도 신고 및 보상에 관한 아무런 입법을 하지 아니하고 있는바, 청구인은 이러한 입법부작위에 의하여 바로 청구인 주장의 기본권을 침해당하고 있다고 할 것이며, 이와 같이 보는 것이 우리 재판소의 위 판례의 취지에 합당하다고 할 것이다.

다. 입법부작위를 진정·부진정의 두 경우로 나누어 전자의 경우에 한해서만 입법 부작위의 위헌성을 논할 수 있다는 다수의견은, 독일연방헌법재판소가 초기에 유지하고 있었던 2분법에 불과하며, 근래에 위 재판소도 이 2분법의 기준이 애매모호하여 국민의 기본권 보호에 실효성이 없음을 인정하고 있는 실정이므로, 그 점에서도 다수의견은 납득할 수 없다.

라. 가사 위와 같은 2분법에 따른다고 하더라도 이 사건 심판대상의 입법부작위는 진정입법부작위에 포함된다고 보아야 한다.

(1) 다수의견이 진정·부진정 입법부작위를 판단하는 기준을 어디에 두고 있는지는 불명하나 대일민간청구권에 대한 입법이 있었는지 여부에만 두고 있음은 분명하며, 이와 같은 기준에 의하여 이 사건의 경우가 부진정입법부작위의 경우에 해당한다고 주장하고 있다. 살피면,

독일 연방헌법재판소는 부진정입법부작위의 경우를 예컨대 헌법상 입법 의무의 대상이 되는 입법사항이 여러 가지로 나누어져 있을 때에 각 입법사항에 관하여 모두 규율하고 있으나 입법자가 질적·상대적으로 불완전 불충분하게 규율하고 있는 경우를 말하고 있으며, 이와는 달리 위 입법사항들 중 일부의 입법사항에 대하여는 규율하면서 나머지 일부의 입법사항에 관하여서는 전혀 규율하고 있

지 아니한 경우에는 즉 양적·절대적으로 규율하고 있지 아니한 경우에는 진정입법부작위로 보고 그 위헌성여부를 판단한 사례들이 많다.

이러한 입장에서 살펴보면,

이 사건 조약 제2조 제2항(b), 위 합의의사록 제2조(d)가 1945. 8. 15. 이후에 비통상의 접촉과정에서 취득한 청구권이면 아무런 제한없이 모두 이 사건 조약상의 청구권 자금에 포함되어 있음을 명백히 하고 있다함은 앞에서 본 바와 같은바, 위 조약 등이 확인하고 있는 청구권은 그것이 일본국 국책은행이든 아니든간에 일본국의 지배하에 있는 금융기관에 예입하거나 송금한 예입금이라면, 그 예입된 화폐가 일본국의 화폐이거나 다른 나라의 화폐이거나를 묻지 아니하며, 그 청구권이 상속으로 인하여 승계된 것이거나 일반거래에 의하여 양수된 것이거나를 묻지 아니하고, 모두가 위 조약상의 청구권에 포함된다고 보아야 할 것이다. 따라서 위 조약에 따라 입법자가 입법하여야 할 입법사항은 일본국 화폐에 의한 청구권, 다른 나라의 화폐에 의한 청구권, 일본국의 국책금융기관에 예치한 청구권, 기타 일본국의 지배하에 있는 금융기관에 예치한 청구권 등이라 할 것이다.

그러나 위 청구권자금법은 제5조 제1항에서 "대한민국국민이 가지고 있는 1945. 8. 15. 이전까지의 일본국에 대한 민간청구권은 이 법에서 정하는 청구권자금 중에서 보상하여야 한다"라고 규정하여 1945. 8. 15. 이후의 위 청구권에 대하여 보상하지 않음을 명백히 하고 있음에 반하여 위 청구권신고법은 다수의견에서 본 바와 같이 제2조 제1항 제1·5·7호에서 1945. 8. 15. 이후에 비통상의 접촉과정

에서 취득한 청구권에 대한 보상을 실현하기 위한 규정을 두고 있으나 그 청구권중에서 구 군정법령 제57호 일본은행권·대만은행권의 예입규정에 의하여 지정된 금융기관에 예입한 예입금 등만을 신고대상으로 하고 있을 뿐(위 법조항 제1호)이고, 위 청구권 보상법은 제2조 제3항에서 청구권의 보상을 받을 권리가 있는 자와 동일인이 아닌 경우 즉 청구권을 인수한 자에 대하여서는 청구권자로부터 보상금수령의 위임을 받거나 상속인이 아닌 한 보상하지 않을 것을 규정하고 있다. 다시 말하면 위 3법은 위 여러개의 입법사항중 일본국 화폐에 의한 청구권의 보상, 일본국의 국책금융기관이었던 조선은행, 조선식산은행, 조흥은행, 조선상업은행, 조선신탁회사, 조선저축은행, 금융조합연합회(위 군정법령 제2조 지정 금융기관)에 예치한 청구권의 보상, 청구권을 가지고 있는 그 본인이나 그 상속인에의 보상에 관한 입법사항에 대하여서만 규율하고 있을 뿐, 나머지 입법사항에 대하여서는 불완전 또는 불충분하나마 규율하려고 한 바도 없는 등 전혀 규율하고 있지 아니하고 있다.

그렇다면 이러한 경우는 진정입법부작위의 경우라고 봄이 마땅하다.

(2) 이 사건의 경우를 보면,

청구인은 1979. 12. 12.청구위 김형준으로부터 다음의 송금청구권을 양수하였고 위 김형준은 1945. 9. 2.과 같은 달 6.에 일본국화폐 20,000엔과 같은 5,000,000엔을 위 3법의 지정금융기관이 아닌 대만은행 후꾸오까지점을 통하여 송금하였고, 같은 달 3.에 미국화폐 5,000,000불을 위 지점을 통하여 송금하였던 청구권을 가지고 있다가 위와 같이 청구인에게 이를 모두 양도하였음을 인정할 수 있으

나, 청구인은 위 (1)항에서 본 바와 같은 진정입법부작위로 인하여 대일청구권 신고조차도 할 수 없게 됨으로써 위 재산권을 침해당하였음을 인정할 수 있다.

그러나 다수의견은 이 사건의 경우가 위 3법의 보상대상에 포함되어 있지 않음을 시인하면서도 부진정입법부작위라고 강변하고 있으며 심지어는 입법자가 재량으로 이 사건의 경우와 같은 경우에는 보상을 거부하는 의사를 표명한 것이라고 주장하면서도 이를 거부하는 이유가 구체적으로 어떠한 것인지에 관하여는 설명을 피하고 있는 등 납득하기 어려우므로 부당하다.

마. 이 사건 심판청구는 위의 진정입법부작위가 현재까지도 계속하고 있으므로 심판청구기간을 도과한 바가 없다(헌법재판소 1994. 12. 29. 선고, 89헌마2 결정 참조).

바. 그렇다면 이 사건 심판청구는 그 어느 경우나 적법하므로 본안판단을 하였어야 할 것으로 믿으며 이에 반하는 다수의견에 대하여 반대하는 것이다.

6. 위 5.의 반대의견에 관한 재판관 김진우의 보충의견

가. 청구인의 청구취지나 청구이유를 살펴보면 청구인은 입법자가 자신의 채권과 같이 1945. 8. 15. 이후에 비통상적인 거래에서 발생한 대일민간청구권을 위한 보상입법을 행하고 있지 아니함으로써 자신의 헌법상 보장된 재산권과 평등권을 침해하고 있음을 주장하면서 입법부작위의 위헌확인을 구하고 있음이 분명하다. 그러한 한 이 사건 헌법소원의 심판의 대상은 1945. 8. 15. 이후에 비통상적 거래에서 이루어진 대일민간청구권중 청구인 주장의 청구권에 대한 보상입법을 하지 아니한 것의 위헌여부라고 보아야 한다.

나. 그럼에도 다수의견은 심판의 대상과 이 사건 헌법소원심판청구의 적법성 판단에 있어서 제기되는 쟁점을 혼동하면서 청구인 주장의 전취지로 보아 심판의 대상은 이 사건 청구권에 대한 보상의 내용 및 절차 등에 관하여 법률이 제정되지 아니하였는지, 제정되지 아니하였다면 그 "입법부작위"가 어떤 유형의 것인지, 그리고 "입법부작위"로 인하여 청구인주장의 기본권이 침해되었는지의 여부로 보고 있다.

다수의견은 그와 같이 심판대상을 확정한 뒤에 판단부분에서 청구권자금융운용및관리에관한법률, 대일민간청구권신고에관한법률, 대일민간청구권보상에관한법률을 종합적으로 해석하면 이 사건에서는 입법자가 비록 명문으로 1945. 8. 15. 이후에 발생한 대일민간청구권을 보상대상에 포함시키지는 않았으나 그 문제를 해결하기 위한 보상입법을 소극적인 형태로 이미 하였다고 볼 수 있다는 이유로, 이 사건 심판청구가 부진정입법부작위의 위헌확인, 다시 말하면 이미 폐지된 대일민간청구권보상에관한법률 등의 위헌확인을 구한 것으로 본다는 설시도 없이, 이 사건 헌법소원은 그러한 위헌확인청구에 관한 헌법재판소법 제69조 제1항 소정의 청구기간을 경과한 후에 제기된 것이어서 부적법하다는 이유로 각하하고 있다.

다. 소위 심판청구의 전환은 청구인에게 이익이 되는 방향으로 청구취지를 재해석할 여지가 있거나 청구취지가 모호하거나 다의적이어서 여러 관점에서 심판청구의 적법성을 검토할 필요가 있는 경우에는 의미가 있으나, 이 사건에 있어서 다수의견은 청구인에게 이익되는 방향으로 청구취지를 재해석한 것도 아니고, 이 사건 헌법소원심판의 청구취지가 모호하게 기재되어 있거나 다의적인

것 도 아니고, 청구인이 무지로 심판대상을 잘못 선정한 경우가 아니라, 오히려 청구인이 소원청구의 적법요건 중 청구기간이라는 장벽을 우회하기 위하여 입법부작위의 위헌확인으로 청구취지를 구성한 경우일 수 있기 때문에 헌법재판소가 직권으로 청구취지를 변경할 여지는 없다고 할 것이다, 하물며 청구인에게 불이익한 청구취지를 재판부가 임의로 선정하여 청구인에게 불이익한 심판을 할 수는 없는 것이다, 헌법재판소가 그와 같이 청구취지를 정정하거나 임의로 선정한다면 헌법소원심판의 청구나 그 심판대상의 선정과 관련하여 원칙적으로 타당한 당사자처분권주의에도 반할 소지가 있다.

라. 따라서 다수의견과 같이 입법자가 문제의 규율대상을 소극적인 형태로나마 법류로 이미 규율하였고 따라서 입법부작위가 존재하지 아니하여 이 사건 심판청구가 청구기간에 관한 규정의 적용범위 밖에 있는 진정입법부작위에 대한 헌법소원의 적법요건을 충족하지 못한다고 본다 하더라도 이 사건 심판청구를 입법부작위의 소원요건을 충족하지 못한 것으로 각하하여야 할 것이지, 법률에 대한 헌법소원으로 청구취지를 전환 내지 임의로 선정한 후에 이를 다시 청구기간의 경과를 이유로 각하할 것은 아니라고 본다.

마. 이상과 같은 이유로 다수의견에 대하여 반대하여 보충의견을 개진한다.

1996. 10. 31.

재판장 재판관 김용준

재판관 김진우
재판관 김문희
주 심 재판관 황도연
재판관 이재화
재판관 조승형
재판관 정경식
재판관 고중석
재판관 신창언