

발 간 사

헌법재판소에서는 매년 전년도에 선고된 결정 중 중요한 결정들을 선정하여 그에 대한 해설집을 발간해 오고 있습니다. 올해도 2008년도에 선고된 결정 중에서 25건을 선정하여 일곱 번째 결정해설집을 발간합니다.

주지하다시피, 우리 헌정사에서 헌법재판이 활성화되기 시작한 것은 1988년 9월 1일 헌법재판소가 창설된 때부터라고 할 수 있습니다. 헌법재판이 활성화되면서 헌법재판이 우리 사회에 미치는 영향도 점점 커져 왔고, 최근에 이르러서는 국가나 사회의 중요한 현안들이 헌법문제화되어 헌법재판소의 문을 두드리는 경향이 더욱 뚜렷해졌습니다.

국가·사회적으로 큰 쟁점이 되고 있는 사건들에는 온 국민의 눈과 귀가 집중되게 마련입니다. 헌법재판의 과정과 결과에 대한 국민적 관심이 뜨거우면 뜨거울수록 그 내용은 국민에게 정확하게 알려지지 않으면 안 됩니다. 왜냐하면 헌법재판의 과정과 결과가 국민에게 올바르게 알려지고, 그에 터잡은 정당한 비판이야말로 국민과 헌법재판소 사이에 원활한 소통을 가능하게 하고, 나아가 우리 헌법재판의 발전을 이룰 수 있게 하기 때문입니다.

이러한 차원에서 중요 결정의 조사·연구에 직접 참여한 헌법연구관들의 해설이 실린 결정해설집의 발간은 매우 의미가 크다고 하겠습니다. 아무쪼록 이 해설집이 그 기능을 다하여 헌법재판소의 결정을 이해하는 데에 크게 도움이 되기를 바랍니다.

끝으로, 이 책에 실린 해설은 집필을 담당한 헌법연구관 개인의 견해일 뿐 헌법재판소의 공식적 견해가 아니라는 점을 밝혀두면서, 바쁜 연구업무 중에도 정성껏 원고를 작성하여 주신 헌법연구관 집필자 여러분과 이 책의 발간을 위하여 애써 주신 발간위원들께 심심한 감사의 말씀을 드립니다.

2009. 12.

헌법재판소 사무처장 하 철 용



목 차

한나라당 대통령후보 이명박의 주가조작 등 범죄혐의의 진상규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률 위헌확인	여운국	1
대통령의 선거중립의무 준수요청 등 조치 취소	이준상	47
민법 제1066조 제1항 위헌소원	조혜수	95
온천법 제2조 등 위헌소원	장순욱	129
강남구청 등과 감사원 간의 권한쟁의	임성희	147
우체국예금·보험에 관한 법률 제45조 위헌소원	김상우	163
계구사용행위 등 위헌확인 등	이은희	195
공직선거법 제86조 제1항 제2호 등 위헌확인	이명웅	217
민원서류 반려 위헌확인	지성수	239
국가공무원법 제36조 등 위헌확인	김태호	257
방송법 제32조 제2항 등 위헌확인	지성수	275
민법 제3조 등 위헌소원	최희수	295
의료법 제19조의2 제2항 위헌확인 등	지성수	319
학교용지 확보 등에 관한 특례법 제2조 제2호 등 위헌제청	서세인	337
구 상속세법 제18조 제1항 등 위헌소원	최갑선	359
관세법 제274조 등 위헌소원	정인경	387

도시 및 주거환경정비법 개정법률안

제30조의2 등 위헌확인 등	지성수	407
군인사법 제48조 제3항 위헌확인	장순욱	437
소득세법 제165조 제1항 등 위헌확인 등	노희범	463
구 종합부동산세법 제5조 등 위헌소원 등	김상우	481
사립학교법 제57조 위헌제청	손인혁	537
예산회계법 제96조 제2항 등 위헌소원	이규홍	567
방송법 제73조 제5항 등 위헌확인	지성수	591
공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한		
법률 위헌확인 등	박진영	613
미국산 쇠고기 및 쇠고기 제품 수입위생조건 위헌확인	김태호	657

한나라당 대통령후보 이명박의 주가조작 등 범죄혐의의 진상규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률 위헌확인

- 특별검사법과 관련된 헌법적 쟁점들 -
(헌재 2008. 1. 10. 2007헌마1468, 판례집 20-1상, 1)

여운국*

【판시사항】

1. 특별검사에 의한 수사대상을 특정인에 대한 특정 사건으로 한정한 ‘한나라당 대통령후보 이명박의 주가조작 등 범죄혐의의 진상규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률’(2007. 12. 28. 법률 제8824호로 제정된 것, 이하 ‘이 사건 법률’이라 한다) 제2조가 위 사건의 피고발인 또는 참고인이었던 청구인들의 평등권, 신체의 자유(불법적인 심문을 받지 않을 권리), 공정한 재판을 받을 권리를 침해하거나 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)

2. 대법원장으로 하여금 특별검사 후보자 2인을 추천하고 대통령은 그 추천후보자 중에서 1인을 특별검사로 임명하도록 한 이 사건 법률 제3조가 적법절차원칙·권력분립원칙에 위배하여 청구인들의 평등권이나 신체의 자유(불법적인 심문을 받지 않을 권리)를 침해하는지 여부(소극)

3. 특별검사가 참고인에게 지정된 장소까지 동행할 것을 명령할 수 있게 하고 참고인이 정당한 이유 없이 위 동행명령을 거부한 경우 천만 원 이하의 벌금형에 처하도록 규정한 이 사건 법률 제6조 제6항·제7항, 제18조 제2항(이하 ‘이 사건 동행명령조항’이라 한다)이 영장주의 또는 과잉금지원칙에 위배하여 청구인들의 평등권과 신체의 자유를 침해하는지 여부(적극)

4. 특별검사가 공소제기한 사건의 재판기간과 상소절차 진행기간을 일반

* 전주지방법원 부장판사, 전 헌법연구관

사건보다 단축하고 있는 이 사건 법률 제10조가 재판기간을 지나치게 단기간으로 규정함으로써 재판당사자의 방어권을 부당하게 침해할 염려가 있어 청구인들의 평등권과 공정한 재판을 받을 권리를 침해하고 무죄추정원칙에 위배되는지 여부(소극)

【심판대상】

한나라당 대통령후보 이명박의 주가조작 등 범죄혐의의 진상규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률(2007. 12. 28. 법률 제8824호로 제정된 것) 제2조, 제3조, 제6조 제6항 제7항, 제10조, 제18조 제2항[구체적인 조문내용은 생략(결정문의 해당부분 참조)]

【사건의 개요】

1. 심판청구의 경위

가. 이 사건 법률은 제17대 대통령선거를 이틀 앞둔 2007. 12. 17. 국회 본회의에서 가결되어 같은 달 28. 법률 제8824호로 공포·시행되었다.

나. 이 사건 법률은 이명박 대통령후보가 관여되었다는 의혹을 받고 있는 주식회사 엘케이 이뱅크(LK e-BANK), 비비케이(BBK) 투자자문주식회사 등을 통한 주가조작 등 증권거래법 위반 사건, 위 사건과 관련된 횡령·배임 등 재산범죄 사건, 주식회사 다스의 지분·주식과 관련된 공직자윤리법 위반 사건, 디지털미디어센터(DMC) 부지 사건 등에 대하여 독립적인 지위를 갖는 특별검사로 하여금 수사를 하도록 함으로써 진상을 규명한다는 취지에서 제정되었다.

다. 청구인 김○준은 주식회사 엘케이 이뱅크(LK e-BANK)의 전 등기이사로서 이른바 ‘BBK 사건’의 참고인이었고, 청구인 이○은·김○정은 주식회사 다스의 대주주로서 이른바 ‘주식회사 다스 관련 사건’의 참고인이었으며, 청구인 임○섭·최○호는 전 서울특별시 디지털미디어센터(DMC) 사업기획팀장 및 담당직원으로서, 청구인 윤○덕은 디지털미디어센터 부지를 분양받은 회사의 대표이사로서 각 이른바 ‘DMC 사건’의 피고발인들이었다.

라. 청구인들은, 이 사건 법률에 따른 특별검사의 수사대상 사건의 참고인

또는 피고발인들로서 이 사건 법률의 적용대상이 될 것으로 예상되는바, 이 사건 법률로 인하여 평등권, 신체의 자유, 공정한 재판을 받을 권리 등을 침해받았다고 주장하면서 2007. 12. 28. 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구이유와 관계기관의 의견

생략(결정문의 해당부분 참조)

【결정요지】

생략(헌법재판소판례집 20-1상, 1면 이하 참조)

【해설】

1. 한국의 특별검사제도

과거 권위주의 정권 시절을 회고해보면 대통령을 정점으로 한 집권여당은 정부와 국회를 장악하고 있었고 정권교체는 불가능한 것처럼 보였다. 이런 상황에서 검사에 대한 임명 및 보직권이 대통령에게 있었기 때문에 집권 세력의 비리 혹은 권력남용 행위와 관련된 의혹사건이 터질 때마다, 국민들은 검찰 수사결과를 불신하는 경우가 많았다.

우리나라에서 특별검사제도의 도입이 논의된 것은 “자기 사건에 대해 자기가 수사를 한다는 것은 정의에 부합하지 않다.”고 하는 간단명료한 원리에 의하여 비롯되었다고 할 수 있다.¹⁾ 즉 집권세력은 항상 검찰을 장악하려고 시도하고, 검찰에 유형, 무형의 압력을 넣음으로써 검찰의 정치적 중립성을 흔들어 왔으며, 이러한 상황에서 우리 국민 여론이 중립적이고 공정한 제3의 기관, 즉 특별검사에 의한 수사 및 기소를 요구한 것은 어찌 보면 자연스러운 현상이었다고 할 수 있다.

현재의 형태와 같은 특별검사제도에 관한 논의는 1989년 제5공화국에 있어서의 정치권력형 비리조사 특별위원회의 활동과 관련하여 동 특별위원회

1) 정종섭, “미합중국의 독립검찰관제도에 관한 연구”, 미국헌법연구 제6호, 1995년, 177쪽

의 수사권 부재 등으로 인하여 그 진상을 밝히는데 한계가 있다는 주장 하에서 당시 야 3당이 ‘특별검사의 임명 및 직무 등에 관한 법률안’을 국회에 제출한 것으로 시작되었다. 그리고 1995년, 1998년 등에도 ‘특별검사 임명 등에 관한 법률안’이 국회에 제출된 적이 있었다.²⁾ 이러한 법률안들이 모델로 삼은 것은 세계에서 거의 유일하게 특별검사제도를 시행한 바 있는 미국의 독립검찰관(independent counsel)이었다. 그러나 후술하는 바와 같이 소위 엽관제(獵官制, spoils system)를 채택하여 대통령선거 결과에 따라 연방검사도 집권세력과 운명을 같이하는 미국적 상황에서 독립검찰관제도가 논의되는 것은 충분히 이해가 가지만, 우리나라와 같이 직업공무원제도에 따라 검사의 신분이 고도로 보장되는 나라에서도 똑 같은 제도의 도입이 논의된다는 것은, 그만큼 검찰이 정치적 중립성에 의심을 받아왔음을 방증하는 것이라 할 것이다.

우리나라 최초의 특검법은 ① 1999. 9. 30. 법률 제6031호로 제정된 한국조폐공사 노동조합 파업유도 및 전 검찰총장 부인에 대한 옷로비 의혹사건 진상규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률(이하 ‘조폐공사특검법’이라 한다)이었다. 그 이후 ② 2001. 11. 26. 주식회사 지앤지 대표이사 이용호의 추가조작·횡령사건 및 이와 관련된 정·관계 로비 의혹사건 등의 진상규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률, ③ 2003. 3. 15. 남북정상회담 관련 대북비밀송금 의혹사건 등의 진상규명을 위한 특별검사임명 등에 관한 법률, ④ 2003. 12. 6. 노무현 대통령의 측근 최도술·이광재·양길승 관련 권력형 비리 의혹사건 등의 진상규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률, ⑤ 2005. 7. 21. 한국철도공사 등의 사할린 유전개발사업 참여관련 의혹사건 진상규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 특별법(이하 ‘유전의혹특검법’이라 한다), ⑥ 2007. 12. 10. 삼성 비자금 의혹 관련 특별검사의 임명 등에 관한 법률(이하 ‘삼성특검법’이라 한다), ⑦ 2007. 12. 28. 이 사건 법률이 순차로 각 제정되어 시행되었다.

그 동안 시행되었던 7 차례의 특검법은 그 규정 형식과 내용이 대체로 대

2) ‘한국조폐공사 노동조합 파업유도 및 전 검찰총장 부인에 대한 옷로비 의혹 사건 진상규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률안’ 심사보고서, 법제사법위원회(1999. 9.) 7쪽 참조.

동소이었으며, 주로 집권세력의 비리 의혹이 수사대상으로 되어 왔다. 다만 삼성특검법의 경우에는 재벌그룹의 지배권 승계와 관련하여 총수 일가 등이 수사대상이었고, 이 사건 법률의 경우에는 집권세력이 아니라 대통령 당선이 유력시되는 야당의 대통령 후보자와 그 관계인들이 수사대상이었다는 점이 이례적이었다.

※참고 1 : 미국의 특별검사제도에 대한 비교법적 고찰

(1) 특별검사제도의 연혁

(가) 엽관제 관행과 이해관계의 충돌 방지

미국에서는 19세기 초기에 엽관제 관행, 즉 대통령 선거에서 승리한 정당이 주요 공직을 모두 독차지하고, 종전 대통령에 의하여 임명된 고위 관료 등은 아직 임기가 끝나지 않았더라도 모두 사임하는 관행이 확립되었다.

우리나라는 검찰총장 이하 검사들의 직업공무원으로서의 정치적 중립성과 신분을 고도로 보장하고 있다.³⁾ 그러나 미국에서는 법무장관(Attorney General)이 검찰총장의 역할을 한다. 연방검사(U.S. Attorney)는 변호사 자격을 가진 자 중에서 상원의 동의를 얻어 대통령이 임명하고, 임기는 4년이지만 임기 중이라도 대통령이 해임할 수 있으며, 대통령이 교체될 때에는 사임하는 것이 관례이다.⁴⁾

이러한 엽관제 관행이 있는 미국에서는 대통령을 정점으로 한 집권여당과 법무장관 및 연방검사가 모두 집권세력을 형성하고 있다고 할 수 있다. 따라서 집권세력 내의 비리 의혹이 드러나서 정치적 쟁점으로 된 경우, 이를 연방검사가 수사하게 되면, 이는 곧 자신을 임명해주었고 자신과 정치적 운명을 같이할 대상을 수사하고 기소하는 것으로 된다. 즉 이해의 충돌(conflict of interest)이 발생하여 공정한 수사가 어렵고, 설령 공정한 수사를 하더라도 국민의 신뢰를 얻을 수 없는 문제에 봉착하게 된다.

3) 또한 검찰청법 제8조는 법무부장관은 검찰사무의 최고 감독자로서 일반적으로 검사를 지휘·감독하지만, 구체적 사건에 대하여는 검찰총장만을 지휘·감독할 수 있도록 함으로써, 개별 사건을 담당하는 검사의 정치적 중립성과 독립성이 훼손되지 않도록 하고 있다.

4) 사법연수원, 미국형사법, 2008년, 18쪽

이처럼 행정부 내의 연방검사의 조사행위 자체가 이해관계의 충돌로 인하여 신뢰성을 보장할 수 없는 외양(appearance)을 갖게 되는 경우, 이를 피하기 위하여 마련된 것이 미국의 특별검사제도라 할 수 있다.⁵⁾

미국에서의 특별검사는, 법무장관에 의하여 임명되는 특별연방검찰관(special counsel)과 한시법 형태의 정부공직자윤리법에 따라 임명되는 독립검찰관(independent counsel)으로 대별될 수 있고, 특히 후자는 우리나라 특별검사법 제정의 모태가 되었으나, 연방 정부공직자윤리법 중 해당 조항의 유효기간이 만료됨에 따라 현재는 시행되지 않고 있다.

(나) 특별연방검찰관(special counsel)

특별연방검찰관(special counsel) 제도는 보통법(Common Law)상의 관행에서 유래된 것이다. 19세기 이래 정부의 고위관리 등이 관련된 사건이 발생한 경우에 법무장관이 외부 인사를 특별연방검찰관으로 임명하여 수사와 소추를 담당하도록 하는 특별연방검찰관 제도가 존재해 왔는데, 특히 1924년 콜리지 대통령 당시 디포트 돔 사건을 비롯하여 고위공직자들에 대한 수사를 위하여 필요한 경우 대통령이 특별검사를 임명하는 것이 관행화되면서 입법화된 것이다.⁶⁾

이에 대해서는 287) U.S.C. § 5438⁸⁾에 다음과 같이 규정되어 있다. “(a) 연방 법무장관은 공익상 필요한 경우 연방검사를 조력할 특별연방검찰관을 임명할 수 있다. (b) 연방 법무장관은 이 조에 의하여 임명된 특별연방검찰관을 해임할 수 있다.”⁹⁾ 특별연방검찰관은 종종 ‘특별검사’(special prosecutor)라고 불리기도 하고 ‘특수검사’(“strike force” prosecutor)라고 불리기도 한다. 워터게이트 사건에서 임명되어 활동하였던 Archibald Cox나 Leon Jaworski는 이런 특별연방검찰관이었다.¹⁰⁾

5) 이현환, 특별검사제 - 미국의 제도와 경험 -, 박영사, 2000년, 9쪽

6) 천진호, “미국의 특별검사제도”, 한터 이철원 교수 정년기념논문집, 1998년, 655쪽

7) Judiciary and Judicial procedure

8) Chapter 35 - United States Attorneys

9) (a) The Attorney General may appoint attorneys to assist United States attorneys when the public interest so requires.

(b) Each attorney appointed under this section is subject to removal by the Attorney General.

10) 정중섭 앞의 논문 178-179쪽

워터게이트 사건에서 특별연방검찰관이었던 Archibald Cox가 Nixon 대통령을 향한 수사 수위를 높이자, Nixon 대통령이 무리하게 특별연방검찰관으로 하여금 해임되도록 한 사건을 계기로, 미국에서는 연방 법무장관이 해임권을 갖는 특별연방검찰관 제도의 한계를 인식하고 다른 대안을 모색하게 되었고, 그 결과 나온 것이 독립검찰관 제도이다.

(다) 독립검찰관(independent counsel)

원래 워터게이트 사건을 조사하던 상원 특별위원회는 최종보고서에서 백악관 관리나 고위행정직 또는 대통령 자신이 연루된 사건에 대한 수사의 경우 대통령에 의하여 임명되고 그에게 책임을 지는 법무성 관리에 의한 수사 및 기소는 “이익충돌(Conflict of Interests)”의 문제를 야기한다고 밝히면서 상설적이고 독립적인 특별검사제도의 설치를 건의하였고, 이러한 논의를 기초로 상원의 1975년 워터게이트 재편 및 개혁법안(Watergate Reorganization and Reform Act of 1975)과 상원 행정위원회의 1977년 공직자윤리법안(Public Officials Integrity Act of 1977)과 하원의 특별검사관련 법안(Special Prosecutor Legislation)에서는 이익충돌의 잠재성이 있는 특수한 상황의 경우, 독립적이며 임시적인 특별검사의 임명을 제안하기에 이르렀다. 이 법안들은 1977년 카터 행정부가 들어선 후 1978. 10. 10. 상·하 양원을 통과한 후 상·하 양원 협의위원회(Conference Committee)에서의 조정을 거쳐 정부공직자윤리법(Ethics in Government Act) 제6편에 “미합중국 법전 제28편의 개정조항(Title 28 of the United States Code, Section 49 and 591-598)”이라는 표제로 1978. 10. 12. 규정되었으며(1978. 10. 26.부터 발효), 28 U.S.C. §591-599에 수록되어 있다.¹¹⁾

제정 당시에 5년의 한시법이었던 이 법은 1983. 1. 3. 개정되어 그 효력이 다시 5년간 연장되었으며, 미합중국 법전 제591조 (b)항에 규정되어 있지 않은 자도 일정한 경우에는 예비수사의 대상으로 하는 포괄적(catch-all)규정 [28 U.S.C §591(c)(1)]을 두었다. 이 법은 다시 1987. 12. 15. 5년간의 효력연장을 위하여 개정되었으나, 1992. 9. 미 의회 제102차 회기 중 상원에서 공화당에 의하여 효력연장을 위한 개정이 저지되어 1992. 12. 15. 효력이 상실되

11) 천진호 앞의 논문 656쪽

었다. 그러나 그 후 1993년 민주당의 클린턴(Bill Clinton) 행정부의 출범과 동시에 터져 나온 ‘화이트워터 사건(Whitewater Scandal)’을 계기로 공화당의 태도가 바뀌어 「1994년 독립검찰관재수권법안」이 1994. 5. 25. 상원을 통과하고 1994. 6. 21. 하원을 통과하여 1994. 6. 30.부터 재발효되었다.¹²⁾

그 후 화이트워터 사건의 독립검찰관이며 보수적인 공화당원이었던 Kenneth W. Starr¹³⁾는 1997년부터 수사의 초점을 클린턴 대통령의 성추문 혐의로 바꾸면서 막대한 국가 예산을 소모하여 클린턴 대통령의 사생활에 해당하는 부분까지 캐내는 데 주력했고, 이에 염증을 느낀 국민 여론이 독립검찰관재수권법안에 찬성하지 않게 되었고, 결국 독립검찰관 제도는 1999. 6. 30. 재수권법이 제정되지 아니하여 종말을 고하게 되었다.¹⁴⁾

다만 독립검찰관 제도의 근거조항인 28 U.S.C. §591-599는 여전히 연방법전에 남아 있으며 앞으로 정치적인 상황 변화에 따라 언제든지 재수권법안의 통과에 따라 재발효될 여지가 있다.

(2) 독립검찰관 제도의 주요 내용

(가) 독립검찰관의 수사대상 등

독립검찰관에 의한 수사대상은 ① 대통령과 부통령, ② 장관 및 장관급 고위 행정부 관료, ③ 대통령실 고위 관료, ④ 법무차관 및 법무차관보급 이상의 법무부 고위 관료, ⑤ 중앙정보국 국장, 부국장 및 국세청장, ⑥ 현직 대통령의 대통령선거운동본부 본부장, 회계담당관 및 전국적 규모의 권한을 가진 선거참모, ⑦ ① 내지 ⑤의 공직에 있던 자로서 그 직을 떠난 지 1년 이내인 자이다.¹⁵⁾

콜롬비아특별구¹⁶⁾ 연방항소법원(the United States Court of Appeal for

12) 천진호 앞의 논문 656-657쪽

13) Kenneth W. Starr는 연방 법무장관의 비서실장, 연방 항소법원 판사, 법무성 승무담당 차관으로 근무한 경력의 소유자였다. 서영제, 미국 특별검사제도의 과거와 미래, 세일출판사, 2002년, 191쪽 참조

14) 28 U.S.C. § 599. {독립검찰관에 관한 章(chapter)의 실효} 이 章은 1994년의 독립검찰관재수권법의 발효일로부터 5년 후 효력을 상실한다. 다만 독립검찰관이 효력 상실 당시 진행 중인 사건에 대하여 이 章의 계속 적용을 요청하면, 이 章은 독립검찰관이 그 사건이 완료되었다고 결정할 때까지 효력을 유지한다.

15) 28 U.S.C. § 591(a)(b).

the District of Columbia)에 설치되어 있는 독립검찰관 임명을 위한 재판부(the division of the court for the purpose of appointing independent counsels, 이하 ‘특별재판부’라 한다)는 법무장관의 제청에 따라 독립검찰관을 임명한다.

특별재판부는 콜롬비아특별구 항소법원의 판사를 포함한 3명의 판사로 구성되는데 연방대법원장에 의해 지명된다.¹⁷⁾

법무장관은 위에서 언급한 독립검찰관에 의한 수사대상 인사가 B 혹은 C급의 경범죄¹⁸⁾ 이외의 연방범죄를 범했다고 믿을 만한 충분한 정보를 얻은 때에는 독립검찰관에 의한 추가수사 실시 여부를 결정하기 위한 예비조사를 벌여야 한다(shall conduct a preliminary investigation).¹⁹⁾ 예비조사의 필요성 여부를 판단함에 있어 법무장관은 제공받은 정보의 구체성(specificity of the information received)과 정보출처의 신뢰성(credibility of the source of the information)만을 고려하여야 하고,²⁰⁾ 정보수령 후 30일 이내에 예비조사 실시 여부를 결정하여야 한다. 만일 법무장관이 30일 이내에 그 정보가 구체적이고 신뢰할 수 있는 출처에서 나왔다고 결정한다면, 그 정보와 관련된 예비조사를 개시한다. 법무장관이 그 정보의 구체성과 출처의 신뢰성에 관하여 30일 이내에 결정할 수 없다면, 30일이 끝나는 날에 그 정보와 관련된 예비조사를 개시한다.²¹⁾

(나) 예비조사(preliminary investigation)

독립검찰관에 의한 수사 개시 여부를 결정하기 위한 예비조사는 법무장관이 예비조사 실시를 결정하거나 의회의 요구(Congressional Request)가 있는 경우 실시된다. 즉 상·하 양원의 법사위원회 또는 각 위원회의 다수당의 과반수 혹은 ‘모든 소수당들 전체’의 과반수는 서면으로 법무장관에게 독립

16) 미국 수도인 워싱턴 D.C.

17) 28 U.S.C. § 49(d)

18) 미국에서는 우선 범죄를 중범죄(felony, 사형 또는 1년 이상의 징역에 처해질 수 있는 범죄)와 경범죄(misdemeanor, 징역 1년 미만에 처해지는 범죄)로 나누고, 경범죄를 다시 A, B, C급으로 구분한다. 사법연수원, 미국형사법, 2001년 37쪽 참조

19) 28 U.S.C. § 591(a)(b).

20) 28 U.S.C. § 591(d)(1).

21) 28 U.S.C. § 591(d)(2).

검찰관의 임명 제청을 요구할 수 있다. 법무장관은 이 서면이 접수된 날로부터 30일 이내에 예비조사에 착수했는지 여부와 착수 일자 등을 보고해야 한다.²²⁾

(다) 독립검찰관의 임명 제청

만일 법무장관이 예비조사 결과 독립검찰관에 의한 수사가 필요함을 인정할 합리적 근거가 없다고 결정하면, 법무장관은 즉시 특별재판부에 이를 보고하여야 하고, 이 경우 특별재판부는 그 사건과 관련하여 독립검찰관을 지명할 권한이 없다.²³⁾

이에 반해 법무장관이 예비조사 결과 독립검찰관에 의한 수사가 필요하다고 결정하거나 90일의 기간 내에 결정을 못 내린 경우에는, 특별재판부에 독립검찰관 임명을 제청하여야 한다. 이러한 법무장관의 독립검찰관 제청 결정은 사법심사의 대상으로 되지 아니한다.²⁴⁾

(라) 독립검찰관의 임명과 그 기소관할범위

특별재판부는 적합한 경험(appropriate experience)을 가진 자로서 즉각적이며 책임 있고 효율적인 방법(prompt, responsible, and cost-effective manner)으로 수사와 기소를 행할 수 있는 개인을 독립검찰관으로 임명하여야 한다.²⁵⁾

특별재판부는 독립검찰관의 기소관할범위(independent counsel's prosecutorial jurisdiction)를 확정하여 주어야 하는데 법무장관이 독립검찰관을 요청한 주된 문제와 그에 관련된 모든 문제를 충분히 조사하고 기소할 적절한 권한을 보장해 주어야 한다.²⁶⁾ 위 관할은 또한 위증, 사법방해(obstruction of justice), 증거파기(destruction of evidence) 및 증인협박(intimidation of witnesses) 등을 포함하여 법무장관이 요청한 문제의 조사

22) 28 U.S.C. § 592(g)

23) 28 U.S.C. § 592(b)(1)

24) 28 U.S.C. § 592(c)(f)

25) 28 U.S.C. § 593(b)(2).

26) 28 U.S.C. § 593(b)(3) “…… adequate authority to fully investigate and prosecute the subject matter with respect to which the Attorney General has requested the appointment of the independent counsel, and all matters related to that subject matter ……”

또는 기소로부터 발생하는(arise out of) 경범죄 이외의 연방범죄를 조사하고 기소할 권한을 포함한다.²⁷⁾

(마) 독립검찰관의 권한

독립검찰관은 그 기소관할상의 모든 문제들(all matters)에 대한 모든 조사 및 기소기능(all investigative and prosecutorial functions)을 수행하기 위한 충분하고 독립적인 권한(full power and independent authority)을 가진다. 이에는 ① 대배심의 진행, ② 법원절차의 참여 및 소송 참가, ③ 법원 판결에 대한 상소, ④ 모든 기록의 심사 등이 포함된다. 또한 참고인 등의 진술을 듣기 위한 소환장 발부 등을 연방법원에 신청할 수 있다(making applications to any Federal court …… for subpoenas).²⁸⁾

독립검찰관은 그 판단에 따라 직무를 수행하기 위하여 필요한 수사관, 변호사들, 비상근 자문위원들을 포함하여 보조인력을 임명할 수 있다.²⁹⁾ 그리고 독립검찰관은 그 직무 수행을 위하여 기소관할범위 내에서 법무성에 자료(any records, files, or other materials)를 요구할 수 있고, 법무성은 그러한 자료를 제공하여야 한다. 독립검찰관은 법무성에 요청하여, 법무성 검사들, 관리들, 그 밖의 직원들을 파견받을 수 있다.³⁰⁾

또한 독립검찰관은 법무장관이나 특별재판부에 수사대상 사건과 관련된 사건들을 독립검찰관에게 이송할 것을 요청하여 이송 받을 수 있고, 법무장관도 관련 사건의 이송을 독립검찰관에게 요청하여 이송할 수 있는데(Referral of Other Matters to an Independent Counsel), 이 경우 독립검찰관은 그러한 사실을 특별재판부에 보고해야 한다.³¹⁾

(바) 독립검찰관에 대한 감독(oversight)

의회의 적합한 위원회는 독립검찰관의 직무 행위에 대하여 감독할 권한을 가지며, 독립검찰관은 이러한 감독권에 협조할 의무가 있다. 그리고 독립검찰관은 직무 수행 과정에서 탄핵의 근거가 될 만한 신빙성 있는 정보를 입

27) 28 U.S.C. § 593(b)(3).

28) 28 U.S.C. § 594(a).

29) 28 U.S.C. § 594(c).

30) 28 U.S.C. § 594(d).

31) 28 U.S.C. § 594(e).

수하면 이를 하원에 알려야 한다.³²⁾

(사) 독립검찰관의 직무 종료

독립검찰관은 탄핵 및 형의 선고 외에는 오직 법무장관에 의해서만 해임될 수 있는데, 법무장관에 의한 해임도 정당한 이유(good cause)나 정신적·육체적 장애 또는 독립검찰관직을 수행하는데 심각한 문제가 있는 경우에만 가능하다.³³⁾

독립검찰관의 직무가 종료되는 것은 첫째로, 독립검찰관의 기소관할범위 내의 사건들의 조사 및 그에 대한 기소가 완결되었거나 거의 완결되어 법무부가 이를 수행하는 것이 적절하다고 독립검찰관이 법무성에 통보하는 경우이다. 다음으로, 특별재판부가 직권으로 혹은 법무장관의 요청에 따라 독립검찰관의 기소관할범위 내의 사건들의 조사 및 그에 대한 기소가 완결되었거나 거의 완결되어 법무부가 이를 수행하는 것이 적절하다고 판단한 경우, 특별재판부는 언제라도 독립검찰관의 직무를 종료시킬 수 있다.³⁴⁾

(3) 미국에서의 독립검찰관 제도에 대한 위헌 논란

(가) Morrison v. Olson 사건

미국에서 독립검찰관 제도와 관련한 위헌 논란은 1988년 미국 연방대법원이 판결한 Morrison v. Olson 사건³⁵⁾에서 다루어졌다.³⁶⁾

이 사건은 1978년의 정부공직자윤리법 중 독립검찰관제 조항(28 U.S.C. §591-599, 이하 ‘독립검찰관제 조항’이라 한다)의 합헌성 문제를 다루고 있다. 사건의 개요는 다음과 같다. 1982년 당시 레이건 대통령의 환경정책에 불만을 가진 민주당 의원들이 중심이 된 하원 소위원회(Two Subcommittee of the House of Representatives)에서 환경정책에 관련 된 문서제출을 환경청(Environmental Protection Agency)장관에게 명령하였으나 환경청장관은 대통령의 지시에 따라 이를 거부하였고 하원이 환경청장관을 연방 형사범죄

32) 28 U.S.C. § 595(a)(c).

33) 28 U.S.C. § 596(a)(1).

34) 28 U.S.C. § 596(b).

35) 487 U.S. 654(1988).

36) 조국, “특별검사제 도입에 관한 일고”, 형사법연구 제12권, 1999년, 430쪽; 안성부, “특별검사제의 문제점과 개선방안”, 충북대학교 석사학위논문, 44-47쪽 참조

에 속하는 의회모독죄로 판단하자, 대통령과 환경청장관은 하원을 상대로 한 소송을 제기하였다가 소송 외에서 타협이 이루어져, 대통령과 환경청장관은 문제의 문서들에 관하여 제한된 범위 내에서 하원의 접근을 허용했다. 1993년 하원 법사위원회는 이 분쟁에 있어서 법무성의 역할에 관한 조사를 시작하여 1985. 12. 12. 당시 법무차관(Deputy Attorney General)인 Edward C. Schmults와 법무차관보(Assistant Attorney General)인 Theodore B. Olson 및 환경담당관(Assistant Attorney for Land and Natural Resources)인 Carol E. Dinkins가 이 분쟁과 관련된 하원 법사위원회 청문회에서 위증을 했다고 문제를 제기하고 그 조사보고서를 법무장관인 Edwin Meese III에게 통보하면서 Olson 등 3인에 대하여 독립검찰관을 임명하여 조사해 주도록 요구하였다. 그러나 법무장관은 1986. 4. 10. Olson에 대한 혐의에 관련해서만 독립검찰관을 임명할 가치가 있다고 결론지었다. 이렇게 해서 1986. 4. 23. 특별재판부에 의하여 Olson 사건의 독립검찰관으로 James C. McKay가 임명되었으나 이후 그는 사임하였다. 1986. 5. 29. 특별재판부에 의하여 독립검찰관으로 새로 임명된 Alexia Morrison 여사는 법무장관에게 Schmults와 Dinkins에 대한 사건도 자신에게 이송하여 주도록 요청하였으나 법무장관은 이 요청을 거부하면서 Schmults와 Dinkins를 조사하지 않는다는 자신의 결정은 어느 사법심사의 대상도 될 수 없는 최종적인 것이라고 주장하였다.³⁷⁾

그러자 Morrison은 1987. 1. 자신을 임명한 특별재판부에 위와 같은 자신의 요구에 대한 판단을 구하였다.³⁸⁾ 특별재판부는 위 법무장관의 결정은 최종적인 것이며 재심의 여지가 없으나 독립검찰관의 기소권할범위에는 Schmults와 Dinkins가 Olson과 공모하였는지의 여부를 조사하는 문제를 포함하고 있다고 판단하였다. 이러한 판단에 따라 Morrison이 Olson과 함께 Schmults와 Dinkins에게 대배심에서 증언하도록 소환장을 발부하였다.³⁹⁾

이에 Olson 등 3인은 위 소환장을 무효화시키기 위한 청구를 연방지방법원에 제기하면서, 독립검찰관제 조항은 위헌이고 따라서 Morrison은 Olson 등 3인에 대한 소환절차를 계속 진행시킬 권한이 없다고 주장하였다. 연방

37) 천진호 앞의 논문 668쪽

38) 정종섭 앞의 논문 205쪽

39) 천진호 앞의 논문 668쪽

지방법원은 독립검찰관제 조항의 합헌성을 인정하고 Olson 등 3인 청구를 기각하였으며, 나중에는 Olson 등 3인이 소환장에 계속 응하지 않았으므로 법정모독죄(contempt)로 구속되어야 한다고 결정했다. 그러나 Olson 등 3인의 항소에 의하여 진행된 항소심에서 연방항소법원은 독립검찰관제 조항이 연방헌법 제2조 제2호의 대통령의 임명권 조항⁴⁰⁾과 연방헌법 제3조의 사법부 규정에 위배되며, 연방헌법 제2조의 대통령의 권한을 무시함으로써 권력분립의 원칙에도 위배되어 위헌이라고 판결하였다.

이에 대하여 Morrison이 연방대법원에 상고하였는데, 연방대법원은 1988. 6. 29. 7:1의 결정으로 연방항소법원의 판결을 파기하여 합헌 판결을 하였는데, 판결문은 Rehnquist 대법원장이 집필했고, Scalis 대법관은 반대의견을 냈으며, Kennedy 대법관은 평의와 결정에 참여하지 않았다

다수의견은 첫째로, 독립검찰관제 조항이 특별재판부에 독립검찰관 임명권을 부여하는 것이 연방헌법 제2조 제2호가 정한 대통령의 임명권 조항에 위배되지 않는다고 하면서 다음과 같이 판시했다. 『상고인(독립검찰관 Morrison)은 “연방 의회는 적당하다고 인정되는 하급관리(inferior officer) 임명권을 법률에 의하여 대통령에게만 또는 법원에게 또는 각 부처 장관에게 부여할 수 있다.”는 조항에 나오는 하급관리이며, 상원의 권고와 동의를 받아 임명되는 일정한 범위의 관리(주요 관리, principal officers)가 아니다. 비록 상고인이 독립검찰관제 조항에 의하여 자신에게 부여된 권한을 행사하기 위하여 일정 정도의 독립권을 가지는 이상 법무장관(그리고 대통령)의 하급기관이 아니지만, 독립검찰관제 조항에 의하면 법무장관에 의한 상고인의 해임이 가능하게 되어 있는 점에 비추어 보면, 그런 의미에서 상고인은 직위와 권한에서 하급관리에 속한다. 더구나 상고인은 독립검찰관제 조항에 의하여 일정한 제한된 직무들, 즉 주로 수사 업무와, 필요한 경우 특정 연방 범죄를 기소하는 업무에 한정된 권한만을 부여받았다. 또한 상고인의 기소

40) 대통령은 대사, 그 밖의 공사 및 영사, 연방 대법원 판사 그리고 그 임명에 관하여 본 헌법에 특별 규정이 없으나, 이후에 법률로써 정해지는 그 밖의 모든 미국 관리를 지명하여 상원의 권고와 동의를 얻어 임명한다. 다만, 연방 의회는 적당하다고 인정되는 하급관리(inferior officer) 임명권을 법률에 의하여 대통령에게만 또는 법원에게 또는 각 부처 장관에게 부여할 수 있다.

관할범위는 특별재판부가 법무장관의 요청에 따라 부여한 범위 내에 한정된다. 나아가 본질적으로 독립검찰관은 한 과업을 완수하기 위하여 임명되다는 의미에서, 그리고 그 과업이 완수되면 상고인 스스로에 의하여 혹은 특별재판부에 의하여 상고인의 직위가 없어진다는 의미에서, 상고인은 임시직(temporary)에 속한다. 피상고인들(Olson 등 3인)은 설령 상고인이 하급관리에 속하더라도, 연방의회는 하급관리 임명 관련 조항은, 연방의회가 집행부 내부 구성원 임명에 있어 집행부 외의 인사에게 임명권을 부여할 수 있도록 하는 취지가 아니라고 주장하나, 이는 무익한 주장이다. 조항의 문리해석상 하급관리 임명 시에 집행부 내부 인사에게 임명권을 부여하라는 제한이 없고, 오히려 ‘적당하다고(proper)’ 인정되는 경우 의회에게 상당한 재량권을 준 것이 명백하다.』

둘째, 특별재판부에 부여된 권한은, 비사법적 성질의 집행권 혹은 행정권이 연방판사에게 부여되지 않도록 되어 있는 헌법 제3조41)에 위반되지 않는다고 하면서, 다음과 같이 판시하였다. 『독립검찰관제 조항에 의한 특별재판부의 권한행사, 즉 독립검찰관 지명은, 그 권한 자체가 헌법 제2조의 임명 조항에서 나온다. 즉 이는 헌법 제3조와는 별개의 근거 조항에서 나오는 것

41) Article III Section 1. 미국의 사법권은 1개의 연방대법원에, 그리고 연방 의회가 수시로 제정, 설치하는 하급 법원들에게 속한다. 연방대법원 및 하급 법원의 판사는 중대한 죄과가 없는 한 그 직을 보유하며, 그 직무에 대하여는 정기적인 보수를 받으며, 그 보수는 재직 중에 감액되지 아니한다.

Section 2. Clause 1. 사법권은 본 헌법과 미국 법률과 그리고 미국의 권한에 의하여 체결되었거나 체결된 조약으로 하여 발생하는 모든 보통법상 및 형평법상의 사건, 대사와 그 밖의 외교 사절 및 영사에 관한 모든 사건, 해사 재판 및 해상 관할에 관한 모든 사건, 미국이 한 편의 당사자가 되는 분쟁, 2개의 주 및 그 이상의 주 사이에 발생하는 분쟁, 한 주와 다른 주의 시민 사이의 분쟁, 상이한 주의 시민 사이의 분쟁, 다른 주로부터 부여받은 토지의 권리에 관하여 같은 주의 시민 사이에 발생하는 분쟁, 그리고 어떤 주나 또는 그 주의 시민과 외국, 외국 시민 또는 외국 신민과의 사이에 발생하는 분쟁에 미친다.

Clause 2. 대사와 그 밖의 외교 사절 및 영사에 관계되는 사건과, 주가 당사자인 사건은 연방대법원이 고유의(original) 재판 관할권을 가진다. 그 밖의 모든 사건에서는 연방 의회가 정하는 예외의 경우를 두되, 연방 의회가 정하는 규정에 따라 법률문제와 사실 문제에 관하여 상소심 재판 관할권을 가진다.

Clause 3. 탄핵 사건을 제외한 모든 범죄의 재판은 배심제로 한다. 그 재판은 그 범죄가 행하여 진 주에서 해야 한다. 단 범죄 행위지를 특정할 수 없을 때에는 연방 의회가 법률에 의하여 정하는 장소에서 재판한다.

이다. 더구나 특별재판부의 헌법 제2조의 임명 조항에 의한 권한에는 독립검찰관의 기소관할범위를 한정할 수 있는 권한을 포함한다. 특별재판부에게 부여된 기능은 본질적으로 집행적인 것이 아니라, 연방판사들이 다른 분야에서 행사하는 기능들에 오히려 가깝다. 물론 특별재판부가 독립검찰관의 업무집행 상황을 점검하고 독립검찰관의 직무가 완료되었는지 여부를 판단해야 한다는 측면에서는 행정적인 업무를 한다고 할 수 있다. 그러나 특별재판부의 그러한 권한을 가리켜, 헌법 제3조 위반을 이유로 독립검찰관제 조항을 무효화시킬 정도로 심각한 '집행부의 권한 혹은 기소관할권'에 대한 사법적 침식(judicial encroachment)이라고는 할 수 없다.』

셋째, 독립검찰관제 조항이 집행부의 권한에 허용할 수 없을 정도로 간여함으로써 권력분립의 원칙에 위반된다고는 할 수 없다고 하면서 다음과 같이 판시했다. 『법무장관은 정당한 이유(good cause)가 있는 경우에만 독립검찰관을 해임할 수 있도록 하는 것은 대통령의 헌법상 권한에 허용할 수 없을 정도로 간섭하는 것이 아니다. 즉 독립검찰관제 조항은 전체적으로 보면, 집행부의 역할에 대한 부당한 간섭으로 인한 권력분립의 원칙 위배라고 할 수 없다. 이 사건은 의회가 집행부의 권한을 침탈함으로써 의회의 권한을 증가시키려는 시도와 관계가 없다. 독립검찰관제 조항은 의회의 일부 구성원으로 하여금 법무장관에게 독립검찰관 임명 제청을 요구할 권한을 부여하지 않았고, 법무장관은 일정한 기간 내에 답변을 해야 하지만, 그러한 요구에 응할 의무도 없다. 그 외에 독립검찰관제 조항에 있어 의회의 역할은 보고서 또는 다른 정보를 받고 독립검찰관의 활동과 직무를 감독하는 것에 한정되는데, 이는 일반적으로 의회의 입법기능에 부수된 것으로 받아들여진다. 같은 이유에서, 독립검찰관제 조항은 사법부에 의한 집행부의 정당한 기능의 침해로 작용하지 않는다. 또한 독립검찰관제 조항은 집행부의 권한을 허용할 수 없을 정도로 제약하지 않고, 집행부로 하여금 헌법적 기능을 수행하는 것을 방해하여 동등한 3권 사이의 권력 균형을 깨지도 않는다. 비록 독립검찰관은 다른 연방검사들에 비하여 독립적이며, 집행부의 감독에 대하여는 다른 연방검사들에 비하여 훨씬 간섭을 덜 받는다고 할 수 있지만, 독립검찰관제 조항은 대통령이 헌법상 권한을 수행하는데 지장이 없도록, 집행부에게

독립검찰관에 대한 충분한 감독권을 주고 있다고 할 수 있다.』

이에 반해 스칼리아 대법관은 권력분립에 대한 형식주의적 접근법을 채택하지 않은 것을 이유로 법정의견을 공격하면서 의회에 의한 아무리 작은 행정부권한의 축소도 권력분립원칙에 위배됨은 물론 ‘하위직(inferior)’이란 복종하는(subordinate)이라는 의미인데, 독립검찰관은 복종하는 공무원이라는 특성이 결여되어 있고 재직 기간이 오히려 다른 고위직 공무원들보다 장기간이어서 하위직 공무원이 아니라는 이유를 들어 위헌 의견을 피력하였다.

(나) 책임성의 원리에 비추어 본 위헌 논란

미국에서 독립검찰관제수권법안이 제정되지 아니하여 독립검찰관 제도가 1999. 6. 30.부로 종말을 고하게 된 주요한 이유 중의 하나는, 화이트워터 사건의 독립검찰관이었던 Kenneth W. Starr의 예에서 알 수 있는 바와 같이 독립검찰관이 스스로 정치적 편향성을 가지고 막대한 국가예산을 투입하여 과잉 수사를 함으로써, 국민들이 독립검찰관제도에 대하여 염증을 느끼게 되었기 때문이라 할 것이다. 권한만 있고 선거나 기타 어떠한 방식으로든 책임을 지지 않는 독립검찰관은 자칫 정치적 중립성을 상실하고 국민의 세금을 이용하여 편향된 수사를 할 우려가 있다는 것이다.

이처럼 독립검찰관법제 조항이 위헌시비에 직면하는 또 하나의 이유는 독립검찰관에게는 책임성(accountability)의 원리가 적용되지 않는다는 점이다. 검찰권의 행사를 책임지고 있는 법무장관은 선거에 의해 선출된 대통령에 의해 임명되고 자신의 결정에 대해 공식적인 책임을 진다. 그러나 독립검찰관은 특정 사건에 대해서는 법무장관과 같은 수준의 검찰권을 행사하면서도 책임은 거의 지지 않는다. 독립검찰관은 의회의 인준을 받지 않으며 법무성 소속 검사들과 달리 감독이나 예산상의 제한도 받지 않는데 이것은 헌법적으로 중요한 문제가 된다. 헌법은 “책임지을 수 있는 기관에게만 권한을 부여할 수 있다.”는 원리에 따라 검찰권을 국민과 의회에 대해 책임을 지는 대통령과 법무장관에게 귀속시켰다. 따라서 독립검찰관처럼 아무런 책임도 지지 않는 기관에게 검찰권을 부여하는 것은 헌법상의 책임주의 원리에 어긋난다는 논리가 가능하다.⁴²⁾

42) 오세인, “미국 특별검사제도의 기능과 한계”, 법무연구 제26호, 법무연수원, 1999

참고 2 : 우리나라의 특별검사제도와 미국의 독립검찰관 제도의 차이⁴³⁾

(1) 처분적 법률과 일반법

우리나라의 특별검사제도는 정치적으로 민감한 의혹 사건에 있어, 관련된 개인이나 사건을 대상으로 수사를 하기 위하여 만들어지는 처분적 법률에 의하여 시행되는데 비하여, 미국의 독립검찰관 제도는 일반적·추상적인 법률(28 U.S.C. §591-599)에 의하여 시행된다는 점에 차이가 있다.

(2) 수사대상의 차이점

우리나라는 정치적 의혹사건이 발생할 때마다 그에 관련된 사람들을 수사 대상으로 삼기 때문에, 그 대상자에 제한이 없다. 즉 집권세력 인사뿐만 아니라 경우에 따라서는 이 사건 법률에서 보는 것처럼 야당 인사도 특별검사에 의한 수사대상으로 될 수 있는 것이다. 우리나라의 특별검사제도는 검찰 수사에 대한 불신에 기인할 뿐 그 이외의 법논리적 근거가 부족하기 때문으로 보인다.

이에 비해 미국의 독립검찰관 제도는 영미법상 “아무도 자기 자신의 사건을 스스로 심판할 수는 없다.”는 원칙에 근거하여, 그 수사대상이 ① 대통령과 부통령, ② 장관 및 장관급 고위 행정부 관료, ③ 대통령실 고위 관료, ④ 법무차관 및 법무차관보급 이상의 법무부 고위 관료, ⑤ 중앙정보국 국장, 부국장 및 국세청장, ⑥ 현직 대통령의 대통령선거운동본부 본부장, 회계담당관 및 전국적 규모의 권한을 가진 선거참모, ⑦ ① 내지 ⑤의 공직에 있던 자로서 그 직을 떠난 지 1년 이내인 자 등으로 법정되어 있다.

(3) 임명절차의 차이점

우리나라의 특검법은 특별검사의 임명절차와 관련하여, 특별검사제도를 도입할 필요성이 있는지에 관한 예비적인 조사 없이, 특검법 시행 후 곧바로 국회의장의 임명요청⁴⁴⁾에 따라 대통령이 대법원장 또는 대한변호사협회의

년, 25-26쪽

43) 국회 법제사법위원회, “한국조폐공사 노동조합 파업유도 및 전 검찰총장 부인에 대한 옷로비 의혹사건 진상규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률안 심사보고서”, 1999. 9월, 9-10쪽 참조.

추천을 받아 임명토록 되어 있다.

그러나 미국의 독립검찰관 제도에서는, 과연 독립검찰관을 임명하여 수사를 개시할 필요성이 있는지에 관하여 법무장관이 사전에 예비조사를 하는 절차를 거친 후, 법무장관의 제청에 따라 콜럼비아특별구 항소법원의 특별재판부가 임명하도록 되어 있다.

(4) 소결

우리나라의 특검법들의 모태가 된 것은 미국의 독립검찰관 제도이지만, 입법 과정에서의 굴절로 인하여 우리나라의 특검법들은 미국의 독립검찰관 제 조항(28 U.S.C. §591-599)과는 상당히 다른 모습을 띄게 되었다고 할 수 있다. 그 결과, 재판관 김희옥, 재판관 이동흡의 소수의견이 밝힌 바와 같은 헌법상의 여러 가지 논란이 발생하고 있다 할 것이다.

2. 특별검사의 수사대상(이 사건 법률 제2조)과 관련된 헌법적 문제점 가. 문제의 제기

우리나라에서 7차례 시행된 특검법들을 살펴보면, 범행 자체에 수사대상자의 실명이 사용되기도 하는 등 다분히 특정 개인 내지 사건을 수사하기 위한 의도에서 특검법이 제정되었다. 우리나라의 특검법들은 그런 점에서 일반법 형태의 미국의 독립검찰관제 조항(28 U.S.C. §591-599)과는 질적으로 다르다고 할 수 있으며, 국회가 직접적인 입법행위를 통하여 특정 개인 내지 사건을 지목하여 특별검사에 의한 수사가 개시되도록 한다는 점에서 전 세계적으로 거의 그 유례를 찾을 수 없는 형태이다.⁴⁵⁾

44) 가령 이 사건 법률 제3조의 해석상 국회의장은 특검법 시행 후 의무적으로 특별검사 임명을 대통령에게 요청하여야 한다.

45) 천진호 앞의 논문 655쪽에 의하면, 미국 외의 특별검사제도로서, 아르헨티나에서는 1983년 군부통치를 종식한 라울 알폰신 정부가 대통령 직속 하에 특별검사를 두고 '추악한 전쟁(guerra sucim)'을 일으킨 과거 정권에 대한 청산작업에 대한 전권을 특별검사에게 부여했고 2년간의 수사 끝에 전직 대통령 3명(비델라, 비올라, 갈티에)과 군장성 및 경찰간부 370명을 범정에 세운바 있고, 뉴질랜드는 차관급 이상의 고위공무원이나 국회의원, 판사, 검사의 비리수사를 전담하는 기구로 특수비리조사처를 두어 검찰과 별도로 운영하고 있다고 하나, 위 두 나라의 특별검사제도 운영 형태로 볼 때, 우리나라와 같이 입법행위에 의하여 특정 개인 내지 사건에 대

그렇다면 우리나라의 특검법에 대한 헌법적 시각에서의 고찰의 출발점은 과연 특정 개인 내지 특정 사건을 대상으로 한 처분적 법률로서의 특검법이 우리 헌법상 허용될 수 있는지 여부가 되어야 할 것이다.

또한 이 사건 법률 제2조가 수사대상을 규정하고 있는 방식이나 내용이 명확성의 원칙에 위배되는지 여부, 청구인들의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부도 문제된다.

나. ‘처분적 법률’의 문제점

(1) ‘처분적 법률’ 개념에 대한 학설과 판례 개관

(가) ‘처분적 법률’ 이론의 등장과 전개⁴⁶⁾

처분적 법률의 개념은 1950년대 독일에서 논의되기 시작하였다. 고전적 법치국가 개념은 엄격한 권력분립의 원칙에 따라 규범의 정립작용과 그 집행행위를 엄격하게 구별하면서 규범의 본질은 일반성과 추상성에 있다고 보아 왔다. 그러나 현대 복지국가에 이르러 일반적 법률(Allgemeine Gesetze) 보다는 특별한 상황에 대응하고 일정한 목적에 기속되는 개별적 법률들이 압도적으로 증가함에 따라, 그와 같은 형태의 법률들이 과연 권력분립의 원칙에 비추어 허용될 수 있는 것인지에 대한 의문이 제기되었다.

이에 따라 일부 학자들은 ① 일정한 목적을 추구하고 이에 예속되어 있는 행위(Actio)로 볼 수 있는 법률(Forsthoff) 또는 ② 시간적으로 그리고 숫자적으로 제한된 생활관계의 범주를 순수한 합목적적인 법률효과에 예속시키려는 의도 하에 하나의 법률요건에 함축시킨 법규(Menger) 등을 ‘처분적 법률(Maßnahmegesetze)’이라고 하면서 처분적 법률은 헌법적으로 허용되지 않거나 제한적으로만 허용된다고 주장하였다. 처분적 법률의 예로는 개인대상 법률(Einzelpersonengesetz), 개별사건 법률(Einzelfallgesetz), 한시적 법률(Zeitgesetz)이 일컬어졌다.

이에 반해 다수 학자들은 일반적 법률(규범적 법률)과 처분적 법률의 구별을 부정하거나 처분적 법률이라는 개념을 통해 입법권의 한계를 설정하려

한 수사가 진행되도록 하는 형태는 아닌 것으로 보인다.

46) 홍종현, “처분적 법률”, 고려대학교 석사학위논문, 2004년, 51쪽 이하; 정하중, “법률의 개념”, 공법연구 제24집 제2호, 1996년, 179쪽 이하 참조

는 것에 비판적인 입장을 취하고 있었다.

(나) 처분적 법률에 대한 국내의 학설 등

처분적 법률에 대해 논의하고 있는 국내의 학설은 대부분 독일에서의 논의를 수용한 것으로 보인다.

처분적 법률이 헌법적으로 허용되는지 여부에 관한 국내 학자들의 견해를 살펴보면, ① 일반적·추상적인 법규정만으로써는 국민의 복리향상을 위하여 불충분하여 부득이 처분적 법률을 예외적으로나마 인정해야 한다는 견해(김철수),⁴⁷⁾ ② 개인대상 법률은 어떠한 경우에도 허용될 수 없다고 하는 것이 독일에서 학설과 관례의 공통된 입장이라고 하면서, 오늘날 다소 사정이 완화되긴 했지만 처분적 법률은 여전히 국회가 갖는 법률제정권의 한계를 뜻한다는 견해(허영),⁴⁸⁾ ③ 국민의 자유와 권리를 제약하는 처분적 법률은 원칙적으로 허용될 수 없으며, 필요한 경우에도 엄격히 한정되어야 하지만, 국민의 실질적 자유와 권리를 보장하려는 실질적 법치주의 및 사회적 법치국가의 요청에 따라 처분적 법률은 합리적 범위 안에서 비교적 폭넓게 인정할 수 있다는 견해(성낙인),⁴⁹⁾ ④ 민주적 정당성이 없는 행정부가 민주적 정당성을 바탕으로 행해지는 입법기능을 대신할 수는 없으나, 민주적 정당성을 가지는 입법부가 국가작용의 필요한 범위 내에서 종래의 행정기능을 하는 것은 오늘날의 권력분립원리상 허용되지만, 개별사건 법률은 기본권 침해와 관련된 경우에는 금지되고, 입법자가 명백히 침해유보를 정하고 있는 경우에만 허용되며, 기본권을 제한하는 개인대상 법률은 어떤 경우에도 인정되지 않는다는 견해(정중섭)⁵⁰⁾ 등이 있다.

한편, ⑤ 처분적 법률에 의해서는 기본권을 제한할 수 없다고 보는 이론은 E. Forsthoff, Ch. - F. Menger 등의 견해로서, 이미 독일에서는 극복된 이론에 근거하고 있음을 지적하면서, 처분적 법률(=措置法)은 헌법적으로 아무런 문제를 제기하지 않으며, 이는 독일의 연방헌법재판소와 우리의 헌법재판소도 같은 입장인데, 다만 극단적인 개별사건 법률이나 개인대상 법률에

47) 김철수, 헌법학신론, 박영사, 2008년, 977쪽

48) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2008년, 887-888쪽

49) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2008년, 902쪽

50) 정중섭, 헌법학원론, 박영사, 2008년, 153쪽

의한 기본권 제한은 허용될 수 없다는 견해도 있다(계희열).⁵¹⁾

(다) 처분적 법률에 관한 헌법재판소의 관례

헌법재판소는 ‘처분적 법률의 위헌성 여부’가 문제되었던 여러 사건들에서 처분적 법률의 위헌 여부에 관해 판단해 왔는데, 처분적 법률의 개념 자체는 인정하되, 처분적 법률이라고 해서 곧바로 헌법에 위반된다고 보거나 처분적 법률의 위헌심사에 적용될 고유한 헌법원리가 따로 존재한다고 볼 수는 없고, 결국 일반적인 법률에 대한 위헌 심사와 같은 기준과 방법에 따라 심사하여야 한다는 것을 반복해서 밝혀 왔다.

우리 헌법재판소는 기본적으로 특정규범이 처분적 법률(개별사건 법률)에 해당한다 하여 곧바로 위헌을 뜻하는 것은 아니고, 그러한 차별적 규율에 내재된 불평등요소를 정당화할 수 있는 합리적인 이유가 있는 한 헌법에 위반되지 않는다는 입장을 취하고 있다. 이는 기본적으로는 일반적 법률과 처분적 법률의 구별을 부정하고 처분적 법률이라 하여 다른 법률보다 더 엄격한 헌법적 심사를 받아야 하는 것은 아니라는 독일의 다수설 및 연방헌법재판소 관례와 맥락을 같이 하고 있다 할 수 있다.⁵²⁾

(2) 이 사건 법률 제2조가 ‘처분적 법률’에 의한 기본권침해로서 위헌인

51) 계희열, 헌법학(중), 박영사 2007년 9월, 142-143쪽 참조

52) 그러나 오직 특정 개인이나 특정 사건을 대상으로 한 집중적인 수사를 하기 위한 특검법이 제정되고 있는 한국적 상황에서 독일의 학설과 관례 이론을 그대로 수용하는 것이 타당한 것인지는 의문이다. 즉 만일 독일에서 우리나라의 특검법과 같은 법률들이 제정되어 연방헌법재판소의 위헌심사를 받게 되었다면, 그 경우에도 연방헌법재판소가 처분적 법률 개념은 무의미한 것이고 차별적 규율을 정당화할 만한 합리적 이유가 있는지 여부만을 판단했을 것 같지는 않다는 것이다.

우리 헌법과 독일 기본법이 공히 채택하고 있는 권력분립의 원칙은, 상호 분립된 권력 사이의 공화를 통한 균형을 이룸으로써 의회 등에 의한 국민의 자유와 권리의 침해가능성을 방지하는 원리로 정착된 것이다. 의회의 다수과가 특정 개인이나 특정 사건만을 대상으로 한 특별법을 제정하여 특별감사에 의한 광범위한 수사를 하도록 하는 것은 권력분립의 원칙에 위반하여 국민의 신체의 자유 등을 침해할 소지가 큰 것으로 보인다. 정종섭 앞의 책 153쪽도 “기본권을 제한하는 개별인 법률은 어떤 경우에도 인정되지 않는다.”고 하고 있다.

따라서 국민의 자유와 권리를 제약하는 처분적 법률은 원칙적으로 허용될 수 없으며(성낙인 앞의 책 902쪽), 극히 예외적으로 그러한 처분적 법률이 허용되는 경우는 헌정질서파괴범이나 대량학살 등 비인도적 범죄에 대응하기 위한 불가피한 필요성이 인정되는 때로 한정되어야 할 것이다.

지 여부 검토

(가) 처분적 법률의 개념을 정확하게 정의할 수는 없지만, 대다수의 학설과 우리 헌법재판소가 처분적 법률의 개념 자체는 인정하고 있으며 실무상으로도 법률의 위헌성을 주장하는 근거로 사용되고 있다. 현재까지 학설과 판례의 입장을 살펴보면, 적어도 ① 개인을 대상으로 한 법률, ② 개별사건을 대상으로 한 법률, ③ 자동집행력을 갖는 법률(이는 개인이나 개별사건을 대상으로 하는 것을 전제로 한 경우이다)에 대해서는 처분적 법률로 보는 것으로 이해된다.⁵³⁾

(나) 헌법재판소의 다수의견

『우리나라에 미국식 특별검사제도를 도입하는 것이 타당한지에 관하여 다음과 같은 찬반론이 꾸준히 이어져 왔다. …… 특별검사제도의 장단점 및 우리나라 특별검사제도의 연혁에 비추어 볼 때, 검찰의 기소독점주의 및 기소편의주의에 대한 예외로서 특별검사제도를 인정할지 여부는 물론, 특정 사건에 대하여 특별검사에 의한 수사를 실시할 것인지 여부, 특별검사에 의한 수사대상을 어느 범위로 할 것인지, 국민을 대표하는 국회가 검찰 기소독점주의의 적절성, 검찰권 행사의 통제 필요성, 특별검사제도의 장단점, 당해 사건에 대한 국민적 관심과 요구 등 제반 사정을 고려하여 결정할 문제로서, 그 판단에는 본질적으로 국회의 폭넓은 재량이 인정된다고 보아야 할 것이다.

따라서 특별검사제도에 관한 국회의 결정이 명백히 자의적이거나 현저히 부당한 것으로 인정되지 않는 한 존중되어야 할 것인바, 앞에서 본 입법경위에 비추어 볼 때 국회가 여러 사정을 고려하여 이 사건 법률 제2조가 규정

53) 이 사건 법률의 경우를 보면, 대통령선거를 앞두고 야당의 유력 대통령후보를 겨냥하여 제정되었으며, 특정 사건을 대상으로 한 것이 아니라 이명박 후보와 관련된 수많은 의혹사건들 뿐만 아니라 그와 관련된 진정·고소·고발 사건 및 그 수사과정에서 인지된 관련 사건까지 특별검사에 의한 수사대상으로 삼고 있다. 즉 국민적 의혹의 대상으로 된 개별적·구체적 사건을 대상으로 한 것이 아니라, 주로 이명박 개인과 관련된 거의 모든 의혹사건을 대상으로 한 점에서, 이 사건 법률은 개인대상 법률의 성격이 강하다 할 것이다.

또한 그 동안 시행되었던 다른 특검법들의 경우에도, 범법 자체에서 수사대상자들의 실명을 거명하거나 법 조항에서 특정 개인을 수사대상자로 특정하고 있는 점에 비추어 보면, 개별사건 법률이라기보다는 개인대상 법률의 성격이 더욱 강해 보인다.

하고 있는 사안들에 대하여 특별검사에 의한 수사를 실시하도록 한 것이 명백히 자의적이거나 현저히 부당한 것이라고 단정하기 어렵다. ……

결국 특별검사에 의한 수사의 실시와 그 대상을 규정하고 있는 이 사건 법률 제2조에 의한 차별취급은 합리적인 이유가 있어 정당화된다 할 것이므로, 청구인들의 평등권이 침해된 것으로 볼 수 없다.』

(다) 재판관 김희옥, 재판관 이동흡의 반대의견

『 청구인들이 관련된 사건을 대상으로 한 처분적 법률인 이 사건 법률 제2조는 검찰수사 결과가 정치적 다수의 이해관계와 배치된다는 이유로 객관적 자료에 의해 뒷받침되지 않은 반대 이해당사자의 주장에 터 잡아 제정된 것으로서, 청구인들에 대한 차별적 규율을 합리적 이유로 정당화할 근거를 찾아보기 어려워서 입법재량의 한계를 일탈하여 입법권을 남용한 것으로 보이므로, 헌법 제12조 제1항이 정한 신체의 자유의 내용으로 보호되는 ‘불법적인 심문을 받지 아니할 권리’를 침해하여 헌법에 위반된다 할 것이다.』

(라) 해설

헌법재판소의 위 다수의견이나 소수의견은 공히 이 사건 법률 제2조가 처분적 법률 중 개별사건 법률에 해당한다는 전제 하에, 처분적 법률이라는 이유만으로 위헌으로 되는 것은 아니고, 그 법률에 의한 차별적 규율에 합리적인 정당화 사유가 존재하는지 여부를 심사해야 한다는 입장에서 서 있다고 할 수 있다. 이는 처분적 법률에 관한 기존 헌법재판소 판례의 기초를 유지하는 것으로서, 독일에서의 처분적 법률에 관한 다수설과 판례의 입장을 받아들이는 것이기도 하다.⁵⁴⁾

54) 오늘날 국가기능의 확대에 따라 민주적 정당성이 인정되는 국회가 종래의 행정기능을 할 수 있는 여지가 있다고 할지라도, 국민의 자유와 권리를 제약하는 처분적 법률은 원칙적으로 허용될 수 없으며, 극히 예외적으로 그러한 처분적 법률이 허용되는 경우는 헌정질서파괴범이나 대량학살 등 비인도적 범죄에 대응하기 위한 불가피한 필요성이 인정되는 때로 한정되어야 할 것이다.

이 사건에 관하여 보면, 우선 이 사건 법률 제2조는 앞서 본 바와 같이 개인대상 법률로서의 성격이 강하므로, 이는 권력분립의 원칙에 위반하여 국민의 신체의 자유와 공정한 재판을 받을 권리를 제한하는 것이고, 그 수사대상이 헌정질서파괴범이나 비인도적 범죄에 해당할 여지도 없어 당연히 헌법에 위반되는 것으로 판단할 수도 있었을 것으로 보인다. 즉 이 사건 법률 제2조를 헌법적인 시각에서 바라보면, 당해 조항에 의한 차별적 규율의 합리적 정당화 여부에 관해 따로 심사할 필요도 없이, 국회가 특정 개인을 대상으로 그 신체의 자유, 공정한 재판을 받을 권리

다. 명확성의 원칙 위배 여부

(1) 의의

헌법상 법률의 명확성원칙이란, 행정부가 법률에 근거하여 국민의 자유와 재산을 침해하는 경우 법률이 수권의 범위를 명확하게 확정해야 하고, 법원이 공권력행사의 적법성을 심사할 때에는 법률이 그 심사의 기준으로서 충분히 명확해야 한다는 것을 뜻한다(헌재 2003. 11. 27. 2001헌바35, 판례집 15-2하, 222, 234). 이는 수범자의 예측가능성을 확보하고 법집행 당국에 의한 자의적 집행을 방지해야 할 필요에서 도출된다.

그런데 이 사건 법률 제2조는 제7호에서 “위 각 호 사건과 관련한 진정·고소·고발 사건 및 위 각 호 사건 수사과정에서 인지된 관련사건”이라는 매우 불명확한 표현을 사용함으로써, 특별검사가 수사과정에서 특검법 제정과정에서는 논의되지 않았던 이명박 후보의 다른 범죄혐의에 관하여도 수사하고 기소할 수 있는 길을 열어 놓고 있는 것으로 볼 수 있는 여지가 있다. 따라서 국민의 신체의 자유 등 기본권을 침해하는 내용인 이 사건 법률 제2조가 과연 수권의 범위를 명확하게 한정하고 있는지 여부가 문제된다.

(2) 헌법재판소의 판단

(가) 다수의견

『입법부에 의한 특별검사제도의 도입이 대상 사건의 실체와 범위에 대하여 정치적으로 치열한 공방이 벌어지고 있는 상황에서 이루어지고 있는 점, 권력형 부정사건 등 정치적 성격이 강한 사건에 대하여 검찰 대신에 정치권력으로부터 독립된 특별검사에 의하여 수사 및 소추가 이루어지도록 하는 특별검사제도의 취지상 특별검사의 수사대상을 정함에 있어서 본질적으로 국회의 폭넓은 재량이 인정되어야 하는 점, 수사대상의 범위를 확정하는 특별검사가 법률전문가인 점, 이 사건 법률 제2조 제7호가 ‘제1호 내지 제6

등 기본권을 제한하는 내용의 처분적 법률을 제정한 것으로서 우리 헌법상 허용되지 않는 입법이라는 생각이 든다. 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008년, 380쪽은 특검법을 개별사건 법률로 보면서도 “개별사건을 중심으로 한 특별검사 실시법률은 위헌의 시비를 피하기가 쉽지 않다.”고 지적하고 있다.

호 사건과 관련한 진정·고소·고발 사건 및 위 각 호 사건 수사과정에서 인지된 관련사건'이라고 규정하여 다소 모호한 부분이 있으나 제2조 제1호 내지 제6호 규정과 유기적·체계적으로 관련지어 보면 특별검사의 수사대상이 불분명하다고 보기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률 제2조 각 호는 수범자가 통상의 법감정과 합리적 상식에 기하여 그 구체적 의미를 충분히 예측하고 해석할 수 있는 규정이라 할 것이므로 명확성의 원칙에 반하지 아니한다.』

(나) 재판관 김희옥, 재판관 이동흡의 소수의견

『 특별검사의 수사대상을 정할 때에는 분명하게 규정함으로써 수범자의 예측가능성을 확보하고 법집행 당국에 의한 자의적 집행을 방지해야 함에도 불구하고, 이 사건 법률 제2조는 특별검사의 수사대상으로서 단지 의혹 수준에서 제기되어 있는 여러 사건들을 ‘…… 등’이라는 불명확한 표현을 사용하여 나열할 뿐만 아니라 포괄적으로 ‘이 사건 법률 제2조 제1호 내지 제6호 사건과 관련한 진정·고소·고발 사건 및 위 각 호 사건 수사과정에서 인지된 관련사건’까지 포함시킴으로써 법치주의의 내용을 이루는 명확성의 원칙에도 위반된다 할 것이다.』⁵⁵⁾

라. 공정한 재판을 받을 권리

『이 사건 법률 제2조는 재판절차에 이르기 전 단계인 수사에 관련하여 특별검사의 수사대상 범위를 규정하고 있는 것이므로 재판절차에 직접 영향을 주는 규정이라고 할 수 없어 위 조항이 청구인들의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 볼 수 없고, 이 사건 법률 제2조 제1호의 김경준의 주가 조작 등 증권거래법 위반 사건이 이미 기소되어 재판이 진행중이라 하더라

55) 조폐공사특검법의 사례에서는 수사의 방향이 당초 특검법의 제정 목적과는 달리 예기치 못한 방향으로 변졌고, 결국 특별검사에 의하여 구속되고 기소된 관련 당사자들이 대부분 재판과정에서 무죄판결을 받았다. 이처럼 원래 특검법 제정의 동기가 되었던 의혹사건에 대한 수사 중 수사의 방향이 예기치 못한 곳으로 변지는 것은 바람직하지 않은 현상이 아닐 수 없다. 즉 국민적 의혹사건에 관하여 특별검사제를 시행하더라도 특별검사에 의한 수사 범위가 명확히 규정됨으로써 수사의 대상으로 된 사람들의 예측가능성이 확보되고, 법집행 당국의 자의적인 법집행이 방지되어야 할 것이다.

도 이미 기소된 사건에 관하여 특별검사에 의한 재수사를 받거나 재판에 관여된다는 이유만으로 청구인들의 공정한 재판을 받을 권리가 침해될 수는 없다.』⁵⁶⁾

3. 특별검사 임명(이 사건 법률 제3조)과 관련된 헌법적 문제점

가. 문제의 제기

우리나라에서는 정치적 의혹사건이 제기될 때마다 주로 야당에 의하여 특별검사제 시행을 위한 특별법 제정이 주도되어 왔다.⁵⁷⁾ 여야 정치집단들은 직접적으로는 누가 특별검사로 되느냐에 관심을 집중할 수밖에 없고, 그 전 단계로서 누가 특별검사 후보자 추천권을 행사하는지도 주요 관심사로 된다. 그 동안 우리나라에서 시행된 7건의 특검법 중 5건은 대한변호사협회가 특별검사 후보자를 추천하도록 하고 있었으나, 최근 유전의혹특검법과 이 사건 법률의 경우에는 특별검사 후보자 추천권자를 대법원장으로 규정하였다. 이는 정치적 타협의 결과였으나, 특별검사 후보자를 대법원장이 추천하건 대한변호사협회가 추천하건 간에, 그와 같이 추천된 인물이 적합한지에 관하여 논란과 시비가 벌어지곤 해왔다.

나. 공정한 재판을 받을 기본권 침해 여부

(1) 합헌론 : 헌법재판소의 다수의견

『헌법 제103조는 “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.”고 규정하고, 제106조 제1항은 “법관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 정직·감봉 기타 불리한 처분을 받지 아니한다.”고 규정함으로써 법관의 신분과 재판에서의 독립을 보장하고 있다. 한편 대법원장은 법관의 임명권자이지만(헌법 제104조 제3항), 대법원장이 각급 법원의 직원에 대하여 지휘·감독할 수 있는 사항은 사법행정에 관한 사무에 한정되므로(법원조직법

56) 이 부분에 관하여는 재판관들 사이에 별다른 이견이 없었던 것으로 보인다.

57) 물론 이 사건 법률의 경우에는 여당이 유력 야당의 대선후보를 겨냥한 특검법 제정을 주도했던 예외적인 경우에 해당한다.

제13조 제2항) 구체적 사건의 재판에 대하여는 어떠한 영향도 미칠 수 없다. 나아가 이 사건 법률 제3조에 의하면 대법원장은 변호사 중에서 2인의 특별검사후보자를 대통령에게 추천하는 것에 불과하고 특별검사의 임명은 대통령이 하도록 되어 있다. 그러므로 대법원장이 추천한 특별검사후보자 2인 중 1인을 대통령이 특별검사로 임명하고, 그러한 절차를 통해 임명된 특별검사가 수사하여 공소제기한 사건을 대법원장이 임명한 법관이 재판한다고 해서, 소추기관과 심판기관이 분리되지 않았거나, 자기 자신의 사건을 스스로 심판하는 구조라고 볼 수는 없다. 결국 이 사건 법률 제3조에 의한 특별검사의 임명절차가 소추기관과 심판기관의 분리라는 근대 형사법의 대원칙이나 적법절차의 원칙 등을 위반하였다고 볼 수 없다.』

(2) 위헌론 : 재판관 김희옥, 재판관 이동흡의 반대의견

『이 사건 법률 제3조는 대법원장이 사실상 임명한 것이나 다른없는 특별검사가 수사하고 기소한 사건을 대법원장의 인사권 아래 있는 법관으로 하여금 재판하도록 할 뿐만 아니라, 심지어 그 사건이 대법원 전원합의체의 재판을 받게 되는 경우 대법원장이 재판장을 맡게 되는 불합리한 결과를 초래하는 것으로서, 실질적으로 소추기관과 심판기관의 분리원칙에 어긋난다 할 수 있다. 그렇다면 이 사건 법률 제3조는 그 실제적 법률내용이 합리성과 정당성을 갖춘 것이라 하기 어려워서 실질적 적법절차의 원칙에 위배된다 할 것이고, 결국 이는 청구인들의 헌법상 ‘불법적인 심문을 받지 아니할 권리’와 ‘공정한 재판을 받을 권리’를 침해하여 헌법에 위반된다.』

(3) 해설

비록 이 사건 법률 제3조 제2항 내지 제4항에 의하여 대법원장이 특별검사후보자 추천권을 행사함으로써 특별검사 임명에 관여한다 할지라도, 그렇게 하여 임명된 특별검사는 소추기관으로서 독립적으로 직무수행을 하므로 재판기관인 법원과는 엄연히 분리되어 있다. 소추기관과 심판기관을 분리하여야 한다고 하여, 이와 같이 대법원장이 정치적 중립성이 요구되는 특별검사 임명에 관여하는 것까지 금지된다고 하기는 어렵다.⁵⁸⁾ 따라서 이 사건

법률 제3조 제2항 내지 제4항이 소추기관과 심판기관의 분리 원칙에 위배된다고 단정 하기는 어렵다 할 것이다.

또한 법관에 대한 인사권자인 대법원장이 특별검사후보자 추천권을 행사함으로써 특별검사 임명에 관여하는 것이 공정한 재판을 받을 권리 보장이 라는 측면에서 바람직하지 못한 것일 수는 있다. 그러나 대법원장은 특별검사후보자를 추천할 뿐이고 그 최종적 임명권은 대통령이 행사하며, 그렇게 하여 임명된 특별검사는 정치적으로 중립을 지키고 독립하여 그 직무를 수행한다(이 사건 법률 제5조). 이처럼 대법원장이 특별검사를 직접 임명하는 것이 아니고 특별검사의 직무에 관여할 여지도 없는데다가, 추후 특별검사가 청구인들을 기소하더라도 담당 법관은 그 사건을 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다(헌법 제103조).

더구나 특별검사제도는 주로 집권세력의 부정과 비리 사건이 발생한 경우 국회의 주도하에 시행되므로, 이러한 상황에서는 대통령 또는 국회의 단독으로 특별검사를 임명하는 것 보다는 특별검사 임명에 대법원장 등 중립적인 기관이 관여하도록 함이 오히려 특별검사의 정치적 중립성과 공정성을 담보할 수 있어 합리적이고 정당하다 할 수 있다.

비교법적으로 살펴보더라도, 우리의 특별검사제도의 모태가 되었던 미국의 독립검찰관 제도에서 독립검찰관 임명절차에 관하여 보면, 독립검찰관의 임명은 일정 범위의 연방 공무원에 대한 수사 및 소추를 위해 법무장관의 제청에 따라 연방대법원장이 지명하는 3인의 판사로 구성된 특별재판부에서 한다. 그리고 구 형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 것)은 법원의 재정결정 권한에 기초한 공소유지변호사 제도를 두고 있었던 전례가 있는데, 이 공소유지변호사는 법원에 의하여 지정되었다(제265조 제1항).

그렇다면 이 사건 법률 제3조 제2항 내지 제4항이 대법원장으로 하여금 특별검사후보자 2인을 추천하도록 하였다 하여, 이를 가리켜 적법절차의 원칙에 위배하여 청구인들의 공정한 재판을 받을 권리를 침해했다고 할 수는

58) 단순히 임명권자가 누구이냐를 기준으로 소추기관과 심판기관의 분리 여부를 따질 수는 없다. 가령 독일의 경우 법무부가 법관을 임명하지만, 이를 가리켜 소추기관과 심판기관이 분리되어 있지 않다고 하지는 않는다.

없을 것으로 보인다.⁵⁹⁾

다. 권력분립의 원칙 위배 여부

(1) 관련 쟁점

앞서 본 바와 같이, 미국에서의 특별검사법에 대한 위헌 논란은 주로 검찰권행사에 대한 대통령의 통제권을 부당하게 간섭하거나 대통령의 연방헌법 제2조에 의한 공무원 임명권을 침해하여 권력분립의 원칙에 위반되는지 여부를 중심으로 논의되고 있다.

이 사건 법률에 대한 헌법소원에서 청구인들은, 이 사건 법률 제3조는 특별검사제 도입을 입법부가 일방적으로 결정하고, 특별검사의 임명 과정에서 대통령이 대법원장의 판단에 기속되게 하는 것으로서 행정부에 속하는 검찰권이 침해되는 결과로 되어 헌법상 권력분립의 원칙에 위배된다고 주장하였다. 이처럼 특검법이 행정부의 권한인 검찰권을 침해하여 헌법상 권력분립의 원칙에 위배하여 수사대상자들의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부가 논란이 될 수 있다.

(2) 견해의 대립

(가) 합헌론

헌법재판소 재판관들의 다수의견은, 현대국가에서의 이른바 기능적권력분립론에 입각하여 다음과 같이 판시했다.

『헌법상 권력분립의 원칙이란 국가권력의 기계적 분립과 엄격한 절연을

59) 다만, 국회의 다수과가 특별검사법을 제정하면서 특별검사후보자 추천권자를 정함에 있어, 당시 대한변호사협회 회장이 누구인지에 의한 유·불리에 따라 대법원장과 대한변호사협회 중 선택할 수 있도록 하는 것은 특별검사에 의한 수사의 신뢰성·공정성과 관련하여서도 큰 문제가 아닐 수 없다. 종래 우리나라에서는 정치집단 사이의 갈등이 첨예화되고 증폭되었으나, 그러한 갈등이 정치권 내부에서 해결되지 못하는 상황에서 최후의 해결책으로서 특별검사법이 제정되는 경우가 많았다. 그런데 모든 법관들에 대한 인사권자로서 그 누구보다도 정치적 중립성이 요구되는 대법원장을 그러한 정치집단 사이의 갈등의 한 복판에 서게 하는 것은 법원의 중립성을 훼손하고 사법권독립을 저해하는 요소로 될 수 있다. 따라서 향후 정치적인혹사건이 발생할 때마다 특별법 형태로 특별검사제를 시행할 것이 아니라, 일반법 형태의 특검법을 제정하여 특별검사 후보자 추천권자를 대한변호사협회 혹은 제3의 중립적 인물로 일원화하는 것이 바람직해 보인다.

의미하는 것이 아니라, 권력 상호간의 견제와 균형을 통한 국가권력의 통제를 의미하는 것이다. 따라서 특정한 국가기관을 구성함에 있어 입법부, 행정부, 사법부가 그 권한을 나누어 가지거나 기능적인 분담을 하는 것은 권력분립의 원칙에 반하는 것이 아니라 권력분립의 원칙을 실현하는 것으로 볼 수 있다. 이러한 원리에 따라 우리 헌법은 대통령이 국무총리, 대법원장, 헌법재판소장을 임명할 때에 국회의 동의를 얻도록 하고 있고(헌법 제86조 제1항, 제104조 제1항, 제111조 제4항), 헌법재판소와 중앙선거관리위원회의 구성에 대통령, 국회 및 대법원장이 공동으로 관여하도록 하고 있는 것이다(헌법 제111조 제3항, 제114조 제2항). 특별검사제도는 검찰의 기소독점주의 및 기소편의주의에 대한 제도적 견제장치로서 권력형 부정사건 및 정치적 성격이 강한 사건에서 대통령이나 정치권력으로부터 독립된 특별검사에 의하여 수사 및 공소제기·공소유지가 되게 함으로써 법의 공정성 및 사법적 정의를 확보하기 위한 것이다. 이처럼 본질적으로 권력통제의 기능을 가진 특별검사제도의 취지와 기능에 비추어 볼 때, 특별검사제도의 도입 여부를 입법부가 독자적으로 결정하고, 특별검사 임명에 관한 권한을 헌법기관 간에 분산시키는 것이 권력분립의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

한편 정치적 중립성을 엄격하게 지켜야 할 대법원장의 지위에 비추어 볼 때, 정치적 사건을 담당하게 될 특별검사의 임명에 대법원장을 관여시키는 것이 과연 바람직한 것인지에 대하여 논란이 있을 수 있으나, 그렇다고 국회의 이러한 정치적·정책적 판단이 헌법상 권력분립의 원칙에 어긋난다거나 입법재량의 범위에 속하지 않는다고는 할 수 없다. 결국 이 사건 법률 제3조는 헌법상 권력분립의 원칙에 위배되지 않는다.』

(나) 위헌론 : 재판관 김희옥, 재판관 이동흡은 대법원장의 특별검사 후보자 추천이 사법부의 기능을 저해할 수 있음에 주목하여 다음과 같은 위헌론을 개진하였다.

『이 사건 법률 제3조가 법관에 대한 인사권자로서 사법권 독립을 위하여 그 누구보다도 정치적 중립성이 요구되는 대법원장에게 특별검사후보자를 추천할 의무를 부과하여, 정치집단 사이의 정치적 갈등에 휘말릴 소지를 만드는 것은 분쟁 해결을 통한 법질서의 유지와 법적 평화에 기여함을 본연의

업무로 하는 사법부의 기능을 저해하고 권력분립의 원칙에 부합되지 않는 일이라 할 수 있다.』

(3) 해설

우리 헌법은 근대 자유민주주의 헌법의 원리에 따라 국가의 기능을 입법·사법·행정으로 분립하여 상호간의 견제와 균형을 이루게 하는 권력분립주의 원칙을 채택하고 있다. 즉 우리 헌법이 대통령의 국무총리·대법원장·헌법재판소장 등 임명에 국회의 동의를 얻도록 하고, 대통령의 대법관·장관 임명에는 각각 대법원장과 국무총리의 제청을 받도록 하며, 헌법재판소·중앙선거관리위원회 구성에 대통령·국회·대법원장이 함께 관여케 하는 점 등에서 알 수 있는 바와 같이, 우리 헌법상 권력분립의 중점은 단순한 기관 분립보다는 권력 상호간의 견제·균형 및 통제를 통한 국민의 기본권 보장에 있다.

행정권의 영역에 속하는 검찰권에 대하여, 입법부가 특별검사제 도입을 결정하고, 대법원장이 특별검사후보자 추천권을 행사하는 것은 권력분립의 원칙의 관점에서 두 가지 측면에서 문제된다.

우선 행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속하며(헌법 제66조 제4항), 대통령은 헌법과 법률이 정하는 바에 의하여 공무원 임면권을 갖는다(헌법 제78조). 그런데 대법원장이 행정의 영역에 속하는 수사 및 기소를 담당할 특별검사후보자 2인을 추천하고, 대통령은 반드시 그 중 1인을 임명하도록 하는 것은 대통령의 행정에 관한 권한을 제약한다는 것이다. 그러나 헌법 제78조는 “대통령은 헌법과 법률이 정하는 바에 의하여 공무원을 임면한다.”고 규정하고 있으므로, 국회는 필요한 경우 대통령의 공무원 임면권의 본질적 내용이 훼손되지 아니하는 합리적 범위 내에서 대통령의 공무원 임면권에 일정한 제한을 가하는 법률을 제정할 수도 있다 할 것이다. 이러한 취지에서 이 사건 법률 제3조는 특별검사의 공정성을 담보하기 위하여 보다 중립적인 대법원장으로 하여금 특별검사의 임명에 관여케 한 것인데, 이는 권력의 견제·균형 및 통제를 달성하기 위한 것으로서 합리성을 인정할 수 있으며, 어디까지나 대통령의 최종 임명권은 보장되고 있는 것이므로, 이 사

건 법률 제3조가 대통령의 권한을 침해한다거나 권력분립주의에 위반된다고 단정할 수 없다.

다음으로 이 사건 법률 제3조는 대법원장으로 하여금 특별검사를 의무적으로 추천케 함으로써 사법이 아닌 행정업무를 하게 하므로 권력분립의 원칙에 위배되는 것이 아닌지 의문이 제기된다. 대법원장이 속하는 사법부는 권력분립의 원칙에 의하여 사법권을 행사하는데(헌법 제101조), 입법·행정·사법이 분리된 권력분립원칙 하에서 사법부가 사법기능이 아닌 일을 의무적으로 담당하게 하고, 정치적 사건에 재판이 아닌 방식으로 개입하도록 하는 것은 문제가 있는 것이다. 그러나 특별검사제도는 주로 집권세력의 부정·비리와 연관된 사건이 발생한 경우 국회의 주도하에 시행되므로, 이러한 상황에서는 대통령으로 하여금 단독으로 특별검사를 임명하도록 하는 것은 부적절하다 할 수 있고, 오히려 중립적 기관이 특별검사후보자 추천을 통하여 임명절차에 관여하도록 함으로써 특별검사의 정치적 중립성과 공정성을 담보하는 것이 요구된다 할 수 있다.

따라서 대통령의 행정권의 영역에 속하는 검찰권과 관련하여, 입법부가 특별검사제 도입을 결정하고, 대법원장이 특별검사후보자를 추천하도록 하되, 최종적인 임명권은 대통령이 보유하도록 하는 것은 권력 상호간의 견제·균형 및 통제의 측면에서 이해할 수 있으므로, 이 사건 법률 제3조가 권력분립의 원칙에 위배된다 할 수 없다 할 것이다.

4. 동행명령제도와 관련된 헌법적 문제점

가. 문제의 제기

우리 헌법은 제12조 제3항 제1문에서 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 규정하여 영장주의의 원칙을 선언하고 있으며, 이러한 영장주의는 국민의 신체의 자유라는 기본권을 보장하기 위한 핵심적 제도의 하나에 해당한다.

위 헌법규정에 비추어 보면, 이 사건 법률 제6조 제6항·제7항은 제18조 제2항의 제재와 결합하여 사실상 법관이 발부한 영장 없이 이 사건 수사대

상 참고인들인 청구인들을 구인하는 것과 같은 효력을 갖는 것이고, 따라서 헌법 제12조 제3항의 영장주의의 원칙에 위반되는 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.

또한 참고인에 대한 기본권 제한적 요소를 포함하고 있는 이 사건 동행명령조항이 헌법 제37조 제2항이 정한 과잉금지의 원칙을 준수하고 있는지 여부 역시 독립된 쟁점으로 된다.

나. 동행명령제 관련 외국 법제

(1) 미국의 독립검찰관

미국의 독립검찰관 제도에서 특별검사의 권한은 28 U.S.C. §594(a)(7)에 다음과 같이 규정되어 있는데, 요약하자면 독립검찰관은 필요한 참고인(증인)에 대하여 연방법원 판사에게 그 소환을 요청할 수 있고, 이에 따라 연방법원 판사가 참고인을 소환하도록 되어 있으며, 이 사건 법률에서와 같은 독립검찰관에 의한 동행명령 제도는 없다.

『§ 594. 특별검사의 권한과 책무

(a) 권한—다른 조항에 불구하고, 이 장(章)에 의하여 임명된 독립검찰관은, 이 장에 의하여 부여된 독립검찰관의 검찰권에 관련된 모든 문제에 관하여, 법무부·법무장관(검찰총장)·법무부관리가 행사할 수 있는 모든 독립적 수사권과 소추권을 행사하되, 다만 title 18의 section 2516에 의해 특별히 법무장관에 의한 조치가 요구되는 문제들에 관하여 법무장관이 권한을 행사하는 경우는 제외한다. 이와 같은 특별검사의 수사권과 소추권의 내용은 다음과 같다. ……

(7) 법적 요건에 부합하는 증인의 면책, 영장·소환장 또는 다른 명령을 연방법원에 신청하는 것, title 18의 sections 6003, 6004, 6005의 취지에 따라 연방검사 혹은 법무장관(검찰총장)에게 부여된 권한을 행사하는 것;』

(2) 독일의 참고인 소환 제도

(가) 독일 기본법상 영장주의

독일 기본법상 신체의 자유에 대한 절차적 보장에 대해서는 기본법 제104조(자유박탈시의 권리보장)가 규율하고 있다.

기본법 제104조 제1항은 “신체의 자유는 형식적 법률에 근거해서만 그리고 거기에 규정된 방식에 따라서만 제한될 수 있다. 구금된 자는 정신적으로나 육체적으로 학대되어서는 안 된다.”고 규정하고 있으며, 이어 제2항은 “자유박탈의 허용과 계속은 법판관이 결정한다. 법관의 지시에 의하지 않은 모든 자유박탈은 지체 없이 법관의 결정을 받아야 한다. ……”고 규정함으로써, 우리 헌법과 마찬가지로 신체의 자유 박탈에 대한 영장주의 원칙을 천명하고 있다.

신체의 자유에 대한 제한은 자신의 의사에 반하여 공권력에 의하여 자신의 행동의 자유를 침해당하는 경우, 즉 누군가가 자신이 접근할 수 있는 일정한 장소를 방문하고 그곳에 체제하는 것이 방해받는 경우에 발생한다. 따라서 자유형의 선고를 포함하여 모든 구류, 체포, 구인은 자유의 제한에 해당한다. 다만, 특정 장소에 출두할 단순한 의무는, 불이행시 즉시강제 행사가 고려되지 않는 경우에는, 일반적으로 자유의 제한을 의미하지 않는 것으로 본다.⁶⁰⁾

(나) 증인 등에 대한 검사의 자유박탈권한

독일에는 이 사건 동행명령조항이 규정하는 형태의 동행명령제, 즉 법관의 영장 없이 사실상 구인의 효과를 발휘하는 제도는 없는 것으로 보인다.

다만, 독일 형사소송법(StPO) 제161a조에 의하면 ‘증인 등에 대한 검사의 자유박탈 권한’을 예정하고 있다.⁶¹⁾

60) Kunig, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, München, Beck Juristischer Verlag, 2000년, Art. 104, Rn. 6

61) “제161a조 ① 증인(Zeuge, 수사단계에서의 참고인과 법관 앞에서의 증인을 모두 포함하는 개념)과 감정인은 검사의 소환이 있을 경우 출두하여 사실을 진술하거나 전문지식을 제공할 의무가 있다. 달리 규정하는 바가 없으면, 증인과 감정인에 관한 규정집 제1권 제6장과 제7장의 규정들을 준용한다. 서서 및 신문은 법관 앞에서 한다.

② 증인이나 감정인이 정당한 이유 없이 출두하지 아니하거나 정당한 이유 없이 (진술을) 거부하는 경우, 검사는 제51조, 제70조 및 제77조에 규정된 조치를 취할 수 있다. 하지만 구금(Haft)의 결정은 법관이 행한다; 이 경우 구금의 결정의 신청에 대해서는 당해 검찰의 소재지를 관할하는 구법원이 관할권을 가진다.

③ 제2항 제1문에 의한 검사의 결정에 대해서는 법원에 제판을 청구할 수 있다.

(다) 의회의 조사위원회법

독일의회 조사위원회법(Untersuchungsausschussgesetz) 제20조·제21조는 증인출석에 대해 규정하고 이를 따르지 않을 경우 10,000유로까지의 ‘질서위반금’을 부과할 수 있도록 규정하고 있다.

다. 이 사건 동행명령조항의 해석

(1) 이 사건 동행명령조항의 내용

특별검사는 이 사건 법률 제2조 각호의 사건의 참고인으로 출석을 요구받은 자가 정당한 사유 없이 출석요구에 응하지 아니한 때에는 해당 참고인에 대하여 지정한 장소까지 동행할 것을 명령할 수 있다(이 사건 법률 제6조 제6항).

동행명령의 집행 등에 관하여는 국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률(이하 ‘국회증언법’이라 한다) 제6조 제2항부터 제7항까지의 규정이 준용되

.....”

위 제161a조 제2항 제1문에서 검사가 취할 수 있는 조치로 열거하고 있는 수단들은 다음과 같다(다만 이하의 조치들 가운데 구금의 경우에는 제2항 제2문에 따라 법관이 결정할 수 있다).

- 1) 제51조의 조치 : 규정에 따라 소환된 증인이 출석하지 않는 경우에 그 불출석으로 인해 발생한 비용의 부과. 나아가 불출석 증인에 대해서는 질서위반금(Ordnungsgeld)을 동시에 부과할 수 있음(질서위반금을 납부하지 않을 경우를 대비해 질서위반구금(Ordnungshaft)을 확정할 수 있음). 거듭하여 소환에 응하지 않을 경우에는 이상의 수단들을 한 번 더 동원할 수 있음.
- 2) 제70조의 조치 : 증인이 법률상의 근거 없이 증언이나 선서를 거부할 경우 그 거부로 인해 발생한 비용의 부과. 나아가 질서위반금을 동시에 부과할 수 있음(질서위반금을 납부하지 않을 경우를 대비해 질서위반구금을 확정할 수 있음). 또한 증언을 강제하기 위하여 구금을 명할 수도 있음.
- 3) 제77조의 조치 : 전문지식을 진술해야 할 의무가 있는 감정인이 불출석하거나 진술을 거부할 경우에 그에 대해 가해지는 제재수단(비용부과, 질서위반금 등 내용이 위의 경우들과 유사하지만 구금은 예정하고 있지 않음).』

이상과 같이 형사소송법 제161a조에 따라 취할 수 있는 검찰의 조치에 대해서는 헌법학자들에 의해 위헌이라는 의견이 제기되고 있다. 신문을 위한 체류를 강제하는 것은 특정한 장소를 방문하는데 대한 장애에 해당할 뿐만 아니라 행동의 자유에 대한 절대적 제한이기도 하다는 이유에서이다. 물론 제161a조 제3항에 따라 검사의 결정에 대해서는 법원에 제판을 청구할 수 있지만, 이러한 수단만으로는 기본법 제104조 제2항 제1문이 보장하고자 하는 예방적 보호와는 합치되지 않는다고 한다(Kunig, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, München, Beck Juristischer Verlag, 2000년, Art. 104, Rn. 20).

므로(이 사건 법률 제6조 제7항), 동행명령장에는 해당 참고인의 성명·주거, 동행명령을 하는 이유, 동행할 장소, 발부연월일, 그 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행하지 못하며 동행명령장을 반환하여야 한다는 취지와 동행명령을 받고 거부하면 처벌된다는 취지를 기재하고 특별검사가 서명·날인하여야 한다. 동행명령장의 집행은 동행명령장을 해당 참고인에게 제시함으로써 한다. 동행명령장은 특별수사관 또는 사법경찰관으로 하여금 이를 집행하도록 한다. 교도소 또는 구치소(군교도소 또는 군구치소를 포함한다)에 수감 중인 참고인에 대한 동행명령장의 집행은 특별수사관 또는 사법경찰관의 위임에 의하여 교도관리가 행한다. 현역군인인 참고인이 영내에 있을 때에는 소속부대장은 특별수사관 또는 사법경찰관의 동행명령장 집행에 협력할 의무가 있다.

(2) 헌법재판소의 해석

이 사건 동행명령조항과 관련하여, 특별검사에 의한 동행명령을 받은 참고인이 임의로 동행을 거부하는 경우, 물리적 강제력을 사용하여 참고인을 구인할 수 있는지 여부에 관하여 해석상 견해의 대립이 있을 수 있다.

국회증언법상 동행명령제도의 입법과정을 보면, 1988. 7. 9. 국회에서 가결된 ‘국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률 개정법률안’ 제6조는 증인에 대한 구인제도를 담고 있었으나, 이에 대하여 대통령이 “증인 구인제도를 채택하는 것은 그 목적에 비추어 수단이 지나치다.”는 이유로 거부권을 행사하자, 국회는 증인 구인제를 포기하고 동행명령제를 채택하였다. 이러한 과정을 거쳐 제정된 국회증언법상 동행명령 조항에 대하여, 물리적 강제력을 사용하여 참고인을 구인할 수도 있는 것으로 해석할 수 있는 여지는 없을 것이다.⁶²⁾

헌법재판소도 국회증언법이나 이 사건 법률상 동행명령장에 의하여 참고인에게 물리적 강제력을 사용하는 것은 불가능한 것으로 해석한 후 논의를

62) 따라서 동행명령장에 의하여 물리적 강제력을 행사할 수도 있는 것처럼 읽힐 소지가 있는 대법원 1995. 6. 30. 선고 93추83 판결(공1995, 2613)과 서울동부지방법원 2007. 9. 7.자 2004과2779 결정은 위 조항 해석에서 착오가 있거나, 그 표현이 불분명하므로 추후 바로잡는 것이 타당할 것이다.

전개하였다.

라. 헌법상 영장주의의 원칙의 적용범위

헌법재판소는 그 동안 영장주의의 적용범위와 관련하여, 영장주의에 의하여야 할 강제처분은 개인의 신체에 대한 물리적 강제력 행사를 수반하는 경우에 한하는 것으로 해석해왔다(헌재 1997. 3. 27. 96헌가11, 판례집 9-1, 245, 258; 헌재 2002. 10. 31. 2000헌마12, 판례집 14-2, 345, 358-359; 헌재 2004. 9. 23. 2002헌가17등, 판례집 16-2상, 379, 387-389, 헌재 2006. 7. 27. 2005헌마277, 판례집 18-2, 280, 287 참조). 이러한 견해를 유지할 경우, 이 사건 동행명령조항에 의한 물리적 강제력 행사는 불가능하다고 해석되므로, 이는 영장주의의 적용범위에 포함되지 않는 것으로 되고, 결국 과잉금지의 원칙 위배 여부만이 문제될 뿐이다.

그러나 ‘물리적 강제력’만을 기준으로 영장주의의 적용범위를 정하는 것은 형사소송법 학계에서는 이미 오래 전에 사라진 이론이다.⁶³⁾ 즉 과거 영장주의의 적용 대상인 강제수사에 관하여, 물리력의 행사에 의하여 상대방의 의사를 제압하는 경우로 한정하는 견해가 있었으나(정영석), 현재의 통설은 실질설로서, ① 상대방의 의사에 반하여 실질적으로 그의 법익을 침해하는 경우(이재상, 임동규, 정웅석, 진계호), ② 수사기관이 명문의 규정에 의하여 직접·간접으로 물리적 강제력을 행사하는 경우 및 그에 준하는 상황에서 상대방에게 의무를 부담시키는 경우(강구진, 김기두, 차용석), ③ 헌법상 개별적으로 명시된 기본권을 침해하거나, 또는 명시되지 아니하였더라도 법공동체가 공유하고 있는 최저한도의 기본적 인권마저도 침해할 우려가 있는 경우(신동운) 영장주의가 적용된다고 한다.⁶⁴⁾⁶⁵⁾

그렇다면 이 사건 법률을 포함하여 그 동안 시행된 7건의 특검법이 규정하고 있는 동행명령 조항이 ① 헌법상 영장주의의 적용대상이 되므로 위

63) 이러한 이론은, 수사대상에 대하여 물리적 강제력을 행사하는 것 대신에 일정한 의무를 부과하고 그 불이행시에 형벌 등을 가함으로써 사실상 물리적 강제력 행사와 다를없는 상황을 야기하여 영장주의를 잠탈할 수 있는 길을 열어 줄 수 있는 등 합리성을 인정하기 어렵기 때문에 사라진 것이다.

64) 이재상, 형사소송법, 박영사, 2008년, 212-213쪽

65) 신동운 앞의 책 156쪽

헌인지, 아니면 ② 헌법상 영장주의의 적용대상은 아니지만 과잉금지의 원칙에 위배되어 위헌인지, 또는 ③ 영장주의의 적용대상이 아니고 과잉금지의 원칙에도 위배되지 않는지가 쟁점이라 할 것이다.

마. 헌법재판소의 판단

(1) 심사기준

이 사건 동행명령조항이 헌법 제12조 제3항이 규정하는 영장주의가 적용되는 영역인지가 먼저 문제되고, 그렇지 않다면 헌법 제37조 제2항에 의한 과잉금지원칙에 따라 판단해야 할 것이다.

헌법재판소는 이 사건 동행명령조항에 대하여 위헌결정을 내렸는데, 자세히 들여다보면 재판관들의 의견이 다음과 같이 다양하게 나뉘으로써 법정의견이 형성되지 못하였으므로, 결국 헌법상 영장주의의 적용범위와 관련된 판례 변경은 이루어지지 못한 셈이다.

재판관	본안판단 심판대상	결론
이강국, 김희옥, 민형기, 이동흡, 목영준	이 사건 법률 제6조 제6항 및 제7항(동행명령)과 제18조 제2항(벌칙)을 일체로 판단	헌법상 영장주의 원칙에 위반되고 과잉금지의 원칙에도 위반되므로 위헌
이공현, 김중대	상동	헌법상 영장주의 원칙의 적용대상은 아니지만, 과잉금지의 원칙에 위반되므로 위헌
조대현	이 사건 법률 제18조 제2항(벌칙)에 대해서만 본안판단	신체의 자유가 아니라 일반적 행동의 자유를 제한하므로 영장주의 원칙의 적용대상은 아니지만, 과잉금지의 원칙에 위반되므로 위헌
송두환	이 사건 법률 제6조 제6항 및 제7항(동행명령)과 제18조 제2항(벌칙)을 일체로 판단	헌법상 영장주의 원칙의 적용대상이 아니고, 과잉금지의 원칙에도 위반되지 않음

(2) 재판관 이강국, 재판관 김희옥, 재판관 민형기, 재판관 이동흡, 재판관 목영준의 의견

기존 헌법재판소 판례들과는 달리, 헌법상 영장주의에 의하여야 할 강제

처분은 개인의 신체에 대한 물리적 강제력 행사를 수반하는 경우에 한하지는 않는 것으로서, 이 사건 동행명령조항이 정한 참고인에 대한 동행명령제도는 영장주의 원칙의 적용대상임을 전제로, 영장주의 원칙에 위반될 뿐만 아니라 과잉금지의 원칙에도 위반된다며 다음과 같이 판시하였다.

『검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자 아닌 자, 즉 참고인의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다(형사소송법 제221조 제1항 전문). 그런데 만일 수사기관이 참고인에 대하여 신체의 자유를 억압하여 출석을 강제하려 한다면 이 경우에 헌법 제12조 제3항의 영장주의가 적용됨은 두말 할 나위도 없다. 왜냐하면 헌법 제12조 제1항과 제3항이 그 적용대상을 ‘모든 국민’으로 규정하여 그 범위를 피의자나 피고인으로 한정하고 있지 않을 뿐 아니라, 참고인은 수사에 대한 협조자이므로 그 신체의 자유는 범죄 혐의자인 피의자의 그것 보다 훨씬 더 보호되어야 하고, 공판절차에서의 참고인이라 할 수 있는 증인을 구인하는 경우에도 영장주의(형사소송법 제73조, 제152조, 제153조)가 적용되기 때문이다.

헌법 제12조 제3항의 ‘체포·구속·압수·수색’에는 강제구금은 물론 강제구인, 강제동행 및 강제구류 등이 포함된다. 따라서 법률이 수사기관으로 하여금 법원에 의한 영장에 의하지 아니하고 참고인에 대하여 실질적으로 이와 동일한 행위를 하도록 허용한다면, 이는 헌법상 영장주의 원칙을 위반한 것이거나 적어도 위 헌법상 원칙을 잠탈하는 것이라고 할 것이다. 그런데 이 사건 동행명령조항에 의하면, 특별검사가 참고인에 대하여 동행명령을 하는 이유, 동행할 장소, 동행명령을 거부하면 처벌된다는 취지를 기재한 동행명령장을 발부하고, 특별수사관 또는 사법경찰관이 이를 참고인에게 제시하면서 동행할 것을 요구하며, 만일 참고인이 정당한 사유 없이 동행명령을 거부하면 천만 원 이하의 벌금형이라는 형사처벌이 가해진다. 한편 참고인의 입장에서 무엇이 ‘동행을 거부할 정당한 사유’인지에 대하여 현장에서 판단하기 어려울 뿐 아니라, 위 조항의 문언취지상 그 ‘정당한 사유’가 제한적일 수밖에 없으므로 후일 정당한 사유를 이유로 무죄를 받기도 쉽지 않을 것이다(대법원 2006. 12. 8. 선고 2006도7113 판결; 서울중앙지방법원 2007. 9. 4. 선고 2007노2078 판결 참조). 더욱이 누구든지 단지 수사의 협조자로 지목되었

다는 이유 때문에 아무런 잘못 없이 동행명령을 거부하였다는 이유만으로 형사처벌을 받는 것을 원하지 않을 뿐 아니라, 특히 경제적으로 궁핍한 참고인의 경우 벌금형을 선고받고 이를 납입하지 않으면 3년 이하의 기간 동안 노역장에 유치되므로(형법 제69조, 제70조), 그러한 참고인이 형사처벌을 감수하면서 동행명령을 거부하리라고 기대하기 어렵다고 할 것이다.

결국 이 사건 동행명령조항이 규정하는 참고인에 대한 동행명령제도는, 참고인의 신체의 자유를 사실상 억압하여 일정 장소로 인치하는 것과 실질적으로 같으므로 헌법 제12조 제3항이 정한 영장주의 원칙이 적용되어야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 법관이 아닌 특별검사가 동행명령장을 발부하도록 하고 정당한 사유 없이 이를 거부한 경우 벌금형에 처하도록 함으로써, 실질적으로는 참고인의 신체의 자유를 침해하여 지정된 장소에 인치하는 것과 마찬가지로의 결과가 나타나도록 규정한 이 사건 동행명령조항은 영장주의 원칙을 규정한 헌법 제12조 제3항에 위반되거나 적어도 위 헌법상 원칙을 잠탈하는 것으로서 위헌이라 할 것이다.

나아가, …… 이 사건 동행명령조항은 과잉금지원칙에 위배하여 청구인들의 신체의 자유와 평등권을 침해한다 할 것이다.』

(3) 재판관 이공현, 재판관 김중대의 의견

헌법상 영장주의에 의하여야 할 강제처분은 개인의 신체에 대한 물리적 강제력 행사를 수반하는 경우에 한한다는 종전 관례의 견해를 유지하여 이 사건 동행명령조항이 정한 참고인에 대한 동행명령제도는 영장주의 원칙의 적용대상이 아니라고 하였으나, 과잉금지의 원칙에는 위반되므로 위헌이라고 결론짓고 다음과 같이 판시하였다.

『신체의 자유와 관련한 헌법상 영장주의는 ‘신체에 대해 직접적이고 현실적인 강제력이 행사되는 경우’에 적용되는 것으로 보아야 한다. 신체에 대한 직접적이고 현실적인 강제력의 행사는 그 자체로 중대한 법익 침해일 뿐 아니라, 신체의 자유는 다른 기본권의 전제이자 기초가 된다는 점에서 신체의 자유에 대한 직접적인 제한은 다른 기본권의 행사도 제약하기 마련이며, 특히 현실적인 강제력을 통한 신체의 자유에 대한 침해는 사실상 원상회복

도 어렵기 때문에 신체의 자유에 대한 직접·현실적인 강제력의 행사는 반드시 법관이 발부한 영장에 의해서만 가능하도록 하겠다는 것이 헌법상 영장주의의 의미인 것이다.

따라서 직접적이고 현실적인 강제력의 행사가 아니라, 사후적인 제재를 통한 심리적, 간접적인 강제를 수단으로 상대방의 신체의 자유에 대해 일정한 제한을 가하는 것은, 그 제한의 목적과 제재의 정도에 따라 과잉금지원칙에 위반하여 헌법 제12조 제1항이 규정한 신체의 자유를 침해하는지 여부가 문제될 수는 있을지언정, 헌법 제12조 제3항의 영장주의의 적용 대상은 될 수 없다.

우리 헌법이 영장주의를 통해 특히 강력하게 보호하고자 하는 것은 신체의 자유에 관련한 ‘자유로운 심리상태’가 아니라 ‘신체의 현실적인 자유상태’이며, 심리적 억압을 통한 사실상의 신체의 자유에 대한 침해는 영장주의가 아니라 헌법 제12조 제1항이 규정한 일반적인 신체의 자유를 통해 보호되는 것이다.

……이 사건 동행명령조항은 동행명령을 거부하는 참고인에 대해 직접적이고 현실적인 강제력을 행사할 수 있음을 규정한 것이 아니라, 동행명령을 거부할 정당한 사유가 없는 참고인에 대하여 지정된 장소에 출석할 의무를 부과하고, 벌금형이라는 제재를 수단으로 하여 그 출석의무의 이행을 심리적, 간접적으로 강제하는 것이어서, 영장주의의 적용 대상이 될 수 없다.

…… 그러나, 이 사건 동행명령조항은 정당한 사유 없이 동행명령을 거부한 자를 형사처벌하도록 규정함으로써 침해의 최소성에 반하여 청구인들의 신체의 자유를 침해하였다.」

(4) 재판관 조대현의 이 사건 법률 제18조 제2항 부분에 대한 의견

조대현 재판관은 동행명령에 위반한 경우 처벌조항인 이 사건 법률 제18조 제2항은 신체의 자유가 아니라 일반적 행동의 자유를 제한하는 것으로 보아, 영장주의 원칙의 적용대상은 아니라고 보면서도 과잉금지의 원칙에 위반된다는 이유로 위헌의견을 제시하였다.

(5) 재판관 송두환의 의견

이 사건 동행명령조항은 영장주의 원칙의 적용범위에 포함되지 아니하며 과잉금지 원칙에도 위반되지 않는다는 합헌의견을 제시하였다.

(6) 해설

(가) 5인의 재판관(이강국, 김희옥, 민형기, 이동흡, 목영준)은 현대 형사소송법 학계의 통설을 받아들여, 영장주의의 적용대상인 강제처분은 개인의 신체에 대한 물리적 강제력을 수반하는 경우에 한한다는 종전 헌법재판소 판례와는 다른 견해를 취했다. 즉 참고인에게는 동행명령에 응하지 않을 자유가 있으나, 참고인이 동행명령에 응하지 않았을 경우에는 벌금형이라는 형사처벌이 가해지게 된다면 현실적으로 참고인으로서의 행정기관의 직접적 물리적 행사인 즉시강제에 못지않은 강한 심리적 압박을 느낄 것이라는 점을 인정할 수 있으므로, 단지 이 사건 동행명령조항이 즉시강제라는 실력행사를 예정하고 있지 않다고 하여 동행명령을 신체의 자유에 대한 강제처분이 아니라고 보기는 어렵다는 것이다. 동행명령에 불응하고 벌금에 처해져 범죄자가 될 것을 조건으로 자유를 향유하라고 할 수는 없기 때문이다.

2002헌가17등 결정(헌재 2004. 9. 23. 2002헌가17등, 판례집 16-2상, 379)의 경우, 경범죄처벌법상의 지문채취는 심리적·간접적 강제에 불과하고 궁극적으로 당사자의 자발적 협력을 필요로 하므로 강제처분이 아니어서 영장주의 위반이 아니라고 보았으나, 위 지문채취가 일상적으로 행해지는 신원확인 절차로서 그로 인한 불이익이 크지 않은 반면, 이 사건 동행명령조항은 참고인에 대한 심리적 강제가 매우 직접적이어서 구인과 유사하므로 위 선례와는 구별되는 경우라고 할 것이다.

또한 이 사건 동행명령조항이 정한 동행명령제는 기본적으로 국회증언법의 동행명령제를 모델로 하여 벌칙만 “1천만 원 이하의 벌금”으로 국회증언법상의 벌칙(국회모욕죄)인 “5년 이하의 징역”보다 완화된 것인데, 원래 국회증언법상 증인에 대하여 구인제를 규정하려 했으나, 그럴 경우 국회의 요청에 법관이 구인장을 발부하지 않을 수 없을 것이고 이는 곧 사법권의 독립(정치권으로부터의 독립)이 침해되는 결과에 이르고 “의회독재”의 우려가

있기 때문에 포기되고 그 대신에 동행명령제도가 도입된 것으로 보이는 바,⁶⁶⁾ 특별검사의 경우에는 법관이 발부하는 ‘구인장’ 제도를 창설한다 하여 위 국회중언법상 문제되었던 사법권독립의 침해 여부가 문제되지 않는 것이다.⁶⁷⁾

(나) 이에 비해 4인 재판관(이공현, 조대현, 김종대, 송두환)의 의견과 같이 헌법상 영장주의의 적용대상을 ‘물리적 강제력이 행사되는 경우’로 제한하는 견해는, 도로교통법상 음주측정, 행정상 즉시강제, 범죄 피의자에 대한 경범죄처벌법상의 지문채취 등에 관련된 법조항을 영장주의의 적용대상에서 제외함으로써 일관되고 현실성 있는 결론을 내릴 수 있다는 점을 고려한 견해로 보인다.⁶⁸⁾

66) 제142회 국회 법제사법위원회회의록 제2호, 1988. 7. 8., 4쪽 이하 참조.

67) 따라서 동행명령장을 법관이 아닌 특별검사가 발부하도록 규정된 제6조 제6항·제7항은 영장주의 원칙을 규정한 헌법 제12조 제3항에 위반된다 할 것이므로, 과잉금지의 원칙 위배 여부에 관하여 더 나아가 판단할 필요 없이 이 사건 동행명령조항에 대하여 위헌결정을 할 수도 있었을 것으로 보인다.

68) 가령 영장주의의 적용범위를 확대하면, 도로교통법상 음주측정 등의 경우에도 법관이 발부한 영장이 요구된다는 결론에 이르는 것이 아닌가 하는 문제점이 있을 수 있다.

헌법상 영장주의의 적용대상에 관하여 5인 재판관의 의견과 같이, 형사소송법 학계의 통설인 실질설을 취하여 ‘수사기관이 명문의 규정에 의하여 직접·간접으로 물리적 강제력을 행사하는 경우 및 그에 준하는 상황에서 상대방에게 의무를 부담시키는 경우’에 영장주의가 적용되는 것으로 해석하면서도, 도로교통법상 음주측정 등과 관련된 쟁점에 관해 일관되고 현실성 있는 결론을 내릴 수 있을까?

이는 수사과정에서 피의자나 참고인이 겪을 수 있는 사소한 불편·수고·성가심 등은 헌법 제12조 제3항에 의한 보호영역에서 제외시킴으로써 달성될 수 있다고 생각한다.

범죄수사 과정에서 피의자 또는 참고인은 여러 가지 수인의무 내지 협조의무를 부담하게 되는데, 그 의무들은 단순히 수사관의 신문에 응하는 가벼운 것에서부터 시작하여 신체 구속 등 무거운 것에 이르기까지 다양한 스펙트럼으로 존재한다. 그 중 체포·구금·압수·수색이나 이에 준하는 상황의 경우에만 헌법상 영장주의의 보호영역에 포함된다고 보아야 할 것이다. 즉 음주측정에 응하는 것이나 범죄피의자가 신원확인을 위한 지문채취에 협조하는 것과 같은 사소한 불편이나 수고는 국민으로서 보장되는 자유와 권리에 따르는 의무로서 당연히 수인해야 하는 것이므로, 애당초 영장주의의 적용대상이 아니라는 것이다.

헌법 제12조 제3항의 보호영역을 이와 같이 설정함으로써, 헌법상 영장주의의 적용대상이 되는 강제수사의 의미를 형사소송법 학자들의 견해와 같이 해석하면서도, 음주측정거부와 범죄피의자에 대한 지문채취를 영장주의의 적용대상에서 제외시켜 합리적인 결론을 도출해낼 수 있을 것으로 생각한다. 다만, 이 경우에도 다양한 스펙트럼 중 어느 부분이 영장주의의 적용대상이 되는 강제수사에 속하는 것인지

5. 결정의 의의

이 결정은 우리나라에서 그 동안 7차례 시행된 바 있는 특별검사제도와 관련된 여러 가지 헌법적 쟁점들에 관한 최초의 판례이고, 앞으로 특별검사 제도가 시행되는 경우 입법적 지침으로 작용할 것이라는 점에서 그 의미가 크다고 할 수 있다.

또한 헌법재판소는 그 동안 영장주의에 의하여야 할 강제처분은 개인의 신체에 대한 물리적 강제력 행사를 수반하는 경우에 한하는 것으로 해석하여 왔는데, 이 사건에서 5인의 재판관(이강국, 김희욱, 민형기, 이동흡, 목영준)이 벌금형 등의 제재를 통하여 국민의 신체의 자유를 사실상 억압하여 일정 장소로 인치하는 것과 실질적으로 같은 결과를 발생시키는 경우에도 영장주의 원칙이 적용되어야 한다고 판시하여, 영장주의의 적용 대상을 넓게 본 점에서도 의미가 있다.

다만 이 사건 동행명령조항에 대한 위헌 판단이 현행법상의 모든 동행명령제에 대한 판단으로 곧바로 이어지지 않는다는 점에 유의해야 한다. 즉 개별법에 정해진 각 동행명령의 성격이나 제재의 정도 등을 개별적, 구체적으로 살펴 판단하여야 할 것이다.

여전히 문제로 남지만, 이는 법원과 헌법재판소의 합리적이고 합목적적인 해석에 의하여 결정되어야 할 것이다.



대통령의 선거중립의무 준수요청 등 조치 취소

- 대통령 헌법소원 신청 사건 -

(헌재 2008. 1. 17. 2007헌마700, 판례집 20-1상, 139)

이 준 상*

【판시사항】

1. 적법요건 부분

가. 중앙선거관리위원회 위원장(피청구인)이 청구인에게 한 2007. 6. 7.자의 ‘대통령의 선거중립의무 준수요청 조치’와 2007. 6. 18.자의 ‘대통령의 선거중립의무 준수 재촉구 조치’(이하, 위 각 조치를 ‘이 사건 조치’라 한다)가 기본권침해 가능성있는 공권력의 행사인지 여부(적극)

나. 청구인(대통령)의 기본권주체성 여부(적극)

2. 본안 부분

가. 공직선거법 제9조 제1항(1994. 3. 16. 법률 제4739호 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’)으로 제정되었다가 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 법령개정된 것 포함. 이하, ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 해석과 성격

나. 이 사건 법률조항이 명확성의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

다. 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부(소극)

라. 이 사건 법률조항이 평등의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

* 광주지방법원 부장판사, 전 헌법연구관

- 마. 이 사건 조치가 명확성의 원칙에 위배되는지 여부(소극)
- 바. 이 사건 조치가 적법절차원칙에 위배되는지 여부(소극)
- 사. 이 사건 조치가 피청구인의 이 사건 법률조항에 대한 잘못된 해석에 기인하는 것인지 여부(소극)

[심판대상]

1. 심판의 대상

청구인은 ‘이 사건 조치’의 위헌 여부를 심판대상으로 삼으면서, ‘대통령은 근본적으로 광범위한 정치적 활동의 자유를 갖는 최고의 정무직 공무원이므로 선거과정에 있어서도 일정 범위의 정치적 표현의 자유를 행사할 수 있어야 함에도 이를 부정하고 있는 이 사건 법률조항(공직선거법 제9조 제1항)은 위헌이고 따라서 그 위헌인 규정에 근거한 이 사건 조치도 위헌이며, 만일 위 조항이 합헌이라고 해도 중앙선거관리위원회가 위 조항의 위헌적인 해석을 하거나 잘못 적용하여 이 사건 조치를 내린 것이므로 위헌이다’라는 취지로 주장하고 있다. 즉 청구인의 주장은, 첫째, 이 사건 법률조항이 위헌이므로 그에 근거한 이 사건 조치는 당연히 위헌이고, 둘째, 이 사건 법률조항이 합헌이라 하여도 이 사건 조치 자체로도 위헌이라는 것이다.

따라서 이 사건 심판대상은 ‘이 사건 조치’이지만, 이 사건 법률조항도 이 사건 조치가 부당한 공권력의 행사로서 청구인의 기본권을 침해하는지 여부를 판단하는데 전제가 되므로 그 위헌 여부도 심판의 대상으로 삼는다.¹⁾

○ 공직선거법²⁾(1994. 3. 16. 법률 제4739호 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’으로 제정되었다가 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 명법개정된 것 포함) 제9조(공무원의 중립의무 등) ① 공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자(기관·단체를 포함한다)는 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니된다.

1) 다만 이 사건 법률조항에 대한 심사는 이 사건 조치에 대한 심판청구가 적법함을 전제로 하는 것이므로 적법요건 판단에서는 이 사건 조치에 대한 심판청구의 적법요건만을 심사하고, 본안 판단에 있어서는 이 사건 법률조항의 위헌 여부를 먼저 살펴본 후 이 사건 조치의 기본권 침해 여부를 심사하기로 한다.

2) 이하 ‘공선법’으로 약칭하기도 한다.

【사건의 개요】

(1) 피청구인의 2007. 6. 7.자 ‘대통령의 선거중립의무 준수 요청’ 조치의 경위

(가) 청구인(대통령)은 2007. 6. 2. 토요일 15:00경 서울 양재동 교육문화회관에서 열린 참여정부평가포럼 주최 모임(이하 ‘참평포럼 모임’이라고 한다)에 참석하여 ‘21세기 한국, 어디로 가야 하나’라는 주제로 강연을 하면서, ‘해외신문에서 한국의 지도자가 무슨 독재자의 딸이니 하는 얘기가 나오면 곤란하다’, ‘창조적 전략 없는 대운하, 열차폐리공약, 대운하 건설비는 단기간에 회수되지 않는 투자이다. 열차폐리는 2000년 해수부장관 시절에 타당성 없다는 결론을 이미 내린 사업입니다’, ‘한나라당이 정권을 잡으면 어떤 일이 생길까, 이게 좀 끔찍해요. 무책임한 정당이다. 이 사람들이 정권을 잡으면 지역주의가 강화될 것입니다’ 등과 같은 내용의 발언을 하였다.

이에 한나라당은 2007. 6. 5. 청구인의 위 참평포럼 모임에서의 강연내용이 이 사건 법률조항 등에 위반된다는 이유로 청구인을 중앙선거관리위원회에 고발하였다.

(나) 중앙선거관리위원회는 2007. 6. 7. 전체회의를 개최하여 위 참평포럼 모임의 강연내용을 검토한 후 피청구인 명의로 청구인에게 “대통령선거가 가까워져 오고 있는 시기에 국정의 최고책임자이자 국민 전체에 대한 봉사자인 대통령께서 다수인이 참석하고 일부 인터넷방송을 통하여 중계된 집회에서 차기 대통령선거에 있어 특정 정당의 집권의 부당성을 지적하고, 후보자가 되고자 하는 자를 폄하하는 취지의 발언을 한 것은 단순한 의견개진의 범위를 벗어나 선거에 영향을 미치는 것으로서 공직선거법 제9조가 정한 공무원의 선거중립의무를 위반하였다고 결정하였습니다.”고 하면서, “앞으로는 이러한 사례가 반복되어 선거법 위반 논란이 일어나지 않도록 유의하여 주시기 바라며, 다가오는 대통령선거가 선거법이 엄정하게 지켜지는 가운데 국민들의 자발적인 참여 속에서 자유롭고 공정하게 치러질 수 있도록 하여 주시기 바랍니다.”라는 내용의 ‘대통령의 선거중립의무 준수 요청’ 조치(이하 ‘1차 조치’라고 한다)를 취한 후 이를 청구인에게 통고하면서 언론사에 공표하였다.

(2) 피청구인의 2007. 6. 18.자 ‘대통령의 선거중립의무 준수 재촉구’ 조치의 경위

(가) 청구인은 2007. 6. 8. 금요일 오전 익산시 소재 원광대학교에서 명예 정치학 박사학위를 수여받는 자리에서 ‘정치·복지·언론후진국에서 벗어나 성숙한 민주주의로’ 라는 주제로 70분 가량 특강을 하면서 “이명박 씨가 내놓은 감세론이요, 6조 8천억 원의 세수 결손을 가져오게 돼 있거든요. 6조 8천억 원이면 우리가 교육혁신을 할 수 있고요, 복지 수준을 한참 끌어올릴 수도 있습니다. 이 감세론, 절대로 속지 마십시오. 대운하, 민자로 한다는데 그거 진짜 누가 민자로 들어오겠어요? 그런 의견을 말하는 것은 정치적 평가 아닙니까? 참여정부 안 그래도 실패했다고 하는데, 내가 이 얘기 아닙니까? 여보시오, 그러지 마시오. 당신보다 내가 나아. 나만큼만 하시오. 그 얘기입니다.”라는 등의 발언을 하였다.

그리고 2007. 6. 10. 일요일 오전 세종문화회관에서 열린 제20주년 6·10 민주항쟁 기념식에 참석하여 기념사를 함에 있어, “지난날의 기득권 세력들은 수구언론과 결탁하여 끊임없이 개혁을 반대하고, 진보를 가로막고 있습니다. 심지어는 국민으로부터 정통성을 부여받은 민주정부를 친북 좌파정권으로 매도하고, 무능보다는 부패가 낫다는 망언까지 서슴지 않음으로써 지난날의 안보독재와 부패세력의 본색을 공공연히 드러내고 있습니다. 나아가서는 민주세력 무능론까지 들고 나와 민주적 가치와 정책이 아니라 지난날 개발독재의 후광을 빌어서 정권을 잡으려 하고 있습니다.”라는 등의 발언을 하였다.

또한 2007. 6. 13. 수요일 오전 청와대접견실에서 한겨레신문사의 요청에 응하여 6월항쟁 20주년 기념 특별대담을 하면서, “참평포럼이 나를 따를 것이라고 생각한다면 내가 어디로 가느냐가 중요한 것 아닌가? 나는 열린우리당에서 선택된 후보를 지지한다. 불변이다. 열린우리당이 선택한 후보를 지지하고, 그 후보가 또 어디 누구하고 통합해 가지고 단일화하면 그 단일화된 후보를 지지하는 것이 내가 갈 길이다.”라는 등의 발언을 하였다.

(나) 이에 한나라당은 2007. 6. 중순경 청구인을 중앙선거관리위원회회

에 고발하였고, 이에 중앙선거관리위원회는 2007. 6. 18. 전체회의를 개최한 후 피청구인 명의로 청구인에게 “이번 대통령선거와 관련하여 후보자가 되고자 하는 자를 폄하하고, 특정 정치세력 또는 정당이 집권하는 것에 대하여 부정적인 취지의 발언을 하였으며, 특정 정당을 지지하는 발언과 함께 선거 전략 등에 대해서 언급한 것은 공무원의 선거중립의무를 규정한 공직선거법 제9조를 위반한 것이라고 결정하였습니다.”고 하면서 “대통령께서는 앞으로 연설이나 기자회견 등을 통하여 정치적 의견을 표명하실 때에는 국정의 최고책임자로서 선거를 공정하게 관리하여야 할 지위에 있음을 유념하시어 선거결과에 영향을 미칠 수 있는 발언은 더욱 자제하여 주시기 바랍니다. 아무쪼록 대통령께서 국정을 수행함에 있어서 이번 제17대 대통령선거가 법이 준수되는 가운데 공명정대하게 치러져 우리나라의 민주주의와 국가가 크게 발전하는 계기가 될 수 있도록 하여 주시기 바랍니다.”라는 내용의 ‘대통령의 선거중립의무 준수 재촉구’ 조치(이하 ‘2차 조치’라고 한다)를 취한 후 이를 청구인에게 통고하면서 언론사를 통하여 공표하였다.

(3) 청구인의 헌법소원심판 청구

청구인은 2007. 6. 21. 피청구인의 위 1차 및 2차 조치가 청구인이 개인으로서 가지는 정치적 표현의 자유를 침해하였다고 주장하면서 헌법재판소법 제68조 제1항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 제기하였다.

【결정요지】

1. 적법요건에 대한 판단

가. 이 사건 조치는 선거관리위원회법(이하 ‘선관위법’이라 한다) 제14조의 2에 근거한 것으로서 동 조항에 열거된 행위유형 중 ‘경고’에 해당한다고 봄이 상당한바, 선거관리위원회법 제14조의 2의 ‘경고’는 선거법 위반행위에 대한 제재적 조치의 하나로서 법률에 규정된 것이므로 피경고자는 이러한 경고를 준수하여야 할 의무가 있고, 피경고자가 경고를 불이행하는 경우 선거관리위원회 위원·직원에게 의하여 관할수사기관에 수사의뢰 또는 고발될 수 있으므로(위 조항 후문), 위 ‘경고’가 청구인의 법적 지위에 영향을 주지 않

는다고는 할 수 없다.

청구인이 이 사건 조치를 따르지 않음으로써 형사적으로 처벌될 가능성은 없다고 하더라도, 이 사건 조치가 그 자체로 청구인에게 그러한 위축효과를 줄 수 있음은 명백하다고 볼 것이고, 나아가 이 사건 조치에 대하여 법원에서 소송으로 구제받기는 어렵다는 점에서 헌법기관인 피청구인이 청구인의 위 발언내용이 위법이라고 판단한 이 사건 조치는 최종적·유권적인 판단으로서 기본권 제한의 효과를 발생시킬 가능성이 높다고 할 것이다.

나. 개인의 지위를 겸하는 국가기관이 기본권의 주체로서 헌법소원의 청구적격을 가지는지 여부는, 심판대상조항이 규율하는 기본권의 성격, 국가기관으로서의 직무와 제한되는 기본권 간의 밀접성과 관련성, 직무상 행위와 사적인 행위 간의 구별가능성 등을 종합적으로 고려하여 결정되어야 할 것이다.

대통령도 국민의 한사람으로서 제한적으로나마 기본권의 주체가 될 수 있는바, 대통령은 소속 정당을 위하여 정당활동을 할 수 있는 사인으로서의 지위와 국민 모두에 대한 봉사자로서 공익실현의 의무가 있는 헌법기관으로서의 지위를 동시에 갖는데 최소한 전자의 지위와 관련하여는 기본권 주체성을 갖는다고 할 수 있다.

2. 본안에 대한 판단

가. 이 사건 법률조항은 선거영역에서의 특별법으로서 일반법인 국가공무원법 조항에 우선하여 적용된다고 할 것이고, 이 사건 법률조항의 행위는 공직자가 공직상 부여되는 정치적 비중과 영향력을 국민 모두에 대하여 봉사하고 책임을 지는 그의 과제와 부합하지 않는 방법으로 사용하여 선거에서의 득표에 영향을 미치는 행위를 말한다고 해석할 것이고, 공무원이 이 사건 법률조항을 위반한 경우에는 직무상의 의무 위반이나 직무태만으로 징계사유가 되고(국가공무원법 제78조 제1항 제2호), 대통령의 경우 탄핵사유가 될 수 있으므로(2004헌나1 참조) 이 사건 법률조항이 구체적 법률효과를 발생시키지 않는 단순한 선언적·주의적 규정이라고 볼 수 없다.

나. 이 사건 법률조항은 주체나 행위에 대한 제한적인 해석이 가능하여

그 범위를 한정할 수 있고, 나아가 위 법률조항의 입법목적과 입법경위, 수범자의 범위 및 선거과정의 특징 등을 고려할 때, 그 수범자가 통상의 법감정과 합리적 상식에 기하여 그 구체적 의미를 충분히 예측하고 해석할 수 있으므로 명확성의 원칙에 반하지 않는다.

다. 이 사건 법률조항은 공무원에게 정치적 중립의무를 부과하여 선거의 공정성이 이루어지도록 함으로써 궁극적으로 선거를 통한 국민주권원리가 구현될 수 있도록 하는 정당한 입법 목적을 가지고 있고, 또한 이 사건 법률조항은 그 입법목적에 적정한 수단이라고 할 것이다.

이 사건 법률조항은 대통령의 정치적 표현의 자유를 상시적으로 모든 영역에서 규제하는 것이 아니라, 선거가 임박한 시기에 부당한 영향력을 행사하는 방법으로 선거결과에 영향을 미치는 표현행위만을 규제하는 것이고, 또한 이 사건 법률조항은 대통령의 직무집행과 관련된 공적인 행위만을 규제하는 것이고 대통령의 순수한 개인적인 영역까지 규제하는 것은 아니며, 나아가 이 사건 법률조항의 위반에 대한 제재조항이 없어 위 조항을 위반한다고 하여도 형사처벌을 받을 위험성이 없으므로 피해의 최소성을 갖추었다고 할 것이다.

민주주의 국가에서 공무원 특히 대통령의 선거중립으로 인하여 얻게 될 ‘선거의 공정성’은 매우 크고 중요한 반면, 대통령이 감수하여야 할 ‘표현의 자유 제한’은 상당히 한정적이므로, 위 법률조항은 법익의 균형성도 갖추었다 할 것이고, 결국 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 정치적 표현의 자유를 침해하는 것으로 볼 수 없다.

라. 국회의원이거나 지방의회의원은 공무원의 선거관리에 영향을 미칠 가능성이 높지 않고, 국회의원은 국회의 구성원임과 동시에 정당소속원으로서 선거에 직접 참여하는 당사자가 될 수도 있고, 복수정당제나 자유선거의 원칙을 실현하기 위하여 정책홍보 등 광범위한 선거운동의 주체가 될 필요도 있으므로 선거에서의 중립성을 요구하는 것이 적절하지 않으므로 결국 국회의원과 지방의회의원이 대통령과 달리 이 사건 법률조항의 적용을 받지 않는 것은 합리적인 차별이라고 할 것이어서 위 법률조항은 평등의 원칙에 반하지 아니한다.

마. 이 사건 조치의 내용을 살펴보면 발언의 당사자인 청구인으로서 각 조치에서 언급하는 ‘선거법 위반행위’가 무엇인지 알 수 있을 만큼 특정되었으므로 명확하다고 할 것이다.

바. 선거관리의 특성, 이 사건 조치가 규율하는 행위의 성격, 위 조치의 제재효과 및 기본권침해의 정도 등을 종합하여 볼 때, 청구인에게 위 조치 전에 의견진술의 기회를 부여하지 않은 것이 적법절차원칙에 어긋나서 청구인의 기본권을 침해한다고 볼 수 없다.

사. 청구인은 대통령 선거가 다가오고 야당의 당내경선이 이루어지고 있는 시기에 국민들이 관심을 갖는 공공의 모임들에서 주로 야당의 유력 후보자들을 비난하고 그들의 정책을 지속적·반복적으로 비판하였으며 한겨레신문과의 대담에서는 자신의 출신당 후보자를 지지하겠다는 적극적인 취지의 발언을 하였는바, 청구인의 이러한 발언은 공직상 부여되는 정치적 비중과 영향력을 국민 모두에 대하여 봉사하는 그의 지위와 부합하지 않는 방법으로 사용함으로써 선거의 공정성에 상당한 영향을 줄 가능성이 있거나, 선거에 대한 부당한 영향력을 행사하여 선거의 득표에 영향을 미치는 행위라고 할 것이므로, 위 각 발언들이 이 사건 법률조항에 위반되었다고 본 피청구인의 이 사건 조치가 위 법률조항을 잘못 해석·적용한 결과라고 할 수 없다.

【해설】

1. 이 사건 조치의 적법 여부

가. 기본권침해 가능성있는 공권력의 행사인지 여부

(1) 공권력 행사성 일반론

헌법재판소법 제68조 제1항에서의 “공권력”이란 입법권·행정권·사법권을 행사하는 모든 국가기관·공공단체 등의 고권적 작용이다(헌재 2001. 3. 21. 99헌마139등, 판례집 13-1, 676, 692). 우리 재판소는 사실행위 중 권력적 행위에 대하여는 공권력 행사성을 긍정하고 있는바, 일반적으로 어떤 행정상 사실행위가 권력적 사실행위에 해당하는지 여부는, 당해 행정주체와 상대방과의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사·관여정도·태도, 그 사실행위의 목적·경위, 법령에 의한 명령·강제수단의 발동 가부 등 그 행위가 행하여 질

당시의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다(헌재 1994. 5. 6. 89헌마35, 판례집 6-1, 462, 485).

(2) 공권력행사성 긍정설

(가) 법령상 근거

이 사건 조치는 선관위법 제14조의2 소정 ‘경고’로서 법률에 선거법 위반 행위에 대한 제재적 조치 중의 하나로 명백하게 규정되어 있는 조치이다. 비록 조치 자체에 관한 직접적인 법률효과가 규정되어 있지는 아니하나 일단 법률에 근거한 선관위의 적법한 조치인 이상 누구나 그에 따라야 할 의무가 있고, 더구나 선관위법 제14조의2에서 조치를 불이행하는 경우 관할 수사기관에 수사의뢰 또는 고발을 할 수 있다고 되어 있으므로 법률이 구체적으로 그 이행을 명하고 있는 조치로서 청구인의 법적 지위에 영향을 미친다.

(나) 대통령이라는 지위의 특수성

대통령은 법치와 준법의 상징적 존재로서 헌법질서와 법률을 누구보다 준수하고 수호해야 하는 지위에 있으며, 헌법 제66조 제2항 및 제69조에 규정된 대통령의 ‘헌법을 준수하고 수호해야 할 의무’는 헌법상 법치국가원리가 대통령의 직무집행과 관련하여 구체화된 헌법적 표현이다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 646). 따라서 청구인으로서의 현실적인 형사처벌의 가능성이나 강제수단의 유무를 떠나 헌법재판소에 의한 위헌결정이 있기까지는 이 사건 조치를 의무적으로 따를 수밖에 없다.

(다) 수사의뢰 및 고발의 효과

선관위법 제14조의2에는 조치를 불이행하는 경우 선관위가 수사의뢰 또는 고발할 수 있다고 규정하고 있다. 법문에 명문의 규정으로 조치 위반 시의 구체적인 조치를 상정하고 있으므로 이는 당사자의 법적 지위에 직접적인 영향을 미치는 법적 효과이다. 다만 이 사건 조치는 공선법 제9조 제1항에 관한 것이고 공선법 제9조 제1항에 대하여는 처벌조항이 없긴 하나, 이러한 사정 때문에 반드시 수사의뢰 또는 고발을 하지 않을 것이라고 단정할 수는 없고, 일단 중앙선관위의 수사의뢰나 고발이 있으면 그 자체로 청구인이 입는 현실적, 사실적 불이익은 매우 클 수밖에 없다.

(라) 대통령 탄핵사유의 문제

이 사건 조치의 위반은 그 자체가 선관위법 제14조의2 위반이라고 해석될 수도 있고 또는 현행 법질서에 대한 중대한 도전행위로서 법치국가이념 및 대통령의 헌법수호의무를 위반하였다고 해석될 수도 있으므로, 경우에 따라 헌법 제65조 제1항에서 규정하는 탄핵소추사유의 한 요소로 고려될 수도 있다. 실제로 우리 재판소는 대통령 탄핵사건(2004헌나1)의 탄핵사유 심사에서 대통령의 일정한 발언이 공선법 제9조 제1항에 위반하였다는 점과 중앙선관위의 선거법 위반결정에 대하여 유감을 표명하고 현행 선거법을 폄하하는 발언을 하고 재신임 국민투표를 제안한 것은 법치국가이념 및 헌법 제72조에 반하여 대통령의 헌법수호의무를 위반하였다는 점을 선언한 바 있다. 따라서 이러한 점에서 법적 효과가 없다고 단정할 수 없다.

(마) 기소유에 처분과 참조 선례

① 검사의 기소유에 처분은 행위자의 특정한 범죄혐의사실에 대하여 위법하다는 선언을 하면서도 그에 대한 특별한 법적 제재나 법적 효과를 규정하지 않고 있는 조치이므로 이 사건 조치와 그 구조 및 내용이 유사하다. 기소유에 처분에 대하여 공권력 행사성을 인정한다면(헌재 1989. 10. 27. 89헌마56, 판례집 1, 309, 316-317), 마찬가지로 이유로 이 사건 조치에 대하여도 공권력 행사성이 인정되어야 한다.

② 헌법재판소가 각종 위원회의 조치에 대하여 공권력 행사성을 인정한 사례들은 다음과 같고, 이는 이 사건에서도 참조할 수 있다.

‘공직선거 및 선거부정방지법’에 의해 설립된 대통령선거방송토론위원회가 다자간 합동방송토론회를 개최하는 횟수 등 방법을 정한 결정 및 그 공표행위는 공권력 행사성이 있다고 한 사례(헌재 1998. 8. 27. 97헌마372, 판례집 10-2, 461, 470-471), 공정거래위원회의 무혐의 결정 내지 심사불개시 결정은 신고인에 대하여 공권력 행사성이 있다고 한 사례(헌재 1989. 4. 17. 88헌마3, 판례집 1, 31, 32-37; 헌재 2002. 6. 27. 2001헌마381, 판례집 14-1, 679, 683-684 등 참조), 청구인의 진정에 대한 국가인권위원회의 각하결정에 대하여 공권력 행사성을 인정한 사례(헌재 2004. 4. 29. 2003헌마538, 판례집 16-1, 589, 593-594) 등이 있다.

(바) 2002헌마106 사건(오마이뉴스 사건)과의 차별성

선거관리위원회 위원장의 중지촉구 공문에 대한 헌법소원 청구가 부적법하다고 본 선례³⁾가 이 사건에도 적용될 수 있는지가 문제되나, 선례상의 중지촉구는 장래에 개최될 예정인 대담·토론회에 관하여 서울특별시 선거관리위원회가 사전에 공직선거법 위반에 해당될 것이라는 법적 평가를 한 후 그러한 의견을 오마이뉴스에 표명하면서 만일 그 위반행위를 하는 경우 위 선거관리위원회가 취할 수 있는 조치를 통고한 것인 데 반하여, 이 사건 조치는 청구인의 과거의 행위가 위법임을 유권적으로 확인하고 이를 청구인에게 통지하면서 그 재발방지를 촉구한 것이다. 결국 선례상의 중지촉구는 권고적·비권력적 행위인 공명선거 협조요청에 불과하여 피통고자에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키지 않는 것이지만, 이 사건 조치는 위법행위에 대한 유권적인 판단 및 그에 대한 경고를 함으로써 청구인의 기본권을 실질적으로 제한하고 있으므로, 위 선례의 판시가 이 사건에 적용된다고 볼 수

3) ① 사건의 개요 : 인터넷 언론매체인 오마이뉴스는 2002년 대통령 선거와 관련하여 당시 민주당 대선 예비주자 7명에 대한 ‘열린 인터뷰’를 기획하였다. 이에 서울특별시 선거관리위원회 위원장은 2002. 2. 1. 이러한 대담·토론회를 개최하는 행위 등은 공직선거법 제254조에 위반된다는 이유로 그 중지를 촉구하면서, 만일 위 행사를 개최할 경우 행사진행을 중지하겠다는 내용의 공문을 발송하였다. 그럼에도 불구하고 오마이뉴스가 2002. 2. 5. 대담·토론회를 감행하려 하자, 서울특별시 선거관리위원회는 선거관리위원 등 50여명을 파견하여 오마이뉴스의 사무실을 에워싸고 토론예정자들의 사무실출입을 저지하였다. 이에 오마이뉴스는 서울특별시 선거관리위원회 위원장의 2002. 2. 1.자 ‘선거법위반행위에 대한 중지촉구’와 2002. 2. 5.자 ‘열린인터뷰를 저지한 행위’ 양자(兩者)를 심판대상으로 하여 헌법소원을 제기하였다.

② 판단내용 : “피청구인(서울특별시 선거관리위원회 위원장)의 위 공문은 그 형식에 있어서 ‘안내’ 또는 ‘협조요청’이라는 표현을 사용하고 있으며, 또한 그 내용에 있어서도 청구인이 계획하는 행위가 공직선거법에 위반된다는, 현재의 법적 상황에 대한 행정청의 의견을 단지 표명하면서, 청구인이 공직선거법에 위반되는 행위를 하는 경우 피청구인이 취할 수 있는 조치를 통고하고 있을 뿐이다. 비록 피청구인의 ‘중지촉구’ 공문에 ‘청구인이 법률에 위반하는 경우 피청구인이 청구인에게 불리한 조치를 취할 것’을 통고하는 내용을 담고 있다 하더라도, 피청구인의 ‘중지촉구’ 서한은 행정청의 단순한 의견진술로서, 이로 인하여 그 법적 성격이 달라지는 것은 아니다. 따라서 피청구인의 2002. 2. 1.자 ‘중지촉구’ 공문은 국민에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키지 않는 단순한 권고적·비권력적 행위로서, 헌법소원의 심판대상이 될 수 있는 ‘공권력의 행사’에 해당하지 않으므로, ‘선거법위반행위에 대한 중지촉구’에 대한 이 사건 심판청구는 부적법하다.”(헌재 2003. 3. 27. 2002헌마106, 판례집 15-1, 223-240)

없다.

(3) 공권력행사성 부정설

먼저, 이 사건 조치를 선관위법 제14조의2에 근거한 조치나 그 법조항 소정의 경고는 아님을 전제로 하거나, 선관위법 제14조의2와는 직접적인 관련 없는 비권력적 행정지도임을 전제로 하면⁴⁾ 이 사건 조치의 공권력성이 부정된다.

그리고 위 긍정설의 각 논거와 관련하여, ① 선관위법 제14조의2 소정 경고 내지 경고성 조치의 비권력적 속성(선관위법은 제14조의2 소정 조치에 관한 직접적인 법률 효과나 위반 시의 처벌·제재 내용, 강제수단, 불복수단에 대하여 아무런 규정을 두지 않고 있는 점, 위 법조항 소정의 조치 중 경고나 그와 유사한 경고성 처분은 권고적·계도적 조치의 성격을 가지는 점), ② 이 사건 조치의 근거되는 공선법 제9조 제1항에 대하여는 아무런 처벌조항이 없으며 따라서 이 사건 조치는 전형적인 비권력적 조치 공문의 형식과 내용을 취하고 있는 점, ③ 대통령은 일반적인 법령위반의 경우 탄핵소추를 받는 것은 별론으로 하고 국가공무원법상 징계를 받는다고 상정할 수는 없고⁵⁾, 설령 탄핵소추나 징계를 받는다고 하더라도 이는 이 사건 조치를 받았다는 사실 자체로 직접 발생하는 법률상 효과라고 할 수 없는 점(대법원

4) 선관위법 제14조의2 소정 조치의 행위주체는 각급선거관리위원회의 '위원' 또는 '직원'이다. 그런데 공문의 내용을 살펴보면, 이 사건 조치는 중앙선관위가 전체 회의를 열어 청구인의 일정한 발언을 공선법 제9조 제1항 위반으로 선언하고 청구인에 대하여 그러한 행위의 재발방지를 촉구하는 내용으로 되어 있다. 조치의 주체가 위원이나 직원을 암시하는 어떠한 표현도 없고 조치의 형식과 절차, 내용 등 어느 면을 보더라도 선관위법 제14조의2에서 상정하는 전형적인 조치라고 보이지는 않는다. 결국 이 사건 조치는 선관위법 제14조(선거제도), 제14조의2(선거법위반행위에 대한 중지·경고 등), 공선법 제10조(사회단체 등의 공명선거 추진활동), 제271조(불법시설품 등에 대한 조치 및 대집행), 제271조의2(선거에 관한 광고의 제한), 제272조(불법선전물의 우송중지), 제272조의2(선거범죄의 조사 등) 등 선거법 위반행위에 대한 각급선거관리위원회의 조치규정 등을 근거로 특별한 법률상의 근거 없이 내린 비정형적 행정지도 내지 비권력적 협조요청의 일종으로 볼 수도 있다.

5) 국가공무원법에 정무직 공무원에 대하여는 징계규정 적용이 배제되어 있고(제3조 제1항), 특히 대통령의 경우에는 재직 중 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직 중 형사상의 소추를 받지 아니하며(헌법 제84조), 탄핵결정에 의하지 아니하고는 공직으로부터 파면되지 아니하는(헌법 제65조 제4항) 취지에 비추어 보면 대통령은 징계대상자가 될 수 없다고 하는 것이 상당하다.

2004. 4. 23. 선고 2003두13687 판결 참고), ④ 법치와 준법의 상징적 존재로서 헌법질서와 법률을 누구보다 준수하고 수호해야 하는 대통령은 우선적으로 국가기관으로서의 대통령 개념에 더 가깝다고 할 수 있는 점, ⑤ 이 사건 조치는 공선법 제9조 제1항을 해석한 확인적 조치로 이해할 수 있고 그에 대하여 재판기관이나 다른 국가기관을 기속하는 효력을 인정할 수 없는 이상 법적 효과의 측면에서 어떤 의미 있는 조치라고 할 수 없는 점, ⑥ 기소 유예 처분은 과거 범죄행위에 대하여 준사법기관으로서의 검사가 내린 형사 절차상의 정형화된 조치로서 일반인에게 일종의 전과로 인식되면서 법률적, 사실적 측면에서 주는 유형, 무형의 불이익을 무시할 수도 없는 측면에서 확인적 행위에 불과한 이 사건 조치와는 다르며, 위 긍정설의 견해에서 거론된 다른 위원회의 조치들은 당사자의 생활관계나 법률관계에 어떠한 사실적 영향 내지 실질적인 불이익을 직접적으로 주거나 당사자의 어떤 신청권에 기한 신청행위에 대하여 거부하는 행위로서 그 자체로서 어떠한 법적 관계의 변동을 내포하는 행위로서 이 사건에 적용할 수 없는 점, ⑦ 이 사건 조치와 2002헌마106 결정의 심판대상인 조치는 비권력적 권고적 행위로서 그 본질이 동일하므로 위 사건은 이 사건에 적용될 수 있는 선례로서의 가치를 가지고, 위 결정 이후 선례를 변경할 만한 사정변경이 없는 점을 부정설의 논거로 삼을 수 있다.

나. 국가기관 등 공권력 행사주체의 기본권 주체성

(1) 우리나라 학설

학설상으로는 주로 공법인 등의 공권력 행사주체에 대하여 기본권 주체성을 인정할 것인가와 관련하여 주로 논의되고 있는바, 일반적으로 국가나 국가기관 또는 공법상의 법인은 공법상의 직무로서 일정한 ‘관할’ 내지 ‘권한’을 가질 뿐 원칙적으로 기본권을 누리는 것은 아니고⁶⁾, 만약에 공법인에게도 기본권을 인정한다고 하면 이는 기본권사상의 반전을 가져오는 것이며 용납될 수 없다고 한다.⁷⁾ 다만 위와 같이 공법인 등의 기본권 주체성을 원

6) 김철수, 헌법학개론(2006), 박영사, 303면 ; 권영성, 헌법학원론(2006), 법문사, 321면 ; 홍성방, 헌법학(2005), 현암사, 404면 등

7) 김철수, 전제서, 303면

칙적으로 부인하는 견해에서도 국공립대학과 관련하여 학문의 자유라든가 언론기관에 대하여 언론의 자유를 인정하여 예외를 인정하고 있다.⁸⁾

(2) 독일연방헌법재판소의 입장

공법상의 법인은 공적 업무를 수행하는 한 원칙적으로 기본권의 주체가 될 수 없다.⁹⁾ 기본권은 공권력에 대한 개별 시민의 관계에 대한 것이다. 그렇기 때문에 국가는 기본권의 수범자일 뿐, 국가 자신이 기본권의 관여자가 되거나 수익자가 될 수는 없으며, 더 나아가서 국가는 기본권의 주체도 될 수 없다(이른바 동일성 논거 Identitätsargument 또는 혼동논거 Konfusionsargument).¹⁰⁾ 이 원칙은 국가 내에서 공무를 수행하는 모든 독립된 법적 단체에 적용된다. 따라서 공법상의 법인은 국가이든, 지방자치단체이든, 행정청이든, 공법상의 영조물이든, 공법상의 재단이든 그 종류를 불문하고 기본권 주체성이 인정되지 않는다.¹¹⁾ 왜냐하면 공법상의 법인은 기본권의 전형적인 위협상태에 있어서 국가와 대립되지 않기 때문이다.

그러나 예외적으로 공법상의 법인이 기본권에 의하여 보호되는 생활영역에 속해 있으며, 시민의 개인적 기본권을 실현하는데 기여하고 있을 뿐만 아니라 국가로부터 독립된 또는 어쨌든 국가와는 구별되는 실체를 가지고 있는 경우에는 기본권 주체성이 인정된다.¹²⁾ 그밖에도 사법기본권(司法基本權)과 관련해서는 공법인의 기본권 주체성이 인정된다. 왜냐하면 이 규정들은 기본법 제1조 제3항의 의미에서 기본권이 아닐 뿐만 아니라 개인적 권리가 아닌 객관적 절차원칙을 포함하고 있기 때문이다.¹³⁾

(3) 헌법재판소의 판례와 분석

(가) 헌법재판소는 국가나 국가기관, 공법인 등 공권력 행사주체의 기본권

8) 김철수, 전게서, 303면, 허영, 한국헌법론(2006), 박영사, 245면, 계희열, 헌법학(중), 박영사, 70면, 홍성방, 전게서, 283면

9) BVerGE 21, 362; 23, 30; 45, 63(78)

10) BVerGE 21, 369f.

11) BVerGE 21, 362(370, 373).

12) BVerGE 21, 362(373f.); 23, 353(372); 45, 63(97)

13) BVerGE 21, 373

주체성을 원칙적으로 부정하고 있다. 국가나 국가기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 공권력 행사의 주체로서 기본권의 ‘수범자’이지 기본권의 주체로서 그 ‘소지자’가 아니며, 오히려 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 책임과 의무를 지니고 있을 뿐이다(헌재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 477 480 등). 그러한 취지에서, 국회의 노동위원회(헌재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 477, 480), 지방자치단체의 의결기관(헌재 1998. 3. 26. 96헌마345, 판례집 10-1, 295, 300), 공법인인 농지개발조합(헌재 2000. 11. 30. 99헌마190, 판례집 12-2, 325, 336-340)의 기본권 주체성을 부정하고 있다. 뿐만 아니라 국가기관의 지위에 있는 국회의원(헌재 1995. 2. 23. 90헌마125, 판례집 7-1, 238, 243; 헌재 2000. 8. 31. 2000헌마156, 판례집 12-2, 258, 262-263), 지방자치단체의 의 장(헌재 1997. 12. 24. 96헌마365)이나 교육 위원(헌재 1995. 9. 28. 92헌마23등, 판례집 7-2, 343, 352) 구청장, 구의회 의원 등의 공무원(헌재 2001. 1. 18. 2000헌마149, 판례집 13-1, 178, 185) 등이 제기한 헌법소원에 대하여도 국가기관이라는 이유로 부적법 각하하였다.

그런데 헌법재판소는 영조물인 국립서울대학교에 대하여 학문의 자유 및 대학의 자치와 관련한 기본권 주체성을 인정한 바 있으며(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659, 670), 한편 지방의회 의원이 공직선거법 관련 조항이 자신들의 공무담임권과 평등권을 침해한다고 주장한 사안(헌재 1995. 3. 23. 95헌마53, 판례집 7-1, 463; 헌재 1998. 4. 30. 97헌마100, 판례집 10-1, 480; 헌재 2006. 7. 27. 2003헌마758등, 판례집 18-2, 190)이나 지방자치단체의 장이 공직선거법 관련 조항이 자신의 피선거권, 정치적 표현의 자유 및 선거운동의 자유 등을 침해한다고 주장한 사안(헌재 1999. 5. 27. 98헌마214, 판례집 11-1, 675)들에서, 청구인이 기본권 주체성이 있음을 전제로 바로 본안에 관하여 판단하였다.

(나) 위 선례들은 당해 심판대상 작용이 그 상대방에 대하여 일반 국민으로서 국가에 대하여 가지는 헌법상의 기본권을 제약하는 성격이 보다 더 강한 것인지, 아니면 넓은 의미의 국가 조직영역 내에서 공적 과제를 수행하는 주체의 권한 내지 직무영역을 제약하는 성격이 보다 더 강한 것인지에 따라 결론을 달리한 것으로 보인다.

(4) 긍정설

(가) 국민 개인으로서의 기본권 주체성

대한민국의 국적을 가진 자연인으로서의 국민은 누구나 헌법이 보장하는 기본권의 주체가 될 수 있으며¹⁴⁾, 헌법소원을 청구할 수 있다(헌재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 477, 480). 이 사건 청구인은 대통령의 지위에 있는 국가기관이기는 하나 그 보다 먼저 혹은 동시에 대한민국의 국적을 가진 자연인으로서의 국민 개인이며, 이러한 청구인이 심판청구서에서 자연인(국민) 노무현의 이름으로 자신의 헌법상 기본권이 침해되었음을 이유로 헌법소원을 제기하였다면 청구인의 기본권 주체성을 부정할 이유가 없다.

(나) 대통령 지위와의 관계

대통령의 어떤 행위를 자연인의 지위에서 하였는지 아니면 국가기관의 지위에서 하였는지 명쾌하게 구분하기 어렵긴 하나, 그렇다고 대통령의 모든 행위를 국가기관의 행위라고 할 수는 없다. 대통령도 존엄성을 가진 인간이자 시민이고 정당이나 정파에 소속되어 있는 정치인이기도 하며, 이 지위에서 대통령은 일반 국민들처럼 기본권을 행사할 수 있다. 대통령의 지위로 기본권 주체성을 부정하는 논리는 결국 대통령의 지위에 있는 자에 대하여 헌법상 법치주의의 예외를 인정하고 기본권 보호의 박탈을 선언함에 다름 아니고, 이와 같은 논리는 헌법상 명문의 규정이 없는 이상 성립하기 어렵다고 할 것이다.¹⁵⁾

14) 다만 참정권 등의 예에서 보듯이 당해 기본권을 행사하기 위하여서는 일정한 조건을 갖추어야 하는 경우가 있다. 기본권 행사능력이 그것이다. 기본권 주체성에서 요구되는 기본권능력(기본권 주체능력, 기본권 향유능력, 기본권 보유능력)은 일반적으로 기본권의 주체가 될 수 있는 능력을 의미하는데 반하여, 기본권 행사능력은 기본권의 주체가 독립적으로 자신의 책임 하에 기본권을 행사할 수 능력을 의미한다. 전자가 민법상의 권리능력에 비교할 수 있다면 후자는 민법상의 행위능력에 비교할 수 있는 개념이다.

15) 예를 들어 독일연방헌법상의 기본권상실제를 생각할 수 있다. 독일은 방어적 민주주의를 위한 실정제도로서 그 기본법에 기본권상실제를 도입하였다. 독일기본법 제 18조는 「표현의 자유, 특히 출판의 자유, 교수의 자유, 집회의 자유, 결사의 자유, 서신, 우편, 전신, 전화의 비밀, 재산권 또는 망명자비호권을 자유민주적 기본질서를 공격하기 위하여 남용하는 자는 이러한 기본권을 상실한다. 상실과 그 정도는 연방헌법재판소에 의하여 선고된다」라고 규정하고 있다.

(다) 이 사건의 검토

이 사건 청구인은 자신의 정치적 의사표현의 자유가 이 사건 조치에 의하여 부당하게 침해되었다고 주장할 뿐 대통령으로서 가지는 권한이나 직무영역의 침해를 주장하지 않고 있다. 또한 이 사건 조치가 문제 삼은 객관적인 법적 사태 역시 청구인의 일반 국민 내지 사인, 정당인 내지 정치인으로서 가지는 정치적 표현의 자유와 관련된 영역이다.¹⁶⁾

(라) 관련 선례들

지방자치단체의 장, 지방의회 의원 등이 공직선거법 관련 조항들이 자신들의 공무담임권, 피선거권, 정치적 표현의 자유 및 선거운동의 자유, 평등권 등을 침해한다고 주장한 사안들에서 본안판단을 한 사례들은 이 사건에 적용할 여지가 있는 선례로서의 가치가 있다. 특히 지방자치단체장에게 지방자치단체의 홍보물 발행·배부행위의 제한을 규정한 공직선거법 조항은 지방자치단체장 개인의 정치적 표현의 자유를 침해한 것이라고 주장한 사건(98헌마214)에서, 우리 재판소가 ‘청구인들이 지방자치단체의 장이라 하더라도 표현의 자유, 정치활동의 자유나 선거운동의 자유 등 헌법상 보장된 기본권의 주체가 될 수 있다.’라고 실시한 부분은 매우 중요한 의미가 있다. 한편 대통령 탄핵사건(2004헌나1)에서, 우리 재판소가 ‘대통령도 소속정당을 위하여 정당활동을 할 수 있는 사인으로서의 지위와 국민 모두에 대한 봉사자로서 공익실현의 의무가 있는 헌법기관으로서의 대통령의 지위는 개념적으로 분리되어야 한다.’라고 실시한 부분은 대통령이라는 특수한 국가기관이 문제되는 이 사건에 원용할 수 있다.

(마) 위축효과와 기본권 주체성

표현의 자유의 우월적 지위와 관련한 이론들 중 위축효과(chilling effect)에 따른 청구인적격의 완화 이론을 고려하여 보면, 헌법소원청구인이 표현의 자유 침해를 주장하고 실제로 표현의 자유 보호영역에 어떠한 제약이 있는 것으로 일견 보인다면, 당해 국가작용이 공적 과제를 수행하는 주체의 권한

16) 뒤에서 보듯이 이 사건 조치는 청구인의 각 모임에서의 발언 중에서 일부 정당 및 정치인들에 대한 정치적인 의견이나 개인적인 비판, 야당 정치인이 주장하는 공약에 대한 정책적 비판, 공무원의 선거중립을 요구하는 선거법 조항에 대한 정치적·법적 평가와 비판을 문제 삼은 것이다.

내지 직무영역을 제약하는 측면이 다소 있더라도 쉽게 기본권 관련성을 부정할 수 없고 그에 따라 청구인적격성도 보다 완화하여 판단하여야 한다.

(바) 권한쟁의와의 관계

이 사건 청구인은 이 사건 조치에 의하여 자신의 정치적 표현의 자유가 침해되었다고 주장할 뿐 대통령으로서 가지는 특정한 권한의 침해를 주장하고 있지는 않을 뿐만 아니라 객관적으로 보더라도 대통령의 어떠한 권한이 구체적으로 침해받았는지 특정 하는 것이 쉽지 않다. 원칙적으로 권한쟁의는 헌법과 법률에 의하여 부여된 특정한 권한이 침해받았거나 침해받을 현저한 위험이 있어 그러한 권한의 존부 및 범위에 관한 확인을 구하기 위한 제도임을 전제로 할 때, 이 사건은 권한쟁의의 영역에서 보다는 헌법소원의 영역에서 다루어져야 할 성질의 것이다.

(5) 부정설

공정설의 논거에 대한 반대입장에서, ① 국가나 국가기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 원칙적으로 기본권의 '수범자'이지 기본권의 주체로서 그 '소지자'가 아닌바, 이 사건에서 청구인인 국가원수이자 헌법수호기관 및 최고의 행정기관으로서 국가권력의 최정점에 있는 국가기관으로서 광범위한 공권력 행사의 주체이지 공권력 행사의 대상이 될 수 없고¹⁷⁾ 그에 따라 헌법소원의 청구인적격도 있을 수 없는 점, ② 이 사건 조치는 우선 대통령의 직무수행 과정에서 불거져 나온 일련의 정치 관계 발언에 대한 것으로서 자연인 노무현의 정치적 표현의 자유보다는 대통령 노무현의 직무권한 내지 직무영역을 제약하는 조치로서의 성격이 보다 강하다는 점 등을 근거로 하고 있다.

2. 본안 판단을 위한 전제논의

가. 부수적 규범통제

(1) 이 사건과 같이 행정청의 처분에 대하여 헌법소원이 있는 경우 그 처

17) 자연인을 배제한 국가기관으로서의 대통령에 대한 공권력 행사성은 이론적으로 성립할 여지가 없다. 공권력의 행사라는 것은 국가의 고권적 작용으로서 '국민'에 대한 행사를 전제로 하고 '국민'에 대한 법적 효과를 미쳐야 한다.

분의 기본권 침해 여부 등을 판단하기 위한 전제로서 근거법령의 위헌성을 먼저 심사할 수 있는 근거와 범위가 문제될 수 있고, 이와 관련하여 헌법재판소법(이하 ‘헌재법’이라 한다) 제75조 제5항의 부수적 규범통제의 문제가 검토될 필요가 있다.

(2) 근거법령 심사 가능 여부에 대한 견해대립¹⁸⁾

① 긍정설은, 헌재법 제75조 제5항의 소위 ‘부수적 규범통제’의 논리에 따라 인정할 수 있고, 당사자가 청구기간 도과 등의 사유로 법령 자체를 다룰 수 없다고 하더라도 처분의 정당성을 심사하면서 근거법령의 위헌성을 함께 판단하는 것이 국민의 권리구제 측면에서 바람직하다는 점을 근거로 한다.

② 부정설은, 청구인은 처분 전에 법령 자체에 대한 헌법소원 심판청구로 근거법령을 다룰 수 있으므로 부정설을 취하더라도 국민의 권리구제가 미흡하다고 볼 수 없으며, 이러한 형태로 근거법령에 대한 판단을 받아들이기 시작하면 법령소원 고유의 적법요건을 둔 취지가 몰각될 수 있다는 점을 근거로 한다.

③ 절충설은, 헌법재판소의 부수적 규범통제에 관한 선례들을 살펴보면, 먼저 문제되는 처분 자체의 기본권침해 여부를 판단하고 기본권침해가 인정되는 경우에 한하여 그 공권력행사를 가능하도록 한 근거법률에도 같은 사유의 위헌성이 인정된다고 판시하였음을 알 수 있는바, 결국 헌법재판소는 처분 자체가 위헌으로서 취소되는 경우에 한하여 그 취소사유가 근거법령의 위헌성에 기인한 것인지를 심사할 수 있다고 보는 것이 헌법재판소법 제75조 제5항의 부수적 규범통제제도의 해석에 부합한다고 보는 견해이다.

(3) 헌법재판소 선례

(가) 청구인이 수산자원보호령 제18조를 근거로 한 강릉시의 ‘연안통발사업의 문어포획제한고시’에 위반하여 문어통발조업을 하였다는 이유로 기소유

18) 이 논의는 처분만을 심판대상으로 삼아온 경우 뿐만 아니라 처분과 근거 법령을 심판대상으로 삼아왔으나 법령에 대하여는 청구기간 도과되어 각하하여야 하는 경우에도 부수적 규범통제에 의하여 다시 법령을 심사할 수 있는지의 문제와도 관련되어 있다.

예처분을 받자 그 근거법령(고시와 수산자원보호령)의 위헌성을 주장하며 기소유예 처분의 취소를 구한 사건(헌재 2006. 7. 27. 2005헌마1094 결정)¹⁹⁾와 고소인인 청구인이 검사의 공소권없음 처분의 근거조항인 공소시효제도의 위헌성을 주장하면서 불기소처분의 취소를 구한 사건(헌재 1995. 7. 21. 95헌마8등, 판례집 7-2, 206)²⁰⁾이 있다.

(나) 헌재법 제75조 제5항와 관련된 선례로는 ① 미결수용자가 그의 변호인과 접견할 때 수사관이 참여하여 대화내용을 듣거나 기록한 공권력의 행사가 위헌임을 확인하면서, 동 공권력행사의 근거규정인 행형법 조항을 위헌이라고 선언한 것(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 54 참조)²¹⁾과 ② 미결수용자와 그의 변호인 사이의 서신을 교도소장이 검열한 행위가 위헌임을 확인하면서, 그 근거되는 행형법 조항을 위헌이라고 선언한 예(헌재 1995. 7. 21. 92헌마144, 판례집 7-2, 94, 97 참조)²¹⁾가 있다. 그리고 ③ 오마이뉴스사건(헌재 2003. 2. 27. 2002헌마106, 판례집 15-1, 223, 238-239)에서는 헌재법 제75조 제5항의 의미에 대하여 행정청 행위의 위헌성이 위헌적인 법률에 기인한다고 판단된다면, 헌법재판소는 행정청 행위의 근거가 되는 법률조항의 위헌성을 확인함으로써 그를 적용한 행정청 행위의 위헌성을 확인할 수 있는 것이라고 하고, 그리고 청구인이 주장하는 피청구인 행위의 위헌성은 피청구인 행위의 근거가 된 법률의 위헌성에 기인할 수도 있기 때문에, 피청구인 행위의 법적 근거가 되는 법률조항의 위헌성을 심사해야 한다고 밝혔다.²²⁾

19) 헌재는 시행령이 위임입법의 법리를 위반하거나 위 고시가 위임받은 범위를 일탈하지 않았다고 하면서, 따라서 피청구인의 이 사건 기소유예처분은 적법하고 청구인의 헌법상 권리를 침해하지 아니한 것이라는 취지로 판시하였다.

20) 헌재는 공소시효 제도에 대하여 살펴본 후 형사소송법 제249조가 헌법에 위반되지 아니하고, 따라서 이 사건 불기소처분은 헌법에 위반되지 아니한 형사소송법 제249조에 근거하여 행하여진 처분으로서 이로 말미암아 청구인들의 기본권이 침해되었다고 볼 수 없다고 판시하였다.

21) 91헌마111 사건에서는 청구인이 수사관의 공권력행사에 대한 취소만을 구하였을 뿐 근거법령의 위헌성을 주장하지 않았으나, 92헌마144 사건에서는 청구인이 서신검열행위 취소를 구하면서 근거조항에 대한 위헌성주장도 함께 하였다.

22) 다만, 동 사건에서 공권력행사의 근거가 된 법률조항은 사전선거운동을 금지하는 공직선거법 제59조 및 제254조이고, 위 규정의 위헌여부에 관하여는 헌법재판소가 1994. 7. 29. 93헌가4등 결정 및 2001. 8. 30. 2000헌마121등 결정에서 합헌으로 판단한 바 있어 이미 헌법적으로 해명이 되었으므로, '피청구인 행위의 위헌성이 그

(4) 검토

먼저 처분의 기본권 침해사유로서 근거 법령의 위헌을 주장하는 모든 사건에서 근거 법령을 심사할 수 있다고 보는 것은 헌법재판소에 과도한 업무 부담을 주고 법령에 대한 헌법소원의 청구기간을 무시하는 것이 되므로 바람직하지 않고, 반대로 이를 전면 부정하는 것은 국민의 권리구제를 소홀히 하는 것이 된다.

이론적으로는 처분에 대한 기본권 침해 여부 심사와 근거법령에 대한 위헌 심사가 구분될 수 있다고 하더라도 실제에 있어서는 위 두가지의 심사내용이 거의 일치하는 경우가 많다(위의 공소시효 사건이나 행정법 사건). 따라서 처분의 기본권 침해성이 강하게 의심되거나 또는 처분의 내용이 법령에 완전히 종속되어 있어 그 심사내용이 법령에 대한 심사와 거의 일치하는 경우에는²³⁾ 처분의 기본권 침해성을 판단하기 위한 전제로서 근거법령의 위헌성을 심사할 수 있다고 보는 절충적 견해가 타당하고 이 경우에는 근거법령에 대한 위헌 판단을 먼저 할 수 있을 것이다.

나. 제한되는 기본권과 표현의 자유

(1) 관련 기본권

이 사건 법률조항과 이 사건 조치는 선거와 관련하여 대통령이 부당한 영향력의 행사 등으로 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하지 못하게 하는 내용으로서 청구인이 주장하는 바와 같이 대통령의 정치적 표현의 자유 제한과 관련되고, 그 외 평등권이 문제될 수 있다.

(2) 정치적 표현의 자유의 중요성

표현의 자유 중에서 정치적 표현의 자유는 건강한 정부를 위하여 정치적 표현이나 공적 사항에 관한 논평이 필요하고 중요한 의미를 갖는 것으로 생

행위의 근거가 된 법률의 위헌성에 기인하는지'에 관한 판단을 할 필요도 없다고 판시하였다.

23) 여기에 이 사건과 같이 청구인이 처분의 위헌 사유로 법령의 위헌 주장을 직접하고 있는 경우에는 더욱 판단할 필요성이 커질 것이다.

각되며, 헌법상 표현의 자유의 보호에서 정치적 언론은 높은 위치를 갖는다.²⁴⁾ 그리고 선거에 있어서 표현의 자유는 참정권적인 의미를 가지므로 최대한으로 보장될 필요가 있다. 민주정치체제는 사상 또는 의견의 자유로운 형성 및 그 전달을 바탕으로 하는 건전한 여론 없이는 정상적인 기능이 발휘될 수 없으므로 표현의 자유는 민주주의의 기초를 이루는 핵심적인 정신적 자유권이라 할 것이다. 특히 대의제 민주주의의 필수불가결의 전제가 되는 선거와 관련해서 볼 때, 국민대표의 공정한 선출을 위해서는 주권자인 국민이 관련정보에 광범하게 또 쉽게 접근할 수 있어야 하는 것이므로 선거관련정보의 자유로운 전달 및 이에 대한 접근을 의미하는 표현의 자유는 대표선출의 공정성과도 관련되어 있는 중요한 문제인 것이다(헌재 1995. 7. 21. 92헌마177등, 판례집 7-2, 112, 125 참조).

(3) 표현의 자유와 위축효과

미국헌법은 표현의 자유를 보장하기 위하여 위축효과(chilling effect)라는 특수한 법리를 발전시켜왔는데 이는 법령 내지 공권력이 표현의 자유를 직접적·법적으로 금지하거나, 제재를 가하는 경우가 아니라고 하여도 언론의 자유행사가 위축되는 효과가 발생할 우려가 있는 경우에는 이를 직접적·법적인 금지 내지는 제재와 같이 취급하여 표현의 자유에 대한 제한을 인정하는 법리이다.

이 위축효과는 적법요건 단계에서는 청구인적격을 확대하는 의미로 작동하고, 본안 단계에서는 내용규제일 경우에는 엄격한 심사를, 내용과 무관한 규제일 경우에는 중간단계의 심사를 하고, 또한 표현의 자유를 제한하는 최적지점을 설정함에 있어 형량을 통하여 도출된 선으로부터 어느 정도 후퇴한 지점에서 즉 표현의 자유를 최대한 보장하는 위치에서 설정하는 기능을 한다.

헌법재판소 선례에서 표현의 자유와 관련된 위축효과를 언급하고 있는 경우가 있으나(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 342; 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 627-628; 헌재 2006. 6. 29, 2005헌마165,

24) 박용상, 「표현의 자유」, 현암사, 2002, 356면 참조.

판례집 18-1하, 337, 406), 이는 명확성의 원칙을 강조하거나 본안 판단시의 강조의 의미로 쓰이고 있을 뿐 위축효과의 의미 등에 대한 구체적인 이론 전개나 설시는 없었다.

다. 공무원의 정치활동에 관한 제약과 그 헌법적 한계

(1) 헌법재판소의 선례

헌법재판소는 헌법 제7조 제1항에 대하여 공무원은 국민전체의 이익을 위해 봉사해야 하는 입장에 있으며 일부의 국민이나 특정 정파 혹은 정당의 이익을 위해 봉사하는 입장이 아님을 분명히 밝히고 있고, 헌법 제7조 제2항에서의 공무원의 정치적 중립성의 요청은 정권교체로 인한 행정의 일관성과 계속성이 상실되지 않도록 하고, 공무원의 정치적 신조에 따라서 행정이 좌우되지 않도록 함으로써 공무원집행에서의 혼란의 초래를 예방하고 국민의 신뢰를 확보하기 위한 것이라고 하고 있다.

그리고 공무원에 대한 정치적 중립성의 필요성에 관하여, 국민전체의 봉사자, 정치와 행정의 분리, 공무원의 이익보호, 공적 중재자의 근거에서 필요한 것이라고 판시하고 있다(헌재 1995. 5. 26. 91헌마67, 판례집 7-1, 722, 759; 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710, 판례집 16-1, 422, 436).

(2) 정치적 중립의 요구

정치적 공무원의 경우에는 헌법 제7조 제2항의 규율에 해당하지 않으므로 헌법 제7조 제1항에 근거하여서만 그 정치활동을 제약하는 것이 가능하다. 그런데 선거직 공무원을 위시한 정치적 공무원은 직업공무원과는 달리 국가의 최고정책의 수립에 참여하고, 정치적 소신에 따른 정치활동을 통하여 국가와 국민에게 봉사하는 공무원이기 때문에²⁵⁾ 여기서 정치적 중립의 의미와 요구 범위가 달라질 수 있고, 정치적 공무원의 행위 중 어떤 것이 정치적 행위이고 어떤 것이 정치중립적 행위인지 구분하는 것도 대단히 어려울 것이다.

이러한 정치적 공무원의 속성, 또한 직업공무원과는 달리 정치적 영향력

25) 홍성방, 앞의 책, 717면

으로부터 신분보장을 받지 않는다는 점으로부터 그에 대한 정치활동의 제약은 직업공무원에 비하여 완화되어야 한다는 것이 자연스럽게 귀결된다. 국가공무원법, 정당법, 공선법에서 정무직공무원의 정치활동을 그 때 그 때 허용하고 있는 것은 이러한 법리를 확인하고 있는 것이다.

(3) 각국의 공무원의 정치활동 제한에 관한 비교법적 고찰

(가) 미국의 공무원은 非정당추천직의 후보자가 될 수 있고, 후보자와 이슈에 대한 견해를 표명할 수 있으며, 정치기구에 기부할 수 있고, 정치적 모금 행사에 참여할 수 있으며, 정치적 집회나 모임에 적극적으로 참여할 수 있고, 정당의 당원이나 정치클럽의 회원으로 가입하여 활동할 수 있으며, 국민투표나 헌법개정 지지·반대를 위한 운동을 할 수 있고, 정당추천 선거에 있어 후보자를 지지·반대하는 운동을 할 수 있으며, 정당추천 선거에 있어 운동용 인쇄물을 배부할 수 있고, 정당이나 정치클럽에서 직위를 담당할 수 있다.²⁶⁾ 연방정부의 집행부 소속 공무원의 정치활동을 금지하는 Hatch Act의 규제대상에는 대통령, 부통령, 주지사, 시장은 포함되지 않는다.

(나) 독일에서는 정치적 공무원의 정치적 활동은 당연시되고, 직업공무원의 경우에도 정당의 가입·활동에 규제를 받거나 선거에 관하여 특별한 중립의무나 선거운동 규제를 받지 않으며, 다만 일반적인 불편부당한 직무수행의 의무에서 나오는 “온건”과 “자제”로써 정치활동을 하여야 하는 제약을 받을 뿐이다.²⁷⁾

(다) 일본의 경우에는 수상 등의 정치적 공무원은 국가공무원법 제102조(정치적 행위의 제한)²⁸⁾가 적용되지 아니하나 공직선거법 제136조의2(공무

26) 연방공무원의 신분보장 등을 위한 독립적 조사기관인 U.S. Office of Special Counsel은 공식적으로 이와 같이 정리하고 있다. http://www.osc.gov/ha_fed.htm

27) 독일의 BVerwGE 104, 323 판결에서 만약 시장이 지방선거 선거운동과정에서 그의 직무상 활동이 갖는 중요성과 그의 시장으로서의 직위에 따른 선거에 대한 영향력을 그가 주민 전체에 대해서 부담하는 책임과 양립할 수 없는 방법으로 이용한다면, 위에서 설명한 바와 같은 허용되는 활동의 한계를 유월한 것에 해당한다고 본 표현은 우리 탄핵사건에서의 실시와 유사한 측면이 있다.

28) 일본 국가공무원법 제102조(정치적 행위의 제한)

1. 직원은, 정당 또는 정치적 목적을 위해서, 기부금 그 외의 이익을 요구하거나, 수령하거나 그 밖의 어떠한 방법에 의해서도, 이러한 행위에 관여

원 등의 지위이용에 의한 선거운동의 금지)²⁹⁾의 규제는 받고, 일본에는 이 사건 법률조항과 같은 규정은 없다.

3. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

하거나 혹은 선거권의 행사를 제외하고, 인사원 규칙에서 정하는 정치적 행위를 하여서는 아니 된다.

2. 직원은 공선에 의한 공직의 후보자가 될 수 없다.
3. 직원은 정당 그 외의 정치적 단체의 임원, 정치적 고문, 그 외에 이와 같은 역할을 하기 위한 구성원이 될 수 없다.

29) 일본 공직선거법 제136조의2(공무원 등의 지위이용에 의한 선거운동의 금지)

1. 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는, 그 지위를 이용하여 선거운동을 할 수 없다.

- ① 국가 혹은 지방공공단체의 공무원 또는 특정 독립 행정법인, 특정 지방 독립 행정법인 혹은 일본우정공사의 임원 혹은 직원
- ② 국민생활 금융 공고, 농·어업 금융 공고, 중소기업 금융 공고, 공영기업금융 공고 또는 오키나와(沖縄) 진흥 개발 금융 공고의 임원 또는 직원(이하 「공고의 임직원」이라고 한다)

2. 전항 각 호에서 열거하는 자가 공직의 후보자 혹은 공직의 후보자가 되려고 하는 자(공직에 있는 자를 포함한다)를 추천, 지지 혹은 이에 반대하는 목적을 가지고 하는 다음의 각 호에서 열거하는 행위 또는 공직의 후보자 혹은 공직의 후보자가 되려고 하는 자(공직에 있는 자를 포함한다)인 동항 각 호에서 열거하는 자가 공직의 후보자로서 추천되어 혹은 지지를 받을 목적을 가지고 하는 다음의 각 호에서 열거하는 행위는, 동항에서 규정하는 금지 행위에 해당하는 것으로 간주한다.

- ① 그 지위를 이용하고, 공직의 후보자의 추천에 관여 혹은 관여하는 것을 원조 또는 타인에게 이러한 행위를 시키는 것.
- ② 그 지위를 이용하고, 투표의 주선 권유, 연설회의 개최 그 외의 선거운동의 기획에 관여해, 그 기획의 실시에 대해 지시 혹은 지도 또는 타인에게 이러한 행위를 시키는 것.
- ③ 그 지위를 이용하고, 제199조의5 제1항에서 규정하는 후원 단체를 결성하고, 그 결성의 준비에 관여하며, 동항에서 규정하는 후원 단체의 구성원이 되는 것을 권유 혹은 이러한 행위를 원조 또는 타인에게 이러한 행위를 시키는 것.
- ④ 그 지위를 이용하고, 신문 그 외의 간행물을 발행하며, 문서 도화를 게시 혹은 배포 혹은 이러한 행위를 원조하고 또는 타인에게 이러한 행위를 시키는 것.
- ⑤ 공직의 후보자 또는 공직의 후보자가 되려고 하는 자(공직에 있는 자를 포함한다)를 추천, 지지 혹은 이에 반대하는 것을 말하거나 또는 약속한 자에 대해, 그 대상으로서 그 직무의 집행에 있어서 또는 약속한 자와 관련된 이익을 공여 또는 공여할 것을 약속하는 것.

가. 이 사건 법률조항의 해석과 성격

(1) 전제되는 해석

(가) 통상 어떤 법률조항에 대하여 법원에서 확립된 해석이 있으면 특별한 사정이 없는 한 이를 전제로 그 조항의 위헌 여부를 판단하면 족하나, 이 사건 법률조항에 대하여는 해석사례가 거의 없으므로³⁰⁾ 헌법재판소는 이 사건 법률조항의 위헌 판단을 위하여 일정한 최소한의 해석을 하지 않을 수 없고 그리고 이를 전제로 심사기준으로서 합헌적 법률해석을 시도하면서 위헌 여부를 판단해야 한다

(나) 주체에 관한 해석

이 사건 법률조항의 ‘공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자(기관·단체를 포함한다)’에 대통령이 포함되는지가 우선적으로 문제된다.³¹⁾

먼저, 표현상 단순히 ‘공무원’이라고 되어 있어 모든 공무원으로 볼 여지가 있으나 이는 너무 광범위하므로 동 조항에서 정치적 중립을 지켜야 하는 자라고 표현하고 있는 점을 고려하여 공무원 중에서 ‘정치적 중립이 요구되는 공무원’으로 일단 범위를 제한하고 더 나아가 동 조항에서 선거결과에 영향을 미치는 행위가 금지되는 점과 관련하여 ‘선거에서의 중립이 요구되는 공무원’으로 제한적으로 보아야 할 것이다.

이러한 기준에 따르면 정치활동의 자유가 보장되고(국가공무원법 제3조 제3항, 제65조) 선거에서의 중립의무 없이 선거운동이 가능한 국회의원과 지방의회의원(공선법 제60조 제1항 제4호, 정당법 제22조 제1항 제1호 단서)을 제외한 모든 공무원이 여기에 포함된다고 보아야 하고, 대통령은 비록 정치활동의 자유는 보장되나 선거운동을 할 수 없는 자이므로 관련 규정의 해석상 이 사건 법률조항에서의 공무원에 포함된다고 본다.

헌법재판소도 탄핵사건(2004헌나1)에서 이 사건 법률조항의 공무원에는 국회의원과 지방의회의원은 제외되지만 대통령은 포함된다고 보았다(판례집 16-1, 635-637).³²⁾

30) 다만 이전에 헌법재판소가 탄핵사건에서 탄핵사유(위법사유)의 존재 여부와 관련하여 판단한 내용이 있을 뿐이다.

31) 해석상 대통령이 포함되지 않는다면 청구인과의 관련상 이 조항의 위헌 여부를 심사할 필요가 없을 것이다.

(다) 행위 요건에 관한 해석

이 사건 법률조항은 선거결과에 영향을 미치는 공무원의 일정한 표현행위를 제한하고 있다. 이론적으로는 이 요건에 해당하지만 하면 공무원이 직무수행중인지 여부에 상관없이, 공적인 발언인지, 사적인 발언인지에 상관없이, 그리고 공간이나 업무가 공적인 영역인지, 사적인 영역인지에 크게 상관없이 제한이 가능할 것이다.³²⁾

그런데 행위요건 중에서 '부당한 영향력의 행사' 부분을 강조하게 되면 반드시 그러한 것은 아니지만 대체로 '직무수행중', '공적인 발언', '공적 영역'과 관련이 있는 행위가 주로 규제대상이 될 가능성이 크다.

따라서 이 사건 법률조항이 순전히 공적인 부분만을 규율하는 것이라고 전제할 수 없는 것이고 사적인 영역도 규율하되 구체적인 범위는 해석과정과 사건과의 관계 속에서 결정된다고 볼 수 있다.

결국 이 사건 법률조항은 헌법재판소가 탄핵사건에서 실시한 바와 같이 '공직자가 공직상 부여되는 정치적 비중과 영향력을 국민 모두에 대하여 봉사하고 책임을 지는 그의 과제와 부합하지 않는 방법으로 사용하여 선거에 영향을 미치는 행위'라고 보되 다만 선거에 영향을 미치는 행위를 선거의 득표에 상당한 영향을 줄 가능성으로 해석하면 그 의미가 좀 더 구체화될 수 있다고 본다.

위와 같은 해석을 전제로 할 때 이 사건 법률조항은 '지위를 이용한 선거운동'(공선법 제85조 제1항)이나 '선거운동'(공선법 제58조, 제60조) 보다도

32) 다만 헌법재판소는 탄핵사건에서 위헌판단을 위한 단순한 문리해석 차원이 아니라 그러한 해석의 당위성(헌법합치적 법률해석)까지도 함께 판단하였는바 그 주요 내용은 다음과 같다.

정당의 대표자이자 선거운동의 주체로서의 지위로 말미암아, 선거에서의 정치적 중립성이 요구될 수 없는 국회의원과 지방의회의원은 공선법 제9조의 '공무원'에 해당하지 않는다. 국가기관에게 선거에서의 중립의무가 부과되는 것은, 정당이 선거에서 공정하게 경쟁할 수 있는 '자유경쟁의 장'을 마련하기 위한 것이다. 국가의 중립의무에 의하여 보장된 '정당간의 자유경쟁'에서 국회의원은 정당의 대표자로서 선거운동의 주역으로 활동하게 되는 것이다. 즉, 국가기관은 선거를 실시하고 공명 선거를 보장해야 할 기관으로서 선거에 영향을 미쳐서는 안 되는 반면, 정당은 선거에 영향을 미치는 것을 그 과제로 하고 있는 것이다.

33) 직무수행, 공적인 발언, 공적 영역이 비슷한 개념이기는 하나 그 의미하는 바나 대상 범위가 조금씩 다른 것으로 보인다.

훨씬 넓은 개념이고, 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시(공선법 제58조 제1항 제1호) 보다는 더 좁은 엄격한 개념을 말한다고 볼 수 있고 대체로 비교적 넓은 범위의 행위를 포괄하게 되는 것이다. 이와 같이 이 사건 법률조항은 기존의 공선법의 조항과도 일부 중첩되기도 하지만 실천적으로는 그와 같이 중첩되지 않는 부분에서 공무원(대통령)의 위와 같은 행위를 규율하는데 더 의미가 있다고 볼 수 있다.

그리고 구체적으로 포섭되는 행위는 상황마다 다를 것이나 주로 공무와 관련된 영역이 위 행위요건에 해당될 가능성이 크고 그리고 사적인 영역에 있어서는 해당될 가능성이 낮다고 일반적으로 말할 수 있다.

(2) 선언적, 주의적 규정인지 여부

한편 이 사건 법률조항에 제재규정이 없다는 점에서 단순히 선언적, 주의적 규정에 불과한 것인지 의문이 있고, 만일 선언적, 주의적 규정이라면 기본권침해가능성 자체가 없는 것이라고 볼 수도 있을 것이나³⁴⁾, 이 사건 법률조항 위반의 경우 이는 대통령의 탄핵사유가 되었고(2004헌나1) 다른 공무원의 경우에는 직무상의 의무 위반이나 직무태만으로 징계사유가 되거나(국가공무원법 제78조 제1항 제2호) 국무위원인 정무직 공무원의 경우에는 해임권고사유(헌법 제63조 제1항)가 될 수 있고, 나아가 대통령의 위법행위를 이유로 한 국가배상청구의 근거가 될 수도 있으므로 이의 위반에 대한 제재규정이 전혀 없다는 점만으로 단순한 선언적 규정이라고 볼 수 없다.³⁵⁾

34) 신문법사건에서 제재조항없는 선언적 조항에 대하여 기본권침해 가능성이 없다고 하여 각하하였다.

35) 반대의 입장에서 ① 이 사건 법률조항이 공직선거법 '제1장 총칙'의 장에 위치해 있고, ② 구체적인 금지 또는 행위규범으로서는 공직선거법의 각칙, 즉 제7장에서 제60조(선거운동금지), 제85조(지위를 이용한 선거운동금지), 제86조(선거에 영향을 미치는 행위금지) 등 개별적 규제조항들을 따로 두고 있는 점, ③ 이 사건 법률조항의 문언을 보더라도 "... 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니된다."라고 추상적, 포괄적으로 규정하고 있는 점, ④ 위에서 본 각칙 제7장의 개별 조항과는 달리, 이 사건 법률조항 위반시의 행사처벌에 관한 조항을 규정하지 않고 있는 점, ⑤ 이와 같은 점들은 공직선거법의 다른 일반적, 추상적, 선언적 규정인 제6조 제3항('선거권자는 성실하게 선거에 참여하여 선거권을 행사하여야 한다'), 제7조(정당·후보자 등은 '이 법을 준수하고 공정하게 경쟁하여야 한다'), 제8조(언론기관은 보도, 논평, 대담·토론의 방송·보도 등을 하는 경우 '공정하게 하여야 한다') 등 조항과 그 법리적 구조가 전적으로

(3) 국가공무원법 조항과의 관계

이 사건 법률조항에 대통령이 포함된다고 볼 때 대통령의 정치활동을 허용하고 있는 국가공무원법조항(제3조 제3항, 제65조)과 사이에 모순, 충돌이 있는 것은 아닌지 하는 의문이 들 수 있고³⁶⁾, 이에 대하여는 ① 국가공무원법 조항(제65조 제2항)은 포괄적인 정치활동 금지의 대상에서 대통령 등을 제외시킴으로써 정무직 공무원의 존재를 예정한 일반적 규정이고, 이 사건 법률조항은 선거에서 정치적 중립을 지킬 의무는 이러한 정무직 공무원을 포함한 모든 공무원에게 해당한다는 취지여서 선거영역에 관한 한 특별법인 공선법이 일반법인 국가공무원법에 우선하여 적용된다는 견해나³⁷⁾, ② 양법이 선거에 관한 서로 다른 영역을 규율한다는 견해가 가능할 것이다.

보건대, 국가공무원법 제65조는 경력직공무원 등에게 금지되는 행위를 나열하고 있을 뿐 정무직공무원에게 이를 적극적으로 허용하는 취지라기 보다는 일응 정무직 공무원(국가공무원법 제3조 제3항에 규정된 정무직 공무원)에게는 이와 관련한 규율은 없는 상태라고 볼 수 있는 점, 그리고 국가공무원법 제65조에 의하여 정무직 공무원에게 정치활동이 포괄적으로 허용되었더라도 공선법이 뒤에 제정되면서 선거에 있어서는 새로운 규제가 생긴 것으로 볼 수 있는 점, 공선법 내에서 통상의 정당활동은 허용된다고 하였으나(제58조 제1항 제4호) 사실상 선거와 관련있는 통상의 정당활동에 대하여도 상당한 규제가 있는 점(제137조 내지 제145조)³⁸⁾ 등을 고려하면 위 양법은 적어도 대통령에 관한한 일반법과 특별법, 혹은 구법과 신법의 관계로써 특별법과 신법의 지위를 갖는 공선법이 우선 적용되는 것으로 보아야 할 것이다.³⁹⁾

동일한 점 등을 근거로 선언적 규정에 불과하다고 보는 견해도 있을 수 있다.

36) 청구인은 국가공무원법 조항의 취지에 비추어 이 사건 법률조항에서 대통령은 제외되어야 한다고 주장한다.

37) 피청구인 답변서 제13-14면; 허영, 헌법소원에 담긴 음흉한 꾀, 조선일보 2007. 6. 25.자 : 공선법은 공무원법에 우선하는 특별법이므로 공무원법이 허용한 대통령의 정치적 행위를 공선법이 제한하는 것은 법리적으로 전혀 잘못이 없다.

38) 이러한 조항들도 서로 상치되고 충돌되는 것으로 보이거나 이는 통상적인 정당활동도 선거국면에서 일부 제한받을 수 있음을 보여주는 것으로 해석할 수 밖에 없다.

39) 이러한 문제는 국가공무원법 제65조 제1항과 정당법 제22조와의 관계에서도 발생하는바, 즉, 국가공무원법 제65조 제1항의 정당가입 등이 금지되지 않는 정무직 공

나. 이 사건 법률조항의 명확성의 원칙 위반 여부

(1) 이 사건 법률조항 중 ‘부당한’ 혹은 ‘선거결과에 영향을 미치는’ 부분의 명확성은 문제될 수 있고, 그 심사기준과 관련하여서는 이 사건 법률조항은 대통령의 선거결과에 영향을 미치는 행위를 금지하고 있어 다소 모호하기는 하나 선거에 관한 표현행위를 내용적으로 규제하고 있다고 볼 수 있어⁴⁰⁾, 그 심사기준이 엄격하다고 할 수 있으나, 형벌과 같은 제재규정이 없다는 점⁴¹⁾과 수범자가 법을 집행하는 공무원으로 제한되어 있다는 점⁴²⁾은 이를 완화하는 요소로 작용한다.

(2) 판단

[수범자의 범위] 먼저 이 사건 법률조항의 주된 수범자는 법을 집행하는 공무원들로 제한되어 있으므로 일반국민이 수범자인 경우와 달리 명확성에 대한 요구가 완화될 수 있다. 그리고 수범자 중 정무직공무원의 경우에는 법과 정책을 집행하는 기관의 장이나 상위직에 있으면서 이러한 규정의 범위나 내용을 어느 정도 쉽게 예측할 수 있는 지위에 있고, 특히 대통령의 경우에는 행정부의 수반으로서 그리고 산하 공무원조직의 도움과 자문을 통해 이러한 내용의 파악이나 예측에 더욱 유리한 지위에 있다. [규율대상의 다양성] 이 사건 법률조항이 규율하고자 하는 행위는 부당한 영향력을 행사하여

무원 중에서 정당법 제22조에 의하면 처의 장, 각원·부·처의 차관, 정무차관은 정당 가입이 금지되어 있으므로 이러한 모순이 발생하는바 이때에도 정당법의 규정이 우선하는 것으로 보아야 할 것이다.

40) 이 사건 법률조항의 ‘선거에’ 라는 표현에 주목하여 이는 내용(주제)에 관한 규제라고 보고 있는 것이며, 이에 대하여 이 사건 법률조항은 포괄적인 중립의무 위반을 규율하는 것으로서 반드시 표현행위만이 문제되는 것은 아니고 조직동원, 지시 등이 포함되므로 넓게 보면 이는 표현의 자유에 대한 수단, 방법, 절차에 관한 규제로 볼 수 있고 이 때는 심사기준이 완화될 수 있다는 견해가 있다.

41) 신문법 사건에서는(2005헌마165등) 제재규정이 없는 신문법 제4조·제5조, 제8조, 언론중재법 제4조·제5조 제1항에 대하여 선언적 조항이라는 이유로 기본권침해가능성이 없어 부적법하다고 보았다.(헌재 2006.06.29, 2005헌마165, 판례집 제18권 1집 하, 337, 375-376)

42) 헌재 2007. 7. 26. 2006헌가9, 공보 제130호 등재 예정 : ...단체협약은 노동조합과 사용자가 단체교섭의 결과 합의한 사항을 서면으로 작성한 것을 말하고 단체협약 위반행위에 대한 처벌규정의 주된 수범자는 사용자와 근로자인데 이와 같이 수범자들이 일정한 범위로 제한되어 있는 경우에는 그 규정의 명확성에 대한 요구가 다소 완화될 수 있다.

선거결과에 영향을 미치는 행위이고 통상의 선거운동 보다는 넓은 개념이다. 따라서 이에 해당하는 행위는 매우 넓고 다양한 형태로 존재할 것이고 이에 맞추어 이 조항을 유형적으로 더 구체적이고 상세하게 기술하는 것은 입법 기술상 매우 어려운 일이므로 이 같은 표현의 필요성과 불가피성을 수긍할 수 있다. [침해되는 정도] 이 사건 법률조항에 의한 제재 수단으로 형벌과 같은 제재수단이 없고 일반 공무원의 경우에는 징계가 있을 것이나 대통령의 경우에는 이마저도 없고 다만 탄핵사유가 될 수 있을 뿐이므로 그 제재의 강도가 매우 약한 이 사건 법률조항에 대한 명확성의 요구 강도는 일반적인 표현의 자유에 대한 요구 보다는 약화되어야 하고, 이 점을 고려하면 다소의 불명확성과 광범성을 띠고 있는 이 사건 법률조항이 명확성의 원칙에 반한다고 볼 정도는 아니다. [구체적인 해석의 가능과 다른 사례들] 앞에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항은 구체적인 해석이 가능하고, 이 사건 법률조항의 개념과 범위는 공선법상의 다른 조항이나 개념들과 직, 간접적으로 연관되어 있고 유사개념들에 대하여 선관위는 물론 법원에서도 많은 사례⁴³⁾

43) * 공선법 등에 관한 헌법재판소 선례

- ① 헌재 2005. 10. 27. 2004헌바41, 판례집 17-2, 292 : 공무원이 선거기간 중 정상적인 업무외의 출장을 하는 행위를 처벌하는 조항(공선법 제256조 제2항 제1호 바목, 제86조 제1항 제6호)은 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 반하지 않는다.
- ② 헌재 2005. 6. 30. 2004헌바33, 판례집 17-1, 927 : 공무원이 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위를 처벌하는 조항(공선법 제255조 제1항 제10호, 제86조 제1항 제2호)은 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 반하지 않는다.
- ③ 헌재 2002. 4. 25. 2001헌바26, 판례집 14-1, 301 : 선거운동과 관련하여 금품을 제공한 자를 처벌하는 조항(공선법 제230조 제1항 제4호, 제135조 제3항)은 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 반하지 않는다.
- ④ 헌재 2001. 8. 30. 2000헌바121, 판례집 13-2, 263; 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4 등, 판례집 6-2, 15 : 선거운동으로 보지 아니한 행위로 “단순한 의견개진 및 의사표시” 또는 “단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시”라고 규정한 것(공선법 제58조 제1항 단서 제1호, 제3호)이 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 반하지 않는다.
- ⑤ 헌재 2001. 8. 30. 99헌바92, 판례집 13-2, 174 : 공선법 제93조 제1항의 “인사장”과 “선거에 영향을 미치게 하기 위하여”라는 부분은 명확성의 원칙에 반하지 아니한다.
- ⑥ 헌재 1995. 5. 25. 93헌바23, 판례집 7-1, 638 ; 1994. 7. 29. 93헌가4, 판례집 6-2, 15 : 구 대통령선거법(제정 1987. 11. 7. 법률 제3937호, 개정 1992. 11. 11. 법률 제4495호, 폐지 1994. 3. 16. 법률 제4739호) 제34조의 ‘선거운동’ 개념은 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 반하지 않는다.

* 선거운동 등에 관한 대법원 판결례

- ① 공선법 제60조 제1항(공무원의 선거운동)과 국가공무원법 제65조 제2항(선거에 이

가 축적되어 있으므로 이러한 사례들을 기초로 이 사건 법률조항의 범위를 충분히 정할 수 있을 것이다.

결국 이 사건 법률조항은 이 사건 법률조항의 입법목적과 입법경위, 수범자의 범위, 선거과정의 특징 등을 종합적으로 고려하여, 이 사건 법률조항의 수범자가 그 구체적인 의미를 충분히 예측할 수 있는 내용으로 합리적이고 객관적인 해석이 가능하고 그 해석기준의 설정도 가능하므로 명확성의 원칙에 반하지 않는다.

다. 이 사건 법률조항이 과잉금지의 원칙에 위반되는지 여부

(1) 목적의 정당성

헌법재판소는 선거에서의 공무원의 정치적 중립의무는 공무원의 지위를 규정하는 헌법 제7조 제1항, 자유선거원칙을 규정하는 헌법 제41조 제1항 및 제67조 제1항 및 정당의 기회균등을 보장하는 헌법 제116조 제1항으로부터 나오는 헌법적 요청이라고 하고 있다(2004헌나1). 따라서 이 사건 법률조항은 선거에 있어서 공무원의 중립을 지키도록 요구함으로써 공정한 선거를 통한 국민주권원리가 구현될 수 있도록 하는 입법 목적을 가지고 있으므로 목적의 정당성을 인정할 수 있다.

(2) 수단의 적정성

이 사건 법률조항은 선거에서 공무원의 중립을 요구하여 공무원이 선거에

-
- 어서 특정정당 등의 지지나 반대를 위한 행위)에서 금지하는 행위인지 판단 방법(대법원 2006. 5. 12. 선고 2005도4513 판결; 2006. 3. 24. 선고 2005도2209 판결; 2004. 4. 27. 선고 2002도315판결; 대법원 2003. 10. 10. 선고 2003도2673판결)
- ② 선거운동 정의와 판단방법(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도8869 판결; 2006. 12. 21. 선고 2006도7814 판결; 1999. 4. 9. 선고 98도1432 판결)
 - ③ ‘공무원의 지위를 이용하여’의 의미(대법원 2006. 12. 21. 선고 2006도7814 판결; 2004. 4. 27. 선고 2003도6653판결; 1969. 7. 22. 선고 69도195 판결)
 - ④ 사전선거운동 판단방법(대법원 2005. 9. 9. 선고 2005도2014 판결; 2004. 11. 25. 선고 2004도4045 판결; 2004. 4. 27. 선고 2003도6653 판결)
 - ⑤ 선거기간 중 ‘정상적 업무외의 출장행위’의 의미(대법원 2005. 8. 19. 선고 2005도2690 판결)
 - ⑥ 선거운동의 기획·참여·관여의 개념은 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배되지 않는다(대법원 2005. 1. 28. 선고 2004도6008 판결; 2004. 3. 25. 선고 2003도2932 판결).

부당하게 관여할 수 없게 함으로써 공정한 선거가 이루어지도록 하고 있다. 따라서 위 규정은 위와 같은 입법목적 달성에 기여할 수 있는 제도임은 분명하므로 수단의 적정성도 인정할 수 있다.

한편, 대통령이 광범위한 정치활동을 할 수 있는 정치지도자임을 부인할 수 없으나 선거관리와 관련하여서는 중립의무가 강조될 수 밖에 없고 국민의 알권리를 위한 정치적 공방은 대통령의 경우에는 부당한 영향력 행사가 아닌 방법으로 하여야 하고 그 외 선거에 직접 참여하는 당사자나 정당을 통해서 얼마든지 가능할 것이므로 결국 이 사건 법률조항의 수단의 적정성을 부정할 수는 없다.

(3) 피해의 최소화

다음의 사정을 고려할 때 피해의 최소화 원칙에 반하지 아니한다.

(가) 피해의 정도

이 사건 법률조항에 따른 제재조항은 없으므로 형사처벌 등을 당할 위험은 없고 대통령 지위의 특성상 다른 신분상의 불이익도 없고 다만 탄핵소추의 위험이 있을 뿐이고, 다만, 이 사건 법률조항 자체로 인하여 대통령은 표현의 자유에 대한 상당한 위축효과를 받을 수는 있으나 이는 형벌과 같은 제재규정을 두고서 표현의 자유를 제한하는 다른 규정(특히 공선법 조항들)의 경우와 비교해 볼 때 그리 큰 피해라고 볼 수는 없다.

(나) 주체의 측면(대통령 포함의 정당성)

① 오늘날 대통령이 특정정당의 지도자로서 소속정당의 정책을 실현하는 의미에서 정치지도자의 지위에 있음을 부인할 수는 없다. 그러나 이러한 정치지도자의 지위는 대통령이 갖는 여러 헌법상의 지위 중의 하나에 불과하고 우리 헌법상 명문 규정이 있는 대통령의 국가원수로서의 지위와 행정부 수반으로서의 지위가 더 기본적이고 중추적인 것이라고 할 것이고⁴⁴⁾, 이러한 의미에서 대통령은 여당의 정책을 집행하는 기관에 그치는 것이 아니라, 행정권을 총괄하는 행정부의 수반으로서 공익실현의 의무가 있는 헌법기관

44) 대통령의 지위에 관한 헌법학자들의 견해는 다양하나 국가원수로서의 지위와 행정부의 수반으로서의 지위는 모두 공통되고, 헌법에 명확한 근거규정(헌법 제66조 제1, 4항)이 있으므로 이 지위가 본질적인 것이라고 볼 수 있다.

이며 지난 선거에서 자신을 지지한 국민 일부나 정치적 세력의 대통령이 아니라, 국가로서 조직된 공동체의 대통령이고 국민 모두의 대통령이며 대통령은 자신을 지지하는 국민의 범위를 초월하여 국민 전체에 대하여 봉사함으로써 사회공동체를 통합시켜야 할 책무를 지고 있다고 보아야 한다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 637).

그리고 특히 공정한 선거는 대의민주주의의 근간이 되므로 선거 국면에서 정치적 지도자의 지위와 행정부의 수반으로서의 지위가 충돌하는 경우에는 당연히 공무원으로서 선거중립을 지키는 대통령의 지위가 강조되고 우선시 되어야 한다.

② 기본적으로 정당지도자로서의 대통령의 지위는 서구선진국에서와 같이 안정된 정책정당을 전제로 하는 것인데, 우리의 정당들은 개인화되었거나 민주성이 약하고 지역주의를 극복하지 못한 기반이 약한 정당이어서⁴⁵⁾ 이러한 의미에서 정치지도자로서의 대통령의 지위는 강조되기 어렵다.

③ 이 사건 법률조항은 대통령의 정치활동을 상시적으로 모든 영역에서 규제하는 것이 아니라 선거가 임박한 시기에 부당한 영향력을 행사하는 방법으로 선거결과에 영향을 미치는 정치활동만을 규제하는 것으로서 시기나 방법에 있어 한정적이므로 이 규정이 정치지도자로서의 대통령의 본질적인 지위를 부인하거나 크게 훼손하는 것은 아니다.

④ 권력분립이나 나아가 선거제도의 공정성까지도 쉽게 위협할 수 있는 제왕적 대통령제는 헌법이나 법률상의 장치로 쉽게 예방할 수 있는 것은 아니고 정치적 역관계나 정치현실에 따라서 언제든지 발생할 수 있으므로 이러한 과잉권력의 위험성이 계속 잔존하고 있는 헌법구조와 현실하에서는 대통령에 대한 선거에서의 중립의무요청은 요구된다.

⑤ 대통령은 선거를 주재하는 심판관의 입장에서 선거관리의 최종책임자가 되므로 중립성이 강하게 요구되고, 선거관련 공무원들을 지휘·감독할 최종적인 책임은 행정부의 수반인 대통령에게 있으므로 선거관리에 있어서 선관위와 공동의 책임을 지는 행정부의 수반인 대통령에게 선거에서의 중립의

45) 민주화 이후 우리나라 정당정치 문제점을 크게 개인화된 정당과 미약한 제도화, 지역주의의 지배와 경쟁적 사회균열의 잠복, 정부주도의 집권당-정부관계로 정리하기도 한다(장훈, 한국의 정당개혁, 2-6면, 중앙선거관리위원회 홈페이지 검색자료).

무요청은 당연하다.

(다) 행위의 측면

① 우리 입법부가 관권에 의한 부정선거를 규제하고자 수차 선거법을 개정하였음에도 불구하고 공무원의 선거개입행위가 근절되지 않자, 공무원의 선거중립의무를 포괄적이고 일반적으로 금지하는 규정이 필요하다는 판단 아래, 1994년 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’(1994. 3. 16. 법률 제4739호)을 제정하면서 이 사건 법률조항을 신설한 것인바, 이러한 입법취지에 비추어 볼 때, 공직선거법이 제85조, 제86조, 제255조 및 위 공무원가중처벌 규정과 별도로 위 법률조항을 규정한 것이 피해최소성의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

② 이 사건 법률조항은 대통령의 상시적인 정치활동을 규제하는 것이 아니라 선거가 임박한 시기에 선거의 결과에 영향을 미치는 정치활동만을 제한적으로 규제하고 있을 뿐이고, 대통령은 정당의 당원이나 간부로서, 정당 내부의 의사결정과정에 관여하고 통상적인 정당 활동을 할 수 있으며, 뿐만 아니라 전당대회에 참석하여 정치적 의견표명을 할 수 있고 자신이 소속된 정당에 대한 지지를 표명할 수 있고, 다만 그 표현의 자유를 행사하는 경우에도 국민 전체에 대한 봉사자라는 헌법 제7조 제1항의 요청에 부합될 수 있도록 하면 되는 것이다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 638).

③ 대통령의 직무상의 행위는 법령·조례 또는 행정관행·관례에 의하여 그 지위의 성질상 필요로 하거나 수반되는 모든 행위나 활동을 의미하며, 이에 따라 대통령의 직무상 행위는 법령에 근거한 행위뿐만 아니라, ‘대통령의 지위에서 국정수행과 관련하여 행하는 모든 행위’를 포괄하는 개념으로서, 대통령의 절대적인 지명도로 말미암아 그의 ‘사인으로서의 기본권행사’와 ‘직무범위 내에서의 활동’의 구분이 불명확하다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 633, 638).

대통령의 경우에는 그 지위와 업무의 성질상 대부분의 행위는 직무집행과 연관이 된 공적인 행위로 볼 수밖에 없다.⁴⁶⁾ 그러므로 대통령의 행위 영역

46) 독일에서의 공무원의 기본권제한에 관한 3단계설에 따르면 직무와 인격이 경합하는 영역이라고 할 수 있다.

을 위와 같이 보면, 대통령의 대부분의 행위는 공적이고 직무와 관련된 성질을 띠게 되고 이 부분에 관한 이 사건 법률조항의 규율은 아무런 문제가 없고 나아가 동 조항이 대통령의 극히 협소할 것으로 예상되는 아주 개인적인 영역까지 규제하는 것으로 볼 수는 없다.

④ 야당이 대통령 개인을 인신공격하는 경우에는 이를 적극 해명할 필요를 인정할 수 있으나 정부정책이나 여당의 정책에 대하여 비판하는 경우에 선거국면에서 대통령이 직접 나서서 해야 할 필요가 있는지 의문이고, 이와 관련한 다른 수단을 갖고 있으므로 선거 국면에서는 오해가 없도록 가능하면 영향력이 매우 큰 대통령은 전면에 나서서 일일이 특정 정책을 홍보하거나 반대하는 취지의 반론권을 행사할 필요는 없다.

(4) 법익의 균형성

먼저 이 사건 법률조항으로 얻게 되는 직접적인 이익은 선거의 공정성이고 대상자가 입게 되는 피해는 정치적 표현의 일시적 제한이다. 그런데 이 사건 법률 조항 위반에 대한 특별한 제재가 없고, 특히 대통령의 경우에는 탄핵이라는 예외적인 수단 이외에는 큰 법적인 타격은 없는 점, 이 사건 법률조항은 처벌조항이 따르는 공선법의 다른 조항에 대하여 예비적, 보충적으로 적용될 것이라는 점 등을 고려하고, 또한 이 사건 법률조항으로 대통령의 표현의 자유가 위축되기는 하나 동 조항의 구성요건에 의하여 규율되지 않은 범위에서는 적정한 수준의 표현의 자유가 광범위하게 보장되고 있는 점에 비추어 볼 때 이 사건 법률조항으로 인한 공익은 제한되는 대통령의 정치적 표현의 자유의 제한이라는 이익에 비하여 우월한 것으로 보아야 하므로 법익의 균형성도 갖추었다.

라. 평등의 원칙 위반 여부

(1) 차별의 존재

대통령도 국회의원 및 지방의회의원과 마찬가지로 정당의 추천을 받아 국민의 직접선거에 의해 선출되는 선출직 공무원으로서 본질적으로 동일한 집단인데, 관련 법령의 해석상 국회의원과 지방의원은 이 사건 법률조항의 규

을대상에서 제외됨으로써 정치적 표현의 자유의 행사에 있어서 차별이 있다.⁴⁷⁾

(2) 심사기준

앞에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항은 선거결과에 영향을 미치는 표현의 자유를 제한하는 것으로서 이는 헌법에서 특별히 평등을 요구하는 부분이 아니고 기본권의 완전한 박탈이 아닌 일정한 시기에 특정한 정치적 표현만을 제한하는 것으로서 특별한 제재수단이 있는 것도 아니어서 기본권에 중대한 침해가 된다고 보기도 어려우므로 평등권심사에 있어서의 완화된 심사기준인 자의(恣意)금지원칙에 따라 판단하면 된다.

(3) 판단

대통령은 국가원수이자 모든 행정기관 및 공무원을 지휘·감독하는 행정부의 수반의 지위에서 중대한 영향력을 갖고 있고 선거관리의 책임자이기 때문에 선거에 있어서 중립성의 요청이 강하고 국무위원이나 지방자치단체장의 경우에도 마찬가지로 이유로 공무원조직의 장으로서 선거에서 중립을 지켜야 할 필요성이 크나, 국회의원 등은 입법부의 구성원으로서 그 산하에 어떤 공무원조직이 있는 것도 아니고 공무원조직에 영향을 미칠 가능성이 많지 않다.

그리고 대통령은 행정부의 수반으로서 국회가 입법한 법집행업무를 기본적인 임무로 하나 국회의원은 국민들의 다양한 이해관계를 반영하여 이를 기초로 입법행위를 하는 것이 주된 업무이며, 국회의원은 국민의 대표기관인 국회의 구성원임과 동시에 정당소속원으로서⁴⁸⁾ 선거에 직접 참여하는 당사

47) 차별의 내용과 관련하여 이 사건 법률조항은 그 자체로서 대통령을 다른 공무원과 달리 취급하지 않았다는 점이 오히려 문제될 수 있고, 국회의원과과의 차별 문제는 해석에 의한 차별에 불과하다고 보는 견해도 가능하다. 그러나 통상 법률의 해석에 의한 차별도 법률에 의한 차별로 보는 경우가 많았으므로 문리적 해석에만 의존한 법률을 전제로 모든 공무원을 동일하게 취급하는 것으로 볼 수는 없다.

48) 헌법재판소는 국회의원이 정당대표성이나 정당기속성을 갖고 있는 것으로 보지는 않으며 자유위임의 원칙하에 있다고 보고 있다(헌재 1994. 4. 28. 92헌마, 판례집 6-1, 415; 헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1, 공보 86, 30). 따라서 전국구위원의 경우 소속정당 탈당으로 의원직이 상실되는 것으로 보지 않았다.

자가 되거나 혹은 복수정당제나 자유선거의 원칙상 선거결과에 영향을 미치기 위한 정책홍보 등의 광범위한 선거운동의 주체가 될 필요가 있으므로 대통령과 국회의원 등에 대한 선거에서의 중립성요청은 다를 수 밖에 없다

따라서 이 사건 법률조항의 주체에 국회의원과 지방의회의원이 포함되지 않는 것은 합리적이라고 할 것이어서 평등의 원칙에 반하지 아니한다.⁴⁹⁾

4. 이 사건 조치의 기본권 침해 여부

가. 명확성의 원칙 위반 여부

(1) 행정처분의 명확성과 헌법소원

헌법재판소 결정에서 법률이 아닌 행정청의 처분에 대한 명확성의 원칙이 헌법상의 원칙인지를 밝힌 사례는 보이지 아니하나, 행정법상 행정행위의 내용이 불명확한 경우에는 원칙적으로 무효인바⁵⁰⁾, 통상 불명확한 행정처분은 무효확인소송 등의 행정소송으로 그 효력을 소멸시킬 수 있을 것이다.

한편 위와 같은 법률적인 효력 이외에 헌법적인 차원에서도 법치주의의 원칙상 법률의 명확성의 원칙과 함께 거기에서 파생한 행정처분의 명확성을 요구할 수 있다고도 볼 수 있다.⁵¹⁾

나아가 앞에서 본 바와 같이 표현의 자유를 제한하는 처분이 불명확한 경

49) 헌법재판소는 국회의원과 지방자치단체장은 같은 선거직 공무원이나 국회의원은 전 국민을 대표하는 대의기관으로서 본질적으로 전문 정치인이고, 지방자치단체장은 본질적으로 집행기관으로서 그 지위와 성격이 다른 것으로 보고 있다.

현재 2001. 10. 25. 2000헌바5결정(개인후원회를 둘 수 있는 자의 범위를 국회의원 등으로 한정한 정치자금에 관한 법률 조항에 대한 헌법소원 사건) ; 현재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 635(탄핵사건) ; 현재 2005. 5. 26. 2002헌마699등, 판례집 17-1, 734(지방자치단체의 장이 금고 이상의 형의 선고를 받은 경우 부단체장으로 하여금 그 권한을 대행하도록 한 지방자치법 제101조의2 제1항 제3호에 대한 헌법소원사건)

50) 김남진, 행정법 I (2005), 280면; 대법원 1964. 5. 26. 63누136판결; 1990. 1. 25. 89누4543 판결

51) 홍정선, 행정법원론(상), 박영사 2004, 298-299면 참조 : 국가작용이 명확하고 명료하여야 한다는 것은 법치국가의 명령이다. 명확성의 요구는 행정행위의 법률집행기능에서 나온다. 명확성의 정도는 처분의 상대방이 처분행정청 등의 특별한 도움이 없이도 규율내용을 인식할 수 있는 것이어야 한다. 명확성의 요구는 법치국가의 원칙에 해당하는 것인바, 명확성의 요구가 침해되면 위법한 행위가 된다. 따라서 중대명백설에 의하면 원칙적으로 무효가 된다.

우에는 그 제재수단이 없다고 하더라도 위축효과(chilling effect)가 있을 수 있고 결과적으로 이 위축효과를 가져오는 행정처분에 대하여는 명확성의 원칙을 요구할 수 있을 것이고 이러한 명확성을 갖추지 아니한 행정처분은 기본권침해의 가능성도 있다.

또한 대통령을 향한 이 사건 조치는 이를 행정소송으로 다룰 수 있는 방법이 없고 오로지 이 사건 헌법소원을 통해서만 그 위법성을 확인받을 수 있고, 그 조치의 내용이 장래에 대한 경고의 의미도 담고 있다는 점도 명확성의 원칙이 요구되는 근거로 볼 수 있다.⁵²⁾⁵³⁾

(2) 행정처분의 명확성에 대한 외국의 예

미국에서 명확성의 원칙(the void - for - vagueness doctrine)은 일반적으로 법률의 문면상 위헌성을 판단하는 기준으로 작동하므로 법률이 아닌 행정처분에 있어 이 원칙이 동일하게 적용된다고 볼 수는 없으나 일반적인 판례법을 통해 형성된 행정법의 원칙으로 다양한 판례에서 행정처분의 명확성과 구체성을 요구하고 있다.

독일에서도 행정법상 행정처분의 실질적 적법성 요건으로 명확성의 원칙을 요구하고 헌법적 차원에서, 그리고 수범자의 입장에서, 기본권은 행정행위의 명확성을 요구한다. 명확성원칙에 위반되는 행정행위는 당해 행정행위가 의도하는 부담을 배제하는 효과를 가지나 이러한 원칙의 헌법적 차원에서 함의는 명확하지 않다.

(3) 판단

먼저 명확성의 정도에 대하여 보면, 선관위법 제14조의2는 ‘선거법위반행

52) 반대의 입장에서 보면 이 사건 조치는 대통령의 이 사건 법률조항 위반을 전제로 하여 선관위법 제14조의2에 따르는 경고 등의 공권력행사이지 법률조항과 같은 법규범은 아니므로 일용 명확성의 원칙이 요구되는 대상은 아니고, 더구나 이미 내린 조치에 대하여 예측가능성이 요구된다는 점은 조화되기 어렵다고 주장할 수도 있다.

53) 한편 행정처분에 대하여 요구되는 명확성의 원칙이 법률에 대한 명확성의 원칙의 내용인 예측성(공정한 고지의 기능)과 자의적 집행 방지(객관적 판단 지침)라는 개념을 내용으로 하는 것인지 아니면 명확성의 내용은 완전히 다른 것인지는 추후 검토를 요한다. 왜냐하면 법률의 경우에는 수범자가 다수의 일반인이고 장래에 대한 고지인데 행정처분의 경우에는 그 대상자가 특정되어 있고 과거사실의 확인을 그 내용으로 하는 경우도 많다는 질적인 차이가 있기 때문이다.

위'에 대하여 경고 등을 할 수 있다고만 하고 있고 그러한 위반행위의 특정 의무에 대한 구체적인 규정은 없으므로 공소사실과 같은 정밀한 명확성이 요구된다고 볼 수는 없다.

따라서 경고대상자가 선거법위반행위가 무엇인지를 알 수 있는 정도로 특정하면 족하다고 할 것인데 여기에는 선관위가 관련자들의 모든 선거관련 행위나 발언을 조사 기록하여 수집할 수는 없는 점, 발언인 경우 그 발언 내용 뿐만 아니라 주변 문맥이나 발언이 행하여진 현장상황 등의 여러 사정을 종합하여 그 위반 여부를 판단할 수밖에 없으므로 특정의 요구정도가 약화되어야 하는 점, 경고대상자는 발언자로서 자신의 발언 내용을 쉽게 알 수 있는 점 등을 고려하면 선관위로서는 경고등을 함에 있어 위반행위의 내용을 요약하여 그 취지를 기재하면 되는 것이지 위반행위나 발언을 그대로 매우 구체적으로 특정할 필요는 없다. 이러한 기준에서 보면, 이 사건 조치는 청구인 스스로 발언의 당사자로서 '선거법위반행위'가 무엇인지 알 수 있을 만큼 특정되어 명확한 것이라고 볼 수 있다.

나. 적법절차 위반 여부

(1) 우리 헌법 제12조 제1항은 “…… 법률과 적법한 절차에 의하지 아니 하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”라고 하여 적법절차 원칙을 규정하고 있는데, 이 원칙은 형사소송절차에 국한되지 않고 모든 국가작용 전반에 대하여 적용되고(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 876-877 등 참조), 적법절차원칙에서 도출할 수 있는 가장 중요한 절차적 요청 중의 하나로, 당사자에게 적절한 고지를 행할 것, 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여할 것을 들 수 있겠으나(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 634 등 참조), 이 원칙이 구체적으로 어떠한 절차를 어느 정도로 요구하는지는 일률적으로 말하기 어렵고, 규율되는 사항의 성질, 관련 당사자의 사익(私益), 절차의 이행으로 제고될 가치, 국가작용의 효율성, 절차에 소요되는 비용, 불복의 기회 등 다양한 요소들을 형량하여 개별적으로 판단할 수밖에 없을 것이다(헌재 2003. 7. 28. 2001헌가25, 판례집 15-2, 1, 17-18 등 참조).

(2) 판단

먼저 선관위법 제14조의2에 정한 경고 등의 조치를 취할 때 의견진술 등의 절차를 요구하는 법령이나 선례는 없고, 각급 선관위의 의결을 거쳐 행하는 사항에 대하여는 행정절차에 관한 규정이 적용되지 않는다(행정절차법 제3조 제2항 제4호)⁵⁴).

그러나 위 선관위법 규정에 의하여 규율되는 행위는 선거법위반행위로서 선거제도의 특성상 가능하면 신속하게 그 위반 여부가 결정되는 것이 바람직하고 따라서 따로 의견진술 등의 절차를 두는 것은 절차가 지연되거나 남용되어 신속한 결정이 이루어지지 못할 가능성이 있다[규율되는 사항의 성질].

그리고 위 규정에 의하여 얻을 수 있는 것은 ‘선거의 공익’이라는 매우 큰 가치이며[제한으로 얻는 공익], 행정조치로 인한 불이익이 클 수록 절차보장의 요구는 커진다고 할 것인데 선관위의 경고만으로는 어떤 불이익이 있다고 보기 어려우므로 이에 따른 절차보장의 요구 강도는 낮아질 수 있다[불이익의 정도에 따른 절차보장].

나아가 대통령으로 범위를 좁혀서 살펴보면, 이 사건 조치에 따라 대통령이 입게 되는 직접적인 법률상의 불이익은 거의 없고, 이 사건 조치는 헌법기관인 중앙선거관리위원회가 다른 헌법기관인 대통령의 행위에 대하여 헌행법에 따라 선거법위반 여부를 판단한 내용으로서 대통령에게 의견진술의 기회를 부여하는 것은 권력분립의 원리나 대통령의 지위나 역할에 비추어 볼 때 적절하지 않으며[권력분립 측면], 그리고 대통령이 의견진술을 하는 것은 사회적으로도 불필요한 논쟁을 불러 일으켜 소모적인 성격을 갖고 있다고 볼 수도 있다[절차로 인한 비용].

이와 같이 이 사건 법률조항이나 이 사건 조치가 규율하는 행위의 성격, 징계를 받는 경우에는 절차적 보장이 주어진다는 점, 대통령에게 절차를 보

54) 물론 이 사건 조치가 선관위의 의결을 거친 행위인지는 다툼이 있을 수 있으나, 사실상 선관위원 전원의 회의를 거쳐 결정된 사항임은 분명하고, 단지 위원장의 명의로 발령된 것 뿐이므로 형식적인 측면에 얽매어 위 행정절차에 관한 규정이 적용된다고 볼 수는 없다.

장하는 경우 발생할 수 있는 문제점 등을 종합하여 보면, 경고대상자에게 의견진술의 절차를 따로 마련하지 않았다는 점만으로 적법절차원칙에 어긋난다고 볼 수 없다.

다. 선관위가 법령의 해석을 잘못했는지 여부

(1) 국가기관이 한 법령의 잘못된 해석을 심판대상으로 삼을 수 있는지?

헌법재판소는 행정청이 한 법률의 잘못된 해석·적용은 원칙적으로 헌법재판소의 심사대상이 아니나 법적용기관이 법률에 미치는 헌법의 영향을 간과하거나 또는 오인하여 소송당사자에게 불리하게 판단함으로써 헌법의 정신을 고려하지 않은 법적용을 통하여 그의 기본권을 침해한다면, 바로 이러한 경우에 법률의 해석·적용은 헌법재판소의 심사대상이 된다고 하였다(헌재 2003. 2. 27. 2002헌마106, 판례집 15-1, 223, 236-237).

(2) 이 사건 조치의 경우

(가) 먼저 이 사건 법률조항에 대통령이 포함되지 않음에도 포함되는 것으로 해석하여 이 사건 조치가 내려진 것이라면 이는 헌법의 정신을 고려하지 않은 위법한 법적용으로서 헌법재판소의 심사대상이 되고 그 자체로 위헌이라고 할 수 있으나, 앞에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항의 해석상 대통령이 배제되는 것은 아니므로 이점에서 이 사건 조치가 위헌적인 해석에 기인한 것이라고 보기는 어렵다.

(나) 나아가 이 사건 법률조항이 금지하고 있는 행위의 범위를 잘못 해석하여 적용한 경우에는 견해가 나뉠 수 있으나⁵⁵⁾, 이 사건 조치는 대통령이 갖는 정치적 표현의 자유를 실질적으로 제한하는 것인 점, 중앙선관위의 대

55) 합헌적 법률해석으로 설정한 해석범위를 벗어나면 위헌적 법률해석이라고 보아야 하고, 따라서 선관위가 구체적인 사실관계에 잘못 적용하였다면 이는 위헌일 가능성이 크므로 판단할 수 있다고 보아야 한다는 위헌여부 판단 긍정설과 일정한 법률해석을 전제로 선관위가 이를 잘못 적용하였는지는 구체적인 사실관계에 따른 선관위의 고유한 판단이고, 정해진 해석에 위반했는지 여부가 명확하게 가려질 수 있는 것도 아니므로 정해진 해석의 범위를 넘어선 해석인 경우 위법은 될지언정 위헌이라고 볼 수는 없고, 따라서 이러한 주장은 그 자체로 부적법하다는 위헌여부 판단 부정설이 있을 수 있다.

통령에 대한 법률 적용과 해석을 재판 등으로 다룰 수 있는 방법이 없는 점에 주목하여 보면 선관위가 대통령의 어떤 행위를 이 사건 법률조항에 위반되는 것으로 잘못 해석하는 것은 위법의 범위를 넘어 헌법의 정신을 고려하지 않은 법률해석으로서 헌법재판소가 심판할 수 있다.

(3) 이 사건 법률조항에서의 규율하는 행위의 범위와 판단기준

(가) 대통령의 발언이 이 사건 법률조항을 위반했는지의 여부는 앞에서 본 해석론을 전제로 하여야 할 것인데, 구체적인 판단에 있어 선관위의 해석의 정당성을 이 사건 법률해석의 기준에 맞추어 재단하듯이 판단해야 하는 것인지, 아니면 해석, 적용이 자의적인 것인지만을 살펴보는 명백성통제를 할 것인지에 대하여는 의견이 갈릴 수 있고, 후자의 경우에는 엄밀하게는 기준의 경계선상에 있는 사례들은 대체로 해석의 잘못이 없다고 보게 될 것이다.

보건대, 이 부분 판단에 있어서는 법률의 해석에 있어서 잘못이 있는지 여부가 전제되어 있고 다만 그 해석에 있어서 헌법의 정신을 고려하였는지를 살펴보는 것이므로 위 원칙에 충실하게 위에서 설정한 기준에 어긋나는지 여부를 기준으로 명확하게 판단하는 것으로 한다.

(4) 판단

(가) 발언의 시기

청구인의 이 사건 발언 중 참평포럼 모임의 발언은 2007. 6. 2.(토요일), 원광대학교에서의 발언은 6. 8.(금요일), 6·10민주항쟁 기념식에서의 발언은 6. 10.(일요일), 한겨레신문과의 대담은 6. 13.(수요일)에 행해졌고, 매우 근접한 시기에 연속적으로 이루어진 사실을 알 수 있다. 이 시기는 대통령선거일(2007. 12. 19.)로부터 6개월 이전이므로 정당별로 특정 후보자가 정하여지거나 그들이 본격적으로 선거운동을 하는 때는 아니지만, 야당인 한나라당에서는 이미 경선후보자 등록이 이루어져서 대선후보자로 나설 유력 후보자군이 밝혀진 상태이고, 이들은 후보자가 되기 위해 사실상 당내 선거운동을 시작하였으며 각 경선후보자가 내세우는 주요한 정책들도 이미 어느 정도 제시

된 상태였다. 다만 여당은 그 내부 사정으로 경선후보자 선출에 대한 일정도 확정되지 않은 시기였다.

한편 공직선거법에 의하면, 대통령 선거일 전 240일부터 예비후보자 등록 신청을 할 수 있고(제60조의2 제1항 제1호), 그 때부터 예비후보자의 선거운동이 일부 허용되며(제60조의3), 정당은 선거일 전 240일부터 정당선거사무소의 설치가 가능하다(제61조의2 제1항 제1호). 더구나 대통령선거의 중대성 때문에 정당이나 후보자들은 법정 선거운동기간 훨씬 이전부터 사실상 선거운동의 준비를 하고, 언론에서도 이에 관련된 보도를 비중있게 다루고 있는 실정이다. 따라서 청구인의 발언이 이루어진 시기는 선거와의 근접성을 인정하기에 충분한 시기라고 할 것이다.

(나) 모임의 규모와 성격

① 참평포럼은 주로 참여정부에 참여했거나 동조하는 사람들이 참여정부의 국정성적을 객관적으로 평가하기 위한 목적에서 2007. 4.경 설립한 전국적 민간 조직인바, 청구인은 2007. 6. 2. 서울 양재동 소재 교육문화회관 대강당에 회원과 시민 수백명이 모인 가운데서 위 모임의 강사 자격으로 참석하여 발언하였고 당시 오마이뉴스가 인터넷을 통해 생중계하였다. 한편 원광대학교는 2007. 4.경 청구인에게 명예박사학위를 수여하겠다고 제안하였고 청구인은 지방대학의 존재를 부각시키려는 목적에서 학위를 수여받겠다고 승락하였는바, 청구인은 2007. 6. 8. 원광대학교 대강당에서 명예 정치학박사학위를 수여받으면서 학교관계자와 교수 등이 참석한 가운데 특강을 하였다. 또한 청구인은 2007. 6. 10. 정부의 공식적인 행사인 6·10민주항쟁 기념식에서 국가 주요인사, 공무원 및 시민 약 3,000명이 참석한 가운데 기념식사를 하였고, 당시 한국방송공사(KBS)가 중계방송하였다. 나아가 한겨레신문과의 대담은 2007. 6. 13. 청와대 접견실에서 청와대와 한겨레신문의 관계자가 참석한 가운데 기자의 질문에 대답하는 형식으로 이루어졌다.

② 6·10민주항쟁 기념식은 국가의 공식행사이고, 한겨레신문과의 대담도 대통령의 업무시간 중에 대통령의 지위에서 보도를 전제로 이루어졌으므로, 위 두 경우는 대통령의 직무수행 범위 내의 또는 직무수행과 관련된 모임 또는 만남이라고 할 것이다.

③ 참평포럼 모임이나 원광대학교 학위수여식은 국가의 공식적 행사가 아닐 뿐 아니라, 청구인도 대통령으로서가 아닌 사인의 지위에서 위 모임에 참석한 것으로 보인다. 그러나 대통령이라는 절대적 지명도와 신분의 중대성 때문에 두 모임 모두에 다수의 청중들이 참석하였고, 참평포럼 모임은 인터넷언론에 의하여 증계되었으며, 원광대학교 학위수여식의 발언 일부도 후에 언론에 의하여 보도되었다. 또한 청구인은 위 모임의 참석을 통하여 그가 추구하는 국정 목적, 즉 참여정부의 업적 평가 및 지방분권화를 우회적으로나마 달성하려고 하였으므로 위 모임들이 청구인의 대통령으로서의 직무와 전혀 관련이 없다고도 볼 수 없다. 결국 위 두 모임은 청구인의 직무부분과 사적 부분이 경합하는 영역으로 볼 수 있다.

(다) 발언에 대한 평가

앞에서 본 바와 같이, 청구인은 대통령 선거가 다가오고 야당의 당내경선이 이루어지고 있는 시기에 국민들이 관심을 갖는 공공의 모임들에서 주로 야당의 유력 후보자들을 비난하고 그들의 정책을 지속적·반복적으로 비판하였으며 한겨레신문과의 대담에서는 자신의 출신당 후보자를 지지하겠다는 적극적인 취지의 발언을 하였다.

청구인의 이러한 발언은 공직상 부여되는 정치적 비중과 영향력을 국민 모두에 대하여 봉사하는 그의 지위와 부합하지 않는 방법으로 사용함으로써 선거의 공정성에 상당한 영향을 줄 가능성이 있다고 할 것이다.

(라) 소결

결국 청구인의 위 발언들은 선거에 대한 부당한 영향력을 행사하여 선거의 득표에 영향을 미치는 행위라고 할 것이므로, 위 발언들이 이 사건 법률조항에 위반되었다고 본 피청구인의 이 사건 조치가 위 법률조항을 잘못 해석·적용한 결과라고 할 수 없다. 따라서 이를 전제로 기본권이 침해되었다는 청구인의 주장은 이유없다.

라. 과잉금지원칙 위반 여부

이 사건 조치가 이 사건 법률의 정당한 해석의 결과로서 발령된 것이라고 하더라도 그 조치가 과잉금지의 원칙에 위반되는 것인지 검토해 볼 수 있을

것이다.

그런데 이 사건 조치의 내용인 대통령에 대한 정치적 표현행위 규제의 정당성은 이미 이 사건 법률조항에 대한 과잉금지원칙이나 평등의 원칙 위반 여부에서 살펴본 내용에 모두 포함되어 판단되었다고 할 것이므로 결국 이 사건 조치도 과잉금지원칙에 반하지 않는다.

4. 이 사건 결정의 의의

이 사건은 헌직 대통령이 헌법소원을 제기한 사건으로 국가기관, 그 중에서도 헌법상 최고의 권력기관인 대통령이 기본권주체성을 갖고서 헌법소원을 제기할 수 있는지, 그리고 선거관리위원회의 대통령에 대한 이 사건 조치가 공권력행사성을 갖고 나아가 대통령의 기본권을 침해하는 것은 아닌지에 대한 의문을 제기하였고 이와 관련하여 학계는 물론 사회적으로도 큰 논란을 불러일으켰다.

먼저, 헌법재판소는 이 결정을 통해 대통령도 국민의 한사람으로서 제한적으로나마 기본권의 주체가 될 수 있음을 밝힘으로써 국가기관이라도 사적인 영역에서(또는 공·사가 혼합된 영역 포함) 기본권을 제한받는 경우에는 이에 대하여 헌법소원을 제기할 주체가 될 수 있다는 원칙을 실시하였고, 또한 조치 위반에 대한 특별한 법적인 제재가 없다고 하더라도 표현의 자유에 대한 위축효과가 있는 경우에는 그 자체로 공권력작용은 기본권침해가능성을 가져올 수 있다고 판시하여 표현의 자유 영역에 있어서 기본권침해가능성에 대한 범위를 확장하였고, 이전에 선관위의 경고에 대하여 공권력행사성을 인정하지 않았던 오마이뉴스사건과의 차이를 합리적으로 설명함으로써 관련 선례들의 의미를 분명히 하였다.

나아가 본안에 있어서는 이 사건 법률조항에 대한 합헌적 해석을 전개하고 이를 전제로 대통령에게 이 사건 법률조항에 따른 선거와 관련하여 중립의무가 있음을 명확히 하였고, 구체적으로 대통령의 발언들을 분석하여 선관위의 경고조치의 정당성(합헌성)을 확인하였다.

이 결정은 국가기관의 기본권주체성을 인정하고, 정치지도자의 지위를 갖고 있는 대통령의 선거과정에서의 중립의무의 존재와 행동의 범위를 규정지

음으로써 향후 대통령 등에 대한 기본권 보호와 권력행사의 범위에 대한 기준을 제시하였다는 점에서 의의가 있다.



민법 제1066조 제1항 위헌소원

- 자필증서에 의한 유언의 방식 중 ‘주소’ 및 ‘날인’ 부분의 위헌 여부 -

(헌재 2008. 3. 27. 2006헌바82, 판례집 20-1상, 355, 헌재 2008. 12. 26. 2007헌바128 판례집 20-2하, 648)

조혜수*

【판시사항】

1. 자필증서에 의한 유언의 방식을 규정한 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제1066조 제1항 중 ‘날인’ 부분이 유언자의 재산권과 일반적 행동자유권을 침해하는지 여부(2006헌바82 사건)
2. 자필증서에 의한 유언의 방식을 규정한 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제1066조 제1항 중 ‘주소’ 및 ‘날인’ 부분이 유언자의 재산권과 일반적 행동자유권을 침해하는지 여부(2007헌바128 사건)

【심판대상】

1. 심판대상

2006헌바82 사건에서는 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제1066조 제1항 중 ‘날인’ 부분(이하 ‘이 사건 법률조항 중 날인 부분’이라 한다)의 위헌 여부가 심판의 대상이 되었다.

이후에 청구된 2007헌바128 사건에서는 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제1066조 제1항 중 ‘주소’ 및 ‘날인’ 부분의 위헌 여부가 심판의

* 헌법연구원

대상이 되었다(이하 ‘주소’ 부분을 ‘이 사건 법률조항 중 주소 부분’이라 하고, ‘날인’ 및 ‘주소’ 부분을 함께 지칭할 경우에는 ‘이 사건 법률조항 중 주소 및 날인 부분’이라 한다).

이들 사건은 병합하여 결정되지 않고 별도로 선고되었으나, ‘날인’ 부분에 대한 위헌 여부의 판단 등이 중복되므로 함께 검토하기로 한다.

2. 심판대상조항 및 관련조항

가. 심판대상 조항

민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제1066조(자필증서에 의한 유언) ① 자필증서에 의한 유언은 유언자가 그 전문과 연월일, 주소, 성명을 자서하고 날인하여야 한다.

나. 관련조항

민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것)

제562조(사인증여) 증여자의 사망으로 인하여 효력이 생길 증여에는 유증에 관한 규정을 준용한다.

제1060조(유언의 요식성) 유언은 본법의 정한 방식에 의하지 아니하면 효력이 생하지 아니한다.

제1065조(유언의 보통방식) 유언의 방식은 자필증서, 녹음, 공정증서, 비밀증서와 구수증서의 5종으로 한다.

제1066조(자필증서에 의한 유언) ② 전항의 증서에 문자의 삽입, 삭제 또는 변경을 함에는 유언자가 이를 자서하고 날인하여야 한다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 2006헌바82 사건

(1) 청구의 김○초(이하 ‘망인’이라고 한다) 사망 후 그 상속재산 중 예금 일부가 예치되어 있던 은행 대여금고에서 ‘망인 유고 시 그 명의의 모든 부

동산, 금전신탁, 예금 전부를 교육기관인 학교법인 Y대학교(이 사건 청구인임)에 한국사회사업발전기금 명목으로 기부한다.’는 내용의 전문과 연월일, 주소, 성명이 망인의 자필로 기재되어 있었고 망인의 날인은 없는 망인 명의의 유언장(이하 ‘이 사건 유언’이라 한다)이 발견되었다.

(2) 망인의 상속인들은 이 사건 유언은 자필증서에 의한 유언인데, 그 요건 중 ‘날인’이 흠결되어 효력이 없으므로 상속인들에게 상속재산분할 협의에 따른 비율대로 상속되었다고 주장하면서, 2003. 11. 24. 서울중앙지방법원 2003가합86119호로 위 은행을 상대로 망인 명의로 예치되어 있던 예금반환 청구의 소를 제기하였다.

(3) 청구인 Y대학교는 이 사건 유언은 하단의 서명을 통해 평소 재산의 사회 환원을 중시하던 망인의 진의가 확인되었으므로 자필증서에 의한 유언으로서 효력이 있어 청구인이 망인의 전 재산을 유증 또는 증여받았다고 주장하면서, 2003. 12. 5. 원고들과 피고 은행에 대하여 위 예금에 대한 반환청구권이 참가인에게 있음의 확인을 구함과 아울러 원고들에 대하여 위 만기도래 예금에 대한 공탁금출급청구권이 참가인에게 있음의 확인을 구하는 독립당사자참가(2003가합89828)를 하였으나, 위 법원은 2005. 7. 5. 청구인의 독립당사자 청구를 기각하였다.

(4) 이에 청구인이 항소하였으나 기각되자(서울고등법원 2006. 3. 7. 선고 2005나63162, 63179 판결), 대법원에 상고(2006다25103, 25110)하여 그 소송 계속 중 “민법 제1066조 제1항 중 ‘날인’을 자필증서에 의한 유언의 방식으로 정한 부분”에 대한 위헌법률심판제청신청(2006카기129)을 하였고, 대법원이 청구인의 상고 및 위 신청을 모두 기각하자, 청구인은 같은 해 9. 13. 위 기각결정을 통지받고 같은 해 10. 2. 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 2007헌바128 사건

(1) 청구인의 조부 백○기(이하 ‘망인’이라고 함)는 사망 후 백○기는 상속재산으로 21건의 부동산과 예금채권 등을 남겼는데, 6인의 법정상속인들은 각 상속지분에 따라 위 각 부동산들에 관하여 각 소유권이전등기를 마치거나 위 예금채권을 모두 인출하였다. 청구인은 2003. 1. 10.경 대전지방법원에

망인이 작성한 유언증서와 그 유언증서가 담겨 있었던 봉투라고 주장하면서, 유언증서 및 봉투에 관한 검인신청 및 유언집행자 지정청구를 하였다. 위 유언증서에는 망인의 자필로 유언장이라는 제목과 망인 명의의 모든 재산을 청구인에게 상속한다는 내용 및 작성연월일, 망인의 성명이 세로로 정서되어 있고, 그 성명 아래에는 망인의 무인인지 식별할 수 없을 정도로 많은 인주가 묻은 채 네 번에 걸쳐 연속적으로 무인이 찍혀져 있었고 망인의 주소는 기재되어 있지 않았으며, 봉투의 표면에 망인의 주소와 전화번호 및 이름이 기재되어 있는데, '유언장 재증' 등 유언장을 담고 있는 봉투라는 뜻의 기재는 없었다.

(3) 청구인은 망인이 유언장에 그 소유의 재산 일체를 청구인에게 유증한다는 취지와 그 작성연월일 및 성명을 자필로 기재하고 그 성명 아래에 무인을 찍었으며 위 유언증서의 일부로 볼 수 있는 봉투 위에 그 주소까지 자필로 기재하였으므로 그 소유의 재산일체를 청구인에게 유증하였다고 주장하면서 망인의 법정상속인들을 상대로 2003. 4. 14. 대전지방법원 공주지원(2003카합29호)에서 유증을 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 하여 망인의 상속부동산에 대하여 처분금지가처분결정을 받아 둔 다음 2003. 5. 27. 대전지방법원(2003가합4239호)에 위 각 상속 부동산에 관한 지분이전등기절차의 이행을 구함과 아울러 인출한 예금의 반환을 구하였다.

(4) 그러나 청구인은 백○성에 대해서만 자백간주판결(민사소송법 제150조)로 승소하였을 뿐, 나머지 법정상속인들에 대해서는 위 유언증서가 망인의 것이라고 불만한 날인 또는 무인이 흠결되어 있을 뿐만 아니라 그 주소가 자서되어 있는 것이라고 보기 어려워 민법이 정하는 자필증서에 의한 유언으로서의 요건과 방식을 갖추지 못한 것이어서 유언의 효력을 인정할 수 없다는 이유로 모두 기각되었다. 또한 백○성을 제외한 나머지 법정상속인들이 제기한 가처분의 이의사건(2005카합57호)에서 위 가처분결정이 취소되고, 청구인의 가처분신청은 기각되었다.

(4) 청구인은 2005. 6. 3. 및 같은 해 9. 7. 백○성을 제외한 나머지 법정상속인들을 상대로 대전고등법원에 각 항소하였으나 2006. 1. 19. 모두 기각되자, 다시 2006. 2. 8. 대법원(2006다12848호 및 2006다12855호)에 각 상고하

여 그 소송계속 중 이 사건 법률조항 중 ‘주소’ 및 ‘날인’을 자필증서에 의한 유언의 방식으로 정한 부분에 대하여 대법원 2006카기55, 56호로 각 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2007. 10. 25. 위 상고 및 신청들은 모두 기각되자, 2007. 11. 23. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인들의 주장과 법원의 위헌제청기각결정 이유, 이해관계인의 의견 등

가. 2006헌바82 사건

(1) 청구인의 주장요지

민법 제1066조 제1항은 입법목적의 정당성이 인정되며, 방식을 요구하는 것 자체는 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이다. 그러나 이미 전문(全文)의 자서(自書)를 통하여 당사자의 동일성이 확인되고, 성명(姓名)의 자서(自書)에 의하여 의사표시의 진정성과 최종성이 확인되어 날인이 없더라도 충분히 유언자의 진의를 확보할 수 있음에도 중복적으로 날인을 요구하는 것은 최소침해성의 원칙을 준수하지 못한 것이고 서명에 더하여 날인까지 요구하는 것은 법적 안정성이라는 공익을 위하여 유언자의 진의를 지나치게 희생시키고 있는 것으로 법익 균형성의 원칙도 준수하지 못하고 있으므로 이 사건 법률조항 중 날인 부분은 헌법 제23조 제1항의 재산권 및 제10조 제1항에서 보장되는 유언자의 유언의 자유를 제한함에 있어 과잉금지의 원칙을 위배하여 위헌이다.

(2) 법원의 위헌제청신청 기각결정의 이유요지

자필증서에 의한 유언은 다른 유언 방식과는 달리 증인 등 제3자의 관여가 없는 상태에서 이루어지는 가장 간편한 방식의 유언으로서, 상대적으로 위조나 변조의 위험성이 크고 유언자 본인의 진의를 확인하는 것이 어렵다. 따라서 유언자의 진의를 명확히 하고 법적 분쟁과 혼란을 예방하기 위하여 서명 이외에 별도로 날인을 요구하는 것이므로 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

(3) 이해관계기관 법무부장관의 의견요지

법원의 위헌제청신청 기각결정의 이유요지와 대체로 같은 취지이다.

(4) 이해관계인 상속인 김○보 외 2인의 의견요지

법원의 위헌제청신청 기각결정의 이유요지와 대체로 같은 취지이다.

나. 2007헌바128 사건

(1) 청구인의 주장요지

민법 제1066조 제1항은 자필증서에 의한 유언의 진정성을 둘러싼 법적 분쟁을 해결하고 법적 안정성을 실현한다는 목적 하에 이미 성명과 작성년월일, 전문의 자서를 요구함으로써 충분히 그 진정성이 인정됨에도 불구하고 더 나아가 ‘날인’과 아울러 ‘주소의 자서’까지 추가로 요구하고 있다.

그러나 현대의 과학문명사회에서 날인 대신 서명을 사용하는 것으로 거래계의 일반적인 관행이 변화된 점, 주소의 자서 역시 주소의 변동성과 불명료성, 유언자의 건강 및 기억력의 불완전성, 유언자의 입장에서 주소가 별 큰 의미가 없다는 점 등에 비추어 볼 때, 민법 제1066조 제1항이 ‘날인’과 아울러 ‘주소의 자서’까지 자필증서에 의한 유언의 엄격한 형식적 요건으로 요구하고 나아가 이를 흠결할 경우 유언자의 진정한 의사를 무시한 채 그 유언을 무효로 하는 것은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위배하여 헌법 제10조, 제11조, 제19조, 제23조 제1항, 헌법 전문 등에서 보장하는 유언자의 유언의 자유 등을 지나치게 제한하는 것이다.

(2) 대법원의 위헌제청신청 기각결정의 이유요지

2006헌바82 사건에서와 대체로 같다.

(3) 이해관계기관 법무부 장관의 의견요지

2006헌바82 사건에서와 대체로 같다. ‘주소의 자서’ 요건에 대하여도 유언자의 생활의 근거가 되는 곳이라면 주민등록법에 의하여 등록된 곳일 필요가 없고, 다른 요건을 모두 갖추고 주소의 기재만을 빠뜨린 경우에는 유언자

의 진의를 존중하여 그 유언을 유효로 볼 가능성도 있으므로 유언의 자유에 대한 침해를 최소화할 수 있다. 그리고 이 사건 법률조항 중 ‘주소’ 및 ‘날인’ 부분으로 인하여 제한되는 유언자의 유언의 자유의 제한 정도가 이로 인하여 달성하고자 하는 공익에 비하여 우월하다고 단정할 수 없어 법익균형성도 갖추고 있으므로 이 사건 법률조항 중 주소 및 날인 부분은 헌법상 과잉금지원칙에 위반하여 유언자의 유언의 자유를 과도하게 침해한다고 볼 수 없다.

【결정요지】

가. 2006헌바82 사건

이 사건 법률 조항 중 날인 부분은 유언자의 사망 후 그 진의를 확보하고, 상속재산을 둘러싼 이해 당사자들 사이의 법적 분쟁과 혼란을 예방하여 법적 안정성을 도모하며, 상속제도를 건전하게 보호하기 위한 것으로서 그 입법목적이 정당하고 자필증서에 의한 유언은 가장 간이한 방식의 유언이지만 위조나 변조의 위험성이 상대적으로 크고 유언자의 사후 본인의 진의를 객관적으로 확인하는 것이 어려우므로 방식을 구비할 것을 요구하는 것 자체는 위와 같은 입법목적 달성을 할 수 있는 적절한 수단이다. 이 사건 법률조항 부분은 동양문화권인 우리나라에서 법률행위에 있어 인장을 사용하는 법의식 내지 관행에 비추어 성명의 자서만으로는 입법 목적을 달성하기에 부족하다는 고려에 입각하고 있으므로 성명의 자서 외에 날인이라는 동일한 기능을 가진 두 가지 방식을 불필요하게 중복적으로 요구하는 것으로 볼 수는 없다. 나아가 유언자로서는 무인을 통하여 인장을 쉽게 대체할 수 있고, 민법이 마련하고 있는 다른 방식의 유언을 선택하여 유증을 할 수 있는 기회가 열려 있으며, 생전에 수증자와 낙성·불요식의 사인증여 계약을 체결함으로써 원하는 바를 달성할 수도 있으므로, 날인을 요구하는 것은 기본권침해의 최소성원칙에 위반되지 않을 뿐 아니라 법익균형성의 요건도 갖추고 있다.

재판관 김종대의 반대의견

오늘날 낱인은 자필에 비해 타인에 의한 낱인가능성과 위조가능성이 커 의사의 최종적 완결 방법으로는 부적당하게 되어 각종 법률에서 서명(성명의 자서)만으로 처리하는 경향이 점차 확대되고 있다. 자필증서에 의한 유언에서 낱인을 요구하는 목적은 유언장의 전문의 자서와 성명의 자서에 의해서 충분히 달성되므로 그 밖에 낱인을 요구하는 것은 불필요하게 중복적인 요건을 요구하는 것으로 헌법 제10조에 의하여 보장되는 유언자의 일반적 행동의 자유를 제한함에 있어 최소침해성의 원칙을 준수하지 못하였고, 이 사건 법률조항 중 낱인 부분은 법익 균형성의 원칙에도 위반되므로 위헌으로 선언하여야 한다.

나. 2007헌바128 사건

(1) 이 사건 법률조항 중 낱인 부분에 관하여는 2008. 3. 27. 2006헌바82결정의 결정요지와 대체로 유사한 취지이다.

(2) 이 사건 법률조항 중 주소 부분 역시 그 입법목적은 정당하고, 성명의 자서로 유언자의 인적 동일성이 1차적으로 특정될 것이지만 특히 동명이인의 경우에는 유언자의 주소가 그 인적 동일성을 확인할 수 있는 간편한 수단이 될 수 있을 뿐만 아니라 전문, 성명의 자서에다 주소의 자서까지 요구함으로써 유언자로 하여금 보다 신중하고 정확하게 유언의 의사를 표시하도록 하기 위한 것이므로 입법 목적을 달성할 수 있는 적절한 수단이다.

한편, 자필증서에 의한 유언에서 자서를 요구하는 주소는 유언자의 생활의 근거가 되는 곳이면 되고, 반드시 주민등록법에 의하여 등록된 곳일 필요가 없으므로 자필증서에 의한 유언을 할 정도의 유언자라면 쉽게 이를 기재할 수 있을 뿐만 아니라, 주소의 기재는 반드시 유언전문과 동일한 지면에 하여야 하는 것은 아니며, 유언증서로서의 일체성이 인정되는 이상 주소는 유언증서를 담은 봉투에 기재하여도 무방하므로 유언의 자유에 대한 침해를 최소화할 수 있고, 유언의 요식주의를 취하는 이상, 유언을 하는 자가 당연히 작성할 것이라고 기대되는 ‘유언의 전문, 유언자의 성명’ 등과 같은 최소한의 내용 이외에 다른 형식적인 기재 사항을 요구하는 것은 유언의 요식주의를 관철하기 위한 불가피한 선택이라고 볼 수 있으며, ‘주소의 자서’는 다

른 유효요건과는 다소 다른 측면에서 의연히 유언자의 인적 동일성 내지 유언의 진정성 확인에 기여하는 것이므로 기본권침해의 최소성원칙에 위반되지 않을 뿐 아니라 법익균형성의 요건도 갖추고 있다.

재판관 조대현의 ‘주소’ 부분에 대한 한정위헌의견

민법 제1066조 제1항이 유언자필증서에 유언자의 주소를 기재하도록 요구하는 이유는 유언자의 성명과 주소에 의하여 유언자가 누구인지 특정할 수 있게 하려는 것이다. 그런데 성명과 함께 유언자를 특정할 수 있는 요소는 주소 외에 주민등록번호·생년월일·본적·가족 성명·사회적 신분 등 여러 가지를 생각할 수 있고, 그 중에서 주소의 특정기능이 가장 우월하다고 보기 어렵고, 유언자의 주소 기재가 없으면 유언자를 특정할 수 없게 된다고 볼 수도 없으므로, 유언자필증서에 유언자의 주민등록번호 기타 유언자를 특정할 수 있는 기재가 있는 경우에도 민법 제1066조 제1항 중 ‘주소’ 부분을 적용하여 유언자필증서의 효력을 부인하는 것은 헌법에 위반된다.

재판관 이동흡, 재판관 송두환의 ‘주소’ 부분에 대한 위헌의견

동명이인의 경우에 유언자의 주소가 기재되지 않았더라도 그 유언의 내용 등에 비추어 보면 누구의 유언인지를 쉽게 확인할 수 있을 것이고, 이를 확인할 수 없는 경우란 쉽게 생각할 수 없으므로 민법 제1066조 제1항이 주소를 반드시 기재하도록 요구하는 것은 유언자의 인적 동일성을 확인하기 위한 적절한 방법이라고 보기는 어렵고, 설령 주소의 기재가 유언자의 인적 동일성의 확인을 위해 적절한 방법이라고 하더라도 유언장 전문의 자서와 성명의 자서, 그리고 유언의 내용에 의해서 유언장의 실제 작성자와 유언장의 명의자의 동일성을 확보할 수 있음은 물론, 유언이 그의 진의에 의한 것임을 충분히 밝힐 수 있는 등 누가 한 유언인지를 밝혀내는 것은 그리 어려운 문제가 아니므로 주소를 반드시 기재하도록 요구하는 것은 불필요하게 중복적인 요건을 과하는 것으로 침해의 최소성원칙에 위반되며, 주소의 자서가 흠결되면 유언이 무효로 되고 유언자의 진의가 관철될 여지는 전혀 없게 될 것이므로 주소의 자서를 추가로 요구하는 것은 침해되는 법익과 보호되는

공익 사이에 현저한 불균형을 초래하고 있어 법익의 균형성의 원칙에도 위반된다.

재판관 김종대의 위헌의견

이 사건 법률조항 중 주소 부분에 대하여는 앞서 본 단순위헌의견의 이유와 그 견해를 같이하고, 날인 부분에 대하여는 현재 2008. 3. 27. 2006헌바82 결정에서 위헌이유를 상세히 밝힌 바와 같으므로, 위헌으로 선언하여야 한다.

【해설】

1. 자필증서 유언에 관한 일반론

가. 유언의 요식성과 입법취지, 입법연혁

(1) 유언은 피상속인인 유언자가 그 표시행위를 완료하였을 때 성립하며 유언자가 사망한 때에 일정한 효과를 발생시키는 사후적 법률행위로 상대방 없는 단독행위이다.

(2) 민법 제1060조 제1항은 ‘유언은 본법에 정한 방식에 의하지 아니하면 효력이 생기지 않는다.’고 하여 유언을 요식행위로 규정하고 있다. 유언의 요식성의 입법취지에 관하여 대법원 판례는 일관되게 ① 유언자의 진의의 명확화와 ② 그로 인한 법적 분쟁과 혼란의 예방이라는 두 가지 목적을 들고 있다.¹⁾ 이외에도 확실상으로는 유언자로 하여금 신중하게 유언을 하도록 하는 기능 등이 제시되고 있다.

(3) 이와 같이 유언을 요식행위로 하는 것은 로마법·게르만법 등에서 전통적으로 인정되어 왔을 뿐만 아니라 근대 여러 나라의 유언제도에 있어서도 보편적으로 나타나는 입법태도이다.

우리나라의 전통을 살펴보더라도, 조선시대의 유언은 그 대상별로 ‘유서’

1) 법 제1065조 내지 제1070조가 유언의 방식을 엄격하게 규정한 것은 유언자의 진의를 명확히 하고 그로 인한 법적 분쟁과 혼란을 예방하기 위한 것이므로, 법정된 요건과 방식에 어긋난 유언은 그것이 유언자의 진정한 의사에 합치하더라도 무효라고 하지 않을 수 없다 (대법원 1999. 9. 3. 선고 98다17800 판결, 2004. 11. 11. 선고 2004다35533 판결, 2006. 3. 9. 선고 2005다57899 판결 등 참조).

라는 서면을 통하여야 하는 요식행위로 주로 규정되어 있었고, 그 서면에 날인(捺印) 또는 화압(花押)을 하도록 하였다²⁾ 일제 강점기 당시 시행된 조선 민사령 제11조는 가족법은 각기 고유한 전통·습속을 토대로 형성되는 점이 많기 때문에 일본 민법의 친족·상속편을 그대로 적용할 수 없어 유언에 관한 사항은 관습법의 규율대상으로 하였는데, 조선의 관습상 유언을 함에도 일정한 방식을 요하지 않고, 구술로나 서면으로 할 수 있다고 보았다(昭和 5. 2. 25. 高判(綠 17권 64면), 昭和 10. 4. 5. 高判(雜紙 14권 59면)) .

현행 민법은 1958. 제정 당시 이러한 일제시대의 관습을 버리고 유언을 요식행위로 정하면서 그 방식으로 자필증서, 녹음, 공증증서, 비밀증서와 구수증서 등 모두 다섯 가지의 방식을 정하였다(민법 제1065조).³⁾

나. 자필증서 유언의 방식

자필증서 유언은 타인의 관여 없이 유언자 본인이 단독으로 간단하게 할 수 있어 작성이 간편하고 유언이 존재한다는 사실과 그 내용의 비밀성이 가장 잘 유지될 수 있는 장점이 있으나, 문자를 알지 못하는 자는 이 방식에

2) 조선시대의 유언제도에 대하여는 김주수, 상속법, 제4全訂再增補版, 607면, 김성숙, '조선시대의 유증제도', 숭실대학교 법학논총(제12집), 제119면 각 참조. 조선시대에도 가산을 혈족 간에 유지하려는 사상은 유언의 자유에 커다란 제한을 가하였고, 법정상속이 우선시되는 경우도 있었다. 경국대전 刑典私賤條에는 '用祖父母以下遺書(조부모와 부모의 유서만이 효력을 갖는다)' 라고 하고, 그 註에 '祖父母則須手書, 祖父及母則須族親中顯官證筆, 衆所共知未手書者, 疾病者, 竝依婦人例(조부모와 부는 문자를 아는 자는 반드시 자필할 것. 조모와 모는 언제나 친족 중의 현관의 증인과 서명을 필요로 한다. 문자를 모르는 것이 두루 알려진 자와 질병에 걸린 자에 한정하여 조모와 모의 예에 따라 증인과 집필자의 서명을 갖추어 타인에게 집필시킬 수 있다)' 라고 하고 있었다.

3) 김주수, 위의 책, 607면. 이의 입법 연혁과 관련하여 유언의 방식에 관하여는 현행 관습법상 특별한 방식이 정하여져 있지 아니하므로 이를 갑자기 요식행위로 한다면 유지를 실현시키지 못하는 경우가 많이 발생하여 현실과 유리되어 도리어 폐해를 유치(誘致)할 우려성이 있으므로 규정하지 않아야 한다는 의견(장경근, 민법 親族相續編原要綱解說 참조)도 있었으나, 민법 친족상속편 정부안 수정안 의견서는 유언을 갑자기 요식행위로 한다는 것은 현실과 유리된다는 견해도 있었으나 유언에 관한 법률관계의 명확화를 기하기 위하여 요식행위로 하려는 것이라고 설명하고 있다. 정광현, 한국가족법연구, 서울대학교 출판부, 1967, 부록편 11면, 100면. 한편, 구체적인 유언방식 및 자필증서 유언의 방식과 관련된 입법연혁은 찾을 수 없었고, 자필증서 유언에서 날인을 요구하는 것은 일본 민법을 계수한 것으로 보인다.

의한 유언을 할 수 없을 뿐만 아니라 위조와 변조의 위험이 많아 유언의 유무나 진정성이 유언자의 사후에 쉽게 판명될 수 없다는 결점이 있다.⁴⁾

민법 제1066조 제1항은 자필증서에 의한 유언의 방식으로 유언자가 전문(全文)과 연월일(年月日), 주소(住所), 성명(姓名)을 자서(自書)한 다음 날인(捺印)하도록 요구하고 있다.⁵⁾

① 전문(全文)의 자서(自書)

자필증서 유언에서는 유언자가 직접 유언서 전문을 자필로 작성하여야 한다. 전문의 자서를 요구하는 것은 유언자의 필적을 통하여 개인적인 특성이 증명될 수 있다면 유언의 위조나 변조를 막을 수 있기 때문에 유언자의 의사 독립성과 그 의사표시의 진정성을 증명하기 위한 것이다. 또한 유언자로 하여금 자신의 마지막 의사를 자필로 작성하게 함으로서 보다 신중하고 정확하게 자신의 의사를 정리할 수 있도록 한다.⁶⁾

② 연월일(年月日)의 자서(自書)

유언능력 유무의 판단에 있어서는 유언의 시기가 기준이 되고(민법 제1061조), 복수의 유언이 있을 경우에는 후의 유언에 의하여 전의 유언은 철회된 것으로 되므로(민법 제1109조) 연월일을 직접 기재할 것이 요구된다.⁷⁾ 이 때 연·월·일을 모두 기재하여야 하며 그 기재가 흠결된 유언서는 무효라고 해석된다.

③ 주소의 자서(自書)

다른 유언 방식과는 달리 자필증서에 의한 유언에서 주소의 자서를 요구하는 목적이 무엇인지 반드시 명백하지는 않지만, 굳이 이를 찾자면 유언자

4) 中川善之助, 泉久雄, 相續法, 제4판, 有斐閣. 1998. 514면 참조. 다수의 입법례에서 위와 같은 방식의 유언을 인정하고 있다.

5) 자필증서 유언은 유언서의 문장이 불분명하여 유언서의 효력에 대하여 분쟁이 발생할 염려가 많으므로 집행시 가정법원의 검인절차를 거쳐야 한다(민법 제1091조. 제1092조, 가사소송법 제2조 제1항 라류 사건 제37호).

6) 김영희, “자필증서유언방식에 관한 제문제”, 가족법연구 제17권 제2호, 2003. 261-266면 참조.

7) 김영희, 위 논문, 266면. 독일 민법 제2247조 제2항은 자필증서유언의 요건으로서 유언의 연월일과 유언장소의 기재를 요구하고 있으면서도 제5항에서는 유언에 작성일자 및 장소에 대한 확인이 다른 방법에 의하여 이루어질 수 있는 한 그 유언을 유효한 것으로 본다고 규정하고 있다.

의 인적 동일성을 명확히 하려는데 그 목적이 있다고 할 수 있다.⁸⁾

현행 민법 제1066조 제1항이 자필증서 유언의 요건으로서 유언자의 주소를 요구하고 있는 것이 입법자의 어떤 고려에 의한 것인지는 다른 입법례를 찾아 볼 수 없고, 입법자의 의사를 확인할 수 있는 자료가 없기 때문에 이를 확인할 수 없다. 오히려 법전편찬위원회의 친족편상속편요강에는 유언의 방식에 관하여는 규정하지 않도록 되어 있었는데, 정부가 국회에 제출한 민법안은 제1069조에서 “유언은 본법의 정한 바에 의하지 아니하면 이를 하지 못한다”고 규정하고, 제1074조 제1항은 “자필증서에 의한 유언은 그 전문 또는 연월일, 주소, 성명을 자서하고 날인하여야 한다”고 규정하고 있어서 어떤 경위로 이와 같이 바뀌었는지 알 수 없다. 이러한 정부안이 다소의 표현의 수정만을 거쳐서 현행 민법 제1060조와 제1066조 제1항이 된 것이다.⁹⁾

자필증서 유언에 요구되는 다른 요건을 다 갖추고 주소의 기재만을 빠뜨린 경우에 대하여 학설상으로는 다른 유언의 내용 등에 의하여 유언자의 동일성 확인에 문제가 없고 유언자의 진의를 살려주는 것이 타당한 경우에는 이를 유효한 것으로 보아야 한다는 견해가 있다.¹⁰⁾ 이에 대하여 주소의 기재가 없는 자필증서 유언을 유효하다고 보는 것은 법률의 문언에 정면으로 어긋나는 것으로서 헌법합치적 해석의 한계를 넘어서는 것이라고 할 것이지만, 자필증서 유언에 있어서 주소의 기재를 요구하는 것은 유언자의 인적 동일성을 확인하는 데 별다른 필요가 없고 유언자의 유언의 자유를 지나치게 제한하므로 과잉금지원칙에 위배되어 위헌이라는 견해도 제기되고 있다.¹¹⁾

이에 관한 대법원 판례는 없으나, 주소의 기재는 반드시 유언전문과 동일한 지면에 하여야 하는 것은 아니며, 유언증서로서의 일체성이 인정되는 이상 주소는 유언증서를 담은 봉투에 기재하여도 무방하다는 판례가 있다.¹²⁾

8) 박윤직, 상속법, 1997, 378면에서는 자필증서유언에 유언자의 주소와 성명의 자서와 날인을 요구하는 것은 유언자가 누구인지를 명백히 하고, 또한 필적은 타인이 쉽게 모방하지 못하므로 자서케 함으로써 유언의 내용이 본인의 진의에 의한 것임을 명확히 하기 위하여서라고 한다.

9) 윤진수, 위 논문, 2면 참조.

10) 김영희, 위 논문. 276면, 김주수, 위의 책, 664면.

11) 윤진수, ‘법률해석의 한계와 위헌법률심사’-주소가 기재되어 있지 않은 자필증서 유언을 중심으로-, 심헌섭교수 고회기념 논문집(수록예정), 17면 참조.

12) 대판 1998. 6. 12. 97다38510(공 1998하, 1866).

하급심 판례 중에는 다른 요건은 모두 갖추고 주소만을 누락한 유언의 유효성을 인정한 판례도 있다.¹³⁾

④ 성명의 자서(自書)

성명의 자서를 요구하는 취지는 유언자의 필적을 통하여 유언 작성자와 유언장에 유언자로 표시된 사람 사이의 동일성을 입증하여 유언자의 의사표시의 완전성 및 진정성을 확보하고자 함이다.

성명은 법의 규정상 호적상의 본명 즉 유언자의 성과 이름을 표시하는 것이 원칙이지만 유언자의 동일성을 확인하여 타인과 구별할 수 있는 정도로 표시되면 족하다고 해석된다. 당사자의 동일성을 확인할 수 있는 한, 성명의 표시는 한자는 물론 외국어나 로마자로 표기되어도 상관이 없으나, 단순히 성명의 첫 글자(Initial)만을 사용한 경우 유언의 작성자와 진정성에 대한 의심을 종식시킬 수 없으면 성명의 표시로는 충분하지 않다.¹⁴⁾ 호나 자(字) 또는 예명 등을 사용하거나, 성을 쓰지 않고 이름만 쓰더라도 유언서의 내용 기타에 의하여 유언자 본인의 동일성을 알 수 있는 경우에는 유효라고 해석된다.¹⁵⁾ 그러나 타인이 기재하거나 자서 대신 자서를 기호로 하여 만든 인형(印形)같은 것을 날인하여서는 안 된다.¹⁶⁾

판례 중에는 유서의 내용을 자서한 다음 말미에 ‘서기 1989. 3. 12.(연월일), 서울에서, 부(父) 재욱, 7형제 앞’을 종서로서 자서하는 외에 유서에 유언자의 성씨인 ‘한’의 한자 ‘韓’의 주위에 동그라미를 친 형태로 되어 있는 간이한 서명을 한 후 그 이름과 서명의 좌·우에 무인을 한 경우에 성명의

13) 인천지방법원 1992. 10. 9. 선고 91가합17999판결(하급심 판례집 1991-1, 257면), 서울지방법원 2001. 2. 20. 선고 99가합85201판결(하급심 판례집 1992(3), 184면) 참조.

14) 김영희, 위의 글, 280면, 독일에서는 성명의 첫 글자만을 사용하여 서명한 경우에 대하여는 견해가 대립된다고 한다.

15) 김주수, 위의 책, 254면. 이에 대하여 단순히 이름만을 서명한 경우에는 그것이 유언의 의사표시의 종료에 관계하는 것인지 혹은 단지 작성자 자신의 특정 기록에 관한 초고인지의 의문을 불러일으킬 수 있는바, 성명은 일반적으로 유언서의 말미에 행하여지고 유언 작성의 종료로서의 의미를 가지고 있다고 할 수 있는데, 이름만을 기재한 경우 유언자의 진의에 의해 작성되어 유언의 의사가 최종적으로 작성되었는지의 여부에 의문이 생길 여지가 있기 때문이라는 견해가 있다. 김영희, 위 논문, 279면.

16) 김주수, 위의 책, 664면.

자서요건을 충족한 것으로 본 것이 있다.¹⁷⁾ 성명은 일반적으로 유언 전문의 말미에 작성일자, 성명의 순서로 쓰고 날인하는 것이 보통이나, 우리 민법은 그 기재장소에 대하여 언급한 바 없으므로 모두에 기재한 경우에도 유효하다고 볼 수 있다고 해석된다.¹⁸⁾

⑤ 날인

자필증서 유언에 날인을 요구하는 취지는 유언자의 동일성을 확인하고 유언이 유언자 자신의 의사에 기한 것임을 확인하기 위한 것이다. 나아가 그것이 단순히 유언의 초안에 불과한 것이 아니라 확정적인 유언임을 담보하는 의미, 즉 의사의 최종성을 확인하는 의미가 있다고 한다.¹⁹⁾

이에 대하여 자필증서 유언에서 날인을 요구하는 것은 전문, 일자, 성명의 자서에 의하여 유언의 진정한 성립이 확립된 이후에 제2차적인 확인수단으로서의 의미에 지나지 않는 것으로 해석되며 날인의 요건을 다른 요건과 동일한 위치에서 볼 수 없다는 견해도 있는바²⁰⁾, 입법론으로는 타당할 수 있으나 일반화할 수 있는 해석론은 아니라고 본다.

날인은 유언자가 하는 것이 원칙이지만 유언자 본인이 날인하지 않고 유언자의 의뢰에 의하여 타인이 대신 날인한 경우에도 유언자가 날인한 것과 동일하게 볼 수 있다.²¹⁾ 날인은 반드시 실인에 한정되지 않는바, 인장뿐만 아니라 무인(拇印)도 인정되며, 타인을 시켜서 날인하여도 유효하다.²²⁾

⑥ 삭제·변경

또한, 자필증서에 문자의 삽입, 삭제, 변경을 할 때에는 유언자가 이를 자

17) 대법원 1989. 6. 12. 선고. 97다38510판결(공 1998하, 1866).

18) 김영희, 위 논문, 280면-218면(기록 286면).

19) 윤진수, 위 논문, 10면.

20) 김영희, 위 논문, 284-285면, 참조.(기록 288면). 일본의 학설 중에는 입법자가 씨명(氏名)의 기재 이외에 별도로 날인을 요구하는 것은 자국의 관습을 따른 것인바, 이러한 점은 현재의 시점에서는 재고를 요한다는 견해가 있다(新版 註釋民法(제28권), 상속(3), 有斐閣, 101면).

21) 日本判, 昭和6. 7. 10. 은 유언자의 의뢰에 의하여 병상 곁에 있던 자가 그 면전에서 한 날인은 유언자 자신이 한 날인과 동일하게 볼 수 있다고 하고 있다.

22) 대법원 1998. 6. 12. 선고 97다38510 판결(공 1998하, 1866)은 자필증서에 의한 유언의 요건 및 유언자의 주소를 유언전문이 담긴 봉투에 기재하고 무인의 방법으로 날인한 자필증서유언에 대하여 날인은 인장 대신 무인에 의한 경우에도 유효하다고 하여 그 효력을 인정하고 있다.

서하고 날인하여야 한다(민법 제1066조 제2항). 그러나 증서의 기재 자체로 보아 명백한 오기를 정정함에 지나지 않는 경우에는 그 정정부분에 날인을 하지 않았다고 하더라도 효력에 영향이 없다고 해석되고 있다.²³⁾

다. 자필증서 유언에 관한 각국의 입법례

(1) 일본

일본 민법 제968조 제1항은 자필증서 유언의 방식으로 전문, 일자, 성명의 자서와 날인을 요구한다. 주소의 자서를 요구하지 않는 것 이외에는 우리 민법과 동일하다. 다만, 자필증서 중의 정정 기타 변경에 있어서는 유언자가 그 장소를 지시한 다음, 변경의 취지를 부기하고 이에 서명·날인할 것을 요구하여 우리 민법의 태도에 비하여 더욱 엄격하게 규정하고 있다. 일본에서는 정식문서에 날인을 압달하는 관습이 존재하여 왔으나, 자필증서 유언에 날인을 요구하는 것은 성명의 자서와 마찬가지로 유언자의 진의를 담보하는 기능이 있다고 한다.

(2) 대만

대만 민법은 제1890조에서 자필증서 유언은 전문을 자서하고, 연월일을 부기한 다음, 스스로 서명(簽名)하도록 하였다. 증감이나 고침, 삭제 시에는 변경한 곳과 그 자수를 표시하고 서명하도록 하였다.²⁴⁾

(3) 중화인민공화국

상속법 제17조에 의하면 자필유언은 유언자가 친필로 기재한 다음, 서명하고 연·월·일을 쓰도록 하였다.

(4) 독일²⁵⁾

23) 대법원 1998. 5. 29. 선고. 97다38503 판결(공 1998하 1751).

24) 대만 민법 제1890조(自書遺囑) 自書遺囑者應自書遺囑前文,記明年月日,並親自簽名. 如有增減,塗改,應註明增減塗改及處所及字數,另行簽名..

25) 이하의 내용은 김영희, '독일의 보통방식의 유언', 가족법연구 제15권 제1호(2001) 참조.

독일 민법 제2247조 제1항에서는 자필에 의한 유언의 기재²⁶⁾와 서명(Unterschrift)²⁷⁾을 요구하고, 제2항에서 작성 연·월일 및 유언 장소의 기재가 요구되기는 하지만 유언 장소와 일시가 흠결되어 그 효력에 대하여 의문이 있는 경우라도 다른 방법으로 그 하자가 치유되는 경우에는 유효하다고 하여 유효성이 인정될 수 있는 길을 터놓았다.

독일 민법상 서명(Unterschrift)은 유언자의 동일성 및 유언의사표시의 진정성을 확인하는 것 외에 유언자의 의사표시가 종료하였음을 보여주는 기능을 가지고 있으므로, 서명은 원칙적으로 유언 작성의 종료로서 유언전문²⁸⁾의 말미에 있을 것을 필요로 하며, 본문의 모두에 있는 경우(oberschrift)는 서명이 없는 것으로 보아 유언이 무효로 된다. 단, 문서의 말미에 서명할 수 있는 여백이 부족한 경우에는 지면의 세로여백에 서명할 수 있다. 또한 문서나 본문의 모두에 유언자가 자신의 이름을 스스로 명명하는 것은 서명으로 충분하지 않다고 한다. 독일 민법에서는 문서의 말미에 유언자가 자신의 성명을 종료함으로써 문서를 완전히 종료하고 그것을 자신의 서명으로 하려는 경우에만 유효한 것으로 하고 있다.

(5) 스위스, 오스트리아

스위스 민법 제505조 제1항은 자필에 의한 유언내용의 기재, 연월일의 기

26) 자필증서유언은 원칙적으로 손으로 작성하여야 한다. 그러나 장애인의 경우에는 입이나 발, 의수와 같이 보조수단을 사용할 수 있다. 제3자에 의해서 작성된 유언은 유언자가 참석하여 그의 의사와 지시에 따라서 이루어졌고, 유언자가 자필로 서명하였다고 하더라도 항상 무효이다. 자필의 경우에는 필체가 중요하기 때문에, 타이프라이터, 점자, 인쇄에 의해 작성된 경우 비록 유언자의 의사나 위임에 의한 것일지라도 자서하지 않은 것으로 되어 그 부분 또는 유언장의 전부가 무효로 된다. 이러한 필체는 자필증서 유언이 목적으로 하는 개별적인 필체를 증명할 수 없기 때문이다.

27) 이를 요구하는 취지는 첫째, 유언자의 자필서명에 의하여 유언 작성자의 명확한 확인을 가능케 하며(동일성의 확인), 둘째, 서명에 의하여 유언자의 의사표시의 완전성 및 그 의사가 종료되었음을 명백하게 하여 사후의 유언내용의 첨가에 의한 유언의 위조나 변조를 방지할 수 있다(종료의 명시). 서명은 원칙적으로 유언 작성의 종료로서 유언전문²⁸⁾의 말미에 있을 것을 필요로 하며 본문의 모두에 있는 경우에는 서명이 없는 것으로 보아 유언이 무효로 된다. 단, 문서의 말미에 서명할 수 있는 여백이 부족한 경우에는 지면의 세로 여백에 서명할 수 있다. 서명은 유언의 첨가에 의한 위조로부터 보호하는 기능이 있다.

28) BGHZ 113, 48;Staudinger-Baumann, §2247 Rdnr, 87, 김영희, 위 논문 참조.

제와 서명을 요구하며, 오스트리아 민법 제578조는 자필에 의한 유언의 기재와 서명을 요구한다. 유언 연월일과 유언장소의 기재는 불필요하나 분쟁의 예방을 위해서 유용하다고 규정하고 있다.

(6) 영국

영국 유언법 제9조에 의하면 유언은 서면으로 하여야 하고, 유언자가 직접 서명하든지 또는 그의 면전에서 다른 사람이 그의 지시에 의해 서명하여야 한다. 서명은 유언자가 유언서를 유효로 할 의도로 이루어져야 하고, 동시에 둘 또는 그 이상의 증인의 면전에서 이루어지거나 승인되어야 한다. 각각의 증인은 그 유언을 증명하고 서명하거나, 그의 서명을 유언자의 면전에서 승인하여야 한다.²⁹⁾ 이 때 서명은 성명의 각 영문 첫 글자나 도장에 압인된 것이라도 유효하다. 그러나 단순한 봉인 수준의 도장은 불충분하며, 적어도 유언자의 동일성을 확인할 수 있는 성명의 첫 글자나 무인 등이어야 한다. 서명은 유언자의 현존이나 지시를 전제로 제3자에 의하여 이루어질 수도 있다.

(7) 프랑스

프랑스 민법 제970조에 의하면 자필유언은 유언자가 자필로 전문을 기재하고 일자를 기입한 후 서명하지 않으면 효력이 없다.³⁰⁾

29) "No will shall be valid unless- (a) it is in writing, and signed by the testator, or by some other person in his presence and his direction; and (b) it appears that the tastator intended by his signature to give effect to the will; and (c) the signature is made or acknowledged by the testator in the presence of two or more witness present at the same time; and (d) each witness either-- (i) attests and signs the will; or (ii) acknowledges his signature, in the presence of the testator(but not necessarily in the presence of any other witness).

이 규정은 1982년의 Administration of Justice Act 제17조에 의해서 개정되어 1982. 12. 이후에 사망한 자들에게 적용되고, 특권부 유증자(privileged testators)나 정신이상자(mentally disordered patients)를 제외한 영국내의 모든 유언에 적용된다.

THEOBALD on WILLS, J.B. CLARK, SWEET&MAXWELL, LONDON, 1993. 44-45면 참조.

30) 김기영, '유언방식에 관한 비교법적 연구', 연세대학교 대학원 법학과 박사학위논문. 1993.

(8) 미국

자필증서 유언(holographic will)은 주로 대륙법계에서 인정되는 것으로, 미국의 경우 주(州)별로 1751년에 자필증서 유언방식을 채용한 버지니아주 계열의 지역과 대륙법계에 속하는 루이지애나 주의 영향을 받은 지역에 따라 방식이 약간 다르다. 전자의 형태는 통상 유언이 자필로 쓰여 졌다면 증인을 필요로 하지 않는다는 취지의 규정을 등에 지나지 않고 자필유언을 독립의 유언방식으로 규정하지 않음에 반하여, 후자는 이것을 특별한 유언방식으로서 규정하고 전문의 자서 외에 서명과 날짜를 요구하는 것이 일반적이다. 통일유산관리법전은 후자의 방식인 독자적인 자필증서 유언방식 채택하고 있으며 현재는 약 25개의 주에서 이 유언방식을 인정하고 있다.³¹⁾

라. 유언자의 진의 확보에 관한 민법학계의 학설과 판례의 검토

(1) 문제점

유언의 형식 엄격주의를 고수하게 되면 유증이 유언자의 진정한 의사에 기하여 이루어졌다는 것이 분명함에도 불구하고 방식의 흠결을 이유로 무효가 될 수 있어 유증자의 진정한 의사가 실현될 수 없게 되므로 구체적인 사안에 따라서는 요식성의 관철을 통한 법적 안정성과 유증자의 유언의 자유의 관철이라는 요청이 긴장관계에 놓일 수 있게 된다.³²⁾

이 문제와 관련하여 판례와 민법학계의 학설은 주로 유언의 방식을 규정한 민법조항들에 대한 법률해석을 통해 유언의 요식성 요건을 완화하여 유언의 유효성을 인정함으로써 유언자의 의사를 존중하여 줄 것인가의 문제로 접근하여 왔는바, 자필증서 유언에서 날인 요건이 흠결된 경우에 유언의 효력을 인정할 것인가에 관하여는 견해가 대립되어 있다.

(2) 유효설

① 국내의 학설

31) 김기영, '미국 유언법과 우리나라 유언법의 유언 방식에 관한 소고', 現代民法의 課題와 展望: 南松韓瑋熙博士 華甲紀念論文集, 719면, 남송 한봉희박사 화갑기념논문집 간행위원회 참조.

32) 김영희, '자필증서유언방식에 관한 제문제,' 가족법연구 제17권 제2호, 2003. 261면.

자필증서 유언에서 날인을 요구하는 목적은 유언서 작성자와 유언서 명의자의 동일성을 확보하고 유언이 그의 진의에 의한 것임을 밝히기 위해서인데, 이는 유언서 전문의 자서와 성명의 자서에 의하여 충분히 달성되므로 그 밖에 날인을 요구하는 것은 불필요하다고 한다. 오늘날에는 신용카드 거래 등 일상적인 금융 거래에서 서명만으로 처리하는 경향이 점차 확대되고 있으며 날인을 엄격하게 요청하는 현상이 점차 줄어들고 있으므로 이러한 현실에 비추어 날인의 요건을 엄격하게 해석하는 것은 시대에 역행하는 것이라는 것이다.

자필증서 유언에 있어서 날인을 요건으로 하는 것은 전문·일자·성명의 자서에 의하여 유언의 진정성이 확인된 후에 제2차적으로 확인하는 것에 지나지 않으며 날인의 요건을 다른 요건과 동일한 위치에서 볼 수 없는 것으로 날인이 없더라도 자필증서 유언은 유효하게 성립하는 것으로 해석하여야 한다고 한다.³³⁾

② 독일의 학설

독일의 학설 중에서도 유언의 방식 준수 여부가 문제될 때에는 그 법규정의 문언보다는 그러한 규정에 의하여 입법자가 달성하고자 하는 목적을 우선하여야만 한다는 전제하에, 어떤 유언이 자필증서 유언의 방식을 규정한 독일민법 제2247조의 문언에는 부합하지 않지만, 유언자의 진지성과 진정성이 증명될 수 있고, 또 그러한 흠을 가진 다른 유언도 마찬가지로 확실히 진정하고 중국적이며 진지한 것으로 간주할 수 있을 때에는 유효한 것으로 보아야 한다고 한다는 견해가 있다.³⁴⁾

③ 일본의 학설

자필증서 유언에 날인을 요구하고 있는 일본의 학설 중에서는 현재의 법분야에서 서명은 기명·날인을 포함하는 것으로 여겨지고 있고 특히 각종의 신분행위 등에 대하여 날인은 중요시하지 않고 자서만으로 족하며, 은행거래나 호적 취급례에서 성명의 자서를 중시하지 않고 성명의 기재와 날인의 완

33) 김영희, 위 논문, 284면.

34) 윤진수, 위 논문, 각주 28)에서 재인용. Stefan Grundmann, Favor Testamenti, Zu Formfreiheit und Formzwang bei privatschriftlichen Testament, AcP 187(1987), S. 433ff.

비로 족하다고 이해하고 있는 경우가 종종 있으므로, 자필증서에 의한 유언에 있어서도 날인을 요구하는 것은 오늘날의 법적 추세에 비추어 보아서는 타당하지 않으며, 입법론으로는 이를 폐지해야 하고 해석론으로는 이를 완화하여 해석하여야 한다는 견해가 있다.³⁵⁾

④ 일본의 판례

일본의 하급심 판례 중에는 날인이 흠결된 자필증서에 의한 유언이라도 유효하다고 본 사안이 있다.³⁶⁾ 또한 일본 최고재판소 판례 중에는 40년 동안 일본에 거주하다가 사망 3년 전에 일본에 귀화한 러시아 출신의 무국적 여성이 유언의 전문을 영어로 작성하고 서명만 한 채 날인 않은 경우에 위와 같은 유언도 유효하다고 한 판례가 있다.³⁷⁾ 위 사안의 항소심 판결이유

35) 新版, 註釋民法 제28권 相續(3), 有斐閣, 101면-102면.

36) 熊本地八次大判昭34・12・8下民集10・12・2576 기록 316, 323면 각 참조. 이 사안에서 피상속인은 방광암 수술 전 병상에서 증인 2인의 입회하에 자신이 직접 유언을 하고 이를 자필로 작성하여 밀봉 한 다음 인감과 함께 수유자에게 건내 주었고, 수술에 임한 뒤 3일 후 심장 쇠약으로 사망하였다. 판례는 자필증서에 따라서 유언을 함에 있어서는 유언장의 압인은 자필증서의 절대적 조건이고, 그것이 없는 유언서는 효력을 발생할 여지가 없는 것으로 이해한다면 날인이 없는 본건 유언서가 무효가 되는 것이지만, 이 사안의 경우에는 달리 볼 여지가 있다고 판단하면서, 다음과 같은 이유를 들고 있다. 법률이 일상생활을 규율하지 못하고 있는 현실에 비추어 볼 때, 방식의 결여가 유언자의 진의의 불명확을 초래하지 않은 한, 조문에 정한 방식을 완화하여 유언자의 진의를 존중할 필요가 있다. 인장의 사용이 중시되는 관행상 일반적으로 도장을 찍으면 본인의 의사를 명확히 표시하였다는 것으로 인정되는 바가 많지만, 유언자가 그 전문, 일자와 성명을 자서하고, 증거에 따라 유언자의 진의가 틀림없는 사정이 판명되는 한, 날인이 없다는 한 가지 이유만으로 유언자의 진의가 아니라고 해석하는 것은 타당하지 않다. 성명의 자서는 타인이 용이하게 모방하기 힘들며, 본인의 진의에 기초한 것이라는 것을 명확하게 해주기에 충분하며, 역으로 날인이야말로 타인에 의하여 용이하게 행해질 수 있는 가능성이 있다는 것을 고려하면, 성명의 자서에 더하여 날인을 엄격하게 요구하는 합리적인 근거는 없다.

37) 最判 1974(昭和49). 12. 24. (民集 28권 10集 2152) 이 사건 헌법소원심판청구서 제 13년의 각주 제1)에서는 이 판례를 자필증서에 의한 유언에 있어서 날인이 없는 유언서가 유효하다고 본 판례라고 소개하고 있다. 이외에도 자필증서에 의한 유언에 氏名(성명)의 자서를 요건으로 하는 것은 유언자가 누구인가를 명확하게 하려는 취지에서 나온 것이므로 연체나 반드시 氏名의 완비를 요하는 것은 아니라고 하여 吉川治郎兵衛 라는 사람이 “호 々治郎兵衛”라고 서명한 것도 유효하다는 판례가 있다 {大判 1915(大正4). 7. 3. 판결(民錄 21輯 1176), 昭和 48년(1973),} 또한 자필증서유언을 작성하면서 그 年號를 昭和 28년이라고 작성한 경우, “자필유언증서에 기재된 일자가 진실의 일자와 상위하더라도 그 오기인 것 및 진실한 작성일이 유언증서의 기재 그 밖의 것으로부터 용이하게 판명될 수 있을 때에는 위 일자의 잘

에 따르면, 문제되는 유언서에는 유언자의 날인이 없으나, 문서의 작성자를 표시하는 방법으로서 서명·날인을 하는 것은 일반적인 관행이고, 민법 제 968조에서 자필증서 유언에 날인을 필요로 한 것은, 위와 같은 관행을 고려한 결과로 해석되므로, 위 관행에 익숙하지 않은 자에게는 이와 같은 규정을 적용해야할 실질적인 근거가 없다고 판시하였다. 이와 같은 경우에는 위 관행을 따르지 않은 것에 수긍할 수 있는 이유가 있는지 어떤지, 날인을 결여함으로써 유언서의 진정에 위험을 야기할 만한 우려는 없는지를 검토하여야 한다고 하면서, 날인을 결여한 유언서라고 하더라도 요식성을 완화하여 유효하다고 해석할 여지를 인정하는 것이 진의에 근거한 유언을 무효로 하는 것을 피하려고 하는 입장에서 보면 타당한 태도라고 생각된다고 판시하고 있다. 38)

(3) 무효설

① 국내의 학설

국내의 유력설은 ‘자필증서유언에서 날인을 요구하고 있는 것은 그것이 단순히 유언의 초안에 불과한 것이 아니고 확정적인 유언임을 담보하는 의미를 가지기 때문이므로, 날인이 누락된 자필증서 유언의 효력을 인정하기는 어렵다’고 한다. 이 견해에 따르면, 날인이 흠결된 자필증서에 의한 유언이

못은 유언을 무효로 하는 것은 아니다.”라고 한 판례 {最判 1977(昭和 52). 11. 21. (家月 30·4·91)} 등이 형식 엄격주의의 원칙을 완화한 예로 제시된다.

38) 위 最判 1974(昭和49). 12. 24. (民集 28권 10集 2152)위 판결의 항소심(大阪高裁 昭和 48. 7. 12. 昭 47. 1496)판결은 다음과 같이 판시하였다. 이 사안의 경우 망 스테판 미치코는 1904년 러시아에서 태어난 슬라브 사람으로 18세에 일본에 와서 40년간 일본에 거주하였으나, 주로 영어와 러시아어를 사용하였고, 교제 상대방도 소수의 일본인을 제외하고는 유럽 사람들에 한정되고, 일상생활도 유럽의 양식에 따르고 있었던 것이 인정되므로, 동녀의 생활의식은 일반적인 일본인과는 좀 멀었다는 것이 추인된다. 따라서 동녀가 본건 유언서에 날인하지 않았던 것은 서명에 최상의 확실성을 인정한 구미인의 일반 상식에 따랐던 것으로 보는 것이 당연하고 날인을 하는 우리나라의 일반적인 관행에 따르지 않았던 것은 수긍해야 할 이유가 있다. 비록 동녀가 자기의 인감을 소유하고 부동산 처분 등에 사용하였다고 하더라도 이의 사용은 관청에서 제출한 서류 등 특히 상대방으로부터 날인을 요구한 것에 한정되고 그렇지 않은 화재보험계약서와 같은 경우에는 일본 국적의 취득 후에도 날인을 하지 않고 서명을 하였던 것이 인정된다. 또한 서구의 문자에 의한 서명이 한자에 의한 서명에 비하여 위조·변조가 곤란한 것은 주지의 사실이므로, 날인을 요구하지 않더라도 유언서의 진정을 해칠 우려가 적은 것은 당연하다.

유효하다고 하는 것은 법규정에 어긋나며, 이와 같이 법규정에 어긋나는 해석을 법이 요구하는 목적이나 입법자의 의사를 가지고 정당화할 수는 없다고 한다.³⁹⁾

② 일본의 학설

일본에서도 일본 민법이 명문으로 날인을 유언 성립의 요건으로 하고 있는 이상 날인이 없는 유언을 해석에 의하여 유효로 하는 것은 무리이고 다만, 일본에 귀화한 백계 러시아인이 서양식의 생활을 유지하면서 날인의 이용은 관공서에의 제출서류 등에만 그쳤던 경우에 한하고 일상생활에서는 거의 서명에 의하여 처리하였던 특별한 사정이 있는 경우에만 예외를 인정할 수 있을 것이라고 하는 견해⁴⁰⁾가 지배적이라고 한다. 날인이 없는 유언의 효력을 긍정하는 견해는 일반적으로 보았을 때 오히려 소수설에 가깝고, 소수설이 근거로 삼는 판례 또한 앞서 설명한 바와 같이 유언자의 특수한 사정을 감안한 것으로서 일반화하기 어렵다는 견해가 오히려 다수설이라는 것이다.⁴¹⁾

③ 독일의 학설

독일에서도 유언의 방식 준수 여부가 문제될 때에는 그 법규정의 문언보다는 그러한 규정에 의하여 입법자가 달성하려는 목적을 우선하여야 한다는 견해는 일반적으로 잘 받아들여지지 않는다고 한다.⁴²⁾

39) 윤진수, 위 논문, 제10면.

40) 윤진수, 위 논문, 제10면. 泉 久雄, “方式違背遺言の效力”, 家族法の 研究, 平成 11(1999), 153면 이하, 加藤永一, “遺言書の 署名・押印・契印”, 遺言の判例と法理, 1990, 112면 이하. 여기서도 날인이 법정의 방식인 이상 그와 같이 간단히 무시할 수는 없다고 한다.

41) 윤진수, 위 논문, 제10면, 각주 44) 참조. 加藤永一(註 39), 新版 註釋民法(28), 補訂版(2003), 102면.

42) 윤진수 위 논문 10면, 각주 45), 37), 28) 각 참조. 독일의 판례는 Stefan Grundmann, Faveur Testamenti, Zu Formtheit und Formzwang bei privatschriftlichen Testament, AcP 187(1987), S. 433ff. 참조. 즉, 이러한 견해가 원용하고 있는 판례는 특별한 사안에 있어서의 한계상황으로서 이해하여야 하고, 피상속인의 이익을 위한 하자의 치유를 위한 지침으로 이해할 수는 없으며, 표의자의 사망 후에 비로소 효력을 발생하는 의사표시인 유언은 법정상속인 또는 유언에 의하여 지정된 상속인의 보호를 위하여 명확한 방식의 요건에 의하여 법률적으로 의미가 없는 사자(死者)의 표시와는 구분되어야 한다는 점에서 이러한 견해에 따를 수 없다는 것이다

(4) 대법원 판례

대법원은 방식을 흠결한 유언 일반에 관하여 ‘민법 제1065조 내지 제1070조가 유언의 방식을 엄격하게 규정한 것은 유언자의 진의를 명확히 하고 그로 인한 법적 분쟁과 혼란을 예방하기 위한 것이므로, 법정된 요건과 방식에 어긋난 유언은 그것이 유언자의 진정한 의사에 합치하더라도 무효라고 하지 않을 수 없다.’는 입장을 견지하고 있다.⁴³⁾ 다만, 봉투에 유언자의 주소를 자서하고 유언 전문 말미에 무인으로 날인한 경우 자필증서에 의한 유언으로서 유효하다고 본 판례가 있다.⁴⁴⁾

자필증서에 날인이 아예 흠결된 경우의 유언의 유효성에 관해서는 이 사건의 당해사건인 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006다25103, 25110 판결에서 최초로 다루어졌는데, 대법원은 ‘민법 제1065조 내지 제1070조가 유언의 방식을 엄격하게 규정한 것은 유언자의 진의를 명확히 하고 그로 인한 법적 분쟁과 혼란을 예방하기 위한 것이므로, 법정된 요건과 방식에 어긋난 유언은 그것이 유언자의 진정한 의사에 합치하더라도 무효라고 하지 않을 수 없고, 민법 제1066조 제1항은 “자필증서에 의한 유언은 유언자가 그 전문과 연월일, 주소, 성명을 자서하고 날인하여야 한다.”라고 규정하고 있으므로, 유언자의 날인이 없는 유언장은 자필증서에 의한 유언으로서의 효력이 없다’고 하여 유언의 유효를 주장한 독립당사자참가인의 상고를 기각하였다.

마. 관련 기본권과 위헌심사기준

(1) 관련 기본권

43) 대법원 2006. 3. 9. 선고 2005다57899 판결(공 2006상, 586).

44) 자필증서에 의한 유언은 유언자가 그 전문과 연월일, 주소, 성명을 자서하고 날인하여야 하는바(민법 제1066조 제1항), 유언자의 주소는 반드시 유언 전문과 동일한 지면에 기재하여야 하는 것은 아니고, 유언증서로서 일체성이 인정되는 이상 그 전문을 담은 봉투에 기재하더라도 무방하며, 그 날인은 무인에 의한 경우에도 유효하고, 유언증서에 문자의 삽입, 삭제 또는 변경을 함에는 유언자가 이를 자서하고 날인하여야 하나(민법 제1066조 제2항), 증서의 기재 자체로 보아 명백한 오기를 정정함에 지나지 아니하는 경우에는 그 정정 부분에 날인을 하지 않았다고 하더라도 그 효력에는 영향이 없다(대법원 1998. 5. 29. 선고 97다38503판결, 공 1998하, 1751).

(가) 우리 헌법의 재산권 보장은 사유재산의 처분과 그 상속을 포함하는 것으로 이해되고 있으므로 유언에 있어서 방식을 요구하고 이러한 방식을 준수하지 않았을 경우에 그 효력을 부인하는 것은 피상속인의 재산권인 소유권의 처분권능을 제한하는 것이 된다.⁴⁵⁾ 헌법재판소는 구 상속세법(1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되기 전의 것) 제9조 제1항이 피상속인의 상속인 등에 대한 상속 개시 전 일정 기간 이내의 생전증여의 효력을 실질적으로 부인하고 과세의 대상으로 삼은 것은 피상속인의 재산처분의 자유를 과도하게 제한 것으로 재산권을 침해하여 위헌이라고 보았다.⁴⁶⁾ 유증의 경우에도 설사 피상속인의 유증의 의사가 진정한 것이라고 하더라도 그 방식에 따르지 아니하면 유증의 효력이 부인되어 그 의사를 관철할 수 없게 되는데, 경제적으로 볼 때 상속인 등에 대한 생전증여는 유증과 같은 기능을 수행하는 것이므로 유언에 의한 처분의 자유는 피상속인의 생전증여에 의한 처분과 마찬가지로 헌법상 재산권의 보호를 받아야 할 것이다.⁴⁷⁾

다른 한편 유언은 단순한 재산권 처분의 기능 이외에도 사적 자치의 실현이라는 의미도 가지며, 이 점에서 유언의 자유는, 또 다른 사적 자치의 실현 수단인 계약의 자유와도 공통된 점을 가지고 있다. 계약의 자유는 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생된 일반적 행동자유권에 근거를 두고 있는바, 계약의 체결 여부, 계약 내용의 선택, 계약 방식 등에 대해서 당사자 자신이 자기의사로 결정하는 자유가 인정된다. 유언의 경우에도 유언을 할지의 여부 및 그 내용과 방식의 선택이 기본적으로 개인의 자유로운 의사결정에 맡겨져 있다고 한다면, 그 방식을 제한하는 것은 헌법 제10조의 일반적 행동의 자유를 제한하는 것이라고 할 수 있다. 다만, 유언 중에서도 재산적 이익을 증여하는 유증의 법적성질은 단독행위로서 자신이 소유한 재산에 대한 처분의 자유에 대한 측면, 즉 재산권과 더욱 밀접한 관련이 있다는 점이 지적된

45) 이에 대한 국내의 논의로는 윤진수, 상속제도의 헌법적 근거, 헌법 논총 제10집 (1999), 178면-180면 참조. 유언의 자유는 계약 자유와 소유권 절대를 바탕으로 하는 근대 사회의 소산으로 개인의사에 의한 재산 처분의 자유가 상속법의 영역에서 나타나는 것이 유언의 자유라고 한다는 견해(곽윤직, 상속법, 개정판, 박영사, 제221면)도 이러한 입장과 일맥상통하는 것으로 볼 수 있다.

46) 헌재 1997. 12. 24. 96헌가19 등, 판례집 9-2, 762.

47) 윤진수, 위 논문, 179면 참조.

다.⁴⁸⁾

한편, 헌법재판소는 상속제도 또는 상속제도와 관련된 결정에서 ‘사적 자치권’을 관련 기본권으로 보는 판시를 한 경우가 있었다. 상속인이 상속개시 있음을 안 날로부터 3월 이내에 한정승인이나 포기를 하지 아니한 때에는 단순승인을 한 것으로 보았던 구 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호) 제1026조 제2호가 상속인의 재산권과 사적자치권을 침해하였다고 하여 헌법불합치 결정(헌재 1998. 8. 27. 96헌가22등, 판례집 10-2, 339, 357 참조)을 하였고, 상속회복청구권의 행사기간과 관련하여, 구 민법(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되기 전의 것) 제999조에서 준용되는 제982조 제2항에서 상속회복청구권의 행사기간을 “상속 개시일로부터 10년”으로 제한한 것이 상속인의 재산권과 행복추구권 내지는 사적자치권, 재판청구권을 제한하는 것으로서 기본권 제한의 한계를 일탈하여 위헌(헌재 2001. 7. 19. 99헌바9 등, 판례집 13-2, 1, 11 참조)이라고 판시하였으며, 구 민법(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되기 전의 것) 제999조에 의하여 준용되는 제982조 제2항 중 “그 침해를 안 날로부터 3년”부분은 상속인의 재산권, 사적자치권, 재판청구권을 침해하지 아니하였다고 하여 합헌으로 판단하였다(헌재 2004. 4. 29. 2003헌바5, 509, 516).

그런데 이와 같은 사적 자치권은 ‘상속재산에 관한 자기결정권’을 의미하는 것으로 보이나 그 구체적인 내용 및 보호범위에 대해서는 별다른 논의가 없고, 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생되는 일반적 행동자유권 이외에 별도의 독자적인 기본권으로 볼 수 있는지 의문이 제기된다. 따라서 본 결정에서는 일반적 행동자유권을 관련 기본권으로 보아 판단한 것이라고 할 것이다.

(나) 관련 기본권에 관한 독일의 판례와 학설

1) 독일의 판례와 학설에서는 유언의 자유를 1차적으로 헌법상 기본권인 상속권에 의해서 보장되는 기본권의 하나로 보고 있다. 여기서 상속권이란 함은 일견 상속받을 자의 권리만을 의미하는 것으로 보일 수도 있으나, 상속인 특히 임의적 상속인의 권리는 피상속인의 유언의 자유를 전제로 하는 것

48) 윤진수, 위 논문 참조.

이므로 피상속인의 유언의 자유도 기본법상의 상속권에 의해서 보호되는 것으로 보고 있다.⁴⁹⁾

2) 또한 유언은 단순한 재산권 처분의 기능 이외에도 사적 자치의 실현이라는 의미도 가지기 때문에 유언의 자유는 독일 기본법 제2조 제1항에서 도출되는 일반적인 자유권에도 근거를 두고 있다고 본다.⁵⁰⁾

(2) 위헌심사기준

(가) 일반론

유언의 자유가 헌법 제23조 제1항, 헌법 제10조 등에 의해서 보장되는 헌법상의 기본권이라고 할 때 이 사건에서 어떠한 심사기준을 적용할 것인지 문제된다. 특히 유언의 자유는 주로 재산권의 내용과 한계를 형성하는 헌법 제23조 제1항에 의하여 보장되는데, 이와 관련하여 다양한 심사기준이 제시된 바 있다.⁵¹⁾

판례는 형성적 법률유보의 취지에 따라 입법재량의 한계 일탈여부만을 문제 삼은 사안⁵²⁾, 입법형성에 있어서 사익과 공익을 합리적으로 조화시킨 것인지 여부를 기준으로 심사한 사안⁵³⁾와 과잉금지원칙 위반여부를 심사한 사

49) 독일 기본법 제14조 제1항 제1문은 “소유권과 상속권은 보장된다. 내용과 한계는 법률에 의하여 규정된다(Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt).”라고 하여 우리 헌법과는 달리 상속권을 명문으로 보장하고 있다. 재산권자가 자신의 사망 이후에도 자신의 생각대로 생전의 재산을 처분할 수 있는 법적 가능성을 의미하는 유언의 자유(Testierfreiheit)는 기본법 제14조 제1항이 헌법적으로 보장하고 있는 상속권의 핵심적 내용에 해당한다는 것이 연방헌법재판소와 연방민사법원(BGH) 및 학설의 일치된 견해이다. Münchener Kommentar. Bürgerliches Gesetzbuch, Erbrecht. 14-18 면, von Münch/Kunig(Hrsg.).

자신의 재산을 유산으로 남기고자 하는 피상속인의 권리는 특수한 보장이 결여된 경우에는 어찌피 사유재산권 보장의 구성요소로서 간주되어야 한다고 한다. 독일의 학설에 따르면, 기본법 제14조 제1항이 헌법적으로 보장하고 있는 상속권은 세 가지의 중요한 내용으로 구성되어 있는데, ① 사인상속권(상속재산에 대한 국가지분이 허용되지 않는다는 원칙), ② 유언의 자유, ③ 가족상속권(법적 상속권, 유류분)이 그것이다 (독일 기본법 주해서 제1권 III, 헌법재판소 2006 번역본, 223면 참조).

50) MünchKomm-Leipold. Einleitung vor §1922, Rdnr.18d., 윤진수, 위 논문 각주 15)에서 재인용.

51) 이명용, 재산권의 위헌심사기준-판례의 재검토, 2007. 2. 연구관세미나 자료 참조.

52) 현제 1993. 7. 29. 92헌마20, 판례집 5-2, 36, 46, 52 참조.

53) 현제 2000. 6. 1. 98헌마216, 판례집 12-1, 622; 현제 2000. 6. 29. 98헌마36, 판례집

안 등 구체적인 사안별로 다양한 심사기준을 도입하고 있는 것으로 보인다.⁵⁴⁾

특히 상속권이나 상속제도가 문제된 사안에 있어서는 상속제도나 상속권의 내용은 입법자가 입법 정책적으로 결정하여야 할 사항으로서 원칙적으로 입법자의 입법형성의 영역에 속하는 것으로 보면서도, 입법자가 상속제도와 상속권의 내용을 정함에 있어서 입법형성권을 자의적으로 행사하여 헌법 제37조 제2항이 규정하는 기본권제한의 입법한계를 이탈하여서는 안 된다는 취지의 판시가 있다(헌재 1998. 8. 27. 96헌가22 등, 판례집 10-2, 339, 356 ; 헌재 2001. 7. 19. 99헌바9 등, 판례집 13-2, 1, 11 등 참조).

(나) 과잉금지 원칙에 따른 심사

자필증서에 의한 유언의 방식을 정한 민법 제1066조 제1항은 실질적으로 유언자의 사후 상속인과 수증자 사이에서 상속재산의 귀속을 정하는 기능을 주로 담당하게 되지만, 기본적으로는 유언자의 소유권의 핵심적인 권능인 자유로운 처분권한을 일정한 방식의 설정을 통하여 제한하는 측면 있음을 부인하기 어렵다.

자필증서 유언이 유언자의 날인을 결여한 경우에는 설사 그 진의에 부합한다고 하더라도 민법 제1060조에 의하여 무효가 되고, 그 결과 법정상속분에 따라 상속이 이루어지게 된다면, 유언자는 자기가 원하는 바대로 상속재산을 처분할 수 없게 되므로, 상속재산의 귀속에 관한 자기 결정권을 제한 받게 되므로 기본권 제한의 한계에 관한 헌법 제37조 제2항에 따른 심사를 한 것이다.

2. 이 사건 법률조항 중 날인 부분의 위헌 여부에 관한 검토

(가) 민법 제1066조 제1항은 유언자의 사망 후 그 진의를 확보하고, 상속 재산을 둘러싼 이해 당사자들 사이의 법적 분쟁과 혼란을 예방하여 법적 안

12-1, 869, 881-882; 헌재 2005. 7. 21. 2004헌바57, 판례집 17-2, 58, 64; 헌재 2006. 11. 30. 2003헌바66, 공보 122, 1355; 헌재 2006. 3. 30. 2005헌마337, 판례집 제18권 1집 상, 417-426 등 참조.

54) 헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 407-408; 헌재 1999. 4. 29. 선고 94헌바37, 판례집 제11- 1, 289 등 참조.

정성을 도모하고 상속 제도를 건전하게 보호하기 위한 것으로서 그 입법목적은 이를 수궁할 수 있다.

(나) 입법자는 위와 같은 입법 목적을 달성하기 위하여 유언에 대하여 엄격한 형식을 구비할 것을 요구하고 있는 것으로 특히, 자필증서 유언은 가장 간이한 방식의 유언이나 증인이나 제3자의 관여를 요구하지 않아 위조나 변조의 위험성이 상대적으로 크고 유언자의 사후 본인의 진의를 객관적으로 확인하는 것이 어려우므로 방식을 구비할 것을 요구하는 것 자체는 적절한 수단이다.

(다) ① 동양문화권인 우리나라에는 법률행위에 있어서 인장을 사용하는 전통과 관습이 존재하였다. 특히 사문서에 있어서 인장은 주로 의사표시의 주체와 문서를 매개하여 의사표시의 진정성을 확보하고 문서가 문서작성자에 의하여 작성되었다는 것을 징표하는 기능을 해 왔으며, 의사의 최종성을 표현하고 문서의 완결을 징표하는 수단으로 관행적으로 사용되어 왔다.⁵⁵⁾ 그 예로서 민사소송법 제358조의 사문서의 진정의 추정, 인감증명법상 인감 증명제도의 등을 들 수 있다.

② 성명의 자서 내지 서명은 주로 서구에서 개인의 인적 동일성을 징표하는 수단으로 사용되어 왔던 것으로, 우리나라에서도 법률생활에 있어서 서명으로 개인의 인적 동일성을 징표하는 관행이 점차 보편화 되어가고 있는 것은 사실이지만 청구인이 주장하는 바와 같이 서명의 관행이 날인의 관행을 완전히 대체하였다는 점이 충분히 입증되었다고 하기는 어려우며, 거래계의 일반적 관행상으로 서명이 의사의 최종성과 문서의 완결성을 표현하는데 충분한 수단이라고 인식되고 사용되고 있다고 할 수는 없을 것이다.

③ 나아가 유언자로서는 무인을 통하여 인장을 쉽게 대체할 수 있어 이 사건 법률조항이 유언자가 접근할 수 없는 불가능한 방식을 요구하는 것이라고 할 수 없고, 민법은 자필증서 유언 이외에도 다양한 방식의 유언을 마련하고 있으므로 유언자로서는 자필증서에 의한 유언 이외에도 다른 방식의 유언을 선택하여 유증을 할 수 있는 기회가 열려 있다.⁵⁶⁾ 또한 외국인의 경

55) 우리나라에서 서명과 날인을 중복적으로 요구하는 경우는 주로 공문서 대하여 그 작성자(관결서 등) 또는 회합참가자(회의록 등)를 명확히 하고자 하는 취지인 경우가 많은 것으로 조사된다.

우 법령의 규정에 의하여 서명날인하여야 할 경우에 서명만으로써 이에 대신할 수 있다고 규정하여 유언자가 외국인인 경우에 서명으로 대체할 수 있도록 하여 구체적인 타당성을 도모하고 있다.

(바) 이 사건 법률조항은 자필증서 유언의 방식을 엄격하게 하여 유언자의 사후 발생하기 쉬운 법적 분쟁과 혼란을 예방하고 사유재산제도의 근간이 되는 상속 제도를 건전하게 보호하고자 하는 공익을 추구하는 것으로서, 사익인 유언자의 유언의 자유가 제한되는 정도와 종합적으로 비교하였을 때 그 달성하고자 하는 공익이 더욱 크다고 할 것이므로 법익의 균형성도 갖추었다.

(사) 따라서 이 사건 법률조항은 헌법 제23조에 의하여 보장되는 유언자의 재산권과 헌법 제10조에 의해서 보장되는 일반적 행동자유권을 제한함에 있어 헌법 제37조 제2항에 위반되어 유언자의 유언의 자유를 침해하고 있다고 볼 수 없다.

3. 이 사건 법률조항 중 주소 부분의 위헌 여부

(1) 합헌의견(법정의견)의 취지

이 사건 법률조항 중 주소 부분에 관한 입법목적은 정당하고, 자필증서에

56) 그러므로 ① 유언자가 문자를 알지 못하고 쓸 줄도 모르는 경우에는 유언자가 음향의 녹음장치나 기계를 이용하여 유언의 취지와 성명 그리고 본인의 유언이 틀림없다는 것과 증인이 자신의 성명을 구술하여 녹음함으로써 녹음에 의한 유언을 하거나(민법 제1067조), 유언자가 공증인과 2인의 증인 앞에서 유언의 취지를 구수(口授), 즉 말로 전하여 주고, 공증인이 그가 들은 것을 기재한 증서를 작성한 다음 작성한 증서를 유언자와 증인에게 읽어 주어서 그들의 승인을 얻어 그 뜻을 증서에 기재한 후에 공증인·유언자·증인이 각자 증서에 서명 또는 기명날인함으로써 성립하는 공정증서에 의한 유언을 할 수 있다(민법 제1068조). ② 유언자가 문자를 읽을 수는 있으나 쓸 줄은 모르는 경우에는 유언의 취지와 그 필자를 적어 넣은 증서를 유언자가 봉투에 넣어서 엄봉·날인하고, 이를 2인 이상의 증인에게 자기의 유언서임을 밝히고, 아울러 그 봉투에 일정사항을 기재하여, 유언자·증인 각자가 서명 또는 기명날인한 후에, 일정한 기간 내에 확정일자를 받음으로써 성립하는 비밀증서에 의한 유언을 할 수 있다(민법 제1069조). ③ 유언자가 급박한 사유로 인하여 이미 설명한 네 가지의 방식에 의한 유언을 할 수 없는 경우는, 2인 이상의 증인이 참여하는 경우에 그 중의 1인에게 유언의 취지를 구수(口授)하여 필기·낭독케 하여 유언자와 증인이 그 필기가 정확함을 승인한 후, 각자 서명 또는 날인함으로써 성립하는 구수증서에 의한 유언(민법 제1070조 제1항)을 할 수 있다.

의한 유언은 가장 간이한 방식의 유언이지만 증인이나 제3자의 관여를 요구하지 않아 위조나 변조의 위험성이 상대적으로 크고 유언자의 사후 본인의 진의를 객관적으로 확인하는 것이 어려우므로 엄격한 형식을 구비할 것을 요구하는 것으로, 성명의 자서로 유언자의 인적 동일성이 1차적으로 특정될 것이지만 동명이인의 경우에는 유언자의 주소가 그 인적 동일성을 확인할 수 있는 간편한 수단이 될 수 있을 뿐만 아니라 전문, 성명의 자서에다 주소의 자서까지 요구함으로써 유언자로 하여금 보다 신중하고 정확하게 유언의 의사를 표시하도록 하기 위한 것이므로, 주소의 자서를 요구하는 것은 위와 같은 입법목적에 달성할 수 있는 적절한 수단이다.

자필증서에 의한 유언에서 자서를 요구하는 주소는 유언자의 생활의 근거가 되는 곳이면 되고(민법 제18조 제1항), 반드시 주민등록법에 의하여 등록된 곳일 필요가 없으므로⁵⁷⁾, 자필증서에 의한 유언을 할 정도의 유언자라면 쉽게 이를 기재할 수 있을 뿐만 아니라, 주소의 기재는 반드시 유언전문과 동일한 지면에 하여야 하는 것은 아니며, 유언증서로서의 일체성이 인정되는 이상 주소는 유언증서를 담은 봉투에 기재하여도 무방하므로⁵⁸⁾, 유언의 자유에 대한 침해의 최소성을 충족할 수 있다⁵⁹⁾.

민법은 자필증서에 의한 유언 이외에도 다양한 방식의 유언을 마련하고 있으므로 유언자로서는 다른 방식의 유언을 선택하여 유증을 할 수 있는 기회가 열려 있고 사인증서를 통하여 자신의 의사를 관철할 수 있는 방법도 있다. 따라서, 자필증서에 의한 유언에 있어서 주소의 자서를 요구하는 것은 기본권침해의 최소성 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

이 사건 법률조항 중 주소 부분은 자필증서에 의한 유언의 방식을 엄격하게 하여 유언자의 사후에 발생하기 쉬운 법적 분쟁과 혼란을 예방하고 사유

57) 김주수, 앞의 책, 206면; 김영희, 앞의 논문, 276면.

58) 대법원 1998. 5. 29. 선고 97다38503 판결, 대법원 1998. 6. 12. 선고 97다38510 판결, 당해 사건 판결인 대법원 2007. 10. 25. 선고 2006다12848 판결 등

59) 각주 7), 8)의 인천지법 1992. 10. 9. 선고 91가합17999 판결, 서울지법 2001. 2. 20. 선고 99가합85201 판결 등의 판시내용과 같이, 다른 요건을 모두 갖추고 주소의 기재만을 빠뜨린 경우에도 유언자의 진의를 존중하여 그 유언을 유효로 보게 된다면, 이로써도 유언의 자유에 대한 침해의 최소성을 충족할 수 있을 것이다. 다만, 이에 대하여는 앞서 본 바와 같이 헌법합치적 법률해석의 한계를 넘는다는 강력한 비판이 있다.

재산제도의 근간이 되는 상속제도를 건전하게 보호하고자 하는 공익을 추구하는 것으로서, 사익인 유언자의 유언의 자유가 제한되는 정도와 종합적으로 비교하였을 때 그 달성하고자 하는 공익이 더욱 크다고 할 것이므로 법익의 균형성도 갖추었다.

따라서 이 사건 법률조항 중 ‘주소’ 부분은 헌법 제23조에 의하여 보장되는 유언자의 재산권과 헌법 제10조에 의해서 보장되는 일반적 행동자유권을 제한함에 있어 헌법 제37조 제2항을 위반하였다고 할 수 없다.

(2) 재판관 조대현의 한정위헌 의견의 취지

유언 자필증서에 유언자의 주민등록번호 기타 유언자를 특정할 수 있는 기재가 있는 경우에도 민법 제1066조 제1항 중 ‘주소’ 부분을 적용하여 유언 자필증서의 효력을 부인하는 것은 헌법에 위반된다는 의견을 개진하였다.

(3) 위헌의견의 취지

(가) 재판관 이동흡, 송두환의 의견

재판관 이동흡, 송두환은 이 사건 법률조항 중 주소 부분의 입법목적의 정당성은 인정하였으나, 동명이인의 경우에도 그 내용에 의하여 누구의 유언인지를 쉽게 확인할 수 있을 것이라는 점 등에 비추어 보면 주소의 기재를 요구하는 그 목적달성을 위한 적절한 방법이라고 볼 수 없으며, 주소의 기재가 없는 자필증서 유언의 경우에도 다른 증거 등에 의하여 유언작성자를 밝힐 수 있는바 유언 자체를 무효로 하면서까지 주소의 기재를 요구할 이유는 없다는 점에서 침해의 최소성 원칙에도 위반된다고 보았다. 또한, 유언자의 사후에 법적 분쟁과 혼란을 예방하고 사유재산제도의 근간이 되는 상속제도를 건전하게 보호하고자 하는 공익은 전문의 자서와 서명에 의해서도 충분히 달성할 수 있는 것임에 반하여, 주소의 자서가 흠결되면 이 사건 유언은 무효가 되고 유언자의 진의가 관철될 여지는 전혀 없게 될 것이므로, 자필증서에 의한 유언에서 주소의 자서를 추가로 요구하는 것은 침해되는 법익과 보호되는 공익 사이에 현저한 불균형을 초래하고 있어 법익균형성의 원칙에도 위반된다고 보았다. 따라서 이 사건 법률조항 중 주소 부분은 헌법 제37

조 제2항의 과잉금지의 원칙에 위반되는 것이고, 이와 같은 위헌성은 일부 하급법원의 판결례에서와 같이 다른 요건을 모두 갖추고 주소의 기재만을 빠뜨린 경우에 유언자의 진의를 존중하여 그 유언의 유효성을 인정하는 방법으로 명문의 법 규정에 어긋나는 법 해석을 통하여 해결될 수 있는 문제가 아니므로, 이 사건 법률조항 중 ‘주소’ 부분은 헌법에 위반된다는 견해를 밝혔다.

(나) 재판관 김종대의 의견

재판관 김종대는 이 사건 법률조항 중 날인 부분에 관하여 이미 2006헌바82 결정에서 위헌 견해를 밝혔으며, 주소 부분에 대해서는 위 단순위헌 의견과 같은 의견을 개진하였다.

4. 2006헌바82, 2007헌바128 결정의 의의

위 결정들은 자필증서에 의한 유언의 방식이 유언자의 유언의 자유를 제한함에 있어서 기본권 제한의 한계를 일탈하였는지 여부에 관한 최초의 결정이다.

특히 일부 하급법원의 판결례에서와 같이 유언의 요건을 일부 흠결한 경우에 법률해석을 통하여 유언의 유효성을 인정하여 형식 엄격주의의 문제점을 보완하고자 하는 접근방식은 헌법합치적 해석의 범위를 넘어서 법률의 문언에 어긋나는 재판을 허용하는 것이 될 수 있는바, 위헌법률심사를 통하여 자필증서에 의한 유언의 유효요건을 규정한 법조항의 위헌 여부가 정면으로 다투어진 사례라고 할 것이다.

위 결정은 유언의 최종성에 비추어 자필증서에 의한 유언에 있어서 유언자의 사후 발생할 수 있는 법적인 분쟁과 혼란을 예방하고 사유재산제도의 근간이 되는 상속제도를 건전하게 보호하고자 하는 공익이 유언자의 유언의 자유를 제한하는 정도에 비하여 더욱 크다고 보았다.

2006헌바82 결정과 관련하여 인감증명 제도 등 인장 사용의 관행을 징표하는 제도의 개선이 논의되고 있고 서명의 사용이 빈번해지고 있는 것도 사실이나 이 결정에서는 적어도 기록에 현출된 자료 및 행정자치부 등에 대한 사실조회 결과, 인감증명제도가 존치하고 있는 현실 등에 입각할 때 우리나라

라의 법률생활에서 서명이 인장을 대체할 만큼 널리 사용되고 있다고 보기 어렵다고 판단한 것으로 볼 수 있다.

온천법 제2조 등 위헌소원

- 행정청이 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판의
청구인적격을 가지는지 여부를 중심으로 -
(헌재 2008. 4. 24. 2004헌바44, 판례집 20-1상, 453)

장 순 욱*

【판시사항】

1. 행정소송의 피고나 그 보조참가인인 행정청이 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판을 청구할 수 있는지 여부(적극)
2. 온천을 정의하고 있는 구 온천법 제2조의 위헌 여부(소극)
3. 시장·군수가 온천개발계획을 수립하지 아니하는 경우에 시·도지사가 시장·군수에게 일정한 기간 내에 온천개발계획을 수립하도록 이행명령을 하여야 하고, 시장·군수가 그 이행명령도 이행하지 아니한 때에는 온천의 우선이용권자가 직접 온천개발계획의 수립 및 승인신청을 할 수 있도록 규정한 구 온천법 제7조 제1항 단서가 시장·군수의 지방자치권을 침해하거나 지방자치제도의 본질적인 내용을 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

구 온천법(2000. 1. 12. 법률 제6119호로 개정되고, 2001. 1. 26. 법률 제6390호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 온천법’이라 한다) 제2조 및 제7조 제1항 단서의 위헌 여부

제2조(정의) 이 법에서 “온천”이라 함은 지하로부터湧출되는 섭씨 25도

* 헌법연구관

이상의 온수로서 그 성분이 인체에 해롭지 아니한 것을 말한다.

제7조(온천개발계획) ① 제3조 제1항의 규정에 의하여 온천지구가 지정된 때에는 관할 시장·군수는 대통령령이 정하는 기간내에 온천개발계획을 수립하여 시·도지사의 승인을 얻어야 한다. 다만, 시장·군수가 온천개발계획을 수립하지 아니한 때에는 그 기간이 만료된 날부터 15일 이내에 시·도지사가 6월 이내의 기간을 정하여 서면으로 그 이행을 명하여야 하며, 시장·군수가 그 기간내에 이를 이행하지 아니한 때에는 당해 온천공이 있는 토지소유자로서 제18조의 규정에 의하여 온천의 우선 이용을 허가받을 수 있는 자(이하 “온천의 우선이용권자”라 한다)가 온천개발계획을 수립하여 시·도지사의 승인을 얻을 수 있다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인은 울진군수로서 온천법상 온천개발계획수립의무자인데, 1993. 3. 10. 경북 울진군 근남면 수곡리 산 144 토지에서 온천공이 발견되어 1996. 5. 23. 수곡리 일대 지역이 ‘성류온천지구’로 지정되었음에도 온천개발계획을 수립하지 아니하였고, 경상북도지사의 온천개발계획수립 및 승인신청 이행명령에도 응하지 아니하였다.

이에 온천우선이용권자인 온천개발회사는 구 온천법 제7조 제1항 단서에 따라 온천개발계획을 수립하여 경상북도지사에게 승인신청을 하였으나 경상북도지사가 승인을 거부하는 처분을 하자 경상북도지사를 상대로 위 불승인 처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하여 제1심에서 승소하였고, 경상북도지사가 이에 불복하여 항소하였다.

청구인은 위 항소심 계속중 경상북도지사를 위하여 보조참가하고 구 온천법 제2조 및 제7조 제1항 등에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 위 항소심 법원이 이를 기각하자 온도 기준만으로 온천을 정의하고 있는 구 온천법 제2조와 온천개발계획의 수립과정에서 지방자치단체를 배제하고 있는 구 온천법 제7조 제1항 단서가 위헌이라는 이유로 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장, 법원의 위헌제청신청 기각이유 및 이해관계인의 의견 요지

가. 청구인 주장의 요지

(1) 법 제2조에 대하여

용존물질의 함량, 부존량, 채수가능량 및 하루 용출가능량 등에 대한 명확한 규정 없이 온도 기준만으로 온천을 정의함으로써 무분별한 온천개발을 조장하여 인근지역의 자연환경을 훼손시키고, 과도한 온천수 사용으로 인하여 인근 지하수가 고갈됨으로써 국토의 균형 있는 개발을 방해하는 결과를 가져오며, 인근 주민들이 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 침해하고 있으므로, 위 조항은 국민의 환경권과 환경보전을 위한 국가의 의무를 규정 한 헌법 제35조 제1항, 국토와 자원의 균형 있는 개발 및 보전에 관한 국가의 의무를 규정한 헌법 제120조 제2항, 제122조, 국민의 행복추구권을 규정 한 헌법 제10조 및 헌법에 열거되지 아니한 권리도 경시되어서는 아니된다는 헌법 제37조 제1항에 위배된다.

(2) 법 제7조 제1항 단서에 대하여

온천개발의 주체가 지방자치단체임에도 불구하고 개발업자에게 온천개발 주체로서의 지위를 부여하고, 나아가 지방자치단체가 공익적 이익형량에 기초하여 온천개발을 반대할 경우에 온천개발계획에서 지방자치단체를 배제하는 것은 지방자치를 보장하고 있는 헌법 제117조 제1항에 위배될 뿐만 아니라 지방자치제도의 본질적인 내용을 침해하는 것이어서 헌법 제37조 제2항에도 반한다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유의 요지

(1) 법 제2조에 대하여

온천법의 입법목적은 온천에 대한 적절한 보호와 온천의 효율적인 개발·이용을 도모함으로써 공공의 복리증진에 이바지하려는 것인바, 온천의 개념을 어떻게 정의할 것인지는 입법적 재량에 속하고, 법 제2조의 온천 개념이

명백히 자의적이거나 불합리하다고 볼 수 없다.

(2) 법 제7조 제1항 단서에 대하여

이는 시장·군수가 온천개발계획승인의 신청권을 독점함으로써 신속한 온천개발이 저해되는 등 온천개발권자의 재산권 행사가 지연 내지 곤란하게 되는 것을 방지하고, 시장·군수에 대한 상급관청의 감독권을 발동할 수 있는 제도적 장치를 보완하고, 재산권과 관련한 사익과 공익의 적절한 조화점을 모색하기 위하여 헌법상 허용된 필요하고도 합리적인 제한을 정한 것이므로, 지방자치단체의 자치권을 침해한 것이라고 할 수 없다.

다. 행정자치부장관의 의견요지

(1) 법 제2조에 대하여

법 제2조가 정하고 있는 온천의 정의는 우리나라의 자연환경, 수자원실태 등 제반여건을 감안하여 개념을 정리한 것으로 이는 입법적 재량에 속한다. 온천개발 과정에서 발생할 우려가 있는 환경오염이나 자원고갈 등의 문제는 온천발견신고의 수리과정이나 온천개발을 위한 토지굴착허가과정에서 고려하도록 하고 있다.

(2) 법 제7조 제1항 단서에 대하여

법원의 위헌제청신청 기각이유와 대체로 같은 취지이다.

【결정요지】

1. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판은 구체적 규범통제의 헌법소원으로서 기본권의 침해가 있을 것을 그 요건으로 하고 있지 않음 뿐만 아니라 행정처분에 대한 소송절차에서는 그 근거법률의 헌법적합성까지도 심판대상으로 되는 것이므로, 행정처분의 주체인 행정청도 헌법의 최고규범력에 따른 구체적 규범통제를 위하여 근거법률의 위헌 여부에 대한 심판의 제청을 신청할 수 있고, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 제기할 수 있다.

2. 무엇을 온천으로서 개발하고 보호할 것인지는 입법자가 추구하는 입법

목적에 따라 정책적으로 결정해야 할 사항이고, 온천에 대한 ‘정의 규정’ 자체에 의하여 무분별한 온천개발이나 그로 인한 폐해가 생긴다고 보기 어려울 뿐만 아니라 구 온천법 및 그 하위 법규의 관련규정들은 온천을 국가자원으로서 효율적으로 개발·이용하도록 하면서도 무분별한 온천개발로 인한 폐해를 최소화하는데 필요한 다양한 재량권을 행정청에게 부여하고 있으므로, 온천을 정의하고 있는 구 온천법 제2조는 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

3. 시장·군수가 온천개발계획을 수립하지 아니하는 경우에 시·도지사가 시장·군수에게 일정한 기간 내에 온천개발계획을 수립하도록 이행명령을 하여야 하고, 시장·군수가 그 이행명령도 이행하지 아니한 때에는 온천의 우선이용권자가 직접 온천개발계획의 수립 및 승인신청을 할 수 있도록 규정한 구 온천법 제7조 제1항 단서는 시장·군수가 온천개발계획 수립에 관한 직무를 이행하지 아니하는 경우에 시·도지사가 시장·군수를 감독할 수 있도록 하고, 시장·군수가 상급 지방자치단체인 시·도지사의 이행명령에도 불응하는 경우에 비로소 시장·군수의 권한을 배제시키고 온천우선이용권자가 온천개발계획을 수립하여 시·도지사의 승인을 받도록 하고 있으므로, 위 조항이 시장·군수의 지방자치권한을 침해한다거나 지방자치제도의 본질적인 내용을 침해한다고 보기 어렵다

【해설】

1. 이 사건의 쟁점 및 검토의 범위

이 사건의 주된 쟁점은 적법요건으로서 행정소송의 피고 또는 그 보조참가인인 행정청이 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 제기할 청구인적격을 갖추고 있는지 여부이고, 본안에서는 온천법상 온천개발계획을 수립할 의무가 있는 시장·군수가 그 계획을 수립하지 않았고, 시·도지사의 계획수립에 관한 이행명령에도 응하지 않은 경우에 온천의 우선이용권자에게 직접 온천개발계획을 수립하여 그 승인신청을 할 수 있도록 규정한 구 온천법 제7조 1항 단서가 지방자치제도의 본질을 침해하는지 여부가 쟁점이 되었다.

이하에서는 위 쟁점들을 차례로 검토하기로 한다¹⁾.

2. 행정청이 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판을 청구할 수 있는지 여부

가. 문제의 소재

우리 헌법이 법치주의 즉, 국가가 국민의 자유와 권리를 제한하거나 국민에게 새로운 의무를 부과하는 때에는 국회가 제정한 법률에 의하거나 법률에 근거가 있어야 하고, 또 법률은 국민만이 아니고 국가권력의 담당자도 규율한다는 원리를 지향하고 있다는 점에 대하여는 의문이 없다.²⁾ 행정에서의 법치주의의 반영이 법치행정인바, 법치행정의 원칙은 기본적으로 행정활동에 대한 국민의 법적 안정성(Rechtssicherheit)의 요청이고, 또 다른 하나는 행정활동에 대한 민주적 통제 요청이다. 전자는 행정활동이 항상 사전에 정해진 추상적·일반적인 법규범에 따라 행해져야 한다는 요청으로서, 자의적 행정활동으로 인해 국민의 생활질서가 혼란에 빠지는 일이 없도록 예측가능성(Berechenbarkeit)을 확보하자는 국민적 요청이며, 후자는 행정활동이 국민의 민주적 통제 없이 이루어져서는 안 되며, 그 통제의 수단은 법적 안정의 필요성으로부터 요구되는 일반적·추상적 법규범인 동시에 국민의 대표기관인 의회가 특정의 절차와 형식으로 표현한 의사표시인 법률일 것을 요청한다.³⁾

이와 같은 법치행정의 관점에서, 이 사건에서와 같이 처분의 주체인 행정청이 행정소송 단계에서 처분의 근거법률에 대하여 위헌을 주장하고 나아가 법원이 위헌법률심판제청 신청을 받아들이지 아니한 경우에 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 청구할 수 있는지 여부가 문제된다. 관련 쟁점과 함께 아래에서 차례로 검토한다.

1) 이 사건 심판대상 조항에는 온천의 정의를 규정한 구 온천법 제2조도 포함되어 있으나, 대상결정의 위 조항에 대한 판단 부분은 정의규정 자체에 의하여는 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생길 수 없다는 재판소 선례를 재차 확인하면서 부연 설시를 하고 있을 뿐이어서 독자적인 검토의 실익이 크다고 할 수 없으므로, 이 글의 검토 대상에서는 제외한다.

2) 김칠수, 헌법학개론, 제15전정신판, 194면; 홍정선, 행정법원론(상), 제11판, 41면 참조

3) 천병태, 법치행정 예외로서의 부분사회론, 고시연구 23권 7호(268호)(1996. 6.) 43-58면

나. 행정청이 행정소송의 원고가 될 수 있는지 여부

행정청이 재결에 불복하여 행정소송을 제기할 수 있는지의 문제인바, 이 점에 관하여 대법원은 다음과 같은 이유로 부정적이다. “국가가 행정감독적인 수단으로 통일적이고 능률적인 행정을 위하여 중앙 및 지방행정기관 내부의 의사를 자율적으로 통제하고 국민의 권리구제를 신속하게 할 목적의 일환으로 행정심판제도를 도입하였는데, 심판청구의 대상이 된 행정청에 대하여 재결에 관한 항쟁수단을 별도로 인정하는 것은 행정상의 통제를 스스로 파괴하고, 국민의 신속한 권리구제를 지연시키는 작용을 하게 될 것이다. 그리하여 행정심판법 제37조 제1항은 ‘재결은 피청구인인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다’고 규정하였고, 이에 따라 처분행정청은 재결에 기속되어 재결의 취지에 따른 처분의무를 부담하게 되므로 이에 불복하여 행정소송을 제기할 수 없다 할 것이며, 그렇다고 하더라도 위 법령의 규정이 지방자치의 내재적 제약의 범위를 일탈하여 헌법상의 지방자치의 제도적 보장을 침해하는 것으로 볼 수는 없다고 할 것이다.”⁴⁾

위 판결에 대하여는, 지방자치단체의 장이 한 처분에 대하여 중앙행정기관이 재결청이 되는 경우와 같이 처분청과 재결청이 별개의 법주체에 소속되어 있고, 그 재결의 대상이 자치사무인 경우에는 위 판결에서 말하는 행정의 자기통제가 아니라 외부적 통제에 해당하므로 처분청에 재결에 대한 불복을 허용한다 하여 행정상의 통제를 스스로 파괴하는 것으로 볼 수 없고, 국민의 신속한 권리구제의 요청과 지역공동체의 이익은 조화되어야 할 가치이지 전자를 이유로 후자가 위법하게 훼손되어서는 아니되며, 재결청의 재결이 언제나 정당성을 담보하는 것은 아니므로 재결에 대하여 피청구인인 지방자치단체의 행정청이 다룰 수 있는 가능성을 완전히 배제하는 것은 법치행정의 원리에 반한다는 이유로 이에 반대하는 유력한 견해도 제시되었다⁵⁾.

4) 대법원 1998. 5. 8. 선고 97누15432 판결

5) 홍정선, 행정심판의 피청구인으로서 지방자치단체의 원고적격, 지방자치법연구 7권 1호(통권 13호); 김용섭, 재결의 기속력의 주관적 범위를 둘러싼 논의, 인권과 정의 제354호; 박정훈, 지방자치단체의 자치권을 보장하기 위한 행정소송, 지방자치법연

한편 헌법재판소는 1999. 7. 22. 선고 98헌라4 결정에서 재결청의 직접처분에 대한 지방자치단체의 권한쟁의심판청구를 허용하고 직접처분이 인용재결의 범위를 넘어 지방자치단체의 권한을 침해하였다는 이유로 무효임을 확인한 바 있다. 이는 재결 자체에 대한 것은 아니지만, 직접처분이 인용재결의 부수적 조치라는 점에서 재결의 기속력에도 불구하고 지방자치단체가 이에 불복하여 소송을 제기할 수 있음을 시사하는 것이라고 볼 여지도 있다 할 것이다.

다. 행정청이 처분의 근거조항에 대하여 위헌 주장을 할 수 있는지 여부

(1) 행정처분 단계

행정청은 행정처분 단계에서 처분의 근거가 되는 법률조항이 위헌이라는 이유로 처분을 거부할 수는 없다고 할 것이다. 그 근거는 위에서 본 법치행정의 원리에서 찾을 수 있다. 행정청이 위헌을 이유로 처분을 거부할 수 있다면, 국민은 행정청이 자신의 신청에 대하여 어떻게 대응할 것인지 알 수 없으므로 예측가능성과 법적 안정성이 훼손되고 이는 법치주의에 심대한 타격을 줄 것이기 때문이다.

(2) 행정심판 단계

행정청이 다른 사유를 내세워 거부처분을 한 후, 행정심판 단계에서 처분의 근거법률이 위헌이라는 주장을 하는 것도 허용되지 않는다고 보아야 한다. 행정심판위원회는 처분의 위법성과 부당성만을 심사할 수 있을 뿐⁶⁾, 법률의 합헌성에 대한 심사권이 위헌법률심판 제청권이 없기 때문이다.

(3) 행정소송 단계

행정소송 단계에서, 특히 행정청이 피고로서 처분의 근거법률이 위헌이라

구 1권 2호 참조

6) 행정심판법 제1조(목적) 이 법은 행정심판절차를 통하여 행정청의 위법 또는 부당한 처분 그밖에 공권력의 행사·불행사 등으로 인한 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고, 아울러 행정의 적정한 운영을 기함을 목적으로 한다.

는 주장을 할 수 있을까? 행정소송 단계에서 이를 허용하는 것은 행정처분 단계에서도 동일한 사유로 거부처분을 하는 것이 가능하다는 것을 전제로 하는데 위에서 본 바와 같이 그 전제가 성립하지 않으므로 허용될 수 없다는 견해가 있을 수 있으나, 반드시 그렇게 볼 것은 아니라 할 것이다.

이 점은 법원이 행정청의 위헌 주장을 받아들이지 않을 경우 행정청이 헌법소원을 제기할 수 있는지 여부와 동일한 맥락에서 검토될 수 있을 것이고, 이 점이 대상결정의 핵심 쟁점이므로 항을 바꾸어 자세히 살펴보기로 한다.

라. 행정청이 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원을 제기할 수 있는지 여부

권리구제형 헌법소원인 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원은 기본권의 주체가 될 수 있는 자만이 청구인이 될 수 있다. 그리하여 헌법재판소는 국가기관 등이 헌법소원심판을 제기한 사건에서 국가나 국가기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 기본권의 ‘수범자(Adressat)’이지 기본권의 주체로서 그 ‘소지자(Träger)’가 아니고 오히려 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 ‘책임’과 ‘의무’를 지니고 있는 지위에 있을 뿐이라고 판시하여 국가기관 등 공법인의 기본권 주체성을 부정한 바 있다(헌재 1994. 12. 29. 93헌마 120, 판례집 6-2, 477, 480-481; 헌재 1998. 3. 26. 96헌마345, 판례집 10-1, 295, 300-301 등 참조).

마. 행정청이 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 제기할 수 있는지 여부

(1) 문제의 소재

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원은 구체적인 사건에 관하여 법률의 위헌 여부가 재판의 전제로 되었을 경우에 당해사건 법원에 위헌법률심판제청을 신청하였다가 기각당한 당사자가 그 법률의 위헌 여부를 심판받기 위하여 청구하는 것으로 위 조항은 청구인적격에 관하여 ‘법률의 위헌여부심판의 제청신청이 법원에 의하여 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자’라고만 규정하고 있을 뿐이어서 범문상 행정소송의 피고인 행정청도 위 조항에서 말

하는 ‘당사자’에서 제외되어 있지 않다.

그러나 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원도 같은 조 제1항의 헌법소원과 마찬가지로 권리구제형 헌법소원으로 본다면 기본권 주체성이 부정되는 행정청에 대해서 그 청구인적격을 인정하기는 어려울 것이다.

따라서 행정청이 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 제기할 수 있는지 여부를 따져 보기 위해서는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원이 같은 조 제1항의 헌법소원과 동일한 성격을 가지는지 여부가 먼저 검토되어야 한다.

(2) 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원의 법적 성격

(가) 학계의 견해

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원의 법적 성질과 관련하여 학계에서는 ① 헌법재판소법 제68조 제1항은 독일과 달리 법원의 재판을 헌법소원 대상에서 제외하면서 다만 같은 조 제2항에서 법률의 위헌여부심판의 제청 신청에 대하여 법원이 각각한 경우에 예외적으로 그 각각재판에 대하여 헌법소원을 청구할 수 있도록 규정하고 있으므로, 동조 제2항의 본질은 헌법소원으로 보아야 한다는 견해, ② 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원은 법문상의 ‘헌법소원심판’이라는 명칭에도 불구하고 구체적 규범통제를 위한 위헌법률심판으로 보아야 한다는 견해⁷⁾, ③ 헌법소원과 위헌법률심사의 성격을 동시에 가진다는 견해⁸⁾가 있으나, 위헌법률심판의 성질을 갖는다고 보는 견해가 다수설로 보인다⁹⁾.

(나) 헌법재판소의 선례

헌법재판소는 초기의 일부 결정에서 헌법재판소법 제68조 제1항과 제2항의 헌법소원을 동질적인 것으로 파악하여 같은 사건부호(‘헌마’)를 부여하고,

7) 허영, 헌법소송법(박영사, 2009), 202면; 김철수, 헌법학개론 제19전정심판(박영사, 2007), 1721면; 정종섭, 헌법소송법(박영사, 2008), 257면

8) 권영성, 헌법학원론(법문사, 2006), 1541면; 성낙인, 헌법학 제7권(2007, 법문사), 1145면; 이명웅, 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원제도, 헌법논총 12집, 315-320면 참조

9) 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원의 성질에 대한 자세한 논의에 대하여는 김학성, 위헌심사형 헌법소원에 관한 연구, 강원법학 제11권, 48-54면 참조

동일한 적법요건으로 심사한 사례가 있으나¹⁰⁾, 1990년 이후 일관되게 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 법원이 제청하는 위헌법률심판과 함께 구체적 규범통제의 한 유형으로서 파악하고 있다.

즉 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원에서는 같은 조 제1항의 헌법소원과 달리 심판청구의 적법성의 판단에서 위헌법률심판과 마찬가지로 재판의 전제성 유무를 심사하고, 1991년부터는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원에 독자적인 사건부호(‘헌바’)를 부여하고 있으며, 1994. 4. 28. 선고한 89헌마221 결정¹¹⁾에서는 명시적으로 양 심판청구의 요건과 대상이 다르다고 판시하였다. 위 결정에서 “헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판은 주관적 권리구제의 헌법소원으로서 개별적인 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 청구할 수 있음에 대하여, 동법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판은 구체적 규범통제의 헌법소원으로서 동법 제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 법원에 의하여 기각된 때에 그 신청을 한 당사자가 헌법재판소에 제청신청이 기각된 법률의 위헌여부를 가리기 위한 헌법소원심판을 청구하는 것으로서, 동법 제68조 제1항과 동조 제2항에 규정된 헌법소원은 그 심판청구의 요건과 그 대상이 각기 다르다.”고 판시함으로써 양 심판청구를 구분하였고¹²⁾, 나아가 1997. 11. 27. 선고 96헌바60 결정에서는 “헌법재판소법 제68조 제2항에 규정된 헌법소원심판은 그 본질이 위헌법률심판과 다를 바 없으므로, 그 적법요건으로서 ‘재판의 전제성’의 요건을 갖추지 아니하면 구체적 규범통제로서의 심판이익을 상실하여 부적법하게 되고, ……”라고 하여 그 법적 성격을 명확히 규정하였다.

10) 헌재 1989. 9. 29. 89헌마53, 판례집 1, 302, 304; 헌재 1989. 12. 18. 89헌마32 등, 판례집 1, 343, 347

11) 판례집 6-1, 239, 257

12) 헌법재판소법의 규정을 보면 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원에는 위헌법률심판절차에 관한 규정들이 거의 그대로 적용된다. 즉 심판청구의 기재사항(71조 2항), 심판의 대상, 인용결정 및 그 효력(75조 6항 및 7항), 주문의 표시, 심판의 절차(73조 2항 2호, 74조 2항) 등에서 위헌법률심판절차와 동일하다. 한편 동법 제68조 제2항의 헌법소원심판을 청구한 경우에 같은 항 단서에 의하여 그 당사자는 당해사건의 소송절차에서 동일한 사유를 이유로 다시 위헌여부심판의 제청을 신청할 수 없도록 하는 것도 위헌법률심판절차의 성질을 가지고 있기 때문이다.

대상결정에서도 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판은 ‘구체적 규범통제의 헌법소원’임을 명시하고 있다.

(3) 행정청의 청구인적격¹³⁾

(가) 대상결정 이전의 헌법재판소 선례 및 논의 상황

이와 같이 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원의 법적 성격을 학계의 다수 견해와 헌법재판소 선례는 위헌법률심판과 마찬가지로 구체적 규범통제로 보고 있으므로, 행정청이 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 제기할 수 있는지의 문제도 이 점을 전제로 하여 검토되어야 한다.

헌법재판소는 지방의회가 청구한 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원 사건¹⁴⁾에서 위 사건이 헌법재판소법 제68조 제2항의 구체적 규범통제에 의한 헌법소원심판청구라는 이유로 기본권의 침해가 전제되어야 한다는 이해관계인의 주장을 배척하고 본안판단에 나아간 바 있으나, 행정청이 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 제기할 수 있는지 여부에 대하여 명시적으로 판단한 선례는 없었다.

이 점에 관하여 대상결정 이전에 일부 학자의 견해 표명이 있기는 하였으나¹⁵⁾ 학계나 실무계에서 본격적으로 논의된 적이 없었던 것으로 보이고, 헌

13) 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판의 청구인과 관련하여 헌법소원능력과 청구인적격을 구별하고 있는데, 기본권 주체가 될 수 없는 공법인 또는 그 구성부분인 국가기관에 대하여는 헌법소원능력이 없다고 한다(허영, 전게서, 341-345면; 정종섭, 전게서, 578-584면 참조). 따라서 동조 제2항의 헌법소원의 경우에도 헌법소원능력(청구인능력)과 청구인적격을 구별할 필요가 있으나 실무상 명백히 구분되지 않고 있으므로, 이하에서는 양자를 포괄하는 의미로 사용하기로 한다.

14) 헌재 1998. 4.30. 96헌바62, 판례집 10-1, 380, 384; 이 사건은 인천광역시장이 인천광역시의회를 상대로 대법원에 제기한 재의결무효확인소송(96추22)에서, 인천광역시의회가 그 재판의 전제가 되는 지방세법 제9조에 대한 위헌심판제청신청을 하였다가 기각된 후 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원을 제기한 사건이다. 지방자치법상 기관소송으로는 위 재의결무효확인소송(지방자치법 제159조) 이외에도 지방자치단체와 감독기관 사이의 기관소송(지방자치법 제157조)이 규정되어 있는데, 이러한 기관소송의 경우 그 소송 중에 위헌주장을 하고 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 제기하도록 허용하더라도 법치행정과 권력분립 원칙에 배치되는 측면은 크지 않다고 할 것이다.

15) 정재황 교수는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원의 경우 기본권 침해를 이유로 한 헌법소원이 아니므로 기본권 주체가 아니더라도 그 신청 또는 청구가 가능하다는 이유로 긍정설의 입장을 취하고 있고(헌법재판개론(2003년, 박영사),

법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원제도는 재판소원을 배제하고 있는 우리 헌법소원제도의 결함을 일부 보완하는 기능을 가진 것으로서 외국에서 그 유례를 찾기 힘든 독특한 헌법재판절차이므로 위 쟁점과 관련한 외국의 입법례나 실무례도 찾아볼 수 없다.

(나) 상정가능한 견해

1) 부정설

① 위에서 본 바와 같이 헌법재판소 판례상 행정청은 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원은 제기할 수 없는데, 만약 같은 조 제2항에 의한 헌법소원을 허용하게 되면 사실상 같은 조 제1항에 의한 헌법소원을 허용하는 것이나 다를 것이 없게 된다. 즉 행정청은 우선 처분의 근거법률이 위헌이라는 이유로 행정처분을 거부한 후 행정소송 단계에서 법원에 위헌법률심판제청신청을 하고, 그 신청이 기각되면 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 제기할 수 있게 되는데, 이는 행정청으로 하여금 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원을 제기할 수 없도록 한 취지를 몰각시키는 것이다.

② 처분 단계에서 근거법률이 위헌이라는 이유로 처분을 거부할 수 없는 행정청으로서 행정소송 단계에서도 동일한 주장을 할 수 없다고 보아야 한다. 결국 행정청은 설사 처분의 근거법률에 위헌의 의심이 있다 하더라도 그 법률을 적용하여 행정처분을 하여야 하고, 이는 권력분립의 원리상 불가피한 것이다. 만약 수익적 법률이 위헌인 경우라면 그로부터 배제된 국민이, 침익적 법률이 위헌이라면 행정처분의 대상이 된 국민이 각 위헌제청신청 또는 헌법소원심판을 통하여 위헌적 법률의 폐지를 구할 수 있다.

만약 행정청이 법률의 위헌을 이유로 법률의 적용을 거부할 수 있도록 한다면, 국민의 법적 안정성과 권력분립의 이념이 크게 훼손되어 법치주의의 근간이 흔들릴 우려가 있으므로 이를 허용하지 아니함이 상당하다.

③ 국가공무원법¹⁶⁾과 지방공무원법¹⁷⁾은 법령준수의무를 규정하고 있는데,

645-646면), 박정훈 교수는 지방자치단체의 자치권을 침해하는 법률에 대하여 지방자치단체가 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 청구하는 데 문제가 없다고 한다(박정훈, 행정소송의 구조와 기능(2006년, 박영사) 348면 참조).

16) 제56조 (성실의무) 모든 공무원은 법령을 준수하며 성실히 직무를 수행하여야 한다.

17) 제48조 (성실의 의무) 모든 공무원은 법규를 준수하며 성실히 그 직무를 수행하여

행정청이 스스로 처분의 근거되는 법률에 대하여 위헌 주장을 하는 것은 위 각 법령준수의무에 위반된다.

2) 긍정설

① 위에서 본 바와 같이 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원의 본질은 기본권 주체의 권리구제절차인 같은 조 제1항의 헌법소원과 달리 구체적 규범통제로서의 위헌법률심판절차라는 데 있으므로 그 청구인적격을 기본권 주체에 한정할 필요가 없고, 양 심판청구가 그 성격을 달리하는 이상 행정청으로 하여금 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 제기할 수 있게 하더라도 같은 조 제1항의 헌법소원을 제기할 수 없도록 한 취지가 몰각된다고 할 수 없다.

② 행정청이 처분 단계에서 근거되는 법률이 위헌임을 이유로 처분을 거부하는 것은 허용될 수 없다고 하더라도, 행정소송의 피고로서 근거법률에 대한 위헌 주장을 하고 나아가 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 제기하는 것은 법집행을 거부하는 것이 아니라 실질적 법치주의를 구현하기 위한 것이므로 법치행정이나 권력분립원칙에 배치된다고 볼 수 없고, 관련 공무원의 법령준수의무에 위반된다고 볼 수도 없다.

(다) 검토

긍정설에 대하여는 처분행정청에 대하여 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원이라는 소송수단을 인정함으로써 결과적으로 국민의 신속한 권리구제를 지연시키는 부작용이 생길 수 있다는 점, 특히 처분 단계에서는 다른 이유를 들어 처분을 거부하였다가 소송단계에서 위헌주장을 하는 경우에는 실질적으로는 처분 단계에서도 근거법률의 위헌을 이유로 처분을 거부하는 것과 비슷한 결과가 초래된다는 문제점이 지적될 수 있다.

그러나 구체적 규범통제는 모든 국가기관이 위헌인 법률을 적용하여서는 아니된다는 ‘헌법의 우위’에 기초하고 있는 것이므로, 행정소송의 당사자인 행정청에 대하여 소송절차에서 법률에 대한 위헌주장을 하지 못하게 할 만한 근거나 명분을 발견하기 어렵고, 오히려 구체적 규범통제라는 위헌법률심사제도의 기능과 역할을 강화하기 위하여는 행정청도 헌법재판소법 제68조

제2항의 헌법소원을 제기할 수 있다고 보아야 한다.

바. 행정소송의 보조참가인의 지위

항고소송의 경우 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 처분 등을 행한 행정청¹⁸⁾이 피고가 된다(행정소송법 제13조, 제38조). 국가 또는 공공단체의 소속기관에 불과한 행정청 자체는 독자적인 권리의무의 귀속주체가 될 수 없으나, 행정소송법은 당사자의 소송수행상의 편의를 도모하고자 기관에 불과한 행정청에 대하여 피고로서의 당사자능력과 당사자적격을 인정한 것이다.¹⁹⁾

위와 같이 피고적격을 가지는 처분행정청 이외에 당해 처분에 관계되는 다른 행정청의 경우 행정소송법 제17조에 의하여 소송참가를 할 수 있는데, 참가행정청에 대하여는 소송수행상 보조참가인에 준하는 지위를 부여하고 있다. 이 사건에서 청구인인 울진군수는 이러한 소송참가에 의하여 당해 사건에서 피고 행정청을 위한 보조참가인으로서 소송수행을 한 것이다.

한편 헌법소원심판의 경우 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도 내에서 민사소송에 관한 법령의 규정과 행정소송법이 준용되므로(헌법재판소법 제40조), 처분행정청도 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한 헌법소원능력과 청구인적격이 인정된다²⁰⁾.

따라서 이 사건에서 당해 사건에 보조참가한 청구인도 피고와 마찬가지로 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 제기할 수 있다 할 것이다.

3. 법 제7조 제1항 단서의 지방자치권 침해 여부

가. 대상결정은 위 쟁점에 관하여, 위 조항은 시장·군수가 시·도지사의

18) 행정소송법에는 행정청에 관한 개념정의를 하고 있지 않지만 행정절차법 제2조 제1호는 ‘행정청’이라 함은 행정에 관한 의사를 결정하여 표시하는 국가 또는 지방자치단체의 기관 기타 법령 또는 자치법규에 의하여 행정권한을 가지고 있거나 위임 또는 위탁받은 공공단체나 그 기관 또는 사인을 말한다 고 개념정의하고 있다.

19) 주석 행정소송법(박영사, 2004), 424면 참조

20) 헌법재판소는 당해사건의 보조참가인에 대하여 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원의 당사자적격이 인정된다고 판시한 바 있다(헌재 2003. 5. 15. 2001헌바98, 판례집 15-1, 534, 543)

감독권에 근거한 이행명령에도 불응한 경우에 보충적으로 온천우선이용권자로 하여금 온천개발계획을 수립할 수 있도록 한 것이므로 시장·군수의 지방자치권이나 지방자치제도의 본질적인 내용을 침해한 것으로 볼 수 없다고 함으로써 비교적 간략히 청구인의 주장을 배척하였다.

비록 결정이유에 명시되어 있지는 않지만, 위 쟁점과 관련하여 지방자치권이나 지방자치제도의 본질에 관한 검토가 전제되어야 하므로 아래에서 간략히 살펴본다.

나. 헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”고 규정하여 지방자치를 제도적으로 보장하고 있다. 지방자치제도의 헌법적 보장은 한마디로 국민주권의 기본원리에서 출발하여 주권의 지역적 주체로서의 주민에 의한 자기통치의 실현으로 요약할 수 있고, 이러한 지방자치의 본질적 내용인 핵심영역 즉 자치단체의 보장, 자치기능의 보장, 자치사무의 보장은 어떠한 경우라도 입법 기타 중앙정부의 침해로부터 보호되어야 한다는 것을 의미한다(헌재 1998. 4. 30. 96헌바62, 판례집 10-1, 380, 384).

그러나, 이러한 헌법상의 자치권의 범위는 법령에 의하여 형성되고 제한되며, 다만 지방자치단체의 자치권은 헌법상 보장을 받고 있으므로 비록 법령에 의하여 이를 제한하는 것이 가능하다고 하더라도 그 제한이 불합리하여 자치권의 본질을 훼손하는 정도에 이른다면 이는 헌법에 위반된다고 보아야 할 것이다(헌재 2002. 10. 31. 2002헌라2, 판례집 14-2, 378, 385-386 참조).

다. 청구인은 법 제7조 제1항 단서가 온천의 우선이용권자에게 온천개발계획의 수립 및 승인신청권을 부여함으로써 기초단체장인 청구인을 배제한 것이 지방자치제도의 본질을 훼손한 것이라고 주장한다.

그러나 제도적 보장으로서의 지방자치는 헌법 제117조 제1항이 예정하고 있듯이 그 제도의 구체적인 내용과 형태의 형성권이 입법자에게 폭넓게 유보되어 있으므로, 입법자는 국민의 공공복리의 관점에서 지방자치단체의 자치사무의 범위를 조정할 수 있다.

이 사건의 경우, 온천개발과 관련하여 그 개발계획을 수립하고, 승인신청을 할 수 있는 권한을 기초자치단체장에게 전속적으로 부여하는 것이 지방자치제도의 본질적인 내용에 속하는 것이라 보기 어려울 뿐만 아니라 법 제7조 제1항 단서는 온천개발계획의 수립 및 그 승인신청권이 일차적으로 시장·군수에게 있음을 규정한 같은 항 본문을 전제로, 다만 시장·군수가 그와 같은 계획수립 및 승인신청권한을 행사하지 아니하고, 나아가 개발계획을 수립하라는 시·도지사의 이행명령에도 불응할 경우에 비로소 효율적인 온천개발의 촉진과 온천의 우선이용권자의 재산권 행사를 보호하기 위하여 보충적으로 우선이용권자에게 온천개발계획의 수립 및 승인신청권을 부여하면서 그 경우에도 상급 지방자치단체인 시·도지사의 승인을 얻도록 하고 있다. 이는 지방자치단체의 자치권과 온천의 효율적인 개발을 통한 공공의 복리증진과 개인의 재산권행사의 보장이라는 상충의 여지가 있는 이해관계를 조정하기 위한 것으로 입법자에게 유보된 형성영역에 속한다고 할 것이다.

뿐만 아니라 위에서 본 바와 같이 지방자치가 헌법상 제도적으로 보장된다는 헌법적 함의가 지방자치의 본질적 내용이 입법 기타 중앙정부의 침해로부터 보호된다는 데에 그 핵심이 있다는 점에 비추어 보면, 위 단서 조항과 같이 지방자치단체의 장이 법에서 명한 의무를 이행하지 아니함으로써 주민의 재산권 행사와 온천개발이라는 공공의 이익이 침해를 받게 된 경우에 당해 주민에게 지방자치단체의 장을 대신하여 개발계획을 수립하고 승인을 신청하게 한 것은 중앙정부의 통제에 의하여 지방자치단체의 자치권을 침해하는 것이 아니라 오히려 주권의 지역적 주체로서의 주민에 의한 자기 통치를 실현하기 위한 보완장치라 볼 수 있을 뿐 청구인이 주장하는 과잉금지 원칙이나 비례원칙을 위반하여 지방자치권을 침해한 입법이라 할 수 없다.

따라서, 구 온천법 제7조 제1항 단서는 헌법이 보장하고 있는 지방자치권이나 지방자치제도의 본질적인 내용을 침해하였다고 볼 수 없다.

4. 대상결정의 의의

대상결정은 행정처분의 주체인 행정청도 소송절차에서는 행정처분의 근거법률의 위헌 여부에 대한 심판의 제청을 신청할 수 있고, 헌법재판소법 제

68조 제2항의 헌법소원심판도 청구할 수 있음을 분명히 하였다. 위 쟁점에 관하여 헌법재판소의 선례가 없을 뿐만 아니라 종래 학계나 실무계에서 본격적인 논의도 진행된 바 없었던 상황에서 대상결정은 헌법재판소법 제68조 제1항 및 제2항의 문언적 해석, 위 각 조항이 규정하고 있는 헌법소원의 법적 성격, 헌법의 우위, 법치행정의 원칙 등으로부터 위와 같은 결론을 도출하였다는 점에 이 결정의 가장 큰 의의가 있다 할 것이다.

아울러 대상결정은 구 온천법 제7조 제1항 단서와 관련하여 우리 헌법이 규정하고 있는 지방자치제도의 본질이나 그와 관련한 입법자의 형성영역의 테두리를 간접적으로 재확인하였다는 점에서도 그 의의를 찾을 수 있다.

강남구청 등과 감사원 간의 권한쟁의

- 감사원의 지방자치단체 자치사무에 대한

합목적성 감사의 위헌 여부 -

(헌재 2008. 5. 29. 2005헌라3, 판례집 20-1하, 41)

임 성 희*

【판시사항】

1. 감사원의 지방자치단체 자치사무에 대한 합목적성 감사가 법률상 권한 없이 이루어졌는지 여부
2. 감사원의 지방자치단체 자치사무에 대한 합목적성 감사의 근거가 되는 감사원법 제24조 제1항 제2호 등 관련규정(이하 ‘이 사건 관련규정’이라 한다) 자체가 청구인들의 지방자치권의 본질을 침해하여 위헌인지 여부

【심판의 대상】

이 사건 심판의 대상은 감사원이 2005. 6. 13.부터 2005. 8. 30.까지 청구인 강남구청 등을 상대로 실시한 감사가 청구인들의 지방자치권을 침해하는지 여부이고, 관련 규정의 내용은 별지와 같다.

【사건의 개요】

피청구인 감사원은 2005. 4. 18.자 보도자료를 통하여 “일부 자치단체장들의 독단적 전횡적 행정운영, 선거를 의식한 선심성·과시성 행사와 부당한 기부 협찬 요구, 지방공무원들의 출서기, 인허가 업무 등 자치행정의 고질적

* 헌법연구관

병폐를 근본적으로 시정하기 위해 5월부터 감시반을 지방에 상주시켜 내년 5월 지방선거까지 1년간 직무감찰활동을 강화하고 대대적인 감사인력을 투입하여 전국 250개 지방자치단체를 대상으로 예산집행실태 등에 대한 일제 점검을 실시할 예정”이라고 밝힌 후, 2005. 6. 13.부터 2005. 8. 30.까지 청구인들을 상대로 감사를 실시하였고, 감사결과 일부 지방공무원에 대하여 주의 처분을 내리고 검찰수사를 요청하거나 고발, 징계를 요구하였다(이하 ‘이 사건 감사’라 한다).

이에 청구인들은 2005. 6. 20. 피청구인의 위 감사는 자치사무에 대한 합목적성 감사까지 포함한 것으로 청구인들의 헌법 및 지방자치법에 의하여 부여된 지방자치권의 본질적 내용을 침해하였다고 주장하며 청구인들의 자치사무에 대한 피청구인의 감사권의 존부 또는 범위 확인을 구하는 이 사건 권한쟁의심판을 청구하였다. 한편, 청구인들과 함께 같은 취지로 권한쟁의심판을 청구한 제주시는 2008. 5. 26. 그 심판청구를 취하하였다.

【결정요지】

1. 감사원법은 지방자치단체의 위임사무나 자치사무의 구별 없이 합법성 감사뿐만 아니라 합목적성 감사도 허용하고 있는 것으로 보이므로, 감사원의 지방자치단체에 대한 이 사건 감사는 법률상 권한 없이 이루어진 것은 아니다.

2. 헌법이 감사원을 독립된 외부감사기관으로 정하고 있는 취지, 중앙정부와 지방자치단체는 서로 행정기능과 행정책임을 분담하면서 중앙행정의 효율성과 지방행정의 자주성을 조화시켜 국민과 주민의 복리증진이라는 공동목표를 추구하는 협력관계에 있다는 점을 고려하면 지방자치단체의 자치사무에 대한 합목적성 감사의 근거가 되는 이 사건 관련규정은 그 목적의 정당성과 합리성을 인정할 수 있다.

또한 감사원법에서 지방자치단체의 자치권을 존중할 수 있는 장치를 마련해두고 있는 점, 국가재정지원에 상당부분 의존하고 있는 우리 지방재정의 현실, 독립성이나 전문성이 보장되지 않은 지방자치단체 자체감사의 한계 등으로 인한 외부감사의 필요성까지 감안하면, 이 사건 관련규정이 지방자치단

체의 고유한 권한을 유명무실하게 할 정도로 지나친 제한을 함으로써 지방자치권의 본질적 내용을 침해하였다고는 볼 수 없다.

재판관 이강국, 재판관 이공현, 재판관 김종대의 반대의견

감사원이 지방자치단체의 자치사무에 대하여까지 합목적성 감사를 하게 된다면 지방자치단체는 자치사무에 대한 자율적 정책결정을 하기 어렵고, 독립성과 자율성을 크게 제약받아 중앙정부의 하부행정기관으로 전락할 우려가 다분히 있게 되어 지방자치제도의 본질적 내용을 침해하게 될 것이다.

따라서 이 사건 관련규정, 특히 감사원법 제24조 제1항 제2호 소정의 '지방자치단체의 사무에 대한 감찰' 부분을 해석함에 있어 지방자치단체의 사무 중 자치사무에 대한 합목적성 감찰까지 포함된다고 해석하는 한 그 범위 내에서는 위헌이다.

결국 이 사건 감사 중 청구인들의 자치사무에 대하여 합목적성 감찰을 한 부분이 있는지를 가려내어, 이 부분은 한정위헌으로 해석되는 이 사건 관련규정을 근거로 한 것이어서 무효이고, 따라서 청구인들의 자치권을 침해하였다고 할 것이므로 청구인들의 이 부분에 관한 청구는 인용하여야 한다.

【해 설】

가. 이 사건 심판청구의 쟁점

이 사건 심판청구의 쟁점은, 헌법 및 법률에 의하여 인정되는 감사원의 지방자치단체에 대한 직무감찰권으로 인하여 청구인들의 지방자치권의 본질이 침해되는지 여부 및 감사원의 감사권이 청구인의 자치감사권에 대하여 보충성을 가지는지 여부이다.

나. 청구인들의 권한

청구인들은, 피청구인이 지방자치단체의 사무 및 지방공무원의 직무를 감찰함에 있어 임용권자에게 징계등을 요구할 수 있고 행정의 위법성뿐만 아니라 부당성까지 심사할 수 있어 청구인들의 인사권이 제한되고 자치적인 정책적 판단의 범위가 축소되는데 이러한 권한의 축소는 헌법상 지방자치권

을 침해하는 것이라고 주장한다.

우리 헌법은 지방자치제도를 보장하기 위하여 제117조에서 “① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다. ② 지방자치단체의 종류는 법률로 정한다.”라고 규정하고 있고, 제118조에서 “① 지방자치단체에 의회를 둔다. ② 지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다”라고 규정함으로써 ‘지방자치단체의 자치’를 제도적으로 보장하고 있다. 즉 헌법 제117조 및 제118조가 보장하고 있는 본질적인 내용은 자치단체의 존재의 보장, 자치기능의 보장 및 자치사무의 보장이다(헌재 1994. 12. 29. 94헌마201, 판례집 6-2, 510, 522). 이러한 지방자치제도의 본질적 보장내용에 속하는 ‘자치기능’에는 지방자치단체가 국가의 지시나 감독을 받지 않고 법이 정하는 바에 따라 독자적인 책임하에 처리할 수 있는 여러 가지 자치고권이 포함되는데, 지역고권·인사고권·재정고권·계획고권·조직고권·조세고권·조례고권 등이 바로 그것이다. 이와 같이 헌법이 규정하는 자치권 가운데에는 소속 공무원에 대한 인사를 스스로 결정하고¹⁾ 자치임무의 수행에 있어 다른 행정주체(특히 국가)로부터 합목적성에 관하여 명령·지시를 받지 않는 권한도 포함된다²⁾.

다만, 이러한 헌법상의 자치권의 범위는 법령에 의하여 형성되고 제한된다³⁾. 헌법도 제117조 제1항에서 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다고 하였고 제118조 제2항에서 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다고 규정하고 있다(헌재 2002. 10. 31. 2001헌라1,

1) 헌재 2002. 10. 31. 2001헌라1, 판례집 14-2, 362, 370

2) 홍정선, 지방자치법학, 법영사 2000, 41면

3) 지방자치의 본질에 관하여는 지방자치를 지역주민이 국가성립 이전부터 보유한 고유한 권능이라고 보는 자치고유권설과 국가가 승인하는 한도 내에서만 행사할 수 있는 위임된 권능이라고 보는 자치위임설이 대립하고 있는바, 국가의 의사로부터 완전히 독립한 지방자치라는 것은 존재할 수 없으므로 자치위임설이 타당하다 하겠다(통설). 우리 헌법 역시 법령의 범위 안에서 자치권을 인정하고, 지방자치단체의 조직, 운영에 대하여 법정주의를 채택하는 등 자치위임설에 입각하고 있음을 알 수 있다. 최송화, 지방자치와 감사원의 감사, 법치행정과 공의, 청담최송화교수화갑기념논문집, 박영사 2002, 562, 563면

판례집 14-2, 362, 371)⁴⁾. 그러나 지방자치단체의 자치권은 헌법상 보장을 받고 있으므로 비록 법령에 의하여 이를 제한하는 것이 가능하다고 하더라도 그 제한이 불합리하여 자치권의 본질을 훼손하는 정도에 이른다면 이는 헌법에 위반된다고 보아야 할 것이다(헌재 2002. 10. 31. 2002헌라2, 판례집 14-2, 378, 387).

다. 청구인들의 권한에 대한 침해 여부

(1) 피청구인의 행위가 권한 없이 이루어진 것인지 여부

국가의 세입·세출의 결산, 국가 및 법률이 정한 단체의 회계검사와 행정기관 및 공무원의 직무에 대한 감찰⁵⁾을 하기 위하여 대통령 소속하에 감사원을 두고(헌법 제97조), 감사원의 조직·직무범위·감사위원의 자격·감사대상 공무원의 범위 기타 필요한 사항은 법률로 정한다(헌법 제100조).

이에 따라 감사원법(이하 “법”이라 한다) 제20조에서 감사원은 국가의 세입·세출의 결산검사와 이 법 및 다른 법률이 정한 단체의 회계를 검사, 감독하여 그 적정을 기하고 행정기관 및 공무원의 직무를 감찰하여 행정운영의 개선향상을 기한다고 정하고 있다. 감사원의 직무감찰사항의 범위에는 지방자치단체의 사무와 그에 소속한 지방공무원의 직무가 포함되며(법 제24조 제1항 제2호), 이러한 직무감찰권에는 공무원의 비위사실을 밝히기 위한

4) 헌재 2001. 11. 29. 2000헌바78, 판례집 13-2, 646, 657-658에서도 지방자치단체의 자치권에 대해 법률에 의한 통제가 가능하다고 판시하고 있다. “지방자치의 본질상 자치행정에 대한 국가의 관여는 가능한 한 배제하는 것이 바람직하지만, 지방자치도 국가적 법질서의 테두리 안에서만 인정되는 것이고, 지방행정도 중앙행정과 마찬가지로 국가행정의 일부이므로 지방자치단체가 어느 정도 국가적 감독, 통제를 받는 것은 불가피하다. 즉, 지방자치단체의 존재 자체를 부인하거나 각종 권한을 말살하는 것과 같이 그 본질적 내용을 침해하지 않는 한 법률에 의한 통제는 가능하다.”

5) 헌법 제97조는 감사원의 감찰사항에 관하여 ‘행정기관 및 공무원의 직무’라고 규정하고, 감사대상기관 및 공무원의 구체적인 범위 기타 필요한 사항에 대하여는 법률로 정하도록 하고 있다(헌법 제100조). 여기에서의 행정기관에는 실질적 의미에서 행정집행작용을 수행하는 행정기관이 포함된다. 공무원은 임명주체 등에 따라 국가공무원과 지방공무원으로 대별되고...직접 또는 간접으로 국민에 의하여 선출 또는 임용되어 국가나 공공단체와 공법상 근무관계를 맺고 공공적 업무를 담당하고 있는 사람을 가리킨다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바27, 판례집 4, 255, 264). 직무라 함은 직제 또는 법령에 의하여 행정기관이나 공무원이 처리하도록 정해진 일정한 범위의 사무를 말한다. 감사원법개관, 감사원, 1999, 79,80면.

비위감찰권뿐만 아니라 공무원의 근무평정 또는 행정관리의 적부심사분석과 그 개선 등에 관한 행정감찰권까지 포함된다고 본다는 데 우리 학설은 일치한다⁶⁾.

감사원은 서면감사, 실지감사, 출석답변요구, 서면제출요구 등의 방법을 통하여 감사를 할 수 있고(법 제25조 내지 제27조) 감사결과 징계사유·문책사유에 해당하거나 비위(非違)가 현저한 자, 정당한 사유 없이 감사를 거부하거나 자료 제출을 해태한 공무원에 대하여 임용권자에게 징계요구, 문책요구, 해임요구를 할 수 있다(법 제32조 제1항, 제8항, 제9항). 또한 위법 또는 부당하다고 인정되는 사실이 있을 때에는 소속장관, 감독기관의 장 또는 당해 기관의 장에게 시정 주의등을 요구할 수 있으며(법 제33조 제1항) 법령, 제도상 또는 행정상의 모순이 있거나 기타 개선할 사항이 있다고 인정할 때에는 국무총리, 소속장관, 감독기관의 장 또는 당해 기관의 장에게 법령등의 제정, 개정 또는 폐지를 위한 조치나 제도상 또는 행정상의 개선을 요구할 수 있다(법 제34조 제1항7)). 또한 감사원은 감사결과 위 징계등의 요구, 시정등의 요구, 개선등의 요구를 하는 것이 부적절하거나 관계기관의 장으로 하여금 자율적으로 처리하게 할 필요가 인정되는 때 또는 행정운영등의 경제성·효율성 및 공정성등을 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 소속장관, 감독기관의 장 또는 당해 기관의 장에게 그 개선등에 관한 사항을 권고 또는 통보할 수 있다(법 제34조의2⁸⁾).

청구인은 감사원의 행정감찰권의 범위에 있어 인사권의 행사나 행정정책의 수립과 같은 부분에 대한 것은 그 대상이 아니라고 주장한다. 법 제32조가 감사원이 임용권자에게 징계요구를 할 수 있도록 함으로써 지방자치단체의 인사고권이 현저히 제한되고, 법 제33조에 의해 감사결과 감사원이 위법

6) 김철수, 헌법학신론 제15전정판, 박영사 2005, 868면; 허영, 한국헌법론 전정2판, 박영사 2006, 979면; 권영성, 앞의 책, 1039면; 장영수, 국가조직론, 홍문사 2005, 343면

7) 법 제34조 제1항이 감사원의 행정감찰권에 의한 부당한 행정간섭을 막기 위하여 행정정책면에서의 관여를 금하고 구체적인 집행부분에서만 그 개선을 요구할 수 있도록 정한 것이라고 해석하는 견해도 있다. 김철수, 헌법학개론 제15전정판, 박영사 2003, 1193면.

8) 이 규정은 1999. 1. 5. 법률 제4937호로 신설되었다.

한 사실뿐만 아니라 부당한 사실에 대하여도 시정요구를 하는 것은 지방자치단체의 자치적인 정책적 판단을 감사원이 대신하려는 것이므로 이는 지방자치단체의 자기책임성을 침해하여 지방자치에 대한 헌법상 보장과 합치되지 않는다는 견해도 제시되고 있다.

그러나 위 감사원법 규정들의 문언해석상 감사원의 직무감찰권의 범위에 인사권자에 대하여 징계등을 요구할 권한이 포함되고 위법성뿐 아니라 부당성도 감사의 기준이 되는 것은 명백하고, 지방자치단체의 사무, 그에 소속한 지방공무원의 직무의 성격이나 종류에 따른 어떠한 제한이나 감사기준의 구별도 찾아볼 수 없다⁹⁾. 따라서 피청구인의 이 사건 감사는 감사원법에 근거한 것으로 법적 권한 없이 이루어진 것으로 보이지 않는다.

그렇다면 이러한 지방자치단체의 사무와 그에 소속한 지방공무원의 직무에 대한 위법성 및 부당성 측면에서의 직무감찰권의 근거가 되는 감사원법의 이 사건 관련규정 자체가 청구인들의 지방자치권의 본질을 침해하여 위헌인지에 대하여 살펴보기로 한다.

(2) 이 사건 관련규정이 청구인들의 지방자치권의 본질을 침해하여 위헌인지 여부

(가) 기본권의 본질적 내용과 마찬가지로 지방자치권의 제한의 한계로서 추상적 개념인 본질적인 내용의 범위를 정확하게 정하는 것은 어렵다.

독일의 판례는 지방자치에 대한 법적인 제한이 지방자치단체가 정상적인 활동을 할 수 없을 정도이거나 그를 단순한 외견상의 존재로 만들 때 본질적인 내용이 침해된다고 보았고, 본질적 내용의 확정을 위하여 다양한 해석 원칙을 발전시켰다. 독일 연방헌법재판소는 본질적인 내용은 일반적으로 인정될 수 있는 하나의 표현으로 설명할 수는 없다고 하면서, 문제되는 법적인

9) 직무감찰규칙(1981. 3. 10. 감사원훈령 제124호)에 의하면 직무감찰대상기관과 그 사무에 지방자치단체의 인적·물적 자원의 관리, 법령·제도의 운영과 업무수행 및 이와 관련된 결정·집행 등의 모든 사무가 포함되고(제4조 제1항, 제2항) 직무감찰대상 공무원과 그 직무에 지방자치단체 소속 공무원의 직무와 직접 또는 간접으로 관련이 있는 행위로서 국가공무원법 등 관계법령과 사규 등에서 정한 의무위반행위, 형법 등에서 규정한 직무와 관련된 범죄행위, 공무원 등의 신분과 직위를 이용하여 본인 또는 특정인의 이익을 취하는 등의 행위, 행정업무를 방치 및 지연 등의 무사안일한 행위, 공공재산 및 정보 등을 사적용도로 사용하거나 외부에 부당하게 제공하는 행위가 포함된다(제5조 제1항, 제2항).

침해의 구체적인 사안에 따라서 지방자치의 역사적 발전과 역사적으로 다양하게 발전된 지방자치의 발현형태를 근거로 하고 있다(역사적인 방법). 독일 연방행정재판소는 법적인 침해가 있는 후에도 아직 얼마만큼의 지방자치적인 요소가 양적으로 남아 있게 되는지가 본질적인 내용의 침해여부를 판단하는데 중요하다고 한다(공제법). 학설에 따라서는 본질적인 내용이란 구조나 유형을 변화시킴이 없이 박탈할 수 없는 진수(眞髓)가 이에 해당한다고 하고, 지방자치에 대한 국가의 침해는 오로지 공익, 특히 초지방적인 필요에 의해서만 정당화되어진다고 한다¹⁰⁾.

우리 학설은 지방자치의 본질적인 내용의 침해가 있는지의 여부에 대한 판단은 어느 하나의 기준만으로는 어렵다고 하면서, 구체적인 역사적 상황과 정치현실을 감안하여 위의 여러 관점이 모두 그 판단기준이 되어야 한다고 본다¹¹⁾. 또한 지방자치권이 지방자치단체의 기본권을 뜻하는 것은 아니지만, 헌법 제37조 제2항의 본질적 내용의 법적 사고의 방법은 여기에서도 적용된다는 보는 견해¹²⁾, 입법으로써도 침해할 수 없다는 자치제도의 본질적 내용이 구체적으로 무엇을 의미하는가라는 문제는 헌법규정을 떠나서는 논할 수 없으므로 지방자치단체의 자치권의 근거, 범위와 그 내용은 지방자치에 관한 헌법상의 제규정과 이에 관련되는 헌법상의 기본원리(예를 들면 국민주권, 민주주의, 기본적 인권의 원리 등), 그리고 지방자치에 관한 헌법규정의 역사적·사상적 의미와 배경을 통하여 검토되어야 한다는 견해도 제시되고 있다¹³⁾.

우리 재판소는 법령에 의하여 지방자치권의 본질이 침해되었는지 여부가 문제된 사안에서 “법령에 의하여 이를 제한하는 것이 가능하다고 하더라도 그 제한이 불합리하여 자치권의 본질을 훼손하는 정도에 이른다면 이는 헌법에 위반된다¹⁴⁾” “지방자치단체의 존재 자체를 부인하거나 각종 권한을 말살하는 것과 같이 그 본질적 내용을 침해하지 않는 한 법률에 의한 통제는

10) 이기우, 지방자치행정법, 법문사 1991, 40면

11) 허영, 앞의 책, 797면, 홍정선, 앞의 책 63면.

12) 홍정선, 앞의 책, 60면 참조.

13) 천병태, 지방자치법 제2판, 삼영사 1998, 71면

14) 헌재 2002. 10. 31. 2002헌라2, 판례집 14-2, 378, 386-387 참조; 헌재 2006. 2. 23. 2004헌바50, 판례집 18-1상, 179, 183

가능하다¹⁵⁾”고 판시하고 있다.

이러한 논의를 바탕으로 이 사건 관련규정에 의한 자치권의 제한이 과연 자치권의 본질을 훼손하는 정도의 불합리한 것인지 여부를 검토한다.

(나) 먼저 감사원의 헌법상 지위에 관하여 살펴본다. 감사원은 국가의 세입세출의 결산, 국가 및 법률이 정한 단체의 회계검사와 행정기관 및 공무원의 직무에 관한 감찰을 하기 위하여 대통령 소속하에 설치되는 헌법기관으로서(헌법 제97조) 비록 직제상 대통령에 소속된 기관이긴 하나, 그 직무의 성격상 고도의 독립성과 정치적 중립성이 강조된다. 그렇기 때문에 감사원의 헌법상 지위와 관련해서는 비록 대통령의 소속하에 있지만 헌법상 필수적 기관이며 독립된 기관이라는 점이 강조된다¹⁶⁾. 즉, 헌법상 감사원이 대통령에 소속한 헌법기관이라도 헌법 제97조의 “대통령 소속하에”라는 문구의 해석을 그 조직형식에서만 그러할 뿐 직무실질에서는 독립하는 것으로 보고, 감사원은 대통령제 하에서 감사의 집행담보를 위한 실질기능의 확보를 위하여 직무상 독립하여 존재하면서 감사위원회에서 주요업무가 의결되는 합의회 헌법기관이라는 것이 한국 헌법학자들의 거의 일치된 의견이다¹⁷⁾.

감사원법이 ‘감사원은 대통령에 소속하되 직무에 관하여는 독립의 지위를 가진다’(법 제2조 제1항)고 천명하면서 감사원의 인사조직 및 예산편성상의 독립성 존중(법 제2조 제2항), 감사위원의 임기보장, 신분보장, 겸직 및 정치운동의 금지(법 제6조, 제8조, 제9조, 제10조) 등을 규정하고 있는 것은 바로 감사원의 직무상, 기능상의 독립성과 중립성을 보장하기 위한 제도적 장치라고 우리 재판소도 판시한 바 있다(헌재 1998. 7. 14. 98헌라2, 판례집 10-2, 39, 64).

물론 감사원이 회계검사 및 직무감찰에 관한 권한을 독점하는 것은 아니다. 국회의 국정감사권을 비롯한 다른 기관들의 내부감찰권도 유사한 목적을 위하여 행사될 수 있다. 하지만 그로 인하여 감사원의 역할이 퇴색되는 것은 아니며¹⁸⁾ 감사원의 감사기능이 효율성을 확보함으로써 국가작용 전반

15) 헌재 2001. 11. 29. 2000헌바78, 판례집 13-2, 646, 657-658

16) 장영수, 앞의 책 341면

17) 강경근, 감사원의 위상과 감사기능에 관한 헌법적 고찰, 헌법학연구 제9권 제2호, 한국헌법학회 2003. 8. 178면.

의 객관성과 공정성의 향상에 기여할 수 있기 때문에 헌법이 감사원을 헌법상 필수적 기관으로 정하고 있는 것이다¹⁹⁾. 지방자치도 국가적 법질서의 테두리 안에서 인정되는 것이고, 지방행정도 중앙행정과 마찬가지로 국가행정의 일부이므로, 지방자치단체가 어느 정도 국가적 감독·통제를 받는 것은 불가피하다. 특히 민주국가에서는 중앙정부와 지방자치단체는 서로 행정기능과 행정책임을 분담하면서 중앙행정의 효율성과 지방행정의 자주성을 조화시켜 국민(주민)의 복리증진이라는 공동목표를 향해 협력하는 협력관계에 있어야 하기 때문이다²⁰⁾. 이러한 점을 감안하면 지방자치단체의 사무 및 그 소속 공무원의 직무에 대한 감사원의 직무감찰권을 규정한 이 사건 관련규정은 그 목적의 정당성을 인정할 수 있다.

(다) 또한 감사원으로부터 법 제32조 내지 제34조의 규정에 의한 처분요구를 받은 소속장관, 임용권자나 임용제청권자, 감독기관의 장 또는 당해 기관의 장은 그 요구가 위법 또는 부당하다고 인정할 때에는 감사원에 재심의를 청구할 수 있고(법 제36조 제2항), 감사원은 지방자치단체의 자체감사의 결과를 심사하여 적정하게 수행되고 있다고 인정할 때 감사를 생략할 수 있으며(법 제28조) 자체감사사무의 발전과 효율적인 감사업무의 수행을 위하여 필요한 지원을 할 수 있도록 정하고 있음(법 제30조의2)에 비추어, 이 사건 관련규정으로 인해 자치단체의 인사권이나 자치행정의 고유한 권한이 말살될 정도로 지방자치의 본질이 훼손되었다고 보기는 어렵다²¹⁾.

나아가, 우리나라 지방자치단체의 88%가 재정자립도 50%미만에 머무르고 있는 현실에 비추어 볼 때, 국가재정에 상당부분 의존하고 있는 지방자치단체의 사무 및 그 소속 공무원의 직무를 독립된 헌법기관인 감사원의 직무감찰의 대상에 포함시키는 것이 불합리하다고 보기는 어렵다. 현행 지방자치

18) 지방자치단체에 대한 국회의 국정감사·조사, 지방의회의 행정사무감사, 행정사무감사규정에 의한 중앙부처감사와 비교하여 보면 감사대상이나 감사기준, 감사결과 처리에 있어 감사원에게 가장 넓은 권한이 부여되어 있다.

19) 장영수, 앞의 책 342면

20) 권영성, 앞의 책 241면

21) 법 제28조 및 제30조의2에 근거한 자체감사의 지원 및 협의 등에 관한 규칙(1995. 3. 25. 감사원규칙 제110호)은 자체감사결과와 보고 및 감사생략을 위한 심사와 자체감사의 지원 및 감사계획의 협의등에 관하여 정하고 있다.

단체 자체감사부서는 피감기관인 지방자치단체장의 소속하에 있어 직무상 독립을 기하기 어렵고, 인사권자가 지방자치단체장이므로 인사상의 독립성도 보장되어 있지 아니하며, 감사요원들은 피감기관의 공무원으로 일시적으로 충원되기 때문에 전문성이 보장되지 않는다는 문제점을 감안하면, 직무상 독립성과 중립성이 헌법적으로 보장된 외부감사기관인 감사원에 의한 감사의 필요성이 현실적으로도 인정된다.

따라서 이 사건 관련규정의 합리성이 인정되고 지방자치단체의 고유한 권한을 유명무실하게 할 정도의 지나친 규율이라고 볼 수 없으므로 지방자치의 본질적 내용을 침해하지 아니한다.

또한 청구인들은, 피청구인의 감사는 보충성과 체계정당성원칙에 따라 지방의회나 주민의 청구에 의한 감사에 의하여 그 소기의 목적을 달성할 수 없는 예외적인 경우에 한하여 행해져야 함에도 불구하고, 피청구인이 청구인들의 지방자치단체 업무 전반에 대한 포괄적이고 광범위한 감사를 한 것은 위헌적인 행정활동이라고 주장한다. 그러나 이는 지방행정을 포함한 국가작용 전반의 경제성, 효율성, 공정성 향상에 기여하기 위하여 헌법상 필수적 기관으로 감사원을 둔 헌법의 취지에 따른 것으로 보이므로, 규범간 상호 배치되거나 모순되는 체계정당성의 원리 위반의 문제는 발생할 여지가 없다 할 것이다.

반대의견(재판관 이강국, 재판관 이공현, 재판관 김종대)

우리 헌법은 제97조 이하에서 감사원의 회계감사권과 행정기관 및 공무원의 직무 감찰권을 규정하고 있는 일방, 제117조 이하에서는 지방자치단체의 지방자치권을 규정함으로써, 감사원의 감사권과 지방자치단체의 자치권을 함께 제도적으로 보장하고 있다.

그러므로 제도적으로 보장된 감사원의 감사권과 지방자치단체의 자치권이 이 사건에서와 같이 충돌하는 경우에는 헌법해석에 있어서의 규범조화적 해석의 원칙에 의하여 어느 하나의 헌법적 법익만을 선택하고 그 나머지 법익을 희생시켜서는 안 될 것이며, 오히려 충돌하는 2개의 헌법적 법익들이 모두 그 가치가 최대한 실현될 수 있도록 조화롭게 해석하여야 할 것이다.

따라서 헌법 제97조가 감사원의 직무감찰 대상에 ‘행정기관 및 공무원의 직무’라고 규정하고 있을 뿐 지방자치단체의 사무에 관하여 아무런 제한을 두고 있지 않고 있고, 헌법 제100조가 감사원의 직무범위 등을 법률로 정하도록 하였다고 하여, 지방자치단체의 자치권도 함께 보장하고 있는 우리 헌법이 그 하위 법률에서 지방자치단체의 모든 사무에 대하여 감사원의 무제한적인 감사권을 허용하고 있다고 해석하여서는 안 될 것이다.

1987. 10. 29. 헌법의 개정에 의하여 그동안 시행이 보류되었던 지방자치제도가 본격적으로 실시되게 되었고, 이에 따라 지방자치단체에 대한 감사의 내용도 헌법의 개정취지에 맞춰 크게 변화되었는데, 지방자치법 제171조는 지방자치법의 개정을 통해 중앙정부에 의한 지방자치단체의 자치사무에 대한 감사를 법령위반사항으로 제한하게 되었고, ‘국정감사 및 조사에 관한 법률’ 제7조 제2호는 국회의 지방자치단체에 대한 감사대상을 국가위임사무와 국가가 보조금 등 예산을 지원하는 사업으로 제한하게 되었다.

그러나 유독 감사원법상의 이 사건 관련규정은 감사원의 지방자치단체 감사에 관하여 헌법개정 전과 마찬가지로 국가기관에 대한 감사와 조금도 구별함이 없이, 지방자치단체의 업무전반에 대하여, 즉 지방자치단체의 자치사무에 대한 합목적성 감사까지 무제한적으로 할 수 있는 것처럼 규정되어 있다. 다수의견은 감사원 감사의 이러한 무제한성을 국가와 지방자치단체 모두가 국민과 주민의 복리증진이라는 공동 목표를 추구하는 협력관계에 있다는 감사 목적의 정당성과 감사원을 독립된 외부감사기관으로 둔 헌법의 취지에서 찾고 있다. 그러나 국가와 지방자치단체가 공동의 목표를 추구한다고 해서 국가감사기관이 지방자치단체의 자치사무에 대하여 합목적성까지 감사해야 할 당위성이 있다고 볼 수는 없고, 또한, 감사원이 독립된 외부감사기관이라고 하나 그것은 감사원법의 규정에 의한 것일뿐, 헌법상으로는 감사원도 직제상 대통령에 소속되어 있는 중앙정부의 기관으로 대통령은 감사원장이나 감사위원에 대한 임명권 등을 통하여 감사원의 업무를 실제적으로 통제할 수 있을 것이므로, 감사원의 독립성이나 정치적 중립성은 중앙정부에 대한 감사의 무제한성에 대한 근거로는 타당할지 몰라도, 중앙정부에 대하여 자치(自治)를 하고자 하는 지방자치단체에 대하여까지 무제한적으로 감사할

수 있다는 근거로 삼기에는 타당하지 않다.

한편, 지방자치단체의 사무에는 자치사무와 (단체)위임사무가 있다. (단체)위임사무는 지방자치단체가 위임받아 처리하는 국가사무(지방자치법 제156조)임에 반하여, 자치사무는 지방자치단체가 주민의 복리를 위하여 처리하는 사무(헌법 제117조 제1항 참조)이며 법령의 범위 안에서 그 처리 여부와 방법을 자기 책임 아래 결정할 수 있는 사무로서 지방자치권의 최소한의 본질적 사항이므로, 지방자치단체의 자치권을 보장한다고 한다면 최소한 이 같은 자치사무의 자율성만은 보장하여야 하는 것이다.

그러므로 앞에서 본 바와 같이 헌법상 규정된 감사원의 감사권과 지방자치단체의 자치권을 규범적으로 조화롭게 해석한다면, 우선 지방자치단체의 (단체)위임사무는 그 본질이 국가사무이므로 감사원이 당연히 합법성 감사는 물론, 합목적성 감사도 할 수 있다고 보아야 할 것이지만, 지방자치단체의 자치사무에 대한 자치권 보장은 지방자치권의 최소한의 본질적 요구이므로 그에 대하여 감사원은 합법성의 감사, 즉 법령의 위반 여부에 대하여만 감사권을 행사할 수 있고 그 합목적성에 대하여는 감사권을 행사할 수는 없다고 해석하는 것이 상당하다고 할 것이다.

다수의견과 같이, 감사원이 지방자치단체의 (단체)위임사무뿐만 아니라, 자치사무에 대하여까지 합법성 감사뿐만 아니라 합목적성 감사까지 하게 된다면 지방자치단체는 자치사무에 대하여 자율적인 정책결정을 하기 어렵고, 그로 인하여 지방자치단체는 독립성과 자율성을 크게 제약받아 중앙정부의 하부행정기관으로 전락할 우려가 다분히 있게 되어 지방자치제도의 본질적 내용을 침해하게 될 것이다.

따라서 이 사건 관련규정, 특히 감사원법 제24조 제1항 제2호 소정의 '지방자치단체의 사무에 대한 감찰' 부분을 해석함에 있어 지방자치단체의 사무 중 자치사무에 대한 합목적성 감찰까지 포함된다고 해석하는 한 그 범위 내에서는 위헌이라고 할 것이다.

따라서 우리 재판소로서는 본안 판단을 받은 청구인들에 대한 이 사건 감사 중 위 청구인들의 자치사무에 대한 합목적성 감찰을 한 부분이 있는지를 가려내어, 그 부분은, 한정위헌으로 해석되는 이 사건 관련 규정을 근거로

한 것이어서 무효이고, 따라서 위 청구인들의 자치권을 침해하였다고 할 것이므로 위 청구인들의 이 부분에 관한 청구는 인용하여야 할 것이다.

【결정의 의의】

이 결정은 감사원의 감사권과 지방자치단체의 지방자치권을 어떻게 조화롭게 해석할 것인지, 더 구체적으로는 감사원이 지방자치단체 자치사무에 대하여 합목적성 감사를 하는 것이 지방자치권의 본질적 내용을 침해하는 것인지에 대하여 최초로 판단하였다는 점에 의의가 있다.

별 지

○ 감사원법

제20조 (임무) 감사원은 국가의 세입·세출의 결산검사와 이 법 및 다른 법률이 정하는 회계를 상시 검사·감독하여 그 적정을 기하고 행정기관 및 공무원의 직무를 감찰하여 행정운영의 개선향상을 기한다.

제24조 (감찰사항) ① 감사원은 다음 사항을 감찰한다.

2. 지방자치단체의 사무와 그에 소속한 지방공무원의 직무

제32조 (징계요구 등) ① 감사원은 국가공무원법 기타 법령에 규정된 징계사유에 해당하거나 정당한 사유 없이 이 법에 의한 감사를 거부하거나 자료의 제출을 해태한 공무원에 대하여 징계요구를 그 소속장관 또는 임용권자에게 할 수 있다.

제33조 (시정 등의 요구) ① 감사원은 감사의 결과 위법 또는 부당하다고 인정되는 사실이 있을 때에는 소속장관, 감독기관의 장 또는 당해 기관의 장에게 시정 주의 등을 요구할 수 있다.

② 제1항의 요구가 있을 때에는 소속장관·감독기관의 장 또는 당해 기관의 장은 감사원이 정한 기한 내에 이를 이행하여야 한다.

제34조 (개선 등의 요구) ① 감사원은 감사결과 법령상, 제도상 또는 행정상의 모순이 있거나 기타 개선할 사항이 있다고 인정할 때에는 국무총리·소속장관·감독기관의 장 또는 당해 기관의 장에게 법령 등의 제정·개정 또는 폐지를 위한 조치나 제도상 또는 행정상의 개선을 요구할 수 있다.

② 전항의 규정에 의하여 요구를 받은 기관의 장은 그 조치 또는 개선의 결과를 감사원에 통지(「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」의 규정에 따른 정보통신망을 이용한 통지를 포함한다. 이하 같다)하여야 한다.

제34조의2 (권고 등) ① 감사원은 감사결과 제32조 내지 제34조의 규정에 의한 요구를 하는 것이 부적절하거나 관계기관의 장으로 하여금 자율적으로 처리하게 할 필요가 있다고 인정되는 때 또는 행정운영 등의 경제성·효율성 및 공정성 등을 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 소속장관·감독기관의 장 또는 당해 기관의 장에게 그 개선 등에 관한 사항을 권고 또는 통보할

수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 권고 또는 통보를 받은 소속장관·감독기관의 장 또는 당해 기관의 장은 그 처리결과를 감사원에 통보하여야 한다.

○국정감사 및 조사에 관한 법률

제7조 (감사의 대상) 감사의 대상기관은 다음 각호와 같다.

2. 지방자치단체 중 특별시·광역시·도. 다만, 그 감사범위는 국가위임사무와 국가가 보조금 등 예산을 지원하는 사업으로 한다.

○지방자치법

제171조 (지방자치단체의 자치사무에 대한 감사) 행정안전부장관이나 시·도지사는 지방자치단체의 자치사무에 관하여 보고를 받거나 서류·장부 또는 회계를 감사할 수 있다. 이 경우 감사는 법령위반사항에 대하여만 실시한다.

우체국예금·보험에 관한 법률 제45조 위헌소원

- 우체국보험금 및 환급금 압류금지와 평등원칙 위반 문제 -
(헌재 2008. 5. 29. 2006헌바5, 판례집 20-1하, 91)

김 상 우*

【판시사항】

1. ‘우체국예금·보험에 관한 법률’ 제45조 중 ‘압류’ 부분이 우체국보험금 및 환급금 청구채권 전액에 대하여 무조건 압류를 금지함으로써 우체국보험 가입자의 채권자를 일반 인보험 가입자의 채권자에 비하여 불합리하게 차별 취급하여 평등원칙에 위반되는 것인지 여부(적극)
2. 헌법불합치결정을 선고한 사례

【심판대상】

‘우체국예금·보험에 관한 법률’(1999. 12. 28. 법률 제6062호로 개정된 것) 제45조(수급권의 보호) ‘보험금 또는 제38조의 규정에 의한 환급금을 지급받을 권리는 이를 양도하거나 압류할 수 없다’ 중 ‘압류’ 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

* 헌법연구관

(1) 노○렬은 2건의 우체국보험[다보장보험3형(증서번호 : 93220282410), 체신건강보험(증서번호 : 96517455410)]에 가입하여 대한민국(소관 : 정보통신부 우정사업본부)에 대하여 위 보험에 관한 보험금 및 환급금 청구채권을 보유하고 있다.

(2) 한편, 노○렬은 2005. 2. 22. 현재 청구인에 대하여 주민세, 종합소득세 등 지방세 25,168,210원을 체납하였고, 청구인은 2005. 2. 28. 대한민국의 소관청인 정보통신부 우정사업본부에 위 지방세채권의 집행을 위하여 노○렬이 대한민국(소관 : 정보통신부 우정사업본부)에 대하여 가지는 위 보험금 등 청구채권을 압류 및 추심하는 내용의 채권압류추심 통지서를 발송하였으며, 위 통지서는 2005. 3. 4. 정보통신부 우정사업본부에 접수되었다.

(3) 우정사업본부장은 2005. 3. 4. 청구인에게 위 보험금청구채권은 우체국 예금·보험에 관한 법률(이하 ‘우체국보험법’이라 한다)에 의한 보험급여로서 같은 법률 제45조에 의하여 압류가 금지되어 있으므로 청구인의 추심요청에 응할 수 없다고 통보하였다.

(4) 이에 청구인은 대한민국을 상대로 서울중앙지방법원 2005가단196341호로 추심금의 지급을 구하는 소를 제기하면서, 우체국보험법 제45조는 헌법의 평등원칙에 위배되어 위헌이라고 주장하며 서울중앙지방법원 2005카기 8173호로 위헌심판제청신청을 하였으나, 위 법원이 2005. 12. 21. 청구인의 위 제청신청을 기각하자, 2006. 1. 25. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장, 법원의 위헌제청신청 기각이유 및 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 우체국보험법에 의한 우체국보험은 뜻하지 않은 사고에 대비하여 미리 일정한 보험료를 납입하고 사고가 발생하였을 경우 약정한 보험금을 지급하여 그 손해를 보전하고자 한다는 점에서 상법과 보험법 등에 근거한 다른 일반 보험과 그 성질이 동일함에도, 우체국 보험금 채권에 대하여만 압류를 금지하는 이 사건 법률조항은 다른 일반보험 가입자에 비하여 우체국보

험 가입자를 합리적 이유 없이 차별하여 우대하므로 헌법 제11조에 위반된다.

(2) 우체국보험은 금융의 대중화를 통하여 보험 제도를 보편화 시키고자 하는 목적 아래 마련된 것으로서 그 보험금은, 인간다운 생활을 할 권리 내지 사회보장수급권의 보장을 위해 양도·압류가 금지된 국민연금법, 국민건강보험법, 산업재해보상보험법 등에 의한 급여 또는 보험급여와는 그 성질을 달리하므로, 그 차별의 합리적인 근거가 없다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유

우체국보험은 영리를 목적으로 하지 않고 주로 서민들을 위하여 최고 가입한도액 4,000만 원 이하로 제한되어 있는 소액보험인 점(우체국보험법 시행규칙 제36조 제1항 참조), 영업망이 주로 도시에 편중되어 있는 민영보험사와는 달리 금융기관이 적은 농어촌 및 저소득계층을 중심으로 운영되어 계층적·지역적 보완기능을 수행하고 있는 점, 우체국보험을 통하여 조성된 자금은 국가의 정책금융수단으로 활용되어 국민경제의 발전에 도움이 되는 사회정책적 측면이 있다는 점, 우체국보험급여를 받을 권리는 민영보험금 청구권과는 달리 주로 저소득 계층의 생활안정과 뜻하지 않은 재해 발생시 국가기관에 의한 효율적인 위험보장이 가능하도록 하여 궁극적으로 수급권자의 복리향상에 기여함을 목적으로 하는 사회보장적 성격의 급여로서의 성질을 갖고 있는 점(우체국보험법 제1조 참조), 더구나 이 사건 법률조항은 수급권자가 법상의 급여를 받기 전에 그 급여수급권에 대하여만 압류를 금지하는 것일 뿐 법상의 급여를 받은 이후까지 압류를 금지하는 것은 아니므로, 채권자가 법상의 급여에 대하여 전혀 강제집행을 할 수 없는 것이 아니라 수급권자가 이를 받은 이후에는 그 재산(급여)에 대하여 강제집행을 할 수 있는 길이 열려 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률조항이 우체국보험급여에 대하여 압류를 금지한 것은 입법자가 그 급여의 사회보장적 성격과 압류금지의 필요성 등 여러 가지 사정을 고려하여 결정한 것으로서 합리적인 이유가 있다.

다. 정보통신부장관의 의견

(1) 이 사건 법률조항은 헌법이 스스로 차별을 금지하는 영역을 제시하거나 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우가 아니므로, 위헌여부의 심사기준은 자의금지심사에 의하여야 한다.

(2) 우체국보험은 그 성립 과정과 국가에 의한 운영 및 지급책임, 인보험 및 소규모보험 중심, 장애인보험의 취급, 농어촌과 지방 중심, 저렴한 보험료, 국가정책금융수단으로의 사용, 비영리성 등의 특성에 비추어 일정한 정책적 목적에 기초하여 만들어진 특별한 제도이므로 일반보험과 달리 취급하는 것은 합리적인 이유가 있는 차별이다.

(3) 헌법 제34조 제2항, 제6항은 국가에 사회복지증진의무와 재난으로부터 국민을 보호할 의무를 규정하고 있는바, 국가가 국민을 위해서 최소한의 합리적인 보험 제도를 만들어 공급하는 것 역시 재해의 위험으로부터 국민을 보호하는 의무의 이행이 될 것이고, 이 사건 법률조항은 보험금청구권을 압류할 수 없게 함으로써 국민이 생명, 신체에 발생한 사고에 대처할 수 있도록 직접 그 수급권자에게 보험금을 지급하는 것을 내용으로 하므로 국민의 생존권적 기본권을 보장하는 수단의 의미를 가진다.

【결정요지】

1. 우체국보험과 일반 인보험 모두 그 가입자와 보험자(우체국 또는 보험회사) 사이의 자유로운 선택에 의하여 임의로 보험계약을 체결하는 점, 각각 생명·신체의 상해라는 보험사고 발생 시 보험금을 지급하는 것을 내용으로 하는 점 등에서 본질적으로 동일하고, 사회보장의 측면을 공유하며, 이 사건 법률조항이 도입될 때와 비교하여 사회보장제도가 구비되고, 금융·보험시장이 발달하는 등 사회·경제적 환경이 변화하였으며, 소득, 지역, 장애 여부 등에 관계없이 누구나 자유롭게 여러 우체국보험 상품에 가입할 수 있어 도시 지역에 거주하는 장애가 없는 고소득자도 그 보험금 등의 수급액이 고액이 될 가능성이 상존하고 있으므로, 이제는 공적인 사회보장제도라기보다는 사적인 임의보험의 성격을 가지게 된 우체국보험에 대하여 그것이 보험의 보편화를 달성하여 국민의 경제생활의 안정과 공공복리의 증진에 기여한다

는 점만으로는 일반 인보험 가입자의 채권자와 달리 우체국보험 가입자의 채권자에 대해서만 강제집행권을 제한하는 수단을 정당화시키는 목적으로 삼기는 어렵다. 결국, 이 사건 법률조항은 국가가 운영하는 우체국보험에 가입한다는 사정만으로, 일반 보험회사의 인보험에 가입한 경우와는 달리 그 수급권이 사망, 장애나 입원 등으로 인하여 발생한 것인지, 만기나 해약으로 발생한 것인지 등에 대한 구별조차 없이 그 전액에 대하여 무조건 압류를 금지하여 우체국보험 가입자를 보호함으로써 우체국보험 가입자의 채권자를 일반 인보험 가입자의 채권자에 비하여 불합리하게 차별취급하는 것이므로, 협법 제11조 제1항의 평등원칙에 위반된다.

2. 이 사건 법률조항에서 압류를 금지하고 있는 우체국보험의 수급권 중에는 그 보험상품별 또는 수급권자가 장애인인가 여부 등에 따라서는 여전히 압류금지를 통하여 수급권을 보호하여야 할 필요성이 있으므로 단순위헌 결정을 선고하여 당장 이 사건 법률조항의 효력을 상실시킬 경우에는 위와 같이 압류금지를 통하여 수급권자를 보호할 필요가 있는 경우 때까지 그 수급권을 보호할 수 없게 된다는 점에서, 오히려 헌법재판소가 의도하지 않는 불평등한 상태가 초래될 우려가 있고, 나아가 이 사건 법률조항의 위헌성을 어떤 방법으로 제거하여 새로운 입법을 할 것인가에 관하여는 여러 가지 방안이 있을 수 있으며, 그 중에서 어떤 방안을 채택할 것인가는 입법자가 우리의 보험제도, 수급권자와 그 채권자 등 이해관계인들의 이익, 법적 안정성 등 여러 가지 사정을 고려하여 입법정책적으로 결정할 사항이라고 할 것이므로, 이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌결정을 할 것이 아니라 헌법불합치 결정을 선고하기로 하되, 이 사건 법률조항은 입법자가 2009. 12. 31.까지 개정하지 아니하면 2010. 1. 1.부터 그 효력을 상실하고, 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 이 사건 법률조항의 적용을 중지하도록 함이 상당하다.

재판관 이동흡의 위헌성 심사의 방법에 관한 별개의견 및 환급금 압류 부분에 관한 단순위헌의견

1. 이 사건 법률조항에 대한 위헌성 심사의 방법에 있어서는 평등권 심사

이외에도 우체국보험 가입자의 채권자의 재산권을 침해하는지의 여부에 대한 심사가 반드시 이루어져야 하고, 임의보험 중 하나인 우체국보험의 보험금 등에 관하여 획일적으로 전액에 대한 압류를 금지한다면 이는 채권자의 희생 아래 수급권자를 과도하게 보호하는 것으로 볼 수밖에 없다. 이와 같이 이 사건 법률조항은 채권자의 희생 아래 우체국 보험에 가입한 자만을 과도하게 보호하는 것으로서 기본권 제한의 입법적 한계를 넘어서 채권자의 재산권을 침해하고 있는 것이다. 이 사건 법률조항은 우체국보험 가입자의 채권자를 차별 취급하여 평등원칙에도 위배됨은 물론 채권자의 재산권을 제한함에 있어 과잉금지의 원칙에 위배되어 헌법에 위반되는 것이다.

2. 이 사건 법률조항 중 ‘보험금’ 부분에 있어서는 합헌 부분과 위헌 부분의 경계가 불분명하고, 궁극적으로는 입법자로 하여금 보험급여의 종류에 따른 특성, 채권자와 채무자의 생활상황 등 제반 사정을 고려하여 합리적인 범위 내에서 압류금지의 범위를 정하도록 하는 것이 바람직하므로 이 사건 법률조항 중 ‘보험금’ 부분에 대하여는 다수의견과 같이 헌법불합치 결정을 함이 상당하나, 이 사건 법률조항 중 ‘제38조의 규정에 의한 환급금’에 대하여 채권자의 권리를 제한하면서까지 수급권자의 권리를 보호하여야 할 필요성을 인정할 수 없고, 달리 헌법불합치 결정을 하여야 할 예외적인 사정을 인정할 수도 없으므로, 단순위헌결정을 하여야 한다.

재판관 조대현의 반대의견(한정위헌)

이 사건 법률조항은 우체국보험의 보험수급권에 대한 채권자의 권리행사를 제한하는 효과를 가지기 때문에, 인신에 관한 보험사고가 발생하여 보험금이 지급되는 경우에는 보험수익자의 생활을 안정시킨다는 공익목적 달성을 위하여 필요한 한도에서 보험금을 보험수익자에게 귀속시키기 위하여 보험금 수급권에 대한 압류를 금지할 필요가 있다고 할 수 있지만, 인신사고가 발생하지 아니한 경우에 지급되는 보험금(교육보험금, 연금보험금, 만기보험금 등)이나 환급금은 그것을 반드시 보험수익자에게 귀속시키기 위하여 채권자의 압류를 금지시켜야 할 필요가 있다고 보기 어렵다. 결국 이 사건 법률조항을 인신사고가 발생하지 아니한 경우에 지급되는 보험금이나

환급금에도 적용하는 것은 채권자의 권리행사를 정당한 사유 없이 제한하는 것으로서 헌법 제23조 제1항 및 제37조 제2항에 위반된다고 할 것이다.

재판관 김종대의 반대의견

다수의견은 ‘우체국보험 가입자의 채권자’와 ‘일반 인보험 가입자의 채권자’를 비교집단으로 설정하고 이 사건 법률조항이 ‘일반 인보험 가입자의 채권자’에 비해 ‘우체국보험 가입자의 채권자’를 불리하게 차별취급 하는 것이 헌법상 평등원칙에 위반되는지 여부를 심사하고 있다. 그러나 이는 이 사건 법률조항이 직접 차별취급하고 있는 집단 또는 제한하고 있는 기본권을 잘못 파악하여 비교가 무의미한 두 집단을 비교집단으로 설정함으로써, 차별의 정당성에 대한 심사를 왜곡시키거나, 설정된 비교집단과는 전혀 무관한 요소들을 비교 대상으로 삼게 되는 부당한 결과를 초래한다. 따라서 다수의견처럼 ‘비교집단 설정 따로, 차별심사 대상 따로’의 왜곡된 심사를 할 것이 아니라, 이 사건 법률조항이 ‘우체국보험 가입자의 채권자’에 대해서만 압류 금지를 하는 것이 과연 그 채권자의 기본권(재산권)을 침해하는지 여부에 대한 심사로 나아가야 하는 것이다.

우체국보험 사업으로 얻어진 수익은 주로 사회보장·사회복지의 증진 기타 공공 정책의 수행을 위한 자금으로 사용되고, 보험이라는 사회안전망의 일부를 국가 담당함으로써 사회안전망의 안정적 구축을 확보할 수 있으므로, 우체국보험의 보호는 궁극적으로 공공복리에 이바지할 것이어서 이 사건 법률조항의 입법목적의 정당성은 인정되며, 우체국보험금에 대한 압류를 금지함으로써 우체국보험에 대한 가입을 증진시킬 수 있으므로 입법목적 달성을 위한 수단의 적절성도 인정되고, 우체국보험은 주로 농어촌을 중심으로 한 지방의 서민들이 소액의 보험금으로 가입하는 경우가 많아, 사회보장적 관점에서 우체국보험금의 수급권자를 보호할 필요성은 상대적으로 크다고 볼 수 있으므로, 이 사건 법률조항은 공익적 목적을 위해 마련되고 운영되는 우체국보험에 대한 보호 및 비교적 경제적 약자인 우체국보험금 수급권자의 보호를 위해 우체국보험금에 대해 압류를 금지한 것으로서 기본권 제한의 입법적 한계를 넘어 우체국보험 가입자의 채권자의 재산권을 침해하는 것이라

고 보기는 어렵다.

【해설】

1. 지방자치단체인 청구인의 기본권 주체성 및 청구인 적격

헌법재판소법이 상정하고 있는 헌법소원심판 중 권리구체형 헌법소원인 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원의 경우(소위 ‘헌마’ 사건)는 기본권의 주체가 될 수 있는 자만이 청구인이 될 수 있고, 원칙적으로 국가나 국가기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 공권력 행사의 주체이자 기본권의 ‘수범자’로서 기본권의 ‘소지자’인 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 책임과 의무를 지니고 있을 뿐 기본권의 주체가 아니므로, 위 유형의 헌법소원을 제기할 수 있는 청구인적격이 없다 할 것이다(헌재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 477, 480; 헌재 1998. 3. 26. 96헌마345, 판례집 10-1, 295, 301; 헌재 2001. 1. 18. 2000헌마149, 판례집 13-1, 178, 185; 헌재 2006. 2. 23. 2004헌바50, 판례집 18-1 상, 170, 179 등 참조).

그러나, 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판(소위 ‘헌바’사건)은 구체적 규범통제의 헌법소원으로서 같은 법 제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 법원에 의하여 기각된 때에 그 신청을 한 당사자가 헌법재판소에 제청신청이 기각된 법률의 위헌여부를 가리기 위하여 청구하는 것으로 같은 법 제68조 제1항에 규정된 헌법소원과는 그 심판청구의 요건과 그 대상이 다르다 할 것이고(헌재 1994. 4. 28. 89헌마221, 판례집 6-1, 239, 257), 헌법재판소법 제68조 제2항은 기본권의 침해가 있을 것을 그 요건으로 하고 있지 않을 뿐만 아니라 청구인적격에 관하여도 ‘법률의 위헌여부심판의 제청신청이 법원에 의하여 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자’라고만 규정하고 있으므로, 이 사건에서 지방자치단체인 청구인은 비록 기본권 주체성은 인정되지 않지만 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 제기할 청구인 적격은 인정된다고 할 것이다¹⁾.

다만, 아래에서 보는 바와 같이 위헌심사의 방법을 검토함에 있어서 이

1) 헌법재판소는 2008. 4. 24. 선고 2004헌바44 온천법 제2조 등 위헌소원 사건 결정에서 이를 명확히 하였다.

사건 청구인이 조세채권을 집행하는 지방자치단체로서 기본권의 주체가 될 수 없으므로 이 사건 법률조항으로 인하여 자신의 재산권 등 기본권 침해를 주장할 수 없고, 주장하고 있지도 않다는 점으로 인하여 일반적인 평등원칙의 관점에서 위헌심사를 하면 족한지, 아니면 재산권 등 기본권 침해라는 관점에서도 위헌심사를 할지가 문제될 수 있다.

2. 위헌심사의 방법

(1) 일반적 평등원칙의 관점에서 위헌심사로 족하다는 견해

이 사건 결정의 다수의견은 평등원칙의 관점에서만 위헌심사를 하였다. 이 사건이 구체적 규범통제형 헌법소원이고, 규범통제형 헌법소원심판의 본질적 기능은 기본권 침해 여부를 판단하는 것이 아니라, 재판의 전제가 되는 법률규정의 위헌여부를 판단함으로써 주관적 권리 보호가 아닌 객관적 헌법 보호를 추구하는 것이라는 점, 또한 이 사건 청구인은 조세채권을 집행하는 지방자치단체로서 기본권의 주체가 될 수 없으므로 이 사건 법률조항으로 인하여 자신의 헌법상의 기본권인 재산권이 침해될 수 없고, 이러한 점을 고려하여서인지 평등원칙 위배 주장만 할 뿐 재산권 등 기본권 침해 주장을 전혀 하고 있지 아니한 점, 이 사건 법률조항에 대한 위헌성 심사방법으로 일반적인 평등원칙이나 재산권 침해의 각 관점 중 어느 것을 취하든 실질적인 심사내용에 있어서는 별 다른 차이가 없을 것으로 보이고, 심사결과 평등원칙에 위반된다는 결론에 이른 현실적인 사정 등을 고려하여 일반적 평등원칙의 관점에 따른 위헌심사를 하면 충분하다고 본 것이다.

(2) 재산권 침해의 관점에서도 위헌심사를 하여야 한다는 견해

이 사건 결정에서 재판관 이동흡의 위헌성 심사의 방법에 관한 별개의견이 취하고 있는 견해이다. 즉 이 사건 법률조항이 우체국보험 가입자의 채권자를 일반 인보험 가입자의 채권자에 비하여 불합리하게 차별취급 하여 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 위반된다는 다수의견에는 동의하지만, 위헌성 심사의 방법에 있어서는 이 사건 법률조항에 대한 평등원칙 심사 이외에도 이 사건 법률조항이 우체국보험 가입자의 채권자의 재산권을 침해하는지

의 여부에 대한 심사가 반드시 이루어져야 한다고 본다. 이 사건 법률조항의 본질은 우체국보험 가입자인 수급권자를 보호하기 위하여 그 채권자의 재산권 행사를 제한하는 데에 있다고 할 것이므로, 위헌성 심사에 있어서도 채권자의 재산권 제한에 대한 과잉금지원칙의 위배 여부가 핵심이 되어야 하는 것이다. 또한 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 사건과 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 사건은 구별되므로 ‘헌바’ 사건에 있어서는 ‘헌마’ 사건과 달리 청구인의 기본권 주체성을 논할 필요가 없는 것이고, 위헌법률심판절차에 있어서 규범의 위헌성은 제청법원이나 제청신청인이 주장하는 법적 관점에서만 아니라 심판대상규범의 법적 효과를 고려하여 모든 헌법적인 관점에서 심사하여야 하는 것이므로(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 690 참조), 이 사건에 있어서 재산권 침해 여부에 대한 심사가 이루어지지 못할 어떠한 장애도 없는 것이다.

(3) 평등원칙이 아니라 재산권 침해의 관점에서 위헌심사를 하여야 한다는 견해

이 사건 결정의 재판관 조대현, 재판관 김종대의 각 반대 의견에서 취하고 있는 견해이다. 즉 채무자가 우체국보험에 가입한 경우에는 일반 인보험에 가입한 경우에 비하여 채권자의 강제집행 대상이 제한되지만, 이러한 효과는 우체국보험의 보험수익자에 대한 채권자 전원에게 모두 적용되므로 불공평의 문제가 생기지 아니하고, 우체국보험에 가입한 채무자와 일반 인보험에 가입한 채무자가 연대하여 동일한 채무를 부담하는 경우에는 각 채무자에 대한 강제집행 대상의 범위에 차이가 생기지만, 이는 채권의 집행력 자체를 차별하는 것이 아니라 집행대상의 특수성에 따른 효과일 뿐이므로 평등의 원칙에 위반되는지 여부를 따질 필요가 없다거나(재판관 조대현의 반대 의견), ‘우체국보험 가입자의 채권자’와 ‘일반 인보험 가입자의 채권자’를 비교집단으로 하여 평등원칙의 위반 여부를 심사하는 것은, 이 사건 법률조항이 직접 차별취급하고 있는 집단 또는 제한하고 있는 기본권을 잘못 파악하여 비교가 무의미한 두 집단을 비교집단으로 설정함으로써, 차별의 정당성에 대한 심사를 왜곡시키거나, 설정된 비교집단과는 전혀 무관한 요소들을 비교

대상으로 삼게 되는 부당한 결과를 초래하게 된다는 점에서 부당하고(재판관 김종대의 반대의견), 채권자의 강제집행권을 우체국보험의 보험금 또는 환급금에 대해서는 행사할 수 없도록 제한하는 것이 채권의 집행력 중 집행대상을 제한하는 것으로서 채권자의 재산권을 침해하는 것인지 여부를 심사하여야 한다.

3. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

가. 우체국보험법과 이 사건 법률조항의 연혁

우체국보험은 1929년 5월경 제정된 ‘조선간이생명보험령’에 따라 그 무렵 조선총독부 체신국이 종신보험과 양로보험을 판매한 것에서 그 연원을 찾을 수 있다. 해방 후 1952. 12. 16. 법률 제268호로 ‘우편연금법’이, 법률 제269호로 ‘국민생명보험법’이 각 제정되어 정부(체신부)가 위 각 법률에 따라 연금 4종(즉시연금, 양로연금, 근로연금 및 학자연금)²⁾과 보험 4종(종신보험, 양로보험, 교육보험 및 질병보험)³⁾을 취급하였는데, 위 각 법률에서 그 연금 및 보험금의 수취권의 양도 및 압류를 금지하여⁴⁾⁵⁾ 수급권자의 수급권을 보호하였다.

그 후 1977년부터 체신부의 위 연금 및 보험사업이 농협에 이관됨에 따라 위 각 법률들은 폐지되었다가⁶⁾, 체신부에서 다시 위 보험사업을 재개하기 위하여 1982. 13. 31. 법률 제3610호로 ‘체신예금·보험에 관한 법률’이 제정되었고, 보험금 또는 환급금의 수급권을 보호하는 이 사건 법률조항은 제45조에 규정되어 현행 법률에 이르고 있다.

체신부가 보험사업을 재개하게 된 데에는, 자신이 관장하던 전기통신사업

2) 우편연금법시행령(1953. 1. 31. 대통령령 제749호) 제2조

3) 국민생명보험법시행령(1953.1. 31 대통령령 제750호) 제2조

4) 우편연금법 제7조 (수취권의 양도금지) 연금을 수취할 권리는 이를 양도할 수 없다. 제8조 (수취권의 차압금지) 연금을 수취할 권리는 이를 차압할 수 없다.

5) 국민생명보험법 제11조 (환부금수취권의 양도금지) 보험금액 또는 제24조의 규정에 의한 환부금액을 수취할 권리는 이를 양도할 수 없다. 단, 대통령령으로 따로 정한 때에는 예외로 한다. 제12조 (환부금수취권의 차압금지) 전조의 권리는 이를 차압할 수 없다.

6) 우편연금법폐지법률(1975. 12. 31. 법률 제2882호), 국민생명보험법폐지법률(1976. 12. 22. 법률 제2918호)

을 한국전기통신공사로 이관한 후 우정사업만으로는 적자를 감당할 수 없어 부족한 재원을 확보하고 재정자립을 이룬다는 측면이 고려되었다고 한다.⁷⁾

나. 평등원칙 위반 여부

(1) 기본원칙

평등의 원칙은 본질적으로 같은 것은 같게, 본질적으로 다른 것은 다르게 취급할 것을 요구한다. 그렇지만 이러한 평등은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 배제하는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적 근거가 있는 차별은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다(헌재 2001. 6. 28. 선고, 99헌마516, 판례집 13-1, 1393, 1406).

(2) 심사기준

평등원칙의 위배 여부에 대한 심사의 유형에는 자의금지심사와 비례의 원칙에 의한 심사가 있는데 자의금지심사의 경우에는 차별을 정당화하는 합리적인 이유가 있는지 여부만을 심사하기 때문에 그에 해당하는 비교대상간의 사실상의 차이나 입법목적(차별목적)의 발견·확인애 그치는 반면, 비례의 원칙에 의한 심사의 경우에는 단순히 합리적인 이유의 존부 문제가 아니라 차별을 정당화하는 이유와 차별간의 상관관계에 대한 심사, 즉 비교대상간의 사실상의 차이의 성질과 비중 또는 입법목적(차별목적)의 비중과 차별의 정도에 적절한 균형관계가 이루어져 있는가를 심사한다(헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 403).

평등위배 여부를 심사함에 있어 어느 유형에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라진다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 771, 787; 2002. 11. 28. 2002헌바45, 판례집 14-2, 704, 715). 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 안 되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다.

7) 제114회 국회 교통체신위원회 회의록

또한 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에도 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다(헌재 2005. 3. 31. 2003헌바92, 판례집 17-1, 396, 404-405).

(3) 심사요건

헌법상 평등의 원칙 위반에 대한 심사요건은 ① 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고 있는가 하는 차별취급의 여부와 ② 이러한 차별취급이 자의적인가, 비례원칙에 위반되는가의 여부라고 할 수 있다. ①의 기준과 관련하여 두 개의 비교집단이 본질적으로 동일한지의 여부에 대한 판단은 일반적으로 관련 헌법규정 및 당해 법규정의 의미와 목적에 달려 있다. 그리고 ②의 기준과 관련하여 차별취급의 자의성은 합리적인 이유가 결여된 것을 의미하고, 차별취급의 비례원칙 위반 여부는 비교대상간의 사실상의 차이의 성질과 비중 또는 입법목적(차별목적)의 비중과 차별의 정도에 적정한 균형 관계가 이루어져 있는가를 의미한다(헌재 2003. 1. 30. 2001헌바64, 판례집 15-1, 48, 59; 헌재 2004. 12. 16. 2003헌바78, 판례집 16-2 하, 472, 487 등 참조).

(4) 이 사건에서 비교집단의 설정

(가) 긍정설(다수의견)

위 심사요건에서 보는 바와 같이 두 개의 비교집단이 본질적으로 동일한지의 여부에 대한 판단은 일반적으로 관련 헌법규정 및 당해 법규정의 의미와 목적에 달려 있다. 따라서 평등원칙 적용을 위하여 두 개의 비교집단을 분류함에 있어서도 그 분류된 비교집단이 의미 있는 것인지 여부 역시 관련 헌법규정 및 당해 법규정의 의미와 목적을 고려하여 평가할 수밖에 없을 것이다.

이 사건에서 일단 상정할 수 있는 비교집단은, ① 우체국보험과 일반 인보험, ② 우체국보험 가입자와 일반 인보험 가입자, ③ 우체국보험 가입자의 채권자와 일반 인보험 가입자의 채권자를 들 수 있다.

그런데 이 사건 법률조항의 내용을 보면, ‘우체국보험 가입자의 채권자’를

수범자로 삼아 우체국보험 가입자의 보험금이나 환급금(이하 ‘보험금 등’이라 한다)을 압류할 수 없도록 강제집행권을 전면적으로 제한하는 수단을 사용함으로써 우체국보험 가입자를 일반 인보험 가입자에 비하여 우대하고, ‘우체국보험 가입자의 채권자’를 ‘일반 인보험 가입자의 채권자’에 비하여 불리하게 차별하여 취급하고 있다. 따라서 이 사건에서는 ‘우체국보험 가입자의 채권자’와 ‘일반 인보험 가입자의 채권자’를 비교집단으로 삼아 이 사건 법률조항으로 인하여 그들 사이에 발생하는 차별취급이 헌법상 평등원칙에 위반되는지 여부를 심사하면 될 것이다.

(나) 부정설(재판관 김종대의 반대의견)

다수의견과 같이 ‘우체국보험 가입자의 채권자’와 ‘일반 인보험 가입자의 채권자’를 비교집단으로 하여 평등원칙의 위반 여부를 심사하는 것은 부당하다.

1) 비교집단 설정의 문제점

이 사건 법률조항이 직접 차별취급하고 있는 집단 또는 제한하고 있는 기본권을 잘못 파악하여 비교가 무의미한 두 집단을 비교집단으로 설정함으로써, 차별의 정당성에 대한 심사를 왜곡시키거나, 뒤에서 보는 바와 같이 설정된 비교집단과는 전혀 무관한 요소들을 비교 대상으로 삼게 되는 부당한 결과를 초래한다.

2) 차별취급의 정당성에 대한 심사의 왜곡

이 사건 법률조항이 차별취급하는 대상을 무엇으로 볼 것인지, 즉 비교집단을 어떻게 설정할 것인지는 평등원칙 위반 여부를 심사함에 있어 매우 중요하다. 왜냐하면 비교집단의 설정에 따라 차별취급의 목적과 그 수단 사이의 관계에 대한 구체적인 평가가 크게 달라질 수 있기 때문이다.

이 사건 법률조항이 차별하는 집단을 ‘우체국보험’과 ‘일반 인보험’으로 설정한다면, 그 차별취급의 정당성 심사는 ‘우체국보험과 일반 인보험이 무엇이 다른지’, ‘그 다른 점이 일반 인보험과 달리 우체국보험에 대해 특별한 보호를 해 줄 것을 필요로 하는지’, ‘우체국보험금의 압류를 금지하는 것이 우체국보험에 대한 보호 수단으로서 과도한 것이 아닌지’ 등을 통해 이루어질 것이다.

반면 이 사건 법률조항이 차별하는 집단을 ‘우체국보험 가입자의 채권자’와 ‘일반 인보험 가입자의 채권자’로 설정한다면, 그 차별취급의 정당성을 심사하려면 ‘우체국보험 가입자의 채권자는 일반 인보험 가입자의 채권자와 무엇이 다른지’, ‘우체국보험 가입자의 채권자에게 어떠한 문제점이 있기에 압류를 못하게 하는 것인지’, ‘그러한 제한은 우체국보험 가입자의 채권자의 특성에 비추어 볼 때 과도한 것은 아닌지’ 등을 검토하여야 할 것이다.

그런데 ‘우체국보험 가입자의 채권자’와 ‘일반 인보험 가입자의 채권자’를 비교집단으로 설정하는 것은 무의미하다. 왜냐하면 채권자는 자신의 채무자가 어떠한 보험에 가입할 것인지에 대해 전혀 알 수 없고, 혹시 알게 된다 하더라도 그 행위에 아무런 영향을 미칠 수 없기 때문에, 자신이 우체국보험 가입자의 채권자가 될 것인지 아니면 일반 인보험 가입자의 채권자가 될 것인지, 또는 두 지위를 함께 가지게 될 것인지는 그야말로 채권자의 사정과는 아무런 관련이 없이, 채무자의 보험 가입이라는, 채권자로서는 지극히 우연한 사정에 따라 결정되기 때문에, ‘우체국보험 가입의 채권자’와 ‘일반 인보험 가입자의 채권자’ 사이에 법적으로 의미있는 구별을 하기가 매우 곤란하기 때문이다⁸⁾.

이러한 상황에서 ‘우체국보험 가입자의 채권자’와 ‘일반 인보험 가입자의 채권자’를 차별취급한다면 이는 본질적으로 아무런 차이가 없이 단지 우연한 사정에 의해 나누어지게 되는 두 집단을 차별취급하는 것으로서 그 차별취급이 정당화되기는 매우 어렵다. 이러한 비교집단의 설정에 따라 평등원칙 위반 여부를 심사한다면 모든 압류 금지 조항들이 위헌임을 면하기 어려울 것이다. 왜냐하면 자신의 채무자가 법률에 의해 압류가 금지된 채권을 보유하고 있는지, 압류가 금지되지 않은 채권을 보유하고 있는지 여부는 채권자가 전혀 개입할 수 없는 사정임에도 그러한 사정을 들어 채권자들을 서로 차별취급하는 것은 모두 부당하다고 해야 하기 때문이다.

8) 그러나 이러한 사정은 우체국보험 가입 여부가 전적으로 가입자인 채무자의 선택에 의해 결정될 뿐 아니라 입법자에 의하여 압류 가능성 여부가 일방적으로 결정되기 때문에 채권자가 자신의 행위지배를 통하여 ‘우체국보험 수급권의 압류 금지’라는 차별의 불이익을 피할 수 없다는 규범영역의 특성이 오히려 평등원칙 심사에서 엄격한 비례성 심사기준을 적용하여야 한다는 논거가 될 수도 있다.

3) 설정된 비교집단과는 무관한 요소들의 비교

이 사건 법률조항에 대한 심사를 ‘일반 인보험 가입자의 채권자’와 ‘우체국보험 가입자의 채권자’ 사이의 차별취급 문제로 심사하는 것의 문제점은 다수의견이 취하고 있는 논증방식에서 그대로 드러나고 있다.

다수의견이 이 사건 법률조항으로 인한 차별취급 대상을 ‘우체국보험 가입자의 채권자’와 ‘일반 인보험 가입자의 채권자’로 설정하였다면, 차별취급의 정당성 심사를 위한 비교도 당연히 ‘우체국보험 가입자의 채권자’와 ‘일반 인보험 가입자의 채권자’의 차이점에 모아져야 한다. 그러나 다수의견은 ‘우체국보험 가입자의 채권자’와 ‘일반 인보험 가입자의 채권자’를 비교집단으로 설정하면서도 정작 우체국보험과 일반 인보험이 본질적으로 같은 것인지 여부만을 비교한 후 두 보험이 본질적으로 다르지 않다는 판단으로부터 곧바로 ‘우체국보험 가입자의 채권자’와 ‘일반 인보험 가입자의 채권자’에 대한 차별취급의 정당성을 끌어내고 있다.

그러므로 다수의견처럼 ‘비교집단 설정 따로, 차별심사 대상 따로’의 왜곡된 심사를 할 것이 아니라, 이 사건 법률조항이 차별취급하고 있는 것이 ‘우체국보험 가입자의 채권자’와 ‘일반 인보험 가입자의 채권자’가 아니고 ‘우체국보험’과 ‘일반 인보험’임을 직시함으로써 바로 ‘우체국보험’과 ‘일반 인보험’ 사이의 차별취급 및 그 정당성 여부를 검토하여야 하고, 그 검토를 통해 이 사건 법률조항이 ‘우체국보험 가입자의 채권자’에 대해서만 압류 금지를 하는 것이 과연 그 채권자의 기본권(재산권)을 침해하는지 여부에 대한 심사로 나아가야 하는 것이다.

(5) 판단

(가) 합헌론⁹⁾

9) 이 사건 압류금지조항은 결국 보험계약자나 보험수익자 등 보험소비를 보호하는 조항이므로, 이 조항에 의하여 국가와 보험회사와 같은 보험자 사이에 나타나는 차별은 보험회사의 보험금에 대하여 압류금지규정을 두는 등 보험소비를 보호하는 방법으로 해결할 것이지, 보험소비자 보호조항을 위헌이라고 하여 삭제함으로써 해결할 것은 아니라는 견해도 가능하다고 보인다.

이 점은 재판관 조대현의 다음과 같은 반대의견에서도 지적되고 있다. 즉 “이 사건 법률조항은 우체국보험의 보험수급권을 보험수익자에게 귀속시켜 인신사고(人身事

우체국보험은 체신관서로 하여금 국가의 신용을 바탕으로 보험사업을 운영하게 함으로써 금융의 대중화를 통하여 국민의 저축의욕을 고취하고, 보험의 보편화를 통하여 재해의 위험에 공동으로 대처하게 함으로써 국민의 경제생활의 안정과 공공복리의 증진에 기여할 것을 목적으로(법 제1조) 국가가 비영리 공익사업으로 운영하는바, 이 사건 법률조항은 수급권자에게 보험금이나 환급금을 보장하여 줌으로써 국민들이 장래의 위험에 대비하면서도 미래자금을 축적하기 위하여 상대적으로 예금이나 다른 금융상품에 비하여 보험의 선택을 용이하도록 유도하여 보험의 보편화에 기여한다. 보험의 보편화는 사회전체가 장래 재해의 위험에 공동으로 대처할 수 있도록 위기대처능력을 향상시켜 사회안전망을 구축하는 것이고, 그 수급권자 개인에게는 재해가 발생하더라도 보험금이 지급되도록 함으로써 경제생활의 안정을 보장하여 주는 것으로서 궁극적으로 공공복리에 이바지하게 된다.

아울러, 우체국보험은 국가가 낮은 수익률로 비영리적으로, 주로 서민들을 대상¹⁰⁾으로 (계약보험금한도액을 보험상품별로 피보험자 1인당 4,000만 원으로 한다. 시행규칙 제36조), 농어촌 및 지방을 중심으로¹¹⁾ 운영되고¹²⁾, 특히

故)의 위험을 보장한다는 인보험(人保險)의 목적을 달성시키려는 것이다. 이러한 입법목적은 인간다운 생활을 보장하기 위한 것으로서 정당하다고 할 것이다. 우체국보험이 아닌 일반 인보험에 관하여 이 사건 법률조항과 같이 보험수급권을 보호하는 규정이 없다고 하여, 이 사건 법률조항의 정당성을 부정할 수는 없다. 일반 인보험의 보험수급권을 이 사건 법률조항과 같이 보호하지 아니하는 것이 부당하다고 말할 수는 있을지 몰라도, 이 사건 법률규정이 우체국보험의 보험수급권을 일반 인보험의 보험수급권보다 더 보호한다고 하여 불합리하게 차별한다거나 부당하다고 볼 수는 없다(헌재 2008. 5. 29. 2006헌바5, 판례집 20-1 하, 91, 108)".

10) 금액을 기준으로 한 2005년의 경우 우체국보험은 1,000만 원에서 2,000만 원이 비중이 68.8%임에 반하여, 일반 생명보험회사의 경우 3,000만 원 이상이 58%(계약건수로는 21%에 해당한다)를 차지한다고 한다(이해관계기관인 정통부 대리인의 의견서).

11) 계약고 기준으로 우체국보험은 7대 도시를 제외한 시군지역에서 53.4%를 차지한 반면 일반 생명보험회사는 42.3%를 차지한다고 한다(정통부 대리인의 의견서).

12) 금융감독원의 박한구 선임조사역이 2004년에 쓴 '유사보험 운영현황과 건전한 발전방향'이라는 자료에는 2002년 기준으로, 보험가입금액별 보유계약건수의 비중이 우체국보험은 1천만원 미만 9.8%, 1천 내지 2천만원이 77.6%, 2천 내지 3천만원이 6.1%, 3천만원 이상이 6.5%임에 반하여, 민영보험은 34.1%, 32.3%, 16.9%, 16.7% 순으로 민영보험사도 3천만원 미만이 83.7%에 이르고, 7대 도시(서울, 부산, 대구, 광주, 인천, 대전, 울산)에서 수입보험료, 신계약건수, 보유계약건수가 우체국보험은 47.3, 43.6, 46.9%이고, 민영보험은 58.0, 67.8, 62.7%로서 10-15%의 차이를 보인다.

장애인이 용이하게 가입할 수 있도록 하며¹³⁾, 저렴한 보험료¹⁴⁾를 책정하고, 그 조성자금을 국가정책자금에 사용할 수 있도록 함으로써 사회보장을 실현하는 수단의 성격을 가질 뿐만 아니라, 보험의 보편화를 통하여 국민경제생활의 안정과 공공복리의 증진이라는 일정한 정책적 목적을 수행하기 위하여 특별히 마련된 제도로서 일반 보험과는 구별되는 것이므로, 입법자가 그 보험금 등의 수급권에 있어서도 일반보험과 달리 취급하는 데에는 합리적인 이유가 있다.

특히, 우체국보험은 피보험자의 생명·신체의 상해를 보험사고로 한 것에 한정되어 있는데, 그 보험금은 상해나 질병의 경우의 치료비와 후유장애보상비, 사망의 경우 유족보상금의 성격이 가지므로 그 수급권자를 보호하여야 할 필요성이 절실하다고 할 것이고, 일반 인보험이 따로 이 사건 법률조항과 같이 수급권자를 보호하고 있지 않다는 사정¹⁵⁾만으로는 그 수급권자를 보호하는 이 사건 법률조항을 합리적인 이유가 없다고 할 수는 없다.

따라서, 이 사건 법률조항은 헌법상 평등의 원칙에 위반되지 않는다.

(나) 위헌론(다수의견)

1) 이 사건 법률조항이 규정하는 압류금지의 내용을 보면, 우체국보험 가입자의 채권자를 수범자로 하고 있고, 우체국보험 가입자의 채권자는 일반 인보험 가입자의 채권자와 비교하여 원칙적으로 채권자로서 강제집행권이 보장되어 있다는 점에서 본질적으로 동일한데, 가입보험이 우체국보험인가

위 차이만으로 우체국보험이 서민을 가입대상으로 하고, 농어촌, 지방 중심이라고 하기에는 다소 어려움이 따를 듯 하다.

13) 2004년 7월 기준으로 전체 장애인 보험시장의 약 94%를 점유하였다고 한다(정통부 대리인의 의견서). 다만, 일반 보험회사에서도 장애인 전용 보험상품이 개발되어 있는바 2005년 이후의 점유율이 어떠한지를 확인할 자료는 발견하기 어렵다.

14) 우체국 보험은 법인세 등 과세대상에서 제외되고(법인세법 제2조 제3항), 지방세 법상으로도 취득세(106조), 등록세(126조), 면허세(162조), 지방교육세(260조) 등 각종 면세 조항이 있고, 정부시설인 우체국을 이용하고, 공무원인 우체국 직원을 보험모집인으로 활용할 수 있으며, 민영보험사가 예금보험공사에 납부하여야 하는 예금보험료(예금자보호법 제30조)를 납부하지 않는 등 경영에서 유리한 측면이 있어, 보험료를 낮출 수 있다고 한다.

15) 2007. 12. 20. 현재 법제처의 심사 과정에 있는 상법 보험편 개정안에 따르면, “734조의 2(보험금청구권의 압류금지) ① 직계존비속 또는 배우자가 사망함으로써 보험수익자가 취득하는 사망보험금청구권의 2분의 1에 해당하는 금액은 압류할 수 없다.”라는 규정이 신설되어 유족의 생활안정이라는 공익적 목적이 고려되고 있다.

일반 인보험인가 하는 점에 차이가 있을 뿐이다.

그러나 우체국보험은 보험계약자가 보험료를 납입하고 피보험자의 생명·신체에 관한 불확정한 사고가 발생하였을 경우에 보험수익자에게 보험금을 지급할 것을 내용으로 하는 보험이므로¹⁶⁾, 상법상의 ‘인보험’¹⁷⁾과 그 실질에 있어서 다르지 않다¹⁸⁾¹⁹⁾. 우체국보험이든, 일반 인보험이든 가입자가 보험자인 국가(우체국) 또는 보험회사와 그의 자유로운 선택에 의하여 보험계약을 체결하여 성립하는 것으로서 각각 생명·신체의 상해라는 보험사고 발생시 보험금을 지급하는 것을 내용으로 하는 점에서 본질적으로 동일한 것이다.

일반 인보험도 생명·신체의 상해라는 보험사고 발생시 그 보험금의 지급을 통하여 그 가입자의 경제생활의 안정을 도모하고 사회 전체적으로 위기 대처능력을 향상시켜 사회안전망을 확보하고 궁극적으로 공공복리의 증진에 이바지할 수 있다는 사회보장의 측면이 있다는 점에서는 우체국보험과 다르지 않고, 이는 보험이 가지는 일반적 특성일 따름이다.

아울러 우체국보험이라고 하여도 가입할 수 있는 자격(일정 소득 이하, 인

16) 우체국예금·보험에 관한 법률 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

4. "우체국보험"이라 함은 이 법에 의하여 체신관서에서 피보험자의 생명·신체의 상해를 보험사고로 하여 취급하는 보험을 말한다.
5. "보험계약"이라 함은 보험계약자가 보험료를 납입하고 보험사고가 발생하였을 경우에 체신관서가 보험금을 지급할 것을 내용으로 하는 계약을 말한다.
6. "보험사고"라 함은 보험계약상 체신관서가 보험수익자에게 보험금 기타의 급여를 할 의무를 발생하게 하는 피보험자의 생명·신체에 관한 불확정한 사고를 말한다.
- 17) 상법 제638조(의의) 보험계약은 당사자일방이 약정한 보험료를 지급하고 상대방이 재산 또는 생명이나 신체에 관하여 불확정한 사고가 생길 경우에 일정한 보험금액 기타의 급여를 지급할 것을 약정함으로써 효력이 생긴다.
- 제727조(인보험자의 책임) 인보험계약의 보험자는 생명 또는 신체에 관하여 보험사고가 생길 경우에 보험계약이 정하는 바에 따라 보험금액 기타의 급여를 할 책임이 있다.
- 제730조(생명보험자의 책임) 생명보험계약의 보험자는 피보험자의 생명에 관한 보험사고가 생길 경우에 약정한 보험금액을 지급할 책임이 있다.
- 제737조(상해보험자의 책임) 상해보험계약의 보험자는 신체의 상해에 관한 보험사고가 생길 경우에 보험금액 기타의 급여를 할 책임이 있다.
- 18) 일반인이 가입할 수 있는 인보험 시장에는 농협, 수협, 신협, 새마을금고도 공제사업으로 참가하고 있는데, 수입보험료를 기준으로, 2006년에 우체국보험은 8.2%, 민영보험은 79.1%를, 4대 공제는 12.7%를 차지하였다. 4대공제의 공제금(보험금이나 환급금과 같다)에 대하여 압류금지규정은 없다.
- 19) 일본에서 우정사업은 2007년 민영화 되었다.

구 몇 만 명 이하의 시군에 거주하는 자, 장애인 등)이나, 보험 상품의 수²⁰⁾에 아무런 제한이 없으므로, 누구나 수 개의 보험 상품에 중복하여 가입할 수 있다. 또한 가입이 강제되지 않고 자유로운 의사에 따라 가입할 수 있으며, 보험료의 부담도 오로지 가입자의 몫이고, 정보통신기술의 발달(인터넷망)로 거주지역에 구애됨이 없이 가입할 수 있다. 사회보험에서 흔히 볼 수 있는 가입강제나 급여액의 한정, 가입자격의 제한, 보험료의 일부 분담 등이 없고, 보험약관에 따라 스스로의 선택에 의하여 가입하는 임의보험일 뿐이다.

연혁적으로 1952. 12. 16. 우편연금법과 국민생명보험법이 제정될 당시에는 사회보장제도가 미비하고 보험시장이 형성되지 않아 체신관서가 운영하는 연금이나 보험에 가입한 수급권자를 보호하여 가능한 범위 내에서 사회안전망을 우선적으로나마 확보할 필요성이 있었고, 그를 통하여 보험의 보편화, 저축의식의 고취 등에도 기여한 바를 부정할 수 없으나, 오늘날에는 국민연금, 국민건강보험, 국민기초생활보장법 등이 전 국민을 대상으로 시행되는 등 각종 사회보장제도가 충분하다고는 할 수 없으나 어느 정도 마련되어 있고, 보험시장도 활성화되어 있으며 금융 시장 또한 급속도로 발달함에 따라, 미래 위험에 대한 대비는 일정 부분은 사회보장제도에 의하지만, 그 나머지 부분은 국민들의 선택에 의하여 보험이나 다른 금융상품 등 다양한 방법을 모색할 수 있게 되었으므로, 공적인 사회보장제도라기보다는 사적인 임의보험의 성격을 가지는 우체국보험에 대하여 그 수급권자를 특별히 보호하여야 할 필요성이나 그를 통한 보험의 보편화나 저축의식의 고취라는 입법 목적은 그 의미가 상당히 감소되었다고 할 수 있다²¹⁾.

이렇듯 보험의 본질에 있어서 동일하고, 사회보장의 측면을 공유하며, 이

20) 현재 우체국보험은 보장성으로 9종, 저축성으로 3종, 연금으로 2종이 판매되고 있다.

21) 우체국보험이 초기에는 민영보험의 보험혜택에서 소외되는 농어촌 지역주민과 도시서민에 보험서비스를 제공하여 그들의 생활안정을 도모하고자 도입되어 민영보험과 경쟁시장이 달랐으나, 오늘날에는 사업대상이 일반인에 확대되고 고액화 되는 등 동일한 시장에서 경쟁하는 상태에 이르렀다고 보인다. 인보험시장에서 우체국보험의 시장점유율은 2004년 기준으로 삼성생명(35.88%), 대한생명(14.64%), 교보생명(13.95%) 다음의 4위(9.02%)로 알리안츠, 동양, SK, 흥국, 신한, 금호, 푸르덴셜생명 등에 앞선다.

사건 법률조항이 도입될 때와 비하여 사회보장제도가 구비되고, 금융·보험 시장이 발달하는 등 사회·경제적 환경이 변화하였으며, 소득, 지역, 장애여부 등에 관계없이 누구나 자유롭게 여러 보험 상품에 가입할 수 있어 도시 지역에 거주하는 장애가 없는 고소득자로서 그 보험금 등의 수급액이 고액²²⁾이 될 가능성이 상존함에도, 그것이 국가가 운영하는 우체국보험이라는 이유만으로 그 수급권을 보호하여야 하는 반면, 일반 인보험에 가입하였다고 하여 그 수급권을 원칙적으로 보호하지 않아도 되는 합리적인 이유를 상정하기 어렵다.

2) 한편, 국세징수법²³⁾과 민사집행법²⁴⁾이나 그 밖의 특별법²⁵⁾ 또한 압류를 할 수 없는 채권을 규정하고 있으나 이는 채무자(수급권자)의 생활보장 또는 국가적, 공익적 사업에 종사하는 자의 업무 및 생계보장, 피해자의 보호라는 공익적, 사회정책적인 이유 등으로 인한 것이다. 그러나 우체국보험

22) 각 보험상품별로 최고 금액을 가입한다고 한다면 보험금이 3억 원 이상도 될 수 있을 것으로 보인다.

23) 국세징수법 제31조(압류금지재산) 다음 각호의 재산은 이를 압류할 수 없다. 11. 법령에 의하여 급여하는 사망급여금과 상이급여금, 제33조(급여의 압류금지) 급료·임금·봉급·세비·퇴직금·퇴직연금기타 이에 유사한 급여금에 대하여 그 총액의 2분의 1을 초과하여 압류할 수 없다. 다만, (단서 생략)

24) 민사집행법 제246조(압류금지채권) ① 다음 각 호의 채권은 압류하지 못한다. 1. 법령에 의하여 규정된 부양료 및 유족부조료, 2. 채무자가 구호사업이나 제3자의 도움으로 계속 받는 수입, 3. 병사의 급료, 4. 급료·연금·봉급·상여금·퇴직연금 그 밖에 이와 비슷한 성질을 가진 급여채권의 2분의 1에 해당하는 금액, 다만, (단서 생략)

25) 공무원연금법에 의한 급여를 받을 권리(제32조, 단서에서 채납처분의 대상은 된다고 규정), 군인연금법에 의한 급여를 받을 권리(제7조, 단서에서 채납처분의 대상은 된다고 규정), 고용보험법에 의한 실업급여를 받을 권리(제29조), 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률에 의한 모훈급여금(제19조), 사립학교교직원연금법에 의한 급여를 받을 권리(제40조, 제1호에서 국세징수법의 채납처분의 대상은 된다고 규정), 국민연금법에 의한 급여를 받을 권리(제54조), 근로기준법에 의하여 지급받게 될 보상청구권(제89조), 산업재해보상보험법에 의한 보험급여를 받을 권리(제55조 제2항), 자동차손해배상보장법에 의한 피해자의 보험회사에 대한 보험금청구권, 피해자의 보상청구권, 가불금청구권(제32조, 보험회사에 대한 보험금청구권은 강제보험에 한하여 적용, 대법원 2006. 4. 20.자 2005마1141 결정), 국민기초생활보장법에 의한 수급품을 받을 권리(제35조), 선원보험법의 보험급여를 받을 권리(제28조), 어선원 및 어선재해보상보험법에 의한 보험급여를 받을 권리(제34조), 국민건강보험법의 보험급여를 받을 권리(제54조), 선원법상의 재해보상 등을 받을 권리(제124조), 형사보상법에 의한 보상청구권(제22조), 국가배상법에 의하여 생명·신체의 침해로 인한 국가배상을 받을 권리(제4조)

은 임의보험으로 가입대상에 제한이 없고, 보험의 보편화를 그 본래의 목적(제1조)으로 한다는 점에서 국세징수법, 민사집행법 기타 특별법과 같은 정도로 그 수급권을 보호하여야 할 이유가 있다고 보기 어렵다.

또한 압류가 금지되는 범위에 관하여도, 국세징수법과 민사집행법은 급여·임금·봉급·세비·퇴직금·퇴직연금 기타 이에 유사한 급여채권에 대하여는 2분의 1에 한하여(국세징수법 제33조, 민사집행법 제246조 제1항 제4호, 다만, 일정한 경우 대통령이 정하는 금액이 될 수 있다) 압류를 금지하고, 공무원연금법, 군인연금법, 사립학교교직원연금법의 급여를 받을 권리는 일반 사법상의 채권자에 의한 압류는 전부 금지되면서도 조세채권 등 채납처분에 의한 경우에는 압류가 금지되지 않고 있다(공무원연금법 제32조 단서, 군인연금법 제7조 단서, 사립학교교직원 연금법 제40조 제1호). 또, 민사집행법은 채권자와 채무자의 생활형편 등의 사정을 고려하여 압류의 범위를 조정할 수 있는 조항을 따로 두고 있다(민사집행법 제246조 제2항). 이에 반하여 우체국 보험금 등의 수급권은 조세 채권자나 일반 사법상의 채권자 모두에 대하여 그 수급권의 전부의 압류를 금지할 뿐만 아니라 압류의 범위를 조정할 수 있는 방법도 마련되어 있지 않다.

3) 우체국보험법 시행규칙 제35조에 의하면 우체국보험의 종류로 ① 교육보험, ② 연금보험, ③ 보장성보험, ④ 생사혼합보험을 규정함과 아울러 보험종류에 따른 상품별 명칭, 보험기간, 보험료 납입기간, 가입연령 및 보장내용 등은 우정사업본부장이 정하여 고시하도록 규정하고 있다. 우체국보험 중에는 생명·신체의 상해에 대한 보험사고의 경우 치료비나 후유장애보상금, 유족보상금 등을 보험금으로 할 때 또는 장애인을 대상으로 하는 보험상품의 경우 등과 같이²⁶⁾ 그 보험금채권을 보장하여 수급권자를 보호하여야 할 필요가 있는 경우도 있을 수 있으나²⁷⁾, 일정 연령이 되면 보험금을 지급하는

26) 2005년 우체국보험으로 지급된 보험금 중 사망, 장애, 입원으로 지급된 보험금은 전체의 4.5%에 불과하였다. 2006년 보험통계연감, 보험개발원

27) 일반 인보험에서도 같은 필요성이 있으나 수급권을 따로 보호하고 있지 않으나, 법제처에서 심사 중인 상법 개정안 734조의 2는 보험수익자가 취득하는 사망보험금의 2분의 1에 대하여 압류를 금지하는 규정을 신설하고 있다. 아울러, 장애우 전용 보험상품의 경우에는 일반 인보험에서도 장애우 보호를 위해 수급권 압류 금지를 고려할 수 있을 것으로 보인다.

교육보험 등과 같이 보험 상품에 따라서는 수급권자를 일반 채권과 달리 특별히 보호해야 할 필요성의 정도가 완화되거나 없는 경우도 있을 수 있다. 또한 생명·신체의 상해에 대한 보험사고의 경우 수급권자를 보호하여야 할 필요성은 수급권자가 그러한 미래위험에 대비하여 보험에 가입하였든, 다른 금융상품에 가입하였든, 현금으로 보관하고 있는 다르지 않은데 보험에 가입한 자에 대하여만 그 수급권을 보호하여야 하는지도 의문이다.

수급권자를 보호할 필요성이 있다고 하여도 수급권자의 채권자와의 관계에서 무조건 그 전액에 대하여 보호하여야 하는 것도 아니다. 수급권자의 사정은 보험금의 액수, 부양가족, 재산상태 등에 따라 매우 다양할 수 있고, 채권자의 생활상황은 수급권자의 경우보다 더 어려울 수 있는데 채권자와 수급권자의 개별적인 사정을 고려치 않은 채 획일적으로 수급권 전액에 대하여 압류를 금지한다면 이는 채권자의 희생 아래 수급권자를 과도하게 보호하는 결과를 가져올 수 있기 때문이다²⁸⁾.

더욱이 보험기간 내 보험사고가 발생하지 않아 만기에 지급되거나 보험계약을 해지할 때 지급되는 만기 보험금 또는 해약환급금의 경우²⁹⁾에는 일반 금전채권과 달리 보기 어렵기 때문에, 다른 일반 채권의 보유자와 달리 그

28) 민사집행법 제246조 제2항은 당사자의 신청에 의하여 채권자와 채무자의 생활형편, 그 밖의 사정을 고려하여 같은 조 제1항의 압류금지채권에 대하여 압류명령을 발할 수 있도록 하고 있으나, 우체국보험의 수급권에 대하여는 위 규정이 적용될 수 없으므로 채권자와 채무자간의 대립되는 이익을 합리적으로 조정할 수 없다. 그리고, 같은 조 제1항 4호에는 2005. 1. 27. 법률 제7358호로 단서가 추가되었는데, 종래 압류금지채권으로 “급여·연봉·봉급·상여금·퇴직연금, 그 밖에 이와 비슷한 성질을 가진 급여채권의 2분의 1에 해당하는 금액”이던 것에서 “다만, 그 금액이 국민기초생활보장법에 의한 최저생계비를 감안하여 대통령령이 정하는 금액이 미치지 못하는 경우 또는 표준적인 가구의 생계비를 감안하여 대통령령이 정하는 금액을 초과하는 경우에는 각각 당해 대통령령이 정하는 금액”이 단서로 추가되었다. 국세징수법도 2006. 4. 28. 법률 제7931호로 개정되면서 제33조 단서에 같은 내용이 추가되었다. 이는 저소득 급여생활자의 인간다운 생활을 보호하고 사회 안정화에 기여하기 위하여 최저생계비 이하의 급여에 관하여는 전액 압류를 금지하는 한편, 고소득 급여생활자에 대하여는 표준가구생계비 초과분에 대하여 압류를 허용함으로써 채권자의 이익을 고려한 것이다.

29) 우체국보험이 2005년 중 보험금 또는 환급금으로 가입자에게 지급된 금액은 10조 1,210억원인데, 사망·장해 및 입원의 사유로 인한 지급액은 4,515억원으로 4.5%를 차지함에 불과하다. 만기 등 생존보험금이 8조 2,816억원으로 81.8%, 해약환급금이 1조 2,729억원으로 12.6%를 차지하였다. 2005년도 보험통계연감, 보험개발원

압류를 전면적으로 금지함으로써 채권자의 양보 아래 수급권을 보호하여야 할 필요성을 인정하기도 어렵다.

4) 결국, 이 사건 법률조항은 국가가 운영하는 우체국보험에 가입한다는 사정만으로, 일반 보험회사의 인보험에 가입한 경우와는 달리 그 수급권이 사망, 장애나 입원 등으로 인하여 발생한 것인지, 만기나 해약으로 발생한 것인지 등에 대한 구별조차 없이 그 전액에 대하여 무조건 압류를 금지하여 우체국보험 가입자를 보호함으로써 우체국보험 가입자의 채권자를 일반 인보험 가입자의 채권자에 비하여 불합리하게 차별취급하는 것이므로, 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 위반된다.

다. 재산권 침해 여부

(1) 합헌론(재판관 김종대의 반대의견)

1) 우체국보험 가입자의 채권자에 대한 재산권 제한

이 사건 법률조항은 우체국보험금에 대한 압류를 금지하고 있다. 채권자는 이 사건 법률조항으로 인해 자신의 채무자의 재산 중 우체국보험금에 대해서는 강제집행을 할 수 없게 된다. 결국 이 사건 법률조항은 강제집행을 통해 자신의 채권을 실행할 수 있는 채권자의 권능을 제한하는 것으로서 채권자의 재산권을 제한하는 법률조항이다.

이와 관련하여 우리 재판소는, 공무원연금법상 급여수급권에 대해 압류 금지를 규정하고 있는 공무원연금법 조항은 퇴직공무원의 채권자의 재산권을 제한하는 것으로 보면서 그 조항이 채권자의 재산권을 침해하지 않는다고 판시한 바 있다(헌재 2000. 3. 30. 99헌바53, 판례집 12-1, 344, 352-353).

한편 헌법 제23조는 모든 국민의 재산권을 보장하고 있으나 그 내용과 한계는 법률로 정하도록 하고 있고(제1항) 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다고 규정하고 있으며(제2항), 헌법 제34조는 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지고(제1항) 국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다(제2항)고 규정하고 있으므로, 입법자는 채무자의 인간다운 생활을 보장하고 사회보장·사회복지의 증진을 위하여 필요한 경우에는 헌법 제37조 제2항이 정하는 기본권 제한의 입법적 한계를 벗어나지

아니하는 범위 내에서 강제집행을 제한할 수 있다고 할 것이다(위의 99헌바 53 결정, 판례집 12-1, 344, 354 참조).

2) 우체국보험 가입자의 채권자의 재산권을 침해하는지 여부

가) 우체국보험은 국가가 공익사업으로 운영하는 것으로 그 사업으로 얻어진 수익은 주로 사회보장·사회복지의 증진 기타 공공 정책의 수행을 위한 자금으로 사용되고, 보험이라는 사회안전망의 일부를 국가 담당함으로써 사회안전망의 안정적 구축을 확보할 수 있으므로, 우체국보험의 보호는 궁극적으로 공공복리에 이바지할 것이어서 이 사건 법률조항의 입법목적의 정당성은 인정되며, 우체국보험금에 대한 압류를 금지함으로써 우체국보험에 대한 가입을 증진시킬 수 있으므로 입법목적 달성을 위한 수단의 적절성도 인정된다.

나) 한편 이 사건 법률조항으로 인해 우체국보험 가입자의 채권자가 입게 되는 재산권의 제한 정도를 살펴보면, 채권자는 자신의 채권 그 자체가 축소되거나 제한되는 것이 아니고 채무자에 대한 강제집행 일반이 금지되는 것이 아니라 채무자의 재산 중 우체국보험금에 대한 강제집행만이 금지되는바, 우체국보험금이 채무자의 전체 재산에서 차지하는 비율은 통상적으로 그다지 높지 않을 것으로 예상되고, 더욱이 우체국보험의 경우 계약보험금한도액도 보험상품별로 4천만 원으로 한정되어 있어 절대적인 금액 또한 크지 않다고 할 것이다. 나아가 채권자는 우체국보험금을 압류할 수는 없지만 채무자가 우체국보험금을 지급받은 후에는 그 금원에 대해 얼마든지 강제집행을 할 수 있는 것이다. 따라서 이 사건 법률조항으로 인해 채권자의 강제집행이 제한되는 정도가 매우 심각한 상태인 것으로 보기는 어렵다.

다) 또한 우체국보험의 운영 실태와 그 가입자에 대한 면을 살펴보면, 우체국보험은 주로 농어촌을 중심으로 한 지방의 서민들이 소액의 보험금으로 가입하는 경우가 많아, 사회보장적 관점에서 우체국보험금의 수급권자를 보호할 필요성은 상대적으로 크다고 볼 수 있다.

라) 그렇다면 이 사건 법률조항이 공익적 목적을 위해 마련되고 운영되는 우체국보험에 대한 보호 및 비교적 경제적 약자인 우체국보험금 수급권자의 보호를 위해 우체국보험금에 대해 압류를 금지한 것이 기본권 제한의 입법

적 한계를 넘어 우체국보험 가입자의 채권자의 재산권을 침해하는 것이라고 보기는 어렵다.(우체국보험금에 대해서는 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 압류 금지라는 장점 뿐 아니라 양도의 금지라는 제한도 부과되어 있는데, 만약 이 사건 법률조항이 무효로 선언된다면 우체국보험에 가입한 자들로서는 압류 금지를 통한 수급권 보장의 이익은 상실하면서 양도의 금지라는 제한은 여전히 부담하는바, 이는 우체국보험 가입자에게는 중대한 불측의 손해를 입게 하는 것이어서 부당하다.)

(2) 한정위헌론(재판관 조대현의 반대의견)

이 사건 법률조항은 직접적으로는 우체국보험의 보험수익자를 인신사고의 위험으로부터 보호하기 위한 규정이지만, 보험수급권에 대한 강제집행을 제한하는 효과를 가진다. 이는 보험수익자에 대한 채권의 집행력 중 집행대상을 제한하는 것이어서 그 재산권의 행사를 제한하게 된다.

이 사건 법률조항은 우체국보험의 보험수급권에 대한 채권자의 권리행사를 제한하는 효과를 가지기 때문에, 인신사고의 위험을 보장하여 보험수익자의 생활을 안정시킨다는 공익목적 달성을 위하여 필요한 한도에서만 헌법 제37조 제2항에 합치될 수 있다. 우체국보험을 일반 인보험보다 선호하게 하려는 목적은 기본권 제의 효과를 가지는 이 사건 법률조항을 정당화하기 어렵다.

인신에 관한 보험사고가 발생하여 보험금이 지급되는 경우에는 보험금을 보험수익자에게 귀속시키기 위하여 보험금 수급권에 대한 압류를 금지할 필요가 있다고 할 수 있지만, 인신사고가 발생하지 아니한 경우에 지급되는 보험금(교육보험금, 연금보험금, 만기보험금 등)이나 환급금은 그것을 반드시 보험수익자에게 귀속시키기 위하여 채권자의 압류를 금지시켜야 할 필요가 있다고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 법률규정을 인신사고가 발생하지 아니한 경우에 지급되는 보험금이나 환급금에 대하여도 적용하는 것은 헌법 제37조 제2항이 요구하는 공익적 필요성의 원칙과 최소제한의 원칙을 충족시킨다고 볼 수 없다.

인신사고가 발생하여 보험금이 지급되는 경우에도 그 전부를 압류하지 못

하게 하는 것이 최소제한의 원칙에 어긋나는 것이 아닌지 의문이 있지만, 우체국보험의 보험금 한도가 피보험자 1인당 4,000만 원으로 제한되어 있는 점에 비추어 보면, 이 사건 법률규정이 보험금의 전부를 압류하지 못하게 하였다고 하여 최소제한의 원칙에 위반된다고 보기 어렵다.

결국 이 사건 법률조항을 인신사고가 발생하지 아니한 경우에 지급되는 보험금이나 환급금에도 적용하는 것은 채권자의 권리행사를 정당한 사유 없이 제한하는 것으로서 헌법 제23조 제1항 및 제37조 제2항에 위반된다고 할 것이다.

(3) 위헌론(재판관 이동흡의 별개의견)

헌법 제23조는 “모든 국민의 재산권은 보장되나 그 내용과 한계는 법률로 정하고, 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.”고 규정하고 있고, 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적 내용을 침해할 수 없다.”고 규정하고 있으므로, 헌법 제23조 제1항 및 제37조 제2항의 규정을 총체적으로 풀이해 보면, 국민의 재산권은 원칙적으로 보장되어야 하고 예외적으로 공공복리 등을 위하여 법률에 의하여 제한될 수 있으나 그 본질적인 내용이 침해되거나 비례의 원칙 또는 과잉금지원칙에 반하는 입법은 할 수 없다는 것이다(헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 253; 헌재 1997. 11. 27. 96헌바12, 판례집 9-2, 607, 624; 헌재 1999. 6. 24. 98헌바68, 판례집 11-1, 753, 761-762; 헌재 2001. 12. 20. 2001헌바25, 판례집 13-2, 863, 876 등 참조).

압류 등 강제집행은 국가가 강제력을 행사함으로써 사법상의 청구권의 실현을 도모하는 절차로서 사법상 청구권 등 재산권은 궁극적으로 강제집행에 의하여 그 실현이 보장되는 것이므로 입법자가 강제집행절차를 마련함에 있어서는 채권자의 재산보호를 위하여 원칙적으로 강제집행을 금지하여서는 안 되는데, 이 사건 법률조항은 채무자인 우체국보험 가입자의 보험금 등 수급권 전액에 대하여 압류를 금지하고 있으므로 우체국보험 가입자에 대한 채권자의 재산권을 제한하고 있는 것이다.

살피건대, 사회보장의 측면은 보험이 가지는 일반적 특성일 따름이고, 우체국보험은 그 가입자격에 제한이 있지도 않고 취급범위에 있어서도 일반 인보험과 특별한 차이가 없으므로 그 성격이 사적인 임의보험과 구별되는 사회보험 또는 공적인 사회보장제도에 해당한다고 볼 수는 없다. 그런데 이 사건 법률조항은 보험금 등 수급권의 구체적 발생유형과 내용을 구분하거나 그 범위를 한정하려는 시도도 하지 아니한 채 조세채권자나 일반 사법상의 채권자 모두에 대하여 보험금 등 전부의 압류를 금지하고 있을 뿐만 아니라 압류의 범위를 조정할 수 있는 방법도 마련하고 있지 않다. 더욱이 수급권자의 사정은 보험금의 액수, 부양가족, 재산상태 등에 따라 매우 다양하고 채권자의 생활상황은 수급권자의 경우보다 더 어려울 수도 있는 것이므로 수급권자가 채권자에 비하여 경제적·사회적 약자라고 단정할 수도 없는 것이다. 그럼에도 불구하고 임의보험 중 하나인 우체국보험의 보험금 등에 관하여 획일적으로 전액에 대한 압류를 금지한다면 이는 채권자의 희생 아래 수급권자를 과도하게 보호하는 것으로 볼 수밖에 없다. 이와 같이 이 사건 법률조항은 채권자의 희생 아래 우체국보험에 가입한 자만을 과도하게 보호하는 것으로서 기본권 제한의 입법적 한계를 넘어서 채권자의 재산권을 침해하고 있으므로, 과잉금지의 원칙에 위배되어 헌법에 위반되는 것이다.

4. 이 사건 법률조항의 위헌성제거방안과 헌법불합치결정

가. 전면적 헌법불합치론(다수의견)

이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다고 판단되는 경우에는 원칙적으로 위헌의 결정을 선고하여야 할 것이나, 이 사건 법률조항에서 압류를 금지하고 있는 우체국보험의 수급권 중에는 그 보험상품별 또는 수급권자가 장애인인가 여부 등에 따라서는 여전히 압류금지를 통하여 수급권을 보호하여야 할 필요성이 있으므로 단순위헌 결정을 선고하여 당장 이 사건 법률조항의 효력을 상실시킬 경우에는 위와 같이 압류금지를 통하여 수급권자를 보호할 필요가 있는 경우에까지 그 수급권을 보호할 수 없게 된다는 점에서, 오히려 헌법재판소가 의도하지 않는 불평등한 상대가 초래될 우려가 있고, 나아가 위헌적인 규정을 합헌적으로 조정하는 임무는 원칙적으로 입법자의 형성재

량에 속하는 사항으로 이 사건 법률조항의 위헌성을 어떤 방법으로 제거하여 새로운 입법을 할 것인가에 관하여는 여러 가지 방안, 즉 보험상품별로 보험금 등 수급권의 보호범위나 정도를 달리하는 방안, 수급권자가 장애인인가의 여부에 따라 보험금 등 수급권의 보호정도를 달리하는 방안, 민사집행법 제246조 제2항과 같이 당사자의 신청에 의하여 수급권자와 그 채권자의 생활형편, 그 밖의 사정을 고려하여 보험금 등 수급권의 보호범위나 정도를 달리하는 방안, 보험사고로 인하여 지급하는 보험금인가 만기 보험금 또는 해약환급금인가에 따라 그 수급권의 보호범위나 정도를 달리하는 방안 등이 있을 수 있으며, 그 중에서 어떤 방안을 채택할 것인가는 입법자가 우리의 보험제도, 수급권자와 그 채권자 등 이해관계인들의 이익, 법적 안정성 등 여러 가지 사정을 고려하여 입법정책적으로 결정할 사항이라고 할 것이므로, 이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌결정을 할 것이 아니라 헌법불합치 결정을 선고하여야 할 것이다.

나. 일부(보험금 압류부분) 헌법불합치, 일부(환급금 압류부분) 단순 위헌론(재판관 이동흡)

(1) 이 사건 법률조항 중 ‘보험금’ 부분에 대하여는 다수의견이 지적하는 바와 같이 단순위헌결정을 하기보다는 헌법불합치결정을 할 필요가 있다. 그러나 나머지 부분인 ‘제38조의 규정에 의한 환급금’ 부분에 대하여는 아래에서 지적하는 바와 같이 단순위헌결정을 하여야 한다고 본다. 헌법재판소는 기존의 선례에서 법률조항의 일부분에 대하여는 단순위헌결정을 하면서도 입법자에게 위헌적인 상태를 제거할 수 있는 여러 가지의 입법수단 선택의 가능성을 인정할 필요성이 있는 부분에 대하여는 헌법불합치결정을 할 수 있음을 밝힌 바 있다(헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1, 판례집 16-1, 670, 675).

(2) 법률조항의 합헌 부분과 위헌 부분의 경계가 불분명하여 헌법재판소의 단순위헌결정으로는 이에 적절하게 구분하여 대처하기가 어렵고, 다른 한편으로는 권력분립의 원칙과 민주주의 원칙의 관점에서 입법자에게 위헌적인 상태를 제거할 수 있는 여러 가지의 가능성을 인정할 수 있는 경우에는

예외적으로 입법자의 형성권을 존중하여 헌법불합치 결정을 할 수 있다(헌재 2002. 5. 30. 2000헌마81, 판례집 14-1, 528, 546-547; 헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1, 판례집 16-1, 670, 697). 그런데 이 사건 법률조항 중 ‘보험금’ 부분에 있어서는 우체국보험에서 취급하는 보험의 종류가 교육보험, 연금보험, 보장성보험, 생사혼합보험과 같이 다양하고(동법 시행규칙 제35조), 이에 따라 정해진 보험금 지급사유도 사망·장해·입학과 같이 약관에서 정한 지급사유의 발생 이외에도 보험기간의 만료, 보험기간 만료 전 생존보험금 지급사유가 발생한 경우 등으로 다양하여(동법 시행규칙 제53조, 제54조 참조), 보험금의 종류 및 지급사유가 무엇인지에 따라 수급권자를 보호할 필요성 및 그 특별한 보호의 범위에 대한 판단이 얼마든지 달라질 수 있는 것이다. 예컨대 생명·신체의 상해를 보험사고로 한 보험금의 경우에는 보험금 전액은 아니라 하더라도 채권자 등 다른 이해관계자와의 이익관계를 형량하여 합리적으로 도출된 일정한 범위 내에 있어서는 채권자의 권리를 제한하여 수급권자의 권리를 특별히 보호할 필요가 있다고 볼 수 있는 것이다. 따라서 이 사건 법률조항 중 ‘보험금’ 부분에 있어서는 합헌 부분과 위헌 부분의 경계가 불분명하고, 궁극적으로는 입법자로 하여금 보험금여의 종류에 따른 특성, 채권자와 채무자의 생활상황 등 제반 사정을 고려하여 합리적인 범위 내에서 압류금지의 범위를 정하도록 하는 것이 바람직하므로 이 사건 법률조항 중 ‘보험금’ 부분에 대하여는 다수의견과 같이 헌법불합치 결정을 함이 상당하다.

(3) 그러나 이 사건 법률조항 중 ‘제38조의 규정에 의한 환급금’은 그 지급사유가 보험계약의 변경(법 제34조), 보험계약의 해지(법 제35조, 법 제50조, 상법 제655조), 보험계약의 효력 상실(법 제37조), 보험금지급책임의 면책(법 제43조)의 경우로 한정되어 있고, 그와 같은 사유가 발생한 경우에 보험수익자를 위하여 적절한 금액의 일부를 보험계약자에게 돌려준다는 것이어서, 이에 대하여 채권자의 권리를 제한하면서까지 수급권자의 권리를 보호하여야 할 필요성을 인정할 수 없고, 달리 헌법불합치 결정을 하여야 할 예외적인 사정을 인정할 수도 없다. 다수의견은 ‘제38조의 규정에 의한 환급금’ 부분에 있어서도 헌법불합치결정을 하여야 한다고 하면서 수급권자가 장에

인인 경우의 보호 필요성을 논거로 제시하고 있으나, 위 환급금은 일반적인 민사상의 금전채권과 달리 볼 수 없는 성질의 것이므로 수급권자가 장애인이라 하여 채권자의 재산권을 제한하면서까지 그 수급권을 보호할 수는 없다 할 것이고, 그 밖에 다수의견이 헌법불합치결정의 근거로 내세우는 사정은 모두가 ‘보험금’에 관한 것일 뿐, ‘제38조의 규정에 의한 환급금’에 해당하는 것이 아니다. 다수의견은 ‘제38조의 규정에 의한 환급금’에 대하여도 헌법 불합치결정을 하여야 할 납득할 만한 이유를 제시하지 못하고 있다.

(4) 그렇다면 이 사건 법률조항 중 ‘보험금’ 부분을 제외한 나머지 부분, 즉 ‘제38조의 규정에 의한 환급금’ 부분은 위헌성이 명백하므로, 단순위헌결정을 하여야 한다.

5. 결정의 의의

이 사건 결정은 국가가 운영하는 우체국보험에 가입한다는 사정만으로, 일반 보험회사의 인보험에 가입한 경우와는 달리 그 수급권 전액에 대하여 무조건 압류를 금지하는 것은 우체국보험 가입자의 채권자를 일반 인보험 가입자의 채권자에 비하여 불합리하게 차별취급하는 것으로서 평등원칙에 위반되어 헌법에 합치되지 않는다는 판단을 표명한 것이다. 그 과정에서 다수의견은 이 사건 청구인이 기본권주체가 될 수 없는 지방자치단체인 점과 재산권 등 기본권 침해주장을 전혀 하지 않고 있는 점, 평등원칙 위반 심사만으로 충분하다는 점 등을 고려하여 재산권 침해 여부에 대하여 별도로 심사하지 않았고, 평등원칙 심사와 관련해서는 이 사건 법률조항의 의미와 목적, 내용 등을 종합하여 ‘우체국보험 가입자의 채권자’와 ‘일반 인보험 가입자의 채권자’를 비교집단으로 설정하여 심사하였다.

이러한 다수의견에 대해서는 위헌성 심사의 방법과 관련하여 이 사건 법률조항의 본질은 채권자의 재산권 행사를 제한하는 데 있다는 점에서 평등원칙 심사 이외에도 재산권 침해 여부 심사가 핵심이라는 재판관 이동흡의 별개의견(결론은 이 사건 법률조항이 채권자의 재산권을 침해함)과 이 사건 법률조항에는 평등원칙 위반의 문제가 생기지 아니한다거나 다수의견과 같이 비교집단을 설정하여 평등원칙의 위반 여부를 심사하는 것은 부당하다면

서 재산권 침해 여부를 심사하여야 한다는 재판관 조대현의 반대의견(결론은 이 사건 법률조항을 인신사고가 발생하지 아니한 경우에 지급되는 보험금이나 환급금에도 적용하는 것은 채권자의 재산권을 침해함) 및 재판관 김종대의 반대의견(결론은 이 사건 법률조항이 채권자의 재산권을 침해하지 아니함) 등이 개진되었다.

한편, 이 사건 결정에서는 여러 가지 이론적·현실적 이유를 들어 이 사건 법률조항의 위헌성을 제거하는 구체적인 방법은 입법자의 형성재량에 맡겨야 한다는 취지에서 이 사건 법률조항 전부에 대하여 단순위헌이 아닌 헌법불합치를 선언하되, 2009. 12. 31.을 기한으로 입법적 개선의무를 부과함과 아울러 이 사건 법률조항 적용의 중지를 명하였다. 이에 대해서도 재판관 이동흡은 이 사건 법률조항 중 보험금 압류부분에 관하여는 다수의견과 같이 하였으나, 환급금 압류부분에 관하여는 단순위헌의견을 개진하였다.

이와 같이 이 사건 결정은 재판관 6인의 다수의견에 의하여 이 사건 법률조항에 대하여 평등원칙 위반 심사를 통하여 헌법불합치결정에 이르렀으나, 그 과정에서 위헌성 심사의 방법, 평등원칙 심사에 있어서 비교집단의 설정, 재산권 침해 여부, 헌법불합치결정의 범위 등 여러 가지 헌법재판의 논점에 대하여 다양하고 의미 있는 별개의견 및 반대의견이 활발하게 개진되었다.

계구사용행위 등 위헌확인 등

- 수용거실 내 CCTV 설치 -

(헌재 2008. 5. 29. 2005헌마137·247·376, 2007헌마187·1274(병합),
판례집 20-1하, 187)

이 은 희*

【판시사항】

1. 엄중격리대상자에 대하여 교도소 내 이동 시 계구를 사용하는 행위가 신체의 자유를 과도하게 제한하는 것인지의 여부(소극)
2. 엄중격리대상자의 수용거실에 CCTV를 설치하여 24시간 감시하는 행위가 법률유보의 원칙에 위배되어 사생활의 자유·비밀을 침해하는 것인지의 여부(소극)

【심판대상】

엄중격리대상자로 지정된 청구인들에게 실시된 이동할 때마다 손목에 수갑을 채우는 행위와 독거실에 CCTV를 설치하여 항상 청구인들의 행동을 녹화하는 행위가 청구인들의 기본권을 침해하였는지 여부이다.

【사건의 개요】

1. 사건의 개요

가. 2004. 7.경 수형자가 교도관을 살해하는 사건이 발생하자, 법무부는 2004. 11. 16. “특별관리대상자 수용관리계획”을 수립하여 시행하게 한 뒤,

* 서울남부지방법원 판사, 전 헌법연구관

2005. 8. 17. 법무부 예규 제731호로 “특별관리대상자 관리지침(이하 ‘지침’이라 한다)”을 제정하여 시행하였다.

지침은 합리적이고 효율적인 수용관리를 통하여 교정시설의 안전과 질서를 유지하기 위하여 수용자 중에서 조직폭력사범, 마약류사범, 중점관리대상자, 엄중격리대상자를 특별관리대상자로 지정하여 특별처우를 하려는 것이다.

엄중격리대상자를 비롯한 특별관리대상자는 분류처우회의 심의를 거쳐 지정된다. 엄중격리대상자로 지정되면 엄중경비시설인 청송제2교도소로 이송되고(지침 제52조), 독거실에 1년 이내의 기간 수용되며(지침 제53조 제1항, 제4항), 독거실에 폐쇄회로 텔레비전(Closed Circuit Television)을 설치할 수 있고(지침 제53조 제3항), 이동 중에는 손목에 수갑을 채우게 된다(지침 제55조 제2항).

나. 청구인들은 엄중격리대상자로 선정되어 지침에 의한 엄중격리처우를 받게 되자, 청구인들이 이동할 때마다 손목에 수갑을 채우는 행위(이하 ‘이 사건 계구사용행위’라고 한다)와 독거실에 CCTV를 설치하여 청구인들의 행동을 녹화하는 행위(이하 ‘이 사건 CCTV 설치행위’라고 한다)로 인하여 자신들의 기본권이 침해되었다고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인들의 주장 및 이해관계인의 의견요지

가. 청구인들의 주장요지

(1) 수갑 등 계구의 사용이나 수행자에 대한 유형력의 행사는 교정사고의 발생을 방지하기 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 할 것임에도 불구하고, 피청구인은 청구인들이 운동·접견 기타 여하한 사유로든 수용거실에서 나가야 할 경우에는, 항상 출입문 아래쪽의 작은 창밖으로 양손을 내밀게 하여 수갑을 채운 후 문을 열어 이동하게 하고, 용무가 끝나면 다시 수갑을 채운 상태로 수용거실까지 이동하게 하는바, 피청구인의 위와 같은 행위는 필요한 범위를 넘어 청구인들이 가지는 인간으로서의 존엄과 가치 및 신체의 자유 등을 과도하게 침해한 것이다.

(2) 수형자라 하더라도 제한된 범위 내에서는 사생활의 비밀과 자유를 향유할 수 있고 이의 제한은 필요 최소한도에 그쳐야 할 것임에도 불구하고, 피청구인은 청구인들의 수용거실에 CCTV를 설치하여 청구인들의 동태를 24시간 감시하였는바, 이는 청구인들의 사생활의 비밀과 자유의 본질적인 부분을 침해한 것이다.

나. 피청구인 및 법무부장관의 의견요지

이 사건 계구사용행위와 CCTV설치행위는 행형법, 행형법 시행령, 수형자 분류처우규칙, 교도관 직무규칙 등 행형에 관한 법령에 근거하여 교정사고의 방지와 수용질서 유지 등 수용목적의 달성과 특별관리대상 수형자들과 교도관의 생명·신체의 보호에 만전을 기하기 위하여 필요 최소한도 내에서 청구인들의 기본권을 제한하고 있으므로 법률유보의 원칙 및 과잉금지의 원칙에 위반되지 아니한다.

【결정요지】

1. 수형자는 형벌의 집행을 위하여 격리된 구금시설에서 강제적인 공동생활을 하게 되므로 헌법이 보장하는 신체활동의 자유 등 기본권이 제한되기 마련이나, 제한되는 기본권은 형의 집행과 도망의 방지라는 구금의 목적과 관련된 기본권에 한정되어야 하고, 특히 수용시설 내의 질서 및 안전 유지를 위하여 행해지는 기본권의 제한은 다른 방법으로는 그 목적을 달성할 수 없는 경우에만 예외적으로 허용되어야 한다.

청구인들은 상습적으로 교정질서를 문란케 하는 등 교정사고의 위험성이 높은 엄중격리대상자들인바, 이들에 대한 계구사용행위는 그 목적의 정당성 및 수단의 적정성이 인정되고, 필요한 경우에 한하여 부득이한 범위 내에서 실시되고 있다고 할 것이며, 이로 인하여 수형자가 입게 되는 자유 제한에 비하여 교정사고를 예방하고 교도소 내의 안전과 질서를 확보하는 공익이 더 크다고 할 것이다.

2. 이 사건 CCTV 설치행위는 행형법 및 교도관직무규칙 등에 규정된 교도관의 계호활동 중 육안에 의한 시선계호를 CCTV 장비에 의한 시선계호

로 대체한 것에 불과하므로, 이 사건 CCTV 설치행위에 대한 특별한 법적 근거가 없더라도 일반적인 계호활동을 허용하는 법률규정에 의하여 허용된다고 보아야 한다.

한편 CCTV에 의하여 감시되는 엄중격리대상자에 대하여 지속적이고 부단한 감시가 필요하고 자살·자해나 흉기 제작 등의 위험성 등 제반사정을 종합하여 볼 때 기본권 제한의 최소성 요건이나 법익균형성의 요건도 충족하고 있다.

《재판관 이강국, 재판관 김종대, 재판관 민형기, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 반대의견》

구금시설 내 CCTV 설치·운용에 관하여 직접적으로 규정한 법률규정은 없으며, CCTV에 의하여 녹화된 내용은 얼마든지 재생이 가능하고 복사 또는 편집되어 유포될 가능성이 있는 것이어서 교도관의 시선계호를 전제로 한 행형법 규정을 이 사건 CCTV 설치행위에 대한 근거법률로 보기는 어려우므로, 결국 이 사건 CCTV 설치행위는 헌법 제17조 및 제37조 제2항에 위반된다.

【해설】

1. 서론

수형자는 형벌의 집행을 위하여 격리된 구금시설에서 강제적인 공동생활을 하게 되므로 헌법이 보장하는 신체활동의 자유 등 기본권이 제한되기 마련이지만, 수형자라 하여 모든 기본권의 제한이 정당화될 수는 없다. 헌법재판소는 수형자에 대한 다양한 유형의 권력적 사실행위들에 관한 결정을 통하여 수형자에 대한 기본권 제한의 범위를 판시하여 오고 있다. 이 사건 역시 엄중격리대상자로 지정된 청구인들에게 실시된 엄중격리처우가 청구인들의 기본권을 침해하였는지 여부에 관하여, 수형자에 대한 기본권 제한의 범위를 확인함과 아울러 최근에 계호의 한 방법으로 실시되고 있는 수용실 내 CCTV 설치의 허용 여부에 관한 판단이 이루어졌다. 아래에서는 쟁점이 된 이 사건 계구사용행위와 CCTV 설치행위가 엄중격리대상자인 청구인들의 기본권을 침해하였는지 여부에 관하여 살펴본다.

2. 엄중격리대상자에 대한 처우

가. 엄중격리대상자가 청송제2교도소로 이송되면 독거실에 수용된다. 독거실을 나와 운동장·접견실 등 목적지로 이동하는 경우에는 타인을 폭행할 우려가 없음을 명백한 경우 외에는 거실 안에서 손을 내밀게 하여 수갑을 채운 후 독거실에서 나오게 하고, 계구를 사용하는 경우에도 2인 이상의 교도관이 동행하며, 수형자의 돌발행동이 우려되는 경우에는 교도관 2인이 수형자의 양쪽에서 옆구리에 팔을 낀 채 이동하기도 한다. 손목수갑은 이동 중에만 착용하므로, 그 사용시간은 하루 평균 10분 내외이다.

나. 엄중격리대상자는 CCTV가 설치된 독거실에 수용되는데, 청송제2교도소의 독거실에 설치된 CCTV는 상하좌우 이동기능 및 줌(zoom) 기능이 없고, 관찰 모니터는 19인치 화면을 16분할하여 사용하고 있어 수형자의 미세한 동작이나 표정을 쉽게 확인하기는 어렵다. 하루 24시간 동안 녹화된 영상은 화면으로만 나타나고 소리는 들리지 아니하며 특별히 저장하지 아니하는 이상 용량관계로 1주 내지 2주 이내에 자동으로 삭제된다.

CCTV 아래 약 50cm 정도는 화면에 나타나지 않는 공간이어서(수형자가 벽에 비스듬히 기대어 두 다리를 쭉 펴는 경우 무릎 아래만 보임) 수형자가 의복을 갈아입는 등의 사적 공간으로 활용할 수 있다. 거실 내의 화장실은 변기 방향에 칸막이가 설치되어 있어 CCTV를 통하여 용변을 보는 수형자의 하반신은 관찰할 수 없고 상반신의 움직임만 관찰할 수 있다.

다. 엄중격리처우는 1년 이내의 범위에서 실시되고, 3개월이 지나면 심사를 거쳐 독거실 내 TV 시청이 허용되고 이동 중에 손목수갑을 채우지 않는 등 완화된 처우를 받게 되고(지침 제54조), 6개월이 지나면 엄중격리대상자 지정의 해제 여부를 심사받게 되며, 엄중격리대상자 지정이 해제되면 청송제2교도소로부터 일반교도소로 이송된다(지침 제58조).

3. 수형자의 법적 지위와 그 기본권 제한

징역·금고 등 자유형을 선고받아 그 형이 확정된 자는 그 집행을 위하여 교도소에 구금하여 사회로부터 격리하고 기술교육을 실시하여 건전한 국민

사상과 근로정신을 함양하도록 교정·교화시켜서 사회에 복귀시킨다. 수형자는 형벌의 집행을 위하여 격리된 구금시설에서 강제적인 공동생활을 하게 되므로 헌법이 보장하는 신체활동의 자유 등 기본권이 제한되기 마련이다.

그러나 수형자라 하여 모든 기본권을 제한하는 것은 허용되지 아니하며, 제한되는 기본권은 형의 집행과 도망의 방지라는 구금의 목적과 관련된 기본권(신체의 자유, 거주이전의 자유, 통신의 자유 등)에 한정되어야 하고, 그 역시 형벌의 집행을 위하여 필요한 한도를 벗어날 수 없다. 특히 수용시설 내의 질서 및 안전 유지를 위하여 행해지는 기본권의 제한은 수형자에게 구금과는 별도로 부가적으로 가해지는 고통으로서 다른 방법으로는 그 목적을 달성할 수 없는 경우에만 예외적으로 허용되어야 한다(헌재 2003. 12. 18. 2001헌마163).

4. 이 사건 계구사용행위에 대한 판단

가. 계구의 사용 및 헌법적 한계

(1) 계구의 사용

범죄자를 교정·교화시키는 형벌의 목적을 달성하기 위해서는 수형자로 하여금 법과 질서를 준수하도록 훈련시켜야 하므로 수용질서의 확보가 긴요하다. 그래서 행형법은 수용시설의 안전과 구금생활의 질서를 유지하기 위하여 필요한 경우에는 계구를 사용하거나(제14조) 강제력을 행사(제14조의2)할 수 있도록 하고(제14조의2), 나아가 무기의 사용까지 허용하고(제15조) 있다.

행형법은 제14조에서 계구의 사용요건과 종류 등을 규정하고 있고 행형법 시행령과 계구의규격과 사용방법 등에 관한 규칙은 이를 더 구체화하고 있다. 행형법상 인정되는 계구에는 포승, 수갑, 사슬, 안면보호구가 있고(행형법 제14조 제2항), 교도관은 수용자의 도주·폭행·소요 또는 자살의 방지 기타 교도소의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 경우에 계구를 사용할 수 있으나 징벌의 수단으로 사용할 수는 없으며(같은 법 제14조 제1항, 제3항), 계구는 원칙적으로 당해 소장(장)의 명령에 따라 사용하여야 하나 긴급을 요하는 때에는 사용 후 소장에게 보고하고 그의 승인을 얻어야 하며 소장은 계

구사용을 명령하거나 승인하는 때에 계구의 종류 및 사용방법을 구체적으로 특정하여야 한다(같은 법 시행령 제45조, 계구의규격과 사용방법 등에 관한 규칙 제4조 제2항, 제3항).

사용되는 계구 중 수갑에는 금속수갑, 벨트수갑, 플라스틱수갑이 있는데 금속수갑은 소요·폭행·도주 또는 자살의 우려가 있거나 호송 중의 수용자에게, 벨트수갑은 자살 또는 자해의 우려가 있거나 금속수갑을 사용하면 자해의 도구 등으로 이용될 개연성이 큰 수용자에게, 플라스틱수갑은 도주·폭행 또는 시설 손괴의 우려가 있는 경우로서 교도관의 제지에 항거하거나 다수에 대한 신속한 제압이 필요한 때에 각각 사용된다(행형법 시행령 제46조 제1항, 위 규칙 제5조 제2항).

(2) 계구사용의 헌법적 한계

(가) 헌법 제10조는 모든 기본권 보장의 중국적 목적이자 기본이념이라 할 수 있는 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하고, 제12조는 정신적 자유와 더불어 이를 구현하기 위한 가장 기본적인 자유로서 신체의 자유를 보장하고 있다. 이와 같은 신체의 자유는 신체활동을 자율적으로 할 수 있는 신체거동의 자유와 함께 신체의 안전성이 외부로부터의 물리적인 힘이나 정신적인 위협으로부터 침해당하지 아니할 자유를 포함한다(헌재 1992. 12. 24. 92헌가 8, 판례집 4, 853, 874 참조). 계구는 수형자에 대한 직접강제로 작용하여 이것이 사용되면 수용자는 팔·다리 등 신체의 움직임에 큰 지장을 받게 될 뿐만 아니라 종종 심리적 위축까지 수반하여 장시간 계속될 경우 심신에 고통을 주거나 나아가 건강에 악영향을 끼치고 사용하는 방법에 따라서는 인간으로서의 품위에까지 손상을 줄 수도 있으므로 헌법 제10조에 의하여 보장되는 인간의 존엄성 및 제12조에 의하여 보장되는 신체의 자유에 대한 침해여부가 문제된다.

수형자에 대한 계구의 사용은 수용시설 내의 안전과 질서를 유지하기 위하여 일정범위에서 그 필요성과 타당성이 인정되므로 그로 인한 인간의 존엄성 및 신체의 자유에 대한 제한은 불가피하다. 그러나 그 제한이 불가피하다더라도 그 본질적인 내용을 침해하거나 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해

의 최소성 및 법익 균형성 등을 의미하는 과잉금지의 원칙에 위배되어서는 아니된다(헌재 2002. 7. 18. 2000헌마327, 판례집 14-2, 54, 62 참조).

(나) 우리 재판소는 헌재 2003. 12. 18. 2001헌마163 결정¹⁾에서 수용자에 대한 계구사용의 기준으로 “계구의 사용은 무엇보다 수용자들의 육체적·정신적 건강 상태가 유지되는 범위 내에서 이루어져야 하고 시설의 안전과 구금생활의 질서에 대한 구체적이고 분명한 위험이 임박한 상황에서 이를 제거하기 위하여 제한적으로 필요한 만큼만 이루어져야 한다. 그 경우에도 가능한 한 인간으로서의 기본적인 품위를 유지할 수 있도록 하여야 함은 물론이다. 결국 계구는 원칙적으로 공동생활의 질서와 안전을 유지하기 위하여 불가피한 경우 일시적으로 사용되어야 하고 명백한 필요성이 계속하여 존재하지 않는 경우에는 이를 즉시 해제하여야 하는 것이다”라고 판시한 바 있고²⁾, 그 이후 수용자에 대한 계구사용과 관련한 결정(헌재 2005. 5. 26. 2001헌마728 결정; 2005. 5. 26. 2004헌마49 결정³⁾ 등)에서도 동일한 취지의 판시를 하고 있다.

나. 이 사건 계구사용행위의 위헌여부

(1) 엄중격리대상자는 수형생활 중 상습적으로 폭행·소란·자해 등을 하거나 도주한 전력이 있는 수형자들 중에서 지정되므로 그들에 대하여는 일반 수용자보다 높은 수준의 계호가 요구된다. 이에 피청구인은 위 교도소 내의 안전과 질서유지를 책임지는 소장으로서 엄중격리대상자에 의한 돌발적인 폭행·난동·도주 등의 교정사고를 예방하고 수용자 및 교도관의 신체, 생명을 보호하기 위하여 이 사건 계구사용행위를 실시하고 있으므로 그 목적은 정당하고, 독거실에 수용 중인 엄중격리대상자는 거실에서 나와 이동

1) 교도소에서 392일 동안 하루 1 내지 2시간을 제외하고 상시적으로 금속수갑과 가죽수갑을 착용하게 한 행위가 신체의 자유를 침해하여 위헌이라고 판단하였음

2) 대법원은 “사용목적과 필요성, 그 사용으로 인한 기본권의 침해 정도, 목적 달성을 위한 다른 방법의 유무 등 제반 사정에 비추어 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 그 목적달성에 필요한 최소한의 범위 내에서만 허용된다”고 계구사용의 요건과 한계를 판시하고 있다(대법원 1998. 1. 20. 선고 96다18922 판결; 1998. 11. 27. 선고 98다17373 판결).

3) 검사실에서 수용자에 대한 피의자신문시 원칙적으로 계구를 사용하도록 한 행위가 신체의 자유를 침해하여 위헌이라고 판단하였음

하는 도중 교정사고를 일으킬 위험성이 높으므로 거실에서 나와 이동하는 동안 양팔의 사용을 어렵게 하기 위하여 양손목에 금속수갑을 착용시키는 이 사건 계구사용행위는 특별관리대상자의 폭행·난동·도주 등의 교정사고를 막기 위한 적합한 수단으로 생각된다.

(2) 그리고 엄중격리대상자는 상습적인 교정질서 문란행위로 그들에 대한 별도의 수용관리를 위하여 전국 교도소 등에 수용되어 있는 약5만 3천여명 중 약 40여 명만이 선정되어 청송제2교도소에 수용되었고, 피청구인은 교정사고 발생의 위험성이 높은 엄중격리대상자에 의한 교정사고의 발생을 막기 위하여 그들을 독거실에 수용하면서 운동·접견 등을 위하여 독거실을 나와 이동하는 동안에만 교정사고 발생의 위험성을 고려하여 교도관 2인이 동행 계호하는 외에 엄중격리대상자에게 계구를 사용하고 있는 점, 따라서 이 사건 계구사용행위로 인하여 엄중격리대상자는 식사, 용변, 수면 등의 일상생활을 영위함에 있어 전혀 제한을 받지 아니하고 다만 장소를 이동하는 동안만 신체구속이 제한되는 점, 엄중격리대상자에게 사용되는 계구는 상대적으로 신체구속이 덜한 금속수갑이 사용되고 계구사용시간도 하루 평균 10분 내외에 불과하여 이 사건 계구사용행위로 인하여 엄중격리대상자가 입게 되는 피해는 그다지 크다고 보기 어려운 점, 피청구인은 일반 교도소에서 수감 생활하다가 청송제2교도소에 이송되어 엄중독거생활을 하게 됨으로써 심리적 압박이 클 수 있는 3개월 동안 이 사건 계구사용행위를 실시하였다가 엄중격리대상자가 규율위반 없이 지내면 계구사용의 실시를 중단하고 있는 점 등을 종합해 보면 이 사건 계구사용행위는 엄중한 이동계호가 필요한 경우에 한하여 부득이한 범위 내에서 실시되고 있다고 할 것이고, 이로 인하여 수형자가 입게 되는 자유 제한에 비하여 교정사고를 예방하고 교도소 내의 안전과 질서를 확보하는 공익이 더 크다고 할 것이다.

(3) 따라서 이 사건 계구사용행위는 법률에 따라 그 기본권제한의 범위 내에서 이루어진 것이라 할 것이다.

5. 이 사건 CCTV 설치행위에 대한 판단

가. 교정시설 내 CCTV의 설치와 기본권 제한

(1) 교정시설 내 CCTV의 설치

(가) 교도관은 교정시설 내의 규율과 질서를 유지하기 위하여 수용자를 계호하여야 하고, 계호를 위하여 강제력을 행사할 수 있다(행형법 제14조 내지 제17조의 2). 교도관은 수형자를 그의 시선 또는 실력지배권 하에 두면서 수형자의 동태를 관찰하는 등으로 수형자에 대한 계호업무를 실시한다(위 직 무규칙 제42조 등).

교도관에 의한 시선계호를 보완하는 물적 계호수단으로서 CCTV가 설치·이용되고 있는데, CCTV는 수형자들 사이의 교정사고 발생을 미연에 방지하고 수형자들에 대한 교도관의 폭행이나 수형자들의 교도관에 대한 폭행 등을 예방하는데 효과가 클 뿐만 아니라 수형자 감시의 효율성 및 경제성도 높아 점차 확대되고 있다.

(나) 현재 전국구금시설의 수용거실 내 CCTV의 설치현황은 총 13,970개 거실 중 1,341개 거실에 CCTV가 설치되어 있어 9.6%의 설치율을 나타내고 있고 각 교정시설 별 설치율은 0.8%에서 26.9%까지로 일정한 기준 하에 CCTV가 설치되고 있지는 아니하며⁴⁾, 특별관리대상자가 수용되어 있는 청송제2교도소는 총 844개의 거실 중 115개 거실에 CCTV가 설치되어 13.62%의 설치율을 나타내고 있다(다만 특별관리대상자가 수용되어 있는 111개의 독거실은 모두 CCTV가 설치되어 있다)⁵⁾.

구금시설 내 CCTV 설치에 관한 규정으로는 법무시설기준규칙(개정 2006.9. 29. 법무부훈령 제565호)의 별표1 중 교정시설의 감시카메라설치기준과 보안장비관리규정(개정 2002.5. 17. 법무부예규 제623호) 제45조(CCTV 자치관리)가 있고, 특별관리대상자에 대하여는 특별관리대상자관리지침(제정 2005. 8. 18. 법무부예규 제731호) 제17조(일일중점시찰대상자 지정) 제3항 및 제53조(엄중격리대상자 수용) 제3항에서 CCTV가 설치된 거실에서의 수용을 규정하고 있다.

4) 여주교도소는 630개 거실 모두에 CCTV가 설치되어 있음(100%)에 반해 천안소년교도소는 240개 거실 중 2개 거실에만 설치되어 있다(0.8%).

5) 국가인권위원회 03진인971 등 구금시설 수용거실 내 CCTV 설치·운영 등 인권침해 결정의 조사결과보고서 참조

(2) 제한되는 기본권 및 그 한계

(가) 구금시설 내 CCTV의 설치가 수용자 감시의 효율성과 교정사고의 방지, 질서유지, 자살방지 및 수용자간 인권침해의 방지 등 다양한 보호기능을 가지고 있다 하더라도 ‘독거실 내에서의 CCTV에 의한 계호’는 24시간 지속적으로 수형자의 일거수일투족 모든 행동을 감시하고 동태적인 삶의 흐름이 정보의 형태로 녹화됨으로써 수형자 개인의 사생활이 침해될 우려가 높고 CCTV의 설치사실 자체가 부여하는 위축 효과로 인해 수형자의 거실 내에서의 행동의 자유 또한 제한될 수밖에 없다.

따라서 이 사건 CCTV 설치행위로 인하여 사생활의 비밀 및 자유와 일반적 행동자유권의 침해가 문제될 수 있다. 그러나 행복추구권의 한 내용인 일반적 행동자유권은 보충적 자유권으로 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유와의 관계에 있어서는 기본권의 내용상 특별성을 갖는 사생활의 비밀과 자유가 우선하여 적용된다 할 것이므로 일반적 행동자유권 침해 여부에 관하여는 따로 판단하지 아니한다.

「헌법 제17조는 “모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.”고 규정하여 사생활의 비밀과 자유를 국민의 기본권의 하나로 보장하고 있다. 사생활의 비밀은 국가가 사생활영역을 들여다보는 것에 대한 보호를 제공하는 기본권이며, 사생활의 자유는 국가가 사생활의 자유로운 형성을 방해하거나 금지하는 것에 대한 보호를 의미한다. 구체적으로 사생활의 비밀과 자유가 보호하는 것은 개인의 내밀한 내용의 비밀을 유지할 권리, 개인이 자신의 사생활의 불가침을 보장받을 수 있는 권리, 개인의 양심영역이나 성적 영역과 같은 내밀한 영역에 대한 보호, 인격적인 감정세계의 존중의 권리와 정신적인 내면생활이 침해받지 아니할 권리 등이다. 요컨대 헌법 제17조가 보호하고자 하는 기본권은 사생활영역의 자유로운 형성과 비밀유지라고 할 것이다(헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518, 판례집 15-2하, 185, 206-207).」

그리고 구금시설 내 CCTV의 설치·운용은 수형자의 자신의 화상정보에 대한 수집·처리에 관한 자기통제를 제한하므로 ‘자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리’인 개인정보자기결정권의 제한도 문제될 수

있으나, 이 사건 CCTV 설치행위로 인하여 엄중격리대상자가 받게 되는 침해는 수집한 정보를 가지고 무엇을 하는가보다는 피청구인이 청구인 등의 사생활영역을 들여다보고 사생활정보를 수집함으로써 사생활을 침해받게 되는데 있으므로 사생활의 비밀 및 자유가 보다 더 밀접한 관련이 있는 기본권이라 할 것이어서 이에 대한 판단을 함으로써 개인정보자기결정권에 대한 판단은 별도로 하지 아니한다.

(나) 형의 집행과 도망의 방지라는 구금의 목적을 달성하기 위하여 수형자에 대한 기본권의 제한이 불가피하더라도 필요한 범위를 벗어날 수 없다. 따라서 행형목적의 달성을 위하여 수형자의 사생활의 비밀과 자유를 제한하더라도 그 구체적인 한계는 헌법 제37조 제2항에 따라 법률에 의하되, 그 본질적인 내용을 침해하거나, 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성 등을 의미하는 과잉금지의 원칙에 위배되어서는 아니된다(헌재 2002. 7. 18. 2000헌마327, 판례집 14-2, 54, 63; 헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478, 판례집 16-2하, 548, 559 참조).

나. 교정시설 내 CCTV 설치에 관한 외국사례⁶⁾

대부분 나라에서 교정시설의 주벽, 복도, 공장, 사동, 거실, 통용문, 접견실 등 보안등급에 따라 필요한 곳에 CCTV를 설치하여 중앙통제실에서 통제하고 있으나, 행형법령 상에 그 설치에 관한 근거규정을 마련하고 있지는 아니하다.

※ 외국의 전자감시장비 현황

나라별	미국	영국	호주	일본	독일 ⁷⁾
감시장비	CCTV, 적외선 비표 탐지장치, 자동비상 신호기	CCTV	CCTV, 지문인식기, 자동비상 신호기, 음향탐지기	CCTV, X선 차입품 검사기	CCTV, 자동비상 신호기

6) 2007. 11. 23. 의결되어 공포후 1년이 경과한 날부터 시행될 예정인 행형법개정안 제94조에 대한 참고자료(전자감시장비에 관한 외국사례)를 참조

7) 독일 역시 행형법(Strafvollzugsgesetz)상 교정시설 내 CCTV 설치에 관한 근거규

다. 법률유보원칙의 준수 여부

(1) 기본권 제한에 있어 법률유보원칙의 의미

기본권은 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 이를 제한할 수 있으나, 그 제한의 방법은 원칙적으로 법률로써만 가능하다. 이러한 법률유보의 원칙은 ‘법률에 의한’ 규율만을 뜻하는 것이 아니라 ‘법률에 근거한’ 규율을 요청하는 것이므로, 기본권 제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없고 법률에 근거를 두고 있으면 된다. 그런데 구금시설 내 CCTV 설치·운영에 관하여는 행형관계의 기본법령인 행형법이나 행형법시행령에 직접적인 근거규정이 없고, 법무부 훈령 및 예규인 보안장비관리규정과 법무시설기준규칙에 CCTV의 설치기준 및 관리요령이 규정되어 있다가 이 사건 CCTV 설치행위가 종료된 후인 2005. 8. 17. 제정된 특별관리대상자관리지침에 엄중격리대상자의 수용거실에 CCTV를 설치할 수 있도록 규정이 마련되었을 뿐이다.

따라서 엄중격리대상자의 사생활의 비밀 및 자유를 제한하는 이 사건 CCTV 설치행위가 법률에 근거하여 이루어졌는지가 문제된다.

(2) 합헌론

(가) 자유형은 수형자를 구금시설에 수용하는 것을 의미하지만 구금시설 내에서의 규율과 질서가 유지되지 않는다면 행형목적은 달성하기 어렵다. 따라서 구금의 확보 및 구금시설 내의 안전과 질서유지를 위하여 수형자에 대하여 일정한 강제력의 행사인 계호가 필요하고 행형법은 제3장 ‘계호’에서 수용자에 대한 계구의 사용, 무기의 사용, 강제력의 행사, 신체검사 등의 계호에 관한 규정을 두고 있다. 그런데 계호는 행형목적의 달성을 위하여 행사

정을 찾아볼 수 없다. 다만 독일 행형법 제88조 제2항 제2호는 ‘수형자가 그 행동 또는 정신적 상태에 비추어 도주의 위험이 현저한 경우이거나 타인이나 물건에 대한 폭력행사의 위험 또는 자살이나 자해의 위험이 현저한 경우’에 특별한 안전조치의 하나로서 “야간관찰”를 할 수 있도록 규정하고 있는바, 이는 주간의 수형자들의 생활공간에 대한 일반적인 감시는 가능하나 야간의 수용자 거실은 사적 공간으로 보아 감시를 하지 않는 것을 원칙으로 하여 이러한 공간에 대한 감시는 특별계호의 일종으로 그 요건을 법에 명시한 것으로 보인다.

되는 수용자에 대한 일체의 강제력으로 그로 인하여 수형자의 권리 내지 자유가 제한된다면 수형자로 하여금 권리제한을 예견할 수 있도록 그 권리제한의 요건과 범위를 구체적으로 법률에 규정하여야 하지만 입법자가 행형관계에서 예상되는 모든 권리제한 상황을 규정하기는 어려우므로 자유형의 집행에 불가피하게 따르는 권리제한과는 별도로 부가적으로 가해지는 권리제한에 대하여 특히 명시적인 법률적 근거가 요구된다 할 것이다. 행형법은 수용자에 대한 기본권 제한의 정도가 중대한 계호방법에 대하여 그 사용요건과 한계에 관한 규정을 두고 있다.

(나) 수용자의 도주 방지 및 수용시설 내의 안전과 질서유지를 위하여 수용자를 감시하는 것은 구금에 예정된 계호방법으로서 그에 따른 기본권제한은 불가피하므로 자유형의 집행에 관한 형법규정 외에 명시적인 법률규정 없이 가능하다 할 것이고, 한편 행형법은 계구사용, 강제력행사 등의 계호에 관하여 규정하면서 계호에 관한 권한을 교도관에게 부여하고 있고(제14조 내지 제17조의 2) 행형법 제7조의 위임에 따라 교도관의 직무에 관한 사항을 규정하고 있는 교도관직무규칙도 계호를 교도관의 직무로 규정하면서 수용자에 대한 계호를 하는 때에는 수용자를 시선 또는 실력지배권 외에 두지 않도록 규정하고 있으므로(제33조, 제42조), 교도관은 수용자의 도주방지 및 구금시설 내의 안전과 질서유지를 위하여 수용자의 동태를 관찰, 감시하는 계호를 할 수 있다.

CCTV는 위에서 본 바와 같이 부족한 계호인력을 보완하기 위하여 교도관의 시선에 의한 감시를 대신하는 기술적 장비에 불과하므로 교도관의 감시에 의한 계호가 가능하다면 교도관의 CCTV를 활용한 계호 역시 가능하다 할 것이다.

또한 행형법은 수형자를 개별적으로 심사분류하여 그에 상응하는 처우를 하도록 규정하면서(제44조 제1항) 수형자의 분류·처우에 관한 사항을 규정하고 있는 수형자분류처우규칙에서 수형자를 수용급·개선급·관리급 및 처우급등 각 분류급별로 엄중경비시설·중간경비시설·완화경비시설 또는 개방시설에 분류수용하고, 시설별로 단계처우를 실시하되, 분류수용된 수형자에 대하여는 급별·범수·죄명·연령·형기 및 죄질 등을 참작하여 거실지정·작업지

정·교육생선발 또는 훈련생선발 등을 하도록 규정하고 있는바(제19조, 제20조), 수형자를 엄중격리대상자로 선정하여 엄중경비시설인 청송제2교도소로 이송하여 CCTV가 설치된 독거실에 수용하는 것은 수용자의 분류·처우에 관한 문제이기도 하므로 위 수형자의 분류·처우에 관한 규정도 이 사건 CCTV 설치행위의 법률적 근거가 된다 할 것이다.

(ㄷ) 그렇다면 독거실 내 CCTV 설치에 관하여 이를 명시적으로 인정하는 근거법률은 없으나, 특별관리대상자가 수용된 독거실 내에 CCTV를 설치하는 것은 수형자의 분류를 전제로 한 처우상의 문제이기도 하면서 부족한 계호인력을 보충하고 교정사고를 미연에 방지할 수 있는 기술적·과학적인 계호방법이기도 하므로, 위와 같은 수형자의 분류·처우 및 계호에 관한 행형 법령들이 충분히 그 근거가 될 수 있다 할 것이다.

따라서 이 사건 CCTV 설치행위는 법률유보의 원칙에 위배되었다고 할 수 없다.

(3) 위헌론

(가) 이 사건 CCTV 설치행위는 24시간 내내 수형자의 기본적으로 생리적인 부분을 포함하여 사생활 전반을 감시함으로써 수형자의 사생활을 거의 인정하지 않는 결과를 가져올 뿐만 아니라 수형자의 독거실 내에서의 행동의 자유 또한 제한하게 되고 나아가 녹화된 수형자의 영상정보는 유출되어 악용될 가능성 또한 배제할 수 없다. 자유형의 집행을 위하여 수형자에 대한 구금이 요구된다 하더라도 그로 인한 기본권 제한은 사회와의 격리에 필요한 최소한도에 그쳐야 할 뿐만 아니라 수형자로 하여금 권리제한을 예견할 수 있도록 법률에 그의 권리가 어떤 요건하에서 어느 범위로 제한되는지를 구체적으로 규정하여야 한다 할 것이므로, 위와 같이 수형자의 사생활에 심한 제약을 가져오는 독거실에 대한 24시간 감시는 그에 대한 요건 및 방법 등이 법률에 근거하여야 할 것이다.

그런데 독거실 내 CCTV의 설치·운용에 관하여는 일반적인 CCTV의 설치 및 관리요령에 관한 보안장비관리규정과 수용거실 내의 CCTV 설치기준을 제시하는 법무시설기준규칙⁸⁾이 있을 뿐 독거실내의 CCTV 설치·운영

의 목적, 대상수용자의 지정기준, 설치장소·설치기준·촬영범위 등 운영방법, 기록물의 보존 및 폐기, 책임소재 및 감독체계, 인권 침해 방지 대책 등을 직접적으로 규정하고 있는 법률은 찾아볼 수 없으므로 그 법률적 근거를 갖추었다고 보기 어렵다.

(나) CCTV를 통한 수용자의 감시가 교도관의 시선에 의한 감시의 역할을 한다 할지라도 시선계호는 그 순간을 재생할 수 없으나 CCTV에 의한 계호는 얼마든지 재생이 가능하고 그 내용을 무제한으로 복사할 수 있을 뿐만 아니라 이를 타인에게 제공 또는 유출할 가능성이 있고 또한 CCTV는 특정 부분 또는 부위를 확대축소하는 기능이 있어 원하는 특정부위를 정밀하게 촬영할 수 있으며 이후 촬영된 내용을 어떤 형태로든 편집이 가능하다는 점에서 사람의 시각에 의한 계호와 CCTV 계호방식은 큰 차이가 있어 그에 따른 기본권 제한 정도가 상이할 뿐만 아니라 수형자의 사적 공간이라 보기 어려운 교정시설 운동장이나 복도, 식당 등과는 달리 수용거실에 설치되는 CCTV, 특히 수형자의 사생활의 내밀한 부분까지 촬영하게 되는 독거실에 CCTV를 설치하는 행위는 수형자의 사생활과 밀접한 연관을 지니므로, 교도관의 시선에 의한 감시계호를 전제로 한 행형법 규정을 수형자의 사생활에 중대한 제약을 가져오는 이 사건 CCTV 설치행위에 대한 법률적 근거로 보기는 어렵다.

그리고 수형자의 분류·처우에 관한 행형법 규정은 수형자의 범죄성향 및 개선정도, 요구되는 계호의 정도 등을 고려하여 수형자 별로 개별적인 처우를 실시할 수 있다는 것으로 수형자에 대한 단계별 처우를 넘어서 구체적인 기본권 제한의 근거규정이 될 수는 없다 할 것이다.

(다) 그렇다면 이 사건 CCTV 설치행위는 법률에 근거가 없는 것으로 법률유보원칙에 위배된다 할 것이다.

라. 과잉금지원칙의 준수 여부

(1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

8) 실제 구금시설 별 CCTV의 설치현황은 위 기준과 부합하지 아니한다(중구금시설에 해당하는 여주교도소의 경우 기준은 40%이나 모든 수용거실에 100% 설치되어 있다).

엄중격리대상자는 수형생활 중 상습적으로 폭행·소란·자살·자해 등을 하거나 도주한 전력이 있는 수형자들 중에서 지정되므로 그들에 의한 돌발적인 폭행·난동·자살·자해·도주 등의 교정사고 발생 가능성은 상당히 높다. 따라서 이와 같은 엄중격리대상자에 의한 폭행·도주 등의 교정사고를 예방하고 자살·자해를 미연에 방지하여 그들의 생명·신체의 안전을 보호하기 위하여 피청구인이 위 교도소 내의 안전과 질서유지를 책임지는 소장으로서 엄중격리대상자를 CCTV가 설치된 독거실에 수용하여 그의 동태를 상시적으로 관찰한 행위는 그 목적이 정당할 뿐만 아니라 교도관의 시선에 의한 감시만으로는 자살·자해 등의 교정사고 발생을 막는데 시간적·공간적 공백이 있으므로 이를 메우기 위하여는 CCTV를 설치하여 엄중격리대상자를 상시적으로 관찰하는 것이 적합한 수단이 된다 할 것이다.

(2) 피해의 최소성 및 법익의 균형성

(가) 합헌론

피청구인은 CCTV가 설치된 독거실에 엄중격리대상자를 수용함으로써 인하여 엄중격리대상자가 입게 되는 피해를 최소화하기 위하여 CCTV를 설치·운영함에 있어 여러 가지 조치를 취하고 있다.

독거실에 설치된 CCTV 카메라는 상하좌우 이동기능 및 줌(zoom) 기능이 없어 특정부분을 확대하거나 정밀하게 촬영할 수 없고 관찰 모니터는 화면만 나타날 뿐 소리는 들리지 아니하며 19인치 화면을 16분할하여 사용하고 있어 수형자의 미세한 동작이나 표정을 쉽게 확인하는 것은 어렵도록 되어 있다. 또한 카메라 밑 부분에 CCTV의 화면에 나타나지 않는 약 50cm 내외의 사각지대(수형자가 벽에 비스듬히 기대어 두 다리를 쭉 펴는 경우 무릎 이하만 보인다)가 존재하도록 하여 옷을 갈아입는 사적 공간 등으로 활용할 수 있도록 하고 있을 뿐만 아니라 독거실 내 화장실은 칸막이가 설치되어 있어 CCTV를 통하여 용변을 보는 수형자의 하반신은 관찰할 수 없고 다반상반신의 움직임은 통해 이상행동만 관찰할 수 있도록 하고 있으며, 녹화장면들은 필요에 의해 저장하지 않는 이상 용량부족으로 1-2주일 이내에 자동적으로 삭제되도록 하고 있다.

위와 같은 조치에 의하여 엄중격리대상자는 독거실 내에서 자신만의 내밀한 사생활을 영위할 수 있는 최소한의 사적 공간은 보장받고 있다.

한편 엄중격리대상자는 수형생활 중의 상습적인 교정질서 문란행위로 별도의 수용처우를 위하여 청송제2교도소로 이송되었고 청구인 또한 여러 차례 교도소 내에서 폭행, 소란, 흥기제작 등의 교정사고를 일으킨 바 있어 청구인에 의한 교정사고의 발생을 막기 위하여는 CCTV를 설치하여 청구인의 행동을 상시적으로 관찰하는 방법 외에는 효과적인 다른 방법이 없다 할 것이다.

그렇다면 이 사건 CCTV 설치행위는 피해의 최소성 요건을 갖추었다 할 것이고, CCTV가 설치된 독거실에 수용하여 엄중격리대상자의 행동을 상시적으로 관찰함으로써 그들의 생명·신체를 보호하고 교정시설 내의 안전과 질서를 보호하려는 공익 또한 그들이 받게 되는 사생활의 제약만큼 크다고 할 것이므로 법익의 균형성도 갖추었다 할 것이다.

따라서 이 사건 CCTV 설치행위는 과잉금지원칙을 위배하여 청구인의 사생활의 비밀 및 자유를 침해하였다고 볼 수 없다.

(나) 위헌론

청구인을 CCTV가 설치된 독거실에 수용하여 상시적으로 감시한 행위가 정당한 목적을 위한 적합한 수단이었다 하더라도 그로 인하여 청구인이 입은 피해의 정도에 비추어 보면 이 사건 CCTV 설치행위는 정당화되기 어렵다.

청구인들은 CCTV가 설치된 독거실에 수용되어 24시간 내내 감시되었을 뿐만 아니라 모든 행동의 흐름이 녹화되었고 특히 가장 기본적인 인간의 생리적인 문제를 해결하는 부분이나 목욕하는 모습⁹⁾ 등 사생활의 내밀한 부분까지 무차별적으로 CCTV에 노출·촬영됨으로써 사생활의 비밀을 전혀 보장받지 못하였다. 또한 CCTV를 통해 누군가 자신의 일거수일투족을 감시한다는 생각에 심리적 불안뿐만 아니라 생리적인 문제를 해결하는 등의 기본적인 행동을 함에 있어서도 심리적 위축으로 인하여 행동을 제약받을 수밖에

9) 특별관리대상자는 6월부터 9월까지의 그의 독거실 세면장에서 목욕을 하고 10월부터 5월까지의 별도의 목욕실에서 목욕을 실시하고 있다.

없었다고 한다.

그런데 수행자에 대한 계호는 구금의 목적과 구금시설 내의 질서 및 안전 유지를 위하여 이를 실시하는 것이 불가피하다하더라도 그 목적 달성을 위하여 필요한 최소한의 범위 내에서 이루어져야 하므로 수행자의 사생활에 대한 제약이 큰 독거실 내 CCTV 설치·운용은 이를 실시하여야 할 구체적 위험이 드러난 상황에서 극히 제한적으로 그리고 필요한 만큼만 이루어져야 한다.

청구인들은 수행생활 중의 싸움, 폭행, 교도관에 대한 폭언 등의 규율위반 행위 등으로 말미암아 엄중격리대상자로 지정되었으므로 교도소 내에서 다른 수행자 또는 교도관에 대한 폭행이나 소란을 일으킬 가능성은 크다 할 것이어서 이와 같은 교정사고의 발생을 예방하기 위한 계호조치는 필요하고 청구인들의 독거실 수용은 다른 수행자들이나 교도관에 대한 접촉을 차단 또는 최소화할 수 있으므로 타당한 계호조치로 보인다. 그런데 독거실 수용을 넘어서 CCTV를 설치하여 청구인들의 모든 행동을 상시적으로 감시할 필요성이 있었는가에 대하여 보면 독거실에 수용된 수행자가 일으킬 수 있는 교정사고로는 자살이나 자해, 흉기제작을 들 수 있고 이와 같은 교정사고를 막기 위해서는 수행자의 모든 동태를 감시할 수 있어야 하므로 CCTV 설치는 이러한 경우 요구된다. 그러나 청구인들은 수행생활 중 자살이나 자해를 시도한 경력이 없어 자살·자해를 시도할 가능성은 크지 않았을 뿐만 아니라 독거실에의 수용으로 인하여 오게 되는 심리적 불안으로 인한 자살·자해의 시도가능성도 전국 구금시설 중 독거실에서의 자살 비율¹⁰⁾에 비추어 그리 높지 않았으며 독거실 내에서의 흉기제작 가능성 또한 그다지 높지 않았다. 따라서 청구인들에 대하여는 독거실에 CCTV를 설치하여 모든 동태를 상시적으로 감시해야 할 만큼 교정사고 발생의 위험성이 구체적으로 드러난 상황이었다고 보기 어렵다. 청구인들을 독거실에 수용하여 교도관이 세심히 청구인의 동정을 감시하는 것만으로도 청구인들에 의한 교정사고를 예방하는데 충분하였던 것으로 보인다.

10) 전국 교정시설에서 발생한 자살건수는 2000년 12건, 2001년 7건, 2002년 8건, 2003년 5건, 2004년 12건, 2005년 16건, 2006년 17건으로 7년 동안 총 77건이고, 그 중 독거실에서 발생한 자살건수는 32건이다(피청구인의 2007. 11. 5.자 보충서면 중).

또한 이 사건 CCTV 설치행위는 24시간 내내 청구인들의 모든 동태를 감시함으로써 청구인들의 목욕이나 용변 모습 등 사생활의 내밀한 모습까지 촬영하였는바 청구인들에 의한 교정사고를 예방하기 위하여 독거실 내에 CCTV를 설치할 필요가 있다 하더라도 사생활의 내밀한 모습은 노출되지 않도록 촬영범위 또는 촬영시간을 제한하고 녹화된 영상물에 대하여는 그 보존·폐기, 책임소재 및 감독체계 등에 관한 절차를 마련하여 영상물에 대한 자의적 이용을 방지하는 조치를 마련하였어야 함에도 피청구인은 아무런 조치를 취하지 아니하였다.

그렇다면 피청구인이 청구인들을 CCTV가 설치된 독거실에 수용하여 상시적으로 감시한 행위는 교정사고의 예방 및 수형자의 생명·신체의 보호를 위해 필요한 정도를 넘은 과도한 조치였다고 보인다.

따라서 이 사건 CCTV 설치행위는 과잉금지원칙을 위배하여 청구인들의 사생활의 비밀 및 자유를 침해하였다고 할 것이다.

6. 이 사건 결정의 의의

이 사건 결정은 위헌결정의 정족수인 재판관 6인의 찬성에 이르지 못하는 못하였으나, 9인의 재판관 중 5인의 재판관이 독거실의 수형자를 24시간 CCTV로 감시하는 것은 수형자의 사생활에 극심한 제약을 주는 것이므로 구체적인 법률적 근거가 필요하고 법무부 훈령이나 예규만으로는 법률유보의 원칙을 충족시키지 못한다고 판단하였다.

CCTV는 수형시설 뿐만 아니라 범죄예방 및 교통단속 등의 목적을 위하여 일반 국민의 생활영역에서도 그 설치가 확대되고 있는바, 그 설치·운용으로 인하여 개인의 사생활 및 인격이 제한된다는 점에서 구체적 법적 근거 및 기준이 요구된다 할 것이다.

이와 같은 논의에 따라 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8728호로 개정, 2008. 12. 22. 시행)은 제94조에서 전자장비를 이용하여 계호할 수 있는 규정을 마련하였고, 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률(2007. 5. 17. 법률 제8448호로 개정, 2007. 11. 18. 시행)은 제4조의 2에서 범죄예방·교통단속 등을 위한 공공기관의 CCTV 설치·운용에 관하

여 근거규정을 마련하였다.

○ 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률

제94조 (전자장비를 이용한 계호) ① 교도관은 자살·자해·도주·폭행·손괴, 그 밖에 수용자의 생명·신체를 해하거나 시설의 안전 또는 질서를 해하는 행위(이하 "자살등"이라 한다)를 방지하기 위하여 필요한 범위에서 전자장비를 이용하여 수용자 또는 시설을 계호할 수 있다. 다만, 전자영상장비로 거실에 있는 수용자를 계호하는 것은 자살등의 우려가 큰 때에만 할 수 있다.

② 제1항 단서에 따라 거실에 있는 수용자를 전자영상장비로 계호하는 경우에는 계호직원·계호시간 및 계호대상 등을 기록하여야 한다. 이 경우 수용자가 여성이면 여성교도관이 계호하여야 한다.

③ 제1항 및 제2항에 따라 계호하는 경우에는 피계호자의 인권이 침해되지 아니하도록 유의하여야 한다.

④ 전자장비의 종류·설치장소·사용방법 및 녹화기록물의 관리 등에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

○ 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률

제4조의2 (폐쇄회로 텔레비전의 설치 등) ①공공기관의 장은 범죄예방 및 교통단속 등 공익을 위하여 필요한 경우에 행정절차법 제2조 제6호에 따른 공청회(이하 "공청회"라 한다) 등 대통령령으로 정하는 절차를 거쳐 관련 전문가 및 이해관계인의 의견을 수렴한 후 폐쇄회로 텔레비전을 설치할 수 있다.

②설치된 폐쇄회로 텔레비전은 설치목적 범위를 넘어 카메라를 임의로 조작하거나 다른 곳을 비추어서는 아니 되며, 녹음기능은 사용할 수 없다.

③공공기관의 장은 폐쇄회로 텔레비전을 설치하는 경우 정보주체가 이를 쉽게 인식할 수 있도록 다음 각 호의 사항을 기재한 안내판을 설치하는 등 필요한 조치를 취하여야 한다.

1. 설치목적 및 장소

2. 촬영범위 및 시간

3. 관리책임자 및 연락처

④국가안전보장과 관련된 국가중요시설 중 원자력발전소 등 대통령령으로 정하는 시설에 대하여는 제3항을 적용하지 아니할 수 있다.

⑤폐쇄회로 텔레비전의 설치, 안내판 설치 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

공직선거법 제86조 제1항 제2호 등 위헌확인

- 공무원의 선거운동 기획 사건 -

(헌재 2008. 5. 29. 2006헌마1096, 판례집 20-1하, 270)

이 명 응*

【판시사항】

1. 공직선거법 제86조 제1항 제2호의 ‘공무원이 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위’(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 공무원에 대해 ‘선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위’를 금지하는 것이 정치적 표현의 자유를 침해하는 것인지 여부(한정적극)
3. 이 사건 법률조항이 평등권을 침해하는 것인지 여부(한정적극)
4. 같은 내용의 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 제86조 제1항 제2호와 제255조 제1항 제10호에 대해 합헌결정을 하였던 것을 변경함

【심판대상】

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제86조 제1항 제2호, 제255조 제1항 제10호 중 ‘제86조 제1항 제2호’ 부분

- 공직선거법 제255조(부정선거운동죄) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해

당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 600만 원 이하의 벌금에 처한다.

10. 제86조(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지) 제1항 제1호 내지 제4호·제2항·제3항 또는 제5항의 규정에 위반한 행위를 하거나 하게 한 자 또는 같은 조 제6항의 규정에 위반한 행위를 한 자

○ 공직선거법 제86조(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지) ① 공무원(국회의원과 그 보좌관·비서관·비서 및 지방의회의원을 제외한다), 제53조(공무원 등의 입후보) 제1항 제4호 및 제6호에 규정된 기관 등의 상근 임·직원, 통·리·반의 장, 주민자치위원회위원과 향토예비군소대장급 이상의 간부, 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가나 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말한다)의 상근 임·직원 및 이들 단체 등(시·도조직 및 구·시·군조직을 포함한다)의 대표자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.

2. 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위

【사건의 개요】

1. 사건의 개요

청구인들은 2006. 5. 31. 실시된 전국동시지방선거에서 각 지방자치단체의 시장, 군수, 구청장으로 당선되어 재직하고 있다. 청구인들은 다음 지방자치단체장 선거에도 현재의 신분을 유지한 채 출마하려고 한다. 그런데 이 사건 법률조항은 공무원이 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위를 못하도록 하고, 이를 위반한 경우 3년 이하의 징역이나 600만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다. 청구인들은 이 사건 법률조항이 자신들의 기본권을 침해한다며 2006. 9. 26. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인들의 주장과 이해관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 공직선거법 제58조 제1항 제2호는 입후보와 선거운동을 위한 준비행위를 선거운동의 규제대상에서 제외하고 있음에 반해, 이 사건 법률조항은

공무원이 선거에 영향을 미치는 행위를 금지하면서 선거운동 준비행위의 하나인 선거운동의 기획에 참여하거나 기획 실시에 관여하는 행위를 처벌하고 있음은 물론, 현직 지방자치단체장이 재출마하면서 자기 선거를 준비하거나 기획하는 경우까지도 처벌대상으로 하고 있는바, 이는 체계정당성의 원리를 위배하여 선출직 공무원이 자신의 신분을 유지한 채 다시 선거에 입후보할 수 있는 피선거권을 심각하게 침해한다.

(2) 이 사건 법률조항은 그 조문에 ‘선거운동’, ‘기획’, ‘참여’, ‘관여’라는 불명확성을 지닌 용어를 사용함으로써 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지를 충분히 알 수 없도록 함으로써 죄형법정주의의 명확성 원칙을 위반하여 신체의 자유를 침해하고 있다.

(3) 이 사건 법률조항이 금지하고 있는 선거운동의 기획에 참여하거나 기획의 실시에 관여하는 행위는 공직선거법 제86조 제1항의 각 호에서 규정하고 있는 다른 행위들과는 달리 유권자를 대상으로 하지 않는 내부적인 행위로서 간접적인 방법으로 선거운동을 하는 것이라고 보기 어려우나, 공무원이라는 이유만으로 그 지위를 이용함이 없이 하는 일체의 선거운동의 준비 및 기획행위까지 금지하는 것은 과잉금지원칙을 위반하여 정치적 의사표현의 자유 내지 선거운동의 자유를 침해하는 것이다.

(4) 한편, 공직선거법이 공무원의 신분을 유지한 채 입후보하는 것은 허용하면서 공무원 신분을 보유하였다는 이유로 공직선거법 제86조 제1항 제2호의 행위를 하지 못하게 하는 것은 공무원이 아닌 다른 입후보자와 공무원인 입후보자를 차별하는 것이고, 특히 지방자치단체장과 국회의원, 지방의회의원이 모두 정당의 공천을 받아 선거로 당선되는 정치적 공무원이라는 점을 감안하면 지방자치단체장을 합리적 이유 없이 차별하는 것이다.

나. 중앙선거관리위원회 위원장의 의견

(1) 공직선거법 제58조는 선거운동의 개념을 정의하고 선거운동으로 보지 아니하는 행위를 규정하여 공선법의 운용기준으로 삼기 위한 조항이고, 이 사건 법률조항은 공무원 등의 선거개입을 방지하기 위하여 범죄구성요건을

규정한 조항인바, 양 조항은 입법목적이나 규범 구조가 달라 상호 모순된다고 볼 수 없다.

(2) 지방자치단체장은 인사권과 예산 집행권 등을 가진 독립제 행정관청으로 국회의원 및 지방의회의원과는 그 지위와 직무범위가 다르므로 이 사건 법률조항이 그 적용대상에서 국회의원 및 지방의회의원은 제외하고 지방자치단체장은 제외하고 있지 않더라도 이것이 불합리한 차별이라고 할 수 없다.

(3) 최근 선거에서 공무원의 선거개입에 대한 단속현황을 보면 제16대 국회의원선거 40건, 제17대 국회의원선거 153건, 제3회 지방선거 190건, 제4회 지방선거 15건으로 공무원 등이 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위를 금지하는 것은 공무원 등의 선거개입을 방지하기 위한 최소한의 제한으로 불가피한 조치라고 할 수 있다.

【결정요지】

1. 공직선거법 제86조 제1항 제2호가 규정하고 있는 “선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위”란 공무원이 선거운동의 효율적 수행을 위한 일체의 계획 수립에 참여하는 행위 또는 그 계획을 직접 실시하거나 실시에 관하여 지시·지도하는 행위를 함으로써 선거에 영향을 미치는 행위를 말하며, 이는 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지를 알 수 있다고 할 것이므로 이 사건 법률조항이 그 조문에 “선거운동”, “기획”, “참여”, “관여”라는 구성요건을 사용하고 있다고 하더라도 그 점만으로 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

2. 이 사건 법률조항은 소위 관권선거나 공적 지위에 있는 자의 선거개입의 여지를 철저히 불식시킴으로써 선거의 공정성을 확보하기 위하여 공무원에 대하여 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위(이하 ‘선거운동의 기획행위’라 한다)를 전적으로 금지하고 있다. 그런데 선거의 공정성을 확보하기 위하여 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 금지하여 선거에서의 공무원의 중립의무

를 실현하고자 한다면, 공무원이 ‘그 지위를 이용하여’ 하는 선거운동의 기획행위를 막는 것으로도 충분하다. 이러한 점에서 이 사건 법률조항은 수단의 적정성과 피해의 최소성 원칙에 반한다. 한편, 공무원의 편향된 영향력 행사를 배제하여 선거의 공정성을 확보한다는 공익은, 그 지위를 이용한 선거운동 내지 영향력 행사만을 금지하면 대부분 확보될 수 있으므로 공무원이 그 지위를 이용하였는지 여부에 관계없이 선거운동의 기획행위를 일체 금지하는 것은 정치적 의사표현의 자유라는 개인의 기본권을 중대하게 제한하는 반면, 그러한 금지가 선거의 공정성이라는 공익의 확보에 기여하는 바는 매우 미미하다는 점에서 이 사건 법률조항은 법익의 균형성을 충족하고 있지 못하다.

따라서 이 사건 법률조항은 공무원의 정치적 표현의 자유를 침해하나, 다만 위와 같은 위헌성은 공무원이 ‘그 지위를 이용하여’ 하는 선거운동의 기획행위 외에 사적인 지위에서 하는 선거운동의 기획행위까지 포괄적으로 금지하는 것에서 비롯된 것이므로, 이 사건 법률조항은 공무원의 지위를 이용하지 아니한 행위에까지 적용하는 한 헌법에 위반된다.

3. 공무원이 그 지위를 이용하여 한 선거운동의 기획행위를 금지하는 것은 선거의 공정성을 보장하기 위한 것인바, 이로써 공무원인 입후보자와 공무원이 아닌 다른 입후보자, 지방자치단체의 장과 국회의원과 그 보좌관, 비서관, 비서 및 지방의회의원을 차별하는 것은 합리적 이유가 있다. 그러나 이 사건 법률조항이 공무원이 그 지위를 이용하지 않고 사적인 지위에서 선거운동의 기획행위를 하는 것까지 금지하는 것은 선거의 공정성을 보장하려는 입법목적을 달성하기 위한 합리적인 차별취급이라고 볼 수 없으므로 평등권을 침해한다.

4. 종전에 헌법재판소가 이 결정과 견해를 달리해 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제86조 제1항 제2호와 제255조 제1항 제10호가 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 2005. 6. 30. 선고 2004헌바33 결정은 이 결정과 저촉되는 범위내에서 이를 변경한다.

재판관 조대현의 별개의 한정위헌의견

공직선거법 제53조 제1항 단서에 의하여 공무원이 공무원의 신분을 유지한 채로 공직선거의 후보자로 될 수 있는 경우에, 그러한 후보자로 되었거나 되고자 하는 공무원(이하 ‘후보자 공무원’이라 한다)이 자신의 선거에 선거운동의 기획행위를 하는 것은 공직선거법 제58조 제1항 제2호의 “입후보와 선거운동을 위한 준비행위”로서 당연히 허용된다고 보아야 한다. 후보자 공무원이 자신의 선거에 관하여 하는 선거운동의 기획행위는, 자신의 선거에 관하여 선거운동을 준비하는 행위로서 선거운동에 해당되지 않을 것이다. 따라서 공무원의 신분을 보유한 채 공직선거의 후보자로 되고자 하거나 후보자로 된 공무원이 자신의 선거에 관하여 선거운동을 기획하거나 그 기획을 실시하는 경우에도 이 사건 법률조항을 적용하는 것은 공무담임권을 침해하는 것이다.

재판관 이공현, 재판관 김희옥의 반대의견(합헌의견)

다수의견은 ‘지위를 이용하여’ 하는 경우 이외에는 이 사건 법률조항의 행위가 선거운동이 금지되는 공무원에게도 허용되어야 한다고 하나, 공무원이 이 사건 법률조항의 행위를 할 경우 이를 순전한 사적 행위로 볼 수 있는지는 의문이고, 설령 이와 같이 볼 수 있는 행위가 있다고 하더라도 공무원이 그 지위를 이용하여 하였는지 여부를 판단하는 것은 쉽지 않으므로 결국 ‘지위를 이용하여’ 하는 경우 이외의 선거운동의 기획행위를 허용하게 되면, 이것은 공무원의 지위 이용 여부와 상관 없이 이 사건 법률조항의 행위를 선거운동이 금지되는 공무원에게도 모두 허용하는 결과가 될 것이다. 따라서 선거의 공정성을 확보하기 위해서는 공무원이 그 지위를 이용하였는지 여부에 상관없이 선거운동의 기획에 관여하는 등의 행위를 모두 금지하는 것이 필요하다 할 것이므로 이 사건 법률조항은 정치적 표현의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

한편, 지방자치단체의 장은 직무의 기능이나 영향력을 이용하여 선거에서 국민의 자유로운 의사형성과정에 영향을 미치고 정당간의 경쟁관계를 왜곡할 가능성이 크므로 다른 공무원에 비해 선거에서의 정치적 중립성이 특히 요구된다. 그렇다면 이 사건 법률조항이 국회의원 등과 지방의회의원을 그

적용대상에서 제외하면서 정치적 중립성이 엄격히 요구되는 지방자치단체의 장은 제외하고 있지 않더라도, 이는 선거에서의 정치적 중립의무가 요구되는 정도에 따른 것이므로 자의적인 차별이라고 할 수 없고, 따라서 평등원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

【해설】

1. 적법요건 부분

이 사건 결정은 적법요건을 갖춘 것으로 보고 이에 대하여 구체적으로 판단하지 않았으나 다음과 같은 점이 논의될 수 있다.

(1) 자기관련성

청구인들이 입후보할 것이라고 주장하는 다음 지방선거는 지방자치단체장의 임기가 4년이라는 것을 감안할 때 2010년에 실시될 것이 예상된다. 그런데 이 사건 법률조항에 의하면 청구인들은 지방자치단체장으로서 그 신분을 유지한 채로는 지방선거의 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위를 할 수 없다. 따라서 지방자치단체장의 신분을 가지고 있는 청구인들에게 이 사건 법률조항은 그 기본권 침해와 관련하여 자기관련성을 인정할 수 있다.

(2) 현재성

헌법소원 청구인은 공권력 작용과 현재 관련이 있어야 하는데, 이러한 현재성 요건은 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사가 장래 관련될 수 있다는 것만으로는 부족하다는 것으로, 헌법소원이 민중소송화 되는 것을 방지하는 기능을 한다. 따라서 공권력의 행사로 인한 기본권 침해가 현실화되지 않은 경우에는, 청구인이 장차 언젠가 특정 법률의 규정으로 인하여 권리침해를 받을 우려가 있다 하더라도 그러한 권리침해의 우려는 단순히 장래 잠재적으로 나타날 수도 있는 것에 불과하여 권리침해의 현재성을 구비하였다고 할 수 없다(헌재 1989. 7. 21. 89헌마12, 판례집 1, 128, 130 참조). 다만 기본권침해가 장래에 발생하더라도 그 침해가 틀림없을 것으로 현재 확실히 예측된다면 기본권구제의 실효성을 위하여 침해의 현재성은 인정된다(헌재

1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659, 669 참조).

그런데 청구인들이 출마하겠다고 주장하는 선거가 약 2년 7개월이 남아 있는 현재 상태에서는 청구인들이 특정 지역의 지방자치단체장에 출마할 것을 희망하고 있다고 하여도 출마 또는 출마예정자라는 사실을 객관적으로 인정할 수 없는 상태여서 청구인들이 이 사건 법률조항에 의해 기본권을 현실적으로 침해받고 있다거나 침해가 확실히 예상되는 등 헌법판단에 적합한 상태에 있다고 할 수 없다는 견해가 있을 수 있다.

그러나 이 사건에서 문제가 되고 있는 선거기획 등은 선거운동과 달리 입후보 여부를 묻지 않고 선거기간이 아니라도 언제든지 할 수 있는 행위이므로 선거일 또는 후보자등록 여부와 관계없이 지방자치단체장이라는 요건만 충족하고 있으면 기본권 침해가 항시 현실화된다고 볼 수가 있다.

선거운동은 입후보 여부나 선거운동기간 내인지 여부에 따라 그 행위를 할 수 있는지 여부가 결정되지만, 이 사건 법률조항의 선거기획에 참여하는 행위 등은 그 시기에 제한이 없기 때문에 이 사건 법률조항이 정하고 있는 자에 해당하기만 하면 언제나 금지되는 것이다. 그렇다면 이 사건 법률조항이 정하고 있는 공무원에 포함되는 지방자치단체장인 청구인들은 이 사건 법률조항에 대해 현재성 요건을 충족하고 있다고 보아야 한다.

<참조 판례>

- 지방선거일 한달 전에 청구한 경우(적극)

동 사건의 청구인은 2002. 6. 13.에 실시될 지방선거에 지방공사의 직원이라는 신분을 유지한 채로 출마하려고 하였으나 지방자치법 제33조 제1항 제5호가 이를 금지하고 있어 2002. 5. 14.일 위 규정의 위헌여부를 다투는 헌법소원심판을 청구하였다. 헌법재판소는 이 사건 심판청구 당시 위 지방선거가 임박해 있었다는 이유로 현재성을 인정하였다(헌재 2004. 12. 16, 2002헌마333, 판례집 16-2하, 515, 516).

- 후보자등록신청개시일 약 8개월 전에 청구한 경우(적극)

동 사건의 청구인들은 2002. 6. 13.에 실시될 제4회 지방의회의원 및 지방

자치단체의 장 선거를 위하여 민주노동당 및 민주당의 당원이 되어 선거운동을 하고자 하였다. 선거운동은 당해 후보자의 등록이 끝난 때부터 선거일 전일까지에 한하여 이를 할 수 있고(공선법 제59조), 후보자의 등록은 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거에 있어서는 선거일 전 16일부터 2일간 하게 되는바(공선법 제49조 제1항), 당해 후보자의 등록일 이전에 청구한 이 사건에 대하여 현재성이 없다고 한다면 현행 헌법소원절차에 미루어 기본권 구제의 실효성을 기대하기 어렵다(헌재 1996. 8. 29. 95헌마108, 판례집 8-2, 167, 175 참조). 그리하여 헌법재판소는 후보자등록신청개시일 보다 약 8개월 전에 청구한 심판청구는 현재성의 요건을 갖춘 것으로 보았다(헌재 2004. 3. 25, 2001헌마710, 판례집 16-1, 422, 431).

- 선거 실시 약 2년 전에 제기한 경우(적극)

공선법 제53조 제3항은 지방자치단체의 장의 경우 그 임기 중에 그 직을 사퇴하여 대통령선거, 국회의원선거, 지방의회의원선거 및 다른 지방자치단체의 장 선거에 입후보할 수 없도록 규정하고 있는바, 이 규정에 의한 기본권 침해는 후보자등록개시일에 비로소 구체적, 현실적으로 발생하지만, 이 사건의 경우 헌법과 법률에 따라 대통령선거, 국회의원선거, 지방의회의원 및 지방자치단체의 장 선거의 실시가 장래에 확실히 예상되고, 특히 다음 국회의원총선거가 2000년 상반기에 실시되는 것이 이미 확정되어 있으므로, 1998. 6. 26.에 제기한 이 헌법소원사건과 관련하여 위 법률조항에 의하여 청구인들의 피선거권이 가까운 장래에 침해되리라는 것 또한 현재 확실히 예측된다.(헌재 1999. 5. 27, 98헌마214, 판례집 제11권 1집, 675, 694)

- 선거일 약 3년 전에 제기한 경우(소극)

선거운동시 사용하는 선전벽보에 비정규학력의 기재금지를 규정한 공선법 제64조 제1항 등에 대한 헌법소원 사건에서 헌법재판소는, 제2회 전국동시지방선거는 1998. 6. 4. 실시되었고, 제3회 전국동시지방선거는 2002. 6. 경 실시될 것으로 예상할 수 있는바, 청구인들이 현재 3년 이상 남은 제3회 전국동시지방선거에 의한 특정 지역의 지방의회의원선거에 출마할 것을 희망

하고있다고 하여도 출마사실 또는 출마예정자라는 사실을 객관적으로 인정할 수는 없는 상태이므로 청구인들이 장래 제3회 선거에 출마하였을 때 권리침해를 받을 가능성이 있다는 것은 권리침해의 잠재적 우려가 있는 것에 지나지 않는다고 하지 않을 수 없어 기본권침해에 대하여 자기관련성과 현재성을 인정할 수 없다(헌재 1999. 1. 12, 98헌마494).

2. 본안 부분

가. 이 사건 법률조항의 입법취지와 적용범위

공직선거법은 공무원의 선거에서의 정치적 중립의무, 공무원의 선거운동제한, 공무원의 지위를 이용한 선거운동의 금지를 규정하고 있는 것에서 더 나아가 제86조에서 소위 관권선거나 공직 지위에 있는 자의 선거 개입의 여지를 불식시키기 위하여 공무원이 선거운동의 기획에 참여하는 등 선거에 영향을 미치는 행위를 하는 것도 아울러 금지하고 있다. 이는 선거의 공정성을 확보하기 위한 방안으로 공무원 등 선거에 영향을 미칠 수 있는 특수한 지위에 있는 자가 선거 결과에 불공정한 영향을 미칠 우려가 큰 행위를 하지 못하도록 하는 것이다. 위 제86조 규정에 따라 공무원은 이 사건 법률조항에서 규정하는 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위 외에도 소속직원 또는 선거구민에게 특정 정당이나 후보자의 업적을 홍보하는 행위, 정당 또는 후보자에 대한 선거권자의 지지도를 조사하거나 이를 발표하는 행위, 선거기간 중 소속직원 또는 선거구민에게 명목 여하를 불문하고 법령이 정하는 외의 금품 기타 이익을 주거나 이를 약속하는 행위 등을 못한다.

(2) 이 사건 법률조항이 규정하는 공무원은 공직선거법 제60조에 의하여 선거운동이 금지되는 공무원의 범위와 같으므로 국가공무원법 제2조에 의한 국가공무원과 지방공무원법 제2조에 의한 지방공무원이 이에 해당한다. 국회의원, 지방의회의원, 국회의원의 보좌관·비서관·비서 및 국회 교섭단체의 정책연구위원 등은 선거운동을 할 수 있으나, 지방자치단체장 등은 정무직공무원으로서 정당의 발기인이나 당원은 될 수 있어도 선거운동을 할 수 있는 대상에서 제외되어 있다. 또 선거운동이 허용되는 국회의원과 그 보좌

관·비서관·비서 및 지방의회의원은 이 사건 법률조항의 적용대상에서도 제외되어 있어 선거운동 기획에 참여하는 등의 행위를 할 수 있으나, 지방자치단체장 등은 그 적용제의 대상에 해당하지 않는다.

나. 공무원의 선거운동 금지와 관련한 외국의 입법례

(1) 일본

공직선거법 제136조의2 (공무원 등의 지위를 이용한 선거운동금지) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 그 지위를 이용하여¹⁾ 선거운동을 할 수 없다.

1. 국가 또는 지방공공단체의 공무원

② 전항 각호에 해당하는 자가 공직후보자 또는 공직후보자가 되고자 하는 자(공직에 있는 자를 포함)를 추천·지지하거나 또는 이에 반대할 목적으로 하는 다음의 각호에 게시하는 행위 또는 공직후보자나 공직후보자가 되고자 하는 자(공직에 있는 자를 포함)로서 동항 각호에 해당하는 자가 공직후보자로서 추천되거나 지지받을 목적으로 하는 다음의 각호에 게시하는 행위는 동항에 규정하는 금지행위에 해당하는 것으로 본다.

2. 그 지위를 이용하여 투표의 주선·권유·연설회의 개최 기타 선거운동의 기획에 관여하거나, 그 기획의 실시에 대하여 지시·지도하거나 또는 타인으로 하여금 이들 행위를 하게 하는 것.²⁾

※일본의 경우 ‘선거운동의 기획’에 대해서는 ‘지위를 이용하여’ 하는 경우에만 처벌하도록 하고 있으나, 우리의 경우 그 지위를 이용하는 것과 상관없

1) 이 부분의 해석론을 보면 공무원이 그 ‘지위를 이용하여’ 선거운동을 한다는 것은 선거운동이 순전히 개인의 자격으로 행해지는 것이 아니라 공무원의 지위와 결부되어 있는 것을 의미하는 것으로 받아들이고 있다. 즉 그 공무원의 지위에 있기 때문에 특히 선거운동을 효과적으로 할 수 있는 영향력 또는 편익을 이용하고, 구체적으로는 그 지위에 수반되는 신분상의 지휘감독권, 직무권한, 담당사무 등과 관련해서 행정 관청 내부의 자 또는 외부의 자에게 작용하는 것을 가리킨다. 土本 武司, 最新 公職選舉法 罰則精解, 1995, 180면. 이 경우 당해 공무원이 독립한 고유의 직무권한으로서 해당 관청의 의사결정을 내릴 수 있는 자일 필요는 없다. 즉, 그 직무상 관계된 업무에 대해서 권한 있는 상사에게 보고하거나 알리는 등의 방법에 의해 밀접 또는 중요한 관계에서 보좌하는 입장에서 해당 업무에 참여하는 자도 본죄의 주체가 된다고 한다.

2) 일본의 경우, 선거운동에 해당하지 않는 소위 입후보 준비행위나 선거운동 준비행위에 있어서도 공무원 등이 그 지위를 이용하여 행하는 경우의 폐해를 감안하여 이를 선거운동으로 간주하고 금지하고 있다고 한다. 위 土本 武司의 책, 181면.

이 처벌하도록 하고 있다. 그리하여 우리의 경우 지방자치단체장 등 공무원이 자신의 선거에 출마하기 위하여 지위를 이용하지 않은 사적인 선거운동의 기획을 하는 것까지 금지되고 있다.

(2) 독일

연방공무원법(Bundesbeamtenengesetz)은 직업공무원의 일반적 의무로서 직무수행에서의 불편부당의무와 정치활동에서의 준수사항을 규정하고 있다. 동법 제52조 제1항은 “공무원은 모든 국민에게 봉사하지, 한 쪽 당사자(Partei)에게 봉사하지 않는다. 공무원은 그 과업을 불편부당하고 온당하게 수행하여야 하며 직무수행에 있어 일반국민의 복리를 고려하여야 한다.”고 규정하고, 제53조는 “공무원은 정치활동을 함에 있어, 전체국민에 대한 자신의 지위로부터 그리고 그 직무상의 의무에 대한 고려로부터 나오는 온건과 자제를 지켜야 한다.”고 규정하고 있다.

그런데 이 규정은 직업공무원이 정당에 가입하거나, 선거운동을 하거나, 입후보하는 것을 방해하지 않는 것으로 이해되고 있다. 실제로 연방선거법(Bundeswahlgesetz)은 공무원의 선거중립의무나 선거운동의 규제에 관한 특별한 규정을 일체 찾아볼 수 없으며, 정당법에도 공무원의 정당가입·활동을 제한하는 규정이 없다.

(3) 미국

1) Hatch Act는 연방정부의 집행부 소속 공무원 및 일부 주·지방 공무원의 정치활동 금지에 관하여 규정하고 있는데, 1993년의 개정으로 대부분의 공무원들의 정치활동이 대폭 허용되게 되었다.

2) 연방공무원의 정치활동 금지는 5 U.S.C.A. 7321-7326에서 규정하고 있다.

① 먼저, 제7321조는 법이 명시적으로 금지하지 않는 한도에서 공무원이 정치과정에 참여할 자신의 권리를 자유롭게, 완전히 행사하도록 장려하는 것이 연방상원의 정책임을 천명하고 있다.

② 제7322조는 규제의 대상이 되는 공무원으로서 원칙적으로 연방의 집행

부 소속 공무원(employee)을 규정하면서, 명시적으로 대통령과 부통령을 제외하고 있다.

③ 제7323조는 금지되는 행위로서, 직무상의 지위나 영향력을 선거결과에 개입하거나 효과를 미치기 위해 이용하는 것, 일정한 범위의 허락된 자가 아닌 사람으로부터 고의로 정치적 기부를 청탁·승낙·수수하는 것, 정당추천직(partisan political office)의 선거 또는 지명의 후보자로 나서는 것 등을 열거하고 있다.

다만, 연방선거관리위원회, CIA, 국가안보리, 법무부 형사국과 같이 특별히 정치적 중립이 필요한 기관들을 선별하여 그 소속 공무원들은 political management와 political campaign을 일반적으로 금지하고 있다.

④ 제7324조는 공무원은 직무집행 중이거나(on duty), 제복을 입고 있는 동안이나, 연방정부의 자동차를 사용하여 정치활동을 하지 못하도록 하고 있다.

⑤ 제7326조는 제7323조, 제7324조에 위반한 공무원을 해임하거나 30일 이상의 무급 직무정지에 처하도록 규정하고 있다.

3) 주·지방 공무원에 관하여는 제1502조가, 주 또는 지방공무원으로 하여금 정치적 목적을 위하여 정당, 위원회 등에게 유가물을 지불·대여·기부하도록 직·간접적으로 강요·명령·권유하는 것, 주지사, 시장 등을 제외하고 선거직의 후보자로 나서는 것을 금지하고 있다.

4) 한편, 18 U.S.C.A. 595는, 연방이나 주의 집행부 소속 공무원이 그 직무상의 지위를 대통령, 부통령, 대통령선거인, 상원의원, 하원의원 등의 후보자의 선거에 개입하거나 효과를 미치기 위해 이용하는 자는 벌금이나 1년이하의 징역형에 처하도록 규정하고 있다.

다. 선례

이 사건 법률조항과 같은 내용의 구법 조항에 대해서는 2005. 6. 30. 2004헌바33 결정에서 헌법재판소가 합헌 판단을 한 바 있다(6인의 재판관이 합헌의견을, 3인의 재판관은 위헌의견). 그 이유는 각각 다음과 같다.

『(1) 죄형법정주의 위반 여부

공선법 제58조 제1항의 ‘선거운동’이란, 특정 후보자의 당선 내지 이를 위한 득표에 필요한 모든 행위 또는 특정 후보자의 낙선에 필요한 모든 행위 중 당선 또는 낙선을 위한 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적, 계획적 행위를 말하는 것(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 33; 2001. 8. 30. 2000헌마121등, 판례집 13-2, 263, 274)이고, “기획(企劃)”이란 일을 계획하는 것을 의미하며, “참여”란 참가하여 관계함을 뜻하고, “관여”는 관계하여 참여함을 의미한다.

공선법 제86조는 특정 정당이나 후보자의 득표나 당선을 목적으로 하는 행위가 아니기 때문에 선거운동의 요건을 충족하지 못하지만, 공무원이 특정 정당이나 후보자에게 유리 또는 불리하게 영향력을 행사함으로써 선거의 공정성을 해하는 것을 방지하기 위하여 공무원이 선거에 영향을 미칠 수 있는 행위를 하는 것을 금지하고 있다. 그리고 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 ‘선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위’는 공무원이 선거에 영향을 미칠 수 있는 그러한 행위 중의 하나로 금지된다. 그렇다면 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위란, 특정 후보자의 당선 내지 득표, 또는 낙선을 목적으로 하는 선거운동에는 이르지 아니하는 것으로서 선거운동의 효율적 수행을 위한 일체의 계획 수립에 참여하는 행위 또는 그 계획을 직접 실시하거나 실시에 관하여 지시·지도하는 행위로 해석될 수 있다.

한편 공선법 제58조 제1항에서는 선거운동을 위한 준비행위를 선거운동이 아니라고 하여 허용하고 있는데, 선거운동을 위한 준비행위란 단순히 장래의 선거운동을 위한 내부적·절차적 준비행위에 불과하므로 선거운동으로 보지 아니하지만, 이 사건 법률조항은 공무원이 선거에 영향을 미치는 행위를 금지하는데 그 입법취지가 있으므로, 공무원이 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위가 선거운동의 준비행위에 불과하더라도 이 사건 법률조항은 금지하는 것이다.

따라서 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 이 사건 법률조항의 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지를 충분히 알 수 있다고 할 것인바, 명확성 원칙을 위반하고 있다고 할 수 없

다.

(나) 정치적 표현의 자유 침해 여부

이 사건 법률조항은 공무원에 대하여 선거운동 계획의 수립에 참여하거나 그 실시에 관여하는 행위를 금지함으로써 공무원의 정치적 표현의 자유를 제한하고 있는바, 비례의 원칙에 위배하여 청구인의 정치적 표현의 자유를 제한하고 있는지를 살펴보기로 한다.

① 입법목적의 정당성과 수단의 적정성

선거의 형평성과 공정성을 보장하기 위하여 공선법은 제85조 제1항에서 공무원의 선거운동을 금지하고 있고, 더 나아가 이 사건 법률조항은 소위 관권선거나 공직 지위에 있는 자의 선거 개입의 여지를 철저히 불식시킴으로써 선거의 공정성을 확보하기 위하여 공무원에 대하여 선거에 영향을 미치는 행위까지 금지하고 있는바, 그 입법목적의 정당성과 수단의 적정성이 인정된다.

② 피해의 최소화

공무원이 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위를 하는 경우 그것은 선거운동에 이를 정도는 아니라 하더라도 궁극적으로는 특정 후보자를 위한 선거운동을 효율적으로 수행하기 위한 것이므로 선거에 영향을 미칠 우려가 있다고 할 수 있고, 따라서 선거의 공정성과 형평성을 확보하고 업무전념성을 보장하기 위하여 선거운동이 금지되는 공무원에 대하여 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위를 금지하는 것은 당연한 귀결이라고 볼 수 있다.

한편, 공무원에 대하여 일체의 선거운동의 준비행위를 금지하기보다는 ‘그 지위를 이용하여’ 선거운동의 기획에 관여하는 것을 금지하는 것만으로도 선거의 공정성 확보라는 입법목적이 충분히 달성된다는 주장이 있을 수 있으나, 공무원이 선거운동의 기획에 참여하는 등의 행위를 하게 되면, 그것이 궁극적으로는 선거에 영향을 미치게 될 것이므로 선거의 공정성을 확보하고자 하는 이 사건 법률조항의 입법 목적을 달성하기 위해서는 공무원이 그 지위를 이용하였는지에 상관없이 선거운동의 기획에 관여하는 것을 모두 금지할 필요가 있다.

③ 법익의 균형성

선거의 공정성을 확보하고 선거에서의 기회균등을 보장하는 것은 선거가 민주적 정당성과 주민대표성을 부여하는 기능을 이행하기 위한 근본조건이다. 따라서 선거운동 참여시 특히 폐해가 심할 것으로 명백히 예상되는 공무원에 대하여 선거운동을 금지하는 것에서 나아가 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 것을 금지함으로써 정치적 표현의 자유 중 일부인 선거운동의 자유를 제한하였다고 하여 그로 인하여 보호되는 공익과 제한되는 기본권 사이에 현저한 불균형이 있다고는 볼 수 없다.

(다) 평등원칙 위반 여부

국회의원과 지방의회의원은 정당의 대표자이자 선거운동의 주체로서의 지위로 말미암아 선거에서의 정치적 중립성이 요구될 수 없다. 반면 지방자치단체 장은 직무의 기능이나 영향력을 이용하여 선거에서 국민의 자유로운 의사형성과정에 영향을 미치고 정당간의 경쟁관계를 왜곡할 가능성은 더욱 크다고 판단되어 다른 공무원보다도 선거에서의 정치적 중립성이 특히 요구된다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 635 참조). 이처럼 지방자치단체 장은 선거에서의 정치적 중립성이 엄격히 요구됨에 따라 선거운동이 금지되며, 이 사건 법률조항은 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 것을 금지하고 있는 것이다.

그렇다면 이 사건 법률조항이 국회의원과 지방의회의원을 그 적용대상에서 제외하면서 지방자치단체 장은 제외하고 있지 않더라도 이는 선거에서의 정치적 중립의무가 요구되는 정도에 따른 것이므로 합리적인 근거없는 차별로서 평등원칙에 위배된다고 볼 수 없다.』

라. 명확성 원칙 부분

위 합헌 결정은 이 사건 법률조항이 ‘기획’, ‘참여’, ‘관여’와 같은 불명확한 개념을 지닌 점은 인정하였으나, 이 사건 법률조항은 공무원이 선거운동의 효율적 수행을 위한 일체의 계획 수립에 참여하는 행위 또는 그 계획을 직접 실시하거나 실시에 관하여 지시·지도하는 행위를 함으로써 선거에 영향을 미치는 것을 금지하는 것이라고 하면서, 건전한 상식과 통상적인 법감정

을 가진 사람이면 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지를 충분히 알 수 있다고 보았다.

그런데 위와 같이 정의하는 경우 ‘계획’이란 용어의 추상성으로 인하여 그 범위가 매우 넓을 뿐만 아니라, 선거운동의 준비행위와도 명확히 구별되지 않아 금지되는 행위가 구체적으로 어떤 것인지 예측하기가 쉽지 않은 측면이 있다.

그러나 이 사건 법률조항은 공무원(일부 정무직 제외)의 선거운동을 금지하는 다른 규정(공직선거법 제60조 제1항 제4호, 제85조11))에 더 나아가 공직에 있으면서는 선거운동의 기획과 같은 준비행위도 하지 말라는 취지이므로, 그 범위가 넓을 수밖에 없는 특징을 지니고 있다. 그러므로 이 사건 법률조항은 명확성 원칙에 위반되지 않는다.

마. 정치적 자유의 침해 문제

(1) 제한되는 기본권

청구인들은 이 사건 법률조항이 죄형법정주의의 명확성 원칙을 위반하여 신체의 자유를 침해하고 있고, 정치적 의사표현의 자유를 침해하고 있으며, 합리적 이유 없이 지방자치단체장을 공무원이 아닌 자 또는 국회의원 등과 차별하고 있다고 주장한다.

피선거권이란 여러 가지 선거에 입후보하여 당선될 수 있는 권리를 의미하므로 이러한 피선거권에 대해 침해가 있다고 하기 위해서는 어떤 법률이나 제도가 입후보나 입후보 자격을 제한하고 있어야 한다. 예컨대 입후보할 때 기탁금을 요구한다든가, 입후보하려는 지역에 일정기간 이상 주민등록을 요한다든가, 선거사범의 경우 일정기간 입후보하는 것을 제한한다든가, 입후보를 하기 위해서는 일정한 직에서 사퇴를 하여야 한다든가, 혹은 일정수 이상의 유권자의 추천을 받아야 입후보가 가능하다든가, 입후보 연령을 제한한다든가 하는 등의 경우가 이에 해당한다. 그런데 이 사건 법률조항은 지방자치단체장의 입후보 그 자체에 대해서는 어떠한 제한도 가하고 있지 않다. 단지 지방자치단체장의 직을 유지하고 있는 한, 선거운동 기획에 참여하는 등의 행위가 금지된다는 것이며, 이러한 금지가 지방자치단체장 선거의 입후보

금지로 연결되는 것은 아니다. 결국 선거운동 기획에 참여하는 등의 행위 금지는 피선거권의 제한 문제와는 거리가 있고, 오히려 선거에서 이기기 위해 그 전략을 세우고 하는 등의 행위라는 측면에서 선거운동의 자유와 관련이 있다고 보아야 한다. 헌법재판소는, 선거운동의 자유는 널리 선거과정에서 자유로이 의사를 표현할 자유의 일환이므로 표현의 자유의 한 태양이라고 할 수 있는바, 표현의 자유, 특히 정치적 표현의 자유는 선거과정에서의 선거운동을 통하여 국민이 정치적 의견을 자유로이 발표·교환함으로써 비로소 그 기능을 다하게 된다 할 것이므로, 선거운동의 자유는 헌법에 정한 언론·출판·집회·결사의 자유 보장 규정에 의한 보호를 받게 된다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 28-29; 헌재 1995. 4. 20. 92헌바29, 판례집 7-1, 499, 507; 헌재 1999. 6. 24. 98헌마153, 839, 846 참조)고 판시하고 있다.

따라서 이 부분 청구인들의 주장과 관련해서는 정치적 의사표현으로서의 선거운동의 자유 내지는 정치적 표현의 자유 침해 문제로 다룰 수 있다.

(2) 과잉금지원칙의 위배 여부

헌법재판소는 이 사건 법률조항이 공적 지위에 있는 자의 선거 개입의 여지를 철저히 불식시킴으로써 선거의 공정성을 확보하기 위하여 공무원에 대하여 선거운동의 기획행위를 전적으로 금지하고 있는데 그 입법목적의 정당성은 인정된다고 보았다.

그런데 공직선거법은 금지되는 선거운동의 개념에 ‘입후보와 선거운동을 위한 준비행위’를 제외하고 있다. 선거운동의 기획행위 역시 선거운동을 위한 준비행위에 포함된다고 보는 것이 상식적인 해석일 것이다. 그런데 이 사건 법률조항은 공무원에게 선거운동의 기획행위를 포괄적으로 금지하고 있다.

그러한 금지 이유는 선거의 공정성 확보와 직무의 순수성을 보존하기 위한 것이다. 그러나 표현의 자유가 지니는 헌법질서상의 중요한 기능을 고려하면³⁾ 그러한 입법목적을 위한 입법수단의 선택은 피해가 최소화되도록 하

3) 민주정치체제는 사상 또는 의견의 자유로운 형성 및 그 전달을 바탕으로 하는 건

여야 한다. 공무원이 그 지위를 이용하여 선거운동의 기획행위를 하는 경우, 부하직원을 동원하거나 영향력을 직접적, 간접적으로 행사할 수 있어 선거의 공정성과 직무전념성이 저해될 것이나, 사적인 지위에서 그러한 기획행위를 한다면 이를 비난할 수 없다. 공무원 개인도 기본권의 주체로서 사생활을 지니며 업무시간 외에 개인적인 지위에서 사생활을 영위하는 것은 헌법적 보호의 대상이다.

그러므로 공무원이 개인으로서 새로운 공직선거에 출마하거나 배우자, 친지 등의 선거운동의 기획행위를 도와줄 자유는 보장되어야 하므로 불필요한 규제는 피해야 하는 것이다.

이미 위에서 본 일본의 입법례는 공무원이 ‘그 지위를 이용하여’ 한 선거운동의 기획을 금지하고 있으며 우리 공직선거법 역시 제85조에서 지위를 이용한 선거운동의 금지를 따로 규정하고 있다.⁴⁾ 그러므로 선거운동의 기획과 같은 선거운동의 준비행위에 대해서는 지위를 이용한 경우에만 규제하면 충분할 것인데 이 사건 법률조항은 과잉 규제를 하고 있는 것이다.

물론 그 지위를 이용한다는 것이 구체적 사안에서는 해당 여부의 판정이 어려울 수 있으나, 지위와 사적 활동은 일반적으로 구분되는 터이고 위에서 입법 자체가 그러한 구분개념을 사용하고 있으며 법해석 상으로 큰 문제가 없다고 보인다.

헌법재판소는 이 결정에서 ‘그 지위를 이용하여’라는 개념은 공무원이 개인의 자격으로서가 아니라 공무원의 지위와 결부되어 행위가 행해지는 것을

전한 여론 없이는 정상적인 기능이 발휘될 수 없으므로 언론·출판의 자유는 민주주의의 기초를 이루는 핵심적인 정신적 자유권이라 할 것이며, 정보를 수집하고 처리할 수 있는 권리를 말하는 알 권리는 언론·출판의 자유의 한 내용으로 마땅히 보장되어야 하는 것이다. 특히 대의제 민주주의의 필수불가결의 전제가 되는 선거와 관련해서 볼 때, 국민대표의 공정한 선출을 위해서는 주권자인 국민이 관련정보에 광범하게 또 쉽게 접근할 수 있어야 하는 것이므로 선거관련정보의 자유로운 전달 및 이에 대한 접근을 의미하는 언론·출판의 자유는 대표선출의 공정성에도 관련되어 있는 중요한 문제인 것이다. 헌재 1995. 7. 21. 92헌마177등, 판례집 7-2, 112, 125.

4) 제85조(지위를 이용한 선거운동금지) ① 공무원은 그 지위를 이용하여 선거운동을 할 수 없다. 이 경우 공무원이 그 소속직원이나 제53조(공무원 등의 입후보) 제1항 제4호 내지 제6호에 규정된 기관 등의 임·직원 또는 「공직자윤리법」 제17조(퇴직공직자의 유관사기업체 등에의 취업제한)의 규정에 의한 유관사기업체 및 협회의 임·직원을 대상으로 한 선거운동은 그 지위를 이용하여 하는 선거운동으로 본다.

뜻하며, 공무원의 지위에 있기 때문에 특히 선거운동의 기획행위를 효과적으로 할 수 있는 영향력 또는 편익을 이용하는 것이고, 구체적으로는 그 지위에 수반되는 신분상의 지휘감독권, 직무권한, 담당사무 등과 관련해서 공무원이 직무를 행하는 사무소 내부 또는 외부의 사람에게 작용하는 것을 포함한다고 볼 수 있다고 한다. 이러한 기본적 인식 하에 충분히 해당 여부에 대한 합리적 판단이 가능하다.

이 점에서 헌법재판소는 이 사건 법률조항이 입법 목적을 달성하기 위한 수단으로서의 적정성을 갖추지 못하였으며 불필요한 과잉 규제를 동반한다는 점에서 피해의 최소성에도 위배되는 것으로 보았다.

한편 사정이 그러하다면 공익과 사익의 비교형량에 있어서도 공익은 가시적이고 명백한 것이 아닌 추상적인 것임에 비하여, 침해되는 사익은 사생활 영역에 대한 것으로서 중요한 것이므로, 법익의 균형성에 위배되게 된다.

한편 이 사건 법률조항이 ‘그 지위를 이용하여’ 한 행위에 대하여 한정적으로 규제한다면 이는 공무원의 지위와 영향력으로 인한 선거의 불공정성 등 입법 목적을 방지하기 위하여 필요한 것으로서 정치적 표현의 자유 등 기본권을 침해하는 것이라고 볼 수는 없을 것이다.

바. 평등권 침해 여부

위에서 본 관점의 연장선상에서 이 사건 법률조항이 공무원인 입후보자와 공무원이 아닌 다른 입후보자, 지방자치단체장과 국회의원과 그 보좌관, 비서관, 비서 및 지방의회의원을 차별하는 것은, 그 지위를 이용하지 않고 사적인 지위에서 선거운동의 기획행위를 하는 것까지 금지하는 한, 이는 선거의 공정성을 보장하려는 입법 목적을 달성하기 위한 합리적인 차별취급이라고 볼 수 없다는 결론이 도출될 수 있다.

사. 관례변경

이 사건에서는 이 사건 법률조항과 같은 내용을 지녔던 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제86조 제1항 제2호와 제255조 제1항 제10호가 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 2005. 6. 30.

선고 2004헌바33 결정을 이 사건 결정과 저촉되는 범위 내에서 변경하였다. 판례변경은 사실적 상황의 변화나 법리적 변화에 의하여 초래될 수 있는데 이 사건에서는 후자의 측면에서 판례변경이 이루어진 것으로 볼 것이다.

3. 반대의견

(1) 재판관 조대현의 별개의 한정위헌의견

이 한정위헌의견의 주된 요지는 공무원의 신분을 유지한 채 공직선거에 입후보할 수 있도록 하면서, 공무원 신분이라는 이유로 선거운동이나 선거준비행위를 하지 못하게 하는 것은, 자기모순(自己矛盾)일 뿐만 아니라 공무담임권을 부당하게 침해하는 것이라고 본다. 그러므로 후보자로 되었거나 되고자 하는 공무원이 자신의 선거에 관하여 선거운동을 기획하고 그 기획을 실시하는 행위는 공직선거법 제58조 제1항 제2호의 “입후보와 선거운동을 위한 준비행위”로서 당연히 허용된다고 보아야 하므로, 이 사건 법률조항은 그와 저촉되는 범위 내에서는 헌법에 위반된다고 본다.

(2) 재판관 이공현, 재판관 김희옥의 반대의견(합헌의견)

이 의견은 종전 선례의 합헌의견을 대체로 유지하고 있다. 공무원이 이 사건 법률조항의 행위를 할 경우 이를 순전한 사적 행위로 볼 수 있는지는 의문이라고 보며, 설령 그와 같이 볼 수 있는 행위가 있다고 하더라도 공무원이 그 지위를 이용하여 하였는지 여부를 판단하는 것은 쉽지 않다고 전제한다. 그러므로 이 사건 법률조항은 선거의 공정성 확보라는 공익에 비추어 청구인들의 정치적 표현의 자유를 지나치게 제한하는 것이라고 볼 수 없다고 한다. 그런 한 평등원칙도 위반되지 않는다.

4. 결정의 의의

이 결정은 선거운동의 자유와 같은 표현행위에 있어서는 공익을 위하여 필요한 범위 내에서만 규제가 이루어져야 한다는 법리를 보여주고 있다. 이 사건에서 한정위헌결정이 이루어지고 있는데 그러한 결정유형은 헌법재판에서 법적 혼란을 방지하고 합헌인 부분까지 위헌으로 선언되지 않기 위하여

때로는 필수적인 것이다.

이 사건 법률조항은 현재까지 개정되지 않고 있으나 ‘직위를 이용하여’ 한 행위에 대해서만 법집행이 이루어져야 할 것이다.

민원서류 반려 위헌확인

- 동일한 장소와 시간을 대상으로 하여 동일한 시간에 접수한 집회신고서에 대해 이를 모두 반려한 행위의 기본권 침해성 -
(헌재 2008. 5. 29. 2007헌마712, 판례집 20-1하, 305)

지 성 수*

【판시사항】

1. 서울남대문경찰서장이 ○○합섬HK지회에 대해 9회에 걸쳐 옥외집회신고서를 반려한 행위(이하 ‘이 사건 반려행위’라 한다)가 공권력의 행사에 해당하는지 여부
2. 이 사건 반려행위에 대한 헌법소원 심판청구에 대해 보충성의 예외를 인정할 수 있는지 여부
3. 이 사건 반려행위에 대한 심판청구에 대해 헌법적 해명의 필요성을 인정할 수 있는지 여부
4. 이 사건 반려행위가 집회의 자유를 침해하는지 여부

【심판대상】

이 사건 심판 대상은 피청구인 서울남대문경찰서장이 2007. 4. 25.자 집회의 신고서에 대한 2007. 3. 27. 자 민원서류반려행위 등 모두 9회에 걸쳐 한 민원서류반려행위가 청구인들의 기본권을 침해하였는지 여부이다.

관계 법률

* 헌법연구관

‘집회 및 시위에 관한 법률’(이하, ‘집시법’이라 한다)

제6조(옥외집회 및 시위의 신고 등) ① 옥외집회나 시위를 주최하려는 자는 그에 관한 다음 각 호의 사항 모두를 적은 신고서를 옥외집회나 시위를 시작하기 720시간 전부터 48시간 전에 관할 경찰서장에게 제출하여야 한다.

단서 생략

1. 목적

2. 일시(필요한 시간을 포함한다)

3. 장소

4. 주최자(단체인 경우에는 그 대표자를 포함한다), 연락책임자, 질서유지인에 관한 다음 각 목의 사항

가. 주소

나. 성명

다. 직업

라. 연락처

5. 참가 예정인 단체와 인원

6. 시위의 경우 그 방법(진로와 약도를 포함한다)

② 관할 경찰서장 또는 지방경찰청장(이하 "관할경찰관서장"이라 한다)은 제1항에 따른 신고서를 접수하면 신고자에게 접수 일시를 적은 접수증을 즉시 내주어야 한다.

③ 주최자는 제1항에 따라 신고한 옥외집회 또는 시위를 하지 아니하게 된 경우에는 신고서에 적힌 집회 일시 전에 관할경찰관서장에게 그 사실을 알려야 한다.

④ 제3항에 따라 통지를 받은 관할경찰관서장은 제8조 제2항에 따라 금지통고를 한 집회나 시위가 있는 경우에는 그 금지통고를 받은 주최자에게 제3항에 따른 사실을 즉시 알려야 한다.

⑤ 제4항에 따라 통지를 받은 주최자는 그 금지통고된 집회 또는 시위를 최초로 신고한 대로 개최할 수 있다. 다만, 금지통고 등으로 시기를 놓친 경우에는 일시를 새로 정하여 집회 또는 시위를 시작하기 24시간 전에 관할경찰관서장에게 신고서를 제출하고 집회 또는 시위를 개최할 수 있다.

제7조(신고서의 보완 등) ① 관할경찰관서장은 제6조 제1항에 따른 신고서의 기재 사항에 미비한 점을 발견하면 접수증을 교부한 때부터 12시간 이내에 주취자에게 24시간을 기한으로 그 기재 사항을 보완할 것을 통고할 수 있다.

② 제1항에 따른 보완 통고는 보완할 사항을 분명히 밝혀 서면으로 주취자 또는 연락책임자에게 송달하여야 한다.

제8조(집회 및 시위의 금지 또는 제한 통고) ① 제6조 제1항에 따른 신고서를 접수한 관할경찰관서장은 신고된 옥외집회 또는 시위가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 신고서를 접수한 때부터 48시간 이내에 집회 또는 시위를 금지할 것을 주취자에게 통고할 수 있다. 단서 생략

1. 제5조 제1항, 제10조 본문 또는 제11조에 위반된다고 인정될 때
2. 제7조 제1항에 따른 신고서 기재 사항을 보완하지 아니한 때
3. 제12조에 따라 금지할 집회 또는 시위라고 인정될 때

② 관할경찰관서장은 집회 또는 시위의 시간과 장소가 중복되는 2개 이상의 신고가 있는 경우 그 목적으로 보아 서로 상반되거나 방해가 된다고 인정되면 뒤에 접수된 집회 또는 시위에 대하여 제1항에 준하여 그 집회 또는 시위의 금지를 통고할 수 있다.

③ 생략

④ 집회 또는 시위의 금지 또는 제한 통고는 그 이유를 분명하게 밝혀 서면으로 주취자 또는 연락책임자에게 송달하여야 한다.

제9조(집회 및 시위의 금지 통고에 대한 이의 신청 등) ① 집회 또는 시위의 주취자는 제8조에 따른 금지 통고를 받은 날부터 10일 이내에 해당 경찰관서의 바로 위의 상급경찰관서의 장에게 이의를 신청할 수 있다.

② 제1항에 따른 이의 신청을 받은 경찰관서의 장은 접수 일시를 적은 접수증을 이의 신청인에게 즉시 내주고 접수한 때부터 24시간 이내에 재결(裁決)을 하여야 한다. 이 경우 접수한 때부터 24시간 이내에 재결서를 발송하지 아니하면 관할경찰관서장의 금지 통고는 소급하여 그 효력을 잃는다.

③ 이의 신청인은 제2항에 따라 금지 통고가 위법하거나 부당한 것으로 재결되거나 그 효력을 잃게 된 경우 처음 신고한 대로 집회 또는 시위를 개

최할 수 있다. 다만, 금지 통고 등으로 시기를 놓친 경우에는 일시를 새로 정하여 집회 또는 시위를 시작하기 24시간 전에 관할경찰관서장에게 신고함으로써 집회 또는 시위를 개최할 수 있다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

(1) 청구인 전국○○산업노동조합은 ○○합섬HK지회가 소속된 산업별 노동조합이고, 청구인 전국○○산업노동조합 ○○합섬HK지회(이하 ‘○○합섬HK지회’라고 한다)는 ○○합섬 노동자 500여명으로 구성된 지회로서 이 사건 집회 신고를 한 주체이며, 청구인 이○훈은 위 HK지회의 지회장이고, 청구인 최○조는 위 지회의 회원이다. 청구인 ○○합섬HK지회는 피청구인 서울남대문경찰서장에게 2007. 3. 26. 09:00경, 서울 중구 ○○로2가 150에 위치한 ○○본관건물과 ○○생명빌딩 사이의 인도에서 2007. 4. 25. 옥외집회를 개최하겠다는 취지의 집회신고서를 접수한 후 접수증을 교부받았다(접수번호 제1442호). 그런데 피청구인은 위 옥외집회가 ○○생명인사지원실이 같은 일시에 제출한 옥외집회신고서(접수번호 제1443호)상의 옥외집회와 집회 시간 및 장소가 경합되어 상호방해 및 충돌우려가 있다는 이유에서, 2007. 3. 27. ○○합섬HK지회와 ○○생명인사지원실이 제출한 두 신고서 모두에 대해 반려하는 조치를 취하였고, 이러한 조치는 동일한 경위로 별지 목록 기재와 같이 총 9회에 걸쳐 이루어졌다. 이에 청구인들은 위 반려행위들이 청구인들의 행복추구권, 평등권 및 집회·결사의 자유를 침해한다는 이유로 2007. 6. 25. 이 사건 심판을 청구하였다.

(2) 한편, 청구인 ○○합섬HK지회와 청구인 이○훈은 피청구인의 위 반려행위들 중 별지 목록 (1) 내지 (3) 기재 행위에 대하여 2007. 4. 12. 서울행정법원에 그 처분무효취소소송을 제기하면서(2007구합14534) 위 반려행위들에 대한 집행정지신청을 하였으나(2007아842), 법원은 집시법의 어느 규정에 의하더라도 일단 접수된 옥외집회신고서를 반려할 수 있는 근거를 찾을 수 없을 뿐만 아니라 위 옥외집회신고서의 반려행위를 집시법 제8조 제2항에서 정하고 있는 금지 또는 제한 통고에 해당한다고 볼 수도 없다는 이유에서

같은 달 23일 각하결정을 하였는데, 그러자 위 청구인들은 2007. 7. 27. 위 처분무효취소소송을 취하하였다.

2. 청구인들의 주장과 피청구인의 답변 요지

가. 청구인들의 주장

(1) 적법요건 부분

이 사건과 같이 옥외집회신고서를 일단 접수한 후 반려하는 행위는 집시법에 아무런 근거가 없는 행위로서 법 집행이라고 할 수 없기 때문에 행정소송의 대상이 되지 아니한다.

또한 청구인들 중 일부가 이 사건 반려행위 중 일부의 반려행위에 대해 그 처분무효취소를 구하는 행정소송을 서울행정법원에 제기하면서 위 본안의 확정시까지 이 사건 반려처분의 효력을 정지시켜 달라는 집행정지신청을 하였으나, 법원은 집시법의 어느 규정에 의하더라도 이와 같은 반려행위는 그 근거를 찾아볼 수 없다는 이유 등으로 각하결정을 하였으므로 서울행정법원에 행정소송이 제기된 민원서류반려행위는 물론, 서울행정법원에 행정소송이 제기되지 않은 민원서류반려행위에 대해서도 보충성의 예외로서 헌법소원심판청구가 인정되어야 한다.

한편 청구인들이 집회하고자 하던 날들은 이미 지나버렸지만, 위와 같은 반려행위는 관행적으로 계속해서 이루어지고 있으므로 반복가능성이 있어 헌법적 해명의 필요성이 인정된다.

(2) 본안에 대한 부분

집시법 제6조 제1항은 집회 및 시위를 허가제가 아닌 신고제로 규정하고 있고, 제2항은 관할경찰관서장이 집회등 신고를 받은 경우에는 즉시 접수증을 교부하도록 규정하고 있다. 이러한 집회등의 신고와 관련하여 관할경찰관서장이 행할 수 있는 법상 권한은 집시법 제7조에 의한 보완통고, 제8조에 의한 금지통고 뿐이고, 이외에 신고서를 반려할 수 있는 권한은 존재하지 않는다. 그럼에도 불구하고 피청구인은 아무런 법적 근거 없이 이 사건 옥외집회신고서를 반려하였으므로 이는 청구인들의 집회의 자유를 침해한다.

한편, 피청구인이 다른 집회신고자들에 대해서는 신고서를 반려하지 않으면서 이 사건에서만 옥외집회신고서를 반려하고 있는 것은 청구인들의 평등권을 침해하고, 나아가 청구인들의 행복추구권을 침해하는 것이다.

나. 피청구인의 답변요지

(1) 적법요건 부분

이 사건 반려행위는 행정처분에 해당하는바, 사전 구제절차를 거치지 않은 이 사건 헌법소원심판청구는 보충성의 원칙에 반한다.

한편 청구인 ○○합섬HK지회가 개최하고자 하였던 집회 일자는 이미 경과해 버렸으므로 헌법소원심판을 통해 위헌확인을 받는다 하더라도 권리구제에는 아무런 실익이 없음은 물론, 청구인들은 이와 관련된 다른 집회에 참석한 바 있으므로 그 목적도 이미 달성된 것으로 보인다.

나아가 청구인 전국○○산업노동조합은 이 사건 집회신고인도 아니므로 자기관련성이 없다.

(2) 본안 부분

집시법에 의하면, 시간과 장소가 경합되는 2개 이상의 집회 신고가 있고 그 목적으로 보아 서로 상반되거나 방해가 된다고 인정될 경우에는 뒤에 접수된 집회 또는 시위는 금지할 수 있다. 그런데 이 사건 집회신고 당일, 서로 경합하는 두 단체가 집회신고서를 먼저 접수하기 위하여 대기하면서 서로 먼저 경찰서 정문을 통과하려고 상호 자신의 우선권을 주장하며 다투고 있던 상황에서 피청구인으로서 그 접수의 선후를 판별할 수 없었기 때문에 두 단체의 안전과 질서유지 및 경찰 업무의 원활한 수행을 위하여 부득이 두 단체의 집회신고를 동시에 접수하지 않을 수 없었고, 동시에 상반되는 두 개의 집회신고를 접수받은 피청구인은 상호간의 충돌을 피하기 위하여 부득이 두 개의 집회신고를 모두 반려할 수밖에 없었다.

다만, 집시법에는 이 사건에 있어서와 같이 집회신고가 복수의 단체에 의하여 동시에 접수되고 그 선후를 판별할 수 없을 때에 대비한 규정을 마련해 놓고 있지는 않지만, 설령 이 사건 반려행위에 의하여 청구인들이 집회를

할 수 없게 되었다고 하더라도 이는 질서유지와 폭력사태 예방이라는 정당한 업무를 위한 최소한의 조치이므로 과잉금지원칙에 위반되어 집회의 자유를 침해하고 있다고 할 수는 없다.

【결정요지】

1. 피청구인 서울남대문경찰서장은 옥외집회의 관리 책임을 맡고 있는 행정기관으로서 이미 접수된 청구인들의 옥외집회신고서에 대하여 법률상 근거 없이 이를 반려하였는바, 청구인들의 입장에서는 이 반려행위를 옥외집회 신고에 대한 접수거부 또는 집회의 금지통고로 보지 않을 수 없었고, 그 결과 형사적 처벌이나 집회의 해산을 받지 않기 위하여 집회의 개최를 포기할 수밖에 없었다고 할 것이므로 피청구인의 이 사건 반려행위는 주무(主務) 행정기관에 의한 행위로서 기본권침해 가능성이 있는 공권력의 행사에 해당한다.

2. 청구인들 중 일부는 이 사건 반려행위의 일부에 대해 서울행정법원에 그 처분무효취소소송을 제기하면서 집행정지신청도 함께 제기하였으나, 위 법원은 집시법상 이미 접수된 옥외집회신고서를 반려할 수 있는 근거가 없을 뿐만 아니라, 반려행위를 집시법 제8조 제2항 소정의 금지통고로도 볼 수 없어 행정처분이 아니라는 이유로 위 집행정지신청을 각하하였다. 이에 처분무효취소소송을 제기하였던 청구인들은 이와 같은 방법으로는 권리구제를 받을 수 없다고 보아 위 취소소송을 취하하고, 이 사건 헌법소원심판청구에 이른 것인바, 이 사건 반려행위에 대하여는 법원에서의 권리구제절차 허용여부가 객관적으로 불확실하다 할 것이므로 이 사건 심판청구는 보충성의 예외에 해당하는 심판청구로서 적법하다.

3. 이 사건 반려행위는 관할경찰관서장에 의하여 아무런 법적 근거 없이 반복되어 왔을 뿐 아니라 그 편의성 때문에 앞으로도 반복될 가능성이 높고, 위 반려행위의 법적 성격과 효과에 관하여 아직 법원의 확립된 해석도 없다. 그렇다면 이 사건 반려행위가 부당한 공권력의 행사로서 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부에 관하여 헌법적으로 해명할 필요성이 존재한다.

4. 우리 헌법은 모든 국민에게 집회의 자유를 보장하고 있고, 집회에 대한

사전허가제를 금지하고 있는바, 옥외집회를 주최하고자 하는 자는 집시법이 정한 시간 전에 관할경찰관서장에게 집회신고서를 제출하여 접수시키기만 하면 원칙적으로 옥외집회를 할 수 있다. 그리고 이러한 집회의 자유에 대한 제한은 법률에 의해서만 가능하므로 법률에 정하여지지 않은 방법으로 이를 제한할 경우에는 그것이 과잉금지 원칙에 위배되었는지 여부를 판단할 필요 없이 헌법에 위반된다. 그런데 이 사건 피청구인은 청구인 ○○합섬HK지회와 ○○생명인사지원실이 제출한 옥외집회신고서를 폭력사태 발생이 우려된다는 이유로 동시에 접수하였고, 이후 상호 충돌을 피한다는 이유로 두 개의 집회신고서를 모두 반려하였는바, 법의 집행을 책임지고 있는 국가기관인 피청구인으로서 집회의 자유를 제한함에 있어 실무상 아무리 어렵더라도 법에 규정된 방식에 따라야 할 책무가 있고, 이 사건 집회신고에 관한 사무를 처리하는데 있어서도 적법한 절차에 따라 접수순위를 확정하려는 최선의 노력을 한 후, 집시법 제8조 제2항에 따라 후순위로 접수된 집회의 금지 또는 제한을 통고하였어야 한다. 만일 접수순위를 정하기 어렵다는 현실적인 이유로 중복신고된 모든 옥외집회의 개최가 법률적 근거 없이 불허되는 것이 용인된다면, 집회의 자유를 보장하고 집회의 사전허가제를 금지한 헌법 제21조 제1항 및 제2항은 무의미한 규정으로 전락할 위험성이 있다. 결국 이 사건 반려행위는 법률의 근거 없이 청구인들의 집회의 자유를 침해한 것으로서 헌법상 법률유보원칙에 위반된다고 할 것이다.

재판관 이동흡의 반대의견(각하 의견)

집시법 제6조 제1항 소정의 집회신고는 행정청의 수리행위를 요하지 않는 이른바 ‘자기완결적 신고’이므로 이 사건 집회신고가 적법하게 완료된 이상 그 신고의 효력은 완전히 발생하였다고 할 것이고, 이후에 피청구인이 집회 신고서를 반려하였다 하더라도 이미 발생한 신고의 효력에는 어떠한 법률적 영향도 미칠 수 없다고 할 것이다. 그렇다면 이 사건 반려행위는 집회신고인인 청구인들의 권리나 법적 지위에 어떠한 변화를 가져오지 아니하므로, 헌법소원의 대상이 되는 ‘기본권침해의 가능성이 있는 공권력의 행사’에 해당하지 아니하고, 따라서 이 사건 심판청구는 부적법하다.

재판관 조대현의 반대의견(합헌 의견)

시간과 장소가 중복되는 두 가지 옥외집회의 주최자가 서로 먼저 신고하기 위하여 대립하다가 동시에 신고서를 접수시켰기 때문에 피청구인이 양측 신고자에게 접수시간을 동일하게 기재한 접수증을 교부한 다음, 양쪽의 옥외집회가 “시간과 장소가 경합되어 상호 방해 및 충돌의 우려가 있기에 정상적인 처리가 어렵다”는 이유로 모두에 대해 반려행위를 한 것은 집시법 제8조 제2항을 적용한 집회금지통고에 해당된다고 볼 수 있다. 그런데 집시법 제8조 제2항에서 규정하고 있는 집회금지통고제도는 옥외집회의 질서를 유지하기 위한 필요하고도 적절한 제도이므로, 이 사건 반려행위는 헌법에 위반된다거나 청구인들의 기본권을 침해한다고 할 수 없다.

【해설】

1. 집회의 자유 보장과 그 한계

가. 집회의 자유와 소수 보호

오늘날 대의민주제 국가에서 모든 국민의 의견이 완전히 평등하게 민주적 의사형성과정에 반영되는 것을 기대하기는 어렵다. 민주주의는 다수결의 원칙을 핵심 내용으로 받아들이고 있으므로 소수의 의견이 어느 정도 누락되는 것은 당연히 예측가능하고, 이러한 현상은 현재는 소수의견일지라도 언젠지 다시 다수의견이 될 수 있다는 가능성 때문에 정당화된다. 그런데 소수의 다수 가능성은 여론이 합리적으로 조성되고 전달되는 체제가 확립되어 있을 경우에만 가능하고, 현실적으로 이러한 역할은 언론매체가 담당하고 있다.

그러나 소수 독점언론매체가 사상의 자유 시장을 지배하고 그들이 단지 일정 계층만을 대변하는 역할을 할 경우 언론매체에 접근할 수 없는 소수는 민주적 의사형성에 자신의 의견을 개진하지 못하고 언제나 소수로 남을 수밖에 없다. 이러한 현실에서 집회 및 시위의 자유는 커다란 의미를 갖는다. 민주적 의사형성과정에서 소외되거나 주목받지 못한 소수가 그들의 의견을 직접 표명함으로써 동료 시민과 국가를 설득하는 방법이 바로 집회와 시위

의 자유인 것이다.

오늘날 민주적 헌법 국가에서 집회·시위의 자유는 필수불가결한 기본권이며 가능한 한 충실하게 보장되어야 한다. 특히 오늘날 언론매체의 대형화, 독점화에 따라 자신의 의사를 효과적으로 표현하기 위한 수단을 상실하고 주로 메시지를 일방적으로 수령하는 입장에 빠진 일반 대중은 집회와 시위를 통하여 관계당국에 직접 자신의 주장을 전달할 수 있어야 하는 것이다.

헌법재판소도 집회의 자유의 이러한 기능과 관련하여, 집회의 자유는 집권세력에 대한 정치적 반대사를 공동으로 표명하는 효과적인 수단으로서 현대사회에서 언론매체에 접근할 수 없는 소수집단에게 그들의 권익과 주장을 옹호하기 위한 적절한 수단을 제공한다는 점에서, 소수의 보호를 위한 중요한 기본권인 것이다(헌재 2003. 10. 30. 2000헌바67, 판례집 15-2 하, 41, 53)라고 판시하여 집회·시위의 자유가 특히 소수자를 보호하기 위한 권리임을 밝히고 있다.

그런데 집회 및 시위의 자유 행사가 중요한 만큼 여기에는 여러 가지 문제점을 내포하고 있으며, 이것이 적절하게 규제되어야 한다는 점도 간과할 수 없다. 집회의 자유는 다수인의 집단행동에 의한 것이기 때문에 그만큼 공공의 안녕 질서 및 법적 평화와 마찰을 일으킬 가능성이 높다. 또한 집단적인 행동이 민주주의를 파괴하기 위한 목적으로 행해질 경우 민주적 기본질서에 중대한 위협이 되기도 한다.¹⁾ 따라서 집회의 자유는 현대 사회에 있어 가장 중요한 기본권의 하나이지만, 다른 법익과의 충돌 가능성으로 인해 그 제한 역시 불가피하고, 헌법 제37조 제2항에 의한 제한이 가능한 것이다.

나. 집회의 자유 보장과 그 한계

우리 헌법이 보장하는 집회의 자유는 주최자가 집회의 시간, 장소, 방법과 목적을 스스로 결정할 권리를 보장하는 것이다. 그리고 집회에 대한 사전허가제가 금지되므로 옥외집회를 주최하고자 하는 자가 옥외집회를 시작하기 720시간 전부터 48시간 전에 관할경찰관서장에게 집회신고서를 제출하여 접수시키기만 하면 원칙적으로 옥외집회를 할 수 있다(집시법 제6조 제1항, 제

1) 이관희, 현행 집시법의 문제점과 개선방향, 경찰대 논문집(2003년), 6-7면

2항).

그러나 집회의 자유 역시 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률로써 제한될 수 있으므로(헌법 제37조 제2항), 집시법은 공공의 안녕질서를 위하여 일정한 경우 집회를 금지하거나 제한하고 있다. 즉 헌법재판소의 결정에 의하여 해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회, 집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회(제5조 제1항 제1,2호), 일출시간 전 및 일몰 시간 후의 옥외집회(제10조) 및 국회의사당이나 각급법원 인근에서와 같은 특정 장소에서의 집회(제11조) 들을 금지할 수 있고, 교통소통 또는 교통질서유지를 위해 필요하다고 인정되면 이를 금지 또는 제한할 수 있다(제12조). 나아가 앞에서 본 바와 같이 집회의 시간과 장소가 중복되는 2개 이상의 신고가 있는 경우 그 목적으로 보아 서로 상반되거나 방해가 된다고 인정되면 뒤에 접수된 집회에 대하여 관할경찰관서장이 그 금지를 통고할 수 있다(제8조 제2항). 이와 같이 집회의 자유는 반드시 법률에 의하여만 제한될 수 있고, 이 경우에도 그 본질적 내용을 침해하지 않는 필요최소한의 범위에서 그쳐야 한다. 그럼에도 불구하고 해당 국가기관이 법에서 정한 이외의 사유로 집회의 자유를 제한한다면 이는 법률유보의 원칙을 위반하여 국민의 기본권을 침해하는 것으로 위헌임을 면치 못할 것이다.

2. 적법요건에 대한 부분

가. 쟁점

이 사건에서 가장 문제되었던 것은 적법요건에 관한 부분이었다. 집시법은 집회의 신고에 대해 접수증을 교부하도록 함으로써(제6조 제1항, 제2항), 원칙적으로 사전신고만으로 옥외집회를 할 수 있도록 허용하고 있는데, 두 단체가 동시에 신고서를 제출하였다는 이유로 관할행정관청이 신고서를 모두 반려한 경우에 과연 공권력 행사성을 인정할 수 있을 것인가, 또한 이러한 반려행위가 공권력행사 내지는 이와 유사한 성격을 가진 행위로 규명된다고 하더라도 헌법소원심판은 보충성 요건을 요구하고 있는데, 법원의 재판 없이 곧바로 헌법소원을 청구하는 것이 가능한 것인가, 나아가 이러한 요건

들이 모두 충족되었다고 하더라도 청구인들이 예정하였던 집회들은 이미 그 시기가 지나버려 그 침해 상태가 종료되었다고 할 것인데, 그럼에도 불구하고 본안에 나아가 기본권 침해 여부를 판단할 수 있는가 등등의 문제들이 본안판단에 들어가기 전에 먼저 해명되어야 할 적법요건에 관한 문제들이었다. 다수의견과 소수의견 중 일부는 이러한 적법요건 부분에서 견해가 나뉜다.

나. 적법요건 충족 여부

(1) 기본권 침해 가능성 여부

다수의견은 우리 헌법은 집회의 허가제를 금지하고 있고, 집시법은 사전 신고만으로도 집회를 개최할 수 있도록 하고 있지만, 시간과 장소가 중복되는 두개 이상의 집회가 동시에 접수되었다는 이유로 관할행정관청이 옥외집회신고서를 반려하게 된다면 청구인들의 입장에서는 피청구인이 위 옥외집회신고의 접수를 거부하거나 집회의 금지를 통고하는 것으로 보지 않을 수 없고, 이러한 상태에서는 형사처벌의 위협을 무릅쓰고 집회를 개최하는 것을 사실상 기대하기 어려우므로 이 사건 집회신고서의 반려행위는 청구인들의 집회의 자유를 제한하는 것으로서 기본권침해 가능성이 있는 공권력의 행사에 해당한다고 보았다.

이에 반하여 소수의견²⁾은 집시법 제6조 제1항 소정의 집회신고는 행정청의 수리행위를 요하지 않는 이른바 ‘자기완결적 신고’이므로 이 사건 집회신고가 적법하게 완료된 이상 그 신고의 효력은 완전히 발생하였다고 할 것이고, 이후에 피청구인이 집회신고서를 반려하였다 하더라도 이미 발생한 신고의 효력에는 어떠한 법률적 영향도 미칠 수 없다고 할 것이므로 이 사건 반려행위는 집회신고인인 청구인들의 권리나 법적 지위에 어떠한 변화를 가져오지 아니하고, 따라서 헌법소원의 대상이 되는 ‘기본권침해의 가능성이 있는 공권력의 행사’에 해당하지 아니한다고 하였다.

이상에서와 같은 다수의견과 소수의견의 차이는 이 사건 반려행위의 성격을 달리 본데서 비롯된 것으로 보인다. 다수의견은 이 사건 반려행위가 미치

2) 재판관 이동흡의 의견

는 실질적인 효과에 중점을 두어 판단하고 있고, 소수의견은 이 사건 집회신고의 법적 성격에 충실하여 이 사건 반려행위의 성격을 판단하고 있다.

(2) 보충성 충족 여부

헌법소원은 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다(헌법재판소법 제68조 제1항 단서). 따라서 이 사건 반려행위에 대해서도 사전적으로 권리 구제를 받을 수 있는 절차가 마련되어 있다면, 그 절차를 거쳐야 한다.

다만 헌법재판소는 헌법소원심판청구에 있어서 청구인이 그의 불이익으로 돌릴 수 없는 정당한 이유가 있는 착오로 전심절차를 밟지 않은 경우 또는 전심절차로 권리가 구제될 가능성이 거의 없거나 권리구제절차가 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차 이행의 기대가능성이 없을 때에는 보충성원칙의 예외를 인정하고 있다.³⁾

그런데 다수의견은 청구인들 중 일부가 이 사건 반려행위의 일부에 대해 그 처분무효취소소송을 제기하면서 집행정지신청도 함께 제기하였으나, 집시법에는 이미 접수된 옥외집회신고서에 대해 이를 반려할 수 있는 근거 규정이 없고, 그 반려행위를 집시법 제8조 제2항 소정의 금지통고로도 볼 수 없어 행정처분이 아니라는 이유로 법원이 위 집행정지신청을 각하하자 법원에 대한 처분무효취소소송으로는 구제받을 수 없다고 그 소송을 취하하고, 이 사건 헌법소원심판청구에 이른 것이라면 이 사건 반려행위에 대하여는 법원에서의 권리구제절차 허용 여부가 객관적으로 불확실하다 할 것이므로 이 사건 심판청구는 보충성의 예외에 해당하는 심판청구로서 적법하다고 하였다.

다수의견은 이 사건 반려행위가 법원의 취소소송의 대상이 되는 처분에 해당하는지 여부에 대해서는 명시적으로 언급하지 않고 있다. 이 사건 반려행위가 공권력 행사에 해당한다고 판단한 이상 처분성 여부를 별도로 판단할 필요는 없다고 본 듯하다.

3) 현재 1989. 9. 4. 88헌마22, 판례집 1, 176, 187 ; 현재 1991. 5. 13. 90헌마133, 판례집 3, 234, 245 참조

소수의견 중 각하의견은 이 사건 반려행위의 공권력 행사성을 인정하고 있지 않으므로 나아가 보충성 여부에 대해서는 판단하지 않고 있다. 이 사건 집회신고행위를 자기완결적 신고로 보는 이상, 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 의무는 끝나고 별도로 행정청의 수리를 필요로 하지 않으므로 당연히 행정청의 처분이 개입할 여지가 없다고 본 것이다. 이 경우 처분성이 문제될 여지는 없기 때문이다.⁴⁾

(3) 권리보호이익 존재 여부

이 사건 심판 당시 청구인들이 개최하고자 하였던 옥외집회의 일시는 이미 지나버린 상태여서 이 사건 심판청구가 인용된다 하더라도 이 사건 집회와 관련한 청구인들의 주관적 권리보호이익은 인정될 수 없었다. 그렇지만 다수의견은 이 사건 반려행위는 관할관청에 의하여 아무런 법적 근거 없이 반복되어 왔을 뿐 아니라 그 편의성 때문에 앞으로도 반복될 가능성이 있다는 이유로 헌법적 해명의 필요성을 인정하여 이 사건 심판청구의 적법성을 인정하였다.

공권력 행사성을 부인한 각하의견은 이 부분에 대해서도 더 이상 판단하지 않았다.

3. 이 사건 반려행위의 집회의 자유 침해 여부

헌법재판소는 재판관 7 : 2(각하의견 1, 합헌의견 1)의 의견으로 동일한 시간과 장소에 대한 2개 이상의 집회신고서 동시 접수에 대해 그 신고서를 반려한 것은 헌법상 보장된 집회의 자유를 침해하는 행위로서 위헌이라고 선언하였다. 아래에서는 이 사건 결정의 본안 부분에 관한 다수의견과 소수의견에 대해 살펴본다.

가. 다수의견(위헌의견)

다수의견은 이 사건 심판청구에 대한 판단에서 집회의 자유를 제한하기 위해서는 반드시 법률에 근거가 있어야 한다는 기본권 제한의 법률유보원칙

4) 김명길, 신고의 종류와 처분성, (순간)법제(통권 제583호), 2006. 7. 26면

에 입각하여 이 사건을 판단하였다. 즉, 집회의 자유는 법률에 의하여만 제한할 수 있으므로 법률에 정하여지지 않은 방법으로 이를 제한할 경우에는 그것이 과잉금지 원칙에 위배되었는지 여부를 판단할 필요도 없이 헌법에 위반된다는 것이다.

먼저 다수의견은 우리 헌법상 보장되는 집회의 자유가 의미하는 바를 설명하고 있다. 즉 우리 헌법은 모든 국민에게 집회의 자유를 보장하면서 집회에 대한 사전허가제를 금지하고 있는바, 옥외집회를 주최하고자 하는 자는 일정한 요건을 갖춘 집회신고서를 관할경찰관서장에게 제출하여 접수시키기만 하면 원칙적으로 옥외집회를 할 수 있고, 이러한 집회의 자유에 대한 제한은 법률에 의해서만 가능하므로 법률에 정하여지지 않은 방법으로 이를 제한하는 것은 그 자체로 헌법에 위반된다고 보았다. 이러한 전제 하에서 다수의견은 이 사건 피청구인은 청구인들과 ○○생명인사지원실이 제출한 옥외집회신고서를 폭력사태 발생이 우려된다는 이유로 동시에 접수하여 이후 상호 충돌을 피한다는 명목으로 두 개의 집회신고서를 모두 반려하였는데, 법의 집행을 책임지고 있는 국가기관인 피청구인으로서의 집회의 자유를 제한함에 있어 실무상 아무리 어렵더라도 법에 규정된 방식에 따라야 할 책무가 있고, 이 사건 집회신고에 관한 사무를 처리하는데 있어서도 적법한 절차에 따라 접수순위를 확정하려는 최선의 노력을 한 후, 집시법 제8조 제2항에 따라 후순위로 접수된 집회의 금지 또는 제한을 통고하여야 함에도 접수순위를 정하기 어렵다는 현실적인 이유로 중복 신고된 모든 옥외집회의 개최가 법률적 근거 없이 불허하는 것은 집회의 자유를 보장하고 집회의 사전허가를 금지한 헌법 제21조 제1항 및 제2항을 무의미한 규정으로 전락시킬 위험성이 있다고 하였다.

이에 다수의견은 이 사건 반려행위는 법률의 근거 없이 청구인들의 집회의 자유를 침해한 것으로서 헌법상 법률유보원칙에 위반된다고 보았다. 질서유지를 위한 아무리 부득이한 행위라 하더라도 그러한 행위가 국민의 기본권을 제한하는 효과를 수반하는 경우에는 법률에 반드시 근거해야 한다는 기본권 제한에 있어서의 가장 기본적인 원칙을 새삼 확인한 셈이다.

나. 소수의견(합헌의견)⁵⁾

합헌의견은 이 사건 반려행위가 집시법 제8조 제2항에 의한 집회금지통고로서 헌법에 위반되거나 청구인들의 기본권을 침해하였다고 보기 어렵다고 하였다.

옥외집회를 주최하려는 자는 집시법 제6조 제1항에 따라 옥외집회를 시작하기 720시간 전부터 48시간 전에 관할 경찰서장에게 신고하여야 하고, 옥외집회의 시간과 장소가 중복되는 2개 이상의 신고가 있는 경우에 그 목적으로 보아 서로 상반되거나 방해가 된다고 인정되면 관할경찰관서장은 집시법 제8조 제2항에 따라 뒤에 접수된 옥외집회에 대하여 그 집회의 금지를 통고할 수 있다는 것이다.

이 사건에서 시간과 장소가 중복되는 두 가지 옥외집회의 신고가 접수되었고, 두 가지 옥외집회의 주최자가 신고기간이 개시되기 훨씬 전부터 관할 경찰서 정문 앞에서 대기하면서 신고기간이 개시되자마자 동시에 신고서를 접수시켰기 때문에, 피청구인은 양측 신고자에게 접수시간을 동일하게 기재한 접수증을 교부한 다음, 양쪽의 신고자에게 양쪽 옥외집회의 “시간과 장소가 경합되어 상호 방해 및 충돌의 우려가 있기에 정상적인 처리가 어려워” 옥외집회신고서를 반려한다고 통지한 것인바, 이처럼 두 가지 옥외집회의 시간과 장소가 중복되고, 각 신고서를 동시에 접수한 것으로 처리하여야 할 사정이 있었다고 보이며, 반려통지서에 집시법 제8조 제2항에 집회금지통고의 요건으로 규정된 내용을 기재하여 통고한 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 반려행위는 신고된 옥외집회를 보호할 수 없다는 취지와 함께 신고된 옥외집회를 개최하지 말라는 취지를 아울러 포함하고 있다고 봄이 상당하므로 집시법 제8조 제2항을 적용한 집회금지통고에 해당된다고 볼 수 있어 헌법이 보장하는 집회의 자유를 부당하게 침해하는 것이라고 보기 어렵다는 것이다.

설령 이 사건 반려행위가 옥외집회의 신고서를 반려하는 형식을 취하고 있고 옥외집회신고서를 반려하는 행위로서는 법적 근거도 없는 것이고 아무런 효력을 가질 수 없는 것이라고 하더라도, 그 실질적인 취지와 내용이 위

5) 재판관 조대현의 의견

에서 본 바와 같이 집시법 제8조 제2항의 옥외집회금지통고에 해당된다고 볼 수 있는 이상, 집시법 제8조 제2항의 옥외집회금지통고로서의 효력을 가지는 것이라고 보아야 한다고 하였다.

다수의견과의 차이는 집시법 규정을 해석하는 태도에 있다. 다수의견은 헌법이 집회의 사전허가 제도를 금지하는 등 집회의 자유를 엄격하게 보장하고 있는 이상, 집회의 자유를 제한하는 집시법 규정을 해석할 때에도 이러한 헌법 정신에 입각하여 될 수 있는 한 엄격하게 해석하여야 한다는 전제하에 집시법 문언을 벗어나는 해석은 금지된다고 본 반면, 소수의견은 집시법은 집회가 불러올 수 있는 질서의 충돌 상황을 고려하여 이를 조정하기 위한 다양한 규정들을 두고 있는 것이므로 집시법을 해석할 때에는 그러한 취지에 비추어 그 포섭의 범위를 넓힐 수 있다고 본 것이다. 이러한 차이를 없애기 위해서는 이 사건과 같은 상황을 예상하여 법문에 명시적인 규정을 두는 것이 필요하다.

4. 이 결정의 의의

다수의 사람이 일정한 장소에 모여 자신들의 의사를 표현하는 집회에 있어서는 이를 통해 자신들의 의견을 관철하려는 측과 그러한 의견의 표현을 막으려는 측의 충돌 가능성을 배제할 수 없다. 2004년 1월 29일 법률 제7123호로 집시법이 개정되기 전까지만 하더라도 집회가 자주 개최되는 도심 지역에서는 그 시간과 장소를 선점하기 위한 치열한 다툼이 계속되었고, 아예 1년치 집회 신고서를 한꺼번에 제출하여 집회를 원천적으로 봉쇄해버리는 사태까지도 벌어지게 되었다.

이에 2004년 국회는 집시법을 개정하여 집회를 개최할 의사나 계획이 없으면서 다른 집회를 방해할 목적으로 1년치 집회를 한꺼번에 신고하는 사태 등을 막기 위해 집회 또는 시위의 720시간 전부터 48시간 전에 신고서를 제출하도록 하는 시간제한 규정을 두게 된다. 이로써 원천적인 집회 봉쇄 시도는 더 이상 존속될 수 없게 되었다. 그러나 이번에는 집회신고서를 동시에 접수하는 방법을 통하여 집회를 방해하는 방법이 등장하기에 이른다. 헌법재판소의 이 사건 위헌 결정이 있기까지 동일 장소, 동일 시간을 대상으로

한 동시 집회신고와 이들 신청서에 대한 반려행위는 반복적으로 이루어져 왔다.

헌법재판소는 법률적 근거도 없이 계속되어 온 위와 같은 관행에 쫓기를 박고자 이 사건 반려행위에 대해 위헌결정을 선고하기에 이른다. 문제는 헌법재판소가 이 사건 위헌 결정을 선고하였다 하더라도 앞으로 이와 같은 일이 반복하여 발생하지 않으리라는 보장이 없다는 것이다. 이를 해결하기 위한 노력 없이 계속해서 지금까지와 같은 관행을 반복적으로 행한다면, 이를 다투는 동안 예정되었던 집회시기를 놓쳐 위헌 확인을 받아낸다고 하더라도 별 실익이 없기 때문이다. 따라서 실질적으로 집회의 자유를 보장하면서 질서 유지도 함께 도모할 수 있는 제도의 마련이 시급하다.

국가공무원법 제36조 등 위헌확인

- 공무원시험 응시연령 상한 제한의 공무담임권 침해 여부 -

(헌재 2008. 5. 29. 2007헌마1105, 판례집 20-1하, 329)

김 태 호*6)

【판시사항】

1. 공무원 공채시험 응시연령 제한을 대통령령 등 하위규범에 위임한 국가공무원법 제36조 중 ‘연령’ 부분이 기본권 침해의 직접성 요건을 갖추었는지 여부
2. 공무원임용시험령 제16조 [별표 4] 중 5급 공개경쟁채용시험의 응시연령 상한을 ‘32세까지’로 한 부분이 응시자의 공무담임권을 침해하는지 여부
3. 재판관 5명이 헌법불합치 의견이고 재판관 3명이 단순위헌 의견인 경우의 주문 표시

【심판대상】

이 사건의 심판대상은 국가공무원법(2004. 3. 11. 법률 제7187호로 개정되고, 2008. 3. 28. 법률 제8996호로 개정되기 전의 것) 제36조 중 ‘연령’ 부분(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다) 및 공무원임용시험령(2004. 6. 11. 대통령령 제18424호로 전문개정된 것) 제16조 [별표 4] 중 5급 공채시험의 응시연령 상한을 ‘32세까지’로 정한 부분(이하 “이 사건 시행령조항”이라 한다)의

* 헌법연구원

위헌 여부이다.

이 사건 심판대상조항과 관련조항의 내용은 다음과 같다.

국가공무원법 제36조(응시자격) 각종 시험에 있어서 담당할 직무수행에 필요한 최소한도의 학력·경력·연령 기타 필요한 자격요건은 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정한다.

공무원임용시험령 제16조(응시연령) ① 공무원의 채용시험에 응시하고자 하는 자는 최종시험예정일이 속한 연도에 별표 4의 응시연령에 해당하여야 한다. 다만, 별표 4의 응시상한연령을 1세 초과한 자로서 1월 1일 출생자는 응시할 수 있다.

[별표 4] 채용시험응시연령표(제16조 관련)		
계 급	공개경쟁 채용시험	특별채용시험
5급	20세 이상 32세까지	20세부터
6급 및 7급	20세 이상 35세까지	20세부터
8급 및 9급	18세(교정·보호 직렬은 20세)부터 32세까지	18세(교정·보호 직렬은 20세)부터
기능직 기능7급 이상	18세부터 40세까지	18세부터
기능직 기능8급 이하	18세부터 35세까지	18세부터

【사건의 개요】

1. 사건의 개요

청구인은 1971. 2. 8.생으로서 2008년도 5급 국가공무원 공개경쟁채용시험(이하 “5급 공채시험”이라 한다)을 준비 중인 사람이다. 청구인은 국가공무원법 제36조와 공무원임용시험령 제16조 [별표 4]가 5급 공채시험의 응시연령 상한을 ‘32세까지’로 제한하고 있어서 헌법상 보장된 청구인의 공무담임

권과 평등권을 침해한다며 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장요지

공무원임용시험에서 계급에 따라 차등을 두어 응시가능연령을 제한하는 것은 응시자의 공무담임 능력 유무를 묻지 않고 고령이라는 이유만으로 공개채용시험에 응시할 기회를 박탈하는 것이고, 응시연령을 제한하는 입법 목적을 인정한다 하더라도 5급 공채시험에서 32세로 연령상한을 제한하는 것은 비례성의 원칙에 어긋나는 것이므로 청구인의 공무담임권을 침해한다.

공무원임용시험령은 5급 공채시험의 경우 32세로 응시연령의 상한을 두면서 그보다 하위계급에 해당하는 7급 공채시험의 경우에는 응시제한 연령을 35세로 더 높게 정하고 있는데, 이는 합리적인 이유 없이 7급 공채시험 응시자에 비해 5급 공채시험 응시자를 차별하는 것이다.

나. 중앙인사위원회 위원장의 의견요지

국가공무원 공개경쟁채용시험에서 응시연령을 제한하는 목적은 젊고 유능한 인재를 선발하여 전문행정인으로 양성함으로써 직업공무원제를 구현하고 정부의 경쟁력과 효율성을 강화하여 국민에게 보다 좋은 행정서비스를 제공하고 국민 전체에 대한 봉사자로서의 역할을 충실히 수행하게 하기 위한 것이다.

국가공무원 채용시험의 경쟁률이 치열한 우리나라의 상황에서 응시연령을 폐지하면, 수험생 개인에게는 수험기간의 장기화를 초래하고 국가 전체적으로 각 분야에 고급인력을 안배하기 어렵게 할 것이다.

5급 공채시험의 경우에는 잠재력 있고 우수한 젊은 인재를 공직에 유치하여 정부의 핵심인재로 육성해 나갈 정책적 필요성이 있고, 합격 후 기본교육 기간과 시보기간이 7급 공채시험 합격자보다 장기간이라는 점 등을 감안하여 응시연령 상한을 7급보다 낮게 정한 것이다.

【결정요지】

1. 이 사건 법률조항은 그 구체적인 내용을 대통령령에서 정하도록 위임하고 있어서 그 구체적인 규율 내용이 위임을 받은 하위규범에 의해서 정해지게 되므로, 이 사건 법률조항 자체에 의하여 직접 기본권이 침해된다고 볼 수 없다.

2. 재판관 이강국, 재판관 김희옥, 재판관 민형기, 재판관 이동흡, 재판관 송두환의 헌법불합치 의견

이 사건 시행령조항은 32세가 넘는 사람의 공직취임권을 직접적으로 제한하는 것이므로, 그러한 제한을 정당화하려면 헌법 제37조 제2항이 요구하는 과잉금지의 원칙에 부합하여야 한다. 그런데 32세까지는 5급 공무원의 직무수행에 필요한 최소한도의 자격요건을 갖추고, 32세가 넘으면 그러한 자격요건을 상실한다고 보기 어렵고, 6급 및 7급 공무원 공채시험의 응시연령 상한을 35세까지로 규정하면서 그 상급자인 5급 공무원의 채용연령을 32세까지로 제한한 것은 합리적이라고 볼 수 없으므로, 이 사건 시행령조항이 5급 공채시험 응시연령의 상한을 ‘32세까지’로 제한하고 있는 것은 기본권 제한을 최소한도에 그치도록 요구하는 헌법 제37조 제2항에 부합된다고 보기 어렵다.

다만 5급 공무원의 공채시험에서 응시연령의 상한을 제한하는 것이 전면적으로 허용되지 않는다고 보기는 어렵고, 정년제도의 틀 안에서 공무원 채용 및 공무수행의 효율성을 도모하기 위하여 필요한 최소한도의 제한은 허용된다고 할 것인바, 그 한계는 공무원정년제도와 인사정책 및 인력수급의 조절 등 여러 가지 입법정책을 고려하여 입법기관이 결정할 사항이다.

재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 목영준의 단순위헌의견

32세가 넘으면 5급공무원의 직무수행에 필요한 자격요건을 상실한다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 시행령조항은 32세가 넘는 사람의 공직취임권을 직접적으로 제한한다. 5급공무원 공채시험의 응시연령 상한을 제한하지 않으면 직업공무원의 양성이나 직업공무원제도의 구현에 지장을 준다고 보기

어렵다. 이 사건 시행령조항의 목적이 정당하다하더라도 5급 공무원 취업권을 불합리하게 제한하는 수단까지 정당화하는 것이라고 볼 수 없다. 이 사건 시행령조항은 헌법 제37조 제2항에 위반하여 32세가 넘는 국민의 공직취업권을 직접적으로 침해한다.

3. 이 사건에서 헌법불합치의견을 표시한 것은 재판관 5인이고 재판관 3인은 위헌의견을 표시하였는데, 단순위헌의견도 헌법불합치의견의 범위 내에서는 헌법불합치의견과 의견을 같이 하는 것이기 때문에 헌법불합치선언을 하는 것이다.

재판관 이공현의 반대의견

이 사건 시행령조항이 32세까지로 응시연령을 제한하였다고 하더라도 그것이 현저히 불합리하거나 불공정한 것이라고 볼 수 없고, 또 그것이 입법자가 갖는 재량을 벗어났다고 볼 수 없기 때문에 합헌결정을 선언하여야 한다.

【해설】

1. 쟁점의 정리

헌법재판소는 이전에 9급 일반행정직 국가공무원시험의 응시연령 상한제한을 28세로 한 것에 대해 재판관 4:5의 의견으로 응시자의 기본권을 침해하지 아니한다고 결정한 바가 있었다(헌재 2006. 5. 25. 2005헌마11, 판례집 18-1하, 134). 이 사건의 경우에는 5급 공채시험에서 응시자격 연령상한을 32세로 둔 것이 응시자의 기본권을 침해하지 않는지가 문제되었다. 시험의 종류는 다르지만 이 사건을 통해 응시연령의 상한을 제한하는 방식으로 공무원시험 응시자격을 제한하는 것의 헌법적 허용 여부를 헌법재판소가 다시 한 번 판단하게 된 것이다.

우선 청구인은 이 사건 법률조항이 공무원시험에서 ‘연령’에 따른 최소한의 자격요건을 정할 수 있도록 규정한 것이 자신의 기본권을 침해하고 있다고 주장한다. 그러나 이 사건 법률조항은 연령제한의 구체적인 내용을 대통령령에서 정하도록 위임하고 있을 뿐 기본권 침해 여부는 위임을 받은 하

위규범에 의해서 확정되는 것이다. 따라서 이 사건 법률조항으로 인한 기본권 침해의 직접성은 인정되지 않는다. 결국 이 사건에서는 시행령조항에서 5급 공무원시험의 응시자격 연령상한을 32세로 정한 것이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부가 핵심 쟁점이 된다.

2. 문제되는 기본권에 대한 판단

우선 이 사건에서 제한되고 있는 기본권이 무엇인가가 문제된다. 청구인은 이 사건에서 시행령조항이 응시자격 연령의 상한을 32세로 제한하여 '과도하다'(공무담임권 제한의 과잉금지 원칙 위반)고 하는 한편, 응시자격 연령상한을 두더라도 적어도 7급의 경우에서처럼 35세까지는 응시자격이 인정되어야 할 것인데 이를 32세로 제한하고 있는 것은 합리적 이유가 없는 차별이라고 함으로써 공무담임권과 평등권 침해를 모두 주장하고 있다.

공무원시험에 대한 응시연령의 상한제한을 둔 이 사건 시행령조항이 청구인의 공무담임권(보다 구체적으로는 공직취임권)을 직접적으로 제한하고 있음은 분명하다. 그런데 청구인의 평등권 주장 부분은 이를 좀 더 구체적으로 살펴볼 필요가 있다. 공무담임권의 행사에 대한 제한이 차별적인 형태로 이루어지는 경우에는 공무담임권의 제한과 동시에 평등권의 침해 여부가 문제될 수 있다. 헌법재판소는 이 경우 공무담임권과 평등권의 심사가 중첩적으로 이루어지는 측면이 있다고 보되, 양자의 심사를 공무담임권 침해 여부 판단에서 포괄적으로 취급할 것인지(가령 헌재 2003. 9. 25. 2003헌마30, 판례집 15-2, 501), 아니면 침해여부를 각기 별도로 판단할 것인지(가령 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770; 헌재 2006. 5. 25. 선고 2005헌마11등, 판례집 18-1하, 134)는 경우에 따라서 달리 판단해 왔다.

그런데 일단 청구인이 위에서 주장한 바와 같은 내용으로는 차별의 문제가 발생하지 아니한다. 청구인의 주장대로 5급 공무원 공채시험의 응시연령상한이 32세까지이고 6급 및 7급 공무원 공채시험의 응시연령상한이 35세까지이기는 하지만, 5급 공무원 시험과 6급 또는 7급 공무원 시험은 그 자체 별도의 제도로서 비교의 대상이 된다고 할 수 없기 때문이다. 즉 이들 간에는 비교대상이 존재할 때에만 적용되는 평등원칙 위반 여부가 문제되지 아

니한다. 이 사건 결정은 이를 분명히 하고 있으며, 7급직에서 승진하여 될 수 있는 5급직의 연령 제한이 더 낮다는 불합리함은 과잉금지심사에서 참작하고 있을 따름이다.

다만 그렇다고 해서 이 사건에서 평등권이 전혀 문제되지 않는 것은 아니다. 5급 응시자 중에서 연령제한에 의해서 응시가능 여부가 달라지면 이는 ‘연령’을 이유로 한 차별로서 평등원칙 위반 여부가 문제될 수 있기 때문이다. 이 점에 대해서 이 사건 결정은 이러한 연령차별의 문제는 결국 공무담임권을 제한하는 차별적인 방식에 관한 것이라고 보아 공무담임권 침해 여부에서 판단하고 있다. 공무담임권과 평등권 침해 여부를 포괄적으로 심사하는 방식을 취하고 있는 것이다.

이하에서는 이 사건 시행령조항이 청구인의 공무담임권을 침해하고 있는지를 구체적으로 살피기에 앞서, 먼저 공무원시험에서 응시연령을 제한하는 제도의 연혁과 취지를 살피고 비교법적 현황을 개관하기로 한다.

3. 공무원시험에서의 응시연령 제한 제도의 연혁·취지·비교법적 현황

가. 공무원시험에서 응시연령 제한의 연혁

공무원시험에서의 응시연령 제한에 관한 근거법률이 마련된 것은 1963. 4. 17. 법률 제1325호로 폐지·제정된 국가공무원법 제36조(응시자격)에서 “각종 시험에 있어서 담당할 직무수행에 필요한 최소한도의 학력·경력·연령 기타 필요한 자격요건은 인사규칙으로 정한다.”고 규정하면서부터이다. 이후 1964. 5. 26. 법률 제1638호 개정법에서는 “각종 시험에 있어서 담당할 직무수행에 필요한 최소한도의 학력·경력·연령 기타 필요한 자격요건은 국회규칙·대법원규칙 또는 총리령으로 정한다.”고 규정하여 역시 ‘연령’을 이유로 공무원시험의 응시자격을 제한할 수 있도록 하고 구체적인 사항은 행정부 공무원의 경우 ‘총리령’에 위임하였다가 1998. 2. 28. 법률 제5529호 개정법에서는 이를 ‘행정자치부령’에 위임하였는데, 이 때 5급 공채시험의 경우 연령자격의 상한이 ‘32세’였다. 그 후 2004. 3. 11. 법률 제7187호 개정법 제36조에서는 연령자격을 상한 규정을 ‘대통령령’에 위임하였는데(이 사건 법

를조항), 이를 받아 2004. 6. 11. 대통령령 제18424호로 전문개정된 공무원임용시험령 제16조 [별표 4]는 연령자격의 상한을 종전과 같이 '32세'로 동일하게 제한하였다(이 사건 시행령조항).

한편 2008. 3. 28. 법률 제8996호로 개정되고 2009. 1. 1.부터 시행되도록 한 국가공무원법 제36조는 “각종 시험에 있어서 담당할 직무 수행에 필요한 최소한의 자격요건은 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정한다.”고 하여 연령에 관한 자격요건 부분을 삭제하였다.

나. 응시연령 제한 제도에 대한 인사행정학에서의 평가

공무원시험에서 응시연령을 규정하는 목적은 일정한 연령에 해당하는 공무원지망자를 대상으로 공개경쟁채용시험을 시행함으로써 직업공무원을 양성하여 국가행정의 안정과 능력을 도모하려는 것이라고 한다.¹⁾ 만일 지나치게 어린 나이에 공무원시험에 합격하는 경우에는 공무원직을 수행하기에 적합하지 않을 것이며, 또 만일 지나치게 많은 나이의 지망자가 공무원시험에 합격하여 공무원직을 수행하는 경우에는 공무원 조직 내에서 적응과 효율적 공무수행에 어려움이 있을 수 있으므로, 적당한 연령대의 지망자를 직업공무원으로 육성하여 안정적인 국가행정을 도모할 필요가 있다는 것이다. 다만 현대사회에 와서 공무원에게 다양한 정보와 지식이 요구됨으로써 공직사회의 개방성이 강조되는 추세를 볼 때 응시연령 제한 제도가 개방형 공무원 제도로의 전환과 어울리지는 않는다고 한다.²⁾

종래 인사행정학에서는 응시연령 제한 제도의 장단점을 다음과 같이 평가하고 있다.³⁾ 먼저 응시연령 제한을 두는 장점은 ① 학교를 갓 나온 사람들은 참신한 기풍을 지니고 있으며 그들이 처음 갖는 직장이 공직이면 그들의 공직에 대한 애착과 직무수행의욕은 높을 것이라는 점, ② 젊은 나이에 공직에 들어가 경험을 쌓고 성장해 가게 하면 공직에 대한 일체감이 높은 '직업공무원'을 양성할 수 있어서 직업공무원 제도를 확립할 수 있다는 점, ③ 나

1) 오석홍, 인사행정론, 1997, 187면 이하 참조.

2) 서원석 한국행정연구원 수석연구위원의 참고인 의견서.

3) 오석홍, 인사행정론, 박영사, 1997, 188-190면을 요약한 것이다.

무 어리거나 늙은 사람이 공직에 들어가 야기하게 될 조직운영상의 장애나 개인의 불이익을 피할 수 있다는 점(행정문화의 측면), ④ 적절한 연령제한 기준에 의하여 모집대상을 미리 한정해 두면 선발과정의 효율성을 도모할 수 있고 노동시장의 안정에도 기여할 수 있는 점 등이 있다.

반면 연령제한제도를 폐지하거나 완화할 경우의 장점은 다음과 같은 것이 있다고 한다. ① 국민의 공직취임 기회를 확대에 취임할 수 있는 기회를 확대시켜 주는 점, ② 능력과 연령의 상관관계는 확실적인 것이 아니므로 개인차를 존중할 수 있고 이를 통해 인사제도의 탄력적이고 융통성있는 운영을 가능하게 하는 점, ③ ‘이질적 요소’를 통해 공직의 폐쇄성에서 오는 침체를 피할 수 있는 점 등이 그것이다.

이상의 점을 볼 때 인사행정학에서 연령제한 제도의 필요·불필요 및 연령제한 설정의 기준에 대해 통일된 견해가 존재하지는 않는 것으로 보인다. 다만 대강의 기준으로는 연령요건의 설정에 관련된 상황적 요인, 특히 국민 전체의 연령구조, 노동시장의 상태, 직업구조의 분화, 교육제도의 성격, 인사제도의 유형 등이 고려되어야 하며, ‘능력’에 따른 인사운영을 원칙으로 할 때 연령 등에 의한 제한은 신중한 접근이 요구된다는 정도의 견해가 가능한 것으로 보인다.

다. 연령제한 제도에 대한 비교법적 검토

공무원을 임용할 때에 연령에 관한 규율은 나라마다 다르나 이를 점차 원칙적으로 폐지해 가는 추세에 있는 것으로 보인다.⁴⁾

(1) 유럽연합의 차별금지지침

유럽연합의 차별금지지침(Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000)은 고용상의 차별을 포괄적으로 금지하고 있는데, 이 지침은 민간부문 뿐만 아니라 공공부문에도 공통적으로 적용되는 규율로서, 특히 지침 제1조에서 ‘연령’을 이유로 한 제한을 차별금지사유로 명시하고 있다. 다만 이 지침은 연령차별을 허용하고 있는 예외로 이른바 ‘진정직업자격’의 경우를 들

4) 전학선 한국외국어대 교수와 이준일 고려대 교수의 참고인 의견서 진술 등을 함께 참조하여 작성하였다.

고 있다. 즉 특정 직업활동의 속성이나 그 직업활동이 수행되는 조건으로서 연령이 결정적이고 진정한 직업요건이 되는 경우에는 연령으로 인한 차별이 허용된다는 것이다(지침 제4조 제1항 참조). 또 연령을 이유로 한 차별행위는 그것이 정당한 목적을 통해 객관적이고 합리적으로 정당화되고, 그 목적을 달성하기 위한 수단이 비례원칙에 위배되지 않는 경우에는 허용되는 차별이라고 보고 있는데(지침 제6조 제1항 참조), 이는 일반적인 의미에서의 비례원칙을 확인하고 있는 규정이라고 볼 수 있다.

(2) 유럽연합 회원국에서의 적용 - 독일과 영국의 경우

독일에서는 위 유럽지침을 국내법적으로 전환하는 전환법률을 제정하였고(2006. 6. 14. Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung), 현재 평등처우기본법(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz)이 제정되어 있는 상황이다. 평등처우기본법 제1조는 연령을 이유로 한 차별행위가 금지된다고 밝히고 있으나, 한편 제8조에서 진정직업자격, 즉 본질적이고 결정적인 직업상의 요구(eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung)가 있다면 차별의 예외가 인정된다고 정하고 있다.

영국 역시 유럽연합지침을 전환한 고용상 연령차별금지규칙[The Employment Equality (Age) Regulation 2006]을 제정하고 이에 따라 연령 차별에 대한 원칙적 금지를 분명히 하고 있는데, 동시에 진정직업요건(genuine occupational requirement)의 예외를 인정하고 있기도 하다.

(3) 미국

미국법에서도 1967년 연령차별금지법을 제정하여 고용기회, 해고승진, 직업훈련 등에서의 연령차별을 금지하고 있는 한편, 특정 사업에서의 정상적인 운영에 있어서 연령이 합리적으로 필요한 '진정직업자격'에 해당하는 경우에는 다른 법령에 의해 금지되는 않는 한 연령차별에 해당하지 않는 것으로 보고 있다.

4. 이 사건 시행령조항의 공무담임권 침해 여부

가. 공직취임권에 관한 입법재량과 심사기준

헌법 제25조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무원임권을 가진다.”고 규정하여 모든 국민에게 선거직공무원을 비롯한 모든 국가기관 및 지방자치단체의 공직에 취임할 수 있는 권리를 내용으로 하는 공무원임권을 보장하고 있다. 다만 공무를 담임하고자 하는 자는 법률에 따라, 즉 법률이 정하고 있는 선거에서 당선되거나 법률에서 정한 공무원임용시험에 합격할 것 등의 주관적 전제조건을 갖추었을 때 공무를 담임할 수 있다. 이처럼 공무원임권의 내용에 대하여 입법자가 법률로 정하도록 한 헌법 제25조 규정은 공무원임권의 구체적 형성에 대한 위임임과 동시에 공무원임권의 자유권적 기본권 측면에 대한 제한의 법률위임이기도 하다.

공무원임권의 이와 같은 규정 형태를 생각한다면 공무원임권에 대해 정한 법률 규정의 헌법적 심사에 있어서 입법자에게 원칙적으로 넓은 재량을 인정할 여지가 있다.⁵⁾ 그러나 이 사건 시행령조항의 경우 일정한 연령 이상의 사람에게 응시자격을 박탈하는 것으로 이해할 수 있으므로 공무원임권에 대한 제한적 성격을 가진다고 할 수 있고, 특히 공직취임권에 있어서는 공무원 임의 기회 자체를 박탈하는 것이므로 과잉금지원칙 위반 여부를 엄격히 적용하여 심사함이 타당할 것이다.

또 헌법재판소의 선례는 직업공무원으로의 공무원임권에 대해서 규율할 때 공무원임권 제한의 기준이 능력주의 또는 성과주의에 기반하고 있는 경우에 대체로 그 기준의 합리성을 인정하여 그 구체적 규율에 있어 입법재량을 폭넓게 인정하고 있으나, 헌법적 요청이 없는데도 능력주의 또는 성과주의 외의 요소로 공무원임권을 제한하는 기준을 둘 때 이에 대해서도 폭넓은 입법재량을 인정할 것이라고 보기는 어렵다. 헌법재판소도 (공무원 선발에서는) “임용희망자의 능력·전문성·적성·품성을 기준으로 하는 이른바 능력주의 또는 성과주의를 바탕으로 하여야 한다. 헌법은 이 점을 명시적으로 밝히고 있지 아니하지만, 헌법 제7조에서 보장하는 직업공무원제도의 기본적인 요소에 능력주의가 포함되는 점에 비추어 헌법 제25조의 공무원임권 조항은 모든 국민이 누구나 그 능력과 적성에 따라 공직에 취임할 수 있는 균등한 기회를 보장함을 내용으로 한다고 할 것이다.”(헌재 1999. 12. 23, 98헌마363,

5) 헌재 1997. 6. 26. 96헌마89, 판례집 9-1, 674, 683 참조.

판례집 11-2, 770, 797)라고 판시한 바 있다. 헌법재판소가 이와 같이 공무원 채용에 있어서 능력주의를 강조하는 것은 반드시 능력을 기준으로 선발을 하여야 한다는 의미라기보다는, 능력 외의 기준을 통한 선발을 할 경우에는 ‘차별적 취급’으로 인하여 공무원임권의 중대한 제한이 초래될 수 있음을 지적한 한 것으로 이해할 수 있다.

한편 이 사건 시행령조항의 경우에는 이하 헌법불합치의견에서 보듯 완화된 심사기준을 적용하더라도 헌법에 합치한다고 보기 어렵다. 후술한다.

나. 이 사건 시행령조항의 과잉금지원칙 위반 여부

이 사건 시행령조항이 32세가 넘는 사람의 공직취임권을 과도하게 제한하여 기본권을 침해하고 있는지 여부에 대해서는 5인의 헌법불합치의견(법정의견), 3인의 단순위헌의견, 1인의 합헌의견이 있었다. 법정 의견의 취지와 소수의견과의 차이를 중심으로 그 내용을 살펴보기로 한다.

(1) 연령을 이유로 한 제한의 목적 정당성 및 수단 적합성

연령제한을 두어 공직취임을 제한하는 입법 목적의 정당성 및 수단 적합성을 긍정하는 논변으로서는 ① 직업공무원제 구현, ② 직급별 담당 업무수준의 차이 고려, ③ 승진소요 최저연수 고려, ④ 사회적 인력수급 고려, ⑤ 보완제도로써 특별채용제도의 존재 등이 제시될 수 있겠는데, 이러한 논변은 다음의 점에서 불명확한 목적이거나 부적합한 수단이라 할 수 있다.

첫째, 직업공무원제 구현을 위해 젊고 유능한 인재를 선발하기 위하여 연령제한을 두었다고 하는데, 이는 이미 젊음 자체를 하나의 가치로 보고 이를 공무원임의 적합성에 결부시킨다는 점에서 문제가 있다. 현행 공직선발시험은 일정한 실력을 갖춘 사람을 가려 뽑는 시험으로서 시험에 합격하였다면 비록 나이가 더 많다 하더라도 공무원직을 수행할 수 있는 실력을 갖춘 것이라 볼 수 있기 때문이다. 32세를 초과한 사람이 그 순간부터 5급 국가공무원의 직무를 수행할 수 있는 능력이 없어진다고 보기 어렵고, 민간이나 여타 공직에서 활동한 경험이 있는 사람이 그러한 경험과 능력을 살려 5급 공채시험에 응시하려 할 경우 그들의 사회적 경험은 얼마든지 공직취임에서

가점적 요소로 고려될 수 있다. 그렇다면 이러한 연령제한은 목적의 정당성에도 의문이 있을 뿐만 아니라, 적합한 수단이라고 보기도 어렵다.

둘째, 반드시 공무원이 직업공무원으로서 장기간 복무할 수 있어야만 국가행정의 안정을 도모할 수 있다고 보기도 어렵다. 사회적 인력수급을 고려하거나 ‘고시낭인’의 방지는 중요한 정책목표이기는 하지만 특히 현대사회에서 공무원임 역시 직업적 선택의 하나인 점을 감안할 때 연령제한이 그러한 직업적 선택을 제한할 만한 방법으로 적절하다고 할 수는 없다. 나아가 설령 연령을 이유로 공무원임권을 제한할 수 있는 경우가 있다고 하더라도 이는 ‘업무의 성격’이나 ‘업무수행의 상황’에 비추어 특정한 나이가 해당 업무를 정상적으로 수행하기 위하여 불가결하게 요구되는 경우라야 할 것(진정자격요건)인데, 5급 업무는 그 업무의 성격이나 담당하는 사무의 일반적 상황에 비추어 33세 이상의 사람이 수행하기 곤란한 것이라고 볼 수 없다. 이는 7급 공무원으로 임용된 사람이 40세가 넘어 5급 공무원으로 승진하면서 5급 업무를 수행하는 것이 흔하다는 점을 보더라도 명백하다. 그러므로 연령을 기준으로 확일적으로 응시자격을 제한하는 것은 그 기본권 제한의 수단이 적합하지 않다.

셋째, 사회적 인력수급을 고려한 정책적 판단이 필요하다는 주장을 살펴보자. 관계기관인 중앙인사위원회의 의견서는 응시연령이 높아질 경우 수험생 개인의 수험기간의 장기화에 따른 자기실현 기회상실과 ‘고시낭인’이라는 사회적 문제를 발생시키고, 국가 전체적으로 민간부문에서 일할 수 있는 고급인력을 사장시킬 수 있다고 하였다. 그러나 만약 그러한 정책목표를 들어 공무원임권 행사를 제한하려면 공무원시험을 준비하다 민간부문으로 진출하려는 고급인력이 민간부문에서 일할 기회를 찾는 데 어려움이 없다는 점 등 정책적 판단을 정당화할 여건이 마련되어 있어야 할 것이다. 그러나 젊은이들의 실업률이 높은 현실적 문제 등을 고려할 때 현재 이 점이 분명하지 않다. 물론 최근에는 민간 부문의 채용 시험에서 연령 제한을 폐지하고 있기 때문에 제도적으로는 이들이 민간부문으로 진출하기가 용이해 진 것은 사실이나, 실제에 있어 그것이 용이한가는 분명하지 않고, 오히려 달리 보면 현 연령제한을 넘어서 사람이 민간부문에서 일할 수 있는 고급인력이라면 그들

이 공직부문에서도 일하지 못할 바 없는 것이라 할 것이다.

넷째, 특별채용제도가 있어 고령자도 응시기회를 가질 수 있을 것 같지만, 실무상 특별채용은 그리 많이 이루어지는 제도가 아니므로, 그러한 논거만으로는 공개경쟁시험의 응시연령을 32세로 하는 것이 충분하다고 볼 수 없다. 더욱이 특별채용제도에서 고령자가 채용될 수 있다면 일반채용에서 이를 허용하지 않을 이유 역시 없을 것이다.

다섯째, 결국 공무원 공개채용제도에서 연령제한을 두는 것에 대해서는 일반적으로 승진소요연수와 장유유서의 전통에서 부득이한 것이라는 주장이 남는다. 그러나 장유유서의 전통이 헌법적인 정당화를 가능하게 하는 사유가 아님은 당연한 것이거니와, “장유유서의 사회윤리와 직무상의 지휘계통은 서로 구분되고 서로 존중될 수 있다고 할 것이므로, 그러한 사유를 내세워 공직 취임의 기회를 제한하는 필요성의 근거로 삼을 수는 없다.”⁶⁾ 더욱이 이 사건 시행령조항은 5급 공채시험의 연령제한을 7급 공채시험의 연령제한보다 오히려 낮게 정해 두고 있는데, 이는 종래 중앙인사위원회에서 주장하던 행정문화의 특수성을 감안할 때 이 조항은 더 이해하기 어려운 규정이다.

이상의 점을 선별적으로 언급하고 있음에도 불구하고 5인의 헌법불합치의견(법정의견)은 일단 공직취임에 있어 연령제한 제도를 두는 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성을 처음부터 배척하고 있지는 아니하다. 법정의견은 연령제한 제도를 두는 것이 “직업공무원을 양성하여 직업공무원제도를 구현하는 한편 유능한 인재가 공무원시험에 장기간 매달리지 않고 사회 각 분야의 적재적소에서 활동하도록 유도하려는 것”인데, “정년에 임박한 사람을 공무원으로 채용하면 공무수행의 효율성을 확보하기 어려울 것이므로, 공무원으로 새로 채용하는 사람의 연령을 어느 정도 제한할 필요”를 수긍할 수 있으며, 5급 공무원의 공채시험에서 응시연령의 상한을 제한하는 것이 전면적으로 허용되지 않는다고 보기 어렵다고 할 때 “정년제도의 틀 안에서 공무원 채용 및 공무수행의 효율성을 도모하기 위하여 필요한 최소한도의 제한은 허용된다.”고 보고 있다. 그리고 이 사건 시행령조항을 통한 연령제한은 공공복리를 증진시키기 위한 것으로서 헌법 제37조 제2항이 정하는 기본권

6) 헌재 2006. 5. 25. 2005헌마11등 결정 중 위헌의견, 판례집 18-1하, 134, 136.

제한 사유에 해당하며, 공무원 공개채용시험의 응시연령을 제한하는 방법 역시 허용되는 수단에 해당한다고 보고 있다.

반면 3인의 단순위헌의견은 연령을 이유로 한 제한 자체에 대해서 회의적이다. 이 의견은 “연령에 의한 차별은 개인이 책임질 수 없는 조건에 의한 차별에 해당되는 측면이 크고, 특히 오늘날 사람들의 평균수명이 급격히 늘어남으로 인해 연령에 의한 기본권의 제한은 그 타당성이 크게 감소되고 있으며, 또 그 직급에 종사할 수 있는 최대연령인 정년이 있는 이상 정년에 걸리지만 않는다면 그 직급에 종사할 기회를 가능한 한 빼앗지 않는 것이 합당하다.”고 하고 있다. 나아가 단순위헌의견은 “이 사건 시행령조항이 유능한 인재가 공무원시험에 장기간 매달리지 않고 사회 각 분야의 적재적소에서 활동하도록 유도하려는 목적을 가진다고 하지만, 그러한 목적은 사회의 각 분야에서 일하는 것이 5급 공무원으로 취임하는 것보다 유익하도록 사회의 제반 여건을 조성함으로써 달성하여야 하는 것이고, 5급 공무원취임권을 불합리하게 제한하는 수단까지 정당화하는 것이라고 볼 수 없다.”라고 하여 입법 목적 달성을 위한 수단으로서 연령 제한 제도에 대해 의문을 제기하고 있다.

(2) 피해최소성 및 법익균형성

연령 제한 제도의 목적 정당성 및 수단 적합성을 긍정하더라도, 이 사건 시행령조항이 기본권 제한의 필요성(피해최소성) 및 법익균형성을 갖추었다고 보기는 어렵다. 다수의견이 헌법불합치의견의 근거로 제시한 바도 그와 같다.

즉 5급 국가공무원을 특별채용할 경우에는 연령의 상한을 제한하지 않은 점만 보더라도 “32세까지는 5급 공무원의 직무수행에 필요한 최소한의 자격요건을 갖추고, 32세가 넘으면 그러한 자격요건을 상실한다고 보기 어렵”고, 5급 공무원은 6급 및 7급 공무원의 상급자이므로 우리 문화에서 보더라도 더 연장자가 되는 것이 자연스러운데 6급 및 7급 공무원 공채시험의 응시연령 상한을 35세까지로 규정하면서 그 상급자인 5급 공무원의 채용연령을 32세까지로 제한한 합리적 이유를 찾기가 어렵다는 것이다.

단순위헌의견 또한 이 부분과 관련하여 “이 사건 시행령조항이 직업공무원의 양성이나 직업공무원제도의 구현에 이바지하거나 유능한 인재를 사회의 각 분야에 안배시키는 효과는 어느 정도로 확실한 것인지 알 수 없고, 이 사건 시행령조항으로 인하여 32세가 넘는 국민의 공직취임권이 제한되는 효과는 직접적이고 확실”한데, “이 사건 시행령조항에 의하여 기대되는 공익의 실현이 32세가 넘는 자의 공직취임권을 제한하는 불이익보다 더 크고 더 중요한 것이라고 보기도 어렵”기 때문에 법익의 균형을 갖추었다고 할 수 없다고 적시하고 있다.

(3) 헌법불합치의견과 단순위헌의 의견에서 드러난 관점의 차이 및 그 결과

이 사건 결정에서 헌법재판소는 앞서 살핀 외국의 입법례와 연령차별에 관한 국가인권위원회 결정⁷⁾에서 기준으로 제시된 진정직업자격 기준을 명시적으로 받아들이고 있지는 않다. 즉 연령 제한이 5급 공무원의 직무 수행에 있어서 필수불가결한 것인지 여부를 심사기준으로서 엄격하게 적용하여 연령 제한에 의한 공무담임권 제한 목적의 정당성 및 수단의 적합성을 판단하고 있지는 않다. 다만 3인의 단순위헌 의견은 연령제한 제도의 정당성 자체에 의문을 표시하고 있다는 점에서 진정직업자격 기준에 보다 가까운 입장에서 있기는 하다.

결국 5인의 헌법불합치의견과 3인의 단순위헌의견의 차이는 응시자격을 제한하면서 ‘연령’을 제한기준으로 둔 것이 그 자체 허용될 수 없는 수단으로서의 측면이 있는 것인지(단순위헌의견), 아니면 연령제한 자체는 허용되나 이 사건 시행령조항의 제한이 지나치게 과도한 측면이 있다고 보는 것인지(헌법불합치의견)의 차이와 관련이 있다. 그리고 이에 따라 헌법불합치의견은 완화된 심사의 여지를 인정함으로써 이 사건 시행령조항의 응시연령 제한이 목적의 정당성 및 수단의 적합성은 갖추었다고 보면서도, 피해의 최소성 및 법익 균형을 충족시키지는 못한다고 보고 있고, 반면 단순위헌의견은 수단의 적합성조차 없다고 판단하고 있는 것이다.

7) 2007. 4. 30. 국가인권위원회 05진차317, 06진차1, 06진차194, 06진차609 결정 참조.

이에 따라 결과적으로 헌법불합치의견은 2008. 12. 31.까지 입법자가 스스로 위헌결정의 취지에 맞춰 응시연령제한을 조정하는 개선입법을 마련하도록 헌법불합치 선언을 하고 있는 반면, 단순위헌의견은 이 사건 시행령조항의 연령제한은 폐지되거나 대폭 상향되어야 한다는 관점에서 개선입법까지 발생할 수 있는 단기간의 응시자 증가 등으로 인한 법적 혼란은 크지 않다고 보아 단순위헌의견을 내놓은 것이라 볼 수 있다.

한편 이 사건에서는 재판관 5인이 헌법불합치의견을 표시하여 헌법소원 인용에 필요한 정족수를 충족하지 못하였으나, 재판관 3인의 단순위헌의견도 헌법불합치의견의 범위 내에서는 헌법불합치의견과 의견을 같이 하는 것이라고 볼 수 있어서, 헌법불합치 결정이 내려졌다.

(4) 합헌의견(재판관 1인의 소수의견)의 취지

소수의견은 입법자가 인력수급 상황 등 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하여 공무원시험의 연령제한에 관해 규율할 수밖에 없는 것이므로 이러한 입법자의 판단은 합리적인 범위의 것인 한 그 입법재량을 존중하여야 한다고 본다. 이는 종전 9급 일반행정직 국가공무원시험의 응시연령 상한제한에 관한 선례에서 법정의견이 취한 입장이라고 할 수 있다. 소수의견은 이러한 완화된 심사기준의 적용으로부터 출발할 때 이 사건 시행령조항은 입법자가 행사할 수 있는 재량의 범위를 벗어난 것이라 보기 어렵다는 결론에 이르고 있다.

5. 이 사건 결정의 의미

가. 이 사건 결정에서는 헌법재판소가 연령을 이유로 한 공직취임권의 제한과 관련하여 최초로 위헌 취지의 결정을 하였다. 5인의 헌법재판관은 ‘32세’로 연령상한을 정한 것이 기본권 제한을 최소한도로 하여야 할 원칙을 위반한 것이라고 보았고, 3인의 재판관은 좀 더 나아가 연령을 이유로 한 공직취임권을 제한하는 수단 자체의 부적합성을 지적하였던바, 이 결정은 국민의 공직취임권을 제한할 경우 그것이 과도해서는 아니 됨을 확인한 의미 있는 결정이라고 할 수 있다.

다만 이 사건 결정의 취지를 볼 때 현재 헌법재판소가 연령을 이유로 한 공무담임권 제한을 근본적으로 부정한 것으로 볼 수 없음은 앞서 언급한 바와 같다. 이는 이후 경찰대학의 입학 연령을 21세 미만으로 제한하고 있는 경찰대학의 학사운영에 관한 규정 제17조에 대한 헌법소원에서 청구인의 주장을 재판관 5:3으로 기각한 것에서도 드러나는 바이다(헌재 2009. 7.30. 2007헌마991, 공보 제154호, 1556, 1558).

나. 한편 이 사건 헌법불합치 결정 이후에 이 사건 시행령조항의 응시연령 상한 제한 규정은 2009. 2. 6. 대통령령 제21310호로 폐지되었으며 현재 7급 이상 일반직 채용시험의 경우 20세 이상이라는 하한의 응시연령 제한만이 남아 있다(현행 공무원임용시험령 제16조 참조).

방송법 제32조 제2항 등 위헌확인

- 한국광고자율심의기구의 텔레비전 방송광고 사전심의의
사전검열 여부 -

(헌재 2008. 6. 26. 2005헌마506, 판례집 20-1하, 397)

지 성 수*

【판시사항】

1. 방송위원회로부터 위탁을 받은 한국광고자율심의기구로 하여금 텔레비전 방송광고의 사전심의를 담당하도록 한 것이 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하는지 여부
2. 구 방송법 규정과 거의 유사한 내용을 담고 있는 개정된 현행 방송법에 대해서도 법질서의 정합성과 소송경제 측면을 고려하여 심판대상에 포함시켜 판단한 사례

【심판대상】

방송법(2004. 3. 22. 법률 7213호로 개정되고, 2008. 2. 29. 법률 제8867호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 방송법’이라 한다) 제32조(방송의 공정성 및 공공성 심의) ② 위원회는 제1항의 규정에 불구하고 대통령령이 정하는 방송광고에 대하여는 방송되기 전에 그 내용을 심의하여 방송여부를 심의·의결할 수 있다.

③ 방송사업자는 제2항의 규정에 의한 방송광고에 대해서 위원회의 심의·의결의 내용과 다르게 방송하거나 심의·의결을 받지 않은 방송광고를 방

* 헌법연구관

송하여서는 아니된다.

방송법(2008. 2. 29. 법률 제8867호로 개정된 것) 제32조(방송의 공정성 및 공공성 심의) ② 방송통신심의위원회는 제1항의 규정에 불구하고 대통령령이 정하는 방송광고에 대하여는 방송되기 전에 그 내용을 심의하여 방송여부를 심의·의결할 수 있다.

③ 방송사업자는 제2항의 규정에 의한 방송광고에 대해서 방송통신심의위원회의 심의·의결의 내용과 다르게 방송하거나 심의·의결을 받지 않은 방송광고를 방송하여서는 아니된다.

방송법 시행령(2004. 9. 17. 대통령령 18548호로 개정된 것, 이하 ‘시행령’이라 한다) 제21조의2(사전심의 대상 방송광고) 법 제32조 제2항에서 “대통령령이 정하는 방송광고”라 함은 방송사업자가 행하는 텔레비전방송광고·라디오방송광고 및 데이터방송광고(동영상 및 음성 포함된 방송광고에 한한다)로서 다음 각 호의 방송광고를 제외한 방송광고를 말한다.(이 시행령 규정 중 밑줄 친 부분만 심판대상)

방송심의에 관한 규정(2000. 8. 28. 방송위원회규칙 제22호로 제정된 것) 제59조(심의미필 등 방송광고의 금지) 사업자는 방송광고심의에 관한 규정에 의해 방송가 결정을 받지 아니한 광고물, 결정을 받은 내용과는 다른 내용의 광고물 및 동 규정에서 정한 유효기간이 지난 광고물을 방송하여서는 아니된다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인은 강릉시에서 ○○건어물을 경영하는 자인바, 2005. 3. 25. ○○방송국에 ○○건어물의 방송광고를 청약하였으나 위 방송국으로부터 구 방송법 제32조, 시행령 제21조의2 등에 의한 사전심의를 받지 않았다는 이유로 방송청약을 거절당하였다. 이에 청구인은 위 구 방송법 제32조 제2항, 제3항, 시행령 제21조의2 등이 청구인의 기본권을 침해한다고 주장하며, 2005. 5. 23. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

한편, 방송법은 2008. 2. 29. 법률 제8867호로 개정되어 방송광고 사전심의

의 주체를 방송통신심의위원회로 변경하였다.

2. 청구인의 주장과 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 청구인은 ○○방송국에 방송광고 광고청약을 하였으나 사전심의를 받지 않은 광고물에 대해서는 방송광고를 하지 못하도록 규정하고 있는 방송법령 규정들로 인해 청약 거절통보를 받았는바, 이러한 방송법령 규정들은 청구인의 기본권을 현재 그리고 직접 침해하고 있다.

(2) 헌법 제21조 제2항은 모든 사전검열을 예외 없이 금지하고 있으므로 표현의 자유의 한 내용으로서 보호받고 있는 광고의 경우에도 사전검열은 금지되어야 할 것이나 이 사건 방송법령 규정들은 방송위원회로 하여금 방송광고물에 대하여 사전심의를 하도록 하고 있고, 방송위원회는 한국광고자율심의기구(이하 ‘자율심의기구’라 한다)에 방송광고 사전심의 업무를 위탁하여 여기에서 이 업무를 하도록 하고 있는바, 이는 사전검열금지원칙 위반으로서 방송광고를 하려는 자들의 표현의 자유를 침해하는 것이다.

(3) 위 자율심의기구에 의한 사전심의제도가 헌법 제21조 제2항에서 금지하고 있는 사전검열에 해당하지 않는다 하더라도 현행의 광고물에 대한 규제는 방송사업자의 자율적 규제나 사후 심사 제도를 채택하지 아니하고 기본권 침해가 중대한 사전심의제도를 채택하는 것은 표현의 자유를 본질적으로 침해하는 것이다.

나. 방송위원회의 의견

(1) 이 사건 규정들은 방송위원회가 사전심의를 할 수 있도록 하는 근거 규정에 불과하여 그 자체로서 청구인의 기본권을 직접 침해하고 있다고 할 수 없고, 자신이 방송하고자 하는 내용에 대해 심의를 위한 신청조차 하지 않은 상태에서 이 사건 규정들에 대해 헌법소원심판을 청구하는 것은 현재 성 요건을 결한 것이다.

(2) 방송광고는 전파를 사용하는 방송의 특수성으로 인해 일단 방송되곤 후에는 이를 효율적으로 규제할 방법이 없다고 할 것인바, 방송광고로 인

한 실정법위반의 가능성을 사전에 막고 소비자가 적절한 정보를 취사선택하도록 하기 위해 자율심의기구라는 민간단체에 의해 사전심의를 받도록 하는 것은 헌법이 금지하는 사전검열에 해당한다고 볼 수 없다.

다. 문화관광부장관(현 문화체육관광부장관)의 의견

다른 표현물과 마찬가지로 광고에 대해서도 궁극적으로는 완전한 자율적 사후심의제도가 바람직하나, 우리 사회와 업계의 여건이 아직 성숙되지 않은 상황에서 사후심으로 전환하는 것은 시기상조라고 할 것이다. 광고에 대한 소비자들의 의식수준이 아직 선진국 수준에 이르지 못하여 비판적 수용자로서 광고 메시지를 수용할 능력이 충분하지 못한 상황에서 상업적 광고물에 대해 사전심의제도를 폐지하는 것은 수많은 부작용을 초래할 것이다.

라. 한국광고단체연합회의 의견

(1) 자율심의기구는 방송광고 사전심의에 있어 독립적인 재원과 운영 권한을 가진 자율적인 기구가 아니라 방송법과 심의규정에 따라 방송위원회를 대항하는 기구에 불과하고, 방송위원회는 심의기구의 심의위원 선정에만 직접적으로 관여하지 않을 뿐, 사전심의 업무를 위탁하는 심의기구를 임의로 선택하고 있으며, 심의업무에 필요한 경비를 제공하고 있는가 하면, 방송광고심의에 관한 규정을 변경하는 권한도 가지고 있다고 할 것이므로 방송광고의 사전심의에 관한 제반업무를 민간기구인 자율심의기구에 위탁하고 있더라도 이것은 헌법에서 금지하는 사전검열에 해당한다.

(2) 한편, 방송매체에 방송광고의 공익성 의무를 부여하고, 방송사업자의 등록이나 허가 조건에 방송광고의 공익성과 건전성 보장을 추가하거나 각종 광고 관련 법령을 엄격하고 효율적으로 집행하여 허위, 기만 광고들을 규제한다면, 방송광고에 사후 모니터링 방식을 도입한다고 하더라도 유해한 방송광고를 시청자들로부터 차단시킬 수 있을 것이다. 그런데 이 사건 규정들은 위와 같은 방법을 강구하지 않고 방송광고물에 사전심의를 거치도록 함으로써 기본권침해의 최소성 원칙을 위반하고 있다.

(3) 방송법은 흡쇼핑 광고를 사전심의 대상에서 제외시켰고, 공익을 목적

으로 하는 방송광고의 경우에도 일정한 경우 사전심의를 받지 않도록 하고 있다. 이것은 방송위원회가 사전심의를 받아야 할 광고와 받지 않아도 될 광고를 자의적으로 차별하는 것이다. 또한 방송프로그램의 경우에는 사후 규제를 받도록 하면서 그 기준은 방송광고 심의기준보다 훨씬 상세하고 구체적으로 규정하고 있는데, 방송프로그램과 동일한 방송 전파와 동일한 TV 수상기를 통해 시청자에게 전달되는 방송광고를 훨씬 엄격하게 규제하는 것은 방송광고와 방송프로그램을 차별하는 것이다.

【결정요지】

1. 자율심의기구는 행정기관적 성격을 가진 방송위원회로부터 위탁을 받아 이 사건 텔레비전 방송광고 사전심의를 담당하고 있는바, 자율심의기구는 민간이 주도가 되어 설립된 기구이기는 하나, 그 구성에 행정권이 개입하고 있고, 행정법상 공무수탁사인으로서 그 위탁받은 업무에 관하여 국가의 지휘·감독을 받고 있으며, 방송위원회는 텔레비전 방송광고의 심의 기준이 되는 방송광고 심의규정을 제정, 개정할 권한을 가지고 있고, 자율심의기구의 운영비나 사무실 유지비, 인건비 등을 지급하고 있다. 그렇다면 자율심의기구가 행하는 방송광고 사전심의를 방송위원회가 위탁이라는 방법에 의해 그 업무의 범위를 확장한 것에 지나지 않는다고 할 것이므로 자율심의기구가 행하는 이 사건 텔레비전 방송광고 사전심의를 행정기관에 의한 사전검열로서 헌법이 금지하는 사전검열에 해당한다.

2. 구 방송법 제32조는 2008. 2. 29. 법률 제8867호로 개정되어 방송광고사전심의를 주체를 방송통신심의위원회로 변경하였는데, 방송통신심의위원회의 구성이나 업무, 업무처리 방식 등은 구 방송위원회의 그것과 다르지 않다고 할 것인바, 법질서의 정합성과 소송경제의 측면에서 개정된 방송법에 대해서도 위헌을 선언할 필요가 있다고 할 것이므로 구 방송법 규정과 함께 개정된 방송법 제32조 제2항, 제3항에 대해서도 위헌을 선언한다.

재판관 조대현의 별개의견

헌법 제21조 제2항에서 검열을 금지하는 언론·출판은, 인간의 정신적 활

동을 표현하고 전파하는 모든 행위와 수단을 의미하는 것이 아니라, “민주사회의 다양한 의사를 말이나 글로 표현하여 토론 및 여론 형성에 기여하기 위하여 불특정 또는 다수인에게 공표하거나 전파하는 행위·수단”을 의미한다고 봄이 상당하다. 따라서 텔레비전 방송광고가 광고주의 의견이나 사상을 공표하는 것으로서 민주사회의 다양한 의사의 하나로 불특정 또는 다수인에게 공표하고 전달하기 위한 것이라면, 이는 헌법 제21조 제2항의 언론에 해당되어 그에 대한 행정기관에 의한 사전심의는 사전검열로서 금지된다 할 것이다. 다만 텔레비전 방송광고 중 대부분을 차지하는 상업적 방송광고는 영업활동의 자유에 포섭된다고 봄이 상당하므로 헌법 제37조 제2항에 따라 제한될 수 있다. 그런데 이 사건 규정들은 헌법 제21조 제2항의 “언론·출판”에 해당되는 방송광고도 사전심의의 대상으로 하고 있으므로, 그 한도에서 헌법 제21조 제2항에 위반된다고 할 것이고, 이에 해당되지 아니하는 방송광고에 대해서는 그 사전심의가 필요한 공익적 사유와 사전심의의 최소한도를 법률에 규정하고 있지 않으므로 그 한도 내에서 헌법 제37조 제2항에 위반된다.

재판관 목영준의 헌법불합치 의견

상업광고도 헌법 제21조 제1항의 언론·출판의 자유 보호 대상에 포함되기는 하나, 절대적 사전검열금지의 대상이 되는 표현행위 및 매체의 범위는 우리 헌법 제21조의 목적에 맞게 제한되어야 할 것인바, 상업광고에는 절대적 사전검열금지 원칙을 적용하여서는 아니된다. 다만 이 사건 상업광고의 사전심의를 담당하는 한국광고자율심의기구는 행정기관성을 부인하기 어려운바, 현재 우리나라의 방송사업자나 광고회사의 수준을 고려할 때, 민간인만으로 심의기구를 구성하고 운영하도록 한다 하여도, 이 사건 규정들의 입법목적 달성에 어려움이 없을 것이므로 이 사건 규정들이 사전심의기구의 구성과 운영에 공권력을 개입시킨 점에 있어서는 수단의 적절성을 갖추지 못하였다고 할 것이다. 한편, 이 사건 규정들은 텔레비전 상업광고 전부를 일률적으로 사전심의의 대상에 포함시킴으로써, 입법목적 달성에 필요한 범위를 초과하여 표현의 자유를 제한하고 있다고 할 것인바, 이 사건 규

정들의 일정 부분은 과잉금지원칙에 반하여 헌법에 위배되지만, 위 규정들 내에 합헌 부분과 위헌 부분이 혼재되어 있으므로, 헌법불합치 선고를 함으로써 후속 입법에 의하여 이 사건 규정들 중 위헌적 부분을 제거하도록 함이 타당하다.

【해설】

1. 방송광고 규제에 관한 외국의 입법례

방송광고, 특히 텔레비전 광고에 대해서는 그 내용에 대해 사전적 심사를 실시하는 나라들이 대부분이다. 다만 이들 규제들은 대부분 자율적 민간기구에 의해 이루어지고 있으며, 정부가 주도적으로 방송광고를 사전에 규제하는 경우는 잘 발견되지 않는다. 민간기구이기는 하나 강제적으로 사전심의를 받도록 하고 있던 우리나라와는 사정이 사뭇 다른 모습이다.

가. 미국

(1) 자율적 사후심의

1911년 미국광고연합(American Advertising Federation, AAF)에서 광고의 진실성을 제창하고, 광고업계 스스로 허위 등 부정광고 추방을 위한 운동을 최초로 전개하였고, 1971년 전국광고심의협의회(National Advertising Review Council, NARC)를 설치하여 자율적 사후심의를 하게 되었다. NARC는 부정광고를 몰아내고 광고의 전반적인 질적 수준의 향상을 기하며, 각종 광고 법규를 준수하는 것은 물론, 광고업으로서의 윤리를 존중하고 그 실효성을 보장하고, 전문가들이 허위라고 판정하는 전국적 광고를 자발적으로 제거하는 것을 그 목적사업으로 하고 있다. 자율적인 산업활동을 기반으로 활동하며, 그 결정 내용을 집행하도록 강요할 법적 권한은 없다. 심의절차는 자율적이고, 외부인사와 단체로부터 완전히 독립되어 있다. 자체적인 조사내용에 대하여 간행물을 통해 보고함으로써 광고업계 내에 지대한 영향력을 행사하고 있다. NARC는 전국광고국(NAD)과 전국광고심의위원회(NARB)의 2단계(복심제)로 되어 있다.

① 전국광고국(NAD)

경쟁업자나 소비자 등 여러 곳으로부터 제기되는 전국적 광고에 대한 불평이나 진실성에 관한 문의를 접수하여 처리한다.(접수 경로는 소비자, 소비자단체, 지역경영개선협회, 경쟁회사, 기업단체, 정부기관 등이다)

방송광고와 인쇄광고를 조직적으로 모니터하여 허위, 오도 광고 또는 광고에서 주장하는 내용의 진실성 여부를 심의 결정한다. 전국광고국에서 광고주의 입증에 동의하지 않으면 광고주에게 문제의 광고 주장을 중지하거나 수정하도록 요청하고, 이에 광고주가 불응할 경우 NARB에 회부하여 처리하도록 한다.

② 전국광고심의위원회(NARB)

미국광고업계 최고의 자율심의기관으로서 50명의 위원으로 구성된다(30명 광고주, 10명 광고대행사, 10명 공익대표).

NAD에서 이송된 사건에 대해 50명의 위원 중 5명으로 구성된 재심위원회가 결정한다. 정당한 광고로 인정되면 이를 기각하고, 문제성 광고로 지적되면 수정이나 중단을 요구하고 광고주가 불응하면 제소자와 광고주 각각의 주장과 NARB의 판단을 일반에게 공개적으로 발표하고 그 문제를 정부기관에 이관하여 정부가 규제하도록 한다.

(2) 매체에 의한 자율규제(자율적 사전심의)

(가) 방송사의 자율규제

TV 및 라디오와 같은 정부허가 미디어의 광고는 FTC(Federal Trade Commission), FCC(Federal Communications Commission)등에 의해 법적 규제를 받지만 업계 강령을 따르는 것이 일반적이며, 미국방송협회(NAB)가 제정한 광고기준이 가장 일반적이다. 별도로 ABC, NBC, CBS 등 3대 주요 네트워크는 보다 실제적인 심의기준 부서를 두어 광고를 사전에 심의하고 있다.

(나) 광고주에 의한 자율규제

각 산업분야별로 그 연합체 단위의 광고강령을 보유해 도덕적 설득자료로 사용하고 있다(자동차판매업자, 담배제조업자, 양조업자 등)

(다) 광고대행사 및 광고관련단체에 의한 자율규제

NARC 설립 이전 각 광고업계 단위의 자체적 자율규제 활동의 연장이며, 현재의 주요 목적은 정부규제나 소비자단체 등의 개입을 사전에 차단하기 위한 것이다.

나. 프랑스의 광고심의제도(자율적 사전심의, 사후심의)

광고계, 정부, 소비자단체, 매체사 등에 의해 설립된 광고자율심의기구인 BVP(Breau de Verification de la Publicite)가 자율규제의 최고기관으로 역할을 하고 있다. BVP는 자율규제를 통한 공정하고 신뢰할 만한 건전한 광고를 촉진시키기 위해 설립되었다. 광고심의회와 관련하여 사전 상담을 하고 있고, 광고 모니터 활동을 하고 있으며, 심의기준을 마련하는 역할도 하고 있다. 광고주, 광고업자, 매체사가 회원이다.

BVP가 자체 모니터를 통하여 수정을 요구하고, 회원사 매체를 통해 문제 광고의 집행을 금지하는 조치를 취할 수 있다. 광고의 효율성과 신뢰성 확보를 위해 50여 가지의 자율 규칙을 담은 권고 사항을 마련하고 있다.

BVP가 실시하는 심의는 세 종류가 있다.¹⁾

① 콩세이(Conseil-조언) 모든 미디어를 상대로 한 사전심의를 말한다. 가입자들은 자신들의 프로젝트에 관해 BVP에 조언을 요청할 수 있다. BVP는 이 조언형식으로 연간 약 1만 3천개 이상의 영상물을 검토한다.

② 아비(Avis-견해) TV 광고에 대한 사전심의를 말한다. 모든 TV 광고는 방영에 앞서 의무적으로 BVP의 심의를 거치는데, BVP는 방영가, 수정요, 방영불가 판정을 내린다.

③ 오토쎬지(Autosaisie-자율규제) 사후심의를 말한다. BVP는 광고가 나간 후 모든 매체를 대상으로 윤리규정에 위배되는 경우 심의를 할 수 있고, 심각성 정도에 따라 수정 혹은 광고 중지를 요구할 수 있다.

다. 독일의 광고심의제도(사후심의, 사전심의)²⁾

독일의 경우 사안의 성격에 따라 두 개의 자율규제기구에 의해 방송광고

1) 한국광고자율심의기구에 요청하여 얻은 자료(프랑스 광고자율심의기구 BVP - 이창훈, 파리5대학 광고학 박사과정)

2) 성육제, 김영주, 방송광고심의제도 개선방안, 방송위원회, 2006., 100면 이하

내용 규제가 이루어지고 있다. 기호나 품위와 같은 광고표현방식에 초점을 두고 규제하는 독일광고기준위원회(DW ; Deutscher Werberat)와 불공정경쟁법을 적용, 오인 광고를 모니터링 하는 등 사실관계에 초점을 두는 불공정 퇴치국(WBZ)이 있다.

(1) 독일광고기준위원회(DW ; Deutscher Werberat)-사후심의

1972년 ZAW(독일광고연합회)에 의해 만들어졌다. 기호나 품위와 같이 광고 표현방식에 초점을 두고 있으며, ZAW 회원가입사가 자동적으로 회원사가 된다. 채용조달 역시 ZAW 회원사의 회비로 마련한다. 독일광고기준위원회의 경우 검열의 논란을 피하기 위해 사전심의를 하지 않는다. 10인의 상임위원으로 구성되는 집행위원회를 두고 있으며(광고주 4인, 매체사 3인, 대행사 2인, 전문가 그룹 1인), 집행위원회에서는 특정 광고물에 대한 관련 법제의 저촉 여부를 판단한다.

(2) 불공정퇴치국(WBZ-Zentral zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs)-사전심의

1912년 설치된 기구로 불공정경쟁과 관련한 모든 사안을 다룬다. 광고의 경우 오인 광고나 불공정경쟁 광고를 취급한다. 회원은 1,600개사(회사, 상공회회의소, 단체 등)이며, 회원들의 회비로 운영되고 있다. 1차 심사(사전심의)는 사무국에서 무료로 지원하고 있으며, 불만에 대한 판정도 사무국에서 담당하고 있다. 사후 모니터링은 실시하지 않는다.

라. 일본의 광고심의제도(자율적 사후심의)

법적 규제가 엄격했으나 국제무역경쟁에 방해가 되는 일본의 관련법에 대한 서방측 국가들의 탈규제 압력이 증대되자 점차적으로 자율적 규제의 중요성을 인식해 가고 있는 중이다.

JARO(Japan Advertising Review Organization)에 의한 자율심의가 활성화가 되고 있는데, JARO는 1974년 10월 일본광고연합회, 일본신문협회 등 9개 광고자율규제기구의 활동을 조정하기 위해 결성되었다.

조직은 이사회와 심의위원회의 이원체제로 구성되어 있고, 전체적인 운영은 이사회 및 산하 분과위원회에서 담당하고 있다.

불만사항이나 분쟁 등이 접수되면, 광고주에게 해명 및 입증을 요구하고, 광고주가 제출한 증거 및 답변이 미비하면 분과위원회에 회부하여 여기에서 광고주가 제출한 자료 심사 후 심의의견서를 작성하여 광고주와 관련단체에 통보한다.

마. 중국의 광고심의제도(자율적 사전심의)

통합적 형태의 광고심의 규정은 없고, 광범위한 영토로 인해 지역에 따라 상이한 의견이 발생할 수 있는 상태이다. 중국광고협회의 정보자문부와 법률자문위원회에 의한 업계의 자율적인 법률자문사업이 추진 중이다.

(1) 정보자문부

처벌을 피하고, 법에 따라 경영하는 능력을 제고하며, 경제적 손실을 최소화하기 위해 심의에 회부된 광고의 내용을 크리에이티브 제작단계로부터 적극적으로 참여하여 합법성에 대한 의견을 제시한다. 조직은 비행정성, 비강제성을 띠며, 자율적으로 업무를 수행한다.

자문을 받고자 하는 광고 크리에이티브를 접수하여 검토 후 자문의견을 서면 형태로 제시(크리에이티브의 법률 부합성 여부, 수정 필요한 부분 지적 및 필요한 증명서류의 구비 등에 관한 자문)하면 자문결과에 맞게 광고를 제작한 후 제작물을 제출하고, 이 제출물이 최초로 접수된 내용과 일치하고 법률위반이 없다는 것이 인정되면 자문인증서를 발급해 광고 게재 및 방송이 가능하다는 것을 표명한다.

(2) 법률자문위원회

입법, 사법, 행정기관의 인사, 기업대표 등 다양한 방면의 전문가, 학자로 구성되며, 광고주나 광고회사가 실제 사업을 하면서 궁극한 법률 문제에 봉착할 경우 위원회에 그 내용을 제출하여 자문을 구한다.

2. 한국광고자율심의기구의 텔레비전방송광고 사전심의의 위헌성

헌법재판소는 재판관 8(별개의견 1인 포함) : 1(헌법불합치의견)의 의견으로 민간기구인 자율심의기구의 텔레비전 방송광고 사전심의가 헌법 제21조 제2항이 금지하는 사전검열에 해당한다고 하여 구 방송법 제32조 제2항, 제3항, 시행령 제21조의2 본문 중 ‘텔레비전방송광고’ 부분, ‘방송심의를 관한 규정’ 제59조, 방송법 제32조 제2항, 제3항이 헌법에 위반된다는 결정을 선고하였다. 아래에서는 이 사건 결정의 적법요건 부분에서 문제될 수 있는 부분과 본안 부분의 다수의견 및 소수의견에 대해 살펴본다.

가. 법령에 의한 기본권 침해와 직접성 요건

(1) 헌법재판소는 이미 구 방송법 제32조 제2항과 방송법 시행령 제21조의2에 대한 헌법소원 사건인 2004헌마945 사건에서 구 방송법 제32조 제2항은 법률이 직접 사전심의를 하도록 명령하는 것이 아니라 방송위원회가 사전심의를 할 수 있도록 하는 근거규정에 불과하여, 직접 광고제작에 관여하는 자의 기본권을 침해하고 있다고 볼 수 없다고 하였고, 방송법 시행령 제21조의 2는 구 방송법 제32조 제2항에 의한 사전심의의 대상이 될 수 있는 방송광고를 정하고 있을 뿐이고, 구 방송법 제32조 제2항에 대해 기본권 침해의 직접성이 인정되지 아니하는 이상, 방송법 시행령 제21조의 2가 독자적으로 기본권침해의 직접성을 갖추었다고 볼 수 없다(헌재 2004. 12. 21. 2004헌마945)³⁾고 하였다. 그리고 위 2004헌마945 사건과 동일한 청구인이 동일한 방송법 규정과 방송법 시행령 규정에 대해 다시 낸 2005헌마4 헌법소원 사건에서는 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여 다시 심판 청구를 하였다는 이유로 부적법 각하 결정을 하였다(헌재 2005. 1. 25., 2005헌마4).

(2) 위 2004헌마945 사건에서 헌법재판소가 직접성 요건을 결여하였다는 이유로 각하 결정을 한 것은 이 사건 규정들이 방송광고의 경우 사전심의를 받도록 규정하고 있지만, 구체적인 기본권 침해는 이 사건 규정들에 의해서가 아니라 방송위원회의 방송불가 결정 또는 조건부방송가 결정이라는 집행행위를 통해서 발생하는 것으로 보았기 때문인 것으로 보인다.

3) 지정부 각하 사건

(3) 그런데 이 사건은 위 2004헌마945 사건과는 달리 방송법 제32조 제2항뿐만 아니라 제3항도 함께 심판대상에 포함시키고 있다. 방송법 제32조 제2항에 의하면, 위원회는 제1항의 규정에 불구하고 대통령령이 정하는 방송 광고에 대하여는 방송되기 전에 그 내용을 심의하여 방송여부를 심의·의결할 수 있다고 규정하여 마치 방송위원회의 심의·의결이라는 집행행위를 매개로 하여서만 기본권을 침해하고 있는 것처럼 보이나, 제3항은, 방송사업자는 제2항의 규정에 의한 방송광고에 대해서 위원회의 심의·의결의 내용과 다르게 방송하거나 심의·의결을 받지 않은 방송광고를 방송하여서는 아니 된다고 규정함으로써 방송광고를 하고자 하는 자는 누구든지 사전에 심의를 거처도록 의무화하고 있고, 방송법 시행령 제21조의2는 사전심의를 받아야 하는 방송광고의 종류에 텔레비전 방송광고를 나열함으로써 사전심의 대상을 구체화하고 있는 것이다. 즉, 방송법 제32조 제2항과 제3항, 시행령 제21조의2는 서로 결합하여 법령 그 자체에서 텔레비전 방송광고의 사전심의라는 의무를 부과하고 있다. 이에 헌법재판소는 이 사건 규정들이 서로 불가분적으로 결합하여 그 자체에서 텔레비전 방송광고의 사전심의라는 의무를 부과하고 있으므로 규정 자체에서 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 확정적으로 정하고 있다고 보고 기본권 침해의 직접성을 인정하였던 것이다. 적법요건에 대한 이러한 판단이 선행되었기에 헌법재판소는 텔레비전 광고 사전심의가 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하는지 여부에 대해 본안에 들어가 판단할 수 있었다.

나. 자율심의기구의 텔레비전 방송광고 사전심의의 위헌성

이 사건 본안 심사에서 가장 문제되는 부분은 방송광고, 특히 상업광고가 헌법 제21조상의 표현의 자유로서 보호되는 표현매체에 해당하는지 여부와 민간기구인 자율심의기구가 사전검열의 주체가 되는 행정관청에 해당하는가 하는 점일 것이다.

(1) 한국광고자율심의기구의 행정기관성 여부

다수의견과 소수의견 모두 자율심의기구가 사전검열의 주체인 행정관청에

해당한다는 점에 대해서는 동의하고 있다. 헌법 제21조 제2항은 의사표현의 발표 여부가 오로지 행정권의 허가에 달려있는 사전심사만을 금지하고 있는데, 자율심의기구의 텔레비전 방송광고 사전심의도 행정권이 주체가 된 사전심사로서 헌법이 금지하는 사전검열에 해당한다는 것이다.

즉, 이 사건 방송법령들에 의하면 자율심의기구는 행정기관의 성격을 가진 방송위원회로부터 위탁을 받아 텔레비전 방송광고 사전심의를 담당하고 있는데, 자율심의기구는 민간이 주도가 되어 설립된 기구이기는 하나, 그 구성에 행정권이 개입하고 있고, 그 위탁받은 업무에 관하여 국가의 지휘·감독을 받고 있으며, 더욱이 방송위원회는 텔레비전 방송광고의 심의 기준이 되는 방송광고 심의규정을 제정, 개정할 권한을 가지고 있고, 자율심의기구의 운영비나 사무실 유지비, 인건비 등을 지급하고 있는 등 자율심의기구가 행하는 방송광고 사전심의를 방송위원회가 위탁이라는 방법에 의해 그 업무의 범위를 확장한 것에 지나지 않으므로 자율심의기구가 행하는 텔레비전 방송광고 사전심의를 행정기관에 의한 사전검열로서 헌법이 금지하는 사전검열에 해당한다는 것이다.

자율심의기구의 성격을 위와 같이 규명함으로써 앞으로는 행정권으로부터 전혀 간섭을 받지 않는 순수한 민간기구가 아니면 표현매체와 관련하여 사전에 그 내용을 심의하는 것은 모두 헌법이 금지하는 사전검열에 해당할 가능성이 높아졌다.

(2) 상업광고와 표현의 자유 및 사전검열금지원칙 적용여부

(가) 다수의견(위헌의견)

다수의견은 헌법재판소의 기존의 입장에 따라 상업적 표현도 표현의 자유로서 보호된다는 것을 확인하고 있다.

헌법 제21조 제1항은, 모든 국민은 언론·출판의 자유를 가진다고 규정하여 표현의 자유를 보장하고 있는바, 의사표현의 자유는 바로 언론·출판의 자유에 속한다. 그러므로 의사표현의 매개체를 의사표현을 위한 수단이라고 전제할 때, 이러한 의사표현의 매개체는 헌법 제21조 제1항이 보장하고 있는 언론·출판의 자유의 보호대상이 된다. 그리고 의사표현·전파의 자유에 있

어서 의사표현 또는 전파의 매개체는 어떠한 형태이건 가능하며, 그 제한이 없고, 광고도 사상·지식·정보 등을 불특정 다수인에게 전파하는 것으로서 언론·출판의 자유에 의한 보호를 받는 대상이 되므로⁴⁾ 방송광고도 언론·출판의 자유, 즉 표현의 자유 보호의 대상이 됨은 물론이라는 것이다. 그리고 다수의견은 위와 같은 전제하에 표현의 자유 보호 대상이 되는 표현물이나 매체에는 역시 사전검열금지원칙도 적용된다고 보고 있다. 표현의 자유 보호대상과 사전검열이 금지되는 대상이 같다고 본 것이다. 이 사건에서 다수의견은 자율심의기구에 의한 텔레비전 방송광고 사전심의는 행정관청에 의한 사전검열로서 헌법이 금지하는 사전검열에 해당한다고 보았다.

(나) 별개의견

이에 반하여 별개의견에서는 헌법 제21조상의 표현의 자유 보호대상이 되는 것에는 여러 가지 의사표현행위 중에서 언론·출판의 경우만 해당하고, 언론·출판 이외의 표현행위에 대해서는 통신의 자유(제18조), 양심의 자유(제19조), 종교의 자유(제20조), 학문과 예술의 자유(제22조), 일반적 표현(제10조, 제32조 제1항 - 말하기, 글쓰기, 몸짓, 가무 등)의 자유 등으로 보호된다고 하였다. 즉, 상업적 표현은 헌법 제21조에 의해서가 아니라 영리를 목적으로 하는 것이므로 제15조의 영업의 자유에 의해 보호받는다고 본 것이다. 이러한 전제하에 별개의견은 헌법 제21조상의 표현으로 보호받지 못하는 표현은 사전검열금지원칙이 적용되지 않고, 다만 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 의해 보호받을 뿐이라고 보고 있다.

이 별개의견에 의하면 텔레비전 방송광고가 광고주나 광고제작자의 의견이나 사상을 말이나 글로 표현하여 민주사회의 다양한 의사의 하나로 불특정 또는 다수인에게 공표하고 전달하기 위한 것이라면, 이는 헌법 제21조의 언론·출판에 해당하여 그에 대한 사전검열은 금지되나, 상업적 방송광고는 일반 대중에게 영업이나 상품에 대한 정보를 제공하고 그 구매를 유인하는 내용으로 이루어지는 것이 보통이므로 이러한 상업적 광고는 영업활동의 자유(헌법 제15조) 문제로 보게 된다. 이 경우 상업적 광고활동은 헌법 제37조

4) 헌재 1998. 2. 27. 96헌바2, 판례집 10-1, 118, 124-125; 헌재 2002. 12. 18. 2000헌마 764, 판례집 14-2, 856, 867-868; 헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3, 판례집 17-2, 189, 198

제2항에 따라 제한될 수 있다.

나아가 별개의견은 이 사건 규정들이 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 위반하고 있는지에 관하여, 이 사건 규정들은 헌법 제21조 제2항의 “언론·출판”에 해당되는 방송광고도 사전심의의 대상으로 하고 있으므로, 그 한도에서 헌법 제21조 제2항에 위반된다고 할 것이고, 이에 해당하지 않는 방송광고의 경우는 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 최소한도의 범위 내에서 사전심의가 가능하나, 그러한 필요성과 사전심의의 한계는 법률로 규정되어야 하는바, 이 사건 규정들은 텔레비전 방송광고에 대한 사전심의가 필요한 공익적 사유와 사전심의 범위의 최소한도를 법률에 규정하지 않고 있으므로 이는 헌법 제37조 제2항의 요청을 무시한 것으로서 과잉금지원칙에 위반된다고 하였다. 별개의견은 이 사건 방송법령 규정들이 텔레비전 방송광고에 대해 자율심의기구의 사전심의를 받도록 하는 것이 헌법 제21조 제2항 또는 제37조 제2항 위반이라고 보고 있다.

(다) 헌법불합치의견

한편, 헌법불합치의견에서는 헌법 제21조에 의해 보호되는 표현에는 상업적 표현도 포함되지만, 그 보호의 정도는 표현의 성격에 따라 달라질 수 있고, 특히 상업적 표현의 경우에는 심사의 정도가 완화될 수 있다고 보았다.

불합치의견은 상업광고가 표현의 자유의 보호대상에 포함된다고 하는 것과 그것이 다른 언론과 동일한 정도로 보호되어야 한다는 점은 별개의 문제라고 하면서 상업적 언론, 특히 상품과 서비스의 광고는 영리동기에 의하여 추동되기 때문에 다른 언론매체에 비하여 장래 위축되지 않는 특성을 가지고 있어 강한 보호의 필요성이 상대적으로 적다고 하였다. 이러한 바탕 위에서 불합치의견은 헌법 제21조 제1항상의 표현과 제2항상의 표현 범위를 달리 본다. 사전검열금지의 대상이 되는 표현행위 및 매체의 범위는 우리 헌법 제21조의 목적에 맞게 제한되어야 하는바, 상업광고는 그 특성상 위 헌법상 목적에 부합하는 것이 아니므로 사전검열금지원칙이 적용되지 않는다고 본 것이다.

다만 상업광고도 표현의 자유의 보호범위에는 포함되므로 그 제한은 헌법

제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써만 할 수 있고, 이 경우 상업광고의 특성상 그 규제에 관한 비례의 원칙 심사에 있어 피해의 최소성 원칙은 ‘입법목적 달성을 위하여 필요한 범위 내의 것인지’를 심사하는 정도로 심사의 강도를 완화시킨다.

그런데 이 사건 상업광고의 사전심의를 담당하는 자율심의기구는 행정기관성을 부인하기 어려운바, 현재 우리나라의 방송사업자나 광고회사의 수준을 고려할 때, 민간인만으로 심의기구를 구성하고 운영하도록 한다 하여도, 이 사건 방송법령 규정들의 입법 목적을 달성하는데 어려움이 없을 것이므로 사전심의기구의 구성과 운영에 공권력을 개입시킨 점에 있어서는 수단의 적절성을 갖추지 못하였다고 하였다. 나아가 신청된 방영시간대나 방송매체가 지상파방송인지 유선방송인지 여부 또는 방송채널의 특성상 사전심의가 필요한지 여부 등을 고려하여 사전심의 대상의 범위를 정하여야 함에도, 이 사건 규정들은 텔레비전 상업광고 전부를 일률적으로 사전심의의 대상에 포함시킴으로써, 입법목적 달성에 필요한 범위를 초과하여 표현의 자유를 제한하고 있으므로 이 사건 규정들의 일정 부분은 과잉금지원칙에 위반된다고 보았다.

다만 이 사건 방송법령 규정들 내에는 합헌 부분과 위헌 부분이 혼재되어 있으므로 단순위헌선고가 아닌 헌법불합치선고를 함으로써 후속 입법에 의하여 위헌적 부분을 제거하여야 한다고 하여 주문에 있어 헌법불합치주문을 선택하고 있다.

다. 심판대상의 확장

한편, 구 방송법 제32조는 2008. 2. 29. 법률 제8867호로 개정되어 방송광고사전심의의 주체를 방송통신심의위원회로 변경하였다. 그런데 이 방송통신심의위원회의 구성에는 여전히 행정권이 개입하고 있음은 물론, 방송법상 방송광고의 사전심의 주체이며(방송법 제32조 제2항), 방송심의에 관한 규정을 제정할 권한을 가지고 있고(방송법 제33조), 방송광고물의 사전심의를 관한 업무를 민간기구 등에 위탁하는 권한을 가지고 있다(방송법 제103조 제2

항). 방송통신심의위원회는 그 구성방법이나 임명, 업무에 있어 방송위원회와 크게 다르지 않고, 방송광고 사전심의와 관련해서도 방송위원회가 행하던 업무들을 거의 그대로 수행하고 있는데, 이것은 결국 개정법 하에서도 여전히 방송광고 사전심의 제도는 위헌성을 내포하고 있다는 것을 의미한다. 이에 헌법재판소는 법질서의 정합성과 소송경제의 측면에서 개정된 방송법에 대해서도 위헌을 선언할 필요가 있다고 판단하고, 구 방송법 규정과 함께 개정된 방송법 제32조 제2항, 제3항에 대해서도 심판대상을 확장하여 위헌을 선언하였다.

3. 이 결정의 의의

이 사건 결정으로 행정권이 개입된 방송광고에 대한 사전심의는 사라지게 되어 광고 표현에 있어서의 표현과 창작의 자유는 최대한 보장될 수 있게 되었다.

다만 자율심의기구의 강제적인 사전심의는 사라지게 되어 방송광고의 자율성이 강화되고 규제수준이 완화될 전망이긴 하지만, 상당한 자율성이 확보된 대신 과장광고나 불법광고로부터 소비자를 보호하기 위한 매체사의 책임은 더욱 강화될 것으로 보이고, 향후 문제가 되는 광고는 방송통신심의위원회의 사후심의를 받는 형태가 될 것이다.

그런데 헌법재판소가 텔레비전 방송광고에 대해 자율심의기구의 사전심의를 위헌으로 선언하였다고 하여 광고계나 매체사 스스로 하는 사전심의까지 금지되는 것은 아니므로 앞으로도 업계의 자율성에 기인한 사전심의를 계속될 전망이다.

그 예로 방송광고에 대한 사전자율심의가 한국방송협회에 의해 2008. 11. 3.부터 실시되고 있다. 방송협회는 불법 및 위해 광고로부터 시청자를 보호하고 방송광고의 심의에 따른 회원사의 중복업무를 해소하기 위해 협회 정책실 내에 광고심의팀을 신설하고 방송광고 사전심의의 질적 향상을 위한 자문과 최종 심의를 위해 방송광고 심의 관련 전문가로 구성된 심의위원회를 구성하고 심의를 시작했다.

한편, 방송통신심의위원회는 2008. 8. 20. 고시 제2008 - 1호로 ‘방송통신

위원회의 설치 및 운영에 관한 법률'부칙 제3조에 따라 승계한 방송위원회의 '방송광고물 사전심의의 민간위탁 고시'(방송위원회 고시 제2006-154호, 2006. 12. 29.)를 폐지하였고, 2008. 9. 2. '방송심의에 관한 규정'을 방송통신심의위원회규칙 제30호로 개정하여 방송광고 사전심의 규정인 제4조 제2호를 삭제하였다. 방송광고 사전심의가 불가능해진 것과 관련하여 후속조치를 취한 것이다. 다만 방송광고에 대해 사전심의 근거 규정인 방송법 제32조 제2항과 텔레비전 방송광고 등을 사전심의 대상으로 규정하고 있는 방송법 시행령 제21조의2는 여전히 개정되지 않고 있다. 위헌 선언으로 관련 내용이 그 효력이 상실되기는 하였으나 입법을 통한 전체적인 제도 정비가 시급한 상황이다.



민법 제3조 등 위헌소원

- 사산태아의 손해배상청구권 사건 -
(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81, 판례집 20-2상, 91)

최 희 수*

【판시사항】

1. 민법 제3조에 대해 재판의 전제성을 인정할 수 있는지 여부
2. 이 사건 심판청구가 법률해석의 위헌성을 다투는 것으로서 부적법한 것인지 여부
3. 태아가 생명권의 주체가 되는지 여부
4. 국가의 기본권보호의무 위반 여부 판단에 있어서의 심사기준(과소보호 금지원칙)
5. 민법 제3조 및 제762조(이하에서 이를 “이 사건 법률조항들”이라 한다)가 태아의 생명권을 보호하는데 미흡하여 국가의 기본권보호의무를 위반하고 있는지 여부(소극)

【심판대상】

민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것)
제3조(권리능력의 존속기간) 사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다.
제762조(손해배상청구권에 있어서의 태아의 지위) 태아는 손해배상의 청구권에 관하여는 이미 출생한 것으로 본다.

* 강원대학교 교수, 전 헌법연구관보

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인 신○호와 같은 정○미는 부부이고 청구인 신○재와 같은 신○창은 이들의 자녀이다. 청구인 정○미는 셋째 아이를 임신한 후 2002. 5. 8.경부터 당해사건의 피고 김○수가 근무하는 ○○산부인과의원에서 정기적으로 검진을 받았다. 청구인 정○미는 2002. 7. 22.(임신 16주 2일) 위 의원에서 기형아 검사를 위한 트리플마커 검사를 받았는데 그 결과 에드워드 증후군의 위험도가 1:100 이상으로 증가되었음이 확인되었다. 이에 위 김○수는 태아가 기형아인지를 정확히 알기 위해서는 양수검사가 필요하다고 권유하였고, 청구인 정○미의 동의 아래 2002. 7. 25. 양수천자검사를 실시하였다.

그런데 위 김○수¹⁾는 위 검사로 인하여 발생할 수 있는 합병증 및 유산의 위험성에 관하여 청구인 정○미에게 구체적으로 알려주지 않아 의사로서의 설명의무를 위반하였을 뿐만 아니라, 청구인 정○미가 양수검사에 따른 합병증으로 나타나는 감염 증상 및 조기양막파수를 일으키게 되어 다시 내원하여 감기몸살 및 복통을 호소하였음에도 필요한 적절한 조치를 취하지도 않았다. 청구인 정○미는 2002. 8. 3. ○병원에서 초음파검사를 받았고, 그 결과 양막이 터져 양수가 거의 없음이 확인되었으며 그 다음날(임신 19주) 태아는 태내에서 사망하였다.

청구인들은 태아도 권리능력이 인정되어 손해배상청구권을 가질 수 있고 태아가 사산할 경우 태아의 손해배상청구권은 정상적으로 태어났다면 친권자가 되었을 부모에게 상속된다고 주장하며 인천지방법원에 위 김○수를 피고로 한 손해배상청구소송을 제기하였으나, 이러한 내용의 청구(당해사건의 소송물 중 태아의 손해배상청구권 상속을 전제로 한 부분)는 제1심에서는 물론 항소심에서도 기각되었다. 이에 청구인들은 2004. 5. 27. 대법원에 상고하여 상고심 계속중 민법 제3조와 제762조에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였으나, 대법원은 2004. 9. 3. 상고를 기각함과 동시에 위헌법률심판 제청신청도 기각하였고, 위 위헌법률심판 제청신청 기각결정은 2004. 9. 10. 청

1) 당해사건의 피고 김○수에 대하여는 인천지방법원 판결에서 업무상과실치상죄로 벌금 5,000,000원의 형이 선고되어 확정되었다.

구인들에게 통지되었다.

한편 청구인 신○호는 2004. 9. 15. 헌법재판소에 국선대리인 선임신청을 하였으나 2004. 10. 12. 기각되자, 변호사를 대리인으로 선임한 후 2004. 10. 28. 위 조항들이 태아의 기본권을 침해한다고 주장하면서 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

2. 청구이유, 대법원의 위헌제청신청 기각결정의 이유 및 법무부장관의 의견 요지

가. 청구이유

헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가진다.”라고 규정하고 있다. 출생하지 않은 태아라고 하더라도 인간으로서의 존엄과 가치를 가지고 있다고 보아야 하며, 따라서 태아의 인간으로서의 존엄과 가치는 법적으로 보호를 받아야 한다. 또한 태아는 헌법 제10조 또는 제37조 제1항에 근거하는 생명권의 주체인데, 이 사건 법률조항들은 태아의 권리능력 자체를 부인함으로써 태아가 인간으로서 향유할 수 있는 기본권을 일체 부인하고 있으므로 헌법에 위반된다.

나. 대법원의 위헌제청신청 기각결정의 이유 요지

태아도 인간으로서의 존엄과 가치를 가진다고 보는 것이 일반적인 견해이고, 각국의 민법은 태아가 출생한 경우에 그의 이익을 보호하기 위한 제도를 마련하고 있다. 우리 민법도 이른바 개별적 보호주의를 취하여 불법행위에 기한 손해배상의 청구(민법 제762조) 등에서 태아도 이미 출생한 것으로 간주하여 그의 권리능력을 예외적으로 인정하고 있다. 그런데 태아의 권리능력을 어디까지 인정할 것인지 여부는 각국의 입법정책에 따라 달리 규정되고 있는 것으로서, 우리 민법이 심판대상조항과 같이 개별적 보호주의를 취하고 있다고 하여 헌법 제10조에 위배된다고 볼 수 없다. 심판대상조항에 따라 태아의 권리와 신생아의 권리가 차별되고 결과적으로 손해배상에 있어서 태아의 존재가치가 사람에 비하여 상대적으로 낮게 평가된다고 하더라도 이를 들어 자의적인 차별을 금지한 헌법 제11조나 국민의 자유와 권리가 헌

법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 않는다는 헌법 제37조에 위반된다고 볼 수 없다.

다. 법무부장관의 의견 요지

(1) 청구인 신○재, 신○창은 사산된 태아의 2순위 상속인인 태아의 형제들로서 가사 사산된 태아의 손해배상청구권이 인정된다고 하더라도 이를 상속할 수 없다. 따라서 이 사건 각 심판청구 중 청구인 신○재, 신○창의 청구부분은 재판의 전제성이 없어 부적법하다.

(2) 청구인 신○호, 정○미의 각 청구에 관하여 보면, 민법 제3조, 제762조는 태아의 권리능력을 직접적으로 부인하고 있는 것은 아니며, 위 조항들의 해석에 의해서 비로소 사람의 시기와 종기 및 손해배상에 있어서 보호되는 태아의 범위가 확정되는 것이므로 위 청구인들의 청구는 ‘법률조항’ 자체의 위헌성을 다투는 것이 아니라 ‘법률의 해석’의 위헌성을 다투는 것으로서 헌법소원의 대상이 될 수 없다.

(3) 가사 청구인 신○호, 정○미의 각 청구가 적법하다고 하더라도 위 청구인들의 청구는 이유 없다. 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치의 주체에는 태아도 포함되므로, 국가는 태아의 인간으로서의 존엄과 가치를 보호하여야 할 의무가 있다. 이에 따른 우리의 현행법 규정으로는 형법상 낙태죄의 규정과 모자보건법상 국가와 지방자치단체의 모성보호책임규정, 인공임신중절수술의 허용한계규정 등이 있고, 이러한 규정들은 국가가 태아의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하기 위한 전제로서 태아의 생명권을 보장하고 있는 것이다.

그러나 사산된 태아의 손해배상청구권의 문제는 태아의 생명권을 직접적으로 침해하는 측면이 아니고 일단 생명권이 침해된 이후에 사후적으로 금전적인 보상을 어떠한 법리를 통하여 인정하여 줄 것인가 하는 방법을 정하는 문제에 불과하고 이러한 방법을 정하는 데 있어서는 입법부의 광범위한 재량이 인정된다고 할 것이다. 또한 사산된 태아의 권리능력을 인정하지 않는다고 하여도 태아의 부모는 모체의 손상 및 정신적 피해에 따른 손해배상청구권을 행사할 수 있다. 따라서 민법 제3조, 제762조는 입법재량의 한계를

넘어 태아의 인간으로서의 존엄과 가치를 침해하였다고 볼 수 없다.

【결정요지】

1. 인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원이다. 이러한 생명에 대한 권리, 즉 생명권은 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선행적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이다. 모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되며, 형성 중의 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리가 인정되어야 한다. 따라서 태아도 헌법상 생명권의 주체가 되며, 국가는 헌법 제10조에 따라 태아의 생명을 보호할 의무가 있다.

2. 국가가 소극적 방어권으로서의 기본권을 제한하는 경우 그 제한은 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하고, 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수는 없으며 그 형식은 법률에 의하여야 하고 그 침해범위도 필요최소한도에 그쳐야 한다. 그러나 국가가 적극적으로 국민의 기본권을 보장하기 위한 제반조치를 취할 의무를 부담하는 경우에는 설사 그 보호의 정도가 국민이 바라는 이상적인 수준에 미치지 못한다고 하여 언제나 헌법에 위반되는 것으로 보기 어렵다. 국가의 기본권보호의무의 이행은 입법자의 입법을 통하여 비로소 구체화되는 것이고, 국가가 그 보호의무를 어떻게 어느 정도로 이행할 것인지는 입법자가 제반사정을 고려하여 입법정책적으로 판단하여야 하는 입법재량의 범위에 속하는 것이기 때문이다.

물론 입법자가 기본권 보호의무를 최대한 실현하는 것이 이상적이지만, 그러한 이상적 기준이 헌법재판소가 위헌 여부를 판단하는 심사기준이 될 수는 없으며, 헌법재판소는 권력분립의 관점에서 소위 “과소보호금지원칙”을, 즉 국가가 국민의 기본권 보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 기준으로 심사하게 된다. 따라서 입법부작위나

불완전한 입법에 의한 기본권의 침해는 입법자의 보호의무에 대한 명백한 위반이 있는 경우에만 인정될 수 있다. 다시 말하면 국가가 국민의 법익을 보호하기 위하여 아무런 보호조치를 취하지 않았는지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 명백하게 부적합하거나 불충분한 경우에 한하여 헌법재판소는 국가의 보호의무의 위반을 확인할 수 있을 뿐이다.

3. 태아는 형성 중의 인간으로서 생명을 보유하고 있으므로 국가는 태아를 위하여 각종 보호조치들을 마련해야 할 의무가 있다. 하지만 그와 같은 국가의 기본권 보호의무로부터 태아의 출생 전에, 또한 태아가 살아서 출생할 것인가와는 무관하게, 태아를 위하여 민법상 일반적 권리능력까지도 인정하여야 한다는 헌법적 요청이 도출되지는 않는다. 법치국가원리로부터 나오는 법적안정성의 요청은 인간의 권리능력이 언제부터 시작되는가에 관하여 가능한 한 명확하게 그 시점을 확정할 것을 요구한다. 따라서 인간이라는 생명체의 형성이 출생 이전의 그 어느 시점에서 시작됨을 인정하더라도, 법적으로 사람의 시기를 출생의 시점에서 시작되는 것으로 보는 것이 헌법적으로 금지된다고 할 수 없다.

입법자는 형법과 모자보건법 등 관련규정들을 통하여 태아의 생명에 대한 직접적 침해위험을 규범적으로 충분히 방지하고 있으므로, 이 사건 법률조항들이 태아가 사산한 경우에 한해서 태아 자신에게 불법적인 생명침해로 인한 손해배상청구권을 인정하지 않고 있다고 하여 단지 그 이유만으로 입법자가 태아의 생명보호를 위해 국가에게 요구되는 최소한의 보호조치마저 취하지 않은 것이라 비난할 수 없다.

생명의 연속적 발전과정에 대해 동일한 생명이라는 이유만으로 언제나 동일한 법적 효과를 부여하여야 하는 것은 아니다. 동일한 생명이라 할지라도 법질서가 생명의 발전과정을 일정한 단계들로 구분하고 그 각 단계에 상이한 법적 효과를 부여하는 것이 불가능하지 않다. 이 사건 법률조항들의 경우에도 ‘살아서 출생한 태아’와는 달리 ‘살아서 출생하지 못한 태아’에 대해서

는 손해배상청구권을 부정함으로써 후자에게 불리한 결과를 초래하고 있으나 이러한 결과는 사법(私法)관계에서 요구되는 법적 안정성의 요청이라는 법치국가이념에 의한 것으로 헌법적으로 정당화된다 할 것이므로, 그와 같은 차별적 입법조치가 있다는 이유만으로 곧 국가가 기본권 보호를 위해 필요한 최소한의 입법적 조치를 다하지 않아 그로써 위헌적인 입법적 불비나 불완전한 입법상태가 초래된 것이라고 볼 수 없다.

그렇다면 이 사건 법률조항들이 권리능력의 존재 여부를 출생 시를 기준으로 확정하고 태아에 대해서는 살아서 출생할 것을 조건으로 손해배상청구권을 인정한다 할지라도 이러한 입법적 태도가 입법형성권의 한계를 명백히 일탈한 것으로 보기는 어려우므로 이 사건 법률조항들이 국가의 생명권 보호의무를 위반한 것이라 볼 수 없다.

재판관 조대현의 한정위헌의견

민법 제762조는 태아가 출생하기 전에도 손해배상청구권을 취득할 수 있는 권리능력을 인정하는 것이므로, 권리능력의 존속시기에 관한 일반원칙을 규정하고 있는 민법 제3조에 대한 예외를 규정한 특별규정이라고 할 것이다. 특별규정인 민법 제762조가 적용되는 경우에는 일반규정인 민법 제3조는 적용되지 않는다고 보아야 한다.

그런데 대법원은 민법 제762조를 적용함에 있어, 태아는 살아서 출생한 경우에만 불법행위로 인한 손해배상청구권을 가진다고 해석하고 있다. 이러한 법률해석은 태아가 살아서 출생한 경우에만 태아를 보호하는 것이므로, 살아서 출생한 사람만 태아 기간 중에 발생한 불법행위 시기에 소급하여 보호할 뿐, 태어나기 전의 태아 자체는 보호하지 않는 셈으로 된다. 그리고 타인의 불법행위로 태아가 부상하거나 부모가 사망한 경우에는 태아의 손해배상청구권을 인정하지만, 불법행위로 태아가 사망한 경우에는 태아의 손해배상청구권을 부정하게 된다. 이러한 법률해석은 태아의 존엄과 가치를 보호하려는 민법 제762조의 취지를 축소시켜서 헌법 제10조에 의하여 보장되는

태아의 존엄과 가치를 침해하는 것이라고 할 것이다.

결국 태아가 살아서 출생한 경우에만 민법 제762조가 적용된다고 해석하는 것은 헌법 제10조에 위반된다고 선언하여야 한다.

재판관 김종대의 한정위헌의견

“태아는 손해배상의 청구권에 관하여는 이미 출생한 것으로 본다.”고 규정한 민법 제762조를 민법 제3조에 대한 특칙으로 보지 않고, 제3조의 통상적 해석만을 내세워, ‘태아가 살아서 출생한 경우에만 손해배상청구권을 취득하되 다만 그 청구권의 발생 시기만 태아 당시로 소급하는 것을 의미한다’고 본다면, 생명을 침해당한 태아는 이미 살아서 출생할 수 없음이 명백해졌으므로 손해배상청구권을 취득할 수 없게 되고, 태아의 생명을 침해한 자는 태아에 대하여 아무런 사법상 책임을 지지 않게 된다. 이는 국가가 태아의 생명을 실체적인 가치로 인정하지 않고 허구적이고 조건적인 것으로 인식함으로써 태아의 생명을 경시하는 것으로, 인간으로서의 존엄과 가치 및 개인의 생명을 보호하여야 할 국가가 그 의무를 다하지 않은 결과이다.

그러므로 민법 제762조가 태아의 손해배상청구권을, 살아서 출생한 태아의 경우에만 손해배상청구권을 인정하는 것으로 보는 것은 기본권 보호 의무를 규정하고 있는 헌법 제10조 제2문에 위반하여 태아의 인간으로서의 존엄과 가치 및 생명권을 침해한 것으로서 헌법에 위반된다.

【해설】

1. 적법요건

가. 청구기간 부분

청구인 신○호의 경우 위헌법률심판 제청신청 기각결정문이 통지된 2004. 9. 10.로부터 5일이 지난 2004. 9. 15. 헌법재판소에 국선대리인 선임신청을 하였고 이 신청은 2004. 10. 12. 기각되어 2004. 10. 18. 위 청구인에게 통지되었다. 헌법재판소법 제70조 제4항에 의하면 국선대리인 선임신청이 기각

된 경우 신청인이 선임신청을 한 날로부터 기각통지를 받은 날까지의 기간은 헌법재판소법 제69조의 규정에 의한 청구기간에 이를 산입하지 않는다. 따라서 적어도 2004. 9. 15.부터 2004. 10. 18.까지의 기간은 청구기간에 산입되지 않으므로, 2004. 10. 28. 청구된 위 청구인의 심판청구 부분은 청구기간을 준수하였다고 볼 것이다.

하지만 나머지 청구인들인 정○미, 신○재, 신○창의 경우, 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 위 기각결정문을 통지받은 날부터 30일 이내에 청구하여야 함에도 불구하고 49일이 지난 2004. 10. 28. 이 사건 헌법소원 심판청구를 하였으므로, 이들 청구인들의 심판청구는 청구기간을 도과한 것으로 보아야 한다.

나. 재판의 전제성 부분

(1) 민법 제3조의 경우

민법 제3조는 권리능력의 주체가 되는 사람의 시기와 종기에 관한 규정으로, 현재의 통설, 판례인 전부노출설에 의하면 태아의 권리능력은 이 조항에 의하여 원칙적으로 인정되지 않게 된다. 그런데 이 사안에서 문제된 당해사건은 사산한 태아의 손해배상청구권이 문제되는 사안이므로 일반적으로 태아의 권리능력을 부정하는 민법 제3조가 재판의 전제성을 가지는지 여부가 문제될 수 있다. 이 사건에서는 민법 제3조에서 일반적으로 태아의 권리능력을 인정하지 않는 것이 문제되는 것이 아니라, 민법 제762조에서 태아가 불법행위의 직접적인 피해자가 되어 사망한 경우까지 권리능력이 부정되어 손해배상청구권을 인정하지 않는 것이 문제라고 본다면, 민법 제3조는 당해사건과 직접적인 관련성을 가지지 않는다고 볼 수도 있기 때문이다.

하지만 민법 제762조는 ‘태아는 손해배상의 청구권에 관하여는 이미 출생한 것으로 본다’라고 규정하고 있는바, 이 규정을 文理 그대로만 해석할 경우 사산된 태아의 손해배상청구권의 청구권을 인정하는 데 아무런 지장이 없다. 즉 태아는 손배배상에 관한 한 출생한 것이나 다름없기 때문에 태아상태로 죽음에 이른 경우에도 손해배상청구권은 당연히 발생한다는 것이 민

법 제762조의 의미인 것이다. 그럼에도 불구하고 사산한 태아의 손해배상청구권을 부정하는 것은 법원이 동 사안에 민법 제762조 뿐만 아니라 ‘생존한 동안’에만 권리와 의무의 주체가 된다고 선언한 민법 제3조도 동시에 적용하고 있기 때문이다. 다시 말해 살아서 출생하지 못한 태아의 손해배상청구권이 부정되는 것은 민법 제762조의 해석 때문이 아니라 오히려 민법 제3조 때문인 것이다.

물론 사산된 태아의 손해배상청구권을 인정하기 위해서는 민법 제762조를 해석함에 있어 민법 제3조의 적용을 배제하는 것으로 충분하겠지만, 그렇다고 이 사건 당해사건에 현실적으로 적용되고 있는 민법 제3조에 대해 그 ‘재판의 전제성’을 부정할 수는 없는 것이다.

(2) 민법 제762조의 경우

청구인 신O호는 태아가 불법행위로 인하여 사산된 경우에 예외적으로 권능력을 인정받게 될 경우 태아 자신에게 인정되는 불법행위로 인한 손해배상청구권을 상속할 수 있는 1순위 상속인에 해당한다. 따라서 이 사건 심판대상의 하나인 민법 제762조의 위헌 여부에 따라서 위 청구인에 대한 당해사건의 결론이나 주문에 어떤 영향을 주거나 재판의 내용이나 효력에 관한 법률적 의미가 달라질 수 있으므로, 재판의 전제성이 인정된다.

다. 청구인 신O호의 청구가 법률해석의 위헌성을 다투는 것인지 여부

법무부장관은 이 사건 심판청구가 ‘법률조항’ 자체의 위헌성을 다투는 것이 아니라 ‘법률의 해석’의 위헌성을 다투는 것으로서 헌법소원의 대상이 될 수 없다고 주장하고 있다.

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 제기하면서 법률의 해석에 관한 청구, 즉, 법률 조항에 대한 ‘한정위헌’의 판단을 구하는 청구에 대하여 우리 재판소는 헌법재판소법 제68조 제2항이 ‘법률의 위헌여부심판의 제청신청이

기각된 때에는’ 이라고 규정함으로써 심판의 대상을 ‘법률’에 한정하고 있으므로, 일반적으로 법률조항 자체의 위헌판단을 구하는 것이 아니라 법률조항을 ‘……하는 것으로 해석하는 한 위헌’이라는 판단을 구하는 청구는 헌법재판소법 제68조 제2항의 청구로 적절치 아니하지만, 청구인의 주장이 단순히 법률조항의 해석을 다투는 것이 아니라 그러한 해석의 여지를 주는 법률조항의 불명확성을 다투는 경우(헌재 1995. 7. 21. 92헌바40, 판례집 7-2, 34, 36-37; 헌재 1997. 2. 20. 95헌바27, 판례집 9-1, 156, 161-162 참조) 또는 소위 “법원의 해석에 의하여 구체화된 심판대상 규정의 위헌성” 문제가 있는 것으로 볼만큼 일정한 사례군이 상당 기간에 걸쳐 형성, 집적된 경우(헌재 1995. 5. 25. 91헌바20, 판례집 7-1, 615, 626; 헌재 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 10-2, 243, 251-252; 헌재 2001. 8. 30. 2000헌바36, 판례집 13-2, 229, 231-232)에는 한정위헌의 판단을 구하는 심판청구라 하더라도 이를 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 경우로 이해하여 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 적법한 청구로 받아들이고 있다.

살피건대, 비록 태아가 사산된 경우에 권리능력이 인정되지 않는 것은 이 사건 법률조항들에 대한 해석론을 전제로 한 것이기는 하지만, 법원은 민법 제762조의 출생의제조항을 민법 제3조에 비추어 해석하고 있고, 이러한 법원의 해석은 확립된 판례로서 “법원의 해석에 의하여 구체화된 심판대상 규정의 위헌성” 문제가 있는 것으로 볼만큼 일정한 사례군이 상당 기간에 걸쳐 형성, 집적된 경우에 해당하므로, 비록 이 사건 심판청구가 한정위헌의 판단을 구하는 심판청구에 해당한다 할지라도 이는 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 경우로 이해할 수 있어 이 사건 심판청구는 적법하다.

2. 본안판단

가. 이 사건 법률조항들의 의미

(1) 민법 제3조

이 사건 심판대상인 민법 제3조는 “사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다.”고 하여 권리능력의 존속기간, 즉 권리능력의 ‘시기’와 ‘중기’를

규정하고 있다. 민법 제3조에서 ‘생존하기 시작하는 때’, 즉 ‘출생한 때’를 인체로 볼 것인가와 관련하여 현재의 통설과 판례는 ‘전부노출설’의 입장을 취하고 있다. ‘전부노출설’에 의하면 태아가 모체에서 전부 노출되면 족한 것으로, 탯줄이 끊어질 것 또는 태반이 전부 배출될 것 등은 필요하지 아니하다. 모체로부터 분리된 후에 독자적으로 생존할 능력이 있을 것도 필요하지 않지만 단시간이라고 하더라도 모체에서 전부 분리된 후 살아 있을 것이 요구된다. 또한 살아서 출생한 이상 기형·조산·쌍생 등은 문제로 되지 않고 인공수정에 의한 출산의 경우에도 차이가 없다.

(2) 민법 제762조

그런데 사람의 권리능력은 출생한 때로부터 시작된다는 원칙을 관철한다면 임신 중의 태아는 아직 권리능력을 취득하지 않은 것이 되어 태아에게 불리한 경우가 생기게 되므로 각국의 민법은 구체적인 경우에 태아의 법적 지위를 보호하기 위한 규정을 두고 있는데, 일반적 보호주의와 개별적 보호주의로 나눌 수 있다.

일반적 보호주의는 태아의 이익을 위하여 모든 법률관계에 있어서 일반적으로 이미 출생한 것으로 보는 주의로서 로마법상의 원칙이었고 오늘날에는 스위스민법이 이에 따르고 있다. 개별적 보호주의는 중요한 법률관계에 관하여서만 법률의 특별규정에 의하여 출생한 것으로 보는 주의로서, 오늘날에는 독일민법, 프랑스민법, 일본민법 및 우리나라 민법이 이에 따르고 있다.²⁾

이 사건 심판대상 조항인 민법 제762조는 개별적 보호주의에 입각하여 불법행위에 기한 손해배상청구권에 있어서 태아의 권리능력을 의제하고 있는 것으로 태아는 재산상 손해와 정신상 손해의 양자에 관하여 그 고유의 배상청구권을 취득할 수 있다. 불법행위가 태아 자신에 대한 것이든, 태아 이외

2) 우리 민법상 개별적 보호주의에 입각해서 태아의 보호를 위하여 마련된 조항으로는 ①불법행위에 기한 손해배상의 청구(민법 제762조), ②재산상속(민법 제1000조), ③대습상속(민법 제1001조), ④유증(민법 제1064조), ⑤사인증여(민법 제562조) 등이 있다.

의 제3자에 대한 것이든 관계없다. 포태 중인 모친에 대한 불법행위로 인하여 태아가 기형아로 출생한 경우, 그 불법행위는 모친에 대한 것임과 동시에 태아 자신에 대한 것이므로 출생자는 재산상 및 정신상 손해배상을 청구할 수 있다.³⁾

여기에서 태아가 “이미 출생한 것으로 본다.”는 것의 법률적 의미에 대하여는 학설상으로 정지조건설과 해제조건설의 두 견해가 대립되고 있다. 정지조건설은 태아로 있는 동안에는 아직 권리능력을 취득하지 못하지만, 살아서 출생할 때에는 그 권리능력취득의 효과가 문제의 사건이 발생한 시기까지 소급하여 생긴다는 견해로서 판례의 입장이다.⁴⁾ 정지조건설의 경우에는 태아에게는 권리능력이 없으므로 법정대리인을 인정할 수 없어 태아 상태에서 취득 또는 상속한 재산을 태아인 동안에 보존하거나 관리할 수 없는 단점이 있으나, 죽어서 출산되더라도 타인에게 예측하지 않는 손해를 줄 염려가 없다.⁵⁾

반면, 해제조건설은 태아가 이미 출생한 것으로 간주되는 각 경우에 태아는 그 개별적인 사항의 범위 안에서 최초부터 권리능력을 가지나 사산인 경우에는 그 권리능력취득의 효과가 문제의 사건의 시까지 소급하여 소멸한다는 것, 즉 죽어서 출생한 시기가 과거의 일정시기까지 소급한다는 것으로 학계의 다수설이다.⁶⁾ 해제조건설에 의하면 태아로 있는 동안에도 법정대리인을 통하여 재산의 관리 기타의 권리 보존방법을 취할 여지가 있게 되어 태아를 보다 두텁게 보호할 수 있는 장점이 있으나 태아가 죽어서 출산하면

3) 대법원 1993. 4. 27. 선고 93다4663 판결(공1993. 1568)

4) ‘특정한 권리에 있어서 태아가 이미 태어난 것으로 본다는 것은 무엇을 말하나 설사 태아가 권리를 취득한다고 하더라도 현행법상 이를 대행할 기관이 없으니 태아로 있는 동안에는 권리능력을 취득할 수 없고, 살아서 출생한 때에 출생시기가 문제의 사건의 시기까지 소급하여 그 때에 태아가 출생한 것과 같이 법률상 보아준다고 해석하여야 하는 것이다.’ (대법원 1976. 9. 14. 선고 76다1365 판결, 공1976. 9351) 이외에도 태아인 동안에는 법정대리인에 의한 수증행위가 불가능하다고 본 대법원 1982. 2. 9. 선고 81다534 판결 (공1982, 801)이 있다.

5) 민법 주해 XIX호 281면, 김황식 집필부분, 양창수. ‘태아의 권리능력’, 고서연구 1988. 6. 171면

6) 민법주해 I, 231면, 윤용섭 집필부분

법정대리인의 행위가 소급해서 무효가 되므로 그 상대방이나 제3자에게 예측하지 못한 손해를 줄 염려가 있다는 단점이 있다.⁷⁾

태아가 불법행위로 인하여 사산된 경우에 태아의 생명침해로 인한 손해배상청구권이 인정되는지의 여부와 관련하여 정지조건설에 의하면 태아가 출생한 경우에 비로소 불법행위시에 소급하여 권리능력이 있는 것으로 간주되어 사산된 경우에는 처음부터 권리능력이 없는 것으로 되므로 태아에게 손해배상청구권이 없는 것으로 된다. 해제조건설에 의할 경우에도, 원칙적으로 불법행위시에 태아는 손해배상청구권을 취득하며 법정대리인을 통해서 청구권을 행사할 수 있게 되는 것이지만, 태아의 사산시에는 소급하여 손해배상청구권이 부정되므로, 정지조건설과 마찬가지로의 결과가 된다. 대법원 76다1365 판결에서도 태아가 출생의 기회를 가지지 못한 경우에는 배상청구권을 논할 여지가 없으며 소위 해제조건설에 의하더라도 이는 마찬가지로 판시하였다.⁸⁾

나. 관련되는 기본권

(1-1) 인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원이다. 이러한 생명에 대한 권리, 즉 생명권은 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이다(헌재 1996. 11. 28. 95헌바1, 판례집 8-2, 537, 545 참조). 모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되며, 형성 중의 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리가 인정되어야 한다. 따라서 태아도 헌법상

7) 민법주해 XIX, 281면, 김황식 집필부분

8) 위 판례에서 법원은 “실사 태아를 위한 법률관계의 보존을 위한 목적에서 태아 중에도 출생한 것으로 인정되는 범위에서 제한적 권리능력을 주고 따라서 법정대리인에 의한 권리보전수단을 쓸 수 있으며 살아서 태어나지 않을 때엔 그 권리능력이 소급적으로 소멸한다고 보는 견해(법정해제조건설, 제한적인격설)에 따른다고 하더라도 태아가 사산과 같은 경우인 본건에 있어서는 결론은 달라지지 아니한다. 논지는 태아가 태아 중에 얻은 권리는 태아가 불법행위로 사산될 경우는 그 권리가 상속된다고 주장하고 또 이런 경우는 그 유족은 민법상 위자료청구를 할 수 있다고 주장하나 당원이 따르기를 꺼리는 바이다.”라고 판시하고 있다.

생명권의 주체가 되며, 국가는 헌법 제10조에 따라 태아의 생명을 보호할 의무가 있다.

(1-2) 이 사건 법률조항들은 생명에 대한 침해가 있고 난 이후에 손해의 조정에 관한 규정으로서 형법상의 낙태죄와 같이 생명의 직접적 보호에 관련된 규정들이라고 보기는 어렵다. 그러나 생명침해에 대한 손해배상청구는 생명을 침해한 불법행위에 대하여 손해의 배상을 구하는 청구권이므로, 이와 같은 청구권은 비록 그것이 민법규정에 의해 규율된다고 할지라도 헌법상의 생명권적 고찰로부터 벗어날 수 없다. 가령 태아가 아니라 ‘출생을 완료한 갓난아기, 미성년자, 심지어 성년자에 대해 가해진 생명 침해’에 대해 어떤 민법질서가 손해배상청구권을 명시적으로 부정하거나 인정하지 않는 입법태도를 취하고 있을 경우, 이 문제를 단순히 민법상의 재산권적 청구권 내지 단순히 헌법상의 재산권 문제로만 다룰 수 없을 것임은 자명하다 할 것이다. 이 사건의 경우에도 민법질서는 사산된 태아의 손해배상청구권을 일반적으로 부정함으로써 ‘태아의 생명을 쓸모없는 존재, 무가치한 존재로 취급하는 법적 평가’를 단행하고 있다는 혐의로부터 벗어날 수 없는 것이다.

(1-3) 이 사건의 쟁점은 태아의 생명 침해에 대하여 태아 자신에게 손해배상청구권을 인정하는 입법조치(또는 해석)를 국가가 취하지 않은 것이 위헌인지 여부이다. 그런데 설령 국가가 입법조치를 통해 태아 자신의 생명 침해에 대한 손해배상청구권을 인정한다 할지라도 그와 같은 청구권은 생명침해가 있는 이후에 사후적으로 인정되는 것에 불과하다. 따라서 생명침해에 대한 손해배상청구권이 생명권으로부터 직접 도출되는 것이라거나 생명권의 내용이라 보기는 어렵다. 그럼에도 불구하고, 태아의 생명침해에 대하여 태아 자체에게 손해배상청구권을 인정하게 되면, 그 위하력으로 인하여 태아의 생명이 침해되는 것을 일반적으로 예방할 수 있는 효과를 예상해볼 수 있을 것이다. 이와 같은 관점에서는 태아 자신에게 손해배상청구권을 허용하지 아니하는 현재의 법상태가 태아의 생명 존중을 위한 최소한의 보호조치로서 충분한 것인가의 여부에 대한 검토를 요구하게 된다.

(2) 한편, 이 사건 심판대상조항들의 재산권 관련성은 생명권 관련성과 비교해 볼 때 심각한 것이 아니다. 이 사건 심판대상조항들은 태아의 권리능력을 태아로서 향유하는 것을 부정함으로써 인간의 가장 본질적이고 포기할 수 없는 생명의 가치를 일정부분 배제하는 것을 그 본질로 하는 것이기 때문이다. 만약 이 사건 법률조항들이 생명권의 관점에서 위헌으로 선언된다면 태아 자신의 손해배상청구권이 회복될 것이고 그 결과로서 현행법 질서에 따라 부모에 의한 상속⁹⁾도 가능해질 것이다.¹⁰⁾ 반대로 이 사건 법률조항들이 합헌으로 선언된다면 태아의 생명권에 대한 일정한 제약이 헌법상 생

9) 대법원 1969. 4. 15. 선고 69다268(집 17-2, 민 65), 대법원 1966. 2. 28. 선고 65다 2523(집 14-1, 민 108)

[69다268] “정신적 고통에 대한 피해자의 위자료 청구권도 재산상의 손해배상 청구권과 구별하여 취급할 근거없는 바이므로 그 위자료 청구권이 일신 전속권이라 할 수 없고 피해자의 사망으로 인하여 상속된다 할 것이며 피해자의 재산상속인이 민법 제752조 소정의 유족인 경우라 하여도 그 유족이 민법 제752조 소정 고유의 위자료 청구권과 피해자로부터 상속받은 위자료 청구권을 함께 행사할 수 있다고 하여 그것이 부당하다 할 수 없고 피해자의 위자료 청구권은 감각적인 고통에 대한 것 뿐만 아니라 피해자가 불법 행위로 인하여 상실한 정신적 이익을 비재산 손해의 내용으로 할 수 있는 것이어서 피해자가 즉사한 경우라 하여도 피해자가 치명상을 받은 때와 사망과의 사이에는 이론상 시간적 간격이 인정될 수 있는 것이므로 피해자의 위자료 청구권은 당연히 상속의 대상이 된다.”

10) 나아가 재산권에까지 태아의 일반적 기본권주체성을 긍정하는 것은 이 사건의 판단범위를 넘어 다른 경우에까지 영향을 미칠 수 있다. 예컨대 재산권의 한 부분인 상속권에 있어서 상속순위에 변동은 가져올 수 있다. 민법 제1000조 제3항을 태아 상태에서 혹은 태아상태로 사망한 경우에까지도 태아의 재산권(상속권)을 인정하는 것으로 해석한다면 동조 제1항에 따른 상속순위가 변동될 수 있다. 예컨대 夫가 父, 배우자 및 태아(유복자)를 남기고 사망한 직후 태아가 태아 상태로 사망해버린 경우가 그러하다. 종래에는 태아상태의 재산권능력 내지 권리능력을 부정하였기 때문에 위 규정에 따르면 父와 배우자가 공동상속인이 되는 결과가 되었지만, 이제 태아 상태에서도 재산권능력 내지 권리능력을 긍정하게 되는 결과 배우자가 단독 상속인이 될 것이다.

[민법] 제1000조 (상속의 순위) ①상속에 있어서는 다음 순위로 상속인이 된다.<개정 1990.1.13.>

1. 피상속인의 직계비속
2. 피상속인의 직계존속
3. 피상속인의 형제자매
4. 피상속인의 4촌이내의 방계혈족

②전항의 경우에 동순위의 상속인이 수인인 때에는 최근친을 선순위로 하고 동친 등의 상속인이 수인인 때에는 공동상속인이 된다.

③태아는 상속순위에 관하여는 이미 출생한 것으로 본다.<개정 1990.1.13>

명권의 관점에서 정당화되는 것이므로, 그러한 한에서 입법자가 헌법 제23조 제1항의 재산권의 내용과 한계를 법률로 정함에 있어 입법형성권의 범위를 일탈한 것으로 보기도 어려울 것이다.

(3) 평등권의 경우에도 다르지 않을 것이다. 살아서 출생한 태아의 경우 태아인 상태에서 입은 신체적 손해에 대한 손해배상청구권을 인정하면서도, 마찬가지로 태아인 상태에서 발생한 생명침해의 경우에는 살아서 출생할 수 없다는 이유로 태아 자신의 손해배상청구권을 부정하는 것은 ‘살아서 출생한 태아’와 ‘살아서 출생할 수 없는 태아’를 단지 출생이라는 사실을 요건으로 차별취급하는 결과가 되지만, 후자의 경우가 헌법상 생명권의 관점에서 합헌적인 것으로 평가되는 한 그와 같은 차별은 합리적 차별로서 평등권에 반하는 것이라 하기 어렵다.

(4) 그렇다면 이 사건 법률조항들의 위헌 여부는 직접적으로 관련되는 기본권인 헌법상 생명권 위반 여부를 판단하는 것으로 족하다고 볼 것이다.

다. 심사기준

전술한 바와 같이 이 사건 법률조항들은 태아의 생명권에 관련되는 것으로 본다 할지라도, 이 사건 법률조항들에 의한 사산태아의 손해배상청구권 부정의 위헌 여부를 판단함에 있어 과잉금지원칙에 따른 심사를 할 것인가 과소보호금지원칙에 따른 심사를 할 것인가가 문제된다. 결론적으로 과잉금지원칙에 따른 심사가 아니라 국가의 기본권보호의무론의 관점에서 과소보호금지 위반 여부를 심사하여야 할 것으로 생각되는데, 그 이유는 다음과 같다.

(1) 대국가적 방어권과 기본권보호의무는 양자 모두 기본권을 보호한다는 점에서는 일치하지만, 전자의 경우에는 국가와의 관계에서 개인의 자유가 문제되는 것인 반면, 후자의 경우에는 사인 상호간에 있어서 기본권적 법익의 침해가 문제된다는 점에서 근본적으로 차이가 있다. 즉, 주관적 방어권이나

객관적 보호의무는 양자 모두가 국가를 수범자로 하고 있다는 점에서는 같지만, 주관적 방어권의 경우에는 국가가 기본권의 危險源으로 나타나는 데 반해, 보호의무의 경우에는 제3자인 私인이 기본권에 대한 危險源으로 나타나고 국가는 보증인적 지위에서 이러한 제3자에 의해 야기되는 기본권적 법익에 대한 침해 내지 위험을 막아야 할 의무를 지게 된다는 점에서 구별된다.¹¹⁾ 요컨대 사인의 행위에 의해 기본권의 침해 또는 침해의 위험이 발생하는 경우에도 국가는 적극적으로 이러한 위해의 발생을 방지하거나 위해에 따른 피해를 구제해야 하는 의무를 지게 되는데,¹²⁾ 이와 같이 국가가 기본권보호의무자로 나서게 되는 경우는 ‘국가가 침해의 당사자 내지 “基本權의 敵”으로 나타나게 되고 그에 따라 기본권의 기능도 대국가적 방어권으로서의 역할을 수행하게 되는 경우’와는 본질적으로 구별되어야 할 것이다.

(2) 이와 같은 기능적 차이는 심사기준에 있어서의 차이로 이어지게 된다. 대국가적 방어권은 기본권적 자유에 대한 일체의 국가적 침해를 금하는 것을 의미하지만, 기본권보호의무는 법익보호를 위하여 효과적인 모든 수단들의 투입을 요구하는 것은 아니다. 즉 보호의무의 일차적 이행자인 입법자에게는 기본권적 지위의 보호를 위하여 어떠한 수단을 택할 것인가를 결정함에 있어 충돌하는 타 법익들과의 형량, 보호수단과 보호효과에 대한 평가 등과 관련하여 원칙적으로 ‘폭넓은 입법재량의 여지’가 인정된다. 따라서 헌법재판소가 기본권보호의무를 수행하는 입법적 조치들에 대한 통제를 단행하

11) 정태호, 기본권보호의무, 법학논집 특별호, 1997, 376, 377쪽

12) 계희열, 헌법학 (중), 신정2판, 2007, 106쪽. 계희열 교수는 ① 임신중절의 경우 생명보호의무, ② 테러리스트의 위협에 대한 생명보호의무, ③ 기술적 발전에 수반된 원자핵의 위험, ④ 전자기위험 ⑤ 항공교통소음 및 도로교통소음 위험 ⑥ 공기 및 삼림의 화학적 오염과 훼손에 대한 보호의무 ⑦ 대학과 관련하여 국가의 영조물의 기능보장 및 조직 내부에서의 기본권보호를 위한 보호의무, ⑧ 직업의 자유와 관련하여 私法的 갈등에 있어서 관철될 가망이 없는 기본권을 위한 보호의무 등을 들고 있다. (각주 87); 정종섭, 헌법학원론 제3판, 2008, 346쪽. 정종섭 교수는 ① 사인인 모나 의사의 임신중절수술에 대한 태아의 생명보호의무, ② 사인인 테러리스트의 공격에 대응한 생명·신체·재산권 보호의무, ③ 전자파의 위험으로부터의 보호의무, ④ 원자력으로부터의 위험을 방지할 의무, ⑤ 항공기나 교통의 소음으로부터 안전한 삶을 보호할의무, ⑥ 오염이나 훼손으로부터 환경권을 보호할 의무 등을 들고 있다.

는 경우에도 그 심사기준은 ‘기본권적 자유에 대한 최소침해를 요구하는 과잉금지원칙(Übermaßverbot, 헌법 제37조 제2항)’이 적용되는 것이 아니라 ‘국가에 의한 기본권적 법익에 대한 보호효과가 헌법이 명령하는 최저한도의 보호수준에 미달하여서는 아니된다’는 원칙, 즉 과소보호금지원칙(Untermaßverbot)이 적용된다.¹³⁾ 어느 정도의 보호가 최저보호수준에 해당 하는가는 확일적으로 정할 수 없으며, 개별사례별로 특히 관련법익들의 종류, 그에 대한 위협의 정도 및 양상, 개인이 스스로 법익의 안정성을 확보할 수 있는 가능성과 자구행위의 허용여부 등을 종합적으로 고려하면서 해석을 통해 구체적으로 확정하여야 한다.

(3) 한편 우리 형법은 태아의 생명침해 행위를 범죄로 처벌하고 있고, 모자보건법은 낙태를 제한함으로써 태아의 생명을 보호하고 있다. 민법 역시 제762조를 비롯한 개별적 태아보호규정들을 통해 태아가 출생한 경우 그의 이익을 보호하기 위한 장치들을 마련하고 있다. 요컨대 태아의 생명이나 기타 이익을 보호하기 위한 최소한의 입법적 조치는 종전에도 존재하고 있다. 따라서 이러한 보호조치들에 더하여 생명침해에 대한 태아 자신의 손해배상 청구권을 반드시 인정하여야만 태아의 생명을 보호하기 위한 국가의 기본권 보호의무를 다한 것으로 볼 것인가의 여부가 이 사건의 관건인 것이다.

라. 이 사건 법률조항들의 위헌 여부

(1) 이 사건 법률조항들에 따르면 사산한 태아의 경우 불법적인 생명침해에 대한 손해배상청구권이 인정되지 않는다. 그런데 태아에게 생명침해에 대한 손해배상청구권을 인정할 것인가의 여부는 태아의 생명을 보호하기 위한 직접적인 수단이라기보다는 태아의 생명권을 침해하는 행위가 있고 난 이후에 사후적으로 불법적 생명침해행위에 대한 손해배상을 허용할 것인가의 문제로서 그 인정 여부는 입법자에게 입법형성재량이 허용되는 영역에 속하는 것이라고 볼 것이다.

13) 계획열, 전게서, 112-113 쪽 참조.; 정종섭, 전게서, 348쪽 참조.

물론 태아는 형성 중의 인간으로서 생명을 보유하고 있으므로 국가는 태아를 위하여 각종 보호조치들을 마련해야 할 의무가 있다. 하지만 그와 같은 국가의 기본권 보호의무로부터 태아의 출생 전에, 또한 태아가 살아서 출생할 것인가와는 무관하게, 태아를 위하여 민법상 일반적 권리능력까지도 인정하여야 한다는 헌법적 요청이 도출되지는 않는다. 법치국가원리로부터 나오는 법적안정성의 요청은 인간의 권리능력이 언제부터 시작되는가에 관하여 가능한 한 명확하게 그 시점을 확정할 것을 요구한다. 따라서 인간이라는 생명체의 형성이 출생 이전의 그 어느 시점에서 시작됨을 인정하더라도, 법적으로 사람의 시기를 출생의 시점에서 시작되는 것으로 보는 것이 헌법적으로 금지된다고 할 수 없다. 물론 인간의 권리능력의 시기를 출생 이전의 어느 시점으로 정하는 것이 반드시 불가능하다고 할 수는 없겠지만, 그렇게 될 경우 구체적인 법률관계에서 권리능력의 존재를 확정하고 입증하는 데 많은 어려움이 존재하게 될 것이라는 점도 충분히 예상할 수 있다.

(2) 입법자는 태아의 생명권을 보호하기 위하여 형법상의 낙태죄의 처벌 및 모자보건법 상의 예외적 적용사유 등 다른 수단들을 마련하고 있으므로 국민의 법익을 보호하기 위하여 전혀 아무런 보호조치를 취하지 않고 있다고 볼 수 없으므로 태아의 기본권보호에 있어서 국가에게 요구되는 최소한의 보호의무를 위반하였다고 비난하기 어렵다. 즉 우리 형법은 태아의 생명권을 보호하기 자연적인 분만기 이전에 인위적인 수단으로 태아를 모체 밖으로 배출시키거나, 모체 내에서 태아를 살해하는 행위를 낙태에 관한 죄(형법 제269조, 제270조)를 처벌하고 있다.¹⁴⁾ 나아가 모자보건법 제14조는 예외

14) [형법] 제269조(낙태) ① 부녀가 약물 기타 방법으로 낙태한 때에는 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다.

② 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 자도 제1항과 같다.

③ 제2항의 죄를 범하여 부녀를 상해에 이르게 한 때에는 3년 이하의 징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 7년 이하의 징역에 처한다.

[형법] 제270조(의사등의 낙태, 부동산의 낙태) ① 의사, 한의사, 조산사, 약제사, 또는 약중상이 낙태하게 한 때에는 2년 이하의 징역에 처한다.

② 부녀의 촉탁 또는 승낙 없이 낙태하게 한 자는 3년 이하의 징역에 처한다.

③ 제1항 또는 제2항의 죄를 범하여 부녀를 상해에 이르게 한 때에는 5년 이하의 징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 10년 이하의 징역에 처한다.

④ 전3항의 경우에는 7년 이하의 자격정지를 병과한다.

적으로 5가지 정당화사유에 한해 낙태를 허용하고 있고,¹⁵⁾ 동법 시행령 제 15조는 모자보건법 제14조의 인공임신중절행위는 임신한 날로부터 28주 이내에 해야 한다고 규정함으로써 낙태를 시간적으로 제한하고 있다.

이와 같이 형법 및 모자보건법 관련 규정들을 통하여 태아의 생명권에 대한 침해위험은 규범적으로 충분히 방지되고 있으므로, 민법상 태아가 사산한 경우에 한해 태아 자신의 손해배상청구권을 인정하지 않는다는 이유만으로 태아의 생명권에 대한 국가의 최소한의 보호의무를 다하지 않은 것으로 볼 수 없다. 더욱이 태아가 살아서 출생한 경우에 태아 상태에서 가해진 불법행위로 인한 손해배상청구권은 민법 제762조에 의해 유효하게 행사할 수 있도록 함으로써 살아서 출생한 태아에 관한 한 태아의 신체, 건강침해에 대해서는 완전하게 보호되고 있는 것이다.

(3) 생명의 전체적 과정을 생명이라는 이유만으로 모두 동일한 법적 효과를 부여하여야 한다는 논리는 성립될 수 없다. 동일한 생명이라 할지라도 법질서가 생명의 발전과정을 일정한 단계들로 구분하고 그 각각의 단계에 상이한 법적 효과를 부여하는 것이 불가능하지 않다. 예컨대 형법은 태아를 진통시로부터 사람으로 취급하여 살인죄의 객체로 인정하면서, 그 이전 단계인 태아에 대해서는 낙태죄의 객체로 하여 처벌의 정도를 달리하고 있다. 또한 형법상 낙태죄의 시기는 착상(수태)시로 보고 있는바, 착상은 수정 후 14일 후에 이루어지는 것이므로, 그 이전의 생명에 대해 형법은 어떠한 보호도 행하고 있지 않다. 만약 생명의 전체적 과정에 대해 동일한 법적 보호를 요구한다면, 착상이 있을 때까지 아무런 형법적 보호도 행하지 않고 있는 것에 대해서는 물론 태아와 출생이후의 자를 차별적으로 보호하는 현행 형법 규정들에 대해서도 보호의무불이행을 이유로 위헌이라고 보아야 하는 결과가

15) ① 본인 또는 배우자가 대통령령이 정하는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우, ② 본인 또는 배우자가 대통령령이 정하는 전염성 질환이 있는 경우, ③ 강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우, ④ 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척간에 임신된 경우, ⑤ 임신의 지속이 보건 의학적 이유로 모체의 건강을 심히 해하고 있거나 해할 우려가 있는 경우

될 것이다.

이 사건 법률조항들은 ‘살아서 출생한 태아’와는 달리 ‘살아서 출생하지 못한 태아’에 대해서는 손해배상청구권을 부정함으로써 후자에게 불리한 결과를 초래하고 있으나 이러한 결과는 사법(私法)관계에서 요구되는 법적인 정성의 요청이라는 법치국가이념에 의한 것으로 헌법적으로 정당화된다 할 것이므로, 그와 같은 차별적 입법조치가 있다는 이유만으로 곧 국가가 기본권 보호를 위해 필요한 최소한의 입법적 조치를 다하지 않아 그로써 위헌적인 입법적 불비나 불완전한 입법상태가 초래된 것이라고 볼 수 없다. 민법의 경우에만 생명에 대한 그와 같은 차별적 취급이 불가능하다고 보아야 할 아무런 합리적 이유가 없는 것이다.

(4) 우리 민법은 모든 개인에게 재산 및 가족관계 등의 모든 사법관계에서 자유롭게 소유권을 누리고 계약관계를 맺을 수 있으며 친족관계를 형성할 수 있는 추상적이고 일반적인 자격, 즉 권리능력을 평등하게 인정하고 있다. 이와 같이 사법관계의 초석이 되는 사람의 권리능력은 그 취득시기가 무엇보다도 명확할 필요가 있고, 동일한 법적 이념을 추구하는 세계 각국과도 보조를 맞추어야 할 것이다.

비교법적으로 볼 때, 독일이나 스위스에서는 ‘출생의 완료’로서 사람의 권리능력이 시작됨을 명문으로 규정하고 있다. 독일의 경우, 민법전 제1조에 따르면 인간의 권리능력은 출생의 완료로부터 시작되는 것으로 규정하고 있으며, 그럼에도 불구하고 태아는 상속권(민법 제1923조), 부양의무자가 살해된 경우에는 손해배상청구권(민법 제844조 제2항)을 가지며, 제3자를 위한 계약(민법 제331조 제2항)을 통해 수혜의 대상이 될 수는 있지만, 중국적인 권리취득(예컨대 상속재산의 귀속)은 어느 경우이든 태아가 살아서 출생한 경우에만 인정되는 것으로 보고 있다.¹⁶⁾ 또한 스위스 민법 제31조 제1항에

16) Hillgruber, Das Vor- und Nachleben von Rechtssubjekten, JZ 20/1997, S.975-977 참조.

의하면 ‘인격은 출생완료 이후의 생명과 더불어 시작되고 죽음으로써 종료된다.’고 규정하고 있으며, 나아가 동조 제2항은 태아에 대해 살아서 출생할 것을 조건으로 권리능력을 가진다고 규정함으로써, 살아서 출생할 것을 전제로 일반적으로 태아의 권리능력을 인정하고 있다.¹⁷⁾ 그밖에 태아가 사산한 경우에 그 망아에게 손해배상청구권을 인정하고 있는 입법례나 실무례를 찾아보기 어렵다(대법원 1976. 9. 14. 76다1365판결 참조; 또한 서울고법 2007. 3. 15. 2006나56833 판결). 이상과 같은 점들을 감안할 경우에도, 이 사건 법률조항들을 곧바로 위헌으로 보기는 어렵다.¹⁸⁾

(5) 그렇다면 이 사건 법률조항들이 권리능력의 존재 여부를 출생시를 기준으로 확정하고 태아에 대해서는 살아서 출생할 것을 조건으로 손해배상청구권을 인정한다 할지라도 이러한 입법적 태도가 입법형성권의 한계를 명백히 일탈한 것으로 보기는 어려우므로 이 사건 법률조항들이 국가의 생명권 보호의무를 위반한 것이라 볼 수 없다.

3. 결정의 의의

이 결정은 국가가 사인 상호간의 사법(私法) 질서 형성에 있어서도 헌법 제10조 제2문에 따라 헌법상 기본권이 존중되고 보호되도록 할 의무(국가의 기본권보호의무)가 있음을 천명하고 있다. 또한 국가의 기본권보호의무가 문제되는 경우 과소보호금지원칙이 적용된다는 점을 종전 판례인 ‘헌재 1997. 1. 16. 90헌마110, 판례집 9-1, 90’ 결정에 이어 다시 한 번 분명하게 적시하고 있다. 아울러 이 결정은 형성 중의 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리,

17) [스위스민법전] §31 (1) Die Persönlichkeit beginnt mit dem Leben nach der vollendeten Geburt und endet mit dem Tode. (2) Vor der Geburt ist das Kind unter dem Vorbehalt rechtsfähig, dass es lebendig geboren wird

18) 최근에 대법원(2007. 6. 29. 선고 2005도3832 판결)은 “우리 형법은 태아를 임신부 신체의 일부로 보거나, 낙태행위가 임신부의 태아양육, 출산 기능의 침해라는 측면에서 낙태죄와는 별개로 임신부에 대한 상해죄를 구성하는 것으로 보지는 않는다”고 해석된다. 따라서 태아를 사망에 이르게 하는 행위가 임신부 신체의 일부를 훼손하는 것이라거나 태아의 사망으로 인하여 그 태아를 양육, 출산하는 임신부의 생리적 기능이 침해되어 임신부에 대한 상해가 된다고 볼 수는 없다.”고 판시하고 있다.

즉 헌법상 생명권의 주체가 됨을 최초로 판시하였다는 점에서도 그 의의가 있다.

의료법 제19조의2 제2항 위헌확인 등

- 태아성별고지금지 사건 -

(헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010, 2005헌바90(병합), 판례집 20-2상, 236)

지 성 수*

【판시사항】

1. 구 의료법(1987. 11. 28. 법률 제3948호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 의료법’이라 한다) 제19조의2 제2항(이하 ‘이 사건 규정’이라 한다)이 태아의 성별 고지를 금지하는 것이 의료인의 직업수행의 자유와 부모의 태아성별정보에 대한 접근을 방해받지 않을 권리를 침해하는 것인지 여부
2. 의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정된 것) 제20조 제2항에 대한 심판대상 확장과 헌법불합치결정의 필요성

【심판대상】

구 의료법 제19조의2(태아의 성감별행위 등의 금지) ② 의료인은 태아 또는 임부에 대한 진찰이나 검사를 통하여 알게된 태아의 성별을 임부 본인, 그 가족 기타 다른 사람이 알 수 있도록 하여서는 아니된다.

의료법 제20조(태아 성 감별 행위 등 금지) ② 의료인은 태아나 임부를 진찰하거나 검사하면서 알게 된 태아의 성(성)을 임부, 임부의 가족, 그 밖의 다른 사람이 알게 하여서는 아니 된다.

* 헌법연구관

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 2004헌마1010 사건

청구인은 2003. 3. 23. 청구의 이○연과 결혼하여 2003. 4.경 혼인신고를 마쳤고, 위 이○연이 2004. 5.경 임신하여 2004. 12. 23. 초음파검사를 받음에 있어 의사에게 태아의 성별을 알려줄 것을 요청하였다. 그러나 담당의사는 '의료인은 태아 또는 임부에 대한 진찰이나 검사를 통하여 알게 된 태아의 성별을 임부 본인, 그 가족 기타 다른 사람이 알 수 있도록 하여서는 아니된다'는 구 의료법 제19조의2 제2항으로 인하여 태아의 성별을 알려줄 수 없다는 이유로 이를 거절하였다. 이에 청구인은 위 의료법 규정이 자신의 기본권을 침해하였다고 주장하며, 출산을 한달 정도 앞둔 2004. 12. 28. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 2005헌바90 사건

청구인은 산부인과 전문의로서 1999년경부터 서울 동작구에서 산부인과 병원을 운영하고 있다.

그런데 보건복지부장관(현 보건복지가족부장관, 이하 현행 명칭을 사용한다)은 2005. 5. 4. 청구인이 2001. 7.부터 3차례에 걸쳐 산모인 최은경에게 태아의 성별을 확인하여 주어 의료법 제19조의2 제2항을 위반하였다는 이유로 청구인에 대하여 의사면허자격정지 6월을 명하는 처분을 하였다.

이에 청구인은 서울행정법원에 보건복지가족부장관을 상대로 하여 위 의사면허자격정지처분의 취소를 구하는 소송을 제기(2005구합16857)하고, 그 재판 계속 중 구 의료법 제19조의2 제2항의 위헌 여부가 재판의 전제가 된다고 하여 위헌법률심판제청신청을 하였는바, 서울행정법원은 2005. 10. 5. 위 자격정지처분취소청구를 기각함과 동시에 위 위헌법률심판제청신청을 기각하였다.

그러자 청구인은 2005. 11. 4. 구 의료법 제19조의2, 제52조 제1항, 제53조의3이 청구인의 직업의 자유 등을 침해한다고 주장하며, 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장과 이해관계기관의 의견

가. 2004헌마1010 사건

(1) 청구인의 주장

이 사건 규정은 남아선호 사상에 입각한 태아의 무분별한 낙태를 방지하기 위해 입법한 조항으로서 그 입법목적은 정당하다고 할 것이나, 의료인이 태아에 대한 성 감별 결과를 임부와 그 가족 등에게 알려주는 행위를 임부의 임신기간과 무관하게 무조건적이고 일반적으로 금지하고 있는 것은 규제的方法和 정도에 있어 과잉금지원칙을 위반한 것으로 청구인의 행복추구권과 알권리 등을 침해하는 것이다.

의학적으로 볼 때 태아가 5-6개월 이상 성장한 후의 낙태는 임부에게 매우 위험하므로 이 경우에 낙태를 하는 경우는 흔치 않고, 적어도 출산을 1-2 개월 앞둔 상태에서는 낙태를 하는 경우가 거의 없다고 할 것인바, 낙태가 불가능하게 되는 시기에 이르러서도 낙태의 위험성이 있다는 이유로 태아의 성별을 알려주지 못하게 하는 것은 태아 가족의 기본권을 지나치게 제한하는 것이다.

(2) 대한의사협회의 의견

의료인이 태아의 성별을 감별할 수 있는 시기는 임신 후 8주 내지 9주부터이고, 16주부터는 초음파 검사를 통해 자연스럽게 이를 인지할 수 있다. 그런데 임신기간을 40주로 볼 때, 임신초기 또는 중기까지의 낙태는 임부의 건강을 해칠 위험성이 그렇게 높지 않기 때문에 상대적으로 낙태의 가능성이 높지만, 임신말기의 낙태는 산모의 건강을 해칠 위험성이 높기 때문에 낙태의 위험성도 현저히 줄어들게 되므로 태어날 유아의 용품 준비 등을 위한 사전 정보제공 차원에서 임신 28주 이후부터는 진료 과정상 인지하게 된 태아의 성별을 고지할 수 있도록 하는 것이 바람직하다.

(3) 보건복지가족부장관의 의견

(가) 이 사건 규정의 태아 성별 고지 금지는 의료인의 직업수행의 자유를

일정부분 제한하는 것이고, 그로 인해 청구인이 침해받는 알권리는 일종의 반사적 불이익에 불과하다 할 것이므로, 이 사건 규정에 대한 심판청구는 직접성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

(나) 한편, 이 사건 규정은 사회적으로 바람직하지 않은 낙태를 원칙적으로 금지함으로써 태아의 생명권 및 임신부의 건강권을 보호함을 목적으로 하고 있고, 남아선호사상이나 남녀 성비의 심각한 불균형 등 국가적인 문제를 해결하기 위해 임신기간에 관계없이 태아의 성별 고지를 금지하는 것이므로, 과잉금지 원칙을 위반하여 청구인의 알권리 및 행복추구권을 침해한다고 할 수 없다.

나. 2005헌바90 사건

(1) 청구인의 주장

(가) 국가가 출산을 장려하고, 딸과 아들을 동등한 인격적 주체로 인식하는 근래의 사회적 현상에 비추어 볼 때, 태아가 딸이라고 하여 낙태를 할 우려가 있다는 것은 시대에 뒤떨어진 발상이고, 태아의 성별을 알고 낙태를 하는 문제에 대하여는 형법상의 낙태죄의 규정만으로도 낙태방지의 목적이 충분히 달성될 수 있다고 할 것이므로, 태아의 성별 고지행위를 금지하는 것은 의료인의 직업활동의 자유 등을 침해하는 것이다.

(나) 태아의 성별 고지나 낙태는 모두 태아의 보호라는 법익을 침해하는 행위라는 점에서 볼 때 본질적으로 다르지 아니하고, 의사가 진료행위 중 알게 된 태아의 성별을 임부에게 고지하는 행위보다 낙태를 행하는 것이 더 위법함에도 불구하고, 낙태죄에 대하여 선고유예 판결을 받는 경우에는 행정처분상 아무런 불이익이 없는 반면, 태아의 성별 고지금지 위반에 대하여 선고유예 판결을 받는 경우에는 6월 이상의 의사면허자격정지처분의 불이익을 주는 것은 과잉금지의 원칙에 위반되고, 평등권을 침해하는 것이다.

(다) 임부와 그 가족은 태아의 성별에 대하여 미리 알고자 하는 본능에 가까운 호기심이 있고, 성별에 따른 출산 준비물을 달리해야 할 현실적인 필요성이 있는바, 낙태의 가능성과 염려가 전혀 없는 임부와 그 가족에게까지 일괄적으로 성별 고지를 금지하는 것은 임부의 알권리와 행복추구권을 침해

한다.

(2) 법원의 위헌법률심판제청신청 기각 이유

(가) 태아의 성별을 산모 등에게 알리는 행위는 그 자체가 의료행위에 해당된다고 볼 수 없고, 다만 예외적으로 태아의 성별에 따라 유전적 질환이 발생할지 여부가 문제되어 성별고지를 통하여 산모 등으로부터 가족의 유전병력을 듣고 이를 치료에 활용할 수 있는 등의 특수한 경우에 한하여 의료행위와 밀접한 관련이 있다고 할 것이다.

그런데 이와 같이 진료 목적상 성별고지가 불가피한 경우까지 이 사건 규정이 성별고지를 금지하는 것은 아니라고 해석되고, 결국 의료행위상 필요하지 않은 태아 성별 고지를 금지하는 것으로 합헌적 해석이 가능하다고 할 것이므로, 이 사건 규정이 의료인의 직업의 자유 및 행복추구권을 침해한다고 볼 수 없다.

(나) 이 사건 규정의 입법취지는 태아의 성별에 따른 선별적 낙태로 인한 남녀성비의 불균형으로 발생하는 여러 가지 사회적 위험을 방지하고 생명경시 현상을 예방하여 궁극적으로 인간의 존엄성을 보장하는 데 있는 것으로, 그 입법목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정된다. 한편, 태아의 성별 확인을 금지함으로써 산모 등이 입는 피해는 단순히 호기심을 충족시키지 못하거나 출산준비를 함에 있어 다소의 불편을 입게 된다는 것이고, 그 외에 특별히 인격의 실현을 본질적으로 침해한다고는 볼 수 없으므로 그 피해의 최소성 및 법익의 균형성 또한 인정된다고 할 것이다. 따라서 이 사건 규정이 산모의 알권리나 행복추구권을 침해하여 위헌이라고 할 수 없다.

(다) 태아 성별 고지 금지는 단순한 태아의 보호 외에 적절한 남녀성비를 유도하는 공익적인 측면도 있기 때문에 낙태죄와 태아 성별 고지 금지의 보호법익이 동일하다고 할 수 없고, 그로 인한 위법성 또한 단순 비교하기는 어렵다.

일반적으로 태아의 성별 확인을 통한 낙태의 경우에 있어 동일 의료인에 의하여 태아의 성별 확인 및 낙태가 순차적으로 이루어지는 경우에는 행정처분을 함에 있어 차별의 문제가 발생하지 아니하고, 그 낙태의 동기를 알지

못하는 의료인에 의하여 낙태가 이루어진 경우에는 오히려 태아의 성별 확인을 하여 줌으로써 낙태를 야기한 의료인이 그 위법성이 더 크다고 할 수 있는 여지가 있다.

한편, 행정법규 위반자에 대한 제재수단을 구체적으로 어떻게 정할 것인가는 입법자가 각 행정법규의 입법취지, 공익성, 기타 여러 가지 사회적, 경제적 이해관계를 고려하여 결정할 입법정책적인 재량사항임을 고려하면, 낙태죄로 인하여 선고유예 판결을 받은 경우와 이 사건 규정을 위반하여 선고유예판결을 받은 경우의 의미는 본질적으로 동일하다고 할 수 없다.

따라서 이 사건 규정은 평등의 원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

(3) 보건복지가족부장관의 의견

(가) 지금 우리 사회에서 출산기피 풍조가 만연하고 있는 점, 그로 인하여 1자녀를 두고 있는 가정이 많아지고 있다는 점은 인정할 수 있으나, 그렇다고 하더라도 남아선호사상이 없어졌다고 단정할만한 뚜렷한 입증자료가 없다. 오히려 자녀를 한 명만 낳으려는 경향과 남아선호 경향이 더해지게 되면 태아 성별 고지를 통한 낙태가 더욱더 조장될 수도 있다.

(나) 의사가 태아 성별 정보를 임부에게 알리지 못하여 생기게 되는 의사와 임부와의 신뢰관계의 파괴는 사실상의 불이익에 불과하고, 이 사건 규정에 의하여 의사의 의료행위 자체가 제한된다고 볼 수는 없다.

또한 태아 성별 정보를 임부에게 알려주는 경우 잔존하고 있는 남아선호사상에 의하여 여아에 대한 낙태가능성이 있는 반면, 이 사건 규정으로 인하여 부모가 임신 10개월 동안 자녀의 성별을 알지 못한다고 하더라도 그 자녀를 낳을 것이 분명한 이상, 그로 인하여 침해되는 알권리 및 행복추구권에 대한 제약은 비교적 경미하다. 따라서 이 사건 규정에 의하여 보호되는 가치가 그로 인하여 제한되는 의사 및 부모의 기본권에 비하여 작다고 볼 수는 없다.

(다) 이 사건 규정의 입법취지는 낙태방지가 아닌 성비의 불균형으로 초래될 수 있는 미래의 사회적 혼란을 막는 데 있고, 낙태죄의 주된 보호법익은 태아의 생명권, 부차적인 보호법익은 임부의 신체적 안전이다. 낙태죄를

엄격히 적용하여 낙태행위를 방지할 수는 있을지 모르나, 그것이 곧바로 성비의 균형을 이루게 할 것이라고 보는 것은 논리의 비약이다.

【결정요지】

1. 이 사건 규정의 태아 성별 고지 금지는 낙태, 특히 성별을 이유로 한 낙태를 방지함으로써 성비의 불균형을 해소하고 태아의 생명권을 보호하기 위해 입법된 것이다. 그런데 임신 기간이 통상 40주라고 할 때, 낙태가 비교적 자유롭게 행해질 수 있는 시기가 있는 반면, 낙태를 할 경우 태아는 물론, 산모의 생명이나 건강에 중대한 위험을 초래하여 낙태가 거의 불가능하게 되는 시기도 있는데, 성별을 이유로 하는 낙태가 임신 기간의 전 기간에 걸쳐 이루어질 것이라는 전제 하에, 이 사건 규정이 낙태가 사실상 불가능하게 되는 임신 후반기에 이르러서도 태아에 대한 성별 정보를 태아의 부모에게 알려 주지 못하게 하는 것은 최소침해성원칙을 위반하는 것이고, 이와 같이 임신후반기 공익에 대한 보호의 필요성이 거의 제기되지 않는 낙태 불가능 시기 이후에도 의사가 자유롭게 직업수행을 하는 자유를 제한하고, 임부나 그 가족의 태아 성별 정보에 대한 접근을 방해하는 것은 기본권 제한의 법익 균형성 요건도 갖추지 못한 것이다. 따라서 이 사건 규정은 헌법에 위반된다 할 것이다.

2. 국회는 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 의료법을 전부 개정하여 위 19조의2 제2항을 제20조 제2항에서 규정하고 있는데, 그 내용에는 변함이 없으므로 이 규정 역시 의료인의 직업수행의 자유와 태아 부모의 태아성별 정보에 대한 접근을 방해받지 않을 권리를 침해하므로 헌법에 위반된다.

그런데 위와 같은 이 사건 심판대상 규정들에 대해 단순위헌결정을 할 경우 태아의 성별 고지 금지에 대한 근거 규정이 사라져 법적 공백상태가 발생하게 될 것이므로 헌법불합치결정을 하고, 의료법 제20조 제2항은 입법자가 2009. 12. 31.을 기한으로 새 입법을 마련할 때까지 잠정 적용하며, 구 의료법 제19조의2 제2항은 이미 개정되어 효력을 상실하고 있지만, 2005헌바90 당해 사건과 관련하여서는 여전히 그 효력을 유지하고 있다고 할 것이므로 당해 사건과 관련하여 그 적용을 중지하고, 국회가 의료법 규정을 개정하면

그 개정 법률을 적용하여야 한다.

재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김종대의 단순위헌 의견

이 사건 규정은 의료인의 직업수행의 자유와 일반적 인격권으로부터 나오는 부모의 태아의 성별 정보에 대한 접근을 방해받지 않을 권리 이외에도 부모의 태아에 대한 보호양육권을 제한한다.

한편, 이 사건 규정의 입법목적은 성별을 이유로 한 낙태를 방지하여 성비의 불균형을 해소하고 태아의 생명을 보호하기 위한 것이다. 그런데 우리 형법은 제269조와 제270조에서 낙태행위를 범죄로 규정하고 이를 처벌하도록 하고 있으므로 낙태를 금지하여 태아의 생명을 보호하고자 하는 입법목적은 위 형법 규정들에 의하여 충분히 달성된다 할 것이다. 그럼에도 불구하고 이 사건 규정이 태아 성별 고지 행위를 태아의 생명을 박탈하는 행위로 간주하고 태아의 성별 고지 행위 금지에 태아의 생명 보호라는 입법 목적을 설정한 것은 그 자체로서 정당화될 수 없다. 따라서 이 사건 규정은 입법 목적의 정당성이 인정되지 않으므로 헌법에 위반된다고 할 것인바, 이 사건 태아 성별고지금지제도는 그 제도 자체가 정당성을 가질 수 없는 위헌인 제도이므로 단순위헌을 선고하여 제도의 효력을 즉시 상실시켜야 한다.

재판관 이동흡의 반대의견

2004헌마1010 사건의 경우, 태아의 성별은 태아의 부모의 의사나 의지와는 무관하게 자연적으로 결정되어지는 것이므로, 태아의 부모가 태아의 성별 정보를 출산 이전에 미리 확인할 자유가 있어 얻을 수 있는 이익이란, 장래 가족의 일원이 될 태아의 성별에 대하여 미리 알고 싶은 인간의 본능에 가까운 호기심의 충족과 태아의 성별에 따른 출산 이후의 양육 준비를 미리 할 수 있다는 사실상 이익에 불과하다. 따라서 이 사건 규정으로 인하여 태아의 부(父)인 청구인의 헌법상 보장된 기본권이 침해될 여지는 없다 할 것이므로, 이 심판청구는 부적법하다.

한편, 2005헌바90 사건의 경우, 임신 후반기에도 태아의 성별을 이유로 한 낙태의 가능성은 여전히 존재하는 것이고, 임신 후반기의 낙태는 임부의 생

명까지도 위태롭게 하는 결과를 초래할 수 있는 것이므로, 태아의 생명보호와 성비의 불균형 해소라는 입법목적의 달성을 위해서는 임신 기간 전 기간 동안 태아의 성별 고지를 금지하는 것이 불가피하고, 이 사건 규정을 통하여 달성하려는 태아의 생명보호 등과 같은 공익의 중대성에 비하여 이 사건 규정으로 인한 의료인의 직업수행의 자유의 제한 정도는 극히 미미한 것이므로, 이 사건 규정은 기본권제한에 있어서 과잉금지원칙에 위반되지 않는다.

【해 설】

1. 이 사건 규정의 입법배경 등에 대한 검토

가. 이 사건 규정의 입법배경

태아의 성에 대한 감별은 본래 의료기술의 발달에 힘입어 임신중 태아에 대한 유전성 질병이나 기형 등 건강상태의 이상 유무를 확인하기 위한 목적으로 개발된 태아 진단방법이다. 그런데 1980년대 들어 고도의 경제성장과 더불어 출산자녀수가 줄어들게 된 데다가 의료기술의 발달로 태아의 성에 대한 감별이 가능하게 되자, 이것이 우리 사회에 존재하던 남아선호사상과 결부되어 태아의 성을 선별하여 출산하는 경향을 부추기게 되었고, 그 결과 남녀간의 성비에 심한 불균형이 초래되었다. 태아의 성에 대한 감별이 당초의 목적과는 달리 여아에 대한 낙태를 조장하는 결과를 초래함으로써 인간 생명의 존엄성을 위협하고 인구의 성비에 심각한 불균형을 불러오게 된 것이다. 이에 태아의 성 감별 및 고지 자체에 낙태의 개연성이 내포되어 있는 것으로 간주하고, 성별에 따른 낙태의 예방 및 그 근절을 위하여 ‘태아 또는 임부에 대한 진찰, 검사 과정에서 알게 된 태아의 성별을 고지하는 행위’를 금지하기에 이르렀다. 즉, 남아선호사상이 만연했던 우리 사회현실에서 낙태가 명백한 범죄행위임에도 불구하고 태아의 성 감별을 통한 여아 낙태가 공공연하게 이루어지자, 태아의 생명과 임부의 건강을 보호하고 성비의 불균형을 막기 위하여 1987. 11. 28. 법률 제3948호로 의료법 개정시에 의료인의 태아 성별 고지 행위를 금지하게 된 것이다.

한편, 이 사건 규정을 신설할 무렵에는 의료인의 위반행위에 대한 형사처벌 규정을 별도로 두지 않았으나, 성별 고지 금지 위반에 대해 의료면허를

정지하거나 취소하는 것만으로는 그 실효성을 담보하기 어렵다고 보고, 1994. 1. 7. 법률 4732호 의료법 개정시 제67조에서 성별고지금지에 대한 위반행위시 이를 형사처벌하도록 하는 규정을 두게 되었는데, 이를 위반하는 의료인의 경우 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 하였다.

나. 남아선호사상의 변천

한국보건사회연구원에서는 배우자 있는 여성(20세~44세)을 상대로 ‘현존 자녀수 및 성구조별 추가출산계획’에 대한 설문조사를 실시하여 2005년 12월 그 결과를 발표한 바 있다. 이 조사 결과에 의하면, 자녀가 전혀 없는 경우, 출산계획이 없다고 응답한 비율은 10.1%, 아들, 딸 구별 없이 1명을 원하는 응답 66.7%, 아들 1명을 원하는 응답 1.3%, 딸 1명을 원하는 응답 3.0%, 아들 1명, 딸 1명을 원하는 응답 14.3%, 아들만 2명 원하는 응답 0.4%, 딸만 2명 원하는 응답 0.8%, 그리고 3명 이상을 원하는 응답은 3.4%였다.

그리고 아들만 1명 있는 경우에는, 추가계획 없다는 응답 60.3%, 성별 구별 없이 추가하겠다는 응답 28.5%, 아들 1명 추가 0.5%, 딸 1명 추가 8.3%, 아들 1명, 딸 1명 추가 1.1%, 아들만 2명 추가 0.3%, 딸 2명 추가 1.1%로 나타났다. 딸만 1명이 있는 경우에는, 추가계획 없다는 응답 50%, 구별없이 추가 32.2%, 아들 1명 추가 13.7%, 딸 1명 추가 0.3%, 아들 1명, 딸 1명 추가 2.1%, 아들 2명 추가 0.7%, 딸 2명 추가는 없었고, 3명 이상 추가 응답이 1.0%였다.

아들만 둘 있는 경우에는, 추가계획 없다는 응답 97.1%, 구별 없이 추가 1.0%, 아들 1명 추가는 없었고, 딸 1명 추가는 1.9%, 아들 1명, 딸 1명이나 아들 2명, 딸 2명 추가 응답은 없었다. 딸만 2명 있는 경우에는, 추가계획 없다는 응답 89.8%, 구별없이 추가 1.3%, 아들 1명 추가 8.6%, 딸 1명 추가는 없었고, 아들 2명 추가는 0.3%, 딸 2명이나 3명 이상 추가 응답은 없었다.

한편, 아들 1명, 딸 1명이 있는 경우에는, 추가계획 없다는 응답 97.0%, 구별없이 추가 2.1%, 아들 1명 추가 0.7%, 딸 1명 추가 0.2%, 자녀가 3명 이상

인 경우에는 추가계획 없다는 응답 98.5%, 구별없이 추가 0.3%, 아들 1명 추가가 1.3%로 응답되었다.

이상의 설문 조사 결과에 의하면, 최근 들어 딸에 비해 아들을 특별히 선호하는 경향이 있다고는 보기 어렵고, 남아선호사상 내지 경향이 거의 소멸되었음을 짐작하게 하며, 다만 위 설문 조사에서 딸만 1명이 있는 경우 및 아들이 1명 있는 경우의 응답 비율을 비교하여 보면, 아직은 남아선호사상이 다소 잔존하고 있다고 볼 여지도 있다.

다. 성비 변천

2007. 8. 통계청이 발표한 ‘2006년 출생통계 결과’에 따르면, 이 사건 규정 신설 무렵인 1986년의 출생성비(전체 평균 출생여아 100명당 남아의 수)는 111.7임에 비해, 2006년의 출생성비는 107.4로 낮아져 자연성비(자연상태에서의 출생 여아 100명당 남아의 수)인 106에 육박하고 있다. 그러나 셋째아의 경우 1986년에는 138.5, 1993년에는 202.1, 그리고 1994년에는 202.2로 정점을 이루었고, 점차 감소하여 2006년 기준으로 121.8을 기록하고 있으나 여전히 남아 비율이 높은 편이며, 이와 같은 수치는 선별 출산이 행해지고 있다고 볼 여지를 나타내고 있다.

한편, 이 사건 규정이 신설된 1987년(전체 출생성비 108.8) 이후 상당기간 동안(1996년까지 10년간)은 오히려 전체 출생성비가 높게 나타나고 있고, 특히 셋째아의 경우 출생성비는 1987년의 134.7에서 형사처벌규정을 둔 1994년 202.2로 급격히 높아져 이 사건 규정의 태아 성별고지금지 제도가 과연 실효성을 가진 제도인지 의문을 가지게 한다. 그리고 형사처벌규정을 둔 1994년(전체 출생성비 115.2, 셋째아 출생성비 202.2) 이후 3-4년간(1995년-1997년)은 출생성비가 감소하는 추세를 보이고(전체 출생성비 113.2→108.2, 셋째아 출생성비 177.2→133.5), 그 이후 큰 변동이 없다가(1998년-2002년: 전체 출생성비 110.1→110.0, 셋째아 출생성비 144.7→140.0), 최근(2004년-2006년)에 와서 다시 감소하는 추세에 있다(전체 출생성비 108.2→107.7→107.4, 셋째아 132.0→127.7→121.8).

위와 같은 통계자료를 살펴보면, 결국 태아의 성별 고지를 금지하는 것과

여태아의 낙태를 방지하여 성비의 불균형을 해소한다는 것과의 사이에 상관성이 있다고 보기 어렵고, 최근 몇 년 사이에 출생성비가 자연성비에 가까워지고 있는 현상은 성별 고지 금지보다는 남아선호에 대한 의식의 변화에 기인한 측면이 강한 것으로 볼 수 있다.

2. 이 사건 규정에 대한 판단

헌법재판소는 재판관(헌법불합치의견 5인, 단순위헌의견 3인) : 1(합헌의견)의 의견으로 태아의 성별에 대한 고지를 금지하고 있는 구 의료법 제19조의2, 의료법 제20조 제2항에 대하여 이 규정들이 의료인의 직업의 자유와 태아 부모의 태아성별 정보에 대한 접근을 방해받지 않을 권리를 침해하고 있다는 이유로 헌법불합치결정을 선고하였다. 아래에서는 이 사건 결정의 각 의견들에 대해 살펴본다.

가. 제한되는 기본권

(1) 2004헌마1010 사건 청구인은 이 사건 규정에서 태아의 성별 고지를 금지하고 있는 것은 태아 부모의 행복추구권과 알권리를 침해한다고 주장하였고, 태아 성별을 알려 주어 의사면허자격정지처분을 받은 의사가 청구한 2005헌바90 사건의 청구인은 여기에 더하여 직업의 자유 침해를 주장하였다.

헌법재판소는 이 사건 의료법 규정에서 문제되는 기본권으로 의사의 직업의 자유와 태아 가족의 행복추구권 중 태아의 성별 정보에 접근할 권리를 인정하였다.

태아의 성별에 대한 알권리가 아닌 태아의 성별 정보에 접근할 권리로 이 문제를 봄으로써 태아의 성별 정보에 대해서는 이를 알권리의 대상으로 보지 않은 것이다. 알권리는, '일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 아무런 방해도 받지 않고 보고, 듣고, 읽을 권리와 정보의 공개를 청구할 수 있는 권리'로서 헌법상 기본권으로서 논의의 중심에 서 있는 알권리는 일반인이 언론기관과 같은 매체에 접근하는 것을 국가가 제한하거나 국가가 보유한 개인정보를 공개하지 않는 경우에 그 방해 제거나 공개를 구할 수 있는 기본권으로 인식되고 있다.

그런데 태아의 성별에 대한 정보는 정보 보유자가 특정 사인(의료인)이라는 점에서 위에서 본 알권리의 보호대상이 되는 정보와 차이점이 있다. 이와 같이 국가가 보유한 정보도 아니고, 그렇다고 정보가 일반적으로 접근 가능한 정보원에 해당하지도 않는 경우에 헌법재판소는 자신과 이해관계 있는 정보를 알고자 하는 당사자가 알권리를 주장하여 그 목적을 달성할 수는 없다고 판단한 것이다. 헌법재판소는 헌법 제10에서 나오는 일반적 인격권에서 태아의 성별정보에 대한 접근을 방해받지 않을 권리를 이끌어냈다. 일반적 인격권에는 각 개인이 그 삶을 사적으로 형성할 수 있는 자율영역에 대한 보장이 포함되어 있음을 감안할 때, 장래 가족 구성원이 될 태아의 성별정보에 대한 접근을 국가로부터 방해받지 않을 부모의 권리는 일반적 인격권에 의하여 보호될 수 있다고 본 것이다.

(2) 이에 대해 재판관 3인 의견¹⁾은 이 사건 규정에 의해 제한되는 기본권이 의료인의 직업수행의 자유와 일반적 인격권으로부터 나오는 부모의 태아의 성별 정보에 대한 접근권인 것은 맞지만, 더 나아가 부모의 태아에 대한 보호양육권도 제한된다고 보았다. 국가는 개인의 생활양식이나 가족관계 형성의 자유를 널리 존중하고, 인격적·애정적 인간관계에 터잡은 현대 가족관계에 개입하지 않는 것이 바람직하다고 할 것인바, 부모의 자녀에 대한 보호와 양육 또한 부모의 자율적인 판단 아래 이루어지도록 함이 원칙이고, 이 사건 규정이 법률에서 일방적으로 의료인의 태아 성별 고지 행위를 금지하여 태아의 부모가 태아의 건강상태와 함께 태아의 성별에 대해서 정확하게 알 권리를 제한하는 것은 헌법 제36조 제1항에서 나오는 부모의 태아에 대한 보호양육권을 제한한다는 것이다.

(3) 한편, 재판관 1인 의견²⁾은 다수의견이나 단순위헌의견에서 인정하고 있는 태아의 성별정보에 대한 접근권이나 부모의 태아에 대한 보호양육권이 라는 기본권이 헌법상 인정되는 기본권인지에 대해 의문을 제기한다. 태아의 성별은 태아의 부모의 의사나 의지와는 무관하게 자연적으로 결정되어지는 것이므로, 태아의 부모가 태아의 성별 정보를 출산 이전에 미리 확인할

1) 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김종대

2) 재판관 이동흡

자유가 있어 얻을 수 있는 이익이란, 장래 가족의 일원이 될 태아의 성별에 대하여 미리 알고 싶은 인간의 본능에 가까운 호기심의 충족과 태아의 성별에 따른 출산 이후의 양육 준비를 미리 할 수 있다는 사실상 이익에 불과하고, 이 사건 심판대상 규정으로 인하여 침해받은 태아의 부모의 기본권으로 거론되는 부모의 태아의 성별 정보에 대한 접근을 방해받지 않을 권리라는 것은 헌법 제10조에서 도출되는 일반적 인격권의 범주에 속하는 것으로 보기 어렵고, 부모의 태아에 대한 보호양육권은 이미 태어나지도 아니한 태아에 대하여서까지 부모의 양육권을 확대하여 인정할 수는 없다는 점에서 수긍할 수 없다는 것이다. 이러한 판단 하에 이 의견에서는 2004헌마1010 사건의 경우 이 사건 심판대상 규정으로 인하여 태아의 부(父)인 청구인의 헌법상 보장된 기본권이 침해될 여지는 없다고 하여 부적법 각하 의견을 개진하고 있다. 이 의견에서는 2005헌바90 사건과 관련하여 의료인의 직업 수행의 자유 침해 여부가 문제된다고 보고 있다.

나. 이 사건 규정의 위헌 여부

(1) 다수의견(헌법불합치 의견)

다수의견은 이 사건 규정의 태아 성별 고지 금지는 낙태, 특히 성별을 이유로 한 낙태를 방지함으로써 성비의 불균형을 해소하고 태아의 생명권을 보호하기 위해 입법된 것³⁾으로서 그 입법 배경이나 남아에 대한 선호가 유난히 두드러졌던 지난날 우리나라의 현실에 비추어 볼 때, 태아의 생명을 보호하기 위해 그 성별의 고지를 금지하는 것은 일응 정당성이 인정될 수 있다고 보았다. 다만 보통의 경우 임신 기간은 약 40주가 될 것인데, 이 기간 동안에는 낙태가 비교적 자유롭게 행해질 수 있는 시기가 있는 반면에, 낙태를 할 경우 태아는 물론, 산모의 생명이나 건강에 중대한 위험을 초래하여 낙태가 거의 불가능하게 되는 시기도 있다고 할 것인바, 낙태 그 자체의 위험성으로 인하여 낙태가 사실상 이루어질 수 없는 임신 후반기에까지 태아에 대한 성별 고지를 전면적으로 금지하는 것은 최소침해성 원칙을 위반하는 것으로서 지나친 기본권 제한이라고 본다. 더구나 우리 형법은 성별에 따

3) 제12대 국회 제137회 제7차 보건사회위원회 회의록(1987. 10. 21.)

른 낙태뿐만 아니라 모든 경우의 낙태를 방지⁴⁾하기 위하여 낙태죄를 형사처벌하는 규정을 두고 있는데, 이와는 별도로 특히 성별을 이유로 한 낙태를 근절시킨다는 명목 하에 태아의 성별 고지를 금지하는 것은 이 사건 규정의 입법 당시에 비하여 남아선호경향이 현저히 완화되고, 전체 성비가 자연성비에 근접하고 있는 오늘날에는 과도한 대처에 해당한다는 것이다.

한편, 다수의견은 태아의 생명은 중요한 법익으로서 국가는 이를 보호할 책임이 있으나 태아의 생명에 대한 보호가 그다지 문제되지 않는 시기에 접어들어서까지 태아의 생명 보호를 이유로 의사의 직업수행의 자유나 임부 및 그 가족의 기본권을 무조건 제한하는 것은 법익 균형성 요건을 충족시키지 못하는 것이라고 보고 있다. 다수의견은 오늘날 성비불균형⁵⁾이 과연 심각한 사회문제인가 하는 점과 태아에 대한 성별고지가 낙태의 원인행위로

4) 각국의 낙태 허용 여부(윤종행, 낙태방지를 위한 입법론, 법학연구, 연세대학교 법학연구소, 2003. 3.(제12권 제1호(통권 제18호)), 180-186면)

미국

1973년 Roe v. Wade 사건에서 연방대법원이 임신 3개월 내의 낙태는 전면 허용되고 3개월부터 6개월까지는 제한된 범위에서 허용되며 그 이후에는 금지된다는 것을 선언을 한 이후로 낙태의 요건과 절차는 조금 까다롭게 변화하였지만 위 판례의 기조는 현재까지 유지되고 있다.

독일

통독 전에는, 통독은 임신 3개월까지 낙태가 허용되었지만 서독에서는 태아의 생명권에 대한 국가의 보호의무를 인정하여 이를 금지하였는데, 통독 후 많은 논란을 거쳐 1995년 낙태법안이 통과됨으로써 수태 후 12주내에 하는 낙태는 일정한 절차를 거치면 허용되기에 이르렀다.

영국

1969년의 낙태법 시행으로 영국은 낙태를 비범죄화한 최초의 나라가 되었고, 오늘날 의사나 보건당국의 통제 하에 상당히 자유롭게 낙태를 하고 있다.

프랑스

1975년의 베일법으로 10주 이내에는 자유롭게 낙태를 할 수 있다.

오스트리아

1974년 오스트리아 헌법재판소가 임신초기 3개월 내에 사전 협의를 거쳐 의사에 의해 행해진 낙태를 무죄로 하고 있는 오스트리아 형법 제97조 제1항 제1호가 헌법에 위배되지 않는다고 본 3개월까지는 낙태가 허용되고 있다.

일본

원칙적으로 낙태를 금지하고 있다.

5) 각국의 남아 출생비율(연합뉴스) 2005년 10월 31일 통계청이 여아 100명당 남아 출생 비율을 조사한 결과에 따르면, 그루지야 118.3, 아제르바이잔 117.2, 대만 110.1, 홍콩 109.1, 한국 108.7, 싱가포르 106.1, 독일 105.8, 일본 105.7, 네덜란드 105.5, 호주 105.1, 뉴질랜드 104.3, 핀란드 105.8, 스위스 105.5 순이다.

작용하고 있는가 하는 점에 대하여 강한 의문을 나타내고 있는 것이다.

(2) 3인 재판관 의견(단순위헌 의견)

한편, 3인 재판관의 단순위헌의견에서는 이 사건 규정의 입법목적은 태아의 성별에 대한 고지를 금지함으로써 낙태, 특히 성별을 이유로 한 낙태를 방지하여 성비의 불균형을 해소하고 태아의 생명을 보호하기 위한 것인데, 우리 형법은 제269조와 제270조에서 낙태행위를 범죄로 규정하고 이를 처벌하도록 하고 있으므로 여아든 남아든 낙태를 금지하여 태아의 생명을 보호하고자 하는 입법목적은 위 형법 규정들에 의하여 충분히 달성될 수 있다는 전제 하에, 이 사건 규정이 태아 성별 고지 행위를 태아의 생명을 박탈하는 행위로 간주하고 태아의 성별 고지 행위 금지에 태아의 생명 보호라는 입법 목적을 설정한 것은 그 자체로서 정당화될 수 없다고 판단하고 있다. 일반적으로 법령을 심판대상으로 하는 헌법소원심판사건에서 목적의 정당성을 부정하는 예는 극히 드물다는 것을 감안할 때, 목적 자체의 정당성을 부정하는 이 의견은 아주 이례적인 것으로 볼 수 있다.

나아가 이 의견에서는 태아의 성별고지 행위는 단지 태아의 성별을 알려주는 행위에 불과할 뿐, 태아를 포함하여 그 누구에게도 해가 되는 행위గా 아니므로 진료과정에서 알게 된 태아에 대한 성별 정보를 굳이 고지하지 못하도록 금지하여야 할 이유는 없다는 입장을 밝히고 있다. 부모가 태아의 성별을 알고자 하는 것은 인간의 본능에 기인하는 것으로서 장래 가족이 될 태아에 대해 알고 가족생활의 미래를 자유롭게 설계할 자유는 자녀를 양육하는 부모가 당연히 누려야 할 마땅한 권리라는 것이다. 이 의견은 성별의 고지와 성별을 이유로 한 낙태와의 상관관계를 부정한다.

(3) 1인 의견(합헌의견)

1인의 합헌의견은 다수의견이 낙태 그 자체의 위험성으로 인하여 낙태가 사실상 이루어질 수 없는 임신 후반기에도 태아의 성별 고지를 금지하는 것은 최소침해성 원칙에 반한다고 한 것에 대해, 임신 후반기에도 태아의 성별을 이유로 한 낙태의 가능성은 여전히 존재하는 것이고, 임신 후반기의 낙태

는 임부의 생명까지도 위태롭게 하는 결과를 초래할 수 있는 것이므로, 태아의 생명보호와 성비의 불균형 해소라는 입법목적의 달성을 위해서는 임신 기간 전 기간 동안 태아의 성별 고지를 금지하는 것이 불가피하고, 이 사건 규정을 통하여 달성하려는 태아의 생명보호 등과 같은 공익의 중대성에 비하여 의료인의 직업수행의 자유의 제한 정도는 극히 미미한 것이므로, 기본권제한에 있어서 과잉금지원칙에 위반되지 않는다고 보았다.

태아의 성을 감별하고 이를 고지하는 행위로 인한 선택적 낙태 시술이 행해질 염려가 있다는 것을 부인할 수 없는 현실에서, 인간의 생명에 대하여는 함부로 사회과학적 혹은 법적인 평가를 해서는 안된다고 할 것인바, 태아와 같은 잠재적인 생명에 대해서도 마찬가지로 기준이 적용된다고 본 것이다. 이 의견은 생명보호에 대한 후퇴는 불가피한 상황이 아니고서는 허용될 수 없다는 전제에 서 있는데, 태아의 성별에 대한 정보제공 행위는 의료인의 직업수행의 본질을 이루고 있는 부분이 아니라 진료행위에 부수되는 행위에 불과하고, 이를 알려 준다고 하여 산모나 태아의 건강이 증진되는 것도 아니므로 이러한 정도의 이익을 위해서 국가의 생명보호의무가 후퇴할 수는 없다고 하였다.

다. 심판대상 확장과 헌법불합치 선언

국회는 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 이 사건 의료법을 전부 개정하여 구 의료법 제19조의2 제2항을 의료법 제20조 제2항으로 자리를 옮겨 규정하였으나, 그 규율 내용을 바꾸지는 않았다. 이에 다수의견은 법질서의 정합성과 소송경제의 측면에서 개정된 의료법에 대해서도 이 사건 규정과 함께 위헌을 선언할 필요가 있다고 판단하고 그 심판대상을 법률 제8366호 의료법 제20조 제2항에 대해서도 확장하여 함께 위헌 선언하였다.

다만 이 사건 심판대상 규정들에 대해 단순위헌결정을 할 경우 태아의 성별 고지 금지에 대한 근거 규정이 사라져 법적 공백상태가 발생하게 될 것이라는 판단 하에 그 주문을 헌법불합치로 하고, 의료법 제20조 제2항은 입법자가 2009. 12. 31.을 기한으로 새 입법을 마련할 때까지 잠정 적용을 명하는 주문을 부가하였다. 나아가 구 의료법 제19조의2 제2항은 이미 개정되

어 효력을 상실하고 있지만, 2005헌바90 당해사건과 관련하여서는 여전히 그 효력을 유지하고 있으므로 당해사건에 대해 그 적용을 중지하고, 국회의 의료법 규정을 개정하면 그 개정 법률을 적용할 것을 이유에 부가하였다.

반면, 태아성별고지금지제도 자체의 정당성을 부정한 3인 단순위헌 의견에서는 이 사건 태아 성별고지 금지제도는 그 자체로 정당성을 가질 수 없는 위헌인 제도이므로 헌법불합치선언을 할 필요는 없고, 단순위헌을 선고하여 제도의 효력을 즉시 상실시켜야 한다고 하였다.

3. 이 결정의 의의

이 사건 의료법 규정에 대해서 헌법불합치 결정이 선고되었지만, 그렇다고 하여전면적으로 태아의 성별고지가 가능해진 것은 아니다. 태아에 대한 성별고지로 인해 성별을 이유로 한 낙태가 이루어진다면 이것은 국가가 국민에 대한 생명보호 의무를 다하지 못하는 것이다. 이 사건 의료법 규정이 과도하게 국민의 기본권을 제한하는 측면이 있어 그에 대한 위헌성을 헌법재판소가 확인하기는 하였지만, 여전히 태아의 생명을 보호할 국가의 책임은 존재하는 것이므로 태아의 성별고지가 낙태의 원인으로 작용할 수 있는 가능성을 차단하기 위해 헌법재판소는 낙태가 불가능하게 되는 시기 이후에만 예외적으로 태아의 성별고지 금지를 해제하도록 헌법불합치 주문과 입법촉구 주문을 내고 있는 것이다.

한편, 이 사건 규정에 대한 헌법불합치 결정이 선고된 이후인 2008. 8. 16. 이주영 의원은 태아의 성 감별을 제한적으로 허용하는 내용을 담은 ‘의료법 일부개정안’을 발의했다(여야 의원 14명이 서명해 발의). 이 법안이 통과되면 의료인이 태아의 성감별을 위해 임신 후 28주가 지난 임신부를 진찰하거나 검사하고 태아의 성을 다른 사람에게 알릴 수 있게 된다. 태아의 성별고지 시기를 임신 28주 이후로 잡은 것은 아마 현행 모자보건법에서 불가피한 낙태를 할 수 있는 기간을 28주 미만으로 규정하고 있기 때문인 것으로 보인다. 보건복지가족부에서도 2010년부터는 28주가 넘는 태아의 경우 성별고지를 허용하도록 하는 의료법 개정을 서두르겠다는 입장을 밝히고 있어 앞으로는 성별에 따른 출산 준비도 가능해질 전망이다.

학교용지 확보 등에 관한 특례법 제2조 제2호 등 위헌제청

- 개발사업자에 대한 학교용지부담금 부과 위헌 여부 -
(헌재 2008. 9. 25. 2007헌가1, 판례집 20-2상, 401)

서 세 인*

【관시사항】

가. 수분양자가 아닌 개발사업자를 부과대상으로 하는 구 ‘학교용지 확보 등에 관한 특례법’(2005. 3. 24. 법률 제7397호로 개정되고 2007. 12. 14. 법률 제8679호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘특례법’이라 한다) 제2조 제2호, 제5조 제1항 본문(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법 제31조 제3항의 의무교육 무상원칙에 위배되는지 여부(소극)

나. 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)

다. 이 사건 법률조항이 납부의무자인 개발사업자의 재산권을 침해하는지 여부(소극)

라. 구 ‘학교용지 확보 등에 관한 특례법’(2005. 3. 24. 법률 제7397호로 개정된 것) 부칙 제1항 본문, 제3항(이하 ‘이 사건 부칙조항’이라 한다)이 소급입법에 해당하여 개발사업자의 재산권을 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건의 심판대상은 개발사업자에게 부담금을 부과·징수할 수 있도록

* 헌법연구관보

한 ‘학교용지 확보 등에 관한 특례법(2005. 3. 24. 법률 제7397호로 개정된 것)’ 제5조 제1항 본문과 특례법 제2조 제2호에서 제5조 제1항 본문의 개발 사업을 ‘건축법·도시개발법·도시 및 주거환경정비법·주택법·택지개발촉진법 및 산업입지 및 개발에 관한 법률에 따라 시행하는 사업 중 100가구 규모 이상의 주택건설용 토지를 조성·개발하거나 공동주택을 건설하는 사업’으로 정의한 부분 및 이 법의 시행일과 적용례를 밝힌 특례법 부칙 제1항 본문과 제3항의 위헌여부이며, 그 내용은 다음과 같다.

구 학교용지 확보 등에 관한 특례법(2005. 3. 24. 법률 제7397호로 개정되고 2007. 12. 14. 법률 제8679호로 개정되기 전의 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

2. “개발사업”이라 함은 「건축법」, 「도시개발법」, 「도시 및 주거환경정비법」, 「주택법」, 「택지개발촉진법」 및 「산업입지 및 개발에 관한 법률」에 의하여 시행하는 사업중 100세대 규모이상의 주택건설용 토지를 조성·개발하거나 공동주택을 건설하는 사업을 말한다.

제5조(부담금의 부과·징수) ①시·도지사는 개발사업지역에서 단독주택 건축을 위한 토지를 개발하여 분양하거나 공동주택을 분양하는 자에게 부담금을 부과·징수할 수 있다. (단서 생략)

학교용지 확보 등에 관한 특례법(2005. 3. 24. 법률 제7397호로 개정된 것) 부칙

①(시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다. (단서 생략)

③(부담금 부과·징수에 관한 적용례) 제5조 및 제5조의2의 개정규정은 이 법 시행 후 분양공고 승인된 개발사업분(사업계획변경에 의하여 이 법 적용 대상이 된 경우를 포함한다)부터 적용한다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

(1) 위헌제청신청인인 공무원연금관리공단은 공무원연금법 제1조에 의거하여 공무원 및 그 유족의 생활 안정과 복지향상에 기여함을 목적으로 공무원을 위한 아파트를 건립·분양하는 사업을 시행하였는바, 2003. 2. 7. 부산

광역시 북구청장으로부터 부산 북구 만덕동 943-1 토지에 지하 3층, 지상 11~15층 규모의 공동주택(아파트) 11개 동 882세대 및 기타 부대복리시설을 건축하는 내용의 주택건설사업계획 승인을 얻은 후, 신축공사를 시행하여 2006. 6. 30.까지 총 548세대를 분양하였다.

(2) 이에 부산광역시 북구청장은 학교용지 확보 등에 관한 특례법(이하 ‘특례법’이라 한다) 제2조 제2호, 제5조 제1항, 특례법 부칙 제1항, 제3항에 따라, 신청인이 2005. 10. 28. 분양공고 승인을 받은 이후의 분양분에 대하여 특례법에 근거한 학교용지부담금을 부과하기로 하고, 신청인에게 2006. 1. 23. 69세대분에 대한 학교용지부담금 37,132,000원을, 2006. 4. 27. 105세대분에 대한 학교용지부담금 58,344,000원을, 2006. 7. 31. 255세대분에 대한 학교용지부담금 137,708,000원을 각 부과하였다.

(3) 신청인은 이 사건 처분에 불복하여 부산광역시 북구청장을 상대로 부산지방법원 2006구합2924호로 그 취소를 구하는 행정소송을 제기하는 한편, 학교용지확보 및 인근학교 증축을 위하여 개발사업자에게 부담금을 부과하고 있는 특례법 제2조 제2호, 제5조 제1항 본문, 제5조의2와 위 조항의 시행일 및 적용례를 정하고 있는 특례법 부칙 제1항, 제3항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였고 법원은 재판의 전제성이 없다고 판단된 특례법 제5조의2를 제외하고 이를 받아들여 위헌법률심판제청을 하였다.

2. 법원의 위헌법률심판제청이유와 이해관계인의 의견

가. 제청법원의 위헌법률심판제청이유

(1) 특례법 제2조 제2호, 제5조 제1항은 의무교육에 관한 한 일반재정이 아닌 부담금과 같은 별도의 재정수단을 동원하여 특정한 집단 등으로부터 그 비용을 추가로 징수하여 충당하고 있다는 점에서 헌법재판소에 의하여 위헌으로 결정된(헌재 2005. 3. 31. 2003헌가20, 판례집 17-1, 294, 311) 구법조항과 동일하며, 개발사업자는 위 부담을 분양원가에 반영하는 방법으로 구분양자에게 전가할 것이 명백하므로 구법조항에 대한 위헌결정의 취지에 비추어 볼 때 의무교육의 무상성을 선언한 헌법 제31조 제2항, 제3항에 반한다.

(2) 개발사업에 따른 학교용지의 필요성 정도에 대한 구체적인 사정을 고려하지 아니한 채 단순히 세대수만을 기준으로 그 부과 여부를 결정하도록 하고 있는 점 역시 종전과 마찬가지로이다. 따라서 이는 합리적인 이유가 없는 차별로서 헌법 제11조의 평등의 원칙 및 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 반한다고 볼 여지가 있다.

(3) 또한 특례법 부칙 제1항, 제3항으로 인하여 사업시행자는 사업계획승인 당시 그 부담을 예상하지 못함으로써 사업시행자가 분양원가에 반영할 수 없었던 학교용지부담금을 추가로 부담하게 되어 손실을 입었는바, 이는 헌법 제23조 제1항이 규정하는 재산권보장의 침해에 해당하고, 헌법 제13조 제2항이 규정한 소급입법에 의한 재산권박탈금지 원칙에 위배되는 것으로 볼 여지가 충분하다.

나. 교육과학기술부(구 교육인적자원부)장관의 의견

(1) 학교용지부담금 제도는 턱없이 부족한 일반교육재정을 보충하고 의무교육을 실현하기 위하여 학교수요증대의 원인제공자인 신청인 등 개발 및 건설업자들에게 의무를 부담하도록 한 부득이한 조치이다. 위 부담금은 의무교육을 받을 권리의 주체나 교육을 받게 할 의무의 주체(취학아동의 친권자 또는 보호자)에게 부과되는 것이 아니고 학교용지수요를 유발시킨 개발업자 내지는 건설사업자에게 부과되는 것이므로 의무교육 무상원칙에 반하는 것이 아니다. 개발사업자가 학교용지부담금을 수분양자에게 전가시킬 것이라는 것은 학교용지부담금을 부과하는 행위로부터 논리적으로 따라 나오는 사실이 아니고, 하위법령 및 분양가심사위원회 등과 같은 기존의 제도를 어떻게 운영하는가에 달려 있는 문제일 뿐이다.

(2) 개발사업지역에서 100세대 규모 이상의 주택건설토지를 개발하거나 공동주택을 건설하는 사업자는 학교용지에 관한 수요를 유발시켰다는 점에서 다른 건설사업자와는 다르기 때문에 다른 것을 다르게 취급한 것뿐이고, 최근 3년 이상 취학인구의 지속적인 감소로 학교신설의 수요가 없는 지역에서 개발사업을 시행하는 경우 부담금을 면제할 수 있도록 하고 있으며, 부담금 부과요율을 인하하여 국민부담을 줄이도록 하였다는 점에서 평등원칙을

위반한 것이라 볼 수 없다.

(3) 대규모 택지개발이 이루어짐에 따라 수평적 인구가동으로 인한 새로운 학교 수요가 계속적으로 발생하고 있음에도 교육재정은 이에 비해 턱없이 부족한 현실을 고려할 때, 학교시설 수요를 발생시킨 원인자이자 개발사업으로 막대한 수익을 거두는 수익자인 개발사업자에게 학교용지부담금을 부과하는 것은 사회적, 정책적 목적을 실현하는데 적절한 수단이며 공과금 부담의 형평성도 확보된다.

(4) 특례법 부칙 제1항 및 제3항은 법 시행일 이후에 비로소 분양공고 승인을 받은 사업분이 100세대 이상일 경우에 이 사건 법률을 적용하도록 한 것으로, 이미 종결된 과거의 사실 또는 법률관계에 사후적으로 적용되어 과거를 법적으로 새로이 평가하는 진정소급효의 입법과는 다른 것이므로 소급입법에 의한 재산권 침해의 문제가 아니다.

다. 부산광역시교육감의 의견

교육과학기술부장관의 의견과 대체로 같다.

【결정요지】

1. 의무교육의 무상성에 관한 헌법상 규정은 교육을 받을 권리를 보다 실효성 있게 보장하기 위해 의무교육 비용을 학령아동 보호자의 부담으로부터 공동체 전체의 부담으로 이전하라는 명령일 뿐 의무교육의 모든 비용을 조세로 해결해야 함을 의미하는 것은 아니므로, 학교용지부담금의 부과대상을 수분양자가 아닌 개발사업자로 정하고 있는 이 사건 법률조항은 의무교육의 무상원칙에 위배되지 아니한다.

2. 개발사업자는 개발사업을 통해 이익을 얻었다는 점에서 개발사업 지역에서의 학교시설 확보라는 특별한 공익사업에 대해 밀접한 관련성을 가지고 있을 뿐만 아니라 이에 대해 일정한 부담을 져야 할 책임도 가지고 있는바, 개발사업자에 대한 학교용지부담금 부과는 평등원칙에 위배되지 아니한다.

3. 이 사건 법률조항에 의한 학교용지부담금은 학교용지 확보를 위한 새로운 재원의 마련이라는 정당한 입법목적을 달성하기 위한 적절한 수단으로

서 교육의 기회를 균등하게 보장해야 한다는 공익과 개발사업자의 재산적 이익이라는 사익을 적절히 형량하고 있으므로 이 사건 법률조항은 개발사업자의 재산권을 과도하게 침해하지 아니한다.

4. 이 사건 부칙조항은 이 법 시행 후에 그 부과요건(분양)이 완성되는 개발사업을 부과대상에 포함시키고 있는 것일 뿐 부담금 부과요건 완성 후에 새로운 입법으로 부담금을 부과하는 것이 아니므로 헌법 제13조 제2항이 금지하는 소급입법에 해당하지 아니하고, 위 부칙조항으로 인하여 일부 개발사업자의 학교용지부담금을 부과당하지 아니할 기대가 충족되지 못한 것을 재산권의 박탈이라고 볼 수도 없으므로 이 사건 부칙조항은 개발사업자의 재산권을 침해하지 아니한다.

재판관 이공현, 재판관 민형기의 반대의견

1. 의무교육을 위한 재원을 마련함에 있어 그 부과대상이 누구인지를 불문하고 부담금이라는 수단을 동원하는 것은 그 자체로 헌법상 의무교육의 무상성에 반한다.

2. 교육시설의 확보는 일반적 공익사업이며, 단지 개발사업을 통해 이익을 얻었다는 이유만으로 개발사업자가 학교신설에 대해 밀접한 관련성이나 책임을 가지고 있다고 보기는 어려우므로 개발사업자를 부과대상으로 하는 학교용지부담금제도는 개발사업자를 합리적인 이유 없이 차별하는 것으로 평등원칙에 반한다.

3. 또한 개발사업자가 학교용지부담금의 부담을 수분양자에게 전가할 것이 분명하므로 이 사건 학교용지부담금제도는 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이라고 볼 수 없고 국가의 일반적인 과제에 대해 개발사업자에게 중구적이고 과도한 책임을 지우는 것으로서 피해의 최소성이나 법익의 균형성 요건도 충족시키지 못한 것이므로 재산권을 제한함에 있어 비례원칙에도 반한다.

【해설】

1. 학교용지부담금제도의 연혁

가. 학교용지부담금제도의 도입

학교시설은 교육기본법 및 초·중등교육법, 고등교육법에서 학교교육을 실시하기 위한 공공시설로 규정한 시설로서 국가와 지방자치단체는 학교를 설립·운영하고 이를 위한 학교용지를 확보할 의무가 있다. 그러나 택지개발사업 등으로 학교설립의 수요는 급증하는데 비해 기존의 법률에 의한 취득세와 등록세, 개발부담금만으로 이루어진 지방교육재정은 너무나 취약하고 지가는 급격히 상승하여, 국가와 지방자치단체는 가장 기본적 의무인 학교를 설치하기 위한 새로운 재원을 발굴할 필요성을 느껴왔다. 이에 입법자는 1995. 12. 29. 학교용지의 원활한 확보를 위하여 학교용지의 조성, 개발, 공급 및 경비의 부담에 관한 특례를 규정한 ‘학교용지 확보에 관한 특례법’을 법률 제5072호로 제정하였다. 이 법은 학교용지의 조성, 개발, 공급 및 경비의 부담에 관한 특례를 규정하여 학교용지를 원활히 확보하고자 하는 목적으로 제정된 것인바, 이 법의 시행에 따라 주택건설촉진법 등에 의하여 시행되는 사업 중 300세대 규모 이상의 주택건설용 토지를 조성·개발하는 사업에 있어서 단독주택건설용 토지 또는 공동주택을 분양받는 자(동법 제2조 제2호, 제3호)는 공동주택의 경우에는 분양가격의 1000분의8을, 단독주택 건축을 위한 토지의 경우에는 단독주택용지 분양가격의 1000분의 15를 학교용지부담금으로 납부하게 되었다(동법 제5조의2 제1항, 제2항, 이하 ‘구 학교용지부담금제도’라 한다).

나. 헌법재판소의 위헌결정과 ‘학교용지부담금 환급 등에 관한 특별법’의 제정

그러나 ‘학교용지 확보에 관한 특례법’의 제정과 동시에 수분양자를 납부 대상으로 하는 학교용지부담금제도의 타당성과 형평성에 대한 논란이 야기되었고, 이러한 논란은 구 ‘학교용지 확보에 관한 특례법’(2000. 1. 28. 법률 제6219호로 개정되어 2002. 12. 5. 법률 제6744호로 개정되기 전의 것) 제2조 제2호 및 제5조 제1항에 대한 위헌법률심판제청으로 이어졌다. 이에 대하여 헌법재판소는 2005. 3. 31. 같은 법 제5조 제1항 중 ‘제2조 제2호가 정한 주택건설촉진법에 의하여 시행하는 개발사업지역에서 …… 공동주택을 분양받

은 자에게 학교용지확보를 위하여 부담금을 부과·징수할 수 있다.’는 부분이 헌법에 위반된다고 결정하였다. 수분양자를 납부대상자로 하는 학교용지부담금은 의무교육의 무상성을 선언한 헌법에 위반되며, 재정조달목적부담금이 갖추어야 하는 요건, 즉 부담금을 통해 달성하고자 하는 사업이 특별한 공익사업에 해당하여야 하고, 의무자집단이 서로 동질성을 가지고 있어야 하며, 부담금 납부의무자들과 특별한 공익사업 사이에 밀접한 관련성이 인정되어야 한다는 요건을 갖추지 못하였을 뿐만 아니라, 구체적 사정을 고려하지 아니한 채 수분양자에게 일률적으로 학교용지부담금을 부과하는 부적절한 방법을 선택하여 수분양자들에게 공익사업의 달성과 관련하여 형평에 맞는 몫이상의 이중의 부담을 부과하도록 함으로써 비례의 원칙도 준수하지 못하고 있다(헌재 2005. 3. 31. 2003헌가20, 판례집 17-1, 294, 311 참조)는 것이 위헌결정의 이유였다.

위 결정 이후 학교용지부담금의 환급과 관련하여 부과대상자 간의 형평의 문제가 야기되자 국회는 위헌적인 법률의 적용으로 인하여 학교용지부담금 부과처분을 받거나 이를 납부한 자들을 구제하기 위하여 2008. 3. 14. 법률 제8886호로 ‘학교용지부담금 환급 등에 관한 특례법’을 제정하여 특례법에 따른 모든 부담금 부과처분 대상자에 대하여 부담금 부과처분을 취소하고 기납부금액을 환급해 주도록 하였다.

다. 학교용지부담금제도의 정비

한편 위 위헌법률심판제청사건(2003헌가1)이 헌법재판소에 계속 중이던 2005. 3. 24. 국회는 법률 제7397호로 위 특례법을 개정하였다. 개정된 특례법은 ① 특례법의 구조를 원인자 부담원칙에 부합하도록 함과 동시에 행정상 효율성을 제고하기 위해서 부담금 부과대상을 ‘주택건설용 토지 또는 주택을 분양받은 자’에서 ‘개발사업을 시행하는 자’로 변경하고 ② 부담금 부과기준이 되는 세대 수를 확대하여 형평성 문제를 완화하되, 모든 개발사업으로 확대될 경우 동 부담금이 실질적으로 조세화되는 문제를 해결하기 위해서 학교용지 부과대상이 되는 개발사업 규모를 300세대에서 100세대 이상으로 확대하였으며 ③ 취학수요를 발생하지 아니하는 경우, 또는 학교용지를

기부채납하는 경우 등에 대한 부담금 면제규정을 신설하고 ④학교용지부담금의 부과요율을 공동주택은 분양가격의 8/1000에서 4/1000로, 단독주택용토지는 분양가격의 15/1000에서 7/1000로 인하하고 ⑤ 학교용지의 확보가 불가능한 경우 인근 기존 학교의 증축을 위하여 필요한 경비에 부담금을 사용할 수 있는 근거를 마련하는 등 학교용지부담금 제도를 개선하였다¹⁾.

<주요 개정 내용>

구분		기존	개정
개발사업	일부 변경	도시재개발법, 도시저소득 주민의주거환경개선을위한 임시조치법(제외)	도시개발법, 도시 및 주거환경정비법(신설)
	규모	300세대 이상	100세대 이상
부과	대상자	분양받는 자	개발사업자
	목적	학교용지 확보	학교용지확보 또는 학교용지를 확보할 수 없는 경우 인근 기존학교 증축 경비
면제	학교용지부담금이 면제되는 개발사업 신설(제5조 제4항)		

2. 교육시설 설립 부담금에 대한 외국의 입법례

가. 미국

미국에서는 학교용지부담금 부과 여부가 주별로 정해지는데, 2007년 DIF(개발영향부담금) 서베이(National Impact Fee Survey: 2007) 자료에 따르면, 27개 주가 주법에 따라 DIF를 실시하고 있으며, 이 가운데 신규 개발사업에 따른 인구 집중이 심화되어 학교신설난이 발생하고 있는 캘리포니아, 플로리다, 워싱턴, LA 등 8개의 주에서 ‘합리적인 연관성’이 검증된 경우에만하여 학교시설 설치를 위한 개발영향부담금을 부과하고 있다.²⁾ 학교부담

1) 국회 제251회 교육 제4차위원회 회의록(2004. 12. 24.), pp.6~8.

2) 교육과학기술부 장관의 의견서, p.8

금에 대한 미국의 각 주별의 입장을 살펴보면, LA의 경우에는 원인자 비용 부담의 원칙에 따라 LA통합교육구 개발부담금프로그램국에서 개발자에게 개발에 따른 학생수 증가로 인한 필요시설비용에 대한 영향부담금을 부과하고 있다. 이 때 부담액은 각 용도에 따라 주거의 경우에는 평방미터당 3.60달러, 상업의 경우에는 0.34달러, 주차지는 0.09달러, 자가창고의 경우에는 0.28달러로 정하고 있으며 교육위원회에서 그 상한선을 결정하고 있다. 개발부담금을 부과하는 시기는 LA시 관할 내의 경우에는 건축허가 시기에 시건축허가부에서 징수하고 LA 근교시나 카운티에 편입되지 않은 지역의 경우에는 LA 통합학군의 개발부담금 기관에서 징수하고 있다.³⁾

높은 경제성장 및 인구증가 등 기반시설에 따른 재정수요가 가장 높은 주 중의 하나인 캘리포니아주는 다른 주보다 두 배 이상의 개발부담금을 부과하고 있는 주이다. 캘리포니아주는 개발유형을 ① 25 unit single-family subdivision model(일정규모의 단독주택단지)② single-family infill unit model(일정규모의 단독주택단지) ③ 45 unit multi-family model(아파트 등 다주택단지)로 나누어 개발업자가 개발하고자 하는 유형에 따라서 각 지방정부가 고시하고 있는 비용을 지불하도록 되어 있다. 캘리포니아의 각 카운티 별 주택용 개발현황 및 학교용지부담금의 규모는 다음과 같다.⁴⁾

County	Brentwood	Carlsbad	Corona	Fairfield	Fresno
1998년 인구	17,000	73,700	111,500	91,600	411,600
96~98 신규개발건수	694	1,129	1817	524	1,685
학교부담금	4,825 (가구당 달러)	0	4,825	4,785	1,199
총 개발부담금	41,502	11,795	30,189	27,227	12,341

3) 교육과학기술부 미국연수단, 2008년도 국외연수 결과 보고, pp.9~11.

4) 김현아·박상원·김형준, 지방공공재의 비용부담원칙에 관한 연구-기반시설연동제를 중심으로-, 한국조세연구원, pp.149~159.

나. 일본

일본의 경우 대규모 도시개발이 활발하게 이루어졌던 시기에 학생수 또한 급격히 증가해 왔다. 이러한 대규모 개발과 병행하여 도입된 개념이 ‘개발지역에서의 수익자 부담원칙’이라고 할 수 있으며, 이러한 원칙을 실현하기 위해 각 지방자치단체에서는 개발사업자와 지방자치단체간의 택지개발지도요강(宅地開發指導要綱)⁵⁾을 만들어 시행하였다. 이러한 요강은 법적인 근거에 바탕을 두었다기 보다는 개발사업자와 공공기관의 협의에 바탕을 둔 것으로, 대규모 개발 사업의 경우 개발사업자는 ‘집합주택 등 건축지도요강’ 및 ‘택지개발 지도요강’ 등에 근거하여 학교정비협력금 또는 교육시설부담금을 납입하였다.⁶⁾ 개발사업 시행자의 공공시설 부담을 명시적으로 규정한 것은 1956년 대장·건설·문부·자치성 간에 체결된 4성(省)협정으로서, 일본주택공단(우리나라의 주택공사와 같은 기관으로서 1981년 택지개발공단과 함께 ‘주택·도시정비공단’으로 통합)등이 대규모 택지개발을 시행할 때 해당 자치단체가 설치해야 하는 관련 공공시설 중에서 외부 교육시설인 초·중학교의 건설부담을 경감시키기 위해 시정촌(市町村)이 직접 학교를 건설하기 곤란한 경우 그 건설을 공단에 이양할 수 있도록 하는 조치였다. 이후 4성협정은 후생성을 포함하여 5성협정으로 발전되었는데, 그 내용은 33만㎡ 이상의 택지개발이나 1,000호 이상의 집단적 주택건설 등 대규모 택지개발로 인해 요구되는 관련 시설(초등학교, 중학교, 유치원, 보건소와 도로, 도시공원, 하수도, 하천, 수도 등)의 설치에 당해 지자체가 시행하는 것을 원칙으로 하되, 재정형편 때문에 이를 적시에 시행하기 곤란할 경우 택지개발 시행자가 자치단체와

5) 지도요강에는 공사소음, 도로, 소방시설, 그리고 학교, 보육원, 교통안전시설 등에 관한 사항이 규정되어 있다. 교육시설부담금과 관련한 행정지도요강을 살펴보면 예컨대, ① 무사시노(武蔵野)시의 경우 15세대 이상의 개발사업의 경우에 학교용지의 무상제공 또는 용지취득비·건설비용을 부담하되 1,900세대당 초등학교 1개교, 2,400세대당 중학교 1개교분의 용지취득비용의 부담을, ② 하츠오우지(八王子)시의 경우 300세대 이상의 개발사업의 경우 (계획호수-299) × 일정비율에 따른 학교정비협력금을, ③ 오미야(大宮)시의 경우 주택의 계획호수가 2,000세대 이상인 개발행위 등에 대해서는 초등학교 1개교 이상의 용지와 중학교 1개교 이상의 용지를, 주택의 계획호수가 1,000세대 이상 2,000세대 미만인 개발행위 등에 대해서는 초등학교 1개교 이상의 용지를 확보하고 이에 대하여 시장과 협의하도록 정하고 있다.

6) 교육과학기술부 아시아 연수단, 학교설립 원인자 비용부담관련 국외 연수 결과 보고서, pp.158~164.

협의하여 시설을 설치할 수 있도록 하는 것이었다.⁷⁾

지방자치단체들은 위 지도요강을 통하여 교육시설부담금 기부를 조건으로 건축확인 또는 개발허가를 내주어 사실상 부담금 납부를 강제하는 경우가 있었다. 이에 최고재판소는 행정지도로서 교육시설의 충실을 기하기 위하여 사업주에 대하여 기부금의 납부를 요구하는 것 자체는, 강제력을 띠어 사업주의 (기부의) 임의성을 해치지 않는 한 유효하다고 하면서도, 교육시설부담금을 납부하지 않으면 수도급수계약과 하수도사용계약을 체결하지 않는 등으로 사실상 납부를 하지 않을 수 없도록 하는 것은 행정지도의 한계를 초과한 것으로서 위법하다고 판시하였다.⁸⁾ 이처럼 일본에서는 교육시설부담금의 부과에 있어서 위와 같은 행정지도의 임의성 또는 적법성의 한계를 논하는 사례는 있으나 교육시설부담금의 위헌성 자체를 논하는 사례는 찾아보기 어렵다.⁹⁾

다. 독일

독일의 경우에는 학교가 필요한 경우, 학교 건설비용 부담을 누가 할 것인가 하는 문제에 대해서 학교감독기관이 이를 결정한다. 시에서 학교를 건설할 때 공립학교 건설에 충분한 이유가 있고, 이미 계획된 학교라면 그 비용을 지원한다. 그러나 공립학교 건설의 필요성과 요건에 해당하지 않는 경우 시가 사립학교의 건설을 유도하거나 스폰서를 통하여 학교 건설비용을 마련하는 등 개별적인 재정대책을 마련하여야 한다.

독일에서는 건설회사가 학교 건설이 필요할 정도로 대단위 건설이나 신도

7) 교육과학기술부 장관 의견서, pp.9~10.

8) 맨션을 건축하겠다고 한 사업주에 대하여 무사시노(武藏野)시가 개발지도요강에 근거하여 교육시설부담금의 기부를 요구한 사건에서, 최고재판소는 위 지도요강이 이에 따르지 않는 사업주에게는 수도의 급수를 거부하는 등의 제재 조치를 배경으로서 (강제적) 의무를 부과하는 것을 내용으로 하고 있고, 이에 따를 수 없는 사업주는 사실상 건축 등을 단념할 수밖에 없게 되며, 실제로 지도 요강에 따르지 않는 사업주가 건축한 맨션에 관하여 수도의 급수 등을 거부하고 있던 등의 사실관계의 하에서는, 위 행위는 행정지도의 한도를 넘어선 위법한 공권력행사에 해당한다고 판시하였다[最高裁 平成 5. 2. 18. 第1小法廷 63(オ) 890號判決].

9) 櫻井敬子, “指導要綱による開發負擔金”, 별책 주리스트 150호(1999. 2.), p.226 이하; 亘理格, “武藏野市教育施設負擔金事件上告審判決の意義と射程”, 주리스트 2025호(1993. 6. 15.), p. 38 이하 각 참조.

시를 개발하는 사례가 거의 없다. 또한 기본적으로 독일 주택건설회사들은 건설과 분양에 의해 수익을 얻는 것이 아니라 대부분 월세수입을 통하여 수익을 창출하며, 주택의 건설과 동시에 여러 종류의 세금을 주택가격 기준 30% 이상으로 납부하여 업체가 학교신설을 위해 추가적으로 비용을 부담하는 경우는 거의 없기 때문에 우리나라의 학교용지부담금 제도를 법률로 정하여 시행하고 있지도 아니하고 그러한 필요성도 존재하지 않는다.¹⁰⁾

3. 이 사건 법률조항의 위헌여부

가. 헌법상 의무교육의 무상원칙과의 관계

(1) 다수의견

헌법재판소는 2005. 3. 31. 선고한 2003헌가20 결정에서 수분양자에게 학교용지부담금을 부과하도록 한 구 ‘학교용지 확보에 관한 특례법’(2000. 1. 28. 법률 제6219호로 개정되고 2002. 12. 5. 법률 제6744호로 개정되기 전의 것) 제5조 제1항과 제2조 제2호의 위헌성을 판단하면서 다음과 같이 판시한 바 있다.

“……의무교육에 필요한 학교시설은 국가의 일반적 과제이고, 학교용지는 의무교육을 시행하기 위한 물적 기반으로 필수조건임은 말할 필요도 없다. 따라서 이를 달성하기 위한 비용은 국가의 일반재정으로 충당하여야 한다. ……그렇다면, 적어도 의무교육에 관한 한 일반재정이 아닌 부담금과 같은 별도의 재정수단을 동원하여 특정한 집단으로부터 그 비용을 추가로 징수하여 충당하는 것은 의무교육의 무상성을 선언한 헌법에 반한다고 할 것이다……”

그러나 수분양자를 부과대상으로 하는 구 학교용지부담금제도가 의무교육의 무상성에 반한다는 위와 같은 설시는 의무교육의 대상인 학력아동의 보호자(친권자 또는 후견인)로부터 의무교육의 비용을 징수해서는 안된다는 취지에 불과하다. 즉 의무교육무상에 관한 헌법 제31조 제3항은 교육을 받을 권리를 보다 실효성 있게 보장하기 위하여 의무교육의 비용을 학력아동

10) 교육과학기술부 유럽연수단, 학교설립 원인자 비용부담관련 국외 연수 결과보고서, pp.49~57.

보호자 개개인의 직접적 부담에서 공동체 전체의 부담으로 이전하라는 명령일 뿐이고 의무교육의 비용을 오로지 국가 또는 지방자치단체의 예산, 즉 조세로 해결해야 함을 의미하는 것은 아니다. 따라서 의무교육의 대상인 수분양자가 아닌 개발사업자에게 학교용지부담금을 부과하고 그 재원으로 의무교육시설을 마련하도록 하는 이 사건 법률조항은 헌법 제31조 제3항의 의무교육의 무상성과는 무관하다.

(2) 재판관 이공현, 재판관 민형기의 반대의견

선례는 의무교육제도가 국민에 대하여 보호하는 자녀들을 취학시키도록 한다는 의무부과의 면보다는 국가에 대하여 인적·물적 교육시설을 정비하고 교육환경을 개선하여야 한다는 의무부과의 측면에서 보다 더 중요한 의미를 가지고 있고, 따라서 의무교육을 위한 재정을 마련함에 있어 그 부과대상이 누구인지를 불문하고 일반재정이 아닌 부담금이라는 수단을 동원하는 것 자체가 헌법상 의무교육의 무상성에 반한다는 것을 분명히 밝히고 있다. 선례가 이러한 점을 명시하고 있는 이상 다수의견과 같이 헌법 제31조 제3항이 의무교육의 대상인 학력아동의 보호자를 부과대상으로 하는 부담금만을 금지하는 것이라고 해석할 수는 없으며, 가사 다수의견과 같이 해석한다고 할 지라도 개발사업자가 부담금에 대한 중국적인 부담을 수분양자에게 전가할 것이 분명한 이상 재원마련의 최종적인 부담자가 의무교육의 대상인 수분양자라는 사실에는 변함이 없으므로 개발사업자를 부과대상으로 하는 개정 학교용지부담금제도 역시 의무교육의 무상성에 반한다.

나. 평등원칙 위반여부

(1) 헌법재판소는 재정조달목적 부담금의 심사기준으로 ① 부담금은 조세에 대한 관계에서 예외적으로만 인정되어야 하며 일반적 공익사업을 수행하는데 사용할 목적이라면 부담금을 남용하여서는 아니되고, ② 부담금납부의 무자는 일반국민에 비해 ‘특히 밀접한 관련성’을 가져야 하고, ③ 부담금이 장기적으로 유지되는 경우에 있어서는 그 징수의 타당성이나 적정성이 입법자에 의해 지속적으로 심사되어야 함을 들고 있으며(헌재 2004. 7. 15. 2002

헌바42, 판례집 16-2상, 14, 28; 헌재 2005. 3. 31. 2003헌가20, 판례집 17-1, 294, 303, 304 참조), 이 중 ‘특별히 밀접한 관련성’ 요건은 납부의무자들이 일반인과 구별되는 동질성을 지니고 있고 이들 집단에게 당해 과제에 관한 특별한 재정책임이 인정되며 주로 그 부담금 수입이 납부의무자 집단에게 유용하게 사용될 때 용이하게 인정될 수 있다고 보고 있다(헌재 2004. 7. 15. 2002헌바42, 판례집 16-2상, 14, 28등 참조). 또한 이러한 심사기준은 헌법상 평등원칙과 밀접한 관련을 가지고 있는바, 이하에서는 헌법재판소에 의하여 제시된 심사기준을 근거로 평등원칙 위반여부를 판단하기로 한다.

(2) 다수의견

(가) 특별한 공익사업인지 여부

학교시설은 의무교육을 비롯한 일반적인 정규교육기관의 설립 및 운영의 가장 기초적인 물적 기반이기는 하나, 개발사업이 진행되는 지역에서 단기간에 형성된 학교 신설 수요에 부응하기 위한 학교신설 및 증축은 일반적 공익사업으로서의 교육시설의 확보와는 그 성격이 다르다.

현재 우리나라는 취학률이 100% 수준에 달하고 있으며, 학생수는 계속적으로 줄어들고 있다. 그럼에도 불구하고 개발사업 지역에서의 학교수요는 계속하여 증가하고 있는바, 교육과학기술부(구 교육인적자원부)가 2007. 6. 에 작성한 자료에 의하면 2006년도 학교용지 매입비는 지속적으로 개발사업이 진행되고 있는 대도시를 중심으로 사용되었으며, 특히 신도시 개발이 가장 활발하게 이루어지고 있는 경기도의 경우에는 학교용지 매입비가 3조 5천억원에 달하여 서울(2천6백억원)의 10배 이상에 이르고 있다. 이와 같은 점에 비추어 볼 때 이에 소요되는 비용은 ‘국민 모두의 수요를 충족시킬 수 있는 인적·물적 시설과 자원을 온 나라에 걸쳐 골고루 구비해야 한다’는 일반적 공익사업으로서의 교육시설의 확보와는 그 성격이 다르며, 오히려 개발지역의 기반시설을 확보하기 위한 비용의 성격을 가지고 있다. 따라서 개발지역에서의 학교용지 확보는 특별한 공익사업으로서의 성격을 가진다고 할 것이다.

(나) 특별히 밀접한 관련성 여부

특별히 밀접한 관련성을 판단하는 기준 중 하나인 ‘의무자 집단의 동질성’이란 의무자 집단이 동질적 요소에 의하여 일반 국민과 구별되어야 할 뿐만 아니라 의무자집단 내부의 납부의무자들 사이에서도 동질성의 정도가 서로 유사하여야 한다는 것을 의미한다.

개발사업자들은 ‘개발사업지역에서 100가구 규모 이상의 주택건설용 토지를 조성·개발하여 분양하거나 공동주택을 건설하여 분양하여 학교용지확보의 필요성을 야기시켰다는 점’에서 형식적으로 일반 국민과 구별되는 동질성을 가지고 있다. 또한 학교신설의 필요성을 야기하지 아니하는 개발사업자는 부담금 부과대상에서 제외되었기 때문에(특례법 제5조 제4항) 납부의무자들은 내부적으로도 위 공익사업과 관련하여 동일한 정도의 동질적인 특징요소를 가지고 있다.

학교용지부담금의 부과를 통하여 수행하고자 하는 과제는 ‘학교용지의 확보 및 학교의 증축’이다. 개발사업자는 개발 사업을 통해서 이익을 창출함과 동시에 학교신설의 필요성을 야기한 자로 학교용지확보라는 공적 과제와 객관적으로 밀접한 관련성을 가지고 있다. 뿐만 아니라 앞서 살펴본 바와 같이 개발사업 지역에서의 학교신설 비용은 교육수요의 충족을 위한 비용의 성격과 함께 개발사업 지역의 기반을 형성하는 비용으로서의 성격도 가지고 있기 때문에 개발사업자는 학교용지확보라는 과제의 달성에 관하여 조세외적으로 부담을 져야 할 책임을 가지고 있다 할 것이다.

또한 자녀 교육에 대한 열의가 남다른 우리나라의 현실에서 학교의 신설이 담보될 경우 개발사업자는 분양에 있어서의 편의와 분양가격의 상승의 이익을 얻을 수 있게 될 것이고 따라서 학교용지부담금은 일정부분 납부의무자의 집단적 이익에도 기여한다.

(다) 지속적인 심사의 존재

부담금관리기본법 제7조에 의하면 기획재정부장관은 매년 부담금의 부과 실적 및 사용명세 등이 포함된 부담금운용종합보고서를 작성하여 국회에 제출하도록 되어 있다. 이에 비추어 볼 때 학교용지부담금 징수의 타당성과 적정성에 대하여는 매년 입법자의 지속적인 심사가 이루어지고 있다 할 것이다.

(라) 소 결

따라서 특례법 제5조 제1항 본문, 제2조 제2호는 헌법상 평등원칙에 위반되지 아니한다.

(3) 재판관 이공현, 재판관 민형기의 반대의견

교육은 국가의 일반적 과제 중 다른 부분을 희생해서라도 달성하여야 할 과제라는 점, 실제로 확보된 학교용지부담금이 부수적으로 노후된 교육환경을 개선하는 등의 일반적 공익사업을 위한 재정으로도 사용될 가능성이 있다는 점 등을 고려할 때 개발사업자가 개발사업을 통해 학교시설확보의 필요성을 야기하였다는 이유만으로 개발지역에서의 학교시설의 확보가 일반적 과제에서 특별한 공익사업으로 전환된다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 개발사업을 통해 이익을 얻었다는 사실이나 개발지역에서의 학교시설비용이 개발지역의 기반을 형성하는 비용으로서의 성격을 가지고 있다는 이유만으로 개발사업자가 국가의 의무인 학교시설확보에 대해 조세외적인 부담을 져야 할 만큼의 책임을 가지고 있다고도 볼 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 평등원칙에 위반된다.

다. 재산권 제한에 있어 비례의 원칙 위반 여부

(1) 부담금은 국민의 재산권을 제한하는 성격을 가지고 있으므로 부담금을 부과함에 있어서도 평등원칙이나 비례원칙과 같은 재산권 제한 입법의 한계가 준수되어야 한다(헌재 1998. 12. 24. 98헌가1, 판례집 10-2, 819, 830; 헌재 2004. 7. 15. 2002헌바42, 판례집 16-2상, 13, 29-30 참조).

(2) 다수의견

최근 들어 신도시, 혁신도시 등 개발사업으로 인하여 개발지역내 학교신설 수요는 지속적으로 증가하고 있으나, 교육재정의 상당 부분이 인건비, 교육사업비 등에 소요되어 학교신설 예산은 크게 증가하지 못하고 있다. 이러한 상황에서 '학교용지 확보를 위한 새로운 재원의 마련'이라는 입법목적은 공공복리 달성이라는 측면에서 정당하다 할 것이다.

또한 개발사업자는 학교신설 및 학급증설에 대한 필요성을 야기한 원인제공자이다. 따라서 개발사업자에게 학교시설설치 비용의 일부를 부담하도록 하는 것은 지역의 개발사업에 따른 학교신설의 책임을 교육청이 전담하는 불합리를 방지하면서도 학교용지 확보에 필요한 재원을 효과적으로 마련할 수 있도록 하는 적절한 수단이다. 이에 대하여 개발사업자가 자신에게 부과된 학교용지부담금을 분양원가에 반영하여 수분양자에게 전가할 가능성이 높다는 비판이 없는 것은 아니나, 이러한 문제는 용적률과 용적지역 등에 대한 인센티브 제도를 적극적으로 활용하거나 ‘공동주택의 분양가격 산정 등에 관한 규칙’ 등 하위 법령의 개정을 통해 학교용지부담금이 분양원가에 포함되지 않을 수 있도록 함으로써 해결해야 할 문제일 뿐이고 전가 가능성의 존재가 학교신설 비용 확보수단으로서의 이 사건 학교용지부담금의 적절성 자체를 부인하게 하는 것은 아니다. 그리고 단순히 세대수만을 기준으로 부담금을 부과하는 것 역시 불가피한 측면이 있다. 세대가 거주지를 이전할 경우 이전 세대수가 일정 수에 도달할 때까지는 학급증설 또는 학교신설 수요가 발생하지 않지만, 일정 세대가 초과될 경우부터는 학급증설 또는 학교신설 수요를 야기시켜 추가적 비용을 유발하게 되기 때문에 부담금을 세대수 기준으로 부과하는 것은 합리적인 차별이며, 이 때 비용을 유발하는 일정 세대 수를 얼마로 볼 것이냐의 문제는 입법자의 판단과 재량의 문제이다.

국회교육위원회의 학교용지확보에관한특별법개정법률안 심사보고서에 의하면 입법자가 학교용지부담금 부과 기준 세대를 100세대로 정한 것은 100세대가 아파트 1개동 정도의 개발규모로서 수도권의 경우 평균 초등학교 27명, 중학생 14명, 고등학생 14명으로 약 54명의 취학수요를 발생시키고 이는 초등학교 약 1개 교실 증축요인에 해당된다고 판단하였기 때문이다. 이러한 점에 비추어 볼 때 기준세대를 정함에 있어 입법자의 판단은 합리적인 재량권 행사의 범위 내에 있다고 할 것이다.

뿐만 아니라, 학교용지부담금은 국가교육의 근간이 되는 학교용지를 확보하기 위한 비용을 마련하기 위한 것인바, 입법자는 이러한 공익목적과 국민의 사익을 적절히 형량하여 합리적이라고 판단되는 부과율을 책정할 수 있다 할 것이다. 2005. 3. 24. 개정당시 학교용지부담금의 부과율은 공동주택의

경우에는 세대별 공동주택 분양가격의 4/1000, 토지의 경우에는 단독주택지 분양가격의 7/1000으로 하향 조정(특례법 제5조의2 제2항)되었는바, 이러한 개정으로 인하여 납부의무자의 부담이 상당히 경감된 이상 부과율 자체가 현저히 불합리하다고 판단되지는 않는다.

마지막으로, 학교용지부담금을 부과하지 아니한 채 국가가 개발사업지역의 학교신설비용을 전적으로 부담할 경우 개발사업이 활발한 지역에 예산지원이 편중되어 오히려 모든 학생을 위해 고르게 사용되어야 할 교육재정이 특정지역의 개발이익을 위해 투입되는 불합리한 결과가 초래될 가능성이 존재한다. 따라서 이를 방지하기 위하여 개발사업자에게 학교용지부담금을 납부하도록 하는 것은 교육의 기회균등이라는 이념과 사인의 이익을 적절하게 형량한 결과라고 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항은 납부의무자의 재산권을 제한함에 있어 비례의 원칙을 준수하고 있다고 할 것이다.

(3) 재판관 이공현, 재판관 민형기의 반대의견

이 사건 법률조항에 의한 학교용지부담금의 목적이 정당하다는 점에 대해서는 다수의견과 견해를 같이한다. 그러나 개발사업자에게 부과된 부담금은 분양원가에 포함되어 결국 분양계약자의 부담으로 귀속되게 되고, 결국 수분양자에게 부담금을 직접 부과하는 것과 동일한 결과를 야기한다. 또한 학교용지부담금 부과기준을 300세대에서 100세대로 변경하여 형평성의 문제를 다소 완화하기는 하였지만 이 사건 법률조항 역시 공동주택의 규모 및 개발세대수를 기준으로 획일적으로 부담금을 부과하고 있다는 점에서 위헌으로 선언된 구 학교용지부담금제도와 동일하고, 100세대 미만의 새로운 주택이 시기를 달리하여 건설되는 경우에도 학생수용을 위한 새로운 학교신설 수요가 발생한다는 점에서 100세대를 기준으로 하여 개발사업자를 차별하는데 합리적인 이유가 존재한다고 보기도 어렵다. 이러한 점에 비추어 개정 학교용지부담금제도가 과연 목적을 달성함에 있어 적절한 수단이라고 할 수 있는지 의문을 제기하지 않을 수 없다.

또한 주택건설용 토지를 조성·개발하는 사업자의 경우에는 이 사건 법률

조항에 의한 학교용지부담금 이외에 ‘개발이익환수에 관한 법률’에 의한 개발부담금을 부담하게 되는바 이는 이중부담에 해당될 여지가 있으며, 개발지역에서 학교시설을 확보함에 있어 먼저 개발사업자의 부담으로 학교시설을 확보하되 개발사업 종료 시에 개발이익을 고려하여 교육청과 개발사업자 간에 비용을 정산하는 이른바 ‘先 건설-後 정산’과 같은 덜 침익적인 방법이 있음에도 불구하고 개발사업자에게 종국적인 책임을 지우는 것은 피해의 최소화 원칙에도 반한다.

마지막으로 학교시설의 확보라는 공익이 매우 중대한 것이기는 하나 학교시설의 확보가 궁극적으로는 국가의 의미라는 점을 고려해 본다면 개발사업을 통해 학교시설의 수요를 야기하였다는 이유만으로 개발사업자에게 그 비용을 부담하도록 하는 것은 개발사업자에게 형평에 맞는 몫 이상의 부담을 지우는 것으로 이 사건 법률조항은 법익의 균형성 요건 역시 갖추고 있지 못하다.

4. 이 사건 부칙조항의 위헌여부

제정법원과 신청인은 이 사건 부칙조항이 소급입법에 의한 재산권 박탈권을 규정한 헌법 제13조 제2항에 위반된다고 주장한다.

그러나 특례법 제5조 제1항은 ‘시·도지사는 개발사업지역에서 단독 주택을 건축하기 위한 토지를 개발하여 분양하거나 공동주택을 분양하는 자에게 부담금을 부과·징수할 수 있다.’고 정하여 부담금의 부과대상자를 ‘분양하는 자’라고 명시하고 있고, 특례법 제5조의2 제1항은 ‘부담금은 공동주택인 경우에는 분양가격을 기준으로 부과하고, 단독주택을 건축하기 위한 토지인 경우에는 단독주택 용지의 분양가격을 기준으로 부과한다’고 하여 부담금 산정시 ‘분양가격’을 기준으로 함을 정하고 있으며, 특례법 시행령 제5조의2 제1항은 ‘법 제5조 제3항의 규정에 의하여 개발사업시행자가 단독주택 건축을 위한 토지 또는 공동주택등을 분양한 때에는 분양공급계약자 및 분양공급계약내역 등의 분양자료를 분양공급계약체결일부터 30일 이내에 특별시장·광역시 및 도지사에게 제출하여야 한다’고, 제2항은 ‘시·도지사는 제1항의 규정에 의한 분양자료를 받은 때에는 즉시 부담금의 금액·납부기한·납부방법·납부장

소 등을 기재한 납부고지서를 당해 토지 또는 공동주택 등을 개발사업시행자에게 발부하여야 한다'라고 각각 정하여 학교용지부담금 부과 요건이 충족되는 시기가 '분양공급계약을 체결한 때'이지 개발사업에 대한 허가 또는 승인을 받았을 때가 아님을 명시하고 있다.

이상과 같은 점에 비추어 볼 때, 학교용지부담금은 개발 계획 승인이 아니라 분양에 의하여 그 부과요건이 완성된다고 할 것이며, 그 부과기준시점과 부과기준액 산정시점이 모두 분양시이기 때문에 개발사업에 대한 허가 또는 승인을 받은 것만으로 학교용지부담금의 부과요건사실이 진행 중에 있다고 할 수도 없다. 따라서 이 사건 부칙조항은 헌법 제13조 제2항이 금지하는 소급입법에 해당하지 아니한다.

뿐만 아니라 개발 계획 승인 당시에 학교용지부담금을 부과당하지 아니할 것으로 신뢰하였다고 하더라도 이것은 단순한 기대에 불과할 뿐 헌법 제23조가 보장하는 재산권이라고 할 수 없으며 이러한 기대가 충족되지 아니할 것을 재산권의 박탈이라고 할 수도 없다(헌재 1995. 3. 23. 93헌바18등, 판례집 7-1, 376, 387 등 참조).

이와 같이 이 사건 부칙조항은 부담금의 부과요건 완성 후에 새로운 입법으로 부담금을 부과하는 것이 아니므로 헌법 제13조 제2항이 금지하는 소급입법에 해당하지 아니하고, 위 부칙조항으로 인하여 2005. 3. 24. 전에 개발사업의 허가 또는 승인을 받은 자의 학교용지부담금을 부과당하지 아니할 기대가 충족되지 못한 것을 재산권의 박탈이라고 할 수도 없어 위 부칙조항은 헌법 제13조 제2항에 위반된다고 할 수 없다.

【이 사건 결정의 의의】

학교설립의 수요와 관련한 실태를 살펴보면, 현재 취학아동 수의 감소로 인하여 평균적인 학급당 학생수는 감소하고 있음에도 개발에 따른 인구집중으로 인하여 개발지역을 중심으로 하여 특정지역에서의 학교설립 수요는 지속적으로 증가하고 있다. 즉 최근의 학교신설 수요는 대부분 인구의 수평적 이동에 의하여 발생한 것으로 그 수요의 80%는 개발사업이 주된 원인이다. 그런데 이처럼 개발사업으로 인해 야기된 학교신설 비용을 교육청의 예산만

으로 전부 충당하는 것에는 여러 가지 문제가 있다. 우선 개발사업이 활발한 지역에 정부의 시설비 지원이 편중되어 교육재정 배분의 형평성 차원에서 문제가 있다. 또한 교육청의 재정부담이 지나치게 가중되어 재정악화를 야기할 수 있으며, 개발사업이 많은 지역은 세수증대에 따라 재정자립도가 높아짐에도 불구하고 자립도가 높은 지역을 더 많이 지원하는 결과가 초래된다.

이 결정은 헌법 제31조 제2항 및 제3항이 선언하고 있는 의무교육 무상원칙은 교육을 받을 권리를 보다 실효적으로 보장하기 위하여 최소한의 국가적 책무를 헌법에 정한 것으로, 확보되거나 확보할 재정 중 다른 부분을 희생해서라도 헌법과 법률이 정한 의무교육의 무상원칙을 달성하여야 한다는 국가의 의무를 밝힌 것일 뿐 의무교육의 비용을 오로지 조세로만 해결해야 함을 의미하는 것이 아니라는 점을 확인함과 동시에 개발지역에서의 학교용지 확보 및 학교증축 비용을 국가가 전액 부담할 경우 발생할 수 있는 앞서 언급한 문제점들을 고려하여 의무교육의 대상인 수분양자가 아닌 개발사업자에게 학교용지 확보 또는 인근학교 증축을 위한 부담금을 부과하는 것이 헌법에 위반되지 아니한다고 판단한 점에 그 의의가 있다.

구 상속세법 제18조 제1항 등 위헌소원

- 상속포기자의 상속인 제외 위헌 여부 -

(헌재 2008. 10. 30. 2003헌바10, 판례집 20-2상, 727)

최 갑 선*

【 판시사항 】

1. 구 상속세법 제26조 제1항 본문 및 제2항에 대한 심판청구가 재판의 전제성 요건을 충족하여 적법한지 여부
2. 구 상속세법 제18조 제1항 본문 중 “상속인”의 범위에 “상속개시 전에 피상속인으로부터 상속재산가액에 가산되는 재산을 증여받고 상속을 포기한 자”를 포함하지 않는 것이 상속을 승인한 자의 헌법상 재산권을 침해하는지 여부
3. 구 상속세법 제18조 제1항 본문 중 “상속인”의 범위에 “상속개시 전에 피상속인으로부터 상속재산가액에 가산되는 재산을 증여받고 상속을 포기한 자”를 포함하지 않는 것이 상속을 승인한 자의 헌법상 평등권을 침해하는지 여부

【 심판의 대상 】

이 사건에서는 뒤에서 보는 바와 같이, 구 상속세법 제18조 제1항 본문이 상속세납부의무자로 규정한 “상속인”의 범위에 “상속개시 전에 피상속인으로부터 재산을 증여받고 상속을 포기한 자”가 제외되는 것인지 여부가 쟁점이 되어 있으므로, 이에 관한 심판대상은 구 상속세법 제18조 제1항 본문 중

* 헌법연구관

“상속인” 부분으로 한정한다. 결국 이 사건 심판의 대상은 구 상속세법 제18조 제1항 본문 중 “상속인” 부분과 제26조 제1항 본문 및 제2항의 위헌 여부이다.

위 법률조항들의 내용은 다음과 같다.

구 상속세법(1991. 11. 30. 법률 제4410호로 개정된 후 1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되기 전의 것) 제18조(상속세납부의무) ① 상속인 또는 수유자(피상속인의 사망으로 인하여 효력이 발생하는 증여의 수증자를 포함한다. 이하 같다)는 상속재산(제4조의 규정에 의하여 상속재산에 가산한 증여재산 중 상속인 또는 수유자가 받은 증여재산을 포함한다)중 각자가 받았거나 받을 재산의 점유비율에 따라 상속세를 연대하여 납부할 의무가 있다. 다만, 수유자가 영리법인인 경우에는 그가 납부할 상속세액은 면제한다.

구 상속세법(1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정된 후, 1994. 12. 22 법률 제4805호로 개정되기 전의 것) 제26조(가산세 등) ① 세무서장은 상속재산(제4조의 규정에 의하여 상속재산에 가산되는 증여재산을 포함한다)을 제20조의 규정에 의한 신고기한내에 신고하지 아니하였거나 신고하여야 할 과세표준에 미달하게 신고한 때에는 제25조의 규정에 의하여 결정한 과세표준에 대하여 그 신고를 하지 아니하였거나 신고하여야 할 과세표준에 미달한 금액(신고한 상속재산으로서 그 평가가액의 차이로 인하여 신고하여야 할 과세표준에 미달한 금액을 제외한다)이 차지하는 비율을 상속세산출세액에 곱하여 계산한 금액의 100분의 20에 상당하는 금액을 상속세산출세액에 가산한다. 다만, 납부할 세액이 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 세무서장은 제20조의2제2항의 규정에 의하여 납부기한내에 상속세를 납부하지 아니하였거나 납부하여야 할 세액에 미달하게 납부한 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 납부하지 아니하였거나 미달하게 납부한 세액(이하 “미납부세액”이라 한다)에 다음 각 호의 금액의 합계액을 가산하여 징수하여야 한다.

1. 미납부세액의 100분의 10
2. 미납부세액에 대하여 금융기관의 이자률을 참작하여 대통령이 정하는 비율을 곱하여 산출한 금액

【 사건의 개요 】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

(1) 망 박○약(이하 ‘망인’이라고 한다)은 1993. 11. 4. 상속인으로 처인 조○례, 자녀들인 박○순, 박○숙, 박○영, 박□영, 박○희, 박○수, 박△영 및 청구인을 남기고 사망하였는데, 상속인들은 법정기한 내에 상속세를 신고·납부하지 아니하였다.

(2) 서광주세무서장(이하 ‘과세관청’이라 한다)은 1997. 5. 8. 청구인을 제외한 나머지 상속인들이 비록 1994. 2. 5. 상속포기신고를 하였으나 민법 제1026조 제3호에 해당하는 사유가 있다고 보고 위 법률조항에 따라 그들이 상속을 단순승인한 것으로 의제한 다음, 상속개시일 당시 망인 소유의 광주 서구 ○○동 481-11 답 1,795㎡, 같은 동 483-9 답 615㎡ 및 같은 동 483-10 답 638㎡ 등 3필지 합계 3,048㎡(이하 ‘이 사건 토지’라 한다)의 공시지가 2,956,560,000원을 본래의 상속재산가액으로 산정하고, 여기에 망인이 생전에 박○영, 박□영, 박△영(이하 ‘박○영 등’이라 한다)에게 증여한 광주 서구 화정동 소재 토지 4필지 및 광주 광산구 매월동 소재 토지 1필지의 공시지가 합계액 2,524,904,000원을 상속재산가액에 합산하여 과세표준 및 산출세액을 계산한 다음, 박○영 등이 이미 납부한 증여세액을 공제하고 신고불성실가산세 529,851,040원 및 납부불성실가산세 529,260,936원을 가산하여 상속세액 합계 2,823,315,090원을 청구인 등 상속인 9명에게 각 부과하였다.

(3) 그 후 청구인을 포함한 상속인 9명의 이의신청에 대한 광주지방국세청장의 1997. 8. 22.자 결정에 따라, 과세관청은 1997. 9. 3. 상속인들 중 조○례, 박○순, 박○숙, 박○희, 박○수는 상속포기를 하였고 상속재산에 가산되는 사전증여도 받지 아니하였다는 이유로 그들에 대한 상속세부과처분을 취소한 반면, 박○영 등은 비록 상속포기를 하였으나 망인으로부터 위와 같이 상속재산에 가산되는 사전증여를 받았으므로 구 상속세법 제4조 제1항에 따라 증여받은 재산에 대하여는 상속세납부의무가 있다는 등의 이유로 청구인과 박○영 등 4명에 대한 상속세액을 합계 2,823,315,090원으로 경정하였다.

(4) 과세관청은 다시 1997. 11. 27. 및 1999. 1. 5. 두 차례에 걸쳐 상속세액을 경정하는 결정을 하였다가, 상속을 포기한 자는 구 상속세법 제18조 제

1항 소정의 상속세납부의무자인 상속인에 해당하지 않는다는 취지의 대법원 1998. 6. 23. 선고 97누5022 판결을 반영하여, 1999. 3. 10. 이미 상속을 포기한 박○영 등에 대한 상속세부과처분을 취소하고, 청구인만을 상속세납부의무자로 하여 그가 부담할 상속세를 1,152,820,000원(과세관청은 최초의 평가와 달리 이 사건 토지의 가액을 1,152,820,000원으로 평가하였고, 여기에 위 증여재산가액을 합산하여 과세표준 및 산출세액을 계산한 다음, 이미 납부된 증여세액을 공제하고 신고 및 납부불성실가산세를 가산한 결과 청구인이 부담할 상속세액은 1,327,379,281원이었으나, 위 금액이 이 사건 토지의 가액을 초과한 관계로 구 상속세법 제18조 제2항에 따라 이 사건 토지의 가액을 한도로 상속세액이 결정되었다)으로 경정하는 결정(이하 ‘이 사건 경정결정’이라 한다)을 하였다.

(5) 청구인은 1999. 1. 22. 광주지방법원에 과세관청의 1999. 1. 5.자 상속세부과처분의 무효확인을 구하는 소를 제기하였다(그후 과세관청의 2000. 2. 8.자 위 금액의 상속세부과처분의 취소를 구하는 청구로 변경하였다), 그 소송 계속중에 이 사건 경정결정이 내려지자 구 상속세법(1991. 11. 30. 법률 제4410호로 개정된 후 1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 상속세법’이라고만 한다) 제18조 제1항 본문, 제26조 제1항 본문 및 제2항이 위헌이라고 주장하며 위헌법률심판제청을 신청하였는데, 위 법원은 2003. 1. 16. 청구인의 위 상속세부과처분취소 청구를 기각하는 판결을 선고함과 동시에 위헌법률심판제청신청을 기각하였다.

(6) 이에 청구인은 2003. 2. 7. 위 법률조항들이 헌법 제23조 제1항에 의하여 보장되는 청구인의 재산권과 헌법 제11조의 평등권을 침해하여 위헌이라고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장 및 법원의 위헌제청신청 기각결정 이유 및 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 구 상속세법 제18조 제1항 본문 중 “상속인” 부분이 ‘상속을 포기하지 아니한 상속인’만을 의미하여 ‘상속을 포기하지 아니한 상속인’이 ‘상속을 포

기한 상속인'에게 부과될 상속세액까지 모두 납부하여야 한다는 취지로 해석된다면, 상속인 중 일부가 상속세를 포탈하기 위하여 피상속인 생전에 피상속인으로부터 재산을 증여받고 상속이 개시되었을 때 상속을 포기하여 버리면 '상속을 포기하지 아니한 상속인'은 피상속인의 생전에 피상속인으로부터 재산을 증여받은 자들이 납부할 상속세 중에서 이미 납부된 증여세액을 공제한 나머지 상속세액까지 납부하지 아니할 수 없게 되는 불합리한 결과가 된다 할 것이므로, 위 법조항은 '상속을 포기하지 아니한 상속인'에 대한 관계에서 헌법상 보장된 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것으로서 헌법 제23조 제1항 및 제37조 제2항에 위반될 뿐 아니라, 피상속인의 생전에 증여받은 자들과 사후에 상속을 받은 자들을 합리적인 이유없이 차별하여 헌법상 보장된 평등권을 침해함으로써 헌법 제11조 제1항에 위반된다.

(2) 구 상속세법 제26조 제1항 본문 및 제2항이 상속인으로서 상속이 개시된 사실, 즉 피상속인이 사망한 사실은 알았으나 상속재산이 존재하는 사실 및 그 상속재산의 종류, 수량, 가액, 상속재산가액에 가산할 증여의 가액 등에 관하여 전혀 알지 못한 경우마저도 신고 및 납부불성실가산세를 부과한다는 취지로 해석된다면, 위 법조항은 헌법상 보장된 재산권 및 평등권에 위배된다.

나. 광주지방법원의 위헌제청신청 기각결정 이유의 요지

(1) 사전 증여를 받은 자가 상속개시 이후 상속을 포기한 경우 구 상속세법 제4조 제1항에 의거하여 사전증여재산의 가액은 상속세과세가액에 가산되나, 이로 인하여 누진으로 증가되는 상속세 부분은 상속재산을 상속받은 자 등의 부담이 될 수밖에 없고, 상속인 전부가 상속을 포기한 경우에는 상속세를 납부할 의무자가 없게 되어 상속세가 회피되는 것은 유산취득세방식이 아닌 유산세방식을 채택한 우리 상속법과 상속포기제도를 채택한 우리 민법상 어쩔 수 없는 현상이며, 상속받은 자의 상속세납부책임의 한도가 그가 받았거나 받을 재산을 넘지 아니하는 한 상속세납부무기가 있는 자에 상속을 포기한 자를 포함시키느냐의 여부는 입법자의 광범위한 재량에 속한다 할 것이므로, 구 상속세법 제18조 제1항 본문 중 “상속인” 부분은 헌법상 보

장된 재산권의 본질적 내용을 침해한다거나 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

(2) 대법원은 이미, 세법상 가산세는 과세권의 행사 및 조세채권의 실현을 용이하게 하기 위하여 납세자가 정당한 이유 없이 법에 규정된 신고, 납세 등 각종 의무를 위반한 경우에 개별세법이 정하는 바에 따라 부과되는 행정상의 제재로서 납세자의 고의, 과실은 고려되지 않는 반면, 납세의무자의 의무태를 닦할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우에는 이를 부과할 수 없다고 판시하고 있으므로(대법원 1997. 8. 22. 선고 96누15404 판결 등 참조), 이와 달리 구 상속세법 제26조 제1항 본문을 ‘신고기간 내에 신고를 하지 아니하였거나 신고하여야 할 과세표준에 미달하게 신고한 데에 정당한 이유가 있는 때’, 같은 조 제2항을 ‘납부기한 내에 상속세를 납부하지 아니하였거나 미달하게 납부한 데에 정당한 이유가 있는 때’에도 적용되는 것을 전제로 하여 헌법상 보장된 재산권 및 평등권에 위배된다는 청구인의 주장은 이유 없다.

다. 재정경제부장관 및 국세청장의 의견요지

광주지방법원의 위헌제청신청 기각결정 이유와 대체로 같다.

【 결정요지 】

1. 법원은 ‘정당한 사유가 있는 경우’에는 구 상속세법 제26조 제1항 본문 및 제2항에서 정한 신고불성실 가산세 및 납부불성실 가산세를 부과할 수 없다고 해석하여 구체적인 사건에 적용하여 왔으므로, 당해사건에서 법원은 청구인이 주장하는 사유가 정당한 사유에 해당하는지 여부에 따라서 판단할 것이어서 당해사건의 재판 내용이 달라질 가능성이 없다고 할 것이므로, 위 법률조항의 위헌 여부는 당해사건의 재판의 전제가 되지 아니하여 위 법률조항에 대한 심판청구는 부적법하다.

2. 응능부담의 원칙을 상속세의 부과에서 실현하고자 하는 입법목적이 공공복리에 기여하므로 목적정당성을 인정할 수 있으나, 상속포기자를 제외하는 것은 응능부담 원칙의 실현이라는 입법목적 달성에 적절한 수단이 될 수

없어서 방법의 적절성 원칙에 위배되며, “상속개시 전에 피상속인으로부터 상속재산가액에 가산되는 재산을 증여받고 상속을 포기한 자”를 “상속인”의 범위에 포함시키는 별도의 수단이 존재하는데도 이를 외면하는 것이므로 침해의 최소성 원칙에 위배되고, 상속을 승인한 자가 상속을 포기한 자가 본래 부담하여야 할 상속세액을 부담하게 되는 재산상의 불이익을 받게 되는 반면에 달성되는 공익은 상대적으로 작다고 할 것이어서 법익 균형성 원칙에도 위배되기 때문에, 구 상속세법 제18조 제1항 본문 중 “상속인”의 범위에 “상속개시 전에 피상속인으로부터 상속재산가액에 가산되는 재산을 증여받고 상속을 포기한 자”를 포함하지 않는 것은 상속을 승인한 자의 헌법상 보장되는 재산권을 침해한다.

3. 상속을 포기한 자가 증여받은 재산의 가액이 상속세 과세가액에 가산됨으로 인하여 누진되는 세액만큼을 상속을 승인한 자만이 부담하도록 하여 상속을 포기한 자에 비해서 상속을 승인한 자를 차별취급하는 것은, 증여재산에 대한 누진세액 부분을 부담하여야 할 자에 대해서는 그 부담을 면제하고, 반대로 이를 부담하지 않아야 할 자에 대해서는 부담을 부과한 것이어서 헌법상 정당화될 수 없으므로, 구 상속세법 제18조 제1항 본문 중 “상속인”의 범위에 “상속개시 전에 피상속인으로부터 상속재산가액에 가산되는 재산을 증여받고 상속을 포기한 자”를 포함하지 않는 것은 상속을 승인한 자의 헌법상 평등권을 침해한다.

[재판관 이동흡의 반대의견]

상속인이 상속을 포기한 경우에는 상속개시 당시부터 상속인이 아닌 자의 지위에 있게 되어 상속세 납세의무 자체가 성립하지 않게 된다는 민법상 상속포기제도의 취지 및 상속포기의 소급효(민법 제1042조)와, 구 상속세법 제18조 제2항에 의하여 상속승인자의 책임은 자신이 받았거나 받을 재산의 한도 내로 제한되는 등 상속세 납부의무자인 상속승인자를 보호하기 위한 입법장치에 비추어 보면, 구 상속세법 제18조 제1항 본문이 상속포기자를 상속인의 범위에서 제외하였다고 하더라도, 상속을 포기하지 아니한 상속인의 재산권의 본질을 침해하였다거나 조세평등주의를 위반한 것이라고 볼 수 없다.

【 해설 】

1. 적법요건(재판의 전제성 유무)에 대한 판단

가. 재판의 전제성 요건

헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판청구가 적법하기 위해서는 문체된 법률의 위헌 여부가 재판의 전제가 되어야 한다는 재판의 전제성을 갖추어야 한다. 여기서 말하는 재판의 전제성이라 함은 구체적인 사건이 법원에 계속되어 있었거나 계속중이어야 하고, 위헌 여부가 문제되는 법률이 당해 소송사건의 재판에 적용되는 것이어야 하며, 그 법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해 사건을 담당할 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우를 말한다.

나. 구 상속세법 제18조 제1항 본문 중 “상속인” 부분에 대한 심판청구

과세관청은, 구 상속세법 제18조 제1항 본문에서 상속세 납부의무자로 정하고 있는 “상속인”에는 “상속개시 전에 피상속인으로부터 재산을 증여받고 상속을 포기한 자”가 포함되어 있지 않음을 전제로, 피상속인인 망인의 상속개시 당시에 상속인의 지위에 있었던 자들 중 상속을 포기하지 않은 청구인만을 유일한 상속세 납부의무자로 보고 앞서 본 바와 같이 상속세부과처분을 하였던 것이고, 당해사건의 재판은 바로 위 상속세부과처분의 취소를 구하는 것이어서, 위 법률조항 중 “상속인” 부분이 헌법에 위반된다면 당해 사건에서 재판의 내용이 달라질 수 있으므로, 위 법률조항 중 “상속인” 부분에 대한 심판청구는 재판의 전제성이 있어서 적법하다.

다. 구 상속세법 제26조 제1항 본문 및 제2항에 대한 심판청구

대법원은, 세법상 가산세는 과세권의 행사 및 조세채권의 실현을 용이하게 하기 위하여 납세자가 정당한 이유 없이 법에 규정된 신고, 납세 등 각종 의무를 위반한 경우에 개별 세법이 정하는 바에 따라 부과되는 행정상의 제재로서 납세자의 고의, 과실은 고려되지 않는 반면, 납세의무자의 의무해태를 탓할 수 없는 ‘정당한 사유가 있는 경우’에는 이를 부과할 수 없다.”고 판

시한 바 있고(대법원 1997. 8. 22. 선고 96누15404 판결), 이러한 법리는 법원의 확립된 판례로서 계속 유지되고 있다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2001두7886 판결 등 참조).

위와 같이 법원은 납세의무자의 의무해태를 다탈 수 없는 ‘정당한 사유가 있는 경우’에는 구 상속세법 제26조 제1항 본문 및 제2항에서 정한 신고불성실 가산세 및 납부불성실 가산세를 부과할 수 없다고 해석하여 구체적인 사건에 적용하여 왔으므로, 청구인으로서는 당해사건에서 위와 같은 ‘정당한 사유’가 있음을 입증하면, 가산세 납부 의무를 면할 수 있게 될 것이다. 따라서 만일 헌법재판소가 구 상속세법 제26조 제1항 본문 및 제2항이 ‘정당한 사유가 있는 경우’에도 가산세를 부과하는 근거조항으로 해석된다면 위헌이라는 취지의 청구인의 주장을 받아들인다고 하더라도, 당해사건에서 법원은 청구인이 주장하는 사유가 정당한 사유에 해당하면 가산세를 부과할 수 없다는 취지로, 그렇지 않으면 가산세를 부과할 수 있다는 취지로 판단할 것이어서, 당해사건의 재판 내용이 달라질 가능성이 없다고 할 것이므로, 위 법률조항의 위헌 여부는 당해사건의 재판의 전제가 되지 아니한다.

그렇다면 구 상속세법 제26조 제1항 본문 및 제2항에 대한 심판청구는 재판의 전제성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

2. 본안에 대한 판단

가. 이 사건의 쟁점

구 상속세법 제4조 제1항은 상속세를 부과할 상속재산가액을 정함에 있어, 상속인이 상속받은 재산의 가액 외에 상속개시 전 5년 이내에 피상속인이 상속인에게 증여한 재산의 가액과 상속개시 전 3년 이내에 피상속인이 상속인 이외의 자에게 증여한 재산의 가액도 위 금액에 가산하도록 규정하고 있다. 따라서 상속개시 후 상속을 포기한 자가 상속개시 전 일정 기간 이내에 피상속인으로부터 재산을 증여받았을 경우 그 증여재산의 가액은 상속세를 부과할 상속재산가액에 포함될 것이다. 그런데 위 법률조항이 상속세의 부담을 부당하게 감소시키는 행위를 방지하려는 데에 목적이 있고, 특히 상속인에 대한 증여를 상속인 이외의 자에 대한 증여보다 더 엄격하게 규율

하고 있는 취지 및 피상속인과 상속을 포기한 자 사이는 조세회피의 개연성이 보다 높은 친족관계에 있다는 점에 비추어 볼 때, 위 법률조항의 “상속인”이라 함은 상속이 개시될 당시에 상속인의 지위에 있었던 자를 가리키는 것으로 봄이 상당하므로, 상속이 개시된 후에 상속을 포기한 자도 위 법률조항의 “상속인”에 해당한다고 보아야 할 것이다(대법원 1993. 9. 28. 선고 93누8092 판결 참조).

이와 같이, 상속개시 후 상속을 포기한 자가 상속개시 전에 피상속인으로부터 재산을 증여받았을 경우 그 증여재산의 가액은 상속세과세가액에 포함될 것인데, 이 경우 상속을 포기한 자가 과연 이 사건 심판대상인 구 상속세법 제18조 제1항 본문이 정한 “상속인”에 해당하여 상속세납부의무를 부담하여야 하는지 여부가 문제된다. 그런데 대법원은 1998. 6. 23.에 선고한 97누5022 판결에서 1순위 상속인이었던 자가 상속을 포기한 경우에는 그 소급효에 의하여 상속개시 당시부터 상속인이 아니었던 것과 같은 지위에 놓이게 되기 때문에, 상속이 개시된 후에 “상속을 포기한 자”는 구 상속세법 제18조 제1항 본문 소정의 “상속인”에 해당하지 않으므로, 상속세 납세의무가 없다고 판결하였다.

이에 따라 상속을 승인한 자는 “상속개시 전에 피상속인으로부터 재산을 증여받고 상속을 포기한 자”가 구 상속세법 제4조 제1항에 의거하여 상속개시 전 5년 이내에 피상속인으로부터 증여받은 재산의 가액이 상속재산가액에 가산됨으로 인하여 누진되는 세액을 모두 부담하게 됨으로써 자신의 재산권을 제한당함과 동시에 상속을 포기한 자에 비교하여 차별당하는 불이익을 받게 되었다.

그렇다면 이 사건의 법률상 쟁점은 구 상속세법 제18조 제1항 본문 중 “상속인”의 범위에 “상속개시 전에 피상속인으로부터 상속재산가액에 가산되는 재산을 증여받고 상속을 포기한 자”를 포함하지 않는 것이 상속을 승인한 자의 헌법상 재산권과 평등권을 침해하는지 여부이다.

나. 상속세납부에 관한 주요 내용

(1) 상속재산

피상속인이 국내에 주소를 둔 경우에는 상속재산(유증재산 및 사인증여재산 포함) 전부에 대하여 상속세를 부과한다(구법 제2조 제1항).

상속재산의 범위에 관하여 민법 제1005조는 "상속인은 상속이 된 때로부터 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리 의무를 승계한다."고 규정하여 적극재산과 소극재산을 모두 포함시키고 있으나, 상속세법에서는 상속재산의 가액에서 소극재산인 채무 등을 공제하여 상속세과세가액을 산출하고 있어(구법 제4조 제1항) 상속세법은 민법상의 상속재산 중 적극재산만을 상속재산으로 파악하고 있다.

또한 상속세법상의 상속재산에는 민법상 상속재산으로 볼 수 없는 것이 과세형평의 입장에서 상속재산으로 의제되는 것들이 있는데, 피상속인의 사망으로 인하여 상속인 또는 상속인 이외의 자가 지급받는 생명보험 또는 손해보험의 보험금으로서 피상속인이 보험계약자거나 피상속인이 현실로 보험료를 지불하는 보험계약에 의하여 지급받는 것(구법 제7조 제1, 2항), 퇴직수당·공로금 또는 이에 유사한 급여로서 피상속인에 지급할 것이 피상속인의 사망으로 인하여 상속인과 상속인 외의 자에게 지급되는 것(구법 제8조) 등이 그것이다(간주상속재산).

(2) 상속세과세가액(유산세방식)

위와 같이 산출한 상속세과세가액에는 닥쳐오는 사망을 예견하여 피상속인이 생전에 재산을 증여함으로써 사후에 누진되는 상속세를 경감하려고 할 것에 대비하여 다음의 증여재산의 가액이 가산된다(구법 제4조 제1항). 피상속인이 ① 상속인에게 증여한 경우에는 상속개시 전 5년 이내에 증여한 재산의 가액, ② 상속인 이외의 자에게 증여한 경우에는 상속개시 전 3년 이내에 증여한 재산의 가액.

(3) 상속세액

상속세과세가액에서 기초공제(구법 제5조), 인적 공제(구법 제11조) 등을 하면 상속세과세표준이 정하여지고 이에 상속세율(구법 제14조)을 곱하면 상속세액이 산출되며, 여기에서 기납부한 증여세 공제(구법 제18조 제3항)

등을 하면 납부할 세액이 결정된다.

(4) 상속세 납세의무

상속인, 수유자, 사인증여의 수증자는(제4조의 규정에 의하여 상속재산에 가산한 증여재산 중 상속인, 수유자, 수증자가 받은 증여재산을 포함한) 상속재산 중 '각자가 받았거나 받을 재산의 점유비율에 따라', '연대하여' 상속세를 납부할 의무가 있으며(구법 제18조 제1항), 상속세 연대납세의무에 대한 책임은 각자가 '받았거나 받을 재산을 한도'로 한다(구법 제18조 제2항).

다. 구 상속세법 제18조 제1항의 입법연혁

(1) 1950. 3. 22. 법률 제114호로 제정된 구 상속세법 제18조는 납세의무자를 '상속인'으로 규정하였고, 1952. 11. 30. 법률 제261호로 개정된 구 상속세법은 증여세법을 폐지하여 상속개시전 일정기간내의 증여재산을 상속재산에 합산하여 상속세로 과세하도록 하면서, 제18조에서 납세의무자를 "상속인, 수유자(受遺者), 상속재산의 가액에 가산한 증여를 받은 자"로 규정하였다. 그리고 1960. 12. 30. 법률 제573호로 전문개정된 구 상속세법은 증여세를 다시 신설하면서 상속개시전 일정기간내 증여재산을 상속재산에 합산하여 상속세를 과세하는 체계를 유지하였는데, 제18조에서 납세의무자를 상속인 또는 수유자로 규정하면서, 상속인, 수유자, 상속재산가액에 가산한 증여재산을 받은 자는 납부할 상속세에 대하여 연대납부의무를 진다고 규정하였다.

(2) 1971. 12. 28. 법률 제2319호로 전문개정된 구 상속세법 제18조¹⁾ 제1항은 납세의무자를 "상속인, 수유자(피상속인의 사망으로 인하여 효력이 발생하는 증여의 수증자를 포함)"로 규정하면서, 상속재산(상속재산에 가산한

1) 구 상속세법(1971. 12. 28. 법률 제2319호로 전문개정된 것) 제18조 ①상속인 또는 수유자(피상속인의 사망으로 인하여 효력이 발생하는 증여의 수증자를 포함한다. 이하 같다)는 상속재산(제4조의 규정에 의하여 상속재산에 가산한 증여재산중 상속인 또는 수유자가 받은 증여재산을 포함한다)중 각자가 받았거나 받을 재산의 점유비율에 따라 상속세를 납부할 의무가 있다. 다만, 수유자가 영리법인인 경우에는 그가 납부할 상속세액은 면제한다.

증여재산중 상속인 또는 수유자가 받은 증여재산을 포함)중 각자가 받았거나 받을 재산의 점유비율에 따라 납부할 의무를 지도록 규정하였다.

(3) 1981. 12. 31. 법률 제3474호로 부분적으로 개정된 구 상속세법 제18조²⁾ 제1항은(상속인 또는 수유자(피상속인의 사망으로 인하여 효력이 발생하는 증여의 수증자를 포함)는 상속재산(제4조의 규정에 의하여 상속재산에 가산한 증여재산중 상속인 또는 수유자가 받은 증여재산을 포함한다)중 각자가 받았거나 받을 재산의 점유비율에 따라 상속세를 연대하여 납부할 의무가 있다고 규정하여, 상속세의 납부의무를 연대납부의무로 변경하여 상속인이 2인 이상인 경우 각 상속인에게 동시 또는 순차로 상속세의 전부 또는 일부를 부과할 수 있도록 하였다.

(4) 그 후 사전증여재산을 받고 상속을 포기한 자가 상속인에 해당되는지에 대한 해석상의 문제가 있었으나, 대법원은 1993. 9. 28. 선고한 93누8092판결³⁾에서 구법 제4조 1항 소정의 상속인은 상속이 개시될 당시에 상속인의 지위에 있었던 자를 가르키는 것으로서, 상속이 개시된 후에 상속을 포기한 자도 위 법조항 소정의 상속인에 해당된다고 판시하였다.

(5) 이에 따라 과세관청도 상속인이 상속개시전 5년 이내에 증여받은 재

- 2) 구 상속세법(1981.12.31. 법률 제3474호로 개정된 것) 제18조 (상속세납부의무) ①상속인 또는 수유자(피상속인의 사망으로 인하여 효력이 발생하는 증여의 수증자를 포함한다. 이하 같다)는 상속재산(제4조의 규정에 의하여 상속재산에 가산한 증여재산중 상속인 또는 수유자가 받은 증여재산을 포함한다)중 각자가 받았거나 받을 재산의 점유비율에 따라 상속세를 연대하여 납부할 의무가 있다. 다만, 수유자가 영리법인인 경우에는 그가 납부할 상속세액은 면제한다.
- 3) 대법원 1993. 9. 28. 선고 93누8092판결 : “상속세법 제4조 제1항(1990.12.31. 법률 제4283호로 개정되기 전의 것)이 상속세를 부과할 상속재산가액에 상속개시 전 3년 이내에 피상속인이 상속인에게 증여한 재산의 가액과 상속개시 전 1년 이내에 피상속인이 상속인 이외의 자에게 증여한 재산의 가액을 가산하도록 규정하고 있는 취지는, 피상속인이 생전에 증여한 재산의 가액을 가능한 한 상속세과세가액에 포함시킴으로써 조세부담에 있어서의 상속세와 증여세의 형평을 유지함과 아울러, 상속세의 부과대상이 될 재산을 미리 증여의 형태로 이전하여 상속재산을 분산·은닉시킴으로써 상속세의 부담을 무당하게 감소시키는 행위를 방지하려는 데에 목적이 있는 것인바, 특히 상속인에 대한 증여를 상속인 이외의 자에 대한 증여보다 더 엄격하게 규율하고 있는 취지로 미루어 볼 때, 위 법조항 소정의 “상속인”이라 함은 상속이 개시될 당시에 상속인의 지위에 있었던 자를 가리키는 것으로서, 상속이 개시된 후에 상속을 포기한 자도 위 법조항 소정의 상속인에 해당한다고 보아야 할 것이다.”

산은 구법 제4조 제1항에 의거하여 상속재산가액에 합산되며 사전증여재산을 받고 상속을 포기한 때에도 사전 증여재산을 포함한 상속재산을 한도로 상속세 납부의무가 있다고 유권해석을 해오면서⁴⁾, 사전증여재산을 받고 상속을 포기한 자에 대하여도 상속세를 부과하여 왔다.

(6) 그런데 대법원은 1998. 6. 23. 선고한 97누5022판결에서 1순위 상속인이었던 자가 상속을 포기한 경우에는 그 소급효에 의하여 상속개시 당시부터 상속인이 아니었던 것과 같은 지위에 놓이게 되기 때문에, 사전증여재산을 받고 상속을 포기한 자는 구법 제18조 제1항 소정의 “상속인”에 해당하지 않으므로, 상속세 납세의무가 없다고 판결하였다.⁵⁾

(7) 그러자 입법자는 1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정된 상속세및증여세법 제3조⁶⁾에서 상속세 납세의무자를 “상속인”(민법 제1000조·제1001조·제1003조 및 제1004조의 규정에 의한 상속인, 그리고 민법 제1019조제1항⁷⁾의

4) 국세청 유권해석 제삼 01254-1983, 1991. 7. 11. ; 제삼 46014-541, 1998. 3. 27. 참조.

5) 대법원 1998. 6. 23 선고 97누5022 판결 : “구 상속세법(1993.12.31. 법률 제4662호로 개정되기 전의 것) 제4조제1항, 제18조제1항 등의 규정에 의하면, 상속세는 상속인, 수익자, 사인증여의 수증자에게만 그 납세의무를 부과하고 있는바, 1순위 상속인이었던 자가 상속을 포기한 경우에는 그 소급효에 의하여 상속개시당시부터 상속인이 아니었던 것과 같은 지위에 놓이게 되므로, 구상속세법 제18조 제1항 소정의 “상속인”에 해당하지 않게 되고, 이에 따라 그 자가 수익자 등에 해당하지 아니하는 한 상속세납세의무가 없다 할 것이며, 또한 그 자가 피상속인으로부터 상속개시 전 5년 이내에 재산을 증여받음으로써 그 가액이 제4조 제1항의 규정에 의하여 상속재산가액에 가산된다 하더라도 위 규정은 상속세과세가액산정의 방식에 관한 규정일 뿐이므로 위 규정이 상속을 포기한 자의 상속세납세의무의 근거가 될 수도 없다.”

6) 상속세및증여세법(1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정된 것) 제3조 (상속세 납부의무) ①상속인(민법 제1000조·제1001조·제1003조 및 제1004조의 규정에 의한 상속인)을 말하며, 동법 제1019조제1항의 규정에 의하여 상속을 포기한 자를 포함한다. 이하 같다) 또는 유증을 받는 자(사망으로 인하여 효력이 발생하는 증여에 의하여 재산을 취득하는 자를 포함하며, 이하 “수유자”라 한다)는 이 법에 의하여 부과된 상속세에 대하여 상속재산중 각자가 받았거나 받을 재산의 비율에 따라 상속세를 납부할 의무가 있다. 다만, 수익자가 영리법인인 경우에는 당해 영리법인이 납부할 상속세를 면제한다.

② - ④ 생략

7) 민법 제1019조(1990. 1. 13 법률 4199호로 개정된 후, 2002. 1. 14. 법률 6591호로 개정되기 전의 것) (승인, 포기의 기간) ①상속인은 상속개시있음을 안 날로부터 3월내에 단순승인이나 한정승인 또는 포기를 할 수 있다. 그러나 그 기간은 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 가정법원이 이를 연장할 수 있다.

규정에 의하여 상속을 포기한 자를 포함), “유증을 받는 자”(사인증여에 의한 수증자를 포함)로 규정하여, ‘민법규정에 의하여 상속을 포기한 자’를 상속인의 범주에 포함시킴으로써, 상속을 포기한 자도 상속세 납부의무를 지게 되었다.

라. 구 상속세법 제18조 제1항 본문 중 “상속인” 부분이 헌법상 재산권을 침해하는지 여부

(1) 구 상속세법 제4조 제1항에 대한 헌법재판소 결정

헌법재판소는 2002. 10. 31. 2002헌바43, 판례집 14-2, 529-540에서 구 상속세법(1996. 12. 30. 법률 제5193호로 전문개정되기 전의 것) 제4조⁸⁾ 제1항 중 상속재산 가액에 상속인 이외의 자에 대한 생전증여재산 가액을 가산하는 부분(이하 “이 사건 법률조항”이라고 한다.)이 다음과 같은 이유로 재산권보장의 원칙에 위반되지 않는다고 결정하였다.

이 사건 법률조항의 입법취지는 생전증여재산 가액을 상속세 과세가액에 포함시킴으로써 조세부담에 있어서의 상속세와 증여세의 형평을 유지함과 아울러 피상속인이 상속개시 전에 상속인 이외의 자에게 상속과 다른없는

② 상속인은 전항의 승인 또는 포기를 하기 전에 상속재산을 조사할 수 있다. 민법 제1019조(2002. 1. 14. 법률 6591호로 개정된 것) (승인, 포기의 기간) ①상속인은 상속개시있음을 안 날로부터 3월내에 단순승인이나 한정승인 또는 포기를 할 수 있다. 그러나 그 기간은 이해관계인 또는 감사의 청구에 의하여 가정법원이 이를 연장할 수 있다.

② 상속인은 제1항의 승인 또는 포기를 하기 전에 상속재산을 조사할 수 있다.

③ 제1항의 규정에 불구하고 상속인은 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 과실없이 제1항의 기간내에 알지 못하고 단순승인(제1026조제1호 및 제2호의 규정에 의하여 단순승인한 것으로 보는 경우를 포함한다)을 한 경우에는 그 사실을 안 날부터 3월내에 한정승인을 할 수 있다.

8) 구 상속세법(1996. 12. 30. 법률 제5193호로 전문개정되기 전의 것) 제4조(상속세과세가액) ① 제2조 제1항의 규정에 해당하는 경우에는 상속세를 부과할 상속재산가액에 상속개시전 5년이내에 피상속인이 상속인에게 증여한 재산의 가액과 상속개시전 3년이내에 피상속인이 상속인 이외의 자에게 증여한 재산의 가액을 가산한 금액에서 다음 각호의 금액을 공제한 금액을 상속세 과세가액으로 한다.

1. 공과금

2. 피상속인의 장례비용(장례비용이 500만원미만인 경우에는 500만원으로 한다)

3. 채무(상속개시전 5년이내에 피상속인이 상속인에게 진 증여채무와 상속개시전 3년이내에 피상속인이 상속인 이외의 자에게 진 증여채무를 제외한다)

증여의 형태로 분할, 이전하여 누진세율에 의한 상속세 부담을 회피하려는 부당한 상속세회피행위를 방지하고 조세부담의 공평을 도모하기 위한 것이라는 점에서 그 목적의 정당성이 인정되고, 이러한 입법목적을 달성하기 위하여는 그 증여재산 가액을 상속재산 가액에 가산함으로써 정당한 세율의 적용을 받도록 하는 것이 적절한 수단이라고 볼 수 있으며, 증여의 목적이나 경위를 따짐이 없이 일정한 기간 내의 증여에 대하여는 이를 모두 가산하는 것이 위 입법목적 달성을 위하여 불가피한 필요, 최소한의 조치라고 할 수 있을 뿐 아니라, 이로 인하여 제한되는 상속권 내지 재산권이 위 입법목적에 의하여 보호되는 공익보다 더 중요하다고 보여지지 아니하고, 한편, 상속세의 공공성 및 공익성, 국세기본법상 국세부과의 제척기간 등 다른 조세관련 법률에서 정한 기간과의 균형 등을 참작하면, 이 사건 법률조항의 3년이라는 기간 역시 적정하여 상속인으로서의 청구인들의 재산권을 과도하게 침해하는 정도의 기간이라고는 말할 수 없고 달리 그 기간이 입법자의 합리적 재량의 범위를 일탈하였다고 볼 만한 사정도 없으므로, 결국 이 사건 법률조항에 의한 상속권의 제한은 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니하고 상속권의 본질적 내용을 침해하는 것도 아니므로, 헌법상 재산권보장의 원칙에 반하지 아니한다.

(2) 헌법상 재산권의 보장과 제한의 한계

헌법 제23조 제1항은 전단에서 “모든 국민의 재산권은 보장된다”고 명시하여 재산권보장의 원칙을 천명하고 후단에서 “그 내용과 한계는 법률로 정한다”고 규정하는 외에 나아가 제2항은 “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다”고 규정하고, 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 규정하고 있는바, 이러한 헌법의 취지는 국민의 재산권은 원칙적으로 이를 보장하고, 예외적으로 공공복리 등을 위하여 법률로써 제한할 수 있되, 그 경우에도 본질적인 내용은 침해할 수 없고, 설사 재산권의 본질적인 내용의 침해가 없을지라도 비례의 원칙에 위배되어서

는 안된다는 것을 확실하게 하는 데 있는 것이다. 상속권은 재산권의 일종이고 따라서 입법자가 상속권의 내용과 한계를 정하거나 예외적으로 공공복리 등을 위하여 이를 제한하는 법률을 제정하는 경우에도 그 법률이 재산권의 본질적인 내용을 침해하거나 비례의 원칙에 위배되는 경우에는 기본권제한의 한계를 벗어난 것으로 헌법에 위반된다(헌재 1993. 7. 29. 92헌바20, 판례집 5-2, 36, 44-45; 헌재 1998. 8. 27. 96헌가22등, 판례집 10-2, 339, 356; 헌재 1999. 6. 24. 98헌바68, 판례집 11-1, 753, 761-762; 헌재 2002. 10. 31. 2002헌바43, 판례집 14-2, 529, 533 등 참조).

(3) 비례의 원칙 심사

구 상속세법 제4조 제1항은 유산세형 상속세과세방식을 선택하여 상속재산가액에 상속인 또는 상속인 이외의 자 등이 취득한 증여재산의 가액을 가산하여 피상속인의 상속재산가액을 기준으로 상속세를 부과하도록 규정하고 있다. 이 경우 구 상속세법 제18조 제3항에 의하여 사전증여를 받은 상속인 또는 상속인 이외의 자가 이미 납부한 증여세액은 상속세 산출세액에서 공제된다.

그런데 구 상속세법 제18조 제1항 본문 중 “상속인”의 범위에 “상속개시 전에 피상속인으로부터 상속재산가액에 가산되는 재산을 증여받고 상속을 포기한 자”를 포함하지 않는 것은 상속을 포기한 자가 상속개시 전에 증여 받은 재산이 상속재산에 가산됨으로써 누진 증가하는 상속세를 상속을 승인한 자가 부담하도록 함으로써 상속을 승인한 자의 재산권을 제한하는바, 이러한 재산권 제한이 비례의 원칙에 부합하는지 여부를 살펴본다.

(가) 목적의 정당성

상속세 제도는, 국가의 재정수입의 확보라는 일차적인 목적 이외에도, 자유시장경제에 수반되는 모순을 제거하고 사회정의와 경제민주화를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정들을 광범위하게 인정하는 사회적 시장경제질서의 헌법이념에 따라 재산상속을 통한 부의 영원한 세습과 집중을 완화하여 국민의 경제적 균등을 도모하려는데 그 목적이 있는 조세제도로서(헌재 1997. 12. 24. 96헌가19등, 판례집 9-2, 762, 771), 상속세는 재산이 피상속인

의 사망에 의하여 무상으로 상속인에게 이전되는 경우 부과하게 되는데, 생전에 무상이전의 방법을 통하여 상속세를 면탈할 수 있다면 과세형평에 어긋나게 되므로 상속세의 보완세적 성격으로서 재산의 무상이전이라는 경제적 사실에서는 동일하나 사망을 요건으로 하지 않는 증여세를 부과하고 있다.

상속세는 피상속인의 사망에 의하여 피상속인의 유산(遺産)이 무상으로 상속인에게 이전되는 경우 부과하게 되는데, 구 상속세법은 피상속인의 유산 전체를 과세대상으로 보고 분할 이전의 상속재산 총액을 기준으로 누진세율을 적용하여 과세하는 이른바 유산세방식을 채택하면서, 피상속인이 사망하기 전에 무상이전의 방법을 통하여 상속세를 면탈하는 것을 방지하고 조세부담의 공평을 도모하기 위하여 제4조 제1항에서 피상속인이 상속개시 전 5년 이내에 상속인에게 증여한 재산과 3년 이내에 상속인 이외의 자에게 증여한 재산의 가액을 상속재산가액에 가산하도록 하였다. 다만 동일한 재산에 대한 이중과세를 방지하기 위하여 구 상속세법 제18조 제3항에서 상속재산가액에 합산되는 증여재산에 대한 증여세액을 상속세 산출세액에서 공제하되, 그 증여재산의 수증자가 구 상속세법 제18조 제1항에 규정한 상속인 또는 수유자일 경우에는 각자가 납부할 상속세액에서 공제하도록 규정하였다.

그런데 만약 상속인이 피상속인의 사망으로 인하여 취득한 상속재산에 대하여만 상속세를 과세하게 되면, 피상속인이 장차 상속세의 과세대상이 될 재산을 상속개시 전에 상속인이 될 자나 그 이외의 자에게 상속과 다름없는 증여의 형태로 분할, 이전하여 고율의 누진세율에 의한 상속세 부담을 회피하려고 할 것이므로, 이러한 부당한 상속세 회피행위를 방지하고 조세부담의 공평을 도모하기 위하여, 구 상속세법 제4조 제1항은 피상속인이 상속개시 전 5년 이내에 상속인에게 증여한 재산과 3년 이내에 상속인 이외의 자에게 증여한 재산에 대하여는 그 증여의 효력을 실질적으로 부인하여 그 재산의 가액을 상속재산 가액에 가산하여 상속세를 부과하고, 다만 동일한 재산에 대한 이중과세를 방지하기 위하여 구 상속세법 제18조 제3항에서 상속재산가액에 합산되는 증여재산에 대한 증여세액 내지 증여세 산출세액 상당액⁹⁾을

상속세 산출세액에서 공제하도록 하고 있다.

위와 같은 상속세 제도와 구 상속세법 제4조 제1항의 입법취지에 근거하여, 구 상속세법 제18조 제1항은 조세는 부담능력에 따라 과세하여야 한다는 응능부담의 원칙을 상속세 부과에서 실현하는 입법목적을 추구하고 있다.

이에 따라 구 상속세법 제18조 제1항 본문은 “상속인 또는 수유자(피상속인의 사망으로 인하여 효력이 발생하는 증여의 수증자를 포함한다. 이하 같다)는 상속재산(제4조의 규정에 의하여 상속재산에 가산한 증여재산중 상속인 또는 수유자가 받은 증여재산을 포함한다)중 각자가 받았거나 받을 재산의 점유비율에 따라 상속세를 연대하여 납부할 의무가 있다.”고 규정하여, 상속재산의 점유비율에 따른 상속세 납세의무를 상속의무자에게 지움으로써 응능부담의 원칙을 구현하고 있다.¹⁰⁾

구 상속세법 제18조 제1항 본문 중 “상속인” 부분이 조세는 부담능력에 따라 과세하여야 한다는 응능부담의 원칙을 상속세 부과에서 실현하기 위하여 상속재산의 점유비율에 따른 상속세 납세의무를 상속인에게 지우고자 한 것은 헌법 제37조 제2항이 규정하는 공공복리에 기여한다고 할 것이므로 헌법상 목적정당성이 인정된다.

(나) 방법의 적절성

상속개시 전 5년 이내에 피상속인으로부터 재산을 증여받은 자로서 상속개시 당시 상속인의 지위에 있었던 자가 상속이 개시된 후에 상속을 포기하더라도 그 증여재산의 가액은 구 상속세법 제4조 제1항에 따라 상속세를 부과할 상속재산가액에 가산될 것인바, 이는 그 증여재산이 구 상속세법이 채택하고 있는 유산세방식의 과세에 있어서 과세대상인 피상속인의 유산에 포

9) 위 “증여세 산출세액 상당액”이란 그 증여재산에 대하여 납부한 증여세액 또는 납부할 증여세액만을 뜻하는 것이 아니라 당해 증여재산에 대한 증여세의 과세·비과세 여부에 불구하고 과세되었을 경우의 증여세 상당액을 뜻하므로, 아직 증여세가 과세되지 아니한 상태이더라도 또는 수증자가 영리법인으로 증여세가 과세되지 않았다 하더라도, 상속세의 세액을 결정함에 있어서는 과세할 증여세액 또는 증여세 산출세액 상당액을 산정하여 위 규정에 의한 공제를 하여야 한다(재삼 46014-784, '96. 3. 25.; 이광재, '93 개정증보판 상속·증여세의 이론과 실무, 세경사, 239; 김광정·김종관 공저, 상속·증여세의 실무, 155-156).

10) 한편 구법 제18조 제2항은 조세징수를 원활하게 확보하되 상속인이 실제 받은 재산을 초과해서 세금이 징수되는 것을 방지하기 위하여 상속인 각자가 받은 상속재산의 범위 내에서 연대납세의무를 지우고자 하는 입법취지를 가진다.

함된 것을 의미한다. 따라서 상속을 포기한 자라 하더라도 상속개시 전 5년 이내에 피상속인으로부터 상속세 과세대상인 유산 중 일부를 받은 이상 상속을 승인한 자와 함께 피상속인의 유산 전체에 대한 상속세의 납부의무를 분담하도록 하는 것이 경제적으로 보나 법적으로 보나 실질관계에 부합할 것이다.

그럼에도 상속을 포기한 자를 상속세납부의무자에 포함시키지 않는다면, 그가 상속개시 전에 증여받은 재산의 가액은 상속세과세가액에 포함되는 한편, 그 상속세과세가액을 기초로 누진세율을 적용하여 계산한 상속세 산출세액에서 위 증여재산에 대한 본래의 증여세액만을 공제하게 되므로(구 상속세법 제18조 제3항 본문 참조), 결국 상속을 포기한 자가 증여받은 재산의 가액이 상속세과세가액에 가산됨으로 인하여 누진되는 세액만큼은 상속을 승인한 자만이 부담하게 될 것인바, 이는 유산세방식에서 실질관계에 따라 상속을 포기한 자가 본래 부담하여야 할 몫, 즉 상속을 포기한 자가 증여받은 재산에 대한 누진세액 부분이 상속을 승인한 자에게 전가되는 결과가 되어 공평과세에 어긋난다. 나아가 피상속인의 재산 전체를 생전 증여의 형식으로 받고 나서 모든 상속인들이 상속을 포기해 버리는 경우에는 상속세납부의무자가 아예 존재하지 않게 될 것이다.

결국 구 상속세법 제18조 제1항 본문 중 “상속인”의 범위에서 “상속개시 전에 피상속인으로부터 상속재산가액에 가산되는 재산을 증여받고 상속을 포기한 자”를 제외하는 것은 상속을 포기한 자의 이익을 도모하는 것이기는 하나 실질과세 내지 응능부담원칙의 실현이라는 위 법률조항 자체의 입법목적 달성에 적절한 수단이 될 수 없으므로 방법의 적절성 원칙에 위배된다고 볼 것이다.

(다) 피해의 최소화

구 상속세법 제18조 제1항 본문의 입법목적 달성을 위하여는 “상속개시 전에 피상속인으로부터 상속재산가액에 가산되는 재산을 증여받고 상속을 포기한 자”를 “상속인”의 범위에 포함시키는 별도의 수단이 존재하는바, 이러한 대체수단에 의하면 상속포기자는 상속개시 전에 받은 증여재산이 상속재산가액에 가산됨으로 인한 누진적 상속세액을 다른 상속인과 동일하게

자신이 받은 증여재산의 상속재산 점유비율에 따라서 부담하게 되며, 이는 상속세 부과에서 실질과세 내지 응능부담원칙을 실현하고자 하는 입법목적의 달성에도 적합하다 할 수 있다.

이와 같이 “상속개시 전에 피상속인으로부터 상속재산가액에 가산되는 재산을 증여받고 상속을 포기한 자”를 구 상속세법 제18조 제1항 본문 중 “상속인”의 범위에 포함시키는 대체수단을 선택하면, 상속을 승인한 자는 자신이 받은 상속재산의 점유비율에 따라서 상속세를 납부하면 될 것이므로 위 상속포기자가 부담하여야 할 상속세액을 대신 납부해야 하는 재산상 불이익을 받지 않게 될 것이다.

반면에, “상속개시 전에 피상속인으로부터 상속재산가액에 가산되는 재산을 증여받고 상속을 포기한 자”가 상속세 납부 의무자의 범위에 포함됨으로써 받게 되는 불이익은 거의 없거나, 다소의 불이익이 있다고 하더라도 감수할 수 없는 정도의 것이 아니다. 왜냐하면 상속을 포기한 자가 상속개시 전에 증여받은 재산을 포함한 피상속인의 유산 전체에 대한 상속세를 상속을 승인한 자와 함께 연대하여 납부할 의무가 있다고 하더라도, 상속을 포기한 자에게는 상속포기의 효과로서 상속분이 존재하지 않게 되므로 자신이 상속개시 전에 증여받은 재산의 비율에 따라서 상속세액을 부담하면 되고, 또 구 상속세법 제18조 제3항 단서에 따라 증여받은 재산에 대한 증여세액을 위 상속세액에서 공제받게 되므로 본래 부담하여야 할 세액을 부담하는 것에 불과하며, 나아가 구 상속세법 제18조 제2항에 따라 상속세의 연대납세의무에 대한 책임도 자신이 상속개시 전에 증여받은 재산을 한도로 제한되기 때문이다.

한편, 상속개시 후 상속을 포기한 자는 민법의 해석상 상속개시 당시부터 상속인이 아니었던 것으로 보아야 할 것이라는 점이 있으나, 상속세법이 유산세방식의 조세체계를 채택하여 상속개시 전의 증여재산까지 상속재산에 포함시키고 상속재산 전체에 대하여 누진세율에 의한 상속세 총액을 정하여 상속인들로 하여금 분담하게 하는 구조를 취하고 있으므로, 구 상속세법 제18조 제1항에서 말하는 “상속인” 개념을 민법상의 그것과 반드시 동일한 것으로 보아야 할 필연성은 없다고 할 것이다.

결국, 구법 제18조 제1항 본문 중 “상속인”의 범위에서 “상속개시 전에 피상속인으로부터 상속재산가액에 가산되는 재산을 증여받고 상속을 포기한 자”를 제외하는 것은, 상속을 승인한 자의 재산권을 덜 제한할 수 있는 다른 대체수단이 존재하는데도 이를 외면하는 것이므로, 침해의 최소성원칙에 위배된다.

(라) 법익 균형성

“상속 개시 전에 피상속인으로부터 상속재산가액에 가산되는 재산을 증여받고 상속을 포기한 자”를 상속세 납부의무자에서 제외한다면, 상속을 승인한 자는 비록 구 상속세법 제18조 제2항에 따라 상속세의 연대납세의무에 대한 책임이 자신이 받았거나 받을 재산을 한도로 제한된다고 하더라도, 앞서 본 바와 같이 상속을 포기한 자가 본래 부담하여야 할 상속세액, 즉 상속을 포기한 자가 증여받은 재산에 대한 누진세액 부분까지 부담하게 되어, 부당한 재산상의 불이익을 받게 된다.

반면에, “상속개시 전에 피상속인으로부터 상속재산가액에 가산되는 재산을 증여받고 상속을 포기한 자”를 상속세 납부의무자에서 제외하는 방법을 통하여 상속포기자들이 보호되는 결과가 된다 하더라도, 그로써 달성되는 공익은 상대적으로 작다고 할 것이다.

오히려 “상속개시 전에 피상속인으로부터 상속재산가액에 가산되는 재산을 증여받고 상속을 포기한 자”를 상속세 납부의무자에서 제외하는 것은, 상속개시 전에 증여재산을 받고 상속을 포기한 자가 상속개시 전에 증여재산의 형태로 실질적인 재산상속을 받았으면서도 그에 대한 상속세 누진세액을 상속 승인자에게 전가시키는 점에서, 응능부담원칙의 적용을 통한 조세의 공평이라는 공익 목적에 반한다고 할 것이다.

결국, 구 상속법 제18조 제1항 본문 중 “상속인”의 범위에서 “상속개시 전에 피상속인으로부터 상속재산가액에 가산되는 재산을 증여받고 상속을 포기한 자”를 제외하는 것은 법익 균형성 원칙에도 위배된다.

(마) 소결론

그렇다면 구 상속세법 제18조 제1항 본문 중 “상속인”의 범위에 “상속 개시 전에 피상속인으로부터 상속재산가액에 가산되는 재산을 증여받고 상속

을 포기한 자”를 포함하지 않는 것은 비례의 원칙에 위배하여, 상속을 승인한 자의 헌법상 보장되는 재산권을 침해한다.

마. 구 상속세법 제18조 제1항 본문 중 “상속인” 부분이 헌법상 평등권을 침해하는지 여부

(1) 차별취급의 존재 여부

“상속개시 전에 피상속인으로부터 상속재산가액에 가산되는 재산을 증여받고 상속을 포기한 자”는 상속개시 전에 상속세 과세대상인 재산을 이미 취득하고 있지만, 상속을 승인한 자는 상속개시 이후에 상속세 과세대상인 재산을 취득하게 된다. 따라서 양자 사이에는 상속세 과세대상인 재산에 취득함에 있어서 시간적인 차이가 있지만, 모두 그 재산을 무상으로 취득한다는 점에서는 실질적으로 동일하다.

그런데 구 상속세법 제18조 제1항 본문 중 “상속인”의 범위에서 “상속개시 전에 피상속인으로부터 상속재산가액에 가산되는 재산을 증여받고 상속을 포기한 자”를 제외한다면, 앞서 본 바와 같이 상속을 포기한 자가 증여받은 재산의 가액이 상속세과세가액에 가산됨으로 인하여 누진되는 세액만큼을 상속을 승인한 자만이 부담하도록 하기 때문에, 상속을 포기한 자에 비해서 상속을 승인한 자를 차별취급하는 것이 된다.

(2) 차별취급의 헌법적 정당성 존재 여부

앞서 본 구 상속세법 제4조 제1항 및 제18조 제1항 본문의 입법목적과 실질관계에 비추어, 위와 같이 누진되는 세액은 상속을 포기한 자와 상속을 승인한 자가 피상속인으로부터 각자 받았거나 받을 재산의 비율에 따라 분담하여야 함에도 불구하고, 위 증여재산에 대한 누진세액 부분을 부담하여야 할 자에 대해서는 그 부담을 면제하고, 반대로 이를 부담하지 않아야 할 자에 대해서는 부담을 부과한 것이어서, 그러한 차별취급이 헌법적으로 정당화될 수 없다.

다른 한편, 구 상속세법 제4조 제1항에 의하면 상속개시 전 3년 이내에 피상속인이 ‘상속인 이외의 자’에게 증여한 재산의 가액도 상속재산가액에

가산되므로, 이와 같이 가산된 상속재산가액을 기초로 산출된 상속세를 상속인이 부담하는 문제가 발생한다. 그러나 ‘상속인 이외의 자’가 취득한 사전 증여재산의 가액이 상속재산가액에 가산됨으로 인하여 누진되는 상속세액은 공동상속인들이 모두 부담하게 되므로 공동상속인 사이에서는 차별이 발생하지 아니하는 것이다.

한편, 입법자는 1998. 12. 28. 법률 제5582호로 ‘상속세 및 증여세법’ 제3조를 개정하여 ‘민법 제1019조 제1항의 규정에 의하여 상속을 포기한 자’를 상속세 납세의무자인 상속인의 범위에 포함시켰는바, 이는 위에서 본 바와 같이 구 상속세법 제18조 제1항 본문 중 “상속인” 부분이 규정하는 상속인의 범위에 상속포기자를 포함하지 않음으로써 발생하는 문제점을 인식하고 이를 시정하고자 한 것으로 이해된다.

결국, 구 상속세법 제18조 제1항 본문 중 “상속인”의 범위에서 “상속개시 전에 피상속인으로부터 상속재산가액에 가산되는 재산을 증여받고 상속을 포기한 자”를 제외하는 것은 상속을 승인한 자의 헌법상 평등권을 침해하는 것이다.

재판관 이동흡의 반대의견 요지

(1) 구 상속세법 제18조 제1항 본문(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 상속인을 상속세의 납부의무자로 규정하면서 ‘상속개시 이전에 피상속인으로부터 상속재산가액에 가산되는 재산을 증여받고 상속개시 이후 상속을 포기한 자’(이하 ‘상속포기자’라고 한다)를 위 상속세납부의무자인 상속인의 범위에서 제외하였다고 하더라도, 그로써 상속을 포기하지 아니한 상속인의 재산권의 본질을 침해하였다거나 조세평등주의를 위반한 것이 아니다.

(2) 입법자로서는 상속세 부담 주체의 범위를 정함에 있어서 상속포기자와 상속승인자 중 누구를 보호할 것인가를 선택하여야 하는 상황에 놓이게 된다. 상속포기자를 상속세납부의무자인 상속인에서 제외하는 것은 상속승인자에게는 불이익하더라도 상속포기자에 대하여는 그의 재산권을 보호하는 조치가 되기 때문이다. 이처럼 상속포기자와 상속승인자 사이에 기본권의 충돌이 존재하고 그들 사이에 선택적 관계에 있고, 더구나 그 기본권이 정신

적 자유의 규제에 비하여 입법자에게 보다 넓은 입법재량권이 인정되는 재산권을 내용으로 하고 있는 경우에는, 두 기본권 주체를 본질적으로 불평등하게 취급할 것이 내재되어 있어 헌법상 비례의 원칙을 형식적으로 적용할 것은 아니며, 그 차별 취급이 합리성이 결여되거나 입법형성권의 명백한 남용 내지 자의가 있어서 헌법상 평등의 원칙에 명백히 반하지 아니하는 이상, 양자 사이의 실질적인 이해관계를 조정하기 위한 과정에서 입법자에게는 보다 광범위한 입법재량권이 인정되어 있다고 보아야 할 것이다.

(3) 입법자가 이 사건 법률조항을 규정함에 있어서 상속세 납부의무자인 상속인의 범위에서 상속포기자를 제외한 것은 다음과 같은 사정을 고려한 결과로 보인다.

먼저, 민법상의 상속포기제도의 취지 및 상속포기의 소급효(민법 제1042조) 등에 비추어 보면, 상속인으로서 자신의 이익보호를 위하여 자유롭게 상속을 포기할 수 있고, 이와 같이 상속을 포기한 경우에는 상속개시 당시부터 상속인이 아닌 자의 지위에 있게 되어 더 이상 상속세 납세의무 자체가 성립하지 않게 된다는 점이다. 다시 말하면 구 상속세법 제4조 제1항의 규정에 의하여 상속재산의 가액에 상속포기자의 증여재산의 가액이 가산된다고 하더라도 이로써 ‘상속포기자가 생전에 재산을 증여받았다’는 실제 사실관계 및 법률관계가 ‘상속포기자가 상속인으로서 재산을 상속받았다’라고 변경된다고는 볼 수 없다는 점에서(헌재 2002. 10. 31. 2002헌바43, 판례집 14-2, 529, 536 참조), 다수의견처럼 “상속을 포기한 자라 하더라도 피상속인으로부터 상속세 과세대상인 유산 중 일부를 받은 이상 상속을 승인한 자와 함께 피상속인의 유산 전체에 대한 상속세의 납부의무를 분담하도록 하는 것이 경제적으로 보나 법적으로 보나 실질관계에 부합한다.”고 단정할 수는 없는 것이다. 다수의견에 의할 경우, 재산상속의 법적 실질이 없거나 적어도 상속세의 보완세적 성격을 지닌 증여세를 이미 납부한 상속포기자에 대하여 다시 상속세를 부과하게 되어 오히려 실질과세원칙의 위배 또는 상속포기자의 재산권 침해 가능성이 제기될 수 있고, 생전증여를 받은 ‘상속인 이외의 제3자’와의 관계에 있어서는 생전증여를 받은 점에 있어서 동일한 법률관계에 놓여 있음에도 상속포기자는 ‘상속인 이외의 제3자’와 달리 추가로 증여

세 이외의 누진되는 상속세를 부담하게 됨으로써 양자 사이에 불합리한 차별이라는 결과를 초래하게 된다고도 볼 수 있기 때문이다. 또한 다수의견은, 피상속인의 상속재산 전체를 생전증여 받은 모든 상속인들이 상속을 포기해 버리면 상속세납부의무자가 존재하지 않게 되어 상속인들이 생전 증여재산에 대한 상속세납부의무를 회피하게 되는 문제를 지적하고 있으나, 이와 같은 상속세납부의무 회피 상황이 부적절한 것이기는 하지만 이는 우리 상속세법상 유산세 과세방식 및 민법상 상속포기제도로 인한 불가피한 결과일 뿐만 아니라, 모든 상속인들이 위와 같이 상속을 포기할 경우에는 상속승인자 역시 존재하지 않게 되어, 다수의견이 염려하는 바와 같은 상속승인자만이 재산상의 불이익을 받게 됨으로 인하여 재산권을 침해받는다고거나 불합리하게 차별받게 된다는 위헌적인 상황 역시 발생할 수 없을 것이므로, 이를 이 사건 법률조항의 위헌의 근거로 삼을 수는 없다 할 것이다.

다음으로, 입법자는 상속세납부의무자인 상속승인자를 보호하기 위한 장치를 마련하였다. 즉 상속승인자가 상속포기자의 생전증여재산의 가액이 상속세과세가액에 가산됨으로 인하여 누진되는 세액만큼 재산상의 불이익을 받게 된다고는 하지만, 반면 상속승인자는 상속포기자와 마찬가지로 재산상속의 포기 여부를 선택할 수 있는 상황에서 상속승인자로 남음에 따라 상속포기자의 상속포기로 인하여 상속포기자가 상속받을 재산을 추가로 취득하게 되는 이익을 얻게 되고, 아울러 구 상속세법 제18조 제2항에 의하여 그 책임은 자신이 받았거나 받을 재산의 한도 내로 제한됨으로써 상속승인자가 부담하게 된 불이익은 그다지 크다고 볼 수 없고, 그 또한 자신의 선택에 따른 결과라 할 것이다. 요컨대 입법자가 고려한 것으로 보이는 위와 같은 사정에 주목하면, 상속승인자와 상속포기자를 달리 취급한 입법자의 판단을 수긍할 수 있으므로, 이 사건 법률조항이 상속인을 상속세의 납부의무자로 규정하면서 상속포기자를 위 상속인의 범위에서 제외하였다고 하더라도, 이로써 상속을 포기하지 아니한 상속승인자의 재산권의 본질을 침해하였다거나 불합리하게 차별한 것이라고 볼 수는 없다.

【 결정의 의의 】

이 사건 결정은 사전증여재산을 받고 상속을 포기한 자도 상속인의 범위에 포함된다고 판시함으로써 상속개시 전에 피상속인으로부터 받은 사전증여재산 가액이 상속재산가액에 가산됨으로 인하여 누진되는 상속세액을 상속승인자가 혼자서 모두 부담하게 되는 불합리함을 시정하였다는 데 그 의미가 있다.

그런데 이 사건 결정은 한정위헌결정에 해당하므로 구 상속세법(1991. 11. 30. 법률 제4410호로 개정된 후 1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되기 전의 것) 제18조 제1항 본문 중 "상속인" 부분은 그대로 효력을 지니게 된다. 그러나 법집행기관은 구 상속세법 제18조 제1항 본문 중 "상속인"의 범위에 "상속 개시 전에 피상속인으로부터 상속재산가액에 가산되는 재산을 증여받고 상속을 포기한 자"를 포함하는 내용으로 위 법률조항을 적용하여야 한다.

한편, 입법자는 1998. 12. 28. 법률 제5582호로 '상속세 및 증여세법' 제3조를 개정하여 '민법 제1019조 제1항의 규정에 의하여 상속을 포기한 자'를 상속세 납세의무자인 "상속인"의 범위에 포함시키는 입법조치를 이미 하였다.



관세법 제274조 등 위헌소원

- 관세법상 미신고 수입물품을 감정한 자에 대한 필요적
몰수·추징의 과잉금지원칙 위배여부 -
(헌재 2008. 10. 30. 2008헌바11, 판례집 20-2상, 868)

정 인 경*

【판시사항】

가. 관세법상 미신고 수입물품을 감정한 자를 형사처벌하도록 규정한 것이 헌법상 과잉금지의 원칙 및 평등의 원칙에 위반하는지 여부(소극)

나. 관세법상 미신고 수입물품을 감정한 자도 범칙 물품을 소유 또는 점유하고 있는 한 필요적으로 몰수하도록 규정한 것이 헌법상 과잉금지의 원칙 및 평등의 원칙에 위반하는지 여부(소극)

다. 관세법상 미신고 수입물품을 감정한 자도 그 물품을 몰수할 수 없는 때에 물품의 범칙 당시의 국내도매가격에 상당한 금액을 필요적으로 추징하도록 규정한 것이 헌법상 과잉금지의 원칙에 위반하는지 여부(적극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 아래 조항들의 위헌여부이다.

① 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정된 것) 제274조 제1항 제1호 중 ‘제269조 제2항의 물품을 감정한 자’ 부분(이하 ‘이 사건 처벌조항’이라 한다)

* 헌법연구관

② 구 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정되고 2004. 10. 5. 법률 제7222호로 개정되기 전의 것) 제282조 제2항 가운데 ‘제274조 제1항 제1호 중 제269조 제2항의 물품을 감정한 자’ 부분(이하 ‘이 사건 몰수·추징 조항 중 “몰수”부분이라 한다)

③ 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정된 것) 제282조 제3항 가운데 제274조 제1항 제1호 중 ‘제269조 제2항의 물품을 감정한 자’ 부분(이하 ‘이 사건 몰수·추징 조항 중 “추징”부분이라 한다)

심판대상조항(밑줄 부분) 및 관련조항의 내용은 다음과 같다,

관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부개정된 것)

제274조(밀수품의 취득죄 등) ① 다음 각호의 1에 해당되는 물품을 취득·양여·운반·보관 또는 알선하거나 감정한 자는 3년 이하의 징역 또는 물품원가 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

1. 제269조에 해당되는 물품
2. 제270조 제1항 제2호·제2항 및 제3항에 해당되는 물품
제282조(몰수·추징)

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 몰수할 물품의 전부 또는 일부를 몰수할 수 없는 때에는 그 몰수할 수 없는 물품의 범칙 당시의 국내도매가격에 상당한 금액을 범인으로부터 추징한다.

구 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부개정되고 2004. 10. 5. 법률 제7222호로 개정되기 전의 것)

제282조(몰수·추징) ①, ③ 생략

② 제269조 제2항 및 제3항 또는 제274조 제1항 제1호의 경우에는 범인이 소유 또는 점유하는 그 물품을 몰수한다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

(1) 청구인들은 보석감별감정원을 운영하는 자들로서 2003. 6. 초부터 2003. 9. 22. 까지 서울 종로구 소재 보석감별감정원에서 청구의 조0수 등이 밀수입한 다이아몬드 총 735개 시가 865,590,000원 상당을 감정하였다는 범

죄사실로 각 기소되어 제1심 법원에서 관세법 제274조 제1항 제1호 및 제269조 제2항 제1호, 형법 제30조, 관세법 제282조 제3항, 제2항을 적용하여 청구인 정0자에게 징역 10월에 집행유예 2년을, 청구인 오0주에게 벌금 1,000만원을, 청구인들에게 각 857,400,000원의 추징을 선고하였는데, 이에 대한 항소심인 서울고등법원에서 2005. 12. 28. 변경된 공소사실(항소심에서 다이아몬드 합계 722개 시가 486,750,000원 상당으로 공소장 변경)에 따라 청구인 정0자에게 징역 10월에 집행유예 2년을, 청구인 오0주에게 벌금 500만 원을, 청구인들에게 각 478,560,000원의 추징을 선고하였다.

(2) 이에 청구인들은 대법원에 상고함과 동시에 2007. 3. 13. 관세법 제274조 중 ‘감정한 자’ 부분이 헌법에 위반된다며 대법원에 위헌제청을 신청하였으나 위 법원은 2008. 1. 17. 위 상고를 기각함(2006도455)과 동시에 위 위헌제청신청을 기각하자(2007초기111), 2008. 2. 22. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인들의 주장요지와 관계기관의 의견요지

가. 청구인들의 주장요지

(1) 관세법 제274조 제1항의 위헌성

감정행위는 취득·양여·운반·보관 또는 알선과 달리 밀수품의 유통에 있어 필수적이라 보기 어렵고 공여 정도도 현저한 차이가 있으므로 이에 대하여 형사 처벌하는 것은 적절하지 않다. 또한 밀수품의 감정행위를 가벌성이 다른 밀수품의 취득행위 등과 동일하게 처벌하는 것은 헌법상 과잉금지원칙에 위배되고 보석감정인의 직업수행의 자유를 침해한다. 또한 밀수품의 감정행위에 대한 형사처벌은 장물에 대한 감정행위를 처벌하지 아니하는 형사법의 체계와 맞지 아니하므로 평등의 원칙에도 반한다.

(2) 감정행위에 대한 필요적 몰수·추징 조항의 위헌성

밀수품의 감정행위는 밀수품의 취득·양여·운반·보관 또는 알선한 행위와 가벌성에 차이가 있음에도 밀수품을 감정한 자로부터 필요적으로 몰수·추징하는 것은 과잉금지의 원칙에 위배된다. 더욱이 감정인은 그 감정의 대가로

소액의 감정수수료만 취득할 뿐인데 감정한 물품의 국내도매가격에 상당하는 금액을 추징하는 것은 감정업자에 대한 지나치게 가혹한 형벌이다.

나. 관세청장 및 기획재정부장관의 의견요지

최근 금값이 오르면서 다양한 경로를 통해 귀금속과 보석류들의 밀수가 증가되는 추세에 있고 음성적인 유통구조의 확산으로 밀수 관련자들도 학생, 가정주부 등 다양한 계층으로 확산되고 있는 추세이다. 이에 따라 밀수품 유통 단계별 제반 행위를 근본적으로 차단함으로써 탈세를 방지하여 세수확보에 기여하고 건전한 상거래 질서와 국내산업 육성을 위해 밀수품 감정행위에 대한 처벌 및 부가형에 대한 관련 규정은 유지되어야 한다.

【결정요지】

1. 미신고 수입물품을 감정하는 행위는 정상적인 유통과정을 거치지 않는 미신고 수입물품의 경제적 가치를 결정해줌으로써 그 유통을 원활하게 하므로 미신고 수입물품의 유통억제를 통하여 미신고 수입을 근절하려는 입법목적 달성을 위해서는 미신고 수입물품을 감정한 자도 형사처벌할 필요성이 있고, 고의에 의한 감정행위만을 처벌하므로 헌법상 과잉금지의 원칙에 위반되지 않으며, 형법상 장물죄와 보호법익을 달리하므로 이 사건 처벌조항은 헌법상 평등의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

2. 신고를 요건으로 하는 수입통관절차를 고려할 때 미신고 수입행위뿐만 아니라 미신고 수입물품의 유통 또한 억제할 필요가 있으므로 미신고 수입물품을 통한 범죄의 반복 및 이득의 금지를 위해서는 유통의 각 단계에서도 범인이 이를 소유 또는 점유하고 있는 한 몰수할 필요성이 있고 이를 입법적 규정으로 하여서는 위와 같은 입법 목적을 달성할 수 없으므로 이 사건 몰수조항은 헌법상 과잉금지의 원칙 및 평등의 원칙에 위반되지 않는다.

3. 이 사건 추정조항에 의하면 관세법상 미신고 수입물품을 몰수할 수 없는 때에는 물품의 범칙 당시의 국내도매가격에 상당한 금액을 추징하게 되는바, 미신고 수입물품을 감정한 자는 범죄행위로 인하여 감정수수료 소정의 이득을 얻을 뿐이므로 이는 미신고 수입물품을 감정한 자에 대한 징벌적인

의미를 가지는 입법조치라 할 것이다. 또한 미신고 수입물품을 감정하는 행위는 미신고 수입물품을 취득·양여·운반·보관 또는 알선하는 행위와 달리 그 취득과 무관하고 미신고 수입물품의 유통에 직접 관여하는 행위가 아니라 이를 원활하게 하는 행위에 불과함에도, 필요적 규정의 경우 법관에게 양형 재량이 있는 법정형과 달리 이러한 사정을 고려할 수 있는 가능성이 일체 배제되는 문제점이 있고, 미신고 수입물품을 감정한 자에 대한 엄벌의 목적은 주형을 통해서도 충분히 그 목적을 달성할 수 있으므로, 미신고 수입물품을 감정한 자로부터도 그 물품에 대한 몰수가 불가능한 경우 물품의 범칙 당시의 국내도매가격에 상당한 금액을 필요적으로 추징하도록 규정한 것은 오로지 징벌적 목적의 달성만 위한 것으로 헌법상 과잉금지의 원칙에 위반된다 할 것이다.

이 사건 몰수·추징 조항 중 “추징” 부분에 대한 재판관 이강국, 재판관 이공현의 반대의견

관세법상 몰수·추징은 범죄행위로 인한 이득의 박탈이 주목적이 아니라 관세법을 위반한 물품의 사회적 유통을 억제하고 일반예방적 차원에서 이를 엄하게 징벌하려는 것에 그 목적이 있다. 또한 몰수범죄는 대체로 조직적·계획적으로 이루어지고 미신고 수입물품의 감정행위가 그 유통에 있어 필수적·결정적 역할을 담당한다는 점 등을 고려할 때 미신고 수입물품을 감정한 자에게도 위 추징 규정을 적용할 필요가 있고 이를 임의적 규정으로 하여서는 위와 같은 징벌적 목적을 달성할 수 없으므로 이 사건 몰수·추징 조항 중 “추징” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

재판관 조대현의 전부위헌의견

이 사건 심판대상 법률조항들의 입법목적은 수입신고를 이행시켜 관세징수를 확보하기 위한 것이다. 이러한 입법목적을 달성하기 위하여 수입신고를 하지 아니하고 수입한 자를 처벌하고 그로부터 수입물품을 몰수·추징할 필요는 있으나, 수입금지품의 경우와 달리 수입신고만 하면 유통시킬 수 있는 물품에 대한 감정행위까지 형사처벌하고 그 자로부터 범칙 물품을 필요

적으로 몰수·추징하도록 하는 것은 감정행위에 관한 직업수행의 자유를 과도하게 제한하는 것으로서 헌법 제15조 및 제37조 제2항에 위반된다.

【해설】

1. 이 사건 처벌조항이 헌법상 과잉금지 원칙 및 평등의 원칙에 위반하는지 여부

가. 이 사건 처벌조항의 입법목적과 연혁

1996. 12. 30. 법률 제5194호 개정으로 밀수품의 취득죄 등에 밀수품의 감정행위가 추가되었는데, 그 이유는 밀수품의 시중유통에는 감정행위가 개입되는 경우가 많기 때문에 밀수품에 대한 감정행위를 처벌할 경우 밀수품에 대한 시중유통이 억제되어 밀수의 근절이라는 예방효과를 기대할 수 있기 때문이다. 특히, 금, 다이아몬드 등 귀금속의 경우 물품의 진부나 품질에 따라서 가격차가 현저하므로 전문적인 감정행위를 통하여 물품의 품질감정과 가격결정이 이루어지는 경우가 많은데, 당시 밀수보석류가 감정소 등에서 감정되고 이를 통해 국내감정서가 발급됨에 따라 밀수품을 합법화해주는 결과가 발생할 소지가 있다는 관련업계의 여론에 따라 밀수보석류의 유통차단을 위하여 도입된 것이라고 설명되고 있다.¹⁾

나. 밀수입(제269조 제2항)과 관련된 관세법 기타 규제 내용

(1) 신고유무를 기준으로 한 관세법의 밀수규제

1995년 수출입통관제도가 면허제에서 신고제로 변경되면서 1995. 12. 6. 법률 제4982호 개정으로 이전의 무면허수출입죄가 미신고수출입죄로 변경되었다. 이와 같이 신고를 토대로 이루어지는 통관절차에서는 관세법의 입법목적(제1조)인 통관질서유지 및 관세확보를 위해서 성실하고 자발적인 수출입신고가 요청되었으므로 신고유무를 기준으로 관련규정의 정비가 필요하였다. 그 결과 1996. 12. 30. 법률 제5194호 개정으로 밀수와 관련된 관세법 규정은 밀수출입죄와 신고를 전제로 한 관세포탈죄 및 부정수출입죄로 나뉘어

1) 김기인 저, 한국관세법, 한국관세무역연구원, 2005년, 732면

규정되었고, 신고자체가 이루어지지 않는 미신고수출입죄의 법정형이 관세포탈죄보다 무거워졌다. 그 이후 조문위치 변경 등 일부개정을 거쳐 현행 관세법에 이르게 되었다.

이와 같이 관세법상 형사규제 체제는 신고가 이루어지지 아니한 미신고사범(제269조)을 가장 중하게 처벌하고 있고, 신고는 하였으나 법령상의 승인·추천 기타 별도의 절차를 밟지 아니한 부정수출입죄(제270조 제1항 제2호, 제2항, 제3항)나, 신고를 하였으나 저가신고 등으로 관세를 포탈하는 관세포탈죄(제270조 제1항 제1호) 등의 법정형은 그보다 낮게 규정되어 있다.

(2) 밀수입과 관련된 형사적 규제의 정도

관세법상 금지품 수출입죄(제269조 제1항)의 법정형은 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금이고, 미신고수입죄(제269조 제2항)의 법정형은 5년 이하의 징역 또는 관세액의 10배와 물품원가 중 높은 금액 이하에 상당하는 벌금이고, 미신고수출죄(제269조 제3항)의 법정형은 3년 이하의 징역 또는 물품원가 이하에 상당하는 벌금이며, 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률에서 물품가액 또는 물품원가에 따라 각 가중처벌하는 규정을 두고 있다.²⁾

한편 관세법은 공범 및 미수범 등 처벌조항(제271조)을 두어 그 정을 알고 제269조 및 제270조의 규정에 의한 행위를 교사하거나 방조한 자는 정범에 준하여 처벌한다고 하고 있고, 제268조의2·제269조 및 제270조의 죄를 범할 목적으로 그 예비를 한 자와 미수범은 본죄에 준하여 처벌한다고 하고 있어 밀수입죄의 공범 및 밀수입죄의 예비, 미수범은 관세법 제271조 및 특

2) 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제6조 ①관세법 제269조제1항에 규정된 죄를 범한 자는 다음의 구분에 따라 가중처벌한다.

1. 수출 또는 수입한 물품의 가액(이하 이 조에서 "물품가액"이라 한다)이 1억원 이상인 때에는 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

2. 물품가액이 3천만원 이상 1억원 미만인 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

②관세법 제269조제2항에 규정된 죄를 범한 자는 다음의 구분에 따라 가중처벌한다.<개정 2000.12.29>

1. 수입한 물품원가가 5억원 이상인 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

2. 수입한 물품원가가 2억원 이상 5억원 미만인 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

③관세법 제269조제3항에 규정된 죄를 범한 자로서 수출 또는 반송한 물품원가가 5억원 이상인 때에는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제6조 제7항³⁾에 의하여 그 정범 또는 본죄와 동일하게 처벌된다.

다. 과잉금지원칙 위배 여부 관련 - 종전 헌법재판소 결정

이 부분과 관련하여 헌법재판소는 1998. 3. 26. 97헌마194 결정(판례집 10-1, 302)에서 밀수품을 취득·양여·운반·보관·알선하거나 감정한 자에 대한 형사처벌을 규정한 구 관세법(1996. 12. 30. 법률 제5194호로 개정된 것) 제186조 제1항 중 “감정” 부분에 대하여 「금이나 보석류와 같이 전문적인 감정행위를 통한 물품의 품질감정과 가격결정은 필수적인 밀수품의 시중유통에는 반드시 감정행위가 개입되기 때문에 밀수품에 대한 감정행위를 처벌하는 것은 밀수품의 유통방지를 통한 밀수억제라는 입법목적의 달성에 기여하므로, 밀수품에 대한 감정행위를 금지하고 형사처벌하는 입법수단은 밀수품의 유통을 억제하고자 하는 그 목적을 달성함에 있어서 적절하다고 할 것이고, 고의에 의한 감정행위만 형사처벌하고 있으므로 기본권침해를 최소화하고 있으며, 밀수품 이외의 물품에 대한 감정행위는 허용하기 때문에 감정인의 직업수행의 자유에 대한 제한의 정도는 결코 크다고는 할 수 없는 반면 밀수품에 대한 감정행위를 형사처벌함으로써 밀수품의 유통방지라는 입법목적의 달성을 통한 공공복리의 증진효과는 상당히 크다고 할 수 있어 법익균형성의 원칙이 지켜지고 있으므로 헌법 제15조가 규정한 직업선택의 자유를 침해하지 아니한다.」고 보았다.

헌법재판소는 이 사건 처벌조항에 관하여 종전 결정과 달리 판단하여야 할 만한 사정변경이 있다고 볼 수 없으므로 위 판시취지를 그대로 유지하기로 하였다.

2. 이 사건 물수·추징 규정의 위헌여부

가. 물수·추징의 법적 성질

3) 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제6조 제7항에 “관세법 제271조에 규정된 죄를 범한 자는 제1항 내지 제6항의 예에 의한 그 정범 또는 본죄에 준하여 처벌한다”고 규정되어 있다.

(1) 몰수라 함은 범죄 반복의 방지나 범죄에 의한 이득의 금지를 목적으로 범죄행위와 관련된 재산을 박탈하는 것을 내용으로 하는 재산형으로 원칙적으로 다른 형에 부가하여 과하는 부가형(형법 제49조)이고, 추징은 몰수에 대한 환형처분으로 몰수 대상물의 전부 또는 일부를 몰수하기 불가능한 때에 몰수에 갈음하여 그 가액의 납부를 명령하는 것을 내용으로 하는 사법처분으로 몰수와는 달리 형의 일종은 아니다.

(2) 몰수·추징을 임의적으로 할지 아니면 필요적으로 할지는 기본적으로는 입법 정책에 관한 사항으로 볼 수 있다. 헌법재판소도 어떤 범죄에 대하여 몰수형을 규정할 것인지 여부와 이를 임의적으로 할 것인지 또는 필수적으로 할 것인지의 여부는 입법정책에 관한 사항으로 보면서도 형의 일종인 필요적 몰수 규정도 지나치게 가혹할 경우 해당 몰수 규정은 과잉금지원칙 등에 위반되어 헌법에 위반된다는 입장이다(헌재 1995. 11. 30. 94헌가3, 판례집 7-2, 550-551 참조).

(3) 다만, 몰수·추징의 범위와 관련하여 대법원 판례는 몰수·추징을 이익박탈적 성격에 그치는 것(형법상 뇌물죄의 몰수·추징이나 변호사법위반죄에 있어 몰수·추징 등)과 나아가 징벌적인 성격을 가지는 것(관세법, 마약류관리에 관한 법률⁴⁾, 외국환거래법⁵⁾등)으로 나누어 보면서, 이익박탈적 성격만을 갖는 경우에는 실제로 이익이 귀속된 피고인에게 실제로 발생한 이익만을 몰수·추징할 수 있으나, 징벌적인 성격을 가지는 경우에는 범죄와 관련된 모든 물건(이익)에 대하여 관여한 피고인 전원에 대한 공동의 연대 추징이 가능하다고 하고 있다.

4) 마약류관리에 관한 법률 제67조(몰수) 이 법에 규정된 죄에 제공한 마약류 및 시설·장비·자금 또는 운반수단과 그로 인한 수익금은 몰수한다. 다만, 이를 몰수할 수 없는 때에는 그 가액을 추징한다.

5) 외국환거래법 제30조(몰수·추징) 제27조제1항·제28조제1항 및 제29조제1항의 각호의 1에 해당하는 자가 당해 행위로 인하여 취득한 외국환 기타 증권·귀금속·부동산 및 내국지급수단은 이를 몰수하며, 몰수할 수 없는 때에는 그 가액을 추징한다.

나. 관세법상 필요적 몰수·추징 제도

(1) 관세법상 필요적 몰수·추징은 밀수출입죄(제269조) 및 이와 관련되는 밀수품의 취득죄 등에 적용된다. 이는 신고를 토대로 이루어지는 현행 통관 절차에 있어서는 신고행위가 수출입에 있어 가장 기본이 되는 요소이므로 신고자체가 이루어지지 않거나 이와 관련되는 범죄의 경우 해당 물품을 필요적 몰수·추징함으로써 일반예방적인 차원에서 밀수출입죄를 엄하게 징벌하려는 데에 그 목적이 있는 것으로 보인다.

(2) 이러한 관세법상 몰수·추징은 범죄행위로 인한 이득의 박탈을 주목적으로 하는 형법상의 몰수·추징과는 달리 그 범죄공용물의 회기 또는 징벌적 목적의 달성을 주목적으로 하는 징벌적 성질의 처분(대법원 1991. 9. 13. 선고 91도1192판결; 헌재 1998. 2. 5. 96헌바96, 판례집 10-1, 4, 12 참조)으로 볼 수 있고, 대법원은 이에 대하여, 『관세법 제269조 제2항 및 제3항, 제274조 제1항 제1호의 경우에는 범인이 소유 또는 점유하는 그 물품을 몰수한다고 규정한 이상 범인이 점유하는 물품은 누구의 소유에 속함을 불구하고 소유자가 선의였든가 악의였든가를 가리지 않고 그 사실에 관하여 재판을 받는 범인에 대한 관계에서 이를 몰수하여야 하고(대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도8014 판결), 범인이 밀수품을 소유하거나 점유한 사실이 있다면 압수 또는 몰수가 가능한 시기에 범인이 이를 소유하거나 점유한 사실이 있는지 여부에 상관없이 관세법 제282조에 따라 몰수 또는 추징할 수 있고(대법원 2005. 7. 29. 선고 2005도3478 판결), 여러 사람이 공모하여 밀수입행위를 하거나 그 밀수품을 취득, 양여, 감정한 경우에는 범칙자의 1인이 그 물품을 소유하거나 점유하였다면 그 물품의 범칙 당시의 국내도매가격 상당의 가액 전액을 그 물품의 소유 또는 점유사실의 유무를 불문하고 범칙자 전원으로 부터 각각 추징할 수 있다 할 것이고(대법원 1983. 5. 24. 선고 83도639 판결, 대법원 2006. 4. 14. 선고 2006도638 판결 등 참조), 다만 그 공범자 또는 범칙자 중 어떤 자가 그 가액의 전액을 납부한 때에는 다른 공범자에 대하여 그 추징의 집행이 면제될 뿐이다(대법원 2008. 1. 17. 선고 2006도455 판결)』⁶⁾⁷⁾ 라고 해석하고 있다.

6) 이와 같은 공동연대추징을 인정하는 판례에 따라 경우 다음과 같은 문제점이 있다

(3) 소위 '단계적 추정'의 문제⁸⁾

관세법위반의 경우 각 범칙행위마다 필요적 몰수·추정을 규정하고 있는데, 예컨대 밀수품이 양여, 취득 등의 각 단계를 거쳐 전전유통된 경우에 그 물품은 동일한 것이라 하더라도 각 범행단계마다 몰수나 추정이 가능한 것인가 하는 문제가 제기되는바 이른바 '단계적 추정'의 문제라고 한다(관세법상 필요적 몰수·추정에서는 물품을 소유 또는 점유하고 있는 다른 범인으로써

는 지적이 있다. 즉 추정에 대한 선고와 집행이 분리되어 몰수대상 물건에 대하여 소유권 등 아무런 권리를 가진 바 없는 공범이 그 전액의 추정을 당하거나 반대로 몰수대상 물건에 관하여 처분의 이익을 누린 주범 등이 추정의 집행을 면할 수도 있게 되는바, 이는 형벌개별화의 원칙에 반하게 되어 부당하고, 공범 중 1인이 먼저 재판을 받게 된 경우 기소되지 아니한 다른 공범이 소유 보관하는 것이 확실한 데도 몰수대상 물건이 압수되어 있지 아니한 때에는 먼저 재판을 받고 있는 자에게 추정을 선고할 수밖에 없게 되는 부당한 결론에 이르게 된다는 것이다(대법원 1998. 5. 21. 선고 95도2002 전원합의체 판결 소수의견 참조). 즉 타인의 책임을 떠안거나 또는 타인 또는 인하여 자신의 책임이 면제될 수 있는 사법상의 연대책임과 비슷한 성격을 부여하는 이러한 대법원의 해석은 불법은 공동귀속이 가능하더라도 책임은 개별귀속이 허용되는 형사법의 기본원칙에 반하게 될 염려가 있다는 지적이 있다.(서보학, 공범간에 취득한 이익이 다른 경우의 추정방법, 형사판례연구 8권 194-195면).

한편 이에 대하여 관세범죄의 특성상 적발이 어려워 공범간의 역할 분담이나 이익분배내용을 밝히는 것이 쉽지 아니하여 징벌적인 제재의 강화가 필요하고 또한 추정의 집행 확보를 위하여 공동연대추정이 어느 정도 필요한 현실 등을 감안하면 현재 민법상의 불법행위에 관한 부진정연대책임의 원리를 차용한 대법원의 공동연대추정의 해석론에 대하여 이를 정면으로 부정하기는 어렵다는 견해도 있다(이영환, 징벌적 개념의 몰수·추정에 대한 몇 가지 문제, 재판실무연구, 광주지방법원 2005년, 133면).

7) 이와 관련하여 점유한 바도 없는 범인의 경우(공범이 점유한 경우는 차치함) 그러한 범인에 대하여는 추정이 불가능한 것으로 해석된다. 대법원도 “관세법상의 추정은 관세법위반에 대한 하나의 징벌이라 할 것이므로 범칙자가 수인이 있을 때에는 공범은 물론 범칙물을 점유하며 알선한 자에 대하여도 그 가격전부의 추정을 명하여야 할 것인 바...”(대법원 1983. 3. 8. 선고 82도3050판결)라고 하여 공범이 범칙물을 소유나 점유한 바 있는 경우가 아닌 한 범인 자신이 범칙물을 점유한 사실이 있음을 전제로 하여 추정을 명할 수 있다는 판시하였다. 한편 밀수품의 감정의 경우는 감정을 위해 잠시라도 점유하게 되므로 밀수품을 감정한 자에 대한 몰수는 밀수품이 다른 사람 또는 다른 범인의 소유이더라도 감정인이 감정을 위해 잠시라도 점유하고 있는 상태이면 몰수가 이루어지고, 밀수품이 감정인의 점유를 떠나있고 한편 다른 범인으로부터도 몰수할 수 없는 경우라면 물품의 범칙 당시의 국내도매가격에 상당한 금액을 감정인으로부터 추정하게 된다.

8) 다만 일부 견해는 위와 같이 단계적 추정이라는 용어를 사용하고 있기는 하나, 추정의 보충성(몰수가 불가능한 경우 추정할 수 있다)에 의하여 당연한 결론이라는 견해도 있고 이것이 더욱 설득력이 있다고 보여진다.

터 몰수된 경우에 전단계의 범법자로부터 추정할 수 있는지 여부).

다수의 견해는 1개의 범죄에 다수의 공범자가 관계된 경우와 동일하게 부진정연대채무로 이해하여 이미 동일한 범행물건에 대하여 관계된 공범의 1인으로부터 몰수가 되어 그것이 국고에 귀속된 이상 다른 범인에 대하여 중첩적으로 몰수를 선고하거나 몰수에 대응하는 추정을 선고하는 것은 허용되지 아니하고, 또한 몰수할 수 없는 경우에 모든 공범자에 대하여 그 가액 상당을 추정하더라도 그 중 1명으로부터 추정금의 전부 또는 일부가 납부되어 국고에 귀속된 이상 범죄가 여러 개 존재한다는 이유로 다시 다른 범인으로부터 그 금액을 중첩적으로 추정하는 것은 허용되지 아니한다고 한다.⁹⁾

대법원도 위와 같은 입장(대법원 1980. 8. 26. 80도 620판결)¹⁰⁾인 바, 위와 같은 판례의 입장에 대하여 추정이 몰수에 대한 환형처분인 이상 몰수에 대한 보충성은 당연한 것으로, “국가가 추정에 의하여 징수하는 가액은 몰수했을 경우에 얻었을 이익을 초과할 수 없고, 피고인도 추정의 집행에 의하여 몰수되는 것 이상의 가액상의 불이익을 받을 수 없는 것”이므로, 위와 같이 단계적 추정을 부정하는 것은 추정의 보충성으로 인하여 당연한 결론이라는 견해도 있다.¹¹⁾ 이러한 견해에 의하면 추정의 경우 “그 공범자 또는 범칙자 중 어떤 자가 그 가액의 전액을 납부한 때에는 다른 공범자에 대하여 그 추정의 집행이 면제”(대법원 2008. 1. 17. 선고 2006도455판결, 1971. 3. 23. 선고 71도158 판결 등)된다는 판례의 태도도 추정의 보충적 성격에 의하여 설명된다고 한다.

그러나 위와 같은 판례의 태도는 앞서 관세법상 필요적 추정의 성질 및 범위와 관련하여 살펴 본 소위 공동연대추정과 더불어 뒤에서 살펴볼 바와 같이 밀수입품을 감정한 경우 범칙 물품이 어느 단계에서든 몰수되는 경우

9) 이에 반해 범칙물이 순차양도된 경우 다른 공범에게 몰수·추정이 과하여졌는지 여부를 불문하고 취급자 전원에 대하여 그가 취급한 가액 전부를 추정하여야 한다는 긍정의 견해도 있다.

10) 위 판결에 대하여 단계적 추정을 부정한 것이라는 견해도 많으나, 만약 위 물품이 압수되지 못하였다면 피고인들에 대한 가격전부의 추정이나 값, 을, 병에 대한 가격전부의 추정과 피고인 정에 대한 가격전부의 추정을 부인하는 취지는 아니라고 볼 것이므로 대법원이 단계적 추정을 전면적으로 부정한 것이라고는 보기 어렵다는 견해도 있다(앞의 글, 135면)

11) 이용우, 몰수, 추정에 관한 몇 가지 문제, 법조 제35권 12호, 28, 34, 42-44면 참조

와 그렇지 않은 경우 불합리한 결과를 초래하는 문제점이 있다.

다. 이 사건 몰수·추징 조항의 과잉금지원칙 위배 여부

(1) 몰수·추징에 대한 입법형성권과 과잉금지의 원칙

관세형벌은 그 시대의 국가 경제정책, 수출입정책, 국민들의 수출입에 관한 질서의식 등을 고려하여 그 시대의 경제적·사회적 상황에 맞추어 국가 재정권과 통관질서의 유지를 보호하기 위한 적절한 형벌의 종류와 범위를 정할 수밖에 없는 제재이므로 그 제재의 정도는 기본적으로 입법자의 입법형성의 자유의 범위 내에 속하는 입법정책의 문제이고(헌재 1998. 11. 26. 97헌바67, 판례집 10-2, 701, 710-711 참조), 몰수·추징은 전적으로 법관의 재량에 맡겨져 있는 임의적 몰수·추징의 경우도 있으나 요건이 있는 한 반드시 몰수·추징을 선고하여야 하는 필요적 몰수·추징의 경우도 있는바, 몰수·추징을 임의적으로 할지 아니면 필요적으로 할지는 기본적으로는 입법정책에 관한 사항으로 볼 수 있다.

그러나, 이러한 입법형성권은 무제한적인 것이 아니라 어느 범죄에 대한 법정형이 지나치게 가혹하여 헌법상 평등의 원리나 과잉입법금지의 원칙에 반하는 경우 헌법에 반하므로, 형의 일종인 몰수·추징도 지나치게 가혹할 경우 과잉금지원칙 등에 위반되어 헌법에 위반된다(헌재 1995. 11. 30. 94헌가3, 판례집 7-2, 550-551 참조).

(2) 입법목적의 정당성과 방법의 적절성

재정범·이윤범으로서의 성격이 강한 관세범의 성격에 비추어 자유형 등을 강화하기보다는 몰수·추징 절차와 같은 재정적인 규제수단을 통하여 강제력을 확보하는 것이 정책적으로도 바람직하고 신고를 요건으로 하는 수출입 통관절차에서 자발적 신고는 통관질서의 적정 및 관세수입의 확보를 위하여 가장 기본적으로 요구되는 사항이므로 이에 정면으로 배치되는 미신고 수입행위의 결과물인 미신고 수입물품의 유통을 방지하고 그로 인한 이득을 금지함으로써 궁극적으로 미신고 수입행위를 근절하고 나아가 통관질서의 적정 및 관세수입을 확보하려는 입법목적의 정당성은 인정된다.

그러므로 미신고 수입물품을 감정한 자도 이를 점유하고 있는 경우 몰수하도록 하고 몰수할 수 없는 경우 물품의 범칙 당시의 국내도매가격에 상당한 금액을 추정하도록 규정하는 것은 입법목적의 달성을 위해 적절한 수단이라 할 것이다.

(3) 침해의 최소성 및 법익 균형성

헌법상 비례의 원칙은 행위자의 책임과 법정형 사이의 관계에서 준수되어야 하며, 이는 주형뿐만 아니라 부가형에 있어서도 마찬가지라 할 것이므로 이 사건 몰수·추징 조항이 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이라고 하더라도 범죄의 죄질 및 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이거나 현저히 형벌체계상의 균형을 잃어서는 안 된다.

한편, 이 사건 몰수·추징 조항 중 몰수의 대상은 ‘범죄행위로 인한 이득’이 아니라 ‘미신고 수입물품’ 자체이다. 그 결과 미신고 수입물품의 취득과는 무관하게 감정을 위하여 이를 점유함에 그치는 감정인으로부터 해당 물품을 몰수하는 경우와 몰수할 수 없는 경우 위 감정인으로부터 해당 물품의 가액 상당을 추정하는 경우는 차이가 있으므로 이를 나누어 살펴볼 필요가 있다.

(가) 몰수의 경우

임의적 규정으로는 법의 목적을 실현하기에 부족하고 필요한 규정이 입법목적 달성에 반드시 필요한 경우라면, 필요한 제재 규정이라고 하더라도 ‘최소 침해성의 원칙’에 위배되지 않음을 우리 재판소는 여러 차례 확인하여 왔다(헌재 2002. 4. 25. 2001헌가19등, 판례집 14-1, 235, 244-246; 헌재 2003. 6. 26. 2001헌바31, 판례집 15-1, 691, 700 참조).

살피건대, 신고를 요건으로 하는 수출입통관절차에서 수출입 물품에 대한 자발적 신고는 통관절서의 적정 및 관세수입의 확보를 위하여 가장 기본적으로 요구되는 사항이다. 그러므로 신고의 적정한 이행을 위해서는 이에 정면으로 배치되는 미신고 수입행위뿐만 아니라 미신고 수입물품의 유통을 방지하고 그로 인한 이득을 금지할 필요가 있으므로 미신고 수입단계뿐만 아니라 그 유통의 각 단계에서도 범칙 물품을 몰수할 필요성이 있다 할 것이

다. 그러므로 감정을 위하여 이를 점유함에 불과한 미신고 수입물품에 대한 감정의 단계에서도 범칙 물품을 반드시 몰수할 필요성이 있다 할 것이고 이를 임의적 규정으로 하여서는 위와 같은 입법 목적을 달성하기에 부족하다 할 것이다.¹²⁾ 또한 이를 통해 미신고 수입행위의 근절을 기대할 수 있고 나아가 통관질서의 적정과 관세수입의 확보라는 입법목적을 달성할 수 있으므로 그로 인한 공공복리의 증진효과는 상당히 크다고 할 수 있는 반면, 그로 인하여 제한되는 것은 미신고 수입물품의 소지 또는 소유의 박탈에 불과하므로 양자를 비교형량해 보면 이 사건 몰수·추징 조항 중 “몰수” 부분은 최소 침해성이나 법익 균형성의 원칙에 위배되지 않는다 할 것이다.

(나) 추징의 경우

추징은 몰수의 대상인 범칙 물품에 대한 몰수가 불가능한 경우에 이루어지므로 추징의 단계에서는 몰수와 달리 범칙 물품의 회기를 통한 밀수품의 시중유통방지라는 목적이 아닌 ‘범죄행위로 인한 이득의 박탈’ 내지 ‘징벌적 목적의 달성’이라는 의미만이 남는다. 그런데 미신고 수입물품을 감정한 자는 감정행위의 대가로 감정수수료 소정의 이득을 취득할 뿐이므로¹³⁾ 이 사건 추징조항은 ‘범죄행위로 인한 이득의 박탈’을 달성하기 위한 입법조치라

12) 이용우, 몰수, 추징에 관한 몇 가지 문제, 45면, 법조 제35권 제12호 참조. 물론 단계적 추징을 부정하는 대법원 관례에 따를 때 밀수품의 양여·취득의 경우에도 물건을 이미 처분해버린 자에게는 그 처분대가를 그대로 보유시키게 되는 반면, 물건을 소지하고 있다가 압수된 자는 몰수당하여 손해를 보게 되어 오히려 관세법위반 물품의 유통을 조장할 가능성이 있다는 지적이 있다(앞의 글 46면).

13) 한편, 밀수입품의 감정행위의 대가로 취득한 감정수수료는 형법이 정한 임의적 몰수·추징 규정에 따라, 즉 “범죄행위로 인하여 취득한 물건”(제48조 제1항 제2호)에 해당하여 몰수할 수 있고 이를 몰수하기 불가능한 때에는 그 가액을 추징(제48조 제2항)할 수 있다는 견해(이용우, 몰수·추징에 관한 몇 가지 문제, 법조 35권 제12호, 25면 및 49면; 이상원, 몰수의 제한법리에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2004년, 188면; 일본 대코멘타르 형법, 제1편 총칙 19조, 420면 참조)가 있는바, 이에 따르면 이 사건 추징 규정이 없다고 하더라도 위 감정수수료에 대하여는 구체적인 사안의 형평을 고려하여 법관이 형법상 몰수·추징 규정에 따라 몰수·추징할 수도 있다. 그러나, 이에 대하여는 형법 제48조 제1항 제2호의 “범죄행위로 인하여 취득한 물건”이라 함은 상습도박에 의하여 취득한 현금이나 공갈에 의하여 취득한 금품, 뇌물수수에 의하여 취득한 금품 등과 같이 당해 범죄행위 자체에 의하여 직접 취득한 물건을 말하는 것이지, 범죄행위의 대가로 취득한 물건은 이에 해당하지 않는다는 이견이 있을 수 있다. 참고로 일본의 현행법은 구법이나 우리 형법과 달리 ‘범죄행위에 의하여 취득한 물건’뿐만 아니라 ‘범죄행위의 보수로서 취득한 물건’도 몰수 대상으로 명시하고 있다(일본 형법 제19조 제1항 제3호).

고는 할 수 없고 미신고 수입물품을 감정한 자에 대한 ‘징벌적 목적’을 달성하기 위한 입법조치라 할 것이다.

추정은 몰수에 갈음하는 사법처분이나 몰수와 같이 부가형의 성질을 가지고 있고 부가형도 형의 일종이므로 주형과 마찬가지로 헌법상 과잉금지 원칙의 제한을 받는다고 할 것이다. 특히 필요적 규정과 관련하여서는 입법자가 임의적 규정으로도 법의 목적을 실현할 수 있는 경우에 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 가능성을 일체 배제하는 필요적 규정을 둔다면 이는 비례의 원칙의 한 요소인 ‘최소 침해성의 원칙’에 위배된다(헌재 1995. 2. 23. 93헌가1, 판례집 7-1, 130, 138; 헌재 2000. 6. 1. 99헌가11등, 판례집 12-1, 575, 585 참조).

미신고 수입물품의 감정행위는 보석류와 같이 감정이 필요한 물품의 유통에 중요한 역할을 담당하고 밀수범죄는 조직적으로 이루어지는 경향이 있다 하더라도 그 구체적 행위태양은 전문적 밀수범 또는 그 범죄 집단과 조직적으로 연계되어 이루어지는 경우부터 고의에 의한 범행이라도 감정업을 영위하던 중 우연한 기회에 범행에 개입된 경우까지 다양할 수 있고 범행기간이나 회수 면에서 보더라도 상습적·반복적인 경우부터 일회성에 그친 경우까지 다양할 수 있으며 이에 따른 불법성과 책임의 양은 각각 다르다 할 것이다.

그리고 미신고 수입물품의 감정행위는 미신고 수입행위가 아닌 그 유통에 관여하는 행위에 불과하고, 유통에 관여하는 행위이기는 하나 그 취득과는 무관하므로 미신고 수입물품을 감정한 자는 범죄행위로 인하여 해당 물품이나 물품 가액 상당의 이득을 보유하게 되는 미신고 수입물품을 취득·양여한 자와 달리 범죄행위로 인하여 감정수수료 소정의 이득을 얻을 뿐이라는 차이가 있다. 또한 미신고 수입물품을 운반·보관 또는 알선한 자도 감정한 자와 마찬가지로 범죄행위로 인하여 소정의 관련 수수료의 이득을 얻을 뿐이지만 운반·보관 또는 알선행위는 범칙 물품의 유통에 직접 관여하는 행위임에 반하여 감정행위는 그 물품의 유통에 직접 관여하는 행위가 아니라 감정을 통해 물품의 시장적 가치를 형성해줌으로써 그 유통을 원활하게 해주는 행위에 불과하다는 차이가 있다.

물론 이 사건 처벌조항과 관련하여 앞서 살펴본 바와 같이 미신고 수입물품의 유통을 억제하기 위해 미신고 수입 후 각 유통에 관여하는 행위를 모두 엄벌할 필요성이 있으므로 이들 행위에 대하여 동일한 법정형으로 규율하고 있다 하더라도, 법정형의 폭은 상대적으로 넓어 법관이 양형 단계에서 불법성과 책임의 양에 상응하는 형벌의 부과가 가능한 반면 필요적 추징의 경우는 개별 사안의 불법성과 책임의 양에 따른 법관의 양형재량이 적용될 여지가 없다.

한편 관세사범의 단속과 밀수의 근절이라는 일반예방적 목적을 위하여 미신고 수입물품을 감정한 자를 엄벌할 필요성이 있다고 하더라도 주형을 통하여 그 실현이 가능하다면 부가형의 일종이라고 볼 수 있는 몰수룰 할 수 없을 경우에 행하는 추징을 통하여 이를 실현하는 것은 바람직하지 아니하다. 즉 미신고 수입물품을 감정한 자에 대한 법정형은 “3년 이하의 징역 또는 몰품원가 이하에 상당하는 벌금”으로 징역형은 그리 중하지 아니하나 벌금의 상한은 “몰품원가 이하”로 이 사건 추징 규정의 기준과 별반 차이가 없고 관세법 제275조에 따라 징역형을 선택하더라도 벌금형을 병과할 수 있으므로 미신고 수입물품을 감정한 자를 엄벌함으로써 달성하고자 하는 입법 목적은 위와 같은 주형을 통해서도 충분히 달성할 수 있다. 또한 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제6조 제8항에서 “단체 또는 집단을 구성하거나 상습으로 관세법 제269조 내지 제271조 또는 제274조에 규정된 죄를 범한 자는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다”는 가중처벌조항을 두고 있으므로 조직적·상습적으로 미신고 수입물품을 감정한 자에 대하여는 위 법률조항을 통해서 어느 정도 엄벌의 목적을 달성할 수 있다. 그런데 이 사건 추징 규정은 필요적으로 규정되어 있어 행위의 불법성이나 책임이 크지 않은 경우에도 법관은 주형에 비하여 과도하게 높은 부가형을 선고할 수밖에 없거나, 이를 피하기 위해서 주형마저도 선고를 유예할 수밖에 없는 경우가 발생할 수 있다. 이는 결국 법관으로 하여금 범죄자의 귀책사유에 알맞은 형벌을 선고할 수 없게 하므로 법관의 양형재량을 제한하는 결과를 초래한다. 또한 추징의 선고나 집행도 다른 범인으로부터 미신고 수입물품이 몰수된다거나 추징 집행의 선후 등 우연적 사정에 의해 달라질 수 있으므로 언제나 이를

통해 징벌적 목적을 달성할 수 있을 것이라 기대하기도 어렵다.

또한 필요적 추징 규정으로 인하여 미신고 수입물품을 감정한 자는 범칙 물품이 자신으로부터 몰수되는 경우에는 단지 소지의 박탈에 그치게 되므로 사실상 피해가 거의 없음에 반하여, 추징되는 경우는 그 가액 상당에 대한 금전적 부담을 지게 되는 문제가 발생한다. 이는 몰수에 대한 환형처분이라는 추징의 보충성에도 반하는 측면이 있다.

그럼에도 이 사건 추징 규정은 오로지 징벌적 목적의 달성을 위하여 위와 같은 사정을 고려할 수 있는 가능성을 일체 배제하고 있다. 그러므로 이상을 종합할 때 미신고 수입물품의 유통을 억제함으로써 미신고 수입을 근절하고 나아가 신고를 전제로 하는 통관질서를 유지하고 관세수입을 확보하려는 관세법의 입법목적은 임의적 규정이나 주형을 통해서 불법과 책임의 양에 따른 법관의 개별적·구체적인 양형에 따라 달성할 수 있다 할 것이므로 이 사건 몰수·추징 조항 중 “추징” 부분은 국민의 기본권의 제한은 그 입법목적 을 달성함에 필요한 최소한도에 그쳐야 한다는 헌법 제37조 제2항의 정신에 위배되는 규정이라고 하지 않을 수 없다.

한편 위 결정에서 명시적으로 밝히지는 않았지만, 다음과 같은 현실의 문제점도 고려되었다. 즉, 관세법상 추징과 같은 징벌적 성질의 추징에 대하여 대법원은 “범칙자의 1인이 그 물품을 소유하거나 점유하였다면 그 물품의 범칙 당시의 국내도매가격 상당의 가액 전액을 그 물품의 소유 또는 점유사실의 유무를 불문하고 범칙자 전원으로부터 각각 추징”(대법원 1983. 5. 24. 선고 83도639 판결, 대법원 2006. 4. 14. 선고 2006도638 판결 등 참조)하고, “다만 그 공범자 또는 범칙자 중 어떤 자가 그 가액의 전액을 납부한 때에는 다른 공범자에 대하여 그 추징의 집행이 면제될 뿐”(대법원 2008. 1. 17. 선고 2006도455 판결)이라는 원칙 아래 사법처리해오고 있는데, 감정인의 경우 감정사무소 등을 두고 있어 다른 공범에 비하여 그 집행이 용이하기 때문에, 사실상 밀수품 감정의 경우 범행 공여도가 상대적으로 적음에도 위와 같은 이유로 주로 감정인에게 관세법상 추징이 집행되고 이에 따라 다른 공범자는 추징의 집행이 면제되는 불합리가 존재하고 있었다.

라. 이 사건 몰수·추징 조항의 평등의 원칙 위배 여부

이 사건 몰수·추징 조항 중 “추징” 부분에 대하여는 이미 헌법상 과잉금지 원칙에 위배된다고 판단하였으므로, “몰수” 부분에 대하여 평등의 원칙에 위배되는지 문제가 되었는데, 신고를 기본적 요건으로 하는 수출입통관절차에서 통관절서의 유지 및 관세수입의 확보라는 입법목적은 달성하기 위해서는 미신고 수입행위뿐만 아니라 유통의 각 단계에서도 범칙 물품을 반드시 몰수할 필요성은 동일하다 할 것이므로 미신고 수입물품을 감정하는 경우에도 범인이 이를 점유하고 있다면 그 자로부터 필요적으로 미신고 수입물품을 몰수하도록 하는 이 사건 몰수·추징 조항 중 “몰수” 부분은 헌법상 평등의 원칙에 반하지 아니한다고 하였다.

4. 결정의 의의

미신고 수입물품을 감정한 자도 미신고 수입물품을 취득·양여 등에 관여한 자와 동일한 법정형으로 규정한 형벌조항에 대하여는 헌법재판소가 이미 헌법에 위반되지 않는다는 결정(97헌마194)을 한 바 있고, 이 사건에서도 위 종전 결정의 취지를 유지하였다. 이와 달리 미신고 수입물품을 감정한 자로부터 미신고 수입물품을 필요적으로 몰수·추징하는 조항에 대하여는 이 사건에서 처음으로 판단한 것인데, 이 사건에서 헌법재판소는 징벌적 성격의 몰수·추징의 경우에도 헌법상 과잉금지의 원칙에 의한 제한을 받는다는 점을 분명히 하고, 몰수의 경우와 추징의 경우를 나누어 판단하여 이 사건 몰수·추징 조항 중 “추징” 부분에 대하여만 위헌결정을 하였다.

일반적으로 몰수·추징은 이익박탈적 성격을 가지는 것과 징벌적 성격을 가지는 것으로 구분되고, 대법원도 각 몰수·추징의 성격에 따라 그 규율을 달리하고 있는데, 관세법상 필요적 몰수·추징은 징벌적 성질의 처분으로 이해되고 있다.

헌법재판소는 이러한 관세법상 몰수·추징과 관련하여 ‘타소장치 허가를 받고 장치한 물품을 신고 없이 반출한 경우’에도 필요적으로 몰수·추징하는 것은 헌법상 과잉금지의 원칙에 반한다고 결정(2001헌바89)한 바 있는데, 이 사건에서는 몰수와 추징을 분리하여 미신고 수입물품을 감정한 자로부터 미

신고 수입물품을 필요적으로 몰수하는 것은 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니하나, 해당 물품을 몰수할 수 없는 경우 ‘물품의 범칙 당시의 국내도매가격에 상당한 금액’을 필요적으로 추정하는 것은 관세법상 추정이 징벌적 성질의 처분임을 고려하더라도 감정인이 감정으로 얻는 이득, 구체적 사안의 개별성을 고려할 수 없는 필요적 규정의 특징 등을 고려할 때 감정인에게 지나치게 가혹하므로 이 사건 몰수·추정 조항 중 “추정” 부분만을 헌법에 위반된다고 판단한 점에 그 의의가 있다.

위 결정 이후 2008. 12. 26. 관세법 개정시 제282조 제3항 단서에 “다만, 제274조 제1항 제1호 중 제269조 제2항의 물품을 감정한 자를 제외한다.”라는 단서가 추가되었다.

도시 및 주거환경정비법 개정법률안 제30조의2 등 위헌확인 등

- 재건축 임대주택공급 의무규정 사건 -

(헌재 2008. 10. 30. 2005헌마222·651·755·1188(병합), 판례집 20-2상, 891)

지 성 수*

【판시사항】

1. 주택재건축사업 시 증가되는 용적률의 100분의 25 범위 내에서 임대주택을 의무적으로 공급하도록 하는 ‘도시 및 주거환경정비법’(2005. 3. 18. 법률 제7392호로 개정되고, 2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘도시정비법’이라 한다) 제30조의2 제1항 본문, 제2항, 부칙 제4조, ‘도시 및 주거환경정비법 시행령’(2005. 5. 18. 대통령령 제18830호로 개정되고, 2008. 2. 29. 대통령령 제20722호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘시행령’이라 한다) 제41조의2 제1항, 제2항, 제3항, 부칙 제4조(이하 위 조항들을 모두 합하여 ‘이 사건 규정’이라 한다)가 과잉금지원칙을 위반하여 재산권을 침해하는지 여부

2. 이 사건 규정이 관리처분계획인가나 사업시행인가를 받은 경우까지도 임대주택공급의무를 부과하는 것이 소급입법금지원칙 또는 신뢰보호원칙을 위반한 것으로서 재산권을 침해하는 것인지 여부

3. 이 사건 규정이 임대주택공급의 대가로 표준건축비에 개별공시지가를 더한 금액만을 보상하는 것이 정당한 보상 없는 수용으로 재산권을 침해하

* 헌법연구관

는 것인지 여부

4. 이 사건 규정이 사업 성격이 다른 주택재개발사업에 부과하는 임대주택공급의무를 이 사건 주택재건축사업에 부과하는 것이 평등권을 침해하는 것인지 여부

【심판대상】

도시 및 주거환경정비법(2005. 3. 18. 법률 제7392호로 개정되고, 2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것) 제30조의2(주택재건축사업의 임대주택 건설의무 등) ① 수도권정비계획법 제6조 제1항 제1호의 규정에 의한 과밀억제권역에서 주택재건축사업을 시행하는 경우 사업시행자는 제30조 제4호의 규정에 의한 세입자의 주거안정과 개발이익의 조정 등을 위하여 당해 주택재건축사업으로 증가되는 용적률 중 100분의 25이하의 범위 안에서 대통령령이 정하는 비율 이상에 해당하는 면적을 임대주택(이하 “재건축임대주택”이라 한다)으로 공급하여야 하며, 건축관계 법률에 의한 건축물 층수제한 등 건축제한으로 제3항의 규정에 의한 용적률의 완화가 사실상 불가능한 경우에는 대통령령으로 임대주택 공급비율을 따로 정할 수 있다. 단서 생략

② 사업시행자는 재건축임대주택을 대통령령이 정하는 바에 따라 건설교통부장관, 시·도지사 또는 주택공사 등에게 공급하여야 한다. 이 경우 재건축임대주택의 공급가격은 재건축임대주택의 건설에 투입되는 건축비를 기준으로 건설교통부장관이 고시하는 금액에 재건축임대주택 부속토지의 가격(부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률 제11조의 규정에 의한 개별공시지가 및 지가상승률 등을 고려하여 대통령령이 정하는 기준에 따라 산정한 가격을 말한다)을 합한 가격으로 한다. 다만, 사업시행자가 재건축임대주택에 해당하는 만큼의 용적률을 완화받기로 선택한 경우에는 인수자에게 그 부속토지를 기부채납한 것으로 본다.

부칙 제4조(사업시행인가를 받은 주택재건축사업에 관한 특례) ① 이 법 시행 당시 사업시행인가(부칙 제3조 제2항의 규정에 의한 대통령령이 정하는 중요한 사항의 변경인가를 제외한다)를 받은 주택재건축사업은 제30조의 2 제1항의 개정규정에 의한 재건축임대주택의 공급비율에 불구하고 재건축

으로 증가되는 용적률 중 100분의 10이하의 범위 안에서 대통령령이 정하는 비율에 해당하는 주택의 수를 재건축임대주택으로 공급한다.

② 제1항의 규정에 의하여 재건축임대주택을 공급하는 경우에는 제30조의2 제3항 및 제4항의 개정규정을 적용하지 아니한다.

③ 이 법 시행당시 제48조의 규정에 의하여 관리처분계획이 인가된 재건축사업의 경우 조합원 외의 자에게 공급계획인 주택의 수가 제1항의 규정에 의한 재건축임대주택의 공급비율에 의한 주택의 수보다 적은 경우에는 제1항의 규정에 불구하고 재건축임대주택으로 공급하는 주택의 수는 조합원 외의 자에게 공급하는 주택의 수에 의한다.

도시 및 주거환경 정비법시행령(2005. 5. 18. 대통령령 제18830호로 개정되고, 2008. 2. 29. 대통령령 제20722호로 개정되기 전의 것) 제41조의2(재건축임대주택의 비율 및 공급방법 등) ① 법 제30조의2 제1항 본문에서 “대통령령이 정하는 비율”이라 함은 100분의 25를 말한다.

② 법 제30조의2제1항 본문에서 “용적률의 완화가 사실상 불가능한 경우”라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.

1. 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제76조의 규정에 의한 건축물의 층수제한

2. 항공법 제82조의 규정에 의한 비행장 주변지역의 건축물 높이제한

3. 군용항공기지법 제8조의 규정에 의한 비행안전구역 내 건축물의 높이제한

4. 문화재보호법 제89조 제2항의 규정에 의한 건설공사 시 문화재보호를 위한 건축제한

5. 그 밖에 건축관계법률에 의한 건축제한으로 인하여 용적률의 완화적용이 불가능하다고 시장·군수가 건축위원회의 심의를 거쳐 인정하는 경우

③ 제2항의 규정에 해당하는 주택재건축사업의 임대주택의 공급비율은 증가되는 용적률의 100분의 10 이상으로서 용적률 완화가 가능한 범위까지로 하되, 용적률 완화가 가능한 범위는 건축위원회의 심의를 거쳐 시장·군수가 인정하는 범위로 한다.

부칙 제4조(사업시행인가를 받은 주택재건축사업에 관한 특례) 개정법률

부칙 제4조 제1항에서 “대통령령이 정하는 비율”이라 함은 100분의 10을 말한다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위(2005헌마222 사건)¹⁾

청구인들은 이 사건 심판청구일 당시 재건축조합, 재건축조합설립추진위원회, 재건축조합의 조합원 등으로 재건축사업을 추진하면서 사업시행인가를 받았거나 이를 받기 위하여 준비하고 있던 자들인바, 정부가 제252회 임시국회에 ‘도시 및 주거환경 정비법 개정법률안’을 제출하고, 위 법률안이 2005. 3. 2. 국회 본회의를 통과하자, 위 법률안 제30조의2와 부칙 제2조, 제4조가 노후된 아파트를 재건축함에 있어 증가된 용적률의 최고 25% 범위 안에서 대통령이 정하는 비율 이상을 임대주택으로 건설하도록 규정하고 있는 것이 자신들의 재산권, 평등권 등을 침해한다고 주장하면서 2005. 3. 3. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

그 후 위 법률안이 2005. 3. 18. 법률 제7392호로 공포되자, 청구인들은 2005. 3. 25. 청구취지 및 청구원인 변경신청서를 헌법재판소에 제출하여 심판대상을 위 ‘도시 및 주거환경 정비법 개정법률안’ 제30조의2, 부칙 제2조, 제4조에서 ‘도시 및 주거 환경 정비법’ 제30조의2, 부칙 제2조, 제4조로 변경하였고, 2005. 11. 16.에는 ‘도시 및 주거환경 정비법시행령’ 제41조의2, 부칙 제2조, 제4조 등을 심판대상에 추가하였다.

한편, 보조참가인 ○○재건축주택정비사업조합은 2007. 12. 14. 이 사건 헌법소원 결과에 대하여 법률상 이해관계가 있다고 주장하며, 보조참가신청을 하였다.

2. 청구인들의 주장과 이해관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장(2005헌마222 사건)²⁾

(1) 이 사건 도시정비법 규정 중 부칙 제4조는 이미 사업시행인가를 받은

1) 2005헌마651, 2005헌마755, 2005헌마1188 사건 개요는 생략

2) 2005헌마651, 2005헌마755 사건, 2005헌마1188 사건 청구인 주장 생략

경우뿐만 아니라 관리처분계획의 인가를 받은 경우까지도 재건축 아파트 중 일부를 임대주택으로 공급하도록 하고 있는바, 이는 사업계획이 확정된 경우까지도 소급하여 적용하는 것으로 소급입법금지원칙 위반으로 청구인들의 재산권을 침해하고, 설사 위 규정이 소급입법금지원칙을 위반하고 있지 않다 하더라도 이 사건 규정의 임대주택공급의무규정은 재건축조합과 조합원들의 신뢰보호를 위반하여 청구인들의 재산권을 침해하고 있다.

(2) 이 사건 법률 규정의 임대주택공급의무제도는 그 규제가 지나치게 과도하여 재건축 자체를 포기하게 하거나 무기한 연기하도록 함으로써 재건축 부동산에 대한 투기방지나 서민들 주거생활 안정에 기여하는 바가 전혀 없다. 그리고 재건축으로 인한 개발이익의 환수가 필요하다고 하더라도 이 경우 그 부담 방법은 여러 가지 방법 중에서 하나를 선택할 수 있도록 하여야 하는데, 이 사건 규정은 오로지 임대주택만을 공급하도록 하여 선택의 여지를 주지 않고 있고, 용적률의 증가가 반드시 실질적인 이익으로 이어지는 것이 아님은 물론, 그 정확한 계측이 어렵기 때문에 이를 환수하는 경우 원본 잠식의 문제가 발생할 수 있음에도 불구하고 이 사건 규정은 이러한 미실현 이득에 대해 개발이익환수라는 명목으로 임대주택을 의무적으로 공급하도록 하고 있는바, 이는 기본권 침해의 최소 침해성 원칙을 위반하여 재산권을 침해하는 것이다.

(3) 헌법 제23조 제3항은 공공필요에 의해 재산권의 수용, 사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다고 규정하고 있는데, 도시정비법 제30조의2는 임대주택공급에 대한 대가로 대지지분은 개별공시지가로, 공사비는 표준건축비로 보상한다고 규정하고, 임대주택공급을 위해 별도로 용적률을 완화 받는 경우에는 표준건축비만을 보상한다고 규정하고 있는바, 이는 시가에 의한 보상이 아니어서 정당한 보상이 될 수 없으므로 이는 헌법 제23조 제3항을 위반하여 재산권을 침해하는 것이다.

(4) 다수가 소유하는 토지 위에 당사자들의 합의에 의하여 아파트를 건설하는 경우에는 임대아파트의 건설이 의무가 아닌 반면, 주택재건축의 경우에는 임대아파트 건설을 의무로 하는 것은 실질적으로 같은 것을 다르게 취급하는 차별에 해당하고, 주택재개발사업은 주거환경이 열악한 일정 지역에 정

비기반시설과 주택을 건설하는 사업으로 공공개발성이 강한 반면, 재건축사업은 그 본질이 민간자치성이 강한 사업인데, 민간자치성이 강한 주택재건축과 공공개발성이 강한 주택재개발을 같게 취급하는 것은 다른 것을 같게 취급하는 차별에 해당하므로, 이 사건 규정은 청구인들의 평등권을 침해하고 있다.

(5) 헌법은 전문과 제119조 제1항에서 자유시장경제를 원칙적으로 보장하고 있고, 제10조는 국민이 행복을 추구하기 위해 하는 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있도록 보장하고 있는바, 이에 따르면 대지소유자들은 그들의 합의 하에 법이 허용하는 범위 내에서 자유로이 재건축을 할 수 있어야 할 것인데, 이 사건 규정은 재건축 아파트의 일정 부분을 실제 공사비와 대지가격에 미치지 못하는 가격으로 또는 표준건축비만으로 공급하도록 강제함으로써 청구인들의 계약의 자유 등을 침해하고 있고, 이러한 임대주택건설의무는 재건축사업을 포기하도록 하여 거주민들이 노후, 불량한 아파트에서 계속 살 수 밖에 없도록 한다는 점에서 쾌적한 주거생활을 방해하고, 거주민들의 안전은 물론 도시미관까지도 해치게 하므로 청구인들의 환경권을 침해한다.

나. 보조참가인들의 주장(2005헌마222 사건)³⁾

이 사건 규정이 시행되기 전에 관리처분계획인가를 받은 조합이라도 일반분양이 끝나지 않은 조합의 경우에는 이 사건 규정의 내용이 포함된 관리처분계획인가를 위해 다시 조합원총회의 결의를 거쳐야 하는데, 이 때 조합원들은 그 내용이 자신의 의사에 반하더라도 이를 반대할 수 없게 된다. 그리고 관리처분계획인가 후 기존 건축물이 이미 철거된 경우에는 재건축사업의 진행을 거부하거나 조합에서 탈퇴하는 것도 불가능하다. 따라서 국가가 관리처분계획이 인가되어 기존 건축물이 철거된 사업에 대해서도 사후적으로 도시정비법 제30조의2 등을 적용하여 조합원들에게 관리처분계획을 변경하도록 강제하는 것은 인간의 존엄과 가치를 본질적으로 훼손하는 것으로서 헌법에 위반된다.

3) 2005헌마1188 사건 보조참가인 주장 생략

다. 건설교통부장관(현 국토해양부장관)의 의견

(1) 주택재건축 사업에 있어 사업시행자는 주택재건축조합이므로 이 사건 규정에 의한 임대아파트 건설 의무의 주체는 재건축조합이고, 따라서 그 조합원들은 이 사건 헌법소원심판청구에서 청구인 적격이 없다.

(2) 이 사건 규정의 임대주택건설의무는 재건축으로 인한 개발이익을 궁극적으로 국민 전체에 귀속시킴으로써 사회통합을 이루고자 하는 것으로 그 환수방법이 객관적이고 합리적이라 할 것이고, 대지 및 주택의 사회적 기능이나 그 의무성, 도시에서의 대지 및 주택문제의 심각성 등을 고려할 때 과잉금지원칙에 위배되어 재산권을 침해한다고 할 수 없다. 한편, 재건축 임대주택공급제도는 사업시행자가 실제로 재건축 사업을 한 결과 그 용적률 증가분에 대하여 일부를 환수하는 것이므로 이를 미실현이득에 대한 환수라고 할 수 없고, 설령 미실현이득에 대한 환수라고 하더라도 보상을 조건으로 하고 있어 주택가격이나 지가하락의 경우에도 원본잠식의 문제는 발생시키지 않는다 할 것이다.

(3) 도시정비법 부칙 제4조는 이 법 시행당시 사업시행인가를 받은 주택재건축사업의 경우에도 용적률 증가의 10%를 임대주택으로 공급하도록 정하고 있으나 이 경우에도 표준건축비와 개별공시지가에 의한 보상지급을 조건으로 하고 있고, 이러한 임대주택의무 부과가 집 값의 비정상적 상승 및 투기수요의 유입을 방지하고 심각한 주택문제 등을 해결하기 위해 부득이하게 선택한 수단이라는 점을 감안할 때, 개발이 진행중인 상태에서 의무 부과 규정이 도입되었다 하더라도 이는 부진정소급입법으로서 이로 인한 신뢰의 손상 정도는 크다고 할 수 없으므로 소급입법금지의 원칙이나 신뢰보호원칙에 위반하여 재산권을 침해한다고 할 수 없다.

(4) 헌법 제35조 제3항은 국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다고 정하여 주택개발정책에 대한 국가의 의무를 규정하고 있는바, 도시정비법 제4조의2에서도 임대주택공급을 의무화하고 있으므로 주택재건축사업의 경우에 임대주택을 의무적으로 공급하는 것이 다른 주택건설사업과 비교하여 형평에 반한다고 할 수 없

다. 또한 국가가 재건축사업 시행과정에서 재건축조합의 구성원인 조합원의 지위가 양도되고 그 매매가격이 변동하는 사례까지 감안하여 정책을 입안하는 것은 불가능한 일이라 할 것이므로 개발이익확정 시점을 기준으로 개발이익을 환수하고, 그 이전에 주택을 매도한 자들에 대해서는 환수규정을 두고 있지 않더라도 이것이 평등권을 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

(5) 이 사건 임대주택공급제도는 기존 용적률의 침해 없이 증가되는 용적률의 25%를 임대주택으로 짓도록 하고 있고, 이에 대해서는 표준건축비와 대지비용을 보상하고 있는바, 만약 이러한 의무에서 벗어나고자 하는 경우에는 기존 용적률로 재건축하거나 리모델링을 하는 방법을 선택할 수 있으므로, 주택재건축사업에 대한 개발이익환수의 방법으로 증가되는 용적률의 일정부분을 임대주택으로 짓도록 하고 있는 것이 계약의 자유를 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

(6) 청구인들은 이 사건 규정이 쾌적한 주거생활권 등을 침해한다고 주장하나 이 사건 규정은 집 없는 세입자들에 대한 주거생활권 보장을 목적으로 하고 있으므로 청구인들의 이러한 주장은 이유 없다 할 것이다.

【결정요지】

1. 이 사건 재건축임대주택공급의무제도는 용적률의 증가라는 요인에 의하여 발생한 재건축사업의 개발이익의 일부를 임대주택공급이라는 형식으로 환수하여 부동산에 대한 투기를 방지하고 세입자의 주거안정을 도모하고자 도입한 제도로, 그 의무를 개발이익의 규모가 크고 집값 상승률이 높으며 임대주택의 수요가 많은 수도권 중 과밀억제권역에서 재건축사업을 하는 경우에만 부담하도록 하고 있고, 그 부담비율에 있어서도 사업의 진척 정도에 따라 차등을 두어 피해를 최소화하는 장치를 마련하고 있는 한편, 임대주택의 공급의 대가로 표준건축비와 개별공시지가를 합한 금액을 지급하도록 하고 있으므로 이는 과잉금지원칙을 위반하여 재산권을 침해하고 있다고 볼 수 없다.

2. 도시정비법 부칙 제1조와 제2조에 의하면, 이 법 시행 이전에 주택재건축 사업을 시행하여 일반분양까지 마친 사업에 대해서는 이 사건 규정이 적

용되지 않는다고 할 것인바, 그렇다면 이 사건 규정은 아직 완성되지 않은 사실관계 또는 법률관계를 규율대상으로 하는 입법으로서 헌법 제13조 제2항의 진정소급입법에 해당한다고는 볼 수 없다.

한편, 이 사건 규정은 이 법 시행 당시 재건축사업시행자가 사업시행인가를 받지 않은 경우에는 증가되는 용적률의 100분의 25를, 사업시행인가를 받은 경우에는 증가되는 용적률의 100분의 10을, 관리처분계획인가까지 받은 경우에는 증가되는 용적률의 100분의 10을 원칙으로 하되 조합원 외의 자에게 공급하고자 계획한 주택의 수가 그에 미치지 못하는 경우에는 그 수에 대해서만 임대주택으로 공급하도록 하여 재건축사업의 진척 정도에 따라 사업시행자의 피해를 최소화하기 위한 조치를 마련하고 있는바, 이 사건 임대주택공급의무제도가 재건축으로 발생하는 개발이익의 일부를 환수하여 재건축 주택에 대한 투기적 수요를 억제하고 도심지역 세입자들의 주택 부족 문제를 완화시키기 위한 제도라는 것을 감안할 때 신뢰보호원칙을 위반하고 있다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 규정은 재산권을 침해하지 않는다.

3. 한편, 이 사건 규정에서 용적률의 일부를 임대주택으로 짓게 하여 공급하도록 한 것은 개발이익의 환수차원에서 이루어지는 조치이고, 개발이익의 환수는 불로소득적인 이익의 일정부분을 공공복리를 위해 환수하는 것이므로 원칙적으로 보상을 전제로 하지 않는다 할 것이다. 따라서 이 사건 임대주택공급의무제도는 정당한 보상이 있는지 여부와 관계없이 헌법 제23조 제3항 위반의 문제를 일으키지 않는다 할 것이다.

4. 임대주택공급의무는 이 사건 재건축사업뿐만 아니라 재개발사업에도 부과되고 있으나, 주택재개발사업에서 부과하는 임대주택공급의무는 재개발로 발생하는 세입자들의 주거문제를 해결하기 위한 제도이고, 이 사건 재건축임대주택공급제도는 개발이익의 환수차원에서 부과되는 의무라 할 것이므로 두 사업 모두에 임대주택공급의무를 부과하고 있더라도 이것이 평등권을 침해하고 있다고는 볼 수 없다.

재판관 조대현의 보충의견

주택재건축의 경우 건축용적률의 증가로 인하여 생기는 이익은 토지소유

자나 재건축사업자의 재산권에 당연히 귀속되는 것이 아니라 공공의 이익을 위하여 조정할 수 있다고 할 것인데, 이 사건 규정이 수도권 과밀억제권역에서 무주택자의 주거안정에 필요한 공공임대주택을 확보하기 위하여 재건축용적률의 증가로 인하여 생긴 잉여주택(일반분양주택)의 일부를 유상으로 공공임대주택으로 제공하도록 하는 것은 재건축사업자의 잉여주택 처분의 자유를 과도하게 제한하는 것이라고 볼 수 없다.

재판관 이공현, 재판관 김종대, 재판관 민형기, 재판관 목영준의 반대이견

재건축사업과 관련하여 관리처분계획의 인가 및 고시가 있으면, 당해 재건축사업을 통해 건축될 총 건축물 중 조합원에게 분양되는 물량(‘조합원 분양분’)이 확정됨에 따라 조합원 외의 자에게 분양되는 물량(‘일반 분양분’)도 확정된다. 따라서 정비사업비의 추산액에서 일반 분양분을 통한 수익으로 충당되는 부분을 제외한 나머지 금액을 기준으로 조합원의 부담금액이 관리처분계획상 정하여지고, 조합원의 종전의 토지 또는 건축물에 대한 소유권 등은 위와 같이 잠정적으로 확정된 부담금액을 지불하는 것을 조건으로 그가 분양받기로 되어 있는 대지 또는 건축물을 분양받을 수 있는 권리로 변환된다. 그런데 이 사건 규정에 의하면, ‘도시정비법 시행일 전에 관리처분계획의 인가를 받은 사업시행자’도 재건축임대주택 건설의무를 부담하게 됨으로써 관리처분계획상 일반분양분에서 도시정비법상 요구되는 임대주택수를 뺀 나머지만을 일반분양할 수밖에 없고, 그 결과 재건축사업의 비용에 충당될 분양수익이 감소함으로써 조합원들이 부담할 나머지 재건축사업비용, 즉 1인당 부담금액이 증가될 뿐만 아니라 증가된 부담금액으로는 재건축사업을 추진할 의사가 없는 경우 재건축사업의 철회라는 재건축사업 이전 상태로의 복귀도 불가능하게 된다.

그렇다면 도시정비법 제30조의2 제1항 본문이 ‘위 법 시행일 전에 관리처분계획의 인가를 받은 사업시행자’에게도 적용된다고 해석하는 것은 신뢰보호의 원칙에 위반하여 위 사업시행자 및 조합원들의 재산권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.

【해 설】

1. 개발이익환수제도와 재건축 임대주택공급 제도

가. 개발이익환수제도

(1) 개발이익의 의미

(가) 개발이익이라는 용어가 법률에 처음 등장하게 된 것은 국토이용관리법(1978. 12. 5. 법률 제3139호로 개정된 것)에서였는데, 제3조의2 제2항은 ‘국가·지방자치단체 또는 정부투자기관의 개발사업이나 정비사업 등에 의하여 토지소유자가 자신의 노력에 관계없이 지가가 상승되어 현저한 이익을 받은 때에는 국가는 그 이익(이하 “개발이익”이라 한다)을 환수할 수 있다’고 규정하여 개발이익이 무엇인지와 이를 환수할 수 있는 근거 규정을 마련하였다. 이 국토이용관리법은 도시계획법과 함께 2002. 2. 4. 법률 제6655호로 폐지되고 국토의계획및이용에관한법률(2002. 2. 4 법률 제6655호로 제정되어 2003. 1. 1.부터 시행됨)로 통합 대체되었으며, 이 법에서는 개발이익이 무엇인지에 대해 정의 규정을 두지 않고, 다만 제56조⁴⁾에서 개발행위의 종류만을 규정하였다.

(나) 한편, 1989. 12. 30. 법률 제4175호로 제정된 개발이익환수에관한법률도 개발이익이 무엇인지에 관해 정의 규정을 두고 있는데, 이 정의 규정은 1993. 6. 11. 법률 제4563호 개정법률에서 한 차례 개정되어 현재에 이르고 있으며, 이 법 제2조에 의하면, “개발사업”이라 함은 국가 또는 지방자치단체로부터 인가·허가·면허등(신고를 포함하며, 이하 “인가등”이라 한다)을 받아 시행하는 택지개발사업·공업단지조성사업등 제5조의 규정에 의 한 사

4) 제56조(개발행위의 허가) ① 다음 각호의 1에 해당하는 행위로서 대통령령이 정하는 행위(이하 “개발행위”라 한다)를 하고자 하는 자는 특별시장·광역시장·시장 또는 군수의 허가(이하 “개발행위허가”라 한다)를 받아야 한다. 다만, 도시계획사업에 의하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 건축물의 건축 또는 공작물의 설치
2. 토지의 형질변경(경작을 위한 토지의 형질변경을 제외한다)
3. 토석의 채취
4. 도시지역에서의 토지분할(건축법 제49조의 규정에 의한 건축물이 있는 대지를 제외한다)
5. 녹지지역·관리지역 또는 자연환경보전지역안에 물건을 1월 이상 쌓아놓는 행위

업을 말하고(제2호), "개발이익"이라 함은 개발사업의 시행 또는 토지이용계획의 변경 기타 사회·경제적 요인에 의하여 정상지가상승분을 초과하여 개발사업을 시행하는 자(이하 "사업시행자"라 한다) 또는 토지소유자에게 귀속되는 토지가액의 증가분을 의미하는 바(제1호), 개발이익환수에관한법률에서 말하는 개발이익이란 국가 또는 지방자치단체로부터 인가·허가·면허등을 받아 시행하는 택지개발사업·공업단지조성사업등 법 제5조의 규정에 의한 사업의 시행 또는 토지이용계획의 변경 기타 사회·경제적 요인에 의하여 정상지가상승분을 초과하여 개발사업을 시행하는 자 또는 토지소유자에게 귀속되는 토지가액의 증가분을 말한다고 할 수 있다.

(다) 그런데 개발이익환수에관한법률에서 환수대상으로 하고 있는 개발이익은 택지개발사업, 공업단지조성사업, 관광단지조성사업, 유통단지조성사업, 온천개발사업, 여객자동차터미널사업 및 화물터미널사업, 골프장건설사업 등과 같이 일반적으로 신규개발사업에서 발생하는 이익을 대상으로 하는 것인바, 이 개발이익환수에관한법률에서 정하고 있지 않은 사업이라 하더라도 다른 법에서 개발사업으로 보아 그 이익에 대한 환수규정을 두고 있다면 그 경우에도 개발이익은 얼마든지 환수가 가능할 것이고, 따라서 개발이익이 개발이익환수에관한법률에서 정하고 있는 경우에 한해서만 발생한다고 볼 수는 없을 것이다. 헌법재판소는 환수대상이 되는 개발이익은 반드시 개발사업의 유형적, 물리적 시행과 직접적이고 구체적인 인과관계가 있는 이익에 한정되는 것이 아니고, 그보다는 훨씬 넓은 개념(헌재 2000. 8. 31. 99헌바 104, 판례집 12-2, 233)이라고 하였다. 그러므로 개발이익은 유형적인 개발사업의 시행뿐만 아니라 그 입법목적에 비추어 이와 동일시 할 수 있는 사회·경제적 요인에 의해 발생한 것까지를 포괄하는 개념으로 공공투자로 인한 편익증진, 개발사업의 인허가에서 초래되는 계획이익, 토지개발 및 건축행위에서 발생하는 개발이익, 기타 사회, 경제적 여건의 변화로 얻은 자본이득 및 우발이익 등을 총괄하는 개념이라 할 것이고⁵⁾, 개발이익환수에관한법률 제5조의 개발부담금도 이러한 개발이익 중 한 유형을 규정하고 있는 것

5) 서순탁, 아파트재건축에 따른 개발이익규모 추정 및 이익환수에 관한 연구-서울시 사례를 중심으로-토지공법연구, 한국토지공법학회, 2005, 137면

에 불과하다고 할 것이다.

(라) 한편, 도시정비법 제30조의2 제1항은 수도권정비계획법 제6조 제1항 제1호의 규정에 의한 과밀억제권역에서 주택재건축사업을 시행하는 경우 사업시행자는 제30조 제4호의 규정에 의한 세입자의 주거안정과 개발이익의 조정 등을 위하여 당해 주택재건축사업으로 증가되는 용적률 중 100분의 25 이하의 범위 안에서 대통령령이 정하는 비율 이상에 해당하는 면적을 임대주택으로 공급한다고 규정하고 있는바, 이 규정은 재개발사업의 하나인 주택재건축사업도 개발사업의 한 유형이라는 전제하에 용적률의 증가를 통해 발생하는 이익을 개발이익으로 보고, 그 이익의 환수방법을 임대주택공급으로 부담하도록 한 규정이라 할 것이므로 위 규정에 의하면 주택재건축사업은 개발 사업에 해당하고, 이 사업으로부터 발생하는 이익은 개발이익에 해당할 것이다.

(2) 개발이익 환수를 위한 노력

(가) 우리나라는 가용 토지가 절대적으로 부족하여 공급과 수요의 균형이 불안정한 반면, 1960년 이후 급격한 도시화와 경제성장으로 토지수요 급증에 따른 지가급등을 겪게 되었다. 이 과정에서 각종 개발사업과 용도지역 변경으로 소수의 토지소유자들이 막대한 개발이익을 향유하게 되었고, 이로 인해 소득분배구조가 왜곡되고 토지 투기가 만연하였으며, 투기목적의 토지수요는 토지가격의 비정상적인 상승으로 이어져 국민의 일상생활과 경제 전반에 여러 가지 난제를 낳게 되었다. 토지로부터 발생하는 불로소득적인 이익은 이를 사회로 환수하여 소득의 불균형을 시정하고 토지의 투기적 가수요를 억제하여 지가를 안정시키는 것이 바람직하지만, 이에 대한 제도가 미비했기 때문에 불로소득을 노린 토지 투기의 악순환에 따른 지가의 앙등과 소득불균형의 심화는 계층간의 갈등으로 이어졌다⁶⁾.

이에 1989. 12. 30. 토지로부터 발생하는 개발이익을 환수하여 이를 적정하게 배분함으로써 토지에 대한 투기를 방지하고 토지의 효율적인 이용을

6) 김종국, 개발이익환수제도의 개선방안(개발이익환수법시행령 개정안을 중심으로), 국토정보, 1996. 8. 56면

촉진하여 국민경제의 건전한 발전을 도모하기 위해 개발이익환수에관한법률 및 토지초과이득세법이 도입되었으나 토지초과이득세법에 대해서는 일부 문제점이 있어 헌법재판소로부터 헌법불합치결정을 받았고(헌재 1994. 7. 29. 선고 92헌바49등), 1994. 12. 22. 개정된 토지초과이득세법은 이후 헌법재판소로부터 합헌결정을 선고받았으나(헌재 1999.4. 29. 96헌바10 등), 합헌결정을 선고받기 전 외환위기 극복과정에서 1998. 12. 28. 폐지되었다.

(나) 한편, 위에서 본 바와 같이 개발이익환수에관한법률에서 개발이익 환수를 위해 개발부담금을 징수하는 제도가 도입되었으나 외환위기로 부동산 시장이 침체에 빠지자 개발부담금부과는 1999. 12. 31.까지 한시적으로 유예되었으며, 2001년에는 부담금관리기본법이 제정되어, 수도권 이외의 지역에서는 2002. 1. 1.부터 개발부담금 부과를 중지하였고, 수도권 지역에서는 2004. 1. 1. 이후에 인가 등을 받은 개발사업은 따로 법률이 정하는 시기까지 개발부담금을 징수하지 않도록 하였다⁷⁾.

그런데 2003년 초부터 다시 토지 시장이 불안해지자 2003. 10. 29. 정부는 부동산종합대책을 발표하면서 개발이익환수에관한법률에 의한 개발부담금을 다시 부과하고자 하였으나 2003. 12. 9. 국회운영위원회에서 부담금관리기본법 부칙개정안이 부결되어 개발부담금부과는 잠정적으로 중지되기에 이르렀다.

(다) 개발이익환수에관한법률은 2005. 12. 7. 법률 제7709호로 개정되었는데, 부칙 제2조는 개발부담금의 징수에 관한 특례 규정에서, 국가는 제3조의 규정에 불구하고 제5조의 규정에 의한 개발부담금 부과대상사업이 시행되는 서울특별시·인천광역시·경기도 지역 외의 지역에서 발생하는 개발이익에 대하여는 2002년 1월 1일부터 2005년 12월 31일까지, 서울특별시·인천광역시·경기도 지역에서 발생하는 개발이익에 대하여는 2004년 1월 1일부터

7) 부담금관리기본법부칙(법률 제6589호, 2001. 12. 31)

제2조(개발부담금에 관한 특례) 국가는 개발이익환수에관한법률 제3조의 규정에 불구하고 동법 제5조의 규정에 의한 개발부담금부과대상사업이 시행되는 서울특별시·인천광역시·경기도 지역 외의 지역에서 발생하는 개발이익에 대하여는 2002년 1월 1일 이후에, 서울특별시·인천광역시·경기도 지역에서 발생하는 개발이익에 대하여는 2004년 1월 1일 이후에 각각 인가 등을 받은 사업부터 따로 법률이 정하는 시기까지 개발부담금을 징수하지 아니한다.

2005년 12월 31일까지 각각 인가등을 받은 사업은 개발부담금을 징수하지 아니한다고 규정하였고, 부칙 제3조에서는 법률 제6589호의 부담금관리기본법 부칙 제2조(개발부담금에 관한 특례)를 삭제한다는 규정을 함으로써 개발부담금 부과는 2006년 1월 1일부터 다시 가능하게 되었다.

(라) 그리고 그동안은 주택재건축사업시 용적률의 증가를 통해 발생하는 이익에 대해서는 이를 환수하지 아니하였으나 도시정비법은 2005. 3. 18. 법률 제7392호 개정을 통해 증가되는 용적률의 25%를 임대주택으로 공급하도록 함으로써 새로운 개발이익환수제도를 두게 되었다. 이 사건 임대주택공급의무 규정은 2009. 4. 22. 법률 제9632호로 도시정비법이 개정됨에 따라 삭제되었고, 대신 제30조의3이 신설되어 ‘재건축소형주택’건설공급이 의무화된다.⁸⁾

나. 주택재건축사업 개발이익 환수의 필요성과 임대주택공급제도의 성격

주택재건축이란 건물 건축 후 상당한 기간이 경과되어 건물이 훼손 또는

8) 제30조의3(주택재건축사업의 용적률 완화 및 소형주택 건설 등) ① 「수도권정비계획법」 제6조 제1항 제1호에 따른 과밀억제권역에서 주택재건축사업을 시행하는 경우 그 사업시행자(이하 이 조에서 “사업시행자”라 한다)는 제4조에 따라 정비계획(이 법에 따라 정비계획으로 의제되는 계획을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)으로 정하여진 용적률에도 불구하고 같은 조 제4항에 따른 지방도시계획위원회의 심의를 거쳐 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제78조 및 관계 법률에 따른 용적률의 상한(이하 이 조에서 “법적상한용적률”이라 한다)까지 건축할 수 있으며, 사업시행자가 정비계획으로 정하여진 용적률을 초과하여 건축하고자 하는 경우 다음 각 호의 적용을 받지 아니한다.

1. - 2. 생략

② 사업시행자는 법적상한용적률에서 정비계획으로 정하여진 용적률을 뺀 용적률의 100분의 30 이상 100분의 50 이하로서 시·도조례로 정하는 비율에 해당하는 면적에 주거전용면적 60제곱미터 이하의 소형주택(이하 “재건축소형주택”이라 한다)을 건설하여야 한다.

③ 사업시행자는 제1항에 따라 정비계획상 용적률을 초과하여 건축하는 경우 그 초과한 용적률에 제2항에 따라 시·도조례로 정하는 비율을 곱한 용적률에 해당하는 면적에 제2항에 따라 건설한 재건축소형주택을 국토해양부장관, 시·도지사, 시장·군수 또는 주택공사등(이하 이 조에서 “인수자”라 한다)에 공급하여야 한다. 이 경우 재건축소형주택의 공급가격은 「임대주택법」 제16조제3항에 따라 국토해양부장관이 고시하는 공공건설임대주택의 표준건축비로 하며, 부속토지는 인수자에게 기부채납한 것으로 본다.

일부 멸실되거나 그 밖의 사정에 의하여 건물의 가격에 비하여 과다한 수선·복구비나 관리비용이 소요되는 경우 또는 부근 토지의 이용상황의 변화나 그 밖의 사정에 의하여 건물을 재건축하면 그에 소요되는 비용에 비하여 현저한 효용의 증가가 있게 되는 경우 그 건물을 철거하여 그 대지 위에 새로운 건물을 건축함을 말한다.

2001년 이후 서울 지역에서 재건축이 진행중이거나 추진 예정인 주택들은 대부분 70-80년대에 토지구획정리사업으로 조성된 토지에 아파트지구개발사업 및 택지개발사업에 의해 대량으로 건축된 것들로, 특히 최초 용적률이 100% 미만으로 개발된 저밀도 지구는 재건축 사업승인으로 인해 초기 용적률 2배 이상의 고밀도 개발이 허용되어 철거되는 기존 주택보다 그 면적을 넓혀 재건축을 하면서도 조합원 분양분을 제외한 남는 물량을 일반에게 고가로 분양함으로써 많은 이익을 취할 수 있었다. 이러한 것이 가능했던 이유는 주택재건축의 경우 기존의 용적률보다 훨씬 증가된 용적률로 사업시행인가를 받을 수 있었음은 물론, 여기에서 발생하는 이익에 대한 규제가 거의 없었기 때문이다.

그런데 주택재건축사업의 경우 만약 용적률을 늘리지 않고 기존의 용적률대로만 건축을 하게 한다면 건축비를 포함한 재건축 비용은 조합원들의 몫이 될 것이고, 사업시행자는 재건축사업으로 인해 그렇게 많은 이익을 취할 수 없을 것이다. 그러나 현실에서는 용적률을 늘려 재건축시행인가를 받기 때문에 조합원 분양에 필요한 주택수보다 훨씬 많은 주택을 건설하여 남는 물량에 대해서는 일반 분양을 함으로써 시가 상당의 분양가에서 건축비 등의 비용을 제외한 나머지 금액을 이익으로 취하는 것이 가능했던 것이다. 이와 같은 이유로 노후된 아파트 개선 목적이 아닌 증가된 용적률에 의한 재산증식이 목적인 아파트 재건축이 성행하게 되었고, 재건축 아파트에 대한 투기적 수요는 다른 주택의 가격에도 영향을 미쳐 집 값 폭등 현상을 낳았다. 그런데 주택재건축사업시 발생하는 이러한 이익은 주택재건축사업이라는 개발사업에서 용적률의 증가를 통해 발생한 이익이고, 사업자의 기여에 의한 것이 아니기 때문에 이러한 이익에 대한 적절한 환수는 재건축 예정 아파트의 투기적 수요와 무분별한 재건축으로 인한 자원의 낭비 등을 최소

화하는 데 기여하며, 소득의 공정한 분배, 경제력의 남용방지 및 균형 있는 국민경제의 발전에 이바지하게 될 것이라는 지적에도 불구하고, 그동안에는 주택재건축으로 인한 개발이익이 전혀 환수되지 않고 전부 사업시행자에게 사유화되었다. 주택재건축에 따른 개발이익을 환수하지 못한 이유는 개발이익의 환수에 있어서는 ‘개발이익 환수에 관한 법률’상의 개발부담금이 그 핵심수단이었으나, 이것은 일반적으로 신규개발사업을 대상으로 하고 있어 재개발사업의 하나인 주택재건축사업에는 이를 부과할 수 없었기 때문이다. 이에 도시정비법 제30조의2 제1항 등은 수도권 과밀억제권역에서 주택재건축사업을 시행하는 경우 사업시행자에게 주택재건축사업으로 증가되는 용적률 중 100분의 25의 면적을 임대주택으로 공급하도록 하는 임대주택공급의무 규정을 두게 된 것이다. 이와 같은 개발이익의 환수방법은 개발이익을 금전으로 환수할 경우 발생할 수 있는 가치 산정의 부정확성을 어느 정도 해소하면서 개발이익을 환수한다는 장점과 수도권과밀지역의 세입자들을 위한 주택이 절대적으로 부족한 현실에서 이들의 주거문제를 어느 정도 해소해 줄 수 있다는 장점을 가지고 있다.

다. 주택재건축사업의 규율 변천(정비사업의 통일적 규율)

주택건설촉진법은 1970년대 도시로 몰려드는 인구의 주택 문제를 해결하기 위해 주택건설의 촉진을 목적으로 1972년 제정된 법률인바, 이 법에서는 무주택자로 결성된 주택조합, 즉 지역조합이나 직장조합이 사업시행자가 되어 주택을 건설할 수 있도록 하였다⁹⁾. 이 당시의 주택조합은 그 사업 과정에서 특별한 행정처분이 필요하지 않은 사업주체였고, 토지소유권을 확보한 후에 사업을 진행하는 것을 원칙으로 하였다. 또한 완성된 건축물은 무주택자에게 공급하여야 했으므로 관리처분계획과 같은 복잡한 행정처분은 필요치 않았다. 한편, 1980년대 후반, 지역조합, 직장조합 외에 노후·불량한 주

9) 주택건설촉진법(일부개정 1980.1.4 법률 제3250호) 제3조

9. "주택조합"이라 함은 주택이 없는 국민이 주택을 마련하기 위하여 설립한 조합으로서 도시재개발법 및 주택개량촉진에관한임시조치법에 의한 재개발구역내의 주민들이 구성하는 조합(이하 "지역조합"이라 한다)과 대통령이 정하는 규모의 근로자로 구성된 조합(이하 "직장조합"이라 한다)을 말한다.

택을 철거하고 그 철거한 대지 위에 주택을 건설하기 위해 기존주택의 소유자로 결성된 재건축조합이 주택조합에 추가되어 주택건설촉진법의 규율을 받게 되었는데, 주택건설촉진법상의 주택조합의 주택건설사업은 신규개발사업으로서의 성격을 가지고 있었기 때문에 기존에 있던 주택을 정비하는 사업인 재건축 사업과는 그 성격이 상이하어 주택조합에 적용되는 주택건설촉진법을 그대로 재건축조합에 적용하는 것은 권리배분문제 등과 관련해서 적절치 않은 측면이 있었다¹⁰⁾. 재건축사업은 그 실질이 주택재개발사업¹¹⁾과 매우 유사한 것이었음에도 주택건설촉진법상의 주택조합의 일종으로 왜곡되어 제도화됨으로써 주택재건축사업의 시행주체인 재건축조합은 조합원에 대해 강력한 처분권을 보유할 수가 없었던 것이다. 즉, 주택재건축 사업의 원활한 시행을 위해서는 그 권리배분을 위한 합의와 그에 대한 구속력의 확보 필요성이 높았음에도 불구하고 관리처분계획과 같은 구속력 있는 행정처분이 가해질 수가 없었다¹²⁾. 그리하여 불가피하게 토지소유권의 확보는 집합

10) 주택건설촉진법(일부개정 1987. 12. 4. 법률 제3998호로 개정된 것) 제3조(용어의 정의)

9. "주택조합"이라 함은 동일 또는 인접한 시(서울특별시 및 직할시를 포함한다. 이하 같다)·군에 거주하는 주택이 없는 주민이 주택을 마련하기 위하여 설립한 조합(이하 "지역조합"이라 한다), 동일한 직장에 근무하는 주택이 없는 근로자가 주택을 마련하기 위하여 설립한 조합(이하 "직장조합"이라 한다) 및 대통령이 정하는 노후·불량한 주택을 철거하고 그 철거한 대지위에 주택을 건설하기 위하여 기존주택의 소유자가 설립한 조합(이하 "재건축조합"이라 한다)을 말한다.

11) 도시재개발법은 1976. 12. 31. 법률 제2968호로 제정되었는데, 제2조 제2호에 의하면 재개발사업이라 함은 재개발구역 안에서 토지의 합리적이고 효율적인 고도 이용과 도시 기능을 회복하기 위하여 이 법이 정하는 바에 의하여 시행하는 건축물 및 부지의 정비와 대지의 조성 및 공공시설의 정비에 관한 사업과 이에 부대되는 사업을 말하는데, 주택재개발사업은 건축물의 정비에 관한 사업으로서 여기에 포함되었다. 한편, 주택재개발사업이 현재와 같은 의미를 가지게 된 것은 도시재개발법이 전문 개정된 1995. 12. 29. 법률 제5116호 개정법으로 보이며, 법 제2조 제2호 나목에서는 주택재개발사업을 노후·불량한 주택이 밀집되어 있거나 공공시설의 정비가 불량한 지역의 주거환경을 개선하기 위하여 시행하는 재개발사업으로 정의하였다. 도시재개발법은 2002. 12. 30. 법률 제6852호로 폐지되었고, 도시및주거환경정비법이 제정되어 주택재개발사업을 정비사업의 하나로 규율하게 되었다.

12) 주택건설촉진법의 규율을 받는 당시의 주택재건축사업은 조합설립인가와 사업계획승인이라는 두 단계의 공법적 통제만을 받았다. 따라서 다수의 이해관계인이 개입되어 있는 주택재건축사업에 있어 토지소유권확보의 어려움, 법률관계의 불안정, 권리배분을 둘러싼 이견 등은 치명적인 약점으로 작용하였다. 김종보, 새로운 재건축제도의 법적 쟁점, 한국공법이론의 새로운 전개(김도창 박사 팔순 기념논문 논문집), 2005, 85면

건물의소유및관리에관한법률상의 매도청구소송으로, 권리배분에 대해서는 공법적 효력이 없는 사실상의 관리처분계획을 사용하는 등으로 제도 운영을 변칙적으로 하는 수밖에 없었다. 그러나 주택재건축사업은 주택재개발사업과 비슷한 구조의 사업이므로 이를 통일적으로 규율할 필요성이 있었고, 이에 도시정비법이 제정되기에 이른 것이다. 이 법은 2002. 12. 30. 법률 제 6852호로 제정되었는데, 도시기능의 회복이 필요하거나 주거환경이 불량한 지역을 계획적으로 정비하고 노후·불량 건축물을 효율적으로 개량하여 도시환경을 개선하고 주거생활의 질을 높이기 위해 제정된 법으로(법 제1조), 주택재개발을 규율하던 도시재개발법¹³⁾과 주거환경개선사업을 규율하던 도시저소득주민의주거환경개선위한임시조치법¹⁴⁾을 폐지하여(부칙 제2조) 그 내용을 통합하고, 여기에 주택건설촉진법에서 규율되던 재건축사업을 통합함으로써 별개의 법에서 따로 규율되던 정비사업을 하나의 규율체계 안으로 통합하였다. 이로써 1970년대 이후 산업화와 도시화 과정에서 대량 공급된 주택의 노후, 불량화에 따른 관리를 체계적이고 효율적으로 할 수 있게 되었고, 주택재정비사업의 일관되고 종합적인 관리가 가능하게 되었다. 이제 주택재건축사업에도 주택재개발조합에만 인정되었던 관리처분계획과 이전고시(분양처분)제도가 마련됨에 따라 권리배분을 둘러싼 각종 이견이 하나의 행정처분으로 해결되는 효율성이 확보되기에 이른 것이다.

종합해 보면, 주택재건축사업은 주택재개발사업과 마찬가지로 신규개발사업이 아닌 기존 시가지의 정비사업으로서 그 공익성이 무시될 수 없는 사업이었음에도 불구하고 처음에는 신규개발사업인 주택건설촉진법상의 주택조합과 같이 규율되어 많은 문제를 야기하였으나, 2002년 제정된 도시정비법

13) 이 법은 도시의 계획적인 재개발에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 재개발사업을 촉진하고 도시의 건전한 발전과 공공복리의 증진에 기여함을 목적으로 1976. 12. 31 법률 제2968호로 제정된 법으로 법 제2조에서 주택재개발사업을 규정하였으며, 도시및주거환경정비법이 제정됨으로써 2002. 12. 30 법률 제6852호로 폐지되었다.

14) 도시저소득주민의주거환경개선위한임시조치법은 도시의 저소득주민밀집거주지역의 주거환경개선을 위하여 필요한 사항을 정함으로써 도시의 저소득주민의 복지증진과 도시환경개선에 이바지함을 목적으로 1989. 4. 1. 법률 4115호로 제정된 법으로 2002. 12. 30. 법률 제6852호 도시및주거환경정비법 부칙 제2조에 의해 폐지되었다.

에서 주택재개발사업과 함께 규율하게 됨으로써 그 규율상의 문제점을 해결할 수 있게 되었다¹⁵⁾.

라. 이 사건 도시정비법령상 재건축 임대주택공급의 내용

도시정비법에 의하면 주택재건축의 경우 사업시행자는 재건축임대주택을 건설교통부장관, 시·도지사 또는 주택공사 등에게 공급하여야 하는데, 그 내용을 살펴보면, 우선 사업시행인가 전에는 ‘수도권정비계획법’상 과밀억제권역에서 주택재건축사업을 시행하는 경우 주택재건축사업으로 증가되는 용적률 중 100분의 25 해당 면적을 임대주택으로 공급하여야 하고, 이 때 임대주택공급으로 사업시행자가 지급받을 수 있는 금액은 재건축임대주택의 건설에 투입되는 건축비를 기준으로 건설교통부장관이 고시하는 금액(이하 ‘표준건축비’라 한다)에 재건축임대주택 부속토지의 가격 즉, 사업시행인가 고시일 전의 가장 가까운 시점에 공시된 당해 토지의 개별공시지가에 그 개별공시지가가 고시된 월부터 지급일이 포함된 월의 직전 월까지의 월별지가변동률을 곱한 금액(이하, ‘개별공시지가’라고 한다)을 합한 금액이다(도시정비법 제30조의2 제1항 본문, 제2항). 그런데 사업시행자는 위와 같은 방법에 의하지 않고 증가되는 용적률 외에 임대주택으로 공급되는 용적률만큼의 용적률을 추가로 완화받아(용적률을 더 받는 것을 의미) 표준건축비만 보상받는 방법을 선택할 수도 있는데, 이 때 그 부속토지지분은 기부채납해야 한다(도시정비법 제30조의2 제2항 단서). 만약 건축관계법률에 의한 건축제한 등으로 용적률의 완화가 불가능한 경우에는 대통령령으로 정해진 비율을 임대주택으로 공급하면 되고(도시정비법 제30조의2 제1항), 기존주택의 세대수가

15) 주택건설촉진법은 2003. 5. 29. 법률 6916호의 주택법으로 법명이 변경되면서 전문 개정되어 제2조 제9호에서 주택조합으로 지역주택조합과 직장주택조합을 규정하고 있으나 재건축조합은 주택법의 규율을 받는 주택조합에서 제외하고 있다.
주택법 제2조(용어의 정의)

9. "주택조합"이라 함은 다수의 구성원이 주택을 마련하거나 리모델링하기 위하여 결성하는 다음 각목의 조합을 말한다.

가. 지역주택조합 : 동일한 특별시·광역시·시 또는 군(광역시의 관할구역에 있는 군을 제외한다. 이하 같다)에 거주하는 주민이 주택을 마련하기 위하여 설립한 조합
나. 직장주택조합 : 동일한 직장의 근로자가 주택을 마련하기 위하여 설립한 조합

50세대 미만이면 임대주택을 공급하지 아니할 수도 있다(시행령 제41조의2 제4항).

한편, 사업시행인가 후에는 재건축으로 증가되는 용적률 중 100분의 10에 해당하는 주택의 수를 임대주택으로 공급하여야 한다(도시정비법 부칙 제4조 제1항, 시행령 제4조).

그리고 이 법 시행 당시 관리처분계획이 인가된 재건축사업의 경우에도 원칙적으로는 증가되는 용적률 중 100분의 10에 해당하는 주택의 수를 임대주택으로 공급하여야 하나, 조합원 외의 자에게 공급계획인 주택의 수가 증가되는 용적률의 100분의 10보다 적은 경우에는 임대주택으로 공급하는 주택의 수는 조합원 외의 자에게 공급하는 주택의 수에 한한다(도시정비법 부칙 제4조 제3항).

2. 이 사건 규정에 대한 판단

헌법재판소는 재판관 5(합헌) : 4(한정위헌)의 의견으로, 주택재건축사업의 경우 증가되는 용적률의 100분의 25 면적의 범위 내에서 임대주택을 의무적으로 공급하도록 하는 도시정비법 제30조의2 제1항 본문 등에 대해 이 규정들이 재건축사업시행자의 재산권 등을 침해하지 않는다는 기각결정을 선고하였다. 아래에서는 이 사건 결정의 각 의견들에 대해 살펴본다.

가. 적법요건 부분

(1) 이 사건 헌법소원심판청구는 법령 규정 그 자체를 대상으로 하고 있다. 따라서 이 경우에는 별도의 구체적인 집행행위의 매개 없이 법령 그 자체가 직접적으로 기본권을 침해하고 있어야 하므로(헌재 1994. 1. 7. 93헌마283, 판례집 6-1, 1, 5). 법률규정이 그 규정의 구체화를 위하여 하위규범의 시행을 예정하고 있는 경우에는 당해 법률의 직접성은 부인(헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 154-155)되는 것이 일반적이다. 따라서 이 사건 규정 중 시행령 규정은 모르되 도시정비법 규정은 임대주택공급비율을 시행령 규정에 위임하고 있으므로 그 규정 자체에서 규율내용을 완결적으로 정하고 있지 않아 기본권을 직접 침해하고 있다고 보기 어려운 측면이 있다.

그런데 헌법재판소는 이 사건 도시정비법 규정은 주택재건축사업을 시행하는 경우 임대주택을 의무적으로 공급하도록 강제하고 있는 규정으로서 사업시행자의 임대주택공급의무 부담은 위 도시정비법 규정에서 직접적으로 나오는 것이고, 따라서 이 사건에서는 임대주택공급의무를 정하고 있는 도시정비법 규정과 그 공급비율을 구체적으로 정하고 있는 시행령 조항이 불가분의 일체로서 임대주택공급의무를 정하고 있다고 할 것이므로 모두 심판대상으로 삼는 것이 상당하다는 판단을 하였다.

(2) 한편, 이 사건 청구인들은 재건축조합 이외에 조합원들도 포함되어 있는바, 건설교통부장관은 주택재건축 사업에 있어 사업시행자는 주택재건축조합이므로 조합원들은 이 사건 헌법소원심판청구에서 청구인 자격이 없다고 주장한다. 그런데 헌법재판소는 주택재건축사업에 있어 임대주택공급의무를 부담하는 자는 재건축조합이지만 이 사건 임대주택의 의무적 건설과 관련된 실질적인 불이익은 재건축조합을 구성하고 있는 조합원들에게 미친다 할 것이므로, 임대주택 공급의무라는 위 규정들에 내포된 불이익의 실질적인 규율의 측면을 고려하면, 조합원들에게도 자기관련성을 인정할 수 있다고 하여 건설교통부장관의 주장을 배척하였다.

나. 기본권 침해 여부

(1) 다수의견

(가) 재산권 침해 여부

① 과잉금지원칙 위반 여부

다수의견은 과잉금지원칙 위반 여부를 판단함에 있어 이 사건 규정의 재건축임대주택공급의무가 토지 재산권과 관련된 규율이라는 점에 착안하고 있다. 특히 토지 재산권에 대한 규율은 입법권자에게 광범위한 입법형성권이 부여되어 있다는 것이다. “토지는 원칙적으로 생산이나 대체가 불가능하여 공급이 제한되어 있고, 우리나라의 가용토지면적은 인구에 비하여 절대적으로 부족한 반면에, 모든 국민이 생산 및 생활의 기반으로 토지의 합리적인 이용에 의존하고 있으므로 그 사회적 기능에 있어서나 국민경제의 측면에서 다른 재산권과 같게 다룰 수 있는 성질의 것이 아니므로 공동체의 이

익이 보다 강하게 관철되어야 한다.”(헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927, 946)고 한 기존 헌법재판소의 판단을 다시 확인하고 있다.

위와 같은 전제에서 다수의견은 이 사건 규정은 용적률의 증가라는 요인에 의하여 발생한 재건축사업의 개발이익의 일부를 임대주택공급이라는 형식으로 환수하여 부동산에 대한 투기를 방지하고 세입자의 주거안정을 도모하기 위하여 재건축임대주택공급의무 제도를 도입한 것으로, 개발이익의 규모가 크고 집값 상승률이 높으며, 임대주택의 수요가 많은 수도권 중 과밀억제권역에서 재건축사업을 하는 경우에만 부담하도록 하고 있고, 그 부담비율에 있어서도 사업의 진척 정도에 따라 차등을 두어 피해를 최소화하는 장치를 마련하고 있는 한편, 임대주택 공급의 대가로 재건축임대주택의 건설에 투입되는 건축비를 기준으로 건설교통부장관이 고시하는 금액에 재건축임대주택 부속토지의 가격을 합한 가격을 지급하도록 함으로써 미실현 이득에 대한 개발이익환수의 경우 발생할 수 있는 원본잠식의 문제를 해결하고 있고, 사업시행자가 본래 증가되는 용적률 외에 임대주택으로 공급되는 주택에 해당하는 만큼의 용적률을 추가로 완화받기로 선택하는 경우에는 그 부속토지지분에 대해서는 기부채납을 하고 표준건축비만 보상을 하도록 하고 있지만, 이것은 재건축사업시행자가 재건축임대주택 부속토지의 가격을 지급받는 것에 같음하여 재건축 용적률 추가 완화의 혜택을 받기로 선택한 결과일 뿐이므로 별도의 위헌 문제가 발생하고 있다고 볼 수 없다는 등의 이유를 들어 이 사건 규정은 과잉금지원칙을 위반하지 않는다고 보았다.

② 소급입법으로 인한 재산권 박탈인지 여부

헌법 제13조 제2항은 소급입법에 의한 재산권의 박탈을 금지하고 있다. 그런데 여기에서 금지하는 것은 이미 과거에 완성된 사실·법률관계를 규율의 대상으로 하는 진정소급입법에 의한 재산권 박탈이고 과거에 시작하였으나 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실·법률관계를 규율의 대상으로 하는 부진정소급입법에 의한 재산권 제한까지 금지하는 것은 아니다.

위와 같은 전제하에 다수의견은 다음과 같은 이유로 이 사건 규정은 소급입법에 의한 재산권 박탈이 아니라고 보고 있다. 즉 이 사건 규정은 도시정비법 부칙에 따라 제30조의2 시행 이전에 주택재건축 사업을 시행하여 일반

분양까지 마친 사업에 대해서는 적용되지 않고, 다만 이 법 시행 당시 사업 시행인가를 받기는 했지만 아직 일반분양을 마치지 않았거나(부칙 제4조), 주택재건축사업을 추진 중에 있지만 사업시행인가를 받지 않았거나 또는 앞으로 재건축사업을 추진할 예정인 자에게만(제30조의2) 적용된다는 것이다. 따라서 이 사건 규정과 관련해서는 진정소급입법에 의한 재산권 박탈 문제는 발생하지 않는다고 하였다. 다만 이 사건 규정의 시행 당시에 이미 관리처분계획인가를 받은 경우가 문제될 수 있는데, 다수의견은 이 경우에도 아직까지는 조합원들 사이에 권리의무 관계가 확정되었다고 볼 수 없고, 일반분양을 완료하고 청산절차를 종료하기까지는 계속해서 권리의무 관계에 변동이 생길 수 있는 상태라고 할 것이므로 이미 완성된 사실관계 또는 법률관계를 규율대상으로 하는 것이라고는 볼 수 없다고 하였다.

③ 신뢰보호원칙 위반 여부

한편, 부진정소급효를 가지는 입법에 있어서도 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 비교형량 과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 되는데(헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9, 17-18; 헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29, 43), 다수의견은 이 사건에서 신뢰이익의 보호를 후퇴시켰다.

이 사건 규정의 임대주택공급제도가 도입될 당시 사업시행자가 아직 사업시행인가를 받지 않은 상태였다면, 이러한 상태에서는 재건축사업으로 인한 이익이 확정적으로 발생하였다고 할 수 없으므로 비록 재건축사업을 추진하는 자들이 기존의 제도를 신뢰하였다고 하더라도 그 신뢰이익이 크다고 할 수는 없고, 이미 사업시행인가를 받은 사업시행자의 경우에도 일반분양을 완료하고 청산절차를 종료하기 전까지는 재건축사업으로 인하여 발생하는 비용이나 수익의 규모가 확정되었다고 할 수 없으므로 그 기대이익 내지 신뢰이익이 확정적인 것이라고 할 수 없으며, 다만 이 경우 사업시행인가를 받기 전보다는 사업시행으로 인한 비용이나 그 수익이 좀 더 구체화될 수 있다는 점에서 그 보호의 정도를 증가되는 용적률의 100분의 25가 아닌 100분의 10에 해당하는 면적을 임대주택으로 공급하도록 하는 의무를 부담하게 함으로써 기존 제도 신뢰에 대한 보호 정도를 강화하고 있고, 문제는 이 사건 규정

시행 당시 관리처분계획인가를 받은 경우인데, 이 단계에서는 앞의 두 경우보다 기대이익 내지 신뢰이익의 보호 필요성이 좀 더 크다고 볼 수 있는 측면이 있지만, 도시정비법 부칙 제4조에서는 재건축으로 증가되는 용적률 중 100분의 10의 범위 안에서 임대주택을 공급하도록 하면서 만약 조합원 외의 자에게 공급계획인 주택의 수가 위 재건축임대주택의 공급비율에 의한 주택의 수보다 적은 경우에는 조합원 외의 자에게 공급하는 주택만큼만 공급하도록 함으로써 재건축사업의 진척 정도를 고려하지 않고 임대주택 공급의무규정을 일률적으로 적용할 경우 생길 수 있는 불측의 손해를 감안하여 각 단계별로 침해할 것을 최소화하는 조치를 하고 있다는 이유를 들어 그 신뢰보호의 필요성이 높지 않다는 점을 확인하고 있다. 물론 관리처분계획인가 단계에서는 다른 단계의 경우보다 신뢰보호의 필요성이 더 높다는 지적이 있을 수 있으나, 이러한 지적에 대해 다수의견은 재건축사업을 시행하는 조합의 경우 재건축사업에 소요되는 비용은 본래 조합원들이 전적으로 부담하여야 할 비용인데, 다만 용적률이 증가됨으로써 일반분양이 가능하게 되어 그러한 일반분양에서 발생하는 이익으로 자신들이 부담하여야 할 비용의 일부를 충당하려는 예상 하에 관리처분계획인가 당시 조합원들의 분담금을 산정하였다가 이 사건 규정의 적용으로 인하여 감소될 것으로 기대하였던 비용의 일부가 감소되지 아니하게 된 것에 불과하므로, 그 신뢰이익이 확고한 것이라고 볼 수 없다는 입장을 견지하였다.

반면에 이 사건 재건축임대주택공급의무제도는 재건축으로 발생하는 사업시행자의 개발이익의 일부를 임대주택으로 공급하게 함으로써 재건축 주택에 대한 투기적 수요를 억제하여 주택의 가격을 안정시키고, 수도권 지역을 중심으로 사회 문제가 되고 있는 세입자들의 주택 부족 문제를 완화시키기 위한 것이므로 이 제도를 통해 달성하려는 공익은 매우 중대하다고 보았다.

결론적으로 다수의견은 이 사건 규정이 신뢰보호의 원칙을 위반하지 않는다고 보고 있다.

④ 정당한 보상 없는 수용으로서 재산권 침해인지 여부

헌법 제23조 제3항은 재산권행사의 사회적 의무성의 한계를 넘는 재산권의 수용·사용·제한과 그에 대한 보상의 원칙을 규정하고 있다. 일반적으

로 재산권의 수용이란 공공필요에 의한 재산권의 공권력적, 강제적 박탈을 의미하고, 강제적 박탈이란 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 취득하는 것을 의미한다. 그런데 다수의견은 이 사건 규정에서 용적률의 일부를 임대주택으로 짓게 하여 공급하도록 한 것은 개발이익의 환수차원에서 이루어지는 조치로서 보상을 전제로 하는 수용과는 본질적으로 다른 것이라고 보고 있다. 즉, 재건축사업의 승인이라는 행정청의 수익적 처분에 의하여 발생한 용적률의 증가라는 사정에 기인하여 주택의 가치가 상승한 경우 그 상승분 중에서 일정비율을 국가가 강제적으로 환수하는 것은 개발이익의 환수로서 이는 보상을 전제로 하지 않는다(헌재 1990. 6. 25. 89헌마107, 판례집 2, 178, 190-191 ; 헌재 2005. 4. 28. 2002헌가25, 판례집 17-1, 461, 475-476 등 참조)는다는 것이다.

(나) 평등권 침해 여부

다수의견은 이 사건 규정이 평등권을 침해하지 않는다고 보았다.

먼저 이 사건 재건축조합과 주택법상의 지역주택조합, 직장주택조합의 차별 여부에 관하여, 주택법상의 주택조합들이 무주택자들을 위한 신규 주택개발사업이라는 성질을 가지는 반면, 재건축조합의 주택재건축은 정비기반시설은 양호하나 노후·불량건축물이 밀집한 지역에서 주거환경을 개선하기 위하여 시행하는 정비사업의 일종으로서 기존의 용적률에 비해 훨씬 증가된 용적률로 주택을 건설함으로써 많은 개발이익이 발생한다는 점에 차이가 있으므로 주택법상의 주택조합에게는 부과하지 않는 임대주택공급의무를 주택재건축사업에만 부과하고 있다고 하더라도 이것이 합리적인 이유 없는 차별이라고는 볼 수 없다고 하였고,

다음으로 주택재건축사업에서 주택재개발사업시 부과하는 임대주택공급의무를 부과하는 것과 관련해서는, 주택재개발사업은 주거환경이 불량한 지역을 계획적으로 정비하고 노후·불량건축물을 효율적으로 개량하기 위해 시행하는 공익사업으로서 이 경우 부과되는 임대주택공급의무는 개발사업으로 발생하는 세입자에 대한 주거대책을 위한 것이고, 재건축사업의 임대주택공급제도는 용적률의 증가로 발생하는 개발이익을 환수하기 위해 그 환수방법으로 도입하게 된 제도인바, 이 두 제도는 그 취지와 목적 및 내용이 서로

다르다고 할 것이므로 평등권 침해 문제는 발생하지 않는다고 보았다.

한편, 이 사건 규정이 최종소유자에게만 이 사건 임대주택공급의무를 부담시키고 있는 것과 관련해서는 재건축 사업시행인가가 나기 전에는 용적률의 증가라는 것이 있을 수 없으므로 비록 사업시행인가가 나기 전에 기대되는 미래의 가치를 일부 가격에 반영하여 주택을 매도하였다고 하더라도 단지 그 이유로 개발이익환수의 부담을 지울 수는 없다고 할 것이어서 용적률의 증가로 인한 직접적인 혜택은 재건축사업시행자인 재건축조합에게 주어진다고 보고 이들에게 개발이익의 환수차원에서 임대주택을 의무적으로 공급하도록 하는 것은 재건축대상 부동산의 최종소유자와 그 전 소유자를 불합리하게 차별하는 것이 아니라고 하였다.

결국 평등권 침해 주장에 대해서도 다수의견은 이유 없다는 판단이다.

(2) 보충의견¹⁶⁾

보충의견에서는 주택재건축의 경우에 건축용적률의 증가로 인하여 생기는 이익은 토지소유자나 재건축사업자의 재산권에 당연히 귀속되는 것이 아니라 공공의 이익을 위하여 조정할 수 있고, 이러한 차원에서 이 사건 규정이 수도권 과밀억제권역에서 무주택자의 주거안정에 필요한 공공임대주택을 확보하기 위하여 재건축 용적률의 증가로 인하여 잉여주택(일반분양주택)의 일부를 유상으로 공공임대주택으로 제공하도록 하는 것은 재건축사업자의 잉여주택 처분의 자유를 과도하게 제한하는 것이 아니라고 보고 있다. 이 보충의견은 재건축 임대주택공급의무제도가 재건축 용적률의 증가로 생긴 잉여주택에 대한 처분의 자유를 제한하는 제도라는 관점에 착안하고 있다.

(3) 한정위헌 의견¹⁷⁾

가 의견은 재건축사업과 관련하여 관리처분계획의 인가 및 고시가 있으면, 정비사업비의 추산액에서 일반 분양분을 통한 수익으로 충당되는 부분을 제외한 나머지 금액을 기준으로 조합원의 부담금액이 정하여진다는 점을 중

16) 재판관 조대현의 의견

17) 재판관 이공현, 재판관 김종대, 재판관 민형기, 재판관 목영준의 의견

시하고 있다.

그런데 이 사건 규정에 의하면, ‘도시정비법 시행일 전에 관리처분계획의 인가를 받은 사업시행자’도 재건축임대주택 건설의무를 부담하게 됨으로써 조합원 1인당 부담금액이 증가되고, 증가된 부담금액으로는 재건축사업을 추진할 의사가 없는 경우 재건축사업의 철회라는 재건축사업 이전 상태로의 복귀도 불가능하게 되는바, 그럼에도 불구하고 도시정비법 제30조의2 제1항 본문이 ‘위 법 시행일 전에 관리처분계획의 인가를 받은 사업시행자’에게도 적용된다고 해석하는 것은 신뢰보호원칙을 위반하여 청구인들의 재산권을 침해하는 것이라고 보고 있다. 관리처분계획인가 획득으로서 조합원들 사이의 권리의무 관계는 확정되는데, 이 경우까지 임대주택공급의무를 부담시키는 것은 과도한 신뢰이익의 침해라는 것이다. 이 의견과 다수의견의 다른 점은 관리처분계획인가를 받은 경우의 신뢰보호의 필요성에 관한 부분이다. 다수의견은 이 경우에도 그 보호가치가 크지 않다고 판단한 반면, 한정위헌 의견은 그 보호가치가 크다고 판단한 것이다.

3. 이 결정의 의의

가 결정에서 헌법재판소는 사유재산 중 적어도 토지를 포함한 부동산에 대해서는 국가가 다양한 형태로 규제할 수 있다는 점을 확인하고 있다. 특히 개발 사업으로 발생하는 개발이익에 대한 그동안의 환수조치는 주로 조세나 부담금 형식으로 이루어졌지만, 이 사건에서 개발이익을 현물의 형태로 환수하는 것에 대해 합헌성을 인정한 것은 나름대로 의미가 있다고 할 것이다.

한편, 이 사건 규정은 합헌결정이 선고되었지만, 위에서 본 바와 같이 2009. 4. 22. 도시 및 주거환경 정비법 개정으로 삭제되었다. 합헌 결정을 받은 상태에서 주주택재건축 사업의 경우에 임대주택공급을 의무화하고 있는 것에 대해 여전히 논란이 많았고, 이후 부동산 경기가 위축되어 재건축 대상 아파트의 가격이 하락하는 추세에 있었음은 물론, 재건축사업을 시행하더라도 임대주택의무공급으로 인해 그 이익이 적다는 이유로 재건축사업을 꺼리던 분위기가 이 제도 폐지에 영향을 주었던 것으로 보인다.

국토해양위원회는 2009년 1월 7일 김성태 의원 등 17인이 발의한 도시 및

주거 환경 정비법 일부 개정 법률안과 2009년 1월 23일 공성진의원 등 10인이 발의한 같은 법 일부 개정 법률안 등을 각각 본회의에 부의하지 아니하고, 통합·조정하여 위원회 안건으로 제안하게 되었는바, 그 제안에서 재건축 사업에 부과되는 임대주택 건설 의무 규정을 폐지하는 내용과 재건축사업시 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 용적률의 상한까지 용적률을 완화하고 이 중 일정 비율을 소형주택으로 환수하도록 하는 내용을 포함하였다. 그 결과 이 사건 규정은 폐지되고 소형주택공급 의무규정이 신설되기에 이른 것이다. 다만 주택재건축시 소형주택 건설을 의무화하고 이를 공급하도록 하고 있는 것에 대해서는 여전히 논란이 많고, 주택 건설 경기를 악화시킨다는 이유로 폐지를 주장하는 의견이 있다.



군인사법 제48조 제3항 위헌확인

- 의무복무군인의 육아휴직과 관련된 양육권 및 평등권의 문제 -
(헌재 2008. 10. 30. 2005헌마1156, 판례집 20-2상, 1007)

장 순 욱*

【판시사항】

1. 기본권으로서의 양육권의 성격
2. 육아휴직신청권의 법적 성격
3. 남성 단기복무장교를 육아휴직 허용 대상에서 제외한 것이 남성 단기복무장교의 양육권을 침해하는지 여부(소극)
4. 직업군인에게만 육아휴직을 허용하는 것이 의무복무군인인 남성 단기복무장교의 평등권을 침해하는지 여부(소극)
5. 단기복무군인 중 여성에게만 육아휴직을 허용하는 것이 성별에 의한 차별인지 여부(소극)

【심판대상】

구 군인사법(2004. 1. 20. 법률 제7269호로 개정되고, 2007. 12. 21. 법률 제8732호로 개정되기 전의 것) 제48조 제3항 본문 제4호 중 ‘자녀(휴직신청 당시 3세 미만인 자녀에 한한다)를 양육하게 되어 필요한 때’ 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부(밀줄 친 부분)

제48조(휴직) ③ 임용권자는 장기복무장교, 준사관 및 장기복무부사관이

* 헌법연구관

다음 각 호의 1에 해당하는 사유로 휴직을 원하는 경우와 단기복무중인 여자군인이 제4호의 사유로 휴직을 원하는 경우에는 업무수행 및 인력운영상 지장을 초래하지 아니하는 범위 안에서 휴직을 명할 수 있다. 다만, 여자군인이 제4호에 해당하는 사유로 휴직을 신청한 경우에는 대통령령이 정하는 특별한 사정이 없는 한 휴직을 명하여야 한다.

1.~3. 생략

4. 자녀(휴직신청 당시 3세 미만인 자녀에 한한다)를 양육하거나 여자군인이 임신 또는 출산하게 되어 필요한 때

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인은 제43회 사법시험에 합격하고, 2005. 1. 31. 사법연수원을 수료한 후 2005. 4. 1. 단기복무장교인 군법무관으로 임용된 자로서, 2005. 9. 3. 딸이○영이 출생하여 육아휴직을 신청하고자 하였으나, 구 군인사법 제48조 제3항 본문 제4호가 장기복무장교, 준사관 및 장기복무부사관, 단기복무 중인 여자군인만 육아휴직을 신청할 수 있도록 규정하고 있을 뿐 청구인과 같은 남성 단기복무장교에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않아서 그 신청을 할 수 없었다.

이에 청구인은 육아휴직을 신청할 수 있는 군인의 범위에 남성 단기복무장교를 포함하고 있지 아니한 구 군인사법 제48조 제3항이 청구인의 자녀 양육권과 교육권, 인격권과 행복추구권, 평등권을 침해하는 것이라며 2005. 11. 27. 이 사건 헌법소원을 청구하였다

2. 청구인의 주장과 이해관계기관의 의견 요지

가. 청구인 주장의 요지

이 사건 법률조항은 청구인과 같은 남성 단기복무장교에게 육아휴직을 허용하지 아니함으로써 청구인이 자녀를 양육·교육할 권리를 침해하고, 자녀의 양육을 통하여 청구인이 인격을 발현하고 행복을 추구할 권리를 원천적으로 봉쇄하고 있다.

또한 이 사건 법률조항은 ① 단기복무장교 중 여성에게만 육아휴직신청권을 부여하여 여성 단기복무장교와 남성 단기복무장교를 차별하고 있고, ② 남성 장교 중 장기복무장교에게만 육아휴직신청권을 부여하여 장기복무장교와 단기복무장교를 차별하고 있으며, ③ 장·단기 구분이 없는 준사관의 경우 병역의무를 이행하지 아니하고 준사관으로 임용된 사람도 육아휴직을 신청할 수 있게 하면서 병역의무를 이행하지 아니한 상태에서 임용되었다는 점에서 동일한 조건에 있는 단기복무장교와 차별하고 있으며, ④ 군법무관 중 병역의무를 이행하지 아니한 상태에서 군법무관시험에 합격하여 임용된 장기 군법무관에게는 육아휴직신청권을 부여하면서 사법시험에 합격하여 군법무관으로 임용된 청구인과 같은 단기 군법무관에게는 이를 허용하지 아니함으로써 양자를 차별하고 있고, ⑤ 남성 단기복무장교 가정의 경우 처가 자녀의 양육을 전담할 수밖에 없게 되어 자녀양육에 있어 부부를 차별하고 있으며, ⑥ 남녀 구분없이 육아휴직이 인정되는 다른 공무원과 군인을 차별함으로써, 헌법상 평등원칙을 위반하였다.

나. 국방부장관의 의견요지

군인의 육아휴직은 헌법에 의하여 보장되는 권리가 아니라 군인이 수행하고 있는 직무와 인력상황을 고려하여 입법자가 그 부여 여부 및 범위를 결정할 수 있는 제도일 뿐이다.

남성 단기복무장교는 병역법상의 현역복무의무를 이행하는 자이므로 장기복무장교 등 직업군인들과는 복무형태에 있어서 차이가 있는바, 이 사건 법률조항이 남성 단기복무장교에게 육아휴직신청권을 부여하지 아니한 것은 입법자가 의무복무라는 복무형태와 장기간의 공백이 용인될 수 없는 업무의 성격을 고려하여 합리적으로 그 허용범위를 정한 것일 뿐만 아니라, 남성 단기복무장교는 사병과 달리 주거가 영내로 제한되지도 아니하고, 연가를 사용하는 등의 방법으로 자녀의 양육을 담당할 수 있는 가능성이 열려 있으므로, 헌법에 위배되지 아니한다.

【결정요지】

1. 법정의견

가. 양육권은 공권력으로부터 자녀의 양육을 방해받지 않을 권리라는 점에서는 자유권적 기본권으로서의 성격을, 자녀의 양육에 관하여 국가의 지원을 요구할 수 있는 권리라는 점에서는 사회권적 기본권으로서의 성격을 아울러 가진다.

나. 육아휴직신청권은 헌법 제36조 제1항 등으로부터 개인에게 직접 주어지는 헌법적 차원의 권리라고 볼 수는 없고, 입법자가 입법의 목적, 수혜자의 상황, 국가예산, 전체적인 사회보장수준, 국민정서 등 여러 요소를 고려하여 제정하는 입법에 적용요건, 적용대상, 기간 등 구체적인 사항이 규정될 때 비로소 형성되는 법률상의 권리이다.

다. 이 사건 법률조항은 입법자가 육아휴직신청권이 가지는 근로자로서의 권리성, 육아휴직의 허용 대상을 확대할 경우 예산과 인력이 추가로 소요되는 점, 다른 의무복무군인과의 형평성 등을 고려하여 육아휴직의 허용 대상을 정한 것이므로, 국가가 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈함으로써 사회적 기본권으로서의 양육권을 최소한 보장하여야 할 의무를 불이행한 것으로 볼 수 없다.

라. 장교를 포함한 남성 단기복무군인은 병역법상의 병역의무 이행을 위하여 한정된 기간 동안만 복무하는 데 반하여 직업군인은 군인을 직업으로 선택하여 상대적으로 장기간 복무한다는 점에서 중요한 차이가 있으므로, 입법자가 그와 같은 복무형태의 차이 및 육아휴직신청권이 갖는 근로자로서의 권리성, 제도의 전면적 실시에 따른 국가부담의 증가, 의무복무군인 사이의 형평성, 국방력의 유지 등 국가가 추구하는 다른 정책적 목표를 고려하여, 육아휴직의 적용대상으로부터 의무복무 중인 단기장교를 제외한 것이 입법 재량의 범위를 벗어났다거나 의무복무군인인 남성 단기복무장교의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

마. 병역의무를 이행하고 있는 남성 단기복무군인과 달리 장교를 포함한 여성 단기복무군인은 지원에 의하여 직업으로서 군인을 선택한 것이므로, 이 사건 법률조항이 육아휴직과 관련하여 단기복무군인 중 남성과 여성을 차별하는 것은 성별에 근거한 차별이 아니라 의무복무군인과 직업군인이라는 복

무형태에 따른 차별로 봄이 타당하다.

2. 재판관 김종대, 재판관 송두환의 반대이견

육아휴직제도는 양육권의 사회권적 기본권으로서의 측면을 법률로써 구체화한 것으로, 육아휴직신청권은 우리 헌법하에서 사회의 전 분야에서 수용되고 있는 헌법상 보장된 기본권으로서의 지위를 획득하였다.

자녀의 출산과 양육은 국가를 유지하기 위한 인적 기반이 된다는 점에서 국가공동체의 생존 및 발전, 나아가 인류의 존속을 위해서도 결코 소홀히 할 수 없을 뿐만 아니라 자녀에 대한 양육권은 부모의 천부적인 권리인 동시에 부모에게 부과된 의무이기도 한데, 의무복무군인이라는 이유만으로 육아휴직을 허용하지 않는 것은 국민의 의무인 병역의무를 이유로 인간의 의무인 양육의무를 이행할 것을 제한하는 것인바, 병역의무를 일방적으로 양육의무보다 우위에 둘 합리적인 이유를 찾기 어렵고, 이 사건 법률조항은 예외적으로 육아휴직을 긴절히 필요로 하는 남성 단기복무장교에게 육아휴직의 신청조차 할 수 없도록 함으로써 이들이 자녀에 대한 양육의무를 이행할 기회를 원천봉쇄하고 있다는 점에서 사회권적 기본권으로서의 양육권의 보장을 위하여 국가가 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 다하였다고 볼 수 없다.

또한 군복무가 병역의무이행으로서의 복무이든, 직업으로서의 복무이든 간에 계급에 의하여 지휘·통솔되는 군 조직의 특성상 동일한 계급의 군인에 대하여는 동일한 처우가 이루어져야 하고, 육아휴직을 긴절히 필요로 하는 남성 단기복무장교에게 이를 허용한다 하더라도 그로 인하여 국방력의 약화나 국가가 감당할 수 없을 정도의 추가적인 인적·예산상의 부담이 발생하는 것도 아니므로, 육아휴직신청권을 부여함에 있어서 의무복무중인 남성 단기복무장교와 직업군인을 차별하는 것은 합리적인 이유가 없는 자의적인 차별이다.

따라서 이 사건 법률조항은 사회권적 기본권으로서의 양육권에 대한 국가의 최소보장원칙을 위반하였고, 청구인의 평등권도 침해하므로 헌법에 위반된다.

【해설】

1. 이 사건의 쟁점 및 검토의 범위

이 사건의 주된 쟁점은 직업군인에게만 육아휴직을 허용하고 청구인과 같은 의무복무군인에 대하여는 이를 허용하지 않는 것이 청구인의 양육권과 평등권을 침해하는지 여부이다¹⁾.

이를 논증하기 위해서는 양육권의 기본권으로서의 특질, 육아휴직신청권의 법적 성격이 규명되어야 하므로 이 점을 먼저 살펴본 후 그 논의를 전제로 하여 위 쟁점에 대한 대상결정의 입장을 검토하기로 한다.

2. 기본권으로서의 양육권의 본질

가. 선례의 검토

헌법재판소는 98헌가16등(과외금지위헌확인)사건에서 부모의 자녀에 대한 양육·교육권의 본질에 관하여, “자녀에 대한 부모의 양육 및 교육권은 비록 헌법에 명문으로 규정되어 있지는 아니하지만, 이는 모든 인간이 누리는 불가침의 인권으로서 혼인과 가족생활을 보장하는 헌법 제36조 제1항, 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조 및 ‘국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.’고 규정하는 헌법 제37조 제1항에서 나오는 중요한 기본권이다. 부모는 자녀의 교육에 관하여 전반적인 계획을 세우고 자신의 인생관·사회관·교육관에 따라 자녀의 교육을 자유롭게 형성할 권

1) 청구인은 이 사건 법률조항이 청구인의 행복추구권, 인격권, 교육권을 침해한다고도 주장한다. 그러나 헌법 제10조 전문의 행복추구권은 다른 개별적 기본권이 적용되지 않는 경우에 한하여 보충적으로 적용되는 기본권이어서(헌재 1998. 10. 29. 97헌마345, 판례집 10-2, 621, 633), 양육권과 평등권의 침해 여부를 판단하는 이 사건에 있어서는 행복추구권 침해 여부를 독자적으로 판단할 필요가 없다(헌재 2007. 4. 26. 2003헌마947 등, 판례집 19-1, 514, 530 참조) 할 것이고, 또한 기본권경합의 경우에는 기본권침해를 주장하는 청구인의 의도 및 기본권 침해 여부가 문제되는 법률의 입법동기 등을 참작하여 사안과 가장 밀접한 관계에 있고 또 침해의 정도가 큰 주된 기본권을 중심으로 해서 그 제한의 한계를 따져 보아야 할 것인바(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 336-337), 인격권은 청구인의 주장에 의하더라도 자녀에 대한 양육권을 행사하는 과정에서 또는 그 행사의 결과에 부수하는 기본권에 불과하고, 자녀에 대한 교육권 역시 이 사건 법률조항이 정하고 있는 육아휴직의 대상자녀의 연령이 3세 미만이라는 점에서, 양육권과 별도로 인격권이나 교육권의 침해 여부를 판단할 필요는 없다 할 것이다.

리를 가지며, 부모의 교육권은 다른 교육의 주체와의 관계에서 원칙적인 우위를 가진다.”²⁾고 하여 자녀에 대한 양육(교육)권이 기본적으로 자유권적 속성을 가진다는 취지로 실시한 바 있다.

한편 2001헌바82(자산소득 부부합산과세 위헌소원사건)에서는 “헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족에 관련되는 공법 및 사법의 모든 영역에 영향을 미치는 헌법원리 내지 원칙규범으로서의 성격도 가지는데, 이는 적극적으로는 적절한 조치를 통해서 혼인과 가족을 지원하고 제삼자에 의한 침해 앞에서 혼인과 가족을 보호해야 할 국가의 과제를 포함하며, 소극적으로는 불이익을 야기하는 제한조치를 통해서 혼인과 가족을 차별하는 것을 금지해야 할 국가의 의무를 포함한다.”³⁾고 함으로써 개인의 존엄과 양성의 평등을 바탕으로 성립되고 유지되는 혼인·가족제도를 실현해야 할 국가의 과제를 강조하였다.

이와 같은 국가의 과제에는 가족공동체가 수행하는 자녀 양육에 대한 국가의 지원도 포함된다 할 것이다. 이에 따라 국가는 부모의 자녀 양육과 경제활동이 양립될 수 있도록 지원대책을 강구해야 한다. 그리고 국가는 부모가 자녀에 대한 양육책임을 실천하는 것이 경제활동상으로 불이익을 받지 않도록 해야 하고, 부모 양쪽 모두가 경제활동으로 다시 복귀하는 것이 양육활동과 경제활동을 병행하는 것과 마찬가지로 자녀의 양육기간 중뿐만 아니라 양육기간 이후에도 가능하도록 해야 하며, 자녀보육시설들이 더욱 더 편리하게 제공될 수 있는 조건들을 구비하여야 한다.⁴⁾

나. 양육권의 사회적 기본권성

대상결정은 위 선례들로부터 양육권의 기본권으로서의 양면성을 도출하고 있다. 즉 양육권은 공권력으로부터 자녀의 양육을 방해받지 않을 권리라는 점에서는 자유권적 기본권으로서의 성격을, 자녀의 양육에 관하여 국가의 지원을 요구할 수 있는 권리라는 점에서는 사회권적 기본권으로서의 성격을

2) 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16, 98헌마429(병합), 판례집 12-1, 427, 445-448

3) 헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82, 판례집 14-2, 170, 180

4) BVerfGE 87, 1, 38f.; 88, 203, 258f.; 99, 216, 234 참조, 최갑선, 헌법 제36조 제1항에 의한 혼인과 가족생활의 보장, 헌법논총 제14집(2003) 529면에서 재인용.

아울러 가지고 있다는 것이다. 따라서 육아휴직을 신청할 수 있는 대상 군인의 범위를 정하고 있는 이 사건 법률조항은 사회권적 기본권으로서의 양육권과 관련되는 것으로 볼 수 있다.

사회권적 기본권 일반에 적용되는 보편적인 논의이기도 하거니와 양육권과 관련하여서도 국가는 자녀의 양육에 대한 지원의무를 이행함에 있어서도 모든 경제적 부담을 제거하고 조정해야 하는 것이 아님은 물론이고, 그러한 지원은 입법자에 의한 구체화가 필요하다. 국가는 일반적으로 조세법과 사회보장법을 통해서 혼인 및 가족에게 물질적인 지원을 제공할 수 있지만, 이러한 지원은 국가가 감당할 수 있는 경제적 가능성의 범위 내에서 이루어질 수밖에 없으므로, 입법자는 혼인과 가족을 지원하는 구체적 방법을 선택함에 있어서 입법상 광범위한 재량권한을 가진다.⁵⁾

이러한 구체적인 입법을 통해서만 비로소 혼인 및 가족구성원은 소구가능한 주관적 권리를 가질 수 있게 되고⁶⁾, 국가의 지원을 요구할 수 있는 구체적인 청구권은 국가의 지원의무로부터 직접적으로 도출된다고 보기는 어려울 것이다.⁷⁾

3. 육아휴직신청권의 법적 성격

가. 육아휴직제도 개관

육아휴직제도는 여성의 사회진출이 증가하고 맞벌이부부가 늘어감에 따라 모성을 보호하고 근로여성의 직업능력을 개발하여 지위향상과 복지증진에 기여함을 목적으로 1987. 12. 4. 법률 제3989호로 제정된 남녀고용평등법에 도입⁸⁾된 이래 핵가족시대의 공무원들의 자녀양육을 돕고 공무원가정의 건강

5) BVerfGE 23, 258, 264; 87, 1, 35 참조. 최갑선, 전게논문 530면에서 재인용

6) Kingreen, Das Grundrecht von Ehe und Familie(Art. 6 I GG), Jura 1997, 401, 406; Cosester-Waltjen, in: v.Munch/Kunig, GG, Bd.I, 5.Aufl., 2000, Rdnr. 39 참조, 최갑선, 전게논문 530면에서 재인용.

7) BVerfGE 82, 60, 81; 87, 1, 35f.; 82, 60, 81; Burgi, in: Friauf/Hofling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2002, Art.6, Rdnr. 51; Tunnemann, 앞의 책, 2002, 137 참조, 최갑선, 전게논문 530면에서 재인용.

8) 남녀고용평등법 제정 당시에는 '생후 1년 미만의 영아'의 양육을 위하여 그 본인 근로'여성'에 한하여 허용되었다가 1995. 8. 4. 법률 제4976호로 개정 당시 육아휴직 신청의 대상을 여성근로자뿐만 아니라 그 배우자인 남성근로자도 선택적으로 신청

관리를 위하여⁹⁾ 1994. 12. 22. 법률 제4829호로 개정된 국가공무원법에서 남녀 구분없이 신청할 수 있는 것으로 이를 받아들였고, 군인사법은 1999. 1. 29. 법률 제5703호로 개정 당시 장기복무장교, 준사관 및 장기복무하사관등의 사기를 높이고 고충을 해소하기 위하여¹⁰⁾ 국가공무원법상의 청원휴직제도를 받아들이면서 육아휴직제도를 함께 도입하였다. 당초 1세 미만의 자녀에 대하여 1년 이내의 기간만 허용되었다가 국가공무원법의 개정에 맞추어 2004. 1. 20. 법률 제7085호로 개정되면서 ‘3세 미만의 자녀’로 대상자녀의 범위가 확대되었고, 2007. 12. 21. 법률 제8732호로 개정된 군인사법에서는 신청대상 자녀의 연령을 6세 이하로 높이고, 여자군인의 휴직기간도 3년까지로 늘어나게 되었다.

당초 근로여성을 대상으로 시행된 남녀고용평등법상의 육아휴직제도는 여성근로에 대한 특별한 보호를 규정하고 있는 헌법 제32조 제4항과 국가의 모성보호의무를 규정하고 있는 헌법 제36조 제2항에서 그 헌법적 근거를 찾는 것이 일반적이었으나¹¹⁾, 이에 대하여는 육아의 문제가 기본적으로 여성의 책임이라는 인식에 기초하고 있다는 비판이 있어 왔고, 이를 반영하여 국가공무원법 및 군인사법이 육아휴직제도를 도입하면서도 남녀 구분없이 신청할 수 있도록 하였다.

그리하여, 현행 육아휴직제도는 모성보호 및 근로여성의 직업능력 계발이라는 당초의 취지에서 한발 더 나아가 자녀양육의 지원을 통한 여성의 노동시장 참여 장려 및 직장과 가정의 양립, 출산장려와 아동복지 제고, 남성의 가족책임 분담과 이를 통한 실질적인 가족내 양성 평등의 달성이라는 사회적 기능을 수행한다고 평가할 수 있다. 남녀고용평등법이 2007. 12. 21. 일부개정되면서 법명이 변경된 ‘남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률’도 ‘일 중심’에서 ‘가정과외의 균형’을 중시하는 근로자들의 의식변화에 대응하고, 저출산·고령화 시대에 여성인력의 경제활동 참여를 늘리기 위하여 일·가

할 수 있도록 개정되었고, 2001. 8. 14. 법률 제6508호로 전문개정하면서 육아휴직 대상자의 범위를 모든 근로자로 확대하였으며, 2007. 12. 21. 법률 제8781호로 법령 및 일부개정된 현행법은 ‘생후 3년 미만’의 자녀로 그 범위를 확대하였다.

9) 국가공무원법중 개정법률안 심사보고서(1994. 12. 국회 행정경제위원회)

10) 구 군인사법 개정이유 참조

11) 민경식, 근로여성의 헌법적 보호, 현대헌법학 이론 참조

정의 양립을 위한 정책을 강화하는 것을 그 개정이유로 들고 있다.

현재 민간부문에서는 육아휴직을 규정하고 있는 위 ‘남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률’에 의하여 원칙적으로¹²⁾ 근로자를 사용하는 모든 사업장에 적용되고(동법 제3조 제1항), 공무원의 경우에도 2004. 3. 11. 국가공무원법의 개정으로 그 동안 육아휴직의 적용대상에서 제외되어 있던 특수경력직공무원(다만, 계약직공무원의 경우에는 휴직을 개시하고자 하는 날부터 잔여 계약기간이 1년을 초과하는 자에 한하여)까지 포함(국가공무원법 제73조의 2)되게 되었다.

나. 육아휴직신청권의 법적 성격

이 사건 법률조항이 규정하고 있는 육아휴직제도는 ‘혼인과 가족생활’에 대한 국가의 지원의무를 선언하고 있는 헌법 제36조 제1항에서 그 헌법적 근거를 찾을 수는 있으나, 이를 구체적으로 입법화함에 있어서는 입법의 목적, 수혜자의 상황, 국가예산, 전체적인 사회보장수준, 국민감정 등 여러 가지 요소를 고려할 필요가 있으므로 입법자에게 광범위한 입법형성의 자유가 주어진 영역이라 할 것이다.

앞서 본 바와 같이 헌법 제36조 제1항이 국가에게 부모의 자녀에 대한 양육권을 지원할 의무를 부과하고 있고, 그에 따라 육아휴직제도가 민간부분을 포함하여 광범위하게 시행되고 있다 하더라도 그로부터 개인에게 국가에 대하여 육아휴직제도의 전면적 시행과 같은 적극적 급부를 요구할 수 있는 청구권을 부여하고 있다거나 그에 관한 입법의무를 지우고 있다고는 할 수 없다. 요컨대 육아휴직권은 헌법 제36조 제1항 등으로부터 개인에게 직접 주어지는 헌법적 차원의 권리라고 볼 수는 없고, 입법자가 위와 같은 여러 요소를 고려하여 제정하는 입법에 적용요건, 적용대상, 기간 등 구체적인 사항이 규정될 때 비로소 형성되는 법률상의 권리에 불과하다(헌재 2003. 7. 24. 2002헌바51, 판례집 15-2 상, 103, 118 참조¹³⁾).

12) ‘동거의 친족만으로 이루어지는 사업장과 가사사용인에 대하여’는 적용되지 아니한다(남녀고용평등법 시행령 제2조 제1항)

13) 일정 범위의 사업을 산재보험법의 적용대상에서 제외한 법률조항에 대한 위헌소원사건이다.

다. 군인사법상 육아휴직제도의 구체적 내용

육아휴직한 군인에 대하여는 육아휴직수당¹⁴⁾이 지급되고, 임용권자 등은 육아휴직에 따라 결원을 보충하거나(군인사법 제48조 제7항), 육아휴직한 군인의 업무를 소속 군인 등에게 대행하게 할 수 있으며, 이 경우 그 업무대행 군인에게는 수당을 지급할 수 있다(군인사법 시행령 제53조의2, 공무원 수당 등에 관한 규정 제14조의2). 임용권자는 육아휴직을 이유로 인사상 불리한 처우를 하여서는 아니되고(군인사법 제48조 제6항), 육아휴직기간은 의무복무기간에는 산입되지 아니하나, 진급최저복무기간¹⁵⁾에는 산입된다(군인사법 제49조 제4항).

4. 양육권 침해 여부

가. 심사기준

앞서 본 바와 같이 이 사건에서 침해 여부가 문제되는 양육권은 그 사회적 권적 측면이다.

사회권적 기본권에 관한 헌법규범은 입법부와 행정부에 대하여는 가능한 최대한의 것을 실현하라는 행위규범으로 작용하나, 헌법재판에 있어서는 입법부나 행정부가 국민으로 하여금 당해 사회적 기본권의 실현을 위하여 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지의 여부를 기준으로 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하여야 한다는 통제규범으로 작용한다. 그러므로 헌법재판소는 국가가 사회적 기본권의 보장을 위한 헌법적인 의무

14) 군인을 포함한 공무원에 대한 육아휴직수당은 2001. 11. 13. 대통령령 제17408호로 개정된 공무원 수당 등에 관한 규정 제11조의3에 신설되었고, 그 금액은 당초 20만원에서 2003. 1. 7. 대통령령 17880호로 개정 당시 30만원으로, 2004. 4. 24. 대통령령 제18375호로 개정 당시 40만원으로, 2007. 1. 9. 대통령령 제19832호로 개정되면서 월 50만원으로 상향 조정되어 현재에 이르고 있다.

15) 진급최저복무기간이라 함은 군인사법 제26조의 규정에 의한 최저근속기간 및 계급별 최저복무기간을 통칭하는 것으로 차상위 계급직위를 수행할 능력구비에 필요한 최저기간을 고려하여 진급선발대상권에 들어갈 수 있는 기간을 말하고, 육아휴직제도가 처음 도입된 1999. 1. 29. 개정 당시에는 육아휴직기간을 진급최저복무기간에 산입되지 않는 것으로 규정하였다가 2006. 3. 3. 법률 제7852호로 개정되면서 산입하는 것으로 변경되었다.

를 다하였는지 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우, 국가가 그에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다는가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다.¹⁶⁾

종래 헌법재판소는 법률에 의한 형성에 의하여 비로소 구체화되는 사회적 기본권의 침해 여부를 판단함에 있어서 사회적 기본권의 보장내용 자체를 축소하는 방식(“보장내용의 최소화”)을 취하거나 아니면 통제기준을 낮추는 방식(“통제기준의 최저화”, “행위규범 대 통제규범”)을 취하였는데, 어느 경우이나 그 권리주체에게 확정적으로 보장될 수 있는 것은 최소한의 것에 국한된다(최소한 보장 : Minimal garantie)는 입장에 해당한다.

국가가 기본권의 잠재적 침해자로 등장하는 것이 아니라 기본권의 객관적 내용을 실현하기 위하여 기본권의 우호자로 활동하는 경우에는 국가행위에 대한 헌법재판소의 심사척도는 ‘최소한 보장의 원칙’이 적용된다는 것이다. 입법자는 사회적 기본권을 실현하는 데 있어서 서로 상충하고 경쟁하는 여러 다른 법익을 고려하여 결정할 수 있는 광범위한 평가재량과 형성의 자유를 가지고, 그 실현의 정도와 수단 및 시기를 결정하는 주체 역시 권력분립 원칙과 민주주의 원칙에 근거하여 원칙적으로 입법자의 관할범위에 속한다 할 것이다.

나. 판단

이와 같이 ‘최소한 보장의 원칙’을 기준으로 심사할 경우, 일반적으로 사회적 기본권의 객관적 내용에서 특정 조치를 취하거나 특정 법률을 제정하여야 할 구체적인 입법자의 의무를 도출해 내기는 어려운 것이다. 예외적인 경우, 즉 국가가 일정한 조치를 취하여야만 사회적 기본권의 내용이 최소한도로 실현될 수 있는 경우에 한하여 입법자의 광범위한 형성권은 구체적인 입법 의무로 축소된다 할 것이다¹⁷⁾.

이 사건의 경우에도 이 사건 법률조항이 육아휴직을 신청할 수 있는 군인

16) 헌재 2001. 4.26. 2000헌마390, 판례집 13-1, 977, 989-991; 헌재 1997. 5. 29. 94헌마33 판례집 9-1, 543, 552-553 참조.

17) 한수웅, 헌법소송을 통한 사회적 기본권실현의 한계, 인권과 정의 제245호, 83면

의 범위에 청구인과 같은 남성 단기복무장교를 포함하고 있지 아니한 것이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈함으로써 사회적 기본권으로서의 양육권을 보장하여야 할 국가의 최소한 보장 의무의 불이행으로 볼 수 있는 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있을 것이다¹⁸⁾.

앞에서 본 바와 같이 국가는 육아휴직한 군인에 대하여 육아휴직수당을 지급하여야 하고, 육아휴직에 따른 결원을 보충하거나 업무대행자를 선정하여 그 수당을 지급하여야 하므로 육아휴직에 따른 예산과 인력이 추가로 소요되고, 남성 단기복무부사관이나 사병도 병역법상의 병역의무를 이행한다는 점에서는 남성 단기복무장교와 다를 바 없어 이들 사이의 형평성도 고려하여야 하는 반면 단기복무장교의 경우 그 의무복무기간이 단기로 설정되어 있어 육아휴직 허용 대상에서 제외됨으로써 양육권의 제한을 받는 기간 역시 한시적이다.

육아휴직제도는 양육권이 갖는 사회권적 기본권으로서의 측면이 입법자에 의하여 제도로 도입된 것으로 볼 수 있지만, 한편 육아의 수단으로 휴직제도를 이용한다는 점에서는 근로자의 권리로서의 측면도 아울러 가지고 있다고 할 수 있으므로, 장기복무장교, 준사관, 장기복무부사관 및 단기복무중인 여자군인은 병역법상의 병역의무를 이행하는 남성 단기복무군인과 달리 직업군인이므로 그들의 근로자로서의 권리 역시 고려되어야 한다.

따라서 이 사건 법률조항이 근로자라고 볼 수 없는 의무복무군인에 대하여 육아휴직을 허용하고 있지 아니한 것이 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈하였다거나 국가가 최소한의 보장의무조차 이행하지 아니한 것으로 볼 수는 없다.

5. 평등권 침해 여부

가. 검토의 순서

이 사건에서는 이 사건 법률조항이 청구인과 같은 남성 단기복무장교를

18) 헌재 2003. 5. 15. 2002헌마90, 판례집 15-1, 581, 601 ; 헌재 2004. 10. 28. 2002헌마 328, 판례집 16-2하, 195, 204-205 등 참조

여성 단기복무장교나 장기복무장교, 준사관, 장기복무부사관과 달리 육아휴직을 신청할 수 있는 대상에서 제외하고 있는 것이 합리적 근거 없는 차별로서 청구인의 평등권을 침해하는지 여부가 문제된다. 따라서 이하에서는 먼저 비교집단이 되는 군인들의 복무형태에 관하여 군인사법의 규정을 중심으로 검토한 후 구체적인 평등권 침해 여부를 심사하기로 한다.

나. 현역 군인의 복무구분에 관한 규정의 검토

(1) 군인사법의 목적 및 적용대상

군인사법 제1조는 ‘군인의 책임 및 직무의 중요성과 신분 및 근무조건の特수성을 고려하여 그 임용·복무·교육훈련·사기·복지 및 신분보장 등에 관하여 국가공무원법에 대한 특례를 규정함을 목적으로 한다’고 밝히고 있고, 법 제2조는 군인사법의 적용대상자를 ‘① 현역에 복무하는 장교·준사관·부사관 및 병(1호), ② 사관생도·사관후보생 및 부사관후보생(2호), ③ 소집되어 군에 복무하는 예비역 및 보충역(3호)’으로 규정하고 있는바, 위 규정에 의하면, 현역¹⁹⁾에 복무하는 군인은 장교·준사관²⁰⁾·부사관²¹⁾ 및 병으로 구분된다.

(2) 군인의 복무구분 및 의무복무

(가) 복무구분 제도의 취지

군인사법은 현역 군인 중 장교와 부사관의 복무형태를 장기복무와 단기복

19) ‘현역’이란 징집 또는 지원에 의하여 입영한 병과 병역법 또는 군인사법에 의하여 현역으로 임용된 장교·준사관·부사관 및 무관후보생을 말한다(병역법 제5조 제1항 제1호).

20) 준사관은 기술적 능력을 요구하는 계층으로 군에서는 장교와 부사관의 중간에 위치하며 고도의 전문지식이나 기술 또는 특수한 자격이 필요한 부분에서 특수군사전문가로서 장비를 조작하고 운영할 뿐만 아니라 부사관 및 병을 지휘 또는 지도하고 담당부대의 업무를 집행하는 중간 관리층 내지 초급관리자로서의 지위를 가지며, 준위의 계급이 부여된다. 임천영, 군인사법, 법률문화원, 2003. 161면.

21) 부사관은 군의 최일선 초급간부로서 법령·규칙·계획 등의 범위 내에서 일상적이고 규칙적인 업무의 처리를 구체적으로 감독하고, 지시·통제 또는 직접 수행하는 기능적 요원으로 계급상 원사, 상사, 중사, 하사가 이에 해당하며, 종래 ‘하사관’으로 칭하다가 2000. 12. 26. 법률 제6290호로 개정된 군인사법에서 그 명칭이 변경되었다. 임천영, 주)20, 162면

무로 구분하고 있는바(법 제6조 제1항, 제5항), 이는 기본적으로 직업군인으로 복무할 자와 병역법상의 의무연한기간 만큼 복무하다가 전역할 자를 구분하여 장기복무자에게는 장기간의 신분보장과 상위계급으로의 진출을 보장하기 위함이다²²⁾.

(나) 장교의 경우

1) 군인사법상 장기복무장교로 임용되는 자는 “사관학교를 졸업한 자, 군법무관 임용 등에 관한 법률 제3조 제1호(군법무관임용시험에 합격하여 사법연수원의 소정과정을 마친 자)의 규정에 의한 군법무관²³⁾ 및 단기복무장교 중 장기복무장교로 선발된 자와 공군의 조종병과장교로서 비행훈련관정을 수료하여 비행자격이 부여된 자”(법 제6조 제2항)이고, 단기복무장교는 “단기사관학교²⁴⁾ 또는 국군간호사관학교²⁵⁾를 졸업한 자, 사관후보생²⁶⁾ 및 병역법 제57조의 규정에 의하여 실시하는 학생군사교육단 사관후보생과정(ROTC) 출신 장교와 법 제6조 제2항의 장기복무장교에 속하지 아니하는 자²⁷⁾”이다(법 제6조 제3항).

2) 장기복무장교의 의무복무기간은 원칙적으로 10년이고, 단기복무장교는 3년이나 단기복무장교 중 단기사관학교(육군3사관학교) 및 국군간호사관학

22) 임천영, 주)20, 202면

23) 2005. 3. 31. 법률 제7429호로 군인사법이 개정되면서 ‘군법무관임용 등에 관한 법률 제3조 제2호(판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 자) 또는 제3호(사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정과정을 마친 자)에 해당하는 자로서 장기복무를 지원하여 임용된 군법무관’이 추가되었다.

24) 법령 개정 전 단기사관학교설치법에 따라 육군의 단기복무장교가 될 자에게 필요한 교육을 실시하기 위하여 육군에 개설된 양성기관으로 2004. 12. 31. 법률 제7269호로 법령 및 일부 개정된 육군3사관학교설치법에 따라 학교의 명칭이 ‘육군3사관학교’로 변경되었으며, 수업연한은 2년이다.

25) 군의 간호장교가 될 자에게 필요한 교육을 하기 위하여 국방부장관 소속하에 둔 학교(국군간호사관학교설치법 제1조)로, 17세 이상 22세 미만의 미혼 여자에게만 입학자격이 주어졌으나 위 법이 2004. 1. 20. 법률 제7084호로 개정되면서 입학자격을 ‘17세 이상 22세 미만의 미혼자’(위 법 제3조 제1호)라고만 하여 남자에게도 입학자격이 개방되었고, 수업연한은 4년이다.

26) 4년제 대학 졸업자(학사사관), 간부사관(육군 현역 부사관 및 상·병장과 전문대 졸업자 및 4년제 대학 2학년 이상 수료자), 법무사관(사법고시 합격자), 군종사관(종파별 성직임명자), 군의사관(의과대학 졸업자 및 졸업예정자로서 국가의무고시 합격자), 특수사관(교수, 경리, 의정, 남자간호, 전산사관, 5급공채)으로 선발되어 일정기간의 후보생 과정을 거쳐 임관한 장교를 말한다, 임천영, 주)18 206면 참조.

27) 단기복무장교로서 복무연장된 자를 말한다(법 제6조 제4항).

교를 졸업한 자는 6년이다(법 제7조 제1항 제1호, 제2호).

(다) 부사관의 경우

1) 부사관도 장기복무와 단기복무로 구분(법 제6조 제5항)되는데, 장기복무부사관은 ‘군의 교육기관에서 고등학교의 교육과정을 이수한 자²⁸⁾ 및 단기복무부사관 중 본인의 지원에 의하여 전형에 합격한 자(법 제6조 제6항)를 말하고, 단기복무부사관이란 본인 지원에 의거 임용되어 장기복무를 희망하지 않고 단기간 복무하는 부사관으로 병역법 제57조 제2항의 규정에 의한 학생군사교육단부사관후보생과정 출신하사관과 장기복무부사관이 아닌 자로서 지원에 의하여 전형에 합격한 자 및 일반교육기관에서 군장학생으로 고등학교이상의 교육과정을 이수한 자²⁹⁾(법 제6조 제7항)를 말한다.

2) 장기복무부사관의 의무복무기간은 7년, 단기복무부사관 중 여자 및 학생군사교육단 부사관후보생과정 출신 부사관은 3년, 나머지 단기복무부사관은 4년이다(법 제7조 제1항 제4호).

(라) 준사관의 경우

준사관은 ① 원사인 자 또는 상사로 2년 이상 복무중인 자, ② 고등학교 이상의 학교를 졸업한 자 또는 이와 동등 이상의 학력을 가진 자 중 준사관으로서 담당할 기술분야에 2년 이상 종사한 경험이 있는 자의 지원에 의하여 준사관임용고시에 합격하여 참모총장이 정하는 교육훈련과정을 마친 자 중에서 임용하는데(군인사법 시행규칙 제13조), 준사관에 대하여는 장교 및 부사관과 같은 장·단기의 복무구분 없이 의무복무기간을 원칙적으로 5년(다만, 대통령령으로 정하는 군의 필수기술분야에 종사하는 준사관은 10년)으로 하는 규정만 두고 있다(법 제7조 제1항 제3호). 의무복무기간을 경과한 준사관은 본인의 원에 의한 전역(법 제35조), 연령정년(법 제8조 제1항 제1호)의 경우 외에는 강제로 전역당하지 아니한다.

다. 평등권 침해 여부에 대한 심사기준

28) 공군기술고등학교설치법에 의하여 설치된 공군기술고등학교 졸업생을 말한다(같은 법 제7조)

29) 전문(기능)대학 군장학생으로서 부사관 획득을 위하여 육군과 협약을 맺은 전문(기능)대학 재학생 중 군장학생으로 선발된 자를 말한다, 임천영, 주)18 211면 참조

평등권의 침해 여부에 대한 심사는 그 심사기준에 따라 자의금지원칙에 의한 심사와 비례원칙에 의한 심사로 나누어진다. 자의성심사의 경우에는 차별을 정당화하는 합리적인 이유가 있는지 여부만을 심사하기 때문에 그에 해당하는 비교대상간의 사실상의 차이나 입법목적(차별목적)의 발견·확인 에 그치는 반면에, 비례심사의 경우에는 단순히 합리적인 이유의 존부문제기 아니라 차별을 정당화하는 이유와 차별간의 상관관계에 대한 심사, 즉 비교 대상간의 사실상의 차이의 성질과 비중 또는 입법목적(차별목적)의 비중과 차별의 정도에 적정한 균형관계가 이루어져 있는가를 심사한다.

헌법재판소는 평등심사에 있어 원칙적으로 자의금지원칙을 기준으로 하여 심사하여 오다가 1999. 12. 23. 선고한 98헌마363 사건(제대군인가산점제도 위헌확인사건)에서 본격적으로 비례의 원칙에 따른 심사(엄격심사)를 하여야 할 경우에 대한 기준을 제시하였는바, 첫째, 헌법이 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준 또는 차별을 금지하고 있는 영역을 제시하고 있음에도 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별의 경우, 둘째, 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 엄격심사를 하여야 한다는 것이다³⁰⁾.

이 사건 법률조항은 앞서 본 바와 같이 입법에 의하여 형성되는 법률상의 권리인 군인의 육아휴직에 관한 것으로, 청구인이 속한 남성 단기복무장교를 그 신청대상에서 제외한 반면 여성군인이나 장기복무장교 등 직업군인에 대하여만 차별적으로 그 혜택을 부여하고 있으나 그러한 차별적 취급으로 인하여 청구인이 속한 남성 단기복무장교의 양육권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우로 볼 수는 없다. 즉, 헌법재판소가 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래한다고 판단한 사안인 제대군인가산점제도(98헌마363)나 국가유공자가산점제도(2000헌마25)의 경우 제대군인이나 국가유공자에게 공무원채용시험에 있어서 가산점을 부여하는 것이 이들과 경쟁관계에 있는 그 이외의 자들에게는 공무원임권에 대한 중대한 침해를 의미하게 되나, 이 사건 법률조항의 경우 여성군인이나 직업군인에 대하여만 육아휴직을 허용한다 하여 거기에서 배제된 청구인과 같은 남성

30) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787 참조

단기복무장교의 양육권이 새삼스레 중대한 제한을 받게 되는 것은 아니기 때문이다.

또한, 군인의 육아휴직과 관련하여 병역의무이행의 일환으로 복무하는 남성 단기복무장교와 장기복무장교, 장기복무부사관 및 준사관 등 직업군인을 차별하는 것은 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 즉 헌법이 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준 또는 차별을 금지하고 있는 영역에 해당하지도 아니하므로, 직업군인과의 차별이 평등권을 침해하는지 여부를 심사함에 있어서는 자의금지원칙 위반 여부의 심사로 족하다고 판단된다.

다만, 남성 단기복무장교와 여성 단기복무장교의 차별에 관하여는 이것이 헌법이 금지하고 있는 성별에 의한 차별에 해당하는지 여부에 따라 적용되는 심사기준도 달라질 수 있으므로, 아래에서는 비교집단별로 나누어 평등권 침해 여부를 살펴보기로 한다.

라. 평등권 침해 여부에 관한 비교집단별 검토

(1) 장기복무장교·준사관·장기군법무관 등 직업군인들과의 차별

(가) 차별의 준부

자의금지원칙에 관한 심사요건은 첫째, 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고 있는지에 관하여 차별취급의 존재 여부와 둘째 이러한 차별취급이 존재한다면 이를 자의적인 것으로 볼 수 있는지 여부라고 할 수 있다. 첫째 요건에 관련하여 두 개의 비교집단이 본질적으로 동일한가의 판단은 일반적으로 관련 헌법규정과 당해 법규정의 의미와 목적에 달려있고, 둘째 요건에 관련하여 차별취급의 자의성은 합리적인 이유가 결여된 것을 의미하므로, 차별대우를 정당화하는 객관적이고 합리적인 이유가 존재한다면 차별대우는 자의적인 것이 아니게 된다(헌재 2003. 1. 30. 2001헌바64, 판례집 15-1, 48, 59; 헌재 2007.2.22. 선고 2005헌마548, 판례집 19-1, 169, 181).³¹⁾

31) 우리 재판소는 차별취급의 존재 자체가 인정되지 아니하는 경우에 관하여, 2006. 1. 17. 2005헌마1214결정(제3지정재판부)에서, '소속 지방자치단체를 달리하는 주민은 지방세에 관하여 본질적으로 동일한 지위에 있지 아니하므로 청구인들이 주장하는 관습법은 기본적으로 동일하지 아니한 것을 다르게 취급하고 있는 것이어서 차별 자체가 존재하지 않고 따라서 평등권이 침해될 여지가 없다'는 취지로 판시하여 심판청구를 각하한 사례가 있기는 하나, 위 결정 외에는 동일한 이유로 각하한

청구인이 속하는 집단인 남성 단기복무장교와 위 직업군인들은 모두 현역 군인으로서 이 사건 법률조항이 포함된 군인사법의 적용대상이 될 뿐만 아니라 영유아 자녀를 두고 있는 경우 그 양육을 위하여 육아휴직을 필요로 한다는 점에서 동일한 지위에 있다고 볼 수 있으므로, 남성 단기복무장교의 육아휴직 신청권을 배제하고 있는 이 사건 법률조항에 의하여 차별취급이 존재한다고 볼 수 있다.

(나) 차별의 합리성

1) 의무복무군인과 직업군인

그러나, 위 직업군인들은 짧게는 5년(준사관의 경우), 길게는 10년(장기군 법무관을 포함한 장기복무장교)의 의무복무기간이 적용되어 청구인이 속하는 단기복무장교의 의무복무기간인 3년과 비교하여 장기일 뿐만 아니라 남성 단기복무장교의 경우 그 복무가 병역법상의 현역복무의무를 이행하는 방식의 하나임에 반하여 이들은 군인을 직업으로 선택하여 복무하고 있다는 점에서 중요한 차이가 있다.

헌법 제39조 제1항은 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다.”라고 규정하여 국방의 의무를 국민의 기본의무로 규정하고 있다. 이는 외부 적대세력의 직·간접적인 침략행위로부터 국가의 독립을 유지하고 영토를 보전하기 위한 의무로서, 입법자는 국가의 안보상황, 재정능력 등의 여러 가지 사정을 고려하여 국가의 독립을 유지하고 영토를 보전함에 필요한 범위내에서 이러한 국방의무를 법률로써 구체적으로 형성할 수 있는바, 그 기본적인 사항을 규율하는 법률이 병역법이다.³²⁾

병역법 제3조 제1항은 “대한민국 국민인 남자는 헌법과 이 법이 정하는 바에 따라 병역의무를 성실히 수행하여야 한다. 여자는 지원에 의하여 현역에 한하여 복무할 수 있다”고 규정하는 한편, 병역의 종류를 현역, 예비역,

사례를 찾을 수 없고, 평등권 침해 주장에 대하여는 본안판단에까지 나아가 청구를 기각하는 것이 일반적이다.

32) 현대전이 고도의 과학기술과 정보를 요구하고 국민전체의 협력을 필요로 하는 이른바 총력전인 점에 비추어 단지 병역법에 의하여 군복무에 입하는 등의 직접적인 병력형성의무만을 가리키는 것이 아니라, 병역법, 향토예비군설치법, 민방위기본법, 비상대비자원관리법 등에 의한 간접적인 병력형성의무 및 병력형성이후 군작전명령에 복종하고 협력하여야 할 의무도 포함한다(헌재 1995. 12. 28. 91헌마80, 판례집 7-2, 851, 868).

보충역, 제1국민역 및 제2국민역으로 구분하고, 그 구분에 따라 각종의 복무(병역법 제15조 내지 제56조)를 수행하도록 규정하고 있다.

병역의무는 국가공동체의 존속을 위하여 불가피하게 부담하여야 하는 것으로 병역의무를 이행하는 기간 동안 의무자는 군인사법이나 그 하위법규인 군인복무규율이 정하는 바에 따라 여러 생활영역에서 다양한 기본권 즉 신체의 자유, 거주·이전의 자유, 직업선택의 자유, 사생활의 자유, 언론·출판·결사·집회의 자유, 학문과 예술의 자유, 재산권행사의 자유, 재판청구권, 교육의 권리, 근로의 권리 등을 제한받게 된다.

장교를 포함한 남성 단기복무군인은 병역법이나 군인사법에 정해진 의무기간만 복무한 후 사회로 복귀하여 다른 직업에 종사할 것이 예정되어 있는 반면 준사관을 포함한 장기복무군인들의 경우 비록 군인사법이 이들에 대하여도 의무복무기간을 정하고는 있으나, 10년의 의무기간을 복무하면 변호사로 개업할 수 있는 길이 열려 있는 장기군법무관 정도를 제외하면, 특별한 상황의 변동이 없는 한 평생직장으로 군을 선택한 사람들이므로, 이들 직업군인에 대하여는 군인의 특수성으로 인한 권리의 제한 외에는 일반 직업공무원에 상응하거나 그들에 우선하는 복지혜택 등의 국가의 보호의무가 요구된다 할 것이고, 이는 병역법이 정한 병역의무를 마치지 아니한 상태에서 직업군인을 선택한 경우라 하여 달리 볼 것은 아니라 할 것이다.

2) 제도개선의 단계적 실현에 관한 입법자의 재량

또한 헌법상 평등의 원칙은 국가가 언제, 어디에서 어떤 계층을 대상으로 하여 제도의 개선을 시작할 것인지를 선택하는 것을 방해하지 않는다. 말하자면 국가는 합리적인 기준에 따라 능력이 허용하는 범위 내에서 법적 가치의 상향적 구현을 위한 제도의 단계적인 개선을 추진할 수 있는 길을 선택할 수 있어야 한다. 그것이 허용되지 않는다면 모든 사항과 계층을 대상으로 하여 동시에 제도의 개선을 추진하는 예외적인 경우를 제외하고는 어떠한 제도의 개선도 평등의 원칙 때문에 그 시행이 불가능하다는 결과에 이르게 되어 불합리할 뿐만 아니라 평등의 원칙이 실현하고자 하는 가치에도 어긋나기 때문이다³³⁾

33) 헌재 1990. 6. 25. 90헌마107, 판례집 2, 178, 197; 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3,

앞에서 육아휴직제도의 연혁 항목에서 살펴본 바와 같이, 1987. 12. 4. 제정된 구 남녀고용평등법이 근로자의 육아휴직제도를 도입할 당시에는 근로 여성에 한하여 허용되었다가 이후 그 배우자인 남성근로자도 선택적으로 신청할 수 있도록 개정되었고, 2001. 8. 14. 법률 제6508호로 개정되면서는 모든 근로자로 그 대상을 확대하였으며, 국가공무원법이나 군인사법 역시 수혜 대상자의 폭을 넓히는 외에 대상 자녀의 연령을 상향조정하고, 휴직기간을 연장하는 등 점진적으로 그 적용의 범위를 넓혀 오고 있다. 이와 같이 입법자가 점진적 제도개선의 과정에서 육아휴직신청권이 갖는 근로자로서의 권리성, 제도의 전면적 실시에 따른 국가부담의 증가, 의무복무군인 사이의 형평성, 국방력의 유지 등 국가가 추구하는 다른 정책적 목표를 고려하여, 현 단계에서 육아휴직의 적용대상으로부터 의무복무 중인 단기장교를 제외한 것이 입법재량의 범위를 벗어났다고 볼 수 없다.

3) 기타 차별의 정당화 사유

육아휴직제도의 사회적 기능을 고려할 때 입법정책적으로만 본다면, 의무복무 여부에 관계없이 필요로 하는 모든 군인들에게 육아휴직을 허용하는 것이 바람직하다고 할 것이다. 그러나 군인사법은 앞서 본 바와 같이 장기복무장교, 준사관 및 장기복무하사관 등 직업군인의 사기를 높이고 고충을 해소하기 위하여 육아휴직 등 국가공무원법상의 청원휴직제도를 도입한 것이고, 국가는 육아휴직한 군인에 대하여 육아휴직수당을 지급하여야 하며, 육아휴직에 따른 결원을 보충하거나 업무대행자를 선정하여 그 수당을 지급하여야 하는 등 육아휴직과 관련하여 필연적으로 추가적인 인적·예산상의 부담이 발생하는데, 입법자는 위와 같은 제도의 도입목적, 수혜자의 상황, 국가 예산, 병역법상의 현역복무의무를 이행한다는 점에서는 마찬가지로 사병이나 단기복무부사관 등과의 형평성 등 제반사항을 고려하여 합당하다고 판단하는 수준에서 수혜대상자의 범위를 결정할 수 있다.

단기복무장교의 절대 다수를 차지하는 남성 단기복무장교 특히 청구인과 같은 단기군법무관은 그 성격상 일정한 기간 동안 적절한 숫자의 인력이 확보되어야만 그 본래적 기능을 다할 수 있다 할 것이고, 청구인의 주장과 같

이 육아휴직기간을 의무복무기간에 산입하지 않는다 하더라도 단기복무자의 의무복무기간 중 육아휴직에 의하여 상시적으로 공백이 발생할 수 있으므로 이를 보완하기 위해서는 추가적인 병력의 확보가 필요하게 되며, 의무복무라는 점에서 다를 바가 없는 단기복무장교, 단기복무부사관, 사병 사이의 형평성도 고려하여야 하는 점 등에 비추어 보면 이 사건 법률조항이 직업군인들에게 육아휴직을 허용하면서 남성 단기복무장교에게 이를 허용하지 않은 데에는 그 차별을 정당화할 합리적인 이유가 있다고 보아야 한다.

(2) 여성 단기복무장교와의 차별이 성별에 의한 차별인지 여부

헌법 제11조 제1항 후문은 헌법이 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준의 하나로 ‘성별’에 의한 차별을 명시하고 있다. 이 사건 법률조항은 그 문언상 육아휴직과 관련하여 단기복무군인 중 ‘여자군인’에게만 육아휴직을 허용할 수 있는 것으로 되어 있는바, 이것이 헌법이 금지하고 있는 성별에 의한 차별에 해당하는 것이 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다.

그러나, 이 사건 법률조항이 육아휴직과 관련하여 단기복무군인 중 남성과 여성을 차별하는 것은 성별에 근거한 차별이 아니라 의무복무군인과 직업군인이라는 복무형태에 따른 차별로 봄이 타당하다.

앞서 본 바와 같이 병역법은 남자에게만 병역의무를 부과하고 있고, 여성은 지원에 의하여 현역에 복무할 수 있을 뿐이므로, 병역의무를 이행하고 있는 남성 단기복무군인과 달리 장교를 포함한 여성 단기복무군인은 지원에 의하여 직업으로서 군인을 선택한 것으로 보아야 하기 때문이다.

비록 군인사법이 여성 단기복무장교나 부사관에 대한 의무복무기간(3년, 국군간호사관학교를 졸업하고 임용된 자의 경우는 6년)을 정하고는 있으나, 이들은 위 의무복무기간이 지나면 전역할 것을 예정하고 입대하는 것이 아니라 대부분 장기복무전형에 지원하거나 근무연장을 신청하는 등의 방법으로 실질적인 장기복무를 희망한다는 점에서 이들의 복무유형은 실질적으로는 장기복무장교의 그것과 유사하다고 할 수 있다.

뿐만 아니라, 이 사건 법률조항은 장기복무장교나 준사관, 장기복무부사관의 경우에는 남녀 구분 없이 육아휴직을 허용하고 있고, 연혁적으로 보더라도

도 군인사법이 육아휴직제도를 도입한 1999. 1. 29. 개정 당시 신설된 제48조 제3항은 육아휴직 대상자녀의 연령만 ‘1세 미만’으로 다를 뿐 육아휴직이 허용되는 대상 군인의 범위는 이 사건 법률조항과 동일하게 규정하였는데, 공무원의 인사에 관한 일반법으로서 군인사법이 육아휴직제도를 도입할 당시 모델이 되었던 구 국가공무원법(1994. 12. 22. 법률 제4829호로 개정된 것) 제71조 제2항 역시 육아휴직의 대상이 되는³⁴⁾ 직업공무원에 대하여 남녀 구분 없이 육아휴직을 허용하고 있었는데, 이는 군인사법이 직업공무원에게 부여되는 육아휴직의 혜택을 직업군인에게도 부여하기 위하여 도입한 것으로 봄이 상당하다.

또한 입법자가 육아휴직제도를 도입한 당시의 군인사법 개정이유에서 여성우대에 관한 언급은 없이 ‘장기복무장교, 준사관 및 장기복무하사관등’의 사기를 높이고 고충을 해소하기 위한 것이라고만 하고 있는데, 대상 군인에 관한 위 표현은 직업군인을 예시적으로 표현한 것으로 볼 수 있다는 점에 비추어 보아도 그러하다. 즉, 입법자가 이 사건 법률조항에서 ‘단기복무중인 여자군인’이라는 표현을 쓴 것은 단기복무군인 중 직업군인은 여성뿐이므로 이를 특정하기 위한 것이지 성별을 징표로 한 차별의 의도가 아님을 알 수 있다.

따라서, 여성 단기복무군인과의 차별은 다른 직업군인과의 차별과 마찬가지로 합리적 심사로 족하다 할 것이고³⁵⁾, 합리적인 차별인지 여부는 앞서 직업군인과의 차별 항목에서 검토한 내용이 그대로 적용된다 할 것이다³⁶⁾.

34) 당시 국가공무원법 제3조는 특수경력직공무원에 대하여는 ‘보수’ 및 ‘복무’의 규정을 제외한 나머지 규정들이 적용되지 않는다고 규정하고 있었다.

35) 다만, 법 제48조 제3항 단서는 여자군인이 육아, 임신, 출산을 이유로 휴직을 신청하는 경우 대통령령이 정하는 특별한 사정이 없는 한 휴직을 명하여야 한다고 하여 위 경우 임용권자의 휴직허가를 기속행위화 하고 있는데, 이는 국가공무원법 제71조 제2항에서 대통령령이 정하는 특별한 사정이 없는 한 휴직을 명하여야 하는 것으로 정하고 있는 ‘(남녀를 불문하고) 공무원이 자녀를 양육하기 위하여 필요하거나, 여자공무원이 임신 또는 출산하게 된 때’와 비교하면, 남자군인의 경우 위 단서 조항이 적용되지 않는 결과 대통령령이 정하는 특별한 사정이 아닌 사유 즉 본문에서 정하고 있는 사유로 육아휴직을 허용하지 않을 수도 있게 되므로, 그 한도 내에서 성별에 의한 차별이 문제될 수 있으나, 이 사건에서는 청구인이 이를 문제 삼고 있는 것은 아니므로, 이 점은 이 사건에서의 검토범위를 넘어서는 것으로 보인다.

36) 이와 달리 이 사건 법률조항이 단기복무군인 중 남성과 여성을 달리 취급하고 있

(3) 청구인의 기타 주장에 관하여

청구인은 남성 단기복무장교 가정의 경우 남편의 육아휴직이 허용되지 않음으로써 그 처가 자녀의 양육을 전담할 수밖에 없게 되어 자녀양육에 있어 부부를 차별하고 있다고 주장하나, 이는 헌법 제39조 제1항과 병역법 제3조에 의하여 헌역에 복무할 의무를 남성에게만 부여한 데 따른 결과이지 이 사건 법률조항에서 비롯되는 것이라 할 수 없다.

는 것을 성별에 근거한 차별로 볼 경우, 그 정당화 여부 및 평등심사에 적용될 심사기준에 관하여는 다음과 같은 입론을 상정할 수 있다. ① 제1설 : 여성을 우대하는 조치로서 헌법이 금지하는 성별에 의한 차별이 아니므로 합리성 심사로 족하다는 견해, ② 제2설 : 성별에 의한 차별에 해당되나, 헌법 제11조 제1항 제2문에 명시되어 있는 차별기준은 예시적인 것으로 다른 차별금지사유보다 더 엄격하게 금지되는 사유는 아니므로 합리성 심사로 족하다는 견해, ③ 제3설 : 성별에 의한 차별에 해당되나, 헌법의 다른 규정(헌법 제34조 제3항, 제36조 제2항)에 근거한 차별이므로 완화된 비례심사나 합리성 심사로 족하다는 견해, ④ 제4설 : 성별에 의한 차별에 해당될 뿐만 아니라 비례원칙에 의한 엄격한 심사기준이 적용되어야 한다는 견해 등이다.

생각건대, 헌법 제34조 제3항은 여성의 자유를 침해하는 남성우월적 관계를 뒷받침하는 법제가 거의 사라진 뒤에도 법조문상의 남녀평등조항만으로는 여성의 자유를 실질적으로 보장하기 어려운 사회적 구조가 남아 있는 영역에서 예외적으로 여성을 우대하는 조치를 정당화할 수 있는 헌법적 근거가 될 수 있을 뿐)인데, 이 사건에서 문제되는 육아휴직의 경우 이는 부모의 자녀에 대한 양육권 및 일·가정의 양립과 관련된 것으로 이를 여성에게만 허용하는 것이 실질적 남녀평등의 실현과 관련이 있다고 보기 어려울 뿐만 아니라 오히려 여성근로자의 일·가정 양립을 실질적으로 지원하기 위해서라도 남성에 대한 육아휴직이 동등하게 허용되어야 한다. 또한, 헌법 제36조 제2항이 국가의 모성보호의무를 규정하고 있으나, 그 구체화를 위하여 제정된 ‘남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률’ 제2조는 차별로 보지 않는 예외적인 경우로 모성보호를 위한 조치를 들면서 그 보호대상으로서의 모성의 범위를 ‘여성근로자의 임신·출산·수유 등’으로 정의하고 있고, 여성발전기본법 제18조는 ‘모성보호의 강화’라는 제목 아래 제1항에서 ‘국가·지방자치단체 또는 사업주는 여성의 임신·출산 및 수유기간 동안에 이들을 특별히 보호’할 의무가 있음을 규정하고 있는바, 위 규정들에 의하면, 이 사건 법률조항이 육아휴직 대상자녀로 정하고 있는 3세 미만의 자녀 중 수유기를 지난 영유아의 양육은 모성보호의 대상에 포함된다고 보기도 어렵다. 따라서, 육아휴직과 관련하여 남성을 그 대상에서 제외하는 것이 정당화되기 위해서는 비례원칙이라는 엄격한 심사기준을 통과하여야 할 것이고, 그 경우 남녀의 생리적 차이 외에 기능적 차이를 이유로 하여 결과적으로 여성을 우대하는 남녀차별을 원칙적으로 허용하지 않는 독일 연방헌법재판소의 입장(‘가사일 결정’(BVerfGE 57, 369, 376), ‘여성근로자의 야간작업금지 결정’(BVerfGE 85, 191, 207))에 비추어 볼 때 그 장벽을 넘기에는 상당한 난점이 있을 것으로 보인다.

공무원과의 차별 주장 역시 직업인으로서의 공무원과 병역법상의 병역의무를 이행하고 있는 단기복무장교를 달리 취급하는 것은 앞서 직업군인과의 비교 항목에서 본 바와 같은 논거로 차별취급에 대한 합리성을 인정할 수 있다.

6. 반대의견의 취지

가. 양육권 침해 여부

반대의견은 우선 육아휴직신청권이 단순한 법률상의 권리에 불과하다고 본 법정의견과 견해를 달리한다. 즉 민간분야에서는 ‘남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률’에서, 공직분야에서는 국가공무원법 및 지방공무원법에서, 그리고 군(軍)분야에서는 군인사법에서 육아휴직신청권을 부여함으로써 이미 육아휴직신청권은 우리 사회 전 분야에서 양육권의 보호영역에 포섭되어 헌법상 보장된 기본권으로서의 지위를 획득하였다고 보는 것이다.

나아가 사회권적 기본권에 의하여 그 권리주체에게 확정적으로 보장되는 것은 최소한의 것에 국한될 수밖에 없다는 점을 수긍하면서도, 자녀의 출산과 양육이 부모나 국가공동체에 가지는 의미에 비추어 입법자에게 병역의무와 양육의무를 조화적으로 이행할 수 있는 방안을 모색할 책임이 있음을 전제로, 이 사건 법률조항은 예외적으로 육아휴직을 긴절히 필요로 하는 남성 단기복무장교에게 육아휴직의 신청조차 할 수 없도록 함으로써 이들이 자녀에 대한 양육의무를 이행할 기회를 원천봉쇄하고 있다는 점에서 사회권적 기본권으로서의 양육권의 보장을 위하여 국가가 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 다하였다고 볼 수 없다는 판단에 이르고 있다.

나. 평등권 침해 여부

반대의견은 평등권 침해 여부에 관해서도, 의무복무군인과 직업군인이라는 차이가 육아휴직의 허용 여부를 가르는 본질적인 징표가 될 수 없다고 보고 있다. 즉, 계급에 의하여 지휘·통솔되는 군 조직의 특성상 동일한 계급의 군인에 대하여는 동일한 처우가 이루어져야 한다는 전제에서 복무기간의 장단이나 복무의 성격을 기준으로 육아휴직 허용 여부를 달리 취급하는

것은 합리적인 이유가 없는 자의적인 차별이라는 것이다.

7. 대상결정의 의의

대상결정이 갖는 의의는 다음과 같이 요약할 수 있다.

첫째, 헌법재판소 선례에서 총체적으로 규명된 바 없는 양육권의 기본권으로서의 양면성, 즉 자유권적 기본권성과 사회권적 기본권성을 겸유한다는 점을 명백히 하였다.

둘째, 육아휴직(신청)권의 법적 성격에 관하여 그 헌법적 근거를 사회적 기본권으로서의 양육권에서 찾을 수 있다 하더라도 이는 입법자가 법률로 구체화할 때 비로소 형성되는 법률상의 권리라는 점을 명시하였다.

셋째, 종전 선례에 따라 사회권적 기본권의 침해 여부에 대한 심사기준으로 ‘최소한 보장의 원칙’이 적용됨을 재차 확인하였다.

넷째, 이 사건 법률조항의 법문상 단기복무군인 중 남성과 여성을 달리 취급하고 있어 성별에 근거한 차별로 볼 소지가 있으나, 그 실질은 직업군인과 의무복무군인을 달리 취급한 것이라는 점을 규명하여 엄격심사기준을 적용하지 않고 합리성 심사에 의하였다.

소득세법 제165조 제1항 등 위헌확인 등

- 의료기관의 진료정보 제출과 개인정보보호 -

(헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1401·1409(병합), 판례집 20-2상, 1115)

노희범*

【판시사항】

1. 연말정산 간소화를 위하여 의료기관에게 환자들의 의료비 내역에 관한 정보를 국세청에 제출하는 의무를 부과하고 있는 소득세법 제165조 제1항 중 「조세특례제한법」을 제외한 부분과, 소득세법 제165조 제4항, 소득세법 시행령 제216조의3 제1항 제3호 본문, 제2항(이하 ‘이 사건 법령조항’이라 한다)이 의사인 청구인들의 양심의 자유를 침해하는지 여부(소극)
2. 이 사건 법령조항이 의사인 청구인들의 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)
3. 이 사건 법령조항이 의사인 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부(소극)
4. 이 사건 법령조항이 환자인 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 자신이 진찰하고 치료한 환자에 관한 사생활과 정신적·신체적 비밀을 유지하고 보존하는 것은 의사의 근원적이고 보편적인 윤리이자 도덕이고, 환자와의 묵시적 약속이라고 할 것이다. 만일 의사가 환자의 신병(身病)에 관

* 헌법연구관

한 사실을 자신의 의사에 반하여 외부에 알려야 한다면, 이는 의사로서의 윤리적·도덕적 가치에 반하는 것으로서 심한 양심적 갈등을 겪을 수밖에 없을 것이다. 소득공제증빙서류 제출의무자인 의료기관인 의사로서는 과세자료를 제출하지 않을 경우 국세청으로부터 행정지도와 함께 세무조사와 같은 불이익을 받을 수 있다는 심리적 강박감을 가지게 되는데, 결국 이 사건 법령조항에 대하여는 의무불이행에 대하여 간접적이고 사실적인 강제수단이 존재하므로 법적 강제수단의 존부와 관계없이 의사인 청구인들의 양심의 자유를 제한한다.

그러나 이 사건 법령조항은 근로소득자들의 연말정산 간소화라는 공익을 달성하기 위하여 그에 필요한 의료비내역을 국세청장에게 제출하도록 하는 것으로서, 그 목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정된다. 또 이 사건 법령조항에 의하여 국세청장에게 제출되는 내용은, 환자의 민감한 정보가 아니고, 과세관청이 소득세 공제액을 산정하기 위한 필요최소한의 내용이며, 이 사건 법령조항으로 얻게 되는 납세자의 편의와 사회적 제비용의 절감을 위한 연말정산 간소화라는 공익이 이로 인하여 제한되는 의사들의 양심실현의 자유에 비하여 결코 적다고 할 수 없으므로, 이 사건 법령조항은 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성도 충족하고 있다. 따라서 이 사건 법령조항은 헌법에 위반되지 아니한다.

2. 환자의 의료비지급내역인 성명, 주민등록번호, 지급금액 및 지급일자는 독립된 경제적 가치를 가진다거나 상당한 노력에 의하여 비밀로 취급되는 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보라고 보기 어렵고, 의료비 내역 제출의무가 의료영업을 수행하는 청구인들에게 업무상 부담을 주는 것도 아니어서 이 사건 법령조항이 의사 내지 의료기관의 직업수행의 자유를 제한하는 것이라고 볼 수 없다.

3. 근로소득자에게 소득공제를 할 것인지, 한다면 어떤 지출항목을 공제대상으로 할 것인지, 소득공제를 위한 증빙의 방법을 어떻게 할 것인지 등은 입법자의 재량범위에 속하고, 타당하고 합리적인 이유로 청구인들과 같은 의료기관인 의사에게 의료비 관련 소득공제자료제출의무를 부과한 것이므로 이 사건 법령조항이 의사인 청구인들을 합리적 근거 없이 차별함으로써 헌

법상 평등원칙을 위반하였다고 할 수 없다.

4. 근로소득자인 청구인들의 진료정보가 본인들의 동의 없이 국세청 등으로 제출·전송·보관되는 것은 위 청구인들의 개인정보자기결정권을 제한하는 것이지만, 이 사건 법령조항은 의료비 특별공제를 받고자 하는 근로소득자의 연말정산을 위한 소득공제증빙자료 제출의 불편을 해소하는 동시에 이에 따른 근로자와 사업자의 시간적·경제적 비용을 절감하고 부당한 소득공제를 방지하려는 데 그 목적이 있고, 위 목적을 달성하기 위하여, 연말정산에 필요한 항목 등을 제출대상으로 삼고 있으므로, 그 방법의 적절성 또한 인정된다.

또 소득공제증빙서류를 발급받는 자는 본인의 의료비내역과 관련된 자료의 제출을 자료집중기관이 국세청장에게 소득공제증빙서류를 제출하기 전까지 거부할 수 있도록 하고, 근로소득자 내지 부양가족 본인만이 자료를 조회하고 출력할 수 있도록 하는 등 이 사건 자료제출제도가 개인의 자기정보결정권에 대한 제한이 최소화되도록 제반 장치를 갖추어 개인의 자기정보결정권이 필요최소한 범위 내에서 제한되도록 피해최소성의 원칙을 충족하고 있으며, 이 사건 법령조항에 의하여 얻게 되는 공익이 이로 인하여 제한되는 개인정보자기결정권인 사익보다 커서 법익의 균형성을 갖추었다고 할 것이므로 이 사건 법령조항이 헌법상 과잉금지 원칙에 위배하여 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해하였다고 볼 수 없다.

재판관 이강국, 재판관 조대현, 재판관 이동흡의 별개의견

1. 양심이란 인간의 윤리적·도덕적 내심영역의 문제로서, 헌법이 보호하려는 양심은 어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 아니하고는 자신의 인격적인 존재가치가 허물어지고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리이지, 막연하고 추상적인 개념으로서의 양심이 아니다.

2. 이 사건 법령조항은 의사인 청구인들에 대하여 수진자의 병명 등 구체적 진료정보가 아닌 수진자의 의료비 지급내역이라는 객관적 사실에 관한 자료를 제출할 의무를 부과하고 있을 뿐이므로, 그 소득공제증빙서류의 제출 여부에 대한 결정에 의사 개인의 세계관, 인생관, 주의, 신조 등이나 내심에

있어서의 윤리적·가치적 판단이 개입된다고 보기는 어렵다. 나아가 설사 의사 개개인의 주관에 따라서는 소득공제증빙서류의 제출 여부에 관한 내심의 결정에 어느 정도의 윤리적, 가치적 판단이 개입될 여지는 있다고 하더라도, 이를 헌법상 양심의 자유의 보호영역에 속하는 개인의 인격형성에 관련된 진지한 윤리적 결정, 즉 ‘어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 아니하고는 자신의 인격적인 존재가치가 허물어지고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리’에 해당한다고 볼 수는 없다.

3. 따라서 의사인 청구인들이 이 사건 법령조항에 따라 소득공제증빙서류를 제출하는 것은 헌법 제19조에서 보장되는 양심의 자유의 보호영역에 포함되지 아니한다고 할 것이므로, 소득공제증빙서류 제출 의무를 규정한 이 사건 법령조항은 의사인 청구인들의 양심의 자유를 침해할 가능성도 없다.

재판관 김종대의 반대의견(각하의견)

이 사건 법령조항은 그 규정 자체만으로 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈 등 기본권 침해와 관련한 구체적인 내용을 포함하고 있지 아니하므로 청구인들이 이 사건 법령조항자체에 의하여 직접 기본권 침해를 받는다. 청구인들의 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하다.

【심판대상】

□ 소득세법(2005. 12. 31. 법률 제7837호로 개정된 것) 제165조(소득공제증빙서류의 제출 및 행정지도) ① 이 법 또는 「조세특례제한법」의 규정에 따른 소득공제 중 대통령령이 정하는 소득공제를 받기 위하여 필요한 증빙서류(이하 “소득공제증빙서류”라 한다)를 발급하는 자는 정보통신망의 활용 등 대통령령이 정하는 바에 따라 국세청장에게 소득공제증빙서류를 제출하여야 한다. 다만, 소득공제증빙서류를 발급받는 자가 서류의 제출을 거부하는 등 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 국세청장은 소득공제증빙서류를 발급하는 자에 대하여 소득공제증빙서류를 국세청장에게 제출하도록 지도할 수 있다.

□ 소득세법 시행령(2006. 2. 9. 대통령령 제19327호로 개정된 것) 제216조의3(소득공제 증빙서류의 제출 및 행정지도) ① 법 제165조 제1항에서 “대통령령이 정하는 소득공제”라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 지급액에 대한 소득공제를 말한다.

3. 법 제52조 제1항 제3호의 규정에 따른 의료비. 다만, 제110조 제1항 제3호 내지 제5호의 의료비를 제외한다.

② 법 제165조 제1항의 규정에 따른 소득공제증빙서류를 발급하는 자는 국세청장이 정하는 바에 따라 별표 4에서 규정하는 기관(이하 이 조에서 “자료집중기관”이라 한다)에 소득공제증빙자료를 제출하여야 한다.

【해설】

1. 법적 강제수단과 기본권 침해 가능성

법령조항에 대한 헌법소원심판을 청구하기 위해서는 법령이 기본권을 침해할 가능성 즉, 청구인들의 자유를 제한하거나, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 있어야 한다(헌재 2006. 6. 29. 2005헌마555, 판례집 18-1하, 376). 그런데 이 사건 법령조항은 의료기관등에게 소득공제증빙서류 제출이라는 의무를 부과하면서도 그 불이행에 대하여 아무런 형사상 또는 행정상의 제재(制裁)수단을 두고 있지 않아 과연 위 법령조항이 청구인들의 기본권을 침해할 가능성이 있는지 여부가 문제되었다.

이에 대해서는 헌법재판소는 금지 또는 의무규범을 강제할 명시적이고 직접적인 강제수단이 없더라도 ‘간접적 내지 사실적인 강제수단’이 존재한다면 그러한 법령은 구속력있는 규범으로서 국민의 기본권을 제한하거나 침해할 가능성이 있다고 판단하였다.

즉, “형벌, 행정처분 등 금지위반 또는 의무불이행에 대한 제재는 금지 또는 의무규범의 실효성을 확보하기 위한 수단일 뿐이므로, 이러한 제재수단이 없다고 하여 그 법규범을 선언적이거나 권고적인 규정이라고 단정할 것은 아니다. 법규범의 성격이 행위의 금지 또는 의무이행을 요구하는 것이고, 그 금지 또는 이행을 강제할 간접적이고 사실적인 수단이 존재하는 경우에는 위 법규범은 구속력있는 규범으로서 국민의 기본권을 제한하거나 침해할 가

능성이 있다고 볼 것이다”라고 하였다.

헌법재판소는 소득공제증빙서류가 넓은 의미에서 국세기본법 제85조 제1항의 과세자료에 해당한다는 전제하에 소득공제서류의 제출에 대하여 국세청장이 행정지도를 할 수 있고, 청구인들이 행정지도에 응하지 않을 경우 국세청장은 세무조사 등 행정권(권력적 사실행위)을 행사할 수 있다는 점에서 서류제출의무 불이행에 대하여 간접적이고 사실적인 강제수단이 존재하는 것이고, 결국 이 사건 법령조항은 청구인들의 기본권을 제한 또는 침해할 가능성이 있다고 판단한 것이다.

2. 헌법상 양심의 자유의 보호범위

(1) 쟁점

헌법재판소는 이 사건 결정에서 헌법 제19조의 양심의 자유의 보호범위에 대해서 ‘윤리적 내심 영역뿐만 아니라 가치관, 세계관, 주의, 신조 등 사상을 포함’하는 것임을 분명히 함으로써 양심의 자유의 보호범위를 넓게 인정하였다. 또한 양심의 자유가 침해되기 위해서는 양심상의 결정에 반하는 행위를 강제하는 간접적이고 사실적인 강제수단이 존재하면 족하다고 하여 종래 판례와는 다른 새로운 법리를 실시하였다.

헌법 제19조는 ‘모든 국민은 양심의 자유를 가진다’고 규정하여 양심의 자유를 보장하고 있다. 양심의 자유의 해석과 관련하여 양심의 자유의 보호범위는 어디까지인지 및 양심의 자유가 침해되면 실정법 위반에 대한 처벌 또는 법적 불이익의 부과 등 법적 강제가 있어야만 하는지에 대해서 견해 대립이 있다.

일찍이 헌법재판소는 준법서약제 사건에서 “양심의 자유가 침해되었는지의 여부를 판단하기 위하여는 먼저 양심의 자유의 헌법적 보호범위를 명확히 하여야 하는바, 이를 위해서는 양심에 따른 어느 행위(또는 불행위)가 실정법의 요구와 서로 충돌할 때 과연 어떤 요건하에 어느 정도 보호하여야 하는가의 측면에서 고찰되어야 한다. 이렇게 볼 때 헌법상 그 침해로부터 보호되는 양심은, 첫째, 문제된 당해 실정법의 내용이 양심의 영역과 관련되는 사항을 규율하는 것이어야 하고, 둘째, 이에 위반하는 경우 이행강제, 처벌

또는 법적 불이익의 부과 등 법적 강제가 따라야 하며, 셋째, 그 위반이 양심상의 명령에 따른 것이어야 한다(헌재 2002. 4. 25, 98헌마425, 판례집 14-1, 351, 363)”고 양심의 자유의 침해의 요건을 판시하였다.¹⁾

위 결정에 따르면, 이 사건에서 문제된 의료비 내역제출의무가 헌법상 양심의 자유의 보호범위에 해당하는지, 제출의무 위반에 대하여 처벌 기타 법적 강제가 없는 이 사안에서 과연 양심의 자유를 침해하는 것인지 의문시되었다. 위 결정 태도를 견지한다면 이 사건 자료제출의무는 아예 양심의 자유의 보호범위에 해당하지 않거나, 양심 영역에 해당한다고 하더라도 양심의 자유 침해 문제가 생기지 않는다고 볼 수 있다.

(2) 양심의 자유의 보호영역

양심의 개념에 관하여 학설은 ①윤리적 측면의 내심에 한정하는 견해와 ②윤리적 측면뿐만 아니라 세계관, 인생관, 주의(主義), 신조 등 ‘사상’을 포함하는 넓은 의미로 해석하는 견해로 나뉘어 있다. 헌법재판소는 ‘양심’의 개념에 대하여 일관된 입장을 보여주지 못했다. 초기에는 개인의 윤리적 판단과 사상(세계관, 인생관, 주의 등)을 포함하는 넓은 의미로 해석했다. 그러나 근래에는 ‘개인의 절박하고 구체적인 윤리적 결정’으로 좁게 해석하는 듯한 태도를 보였다.

(판례)양심의 개념(사죄광고)

양심이란 세계관·인생관·주의·신조 등은 물론, 이에 이르지 아니하여도 보다 널리 개인의 인격형성에 관계되는 내심에 있어서의 가치적·윤리적 판단도 포함된다고 볼 것이다(헌재 1991. 4. 1. 89헌마160, 판례집 3, 149, 153).

1) 이에 대하여 2분의 재판관(재판관 김효중, 재판관 주선희)은 다음과 같은 소수의견을 제시하였다.

『다수의견은 양심의 자유의 보호범위를 첫째, 둘째, 셋째로 나누어 개념적으로 규정하고 있는바, 판례가 아직 집적되어 있지 않음에도 그러한 연역적 개념위주로 형식적 판단을 하는 것은 양심의 자유의 보호영역을 넓히기보다는 이를 제약하는 데 사용될 수 있다는 점에 문제점이 있다』(헌재 2002. 4.25. 98헌마425, 판례집 14-1, 351, 353-353)

(판례)양심의 개념(범위반 사실의 공포)

보호되어야 할 양심에는 세계관·인생관·주의·신조 등은 물론, 이에 이르지 아니하여도 보다 널리 개인의 인격형성에 관계되는 내심에 있어서의 가치적·윤리적 판단도 포함될 수 있다. 그러나 단순한 사실관계의 확인과 같이 가치적·윤리적 판단이 개입될 여지가 없는 경우는 물론, 법률해석에 관하여 여러 견해가 갈리는 경우처럼 다소의 가치관련성을 가진다고 하더라도 개인의 인격 형성과는 관계가 없는 사사로운 사유나 의견 등은 그 보호 대상이 아니라고 할 것이다(헌재 2002. 1. 31. 2001헌바43, 판례집 14-1, 49, 56).

(판례)양심의 개념과 진지성(음주측정)

양심이란 인간의 윤리적·도덕적 내심영역의 문제이고, 헌법이 보호하려는 양심은 어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 아니하고는 자신의 인격적인 존재가치가 허물어지고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리이지, 막연하고 추상적인 개념으로서의 양심이 아니다. 음주측정에 응해야 할 것인지, 거부해야 할 것인지 그 상황에서 고민에 빠질 수는 있겠으나 그러한 고민은 선(善)과 악(惡)의 범주에 관한 진지한 윤리적 결정을 위한 고민이라 할 수 없으므로 그 고민 끝에 어쩔 수 없이 음주측정에 응하였다 하여 내면적으로 구축된 인간양심이 왜곡·굴절된다고 할 수도 없다. 따라서 음주측정요구와 그 거부하는 양심의 자유의 보호영역에 포괄되지 아니하므로 이 사건 법률조항을 두고 헌법 제19조에서 보장하는 양심의 자유를 침해하는 것이라고 할 수 없다(헌재 1997. 3. 27. 96헌가11, 판례집 9-1, 245, 264).

(판례)양심의 개념과 절박성, 구체성(준법서약)

(다수의견)

헌법이 보호하고자 하는 양심은 어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 않고는 자신의 인격적 존재가치가 파멸되고 말 것이라는

강력하고 진지한 마음의 소리로서의 절박하고 구체적인 양심을 말한다. 따라서 막연하고 추상적인 개념으로서의 양심이 아니다(헌재 1997. 3. 27. 96헌가11, 판례집 9-1, 245, 263)

(재판관 권성의 보충의견)

종교의 자유, 사상의 자유 및 일반적인 행동의 자유 등과 중첩되지 않는 양심의 자유의 고유한 영역을 양심의 자유의 본래적 영역이라고 할 때에 이 본래적 영역에서 기능하는 양심이라는 것은 선악(善惡)을 인식, 판단하여 선(善)을 지향하는 인간의 천부적 심성을 가리킨다. 바꾸어 말하면 이것은 윤리적 문제에 관하여 선악을 인식·판단하고 선을 선택·결단하는 인간의 본성을 의미한다. 따라서 학문과 예술의 문제에 대하여 판단하고 선택하는 정신적 작용은 양심의 문제가 아니며 마찬가지로 윤리적 선악의 문제와 직접 연결되지 않는 정치적 사상과 신조 및 종교상의 교리와 원칙 등에 관한 정신적 작용도 양심의 문제는 아닌 것이다.

(재판관 김효중, 주선회의 반대의견)

우리 헌법이 보장하고 있는 양심의 자유에서의 양심은 단순한 윤리적 선악 판단보다도 더 넓은 보호범위를 지니며, 세계관·주의·신조 등까지 포함되고 있으며 이 점은 중요한 의미를 지닌다. 그러한 관점에서 헌법재판소는 사죄광고가 양심의 자유의 보호영역 내의 문제라고 보았던 것이다(위 89헌마160 결정). 이렇게 우리 재판소가 양심의 자유의 보호범위를 넓게 인정하는 것은 우리 헌법이 사상 혹은 이데올로기의 자유에 관한 보호규정을 두고 있지 않은 점을 감안하고, 민주주의의 정신적 기초로서의 양심의 자유의 중요성에 비추어 이를 폭넓게 인정하겠다는 취지이므로 타당한 판리라 아니할 수 없다. 그런데 이 사건의 다수의견은 이러한 우리 재판소의 위 선풍을 고려하지 않고 오히려 양심의 범위를 도덕적 양심에 국한시키고 있다. 즉 개인의 윤리적 정체성에 관한 절박하고 구체적인 양심에 한정시키면서 이 사건을 판단하고 있다. 이는 명백히 종래의 판례취지를 축소 내지 변경하는 것이라고 할 수 밖에 없다(헌재 2002. 4. 25. 98헌마425등, 판례집 14-1, 351,

363-373)

(판례) 양심의 개념(양심적 병역거부)

‘양심상의 결정’이란 선과 악의 기준에 따른 모든 진지한 윤리적 결정으로서 구체적인 상황에서 개인이 이러한 결정을 자신을 구속하고 무조건적으로 따라야 하는 것으로 받아들이기 때문에 양심상의 심각한 갈등이 없이는 그에 반하여 행동할 수 없는 것을 말한다.(… 중략 …) 양심의 자유에서 현실적으로 문제가 되는 것은 사회적 다수의 양심이 아니라, 국가의 법질서나 사회의 도덕률에서 벗어나려는 소수의 양심이다. 따라서 양심상의 결정이 어떠한 종교관·세계관·또는 그 외의 가치체계에 기초하고 있는가와 관계없이, 모든 내용의 양심상의 결정이 양심의 자유에 의하여 보장된다(헌재 2004. 8. 26. 2002헌가1, 판례집 16-2 상, 141, 151)

이처럼 헌법재판소가 양심의 헌법적 의미에 관하여 초기에는 개인의 내심의 윤리적 판단과 사상(세계관, 인생관, 주의 등)을 포함하는 넓은 의미로 해석하다가, 근래에는 ‘개인의 절박하고 구체적인 윤리적 결정’으로 좁게 해석한 것은 독일 연방헌법재판소의 판례의 영향을 받은 것으로 보인다.²⁾ 독일의 경우 기본법 제2조 제1항의 일반적 행동의 자유가 원칙적으로 개별 기본권의 보호대상이 되는 모든 행위를 보호하고 있기 때문에 굳이 사상의 자유를 양심의 자유의 보호영역으로 둘 필요가 없기 때문이다.

양심의 자유와 사상의 자유를 따로 규정하고 있지 아니한 우리 헌법하에서 제19조의 양심의 개념을 ‘선과 악에 관한 개인의 절박하고 구체적인 윤리적 결정에 관한 사항’으로 한정할 것은 아니라 세계관·인생관·주의·신조 등을 포함한 사상(思想)을 포함하는 모든 윤리적 결정에 관한 사항으로 보는 것이 타당하다는 견해가 더 설득적이다. 양심은 윤리적인 내용이 중심을 이루는 데 비해 사상은 윤리적 측면만이 아니라 논리적 측면을 포함한다. 그러나 양심과 사상의 의미 내지 차이를 명확히 구분하기는 어렵다. 인간의 정신 활동은 서로 연관되어 있기 때문이다. 헌법의 양심의 자유는 윤리적 판단을

2) BVerfGE 12, 45-55; 48, 127, 173

보장하는 것이지만, 반드시 윤리적 결정에 해당하지 않는다고 하더라도 추상적인 사상, 가치체계를 소지할 자유 역시 양심의 자유에 포함된다고 보는 것이 기본권의 최대보장 원칙에도 부합하는 측면이 있다.³⁾

근래의 판례가 양심의 개념을 내심의 윤리적 결정에 관한 사항 중에서도 개인의 절박하고 구체적인 윤리적 결정으로 더욱 좁게 한정하는 것은(그렇게 보지 않으면 법질서에 반하는 개인의 단순한 사건 내지 사유까지도 모두 양심에 해당하기 때문이라고 주장된다) 양심의 개념의 문제와 양심의 자유의 제한의 문제를 혼동한 때문이라고 보는 분석이 있다. 이러한 분석에 따르면, 음주측정이나 양심적 병역거부의 문제에서 ‘진지’하고 ‘절박’하고 ‘구체적’이나 여부를 양심의 개념과 관련하여 실시하고 있지만, 이는 양심의 개념에 해당하느냐 여부의 문제가 아니라 양심의 자유를 어느 정도 제한하느냐는 보호 정도의 문제에 관한 것으로 보아야 한다는 것이다. 같은 취지에서 준법서약을 하지 않으면 가석방 대상에서 배제하는 준법서약서 제도도 양심의 자유를 제한하는 것이다. 그러나 헌법재판소는 이것을 양심 영역의 문제가 아니라고 보았다.

이 사건 의료비 내역의 성격과 헌법상 양심의 개념을 어떻게 이해하는가에 따라서 양심의 자유의 보호범위에 포함되는지는 달라질 수 있다. 이 사건 증빙서류제출을 ‘옳고 그름에 대한 절박하고 구체적인 윤리적 결정에 관한 사항’이라거나, 그 정도에 이르지 않더라도 윤리적 판단에 관한 것으로 보면, 양심의 자유의 보호범위에 포함되게 된다. 그러나 이 사건 자료제출의무를 가치적·윤리적 판단이 개입되지 않는 단순한 소득공제 요건사실의 확인에 불과한 것으로 보면, 양심의 개념에 관한 어느 견해에 의하더라도 양심의 자유에 대한 제한으로 보기는 어렵다.

그런데 이 사건에서 헌법재판소는 우리 헌법상의 양심의 개념, 즉 그 보호범위를 명백히 했다. 즉, 양심의 개념을 넓게 해석하는 기초위에 이 사건 자료제출의무를 양심의 자유의 보호범위에 해당하는 것으로 보았다(다수의견). 진료내역은 환자의 신체적·정신적 결함을 평가하는 요소일 뿐만 아니

3) 일본 헌법은 “사상과 양심의 자유를 침해하여서는 안 된다”(제19조)고 규정하여 사상과 양심을 별개로 명시하고 있는데, 통설과 판례는 양자를 구별하지 않고 있다.

라 사회적·경제적 평가의 판단기준이 되는 사생활의 핵심을 이루는 비밀이라는 점, 의사는 환자의 비밀을 유지할 의무가 있다는 점을 중요한 판단이유로 삼았다. 그 결과 진료비내역을 제출하도록 강제하는 것은 환자와 특별한 관계에 있는 의사로 하여금 진지한 윤리적 결정에 반하는 행동을 강제하는 것으로서 헌법 제19조가 보장하는 양심의 자유의 보호범위에 포함된다고 판단하였다.⁴⁾

다만, 다수의견은 이 사건 법령조항에 의하여 국세청장에게 제출되는 내용은, 환자의 구체적인 병명이나 진료내역과 같은 인격과 사생활의 핵심적인 부분을 이루는 민감한 정보가 아니고, 단지 수진자의 성명, 주민등록번호와 진료비 지급금액 및 지급일자로서 과세관청이 소득세 공제액을 산정하기 위한 필요최소한의 내용이며 수집된 자료가 국가기관이나 일반인에게 열람 내지 공개되는 것이 아니라는 등에 비추어 연말정산 간소화라는 공익이 이로 인하여 제한되는 의사들의 양심실현의 자유보다 크다고 보아 헌법에 위반되는 것은 아니라고 판단한 것이다.

한편, 이에 대하여 소수의견은 내심의 결정에 근거한 인간의 모든 행위가 헌법상 양심의 자유의 보호영역에 당연히 포함되는 것은 아니고, ‘어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 아니하고는 자신의 인격적인 존재가치가 허물어지고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리’에 해당하여야만 헌법상 양심의 자유의 보호영역에 포함된다는 양심의 자유의 보호범위를 제한적으로 해석하는 종래 판례에 따라 이 사건 자료제출의무는 진지하고 구체적인 내심의 윤리적 영역에 해당하는 것이 아니어서 양심의 자유의 보호범위에 해당하지 않는다고 보았다.

(3) 직접적인 강제 수단의 존부

양심의 자유가 침해되기 위해서 양심에 반하는 행위를 명하고 그 위반에

4) 위 법정의견은 종래 판례들을 인식하고 관시한 것으로 양심의 자유의 보호범위 내지 양심의 개념에 대해 종래 판례를 변경한 것으로 볼 수 있다. 다만, 판례변경 이유를 따로 실시하지는 않았는데, 이는 헌법재판소가 종래 주문을 변경하는 경우에만 판례 이유를 실시하고 결정이유의 법리를 변경하는 경우에는 별도의 판례변경 이유를 실시하지 않는 관행에 따른 것으로 볼 수 있다.

대하여 이행을 강제하거나 처벌 또는 법적 불이익과 같은 법적 강제수단이 반드시 존재하여야만 한다는 견해가 있다. 이 견해에 따르면, 이 사건 조항은 양심의 자유를 제한한다고 볼 수 없다. 왜냐하면 서류제출의무를 이행하지 않더라도 이행강제, 처벌 또는 법적 불이익의 부과와 같은 명시적이고 직접적인 법적 강제수단이 존재하지 않기 때문이다.

우리 재판소는 준법서약서제 사건에서 헌법상 양심의 자유가 침해되려면 실정법이 양심상 결정에 반하는 행위를 강제하고 이를 위반하는 경우 그 이행을 강제하거나 처벌 또는 법적 불이익과 같은 법적 강제수단이 존재해야 하고 그렇지 않으면 양심의 자유를 제한하지 않는다고 보았다.

(판례) 양심에 반하는 행위와 법적 강제수단(준법서약제)

양심의 자유는 내심에서 우리나라는 윤리적 확신과 이에 반하는 외부적 법질서의 요구가 서로 회피할 수 없는 상태로 충돌할 때에만 침해될 수 있다. 그러므로 당해 실정법이 특정의 행위를 금지하거나 명령하는 것이 아니라 단지 특별한 혜택을 부여하거나 권고 내지 허용하고 있는 데에 불과하다면, 수범자는 수혜를 스스로 포기하거나 권고를 거부함으로써 법질서와 충돌하지 아니한 채 자신의 양심을 유지, 보존할 수 있으므로 양심의 자유에 대한 침해가 된다고 할 수 없다. 따라서 양심의 자유를 침해하는 정도의 외부적 법질서의 요구가 있다고 할 수 있기 위해서는 법적 의무의 부과와 위반시 이행강제, 처벌 또는 법적 불이익의 부과 등 방법에 의하여 강제력이 있을 것임을 요한다. 여기서 법적 불이익의 부과라고 함은 권리침해의 정도에는 이르지 아니하더라도 기존의 법적 지위를 박탈하거나 법적 상태를 악화시키는 등 적어도 현재의 법적 지위나 상태를 장래에 있어 불안하게 변모시키는 것을 의미한다.⁵⁾

5) 위 판시에 이어지는 결정내용은 다음과 같다.

『이 사건의 경우, 이 사건 규칙조항에 의하여 준법서약서의 제출이 반드시 법적으로 강제되어 있는 것이 아니다. 당해 수형자는 가석방심사위원회의 판단에 따라 준법서약서의 제출을 요구받았다고 하더라도 자신의 의사에 의하여 준법서약서의 제출을 거부할 수 있다. 또 이를 거부하더라도 가석방심사위원회는 당해 수형자에게 준법서약서의 제출을 강제할 아무런 법적 권한이 없다. 또한 가석방이 그 법적 성격상 수형자의 개별적 요청이나 희망에 따라 행하여지는 것이 아니라 행정기관의

그러나 위 판례에 대해서는 양심의 자유에 대한 침해는 법적 강제 수단의 존부에 절대적으로 의존하는 것은 아니라는 비판이 있다. 양심의 자유는 본래 존엄한 인격체인 인간의 정신활동의 자유를 보장하려는 데 있다.⁶⁾ 따라서 인간 내심과 다른 내용을 강요하는 일체의 실정법 규정은 인간의 정신활동의 자유를 제한하는 것이고, 인격의 자유로운 형성과 발전을 방해한다. 다만, 외부적 범질서의 요구가 단지 선언적이고 권고적인 것에 불과하여 내부적인 양심의 형성과 실현에 아무런 장애가 되지 않는다면 범질서와의 충돌은 일어나지 않고 자신의 양심을 유지·보존할 수 있기 때문에 양심의 자유를 침해하지는 않는다.

결론적으로, 법적 강제 수단은 양심의 자유를 제한하는 것이 분명하지만 그 수단이 반드시 명시적이고 직접적인 것일 필요는 없다. 사실상 내지 간접적인 강제 수단이나 불이익의 부과, 혜택의 배제와 같은 수단이 있다면, 이 또한 양심의 자유를 제한하는 것이라고 보아야 한다.

이 사건 결정에서 헌법재판소는 이를 분명히 했다. 즉, “비록 법적 강제수단이 없더라도 사실상 내지 간접적인 강제 수단에 의하여 인간 내심과 다른 내용의 실현을 강요하고 인간의 정신활동의 자유를 제한하며 인격의 자유로운 형성과 발전을 방해한다면, 이 또한 양심의 자유를 제한하는 것이라고 보아야 한다”고 판시한 것이다.

그러면서 청구인들이 자료를 제출하지 않을 경우 국세청으로부터 행정지

교정정책 혹은 형사정책적 판단에 따라 수형자에게 주는 은혜적 조치일 뿐이고 수형자에게 주어지는 권리가 아니어서(헌재 1995. 3. 23. 93헌마12, 판례집 7-1, 416, 422), 다시 말해 가석방은 행정당국의 판단에 따라 수형자가 받는 사실상의 이익이며 은전일 뿐이어서, 준범서약서의 제출을 거부하는 당해 수형자는 결국 이 사건 규칙조항에 의하여 가석방의 혜택을 받을 수 없게 될 것이지만, 단지 그것뿐이며 더 이상 법적 지위가 불안해지거나 법적 상태가 악화되지 아니한다. 즉, 원래의 형기대로 복역하는 수형생활에 아무런 변화가 없는 것이다. 이와 같이 이 사건 규칙조항은 내용상 당해 수형자에게 하등의 법적 의무를 부과하는 것이 아니며 이행강제나 처벌 또는 법적 불이익의 부과 등 방법에 의하여 준범서약을 강제하고 있는 것이 아니므로 당해 수형자의 양심의 자유를 침해하는 것이 아니다.]

6) 이른바 개인적 자유의 시초라고 일컬어지는 이러한 양심의 자유는 인간으로서의 존엄성 유지와 개인의 자유로운 인격발현을 위해 개인의 윤리적 정체성을 보장하는 기능을 담당한다(헌재 2002. 4. 25. 98헌마425등, 판례집 14-1, 351, 362 참조).

도와 함께 세무조사와 같은 불이익을 받을 수 있다는 심리적 강박감을 가지게 되는데, 이는 간접적이고 사실적인 강제수단이라고 판시하였다.

이러한 판시에 따르면, 헌법재판소가 준법서약서 사건에서 준법서약 자체를 강제하는 것이 아니라 불응하는 경우에 특별한 혜택을 부여하지 않는 것이므로 양심의 자유의 침해가 아니라고 한 법리가 더 이상 유지되기 어려운 것이 아닌가 생각된다.

3. 개인정보자기결정권의 의의 및 헌법상 근거

(1) 개인정보자기결정권의 의의

개인정보자기결정권은 헌법에 명문화되어 있지 않다. 구체적인 권리의 내용이 무엇인지에 대해 의문이 있었다. 이에 대해 헌법재판소는 교육행정정보시스템사건 결정에서 ‘개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리’라고 정의하였다. 그럼에도 불구하고 헌법상 보호되는 ‘개인정보’가 무엇인지에 대해서는 명쾌하지 않다. 이 사건에서 문제된 진료비내역에 관한 정보가 과연 헌법상 보호되는 개인정보인지에 대해서도 의문이 있을 수 있다.

그런데 헌법재판소는 이 사건에서 문제된 진료비내역에 관한 정보는 헌법상 보호되는 개인정보임을 분명히 했다.

헌법재판소는 소득공제증빙서류에 기재될 내용은 병명과 같은 인격의 내적 핵심에 근접하는 의료정보는 아니지만, 누가, 언제, 어디서 진료를 받고 얼마를 지불했는가라는 사실은 그 자체만으로도 보호되어야 할 사생활의 비밀로서 개인정보자기결정권에 의하여 보호되어야 할 의료정보라고 보았다. 다만, 위 정보의 수집은 근로소득자의 연말정산 편의 및 사회적 비용 절감이라는 공익을 위해서 필요한 반면, 수집된 의료정보가 함부로 이용되지 않도록 제도적 장치가 마련되어 있어 헌법에 위반되는 것은 아니라고 판단했다.

(2) 개인정보자기결정권의 헌법상 근거

개인정보자기결정권의 헌법상 근거에 관해서 헌법재판소의 판례는 일관되

지 않고 학설도 견해가 나뉘어 있다. 그런데, 이 사건 결정에서 헌법재판소는 ‘개인정보자기결정권은 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장된다’고 판시함으로써 개인정보자기결정권의 헌법적 근거를 분명히 했다는 점에서 의미있는 결정으로 평가된다.

개인정보자기결정권권의 헌법상 근거에 관하여 학설은 ①제17조의 사생활의 비밀과 자유에서 찾는 견해, ②제10조의 인간의 존엄에서 찾는 견해, ③제17조와 제10조의 양자에서 찾는 견해, ④헌법에 명시되지 않은 독자적 기본권으로 보는 견해로 나뉘어 있었다. 헌법재판소도지문날인사건에서는 명시적으로 ④의 입장을 취하였다가, 교육행정정보시스템사건에서는 ③의 견해에 가까운 태도를 취하여 일관되지 못하였다.

(판례) 개인정보자기결정권의 헌법상 근거(주민등록법에 의한 지문날인제도)

개인정보자기결정권의 헌법상 근거로는 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 근거를 둔 일반적 인격권 또는 위 조문들과 동시에 우리 헌법의 자유민주적 기본질서 규정 또는 국민주권원리와 민주주의원리 등을 고려할 수 있으나, 개인정보자기결정권으로 보호하려는 내용을 위 각기본권들 및 헌법원리들 중 일부에 완전히 포섭시키는 것은 불가능하다고 할 것이므로, 그 헌법적 근거를 굳이 어느 한두 개에 국한시키는 것은 바람직하지 않은 것으로 보이고, 오히려 개인정보자기결정권은 이들을 이념적 기초로 하는 독자적 기본권으로서 헌법에 명시되지 아니한 기본권이라고 보아야 할 것이다(헌재 2005. 5. 26. 99헌마513, 판례집 17-1, 668, 682-683).

(판례) 개인정보자기결정권의 헌법상 근거(교육행정정보시스템)

인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 규정한 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장되는 개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지

알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 즉 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 말한다(헌재 2005. 7. 21. 2003헌마282, 판례집 17-2, 81, 90)

헌법 제17조는 소극적인 자유권으로서의 사생활의 권리를 규정한 것이므로 개인정보자기결정권의 적극적인 청구권적 측면은 헌법 제10조의 인간의 존엄에서 찾아야 한다는 평가가 있다. 그런 평가에 비추어 보면, 개인정보자기결정권이 사생활의 비밀을 침해받지 않을 소극적 자유권으로서의 권리와 자신에 관한 정보를 컨트롤 할 수 있도록 하는 적극적인 청구권적 측면을 모두 가지고 있다는 점에서 헌법 제17조 및 헌법 제10조의 양 조항에 근거한다고 명시한 이 사건 결정은 매우 의미있는 결정이라고 평가된다.

【결정의 의의】

1. 헌법재판소는 이 사건 결정에서 헌법 제19조의 양심의 자유의 보호범위에 대해서 ‘윤리적 내심 영역뿐만 아니라 가치관, 세계관, 주의, 신조 등 사상을 포함’하는 것임을 분명히 함으로써 양심의 자유의 보호범위를 넓게 인정함으로써 일관되지 못했던 판례를 분명히 하고, 나아가 양심의 자유가 침해되기 위해서는 양심상의 결정에 반하는 행위를 강제하는 간접적이고 사실적인 강제수단이 존재하면 족하다고 하여 종래 판례와는 다른 새로운 법리를 받아들임으로써 양심의 자유의 보호범위를 확대하였다는 점에서 그 의의가 크다고 평가할 수 있다.

2. 개인정보자기결정권의 헌법상 근거에 대해서 종래 판례는 일관되지 못했다. 그런데 이 사건 결정에서 ‘개인정보자기결정권은 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장된다’고 판시함으로써 개인정보자기결정권의 헌법적 근거를 분명히 했다는 점에서 의미있는 결정으로 평가된다. 아울러 누가, 언제, 어디서 진료를 받고 얼마를 지불했는가라는 진료비내역 사실도 사생활의 비밀로써 개인정보자기결정권에 의하여 보호되어야 할 의료정보라고 판단한 것은 헌법상 보장되는 개인정보의 범위가 넓게 인정된다는 점에서 앞으로 후속 사건에도 의미있는 결정이라고 할 것이다.



구 종합부동산세법 제5조 등 위헌소원 등

- 종합부동산세의 헌법 제36조 제1항 위반 및 재산권 침해 문제 -
(헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112, 2007헌바71·88·94, 2008헌바3·62,
2008헌가12(병합), 판례집 20-2하, 1)

김 상 우*

【판시사항】

1. 종합부동산세의 과세방법을 ‘인별합산’이 아니라 ‘세대별 합산’으로 규정한 종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것, 이하 ‘개정 종합부동산세법’이라 한다) 제7조 제1항 중 전문의 괄호 부분 및 후문, 제2항, 제3항, 제12조 제1항 제1호 중 본문의 괄호 부분 및 단서 부분, 제2항(이하 ‘이 사건 세대별 합산규정’이라 한다)이 헌법 제36조 제1항에 위반되는 것인지 여부(적극)

2. 주택분 종합부동산세의 납세의무자와 과세표준, 세율 및 세액을 규정한 구 종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 종합부동산세법’이라 하고, 앞서 본 ‘개정 종합부동산세법’과 합하여는 ‘종합부동산세법’이라 한다) 제7조 제1항, 제8조, 제9조 전단, 종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제7조 제1항 전문 중 괄호 부분을 제외한 부분, 제8조 제1항, 제9조 제1항, 제2항(이하 ‘이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정’이라 한다)과 종합합산과세 대상 토지분 종합부동산세의 납세의무자와 과세표준, 세율 및 세액을 규정한 구 종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제7328호로 제정되고, 2005. 12.

* 헌법연구관

31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제12조 제1호, 제13조 제1항, 제3항 중 ‘또는 제2항’ 부분을 제외한 부분, 제14조 제1항 전단, 종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제12조 제1항 제1호 본문 중 괄호 부분을 제외한 부분, 제13조 제1항, 제3항 중 ‘또는 제2항’ 부분을 제외한 부분, 제14조 제1항, 제2항(이하 ‘이 사건 종합토지분 종합부동산세 부과규정’이라 한다)이 납세의무자의 재산권을 침해하는지 여부(이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정은 적극, 이 사건 종합토지분 종합부동산세 부과규정은 소극)

3. 종합부동산세를 국세로 규정한 구 종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제7328호로 제정되고, 2007. 1. 11. 법률 제8235호로 개정되기 전의 것) 제16조 제1항 및 제17조 중 ‘납세지 관할 세무서장’, ‘납세지 관할 지방국세청장’ 부분(이하 ‘이 사건 국세규정’이라 한다)이 자치재정권을 침해하는지 여부(소극)

4. 종합부동산세 제도가 이중과세, 소급입법 과세, 미실현 이득에 대한 과세 및 원본잠식, 헌법 제119조 위반, 헌법상 체계정당성 원리 위반, 입법권 남용에 해당하는지 여부(소극)

5. 종합부동산세 부과로 인한 평등권 또는 평등원칙 위배, 거주 이전의 자유 침해, 생존권 또는 인간다운 생활을 할 권리 침해, 개발제한구역 내 토지와 관련한 재산권 등 침해에 해당하는지 여부(소극)

6. 헌법불합치결정 및 잠정적용을 명한 사례

【심판대상】

1. 구 종합부동산세법 관련 사건(2006헌바112, 2007헌바71, 2008헌바62)

(1) 위 사건의 청구인들이 위헌 여부의 심판을 청구한 법률조항 중 구 종합부동산세법 제1조는 목적 조항으로서 그 조항 자체에서 어떠한 헌법상의 원칙이나 기본권 및 평등권의 제한 또는 침해를 가져오는 것이 아니고, 제6조, 제7조 제2항, 제12조 제2호, 제13조 제2항·제3항 중 ‘또는 제2항’ 부분, 제14조 제2항, 제18조는 청구인들에 대한 종합부동산세 부과처분에 적용된

법률조항이 아니므로 당해 사건의 재판의 전제가 되지 않음이 명백하며, 제2조 제3호·제5호·제7호는 정의 규정, 제3조 내지 제5조, 제11조는 과세기준일, 납세지, 과세구분 및 세액과 과세방법에 관한 규정, 제9조 후단 및 제14조 제1항 후단은 재산세로 부과된 세액의 공제를, 제10조는 제7조 내지 제9조에 따라 정하여지는 주택에 대한 종합부동산세액의 상한을, 제15조는 제12조 내지 제14조에 따라 정하여지는 토지에 대한 종합부동산세액의 상한을 각각 정한 것으로 청구인들에 대하여 세액 부담을 덜어주는 규정, 부칙 제2조는 구 종합부동산세법이 그 시행 후 최초로 납세의무가 성립하는 종합부동산세에 대하여 적용됨을 명백히 한 규정으로, 청구인들이 비록 종합부동산세의 부과 자체를 다투고는 있으나, 위 각 조항이 규율하는 부분에 관하여 구체적인 위헌 주장이 없을 뿐만 아니라 아래 심판 대상조항의 위헌성이 드러날 경우 당연히 위 조항들 또한 그 적용이 배제될 것이므로, 위 각 조항은 심판대상에서 제외함이 상당하다.

(2) 구 종합부동산세법 제16조, 제17조에 관하여 청구인들은 종합부동산세를 지방세가 아닌 국세로 정함으로써 그 실질에 반하고 지방자치권을 침해하여 위헌이라는 취지로 주장하고 있으므로, 제16조 제1항 및 제17조 중 국세임을 나타내는 ‘납세지 관할 세무서장’, ‘납세지 관할 지방국세청장’ 부분으로 심판대상을 한정함이 상당하다.

(3) 한편, 2008헌바62 사건의 청구인은 구 종합부동산세법 제11조에 대하여 헌법소원심판을 청구하고 있으나, 그 심판청구의 취지와 이유를 보면, 청구인이 이 사건 심판청구에서 실제로 다투고자 하는 것은, 이 사건 토지가 개발제한구역으로 지정되어 재산권 행사에 제한을 받고 있음에도 불구하고, 재산세와 종합부동산세를 동시에 부과하는 것은 이중과세금지원칙에 반하여 재산권을 침해하고, 또한 개발제한 구역으로 지정되지 아니한 일반 토지와 같은 세율로 종합부동산세를 부과하는 것은 평등원칙에 위배되므로, 종합부동산세 부과처분의 근거법률이 위헌이라는 것이므로, 이에 부산지방법원 2008아21호 위헌법률심판 제청사건의 경과, 당해 사건 재판과의 관련성의 정도, 이해관계 기관의 의견 등 여러 가지 사정을 종합하여 보면, 이 사건 심판대상을 직권으로 구 종합부동산세법 제11조에서 종합부동산세 부과처분

의 근거조항인 구 종합부동산세법 제12조 제1호, 제13조 제1항, 제3항 중 ‘또는 제2항’ 부분을 제외한 부분, 제14조 제1항 전단으로 변경함이 상당하다 할 것이다(헌재 1998. 3. 26. 93헌바12, 판례집 10-1, 226, 233 ; 헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 395-396 참조).

(4) 따라서, 구 종합부동산세법 관련사건의 심판대상은 구 종합부동산세법 제7조 제1항, 제8조, 제9조 전단, 제12조 제1호, 제13조 제1항·제3항 중 ‘또는 제2항’ 부분을 제외한 부분, 제14조 제1항 전단, 제16조 제1항 및 제17조 중 ‘납세지 관할 세무서장’, ‘납세지 관할 지방국세청장’ 부분이 헌법에 위반 되는지 여부이다.

2. 개정 종합부동산세법 관련 사건(2007헌바88·94, 2008헌바3, 2008헌가12)

(1) 위 사건의 청구인들이 심판청구를 한 각 법률조항 중 개정 종합부동산세법 제6조, 제8조 제2항, 제12조 제1항 제2호, 제13조 제2항·제3항 중 ‘또는 제2항’ 부분, 제14조 제4항 내지 제6항은 청구인들에 대한 종합부동산세의 부과처분에 적용된 것이 아니므로 당해 사건 재판의 전제가 되지 않음이 명백하고, 제2조 제8호·제9호는 정의규정, 제5조는 과세구분 및 세액에 관한 규정, 제9조 제3항·제4항 및 제14조 제3항·제7항은 재산세로 부과된 세액의 공제를, 제10조는 제7조 내지 제9조에 따라 정하여지는 주택에 대한 종합부동산세액의 상한을, 제15조는 제12조 내지 제14조에 따라 정하여지는 토지에 대한 종합부동산세액의 상한을 각각 정하여 청구인들에 대하여 세액 부담을 덜어주는 규정으로, 청구인들이 비록 종합부동산세의 부과 자체를 다투고는 있으나, 위 각 조항이 규율하는 부분에 관한 구체적 위헌 주장이 없을 뿐만 아니라 아래 심판 대상조항의 위헌성이 드러날 경우 당연히 위 조항들 또한 그 적용이 배제될 것이므로, 위 각 조항은 심판대상조항에서 제외함이 상당하다.

(2) 한편, 청구인들은 위헌제청신청에서 관련조항을 명시하지는 않았지만 종합부동산세가 국세라서 지방자치권을 침해하여 위헌이라고 주장하였고, 당해법원도 이 부분에 대하여 판단하였으므로, 당해 종합부동산세 부과처분의

근거조항과 아울러 종합부동산세가 국세임을 나타내는 종합부동산세법(여기에서는 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되고, 2007. 1. 11. 법률 제8235호로 개정되기 전의 것을 말한다) 제16조 제1항 및 제17조 중 ‘납세지 관할 세무서장’, ‘납세지 관할 지방국세청장’ 부분은 이 사건 심판대상에 포함되어야 할 것이다.

(3) 따라서, 개정 종합부동산세법 관련사건의 심판대상은, 2008헌가12 사건의 제청법원이 제청한 세대별 합산 관련규정을 포함하여 개정 종합부동산세법 제7조, 제8조 제1항, 제9조 제1항·제2항, 제12조 제1항 제1호, 제2항, 제13조 제1항·제3항 중 ‘또는 제2항’ 부분을 제외한 부분, 제14조 제1항·제2항 및 종합부동산세법(여기에서도 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되고, 2007. 1. 11. 법률 제8235호로 개정되기 전의 것을 말한다) 제16조 제1항 및 제17조 중 ‘납세지 관할 세무서장’, ‘납세지 관할 지방국세청장’ 부분이 헌법에 위반되는지 여부이다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

(1) 청구인들 및 제청신청인은 주택 또는 종합합산과세대상 토지를 소유하고 있어 관할 세무서장으로부터 2005년분 또는 2006년분 종합부동산세의 부과처분을 받고, 이에 대하여 그 처분의 취소를 구하거나 납부 후 경정청구에 대한 거부처분의 취소를 구하는 소송절차에서 위 처분의 근거법률인 구 종합부동산세법 또는 종합부동산세법의 관련 규정에 대하여 각각 위헌법률심판 제청신청을 하였다.

(2) 이에 대하여 법원이 개정 종합부동산세법 중 세대별 합산 관련규정에 대해서만 이를 받아 들여 이 사건 2008헌가12 위헌심판 제청을 하고 나머지 제청신청을 기각하자, 청구인들이 구 종합부동산세법에 대하여 이 사건 2006헌바112, 2007헌바71, 2008헌바62, 개정 종합부동산세법에 대하여 2007헌바88·94, 2008헌바3 헌법소원심판을 각각 청구하였다.

2. 청구인들의 주장, 제청법원의 위헌제청 이유, 법원의 위헌제청

신청 기각이유 및 이해관계기관 의견의 요지

가. 청구인들의 주장요지(2006헌바112, 2007헌바71·88·94, 2008헌바3·62)

(1) 종합부동산세는 조세의 효율과 중립성, 부담부분의 공평성 및 행정적 단순성을 지키지 못하여 종합부동산세법의 입법 목적조차도 달성할 수 없는 세제이고, 구 조세특례법 제2조 제1항 제8호에 해당하는 지방세에 대한 중과세 특례임에도 구 종합부동산세법이 구 조세특례법 제3조 제1항에 열거되어 있지 않아 중과세 특례의 근거법률이 될 수 없으므로, 이는 근거법률 없이 이루어진 과세로서 조세법률주의, 실질적 법치주의, 적법절차 원칙에 위배되고, 종합부동산세법은 헌법상의 체계정당성의 원리, 헌법 제59조, 제23조 및 제11조에 위배된다.

(2) 종합부동산세는 본질적으로 잠재소득에 대하여 과세하는 소득세(가격 상승분에 대한 과세의 성격이 있다)인데, 시장가격의 변동으로 고액이 되었다는 사정만으로 달리 이득이 발생한 것이 아닌데도 미실현 소득에 대하여, 이중으로 또는 중복하여(양도소득세에서 종합부동산세액을 공제하는 제도가 없다), 높은 누진세율을 적용하여 계속적으로, 부동산의 가액에서 부채를 공제하지 아니한 채 주택의 유지·관리비용과 감가상각 충당금을 필요경비에 불산입하는 방법으로 과세하여, 원본잠식 및 무상수용을 초래하고(과잉금지 원칙, 반액과세원칙, 원본잠식금지원칙, 실질과세원칙에 반한다), 주택시세의 하락기에 소유자가 입을 자본손실에 대응하여 이를 보완하여 줄 조정장치도 없이 과세함으로써 과잉금지의 원칙에 위배하여 재산권을 침해하며, 주택이나 토지의 소유 목적이나 기능 등에 따른 예외를 인정하지 않은 채, 일률적으로 과세기준 금액을 초과하는 주택이나 부동산을 과세대상으로 삼아 지나친 세부담으로 개인이 소유할 수 있는 토지와 주택의 양을 제한하는 등 결과적으로 시장경제 질서와 사유재산 제도를 부정하게 된다.

또한 과거에 형성된 이익 또는 재산에 대하여 그 시행 이전부터 거주하였는지 여부를 묻지 않고 획일적으로 법 시행 이후에 과세하여 신뢰보호의 원칙에 위배되고, 고액 주택의 구분 기준을 합리적인 기준 없이 지나치게 낮게 책정하여 누진세율로 중과세함으로써 비례원칙, 과잉금지원칙에도 위배되어

헌법에 위반된다.

(3) 담세력은 경제력의 총체에서 나타나는데, 순저축분의 다른 형태인 예금 또는 주식은 그 원금에 대하여 과세하지 않으면서, 주택이나 토지의 가격 상승에 어떠한 원인제공을 한 바 없는데도 주택과 토지만을 다른 재산과 분리하여 과세하고, 사실상 수도권의 부동산만을 대상으로 함으로써 지방과 차별하며, 주택은 의식주의 하나로서 토지와도 구별됨에도 같이 취급하고 있어 각각 평등원칙에 반한다.

(4) 주택은 인간다운 생활을 위한 필수품임에도 종합부동산세는 1가구 1주택보유자, 특히 1주택 이외에 다른 재산이 없는 노년층 및 장기 보유자 등에 대하여도 일률적으로 과세하여 이들로 하여금 종래 살던 곳을 떠나도록 강요하는 것이므로 인간다운 생활을 할 권리, 생존권 및 거주 이전의 자유를 침해한다.

(5) 부동산에 대한 과세는 지방자치단체가 과세주체가 되어 그 지방에서 징수한 세금을 그 지방을 위하여 사용하여야 하는데도, 종합부동산세는 국세로서 그 지방에서 징수한 세금을 타 지방에 교부하는 결과가 되어 당해 자치단체의 자치권을 침해할 수 있다.

(6) 헌법 제119조는 국가가 경제에 관한 규제와 조정을 할 경우에도 ‘소득의 분배’를 할 수 있을 뿐, ‘자산(순저축분)의 분배’ 방식으로는 개입할 수 없음을 선언하고 있고, 자유민주적 시장경제 하에서 국가는 순저축분, 즉 자산원본의 가치를 보호하여야 할 책무가 있는데도, 종합부동산세의 과세대상이 되는 주택은 이미 관련 세금을 납부한 이후의 순저축분으로서 ‘침해할 수 없는 자유와 권리의 본질적 내용’에 해당하고, 구 종합부동산세법은 순저축분인 원본을 점진적으로 몰수하는 것으로서 재산권을 침해하며, 헌법 제119조에도 반한다.

(7) 조세법은 국가 세입 예산안의 핵심적 요소인 세입재원을 확보하기 위한 것이고, 국가 세입 예산안의 입안·제출은 행정부가 전담하므로 종합부동산세법 또한 정부제안의 입법 방식을 취하여야 함에도, 보편적인 헌법상인 원리와 행정부와 입법부 간의 업무분담에 위배하여 국민에 대한 중과세를 견제하여야 할 국회가 의원발의 형식으로 입법하였으므로, 이는 입법권을 남

용하거나 입법재량의 범위를 현저히 일탈한 것이다.

(8) 개발제한구역 특조법상의 개발제한구역으로 지정되어 재산권 행사에 제한을 받고 있는 토지에 대하여 지방세인 재산세에 더하여 국세인 종합부동산세까지 부과하는 것은 이중과세 금지원칙에 위반할 뿐만 아니라 재산권을 과도하게 침해하는 것이고, 이와 같은 토지에 대하여 개발제한구역으로 지정되어 있지 않은 일반토지와 같은 세율을 적용하여 종합부동산세를 부과하는 것은 헌법상 평등원칙에 위반된다.

나. 제정법원의 위헌제청 이유요지(2008헌가12)

(1) 혼인 및 이혼 여부에 따라 종합부동산세의 과세대상이 되고, 누진세율 구조상 그 불이익이 더 커지게 되는 것은 중대한 합리적인 근거가 있는 차별이라고 보기 어렵다.

(2) 주택 등을 포함한 부동산의 소유권은 등기명의인에게 귀속되고, 민법상 부부별산제가 원칙이고(민법 제830조 제1항), 예외적으로 부부의 누구에게 속한 것인지 분명하지 않은 재산만을 부부의 공유로 추정할 뿐이며(민법 제830조 제2항), 더구나 배우자를 제외한 세대원의 재산까지 공유로 추정된다는 규정도 없으므로, 세대별 합산 관련규정이 주거 현실 및 이에 기초한 경제 현실에 부합한다고 단정할 수 없고, 더구나 세대원 각자의 재산을 실질적인 공유재산으로 추정할 아무런 근거규정도 없는 상태에서 그 부동산에 대한 보유세를 세대 단위로 계산하는 것은 합리적이라고 볼 수 없다.

(3) 종합부동산세 자체의 목적과 세대별 합산 관련규정의 목적의 정당성은 구분되어야 할 것으로서, 세대별 합산 관련규정은 종합부동산세의 목적을 달성하기 위한 조세기술허인 문제이므로, 종합부동산세 자체의 목적의 정당성이 인정된다고 하여 당연히 세대별 합산 관련규정의 목적의 정당성이 인정되는 것은 아니다.

(4) 부부 또는 세대원 간의 인위적인 명의분산과 같은 가장행위 등은 상속세 및 증여세법상 증여추정, 부동산실명법상의 규제 등을 통하여 충분히 방지할 수 있다.

(5) 직계비속이 자신의 자금으로 주택을 보유한 경우나 배우자가 혼인 전

부터 소유하고 있던 주택 등은 조세회피 목적의 명의분산과는 무관함에도 합산과세의 대상으로 하는 것은 종합부동산세의 목적 달성을 위하여 적절한 수단이라고 할 수 없다.

(6) 가족 간의 증여를 통한 종합부동산세의 회피를 막기 위하여 세대별 합산 관련규정이 반드시 필요하고 적절한 수단이라고 하나, 먼저 가족 간의 재산소유 형태를 증여를 통하여 형성하였다고 하여 모두 조세회피의 의도가 있다고 볼 수 없고, 정부가 세대별 합산 관련규정 등으로 증가될 것으로 예상한 1년 동안의 종합부동산세액은 3,000억 원 정도에 불과하여 2003년 증여세 증가액 3,714억 원, 2004년 증여세 증가액 2,902억 원과 크게 차이가 나지 않아 국가 입장에서는 세금 수입에 큰 영향이 없었다는 점에서 볼 때, 종합부동산세의 회피를 막기 위하여 세대별 합산 관련규정이 반드시 필요하다거나 수단의 적절성이 충족되었다고 볼 수 없다.

(7) 주택 등 부동산 가격의 변동은 경제사정에 따른 것임에 반해, 부동산 투기는 통화량의 팽창에 의한 가수요, 주택 등에 대한 수요·공급의 원리, 경제정책의 실패 등이 복합적으로 작용하여 발생하는 것으로서 오로지 세계의 불비 때문에 발생하는 것만이 아니고 그 해결책이 세대별 합산 관련규정만이라고 볼 수도 없으므로, 수단의 적절성이나 피해의 최소성 요건을 갖추었다고 보기 어렵다.

(8) 부동산의 보유에 대하여 미국은 개인별로, 영국 및 일본은 개인별로 일정률에 의하여 과세하고 있고, 또 부부와 미성년 자녀의 재산세를 합산과세하는 입법례가 있더라도 이 경우 부부에 대해 다른 누진세율 체제를 적용하거나(스페인), 공제항목을 배우자에게 특별히 인정하거나(독일), 단순합산하지 않고 합산분할하거나 가족할당 등을 하는 등(독일, 이탈리아, 프랑스 등) 과세대상이 합산되는 부부에 대하여 혼인으로 인하여 불합리한 차별이 발생하지 않도록 충분히 배려하고 있는데도, 우리의 세대별 합산 관련규정은 어떠한 분할방식도 취함이 없이 세대별로 합산하는 것으로서 매우 특유한 과세방식에 속하고, 혼인한 부부 및 가족이 불합리한 차별을 받지 않도록 하는 제도를 마련하지 않은 점에서 헌법 제36조 제1항에 위배된다.

(9) 세대별 합산 관련규정과 유사하게 과세단위를 파악한 것으로는 자산

소득에 대하여 부부간 합산과세를 하였던 구 소득세법(1994. 12. 22. 법률 제 4803호로 전부 개정된 것) 제61조 제1항과 양도소득세의 과세대상 중 1주택에 대한 비과세규정을 적용함에 있어 그 단위를 1세대로 파악하고 있는 소득세법 제89조 제1항 제3호의 규정 등이 있는데, 그 중 구 소득세법 제61조 제1항에 대하여는 헌법재판소 2002. 8. 29. 2001헌바82호 결정에서 혼인한 부부를 혼인하지 않는 부부나 독신자에 비하여 차별 취급하는 것으로 헌법상 정당화 되지 아니하기 때문에 헌법 제36조 제1항에 위반된다는 이유로 위헌이 선언되었고, 양도소득세의 과세대상 중 1주택에 대한 비과세 규정은 1세대를 우대하는 것으로서 오히려 혼인과 가족생활을 보호하고자 하는 헌법 제36조 제1항의 규정취지에도 부합한다.

(10) 보유세는 주거라는 개념보다는 재산의 보유라는 사실 그 자체에 대하여 과세하는 것이므로 재산운용으로 인한 수익이 없을 경우 소득으로 납부할 수밖에 없는데 소득에 대하여는 합산과세하지 못하면서 재산의 보유에 대해서만 세대별로 합산과세할 수 있다고 보기는 어렵고, 이와 같은 이유에서 세대별 합산 관련규정은 혼인한 자 또는 세대원이 있는 자를 차별 취급하는 것으로 자산소득에 대한 부부간 합산과세와 유사한 구조를 가지고 있다.

다. 법원의 위헌제청 신청 기각 이유요지(2006헌바112, 2007헌바71·88·94, 2008헌바3·62)

(1) 종합부동산세는 지방세인 재산세와 그 입법 목적과 세목, 과세대상 등이 다르므로 재산세에 대한 구 조세특례법상의 중과세 특례라 할 수 없다.

(2) 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 할 의무를 부과하고 있는 헌법 제35조 제3항, 토지재산권에 대한 광범위한 입법형성권을 부여하고 있는 헌법 제122조 등과, 토지와 주택의 다른 재산에 대한 특수성, 누진제 등 세율체계는 입법정책의 문제인 점, 세율이 1000분의 10에서 1000분의 40으로 그리 과중하지 않은 점, 종합부동산세가 당해 부동산 자체에 대한 재산권 침해가 아니라는 점 등을 종합하여 보면, 구 종합부동산세법이 사유재산권을 부인하거나 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 정도로 과도하

여 부동산의 원본을 잠식하거나 수년 내에 재산을 무상으로 수용하는 결과가 될 것으로 보이지 아니한다.

(3) 종합부동산세법은 불필요한 부동산 보유를 억제하여 주택 가격을 안정시키고 국민 다수에게 쾌적한 주거공간을 제공할 수 있도록 함으로써, 결국 국민 대다수의 생존권 또는 인간다운 생활을 할 권리를 보장하게 되고, 또한 종합부동산세법상의 주택에 대한 세율이 지나치게 높아 고향을 떠나 주거환경이 열악한 곳으로 가지 않으면 아니 된다거나, 종합부동산세를 내기 위하여 살던 집을 팔아야 할 정도라고는 보이지 아니하며, 설령 일부 납세자에게 종합부동산세가 부과대상 부동산의 처분을 강요하여 거주 이전의 자유 등이 사실상 제한된다고 하여도 이는 거주 이전의 자유 등에 대한 직접적인 침해가 아니라 토지 및 주택 재산권에 대한 제한이 수반하는 반사적 불이익에 지나지 아니할 뿐만 아니라, 종합부동산세법의 입법 목적과 헌법 제35조 제3항 등의 규정에 비추어 규제의 합리성도 인정되므로, 청구인들의 거주 이전의 자유를 침해하지 아니한다.

(4) 토지 공급의 유한성, 주택 문제의 심각성, 주택과 토지 가격의 상승과 투기현상, 토지와 주택의 문제가 인간다운 생활을 할 권리의 문제로 이어지는 일반국민의 토지와 주택에 대한 의존도 및 토지나 주택의 사회적 공공성 등에 비추어 종합부동산세법이 토지와 주택만을 예금, 주식 등 다른 재산과 구별하여 과세대상으로 삼았다 하더라도 평등의 원칙에 어긋나지 않는다.

(5) 종합부동산세는 전국에 있는 모든 부동산을 과세대상으로 하고, 소유자별로 합산한 부동산 가액을 과세표준으로 삼는 재산세의 일종이므로, 납세자나 부과대상 부동산이 수도권에 편중되었다는 사정만으로 수도권을 비수도권에 비하여 차별한다고 할 수 없다.

(6) 부동산의 가격 안정과 공공복리는 무관하지 않으며, 토지나 주택의 공공성, 불필요하고 과도한 부동산 보유억제 정책의 불가피성, 토지나 주택의 과도한 가격상승과 투기현상 등에 대한 규제의 필요성, 종합부동산세법이 달성하고자 하는 공익이 종합부동산세의 부담이라는 개인의 사익 침해에 비하여 과하지 않은 점 등에 비추어 종합부동산세법은 헌법 제37조 제2항의 규정에 반하여 국민의 기본권을 침해한 것으로 보이지 않는다.

(7) 종합부동산세는 보유기간 중에 발생한 수익에 대하여 과세하는 것이 아니므로 양도소득세와는 과세대상, 과세요건 뿐만 아니라 과세 목적을 달리 하여 이중과세의 문제가 발생하지 않고, 이미 부과된 재산세액을 공제하므로 재산세와의 관계에서도 이중과세에 해당하지 않는다.

(8) 종합부동산세는 가격 상승분이나 과거에 발생한 소득에 대하여 과세하는 수익세가 아니라 구 종합부동산세법 시행 이후 과세기준일 현재 보유하고 있는 당해 부동산 가액 전체 중 일정 가액을 초과하는 부분에 대하여 과세하는 것으로서 보유단계에 있는 재산 그 자체에 담세력을 인정하여 보유 또는 이용 사실에 기초하여 부과하는 것이므로 미실현 이득에 대한 과세나 소급입법에 의한 과세라 할 수 없다.

(9) 종합부동산세를 국세로 할 것인지 지방세로 할 것인지는 입법정책에 따라 판단할 성질의 것으로서, 종합부동산세나 재산세가 반드시 지방세이어야 할 이유가 없고, 종합부동산세는 기존의 지방세를 그대로 둔 채 일정한 가액을 초과하는 부분에 대하여 별도의 세목을 신설한 것으로서 그 입법 목적 등에 비추어 볼 때 지방자치단체의 자치재정권을 침해하였다고 보기 어렵다.

(10) 조세법은 행정부 제안 방식으로 입법되어야 한다는 헌법적 관행이 확립되어 있다고 보기 어렵고, 의원발의의 형식을 취하였다고 하여 권력분립에 반한다고 할 수도 없으며, 위에서 본 바와 같이 종합부동산세가 구 조세특례법의 규정, 평등의 원칙에 위배되거나 재산권을 침해하였다고 볼 수 없으므로, 구 종합부동산세법을 입법형성의 재량권을 남용한 자의적인 입법이라고 보기 어렵다.

(11) 과세단위를 정하는 것은 입법자가 재량에 기초한 정책적 판단에 따라 결정할 문제이고, 한정된 토지 및 주택을 일부 국민이 과도하게 보유하는 것을 억제함으로써 투기를 방지하고 국민 대다수의 주거안정을 기할 필요가 절실하며, 우리나라의 경우 세대별로 같은 집에 거주하는 것이 통례이므로 과세단위는 주거단위인 세대라고 봄이 합리적이고, 부부 및 세대원 사이에 주택 및 토지를 분산 소유하는 것을 방지하기 위해서는 증여세 부과나 부동산실명법에 의한 통제 보다는 세대별 합산과세가 더 효과적일 뿐만 아니라,

소득세법상 배우자 및 자녀에 관하여 각종 인적공제를 하고 있고, 이혼 시 재산분할은 공유재산의 청산으로 보는 등 부부 내지는 가족이 경제생활의 관점에서 하나의 단위로 취급되는 경우가 많은 점 등을 종합하면, 종합부동산세법의 세대별 합산조항은 합리적인 이유에 의한 차별로서 헌법 제36조 제1항의 규정에 위반되지 아니한다.

라. 이해관계 기관 국세청장의 의견요지

(1) 종합부동산세는 고액의 부동산 보유자에게 부과하여 과도한 부동산 투기현상과 수도권 집중의 폐해를 막는 등 국민경제의 건전한 발전을 도모하기 위한 것이다.

(2) 종합부동산세는 보유세로서 미실현 이익에 대한 과세가 아닐 뿐만 아니라, 미실현 이익에 대한 과세라고 보더라도 그 과세 자체를 위헌이라고 볼 수 없고, 과세대상 이득을 공평하고 정확하게 계측하는 것이 제일의 과제인데 부동산 가액을 산정하는 기준인 ‘공시가격’ 등 관련 제도가 객관성과 합리성을 띠고 있으므로, 종합부동산세의 부과가 재산권을 침해한다고 보기 어렵다.

(3) 원본에 대한 과세가 이루어진다고 하여 당연히 재산권의 본질에 대한 침해가 되어 위헌이라고 할 수 없고, 나아가 비례의 원칙 등 헌법상의 여러 원칙에 위배하였는지를 여부를 살펴야 하는데, 종합부동산세법은 투기적 수요의 억제나 소득 재분배 효과라는 정책 목적의 달성을 위하여 과거의 종합토지세를 대체·확대하는 취지에서 제정되었고, 공시가격의 현실화율이 공동주택의 경우 80-90%이며, 토지는 그 보다 낮은 등 과세표준의 현실화율이 낮으며, 1 내지 4%의 세율 또한 높다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 그 적용대상자가 많지 않다는 점에서도 헌법 제23조의 재산권 보장에 위배되지 않고, 그 입법 목적의 정당성, 수단의 적절성, 피해의 최소성, 법익 균형성의 측면에서도 과잉금지 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(4) 종합부동산세는 이미 납부한 재산세액이 공제되므로 재산세와 사이에 이중과세의 문제가 발생할 여지가 없고, 양도소득세가 소득세임에 반하여 재산보유세로서 그 성질을 달리하며, 재산보유세액을 소득세액에서 공제할지는

입법재량의 영역에 속한다.

(5) 토지나 주택의 공공성, 헌법 제122조 및 제35조 제3항의 각 규정을 종합하여 볼 때, 종합부동산세법이 사유재산권을 부인하거나 재산권 등 헌법상 기본권의 본질적 내용을 침해할 정도로 과도하여 소유한 부동산의 원본을 잠식할 정도이거나 수년 내에 재산을 무상으로 수용하는 결과가 되어 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

(6) 종합부동산세법에 대한 평등심사는 헌법이 제시하고 있는 영역에 대한 차별 또는 관련 기본권의 중대한 제한을 초래하는 것이 아니므로 합리성 심사로 충분하고, 주택과 토지의 사회성, 공공성, 투기방지 필요성 등에 비추어 다른 재산과 달리 주택 및 토지에 한하여 종합부동산세를 부과하는 것은 합리적인 사유가 있다 할 것이므로 평등원칙에 위배된다고 할 수 없으며, 서울을 비롯한 수도권에 소재한 부동산만을 대상으로 하는 것도 아니므로 서울을 비롯한 수도권을 비수도권에 비하여 차별한다고 할 수도 없다.

(7) 인간다운 생활을 할 권리는 광범위한 입법재량이 인정되는 영역으로서 그 내용이 법률에 의하여 구체화되는데, 6억 원 내지 9억 원을 초과하는 주택에 대하여 종합부동산세가 부과된다는 것만으로 인간다운 생활을 할 권리가 침해되었다고 하기 어렵고, 1가구 1주택자 또는 1세대 1주택자에 대하여도 ‘응능부담의 원칙’ 이나 ‘응익부담의 원칙’이 적용되어야 하고, 이들에 대하여 경감 제도를 둔다면 조세형평의 저해, 부동산 가격 불안정 등의 문제점이 발생할 수 있으며, 종합부동산세의 보유세로서의 성격과 도입 목적에 비추어 다른 과세 대상 부동산과 동일하게 종합부동산세를 부과하는 것이 타당하다.

(8) 종합부동산세의 세율이 지나치게 높다거나 종합부동산세를 납부하기 위하여 살던 집을 팔아야 할 정도라고는 보이지 아니하고, 설사 종합부동산세를 납부하기 위하여 부동산의 처분을 사실상 강요당한다고 하여도 이는 토지 및 주택재산권의 제한에 수반하는 반사적 불이익에 불과하고, 종합부동산세법의 입법 목적과 헌법 제35조 제3항 등에 비추어 그 규제의 합리성도 인정되므로, 거주 이전의 자유를 침해한다고 할 수 없다.

(9) 종합부동산세는 재산세와 과세 목적 및 대상을 달리하는 별개의 세법

체계로 재산세에 대하여 중과세하는 특례 대상이 아니다.

(10) 헌법 제119조와 관련하여 우리 헌법이 ‘소득의 분배’는 허용하나 ‘재산의 분배’는 허용하지 않는다는 취지로 해석할 수는 없다.

(11) 종합부동산세법의 시행으로 새로운 세부담이 발생하였다 하더라도, 장래에 세부담이 없을 것이라는 신뢰는 ‘보호할 만한 신뢰’라고 보기 어렵고, 보호된다고 하여도 종합부동산세법으로 보호하고자 하는 공익이 우월하다고 할 것이므로 신뢰보호원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(12) 종합부동산세를 국세로 할 것인지 지방세로 할 것인지는 과세목적에 따라 입법정책적으로 판단할 성질의 것으로서 종합부동산세를 반드시 지방세로 하여야 할 이유가 없고, 우리나라의 경우 부동산의 보유에 따라 얻는 편익이 지방자치단체로부터 얻어진 것보다는 중앙정부로부터 얻어진 것이 더 많다는 점을 고려하여 국세로 한 것이며, 종합부동산세를 재원으로 지방자치단체의 예산이 교부되어 재정여건이 어려운 지방자치단체의 일반재원으로 사용되고 있으므로, 헌법이 보장하는 지방자치단체의 자치재정권을 침해한다고 보기 어렵다.

(13) 개발제한구역 내 토지에 대한 종합부동산세의 부과는 개발제한구역 내 토지 자체의 재산적 가치, 즉 개발제한구역 지정으로 인하여 토지의 사용가치가 제한된 사정이 반영된 당해 토지의 공시지가를 기초로 산정된 과세표준에 따라 과세액이 결정되는 것이므로, 개발제한구역 내 토지에 대하여 동일한 세율에 따라 종합부동산세를 부과하는 것 자체를 두고 과잉금지 원칙에 위배하여 재산권을 침해한다거나 평등원칙에 위반된다고 보기 어렵다.

(14) 이 사건 세대별 합산규정은 조세회피의 방지를 통하여 담세력에 부응한 공평한 세부담의 실현 및 소득재분배의 효과를 도모하기 위한 것으로서, 목적의 정당성이 인정되고, 세대간의 명의이전을 통한 조세회피 시도를 막아 종합부동산세법의 입법 목적을 달성하는데 적절한 수단으로서 수단의 적절성이 인정되며, 조세회피의 방지 방법으로 증여의제제도 등이 있으나 1회의 증여세 부담을 통하여 지속적인 보유세의 부담을 회피할 수 있게 된다는 점에서 세대별 합산을 하지 않을 경우 법의 입법 목적을 달성하기가 매

우 어렵고, 실제로 종합부동산세의 논의가 본격화된 2003년 이후에 증여세의 세수가 급격하게 증가한 점에 비추어 보면 개인별 과세 제도를 악용하여 세대 구성원에게 증여함으로써 조세 회피를 도모한 것으로 추정되는바, 이 사건 세대별 합산규정은 종합부동산세의 회피 방지를 통해 입법 목적을 달성하기 위한 제도로서 최소침해의 원칙에 부합하고, 이 사건 세대별 합산규정을 통하여 얻을 수 있는 보유세 부담의 정상화, 부동산의 가격안정, 지방재정의 균형발전 및 국민경제 발전의 실효성 확보 등의 공익이 혼인한 부부의 차별취급이라는 사익에 비하여 우월하므로 법익의 균형성 또한 갖추고 있다.

비록 이 사건 세대별 합산규정은 혼인한 자를 차별취급하고는 있으나 위와 같이 비례의 원칙을 위반한 것이 아니어서, 헌법 제36조 제1항 등을 위반하였다고 볼 수 없다.

또한 1세대 1주택자에 대한 양도세 비과세 제도, 1세대 다주택자 증과세 제도와 같이 세대의 개념이 다른 세제에 이미 이용되고 있고, 부부가 소유하는 부동산이 실질적으로 공유재산의 범위에 있는 부동산이라면 그에 대한 보유세 역시 부부를 단위로 계산하는 것이 합리적이어서 이 사건 세대별 합산규정은 실질과세 원칙에 부합하는 과세방식으로서 위헌으로 보기 어렵다.

과세단위의 선택이 헌법에 위배되는지 여부를 판단하려면 입법 목적, 구체적인 조세 부과 유형, 사회·경제정책적인 고려 등 여러 가지 상황을 종합적으로 검토하여야 하며, 특히 누진세제 하에서 동시에 달성할 수 없는 개인간 공평성, 세대간 공평성, 혼인 중립성 등 세가지 가치 중 세대간 공평성을 추구하면서 혼인 중립성을 일정한 정도 제약하는 방법을 택한 종합부동산세의 세대별 합산과세에 대한 입법자의 선택을 존중하여야 하고, 과세단위에 관한 입법례를 보더라도, 재산보유과세에 누진율을 적용하는 스위스의 경우 세대별 합산과세를 하고 있고, 미국의 재산세, 일본의 지가세, 고정자산세, 독일의 재산세 등은 누진세율을 적용하고 있는 종합부동산세와 달리 단일세율을 적용하고 있어 세대별 합산과세의 필요성이 없는 경우이므로, 이 사건 세대별 합산규정이 위헌이라고 볼 수 없다.

마. 이해관계 기관 기획재정부장관의 의견요지

기획재정부장관은 종전 재정경제부장관이 제출한 것을 포함하여 2006헌바 112 사건에 대한 2007. 3. 23.자, 2007헌바71 사건에 대한 2007. 9. 12.자, 2007헌바88 사건에 대한 2007. 11. 15.자, 2007헌바94 사건에 대한 2007. 12. 5.자 및 2008헌바3·62, 2008헌가12 사건에 대한 2008. 8. 26.자 각 의견서에서 위 국세청장의 의견요지와 대체로 같은 취지의 의견을 표시하였다가, 이 사건에 대한 2008. 10. 22.자 의견서에서 위 2008. 8. 26.자 의견서의 의견을 철회하고, 종합부동산세는 자유시장경제 원칙에 따라 사유재산을 보장하고 경제 활성화를 도모하려는 현 정부의 정책 방향에 배치되는 제도로서, 부동산 투기 문제를 조세로 해결하려고 함으로써 세제의 왜곡 등 여러 가지 문제를 야기하고 있음은 물론, 담세력을 초과하는 과도한 세부담으로 지속하기 어려운 세제이므로, 조세원칙과 일반적인 보유세제 원칙에 맞게 종합부동산세제를 정상화시키기 위하여 근본적인 개편이 필요하다는 요지의 의견을 제출하였다.

【결정요지】

1. 특정한 조세 법률조항이 혼인이나 가족생활을 근거로 부부 등 가족이 있는 자를 혼인하지 아니한 자 등에 비하여 차별 취급하는 것이라면 비례의 원칙에 의한 심사에 의하여 정당화되지 않는 한 헌법 제36조 제1항에 위반된다 할 것인데, 이 사건 세대별 합산규정은 생활실태에 부합하는 과세를 실현하고 조세회피를 방지하고자 하는 것으로 그 입법목적의 정당성은 수긍할 수 있으나, 가족 간의 증여를 통하여 재산의 소유 형태를 형성하였다고 하여 모두 조세회피의 의도가 있었다고 단정할 수 없고, 정당한 증여의 의사에 따라 가족 간에 소유권을 이전하는 것도 국민의 권리에 속하는 것이며, 우리 민법은 부부별산제를 채택하고 있고 배우자를 제외한 가족의 재산까지 공유로 추정할 근거규정이 없고, 공유재산이라고 하여 세대별로 합산하여 과세할 당위성도 없으며, 부동산 가격의 양등은 여러 가지 요인이 복합적으로 작용하여 발생하는 것으로서 오로지 세제의 불비 때문에 발생하는 것만이 아니며, 이미 헌법재판소는 자산소득에 대하여 부부간 합산과세에 대하여 위헌

선언한바 있으므로 적절한 차별취급이라 할 수 없다.

또한 부동산실명법상의 명의신탁 무효 조항이나 과징금 부과 조항, 상속세 및 증여세법상의 증여 추정규정 등에 의해서도 조세회피의 방지라는 입법목적은 충분히 달성할 수 있어 반드시 필요한 수단이라고 볼 수 없다.

이 사건 세대별 합산규정으로 인한 조세부담의 증가라는 불이익은 이를 통하여 달성하고자 하는 조세회피의 방지 등 공익에 비하여 훨씬 크고, 조세회피의 방지와 경제생활 단위별 과세의 실현 및 부동산 가격의 안정이라는 공익은 입법정책상의 법익인데 반해 혼인과 가족생활의 보호는 헌법적 가치라는 것을 고려할 때 법익균형성도 인정하기 어렵다. 따라서 이 사건 세대별 합산규정은 혼인한 자 또는 가족과 함께 세대를 구성한 자를 비례의 원칙에 반하여 개인별로 과세되는 독신자, 사실혼 관계의 부부, 세대원이 아닌 주택 등의 소유자 등에 비하여 불리하게 차별하여 취급하고 있으므로, 헌법 제36조 제1항에 위반된다.

2. 종합부동산세는 부동산 보유에 대한 조세부담의 형평성을 제고하고, 부동산 가격을 안정시키려는데 목표가 있고, 아울러 지방재정의 균형발전과 국민경제의 건전한 발전에 이바지하고자 하는 것으로 이러한 입법목적의 정당성과 방법의 적절성을 수긍할 수 있다. 또한 전체 재산세 납세의무자나 인구, 세대 중 종합부동산세의 납세의무자가 차지하는 비율, 1인당 또는 1세대당 평균세액, 세액 단계별 납세자 및 납세액의 분포, 부동산 가격 대비 조세부담률, 직전년도 총세액 부담액에 대한 150% 내지 300%의 세액 상한의 설정 등에 비추어 보면, 종합부동산세법이 규정한 조세의 부담은 재산권의 본질적 내용인 사적 유용성과 원칙적인 처분권한을 여전히 부동산 소유자에게 남겨 놓는 한도 내에서의 재산권의 제한이고, 위 가격 대비 부담률에 비추어 보면, 매년 종합부동산세가 부과된다고 하더라도 상당히 짧은 기간 내에 사실상 부동산가액 전부를 조세 명목으로 무상으로 몰수하는 결과를 가져오게 되는 것이라고 보기도 어려우므로, 이 사건 주택분 및 종합토지분 종합부동산세의 과세표준 및 세율로 인한 납세의무자의 세부담 정도는 종합부동산세의 입법 목적에 비추어 일반적으로는 과도하다고 보기 어려운 것으로 입법재량의 범위를 일탈하였다고 단정할 수는 없을 것이다.

그러나, 이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정은, 납세의무자 중 적어도 주거 목적으로 한 채의 주택만을 보유하고 있는 자로서, 그 중에서도 특히 일정한 기간 이상 이를 보유하거나 또는 그 보유기간이 이에 미치지 않는다 하더라도 과세 대상 주택 이외에 별다른 재산이나 수입이 없어 조세지불 능력이 낮거나 사실상 거의 없는 자 등에 대하여 주택분 종합부동산세를 부과함에 있어서는 그 보유의 동기나 기간, 조세 지불능력 등과 같이 정책적 과세의 필요성 및 주거생활에 영향을 미치는 정황 등을 고려하여 납세의무자의 예외를 두거나 과세표준 또는 세율을 조정하여 납세의무를 감면하는 등의 과세 예외조항이나 조정장치를 두어야 할 것임에도 이와 같은 주택 보유의 정황을 고려하지 아니한 채 다른 일반 주택 보유자와 동일하게 취급하여 일률적 또는 무차별적으로, 그것도 재산세에 비하여 상대적으로 고율인 누진세율을 적용하여 결과적으로 다액의 종합부동산세를 부과하는 것이므로, 그 입법 목적의 달성에 필요한 정책수단의 범위를 넘어 과도하게 주택 보유자의 재산권을 제한하는 것으로서 피해의 최소성 및 법익 균형성의 원칙에 어긋난다고 보지 않을 수 없다.

이와 달리, 이 사건 종합토지분 종합부동산세 부과규정은, 매년 종합합산 과세대상인 토지에 대한 종합부동산세가 반복적으로 부과되어 재산권에 대한 제한이 있다 하더라도 종합부동산세 납세의무자의 세부담의 정도 및 주택과는 또 다른 토지의 특수성 등을 종합하면, 부동산에 대한 과도한 보유 및 투기적 수요 등을 억제함으로써 부동산의 가격안정을 꾀하며, 징수한 종합부동산세의 지방양여를 통하여 지방재정의 균형발전과 국민경제의 건전한 발전을 도모함으로써 얻을 수 있는 공익이 보다 크다고 할 것이므로, 피해의 최소성 및 법익 균형성의 원칙에 어긋난다고 보기는 어렵다 할 것이다.

3. 부동산 보유세를 국세로 할 것인지 지방세로 할 것인지는 입법정책의 문제에 해당되고, 입법정책상 종합부동산세법이 부동산 보유세인 종합부동산세를 국세로 규정하였다 하더라도 지방자치단체의 자치재정권의 본질을 훼손하는 것이라고 보기 어려우므로 이 사건 국세 규정은 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

4. 가. 종합부동산세는 재산세와 사이에서는 동일한 과세대상 부동산이라

고 할지라도 지방자치단체에서 재산세로 과세되는 부분과 국가에서 종합부동산세로 과세되는 부분이 서로 나뉘어져 재산세를 납부한 부분에 대하여 다시 종합부동산세를 납부하는 것이 아니고, 양도소득세와 사이에서는 각각 그 과세의 목적 또는 과세 물건을 달리하는 것이므로, 이중과세의 문제는 발생하지 아니한다.

나. 구 종합부동산세법 부칙 제2조는 구 종합부동산세법이 그 시행 후 최초로 납세의무가 성립하는 종합부동산세에 대하여 적용됨을 명백히 규정하고 있으므로, 구 종합부동산세법이 시행된 후 과세기준일 현재 과세대상 부동산에 대하여 종합부동산세를 부과하는 것은 소급입법에 의한 과세라고 하기는 어렵다.

다. 종합부동산세는 본질적으로 부동산의 보유사실 그 자체에 담세력을 인정하고 그 가액을 과세표준으로 삼아 과세하는 것으로서, 일부 수익세적 성격이 있다 하더라도 미실현 이득에 대한 과세의 문제가 전면적으로 드러난다고 보기 어렵고, 그 부과로 인하여 원본인 부동산가액의 일부가 잠식되는 경우가 있다 하더라도 그러한 사유만으로 곧바로 위헌이라 할 수는 없을 것이다.

라. 국가에 대하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있도록 규정한 헌법 제119조 제2항이 보유세 부과 그 자체를 금지하는 취지로 보이지 아니하므로 주택 등에 보유세인 종합부동산세를 부과하는 그 자체를 헌법 제119조에 위반된다고 보기 어렵다.

마. 종합부동산세는 지방세인 재산세와는 별개의 독립된 국세로서 구 조세특례제한법상의 중과세 특례라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 종합부동산세가 재산세나 다른 조세와의 관계에서도 규범의 구조나 내용 또는 규범의 근거가 되는 원칙 면에서 상호 배치되거나 모순된다고 보기도 어려우므로, 입법체계의 정당성에 위반된다고 할 수 없다.

바. 조세 관련 법률이라 하여 정부가 제출하는 방식으로 입법하여야 한다는 헌법적인 관행이 확립되어 있다고 보기 어렵고, 헌법 제40조에 의하면 입법권은 본래 국회에 속하는 것이므로, 종합부동산세법이 비록 국회의원이 제출하는 형식으로 입법되었다 하여 이를 들어 입법권의 남용이라 하기도 어

럽다.

5. 가. (1) 일정 가액 이상의 부동산에 대하여 각각 부채를 고려함이 없이 누진세율에 의하여 과세하도록 한 것은, 입법재량의 범위 내에서 부동산의 가격안정과 담세능력에 상응한 과세를 도모하기 위한 것으로 합리적인 이유 없이 차별대우하는 것이 아니고, (2) 토지와 주택의 사회적 기능이나 국민경제의 측면, 특히 주택은 인간의 기본적인 생존의 조건이 되는 생활공간인 점을 고려할 때, 토지와 주택을 다른 재산권과 달리 취급하더라도 합리성이 없다 할 수 없으며, (3) 종합부동산세법은 전국의 모든 부동산을 소유자별로 합산한 가액을 과세표준으로 하는 재산세의 일종이므로, 사회·경제적인 여건으로 종합부동산세의 부과대상이 수도권에 편중되어 있다 하여 이를 들어 수도권을 비수도권에 비하여 차별한다고 할 수는 없고, (4) 임대주택, 기숙사, 사원용 주택, 건설사업자의 미분양 주택 등은 주거생활의 안정을 위한 주택의 공급에 기여하여 부동산의 가격안정에 도움을 주는 것으로 이를 과세표준 합산대상에 배제하는 것이 합리적이라 할 것이므로, 평등의 원칙에 반한다고 보기 어렵다.

나. 주택 등에 대한 종합부동산세의 부과로 거주 이전의 자유가 사실상 제약당할 여지가 있으나, 이는 위의 기본권에 대한 침해가 아니라 주택 등의 재산권에 대한 제한이 수반하는 반사적인 불이익에 지나지 아니하므로 이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정이 거주 이전의 자유를 침해한다고 보기 어렵다 할 것이다.

다. 종합부동산세법은 공시가격을 기준으로 주택분의 경우에는 6억 내지 9억 원, 종합합산 토지분의 경우에는 3억 내지 6억 원을 초과하여 보유한 자를 납세의무자로 하고 있는바, 위 과세대상 주택 등의 가액에 비추어 보면, 종합부동산세의 납세의무자는 인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 생활을 유지할 수 있는 지위에 있다 할 것이므로, 이 사건 종합부동산세 부과규정으로 인하여 납세의무자의 생존권이나 인간다운 생활을 할 권리를 제한하거나 침해한다고 보기 어렵다 할 것이다.

라. 종합합산 과세대상 토지가 ‘개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법’상의 개발제한구역의 지정으로 인하여 재산권 행사에 제한을 받고 있

다 하더라도, 그 토지의 재산적 가치가 완전히 소멸되는 것이 아니라 그러한 재산권의 제한은 당해 토지의 개별공시지가에 반영되어 과세표준이 감액 평가됨으로써 일반토지와 비교할 때 감액된 종합부동산세를 부담하게 될 것이므로, 개발제한구역으로 지정된 토지에 대하여 재산세에 더하여 다른 일반토지와 같은 세율의 종합부동산세를 부과한다 하여 다른 일반 토지에 비하여 특별히 청구인의 재산권이 침해되었다거나, 평등원칙에 위반된다고 보기는 어렵다 할 것이다.

6. 이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정을 단순위헌으로 선언하여 즉시 효력을 상실하게 할 경우에는, 단순위헌의 선언에도 불구하고 인별 합산규정에 따라 종합부동산세를 부과할 수 있는 이 사건 세대별 합산규정의 경우와는 달리, 주택분에 대한 종합부동산세를 전혀 부과할 수 없게 되는 등 법적인 공백 상태를 초래하게 되고, 이는 일정한 경우에 과세 예외조항이나 조정장치를 두지 않은 것이 납세의무자의 재산권을 침해한다는 이 사건 위헌 결정의 취지와 달리 모든 주택분 종합부동산세 납세의무자에 대해서까지 주택분 종합부동산세를 부과하지 못하게 하는 부당한 결과에 이르게 될 뿐만 아니라, 조세수입을 감소시키고 국가재정에 상당한 영향을 줌으로써, 일부 위헌적인 요소가 있는 이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정을 존속시킬 때보다 단순위헌의 결정으로 인하여 더욱 헌법적 질서와 멀어지는 법적 상태가 초래될 우려가 있고, 위헌적인 규정을 구체적으로 어떠한 내용으로 합헌적으로 조정할 것인지는 원칙적으로 입법자의 형성재량에 속하고, 특히 일률적·장기적으로 다수의 국민을 대상으로 하는 세법규정에 있어서는 입법자로 하여금 정책적 판단을 숙고할 수 있는 여유를 주어 충분한 사회적인 합의를 거쳐 위헌적인 문제점을 해결하도록 함이 상당하다 할 것이므로, 이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정에 대하여는 헌법불합치 결정을 선고하되, 다만 입법자의 개선입법이 있을 때까지 계속 적용을 명하기로 한다.

헌법불합치 부분에 대한 재판관 목영준의 일부 합헌의견

1. 납세의무자의 주관적 요소에 따라 납세의무자 여부와 적용세율을 달리 하는 것은 재산세의 성격에 비추어 타당하지 않고, 종합부동산세법상 납세의

무자의 범위와 세율이 조세정책에 관한 입법자의 재량범위를 벗어났다고 볼 수도 없으므로, 결국 납세의무자에 관한 법 제7조 제1항(개정 법 제7조 제1항 전문 중 괄호 부분 제외) 및 세율에 관한 제9조 전단(개정 법 제9조 제1항·제2항)은 헌법에 위반되지 아니한다.

2. 그러나 주택의 장기보유자에 대한 조세부과는 ‘주택의 가격안정’이라는 목적을 이루기 위한 범위를 벗어날 뿐 아니라 이를 달성하는데 아무런 도움을 주지 못하므로, 법 제8조(개정 법 제8조 제1항, 과세표준)가 과세표준을 시가에 근접한 공시가격을 기준으로 정하면서도 과세표준의 상승폭 제한 또는 물가상승에 따른 보유공제 등 과세표준에 대한 조정장치를 마련하지 않은 것은 헌법상 과잉금지원칙에 위반하여 주택장기보유자의 재산권을 침해함으로써, 헌법에 합치되지 않는다 할 것이다.

재판관 조대현의 합헌의견

1. 종합부동산세는 과세기준금액을 넘는 부동산의 보유 자체를 조세부담 능력으로 파악하는 것이므로, 그 과세표준을 산정하면서 보유 부동산의 가액에서 부채(負債)를 공제한 실질적인 재산가치를 기준으로 삼지 않았다고 하여 조세부담능력을 잘못 인정하였다거나 응능부담주의에 어긋나는 것이라고 볼 수 없고, 게다가 부동산 보유세 강화의 충격을 완화하기 위하여 과세기준 가격을 높게 설정함과 아울러 과세표준을 공시가격에 접근시키는 비율을 점차적으로 높이도록 규정하고 있으므로, 조세입법권의 재량 한계를 벗어났다고 볼 수 없어 사유재산제도를 근본적으로 부정하거나 납세의무자의 재산권을 중대하게 침해하는 것이라고 보기 어렵다.

2. 종합부동산세의 본질은 국가재원을 조달하기 위한 재산보유세이며, 부동산 투기억제나 부동산 가격안정을 근본목적으로 하는 것이 아니므로, 과세 대상 부동산의 장기보유 여부나 보유목적의 투기성 여하에 따라 종합부동산세의 과세 여부나 과세 범위를 달리하여야 하는 것은 아니므로, 종합부동산세를 부과하면서 주거목적으로 보유하는 1주택의 경우에 장기보유 여부나 다른 재산·소득의 유무를 고려하지 않고 일률적으로 과세하는 것이 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

3. 종합부동산세의 세대별 합산과세제도는 세대별 부동산 보유를 하나의 과세단위로 파악하는 조세정책적 결정이고, 세대원들의 소유명의 분산을 통한 조세회피행위를 방지하여 종합부동산세 부담의 실질적 공평을 도모하려는 것이므로, 조세부담능력을 잘못 파악하였다거나 응능부담의 원칙에 어긋난다거나 헌법 제36조 제1항 또는 제11조 제1항에 위반된다고 보기 어렵다.

4. 종합부동산세의 과세대상을 제한하고 과세기준금액을 높게 설정하여 고액의 부동산을 보유하는 극소수의 국민들에게만 차별과세하는 결과로 되었다고 하더라도, 이를 불합리한 차별과세라거나 조세일반부담의 원칙이나 조세평등의 원칙에 위반된다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

재판관 김종대의 합헌의견

1. 종합부동산세 제도의 입법목적에 정당성이 인정되고 종합부동산세 부과로 인한 납세의무자의 부담 정도가 입법재량 사항이라고 한다면, 그 제도를 구성하는 일부규정들 속에 불합리한 규정이 들어있다 하더라도 그 규정의 불합리성이 너무 지나쳐 헌법적 가치를 훼손함에 이르지 않는 한, 우리는 그 제도의 유지 및 변경에 대한 판단을 국회에 맡겨야 한다.

2. 세대별 합산과세방식에 관해 보건대, 주택은 그 소유권이냐 개인별로 귀속되겠지만, 그 사용은 세대를 이루어 사는 가족들의 공동주거로 쓰이는 특수성이 있다. 이 같은 과세목적물인 주택의 특성상 같은 세대를 구성한 구성원이 여러 주택을 소유하고 있을 때 개인별로 과세 않고 이를 세대별로 합산과세 하겠다는 것은 입법목적을 달성하기 위해 꼭 필요할 뿐 아니라 과세단위에 관한 논리상의 결함도 없으므로, 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

3. 1주택 보유자에 대한 과세예외조항에 관해 보건대, 주거목적의 1주택이라고 해도 고가의 주택보유자에 대해서는 그 주택가액에 상응하는 보유세를 부담하게 함으로써 조세부담의 형평성을 제고할 필요가 있고, 그 부담 정도 역시 선진제국에 비하여 현저히 낮은 수준에 불과하고, 혹 납세의무자에 따라서는 극소수자에게만 부과시키는 과도한 세금이라고 느낄 수 있는 측면이 있을 수도 있으나 이는 종합부동산세와는 다른 세금인 양도소득세의 부과상 문제점에서 비롯된 면이 없지 않은 점과 종합부동산세의 입법목적에는 보유

세 부담의 형평성 제고 이외에 부동산 투기 및 과다 보유의 억제를 통한 부동산 가격의 안정을 도모한다는 측면도 있다는 점을 아울러 고려할 때, 그와 같은 주택보유자에 대하여 보유기간이나 조세지불능력을 고려한 과세예외조항이나 조정장치를 두지 않았다고 하여 입법재량의 한계를 일탈하였다고 보기는 어려우므로, 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

【해설】

1. 종합부동산세의 개요

가. 종합부동산세의 도입 경과 및 취지

지난 날 우리의 경제가 국제통화기금(IMF)의 관리 체제를 벗어나면서 수도권 아파트를 중심으로 부동산 가격이 급등하자, 정부는 부동산 그 중 특히 주택의 가격을 안정시키기 위한 정책으로 부동산 보유세제를 개편하여 시·군·구 등 지방자치단체가 먼저 지방세인 재산세를 부과하고, 중앙정부가 전국을 단위로 개인별 보유 부동산의 가액을 합산하여 고액의 부동산 소유자에 대하여는 국세인 종합부동산세를 부과하는 것을 내용으로 하는 부동산 대책을 마련하였다.

종래 부동산 보유세제로 재산세와 종합토지세가 있었으나, 이에 대하여는 낮은 보유세와 높은 거래세의 부담으로 부동산의 과다보유를 억제하는 기능이 미약하고, 과세표준의 낮은 현실화율과 지역간·건물간 과세표준 현실화율의 격차로 보유세로서 투기 및 과다 보유를 억제하지 못하였으며, 지방자치단체의 과세표준 현실화 노력의 부족과 탄력세율의 과도한 적용으로 지역간 과세의 불평등을 초래한 것 이외에도 지방세인 종합토지세의 특성상 전국적인 토지 합산기능에 부적합하다는 등 여러 가지 문제점이 지적되었으므로, 이를 보완하고 부동산 보유에 대한 조세부담의 형평성을 제고하며, 부동산의 가격안정을 도모함으로써 지방재정의 균형적인 발전과 국민경제의 건전한 발전을 도모하기 위하여 2005. 1. 5. 구 종합부동산세법을 제정하여 종합부동산세를 부과하게 되었다.

나. 부동산 보유세제의 개편 내용 및 구 종합부동산세법의 개정

(1) 재산세

2005년 부동산 보유세제의 개편에 따라 2005. 1. 5. 법률 제7332호로 개정된 지방세법은 재산세의 과세대상으로 부동산을 토지·건축물·주택으로 구분하고 주택의 경우 그 부속 토지를 건물과 함께 과세대상으로 삼아, 임야 또는 나대지를 보유한 납세의무자와 주택을 보유한 납세의무자는 하나의, 상가 등 주택 이외의 건축물을 보유한 납세의무자는 건물과 부속토지라는 두 개의 과세대상을 가지게 되었다.

그리고 재산세의 납세지는 부동산의 소재지를 관할하는 시·군·자치구이고, 과세표준은 토지 및 주택의 경우에는 ‘부동산가격공시 및 감정평가에 관한 법률’에 의하여 공시된 가액, 주택 이외의 건물의 경우에는 법률이 정하는 일정한 기준을 참작하여 대통령령이 정하는 기준에 따라 지방자치단체장이 결정한 가액, 즉 취득세의 시가표준액에 대통령령이 정하는 일정 비율을 곱하여 산출하도록 하였다.

이렇게 계산된 과세표준에 대한 재산세 표준세율은 종합합산 과세대상의 경우 0.2·0.3·0.5%, 별도합산 과세대상의 경우 0.2·0.3·0.4%, 별장 이외의 주택의 경우 0.15·0.3·0.5% 등 모두 3단계의 초과누진세율 구조를 취하고, 나머지는 각 부동산의 용도를 고려하여 단일세율로 규정하고 있다.

(2) 구 종합부동산세법상의 종합부동산세

종합부동산세의 과세대상은 일정한 액수를 초과하는 주택, 나대지 및 빌딩·상가·사무실 등의 부속토지이다.

주택에 대한 종합부동산세의 납부의무자는 지방세법상의 주택분 재산세 납부의무자로서 국내에 소유하는 주택의 지방세법상 재산세 과세표준의 합계액이 4억 5천만 원을 초과하는 자이고(구 종합부동산세법 제7조 제1항), 지방세법상 재산세 과세표준의 합계액이 4억 5천만 원인 경우 국세청의 기준시가는 이것의 2배에 해당하므로 단 한 채의 주택을 소유한 사람이라고 하더라도 그 가액이 9억 원을 초과하면 모두 종합부동산세의 납부의무자가 되었다.

종합부동산세의 세율은 과세표준 5억 5천만 원 이하 부분은 1,000분의 10,

5억 5천만 원 초과 45억 5천만 원 이하 부분은 1,000분의 20, 45억 5천만 원 초과 부분은 1,000분의 30이고, 과세표준의 인상이나 주택가격의 상승으로 인하여 세액이 급격히 상승하는 것을 방지하기 위하여 50%의 상한선을 정하여 당해 연도의 주택에 대한 재산세액 상당액과 종합부동산세액 상당액의 합계액이 전년도에 대한 세액 상당액의 100분의 150을 초과하는 경우에는 그 초과하는 세액이 없는 것으로 하고 있다(구 종합부동산세법 제9조, 제10조).

토지는 나대지와 같이 종합합산 과세대상인 경우에는 당해 토지에 대한 지방세법상 재산세 과세표준액이 3억 원, 사업용 토지와 같이 별도합산 과세대상인 경우에는 당해 토지에 대한 지방세법상 재산세 과세표준액의 합계액이 20억 원을 각 초과하는 때에 납세의무자가 되며(구 종합부동산세법 제13조), 그 세율은 종합합산 과세대상인 경우 과세대상 7억 원 이하 부분은 1,000분의 10, 7억 원 초과 47억 원 이하 부분은 1,000분의 20, 47억 원 초과 부분은 1,000분의 40으로 하고, 별도합산 과세대상인 경우 과세표준 80억 원 이하 부분은 1,000분의 6, 80억 원 초과 480억 원 이하 부분은 1,000분의 10, 480억 원 초과 부분은 1,000분의 16으로 각 규정하고 있다(구 종합부동산세법 제14조).

그리고 주택의 경우와 같은 취지에서 토지에 대한 종합부동산세의 경우에도 50%의 세액 상한을 설정하고 있다(구 종합부동산세법 제15조).

한편, 종합부동산세액 중 지방세인 재산세로 이미 부과된 부분은 이를 종합부동산세에서 공제하도록 하여 동일한 과세대상에 대하여 지방세로, 다시 국세로 과세하는 결과를 사전에 방지하고 있다(구 종합부동산세법 제9조, 제14조).

(3) 구 종합부동산세법의 개정

구 종합부동산세법의 조기 시행 등 여러 가지의 부동산 정책에도 불구하고 부동산 시장이 안정되지 아니하자 다시 2005. 12. 31. ‘8·31 부동산 종합 대책’의 일환으로 구 종합부동산세법을 개정하여, 주택 및 비사업용 토지에 대한 종합부동산세의 과세기준 금액을 주택은 공시가격 9억 원에서 6억 원으로, 비사업용 토지는 공시가격 6억 원에서 3억 원으로 하향 조정하고(개정

종합부동산세법 제7조 제1항, 제12조 제1항), 과세표준 적용율을 2005년 현재 50%에서 2006년 70%, 2007년 80%, 2008년 90%, 2009년 100% 등으로 연차적으로 인상하며(개정 종합부동산세법 제9조 제2항, 제14조 제2항), 전년 대비 세부담의 상한을 150%에서 300%로 상향조정하고(개정 종합부동산세법 제10조, 제15조 제1항), 과세 방법을 인별 합산에서 세대별 합산 방식으로 전환하였으며(개정 종합부동산세법 제7조 제1항, 제12조 제1항), 주택에 대한 세율 체계를 종전의 3단계 초과누진율 체계(공시가격 9억 원 초과 20억 원 이하 부분은 1%, 20억 원 초과 100억 원 이하 부분은 2%, 100억 원 초과 부분은 3%)에서 진입단계의 1단계가 추가된 4단계의 초과누진율 체계(공시가격 6억 원 초과 9억 원 이하 부분은 1%, 9억 원 초과 20억 원 이하 부분은 1.5%, 20억 원 초과 100억 원 이하 부분은 2%, 100억 원 초과 부분은 3%)로 변경하는 등(개정 종합부동산세법 제9조 제1항) 주택 및 비사업용 토지에 대한 종합부동산세의 과세를 강화하였다.

2. 종합부동산세의 법적성격 및 이와 관련한 헌법적 쟁점

가. 종합부동산세의 법적 성격

종합부동산세는 종합부동산세법상 과세기준일인 매년 6월 1일 현재 일정한 가액을 초과하는 주택과 토지 등 부동산을 소유하는 자에 대하여 그 부동산 가액을 과세표준으로 삼아 과세하는 세금으로서(종합부동산세법 제3조, 지방세법 제190조, 종합부동산세법 제7조, 제8조, 제12조, 제13조), 일정한 재산의 소유라는 사실에 담세력을 인정하여 부과하는 재산보유세의 일종이라 할 것이나, 일부 과세대상 부동산으로부터 발생하는 수익에 대하여 부과하는 수익세적 성격도 포함하고 있는 것으로 이해되고 있다.

이에 대하여 종합부동산세의 위헌성을 강조하는 측에서는 종합부동산세의 기본적인 성격을 수익세로 파악한다. 이는 단순히 재산을 보유하고 있을 뿐인 사람의 경우에는 적어도 보유 사실 자체로 지불능력의 근거를 발견하기가 어렵다는 점에서, 또한, 종합부동산세는 부동산의 시가를 기초로 과세표준을 산정하면서 개인별 합산과세와 누진세율을 적용하고 있으므로 그 자체로서 이미 수익세적 성격을 가지고 있다는 점에서 기본적으로 수익세로 파

약하는 것이다. 그리고 그 담세력의 근거를 부동산 가격의 변동이 없는 경우에는 주로 ‘부동산 사용가치에서’, 가격이 상승하는 경우에는 이에 더하여 ‘부동산 자산가치의 증가에서’ 찾아야 하는 것으로 본다. 이와 같이 종합부동산세가 수익세적 성격을 가진다고 보는 경우에 그 수익의 근거가 사용가치인지 또는 자산가치인지에 따라 원본잠식과 관련한 과세권의 재산권적 한계가 설정될 것이고, 이중과세의 문제와 관련해서도 이중과세를 판단하는 기준이 되는 세목이 부동산임대소득세인지 아니면 양도소득세인지 여부가 문제된다고 한다.

한편, 종합부동산세법 제1조는 “이 법은 고액의 부동산 보유자에 대하여 종합부동산세를 부과하여 부동산 보유에 대한 조세부담의 형평성을 제고하고, 부동산의 가격안정을 도모함으로써 지방재정의 균형발전과 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다.”고 규정하여, 고액의 부동산 보유에 대하여 중과세함으로써 국가재정 수요의 충당 이외에 부동산의 과도한 보유 및 투기적 수요 등을 억제하여 부동산 가격을 안정시키고자 하는 유도적·형성적 기능을 가진 정책적 조세로서의 성격도 함께 지니고 있음을 밝히고 있다.

나. 이중과세의 문제

(1) 재산세와의 관계

종합부동산세는 동일한 납세의무자에게, 동일한 과세대상에 대하여 시군구가 재산세를 부과하였음에도 다시 국가가 거둬들이 과세하기 때문에 재산세와의 관계에서 이중과세에 해당하는 것이 아닌지 여부가 문제된다.

종합부동산세법상 종합부동산세의 세액은 과세대상 부동산에 대하여 재산세로 부과된 세액을 공제하여 산출하기 때문에(구 종합부동산세법 제9조 후단, 제14조 제1항 후단, 개정 종합부동산세법 제9조 제3항, 제14조 제3항), 결국 동일한 과세대상 부동산이라고 할지라도 지방자치단체에서 재산세로 과세되는 부분과 국가에서 종합부동산세로 과세되는 부분이 서로 나뉘어져 재산세를 납부한 부분에 대하여 다시 종합부동산세를 납부하는 것이 아니므로, 종합부동산세와 재산세 사이에 이중과세의 문제는 발생하지 아니한다.

(2) 양도소득세와의 관계

종합부동산세를 미실현이득에 대한 과세로 파악할 경우에는 과세대상 부동산을 소유하는 기간 동안에 그 이득에 대하여 종합부동산세를 부과한 이후에 그 부동산을 양도할 때 다시 실현된 양도차익에 대하여 양도소득세를 과세하는 것은 보유기간 동안에 발생하는 수익이라는 동일한 과세물건에 대하여 과세하는 것으로 보아 양도소득세와의 관계에서 이중과세의 문제가 제기될 수 있을 것이다.

종합부동산세는 전국의 모든 과세대상 부동산을 과세물건으로 하여, 소유자별 내지 세대별로 합산한 '부동산가액'을 과세표준으로 삼는 보유세의 일종으로, 양도차익이라는 '소득'에 대하여 과세하는 양도소득세와는 각각 그 과세의 목적 또는 과세 물건을 달리하므로, 여기에 이중과세의 문제는 발생하지 아니한다(헌재 1994. 7. 29. 92헌바49등, 판례집 6-2, 64, 98 참조).

이에 대하여는 종합부동산세의 수익세적 성격을 중시하여 과세대상 부동산을 소유하는 기간동안 재산세, 종부세를 과세한 후 양도시에 다시 양도차익에 대하여 과세함으로써 보유기간에 발생한 수익이라는 동일한 과세물건에 대하여 과세하므로 이중과세에 해당한다는 견해¹⁾가 있다. 또, 부동산 가격이 상승하였을 때 보유단계에서도 부동산 가격상승분은 종합부동산 내지 재산세 부담에 영향을 주고, 양도단계에서는 당연히 양도소득세 부담에 영향을 주게 된다. 부동산 가격 상승분에 대하여는 종합부동산세 내지 재산세와 양도소득세가 중복하여 세부담을 지게 되므로 이중과세라 할 수 있고, 이 경우 양도소득세에서 종합부동산세 내지 재산세를 공제해 주어야 한다는 견해²⁾가 있다. 이러한 견해에 의하면 양도소득세의 산정과 관련하여 기납부한 종부세액분의 일부를 공제하거나 환급하는 등의 일체의 세액조정장치를 두지 아니한 것은 입법목적의 달성에 필요한 정책수단의 범위를 넘어 주택 등 부동산 보유자에게 과도한 납세의무를 부담하게 하는 것이라 하지 않을 수 없게 된다.

1) 최명근·김상겸, “종합부동산세 도입정책에 대한 평가 및 정책제언”, 한국경제연구원, 2004. 12. 2. 12면

2) 박훈, “현행 종합부동산세의 내용과 그 문제점”, 조세법연구(XII-1), 53면

나. 미실현 이득에 대한 과세 및 원본잠식의 문제

종합부동산세의 본질을 수익세로 이해하고 그 실질적인 담세력의 근거를 원본으로부터 파생된 사용수익 또는 자산수익이라는 이득에 있다고 할 경우에는 종합부동산세의 과세가 원본과 분리되지 아니한 미실현이득에 대한 과세의 문제가 발생하고, 종합부동산세법이 과세대상 부동산으로부터 발생하는 이득을 정확하게 평가하지 아니한 채 부동산의 공시지가를 기준으로 일정가액을 초과할 경우 그 초과액에 구간별 누진세율을 적용하고 있어 원본인 주택 자체를 무상으로 몰수하게 됨으로써 헌법상 재산권 보장원칙에 배치되고 조세원리상의 실질과세, 공평과세의 이념에도 반하게 되는 것이 아닌지가 문제된다.

앞서 본 바와 같이, 종합부동산세는 본질적으로 부동산의 보유사실 그 자체에 담세력을 인정하고 그 가액을 과세표준으로 삼아 과세하는 것으로서, 일부 수익세적 성격이 있다 하더라도 미실현 이득에 대한 과세의 문제가 전면적으로 드러난다고 보기 어렵고, 미실현 이득에 대한 과세 자체도 과세 목적, 과세소득의 특성, 과세기술상의 문제 등을 고려하여 판단할 입법정책의 문제일 뿐, 헌법상의 조세개념에 저촉되거나 그와 양립할 수 없는 모순이 있는 것으로는 보이지 아니한다(헌재 1994. 7. 29. 92헌바49등, 판례집 6-2, 64, 96-97 참조).

또한 종합부동산세가 부동산의 보유사실 그 자체에 담세력을 인정하여 이에 대하여 과세한다는 점을 고려할 때, 그 부과로 인하여 원본인 부동산가액의 일부가 잠식되는 경우가 있다 하더라도 그러한 사유만으로 곧바로 위헌이라 할 수는 없을 것이다.

다만, 종합부동산세의 부과로 인한 재산권의 침해 여부와 관련하여 뒤에서 보는 바와 같이, 종합부동산세의 정책 목적, 1인 또는 1세대당 평균세액, 세액 단계별 납세자 및 납세액의 분포, 부동산 가격 대비 조세부담율 등을 종합할 때, 재산권의 본질적 내용인 사적 유용성과 원칙적인 처분 권한을 여전히 부동산 소유자에게 남겨 놓는 한도 내에서 재산권을 제한하는 것인지, 또는 매년 종합부동산세를 부과하여 비교적 짧은 기간 내에 사실상 부동산

가액 전부를 조세 명목으로 징수하게 됨으로써 그 재산권을 사실상 무상으로 몰수하는 효과를 가져 오는지 여부 등에 따라 헌법상 재산권 보장의 원칙에 위배되는지 여부가 결정되어질 것이다(헌재 2001. 2. 22. 99헌바3등, 판례집 13-1, 226, 245-247 참조).

한편, 종부세는 주택 등 부동산으로부터 장기적으로 형성될 미래의 종합적인 수익에 담세력을 인정하고 이에 대하여 과세하는 수익세로서의 성격을 기본적으로 가지고 있다는 견해에 따르면, 종합부동산세법은 구체적인 세액의 산정에 있어서 납세의무자의 국내소유 주택 또는 토지의 지방세법상 과세표준 합계액이 일정가액(주택의 경우 4억 5천만 원, 종합합산 과세대상 토지의 경우 3억 원 등)을 초과하는 경우 그 초과액에 구간별 누진세율을 적용하고 있으므로, 종부세의 본질이 부동산으로부터 발생하는 수익을 과세대상으로 삼는 수익세임에도, 그 세액의 결정을 부동산에서 발생하는 수익을 직접 산정하여 계산하는 방식이 아니라 부동산의 자산가치(부동산의 시가)를 과세표준으로 하여 이를 수익으로 간주하는 보유세적 산정방식을 사용하고 있고, 이러한 세액산정방식에 의하는 경우에는 종합부동산세의 담세력을 사용가치에서 찾든지 또는 자산가치의 증가분에서 찾든지 간에 모두 원본잠식의 가능성을 가지고 있어, 입법목적의 달성에 필요한 정책수단의 범위를 넘어 납세의무자에게 과도한 납세의무를 부담하게 함으로써 침해의 최소성 요건에 위배되거나 재산권의 본질적 내용을 침해한다고 보지 않을 수 없다고 보게 된다³⁾.

3) 원본잠식 또는 무상몰수의 효과에 관한 검토

조세부과를 통한 원본잠식의 효과가 과잉금지원칙에 위배되는지 또는 사유재산제도에 위배되어 재산권의 본질적 내용을 침해하는지 여부가 문제된다. 헌법재판소는 **토초세법 사건**(헌재 1994. 7. 29. 92헌바49등)에서는 “수득세인 토초세의 본질에 반하고 헌법 제23조가 정하고 있는 사유재산권 보장취지에도 어긋난다.”라고, **종합토지세법 사건**(헌재 2001. 2. 22. 99헌바3등)에서는 “무상몰수의 효과를 가져오는 것이 아니므로 재산권의 본질적 내용을 침해하거나 국민의 재산권을 비례의 원칙에 위반하여 과도하게 침해하는 것이 아니다.”라고 판시하였고, **개발이익부담금 사건**(헌재 1998. 6. 25. 97헌바81등)에서는 “입법목적의 달성에 필요한 정책수단의 범위를 넘어 사업시행자 등에게 과도한 금전납부의무를 과하는 것으로 기본권 제한시 요구되는 피해의 최소성 요청을 충족시키지 못하고 있다고 할 것이다.”라고 판시하였는바, 이러한 태도는 원본잠식의 효과가 과잉금지원칙의 심사와 본질적 내용 침해금지 심사에 모두 결철 수 있음을 지적하고 있는 것으로 볼 수 있다. 생각건대, 과세대상의 범위를 넘는 조세부과는 결국 원본인 사유재산을 침해하는

3. 세대별 합산과세와 헌법 제36조 제1항 위반 여부

가. 세대별 합산과세 관련규정의 확정 및 헌법상의 쟁점

(1) 2008헌가12 사건의 제청법원은 이 사건 세대별 합산규정과 함께 제8조 제1항 중 ‘납세의무자별로’ 부분과 제13조 제1항 중 ‘납세의무자별로’ 부분에 대하여서까지 위헌심판을 제청하고 있다.

그러나, 종합부동산세의 과세방법이 ‘인별 합산’에서 ‘세대별 합산’으로 변경된 것은 개정 종합부동산세법 제8조 제1항 및 제13조 제1항 중 각 ‘납세의무자별로’ 부분과 관계없이 이 사건 세대별 합산규정에 의한 것이고, 개정 종합부동산세법 제8조 제1항 및 제13조 제1항 중 각 ‘납세의무자별로’ 부분은 종합부동산세의 과세방법이 ‘인별 합산’인지, ‘세대별 합산’인지와 상관없이 과세표준을 산정하는 방법을 명확히 하고 있는 기술적인 규정으로, 인별 합산에 의한 과세방법을 취하였던 구 종합부동산세 당시부터 규정되어 있었던 점 등을 볼 때, 이 사건 세대별 합산규정의 위헌여부에 따라 종합부동산세의 과세방법이 ‘인별 합산’인지, ‘세대별 합산’인지가 결정되고, 이로 인하여 과세표준액과 세율이 달라질 뿐, 개정 종합부동산세법 제8조 제1항 및 제13조 제1항 중 각 ‘납세의무자별로’ 부분은 종합부동산세의 세대별 합산과세 방법을 규정하는 것이 아니므로, 이들 조항은 개정 종합부동산세법상의 세대별 합산과세 관련규정에서 제외함이 상당하다.

(2) 이 사건 세대별 합산규정에 의하면, 개인의 경우 주택 및 종합합산 과세대상 토지(이하 ‘주택 등’이라 한다)에 대하여 세대별로 소유하고 있는 과세대상의 공시가격을 합산하여 과세기준 금액을 계산하고, 그 과세기준 금액이 주택의 경우 6억 원, 종합합산 과세대상 토지의 경우 3억 원을 초과할 경우에는 계산된 과세표준에 따라 개정 종합부동산세법 제9조 제1항, 제14조 제1항 등의 규정에 의하여 누진적 세율이 적용되며, 이 경우 1세대에 속하는 자 중 주된 주택 등 소유자가 종합부동산세의 납세의무자가 되고 기타의 세대원은 그가 소유한 주택 등의 공시가격을 한도로 주된 주택소유자와 연대

결과가 되고, 그렇지 않다고 하더라도 과잉한 조세부과에 이르게 되므로 양자의 심사기준을 모두 위반하는 결과가 된다고 할 것이다.

하여 납부할 의무가 있다.

그리고 여기에서 ‘세대’라 함은 주택 등의 소유자 및 그 배우자가 그들과 동일한 주소 또는 거소에서 생계를 같이하는 가족, 즉 소유자와 그 배우자의 직계 존비속(그 배우자를 포함한다) 및 형제자매와 함께 구성하는 1세대를 말한다(개정 종합부동산세법 제2조 제8호, 같은 법 시행령 제1조의 2 제1항, 제2항).

따라서 혼인한 부부나 그들과 동일한 주소 또는 거소에서 생계를 같이하는 가족과 함께 구성된 1세대에 속하는 자는 이와 같이 혼인을 하였다거나 가족과 함께 세대를 구성하였다는 사유만으로 세대원들이 소유한 주택 등의 공시가격이 세대원 중 주된 주택 등 소유자의 공시가격에 합산됨으로써 개인별로는 과세대상이 아니었다가 과세대상으로 되거나 합산 전의 경우보다 과세표준액이 증가되어 일반적으로 더 높은 누진세율을 적용받는데다가, 연대납부의무를 부담하기 때문에, 개인별로 과세되는 독신자, 사실혼 관계의 부부, 세대원이 아닌 주택 등의 소유자 등에 비하여 더 많은 조세를 부담하게 된다.

결국 이 사건 세대별 합산규정에 의하여 혼인한 부부 또는 가족과 함께 세대를 구성한 자에게 더 많은 조세를 부과하는 것이 혼인과 가족생활을 특별히 더 보호하도록 한 헌법 제36조 제1항에 위반되는지 여부가 문제된다 할 것이다.

나. 헌법 제36조 제1항의 의미와 심사기준

헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”고 규정하여 혼인과 가족생활에 불이익을 주지 않을 것을 명하고 있고, 이는 적극적으로 적절한 조치를 통하여 혼인과 가족을 지원하고 제3자에 의한 침해로부터 혼인과 가족을 보호해야 할 국가의 과제와, 소극적으로 불이익을 야기하는 제한 조치를 통하여 혼인과 가족생활을 차별하는 것을 금지해야 할 국가의 의무를 포함하는 것이다.

이러한 헌법원리로부터 도출되는 차별금지의 명령은 헌법 제11조 제1항의

평등원칙과 결합하여 혼인과 가족을 부당한 차별로부터 보호하고자 하는 목적을 지니고 있고, 따라서 특정한 조세 법률조항이 혼인이나 가족생활을 근거로 부부 등 가족이 있는 자를 혼인하지 아니한 자 등에 비하여 차별 취급하는 것이라면 비례의 원칙에 의한 심사에 의하여 정당화되지 않는 한 헌법 제36조 제1항에 위반된다 할 것이다.

이는 단지 차별의 합리적인 이유의 유무만을 확인하는 정도를 넘어, 차별의 이유와 차별의 내용 사이에 적정한 비례적 균형관계가 이루어져 있는지에 대해서도 심사하여야 한다는 것을 의미하고(헌재 2001. 2. 22. 2000헌마 25, 판례집 13-1, 386, 403 ; 헌재 2003. 6. 26. 2002헌가14, 판례집 15-1, 624, 657 등 참조), 위와 같은 헌법원리는 조세 관련 법령에서 과세단위를 정하는 것이 입법자의 입법형성의 재량에 속하는 정책적 문제라고 하더라도 그 한계로서 적용되는 것이다(헌재 2005. 5. 26. 2004헌가6, 판례집 17-1, 592, 600 참조).

다. 이 사건 세대별 합산규정의 헌법 제36조 제1항 위반 여부

(1) 합헌론⁴⁾⁵⁾

가) 입법목적의 정당성

이 사건 세대별 합산규정은 가족 등이 보유한 자산에 대하여 경제생활의 단위 내지는 주거의 단위는 개인이 아닌 세대이므로 이를 과세단위로 삼아 과세함으로써 담세력에 상응하는 공평한 과세를 실현하고⁶⁾, 개정 전 종합부동산세가 인별 기준으로 부과되는 점을 이용하여 종합부동산세 과세대상 부동산의 소유권을 세대구성원간에 인위적으로 분산함으로써 종합부동산세의 면세기준점과 누진세율 차이에 따른 조세 회피행위를 방지하기 위한 것을 주된 목적으로 하고 있고, 이로써 종합부동산세 본래의 입법목적, 즉 고액의

4) 헌재 2005. 5. 26. 2004헌가6 결정의 재판관 권성, 재판관 송인준의 반대의견에 의하면 합리성 심사로 족할 것이나, 여기서는 위 결정의 법정외견인 비례성 심사에 따른 것이다.

5) 이에는 재판관 조대현, 재판관 김종대의 반대의견도 동일한 취지이다.

6) 다주택보유자 세대(4인 가족, 각 4인이 각 공시가격 5억원의 주택을 소유한 경우)와 1주택 보유세대(4인 가족, 1인의 가장이 공시가격 6억 초과 1주택보유)간의 과세형평성을 제고할 수 있다.

부동산 보유자에 대하여 가격에 상응한 세금을 부담하게 함으로써 부동산보유에 대한 조세부담의 형평성을 확보하면서, 부동산 보유세의 강화를 통하여 투기 및 과다보유를 억제하여 부동산 가격안정 등을 달성하기 위한 것이므로, 입법목적의 정당성이 인정된다.

나) 차별취급의 적합성

이 사건 세대별합산규정은 위와 같은 입법목적을 달성하기 위하여 가격이 급증할 것이 예상되어 세대구성원 간에 분산 소유의 유인이 큰 주택 등 동일한 가치의 자산을 보유한 세대에 대하여 세대구성원간의 자산분산 여부에 관계없이 세대별로 합산과세하여 동일한 조세를 부담하도록 함으로써 과세의 공평을 도모함과 아울러 세대구성원간의 인위적인 분산을 통한 면세기준점 및 누진세율 차이에 따른 조세회피행위를 방지하고 있으므로, 위와 같은 입법목적을 달성하기 위한 정책수단으로서의 적합성을 가지고 있다.

또한, 우리 민법이 부부별산제를 채택하고 있기는 하나 혼인 전부터 각자가 소유하는 고유재산과 혼인 중에 부부의 일방이 상속 또는 증여받은 재산 등을 제외한 기타의 재산은 부부의 공유로 추정된다(민법 제830조 제2항). 특히 부부가 혼인 중에 협력하여 취득한 주택·대지 기타의 부동산, 공동생활의 기금이 되는 예금·주식 등은 그 명의를 부부 중 일방으로 되어 있더라도 실질적으로는 공유에 속한다고 보아야 할 재산이 더 많다. 우리 헌법재판소에서도 부부별산제에 대하여 그 획일적인 적용으로 인하여 혼인관계의 자유와 평등을 해할 수 있다는 점을 지적한 바 있고⁷⁾, 이혼시 재산분할제도

7) 우리 민법은 부부재산에 관하여 부부재산계약제(민법 제829조)와 법정재산제(민법 제830조 내지 제833조)의 이원적 구성방법을 채택하여, 부부인 당사자가 부부재산계약제를 선택하지 아니하는 경우에는 자동적으로 법정재산제에 의하도록 하고 있다. 우리 나라에서는 부부재산계약이 체결되는 경우가 매우 드문 실정이므로 현실적으로는 법정재산제가 중요한 의미를 가지게 된다. 민법은 법정재산제의 내용으로 완전한 부부별산제를 채택하여 부부의 일방이 혼인전부터 가진 고유재산과 혼인중 자기의 명의로 취득한 재산은 그 특유재산으로 하여 각자 관리, 사용, 수익하도록 하면서 다만 부부 중 누구에게 속한 것인지 분명하지 아니한 재산은 부부의 공유로 추정하고 있다. 이러한 부부별산제하에서는 혼인 중에 취득한 재산이 일방의 명의로 되어 있는 경우 혼인생활에 협력하여 온 타방의 기여도(특히, 가사노동의 경우)가 잘 반영되지 아니할 뿐만 아니라, 현실적으로 경제적 약자인 처가 이혼 후의 생활곤란을 염려하여 경제적 강자인 남편의 부당한 대우를 그대로 인정할 수밖에 없어 혼인관계의 자유와 평등을 해한다는 문제점이 있었다(헌재 1997.10.30. 96헌바14, 판례집 9-2, 454, 464-465)

는 이러한 문제점을 인식하여 명의상으로는 부부 일방의 소유이지만 실질적으로는 부부 공동의 재산이라고 보아 이러한 실질적인 공유재산을 청산함에 본질이 있다고 하고 이러한 재산의 범위를 넓게 보는 경향이다⁸⁾. 따라서 부부재산제도와 세법의 과세단위를 반드시 일치시킬 필요는 없는데다, 당해 주택 등을 단순히 명의 또는 외관을 기준으로 일방 배우자의 자산으로 보아 개인단위주의에 입각하여 종합부동산세를 과세하는 것은 부부공유재산에 대하여 부적절할 뿐만 아니라 경제생활 공동체인 세대를 단위로 주거가 이루어지는 우리의 생활방식을 적절히 반영하지 못하여 불합리한 점이 있고, 민법상 부부별산제가 원칙이라고 하더라도 그것이 법률체계상 동등한 위치에 있는 세법상의 과세단위 규정의 위헌여부를 판단하는 기준이 될 수 없다 할 것이므로, 주택 등에 대한 종합부동산세의 경우에 있어서는 이 사건 세대별 합산규정에 따라 세대단위로 과세단위를 정하는 것이 적절하다 할 것이다.

그리고, 우리나라의 경우 부부 및 자녀 등이 세대별로 같은 집에 거주하는 것이 일반적인 거주형태이고, 부부 내지는 가족이 경제생활의 관점에서 하나의 단위로 취급되는 경우가 많다는 점을 감안하고, 주택 등에 대하여 과세함에 있어서 그 과세단위를 어떻게 정할 것인가는 각 나라의 정치·경제적 여건, 조세관련법령 및 제도, 조세행정의 효율성, 국민들의 법감정, 주택 등의 특수성을 종합적으로 고려하여 입법자가 그 입법형성재량에 기초한 정책적 판단에 따라 결정할 문제인 점⁹⁾까지 함께 고려한다면, 주택 등에 대한

8) 부부 중 일방이 상속받은 재산이거나 이미 처분한 상속재산을 기초로 형성된 부동산이더라도 이를 취득하고 유지함에 있어 상대방의 가사노동 등이 직·간접으로 기여한 것이라면 재산분할의 대상이 된다고 하고(대법원 1998. 4. 10. 선고 96므1434 판결), 부부 일방의 특유재산일지라도 “다른 일방이 적극적으로 그 특유재산의 유지에 협력하여 그 감소를 방지하였거나 그 증식에 협력하였다고 인정되는 경우에는 분할의 대상이 될 수 있다고 한다(대법원 1998. 2. 13. 선고 97므1486).

9) 독일의 헌법재판소는 혼인에 대한 차별금지가 독일헌법상 더 중요한 가치라고 판시하면서 「자산소득부부합산과세」를 위헌으로 판시한 반면에(BVerfG 1957. 1. 17. BGBI 1957 I, S. 186)국민다수의사를 대변한 국회의 가치판단을 존중해야 한다고 천명한 미국 법원은 Marriage Penalty를 합헌으로 판단하였다(Drucker v Comr., 697 F. 2d 496(2nd Cir. 1982), cert. denied 461 U.S. 957.). 1957년 이후 독일 세법은 결혼한 부부에게 선택권을 주어 ①부부가 소득을 합산하지 않고 결혼에 관계없이 개인을 과세단위로 하여 세금을 계산하거나 ②부부의 소득을 합산한 연후에 이를 반분하여 각자의 세금을 계산하는 두 가지 방식 가운데 납세자가 선택하도록 제도적 장치를 강구하였고, 미국세법은 납세의무자를 미혼자, 부부 등 여러 가지 범주로 구분하여 별개의 세율을 적용

종합부동산세의 부과에 있어서 이 사건 세대별합산규정에 따라 세대단위로 과세하는 것이야말로 부부, 가족의 경제생활의 실질을 제대로 반영하는 적절한 방법이라 할 것이다.

우리 헌법재판소는 부부자산소득 합산과세제도를 규정한 구 소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전문개정되고 2002. 12. 18. 법률 제6781호로 개정되기 전의 것) 제61조 및 구 소득세법(1974. 12. 24. 법률 제2705호로 전문개정되고 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전문개정되기 전의 것) 제80조 제1항 제2호에 대하여 혼인한 부부를 혼인하지 않는 부부나 독신자에 비하여 차별취급하는 것으로 헌법상 정당화 되지 아니하기 때문에 헌법 제36조 제1항에 위반된다고 각 결정한바 있으나(헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82호 결정, 헌재 2005. 5. 26. 2004헌가6호 결정 각 참조), 소득세의 납세의무자는 원칙적으로 소득이 있는 모든 자를 대상으로 하지만, 종합부동산세의 경우는 극소수의 고가 부동산을 보유한 자만을 대상으로 하고, 종합부동산세는 자산으로부터 발생한 소득에 대한 세금이 아니라 재산세와 같이 재산의 보유사실에 담세력을 인정하여 부과되는 세금으로 별도의 과세체계를 구성해야 할 필요가 있으며, 종합부동산세의 경우 면세기준점과 누진세율의 적용으로 조세를 회피하기 위하여 자산분산을 피할 유인이 누진세율만 적용받는 자산소득합산과세에 비하여 훨씬 크다는 점을 고려하면 부부자산소득 합산과세제도와는 달리 종합부동산세에 있어서 이 사건 세대별합산규정은 입법목적을 달성하기 위한 적절한 방법이라 할 것이다.

다) 차별취급의 필요성

가족 등 타인 명의로 부동산을 등기할 경우에 부과하는 증여세와 과징금의 불이익보다는 분산등기로 회피가 가능한 보유세액과 가격 급등으로 인한 이익이 상대적으로 고액이어서¹⁰⁾ 종합부동산세 등 보유세 강화로 세대구성

하는 복잡한 구조이며, 특히 자녀의 자산소득을 부모의 세율로 과세하므로 자산소득은 실질적으로 합산과세하고 있다(이창희, 『세법강의』, 박영사, 2008년, 346-347면 참조). 이와 같이 과세를 개인단위로 할 것인지 아니면 세대(가족)단위로 할 것인지 여부에 대해서 독일과 미국의 판례가 상반되고 있으며, 이와 같이 판례가 상반되는 이유는 과세단위의 결정이 ① 누진세, ② 세대와 세대 사이의 평등, ③ 혼인한 자와 혼인하지 않은 자 사이의 평등이라는 세 가지 목표를 동시에 달성할 수 없는 소위 「불가능성의 정리(Impossibility Theorem)」에 기인한다고 평가된다(이창희, 『세법강의』, 박영사, 2008년, 345면 참조).

원 간에 분산이 심화될 우려가 있고, 상속세 및 증여세법상 증여추정, 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 등만으로는 부부 또는 세대원 간의 인위적인 명의분산과 같은 가장행위 등을 실효적으로 방지할 수 있다고 보기 어려우므로, 이 사건 세대별합산규정을 통하여 동일한 가치의 자산을 보유한 세대는 세대 간 자산분산 여부에 관계없이 동일한 조세를 부담하도록 함으로써 과세의 공평을 도모하고 자산의 분산을 통한 조세회피행위를 억제하기 위하여 세대단위로 과세하여야 할 필요성이 더욱 크다고 할 수 있다.

라) 법익의 균형성

종합부동산세법 시행령 제1조의2 제4, 5항에 의하면 세대합산에 따른 불공평을 완화하기 위하여 혼인에 따라 1세대를 구성하는 경우에는 혼인한 날부터 2년 동안은 주택 등을 소유하는 자와 그 혼인한 자별로 각각 1세대로 보고, 60세(여자의 경우에는 55세) 이상의 직계존속을 동거보양하기 위하여 합가함으로써 1세대를 구성하는 경우에는 합가한 날부터 2년 동안은 주택 등을 소유하는 자와 그 합가한 자별로 각각 1세대로 보고 있으므로, 혼인이나 일정한 합가의 경우 이 사건 세대별합산규정으로 인한 조세상의 불이익을 완화할 수 있는 예외를 두고 있다. 게다가 종합부동산세 신고대상 세대 및 그 중 이 사건 세대별합산규정이 직접 적용되는 다주택보유세대가 극히 일부에 불과하고, 종합부동산세 납부의무자가 부담하는 부동산 관련 보유세의 실체가격대비 실효세율에 의한 부담 정도가 담세력에 비하여 과도하다고 할 수 없는 점¹⁰⁾ 등을 함께 고려하면, 이 사건 세대별합산규정에 의한 중합

10) 실제로 2007년도 종합부동산세 신고대상 세액은 2조 8,560억 원인데, 이는 2006년 신고대상 세액 1조 7,273억 원 보다 1조 1,287억 원(65.3%)이 증가한 것이고, 이 중 개인 주택분은 1조 2,416억 원으로 2006년 4,552억 원 보다 7,864억 원(172.8%)가 증가하였다. 이와 같이 신고대상 세액이 증가한 이유로는, 첫째로, 2006년도 급증한 주택 등의 가격이 2007. 1. 1. 기준 공시가격에 반영됨으로써 신규 과세대상 인원이 늘어났고, 기존 납세자의 과세표준 상승 및 누진세율 적용에 따른 세액 증가, 둘째로, 보유세의 정상화를 위하여 과표적용률이 단계적으로 상향(2007년은 공시가격의 80%를 과세에 적용)되었기 때문이다.

11) 2007년말 현재 종합부동산세의 신고대상 인원은 48만 6,000명인데 이를 세대단위로 파악하면 전체 종합부동산세 대상은 38만 3천세대이며, 이 중 개인은 37만 9천세대로 이는 주민등록상 전국 세대수 1,855만 세대의 2.0%(2006년은 1.3%)이고 전국 주택보유 세대수를 기준으로 하면 971만 세대의 3.9%(2006년은 2.4%)에 불과하다. 또한 세대합산과세의 직접 적용대상이라고 할 수 있는 다주택보유자는 23만 2천세대(2006년 16만 9천세대)로서 개인 주택분 37만 9천세대의 61.3%(2006년 71.3%)이

부동산세법의 입법목적, 즉 부동산 보유에 대한 조세부담의 형평성을 제고하고, 부동산 가격상승으로 인한 각종 사회적 문제(서민들의 주거불안, 근로의욕 및 사업의지의 감퇴, 자원배원의 불균형, 기업의 생산원가 상승, 외국투자자의 국내 투자 유인 감소 등)를 해소하기 위하여 부동산의 가격안정을 도모한다고 하는 공익은 혼인한 자 또는 세대원이 있는 자를 차별 취급함으로써 인하여 침해되는 사익보다 더 크다고 할 것이다.

마) 소결론

따라서 이 사건 세대별 합산규정은 혼인한 자 또는 세대원이 있는 자를 개인별로 과세되는 독신, 이혼한 부부, 사실상 혼인관계에 있는 부부, 세대원이 없는 주택 등의 소유자 등에 비하여 차별취급한다 하더라도 이러한 차별취급이 비례의 원칙에 위반된다고 보기 어려우므로, 헌법 제36조 제1항에 위배되지 아니한다 할 것이다.

(2) 위헌론

가) 입법 목적의 정당성

이 사건 세대별 합산규정은 부동산과 관련하여 경제생활의 바탕을 개인이 아닌 부부 등 가족으로 구성된 세대라고 보고 이를 과세단위로 삼아 종합부동산세를 부과함으로써 생활실태에 부합하는 과세를 실현하고, 개정 전 종합부동산세가 인별 기준으로 부과되는 점을 이용하여 세대원 간에 과세대상 부동산의 증여 등으로 소유권을 인위적으로 분산함으로써 과세기준 금액과

며 세액점유율은 71.6%(2006년 76.1%)에 이르고 있고, 특히 다주택자가 소유하고 있는 주택 수는 97만 8천호로서 과세대상 총 주택 112만 5천호의 86.9%에 이르고 있다. 따라서 종합부동산세를 납부하는 세대는 주택을 보유한 전체 국민 세대의 4%미만이고, 이중 세대합산과세의 직접 적용대상인 다주택보유자는 주택을 보유한 전체 국민세대의 2.3%에 지나지 않으며, 더욱이 이들 주택을 보유하지 아니한 세대도 포함하여 계산하면 세대합산과세의 대상이 되는 다주택보유자는 전체 국민 세대의 1.2%이다. 또한 종합부동산세 납세의무자가 부담하는 부동산관련 보유세의 실제가격대비 실효세율은 2007년 주택분 종합부동산세의 경우 0.26%(공시가격 6억원의 경우 193만 8,000원) - 1.01%(공시가격 25억원의 경우 3,163만 8,000원) 정도로 그 부담이 담세액에 비하여 과도하다고 할 수 없다. 토지의 경우에는 2005. 8. 12. 현재 면적기준으로 총 세대의 1%(17만 7천세대)가 전체 사유지의 34.1%를 소유하고 있고, 가액기준으로는 26.9%를 차지하고 있다(국세청 '종합부동산세 신고안내문 발송', 2007. 11. 30. 자료 참조, 종합부동산세법 일부개정법률안 심사보고서, 2005.12. 재정경제위원회, 31면 참조).

누진세율의 차이에 따라 조세를 회피하려는 것을 방지하고자 하는 목적을 지니고 있으므로, 그 입법 목적의 정당성은 수긍할 수 있다.

나) 차별 취급의 적합성 여부

그러나, 가족 간의 증여를 통하여 재산의 소유 형태를 형성하였다고 하여 모두 조세회피의 의도가 있었다고 단정할 수 없고, 배우자가 혼인 전부터 소유하고 있던 부동산이나 가족이 세대를 구성하기 전부터 소유하고 있던 부동산 또는 가족이 자신의 자금으로 취득한 부동산 등은 조세회피를 목적으로 명의를 분산한 것이라고 할 수 없으며, 정당한 증여의 의사에 따라 상속세 및 증여세법에 규정된 최고세율이 50%에 달하는 증여세를 부담하고 부동산 등의 소유권을 배우자 등 가족에게 이전한 경우에도 이러한 법률관계를 형성하는 것 또한 국민의 권리에 속하는 것이라 할 것이다.

또한, 우리 민법은 부부별산제를 채택하여 일방이 혼인하기 전부터 가지고 있던 고유재산과 혼인 중 자기의 명의로 취득한 재산은 특유재산으로 부부가 각자 관리·사용·수익하고(민법 제830조 제1항, 제831조), 예외적으로 부부의 누구에게 속한 것인지 분명하지 않은 재산만을 부부의 공유로 추정할 뿐이며(민법 제830조 제2항), 더욱이 배우자를 제외한 가족의 재산까지 공유로 추정한다는 어떠한 근거규정도 없을 뿐만 아니라 공유재산이라고 하여 당연히 개인단위가 아닌 세대별로 합산하여 과세할 논리적 당위성도 없다 할 것인데도, 부동산을 소유한 배우자 등 가족이 1세대를 구성하였다는 이유만으로, 종합부동산세의 부담에 있어 그 과세기준 금액과 누진세율 구조상 그 불이익이 더욱 커지게 되는 상황에서 이 사건 세대별 합산규정에 따라 부부 일방 또는 가족인 세대원의 특유재산까지 세대별로 합산하여 과세 대상으로 삼고, 여기에 누진세율까지 적용하는 것은 그 입법 목적을 고려하더라도 헌법 제36조 제1항의 헌법원리에 비추어 적절한 방법이라 할 수 없다.

더욱이 투기 등으로 인한 부동산 가격의 양등은 통화량의 팽창에 의한 수요, 주택 등의 수요·공급 원리, 경제정책의 실패 등이 복합적으로 작용하여 발생하는 것으로서 오로지 세제의 불비 때문에 발생하는 것만이 아닌데도, 부동산 가격의 안정 등의 입법 목적을 달성하기 위하여 헌법 제36조 제1

항의 규정 취지와는 부합하기 어려운 이 사건 세대별 합산규정까지 그 수단으로 삼는 것은 적절하다고 보기 어렵다.

이미 헌법재판소는 자산소득에 대하여 부부간 합산과세를 하던 구 소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전부 개정되고 2002. 12. 18. 법률 제6781호로 개정되기 전의 것) 제61조 및 구 소득세법(1974. 12. 24. 법률 제2705호로 전부 개정되고 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전부 개정되기 전의 것) 제80조 제1항 제2호에 대하여, 혼인한 부부를 사실혼 관계의 부부나 독신자에 비하여 차별 취급하는 것으로서 헌법상 정당화 되지 아니하므로 헌법 제36조 제1항에 위반된다는 이유로 위헌임을 선언한 바 있다(헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82, 판례집 14-2, 170 ; 헌재 2005. 5. 26. 2004헌가6, 판례집 17-1, 592).

또한 부동산은 물론 다른 재산의 대부분은 예외적으로 상속이나 증여에 의하여 취득한 경우를 제외하면 그 취득자가 경제활동을 통하여 얻은 세후소득의 저축이 그 원본이므로 소득과 재산은 서로 불가분의 밀접한 관계를 형성하고 있고, 또 보유세는 재산보유 사실 자체에 과세하는 것으로서 재산운용으로 인한 수익이 없을 경우 소득으로 납부할 수밖에 없어, 소득에 대하여는 합산과세하지 못하면서 재산의 보유에 대하여만 세대별로 합산과세할 수 있다고 볼 수는 없는 것이다.

다) 차별취급의 필요성 여부

이 사건 세대별 합산규정이 추구하는 인위적인 자산 분산에 의한 조세회피의 방지라는 목적은 반드시 주택 등의 공시가격을 세대별로 합산하는 방법을 통해서만 달성할 수 있는 것이 아니다.

‘부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률’(이하 ‘부동산실명법’이라 한다)은 조세 포탈 목적으로 배우자에게 명의신탁을 한 경우를 비롯하여 명의신탁 약정을 무효라고 규정하고 있을 뿐만 아니라 그 위반에 대하여는 부동산 가액의 30%에 해당하는 금액의 범위 안에서 과징금을 부과하도록 하고 있고(부동산실명법 제3, 4, 5, 8조), 상속세 및 증여세법상의 배우자 또는 직계존비속에 대한 양도 시의 증여 추정규정(상속세 및 증여세법 제44조)에 의하면 경우에 따라 최고세율 50%의 증여세에다 취득세와 등록세도 함께 부담

하도록 되어 있는 등 상당히 무거운 제재를 가하고 있으므로, 이러한 규정을 통해서도 조세회피의 방지라는 입법 목적을 충분히 달성할 수 있으며, 투기 목적의 부동산 소유에 대하여는 개인단위 합산과세로도 충분히 대처할 수 있는 것이므로, 이 사건 세대별 합산규정이 반드시 필요한 수단이라고 볼 수는 없다 할 것이다.

또한, 과거 여성들이 주로 가사노동에 종사하고 사회활동 참여가 미미하던 때에 비하여 오늘날 그들의 사회적 지위가 상승하여 맞벌이 부부의 수가 늘어나고, 법률혼 이외에 사실혼 관계의 남녀가 증가하는 등 전통적인 생활 양식에도 많은 변화가 일어나고 있는 등, 전통적인 가(家)의 개념이 변화하고 있음을 고려할 때, 혼인한 부부가 사실혼 관계의 부부나 독신자에 비하여 조세부담에 관하여 불리한 취급을 받아야 할 이유를 찾아보기 어려우며, 더욱이 혼인신고를 하지 않고 동거하는 사실혼 관계의 부부와 혼인한 부부는 경제생활의 단위라는 면에서는 본질적인 차이가 없음에도 불구하고 혼인한 부부에게만 보유세인 종합부동산세를 합산과세한다는 것은 헌법상 정당화되기 어려울 뿐만 아니라, 혼인한 부부나 가족과 함께 세대를 구성한 자에 대한 이러한 차별취급은 혼인을 저해하거나 가정을 해체하는 요인으로 작용할 수 있는 것이 아닌가 하는 염려마저 들게 하므로 이러한 논리는 받아들이기 어렵다(헌재 2005. 5. 26. 2004헌가6, 판례집 17-1, 592, 602 참조).

라) 법익의 균형성 여부

혼인에 따라 1세대를 구성하는 경우에는 혼인한 날부터 2년 동안은 주택 등을 소유하는 자와 혼인한 자별로 각각 1세대로 보고 있으나(개정 종합부동산세법 시행령 제1조의 2 제4항), 이는 한시적·임시적인 규정으로서 이것만으로 이 사건 세대별 합산규정의 위헌성이 완전히 제거된다고 보기 어렵고, 이 사건 세대별 합산규정으로 인하여 혼인한 부부나 가족과 함께 세대를 구성한 자에게 가해지는 조세부담의 증가라는 불이익은 이를 통하여 달성하고자 하는 조세회피의 방지 등 공익에 비하여 훨씬 크다 할 것이다.

또한, 이 사건 세대별 합산규정이 추구하는 공익, 즉 인위적인 자산분산에 의한 조세회피의 방지와 경제생활 단위별 과세의 실현 및 부동산 가격의 안정이라는 공익은 헌법상 근거를 두지 않은 입법정책상의 법익에 지나지 아

니하는 반면, 이 사건 세대별 합산규정으로 인하여 침해되는 법익은 헌법이 강도 높게 보호하고자 하는 혼인과 가족생활을 근거로 한 차별 금지라는 헌법적 가치에 해당하는 것이므로, 법익의 일반적·추상적인 비교 차원에서 보거나, 차별 취급으로 인한 부작용의 면에서 보거나 이 사건 세대별 합산규정은 달성하고자 하는 공익과 침해되는 사익 사이에 적정한 균형관계를 이루고 있다고 보기 어렵다 할 것이다.

마) 소결론

따라서 개정 종합부동산세법상의 이 사건 세대별 합산규정은 혼인한 자 또는 가족과 함께 세대를 구성한 자를 비례의 원칙에 반하여 개인별로 과세되는 독신자, 사실혼 관계의 부부, 세대원이 아닌 주택 등의 소유자 등에 비하여 불리하게 차별하여 취급하고 있으므로, 헌법 제36조 제1항에 위반된다.

4. 종합부동산세 부과로 인한 재산권 침해 여부

가. 조세법률주의와 재산권 보장

조세 관련 법률이 헌법 제38조 및 제59조에서 선언하고 있는 조세법률주의의 원칙에 따라 과세요건을 명확히 규정하고 있다 하더라도, 그 법률의 목적이나 내용이 기본권 보장의 헌법이념과 이를 뒷받침하는 과잉금지의 원칙 등 헌법상의 제반 원칙에도 합치되어야 하므로(헌재 1992. 2. 25. 90헌가69 등, 판례집 4, 114, 120-121; 헌재 1997. 6. 26. 94헌바38 등, 판례집 9-1, 611, 621-622; 헌재 2002. 5. 30. 2001헌바65 등, 판례집 14-1, 508, 524-525 각 참조), 조세 관련 법률이 과잉금지 원칙에 어긋나 국민의 재산권을 침해하는 때에는 헌법 제38조에 의한 국민의 납세의무에도 불구하고 헌법상 허용되지 아니하는 것이다(헌재 2003. 7. 24. 2000헌바28, 판례집 15-2상, 38, 49-50).

나. 심사의 기준

헌법 제23조 제1항이 보장하고 있는 재산권은 사유재산에 관한 사용·수익·처분을 본질로 하고 있기 때문에 조세의 부과·징수로 이에 대하여 중대한 제한을 받게 되는 경우 재산권의 침해가 될 수 있으므로, 국가가 조세를 부과·징수함에 있어서는 재산권의 본질적인 내용인 사적 유용성과 처분

권이 납세자에게 남아 있을 한도 내에서만 조세의 부담을 지울 수 있는 것이므로, 비교적 짧은 기간 내에 사실상 부동산 등 사유재산의 가액 전부를 조세의 명목으로 징수하는 셈이 되어 재산권을 무상으로 몰수하는 결과를 초래하여서는 아니 될 것이다(헌재 2001. 2. 22. 99헌바3등, 판례집 13-1, 226, 238-247 ; 헌재 2008. 7. 31. 2007헌바13, 공보 142, 1067, 1073 참조).

그리고 종합부동산세와 같이 국가재정 수요의 충당에서 더 나아가 부동산 가격안정 등의 적극적인 목적을 추구하는 유도적·형성적 기능을 지닌 정책적 조세에 있어서는 당해 조세가 추구하는 특별한 정책 목적과의 관계에서 그 수단인 조세의 부과가 정책 목적 달성에 적합하고 필요한 한도 내에 그 처야 할 뿐만 아니라 그 정책 목적에 의하여 보호하고자 하는 공익과 침해되는 사익 사이에도 비례관계를 유지하여 과잉금지 원칙에 어긋나지 않도록 하여야 하는 것이다. 이는 정책적 성격을 지닌 조세의 부과로 인하여 재산권이 침해되었는지 여부를 심사할 때 그 심사기준이 어떠하여야 하는지를 실시한 것이다.

다. 과잉금지원칙의 위배 여부

(1) 목적의 정당성 및 방법의 적절성

종합부동산세는 부동산 보유에 대한 과세를 강화함으로써 부동산 보유에 대한 조세부담의 형평성을 제고하고, 부동산 가격을 안정시키려는 데에 그 주된 정책적 목표가 있고, 아울러 징수하는 세액을 지방자치단체에 양여하여 지방재정의 균형발전과 국민경제의 건전한 발전에 이바지하고자 하는 것으로서, 이러한 입법 목적은 정당하다고 할 것이다.

그리고 일정 가액 이상의 고가의 부동산 보유자에 대하여 그 부동산의 가액에 따라 지방세인 재산세에 비하여 높은 누진세율의 국세를 부과함으로써 부동산에 대한 과도한 보유와 투기적 수요 등을 억제하여 부동산 가격의 안정에도 기여하고, 징수한 세액을 재정이 취약한 지방자치단체에 양여할 수 있을 것이므로, 그 방법의 적절성 또한 수긍할 수 있다.

다만, 종부세의 법적성격을 수익세로 파악하는 견해에 의하면, 종부세는 재산보유과세의 법적 외관으로 그리고 부동산 가액만을 기준으로 삼아 주택

등 부동산에 대한 투기적 수요를 억제하고 부동산 가격을 안정시키려는 것으로 그 방법의 적절성이 부인될 것이다.

(2) 침해의 최소성 및 법익의 균형성

(가) 종합부동산세의 세부담 정도

종합부동산세로 인한 세부담 정도에 대하여 전체 재산세 납세의무자나 인구, 세대 중 종합부동산세의 납세의무자가 차지하는 비율, 1인당 또는 1세대당 평균세액, 세액 단계별 납세자 및 납세액의 분포, 부동산 가격 대비 조세 부담률(2005년 주택분은 97.8%의 누적인원에서 0.402% 이하, 종합토지분은 95.8%의 누적인원에서 0.74% 이하, 2006년 주택분은 98.8%의 누적인원에서 0.826% 이하, 종합토지분은 93.8%의 누적인원에서 0.60% 이하, 2007년 주택분은 98.3%의 누적인원에서 0.944% 이하, 종합토지분은 93.6%의 누적인원에서 0.68% 이하), 직전년도 총세액 부담액에 대한 150% 내지 300%의 세액 상한의 설정 등에 비추어 보면, 종합부동산세법이 규정한 조세의 부담은 재산권의 본질적 내용인 사적 유용성과 원칙적인 처분권한을 여전히 부동산 소유자에게 남겨 놓는 한도 내에서의 재산권의 제한이고, 위 가격 대비 부담률에 비추어 보면, 매년 종합부동산세가 부과된다고 하더라도 상당히 짧은 기간 내에 사실상 부동산가액 전부를 조세 명목으로 무상으로 몰수하는 결과를 가져 오게 되는 것이라고 보기도 어려우므로(헌재 2001. 2. 22. 99헌바3 등, 판례집 13-1, 226, 238-247 참조), 이와 같은 종합부동산세의 과세표준 및 세율로 인한 납세의무자의 세부담의 정도는 종합부동산세의 입법 목적에 비추어 일반적으로는 과도하다고 보기 어려운 것이어서 입법재량의 범위를 일탈하였다고 단정할 수는 없을 것이다.

(나) 주택보유 정황과 과세 감면의 필요성

그러나, 부동산 특히 주택의 가격 급등을 해소하기 위한 대책으로 종합부동산세법이 일정액 이상의 고가 주택 보유자에게만 누진세율에 따른 종합부동산세를 부과함으로써 주택에 대한 과도한 보유 및 투기적 수요 등의 억제를 통하여 가격의 안정이라는 정책 목적을 추구함에 있어서는 주택이 지니는 다음과 같은 헌법적인 의미 및 특성이 별도로 고려되어야 할 것이다.

먼저, 헌법 제35조 제3항은 “국가는 주택개발 정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다.”고 규정하여 국민 개개인의 쾌적한 주거생활이 국가의 중요한 정책목표가 될 만큼의 보호가치가 있음을 천명하고 있다.

또한 일반 토지는 생산이나 영업 활동에 주로 이용되고 원칙적으로 생산이나 대체가 불가능하여 공급이 제한되어 있는데 비하여, 주택은 인간으로서의 존엄과 가치를 가진 개인의 주거로서 쾌적한 주거생활을 통하여 행복을 추구할 권리를 실현할 장소로 필수 불가결할 뿐만 아니라 합리적인 주택공급 정책의 수단을 통하여도 국민의 주거생활 안정을 도모할 수 있을 것이므로, 주택의 가격안정을 목적으로 보유 주택의 가액을 기준으로 재산세에 더하여 종합부동산세를 부과할 것인지 여부나 그 범위 및 정도를 결정함에 있어서는 주택의 보유 동기나 기간 등의 정황도 감안하여 주택을 통한 인간으로서의 존엄성과 행복추구권의 적정한 실현도 가능하게 하면서 동시에 타인의 주거생활 안정을 가능하게 하는 선에서 보다 신중하게 그 과세기준이 결정되어야 할 것이다(헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 315-316 참조).

나아가 주택의 가격을 기준으로 고액의 주택을 보유한 자를 정책 집행의 대상으로 삼아 주택가격을 안정시키려는 수단의 선택은, 주택의 면적이나 보유수를 기준으로 하여 정책적 효과를 집중시킴으로써 주택가격을 안정시키려는 수단의 선택보다도 더 엄격한 헌법적 심사의 기준에서 이루어져야 할 것이다.

왜냐하면 주택의 면적이나 보유수는 바로 타인에 대한 주택 공급의 장애요인으로 작용함으로써 비교적 쉽게 일정한 면적 또는 보유수를 넘는 주택 보유를 투기적이거나 투자에 비중을 둔 수요로 간주하고 이에 대하여 주택의 가격안정을 위한 규제의 필요성을 인정할 수 있지만, 주택가격의 고저의 문제는 주택의 면적, 입지, 주변의 교육·생활·교통의 여건 등 제반사정이 모두 결합하여 나타나는 것이므로 이를 지표로 하여 정책집행 대상으로 삼는 것은 개별적이고 구체적인 사정에 따라 입법 목적의 범위를 넘어 정책적 효과가 과다하게 또는 심대하게 정책의 집행대상자에게 미칠 위험성을 다분

히 내포하고 있기 때문이다.

그런데도 종합부동산세법은 주택에 대하여 종합부동산세를 부과함에 있어 통상의 정책적 과세와는 달리 추구하는 정책적 목적이 내포되는 행위를 개별적으로 규정하지 아니하고 일정 가액 이상의 주택을 보유하고 있다는 사실을 투기적이거나 투자에 비중을 둔 수요의 징표로 삼아 그 보유의 동기나 기간 등 구체적인 보유 정황을 묻지 않고 일률적으로 그리고 무차별적으로 과세함으로써 그 입법 목적의 달성에 필요한 정책수단의 범위나 이로 인하여 납세자의 주거생활에 미치는 영향을 가늠하여 보지도 아니한 채 정책적 효과의 측면만을 강조하고 있다.

그리고, 이와 같은 사정은 과세기준 가액 이상의 주택을 보유하는 자라고 하더라도, 주거 목적으로 한 채의 주택만을 보유하고 있는 자로서, 그 중에서도 특히 일정한 기간 이상 이를 보유하거나 또는 그 보유기간이 이에 미치지 않는다 하더라도 과세 대상 주택 이외에 별다른 재산이나 수입이 없어 조세지불 능력이 낮거나 사실상 거의 없는 자 등의 경우에 두드러지게 나타난다 할 것이다.

먼저, 주거 목적으로 한 채의 주택을 일정한 기간 이상 보유하는 자의 경우는, 주택을 단지 생활의 필수 불가결한 터전으로 삼아 거주하는 동안 자신의 의사와는 무관한 사회·경제적인 요인으로 주택가격이 상승함에 따라 과세기준 가액 이상의 주택을 보유하게 되었을 뿐, 투기적이거나 투자의 동기에서 당해 주택을 보유하게 되었다고 보기 어려워 주택가격의 상승에 어떠한 영향을 미친다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 주택가격의 상승으로 인하여 자산가치가 증가하는 때에도 이는 명목상·계산상의 것에 지나지 아니하고, 따라서 그 보유기간이 상당한 기간을 지나 장기화되면 될수록 과도한 보유 및 투기적 수요 등의 억제를 통한 주택가격의 안정이라는 정책의 집행이 필요한 대상으로서의 성격이 점차 희박해지거나 소멸된다 할 것이다.

그리고, 이렇듯 주거 목적으로 한 채의 주택을 일정한 기간 이상 보유하는 자에게는 보유기간이 장기화됨에 따라 당해 주택이 쾌적한 주거생활을 실현하고 행복을 추구할 장소로서 가지는 의미가 큰 비중을 차지하게 될 것이므로, 그 주택 보유에 대한 규제가 당해 보유자를 포함한 가족에게 미치는

불리한 영향은 다른 주택 보유자에 비할 수 없을 만큼 클 것으로 보인다.

또한, 주거 목적으로 한 채의 주택만을 보유하고 있는 자로서, 그 보유기간이 이에 미치지 않는다 하더라도 과세 대상 주택 이외에 별다른 재산이나 수입이 없어 조세지불 능력이 낮거나 사실상 거의 없는 자 등의 경우에도 투기적인 목적으로 당해 주택을 보유하게 되었다고 단정하기 어려울 뿐만 아니라, 주택 가격의 상승으로 인한 자산가치의 증가분은 명목상·계산상인 것에 지나지 아니하는 경우가 대부분이어서 그 가격 상승이 실질적인 조세지불 능력의 증가로 이어지지 아니하고, 더욱이 외국에 비하여 가처분 소득 대비 주택가격이 매우 높은 우리의 실정까지 감안하면, 이들에 대해서까지 부동산 시장에서의 주택가격 상승분을 매년 그대로 반영하여 확일적으로 주택 가액을 기준으로 종합부동산세를 부과하는 것은, 사실상 과세대상인 주택의 처분을 강요하는 것에 다를 바 없어 주택이 개인의 주거로서 가지는 특수한 의미에 비추어 지나치게 가혹한 결과를 초래할 수 있다 할 것이다.

따라서 이 사건 종합부동산세의 납세의무자 중 적어도 주거 목적으로 한 채의 주택만을 보유하고 있는 자로서, 그 중에서도 특히 일정한 기간 이상 이를 보유하거나 또는 그 보유기간이 이에 미치지 않는다 하더라도 과세 대상 주택 이외에 별다른 재산이나 수입이 없어 조세지불 능력이 낮거나 사실상 거의 없는 자 등에 대하여 주택분 종합부동산세를 부과함에 있어서는 그 보유의 동기나 기간, 조세 지불능력 등과 같이 정책적 과세의 필요성 및 주거생활에 영향을 미치는 정황 등을 고려하여 납세의무자의 예외를 두거나 과세표준 또는 세율을 조정하여 납세의무를 감면하는 등의 과세 예외조항이나 조정장치를 두어야 할 것임에도 이와 같은 주택 보유의 정황을 고려하지 아니한 채 다른 일반 주택 보유자와 동일하게 취급하여 일률적 또는 무차별적으로, 그것도 재산세에 비하여 상대적으로 고율인 누진세율을 적용하여 결과적으로 다액의 종합부동산세를 부과하는 것은, 그 입법 목적의 달성에 필요한 정책수단의 범위를 넘어 과도하게 주택 보유자의 재산권을 제한하는 것으로서 피해의 최소화 및 법의 균형성의 원칙에 어긋난다고 보지 않을 수 없다.

이에 대하여는 다음과 같은 반대의견이 있다.

1) 재판관 조대현의 반대의견

종합부동산세는 일정한 부동산의 보유 자체를 조세부담능력으로 파악하는 것이므로, 그 부동산의 수익 발생 여부나 다른 재산이나 소득의 유무는 따질 필요가 없고, 주택의 보유 목적이 주거용인지 투기용인지도 따질 필요가 없는 것이다.

종합부동산세의 본질은 국가재원을 조달하기 위한 재산보유세이고, 부동산 투기억제나 부동산 가격안정을 근본목적으로 하는 것이 아니므로, 과세대상 부동산의 장기보유 여부나 보유목적의 투기성 여하에 따라 종합부동산의 과세 여부나 과세 범위를 달리하여야 하는 것은 아니다. 부동산 보유의 투기 목적 여하는 종합부동산세법이 고려하고 있는 사항도 아니다.

일정 가액 이상의 주택 보유에 대하여 종합부동산세를 부과하는 것은 고액 주택의 보유를 억제하려는 것이 아니라 일정 가액 이상의 주택을 보유하는 경우에는 실제거주 여부와 상관없이 보유사실 자체에 일정한 조세부담능력을 인정할 수 있기 때문이다. 따라서 종합부동산세의 과세대상이 주거의 목적으로 보유하는 1주택이라고 하더라도, 또한 장기간 보유하거나 그 주택 외에 다른 재산이나 소득이 없는 경우라고 하더라도, 주거용 주택의 보유나 한도를 제한하거나 쾌적한 주거생활을 건드리거나 인간다운 생활을 방해하는 것이라고 볼 수 없다. 오히려 보유 주택의 공시가격에서 세대별로 6억 원을 공제함으로써 주거용 주택의 보유를 보호하고 있다고 할 것이다.

따라서 종합부동산세를 부과하면서 주거목적으로 보유하는 1주택의 경우에 장기보유 여부나 다른 재산·소득의 유무를 고려하지 않고 일률적으로 과세하는 것이 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

2) 재판관 김종대의 반대의견

주거목적의 1주택이라고 해도 고가의 주택보유자에 대해서는 그 주택가액에 상응하는 보유세를 부담하게 함으로써 조세부담의 형평성을 제고할 필요가 있고, 그 부담 정도 역시 선진제국에 비하여 현저히 낮은 수준에 불과하고, 혹 납세의무자에 따라서는 극소수자에게만 부과시키는 과도한 세금이라고 느낄 수 있는 측면이 있을 수도 있으나 이는 종합부동산세와는 다른 세금인 양도소득세의 부과상 문제점에서 비롯된 면이 없지 않은 점과 종합부

동산세의 입법목적에는 보유세 부담의 형평성 제고 이외에 부동산 투기 및 과다 보유의 억제를 통한 부동산 가격의 안정을 도모한다는 측면도 있다는 점을 아울러 고려할 때, 그와 같은 주택보유자에 대하여 보유기간이나 조세 지불능력을 고려한 과세예외조항이나 조정장치를 두지 않았다고 하여 입법 재량의 한계를 일탈하였다고 보기는 어렵다. 하물며 1세대 다주택 보유의 경우에도 개인별로 1주택 보유자이기만 하면 그 보유자에 대해서까지 장기 보유 여부나 조세지불능력을 고려한 예외나 조정장치를 두어야 한다는 것은 더더욱 납득하기 어렵다.

(다) 종합합산 과세대상 토지에 대한 종합부동산세의 당부

이와 달리, 종합합산 과세대상인 토지에 대한 종합부동산세는, 매년 종합부동산세가 반복적으로 부과되어 재산권에 대한 제한이 있다 하더라도 앞서 본 바와 같은 종합부동산세 납세의무자의 세부담의 정도 및 주택과는 또 다른 토지의 특수성, 즉 토지는 원칙적으로 생산이나 대체가 불가능하여 공급이 제한되어 있고, 우리나라의 가용토지 면적은 인구에 비하여 절대적으로 부족한데다가 토지 소유의 편중 현상마저 심각한 반면에, 모든 국민이 생산 및 생활의 기반으로 토지의 합리적인 이용에 의존하고 있는 등 그 사회적 기능에 있어서나 국민경제의 측면에서 다른 재산권과 같게 다룰 수 있는 성질의 것이 아니므로 공동체적인 이익이 보다 더 강하게 관철될 것이 요구된다는 점 등을 종합하면, 부동산에 대한 과도한 보유 및 투기적 수요 등을 억제함으로써 부동산의 가격안정을 꾀하며, 징수한 종합부동산세의 지방양여를 통하여 지방재정의 균형발전과 국민경제의 건전한 발전을 도모함으로써 얻을 수 있는 공익이 보다 크다고 할 것이므로, 피해의 최소성 및 법익 균형성의 원칙에 어긋난다고 보기는 어렵다 할 것이다.

라. 소결론

따라서 주택분 종합부동산세의 납세의무자와 과세표준, 세율 및 세액을 규정하고 있는 이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정은, 주택 가액만을 기준으로 삼아 주택에 대한 과다한 보유나 투기적 수요 등을 억제하고 가격을 안정시키려는 것으로서, 적어도 주거 목적으로 과세기준 이상의 주택 한 채

만을 보유하고 있는 자로서, 그 중에서도 특히 일정한 기간 이상 이를 보유하거나 또는 그 보유기간이 이에 미치지 않는다 하더라도 과세 대상 주택 이외에 별다른 재산이나 수입이 없어 조세지불 능력이 낮거나 사실상 거의 없는 자 등에 대하여도 납세의무자의 예외를 두거나 과세표준 또는 세율을 조정하여 납세의무를 감면하는 등의 일체의 여과 조치 없이 일률적으로 종합부동산세를 과세함으로써 과잉금지 원칙에 위배하여 재산권을 침해하고 있으므로 헌법에 위반된다 할 것이다.

그러나, 이 사건 종합토지분 종합부동산세 부과규정은 과잉금지의 원칙에 위배하여 재산권을 침해한다고 보기 어렵다 할 것이다.

5. 헌법불합치 결정과 잠정적용 명령

(1) 이 사건 세대별 합산규정은 혼인과 가족생활의 보장에 관한 헌법 제 36조 제1항에 위반되고, 이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정은 종합부동산세의 납세의무자 중 적어도 주거 목적으로 한 채의 주택만을 보유하고 있는 자로서, 그 중에서도 특히 일정한 기간 이상 이를 보유하거나 또는 그 보유기간이 이에 미치지 않는다 하더라도 과세 대상 주택 이외에 별다른 재산이나 수입이 없어 조세지불 능력이 낮거나 사실상 거의 없는 자 등에 대하여 그들의 헌법상 기본권인 재산권을 침해하여 위헌임을 면할 수 없다 할 것이나, 다만 다음에서 보는 바와 같이 이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정에 대하여는 이 사건 세대별 합산규정과 달리 단순위헌의 결정을 하는 것은 적절치 아니하다고 할 것이다¹²⁾.

12) 이 사건 세대별 합산규정의 주문형식에 대해서도 그것이 위헌이라 하더라도, 단순 위헌결정으로 인한 형평성의 문제 및 이에 따른 법적 혼란, 조세행정에서의 현실적 과급효과, 합헌적인 법률의 개정 등을 고려하여 개정된 법률의 적용을 명하는 헌법 불합치 결정이 타당하다는 주장도 가능할 것이다. ① 헌법불합치결정은 어디까지나 예외적인 주문의 형식으로 단순위헌의 선고에 통상 수반되는 정도의 법적 혼란과 공백을 훨씬 넘는 보다 큰 혼란과 공백이 야기된다거나 헌법불합치를 선고하지 않으면 안 될 특별한 사정이 있는 경우에만 허용된다는 점(헌재 2003. 9. 25. 2003헌바16, 판례집 15-2상, 291, 302), ② 세대별 합산규정의 내용을 보면 납세의무자를 규정함에 있어 원칙적으로 주택 등의 공시가격을 합산한 금액이 6억원을 초과하는 자를 납세의무자로 규정하고, 개인의 경우 세대별로 합산한 금액을 기준으로 한다는 것으로 세대별 합산규정에 대하여 단순위헌을 선고하여 효력을 상실시킨다고 하여도 인별 합산규정에 따라 개인별로 중부세를 부과할 수 있어 법적 공백이 발

(2) 법률이 헌법에 위반되는 경우 헌법의 규범력을 보장하기 위하여 원칙적으로 그 법률에 대하여 위헌 결정을 하여야 하지만, 위헌결정을 통하여 법률조항을 법질서에서 제거하는 것이 법적 공백과 그로 인한 혼란을 초래할 우려가 있는 경우에는 위헌조항의 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치 결정을 할 수도 있는 것이다.

즉 위헌적인 법률조항을 잠정적으로 적용하는 상태가 위헌 결정으로 말미암아 발생하는 법적 규율이 없는 상태보다 오히려 헌법적으로 더욱 바람직하다고 판단되는 경우에는, 헌법재판소는 법적 안정성의 관점에서 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백과 그로 인한 혼란을 방지하기 위하여 입법자가 합헌적인 방향으로 법률을 개선할 때까지 일정기간 동안 위헌적인 법규정을 존속케 하고 또한 잠정적으로 적용하게 할 필요가 있는 것이다(헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644등, 판례집 19-1, 859, 886).

만약 이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정을 단순위헌으로 선언하여 즉시 효력을 상실하게 할 경우에는, 단순위헌의 선언에도 불구하고 인별 합산규정에 따라 종합부동산세를 부과할 수 있는 이 사건 세대별 합산규정의 경우와는 달리, 주택분에 대한 종합부동산세를 전혀 부과할 수 없게 되는 등 법적인 공백 상태를 초래하게 되고, 이는 앞서 본 바와 같은 자 등에 대하여 납세의무자의 예외를 두거나 과세표준 또는 세율을 조정하여 납세의무를 감면하는 등의 일체의 과세 예외조항이나 조정장치를 두지 않은 채 일률적으로 주택분 종합부동산세를 부과하는 것이 그와 같은 종합부동산세 납세의무

생하지 않는다는 점, ③ 또한 2007년분 증부세까지는 신고·납부 방식으로 부과되었는데, 세대별 합산규정이 단순위헌으로 될 경우 국세기본법 제45조의 2 소정의 경정청구를 통하여 세대별 합산규정에 따라 이미 납부한 증부세를 환급받을 수 있을 것으로 보여, 비록 조세행정상 다소 현실적인 어려움은 있을 것이나 납세의무자들 사이에서의 형평성의 문제는 해소될 것으로 보이고, 조세행정상의 어려움 역시 전산화된 세무행정을 통하여 극복할 수 있을 것이므로, 단순위헌을 선고하여 그 효력을 상실시킨다 하여도 그 혼란은 단순위헌 선고에 따른 통상적인 수준 이상으로 볼 수 없다는 점, ④ 특히, 이미 두차례에 걸쳐 부부자산소득합산과세제도와 관련하여 위헌결정이 내려졌고, 동일한 헌법상 원리에 기하여 세대별 합산규정에 대하여 위헌으로 선고하는 이상, 위 헌법불합치론의 논거들을 판단함에 있어 부부자산소득합산과 주택 등의 세대별 합산을 달리 보아 주문의 형식을 달리해야 할 만한 차이를 발견할 수 없으므로, 부부자산소득합산과세제도에 대한 위헌결정에서와 같이 단순위헌결정을 선고함이 상당하다.

자의 재산권을 침해한다는 이 사건 위헌 결정의 취지와 달리 모든 주택분 종합부동산세 납세의무자에 대해서까지 주택분 종합부동산세를 부과하지 못하게 하는 부당한 결과에 이르게 될 뿐만 아니라, 조세수입을 감소시키고 국가재정에 상당한 영향을 줌으로써, 일부 위헌적인 요소가 있는 이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정을 존속시킬 때보다 단순위헌의 결정으로 인하여 더욱 헌법적 질서와 멀어지는 법적 상태가 초래될 우려가 있다.

또한 종합부동산세 납세의무자의 재산권 침해를 방지하기 위하여 앞서 본 자 등에 대하여 과세의 예외조항이나 조정장치가 헌법적으로 요청된다 하더라도 이와 같이 위헌적인 규정을 구체적으로 어떠한 내용으로 합헌적으로 조정할 것인지는 원칙적으로 입법자의 형성재량에 속하고, 특히 일률적·장기적으로 다수의 국민을 대상으로 하는 세법규정에 있어서는 입법자로 하여금 정책적 판단을 숙고할 수 있는 여유를 주어 충분한 사회적인 합의를 거쳐 위헌적인 문제점을 해결하도록 함이 상당하다 할 것이다(헌재 2001. 6. 28. 99헌바54, 판례집 13-1, 1271, 1300-1301 참조)

(3) 따라서 이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정에 대하여는 헌법불합치 결정을 선고하되, 다만 입법자의 개선입법이 있을 때까지 계속 적용을 명하기로 한다.

입법자는 가능한 한 빠른 시일 내에 이와 같은 결정의 취지에 맞추어 개선입법을 해야 할 의무가 있다 할 것이고, 늦어도 2009. 12. 31.까지 개선입법을 이행하여야 하며, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정은 2010. 1. 1.부터 그 효력을 상실하게 된다.

(4) 이러한 헌법불합치 결정에 대해서는 재판관 목영준, 재판관 조대현의 다른 의견이 있다.

먼저, 재판관 목영준은 납세의무자의 주관적 요소에 따라 납세의무자 여부 적용세율을 달리하는 것은 재산세의 성격에 비추어 타당하지 않고, 종합부동산세법상 납세의무자의 범위와 세율이 조세정책에 관한 입법자의 재량범위를 벗어났다고 볼 수도 없으므로, 결국 이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정 중 납세의무자에 관한 법 제7조 제1항(개정 법 제7조 제1항 전문 중 괄호 부분 제외) 및 세율에 관한 제9조 전단(개정 법 제9조 제1항·제2

항)은 헌법에 위반되지 아니한다고 본다.

다음으로 재판관 조대현은 다수의견에 의하면 이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정의 위헌성은 주거목적의 1주택 중 장기보유자나 다른 재산·소득이 없는 경우에도 일률적으로 적용하는 것에 있으므로, 헌법불합치결정 주문도 이와 같이 위헌성의 범위를 명확히 밝혀서 이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정을 주거목적의 1주택 중 장기보유하거나 다른 재산·소득이 없는 경우에도 일률적으로 적용하는 것은 헌법에 합치되지 아니한다고 표시하여 위헌성이 있는 부분을 특정하여야 한다고 본다.

6. 결정의 의의

이 사건 결정은 그 동안 국가·사회적으로 많은 논란이 되어 왔던 종합부동산세법에 대하여 그 중 세대별 합산 과세방법은 헌법재판소가 과거 부부자산소득 합산과세제도에 대하여 위헌선언을 한 것과 동일한 맥락에서 헌법 제36조 제1항에 위반된다는 단순위헌을 선언하였고, 한편 종합부동산세법상의 과세표준 및 세율로 인한 납세의무자의 세부담 정도만을 보면 입법재량의 범위 내에 있지만, 토지분 종합부동산세와는 달리 주택분 종합부동산세의 경우에는 납세의무자 중 적어도 주거 목적으로 1주택 장기보유자로서 일정 기간 이상 보유하거나 그 보유기간이 이에 미치지 않는다 하더라도 별다른 재산이나 소득이 자 등 일정한 경우에까지 과세 예외조항이나 조정장치를 두지 아니하고 일률적 또는 무차별적으로, 그것도 재산세에 비하여 상대적으로 고율인 누진세율을 적용하여 다액의 종합부동산세를 부과하는 것은, 그 입법 목적의 달성에 필요한 정책수단의 범위를 넘어 그러한 주택 보유자의 재산권을 침해한다고 보아 잠정적용을 명하는 헌법불합치 선언을 한 것으로, 종합부동산세와 같은 정책적 조세의 헌법적 한계를 밝히는데 그 의의가 있다.



사립학교법 제57조 위헌제청

- 사립학교 교원의 당연퇴직 사유로서 파산선고 -
(헌재 2008. 11. 27. 2005헌가21, 판례집 20-2하, 118)

손인혁*

【판시사항】

사립학교 교원이 파산선고를 받으면 당연퇴직되도록 하는 것이 사립학교 교원의 직업선택의 자유와 사립대학의 자율성을 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

사립학교법(1997. 12. 13. 법률 제5438호로 개정된 것) 제57조 중 국가공무원법 제33조 제1항 제2호 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부(이 사건 법률조항은 2008. 3. 14. 법률 제8888호로 개정된 바 있으나, 그 개정 내용은 단지 “국가공무원법”이라는 부분을 “『국가공무원법』”으로 범명 표기방식만 변경하였을 뿐 그 외에는 범문상으로도 내용상으로도 아무런 변화가 없었다. 따라서 이 사건 법률조항은 위 2008. 3. 14. 법률 제8888호로 개정된 이후의 법률과도 실질적으로 그 내용이 동일하다 할 것이므로 이 사건 법률조항에는 위 2008. 3. 14. 법률 제8888호로 개정된 것까지 포함되어 있다고 할 것이다).

사립학교법 제57조(당연퇴직의 사유) 사립학교의 교원이 국가공무원법 제33조 제1항 각 호의 1에 해당하게 된 때에는 당연 퇴직된다.

구 국가공무원법(1963. 4. 17. 법률 제1325호로 폐지제정되고, 2007. 3. 29.

* 헌법연구원

법률 제8330호로 개정되기 전의 것) 제33조 (결격사유) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 공무원에 임용될 수 없다.

2. 파산자로서 복권되지 아니한 자

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 제청신청인은 학교법인 ○○학원이 운영하는 ○○대학교 사회과학대학 사회복지학과 교수로 재직하던 중 2004. 2. 27. 대구지방법원에서 파산선고를 받았고, 이에 대한 제청신청인의 항고 및 재항고가 모두 기각되어 같은 해 8. 18. 위 파산선고가 확정되었다.

이에 대구지방법원은 교육인적자원부장관에게 제청신청인에 대한 파산선고가 확정되었음을 통지하였고, 학교법인 ○○학원은 제청신청인이 2004. 8. 18.자로 당연퇴직되었음을 제청신청인에게 통지하였다.

나. 제청신청인은 2005. 4. 26. 대구지방법원에 학교법인 ○○학원을 상대로 교원지위확인소송을 제기하여 그 소송 계속중 제청신청인에 대한 당연퇴직의 근거조항인 사립학교법 제57조 중 국가공무원법 제33조 제1항 제2호 부분에 대하여 위헌제청신청을 하였고, 위 법원은 같은 해 11. 1. 이를 받아들여 위 사립학교법 조항 부분에 대하여 위헌제청결정을 하였다.

2. 위헌제청이유 및 이해관계인의 의견 요지

가. 위헌제청이유의 요지

(1) 헌법 제31조 제6항은 “학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항을 법률로 정한다.”라고 규정하고 있으므로 교원의 지위에 관해서는 입법자에게 폭넓은 입법형성권이 인정되지만, 그렇다고 하더라도 헌법 제37조 제2항이 정하는 기본권제한의 입법적 한계를 넘어서는 아니 된다.

(2) 사립학교 교원도 유동적이고 복잡한 경제적 위험에 노출되어 있으므로 판단착오, 급작스러운 경기변동, 불가피한 인적·물적 보증 등 다양한 사유로 파산의 결과에 이를 수 있음에도 사립학교 교원이 파산에 이르게 된

경위나 과정을 묻지 아니하고 파산선고가 있었다는 사실 자체로 당연퇴직하게 하는 것은 부당하다. 그리고 사립학교 교원이 이와 같은 불운한 경제적 상황이나 경제적 선택 등의 사유로 파산에 이르게 되었다고 하더라도 이것이 교원직에서 당연히 퇴직되어야 할 만큼 교원의 품위를 손상시켰다거나 장차 손상시킬 가능성이 있다고 보기 어렵다.

(3) 파산선고를 받으면 예외 없이 당연퇴직되도록 할 것이 아니라 파산의 원인, 정도 및 비난가능성에 따라 그 제재를 달리하는 것이 최소침해성의 원칙에 부합하고, 외국의 입법례도 같은 취지에서 파산선고를 당연퇴직사유로 규정하고 있지 아니하다.

(4) 일단 채용된 교원을 퇴직하게 하는 것은 교원이 장기간 쌓은 지위를 박탈하는 것으로 그 교원이 잃는 불이익이 대단히 크다는 점에서 교원임용 이전의 임용결격사유와 교원임용 이후의 당연퇴직사유를 동일하게 규율하는 것은 사익에 비하여 지나치게 공익을 보호하는 것이다. 그리고 파산제도의 목적이 재정적 어려움으로 인하여 파탄에 직면해 있는 채무자에 대하여 채권자 등 이해관계인의 법률관계를 조정하여 채무자의 효율적인 회생을 도모하거나 채무자의 재산을 공정하게 환가·배당하는 것인 점에 비추어 보면 법익균형의 원칙에도 위배된다.

나. 구 교육인적자원부장관의 의견요지

(1) 사립학교 교원이 파산선고를 받은 경우 경제적인 문제는 차치하더라도 파산선고로 인한 심리적 요인이 학생들의 정서적인 면에 부정적인 영향을 미칠 수밖에 없다. 그리고 파산선고의 효과로서 거주지를 떠날 수 없을 뿐 아니라 면접 또는 통신상의 제한을 받게 되므로, 업무수행의 안정성을 확보하기도 어렵다. 따라서 파산을 사립학교 교원의 당연퇴직사유로 규정한 입법목적의 정당성이 인정되고, 이로써 교원의 신속하고 안정적인 업무수행과 학생들의 학습권이 보장되므로 방법의 적정성도 인정된다.

(2) 이 사건 법률조항에 따른 당연퇴직은 파산자의 과거 행동에 대한 제재의 성격이 아니라 파산자의 일정한 행동을 장래를 향하여 제약함으로써 경제생활의 안정을 도모하고 공무수행 내지 일정한 직업수행의 적정성을 확

보호하고자 하는 데 그 취지가 있다. 따라서 파산의 원인에 따라 제재의 정도를 달리하여야 한다는 책임주의의 요청은 애당초 문제되지 아니 한다. 그리고 파산선고는 소극재산이 적극재산을 초과한다는 객관적 사실에 기초하는 것으로 그 사유를 따로 공시하는 방법이 없는 이상 파산사유에 따른 차별적 제재도 불가능하다.

(3) 파산을 개인의 책임에 따른 징계사유로 볼 수 없는 한 당해 교원을 직무에서 배제하는 방법은 당연퇴직 외에는 없다. 그리고 파산선고를 받은 자는 교원으로서의 교육활동이 크게 제약될 우려가 있어 공평무사한 직무수행과 학생의 수업권 확보가 어렵게 되므로 이에 대하여 퇴직 외에 더 완화된 다른 수단이나 방법을 찾기도 어렵다.

(4) 이 사건 법률조항으로 보호하려는 공익은 경제적인 파산의 상태가 교원의 업무수행에 영향을 미쳐 원활한 교육활동이 이루어지지 못하게 되는 것을 방지하고자 하는 데에 있고, 이는 파산선고를 받은 사립학교 교원이 당연퇴직됨으로써 받는 불이익과 비교하여 법익의 균형을 상실한 것으로 볼 수 없다.

【결정요지】

파산선고를 받은 사립학교 교원에 대하여 당연퇴직이라는 신분상 불이익을 가하는 이 사건 법률조항은 교원의 사회적 책임 및 교직에 대한 국민의 신뢰를 제고하고, 교원으로서의 성실하고 공정한 직무수행을 담보하기 위한 법적 조치로서 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 파산선고를 받은 교원을 교직에서 배제하도록 한 것은 위와 같은 입법 목적을 달성하기 위한 효과적이고 적절한 수단이다. 파산선고를 받은 사립학교 교원이 교직을 계속 수행할 경우 공평무사하게 학생들을 교육하는 본업에 전념할 수 있을지에 관하여는 회의적일 뿐만 아니라 피교육자나 그 학부모 등 사회공동체의 구성원들이 당해 교원의 신뢰성에 근본적인 의문을 가지게 될 개연성이 대단히 높고, 위와 같은 입법 목적을 효과적으로 달성할 수 있으면서도 제약이 덜한 대체적인 입법수단의 존재가 명백하지 아니하며, 파산선고에 따른 자격제한을 없앨 경우 파산신청의 남용이 우려되는 점, 파산선고를 받은 교원의 지위가

박탈된다고 하여도 그것이 교원의 사회적 책임과 교직에 대한 국민의 신뢰를 제고한다는 공익에 비해 더 비중이 크다고는 볼 수 없는 점 등을 종합하면, 이 사건 법률조항이 침해의 최소성이나 법익의 균형성을 위반하였다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 청구인의 직업선택의 자유를 침해하지 아니한다.

또한 이 사건 법률조항은 국가가 헌법 제31조 제6항에 따라 부여받은 교육제도 전반에 관한 형성권에 근거한 것으로, 합리적인 입법한계를 벗어나 대학의 자율성의 본질적인 부분을 침해하였다고 볼 수도 없다.

재판관 이동흡, 재판관 송두환의 반대의견

복잡다기한 현대의 경제생활에서 파산은 다양한 원인에 의하여 발생할 수 있고, 사립학교 교원이 파산선고를 받은 경우에도 그 원인 여하에 따라 국민의 교직에 대한 신뢰에 미치는 영향은 큰 차이가 있다고 보아야 할 것인바, 이 사건 법률조항은 덜 제약적인 대체적 입법수단을 강구하지 아니하고 파산선고를 받은 사립학교 교원을 일률적으로 교직에서 퇴출되도록 하고 있으므로, 최소침해성의 원칙에 위배된다. 또한 이 사건 법률조항은 면책 여부에 불구하고 파산선고를 받은 교원을 일률적으로 그의 경제적 갱생의 기초가 되는 교직으로부터 퇴출시키고 있는바 이는 개인파산제도의 취지와도 맞지 아니하고, 사립학교 교원의 임용결격사유와 당연퇴직사유를 동일하게 취급하는 것은 규정체계상으로도 공익과 사익 간에 적절한 균형이 이루어진 입법이라고 할 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 청구인의 직업선택의 자유를 침해하는 것으로 헌법에 합치되지 아니한다.

【해설】

1. 이 사건 법률조항의 내용과 제한되는 기본권

가. 이 사건 법률조항은 ‘파산자로서 복권되지 아니한 자’를 사립학교 교수를 포함한 사립학교 교원의 당연퇴직사유로 규정하고 있는바, 사립학교 교원이 경제적인 지급불능상태에 빠져 파산선고를 받으면 향후 복권여부를 불문하고 파산선고의 법적 효과로서 교직에서 당연퇴직된다. 당연퇴직은 법률

이 규정하는 당연퇴직의 사유가 발생하면 임명권자의 별도 처분을 기다릴 필요 없이 바로 그 신분관계가 종료되므로 일단 법원의 파산결정이 확정되면 그 복권여부에도 불구하고 교원의 신분관계는 확정적으로 종료하게 된다.

※ “파산자로서 복권되지 아니한 자”에 대한 다른 해석의 가능성

당연퇴직사유로서 ‘파산자로서 복권되지 아니한 자’를 파산선고가 있으면 복권여부와 관계없이 당연퇴직되는 것으로 해석할 경우 임용결격사유와는 달리 ‘…… 복권되지 아니한 자’ 부분이 아무런 의미가 없게 되므로, 이를 ‘파산선고가 확정되고 면책결정 등에 의한 복권이 이루어지지 아니할 것으로 확정된 자’로 새겨 파산선고 확정 후 복권되기까지는 당연퇴직이 유예되는 것으로 볼 수 없는지가 문제된다. 만약 그렇게 해석할 수 있다면 이 사건 법률조항의 위헌성은 해석으로도 치유될 가능성이 있기 때문이다.

국가공무원법 제33조 제1항 각호는 공무원의 임용결격사유를 정하고, 국가공무원법 제69조 및 이 사건 법률조항은 위 각호 부분을 원용하여 당연퇴직사유를 정하고 있는바, 임용결격사유가 확정적인 사유가 아닌 경우(복권되지 아니한, 5년을 경과하지 아니한, 선고유예기간중에 있는, 자격이 정지된 등 부분)에는 그대로 당연퇴직사유로 삼기에 곤란한 부분이 있다. 당연퇴직은 공무원관계를 최종적·확정적으로 종료시키는 법적 효과를 가지므로 위와 같이 한시적인 사유에 있어서는 당연퇴직의 효과가 반복될 수 있기 때문이다. 따라서 임용결격사유가 당연퇴직사유로 원용되는 경우에는 해당사유가 발생하면 바로 당연퇴직의 법적 효과가 발생한다고 보아야 할 것이다.

나아가 파산의 효력발생시점은 원칙적으로 파산선고를 한 때(‘채무자 회생 및 파산에 관한 법률’ 제311조)이므로 당연퇴직 등 자격제한의 효과와 관련하여서만 그 발생시점을 복권여부의 확정시로 보기에 는 무리가 있고, 폐지된 구 파산법 제358조 및 제359조와 ‘채무자 회생 및 파산에 관한 법률’ 제574조 제1항(당연복권) 및 제575조(신청에 의한 복권)에서 일정한 경우 파산선고에 의하여 파산자에게 부과되는 제약을 소멸시키는 복권제도를 두고 있는 것도 파산선고에 의하여 당연히 자격제한의 효과가 발생한다는 점을 전제로 한 것이다.

따라서 사립대학 교수인 제청신청인은 파산결정이 확정된 2004. 8. 18.자로 당연퇴직되어 더 이상 교원의 직을 영위할 수 없게 되었으므로 이 사건 법률조항은 헌법 제15조에 의하여 보장되는 사립학교 교원의 직업선택의 자유를 제한하고 있다.

나. 헌법 제22조 제1항에서 규정한 학문의 자유 등의 보호는 개인의 인권으로서의 학문의 자유 뿐만 아니라 특히 대학에서 학문연구의 자유·연구활동의 자유·교수의 자유 등도 보장하는 취지이다. 이와 같은 대학에서의 학문의 자유에 대한 보장을 담보하기 위해서는 대학의 자율성이 보장되어야 하고, 여기서 대학의 자율이란 대학시설의 관리·운영만이 아니라 전반적인 것이라야 하므로 연구와 교육의 내용, 그 방법과 대상, 교과과정의 편성, 학생의 선발과 전형 및 특히 교원의 임면에 관한 사항도 자율의 범위에 속한다(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659, 670; 헌재 1998. 7. 16. 96헌바33, 판례집 10-2, 116, 144-144 각 참조). 따라서 법률로써 사립대학의 교원임면과 관련하여 임면의 구체적인 조건을 확정적으로 규정하는 것은 대학의 자율권을 침해할 우려가 없지 않다(헌재 1998. 7. 16. 96헌바33, 판례집 10-2, 116, 150 참조).

이 사건 법률조항은 학교법인과 사립대학 교원간의 사법상 고용계약관계를 당사자의 의사여하를 불문하고 강제로 종료시키는 것을 내용으로 하므로 대학 내의 교수임면에 관한 사항을 자율적으로 결정할 수 있는 대학의 자율권을 제한하고 있다.¹⁴⁾

2. 개인파산제도의 개관¹⁵⁾

14) 대학의 자율권은 학문의 자유를 보장하기 위한 수단으로 기능하는 대학에게 부여된 헌법상의 기본권이다. 따라서 대학의 자율성이 제한되기 위해서는 이 사건 법률조항이 학문의 자유를 제약하려는 취지에서 대학의 자율영역을 제한하는 것이 필요하다. 그러므로 보건대, 이 사건 제청신청인인 사립대학 교수의 입장에서 주로 직업선택의 자유에 대한 제한이 문제되므로 이로써 바로 대학의 자율성이 제한되었다고 보기 어려운 측면이 있다. 따라서 이 글에서는 주로 직업의 자유에 대한 침해 부분을 검토하고, 대학의 자율성과 관련해서는 보충적으로 검토하기로 한다.

15) 파산은 자연인과 법인을 모두 대상으로 하는 법적 절차이지만 사립학교 교원의 당연퇴직사유로서 파산선고의 대상은 자연인에 한정되므로 개인파산제도의 범위에

가. 개인파산제도의 의의

개인파산제도는 영업자·비영업자 등 채무자(파산자)의 신분에 관계없이 채무자가 '개인'인 파산사건을 의미하는 것으로, 봉급생활자 등 개인소비자 또는 개인사업자가 소비활동 또는 영업활동의 일환으로 자신의 변제능력을 초과하여 과도하게 물품구입 또는 금전차용을 한 결과 자신의 모든 재산으로도 채무를 변제할 수 없는 지급불능상태에 빠져 그 정리를 위하여 법원의 파산선고에서부터 파산절차·면책·복권의 절차에 이르는 일련의 과정을 말한다.

나. 파산법제의 입법례과 변천과정

(1) 징계주의와 비징계주의

파산선고를 받은 채무자의 공·사법상의 권리 또는 자격을 제한하는지 여부에 따른 구별이다. 이를 제한하는 입법례를 징계주의, 이를 제한하지 않는 입법례를 비징계주의라고 하는데, 프랑스법이 징계주의를, 독일·일본·우리나라가 비징계주의 입법례를 채택하고 있다. 파산법은 제정 당시부터 파산선고로 인한 신분 또는 자격의 제한을 따로 규정하지 않아 비징계주의 입법례를 따르고 있지만, 국가공무원법, 변호사법, 공인회계사법 등 개별법률에서 파산선고를 원인으로 한 결격사유를 광범위하게 규정하여 실질적으로는 징계주의의 색채가 강하게 남아있다.¹⁶⁾

(2) 면책주의와 비면책주의

파산절차에서 배당에 의한 변제를 한 뒤라도 채무가 잔존하는 경우가 보통인데, 이 잔존채무에 대한 채무자의 책임면제 여부에 대한 입법례이다. 파산절차가 법제화된 초기에는 계약에 따른 채무를 일방적으로 면책하는 것이 자연적 정의와 법감정에 반한다는 이유로 예외없이 비면책주의 입법례를 따랐으나, 현대에는 미국 등을 중심으로 면책주의 입법례가 대세를 이루게 되었다. 독일은 최근까지도 비면책주의를 채택하였으나 1999년 도산법을 개정

서 검토한다. 개인파산제도는 실정법상의 용어가 아니라 강학상의 용어로서 기업 등 법인의 파산에 대립되는 개념이다.

16) 전병서, 도산법 제2판, 법문사(2006), 22-23면 참조

하여 면책주의로 전환하였다.

(3) 파산법제의 변천과정

로마의 12표법 이래로 파산법은 파산자를 파렴치범으로 취급하여 이를 죄악시하는 기초에서 출발하였는데, 파산자를 노예로 삼거나 공·사의 자격을 제한 또는 박탈하는 것이 모두 이러한 유형에 속한다.

그러나 채권자의 채권회수율을 높이기 위해서는 채무자의 적극적인 협력을 받는 것이 유리하다는 입장에서 채무자의 협력을 조건으로 잔존채무를 면제하는 입법례가 19세기에 영국을 중심으로 등장하였는데, 이 역시 파산법의 목적을 채무자의 갱생이 아니라 채권자 보호에 둔 것이다.

한편, 1884년과 1893년에 발생한 미국의 경제공황으로 인하여 파산자가 속출하게 되자 파산자를 그대로 방치하는 것보다 “성실하지만 불운한(honest but unfortunate) 채무자”에게 면책을 인정하는 것이 사회 전체적으로 이익이 된다는 관점에서 이들의 갱생을 도모하는 방향으로 입법방향이 전환되었다. 그리고 이에 더하여 오늘날 금융자본의 과잉금융공여의 결과로 발생한 개인의 경제적 파탄은 종래의 “성실하나 불운한 채무자”를 구제하는 차원을 넘어 이를 과잉금융의 희생자로 보아 성실 또는 불운 여하에 불구하고 면책하는 방향으로 입법방향이 새롭게 전개되고 있다.

파산법제의 이러한 변천은 중세 이후 상업 및 산업의 발전에 따른 상인들의 도산사태, 근대 자본주의 경제체제에서 필연적으로 발생하는 주기적 공황사태, 자본주의가 고도로 발달하면서 형성된 대량생산·대량소비체제의 확립과 이에 따른 과잉금융 풍조의 발생 등 시대적·사회적 상황의 변천과 궤를 맞추어 형성되어 온 것이다.¹⁷⁾

다. 파산제도의 목적

채무자의 경제적 파탄상태를 의미하는 ‘도산(倒産)’은 자본주의 경제질서의 필연적인 결과물로서 이를 처리하기 위한 절차인 파산절차는 채권자, 채무자 및 사회일반의 입장에서 다음과 같은 목적을 가진다.¹⁸⁾

17) 서울중앙지법 파산부 실무연구회, 개인파산·희생실무, 2006, 4-10면 참조

(1) 채권자 사이의 공평확보

채무자에게 변제능력이 없는 한 채권자 전부가 완전한 만족을 얻을 수는 없으므로 모든 채권자가 공평하게 채권을 변제받도록 보장하는 데 그 목적이 있다.

(2) 채무자의 경제적 재출발

채무자에게 변제능력이 없다는 사실이 알려지면 채권자들은 끊임없이 채권변제를 종용하게 되고, 채무자는 이를 방지하기 위하여 이러한 사실을 숨기고 경제활동을 계속하게 되어 경제적 회생이 더욱 곤란하게 된다. 이러한 사태를 미연에 방지하고 채무자가 재기·경생할 수 있도록 파산절차가 필요하다.

(3) 경제사회의 손실방지

채무자의 도산은 연쇄적으로 다른 채권자의 도산을 유발하고, 이는 결국 경제사회에 큰 혼란을 가져오게 된다. 따라서 도산의 확대를 방지함으로써 경제생활 일반의 안정을 도모하기 위해서도 파산절차가 필요하다.

라. 개인파산절차의 개요

(1) 우리나라 도산법제의 현황

2005. 3. 31. ‘채무자 회생 및 파산에 관한 법률’이 제정되기 전까지 채무자의 경제적 도산상태를 처리하는 법률은 파산법, 회사정리법, 화의법, 개인채무자회생법(2004. 3. 22. 법률 제7198호로 제정되고, 2004. 9. 23.부터 시행¹⁹⁾)으로 나뉘어 규율되고 있었다. 그러나 각 법률마다 적용대상이 다를 뿐

18) 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제1조(목적) 이 법은 재정적 어려움으로 인하여 파탄에 직면해 있는 채무자에 대하여 채권자·주주·지분권자 등 이해관계인의 법률 관계를 조정하여 채무자 또는 그 사업의 효율적인 회생을 도모하거나, 회생이 어려운 채무자의 재산을 공정하게 환가·배당하는 것을 목적으로 한다.

19) 채무자 회생 및 파산에 관한 법률안이 2003. 2. 21. 국회에 제출되었으나 심의가 제대로 이루어지지 못하였다. 그러나 당시 신용불량자 문제가 사회적인 문제로 등장하자 개인채무자의 경제적 재출발을 위한 별도의 회생형 절차의 필요성에서 위 ‘채무자 회생 및 파산에 관한 법률안’에 규정되어 있던 개인회생절차 부분을 따로 분리하여 개인채무자회생법을 제정하였고, 이를 2003. 9. 23.부터 시행하였다. 그리

만 아니라 특히 회생절차의 경우 회사정리법과 화의법으로 이원화되어 있어 그 효율성이 떨어지므로 상시적인 기업의 회생·퇴출 체계로는 미흡하다는 지적이 있었던바, 이들 법률들을 하나로 통합하여 채무자의 회생 및 파산에 관한 법률의 체계를 일원화하는 한편, 기존의 회생절차 중 화의절차를 폐지함과 아울러 회사정리절차를 개선·보완하고, 정기적인 수입이 있는 개인채무자에 대하여는 파산절차에 의하지 않고 채무를 조정할 수 있는 개인회생제도를 도입하여 파산선고로 인한 사회적·경제적 불이익을 받게 되는 사례를 줄이기 위하여 ‘채무자 회생 및 파산에 관한 법률’을 제정하기에 이르렀다. 종전에도 화의법이 회생형 절차로서 화의제도를 운영하였지만 자연인이 이 용하기에는 여러 가지 제약이 있었다.

(2) 파산절차의 개요

(가) 파산 및 면책 신청서 제출

파산절차는 채무자 또는 채권자가 채무자의 주소지를 관할하는 지방법원의 본원에 파산신청을 함으로써 개시하고{채무자 회생 및 파산에 관한 법률²⁰⁾(2005. 3. 31. 법률 제7428호로 제정되고 2008. 2. 29. 법률 제8863호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제294조 제1항}, 이 때 채무자가 반대의 의사 표시를 한 경우를 제외하고 파산신청과 동시에 면책신청을 함께 한 것으로 본다(법 556조 제3항).

(나) 파산선고

법원은 채무자심문 또는 서면심리의 결과 파산원인이 있음을 인정할 수 있는 경우에는 파산선고를 한다(법 305조). 파산원인은 ‘지급불능상태’이고, 채무자가 지급을 정지한 때에는 지급불능상태임을 추정할 수 있다. 지급불능상태란 채무자가 채무변제능력의 결여로 즉시에 변제하여야 할 채무를 일반적·계속적으로 변제할 수 없는 객관적인 상태를 말하는데, 채무변제능력의 유무는 채무자의 자산, 신용, 가동력(노동력, 기능 등) 등을 종합적으로 고려

고 이 법률은 채무자 회생 및 파산에 관한 법률의 제정으로 폐지되었다.

20) 법은 종전의 회사정리법, 화의법, 파산법, 개인채무자회생법 4개의 도산관련법제를 통합한 것이다. 이는 미국과 독일의 도산법제를 따른 것으로 일본도 이를 목표로 단일 도산법을 준비하고 있다.

하여 판단한다.

한편 법 제309조는 파산신청을 기각할 수 있는 사유²¹⁾를 신설하였는데, 정직하고 성실하나 불운한 채무자의 새로운 출발을 도모하는 개인파산제도의 본래 목적에 충실하면서도 파산절차가 당사자의 주관적 사정에 따라 중대한 영향을 받거나 남용되는 것을 방지하여 본래 개인파산이 예정하였던 사회적 기능이 정상적으로 발현되도록 초점을 맞춘 점에서 그 의의를 찾을 수 있을 것이다. 이로써 실무상 파산법원이 개인파산사건에 대하여 파산원인의 존재뿐 아니라 신의칙까지 심리의 범위를 넓힘으로써 파산제도의 남용에 대한 통제가 파산절차 내에서 가능하게 되었다.²²⁾

법 제309조가 정하는 기각사유 중 “법원에 회생절차 또는 개인회생절차가 계속되어 있고 그 절차에 의함이 채권자 일반의 이익에 부합하는 경우”는 일반적으로 회생형 절차가 채권자의 이익에 부합하는 경우가 많으므로 이를 파산절차에 우선시키는 취지이고, 채무자가 개인회생절차를 이용하지 아니하고 파산신청만을 하는 경우에도 이를 파산신청을 남용하는 경우로 취급함으로써 개인회생절차의 이용을 간접적으로 유도할 수 있다.

(다) 파산절차

파산절차는 채무자가 자기의 재산을 채권자에게 공평하게 변제하기 위하여 파산선고와 함께 개시되는데, 채권자에 대한 배당이 실시되는 경우에는 종결결정으로, 배당이 실시되지 않는 경우에는 폐지결정으로 종료된다. 특히

21) 제309조 (기각사유) ①법원은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 때에는 파산신청을 기각할 수 있다.

1. 신청인이 절차의 비용을 미리 납부하지 아니한 때
2. 법원에 회생절차 또는 개인회생절차가 계속되어 있고 그 절차에 의함이 채권자 일반의 이익에 부합하는 때
3. 채무자에게 파산원인이 존재하지 아니한 때
4. 신청인이 소재불명인 때
5. 그 밖에 신청이 성실하지 아니한 때

②법원은 채무자에게 파산원인이 존재하는 경우에도 파산신청이 파산절차의 남용에 해당한다고 인정되는 때에는 심문을 거쳐 파산신청을 기각할 수 있다.

22) 종전 파산법에서는 신청을 기각하는 사유를 명시하지 않아 파산법원이 파산신청 전 부인대상행위, 면책불허가사유 등 채무자의 도덕적 해이를 추단할 수 있는 사정을 발견하더라도 신청취하를 유도하거나 면책단계에서 이를 반영할 수밖에 없었다. 따라서 파산선고 단계에서 이러한 도덕적 해이가 걸러지지 아니하므로 파산선고가 채무자의 비도덕성을 일부 징표하는 기능을 하기도 하였다.

폐지결정은 파산선고 시에 예상되는 파산재단이 파산절차의 비용조차 조달하기 어려운 것으로 인정되는 경우 파산선고와 동시에 파산절차를 폐지하는 동시(同時)폐지와 파산절차의 진행 중에 비용부족으로 절차를 폐지하는 이시(異時)폐지로 구분된다.²³⁾

(라) 면책신청 및 면책허가결정

면책신청은 파산신청일로부터 파산선고가 확정된 날 이후 1개월 이내에 언제든 할 수 있고, 특별한 사유가 없으면 파산신청과 함께 면책신청을 한 것으로 본다(법 제556조). 법원은 면책불허가사유가 있는지 여부를 조사하여 면책불허가사유가 있는 경우를 제외하고는 면책허가결정을 하여야 한다(법 제564조).

※면책불허가사유

법 제564조(면책허가) ①법원은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 때를 제외하고는 면책을 허가하여야 한다.

1. 채무자가 제650조·제651조·제653조·제656조 또는 제658조의 죄에 해당하는 행위가 있다고 인정하는 때
2. 채무자가 파산선고 전 1년 이내에 파산의 원인인 사실이 있음에도 불구하고 그 사실이 없는 것으로 믿게 하기 위하여 그 사실을 속이거나 감추고 신용거래로 재산을 취득한 사실이 있는 때
3. 채무자가 허위의 채권자목록 그 밖의 신청서류를 제출하거나 법원에 대하여 그 재산상태에 관하여 허위의 진술을 한 때
4. 채무자가 면책의 신청 전에 이 조에 의하여 면책을 받은 경우에는 면책허가결정의 확정일부터 7년이 경과되지 아니한 때, 제624조에 의하여 면책을 받은 경우에는 면책확정일부터 5년이 경과되지 아니한 때
5. 채무자가 이 법에 정하는 채무자의 의무를 위반한 때
6. 채무자가 과다한 낭비·도박 그 밖의 사행행위를 하여 현저히 재산을 감소시키거나 과대한 채무를 부담한 사실이 있는 때

②법원은 제1항 각호의 면책불허가사유가 있는 경우라도 파산에 이르게 된

23) 개인파산, 특히 소비자파산의 경우에는 채무자에게 자력이 없는 경우가 일반적이므로 동시폐지가 대부분이다.

경위, 그 밖의 사정을 고려하여 상당하다고 인정되는 경우에는 면책을 허가할 수 있다.

면책허가결정이 확정되면 비면책채권을 제외하고 잔존채무 전부에 대하여 책임이 면제되고(법 제566조), 채무자는 당연히 복권되어 공·사법상의 신분 제한이 소멸된다.

(마) 면책의 취소

파산선고 후 복권되었다가 추후 사기파산에 대하여 유죄의 확정판결 또는 부정한 방법으로 면책을 얻은 경우에는 법원이 면책취소결정을 내릴 수 있도록 하고 있다. 이는 채무자를 위한 면책결정이 오·남용되는 것을 방지하기 위한 취지이다.

마. 파산선고의 효과

(1) 재산상의 효과

파산선고가 있으면 원칙적으로 채무자가 종래 소유하던 재산의 전부는 파산재단을 구성하고 이에 대한 관리처분권은 파산관재인에 속한다. 따라서 파산자가 파산재단에 속하는 재산에 관하여 법률행위를 한 경우 상대방은 파산관재인에게 대항할 수 없고, 소송에서 당사자적격도 파산관재인에게 있다.

(2) 인적 효과

파산절차의 원활한 진행을 위하여 파산선고에 의하여 파산자에게 다음과 같은 일정한 자유의 제한이 가해진다.

(가) 설명의무(법 제321조) : 채무자의 재산상태를 명확히 파악하기 위해서는 그것을 가장 잘 알고 있는 채무자 측으로부터 이에 대한 설명을 듣는 것이 가장 적절하므로 채무자, 대리인 등에게 파산에 관하여 설명할 의무를 부과하고 있다.

(나) 채무자의 구인(법 제319조, 제322조) : 채무자가 법원에 출석하지 않는 등 파산절차의 진행에 비협조적이라고 인정되는 경우에 법원은 채무자를 구인하도록 명할 수 있다.

종전 파산법에서는 채무자 구인 외에도, ①채무자가 주거지를 떠날 수 없도록 하는 주거지 제한(파산법(2002. 1. 26. 법률 제6627호로 개정된 것) 제137조²⁴⁾), ②법원의 명령으로 채무자의 주거지를 관할하는 경찰의 감독을 받게 하는 감수제도(파산법 제139조)²⁵⁾ ③감수를 명령받은 채무자가 법원의 허가를 얻지 않으면 타인과 면접하거나 통신할 수 없도록 하는 면접·통신의 제한 등을 규정하고 있었는데, 채무자의 인격을 지나치게 제한하고 실익도 없다는 지적에 따라 삭제되었다.

(다) 통신비밀의 제한(법 제484조) : 파산자의 재산상태 파악, 재산의 소재 발견 및 탐지를 위하여 헌법 제18조가 보장하는 통신의 비밀에 대한 제한으로 채무자에 대한 우편물 등의 파산관재인에 대한 배달, 수령한 우편물 등의 개봉 및 채무자에 대한 열람요구 등을 규정하고 있다.

(3) 자격의 제한

파산선고가 있으면 개별법률에서 정하는 바에 따라 각종 공·사법상의 자격이 제한되거나 상실된다. 그리고 파산선고의 확정으로 자격 등이 상실된 이후에 면책결정을 받아 복권되더라도 면책결정에는 소급효가 없으므로 이미 상실된 자격이 당연히 회복되는 것은 아니다. 법은 파산선고를 이유로 차별취급을 금지하는 명문의 규정을 두었으나(법 제32조의2)²⁶⁾ 이는 근로관계에서의 차별금지를 의미하므로 개별법률에서의 자격제한 등 차별취급은 당해 개별법률의 개정을 필요로 한다.

다만, 변호사법, 법무사법, 사법시험법 등의 일부개정으로 파산선고를 받고 복권되지 아니한 자라도 변호사 또는 법무사 사무실의 사무원이 될 수 있고, 사법시험에 응시할 수 있게 되었다(변호사법 제22조, 법무사법 제23조,

24) 第137條 (破産者の 居住制限) 破産者は 法院의 許可를 얻지 아니하면 그 居住地를 떠날 수 없다.

25) 第139條 (破産者の 監守) ①破産者が 逃亡하거나 財産을 隱匿 또는 損壞할 憂慮가 있는 때에는 法院은 그 監守를 命할 수 있다.

②前項의 境遇에는 法院은 決定書의 正本을 檢事에게 送付하여야 한다. 檢事는 破産者の 住居地를 管轄하는 警察署의 警察官吏에게 命하여 監守를 執行하게 한다.

26) 법 제32조의2 (차별적 취급의 금지) 누구든지 이 법에 따른 회생절차·파산절차 또는 개인회생절차 중에 있다는 이유로 정당한 사유 없이 취업의 제한 또는 해고 등 불이익한 처우를 받지 아니한다.

사법시험법 제6조 참조). 또한 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 개정된 의료법 제8조 제3호와 2007. 12. 21. 법률 제8784호로 개정된 건축사법 제9조 제2호는 의료인과 건축사의 결격사유에서 “파산선고를 받고 복권되지 아니한 자”를 삭제하여 파산선고를 받더라도 그 자격을 유지할 수 있도록 하였다.

(가) 사법상(私法上)의 제한

○ 민법상 법정대리인(제127조), 후견인(제937조), 친족회원(제964조), 유언집행자(제1098조), 수탁자(제690조)의 자격이 제한된다. 다만 권리능력, 행위능력, 소송능력은 제한되지 않는다.

○ 상법상 합명회사·합자회사 사원의 퇴사사유(제218조)가 되고, 주식회사·유한회사와 위임관계에 있는 이사의 경우 그 위임관계가 파산선고로 종료되어 당연퇴임한다.

(나) 공법상의 자격제한

○ 공무원, 사립학교 교원, 변호사, 공인회계사, 변리사, 공증인, 부동산중개업자 등의 자격제한. 다만 공직선거법상의 선거권과 피선거권은 그대로 보유한다.

※ 파산자가 가질 수 없는 직업(자격관련) : 변호사 등 152가지 직종

※ 파산자가 영위할 수 없는 사업(인·허가 제한관련) : 건설업 등 97개 사업

(4) 신원증명사항 및 공고

면책허가결정을 받지 못하거나 면책결정이 취소된 채무자에 한하여 파산선고 확정사실이 채무자의 신원증명업무를 담당하는 등록기준지의 시·구·읍·면장에게 통지되고, 신원증명서에 신원증명사항의 하나로 기재된다(‘개인파산 및 면책신청사건의 처리에 관한 예규’ 제6조).²⁷⁾

그리고 법원은 파산선고를 하는 경우 관보게재 또는 대법원규칙이 정하는 방법에 의하여 파산사실을 공고하는데(법 제313조), 개인파산의 경우 대법원 홈페이지 법원공고란에 게시하는 것을 원칙으로 한다(위 예규 제7조).

27) 그 결과 사실상 파산자의 모든 경제활동이 곤란해지는 결과가 된다.

(5) 차별적 취급의 금지(법 제32조의2)

개인파산제도가 변제능력을 상실한 개인의 경제적·사회적 재건을 도모하기 위한 제도임에도 파산선고를 불성실의 징표 또는 사회적 신뢰의 상실로 이해하여 직장에서 해고되거나 전직처분을 받는 등 부당한 차별 또는 불이익을 당하고 있는 현실을 고려하여 채무자의 경제적 재기를 돕기 위해 신설된 규정이다. 따라서 회사의 사규나 취업규칙에서 파산선고를 받는 것이 당연퇴직사유로 규정되어 있더라도 사용자는 이를 이유로 근로자를 해고하거나 감봉 등 불리한 조치를 취할 수 없다.

※ 통합도산법 제32조의2의 의미 및 이 사건 심판대상조항과의 관계

통합도산법에서 신설된 제32조의2는 “누구든지 이 법에 따른 회생절차·파산절차 또는 개인회생절차 중에 있다는 이유로 정당한 사유 없이 취업의 제한 또는 해고 등 불이익한 처우를 받지 아니한다.”고 규정하고 있는바, 위 조항에서 말하는 ‘불이익한 처우’에 파산선고 등으로 인한 당연퇴직도 포함되는지 여부 및 그 경우 파산선고를 결정사유로 규정하고 있는 각종 개별법률 조항들과의 충돌을 어떻게 해결할 것인가가 문제된다.

이에 대하여는, ① 위 조항에서 말하는 ‘불이익한 처우’에 당연퇴직이 포함됨을 전제로 위 조항이 신설됨으로써 원칙적으로 각종 개별법률상의 파산자에 대한 신분상의 불이익을 규정한 조항은 그 효력을 상실하게 되었다고 보는 견해²⁸⁾와 ② 위 조항은 근로관계에서의 차별 금지에 대한 것으로서 각종 법률에서 파산선고를 받고 복권되지 아니한 자에 대한 자격제한 등의 금지는 개별 법률의 개정이 있어야 한다고 보는 견해²⁹⁾가 대립하고 있다.

통합도산법 제정 당시 대법원에서는 미국 연방파산법 제525조의 취지를 참고하여 파산절차 또는 개인회생절차를 신청하였거나 파산선고 또는 개인회생절차의 개시결정을 받았다는 이유만으로 해고 또는 차별대우를 하여서는 아니된다는 내용의 수정안³⁰⁾을 제안하였는데, 그 취지는 파산선고에 따

28) 임치용, 파산법연구 2, 169면 이하 참조. 다만, 위 견해도 구체적인 개별법률과의 충돌을 어떻게 해결할 것인가는 개개의 사건에 관한 법원의 판단에 맡겨져 있다고 한다.

29) 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 개인파산·회생실무, 박영사(2006), 60면.

른 광범위한 공·사법상의 자격제한 문제를 근본적으로 해결하기 위해서는 개별 법령에 규정되어 있는 파산자에 대한 불이익 규정을 합리적으로 개정하여야 할 것이나, 그와 같은 일괄개정이 쉬운 일이 아니어서 우선 법령에 규정되지 않은 사항에 관한 차별대우라도 방지할 수 있도록 하고자 함에 있었다고 한다.³¹⁾

위 차별금지조항과 개별 법령에서의 자격제한조항과의 관계를 다룬 판결은 아직 보이지 아니하고, 다만, 지방공기업의 직원이 파산선고를 받은 경우 당연퇴직시키도록 하는 인사규정에 기하여 한 해고는 근로기준법상의 정당한 이유가 없으므로 무효라고 판시한 하급심판결³²⁾이 있을 뿐이다.

바. 개인파산의 원인과 특징

(1) 원인

(가) 무절제·무계획적인 생활태도와 신용카드 등 소비자신용의 팽창

채무자의 무절제하고 경솔한 생활태도에서 우선 파산의 원인을 찾을 수 있다. 대량생산·대량소비의 경제사회에서 채무자에게 제공된 신용이 경제생활의 편의를 위한 것으로 활용되지 못하고 오로지 소비를 위한 것으로 잘못 사용된 결과이다.

우리나라의 경우 1999년경부터 국내경기의 활성화와 자영업자에 대한 과세자료수집 등을 정책목표로 하여 신용카드 활성화정책을 시행하였는데, 그 과정에서 신용카드사용으로 인한 신용불량자의 증가, 카드회사의 부실화, 소비자신용의 비정상적 팽창 등의 문제점이 발생하였다.³³⁾ 이에 정부는 2002년

30) 대법원이 제안한 수정안의 내용은 다음과 같다.

제32조의2(차별적 취급의 금지) ① 사용자는 근로자가 파산 또는 개인회생절차를 신청하였거나 파산선고 또는 개인회생절차의 개시결정을 받았다는 이유만으로 해고 또는 차별대우를 하여서는 아니 된다.

② 누구든지 이 법에 의한 절차를 신청하였다는 이유만으로 차별대우를 하여서는 아니 된다.

31) 김형두, 소비자도산에 관하여, 민사소송 : 한국민사소송법학회지(한국사법행정학회) vol.10-1(2006.05) 491면 이하

32) 서울중앙지방법원 2006. 7. 14. 선고 2006가합17594 판결

33) 신용카드의 발급현황을 보면 1999년 38,993,000장, 2000년 57,881,000장, 2001년 89,330,000장, 2002년 104,807,000장으로 지속적으로 증가하였다.

도부터 강도 높은 가계대출 억제정책과 신용카드회사의 현금대출 비중을 전체 채권의 50% 내로 제한하는 내용의 신용카드 종합대책을 시행하였다.³⁴⁾ 그 결과 급격한 신용한도의 축소 및 대출회수가 이루어지면서 연체율과 신용불량자 수가 급증하였는데, 그 중 상당수가 경제적 파탄상태에 이르게 되었다.³⁵⁾

따라서 종래 파산의 원인이 주로 경솔한 생활태도에 기인한 경우에는 파산선고가 파산에 이른 개인의 책임과 신용성 및 도덕성을 평가하는 징표가 되었지만, 현대의 상황에서는 신용카드회사 등 신용제공자의 과잉여신 즉, 약탈적 대출과 경기활성을 위한 정부의 정책에 기인하는 바가 크므로 이를 채무자의 책임으로만 돌릴 수 없게 되었다.

(나) 가계파산

채무자가 경제적으로 양호한 상태에서 일정한 계획을 가지고 높은 이율의 금전차입을 한 후에 근무처의 도산, 해고, 본인 또는 가족의 질병, 자연재해³⁶⁾ 등으로 인하여 지급불능에 이른 경우이다. 특히 사회보장제도와 의료보험제도가 미흡한 우리나라의 경우에 사보험 등으로 미리 예측하기 어려운 장래의 위험에 대처하지 못하게 되면 파산에 이를 위험이 매우 높다. 그리고 이에 더하여 소득에 대비하여 주택의 가격이 비정상적으로 높은 우리의 상황에서는 주로 주택구입을 위하여 경제적인 능력을 넘는 다액의 용자가 불가피한데, 그 후로 예상하지 못한 경제상황의 악화나 질병 등의 위험이 발생하면 파산상태에 이르게 된다.

(다) 보증관계

주채무자의 채무보증인으로 갑자기 과도한 보증채무를 부담하게 된 경우

34) 주선아, 소비자파산제도에 관한 연구, 서울대학교 석사학위논문, 2006, 12-14면 참조

35) 소비대출의 인위적인 축소는 카드대출에 의존할 수밖에 없는 신용도가 낮은 개인에게 큰 타격이 되었다. 2001년 4/4분기의 평균잔액기준으로 현금서비스 및 카드론 잔고가 44조원이고, 신용판매잔고가 19조원이므로 25조원의 여신을 인위적으로 감축하여야 했는데, 이로 인하여 2002. 12. 기준으로 860만명에 이르는 현금서비스 및 카드론 이용자의 56%에 해당하는 480만명의 서민들이 고금리 사채시장으로 내몰리는 결과를 가져왔다(최완진, '신용카드제도의 문제점과 정착방안', 외법논집 제13집, 2002. 15면).

36) 미국의 예를 보면, 2005. 8.에 있었던 허리케인 카타리나로 인하여 파산신청이 급증하였다고 하며, 허리케인 이후에 신용카드의 사용도 급증하였다고 한다.

이다. 이는 우리나라에 특유한 파산원인으로 금융관행상 채무자의 친족·친구 등에게 보증을 강요하여 연쇄적으로 파산에 이르게 한다. 특히 공무원이나 교원 등 안정된 직업을 가진 경우에는 보증을 의뢰받는 경우가 많아 이로 인하여 파탄상태에 이르는 경우가 많다.

(2) 채무자의 책임 유무에 따른 파산의 분류

채무자가 파산에 이르게 된 원인이 무절제하고 무계획적인 소비에 의한 것인지, 아니면 실업, 질병, 자연재해, 보증채무의 부담 등 채무자에게 그 책임을 귀책시키기 어려운 사정인지에 따라 파산을 분류하기도 한다.³⁷⁾ 무계획적이고 무절제한 경제생활로 파산에 이르게 된 경우에는 비난가능성이 높으므로 면책을 허가하지 않거나 면책의 범위를 축소하고, 경제교육을 통하여 재발을 방지할 필요가 있을 것이다. 이에 반하여 개인에게 책임을 묻기 어려운 경우에는 채무자가 경제적 재생을 용이하게 하는 방향으로 파산제도가 운영되어야 할 것이다.

(3) 특징

(가) 개인파산은 대부분 채무자 스스로가 파산신청을 하는 자기파산이다. 개인파산은 잔여재산이 없는 경우가 대부분이므로 채무자가 스스로 면책을 받을 목적에서 파산신청을 하게 된다. 그러나 개인이라도 파산선고로 인하여 자격 등이 제한되는 경우(공무원, 교원, 변호사 등)에는 채권회수를 위한 심리적 압박, 채무불이행에 대한 보복 등을 목적으로 채권자가 파산신청을 하는 경우가 많다.

(나) 개인파산은 채무자의 자산이 아주 없거나 거의 없는 경우가 대부분이므로 동시파산폐지가 대부분을 차지한다. 따라서 개인파산에서는 파산절차의 본래적 기능으로 채권자의 채권실현을 위한 포괄적인 강제집행이라는 성격이 후퇴하고, 채무자 자신의 이익도모가 그 목적이 되고 있다.

사. 개인파산제도의 현황

1962년 파산법이 제정된 이후로 파산에 대한 사회적 인식, 파산으로 인한

37) 주선아, 전계논문, 17면

직업 등의 제한, 사회적 불명예, 까다로운 면책조건 등으로 개인파산제도가 전혀 이용되지 않고 있다가 1997. 5. 29. 최초로 개인파산결정이 있었다. 이후 IMF구제금융사태를 거치면서 파산신청 건수가 2004년 12,317건, 2005년 38,773건으로 급증하였고, 이 중 파산선고가 기각된 경우는 2004년 322건, 2005년 305건에 그치는 등 대부분의 파산신청이 인용·면책되고 있어 최근 파산에 따른 채무자의 회생을 중요시하는 실무추세를 보이고 있다.

※연도별 개인파산 신청자수 현황

구 분	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
신청자	350	503	329	672	1,335	3,856	12,317	38,773

※파산 선고 기각 및 면책 기각 건수(전국)

구 분	2003	2004	2005
파산선고 기각 건수	155	322	305
면책 기각 건수	31	46	23

그러나 우리나라의 개인 신용불량자 3,615,367명(2004년 12월 기준³⁸⁾) 중 0.3%인 12,317명만이 파산을 신청한 것으로 나타나고 있는바, 이러한 수치는 미국의 소비자도산사건 1,625,208건(2003년 기준), 일본의 242,849건(2003년 기준)과 비교해 볼 때 매우 낮은 활용도를 보이고 있다. 이는 파산제도가 각종 공사법상의 자격이나 직업 등을 제한하는 제재수단이라는 부정적인 시각으로 인식되었고, 개인사업자의 경우 사업체가 해체됨에 따라 사회적·경제적 손실이 상당하며, 파산자가 면책된다 하더라도 파산채권자에 대한 보증인의 책임은 면제되지 않는 등 파산제도 자체에 문제가 있기 때문으로 분석되고 있다.³⁹⁾

아. 개인회생절차

38) '신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률'의 개정(시행일 2006. 4. 1.)으로 신용불량자제도가 폐지되어 이후 신용불량자 통계는 발표되지 않고 있음.

39) '사회복지사업법 일부개정법률안'에 대한 국회 보건복지위원회 전문위원 검토보고서, 2006. 4. 6-9면 참조

(1) 의의

개인회생절차란 총 채무액이 무담보채무의 경우에는 5억원, 담보부채무의 경우에는 10억원 이하인 개인채무자로서 장래 계속적으로 또는 반복하여 수입을 얻을 가능성이 있는 자가 원칙적으로 5년간 일정한 금액을 변제하면 잔액의 면제를 받을 수 있는 절차이다.

(2) 제도의 도입

2004. 3. 22. 법률 제7198호로 제정되어 같은 해 9. 23.부터 시행된 ‘개인채무자회생법’은 2006. 4. 1.부터 시행되고 있는 ‘채무자 회생 및 파산에 관한 법률’ 제579조 내지 제627조로 통합되는 대신 2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지되었다. 따라서 개인이 파산상태에 이르면 법상 갱생형으로 회생절차 또는 개인회생절차, 청산형으로 파산절차를 선택할 수 있게 되었다. 그러나 회생절차는 개인이 이용하기에는 비용이나 절차의 복잡성 측면에서 부담스러운 면이 있어 개인으로서는 파산절차를 통하여 면책을 받거나 개인회생절차를 통하여 면책을 받는 방법을 선택하는 것이 일반적이다.

(3) 제도도입의 취지⁴⁰⁾

(가) 명예감정의 유지

개인회생제도 역시 도산을 처리하기 위한 법적 절차이지만 파산절차와는 달리 채무자를 구제하기 위한 국가적인 정책으로 홍보되는 측면이 있으므로 개인회생신청을 하더라도 부정적으로 바라보는 정도가 약하고, 채무자의 입장에서 볼 때 자신의 노력으로 일부라도 채무를 변제하였다는 자부심이 유지될 수 있다.

(나) 신분상 불이익의 회피

파산으로 인하여 당연퇴직 또는 자격이 상실되는 공무원, 교직원, 변호사 등의 직종에 종사하는 자들과 사실상 사직을 강요당하는 회사원들의 경우 개인회생절차를 신청함으로써 그러한 불이익을 피할 수 있다.

(다) 재산의 유지

40) 남효순, 김제형, 통합도산법, 법문사(2006), 514-516 참조

일정한 재산을 가진 채무자가 파산에 직면한 경우 파산신청을 하면 가진 재산을 환가하여 채권자들에게 배당하여야 하지만 개인회생절차를 이용하면 장래의 소득으로 변제하면 되므로 재산을 유지하는 것이 가능하다.

(라) 임의경매 등의 경우 담보권자와 협상할 시간의 확보

채무자의 부동산 등에 대하여 담보권자가 임의경매를 신청하여 진행 중에 있을 경우 개인회생절차를 신청하게 되면 최소한 개시결정시부터 인가시까지 임의경매가 중지되므로 그 사이에 담보권자와 협상을 하거나 담보권을 해결할 시간을 확보하는 것이 가능하다.

(마) 면책허가의 범위 확대

과도한 낭비나 도박 등으로 인한 경제적 파탄상태의 경우 파산신청을 하면 파산신청의 남용으로 기각되거나 파산선고를 받더라도 면책불허가사유를 광범위하게 규정하고 있어 면책이 되지 않을 가능성이 있지만, 개인회생절차의 경우에는 그 신청이 기각될 여지가 크지 않을 뿐만 아니라 파산절차와는 달리 이러한 사유가 면책불허가사유로 규정되어 있지 아니하여 이에 따른 이득을 볼 수 있다.⁴¹⁾

(4) 개인파산절차와의 비교⁴²⁾

(가) 채무자의 채권자에 대한 변제재원이 개인회생절차에 있어서는 장래 채무자가 얻을 소득임에 반하여, 개인파산절차에 있어서는 채무자가 현재 보유하고 있는 재산이다.

(나) 개인회생절차는 변제기간 동안의 총 변제액이 채무자의 재산을 현재 청산하였을 때의 청산가치보다 높을 경우에 이용할 수 있다. 따라서 청산가치가 장래의 총변제액보다 많을 경우에는 현재 재산의 일부를 변제계획에 투입함으로써 총변제액을 청산가치보다 크게 하는 경우에만 이용될 수 있다. 이에 반하여 개인파산절차는 자신의 모든 재산을 충당하여도 모든 채무를 변제할 수 없는 지급불능상태에 빠지고, 장래 계속적으로 또는 반복하여 수입을 얻을 가능성이 없는 경우에 주로 이용하고 있다.

41) 서울중앙지법 파산부 실무연구회, 전계서, 157-158면 참조

42) 헌병호 외 2인 공저, 개인회생·파산실무(2006), 진원사, 27면.

(다) 파산선고를 받으면 상당한 직업 또는 사업 등 사회적·법적 불이익을 당하게 된다. 이에 반하여 채무자는 개인회생절차를 이용함으로써 파산선고에 따르는 사회적·법적 불이익을 피할 수 있다. 개인파산절차와 개인회생절차는 채무자의 경제적 상황에 따라 제도의 남용에 해당하지 않는 한 자유롭게 선택할 수 있는 것이지만, 우리나라의 경우에는 광범위한 법적·사회적 불이익으로 인하여 개인파산신청건수에 비하여 개인회생신청건수가 많은 것으로 나타나고 있다. 이는 다른 나라에서는 발견할 수 없는 독특한 현상으로 파산에 대한 사회적 인식과 법적 불이익을 그대로 반영하는 것으로 평가된다.

※ 한국·미국·일본의 개인파산 및 개인회생 신청건수 비교⁴³⁾

구분	인구	사건수		인구 10만명당 신청인수	
		개인파산	개인회생	개인파산	개인회생
한국	48,423,000명	12,317	38,837	25	80
미국	295,734,000명	1,117,766	449,128	378	151
일본	127,417,000명	211,860	26,346	166	20

(인구는 2005년 기준, 개인파산건수는 2004년 기준, 개인회생은 한국 2004. 9.부터 2005. 9.까지, 미국과 일본은 2004년을 기준으로 한 것임)

3. 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 관한 판단

■ 합헌론

가. 목적의 정당성과 방법의 적절성

이 사건 법률조항은 경제적 파탄상태에 빠진 파산자를 사립학교 교원직에서 당연퇴직시킴으로써 교원의 윤리성과 사회적 책임성 및 교직에 대한 국민의 신뢰를 제고하고, 교원으로서의 성실하고 공정한 직무수행을 담보하려는 데에 그 입법목적이 있고, 이는 교원지위법정주의에 근거한 것으로 그 정

43) 남효순, 김제형, 전게서, 513면 참조

당성이 인정된다.

또한 파산선고를 받은 자를 교직에서 배제하도록 한 것은 위와 같은 입법 목적을 달성하기 위한 효과적이고 적절한 수단으로 볼 것이다.

나. 침해의 최소성 및 법익의 균형성

(1) 채무자가 파산선고⁴⁴⁾를 받았다는 것은 그 자체로 채무자의 불성실이나 부도덕의 징표가 된다고까지 볼 수는 없지만, 독자적인 경제주체로서의 자립성을 상실하였음을 의미한다. 이는 파산에 이른 원인이 무절제한 소비 생활에 기인하는 경우는 물론이고, 파산자가 비록 ‘성실하지만 불운한’ 채무자에 해당하여 그에게 뚜렷한 비난가능성이 없는 경우이거나 파산자가 면책 결정을 받았다 하더라도 마찬가지라 할 것이다.

교원은 국민으로부터 공교육의 주도자로서의 역할을 부여받은 수임자로서 고도의 윤리·도덕성을 갖추어야 할 뿐 아니라 교원이 수행하는 교직 자체가 공교육이라는 공공의 이익을 위한 것이고 이것이 원활하게 이루어지기 위해서는 교원 개개인이나 교직에 대한 국민의 신뢰가 기본바탕이 되어야 한다. 앞서 본 바와 같이 학생들로 하여금 자립하여 생활할 수 있는 기초능력을 길러주는 것이 공교육의 주요한 기능 중의 하나인바, 파산선고를 받음으로써 스스로 경제주체로서의 자립성을 상실한 교원으로 하여금 위와 같은 의미의 공교육을 계속 담당하게 하는 것은 피교육자나 그 학부모 등 사회공동체의 구성원들이 당해 교원의 신뢰성에 근본적인 의문을 가지게 될 가능성이 높다는 점에서 대단히 부적절하다.

따라서, 파산선고로 인하여 교원으로서의 자질에 흠결이 생겼다고 보는 것에는 무리가 없고, 사인간의 관계에서도 위임계약의 일방 당사자가 파산선

44) 통합도산법은 개인파산의 원인으로 지급불능을 규정하고 있을 뿐이다(제305조 제1항). 지급불능이란 채무자가 변제능력이 부족하여 즉시 변제하여야 할 채무를 일반적·계속적으로 변제할 수 없는 객관적 상태를 말하고(대법원 1999. 8. 16. 99마 2084 결정), 변제능력에는 적극재산 외에 신용과 기술 등도 포함되는 점에서 단순히 소극재산(채무)이 적극재산(자산)보다 많은 재산상태를 말하는 채무초과와는 구별된다. 또한, 일시적 유동성 부족은 변제능력의 계속적 결여가 아니고, 특정한 채무에 대하여 불이행이 있는 것만으로 즉시 지급불능이 되는 것은 아니다.(전병서, 앞의 책, 41-42면 참조)

고를 받은 경우 위임계약이 당연 종료되는 것으로 보는 점(민법 제690조)이나, 채무자에게 가장 관대한 도산법제를 갖추고 있는 미국의 경우에도 개개의 채무자가 파산선고로 인하여 특정의 자격과 고용에 상응하지 않게 된 경우까지 불이익처분을 금하고 있지는 않다는 점에 비추어 보면, 그 자질에 흠결이 생긴 교원에 대하여 위임자가 그 신뢰를 거두어 들여 그에 상응하는 신분상의 불이익을 과하는 것은 국민전체의 이익을 위해 적절한 수단이 될 수 있고 이것이 교원에게 공교육의 임무를 위임한 국민의 일반의사에도 부합할 것이다.

그런데, 파산선고를 받은 교원에 대하여 신분상 불이익처분을 하는 법률을 제정함에 있어서 파산선고를 받은 사실 그 자체를 이유로 일정한 신분상 불이익처분이 내려지도록 법률에 규정하는 방법과 별도의 징계절차를 거쳐 신분상 불이익처분을 하는 방법 중 어느 방법을 선택할 것인가는 입법자의 재량에 속한 것으로서 그 중 어느 방법만이 헌법에 합치하고 다른 방법은 헌법에 위반된다고 단정할 수는 없으나, 다만 파산선고를 받은 사실 그 자체만으로 별도의 징계절차를 거치지 아니하고 신분상 불이익처분을 하는 경우에는 파산선고에 따라 교원에 대하여 부과되는 신분상 불이익과 그로 인하여 보호하려고 하는 공익이 합리적 균형을 이루어야 한다는 헌법적 제약이 따른다고 할 것이다.(헌재 1997. 11. 27. 95헌바14, 판례집 9-2, 575, 585 참조)

(2) 채무자 본인이 파산을 신청한 경우에는 파산선고에 따른 불이익을 감수한 것으로 보아야 할 것이고, 채권자의 신청에 의하여 파산선고에 직면한 채무자는 별도로 법원에 개인회생절차를 신청하고 그 절차에 의함이 채권자 일반의 이익에 부합하는 점을 소명하여 법원으로부터 파산신청에 대한 기각 결정을 받을 수 있다(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제309조 제1항 제2호)⁴⁵⁾. 앞서 검토한 바와 같이 개인회생절차와 파산절차의 개시요건이 완전히 동일하지는 아니하여 모든 채무자가 동일한 조건에서 양자택일할 수 있

45) 다만, 제청신청인의 경우, 파산선고 당시 아직 채무자 회생 및 파산에 관한 법률에 앞서 제정된 개인채무자회생법(2004. 3. 22. 법률 제7198호로 제정되어 공포일로부터 6개월 후인 2004. 9. 22.부터 시행됨)이 시행되기 전이라 개인회생절차를 신청할 수는 없었다.

는 것은 아니지만, 교원의 경우 급여소득자로서 이례적으로 다액의 채무를 부담하는 경우가 아니면 개인회생절차를 이용할 수 있고, 개인회생절차의 상한액을 초과할 정도로 자신이 감당할 수 없는 다액의 채무를 부담한 경우에는 그 자체로 교원으로서의 자질을 상실한 것으로 볼 여지가 크다는 점에서 개인회생제도는 이 사건 당연퇴직조항을 합헌으로 이끄는 유력한 매개체가 될 수 있다.

(3) 우리의 도산법제 및 법원 실무와 관련하여 보면, 교원과 같이 정기적인 수입이 있는 채무자가 장래 변제의 부담이 남지 않는 파산절차 대신 개인회생절차를 선택하는 주된 이유는 파산선고에 따른 자격제한을 피하고자 함에 있을 터인데, 그러한 제한이 없을 경우 채무자가 개인회생절차 대신 즉시 면책을 기대하면서 파산신청을 선호하게 되리라는 것을 충분히 예상할 수 있는바, 그러한 파산신청의 남용가능성에 대한 뚜렷한 대책이 없는 상황에서 파산선고에 따른 자격제한을 없애는 것은 채무자의 도덕적 해이를 유발하는 것이 될 수 있다.

(4) 우리 국민의 교원에 대한 높은 기대수준에 비추어 사립학교의 내부 징계만으로 교원의 윤리성·사회적 책임성 및 교직에 대한 국민의 신뢰를 제고하고자 하는 이 사건 법률조항의 입법목적은 효과적으로 달성할 수 있을 것인지 여부는 불분명하다.

■ 위헌론

가. 입법자는 공익실현을 위하여 기본권을 제한하는 경우에도 입법 목적을 실현하기에 적합한 여러 수단 중에서 되도록 국민의 기본권을 가장 존중하고 기본권을 최소로 침해하는 수단을 선택해야 한다(헌재 1998. 5. 28. 96헌가5, 판례집 10-1, 541, 556).

이 사건 법률조항은 사립학교 교원이 파산선고를 받은 원인이나 파산에 이른 과정에 대한 비난가능성의 유무와 정도, 파산선고 후 면책결정을 받았는지 여부를 불문하고 파산선고만 있으면 당연히 사립학교 교원직에서 즉각 퇴직하도록 하고 있는바, 이러한 일률적인 직업박탈이 우리 파산법제가 상정하고 있는 개인파산 및 면책제도의 목적, 파산선고가 성실하고 책임있는 교

직의 수행과 그에 대한 국민의 신뢰에 미치는 영향 등과 관련하여 필요한 정도를 넘는 과잉제한이 아닌지가 문제된다.

복잡다기한 현대의 경제생활에서 파산이라는 경제현상은 다양한 원인에 기하여 발생할 수 있다. 여기에는 채무자의 무절제한 소비생활이나 모험적인 투자 등 파산자에게 비난가능성이 높은 경우가 다수 있을 것이나, 자연적 재해 또는 경제상황의 급격한 악화로 인한 고용불안, 정의(情誼)관계에 기한 불가피한 채무보증, 소비자금융의 급격한 발달에 따른 과잉여신, 정부의 부적절한 경제정책 등의 여파로 인하여 이른바 ‘성실하지만 불운한’ 채무자가 파산에 이르는 경우도 있을 수 있다.

따라서 모든 파산이 채무자의 부도덕 또는 불성실을 징표한다고 보기는 어렵고, 사립학교 교원이 파산선고를 받은 경우에도 그 원인 여하에 따라 국민의 교직에 대한 신뢰에 미치는 영향도 큰 차이가 있다고 보아야 한다.

한편, 경제적으로 파탄상태에 이른 사립학교 교원에게 성실하고 공정한 교직수행을 기대할 수 없는 경우도 있을 것이나, 이러한 경우에 대비하여 사립학교법은 근무성적이 불량하거나 직무수행능력이 부족한 경우 등을 직권면직(제58조) 또는 직위해제(제58조의2)의 사유로 하고 있고, 직무상의 의무를 위반하거나 직무를 태만히 한 때 그리고 직무의 내외를 불문하고 교원으로서의 품위를 손상하는 행위를 한 때를 파면·해임 등 징계의 사유(제61조)로 규정하여, 파산선고가 교직수행에 영향을 미칠 경우 그에 상응하는 제재를 부과할 수 있는 제도적 장치를 마련하고 있다.

그렇다면 입법자로서는 파산선고를 받은 모든 경우를 사립학교 교원의 당연퇴직사유로 할 것이 아니라, 입법목적에 달성하는 데 반드시 필요한 범위에서 파산의 원인별 유형을 한정하거나, 파산선고 후 일정한 기한 내에 면책결정을 받은 경우를 제외하는 등 적용범위를 제한하여 규정하거나, 혹은 사립학교법에 마련된 징계 등 별도의 제도로써도 입법목적에 충분히 달성할 수 있는 것으로 판단되는 경우를 당연퇴직사유에서 제외시켜 규정하는 등의 방법을 선택할 수도 있다 할 것이다.

그런데 이 사건 법률조항은 위와 같은 덜 제약적인 대체적 입법수단을 강구하지 아니하고, 파산선고를 받은 사립학교 교원을 일률적으로 교직에서 퇴

출되도록 하고 있으므로, 최소침해성의 원칙에 위배된다고 할 것이다.

나. 이 사건 법률조항이 추구하는 공익은 파산자를 사립학교 교원직에서 당연퇴직시킴으로써 교원의 사회적 책임 및 교직에 대한 국민의 신뢰를 확보하는 것임에 반하여, 파산선고를 받은 사립학교 교원으로서의 별도의 실체적·절차적 요건 없이 바로 교원직에서 퇴직하도록 되어 있어 장기간 쌓아온 교원으로서의 지위를 일시에 박탈당하게 되므로, 그 법적 지위가 가장 예민하게 침해받는 경우에 해당한다.

교원의 사회적 책임과 성실한 교직 수행에 대한 국민의 기대수준이 높다는 점은 다수의견이 실시하는 바와 같으나, 산업사회를 거쳐 정보사회로 이행되어 가는 오늘날의 사회구조에서 교원에 대하여 여전히 모든 생활영역에서 모범이 되어야 한다는 전제 하에 완전무결성을 요구하는 것은 더 이상 유지되기 어렵고, 오히려 교원도 직업인으로서의 지위를 가지므로 그의 교원 지위가 일차적으로 생활의 기초로서의 의미를 가진다 할 것이다.

한편, 개인파산제도는 면책제도와 결합하여 파산자에게 경제적 갱생의 기회를 부여하는 것을 목적으로 하고 있는데, 이 사건 법률조항은 면책 여부에 불구하고 파산선고를 받은 교원을 일률적으로 그의 경제적 갱생의 기초가 되는 교직으로부터 퇴출시키고 있는바, 이는 개인파산제도의 취지와도 맞지 아니할 뿐만 아니라 공익을 사익에 비해 지나치게 우선시키고 있는 것이라 하지 않을 수 없다.

또한, 사립학교법은 이 사건 당연퇴직사유를 임용결격사유와 동일한 것으로 규정하고 있는바(제54조의3 제4항, 제1항 제4호), 같은 입법목적에 위한 것이라고 하여도 사립학교 교원으로 임용되려고 하는 자에게 임용될 자격을 인정하지 아니하는 사유와 기존에 교원으로 근무하는 자를 퇴직시키는 사유를 동일하게 취급하는 것은 규정체계상으로도 공익과 사익 간에 적절한 균형이 이루어진 입법이라고 할 수 없다.

왜냐하면, 사립학교 교원을 새로 임용하는 경우에는 임용될 자격이 인정되지 않는다고 하여도 해당자가 잃는 이익은 크다고 할 수 없지만, 일단 임용된 교원을 퇴직시키는 것은 교원이 장기간 쌓은 지위를 박탈해 버리는 것이므로 당해 교원이 잃는 이익은 대단히 클 뿐만 아니라, 임용결격사유로서

의 파산선고는 그 후 복권됨으로써 임용결격사유가 소멸되는 것임에 반하여 당연퇴직사유로 작용하는 경우에는 파산선고 자체로 별도의 처분없이 바로 퇴직되고 사후에 복권되었다 하여 당연복직이 이루어지는 것은 아니기 때문이다.

이와 같이 다루고 있는 이익의 크기가 현저하게 상이함에도 불구하고 이를 교직 수행을 위한 자격의 문제로 파악하여 교원으로 임용되기 이전의 임용결격사유와 이후의 당연퇴직사유를 동일하게 규율하는 것은 파산선고로 당연퇴직되는 사립학교 교원의 사익에 비하여 지나치게 공익을 우선한 입법이라고 하지 않을 수 없다(헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788등, 판례집 14-2, 219, 228-229 참조).

4. 결정의 의의

이 결정은 사립학교 교원에 한정되지만 파산선고를 이유로 한 신분상의 불이익을 규정하고 있는 법률조항의 위헌 여부에 관하여 최초로 판단한 사례이다. 헌법재판소는 파산제도의 본질이 채무자의 방만한 경제생활에 대한 제재가 아니라 채무자의 경제적 희생에 있음을 분명히 지적하면서도, 교육의 중요성과 교직에 대한 공공의 신뢰가 더 중요하다고 보아 파산선고를 이유로 한 일률적인 당연퇴직이 헌법적으로 정당화된다고 판단하였다.

그러나 현재 변호사 등 150 여 개의 직업영역과 건설업 등 100 여 개 경제적 활동영역에서 파산선고를 자격 및 인·허가 제한사유로 설정하고 있는 바, 이러한 입법태도는 파산선고의 본래적 취지와는 달리 채무자의 경제적 희생을 오히려 곤란하게 하고 있음을 부인하기 어렵고, 이와 같은 광범위한 제재사유를 규정하고 있는 입법태도 또한 발견하기 어렵다. 입법론적 재검토가 필요하다고 생각된다.

예산회계법 제96조 제2항 등 위헌소원

- 한정위헌청구의 적법성과 소멸시효규정의 적용배제 -
(헌재 2008. 11. 27. 2004헌바54, 판례집 20-2하, 186)

이 규 흥*

【판시사항】

1. 구 예산회계법 제96조 제2항과 민법 제766조 제2항을 국가에 의한 반인도적 범죄의 피해자인 청구인들이 손해배상을 청구하는 경우에까지 적용되는 것으로 해석하는 한 헌법 제23조 등에 위반한다고 주장하는 한정위헌청구가 적법한지(적극)
2. 소멸시효제도를 규정한 위 법률조항들을 ‘공무원에 의한 반인권적 범죄’에 의한 국민의 손해배상청구권에도 적용하는 것이 청구인들의 재산권을 침해하는지(소극)

【심판대상】

이 사건 심판대상조항들은 구 예산회계법(1989. 3. 31. 법률 제4102호로 전부 개정되고 2006. 10. 4. 법률 제8050호로 폐지되기 전의 것) 제96조 제2항과 민법 제766조 제1항, 제2항(이하 구 예산회계법 제96조 제2항과 민법 제766조 제2항만을 ‘이 사건 법률조항들’이라고 한다)이고, 그 내용은 다음과 같다.

구 예산회계법 제96조(금전채권과 채무의 소멸시효) ① 금전의 급부를 목적으로 하는 국가의 권리로써 시효에 관하여 다른 법률에 규정이 없는 것은

* 서울고등법원 판사, 전 헌법연구관

5년간 행사하지 아니할 때에는 시효로 인하여 소멸한다.

② 국가에 대한 권리로서 금전의 급부를 목적으로 하는 것도 또한 제1항과 같다.

민법 제766조(손해배상청구권의 소멸시효) ① 불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.

② 불법행위를 한 날로부터 10년을 경과한 때에도 전항과 같다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

1980.경 비상계엄 당시 계엄사령부 합동수사본부 수사관들은 원호대상자 정착직업재활조합 서울목공분조합 임원들의 공금횡령 및 뇌물공여 등 혐의를 수사하는 과정에서 적법절차를 거치지 아니한 채 임원들을 강제연행하여 지하유치장에 감금하고 범죄사실 자백과 그들의 위 분조합에 관한 지분을 국가에 증여할 것을 강요하여 결국 위 분조합 소유이던 인천 북구 십정동 소재 토지 및 그 지상건물에 대하여 한국보훈복지의료공단 명의의 소유권이 전등기가 경료되었다.

한편, 위 분조합원들이거나 그 지위를 승계한 청구인들은 1990.경 위 토지 및 지상건물에 관한 위 소유권이전등기가 무효라는 판결을 받아 이를 반환 받은 후 대한민국을 상대로 위와 같은 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구의 소를 제기하였는데 제1심과 항소심에서는 손해배상청구권이 민법 제766조 제1항에 의한 시효완성으로 소멸하였다는 이유로 각 청구기각판결이 내려졌으나, 대법원(2001다44086호)은 청구인들의 손해배상청구권이 민법 제766조 제1항의 단기소멸시효의 완성으로 소멸되었다고 볼 수 없되 소 제기 일로부터 구 예산회계법 제96조 제2항의 소멸시효기간인 5년을 역산한 날 이전에 발생한 손해부분은 시효의 완성으로 소멸하였다고 판시하며 파기환송하였다.

이에 청구인들은 구 예산회계법 제96조 제2항과 민법 제766조 제1항, 제2항을 국가에 의한 반인도적 범죄의 피해자인 청구인들이 손해배상을 청구하

는 경우에까지 적용되는 것으로 해석하는 것은 청구인들의 재산권 등을 침해하는 것이라며 환송 후 항소심(서울고등법원 2003나71077호)에서 위 법률조항들에 관한 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2004. 7. 7. 그 신청이 기각되자 2004. 8. 2. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인들의 주장, 서울고등법원의 위헌심판제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

소멸시효제도는 사회질서의 안정, 입증곤란의 구제 및 권리행사 태만에 대한 제재 등을 그 존재이유로 하는 것인데, 국가가 공권력을 악용하여 국민을 강제연행, 장기구금, 협박·고문하고 이를 통하여 사유재산권을 박탈하는 등 반인도적 범죄행위를 한 경우는 보호하여야 할 제3자의 신뢰란 있을 수 없어 사회질서 안정과 관련이 없고, 국가권력 특히 수사기관이 개입된 범죄는 사후에 행위 당시 범행의 실체에 접근할 만한 여지가 별로 없거나 설령 있다고 하여도 은폐·조작되어 민사상 구제도 사실상 불가능한 경우가 많아 입증곤란을 구제할 필요성도 적으며, 나아가 국가권력의 담당자 또는 그 후계자가 계속 권력을 보유하고 있는 동안에는 피해구제를 위한 권리행사가 사실상 봉쇄되거나 극도로 위축 또는 제한될 수밖에 없어 권리위에 잠자고 있다는 이유로 보호가치가 없다고 할 수 없을 것이다. 그러므로 이 사건 심판대상조항들을 국민의 인권보장을 그 책무로 하는 국가가 국민을 상대로 범죄를 저질러 놓고 이에 대하여 스스로 면책을 주장하는 경우에도 적용되는 것으로 해석하는 것은 헌법 제10조로 보호되는 인간의 존엄과 가치를 훼손하고 행복추구권을 침해할 뿐 아니라 헌법 제23조가 보장하는 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것이고, 특히 구 예산회계법 제96조 제2항은 합리적인 사유 없이 국가에 대한 손해배상청구권을 사인(私人)간에 적용되는 10년간의 소멸시효보다 단기간으로 제한하고 있는 점에서 과잉금지의 원칙에 반하는 것이라 할 것이다.

나. 서울고등법원의 위헌심판제청신청 기각이유

불법행위로 인한 손해배상청구에 있어서는 불법행위가 통상 서로 모르는 당사자 간에 발생하므로 채권자인 피해자가 장기간 손해배상청구권을 행사하지 아니하면 채무자는 극히 불안정한 지위에 놓이게 되므로 민법 제766조에는 합리적 존재이유와 정당한 목적이 있고, 나아가 구 예산회계법 제96조 제2항은 국가의 채권·채무관계를 조기에 확정하고 예산 수립의 불안정성을 제거하여 국가재정을 합리적으로 운용하기 위한 규정으로 합리적인 존재이유와 정당한 목적이 인정되며 나아가 이 사건 심판대상조항들은 각 그 권리제한 방법에 있어 수단의 적절성도 있는바 채권자의 손해배상청구권을 과도하게 제한하거나 재산권의 본질을 침해할 정도로 시효기간이 불합리하게 짧다고 할 수 없다. 그리고 청구인들은 국가가 반인도적 범죄행위를 한 경우에 이 사건 심판대상조항들을 적용하는 것은 위헌이라고 주장하나 민사상 절차에서는 국가를 단지 사적(私的) 경제주체 중 하나로 보므로 국민보다 우월적 지위에 있다고 할 수 없고 달리 국가에 대하여 이 사건 심판대상조항들의 적용을 배제할 합리적인 근거도 없을 뿐 아니라 나아가 한정위헌결정을 구하는 청구인들의 주장은 헌법합치적 법률해석의 요청에도 반하므로 이를 받아들일 수 없다.

【결정요지】

1. 이 사건 한정위헌청구의 적법 여부

가. 적법의견(다수의견)

재판관 이강국, 재판관 이동흡의 의견

청구인들의 주장은 이 사건 법률조항들에 ‘국가의 반인도적 범죄행위로 직접적으로 피해를 입은 국민의 국가에 대한 손해배상청구권’에 대한 적용예외 조항을 두지 않은 것의 위헌성을 주장하고 있는 것으로 선택할 수 있어 이 사건 법률조항들 자체의 위헌성을 다투는 것으로 이해하여야 하므로 적법하다.

재판관 김희옥, 재판관 민형기, 재판관 송두환의 의견

법률의 적용대상이 유형적·추상적으로 한정되어 다른 것들과 구별되는 경우 그 한정되는 적용대상에 대한 위헌심판청구는 결국 법률조항에 대한 위헌심판청구로 볼 수 있는데 이 사건 청구는 이 사건 법률조항들이 ‘전시·사변·쿠데타 또는 이에 준하는 국가비상사기에 공무원이 공권력을 이용하여 조직적·계획적으로 행한 직무상 불법행위로 국민의 기본권을 침해한 경우’의 손해배상청구권에도 적용되는 것은 위헌이라는, 다른 적용대상으로부터 유형적·추상적으로 구별되는 대상에 대한 한정위헌결정을 구하는 취지로 이해할 수 있으므로 적법하다.

재판관 조대현의 의견

헌법재판소의 심판대상은 법률해석을 통하여 내용이 특정되고 구체적인 규범력을 가지게 된 “법률 또는 법률조항의 내용”이고, 법률에 대한 특정의 해석 내용을 한정하여 그 위헌 여부의 심판을 청구하는 것(한정위헌심판청구)도 그러한 해석 내용이 규범력을 가지고 있는 이상 허용된다고 보아야 하므로 이 사건 심판청구는 적법하다.

나. 부적법의견(소수의견)

재판관 이공현의 의견

이 사건 심판청구는 법률조항 자체를 다투는 것으로 인정하기 어렵고, 법원의 사실관계 인정과 평가 및 법률의 해석·적용에 관한 문제를 다투는 것이므로 부적법하다.

재판관 김종대, 재판관 목영준의 의견

한정위헌청구가 적법하기 위하여는 청구된 심판대상이 구체적 사실관계와 관계없이 법률의 의미와 적용범위에 있어서 객관적·개념적·추상적으로 분리될 수 있어야 하는 것인데 이 사건 심판청구 대상인 공무원에 의한 ‘반인권적 범죄’에 관한 한정위헌청구는 위와 같이 분리될 수 없어 법률 또는 법률조항의 질적 일부가 될 수 없으므로 부적법하다.

2. 이 사건 법률조항들이 청구인들의 재산권을 침해하는지 여부

가. 합헌의견(재판관 이강국, 재판관 민형기, 재판관 이동흡)

소멸시효제도의 일반적인 존재이유와 특히 구 예산회계법 제96조 제2항의 국가재정을 합리적으로 운용하기 위한 목적 등을 고려하면 이 사건 법률조항들의 입법목적의 정당성과 수단의 적정성은 인정되고, 전시·사변·쿠데타 등 국가비상시기 등에 공무원들이 국가기관의 공권력을 이용하여 조직적으로 저지른 불법행위의 피해자가 국가에 대하여 적시(適時)에 배상청구권을 행사하는 것을 기대할 수 없는 경우일지라도 민법 등 관련규정상 시효의 기산점에 대한 해석 등에 의하여 보완될 수 있고, 법원의 판결 등 실무상으로도 소멸시효제도로 인한 불합리한 결과를 최소화하려는 법해석이 가능하므로 최소침해성에 반하지 않으며, 소멸시효제도에 내재된 여러 공익적인 측면과 시효적용으로 인하여 해당 영역의 권리자들이 입게 되는 불이익의 성격과 내용 등을 비교형량하여 보면 법익의 균형성원칙에 위배된다고 볼 수 없으므로 이 사건 법률조항들은 헌법에 위반되지 않는다.

나. 헌법불합치의견(재판관 김희옥, 재판관 송두환)

위와 같이 목적의 정당성과 수단의 적정성이 인정되는 점에 관하여는 의문이 없으나, ‘공무원에 의한 반인권적 범죄’로 인한 손해배상채권의 경우는 미지의 당사자간에 예기하지 못한 우연의 사고로 말미암아 발생한 것으로 보기 어려워 통상의 불법행위와는 확연히 구별되는데다가 심지어 가해자인 공무원에 의한 증거 내지 국가기록의 의도적 은폐, 폐기 등의 가능성도 부정할 수 없는데도 이 사건 법률조항들에 따르게 되면 일반적인 국가에 대한 손해배상청구권과 함께 5년 혹은 10년의 소멸시효기간이 일률적으로 적용될 뿐 ‘공무원에 의한 반인권적 범죄’와 같은 특수한 불법행위에 대한 고려는 전혀 이루어지고 있지 않은바 이는 결국 그로 인한 피해자들의 손해배상청구권을 형해화하게 되어 입법형성권의 범위를 벗어나 침해의 최소성에 위반된다고 볼 것이고, 법익의 균형성 원칙에도 위반되는바 입법자는 합헌적인 방향으로 법률을 개선하여야 할 것이다.

다. 한정위헌의견(재판관 조대현)

국가가 공권력을 이용한 범죄행위로 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 침해하여 인간의 존엄과 가치를 직접적으로 침해하였다면, 국가가 헌법 제10조의 기본권보장의무를 고의적으로 위반하여 인간의 존엄과 가치를 직접 침해한 것이므로 그로 인한 국가의 손해배상책임을 5년 또는 10년의 세월이 지났다고 하여 소멸시키는 것 역시 헌법 제10조에 위반되므로 그 내용을 제거하여야 한다.

【해설】

1. 쟁점

이 사건의 주요 쟁점은 적법요건 문제인 재판의 전제성 존부 및 한정위헌 청구의 적법 여부 문제, 본안 문제인 이 사건 법률조항들을 ‘공무원에 의한 만인권적 범죄’에 의한 국민의 손해배상청구권에도 적용하는 것이 불법행위의 피해자인 청구인들의 재산권을 침해하는지 여부이므로 차례로 살펴본다.

2. 적법요건에 관한 판단

가. 한정위헌청구의 적법여부¹⁾

(1) 헌법재판소의 선례 및 그에 대한 비판과 이 사건 청구

(가) 헌법재판소의 선례

헌법재판소가 그동안 적극적으로 심판대상으로 삼아 판단한 경우는 대체로 다음의 세 가지로 분류할 수 있다. 첫째 법규정 자체의 불명확성을 다루는 것으로 보는 경우로서, 헌법상의 명확성원칙을 다루는 경우 혹은 조세법률주의(과세요건 명확주의) 위반을 다루는 경우(헌재 2000. 6. 1. 97헌바74, 공보 46, 448, 449 등), 둘째 소위 “법원의 해석에 의하여 구체화된 심판대상 규정의 위헌성” 문제가 있는 것으로 볼만큼 일정한 사례군이 상당기간에 걸

1) 그 적법성 일반에 대한 논의는 박순성, “한정위헌청구의 적법성 여부”, 헌법실무연구 제8권(2007), 574면 이하 ; 황도수, “한정위헌청구의 적법성”, 헌법실무연구 제8권(2007), 603면 이하 ; 이준상, “한정위헌청구의 적법성”, 2007.3.19. 대법원 헌법연구회 발표문 등 참조.

처 형성, 집적된 경우(헌재 2001. 8. 30. 2000헌바36, 공보 60, 852 등), 셋째 위 두가지 경우에 해당하지 않지만 한정위헌의 판단을 구하는 청구가 법률조항 자체에 대한 다툼으로 볼 수 있는 경우(헌재 2000. 6. 29. 99헌바66등, 판례집 12-1, 848, 865 등)이다. 결국 헌법재판소의 기존의 입장 및 선례는 한정위헌청구는 원칙적으로 부적법하되 위와 같은 예외적인 경우에만 적법하게 된다는 것으로 정리할 수 있다.

(나) 선례에 대한 비판

규범통제라는 헌법재판의 고유기능에 비추어 볼 때 선례의 판시는, “한정위헌청구는 원칙적으로 적법하되, 다만 그 전제로서 법률조항의 일부라고 인정될 만한 적법요건을 갖추어야 한다.”고 변경되어야 한다며 선례를 아래와 같이 비판하는 견해²⁾가 있다.

첫째, 헌법재판소는 한정위헌결정을 적법한 것으로 인정함으로써 심판대상인 법률조항이 양적으로 뿐만 아니라 질적으로도 분리가능하다고 보고 있으면서도, 법률조항의 질적 일부 위헌청구라고 할 수 있는 한정위헌청구가 원칙적으로 부적법하다고 하는 것은 논리적으로 모순된다.

둘째, 위 선례의 예외범위 역시 논리적으로 타당하다고 볼 수 없다. 우선 선례가 첫째 및 셋째 예외로 들고 있는 경우는 엄격한 의미의 한정위헌청구가 아니므로 이를 예외라고 볼 수 없다. 또한 둘째 예외로 들고 있는 경우도 ① 새로운 법률의 경우에는 한정위헌청구가 적법하게 될 여지가 없는 점, ② ‘법원의 해석’과 같은 법률의 후발적 사유가 심판대상의 적법성 판단에 결정적 기준이 될 수 없는 점, ③ 만일 위와 같은 논리라면 대법원판례가 변경됨에 따라 헌법재판소의 한정위헌청구의 적법성에 대한 판단도 변경되어야 하는 점 등에 비추어 볼 때, 위와 같은 경우에 해당하는지 여부가 한정위헌청구의 적법성을 판단하는데 타당한 기준이라고 할 수 없다.

(다) 이 사건 청구가 선례에 해당하는지 여부

1) 해당한다고 보는 입장(재판관 이강국, 재판관 이동흡)

청구인들은 ‘국가의 반인도적 범죄행위로 직접적으로 피해를 입은 국민의 국가에 대한 손해배상청구권’이 법률해석상 이 사건 법률조항들에 당연히 포

2) 이 사건 결정문에 실시된 재판관 김종대, 재판관 목영준의 견해이다.

함되어 있다는 전제하에서 그 부당성 즉 이 사건 법률조항들에 위와 같은 손해배상청구권에 대한 적용 예외 조항을 두지 않은 것의 위헌성을 주장하고 있는 것으로 선택할 수 있으므로 비록 청구형식이 한정위헌을 구하는 것으로 구성되어 있다 할지라도 이 사건 법률조항들 자체의 위헌성을 다투는 것으로 이해하여야 할 것이다.

2) 선례에 해당하지 않아 부적법하다는 입장(재판관 이공현)

이 사건 법률조항들에 관한 심판청구는 이 사건 법률조항들이 ‘반인권적 국가범죄로 인한 손해배상채권에 관한 소멸시효를 배제하지 아니하는 경우’에는 위헌이라는 취지인바, 법률조항 자체의 불명확성을 다투는 것으로 보기 어렵고, 현재 반인권적 국가범죄의 법적인 개념이 확립되어 있거나 그에 관한 판례가 집적되어 일정한 사례군이 형성되어 있다고 할 수 없는 상황에서 위와 같은 소멸시효의 배제 여부가 당연히 이 사건 법률조항들의 내용을 이루고 있다고 볼 수도 없으므로 이 사건 청구는 법원의 사실관계 인정과 평가 및 법률의 해석·적용에 관한 문제를 다투는 것에 불과하여 부적법하다.

(2) 한정위헌청구의 적법성에 관한 새로운 논의

(가) 개념

법률의 적용대상이 유형적·추상적으로 한정되어 다른 것들과 구별되는 경우에도 그 한정되는 적용대상에 대한 위헌심판청구는 결국 법률조항에 대한 심판청구로 볼 수 있다는 견해³⁾가 있다. 즉, 법률조항의 적용대상이 상당한 영역을 가질 때 그 적용대상의 구체적 범위는 개별사건에 대한 재판에서 법원의 해석에 의하여 물론 결정되지만 그 적용대상 중 다른 것과 유형적·추상적으로 구별이 되는 특정한 범위의 것을 한정하고 이에 대하여 위헌 여부를 심판을 청구하는 것은, 그것이 재판의 전제가 되는 한도에서, 법률조항에 대한 위헌 여부를 심판청구에 해당하는바 여기서 유형적이라고 하는 것

3) 한정위헌청구된 심판대상이 구체적 사실관계와 관계없이 법률의 의미와 적용범위에 있어서 객관적·개념적·추상적으로 분리될 수 있는 경우의 한정위헌청구는 적법하다는 의미로 설명되기도 한다. 이하 이러한 입장을 간략히 ‘유형설’이라고 한다.

은 객관적인 징표와 기준에 의하여 다른 것들과 구별할 수 있는 하나의 범주로 파악이 가능한 것을, 추상적이라고 하는 것은 개별적 행위나 사실에 관한 구체적 판단 이전에 개념적·일반적으로 한계 획정이 가능한 것을 말한다.

결국 유형설은 앞서 본 바와 같이 기준에 한정위헌청구가 예외적으로 적법한 것으로 받아들여진 경우 외에 별도로 한정위헌청구가 가능한 새로운 영역을 설정하려는 이론으로 이론적 성립가능성 이외에 한정위헌청구가 불가피하여 이를 인정할 필요가 있는 경우가 있다는 현실적 필요⁴⁾도 그 근거로 제시된다.

(나) 인정여부

1) 긍정설

헌재 2005. 7. 21. 2001헌바67사건(판례집 17-2, 21)의 반대의견은 최초로 관련 논의결과 및 이론을 농축하여 전향과 같은 입장을 제시하였는바 결국 이는 이론적으로 규범통제는 입법에 대한 통제이지 사법에 대한 통제가 아니므로 재판소원이 금지된 우리나라에서 과연 어떤 경우를 규범통제의 영역으로 볼 것인가를 확정할 수 있는 기준이 필요한데 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 것으로 귀착되는 한정위헌청구는 허용되고 법적용기관의 구체적 판단결과(법원의 재판 내지 구체적 법률해석)를 다투는 것에 다른아닌 한정위헌청구는 허용되지 않는다⁵⁾는 것을 대전제로 하여, 유형설에 의한 한정위헌청구가 허용되어야 한다는 주장으로 정리된다.⁶⁾

이 사건의 재판관 김종대, 재판관 목영준의 의견⁷⁾ 중 법률 또는 법률조항의 질적 일부청구인 한정위헌청구가 적법하기 위하여는 그 질적 일부가 양

4) 법률이 불명확하지 않고, 그 의미를 구체화하는 법원의 선례도 집적되어 있지 아니한 경우인데 법률조항 자체를 다투기도 어려운 사안이 이에 해당할 것이다.

5) 헌재 2002. 3. 28. 2001헌바72, 판례집 14-1, 205, 209 등 참조.

6) 다만, 선례를 유지하면서, ‘기타 법률조항에 대한 청구’로 볼 수 있는 때의 한 경우로 유형설을 이해하자는 제한적 인정설도 가능할 것이다.

7) 이 의견도 “한정위헌청구된 심판대상이 구체적 사실관계를 떠나서는 객관적·개념적·추상적으로 분리될 수 없다...구체적 사실관계에 대한 법률의 해석·적용을 다투는 것으로서 이는 일반 법원의 판단대상일 뿐(일반 법원은 증거에 의하여 사실관계를 확정된 후, 법률의 해석을 통하여 해당 법률이 그 사실관계에 적용되는지 여부를 판단한다) 헌법재판의 심판대상이 될 수 없으므로 부적법하다”고 그 한계를 설명한다.

적 일부에 상응할 만큼 객관적·개념적·추상적으로 분리가능하여야 하는바, 한정위헌청구된 심판대상이 구체적 사실관계와 관계없이 법률의 의미와 적용범위에 있어서 객관적·개념적·추상적으로 분리될 수 있어야 하는데 이 판단에는, 심판대상이 의미와 적용범위에 있어서 독립된 개념으로 분리될 수 있는지 여부는 물론, 해당 법률에 포함된 다른 법률조항의 규정, 다른 법률의 규정, 헌법재판소가 종전 한정위헌결정을 한 사례, 집적된 대법원판례가 있는지 여부 등도 아울러 고려되어야 하는 것이라는 설시도 같은 의미의 것으로 보이고, 나아가 이 사건에서의 재판관 조대현의 의견도 결국은 유형설을 포함하는 의견으로 볼 수 있을 것이다.

긍정설에 의할 경우 이 사건 한정위헌청구가 적법한지 여부는 별도의 항에서 살펴본다.

2) 부정설

이에 반하여 종래의 전통적인 입장에서 앞서 본 선례 이외에 유형설에 의한 한정위헌청구의 적법성을 인정하여서는 아니된다는 입장에서는 다음과 같은 비판⁸⁾을 제기하고 있다.

첫째, 어떤 법률조항의 의미나 적용영역에 있어서 ‘유형적·객관적·개념적·추상적인 부분’은 일반적인 기준으로서 모호하므로 위와 같은 영역은 결국 법률조항의 해석에 의하여 파악될 수밖에 없어 자의적인 것이 될 가능성이 크다.⁹⁾

둘째, 유형설에 충실하기 위해서는 이 사건 심판대상을 법률조항 자체가 아닌 위와 같이 한정된 영역으로 제한된다고 봄이 논리적일 것인데 이 경우 위와 같이 심판대상이 제한된다면 만일 심판대상이 되지 않은 법률조항의 다른 영역에서 위헌성이 발견되더라도 이에 대하여 위헌판단을 할 수 없다는 의미라면 불합리하고 규범통제의 속성에도 맞지 않을 것이다.

셋째, 유형적·추상적 영역에 대한 한정위헌청구가 허용된다는 것은 헌법

8) 이 사건 결정문에 실시된 재판관 이강국, 재판관 이동흡의 견해이다.

9) 부정설측에서는 앞서 본 유형설 긍정론의 입장을 취한 견해들이 이 사건 청구의 적법 여부에 관하여 뒤에서 보듯이 상반된 결론에 도달한 이유는 ‘유형적·객관적·개념적·추상적’의 개념이 아무런 구체적 기준을 제시하여 주지 않고 있는 상태에서 비롯된 것이라고 비판한다.

소원을 제기한 청구인들이 관련된 사실관계가 그 범주에 해당하여 그 유형적·추상적 부분이 위헌이 되면 청구인도 구제될 개연성이 있다는 단계를 갖춘 것임을 의미하는데 유형적·추상적 영역에 대한 한정위헌청구에 있어서는 청구인이 관련된 사실관계가 위의 영역에 해당한다는 사실인정의 문제가 개입될 수밖에 없어 이른바 재판소원이 될 가능성이 크다.

넷째, 앞서 본 바와 같이 선례의 실시내용 및 예외적인 적법판단을 하게 된 취지 등을 고려해 보면, 청구인들 주장에 따라 평등권이나 부진정입법부작위 등의 주장으로 선회하거나 세 번째 예외유형을 활용하여 한정위헌청구를 법률조항 자체에 관한 다툼으로 보는 방법이 가능하므로 굳이 유형설을 도입할 필요성은 없다.

(다) 긍정설에 의할 경우 이 사건 청구가 적법한지 여부

1) 적법하다는 견해(재판관 김희욱, 재판관 민형기, 재판관 송두환)

이 사건 심판청구취지를 최대한 반영하면서 유형적·추상적 범주를 확정한다면, “전시·사변·쿠데타 또는 이에 준하는 국가비상사기에 공무원이 공권력을 이용하여 조직적·계획적으로 행한 직무상 불법행위로 국민의 기본권을 침해한 경우”만으로 그 적용범위를 명확하게 하여 유형화·추상화의 범주를 확정할 수 있을 것인바¹⁰⁾ 이 사건 심판청구를 이 사건 법률조항들이 위와 같은 경우의 손해배상청구권에도 적용하는 것은 위헌이라는, 다른 적용영역으로부터 유형적·추상적으로 구별되는 영역에 대한 한정위헌결정을 구하는 취지로 이해할 수 있으므로 적법한 것으로 인정되어야 한다.¹¹⁾

10) 조국, “반인권적 국가범죄”의 공소시효의 정지·배제와 소급효금지 원칙, 형사법연구 17호(2002.6.), 5면 이하에서는 국제협약 등에서 규정하고 있는 ‘반인도적 범죄’는 첫째 민족 또는 인종분류 속에서 발생하는 무장충돌을 주된 배경으로 하고 있고, 둘째 민간인 집단에 대하여 광범하게 조직적으로 그리고 국가 또는 조직적 정책에 수반하여 또는 그 연장선상에서 자행될 것을 요구하기 때문에 결국 이 사건과 같이 우리나라에서 과거에 있어 온 국가권력에 의한 인권유린과는 차이가 있다고 하며, 우리나라의 상황을 반영하여 특히 국가권력에 의한 인권유린범죄를 지칭하는 용어로 ‘반인권적 국가범죄’라는 용어를 새로이 만들어 사용하자고 주장한다.

11) 다만, 가령 이 사건 심판청구가 위와 같이 유형적·추상적으로 구별될 수 있다고 하더라도 당해사건의 재판에서 인정된 사실관계가 앞에서 본 적용영역에 해당되는 것으로 인정되지 않는 경우 이 사건 법률조항들의 위헌 여부가 당해사건 재판의 주문이나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미에 아무런 영향을 미치지 않게 됨으로써 재판의 전체성을 결여할 수 있다는 주장도 가능하나, 앞서 인정된 사건의

2) 부적법하다는 견해(재판관 김종대, 재판관 목영준)

공무원에 의한 ‘반인권적 범죄’에 관한 한정위헌청구가 구체적 사실관계와 관계없이 법률의 의미와 적용범위에 있어서 객관적·개념적·추상적으로 분리가능한지를 살펴보면, 첫째 ‘반인권적 국가범죄’라는 개념을 정의한 법령이나 법원의 해석은 찾아 볼 수 없다. 다만 ‘국제형사재판소에 관한 로마규정¹²⁾’을 이행하기 위하여 2007. 12. 21. 법률 제8719호로 제정된 ‘국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률’은 ‘집단살해죄(제8조)’, ‘인도에 반한 죄(제9조)’, ‘사람에 대한 전쟁범죄(제10조)’ 등을 규정하고 있는데, 이 규정들은 이 사건 심판대상인 ‘공무원에 의한 반인권적 범죄’와는 전혀 다른 의미를 갖는 것이다.

둘째, 이러한 용어가 사용된 법률안¹³⁾들을 살펴보면 각 법률안들에서 사용된 ‘반인권적 범죄’도 그 개념과 범위에 있어서 다양하므로, 위 법률안의 규정으로도 이 사건 심판대상을 개념적으로 분리할 수 없다.

셋째, 대법원판결 중 소수의견¹⁴⁾이 내린 국가기관에 의한 반인권적 범죄의 정의 역시 개별사건에서의 구체적 사실관계를 바탕으로 내린 판사이므로 ‘국가기관에 의한 반인권적 범죄’의 추상적이고 객관적인 정의라고 할 수 없다.

결국 이와 같이 이 사건 심판대상인 불법행위는 개념이 모호하고 포괄적이며 가변적이어서 구체적 사실관계를 떠나 그 개념이나 유형이 객관적·개념적·추상적으로 가분되거나 특정될 수 있다고 보기 어려워 이 사건 청구는 부적법하다.

개요에 의하면 당해사건이 이 사건 법률조항들의 앞서 인정된 적용영역에 해당할 개연성이 적지 않다고 할 것이고, 나아가 위와 같은 사실관계 인정 문제는 당해사건 재판을 담당하는 법원이 판단할 사항으로서 헌법재판소에서 이를 미리 판단함은 적절하지 않다.

12) Rome Statute of the International Criminal Court, 1998. 7. 17. 채택 2002. 7. 1. 발효.

13) ‘반인권적 국가범죄의 공소시효 등에 관한 특례법안’(2005. 7. 10. 발의), ‘반인권적 국가범죄의 소멸시효이익 포기 등에 관한 특례법안’(2007. 6. 4. 발의)(이상은 2008. 5. 29. 17대 국회임기만료로 폐기), ‘반인권적 국가범죄의 공소시효 배제 등에 관한 특례법안’(2008. 7. 16. 발의)이 있다.

14) 대법원 1996. 12. 19. 선고 94다22927 전원합의체 판결의 반대의견

(3) 소결론

이상과 같이 이 사건 심판대상조항들 중 민법 제766조 제1항을 각하하고, 이 사건 법률조항들에 대하여는 재판관 6인이 적법의견이므로 이하 본안판단에서는 이 사건 법률조항들에 대하여만 살펴본다.

3. 본안에 대한 검토¹⁵⁾

가. 소멸시효제도의 의의¹⁶⁾

(1) 소멸시효의 존재이유

소멸시효제도는 권리자가 그의 권리를 행사할 수 있음에도 불구하고 일정한 기간 동안 그 권리를 행사하지 않는 상태, 즉 권리불행사의 상태가 계속된 경우에 법적 안정성을 위하여 그 자의 권리를 소멸시켜 버리는 제도이다. 이러한 소멸시효제도의 일반적인 존재이유는 다음과 같다(헌재 2005. 5. 26. 2004헌바90, 판례집 17-1, 660, 663-665 참조).

첫째, 계속되어 온 사실상태를 진정한 권리관계로 인정함으로써 과거사실의 증명의 곤란으로부터 채무자를 구제하고 분쟁의 적절한 해결을 도모하기 위한 것이다. 둘째, 오랜 기간 동안 자기의 권리를 주장하지 아니한 자는 법률의 보호를 받을 만한 가치가 없으며 시효제도로 인한 희생도 감수할 수밖에

15) 이 사건 결정문은 인간의 존엄과 가치에 관한 주장에 대하여 “우선 국가기관이 인간성을 훼손하는 행위를 했을 때 피해자의 기본권으로서 인간의 존엄과 가치가 침해될 것이지만 그 후에 배상의 시효기간을 정하는 것에는 손해배상청구권이라는 재산권이 관련될 뿐 인간의 존엄과 가치가 직접 관련된다고 보기 어려우나 이는 인간의 존엄과 가치의 보호범위에 ‘공무원의 불법행위로 인한 손해배상의 실효적 보장’까지 포함되는 것으로 보기 어렵기 때문이다. 더구나 이 사건 법률조항들은 손해배상을 일체 불허하는 규정이 아니라 그 손해배상청구권의 행사시기를 한정하는 규정이므로 더군다나 인간의 존엄과 가치와 거리가 멀다.”고 하며 본안에서 판단하지 아니하고 있다.

참고로 재산권 침해와 관련하여 ‘인간의 존엄과 가치’가 문제된 사례는 있으나 그 위반을 인정한 사례는 없다(헌재 2000. 6. 1. 98헌마216, 판례집 12-1, 622. ; 헌재 1999. 9. 16. 98헌가6의 소수의견은 ‘단체가 구성원을 피보험자로 하는 생명보험계약을 체결할 경우 규약으로써 서면동의에 갈음하도록 규정한 상법 제735조의3은 헌법 제10조에 위반된다.’는 취지로 실시한 바 있다).

16) 소멸시효제도의 합헌성에 대하여는 헌재 1997. 2. 20. 96헌바24, 판례집 9-1, 168 ; 2001. 4. 26. 99헌바37, 판례집 13-1, 836 ; 2005. 5. 26. 2004헌바90, 판례집 17-1, 660 등에서 실시된 바 있다.

에 없는 것이지만, 반대로 장기간에 걸쳐 권리행사를 받지 아니한 채무자의 신위는 보호할 필요가 있다.¹⁷⁾

(2) 재산권 형성적 법률유보와 소멸시효

불법행위로 인한 손해배상청구권은 채권의 일종이므로 헌법 제23조가 보장하는 재산권의 내용에 포함되는 권리인데 재산권은 다른 기본권과 달리 기본권 형성적 법률유보의 형태를 띠고 있는바 재산권은 기본권의 주체로서의 국민이 각자의 인간다운 생활을 자기 책임 하에 자주적으로 형성하는데 필요한 경제적 조건을 보장해 주는 기능을 하므로 재산권의 보장은 곧 국민 개개인의 자유 실현의 물질적 바탕을 의미한다고 할 수 있고, 따라서 자유와 재산권은 상호 보완관계이자 불가분의 관계에 있다고 할 것이다(헌재 1998. 12. 24. 89헌마214, 판례집 10-2, 927, 945 참조). 그러므로 소멸시효제도를 규정하고 있는 법규정들은 헌법 에 의하여 보장되는 재산권의 하나인 채권의 구체적인 모습을 형성하는 것이나 그와 동시에 그 행사할 수 있는 기간을 제한함으로써 재산권인 채권의 행사 및 존속을 제한하는 것으로 볼 수 있어 그 위헌성의 심사는 헌법 제37조 제2항에 규정된 기본권제한 입법의 한계를 지키고 있는 것인지 여부에 의하여 결정되어야 할 것이다.

17) 특히 불법행위에 기한 법률관계는 통상 미지의 당사자간에 예기하지 못한 우연의 사고로 말미암아 발생하는 것이므로 채무자인 가해자는 언제 손해배상청구를 받을지 등이 분명치 아니하여 극히 불안정한 지위에 놓이게 되므로 채권자인 피해자가 손해 및 가해자를 알면서도 상당한 기간 동안 권리를 행사하지 아니하는 때에는 손해배상청구권을 시효에 걸리게 하여 가해자를 보호할 필요가 있는 점 등의 고려에 의하여 민사상의 법률관계의 안정을 도모함으로써 민사분쟁의 적정한 해결을 꾀한다. 나아가 국가가 채무자인 경우 학계나 실무계에서는 국가의 소멸시효항변을 신의칙 내지 권리남용이론 등을 통하여 이를 배척하는 등으로 소멸시효제도로 인하여 희생되는 진정한 권리자의 이익을 강구하려는 노력을 하고 있다[여기에는 손해배상청구권의 기산점인 “권리행사가 가능했을 때”라는 의미를 권리의 성질상 권리행사가 현실적으로 기대할 수 없는 상황이라는 사실상의 장애도 포함된다고 보거나, 소멸시효의 완성을 항변하는 것 자체가 권리남용으로서 배척되어야 한다는 내용이 포함되고(윤석관, “국가기관에 의한 인권침해와 민사책임”, 인권과 정의 통권 354호, 15면), 이러한 부분들이 삼청교육대 사건과 관련하여 제기된 국가배상청구(대법원 1996. 12. 19. 선고 94다22927 판결의 소수의견), 이른바 수지김사건에 관한 손해배상청구(서울지방법원 2003. 8. 14. 선고 2002가합32467 판결) 등 판결에 반영된바 있다].

다. 불법행위채권의 소멸시효 입법례

(1) 독일

개정 독일 민법(2002. 1. 1.부터 시행)은 개정 전 독일 민법 제195조에 규정되었던 통상의 소멸시효기간을 30년에서 3년으로 대폭 축소하였고 위 3년의 소멸시효 기산점과 관련하여 개정 독일 민법 제199조 제1항에 의하여 소멸시효는 ‘청구권을 발생하게 한 사실 및 청구권 발생에 대하여 채권자가 알았거나 중대한 과실로 알지 못했을 때’에 진행되는 것으로 규정함으로써 손해배상청구권의 발생사실에 대한 인식 등과 관계없이 소멸시효가 진행되는 ‘객관적 소멸시효체계’에서 손해배상청구권의 발생사실에 대한 인식 등이 있어야 소멸시효가 진행되는 ‘주관적 소멸시효체계’로 전환하면서 그 시효기간을 대폭 축소하였다.¹⁸⁾

또한 독일은 국가범죄(공무원범죄)에 대한 손해배상을 규율하는 법률이 따로 존재하지 않고¹⁹⁾ 주로 법원의 판례를 통해 형성되고 있다. 특별한 경우로서 나치정권과 동독정권의 불법청산과 관련하여서는 특별법의 형식(나치피해자보상법 등)으로 제정되어 보상신청기간을 두고 있었는데 오늘날 그 기간이 모두 종료되어 원칙적으로 보상금부청구권을 주장할 가능성은 없다.

(2) 일본

일본 민법 제724조에 의하면, 손해배상청구권의 소멸시효에 관하여 ‘피해자 또는 그 법정대리인이 손해 및 가해자를 안 날’로부터 3년, ‘불법행위의 때’로부터 20년을 경과하면 소멸한다고 규정하고 있다.

국가의 채권과 채무는 우리 구 예산회계법과 유사한 회계법상 특별규정을 두고 있다. 다만, 일반적으로 시효의 이익은 당사자가 원용하여야 함에도 불

18) 특정채권영역의 소멸시효배제 문제는 소멸시효 기산점과 관련하여 ‘주관적 소멸시효체계’로 전환한 개정 민법하에서 연방대법원(BGH)은 기대가능성(Zumutbarkeit)에 따라 단기소멸시효로 인한 문제점을 상당부분 조정할 수 있는 계기를 마련한 것으로 보인다.

19) 한때 국가배상법(Staatshaftungsgesetz)이라는 국가배상법이 제정된 바 있었지만, 이 법률은 1980년대초 연방헌법재판소에 의해 소멸시효기간 등의 문제가 아닌 연방과 주간의 권한법적 이유(주 관할사항을 연방에서 입법하였다는 이유)로 위헌판결을 받아 더 이상 국가배상에 관한 법률이 존재하지 않게 된 것이다.

구하고(민법 제145조) 국가에 대한 채권, 채무가 시효에 의하여 소멸하는 경우에는 시효를 원용하지 않아도 절대적으로 소멸하도록 하고 있다(회계법 제31조).

그외에 특정채권 영역에 대한 소멸시효배제의 문제는 특별한 입법이 존재하지 아니한다.

(3) 미국

국가에 대한 채권의 소멸시효는 채권의 성질에 따라 소제기기간을 제한하여 소멸시효제도와 같은 역할을 하도록 하고 있는데 연방법률이 적용되는 법률관계나 미국정부에 대한 청구권의 경우에는 특별한 출소기간을 두고 있다. 즉, 일반적으로 다른 법률에 특별한 규정이 없는 경우에 미국연방법률이 적용되는 민사소송은 청구원인(cause of action)이 발생한 때로부터 4년이 지나면 제기될 수 없는데[United states code annotated title 28, §1658], 미연방정부를 상대로 하는 민사소송의 경우 청구권이 발생한 이후 6년 이내에 소를 제기하여야 하며, 청구권자가 무능력자(disability)이거나 해외에 있는 경우 이러한 원인이 없어진 이후 3년이내에 소를 제기할 수 있다[USCA title 28, §2401 (a)].

특정채권 영역에 대한 소멸시효배제의 문제에 관하여는 예컨대 필요한 경우 ‘헤이든(Hayden)법’ 같은 특별법을 제정하여 소멸시효를 “소급적으로” 연장하여 문제를 해결하고 있다.²⁰⁾

(4) 기타 - 국제조약

국제법상으로도 민사상 소멸시효의 적용을 배제하거나 부정하는 원칙은 존재하지 않는 것으로 보인다. 단, 앞서 본 로마협약에서 집단살해죄 등 일정범죄에 대하여 어떠한 시효도 적용되지 않는다고 규정하면서 제75조는 피

20) 1999. 7. 15. 캘리포니아주의회에서 만장일치로 가결된 ‘헤이든(Hayden)법’은, ‘도덕적 공공적 정책이해’에 따라, ‘노쇠해가고 있는 제2차 세계대전 노예노동 피해자 및 제2차 세계대전 강제노동 피해자에게 정당한 배상을 제공하기 위해’, 그들 또는 그들의 상속인에 의한 배상청구소송에 민사소멸시효 규정을 2010. 12. 31.까지 적용하지 않음으로써, 소멸시효를 소급적으로 연장하는 내용을 담고 있다.

해자에 대한 배상을 내릴 수 있도록 규정하고 있는데, 이러한 피해배상절차는 형사재판의 연장선상에 있는 절차로서 국제형사재판소의 관할사항으로서 만인도적 범죄에 대하여 유죄판결을 하는 경우에 그 유죄판결에 부수하여 피해자의 구제를 위한 민사배상의 판결을 할 수 있도록 한 것에 불과하므로 여기서 시효를 배제한다고 규정하고 있다고 하여 일정한 영역에 대하여 소멸시효를 부정하는 원칙을 선언한 것으로 보기는 어렵다고 할 것이다.

라. 이 사건 법률조항들의 위헌 여부

(1) 합헌의견(재판관 이강국, 재판관 민형기, 재판관 이동흡)

(가) 목적의 정당성·수단의 적정성

앞서 본 소멸시효제도의 일반적인 존재이유와 특히 구 예산회계법 제96조 제2항의 경우 국가의 채권, 채무관계를 조기에 확정하고 예산 수립의 불안정성을 제거하여 국가재정을 합리적으로 운용하기 위한 것인 목적(헌재 2001. 4. 26. 99헌바37, 판례집 13-1, 836) 등을 고려하면 이 사건 법률조항들의 입법목적의 정당성은 인정되고, 위와 같이 이 사건 법률조항들은 위와 같은 목적을 달성하기에 상당한 수단이라고 볼 것이다.

(나) 침해의 최소성·법익의 균형성

1) 문제의 소재

앞서 본 바와 같은 소멸시효제도의 본질과 내용 등에 비추어 볼 때 소멸시효제도는 궁극적으로 법적 안정성을 존재이유로 하는 것이므로, 만일 오랜 세월이 흘러도 그 채권이 여전히 존속한다면 당해 채권을 둘러싼 법률관계에 관한 법적 안정성이 극도로 훼손될 것이기 때문에 특정 채권에 대하여 소멸시효의 적용 자체를 배제시킬 수는 없다고 할 것이다.

더욱이 불법행위에 기한 법률관계는 통상 미지의 당사자간에 예기하지 못한 우연의 사고로 말미암아 발생하는 것이고, 가해자는 언제 손해배상청구를 받을지 얼마나 손해배상책임을 지게 될 지 등이 분명하지 아니하여 매우 불안정한 지위에 놓이게 되므로, 10년 또는 5년의 소멸시효기간이 결코 짧은 것이라고는 할 수 없다. 그러나 전시·사변·쿠데타 등 국가비상시기 등에 공무원들이 국가기관의 공권력을 이용하여 조직적으로 저지른 불법행위의

피해자가 국가에 대하여 적시(適時)에 배상청구권을 행사하는 것을 기대할 수 없는 경우이거나, 가해자인 공무원이 증거를 인멸하거나 멸실함으로써 진정한 권리실현에 장애가 발생하는 경우에 있어서는, 이 사건 법률조항들에 따라 소멸시효기간이 그대로 진행된다면 진정한 권리자에게 가혹하거나 그 권리보호에 미흡한 결과가 초래되지 않을까 하는 의문이 제기될 수 있을 것이다. 그러므로 이 사건 법률조항들과 관련하여 검토의 여지가 있는 부분은 위와 같은 이유로 적시에 권리행사를 하는 것이 사실상 곤란한 경우에 한정된다.

2) 최소침해성

앞서 본 바와 같이 이 사건 법률조항들에 의한 소멸시효기간을 일률적으로 구체적인 사례에 적용하는 과정에서 실질적 정의에 부합하지 않을 정도로 당사자의 권리구제에 미흡한 경우도 발생할 여지가 있을 것이다. 그렇지만 소멸시효제도로 인하여 제한될 수 있는 진정한 권리의 실현문제는 민법 등 관련규정상 시효의 기산점에 대한 해석, 시효의 중단·정지 및 시효이익의 포기 등에 의하여 보완될 수 있고, 실무상으로도 이 사건 법률조항들을 적용하는 과정에서 소멸시효의 기산점을 늦추거나 소멸시효주장에 대해 신의성실의 원칙을 적용하여 배척하는 등으로 소멸시효제도로 인한 불합리한 결과를 최소화하려는 법해석이 가능하며, 법원의 판결을 통하여도 이러한 법해석에 기초하여 구체적 타당성을 보완하려는 시도가 이루어지고 있다.

우선 구 예산회계법 제96조 제2항의 시효기간은 ‘권리를 행사할 수 있을 때’로부터 진행하는바, ‘권리를 행사할 수 있을 때’라 함은 ‘채권을 최초로 주장할 수 있고 필요하면 소로써 관철할 수 있는 시점’이라고 할 것이며²¹⁾, 여기서 채권을 주장할 수 있는 가능성은 객관적으로 판단하여야 하므로 객관적 사정 때문에 소를 제기할 기대가능성이 없는 경우에는 시효기간이 개시되지 않는다고 볼 수 있는 것이어서, 앞서 본 국가비상사기 등에 있어서 공무원이 조직적으로 저지른 특정불법행위의 피해자가 국가를 상대로 자신의 배상청구권을 주장하는 것을 기대할 수 없는 동안에는 시효기간이 개시되지 않는다고 해석할 수 있을 것이다.

21) 민법주해[Ⅲ], 462면.

또한 대법원은 채무자의 소멸시효에 기한 항변권의 행사도 우리 민법의 대원칙인 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙의 지배를 받는 것이라고 판시한 바 있다(대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다71881 판결 등 참조²²⁾).

그러므로 이 사건 법률조항들을 적용하는 과정에서 실질적 정의에 반하는 결과가 초래될 수 있는 예외적인 경우에도 그로 인한 불합리한 결과를 최소화하면서 진정한 권리자를 보호할 수 있는 보완 방법이 있다는 점 등에 비추어 볼 때 이 사건 법률조항들은 최소침해성의 원칙에 위배되지 않는다.

3) 법익균형성

‘공무원에 의한 반인권적 범죄’로 인한 국가에 대한 손해배상채권에 관하여 소멸시효 규정을 둘 경우 그 피해자인 국민이 이로 인하여 받는 정신적, 물질적 손해의 정도와 충격이라는 사익도 적지 않으나 앞서 보았듯이 이 사건 법률조항들로 인한 불이익은 예외적인 상황에서만 발생할 수 있는 것이고, 그 경우도 기존 소멸시효제도를 적절하게 해석하고 적용함으로써 불합리한 결과를 최소화하거나 완화하는 것이 불가능한 것도 아니다.

그럼에도 불구하고 소멸시효제도로 말미암아 불합리한 결과가 발생하는 예외적인 상황을 구제하기 위하여 소멸시효를 배제한다고 하면 국가의 채무는 영원히 존재하게 되어 그 자체로 소멸시효제도의 목적인 법적 안정성의 본질적 내용이 크게 손상될 것임은 명확하고, 특히 법적 안정성을 희생하면서까지 보호해야 할 국가배상청구권이 국민의 신체·생명 등 자유권의 침해로 인한 것이 아니라 이 사건에서 보듯이 재산권의 침해로 인한 것에 불과한 경우에는 더욱 그러하다고 할 것으로 구체적 타당성 측면에서의 형평성 문제가 반복적으로 제기되면서 국가의 재정운영 등과 관련하여 법적 불안이 가중될 것이다.

그렇다면 이 사건 법률조항들을 ‘공무원에 의한 반인권적 범죄’행위로 인한 손해배상채권에 적용함으로써 달성할 수 있는 공익이 그로 말미암아 침해되는 피해자인 청구인들의 사익보다 크지 않다고 단정할 수는 없으므로, 이 사건 법률조항들이 법익균형성원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

22) 그 외에 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다32332 판결, 서울지법 2003. 8. 14. 선고 2002가합32467 판결, 서울중앙지법 2006. 11. 3. 선고 2005가합88966판결, 서울고법 2006. 2. 14. 선고 2005나27906 판결 등 참조.

(다) 소결

위와 같이 소멸시효제도는 법적 안정성 등을 위해 불가피하게 존재할 수 밖에 없는 것으로서 그 목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정될 뿐만 아니라, 위에서 본 바와 같이 최소침해성과 법익의 균형성도 인정되므로 이 사건 법률조항들이 재산권을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

(2) 헌법불합치의견(재판관 김희옥, 재판관 송두환)

(가) 목적의 정당성 및 수단의 적정성

위 (1) (가)와 같다.

(나) 침해의 최소성

일반적으로 불법행위로 인한 손해배상청구권은 재산권의 하나로서 보장되고, 특히 그것이 공무원의 불법행위로 인한 것일 때에는 헌법 제29조 제1항²³⁾이 직접 이를 보장하고 있다. 그런데 여기서 입법자가 단지 국가에 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수 있는 형식적인 권리나 이론적인 가능성만을 제공할 뿐 권리구제의 실효성이 보장되지 않는다면 법률에 의한 권리구제절차의 개설은 사실상 무의미하며(헌재 2002. 10. 31. 2001헌바40, 판례집 14-2, 473, 481), 따라서 헌법이 정하고 있는 손해배상청구권이 형해화될 수 있는바 특히 헌법 제10조 제2문이 국가의 기본권보호의무를 천명하고 있으며, 오늘날 기본권이 직접 효력을 갖는 법으로서 입법자를 기속한다는 점에서 볼 때, 위 헌법조항이 국가배상청구권의 인정 여하를 전적으로 입법자의 재량에 맡긴 것이라고 볼 수 없는 것이다.

특히 이 사건에서 보면 ‘공무원에 의한 반인권적 범죄’로 인한 손해배상채권의 경우는 미지의 당사자 간에 예기하지 못한 우연의 사고로 말미암아 발생한 것으로 보기 어려운데다가 심지어 가해자인 공무원에 의한 증거 내지 국가기록의 의도적 은폐, 폐기 등의 가능성도 부정할 수 없고, 이 경우 평상시의 일상적 분규에 의하여 야기된 권리침해와는 발생배경과 경위가 현저히 다른 반인권적 범죄의 피해자인 국민이 장기간에 걸쳐 권리행사를 하지 아

23) 헌법 제29조 제1항 전단 “공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다.”

니하였다 하더라도 이로 인하여 국가가 갖는 신뢰가 보호할 가치가 있는 것이라고 말하기도 어려운바, 이러한 특수성을 고려한다면 ‘국가를 채무자로 하는 반인권적 범죄로 인한 손해배상채권’에 대하여는 보다 장기간의 소멸시효기간을 규정하거나 혹은 그밖에 기본권을 실효적으로 보장받을 수 있는 방안을 고려하여야 할 것임에도, 오히려 이 사건 법률조항들에 따르면 일반 법인 민법 제766조 제2항이 적용되는 것으로 일률적으로 규율하고 있고, 나아가 국가재정의 안정적이고 효율적인 운용이라는 점에 중점을 두어 특별법인 구 예산회계법 제96조 제2항은 5년이라는 더 짧은 소멸시효기간을 규정하면서 그러한 특수한 불법행위에 대한 고려를 전혀 하지 않고 있다.

이는 ‘공무원에 의한 반인권적 범죄’로 인한 피해자들의 손해배상청구권을 형해화하는 것으로 입법형성권의 범위를 벗어난 것이므로 침해의 최소성에 위반된다고 볼 것이고²⁴⁾, 더욱이 ‘공무원에 의한 반인권적 범죄’는 비상시의 극히 예외적 상황을 전제한 것이므로, 이로 인해 이 사건 법률조항들이 추구하는 입법목적의 달성이 불가능하게 되는 것이라 볼 수 없을 것이다.²⁵⁾

(다) 법익의 균형성

위에 본 바를 종합하면 국가채무에 대하여 소멸시효 규정을 둘 경우 앞서 본 이 사건 법률조항들의 입법목적에 따른 법적 안정성 등 공익도 적지는 않다고 할 수 있으나, 국민의 기본권을 보호하여 주어야 할 의무를 지고 있고, 개인의 사적 복수를 허용하지 않으면서 형벌권과 강제처분권을 독점하고 있는 국가의 기관인 공무원이 범한 ‘반인권적 범죄’의 경우 그 피해자인 국민들이 입은 정신적, 물질적 손해의 정도와 충격이 가법하다고는 결코 말할 수 없을 것이다. 비록 그것이 비정상적인 상황이라 하더라도 그 빈도수에 불문

24) 다만, 여러 수단 중 최소의 피해를 가져오는가를 객관적으로 측정하는 것이 가능하고, 이러한 상태에서 국회가 기본권제한입법을 하면서 이를 위반한 것이 명백한 경우 피해의 최소성원칙 위반으로 인정하는데 본건의 경우 이러한 원칙에 위반되는지여부가 분명하다고 하기 어려운 면이 있다.

25) 나아가 앞서 본 합헌론은 법원에서 기산점을 늦추거나, 시효주장에 대하여 신의성실의 원칙을 적용하는 등의 법해석 방법으로 이 사건 법률조항들에 따른 일률적 소멸시효적용으로 인하여 초래가능한 불합리한 결과를 완화할 수 있다고 보지만 언제 신의칙이 적용될 ‘특별한 사정’이 있는 것인지에 관하여 대법원 판례가 확립된 것도 아니고, 기산점을 달리 하는 것도 법률해석상 한계가 있으므로, 이러한 방법이 이 사건 법률조항들의 합헌성을 유지하기 위한 충분한 논거라고 보기 어렵다고 할 것이다.

하고 국민의 생명과 신체에 대한 국가기관의 조직적 침해에 대해서는 사후에라도 손해배상 등의 구제수단을 통한 교정이 반드시 필요하며 이것이 실질적 정의와 법치국가의 기본 이념에 부합한다는 점에서 더욱 그러한 것이다.

특히 ‘공무원에 의한 반인권적 범죄’의 경우 국가가 조직적, 계획적으로 인권침해와 증거 은폐·조작을 할 가능성이 있는 점, 피해자들은 단지 평상시를 전제한 소멸시효규정 하에서는 실효성 있는 권리주장을 할 수 없었다는 점에서 시효제도의 법적 안정성은 한 발 후퇴할 수밖에 없는 것으로 이 사건 법률조항들이 아무런 예외 없이 일률적으로 그러한 시효제도를 규정하고 있는 것은 법익의 균형성원칙에 위배된다.

(라) 소결

이상과 같은 이유로 이 사건 법률조항들에는 재산권 제한의 한계를 일탈하여 침해의 최소성 및 법익균형성에 어긋나는 부분이 포함되어 있음을 인정할 수 있다.

따라서 이 사건 법률조항들에 대해서는 단순위헌결정을 하여 바로 그 효력을 상실시키는 것이 원칙이라 하겠으나, 이 사건 법률조항들의 효력을 즉시 상실시킬 경우에는 여러 가지 혼란과 부작용이 발생할 우려가 있으므로 입법자는 ‘공무원에 의한 반인권적 범죄로 인한 손해배상채권’에 관하여 소멸시효제도의 적용을 제한함으로써 합헌적인 방향으로 법률을 개선(이 사건 법률조항들을 개정하거나 특별법을 제정하는 등 방법)하여야 하고 그때까지 일정 기간 동안은 이 사건 법률조항들을 존속케 하고 또한 잠정적으로 적용하게 할 필요가 있는 것이다.

(3) 한정위헌의견(재판관 조대현)

국가가 공권력을 이용한 범죄행위로 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 침해하여 인간의 존엄과 가치를 직접적으로 침해하였다면, 국가가 헌법 제10조의 기본권보장의무를 고의적으로 위반하여 인간의 존엄과 가치를 직접 침해한 것이므로, 그로 인한 국가의 손해배상책임을 5년 또는 10년의 세월이 지났다고 하여 소멸시키는 것 역시 헌법 제10조에 위반되어 허용되지

아니한다고 보아야 한다.

그러므로 위와 같은 위헌성을 근본적으로 해소시키기 위해서는 이 사건 법률조항들 중 위헌적인 내용을 제거할 필요가 있으므로 이 사건 법률조항들을 국가가 공권력을 이용한 범죄행위로 개인의 불가침의 기본권을 침해하여 인간의 존엄과 가치를 직접 침해한 경우에 생기는 손해배상채무에 대해서도 적용하는 것은 헌법 제10조에 위반된다고 선언하여야 한다.

4. 결정의 의의

본 결정은 우선, 한정위헌청구의 적법성인정 범위에 관한 기존의 선례에 대한 재검토 과정에서 유형설을 포함한 다양한 견해를 제시한 점에서 그 의의가 적지 않다고 할 것이다. 즉 한정위헌청구의 적법성과 관련된 논의는 한정위헌결정 문제, 재판소원 문제 등과도 연관된 것으로 향후 그 논의의 폭과 깊이를 더하여야 할 부분인데 본 결정에 의하여 그 본격적 논의의 단초가 제공된 점에서 가치를 부여할 수 있을 것이다.

그리고 공무원에 의한 반인권적 범죄에도 기존의 소멸시효제도가 그대로 적용되어야 하는지 아니면 적용을 배제할 수 있는지에 관하여 본결정은 소멸시효제도 및 선례의 재검토를 통하여 위와 같은 경우에도 소멸시효규정의 적용이 합헌적임을 선언하며 그 적용배제가능성을 배척하고 있다.

방송법 제73조 제5항 등 위헌확인

- 한국방송광고공사 지상파방송광고판매대행 독점 사건 -
(헌재 2008. 11. 27. 2006헌마352, 판례집 20-2하, 367)

지 성 수*

【판시사항】

1. 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사가 아니면 지상파방송사업자에 대해 방송광고 판매대행을 할 수 없도록 규정하고 있는 구 방송법 제73조 제5항(2000. 1. 12. 법률 제6139호로 폐지·제정되고, 2007. 1. 26. 법률 제8301호로 일부 개정되기 전의 것) 및 구 방송법시행령 제59조 제3항(2000. 3. 13. 대통령령 제16751호로 폐지·제정되고, 2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정되기 전의 것, 이하 법 및 시행령 규정을 합하여 ‘이 사건 규정’이라 한다)이 방송광고판매대행업자인 청구인의 직업수행의 자유와 평등권을 침해하는지 여부(적극)

2. 이 사건 규정과 거의 유사한 내용을 담고 있는 방송법 제73조 제5항(2007. 1. 26. 법률 제8301호로 개정된 것) 및 방송법시행령 제59조 제5항(2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정된 것)도 함께 심판대상에 포함시켜 위헌여부를 판단하고 현행법령에 대해서는 계속적용을 명한 사례

【심판대상】

구 방송법 제73조(방송광고 등) ⑤ 지상파방송사업자는 한국방송광고공사 또는 대통령령이 정하는 방송광고판매대행사가 위탁하는 방송광고물 이외에

* 헌법연구관

는 방송광고를 할 수 없다. 다만, 대통령이 정하는 방송광고에 대하여는 그러하지 아니하다.

방송법 제73조(방송광고 등) ⑤ 지상파방송사업자(지상파방송사업자와 방송채널사용계약을 체결하고 그 채널을 사용하여 지상파방송을 하는 방송채널사용사업자를 포함한다)는 한국방송광고공사 또는 대통령이 정하는 방송광고판매대행사가 위탁하는 방송광고물 이외에는 방송광고를 할 수 없다. 다만, 대통령이 정하는 방송광고에 대하여는 그러하지 아니하다.

구 방송법시행령 제59조(방송광고) ③ 법 제73조 제5항 본문에서 “대통령령이 정하는 방송광고판매대행사”라 함은 방송광고판매대행을 위하여 설립된 주식회사로서 한국방송광고공사가 출자한 회사를 말한다.

방송법시행령 제59조(방송광고) ⑤ 법 제73조 제5항 본문에서 “대통령령이 정하는 방송광고판매대행사”라 함은 방송광고판매대행을 위하여 설립된 주식회사로서 한국방송광고공사가 출자한 회사를 말한다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인은 국내외 지상파 방송광고 판매대행 사업 및 국내외 CATV, 위성방송, DMB 등의 방송광고 판매대행 사업 등을 목적으로 2006. 2. 7. 설립된 주식회사로서 현재 CATV나 위성방송, DMB 등에 대하여 방송광고 판매대행 사업을 하고 있다.

그런데 구 방송법 제73조 제5항은, 지상파 방송사업자는 한국방송광고공사 또는 대통령이 정하는 방송광고 판매대행사가 위탁하는 방송광고물 이외에는 방송광고를 할 수 없도록 하고 있고, 구 방송법시행령 제59조 제3항에서는 대통령이 정하는 방송광고 판매대행사를 방송광고 판매대행을 위하여 설립된 주식회사로서 한국방송광고공사가 출자한 회사로 한정하고 있다. 따라서 한국방송광고공사의 출자 없이 설립된 청구인 회사는 위 방송법 조항과 시행령 조항에 의해 지상파방송사에는 방송광고 판매대행 사업을 할 수 없다. 이에 청구인은 위 규정들이 청구인의 직업선택의 자유와 평등권을 침해한다고 주장하며, 2006. 3. 16. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

한편, 구 방송법 제73조 제5항은 2007. 1. 26. 법률 제8301호로 개정되어 지상파방송사업자에 지상파방송사업자와 방송채널사용계약을 체결하고 그 채널을 사용하여 지상파방송을 하는 방송채널사용사업자를 포함시켰으며, 구 방송법시행령 제59조 제3항은 2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정되면서 조항의 위치를 제5항으로 옮겼다.

2. 청구인의 주장과 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 이 사건 규정은 한국방송광고공사 및 한국방송광고공사가 출자한 민영 방송광고 판매대행사에게만 지상파방송사업자에게 방송광고를 판매할 수 있도록 규정하고 있고, 한국방송광고공사는 경영상의 판단을 이유로 아직까지 민영 방송광고 판매대행사에게 출자를 하고 있지 않은바, 현재 지상파방송사업자에 대한 방송광고물 판매에 있어서는 한국방송광고공사의 독점체제가 공고히 이루어지고 있다고 할 것이므로 이는 청구인과 같은 민영 방송광고 판매대행사가 지상파방송사업자에게 방송광고물 판매대행을 하는 것 자체를 금지하는 것으로서 청구인의 직업선택의 자유를 침해함은 물론, 청구인을 한국방송광고공사 등에 비해 합리적 이유 없이 차별하는 것이다.

(2) 한편, 이 사건 구 방송법 규정은 지상파방송사업자에 대한 방송광고 판매를 대행할 수 있는 사업자를 대통령령에 위임하면서 그 대상이 되는 사업자의 기준이나 한계를 구체적으로 제시함이 없이 단순히 ‘대통령령이 정하는 방송광고 판매대행사’라고만 규정하여, 이것만 가지고는 이 사건 시행령 규정에서 위임될 내용을 전혀 예측할 수 없도록 하고 있다. 따라서 이 사건 구 방송법 규정은 위임입법의 한계를 일탈하여 포괄위임금지원칙을 위반하고 있다.

나. 문화체육관광부장관(구 문화관광부장관) 및 한국방송광고공사의 의견

(1) 이 사건 구 방송법 규정에 의하여 대통령령으로 정하여질 지상파 방송광고 판매대행사의 범위는 이 사건 규정의 입법목적 및 여러 다른 방송법

규정에 비추어 방송의 공공성을 실현할 수 있는 자 내지 그 실현에 방해를 줄 우려가 없는 자로 한정된다 할 것이므로 포괄위임금지의 원칙에 위반되지 아니한다.

(2) 청구인은 이 사건 규정으로 인하여 지상파 방송광고에 대해서는 판매대행 사업을 할 수 없으나 다른 방송광고 판매대행 사업을 하는 것에는 제한이 없다 할 것이므로 이 사건 규정은 청구인의 직업수행의 자유를 제한하는 것으로서 완화된 심사기준이 적용되어야 할 것이다.

그리고 이 사건 규정의 입법목적은 지상파 광고시장에 있어서 한국방송광고공사의 독점으로 인한 불합리성을 시정함과 아울러 방송의 공익성을 해하지 않는 범위 내에서 경쟁적인 요소를 도입하기 위한 것으로 공익적 특수법인인 한국방송광고공사가 출자하는 방송광고 판매대행사에 한하여 지상파 방송광고 판매대행을 허용하는 것은 방송의 공익성을 달성하기 위한 적절한 수단이고, 다른 수단을 통해서도 그 목적을 달성할 수 없다 할 것이며, 방송의 공익성은 청구인 개인의 직업수행의 자유보다 우월하다 할 것이므로 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 직업수행의 자유를 침해하고 있다고 볼 수 없다.

(3) 위에서 본 바와 같이 이 사건 규정이 목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익 균형성 요건을 충족하는 이상, 한국방송광고공사나 이로부터 출자를 받은 회사에 비해 순수한 민영 방송광고 판매대행사인 청구인을 차별한다고 하더라도 이는 합리적인 차별로서 청구인의 평등권을 침해하고 있다고 볼 수 없다.

【결정요지】

1. 이 사건 규정은 지상파 방송광고 판매대행 시장에 제한적 경쟁체제를 도입함과 동시에 방송의 공정성과 공익성, 그리고 다양성을 확보하기 위해 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사에게만 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 하고 있으나 아직까지 한국방송광고공사가 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 출자를 한 회사는 한 곳도 없어 여전히 한국방송광고공사의 독점체제가 유지되고 있는바, 이는 지상파 방송광고 판

매대행 시장에 제한적으로라도 경쟁체제를 도입한 것이라고 볼 수 없다.

또한 입법자는 지상파 방송광고 판매대행사업을 일정한 요건을 갖춘 업체에 한하여 허가제로 한다든지, 방송사의 출연금으로 기금을 조성하여 공공성이 높은 프로그램제작에 보조금을 지급한다든지 하는 등의 방법으로 이 사건 규정의 입법목적의 달성을 하면서도 기본권 침해의 최소화시킬 수 있으나 입법자는 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사에 대해서만 지상파 방송광고 판매대행을 허용하고 있을 뿐이다. 결국 이 사건 규정은 과잉금지 원칙을 위반하여 청구인의 직업수행의 자유를 침해하고 있다고 할 것이다.

한편, 이 사건 규정의 입법목적 달성은 지상파 방송광고 판매대행사에 공적 부분의 출자가 있었는지 등의 여부를 불문하고 실질적인 경쟁관계를 형성하면서 방송의 공공성이나 다양성 등을 제고하기 위한 실질적인 제도를 구축하고 있는지 여부에 달려 있다고 할 것인데, 이 사건 규정은 단지 지상파 방송광고 판매대행사를 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사로 한정하고 있는바, 이는 차별목적과 수단 사이에 비례성을 상실한 것으로서 청구인의 평등권을 침해하는 것이라 할 것이다.

2. 이 사건 구 방송법 규정과 구 방송법시행령 규정은 개정 이 이루어졌으나 개정된 규정들과 구 방송법령 규정 사이에는 본질적인 차이가 없으므로 위헌결정의 실효성을 담보하고, 법질서의 정합성과 소송경제를 위하여 개정된 방송법 제73조 제5항과 방송법시행령 제59조 제5항에 대해서도 이 사건 규정과 함께 위헌을 선언한다. 다만 이 사건 심판대상 규정들에 대해 단순위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우 지상파 방송광고 판매대행을 규제하는 근거 규정이 사라지게 되므로 헌법불합치결정을 하기로 하는바, 방송법 제73조 제5항과 방송법시행령 제59조 제5항은 그 위헌성이 제거될 때까지 잠정적으로 적용되어야 하고, 늦어도 2009. 12. 31.까지는 개정을 하여야 할 것이다.

재판관 이공현의 단순위헌의견

이 사건 심판대상 규정들에 대해 단순위헌 결정을 한다고 하더라도 지상파 방송광고 외의 다른 방송광고의 예에 비추어보면, 민영 방송광고 판매대

행업자의 수의 증가나 그들 상호간의 경쟁 등이 방송의 공공성, 공익성 등을 결정적으로 훼손시키고, 법치국가적 법적 안정성을 심각하게 저해하는 결과를 가져오리라고는 생각되지 아니하므로 이 사건 심판대상규정들에 대해서는 단순위헌을 선고하여야 한다.

재판관 조대현의 전부위헌의견

방송법 제73조 제5항은 지상파 방송광고 판매를 대행사에게 위탁하도록 강제하는 부분<위탁강제제도>과 지상파 방송광고 판매를 대행하는 자격을 제한하는 부분<대행제한제도>을 함께 규정하고 있는데, 다수의견은 대행제한부분만 심판대상으로 삼아 헌법에 합치되지 아니한다고 판단하고 있지만, 위탁강제부분도 대행제한부분과 함께 청구인의 기본권을 침해하므로 이 모두에 대해 판단하고 모두에 대해 전부위헌을 선언하여야 한다.

재판관 이동흡의 일부각하, 일부위헌의견

구 방송법 제73조 제5항은 지상파 방송광고 판매대행사의 허용범위를 한국방송광고공사 또는 대통령령이 정하는 방송광고판매대행사로 규정하고 있을 뿐이므로, 법률조항 자체는 방송광고 판매대행업자인 청구인에 대하여 직접 어떠한 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈도 가져오지 않는다. 따라서 이 부분 심판청구는 직접성 요건이 결여되어 부적법하다.

한편, 구 방송법시행령 제59조 제3항은 한국방송광고공사의 경쟁업체를 한국방송광고공사가 출자한 회사로 규정함으로써 여전히 지상파 방송광고 판매대행에 있어 한국방송광고공사의 독점체제가 유지되도록 하고 있는바, 이는 헌법에 합치되지 아니한다.

【해 설】

1. 지상파 방송광고판매대행제도와 방송광고제도

가. 지상파 방송광고 판매제도의 변화

지상파 방송광고의 판매에 있어 1970년대에는 방송사들이 광고주들을 상대로 직접 영업을 할 수 있었다. 그런데 1980년 12월 31일 언론통폐합 조치

의 일환으로 ‘한국방송광고공사법’이 제정되었고, 동 법 제15조에서는 “국내 각 방송국은 공사가 대행 위탁하는 방송광고물 외에는 광고방송을 할 수 없다. 다만, 대통령이 정하는 광고방송에 대하여는 그러하지 아니하다.” 라고 규정하여 한국방송광고공사만이 독점적으로 지상파 방송광고물 판매대행을 할 수 있도록 하였다.

한편, 위와 같은 한국방송광고공사의 지상파 방송광고 판매대행에 대한 독점체제와 관련하여 끊임없이 비판이 제기되자, 2000. 1. 국회는 방송법을 개정하여 제73조 제5항에서 ‘지상파방송사업자는 한국방송광고공사 또는 대통령이 정하는 방송광고 판매대행사가 위탁하는 방송광고물 이외에는 방송광고를 할 수 없다’는 규정을 두어 지상파 방송광고 판매대행 시장에 복수 경쟁체제의 도입을 위한 기초를 마련하였고, 한국방송광고공사 독점의 근거가 되었던 한국방송광고공사법 제15조를 삭제하였다. 그리고 위와 같은 방송법 개정 이후 방송법시행령 제59조 제3항은, ‘법 제73조 제5항 본문에서 “대통령령이 정하는 방송광고 판매대행사”라 함은 방송광고 판매대행을 위하여 설립된 주식회사로서 한국방송광고공사가 출자한 회사를 말한다’는 규정을 두어 지상파 방송광고 판매대행 시장에 복수 경쟁체제의 가능성을 열어놓았다. 그러나 한국방송광고공사는 경영상의 판단을 이유로 민영회사에 대한 출자를 하지 않아 현재에도 한국방송광고공사만이 유일하게 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있을 뿐이며, 지상파 방송광고 판매대행 시장에서의 제한적 경쟁체제는 여전히 이루어지지 않고 있다.

나. 지상파방송광고의 특성과 규제의 필요성

방송광고도 판매자와 구매자 사이에 거래되는 사적 재화이다. 그러나 시장에서 유통되는 일반적인 사적 재화들과는 다른 특성을 지닌다. 방송광고는 그 수명이 한시적이라서 방영시간이 지나면 제품의 가치가 소멸하기 때문에 어떤 가격에라도 팔아야 하고, 공급량이 상당히 제한된 상품이라서 광고물량이 증가하더라도 방송광고시간을 늘릴 수 없으며, 요금의 상승이나 하락에도 그 수요가 거의 영향을 받지 않는다. 상품으로서의 위와 같은 특성으로 인해 방송광고는 시장적 접근에 있어 상당히 유리한 위치를 점하고 있다.

그런데 방송광고는 시장적 접근을 배제하고 정부개입 내지 규제를 정당화하는 특성도 지니고 있다. 그것은 바로 방송광고를 거래하는 매개 수단인 방송의 공공재적 성격 때문이다. 방송전파는 무한정 생산되는 생산재가 아니라 전 국민이 공유하는 한정된 자원이기 때문에 방송전파에 의존하는 방송에는 공공성과 공익성이 요구되고, 방송의 주요 재원 역할을 하는 방송광고 역시 방송전파에 의존하여야 한다는 점에서 방송과 같이 공공성과 공익성이 요구된다.

방송의 위와 같은 공공재적 성격 때문에 방송광고는 다른 언론매체와는 달리 전통적으로 엄격한 법적 규제를 받아 왔다. 음성과 영상을 통하여 이루어지는 방송매체는 동시적이며, 누구나 쉽게 접근할 수 있어서 통제하기가 어려울 뿐만 아니라 방송영상의 구성, 기법, 시간배정 또는 내용배정에 따라서는 대중 조작도 가능하다는 이유로 다른 미디어들보다도 공공성, 공익성이 더 강조되어 왔고, 이러한 방송의 공공성, 공익성은 방송광고를 통제하고 규제하는 이유가 되어 왔다.

다. 방송광고와 미디어랩 제도

미디어랩은 매체사를 대신하여 광고주나 광고회사에 광고시간이나 지면을 대신 판매해주고, 매체사로부터 판매대행 수수료를 받는 회사를 의미하는 것으로, 매체를 뜻하는 미디어(Media)와 대표자를 뜻하는 레프리젠티티브(Representative)의 합성어이다.

그런데 방송광고 판매와 관련하여 당사자간의 직거래를 제한하고 위와 같은 미디어랩을 통해서만 이를 할 수 있도록 하는 이유는 방송사가 광고를 유치하기 위해 광고주에게 압력을 행사하거나, 반대로 자본가인 광고주가 광고를 빌미로 방송사에게 영향을 끼치는 것을 막기 위해서이다. 만약 방송광고물을 놓고 방송사와 광고주간에 직거래를 하게 된다면, 방송사와 광고주 사이에 세력 균형이 맞지 않는 경우 공정한 거래를 하기 어렵게 될 것이다. 예컨대 상대적으로 자본력이 부족한 중소 광고주의 경우는 방송사의 여러 가지 횡포를 그대로 수용할 수밖에 없으며, 광고주가 자본력이 막강한 경우에는 방송사가 그 광고주에 의해 좌우되어 광고주의 이익을 대변하는 방송

사로 전락될 위험에 처하게 될 것이다.

한편, 방송사가 미디어랩을 이용하게 되면, 방송의 편성 및 제작을 광고영업과 분리시켜 전문화, 효율화를 꾀함으로써 방송경영의 합리화와 수익성을 제고할 수 있고, 광고주의 입장에서 미디어랩이 시청률 조사 등의 분석 자료를 통해 광고주들에게 적합한 방송광고를 제시해 주고, 사후 광고효과 분석과 같은 방송광고에 관련된 제반 서비스를 제공해 주므로 자신의 조건에 맞는 최적의 프로그램을 찾아 원하는 목적을 달성할 수 있게 된다. 이러한 이유로 대부분의 국가에서는 미디어랩을 통해 방송광고의 판매와 구매를 하도록 하고 있다.

라. 공영미디어랩으로서 한국방송광고공사의 역할

한국방송광고공사는 1980년 언론통폐합 과정에서 제정된 ‘한국방송광고공사법’에 의거하여 설립되었다. 언론통폐합을 통해 공영과 민영이 혼재하던 방송체제가 공영방송 단일체제로 전환되었고, 이 과정에서 공영방송제도 도입의 정당성을 뒷받침하기 위해 한국방송광고공사를 설립하였는데, 영리를 배제하고 공익을 추구해야 하는 공영방송은 광고영업을 할 수 없다는 이유에서 방송사의 광고영업기능을 대행하는 기구로 한국방송광고공사를 설립한 것이다.

한국방송광고공사는 공공에 봉사하는 방송광고질서를 정립하고 국민의 건전한 문화생활과 방송문화의 발전 및 방송광고진흥에 이바지함을 목적으로 하며, 그 기능은 공영미디어랩으로서 방송의 제작·편성과 광고영업분리정책의 실효성 있는 수행을 통한 공영방송의 공익성과 공공성을 보장하고, 공영방송과 특수방송의 성장과 유지에 필요한 재원의 안정성을 도모하며, 공적 인프라로서 방송광고 요금을 조정하는 것이다.

그런데 한국방송광고공사는 위에서 본 것처럼 강제적인 언론통폐합 과정에서 설립되었다는 점과 지상파 방송광고 요금 규제 및 끼워 팔기 등으로 방송광고 시장에 심각한 비효율을 초래하고 있다는 점, 그리고 정부의 규제 보호막 속에서 경쟁에 노출되지 않아 국내는 물론 국제적인 광고 산업의 경쟁력을 저하시키고 있다는 점에서 그 존립의 정당성에 관하여 끊임없이 비

판을 받아 왔다.

마. 각국의 방송광고 판매제도¹⁾

(1) 미국

미국은 방송 및 방송광고 시장이 완전경쟁체제로 운영된다. 텔레비전 방송국이 1,538개이며, 이 중 상업방송국이 1,177개이고, 비상업방송국이 361개로 추정된다. 공영방송의 경우 1967년 설립된 공영방송법인(CPB)과 공영텔레비전 방송망(PBS) 기준으로 광고는 불가능하였으나, 1984년 이후 프로그램 사이에 2분 30초 범위 내에서 30초 이내의 제품 광고를 부분적으로 허용하고 있다. 그러나 공영 방송의 대부분의 재원은 우리와는²⁾ 달리 시청자들로부터의 모금, 기업협찬, 시설대여 등으로 조달하고 있다.

상업방송의 경우 방송광고 판매수단은 네트워크 광고(Network Advertising), 전국 스포트 광고(National Spot Advertising), 지역광고(Local Advertising)로 나뉜다. 네트워크 광고의 경우 네트워크가 제공하는 프로그램과 함께 방송되는 광고로 200개 이상의 방송국을 통해 동시 광고방송을 실시하며, 광고판매는 네트워크 자체 광고영업 조직에 의해 판매를 하고 있고, 전국 스포트 광고는 전국에 산재한 독립 방송국들이 광고 시간이나 네트워크에 의해 네트워크 계열 방송국에 주어지는 스포트 광역지역을 대상으로 행하는 광고로 미디어랩³⁾에 의해 판매된다. 지역광고는 특정지역 방송국의 가시청권역만을 대상으로 하는 광고로 방송국이 독자적으로 영업활동을 하거나 지역의 미디어랩을 이용하기도 한다.

(2) 일본

일본의 경우 순수한 의미의 미디어랩은 존재하지 않지만, 대형광고회사들

1) 김봉철, 이용성, 이귀옥, 우리나라 방송광고제도 개선방안에 관한 연구, 한국방송광고공사, 2004. 93-99면.

2) 우리의 경우 KBS의 수입구성비에서 광고비 및 협찬이 차지하는 비중은 2002년 기준으로 54.8%(50.1%+4.7%)에 달하고, 공영방송인 MBC는 소유권의 공영성 이외에는 수입성이 100%라는 구조를 가지고 있다. 방송위원회, '2006 방송광고실태조사보고서' 513면

3) media representative, 방송광고판매대행사라고 번역됨. 뒤에서 자세히 봄.

이 미디어랩의 기능을 수행하고 있다고 볼 수 있다. 방송광고 판매는 방송사가 직접 하고 있으나, 실제적으로는 일본 특유의 시스템인 광고회사가 판매 및 구매미디어랩 기능을 동시에 수행하고 있다. 그러므로 우리나라의 한국방송광고공사나 민영방송광고판매대행사와 같은 방송광고판매대행자는 존재하지 않는다.

(3) 독일

(가) 독일의 TV 방송산업 구조

독일의 방송은 전국 대상의 지방분권식 ARD, 중앙집중식 ZDF 두 개의 공영방송과 RTL, SAT1 등 8개의 상업방송이 있으며, 공영방송은 수신료와 광고를 재원으로 하고, 상업방송은 100% 광고로 운영되고 있다. 다만 공영방송의 경우 수신료를 받는 대신 법적 광고 허용량이 하루 최고 20분 정도로 제한되며, 밤 10시 이후에는 광고가 허용되지 않는다.

(나) 방송광고판매제도 현황

ARD, ZDF 두 공영방송과 SAT1 등 일부 상업방송은 방송사가 직접 광고 판매를 하고 있으며, 기타 상업방송은 IP와 MGM이라는 민영 미디어랩에서 판매를 대행하고 있다. 독일의 TV 광고시장은 계속 성장하는 추세이나, 이는 상업방송에만 해당하는 것으로 실제로 최근 10년간 공영방송의 광고수입은 격감하고 있다.

(4) 네덜란드

네덜란드 방송은 공중파인 공영방송과 케이블 TV인 민영방송, 외국방송으로 구별할 수 있다. 3개의 방송채널을 여러 방송사가 시간을 할당받아 공동으로 사용하고 있다는 점이 네덜란드 공영방송의 특징이며, 네덜란드에서 채널은 단지 방송 프로그램이 전송되는 통로에 불과하다. 네덜란드의 방송사로는 국가 공영방송사인 NOS, NPS와 민간 공영방송사인 VOO, AVRO, KRO, TROS, NCRV, VPRO, EO, VARA 등이 있다. 공영방송은 다른 나라와 달리 편성권만 가지고 있으며, 제작은 10여개사의 각 Pillar(종교나 이념이 같은 집단)⁴⁾로 구성된 프로덕션에서, 송출과 광고판매는 국가기관인

STER⁵⁾에서 맡고 있다. 민영방송은 CATV로만 허가를 받을 수 있으며, 외국 방송은 위성방송을 일컫는다.

(5) 영국

(가) 영국의 방송산업구조

영국에는 BBC와 Ch4, Ch5, S4C 네 개의 공영방송과 민영방송으로 ITV(Independent Television, 16개사로 구성된 지역 민영방송)가 있다. BBC의 TV채널은 3개로 이 중 BBC1과 BBC2는 광고 없이 시청료로만 운영되고, 위성채널인 BBC World Wide는 광고료만 운영된다. Ch4와 Ch5는 BBC와 같은 공영방송이지만 시청료가 아닌 광고로 운영되고 있으며, 공공의 소유형태를 띄고 있다. S4C는 광고로 운영되나 시청료도 받고 있으며, 지역중심의 영국의 민영방송인 1TV는 모두 광고로 운영되고 있다.

(나) 영국의 광고판매제도

공영방송에 대한 매출액 규제나 민영방송과 차별화된 광고시간 제한은 없다. 공영방송 중 Ch4와 Ch5는 회사 내 부서에서 직접 광고영업을 하고 있으며, S4C와 BBC World wide는 민영 미디어랩에서 광고판매를 의뢰하고 있다. 그 외의 지역중심의 민영방송은 개인이 운영하는 사기업인 미디어랩에서 광고영업을 대행하고 있다.

(6) 이탈리아

(가) 이탈리아의 방송산업구조

이탈리아의 TV방송은 공영방송과 상업방송으로 구분된다. Rai 1·Rai 2·Rai 3 공영방송은 수신료(58%), 광고료(32%), 국가보조(10%)로 운영되며

4) 필라는 네덜란드의 특징적인 사회현상으로 종교·이념 등이 같은 사람들의 계층을 의미하는 용어이다. 특정 필라에 속한 사람들은 모든 문제를 같은 소속의 필라 내에서만 해결한다. 예를 들어 카톨릭계의 필라에 속한 사람은 교육도 카톨릭 계 학교에서, 쇼핑도 카톨릭계의 상점에서만 하며, 신문이나 방송도 소속 필라의 사람들을 대상으로 발행되고 방송되었다.

5) STER(라디오 및 텔레비전 광고재단)는 공영방송에 의해 편성된 프로그램을 송출하고 광고판매를 전담하는 국가기관으로서 방송광고의 수입을 국가에 귀속시켰다가 운영비를 배정 받는 시스템을 가지고 있다.

Fininvest 그룹의 Canale 5 · Italia 1 · Rete 4를 비롯한 전국 상업방송 그리고 각 지역의 상업방송은 광고료로만 운영된다.

(나) 이탈리아의 광고 판매제도

공영방송(Rai)의 광고 판매는 Rai 방송사의 자회사인 SIPRA에서 대행하고 있으며, 민영방송은 각각의 자회사 형태인 민영미디어랩에서 대행하고 있다.

(7) 프랑스

(가) 프랑스의 방송산업구조

프랑스의 공영방송은 지주회사인 France Télévision 산하에 있는 F2(France 2), F3(France 3), La cinquieme(F5) 및 독일과 공동의 공영방송인 ARTE 등 4개 사가 있다. 그리고 상업방송으로는 TF1, M6, Canal+등이 있으며, 공영방송 중 F5와 ARTE는 동일한 5채널에서 시간대를 나누어 방송하고 있다. 공영방송인 F2, F3, F5는 수신료와 광고를 수입원으로 하고 있으며, 상업방송인 TF1, M6, Canal+ 등은 광고를 주 수입원으로 하고 있다.

(나) 프랑스의 방송광고판매제도

프랑스의 공영방송 광고판매는 공영미디어랩인 FTP(France Télévision Publicité)에서 전담하고 있다. FTP는 France Télévision이 100% 투자한 자회사로 France Télévision에 소속된 공영방송이 모두 국가의 통제를 받는 것처럼 FTP도 국가의 통제 하에 있다. 상업방송인 TF1⁶⁾은 자회사의 형태인 미디어랩인 TF1 Publicité에서 광고 판매를 담당하고 있다. 그 외 M6는 M6 Publicité에서 Canal+는 Canal Regie에서 광고판매를 담당하고 있다.

6) TF1 Publicité는 RFP(프랑스방송광고공사)의 자회사로 출범하여 공영으로 유지되다가 1987년 RFP가 폐지되면서 민영화되었다. RFP는 1969년에 설립된 공영 미디어랩이다. 프랑스방송광고공사의 독점적인 영업이 문제되자 1974년 RFP를 지주회사로 하고 공영방송사와 공동 출자하여 3개의 미디어랩이 신설되었다. 그 후 1982년 방송커뮤니케이션 자유화 원칙이 선언되면서 신설 민영방송이 RFP와 공동 미디어랩을 거부하고 독자적인 민영 미디어랩을 설립하게 되었다. 그 후 1987년 커뮤니케이션 자유화를 위한 국가 위원회가 설립되면서 미디어랩의 독점시대가 마감되었다.

(8) 소결

위에서 살펴 본 여러 국가들 중 일본은 아직까지 미디어랩 제도를 도입하지 않고 광고대행사가 광고를 제작하여 판매까지 위탁하는 체제를 유지하고 있다. 미국의 경우는 완전경쟁체제이고, 유럽의 경우에는 대부분 공·민영 미디어랩 체제를 유지하고 있으나, 네덜란드는 공영미디어랩 독주체제를 운영하고 있다.

2. 텔레비전방송광고판매대행 제한의 위헌성

헌법재판소는 재판관 8(헌법불합치 6, 단순위헌 2) : 1(일부 각하, 일부 헌법불합치)의 의견으로 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 방송광고 판매대행사에 대해서만 지상파방송광고판매대행을 할 수 있도록 규정하고 있는 구 방송법 제73조 제5항, 구 방송법시행령 제59조 제3항, 방송법 제73조 제5항, 방송법시행령 제59조 제5항에 대해 청구인의 직업수행의 자유와 평등권을 침해한다는 이유로 헌법불합치결정을 선고하였다. 아래에서는 이 사건 결정의 적법요건 부분에서 문제될 수 있는 부분과 분안 부분의 의견들에 대해 살펴본다.

가. 이 사건 규정의 직접성 충족 여부

법령이 헌법소원의 심판대상이 될 수 있으려면, 이것이 직접 청구인의 기본권을 침해하여야 하는바, 기본권침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻한다.⁷⁾ 따라서 법령이 그 규정의 구체화를 위하여 하위규범의 시행을 예정하고 있는 경우에도 당해 법률의 직접성은 원칙적으로 부인된다.

다만, 어떤 법률 규정이 하위 법령에 그 규정의 구체화를 위하여 내용의 일부를 위임하고 있는 경우라 하더라도 수권 조항과 시행령 조항이 서로 불가분의 관계를 이루면서 전체적으로 하나의 규율 내용을 형성하고 있고, 수

7) 헌재 1998. 11. 26. 96헌마55등, 판례집 10-2, 756, 762; 헌재 2005. 5. 26. 2002헌마 356, 공보 105, 696, 700 등 참조

권 조항과 시행령 조항을 서로 분리하여서는 규율 내용의 전체를 파악하기 어려운 경우에는 수권 조항과 시행령 조항 모두에 대해 불가분의 일체로서 기본권 침해의 직접성을 인정할 수 있다.⁸⁾

이 사건 규정과 관련하여 다수의견은 이 사건 규정인 구 방송법 제73조 제5항은, 지상파방송사업자는 한국방송광고공사 또는 대통령령이 정하는 방송광고 판매대행사가 위탁하는 방송광고물 이외에는 방송광고를 할 수 없다고 규정하고, 구 방송법시행령 제59조 제3항은, 법 제73조 제5항 본문에서 “대통령령이 정하는 방송광고 판매대행사”라 함은 방송광고 판매대행을 위하여 설립된 주식회사로서 한국방송광고공사가 출자한 회사를 말한다고 규정하고 있는바, 이들 규정에 의하면 한국방송광고공사가 아니거나 한국방송광고공사로부터 출자를 받은 방송광고 판매대행사가 아니면 지상파 방송광고 판매대행업을 할 수 없으므로 위 구 방송법 조항과 구 방송법시행령 조항은 지상파 방송광고 판매대행 시장 형태와 관련하여 서로 불가분적으로 결합되어 전체로서 하나의 규범 체계를 형성하고 있음은 물론, 그 자체에서 일반 민영 방송광고판매대행사의 지상파 방송광고 판매대행업을 제한하고 있으므로 기본권 침해의 직접성이 인정된다고 하였다.

이에 반해 재판관 이동흡의 반대의견에서는 이 사건 구 방송법 규정과 구 방송법시행령 규정은 불가분적으로 결합하여 일체를 이루는 것이 아니라 각기 분리 가능한 독자적인 의미를 지니고 있고, 그 위헌성 심사의 범위나 내용에도 차이가 있으므로 당연히 이를 구분하여 심사하여야 하고, 그 결과 법률조항은 기본권침해의 직접성을 인정할 수 없으므로 각하하여야 하고, 시행령조항은 독자적인 위헌성 심사를 거쳐 헌법불합치 선언을 하여야 한다고 하였다.

즉, 구 방송법시행령 제59조 제3항은 한국방송광고공사의 경쟁업체를 한국방송광고공사가 출자한 회사로 규정함으로써 여전히 한국방송광고공사의 독점체제를 유지한 것에 불과하다고 볼 여지가 있지만, 구 방송법 제73조 제5항은 지상파 방송광고 판매대행시장에서 복수경쟁체제를 도입한 법률에 해

8) 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 625; 헌재 2008. 6. 26. 2005헌마506, 공보 141, 911, 913 등 참조

당하는 것이므로, 위 법률조항과 시행령조항은 각기 독자적인 의미를 지니고 있어 서로 구분되어 위헌성 심사가 이루어져야 할 것인바, 법률조항은 지상파 방송광고 판매대행사의 허용범위를 한국방송광고공사 또는 대통령령이 정하는 방송광고판매대행사로 규정하고 있을 뿐이므로, 하위규범인 대통령령에 의하지 아니하고 법률조항 자체에서는 방송광고 판매대행업자인에 대해 직접적으로 어떠한 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈도 예정하고 있지 아니하여 기본권침해의 직접성 요건을 결여하고 있다고 할 것이고, 다만 시행령조항은 지상파방송광고 판매대행사를 한국방송광고공사와 한국방송광고공사가 출자한 회사로 한정함으로써 청구인을 판매대행사의 범위에서 배제하고 있으므로 기본권 침해의 직접성이 인정된다는 것이다.

가 의견에서는 방송법 규정과 시행령 규정의 밀접불가분성을 부인하여 법률에 대해서는 직접성을 부정함으로써 그 효력을 유지시키고자 한 것으로 보인다.

나. 이 사건 규정의 위헌성 여부

(1) 문제되는 기본권과 심사기준

(가) 청구인은 이 사건 규정으로 침해받는 기본권이 직업선택의 자유라고 주장하였다.

그런데 이 사건 규정은 단순히 민영 방송광고판매대행업자가 방송광고 판매대행업을 하는 것 자체를 금지하는 것이 아니라 다른 매체에 대한 광고판매대행업은 허용하면서, 다만 지상파방송사업자에 대해서만 이를 금지하는 것이므로 이는 직업선택의 자유가 아닌 직업수행의 자유를 제한하는 것이라고 볼 수 있다. 이에 헌법재판소는 이 사건 규정에 의해 제한되는 기본권을 직업수행의 자유로 보았다. 직업선택의 자유인가 혹은 직업수행의 자유인가의 문제가 중요한 이유는 일반적으로 그 제하에 대한 위헌성을 심사함에 있어 선택의 자유를 보다 엄격하게 심사하기 때문이다. 처음부터 진입장벽을 치는 것과 선택을 전제로 하여 일정한 영역에 대한 수행을 제한하는 것은 많은 차이가 있는 것이다.

다만 이 사건에서 헌법재판소는 이 사건 규정이 제한하는 기본권을 직업

수행의 자유로 보면서도 심사 강도는 엄격한 기준을 적용하고 있다. 이 사건 규정으로 인한 직업수행의 자유는 명목은 수행의 자유 제한이지만 그 실질을 들여다보면 직업선택의 자유를 제한하는 것과 별반 다르지 않다는 판단이다. 지상파 방송광고가 방송광고의 대부분을 차지하는 현실에서 이를 금지하는 것은 직업수행의 자유를 유명무실하게 할 우려가 있으므로 이와 같이 직업수행의 자유에 대한 제한이지만 그 실질이 직업수행의 자유를 형해화시키는 경우에는 그것이 직업수행의 자유에 대한 제한이라고 하더라도 엄격한 심사기준이 적용된다는 것이다.

(나) 한편, 이 사건 규정은 한국방송광고공사나 이로부터 출자를 받은 민영 방송광고 판매대행 사업자가 아니면 지상파 방송사업자에 방송광고 판매대행을 할 수 없도록 함으로써 일반 민영 방송광고 판매대행 사업자를 차별하는 문제를 야기시킨다. 이 경우에도 심사 강도가 문제되는데, 헌법재판소는 이러한 차별로 인해 일반 민영 방송광고 판매대행사업자는 직업수행의 자유에 있어 중대한 제한을 받게 되므로 평등권 위반 여부에 대한 심사라 하더라도 엄격한 비례심사가 적용된다고 하였다. 일반적으로 평등권 위반 여부 심사에서 합리성 심사가 이루어지는 것과는 다른 모습이다.

(2) 다수의견(헌법불합치의견)

(가) 다수의견은 이 사건 규정은 지상파 방송광고 판매대행 시장에 제한적 경쟁체제를 도입함과 동시에 방송의 공정성과 공익성, 그리고 다양성을 확보하기 위해 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사에게만 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 하고 있으나, 한국방송광고공사가 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 출자를 한 회사는 한 곳도 없어 여전히 한국방송광고공사의 독점체제를 유지시키고 있는 것은 지상파 방송광고 판매대행 시장에 제한적으로라도 경쟁체제를 도입한 것이라고 볼 수 없고, 지상파 방송광고 판매대행사업을 일정한 요건을 갖춘 업체에 한하여 허가제로 한다든지, 방송사의 출연금으로 기금을 조성하여 공공성이 높은 프로그램제작에 보조금을 지급한다든지 하는 등의 방법으로도 위와 같은 이 사건 규정의 입법목적을 달성하면서 기본권 침해를 최소화시킬 수 있으나, 입

법자는 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사에 대해서만 지상파 방송광고 판매대행을 허용하고 있으므로 이는 최소침해성 요건을 위반하고 있고, 법익균형성 측면에서도 보더라도 이 사건 규정을 통해 보호하려는 공익 자체는 중요한 공익이지만, 그 선택된 수단이 그러한 공익 달성에 기여하지 못하고 중대한 기본권의 침해만 야기하고 있는바, 이와 같은 기본권 침해는 보호하려는 공익의 크기를 불문하고 정당화될 수 없어 그 자체로 법익균형성을 상실하는 것이라 하였다.

(나) 한편, 평등권 침해 여부와 관련해서도 다수의견은 이 사건 규정의 입법목적은 지상파 방송광고 판매대행과 관련하여 제한적 경쟁체제를 도입하면서도 방송의 공공성 내지 공익성, 다양성을 담보하기 위한 것인데, 이러한 입법목적 달성은 지상파방송광고판매대행자가 한국방송광고공사 또는 이로부터 출자를 받은 자인지, 공영인지 민영인지 등을 불문하고 실질적인 경쟁관계를 형성할 수 있는 복수의 광고판매 대행사가 존재하는지, 공공성이나 다양성 등을 제고하기 위한 실질적인 제도를 구축하고 있는지 여부에 달려 있음에도 불구하고 이 사건 규정은 민영 방송광고 판매대행사는 사적 이익만을 위해 설립된 회사라고 단정하고 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사에만 지상파방송사업자에 대한 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 하고 있는바, 이는 차별목적과 수단 사이에 비례성을 상실한 것이라 하면서 이 사건 규정이 청구인의 평등권을 침해한다고 보았다.

(다) 이처럼 다수의견은 아무리 목적이 정당하다고 하더라도 그 목적 달성에 필요한 한도를 넘는 과도한 기본권 제한을 설정하는 것은 기본권 보장 정신에 어긋나는 것으로서 헌법상 용인될 수 없다는 점을 확실히 하고 있다.

(3) 단순위헌의견

가 의견에서는 지상파방송광고 판매대행제도만이 아니라 위탁강제제도 역시 위헌이라고 판단하고 있다. 즉, 구 방송법 제73조 제5항은 지상파 방송광고 판매를 대행자에게 위탁하도록 강제하는 부분<위탁강제제도>과 지상파 방송광고 판매를 대행하는 자격을 제한하는 부분<대행제한제도>을 함께 규정하고 있는데, 위탁강제부분도 대행제한부분과 함께 청구인의 기본권을 침

해한다는 것이다.

먼저 구 방송법 제73조 제5항 본문의 내용 중 위탁강제부분은 지상파방송사업자가 방송광고주나 방송광고대행사와 직접 방송광고계약을 체결하는 것을 금지하고 지상파 방송광고를 반드시 특정 대행사에게 위탁하여 수주하도록 강제한다. 이로 인하여 지상파방송사업자는 자신이 방송할 광고물을 스스로 주문 받지 못하고 특정의 방송광고대행사에게 위탁하여 수주하여야 하며, 방송광고의 내용(심사)·시간·방법·요금 등도 방송광고대행사의 결정에 맡기게 된다. 이는 지상파방송사업에 필요한 주요 수입원을 특정의 방송광고대행사에게 전부 맡기는 것이어서 지상파방송사업의 자주적 생존과 자율성을 치명적으로 침해하는 것이므로 위탁강제제도는 지상파방송사업의 자유(직업수행의 자유와 언론의 자유)를 중대하게 침해한다고 본다.

한편, 이 사건 규정은 지상파 방송광고를 하고자 하는 방송광고주나 그 대행사로 하여금 방송광고의 내용을 지상파방송사업자와 직접 협의하여 결정하지 못하고 지상파 방송광고의 판매를 대행하는 대행사와 협의하여 방송광고계약을 체결하게 하여 방송광고주와 그 대행사의 계약체결의 자유도 제한한다고 본다.

그런데 대행제한제도는 지상파방송사업자가 방송광고를 직접 판매하지 못하고 반드시 대행사에게 위탁하여 판매하도록 강제하는 위탁강제제도를 토대로 하여 존립하면서 위탁강제제도와 힘을 합쳐서 일반 방송광고대행사의 직업수행의 자유를 제한하므로 대행제한제도와 대행강제제도를 합쳐서 함께 심판하여야 하고, 대행제한부분과 위탁강제부분을 포함하여 전부 헌법에 위반된다고 선언하여야 한다는 것이다. 그리고 구 방송법 규정이 위와 같이 전부 위헌인 이상, 그 시행령 규정의 위헌 여부는 더 나아가 따져볼 필요도 없다고 하였다.

다른 의견들이 위탁강제제도는 합헌임을 전제로 하여 판매대행제도만을 문제 삼고 있는 것과는 달리 이 의견은 방송광고 판매제도의 보다 근본적인 문제는 위탁강제제도에서 발생한다는 점을 지적하고 있다.

(4) 일부 각하, 일부 헌법불합치의견

가 의견에서는 문제된 방송법령 규정들 중 구 방송법 규정은 기본권 침해의 직접성이 없어 문제가 안되고, 오히려 구 방송법시행령 제59조 제3항이 한국방송광고공사의 경쟁업체를 한국방송광고공사가 출자한 회사로 규정함으로써 여전히 지상파 방송광고 판매대행에 있어 한국방송광고공사의 독점체제가 유지되도록 하고 있으므로 위 시행령 규정만이 직업수행의 자유와 평등권을 침해하는 것으로 보고 있다. 단순위헌의견이 구 방송법 규정을 더 근본적인 문제라고 보고 시행령 규정은 더 나아가 판단할 필요가 없다고 판단한 것과는 정반대의 결론이다.

다. 심판대상 확장 및 헌법불합치 결정과 잠정적용 명령

(1) 한편, 이 사건에서 헌법재판소는 구 방송법 규정과 구 방송법시행령 규정은 개정이 이루어졌으나 개정된 규정들과 구 방송법령 규정 사이에는 본질적인 차이가 없으므로 위헌결정의 실효성을 담보하고, 법질서의 정합성과 소송경제를 위한다는 이유로 개정된 방송법 제73조 제5항과 방송법시행령 제59조 제5항에 대해서도 심판 범위를 확장하여 함께 위헌을 선언하였다. 그리고 그 주문 형태와 관련해서는 단순위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우 지상파 방송광고 판매대행을 규제하는 근거 규정이 사라지게 된다는 이유로 헌법불합치결정 주문을 선택하였고, 개정된 방송법 제73조 제5항과 방송법시행령 제59조 제5항에 대해 그 위헌성이 제거될 때까지 잠정적용할 것과 늦어도 2009. 12. 31.까지는 개정할 것을 명하였다.

(2) 이러한 주문형식과 관련하여 재판관 이공현은 위 방송법령 규정들에 대해 단순위헌 결정을 한다고 하더라도 지상파 방송광고 외의 다른 방송광고의 예에 비추어보면, 민영 방송광고 판매대행업자의 수의 증가나 그들 상호간의 경쟁 등이 방송의 공공성, 공익성 등을 결정적으로 훼손시키고, 법치국가적 법적 안정성을 심각하게 저해하는 결과를 가져오리라고는 생각되지 아니한다는 이유로 단순위헌을 선고하여야 한다는 입장을 밝혔고, 재판관 조대현은 다수의견인 헌법불합치의견에 대해 특별한 의견을 붙이지 않은 채 단순위헌 결정 주문 의견을 냈고, 재판관 이동흡은 법률 규정에 대해서는 각하 주문을, 시행령 규정에 대해서만 헌법불합치 주문의 의견을 밝혔다. 헌법

재판소는 위와 같은 주문에 대한 의견분포를 토대로 문제된 방송법령 규정들에 대해 헌법불합치 주문과 함께 적용 계속, 입법개선 명령 주문을 선고하였다.

3. 이 결정의 의의

세계 무역기구의 제4차 다자간 무역협상인 도하 개발 어젠다(Doha Development Agenda ; DDA)⁹⁾의 우리 정부 양허안과 한미 자유무역협정(FTA)의 체결로 인하여 방송광고판매시장은 이미 개방된 것이나 마찬가지로이다.¹⁰⁾ 그럼에도 불구하고 우리가 여전히 지상파방송광고판매에 있어 한국방송광고공사의 독점체제를 유지한다면 한미 자유무역협정 제11장 제2절의 ISD(Investor-State Dispute ; 투자자-국가간 분쟁-투자자의 기존투자나 기대이익을 침해할 경우 투자자가 상대국 정부를 대상으로 세계무역기구 분쟁패널에 제소를 하여 배상을 받을 수 있도록 하는 제도)를 불러올 가능성이 높다.¹¹⁾

헌법재판소는 이 사건 결정을 통해 방송광고판매시장의 독점체제의 막을 내리게 했다. 이 사건 결정으로 한국방송광고공사의 지상파방송광고판매대행 독점체제는 길어야 2009. 12. 31.로 막을 내리게 된다. 방송광고 시장이

9) 2001년 11월 카타르 수도 도하에서 열린 제4차 세계무역기구(WTO) 각료회의 결정에 따라 출범한 제9차 다자간 무역협상을 이른다. WTO 출범 이후에 열린 첫번째 다자간 무역협상이며, 개발도상국의 요청으로 <개발>에 중점을 두자는 뜻에서 <Round> 대신에 <Development>가 포함되었다.

10) 한미 FTA 협상타결로 한국방송광고공사는 '시장왜곡방지의무'를 부여받게 되었다.

11) 이와 관련하여 2007. 6. 법무부 국제법무과는 KOBACO 관련 질의 답변에서 현행 방송법 제73조가 한미 FTA 협정문 11장 제2절의 중재청구원인이 될 수 있다고 판단하였다. 그러나 이에 대해서는 현재 우리나라가 FTA를 3개국과 체결하고 있지만 방송광고와 관련하여 제소가 한 번도 이루어지지 않았다는 점을 들어 ISD 위반 제소가 이루어지기 힘들다고 보는 견해와 한미 FTA 협정문 제11장 28조에 의하면 이미 투자를 진행하지 않은 상황에서 기대이익과 같은 사안은 ISD의 중재 제기 요건에 해당하지 않으며 협정 제11장 제3조와 제4조(내국민 대우, 최혜국 대우)에 언급된 내용을 통해 볼 때 한국방송광고공사는 모든 대상에게 제한적 역할을 하기 때문에 당사국과 비당사국에 대한 차별을 둔다 볼 수 없으므로 ISD의 중재 제기 요건에 해당하지 않는다고 보는 견해가 대립하고 있다. 여송필, 박순찬, 한미 FTA 방송분야 타결이 방송광고에 미치는 영향, 한국방송광고공사, 2007., 법무부 국제법무과 질의 답변, '코바코 국감, 민영미디어랩 도입 찬반양론', 2007. 10. 22. PD저널

완전경쟁체제로 전환되기는 어렵다 하더라도, 복수의 미디어랩이 도입되고, 어느 정도의 경쟁이 보장되는 체제로의 변화는 불가피할 것이다.

다만 방송광고 판매 시장이 위와 같이 변화된다고 하더라도 여전히 방송의 공공성과 공정성, 다양성이라는 공익은 포기될 수 없는 가치이므로 이러한 가치를 지키기 위한 제도적 보완은 시장구조 개편에 앞서 선행되어야 할 과제이다. 방송사들이 프로그램마다 광고를 유치하기 위해 시청률 경쟁에 몰입하면서 방송시장이 지나치게 상업성에 치중하게 되면 공적 기능을 수행하는 프로그램의 입지는 그만큼 축소될 것이기 때문이다. 방송광고는 시청률이 높은 거대자본 방송사에 몰리게 될 것이고, 지역 민영방송이나 종교방송 또는 공익 목적의 방송과 같이 공적 기능을 담당하는 방송들은 그 생존마저 위협받게 될 것이다. 따라서 방송광고시장의 경쟁성을 확보하기 위한 제도의 마련과 함께 공익 목적을 수행하는 매체들의 도태를 방지하기 위한 제도의 마련도 시급하다.

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 위헌확인 등

- 일정 범위의 공무원에게 근로3권을 허용하지 아니하는 것이
근로3권을 침해하는지 여부 등 -

(헌재 2008. 12. 26. 2005헌마971·1193, 2006헌마198(병합), 판례집 20-2하,
666)

박진영*

【판시사항】

1. 헌법 제33조 제2항에 따라 공무원인 근로자에게 단결권·단체교섭권·단체행동권을 인정할 것인가의 여부, 어떤 형태의 행위를 어느 범위에서 인정할 것인가 등에 대하여 국회가 광범위한 입법형성권을 가지는지 여부(적극)

2. 5급 이상 공무원의 노동조합가입을 금지하고, 나아가 6급 이하의 공무원 중에서도 ‘지휘·감독권 행사자’ 등의 가입을 금지하는 ‘공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 (2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제정된 것, 이하 ‘공노법’이라 한다)’ 제6조가 공무원인 청구인들의 단결권을 침해하고, 5급 및 6급 공무원들을 7급 이하 공무원들과 차별하여 평등권을 침해하는지 여부(소극)

3. ‘법령 등에 의하여 국가 또는 지방자치단체가 그 권한으로 행하는 정책결정에 관한 사항, 임용권의 행사 등 그 기관의 관리·운영에 관한 사항으

* 헌법연구관

로서 근무조건과 직접 관련되지 아니하는 사항'에 대해서는 단체교섭을 할 수 없도록 규정하고 있는 공노법 제8조 제1항 단서가 청구인들의 단체교섭권을 침해하는지 여부(소극)

4. 노동조합이 2 이상인 경우 노동조합이 정부교섭대표의 교섭창구 단일화요구에 응하지 않는 경우에는 정부교섭대표로 하여금 교섭창구가 단일화될 때까지 교섭을 거부할 수 있도록 한 공노법 제9조 제4항이 청구인들의 단체교섭권을 침해하는지 여부(소극)

5. '법령·조례·예산 및 하위규정'과 다른 내용으로 체결되는 단체협약에 대하여 효력이 발생하지 않도록 한 공노법 제10조 제1항이 청구인들의 단체교섭권을 침해하는지 여부(소극)

6. 공무원에 대하여 일체의 쟁의행위를 금지한 공노법 제11조가 청구인들의 단체행동권을 침해하는지 여부(소극)

7. 공노법 제11조를 위반하여 파업·태업 그 밖에 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 한 공무원을 형사 처벌하는 공노법 제18조가 죄형법정주의 원칙 중 명확성의 원칙에 반하거나 과중한 처벌로서 헌법에 위배되는지 여부(소극)

8. '노동조합 및 노동관계조정법'(이하 '노조법'이라 한다)상 단체교섭 거부, 단체협약 불이행 및 구제명령 불이행에 대한 형사 처벌조항의 적용을 배제하고 있는 공노법 제17조 제3항 중 '제89조 2호', '제90조 중 제81조' 부분이 공무원 노동조합의 단체교섭권을 침해하고, 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

공노법 제6조 제1, 2, 4항, 제8조 제1항 단서, 제9조 제4항, 제10조 제1항, 제11조, 제17조 제3항 중 '제89조 2호' 및 '제90조 중 제81조'부분, 제18조가 헌법상 보장된 청구인들의 근로3권 또는 평등권을 침해하는지 여부이다.

그 내용은 다음과 같다(밑줄이 있는 조문은 밑줄 친 부분에 한정된다).

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 (2005. 1. 27. 법률 제 7380호로 제정된 것) 제6조(가입범위) ① 노동조합에 가입할 수 있는 공무원

의 범위는 다음 각호와 같다.

1. 6급 이하의 일반직공무원 및 이에 상당하는 연구 또는 특수기술직렬의 일반직공무원

2. 특정직공무원중 6급 이하의 일반직공무원에 상당하는 외무행정·외교정보관리직공무원

3. 기능직공무원

4. 6급 이하의 일반직공무원에 상당하는 별정직공무원 및 계약직공무원

5. 고용직공무원

② 제1항의 규정에 불구하고 다음 각호의 1에 해당하는 공무원은 노동조합에 가입할 수 없다.

1. 다른 공무원에 대하여 지휘·감독권을 행사하거나 다른 공무원의 업무를 총괄하는 업무에 종사하는 공무원

2. 인사·보수에 관한 업무를 수행하는 공무원 등 노동조합과의 관계에서 행정기관의 입장에 서서 업무를 수행하는 공무원

3. 교정·수사 그 밖에 이와 유사한 업무에 종사하는 공무원

4. 업무의 주된 내용이 노동관계의 조정·감독 등 노동조합의 조합원으로서의 지위를 가지고 수행하기에 적절하지 아니하다고 인정되는 업무에 종사하는 공무원

④ 제2항의 규정에 의한 공무원의 범위는 대통령령으로 정한다.

제8조(교섭 및 체결권한 등) ① 노동조합의 대표자는 그 노동조합에 관한 사항 또는 조합원의 보수·복지 그 밖의 근무조건에 관한 사항에 대하여 국회의사무총장·법원행정처장·헌법재판소사무처장·중앙선거관리위원회사무총장·행정자치부장관(행정부를 대표한다)·특별시장·광역시장·도지사·시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다) 또는 특별시·광역시·도의 교육감중 어느 하나에 해당하는 자(이하 “정부교섭대표”라 한다)와 각각 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다. 다만, 법령 등에 의하여 국가 또는 지방자치단체가 그 권한으로 행하는 정책결정에 관한 사항, 임용권의 행사 등 그 기관의 관리·운영에 관한 사항으로서 근무조건과 직접 관련되지 아니한 사항은 교섭의 대상이 될 수 없다.

제9조(교섭의 절차) ④ 정부교섭대표는 제2항 및 제3항의 규정에 따라 교섭을 요구하는 노동조합이 2 이상인 경우에는 당해 노동조합에 대하여 교섭창구를 단일화하도록 요청할 수 있다. 이 경우 교섭창구가 단일화될 때까지 교섭을 거부할 수 있다.

제10조(단체협약의 효력) ① 제9조의 규정에 따라 체결된 단체협약의 내용 중 법령·조례 또는 예산에 의하여 규정되는 내용과 법령 또는 조례에 의한 위임을 받아 규정되는 내용은 단체협약으로서의 효력을 가지지 아니한다.

제11조(쟁의행위의 금지) 노동조합과 그 조합원은 파업·태업 그 밖에 업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 행위를 하여서는 아니된다.

제17조(다른 법률과의 관계) ③ 노동조합및노동관계조정법 제2조제4호 라목 단서, 제24조, 제29조, 제36조 내지 제46조, 제51조 내지 제57조, 제60조 제1항·제5항, 제62조 내지 제65조, 제66조 제2항, 제69조 내지 제80조, 제81조제2호 단서, 제88조 내지 제92조, 제96조제1항제3호 및 법률 제5310호 노동조합및노동관계조정법 부칙 제5조제1항 및 제2항의 규정은 이 법에 의한 노동조합에 대하여는 이를 적용하지 아니한다.

제18조(벌칙) 제11조의 규정을 위반하여 파업·태업 그 밖에 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

【사건의 개요】

1. 헌법소원심판의 경위

청구인들은 전국공무원노동조합 또는 공무원노동조합 연합단체, 단위노조, 노조지부, 5급 내지 8급의 국가공무원, 지방공무원 또는 기능직공무원들이다.

공노법이 2005. 1. 27. 공포되어 2006. 1. 28. 시행을 앞두고 되자, 청구인들은 공노법 제6조(가입범위)와 제8조(단체교섭권) 제1항 단서, 제9조(교섭의 절차) 제4항, 제10조(단체협약의 효력) 제1항, 제11조(쟁의행위의 금지), 제17조(다른 법률과의 관계) 제3항 중 ‘제89조 2호’ 및 ‘제90조 중 제81조’ 부분, 제18조(벌칙)가 헌법 제37조 제2항이 정하는 파업금지원칙에 반하여 청구인들의 근로3권을 침해하고, 평등권 등을 침해한다고 주장하며, 각 헌법소원심

판을 제기하였다.

2. 청구인들의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 헌법 제33조 제2항이 근로3권을 보장받는 공무원의 범위를 정하는 것을 입법자에게 위임하고 있다고 하더라도, 그 입법형성권은 무제한의 재량이 아니라 헌법 제37조 제2항에서 정하는 원칙, 즉 기본권의 최소제한의 원칙과 본질적인 내용의 침해금지의 원칙에 따라야할 한계가 있는바, 심판대상 조항들은 기본권제한의 한계를 위반하여 위헌이다.

(가) 공노법 제6조가 5급 이상 공무원의 노조가입을 금지하고, 나아가 6급 이하 공무원 중에서도 ‘항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자’의 범위를 확장하여 ‘지휘·감독권 행사자’, ‘업무 총괄자’, ‘인사·보수 등 행정기관의 입장에 서는 자’, ‘노동관계의 조정·감독 등 업무 종사자’의 가입을 금지함으로써 사실상 대부분의 6급 공무원의 노조 가입을 금지하는 것은, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위배되어 공무원인 근로자의 단결권을 침해하는 것이고, 5급 및 6급 공무원을 합리적 이유 없이 7급 이하 공무원들과 차별하여 평등권을 침해한다.

(나) 공노법 제11조가 공무원의 쟁의행위를 금지시키는 것은 ‘필수 행정 서비스가 중단될 수 있는 위험’을 사전에 봉쇄하기 위한 목적에서 비롯된 것으로 보이나, 공노법 제6조 제1항이 ‘군인, 군무원, 경찰공무원, 소방공무원 등의 노조가입을 제한’함으로써 그러한 위험이 상당부분 해소되었으므로, 일반 공무원의 단체행동권을 원천적으로 박탈하는 것은 중복적인 제한이다.

한편, 노조법은 필수공익사업 종사 근로자들의 경우에도 일정 범위에서 단체행동권을 제한할 뿐 단체행동권 자체를 박탈하지는 않는바, 업무의 공공적 성질에 비추어 필수공익사업 종사 근로자들과 질적인 차이가 없음에도 불구하고 공무원인 근로자들의 단체행동권을 온전히 박탈한 것은 형평에 반한다.

공노법 제18조는 제11조를 위반한 경우 무거운 형벌을 부과하고 있는바, 이는 죄형법정주의 원칙 중 명확성의 원칙에 위배되고, 사용자격인 정부교섭

대표에게는 아무런 법적 책임도 없는 지위를 부여하고 부당노동행위에 대한 처벌규정의 적용을 배제함으로써 합리적인 이유 없이 공무원노동조합 및 그 조합원인 근로자를 정부교섭대표와 차별하여 평등권을 침해한다. 또한 형벌이 너무 무거워 헌법 제37조 제2항의 과잉금지 원칙에도 반한다.

(다) 공노법 제8조 제1항 단서는 ‘법령 등에 의하여 국가 또는 지방자치단체가 그 권한으로 행하는 정책결정에 관한 사항, 임용권의 행사 등 그 기관의 관리·운영에 관한 사항으로서 근무조건과 직접 관련되지 아니하는 사항’을 교섭금지대상으로 규정함으로써 과잉금지원칙을 위배하여 청구인들의 단체교섭권을 침해한다.

(라) 공노법 제9조 제4항은 구체적인 교섭창구 단일화의 방식에 대하여는 규율하지 아니한 채 사용자의 교섭거부 권한만을 명시함으로써, 창구단일화에 어려움을 겪게 하여 종국적으로 사용자의 교섭의무를 회피하게끔 할 수 있으므로, 위 조항 역시 근로자의 단체교섭권을 침해한다.

(마) 공무원의 신분, 임금 및 근로조건에 관한 대부분의 사항은 ‘법령·조례와 예산 그리고 법령·조례와 예산의 위임을 받은 하위 규정’들에 의해 규율되고 있다. 따라서 기존의 ‘법령·조례·예산 및 하위규정’들보다 상위하는 내용으로 단체협약이 체결되더라도 공노법 제10조 제1항에 따라 그 단체협약은 효력을 발생하지 않게 된다. 비록 법 제10조 제2항에서 정부교섭대표의 성실이행노력의무를 규정하고 있기는 하지만 이는 훈시규정에 불과하고, 정부에서는 위 제10조 제1항을 이유로 ‘법령·조례 또는 예산 등에 관한 사항’에 대해서는 아예 단체교섭 자체를 거부할 것이다. 나아가 ‘대통령령’ 및 ‘법령 또는 조례에 의한 위임을 받아 규정되는 내용’은 제정 및 개정권한이 국가·지방자치단체에게 유보되어 있으므로 이 부분에 저촉되는 단체협약의 효력까지 부인하는 것은 입법 재량권의 한계를 일탈하여 위헌이다.

(바) 노조법과 달리 공노법 제17조는 노조법상 노동위원회의 구제명령절차(노조법 제81조 내지 86조)만 준용할 뿐 사용자의 단체교섭 거부, 단체협약 불이행 및 구제명령 불이행에 대한 형사 처벌조항의 적용은 배제하고 있다. 결국 노조에게 과잉권이 보장되어 있지 않은 법체계하에서 정부교섭대표가 단체교섭을 거부하거나 단체협약을 이행하지 않는 등 악의적으로 부당

노동행위를 행하더라도 공무원노조로서는 합법적으로 대응할 수단이 없는 것이고, 이는 곧 단체교섭권의 형해화를 초래한다. 합리적 이유 없이 정부교섭대표의 부당노동행위에 대한 책임을 면책시킨 위 조항은 헌법 및 노동법 일반원칙에 반하여 공무원노조의 단체교섭권에 대한 보호를 방기한 것이고, 사용자의 부당노동행위로 피해를 입은 일반 노동조합에 비하여 공무원 노조를 합리적 이유 없이 차별함으로써 헌법 제11조 소정의 평등의 원칙에도 위배된다.

(2) 헌법은 근로3권을 가지는 공무원의 범위를 법률로 정하도록 하였지 공무원의 단결권을 또는 단체교섭권을 다시 제한하거나, 단체행동권을 금지하도록 명문으로 위임한 바가 없다. 공노법의 핵심조항이라고 할 수 있는 심판대상조항들은 헌법 제21조 제1항, 헌법 제33조 제1항, 제2항, 제10조, 제11조에 반하고, 세계인권선언, ILO 협약·권고 등에 위반하는 것인바, 이는 ‘법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정되는 경우’에 해당하므로 헌법재판소법 제75조 제6항, 제45조 단서에 의거, 공노법 전체에 대하여 위헌 확인이 필요하다.

나. 노동부장관의 의견

(1) 헌법소원심판의 적법요건을 갖추지 못하였다.

청구인 전국공무원노동조합은 공무원들의 결사체인 법외단체에 불과하므로 자신의 이름으로 헌법소원을 청구할 수 없다. 공노법은 2006. 1. 28. 시행 예정으로 심판청구 당시 침해의 현재성이 없다.

단결권 부분은 공노법 시행 이후 노동조합 설립을 신고하고 이에 대한 반려처분이 있을 경우 그에 대하여 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 있음에도 곧바로 직접 헌법소원을 제기함으로써 보충성의 요건을 결여하였다. 또한, 청구인들은 공노법이 2005. 1. 27. 공포되어 1년 후에 시행된다는 사실을 알고 있었음에도 불구하고 법률이 공포된 때로부터 90일이 경과한 이후인 2005. 10. 5. 이 사건 심판을 제기하여 청구기간이 도과하였다.

(2) 심판대상조항들은 헌법에 위배되지 아니한다.

(가) 헌법 제33조가 근로3권을 보장하는 취지는 근로조건에 관한 노사 간의 실질적인 사적 자치를 보장하는 데에 있다. 그런데 공무원은 국민전체에 대하여 봉사하고 책임을 져야 하는 특별한 지위에 있고, 그 직무를 수행함에 있어서 공공성·공정성·성실성 및 중립성 등이 요구되기 때문에 일반 근로자와는 다른 특별한 근무관계에 있으며, 이러한 공무원 지위의 특수성과 직무의 공공성 등을 고려하여 우리 법은 공무원의 신분보장 및 제반 근로조건의 법정주의 등을 내용으로 하는 직업공무원제도를 설정하고 있다. 헌법 제33조 제2항이 근로자인 공무원에 대하여 근로3권을 전면적으로 보장하지 않고 법률의 정함에 따르도록 한 취지도, 당해 근로3권을 부여함에 있어 '공무의 계속성'을 목적으로 하는 공무원제도의 침해 내지 훼손이 발생되지 않도록 하고자 함에 있다.

한편, 공무원의 경우 그 임용, 해임 및 보수등 기타 제반 근로조건의 성립 내지 변경에 관한 사항은 원칙적으로 당사자 간 '계약'에 의하여 형성되는 것이 아니라 '법령'에 따라 결정되는 것으로, 이와 같은 공무원관계의 특성상 민간부분의 근로자에게 적용되는 근로3권 보장 질서가 동일하게 적용되기는 어렵다.

(나) 따라서, 공무원의 업무수행과 관련하여 통상 제반 주요 정책을 결정하고 그 소속 하위직급자들을 지휘·명령하여 분장 사무를 처리하는 역할을 하는 5급 이상의 공무원 및 6급 이하의 공무원 중 일정 업무 종사자를 노조 가입범위에서 제외한 것이나, 공무원의 쟁의행위를 금지하고, 이를 어긴 공무원을 처벌할 수 있도록 규정하고 있는 것, 단체교섭에서 교섭대상을 둘러싼 교섭상의 혼선을 방지하기 위해 근무조건과 직접 관련되지 아니하는 정책결정에 관한 사항과 임용권의 행사 등 국가 또는 지방자치단체가 그 권한으로 행하는 관리·운영에 관한 사항을 단체교섭의 금지대상으로 규정한 것, 복수노조 허용에 따른 단체교섭의 혼란 및 단체협약 적용상의 어려움을 예방하고 교섭비용을 줄이기 위해, 단체교섭에 있어 관련된 노동조합에게 원칙적으로 단체교섭권의 행사를 보장하면서 노동조합간의 자율적인 교섭창구 단일화를 유도한 것, 단체협약의 내용 중 법령·조례 또는 예산에 규정된 내용과 법령 또는 조례에 의한 위임을 받아 규정되는 내용에 위반하는 것에

대해 협약으로서의 효력을 부인하는 것, 조합원인 근로자의 쟁의행위는 처벌하면서 사용자의 부당노동행위 및 그에 대한 구제명령불이행은 처벌하지 아니하는 것 등 심판대상조항들이 청구인들의 근로3권이나 평등권을 침해한 것으로 볼 수 없다.

【결정요지】

1. 우리 헌법은 제33조 제1항에서 근로자의 자주적인 노동3권을 보장하면서도, 같은 조 제2항에서 공무원인 근로자에 대하여는 법률에 의한 제한을 예정하고 있는바, 이는 공무원의 국민 전체에 대한 봉사자로서의 지위 및 그 직무상의 공공성을 고려하여 합리적인 공무원제도의 보장과 이와 관련된 주권자의 권익을 공공복리의 목적 아래 통합 조정하려는 것이다.

따라서 국회는 헌법 제33조 제2항에 따라 공무원인 근로자에게 단결권·단체교섭권·단체행동권을 인정할 것인가의 여부, 어떤 형태의 행위를 어느 범위에서 인정할 것인가 등에 대하여 광범위한 입법형성의 자유를 가진다.

2. 노동조합 가입범위에 관한 공노법 제6조는 통상 5급 이상의 공무원이 제반 주요정책을 결정하고 그 소속 하위직급자들을 지휘·명령하여 분장 사무를 처리하는 역할을 하는 공무원의 업무수행 현실, 6급 이하의 공무원 중에서도 ‘지휘감독권 행사자’ 등은 ‘항상 사용자의 이익을 대표하는 자’의 입장에 있거나 그 업무의 공공성·공익성이 큰 점 등을 고려하여 위 공무원들을 노동조합 가입대상에서 제외한 것으로, 헌법 제33조 제2항이 입법자에게 부여하고 있는 형성적 재량권의 범위를 일탈하여 청구인들의 단결권을 침해한다고 볼 수 없다.

또한 위 조항이 5급 공무원과 6급 이하 공무원, 6급 이하 공무원 중 일정 업무 담당자와 나머지 6급 이하 공무원, 노조가입이 금지되는 6급 이하 공무원과 교원을 차별취급하고 있다 하더라도, 그 차별에는 합리적인 이유가 있어 청구인들의 평등권을 침해한다고도 볼 수 없다.

3. “정책결정에 관한 사항, 임용권의 행사 등 그 기관의 관리·운영에 관한 사항으로서 근무조건과 직접 관련되지 아니하는 사항”을 단체교섭의 대상에서 제외시킨 공노법 제8조 제1항 단서는 정부의 정책결정 및 관리운영사항

은 교섭대상사항이 아니라고 본 것으로, 정책결정 및 관리운영사항 일체를 교섭대상에서 제외시킨 것이 아니고, 정부의 정책결정 및 관리운영사항 중에서도 근무조건과 직접 관련되는 사항에 대하여는 단체교섭을 허용하고 있으므로, 합리적 근거 없이 입법형성권의 범위를 일탈하여 청구인들의 단체교섭권을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

4. 단체교섭을 요구하는 노동조합이 2 이상인 경우 정부교섭대표에게 당해 노동조합에 대하여 교섭창구를 단일화하도록 요청할 수 있고, 교섭창구가 단일화될 때까지 교섭을 거부할 수 있도록 한 공노법 제9조 제4항은, 복수노동조합 허용에 따라 예상되는 단체교섭의 혼란 및 단체협약 적용상의 어려움, 과다한 교섭비용을 줄이기 위하여, 단체교섭에 있어 관련된 노동조합에게 원칙적으로 단체교섭권의 행사를 보장하면서 노동조합간의 자율적인 교섭창구 단일화를 규정한 것으로 합리적인 근거가 있으므로, 위 조항이 입법제량권의 범위를 일탈하여 청구인들의 단체교섭권을 침해하는 것으로는 보이지 아니한다.

5. 공노법 제10조 제1항은 공무원노동자에게 단체협약체결권을 인정하면서도 단체협약의 내용 중 법령·조례·예산 등에 위배되는 내용에 대하여는 단체협약의 효력을 부정하고 있는바, 공무원의 경우 민간부문과 달리 근무조건의 대부분은 헌법상 국민전체의 의사를 대표하는 국회에서 법률, 예산의 형태로 결정되는 것으로서, 그 범위 내에 속하는 한 정부와 공무원노동단체 간의 자유로운 단체교섭에 의하여 결정될 사항이라 할 수 없다. 따라서 노사간 합의로 체결된 단체협약이라 하더라도 법률·예산 및 그의 위임에 따르거나 그 집행을 위한 명령·규칙에 규정되는 내용보다 우선하는 효력을 인정할 수는 없으며, 조례는 지방의회가 제정하는 것으로 해당 지방자치단체와 그 공무원을 기속하므로, 단체협약에 대하여 조례에 우선하는 효력을 부여할 수도 없다.

한편, 위 조항은 법령·조례 또는 예산등과 저촉되는 부분에 한하여 단체협약으로서의 효력만 부인할 뿐, 교섭 자체를 할 수 없게 하거나 단체협약의 체결을 금지하지는 않고, 공노법 제10조 제2항은 정부교섭대표에게 그 내용이 이행될 수 있도록 성실히 노력할 의무를 부과하고 있으므로, 공노법 제10

조 제1항이 국회의 입법재량권의 한계를 일탈하여 청구인들의 단체협약체결권을 침해한다고 보기 어렵다.

6. 공무원이 쟁의행위를 통하여 공무원 집단의 이익을 대변하는 것은 국민전체에 대한 봉사자로서의 공무원의 지위와 특성에 반하고 국민전체의 이익추구에 장애가 되며, 공무원의 보수 등 근무조건은 국회에서 결정되고 그 비용은 최종적으로 국민이 부담하는바, 공무원의 파업으로 행정서비스가 중단되면 국가기능이 마비될 우려가 크고 그 손해는 고스란히 국민이 부담하게 되며, 공공업무의 속성상 공무원의 파업에 대한 정부의 대응수단을 찾기 어려워 노사간 힘의 균형을 확보하기 어렵다.

따라서, 공무원에 대하여 일체의 쟁의행위를 금지한 공노법 제11조는 헌법 제33조 제2항에 따른 입법형성권의 범위 내에 있어 헌법에 위배되지 아니한다.

7. 공무원의 쟁의행위에 대한 형사처벌을 규정한 공노법 제18조는 위 조항의 보호법익, 형법상 업무방해죄에 관한 대법원의 해석 등을 참조하여 통상의 해석방법에 의하여 그 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있어, 죄형법정주의의 한 내용인 형벌법규의 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

어떤 행위를 범죄로 규정하고 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가는 원칙적으로 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 입법자에게 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야인 점, 공무원인 근로자의 업무의 공공성·공익성, 형법상 업무방해죄의 법정형, 공무원이 쟁의행위를 할 경우 국민생활의 전반에 영향을 미쳐서 일반의 공익을 침해할 고도의 개연성이 있는 점에 견주어 볼 때, 위 조항의 법정형이 입법재량의 한계를 벗어난 과중한 처벌이라고 볼 수 없다.

8. 공노법 제17조 제3항은 노조법의 적용이 배제되는 경우를 규정하면서, 사용자의 부당노동행위 및 그에 대한 구제명령을 이행하지 아니한 경우의 처벌규정인 ‘노조법 제89조 2호 내지 제90조’를 들어, 공무원인 노동조합원의 쟁의행위를 처벌하는데 반하여 사용자측인 정부교섭대표의 부당노동행위에 대하여는 처벌하지 아니하고 있다.

그러나 어떤 행위를 범죄로 규정하고 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법정책에 관한 사항으로서 입법자에게 광범위한 형성의 자유가 인정되어야 할 문제이므로, 사용자의 부당노동행위에 대한 구제수단으로서 민사상의 구제절차를 마련하는데 그치고 형사처벌까지 규정하지 아니하였다고 하여 헌법에 위반되어 청구인들의 단체교섭권을 침해한다고 할 수는 없다.

또한, 공무원의 쟁의행위를 금지하고 이를 위반한 자를 형사처벌하는 것과 정부교섭대표 등 사용자의 부당노동행위와 구제명령위반에 대한 형사처벌규정의 적용을 배제하는 것은 그 입법목적이 서로 다르고, 공무원 노사관계의 특성을 고려한 합리적인 근거에 기한 것으로서, 청구인들의 평등권을 침해한 것으로 볼 수 없다.

재판관 조대현의 일부 반대의견

1. 헌법 제33조 제2항에 의한 법률은 헌법 제7조의 요청을 준수하기 위하여 필요한 한도에서만 공무원의 근로3권을 제한할 수 있을 뿐이라고 보아야 한다.

2. 공노법 제10조 제1항의 “법령” 중 명령·규칙은 공무원 노사관계의 일방당사자가 일방적으로 제정하고 변경하는 것으로, 입법기관인 국회 또는 지방의회가 결정한 법률·조례나 예산과 같게 볼 수 없으므로, 공무원 노사의 쌍방이 합의하여 결정한 단체협약의 효력보다 모든 경우에 언제나 우선적 효력을 가진다고 보기 어렵다.

단체협약 체결 후에 정부나 지방자치단체가 단체협약의 내용과 다른 내용의 명령·규칙을 제정·변경하여 시행함으로써 그 명령·규칙의 시행 전에 체결된 단체협약의 효력을 부정할 수 있다면, 그것은 공무원 노사의 쌍방합의에 의하여 결정된 단체협약의 효력을 노사관계의 일방당사자가 일방적으로 변경·실효시키는 것을 허용하는 셈이 되어 헌법 제33조 제1항·제2항이 보장하는 공무원의 단체교섭권을 근본적으로 부정하거나 본질적으로 침해하는 것이다.

따라서 공노법 제10조 제1항의 “법령”에 단체협약 체결 후에 시행되는 명

령·규칙도 포함된다고 해석하는 것은 헌법 제33조 제1항·제2항에 위반된다.

3. 공노법 제11조는 정상적인 공무수행을 저해하는 쟁의행위를 금지하고 있다. 이는 헌법 제7조가 규정한 공무원의 특수한 지위와 책임을 공무원의 단체행동권의 완전한 보장보다 우선시킨 것이지만, 공무원의 단체행동권을 근본적으로 부정하는 것이 아니라, 공무원에게도 근로3권이 인정됨을 전제로 공무원 지위의 특수성에 비추어 단체행동권의 행사가 제한되는 한계를 규정한 것이라고 보아야 한다.

따라서 공노법 제11조가 공무원의 단체행동권 행사를 공무의 정상적인 운영을 저해하지 않는 경우에도 금지한다고 해석하는 것은 헌법 제33조 제2항에 위반된다.

【해설】

1. 공무원의 근로3권에 대한 이론적 검토

가. 근로3권의 성격과 상호관계

(1) 근로3권의 성격

헌법재판소는 처음에 사립학교 교원의 근로3권과 관련한 사안에서, 헌법 제32조 및 제33조에 규정된 근로기본권은 근로자의 근로조건을 개선함으로써 그들의 경제적·사회적 지위의 향상을 기하기 위한 것으로서 자유권적 기본권으로서의 성격보다는 생존권적 내지 사회권적 기본권으로서의 측면이 보다 강한 것으로서 그 권리의 실질적 보장을 위해서는 국가의 적극적인 개입과 뒷받침이 요구되는 기본권이라고 판시하였다¹⁾.

하지만 그 이후 근로3권의 성격에 대하여 다소 입장의 변화를 보여, 근로3권은 '사회적 보호기능을 담당하는 자유권' 또는 '사회권적 성격을 띤 자유권'이라고 판시하여 이제는 자유권적 측면에 보다 중점을 두고 있다.²⁾ 헌법

1) 헌법재판소판례집 3, 387, 420면

2) 헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등, 판례집 10-1, 32, 43-45. “근로3권은 국가공권력에 대하여 근로자의 단결권의 방어를 일차적인 목표로 하지만, 근로3권의 보다 큰 헌법적 의미는 노동자단체라는 사회적 반대세력의 창출을 가능하게 함으로써 노사관계의 형성에 있어서 사회적 균형을 이루어 근로조건에 관한 노사 간의 실질적인 자

제33조 제1항이 보장하는 근로3권은 근로자가 자주적으로 단결하여 단체를 자유롭게 결성하고, 사용자와 근로조건에 관하여 자유롭게 교섭하며, 자신의 요구를 관철하기 위하여 단체행동을 할 수 있는 자유를 보장하는 자유권적 성격과, 사회·경제적으로 열등한 지위에 있는 근로자로 하여금 근로자단체의 힘을 배경으로 그 지위를 보완·강화함으로써 근로자가 사용자와 실질적으로 대등한 지위에서 교섭할 수 있도록 해주는 기능을 부여하는 사회권적 성격도 함께 지닌 기본권으로 보고 있다.

(2) 근로3권의 상호관계

근로3권은 ‘근로조건 향상’(헌법 제33조 제1항) 또는 ‘근로조건 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상’(노조법 제1조)을 위하여 상호 관련하여 기능한다. 개인 근로자를 단체로서 응집시키는 힘, 근로조건상의 요구를 사용자에게 전달하고 교섭할 수 있는 능력, 사용자에게 경제적 압력을 가할 수 있는 실력은 상호 관련하여 기능할 때에만 사용자에게 실질적 교섭력이 확보될 수 있기 때문이다.

이러한 근로3권의 상호관련성의 수준에 관하여 근로3권의 관련성을 ‘일체성’으로 파악하는 견해가 있다. 이 견해는 근로3권을 “서로 유기적인 밀접한 관계를 맺고 있는 통일적 권리” 내지는 “서로 밀접한 관계를 가지는 일련의

치를 보장하려는데 있다. 경제적 약자인 노동자가 사용자에게 대항하기 위해서는 근로자단체의 결성이 필요하고 단결된 힘에 의해서 비로소 노사관계에 있어서 실질적 평등이 실현된다. 다시 말하면, 노동자는 노조와 같은 근로자단체의 결성을 통하여 집단으로 사용자에게 대항함으로써 사용자와 대등한 세력을 이루어 근로조건 형성에 영향을 미칠 수 있는 기회를 가지게 되므로 이러한 의미에서 근로3권은 ‘사회적 보호기능을 담당하는 자유권’ 또는 ‘사회권적 성격을 띤 자유권’이라고 말할 수 있다.

이러한 근로3권의 성격은 국가가 단지 근로자의 단결권을 존중하고 부당한 침해를 하지 아니함으로써 보장되는 자유권적 측면인 국가로부터의 자유 뿐이 아니라, 근로자의 권리행사의 실질적 조건을 형성하고 유지해야 할 국가의 적극적인 활동을 필요로 한다. 따라서 근로3권의 사회권적 성격은 입법조치를 통하여 근로자의 헌법적 권리를 보장할 국가의 의무에 있다. 이는 곧, 입법자가 근로자단체의 조직, 단체 교섭, 단체협약, 노동쟁의 등에 관한 노조관련법의 제정을 통하여 노사간의 세력균형이 이루어지고 노동자의 근로3권이 실질적으로 기능할 수 있도록 하기 위하여 필요한 법적 제도와 법규범을 마련하여야 할 의무가 있다는 것을 의미한다.”라고 설시하였다.

권리”라고 하여 관련성의 정도를 일체성에 준하는 것으로 본다.³⁾ 현재 노동법학계의 지배적인 견해이며 판례의 입장⁴⁾이기도 한바, 근로3권을 단체협약의 체결을 보장하는 단체교섭권을 중심으로 상호 밀접하게 관련이 있는 하나의 기본권으로 본다. 현행 노조법 제2조 제5호의 노동쟁의의 정의규정에서도 단체교섭의 과정에서 발생하는 노사 간의 주장의 불일치가 있는 경우에만 쟁의행위를 할 수 있도록 하여 단체교섭권과 단체 행동권을 밀접하게 연관시키고 있다.

이에 대하여, 근로3권 각각의 독자적 의미를 인정하는 견해로는, 우리 헌법이 단결권·단체교섭권·단체행동권을 병렬적으로 규정하여 근로3권 각각의 독자성을 강화하고 있는 점, 근로3권의 상호관련성을 어떤 수준으로 부여할 것인가는 입법정책 내지는 입법재량에 속하는 문제라는 점⁵⁾, 그리고 시대상황에 따라 근로3권의 중심이 되는 권리도 변화되어 온 점 등을 논거로 들어, 근로3권의 상호관련성은 어느 하나의 권리가 다른 권리에 의하여 정당성이 규정된다는 적극적 의미의 일체성으로 볼 수는 없고, 생존권이념을 실현하려면 3권 중 어느 하나도 결여되어서는 안된다는 소극적 의미에서의 상호관련성 정도로 파악하는 것이 타당하다는 견해가 있다.⁶⁾ 헌법에서 명확하게 열거한 근로3권의 유기적 관련성을 원칙적으로는 인정하더라도 특별한 이유가 있는 일정한 영역에서는 근로3권 각각의 독립적 의미와 기능을 존중한다면, 단체교섭권 혹은 단체행동권을 제한받는 단체도 노조로 인정될 수 있는 것이고, 특히 공무원처럼 법규에 의한 처우의 결정 및 예산에 의한 처우개선외의 한계가 있는 분야에서는 설혹 단체교섭권이 허용되지 않는다고 하여도 단결권을 부여받을 수 있고 노조로 인정될 수 있다는 견해도 이러한 입장이다.⁷⁾

3) 김치선, 노동법강의(1990), 146면; 김형배, 앞의 책, 155면; 박상필, 한국노동법(1991), 90면

김인재, ‘공무원노조와 교수노조의 결성과 합법화방향’(2001 [노동법연구] 제11호) 312면

4) 대법원 1990. 5. 15. 선고 90도357판결; 대법원 1990. 11. 27. 선고 89도1579판결(배만운 대법관의 다수의견보충견해) 참조

5) 입법정책에 따라 단체교섭권과 단결권이 분리되는 점을 보이는 예로는 적정단위내에 존재하는 단결권의 주체인 노조 중 당해 근로자 과반수의 동의를 얻은 노조에 대해서만 근로자 전체에 대한 배타적 단체교섭권을 인정하는 미국의 배타적 교섭대표제도를 들고 있다(연방노동관계법 제9조 (a) 참조).

6) 김유성, 앞의 책 28면

한편, 근로3권이 상호 관련되는 구체적 모습과 관련하여서는 단체교섭권을 목적적인 권리로, 단결권과 단체행동권을 수단적인 권리로 보는 단체교섭권 중심설⁸⁾과, 단결권을 목적적인 권리로, 단체교섭권과 단체행동권은 단결 목적을 달성하기 위한 수단적 권리로 파악하는 단결권 중심설⁹⁾이 있다.

나. 공무원의 근로3권 제한에 관한 재판소의 선례

(1) 우리 헌법 제33조 제2항은 “공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”라고 하여, 공무원의 근로자성을 일면 긍정하면서도 근로3권이 보장되는 공무원의 구체적 범위는 법률의 정함에 유보하고 있다.

이와 관련하여 우리 재판소는 이미 1992. 4. 28. 선고한 90헌바27등 국가공무원법 제66조 제1항 위헌소원사건에서 공무원에 대한 노동기본권 제한이 합헌이라고 하였고¹⁰⁾, 2005. 10. 27. 선고한 2003헌바50등 지방공무원법 제58조 제1항, 제2항, 제82조 중 제58조 위반 부분에 대한 위헌소원사건에서 사실상 노무에 종사하는 공무원을 제외한 모든 지방공무원에게 근로3권을 제한하고 그에 위반하여 노동운동을 한 경우 형사처벌을 하는 지방공무원법 관계규정이 합헌이라고 하였으며¹¹⁾, 2007. 8. 30. 선고한 2003헌바51, 2005헌가5(병합) 국가공무원법 제66조 제1항 등 위헌소원사건에서, 사실상 노무에 종사하는 공무원을 제외한 모든 국가공무원에게 근로3권을 제한하고 그에 위반하여 노동운동을 한 경우 형사처벌하는 국가공무원법 관계규정이 합헌이라고 하였으나¹²⁾, 1993. 3. 11. 선고한 88헌마5 노동쟁의조정법에 관한 헌법소원사건¹³⁾에서 모든 공무원에 대하여 일률적으로 쟁의행위를 금지하고

7) 김상호, ‘공무원노조의 노동 3권 보장에 관한 고찰’([노동법학], '2001. 6.)48면, 헌법 제33조 제2항에 따라 법률로 근로3권을 향유하는 일반 공무원들의 범위가 설정되는 경우에도 다시 공무원관계의 특성 혹은 공공복리를 이유로 일부 노동기본권이 제한될 가능성이 있는데, 그런 때에도 공무원노조의 노조성은 계속해서 인정될 수 있다고 한다.

8) 김형배, 앞의 책, 157면, 대법원 1990. 5. 15. 90도357 판결(서울지하철공사사건)

9) 김유성, 앞의 책 29면에서 재인용

10) 판례집 4, 225면 이하. 재판관 1인의 별개의견이 있었다.

11) 판례집17-2, 238, 249-252 참조. 재판관 4인의 반대의견이 있었다.

12) 판례집19-2, 215, 224-239 참조. 재판관 3인의 반대의견이 있었다.

있던 구 노동쟁의조정법 제12조 제2항에 대하여는 헌법불합치결정을 하였다.

(2) 위의 세 합헌결정에서 다수의견의 요지는 다음과 같다.

우리 헌법 제33조 제1항에서 근로자의 자주적인 근로3권을 보장하면서도, 같은 조 제2항에서는 공무원인 근로자는 일정한 범위의 공무원에 한하여서만 근로3권을 향유할 수 있도록 함으로써 기본권의 주체에 관한 제한을 두고 있다.

일반적으로 말하여 공무원이란 직접 또는 간접적으로 국민에 의하여 선출 또는 임용되어 국가나 공공단체와 공법상의 근무관계를 맺고 공공적 업무를 담당하고 있는 사람들을 가리킨다고 할 수 있고, 공무원도 각종 노무의 대가로 얻는 수입에 의존하여 생활하는 사람이라는 점에서는 통상적인 의미의 근로자적인 성격을 지니고 있으므로(근로기준법 제14조, 제16조, 노조법 제2조 제1호 등 참조), 헌법 제33조 제2항 역시 공무원의 근로자적 성격을 인정하는 것을 전제로 규정하고 있다.

그러나, 공무원은 그 임용주체가 궁극에는 주권자인 국민 또는 주민이기 때문에 국민전체에 대하여 봉사하고 책임을 져야 하는 특별한 지위에 있고, 그가 담당한 업무가 국가 또는 공공단체의 공공적인 일이어서 특히 그 직무를 수행함에 있어서 공공성·공정성·성실성 및 중립성 등이 요구되기 때문에 일반근로자와는 달리 특별한 근무관계에 있는 사람이다. 우리 헌법도 제7조 제1·2항, 제29조 제1·2항, 제33조 제2항은 이러한 공무원의 지위의 특수성과 직무의 공공성에서 비롯되는 것이다.

위와 같은 헌법조항들의 취지에 따라 제정된 공무원 관계 법률은 정무직 등의 특별한 공무원이 아닌 한 공무원의 신분을 정권교체 등 외부의 영향을 받지 아니하게끔, 어떤 경우에도 정당한 이유와 적법한 절차에 따르지 아니하고는 그 의사에 반하여 해임 등의 불이익처분을 당하지 아니하도록 하는 등 두텁게 보장하고 있다.

한편, 공무원의 보수의 수준 등 근로조건에 향상을 위한 재정적 부담은 형식적으로는 국가 또는 지방자치단체가 부담하지만 궁극적으로는 조세 등

13) 판례집 5-1, 59-91면, 헌법불합치가 아니라 위헌결정을 해야한다는 재판관 1인의 반대 의견이 있었다.

을 통하여 실질적으로 국민전체의 부담이 되는 것이다. 그러므로, 공무원의 근로조건의 향상은 그것이 전체국민의 복리의 증진을 부당히 침해하지 아니하고, 그 시대의 국가 또는 사회공동체의 경제수준 내지 담세능력과 조화될 수 있는 범위 내에서 합리적으로 정해져야 하기 때문에 그 결정은 주권자인 전체국민을 대표하는 국회에서 민주적인 절차에 따라 입법과 예산의 심의·의결을 통하여 합목적적으로 이루어지는 것이다.

그리하여, 앞에서 본 헌법 제33조 제2항이 공무원의 근로3권을 제한하면서 근로3권이 보장되는 주체의 범위를 법률에 의하여 정하도록 위임한 것은 다음과 같은 의미를 갖는다.

그 하나는 공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 그 담당직무의 성질이 공공성·공정성·성실성 및 중립성이 보장되어야 한다는 특수한 사정이 있으므로 이러한 사정을 고려하여, 전체국민의 합의를 바탕으로 입법권자의 구체적인 입법에 의하여 공적이고 객관적인 질서에 이바지하는 공무원제도를 보장·보호하려는 것이다. 다른 하나는 입법권이 국가사회공동체의 역사·문화에 따라 형성된 공무원제도의 유지·발전과 공무원제도의 다른 쪽 당사자로서 주권자인 전체국민의 복리를 고려하고, 헌법상 보장된 공무원제도 자체의 기본 틀을 해하지 않는 범위 내에서 그 제도에 관련된 여러 이해관계인의 권익을 서로 조화하면서 공공복리의 목적아래 통합·조정할 수 있음을 의미하는 것이다.

입법자가 고려하여야 할 위와 같은 여러 가지 입법상의 참작사유 등에 미루어 살펴볼 때, 국가공무원법 및 지방공무원법 관련조항이 근로3권이 보장되는 공무원의 범위를 사실상의 노무에 종사하는 공무원에 한정하고 있는 것은, 근로3권의 향유주체가 되는 공무원의 범위를 정함에 있어서 공무원이 일반적으로 담당하는 직무의 성질에 따른 공공성의 정도와 현실의 국가·사회적 사정 등을 아울러 고려하여 사실상의 노무에 종사하는 자와 그렇지 아니한 자를 기준으로 삼아 그 범위를 정한 것으로 보여진다. 이러한 입법내용은 앞서 본 바와 같이 헌법상 근로자에 대한 근로3권의 실질적 보장이 전제되고 있으면서도 헌법 제33조 제2항이 근로3권이 보장되는 공무원의 범위를 법률에 의하여 정하도록 유보함으로써 공무원의 국민 전체에 대한 봉사자로

서의 지위 및 그 직무상의 공공성 등의 성질을 고려한 합리적인 공무원제도의 보장, 공무원제도와 관련한 주권자 등 이해관계인의 권익을 공공복리의 목적아래 통합 조정하려는 의도와 어긋나는 것이라고는 볼 수 없다.

그러므로, 근로3권이 보장되는 공무원의 범위를 사실상의 노무에 종사하는 공무원에 한정하고 있는 국가공무원법 및 지방공무원법 관련조항은 입법권자가 근로3권의 향유주체가 될 수 있는 공무원의 범위를 정하도록 하기 위하여 헌법 제33조 제2항이 입법권자에게 부여하고 있는 형성적 재량권의 범위를 벗어난 것이 아니며, 따라서 헌법에 위반하는 것이라고 할 수는 없다는 것이었다.¹⁴⁾

2. 이 사건의 쟁점

선례는 헌법 제33조 제2항과 관련하여 공무원을 두 그룹으로 대별하여 사실상 노무에 종사하는 공무원에 한하여만 근로3권을 보장하고, 나머지 일체의 공무원에 대하여 근로3권을 부인하는 국가공무원법 등 관계규정이 헌법 제33조 제2항에 의한 입법형성권의 범위에 속하는 것이라고 보아 합헌이라고 판단한 것인데, 이 사건에서는 노동기본권의 향유주체가 되는 공무원의 범위를 확장하여 원칙적으로 6급 이하의 공무원에게 단결권과 단체교섭권을 부여하는 것으로서, 종래 국가공무원법이나 지방공무원법에 비하여 공무원인 근로자의 노동기본권을 확대시킨 법률의 위헌여부가 심판대상이다.

그런데 공노법은 일정 범위의 공무원에 한하여 단결권과 단체교섭권을 부여하되, 그 단결권이나 단체교섭권의 구체적 내용에 관하여도 일반 근로자의 그것에 비하여 권리의 내용을 축소하고 있다.

따라서 이 사건은 우리 헌법 제33조 제2항의 종합적인 의미를 규명하고, 헌법 제33조 제2항과 다른 헌법 조항 예컨대, 헌법 제33조 제1항이나 특히 헌법 제37조 제2항의 관계를 어떻게 이해하고 해석할 것인지를 밝힌 후, 그에 따라 공노법 주요조항의 위헌여부를 판단하여야 할 사안으로 볼 수 있다.

14) 헌재 1992. 4. 28. 90헌바27등, 판례집4, 255, 263-268 ; 헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50·62, 2004헌바96, 2005헌바49(병합), 판례집17-2, 238, 249-252 ; 헌재 2007. 8. 30. 선고 2003헌바51, 2005헌가5(병합), 판례집19-2, 215, 224-239 참조

3. 헌법 제33조 제2항에 관한 해석론

“공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권·단체행동권을 가진다.”라고 규정하고 있는 헌법 제33조 제2항의 의미를 어떻게 해석할 것인지가 이 사건 각 법률조항의 위헌여부를 판단하는 핵심이 되는 바, 공무원의 노동기본권에 관한 선례들을 토대로 분류한 헌법 제33조 제2항에 관하여 가능한 해석론은 아래와 같다.

가. 제1설 : 공무원의 노동기본권의 형성이나 제한에 관하여 헌법 제33조 제2항만이 적용되고 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙은 적용되지 아니하므로, 입법부가 광범한 재량권을 가진다는 입장으로, 선례들에서의 다수의견의 태도이다.

입법자에게 부여된 단결권·단체교섭권·단체행동권의 향유주체가 될 공무원의 범위를 정할 재량에는, 근로3권 중 어떤 종류의 개별 근로3권을 어느 범위 내에서 부여할 것인지를 결정할 재량까지 포함되어 있다고 보는 입장이다.¹⁵⁾ 근로3권의 상호관계에 관하여 독자성을 인정하는 입장이고, 공무원의 지위나 공무원의 근로관계의 특수성을 중시하는 견해이다.

가 견해에 따르면 헌법 제33조 제2항의 ‘법률이 정하는 자에 한하여’는 ‘법률이 정하는 바에 의하여’를 포함하는 것으로 이해하는 결과가 된다.

선례에 따르면, 공무원의 노동기본권에 관한 헌법유보조항인 헌법 제33조 제2항은 공무원제도를 보장·보호할 목적으로 도입된 것으로, 입법권으로 하여금 공무원의 국민 전체에 대한 봉사자로서의 지위 및 그 직무상의 공공성 등의 성질을 고려한 합리적인 공무원제도의 보장, 공무원제도와 관련한 주권자 등 이해관계인의 권익을 공공복리의 목적아래 통합 조정하도록 입법형성권을 준 것이라고 해석하고 있다.

15) 공노법이 공무원인 근로자에 대한 근로3권의 구체적인 형성인 동시에 이미 어느 정도 확립된 권리라고 할 수 있는 권리인 근로3권의 제한이기도 하다는 측면을 감안하더라도, 즉 근로3권의 자유권적 측면에서 접근해도 설명가능하다. 헌법 제33조 제2항은 공무원인 근로자에 대하여는 헌법 제37조 제2항의 적용을 배제하는 특별 규정으로서, 공무원인 근로자에 대하여는 근로3권의 ‘금지’까지도 가능한 광범한 입법형성권을 입법자에게 부여하는바, 개별적 근로3권의 제한에 관한 입법형성권은 당연히 그 안에 포함되는 것이라고 볼 수 있다.

가장 최근의 선례인 2007. 8. 30. 선고 2003헌바51, 2005헌가5(병합) 사건의 다수의견은 「...공무원인 근로자 중 법률이 정하는 자 이외의 공무원에게는 그 권리행사의 제한뿐만 아니라 금지까지도 할 수 있는 법률제정의 가능성을 헌법에서 직접 규정하고 있다는 점에서 헌법 제33조 제2항은 특별한 의미가 있다. 따라서 헌법 제33조 제2항이 규정되지 아니하였다면 공무원인 근로자도 헌법 제33조 제1항에 따라 노동3권을 가진다 할 것이고, 이 경우에 공무원인 근로자의 단결권·단체교섭권·단체행동권을 제한하는 법률에 대해서는 헌법 제37조 제2항에 따른 기본권제한의 한계를 준수하였는가 하는 점에 대한 심사를 하는 것이 헌법 원리로서 상당할 것이나, 헌법 제33조 제2항이 직접 ‘법률이 정하는 자’만이 노동3권을 향유할 수 있다고 규정하고 있어서 ‘법률이 정하는 자’ 이외의 공무원은 노동3권의 주체가 되지 못하므로, 노동3권이 인정됨을 전제로 하는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙은 적용이 없는 것으로 보아야 할 것이다....」

... 그렇다면 국회는 헌법 제33조 제2항에 따라 공무원인 근로자에게 단결권 · 단체교섭권 · 단체행동권을 인정할 것인가의 여부, 어떤 형태의 행위를 어느 범위에서 인정할 것인가 등에 대하여 광범위한 입법형성의 자유를 가진다.」라고 판시하여¹⁶⁾선례의 입장을 보다 구체화하였다.

공무원의 근로관계의 특수성을 중시하는 경우 이 견해로 귀결되어, 공노법이 공무원 노조에 대하여 단체교섭권을 제한하고 단체행동권을 배제한 것을 합리적인 입법형성권의 행사로 보게 될 가능성이 크다. 단체협약은 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준을 정한 자치적 법규범이자 노사 당사자들의 집단적 운영과 관련된 권리·의무를 정한 노사약정이라고 볼 수 있는 바, 그 규범적 효력인 직률적 효력을 미치기 위해서는 규율대상으로서 개별적 근로관계를 전제로 한다.¹⁷⁾그리고 이러한 근로관계는 노사 당사자들의 의사표시에 의한 근로계약의 체결로서 형성된다. 그러나 공무원의 법률관계는 일반 근로자들과는 달리 노사 간의 근로제공과 임금지급에 관한 양 의사표시의 합치에 의하여 형성된 것이 아니라 국가의 고권적 행위로서 법령에

16) 헌재 2007. 8. 30. 2003헌바51, 판례집 19-2, 215, 228-229 참조

17) 김형배, 앞의 책 756-762면

기한 임용행위(일종의 쌍방적 행정행위)에 의하여 형성된 공법적 법률관계로 볼 수 있다면, 협약자치체계가 규율대상으로 하는 근로관계가 존재하지 않는다는 문제가 발생된다. 행정법학계에서는 공무원관계를 발생시키는 임용행위의 법적 성질에 대하여 쌍방적 행정 행위설 외에 공법상 계약설¹⁸⁾이나 동의를 전제로 하는 단독 행위설¹⁹⁾이 있으나, 쌍방적 행정 행위설²⁰⁾이 통설이다. 공무원은 법령에 따라 국가가 고권적 위치에서 사용하는 것으로 파악되어, 공무원관계는 상대방의 협력을 요하는 행정행위로 형성된다고 보는 것이 타당하므로, 공무원의 법률관계는 일반 근로자의 근로관계와는 달리 당사자 간의 대등성이 전제되어 있지 않으며, 사용자의 상대방 선택의 자유, 내용형성의 자유가 허용되지 않는 특성을 나타내게 된다. 따라서 공무원노조의 경우 조합원인 공무원의 법률관계가 단체협약의 규범적 부분이 강행적·직접적 효력을 발생시킬 수 있는 ‘근로관계’가 아니기 때문에 규범적 효력²¹⁾은 발생될 수 없다고 보여 진다.

또한 단체협약이 실질적으로 평등하지 아니한 개별적 근로관계에 대하여 실질적인 평등을 꾀하는 데 목적을 두고 있는 점을 고려할 때 공무원의 법률관계에 대해서는 이미 국가가 “법령”에 의하여 적정한 보호를 제공하고 있다고 볼 수 있기 때문에 단체협약에 의한 직접적인 근로자 보호기능은 원칙적으로 요청되지 않는다고 볼 수 있다. 다만, 공무원노조 자체의 단결권의

18) 이상규, [신행정법론(하)]('1994), 212면

19) 한태연, [헌법학]('1983), 396-397면

20) 박윤훈, [행정법강의(하)]('2000), 221면, “임명행위의 실체를 볼 때 상대방의 동의를 그 성립에 결할 수 없는 요건으로 하지마는 행위의 내용은 행정청이 일방적으로 결정하고 사인은 이를 포괄적으로 수락함에 그친다고 할 것이므로 쌍방적 행정행위로 보는 것이 타당하다.”라고 한다. ; 김동희, [행정법Ⅱ]('1998),116면 ; 김남진 [행정법Ⅱ]('1996), 199면 ; 홍정선, [행정법원론]('1995),151면

21) 계약 일반의 경우와 달리 근로계약관계의 집단적·통일적 규율을 위하여 단체협약에 고유하게 인정되는 특수한 법적 효력을 흔히 단체협약의 규범적 효력이라 하고, 단체협약 중 위와 같이 규범적 효력이 인정되지 않는 나머지 부분은 협약체결 당사자인 노조와 사용자 또는 사용자단체 사이에 적용될 권리의무관계를 정하고 있는 내용으로서 계약일반의 효력과 다를 바 없는바, 이를 흔히 단체협약의 채무적 효력이라 한다. 사법연수원, [노동조합 및 노동관계조정법]('2003), 209면노조법 제33조(기준의 효력) ①단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 한다. ②근로계약에 규정되지 아니한 사항 또는 제1항의 규정에 의하여 무효로 된 부분은 단체협약에 정한 기준에 의한다.

보장 차원에서 단체협약에 의한 노조준립보장이나 노조활동보장은 인정될 수 있기 때문에 그런 한도에서는 단체협약의 체결이 가능하고 그 체결된 협약의 계약적 효력도 인정될 수 있다고 본다. 나아가 공무원의 근로조건의 향상을 위하여 법령의 제·개정 시 공무원노조의 참여권 등을 채무적 부분으로 확보 받는 것도 가능하다고 본다. 따라서 공무원노조는 국가기관 혹은 지방자치단체와 집단적 노사당사자간의 약정으로서 채무적 부분을 중심으로 하는 협약 자치는 인정될 수 있다고 본다.²²⁾

또한, 현행 노조법 제2조 제5호²³⁾에 의하면, 현재 쟁의행위권의 행사는 ‘근로조건의 결정에 관한 노사 간의 주장의 불일치’가 있는 경우, 즉 단체협약 중 규범적 부분의 형성과 관련된 이익 분쟁 시에만 허용된다는 것이다. 이러한 규정이 존속하는 한²⁴⁾, 규범적 효력을 갖지 않는 단체협약만을 체결할 수 있는 공무원노조에 있어서는 쟁의권의 행사가 사실상 불가능하게 된다.²⁵⁾

나. 제2설 : 근로3권은 서로 분리할 수 없는 일체의 권리로서, 헌법 제33조 제2항에 의하여 입법자는 근로3권 일체를 향유할 수 있는 공무원의 범위에 관하여만 입법재량권을 가진다는 견해가 있을 수 있다.

노동기본권은 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권의 3부분으로 구성되어 있으며 이들은 각각 개별적인 존재의의를 가지면서 유기적으로 연결되어 있

22) 김상호, 앞의 책 53-55면

23) “노동쟁의”라 함은 노조와 사용자 또는 사용자단체간에 임금·근로시간·복지·해고 기타 대우등 근로조건의 결정에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태를 말한다.

24) 프랑스에서는 과업권의 행사가 협약체결을 목적으로 하는 경우로만 제한되지 않고 노사간에 직업상의 이유만 있으면 충분하다. 우리나라에서는 이익분쟁에 국한하여 쟁의권행사를 허용하는바, 매우 엄격하게 쟁의권 행사가 규율되고 있다고 말할 수 있다. 김상호, 앞의 책 65면

25) 김상호, 앞의 책 67면, 공무원의 법률관계가 일반 근로자들의 계약관계와는 명백히 다른 점(법령에 의하여 채용되고, 처우가 결정되며, 신분이 보장되는 점)을 인정하고, 이런 이유에서 공무원 노조의 승인 자체보다도 보장된 노조의 실질적 기능이 어느 한도까지 보장될 수 있는가가 논의의 초점이 되어야 한다고 한다. 공무원 관계를 규율하는 법령 자체의 제·개정시에 공무원노조의 대표조직으로 하여금 사전적 협의를 요구할 수 있는 권리를 부여한다면 사실상 근로자의 보호기능도 꺾힐 수 있다고 보며, 바로 이런 법령 제·개정에의 참여는 독일과 프랑스에서 공통적으로 발견되는 공무원노조의 핵심적 기능이라고 한다.

다. 단결권은 노동기본권의 핵심요소이면서 결사의 자유의 연장으로 어떤 경우에도 그 제한은 기본권의 본질적 내용을 침해할 가능성이 있을 뿐만 아니라, 근로조건을 유지개선을 목적으로 하는 단결체에 단체교섭권과 단체행동권이 보장되지 않는다면 단결권 그 자체가 유명무실해질 것이다. 특히 노동기본권의 속성상 단체행동권이 보장되지 않는 단결권과 단체교섭권은 그 기능이 형해화 될 가능성이 있다는 것을 그 논거로 한다.

헌재 1993. 3. 11. 88헌마5 노동쟁의조정법에 관한 헌법소원 사건에서의 재판관 변정수의 반대의견은 이런 입장을 보였고,²⁶⁾ 선례인 2003헌바51, 2005헌가5(병합) 사건에서의 재판관 김종대의 반대의견도 이런 입장으로 볼 수 있다.²⁷⁾

가 견해에 따르게 되면, 입법자는 헌법 제33조 제2항에 따라 근로3권 모두를 향유할 수 있는 주체의 범위에 관하여만 광범위한 입법형성권을 가지게 된다. 근로3권의 향유주체의 문제가 정해진 후 다시 그 부여된 개별 근로

26) 헌법재판소판례집 5-1, 59, 79-87면

“...헌법 제33조 제1항...은 근로자에 대하여는 노동3권을 다 보장해야 한다는 뜻이지 그 중에서 선택적으로 어느 하나 또는 둘만을 보장해도 된다는 말은 아니다. 이처럼 헌법이 근로자에게 노동3권을 한꺼번에 향유하도록 보장하고자 하는 것은 노동3권은 목적(단체교섭권행사)·수단(단결 및 단체행동)의 관계에 있어서 세 개의 권리를 개별적 권리로 보장하여서는 근로자의 지위향상을 위하여 별 의미가 없고 단체교섭권을 중심으로 해서 한 묶음의 권리로 보장하여야만 권리로로서의 가치가 있고 단체교섭의 실효성을 확보할 수 있기 때문이다...헌법 제33조 제2항의 취지도 노동3권을 향유할 수 있는 공무원의 범위를 법률로 정하여 그들에 대하여는 노동3권을 다 보장하자는 취지이지 그렇지 아니하고 그 중에서 선택적으로 부여할 수 있다는 취지는 아니므로...”라고 실시하였다.

27) 헌재 2007. 8. 30. 2003헌바51, 2005헌가5(병합), 판례집 19-2, 243면

“...헌법 제33조 제2항은, 근로3권이 제한되는 공무원이지만 그 중 일정 범위의 공무원에 대해서는 일반 근로자와 같이 근로3권을 전면 보장해야 하며, 다만, 근로3권이 인정되는 공무원의 구체적 범위에 대해서는 입법자가 법률로 정할 것을 명하는 규정으로 보아야 한다. 헌법 제33조 제2항에 대한 이러한 해석은 헌법조항의 문언 그 자체에서 도출되는 것일 뿐 아니라 현행 헌법의 개정경위에 비추어 보더라도 알 수 있으며, 이 점에 관해 우리 재판소는 1993. 3. 11. 88헌마5결정에서 이미 확인한 바 있다. 따라서 헌법 제33조 제2항에 따라 입법자에게는 공무원 중 일정 범위에 속하는 자에 대해서는 반드시 근로3권을 보장하는 내용의 입법을 하여야 할 의무가 있고...”라고 실시하였다.

3권에 대한 제한이 가능할 것인가에 관하여는 어떤 입장을 취하게 될지 명확하지 않으나²⁸⁾, 다시 제한할 수 있다고 하더라도 그 제한에 관하여는 헌법 제33조 제2항은 적용될 여지가 없고, 헌법 제37조 제2항을 적용하게 될 것이다²⁹⁾. 따라서 근로3권의 주체가 되는 공무원에 대하여는 헌법 제37조 제2항의 한계 내에서 개별적 근로3권의 내용을 수정하고 그 내용을 축소하는 것은 가능할지언정, 권리의 본질적 침해에 해당할 박탈은 위헌이라고 보게 될 것이다. 그리하여 원칙적으로 노동기본권의 주체가 되는 6급 이하 공무원 모두에 대하여 단체행동권을 박탈한 부분은 최소한 위헌으로 보게 될 것이다.

한편, 위의 입장을 견지하게 되면 입법자로서는 단체행동권을 부여할 수 없는 범위의 공무원에 대하여는 근로3권 모두를 부정해야 한다는 결론이 되는데, 그보다는 근로1권 내지 근로2권을 부여하더라도 당해 공무원에게 유리하므로, 이런 견지에서 원칙적으로 6급 이하의 공무원에게 근로1.5권을 부여한 것으로 볼 수 있는 공노법과 같은 입법도 무방하다는 견해도 있을 수 있다. 이 견해에 의하면 공노법은 헌법 제33조 제2항이 말하는 법률³⁰⁾은 아니고 그냥 시혜적인 입법이 될 것이므로, 비교집단간의 평등권 침해의 문제가 발생하지 않는 한 단결권 및 단체교섭권의 제한이나 단체행동권의 배제는 합헌이라고 보게 될 것이다.

다. 제3절 : 헌법 제33조 제2항을 해석함에 있어 헌법 제33조 제1항, 제10조, 제11조 제1항, 제37조 제2항의 각 규정을 존중, 조화롭게 해석하여 기본

28) 근로3권의 일체성을 강조하여 근로3권이 부여된 주체에 대하여 개별 근로3권의 내용을 제한하거나 일부를 박탈하는 것은 불가능하다고 볼 가능성도 있다.

29) 앞서 88헌마5 사건에서 재판관 변정수의 반대이견에 이러한 취지가 나타나는데, "...국가공무원법 제66조 및 지방공무원법 제58조가 헌법 제33조 제2항에 의거하여 노동3권의 향유주체로서의 공무원의 범위를 사실상 노무에 종사하는 공무원으로 확정하였고 이러한 공무원의 노동3권 중의 어느 하나를 특별히 제한할 수 있는 헌법규정(특별유보조항)은 없다. 그렇기 때문에 다만 기본권의 일반유보조항인 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있을 따름이며 이 경우도 그 제한은 최소한도에 그쳐야 하고 노동3권의 본질적 내용을 침해하여서는 아니되는 것인데 사실상 노무에 종사하는 공무원의 단체행동권을 아주 박탈해버린 노동쟁의조정법 제12조 제2항은 노동3권의 본질적 내용을 침해하는 것으로서 헌법 제37조 제2항에 의하여서도 정당화될 수 없는 위헌법률임을 면할 수 없다..."라고 하고 있다.

30) 국가공무원법 제66조 제1항과 지방공무원법 제58조 제1항이 될 것이다.

권 최소제한의 원칙과 본질적 내용 침해금지의 원칙에 따라야 하는 한계를 가진 것으로 보아 국회의 입법형성권을 엄격하게 축소시키는 견해³¹⁾가 있을 수 있다.

선례인 2003헌바50등 사건에서의 재판관 전효숙, 재판관 조대현의 반대의견 과 2003헌바51, 2005헌가5(병합) 사건에서의 재판관 송두환의 반대의견³²⁾이 이러한 입장으로 보인다. 그 요지는, “공무원도 근로기본권의 향유주 체임이 분명한 만큼 그들에게도 근로기본권을 최대한 보장하는 것이 헌법의 원칙 내지 기본정신에 합치하는 것이므로, 비록 헌법 제33조 제2항이 다른 근로자에 비하여 갖는 특성에 비추어 근로기본권을 보장받는 공무원의 범위를 정하는 것을 입법자에게 위임하고 있다고 하더라도 그 입법형성권은 무제한의 재량이 아니라 헌법 제37조 제2항에서 정하는 원칙, 즉 기본권의 최소제한의 원칙과 본질적 내용 침해금지의 원칙에 따라야 하는 한계가 있는 것이다.

그런데, 지방공무원법 제58조 제1항과 제82조는 사실상 노무에 종사하는

31) 김인재, ‘공무원노조와 교수노조의 결성과 합법화방향’(2001 [노동법연구] 제11호) 295-296면

32) 헌법의 각 조항들은 전체적으로 유기적인 관계에서 통일적인 가치체계를 이루고 있는 것이므로, 특정 헌법조항의 의미를 파악, 해석함에 있어 당해 규정의 문언적 의미는 물론, 헌법의 기본정신과 지도원리, 다른 개별 헌법조항의 내용과 상호관계, 당해 헌법 조항 제정 또는 개정의 연혁적 취지 등 여러 점들을 폭넓게 고려하여 그에 부합하도록 해석하여야 할 것이다. 따라서 헌법 제10조, 제11조 제1항, 제6조 제1항 및 제37조 제2항 등의 헌법상 관련 규정과 헌법 제33조 제2항의 연혁적 경과 및 개정 취지, 헌법재판소의 선례 등을 종합하여 살피건대, 헌법 제33조 제2항은 공무원도 근로자로서 당연히 근로3권을 향유한다는 대전제 하에, 다만 공무원이 다른 근로자에 비하여 갖는 특성에 비추어 근로3권의 일부가 제한될 수 있으며, 구체적으로 해당 직무의 내용과 성질, 직급 등에 따라 근로3권이 보장되는 범위와 정도를 입법자로 하여금 보다 상세하게 합리적으로 정하도록 위임한 것으로 해석하되, 그러한 위임에 의한 입법형성권은 헌법 제37조 제2항에서 정하는 최소제한원칙과 본질적 내용 침해금지원칙에 따라야 하는 한계가 있는 것이다. 이와 같은 견지에서 법 제66조 제1항은 사실상 노무에 종사하는 공무원인지 여부 외의 다른 요소는 전혀 고려하지 아니한 채 노동기본권을 제한, 박탈하고 있는 점에서 법익형량의 원칙에 위배되고, 공무원의 직무 공공성의 다양성을 일체 고려하지 아니한 채 대다수 공무원의 노동기본권 자체를 일률적으로 부인하고 있어 기본권 최소침해의 원칙에 어긋날 뿐만 아니라, 나아가 근로3권의 본질적인 내용을 침해하고 있다고 볼 것이며, 평등원칙에도 위배된다 할 것이다.

공무원에 한해 근로기본권을 향유할 수 있도록 그 범위를 극도로 제한하고 있는바, 이는 단지 사실상 노무에 종사하는 공무원인지의 여부 외의 다른 요소를 전혀 고려하지 않고 있어 법익형량을 이루었다고 볼 수 없고, 공무원의 직무의 공공성은 공무원의 종류 및 직급, 직무의 성질에 따라 다를 수 있음에도 불구하고 오직 신분이 공무원이라는 이유만으로 근로기본권 자체를 인정하지 않고 있어 근로기본권의 본질적인 내용을 침해하거나 최소침해의 원칙에도 어긋난다...”는 것이다.

가 견해에 따르면 단결권은 노동기본권의 핵심요소이면서 결사의 자유의 연장으로 어떤 경우에도 그 제한은 노동기본권의 본질적 내용을 침해할 가능성이 있다고 보아, 원칙적으로 노조법상의 ‘사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자’에 해당하는 지위에 있는 일부 공무원을 제외한 모든 공무원에 대하여 단결권조차 부여하지 아니하는 것은 위헌이라거나, 직급 등의 획일적인 기준이 아니라 직무의 내용과 성질을 구체적으로 살펴서 공무원에 대한 노동기본권 제한을 정당화하는 공익(공공복리)과 그로 말미암아 노동기본권을 박탈당한 공무원이 입는 사익의 정도를 엄격히 비교 형량하여, 전자가 우월한 경우에만 노동기본권의 제한이 정당화된다고 보게 될 것이다.

라. 제4절 : 그 외에도 제1절처럼 공무원의 노동기본권의 형성과 제한에 관한 한 헌법 제33조 제2항이 그 근거규정이 된다고 보면서도 자의금지나 합리성을 척도로 광범한 형성권을 부여하는 것이 아니라, 헌법 제33조 제2항은 같은 조 제1항의 예외규정으로서 원칙규정에 해당하는 제1항에 의한 내재적 제약을 받으므로, 입법자의 입법재량은 모규정인 제33조 제1항의 문언 취지에 따라 엄격히 제한되는 것으로 해석되어야 한다는 견해가 있다.³³⁾ 국회가 헌법 직접적 유보조항(제33조 제2항)에 근거하여 근로3권 제한입법을 하는 경우에, 일반적 법률유보조항(헌법 제37조 제2항)에 근거하는 경우와는 달리 근로3권의 ‘제한’을 넘어 ‘금지’까지 할 수 있는 입법재량을 가지는 점은 인정되나, 헌법 제33조 제2항으로부터 곧바로 광범한 입법재량이 허용된다고 보기는 어렵다고 한다. 왜냐하면 이 규정은 공무원의 근로자성이 부인될 수 없음을 명시하고 있고, 그 문언 또한 제33조 제3항과 비교하여 볼 때

33) 김유성, 앞의 책 34면

근로3권의 제한보다는 보장을 지향하는 형식을 취하고 있기 때문이라고 한다.

이처럼 입법재량이 제한된다는 입장에 서면 공무원의 근로3권을 제한하는 법률형성에 대하여 기본권의 최소제한원칙과 본질적 내용 침해금지원칙이 적용되고, 기본권 최소제한원칙에 따르면 그 제한의 근거가 되는 법익과의 비교형량을 통하여 구체적으로 권리의 제한범위가 정해져야 한다. 따라서 근로3권의 행사가 국민생활에 미치는 불이익과 근로3권 제한으로 인하여 공무원이 입게 되는 불이익을 구체적으로 비교 형량하여 그의 근로3권 제한범위를 결정하여야 하고, 이러한 요청에 부응하려면 적어도 공무원이 담당하는 직무의 구체적인 내용과 성질을 고려하여 근로3권의 제한여부와 정도를 개별적으로 검토하여야 할 필요가 있다고 한다³⁴⁾.

2003헌바51, 2005헌가5(병합) 사건에서의 재판관 조대현의 반대의견도 이 견해와 유사한 입장으로 보인다.³⁵⁾가 견해에 따를 때에도 그 결과는 제3절과 비슷하리라 보여진다.

(5) 소결

위에서 본 바와 같이 헌법 제33조 제2항의 의미에 관하여 다양한 견해가 있을 수 있는바, 헌법 제33조 제2항을 어떻게 이해하느냐에 따라 공노법 주요 규정들의 위헌심사에 있어 주안점을 두는 영역이나 적용할 심사기준의 강약에 차이가 날 수 있다.

34) 김유성, 앞의 책 34면, 이철수, 강상태, [공공부문의 노사관계법](1997), 36면, 신인령, [노동기본권연구](미래사, 1987), 174-176면

35) 그 요지는 “헌법 제33조 제2항의 취지는 공무원도 헌법 제33조 제1항에 따라 원칙적으로 근로3권을 가지지만 헌법 제7조에서 밝히고 있는 공무원의 특수한 지위와 책임과 조화될 수 있는 한도에서 공무원의 근로3권을 구체적으로 조절할 수 있고 그 구체적인 내용은 법률로 정한다는 취지라고 보아야 한다. 그런데, 국가공무원법조항은 공무원의 종류와 직급·직무내용에 따른 직무의 공공성, 지휘감독을 받는 근로자성의 정도, 근로조건 내용, 근로조건을 향상시킬 필요성의 정도, 노동운동을 위한 집단적 행위의 내용, 노동운동을 위한 집단적 행위가 근무시간 중에 이루어졌는지 여부와 공무원의 직무전념의무를 저버리거나 공공직무의 수행에 지장을 주는지 여부 등을 고려하지 아니한채, 오로지 사실상 노무에 종사하는 공무원인지 여부만을 기준으로 하여 노동운동을 위한 집단적 행위를 과도하게 제한하는 것이다.”라는 것이다.

비록 우리 헌법에만 있는 다소 특이한 조항이기는 하나, 헌법 직접적 제한으로서 헌법 제33조 제2항이 존재하는 한 현행 헌법의 해석론으로는 제1설에 따라 공무원인 근로자의 근로3권의 형성 및 제한에 있어서는 근로3권을 인정할 것인지, 어떤 종류의 근로3권을 어떤 범위 내에서 인정할 것인지에 관하여 입법자에게 상당한 정도의 재량권이 있다고 보는 것이 옳다고 생각된다.

이 사건 결정은 제1설의 입장에 따라 국회는 헌법 제33조 제2항에 따라 공무원인 근로자에게 단결권·단체교섭권·단체행동권을 인정할 것인가의 여부, 어떤 형태의 행위를 어느 범위에서 인정할 것인가 등에 대하여 광범위한 입법형성의 자유를 가짐을 전제로 하여 심판대상조항들을 합헌으로 판단하였다.

재판관 조대현의 일부 반대의견은 다수의견보다는 좀 더 엄격한 입장으로, 일용 직급 및 직무의 성질에 따라 근로3권이 인정되는 공무원과 부정되는 공무원을 대별한 공노법의 입장에는 동의하면서도, 공노법에 의하여 근로3권이 인정되는 공무원에 대하여 업무의 공공성을 저해하지 않는 범위 내에서는 단체교섭권과 단체행동권이 실질적으로 보장되어야 한다는 입장으로 볼 수 있다.

4. 심판대상조항들의 위헌여부

가. 가입범위에 관한 공노법 제6조의 위헌여부

공노법 제6조는 제1항에서 6급 이하 공무원 중 일반직공무원 및 이에 상당하는 연구 또는 특수기술직렬의 일반직 공무원(1호), 특정직공무원중 6급 이하의 일반직 공무원에 상당하는 외무행정·외교정보관리직 공무원(2호), 기능직 공무원(3호), 6급 이하의 일반직공무원에 상당하는 별정직 공무원 및 계약직 공무원(4호), 고용직공무원(5호)에 한정하여 노조에 가입할 수 있도록 함과 동시에, 제2항에서 6급 이하 공무원의 경우에도 ‘지휘·감독권 행사자’, ‘업무 총괄자’(1호), ‘인사·보수 등 행정기관의 입장에 서는 자’(2호), ‘교정·수사 그 밖에 이와 유사한 업무에 종사하는 공무원’(3호), ‘노동관계의 조정·감독 등 업무 종사자’(4호)의 가입을 금지함으로써, 공무원 노조 가입범위

와 관련하여 직종, 직급을 기준으로 가입을 제한함과 동시에, 담당하는 업무를 이유로 다시 제한을 가하고 있다.

이에 따라 노동부가 추산하고 있는 공무원노조 가입대상 공무원은 2006. 4. 30. 현재 공노법이 예정하고 있는 법 적용 대상 58만여명 가운데 50%에 해당하는 29만여명에 불과한 실정이다.

(1) 노동기본권의 침해여부

공무원의 업무수행등 관련 현재의 법 현실을 보면, 제반 주요정책을 결정하고 그 소속 하위직급자들을 지휘·명령하여 분장사무를 처리하는 역할은 통상 5급 이상의 공무원에게 부여되는 것이 일반적이고, 6급 이하의 공무원들 중에서도 ‘지휘·감독권 행사자’, ‘업무 총괄자’, ‘인사·보수 등 행정기관의 입장에 서는 자’, ‘노동관계의 조정·감독 등 업무 종사자’는 ‘항상 사용자의 이익을 대표하는 자’의 입장에 있어 위의 공무원들은 그 업무의 공공성·공익성이 크다고 보여진다. 그리고, 6급 이하 공무원이라 하더라도 공무원 노사관계에 있어서 법령·조례 등에 의하여 다른 공무원에 대한 지휘감독권을 행사하는 등 노조와의 관계에서 행정기관의 입장에 서서 업무를 수행하는 공무원 등을 노조 가입범위에서 제외한 것은, 이들이 노조에 가입할 경우 노조 운영 등에 지배·개입하는 등으로 노조의 자주성을 훼손할 우려가 있고, 노사 대항적 관계의 단체교섭에 있어서 노사 간 힘의 균형을 확보해 줌으로써 집단적 노사자치를 실현한다는 집단적 노사관계법의 기본적인 법 원리에 따른 것이다.

또한 6급 이하 공무원 중 직무의 특성상 경찰, 소방 등 특정직 공무원과 유사하게 국가안전 및 국민의 생명과 안전보호 등 국가 기능유지에 핵심적인 업무를 수행하고 제복근무 등 조직 내 지휘·감독체계의 유지가 특히 강조되는 교정·수사 등의 업무를 수행하는 공무원과 업무의 성격상 노사 간의 이해관계에 영향을 미침으로서 업무수행에 있어서 중립성과 공정성이 특히 요구되는 노동관계의 조정·감독 등 노조 조합원으로서의 지위를 가지고 수행하기에 적절하지 아니한 업무에 종사하는 공무원이 노조 가입대상에서 제외된 것이다.

이는 헌법상 근로자에 대한 근로3권의 실질적 보장이 전제되고 있으면서

도 헌법 제33조 제2항이 근로3권이 보장되는 공무원의 범위를 법률에 의하여 정하도록 유보함으로써 공무원의 국민 전체에 대한 봉사자로서의 지위 및 그 직무상의 공공성 등의 성질을 고려한 합리적인 공무원제도의 보장, 공무원제도와 관련한 주권자 등 이해관계인의 권익을 공공복리의 목적아래 통합 조정하려는 의도와 어긋나는 것이라고는 볼 수 없다.

그러므로, 위 법률조항은 공무원 신분의 특수성과 수행하는 업무의 공공성을 고려하여 단결권 및 단체교섭권의 향유주체가 될 수 있는 공무원의 범위를 정하도록 하기 위하여 헌법 제33조 제2항이 입법자에게 부여하고 있는 형성적 재량권의 범위를 일탈한 것으로 볼 수 없어 헌법에 반한다고 할 수 없다.

(2) 평등권의 침해여부

(가) 심사기준

가 사안은 헌법 제33조 제2항에 의하여 입법자에게 광범한 입법형성권이 부여되는 경우이므로, 평등의 원칙에 위반되었는지를 판단함에 있어서는 차별에 합리성이 있는지의 완화된 심사척도에 따라야 할 것이다.

(나) 5급 공무원과 6급 이하 공무원간 차별취급의 위헌여부

특정 사업장의 근로자 중에서 어느 범위까지 노조 가입을 허용할 것인가의 문제는 노조가 규약을 통해 자율적으로 규율하는 것이 원칙이며, 노조의 자율성 보장을 위해 사용자가 노조를 부당하게 지배·개입할 소지를 봉쇄할 필요성에 따라 노조법상 일반원칙인 ‘항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자’(노조법 제2조 제4호 가목)는 배제하게 된다. 또 노조법은 ‘근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자’를 사용자 개념에 포함시키고 있다. 그리고 공무원의 경우 직무의 성격상 노동운동이 허용되기 어려운 직무가 무엇인가에 따라 일정 범위의 공무원은 노조가입이 배제될 것이다.

문제의 핵심은 성격상 노동운동이 허용되기 어려운 직무에 종사하는 공무원에 대하여는 노동3권을 부여하지 아니하는 것이 정당화 될 수 있다는 것인바, 위 공무원에 해당하는지(직무의 공공성) 여부를 직급에 따라 나누어 5

급 이상 공무원에 대하여 노조가입을 금지하는 것에 합리성이 인정되는가에 있다.

① 우리 공무원제도는 공무원의 일반적 자격·능력 및 책임의 정도를 기준으로 계층을 만들어 인력을 행정수요에 맞게 효율적으로 운용하기 위하여 ‘공무원 계급제도’를 두고 있다.³⁶⁾ 그런데 공무원의 업무수행 등과 관련하여 현재의 실정을 보면 계급제 성격이 강한 우리나라 공무원제도의 특성상 5급 이상 공무원은 제반 주요 정책 결정에 직접 참여하거나, 그 소속 하위직급자들을 지휘·명령하여 분장 사무를 처리하는 역할이 부여되는 것이 일반적이다.

② 또한 이와 같이 공무원의 노조의 가입범위를 원칙적으로 6급 이하의 공무원에 한정하여 보아야 한다는 것은 사회 일반의 공통적인 법인식 내지 법감정에 해당하는 것으로, 1989년 야3당 합의안으로 국회본회의에 상정된 바 있던 노동조합법 개정법안 제8조도 이와 같은 기준을 제시하였고³⁷⁾, 학계에서도 대부분의 학자들이 그 타당성에 동의하고 있다.³⁸⁾

③ ILO 제151호 협약도, “공공부문에 있어 정책결정 또는 관리에 관련되는 직무를 수행하는 고위직 근로자 또는 고도의 기밀적 성격의 업무를 수행하는 근로자에 관하여는 국내법령으로 단결권 제한이 가능하도록 하고 있고, 외국의 입법례도 공무원 중 고위관리자(management official)와 중간관리자(supervisor)의 경우 단결권 보장대상에서 제외하고 있는 것이 보편적이다.

이러한 사정들을 종합하여 보면 위 법률조항이 5급 이상의 공무원에 대하여서는 단결권, 단체교섭권을 부여하지 아니하고, 원칙적으로 6급 이하 공무원에게만 이를 보장하여 양자를 달리 취급하는 것은, 헌법 제33조 제2항에 그 근거를 두고 있을 뿐만 아니라 합리적인 이유 또한 있다 할 것이므로, 헌법 제11조 제1항에 정한 평등의 원칙에 위반되지 아니한다.

36) 국가공무원법 제4조, 공무원임용령 제3조, 연구직및지도직규정 제3조 참조

37) 현역군인, 경찰공무원, 교정공무원, 소방공무원을 제외한 6급 이하의 모든 공무원에 대하여 단결권과 단체교섭권을 보장하였다.

38) 윤성천, ‘노동조합의 쟁점과 방향’, 노동법률, 1995. 3. 115면 이하 ; 김상호, ‘공무원노조의 근로3권 보장에 관한 고찰’, 노동법학 제12호, 2001, 45면 및 53면 ; 한국노총, ‘한국노총 노동관계법 개정에 관한 청원’, 1993. 9. 8면 ; 노사관계개혁위원회, ‘노동관계법 개정 요강 토의 자료’, 1996. 9. 43면 등

(다) 6급 이하 공무원 중 일정 업무 담당자와 나머지 6급 이하 공무원간 차별취급의 위헌여부

① 6급 이하 공무원이라 하더라도 공무원 노사관계에 있어서 법령·조례 등에 의하여 다른 공무원에 대한 지휘감독권을 행사하거나, 다른 공무원의 업무를 총괄하는 공무원³⁹⁾, 인사·보수에 관한 업무를 수행하는 공무원 등 노동조합과의 관계에서 행정기관의 입장에 서서 업무를 수행하는 공무원 등을 노동조합 가입범위에서 제외한 것은, 이들이 노동조합에 가입할 경우 노동조합 운영 등에 있어 지배·개입할 우려가 있는 등 노동조합의 자주성을 훼손할 우려가 있고, 노사 대항적 관계의 단체교섭에 있어서 노사 간 힘의 균형을 확보해 줌으로써 집단적 노사자치의 실현이라는 집단적 노사관계법의 기본적인 법 원리에 따른 것이다.

② 또한 6급 이하 공무원 중 직무의 특성상 경찰, 소방 등 특정직 공무원과 유사하게 국가안전 및 국민의 생명과 안전보호 등 국가 기능유지에 핵심적인 업무를 수행하고 제복근무 등 조직 내 지휘·감독체계의 유지가 특히 강조되는 교정·수사 등의 업무를 수행하는 공무원과 업무의 성격상 노사 간의 이해관계에 영향을 미침으로써 업무수행에 있어서 중립성과 공정성이 특히 요구되는 노동관계의 조정·감독 등 노조 조합원으로서의 지위를 가지고 수행하기에 적절하지 아니한 업무에 종사하는 공무원을 노조 가입대상에서 제외한 것이다.

따라서 공노법 제6조 제2항이 6급 이하 공무원들 중에서 특정 업무 담당자들에게 노조가입을 제한하는 것에는 합리적인 이유가 있다 할 것이므로, 이헌법 제11조 제1항이 정한 평등의 원칙에 위배되지 아니한다.

(바) 노조가입이 금지되는 6급 이하 공무원과 교원 간 차별취급의 위헌여부

39) 공노법 제6조 제2항 제1호 후단은 애당초 노동부 안에 없던 것이 차관회의를 거치면서 나중에 삽입되었다고 하는데, 정부는 수년 전 6급 계장들을 지휘·감독업무에서 배제시킬 것을 명하는 지침을 하달하였고, 그 지침에 따라 6급 계장들은 모두 지휘권을 박탈당하였으나, 실제 지방자치단체의 6급 공무원들은 업무분장표상 '총괄업무'로 기재된채 휘하의 7급 이하 공무원들의 업무를 총괄적으로 지휘·감독하는 업무를 수행하고 있어 지방공무원들 중 사실상 지휘감독의 업무를 담당하는 6급 공무원들을 주로 겨냥하여 삽입된 조항이라고 한다. 제17대 국회 제251회 환경노동위원회회의록 제1호, 7-8면 참조

청구인들은 교원노조법에 의한 교원은 단결권과 단체교섭권이 보장되고 있음에도 불구하고,⁴⁰⁾ 심판대상조항이 교원이 아닌 공무원들에게 근로3권을 보장하지 않는 것은 불합리한 차별로서 평등의 원칙에 위반된다는 취지로도 주장하나,⁴¹⁾ 일반 공무원의 업무와 교원의 업무는 직역 및 처리업무의 성격에 있어서 다르고, 노동기본권을 행사하였을 때 국민 생활에 미치는 영향도 차이가 있으므로, 교원에 대하여 근로에 관한 권리를 부여하였다고 하여 이를 두고 자의적인 차별을 가하는 것이라 할 수는 없다⁴²⁾.

나. 단체교섭권에 관한 조항들의 위헌여부

(1) 공노법 제8조 제1항 단서의 위헌여부

위 조항은 일정한 사항을 단체교섭의 대상에서 제외하여 단체교섭권을 제한하고 있다.

그러나, 민간부문의 이른바 ‘인사·경영사항’이 의무적 교섭사항인가가 문제되는 것처럼⁴³⁾ 정부의 정책결정 및 관리운영사항⁴⁴⁾은 교섭대상사항이 아니

40) 교원의노동조합설립및운영등에관한법률에서는 가입범위에 관한 제한규정이 없다. 따라서 교장, 교감을 제외한 모든 교사가 노조에 가입할 수 있는 것으로 해석되고 있다.

41) 김인재, ‘공무원노조와 교수노조의 결성과 합법화방향’(2006 [노동법 연구] 제11호.), 304면,

노조법 시행령안 제3조에 의한 가입금지대상 공무원을 학교근무자를 중심으로 살펴보면, 제3조 1호에 의한 가입금지 대상자는-지역교육청 담당(6급), 국립초·중·고등학교 행정실(교육행정직) 및 영양사(식품위생직) 전원, 제3조 2호 가목, 다목에 의한 가입금지 대상자는 학교에서 근무하는 교육행정직(행정실장은 제외)과 학교 근무 사무업무 기능직 공무원(사무원) 전원, 제3조 2호 마목에 의한 가입금지 대상자-학교 및 교육청에 근무하는 방호원 및 시설관리 기능직 공무원(조무원)과 운전원 전원이라고 하고, 노조법시행령 제3조에 의거, 전라남도 관내 학교에서 근무하는 6급 이하 공무원 중 노조가입이 금지되는 공무원의 수는 6급 이하 전체 공무원의 84.7%를 차지한다고 하며, 이를 토대로 노조법시행령 제3조는 공무원노조 중 각 시도교육청에 근무하는 지방공무원에게 유독 불리한 조항으로서 헌법에서 보장된 평등권을 침해한다고 주장한다.

42) 헌재 2007. 8. 30. 선고 2003헌바51, 2005헌가5(병합), 판례집 19-2, 215, 234 ; 헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50등, 판례집 17-2, 238, 256-257 ; 각 참조

43) 민간부문의 경우, 판례나 해석에 의해 경영상의 결정에 관한 사항은 사용자의 권한이며 교섭대상이 아니라고 인정되고 있다. 노동부, ‘공무원노조법령 주요내용 및 쟁점해설’, 30면 참조.

44) 정책의 기획 또는 계획의 입안 등 정책결정에 관한 사항, 공무원의 채용·승진·전보 등 임용권의 행사에 관한 사항, 기관의 조직 정원에 관한 사항, 예산, 기금의 편

라고 볼 수 있다. 일본·미국의 경우에도 교섭사항과 비 교섭사항을 구분·명시하고 있는바, 일본의 경우 국가·지방공공단체의 사무의 관리 및 운영에 관한 사항은 교섭의 대상이 될 수 없고, 미국의 경우도 관리권한(management right)에 관한 사항(기관의 임무, 예산, 조직, 정원, 내부보안 지침, 채용, 배치, 지휘, 해고 및 정직, 강급, 면직 등 징계조치, 업무분장, 민간위탁의 결정, 기관운영자의 결정, 특정직위 임용을 위한 인원 선발, 비상조치 등)은 교섭대상에서 제외된다.⁴⁵⁾

더욱이 위 조항은 정책결정 및 관리운영사항 일체를 교섭대상에서 제외시킨 것이 아니고 단체교섭에서 교섭대상을 둘러싼 교섭상의 혼선을 방지하기 위하여 근무조건과 직접 관련되지 아니하는 정책결정에 관한 사항과 임용권의 행사 등 국가 또는 지방자치단체가 그 권한으로 행하는 관리·운영에 관한 사항을 단체교섭의 금지대상으로 규정한 것으로, 정부의 정책결정 및 관리운영사항 중에서도 근무조건과 직접 관련되는 사항에 대하여는 단체교섭을 허용하고 있으므로, 공노법 제8조 제1항 단서가 합리적인 근거 없이 입법형성권의 범위를 일탈하여 청구인들의 단체교섭권을 침해하는 것으로는 보이지 아니한다.

(2) 공노법 제9조 제4항의 위헌여부

청구인들은 공노법 제9조(교섭의 절차) 제4항이 구체적인 교섭창구 단일화의 방식에 대해서는 규정하지 아니한 채 사용자의 교섭거부 권한만을 명시함으로써, 단체교섭을 회피하고자 하는 사용자의 속성상 사용자로 하여금 ‘노·노간의 갈등’을 부추겨 창구단일화에 어려움을 겪게 하여 중국적으로 사용자의 교섭의무를 회피하게끔 할 수 있는 여지를 만듦으로써 청구인들의 단체교섭권을 침해한다고 하여, 심판대상조항이 부진정 입법부작위로서 위헌이라는 취지로 주장한다.

그러나, 복수노조 허용에 따라 예상되는 단체교섭의 혼란 및 단체협약 적

성·배정에 관한 사항, 그 밖에 기관의 관리·운영에 관한 사항 중 근무조건과 관련 없는 사항이 이에 해당될 것으로 보인다. 노동부, ‘공무원노조법령 주요내용 및 쟁점해설’, 29면 참조.

45) 노동부, ‘공무원노조법령 주요내용 및 쟁점해설’, 30면 참조.

용상의 어려움, 과도한 교섭비용을 줄이기 위하여, 단체교섭에 있어 관련된 노조에게 원칙적으로 단체교섭권의 행사를 보장하면서 노조 간의 자율적인 교섭창구 단일화를 규정한 공노법 제9조 제4항은 합리적인 근거가 있다.

노조법의 경우 복수노조 창구단일화 방안에 관한 수많은 논의가 있었으나 아직까지 명쾌한 결론이 나지 않고 있으며, 교원노조법시행령은 “조직대상을 같이 하는 2 이상의 노동조합이 설립되어 있는 때에는 합의에 의하여 교섭위원을 선임하되, 합의하지 못하는 때에는 노동조합의 조합원 수에 비례하여 교섭위원을 선임한다.”라고 하여 복수노조 간의 창구단일화를 자율에 맡기되, 자율적 해결이 불가능할 경우 교섭위원의 선임방법에 관한 규정을 마련하고 있다.⁴⁶⁾

이에 따라 공노법 제9조 제4항도 위와 같이 원칙적으로 복수노조의 경우 창구단일화를 자율에 맡기면서, 그것이 불가능할 경우에 대비하여 공노법시행령 8조(교섭위원의 선임) 제2항에서 “제1항의 규정에 따른 교섭위원의 선임에 있어 교섭노동조합이 2 이상인 경우에는 교섭노동조합간의 합의에 따라 교섭위원을 선임하되, 제1항 전단의 규정에 따른 기간 안에 합의하지 못하는 때에는 교섭노동조합의 조합원수에 비례하여 교섭위원을 선임하여야 한다.”라고 하여 자율적 해결이 불가능할 경우 교섭위원 선임방법에 관한 규정을 시행령에 마련함으로써 교원노조법처럼 조화를 꾀하고 있다⁴⁷⁾. 이에 대하여는 단일화 방법에 관하여 시행령에 규정할 것이 아니라 법률에 규정하여야 한다는 견해가 있으나, 교섭창구 단일화를 강제하는 것은 소수조합의 독자적인 단체교섭권을 침해할 우려가 있으므로, 복수노조가 교섭창구를 단일화할 것인지 각각 단체교섭을 진행할 것인지는 각각의 조합이 독자적으로 결정할 사항이므로 이를 법률로 강제하는 것은 부당하다는 견해⁴⁸⁾도 있어, 위와 같이 시행령에 규정하게 된 것으로 보인다.

따라서, 공노법 제9조 제4항이 구체적인 교섭창구 단일화의 방식에 대해

46) 교원노조법시행령 제3조 제5항 참조

47) 김재기, ‘공무원노조 단체교섭구도에 대한 공무원과 시민의 의식 비교’(『행정논총』 43권 3호.), 127면

김인재, ‘공무원노조의 조직형태와 단체교섭체계 설계방안’(『노동법연구』, 2004 상반기), 111면

48) 김인재, ‘정부의 [공무원노조법안]에 대한 검토’(『노동법학』 제19호), 89-90면

서는 규정하지 아니한 채 사용자의 교섭거부 권한만을 명시하여, 사용자로 하여금 교섭의무를 회피할 수 있는 여지를 줌으로써 입법재량권의 범위를 일탈하여 청구인들의 단체교섭권을 침해하는 것으로는 보이지 아니한다.

(3) 공노법 제10조 제1항의 위헌여부

(가) 헌법 제33조 제1항이 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 가진다.”고 규정하여 근로자에게 “단결권, 단체교섭권, 단체행동권”을 기본권으로 보장하는 뜻은 근로자가 사용자와 대등한 지위에서 단체교섭을 통하여 자율적으로 임금 등 근로조건에 관한 단체협약을 체결할 수 있도록 하기 위한 것이다. 비록 헌법이 위 조항에서 ‘단체협약체결권’을 명시하여 규정하고 있지 않다고 하더라도 근로조건의 향상을 위한 근로자 및 그 단체의 본질적인 활동의 자유인 ‘단체교섭권’에는 단체협약체결권이 포함되어 있다고 보아야 한다. {헌재 1998. 2. 27. 94헌바13, 26, 95헌바44(병합) 참조}

(나) 공노법 제10조 제1항에서 단체협약의 내용 중 법령·조례 또는 예산에 규정된 내용과 법령 또는 조례에 의한 위임을 받아 규정되는 내용에 위반하는 내용에 대해 협약으로서의 효력을 부인하는 것은 헌법에 위배되지 않는다.

헌법 제7조 제2항은 직업공무원제도를 규정하고 있는바, 직업공무원제하에서 공무원의 신분은 헌법에 의해 보장되고 근무조건은 국회가 제정하는 법률로 정해지게 된다. 또한 헌법 제54조 제1항은 재정의회주의원칙을 규정하고 있는바, 공무원의 보수는 국가예산으로 지급되는 것이므로, 보수결정의 최종적인 권한은 국회가 가지게 된다. 이상의 헌법규정을 보면 공무원의 보수 등 근무조건에 관한 사항은 최종적으로 국회가 결정하도록 헌법이 의도하고 있고, 이러한 헌법정신에 따라 공노법은 공무원 노동관계의 당사자인 정부교섭대표와 노조 대표자간의 단체협약에 국회의 결정권을 배제하는 최종적 효력을 인정하고 있지 않다.

공무원의 경우 민간부문과 달리 근무조건의 대부분은 헌법상 국민전체의 의사를 대표하는 국회에서 법률, 예산의 형태로 결정해야 하는 것으로서, 정

부와 공무원노동단체간의 자유로운 단체교섭에 기초한 합의에 의해 결정될 수 없는 것이다. 따라서 노사간 합의로 체결한 단체협약이라 하더라도 법령·예산보다 우선하는 효력을 인정할 수는 없는 것이다.

또한 위 조항은 법률·조례 또는 예산등과 저촉되는 부분에 한하여 단체협약으로서의 효력만 부인할 뿐, 교섭 자체를 못하도록 하거나 단체협약을 체결하지 못하도록 하고 있지는 않고, 같은 조 제2항에 의하면 정부교섭대표에게 제1항의 규정에 따라 단체협약으로서의 효력을 가지지 아니하는 내용에 대하여 그 내용이 이행될 수 있도록 성실히 노력할 의무를 부과하고 있다. 그리고 위 성실이행의무에 따라 공노법 시행령 제10조(단체협약의 이행통보)는, 정부교섭대표로 하여금 법 제10조 제1항의 규정에 따라 단체협약으로서의 효력을 가지지 아니하는 단체협약의 내용에 대한 이행결과를 당해 단체협약의 유효기간 만료일 3월 전까지 상대방에게 서면으로 통보하도록 하고 있다.

따라서, 위 조항이 국회의 입법 재량권의 한계를 일탈하여 청구인들의 협약체결권을 침해한다고 보기는 어렵다.

다. 단체행동권에 관한 조항들의 위헌여부

(1) 공노법 제11조의 위헌여부

(가) 공노법 제11조(쟁의행위의 금지)는 사실상 노무에 종사하는 공무원 을 제외하고 공노법에 의하여 새로이 노동기본권의 주체가 되는 모든 공무원에 대하여 단체행동권을 금지하고 있다.

(나) 그러나, ① 국민에 대한 봉사자로서 공공의 이익을 위하여 직무를 성실히 수행하여야 할 공무원이 쟁위행위를 통하여 공무원 집단의 이익을 대변하는 것은 국민전체의 이익추구에 장애가 될 소지가 있고, 그것은 국민 전체에 대한 봉사자로서의 공무원이라는 특수한 신분에서 반한다(헌법 제7조).

② 파업으로 행정서비스가 중단되면 국가기능이 마비될 우려가 크고 그 손해는 고스란히 국민이 부담하게 된다(업무의 특수성 : 국민 전체의 공공복리).

③ 특히, 보수 등 근무조건이 국회에서 결정되고, 그 비용은 최종적으로

국민이 부담하는데 공무원이 자기 요구를 관철하고자 국민을 상대로 파업하는 것은 허용되기 어렵다(근무조건 법정주의).

④ 또한 공공업무의 속성상 파업에 대한 정부의 대응수단을 찾기 어려워 노사간 힘의 균형을 확보하기 어렵다(억제력 결여).⁴⁹⁾

따라서 공무원은 국민 전체에 대한 봉사자로서의 지위를 갖는다는 헌법 제7조와 그에 따른 공무원의 기본적인 의무인 성실의무와 직무전념의무 등과의 관계에서 볼 때, 공노법에서 공무원의 쟁의행위를 금지하는 것은 헌법 제33조 제2항에 따른 입법형성권의 범위 내에 있으므로 헌법에 위배되지 아니한다.

(2) 공노법 제18조의 위헌여부

(가) 쟁의행위에 대한 처벌을 규정하는 공노법 제18조(벌칙)가 ①죄형법정주의 원칙 중 명확성의 원칙에 위배되고, ②사용자격인 정부교섭대표에게는 부당노동행위에 대한 처벌규정을 배제하면서 노조와 공무원인 근로자에 대하여만 과도한 의무를 부과하고 위반시 형사 처벌하여, 합리적인 이유 없이 정부교섭대표와 차별함으로써 평등권을 침해하며, ③노조법 관계규정상 중재 회부기간 동안의 파업에 대한 처벌⁵⁰⁾에 비하여 형이 너무 중한 점, 공무원은 집행유예의 형만 확정되어도 당연퇴직되는 점에 비추어 형벌이 과도하여 과잉금지원칙에 위배되어 위헌인지가 쟁점이다.

(나) ① 헌법 제12조 및 제13조를 통하여 보장되고 있는 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구하는 것이다.

그러나, 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하여 모든 구성요건을 단순한 서술적 개념으로 규정하여야 하는 것은 아니고, 다소 광범위하여 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 통상의

49) 노동부, '공무원노조법령 주요내용 및 쟁점 해설'(2006. 1.), 42면

50) 노조법 제91조 제1호, 제63조에 의하면, 중재회부기간 동안의 파업에 대한 법정형은 '1년 이하의 징역 또는 벌금 1,000만원 이하'로 되어 있다.

해석방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람이면 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 배치되는 것이 아니다. 처벌법규의 구성요건이 어느 정도 명확하여야 하는가는 일률적으로 정할 수 없고, 각 구성요건의 특수성과 그러한 법적 규제의 원인이 된 여건이나 처벌의 정도 등을 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다(헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 383; 헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741, 748 등 참조).

살피건대, 위 법조항의 보호법익, 형법상 업무방해죄에 관한 대법원의 해석 등을 참조하여 볼 때, ‘과업’은 근로자가 집단적으로 노무제공을 거부함으로써 업무운동을 저해하는 가장 전형적인 쟁의수단을⁵¹⁾, ‘태업’은 사용자의 지휘명령에 따르되 이를 부분적으로 배제하고 불완전한 노무를 제공함으로써 업무의 능률을 저하시키는 쟁의수단을⁵²⁾ 각 의미하고, ‘업무’란 사람이 그 사회적 지위에 있어서 계속적으로 종사하는 사무 또는 사업을, ‘저해’란 업무에 지장을 주거나 지장을 줄 위험을 발생하게 하는 것으로 해석할 수 있고, 이러한 해석은 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인으로서도 능히 인식할 수 있는 것으로서 어떠한 행위가 이에 해당하는지 의심을 가질 정도로 불명확한 개념이라고 볼 수 없다.

따라서, 위 법조항 부분은 죄형법정주의의 한 내용인 형벌법규의 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다.(헌재 1992. 4. 28. 90헌바27등, 판례집 4, 255, 268-270 ; 헌재 1998. 7. 16. 97헌바23 참조)

② 어떤 행위를 범죄로 규정하고 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황과 국민일반의 가치관 내지 법감정, 범죄의 실태와 죄질 및 보호법익 그리고 범죄예방효과 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다.

51) 김유성, 앞의 책 237면

52) 김유성, 앞의 책 237면

따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 죄질의 경중과 이에 대한 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 전체 형벌체계상 현저히 균형을 잃게 되고 이로 인하여 다른 범죄자와의 관계에 있어서 헌법상 평등의 원리에 반하게 된다면, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈함으로써 헌법 제37조 제2항으로부터 파생되는 비례의 원칙 혹은 과잉금지 원칙에 반하는 것으로 평가되는 등 입법재량이 헌법규정이나 헌법상의 제원리에 반하여 자의적으로 행사된 경우가 아닌 한, 법정형의 높고 낮음은 단순한 입법정책 당부의 문제에 불과하고 헌법위반의 문제는 아니라 할 것이다. 또한, 공무원인 근로자의 업무의 공공성, 공익성, 형법상 업무방해의 법정형이 5년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금인 점 등에 비추어 볼 때, 공노법 제18조의 법정형인 '5년 이하의 징역 또는 5,000만 원 이하의 벌금'이 입법재량의 한계를 벗어난 과도한 처벌이라고도 볼 수도 없다.

③ 공노법 제11조가 헌법에 위반되지 않는다는 것은 이미 앞에서 본바와 같을 뿐만 아니라, 공무원이 위와 같은 행위를 할 경우 이는 단순히 행정질서에 장해를 줄 위험성이 있는 정도의 의무위반이 아니고 국민생활의 전반에 영향을 미쳐서 일반의 공익을 침해할 고도의 개연성을 띤 행위라고 볼 수 있으므로, 이에 대하여 행정형벌을 과하도록 한 공노법 제18조가 입법재량의 한계를 일탈하여 헌법에 위반한다고 볼 수 없다.

합리적인 이유 없이 정부교섭대표와 차별하여 평등권을 침해한다는 주장에 대하여는 아래 라.항에서 판단하는 바와 같다.

라. 공노법 제17조 제3항 중 '제89조 2호' 및 '제90조 중 제81조' 부분의 위헌여부

(1) 공노법 제17조(다른 법률과의 관계) 제3항은 노조법 규정의 적용이 배제되는 경우를 규정하면서, 사용자가 부당노동행위에 대한 구제명령을 이행하지 아니한 경우의 처벌규정인 노조법 '제89조 2호 내지 제90조'를 들고 있다.

(2) 위 조항이 청구인들의 단체교섭권 침해하는지에 관하여 본다.

앞서 본 바와 같이 어떤 행위를 범죄로 규정하고 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 문제는 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 입법재량이 헌법규정이나 헌법상의 제 원리에 반하여 자의적으로 행사된 경우가 아닌 한, 사용자의 부당노동행위에 대한 구제수단으로서 민사상의 구제절차를 마련하는데 그칠 것인가 나아가 형사 처벌까지 할 것인가는 단순한 입법정책의 당부의 문제에 불과하고 헌법위반의 문제는 아니라 할 것이다.

입법자는 사용자의 부당노동행위에 대한 구제방법으로 민사상의 원상회복주의를 채택하고 형사상의 처벌은 배제한바, 정부교섭대표, 즉 기관장과 차치단체장이 노동위원회의 부당노동행위 판정과 시정명령을 따르지 않는다면 인사상 또는 선거상 불이익을 받거나 도덕적 상처를 입게 되므로, 그들을 형사처벌 하지 않는다고 하여 부당노동행위가 남발할 우려는 현실적으로 크지 않다. 오히려 부당노동행위를 둘러싸고 형사고발이 빈발하고 이를 다투는 과정에서 불필요한 행정에너지가 소모되며 공직사회가 갈등에 휩싸이는 것을 방지하는 측면⁵³⁾에서 형사처벌 조항 적용을 배제하는 것에 합리성이 있는 것으로 판단된다.

비교법적으로도 유럽처럼 산별노조형태로 거대 규모의 노조가 형성되어 있는 나라는 별도의 부당노동행위제도를 가지고 있지 않고, 미국이나 일본, 우리나라처럼 기업별 노조, 기업별 교섭이 제도화된 나라에서 노조의 힘이 약하기 때문에 노동권 보장 차원에서 노사 간 힘의 균형을 맞추어 준다는 취지에서 부당노동행위제도가 만들어졌으나, 미국이나 일본도 공무원노조의 경우 부당노동행위를 금지하고 그에 따른 구제절차를 규정하고 있을 뿐 사용자를 형사 처벌하는 규정은 마련되어 있지 않다⁵⁴⁾.

위의 사정을 종합하면, 입법자에게 공무원노조의 단체교섭권을 실질적으로 보장하기 위하여 사용자인 정부교섭대표의 부당노동행위에 대한 형사 처벌규정을 마련하여야 할 입법의무가 있다고 보기는 어려우므로, 위 조항이 헌법에 위배된다고 할 수 없다.

53) 제17대 국회 제251회-제3차 국회본회의(2004. 12. 31.) 의사록 22면 참조

54) 제17대 국회 제251회 환경노동위원회회의록 제2호, 12면, 노동부, 공무원노조법령 주요내용 및 쟁점해설('2006. 1.), 47면 참조,

(3) 청구인들의 단체행동권 행사에 대한 형사 처벌을 규정한 공노법 제18조와 상대방인 정부교섭대표의 부당노동행위와 구제명령위반에 대한 처벌규정의 적용을 배제하는 공노법 제17조가 결합하여 두 조항이 모두 청구인들의 평등권을 침해하는지에 관하여 본다.

공노법 제18조는 공무원이 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 한 경우 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하도록 한 바, 공무원이 위와 같은 행위를 할 경우 이는 단순히 행정질서에 장애를 줄 위험성이 있는 정도의 의무위반이 아니고, 국민생활의 전반에 영향을 미쳐서 일반의 공익을 침해할 고도의 개연성을 띤 행위라고 볼 수 있어 이에 대하여 행정형벌을 과하도록 한 것으로, 입법재량의 한계를 일탈하여 헌법에 위반한다고 볼 수 없다.

공무원의 단결 활동권 보호를 위해 노조법상의 부당노동행위제도를 준용하면서, 민간부문과 달리 부당노동행위에 대한 형사 처벌을 배제하고 구제명령에 의한 원상회복주의를 채택하여, 공노법 제17조에서 단체협약의 불이행 및 부당노동행위 구제명령 불이행에 대해 노조법상의 형사 처벌조항 적용을 배제하고 있다. 부당노동행위의 주체인 사용자측, 즉 국가 또는 지방자치단체는 기관의 입장에 서서 공정하고 중립적으로 직무를 수행할 책임을 지는 바, 공무원의 직무상 행위를 이유로 형사 처벌할 경우 자칫 정부교섭대표 등이 공무원노사관계에 있어 사용자로서의 의무를 이행하는데 장애로 작용할 수 있으며, 나아가 국민에 대한 봉사라는 행정의 목적달성에 지장을 초래할 수 있음을 감안한 것이다.

따라서 공노법이 공무원의 쟁의행위를 금지하고 이를 위반한 자에 대하여 처벌하는 것과 정부교섭대표 등 사용자의 부당노동행위와 구제명령위반에 대한 처벌규정의 적용을 배제하는 것은, 입법목적이 각각 다르고, 공무원 노사관계의 특성을 고려한 합리적인 이유가 있는 것으로, 청구인들의 평등권을 침해한 것으로 볼 수 없다.

4. 결정의 의의

이 사건 결정은 헌법재판소가 과거 사실상 노무에 종사하는 공무원을 제

외한 모든 국가공무원 또는 지방공무원에게 근로3권을 제한하고 그에 위반하여 노동운동을 한 경우 형사 처벌하는 국가공무원법 및 지방공무원법 관계규정이 합헌이라고 한 것과 동일한 맥락에서, 헌법 제33조 제2항에 따라 공무원인 근로자에게 근로3권을 인정할 것인지 여부, 어떤 형태의 행위를 어느 범위에서 인정할 것인가 등에 대하여 입법자가 상당한 입법형성권을 가진다는 점을 다시 한 번 확인한 것이다.

미국산 쇠고기 및 쇠고기 제품 수입위생조건 위헌확인

- 국민의 생명·신체 안전을 보호할 국가의 기본권보호의무가
위반되었는지 여부 등 -

(헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419·423·436(병합), 판례집 20-2하, 960)

김 태 호*

【판시사항】

1. 미국산 쇠고기의 수입위생조건을 정한 고시와 국민의 생명·신체의 안전을 보호할 국가의 기본권 보호의무와의 관계 및 그것의 헌법소원에서의 취급
2. 일반소비자인 청구인이 이 사건 고시에 대하여 위헌확인을 구할 기본권 침해의 자기관련성을 갖는지 여부 등
3. 기본권 보호의무 위반에 대한 심사기준
4. 이 사건 고시가 청구인들의 생명·신체의 안전을 보호할 국가의 의무를 명백히 위반하였는지 여부
5. 이 사건 고시가 헌법 제6조 제1항 및 제60조 제1항 등을 위배하였는지 여부

【심판대상】

이 사건의 심판대상은 2008. 6. 26. 농림수산물부 고시 제2008-15호의

* 헌법연구원

위헌 여부이다. 그 내용은 헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419·423·436 (병합), 판례집 20-2 하, 960, 999의 [별지 1] 기재와 같다.

【사건의 개요】

1. 심판청구의 경위

가. 2006. 3. 6. 당시 농림부장관은 가축전염병예방법 제34조 제2항에 근거하여 미국산 쇠고기 수입의 위생조건에 관한 고시(이하 ‘개정 전 고시’라 한다)를 제정·공포하였다. 개정 전 고시는 수입이 가능한 미국산 쇠고기의 범위를 30개월령 미만 소의 쇠고기(뼈를 제외)로 제한하고(제1조), 모든 연령 소의 특정위험물질에 대해서는 이를 제거하여 수출하도록 하며, 미국의 수출작업장이 특정위험물질을 한국에 선적하였을 경우 한국이 수입중단 조치를 취할 수 있도록 하였다.

나. 미국에서 2003년 12월 소해면상뇌증(Bovine Spongiform Encephalopathy, BSE, 속칭 ‘소광우병’)이 발생하여 쇠고기 수입이 중단된 이후 2006년 10월 개정 전 고시에 따라 수입이 재개되었으나, 그 후 여러 차례에 걸쳐 개정 전 고시에 위반된 사례가 발견되자 정부는 2007년 10월 경 검역 및 수입을 전면 중단하는 조치를 단행하였다.

한편 미국은 2007년 5월 국제수역사무국(Office International des Epizooties, OIE)으로부터 ‘소해면상뇌증 위험통제(Controlled BSE Risk) 국가’의 지위를 획득하였고, 이에 따라 우리 정부와 미국 정부는 위 개정 전 고시를 개정하기 위한 협상을 진행하였다. 2008. 4. 18. 타결된 위 협상의 골자는 1단계로 30개월령 미만 소의 뼈를 포함하여 쇠고기 수입을 허용하고, 2단계로 미국의 사료 금지조치가 강화될 때(연방관보 공포시) 30개월령 이상의 쇠고기도 수입을 허용하면서, 30개월령 미만 소의 부위 중 수입이 금지되는 특정위험물질의 범위를 축소하는 것이다.

다. 정부는 2008. 4. 22. 위 협상 결과에 따라 농림수산물식품부 공고 제 2008-45호로 미국산 쇠고기 수입위생조건 고시 개정안을 예고하였다가, 미국산 쇠고기 수입에 대한 여론이 악화되자 미국과의 추가협상을 통하여 2008. 6. 2. 위 고시 개정안에 부칙 제7항 내지 제9항을 신설한 다음, 2008.

6. 26. 농림수산식품부 고시 제2008-15호 ‘미국산 쇠고기 수입위생조건’(이하 ‘이 사건 고시’라 한다)을 관보에 게재하여 공포하였다.

라. 청구인들은 이 사건 고시가 청구인들의 기본권을 침해하여 헌법에 위반된다며 이 사건 고시의 위헌 확인을 구하고 있다.

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장 요지

(1) 이 사건 고시 중 미국에서 소해면상뇌증이 발병할 경우에도 한국 정부의 수입중단 조치 권한을 인정하지 않고 있는 제5조, 미국 내 육류작업장에 대한 한국 정부의 감독 권한 및 현지점검 권한 등을 모두 미국 당국에 위임한 제6조 내지 제9조 및 제22조 내지 제24조, 이 사건 고시 부칙 제2항 내지 제5항 등은 국민주권의 내용인 검역주권을 포기한 것으로서 헌법 제1조에 위반된다.

(2) 변형 크로이츠펠트야콥병(속칭 인간광우병)은 그 치료는 물론 예방도 어렵고, 한번 발병할 경우 급속히 확산될 가능성이 높으므로 소해면상뇌증 위험성이 있는 쇠고기 및 쇠고기 제품의 수입을 차단하는 것이야말로 이를 예방할 수 있는 유일한 방법인데도 이 사건 고시는 위험성이 높은 미국산 쇠고기에 대한 최소한의 통제장치도 마련하지 아니하여 미국산 쇠고기의 수입으로 국민은 변형 크로이츠펠트야콥병에 걸릴 위험에 직접 노출되게 되므로, 이 사건 고시는 헌법 제36조 제3항에서 보장하는 보건에 관한 권리, 헌법 제10조, 제12조 제1항, 제37조 제1항의 생명권 및 신체를 훼손당하지 아니할 권리 등을 침해한다.

(3) 이 사건 고시를 통하여서 소비자는 쇠고기의 원산지가 미국이라는 것 이외에 해당 제품의 월령이나 소해면상뇌증 위험성에 대해서는 어떠한 정보도 구할 수 없어 소비자가 안전한 쇠고기를 구매·섭취할 권리가 심각하게 침해되고, 그 이행을 담보하기 위한 방안으로 부족한 육류원산지 표시제 이외에 달리 어떠한 대책도 마련하고 있지 않으므로 헌법 제10조 전문 후단의 국민의 행복추구권 및 헌법 제10조, 제37조 제1항에서 보호되는 일반적 행동자유권, 소비자의 권리 등을 침해한다.

(4) 이 사건 고시의 모태가 된 한미 양국 간 협정은 우리 헌법 제6조 제1항이 규정하고 있는 ‘헌법에 의하여 체결·공포된 조약’도 아니고, ‘일반적으로 승인된 국제법규’에도 해당되지 않는 것인데도 이 사건 고시의 일부 조항(제1조 제1항, 부칙 제5항)에 의하여 미국 법률에 의한 정의조항 또는 기준들이 국내법과 같은 효력을 가지게 된다는 점에서 헌법 제6조 제1항에 위반되고, 나아가 이 사건 고시에 검역주권을 포기 내지 제한하는 내용을 담고 있으므로 주권의 제약에 관해서는 그 체결·비준 전에 국회의 동의를 받아야 한다는 헌법 제60조 제1항에 위반되며, 이 사건 고시가 법령이 아닌 고시의 형식으로 기본권을 제한하고 있을 뿐 아니라 수권법률의 위임을 벗어나 기본권을 제한하는 새로운 내용을 규정하고 있어서 헌법 제37조 제2항에도 위반된다.

나. 피청구인 농림수산식품부장관 및 이해관계인 법무부장관의 의견요지

(1) 이 사건 고시는 전문적·기술적인 내용으로 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 관하여 상위 법령인 가축전염병예방방법에서 고시의 형식으로 정할 수 있도록 위임한 것으로, 일반 국민에 대하여 대외적인 구속력이 없는 행정규칙에 불과하여 헌법소원의 대상 적격이 인정되지 않는다.

(2) 이 사건 고시는 미국 정부 및 미국 내의 육류작업장에 의무를 부과하는 것일 뿐 청구인들의 법적 지위에 아무런 영향을 미치지 않으므로 기본권 침해의 가능성이 인정되지 않는다.

(3) 이 사건 고시의 수범자는 미국 내의 육류작업장과 국내 수입자이고 청구인들은 이 사건 고시에 관하여 간접적·사실적 또는 경제적 이해관계만을 가지므로 자기관련성이 인정되지 않는다.

(4) 이 사건 고시는 단순히 미국 정부 및 미국 육류사업장과 우리 정부간의 수입위생조건을 정하고 있는 행정규칙에 불과하여 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 그 법적 지위에 영향을 미치는 것이 아니고, 국내 검역기관의 수입 검역검사라는 집행행위가 예정되어 있으므로 기본권 침해의 직접성이 인정되지 않으며, 만일 이 사건 고시가 기본권 침해의 직접성이 인정되

는 것이라면 청구인들은 법원에 이 사건 고시에 대한 취소소송을 제기할 수 있다고 할 것이므로 이 사건 헌법소원심판은 보충성의 원칙에 반한다.

(5) 또 단순히 일반 헌법규정이나 헌법원칙에 위반된다는 주장만으로는 기본권침해에 대한 구제라는 헌법소원의 적법요건을 충족시키지 못하므로 (헌재 2006. 2. 23. 2005헌마268 결정), 이 부분 주장도 부적법하다.

(6) 수입 쇠고기의 검역과 같은 영역에서는 국가 간 협의를 통하여 그 권리와 의무를 조화시키는 것이 필요하므로, 한 국가의 검역에 관한 권한은 절대적이고 무제한적인 것이 될 수 없고, ‘검역주권’이란 개념은 현대적인 국민주권 개념을 남용한 것에 불과하여, 이 사건 고시가 국민주권의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

(7) 이 사건에서 국가가 헌법 제10조에서 인정되는 국민의 생명 또는 신체의 안전에 관한 보호의무 또는 헌법 제36조 제3항에서 인정되는 국민 보건에 관한 보호의무를 다하였는지, 즉 기본권 보호의무를 다하였는지의 여부에 관한 심사기준은 ‘과소보호 금지의 원칙’이 되어야 하며, 특히 국가기관이 전적으로 보호조치를 이행하지 않거나 명백하게 부적절하거나 불충분하게 행한 경우에 한하여 헌법재판소가 국가의 보호의무 위반을 확정할 수 있다는 ‘명백성 통제’를 심사기준으로 삼아야 한다.

우리 정부는 독자적인 위험성 평가와 국제기준인 국제수역사무국의 기준에 입각하여 변경된 미국의 소해면상뇌증 위험통제국의 지위를 바탕으로 이 사건 고시를 개정한 것이고, 추가 협상을 통해서 그 내용의 일부를 수정하였으므로 미국산 쇠고기의 수입 재개를 위하여 필요한 최소한의 과학적인 조사와 법적·행정적인 절차들을 모두 거쳤다.

또한 이 사건 고시는 미국산 쇠고기 및 쇠고기 제품에 대한 일반적 요건, 위 요건을 충족하지 못하는 경우의 조치, 우리 정부의 육류작업장에 대한 승인 및 현지 점검 권한, 수입위생조건에 대한 중대한 위반시의 조치 권한, 수출검역증의 기재사항, 우리 정부의 수입검역 검사 및 규제조치에 대하여 규정하여 공중위생의 향상에 기여하기에 효과적이고 적합한 수단을 채택하고 있고, 특히 부칙에서 한국 수출용 30개월령 미만 증명 프로그램을 도입한 것 등을 종합하면, 이 사건 고시의 내용이 국민의 생명과 건강을 보호하기 위한

기본권 보호의무를 이행함에 있어서 명백하게 부적절하거나 불충분한 것이라고 할 수 없다.

(8) 이 사건 고시는 단순히 미국산 쇠고기의 검역절차 및 그에 따른 권리·의무를 규율하는 것이어서 조약이라고 할 수 없고, 조약이라고 보더라도 그 내용은 '주권의 제약에 관한 사항' 또는 '입법 사항'에 관한 것이 아니므로 국회의 동의 대상이 되지 않아 헌법 제60조 제1항에 위반되지 않는다.

(9) 또한 이 사건 고시는 가축전염병예방법 제34조의 명시적인 위임에 근거하고 있고, 이에 의거하여 수입되는 미국산 쇠고기는 안전성을 확보한 것이므로 그 위임의 취지에 반하는 것이라고 볼 수 없으며, 일부 미국법상의 정의 조항을 인용한 것은 기술적 표현방식에 불과하여, 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 할 수 없다.

【결정요지】

1. 소해면상뇌증의 위험성, 미국 내에서의 발병사례, 국내에서의 섭취가능성을 감안할 때 미국산 쇠고기가 수입·유통되는 경우 소해면상뇌증에 감염된 것이 유입되어 소비자의 생명·신체의 안전이라는 중요한 기본권적인 법익이 침해될 가능성을 전적으로 부정할 수는 없으므로, 국가로서는 미국산 쇠고기의 수입과 관련하여 소해면상뇌증의 원인물질인 변형 프리온 단백질이 축적된 것이 유입되는 것을 방지하기 위하여 적절하고 효율적인 조치를 취함으로써 소비자인 국민의 생명·신체의 안전을 보호할 구체적인 의무가 있다.

이 사건 고시는 가축전염병예방법 제34조 제2항에 근거하여 미국산 쇠고기 수입으로 인한 소해면상뇌증 발병 가능성 등에 대응하기 위하여 취해진 보호조치의 일환으로, 이 사건에 있어서는 고시상의 보호조치가 국가의 기본권 보호의무를 위반함으로써 생명·신체의 안전과 같은 청구인들의 중요한 기본권적 법익이 침해되었는지 여부가 문제된다.

2. 이 사건 고시는 소비자의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 조치의 일환으로 행하여진 것이어서 실질적인 규율 목적 및 대상이 쇠고기 소비자와 관련을 맺고 있으므로 쇠고기 소비자는 이에 대한 구체적인 이해관계를

가진다 할 것인바, 일반소비자인 청구인들에 대해서는 이 사건 고시가 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 위반함으로써 인하여 초래되는 기본권 침해와의 자기관련성을 인정할 수 있고, 또한 이 사건 고시의 위생조건에 따라 수입검역을 통과한 미국산 쇠고기는 별다른 행정조치 없이 유통·소비될 것이 예상되므로, 청구인들에게 이 사건 고시가 생명·신체의 안전에 대한 보호의무에 위반함으로써 인하여 초래되는 기본권 침해와의 현재관련성 및 직접관련성도 인정할 수 있다.

3. 국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 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 않았는지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것이 명백한 경우에 한하여 국가의 보호의무의 위반을 확인하여야 한다.

4. 이 사건 고시가 개정 전 고시에 비하여 완화된 수입위생조건을 정한 측면이 있다 하더라도, 미국산 쇠고기의 수입과 관련한 위험상황 등과 관련하여 개정 전 고시 이후에 달라진 여러 요인들을 고려하고 지금까지의 관련 과학기술 지식과 OIE 국제기준 등에 근거하여 보호조치를 취한 것이라면, 이 사건 고시상의 보호조치가 체감적으로 완벽한 것은 아니라 할지라도, 위 기준과 그 내용에 비추어 쇠고기 소비자인 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 부족하여 그 보호의무를 명백히 위반한 것이라고 단정하기는 어렵다 할 것이다.

5. 청구인들은 검역주권 위반, 헌법 제6조 제1항 및 제60조 제1항 위반, 법률유보 위반, 적법절차원칙 위반, 명확성원칙 위반을 주장하나, 이 사건 고시가 청구인들의 헌법상 보장된 기본권을 침해한다고 볼 수 없다.

재판관 김종대의 기각의견

다수의견의 결론에는 동의하나 청구인들의 법적관련성이 인정되는 이유에

대해서는 견해를 달리한다. 이 사건 고시의 규율대상인 미국산 수입쇠고기는 특별한 사정이 인정되므로 일반소비자인 청구인들에 대해서도 자기관련성 및 현재관련성이 인정된다고 보는 것이지, 다수의견과 같이 청구인들의 구체적인 이해관계에 대한 해명 없이 만연히 특별한 사정이 없는 한 일반소비자들의 법적관련성이 인정된다고 하여서는 아니 된다.

재판관 이공현, 재판관 이동흡의 각하의견

국가가 아닌 사인인 제3자로부터 초래된 위험상황에 대해 국가의 기본권 보호의무 위반 여부만을 이유로 헌법소원심판을 청구하는 것이 적법한지 판단함에 있어서는 청구인들의 주장으로부터 기본권에 대한 구체적이고 객관적인 위험 상황이 발생할 가능성이 드러나야 해당 기본권의 침해가능성을 인정할 여지도 생기는 것이다.

이 사건의 경우 가사 다수의견과 같이 청구인들의 주장을 국가의 기본권 보호의무 위반으로 인한 기본권침해 주장으로 선해할 수 있다고 하더라도 현재까지의 과학기술지식 수준에서의 논의에 한정하여 볼 때 미국산 쇠고기의 수입 등으로 인한 구체적이고 객관적인 위험상황이 드러나지 아니하여 기본권 침해의 가능성을 인정할 수 없으므로, 청구인들의 이 사건 심판청구를 부적법하여 각하하여야 할 것이다.

재판관 조대현의 각하의견

이 사건 고시는 미국산 쇠고기가 국민보건상 안전성을 갖추도록 도모하는 것이기 때문에 미국산 쇠고기를 소비하는 국민들의 건강에 대한 위험을 예방하고자 하는 것이므로 미국산 쇠고기의 수입업자가 아닌 일반 국민들의 기본권을 침해하는 것이라고 볼 수 없고, 설사 이 사건 고시가 미국산 쇠고기의 소해면상뇌증 위험성을 예방하기에 충분하지 않다고 하더라도, 이 사건 고시로 인하여 미국산 쇠고기 소비자들의 건강권이 막바로 침해되는 것이 아니므로, 청구인들은 이 사건 고시로 인하여 직접 기본권을 침해받는 지위에 있다고 볼 수 없다.

재판관 송두환의 위헌의견

국민의 생명·신체 내지 보건 등 매우 중요한 사항에 관한 것인 경우, 특히 이 사건 고시와 같이 위험성을 내포한 식재료가 대량으로 수입되어 국내에서 제대로 검역되지 못한 채 유통됨으로써 일반 소비자에게 초래될 수 있는 위험의 정도와 내용이 매우 중대하고 심각할 뿐 아니라 이를 돌이키거나 통제하는 것이 불가능한 사안에 있어서는, 제3자의 권리나 공익을 침해함이 없이 채택할 수 있는 더 개선된 다른 보호수단이 존재하거나, 보호법익에 대한 위험을 최소화하기 위한 충분한 노력과 시도를 다하였다는 점이 명백하지 아니한 한, 헌법상 충분한 보호조치를 취한 것이라고 판단할 수 없다 할 것이다.

이 사건 고시는 미국이 OIE 국제기준상 소해면상뇌증 위험통제국 지위를 얻은 것에 기초하여 특별한 사정변경 없이 개정 전 고시보다 수입위생조건을 완화시킴으로써 미국산 쇠고기에 대한 위험방지조치의 정도를 현저히 낮춘 것으로서, 이를 정당화할만한 특별한 사정변경이나 공익적 필요성을 발견할 수 없는 반면, 미국산 쇠고기의 수입·유통으로 국민의 생명, 신체의 안전 등 기본권적 법익을 해할 위험성은 여전히 남아 있으므로, 이 사건 고시는 국가의 기본권 보호의무를 불충분하게 이행하여 청구인들의 기본권을 침해한다고 봄이 상당하다.

【해설】

1. 쟁점

이 사건 고시는 미국산 쇠고기의 수입절차에 관한 사항을 규율하는 것이므로 수입업자 등을 직접적인 수급자로 삼고 있는데, 그러한 이 사건 고시와의 관계에서 제3자적 지위를 갖는 청구인들(쇠고기 소비자)이 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원을 제기할 수 있는가, 다시 말해 이 사건 고시로 인해 쇠고기 소비자인 청구인들의 기본권이 ‘침해’될 수 있는가가 적법요건 심사에서의 주요 쟁점이다. 이 사건 다수의견에서는 이 사건 고시를 제정한 국가가 기본권의 보호의무를 위반하게 되면 청구인들의 기본권 침해를 초래할 수 있다고 봄으로써 이 사건 심판청구의 적법요건은 충족되었다고

보고 있는바, 이하에서는 이러한 논리 구성과 관련된 적법요건 단계에서의 쟁점이 해결될 필요가 있다.

다음으로 본안단계에서는 국가가 이 사건 고시를 통해 국민에 대한 기본권 보호의무를 위반하여 청구인들의 기본권을 ‘실제로’ 침해하였는가가 문제된다. 이와 관련하여서는 이 사건 고시에 따른 위험 대응 조치의 평가와 이를 심사하는 기준이 해결될 필요가 있다.

그밖에도 이 사건에서는 이 사건 고시의 법률유보 위반 등 헌법원칙 위반이 쟁점이 되었으나 이에 대한 논의는 기존 헌법재판소의 결정에 비추어 특별히 언급할 점이 없어 해설을 생략하기로 한다. 한편 이 사건에서는 미국산 쇠고기의 위험성 및 소해면상뇌증(BSE)·인간광우병(vCJD)에 대한 보호조치의 적절성 여부를 논의함에 있어서 과학적 이해가 요구되는데, 본 해설에서는 이론적인 해설에 중점을 두고 이에 대한 자세한 논의도 생략하기로 한다. 같은 맥락에서 개별 보호조치의 불충분성 문제를 판단한 본안 부분에 대해서도 헌법재판소의 결정 내용을 참조하기 바란다. 다만 논의의 이해에 필요한 범위 내에서 결정문에 언급되지 않은 위험상황과 관련된 기초적인 사항을 먼저 잠깐 소개하는 것으로 해설을 시작하기로 한다.

2. 미국산 쇠고기 및 이 사건 고시의 조치에 관한 위험성 판단

가. 소해면상뇌증(소광우병)과 변종 크로이츠펠트-야콥병(인간광우병)

(1) 소해면상뇌증의 정의와 증상

속칭 소광우병의 의학용어는 소해면상뇌증(Bovine Spongiform Encephalopathy, BSE)으로 소의 뇌조직이 비가역적(非可逆的)으로 퇴행성 변성을 일으켜 해면상태(海綿狀態, 구멍이 송송 뚫리어 스펀지처럼 된 모양)로 변하는 질병이다. 소해면상뇌증은 1985년경부터 영국에서 최초로 발병하였는데, 소의 행동변화(불안 또는 광포한 증세), 자세와 행동의 비정상적 상태(뒷다리의 운동실조, 진전 또는 주저앉음), 감각의 변화(소리나 접촉에 대한 감각과민) 등이 주요 증상으로 나타나다가 결국 100% 폐사에 이르는 치명적인 만성 진행성 질병으로, 잠복기는 2년에서 14년(평균 60개월)이다. 소해면상뇌증은 바이러스 질환과 같이 수평적으로 감염되는 것은 아니며, 주로

변형 프리온 단백질에 의하여 오염된 육골분 형태의 포유동물 단백질이 그 전파의 주요한 매개체일 것이라는 가설이 현재로서는 유력하다. 현행 가축전염병예방법(2002. 12. 26. 법률 제6817호) 제2조 제2호 나. 목은 ‘소해면상뇌증’을 제2종 가축전염병으로 규정하고 있다.

한편 각국에서 이루어진 소해면상뇌증에 관한 임상적 연구의 결과, 변형 프리온 단백질의 전염력은 비신경조직 중 회장원위부(소장 끝: 노출 후 6-18개월과 36-40개월)과 흉골골수(노출 후 38개월) 및 중추신경계와 같은 특정 부위에 주로 분포하는 것으로 보고되고 있다. 이와 같이 소해면상뇌증의 원인물질인 변형 프리온 단백질이 주로 축적되는 소의 부위를 특정위험물질(SRM, Specified Risk Material)이라고 하는바, 특정위험물질의 범위를 정하고 이를 안전하게 분리·제거(소각 등 특수처리를 거침)하는 것은 소해면상뇌증의 확산 및 소해면상뇌증의 변종 크로이츠펠트-야콥병(vCJD)으로의 전이를 방지하기 위한 중요한 조치로 간주되고 있다. 따라서 각국은 식용 쇠고기의 관리에 관련된 법률에서 특정위험물질의 범위를 정의하고 소의 도축 및 부산물의 처리과정에 대한 안전한 분리·제거조치를 의무화하고 있다. 특정위험물질(SRM)이 안전하게 제거된 쇠고기의 경우에는 대체로 소해면상뇌증의 전염가능성이 낮다고 할 수 있으나, 변형 프리온 단백질에 의해서 감염된 시기나 소의 연령에 따라서는 전이의 양상과 부위 근육과 살코기 등지로 광범위하게 나타날 수도 있는 가능성을 전혀 배제할 수 없으므로 특정위험물질(SRM)만을 제거하면 소해면상뇌증을 완전히 제거할 수 있는 것인지 불확실한 측면도 있다. 다만 현재까지의 과학적 연구성과에 의할 때는 특정위험물질 제거가 소해면상뇌증 원인체를 제거하고 그 전염과 확산을 줄일 수 있는 가장 효과적인 방법의 하나로 간주되고 있는 것으로 보인다.

그밖에 소가 소해면상뇌증의 원인물질인 변형 프리온 단백질에 감염되었더라도 이러한 프리온이 특정위험물질(SRM) 부위에 축적되는 데에는 상당한 시간이 걸리게 되는데, 일정 월령 이하의 소에서 변형 프리온 단백질은 잘 검출되지 않고, 통계상 전 세계 소해면상뇌증 감염소의 90% 이상은 30개월령 이상으로 보고되고 있다.

(2) 소해면상뇌증과 인간광우병

(가) 변종 크로이츠펠트-야콥병(이하 ‘인간광우병’이라 한다, vCJD)의 증상 소해면상뇌증과 속칭 인간광우병인 변종 크로이츠펠트-야콥병(vCJD)은 모두 인수공통전염병(동물과 사람 간에 상호 전파되는 병원체에 의하여 발생하는 전염병)인 전염성 해면상뇌증(Transmissible Spongiform Encephalopathy, TSEs) 질환군(疾患群)의 일종이다. 소해면상뇌증과 인간광우병(vCJD)은 모두 유전적 혹은 감염적 경로로 체내에 침투한 변형 프리온 단백질(PrPres 또는PrPsc)이 기존의 정상 프리온 단백질(PrPc)에 변성을 일으킨 후 잠복기를 거쳐 중추신경 등에 축적되어 신경세포의 소실을 가져오면서 유발된다는 이론이 현재까지의 지배적인 학설이다.

인간광우병(vCJD)은 기존의 크로이츠펠트-야콥병(CJD)과 유사하나 증상으로는 신경학적 이상소견을 보이기 수개월 전부터 우울이나 의기소침 등의 심한 정신적 증상을 보였고, 통증·감각의 이상에서 시작되어 근육운동의 장애와 근경련 등의 신경학적 이상, 의식혼돈 등으로 진행되었다. 말기에는 인지장애가 점차 진행하여, 운동불능, 무언증의 상태가 되고 증상 발현 후 평균 14개월에 100% 사망에 이르게 된다.

인간광우병(vCJD)는 1996년 영국에서 최초로 보고되었는데, 2006년 11월까지 영국에서 164명으로 가장 많이 발생하였다. 그밖의 나라에서는 프랑스 21명, 아일랜드 4명, 미국 3명, 캐나다, 이탈리아, 일본, 네덜란드, 포르투갈, 사우디아라비아, 스페인에서 각 1명씩 보고되었으며, 우리나라에서 인간광우병(vCJD)은 아직 1건도 발병한 바 없다.⁵⁶⁾

(나) 소해면상뇌증에 걸린 소로 인한 인간광우병(vCJD)의 감염

1996년 3월 영국 정부가 소해면상뇌증이 인간에게 전염되어 나타날 수 있다는 사실을 처음으로 시인한 이후, 현재까지 이들 인간광우병(vCJD)은 역학적, 실험적 증거에 의해서 소해면상뇌증(BSE)에 걸린 소에 의해서 인간에게 전염되는 것으로 정리되었고, 이와 같이 중간 장벽을 넘어서는 인수공통전염병이 발생하게 된 원인 물질로 프리온이 지목되고 있다. 인간광우병(vCJD)의 인체 감염 경로로는 ① 소해면상뇌증(BSE)에 오염된 쇠고기 중

56) 질병관리본부 홈페이지(<http://www.cdc.go.kr/kcdchome/>) 참조.

특정위험물질(SRM)을 포함하여 변형 프리온 단백질이 축적된 범위를 섭취한 경우 등이 보고된 바 있다.

(3) 소결

소해면상뇌증과 인간광우병(vCJD)은 신종 인수공통 전염병으로 그 원인과 감염경로가 완전히 규명된 것은 아니고, 뚜렷한 예방법이나 치료법도 개발되지 않고 있는 실정이다. 이 소해면상뇌증을 포함하여 모든 크로이트펠츠-야콥병(CJD)에 대해서는 아직까지 특별한 의학적 예방 또는 치료법은 존재하지 않는 것으로 보고되고 있다. 다만 소해면상뇌증이 가장 만연하였던 영국에서는 동물성 사료의 금지조치를 통해서 그 감염 및 전파의 위험성은 통제가능한 정도로 축소되었고, 쇠고기의 섭취시 특정위험부위(SRM)의 제거와 월령통제를 통하여 변형 프리온 전파의 위험성을 상당부분 줄일 수 있다는 점이 보편적으로 받아들여지고 있다. 한편 소해면상뇌증 위험물질을 섭취하더라도 인간광우병(vCJD)은 특정한 유전자형에서만 발병하는 등 인간광우병(vCJD)의 실제 발병 가능성은 매우 낮다.

나. 소해면상뇌증 발생에 대한 통제조치

(1) 수출국(미국)에서 통제조치의 중요성

소해면상뇌증의 발생과 전이를 차단하기 위해서는 그 병인체인 변형 프리온 단백질의 소 및 인간으로의 전달경로를 차단하는 것이 가장 실효적인 방법으로 알려져 있으므로, 이 사건에서와 같이 쇠고기를 수입하는 경우에는 소해면상뇌증으로 인한 위험 통제를 위해 수입국에서의 통제조치 뿐만 아니라 수출국에서의 관리조치가 결정적인 중요성을 가진다. 미국산 쇠고기를 수입할 경우 소사육단계·소도축단계·수출단계·수입단계에서 각각 적절한 통제조치가 이뤄지는 경우에 소해면상뇌증의 발생을 사전에 차단할 수 있다.

(2) 우리나라의 수입 검역 절차와 소해면상뇌증 위험성 통제 조치

미국 내에서 이루어지고 있는 조치들에도 불구하고 소해면상뇌증 원인이 가 함유된 쇠고기가 우리나라로 수출되었을 때, 우리나라의 검역과정에서 이

를 발견하여 식품 유통과정에 유입되지 못하게 함으로써 인간광우병(vCJD)의 발생을 차단할 수 있어야 한다. 가축전염병예방법에서는 소해면상뇌증 등에 대한 검역 및 통관 절차에 관하여 규정하고 있는데, 이에 따르면 미국산 쇠고기와 같은 지정검역물에 대하여는 가축방역 및 공중위생을 위하여 반드시 수입검역 절차를 거치도록 하면서, 같은 법 제32조 제1항의 규정에 의하여 수입이 금지된 물건의 경우, 제34조 제1항 본문의 규정에 의하여 수출국의 정부기관이 발행한 검역증명서를 첨부하지 아니한 경우 등에 대하여 검역관이 위생검역조치를 취할 수 있도록 함(법 제33조 제1항)과 동시에 농림수산식품부장관이 가축전염성질병의 국내유입을 방지하기 위하여 검역중단 등 수입검역에 필요한 조치를 취할 수 있도록 규정하고 있다(법 제52조 제2항). 이에 따라 미국산 쇠고기에 대한 위생 및 검역조치 역시 원천적으로 수입금지지역으로 지정하거나 이를 해제하고 수입위생조건을 고시하는 방법으로 이루어진다. 특히 2008. 6. 24. 한미간 추가협상의 결과를 반영하여 국립수의과학원의 지침으로서 공포된 ‘미국산 쇠고기 검역·검사 지침’에 따르면, 미국산 쇠고기의 검역 검사는 도착 공항이나 항만에서의 현장검사 → 수입위생조건 준수여부를 확인하는 역학조사 → 관능검사 → 정밀검사의 단계로 이루어진다.

그밖에 식품위생법과 농산물품질관리법 등의 개정을 통하여 음식점의 ‘원산지표시제도’가 확대·시행되나, ‘원산지표시제도’의 경우에는 소해면상뇌증의 통제에 관한 보건위생적 차원의 조치라기보다는 소비자의 선택권을 보장함으로써 간접적으로 위험성을 통제하고자 하는 조치라고 할 수 있다.

3. 이 사건 고시에 대한 헌법소원 심사의 구조

가. 문제의 소재

이 사건 고시에 의해 곧바로 청구인들의 기본권 ‘침해’가 발생할 수 있다고 보는 데에는 몇 가지 난점이 있다. 무엇보다 이 사건 고시의 형식은 쇠고기 소비자인 청구인들의 기본권을 ‘제한’하는 것이 아니라 쇠고기 수입업자들을 수범자로 하는 형식인바, 이 경우에도 과연 국가의 규범 발급이라는 공권력 행사에 의해 청구인들의 기본권이 ‘침해’될 수 있는가 하는 점이 문제

된다. 이에 대해서는 대표적으로 세 가지 견해가 가능하다.

나. 견해의 대립

(1) 이 사건 고시가 청구인들의 기본권을 ‘제한’한다는 헌법소원 긍정설
이 견해는 이 사건 고시를 국가가 적극적으로 국민(쇠고기 소비자)의 기본권을 제한하는 공권력 행사로 본다. 즉 국가는 이 사건 고시를 시행함으로써 적극적으로 미국산 쇠고기의 수입을 허용한 것이고, 적어도 쇠고기 수입자의 미국산 쇠고기 수입행위가 이루어질 수 있도록 관여한 것이며, 이로써 미국산 쇠고기 수입·유통에 의한 소해면상뇌증의 위험이 현실화한 것이므로, 국가가 소해면상뇌증으로부터의 안전이라는 기본권(생명권, 신체를 훼손당하지 아니할 권리 등)에 불리한 영향을 미치는 행위를 한 것으로서 기본권에 제한을 가한 것으로 볼 수 있다는 것이다. 특히 이 사건 고시는 개정 전 고시에 비하여 소해면상뇌증 위험이 있는 쇠고기가 수입될 여건을 상대적으로 넓힌 것이므로, 이 점에서 보더라도 이 사건 고시는 소해면상뇌증으로부터 쇠고기 소비자의 안전에 불리한 영향을 미치는 적극적인 행위로서 기본권 침해행위에 해당한다고 볼 수 있다.

하지만 이 입장은 수입업자의 쇠고기 수입행위가 원칙적으로 사인 간의 거래행위로서 자유롭게 영위될 수 있는 것이라는 측면을 고려하지 않은 것이라는 비판에 직면한다. 즉 미국산 쇠고기 수입은 수입업자와 수출업자 사이의 사적 영역에 관련된 거래행위로서 원칙적으로는 국가가 관여할 영역이 아닌데, 이 사건 고시를 통하여 예외적으로 전염병방지와 공중위생을 위한 수입위생조건을 정하고 위생 및 검역조치를 하고 있는 것이다. 따라서 이 사건 고시 자체로 쇠고기 소비자인 청구인들의 기본권에 영향을 미치는 제한이 이뤄진다고 보기는 어렵다. 이 사건 결정에서도 이와 같은 입장을 취한 재판관은 없었다.

(2) 기본권침해 가능성 부정론

이 사건 고시는 쇠고기 소비자의 법익을 제한하는 행위가 아니므로 기본권 ‘제한’, 나아가 ‘침해’ 행위에 해당하지 않는다는 견해이다. 즉 이 사건 고

시는 가축전염병예방법 제34조 제2항의 규정에 의거하여 국가가 가축방역 및 공중위생을 위해 미국에서 수입되는 쇠고기의 위생조건을 정한 것으로서 쇠고기 ‘소비자’의 법익을 제한하는 행위가 아니고, 오히려 쇠고기 소비자의 법익(생명·건강)과 관련된 공중위생 등을 위하여 쇠고기 ‘수입자’의 법익(직업수행의 자유 등)을 제한하는 행위라고 볼 수 있다. 그리고 소해면상뇌증의 위험은 사인이 쇠고기를 수입하여 유통시키는 사적 영역에서 발생할 수 있는 것이지, 사인이 쇠고기를 수입하는 때의 위생조건을 정한 국가의 공권력 행사, 즉 이 사건 고시로부터 발생하는 것이 아니라고도 볼 수 있다.

이 견해에 따르면 이 사건 고시가 쇠고기 소비자의 법익 보호에 불충분한 경우 국민의 생명·신체의 안전에 대한 국가의 보호의무 위반에 해당할 수는 있으나, 설사 이 사건 고시가 헌법상 보호의무에 위반하는 것이라고 하더라도 이로써 이 사건 고시가 소비자의 법익을 제한하는 행위, 나아가 기본권 침해 행위에 해당된다고 평가할 수는 없다고 본다.

이 사건에서 재판관 조대현이 “이 사건 고시는 미국산 쇠고기가 국민보건상 안전성을 갖추도록 도모하는 것이기 때문에 미국산 쇠고기를 소비하는 국민들의 건강에 대한 위험을 예방하고자 하는 것이므로 미국산 쇠고기의 수입업자가 아닌 일반 국민들의 기본권을 침해하는 것이라고 볼 수 없다”고 한 각하의견을 편 것도 이 견해 취지의 연장선상에 있는 것으로 이해된다.

그러나 이 견해를 따를 경우 기본권 침해를 주장하는 기본권의 특성, 고시 시행으로 인해 소비자인 청구인들 개인의 생활에 미치는 광범위한 영향력, 헌법소원으로 보호하고자 하는 기본권의 양면성(객관적 가치질서의 측면) 등을 적극적으로 고려하기 어렵다. 즉 이 견해에 의하면 고시가 기본권 보호에 매우 불충분한 내용을 담고 있어서 사인에 의해 유발되는 법익제한 행위가 생명·신체·건강 등에 중대한 위험을 초래하더라도 이를 방지하게 되는 결과를 낳을 수 있다는 지적이 가능하다.

(3) 기본권 보호의무 위반을 이유로 한 기본권 침해 가능성 긍정설

(가) 기본권 보호의무 위반에 의한 기본권 침해 가능성

‘기본권 보호의무’라 함은 사인인 제3자가 기본권에 의하여 보호되는 법

익을 위법적으로 제약할 경우 그러한 위법적 제약으로부터 국민을 보호하여야 할 국가의 의무를 가리키는 것으로 이해된다. 이를 분설하면 ① 기본권적 법익이 제약되거나 제약될 위험을 국가가 아닌 다른 사인이 야기하고, ② 이때 국가가 국민의 기본권 제약 또는 제약의 위험으로부터 기본권적 법익을 보호하는 적극적인 조치를 취해야 할 의무를 부담할 경우 국가에게는 기본권을 보호할 의무가 발생한다는 것이다.

국가가 기본권 보호의무를 이행하지 않았다는 것과 국가에 의한 기본권 제한이 과도하여 기본권을 침해한다는 것은 원칙적으로 구분되어야 할 문제이므로, 이와 같은 기본권 보호의무론을 헌법소원에서 기본권 침해 요건과 적극적으로 연결하기 위해서는, 국가의 기본권 침해를 금지하는 방어권이 문제되는 전형적인 헌법소원과 다른, 몇 가지 논리적 고리들이 필요하다. 기본권 보호의무 위반과 ‘기본권 침해’ 간 관계에 대한 해명이 필요하기 때문이다.

기본권 침해 가능성 긍정설의 이론 구성은 국가가 ‘기본권 보호의무’를 지고 그 의무를 위반하게 되면 일정한 경우에는 기본권의 침해가 초래될 수도 있다는 것이다. 즉 사인에 의한 기본권의 제약 상황을 해소하기 위해서 국가가 보호조치를 취할 의무가 있음에도 그 의무의 이행이 없거나 불충분하여 보호의무를 위반하면, 그 결과 청구인은 국가에게 기본권 제약 상황으로부터 자신의 기본권을 보호해 줄 것을 요구할 수 있는 권리(보호청구권)를 갖게 될 수 있는바, 이러한 보호청구권은 청구인이 침해되었다고 주장하는 기본권의 한 내용을 이루는 것으로서 보호청구권이 이행되지 않으면 국가의 보호조치 불이행으로 인하여 청구인의 기본권이 침해된다는 것이다. 그리고 그러한 경우에는 국가에 의한 기본권의 직접적인 제한에 의해 위험상황이 유발될 것은 아니라고 하더라도 (결과적으로) 국가에 의한 기본권이 침해될 가능성이 긍정된다고 보아 헌법소원 청구를 긍정하자는 것이다.

다만 이렇게 볼 경우 권리구제형 헌법소원인 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원에서 기본권의 ‘제한’을 초래하지 않는 공권력행사에 대해서까지 기본권보호의무라는 헌법의 객관적 법치주의적 측면을 들어 적법요건을 긍정하게 되므로, 이는 헌법소원의 본질에 반한다는 비판이 제기될 수 있다.

(나) 보호청구권 개념의 매개 필요성 문제

한편 위와 같이 헌법소원 긍정설에 서면서도, 이것을 위에서 언급한 보호청구권의 개념을 매개로 하여 긍정하는 것인지에 대해서는 헌법재판소에 의해 아직 뚜렷한 입장이 밝혀진 바 없다. 헌법재판소는 불기소처분의 헌법소원대상성을 인정한 최초의 판례에서(헌재 1989. 4. 17. 88헌마3, 판례집 1, 31, 36-37) 보호의무에 상응하는 보호청구권을 인정하는 듯한 태도를 취한 바 있으나, 교통사고처리특례법 제4조 제1항에 대한 헌법소원사건(헌재 1997. 1.16. 90헌마110, 판례집 9-1, 90 이하), 공직선거법상 확정기 소음기준에 관한 헌법소원사건(헌재 2008. 7. 31. 2006헌마711) 등에서 심판대상조항이 보호의무에 위반되는지 여부만을 판단하고 있을 뿐 청구인의 주관적 보호청구권의 침해문제에 대하여 명시적인 언급을 하지 않고 있다.

국내 학설들도 독일의 이론을 소개하며 그 긍정가능성을 인정하는 견해들이 다수인 것으로 보이나 그 논거가 통일되어 있지는 않다. 그리고 독일 연방헌법재판소 역시 다수의 판결에서 기본권(생명·신체) 보호의무가 위반되면 헌법상 기본권이 침해될 수 있음을 전제로 판결하고 있으나,⁵⁷⁾ 보호청구권의 개념을 정면에서 긍정한 사례는 정작 찾기가 어렵다. 가령 미군으로 하여금 독일 국내에 화학무기를 배치·이동시키고 지속적으로 사용하도록 하는 것이 주변 주민의 생명에 위협을 준다는 이유로 제기된 헌법소원 사건에서 연방헌법재판소의 다수 견해는 국가가 아무런 안전조치도 취하지 않은 경우와 취한 안전조치가 보호목적 실현에 전적으로 부적절하든지 매우 불충분한 것이 명백한 경우에 한정하여 국가의 보호의무위반이 기본권의 침해를 구성한다고 하면서, 보호의무가 위반되면, 그 점에 있어서 동시에 기본법 제2조 제2항 제1문(생명, 신체불훼손의 권리)에 따른 기본권의 침해가 존재하고, 이해관계인은 이에 맞서 헌법소원의 도움을 얻어 방어를 취할 수 있다고만 실시하고 있다.

57) BVerfGE 77, 180, 214; 77, 381, 402f.; 79, 174, 201f.; 46, 160, 163 ff.; 56, 54 80 f. 등이 예로 들어지는 판결들이다. 그밖에 이른바 제2차 낙태판결에서도 기본권보호의무 위반으로부터 출발하여 인간의 존엄으로부터 파생하는 생명보호에 대하여 주관적 보호청구권으로서 '생명권'이 가능한 것처럼 실시하고 있다(BVerfGE 88, 203(252)).

다. 소결

사적 영역에서의 국가의 기본권 보호의무 위반이 헌법소원 사건에서 ‘공권력의 행사 또는 불행사로 인한 기본권 침해’로 연결되기 위해서는 - 보호청구권 개념을 매개하든 하지 않든 간에 - 문제된 상황이 청구인과 일정한 관련성이 있고, 그 상황에서 발생할 수 있는 사인의 행위에 의한 기본권 침해와 관련하여 국가의 기본권 보호의무를 인정할 수 있으며, 이러한 상황에 대한 국가의 기본권 보호의무 불이행 내지 불완전한 이행이 보호의무를 위반한 것으로 (가령 명백히) 볼 수 있어야 기본권을 침해한 것으로 볼 수 있다.

이 사건에서 다수의견은, 여전히 보호청구권의 매개에 대해서는 언급하고 있지 않으나, 위와 같은 취지에 입각하여 “미국산 쇠고기가 수입되어 유통되는 경우 소해면상뇌증에 감염된 것이 유입되어 소비자인 국민의 생명·신체의 안전에 관한 기본권이 침해될 가능성이 있음을 부정할 수 없으므로, 국가로서는 미국산 쇠고기의 수입과 관련하여 소해면상뇌증의 원인물질인 변형 프리온 단백질이 축적된 것이 유입되는 것을 방지하기 위하여 필요한 적절하고도 효율적인 조치를 취함으로써 소비자인 국민의 생명·신체의 안전에 관한 기본권을 보호할 구체적인 헌법적 의무가 있”는데, 만약 “이 사건 고시가 그와 같은 효율적인 조치를 취하지 못한다면 국민의 기본권을 침해할 가능성이 있는 경우에 해당할 수 있으므로, 기본권 침해가능성을 요구하는 헌법소원의 적법요건을 충족시켰다.”고 판단하였다.

4. 이 사건 고시에 대한 헌법소원의 적법요건 쟁점에 대한 해설

가. 이 사건 고시로 인한 기본권 침해의 가능성 또는 개연성에 대한 판단

(1) 기본권 보호의무 위반과 기본권 침해의 가능성

헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원은 “헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자”가 그 침해를 구제받기 위해 헌법재판소에 심판을 청구하는 제도이다. 헌법재판소의 확립된 실무에 따르면 소원 청구인은 자신의 기본권에 대한 공권력 주체의 제한행위가 위헌적인 것임을 어느 정도 구체적으로

주장하여야 한다. 만약 그 소원청구인이 기본권 침해의 주장을 확인할 수 있을 정도의 구체적 주장을 하지 않고 막연한 주장만을 하는 경우에는 부적법하여 각하한다(가령 현재 2005. 2. 3. 2003헌마544, 관례집 17-1, 133, 142). 이는 기본권 보호의무를 이유로 한 헌법소원에서조차 마찬가지이다. 기본권의 제약이 사인에 의해서 유발되거나 유발될 위험이 있는 경우에도 어쨌든 헌법소원의 청구인은 기본권의 침해를 주장하여야 하기 때문이다.

(2) 기본권 침해의 가능성 판단 준거로서 객관적 위험 발생의 가능성

(가) 객관적 위험상황의 존재 여부

사인의 행위에 의한 기본권 침해의 위험이 없는 등 국가의 구체적 보호조치 발동요건이 없음이 명백하다면 보호의무 위반으로 인한 기본권 침해의 가능성 또한 없을 것이므로 그러한 헌법소원은 각하하여야 할 것이다.

따라서 헌법소원의 적법요건 심사 단계에서 청구인은 기본권의 객관적 위험상황을 어느 정도까지는 구체적으로 제시할 수 있어야 할 것이다. 만약 청구인의 주장이 객관적 위험상황과 이에 대한 국가의 기본권 보호의무를 논리적이고 설득력있게 제시하였다면 이는 청구인의 기본권, 또는 그를 구성하는 보호청구권의 침해가능성을 주장한 것으로 보아 적법요건을 충족시킨 것으로 인정할 수 있을 것이나, 객관적 위험상황이 존재하지 않는다고 판단된다면 그 헌법소원은 각하하여야 한다.

물론 ‘위험상황’을 어떻게 정의내리고 판단할 것인가는 간단한 문제가 아니다. ‘위험상황’은 이미 침해가 발생한 상황에 대한 것이 아니라, 정도의 차이는 있겠지만, 미래에 대한 예측 결정으로서의 속성을 갖는 것인바, 어떠한 상황을 위험하다고 할 것인가에는 이미 어느 정도 판단자의 평가적 판단이 개입하지 않을 수 없기 때문이다. 대략의 기준으로는 ‘위험상황’이 급박할수록, 침해되는 법익의 중대할수록, 위험발생 가능성이 높을수록 기본권 침해의 가능성이 높은 것으로 볼 수 있을 것이다.

(나) 이 사건 고시의 위험상황에 대한 적법요건 단계에서의 판단

적법요건 단계에서의 위험상황 판단은 본안단계에서의 그것과 같은 정도의 엄격한 구체성을 요구하지는 않으나, 위험상황에 대한 주장이 막연한 것

이라면 이에 대해 기본권 침해의 가능성을 인정할 수는 없다. 이 사건 고시에서 청구인은 미국에서 소해면상뇌증 및 인간광우병이 발생한 사실과 미국산 쇠고기가 국내에 수입 유통되어 이를 섭취할 경우 인간광우병에 전염될 수 있음을 주장하고 있는바, 이 사건에서 그와 같은 위험상황이 얼마나 구체적인가에 따라서 국가의 보호의무 발생 여부를 판단할 수 있을 것이다.

이 사건에서 기본권 침해의 가능성을 긍정한 다수의견은 현재까지 미국에서 소해면상뇌증이 여러 차례 발병하였고 인간광우병으로 사망한 경우도 있으므로 미국산 쇠고기의 수입으로 소해면상뇌증 발병 위험이 없다고 단정할 수 없고, 이에 의하면 미국산 쇠고기 수입으로 인하여 이를 소비하는 청구인들의 생명·신체·건강 등에 중대한 위험이 발생할 가능성도 배제할 수 없으므로, 국가의 기본권 보호조치가 발동되어야 할 상황이 존재한다고 보았다. 특히 인간광우병은 치료는 물론 예방도 어려우며 한 번 발병할 경우 급속히 확산될 가능성이 높아서 소해면상뇌증에 걸린 쇠고기 및 쇠고기 제품을 원천적으로 차단하는 것이 인간광우병을 막을 수 있는 유일한 방법이라고 점을 고려한다면, 기본권 보호의무가 요구되는 객관적 위험상황이 존재한다고 할 수 있다.

반면 재판관 이공현, 재판관 이동흡의 각하의견은 먼저 기본권 보호의무론의 전면적인 도입에 대해 유보적인 태도를 취하고, 다음으로 이를 긍정하더라도 객관적 위험상황에 의해 기본권 침해의 가능성이 인정되어야 본안 판단으로 나아갈 수 있는 것인데 이 사건에서는 그러한 위험상황이 존재하지 않는다고 판단하였다.“현재까지의 과학기술지식 수준에서의 논의에 한정하여 볼 때 미국산 쇠고기의 수입 등으로 인한 구체적이고 객관적인 위험상황이 드러나지 아니하여 기본권 침해의 가능성을 인정할 수 없으므로, 청구인들의 이 사건 심판청구를 부적법하여 각하하여야” 한다는 것이다.

나. 기타 헌법소원 적법요건 충족 여부에 대한 판단

(1) 개관

이 사건 헌법소원이 기본권 보호의무의 위반을 이유로 한 것이라고 하더라도 헌법소원의 방식으로 청구한 이상 자기관련성을 비롯한 헌법소원의 적

법요건을 충족시켜야 한다. 청구인 진보신당의 경우에는 정당의 성격상 보건권, 생명권 등의 기본권과 관련된 기본권 주체성이 인정되지 않음이 명확하다. 그 외에 청구인들의 경우에는 다음과 같은 적법요건의 충족 여부가 문제된다.

(2) 이 사건 고시와 ‘공권력 행사’

이 사건 고시는 가축전염병예방법 제34조 제2항의 규정에 의거하여 미국산 쇠고기의 수입위생조건을 정한 것이므로 기본적으로 법령보충적 행정규칙의 성격을 갖고, 위 법률의 위임의 범위에 해당하지 않는 부분은 재량준칙으로서의 성격을 갖는다고 볼 수 있다. 따라서 농림수산식품부장관이 제정한 이 사건 고시는 법령체계상 행정규칙에 불과하지만 기본적으로는 법령에서 위임한 범위 내에서 법령과 결합하여 이른바 법령보충적 행정규칙으로서 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 공권력행사성 요건을 충족하고, 나아가 그 범위를 넘는 범위라 할지라도 평등원칙 등에 기초한 자기구속의 법리에 의하여 대외적 구속력이 있는 재량준칙으로 볼 수 있다.

(3) 쇠고기 소비자의 자기관련성 인정 여부

(가) 법령에 의한 기본권침해가 문제되는 경우 청구인에게 자기관련성을 인정할 것인지 여부는 입법의 목적 및 실질적인 규율대상, 법 규정에서의 제한이나 금지가 제3자인 청구인에게 미치는 효과나 진지성의 정도 및 규범의 직접적인 수규자에 의한 헌법소원 제기의 기대가능성 등을 종합적으로 고려하여야 한다(헌재 1997. 9. 25. 96헌마133, 판례집 9-2, 410, 416; 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 934). 그리고 이 때 법률이 청구인과 ‘관련성’이 있다고 하려면 일반 국민으로서 법률이 개인에게 영향을 미친다는, 즉 일반적·추상적 이해관계가 있다는 것으로는 부족하고 구체적 이해관계가 있어야 한다.

(나) ‘자기관련성’의 요건에 따르면 국가가 기본권을 보호해야 할 의무를 다하지 않았다고 하여 이에 대해 누구나 헌법소원을 제기할 수 있는 것이 아니고, 그 의무를 위반한 부작위 또는 작위조치(쇠고기 사건에서는 ‘고시’)

가 자신과 관련되어 있음을 요건으로 헌법소원이 허용되게 되므로, 자기관련성 요건은 만인소송의 가능성을 일정 부분 방지하게 한다. 특히 기본권 보호 의무와 관련하여서 기본권 침해의 자기관련성 요건은 객관적 위험상황이 청구인의 기본권적 법익과 관련성 있음을 드러내 보여야 함을 의미한다.

(다) 쇠고기 사건의 경우 쇠고기 고시에 대해서 모든 국민이 헌법소원을 제기할 수 있는 것은 아니다. 쇠고기를 섭취하는 쇠고기 소비자라는 전제가 있어야 하고, 미국산 쇠고기 수입이 초래하는 ‘객관적 위험상황’이 청구인과 관련성을 맺고 있음을 보여야 한다.

따라서 쇠고기 소비자라는 주장만으로 자기관련성을 인정하기에 충분한 것인가에 대해서 이견이 있을 수 있다. 미국산 쇠고기가 수입되더라도 미국산 쇠고기를 의식적으로 구매하지 않는 쇠고기 소비자는 이 사건 고시와 관련이 없다고 볼 수 있기 때문이다. 그러나 미국산 쇠고기가 수입되고 이것을 가공식품 및 일반 식당에서 사용한다고 할 때 쇠고기 소비자가 미국산 쇠고기 섭취로부터 완전히 자유롭게 쇠고기를 소비할 수 있다고 기대하기 어렵고, 쇠고기 소비자가 요구하는 것이 미국산 쇠고기의 완전 수입 금지가 아니라 미국산 쇠고기 수입시 위생 조건을 강화하여 안전한 미국산 쇠고기를 섭취하고 싶은 것이라고 한다면 쇠고기 고시에 대한 쇠고기 소비자의 자기관련성을 긍정할 수 있다.

(라) 이 사건 다수의견에서는 이 사건 고시가 소비자의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 조치의 일환으로 행하여진 것이어서 실질적인 규율 목적 및 대상이 쇠고기 소비자와 관련을 맺고 있으므로 쇠고기 소비자는 이에 대한 구체적인 이해관계를 가진다 할 것인바, 청구인들에 대해서는 이 사건 고시가 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 위반함으로써 인하여 초래되는 기본권 침해와의 법적관련성을 인정할 수 있다고 보고 있다.

다만 이에 대해 재판관 김종대는 보충의견에서 다수의견의 결론에 동의하면서도 그 이유를 보충하려고 하였다. 즉 이 사건 고시의 규율대상인 미국산 수입쇠고기는 바로 국민의 식생활에 제공되는 먹거리로서 회소하긴 하나 치명적인 질병을 수반할 수 있는 특성이 있고, 사전 예방 외에는 그러한 질병으로부터 달리 국민의 생명을 보호할 적당한 방법이 없다고 하는 특별한 사

정이 인정되기 때문에 예외적으로 일반소비자인 청구인들에 대해서도 자기 관련성이 인정된다고 한 것이다. 이 견해는 다수의견과 같이 청구인들의 구체적인 이해관계에 대한 해명 없이 자기관련성을 인정할 경우에는 다른 사건에서 일반소비자들에게 모두 법적관련성을 인정할 수 있음을 우려한 것이다.

(4) 기본권 침해의 직접성 인정 여부

이 사건 다수의견은 적어도 기본권보호의무위반을 이유로 한 기본권 침해의 가능성 또는 개연성을 긍정하는 이상 기본권 침해의 직접성 인정에는 어려움이 없다고 본다. 왜냐하면 이 사건 고시의 위생조건에 따라 수입검역을 통과한 미국산 쇠고기는 별다른 행정조치 없이 곧바로 유통·소비되기 때문이다.

반면 재판관 조대현의 반대의견은 이 사건 고시가 미국산 쇠고기의 소해면상뇌증 위험성을 예방하기에 충분하지 않다고 하더라도, 이 사건 고시로 인하여 미국산 쇠고기 소비자들의 건강권이 막바로 침해되는 것이 아니고, 미국산 쇠고기를 수입하는 행위와 그것을 소비하는 행위가 있어야 비로소 그 소비자들만 소해면상뇌증의 위험성과 접촉하게 되는 것이고 건강을 침해 받을 가능성이 생기게 되는 것이므로, 청구인들은 이 사건 고시로 인하여 직접 기본권을 침해받는 것이 아니라고 보고 있다.

(5) 헌법소원의 보충성 요건 충족 여부

이 사건 고시는 앞에서 본 바와 같이 법령보충적 행정규칙으로서 법규명령의 성격을 가지는데, 법령자체에 의한 직접적인 기본권침해가 문제될 때에는 그 법령 자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반법원에 소송을 제기하는 길이 없어 구제절차가 있는 경우에 해당하지 아니하므로 바로 헌법소원을 청구할 수 있다(헌재 1996. 10. 4. 94헌마68등, 공보 18, 590).

한편 대법원 판결에 의할 때 이 사건 고시가 행정소송법상 항고소송의 대상으로서의 처분성이 인정될 것인지 여부를 보면, 대법원은 법규명령이 일반적·추상적 법정립행위에 불과하여 구체적인 사실을 규율대상으로 하지 않

는다는 이유로 항고소송의 대상이 될 수 없다고 하면서도, 특정학교를 폐지하는 조례(대법원 1996. 9. 20. 선고 95누8003 판결)나 특정약품에 대한 고시(대법원 2003. 10. 9.자 2003무23 결정)와 같이 내용 자체로 처분성을 띠는 법규명령의 경우에 처분성을 인정하는 판시를 해왔는데, 이 사건 고시는 처분적 법규명령에 대하여 처분성을 인정한 대법원 판례의 기준에 부합한다고 보기 어렵거나 적어도 이 점이 불분명하다. 따라서 특별히 처분개념을 확장하는 해석을 하지 아니하는 한 항고소송의 대상으로 삼기는 어렵다.

5. 본안에 대한 쟁점 해설 - 기본권 보호의무 위반 여부에 관한 본안 판단

가. 이 사건 고시로 인하여 침해가 문제되는 기본권

이 사건 고시의 성격을 국가의 기본권보호의무의 불충분한 이행이라는 측면에서 이해하는 경우, 이 사건 고시로 인하여 침해가 문제되는 청구인들의 기본권은 생명권, 신체를 훼손당하지 아니할 권리이다. 한편 이에 대해서는 이 사건에서 사회적 기본권으로서의 보건권에 대한 ‘침해’가 문제된다는 견해도 가능한데, 이 사건 결정에서는 이와 같은 견해를 채택하지 아니하였다. 따라서 이하에서는 이 사건 고시가 국가의 기본권보호의무에 위배하여 청구인들의 생명권, 신체를 훼손당하지 아니할 권리를 침해한 것인지를 살펴보기로 한다.

나. 기본권보호의무 위반의 심사기준

(1) 문제 제기

본안 판단에서는 미국산 쇠고기에 관한 수입위생조건을 정한 이 사건 고시가 국가의 기본권보호의무에 위반할 정도로 불충분한 것인지 여부가 쟁점이며, 이 때 기본권 보호의무 위반에 대한 ‘최소한의 보호조치’를 다하였는지 여부가 기준이 된다.

(2) 과소보호금지의 원칙

국민의 기본권 보호를 위해 국가가 어떤 적극적 조치를 택할 것인가에 대

해서 국가는 일반적으로 넓은 형성의 여지를 갖는다. 국가가 기본권에 대한 보호의무를 지는 경우에도, 그것을 어떻게 실현하여야 할 것인가에 대해서는 원칙적으로 권력분립원칙과 민주주의원칙에 따라 국민에 의해 직접 민주적 정당성을 부여받은 입법자가 정치적 책임을 부담함으로써 해결하는 것이 우선될 수밖에 없다. 따라서 국가가 행한 일정한 조치 내지 부작위 판단이 기본권 보호를 위한 국가의 의무를 위반한 것인가를 헌법재판소가 판단할 때는 그 조치 내지 부작위가 기본권 보호에 지나치게 부족한 것인지, 즉 기본권을 과소하게 보호한 것인지를 제한적으로 심사할 수 있을 따름이다. 우리 헌법재판소는 이러한 심사의 원리를 ‘과소보호금지의 원칙’으로 정식화한 바 있다(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110, 공보 제 20 호, 229, 239, 242, 헌재 2008. 7. 31. 2006헌마711).

(3) 과소보호금지 원칙 심사의 강도

과소보호금지 원칙에 따라 어떤 심사기준과 심사강도가 적용되어야 하는가에 대해서는 크게 두 견해가 대립하는 것으로 보인다.

(가) 명백성 통제

이 견해는 기본권이 과소하게 보호되고 있음이 ‘명백할 때’ 과소보호금지 원칙 위반이 인정된다고 한다. 즉, 불완전한 입법에 의해 기본권의 침해가 있다고 하더라도 그것이 입법자의 보호의무에 대한 ‘명백한’ 위반이 있다고 볼 정도로 부적합하거나 불충분한 것이 아니라면 국가가 보호의무를 위반했다고 단정할 수 없다는 것이다. 그러므로 국가가 국민의 법익을 보호하기 위하여 전혀 아무런 보호조치를 취하지 않았든지, 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 명백하게 전적으로 부적합하거나 불충분한 경우에 한하여 헌법재판소는 국가의 보호의무의 위반을 확인할 수 있을 뿐이라고 한다(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등, 판례집 9-1, 90, 122의 4인의 합헌의견 참조).

(나) 생명·신체의 자유에 대한 예외적 엄격 통제

이 견해는 국가가 기본권의 보호의무를 다하지 않았는지를 심사하는 기준에 대해 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 기준으로 판단해야 한다고 하면서도, 그 기준을 일반적·일률적으로 확정할 수는 없고, 개

별 사례에 있어서 ① 관련 법익의 종류 및 그 법익이 헌법질서에서 차지하는 위상, ② 그 법익에 대한 침해의 위험의 태양과 정도, ③ 상충하는 법익의 의미 등을 비교 형량하여 구체적으로 확정하여야 한다고 본다(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등, 판례집 9-1, 90, 128 의 3인의 위헌의견 참조).

그리고 이 분화된 기준 중에서 생명·신체라는 기본권적 법익의 침해가 문제되는 경우에는 그 법익이 헌법질서에서 차지하는 의미와 비중이 중대하므로, 일견 명백한지의 여부에 대한 통제에 그쳐서는 안 된다고 본다. 따라서 건강상의 침해가 유발되고 있음에도 당해 법익을 보호할 특정조치를 취하고 있지 않고, 그것이 국민의 기본권적 법익을 보호하여야 할 의무를 현저하게 위반한 경우에 해당한다면 생명·신체의 안전에 관련된 국민의 기본권을 침해한 것으로 보게 된다(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등, 판례집 9-1, 90, 128 참조).

(다) 독일의 경우

한편 독일 연방헌법재판소 결정들의 다수는 명백성 통제에 입각하고 있다. 다만, 이른바 제2차 낙태판결에서 취한 이른바 ‘신빙성 통제방식’은 명백성 통제보다 강화된 심사방식이라고 할 수 있는데, 연방헌법재판소는 이 사건에서 보호의 방법과 범위를 구체적으로 확정하는 입법자의 임무를 인정하면서도, 입법자가 과소보호금지를 존중하였는지 여부에 대해서 그 신빙성을 심사할 수 있다고 보았다. 연방헌법재판소는 이에 대해 다음과 같이 설시하고 있다.

“사전에방적 보호 및 사후억제적 보호의 요소들을 결합하는 보호구상을 수립하고, 이를 규범으로 전환시키는 것은 입법자의 몫이다. 기존의 헌법적 요청에 따를 경우 입법자는 헌법적으로 의문이 있을 수 없는 예외적인 경우를 넘어서까지 낙태를 위법하지 않은 것으로, 즉 허용되는 것으로 간주할 수 있는 자유가 없다. 물론 입법자는 ‘보다 자세하게 열거될 수 있는 기준’에 따라 원칙적인 낙태금지가 그 밖에 다른 법질서의 영역에서 어떻게 실현할 것인가에 대해 결정할 수 있으나, (……) 그 보호구상이 그 자체 실효성이 있도록 구체화되어야 한다.”⁵⁸⁾라고 하면서, 이를 하지 않은 낙태 허용에 관한

58) BVerfGE 88, 203, 261 ff.

법률이 위헌임을 선언하였다.

(라) 이 사건에서의 적용

이 사건의 경우 비록 생명·신체 등의 법익이 문제되는 사안이나, 미국산 쇠고기의 수입으로 인하여 소해면상뇌증이 발병하고 그로 인하여 국민의 생명·신체의 자유에 대한 위협이 있다는 점에 대하여 아직까지 과학적으로 규명되지 않은 측면들이 있다는 사실을 부인할 수 없고, 또한 이는 상당히 전문적·기술적인 사항으로서 국제교역 및 외교 등과도 관련되어 있는 만큼 행정청의 재량권이 존중될 필요가 있는 영역이라는 측면을 고려하여야 하며, 다른 한편으로는 수입거래행위에 국가가 관여함으로써 수입자의 직업의 자유 등이 지나치게 제한될 수 있다는 측면도 고려할 필요가 있다.

결국 최근 들어 미국에서 소해면상뇌증이 추가로 발병되었음이 확인되지 아니하고 소해면상뇌증에 대한 위협통제 조치에 특별한 문제점이 발견된 적이 없으며, 이 사건 고시에 따른 특정위험물질의 수입허용 범위를 비롯한 제반 수입위생조건을 보더라도 소해면상뇌증 감염 우려가 있는 미국산 쇠고기의 국내유입을 막기 위한 여러 보호조치를 마련하고 있다고 보일 뿐만 아니라, 그 밖에 이 사건 고시를 보완하기 위하여 가축전염병예방법이 개정된 데다가 추가로 검역 및 검사 지침과 원산지표시제 등이 시행된 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 고시상의 보호조치가 체감적으로 완벽한 것은 아니라 할지라도, 앞서 본 기준과 내용에 비추어 쇠고기 소비자인 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 부족하여 그 보호의무를 명백히 위반한 것이라고 단정하기는 어렵다.

이런 점 때문에 다수의견은 권력분립과 민주주의의 원칙을 들어 헌법재판소가 단지 제한적으로만 입법자 또는 그로부터 위임받은 집행자에 의한 기본권 보호의무의 이행을 심사할 수 있다는 견지에서 ‘명백성 통제’의 방식을 적용하여 기본권 보호의무의 위반 여부를 심사하였다.

반면 재판관 송두환의 인용의견은 생명·신체의 자유에 대한 예외적 엄격 통제론에 입각하여, 국민의 생명·신체 내지 보건 등 매우 중요한 사항에 관한 경우, 특히 이 사건 고시와 같이 위험성을 내포한 식재료가 대량으로 수입되어 국내에서 제대로 검역되지 못한 채 유통됨으로써 일반 소비자에게

초래될 수 있는 위험의 정도와 내용이 매우 중대하고 심각할 뿐 아니라 이를 돌이키거나 통제하는 것이 불가능한 사안에 있어서는, “제3자의 권리나 공익을 침해함이 없이 채택할 수 있는 더 개선된 다른 보호수단이 존재하거나, 보호법익에 대한 위험을 최소화하기 위한 충분한 노력과 시도를 다하였다는 점이 명백하지 아니한 한” 헌법상 충분한 보호조치를 취한 것이라고 판단할 수 없다는 기준을 제시하였다.

다. 이 사건 고시에 의한 위험방지조치가 불충분한 것인지 여부

(1) 국제기준이 과학기술적 판단요소에 미치는 영향

이 사건 고시는 미국산 쇠고기 수입과 관련하여 미국에서의 소해면상뇌증 발병 이후 그 위험상황에 대응하고자 취해진 보호조치로서, 그 속성상 수출국인 미국에서의 위험상황과 국제무역 환경 그리고 관련 과학기술 지식 등에 기초하여 합리적인 범위 내에서 그 보호조치의 내용을 정할 수밖에 없는 것이라는 한계가 있다. 특히 이 사건에서 국제수역사무국(OIE)은 세계무역기구의 회원국 간에 동물과 동물성 제품의 무역에 관한 규정을 조화시키는 역할을 수행하는 국제기구로 공인되어, 현재 국제수역사무국의 후원에 따라 개발된 표준·지침·권고가 기본적인 국제표준으로 평가받고 있고, 회원국으로서는 소해면상뇌증에 대하여 특별히 OIE 국제기준보다 높은 보호수준의 위생·검역조치를 도입할만한 과학적인 정당성 등을 내세우지 못하는 한 OIE 국제기준에 일반적인 위생 및 검역조치의 기준이 되고 있다.

(2) 구체적인 보호조치에 대한 평가

이 사건 고시는 미국이 OIE로부터 소해면상뇌증 통제국으로 인정받았다는 사정 등을 고려하여 OIE 국제기준 등에 따라 종전보다 수입위생조건을 완화시켰을 뿐 개정 전 고시와 마찬가지로 OIE 국제기준 등에 기초하여 수입위생조건을 정한 것이라고 한다. 이 때문에 이 사건 다수의견은 OIE의 국제기준 등이 소해면상뇌증 발병위험과 관련된 특정위험물질의 범위 등에 대하여 현재까지 밝혀진 과학적 연구결과 등에 근거한 것이라고 보고 있다. 따라서 이에 따라 이 사건 수입위생조건을 정한 것이라면, 달리 그보다 높은

수준의 기준을 적용할만한 사정이 과학적·객관적으로 드러나지 않은 이상, OIE의 국제기준 등에 기초한 이 사건 고시상의 보호조치라면 기본권 보호 의무를 위반하였다고는 할 수 없다고 보고 있는 것이다.

여기에 추가하여, 다수의견은 미국을 비롯한 주요 국가들도 OIE 국제기준 등에 기초하여 특정위험물질을 관리하는 등 소해면상뇌증위험을 통제하고 있는 점, 이 사건 수입위생조건 규정들을 보더라도 소해면상뇌증 위험물질의 국내유입을 막기 위한 여러 보완장치를 규정하고 있는 점, 추가협상 등을 통하여 당초 협상에서 미비된 부분을 보완하는 한편 검역·검사 지침과 원산지 표시제 등을 강화한 점, 그 밖에 개정 전 고시와 이 사건 고시의 규정내용과 개정경위, 위생 및 검역조치에 관한 주요 국가의 기준, WTO 및 SPS의 위생 및 검역 정책 등을 고려하여, 이 사건 고시가 다소 미비한 측면이 있다고 하더라도 대체로 수긍할만한 것이라고 보고 있다.

반면 이에 대해 재판관 송두환의 반대의견은 이 사건 고시가 미국이 OIE 국제기준상 소해면상뇌증 위험통제국 지위를 얻은 것에 기초하여 특별한 사정변경 없이 개정 전 고시보다 수입위생조건을 완화시킴으로써 미국산 쇠고기에 대한 위험방지조치의 정도를 현저히 낮춘 것으로서, 이를 정당화할만한 특별한 사정변경이나 공익적 필요성을 발견할 수 없는 반면, 미국산 쇠고기의 수입·유통으로 국민의 생명, 신체의 안전 등 기본권적 법익을 해할 위험성은 여전히 남아 있으므로, 이 사건 고시는 국가의 기본권 보호의무를 불충분하게 이행하여 국가의 기본권 보호의무에 위배함으로써 청구인들의 기본권을 침해한다고 보았다.

6. 이 사건 결정의 의미

이 사건에서 헌법재판소의 다수의견이 국가가 국민의 생명·신체에 대한 기본권을 보호하여야 할 의무가 있다고 하면서 미국산 쇠고기 고시에 대해 제기한 청구인들(진보신당 제외)의 헌법소원심판 청구가 적법요건을 갖추었다고 인정한 것은 미국산 쇠고기 수입으로 인해 기본권 침해가 발생할 수 있는 가능성을 긍정한 것으로서, 미국산 쇠고기 수입을 통한 ‘위험상황’을 배제할 수 없다는 주장을 받아들인 것이다. 다만 다수의견의 경우 국가가 이

사건 고시 등을 통해 국민의 생명·신체의 안전에 대한 위험상황에 대한 구체적 보호조치를 취한 것이 기본권 보호의무를 위반하여 청구인들의 기본권을 침해하였다고 할 만큼 명백한 것은 아니라고 본 것이다. 반면 이 사건 청구를 각하하여야 한다는 소수의견들은 본안 판단으로 나아갈 만한 객관적 위험상황 자체가 존재하지 않는다거나, 헌법소원의 일반적 적법요건을 충족하고 있지 못하다는 이유를 들고 있다. 그밖에 이 사건 청구를 인용해야 한다는 소수의견은 위험상황이 존재할 뿐만 아니라 그에 대처하는 국가의 보호조치가 불충분하므로 이는 기본권 침해에 해당한다고 보고 있다. 이러한 견해 차이는 현대사회에서 국민이 부딪히는 다종다기한 위험상황에 대해 국가가 어느 정도의 보호의무를 지는지, 나아가 그 보호의무의 준수 여부를 헌법재판소가 어떤 방식과 어느 정도의 강도로 심사할 수 있는지에 대한 다양한 입장과 고민을 잘 드러내 보여주고 있다.



결정색인(2008년)

선고일 및 사건번호(판례집 게재면수)

2008. 1. 10. 2007헌마1468(20-1상, 1)	1
2008. 1. 17. 2007헌마700(20-1상, 139)	47
2008. 3. 27. 2006헌마82(20-1상, 355)	95
2008. 4. 24. 2004헌바44(20-1상, 453)	129
2008. 5. 29. 2005헌라3(20-1하, 41)	147
2008. 5. 29. 2006헌바5(20-1하, 91)	163
2008. 5. 29. 2005헌마137·247·376, 2007헌마187·1274(병합) (20-1하, 187)	195
2008. 5. 29. 2006헌마1096(20-1하, 270)	217
2008. 5. 29. 2007헌마712(20-1하, 305)	239
2008. 5. 29. 2007헌마1105(20-1하, 329)	257
2008. 6. 26. 2005헌마506(20-1하, 397)	275
2008. 7. 31. 2004헌바81(20-2상, 91)	295
2008. 7. 31. 2004헌마1010, 2005헌바90(병합)(20-2상, 236)	319
2008. 9. 25. 2007헌가1(20-2상, 401)	337
2008. 10. 30. 2003헌바10(20-2상, 727)	359
2008. 10. 30. 2008헌바11(20-2상, 868)	387
2008. 10. 30. 2005헌마222·651·755·1188(병합)(20-2상, 891)	407

2008. 10. 30. 2005헌마1156(20-2상, 1007)	437
2008. 10. 30. 2006헌마1401·1409(병합)(20-2상, 1115)	463
2008. 11. 13. 2006헌바112, 2007헌바71·88·94, 2008헌바3·62, 2008헌가12(병합)(20-2하, 1)	481
2008. 11. 27. 2005헌가21(20-2하, 118)	537
2008. 11. 27. 2004헌바54(20-2하, 186)	567
2008. 11. 27. 2006헌마352(20-2하, 367)	591
2008. 12. 26. 2005헌마971·1193, 2006헌마198(병합)(20-2하, 666)	613
2008. 12. 26. 2008헌마419·423·436(병합)(20-2하, 960)	657

헌법재판소 결정해설집 (2008년)

2009年 12月 22日 印刷

2009年 12月 29日 發行

發行處 憲法裁判所

서울 종로구 가회로 15(재동 83)

전화 : (代) 708-3456

印刷(주) 서라벌E&P

(非賣品)

