

# 2015년 제4회 변호사시험 공법 제1문의 1



---

2022911021 박주현

# 목차

**01** 사례 설명  
사실관계 · A청구와 B청구

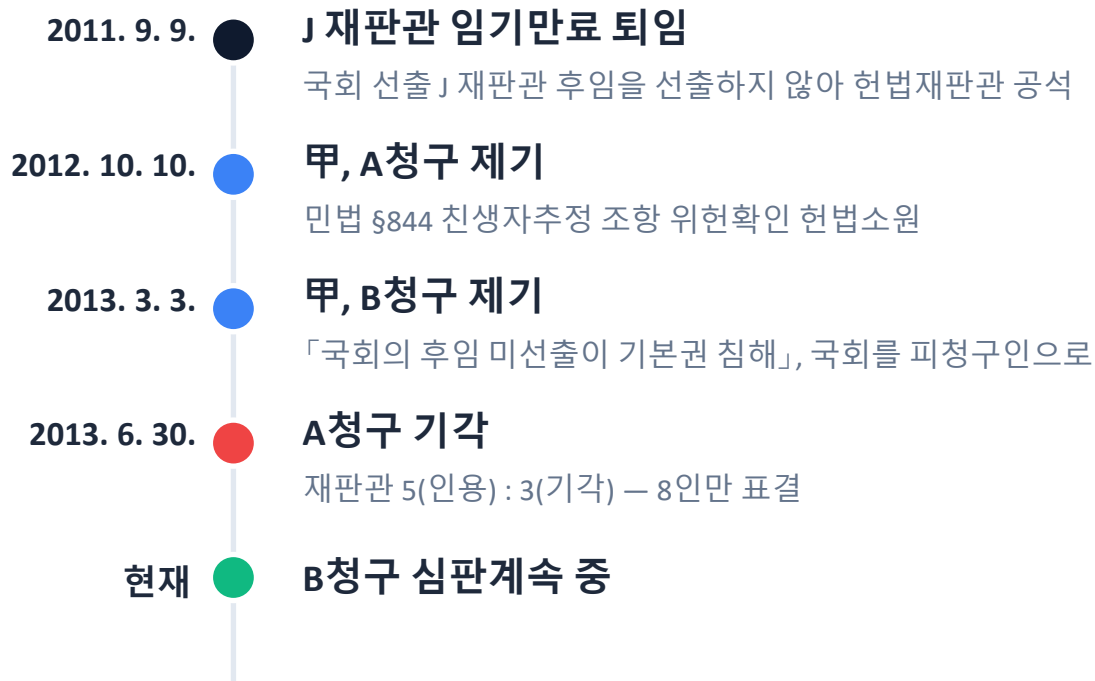
**02** 설문 1 — 적법성  
심판대상성 · 권리보호이익 · 청구기간

**03** 설문 2 — 항고소송 대상  
부작위위법확인소송의 대상 여부

**04** 설문 3 — 기본권 침해  
공정한 헌법재판을 받을 권리

**05** Q & A

# 사실관계 한눈에 보기



사례 설명

## A청구 vs B청구

	A청구	B청구
청구일	2012. 10. 10.	2013. 3. 3.
심판 대상	민법 §844 친생자추정 조항	국회의 후임재판관 미선출 (부작위)
피청구인		국회
현재 상태	2013. 6. 30. 기각 (5 : 3)	심판계속 중

설문

# 설문 1

1

**B청구는 적법한가?**

심판대상성 · 청구기간 · 권리보호이익에 한하여 판단

# 1 설문 1 · B청구의 적법성

## 쟁점

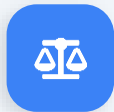
- 01 국회의 후임재판관 미선출이 공권력의 「불행사」에 해당하는가
- 02 임기만료 후 2년 가까이 지나 청구한 것이 청구기간을 초과했는가
- 03 A청구 기각결정으로 B청구의 권리보호이익이 소멸했는가

## 심판대상: 공권력의 「불행사」



### 판례 (98헌마75)

공권력의 불행사에 대한 헌법소원은 헌법에서 직접 도출되는 구체적 작위의무가 존재해야 적법하다. 작위의무 없는 불행사에 대한 헌법소원은 부적법.



### 사안 적용 (2012헌마2)

헌법 §27의 재판청구권에는 공정한 헌법재판을 받을 권리가 포함되고, §111②·③상 국회는 공식인 재판관의 후임자를 선출할 구체적 작위의무를 부담한다.



국회가 후임재판관을 선출하지 않은 것은 공권력의 「불행사」에 해당한다.

# 권리보호이익



## 원칙

분쟁이 이미 종료된 후에는 권리보호이익이 없는 것이 원칙이다.



## 예외 (판례)

같은 유형의 침해 반복 위험, 헌법적 해명이 긴요한 경우 예외적으로 심판이익을 인정한다.



## 사안 적용

장기간 공석 상태 반복 위험, 「공석 상태에서 받은 기각결정의 권리 침해 여부」해명된 바 없다.



예외적으로 심판의 이익(권리보호이익)을 인정할 수 있다.

# 청구기간



## 판례 (89헌마2)

공권력의 불행사로 인한 기본권 침해는 그 불행사가 계속되는 한 계속된다.  
따라서 불행사에 대한 헌법소원은 기간의 제약 없이 적법하게 청구할 수 있다.



## 사안 적용

후임재판관을 선출하지 않는 국회의 불행사로 9인 재판부의 판단을 받으려는  
甲의 재판청구권 침해가 계속되고 있다 - 기간 제약 없는 공권력의 불행사로 인한 기본권 침해.



청구기간 도과의 문제는 발생하지 않는다.

## 설문 1 결론



甲의 B청구는 **적법한** 헌법소원심판청구이다.

심판대상성 ✓ · 권리보호이익 ✓ · 청구기간 ✓

설문

## 설문 2

2

국회가 후임 헌법재판관을 선출하지 아니하고 있는 것이 항고소송의 대상이 되는가?

# 2 설문 2 · 항고소송의 대상인가

## 쟁점

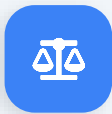
- 01 국회의 후임재판관 미선출(부작위)이
- 02 행정소송법상 부작위위법확인소송의 대상이 되는 「부작위」에 해당하는가

# 부작위위법확인소송의 대상



## 의의 (행정소송법 §4 iii)

부작위위법확인소송은 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송이다.



## 대상 적격 (대판 97누17568)

대상이 되려면 상대방의 신청에 대해 행정청의 부작위가 있어야 하고, 이를 위해 법규상 또는 조리상 「신청권」이 필요하다.



## 신청권의 내용

구체적 내용은 「당해 행정행위를 청구할 권리」가 아니라 「단순히 응답을 받을 권리」를 의미한다.

## 신청권이 없다 → 대상 아님

1

재판관 임명행위는  
구체적 개인의 법적 이익과  
무관



2

사익 보호성 없음  
→ 행정행위 발동청구권 부정



3

조리상 신청권도  
인정될 수 없음



이 사건 부작위는 부작위위법확인소송의 대상이 아니다.

설문

## 설문 3

3

B청구가 적법함을 전제로 B청구를 심사함에 있어 甲의 기본권 침해여부에 대하여 판단하시오.

# 3 설문 3 · 기본권 침해 여부

## 쟁점

- 01 공정한 헌법재판을 받을 권리가 §27 재판청구권에 포함되는가
- 02 그 권리에 「9인의 재판관에 의한 심사를 받을 권리」가 포함되는가
- 03 정당한 이유 없는 1년 6개월 이상의 부작위가 재판청구권을 침해하는가

# 재판청구권 (헌법 §27)의 내용

헌법과 법률이 정한 법관에 의하여, 법률에 의한 재판을 받을 권리

①

## 자격 있는 법관

헌법·법률이 자격을 인정한 법관에 의한 재판

②

## 합헌적인 절차·실체법

적법한 절차법과 실체법에 의한 재판

③

## 신속·공정한 재판

신속하고 공정한 재판을 받을 권리

④

## 공개재판

공개재판을 받을 권리

## 공정한 헌법재판을 받을 권리

### 판례



공정한 재판을 받을 권리는 헌법 §27의 재판청구권에 의해 함께 보장된다.  
재판청구권에는 민사·형사·행정재판뿐 아니라 「헌법재판을 받을 권리」도 포함된다.

### 도출



헌법상 보장되는 「공정한 재판을 받을 권리」에는 「공정한 헌법재판을 받을 권리」도 포함된다.



甲은 재판관 공식으로 「공정한 헌법재판을 받을 권리」 침해를 주장할 수 있다.

# 9인 전원의 견해가 반영되어야



## 헌법 §111 ②·③

②는 재판관 정수를 9인으로 명시하고, ③은 그 중 3인을 국회 선출로 한다  
- 공정한 재판을 받을 권리를 보장하기 위한 것.



## 신속한 재판

오랜 기간 공석이 계속되더라도 헌법재판은 끊임없이 이뤄져야 한다.  
- 신속한 재판을 받을 권리 보장을 위한 것.



## 결론(법리)

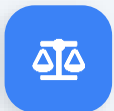
정당한 사유 없이 상당 기간 후임을 선출하지 않으면 9인 전원의 견해가 빠짐없이 반영되지 못하므로, 청구인들의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다.

## 심리 밀도의 차이가 결론을 바꾼다



### 정당한 이유 없음

1년 6개월 이상 재판관을 선출하지 않은 데 정당한 이유로 볼 사정이 없다.



### 심리 밀도 차이

통상 9인의 재판관에 의한 심사가 예정된 헌법소원을 그보다 적은 수가 심사하면 심리의 밀도에 차이가 있어, 구체적 결정에 따라서는 인용 여부까지 달라질 수 있다.



국회의 후임재판관 미선출로 甲의 공정한 헌법재판을 받을 권리가 침해되었다.

Q & A

요약

## 설문, 한눈에 정리

설문 1

B청구의 적법성



적법

심판대상성·권리보호이익·청구기간 모두 충족

설문 2

항고소송의 대상



대상 아님

신청권(법규상·조리상) 부정 → 부작위 아님

설문 3

기본권 침해 여부



침해 인정

공정한 헌법재판을 받을 권리 침해

발표를 들어주셔서  
감사합니다.

