

## 訴訟促進등에 관한特例法 제6조의 違憲審判

(1989.1.25. 88헌가7 全員裁判部)

[판례집 1권, 1~5]

[판시사항]

소송촉진(訴訟促進)등에 관한특례법(特例法) 제6조 제1항 중 단서(但書)의 위헌여부(違憲與否)

[결정요지]

소송촉진(訴訟促進)등에 관한특례법(特例法) 제6조 제1항 중 단서(但書) 부분은 재산권(財産權)과 신속한 재판(裁判)을 받을 권리(權利)의 보장(保障)에 있어서 합리적 이유없이 소송당사자(訴訟當事者)를 차별(差別)하여 국가를 우대하고 있는 것이므로 헌법(憲法) 제11조 제1항에 위반(違反)된다.

재청법원 서울민사지방법원 1988.12.12. 88카56573 위헌제청  
제청신청인 정○봉

[참조조문]

헌법(憲法) 전문(前文), 제11조 제1항, 제23조, 제27조 제3항

소송촉진(訴訟促進)등에 관한특례법(特例法) 제6조 (가집행(假執行)의 선고(宣告))

① 재산권(財産權)의 청구(請求)에 관한 판결(判決)에는 상당한 이유(理由)가 없는 한(限) 당사자(當事者)의 신청유무(申請有無)를 불문하고 가집행(假執行)할 수 있음을 선고(宣告)하여야 한다. 다만, 국가(國家)를 상대(相對)로 하는 재산권(財産權)의 청구(請求)에 관하여는 가집행(假執行)의 선고(宣告)를 할 수 없다.

② 생략

[주 문]

소송촉진등에 관한특례법(1981.1.29. 법률 제3361호) 제6조 제1항

중 “다만, 국가를 상대로 하는 재산권의 청구에 관하여는 가집행의 선고를 할 수 없다” 라는 부분은 헌법에 위반된다

[이 유]

1. 이 사건 위헌제청 이유의 요지는 소송촉진등에관한특례법(법률 제3361호) 제6조 제1항은 “재산권의 청구에 관한 판결에는 상당한 이유가 없는 한 당사자의 신청 유무를 불문하고 가집행할 수 있음을 선고하여야 한다. 다만, 국가를 상대로 하는 재산권의 청구에 관하여는 가집행의 선고를 할 수 없다” 라고 규정하여 재산권의 청구에 관한 민사소송의 원고 승소판결에는 상당한 이유가 없는 한 법원으로 하여금 반드시 가집행의 선고를 붙이도록 하면서도 유독 국가가 피고일 경우에만은 가집행의 선고를 붙일 수 없도록 예외 규정을 한 것은 평등한 수평적 관계에서 진행되는 민사소송에 있어서 사경제(私經濟)의 주체에 불과한 국가에게 우월적 지위를 부여하는 것이어서 결국 위 예외규정은 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙에 위배되는 위헌 규정이라고 해석될 여지가 있다는 것이다.

2. 헌법은 그 전문에 “정치, 경제, 사회, 문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고” 라고 규정하고, 제11조 제1항에 “모든 국민은 법앞에 평등하다” 고 규정하여 기회균등 또는 평등의 원칙을 선언하고 있는바, 평등의 원칙은 국민의 기본권 보장에 관한 우리 헌법의 최고원리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석 및 집행함에 있어 따라야 할 기준인 동시에, 국가에 대하여 합리적 이유없이 불평등한 대우를 하지 말것과, 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든 국민의 권리로서, 국민의 기본권중의 기본권인 것이다

그리하여 이러한 평등의 원칙은 헌법 제23조에 의하여 보장된

“모든 국민의 재산권” 과 헌법 제27조 제3항에 의하여 보장된 “모든 국민의 신속한 재판을 받을 권리” 의 실현에도 당연히 적용되어야 할 것이므로 재산권 등 사권(私權)의 구체절차인 민사소송에서도 당사자가 누구인가에 따라 차별대우가 있어서는 아니되는 것이며, 국가가 민사소송의 당사자가 되었다고 해서 합리적 이유없이 우대받아서서는 아니되는 것이다. 왜냐하면 비록 국가라 할지라도 권력적 작용이 아닌, 민사소송의 대상이 되는 국고작용(國庫作用)으로 인한 법률관계에 있어서는 사인(私人)과 동등하게 다루어져야 하기 때문이다. 나아가서 소송촉진등에 관한특례법 제6조 제1항을 보건데, 가집행의 선고는 불필요한 상소권의 남용을 억제하고 신속한 권리실행을 하게 함으로써 국민의 재산권과 신속한 재판을 받을 권리를 보장하기 위한 제도인데 위 특례법의 규정에 따르면, 법원은 국가가 원고가 되어 얻은 승소판결에는 상당한 이유가 없는 한 반드시 가집행의 선고를 하여야하나, 반면에 국민이 국가를 상대로 한 소송에서 얻어낸 승소판결에는 아무리 확신있는 판결이라고 할지라도 가집행의 선고를 할 수 없게 되어있어 결국 재산권과 신속한 재판을 받을 권리의 보장에 있어 소송당사자를 차별하여 국가를 우대하고 있는 것이 명백하고 이처럼 민사소송의 당사자를 차별하여 국가를 우대할만한 합리적 이유도 찾기 어렵다.

3. 법무부장관은 국가에 대하여 가집행을 금지한 예외규정을 두었다고 해서 헌법 제11조의 평등의 원칙에 위배된다고 볼 수 없을 것이라는 의견서를 당 재판소에 제출하고 그 이유로서,

첫째, 가집행제도의 근본취지는 집행불능을 사전에 방지하려는 것인데 국가는 성질상 집행불능의 상태가 생길 수 없으므로 국가에 대한 가집행을 불허하더라도 집행불능의 문제가 생길 수 없고,

둘째, 국가에 대한 가집행을 허용할 경우에는 소송과 직접 판

계가 없는 국가기관에 대한 집행 등으로 국가회계질서의 문란이 초래될 우려가 있으며,

셋째, 가집행을 한 후 상소심에서 판결이 번복되었으나 원상회복이 어려운 경우에는 국고손실이 예상되며, 회복이 가능한 경우라도 회복에 따르는 인력과 예산낭비 등의 우려가 있다고 주장한다.

그러나, 가집행의 선고는 불필요한 상소권의 남용을 억제하고 신속한 권리실현을 위하여 둔 제도이지 집행불능을 사전에 방지하려는 제도가 아니므로, 국가에 대하여 집행이 불가능하게 될 염려가 없다고 해서 가집행 선고의 필요가 없는 것도 아니고, 가집행으로 인한 국가회계질서 문란의 우려는 국가 스스로 얼마든지 이를 예방할 수 있는 것이므로 아무런 문제가 될 수 없으며, 가집행후 상소심에서 판결이 번복되었을 경우 원상회복이 어렵게 될 경우를 예상할 수 있으나 이러한 문제는 국가가 피고일 경우에만 생기는 문제가 아니라 가집행제도의 일반적인 문제라 할 것이어서, 이러한 문제는 법원이 판결을 함에 있어 가집행을 붙이지 아니할 상당성의 유무를 신중히 판단하고 민사소송법 제199조 제1항에 의한 담보제공명령이나 같은 법조 제2항에 의한 가집행 면제제도를 적절하게 운용하며 또, 국가로서도 민사소송법 제473조, 제474조에 의하여 법원에 신청하여 가집행 정지명령을 받는 등의 방법으로 사전에 예방할 수 있는 것이므로 위와 같은 문제가 있다고 해서 그것이 국가에 대하여 예외적으로 가집행선고를 금지할 이유가 될 수 없다. 따라서, 법무부장관이 주장하는 사유는 어느 것이나 필요적 가집행 선고를 규정한 소송촉진등에관한특례법 제6조 제1항 본문에도 불구하고 국가에 대하여 차별적 우대를 하는 예외적 규정을 두어야 할 합리적 이유가 될 수 없다.

4. 이상과 같은 이유로써 소송촉진등에관한특례법 제6조 제1항 중 “다만, 국가를 상대로하는 재산권의 청구에 관하여는 가집

행의 선고를 할 수 없다” 라는 부분은 헌법 제11조 제1항에 위반됨이 명백하므로, 헌법재판소법 제45조에 의하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다

1989. 1. 25.

재판장 재판관 조규광

재판관 이성렬

재판관 변정수

재판관 김진우

재판관 한병채

재판관 이시운

재판관 최광률

재판관 김양균

재판관 김문희

# 不法鑑定에 대한 判決 등에 관한 憲法訴願

(1989. 2. 14. 89헌마9 第1指定裁判部)

[판례집 1권, 6~8]

[판시사항]

1. 판결(判決)에 대한 헌법소원(憲法訴願)의 적법여부(適法與否)
2. 검사(檢事)의 불기소처분(不起訴處分)에 대한 헌법소원심판(憲法訴願審判)의 청구기간(請求期間)

[결정요지]

1. 판결(判決)에 관한 헌법소원(憲法訴願)은 법원(法院)의 재판(裁判)에 대하여 헌법소원(憲法訴願)의 심판(審判)이 청구(請求)된 경우에 해당하므로 부적법(不適法)한 소원(訴願)이다.
2. 검사(檢事)의 불기소처분(不起訴處分)에 대하여는 검찰청법(檢察廳法) 소정(所定)의 항고(抗告)·재항고(再抗告) 등의 구제절차(救濟節次)를 거치고나서 재항고(再抗告) 기각결정(棄却決定)의 통지(通知)를 받은 날로부터 30일의 청구기간(請求期間)내에 청구(請求)하여야 한다.

청구인 권○주

[참조조문]

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항 단서(但書)

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제69조 (청구기간(請求期間)) ① 제68조 제1항의 규정(規定)에 의한 헌법소원(憲法訴願)의 심판(審判)은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일(日) 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일(日) 이내에 청구(請求)하여야 한다. 다만, 다른 법률(法律)에 의한 구제절차(救濟節次)를 거친 헌법소원(憲法訴願)의 심판(審判)은 그 최종결정(最終決定)을 통지받은 날로부터 30일(日) 이내에 청구(請求)하여야 한다.

② 생략

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제72조 제3항 제1호

[주 문]

이 사건 심판청구를 각하한다.

[이 유]

청구인의 이 사건 헌법소원 심판청구의 요지는 청구외 김○영에 대한 검사의 불기소처분과 청구외 한○석에 대한 법원의 확정 판결이 각기 동 사건의 고소인이며 피해자인 청구인의 헌법상 기본권을 위법하게 침해하였으므로 이를 구제해 달라는 것이다

살피건대, 청구외 한○석에 대한 판결에 관한 헌법소원은 법원의 재판에 대하여 헌법소원의 심판이 청구된 경우에 해당하므로 더 나아가 살필 필요도 없이 부적법한 소원임을 면치 못할 것이다

나아가 청구외 김○영에 대한 처분에 관한 헌법소원을 살펴보면 이는 검사의 불기소처분에 대한 소원이므로 헌법재판소법 제9조 제1항 단서, 제68조 제1항 단서에 의하여 검찰청법 소정의 항고 재항고등의 구제절차를 거치고 나서 재항고 기각결정의 통지를 받은 날로부터 30일의 청구기간내에 청구할 것을 요한다고 할 것인바, 기록에 의하면 청구인이 항고, 재항고 절차를 거쳐 1984.2.17. 재항고 기각결정의 통지를 받았음이 명백하므로 1989.1.23. 당 재판소에 제출된 이 사건 헌법소원은 청구기간이 도과된 이후에 청구한 것임이 역수상 분명하고, 가사 청구기간의 기산점을 1988.9.1. 헌법재판소법의 발효와 같은해 9.15. 재판관 임명에 의한 당 재판소설치의 시점으로 본다하더라도 청구기간이 도과된 이후에 청구한 소원임에 아무런 차이가 없다.

따라서 헌법재판소법 제72조 제3항 제1호, 제2호, 제69조 제1항 단서, 제68조 제1항 단서에 의하여 이를 각하하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

1989. 2. 14

재판장 재판관 조규광  
재판관 이성렬  
재판관 이시윤

# 司法書士法施行規則에 관한 憲法訴願

(1989. 3. 17. 88헌마1 全員裁判部)

[관례집 1권, 9~23]

[판시사항]

1. 구(舊) 사법서사법시행규칙(司法書士法施行規則) (1973.10.1. 대법원규칙(大法院規則) 제544호로 개정(改正)되기 전(前)의 것) 제1조의 폐지(廢止)에 따르는 경합자(競合者) 환산경과규정(換算經過規定) 불비(不備)의 입법부작위(立法不作爲)에 대한 헌법소원(憲法訴願)의 적법여부(適法與否)

2. 법령(法令)에 대한 헌법소원(憲法訴願)의 직접성(直接性)의 요건(要件)을 갖춘 예(例)

3. 법령(法令)에 대한 헌법소원(憲法訴願)과 보충성(補充性)의 원칙(原則)

4. 사법서사법(司法書士法)(1986.5.12. 법률(法律) 제3828호) 제4조 제1항 제1호의 위헌여부(違憲與否)

[결정요지]

1. 입법행위(立法行爲)의 소구청구권(訴求請求權)은 원칙적으로 인정될 수 없고 다만 헌법(憲法)에서 기본권보장(基本權保障)을 위하여 법령(法令)에 명시적(明示的)인 입법위임(立法委任)을 하였을 때, 그리고 헌법해석상(憲法解釋上) 특정인에게 구체적인 기본권(基本權)이 생겨 이를 보장(保障)하기 위한 국가의 행위의무(行爲義務) 내지 보호의무(保護義務)가 발생(發生)하였을 때에는 입법부작위(立法不作爲)가 헌법소원(憲法訴願)의 대상이 되지만, 이른바 부진정역급효입법(不眞正逆及效立法)의 경우에는 특단의 사정이 없는 한 구법관계(舊法關係) 내지 구법상(舊法上)의 기대이익(期待利益)을 존중하여야 할 입법의무(立法義務)가 없으므로 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)는 부적법(不適法)하다.

2. 사법서사(司法書士)의 자격부여(資格附與)가 경력(經歷)에 치중하여 운영되고 있다면 기본권침해(基本權侵害)의 소지는 사법서사법(司法書士法) 제4조 제1항 제1호 전단(前段)의 경력규정(經歷規定) 부분에서 직접 생길 수 있는 것이고, 또한 위 전단규정(前段規定)

만에 의하여 사법서사직(司法書士職)을 선택하여서는 안 될 의무(義務)가 생긴다면 이른바 기본권침해(基本權侵害)의 직접성(直接性)의 요건(要件)도 갖추어진 것이다.

3. 법령자체(法令自體)에 의한 기본권침해(基本權侵害)가 문제되어 법령자체(法令自體)에 대한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)를 하였을 때에는 이른바 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항 단서(但書) 소정(所定)의 보충성(補充性)의 예외적(例外的)인 경우에 해당한다.

4. 사법서사법(司法書士法)의 개정(改正)으로 서기직(書記職) 종사기간(從事期間)이 전혀 주사직(主事職) 종사기간(從事期間)으로 환산되지 아니함으로써 사법서사자격(司法書士資格)의 문호를 좁혀 직업선택(職業選擇)의 자유(自由)를 제한(制限)하는 결과가 되었다 해도 이와 같은 제한(制限)은 공공복리(公共福利)를 위한 제한(制限)으로 보아야 할 것이고 그 제한(制限)이 헌법상(憲法上)의 비례(比例)의 원칙(原則) 내지 과잉금지(過剩禁止)의 원칙(原則)의 위배(違背)로 보여지지 않고, 나아가 사법서사법(司法書士法)이 환산근거규정(換算根據規定)을 두지 않았다 하여도 이는 입법자(立法者)의 결정사항(決定事項)에 속한다.

청구인 김○수

대리인 변호사 김도창(국선)

#### [참조조문]

헌법(憲法) 제11조 제1항, 제15조

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항 단서(但書)

사법서사법(司法書士法)(1986.5.12. 법률(法律) 제328호) 제4조 (자격(資格)) ① 다음 각호(各號)의 1에 해당하는 자(者)는 사법서사(司法書士)의 자격(資格)이 있다.

1. 15년(年)이상 법원서기보(法院書記補)나 검찰서기보(檢察書記補) 이상의 직(職)에 있던 자(者), 7년(年)이상 법원주사보(法院主事補)나 검찰주사보(檢察主事補) 이상의 직(職)에 있던 자(者) 또는 5년(年)이상 법원사무관(法院事務官)이나 검찰사무관(檢察事務官)(검찰(檢察)의 수사사무관(搜查事務官)을 포함한다) 이상의 직(職)에 있던 자(者)로서 사법서사업무(司法書士業務)의 수행에 필요한 법률지식(法律知識)과 능력(能力)이 있다고 대법원장(大法院長)이 인정한 자(者)

#### 2. 생략

② 제1항 제1호의 규정(規定)에 의한 사법서사(司法書士)의 자격인정(資格認定) 및 동항(同項) 제2호의 규정(規定)에 의한 사법서사시험(司法書士試驗)의 실시에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙(大法院規則)으로 정한다.

구(舊) 사법서사법시행규칙(司法書士法施行規則)(1973.10.1. 대법원규칙(大法院規則) 제544호로 개정(改正)되기 전(前)의

것) 제1조 (자격(資格)) ① 사법서사법(이하 법이라한다) 제4조 제1호 후단의 「동등 이상의 학력 경험이 있다고 인정되는 자」라 함은 10년 이상 법원 또는 검찰청의 서기보의 직에 있던 자를 말한다.

② 생략

사법서사법(司法書士法)(1986.5.12. 법률(法律) 제3828호) 부칙(附則) ① 생략

② (사법서사자격(司法書士資格)에 관한 경과조치(經過措置)) 이 법(法) 시행(施行) 전에 사법서사(司法書士)의 인가(認可)를 받은 자는 이 법(法)에 의한 사법서사(司法書士)의 자격(資格)이 있는 자(者)로 보되, 이법(法) 시행일(施行日)로부터 3월(月) 이내에 이법(法)에 의한 사법서사명부(司法書士名簿)에 등록(登錄)하여야 한다.

③ (인가취소(認可取消)된 자(者)에 관한 경과조치(經過措置)) 이법(法) 시행(施行) 전에 종전의 규정(規定)에 의하여 사법서사(司法書士)의 인가(認可)가 취소(取消)된 자(者)와 부칙(附則) 제2항의 규정(規定)에 의하여 사법서사명부(司法書士名簿)에 등록(登錄)하지 아니한 자(者)는 이 법(法)의 규정(規定)에 의하여 등록(登錄)이 취소(取消)된 자(者)로 본다.

④ 생략

[주 문]

이 사건 심판청구 중 입법부작위에 관한 부분을 각하하고 나머지 청구를 기각한다.

[이 유]

1. 심판의 대상

이 사건 소원심판 청구는 첫째로 법원서기 및 주사 경합자의 경우 주사경력으로 환산하는 사법서사법시행규칙을 두지 아니한 입법부작위에 의한 기본권의 침해 둘째로 사법서사의 자격요건에 관하여 “동등 이상의 학력과 경험이 있다고 인정하는 자”의 규정을 두지 아니한 사법서사법 제4조 제1항 제1호에 의한 기본권의 침해주장에 관한 것이다

2. 사법서사 자격에 관한 관계규정과 헌법소원의 제기

가. 사법서사의 자격요건에 관한 사법서사법 개정연혁을 살펴보기로 한다.

1963.4.25. 법률 제1333호(이하 1963년 법이라 한다)로 제정된 사법

서사법 제4조에 의하면 사법서사의 자격요건에 관하여 제2호에서 “5년 이상 법원 및 검찰청 서기 이상의 직에 있던 자 또는 동등 이상의 학력, 경험이 있다고 인정되는 자” 로, 제2호에서 “사법서사시험에 합격한 자” 로 규정하였고, 동법 시행규칙(1963.5.11. 공포, 대법원규칙 제178호) 제1조 제1항에서는 “사법서사법 제4조 제1호 후단의 동등이상의 학력, 경험이 있다고 인정되는 자라 함은 10년이상 법원 검찰청의 서기보의 직에 있던 자를 말한다” 고 하고, 제2항에서 “서기보와 서기의 재직연수가 경합하는 경우에는 서기보의 재직연수의 2분의 1을 서기의 재직연수로 계산한다” (이하 경합자 환산 규정이라 한다)고 각 규정하였다.

한편 1973.1.25. 개정된 법원조직법 부칙 제5조에 의하여 법원서기(갑)은 법원주사로, 법원서기(을)은 법원주사보로, 법원서기보(갑)은 법원서기로, 법원서기보(을)은 법원서기보로 각 그 직명이 바뀌게 되었다.

그뒤 1973.2.24. 법률 제2551호(이하 1973년 법이라 한다)로 개정하면서, 동법 제4조 제1호에서는 실무경력자의 자격요건에 관하여 “7년이상 법원주사보나 검찰주사보 이상의 직에 있던 자 또는 5년이상 법원사무관 이상의 직에 있던 자” 로 상향시키는 한편, 1963년 법에 있었던 “동등 이상의 학력, 경험이 있다고 인정하는 자” 규정(이하 동등 이상의 규정이라 한다) 부분을 삭제함과 동시에 동법 시행규칙의 개정으로 1963년 시행규칙 제1조의 규정이 폐기됨으로써 위 경합자 환산 규정은 없어지게 되었다.

위 사법서사법 제4조 제1호는 또다시 1986.5.12. 법률 제3828호(이하 1986년 법이라 한다)로 개정되었는데 여기에서는 실무경력자의 자격요건을 “15년 이상 법원서기보나 검찰서기보 이상의 직에 있던 자 7년이상 법원주사보나 검찰주사보 이상의 직에 있던 자 또는 5년 이상 법원사무관이나 검찰사무관 이상의 직에 있

던 자로서 사법서사 업무의 수행에 필요한 법률지식과 능력이 있다고 대법원장이 인정한 자” 로 규정함으로써 법원 검찰서기보 15년 이상의 근속자에게 사법서사의 자격취득을 가능케 하였으나 1963년 법상의 동등 이상의 규정이나 1963년 시행규칙상의 경합자 환산규정은 부활하지 아니하였다.

나. 청구인은 1968.6.17. 조건부 법원서기보의 직에 임명되어 서울민사지방법원 안성등기소에서 처음 근무를 시작하여 같은 해 12.16. 법원서기보의 직에, 1978.5.1. 법원주사보의 직에, 1980.1.1. 법원주사의 직에 차례로 승진하면서 서울민사지법, 춘천지법 등지에 근무하다가 1981.2.4.에 퇴직하게 되었다.

다. 청구인은 1968.6.17.부터 1978.4.30.까지 9년 10개월 남짓 법원서기보직에, 1978.5.1.부터 1981.2.4.까지 2년 9개월 남짓 법원주사보, 주사직에 있었지만, 1986년 법 즉 현행법에 의하면 15년이상 법원서기보 이상의 직, 7년이상 법원주사보 이상의 직의 각 실무능력을 요하므로 사법서사의 자격을 취득할 수 없게 되어있다 다만 1963년 시행규칙에 서와 같은 재직연수의 경합자 환산의 규정이 있으면 법원서기보 재직연수 9년 10개월의 2분의 1인 4년 11개월과 법원주사보 이상의 재직연수 2년 9개월을 합한 7년 8개월이 되어 위 7년이상의 법원주사보 이상의 직에 있던 자에 해당하게 되어 사법서사 자격을 취득할 수 있게 된다.

그리하여 청구인은 1987.7.11. 대법원에 사법서사의 자격을 인정해 달라는 취지의 민원신청을 하였으나, 대법원은 같은해 7.20.에 현행법은 물론 1973년 개정 법률 이래 사법서사 자격취득을 위한 실무경력에 관하여 1963년 법에서와 같은 동등 이상의 규정을 두고 있지 아니하여 동법 시행규칙에 경합자 환산규정을 둘 수 없다는 것을 이유로 이를 받아들이지 아니하였다.

그리하여 청구인은 법원행정처장을 상대로 사법서사 규칙을 제정해 달라는 행정소송(서울고등법원 87구 1582)을 제기하였고, 1988.5.17. 패소판결을 받아 이에 불복하여 상고를 제기하였다가 같은 해 12.22. 상고취하를 하였다. 청구인은 같은해 9.23. 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하여 당 재판소에 이 사건 헌법소원 청구를 한 것이다

### 3. 당사자 등 주장요지

#### 가. 청구인의 주장

(1) 청구인 주장의 요지는, 사법서사 자격에 관하여 위 1986년 법 개정시 그 시행규칙에서 마땅히 부활시켜야 할 경합자 환산 규정을 두지 아니한 입법부작위 그리고 원칙적으로 1986년 사법서사법을 개정하면서 동법 시행규칙에서 위 경합자환산 규정의 근거모범이 될 동등 이상의 규정부분을 빼고 개정한 동법 제4조 제1항 제1호 전단의 위헌법률 때문에 다음과 같은 기본권의 침해를 받았다는 취지로 보여진다

첫째로 헌법 제15조의 직업선택의 자유를 침해받았다고 하는 것이다.

헌법 제37조 제2항에 의하면 국민의 자유와 권리는 공공복리 등을 위하여 필요한 경우에 법률로써 제한할 수 있으나, 그 경우에도 필요한 최소한도의 제한만을 할 수 있는 비례의 원칙 내지 과잉금지 원칙을 존중하여야 할 것인 바, 사법서사법이나 규칙에서 경합자 환산규정을 두지 아니함으로써 하위직 경력이 무시되어 예를들면 서기보 15년이면 사법서사 자격을 얻는데, 서기 10년에 주사보 4년 11개월의 경력으로도 자격을 얻지 못하는 결과가 생기는 등으로 분명히 위 비례의 원칙에 위반된다는 것이고,

둘째로는 위 1963년 법 아래에서는 위 시행규칙상의 환산규정에 의하여 혜택을 받을 수 있었으나, 위 1973년 법과 1986년 법

아래서는 위와같은 재직기간 환산규정이 없으므로 그 혜택을 받을 수 없으니, 이는 결국 입법행위의 면에서 헌법상 보장된 평등의 원칙 내지 형평의 원칙에 위배임은 물론 조리법에도 위반되는 위헌법률이니 청구인은 이에 의하여 평등권을 침해당하였다는 것이다

이에 나아가 현행 사법서사법 제4조 제2항에 대법원 규칙으로 위임한 위임규정이 있으며 또 1986년 법에 동등이상의 규정을 두지 않았다 하여도 15년이상 서기보직에 있었던 자에게 자격을 인정하였음에 비추어 당연히 경합자 환산 규정을 두어 보호하여야 한다는 것이다

#### 나. 법원행정처장의 답변요지

(1) 먼저 법원행정처장은 법령자체에 대한 헌법소원임을 전제로 하여 본안전 항변으로 법령의 규정자체가 헌법소원의 대상이 될 수 없으려면 당해 법령의 규정만에 의하여 “직접적으로” 헌법상 보장된 기본권이 침해된 경우라야 할 것인데 이 사건에 있어서 청구인이 문제삼고 있는 법규정에 의하여서는 이에 해당되지 않는다는 것이다 즉 현행 사법서사법 제4조 제1항 제1호의 규정에 의하면, 사법서사 자격의 취득 여부는 법원 또는 검찰에서의 일정한 실무경력에 의하여 결정되는 것이 아니고, 종국적으로는 대법원장이 사법서사 업무의 수행에 필요한 법률지식과 능력이 있다고 인정하느냐 않느냐에 따라서 결정되는 것이므로, 위 사법서사법에서 경합자 환산 규정의 모범을 두지 않고 있다하여 그것이 “직접적으로” 청구인의 어떠한 권리를 침해하고 있다고 볼 수는 없다는 것이다. 또 경합자 환산규정을 두지 아니한 위 사법서사법의 규정 등이 헌법위반이 된다고 하더라도 청구인으로서는 일단 대법원장에게 사법서사의 자격인정 신청을 한 다음 그 신청이 거부되었을 때 법률에 규정된 구제절차를 밟을 수 있을 것이며, 이러한 절차를 밟은 바 없이 위 규정 등이 청구인의 기본권

을 침해하였다하여 심판청구를 함은 부당하다는 것이다

따라서 청구인이 직접적으로 기본권의 침해를 받은 바 없이 또한 법률에 규정한 구체적 절차를 밟은 바 없이 이 사건 심판청구에 이른 것은 부적법하다는 취지이다.

(2) 현행법 제4조 제1항 제1호가 사법서사의 자격인정을 받을 수 있는 자를 위와같이 한정적으로만 열거하고 있는 이상, 대법원규칙으로는 하위직의 재직기간을 상위직의 재직기간으로 환산해 주어 사법서사의 자격인정을 받을 수 있도록 하는 등의 규정을 둘 수 없다는 것이고, 동조 제2항의 대법원규칙에 위임하는 규정은 사법서사 자격인정의 구체적절차 등에 필요한 사항을 대법원규칙으로 정한다는 취지에 불과한 것이고 경력환산에 관한 것이 아니라는 것이다.

(3) 현행 사법서사법 제4조 제1항 제1호의 규정이나 동법 시행규칙에서 환산규정을 두고 있지 않은 것이 헌법상 보장된 직업선택의 자유의 본질적 내용을 침해하거나 이를 불필요하게 제한한다고 볼 수 없고, 헌법상의 평등의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다는 것이다

#### 4. 판단

가. 사법서사법 시행규칙의 입법부작위에 관한 소원부분 판단

우선 그 적법성에 관하여 직권으로 본다.

무릇 어떠한 사항을 법규로 규율할 것인가, 이를 방치할 것인가는 특단의 사정이 없는 한 입법자의 정치적, 경제적, 사회적 그리고 세계관적 고려하에서 정해지는 사항인 것이며, 따라서 일반국민이 입법을 해달라는 취지의 청원권을 향유하고 있음은 별론이로되 입법행위의 소구청구권은 원칙적으로 인정될 수 없다고 할 것이다. 만일 법을 제정하지 아니한 것이 위헌임을 탓하여 이 점에 관하여 헌법재판소의 위헌판단을 받아 입법당국으로 하여금 입

법을 강제하게 하는 것이 일반적으로 허용된다면 결과적으로 헌법재판소가 입법자의 지위에 같음하게 되어 헌법재판의 한계를 벗어나게 되고 할 것이다.

따라서 입법부작위에 대한 헌법재판소의 재판관할권은 극히 한정적으로 인정할 수 밖에 없다고 할 것인 바, 생각컨대 헌법에서 기본권 보장을 위해 법령에 명시적인 입법 위임을 하였음에도 입법자가 이를 이행하지 않을 때, 그리고 헌법 해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 전혀 아무런 입법조치를 취하고 있지 않은 경우가 여기에 해당될 것이며 이때에는 입법부작위가 헌법소원의 대상이 된다고 봄이 상당할 것이다

이 사건으로 돌아가서 보면 헌법은 물론 사법서사법에서 하위법인 사법서사 규칙에다가 실무경력자를 위해 위와같은 경합자 환산 규정을 두도록 위임한 바는 없으며, 오히려 사법서사법 제4조 제1항 제1호에서 사법서사 자격의 취득을 위한 경력으로 15년이상 서기보이상의 직에 있던 자, 7년이상 주사보 이상의 직에 있던 자 또는 5년이상 사무관 이상의 직에 있던 자 등 세 가지를 한정적으로 열거하고 있을 뿐이며, 동조 제2항의 위임규정은 단지 제1항 제1호 후단에서 정한 대법원장의 인정 행위 등의 구체적 절차에 대한 것에 불과하다고 볼 것이고, 1986년 법에서 서기보이상의 직에 있었던 자에게 실무경력을 인정한 것이 곧 1963년 법상의 동등이상의 규정 부활이라고는 볼 수 없을 것이다

나아가 청구인에게 있어서 입법을 통해 국가가 보호하여야 할 어떠한 기본권이 확보되어 있는가를 본다

과거의 사실관계 또는 법률관계를 규율하기 위한 소급입법의 태양에는 이미 과거에 완성된 사실 또는 법률관계를 규율의 대상으로 하는 이른바 진정소급효의 입법과 이미 과거에 시작하였으나 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실 또는 법률관계를 규율의 대상으

로 하는 이른바 부진정소급효의 입법을 상정할 수 있다고 할 것이다. 전자의 경우에는 입법권자의 입법형성권보다도 당사자가 구법질서에 기대했던 신뢰보호의 견지에서 그리고 법적안정성을 도모하기 위해 특단의 사정이 없는 한 구법에 의하여 이미 얻은 자격 또는 권리를 새 입법을 하는 마당에 그대로 존중할 의무가 있다고 할 것이나, 후자의 경우에는 구법질서에 대하여 기대했던 당사자의 신뢰보호보다는 광범위한 입법권자의 입법형성권을 경시해서는 안될 일이므로 특단의 사정이 없는 한 새 입법을 하면서 구법관계 내지 구법상의 기대이익을 존중하여야 할 의무가 발생하지는 않는다고 할 것이다.

청구인의 경우에 1973년 위 경합자 환산 규정이 폐지될 당시인 1973.2.까지 법원서기보직으로 4년 10개월정도 재직하였으므로 구법인동 시행규칙에 의해서도 청구인은 주사직 2년 5개월간 종사자로 환산되는데 그치고 따라서 주사직 5년을 요했던 구법당시 사법서사법에 의해서도 이미 그 자격을 얻은 것이 아니고 취득을 위한 기간이 진행중에 있었음이 분명하다면, 공익을 고려하고 정책의 형성자유가 부여된 입법자로서 위 환산규정을 폐지하면서 신입법을 하는 마당에 구법상의 기대이익 존중의 입법 의무까지는 발생하지 않는다고 할 것이다.

그렇다면 이 사건에 있어서는 위임규정으로 인하여서나 기허 생긴 기본권의 존중을 위하여서나 입법 의무가 있는 경우에 해당되지 아니하므로 위와같은 의무의 존재를 전제로 한 이 사건 심판청구중 입법부작위에 관한 부분은 더 나아가 살필 필요도 없이(규칙으로 입법을 하지 않고 있는데 대하여 부작위 위법확인 청구의 문제도 따져 볼 수 있다 할 것인데 구태여 여기에서는 논의치 않기로 한다) 부적

법을 면치 못할 것이다.

나. 사법서사법에 관한 소원부분 판단

(1) 이 사건은 사법서사법 ๘조 제1항 제1호에 의하여 사법서사 자격취득을 위한 경력으로 위 동등이상의 규정을 두지 아니하여 청구인의 기본권이 침해되었으며 이의 보충규정이 필요하다는 의미에서 사법서사법 자체의 입법부작위에 관한 소원인 것으로도 보여지지만 동 조항 자체가 위헌이라는 적극적 의미의 입법행위에 관한 소원인 것으로 선행하면서 위 법원행정처장의 본 안전 항변을 본다

살피건대, 사법서사 자격 부여과정에 있어서 사법서사법 ๘조 제1항 제1호 전단 소정의 경력있는 자에 대해서는 특단의 사정이 없는한 동 후단 소정의 “사법서사 업무의 수행에 필요한 법률지식과 능력이 있다” 고 인정하고 있으며, 따라서 자격부여에 있어서 대법원장의 인정 행위보다는 경력에 치중하여 운영되고 있는 것이 실정이라면 기본권침해의 소지는 경력 규정 부분에서 바로 직접 생길 수 있는 것이라고 봄이 상당할 것이고, 또 이 사건에 있어서 엄밀하게는 제4조 제1항 제1호 후단이 아니고 전단의 위헌성을 다투고 있는 것이며 이것이 재량규정이 아님은 규정자체로 명백하다면 전단규정의 집행행위 여하에 따라 사법서사의 자격을 얻게 될 수 있는 것이 아니니 청구인에게 이 규정만에 의하여 사법서사직을 선택하여서는 안될 의무가 생기므로 이른바 기본권침해의 직접성은 갖추어진 것이다

한편 앞서 본바와 같이 청구인이 1987.7.20. 민원의 형식으로 대법원에 사법서사 자격인정 신청을 했다가 거부된 바 있는데 그 거부사유가 동 후단 소정의 사법서사 업무의 수행에 필요한 법률지식과 능력을 인정할 수 없다는 것이 아니고, 현행 사법서사법에는 구법에서처럼 동등 이상의 규정이 없어 동 시행규칙상 경합자 환

산 규정의 입법의 여지가 없다는 것으로 문제의 소재가 법률자체에 있다는 것이었던 바, 그럼에도 불구하고 헌법재판소가 신설된 이(제당 재판소 설치전에 청구인은 행정소송을 제기한 바가 있음은 앞서 본 바이다) 법률에 대한 헌법소원으로 사법서사법의 위헌성을 직접 다투는 문제의 해결책을 시도하지 않고, 위 거부행위를 놓고 법률에 관한 직접적인 위헌판단이 허용되지 아니하며 우회적인 해결책 밖에 될 수 없는 행정소송을 먼저 제기할 것을 요구함은 기대가능성이 없는 일이거나 이 사건처럼 공권력 행사의 일종이라고 할 입법 즉 법률 자체에 의한 기본권침해가 문제가 될 때에는 일반법원에 법령자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 제소하는 길은 없어 구제절차가 있는 경우가 아니므로, 헌법재판소법 제68조 제1항 단서 소정의 구제절차를 모두 거친 후에 헌법소원을 내야하는 제약이 따르지 않는 이른바 보충성의 예외적인 경우라고 볼 것이다.

따라서 법원행정처장의 본안전 항변은 어느모로 보아도 그 이유없다 할 것이고, 사법서사법에 관한 소원부분은 적법한 것으로 인정된다

(2) 나아가 사법서사법에 관한 소원 부분의 본안에 대하여 본당 우선 청구인의 직업선택의 자유의 침해라는 주장부터 살핀다

원래 법원주사보, 법원주사, 법원사무관 또는 법원서기관 등 법원 주사보 이상의 직(이하 주사직이라 한다)은 절차법상 심판참여, 조서작성, 소송서류의 공증, 보관 및 집행문부여 등 재판의 부수업무와 아울러 등기업무를 취급하는 각급 법원에 배치된 단독제 국가기관인데 대하여 법원서기보, 서기직(이하 서기직이라 한다)은 단지 이 직책의 보조자에 지나지 아니하며 서기직에 있는자에게 주사직의 직무대리가 허용되지 않을뿐 아니라 연한이 닿고 공석이

생겨도 바로 서기직에서 주사직으로 승진될 수 있는 것이 아니고 법원 공무원규칙에 따른 별도의 7급 일반 승진시험의 합격을 요한다는 점에서 서기직책과 주사직책 사이에는 질적 차이가 있다고 할 것이다

그런데 사법서사직은 이와같은 서기직에 대응한다기보다 주사직 업무에 대응하는 것으로 입법연혁상으로도 주사직 경력자에 그 자격을 부여함을 원칙으로 하여 왔던 것이며 때에 따라 서기직 장기근속자에게도 자격을 주었다면 그것은 다분히 은혜적 성질의 것임을 부인할 수 없다고 할 것이다.

한편 사법서사직은 대국민 법률서비스직의 일종으로 현재와 같이 변호사가 전국적으로 확산 분포되지 않은 우리나라의 현황하에서는 그 자질과 능력 여하에 따라 국민의 법률생활에 지대한 영향을 미칠 공익적 직책이다.

따라서 무슨 직종이던 단순히 법원에 근무하였다는 사실만으로 되도록 호의적 방향의 자격부여의 입법만이 능사가 아니며 국민의 법률생활의 안정과 불의의 위해방지를 위하여 그 자격부여에 있어서 합목적적으로 신중히 정할 입법사항이라고 할 것이다.

그렇다면 사법서사법에 위 동등 이상의 규정을 정하지 아니하여 경합자 환산 규정의 근거를 잃게 되었고 따라서 서기직 종사기간이 전혀 주사직 종사기간으로 환산되지 아니함으로써 사법서사자격의 문호를 좁혀 직업선택의 자유를 제한하는 결과가 되었다 해도 직업선택의 자유가 제한될 수 없는 절대적 자유가 아닐진대 이와같은 제한은 위에서 본 바와같이 서기직의 지위를 고려하여 사법서사의 자질저하를 막고 대국민 위해를 방지코자하는 공공복리를 위한 제한으로 보아야 할 것이고, 그 제한이 헌법상의 비례의 원칙 내지 과잉금지 원칙의 위배로 보여 지지는 않는다.

다음 청구인의 평등권 위반의 주장을 살펴본다

사법서사법에 위 동등이상의 규정을 두지 아니함으로써 하위법규인 시행규칙상 서기와 주사 경합자 환산규정을 둘 수 없는 결과가 된 것도 사실이지만, 또한 주사와 사무관 경합자 환산 규정을 제정할 여지가 없게 된 것도 간과해서는 안될 것이다.

이렇게 본다면 동등이상의 규정을 두지 아니한 것이 유독 서기와 주사 경합자에 한하여 부당하게 차별대우를 받게 되는 모법으로도 볼 수 없을 것이다. 더구나 입법자는 모든 사람에게 사법서사 시험에 의하지 아니하고 자격취득의 혜택을 준 것은 아니다. 법원직원의 실무경력을 존중하여 시험면제케 한 것 자체가 다른 자격취득자에 비하면 보다 유리한 법적지위를 부여한 것이다. 입법부의 입장에서 사법서사 자격부여를 위한 경력등에 관하여 엄격하게 객관적으로 일정한 기간 경력을 쌓은 자에게 국한시키는 방안과 이 이외에 “동등이상의 학력, 경험이 있다고 인정하는 자”에게까지 확대하는 방안을 상정할 수 있다 할 것인데, 후자의 방안을 택하여 주관적 재량규정을 두는 쪽을 택하면 이 규정의 운영당국이 누구를 동등이상의 학력과 경험이 있는 자로 정할 것인가에 관하여 자율적 입법권에 바탕을 둔 규칙으로 적의 지침을 세워 바람직한 운영을 기할 수도 있지만, 지침을 그릇세우다 보면, 자격남발로 국민에게 큰 피해를 끼칠 수도 있는 것이다.

이렇듯 재량규정을 둬 장단점이 있을 수 있는 이상 어느때는 두었다가 이제 이를 삭제하였다 하여도 위 재량규정은 위에서 본바와 같이 현행법 이전인 1973년 사법서사법 개정시에 이미 삭제되었던 것이며 문제의 소재가 그때부터 발생된 것이다, 이는 특단의 사정이 없는한 광범위한 입법형성권을 가진 입법자의 선택결정 사항에 속한다고 할 것이며 위 입법에 헌법재판소가 관여할만큼 현저한 합리성이 결여되거나 입법형성권에 명백한 남용내지 자의가 있어서 평등권의 침해가 있었다고 할 사유를 찾을 수 없다.

따라서 사법서사법 제4조 제1항 제1호는 헌법 제11조, 제15조의  
규정에 위반하는 것이 아니다.

#### 5. 결론

그렇다면 이사건 심판청구 중 입법부작위 부분은 부적법하여 이를  
각하할 것이고, 그 나머지 부분은 이유없어 이를 기각할 것인바 이에  
관하여는 관여재판관 전원의 의견일치를 보았다

1989. 3. 17.

재판장 재판관 조규광

재판관 이성렬

재판관 변정수

재판관 김진우

재판관 한병채

재판관 이시윤

재판관 최광률

재판관 김양균

재판관 김문희

재판관 한병채는 해외출장중이므로 서명날인 불능.

## 檢事의 公訴權行使에 관한 憲法訴願

(1989. 4. 15. 89헌마51 第3指定裁判部)

[판례집 1권, 24~26]

### [판시사항]

1. 검사(檢事)의 불기소처분(不起訴處分)에 대한 헌법소원심판(憲法訴願審判)의 청구기간(請求期間)

2. 제3자의 기본권침해(基本權侵害)에 대한 헌법소원(憲法訴願)의 적법여부(適法與否)

### [결정요지]

1. 검사(檢事)의 불기소처분(不起訴處分)에 대한 헌법소원(憲法訴願)은 검찰청법(檢察廳法) 소정(所定)의 재항고(再抗告) 기각결정(棄却決定)의 통지(通知)를 받은 날로부터 30일 내에 청구(請求)할 것을 요(要)한다.

2. 제3자의 기본권침해(基本權侵害)에 관하여 헌법소원심판(憲法訴願審判)을 청구(請求)하는 것은 부적법(不適法)하다.

청구인 오○영

### [참조조문]

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항 단서(但書)

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제69조 (청구기간(請求期間)) ① 제68조 제1항의 규정(規定)에 의한 헌법소원(憲法訴願)의 심판(審判)은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일(日) 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일(日) 이내에 청구(請求)하여야 한다. 다만, 다른 법률(法律)에 의한 구제절차(救濟節次)를 거친 헌법소원(憲法訴願)의 심판(審判)은 그 최종결정(最終決定)을 통지받은 날로부터 30일(日) 이내에 청구(請求)하여야 한다.

② 생략

[주 문]

이 사건 심판청구를 각하한다.

[이 유]

1. 청구인의 이 사건 헌법소원심판청구의 요지는

(1) 청구의 이○철외 13인에 대한 검사의 불기소처분으로 청구인의 헌법상 기본권이 위법하게 침해되었고 (2) 청구인의 셋째 아들인 청구의 오○근이 위 사건의 수사와 관련하여 수사례에 걸쳐 진정을 했다는 이유로 부당한 대우를 받고 구속까지 되어 동인의 헌법상 보장된 기본권이 위법하게 침해되었으므로 이를 구제해 달라는 것이다

2. 청구사유 (1)은 검사의 불기소처분에 대한 소원이므로 헌법재판소법 제69조 제1항 단서, 제68조 제1항 단서에 의하여 검찰청법 소정의 항고, 재항고 등의 구제절차를 거치고 나서 재항고 기각결정의 통지를 받은 날로부터 30일의 청구기간내에 청구할 것을 요한다고 할 것인 바, 기록에 의하면 청구인은 대구지방검찰청 검사의 불기소처분 통지를 1983.4.10.경 받고, 당 재판소에 1989.3.9. 국선대리인 선임신청서를, 같은 달 22. 헌법소원사유서를 각 제출하였으므로 이사건 헌법소원은 위 구제절차를 모두 거치지 아니하였거나 청구기간이 도과된 이후에 청구한 것임이 역수상 분명하다.

청구사유 (2)는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 청구인의 기본권을 침해받았다는 것이 아니고 제3자인 그의 아들에 대한 기본권침해에 관하여 헌법소원 심판을 청구한 것이므로 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우라고 할 것이다.

3. 따라서 헌법재판소법 제72조 제3항 제1호, 제2호, 제4호

, 제69조 제1항 단서, 제68조 제1항 단서에 의하여 이를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

재판장 재판관 한병채  
재판관 최광률  
재판관 김문희

## 社會保護法 第5條의 違憲審判

(1989. 4. 17. 88헌가4 全員裁判部)

[판례집 1권, 27~30]

[판시사항]

구(舊) 사회보호법(社會保護法)(1989.3.25. 법률(法律) 제4089호로 개정(改正)되기 전(前)의 것) 제5조의 위헌심판제청(違憲審判提請)의 적법여부(適法與否)

[결정요지]

사회보호법(社會保護法)이 위헌심판제청(違憲審判提請) 이후에 개정(改正)되었고, 신법(新法)에 의하면 구법(舊法)의 일부규정이 삭제(削除)되고 신법(新法) 시행(施行) 당시(當時) 계속중(繫屬中)인 사건(事件)에 대하여는 신법(新法)을 적용(適用)하도록 규정(規定)하여 위 삭제된 규정에 기하여 청구(請求)되었던 피감호청구인(被監護請求人)이 더 이상 보호감호(保護監護)에 처해질 수 없게 되었다면 구법조항(舊法條項)은 재판(裁判)의 전제(前提)가 될 수 없게 되었으므로 구법(舊法)의 위헌심판제청(違憲審判提請)은 부적법(不適法)하다.

제청법원          대법원(1988.12.14. 88감도149)

피감호청구인    홍○근

[참조조문]

헌법(憲法) 제12조 제1항, 제111조 제1항 제1호

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제41조 (위헌여부심판(違憲與否審判)의 제청(提請)) ① 법률(法律)이 헌법(憲法)에 위반되는 여부가 재판(裁判)의 전제(前提)가 된 때에는 당해 사건(事件)을 담당하는 법원(法院)(군사법원(軍事法院)을 포함한다. 이하 같다)은 직권(職權) 또는 당사자(當事者)의 신청(申請)에 의한 결정(決定)으로 헌법재판소(憲法裁判所)에 위헌여부(違憲與否)의 심판(審判)을 제청(提請)한다.

② ~ ⑤ 생략

구(舊) 사회보호법(社會保護法)(1989.3.25. 법률(法律) 제4089호로 개정(改正)되기 전(前)의 것) 제5조(보호감호(保護監護)) ① 보호대상자(保護對象者)가 다음 각호(各號)의 1에 해당하는 때에는 10년(年)의 보호감호(保護監護)에 처(處)한다. 다만, 보호대상자(保護對象者)가 50세(歲) 이상인 때에는 7년(年)의 보호감호(保護監護)에 처한다.

1. 동종(同種) 또는 유사(類似)한 죄(罪)로 3회(回)이상 금고(禁錮)이상의 실형(實刑)을 받고 형기합계(刑期合計) 5년(年)이상인 자(者)가 최종형(最終刑)의 전부(全部) 또는 일부(一部)의 집행(執行)을 받거나 면제(免除)를 받은 후 3년(年)내에 다시 사형(死刑)·무기(無期)또는 장기(長期) 7년(年) 이상의 징역(懲役)이나 금고(禁錮)에 해당하는 동종(同種) 또는 유사(類似)한 죄(罪)를 범(犯)한 때

2. 보호감호(保護監護)의 선고(宣告)를 받은 자(者)가 그 감호(監護)의 전부(全部) 또는 일부(一部)의 집행(執行)을 받거나 면제(免除)를 받은 후 다시 사형(死刑)·무기(無期) 또는 장기(長期) 7년(年)이상의 징역(懲役)이나 금고(禁錮)에 해당하는 동종(同種) 또는 유사(類似)한 죄(罪)를 범(犯)한 때

② 보호대상자(保護對象者)가 다음 각호(各號)의 1에 해당하는 때에는 7년(年)의 보호감호(保護監護)에 처(處)한다.

1. 동종(同種) 또는 유사(類似)한 죄(罪)로 2회(回)이상 금고(禁錮)이상의 실형(實刑)을 받고 형기합계(刑期合計) 3년(年)이상인 자(者)가 최종형(最終刑)의 전부(全部) 또는 일부(一部)의 집행(執行)을 받거나 면제(免除)를 받은 후 다시 사형(死刑)·무기(無期) 또는 장기(長期) 5년(年)이상의 징역(懲役)이나 금고(禁錮)에 해당하는 동종(同種) 또는 유사(類似)한 죄(罪)를 범(犯)하고 재범(再犯)의 위험성(危險性)이 있다고 인정되는 때

2. 수개(數個)의 범죄사실(犯罪事實)로 인하여 상습성(常習性)이 인정되는 자(者) 또는 범죄(犯罪)를 목적(目的)으로 하는 단체(團體) 또는 집단(集團)의 수괴(首魁) 및 간부(幹部)인 자(者)가 사형(死刑)·무기(無期) 또는 장기(長期) 5년(年)이상의 징역(懲役)이나 금고(禁錮)에 해당하는 죄(罪)를 범(犯)하고 재범(再犯)의 위험성(危險性)이 있다고 인정되는 때

사회보호법(社會保護法) 제5조(보호감호(保護監護)) 보호대상자(保護對象者)가 다음 각호(各號)의 1에 해당하고 재범(再犯)의 위험성(危險性)이 있다고 인정되는 때에는 보호감호(保護監護)에 처(處)한다.

1. 동종(同種) 또는 유사한 죄(罪)로 2회(回) 이상 금고(禁錮) 이상의 실형(實刑)을 받고 형기합계(刑期合計) 3년(年) 이상인 자(者)가 최종형(最終刑)의 전부 또는 일부의 집행(執行)을 받거나 면제(免除)를 받은 후 다시 동종(同種) 또는 유사한 별표(別表)의 죄(罪)를 범한 때

2. 별표(別表)에 규정(規定)된 죄(罪)를 수회(數回) 범하여 상습성(常習性)이 인정될 때

3. 보호감호(保護監護)의 선고(宣告)를 받은 자(者)가 그 감호(監護)의 전부 또는 일부의 집행(執行)을 받거나 면제(免除)를 받은 후 다시 동종(同種) 또는 유사한 별표(別表)의 죄(罪)를 범한 때

사회보호법(社會保護法) 부칙(附則) 제4조

(재판계속(裁判繫屬)중인 감호사건(監護事件)에 관한 경과조치(經過措置))

이 법(法) 시행(施行) 당시 재판(裁判)이 계속(繫屬)중인 감호사건(監護事件)에 대하여서는 이 법(法)을 적용(適用)한다.

[주 문]

이 사건 심판제청을 각하한다.

[이 유]

1. 제청법원은 사회보호법(1980.12.18. 법률 제3286호) 제5조가 헌법 제12조 제1항 후문에 정한 적법절차에 위배되는지의 여부에 관하여 의문이 있다하여 위헌여부의 심판을 제청하였다

2. 직권으로 보건대 사회보호법은 제청법원이 이 사건 위헌여부의 심판을 제청한 뒤인 1989.3.25. 법률 제4089호로서 개정되었고, 개정된 사회보호법 제5조의 규정에 의하면 보호대상자가 제5조 소정의 “별표”에 규정된 죄를 범한 때에 한하여 보호감호에 처하도록 함으로써 “별표”에 규정된 죄 이외의 죄를 범한 자에 대하여는 보호감호에 처할 수 없도록 하였고 한편 개정된 같은 법 부칙 제4조는 현재 재판에 계속중인 사건에 대하여는 신법을 적용하도록 규정하였다.

그런데, 피감호청구인에 대한 공소장의 기재내용에 의하면 피감호청구인은 사회보호법 제5조 소정의 “별표”에 규정된 죄 이외의 죄인 형법 제335조, 제334조 제1항, 제2항의 죄로 공소가 제기된 사실을 알 수 있는 바이므로 이 사건 위헌법률심판의 제청은 위헌여부의 심판대상이 된 법률 조항이 더이상 재판의 전제가 될 수 없게 되었다 할 것이고, 피감호청구인에 대한 관계에서 이미 폐지된 위 조항의 위헌여부를 판단해야 할 별다른 이익이 있다고 인정되지도 아니한다.

3. 그러므로 이 사건 위헌법률심판의 제청은 심판의 대상이 된 법률 조항이 재판의 전제성을 잃게 됨으로써 결국 심판제청의 이익이 없게 되어 이를 각하하여야 할 것이므로 관여재판관의 의견일치에 따라 주문과 같이 결정한다.

1989. 4. 17

재판장 재판관 조규광  
재판관 이성렬  
재판관 변정수  
재판관 김진우  
재판관 한병채  
재판관 이시윤  
재판관 최광률  
재판관 김양균  
재판관 김문희

## 檢事의 公訴權行使에 대한 憲法訴願

(1989. 4. 17. 88헌마3 全員裁判部)

[판례집 1권, 31~38]

[판시사항]

1. 자의적(恣意的)인 검사(檢事)의 불기소처분(不起訴處分)에 대한 헌법소원(憲法訴願)의 적법여부(適法與否)
2. 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항 단서(但書)의 “다른 권리구제절차(權利救濟節次)”의 의미(意味)
3. 공소시효(公訴時效)가 완성(完成)된 이후(以後)에 제기(提起)된 검사(檢事)의 불기소처분(不起訴處分)에 대한 헌법소원(憲法訴願)의 적법여부(適法與否)

[결정요지]

1. 검사(檢事)의 불기소처분(不起訴處分)은 공권력(公權力)의 행사(行使)에 포함되고, 검사(檢事)의 자의적(恣意的)인 수사(搜查) 또는 판단(判斷)에 의하여 불기소처분(不起訴處分)이 이루어진 경우에는 헌법(憲法) 제11조, 제27조 제5항, 제30조에 정(定)한 기본권(基本權)을 침해(侵害)하게 된다.
2. 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항 단서(但書) 소정(所定)의 다른 권리구제절차(權利救濟節次)라 함은 공권력(公權力)의 행사(行使) 또는 불행사(不行使)를 직접대상으로 하여 그 효력을 다룰 수 있는 권리구제절차(權利救濟節次)를 의미하고, 사후적(事後的)·보충적(補充的) 구제수단(救濟手段)을 뜻하는 것은 아니다.
3. 불기소처분(不起訴處分)의 대상이 된 피의사실(被疑事實)의 공소시효(公訴時效)가 이미 완성(完成)되었으면 그에 대한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)는 권리보호(權利保護)의 이익(利益)이 없다.

청구인   곽○림

대리인 변호사 유길수

피청구인 서울지방검찰청 동부지청 검사

[참조조문]

헌법(憲法) 제10조, 제11조 제1항, 제27조 제5항, 제30조,  
제107조 제2항, 제111조 제1항

[주   문]

이 사건 심판청구를 각하한다.

[이   유]

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인의 처인 신○경이 1983.2.10. 강남성모병원에 입원하여 흉모  
상피암으로 진단받고, 산부인과 의사인 강○철, 김○조 및 김○인으로부터  
치료를 받던 중 1983.2.17. 방사선과에서 방사선과 의사인 신○섭, 수  
련의인 송○섭 및 오○호로부터 1차 동맥 촬영 검사를 받고 다시  
1983.3.17. 2차 검사를 받은후 1983.3.28. 사망하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 1983.5.17. 강○철, 김○조 및 김○인을 상대로 업무상 과  
실치사 및 허위진단서 작성죄로 고소를 제기하였는데 피청구인은  
1983.10.24. 업무상과실치사 부분에 대하여, 1984.3.9. 허위진단서 작성부  
분에 대하여 각 증거가 없다는 이유로 불기소처분을 하였다.

청구인이 1988.2.9. 다시 신○섭, 송○섭 및 오○호를 상대로 업무  
상과실치사죄로 고소를 제기하였으나 피청구인은 1988.3.9. 역

시 증거가 없다는 이유로 불기소처분을 하였다.

이에 청구인은 위와같은 피의자들에 대한 피청구인의 1988.3.9. 불기소처분에 대하여 검찰청법에 정한 항고 및 재항고 절차를 거친 뒤 1988.10.21. 헌법재판소에 이 사건 헌법소원을 제기하였다

따라서 이 사건 헌법소원 심판의 대상은 피청구인의 신O섭등에 대한 1988.3.9. 불기소처분이다.

## 2. 당사자의 주장과 법무부장관의 의견

### 가. 청구인의 주장

이 사건 관계증거들을 종합하면 피의자들의 범죄사실이 명백히 인정됨에도 피청구인은 1983.2.17. 시행한 1차검사시 초래된 상해부분에 대하여서는 아직까지 아무런 판단을 하지 아니하였고, 그 나머지 범죄사실에 대하여는 증거가 없다는 이유로 불기소처분을 함으로써 헌법이 보장한 범죄피해자의 기본권을 침해한 것이다

### 나. 피청구인측의 주장

(1) 헌법 제107조 제2항은 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원이 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다고 규정하고 있다.

이 사건 심판청구의 대상이 된 검사의 불기소처분은 위 헌법이 규정한 처분임에 틀림없으므로 이에 대한 심사 역시 법원만이 할 수 있어 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하다

또한, 헌법재판소법 제68조 제1항에 따르면, 헌법소원은 권리구제 절차를 거친 뒤 비로소 제기할 수 있도록 되어 있는데 청구인은 권리구제절차의 하나인 국가배상청구 내지 손실보상청구절차를 거치지 아니한 채 바로 이 사건 소원을 제기하였으므로 이 점에서 이 사건 헌법소원은 부적합하다.

(2) 범죄의 피해자는 범죄인에 의해 직접 권리를 침해받은 것이지 검사의 불기소 처분으로 인하여 피해자의 기본권이 침해되었다고 할 수 없고, 이 사건 불기소처분은 모두 적법한 절차에 따라 정당하게 이루어진 것이다.

더구나, 이 사건 피의사실은 청구인이 헌법소원을 제기하기 이전인 1988.3.27. 이미 공소시효가 완성되어 버렸으므로 이 사건 심판청구는 청구의 이익이 없어 부적합하다.

#### 다. 법무부장관의 의견

법무부장관의 의견은 피청구인측의 주장과 같다

### 3. 판단

#### 가. 처분에 대한 헌법소원의 당부

헌법 제107조 제2항은 “명령, 규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다” 라고 규정하고 있고, 같은 제111조 제1항에서는 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판을 헌법재판소가 관장한다고 규정하고 있으며, 헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원 심판을 청구할 수 있다 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다.” 라고 규정하고 있다.

위와같은 헌법과 헌법재판소법의 관계규정을 종합하여 보면 헌법 제107조 제2항의 규정은 검사의 불기소처분이 헌법재판소법 제8조 제1항에 규정한 공권력의 행사에 포함되는 것이 명백한 이상 이로 인하여 기본권의 침해가 있는 경우에 헌법소원 심판의 대상이 될 수 있음을 방해하는 것은 결코 아니라 할 것이다.

한편, 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 의하면 헌법소원은

다른 권리구제절차를 거친 뒤 비로소 제기할 수 있는 것이기는 하지만, 여기서 말하는 권리구제절차는 공권력의 행사 또는 불행사를 직접 대상으로 하여 그 효력을 다룰 수 있는 권리구제절차를 의미하는 것이지, 사후적·보충적 구제수단인 손해배상청구나 손실보상청구를 의미하는 것이 아님은 헌법소원제도를 규정한 헌법의 정신에 비추어 명백하다. 따라서 이와같은 사유를 들어 이 사건 헌법소원이 부적법하다는 피청구인측의 주장은 모두 이유없다.

나. 검사의 불기소처분으로 인하여 기본권을 침해받을 수 있는 것인지 여부

(1) 헌법의 규정과 국가의 의무

헌법은 제10조에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.” 라고 규정하고 있고, 제11조 제1항에 “모든 국민은 법앞에 평등하다 …” 라고 규정하고 있다. 또 제30조에서 “타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다” 고 규정하고 있으며, 제27조 제5항에서는 “형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다” 라고 규정하고 있다.

국가가 존립하기 위한 최소요건은 영토와 국민의 보전이다 국가는 이를 위해 국민에게 국방의 의무와 납세의 의무를 부과함과 아울러 국민에 대하여 국가 외부에서 초래되는 외적의 침입과 국가 내부에서 초래되는 범죄의 발생을 예방하고 이를 물리칠 의무를 스스로 부담하고 있는 것이다. 따라서 국가는 이미 범죄가 발생한 경우에는 범인을 수사하여 형벌권을 행사함으로써 국민을 보호하여야 할 것이고 형벌권을 행사하지 아니하는 경우에도 최소한 형벌권을 행사하지 아니하는 것이 오히려 보다 더 나은 결과

를 초래할 수 있다고 기대되는 경우에 한정되어야 할 것이다.

그런데, 헌법은 위에서 본 바와 같이 범죄로부터 국민을 보호하여야 할 국가의 의무를 이와같은 소극적 차원에서만 규정하지 아니하고 이에 더 나아가 범죄행위로 인하여 피해를 받은 국민에 대하여 국가가 적극적인 구조행위까지 하도록 규정하여 피해자의 기본권을 생존권적 기본권의 차원으로 인정하였다.

## (2) 불기소처분과 기본권 침해

공소의 제기란 법원에 대하여 특정한 형사사건의 재판을 요구하는 의사표시를 말한다. 공소를 누가 제기하느냐는 나라에 따라 상이한 모습을 보여주고 있으나, 우리나라는 검사만이 공소를 제기할 수 있도록 규정하여 국가소추주의 및 기소독점주의를 채택하고 이에 대하여 아주 좁은 범위내에서만 준기소절차제도를 유지하고 있다.

한편, 공소제기권자인 검사는 범죄의 증거가 충분하고 소송조건이 구비되었다 하더라도 형법 제51조의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수도 있다.

우리나라가 이와같이 국가기관인 검사에 의한 기소독점주의를 채택하여 공소제기를 사인의 개인적 감정에 좌우되지 않고 전국적으로 통일되게 행사함으로써 확일적이며, 공평한 소추를 담보하도록 하는 한편, 기소편의주의를 채택하여 형사정책적인 고려와 소송경제 및 구체적 정의의 실현을 가능하게 하도록 한 것은 위 제도 자체가 많은 장점을 가진 것을 고려한 것이기도 한다.

한편, 불기소처분의 실질을 살펴보면, 불기소처분은 처분의 형식상 피의자를 대상으로 하는 적극적 처분이라고 할 수 있으나, 피해자를 중심으로 생각하여 보면 피해자에 대한 보호를 포기한 소극적인 부작위처분이라는 실질을 함께 가지고 있다.

국가기관이 공소권을 독점하고 피해자에 의한 복수를 허용하지

아니하면서 자력구제를 아주 제한적으로만 인정하고 있는 법제도는 국가에 의한 피해자 보호가 충분히 이루어질 때 비로소 그 존재의의가 있는 것이다. 따라서 범죄로부터 국민을 보호하여야 할 국가의 의무가 이루어지지 아니할 때 국가의 의무위반을 국민에 대한 기본권 침해로 규정할 수 있다. 이 경우 개인의 법익을 직접 침해하는 것은 국가가 아닌 제3자의 범죄행위이므로 위와같은 원초적인 행위 자체를 기본권침해 행위라고 규정할 수는 없으나, 이와같은 침해가 있음에도 불구하고 이것을 배제하여야 할 국가의 의무가 이행되지 아니한다면 이 경우 국민은 국가를 상대로 헌법 제10조, 제11조 제1항 및 제30조(이 사건과 같이 생명·신체에 대한 피해를 받은 경우)에 규정된 보호의무 위반 또는 법 앞에서의 평등권 위반이라는 기본권 침해를 주장할 수 있는 것이다 즉, 검사의 자의적인 수사 또는 판단에 의하여 불기소처분이 이루어진 경우에는 “같은 것은 같게, 같지 아니한 것은 같지 않게” 처리함으로써 실현되는 헌법 제11조에 정한 법 앞에서의 평등권을 침해하게 된다 할 것이다.

또한, 헌법은 제27조 제5항을 신설하여 형사피해자의 재판절차에서의 진술권을 규정하고 있다. 위 규정의 취지는 법관이 형사재판을 함에 있어서 피해자의 진술을 청취하여 적절하고 공평한 재판을 하여야 한다는 것을 뜻할 뿐만 아니라 이에 더 나아가 형사피해자에게 법관으로 하여금 적절한 형벌권을 행사하여 줄 것을 청구할 수 있는 사법절차적 기본권을 보장해 준 적극적 입장에 있는 것이라 할 것이다

그러므로 검사의 불기소처분이 적절하게 행사되지 못하거나 자의적으로 행사된 경우에는 형사피해자는 헌법 제27조 제5항에 규정된 위와 같은 기본권의 침해와 아울러 제11조에 정한 평등권을 침해했다고 주장할 수 있다 할 것이다.

다. 헌법소원과 권리보호의 이익

불기소처분이 잘못되어진 경우 기본권을 침해할 수 있고 이와같은 경우 헌법소원의 심판대상이 될 수 있음은 앞서 “나” 에서 본 바와 같다. 그러나 헌법소원 제도는 국민의 기본권 침해를 구제해 주는 제도이므로 그 제도의 목적상 권리보호의 이익이 있는 경우에 비로소 이를 제기할 수 있는 것이다.

#### 4. 결론

그런데, 이 사건 불기소처분의 대상이 된 피의사실은 헌법재판소 창설 이전인 1988.3.27. 공소시효가 이미 완성되었음이 관계기록에 의하여 명백하므로 결국 이 사건 헌법소원은 권리보호의 이익이 없다 할 것이다.

따라서 이 사건 헌법소원 심판청구는 권리보호의 이익이 없어 이를 각하하여야 할 것이므로 관여재판관 전원의 의견일치에 따라 주문과 같이 결정한다.

1989. 4. 17.

재판장 재판관 조규광  
재판관 이성렬  
재판관 변정수  
재판관 김진우  
재판관 한병채  
재판관 이시운  
재판관 최광률  
재판관 김양균  
재판관 김문희



## 社會保護法の 違憲與否에 관한 憲法訴願

(1989. 4. 17. 88헌마4 全員裁判部)

[판시사항]

구(舊) 사회보호법(社會保護法)(1989.3.25. 법률(法律) 제4089호로 개정(改正)되기 전(前)의 것) 제5조 제1항 제1호의 위헌심판제청(違憲審判提請) 기각결정(棄却決定)에 대한 헌법소원(憲法訴願)의 적법여부(適法與否)

[결정요지]

위헌여부(違憲與否)의 심판대상(審判對象)이 된 법률조항(法律條項)이 폐지(廢止)되어 더 이상 재판(裁判)의 전제(前提)가 될 수 없게 되고, 청구인(請求人)에 대한 관계에서도 위헌여부(違憲與否)를 판단해야 할 별다른 이익이 없는 경우 위헌심판제청(違憲審判提請) 기각결정(棄却決定)에 대한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)의 이익(利益)이 없게 된다.

청구인 김○오

대리인 변호사 조영환

[참조조문]

구(舊) 사회보호법(社會保護法)(1989.3.25. 법률(法律) 제4089호로 개정(改正)되기 전(前)의 것) 제5조

(보호감호(保護監護)) ① 보호대상자(保護對象者)가 다음 각호(各號)의 1에 해당하는 때에는 10년(年)의 보호감호(保護監護)에 처(處)한다. 다만, 보호대상자(保護對象者)가 50세(歲) 이상인 때에는 7년(年)의 보호감호(保護監護)에 처(處)한다.

1. 동종(同種) 또는 유사(類似)한 죄(罪)로 3회(回)이상 금고(禁錮) 이상의 실형(實刑)을 받고 형기합계(刑期合計) 5년(年)이상인 자(者)가 최종형(最終刑)의 전부(全部) 또는 일부(一部)의 집행(執行)을 받거나 면제(免除)를 받은 후 3년(年) 내에 다시 사형(死刑)·무기(無期) 또는 장기(長期) 7년(年) 이상의 징역(懲役)이나 금고(禁錮)에 해당

하는 동종(同種) 또는 유사(類似)한 죄(罪)를 범(犯)한 때

2. 생략

② 생략

사회보호법(社會保護法) 제5조 (보호감호(保護監護)) 보호대상자(保護對象者)가 다음 각호(各號)의 1에 해당하고 재범(再犯)의 위험성(危險性)이 있다고 인정되는 때에는 보호감호(保護監護)에 처(處)한다.

1. 동종(同種) 또는 유사한 죄(罪)로 2회(回) 이상 금고(禁錮) 이상의 실형(實刑)을 받고 형기합계(刑期合計) 3년(年) 이상인 자(者)가 최종형(最終刑)의 전부 또는 일부의 집행(執行)을 받거나 면제(免除)를 받은 후 다시 동종(同種) 또는 유사한 별표(別表)의 죄(罪)를 범한 때

2. 별표(別表)에 규정(規定)된 죄(罪)를 수회(數回) 범하여 상습성(常習性)이 인정될 때

3. 보호감호(保護監護)의 선고(宣告)를 받은 자(者)가 그 감호(監護)의 전부 또는 일부의 집행(執行)을 받거나 면제(免除)를 받은 후 다시 동종(同種) 또는 유사한 별표(別表)의 죄(罪)를 범한 때

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제2항

[주 문]

이 사건 심판청구를 각하한다.

[이 유]

1. 가. 청구인은 그에 대한 보호감호청구의 근거법률인 사회보호법(1980.12.18. 법률 제3286호) 제5조 제1항 제1호가 위 법률에 정한 요건에 해당하지만 하면 법원으로 하여금 반드시 보호감호에 처하도록 함으로써 재범의 위험성의 인정등에 관한 법관의 재량을 완전히 배제하고 있고, 보호감호처분의 내용 또한 형벌과 다를 바가 없으므로 헌법 제12조 제1항의 적법절차의 원칙과 제13조 제1항의 일사부재리의 원칙에 각 위반된다는 등의 이유를 들어 서울고등법원 형사부에 위헌여부심판의 제청신청을 하였으나 기각 당하여 1988.10.25. 헌법재판소에 위 사회보호법 제5조 제1항 제1호에 대한 위헌여부의 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 법무부장관은 심판청구의 대상인 사회보호법 제5조 제1항 제1호는 1989.3.25. 개정되고 이로써 위 조항에 대한 위헌여부가 재판의 전제성을 잃게 되었으므로 소원심판청구의 이익이

없어 각하되어야 한다는 의견이다.

2. 사회보호법은 청구인이 이 사건 헌법소원 심판을 청구한 뒤인 1989.3.25. 법률 제4089호로 개정되었고, 개정된 사회보호법 제5조의 규정에 의하면 보호대상자가 제5조 소정의 “별표”에 규정된 죄를 범한 때에 한하여 보호감호에 처하도록 함으로써 “별표”에 규정된 죄 이외의 죄를 범한자에 대하여는 보호감호에 처할 수 없도록 하였고, 한편 개정된 같은법 부칙 제4조는 현재 재판에 계속중인 사건에 대하여는 신법을 적용하도록 규정하였다.

그런데, 청구인에 대한 공소장의 기재내용에 의하면 청구인은 사회보호법 제5조 소정의 “별표”에 규정된 죄 이외의 죄인 폭력행위등 처벌에관한법률 제2조 제2항, 형법 제257조 제1항 및 형법 제319조 제1항의 죄로 공소가 제기된 사실을 알 수 있는 바 이므로 청구인의 이 사건 헌법소원 심판의 청구는 위헌여부의 심판대상이 된 법률조항이 더 이상 재판의 전제가 될 수 없게 되었다 할 것이고 청구인에 대한 관계에서 이미 폐지된 위 조항의 위헌여부를 판단해야 할 별다른 이익이 있다고 인정되지도 아니한다.

3. 그러므로 이 사건 헌법소원 심판청구는 심판의 대상이 된 법률조항이 재판의 전제성을 잃게 됨으로써 결국 심판청구의 이익이 없게 되어 이를 각하하여야 할 것이므로 관여재판관의 의견일치에 따라 주문과 같이 결정한다.

1989. 4. 17.

재판장 재판관 조규광  
재판관 이성렬  
재판관 변정수

재판관 김진우

재판관 한병채

재판관 이시윤

재판관 최광률

재판관 김양균

재판관 김문희

## 사법기관에 의한 기본권침해에 대한 헌법소원

(1989. 4. 18. 89헌마54 第3指定裁判部)

[판례집 1권, 43~44]

[판시사항]

다른 법률(法律)에 정(定)한 구제절차(救濟節次)를 거치지 않은 헌법소원(憲法訴願)의 적법여부(適法與否)

[결정요지]

청구인(請求人)의 주장(主張)과 같이 검사(檢事)·판사(判事)로부터 폭행(暴行)을 당한 바 있다면 우선 형사소송법(刑事訴訟法) 소정(所定)의 구제절차(救濟節次)를 밟아야 하므로 이를 거치지 아니한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)는 부적법(不適法)하다.

청구인 김○철

[참조조문]

헌법(憲法) 제111조 제1항 제5조

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

[주 문]

이 사건 심판청구를 각하한다.

[이 유]

1. 청구인의 이 사건 헌법소원심판청구의 요지는, 청구인이 청구 외 검사 김○환, 동 김○진, 판사 이○환, 동 송○섭 등으로부

터 까닭도 모른 채 폭행을 당하고 부당한 옥살이를 하게 되어 헌법상 보장된 기본권을 침해받았다는 것이다.

2. 살피건대, 청구인의 주장과 같이 폭행을 당한 바 있다면 우선 형사소송법의 소정절차에 따라 고소하여 그 구체절차를 밟은 뒤에 소원 심판청구를 하는 것이 순서라고 할 것인 바, 기록상 이와같은 구체절차를 거친 뒤에 제기한 심판청구라고 볼 아무런 자료가 없다.

나아가 청구인이 부당하게 옥살이를 하였다는 주장부분을 살펴보면 청구인은 1981.6.18.부터 같은해 7.10.까지 및 1985.1.28.부터 같은해 5.22.까지 두 차례에 걸쳐 옥살이를 했다고 하는 바, 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일이내에 청구하여야 하므로 이 사건은 청구기간이 도과된 이후에 청구한 것임이 분명하고, 이는 청구기간의 기산점을 1988.9.1. 헌법재판소법의 발효시로 보든, 같은해 9.15. 재판관 임명에 의한 당 재판소 설치의 시점으로 보든 아무런 차이가 없다.

3. 따라서 헌법재판소법 제72조 제3항 제1호, 제2호, 제69조 제1항, 제68조 제1항 단서에 의하여 이를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판장 재판관 김문희

재판관 한병채

재판관 최광률

# 集會 및 示威에 관한 法律 第3條, 第14條의 違憲審判

(1989. 5. 24. 88헌가12 全員裁判部)

[판례집 1권, 45~47]

[판시사항]

구(舊) 집회(集會) 및 시위(示威)에 관한 법률(法律) (1989.3.29. 법률(法律) 제4095호로 개정(改正)되기 전(前)의 것) 제3조, 제14조의 위헌 심판제청(違憲審判提請)의 적법 여부(適法與否)

[결정요지]

구(舊) 집회(集會) 및 시위(示威)에 관한 법률(法律) 제3조 제1항 제4호, 제2항, 제14조 제2항은 법률(法律)의 개정(改正)으로 모두 폐지(廢止)되었으니 위헌제청(違憲提請)을 한 당해사건(當該事件)에 있어서는 그 위헌 여부(違憲與否)가 더 이상 재판(裁判)의 전제(前提)가 될 수 없게 되었을 뿐더러 이를 판단(判斷)해야 할 별다른 이익도 인정되지 아니하므로 위헌심판제청(違憲審判提請)은 부적법(不適法)하다.

제청법원 서울고등법원(1988.12.28. 88초115 위헌제청신청)

제청신청인 피고인 박○종의 변호인 변호사 장기욱

[참조조문]

구(舊) 집회(集會) 및 시위(示威)에 관한 법률(法律)(1989.3.29. 법률(法律) 제4095호로 개정(改正)되기 전(前)의 것) 제3조 (집회(集會) 및 시위금지(示威禁止)) ① 누구든지 다음 각호(各號)의 1에 해당(該當)하는 집회(集會) 또는 시위(示威)를 주관(主管)하거나 개최(開催)하여서는 아니된다.

1. ~3. 생략

4. 현저(顯著)히 사회적(社會的) 불안(不安)을 야기(惹起)시킬 우려(憂慮)가 있는 집회(集會) 또는 시위(示威)

5. 생략

② 누구든지 제1항의 규정(規定)에 의하여 금지(禁止)된 집회(集會) 또는 시위(示威)를 할 것을 예비(豫備)·음모(陰謀)하거나 선전(宣傳) 또는 선동(煽動)하여서는 아니된다.

구(舊) 집회(集會)및시위(示威)에관한법률(法律)(1989.3.29. 법률(法律) 제4095호로 개정(改正)되기 전(前)의 것) 제14조 (벌칙(罰則)) ① 생략

② 제3조 제2항의 규정(規定)에 위반(違反)한 자(者)는 5년(年)이하의 징역(懲役) 또는 200만(萬)원 이하의 벌금(罰金)에 처(處)한다.

③ 생략

## [주 문]

이 사건 위헌심판제청을 각하한다

## [이 유]

제청법원은 같은 법원 87노1404 집회및시위에관한법률 위반사건에서 현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 집회 또는 시위를 금지한 집회및시위에관한법률 제3조 제1항 제4호의 규정과 위와 같은 집회 또는 시위의 예비, 음모, 선전 또는 선동을 금지한 같은법 제3조 제2항의 규정 및 위와 같은 예비, 음모, 선전 또는 선동행위의 처벌을 규정한 같은법 제14조 제2항의 규정이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된다고 하여 위헌제청을 하였다. 그런데 집회및시위에관한법률은 1989.3.29. 법률 제4095호로 개정되었고, 개정된 법률에 의하여 현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 집회 및 시위의 금지규정이나 그와 같은 집회 및 시위의 예비, 음모, 선전 또는 선동행위 금지규정 그리고 위 각 금지규정 위반행위의 처벌규정은 모두 폐지되었으니 그 위헌여부가 더 이상 재판의 전제가 될 수 없게 되었을 뿐더러 폐지된 법률의 위헌여부를 판단해야 할만한 별다른 이익이 있다고 인정되지도 아니한다. 그러므로 위헌제청을 각하하기로 하고 주문과 같이 결정한다

이 결정은 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다

1989. 5. 24.

재판장 재판관 조규광  
재판관 이성렬  
재판관 변정수  
재판관 김진우  
재판관 한병채  
재판관 이시운  
재판관 최광률  
재판관 김양균  
재판관 김문희

# 金融機關의延滯貸出金에관한特別措置法 第5條의

## 2의 違憲審判

(1989. 5. 24. 89헌가37,96(병합) 全員裁判部)

[판례집 1권, 48~66]

[판시사항]

금융기관(金融機關)의연체대출금(延滯貸出金)에관한특별조치법(特別措置法) 제5조의 2의 위헌여부(違憲與否)

[결정요지]

금융기관(金融機關)의연체대출금(延滯貸出金)에관한특별조치법(特別措置法) 제5조의 2는 금융기관(金融機關)의 연체대출금(延滯貸出金)에 관한 경매절차(競賣節次)에 있어서 합리적 근거없이 금융기관(金融機關)에게 우월한 지위를 부여하고 특히, 자력(資力)이 없는 항고권자(抗告權者)에게 과도한 경제적 부담을 지게함으로써 부당하게 재판청구권(裁判請求權)을 제한하는 내용이므로 헌법(憲法) 제11조 제1항, 제27조 제1항 및 제37조 제2항에 위반(違反)된다.

### 재판관 한병채의 반대의견(反對意見)

금융기관(金融機關)은 일반 채권자(債權者)와는 구별되어야 할 합리적인 이유가 있으므로 위 특별조치법(特別措置法) 조항(條項)은 입법권(立法權)의 한계(限界)를 자의적(恣意的)으로 이탈(離脫)한 것이라 할 수 없고, 다만 담보공탁금(擔保供託金)의 비율이 과중하다면 그 공탁금(供託金)의 비율을 조정하도록 조건부(條件附) 또는 입법촉구(立法促求)의 결정(決定)을 하여야 한다.

제정법원 수원지방법원(1989.2.9. 89카1342, 1989.5.8. 89카4830 위헌제청)

제청신청인 박○송 외 1인

대리인 변호사 임동진 외 3인

[참조조문]

금융기관(金融機關)의연체대출금(延滯貸出金)에 관한 특별조치법(特別措置法) 제5조의2 (담보(擔保)의 공탁(供託)) ① 연체대출금(延滯貸出金)에 관한 경매절차(競賣節次)에 있어서 경락허가결정(競落許可決定)에 대한 항고(抗告)를 하고자 하는 자(者)는 담보(擔保)로서 경락대금(競落代金)의 10분(分)의 5에 해당하는 현금(現金) 또는 금융기관(金融機關)이 발행(發行)한 자기(自己)앞수표(手票) 및 대통령령(大統領令)으로 정하는 유가증권(有價證券)을 공탁(供託)하여야 한다.

② 항고의 제기에 있어서 그 항고장에 제1항의 규정에 의한 담보의 공탁이 있는 것을 증명하는 서류를 첨부하지 아니한 때에는 원심법원은 그 항고장을 접수한 날로부터 7일(日)내에 결정으로 이를 각하하여야 한다.

③ 제2항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 없다.

헌법(憲法) 제11조 제1항, 제27조 제1항, 제37조 제2항

[주 문]

금융기관의연체대출금에관한특별조치법(개정 1970.1.1. 법률 제2153호, 1973.3.3. 법률 제2570호) 제5조의2는 헌법에 위반된다.

[이 유]

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

이 사건 제청신청인들은 경매법에 의한 부동산 경매절차에서 경락허가결정에 대한 항고를 제기하면서 금융기관의연체대출금에관한특별조치법(이하 단순히 특별조치법이라 한다) 제5조의2가 경매법에 의한 경매절차에 있어서 금융기관이 경매신청인이 된 사건에서만 경락허가결정에 대한 항고를 하고자 하는 자에게 공탁을

하도록 규정한 것은 헌법 제11조 제1항에 위반된다는 이유를 들어 위법률의 조항에 대한 위헌여부심판의 제청신청을 하였고 이에따라 수원지방법원은 89카1342사건에 관하여는 1989.2.9. 89카4830사건에 관하여는 1989.5.8. 각 헌법재판소에 위법률의 조항에 대한 위헌여부의 심판제청을 하였다.

## 나. 심판의 대상

따라서 이 사건 위헌법률 심판의 대상은 경매법의 규정에 의한 경매절차에 있어서 경매신청인이 금융기관인 경우 경락허가결정에 대한 항고를 하고자 하는 자에게 담보로서 공탁을 제공하도록 하고 공탁을 하지 아니한 때에는 항고장을 각하하도록 규정한 특별조치법 제5조의2가 헌법에 위반되는지의 여부에 관한 것이다

특별조치법 제5조의2는 제1항에 “연체대출금에 관한 경매절차에 있어서 경락허가결정에 대한 항고를 하고자 하는 자는 담보로서 경락대금의 10분의 5에 해당하는 현금 또는 금융기관이 발행한 자기앞수표 및 대통령령으로 정하는 유가증권을 공탁하여야 한다” 라고 규정하고 있고, 제2항에 “항고의 제기에 있어서 그 항고장에 제1항의 규정에 의한 담보의 공탁이 있는 것을 증명하는 서류를 첨부하지 아니한 때에는 원심법원은 그 항고장을 접수한 날로부터 7일 내에 결정으로 이를 각하하여야 한다” 라고 규정하고 있으며, 제3항에는 “제2항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 없다” 라고 규정하고 있다.

## 2. 위헌심판 제청이유와 관계인의 의견

### 가. 위헌심판 제청이유

제청법원의 위헌심판 제청이유의 요지는 일반 경매법에 의한 통상의 경매절차에 있어서와는 달리 유독 금융기관의 연체대출금에 관한 경매절차에 있어서만 경락허가결정에 대한 항고를 하고자 하는 자에게 공탁을 하도록 한 위법률의 조항이 합리적 이유없이

금융기관에게 우월적 지위를 부여한 것이어서 헌법 제1조 제1항에 정한 평등의 원칙에 위배되는 위헌 규정으로 볼 여지가 있다는 것이다

#### **나. 제청신청인의 의견**

(1) 특별조치법의 위 법률의 조항은 이를 항고권 행사의 조건을 규정한 것이라고 보건, 항고권의 제한규정이라고 보건간에, 금융기관이 아닌 사람이 채권자인 통상의 경매사건에 비하여 금융기관이 경매신청인이 된 사건에서만 항고인에게 사실상 항고를 막아버리는 것과 같은 정도의 과중한 경제적 부담을 지우는 것은 헌법상의 평등에 관한 규정에 위배된다.

(2) 유독 금융기관의 연체대출금에 관한 경매사건에 한하여 채무자·소유자 등 일체의 이해관계인의 희생을 강요하면서까지 연체대출금을 신속하게 회수할 수 있도록 금융기관을 우월적으로 취급하여야 할 정당한 근거를 찾을 수 없다.

즉, 금융기관의 연체대출금에 관한 경매사건에서의 채무자·소유자 등 이해관계인 측에서 본다면 채권자가 단지 금융기관이라는 사정만으로 불이익을 강요받는 점에서 그 차별 목적의 정당성을 찾을 수 없기 때문이다.

(3) 뿐만 아니라 경락허가결정에 대한 항고를 하고자 하는 채무자 또는 소유자 등 이해관계인에게 경락대금의 10분의 5에 해당하는 현금 또는 금융기관이 발행한 자기앞수표 혹은 유가증권을 공탁하도록 요구함은 실질적으로 항고권을 박탈하는 것으로서 이는 차별의 수단이 또한 부적정한 것이다.

(4) 위 법률의 조항은 경락허가결정에 대한 항고의 제기에 관하여 제한(가사 이를 조건이라고 보더라도)을 둔 것이어서 합리적 이유없이 헌법상의 기본권인 재판청구권을 제한하는 위헌규정이다

#### **다. 법무부장관의 의견**

(1) 위 법률의 조항은 금융기관의 연체대출금을 조속히 회수하여 금융자금의 유동성을 확보함을 목적으로 한 것으로서, 연체대출금의 조속한 회수는 바로 금융자금의 장기고정화에 따른 금융기관의 부실화를 방지하여 다수 예금주의 권익보호 등 공공복리에 이바지한다.

(2) 악의적 대출채무자에 의한 금융 거래질서의 문란을 방지하고, 새로운 이해관계자인 경락인의 경제적·심리적 권익을 보호하며, 대출채무자가 담보물건을 계속하여 점유·사용·수익하기 위하여 경락허가 결정에 대한 항고를 남발하는 것을 방지한다.

(3) 금융기관의 대출사무는 일반인의 소비대차 등과 달리 합리적이고 과학적으로 계산·관리되어 경매절차의 원인이 되는 채권의 존재가 명확하여 항고에 의하여 다툼 소지가 적고, 이해관계인들이 고의로 경락허가결정을 지연시키고자 경락허가결정에 대한 항고를 제기할 경우 그로 말미암아 생기게 되는 채권자의 손해를 전보하기 위한 일종의 보증담보로서의 역할을 한다.

(4) 위 법률의 조항은 항고권 행사의 조건만을 정하였을뿐 금융기관 대출채무자의 항고권 자체를 제한하거나 박탈하는 것은 아니다.

(5) 현재 금융기관의 총여신액 중 3개월이상 연체대출금이 20.4%를, 6개월이상 연체대출금이 7.3%를 차지하는 연체대출금 상황에 비추어 볼 때 위 법률의 조항의 존치는 필요한 것이며 특히 헌법상의 평등의 원칙은 상대적 평등을 말하는 것이고 사회적, 경제적 영역에서는 보다 상대적 평등이 중시되어야 한다.

#### **라. 재무부장관의 의견**

재무부장관의 의견은 법무부장관의 의견과 같다

### **3. 판단**

가. 특별조치법의 제정과 개정

## (1) 제정

특별조치법(법률 제1808호)은 1966.8.3. 은행법 제3조의 규정에 의한 금융기관·한국산업은행·한국주택은행 및 성업공사와 국가의 보증에 의하여 국제금융기구로부터 차입한 자금을 전대하는 법인의 업무수행을 저해하는 연체대출금을 조속히 회수하여 그 운영을 정상화하고 금융자금의 유동성을 확보함을 목적으로 제정되었다.

그 주요내용은 금융기관의 신청에 의하여 진행되는 경매법의 규정에 의한 경매절차에 있어서, 통지 또는 송달은 경매신청 당시 당해 부동산 등기부상에 기재되어 있는 주소에 발송함으로써 송달된 것으로 보며(제3조), 통지를 요하는 이해관계인은 경매법 제27조의 규정에 의한 등기시의 이해관계인에 한하도록(제5조) 제한하는 등 주로 금융기관의 연체대출금에 관한 경매절차를 신속하게 진행하기 위한 것이었다.

## (2) 개정

특별조치법은 1970.1.1. 법률 제2153호로서 제5조의2를 신설하여 경락허가결정에 대한 항고를 하고자 하는 자에게 담보로서 경락대금의 10분의 3에 해당하는 현금 등을 공탁하도록 한 것을 비롯하여, 신 경매 기일 또는 재경매기일은 공고일로부터 2주후 4주내로 정하여야 하며(제3조의2), 당사자는 경매기일의 변경을 신청할 수 없고(제3조의3), 항고법원과 재항고법원은 항고장이 접수된 날 재항고이유서의 제출기한이 만료된 날로부터 6주내에 각 처리하도록(제5조의3) 하는 등의 규정을 신설하였다.

특별조치법은 다시 1973.3.3. 법률 제2570호로서 이 사건 심판의 대상인 제5조의2를 위 “1”의 “나”에 기재한 바와 같이 제1항에서 경락대금의 10분의 5에 해당하는 현금 등을 담보공탁하도록 개정하는 한편, 제2항과 제3항을 각 신설하여 경락허가

결정에 대하여 항고를 하고자 하는 자에게 항고권의 행사를 더욱 제한하는 내용으로 개정하였다.

#### 나. 헌법의 관련조항

헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다” 라고 규정하고 있고, 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다” 라고 규정하고 있으며, 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” 라고 규정하고 있다.

헌법의 위 각 규정을 풀이하면 헌법 제11조 제1항에 정한 법앞에서의 평등의 원칙은 결코 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것은 아니나, 법을 적용함에 있어서 뿐만 아니라 입법함에 있어서도 불합리한 차별대우를 하여서는 아니된다는 것을 뜻한다.

즉, 사리에 맞는 합리적인 근거없이 법을 차별하여 적용하여서는 아니됨은 물론 그러한 내용의 입법을 하여서도 아니된다는 것이다

헌법 제27조 제1항의 재판을 받을 권리는 국민이 국가에 대하여 사법권의 독립이 보장된 법원에서 자격이 있고 신분이 보장된 법관에 의하여 적법한 절차에 따른 공정한 재판을 청구할 수 있는 기본권이며 헌법 제37조 제2항의 규정에 미루어 이러한 기본권에 대한 제한이나 차별적인 대우를 하고자 하는 때에는, 첫째, 제한 또는 차별의 목적이 국가안전보장·질서유지 또는 공공

복리를 위하여 필요하고 정당한 것이어야 하고, 둘째, 그 수단·방법이 목적의 실현을 위하여 실질적인 관계가 있어야 할 뿐만 아니라 그 정도 또한 적정한 것이어야 한다고 하겠다.

#### 다. 특별조치법 제5조의2의 위헌성

(1) 경매법에 의한 부동산에 대한 경매절차는 국가기관인 법원이 저당권자 등 경매신청인의 신청에 따라 소유자의 의사에 관계없이 강제적으로 목적 부동산을 환가하는 절차이다.

따라서 경매절차로 말미암아 권리에 영향을 받게 되는 많은 이해관계인, 즉 경매신청인, 채무자 및 소유자, 등기부에 등기한 부동산 위의 권리자 등에게 경매절차 전체에 관여할 자격을 주어 그 이익을 보호해 주어야 할 필요성이 생기게 된다.

그러므로 경매법에서 준용하는 민사소송법은 경락허가결정이 된 때에는 모든 이해관계인은 경락허가결정에 의하여 손해를 받을 경우, 또는 민사소송법에 규정한 경락허가에 대한 이의원인이 있음을 이유로 하거나 경락허가결정이 경락조서의 취지에 저촉된 것을 이유로 하는 때에는 경락허가결정에 대하여 항고를 할 수 있고(민사소송법 제641조 제1항, 제642조 제2항), 예외적으로 경락인과 경매인도 항고를 할 수 있도록(민사소송법 제641조 제2항) 규정하여 경락허가결정에 잘못이 있을 때에는 이에 따른 권리구제의 길을 열어두고 있다.

(2) 경매절차는 경매법에 의한 경매절차이든 민사소송법에 의한 경매절차이든 신속히 권리의 실행을 바라는 경매신청인과 경매의 실행으로 부동산상의 권리를 잃게 되는 다른 이해관계인과의 사이에 언제나 이해의 대립이 생기게 마련이고 이해관계인 등에 의한 항고권의 남용을 배제하여 신속히 권리를 실행할 수 있도록 하여야 할 필요성이 있음은 유독 경매법에 의한 경매절차에 있어서 경매신청인이 금융기관인 경우에만 특별히 요구되는 것은

아니다.

경매절차를 규정한 경매법이나 민사소송법에는 경락허가결정에 대한 항고를 하고자 하는 자에게 어떠한 경우에도 담보의 제공의무를 부담하게 한 규정은 없다.

다만, 소송촉진등에관한특례법 제15조 제1항이 “확정된 중국판결·소송상 화해조서·인낙조서·조정조서 및 확정된 중국판결과 동일한 효력이 있는 재판을 채무명으로 하는 부동산 경매절차에 있어서 경락허가결정에 대한 항고를 하고자 하는 자는 담보로서 경락대금의 10분의 2에 해당하는 현금, 금융기관이 발행한 자기앞수표 또는 대법원규칙으로 정하는 유가증권을 공탁하여야 한다” 라고 규정하여, 확정된 중국판결등을 채무명으로 한 경우에 한하여 채권자 또는 채무자가 누구인가를 가리지 아니하고 다같이 경락허가결정에 대한 항고를 하고자 하는 자에게 경락대금의 10분의 2에 해당하는 현금 등을 담보로 공탁하도록 하고 있을 뿐이다.

(3) 위에서 본 경매법·민사소송법 및 소송촉진등에관한특례법에 규정된 경매절차와 경락허가결정에 대한 항고절차의 여러 관계규정을 종합하여 생각할 때에 특별조치법 제5조의2의 규정은 차별의 목적의 정당성과 필요성에 있어서나 그 수단의 적정성에 있어서 합리적인 근거가 있다고 보기 어렵다.

왜냐하면, 특별조치법 적용의 대표적 금융기관인 은행법 소정의 은행은 예금의 수입, 유가증권 또는 기타 채무보증서의 발행에 의하여 불특정다수인으로부터 채무를 부담함으로써 획득한 자금을 대출하는 업무를 규칙적·조직적으로 영위하는 법인(주식회사)이고, 연체대출금은 바로 기업의 경영과정에서 당연히 발생될 것이 예견되는 부정적인 부분인 것이므로 모름지기 금융기관은 과다한 연체대출금으로 말미암아 금융기관의 경영이 어려운 처지에

놓이지 아니하도록 하기 위하여 기업경영에 대한 합리적이고 창의적인 노력을 기울여야 함은 물론, 특히 금융기관의 본래의 업무인 대출의 적정 여부에 대한 엄격한 심사와 여신관리의 업무를 철저히 하여야 할 터인데, 이를 소홀히 한 것 역시 중요한 하나의 원인이 되어 발생하게 된 연체대출금에 관하여 비록 신속하게 회수해야 할 공익상의 필요성이 있다고 하더라도 그 사유만으로 오로지 이해관계인 등 경락허가결정에 대한 항고를 하고자 하는 자에게 항고의 이유가 어떤 것인지도 가리지 아니한 채 한결같이 그에 따른 경제적 부담을 넘길 수는 없다할 것이며, 금융기관에게 특별조치법 제5조의2에 규정한 바와 같이 특별한 대우를 하지 아니한다 하여 금융기관의 존립 자체가 위태롭게 될 것으로 불만한 자료도 찾아볼 수 없기 때문이다.

(4) 한편 법무부장관 등 관계기관은 금융기관이 불특정 다수인의 예금으로 구성된 금융자금을 합리적이고 효율적인 방법으로 배분함으로써 국민경제의 안정과 성장에 이바지하고, 이로써 다수 예금주의 권익 보호에도 기여한다는 뜻에서 금융기관이 공익성을 가진 법인이라는 금융기관의 특성에 있어서나 현재에도 연체대출금이 상당량 있다는 등의 실정에 미루어보아 특별조치법 제5조의2는 차별의 목적이 정당하고 그 수단 또한 적정한 것이라고 주장한다.

그러나 특별조치법 제5조의2의 위헌여부는 금융기관이 공익성이 있는 기관이냐의 여부에 관한 것이 아니라 경매법에 의한 경매절차에서 경매신청인이 금융기관인 경우에 경락허가결정에 대한 항고를 하고자 하는 자에게 과중한 경제적 부담을 지게 함으로써 항고권을 제한한 위 법률의 조항이 담보권 등의 실행절차인 부동산의 경매절차의 법체계와 모순없이 조화될 수 있는지의 여부에 관한 문제인 것이다

그런데 경매절차에서 경락허가결정에 대한 항고를 하고자 하는 자(항고권자)의 범위와 항고사유를 위 “(1)”에서 이미 본 바와 같이 항고권자가 채무자에게만 국한하지 아니하고, 항고사유 역시 경락허가결정에 대한 모든 이의사유가 바로 항고이유가 되는 것으로 규정하고 있고, 항고권 행사에 관하여 아무런 제한규정도 두고 있지 아니한 경매법과 경매법에서 준용하는 민사소송법의 경매절차등에 관한 전체적 체계와, 유독 경매신청인이 금융기관이라는 사유만으로 경락허가결정에 대하여 항고를 하고자 하는 자에게 다액의 담보공탁을 하도록 항고권을 제한한 위 법률의 조항의 내용은 위 “(3)”에서 이미 판단한 바와 같이 차별적 대우에 합리적 근거가 없어 내적으로 서로 모순되는 규정인 것으로 볼 수 밖에 없으므로 관계기관의 위 주장은 이유가 없다 하겠다.

(5) 그러므로 금융기관의 연체대출금에 관한 경매절차에 있어서 경락허가결정에 대하여 항고를 하고자 하는 자에게 담보로서 경락대금의 10분의 5(법률 제2153호의 제5조의2는 10분의 3)에 해당하는 현금등을 공탁하게 하고, 항고장에 담보의 공탁이 있는 것을 증명하는 서류를 첨부하지 아니한 때에는 원심법원이 항고장을 접수한 날로부터 7일 내에 각하결정하여야 하며, 위 각하결정에 대하여 즉시항고를 할 수 없도록 규정한 특별조치법 제5조의2는 결국 합리적 근거없이 금융기관에게 차별적으로 우월한 지위를 부여하여 경락허가결정에 대한 항고를 하고자 하는 자에게 과도한 경제적 부담을 지게 함으로써 특히 자력이 없는 항고권자에게 부당하게 재판청구권인 항고권을 제한하는 내용의 것이라 아니할 수 없는 것이므로 헌법 제11조 제1항, 제27조 제1항 및 제37조 제2항에 위반되는 것이라 하겠다.

#### 4. 결론

이상과 같은 이유로써 특별조치법 제5조의2는 헌법 제11조

제1항, 제27조 제1항 및 제37조 제2항에 각 위반됨이 명백하므로 헌법 재판소법 제45조에 따라 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 관여재판관 중 재판관 한병채를 제외한 재판관전원의 의견일치에 따른 것이다.

재판관 한병채의 반대이유는 다음과 같다.

1. 헌법재판소가 위헌여부의 심판이 제청된 법률에 대하여 위헌이라고 결정하게 되면, 그 법률 또는 법률의 조항은 효력을 상실한다.

그러므로 위헌결정을 내릴 때는 신중을 기해야 하고 위헌여부에 대한 확신을 가지지 않는 한 판정을 내릴 수 없다고 생각한다.

위헌심판은 어느 특정한 분쟁사건을 해결하듯 실정법의 조항이나 문구해석만으로는 그 기능을 다할 수 없는 것이라고 본다.

헌법은 사회공동체의 정치적 사회적 가치관을 규범의 형태로 정립한 것이기 때문에 실정법상 위헌적으로 보이는 법률이라 할지라도 그 법률이 과연 헌법규범에 합치하느냐 아니하느냐를 결정함에 있어서는 법률 조항의 형식적인 검토는 물론 헌법규범에 내포된 정치적 사회적, 경제적인 의미도 함께 거시적으로 고려하여야 한다.

2. 본건에서 문제된 금융기관의연체대출금에관한특별조치법과 동법 제5조의2에 규정한 담보의 공탁제도를 살펴보면 다음과 같다.

가) 금융기관의연체대출금에관한특별조치법(이하 본 특별조치법이라 함)은 채권자인 금융기관과 자유계약에 의하여 여신거래를 한 채무자에게 원칙적으로 적용되는 법률이다.

이 법은 일반 영세민에게 적용되는 것이 아니고 대체로 기업, 공장 및 부동산 등 금융기관에 저당권을 설정할 수 있는 담보물을 제공한 자에게 주로 적용되는 것이다.

더구나 우리나라에서 금융기관의 여신은 일반인이 손쉽게 얻을 수 있는 것이 아니라 특수한 사람들에 의해 이용되어 왔고 현재에도 그러한 면이 적지 않다고 보아야 한다.

따라서 금융기관의 편타대출과 악성 부실채권은 건전한 경제 질서를 문란케하고, 국민의 불신과 위화감을 조장하는 심각한 사회문제로까지 비화되고 있다.

한편, 금융기관은 일반국민의 예금을 수탁하고, 그 예금자를 보호하며, 신용질서를 유지함으로써 현대 국가정책에서 가장 중요한 국민경제의 발전에 기여함을 목적으로 하는 법인이다

또한 국민경제발전을 위한 통화조절 및 물가의 안정 자유시장 경제질서의 근간이 되는 신용제도의 건전화 내지 기능향상과 경제정책의 효율적 수행을 담당하는 중요한 경제주체이다.

그러므로 금융기관은 은행법을 준수하여야 하고, 한국은행과 금융통화위원회 및 은행감독원의 감독을 받는다

이 법에서 연체대출금이라 함은 금융기관에서 차용한 채무를 약정 기일에 이행하지 아니한 원금, 이자 등 채무총액을 말한다.

일반시중의 사채보다 금리, 지불조건, 연체유예 등 조건이 유리한 금융기관의 대출을 이용하는 사람은 경제적 능력과 수완이 있는 자이고, 나아가 차용금을 변제하지 아니할 경우 본 특별조치법의 제한이 있는 것을 처음부터 알고서 소비대차계약을 체결한 당사자이다.

이런 점에서 금융기관은 일반채권자와는 구별되어야 하고 연체채무자도 역시 일반사채 채무자와는 구별하여 다루어야 하는 것이 사회정의에 합당하다고 볼 것이다.

나) 채무불이행으로 인한 경매절차에 있어서, 경락허가 결정에 대한 항고를 하고자 하는 자에게 담보로서 일정액을 공탁하도록 한 것은 본건 특별조치법 제5조의 2 뿐만 아니라 소송촉진

등에관한특례법 제15조에도 있다.

물론, 후자는 채권을 채무명의로 하는 까닭에 형식적인 논리로는 구별이 되지만, 실질적으로 파악하면, 첫째, 소송의 지연과 남소의 폐단을 방지하고 권리분쟁처리의 신속한 해결을 촉진하기 위한 것 둘째, 채권관계의 존부가 객관적으로 명확한 것 셋째, 악의적 채무자에 의한 거래질서의 문란을 방지한다는 것등 본질적인 면에서는 다른 점이 없다고 보아야 한다.

공익성을 가진 금융기관과의 여신거래는 우리 경제사회에서 민사소송법상의 채무명의 못지 않게 채권 채무의 존재가 확실하게 있는 것으로 못 볼바 아니다.

나아가 금융기관의 업무는 합리적이고 과학적으로 운영되기 때문에 경매절차의 원인이 되는 채권의 존재가 명확하여 항고심에서 파기될 소지가 적고, 계약의 성립 과정에서도 다른 어떤 계약보다 자유의사의 원칙과 자기 책임의 원칙에 따라 성립된 법률관계가 확정적으로 존재한다고 보아야 한다.

경락허가 결정에 대한 항고제도가 경매절차의 잘못을 시정하는 권리구제 수단으로 나온 것이기는 하지만 실제에 있어서는 악의적 채무자에 의해 남용됨으로써 오히려 채권자의 정당한 권리행사를 방해하여 온 것 또한 부인할 수 없는 현실이다.

또 경우에 따라 이해관계인이 피담보채권의 존부자체를 다투고자 할 때에는 경매법 제28조에 의하여 경매개시 결정에 대한 이의를 신청할 수 있고, 그 이의절차에서 민사소송법 제484조 제2항에 의하여 경매절차의 진행을 저지할 수 있는 길이 열려 있으므로 경락허가 결정에 대한 이의절차만이 유일한 권리구제 수단인 것도 아니다.

더구나 이와같은 경매개시 결정에 대한 이의 절차에서 경매절차의 진행을 저지하려고 할 경우에도 법원이 정한 일정액의 담보

를 공탁하여야 한다.

이런 점들을 깊이 고려할 때, 본 특별조치법 제5조의2의 담보공탁 제 자체가 헌법 제27조에 규정한 국민의 재판청구권을 제한하는 결과가 되는 위헌규정이라고 판단하여 본 특별조치법 개정(1973.3.3.) 법률 제 2570호 뿐만 아니라 1970.1.1. 법률 제2153호의 개정 법률까지 모두 단 순위헌을 선언한 것은 형식논리에 집착하여 깊이 고려해야 할 문제를 피상적으로만 보았다고 아니할 수 없고, 현대사회에 있어서 경제정책과 금융질서의 중요성이 얼마나 큰 것임을 망각한 것이라고 아니할 수 없다.

다) 본 판결의 다수의견은 본건 특별조치법이 일반 법률인 경매법과 민사소송법의 경매절차 및 체계와 서로 모순된다고 하여 관계기관의 주장을 이유없다고 하고, 본 특별조치법 제5조의 2는 합리적인 근거없이 금융기관에 우월한 지위를 부여하고 항고권자에게 과도한 경제적 부담을 지게 함으로써 자력이 없는 항고권자에게 부당하게 재판청구권인 항고권의 행사를 할 수 없도록 제한한 내용이라 아니할 수 없는 것이므로 헌법 제11조 제1항, 제27조 제1항 및 제37조 제2항에 위반되는 것이라고 판시하였다.

본 판결의 다수의견에서 지적한 바와 같이 담보공탁금의 비율이 너무 과중하여 항고권의 행사를 할 수 없도록 제한한 내용이라면 그 공탁금의 비율을 조정하도록 조건부 또는 입법촉구의 위헌결정을 내리는 변형판결을 하는 것이 옳을 것이다.

그런데 본 판결의 다수의견은 부분의 모순을 가지고 전부를 부정 함으로써 평등이론과 재판청구권 그리고 입법권의 한계를 적용함에 있어서 거시적으로 특별조치법의 특질과 헌법규범의 본질을 깊이 다루지 아니하고 형식적인 논리로 실정법의 문리해석에만 치중한 것이라고 아니할 수 없다.

3. 헌법 제11조 “모든 국민은 법 앞에 평등하다” 는 범조항을

단순히 문리적으로 해석하면 현대사회의 다양하고 복잡한 문제를 진단함에 있어서 오류를 범할 우려가 있다.

헌법은 정치현실을 담은 정치규범이며 사회공동체를 운영하는 최고 가치규범이기 때문에 일반 법률과는 달리 헌법의 해석에 있어서는 정치적 관점과 다양한 가치관이 고려되지 않으면 안된다.

평등의 개념은 형식적 평등이 아니라 구체적 사회정의와 새로운 질서를 형성하는 실질적인 평등으로 보아야 하며, 따라서 평등의 원리는 자의금지를 기본으로 한다.

자의의 금지는 입법, 행정, 사법뿐만 아니라 헌법재판에도 모두 적용된다. 평등의 원리로 적용되는 영·미국에서의 적법절차의 조항이나, 서독을 비롯한 대륙법계에서의 자의금지의 원칙은 그 본질에 있어서 사회정의의 실현을 의미한다. 즉 평등한 것은 평등하게, 불평등한 것은 불평등하게 취급되어야 하는데, 평등하게 취급할 것을 불평등하게, 불평등하게 취급할 것을 평등하게 취급하는 것은 정의에 반하는 것으로 자의금지의 원칙에 위배된다. 어떠한 조치가 자의금지에 반하는 것인가 하는 것은 객관적으로 보아 실질적 내용이 구체적 정의에 반하느냐 않느냐에 따라 결정될 수 밖에 없다. 건전한 일반시민의 상식으로 보아 경우에 어긋나지 않는 선에서 판단하여야 한다.

객관적 상황을 본질적 기준이 아닌 잘못된 기준에 의하여 형식적으로 취급하고 해석할 때에 그것은 자의에 해당된다. 예컨대 인격을 기준으로 할 때에는 자국인과 외국인이 평등하며 달리 차별을 둘 수 없지만, 국적을 기준으로 할 때에는 자국인과 외국인간에 불평등하게 취급할 수도 있으며, 이는 자의금지에 위배되지 않는다.

이와같은 차원에서 보면 금융기관은 다수 예금주의 권익을 보호하고 아울러 신용질서와 공공복리에 이바지하는 점에서 일반 채

권자와는 분명히 구별되어야 한다.

연체대출금도 일반사채와 같이 채권자 1인에 관계되는 것이 아니라 선량한 다수의 예금주의 권익과 관계되고 나아가 공공의 신용질서와 복리를 침해하는 것이기 때문에 당연히 구별되어야 한다.

결국 위 두 주체의 보호법익을 같은 기준에 따라 비교형량하는 것은 사회정의에 반한다 할 것이다.

그런데 본 위헌결정은 금융기관의 공익성과 다수예금주인 제B자의 권리보호 문제는 전혀 고려하지 아니하고 금융기관의 채권관계를 일반 채권 관계와 동일한 기준으로 판단하여 본건 특별조치법 제5조의2가 헌법 제11조에 위반한다고 판시한 것은 그 판단의 전제가 되는 본질적인 기준부터 잘못된 것이고, 나아가서 사회정의와 형평의 원리를 도외시한 자의적인 판단이라 아니할 수 없다.

4. 현대사회는 산업사회이며 생산, 고용, 분배, 물가, 통화관리 및 경제기획 등 경제정책의 중요성이 강하게 요청되고 있다. 이에 따라 경제입법(경제관계 특례법)이 대량으로 제정되고 있는 것이 세계적인 추세이다. 그리고 경제정책적 이유에서 제정되는 특례법은 일반법률에 우선될 뿐만 아니라 일반법률에서는 수용되지 않는 새로운 규범을 설정할 수 밖에 없다.

즉 그것은 입법권의 한계의 폭이 넓을 수 밖에 없다는 것을 의미한다.

입법권을 가진 국회가 어떠한 법률을 제정할 것인가 그리고 입법권의 한계를 어떻게 볼 것인가 하는 것은 원칙적으로 입법권자의 재량에 속한다.

일반법과 내용이 다른 특례법을 제정하느냐 않느냐 하는 것은 경제적, 사회적, 정치적 상황에 따라 입법부가 결정할 문제이다.

이러한 점을 볼 때 경제관계법률에 대한 위헌 여부를 심판함에

있어서는 그 시대적 요청과 새로운 경제질서를 감안하여 헌법규범을 해석 적용하여야 할 것인데, 본건 특별조치법에 대한 위헌심판에서는 이러한 사정이 충분히 반영되었다고 보기 어렵다.

헌법재판소의 규범통제 권한은 입법부가 제정한 법률이 명백하게 헌법규범에 위배되느냐 또는 입법권을 자의적으로 남용하였느냐의 여부를 심사하는 것이다.

위헌심판이 제청된 법률이 최고 가치규범인 헌법의 이념과 정신에 반하고 입법권의 한계를 명백하게 자의적으로 이탈한 경우에 한하여 헌법재판소는 그 법률의 무효를 선언하는 결정을 할 수 있다고 본다.

이러한 차원에서 보면 본 판결의 다수의견은 입법권의 한계를 헌법 제37조의 문리적 해석으로만 판단한 것이라고 할 수 밖에 없다.

5. 결국 국회가 입법을 함에 있어서 입법권의 한계를 자의적으로 이탈한 것인지 또는 어떠한 적법절차와 자의금지의 원칙에 위배되었는지를 구체적으로 판단함이 없이 단순히 헌법에 위반된다고 판시한 다수의견은 납득할 수 없다.

그러므로 본건 특별조치법 제5조의2(특히 개정 1970.1.1. 법률 제 2153호)는 금융기관과 연체대출금 및 금융질서의 특수성을 고려하여 제정된 것으로 보아야 하고, 입법권의 한계를 넘어 자의적으로 제정한 헌법에 위반된 법률이라고 볼 수 없다.

1989. 5. 24.

재판장 재판관 조규광  
재판관 이성렬  
재판관 변정수

재판관 김진우

재판관 한병채

재판관 이시윤

재판관 최광률

재판관 김양균

재판관 김문희

## 國選代理人 選任申請 棄却決定에 대한 憲法訴願

(1989. 7. 10. 89헌마144 第2指定裁判部)

[판례집 1권, 67~68]

[판시사항]

헌법재판소(憲法裁判所)의 국선대리인(國選代理人) 선임신청(選任申請) 기각결정(棄却決定)에 대한 헌법소원(憲法訴願)의 적법여부(適法與否)

[결정요지]

헌법재판소(憲法裁判所)의 국선대리인(國選代理人) 선임신청(選任申請) 기각결정(棄却決定)에 대한 헌법소원(憲法訴願) 심판청구(審判請求)는 헌법재판소(憲法裁判所)의 결정(決定)을 대상(對象)으로 한 것이므로 부적법(不適法)하다.

청구인 박○

[참조조문]

헌법(憲法) 제111조 제1항 제5호

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제72조 제3항 제4호

[주 문]

이 사건 심판청구를 각하한다.

[이 유]

청구인의 이 사건 헌법소원심판청구의 요지는, 청구인은 그가 제기한 수사기관에 의한 기본권침해에 대한 헌법소원(당 재판소

89헌마110) 사건에 있어서 국선대리인 선임신청(당 재판소 89헌사38)을 하였으나, 당 재판소가 위 선임신청을 기각함으로써 청구인의 기본권을 침해하였다는 것이다.

살피건대, 이는 헌법재판소의 결정을 대상으로 하여 청구한 것이므로 허용될 수 없는 것이어서 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우이므로 헌법재판소법 제72조 제3항 제4호에 의하여 이를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

재판장 재판관 변정수

재판관 김진우

재판관 김양균

## 社會保護法 第5條의 違憲審判

(1989. 7. 14. 88헌가5,8,89헌가44(병합) 全員裁判部)  
[판례집1권, 69~120]

[관시사항]

1. 구(舊) 사회보호법(社會保護法)(1989.3.25. 법률(法律) 제 4089호로 개정(改正)되기 전(前)의 것) 제5조의 위헌심판제청(違憲審判提請)의 적법여부(適法與否)
2. 같은 법(法) 제5조 제1항의 위헌여부(違憲與否)
3. 같은 법(法) 제5조 제2항의 위헌여부(違憲與否)

[결정요지]

1. 보호감호처분(保護監護處分)에 대하여는 소급입법(溯及立法)이 금지(禁止)되므로 비록 구법(舊法)이 개정(改正)되어 신법(新法)이 소급(溯及) 적용(適用)되도록 규정(規定)되었다고 하더라도 실제적인 규정에 관한 한 오로지 구법(舊法)이 합헌적(合憲的)이어서 유효(有效)하였고 다시 신법(新法)이 보다 더 유리하게 변경되었을 때에만 신법(新法)이 소급 적용(溯及適用)될 것이므로 폐지(廢止)된 구법(舊法)에 대한 위헌여부(違憲與否)의 문제는 신법(新法)이 소급적용(溯及適用)될 수 있기 위한 전제 문제(前提問題)로서 판단(判斷)의 이익이 있어 위헌제청(違憲提請)은 적법(適法)하다.

2. 구(舊) 사회보호법(社會保護法) 제5조 제1항은 전과(前科)나 감호처분(監護處分)을 선고(宣告)받은 사실(事實) 등 법정(法定)의 요건(要件)에 해당되면 재범(再犯)의 위험성 유무에도 불구하고 반드시 그에 정한 보호감호(保護監護)를 선고(宣告)하여야 할 의무(義務)를 법관(法官)에게 부과(賦課)하고 있으니 헌법(憲法) 제12조 제1항 후문(後文), 제 37조 제2항 및 제27조 제1항에 위반(違反)된다.

3. 같은 법(法) 제5조 제2항의 보호감호처분(保護監護處分)은 재범(再犯)의 위험성을 보호감호(保護監護)의 요건(要件)으로 하고 있고, 감호기간(監護期間)에 관한 7년의 기한(期限)은

단순히 집행상의 상한(上限)으로 보아야 하므로 헌법(憲法) 제12조 제1항 후문(後文)에 정(定)한 적법절차(適法節次)에 위반(違反)되지 아니한다.

#### 재판장 이시윤의 보충의견(補充意見)

헌법재판소(憲法裁判所)는 되도록 재판(裁判)의 전제성(前提性)에 관한 법원(法院)의 법률적(法律的) 견해(見解)를 존중해야 할 뿐만 아니라 구(舊) 사회보호법(社會保護法) 제5조 제1항의 위헌여부(違憲與否)는 이 사건 본안 판단(判斷)에 영향이 없는 문제이나 일반적이고도 중요한 의미가 있는 경우이므로 당해 사건 재판(裁判)의 전제성(前提性)의 예외(例外)에 해당(該當)된다.

#### 재판관 한병채의 반대의견(反對意見)

1. 심판(審判)의 대상(對象)인 구법(舊法) 제5조 제1항의 규정(規定)이 신법(新法)에 의하여 개정(改正)되어 종전보다 유리한 신법(新法)을 소급적용(溯及適用) 하도록 되었다면 구법(舊法)에 대한 위헌심판(違憲審判)은 그 전제성(前提性)이 없어졌고 판단의 필요성이 없어 부적법(不適法)하다.

2. 구법(舊法)에는 재범(再犯)의 위험성을 법률(法律)로 의제(擬制) 하였던 것을 신법(新法)이 법관(法官)의 재량(裁量)으로 판단(判斷)하도록 소급개정(溯及改正)하였다면 이는 재범(再犯)의 위험성에 관한 판단절차(判斷節次)를 보충(補充) 개선(改善)하여 유리하게 한 것에 불과하므로 소급입법금지(溯及立法禁止)의 원칙(原則)에 해당되지 않는다.

#### 재판관 김양균의 반대의견(反對意見)

제청법원(提請法院)은 위헌심판제청(違憲審判提請) 이후의 법률(法律)의 개정(改正)으로 인하여 본건 피감호청구인(被監護請求人)에 관한 구법(舊法)에 대한 위헌심판(違憲審判)을 기다릴 필요없이 신법(新法)에 따라 보호감호청구사건(保護監護請求事件)의 처리가 가능하므로 위헌판단(違憲判斷)의 필요성(必要性)이 없어 이견 위헌심판제청(違憲審判提請)은 부적법(不適法)하다.

#### 재판관 최광률의 반대의견(反對意見)

법판단(憲法判斷)이 아니므로 이 사건 위헌심판제청(違憲審判提請) 중(中) 이 부분은 부적법(不適法)하다.

**재판관 변정수, 김진우의 보충의견(補充意見) 및 반대의견(反對意見)**

1. 구(舊) 사회보호법(社會保護法) 제5조 제1항의 보안처분(保安處分)도 처벌(處罰)에 해당되므로 형(刑)의 선고(宣告)와 함께 보호감호(保護監護)를 선고(宣告)하는 것은 헌법(憲法) 제13조 제1항, 제12조 제1항에 위반(違反)된다.

2. 구(舊) 사회보호법(社會保護法) 제5조 제2항은 형(刑)의 집행(執行)을 종료한 시점에서의 재범(再犯)의 위험성에 비례하여 감호기간(監護期間)을 선택할 수 있는 법관(法官)의 재량(裁量)을 배제(排除)한 점에서도 헌법(憲法) 제12조 제1항에 위반(違反)된다.

제청법원      대법원(1988.12.14. 88감도110, 1988.12.22. 88감도143, 1989.2.14. 88감도164 보호감호)  
피감호청구인   김○한 외2인

**[참조조문]**

헌법(憲法) 제12조 제1항, 제13조 제1항, 제37조 제2항  
구(舊) 사회보호법(1989.3.25. 법률(法律) 제4089호로 개정(改正)되기 전(前)의 것) 제5조 (보호감호(保護監護)) ① 보호대상자(保護對象者)가 다음 각호(各號)의 1에 해당하는 때에는 10년(年)의 보호감호(保護監護)에 처(處)한다. 다만, 보호대상자(保護對象者)가 50세(歲) 이상인 때에는 7년(年)의 보호감호(保護監護)에 처(處)한다.

1. 동종(同種) 또는 유사(類似)한 죄(罪)로 3회(回)이상 금고(禁錮) 이상의 실형(實刑)을 받고 형기합계(刑期合計) 5년(年) 이상인 자(者)가 최종형(最終刑)의 전부(全部) 또는 일부(一部)의 집행(執行)을 받거나 면제(免除)를 받은 후 3년(年)내에 다시 사형(死刑)·무기(無期) 또는 장기(長期) 7년(年) 이상의 징역(懲役)이나 금고(禁錮)에 해당하는 동종(同種) 또는 유사(類似)한 죄(罪)를 범(犯)한 때

2. 보호감호(保護監護)의 선고(宣告)를 받은 자(者)가 그 감호(監護)의 전부(全部) 또는 일부(一部)의 집행(執行)을 받거나 면제(免除)를 받은 후 다시 사형(死刑)·무기(無期) 또는 장기(長期) 7년(年)이상의 징역(懲役)이나 금고(禁錮)에 해당하는 동종(同種) 또는 유사(類似)한 죄(罪)를 범(犯)한 때

② 보호대상자(保護對象者)가 다음 각호(各號)의 1에 해당하는 때에는 7년(年)의 보호감호(保護監護)에 처(處)

한다.

1. 동종(同種) 또는 유사(類似)한 죄(罪)로 2회(回)이상 금고(禁錮) 이상의 실형(實刑)을 받고 형기합계(刑期合計) 3년(年)이상인 자(者)가 최종형(最終刑)의 전부(全部) 또는 일부(一部)의 집행(執行)을 받거나 면제(免除)를 받은 후 다시 사형(死刑)·무기(無期) 또는 장기(長期) 5년(年)이상의 징역(懲役)이나 금고(禁錮)에 해당하는 동종(同種) 또는 유사(類似)한 죄(罪)를 범(犯)하고 재범(再犯)의 위험성(危險性)이 있다고 인정되는 때

2. 수개(數個)의 범죄사실(犯罪事實)로 인하여 상습성(常習性)이 인정되는 자(者) 또는 범죄(犯罪)를 목적(目的)으로하는 단체(團體) 또는 집단(集團)의 수괴(首魁) 및 간부(幹部)인 자(者)가 사형(死刑)·무기(無期) 또는 장기 5년(年)이상의 징역(懲役)이나 금고(禁錮)에 해당하는 죄(罪)를 범(犯)하고 재범(再犯)의 위험성(危險性)이 있다고 인정되는 때

② 생략

구(舊) 사회보호법(社會保護法)(1989.3.25. 법률(法律) 제 4089호(號)로 개정(改正)되기 전(前)의 것) 제20조 (감호(監護)의 판결(判決)등) ① 법원(法院)은 감호청구(監護請求)된 사건(事件)을 심리(審理)하여 그 청구(請求)가 이유(理由)있다고 인정할 때에는 판결(判決)로써 감호(監護)를 선고(宣告)하여야 하고, 그 이유(理由)없다고 인정할 때 또는 피고사건(被告事件)에 대하여 심신상실(心神喪失)이외의 사유(事由)로 무죄(無罪)를 선고(宣告)하거나 사형(死刑) 또는 무기형(無期徒刑)을 선고(宣告)할 때에는 판결(判決)로써 청구기각(請求棄却)을 선고(宣告)하여야 한다. 다만, 피감호청구인(被監護請求人)이 제5조 제1항 또는 제8조 제1항 제1호에 규정(規定)한 요건(要件)에 해당하는 때에는 감호(監護)의 선고(宣告)를 하여야 한다.

②~⑧ 생략

구(舊) 사회보호법(社會保護法)(1989.3.25. 법률 제 4089호로 개정(改正)되기 전(前)의 것) 제25조 (가출소(假出所), 감호(監護)등의 면제심사(免除審査)) ① 사회보호위원회(社會保護委員會)는 피보호감호자(被保護監護者)에 대하여 그 집행개시(執行開始)후 매(每) 2년(年) 가출소(假出所) 여부(與否)를, 가출소(假出所)한 피보호감호자(被保護監護者)에 대하여 매(每) 6월(月) 집행면제(執行免除) 여부(與否)를 심사(審査)·결정(決定)한다.

② 생략

사회보호법(社會保護法) 제5조 (보호감호(保護監護)) 보호대상자(保護對象者)가 다음 각호(各號)의 1에 해당하고 재범(再犯)의 위험성(危險性)이 있다고 인정되는 때에는 보호감호(保護監護)에 처(處)한다.

1. 동종(同種) 또는 유사(類似)한 죄(罪)로 2회(回) 이상 금고(禁錮) 이상의 실형(實刑)을 받고 형기합계(刑期合計) 3년(年) 이상인 자(者)가 최종형(最終刑)의 전부 또는 일부의 집행(執行)을 받거나 면제(免除)를 받은 후 다시 동종(同種) 또는 유사한 별표(別表)의 죄(罪)를 범한 때

2. 별표(別表)에 규정(規定)된 죄(罪)를 수회(數回) 범하여 상습성(常習性)이 인정될 때

3. 보호감호(保護監護)의 선고(宣告)를 받은 자(者)가 그 감호(監護)의 전부 또는 일부의 집행(執行)을 받거나 면제(免除)를 받은 후 다시 동종(同種) 또는 유사한 별표(別表)의 죄(罪)를 범한 때

사회보호법(社會保護法) 제7조 (보호감호(保護監護)의 내용(內容))

①~② 생략

③ 보호감호시설(保護監護施設)에의 수용(收容)은 7년(年)을 초과할 수 없다.

#### ④ 생략

사회보호법(社會保護法) 제20조 (감호(監護)의 판결(判決)등) ① 법원(法院)은 감호청구(監護請求)된 사건(事件)을 심리(審理)하여 그 청구(請求)가 이유(理由)있다고 인정할 때에는 판결(判決)로써 감호(監護)를 선고(宣告)하여야 하고, 그 이유(理由)없다고 인정할 때 또는 피고사건(被告事件)에 대하여 심신상실(心神喪失)이외의 사유(事由)로 무죄(無罪)를 선고(宣告)하거나 사형(死刑) 또는 무기형(無期徒刑)을 선고(宣告)할 때에는 판결(判決)로써 청구기각(請求棄却)을 선고(宣告)하여야 한다.

#### ②~⑧ 생략

사회보호법(社會保護法) 제25조 (가출소(假出所), 감호(監護)등의 면제심사(免除審査)) ① 사회보호위원회(社會保護委員會)는 피보호감호자(被保護監護者)에 대하여 그 집행개시(執行開始)후 매(每) 1년(年) 가출소(假出所) 여부(與否)를, 가출소(假出所)한 피보호감호자(被保護監護者)에 대하여 매(每) 6월(月) 집행면제(執行免除) 여부(與否)를 심사(審査)·결정(決定)한다.

#### ② 생략

사회보호법(社會保護法) 부칙(附則) 제4조 (재판계속(裁判繫屬)중인 보호사건(保護事件)에 관한 경과조치(經過措置)) 이 법(法) 시행(施行) 당시 재판(裁判)이 계속(繫屬)중인 보호사건(保護事件)에 대하여는 이 법(法)을 적용(適用)한다.

### [주 문]

1989.3.25. 개정전 사회보호법(1980.12.18. 법률 제3286호) 제5조 제1항은 헌법에 위반된다. 같은 법 제5조 제2항은 헌법에 위반되지 아니한다.

### [이 유]

#### 1. 사건의 개요와 심판의 대상

##### 가. 사건의 개요

이 사건 위헌심판제청의 전제가 된 당해 소송사건은 대법원에 계속중인 88감도110, 143, 164 보호감호청구사건이다.

위 보호감호청구사건의 피감호청구인 김○한(88헌기5)은 1984.3.2. 대구지방법원에서 사기죄로 징역 1년의 형을 선고받은 것을 비롯하여, 위 죄와 동종 또는 유사한 죄로 4회에 걸쳐 실형형기의 합계가 4년인 사람으로서 최종형의 집행을 마친 뒤 다시 1987.12.20.부터 1988.1.17.까지 사이에 상습으로 사기죄를 범하

었다 하여 1988.3.30. 대구지방법원 안동지원에서 개정전 사회보호법 제 5조 제2항 제1호에 의한 보호감호 7년을 선고받고 항소하였으나 보호감 호사건부분에 대한 항소가 기각되어서 다시 대법원에 상고를 제기하였다. 같은 윤주일(88헌가8)은 1965.6.26. 대구지방법원에서 절도죄로 징역 6월의 형을 선고받은 것을 비롯하여 위 죄와 동종 또는 유사한 죄로 10 회에 걸쳐 실형형기의 합계가 20년 4월인 사람으로 최종형의 집행을 마 친 뒤 3년이내인 1987.9.부터 1988.2.2.까지 사이에 상습으로 절도죄를 범하였다 하여 1988.5.18. 대구지방법원에서 같은 법 제5조 제1항 제1호 에 의한 보호감호 10년을 선고받고 항소하였으나 항소기각이 되자 다시 대법원에 상고를 제기하였다 같은 이○옥(89헌가44)은 1981.10.28. 대전 지방법원 홍성지원에서 폭력행위등처벌에 관한법률 위반죄로 징역2년에 보호감호 7년을 선고받고 감호처분집행중 1987.5.29. 가출소하였다가 1987.9.15.부터 1988.1.10.까지 사이에 상습으로 폭행 및 상해죄를 범하였 다 하여 1988.6.24. 대전지방법원 홍성지원에서 같은 법 제5조 제1항 제 2호에 의한 보호감호 10년을 선고받고 항소하였으나 항소기각이 되자 다시 대법원에 상고를 제기하였다

이에 대법원은 헌법재판소법 제1조 제1항에 따라 사회보호법 제5 조의 위헌여부에 대한 심판을 제청하였다

#### 나. 심판의 대상

(1) 따라서 이 사건 심판의 대상은 보호감호처분의 근거 법률의 조항인 1989.3.25. 개정전 사회보호법 제5조의 내용이 헌법에 위반되는 지의 여부이다.

개정전 사회보호법(1980.12.18. 법률 제3286호, 이하 “법”이라 한다.)은 재범의 위험성이 있고, 특수한 교육·개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자에 대하여 보호처분을 함으로써 사회복지를 촉

진하고 사회를 보호함을 목적으로 하여 제정되었다(법 제1조).

법이 정하는 보호처분(보안처분)에는 보호감호·치료감호 및 보호관찰의 세 종류가 있다. 보호감호는 상습범죄자와 특별히 위험한 범죄자에 대한, 치료감호는 심신장애자와 중독자에 대한, 보호관찰은 보호감호와 치료감호로부터 가출소된 자에 대한 각 보안처분이다

(2) 이 사건에서 문제의 대상이 된 상습범죄자와 특별히 위험한 범죄자에 대한 보호감호의 근거 법률의 조항인 법 제5조의 규정은 다음과 같다.

제1항, 보호대상자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 10년의 보호감호에 처한다. 다만, 보호대상자가 50세이상인 때에는 7년의 보호감호에 처한다.

1. 동종 또는 유사한 죄로 3회이상 금고이상의 실형을 받고 형기합계 5년이상인 자가 최종형의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 3년내에 다시 사형·무기 또는 장기 7년이상의 징역이나 금고에 해당하는 동종 또는 유사한 죄를 범한 때

2. 보호감호의 신고를 받은 자가 그 감호의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 사형·무기 또는 장기 7년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 동종 또는 유사한 죄를 범한 때

제2항, 보호대상자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 7년의 보호감호에 처한다.

1. 동종 또는 유사한 죄로 2회이상 금고이상의 실형을 받고 형기합계 3년이상인 자가 최종형의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 사형·무기 또는 장기 5년이상의 징역이나 금고에 해당하는 동종 또는 유사한 죄를 범하고 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때

2. 수개의 범죄사실로 인하여 상습성이 인정되는 자 또는 범죄

를 목적으로 하는 단체 또는 집단의 수괴 및 간부인 자가 사형·무기 또는 장기 5년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하고 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때

(3) 한편, 법이 정한 보호감호처분의 절차와 보호감호처분의 집행에 관한 중요한 규정을 보면 법 제20조 제1항에 “법원은 감호청구된 사건을 심리하여 그 청구가 이유있다고 인정할 때에는 판결로써 감호를 선고하여야 하고, 그 이유없다고 인정할 때 또는 피고사건에 대하여 심신상실 이외의 사유로 무죄를 선고하거나 사형 또는 무기형을 선고할 때에는 판결로써 청구기간을 선고하여야 한다. 다만, 피감호청구인이 법 제5조 제1항 또는 법 제8조 제1항 제1호에 규정한 요건에 해당하는 때에는 감호의 선고를 하여야 한다” 라고 규정하고 있으며, 법 제25조 제1항에는 “사회보호위원회는 피보호감호자에 대하여 그 집행개시후 매 2년 가출소 여부를, 가출소한 피보호감호자에 대하여 매 6월 집행면제 여부를 심사·결정한다” 라고 규정하고 있다.

#### (4) 사회보호법의 개정

(가) 헌법재판소가 이 사건 위헌법률심판사건을 심리하던 도중 심판의 대상인 법 제5조의 규정이 다음과 같이 일부 개정(법률 제4089호, 이하 신법이라 한다)되어 1989.3.25.부터 시행되게 되었다.

신법 제5조의 규정은 다음과 같다.

보호대상자가 다음 각호의 1에 해당하고 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때에는 보호감호에 처한다.

1. 동종 또는 유사한 죄로 2회이상 금고이상의 실형을 받고 형기합계 3년이상인 자가 최종형의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 동종 또는 유사한 별표의 죄를 범한 때

2. 별표에 규정된 죄를 수회 범하여 상습성이 인정될 때

3. 보호감호의 선고를 받은 자가 그 감호의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 동종 또는 유사한 별표의 죄를 범한 때

(나) 법 제5조의 개정과 함께 다른 규정도 일부 개정되었는 바, 그 개정내용을 보면 제7조 제3항을 신설하여 “보호감호시설에의 수용은 7년을 초과할 수 없다” 라고 규정하고 있고, 제20조 제1항에서 종전의 단서규정을 삭제하였으며, 제25조 제1항을 개정하여 매 1년마다 가출소여부를 심사하도록 각 개정하였다.

## 2. 위헌심판의 제청이유와 관계인들의 의견

### 가. 제청법원의 제청이유의 요지

헌법 제12조 제1항 후문은 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 보안처분을 과할 수 없도록 규정하고 있다. 따라서 보안처분의 하나인 보호감호처분 또한 헌법의 규정에 맞게 적법절차에 따라서 과해져야 할 것이다. 헌법에서 규정하고 있는 적법절차란 법률이 정한 절차이어야 함은 물론 그 실제적 내용이 또한 적정하여야 함을 말하는 것이다. 적정하다고 함은 공정하고 합리적이며 상당성이 있어 정의관념에 합치되는 것을 뜻한다. 보호감호처분은 사회적 위험성이 있는 자를 사회방위 및 교화를 위하여 일정기간 격리수용하는 처분이므로 행위자의 위험성과 사회방위 및 교화를 위한 격리의 필요성을 비교 교량하여 균형의 원칙에 따라 위험성의 정도에 상응한 감호조치가 이루어질 때 비로소 그 적정성을 인정받을 수 있다고 할 것이다.

그런데 법 제5조는 위와같이 위험성의 정도에 비례한 감호기간을 정할 수 있는 재량을 법원에 주지 아니하였고, 또 법원이 아닌 사회보호위원회의 가출소심사만으로는 보호감호처분의 균형성을 보완하여 보호감호처분의 적정성을 부여하기 미흡하므로 결국 법 제5조의 규정은 위헌적 규정이라고 해석될 여지가 있다는

것이다.

나. 법무부장관의 의견

(1) 보호감호의 일사부재리원칙 위반 여부

첫째, 형벌은 주로 응보를 목적으로 하는 과거의 범죄에 대한 사후적 처분이고, 보호감호는 보안처분으로서 사회방위와 교화를 위한 장래의 재범의 위험성에 대한 예방적 처분이므로 서로 본질이 달라 형벌과 보호감호를 병과한다고 하더라도 헌법상의 일사부재리의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

둘째, 현재 보호감호집행의 실태를 보면, 감호집행자와 형집행자를 분리수용하고 있고, 감호집행자에게는 집견·서신수발의 완화·사회견학·직업훈련실시와 1일 500원 내지, 1,500원의 근로보상금지급 등 형집행자보다 처우를 완화하여 보호감호의 목적달성에 주력하고 있으므로 형벌과 보호감호의 집행에 차이가 없다고는 할 수 없다. 다만, 보호감호와 형벌은 다같이 신체의 자유를 박탈하는 수용처분이라는 점에서는 같으므로 절대적인 구분은 사실상 불가능하다고 할 것이나 위와같은 본질적인 차이점을 도외시한 채 형벌과 보호감호가 다같이 신체의 자유를 제한하는 처분이라는 것에 치우쳐 서로 동일하다고 단정하는 것은 잘못이다.

(2) 보호감호의 적법절차 위반 여부

첫째, 법 제5조 제1항은 재범의 위험성이 없어도 위 법률의 조항의 요건에 해당하기만 하면 반드시 보호감호를 선고하도록 규정한 것으로는 볼 수 없다. 왜냐하면, 동조항은 그 요건에 해당되면 재범의 위험성을 의제한다는 취지에 불과하기 때문이다. 따라서 법원은 동조항의 요건에 해당되는 경우에도 재범의 위험성이 없다고 인정되는 때에는 보호감호청구를 기각할 수 있다고 보아야 할 것이므로 동조항에 정한 요건이 충족되면 반드시 보호감호선고를 하여야 한다는 전제에 선 주장은 부당하다.

둘째, 보호감호기간은 보안처분제도의 특성상 선고 때에 부정기로 선고할 수 밖에 없고(각국의 입법례도 장기 또는 단기의 제한만을 규정하고 있는 것이 보통임), 집행시에 위험성의 완화 여부에 따라 특정될 수 밖에 없는 것이므로 법이 보호감호기간을 7년 또는 10년으로 규정하고 있는 것은 단지 그 집행기간의 상한을 정한 것에 불과한 것으로 보아야 하고, 이는 보호감호처분의 보안처분으로서의 본질에 합치하는 것이므로 이로써 적법절차에 위배된다고 할 수 없다

셋째, 헌법상의 적법절차조항은 미국 헌법상의 적정절차조항과 그 의미가 반드시 동일하다고는 할 수 없으나, 실체의 적정, 절차의 적정을 내포하는 것이라고 볼 때, 법은 형사소송법에 따른 엄격한 심리를 보장하여 절차의 적정에 합치될 뿐만 아니라, 법 제5조에서 감호의 요건을 엄격히 규정하고 기간의 상한을 규정하였으며, 판사 2명이 포함된 7명의 사회보호위원회에 의한 매 2년마다의 가출소심사 등의 규정으로 목적·수단의 상당성을 확보하였으므로 실체의 적정에도 합치된다. 따라서 법 제5조가 적법절차에 위배된다는 주장은 잘못이다

### (3) 상습범에 대한 대책

종래 상습범에 대한 대책으로 상습범의 가중처벌에 관한 규정만 있던 때에는 법원의 선고형량이 대체로 가벼워 운영에 미흡한 점이 있었던 것으로 보아야 할 것이다. 그러나 사회보호법에 따른 보호감호제도가 시행된 뒤에는 보호감호의 주 대상 범죄라고 할 절도범죄의 증가율은 1980년부터 1987년까지 5.7% 증가에 그친데 비하여 전체범죄는 같은 기간에 57.4% 증가하여 절도범죄의 증가율이 대폭 둔화되었음을 알 수 있고, 특히 전체 피보호감호자의 5분의 1을 점하고 있는 소매치기 범죄는 오히려 23.5%나 감소하는 등 보호감호제도는 이미 상습범죄에 대한 대

책으로 그 효과를 발휘하고 있다.

보호감호제도는 검사가 감호청구를 신중하게 함에 따라 청구인원이 연평균 14.5% 감소하고, 사회보호위원회가 가출소제도를 활발하게 운용하여 현재 정착단계에 이르렀다.

만약, 보호감호제도가 위헌으로 결정되면 현재 보호감호집행중에 있는 전과평균 6, 7범 약 4,500여명이 일시에 석방되게 되고, 이에 따라 민생치안이 우려될 뿐 아니라 법집행에 대한 국민의 신뢰마저 손상될 우려가 있다.

#### (4) 법률의 개정으로 인한 심판의 전제성의 상실

사회보호법은 헌법재판소의 심리도중 개정되어 신법이 1989.3.25.부터 시행되게 되었고, 신법은 개정법률 시행당시 재판이 계속 중인 감호사건에 대해서도 소급적용하게 되었으므로 구법은 재판의 전제성이 흠결되어 심판의 대상이 되지 아니한다

#### 다. 검찰총장의 의견

당해 사건의 당사자인 검찰총장의 의견은 법무부장관의 의견과 거의 같다.

### 3. 판단

#### 가. 헌법재판소의 심판의 대상인 법률

(1) 법 제5조에 대한 위헌여부의 심판이 제청되어 헌법재판소에서 심리하던 중 법이 일부개정되어 심사대상이 되었던 법 제5조의 규정은 위1의 나의 (4)에 기재한 바와 같이 변경되었고, 신법 부칙 제1조에 따르면 신법은 공포한 날로부터 효력을 발생하고, 부칙 제4조에는 개정 법률 시행당시 재판이 계속 중인 감호사건에 대하여는 개정법률 규정을 적용하도록 되어 있다.

(2) 사회보호법이 규정하고 있는 보호감호처분이 보안처분의 하나이고, 보안처분은 행위자의 사회적 위험성에 근거하여 부과되는 것으로서 행위자의 책임에 근거하여 부과되는 형벌과 구

별되는 것이기는 하지만, 상습범에 대한 보안처분인 보호감호처분은 그 처분이 행위자의 범죄행위를 요건으로 하여 형사소송절차에 따라 비로소 과해질 수 있는 것이고, 신체에 대한 자유의 박탈을 그 본질적 내용으로 하고 있는 점에서 역시 형사적 제재의 한 태양이라고 볼 수 밖에 없다.

헌법이 제12조 제1항 후문에서 “……법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다” 라고 규정하여 처벌과 보안처분을 나란히 열거하고 있는 점을 생각해 보면 상습범등에 대한 보안처분의 하나로서 신체에 대한 자유의 박탈을 그 내용으로 하는 보호감호처분은 형벌과 같은 차원에서의 적법한 절차와 헌법 제13조 제1항에 정한 죄형법정주의의 원칙에 따라 비로소 과해질 수 있는 것이라 할 수 있고, 따라서 그 요건이 되는 범죄에 관한 한 소급입법에 의한 보호감호처분은 허용될 수 없다고 할 것이다.

그렇다면 비록 신법이 그 부칙 제4조에서 신법시행 당시 이미 재판이 계속중인 감호사건에 대하여는 신법을 적용하여 처리하도록 규정하고 있지만, 이와 같이 신법이 구법당시 재판이 계속중이었던 사건에까지 소급하여 적용될 수 있는 것은 실체적인 규정에 관한 한 오로지 구법이 합헌적이어서 유효하였다는 것을 전제로 하고 다시 그 위에 신법이 보다 더 피감호청구인에게 유리하게 변경되었을 경우에 한하는 것이다.

신체의 자유는 자유민주주의 헌법 아래에서 가장 근본적인 국민의 기본권이기 때문에 이와같은 자유권을 현저히 침해하는 법률에 대한 해석은 엄격히 하여야 할 것이며, 만일 이와같은 법률에 위헌성이 있다고 인정된다면 비록 그 법률이 합헌적으로 개정되었다고 하더라도 이로써 종전의 위헌성이 치유되는 것은 아니라고 봄이 법치주의의 원칙상 마땅하다 하겠다.

(3) 헌법재판소는 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 된 때에 법원의 제청에 따라 법률에 대한 위헌여부를 심판하게 된다

그런데 법률이 개정된 결과 신법이 소급적용됨으로써 구법이 더 이상 적용될 소지가 없는 경우에는 구법에 대한 위헌제청은 제청대상의 소멸로 말미암아 부적법하게 되었다고 할 수 있다.

그러나 이 사건의 경우와 같이 비록 구법이 개정되었다고 하더라도 법원이 당해 소송사건을 재판함에 있어서는 행위시에도 처분의 적법한 근거 법률이 있어야 하므로 구법이 위헌이었느냐의 문제와 신·구법중 어느 법률의 조항이 더 피감호청구인에게 유리하느냐의 문제가 판단된 뒤에 비로소 결정될 수 있는 것이다. 따라서 이러한 경우에는 구법에 대한 위헌여부의 문제는 신법이 소급적용될 수 있기 위한 전제 문제이기도 하거니와, 제청법원인 대법원이 신법이 시행된 1989. 3. 25. 부터 상당한 기간이 경과한 지금까지 위 법률의 조항의 위헌제청에 대하여 철회의 의사를 밝히지 아니하고 제청신청을 계속 유지함으로써 아직도 심판을 구하고 있는 것으로 볼 수밖에 없는 이 사건에서 헌법재판소로서는 위 법률의 조항에 대한 위헌여부를 심판하지 않을 수 없는 것이다.

#### 나. 보호감호처분의 일사부재리원칙 위반 여부

(1) 사회보호법 제5조에 정한 보호감호처분은 피감호자의 신체의 자유를 박탈하는 수용처분이라는 점에서 자유형과 다름이 없기 때문에, 먼저 “모든 국민은 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다” 라고 규정한 헌법 제13조 제1항에 위배되는 것이 아니냐는 의문이 제기된다.

형벌의 본질이나 목적 또는 기능을 둘러싸고 아직도 학설상의 다름이 있기는 하나, 형법은 본질적으로 과거의 범죄행위에 대한 윤리적·도의적·규범적 비난의 체현이므로 반대의 책임을 전제

로 하며, 책임의 양을 넘을 수 없는 제약을 받게 된다.

보안처분 특히 보호감호처분은 형벌의 이러한 책임중속성으로 인하여 책임능력이 없어서 형벌을 과함이 불가능하거나, 책임의 비례에 따른 제약 때문에 형벌만으로는 행위자의 장래의 재범에 대한 위험성을 제거하기에 충분하지 못한 경우에 사회방위와 행위자의 사회복귀의 목적을 달성하기 위하여 특별히 고안된 것으로써 20세기 전반부터 구라파 대륙의 여러나라에서 채택하고 있는 제도이다

(2) 한편, 보안처분이 보안처분의 대상자들에게는 범죄에 대한 형벌과 다름없는 자유의 박탈 또는 제한으로 인식되고, 형벌 역시 행위자에 대한 교육개선의 효과를 위한 예방적 성격도 가지고 있는 것이어서 보안처분과 형벌은 그 목적에 있어서도 명확한 구분이 될 수 없다는 등의 이유를 들어 보호감호처분제도 자체의 의의를 부인하는 의견이 끊이지 않았다.

그러나, 헌법은 1972.12.27. 개정헌법 이래 보안처분제도를 헌법상의 제도로 수용하여 왔으므로 헌법의 규정에 따라 어떠한 형태의 보안처분제도를 마련하느냐의 문제는 헌법에 위반되지 아니하는 한 오로지 입법권자의 형성의 자유에 속한다 할 것이다

따라서 사회보호법 제5조에 정한 보호감호처분은 헌법 제2조 제1항에 근거한 보안처분으로서 형벌과는 그 본질과 추구하는 목적 및 기능이 다른 별개의 독자적 의의를 가진 형사적 제재로 볼 수밖에 없다.

(3) 그렇다면, 보호감호와 형벌은 비록 다같이 신체의 자유를 박탈하는 수용처분이라는 점에서 집행상 뚜렷한 구분이 되지 않는다고 하더라도 그 본질, 추구하는 목적과 기능이 전혀 다른 별개의 제도이므로 형벌과 보호감호를 서로 병과하여 선고한다 하여 헌법 제13조 제1항에 정한 이중처벌금지의 원칙에 위반

되는 것은 아니라 할 것이다.

다. 법 제5조 제1항의 위헌여부

(1) 법 제5조 제1항의 의의

보안처분은 재범의 위험성이 있는 자를 치료·보호·개선·격리하여 피감호자의 “재범의 위험성”을 방지하거나 예방하고, 이로써 공공의 안전과 이익을 보호하고자 하는 특별예방적 목적처분이다. 즉, 보안처분은 죄를 범한 자중 “재범의 위험성”이 있는 사람에 한하여 그의 위험성에 대하여 부과하는 제재조치이다

그런데 법 제5조 제1항은 “보호대상자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 10년의 보호감호에 처한다. 다만, 보호대상자가 50세이상인 때에는 7년의 보호감호에 처한다”라고 규정하고 있고, 법 제20조 제1항 다만 이하 부분에서는 “다만, 피감호청구인이 제5조 제1항 또는 제8조 제1항 제1호에 규정한 요건에 해당하는 때에는 감호의 선고를 하여야 한다”라고 규정하고 있다.

따라서 법원은 법 제5조 제1항 각호의 1에 해당하는 소정의 법정요건이 충족될 경우에는 반드시 보호감호를 선고하여야만 된다는 것이 입법자의 의지임을 알 수 있다.

(2) 법 제5조 제1항의 위헌성

(가) 행위자에 재범의 위험성은 보안처분의 핵심이며 헌법 제12조 제1항이 규정한 “누구든지……법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”라는 조항에서 구현된 죄형법정주의의 보안처분적 요청은 “재범의 위험성이 없으면 보안처분은 없다”는 뜻을 내포한다고 하겠다.

보안처분은 대상자의 “재범의 위험성”을 교육·개선을 통해 완화하여 사회방위를 도모하고자 하는 공공의 필요에서 그 대상자의 기본권을 제한하는 국가공권력의 행사이고 한편, 국민의 기본권의 제한은 공공의 필요와 기본권제한 사이의 비례 균형이 이

투어져야 한다는 것이 헌법 제7조 제2항에 규정된 헌법상의 요청이다. 특히, 그 대상자에 대한 수용처분을 내용으로 하는 보호감호의 경우에는 보안처분은 바로 대상자의 입장에서 보면 신체의 자유를 박탈당하는 고통이요 해악이기 때문에 보안처분의 본질인 재범의 위험성은 보안처분으로 인한 신체의 자유박탈이라는 인권제한과의 비례(균형)원칙상 단순한 재범의 가능성만으로는 부족하고 상당한 개연성을 요구하며 그 판단은 전과 이외에도 범행의 의의와 행위자의 연령·성격·가족관계·교육정도·직업·환경·당해 범행 이전의 행적·범행의 동기·수단·범행후의 정황과 개전의 정 등을 총체적으로 평가하여 인정되어야 하는 것이다.

보호감호처분이 가진 신체의 자유를 박탈한다는 내용에 따라 재범의 위험성을 위에서 본 바와 같이 엄격히 해석하여야 할 헌법상의 요청에 비추어 볼 때 법 제5조 제1항 각호의 1의 요건에 해당된다는 것만으로 바로 재범의 위험성이 증명된다고 볼 수 없다 할 것이다.

(나) 따라서 법 제5조 제1항은 법 제20조 제1항 다만 이하 부분과 종합하여 해석할 때, 법 제5조 제1항에 정한 전과나 감호처분을 선고받은 사실등 범정의 요건에 해당되면 재범의 위험성 유무에도 불구하고 반드시 그에 정한 보호감호를 선고하여야 할 의무를 법관에게 부과하여 법관의 판단재량을 박탈하고 있는 것으로 볼 수 밖에 없다.

(다) 결국 법 제5조 제1항은 헌법 제12조 제1항 후문에 정한 적법절차에 위반됨은 물론 헌법 제7조 제2항에 정한 과잉금지원칙에 위반된다고 할 것이며, 나아가 법원의 판단재량의 기능을 형해화(形骸化)시켜 헌법 제27조 제1항에 정한 국민의 법관에 의한 정당한 재판을 받을 권리를 침해하였다 할 것이다.

따라서, 법 제5조 제1항은 헌법 제12조 제1항, 제27조 제1항, 제37조 제2항에 각 위반된다.

(3) 법 제5조 제1항의 합헌적 해석의 가능성 여부

법무부장관은 법 제5조 제1항의 규정취지는 재범의 위험성 없이도 동조항의 요건에 해당하면 반드시 보호감호를 선고하도록 한 것으로는 볼 수 없고, 동조항의 요건에 해당되면 일응 재범의 위험성이 의제된다는 것에 불과하므로 법원은 동조항의 요건에 해당된다고 하더라도 재범의 위험성이 인정되지 아니한 때에는 감호청구를 기각할 수 있다고 하는 합헌적 해석이 가능한 것이라고 주장한다

법률의 합헌적 해석은 헌법의 최고규범성에서 나오는 법질서의 통일성에 바탕을 두고, 법률이 헌법에 조화하여 해석될 수 있는 경우에는 위헌으로 판단하여서는 아니된다는 것을 뜻하는 것으로서 권력분립과 입법권을 존중하는 정신에 그 뿌리를 두고 있다.

따라서, 법률 또는 법률의 위 조항은 원칙적으로 가능한 범위 안에서 합헌적으로 해석함이 마땅하나 그 해석은 법의 문구와 목적에 따른 한계가 있다. 즉, 법률의 조항의 문구가 간직하고 있는 말의 뜻을 넘어서 말의 뜻이 완전히 다른 의미로 변질되지 아니하는 범위내이어야 한다는 문의적 한계와 입법권자가 그 법률의 제정으로써 추구하고자 하는 입법자의 명백한 의지와 입법의 목적을 헛되게 하는 내용으로 해석할 수 없다는 범목적에 따른 한계가 바로 그것이다.

왜냐하면, 그러한 범위를 벗어난 합헌적 해석은 그것이 바로 실질적 의미에서의 입법작용을 뜻하게 되어 결과적으로 입법권자의 입법권을 침해하는 것이 되기 때문이다

그런데 법 제5조 제1항은 재범의 위험성을 보호감호의 명문의 요건으로 하지 않는 보호감호를 규정하고 있고, 법 제20조 제

1항 다만 이하 부분은 법원에게 법 제5조 제1항 각호의 요건에 해당하는 한 보호감호를 선고하도록 규정하고 있다.

이에 반하여, 법 제5조 제2항은 재범의 위험성을 보호감호의 법정요건으로 명문화하고 있고, 법 제20조 제1항 본문에서는 이유없다고 인정할 때에는 판결로써 청구기각을 선고하여야 한다고 규정하고 있을 뿐이다.

따라서 법 제5조 제1항의 요건에 해당되는 경우에는 법원으로 하여금 감호청구의 이유 유무 즉, 재범의 위험성의 유무를 불문하고 반드시 감호의 선고를 하도록 강제한 것임이 위 법률의 조항의 문의임은 물론 입법권자의 의지임을 알 수 있으므로 위 조항에 대한 합헌적 해석은 문의의 한계를 벗어난 것이라 할 것이다.

#### (4) 소급효 제한 결정의 타당 여부

법 제5조 제1항에 대한 위헌판결이 있게되어 동 규정이 소급적으로 효력을 상실하게 되면 극심한 혼란이 초래될 우려가 있으므로 소급무효의 효력을 제한하는 형태의 결정을 하는 것이 바람직하다는 취지로 법무부장관은 주장하고 있다.

그러나 법 제5조 제1항이 당초 위헌이었다면 이로 인해 보호감호처분을 받은 자에게는 재범의 위험성 유무에 대한 심사의 기회를 보장해 주는 것이 정의에 합치되는 것이며 이와같은 기회조차 박탈하는 것은 현저히 부당하다 아니할 수 없는 것이다.

법 제5조 제1항이 위헌이라 하더라도 법 제5조 제1항 해당자중 재범의 위험성이 인정되는 자는 합헌규정인 법 제5조 제2항과 신법의 해당규정에 따라 다시 보호감호처분을 과할 수 있으므로, 법무부장관이 주장하는 바와 같은 혼란이 초래된다고 단정할 수 없고, 오히려 법원에 의하여 재범의 위험성을 다시 심사하는 것이어서 적법절차의 원칙을 규정한 헌법정신에도 부응하는 것

이 된다 하겠다.

라. 법 제5조 제2항의 위헌여부

(1) 법 제5조 제2항의 의의

법 제5조 제2항은 “보호대상자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 7년의 보호감호에 처한다.” 라고 규정하고, 나아가 각항에는 “……죄를 범하고 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때” 라고 규정하고 있다.

즉, 법 제5조 제2항의 규정내용은 법 제5조 제1항의 경우와는 달리 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때에만 보호감호에 처하도록 하는 한편, 법 제20조 제1항 다만 이하 부분과 같이 그 요건에 해당되는 때에는 반드시 보호감호를 선고하여야 하는 강제적 규정도 두고 있지 않다.

이 점에서 법 제5조 제2항은 비록 법 제5조 제1항과 처분의 목적과 처분의 기능은 같다고 하더라도 위 두 조항 사이에는 규범으로서의 체계에 질적 차이가 있음을 알 수 있다.

(2) 보안처분의 기간

제정법원인 대법원은 법 제5조 제2항은 보호대상자를 “7년의 보호감호에 처한다” 라고 규정하여 7년의 정기감호만을 선고하도록 강제함으로써 재범의 위험성에 비례한 감호기간을 선고할 수 있는 범위의 재량을 배제하여, 결국 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해한 위헌의 의심이 있는 규정이라고 밝히고 있다.

보안처분의 본질적 요소인 행위자의 재범의 위험성은 그가 장래에 다시 범죄를 범할 개연성을 의미하는 것으로서 장래의 예측에 따른 불확실성을 가지고 있음을 부정할 수 없으므로, 보안처분을 선고하는 때에 미리 재범의 위험성의 소멸시기를 예측한다는 것은 거의 불가능한 것이어서 보안처분은 그 본질상 집행단계에서 기간이 확정되는 부정기임을 면할 수 없다.

다만, 각국의 입법례는 보안처분이 그 대상자에게는 기본권의 제한을 의미하는 것이므로 기본적 인권을 보장한다는 뜻에서 집행기간의 상한을 규정하고 있음을 원칙으로 하고 있다.

이렇게 볼 때, 법 제5조에 정한 보호감호는 보안처분으로서의 본질상 재범의 위험성이 소멸되면 더 이상 계속될 수 없는 성질의 것이므로 명백하고, 법 제25조 제1항에서 매 2년마다의 가출소심사를 통하여 보호감호의 부정기성을 구현하고자 하는 입법자의 의지가 명백히 나타나 있으므로 위 법률의 조항에 정한 7년의 기간은 규범의 규정형식상 비록 7년의 정기보호감호의 형식으로 되어있다 하더라도 이는 단지 보호감호 집행상의 상한을 정한 것으로 해석할 수 밖에 없다 할 것이다

#### (3) 법 제5조 제2항의 합헌성

법 제5조 제2항에 규정된 보호감호처분은 보호감호의 요건을 재범의 위험성이 인정되는 때로 규정하고 있고, 감호의 기간에 관하여 위에서 본 바와 같이 7년의 기한을 단순히 집행상의 상한으로 볼 때에는 헌법 제12조 제1항 후문에 정한 적법절차에 위반된다고 할 수 없고, 달리 헌법의 다른 조항에도 위반된다고 볼 수 없다.

#### 4. 결론

이 결정은 재판관 이시윤의 5와 같은 다수의견에 대한 보충의견이, 재판관 한병채, 재판관 김양균, 재판관 최광률의 법 제5조에 대한 위헌법률심판의 전제요건등에 관하여 6의 1,2,3과 같은 반대의견이, 재판관 변정수, 재판관 김진우의 7과 같은 법 제5조 제1항에 관한 다수의견에 대한 보충의견과 법 제5조 제2항에 대한 반대의견이 있는 외에는 관여재판관의 의견이 일치되었으므로 주문과 같이 결정한다

#### 5. 재판관 이시윤의 보충의견

이 사건 위헌제청의 적법성에 관한 의견은 다음과 같다

원래 제청법원은 일단 제청한 뒤에는 제청결정의 기속력때문에 제청요건을 갖추지 못했다는 확신에 이른다 하여도 제청결정을 변경할 권한은 없다고 할 것이다. 그러나 법률이 변경되는 경우나 본안소송에서 소의 취하 등으로 적법하게 사건이 종료된 경우에는 예외적으로 제청법원은 재판의 전제성이 없는 것으로 보고 제청결정을 변경하거나 또는 철회할 수 있다고 할 것이다. 그런데 대법원에 의하여 제청된 개정 전 사회보호법 제5조의 규정은 이에 대한 당 재판소의 위헌 여부에 대한 심리도중에 1989.3.25. 법률 제4089호로서 개정을 보았는데 제청법원인 대법원은 개정 전 사회보호법 제5조에 대한 위헌제청을 여지껏 철회하지 않고 그대로 유지하고 있다.

위헌법률 심판에 있어서 제청한 법률이 재판의 전제가 되느냐의 문제 즉 재판의 전제성은 헌법재판소가 별도로 독자적인 심사를 하기 보다는 되도록 법원의 이에 관한 법률적 견해를 존중해야 할 것이며, 다만 그 전제성에 관한 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없을 때만 헌법재판소는 예외적으로 이를 직권으로 조사하여 위헌제청을 각하할 수 있다고 할 것이다. 왜냐하면 문제되는 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되느냐 않느냐는 사건기록없이 위헌여부의 쟁점만 판단하게 되어 있는 헌법재판소보다는 기록을 갖고 당해 사건의 종국적 해결을 하는 일반법원이 더 잘 알 것이며, 또 헌법재판소가 위헌여부의 실체판단보다도 위헌심판청구의 형식적 요건인 재판의 전제성에 관하여 치중하여 나름대로 철저히 규명하려고 든다면 결과적으로 본안사건의 종국적 해결에 커다란 지연요인이 될 것이기 때문이다. 따라서 다수의견이 제청법원인 대법원의 제청신청을 유지하는 입장을 존중하여 위헌여부의 본안판단에 들어서려는 것은 위에서 본 위헌재판제도의 본지에 합치

되는 바 있고 수긍할 바 있어 이에 찬성하면서 여기에 이 사건 위헌 제청의 적법성의 또 하나 근거를 새로 첨가하고자 한다.

가. 위헌법률 심판에 있어서 문제된 법률이 재판의 전제재판의 필요성)가 된다 함은 우선 그 법률이 당해 본안사건에 적용될 법률이어야 하고 또 그 법률이 위헌무효일 때는 합헌유효일 때와는 본안사건 담당법원이 다른 판단을 하여야 할 경우 즉 판결결론인 주문이 달라질 경우를 뜻하는 것이 원칙이다.

개정된 사회보호법 부칙 제4조를 보면 신법 시행당시 이미 재판이 계속중인 감호사건에 대해서는 신법을 적용하도록 규정되어 있어서 문득 이제 구법은 이 사건 위헌제청한 본안사건의 재판의 전제성을 상실한 것이 아닌가 생각되지만, 한편 구법 제5조 위헌여부의 판단이 제청된 본안사건의 결론에 아무런 영향을 준 바 없다 하여도 이 사건을 떠나 일반적 의미가 있다면 문제는 달라진다 할 것인데, 이제 이를 살펴본다.

현재 당 재판소에는 일찍이 89헌마 17 사건으로 개정된 사회보호법 부칙 제2조에 대한 헌법소원이 제기되어 계속중이다 그 주장의 요지는 부칙 제2조에서는 “이 법 시행전에 종전의 규정에 의하여 보호감호……의 판결을 받은 자는 이 법에 의하여 보호감호……의 판결을 받은 것으로 본다” 고 규정되어 있는데 이는 곧 개정전 법률 제5조 제1항 제1호에 의하여 보호감호처분을 받음으로써 재범의 위험성에 대한 구체적인 판단을 받지 못한 자임에도 재범의 위험성을 그 구성요건으로 한 개정법률 제5조에 의하여 판결을 받은 것으로 본다는 것을 뜻하므로 이는 죄형법정주의에 어긋난 위헌규정이며 이에 의하여 청구인의 기본권이 침해되었다는 것인 바, 이 헌법소원사건에 대해 당 재판소가 심판하고자 하면 보호감호처분을 함에 있어서 재범의 위험성을 구성요건으로 하지 않은 개정전 법률 제5조 제1항의 규정의 위헌성

여부는 반드시 잡고 넘어갈 선결적인 판단사항이 될 것이다 이러한 유형의 사건은 비단 위의 89현마 17 사건 뿐만 아니라 이외에도 현재 4건이 접수되어 있음은 당 재판소의 현저한 사실이며 계속 속출될 전망이다. 그렇다면 개정전 법률 제5조 제1항의 위헌여부는 이 사건 본안판단에 영향이 없는 문제라 하여도 당 재판소에 현재 계류중이고 나아가 앞으로 계류될 것으로 예상되는 여러 사건의 재판의 전제가 될 것으로 이에 대한 판단은 이들 사건 해결의 획일적인 지침을 제시해 줄 수 있다는 점에서 일반적이고도 중요한 의미를 지녔다고 할 것이다.

나. 나아가 개정전 사회보호법 제5조 제1항의 위헌여부에 대한 실체판단을 하는 것이 또 다른 의의가 있음을 간과할 수 없다. 물론 구법 제5조 제1항에 대하여 당 재판소가 위헌판단을 하여도 구법 제5조 제1항에 의하여 그 즉시 보호감호처분을 받은 피감호보호자의 감호집행이 면제되거나 정지되는 것은 결코 아니며 사회보호법을 널리 형벌에 관한 법률로 보는 한 위헌판단을 재심사유로 삼아 재심청구를 할 수 있을 뿐이다. 생각컨데 재심의 길이 열린다 하여도 구법에 따른 재판을 받을 때 실질적 심사를 받지 못하였던 재범의 위험성에 대하여 새로 심사받을 이익을 향유하게 될 뿐이지 재심청구만 하면 검사의 감호청구가 당연히 기각되어 감호소에서 모두가 풀려나오게 될 수는 없다 할 것이다. 구법 제5조 제1항에 정해진 동종의 죄로 3회 이상 실형선고를 받고 형기합계 5년이상인 자가 최종형의 집행을 받은 후 3년이내에 동종의 범죄를 저지른 경우나 일찍이 보호감호선고를 받은 자가 집행을 받은 뒤 다시 동종의 범죄를 저지른 정도의 사정이라면 예외없이 재범의 위험성이 있는 것으로 간주할 정황은 못되어도 특단의 사정이 없는 한 재범의 위험성이 있다고 추단할 중요 징표는 된다 할 것이므로 구법 제5조 제1항에 대한 위헌

판단이 난 뒤 동 조항에 의한 피보호감호자가 재심청구를 한다하여도 고령자, 병약자 등 동종의 범죄를 다시 저지를 생리적 능력이 의심될 자 그리고 제반사정을 고려하여 개전의 정이 있음에 의심없는 자 정도가 재범의 위험성이 없다 하여 풀려 나갈 수 있는 데 그칠 것이다 또 피감호자중에서 재심과정에서 풀려나간다 하여도 국가배상책임에 관하여 제한설에 의하는 현재의 학설 판례하에서도 국가배상책임의 문제는 생길 수 없다고 할 것이다.

이렇듯 재심과정에서 극히 한정적으로 일부의 기결의 피보호감호자가 혜택을 받는데 그치고 파급효는 크지 않게 되어도 차제에 구법 제5조 제1항이 위헌임을 명백히 해 두는 것은 앞으로의 우리나라의 보안처분에 관한 정책에 중요한 의미를 지닌다고 할 것이다 우리나라에 있어서는 상습범임에도 선고형량이 비교적 가벼운데다가 사면권 행사의 빈도 또한 높아 일반 형벌에 의하여는 상습범으로부터 사회방위가 효과적으로 이루어지고 있지 않은 실정이며 이와 같은 실무관행은 쉽게 시정될 전망이다 서지 않는다. 따라서 재범의 위험성이 있는 상습범에 대하여는 일반형벌과 함께 보안처분을 병행하면서 대처하여야 할 현실적 요청이 있음을 부인할 수 없다. 한편, 보안처분제도 운영의 역사는 극히 일천하다.

실정이 이와 같다면 구법 시대에 대표적인 보안처분이라고 할 수 있고 오래전부터 논란되어 왔던 구법 제5조 제1항에 대한 위헌문제가 현안이 된 이제 그 점을 명백히 밝혀 판단해 두는 것은 과거처럼 “전과 있으면 보안처분 있다.”가 아니라, “재범의 위험성이 있으면 보안처분이 있다.”로 죄형법정주의에 입각한 합리적 방향으로 보안처분 제도가 뿌리를 내리게 하는데 기여될 뿐더러 전과있는 사람들에게 인간다운 처우를 함에 진일보가 될 것이다.

다. 결론적으로 구법 제5조 제1항의 위헌여부의 판단은 개

별사건을 떠나 일반적인 의미가 있으며 또 공공복리를 위하여 중요한 의미가 있어 당해 사건 재판의 전제성 즉 재판의 필요성의 예외에 해당되어 이 사건 위헌제청의 적법성은 인정된다

#### 6-1. 재판관 한병채의 반대의견

가. 먼저 헌법재판의 목적과 기능 측면에서 살펴본다

(1) 헌법재판제도는 국가의 최고 가치규범인 헌법을 보장하고 자유민주주의의 기본질서를 확립하며, 법치주의의 실현을 원칙으로 하는 헌법규범을 수호하는데 그 목적이 있다.

헌법소원제도로써 국민의 기본권을 보호하고 위헌법률심판제도로써 권력의 남용이나, 법관의 자의로부터 국민의 대표기관인 의회의 입법권을 보장하며, 나아가 국가의 통치질서와 법치주의의 정착을 위한 법적 안정성과 법적 실효성을 확보해 가는데 있다.

그러므로 헌법재판은 우리의 헌정사를 되돌아 보면서 우리 헌법을 수호하는 길을 가야하고, 그 위헌결정이 법적 안정성을 해쳐 사회적 충격과 정치적 혼란을 자초해서는 안되는 것을 원칙으로 하여야 한다.

헌법은 다양한 사회의 구성세력을 하나의 사회공동체로 정치적으로 통합시키는 근원이며 그 시대의 정치체제의 정당성을 부여하는 조직규범인 동시에, 사회 각계각층의 다양한 이해관계를 민주적인 방식으로 수렴하여 국민적 합의를 이루어감으로써 사회적 정통성을 유지하는 가치규범이다.

헌법재판소는 이러한 헌법규범을 실현시키고 민주사회의 도덕성과 헌정질서를 지키는데 하나의 결정적인 힘이 되어야 한다. 국가권력을 견제하고 상호간의 균형을 이루어 나가는 국가기관일 뿐만 아니라, 사회적 갈등과 대립을 융화시키고 사회적 혼란이나 무질서로부터 국가와 사회를 보호하는 기능도 함께 수행하는데 있

다.

따라서 헌법재판은 구체적 사건을 통하여 법의 안정과 질서를 유지하고, 나아가 사회 각계각층의 문제들을 수용하고 조화를 이루어 그 국가의 조직과 사회의 여러가지 문제들을 평화적으로 합헌적 차원에서 통합을 이룩하여 법의 권위와 신뢰가 확립되도록 헌법규범을 적용 해석해야 한다.

그러므로 헌법재판의 목적과 기능은 국민주권주의 의회민주주의, 권력분립주의원칙에 위배되어서는 아니되며 법과 정치가 조화를 이루어 가도록 법의 권위와 신뢰를 조성하여 정치적 사회적 불안을 해소하고, 모든 국민에게 자유와 번영을 약속하는 자유민주주의를 이 땅에 정착시키는데 있다.

그래서 위헌심사제도의 전통이 있는 국가에서도 위헌법률심사는 정치, 경제, 사회적인 모든 면을 두루 살펴 신중하게 다루고, 가급적 헌법해석은 합헌적으로 하여야 한다는 원칙(합헌추정의 원칙)을 지켜가고 있다. 우리의 위헌법률심판제도가 구체적 규범통제를 기본으로 하는 것도 여기에서 유래된다.

(2) 이러한 차원과 원칙에서 본건 다수의견에 반대하는 이유는 다음과 같다.

본건 사회보호법에 대한 위헌여부가 논의되자 국회에서 1989.3.25.(법률 제4089호) 위헌의 시비가 되어온 구법 제5조를 비롯한 관계 각 조문들을 정리하여 새롭게 개정하였다. 이 법개정으로 구법 제5조 제1항은 폐지되고 이 법 시행당시 재판이 계속중인 감호사건에 대하여는 개정된 신법을 적용한다고 하여 그로인한 감호자의 일시적 석방 등으로 기존 법 질서를 뒤흔드는 사회적 혼란과 법집행상의 부작용이 없도록 경과규정(부칙 제2조, 제3조, 제4조)을 두어 국회가 스스로 위헌성의 문제를 새로운 입법으로 개정하여 해결을 하였다.

이는 헌법재판소의 위헌결정만으로는 해결할 수 없는 혼란과 부작용을 막고, 법적 안정성과 사회적 평화를 유지하기 위하여 필요하고도 적절한 조치를 입법적으로 해결한 것이다 이러한 조치는 입법기관만이 가지는 고유한 권한과 입법기능으로 입법형성권을 합헌적으로 행사한 것이며, 국민적 요구를 수용한 합당한 입법을 한 것이라고 아니할 수 없다.

위헌성에 의심이 있는 법률을 입법권자가 스스로 개정하여 위헌성을 해소하였다면 헌법재판소로서도 입법권자의 의사를 존중하지 아니할 수 없는 것이다.

이와같은 법률개정으로 인하여 재판의 전제성이 흠결되었음에도 불구하고 헌법재판소가 구태여 과거의 법률에 대한 위헌판단을 하는 것은 법적 안정성을 해하고 나아가 입법권자의 입법형성권을 침해하여 권력분립주의의 원칙을 문란케 하는 결과를 초래한 것이다.

더구나 국회에서 경과규정을 두어 폐지된 구법 제5조 제1항을 다시 등장시켜, 이해할 수 없는 가정을 설정하고 상호 모순되는 주장과 형식적인 논리로 위헌을 선언하는 것은, 이는 법관의 자의로부터 입법권을 보호하고 권력분립주의를 민주적으로 확립하고 보장해야 할 헌법재판의 본래적 기능을 스스로 위배하는 모순을 저지른 잘못된 판단이라 지적하지 아니할 수 없다.

(3) 그러므로 본건에 대한 위헌결정은 이와같은 이유로 헌법재판의 목적과 기능에 반하는 것으로 생각되어 다수의견에 반대한다

나. 다음은 헌법재판의 요건인 전제성과 필요성 문제를 가지고 살펴본다.

(1) 우리 헌법재판소의 법률에 대한 위헌법률심판은 구체적 규범통제의 권한과 절차를 원칙으로 하고 있다(헌법 제107조

제1항, 동 제111조 제1항, 헌법재판소법 제41조 제1항). 이는 법률 또는 법률조항에 대하여 위헌결정을 하려면 첫째, 제청법원이 위헌법률심판을 제청하는 재판의 전제성이 있어야 하고 둘째, 위헌결정을 할 때에는 직접적이고 절대적인 필요성이 있어야 하고 셋째, 위헌여부가 제청된 법률이 명백하고도 현저하게 위헌성이 있어야 한다는 것이다 즉 법률이 형식적인 논리로 위헌성이 있다고 하더라도 그 위헌성이 현저하고 명백하지 않거나, 절대적인 필요성이 없거나, 재판의 전제성이 없을 때에는 위헌선언의 결정을 할 수 있다는 것이다.

(2) 이러한 헌법재판의 기본요건을 가지고 살펴보면 본건 심판의 대상인 구법 제5조 제1항의 규정을 신법에서 전문 삭제하고 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때에는 신법 제5조에 흡수하고, 나아가 법 제7조 제3항(수용은 7년을 초과할 수 없다)을 신설하고, 법 제20조 제1항 단서를 삭제하고, 부칙 제4조에 개정법률 시행당시 재판 계속중인 사건은 신법을 소급적용하도록 하였으므로, 본건은 헌법재판의 제청요건이며 존속요건인 그 전제성이 없어졌고 재판상 판단의 필요성이 없어 그 위헌여부를 심판할 수 없다고 할 것이다.

위헌심판을 할 재판의 필요성과 전제성이 없다는 법체계상의 구체적인 논지는 재판관 최광률의 반대의견과 같으므로 이를 원용하기로 하고 여기에서는 생략한다.

다만, 그 논지중 구법 제5조 제1항 제1호와 제2호를 구분하여, 제1호는 반대하고, 제2호에 대한 위헌결정에 대하여는 다수의견에 찬성한다는 결론에 대한 부분은 원용하지 않는다.

재판관 최광률은 구법 제5조 제1항과 제2항을 구별하고 다시 제5조 제1항을 제1호와 제2호로 구분하여 제5조 제1항 제1호에 대해서만 전제성과 필요성이 없다고 하고, 제5조 제1

항 제2호, 제5조 제2항의 전제성에 대해서는 아무런 의견을 제시함이 없이 다수의견에 찬성하고 있으므로 이 점에 관하여 본 재판관의 의견을 첨가하고자 한다.

(3) 구법 제5조 제1항 제2호와 신법 제5조 제3호는 다같이 보호감호 전과자에 대한 보호감호 규정으로 그 요건을 대비해 보면 재범의 위험성 요건이 신법에 추가된 점과 재범의 종류가 구법에서는 법정형이 사형, 무기 또는 장기 7년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 동종 또는 유사한 범죄인데 반하여, 신법에서는 별표에 정한 동종 또는 유사한 범죄로 제한된 점만 다르다.

그런데 신법의 별표에 정한 범죄중 형법 제302조(미성년자 등에 대한 간음), 제303조(업무상 위력 등에 의한 간음)의 범죄를 제외한 나머지 범죄는 모두 법정형이 장기 7년 이상의 징역형으로 규정된 범죄들이다.

그러므로 신법은 보호감호 전과자에 대한 보호감호요건에도 재범의 위험성을 추가하였고, 재범대상범죄를 별표에 정한 범죄로 한정하였다는 점에서 구법의 규정을 훨씬 완화한 법률이라 할 수 있다.

그와 마찬가지로 구법 제5조 제2항 제1호 또한 신법 제5조 제1호와 대비하여 보면 재범의 종류만 전보다 축소된 점을 제외하고 그 요건이 동일하다. 더구나 이 경우에는 구법 당시에도 장기 5년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 동종 또는 유사한 범죄를 재범할 것을 요건으로 하였으므로 신법의 규정이 모든 점에서 구법보다 유리하게 되었다.

이와같이 구법 제5조 제1항 제2호와 동 제5조 제2항 모두 신법에 의해 개정되어 종전 규정보다 유리한 신법이 소급적용되게 되었다면, 구법의 규정은 이제 더 이상 당해사건에 적용될 여

지가 없게 되었으므로 재판의 전제성을 상실하게 되었다 할 것이다.

구법에 대한 위헌제청이 법률의 개정으로 인하여 전제성을 상실하였다고 판단되는 이상 헌법재판소로서는 구법의 위헌 여부를 판단할 실익이 없다고 하여 모두 각하하여야 할 것이다. 본 재판소가 집회 및시위에관한법률에 대한 위헌법률심판에서 이와같은 취지로 구법에 대한 위헌심판제청을 각하하는 결정을 선고한 바 있다(헌재 1989.5.24. 선고, 88헌가12).

그러므로 본 재판관은 헌법재판의 전제성과 필요성이 없다는 논지가 구법 제5조 제1항, 제2항에 모두 적용되어야 한다고 판단되므로 이에 대하여 위헌여부의 결정을 한 다수의견에 찬성할 수 없다

(4) 본 결정의 논지는 구법이 개정되었다 하더라도 행위시에 처벌의 적법한 근거법률이 있어야 하는데 그 법률인 구법이 위헌이어서 무효이므로 행위시에는 사실상 법률이 존재하지 않았던 것과 같아서 구법 당시 재판이 계속중인 사건에 신법을 적용하는 것은 소급입법금지원칙에 위반된다는 취지로 구법 제5조 제1항의 위헌심판을 논급하고 있다.

그러나 소급입법이란 행위당시에는 죄를 구성하지 않던 행위를 범죄로 처벌하거나, 범행 후 그 범죄에 대해 무거운 형벌을 정하거나, 불리한 증거법을 제정하거나 적용하는 것을 말하며, 재판절차만을 변경하는 것은 소급입법에 해당하지 않는다. 그리고 법률의 부존재와 무효와 효력상실은 엄연히 구별되는 것인데 본 결정의 논지는 이를 혼동하고 있다. 더구나 구법은 제정된 이래 수년간 과거 헌법재판기관(대법원)에서 합헌이라는 최종적 판단을 받아 적용되어 왔다는 사실도 알아야 한다.

이와같이 행위당시에 구법 제5조 제1항이 분명히 존재하였고,

신법개정시까지 위헌으로 선언되지 않았기 때문에 행위시에도 처벌의 적법한 근거법률이 합헌적으로 존재한다고 추정되는 것이 원칙이다(합헌추정의 원칙).

본건 논지에서 재범의 위험성을 입법으로 정하는 것은 위헌이라고 단정하고 그 법률이 무효라고 전제한 것은 죄의 요건(罪)과 형벌(刑)은 입법부가 법으로 정한다 사법부는 그 범위 내에서 재판한다(죄형법정주의 원칙)는 헌법의 기본원칙을 부정하는 독단적 판단이라 아니할 수 없다.

본건에서 다수의견은 신구법 모두 보호감호처분 자체는 헌법에 규정한 보안처분으로 합헌이며 그 처분자체가 위헌이어서가 아니라 그 처분을 과하는 절차에서 구법은 재범의 위험성을 법으로 의제한 것이 위헌이라는 것이다.

즉 본 결정의 논지는 구법 제5조 제1항은 감호처분의 요건으로 전과와 재범사실만을 규정하고 있었는데 신법은 재범의 위험성을 추가하였으므로 구법과 신법간에는 실체적 요건의 변경이 있었다는 것을 전제로 하고 있다. 그러나 재범의 위험성이나 상습성등은 본질적으로 추상적인 것이어서 이를 판단하는데는 전과 및 재범사실이 가장 중요한 자료임은 누구도 부인하지 못한다.

그렇기 때문에 구법에서는 피감호청구인에게 일정한 전과사실이 있고 재범사실이 인정된다면 위험성이 존재하는 것으로 법률로 의제했던 것을 신법은 법관이 판단하도록 재량을 준 것에 불과한 것이다 구법에서도 재범의 위험성을 요건으로 하고 있었지만 이를 법관이 판단하게 하지 아니하고 입법기관에서 법률로 정하였던 것이다

피감호청구인이 갖추고 있는 재범의 위험성을 누가 판단하느냐는 결국 절차의 문제이지 실체적 요건의 변경이라고 할 수 없는 것이다. 그렇다면 이는 보호감호처분의 실질적인 요건이 불리하

게 변경된 것이 아니고 절차상의 문제에 불과한 것으로 소급입법금지 원칙에 해당하는 사항이 아니다

더구나 구법에 의한 피감호청구인에게 신법 부칙 3조에 의하여 신법을 적용하여 재판을 하는 것은, 감호처분요건상의 새로운 불이익을 과하는 것이 아니고, 재범의 위험성에 관한 판단절차도 보충 개선하여 유리하게 한 것에 불과하므로 이른바 소급입법금지원칙에 위배되지 않는다는 것이 명백하다 할 것이다.

나아가 행위시와 재판시 사이에 개정된 사회보호법 3조 등은 전체적으로 피감호청구인에게 유리하게 개선되는 것이라 소급입법금지에 반하는 입법이라고도 할 수 없다.

따라서 다수의견과 같이 구법 3조 제1항은 보호감호처분을 과하는 절차에서 법관의 재량이 배제되어 있어 위헌성이 있다 하더라도 입법권을 가진 국회에서 이를 모두 보완 개선하였으며, 재판이 계속중인 감호처분은 신법 부칙 4조에 따라 신법을 적용하게 되어 있으므로 결국 위 구법의 위헌여부는 판단의 필요성이 없게 되며 재판의 전제가 될 수 없다. 즉 본건은 재판의 전제성과 필요성을 상실하게 되어 판단할 실익이 없는 것을 가지고 위헌여부를 선언한 것이라 이 논지 또한 반대하지 않을 수 없다.

#### 다. 결론

본건은 헌법재판소에 위헌법률심판의 제청이 있는 후에 국회에서 위헌성이 있는 법조항들을 삭제 또는 정리하여 피감호청구인에 대하여 유리하게 법이 개정되었고, 법개정이나 위헌결정으로 인하여 생기는 여러가지 부작용과 사회적 충격을 감안하여 국회가 입법과정에서 경과규정을 두어 구법보다 완화된 신법을 적용하게 되어 있으므로 위헌판단의 전제성과 필요성이 없어진 것이다. 이러한 국회의 입법형성은 합당하며 국민적 합의에 부합하는

것이라고 아니할 수 없다. 국민의 대표기관인 국회에서 여야 만장일치로 이와같이 위헌성이 있는 법조항들을 삭제 정리하여 새로운 법으로 본건 법률을 개정한 마당에 어느 의견도 과반수의 지지를 얻지 못하는 이론을 가지고 폐지된 법조항에 대하여 다시 위헌을 선언하는 것은 국회의 입법기능을 침해하는 것으로써 바람직한 헌법재판이라 할 수 없다.

그렇다면 구법 제5조에 해당하는 사건에 대하여는 법 제5조 제1항과 제2항을 구별할 필요없이 모두 법개정으로 위헌재판의 전제성이 상실되었고 그 판단의 필요성이 없다고 하여 본건의 위헌법률심판제청은 모두 각하하여야 하는 것이 당연하고 헌법재판의 목적과 기능에 합치한다고 생각된다. 그래서 다수의견에 반대하는 것이다.

#### 6-2. 재판관 김양균의 반대의견

다수의견은 헌법재판 계속중에 사회보호법이 개정되었고 법원의 심리중인 사건에는 신법을 적용한다는 경과규정이 마련되어 있더라도 죄형법정주의의 원칙에 비추어 행위시의 법률인 구법 제5조가 합헌이고 동시에 신법보다 더 무거운 것임이 전제될 때 비로소 신법이 소급 적용될 수 있는 이치이기 때문에 구법 제5조에 대한 위헌여부에 관한 실질심사가 불가피하다고 전제하고 결국 구법 제5조 제1항은 보안처분의 본질적 요건인 재범의 위험성을 따지지 않고 보호감호를 선고하도록 법관에게 강제하고 있기 때문에 위헌이고 같은 제5조 제2항은 그렇지 않으므로 위헌이 아니라고 판단하고 있다.

그러나 본 재판관은 그 판단의 당부를 따지기에 앞서 위헌판단의 전제인 “판단의 이익” 또는 “판단의 필요성”이 법의 개정에도 불구하고 본건에서 존재하는지의 여부에 대하여 우선 의문을 제기 하지 않을 수 없어 다음과 같은 반대의견을 제시한다

헌법 제107조 제1항, 제111조 제1항 제1호의 규정과 헌법재판소 법 제41조 제1항, 제45조의 규정을 종합해 보면 헌법재판소의 위헌심판에 있어서 우리나라는 소위 구체적 규범통제제도를 채택하고 있음을 알 수 있다. 헌법재판소의 위헌심판은 구체적 사건을 전제로 하며 형사사건에 있어서는 일정한 피고인에 대한 일정한 공소사실 및 적용법조를 (기재한 공소장을) 토대로 하여 그 적용법조의 위헌여부를 심사하는 것으로서 구체적인 사건은 위헌심판의 제1의 전제이다.

다음에 위헌심판은 법률 또는 그 조항의 위헌여부의 판단이 제청법원에서 심리중인 사건의 재판을 수행하는데 있어서 직접적이고 절대적으로 필요한 경우에 한하며 그것이 위헌심판의 제2의 전제인 것이다. 그리고 이상의 전제를 합하여(또는 후자만을) 헌법재판의 이익 또는 필요성이라 할 수 있고 그것은 위헌심판 제청시는 물론 심판절차 진행 중에도 존속해야 하며 사정의 변경으로 헌법재판의 이익이 소멸하면 위헌심판의 적격성도 소멸한다고 할 것이다.

그러면 우선 당 재판소 88헌가 5, 8 및 89헌가44로 각 접수된 대법원에서 제청한 보호감호 청구사건에 관하여 살펴보기로 한다

먼저 피감호청구인 김충한(88헌가5)은 사기등 죄로 4회에 걸쳐 실형 형기합계 4년을 선고받고 그 형의 집행을 종료한 후 3년내에 상습으로 사기죄를 범하였다 하여 1심에서 징역 2년 및 보호감호 7년을 선고받고, 피감호청구인 윤주일(88헌가8)은 절도죄 등으로 10회에 걸쳐 실형 형기합계 20년 4월을 선고받고 그 형의 집행을 종료한 후 3년내에 상습으로 절도죄를 범하였다 하여 1심에서 징역 1년 6월 및 보호감호 10년을 선고받고, 피감호청구인 이승옥(89헌가44)은 폭력행위등처벌에 관한 법률 위반

죄로 징역 2년에 보호감호 7년을 선고받고 감호처분집행중 가출소하였다가 상습으로 폭행 및 상해죄를 범하였다 하여 1심에서 징역 2년 및 보호감호 10년을 선고받고 각 항소(기각되자) 상고하여 현재 대법원에 계속중에 있는 자이다.

한편, 동 사건들은 대법원에 계속중 범이 개정되었고 검찰에선 종래 적용법률이었던 구사회보호법을 변경키 위하여 대법원에 파기환송을 요청하였고 대법원의 조치를 기다리고 있다.

개정된 신사회보호법은 필요적 보호감호규정을 삭제하고 임의적 보호감호규정을 보다 합리적으로 개정하고 신법 시행당시 법원에 재판계속중인 사건에 대하여는 신법을 적용한다고 규정하고 있다(부칙 제 4조). 그런데 국회는 입법재량권이 있고 모든 법률은 그것이 위헌선고되기까지는 합헌임이 일응 추정되고(합헌추정의원칙), 법원의 위헌심판제청 등 전제절차가 있어야 비로소 헌법심판이 개시되는 바(불고불리의 원칙), 위 각 보호감호청구사건에서 적용이 논의되고 있는 각 조항(피감호청구인 윤주일의 경우 구법 제5조 제1항 제1호, 신법 제5조 제1호, 동 이승옥의 경우 구법 제5조 제1항 제2호, 신법 제5조 제2호, 동 김충한의 경우 구법 제5조 제2항 제1호, 신법 제5조 제1호)을 중심으로 각 신구법을 비교할 때 피감호청구인 등은 모두 신구법 양법에 다 해당되고 신법은 제법의 위험성을 추가하여 요건을 강화함과 동시에 법관의 재량권을 인정하거나(동 윤주일, 동 이승옥의 경우) 감호처분량에 있어서도 구법의 10년 또는 7년에 비하여 7년으로 상한선을 긋는(각 피감호청구인의 경우)등 신법은 전체적으로 감호처분대상자에게 유리하게 개정되고 있어 만일 그들에게 제법의 위험성이(있다고 인정될 때에는 신, 구법 어디에 의하든지 문제될 것이 없고) 없다고 인정된다면 신법 제5조 제1호 및 동 경과규정인 부칙 제4조에 의하여 보호감호청구기간선고가 가능하며 위 각 보호감호청구사건의 판단이 구법의 위

헌여부를 가려서 비로소 이를 할 수 있는 것은 아니다 위와 같은 심판과정에서 신법의 제규정의 위헌여부가 문제로 된다면 이를 별도로 논할 것이나 본건에서 신법의 제규정은 위헌심판의 제청이 없고 의견상 명백한 하자도 발견되지 않아 위헌심판대상이 아니므로 더이상 논할 여지가 없다고 할 것이다. 아울러 구법에서 위헌의 의심이 있는 법조항은 전부 삭제 폐지되었는 바, 폐지된 법률은 원칙적으로 위헌심판의 대상이 될 수 없고 다만 그 법률 또는 법조 때문에 현재도 기본권의 침해가 계속되고 있는 등 심판의 이익이 있을 때에 한하여 예외적으로 그 대상이 될 뿐이라 할 것인데 본건은 위의 예외에 해당한다고 볼 사유도 없다. 따라서 구법에 대한 위헌여부의 판단을 기다릴 필요도 없이 법원이 당해사건을 재판함이 가능하며 헌법재판의 필요성을 결여한 적법요건 불비의 경우에 해당한다고 할 것이다. 위 각 보호감호청구사건에는 공소장에 구법이 기재되어 있고 절차상 상고심에서는 검사가 공소장 변경을 할 수 없는 점과 관련하여 혹 의문을 제기할 수도 있겠으나 법률의 적용은 법원의 전속적 권한으로서 공소장에 기재되어 있는 법조에 구해 없이 적정한 법을 적용할 수 있다고 보기 때문에 대법원에서 신법을 스스로 적용해서 파기자판하거나 법개정에 따른 공소장변경을 위하여 파기환송하거나 하등장애가 없다고 보는 것이다. 아마도 다수의견은 본건 구법의 위헌선언을 해두면 위 각 피감호청구인에게는 직접적인 이해관계가 없더라도 보호감호재판이 확정되어 집행중에 있는 일부 기결수 중에 재범의 “위험성 유무”에 대한 재판관의 재량권 박탈로 인하여 보호감호 선고된 자에게 재심의 기회를 줄 수 있다는 기대를 갖고 있는지 모르겠다. 다수의견중 재판관 이시윤의 보충의견은 명시적으로 이를 지적하고 있다.

이러나 이러한 것은 당해 관련된 사람의 사건을 통하여 비로소

그 위헌여부를 가리는 것이 구체적 규범통제의 목적 및 이를 규정한 헌법정신에 비추어 온당하다고 사료된다. 즉, 구체적 규범통제절차는 법원이 특정한 사건 그 자체를 재판함에 있어서 선결되는 문제를 해결해 주는 것이지 특정사건과 유사한 사건이나 여타 사건의 헌법상 문제를 다루는 절차는 아니다. 따라서 법률의 위헌여부가 현재 계속중인 사건의 선결문제가 되지 않는 이상 법률이 위헌인 경우를 가정하여 이에 대한 해결책을 이 사건에서 함께 다루고자 하는 것은 구체적 규범통제의 본래의 목적을 벗어난 견해라 아니할 수 없다.

무릇 헌법재판소가 모든 법률에서 위헌요소를 적극적으로 색출해내는 것이 최고의 이상이라고 한다면 구체적 사건에 대한 법원의 제청을 기다릴 필요도 없이 헌법재판소가 직권으로라도 행하는 것이 합당할 것이다. 그러나 구체적 사건처리와 관계없이 일반적인 위헌판단을 금하고 있는 이유는 삼권의 분립주의에 기초를 둔 헌법재판의 자기제한이라 할 수 있다.

또 어떤 법률이 헌법재판소에서 위헌 판단이 내려질 때까지는 “합헌인 것으로 추정된다” 든가 “합헌적 해석을 통하여 법률을 존속시킨다” 든다 “다른 사유로 사건처결이 가능할 때는 그에 의하고 헌법판단은 최후 불가피할 때 한해서 하라는 헌법판단유보의 원칙” 과 같은 것은 모두 미·일등 선진국 최고재판소가 확립해 놓은 관례인 바, 이는 국민의 대의기관인 국회의 정직성 성실성, 전문성에 대한 예우이고 존경이라 할 것이다. 즉, 국회에서 제정한 법률에 대한 위헌판단은 국회의 입법권에 대한 중대한 제한인만큼 구체적인 사건해결에 불가피한 전제가 되고 명백한 위헌요소가 있을 때 한하여 위헌선고를 할 수 있는 것이다.

이상과 같은 이유로 본건 위헌심판청구는 법률의 개정으로 인하여 헌법재판을 기다릴 필요없이 보호감호청구사건의 처리가 가능

하여 위헌판단의 필요성의 요건을 충족시키지 않고 있는 경우에 해당하므로 이를 각하함이 상당하다고 사료된다.

### 6-3. 재판관 최광률의 반대의견

#### 가. 반대의견의 제시이유

다수의견은 이 사건에서 문제된 사회보호법 제5조가 이 사건 심리중에 개정되었고 그 개정법률 부칙 제4조에서 개정법률 시행당시 재판계속중인 사건에 대하여도 개정법률을 적용한다는 경과규정을 두었더라도, 죄형법정주의의 원칙에 비추어 제청법원에 계속중인 당해사건에서 개정법률인 신법이 소급적용되려면 행위시의 법률인 구법 제5조가 합헌이어야 하고 신법이 구법보다 피감호청구인에게 더 유리하여야 하므로, 헌법재판소로서는 구법 제5조에 대한 위헌여부에 관한 심판을 하지 않을 수 없다고 판시하고 있다. 또한 다수의견은 위와 같은 전제하에 구법 제5조의 위헌여부에 관한 실질적 심사를 행하여 구법 제5조 제1항은 보안처분의 본질적 요건인 재범의 위험성을 그 요건으로 규정하고 있지 않을 뿐만 아니라 다른 요건만 충족하면 재범의 위험성에 불구하고 법관에게 보호감호를 선고할 의무를 부과하고 있으므로 헌법에 위반되고, 같은 제5조 제2항은 재범의 위험성을 그 요건으로 규정하고 있으므로 헌법에 위반되지 않는다고 판단하고 있다.

그러나 다수의견의 위와 같은 판단은 그 일부판단에 있어서 위헌법률심판의 전제요건이라고 할 수 있는 “심판의 필요성”을 간과하여 불필요한 헌법판단을 하고 있다고 생각한다 즉 다수의견이 구법 제5조 제1항 제1호와 제2호를 나누어 판단하지 아니하고 싸잡아 판단하고 있는 것은 잘못이고, 그 제1호에 대한 위헌판단은 제청법원에 계속중인 당해 사건의 재판을 위하여 직접적이고 절대적으로 필요한 헌법판단이 아니라고 생각하므로 이 부

분에 대한 다수의견에는 도저히 찬성할 수 없다 따라서 다수의견중 구법 제5조 제1항 제1호에 대한 위헌결정부분에 대하여는 다음과 같이 반대의견을 제시한다. 다만, 구법 제5조 제1항 제2호에 의한 위헌판단부분과 같은 제5조 제2항에 대한 합헌판단부분에 대하여는 찬성한다

#### 나. 위헌법률심판의 요건

헌법 제107조 제1항 및 제111조 제1항 제1호에 의한 위헌법률심판은, 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에 그 재판사건을 심리하는 법원의 제청에 의하여 헌법재판소가 법률의 헌법위반 여부에 관하여 심판하는 이른바 구체적 규범통제절차이다 이러한 구체적 규범통제절차에 있어서 제청법원이 위헌법률심판을 제청하거나 헌법재판소가 제청된 법률 또는 법률조항에 대한 실질적 심사를 하려면, (1) 당해 법률 또는 법률조항의 위헌여부가 제청법원에 계속중이고 당해사건의 재판의 전제문제가 되어야 하고 (2) 당해법률 또는 법률조항에 대한 헌법위반 여부의 판단이 제청법원에 계속중인 당해사건의 주문판단(主文判斷)을 위하여 직접적이고 절대적으로 필요한 경우이어야 한다.

다시 말하자면 위헌법률심판절차에 있어서 재판의 전제성과 심판의 필요성은 법원의 헌법재판소에 대한 제청요건인 동시에 존속요건이며, 헌법재판소의 결정요건이 된다. 따라서 이러한 요건의 어느 하나라도 결여하는 때에는 제청법원의 제청행위 자체가 부적법한 것이 되고 이에 대한 헌법재판소의 위헌심사가 불가능하게 된다

특히 위에 든 2가지 요건 중 후자의 “심판의 필요성”은, 서독형의 헌법재판소제도를 채택하는 나라에 있어서는 “재판상의 필요성”이라고 하여 제청법원의 제청은 물론 헌법재판소의 결정에 있어서 반드시 요구되는 절차요건으로 강조되고 있으며, 미국형

의 사법심사제도를 채택하는 나라에 있어서도 “필요의 원칙”이라고 하여 헌법판단의 기본원칙중 하나로써 인정되고 있다 따라서 위헌법률심판에 있어서는 이러한 심판의 필요성이 전제요건이 되기 때문에 아무리 헌법재판소라고 할지라도 제청법원에 계속중인 구체적 쟁송사건을 처리하는데 직접적이고 절대적으로 필요한 법률 또는 법률조항이 아니면 그 위헌여부를 심판할 수 없다. 그 결과 제청법원에서 제청한 심판대상인 법률 또는 법률조항이 가분적일 때에는 되도록 조·항·호로 나누어서 판단의 범위를 좁혀 위헌여부를 심판하여야 하고 그 심판대상이 폐지법률인 경우에는 더욱 심판의 필요성 유무를 살펴 최소한의 범위안에서 심판하여야 한다

#### 다. 심판대상에 대한 검토

이 사건에서 심판대상으로서 문제가 된 사회보호법 제조는 이 사건 심리중에 개정되었는 바, 그 개정내용을 살펴보면 신법은 “재범의 위험성”을 보호감호의 요건으로 삼지 아니하여 논란의 대상이 되던 구법 제5조 제1항을 전문 삭제(全文削除)하였고, 재범의 위험성을 보호감호의 요건으로 삼았던 구법 제2항도 그 대상범죄를 대폭 축소하는 방향으로 개정하였다. 또한 신법에서는 재범의 위험성에 대한 법원의 심사권을 배제하는 것으로 이해되던 구법 제20조 제1항 단서를 삭제하였고, 경과조치로서 부칙 제4조를 두어 개정법률 시행당시 재판계속중인 사건에 대하여도 신법을 소급적용하도록 규정하였다

그렇다면 신법은 재범의 위험성을 보호감호의 요건으로 규정하지 않고 있던 구법 제5조 제1항과 재범의 위험성에 불구하고 보호감호의 선고를 의무화하였던 구법 제20조 제1항 단서를 모두 삭제함으로써 위헌적 요소를 말끔히 배제하였다고 볼 수 있다. 더구나 신법은 부칙 제4조에서 신법시행당시 재판계속중인 사건에

대하여도 신법을 적용하도록 규정하였으므로, 신법시행당시 구법 제5조 제1항으로 보호감호청구된 자에 대하여도 재범의 위험성이 없으면 보호감호를 선고할 수 없게 하였다.

여기서 문제가 되는 것은 다수의견이 지적하는 바와 같이 죄형법정주의의 원칙상 형사재제적인 법령이 소급적용될수 있느냐 하는 것이다. 다수의견은 이점에 착안하여 굳이 개정법률에 의하여 폐지된 구법 제5조 제1항에 대하여 헌법위반 여부에 대한 실질적 심사를 시도하고 있는 것으로 짐작된다. 그러나 그러한 경우에도 한걸음 더 나아가 굳이 폐지된 법률에 대하여 위헌심사를 하려면 그 대상되는 법률조항의 내용을 면밀히 분석하여 그 법률조항이 위헌심사의 대상으로서 가분적인 것인지 여부를 살피고, 가분적인 것이라면 이를 조·항·호로 세분하고 각 대상별로 합헌적인 다른 조·항·호와 대비하여 심판의 필요성 유무를 살펴야 할 것이다.

#### 라. 구법 제5조 제1항 제1호의 대비분석

이 사건에서 문제가 된 구법 제5조 제1항은 제1호와 제2호로 나누어지는데, 제1호는 실형전과자에 대한 보호감호규정이고 제2호는 보호감호전과자에 대한 보호감호규정이다 또한 구법 제5조 제2항도 제1호와 제2호로 나누어지는데, 제1호는 실형전과자에 대한 보호감호규정이고, 제2호는 상습범등 특수범죄자에 대한 보호감호규정이다 한편 신법 제5조는 제1호 내지 제3호로 나누어지는데, 제1호는 역시 실형전과자에 대한 보호감호규정이고 제2호는 상습범에 대한 보호감호규정이며 제3호는 보호감호전과자에 대한 보호감호규정이다 결국 구법 제5조 제1항 제1호, 구법 제5조 제2항 제1호 및 신법 제5조 제1호는 모두 실형전과자에 대한 보호감호규정으로서 서로 밀접한 관련성이 있는 같은 맥락의 규정들이다.

먼저 구법 제5조 제1항 제1호와 구법 제5조 제2항 제1호를 대비하여 보면, 재범의 위험성을 보호감호의 요건으로 하느냐 여부의 점을 제외한 나머지 요건에서는 모두 겹쳐진다. 즉 나머지 요건으로써는 전과의 회수, 전과의 형기, 재범의 기간 및 재범의 종류의 4가지가 규정되어 있는 바, (1) 전과의 회수에 있어 전자는 3범이상이고 후자는 2범이상이며, (2) 전과의 형기에 있어 전자는 합계 5년이상이고 후자는 합계 3년이상이며, (3) 재범의 기간에 있어 전자는 3년 이내에 다시 재범한 것이고 후자는 언제든지 다시 재범한 것이며 (4) 재범의 종류에 있어 전자는 장기 7년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 동종 또는 유사한 범죄이고 후자는 장기 5년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 동종 또는 유사한 범죄이다.

그렇다면 전자에 해당하는 자라면 누구나 후자에도 해당하게 될 것은 논리상 당연하다고 할 것이다. 따라서 전자와 후자는 재범의 위험성 요건을 제외한 나머지 요건에 있어서는 전혀 별개의 유형이 아니라, 전자가 후자보다 구성요건을 다소 가중한 유형이라고 보아야 할 것이다.

다음, 구법 제5조 제2항 제1호와 신법 제5조 제1호를 대비하여 보면, 재범의 종류가 대폭 축소된 점을 제외하고는 전혀 다를 바 없다. 즉 양자는 재범의 위험성을 요건으로 하는 점에서 동일함은 물론, 위에는 4가지 구별표준 중 전과의 회수, 전과의 형기 및 재범의 기간의 점에서는 전혀 동일하다. 다만 재범의 종류에 있어 전자는 장기 5년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 동종 또는 유사한 범죄인데 반하여 후자는 신법 별표에 정한 동종 또는 유사한 범죄인 점이 다르다. 그렇다면 구법 제5조 제1항 제1호와 신법 제5조 제1호와의 관계도 앞에 적시한 구법 제5조 제2항 제1호와의 관계와 다를 바 없다고 할 것이다.

마. 심판의 필요성 유무

구법 제5조 제1항 제1호, 구법 제5조 제2항 제1호 및 신법 제5조 제1호와의 3자관계가 위에 살펴본 바와 같이 재범의 위험성 및 종류를 제외한 나머지 요건에 있어서 완전히 겹쳐지는 가중요건관계에 불과하다고 한다면, 재범의 위험성 요건을 누락하였던 구법 제5조 제1항 제1호가 폐지된 현시점에서 굳이 폐지된 위 법조에 대하여 위헌판단을 할 필요성이 있는지 의문이다.

헌법 제13조 제1항에 정한 죄형법정주의의 원칙과 형법 제1조 제1항 및 제2항에 정한 형벌법령의 적용원칙을 모두어 살펴보면 구법 제5조 제1항 제1호를 적용법조로 하여 보호감호의 청구를 받아 제청법원의 재판에 계속중인 당해사건의 피감호청구인들에 대한 재판결과는 다수의견과 같이 위헌결정을 하지 않더라도 전혀 동일한 결과가 된다고 하지 않을 수 없다. 즉 당해사건의 피감호청구인 중 재범의 위험성이 없다고 인정되는 자에 대하여는 구법에 대한 위헌결정을 하지 아니하고 신법 제5조 제1호를 적용하더라도 재범의 위험성 요건 때문에 어차피 보호감호청구기각의 선고를 하게 될 것이다. 반면 당해사건의 피감호청구인중 재범의 위험성이 있다고 인정되는 자에 대하여는 행위시법으로 구법 제5조 제1항 제1호를 적용하든, 보호감호청구서 변경절차를 거쳐 구법 제5조 제2항 제1호를 적용하든, 재판시법으로 신법 제5조 제1호를 적용하여 집행상의 상한이 7년인 보호감호의 선고를 하게될 것이다. 그것은 앞서 설명한 바와 같이 구법 제5조 제1항 제1호에 해당하는 자이면 재범의 위험성이 인정되는 한 누구나 제5조 제2항 제1호에 해당하지 않을 수 없고, 구법 제5조 제2항 제1호에 해당하는 자이면 신법의 별표에 정한 범죄유형에 해당하는 한 누구나 신법 제5조 제1호에 해

당하지 않을 수 없기 때문이다.

그렇다면 이 사건의 경우에 있어서 재범의 위험성 요건을 누락하였던 구법 제5조 제1항 제1호가 폐지된 현시점에서는, 그 법조에 대한 위헌판단은 제청법원에 계속중인 당해사건의 재판에 있어서 직접적이고 절대적으로 필요한 헌법판단이 아니라고 생각된다 오히려 이처럼 불필요한 위헌판단을 하는 것은 여러가지 면에서 번잡과 혼란을 초래할 염려가 있을 뿐이다.

다수의견은 제청법원이 신법이 시행된지 상당한 기간이 경과한 지금까지 위 법조에 대한 제청신청을 철회하는 의사를 밝히지 아니하고 제청신청을 계속 유지하고 있으므로 위 법조에 대한 위헌여부심판이 불가피하다는 취지로 판시하고 있다. 그러나 위에 실시한 바와 같은 심판의 필요성은 법원의 헌법재판소에 대한 위헌법률심판의 제청요건인 동시에 존속요건이며, 헌법재판소의 결정요건이라고 할 것이다. 그렇다면 제청 이후에 생긴 사정 즉 법개정으로 심판의 필요성이 없어진 경우에는 헌법재판소는 헌법판단을 할 수 없다고 하여야 할 것이므로 이에 관한 다수의견의 판시에도 쉽사리 찬성할 수 없다

#### 바. 종전 결정례와의 관계

우리 헌법재판소는 1989.4.17. 당시 헌법재판소에 계속중인 구법 제5조에 대한 100여건의 위헌법률심판사건 중 13건(헌법소원심판사건은 제외)에 대하여 심판제청을 각하하는 결정을 선고한 바가 있다. 그 결정 이유는 모두 사회보호법은 제청후인 1989.3.25. 개정되었는 바, 개정법률에 의하면 신법 별표에 규정된 죄를 범한 때에 한하여 보호감호에 처하도록 하였고, 그 부칙 제4조의 규정에 의하면 신법 시행당시 재판계속중인 사건에 대하여는 신법을 적용하도록 하였으니 당해사건에서의 적용법조가 구법 제5조 제1항인 경우이든, 같은 제2항인 경우이든 불문하고 그 대

상범죄의 종류가 신법 별표에 규정된 죄에 해당되지 아니하면 위헌법률심판의 대상이 된 구법 제5조 제1항 또는 제2항은 더이상 재판의 전제가 될 수 없고, 달리 그 법조에 대하여 위헌여부에 관한 판단을 할 이익이 없다는 취지이다(헌재 1989.4.17. 88헌가4 결정 및 같은날 선고 같은 취지 결정 12건 참조). 결국 위 결정의 취지는 법이 개정되어 재판의 전제성 또는 위헌판단이나 위헌제청의 이익이 없으면 위헌법률심판을 할 수 없고 그 제청신청을 각하하여야 한다는 것이다.

종전 결정례에서 말하는 위헌판단의 이익 또는 위헌제청의 이익이라는 것도 여기서 말하는 심판의 필요성과 같은 것으로 제청법원에 계속중인 당해사건의 주문판단에 영향이 없는 헌법문제는 판단을 회피하여야 한다는 뜻으로 이해된다. 다시 말하자면 심판의 대상이 된 사회보호법이 개정되어 처벌대상에서 제외되었으므로 굳이 위헌여부에 대한 판단을 하지 않더라도 어차피 보호감호청구가 기각될 운명에 있는 경우에는 위헌판단을 할 필요가 없다는 취지인 것이다. 종전 결정례에서 제청신청각하결정을 한 13건의 위헌법률심판사건 중에는 구법 제5조 제1항 제1호 해당사건도 다수 포함되어 있는 바, 다수의견의 논리대로 한다면 이들에 대하여도 제청신청각하결정을 할 것이 아니라 굳이 위헌여부심사를 하여 위헌결정을 하여야 한다는 결론에 이르게 된다.

그렇다면 이 사건의 다수의견은 위에 든 종전 결정례의 취지에도 반하는 결과가 된다고 할 수 밖에 없다.

#### 사. 반대의견의 요지

이상과 같은 이유로 구법 제5조 제1항 제1호에 해당하는 사건에 대하여는 위헌결정을 할 것이 아니라 법개정으로 심판의 필요성이 없어졌으므로 그 심판제청을 각하하여야 한다고 생각한다.

다만 구법 제5조 제1항 제2호에 대한 위헌결정 및 구법 제5조 제2항에 대한 합헌결정에 대하여는 다수의견에 찬성한다

7. 재판관 변정수, 재판관 김진우의 의견

가. 우리는 다수의견과 견해를 달리하여, 사회보호법(1989.3.25. 자 법률 제4089호로 개정되기 전의 법률, 이하 같음) 제5조 제1항 및 제2항 소정의 보호감호제도는 어느 것이나 다 헌법에 위반되어 무효이며 보호감호제도는 폐지되어야 한다고 생각한다. 원래 상습범죄자와 특별히 위험성있는 범죄자에 대한 보호감호제도는 응보형제도의 결함을 보충하기 위한 것이었다. 즉 19세기의 형벌제도의 근본원리인 응보형사상의 이념에 따르면 형벌은 범죄행위의 피해정도에 비례하여야 하고 아무리 행위자가 사회적으로 위험한 경우라도 또 아무리 형벌이 행위자의 개선에 부적당한 제도라도 그러한 것은 고려하지 아니하고 범죄의 피해정도에 따라 형량을 선고하는 것이 정의에 합당하다고 보는 것이기 때문에, 이러한 원리 아래에서는 범죄자의 반사회성에 맞지 않는 양형(量刑)과 행형제도의 결함등으로 인하여 누범등 상습범죄자가 증가하게 됨으로써 형벌제도만으로써는 사회방위를 다할 수 없어 이러한 범죄자들로부터 사회를 방위하기 위하여 교육형적인 보호감호제도가 필요하였던 것이다.

그런데, 오늘에 있어서의 형벌사상은 형벌은 응보가 아니라 범인의 개선·교육 및 그를 통한 사회방위를 목적으로 하여야 한다는 것이고, 우리의 형벌제도도 형벌의 목적을 응보에 두지 않고 교육을 통한 사회방위에 두고 있음은 양형의 조건을 규정한 형법 제51조에 피해자에 대한 관계나 범행의 결과보다는 오히려 범인의 연령, 성행, 지능과 환경을 보다 중요한 참작사유로 규정하고 있는 점이나, 행형의 목적을 규정한 행형법 제1조에 징역형 등 자유형의 선고를 받은 자를 격리하여 교정·교화하며, 건전한

국민사상과 근로정신을 함양하고 기술교육을 실시하여 사회에 복귀하게 하는 것을 목적으로 한다고 규정하고 있는 점 등으로 보아 명백하니, 이러한 이념 아래에서는 형벌과 보호감호는 이를 구별할 아무런 필요가 없고, 본질에 있어 똑같은 교육형이므로 응보형제도의 결함을 보충하기 위한 필요성에서 생겨난 보호감호제도는 더 이상 이것을 두어야 할 필요가 없는 것이다.

나. 그럼에도 불구하고 사회보호법은 제5조 제1항과 제2항에 보호감호제도를 두어 상습성있는 범죄인과 특히 위험성있는 범죄인에 대하여 형의 선고와 함께 법원으로 하여금 일정한 요건 아래 10년 또는 7년의 보호감호를 선고하게 하고, 보호감호는 형을 집행한 다음 중첩적으로 집행하도록 하고 있는 바(법 제23조), 보호감호의 주된 내용은 보호감호의 선고를 받은 자를 보호감호시설에 격리 수용하여 감호·교화하고 사회복귀에 필요한 심신단련과 기술교육 및 직업훈련을 과하는 것이어서(법 제7조 제1항 및 범시행령 제3조 제1항) 행형법상의 자유형의 내용과 실질적으로 차이가 없으니, 결국 형의 선고와 함께 보호감호의 선고를 받은 자는, 과거의 전과때문에, 동일한 범죄에 대하여, 형벌(누범가중 또는 상습범가중을 한)이라는 이름으로 자유형을 복역하고 다시 보호감호라는 이름으로 자유형을 복역하는 것에 다름없어 이는 결국 헌법 제13조 제1항에 규정된 “동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다” 라는 거듭처벌금지의 원칙에 위반되는 것이라고 아니할 수 없다.

다. 다수의견은, 헌법 제12조 제1항에 “적법절차에 의한 보안처분” 이 허용되고 있고, 보호감호는 형벌이 아니라 보안처분이므로 형벌과 보안처분을 병과하여 선고하고 중첩적으로 집행하더라도 거듭처벌금지의 원칙에는 위배되지 아니한다. 다만 필요적 보호감호를 규정한 제5조 제1항은 적법절차를 갖춘 것이라고 볼

수 없으므로 헌법에 위반되고 임의적 보호감호를 규정한 제2조 제2항은 적법절차를 갖춘 것이기 때문에 헌법에 위반되지 아니한다는 견해를 펴고 있다. 그러나 헌법 제13조 제1항에 규정된 거듭처벌금지의 원칙은, 형벌이건 보안처분이건 그 명칭에 관계없이 동일범죄에 대하여 2중으로 고통을 가하는 것을 금지하는 취지이므로 비록 이름이 보안처분이라 하더라도 그 내용이 범죄인에 대하여 고통을 가하는 것이면 이는 여기에서 말하는 처벌에 해당하며 적법절차란, 헌법상의 규정을 기다릴 것도 없이, 법치주의의 본질적 내용으로서 국민의 권리·의무에 관한 법률은 그 성립절차가 합법적일 뿐아니라 법률의 목적이나 내용에 있어서도 인간의 존엄과 가치를 존중하는 헌법이념과 개인의 권리를 보호하고 실현하기 위하여 확립되어온 여러원칙은 물론 자연적 정의에도 합치되어야 한다는 원리이므로 거듭처벌금지의 헌법규정에 반하는 보호감호는 그점만으로도 헌법 제12조 제1항에 규정된 적법절차에 의한 보안처분에 해당될 수 없는 것이다.

그리고 누범이나 상습성 있는 범죄인등에 대하여는 형법과 특별법등에 누범가중 및 상습범가중규정등이 있어 법원이 그러한 법률에 따라 범죄인의 교육·개선에 부족함이 없는 매우 무거운 형을 선고할 수 있도록 되어 있는데 그것도 모자라서 다시 교육·개선을 위한 보호감호라는 미명아래, 아름만 다를뿐 자유형과 같은 내용의 처벌에 다른 없는 보호감호제도를 두어 형집행후 중첩적으로 집행하도록 하는 것은 너무 가혹하고 위협적이어서 인간의 존엄과 가치를 존중하는 헌법의 이념(헌법 제10조)에 반하는 것이다. 따라서 사회보호법상의 보호감호제도는 어느 것이나 헌법 제2조 제1항이 허용하고 있는 적법절차에 의한 보안처분에 해당될 수 없는 것이다. 상습성 있는 범죄인들에 대하여 법원이 선고하는 형량이 범죄인의 교육·개선에 필요한 기간에 너무 못미

치기 때문에 형벌 이외로 보호감호제도가 필요하다는 이론도 있는 듯하나 사실이 그렇다면 그러한 점은 법원이 형사재판의 운영에 있어서 고려해야 할 필요가 있는 문제일 따름이지 그렇다고 해서 헌법의 인권 보장이념에 반하는 보호감호제도를 두어야 할 이유가 될 수 없다

라. 다수의견은 사회보호법 제5조 제1,2항의 보호감호가 거듭처벌금지에 반하는 것이냐의 여부에 관하여는 우리와 견해를 달리하면서도 필요적 보호감호를 규정한 제5조 제1항이 적법절차에 위배된 위헌법률이라는 점에 관하여는 결론을 같이 하였으나 임의적 보호감호를 규정한 제5조 제2항에 관하여서는 결론을 달리하여 제5조 제2항은 제5조 제1항과는 달리 재범의 위험성 유무에 관한 판단재량권을 법관에게 주어 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때에만 보호감호에 처하도록 하였을 뿐더러 거기에 정해진 7년의 보호감호기간이 규정의 형식상으로는 정기 보호감호기간의 형식으로 되어 있어 비례의 원칙에 반하는 것이 아닌가 하는 의문이 있기는 하나 법 제25조 제1항의 규정에 비추어 이는 단순히 보호감호집행상의 상한을 정한 것으로 해석되기 때문에 적법절차에 위배된다고 볼 수 없고 따라서 이는 헌법에 위배되지 아니한다고 하였다.

그런데 보호감호가 거듭처벌금지에 위배되지 아니한다는 다수의견의 입장에서 보더라도 제5조 제2항이 보호감호의 요건으로서의 재범의 위험성에 관한 판단재량권을 법관에게 주고 있다는 점에서는 법 제5조 제1항보다 적법절차위배의 점이 약한 것은 사실이나 정도에 차이가 있을 뿐이지 제5조 제2항 또한 적법절차에 위배된 법률이고 따라서 헌법에 위반되는 것이다 그 이유인즉,

첫째, 제5조 제2항은 “보호대상자가 다음 각호의 1에 해당하

는 때에는 7년의 보호감호에 처한다” 라고 규정하여 법원으로 하여금 7년의 정기보호감호만을 선고하도록 강제하고 있는 것이 명백하고 그렇다면 이는 재범의 위험성에 비례한 감호기간을 선택할 수 있는 법원의 재량을 배제하는 것이므로 결국 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이 되어 그 점에서 위헌적인 규정이다 법 제25조 제1항에 의하면 사회보호위원회가 피보호감호자에 대하여 그 집행개시후 매2년마다 가출소 여부를 심사할 수 있도록 되어 있고 다수의견은 이점을 내세워 법원이 선고하는 7년의 보호감호기간을 보호감호집행상의 상한을 정하는 것으로 해석할 수 있다는 것이나 법원이 가출소 여부를 심사하는 것이 아니라 법무부장관이 임명 또는 위촉하는 위원으로 구성된 사회보호위원회가 가출소 여부를 심사하는 것은 결국 감호집행기관 자신이 가출소 여부를 심사하는 것에 다름없으므로 7년의 보호감호기간을 단순히 집행상의 상한기간을 정한 것에 불과하다고 볼 수는 없는 것이다.

둘째 이 점은 제5조 제1, 2항의 보호감호에 공통된 문제점이지만, 사회보호법에 의하면 보호감호는 형의 선고와 동시에 선고하고 보호감호와 형이 병과된 경우 그 집행은 형의 집행을 종료한 다음에 하도록 되어 있다. 그렇다면 형의 선고시에 판단해야 할 재범의 위험성은 판결선고시가 기준으로 되어야 할 것이 아니라 형의 집행을 종료한 시점이 기준으로 되어야 할 것은 당연한 이치인데 법관에게 집행종료시라는 장래의 시점에서의 재범의 위험성 유무를 판결시에 미리 점치도록 하는 것은 무리한 요구이고 그 결과는 필경 형의 집행으로 인하여 재범의 위험성이 이미 교정되었을 수도 있는 사람을 무고하게 보호감호시설에 수용하여 불필요한 고통을 주게 될 가능성이 충분히 있다고 생각된다(집행개시 2년 후에야 가출소 여부를 심사받게 되어 있으므로 최소한 2년

간은 수용되어야 한다).

인권이 침해될 우려있는 위 두가지 점만으로도 법 제5조 제2항 또한 적법절차에 의한 보안처분으로는 볼 수 없을 것이다

법치주의 아래에서는 국민의 자유와 권리를 제한하는 법률 특히 인신구속에 관한 법률의 해석은 엄격하여야 하고 그 법률에 위헌적인 요소가 있다면 비록 작은 것으로 보이는 것이라도 그것을 합헌적으로 편리하게 해석하거나 그대로 묵인하여서는 아니되는 것이다

그럼에도 불구하고 다수의견이 법 제5조 제2항을 그중 위헌적인 것을 합헌적으로 해석하거나 또는 위헌적인 요소를 간과한 채 위헌 법률이 아니라고 해석하는 것은 법치주의의 원리에 어긋나는 일이다

1989. 7. 14

재판장 재판관 조규광

재판장 이성렬

재판장 변정수

재판장 김진우

재판장 한병채

재판장 이시운

재판장 최광률

재판장 김양균

재판장 김문희

## 檢事의 公訴權行使에 관한 憲法訴願

(1989. 7. 14. 89헌마10 全員裁判部)

[판례집 1권, 121~127]

[판시사항]

검사(檢事)의 불기소처분(不起訴處分)으로 인한 기본권침해(基本權侵害)가 인정(認定)된 사례(事例)

[결정요지]

수사검사(搜查檢事)가 당연히 의심을 갖고 조사(調查)하여야 할 중요한 사항에 대하여 수사(搜查)를 소홀히한 채 사건(事件)을 불기소(不起訴) 함으로써 고소인(告訴人)의 평등권(平等權)을 침해(侵害)한 사례(事例)

청구인 조○선

대리인 변호사 이흥수

피청구인 서울지방검찰청 검사

[참조조문]

헌법(憲法) 제11조 제1항, 제27조 제5항

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제75조 (인용결정(認容決定)) ① 생략

② 제68조 제1항의 규정(規定)에 의한 헌법소원(憲法訴願)을 인용(認容)할 때에는 인용결정서(認容決定書)의 주문(主文)에서 침해된 기본권(基本權)과 침해의 원인이 된 공권력(公權力)의 행사 또는 불행사(不行使)를 특정하여야 한다.

③ 제2항의 경우에 헌법재판소(憲法裁判所)는 기본권침해(基本權侵害)의 원인이 된 공권력(公權力)의 행사를 취소(取消)하거나 그 불행사(不行使)가 위헌(違憲)임을 확인할 수 있다.

④~⑧ 생략

[주 문]

서울지방검찰청 1988년 형제8975호 사건에 있어 검사가 1988.5.25. 피의자 김○근에 대하여 한 불기소처분은 청구인의 평등권을 침해한 것이므로 이를 취소한다.

[이 유]

1. 청구인이 고소한 사실의 요지는, 청구인은 그의 처(이○하) 소유명의로 있는 서울 서대문구 ○○동 147의 2 소재 3층짜리 그의 살림집에다 ○○무역이라는 상호 아래 봉제공장을 차리고 가죽가방, 지갑, 잠바 등 피혁제품을 제조하여 수출해 오다가 1986.11. 피고소인 김○근과 ○○무역을 동업하기로 하는 계약이 되어 피고소인이 자금 6천만원을 투자하고 청구인은 그에 대한 담보로 위 3층 건물에다 피고소인 앞으로 근저당권을 설정해주고 지하층과 지상 1층은 공장으로 쓰고 3층은 기능공들의 기숙사로 사용하여 1986.12.1.부터 동업을 시작하였으나, 청구인은 더 이상 사업을 계속할 수 없어서 1986.12.15. 위 건물과 봉제공장 시설일체를 피고소인에게 대금 1억 6천 7백만원에 매도하고 이를 피고소인에게 인도해준 바 있었는데, 그 당시 위 건물의 3층 욕실과 별채 및 창고에는 청구인이 1986.8. 살림집을 다른 곳으로 옮기면서, 별지목록과 같은 골동품 및 가재도구 등을 그 안에 넣어두고 문을 잠가둔 상태로 있었으며 이러한 물건들은 피고소인에게 매도한 물건도 아니고 따라서 인도해 준 바도 없었는데 피고소인이 자기 마음대로 문을 부수고 물건을 꺼내다가 처분해 버렸으니 이는 형법 제329조의 절도죄에 해당하므로 엄벌하여 달라는 것이었고, 이 사건 기록과 증거자료에 의하면 위 고소사건을 수사한 서울지방검찰청 검사가 1988.5.25. “혐의 없음”이라고 불기소처분을 하였고 이에 대한 항고 및 재항고가 서울고등검찰

청과 대검찰청에서 차례로 기각되자(1988.11.18.자 재항고 기각결정이 1988.12.31. 청구인에게 송달되었음) 청구인은 1989.1.27. 이 사건 헌법소원을 청구하였음을 알 수 있으니 이 헌법소원은 적법하게 제기된 것이다.

## 2. 그러므로 헌법소원이 이유있는 것인가를 보건대

가) 서울지방검찰청 검사의 불기소결정 이유의 요지는, 본 일이 없고, 건물을 매수할 때 건물안에 있는 시설과 물건들을 고무줄 누비는 기계만을 제외하고 대금 1천만원에 인수하였다고 주장하고 있고, 양도 매매증서 각서 사본(수사기록 40정)의 기재내용과 참고인 한○구, 정○철의 진술도 이에 부합된다.

둘째, 청구인이 피고소인을 상대로 1987.3.14. 사기죄 등으로 고소를 한 일이 있었는데 그때에는 이 사건에 대하여 전혀 말이 없었다

셋째, 청구인의 주장에 부합되는 듯한 참고인 윤○숙, 김○록의 진술은 주요부분이 전문진술에 불과하여 그것만 가지고는 청구인의 주장을 인정할 수 없고 달리 증거가 없다는 것이다.

나) 그런데 수사기록 40정의 양도매매증서 각서 사본은 봉제공장 건물을 매도함에 있어 거기에 설치되어 있는 모든 시설과 물품등을 대금 1천만원에 매도한다는 것으로서 청구인 주장과 같이 매매당시 별지 목록과 같은 골동품이나, 살림살이 등을 3층 욕실이나 별채 및 창고에 따로 넣어 두고 문을 잠가 둔 상태로 있었던 것이 사실이라면 매매당시 청구인이 피고소인에게 잠겨 있는 3층 욕실이나 별채 및 창고의 문열쇠까지 주었다면 모르되 그렇지 않은 이상은(청구인은 열쇠를 아직 자기가 가지고 있다고 주장하고 있다) 봉제공장 운영에 필요한 것도 아닌 심지어 자개장이나 혼수용 그릇 등 살림살이까지도 매도하는 취지의 문서라고는 볼 수 없

을 것이다. 그리고 피고소인은 사법경찰관 앞에서는 청구인이 제시하는 별지목록 기재 골동품등 29종에 대하여 전혀 본 바도 없고 전혀 모르는 일이라고 진술하였다가 검사가 청구인과 대질 심문할 때에는 그 목록 중 “골동품, 족보, 에어컨, 쌀, 천막 및 전기시설, 12인용 도자기세트, 가죽옷(20벌), 양주, 도자기, 장독대 등 지퍼 등 및 원부자재 등은 없었고, 나머지는 시설물에 포함하여 인수를 하였습니다” 라고 진술하여 그러한 물건들은 전혀 본 일도 없고 전혀 모르는 일이라는 경찰에서의 진술을 번복하였음을 알 수 있으며(수사기록 34정 16행부터 36정 2행 및 126정 참조), 청구인이 이 사건 이전에 1987.3.14. 피고소인을 사기죄로 고소하면서 그 때에 이 사건에 대하여는 왜 아무 말이 없었느냐고 하지만 이 점에 대한 검사의 질문에 대하여 청구인은 “저는 저의 집만 찾으려면 그곳에 있는 물건은 자연적으로 저에게 돌아올 줄 알았는데 그 사건이 혐의없음 처분을 받아 다시 절도죄로 고소를 하였습니다” 라고 답변하고 있고(수사기록 130정) 청구인의 위와같은 답변이 전혀 사리에 어긋난 말도 아니다.

그리고 검사가 진술의 주요부분이 전문진술에 불과하다는 이유로 배척한 참고인 윤○숙, 김○록의 진술내용은, 청구인이 1986.8. 중순경에 이사를 갈 때 위 참고인들이 청구인의 살림살이 일부를 욕실과 창고에다 운반하여 넣고 열쇠를 잠근 다음 그 열쇠를 고소인에게 주었다는 진술이 주요내용이어서 그것이 전문진술이 아닌 것도 분명하다

위와같이 검사의 불기소처분 이유는 어느 것이나 객관적으로 수긍할만한 정당한 이유가 될 수 없다.

다) 결국 수사검사로서는 앞에서 지적한 사실들에 유의하여 별지목록 물건들이 보관된 장소의 열쇠를 피고소인이 청구인으로부터 건네받지 아니한 이유, 별지목록 물건 중 봉제공장 운영에

필요한 물건이 무엇이며 청구인이 그의 살림살이까지도 매도해야 할 특별한 이유 등을 비롯하여 좀 더 조사하여 과연 청구인이 3층 욕실이 나 별채 및 창고에 보관되어 있는 살림살이까지도 매도한 것인가에 대하여 신중한 검토를 해 보았어야 함에도 불구하고 그렇지 아니하고 이미 반복된 피고소인의 경찰에서의 진술과 피고소인측의 참고인 진술을 가볍게 믿고 청구인 주장의 별지목록 물건들을 피고소인이 전혀 모르고 있었을 뿐더러 위 물건들 전부가 심지어 살림살이까지도 대금 1천만원에 매매된 물건들에 당연히 포함되어 있다는 전제 아래 수사를 종결한 것으로 보여진다.

3. 범죄의 피해자인 고소인은 헌법 제1조 제1항에서 보장된 모든 국민의 평등권에 의하여 국가기관인 검사에 대하여 차별없는 성실한 직무수행을 요구할 권리와 헌법 제27조 제5항에서 보장된 재판절차 진술권이 있으므로 검사가 어느 고소사건을 수사를 현저히 소홀히 하는 등 잘못 다룬 끝에 불기소처분 하였다면 이는 검사가 검찰권의 행사에 있어 그 고소인을 차별대우하여 평등권을 침해하고 또한 재판절차 진술권을 침해한 것이라고 아니할 수 없을 것이므로 이러한 검사의 불기소처분에 대하여는 고소인은 당연히 헌법소원을 청구할 수 있다고 보아야 할 것이며(헌법재판소 1989.4.17. 선고 88헌마3 결정 참조) 이는 형사소송법상 검사의 불기소처분에 대하여 재정신청의 길이 막혀 있는 범죄의 피해자 보호를 위하여도 필요한 것이다.

그런데 이 사건 수사검사는 당연히 의심을 갖고 조사해야 할 중요한 사항에 대하여 조사를 소홀히 한 채 사건을 종결(불기소)하였으니 고소인인 청구인은 검사의 부당한 검찰권행사로 인하여 평등권을 침해당한 것이 된다.

따라서 검사로 하여금 더 수사하도록 하기 위하여 검사의 피고소인에 대한 불기소결정(혐의없음)을 취소하기로 하고 헌법재판소

법 제75조 제2항, 제3항에 의하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다

재판관 조규광  
재판관 이성렬  
재판관 변정수  
재판관 김진우  
재판관 한병채  
재판관 이시윤  
재판관 최광률  
재판관 김양균  
재판관 김문희

[목 록]

년 번	품 명	수 량
1	골동품(고려시대)	10점
2	죽보	1세트
3	냉장고 중형	2
4	타자기 전자식 영타	1
5	타자기 마라톤 한타	1
6	에어콘	2
7	자개장 9자	2
8	책장	2
9	사무용 책상 의자	8
10	칼라텔레비전 24"	2

11	탁구대(참피운)	1
12	사무용 응접세트	2
13	쌀 80킬로그램	6
14	천막 및 전기시설	1
15	가정용 식기세트, 수저	2
16	혼수용 그릇세트	2
17	12인용 도자기세트	1
18	그림, 액자, 족자	10
19	인쇄물 다수	다량
20	가죽옷(잠바, 바지)	20벌
21	양주(선물)	20
22	도자기	8
23	진열장(샘플용)	10
24	가방, 지갑(샘플용)	2,000
25	악세사리 기타(샘플용)	1,500
26	장독대, 고추장, 된장	다량
27	봉고차	1
28	지퍼, 장식 재고	다량
29	원·부자재	다량

## 刑事訴訟法 改正 등에 관한 憲法訴願

(1989. 7. 21. 89헌마12 全員裁判部)

[판례집 1권, 128~131]

[판시사항]

권리침해(權利侵害)의 현재성이 없는 청구인(請求人)의 법률(法律)에 대한 헌법소원(憲法訴願)의 적법여부(適法與否)

[결정요지]

법률(法律)에 대하여 바로 헌법소원(憲法訴願)을 제기(提起)하려면 우선 청구인(請求人) 스스로가 당해 규정에 관련되어야 할 뿐만 아니라 당해 규정에 의해 현재(現在) 권리침해(權利侵害)를 받아야 한다는 것을 요건(要件)으로 하는바, 청구인(請求人)이 고소(告訴) 또는 고발(告發)을 한 사실은 없고 단순히 장래 잠재적으로 나타날 수 있는 권리침해(權利侵害)의 우려(憂慮)에 대하여 헌법소원심판(憲法訴願審判)을 청구(請求)한 것에 불과하다면 본인의 관련성(關聯性)과 권리침해(權利侵害)의 현재성이 없는 경우에 해당하여 부적법(不適法)하다.

청구인 이○태

대리인 변호사 김무삼 외 1인

[참조조문]

헌법(憲法) 제111조 제1항 제5호, 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

형사소송법(刑事訴訟法) 제260조 (재정신청(裁定申請)) ① 형법(刑法) 제123조 내지(乃至) 제125조의 죄(罪)에 대(對)하여 고소(告訴) 또는 고발(告發)을 한 자(者)는 검사(檢事)로부터 공소(公訴)를 제기(提起)하지 아니한다는 통지(通知)를 받은 때에는 그 검사소속(檢事所屬)의 고등검찰청(高等檢察廳)에 대응(對應)하는 고등법원(高等法院)에 그

당부(當否)에 관(關)한 재정(裁定)을 신청(申請)할 수 있다.

② 생략

[주 문]

이 사건 심판청구를 각하한다.

[이 유]

1. 청구인은 형사소송법 제260조 제1항에서 재정신청의 대상이 되는 범죄를 형법 제123조 내지 제125조에 규정한 범죄에만 한정하고 그 밖의 범죄에 대한 검사의 불기소처분에 대해서는 사법적 심사의 길을 봉쇄하여 결국 검찰을 특수계급화 함으로써 평등의 원칙을 규정한 헌법에 위반하였다는 것이다.

2. 먼저 이 사건 심판청구의 적법여부에 관하여 살펴본다 청구인의 청구는 형식상 재정신청 대상범죄를 모든 범죄로 확대하지 아니한 입법부작위를 대상으로 하는 것으로 보여지지만 형사소송법 제260조 제1항 및 제262조 제1항 제1호의 규정에 의하면 형법 제123조 내지 제125조에 규정된 범죄가 아닌 다른 범죄에 대한 불기소처분에 대해서는 재정신청 자체를 허용하지 않겠다는 입법자의 의사가 표현된 것이라고 인정되므로 결국 소원인의 청구는 입법자의 순수한 부작위를 대상으로 하는 것이 아니라 위와 같이 형법 제123조 내지 제125조 소정의 범죄가 아닌 다른 범죄에 대한 불기소처분에 대해서는 재정신청을 허용하지 않겠다는 입법자의 작위를 대상으로 하는 것이라 할 수 있다

우리 헌법재판소법 제68조에 따르면 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자는 헌법소원을 제기할 수 있다고 규정되어 있는 바, 입법자의 공권력 행사 즉 법률에 대하여 바로 헌법소원을 제기하려면 우선 청구인 스스로가 당해 규정에 관

런되어야 할 뿐 아니라 당해 규정에 의해 현재 권리침해를 받아야 하나 다른 집행행위를 통해서가 아니라 직접 당해 법률에 의해 권리침해를 받아야만 한다는 것을 요건으로 한다.

그런데 이 사건 기록에 의하더라도 청구인은 그 자신이 고소 또는 고발을 한 사실이 없을 뿐 아니라(다만 청구인은 사회정화위원회에 고발장 형식의 서면을 낸 사실이 있으나 이는 형사소송법에서 규정한 고발이라 할 수 없고, 따라서 이에 대한 불기소처분 또한 내려진 사실이 없다) 청구인이 장차 언젠가는 위와같은 형사소송법의 규정으로 인하여 권리침해를 받을 우려가 있다 하더라도 그러한 권리침해의 우려는 단순히 장래 잠재적으로 나타날 수도 있는 것에 불과하여 권리침해의 현재성을 구비하였다고 할 수 없다.

3. 그렇다면 이 사건 소원심판청구는 헌법소원심판청구의 요건인 본인의 관련성과 침해의 현재성이 없는 경우에 해당하므로 부적법하여 이에 관여한 재판관 전원의 일치된 의견에 따라 주문과 같이 결정한다

재판장 재판관 조규광

재판관 이성렬

재판관 변정수

재판관 김진우

재판관 한병채

재판관 이시윤

재판관 최광률

재판관 김양균

재판관 김문희

# 상속세법 제32조의2의 위헌여부에 관한 헌법소원

(1989. 7. 21. 89헌마38 전원재판부)

[판례집 1권, 131~154]

[판시사항]

상속세법(相續稅法) 제32조의 2 제1항의 위헌여부(違憲與否)

[결정요지]

상속세법(相續稅法) 제32조의 2 제1항은 형식상(形式上)으로나 실질적(實質的)으로 조세법률주의(租稅法律主義)에 위배(違背)되지 아니하고, 위 규정(規定)이 실질과세(實質課稅)의 원칙(原則)에 대한 예외(例外) 내지는 특례(特例)를 둔 것만으로 조세평등주의(租稅平等主義)에 위배(違背)되지도 않는다. 다만 위 법률조항(法律條項)에는 무차별(無差別)한 증여의제(贈與擬制)로 인한 위헌(違憲)의 소지(素地)가 있으므로 예외적으로 조세회피(租稅回避)의 목적(目的)이 없음이 명백한 경우에는 이를 증여(贈與)로 보지 않는다고 해석하여야 하고, 위와 같이 해석하는 한, 헌법(憲法) 제38조, 제59조의 조세법률주의(租稅法律主義) 및 헌법(憲法) 제11조의 조세평등주의(租稅平等主義)에 위배(違背)되지 않는다.

## 재판관 조규광의 보충의견(補充意見)

주문(主文) “……로 해석(解釋)하는 한, 헌법(憲法)에 위반(違反)되지 아니한다.” 라는 문구의 취지는 상속세법(相續稅法) 제32조의 2 제1항에 관한 다의적(多意的)인 해석가능성(解釋可能性) 중(中) 한정축소 해석(限定縮小解釋)을 통하여 얻어진 일정한 합헌적(合憲的) 의미(意味)를 천명(闡明)한 것이며 그 의미(意味)를 넘어선 확대해석(擴大解釋)은 바로 헌법(憲法)에 합치(合致)하지 아니한다는 뜻이다.

## 재판관 변정수, 김진우의 반대의견(反對意見)

상속세법(相續稅法) 제32조의2 제1항의 규정(規定)은 실질적 조세법률주의(租稅法律主義)를 규정(規定)한 헌법(憲法) 제38조, 제59조에 위반(違反)되는 규정(規定)이며 법률문언(法律文言)이 한가지 뜻으로 밖에 해석(解釋)할 여지가 없어 달리 헌법합치적(憲法合致的) 해석(解釋)을 할 수 없는 위헌법률(違憲法律)이다.

청구인

김○춘

대리인 변호사 김창욱 외 1인

관련소송사건 대법원 88누5464 증여세 등 부과처분 취소

대법원 89부1 위헌제청신청

### [참조조문]

상속세법(相續稅法) 제32조의 2 (제(第)3자(者)명의(名義)로 등기(登記) 등을 한 재산(財産)에 대한 증여의제(贈與擬制)) ① 권리(權利)의 이전(移轉)이나 그 행사(行使)에 등기(登記)·등록(登錄)·명의개서(名義改書) 등(이하 “등기(登記)등”이라 한다)을 요하는 재산(財産)에 있어서 실질소유자(實質所有者)와 명의자(名義者)가 다른 경우에는 국세기본법(國稅基本法) 제14조의 규정(規定)에 불구하고 그 명의자(名義者)로 등기(登記) 등을 한 날에 실질소유자(實質所有者)가 그 명의자(名義者)에게 증여(贈與)한 것으로 본다.

#### ② 생략

헌법(憲法) 제38조, 제59조, 제11조 제1항

국세기본법(國稅基本法) 제3조 (세법(稅法)등과의관계) ① 이 법(法)은 세법(稅法)에 우선(優先)하여 적용(適用)한다. 다만, 세법(稅法)이 이 법(法) 제2장 제1절, 제3장 제2절·제3절 및 제5절, 제5장 제1절, 제6장 제51조(조세감면규제법(租稅減免規制法)에 의한 환급(還給)에 한한다)와 제8장에 대한 특례규정(特例規定)을 두고 있는 경우에는 그 세법(稅法)이 정하는 바에 의한다.

#### ② 생략

국세기본법(國稅基本法) 제14조 (실질과세(實質課稅)) ① 과세(課稅)의 대상(對象)이 되는 소득(所得)·수익(收益)·재산(財産)·행위(行爲) 또는 거래(去來)의 귀속(歸屬)이 명의(名義)일 뿐이고 사실상(事實上) 귀속(歸屬)되는 자(者)가 따로 있는 때에는 사실상(事實上) 귀속(歸屬)되는 자(者)를 납세의무자(納稅義務者)로 하여 세법(稅法)을 적용(適用)한다.

② 세법(稅法)중 과세표준(課稅標準)의 계산(計算)에 관한 규정(規定)은 소득(所得)·수익(收益)·재산(財産)·행위(行爲) 또는 거래(去來)의 명칭(名稱)이나 형식(形式)에 불구(不拘)하고 그 실질내용(實質內容)에 따라 적용(適用)한다.

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제41조 (위헌여부심판(違憲與否審判)의 제청(提請)) ① 법률(法律)이 헌법(憲法)에 위반되

는 여부가 재판(裁判)의 전제(前提)가 된 때에는 당해 사건(事件)을 담당하는 법원(法院)(군사법원(軍事法院)을 포함한다. 이하 같다)은 직권(職權) 또는 당사자(當事者)의 신청(申請)에 의한 결정(決定)으로 헌법재판소(憲法裁判所)에 위헌여부(違憲與否)의 심판(審判)을 제청(提請)한다.

②~⑤ 생략

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제2항

## [주 문]

상속세법 제32조의 2 제1항(1981.12.31. 법률 제3474호 개정)은, 조세회피의 목적이 없이 실질소유자와 명의자를 다르게 등기 등을 한 경우에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한, 헌법에 위반되지 아니한다.

## [이 유]

### 1. 사건의 개요 및 청구의 적법성

가. (사건의 개요) 기록에 의하면, (1) 청구인은 1982.4.14.부터 같은해 7.8.까지 3차례에 걸쳐 서울 도봉구 ○○동 466 전 1,306평방미터 외 6필의 토지에 대하여 청구외 길○관 외 2인으로부터 소유권이전등기를 받았다가 1982.5.8.부터 1984.8.27.까지 사이에 위 토지들에 대하여 청구외 ○○석유주식회사의 2인 앞으로 소유권이전등기를 한 사실 (2) 청구외 용산세무서장은 1985.10.17. 청구인에 대하여 청구인이 위 토지들에 관하여 위와같이 등기부상의 소유명의를 취득한 것은 상속세법 제32조의 2 제1항에 의하여 증여로 간주된다고 하여 증여세 금 210,579,410원 및 그 방위세 금 38,287,160원을 부과·고지한 사실, (3) 청구인은 그가 위 토지들에 대한 등기부상의 소유명의를 취득한 것은 원래 청구외 ○○석유주식회사가 위 길○관 등으로부터 위 토지들을 매수한 것인데, 농지매매증명의 취득곤란 및 매도인들의

등기이전 기피 등 부득이한 사정으로 말미암아 위 회사가 일단 그 대표이사인 청구인 명의로 등기이전하였다가 얼마 후에 위 회사등 앞으로 다시 등기이전한 것이므로, 증여의제(贈與擬制)를 전제로 한 증여세 등 부과처분은 위법하다고 주장하여 위 용산세무서장을 상대로 증여세 등 부과처분취소청구소송을 제기한 사실, (4) 청구인은 1988.3.30. 위 소송(서울고등법원 87구334)에서 패소하자, 대법원에 상고를 제기하고 그 상고사건에서 위 상속세법 규정이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된다고 주장하여 대법원에 헌법재판소법 제41조 제1항에 의한 위헌제청을 신청하였으며, 대법원은 같은해 2.15. 청구인의 위헌제청신청을 기각하는 결정을 한 사실 및 (5) 청구인은 같은해 2.23. 위 결정의 정본을 송달받고, 같은 해 3.3. 헌법재판소에 위헌심사를 구하는 헌법소원을 제기한 사실을 인정할 수 있다.

나. (청구의 적법성) 헌법재판소법 제41조 제1항, 제68조 제2항 및 제69조 제2항에 의하면, 법원은 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청할 수 있고, 법원이 당사자의 위헌법률심판의 제청을 기각한 때에는 그 당사자는 그 제청신청이 기각된 날로부터 14일 이내에 헌법소원의 형식으로 직접 헌법재판소에 그 법률에 대한 위헌여부의 심판을 청구할 수 있다.

위 헌법재판소법 제69조 제2항에 규정한 “제청신청이 기각된 날”이란 특단의 사정이 없는 한 제청신청에 대한 기각결정을 송달받은 날이라고 해석하여야 할 것인 바, 위 인정사실에 의하면 청구인의 이 사건 심판청구는 법정기간 내에 적법한 절차를 거쳐 제기된 것으로 인정되고, 달리 그 청구가 부적법하다고 볼 사정은 엿보이지 아니한다.

## 2. 당사자 등의 주장

가. (청구인의 주장) 청구인의 심판청구 이유의 요지는 다음과 같다.

첫째, 상속세법 제32조의2 제1항의 입법 목적은 실질적으로는 재산의 증여가 있었음에도 불구하고 명의신탁의 형식을 빌어 조세회피를 하는 것을 방지하려는 데 있으므로, 이 사건의 경우와 같이 법인이 토지를 취득함에 있어서 매도인이 양도소득세의 과중한 부담 등을 이유로 법인에의 등기 이전을 기피하기 때문에 부득이 일단 개인명으로 등기하였다가 다시 법인명으로 환원한 진정한 의미의 명의신탁의 경우에도, 무차별적으로 증여세를 부과하는 것은 국민의 재산권을 보장하고 경제적 차별을 받지 않도록 한 헌법규정에 위반된다.

둘째, 위 상속세법 규정이 아무리 조세법률주의에 의거하여 제정된 법률이라고 하더라도, 조세입법은 재산권의 보장 및 경제적 차별의 금지를 규정한 헌법규정의 제약 아래에서 이루어져야 하는 것이므로, 이러한 제약을 일탈하고 실질과세의 원칙에 위배하여 경제적 실질을 무시한 채 과세하도록 한 위 규정은 헌법에 위반된다.

셋째, 명의신탁제도는 관례에 의하여 그 유효성이 확고하게 인정되고 있을 뿐만 아니라 사법질서(私法秩序)의 일부로서 확실하게 정착되고 있으므로, 세법에서 모든 명의신탁을 획일적으로 증여의제하는 것은 사법질서의 근간을 뒤흔들어 국법질서의 통일성과 체계성을 교란하는 부당한 입법이다.

넷째, 단순한 명의대여에 의한 명의신탁의 경우에는 신탁재산 전부를 무차별적으로 증여로 보는데 반하여, 신탁법에 의한 신탁의 경우에는 그 신탁의 이익만을 증여로 보며, 근친자간의 증여의제의 경우에도 일정한 예외를 인정하고 있으므로, 위 상속세법

규정은 형평의 원칙에도 반한다.

다섯째, 상속세법 제29조의 2 제4항에 의하면 수증자가 수증재산을 1년이내에 증여자에게 환원한 때에는 이를 증여로 보지 아니한다고 규정하였는 바, 같은 법 제32조의 2 제1항에서 실질소유권과는 전혀 관계없는 단순한 명의신탁을 모두 증여로 의제하는 것은 서로 모순된다.

나. (이해관계기관 등의 의견) 이 사건 심판에 있어서 이해관계기관이라고 할 수 있는 재무부장관과 헌법재판소법 제74조에 의한 법무부장관의 의견은 다음과 같다.

첫째, 상속세법 제32조의 2 제1항은, 등기공무원의 실질심사권이 인정되지 아니하고 등기권리자의 신청에 따라 등기가 이루어지는 우리나라 부동산 등기체제 아래에서 재산의 실질소유자가 자기의 재산을 제3자 명의로 분산함으로써 상속세 등의 조세부담을 부당하게 회피하는 행위를 방지하기 위한 입법정책적 필요에 따라 규정된 것으로 헌법정신에 합치되는 입법이다.

둘째, 위 상속세법 규정은 납세의무자·과세대상·과세방법 등 중요한 과세요건을 모두 법률로 정하고 있어 형식상으로 조세법률주의에 어긋남이 없을 뿐만 아니라, 권리의 이전이나 행사에 등기 등을 요하는 재산을 제3자 명의로 등기한 경우에 당사자 사이의 내부적인 약정이 어떠한 외부적으로는 명의상의 소유자가 완전한 권리를 취득하고 그 권리의 내용이 되는 경제적 이익이 명의자에게 귀속하고 있는 것으로 보여지는 바, 이러한 경우에 누구를 납세의무자로 할 것인가는 기본적으로 조세 입법정책적 판단 사항이므로, 사적자치(私的自治)의 영역에 대한 세무간섭을 최소화하면서 조세회피현상을 효과적으로 방지하려는 것이어서 실질적으로도 조세법률주의 정신에 위배되지 아니한다.

셋째, 실질과세의 원칙은 경제적 실질에 따라 능력에 맞는 공평

한 조세부담을 과하려는 과세입법 및 세법 적용상의 원칙이나, 거래의 형태에 따라서는 실질상의 귀속자보다 명목상의 귀속자에게 과세하는 것이 과세형평의 이상을 실현하는데 보다 효과적일 수 있으므로, 국세기본법 제3조 제1항 단서에 의하여 각 세법에서 실질과세의 원칙에 대한 특례를 설정할 수 있게 되어 있고, 위 상속세법 규정도 그러한 필요에 따라 특례를 둔 것으로서 헌법위반이 될 수 없다.

넷째, 상속세법 제29조의2 제4항은 일반적인 거래의 실상을 감안하여 증여에 관한 원상회복 행위에 대하여 다시 증여세를 부과하지 않기 위한 입법정책상의 필요에 의한 규정이고, 그 규정은 증여세의 과세 대상이 되는 모든 증여에 관한 원상회복 행위에 대하여 동등하게 적용되는 것이므로, 같은 법 제32조의2 제1항 과는 아무런 모순이 없다.

### 3. 위헌여부에 관한 판단

가. (심판의 대상 및 범위) 기록에 의하면 이 사건 심판의 대상이 되는 것은 상속세법 제32조의2 제1항(이하 다만 “위 법률조항”이라 한다)인 바, 위 법률조항은 1981.12.31. 법률 제3474호로 전문개정(全文改正)되어 1982.1.1.부터 시행된 이른바 제3자 명의의 등기 등에 대한 증여의제 조항이다. 위 법률조항에 의하면 “권리의 이전이나 그 행사에 등기·등록·명의개서 등(이하 “등기 등”이라 한다)을 요하는 재산에 있어서 실질소유자와 명의자가 다른 경우에는 국세기본법 제14조의 규정에 불구하고 그 명의자로 등기 등을 한 날에 실질소유자가 그 명의자에게 증여한 것으로 본다”라고 규정하고 있다.

위 법률조항의 취지는 등기 등을 요하는 재산에 관하여 실질소유자와 명의자가 달라지는 결과가 발생하면 실질과세의 원칙에 불구하고 증여로 의제하겠다는 것으로, 위 법률조항은 명의신탁제

도가 조세회피의 수단으로 악용되는 것을 방지하기 위하여 조세법상의 대원칙인 실질과세의 원칙까지 희생시키면서 그러한 명의신탁을 이용한 조세회피 내지 조세포탈을 원칙적으로 봉쇄하겠다는 것이 입법의도인 것으로 이해된다.

그러나 위 법률조항은 위 청구인의 주장 및 이해관계기관 등의 의견에서 보는 바와 같이 헌법위반 여부가 문제된다. 이 사건에서 청구인과 이해관계기관 등은 주로 재산권보장 또는 경제적 차별금지에 관한 헌법규정이나 조세법률주의 또는 실질과세의 원칙과 관련하여 헌법위반 여부에 관한 주장 또는 의견을 펴고 있으나, 이는 결국 조세입법에 관한 헌법상의 2대원칙이라고 할 수 있는 조세법률주의와 조세평등주의(학자에 따라서는 조세공평주의·공평과세의 원칙 등으로 불려지기도 한다)와의 관계에서 헌법위반 여부를 거론하는 것이라고 이해되므로, 이 사건에서는 위 2가지 관점으로 문제점을 집약하여 판단한다. 다만, 청구인과 이해관계 기관 등은 그 밖에도 사법질서와 조세법과의 관계 상속세법 규정 상호간의 불균형 내지 모순 등 헌법위반 여부와 직접적으로 관계가 없는 입법론 또는 해석론을 거론하고 있으나, 여기서는 위 법률조항의 헌법위반 여부에 국한하여 판단한다.

나. (조세법률주의와의 관계) 먼저, 조세법률주의와의 관계에서 위 법률조항의 헌법위반 여부에 관하여 검토한다.

우리 헌법은 제38조에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다” 라고 규정하였고, 제59조에 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다.” 라고 규정하였다. 이러한 헌법규정에 근거를 둔 조세법률주의는 조세평등주의와 함께 조세법의 기본원칙으로서, 법률의 근거없이 국가는 조세를 부과·징수할 수 없고, 국민은 조세의 납부를 요구받지 않는다는 원칙이다. 이러한 조세법률주의는 이른바 과세요건법정주의와 과세요건 명확주

의를 그 핵심적 내용으로 삼고 있는 바, 먼저 조세는 국민의 재산권 보장을 침해하는 것이 되기 때문에 납세의무를 성립시키는 납세의무자·과세물건·과세표준·과세기간·세율 등의 과세요건과 조세의 부과·징수절차를 모두 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로 규정하여야 한다는 것이 과세요건 법정주의이고, 또한 과세요건을 법률로 규정하였다고 하더라도 그 규정내용이 지나치게 추상적이고 불명확하면 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 염려가 있으므로 그 규정 내용이 명확하고, 일의적(一義的)이어야 한다는 것이 과세요건 명확주의라고 할 수 있다. 그렇다면 위 헌법규정들에 근거한 조세법률주의의 이념은 과세요건을 법률로 규정하여 국민의 재산권을 보장하고, 과세요건을 명확하게 규정하여 국민생활의 법적 안정성과 예측가능성을 보장하겠다는 것이라고 이해된다.

이러한 조세법률주의의 관점에서 볼 때, 이 사건 심판의 대상인 위 법률조항은 (1) 과세물건을 규정함에 있어서, “권리의 이전이나 그 행사에 등기·등록·명의개서 등을 요하는 재산”이라고 하여 “등”이라는 추상적 개념을 사용하고 있고, (2) 과세요건을 규정함에 있어서 “실질소유자와 명의자가 다른 경우”라고 하여 행위 또는 거래의 결과만을 중시하고, 그 원인이 되는 행위 또는 거래의 유형에 관하여 아무런 규정을 두지 아니하였으며, (3) 증여의제의 범위를 규정함에 있어서, “그 명의자로 등기 등을 한날에 실질소유자가 그 명의자에게 증여한 것으로 본다”라고 하여 대상 재산의 전체가액을 증여한 것으로 본다는 것인지, 아니면 신탁의 이익 기타 특정가액만을 증여한 것으로 본다는 것인지가 불명확하여, 조세법률주의에 위배될 소지가 있다.

그러나 조세법률주의는 과세요건의 법정주의 또는 명확주의를 그 핵심적 내용으로 삼는다고 하지만, 조세법의 특수성 또는 입

법 기술상의 제약성 때문에 일정한 한계가 있다고 하지 않을 수 없다. 즉, 조세법의 주된 규율대상은 경제적 현상인데, 이러한 경제적 현상은 천차만별(千差萬別)하고 그 생성·변화가 극심하기 때문에, 아무리 조세 법률주의의 원칙을 고수한다고 하더라도 법률로 조세에 관한 사항을 빠짐없이 망라하여 완결적(完結的)으로 규정하기는 어렵다.

그러나 조세법률주의의 한계와 관련하여 이 사건 심판의 대상인 위 법률조항을 자세히 살펴보면, 과세요건의 범정주의나 명확주의에 정면으로 배치되는 것은 아니고, 합헌적 해석을 통하여 규정의 미비점을 보완할 수 있다고 보여진다. (1) 먼저 위 법률조항이 과세물건을 규정함에 있어서 추상적 개념을 사용하고 있는 것은, 종래의 대법원 또는 하급심의 판례나, 재무부 또는 국세청의 운영례에서 볼 수 있는 바와 같이, 위 법률조항의 적용대상이 되는 재산은 부동산, 입목, 자동차, 선박, 중기, 무체재산권, 주권, 사채권(社債權) 등과 같이 권리의 이전이나 행사에 있어서 등기·등록·명의개서 등이 효력발생요건 내지 대항요건으로서 법률상 요구되는 경우라고 한정하든지 또는 등기·등록·명의개서 등에 의하여 민사소송법상 강제집행을 할 수 있는 재산으로 한정하여 해석할 수 있을 것이다. (2) 또한 위 법률조항이 과세요건을 규정함에 있어서 문면상 얼핏보면 행위 또는 거래의 결과만을 중시한 듯하나, 증여세는 재산의 수증(受贈)이라는 권리의 취득·변경 또는 재화(財貨)의 이전을 과세요건으로 하는 조세라는 점과, 그 법률조항의 후단에서 “등기 등을 한 날에…… 증여한 것으로 본다” 라고 규정하고 있는 점을 아울러 고려한다면, 위 법률조항은 행위 또는 거래의 결과만을 중시한 것이 아니라, 등기·등록·명의개서 등의 행위를 통하여 실질소유자와 명의자를 다르게 한 것을 과세요건으로 규정하였다고 해석할 수 있을 것이다. (3) 끝으

로 위 법률조항이 증여의제의 범위에 관하여 다소 불명확한 표현을 하고 있으나, “그 명의자로 등기 등을 한 날에 실질소유자가 그 명의자에게 증여한 것으로 본다” 라고 규정하여, “소유” 라는 개념을 강조하고 있는 점을 미루어보면, 그 증여의제의 범위는 대상이 되는 재산의 소유권 자체를 목적으로 하는 것이라고 해석할 수 있을 것이다.

요컨대 위 법률조항은 납세의무자·과세대상·과세방법 등 중요한 과세요건을 모두 법률로 정하고 있어 형식상으로 조세법률주의의 원칙에 어긋남이 없을 뿐만 아니라, 권리의 이전이나 행사에 등기 등을 요하는 재산을 제3자 명의로 등기한 경우에는 적어도 외부적으로는 명의상의 소유자가 완전한 권리를 취득하고 있으므로 실질적으로도 조세법률주의의 원칙에 위배되지 아니한다고 할 수 있다. 다만, 그 규정내용에서 다소 불명확하고 결과에 치중한 듯한 표현을 하고 있는 점은 입법 목적에 비추어 축소해석 또는 한정해석을 한다면, 헌법이 보장한 조세법률주의의 이념인 국민의 재산권 보장이나 법적 안정성 내지 예측가능성을 크게 해치는 것은 아니라고 할 수 있다.

다. (조세평등주의와의 관계) 다음, 조세평등주의와의 관계에서 위 법률조항의 헌법위반 여부에 관하여 검토한다.

우리 헌법은 제11조 제1항에서 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다” 라고 규정하고 있다. 조세평등주의는 위 헌법규정에 의한 평등의 원칙 또는 차별금지의 원칙의 조세법적 표현이라고 할 수 있다. 따라서 국가는 조세입법(租稅立法)을 함에 있어서 조세의 부담이 공정하게 국민들 사이에 배분되도록 법을 제정하여야 할 뿐만 아니라, 조세법의 해석·적용에 있어서도 모든 국민을 평등하

게 취급하여야 할 의무를 진다. 이러한 조세평등주의의 이념을 실현하기 위한 법 제도의 하나가 바로 국세기본법 제14조에 규정한 실질과세의 원칙이라고 할 수 있다. 또한 이러한 조세평등주의는 정의의 이념에 따라 “평등한 것은 평등하게”, 그리고 “불평등한 것은 불평등하게” 취급함으로써 조세법의 입법과정이나 집행과정에서 조세정의(租稅正義)를 실현하려는 원칙이라고 할 수 있다.

이러한 조세평등주의 및 그 파생원칙인 실질과세의 원칙에 비추어 볼 때, 이 사건 심판의 대상인 위 법률조항은 등기 등을 요하는 재산에 있어서 실질소유자와 명의자를 다르게 한 경우에는, 그 원인이나 내부관계를 불문하고 일률적으로 증여로 의제하여, 증여세를 부과하겠다는 것으로, 실질과세의 원칙에 대한 예외 내지 특례를 인정하였다는 점에서 그 전제가 되는 조세평등주의 내지 조세정의의 헌법정신에 위배될 소지가 있다. 즉, 등기 등을 하는 과정에서 실질소유자와 명의자를 다르게 하는 경우는 주로 명의신탁의 경우일 것인데, 명의신탁을 일률적으로 증여로 의제하려면 일반적으로 명의신탁이 증여의 은폐수단으로 이용되고 있다거나, 명의신탁의 경제적 실질이 증여와 같다는 고도의 개연성이 있어야 할 것이다. 그러나 명의신탁이 전반적으로 증여의 은폐수단으로 악용된다고 보기는 어렵고, 명의신탁의 수탁자는 형식상의 소유명의만을 보유한다 지나지 않고, 실질적으로는 아무런 권리도 취득하지 못하는 진정한 의미의 명의신탁인 경우도 없지 아니하다. 따라서 위 법률조항이 모든 명의신탁에 대하여 실질과세의 원칙에 대한 예외 내지 특례라고 할 수 있는 증여의제 제도를 무차별적으로 적용하여 과세하겠다는 것이라면, 헌법이 규정한 평등의 원칙과 차별금지의 원칙의 조세법상 표현이라고 할 수 있는 조세평등주의와 그 실현수단인 실질과세의 원칙에 위반된다고 할 수 있다.

그러나 조세평등주의의 이념을 실현하기 위한 실질과세의 원칙은 조세회피의 방지 또는 조세정의의 실현을 위하여 경우에 따라서는 예외 내지 특례를 인정할 수 있다. 실질과세의 원칙은 법률상의 형식과 경제적 실질이 서로 부합하지 않는 경우에 그 경제적 실질을 추구하여 그에 과세함으로써 조세를 공평하게 부과하겠다는 것이나 거기서 말하는 실질의 의미가 반드시 명확한 것도 아닐 뿐만 아니라, 경우에 따라서는 형식상의 외관이나 명목에 치중하여 과세하는 것이 오히려 공평한 과세를 통한 조세정의의 실현에 부합되는 경우도 있을 수 있다. 그렇기 때문에 국세기본법 제3조 제1항 단서에서는 같은 법 제14조에 규정한 실질과세의 원칙에 대한 예외를 단행세법(單行稅法)에서 규정할 수 있도록 길을 터놓고 있는 것이다.

이러한 관점에서 볼 때, 이 사건 심판의 대상인 위 법률조항은 이미 위에서 지적한 바와 같이 명의신탁제도가 조세회피의 수단으로 악용되는 사례가 허다하기 때문에 이를 효과적으로 방지하기 위하여 조세법상의 대원칙인 실질과세의 원칙을 희생시키면서 명의신탁을 이용한 조세회피 내지 조세포탈을 원천적으로 봉쇄하겠다는 것이 그 입법의도이다. 우리나라의 현실에서 토지 등의 재산권이 대가의 지급없이 이전되는 경우를 살펴보면, 증여인 경우도 있고 신탁인 경우도 있으며, 부득이한 사정으로 인한 명의신탁인 경우도 있다. 그러나 많은 경우에는 증여의 은폐수단으로 명의신탁이 이용되는 것이라고 할 수 있다. 즉 증여의 은폐수단으로 명의신탁을 이용하는 경우, 당사자들은 일단 가장된 법률관계를 취하였다가 그것이 과세관청에 포착되면 조세를 납부하고, 조세 시효기간 중에 포착되지 않으면 조세를 포탈하려는 유혹에 빠지게 된다. 이러한 현상을 과세관청의 제한된 인원과 능력으로 일일이 포착하는 것은 그리 쉬운 일이 아니다.

그래서 위 법률조항에서는 국세기본법 제3조 제1항 단서의 규정에 따라 실질과세의 원칙에 대한 예외 내지 특례를 둔 것으로 이해된다. 그렇다면 위 법률조항이 실질과세의 원칙에 대한 예외를 설정한 것만으로 위헌이라고 단정하기는 어렵다고 할 것이다. 다만, 증여의 은폐수단이 아닌 진정한 의미의 명의신탁에 대하여도 증여로 의제함으로써 생길 수 있는 위헌의 소지를 제거할 수 있는 대책은 있어야 할 것이다.

라. (합헌해석의 필요성) 위에 실시한 바와 같이 이 사건 심판의 대상이 된 위 법률조항은 조세법률주의 및 조세평등주의의 이념에 비추어 헌법위반의 소지가 있다. 더구나 실질소유자와 명의자의 불일치라는 결과만을 중시하여 모든 경우를 막론하고 무차별적으로 증여의제하는 것은 재산권보장의 원리와 평등의 원칙에 위배될 소지가 있다. 그러나 명의신탁이 증여의 은폐수단으로 악용되는 조세현실을 방지할 수도 없고 실질과세의 원칙에 대한 예외규정의 설정이 전혀 금지되는 것도 아니다.

그렇기 때문에 종래 대법원은 위 법률조항이 헌법의 정신에 배치된다고 볼 수 없다라고 판시하면서도, 실질소유자와 명의자 사이에 합의 또는 의사소통이 없는 경우나 제3자 명의의 등기가 원인무효의 등기인 경우에는 위 법률조항이 적용되지 않는 것으로 제한 해석하고 있다. 또한 재무부와 국세청에서도 제3자 명의의 등기가 원인무효인 경우나, 법인이 부동산을 취득함에 있어서 불가피한 사정으로 개인명의의 중간 등기를 거쳐 법인 앞으로 다시 등기한 경우, 사실상 법인이 직접 취득한 것이 객관적으로 확인되고, 양도자에 대한 양도소득세의 과세가 실시 거래가액에 의하여 과세될 때에는, 위 법률조항을 적용하지 아니하는 것으로 해석하고 있다. 이와 같은 판례 및 과세관청의 태도는 조세회피의 방지를 위하여 위 법률조항의 합헌성을 인정하면서도 실질소유자

와 명의자가 다른 경우에 증여의제 조항을 무차별적으로 적용함으로써 생기는 불합리성을 시정하기 위한 축소해석의 시도(試圖)라고 보여진다.

결국 위 법률조항은 명의신탁을 이용한 조세회피 행위를 효과적으로 방지하기 위하여 실질과세의 원칙까지 배제하면서 획일적인 증여의제 제도를 마련한 것이지만, 명의신탁 제도는 관례에 의하여 그 유효성이 인정되고 있을 뿐만 아니라 사법질서의 일부로서 정착되고 있으므로, 전혀 조세회피의 목적이 없이 실정법상의 제약이나 제자의 협력거부 기타 사정으로 인하여 부득이 명의신탁의 형식을 빌린 경우에도 무차별적으로 증여세를 과세한다면 재산권보장을 전제로 한 조세법률주의 또는 평등의 원칙을 전제로 한 조세평등주의의 헌법정신에 위배되는 결과를 낳을 염려가 있다.

일반적으로 어떤 법률에 대한 여러 갈래의 해석이 가능할 때에는 원칙적으로 헌법에 합치되는 해석 즉 합헌해석(合憲解釋)을 하여야 한다. 왜냐하면 국가의 법질서는 헌법을 최고법규로 하여 그 가치질서에 의하여 지배되는 통일체를 형성하는 것이며 그러한 통일체내에서 상위규범은 하위규범의 효력근거가 되는 동시에 해석근거가 되는 것이므로, 헌법은 법률에 대하여 형식적인 효력의 근거가 될 뿐만 아니라 내용적인 합치를 요구하고 있기 때문이다. 그러한 관점에서 볼 때 이 사건 심판의 대상인 위 법률 조항은 조세법률주의와 조세평등주의를 규정한 헌법정신에 위배될 소지도 없지 않지만, 명의신탁을 이용한 조세회피를 방지하여야 한다는 당위성과 실질과세의 원칙에 대한 특례설정의 가능성을 고려하여 합헌해석을 할 필요가 있다고 판단된다.

그렇다면 위 법률조항은 원칙적으로 권리의 이전이나 행사에 등기 등을 요하는 재산에 있어서, 실질소유자와 명의자를 다르게 한

경우에는 그 등기 등을 한 날에 실질소유자가 명의자에게 그 재산을 증여한 것으로 해석하되, 예외적으로 조세회피의 목적이 없이 실정법상의 제약이나 제3자의 협력거부 기타 사정으로 인하여 실질소유자와 명의자를 다르게 한 것이 명백한 경우에는 이를 증여로 보지 않는다고 해석하여야 할 것이다. 물론 이 경우에 그와 같은 사정은 납세의무자가 적극적으로 주장·입증할 책임을 부담한다고 새겨야 할 것이다. 위 법률조항을 위와 같이 합헌적으로 해석하게 되면, 명의신탁을 이용한 조세회피 행위를 효과적으로 방지함으로써 조세징의를 실현하려는 입법목적도 달성할 수 있을 뿐만 아니라, 명의신탁 등으로 인한 실질소유자와 명의자의 불일치에 대하여 증여의제제도를 무차별적으로 적용함으로써 생길 수 있는 헌법위반의 소지도 말끔히 해소할 수 있을 것으로 판단된다.

#### 4. 결론

이상과 같은 이유로 상속세법 제32조의 2 제1항(1981.12.31. 법률 제3474호 개정)은, 조세회피의 목적이 없이 실질소유자와 명의자를 다르게 등기 등을 한 경우에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다는 합헌해석을 하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 관여재판관 중 재판관 조규광의 다수의견에 대한 보충의견과 재판관 변정수, 재판관 김진우의 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관의 의견일치에 따른 것이다.

#### 5. 재판관 조규광의 보충의견

1. 이 사건 판단에 필요한 범위내에서 다음과 같이 말할 수 있다.

전제사건의 사실관계에 대하여 적용하게 될 법률의 합헌성 여부가 헌법재판소의 심사대상이 되었을 경우, 전제사건과의 상관

관계하에서 법률의 문언, 의미, 목적을 살펴 부분적으로는 합헌이고 부분적으로는 위헌으로 판단되는 등 다의적인 해석 가능성이 생길 때 헌법재판소는 일반적인 해석작용이 용인되는 범위내에서 어느 해석 가능성이 가장 헌법에 합치되는가를 가려 한정축소적 해석방법을 통하여 합헌적인 일정한 범위내의 의미내용을 확정하여 이것이 그 법률의 본래적인 의미라고 말할 수 있고(따라서 그 이외의 해석가능성은 위헌임을 지시), 또 하나의 방법으로는 위와 같은 합헌적인 한정축소 해석의 타당영역 밖에 있는 사안례에까지 법률의 적용범위를 넓히는 것은 위헌이라는 취지로 법률의 문언자체는 그대로 둔 채 한정조항을 붙여 한정적(질적) 위헌의 선언을 할 수도 있다.

이 사건 머리에 적은 주문 “……로 해석하는 한, 헌법에 위반되지 아니한다” 라는 문구의 취지는 이유란에서 밝혀졌듯이 상속세법 제 32조의 2 제1항에 관한 다의적인 해석가능성 중 한정 축소해석을 통하여 얻어진 일정한 합헌적 의미를 천명한 것이며 그 의미를 넘어선 확대 해석은 바로 헌법에 합치하지 아니하는 것으로서 채택될 수 없다는 뜻이다. 헌법재판소는 다른 방법으로 즉 합헌적 한정 축소해석이 지닌 의미내용을 벗어난 영역에 속하는 사안례에까지 법률적용의 폭을 확대하는 것을 막기 위하여 “…… 경우에도 적용하는 한, 헌법에 위반된다” 라고 정반대의 말로 표현할 수도 있다. 이 경우는 헌법재판소가 합헌으로 해석하는 의미 밖의 영역에 속하는 사안례군에까지 법률의 적용범위를 넓힐 수 없으며 그러한 뜻에서 당해 법률의 적용범위를 정당한 해석선내로 좁히는 한정적 위헌을 선언하는 것이다.

합헌적인 한정축소 해석은 위헌적인 해석가능성과 그에 따른 법 적용을 소극적으로 배제하고, 적용범위의 축소에 의한 한정적 위헌선언은 위헌적인 법적용 영역과 그에 상응하는 해석가능성을 적

극적으로 배제한다는 뜻에서 차이가 있을 뿐 이 사건에 관한 한 다같이 본질적으로는 일종의 부분적 위헌선언이며 그 효과를 달리하는 것이 아니다. 다만 양자는 법문의미가 미치는 사정거리를 파악하는 관점, 법문의미의 평가에 대한 접근방법 그리고 개개 헌법재판 사건에서의 실무적인 적의성 등에 따라 그 중 한 가지 방법을 선호할 수 있을 따름이거니와 헌법 규범질서의 전체적인 통일성과 조화성으로 보아 의심의 여지가 있을 때에는 합헌적 해석이 우선한다는 법칙과 충격적인 위헌선언은 가급적 회피하는 것이 바람직하다는 일반적인 고려가 있을 따름이다.

이 사건 판단에는 한정축소적 합헌해석방법을 취하여 머리주문과 같은 표현을 할 수도 있고, 한정적 위헌 선언방법을 택하여 “상속세법 제32조의2 제1항은, 조세회피의 목적이 없이 실질소유자와 명의자를 다르게 등기 등을 한 경우에도 적용하는 한 헌법에 위반된다” 라고 하여 일정한 사안례군을 법률의 적용범위로부터 제외시킬 수도 있다.

2. 명의신탁이 행정법규상의 제반규제를 회피키 위하여 이용되는 사례를 많이 볼 수 있고 이들 중 그것이 건전한 사회관념상 용인될 수 없는 것, 사회정의에 반하는 것 등 명의신탁을 악용하는 것은 법의 보호를 받을 자격이 없다 하겠다.

그러나 그것은 그것대로 별도의 방법으로 제재 시정하여야 할 문제이고 그 해결방법을 본질적으로 입법목적을 달리하는 상속세법의 적용으로서 규제할 수 있는 것은 아니다.

#### 6. 재판관 변정수, 재판관 김진우의 반대의견

1. 우리는 다수의견과 견해를 달리하여 상속세법 제32조의2 제1항은 헌법 합치적 해석을 할 여지가 없는 단순 위헌법률이라고 본다. 헌법 제38조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다” 라고 하였고, 헌법 제59조는 “조세의 종목과

세율은 법률로써 정한다” 라고 하였는데 위 두 개의 규정은 조세행정에 있어서의 법치주의를 선언하는 규정이다. 조세행정에 있어서의 법치주의 적용은 조세징수로부터 국민의 재산권을 보호하고 법적생활의 안정을 도모하려는데 그 목적이 있는 것인 바, 오늘날의 법치주의는 국민의 권리·의무에 관한 사항을 법률로써 정해야 한다는 형식적 법치주의에 그치는 것이 아니라 비록 국회에서 제정한 법률이라 할지라도 그 법률의 목적과 내용 또한 헌법이념에 부합하는 등 정의에 합치되는 것이라야 한다는 실질적 법치주의를 의미하여 헌법 제38조, 제59조가 선언하는 조세법치주의는 이러한 실질적 법치주의를 뜻하는 것이므로 조세에 관한 법률도 그 목적이나 내용이 헌법이념과 정의에 합치되는 것이 아니면 아니되고 그렇지 아니하면 위헌법률이 되는 것이다.

그런데 상속세법 제32조의2 제1항은 “권리의 이전이나 그 행위에 등기·등록·명의개서 등(이하 “등기 등”이라 한다)을 요하는 재산에 있어서 실질소유자와 명의자가 다른 경우에는 국세기본법 제14조의 규정에 불구하고 그 명의자로 등기 등을 한 날에 실질소유자가 그 명의자에게 증여한 것으로 본다” 라고 규정하여 실질소유자와 명의자가 다른 경우에는 그들의 내부관계가 어떠한 간에 즉 그들간에 실질적인 증여가 있었거나 없었거나, 신탁법상의 신탁이 설정되었거나 아니면 단순한 명의신탁이었거나 간에 그들간에 그 등기 등을 한 때에 증여가 있는 것으로 보아 설사 증여가 아니라는 증거가 제시되더라도 그에 상관 없이 증여세를 부과하고 그에 관하여 다툼 여지를 봉쇄하고 있는 바, 이 규정을 둔 목적은 실질소유자와 명의자가 다른 경우 그들간의 법률관계가 어떠한 것인지 알아내기 어렵기 때문에 증여를 하였으면서도 명의신탁을 가장하여 증여세를 회피하거나 자기 재산을 제3자 명의로 분산함으로써 상속세를 회피하는 경우를 예상하여 이를 방지

하기 위한 것이다.

그러나 권리의 이전이나 그 행사에 등기 등을 요하는 재산에 있어서 “실질소유자와 명의자가 다른 경우”에는 명의신탁이 여기에 해당되는 경우가 많을 것인데 명의신탁 제도는 오래전부터 형성되어 널리 통용되어 옴으로써 법원의 판례에 의하여 사법질서의 하나로 정착된 제도이며 그것이 이용되어 온 사례를 본다면 조세회피 수단으로 이용되는 경우도 있지만 다 그런것이 아니고 다만 생활의 편의수단으로 이용되어 온 경우도 많은 것이 현실이다. 그런데 공인된 위 제도가 혹 조세회피 수단으로 이용될 수 있다는 이유로 “실질소유자와 명의자가 다른 경우”를 모조리 증여로 의제하여 버리는 것은 명의신탁 제도를 이용한 선의의 국민에게까지도 근거없는 증여세 의무를 부담시키고 그에 대한 재판청구마저도 할 수 없게 하는 것이어서 아무리 그 목적이 조세회피 방지를 위한 것이라 하더라도 정도가 지나쳐 모든 국민의 재산권과 재판청구권을 평등하게 기본권으로 보장하고 부득이 기본권을 제한하는 경우라도 그것을 최소한도로 그치게 하려는 헌법이념에 반한다. 따라서 상속세법 제32조의2 제1항의 규정은 실질적 조세법치주의를 규정한 헌법 제38조, 제59조에 위반되는 규정이며, 달리 헌법 합치적 해석을 할 수 없는 위헌법률이라고 아니할 수 없다.

2. 가) 다수의견은, 상속세법 제32조의2 제1항의 규정은 그 내용이 과세대상, 과세요건, 증여로 의제되는 범위 등에 있어 불명확하여 조세법률주의에 위배될 소지가 있고, 조세평등주의의 이념을 실현하기 위한 실질과세의 원칙에 대한 예외를 인정하였다는 점에서도 조세정의의 헌법정신에 위배될 소지가 있다. 또한 명의신탁제도는 판례에 의하여 그 유효성이 인정되고 있을 뿐만 아니라 사법질서의 일부로서 정착되고 있으므로 전혀 조세회

피의 목적없이 실정법상의 제약이나 제3자의 협력 거부 기타 부득이한 사정으로 인하여 부득이 명의신탁의 형식을 빌린 경우에도 무차별적으로 증여세를 과세한다면 재산권보장을 전제로 한 조세법률주의 또는 평등의 원칙을 전제로 한 조세평등주의의 헌법정신에 위배되는 소지도 없지 않다. 그러나 명의신탁을 이용한 조세회피를 방지하여야 한다는 당위성과 실질과세의 원칙에 대한 특례설정의 가능성을 고려하여 합헌해석을 할 필요가 있다. 그리하여 상속세법 제32조의2 제1항을, 조세회피의 목적이 없이 실질소유자와 명의자를 다르게 등기 등을 한 경우에는 적용되지 아니하는 것으로 해석한다면(그와 같은 사정은 납세의무자가 주장, 입증할 책임이 있다.) 위헌의 소지도 없어지고 명의신탁이 조세회피 수단으로 이용되는 것을 막을 수 있을 것이라는 취지로 요약된다.

나) 그러나 다수의견에는 다음과 같이 위법·부당한 점이 있다.

첫째, 법률은 될 수 있으면 헌법에 합치되는 것으로 해석해야 한다는 점에는 이론(異論)의 여지가 없다. 그러나 헌법 합치적 해석은 그 법률문언의 뜻이 분명하지 아니하여 다의적(多義的)으로 해석될 수 있는 경우에 가능한 것인지 법률문언이 뚜렷하여 한가지 뜻으로 밖에 해석할 여지가 없을 경우에는 헌법 합치적 해석은 불가능하며 이 때에는 입법기관이 법률을 개정함으로써만이 위헌 요소를 없앨 수 있는 것이다.

그런데 상속세법 제32조의2 제1항은 앞서 1항에서 설명한 바와 같이 법률문언 내용으로 보아서나 입법취지로 보아서나, 실질소유자와 명의자가 다른 경우에는 그들의 내부관계가 어떠한간에 즉 그들간에 실질적인 증여가 있었거나 없었거나, 신탁법상의 신탁이 설정되었거나 아니면 단순한 명의신탁이었거나 간에, 조세 회피의 목적 유무에 상관 없이 그들간에 그 등기 등을 한 날

에 증거가 있는 것으로 간주하여 설사 다른 주장 입증이 있더라도 그에 상관없이 증여세를 부과하도록 한 규정인 것이 너무도 뚜렷하여 달리 해석할 여지가 없는 법률인 것이다.

그럼에도 불구하고 다수의견이 너무도 뚜렷한 위 규정을 가지고 주문과 같이 헌법 합치적으로 해석하는 것은 이른바 헌법 합치적 법률 해석의 한계를 벗어난 것이라고 생각한다.

둘째, 위헌법률심판의 결정주문은 명확하여야 한다. 그런데 “상속세법 제32조의2 제1항은 조세회피의 목적이 없이 실질소유자와 명의자를 다르게 등기 등을 한 경우에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다” 라는 결정주문은 결국 위 법률이 위와같이 해석되는 것을 조건으로 그 한도에서 헌법에 위반되지 아니한다는 것이므로 다른 한편으로는 위 법률이 조세회피의 목적없이 실질소유자와 명의자를 다르게 등기 등을 한 경우에도 적용되는 것으로 해석하는 한 위 법률은 헌법에 위반된다는 것으로도 되어 매우 불명확한 결정주문이어서 위 법률이 위헌인지 합헌인지를 결정하여 달라는 청구인의 헌법소원에 대하여 명백한 대답을 아니하고 법률해석에 따라서 합헌으로도 되고 위헌으로도 될 수 있다는 애매한 대답을 한 것이 되어 헌법재판소가 위헌여부의 결정을 회피하였다는 비난을 받을 수도 있을 것이다. 다수의견은 위 법률이 조세회피의 목적이 없이 실질소유자와 명의자를 다르게 등기 등을 한 경우에는 적용되지 아니하는 것으로 해석이 가능한 것이냐 아니냐의 점은 문제로 삼지 아니하고 헌법재판소가 위와 같은 해석을 하면 설사 그것이 근거없는 해석이라고 하더라도 당연히 그 해석에 기속력이 있는 것으로 보고 위와 같은 결정을 한 것으로 보인다.

그러나 우리 법제는, 헌법재판소의 모든 재판(위헌결정이건, 합헌결정이건)이 법원과 행정기관 등 모든 국가기관을 구속할뿐더러

헌법재판소가 재판의 집행권 까지도 가지고 있고 또한 법원의 재판에 대하여도 심판권을 갖는 서독(西獨) 등 외국제도와는 달리 위헌결정에 한하여 기속력을 인정하고(헌법재판소법 제47조 제1항) 헌법재판소에 재판의 집행권도 없으며, 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있는데(헌법재판소법 제68조 제1항), 이러한 제도 아래서 우리 헌법재판소가 헌법재판소법 제47조 제1항에 의한 기속력이 있는 것인지 조차 의심스럽고, 서독 등 외국 헌법재판소에서나 하는 주문과 같은 조건부 합헌결정을 하는 것이 바람직한 일인지 생각해 볼 일이다.

셋째, 다수의견은 “조세회피의 목적이 없이……” 라고만 하여 회피대상의 조세를 한정하지 아니하고 모든 조세를 그 대상에 포함시켰는데 만약 조세관청에서 위 문구를 확대 해석한다면 조세회피 목적없는 명의신탁은 거의 인정되지 아니할 것이므로 다수의견이 어떠한 실익을 거둘 수 있을지 의문이다. 다수의견이 위 법률규정의 위헌성을 시인하면서도 주문과 같은 변칙적 결정을 한 것은 단순위헌결정을 하였을 경우에 있어서의 법의 공백을 염려하는 것으로 보이나, 위와같은 법률이 없다고 하더라도 명의신탁을 가장한 증여 등에 대하여는 실질과세의 원칙에 따라 얼마든지 세금을 부과할 수 있는 것이므로 다수의견의 염려는 기우에 지나지 않는다.

다. 위에서 본 바와 같이 법리에도 맞지 않고 실정법에 비추어도 문제가 있는 다수의견에는 찬동할 수 없다. 상속세법 제32조의 2 제1항은 세수증대와 조세행정의 편의만을 위한 나머지 국민의 기본권을 염두에 두지 아니한 위헌법률이고 헌법 합치적 해석의 여지도 없는 법률이므로 마땅히 위헌선언이 되어야 한다.

3. 명의신탁 제도가 공인된 사법질서의 하나인 현실에 비추어 실질소유자와 명의자가 다른 경우 그것이 명의신탁이라고 인

정된다면 조세회피 목적 유무와는 관계없이 증여세 부과대상으로 하여서는 아니된다.

그리고 상속세법 제32조의2 제1항을 둔 목적이 실질소유자와 명의자가 다른 경우 그들간의 법률관계가 어떠한 것인지 알아내기 어렵기 때문에 증여를 하였으면서도 명의신탁을 가장하여 증여세를 회피하거나 자기재산을 제3자 명의로 분산함으로써 상속세를 회피하는 경우를 예상하여 이를 방지하기 위한 것이라면 상속세법 제32조의2 제1항처럼 실질소유자와 명의자가 다른 모든 경우를 “실질소유자가 명의자에게 증여한 것으로 본다”고 하여 선의의 명의신탁제도 이용자에게 반증제시 기회나 재판받을 기회마저 주지 않고 억울한 세금을 물릴 것이 아니라 “실질소유자가 명의자에게 증여한 것으로 추정한다”라고 개정하여 반증제시 기회와 재판받을 기회를 줌으로써 국민의 기본권제한을 최소한에서 그치도록 하여야 할 것이다.

1989. 7. 21.

재판장 재판관 조규광  
재판관 이성렬  
재판관 변정수  
재판관 김진우  
재판관 한병채  
재판관 이시윤  
재판관 최광률  
재판관 김양균  
재판관 김문희

## 行政書士 許可取消에 관한 憲法訴願

(1989. 7. 24. 89헌마141 第1指定裁判部)

[판례집 1권, 155~156]

[판시사항]

헌법재판소(憲法裁判所)의 결정(決定)에 대한 헌법소원(憲法訴願)의 적법여부(適法與否)

[결정요지]

헌법재판소(憲法裁判所)가 이미 행한 결정(決定)에 대해서는 이를 취소(取消), 변경(變更)할 수 없으므로 이에 대한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)는 부적법(不適法)하다.

청구인 정○주

[참조조문]

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제39조 (일사부재리(一事不再理)) 헌법재판소(憲法裁判所)는 이미 심판(審判)을 거친 동일한 사건(事件)에 대하여는 다시 심판(審判)할 수 없다.

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제72조 제3항 제4호

[주 문]

이 사건 심판청구를 각하한다.

[이 유]

청구인의 이 사건 심판청구의 요지는 청구인은 1966.7.11. 서울특별시 성동구청장의 허가를 받아 행정서사업을 영위해 왔는데 그로부터 20여년이 지난 1986.6.7. 동 허가가 취소되어 청구인

의 헌법상 기본권이 위법하게 침해되었으므로 이를 구제해 달라는 것이다.

살피건대, 청구인은 1989.3.28. 당 재판소에 89헌마55호로 본건과 동일한 내용의 헌법소원을 제기하여 같은 해 4.26. 당 재판소 제3지정 재판부에서 청구기간 경과를 이유로 각하된 사실이 있는 바, 헌법재판소가 이미 행한 결정에 대해서는 자기 기속력 때문에 이를 취소 변경할 수 없다 할 것이며, 이는 법적안정성을 위하여 불가피한 일이라 할 것이다(또한 일건 기록을 살펴보아도 당 재판소 제3지정재판부의 위 결정에 어떠한 잘못도 찾을 수 없다).

따라서 이 사건 헌법소원은 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우이므로 헌법재판소법 제72조 제3항 제4호에 의하여 이를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

1989. 7. 24.

재판장 재판관 조규광

재판관 이성렬

재판관 이시윤

# 司法書士法施行規則에 관한 憲法訴願

(1989. 7. 28. 89헌마1 全員裁判部)

[판례집 1권, 157~165]

[관시사항]

1. 구(舊) 사법서사법시행규칙(司法書士法施行規則) (1973.10.1. 대법원규칙(大法院規則) 제544호로 개정(改正)되기 전(前)의 것) 제1조의 폐지(廢止)에 따르는 경합자(競合者) 환산경과규정(換算經過規定) 불비(不備)의 입법부작위(立法不作爲)에 대한 헌법소원(憲法訴願)의 적법여부(適法與否)

2. 법원행정처장(法院行政處長)의 질의회신(質疑回信)에 대한 헌법소원(憲法訴願)의 적법여부(適法與否)

[결정요지]

1. 기본권(基本權) 보장(保障)을 위한 법규정(法規定)이 불완전(不完全)하여 그 보충(補充)을 요(要)하는 경우 그 입법부작위(立法不作爲)를 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)의 대상으로 삼을 수는 없으므로 부적법(不適法)하다.

2. 법원행정처장(法院行政處長)의 민원인(民願人)에 대한 법령(法令) 질의회신(質疑回信)이란 법규(法規)나 행정처분(行政處分)과 같은 법적(法的) 구속력(拘束力)을 갖는 것이라고는 보여지지 아니하므로 이에 대한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)는 부적법(不適法)하다.

청구인 박○석

대리인 변호사 김상철(국선)

[참조조문]

사법서사법(司法書士法)(1986.5.12. 법률(法律) 제3828호) 제4조 (자격(資格)) ① 다음 각호(各號)의 1에 해당하는 자(者)는 사법서사(司法書士)의 자격(資格)이 있다.

1. 15년(年)이상 법원서기보(法院書記補)나 검찰서기보(檢察書記補) 이상의 직(職)에 있던 자(者), 7년(年)이상 법원주사보(法院主事補)나 검찰주사보(檢察主事補) 이상의 직(職)에 있던 자(者) 또는 5년(年)이상 법원사무관(法院事務官)이나 검찰사무관(檢察事務官)(검찰(檢察)의 수사사무관(搜查事務官)을 포함한다) 이상의 직(職)에 있던 자(者)로서 사법서사업무(司法書士業務)의 수행에 필요한 법률지식(法律知識)과 능력(能力)이 있다고 대법원장(大法院長)이 인정한 자(者)

## 2. 생략

### ② 생략

사법서사법(司法書士法) 부칙(附則) (상동(上同)) ① 생략

② (사법서사자격(司法書士資格)에 관한 경과조치(經過措置)) 이 법(法) 시행(施行)전에 사법서사(司法書士)의 인가(認可)를 받은 자는 이 법(法)에 의한 사법서사(司法書士)의 자격(資格)이 있는 자(者)로 보되, 이 법(法) 시행일(施行日)로부터 3월(月)이내에 이 법(法)에 의한 사법서사명부(司法書士名簿)에 등록(登錄)하여야 한다.

③ (인가취소(認可取消)된 자(者)에 관한 경과조치(經過措置)) 이 법(法) 시행(施行)전에 종전의 규정(規定)에 의하여 사법서사(司法書士)의 인가(認可)가 취소(取消)된 자(者)와 부칙(附則) 제2항의 규정(規定)에 의하여 사법서사명부(司法書士名簿)에 등록(登錄)하지 아니한 자(者)는 이 법(法)의 규정(規定)에 의하여 등록(登錄)이 취소(取消)된 자(者)로 본다.

### ④ 생략

구(舊) 사법서사법시행규칙(司法書士法施行規則)(1973.10.1. 대법원규칙(大法院規則) 제544호로 개정(改正)되기 전(前)의 것) 제1조 (자격) ① 사법서사법(이하 법이라 한다) 제4조 제1호 후단의 「동등 이상의 학력, 경력이 있다고 인정되는 자」라 함은 10년 이상 법원 또는 검찰청의 서기보의 직에 있던 자를 말한다.

### ② 생략

사법서사법시행규칙(司法書士法施行規則) 제3조 (사법서사(司法書士)의 자격인정(資格認定)) ① 법 제4조 제1항 제1호의 규정에 의한 대법원장의 인정을 받고자 하는 자(이하 “신청인”이라 한다)는 부록 제1호양식에 의한 신청서를 사무소를 설치하고자 하는 장소를 관할하는 지방법원장(이하 “소관지방법원장”이라 한다)에게 제출하여야 한다.

### ②~③ 생략

④ 대법원장이 제1항의 인정을 한 때에는 법원행정처장은 신청인에게 부록 제3호양식에 의한 자격증을 교부하고, 부록 제4호양식에 의한 자격증교부대장에 이를 등재하여야 한다.

⑤ 대법원장이 제1항의 인정을 하지 아니한 때에는 법원행정처장은 부록 제5호양식에 의하여 그 취지를 신청인에게 통지하여야 한다.

[주 문]

이 사건 심판청구를 각하한다.

[이 유]

1. 심판의 대상

이 사건 소원심판 청구는 첫째로 법원서기 및 주사 경합자의 경우 주사경력으로 환산하는 사법서사법 시행규칙을 두지 아니한 입법부작위, 둘째로 위헌법률인 개정 사법서사법 부칙 제항에 기하여 행한 1986.12.29.자 사법서사자격 불인정처분, 셋째로 개정 사법서사법의 시행 전에 사법서사의 인가를 받았다가 취소된 자에 대하여 사법서사법 제1조 제1항 제1호의 규정에 의한 실무경력을 갖춘 경우에만 기득권을 인정할 수 있다는 취지의 질의회신등이 청구인의 기본권을 침해하였는가의 여부이다.

2. 관계규정과 사건의 개요

가. 1963.4.25. 법률 제1333호(이하 1963년 법이라 한다)로 제정된 사법서사법 제4조에 의하면, 사법서사의 자격요건에 관하여 제1호에서 “5년이상 법원 및 검찰청서기 이상의 직에 있던 자 또는 동등 이상의 학력, 경험이 있다고 인정되는 자” 로, 제2호에서 “사법서사 시험에 합격한 자” 로 각각 규정하였고, 동법 시행규칙(1963.5.11. 공포, 대법원규칙 제178호) 제1조 제1항에서는 “사법서사법 제4조 제1호 후단의 동등 이상의 학력, 경험이 있다고 인정되는 자라 함은 10년이상 법원 검찰청의 서기보의 직에 있던 자를 말한다” 고 하고, 제2항에서 “서기보와 서기의 재직연수가 경합하는 경우에는 서기보의 재직연수의 2분의 1을 서기의 재직연수로 계산한다” (이하 경합자 환산규정이라 한다)고 각 규정하였다.

그 뒤 1973.2.24. 법률 제2551호로 개정되면서, 동법 제4조 제

1호에서는, 실무경력자의 자격요건에 관하여 “7년이상 법원주사보나 검찰주사보(개정전 법률상의 서기) 이상의 직에 있던 자 또는 5년이상 법원사무관이나 검찰사무관 이상의 직에 있던 자 로 상향조정하는 한편, 1963년 법에 있었던 “동등이상의 학력, 경험이 있다고 인정하는 자 ” 규정부분을 삭제함과 동시에 동법 시행규칙을 개정하여 1963년 시행규칙 제1조의 규정이 폐기됨으로써 위 경합자 환산규정은 없어지게 되었다.

위 사법서사법 제4조 제1호는 또다시 1986.5.12. 법률 제3828호(이하 1986년 법이라 한다)로 개정되었는데, 여기에서는 실무경력자의 자격요건을 “15년이상 법원서기보나 검찰서기보 이상의 직에 있던 자 7년 이상 법원주사보나 검찰주사보 이상의 직에 있던 자 또는 5년이상 법원사무관이나 검찰사무관 이상의 직에 있던 자로서 사법서사 업무의 수행에 필요한 법률지식과 능력이 있다고 대법원장이 인정한 자” 로 규정함으로써 법원, 검찰서기보 15년이상의 근속자에게 사법서사의 자격취득을 가능케 하였으나 1963년 법상의 동등이상의 규정이나 1963년 시행규칙상의 경합자 환산규정은 부활되지 아니하였다.

한편 1986년 법에 이르러 종래 사법서사가 되려는 자에 대해 소관 지방법원장의 인가를 받게 한 인가제였던 것이 대법원장의 자격인정제와 사법서사명부 등록제로 바뀌게 되었는데 이와같이 인가제에서 등록제로 전환되면서 위 개정법률에서 다음과 같은 경과규정을 두게 되었다.

즉 위 개정법률 부칙 제2항에서 “이 법 시행전에 사법서사의 인가를 받은 자는 이 법에 의한 사법서사의 자격이 있는 자로 보되 이 법 시행일로부터 3개월 이내에 이 법에 의한 사법서사 명부에 등록하여야 한다” 고 하고, 부칙 제3항에서 “이 법 시행전에 종전의 규정에 의하여 사법서사의 인가가 취소된 자와 부칙 제

2항의 규정에 의하여 사법서사 명부에 등록하지 아니한 자는 이 법의 규정에 의하여 등록이 취소된 자로 본다고 규정하였다.

나. 청구인은 1955.4.15.부터 1955.6.29.까지는 임시서기보로, 1955.7.1.부터 1959.8.9.까지는 서기보로 서울고등법원에 근무하였으며 그 뒤 1959.8.10.부터 1964.11.19.까지는 서기(법원주사)로 서울고등법원과 서울민사지방법원에 근무하다가, 1965.5.12. 서울민사지방법원장으로 부터 사법서사의 인가를 받아 사법서사 업무를 수행하던 중 1977.2.16. 사법서사의 인가취소를 받게 되었다 따라서 법원직 사무경력은 서기보직 약 4년 4월, 서기직 5년 3월 정도되는데, 청구인은 1986년 법이 시행되자 동 12.22.에 이미 사법서사 인가를 받은 자로서 위에서 본 1986년 법 부칙 제2항에 따라 사법서사 명부에 등록하기 위한 전제로서 사법서사법시행규칙 제3조 제1항에 의하여 사법서사 자격인정 신청을 하였던바, 동 29.자로 동조 제5항에 의하여 자격불인정처분이 나고, 그 다음날 법원행정처장에 의하여 그 통지가 발송되었으며, 1989.1.6.에 이르러 당 재판소에 헌법소원을 제기하였다

### 3. 당사자 등 주장요지

#### 가. 청구인의 주장

청구인의 주장요지는, 첫째로 현행 사법서사법 제4조 제1항 제1호에서는 사법서사 자격을 얻기 위한 실무경력을 법원 검찰서기보 15년 이상, 주사보 7년 이상, 사무관 5년 이상으로 한정하였는데, 이 규정은 헌법상의 기회균등 및 법형평의 원칙에 반하는 것으로서 1963년 사법서사법시행규칙과 마찬가지로 서기보, 서기직 경합근무자에 대한 환산규정을 두어야만 이미 인가까지 얻은 청구인의 사법서사에 관한 기득권이 보호될 것인데, 이를 규정하지 아니한 것은 위헌이며 둘째로 청구인은 구법에 의하여 사법서사의 인가를 받은 바 있었으므로 개정 사법서사법 부칙 제2

항에 의하여 당연히 기득권이 인정되어 사법서사 명부에 등록하기 위한 전제로 대법원장의 사법서사 자격인정 신청을 하였던 바 위헌법률인 1986년 법 부칙 제3항 즉 종전의 규정에 의하여 사법서사의 인가가 취소된 자는 개정된 법률에 의하여 등록이 취소된 자로 본다는 내용의 규정을 내세워 청구인의 기득권을 부인하고 1986.12.29. 사법서사 자격불인정 처분을 하여 그 다음날 통지함으로써 사법서사 명부에 등록할 수 있는 권리를 침해하였으며, 셋째로 1986.12.4. 법원행정처장의 질의회신에 의하면 현행 사법서사법 시행전에 사법서사의 인가를 받았다가 폐업하거나 인가취소된 자는 동법 제4조 제1항 제1호에 의한 경력을 갖춘 경우에만 대법원장의 인정을 받아 사법서사의 자격을 얻게 된다는 내용인데, 이러한 질의회신은 청구인의 기본권 침해이다

#### 나. 법원행정처장의 답변 요지

첫째로, 사법서사의 자격인정 절차와 사법서사 명부예의 등록절차는 서로 별개의 절차인 바, 청구인이 소관 지방법원장에게 사법서사법 부칙 제2항의 규정에 의한 등록신청을 하여 등록거부당한 사실이 없는 이상, 청구인의 기본권을 침해한 공권력의 행사가 있었다고 할 수 없다 둘째로, 대법원장의 자격불인정 처분이 기본권 침해라 하여도 통상의 행정심판과 행정소송 절차에 의한 권리구제 절차를 먼저 거쳐야 한다. 셋째로, 개정 사법서사법이 시행되기 전에 사법서사의 인가를 받은 자가 폐업하거나 그 인가가 취소된 경우에는 그 인가의 효력은 소멸되게 되므로, 사법서사법 부칙 제2항의 “이 법 시행전에 사법서사의 인가를 받은 자”라 함은 개정법 시행전에 사법서사의 인가를 받았을 뿐 아니라 그 인가의 효력이 개정법 시행 당시까지 유효하게 존속하고 있는 자만을 가리킨다고 할 것이고, 폐업 또는 인가취소에 의하여 그 인가의 효력이 이미 소멸된 자까지 포함된다고 해석하여 기득

권을 보호할 것은 아니다.

다. 법무부장관의 답변요지

법무부장관은 위에서 본 법원행정처장과 같은 취지의 답변 이외에 다음과 같은 주장을 함께 하고 있다.

헌법상의 평등의 원칙이란 모든 인간을 모든 경우에 균등하게 다루어야 하는 무제한적 절대평등이 아니므로 사법서사법에서 일정한 기간의 일정한 경력을 사법서사 자격인정의 요건으로 하는 것은 결코 평등의 원칙에 반하지 아니하며, 설사 구법 시행규칙에서 다같은 경력자 환산규정을 두지 아니하였다고 하여도 헌법상의 명시적인 입법위임이 없는 한 입법권자의 법률제정권이 존중되어야 하고 새로운 입법과정에서 반드시 구법상의 기대이익을 존중하여야 할 의무는 없으므로 헌법위배가 있다고 할 수 없다.

#### 4. 판단

가. 입법부작위에 대한 소원부분에 관하여 본다

청구인의 주장 취지는 앞서 본 바와 같이 1963년 법 시행규칙에서 정한 바와 같은 경력자 환산규정을 두어 이미 인가까지 얻은 청구인의 사법서사 기득권을 보호하여야 할 것인데 이를 두지 아니한 것은 위헌이라는 것인 바, 1986년 법 부칙 제2항에 의하면 “이 법 시행전에 사법서사의 인가를 받은 자는 이 법에 의한 사법서사의 자격이 있는 자로 본다”고 규정하고 있다. 그렇다면 구법에 의하여 취득한 기득권 보호를 위한 기본규정은 두고 있는 경우이며 그에 관한 규정이 전혀 없는 경우는 아닌 것이다. 널리 입법부작위에는 기본권보장을 위한 법규정을 전혀 두고 있지 않은 경우와 이에 관한 규정은 두고 있지만 불완전하게 규정하여 그 보충을 요하는 경우를 상정할 수 있는데, 결국 이 사건은 후자의 범주에 속한다고 할 것이며, 이 경우는 그 불완전한 법규 자체를 대상으로하여 그것이 헌법위반이라는 적극적인 헌법소

원은 별론으로 하고, 입법부작위로서 헌법소원의 대상은 삼을 수 없다 할 것이다. 따라서 이 부분 청구는 부적법하다.

나. 자격 불인정 처분에 대한 소원부분에 관하여 본다

1986년 법에 따른 대법원장의 인정을 받고자 할 때에는 동 시행규칙 제3조 제1항에 의하여 소관 지방법원장에게 사법서사 자격인정 신청을 하여야 하는데, 그 인정을 받으면 동 규칙 제3조 제4항에 의하여 법원행정처장의 자격증 교부를 받게 되며 이 자격증을 사법서사법 제조에 의하여 등록신청서에 첨부하여 관할 사법서사회를 거쳐 소관 지방법원장에게 제출하여 사법서사명부에 등록을 마칠 수 있게 되었으나 그 인정을 받지 못하면 동 시행규칙 제3조 제5항에 의하여 자격 불인정의 처분을 받고 그 통지를 법원행정처장으로부터 받게 되어 있는 바, 만일 위 불인정 처분을 받게 되면 사법서사 등록신청을 내어 명부등록의 길은 막힌다고 할 것이다. 따라서 청구인이 주장하는 바와 같은 사법서사명부 등록권의 침해가 있었다면 바로 위 불인정 처분 때문일 것이므로 이에 대하여 먼저 통상의 행정심판과 행정소송 절차에 의한 권리구제절차를 거침이 마땅할 것인데, 일건 기록상 청구인이 이와 같은 구제절차를 거쳤다고 볼 아무런 자료가 없으며, 달리 권리구제절차를 거침이 없이 직접 소원을 제기할 수 있는 특단의 사정도 찾을 수 없다 따라서 이 부분 청구는 보충성의 원칙에 반하는 부적법한 것이다

다. 법원행정처장의 질의회신에 대한 소원 부분에 관하여 본다

법원행정처장의 소위 민원인에 대한 법령 질의회신이란 한낱 법령 해석에 관한 의견진술에 지나지 않고, 그것이 법규나 행정처분과 같은 법적 구속력을 갖는 것이라고는 보여지지 아니하며, 기록에 의하면 문제된 질의회신은 청구인에 대한 것도 아님이 명백

하므로 이를 소원의 대상으로 삼아 심판을 구하는 부분 역시 부적법함을 면치 못할 것이다.

5. 결론

그렇다면 이 사건 심판청구는 어느 모로 보나 부적법한 것이므로 각하하기로 하여 이에 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1989. 7. 28.

재판장 재판관 조규광  
재판관 이성렬  
재판관 변정수  
재판관 김진우  
재판관 한병채  
재판관 이시운  
재판관 최광률  
재판관 김양균  
재판관 김문희

## 國家賠償法 第2條에 관한 憲法訴願

(1989. 7. 28. 89헌마61 全員裁判部)

[판례집 1권, 166~169]

[판시사항]

적(敵)에 의한 부상자(負傷者)의 국가배상법(國家賠償法) 제2조 제1항에 관한 헌법소원(憲法訴願)의 적법여부(適法與否)

[결정요지]

적(敵)과 교전(交戰) 중(中) 적(敵)의 포탄에 맞아 부상(負傷)한 자(者)는 헌법(憲法) 제29조 제2항이나 국가배상법(國家賠償法) 제2조 제1항에 의하여 기본권(基本權)(평등권(平等權), 국가배상청구권(國家賠償請求權))을 침해(侵害)받고 있는 자(者)라고 볼 수 없으므로 헌법소원심판(憲法訴願審判)을 청구(請求)할 이익(利益)이 없다.

청구인 조○행

대리인 변호사 김광삼

[참조조문]

헌법(憲法) 제29조 제1항, 제2항

국가배상법(國家賠償法) 제2조 (賠償責任) ① 국가(國家) 또는 지방자치단체(地方自治團體)는 공무원(公務員)이 그 직무(職務)를 집행(執行)함에 당하여 고의(故意) 또는 과실(過失)로 법령(法令)에 위반(違反)하여 타인(他人)에게 손해(損害)를 가(加)하거나, 자동차손해배상보장법(自動車損害賠償保障法)의 규정(規定)에 의하여 손해배상(損害賠償)의 책임(責任)이 있는 때에는 이 법(法)에 의하여 그 손해(損害)를 배상(賠償)하여야 한다. 다만, 군인(軍人)·군무원(軍務員)·경찰공무원(警察公務員) 또는 향토예비군대원(鄉土豫備軍隊員)이 전투(戰鬪)·훈련(訓練) 기타 직무집행(職務執行)과 관련하여나 국방(國防) 또는 치안유지(治安維持)의 목적상(目的上) 사용하는 시설(施設) 및 자동차(自動車)·함선(艦船)·항공기(航空機) 기타 운반기구(運搬機具)안에서 전사(戰死)·순직(殉職) 또는 공상(公傷)을 입은 경우에 본인(本人) 또는

그 유족(遺族)이 다른 법령(法令)의 규정(規定)에 의하여 재해보상금(災害補償金)·유족연금(遺族年金)·상이연금(傷痍年金) 등의 보상(報償)을 지급(支給)받을 수 있을 때에는 이 법(法) 및 민법(民法)의 규정(規定)에 의한 손해배상(損害賠償)을 청구할 수 없다.

② 생략

[주 문]

이 사건 심판청구를 각하한다.

[이 유]

1. 이 사건 심판청구 이유 요지는, 헌법은 제29조 제1항에서 “공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다.” 라고 규정하여 공무원의 직무상 불법행위로 인하여 손해를 입은 국민의 국가에 대한 손해배상청구권을 기본권으로 보장하였으면서 그 제2항에 “군인, 군무원, 경찰공무원 기타 법률이 정하는 자가 전투·훈련 등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정하는 보상 외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없다” 라는 예외규정을 두었고, 헌법의 이 예외규정에 근거하여 국가배상법 제2조 제1항도 “다만 군인, 군무원, 경찰공무원 또는 향토예비군 대원이 전투·훈련 기타 직무집행과 관련하여 국방 또는 치안유지의 목적상 사용하는 시설 및 자동차, 함선, 항공기 기타 운반 기구 안에서 전사·순직 또는 공상을 입은 경우에 본인 또는 그 유족이 다른 법령의 규정에 의하여 재해보상금, 유족연금, 상이연금 등의 보상을 지급받을 수 있을 때에는 이 법 및 민법의 규정에 의한 손해배상은 청구할 수 없다” 라는 예외규정을 두었는 바, 국가배상청구권은 모든 국민에게 차별없이 인정되어야 할 기본권인데도 불구하고 유독 군인, 군무원, 경찰공무원, 향토예비군 대원에게 한

하여 그것을 인정하지 아니하는 예외규정을 둔 것은 군인, 군무원, 경찰 공무원 및 향토예비군 대원의 평등권과 국가배상청구권을 침해하는 것이므로 시정되어야 한다는 것이다.

2. 판단하건대, 헌법소원의 심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자에 한하여 청구할 수 있는 것이므로, 이 사건 헌법소원이 적법한 것이 되기 위하여서는 우선 청구인이 현재 공무원의 직무상 불법행위를 원인으로 국가 또는 공공단체에 대하여 손해배상청구권을 행사할 수 있는 지위에 있는데도 불구하고 군인, 군무원, 경찰공무원, 향토예비군 대원에게 국가배상청구권을 인정하지 아니한 헌법 제29조 제2항 및 국가배상법 제2조 제1항의 규정 때문에 손해배상청구권을 행사할 수 없게 된 사정이 있어야 하는 것이다.

그런데 이 점에 대하여 청구인은, 자신은 6·25사변중인 1952년 대한민국 육군사병으로 전선에서 싸우다가 적군의 포탄파편을 오른쪽 다리에 맞아 부상한 상이군인으로서 이 헌법소원을 청구한 것이며 달리 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 바는 없다는 것인 바 적과 교전 중 적의 포탄에 맞아 부상한 청구인으로서 특별한 사정이 없는 한 헌법 제29조 제1항 소정의 “공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민”에 해당될 수 없고, 따라서 국가 또는 공공단체에 대한 손해배상청구권도 없으므로 청구인은 헌법 제29조 제2항이나 국가배상법 제2조 제1항에 의하여 기본권을 침해받고 있는 자라고 볼 수 없는 것이다.

3. 그렇다면 이 사건 헌법소원은 헌법소원을 제기할 이익이 없는 자에 의하여 제기된 것이어서 부적법한 것이므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다

1989. 7. 28

재판장 재판관 조규광

재판관 이성렬

재판관 변정수

재판관 김진우

재판관 한병채

재판관 이시운

재판관 최광률

재판관 김양균

재판관 김문희

# 搜查機關에 의한 基本權侵害에 대한 憲法訴願

(1989. 7. 28. 89헌마65 全員裁判部)

[판례집 1권, 170~173]

[판시사항]

공소시효(公訴時效)가 완성(完成)된 이후에 제기(提起)된 검사(檢事)의 불기소처분(不起訴處分)에 대한 헌법소원(憲法訴願)의 적법여부(適法與否)

[결정요지]

불기소처분(不起訴處分)의 대상이 된 피의사실(被疑事實)에 대한 공소시효(公訴時效)가 완성(完成)된 경우 그 불기소처분(不起訴處分)에 대한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)는 권리보호(權利保護)의 이익(利益)이 없어 부적합(不適合)하다.

청구인    염○원

피청구인  서울지방검찰청  검사

[참조조문]

형사소송법(刑事訴訟法) 제249조 (공소시효(公訴時效)의 기간(期間)) ① 공소시효(公訴時效)는 다음 기간(期間)의 경과(經過)로 완성(完成)한다.

1. 사형(死刑)에 해당(該當)하는 범죄(犯罪)에는 15년(年)
2. 무기징역(無期懲役) 또는 무기금고(無期禁錮)에 해당(該當)하는 범죄(犯罪)에는 10년(年)
3. 장기(長期) 10년이상(年以上)의 징역(懲役) 또는 금고(禁錮)에 해당(該當)하는 범죄(犯罪)에는 7년(年)
4. 장기(長期) 10년미만(年未滿)의 징역(懲役) 또는 금고(禁錮)에 해당(該當)하는 범죄(犯罪)에는 5년(年)
5. 장기(長期) 5년미만(年未滿)의 징역(懲役) 또는 금고(禁錮), 장기(長期) 10년이상(年以上)의 자격정지(資格停止) 또는 다액(多額) 1만(萬)원 이상(以上)의 벌금(罰金)에 해당(該當)하는 범죄(犯罪)에는 3년(年)
6. 장기(長期) 5년이상(年以上)의 자격정지(資格停止)에 해당(該當)하는 범죄(犯罪)에는 2년(年)
7. 장기(長期) 5년미만(年未滿)의 자격정지(資格停止), 다액(多額) 1만(萬)원 미만(未滿)의 벌금(罰金), 구류(拘留), 과료(科料) 또는 몰수(沒收)에 해당(該當)하는 범죄(犯罪)에는 1년(年)

② 공소(公訴)가 제기(提起)된 범죄(犯罪)는 판결(判決)의 확정(確定)이 없이 공소(公訴)를 제기(提起)한 때로부터 15년(年)

을 경과(經過)하면 공소시효(公訴時效)가 완성(完成)한 것으로 간주(看做)한다.

형법(刑法) 제123조 (타인(他人)의 권리행사방해(權利行使妨害)) 공무원(公務員)이 직권(職權)을 남용(濫用)하여 사람으로 하여금 의무(義務)없는 일을 행(行)하게 하거나 사람의 권리행사(權利行使)를 방해(妨害)한 때에는 5년이하(年以下)의 징역(懲役)과 10년이하(年以下)의 자격정지(資格停止)에 처(處)한다.

형법(刑法) 제124조 (불법체포(不法逮捕), 불법감금(不法監禁)) ① 재판(裁判), 검찰(檢察), 경찰(警察), 기타(其他) 인신구속(人身拘束)에 관(關)한 직무(職務)를 행(行)하는 자(者) 또는 이를 보조(補助)하는 자(者)가 그 직권(職權)을 남용(濫用)하여 사람을 체포(逮捕) 또는 감금(監禁)한 때에는 7년이하(年以下)의 징역(懲役)과 10년이하(年以下)의 자격정지(資格停止)에 처(處)한다.

② 전항(前項)의 미수범(未遂犯)은 처벌(處罰)한다.

형법(刑法) 제333조 (강도(強盜)) 폭행(暴行) 또는 협박(脅迫)으로 타인(他人)의 재물(財物)을 강취(強取)하거나 기타(其他) 재산상(財產上)의 이익(利益)을 취득(取得)하거나 제3자로 하여금 이를 취득(取得)하게 한 자(者)는 3년이상(年以上)의 유기징역(有期懲役)에 처(處)한다.

## [주 문]

이 사건 심판청구를 각하한다.

## [이 유]

1. 이 사건 심판청구 이유의 요지는, 경찰공무원으로 치안본부에 근무하던 경정 조○영, 경위 김○화가 공모하여, (1) 1981.6.2. 08:30경 서울 도봉구 ○○동 228의 23 소재 청구인의 집에서 당시 민한당 국회의원으로서 청구인과 한 때 내연관계에 있었던 이○기 관련사건의 참고인으로 조사하겠다고 하여 청구인을 임의동행하여 서울 서대문구 의주로 소재 치안본부 수사대 제○호 조사실에 데려다가 다음 날 21:00경까지 약 36시간 동안 직권을 남용하여 불법감금하고, (2) 위 일시경 같은 장소에서 청구인이 위 이○기로부터 위자료조로 건네받아 소지하고 있던 이○기 명의의 일금 5천만원짜리 현금보관증 1매를 온갖 욕설과 협박으로 증거물이라는 이유로 제출하게 하여 강제로 빼앗아 가고, (3) 위 일시경 같은 장소에서 장시간의 감금상태를 이용하여 청구인에게 위 이○기와 3백만원을 받고 합의할 것을 강요하여

그 의사에 반하여 합의서를 작성하게 함으로써 직권을 남용하여 권리행사를 방해하였다. 그리하여 청구인은 위와 같은 사건을 철저히 조사하여 위 경찰공무원들을 엄벌하여 달라는 취지의 진정서를 1983.4.26.부터 1989.1.18.까지 사이에 모두 6차례에 걸쳐 서울지방검찰청에 제출하였으나 그 사건을 담당하던 서울지방검찰청 검사는 그때마다 "혐의 없음"또는 "공소권 없음"내사 종결처분을 하였던 바, 이는 부당한 검찰권의 행사로서 범죄피해자인 청구인의 헌법상 기본권을 침해한 것이므로 이를 구제하여 달라는 것이다.

2. 판단하건대, 헌법소원 제도는 국민의 기본권침해를 구제해 주는 제도이므로 그 제도의 목적상 권리보호의 이익이 있어야 비로소 제기할 수 있는 것이다(헌법재판소 1989.4.17. 선고, 88헌마3 결정 참조).

그런데 이 사건 불기소처분(내사 종결처분)의 대상이 된 청구인 주장의 위 피의(진정)사실 중 (1)의 사실은 법정형이 7년이하의 징역과 10년이하의 자격정지에 해당하는 범죄(형법 제124조의 불법체포 감금죄)로서 그 공소시효가 5년이고 (2)의 사실은 법정형이 3년이상의 유기징역에 해당하는 범죄(형법 제333조의 강도죄)로서 그 공소시효가 7년이며, (3)의 사실은 법정형이 5년이하의 징역과 10년이하의 자격정지에 해당하는 범죄(형법 제123조의 타인의 권리행사방해죄)로서 그 공소시효가 5년이므로 모두 헌법재판소 창설이전인 1986.6.2.과 1988.6.2.에 이미 공소시효가 완성되었음이 기간 계산으로 명백하다.

따라서 이 사건 헌법소원은 권리보호의 이익이 없는 부적법한 심판청구임이 명백하므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다

이 결정은 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다

1989. 7. 28.

재판장 재판관 조규광  
재판관 이성렬  
재판관 변정수  
재판관 김진우  
재판관 한병채  
재판관 이시윤  
재판관 최광률  
재판관 김양균  
재판관 김문희

# 大韓民國 어린이憲章에 관한 憲法訴願

(1989. 9. 2. 89헌마170 第3指定裁判部)

[판례집 1권, 174~175]

[판시사항]

어린이헌장(憲章)의 제정(制定), 선포행위(宣布行爲)에 대한 헌법소원(憲法訴願)의 적법여부(適法與否)

[결정요지]

어린이헌장(憲章)의 제정(制定), 선포행위(宣布行爲)는 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항 소정(所定)의 공권력(公權力)의 행사(行使)로 볼 수 없어 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)의 대상(對象)이 되지 아니한다.

청구인 김○기

대리인 변호사 이원형

[참조조문]

헌법(憲法) 제111조 제1항 제5호

헌법재판소법 제68조 제1항

[주 문]

이 사건 심판청구를 각하한다.

[이 유]

1. 청구인의 이 사건 헌법소원심판청구의 요지는 1988.5.5. 개정선포한 대한민국 어린이헌장은 그 내용 중 어린이에게 의무

와 부담만을 요구하여 국가가 어린이를 위해 보장하고 노력해야할 의무를 간과함으로써 어린이의 사회보장권을 침해하는 부분이 있어 이를 취소해 달라는 것이다.

2. 살피건대, 어린이헌장의 제정, 선포행위는 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 공권력의 행사로 볼 수 없어 헌법소원심판청구의 대상이 되지 아니하며, 또한 위 행위로 인하여 청구인 자신이 직접 기본권침해를 받은 사실도 없다.

그렇다면 이건 헌법소원 심판청구는 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 것이므로 헌법재판소법 제68조 제1항, 제72조 제3항 제4호에 의하여 이를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1989. 9. 2.

재판장 재판관 김문희

재판관 한병채

재판관 최광률

# 公權力에 의한 財産權侵害에 대한 憲法訴願

(1989. 9. 4. 88헌마22 全員裁判部)

[판례집 1권, 176~196]

## [관시사항]

1. 헌법소원(憲法訴願)에 있어서 보충성(補充性)의 원칙(原則)의 예외사유(例外事由)
2. 헌법소원심판(憲法訴願審判)에 있어서 헌법재판소(憲法裁判所)의 판단(判斷)의 범위(範圍)
3. 군수관리(郡守管理)의 임야조사서(林野調查書), 토지조사부(土地調查簿)에 대한 청구인(請求人)의 열람(閱覽)·복사(複寫) 신청(申請)에 불응(不應)한 부작위(不作爲)의 기본권침해(基本權侵害) 여부(與否)

## [결정요지]

1. 헌법소원심판청구인(憲法訴願審判請求人)이 그의 불이익(不利益)으로 돌릴 수 없는 정당한 이유있는 착오로 전심절차(前審節次)를 밟지 않은 경우 또는 전심절차(前審節次)로 권리(權利)가 구제(救濟)될 가능성이 거의 없거나 권리구제절차(權利救濟節次)가 허용(許容)되는지의 여부(與否)가 객관적(客觀的)으로 불확실(不確實)하여 전심절차이천(前審節次履踐)의 기대가능성이 없을 때에는 예외적으로 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항 단서(但書) 소정(所定)의 전심절차이천요건(前審節次履踐要件)은 배제(排除)된다.
2. 헌법소원심판(憲法訴願審判)이 청구(請求)되면 헌법재판소(憲法裁判所)로서는 청구인(請求人)의 주장(主張)에만 판단(判斷)을 한정(限定)할 것이 아니라 가능한 모든 범위에서 헌법상(憲法上)의 기본권침해(基本權侵害)의 유무(有無)를 직권(職權)으로 심사(審査)하여야 한다.
3. 부동산(不動產) 소유권(所有權)의 회복(回復)을 위한 입증자료로 사용하고자 청구인(請求人)이 문서의 열람(閱覽)·복사(複寫) 신청(申請)을 하였으나 행정청(行政廳)이 이에 불응(不應)하였다 하더라도 그 불응(不應)한 행위(行爲)로 인하여 청구인(請求人)의 재산권(財産權)이 침해(侵害) 당하였다고는 보기 어려우나, 청구인(請求人)의 정당한 이해관계가 있는 정부보유의 정보(情報)의 개시(開示)에 대하여 행정청이 아무런 검토

없이 불응한 부작위(不作爲)는 헌법(憲法) 제21조에 규정(規定)된 표현(表現)의 자유(自由)와 자유민주주의적(自由民主主義的) 기본질서(基本秩序)를 천명(闡明)하고 있는 헌법(憲法) 전문(前文), 제1조, 제4조의 해석상 국민의 정부에 대한 일반적 정보(情報) 공개(公開)를 구할 권리(權利)(청구권적(請求權的) 기본권(基本權))로서 인정되는 “알” 권리(權利)를 침해(侵害)한 것이고 위 열람(閱覽)·복사(複寫) 민원(民願)의 처리(處理)는 법률(法律)의 제정(制定)이 없더라도 불가능(不可能)한 것이 아니다.

### 재판관 최광률의 반대의견(反對意見)

청구인(請求人)은 정부공문서규정(政府公文書規程) 제36조 제2항에 의하여 임야조사서(林野調查書) 및 토지조사부(土地調查簿)의 열람(閱覽)·복사(複寫) 청구권(請求權)이 있고 이에 대한 행정청(行政廳)의 부작위(不作爲)는 행정쟁송(行政爭訟)의 대상이 되므로 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)의 보충성(補充性)의 원칙(原則)에 대한 예외사유(例外事由)가 될 수 없다.

청구인            이○숙  
대리인 변호사 조영환(국선)

### [참조조문]

헌법(憲法) 전문(前文), 제1조, 제4조, 제10조, 제21조, 제34조 제1항

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

행정심판법(行政審判法) 제4조 (행정심판(行政審判)의 종류) 행정심판(行政審判)은 다음의 세가지로 구분한다.

1.~2. 생략

3. 의무이행심판(義務履行審判) : 행정청(行政廳)의 위법(違法) 또는 부당한 거부처분(拒否處分)이나 부작위(不作爲)에 대하여 일정한 처분(處分)을 하도록 하는 심판(審判)

행정소송법(行政訴訟法) 제2조 (정의(定義)) ① 이 법(法)에서 사용하는 용어(用語)의 정의(定義)는 다음과 같다.

1. “처분(處分)등”이라 함은 행정청(行政廳)이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행(法執行)으로서의 공권력(公權力)의 행사 또는 그 거부와 그밖에 이에 준(準)하는 행정작용(行政作用)(이하 “처분(處分)”이라 한다) 및 행정심판(行政審判)에 대한 재결(裁決)을 말한다.

2. “부작위(不作爲)”라 함은 행정청(行政廳)이 당사자(當事者)의 신청(申請)에 대하여 상당한 기간(期間)내에 일정한 처분(處分)을 하여야 할 법률상(法律上)의 의무(義務)가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것을 말한다.

② 이 법(法)을 적용(適用)함에 있어서 행정청(行政廳)에는 법령(法令)에 의하여 행정권한(行政權限)의 위임(委任) 또는 위탁(委託)을 받은 행정기관(行政機關), 공공단체(公共團體) 및 그 기관(機關) 또는 사인(私人)이 포함된다.

행정소송법(行政訴訟法) 제3조 (행정소송(行政訴訟)의 종류) 행정소송(行政訴訟)은 다음의 네가지로 구분한다.

1. 항고소송(抗告訴訟) : 행정청(行政廳)의 처분(處分)등이나 부작위(不作爲)에 대하여 제기하는 소송(訴訟)

2. 당사자소송(當事者訴訟) : 행정청(行政廳)의 처분(處分)등을 원인으로 하는 법률관계(法律關係)에 관한 소송(訴訟), 그밖에 공법상(公法上)의 법률관계(法律關係)에 관한 소송(訴訟)으로서 그 법률관계(法律關係)의 한쪽 당사자(當事者)를 피고(被告)로 하는 소송(訴訟)

3. 민중소송(民衆訴訟) : 국가(國家) 또는 공공단체(公共團體)의 기관(機關)이 법률(法律)에 위반되는 행위를 한 때에 직접 자기의 법률상(法律上) 이익과 관계없이 그 시정(是正)을 구하기 위하여 제기하는 소송(訴訟)

4. 기관소송(機關訴訟) : 국가(國家) 또는 공공단체(公共團體)의 기관(機關) 상호간에 있어서의 권한(權限)의 존부(存否) 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송(訴訟). 다만, 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제2조의 규정(規定)에 의하여 헌법재판소(憲法裁判所)의 관장사항(管掌事項)으로 되는 소송(訴訟)은 제외한다.

행정소송법(行政訴訟法) 제4조 (항고소송(抗告訴訟)) 항고소송(抗告訴訟)은 다음과 같이 구분한다.

1. 취소소송(取消訴訟) : 행정청(行政廳)의 위법(違法)한 처분(處分)등을 취소(取消) 또는 변경(變更)하는 소송(訴訟)

2. 무효(無效)등 확인소송(確認訴訟) : 행정청(行政廳)의 처분(處分)등의 효력(效力) 유무 또는 존재(存在) 여부를 확인하는 소송(訴訟)

3. 부작위위법확인소송(不作爲違法確認訴訟) : 행정청(行政廳)의 부작위(不作爲)가 위법(違法)하다는 것을 확인하는 소송(訴訟)

행정소송법(行政訴訟法) 제36조 (부작위위법확인소송(不作爲違法確認訴訟)의 원고적격(原告適格)) 부작위위법확인소송(不作爲違法確認訴訟)은 처분(處分)의 신청(申請)을 한 자(者)로서 부작위(不作爲)의 위법(違法)의 확인을 구할 법률상(法律上) 이익이 있는 자(者)만이 제기할 수 있다.

정부공문서규정(政府公文書規程) 제36조 (문서(文書)의 열람(閱覽) 및 복사(複寫))

① 생략

② 행정기관은 일반인이 당해 행정기관에서 보관 또는 보존하고 있는 문서를 열람 또는 복사하고자 할 때에는 특별한 사유가 없는 한 이를 허가할 수 있다. 다만, 비밀 또는 대외비로 분류된 문서의 경우에는 허가할 수 없으며, 외교문서의 경우에는 외무부령이 정하는 바에 따라 허가하여야 한다.

③~④ 생략

토지조사령(土地調査令)(1912.8.13. 제령(制令) 제2호) 제9조 「임시토지조사국장(臨時土地調査局長)」은 「지방토지조사위원회(地方土地調査委員會)」에 자문(諮問)하여 토지(土地)의 소유자(所有者) 및 그 강계(疆界)를 사정(査定)한다.

「임시토지조사국장(臨時土地調査局長)」이 전항(前項)의 사정(査定)을 한 때는 삼십일간(三十日間) 이를 공시(公示)한다.

토지조사령(土地調査令)(1912.8.13. 제령(制令) 제2호) 제15조 토지소유자(土地所有者)의 권리(權利)는 사정(査定)의 확정(確定) 또는 재결(裁決)에 의(依)하여 확정(確定)된다.

토지조사령시행규칙(土地調査令施行規則)(1912.8.13. 조선총독부령(朝鮮總督府令) 제6호) 제3조 토지조사령(土地調査令) 제9조 제2항의 공시(公示)는 조선총독부(朝鮮總督府) 관보(官報) 및 토지(土地) 소재(所在) 도(道)의 도보(道報)에 게재(掲載)하는 한편, 지방관청(地方官廳)의 게시장(揭示場) 및 적당(適當)한 장소(場所)에 게시(揭示)하여 이를 행하여야 한다.

조선임야조사령(朝鮮林野調査令)(1918.5.1. 제령(制令) 제5호) 제8조 도(道) 「장관(長官)」은 임야(林野)의 소유자(所有者) 및 그 경계(境界)를 사정(査定)한다. 도(道) 「장관(長官)」은 사정상(査定上) 필요(必要)하다고 인정(認定)할 때는 다시 임야(林野)의 조사(調査) 및 측량(測量)을 할 수 있다. 제6조(第六條) 및 제7조(第七條) 제1항(第一項) 내지 제3항(第三項)의 규정(規定)은 전항(前項)의 조사(調査) 및 측량(測量)에 준용(準用)한다. 도(道) 「장관(長官)」이 제1항(第一項)의 규정(規定)에 의(依)한 사정(査定)을 했을 때는 30일간(三十日間) 이를 공시(公示)한다.

조선임야조사령(朝鮮林野調査令)(1918.5.1. 제령(制令) 제5호) 제15조 임야소유자(林野所有者)의 권리(權利)는 사정(査定)의 확정(確定) 또는 재결(裁決)에 의(依)하여 확정(確定)된다.

조선임야조사령시행규칙(朝鮮林野調査令施行規則)(1918.5.1. 조선총독부령(朝鮮總督府令) 제38호) 제6조 조선임야조사령(朝鮮林野調査令) 제8조 4항의 공시(公示)는 임야조사서(林野調査書) 및 도면(圖面)을 임야(林野) 소재(所在)의 부(府), 군(郡), 도청(島廳)에 비치(備置)하여 30일간(日間) 종람(縱覽)토록 함으로써 이를 행하며, 그 취지(趣旨)를 조선총독부(朝鮮總督府) 관보(官報) 및 임야소재(林野所在) 도(道)의 도보(道報)에 게재(掲載)하여야 한다.

## [주 문]

1. 피청구인이 청구인으로부터 1988.3.22.부터 동년 12.10경 까지의 간에 수차에 걸쳐 문서 또는 구두로 경기도 이천군 마장○ 표교리 산 18내지 산 21, 산 23, 326의 1 및 129의 2 소재 임야와 전에 대한 임야 조사서 또는 토지조사부의 열람·복사 신청이 있었음에도 이에 불응한 부작위는 청구인의 “알 권리”를 침해한 것이므로 위헌임을 확인한다

## 2. 청구인의 나머지 청구를 기각한다.

[이 유]

### 1. 심판의 대상

청구인은 1988.3.22.부터 동년 12.10.경까지의 간에 수차례에 걸쳐서 피청구인에게 경기도 이천군 마장○ 표교리 산 18내지 산 21, 산 23과 326의 1 및 129의 2 등지에 소재한 임야와 전에 대한 구입야대장, 민유임야이용구분조사서(후술하는 바와 같이 임야조사서를 의미), 토지조사부, 지세명기장 등의 열람·복사 신청을 하였으나 피청구인은 그중 토지조사부와 임야조사서에 대하여서는 그 신청이 정당한 이해관계인에 의하여 제출된 것인지의 여부도 검토하지 아니한 채 아무런 조치도 하지 않는 방법으로 불응하였고, 이에 청구인은 동년 12.17.헌법재판소에 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다

따라서 이 사건 헌법소원심판의 대상은 청구인의 이 사건 문서들에 대한 열람·복사 신청에 대한 피청구인의 부작위가 있었는지, 또 있었다면 그것이 헌법상 보장된 청구인의 기본권을 침해하였는지의 여부이다.

## 2. 당사자의 주장과 이해관계기관 등의 의견

### 가. 청구인의 주장

(1) 위 임야에는 청구인의 증조부모(이시영, 윤씨) 및 조부모(이종순, 김정연)의 묘와 비석 상석이 있을 뿐만 아니라, 묘비의 기재내용을 보면 위 임야가 청구인의 망부 이봉열(창씨명 송본안우)의 소유이며, 동인의 사망으로 청구인이 상속한 미등기 재산임이 분명한데도 불구하고 국가가 하등의 권원없이 위 임야에 대하여 국유로 보존등기를 하였다

(2) 이에 청구인은 위 임야와 전에 대한 소유권을 회복하

고자 1988.3.22.부터 동년 12.10.경까지의 간에 수차례에 걸쳐 문서 또는 구두로 이천군수에게 위의 임야와 전에 관련된 구임야대장, 민유임야이용구분조사서, 토지조사부, 지세명기장 등의 열람·복사 신청을 하였으나, 피청구인이 정당한 이유없이 이에 불응하고 있어 재산권 회복에 지장을 받고 있다.

나. 피청구인의 답변

(1) 경기도 이천군 마장○ 표교리 산 20, 산 21, 산 23번지 소재 임야는 1918.5.1. 조선임야조사령에 의하여 작성된 임야조사서에도 소유자가 “국(國)”으로 기재되어 있을 뿐만 아니라, 그 연고자도 이용주, 전광준, 민병설로 각 등재되어 있어 청구인의 상속재산이라고 볼 수 있는 근거가 없으며, 국가에서는 일정한 법절차를 밟아 국유로 보존등기를 필하였다.

(2) 구임야대장 등본은 민원실(지적계)에서 언제든지 발급해주고 있으며 청구인에게도 1988.12.5. 이미 발급해 주어 청구인이 이 사건 심판청구시에 첨부한 서류에 편철되어 있으며,

(3) 청구인이 주장하는 민유임야이용구분조사서라는 서류는 없으며 산림과에서는 1983년도에 작성한 “산지이용구분조사서”가 있어 항상 민원인의 열람에 제공하고 있고,

(4) 지세명기장은 6·25때 소실되어 현재 소지하고 있지 아니하고,

(5) 토지조사부는 열람·복사가 불가하다는 내무부의 지시에 의하여 민원인의 요구에 부응하지 못하고 있고,

(6) 토지조사부와 임야조사서는 일제때 만들어진 원본 그 자체를 소지하고 있으며 가필 또는 정정한 사실이 없다.

다. 내무부장관의 의견

(1) 토지조사부는 토지조사사업 중 소유권조사의 최종목표인 지적공부(토지대장)를 작성한 후에는 사실상 그 기능이 상실

된 것이므로 대부분 폐기되었고, 일부 시·군에 잔존하더라도 이는 시·군에 비치하는 서류라 할 수 없다.

(2) 또한 토지조사부의 형식상 그 조사부로 현존하는 토지대장이 작성되었다는 증거나 확인할만한 검인 등도 없고 원본 여부도 가릴 수 없으며, 그 내용도 수정·위조될 수 있기 때문에 일반인에게 열람·복사케 할 수 없는 것이다.

라. 법무부장관의 의견

(1) 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법소원을 청구하기에 앞서 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 이를 모두 거쳐야 하는 바, 청구인은 사법부에 의한 권리 주장 및 피해보상 청구소송, 문서제출명령 등 구제절차를 거치지 않은 채 곧바로 이 건 헌법소원을 청구하였음이 명백하므로 의당 각하되어야 할 것이다.

(2) 설사 위 주장이 인정되지 않는다고 할지라도 구임야대장은 발급해 주었고, 민유임야이용구분조사서나 지세명기장은 소지하고 있지 않으며, 토지조사부는 열람·복사가 불가능한 서류로서 소유권확인소 등에서 다른 국가기관으로부터의 문서제출명령 등의 절차에 의하여 열람할 수 있는 방법이 있는 것이므로, 결국 동 서류 등의 열람 또는 복사를 받을 수 없어 청구인의 헌법상의 기본권이 침해되었다는 주장은 그 이유없으므로 기각함이 마땅하다.

3. 판단

가. 사실판단

(1) 구임야대장, 민유임야이용구분조사서, 지세명기장, 토지조사부 등 서류에 따라 당사자의 주장이 일치하기도 하고 엇갈리기도 한다.

우선 토지조사부에 대하여는 피청구인이 열람·복사를 원하

는 민원에 불응하고 있음을 시인하고 있으므로 사실문제에 있어서 당사자간에 다툼이 없고, 다만 법률판단의 문제만 남는다고 할 것이다.

다음 피청구인은 지세명기장에 대하여 6·25당시 소실된 이래 소지하고 있지 않고 있기 때문에 청구인의 요구에 응할 수 없었고, 구임야대장에 대하여서는 민원인에게 항상 개방하고 있고 언제든지 열람 및 등본을 발급해 주고 있으며 청구인에게도 발급해 주었기 때문에 청구인이 제출한 이 사건 심판청구서에도 편철이 되어 있는 것이라고 각 주장하고 있는데, 기록상 피청구인의 주장을 인정할 수 있고 달리 청구인의 주장을 인정할 하등의 자료가 없으므로 이들 문서에 대한 청구인의 본건 청구는 이유없다 할 것이다.

(2) 그러나 민유임야이용구분조사서는 당사자의 주장을 소상히 따져 볼 필요가 있다. 피청구인의 주장대로 이천군청에서 위와 같은 명칭의 문서를 소지하고 있지 않은 사실은 인정이 된다. 그러나 기록에 의하면 청구인이 문서의 명칭을 확실히 알지 못하여 그러한 표시를 썼을 뿐 내심은 일제때에 작성된 임야에 관련된 원부(原簿)의 열람·복사를 원했던 사실을 인정하기에 어렵지 않다. 왜냐하면 청구인이 본건 문서의 열람 및 복사를 요구하게 된 경위를 살펴보면 본건 계쟁임야가 임야대장상 국유로 등재되어 있는 사실을 알고, 청구인은 1987.12.3. 산림청장에게 위 부동산 중 산 23번지 임야에 대하여 권리신고를 한 후(동 신고서를 경기도지사를 경유해서 수령한) 피청구인으로부터 동년 12.30.자로 위 임야에 대하여 권리를 주장할 수 있는 근거서류를 첨부하여 등기절차에 의거 소유권을 주장하라는 공문을 접수하고 1988.3.22. 피청구인에게 권리주장의 근거서류로 필요하다고 위 임야에 대한 “1964년 이전에 작성된 구임야대장등본”의 발부를 문서로 요구한 사

실, 이에 대하여 피청구인은 동년 7.9. 내무부장관에게 토지조사부, 임야조사서의 열람 및 사본 발급요청에 대한 허용 여부에 대하여(허용함이 가하다고 사료된다는 의견을 첨부하여) 질의를 하고 동년 7.16. 내무부장관으로부터 지적 22680-7738로 열람 및 사본발급을 불허하라는 회신(이는 성질상 유권해석)을 접수한 사실, 피청구인이 청구인에게 발부해주었다는 구임야대장은 1964년도에 작성된 사실 등을 기록에 의하여 인정할 수 있기 때문이다.

위에서 본 사실관계를 종합해 보면 청구인이 용어에 대한 정확한 지식의 결여로 혹은 “민유임야이용구분조사서” 라든가 혹은 “1964년 이전에 작성된 구임야대장” 이라든가 하는 용어로 표기하였으나 그것은 바로 피청구인이 현재 소지하고 있는 일제때에 작성된 “마장면 임야조사서” 를 의미하고 있는 것임이 명백하고, 피청구인은 청구인의 서류명착오를 쉽사리 알 수 있었음에도 불구하고 내무부의 불허방침에 따라 불응했을 것이라는 것을 추찰할 수 있는 것이다.

토지조사부나 임야조사서나 다같이 한일합방 후에 조선총독부에 의하여 작성된 서류로서 성질이 비슷할 뿐만 아니라 위 내무부의 질의에 대한 회신내용으로 봐서 피청구인으로서의 임야조사서에 대한 민원이 접수되었을지라도 불응하였을 것임이 명백하므로 두 문서에 대한 피청구인의 조치의 적법 여부에 대하여 함께 살펴보고자 한다. 그리고 여기서 밝혀진 사실은 청구인의 토지조사부 등 서류에 대한 열람·복사 민원에 대하여 피청구인측이 아무런 검토없이 무조건적으로 불응하였다는 사실에 한정되는 것으로서 청구인측이 본건 부동산에 대하여 실제 권리가 있는지의 여부의 판단은 당 재판소 소관사항이 아니다.

## 나. 법률판단

### (1) 헌법소원의 적법성

청구인은 다른 구제절차를 밟지 않고 곧바로 본건 헌법소원심판청구를 하였기 때문에 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 전심절차요건 불비의 위법이 있다는 항변부분에 관하여 살펴본다

청구인의 토지조사부 등에 대한 열람·복사 신청에 대한 피청구인의 대응은 이를 두 가지로 나누어 볼 수 있는데, 하나는 본건 신청에 대하여 적극적으로 이를 거부한 거부처분의 경우이고 둘은 거부의 의사표시도 하지 않고 방치해 버린 사실상의 부작위의 경우인데 본 건의 경우는 사실상의 부작위의 경우에 해당하는 것으로 보여진다 그리고 이상 어느 경우에도 행정심판 또는 행정소송의 대상이 될 수 있다고 본다면 청구인으로서의 의무이행심판을 구하거나(행정심판법 제4조 제3호) 항고소송을 제기하여(행정소송법 제3조 제1호) 거부처분취소 또는 부작위위법확인(동법 제4조 제1호, 제3호) 등을 구하는 것이 가능할 것이기 때문에 그 절차를 거치지 않은 것은 바로 전심절차 불이행의 흠결이 있는 것으로 지적될 수 있다. 그러나 행정소송법상 “부작위”라 함은 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 않은 것을 의미하는 것으로서(동법 제2조 제1항 제2호), 피청구인이 청구인의 문서 열람·복사 신청에 불응한 것이 위 부작위로 되어 행정쟁송의 대상이 되려면 피청구인에게 법률상의 처분 의무가 존재하여야 한다. 그런데 공문서의 개시의무에 관한 법률상 명문규정은 찾아볼 수 없고 행정청의 부작위 또는 사실행위에 관한 대법원의 종래의 판례를 검토하면 민원인으로부터 애국지사 유족확인신청서를 받고 이를 그대로 반송한 사실에 대하여 위 반송처분은 법률에 위반한 단순한 사실행위에 불과하여 항고소송의 대상이 되

는 행정처분이라고 할 수 없다고 하고, 원호위원회가 위 민원서류를 접수하고도 아무런 조치를 취하지 않은 사실에 대하여 행정청의 단순한 부작위는 항고소송의 대상이 되지 않는다고 판시(대법원 1985.11.26. 선고, 85누607 판결 참조)하고 있을 뿐만 아니라 지적공부 등에의 오기(誤記)등과 관련하여 지적공부에 일정사항을 등록하거나 말소하는 행위는 행정사무 집행의 편의와 사실증명의 자료로 삼기 위한 것이고 그 등록이나 말소로 인하여 어떠한 권리가 부여되거나 변동 또는 상실되는 것이 아니며 또 지적공부의 등록사항에 오류가 발견되어 그것이 정정될 때까지 공부 소관청이 내부 사무처리지침에 따라 일정기간 동안 당해 지번을 봉쇄하고 증명발급을 중지하였다 하더라도 그로 인하여 관계인에게 직접 권리의무의 변동을 초래하게 하는 것도 아니므로 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 있다고 볼 수 없다고 판시(대법원 1986.1.21. 선고, 85누228 판결 참조)하고 임야대장, 토지대장, 가옥대장 등의 성격과 관련하여 시·군·구에 작성 비치하는 등 대장 등에의 등재행위는 행정청의 내부적행위에 불과한 것으로 그 자체로서 개인의 권리관계에 변동을 가져오는 것이 아니라 오로지 당해 행정청에서의 행정 사무편의와 사실증명을 위한 자료로 쓰이는데 지나지 않아 행정청이 사실과 다르게 기재하였다고 하더라도 행정소송의 대상이 되지 않는다고 판시(대법원 1976.5.1. 선고, 76누12 판결 참조)하고 부작위위법확인과 관련하여 부작위위법확인을 받을 법률상의 이익이 있는 경우에는 원고적격이 인정된다 하겠으나 여기서 말하는 법률상의 이익은 당해 처분 또는 부작위의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우를 말하고 다만 간접적이거나 사실적·경제적 관계를 가지는데 불과한 경우는 여기에 포함되지 아니한다고 판시(대법원 1989.5.23. 선고, 88누8135 판결 참조)하고 있다.

이상 대법원의 판례를 종합해 보면 행정청 내부의 사실행위나 사실상의 부작위에 대하여 일관하여 그 행정처분성을 부인함으로써 이를 행정쟁송 대상에서 제외시켜 왔음을 알 수 있어 본건과 같은 경우도 행정쟁송에서 청구인의 주장이 받아들여질 가능성은 종래의 판례 태도를 변경하지 않는 한 매우 희박함을 짐작하기에 어렵지 않는 것이다. 과연 그렇다면 사실상의 부작위에 대하여 행정소송을 할 수 있는지의 여부를 잠시 접어두고 그에 관한 대법원의 태도가 소극적이고 아울러 학설상으로도 그 가부가 확연하다고 할 수 없는 상황에서 법률의 전문가가 아닌 일반국민에 대하여 전심절차의 예외없는 이행을 요구하는 것이 합당하겠는가의 의문이 생겨나는 것이다. 그러나 헌법소원심판 청구인이 그의 불이익으로 돌릴 수 없는 정당한 이유있는 착오로 전심절차를 밟지 않은 경우 또는 전심절차로 권리가 구체될 가능성이 거의 없거나 권리구제절차가 허용되는지의 여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차 이행의 기대가능성이 없을 때에는 그 예외를 인정하는 것이 청구인에게 시간과 노력과 비용의 부담을 지우지 않고 헌법소원심판제도의 창설취지를 살리는 방법이라고 할 것이므로, 본건의 경우는 위의 예외의 경우에 해당하여 적법하다고 할 것이다.

아울러 법무부장관은 그밖의 피해보상 소송 소유권확인 소송에서의 문서제출명령에 의하여 문서의 열람·복사의 목적을 달할 수 있다고 하나, 이 사건 심판대상인 문서의 열람·복사를 직접 대상으로 하지 아니하는 사후 보상적 또는 우회적인 소송절차를 헌법재판소법 제88조 제1항 단서 소정의 구체절차라 할 수는 없다고 할 것이므로 위 주장은 이유없다.

## (2) 본안에 관한 판단

### (가) 토지조사부 및 임야조사서의 열람·복사 청구와 재산

## 권침해

청구인은 피청구인이 이 사건 문서의 열람·복사신청에 불응함은 헌법상 보장된 재산권침해라고 주장한다 그러나 청구인의 주장은 본건 부동산에 대한 소유권 회복을 위하여 그 준비단계에서 그 입증 자료로 사용하고자 본건 문서의 열람·복사를 허용해 달라는데 있으므로, 그에 불응하였다고 해서 그로 인해서 청구인의 재산권이 침해당하였다고 보기는 어렵다. 그런데 헌법소원심판이 청구되면 헌법재판소로서는 청구인의 주장에만 얽매어 판단을 한정할 것이 아니라 가능한 한 모든 범위에서 헌법상의 기본권 침해의 유무를 직권으로 심사하여야 할 것인바, 청구인이 주장하는 사실관계라면 오히려 헌법상 기본권인 표현의 자유에서 파생된 국가에 대한 정보접근권 즉 이른바 “알 권리”의 침해 여부가 검토되어야 할 것으로 판단된다.

### (나) 청구인이 침해받은 헌법상의 기본권(알 권리)

본건 피청구인의 열람 또는 사본 발급 불응으로 청구인이 침해받은 헌법상 기본권이 무엇인가에 대하여 살펴보기로 한다

우리나라는 헌법 제21조에 언론출판의 자유 즉 표현의 자유를 규정하고 있는데, 이 자유는 전통적으로는 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하는 것으로서, 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하고 국민주권을 실현하는데 필수불가결한 것으로 오늘날 민주국가에서 국민이 갖는 가장 중요한 기본권의 하나로 인식되고 있는 것이다. 그런데 사상 또는 의견의 자유로운 표명은 자유로운 의사의 형성을 전제로 하는데 자유로운 의사의 형성은 충분한 정보에의 접근이 보장됨으로써 비로소 가능한 것이며, 다른 한편으로 자유로운 표명은 자유로운 수용 또는 접수와 불가분의 관계에 있다고 할 것이다. 그러한 의미에서 정보에의 접근·

수집·처리의 자유 즉 “알 권리”는 표현의 자유에 당연히 포함되는 것으로 보아야 하는 것이다. 이와 관련하여 인권에 관한 세계선언 제9조는 “모든 사람은 모든 수단에 의하여 국경을 초월하여 정보와 사상을 탐구하거나 입수 또는 전달할 자유를 갖는다”라고 하여 소위 “알 권리”를 명시하고 있는 것이다.

“알 권리”는 민주국가에 있어서 국정의 공개와도 밀접한 관련이 있는데 우리 헌법에 보면 입법의 공개(제50조 제1항), 재판의 공개(제109조)에는 명문규정을 두고 행정의 공개에 관하여서는 명문규정을 두고 있지 않으나, “알 권리”의 생성기반을 살펴볼 때 이 권리의 핵심은 정부가 보유하고 있는 정보에 대한 국민의 알권리 즉, 국민의 정부에 대한 일반적 정보공개를 구할 권리(청구권적 기본권)라고 할 것이며, 또한 자유민주적 기본질서를 천명하고 있는 헌법 전문과 제1조 및 제4조의 해석상 당연한 것이라고 봐야 할 것이다. “알 권리”의 법적 성질을 위와 같이 해석한다고 하더라도 헌법 규정만으로 이를 실현할 수 있는가 구체적인 법률의 제정이 없이는 불가능한 것인가에 대하여서는 다시 견해가 갈릴 수 있지만, 본건 서류에 대한 열람·복사 민원의 처리는 법률의 제정이 없더라도 불가능한 것이 아니라 할 것이고, 또 비록 공문서 공개의 원칙보다는 공문서의 관리·통제에 중점을 두고 만들어진 규정이라는 하지만 “정부공문서 규정” 제36조 제2항이 미흡하나마 공문서의 공개를 규정하고 있는 터이므로 이 규정을 근거로 해서 국민의 알권리를 곧바로 실현시키는 것이 가능하다고 보아야 할 것이다.

이러한 관점에서 청구인의 자기에게 정당한 이해관계가 있는 정부 보유 정보의 개시(開示) 요구에 대하여 행정청이 아무런 검토 없이 불응하였다면 이는 청구인이 갖는 헌법 제21조에 규정된 언론 출판의 자유 또는 표현의 자유의 한 내용인 “알 권리”를 침해

한 것이라 할 수 있으며, 그 이외에도 자유민주주의 국가에서 국민주권을 실현하는 핵심이 되는 기본권이라는 점에서 국민주권주의(제1조), 각 개인의 지식의 연마, 인격의 도야에는 가급적 많은 정보에 접할 수 있어야 한다는 의미에서 인간으로서의 존엄과 가치(제10조) 및 인간다운 생활을 할 권리(제34조 제1항)와 관련이 있다 할 것이다.

(다) “알 권리”의 제한

“알 권리”도 헌법유보(제21조 제4항)와 일반적 법률유보(제37조 제2항)에 의하여 제한될 수 있음은 물론이며, “알 권리”는 아무에게도 달리 보호되고 있는 법익을 침해하는 권리를 부여하는 것은 아니다. 그리하여 여러가지 특별법에 알 권리를 제한하는 규정을 두고 있으나 그 제한은 본질적 내용을 침해하지 않은 범위내에서 최소한도에 그쳐야 할 것이다.

아울러 국가안보, 질서유지, 공공복리 등 개념이 넓은 기준에서 일보 전진하여 구체적 기준을 정립해야 할 것이며 제한에서 오는 이익과 “알 권리” 침해라는 해악을 비교·형량하여 그 제한의 한계를 설정하여야 할 것이다.

알 권리에 대한 제한의 정도는 청구인에게 이해관계가 있고 공익에 장애가 되지 않는다면 널리 인정해야 할 것으로 생각하며, 적어도 직접의 이해관계가 있는 자에 대하여서는 의무적으로 공개하여야 한다는 점에 대하여서는 이론의 여지가 없을 것으로 사료된다.

그리고 본건 토지조사부 등이 이해관계인이나 일반국민에게 공개할 수 없는 문서인지 여부에 관하여 따져 보건대, 본건 토지조사부 등에 대한 열람·복사의 허용 여부에 대한 경기도와 내무부간의 질의·회시 내용과 당재판소의 조회에 대한 내무부의 회답내용(1989.6.2. 지적 22680-005002)을 정사하여 보아도 동 서류가 비

밀 또는 대외비로 분류되어 있다거나 그 공개로 타인의 사생활의 비밀 (프라이버시)이 침해된다거나 하는 사정을 발견할 수 없고 아울러 이를 금지해야 할 법령상의 근거도 물론 찾아볼 수 없으므로, 본건 문서 자체에는 공개제한요인이 없음을 알 수 있다. 이 점과 관련하여 부동산등기법이 폐쇄등기부라고 할지라도 이를 일반에게 공개하고 있는 점등법 제26조, 제21조)은 유의할 필요가 있는 것이다.

(라) 토지조사부나 임야조사서의 공용문서성

토지조사부는 토지조사령(1912.8.13. 제령 제2호)과 동 시행규칙(동일자 조선총독부령 제6호)에, 그리고 임야조사서는 조선임야조사령 (1918.5.1. 제령 제5호)과 동 시행규칙(동일자 조선총독부령 제38호)에 각 의거하여 그 무렵 시행된 토지조사사업의 일환으로 작성된 서류로서 형식은 부책식으로 되어 있는데 그 내용은 면·리별 지번, 지목, 지적의 신고년월일, 소유자 주소 성명, 연고자 주소 성명, 분쟁지, 기타 신고사항 등이 기재되어 있는 것이다. 내무부는 토지조사부는 토지조사사업 중 소유권 조사의 최종목표인 지적공부(토지대장)를 작성한 후에는 사실상 그 기능이 상실된 것이므로 대부분 폐기되었고 일부 시·군에 잔존하더라도 이는 행정부가 보관하고 있는 공문서라 할 수 없다는 취지의 주장을 하고있다. 그러나 조선총독부 임시토지조사국장이나 도지사가 토지나 임야의 소유자 및 그 경계를 사정할 때에는 토지조사부나 임야조사서를 30일간 종람하게 하고(토지조사령 제9조, 동 시행규칙 제3조, 조선임야조사령 제8조, 동 시행규칙 제6조) 사정의 확정 또는 재결에 의하여 토지나 임야소유자의 권리는 확정되게 되어 있었으므로(토지조사령 제15조, 조선임야조사령 제15조), 토지조사부나 임야조사서는 그것이 일제때 작성되었다고 하더라도 당시에 권리관계를 창설하는 근원 서류로서 이해관계 있는 당사자에게는 매우 중요한

의미를 갖는 자료가 되는 것임을 부인할 수 없다. 행정부가 보관하는 공문서는 반드시 행정부 자체내에서 작성되어야 하는가의 점에 관하여 살펴보면, “정부공문서규정”에 “공문서라 함은 행정기관 내부 또는 상호간이나 대외적으로 공무상 작성 또는 시행되는 문서 및 행정기관이 접수한 모든 문서를 말한다”고 규정하여 (제3조 제1호) 정부가 직접 작성할 것을 요건으로 하고 있지 않으며, 따라서 정부가 직접 작성하지 않았더라도 적법하게 취득하여 배타적인 지배를 하고 있는 문서를 포함하는 것이라고 할 것이다. 그런데 이천군청에서 보관중인 본건 민원서류는 가필·정정한 사실이 없는 일제 때 작성된 원본 그 자체이기 때문에 일부 타 시·군에서 폐기되었다고 하더라도 위 공문서성을 부인할 수 없을 것이며, 설사 백보를 양보하여 엄밀한 의미의 공문서성에 문제가 있다고 하더라도 국민의 알 권리의 대상으로서의 정보자료임에는 변함이 없다고 할 것이다.

#### 4. 결론

청구인은 본건 출원에서 청구인의 선조의 묘소·묘비의 존재 등 임야조사서나 토지조사부의 열람·복사에 직접적으로 정당한 이익이 있음을 주장하고 있는 터이므로, 피청구인은 이에 대하여 청구인이 과연 이해관계인인지의 여부 및 동 서류의 공개로 특히 다른 사람의 사생활상의 비밀이나 기밀 등 공익이 침해될 소지가 있는지의 여부에 대하여 충분한 검토를 한 연후에 이에 상응하는 조치를 강구하는 것이 국민전체에 대한 봉사자로서의 공무원의 본분이라고 할 것임에도 불구하고, 법령상 하등의 근거를 명시하고 있지 않는 상부의 유권해석질의를 대한 회신)이 있음을 이유로 하여 그러한 검토없이 무조건 묵살 또는 방치하는 방법으로 불응한 피청구인의 본건 부작위는 헌법 제21조에 의하여 보장되고 있는 청구인의 “알 권리”를 침해한 것이므로 그 행위는 위헌임을 확인

하며 청구인의 구임야대장 및 지세명기장의 복사 또는 열람의 청구는 모두 이유없으므로 이를 기각한다.

이 결정은 관여재판관 중 재판관 최광률의 다음과 같은 반대의견이 있는 외에는 관여재판관의 의견 일치에 의한 것이다

#### 5. 재판관 최광률의 반대의견

가. 다수의견은 청구인의 피청구인에 대한 이 사건 임야조사서 및 토지 조사부의 열람·복사 신청에 대하여 아무런 조치를 취하지 아니하고, 계속 방치함으로써 결과적으로 청구인의 신청을 거부한 행위를 “사실상의 부작위”로 보고, 이 사건에서 보는 바와 같은 일반인의 공문서의 열람·복사 신청에 대하여 행정기관이 이에 응하여 공문서를 개시(開示)할 의무를 부과한 법률상의 명문규정을 찾아볼 수 없을 뿐만 아니라, 행정청 내부의 사실행위나 사실상의 부작위에 대하여는 종래의 판례가 그 행정처분성을 부인하여 행정쟁송의 대상에서 제외시켜 왔으므로, 이 사건 헌법소원심판청구에 관하여는 다른 법률에 의한 구제절차를 거칠 필요가 없는 예외적 경우에 해당한다고 하여 심판청구의 적법성을 인정하고 있다. 즉 다수의견은 이 사건 청구인이 피청구인을 상대로 의무이행심판을 청구하거나, 부작위위법확인 소송을 제기하더라도 권리구제를 받을 기대가능성이 없다고 보여지므로, 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 규정한 보충성의 원칙에 대한 예외사유에 해당한다고 판시하고 있다.

그러나 다수의견의 위와 같은 판단은 공문서의 개시의무에 관한 현행법령의 취지를 그릇 이해하였을 뿐만 아니라, 행정청의 부작위에 대한 행정쟁송제도를 간과함으로써 보충성의 원칙에 대한 예외사유가 될 수 없는 경우를 그 예외사유로 보아 이 사건 심판청구를 인용하고 있으므로, 나는 다음과 같은 이유로 다수의견에 반대한다.

나. 우리나라에는 아직 정보공개법이나 행정절차법과 같은 법률이 제정되지 아니하여 행정기관이 보관 또는 보존하는 공문서 등의 정보자료를 일반 국민이 쉽게 취득하여 “알 권리”를 충족할 수 있는 길이 넓게 열려 있지 아니하는 것은 다수의견이 지적하는 바와 같다.

그러나 국가 또는 지방자치단체의 기관에서 보관 또는 보존하고 있는 문서를 일반인이 열람·복사할 수 있는 권리가 전혀 봉쇄되고 있는 것은 아니다. 즉, 다수의견에서도 잠시 언급하고 있는 정부공문서규정(1984.11.23. 대통령령 제11547호) 제36조 제2항에 의하면, “행정기관은 일반인이 당해 행정기관에서 보관 또는 보존하고 있는 문서를 열람 또는 복사하고자 할 때에는 특별한 사유가 없는 한 이를 허가할 수 있다. 다만, 비밀 또는 대외비로 분류된 문서의 경우에는 허가할 수 없으며 외교문서의 경우에는 외무부령이 정하는 바에 따라 허가하여야 한다”라고 규정하고 있다(그 조항은 1986.12.27. 대통령령 제12020호에 의하여 개정된 것이다).

위 법령 조항의 입법취지는 그 법문의 표현에 불구하고 행정기관에서 보관 또는 보존하는 있는 문서는 그것이 비밀문서가 아닌 한 원칙적으로 일반인의 열람·복사 청구에 응하여야 한다는 것이라고 해석된다. 그런데 이 사건에 있어서 청구인이 피청구인에게 열람·복사의 청구를 한 임야조사서 및 토지조사부가 다수의견에서 밝히고 있는 바와 같이 지방자치단체의 기관인 피청구인이 보관 또는 보존하고 있는 공문서 원본이라고 한다면, 청구인은 마땅히 위 법령조항에 의거하여 그 문서의 열람·복사를 청구할 권리가 있고, 그 청구를 받은 피청구인은 그 문서가 위 법령조항의 단서규정에 정한 비밀문서가 아닌 한 이를 열람·복사하게 할 의무가 있는 것이다.

그렇다면 다수의견이 이 사건 청구의 적법성을 판단함에 있어

서 공문서의 개시의무에 관한 법률상의 명문규정을 찾아볼 수 없다고 판단하여 보충성의 원칙에 대한 예외를 인정한 것은 그릇된 판단이라고 생각한다.

다. 우리나라의 행정쟁송에 관한 법제는 1985.10.1.부터 시행된 행정심판법(1984.12.15. 법률 제3755호) 및 행정소송법 개정 법률(1984.12.15. 법률 제3754호)에 의하여 획기적인 변혁을 가져왔다. 특히 종래의 행정쟁송법제에서는 쟁송의 길이 거의 봉쇄되어 있던 이른바 행정청의 부작위에 대한 쟁송의 길이 확연하게 뚫렸다. 즉, 행정심판법에서는 의무이행심판제도를 채택하여(같은 법 제4조 제3호 참조) 부작위에 대하여 적극적인 이행재결을 구할 수 있게 하였고, 행정소송법에서는 부작위위법확인소송을 인정하여(같은 법 제4조 제3호 및 제36조 참조) 행정청의 부작위가 위법하다는 확인판결을 받을 수 있게 하였다. 위와 같은 부작위쟁송제도가 마련된 현행법제하에서 종래와는 달리 행정청의 부작위에 대하여 당사자는 행정청에 부작위를 다투는 쟁송절차를 통하여 얼마든지 권리구제를 받을 수 있게 된 것이다. 이 사건의 경우 청구인은 피청구인을 상대로 위 정부공문서규정 제B6조 제2항의 규정을 근거로 이 사건에서 문제된 임야조사서 및 토지조사부의 열람·복사의 청구를 할 권리가 있고, 피청구인이 이에 대하여 아무런 의사표시를 함이 없이 이를 방치하는 경우에는 제1차적으로 행정심판법에 의한 의무이행심판을 청구하여 피청구인으로 하여금 청구인에게 위 문서의 열람·복사를 하게 하는 의무이행을 구할 수 있으며, 그 심판절차에서 실패하는 경우에는 제2차적으로 행정소송법에 의한 부작위위법확인소송을 제기하여 피청구인의 부작위가 위법하다는 확인을 받을 수 있을 뿐만 아니라, 피청구인이 부작위위법확인판결에도 불구하고 계속 불응하는 경우에는 간접강제의 방법으로 손해배상을 받을 수도 있다(행정소송법

제38조 제2항, 제34조 및 제30조 제2항 참조). 그렇다면 이 사건에서 다수의견이 구 행정소송법 때의 대법원판례나 이 사건 사안에 적절하지 못한 대법원 판례의 판시내용을 근거로 이 사건의 경우 청구인이 피청구인을 상대로 부작위에 대한 행정소송을 제기할 수 있는 방도가 없다거나, 설사 그러한 행정쟁송을 제기하더라도 청구인의 주장이 받아들여질 가능성이 매우 희박하다는 이유로 보충성의 원칙에 대한 예외를 인정한 것은 부당하다고 생각한다.

라. 이상과 같은 이유로 나는 이 사건 심판청구는 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 의한 구제절차를 거치지 아니하고 바로 헌법소원 심판을 청구한 것이므로, 부적법한 심판청구이어서 마땅히 각하되어야 한다고 판단하여 다수의견에 반대한다.

1989. 9. 4.

재판장 재판관 조규광  
재판관 이성렬  
재판관 변정수  
재판관 김진우  
재판관 한병채  
재판관 이시윤  
재판관 최광률  
재판관 김양균  
재판관 김문희

## 大法院의 判決에 대한 憲法訴願

(1989. 9. 6. 89헌마194 第3指定裁判部)

[판례집 1권, 197~198]

[판시사항]

제3자에 대한 기본권침해(基本權侵害)에 관한 헌법소원(憲法訴願)의 적법여부(適法與否)

[결정요지]

자기(自己)가 관련(關聯)되지 아니한 제3자에 대한 기본권침해(基本權侵害)에 관하여 헌법소원심판(憲法訴願審判)을 청구(請求)함은 부적법(不適法)하다.

청구인 류○국

[참조조문]

헌법(憲法) 제111조 제1항 제5호

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

[주 문]

이 사건 심판청구를 각하한다.

[이 유]

1. 청구인의 이 사건 헌법소원심판청구의 요지는 대법원이 ○○복지원 원장 박○근 피고인에 대한 불법감금 사건에 대해 내린 무죄판결이 부당하다는 것이다.

2. 살피건대, 위 청구는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여

청구인이 헌법상 보장된 기본권을 침해받았다는 것이 아니고 재자에 대한 기본권 침해에 관하여 헌법소원심판을 청구한 것이므로 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우라고 할 것이다.

3. 따라서 헌법재판소법 제72조 제3항 제4호에 의하여 이를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1989. 9. 6

재판장 재판관 최광률

재판관 한병채

재판관 김문희

## 國會議員選舉法 第33條, 第34條의 違憲審判

(1989. 9. 8. 88헌가6 全員裁判部)

[판례집 1권, 199~273]

[판시사항]

1. 국회의원선거법(國會議員選舉法) 제33조의 위헌여부(違憲與否)
2. 같은 법(法) 제34조의 위헌여부(違憲與否)
3. 헌법불합치결정(憲法不合致決定)과 입법촉구결정(立法促求決定)의 의미(意味)

[결정요지]

1. 국회의원선거법(國會議員選舉法) 제33조의 기탁금(寄託金)은 너무 과다하여 국민주권주의(國民主權主義)와 자유민주주의(自由民主主義)의 기본원칙과 관련하여 헌법(憲法) 제11조의 평등보호원칙(平等保護原則), 제24조 참정권(參政權), 제25조의 공무담임권(公務擔任權)을 침해(侵害)할 뿐만 아니라 정당추천(政黨推薦) 후보자(候補者)와 무소속(無所屬) 후보자(候補者)의 기탁금(寄託金)에 1,000만원과 2,000만원의 차등(差等)을 둔 것은 정당인(政黨人)과 비정당인(非政黨人)을 불합리(不合理)하게 차별(差別)하는 것으로 헌법(憲法) 제41조의 선거원칙(選舉原則)에 반(反)하고 헌법(憲法) 제11조의 평등보호규정(平等保護規定)에 위배(違背)된다.

2. 유효투표(有效投票) 총수(總數)의 3분의 1을 얻지 못한 낙선자(落選者) 등의 기탁금(寄託金)을 국고(國庫)에 귀속(歸屬)시키게 하는 것은 그 기준(基準)이 너무 엄격하여 국가 존립의 기초가 되는 선거제도(選舉制度)의 원리(原理)에 반(反)하며, 선거경비(選舉經費)를 후보자(候補者)에게 부담(負擔)시킬 수 없다는 헌법(憲法) 제116조에도 위반(違反)된다.

3. 위헌심판결정(違憲審判決定)의 주문(主文)에 헌법(憲法)에 합치(合致)하지 아니한다고 선고(宣告)하면서 일정기간(一定期限)까지 그 법률(法律)의 효력(效力)을 지키도록 하는 이유는 국회(國會)의 권위(權威)와 동질성을 유지하기 위하여, 선거법(選舉法)의 개정(改正)은 국회(國會)가 스스로 하도록 하고, 그간에 재선거(再選舉)나 보궐선거(補闕選舉)가 있을 때에는

그 효력을 지속시키는 것이 합당(合當)하기 때문이다.

### 재판관 변정수의 보충의견(補充意見) 및 반대의견(反對意見)

1. 위헌결정(違憲決定)은 형벌법규(刑罰法規)가 아니면 장래효(將來效) 밖에 없으나 적어도 당해사건에 대하여서만은 소급효(遡及效)를 인정(認定)하여야 한다.

2. 위헌결정(違憲決定)은 선고일(宣告日)로부터 즉시 그 효력(效力)을 발생(發生)하는 것인지 헌법재판소(憲法裁判所)가 임의로 그 효력 발생시기를 정(定)할 수 없다.

### 재판관 김진우의 반대의견(反對意見)

법률(法律)이 헌법(憲法)에 위반(違反)된다면, 그 법률조항(法律條項)을 실효(實效)시킬 때 국가존립(國家存立)에 위해가 미칠 법(法)의 공백(空白)이나 사회적 혼란이 예상되는 등 위헌결정(違憲決定)의 효력(效力)을 일시(一時) 배제(排除)하여야 할 극히 이례적인 특별한 사유가 있지 아니하는 한, 위헌결정일(違憲決定日)로부터 그 효력(效力)을 상실케하는 것이 타당하다.

제청법원 서울민사지방법원(1988.12.16. 88카56572 위헌제청신청)  
제청신청인 정○봉

### [참조조문]

헌법(憲法) 제11조, 제24조, 제25조, 제37조, 제41조, 제116조

국회의원선거법(國會議員選舉法) 제33조 (기탁금(寄託金) ① 지역구후보자등록(地域區候補者登錄)을 신청(申請)하는 자(者)는 등록신청시(登錄申請時)에 2천만(千萬)원을 대통령령(大統領令)이 정하는 바에 따라 관할지역구선거관리위원회(管轄地域區選舉管理委員會)에 기탁(寄託)하여야 한다. 다만, 정당(政黨)의 추천을 받아 지역구후보자등록(地域區候補者登錄)을 신청(申請)하는 자(者)는 1천만(千萬)원을 기탁(寄託)하여야 한다.

② 전국구후보자등록(全國區候補者登錄)을 신청(申請)하는 정당(政黨)은 후보자명부(候補者名簿) 제출시에 후보자(候補者)마다 1천만(千萬)원을 중앙선거관리위원회(中央選舉管理委員會)에 기탁(寄託)하여야 한다.

③ 제1항 및 제2항의 기탁금(寄託金)은 체납처분(滯納處分)이나 강제집행(強制執行)의 대상이 될 수 없다.

국회의원선거법(國會議員選舉法) 제34조 (기탁금(寄託金)의 국고귀속(國庫歸屬) 등) 후보자(候補者)가 사퇴(辭退)하거나 등록(登錄)이 무효(無效)로 될 때 또는 후보자(候補者)의 득표수(得票數)가 당해 지역구(地域區)의 유효투표총수(有效投票總數)의 3분(分)의 1을 초과하지 못하는 때 또는 전국구후보자(全國區候補者)의 경우 그 소속정당(所屬政黨)의 전국구후보자(全國區候補者) 중 당선자(當選者)가 없는 때에는 그 후보자(候補者)의 기탁금(寄託金)은 제58조 제1항의 비용(費用)을 공제(控除)한 후 국고(國庫)에 귀속한다. 다만, 지역구후보자(地域區候補者)가 당선(當選)된 때와 후보자(候補者)가 사망(死亡)한 때에는 그러하지 아니하다.

## [주 문]

1. 국회의원선거법(1988년 3월 17일 법률 제4003호 전문개정) 제33조 및 제34조는 헌법에 합치되지 아니한다.

2. 위 법률 조항은 1991년 5월말을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다.

## [이 유]

### 제청사건과 심판대상

#### 1. 제청사건

본건은 서울민사지방법원이 동법원 88 가합 46330 부당이득금반환 청구소송사건의 원고가 동재판의 전제가 된 국회의원선거법이하 국선법이라고 약칭한다.) 제33조, 제34조의 위헌여부심판을 제청신청함에 따라, 1988.12.16. 당 재판소에 위 법률의 조항 등에 대한 위헌여부의 심판을 제청한 것이다.

#### 2. 심판의 대상

가. 위헌법률심판의 대상은 국선법 제33조 “지역구 후보자 등록을 신청하는 자는 등록신청시에 2천만원을 대통령령이 정하는 바에 따라 관할지역구 선거관리위원회에 기탁하여야 한다 다만 정당의 추천을 받아 지역구후보등록을 신청하는 자는 1천만원을

기탁하여야 한다” 는 국회의원 입후보자의 기탁금제도와,

나. 국선법 제34조 “후보자가 사퇴하거나 등록이 무효로 된 때 또는 후보자의 득표수가 당해지역구의 유효투표총수의 3분의 1을 초과하지 못하는 때에는…… 그 후보자의 기탁금은 제58조 제1항의 비용을 공제한 후 국고에 귀속한다 다만 지역구 후보자가 당선된 때와 후보자가 사망한 때에는 그러하지 아니하다” 는 기탁금의 국고귀속에 관한 규정이 헌법에 위반되는지의 여부에 관한 것이다

### 제청이유와 관계인의 의견

#### 1. 제청법원의 위헌심판 제청이유

모든 국민은 국적, 거주연한 또는 전과 등의 합리적 제한 사유가 없는 한 헌법 제11조가 규정하는 평등원칙에 따라 평등하게 헌법 제25조가 규정하는 공무담임권을 갖게 되고, 그 권리는 헌법 제37조에 따라 국가안정보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 제한할 수 있다. 그런데 국선법 제33조, 제34조의 기탁금제도나 기탁금의 국고귀속 규정은 합리적인 제한 사유가 아닌 단지 경제적 능력 여부에 따라 공무담임의 기회를 사실상 박탈하는 결과가 되고 본인의 귀책사유가 아닌 선거결과에 의하여 차별대우를 받게하였다. 이는 헌법상 합리적 이유없이 국민의 기본권을 자의로 제한하는 입법으로 헌법 제11조, 헌법 제25조에 위배되는 규정이라고 해석될 여지가 있으므로 위헌여부의 심판을 제청한다.

#### 2. 제청신청인의 의견

가. 국선법 제33조, 제34조는 헌법전문과 헌법 제조를 비롯한 입헌민주헌법의 정신과 전반적 관련 각 규정에 반하고 헌법 제11조의 국민의 평등권 원리에도 위배된다 나아가 헌법 제25조의 공무담임권을 침해하고, 헌법 제37조에서 명시한 본질

적 내용을 침해할 수 없다고 규정한 입법권의 한계를 무시한 것이다

나. 국선법 제33조의 규정은 경제적 능력 유무라는 사회적 신분에 의하여 정치적 영역에 있어서 차별을 규정한 것이어서 헌법 제1조 제1항의 평등의 원칙에 위배되고 기탁금을 마련할 수 있는 경제적 능력자만이 후보자 등록을 할 수 있게 함으로써 빈부에 따라 사회적 특수계급을 인정하는 것이 되어 헌법 제1조 제2항의 사회적 특수계급의 불인정 원칙에 위배된다. 한편 기탁금 2,000만원(또는 1,000만원)을 마련할 수 있는 국민만이 공무담임권을 가지게 하는 내용으로 국민의 평등한 공무담임권을 보장한 헌법 제25조에 위배된다. 국선법 제33조 제1항의 입법 취지는 후보자의 난립을 방지하기 위한 규정이라고 설명되고 있으나 그 말 자체가 국민의 참정권을 심리적으로 제약을 가하는 것일 뿐 아니라 민주시민 의식을 혼란하게 하고 있다. 더구나 정당의 추천을 받은 자와 무소속 후보자 간에 기탁금의 액을 2,000만원과 1,000만원으로 그 차액을 현격하게 한 것은 아무런 합리적 근거없이 차별대우를 하고 있어 이러한 기탁금의 차등은 정당정치에의 “타협”의 산물이 아니라 “야합”에 의한 것이라 아니할 수 없어 이것 또한 헌법 제1조 제1항의 평등원칙에 위배된다.

다. 국선법 제34조에서 국회의원 선거가 끝난 다음에 그 기탁금 가운데 선거비용을 공제한 잔액을 국가에 귀속시키는 것은 국가가 선거를 참정권행사로 인정하지 않고, 선거를 하나의 국가사업으로 파악한다는 것을 뜻하게 되어 헌법 제1조 제2항의 국민주권을 선언한 헌법정신을 무시하고 국가우위의 사고방식에 철저한 규정이라 아니할 수 없어 그 위헌성을 면할 수 없다. 한편 이는 오히려 타락선거와 선거의 과열 현상을 가져와 선거공영관리를 통하여 선거과열을 방지한다는 국가의 선거관리 의무에도 배

치된다. 국선법 제34조 단서규정은 후보자의 당락 여부에 따라 국고귀속을 결정하는 것으로서 합리적인 이유가 없다. 따라서 국선법 제34조 역시 국민들간에 위화감을 조성하는 차별대우를 하고 있어 이것 또한 헌법 제11조, 동 제25조, 동 제37조에 위배된다.

라. 헌법 제116조 제1항의 균등한 기회의 보장은 헌법 제1조 제1항의 정신을 이어받아 선거운동에서 기회균등의 원칙을 천명한 것으로 이는 선거운동뿐 아니라 선거관리와 당선확정까지 포함되는 것이고 동 조 제2항에서 선거경비의 국고부담원칙을 규정하여 법률이 정하는 경우 외에는 정당 또는 후보자에게 선거에 관한 경비는 부담시킬 수 없는데 낙선한 후보자의 기탁금을 국고에 귀속시키는 것은 헌법 제16조에 위반되고 헌법 제25조에 보장한 공무담임권을 심리적으로 제한하여 헌법 정신에 배치된다.

### 3. 법무부장관의 의견

국선법 제33조와 동 제34조에 규정된 기탁금제도의 취지는 후보자의 난립과 선거의 과열을 방지하고, 헌법 제116조의 규정에 의한 선거공영제 하에서 후보자가 부담할 비용을 사전에 확보하여 후보자의 성실성을 담보함으로써 선거운동의 기회균등을 확보하는데 있다.

이는 일본, 영국, 프랑스, 호주, 뉴질랜드, 캐나다 등 외국에도 그 입법례가 있는 제도로 결국 국회의원선거법상의 기탁금 관계규정이 헌법 제11조의 평등의 원칙이나 헌법 제25조의 공무담임권 규정에 위배되는 것이 아니다.

### 4. 중앙선거관리위원장의 의견

법무부장관의 의견과 같다

## 판단이유

### 1. 헌법상의 국민주권론과 선거제도의 기본이념

본건의 심판에 있어서 기초가 되는 헌법상 국민주권 및 국민대표제와 선거제도의 기본원리에 관하여 먼저 살펴본다

가. 국민주권과 국민대표제

우리 헌법의 전문과 본문의 전체에 담겨있는 최고 이념은 국민주권주의와 자유민주주의에 입각한 입헌민주헌법의 본질적 기본원리에 기초하고 있다. 기타 헌법상의 제원칙도 여기에서 연유되는 것이므로 이는 헌법전을 비롯한 모든 법령해석의 기준이 되고 입법형성권 행사의 한계와 정책결정의 방향을 제시하며, 나아가 모든 국가기관과 국민이 존중하고 지켜가야 하는 최고의 가치규범이다.

(1) (헌법적 약속과 국민적 합의) 헌법 제1조는 “대한민국은 민주공화국이다” “대한민국의 주권은 국민에게 있고 모든 권력은 국민으로부터 나온다” 라고 하여 국민적 합의로 국가권력을 조직하고 그 국민의 기본권을 최대한으로 보장한다(헌법 제10조)는 국민주권론의 원칙을 채택하여 국민에게 선언하고, 헌법전문은 각인의 기회를 균등히 보장하고 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하는 헌법을 국민이 제정하고 그 헌법을 국민투표에 의하여 개정한다고 밝히고 있다

헌법은 국민적 합의에 의해 제정된 국민생활의 최고 도덕규범이며 정치생활의 가치규범으로서 정치와 사회질서의 지침을 제공하고 있기 때문에 민주사회에서는 헌법의 규범을 준수하고 그 권위를 보존하는 것을 기본으로 한다.

우리 국민은 이러한 헌법적 약속을 알고 있으며 이 상식으로 정치와 사회를 보고 비판하는 높은 의식수준을 가지고 있다는 현실을 직시한다면 사회적 혼란과 가치관의 혼동이 어디에서 비롯되는 것인지 알 수 있다.

우리는 이러한 기초적인 원리와 현실을 망각하고, 헌법규범을

정치적으로만 이용하고 현실에 적용하지 않았기 때문에 헌법의 권위가 제대로 유지되지 못하고 민주주의의 토착과 기본권 보호에 차질을 가져왔고 그것이 정치적 사회적 불안의 요인이 되어왔다

현재 우리 국민의 의식수준이나 교육수준과 경제적 사회적인 여러 가지 환경을 고려해 볼 때 국민주권론과 국민대표제를 정치지구호용으로만 인식하고 이용해서는 안되는 시점에 왔고 근대생활의 지표가 되는 헌법규범이 지켜지지 않을 때 오는 그 저항과 비판을 무엇으로 어떻게 풀어야 하는가를 생각하고 제도적으로 확립하여야 할 역사적 단계에 왔다. 각자의 정치적 신념에 따라 나름대로 나라를 구하여야 한다는 젊은 계층의 절규가 무엇을 의미하는 것인가, 그 정치적 사회적 불안의 원인을 수렴하고 그 대책을 마련하여야 할 정치세력이 어떻게 구성되고 이루어져 왔는가, 그 근본을 찾아 해결하는데에는 민주적인 방법의 국민적 합의와 협조 없이는 어렵다는 것을 알 것이다.

여기에서 우리는 헌법의 올바른 해석과 헌법상의 국민주권이 실질적으로 행사될 수 있도록 선거법이 합리적으로 개정되어야 할 당위성이 얼마나 중요한 것인가를 알 수 있다.

(2) (헌법해석의 창조적 기능) 헌법상의 국민주권 원리가 형식논리에 급급하여 그 본질이 제대로 해석 적용되지 못하고 공권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하는데에 실제적으로 충분히 그 기능을 다하지 못한 이유를 먼저 살펴 보지 않을 수 없다.

그 본질적인 이유는 국민주권주의가 두가지의 서로 상반되는 내용 즉, 형식적이고 명목적인 정치용 국민주권주의 이론과 실질적이고 능동적인 국민용 국민주권주의 이론이 혼동되어 헌법적 가치규범으로서 도덕성을 확립하지 못한 데에 기인한다. 이 두가지

의 국민주권이론은 권력과 인권, 주권과 자유와의 상관관계를 정확히 인식할 때 비로소 그 진정한 의미를 가지게 된다. 권력, 인권, 주권, 자유의 문제는 고리와 같이 서로 연결된 하나의 문제이지 각각 떨어진 각각의 별개문제가 아니다.

그러므로 권력원리의 분석과 주권이론에 대한 본질적인 통찰과 대책이 없이 인권이나 자유나 평등을 아무리 주장한다 하더라도 그것은 공허한 주장이 되기 일썤이며, 헌법전상 인권규정이 아무리 풍부히 열거되고 예리한 해석론으로 뒷받침되고 있다 하더라도, 권력이나 주권자체가 실제로 국민의 것이 되지 아니하는 한 인간의 존엄성과 자유의 침해는 근절되기 어렵다는 것은 역사와 이론이 증명하고 있다

지금까지 우리나라의 헌법체제하에서의 국민주권이론은 실질적인 국민주권이 되지 못하고 형식적인 국민주권이론을 합리화하는데 공헌하였으며, 국민대표론은 민의를 실제로 반영하는 현대적 대표론이 되지 못하고 민의와 동떨어진 권력의 자의적, 독단적 행사만을 합리화하는 전근대적 대표론에 머무르고 있는 점이 적지 않았다.

헌법이 국가의 현실적인 정치제도와 국민의 사회적 생활속에서 활용되고 본래의 취지대로 법률적 기능을 다하기 위하여는 그에 맞는 해석론이 뒷받침되어야 한다는 것은 자명한 일이다

헌법의 해석은 헌법이 담고 추구하는 이상과 이념에 따른 역사적 사회적 요구를 올바르게 수용하여 헌법적 방향을 제시하는 헌법의 창조적 기능을 수행하여 국민적 욕구와 의식에 알맞는 실질적 국민주권의 실현을 보장하는 것이어야 한다. 그러므로 헌법의 해석과 헌법의 적용이 우리 헌법이 지향하고 추구하는 방향에 부합하는 것이 아닐 때에는 헌법적용의 방향제시와 헌법적 지도로써 정치적 불안과 사회적 혼란을 막는 가치관을 설정하여야 한다.

여기에 국민주권과 국민대표론에 관한 헌법해석상의 혼동에 대하여 깊은 성찰과 확실한 방향정립이 필요한 이유가 있다. 헌법상의 국민주권론을 추상적으로 보면 전체국민이 이념적으로 주권의 근원이라는 전체 아래 형식적인 이론으로 만족할 수 있으나, 현실적으로 보면 구체적인 주권의 행사는 투표권 행사인 선거를 통하여 이루어지는 것이다. 실질적 국민주권을 보장하기 위하여 유권자들이 자기들의 권익과 전체국민의 이익을 위해 적절하게 주권을 행할 수 있도록 민주적인 선거제도가 마련되어야 하고, 국민 각자의 참정권을 합리적이고 합헌적으로 보장하는 선거법을 제정하지 않으면 안된다.

(3) (참정권과 인격주의) 우리 헌법은 민주정치의 실현을 위해 모든 국민이 자유롭고 평등하게 국가 의사의 형성과정에 참여하고 국가기관의 구성원으로서 공무를 담당하는 권리와 기회를 갖도록 국민의 참정권을 필수적인 것으로 인정하고 있다.

국민이 국정에 참여하는 참정권은 국민주권의 상징적 표현으로서 국민의 가장 중요한 기본적 권리의 하나이며 다른 기본권에 대하여 우월적 지위를 가진다. 따라서 이러한 국민주권이 현실적으로 행사될 때에는 국민 개인이 가지는 불가침의 기본권으로 보장된다. 그 기본권은 대리 행사를 시킬 수 없는 국민 각자의 고유한 주관적인 권리이고 참정권의 행사와 보장도 개인주의 사상에 기초를 두고 그 개인의 인격을 기본으로 하고 있다.

참정권의 주체는 국민 각자의 개인의 인격과 그 의사결정을 단위로 하고 있으며, 그것은 개인의 주권성과 인간의 존엄성을 최대한 보장하여 자유계약과 자유경쟁으로 국가조직과 사회 번영을 유지한다는 사회철학에서 비롯된 것이다.

주권자인 국민은 선거를 통하여 직접적으로는 국가기관의 구성원을 선출하고 간접적으로는 여하한 정부를 원하느냐에 관한 국

민의 의사를 표시한다. 이러한 정치행위를 참정권이라고 하고 이를 모아 집합적인 총의로 최종결정을 하는 것을 헌법상 주권의 행사라고 하나 그 본질은 국민 개인이 갖는 기본권이라는 데에서 비롯되기 때문에 본건을 다룸에 있어서도 실질적인 주권행사인 개개인의 참정권을 존중하고 보호한다는 원칙을 망각해서는 안된다.

그러므로 참정권은 국민이 국가의 구성원으로서 국정에 참여한다는 전체주의적 의미보다 사람은 정치적 동물이다라고 하듯 인간의 본능적인 정치적 욕구를 충족할 수 있도록 국민 각자를 단위로 개개인의 기본권으로서 국정을 창조하고 형성하는 개인의 정치적 권리이며 정치적 의사로서 자기의 권익과 행복을 추구하는 가장 중요한 수단으로서 보장받고, 개인의 정치적 주장과 의사를 선거를 통하여 그 주권을 행사하는데 기초를 둔 것이 민주국가의 생명이며, 민주정치의 장점이기 때문에, 이와 같은 적극적인 의의를 선거제도에 수용하지 않으면 안된다

#### 나. 선거제도의 기본원칙

우리 헌법 체제와 원리에 비추어 선거제도의 기본 원리가 무엇이며 이를 어떻게 선거법에 규정하는 것이 합헌적인가를 살펴보지 않을 수 없다.

(1) (새로운 정치질서) 민주주의의 기본적 가치라고 할 수 있는 주권재민의 원리(헌법 제1조)가 현실적인 제도로 구체적으로 현출되는 것이 선거제도이고 선거법이다

민주주의의 존립에 가장 중요한 문제는 선거에 달려 있고 선거와 관련되어 정치적 법률적 문제가 제기되고 부침한다

우리 정치사에서 항상 문제되었던 통치의 정당성과 정통성으로 정국을 불안케 한 것도 선거제도와 선거과정의 정당성 문제 때문에 제기된 것이다. 공정하고 합리적인 선거를 통해 정치가 사회

의 모든 것을 수렴하고 이끌어 가는 정치풍토가 이루어질 때 모든 국가 권력의 권위와 국법질서의 확립을 이룩하게 되고 통치의 정당성이나 법치주의 원칙이 확립될 수 있다. 나아가 선거를 통하여 사회의 모순과 갈등을 정치적으로 수렴하고, 정치적 불만세력을 해소하는 정치문화를 이루게 되는 것이므로 그 기본원리에 따라 본건을 다루지 않을 수 없다.

오늘날 정치적으로 사회적으로 부각되고 있는 세대간 계층간의 대립과 갈등을 융화시키고 조화를 이루기 위해서는 젊은세대와 소외계층을 정치권에 수용하는 길을 열어가는 새로운 정치질서와 정치문화를 조성하여야 한다.

국민에게 주권의 보유만을 인정하고 그 행사를 부정하는 형식적인 정치용 국민주권론은 이념적 통일체로서의 추상적 전체국민을 주권자로 보려는 자연법적 이념성을 가지고 있다는 장점이 있기는 하지만 그 이념만을 명분상 주장하는 것은 허구적 이데올로기 내지 환상으로 이용되는데 그칠 수 있다.

그러므로 가능한한 주권의 보유와 행사를 일치시키는 방향으로 국민주권을 구체적이고 실질적인 것이 되도록 권력과 인권 주권과 자유의 필연적 상관관계에 대한 종합적인 결론에 부합하는 타당한 헌법해석을 하여야 하는 것이 불가피하다 하겠다.

권력원리, 주권원리를 그 실질성과 구체성이 배제된 단편적인 자연법론에 따른 형식적 추상적 국민주권론의 입장에서만 파악하여 선거법을 다룰 것이 아니라, 유권자에게 사회발전에 부응해 갈 수 있도록 주권의 행사를 실질적으로 할 수 있게 제도와 권리를 보장하여 새로운 정치질서를 형성해 갈 수 있게 하는 것이 우리 헌법상의 국민주권을 실질화하는 것이며, 우리 헌법전문과 본문의 원칙에 부합되는 것이라는 논리 위에서 선거법을 보고 다루어야 한다.

(2) (선거의 자유와 기회균등) 근대 입헌민주주의 국가에서의 선거는 국민이 직접적으로 자기들의 대표자를 선출하는 것이며 간접적으로 자기가 원하는 정부를 구성하기 위한 의사표시를 하는 것이다

국민 각자가 근대 의회제도의 원리로서의 민주적 참정은 국가구성원으로서의 개인이 정치에 참여하는 것을 의미한다 즉 근대적 대의제도는 국가의 정치적 단위로 개인만을 인정한다. 따라서 현대 선거제도의 원리는 그 개인의 민주주의적 정치 참여의 실현을 기하는 정치원리로 국민 각자의 인격주의에 바탕을 두고 있다.

현대 선거제도를 지배하는 보통, 평등, 직접, 비밀, 자유선거의 다섯가지 원칙은 국민 각자의 인격의 존엄성을 인정하고 그 개인을 정치적 단위로 모든 사람에게 자유로운 선거와 참여의 기회를 균등하게 헌법이 보장하는 데에 기초를 두고 있다.

이러한 선거제도의 근본원칙은 선거인 입후보자와 정당은 물론 선거절차와 선거관리에도 적용되며, 선거법을 제정하고 개정하는 입법자의 입법형성권 행사에도 당연히 준수하여야 한다는 원리이다

특히 보통선거제, 평등선거제가 확립되면서 일반 서민의 정치적 진출이 현저하게 되어 정당정치가 발전하고 국회의 구성세력의 일대 변혁을 가져오게 하는 동시에 일반 다수국민의 정치적 욕구가 폭발하게 되었다. 이를 합리적으로 수용하기 위하여 선거제도를 보다 민주적으로 정비하고 넓혀가면서 한편 정당을 통하여 정치세력을 형성하고 정치적 불만세력을 수용하며 정치적 사회적 불안 요소를 용해하여 민주정치의 질서를 유지하고 정치발전을 이루어 간다.

현대국가에서는 정당정치가 바로 민주정치라고 인정하게 되었으나 그 정당은 국민 각자의 선거의 자유와 기회균등을 보장하는

민주사회의 기반위에서 존립하는 것이므로 당내 민주주의가 확립되고 민의에 따라 정당이 구성되고 공천되는 것을 전제로 하고 있다. 이러한 민주정당이 육성되고 발전하는 것 역시 국민의 주권이 실질적으로 행사 되도록 현실적으로 보장하는데에 있으며 정당정치를 우리 헌법이 보호(헌법 제8조)하는 이유도 여기에 있기 때문에 정당의 보호는 선거제도의 민주화와 함께 국민주권을 실질적으로 현실화하는데 있는 것이지 정치의 정당독점을 의미하는 것은 아니다.

정당만이 의석을 독점할 수 있도록 선거법을 협상하고 선거제도를 만드는 법의 제정이나 개정은 선거의 자유와 입후보자의 기회균등을 부정하는 것으로 민주국가에서는 원칙적으로 있을 수 없다.

(3) (민주정치와 선거제도) 영·미국의 정치사는 헌법과 체제를 바꾸는 혁명의 역사가 아니라 의회를 합리적으로 운영하는 선거법과 의회의 발전사이며, 무력이나 폭력보다 자유로운 선거를, 반정부 투쟁보다 의회의 토론을 통하여 국민의 감정을 순화시켜 현대 민주정치를 발전시켜 옴으로써 현대 민주정치의 효시가 되고 있다.

이와 반대로 정치적 후진국에서는 폭력으로 정치적인 문제를 해결하려고 하고 민주정치와 선거제도가 본질적으로 밀접불가분의 관계에 있음을 충분히 이해하지 못하고 선거는 정치적 세력이 이용하는 부수적인 수단으로 생각되어 왔다. 선거는 민주정치라는 깃발을 내걸고 선전하면서 정당과 후보자들은 선거를 자기 본위로 이용하는 것으로 생각하여 왔고 선거법과 선거관리도 자기를 편의로 할 수 있다고 생각하고 제정 또는 개정하는 경향이 있었다. 선거는 국민을 지배하는 정치의 수단이고 장식하는 제물로 아는 사람이 많았고 국회의원선거법은 정치적 성격이 강하다고 하

여 정치세력 간의 타협의 산물이라 어떻게 제정하든 위헌이 아니라고 보는 지식인이나 정치인도 적지 않았다.

그래서 그러한 헌정사는 집권자가 잘못을 책임지는 정치가 아니라, 모든 정치적 실정을 제도의 잘못으로 호도하여 그 책임을 제도에 전가하면서 제도 변혁만을 제창하고 시도하였다. 그 수단으로 헌법을 고치고 선거법을 만들어 선거를 악용하기 때문에 국민의 주권행사는 왜곡되었고 민의가 국정에 반영되지 않아 민주화 운동이 계속되는 악순환으로 사회불안을 조성하는 근본원인이 되고 있음을 외면할 수 없다

선거제도를 정치적 세력을 형성하고 유지하는 수단으로만 생각하고 정치적 목적을 위해 선거를 이용만 한다면 민주정치가 국민속에 뿌리를 내리지 못하고, 정치의 불신과 부패로 젊은층과 지식인의 저항은 끊이지를 않을 것이며 시위와 폭력으로 정치적인 문제를 해결하려고 하는 슬픈 사건들이 끝없이 계속될 것이다

이러한 상황하에서는 민주정치와 선거제도의 관계가 본질적으로 밀접불가분의 관계가 있음을 충분히 이해하지 못하고 자칫하면 선거제도는 정권의 합리화나 정당의 의석수의 확보를 위한 정치적인 편의주의로 이용하는 수단에 불과하다는 잘못된 인식이 국민속에 확산되어 불신과 불안이 만연하게 되며 자유민주주의의 기본질서가 위협받게 된다

(4) (선거는 국법질서의 기초) 여기에서 합리적인 선거제도가 의회 정치의 이상을 실현하는 유일한 최선의 수단이라는 본질을 이탈할 수 없는 한계를 가지지 않을 수 없다.

선거제도는 민주정치의 대전제로 존재하며 민주정치는 선거로써 시작되고 선거로써 끝난다는 말과 같이 의회정치의 부침은 오로지 선거제도의 여하에 달려있다고 해도 과언이 아니다 국민은 오직 선거에 의해서만 국정에 참가하는 것이며 선거를 통하여 여

론정치가 행해지므로 민주정치에 있어서의 선거는 가장 중요한 국가적 행사의 하나이며 국법질서의 기초가 된다

선거법은 국민이 정부를 구성하고 국정을 심판할 수 있는 것이어야 하며, 그렇지 않은 상태에서의 민주화 주장은 구호나 선동에 불과하게 된다.

선거는 단순히 권력자를 위한 장식이나 정치인들을 위한 도구로써 이용만 되어서는 안되고, 이를 관리하는 선거법이 정치적 성격이 강하다고 하더라도 정치세력 간의 타협에도 원칙이 있어야 하고 선거법의 제정과 개정에도 국민주권과 국민 대표제의 본질은 침해하거나 제한할 수 없다는 한계가 설정되는 것이다. 국민의 의사에 의하여 정치의 방향이 설정되고 국민의 자유와 권리를 수호하는 의회정치를 확립하는데 기본 원칙을 두어야 한다.

국회의원 선거법에 규정하는 선거제도의 여하는 민주주의의 사활의 문제이고 국민의 정치적 생존권에 관계되는 문제이며 자유민주주의의 기본질서와 법치주의를 구현하는 근본이다

보통, 평등, 비밀, 직접, 자유선거의 원칙들은 현대의 제 민주국가에서 채택되고 있는 바와같이 국민주권이 광범위하게 실질화되고 또 국민이 능동적으로 평등하게 그 주권을 행사할 수 있도록 하기 위한 것이다. 이러한 민주적 정신은 모든 국민의 공무담임에 있어서도 자유롭고 평등하게 기회를 주어야 한다는 헌법 제25조에도 그대로 나타나고 있다. 따라서 국회의원에 입후보할 수 있는 자격과 조건을 법률로 정함에 있어서도 위의 헌법규정과 그 정신을 침해하는 것이어서는 안된다는 것은 너무나 당연한 것이다.

그러므로 국선법 제33조, 동 제34조의 기탁금제도에 관하여 위헌 여부를 판단하려면 위에서 본 헌법의 기본원리와 국법질서의 기초인 선거의 본질을 파악하여 이 선거법이 선거제도의 근본원리에 맞게 제정 내지 개정되었는지를 보아야 한다.

## 2. 기탁금 제도

### 가. 현행 선거법의 관계규정과 그 제정의 연원

기탁금 제도의 입법적 타당성을 보기 위해서는 먼저 입후보할 자격을 제한하고 있는 선거법상 연관된 관계규정을 살펴보고 동조의 기탁금제도가 설정된 법제상의 연원과 현실적 타당성을 검토하지 않을 수 없다.

(1) (현행 선거법의 관계규정) 입후보 제한에 관한 현행 선거법상의 관계규정을 먼저 살펴본다.

국회의원선거법 제33조 제1항은 지역구 후보등록을 신청하는 자는 등록신청시에 2천만원을 대통령령이 정하는 바에 따라 관할지역구 선거관리위원회에 기탁하여야 한다 다만 정당의 추천을 받아 지역구 후보등록을 신청하는 자는 1천만원을 기탁하여야 한다. 동조 제2항은 전국구 후보등록을 신청하는 정당은 후보자 명부 제출시에 후보자마다 1천만원을 중앙선거관리위원회에 기탁하여야 한다 동법 시행령 제27조 제1항에는 법 제33조 제1항 및 제2항의 규정에 의한 기탁금은 후보등록신청서 제출시에 현금 또는 관할선거구 선거관리위원회 소재지 금융기관에서 발행하는 자기앞수표로 기탁하여야 한다라고 하고 있다.

국선법은 입후보할 권리를 제한하는 규정으로 기탁금에 의한 제한 외에도 부적절한 후보자들의 수를 조절하도록 여러가지 방법으로 국회의원 입후보자의 자격규정과 선거운동의 규제조항을 설정하고 있다.

국선법 제9조에 따라 지역구 후보등록을 신청할 수 있는 자는 25세 이상의 국민이어야 하며 동법 제2조에 규정한 피선거권이 없는 자가 아니어야 한다.

동법 제27조 제1항과 제2항에서 후보자는 선거일 공고일로부터 5일 이내에 관할선거관리위원회에 등록을 신청하여야 한다 정

당의 당원인 때에는 그 소속정당의 추천서를 정당의 당원이 아닐 때에는 그 지역구안에 있는 주민등록이 된 선거권자 500인 이상 700인이하가 기명날인한 추천장을 등록신청서에 첨부하여야 한다

동조 제6항에 정당의 당원인 자는 선거일 공고일로부터 후보등록 마감일까지 그 소속정당으로부터 탈당하거나 당적을 변경하거나 제명된 경우에는 당해선거에 있어서 후보자로 등록될 수 없다 동조 제7항에 후보등록신청서 접수는 공휴일에 불구하고 매일 상오 9시부터 하오 5시까지로 한다. 동조 제9항에 후보자의 등록신청서와 추천서 등의 서식은 중앙선거관리위원회규칙으로 정한다 동법 제30조에는 선거권자는 지역구후보자 1인만을 추천할 수 있다고 하고 동법 제31조에 등록무효사유를 규정하고 있다.

국선법 제6장의 선거운동에 관한 각 조항을 보면 극히 제한적인 허용사항 외에는 자유로운 선거운동을 할 수 없게 규제 일변도로 되어 있고, 그것에 따른 엄한 벌칙을 두고 있다.

그런데 국선법 제72조를 보면 선거운동 기간중 선거에 영향을 미치게 할 목적으로 단합대회 등 일체의 집회를 개최할 수 없도록 하면서 다만 정당활동은 제외한다고 되어 있다. 그래서 정당은 지구당대회, 당원단합대회, 당원교육, 당원용 선전물, 당기관지 등의 명목으로 선거운동을 할 수 있게 되어 있는데(정당활동의 예로서 인정한 대법원판결 및 중앙선관위 질의응답) 무소속입후보자는 이러한 것을 할 수 없게 되어 있어 사실상 무소속 출마자에게는 선거운동을 할 수 없도록 엄한 제한규정을 두고 있다.

이러한 선거법에 규정한 전반적인 규제사항을 보면서 정당후보와 무소속후보에 대한 기탁금 규정을 살펴보아야 그 입법의 타당성과 합헌성을 더욱 명확하게 판단할 수 있다.

이상에서 우리는 기탁금 제도외에도 국민의 공무담임권 즉 피

선거권에 대하여 법률이 정한 조건과 선거운동 등에서의 제한이 여러가지 있음을 찾아볼 수 있다.

입후보할 권리를 여러 조건으로 제한하는 것은 선거를 효과적으로 공정하게 운영하고 입후보의 난립과 과열선거를 방지하고 당선자에게 다수표를 획득하도록 제도적으로 보완함으로써 선거의 신뢰성과 정치적 안정성을 확보하기 위한 것이라고 한다

그런데 왜 기탁금제도에 대해서 위헌성의 문제가 제기되는 것인가, 기탁금에 관한 국선법 제33조와 제34조의 규정은 기탁금제도 그 자체에 위헌성이 있는 것 보다 그 기탁금의 액수가 너무 고액이어서 재산을 가지지 못한 국민의 후보등록을 현저히 제한하여 결과적으로 국민의 참정권을 침해하는 정도에 이르러 이에 대한 위헌 여부의 문제가 제기된다 할 것이다. 즉 입후보하는데 필요한 모든 자격을 갖추었으나 2천만원(정당추천 후보자는 1,000만원)의 기탁금을 기탁할 재력이 없어 입후보할 수 없게 된다면 그 기탁금의 규정은 모든 국민에게 평등하게 참정권을 보장한 자유선거제도에 반하고 평등보호의 조항에 위배된다고 볼 것이다.

위 법률의 기탁금은 너무 과다하여 기탁금을 마련할 수가 없어서 기탁할 수 없는 일반서민에게는 입후보할 의사가 있고 모든 자격을 갖추었으나 입후보할 수 없는 경우가 생기게 되고 이로 말미암아 재력의 유무에 따라 입후보의 여부가 좌우되고 참정권의 실현이 결정되기 때문에 선거제도의 본질과 민주정치의 기본을 침해하는 결과가 되기 때문이다.

(2) (고액 기탁금제도의 연원) 국선법 제33조의 고액 기탁금제도가 후보자의 난립을 막아야 할 필요성이 있어 제정되었다고 하더라도 국민의 참정권에 대한 헌법적 자유와 평등권의 보장보다 더 시급하고 중요하며 적절한 현실적 필요성이 심각하게 제기되어 그를 두지 않으면 안될 정치적 상황이었던가, 과연 현행 기

탁금제도가 후보자 난립이나 선거의 공영제에 얼마나 기여했으며 지금까지의 선거에서 성공적으로 실효를 거두고 있는가를 살펴볼 필요가 있다.

그러기 위해서는 본조문의 고액 기탁금제도를 두게된 그 연원을 돌아보지 않을 수 없다.

1972.12.27. 공포시행된 제4공화국 헌법은 보통선거제도를 채택하면서 국회의원선거법에서는 고전적인 기탁금제도의 원리를 도입한 것이었다. 1972.10.17. 유신선언과 헌정 중단으로 국회를 해산하고 입법권을 비상국무회의에서 대행하면서 많은 법률과 제도를 폐쇄하였고 그때에 전면 개정된 국회의원선거법(1973.3.12.자 법률 제2603호)에서 거액의 기탁금제도(당시 정당추천 200만원, 무소속 300만원, 당시 선거법 제32조)와 각종 선거운동을 대폭 제한하는 규정을 두었다. 누구든지 선거운동 기간중에는 선거에 영향을 미치게 할 목적으로 단합대회 등을 할 수 없다. 다만 정당 활동은 제외한다(당시 국선법 제69조)라고 하여 정당은 당원교육, 당원단합대회, 당기관지 배포 등을 할 수 있고 무소속후보는 할 수 없도록 하는 선거제도를 두게 되었다.

그 결과 의회에 진출하지 못한 정치인과 유신반대를 외치던 젊은 세대들을 중심으로 장외세력이 형성되고 오늘날 재야의 모체가 되는 원외정치 그룹이 생겨나 유신체제에 도전하게 되니 의회가 민의와 정치를 수렴하지 못하고 파행적인 정치현상이 만연하기 시작하였다.

그 와중에 1979년 10.26 사태가 일어나고 1980년 5.17 조치 이후 1980.10.27.에 공포시행한 제5공화국 헌법 부칙 제6조에 의해 국회권한을 국가보위입법회의가 대행하면서 국회의원선거법(1981.1.29.자 법률 제3359호)을 개정하게 되니 위 선거법(당시 선거법 제71조이하 선거운동 제한규정)의 골격에다 오히려 이러한 기탁금제도

(그 기탁금 정당추천 700만원, 무소속 1,500만원, 당시 선거법 제32조)를 더욱 강화하였다. 1987년 6.29선언으로 민주화가 진행되면서 1987.10.29. 공포된 제6공화국 헌법 부칙 제1조에서 그 시행은 1988.2.25.부터 하고 이 헌법을 시행하기 위하여 필요한 대통령 및 국회의원선거법 등 법률의 제정, 개정 등의 준비는 이 헌법시행전에 할 수 있도록 하였다

이러한 급변하는 정치적 상황에서 동 규정의 기탁금이 어떠한 정치적인 배경과 연유에서 생겼으며 국민의 참정권과 입후보자의 기회균등이 어떻게 제한되는지 입법형성권의 한계를 합헌적으로 검토할 시간적인 여유가 없는 촉박한 사정에 밀려, 종전의 규정을 그대로 답습하면서 기탁금을 더 높여 책정한 현행 선거법이 1988.3.17.(법률 제4003호) 전문 개정 공고시행된 것이다.

현행 국선법 제33조 제1항에서 규정한 기탁금의 액수가, 정당추천 1,000만원, 무소속 2,000만원으로 상향조정되기까지 지나간 선거법의 개정과정을 보면서 현실에 맞지 않는 각종 규제 일변도로 된 선거법을 검토하려면 국민주권의 실질적 보장을 위한 합헌적 선거제도인가 하는 것을 살펴보지 않으면 안된다.

동 규정 설정의 입법취지인 선거공영제나 후보자의 난립을 방지하고 깨끗한 민주선거를 효과적으로 이룩한다는 것은 명분에 불과했음이 지난 선거들을 통하여 현실적으로 밝혀지게 된 것이다.

기탁금을 손쉽게 납부할 수 있는 돈있는 사람만 입후보할 수 있게 되니 선거는 돈이 당락을 좌우한다는 풍토가 유행하게 되었고, 국회의원은 돈으로써 당선될 수 있고 당선되겠다는 결과만 초래하게 되어, 금권선거, 타락선거가 선거인 양 바람직하지 못한 선거풍토가 우리 사회에 만연되고 인식되게 되었다. 돈 없는 사람은 출마해도 될 수 없다는 정치사회의 부조리에 대한 시민의 새로운 저항만 조성되어 선거와 민주정치제도에 대하여 불신을 불

러일으키는 결과를 자초하고 제도권 정치를 부정하는 재야정치세력의 도전을 계속받는 정치현실이 민주화가 진행되는 현실에서도 연속되고 있다.

우리는 이러한 역사적 배경과 현실을 직시하고 근본적인 제도상의 문제를 과감히 시정하지 않는 한 이러한 정치풍토는 짧은 계층에 새로운 저항의 불씨를 심고 이러한 정치적 타락과 부조리는 체제의 도전을 유발하고 그들의 저항에 정당성을 갖게 하는 원인이 되고 가진 자와 없는 자의 대립과 감정은 새로운 사회문제로 그 심각성의 도를 가속화시키는 결과를 가져오고 있다는 점도 간과해서는 안된다.

그러므로 민주정치는 모든 국민의 평등하고 자유로운 선거에서 시작되고, 그 선거의 성패에 따라 좌우된다고 하듯 민주적인 선거과정을 통하여 국민의 뜻에 따라 새로운 정치질서를 확립해 갈 수 있는 민주적인 선거법이 마련되어야 한다는 것을 요구하고 있다.

(3) (기탁금액의 현실적 타당성) 본건 국선법 제33조의 기탁금제도 자체의 위헌성을 떠나 현행 기탁금액이 우리의 현 실정에 합당한 금액인가, 모든 국민에게 평등하게 참정권을 보장한 헌법에 위배되지 않는가 하는 점을 우리나라 국민 일반의 소득수준, 임금수준, 저축수준과 비교하여 볼때 지나치게 과다한 금액이어서 그 액수가 평균적인 일반국민의 경제력으로는 손쉽게 조달할 수 없는 액수임이 명백하여 대다수 국민들에게 입후보의 기회를 사실상 봉쇄하고 있음을 알 수 있다.

금년도 정부의 통계자료에 의하면 근로자 평균임금 수준이 월평균 446,370원, 1년 총액 평균임금은 5,356,440원이고, 대학졸업자중 공무원인 경우 행정고시에 합격하여 사무관으로 채용되는 5급 1호봉에 해당하는 것을 기준으로 보더라도 월 526,966원,

연 6,233,600원이고, 대기업의 경우 초임이, 삼성그룹이 월 703,000원(연 8,436,000원), 현대그룹이 월 592,708원(연 7,112,500원), 럭키금성이 월 643,000원(연 7,116,000원), 대우그룹이 월 633,600원(연 7,603,200원)이며, 이들의 임금은 우리나라에서 가장 높은 수준의 임금으로 대부분은 이들 보다 낮다.

여기에서 생계비를 제하지 않고 그 전부를 저축한다 하더라도 기탁금 2,000만원(정당의 경우 1,000만원)을 마련하는 것은 매우 어려운 일이므로 20대 젊은 계층이 국회의원에 입후보한다는 것은 위 기탁금으로 인하여 사실상 불가능한 제한적 효과를 가져옴이 명백하다

뿐만 아니라 1989.5.말 현재 기준으로 우리나라 국민의 총 저축액 129조 5,209억원을 국민 1인당 평균저축액으로 나누어 보면 국민 1인당 저축액은 3,061,091원이며, 이를 경제활동인구로 나누어 그 평균저축액을 보면 경제활동을 하는 국민 1인당 평균저축액이 6,939,417원이다. 이와같은 일반국민의 저축수준을 가지고 대비해 보아도 국선법 제3조의 기탁금액은 평균적인 국민일반에게는 국회의원 입후보의 기회를 사실상 봉쇄하는 지나치게 과도한 액수임이 명백하다.

대부분의 일반국민이나 젊은 계층의 입후보의 자유와 기회를 제한하는 기탁금제도는, 재력이 있는 소수에게만 주권행사를 가능하게 하는 것이 되어 심히 부당하며 그 위헌성이 명백한 것을 쉽게 알 수 있다 이는 미국 연방대법원에서 의원 1년 봉급의 2%에 해당하는 1,000불의 기탁금을 요구한 선거법도 다액이라 이를 구할 수 없는 유능한 후보자의 출마기회와 자유를 제한할 수 있다고 하여 위헌판결을 한 것과 대조하면 그 부당성은 더욱 명백하다 할 것이다.

그래서 일반서민 계층이나 2·30대의 젊은 계층의 정상적인 수입

으로는 마련할 수 없는 금액을 선거법에서 입후보자의 기탁금으로 기탁케 한 것은 그들에게 입후보할 헌법상 국민의 기본권과 자유를 박탈하는 결과를 가져오며, 그들의 이해를 대변할 대표자를 의회에 진출시키지 못하여 민주적인 국민적 화합을 이룩할 수가 없어 평온한 민주질서를 기대할 수 없고 그들의 기본권을 보장한 헌법상 여러조항에 위반된다고 아니할 수 없다.

국회가 법률로써 선거를 통제할 수 있는 권한은 인정하나 합리적이고 합헌적 방법에 의하여 그 목적을 달성하도록 하여야 하며 결코 일반 서민층이나 젊은 세대들의 의회진출의 길을 막거나 군소정당이나 재력이 없는 무소속 후보자들에게 정치적인 자유와 입후보할 기회를 불합리하게 제한하는 것까지 용인하는 것은 아니다.

그러므로 국회는 선거제도의 원리와 정신에 맞는 범위내에서 법률로 제한할 수 있는 것이며, 일반국민에게도 헌법상 보장된 피선거권과 참정권을 가질 수 있도록 다른 방법이 제도적으로 보장되지 않는 한 그 다액의 기탁금을 일률적으로 요구하는 것은 위헌을 면할 수 없다. 따라서 헌법 제11조와 헌법 제24조, 제25조에 위배된다고 할 것이다.

#### 나. 보통, 평등 선거제도의 본질

국선법 제33조의 기탁금 제도가 우리 헌법 제41조에서 명시한 보통, 평등 선거제도에 합치하는가, 현대 민주국가에서 공통으로 선언하고 있는 보통선거제도의 원칙이 확립되기 전 구시대에 유행하던 차등선거제도의 유물이 아닌가 하는 본질적인 면을 가지고 검토하기 위해서는 고전적, 형식적 주권론과 실질적 국민주권론으로 나누어 살펴보지 않을 수 없다.

(1) (형식적 주권론과 차등선거제도) 형식적 주권이론은 선진민주 국가의 민주주의 발달 초기 이래 꾸준히 국가권력의 조직원리로서 크게 영향을 미쳐왔고, 오늘날까지도 기초이론으로 원용

하고 있어 우리나라에 있어서도 이 형식적 명목상 국민주권론이 학계와 정계 및 일반인의 통념속에 깊이 뿌리내려 있다.

이는 한마디로 민주주의 자체의 이념인 만큼 정치적으로만 이용되는 폐단이 많았고 그 현실적인 문제점이 정확히 파헤쳐지지 아니한 채 전체주의 국가에서도 정치적으로 오도되고 강권정치의 수단으로 운용되는 새로운 문제를 낳았다. 이로 인하여 민주주의 자체의 본질에 관련되는 정치적 사회적 여러가지 심각한 문제점을 야기하였기 때문에 그 모순성과 폐단을 개선하기 위한 새로운 인식을 가지게 되었다.

국민이 실질적인 주권자로서 민주정치를 구현하는 실질적인 국민주권론이 현대 민주국가에서 공통적으로 적용되고 있는 이유가 여기에서 연유된다.

형식적 국민주권이론의 가장 중요하고 본질적인 특징은 국민을 개인으로서가 아니라 전체국민이라고 형식적이고 추상적으로 보는 점이다. 이 전체국민이 주권자라고 할 때 국민 각자가 과연 그 권리를 소유하고 행사할 수 있는 지위와 능력을 실제로 가지고 있느냐 하는 것이 가장 기본적인 문제점이 된다.

전체국민이 진정한 주권자가 되기 위하여는 이 전체국민이 국가의 최고 의사의 결정권을 단순히 보유하고 있을 뿐만 아니라 그 결정권을 구체적으로 행사까지하여 실제로 국가의사를 결정하고 집행하는 것이 보장되어야 한다. 그런데 이러한 형식적 국민주권론은 선거라는 절차를 거쳐 선임된 국민대표의 어떤 의사결정이 바로 전체국민의 의사결정인양 법적으로 의제되는 것으로 보기 때문에 대표자의 의사결정이 국민의 뜻에 반하더라도 아무런 법적 항변을 할 수 있는 실질적인 수단이 없다.

이것을 가지고 과연 국민이 나라의 주인으로서 행사하는 진정한 민주주의 구조라고 하기는 매우 어려운 문제가 생긴다. 이러

한 부조리와 모순을 영국의 초기 민주제도에서 주시한 “장자크 루소”는 이와같은 형식적 추상적 국민주권론을 허구적인 것으로 지적하고 실질적 능동적 국민주권론을 제창하여, 이른바 프랑스 대혁명을 성공시키는 가장 큰 계기가 되었지만 대혁명 후의 의회를 지배한 시민대표들이 그들 역시 실질적 국민주권론이 자기들의 기득권에 위협을 줄 것을 두려워하여 이를 외면하고 형식적 국민주권론을 내세워 전체국민이 주권자인 것으로 미화하면서 실제로 국가권력의 구체적 행사는 재산의 소유 정도에 따른 극히 제한적이고 불평등한 선거절차에 의해 선출된 시민의 대표가 전권을 가지고 독점하는 이른바 순수대표제의 구조를 확립하여 국민을 무능력한 주권자로서의 지위로 전락하게 하였다.

이와같이 형식적 국민주권론은 서구 민주주의의 발달 초기 이래 항상 차등 선거제도로 선거법이라는 매개수단을 통하여 국민의 실질적 참정권을 제한함으로써 이른바 구시대적 고전적 대표제 또는 순수대표제의 형태를 취하고 있었다.

이와같은 재산의 소유정도를 기준으로한 불평등한 차등선거제도에 의한 국민 참정권의 불합리한 제한을 큰 수단으로한 선거제도하에서는 재산이 많은 시민대표 이외에는 의회에 진출할 수 없었고 일반국민 대다수는 국가의사의 결정이나 행사에 전혀 실질적인 영향력을 행사할 수 없었다.

이러한 서구의 정치사를 돌아보면 기탁금으로 입후보의 자유와 기회를 제한하는 우리의 선거제도는 그 참정권 제한의 정도가 100여년전의 서구에서 유행하던 구시대의 고전적 대표제(순수대표제)하에서 시행하는 차등선거제도의 유물로서 그 궤를 같이 하는 참정권의 제한이 아니냐 하는 의구심을 면하기 어려울 것이다.

(2) (실질적 주권론과 보통선거제도) 본건 심판의 대상이 된 국선법 제33조와 제34조가 과도한 기탁금 제도에 의해 대다수

의 국민의 참정권을 지나치게 제한하여 재력을 조달할 수 있는 사람들만 국회에 진출하여 국정을 국민으로부터 독립하여 독점할 수 있는 구조를 취하게 하는 것은, 우리나라의 현 선거제도가 아직도 선진국의 현대적 대표제와는 거리가 먼 구시대적 권력독점적 순수대표제의 단계에 머무르고 있다는 것을 입증하는 것으로 보지 않을 수 없다.

여기에 선진민주 국가들에 있어서 이와같은 구시대적 권력독점적 순수대표제가 어떻게 변모되어 민의를 실제 반영하고 국민을 실질적인 주인으로 하는 실질적 국민주권론을 확립하여 이른바 현대적 의미의 국민대표제로 발전하게 되었으며, 우리 헌법상 이러한 정신이 과연 어떻게 규정되고 있는가를 밝혀 봄으로써 이 사건 심판대상이 된 국선법 제 33조, 제34조의 위헌성 여부를 판단할 수 있을 것이다

실질적 능동적 국민주권론은 국민이 실제에 있어서 현실적으로 국가의 최고 의사를 결정함으로써 실질적으로 주인역할을 해야 된다는 실질적 생활용 국민주권 이론이다.

실질적 국민주권을 실현하기 위한 선거제도와 민주적 참정권은 모든 국민이 평등하게 국민대표를 직접 선출하여 국정을 위임하는 보통선거제도이고, 그 반은 언론의 자유를 통한 여론정치로 민의를 국정에 반영하는 자유선거제도이다. 따라서 현대적 대표제에 있어서는 구시대의 권력독점적 순수대표제와는 달리 민의반영을 최우선 과제로 반(半)정도만 국민의 대표가 일을 하고 반(半)정도는 국민의 민의가 정치에 반영된다는 이른바 반(半)대표제 또는 반정도는 국민이 직접 정치에 참여한다는 의미의 반(半)직접제로 확립되고 있는 것이 현대 서구민주국가의 국민대표제의 실상이다.

우리 헌법상 국민의 손에 쥐어준 주인으로서의 유일한 효과적

무기는 바로 대통령과 국회의원(앞으로 지방의원)을 선출하고 누구나 입후보자가 되어 국정에 참여할 수 있는 참정권과 헌법 제2조와 동 제 130조에 의한 국민투표권 뿐이다

그런데 가장 중요한 실질적 주권행사인 선거와 입후보의 자유마저 무력화시킬 수 있고 대다수의 국민이 쉽게 조달할 수 없는 과도한 기탁 금액을 기준으로 입후보의 기회를 제한함으로써 국회에 진출할 수 있는 길을 봉쇄하고, 차등선거의 유물을 외국의 입법례에도 있다고 하여 보통선거제 하에서는 있을 수 없는 불평등한 선거법 조항을 만들어 국민의 참정권을 지나치게 제한하고 있다면 헌법에 보장된 실질적인 국민주 권과 국민대표제의 본질을 침해하는 것이라고 아니할 수 없다

우리 헌법은 제11조와 관련하여 제1조와 제41조에서 차등선거제도를 부정하는 보통선거제를 제1의 원칙으로 채택함으로써 재력, 신분, 직업 등으로 차별대우를 받지 않고 평등한 참정권을 보장하여 주권을 행사하도록 실질적 국민주권주의를 구현하기 위하여 보통, 평등, 직접, 비밀, 자유선거제도 등 선거의 기본원칙을 설정하고 있다

그러므로 국선법 제33조, 제34조에 의한 기탁금제도로 인하여 입 후보자의 자유와 기회균등을 침해하고 국민의 참정권을 제한하는 것은 이러한 우리 헌법상의 기본원칙에 위배되고 실질적 현대적 국민주권론에 반하는 것이다.

(3) (국민의 의식수준과 민주주의) 진정한 민주주의를 확립하는 요체는 국민과 정치인, 지식인과 공직자, 서민과 사회지도층이 모두 인간의 존엄성과 자유를 지켜가는 민주적인 시민의식과 민주교육이 되어 있어야 한다는 것이다.

현재 우리 국민의 의식수준은 상당히 높고 정치에 대한 관심이 지대하기 때문에 실질적인 국민주권의 행사와 국민의 대표제를 정

착하지 않으면 안될 시점에 왔다는 것이다.

1985년 인구 및 주택센서스 확정결과 보고(88년 동아연감 참조)를 보면 우리나라 전체국민의 문맹률은 1.8%에 불과하며, 연간 대학졸업자는 294,482명, 고등학교 졸업자는 685,909명, 중학교 졸업자는 899,492명, 국민학교 졸업자는 799,343명이 되는 것을 보면 성년자는 대부분 중등교육 이상을 받은 것이 된다.

전체인구수 중 20대 인구수에 대비한 20대의 대학졸업자 비율은 21.8%, 고등학교 졸업자는 44.8%, 중학교 졸업자는 22.2%, 국민학교 졸업자 비율은 10.5%, 미취학은 0.6%에 불과한 것을 보면 우리의 학력 수준이나 교육열은 세계 어느 선진국 보다 높은 수준임을 알 수 있다.

여기에다 88년도 경제기획원 인구통계조사 자료에 의한 총인구수와 유권자수를 대비하여 보면 우리나라 총인구수 41,974,640명에 세대별 유권자의 수와 그 비율은 20대가 20.29%인 8,517,987명, 30대 인구비율은 15.89%인 6,463,103명, 40대는 10.93%인 4,588,513명, 50대는 8.02%인 3,368,332명, 60대는 4.49%인 1,888,027명으로 되어 있다. 이것을 위의 교육이수 비율에 대비해 분석하면 우리의 민도가 얼마나 높으며 민주교육을 받은 세대가 우리 사회의 구성에 주된 위치를 점하고 있음을 알 수 있다.

거기에다가 유권자 총수 26,198,205명을 위의 세대별 인구수를 가지고 점하는 비율을 보면 20대가 32.51%, 30대가 24.67%, 40대가 17.51%, 50대가 12.85%, 60대가 7.2%인데, 이는 우리 정치구조에 2·30대 젊은 계층이 차지하는 정치적 비중이 얼마나 큰 것인가를 또한 알 수 있다. 우리 국민의 절대다수가 민주주의에 대한 교육을 받았고 의식수준이 이렇게 높은데 거기에다 선거에 대한 열의도 대단하기 때문에 민주주의를 외면하는 정치행

태로서는 현시국을 풀어갈 수 없다는 것을 쉽게 알 수 있다.

우리 국민이 교육을 받고 알고 있는 것은 자유와 평등 및 평화와 복지를 지향하는 자유민주주의 정치체도이며, 이러한 자유와 평등은 모든 인간의 존엄성과 행복을 추구하는 가치로서의 절대적 진리라고 가슴 속에 품고 추구하고 있다는 것을 무시해서는 안된다.

2·30대의 젊은 계층이 우리나라 유권자수의 과반수가 넘는 58%를 차지하고 있고 거기에서 40대를 합하면 73%가 되는데, 이들 젊은 계층은 강당에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄성과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”는 우리 헌법 제10조에 규정한 헌법정신을 배웠기 때문에 우리 국민은 의식 또는 무의식 중에 민주사회의 생활방식과 민주적인 생활규범을 익히고 그것이 현대인의 상식이라고 인식하고 있다.

모든 잘못은 정치에서 비롯된다고 말하는 일반국민들은, 사람은 누구나 인간의 존엄성을 가진 평등하고 동일하다는 인식을 가지고 정치지도층에게 민주의식을 요구하고 진정한 민주사회를 건설해 주기를 바라는 것이다.

이러한 국민적 요구는 특히 국가와 사회의 각계 지도층이 긍정적으로 수용하여야 하며 그렇지 못한 경우에는 일반국민의 시민의식 또는 헌법의식으로부터 저항과 비판을 받게될 것이다.

더구나 젊은 계층들은 민주주의 교육 내지 절대적 진리로서의 인간의 존엄성에 대한 인식은 국민 모두에게 필요하지만 그 비중은 효과면에서 공직자와 정치인에게 더욱 필요하다고 인식하고 있다. 민주국가에서 인간의 존엄성에게 표현되는 자연권 내지 절대적 진리에 대한 교육은 선거의 과정에서 유권자들의 자유로운 의사표시와 참여에 의해 실현될 수 있고 선거 후에도 유권자들의 차

기 선거를 전제로 한 감시에 의해 확보될 수 있다고 본다

우리의 사회구조나 고학력자의 구성비율이나 정치에 대한 관심도나 젊은 계층의 정치적 열망등을 현실적으로 심층분석을 해 볼 때 참정권의 행사를 불합리하게 제한을 하는 선거제도를 가지고 급변하는 사회환경과 국제적 상황변화에 적응해 발전할 수 있겠는가 헌법상의 의회민주주의 이상과 실현에 역행하는 수단이 용인될 수 있는 구시대와는 사회적, 경제적, 국제적인 여건과 상황이 다르다는 것을 직시하지 않으면 안된다.

위에서 본 바와 같이 우리 헌법이 실질적 국민주권론의 원칙을 우리나라의 최고 기본원리의 하나로 규정하고 있음에도 불구하고 국민이 실질적인 주권자가 되는 것을 방해하는 선거법의 과도한 기탁금제도는 구시대의 차등선거제도를 활용한 주권행사의 제한적 규정으로 현실을 풀어갈 수 없고 모든 사람은 동등하다는 의식이 투철한 우리 국민 감정에 용인될 수 없는 것이다. 그럼에도 지금까지 이러한 본질문제에 들어가 선거법의 불합리한 제한이나 주권개념에 대한 용어혼란의 부당성을 밝히거나, 실질적 국민주권론의 방향으로서의 헌법해석을 하는 것을 간과해 왔다. 그 이유는 여러가지 있으나 민주화를 열어나가는 지금에 와서는 올바른 선거제도를 확립하는 헌법해석으로 국민 감정에 맞는 실질적 국민주권론을 확립하도록 하는 것이 민주사회 건설의 선결요체가 된다고 하지 않을 수 없다.

여기에 이 사건 심판청구 대상인 국선법 제33조, 제34조의 위헌성 문제가 검토되어야 하는 중요한 이유가 있고 우리 헌법이 보장하는 보통, 평등 선거제도의 기본원리를 실천할 수 있도록 선거법에 대하여 새로운 헌법해석과 적용의 방향을 제시하지 않으면 안된다.

다. 정당후보자와 무소속후보자의 차등규정

국선법 제33조 제1항은 지역구 후보자 등록을 신청하는 무소속 후보자에게 2천만원, 정당추천 후보자에게 1천만원을 기탁하도록 차등을 두고 있다.

정당추천 후보자와 무소속 후보자의 기탁금에 차등을 두는 규정은 무소속 후보자에게 지나친 차별대우를 함으로써 헌법에서 모든 국민과 모든 입후보자에게 보장하는 기회균등의 원칙과 국민의 참정권을 제한하고 나아가 평등보호의 원칙에 반하지 않는가 하는 문제이다

(1) (입후보의 자유와 기회균등에 위배) 우리 헌법은 보통, 평등, 직접, 비밀, 자유선거의 원칙을 명시하고 있어 모든 선거참가인에게 원칙적으로 평등하게 보호를 하고, 자유로운 입후보를 허용하고 있고, 정치적 자유와 그 기회는 정당의 공천자나 무소속의 입후보자에게 차별없이 균등하게 보장하고 있다.

헌법 제8조에 규정한 정당의 보호규정은 무소속 입후보자의 기회균등을 보장하는 헌법규정을 부정하는 상반된 뜻은 아니다

오늘과 같은 정당국가적 현대민주주의 사회에서는 정당 없이는 민주정치가 제대로 기능할 수 없을 정도로 정당은 중요한 역할을 하는데 반해 개인은 정치적으로 여러가지 제약이 있어 정치적인 의미있는 활동을 하기에는 어려움이 많다.

아무리 정당국가적인 민주주의라고 하지만 무소속 입후보를 완전히 봉쇄하거나 차별대우를 하는 데에는 민주주의의 원리상 문제가 있다. 그것은 많은 사람으로부터 참정권과 공무담임권을 박탈하는 것이 되므로 민주헌법은 무소속 입후보를 원칙적으로 보장하고 있다 더욱이 아직까지 민주적인 정당정치체도가 국민속에 뿌리내려 확립되지 못한 상황에서는 더욱 그렇다.

현대 민주정치는 정당정치를 기본으로 하기 때문에 정치를 하고자 하는 자는 정당 설립의 자유가 보장되어 있으니 정당을 설

립하든지 그렇지 못하면 정당에 가입하면 될 것이 아니냐 하는 주장을 가지고 무소속 입후보를 제한하거나 차별대우를 하는 것은 현실적으로 타당하지 못하다.

정당을 설립한다는 것은 쉬운 일이 아니며, 정당후보 공천자에게 1천만원의 기탁금을 납입하게 되어 있는 우리 선거법 하에서는 현행 우리나라의 지역구수 224개의 공천자에게 최소한 기탁금을 지원한다고 할 때 22억여원이 필요하고, 그 지역구의 지구당 결성과 그 지원 및 중앙당 운영을 위해서는 최소한 수십억원이 필요한데 재력이 넉넉치 못한 정치인, 학자, 언론인, 법조인, 종교인 그리고 일반서민들이 모여서 정당을 만든다는 것은 현실적으로 불가능하다.

그리고 후보자와 그 정당간에 정치적 노선이 일치하느냐도 문제이지만 현실적으로 정당에 가입하여 자기의 뜻대로 정당의 공천을 받을 수 있느냐에 대하여도 여러가지 제약이 따르기 마련이다 거기에다 현행 선거법은 정당에 가입하였다가 공천을 받지 못하면 무소속 입후보의 기회도 봉쇄하는 국선법 제27조 제6항의 장치를 두고 있다.

더욱이 아직 당내 민주주의가 뿌리 내리지 못하였고 그 지역 유권자의 의사보다는 중앙당에서 공천을 결정하는 것이 우리의 정치상황이라는 여론이 있고 민주적 공천경쟁에서 후보자로 추천받는 것은 사실상 힘겨운 일이기 때문에 정당의 가입은 쉬운 일이 아니다.

정당설립과 정당가입이 자유스럽지 못한 이러한 면에서 볼때 무소속 후보의 출마를 제한하기 위하여 무소속 후보자에게 지나친 차별대우를 하는 것은 헌법이 국민 누구에게나 보장한 입후보의 자유와 기회균등의 원칙에 반한다.

정당의 후보자는 정당에 대한 국가의 배려로인하여 비정당원보

다 정치적으로 우월한 지위에 있고 정당추천 후보자는 선거법의 여러 규정에 의해 제도적으로 무소속 후보자보다 모든 면에서 훨씬 유리한 조건에서 선거에 참여하고 있다. 그럼에도 불구하고 더 나아가 정당공천자보다 무소속 후보자에게 2배의 기탁금을 요구하고 있는 것은 아무런 합리적 이유없이 차별취급을 하는 것으로 입후보의 자유와 입후보자의 기회균등을 보장한 헌법규정에 배치되는 것이 명백하다 할 것이다.

(2) (정당정치와 무소속 후보) 정당정치가 현대 의회민주주의의 제도를 유지시켜 가는데 필요불가결한 제도라고 할 수 있으나 그렇다고 하여 정당만이 참정권을 독점하여야 한다는 것은 아니다.

정당은 국민의 정치적 의사형성을 효율적으로 이룩하여 선거에 참여한다는 데 있으며, 결코 정당에 국민의 정치적 의사형성 및 주권 행사를 독점하게 하는 것은 아니다.

선거에 있어서 입후보자의 추천권을 정당에 한정하기 위해 무소속 입후보의 기회를 제한하는 것은 선거제도의 기본원리와 모순되며 보통선거와 평등선거의 기본원칙 뿐만 아니라 모든 유권자가 원칙적으로 자유로운 선거추천권을 가지는 국민주권의 원리에도 반한다.

국민의 선거권을 정당공천자들에게만 선택할 수 있도록 선거법에 의하여 과도한 기탁금제도 등으로 무소속 출마를 제한하고 입후보자의 수를 축소시키는 것은 어떤 정당에도 소속하지 않는 유권자를 그들의 정치의사에 관계없이 강제로 정당에 배속시키는 결과가 되어 자유선거의 기본원칙상 용납할 수 없는 일이 생기게 된다.

각 후보자들이 오로지 자기 개인의 인품만을 믿고 선거에 임하느냐 또는 정당에 가입할 것이냐 하는 것은 각 후보자가 임의로

결정할 문제이며 이는 헌법이 각 후보자에게 자유스럽게 할 수 있도록 보장한 기본권이라는 사실만 보아도 명백하다

따라서 입후보의 추천권을 정당이 독점하고 정당간의 정치적 타협으로 무소속 후보자의 길을 제한하는 것은 모든 국민에게 무소속입후보를 할 수 있도록 문호를 개방하고 있는 헌법상의 보통, 평등, 자유선거의 원칙에 반할 뿐만 아니라 유권자의 선거권의 행사와 자유를 제한하는 것으로 국민의 참정권을 보장한 헌법 규정에도 위반된다

선거법은 무소속 입후보자를 정당공천자보다 2배의 기탁금을 부담케하여 정당후보자와 무소속 후보자 간에 차등규정을 둠으로써 모든 선거후보자의 기회균등의 원칙을 침해하였기 때문에 이와같은 헌법위반상태를 입법부는 구제하여야 할 의무가 있다

헌법과 선거법상의 정당의 여러가지 특혜적 규정은 시대적 요청에 따른 것이라 할지라도 그것은 합헌적 범위내에서 한정되어야 한다

민주정치는 국민의 참여 속에서 이루어지고 국정의 최종심판은 국민이 내린다는 민주헌법의 기본정신을 무시하고 정당정치에의 육성이나 무소속 입후보의 길을 제한하고 차별적 대우를 하는 것을 법으로 제도화할 수 없다.

자유와 민의를 바탕으로 정치발전을 이룩해야할 민주정치를 저해하는, 정당의 독점적 특혜로 후보자 간에 지나친 불평등한 차별대우를 하는 것은 국민주권과 민주적인 선거제도의 원리상 있을 수 없다

(3) (정치적 타협의 한계) 선거법은 정당간의 정치적 타협의 산물이기 때문에 국선법 제33조, 제34조에 정한 액수에 구애됨이 없이 합헌성을 인정해야 한다는 견해도 있으나 이는 현대의 실질적 국민주권주의와 상기 반대표제 내지 반직접제 등 현대적 대

표제를 지향하고 있는 현대 자유민주주의 헌법 체제하에서는 용납될 수 없는 주장이다.

과거 민주주의 초기단계에 있어서 대부분의 국민을 정치에서 배제하고 형식적이고 불평등한 선거로써 재산가들이나 기성정치세력이 의회를 독점하기 위한 체제하에서 구성된 의회가 국민의 의사와는 무관하게 국정을 좌우하려는 방편으로 선거법을 만들 때 쓰는 이론이다.

이는 위에서 본 고전적 대표제도 내지 순수대표적인 사고방식에서 벗어나지 못한 것으로 현대적 민주주의에 터잡고 있는 우리나라의 헌법 원리에서는 받아들이기 어려운 논리라고 하겠다

정치적 타협이란 어디까지나 국민의 평등한 참정권을 보장하기 위한 국민의사의 정치적 통합화 과정에서 민주적으로 이루어지는 것이어야 하는 것이며, 헌법의 원리와 국민의 기본권을 무시하고 일방적으로 국정에 참여하는 대표자들만의 정파적 또는 부분 집단적인 이해관계에 의한 타협으로 선거법을 임의로 만들 수 있다는 뜻으로까지 확대할 수는 없다.

선거법은 모든 입후보자에게 법 앞에 평등하다는 헌법의 기본원칙에 따라 모든 조건에서 균등한 기회와 자유를 보장하여야 하므로 무소속 입후보자에게 법에서 차등대우를 하는 것은 부당하며 법규상 불비한 점이 있다면 기회균등의 기본원칙을 지켜가기 위하여 보충규정을 두어야 한다. 그런데 분파적 이해관계의 정치적 타협을 국법 질서의 정당성의 근거로 하는 것은 국가권력을 사집단의 이익옹호 수단 내지 사권력 화할 위험성이 큰 전근대적 발상이라고 아니할 수 없다

국가조직과 권력에 대한 이러한 비민주적 사고와 입지는 전반적인 인권보장과 자유민주주의의 확립에 의한 안정적 국가발전을 저해하는 근본원인이 된다는 것을 우리는 경험한 바 있다.

모든 국민에게 원칙적으로 인정하는 선거권의 행사와 입후보의 자유는 자유선거의 기본적인 내용이며 더구나 국민들의 선택 대상이 반드시 기존정당에 한정되도록 선거법이 기성정당간의 협상에 의하여 자기들에게만 유리한 법으로 개정을 하고 유지한다면 새로운 정당, 새로운 세대들의 정치적인 진출과 보다 발전적인 새로운 정치문화를 기대하기 어려울 것이다.

복잡다단한 정치적 사회적인 다양한 문제에 대한 국민적 욕구를 수용하지 못하여 국민적 합의를 이루지 못하면 그것은 정치적 사회적 불안을 조성하는 계기가 되어 헌법에 합당한 선거제도라 할 수 없다 나아가 결국은 국민 각자의 후보자 선택권을 제한하는 것은 선거제도상 참정권의 불합리한 제한으로 우리 헌법상의 민주주의 이상과 실현에 역행하는 것이다.

그러므로 국회의원선거법은 헌법의 기본규정에 합치하는 원리안에서 개정하여 민주주의 정착의 기초를 마련하여야 한다. 그 길은 국민 누구나 원하는 자는 선거에 참여하여 국민의 심판을 받도록 정정당당하게 깨끗하고 공명한 자유로운 선거를 통하여 그들의 대표를 뽑고 그 대표들이 의논하여 합의함으로써 국민적 동의와 합의를 이룩하는 선거풍토를 만드는 길이다. 그 사회는 평온하고 그 국가는 민주적으로 발전하고 번영하는 민주정치의 실현을 이룩할 수 있을 것이다.

그러므로 무소속 후보자와 정당후보자 간에 2배의 차등으로 기탁금을 내게함으로써 무소속 후보의 출마를 제한하려는 것은 정치적 성격이 강한 선거법이라 할지라도 그 입법형성권의 한계를 위배한 것으로 위헌이라 아니할 수 없다.

(4) (불평등한 입법 금지의 원칙) 현행 국선법 제33조 제1항이 정하고 있는 바와같이 정당후보자는 1천만원인데 무소속 후보자는 2천만원으로 정한 것이 적절한 것인가 하는 금액의 기

준에 대하여 타당성을 판단하기 이전에 정당후보자에게 기탁금의 액수를 1천만원으로 한 것이 가사 적절하다고 판단된다 하더라도 무소속 후보자의 기탁금을 2천만원으로 한 것은 경험법칙상으로 보아 정당후보자와 지나친 차별대우를 하는 규정이라고 아니할 수 없다.

오늘날 정당정치하에서 정당과 개인의 정치적 역할이 매우 다르기 때문에 정당후보자와 무소속 후보자와는 차별되는 것이 마땅하다고 하더라도 무소속은 정당보다 두배나 되는 금액을 기탁해야 할 뿐만 아니라 국선법 제58조 등에 따라 선거에 관한 비용을 공제하고 나면 그 두배가 넘고, 여기에서 정당후보자는 정당으로부터 받은 보조금과 여러가지 지원을 고려하면 선거운동비를 포함한 선거의 비용으로 볼 때 무소속 후보자의 기탁금은 그것보다 몇배가 되는 셈이 된다. 이는 선거법상 무소속 후보자의 기탁금이 지나치게 높게 책정되어 불평등하게 취급하고 있음을 명백하게 알 수 있다.

선거권자를 차별대우하는 것이 정당이라는 특수한 기능 때문에 선거에서 무소속 후보 보다 유리할 수 밖에 없다면, 기타 특별한 근거에서 정당화될 수 있는 특단의 사유가 있으면 모르되 그렇지 않는 한 선거경쟁에서 모든 입후보자에게 보장해야 할 기회균등을 침해하는 사항이나, 경쟁조건을 현저하게 차등을 두거나, 정당보다 무소속 입후보자의 출마를 억제하고 제한하기 위한 선거법상의 규정은 선거의 공정성과 합법성을 해하는 것으로 평등의 원칙에 명백하게 반한다 아니할 수 없다.

미국등 외국에서는 사회적 경제적 약자에 대하여는 특히 법이 일반인 보다도 더 우월적인 특별보호를 해 주는 것이 법의 평등보호원칙의 진정한 의미라고 하여 수차의 판결에서 이를 확인하고 있다.

그런데 경제력이 부족한 국회의원 입후보자 특히 무소속 입후보자에게 법이 정당후보자와 대등하게 경쟁할 수 있도록 국가가 특별배려를 해 주지는 못할 망정 정당의 공천이 없다는 이유로 정당보다 2배의 기탁금을 내게 함으로써 동등하게 보호하여야 할 입후보자의 선거경쟁에 지나치게 차별대우를 하는 것은 자유민주주의 국가의 가장 기본적인 평등보호의 원칙에 위배되는 것일 뿐만 아니라 주권재민의 근본을 무시하는 것이 된다.

나아가 모든 국민이 모든 선거에 균등하고 자유롭게 참가할 수 있는 기본권에 대한 침해가 입법부가 제정한 국회의원선거법의 규정에 의하여 이루어지고, 법에서 무소속 입후보자에게 불평등하게 취급하는 것은 자유민주주의의 기본질서를 해치는 것이며 국민의 주권행사인 참정권을 제한하고 공무담임의 기회를 사실상 불평등하게 제한하는 결과를 초래하는 입법으로 민주적인 입법이라 할 수 없다. 따라서 우리 헌법의 기본원리에 위배되는 것이라 아니할 수 없다

#### 라. 기탁금의 국고귀속제도

국선법 제34조는 후보자가 사퇴하거나 그 후보자의 등록이 무효로 된 때, 또는 후보자의 득표수가 당해 지역구의 유효투표 총 수의 3분의 1을 초과하지 못하는 때에는 그 후보자의 기탁금은 제58조 제1항(선전벽보, 합동연설회 등)의 비용을 공제한 후 국고에 귀속한다. 다만 지역구 후보자가 당선된 때와 사망한 때에는 그러하지 아니하다고 하였고, 국회의원선거법시행령 제28조에서는 법 제34조의 규정에 의하여 기탁금이 국고에 귀속될 때에는 선거일 후 40일 이내에 국고에 납입하고 그 명세를 상급선거관리위원회에 보고하여야 한다. 그에 관한 절차와 보고 등에 관하여 필요한 사항은 중앙선거관리위원회규칙으로 정한다고 하였다.

#### (1) (기탁금 국고귀속의 정당성) 위의 기탁금 국고귀속에

관한 현행규정은 후보자의 난립방지와 선거공영제의 확립이라는 본래의 목적을 벗어나 그 기탁금이 고액인데다가 그 국고귀속의 기준이 너무 엄격해서 결과적으로 재산을 가지지 못한 자나 젊은 계층의 후보등록을 현저히 제한하고 있을 뿐만 아니라 기탁금 중 선거비용으로 충당되는 비용이 불과 기탁금액의 10%(무소속의 경우)~20%(정당공천자의 경우)에 불과한데 그 나머지 금액은 국고에 귀속되게 되어 낙선하게 되면 입후보를 한 책임에 따른 제재의 수단으로 국고에 귀속시키는 것으로 볼 수 밖에 없다. 이는 선거를 국민의 주권행사라는 차원보다 선거의 질서 유지 차원으로만 보고 입안한 것으로 신성한 기본권의 행사가 보장되어야 할 국민 참정권의 본질을 유린하는 규정으로 보지 아니할 수 없다.

선거의 기능이 단순히 당락을 결정하는 후보자의 선출에만 있는 것이 아니라 일면 자기의 정견과 주장을 유권자에게 미리 밝혀 인식시킴으로써 다음 선거에 대비한 준비행위로 출마하는 기능도 하며 다른 면에서는 선거운동을 통하여 자기의 정치적 주장과 의견을 개진하고 합법적으로 국정을 비판하고 올바른 시정을 촉구하는 정치광장의 역할을 함으로써 민의를 국정에 반영하기 위한 수단으로서의 기능도 한다. 이러한 욕구를 선거 과정에서 폭발시킴으로써 민주사회의 평화를 유지하는 제도적인 장점도 가지고 있는 것이다.

이렇게 선거는 주권자인 국민에게 국정에 참여하고 정치적 의사를 표현할 기회를 제공하여 주권의 실질적 행사를 보장하는데 있는 것이고 그로 인하여 국가권력의 정당성을 창출하고 국법질서를 평온하게 유지해 가는 정치제도라고 본다면 반드시 낙선한 후보자의 선거참여가 제재받을 대상으로만 판단할 수는 없다.

따라서 현행기탁금의 국고귀속에 관한 규정은 국민주권의 존엄성을 해치는 것으로 민주주의 원리에 반한다 아니할 수 없다.

만일 선거에 대한 참여가 선거권이든 피선거권이든 부당하게 제한을 당하게 된다면 다양한 국민의 의사를 정치적인 조화로 국정에 반영시키고 국민적 합의를 이루어 가는 민주정치의 본질을 말살하게 되고, 정치 현상은 현저히 굴절되어 대립과 반목을 순화시킬 수 없게 된다.

다양한 이해관계로 얽혀 있는 산업사회의 복잡한 문제들을 선거를 통해 민주적인 방법으로 융화시켜 법질서를 유지하고 국가발전을 이룩한다는 민주헌정의 가치규범을 지켜갈 수 없게 된다. 나아가 국민의 주권을 정당하게 행사하여 국민의 힘으로 민주사회를 발전시켜 간다는 민주정치의 원리에 위배되는 결과를 초래하고 말 것이다.

반면 국선법 제34조의 규정은 낙선한 후보자나 이 후보자에게 투표한 국민의 정치적 의사를 무시하는 것이 되어 민주질서의 가치규범을 부정하는 혼동을 가져오고, 선거제도 자체의 성격과 기능을 왜곡하고 아주 제한적으로 이해하는 결과를 가져와 주권행사를 소홀히 하거나 체제의 도전을 자초하는 원인이 된다.

이와같이 기탁금의 국고귀속이 헌법적 정당성과 정치적 명분이 없는 데에서 입안된 것으로 주권행사의 원리(헌법 제1조)에 반하고, 선거의 공익성 때문에 선거에 관한 경비는 원칙적으로 정당 또는 후보자에게 부담시킬 수 없다는 원칙을 선언한 헌법 제16조에도 위반될 소지가 있다.

(2) (외국의 입법례와 그 비교) 법무부장관과 중앙선거관리위원장의 의견은 기탁금제도와 기탁금의 국고귀속제도는 외국에도 그 입법례가 있는 것으로 헌법상 위헌의 규정으로 볼 수 없다고 한다

그것이 외국의 입법례에 있다하더라도 우리 헌법에 합치하는가 않는가를 먼저 검토하지 않으면 안된다. 뿐만 아니라 외국의 헌

법과 선거제도 등 관련제도의 운용을 참조 비교함에 있어서는 단편적인 제도 자체나 그 제도내에서도 일부의 입법취지만을 고려하고 그 제도가 전반적인 정치 경제 사회 문화면에서 가지는 위치 및 그 영향이 미치는 결과와 그 제도가 타영역이나 헌법규범에 비추어 가지는 균형적인 내용 등을 종합적으로 고려하지 아니한다면, 외국제도를 참조 비교하여 도입하는 본래의 의의를 살릴 수 없다. 오히려 형식적인 비교 내지 현의적인 비교에 머물게 될때 여러가지 사회적 부작용을 가져올 위험성이 따르며 나아가 그 결과 우리의 입법을 왜곡시키는 결과가 될 수 있다는 점을 유의하지 않으면 안된다.

기탁금 제도에 관하여 제 외국의 실태를 보면 의회민주주의 국가로서 조사 대상이 된 56개 국가(영, 미, 불, 독, 이, 캐나다, 벨기에, 오스트리아, 일본 등 포함) 가운데 약 50%의 나라에서 특히 보통, 평등, 자유선거제도가 확립된 후에 선거법을 제정한 나라에서는 우리와 같이 고액의 기탁금제도가 없다.

국회의원선거 입후보에 있어 서독, 이태리, 벨기에, 덴마크, 브라질, 헝가리, 이스라엘, 스위스, 스웨덴, 동구권국가 등은 선거 기탁금 제도가 없으며, 기탁금제도가 있는 나라에 있어서도 기탁금의 액수는 대부분이 다만 명목상의 금액(30만원 미만)에 그치고 있다. 프랑스 상원 200프랑(약 2만원), 하원 1,000프랑(약 10만원), 뉴질랜드 28달러, 호주 상원 300달러, 하원 150달러, 오스트리아 325달러, 캐나다 200달러, 인도 상원 34달러, 하원 250달러, 쿠웨이트 152달러, 파키스탄 하원 200달러, 상원 100달러, 영국 375달러로 되어 있다.

이상의 일반적인 각국의 제도와 달리 기탁금 액수가 다소 높은 나라로는 미국이 1,000달러(70만원)의 기탁금을 요구했으나 이 금액이 너무 과하다고 하여 위헌판결이 났으며 예외로 금권정치가

지배하는 일본만 중의원 입후보에 200만엔의 기탁금을 납부하고 있을 뿐이다.

기탁금이 반환되는 경우에 관하여 본다면 각국에서는 위와같은 명목상의 소액의 기탁금에 대해서도 상당히 경미한 득표만 하면 모두 반환하도 있다. 기탁금 반환에 필요한 득표수는 프랑스 하원 투표수의 20분의 1 이상, 상원 투표수의 10분의 1이상(개별후보자) 또는 20분의 1(명부후보자), 이스라엘 유효투표수의 100분의 1이상, 뉴질랜드 당선자 득표수의 4분의 1이상(기탁금은 28달러), 호주 하원 당선자 득표수의 5분의 1이상(기탁금 150달러), 상원 당선자 득표수의 10분의 1이상(기탁금은 152달러), 파키스탄 하원 투표수의 8분의 1이상(기탁금 100달러), 상원 1표이상 득표만 하면 반환(기탁금 200달러)하고 있다.

이상의 예를 보면 그 기탁금제도는 일본을 제외한 다른 나라에서는 구시대의 차등선거제도 하에서 실시하던 것이었음을 쉽게 알 수 있고 그래서 현실에 맞게 그 금액을 조정하지 않고 구시대의 역사적인 유물로 잔존하고 있는 것임을 쉽게 알 수 있다.

그러므로 법무부장관과 중앙선거관리위원장의 의견은 국회의원선거에 있어서 기탁금제도는 외국에도 그 입법례가 있는 제도이기 때문에 합헌이라고 예를 들고 있으나, 위에서 본 바와 같이 이는 외국의 입법례에 대한 형식적 비교, 고찰일 뿐 실질적인 비교가 되지 못하여 국선법 제33조와 제34조에 의한 국민의 참정권의 지나친 제한을 정당화할 합리적 설명이나 근거가 되지 못한다.

우리의 경우, 그들 나라의 국민소득과 경제적 여건을 고려하지 않더라도 기탁금의 액수가 세계 각국의 일반적인 기준보다 지나치게 월등히 과다한 액수임을 알 수 있고, 기탁금 반환에 필요한 득표수도 유효투표 총수의 3분의 1이상이라 하는 세계초유의 높은 기준을 설정해 놓고 있다.

이것은 단순히 비율만 가지고 대비할 수 없는 것으로, 외국에서는 명목적인 기탁금에 불과한 액수에 대해서도 극히 낮은 득표를 한 경우에도 그 기탁금을 입후보자에게 반환하는데 대하여 1천만원(정당추천 후보자) 또는 2천만원(무소속 후보자)의 거액의 기탁금에 대해서 유표투표 총수의 3분의 1 이상을 얻지 못한 경우, 약 10%(무소속의 경우) 내지 20%(정당의 경우)에 상당하는 선거비용을 공제한 후 90% 내지 80% 이상이 국고에 귀속되도록 한 것은 너무 지나치다는 것을 쉽게 알 수 있다. 전기한 선거 관리상의 질서유지 등의 이유만으로는 너무나 명백히 그 무엇과도 비례가 되지 아니하는 사유로 기탁금을 국고에 귀속시키는 것이 부당하다는 것을 알 수 있고 나아가 그 입법 의도 자체에 의문이 가지 아니할 수 없을 정도로 입법권에 의한 중대한 국민의 재산권과 참정권을 침해하고 있는 것이다.

그 결과 제11대(중선거구제 2인당선) 국회의원 선거에 있어서는 지역구 후보자의 총 기탁금액 52억여원 중 32억여원이 국고에 귀속되었고, 제12대 (중선거구제 2인당선) 국회의원 선거에 있어서는 지역구 후보자의 총 기탁금 33억여원 중 12억여원이 국고에 귀속되었으며 1선거구에서 1인을 선출하는 소선거구제가 실시된 1988.4.에 시행한 제13대 국회의원 선거에 있어서는 입후보자 전체의 기탁금 133억원 중 국고에 귀속된 기탁금은 70억원 이상(지역구 69억원 이상, 전국구 1억 1천만원)이나 되는 기현상을 낳게 되었다.

70억원이라는 국민의 재산이 합리적인 사유없이 국고에 귀속하는 것이 사회정의에 합당한 것인가 선거라는 국민의 주권행사에 참여하여 당선하지 못한 것이 기탁금을 몰수당할 사유가 되는 것인가 과연 정당하고 합법적인 이유에 의해 국고에 귀속되었는가 하는 것은 자유민주주의를 표방하는 우리나라 헌법체제하

에서 심각히 검토해 보지 않으면 안될 것이다.

그 기탁금 중 선거비용을 제한 대부분의 돈이 합리적인 이유없이 국고에 귀속된다면, 그것이 선거법 자체가 국민의 주권행사를 정치적으로 이용하는 국가사업으로만 취급하는 것이 되어 국민을 경시하는 비민주적인 입법이 되는 것이 되고 나아가 국민의 국가에 대한 신뢰의 바탕이 무너지고 국민화합의 차원에까지 나쁜 영향을 미칠 수 있는 중대한 잘못이라 하지 않을 수 없다.

(3) (기탁금 국고귀속 기준의 타당성) 이러한 문제는 위에서 검토한 제 논거에 추가하여 국선법 제4조가 정한 기탁금의 국고귀속의 조건인 유효투표 총수의 3분의 1이상이라는 높은 기준이 과연 합리적인 것인가 여부에도 달려 있다.

1988.4.26.의 위 제13대 국회의원 선거에 있어서 총 224개의 선거구의 1,046명의 입후보자 중에서 당선자 이외에 기탁금반환을 받은 후보자의 수는 불과 71명에 불과하고 낙선자 822명의 91.36%인 751명은 유효투표의 3분의 1이상을 득표하지 못하여 선거비용을 공제한 기탁금 잔액(기탁금의 80%내지 90%이상)을 국고에 귀속당하고 있다. 또 당선자 가운데서도 16%인 36명은 유효투표 총수의 3분의 1을 획득하지 못하였으나 당선되었기 때문에 기탁금을 반환받았다.

결국 국회의원에 출마하는 것 자체도 거액의 기탁금이라는 재산이 없으면 어려운 터에, 입후보한 후에 있어서도 1위로 당선하지 아니하는 경우에는 기탁금을 전혀 반환받을 수 없는 경우가 대부분이 되는 것은 사실상 국민 대표를 선출하는 선거의 본질을 제도가 부정하는 모순을 저지른 것임을 여기에서 볼 수 있다.

이런 상황하에서는 깨끗한 선거풍토의 정착을 이루기 위한 정치적 주장과 의견을 제시하는 입부호자는 나오기 어렵고 일단 입후보한 후에는 무슨 수를 써서라도 당선해야 되겠다는 타락선거

와 과열선거 경쟁이 일어나지 아니할 수 없다. 어떠한 수단을 써서라도 당선되어야겠다는 재력을 동원할 수 있는 후보자만 경쟁하게 되니 그 결과 불법선거는 피하기 어려운 현실이 되고 말았음을 바로 인식해야 할 것이다.

거기에다 낙선되면 기탁금 반환을 받을 수 없는 상황하에서는 정직한 지성인이나 양심적인 바람직한 인사보다 어떠한 수단으로 치부를 하든 돈이 많은 재산가가 아니면 국회의원에 출마하기 어렵다는 우리나라의 고질적인 선거풍토를 형성하게 되어 여러가지 사회적인 문제까지 야기하고 있다.

그 결과 정직하고 유능한 인제는 의정단상에서 국민을 대변할 기회가 원천적으로 봉쇄되고, 다원사회의 다양한 대표가 의회를 구성하고 모든 이해관계를 수렴하고 합의를 찾아 운영함으로써 안정과 평온속에서 사회발전을 이룩해 가는 것을 장점으로 하는 의회민주주의가 육성될 수 없다. 이는 정치적 안정과 사회적 불만을 융화한다는 의회가 존재하기 어려움은 물론 저소득층의 이익을 정상적으로 대변할 수 없는 국회가 됨으로써, 사회계층간의 대립의 원만한 조정력을 갖추지 못하고 국민의 불만과 불평은 이질적인 방향으로 그 돌파구를 찾지 아니할 수 없게 된다.

그렇게 되면 국민의 대의기관인 국회가 정치적인 국민의 욕구를 적절히 정치적으로 조정하고 수렴하지 못하여 자유민주주의 기본질서를 문란케하는 사회적인 불안요인을 낳게 되는 것이다.

(4) (선거경비의 공영성원칙) 고액의 기탁금 국고귀속은 선거의 공공성으로 인하여 선거에 관한 경비는 입후보자에게 부담시킬 수 없다는 헌법정신에도 반한다.

불합리한 기탁금 제도로 인하여 국민은 작은 크든 선거과정에서 금전적 혜택을 후보자로부터 받기를 기대하는 현상마저 불가피하게 일어나, 선거제도의 본래의 기능은 상실되고 그 역작용으

로 불법타락선거가 판을 치게되어 선거법은 있으나 마나한 지키지 아니하는 법이라는 인식이 국민속에 만연하게 되니 국법의 위신과 권위마저 상실하게 되는 심각한 사회문제가 생긴다

그래서 헌법 제116조는 제1항에서 정당이나 무소속 후보자나 구별하지 않고 선거운동과 선거관리는 균등한 기회가 보장되도록 하여야 한다. 제2항에서 선거에 관한 경비는 법률에 정한 경우를 제외하고는 원칙적으로 정당 또는 후보자에게 부담시킬 수 없다고 명시하고 있다.

선거운동기간 중에 산적되는 금전적 수요의 보상을 국가가 부담해야 할 의무가 있는 것은 아니라 할지라도 입법부는 선거에 관한 경비를 현실적으로 필요한 부분은 모든 후보자에게 공평하게 허용하고 그 외에 가급적 정당 또는 후보자에게 부담시킬 수 없도록 법률로써 정하여야 한다.

선거법상 규제하는 법률은 선거관리에서부터 후보등록이나 득표를 위한 선거운동에 있어서까지 모든 입후보자에게 균등한 기회와 자유를 보장하여야 한다.

그런데 현행 선거법은 선거운동에서부터 기탁금의 액수나 기탁금의 국고귀속의 금액 등에 있어서까지 정당후보자 보다 무소속 입후보자에게 부당한 차별대우와 각종 부담을 지우는 규정을 두었다

기탁금의 액수가 무소속 후보자는 정당보다 배액인데 국고에 귀속하는 금액도 그에 따라 2배이상 이 되어 무소속 입후보자의 기회균등의 요구를 이중으로 가중 제한을 하고 있다.

헌법 제116조 제2항의 정당과 후보자에게 선거에 관한 경비를 부담시킬 수 없다는 규정은 후보자의 등록에서부터 선거운동경비, 개표, 당선 확정시까지 포함되는 당해 선거에 관계되는 그 전부를 말하는 것이고 따라서 후보자의 기탁금도 당연히 포함되어야

하는 것이다.

그것은 선거가 국가의 중요한 통치조직을 구성하는 행사의 하나이며 국민의 참정권 행사의 기본이기 때문에 선거 과정을 통하여 국민에게 부당한 부담이나 의무를 부과시킬 수 없는 것은 민주헌법의 원리상 당연하며, 우리 헌법상 자유민주주의의 기본질서를 실현하는 국가의 본질적 임무이기 때문이다.

그러므로 국선법 제33조, 제34조는 무소속 입후보의 기회균등을 침해하고 정당보다 지나치게 차별대우를 하는 모순을 거듭 가중하는 결과를 가져오는 것으로 국민의 참정권과 공무담임권을 제한하고 입후보자의 기회균등과 국민의 평등권을 이중으로 침해하는 규정이라 헌법 제24조, 동 제25조, 동 제41조, 동 제11조에 반한다고 아니할 수 없고 나아가 선거에 관한 경비는 원칙적으로 정당이나 입후보자에는 부담시키지 않는다는 헌법 제116조 제2항에도 위배된다.

### 3. 국회입법권의 한계

#### 가. 입법형성권의 한계

본건은 국회의원선거법상의 기탁금에 관한 규정이 헌법이 보장하는 제원칙과 국민의 참정권, 공무담임권, 평등권 그리고 보통, 평등, 자유선거를 보장한 기본권에 관한 규정에 위배됨으로써 입법형성권의 한계를 넘은 것이 아니냐 하는 것이다.

헌법은 동 제10조에서 국민의 기본권을 최대한으로 보장할 것을 국가의 의무로 하고 있으나, 한편 헌법 제37조에서 국민의 기본권은 국가의 안전보장과 질서유지 및 공공복리를 위하여 부득이한 경우에는 제한할 수 있다고한 양 규정은 국민의 기본권에 대한 그 제한의 내용을 원칙적으로 입법기관인 국회가 정하는 법률에 위임하면서도 그 제한법률은 헌법상의 제원칙에 위배되지 않는 범위 내에 머물러야 한다는 입법형성권의 한계를 명백히 선언

하고 있다.

(1) (국회의 입법권) 헌법 제40조와 제41조에서 명시한 바같이 입법권은 국민의 보통, 평등, 직접, 비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성된 국회에 속한다

국회는 선거법을 제정하고 각종 규제를 할 수 있는 광범위한 입법권을 가지고 있다. 그러나 그 입법형성의 제한 방법과 수단이 그보다 더 높은 헌법상의 기본이념과 국민의 본질적인 기본권을 침해 내지 저해하는 것이라면 이러한 기본권 제한은 법규범의 단계적 구조론으로 보아 헌법 체계상 용인될 수 없다.

국회가 입법형성권을 행사함에 있어서 헌법상의 보장된 기본권에 대한 법적 제한을 하는 법률을 제정할 시에는 특정한 법익보호의 필요성만으로는 충분하다 할 수 없고, 다른 법익과 비교하여 어느 쪽이 더 본질적이며 정당하고 합리적인 것인가 그 비례의 원칙에 따라 판단해야 할 또다른 한계를 가지고 있다. 이는 헌법 제37조 제2항 후단의 자유와 권리의 본질적 내용을 침해할 수 없다는 규정이 이를 말하며 또한 국가가 입법을 함에 있어서 적용되어야 할 헌법상의 제 기본원칙도 그 한계의 기준으로 보아야 한다는 것이다.

국회가 제정한 기탁금에 관한 선거법의 규정이 위에서 본 바와 같이 우리 국민의 평균적인 소득수준에 비추어 극히 한정된 사람에게만 그 조달이 용이한 과도한 금액이라면 이를 조달할 수 없는 대다수의 국민으로 하여금 국회의원 입후보의 자유를 사실상 포기하게 하는 결과를 가져오게 되는 것을 위에서 보았다.

그러므로 국선법 제33조, 동 제34조의 규정으로 인하여 헌법상 보장된 국민의 참정권과 공무담임권을 제한하는 결과가 되면 그 법률의 제정을 함에 있어서는 그 제정의 필요성이 인정된다고 하더라도 헌법상 보장하고 있는 다른 기본권과 충돌할 때에는 그 제

한의 비례성 위반 내지 동 권익의 본질적 내용을 침해하는 것이 아닌가를 검토하여야 한다.

국회의 입법권 행사에 있어서도 법률에 정할 사항이 헌법상 기본권을 제한하는 경우에는 입법형성권의 한계를 이탈하는 것이 아니냐 하는 것이 크게 문제될 수 있고 그리고 이 원칙을 준수하도록 헌법 제7조와 헌법전문 및 본문의 제 규정이 이를 요구하고 있다

국선법 제33조, 제34조의 규정이, 국민의 투표권 행사에 있어서 선택권을 제한하는 결과가 되어 투표하는 자의 투표권 행사에 영향을 미칠 수 있고 반면 서민계층이나 젊은 세대가 국민의 대표가 될 수 있는 모든 자격을 갖춘 유능한 인재라고 하더라도 기탁금을 구할 수 없다는 이유로 입후보할 기회와 자유를 갖지 못하게 된다면 이는 참정권의 자유를 박탈하는 것으로 중대한 기본권의 침해라 아니할 수 없다

유권자가 원하는 사람은 재력이 없기 때문에 입후보할수 없고 그들을 선출할 수 없는 선거제도라 아니할 수 없어 국민의 주권이 실질적으로 행사되는 길을 보장받지 못하는 것이 되며 이는 의회민주제도의 근본을 유린할 수도 있다.

헌법상 자유민주주의의 기본질서를 실현시키기 위한 선거권의 행사에 있어서는 모든 국민에게 주권자로서의 존엄성과 주권행사는 동일한 가치를 부여하는 것을 국가존립의 본질적 기초로 하고 있다. 그러므로 입법부가 법률로써 선거권을 제한하거나 차별하는 것은 원칙적으로 용인할 수 없는 것이다.

헌법 제41조 제1항에 의하여 국회의원은 보통, 평등, 직접, 비밀선거로 선출한다는 선거의 기본원칙은 자유선거의 원리에 기반을 두고 국민 각자가 가지는 개인의 기본권 중에서 국정에 참여하는 가장 중요한 기본권으로서 특별히 보장한다는 것이다

이는 헌법 제11조에서 보장한, 모든 국민은 법 앞에 평등하다는 일반적인 평등보호의 원칙이 적용될 뿐만 아니라, 국가 조직과 운영에 참여하는 참정권이라는 특성 때문에 일반적인 평등의 원칙보다는 더 구체적으로 보장받아야 할 가장 중요한 기본권으로서 특별 규정을 설정하여 구별하기 위한 것이다. 그 의미는 형식적으로 가장 가능한 동등한 방식에 의하여 국민 각자가 자기의 자유의사에 따라 선거권을 행사할 수 있지 않으면 참정권이 보장될 수 없다는 것을 뜻한다.

보통, 평등선거의 원칙은 또한 피선거권(공무담임권)과도 관계가 있다. 헌법 제41조에 의하여 선거에 참가할 수 있는 권리가 보장된 모든 선거권자는 오직 부득이한 근거에 기하여 차별 취급이 인정되는 경우를 제외하고는 피선거권자(입후보자)로서도 헌법상의 기본권으로서 기회균등에 관한 권리를 보장받아야 한다.

입후보자의 기회균등에 관한 권리는 정당 상호간에 있어서와 마찬가지로 무소속 후보자에게도 동등한 법의 보호를 받으며 선거절차에 있어서나 선거준비와 정치활동에 있어서도 차별적 대우를 할 수 없다는 것이고, 따라서 이 원칙은 입후보자의 기탁금액수를 규정함에 있어서도 적용되어야 한다.

그러므로 자유민주주의 국가에서의 선거는 국가존립의 기초이며 헌법이 보장한 국민의 가장 중요한 기본권이므로 국회의 입법권으로도 국민의 참정권이나 입후보자의 자유와 기회균등을 제한 내지 침해하는 법률은 원칙적으로 제정할 수 없다.

(2) (적법절차의 원칙) 입법부가 선거에 관계되는 법률을 제정하거나 개정함에 있어서도 선거에 참여하는 입후보의 자유와 선거에서의 경쟁조건을 어느 일방에게 불리하게 규정하거나 차별적 대우를 할 수 없다는 것을 위에서 보아 왔다.

선거에 있어서 입후보자의 기회균등의 기본원칙은 각 정당 및

각 선거 후보자에게 선거운동과 선거절차에 있어서 가능한 한 평등하게 보장하고, 그렇게 함으로써 득표를 위한 경쟁에 있어서 평등한 기회와 자유를 보장할 것을 요구하고 있다.

입법부가 법률을 다룸에 있어서 위에서 본 경쟁조건이나 선거권의 행사와 국정에 참여할 입후보의 자유와 기회를 동등하게 보장해 주어야 한다는 것은 헌법적 사항이다 이를 위하여 선거 계획을 수립하고, 선거 절차와 선거관리를 하는데 있어서도 이를 준수하여야 할 국가의 중요한 의무의 하나이기 때문에 헌법 제14조 등에서 선거관리를 국가의 공적 과제로 보고 헌법기관이 관장하도록 헌법사항으로 설정하고 있는 것이다.

지금까지 일반적인 관례는 국민의 참정권을 국민 각자의 인격과 의사에 의하여 능동적으로 국정에 참여할 수 있는 기본권이라 할지라도 헌법이 “법률이 정하는 바에 의하여” 인정되는 것이라고 하여 형식적인 문리해석에 의존하여 입법으로 무엇이든 제한할 수 있다는 견해를 가지고 헌법을 해석하고 입법을 하여 왔다는 지적이 없지 않았다

그러나 참정권은 국민의 주권 행사로서 국가권력을 탄생시키고 존속하는 정당성을 부여하는 기본적인 가치규범으로 헌법이 이를 보장 선언한 이상 그 본질을 침해하는 법률을 제정하여서는 안되는데도 불구하고 이러한 원칙에 주목하지 못하였던 관계로 법률로 제정하는 것은 무엇이든 할 수 있고 합헌적이라고 확대 해석할 위험이 잔존하여 왔다

입헌민주국가에 있어서는 입법부도 헌법에 의해서 창설되고 입법 형성권도 가능한 것이므로 선거법을 비롯한 모든 법률은 참정권을 보장하고 정당하게 수행할 수 있도록 제정하는 것을 원칙으로 하여야 한다. 그 법률이 정치적 타협에 의하여 국민의 정치적 참여를 부당하게 제한하거나 불합리한 선거법을 제정하는 것은 적

법절차의 원칙에 반하고, 헌법이 위임한 권한에 벗어나는 것으로 입법형성권의 한계를 이탈하는 위헌적인 법률이라 하지 않을 수 없다

선거법은 국민의 주권행사를 확보하는 법이며 국민 각자의 참정권을 보장하는 수단으로 제정된 법률이므로 국민 각자의 정치적 자유를 박탈하거나 정치적 참가의 자유와 후보자 선택의 자유 그리고 입후보자의 기회균등을 입법으로 불평등하게 제한하거나 박탈할 수 없다

근대 민주정치는 국민 각자의 정치적 의사와 의견의 존재를 기초로 하여 선고와 투표가 이루어지고 그에 따른 총체적 의사로서 정부를 구성하도록 선거를 통하여 국민은 주권을 행사하고 있기 때문에 오늘날 선거와 입후보의 자유 그리고 정치적 표현의 자유는 모든 자유의 모체이며 민주사회를 구성하고 움직이는 불가결의 조건이다

자유민주 국가에서 모든 헌법이 국민의 주권과 참정권을 보장하고 복수정당과 복수후보자가 출현하도록 자유선거제도를 채택하고 선거법으로 이를 효과적으로 수행할 수 있도록 현실적 제도를 확립하여 민주정치를 가능케 하는 기초를 두고있는 데에 다른 어떤 정치체제보다 구조적으로 우월적 지위를 가지는 것이고 모든 선진국이 자유민주주의를 유지하는 이유도 여기에 있는 것이다

이러한 자유 민주주의의 구조적 원리로 볼 때 각종 선거과정에 있어서 정치적 표현의 자유나 입후보자의 선택의 자유 그리고 입후보자의 자유와 기회균등을 제한하거나 박탈하는 선거법상의 규정까지 당연한 것이라고 하여 임의로 제정하는 것은 헌법에 위배되는 것으로 적법절차의 원칙에 반하는 입법형성이라 아니할 수 없다.

(3) (보호법익의 비례) 국선법 제33조, 제34조가 위에서 본바와 같은 선거제도의 본질상 국민의 주권행사를 제한하는 것이라는 점을 보아 왔지만 그 제한이 헌법이 정한 한계를 넘은 입법권의 행사이냐 아니냐 하는 점을 상호 충돌하는 보호법익을 비교교량하여 비례의 원칙에 반하느냐 않느냐하는 측면에서도 볼 수 있다. 그 판단은 기탁금의 금액이 국민주권을 실질화하는데 인간의 존엄성과 기본권을 최대한으로 보장하려는 헌법 정신과 기본원리에 합치하느냐의 여부와도 관계가 있다

헌법은 모든 국민에게 법률이 정하는 바에 의하여 입후보할 권리와 선거권을 보장하고 있다.

그런데 국선법 제33조와 제34조는 후보자가 부담할 선거비용의 사전확보, 선거 과열방지, 후보자의 난립을 방지함으로써 질서있는 공명선거를 실시하는데 그 목적이 있다는 것이다. 그러나 그러한 입법취지상의 보호법익이 중요하고 필요하다고 하더라도 이 제도가 경제적 약자를 차별하고, 유능한 사람들의 정계 진출을 막고, 더 나아가 공무담임권에 있어서 기회균등을 침해하기도 한다는 것을 위에서 보았다 그래서 입후보하는데 필요한 모든 다른 자격을 갖추었으나 2,000만원(또는 1,000만원)의 기탁금을 납부할 능력이 없는 자는 입후보할 수 없도록 제한하고 있는 것은 사실이며, 이로 인하여 유능한 인재나 2·30대의 젊은 계층이 정계에 진출하지 못하는 것도 현실이다. 이는 헌법에서 모든 국민에게 보장한 입후보할 권리와 자유를 제한하고 그로 인하여 경제적 능력유무에 따라 차별대우를 하는 결과가 된다.

여기에서 우리는 과열선거의 예방과 후보자 난립의 억제 필요성이라는 법익과 경제적 약자의 기회균등을 보장하는 기본권 보호라는 양법익이 충돌하는 것을 보게 된다. 더구나 기탁금이 과다하여 납부할 수 없는 자에게는 재력에 따라 입후보가 좌우되어

평등권보호와 보통, 평등선거제도의 원칙에도 위반된다.

그러면 선거 절차상의 필요성과 실질적 국민주권을 실현하기 위한 기본권 보장이라는 두 보호법익중 어느 것이 더 중요하고 본질적인 것인가 그 보호법익을 비교 교량해 보아야 하고 여기에서 국선법 제3조, 제34조는 헌법상 모든 국민에게 보장하고 있는 참정권과 평등권을 침해함으로써 비례보호의 원칙에 반하는 것을 알 수 있다.

이 문제는 절대적 기준이 있을 수 없는 기탁금 액수를 조절해서 조화를 찾는 노력이 필요한 것이며 그에 앞서 헌법의 기본원리와 국민의 기본권 보장의 본질을 가지고 다루어 판단하여야 할 문제라는 점에서 보아야 하는 것도 명백하다.

기탁금에 관한 규정때문에 국가적으로 필요하고 유능한 사람이 국정참여에 제외된다는 것은, 선거의 관리상 상당한 이유가 있다고 해석되더라도, 자의적인 방법으로 입법을 할 수 없는 본질적 사항이며 재력에 따라 입후보자를 선택하게 하는 법률규정으로 입법권의 한계를 이탈한 것이다.

그러므로 본건의 국회의원선거법상의 기탁금에 관한 규정은 헌법이 보장하는 국민 주권주의의 제 원칙과 국민의 참정권 공무담임권을 비롯한 국민의 기본권 보장 규정에 합치하지 않고 그 헌법의 원리와 비례보호의 원칙에 위반되는 것으로서 헌법상의 기본권을 침해한 위헌적인 입법이라 아니할 수 없다.

(4) (자의금지의 원칙) 민주주의 사회건설과 민주헌정을 발전시키는 정치문화를 창달하기 위해서는 가난하지만 유능한 인재나 젊은 세대가 의회에 진출하여 정치적인 식견과 경륜을 쌓아 가도록 정치지도자를 양성하는 정치풍토가 조성되지 않으면 의회 민주제도가 정착되지 않는 것을 서구의 정치사에서 우리는 익히 알 수 있다.

국가는 유능한 인재를 양성하여야 하듯이 민주화가 이룩되기 위해서는 유능한 정치가가 배출될 수 있도록 정치경륜과 식견을 쌓을 수 있는 풍토가 이룩되어야 한다. 때문에 유능한 인재나 2·30대의 젊은 세대의 정계 진출의 길을 열어 주어 성숙한 의회민주주의를 이땅에 이룩하기 위한 새로운 정치질서가 형성되도록 하여야 하며 이를 막는 것은 민주정치의 건전한 발전을 막는 결과가 된다.

어느 사회든 이상과 정열이 넘치는 2·30대 젊은 계층이 사회변화와 정치의사 결정에 원동력 역할을 하고 그들의 정의와 새로운 욕구가 역사발전의 추진력이 되어 왔다는 역사적 교훈을 잊어서는 안된다 이들의 의회진출을 봉쇄하고 부정하는 것은 새로운 발전과 변화를 차단하고 미래와 희망을 가로막아 국가적 불행을 가져 오게된다. 그러므로 재력이 없는 20대 젊은 세대들에게도 그들의 이상을 실현하고 정열을 불태울 수 있도록 문호를 개방하여 선거라는 합법적인 정치 광장에서 참신한 젊은 세대의 저항과 절규를 폭발시키게 함으로써 타락선거를 정화하고 성숙한 민주정치의 토양을 가꾸어야 한다.

형식적 국민주권론 하에서는 명의상으로는 전체국민이 주권자인 것으로 미화하면서 정치적으로 이용하고, 실제 국가권력의 구체적 행사는 일부 계층과 집단이 독점하기 위하여 재산의 소유정도나 기성세대에게 유리한 극히 제한적인 불평등한 선거제도의 절차에 의해 선출된 국민의 대표가 정권을 가질 수 있었고 새로운 정치질서나 유능한 젊은 정치가의 출연과 성장을 방해해 왔고, 다수의 국민은 무능력한 명목상의 주권자로 전락하게 되어 민주정치 문화는 경제발전에 뒤따르지 못하고 오히려 구시대로 후퇴하는 결과를 자초하였다는 국민적 비판을 면할 수 없을 것이다.

선거법의 제정이 헌법의 기본원칙을 깊이 이해하고자 하는 노력

없이 이루어짐으로써 선거법 제33조, 제34조는 구시대의 불합리한 선거 제도의 원리를 탈피하지 못하였다.

선거법상 이러한 선거제도로 인하여 많은 인재를 의회에 진출할 수 없어 일반 국민 대다수는 국가의사의 결정이나 행사에 적절한 영향력을 행사할 폭이 좁혀졌고 국민 개인의 인권과 존엄성이 침해되어도 구제될 길이 없다는 비판이 없지 않았다. 여기에 현대 민주국가들이 민의를 실제로 반영하고 국민을 실질적인 주인으로 하여 주권을 행사하도록 하는 현대적 국민대표제로 발전하기 위해서 보통선거제도를 채택하기에 이르렀다는 헌정사의 배경과 그 발전과정을 입법과정에서 도외시해서는 안된다.

국회의원선거법의 규정으로 유권자들의 후보자 선택의 폭이 제한되고, 양심적인 지식인과 젊은 세대들의 정계진출의 길을 봉쇄하는 것은 자의금지의 원칙에 반하는 입법을 한 결과이며 우리 헌법의 기본원리로 하고 있는 국민주권론과 자유민주주의의 기본질서에 위배되고 본질적으로 국민의 참정권을 제한하고 박탈하는 기본권의 침해 규정으로 보지 않을 수 없다.

모든 국민에게 평등하게 주권을 행사하도록 참정권과 공무담임권을 보장하고, 빈부에 따라 차별대우를 할 수 없다는 평등보호를 규정한 헌법의 본질적인 국민주권을 침해하고 젊은 계층들의 본능적인 정치적 욕구와 활동을 억제하고 정치적 자유를 박탈하여 인간의 존엄성과 기본권을 부정함으로써 국가적 이익과 사회적 안정을 고려하지 못한 입법이라 하지 않을 수 없다.

그러므로 위 기탁금 제도는 국민주권에 대한 헌법해석과 그 적용을 오도하여 재력의 유무에 따라 정치적인 차별대우를 하는 규정을 두게 되었고 헌법상 평등보호의 규정을 침해하는 자의금지의 원칙에 반하는 입법이 되고 이로써 세대간의 반목, 빈부간의 감정, 계층간의 대립을 조장하는 결과를 가져와 헌법적 기본가치를

혼동케함으로써 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해하는 입법권의 한계를 위반한 위헌적 규정이라 아니할 수 없다

나. 변형판결을 하는 이유

국선법 제33조의 고액기탁금 제도와 동법 제34조의 높은 기준의 기탁금 국고귀속제도는 위에서 본바와 같이 그 위헌성이 인정되므로 헌법재판소법 제47조 제2항에 따라 위헌결정이 있는 날로부터 그 효력을 상실한다고 하여야 할 것이나, 다음과 같은 이유로 이 법조항을 개정할, 늦어도 1991년 5월말까지 계속 적용될 수 있게 불합치 판결을 하는 것이 타당하다고 판단되어 주문과 같은 변형판결을 하는 것이다

(1) 첫째, 국회의 권위를 존중하고 국민대표기관으로서의 본질적 기능을 보장하기 위해서이다

법률의 개폐는 원칙적으로 국회의 입법형성권에 의해 이루어지는 것이 헌법상의 권력분립 원칙에 합치된다 따라서 국회 스스로가 보통, 평등 선거제도와 참정권의 본질에 반하는 선거법을 헌법정신과 사회현실을 종합하여 합리적으로 개정하여, 국민의 기본권을 수호하는 국민의 진정한 대변자로서의 기능을 수행할 수 있게 국회의 권위와 지위가 보장되어야 한다. 이것이 의회민주주의 국가에 있어서 법적 정의와 법의 합목적성을 확보하는 가장 합리적이고 객관적인 방법일 뿐만 아니라, 법치주의 국가에 있어서 요구되는 법적 안정성을 보장하는 길이라고 판단된다.

국회의원선거법은 위에 실시한 바와 같이 국민주권과 국민의 참정권, 자유민주주의 기본질서, 인간의 존엄성과 가치 및 기본권 보장에 직결되고, 우리나라 민주주의의 정착과 발전에 기여할 정치관계 기본법이라는 성질과 특색을 가지고 있다.

국선법 제33조 제1항은 동조 제2항, 제3항과, 동 제34조는 동 제35조와 불가분의 관계가 있고 직접 또는 간접으로 선거법의

다른 조항과 연관이 되어 있으므로 차제에 불합리한 관계 규정들과 함께 정리되어야 할 선거관계 법률이다. 때문에 그 제정과 개정, 다른 일반법률 보다도 더욱, 국회가 스스로 위헌성을 제거하고 국민주권 행사의 실질적 보장과 보다 민주적인 선거가 되도록 관계조문을 체계적으로 조정하는 것이 동법의 기본성격과 국회의 본질적 기능에 맞는다고 본다.

그러므로 의회 민주정치의 기본 구도에 크게 영향을 미칠 국회의 원선거법은 국회 스스로가 민의의 소재와 정치적 경제적, 사회적 현실 여건을 충분히 고려하여, 국민주권의 행사를 실질적으로 헌법정신에 맞게 현실화시키는 방향으로 개선하여 나아가는 것이 가장 합리적이라고 보고 주문과 같이 결정하는 것이다.

(2) 둘째는, 국회의 동질성을 보장하고 선출조건에 있어서 평등성을 확보하기 위해서이다.

1988년 4월 26일의 총선거에 의한 제13대 국회는 이 국선법 제33조와 제34조의 기탁금제도에 의해 선출된 의원들로 구성되어 있다.

만약 이 사건 위헌심판 대상이 된 기탁금제도에 대해 당재판소에서 단순 위헌 결정을 선고하면 그 결정이 있는 날로부터 그 효력이 상실되기 때문에, 이후에 재선거나 보궐선거 등에 의해 새로이 당선되어 동원하는 의원은 기왕에 당선되어 국회의원의 직에 있는 다른 의원들과는 달리, 위 기탁금의 제한을 받지 아니하고 선출되게 되어 제13대 국회의 구성원간에 동질성이 문제가 되고 그 선출 조건에 있어 다른 의원들 간에 차별이 생기게 된다.

이는 총선거에서 선출된 제13대 국회의 구성원인 국회의원들 간의 동질성과 그 선출조건 내지 지위에 있어서의 평등성을 확보하기 위하여는, 재선거나 보궐선거의 가능성이 사실상 없어지는 시점까지 위 국선법 조항의 효력이 적용될 수 있도록 하여야 할 것이다.

현행 선거법상 재선거나 보궐선거의 가능성이 없어지는 시점을 살펴보면 국선법 제144조는 “재선거…… 보궐선거는 그 선거 또는 투표에 의하여 당선되는 의원의 잔여 임기가 1년 미만인 경우에는 실시하지 아니할 수 있다”고 규정하고 있고, 동법 제138조 제2항은 “재선거는 그 사유가 확정된 날로부터 90일 이내에 실시하여야 한다” 동법 제99조 제2항에서 “보궐선거는 국회의장의 결원통지를 받은 후 90일 이내에 실시한다”고 규정되어 있으므로, 제13대 국회의 임기만료일인 1992년 5월 29일로부터 사실상 재선거, 보궐선거 등의 가능성이 없어지는 1년 전이 되는 시기는 1991년 5월 말일이 된다.

그러므로 위 법률조항은 1991년 5월말까지 위 개정이 이루어질 경우, 그 개정시로부터 재선거나 보궐선거의 가능성이 없기 때문이며 그 외의 특단의 사정은 개정시 경과규정을 두어 해결될 수 있을 것이다

(3) 다음은, 차기 총선거부터는 실질적 주권론에 부합하는 합리적인 선거제도와 평등한 참정권의 보장이 확보되는 새로운 국회의원 선거법에 의하여 선출된 국회를 구성하는 것이 합당하다는 것이다

고액 기탁금제도에 의해 불합리하게 국민의 참정권을 제한하여 보통, 평등, 자유선거 원칙을 위반함으로써, 국민주권을 형식화시키는 불평등하고 불합리한 선거제도는 시정되어야 한다. 이를 위하여, 늦어도 1991년 5월말까지는 위 국선법의 기탁금 조항이 개정되어야만 하고 차기 국회의원 총선거에 있어서는 새로운 국선법에 따라 민주적 선거를 실시하기 위한 시간적 여유가 필요하기 때문이다

현실적으로는 재선거나 보궐선거의 가능성이 희박하므로 위 국선법 조항의 효력상실 시점을 이 사건 결정 선고시로 하는 단순위

헌 결정을 하더라도 실제적으로 별차이가 없지 않느냐는 이론도 있을 수 있으나, 결과발생의 개연성이 존재하는 한 그 법률효력은 지속되어야 하며 국회의 권위와 동질성 확보와 법익의 균형적 보장 등 큰 국가적 이익을 아울러 달성할 수 있다는 점에서 더 큰 실익을 가지고 있다.

(4) 위헌심판 결정의 주문에 헌법에 합치하지 아니한다고 선고하면서 일정기한까지 그 법률의 효력을 지속시키는 법적이유는 다음과 같다.

헌법재판소법 제45조 본문의 “헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다” 라는 뜻은 헌법재판소는 법률의 위헌여부만을 심사하는 것이지 결코 위헌제청된 전제사건에 관하여 사실적 법률적 판단을 내려 그 당부를 심판하는 것은 아니라는 것으로 해석하여야 한다. 전제사건에 관한 재판은 법원의 고유권한에 속하기 때문이다.

그리고 현대의 복잡다양한 사회현상, 헌법상황에 비추어 볼 때 헌법재판은 심사대상 법률의 위헌 또는 합헌이라는 양자택일 판단만을 능사로 할 수 없다. 양자택일 판단만이 가능하다고 본다면 다양한 정치·경제·사회현상을 규율하는 법률에 대한 합헌성을 확보하기 위한 헌법재판소의 유연 신축성있는 적절한 판단을 가로막아 오히려 법적공백, 법적혼란 등 법적안정성을 해치고 입법자의 건전한 형성자유를 제약하는 등 하여, 나아가 국가사회의 질서와 국민의 기본권마저 침해할 사태를 초래할 수도 있다. 이리하여 헌법재판소가 행하는 위헌여부 판단이란 위헌 아니면 합헌이라는 양자택일에만 그치는 것이 아니라 그 성질상 사안에 따라 위 양자의 사이에 개재하는 중간영역으로서의 여러가지 변형재판이 필수적으로 요청된다. 그 예로는 법률의 한정적 적용을 뜻하는 한정무효, 위헌법률의 효력을 당분간 지속시킬 수 있는 헌법

불합치, 조건부 위헌 위헌성의 소지있는 법률에 대한 경고 혹은 개정촉구 등을 들 수 있고, 이러한 변형재판은 일찌기 헌법재판제도를 도입하여 정비한 서독 등 국가에서 헌법재판소가 그 지혜로운 운영에서 얻어낸 판례의 축적에 의한 것이다. 헌법재판소법 제45조의 취지가 위와 같다면 동법 제47조 제2항 본문의 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다” 라는 규정취지도 이에 상응하여 변형해석하는 것이 논리의 필연귀결이다 즉 제45조에 근거하여 한 변형재판에 대응하여 위헌법률의 실효여부 또는 그 시기도 헌법재판소가 재량으로 정할 수 있는 것으로 보아야 하며 이렇게 함으로써 비로소 헌법재판의 본질에 적합한 통일적 조화적인 해석을 얻을 수 있는 것이다.

단순위헌의 결정을 하여 그 결정이 있는 날로부터 법률의 효력을 즉시 상실하게 하는 하나의 극에서부터 단순합헌의 결정을 하여 법률의 효력을 그대로 유지시키는 또 하나의 극 사이에서 문제된 법률의 효력 상실의 시기를 결정한 날로부터 곧바로가 아니라 새 법률이 개정될 때까지 일정기간 뒤로 미루는 방안을 택하는 형태의 결정주문을 우리는 “헌법에 합치되지 아니한다” 로 표현하기로 한 것이다. 재판 주문을 어떻게 내느냐의 주문의 방식문제는 민사소송에서 그러하듯 헌법재판에 대하여서도 아무런 명문의 규정이 없으며, 따라서 재판의 본질상 주문을 어떻게 표시할 것인지는 재판관의 재량에 일임된 사항이라 할 것이다.

후술의 반대의견에 서독의 경우 연방헌법재판소법 제78조, 제31조 제2항이 있음으로써 앞서 말한 바와 같은 변형재판이 가능한 것같이 말하고 있는 바, 서독 연방헌법재판소법 제31조, 제78조 제79조 등은 1970년도의 수정을 거쳐 현재에 이르는 것으로서 현행법 자체의 해석이 객관적으로 명백하다 할 수 없을 뿐만

아니라 서독의 법률개정으로 인한 실정법에 근거하여 여러가지 형태의 변형재판이 나온 것이 아니라 법개정 이전부터 서독 헌법재판소가 실정법에는 그 뚜렷한 문언을 찾을 수 없는 불합치주문 등 변형재판을 해왔기 때문에 입법자가 이에 뒤따라 판례에 어느 정도나마 부합키 위한 노력으로서 법률개정을 시도하여 왔던 것에 지나지 않는다.

주문 제1,2항의 변형재판은 헌법재판소법 제47조 제1항에 정한 위헌결정의 일종이며 타 국가기관에 대한 기속력이 있음은 당연한 것이다.

#### 4. 결론

이상과 같은 제 이유로 이 사건 심판청구 대상인 국선법 제3조의 고액 기탁금 제도와 국선법 제34조의 높은 득표율을 요건으로 기탁금을 국고에 귀속시키는 제도는 재력의 유무에 의하여 참정권이 좌우되고 유능하고 필요한 인물이 의회에 진출하는 길을 막는 것이 되므로 모든 선거참가인에게 보장되는 선거의 자유 및 보통선거 제도의 기본 원칙에 위반된다.

우리 헌법이 명시한 국민주권주의와 민주주의 기본원리는 국민각자가 주권을 실질적으로 행사할 수 있도록 보장하는 것이므로, 국회의 원선거법은 국민의 주권행사를 합리적으로 보장하는 법이어야 한다 그렇지 않고 국민의 주권행사를 제한하거나 규제하는 법으로 제정되는 것은 우리 헌법의 기본원리에 반한다

선거는 모든 국민에게 선거에 참여할 기회를 균등하게 보장하는 정치제도인데 현행 기탁금이 너무 과다하여 양심적인 서민 계층이나 2·30대 젊은 세대의 입후보를 제한하고 재력있는 사람만이 입후보하고 당선되게 하고 있어, 헌법상 모든 국민에게 입후보의 자유와 기회균등을 보장한 참정권을 침해한 것이다

헌법 제8조에 의해 인정되고 있는 국민의 정치적 의사형성에

정당의 기능과 활동을 국가가 보호하는 것은, 무소속 입후보자의 기회 균등을 보장하는 헌법규정에 우선되는 것은 아니다 따라서 정당추천 후보자와 무소속 후보자의 기탁금을 1,000만원과 2,000만원으로 차등을 둔 것은 정당인과 비정당인을 지나치게 차별대우 하는 것으로 보통, 평등선거원칙에 반하고 헌법 제11조의 평등보호규정에 위배된다

유효투표 총수의 3분의 1이라는 높은 수준의 득표를 얻지 못한 낙선자의 기탁금을 국가에 귀속시키게 하는 것은 국가 존립의 기초가 되는 선거제도의 원리에 반하며, 헌법 제116조의 선거경비를 후보자에게 부담시킬 수 없다는 규정에도 반한다.

선거법은 정치성이 강하다고 하여 기성 정치세력간의 협상으로 이루어지는 법이라고 할지라도 헌법의 기본이념과 원칙에 반하고 국민이 바라는 새로운 정치질서와 정치문화의 창달을 가로막는 입법은 입법형성권의 한계를 위배한 위헌적인 법률이다

그러므로 차기 총선거부터는 이와같이 불합리하게 국민의 참정권을 제한하여 국민주권을 형식화시키는 불평등하고 전근대적인 선거제도는 마땅히 현실에 맞게 합헌적인 선거법으로 개정하여야 한다

그래서 위 국회의원선거법 제33조의 기탁금과 제34조의 기탁금 국고귀속에 관한 규정은 헌법의 기본이념인 국민주권주의와 자유민주주의 기본원칙과 관련하여 헌법 제4조의 참정권, 동 제25조의 공무담임권, 동 제41조의 보통, 평등, 직접, 비밀선거의 원칙 및 동 제11조의 평등보호 규정에 반하고 헌법 제116조, 동 제37조에도 위반되므로 헌법에 합치되지 아니한다.

그러나 국회가 위 법률조항을 늦어도 1991년 5월말을 시한으로 이를 개정할 때까지 재선거나 보궐선거가 실시 될때에는 계속 그 효력은 지속한다고 판단하는 것이 합당하다고 하여 재판관 변정수의 주문 1에 대한 보충의견과 주문 2에 대한 반대의견

재판관 김진우의 주문 2에 대한 반대의견이 있는 외에는 관여재판관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

##### 5. 재판관 변정수의 의견

다수의견에 대한 보충의견(위헌법률심판의 전제성에 관하여)

(1) 위헌법률심판은 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된때에 한하여 당해사건을 담당하는 법원의 제청 또는 당해사건 당사자의 헌법소원청구(위헌제청신청을 법원이 기각하였을 때)에 의하여 하는 것이므로 법원의 제청이나 당사자의 소원청구가 적법한 것이 되기 위해서는 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되어야 하고 그와같은 전제성의 유무는 헌법재판소가 직권으로 조사할 사항이다

이 사건은 서울 민사지방법원이 같은 법원 88가합46330 부당이득금 반환청구사건(당해사건)의 원고 정인봉의 위헌법률심판제청 신청을 받아들여 제청한 것으로서, 원고 정인봉의 그가 제13대 국회의원선거에서 지역구후보자등록을 하면서 국회의원선거법 제3조에 의하여 관할 지역구 선거관리위원회에 기탁한 금 1천만원이 그후 같은 법 제4조에 의하여 법정의 선거비용을 공제하고 국고귀속 처리되자 기탁 및 국고귀속에 관한 국회의원선거법의 위 각 규정이 위헌법률임을 이유로 대한민국을 상대로 부당이득금 반환청구소송을 제기하고 법원에 위헌제청신청을 하였고 법원이 이것을 받아들여 이 사건 위헌제청을 한 것으로 보이는 바, 원고 정인봉의 부당이득금 반환청구가 인용되기 위하여서는 국회의원선거법의 위 각 규정이 위헌일 뿐더러 그 위헌결정의 효력이 기탁금이 국고귀속될 시점까지 소급되어야만 하는 것이다 그런데 헌법재판소법 제47조 제2항은 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다. 다만, 형벌에 관한 법률은 소급하여 그 효력을 상실한다” 라고 규정하여

위헌결정의 효력에 관하여 형벌법규를 제외하고는 소급효가 아닌 장래 효만을 인정하고 있어서 위 규정에 따른다면 제청된 위 각 법률의 규정이 위헌으로 결정되더라도 당해사건의 원고가 기탁금을 납부할 당시에나 그것이 국고귀속될 당시에는 유효한 법률로서 법률상 원인의 근거를 제공하게 되므로 기탁금의 국고귀속이 법률상 원인없는 부당이득이 될 수 없고 따라서 제청된 위 각 법률규정의 위헌여부가 과연 당해사건의 재판의 전제가 될 수 있는 것인지의 문제가 생기는 것이다 그리고 이러한 문제는 국회의원선거법상의 기탁금반환 문제에서만 생기는 문제가 아니고 위헌법률에 의하여 불이익한 처분을 받아(조세부과 등) 그 집행이 종료되어 버린 경우에 있어서 근거법률이 위헌임을 이유로하는 원상회복을 위한 위헌법률심판의 전제성 유무에 관하여 공통으로 생기는 문제인 것이다. 그러므로 이 사건에서 위헌법률 심판의 전제성에 관하여 당연히 설명이 있어야 함에도 불구하고 다수의견이 그점에 관하여 아무런 언급이 없이 제청된 법률의 위헌여부에 대하여 판단하고 있으므로 나는 그 점에 관하여 다수의견에 대한 보충의견으로 나의 견해를 밝히고자 한다.

(2) 헌법재판소법 제47조 제2항의 문리해석만으로는 위헌법률심판이 제청된 법률에 대하여 위헌결정이 내려지더라도 형벌법규를 제외하고는 장래효 밖에 없으므로 그 법률에 의하여 부과된 의무를 이미 이행하였거나 집행이 종료된 경우 부당이득반환등 원상회복은 불가능하다는 것이 된다. 그러나 이 원칙만을 고수한다면 당해사건이 형사사건 이외의 사건인 경우 법원이나 당사자가 위헌제청이나 소원청구를 할 필요가 없게 되어 구체적 규범통제 제도는 그 실효성이 크게 감소될 것이므로 적어도 당해사건에 대하여서만은 형벌법규가 아니더라도 위헌결정의 소급효를 인정하여야 할 것이다. 이와같이 당해사건에 대하여 위헌으로 결

정된 법률의 적용을 배제할 수 있는 길을 열어 줌으로써 당해 사건에 대한 재판의 전제성을 확보하여 주는 것이 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판하도록 한 헌법 제107조 제1항의 정신이나, 위헌심사를 구하는 헌법소원이 인용된 경우에 당해 헌법소원과 관련된 소송사건(당해 사건)이 이미 확정된 때에는 당사자는 재심을 청구할 수 있도록 규정한 헌법재판소법 제75조 제7항의 입법취지에 부합된다고 할 것이다.

그러므로 다수의견이 국회의원선거법 제33조, 제34조의 위헌여부가 당해사건 재판의 전제가 된다는 전제 아래 위헌여부의 본안에 대하여 심판한 것은 정당한 일이다

주문 제2항에 대한 반대의견

(1) 국회의원선거법 제33조와 제34조의 규정이 헌법에 위반된다는 다수의견에는 찬성한다.

그런데 다수의견은 결정이유에서 위 두개의 법률조항이 헌법의 여러규정에 명백히 위반된다고 설명하면서도 주문에서는 이제까지의 헌법재판소 위헌결정 주문형식인 무슨 무슨 법률이 “헌법에 위반된다” 또는 “위헌이다” 라는 표현을 아니하고 주문 제1항에 “국회의원선거법(1988.3.17. 법률 제4003호 전문개정) 제33조 및 제34조는 헌법에 합치되지 아니한다” 라고 하고, 제2항에서 “위 법률조항은 1991.5월말을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다” 라고 하여 이른바 변형적인 결정을 하였는 바, 나는 이러한 변형결정에 반대한다

(2) “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다 라는 헌법 제107조 제1항의 규정과 “헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다” 라는 헌법재판소법

제45조 제1항 본문의 규정에 비추어 볼 때 헌법재판소는 제청된 법률이 위헌인지, 합헌인지를 분명히 결정해야할 의무가 있고, 위헌이라고 결정하면 그에 대한 효력은 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다. 다만 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다” 라는 헌법재판소법 제47조 제2항에 정해진 대로 발생하는 것이지 헌법재판소가 그 효력을 변경하거나 그 효력발생을 유보시킬 수 없다고 생각한다. 그리고 위헌결정의 표현방법에는 법률에 정해진 형식이 따로 없으므로 반드시 “위헌이다” 또는 “헌법에 위반된다” 라는 표현이 아니더라도 결정문언의 내용이 위헌이라는 취지로 해석될 수 있으면 되고 표현방법이 어떠한간에 위헌결정이라는 취지로 해석되면 그 효력은 헌법재판소법 제47조에 의하여 발생하는 것이다. 그런데 다수의견은 이제까지 써오던 “헌법에 위반된다” 라는 위헌결정의 표현방법과는 달리 “헌법에 합치되지 아니한다” 라는 표현을 쓰고 이 표현은 “헌법에 위반된다” 라는 표현과는 달리 주문 제2항과 관련하여 위헌결정의 장래효를 규정한 헌법재판소법 제47조 제2항의 적용을 배제하고 위헌결정의 효력발생을 일시적으로 유보시키는 개념으로 그러한 표현을 하는 것이라고 하나 “헌법에 합치되지 아니한다” 는 말이나 “헌법에 위반된다” 라는 말이나, 위헌이라는 뜻에 아무런 차이가 없으므로 주문 제1항은 국회의원선거법 제33조 및 제34조가 헌법에 위반된다는 위헌결정의 주문에 다름이 없고 그렇다면 아무리 주문 제2항에서 위헌결정의 효력발생을 유보시켰다고 하더라도 그에 상관없이 법 제47조 제2항에 의하여 국회의원선거법 제33조 및 제34조는 주문 제1항의 위헌결정을 한 날에 효력을 상실하였다고 보아야 할 것이다.

그렇지 아니하고 만약 주문 제1항이 국회의원선거법 제33조 및

제34조가 헌법에 위반된다는 위헌결정이 아니라고 한다면 그것에 의하여 위 국회의원선거법 조항의 효력을 상실시키는 효력이 발생할 여지가 없으므로 주문 제2항에서 효력상실을 일정시한까지 유보시킬 여지도 없고, 또 우리 헌법재판소법은 서독 연방헌법재판소법 제1조 제1항이 “연방헌법재판소의 모든 결정은 연방과 주의 헌법기관 및 모든 법원과 행정청을 구속한다” 라고 규정하고 있는 것과는 달리 법률의 위헌결정만이 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 구속하도록 되어 있으므로(헌법재판소법 제47조 제1항) 입법권자에게 일정한 시한까지 법률 개정을 촉구하는 취지의 주문 제2항은 법적인 기속력이 없는 것이 분명한데도 불구하고 법제가 우리와 다른 서독등의 헌법재판소의 재판을 본떠서 굳이 이러한 결정을 해야하는 것인지 이해할 수 없다

(3) 주문과 같은 결정형식은 위헌결정의 효력에 대하여 원칙적 소급효를 인정하고 있는 서독 등의 국가에서 위헌결정으로 인하여 초래될 법의 공백과 사회적 혼란을 방지하기 위하여 법률이 위헌인 경우에도 결정주문에서 위헌 무효 선언을 보류한 채 불합치 선언만을 하고 입법권자에게 입법을 촉구하는 형식으로 사용되고 있는데(서독 연방헌법재판소법은 제78조에 “연방헌법재판소가 연방법이 기본법과 또는 주법이 기본법 또는 그 밖의 연방법과 합치하지 아니한다는 확신에 이르게 되면 연방헌법재판소는 그 법의 무효를 선언한다 그 법률의 다른 규정들이 동일한 이유로 기본법 또는 그 밖의 연방법과 합치하지 아니하는 경우에는 연방헌법재판소는 마찬가지로 그 규정의 무효를 선언할 수 있다” 라는 규정 및 제31조 제2항에 “헌법소원의 경우에도 연방헌법재판소가 어떠한 법률을 기본법에 합치하거나 또 합치하지 않는 것으로 또는 무효로 선언한 경우에도 그 결정은 법률적 효력이 있다” 라는 규정 등을 두어 연방헌법재판소는 법률이 헌법에 위반되는 경우에는 소급무효선언 뿐만 아니라 소급효가 없는 불합치 선언도 할 수 있는 근거를 두고 있다), 우리 법제는 앞서 본 바와 같이 위헌결정의 표현방법에 관하여 형식

이 따로 정해져 있지도 아니하여 표현형식이 어떠한 간에 위헌결정의 취지로 해석되면 헌법재판소법 제47조에 정해진 효력이 당연히 발생하고 위헌결정의 효력에 원칙적 장래효를 인정하고 있으며 위헌결정이 아닌 그 밖의 결정에는 기속력을 인정하지 아니하고 있으므로 주문과 같은 이른바 변형결정의 형식은 채택하여서는 아니된다고 생각한다. 나는 다수의견이 “헌법에 합치되지 아니한다” 라는 말을 “헌법에 위반된다” 라는 말과 다른 개념으로 사용하고자 하는데 대하여서는 반대하지만 “헌법에 합치되지 아니한다” 는 말은 “헌법에 위반된다” 는 말과 아무런 차이가 없고 결국 위헌결정의 주문에 다름없다고 보아 주문 제1항에는 찬성하는 것이다.

(4) 다수의견은 주문과 같은 변형결정을 하는 주된 이유로서 1988.4.26.의 총선거에 의한 제13대 국회는 국회의원선거법 제3조 및 제34조의 기탁금제도하에서 선출된 의원들로 구성되어 있는데 만약 위 법률조항에 대하여 위헌결정이 선고되면 그 결정이 있는 날로부터 그 효력이 상실되기 때문에 앞으로 있을지 모르는 재선거나 보궐선거 등에 의하여 새로이 당선된 의원은 기왕에 당선된 다른 의원들과는 달리 기탁금제도의 제한을 받지 아니하고 선출되게 되어 제13대 국회의 구성원 간에 동질성이 문제가 될 것이므로 제13대 국회의 구성원인 국회의원들 간의 동질성과 그 선출조건 내지 지위에 있어서의 평등성 확보를 위하여 제13대 국회의 재선거나 보궐선거의 가능성이 사실상 없어지는 시점(1991년 5월말)까지는 위 법률조항의 효력을 지속시킬 필요가 있기 때문이라고 한다.

그러나 위 법률조항이 위헌이라면 위헌결정으로 그 효력을 상실시켜 앞으로 있을지도 모르는 재선거나 보궐선거나마 합헌적 선거가 될 수 있게끔 해야하는 것이지 기왕에 선출된 제13대 국회

의원들이 위헌적인 기탁금 제도하에서 당선되었으니 재선거나 보궐선거에서 선출될 국회의원도 합헌적 제도하에서 선출되어서는 아니되고 똑같이 위헌적인 제도하에서 선출되어야만 한다는 다수의견의 논리는 더 이상 설명을 붙일 것 없이 정당하지 않다.

이상과 같은 이유로 주문 제2항에 반대하는 것이다.

#### 6. 재판관 김진우의 주문 제2항에 대한 반대의견

재판관 김진우는 재판관 변정수의 주문 제2항에 대한 반대의견과 결론을 같이 하는 바, 그 이유는 다음과 같다.

(1) 국회의원선거법 제33조 및 제34조가 다수의견이 실시한 바와 같은 위헌성이 있어서 주문 제2항으로 이 법률조항들이 헌법에 합치하지 아니한다고 결정한 점에는 찬성한다. 다만 주문 제2항에 대하여는 의견을 달리한다. 주문 제2항에 관한 다수의견이 헌법재판의 창조적 기능은 존중되어야 하고 국회의원 입후보 기탁금제도 자체에는 위헌성이 없다는 점과 입법권자의 권위 존중과 제13대 국회의원 사이의 동질성 보장등의 점을 중시한 결과임은 충분히 이해되기는 한다 그러나 그렇다고 하여도 그 실시의 정도와 내용의 위헌성이 있다면 단순한 위헌결정으로서의 주문 제1항의 결정만하고 주문 제2항의 결정은 하지 아니함이 헌법재판소법 제47조 제2항에 비추어 보다 타당하다. 뿐만 아니라 이 사건의 경우 주문 제2항과 같은 결정은 꼭 필요한 것도 아니라고 생각한다.

(2) 우리 헌법재판소법은 외국의 제도와 상이하다 이 사건의 경우와 같이 법원의 위헌심판제청이 있는 경우 헌법재판소는 반드시 그 위헌여부만을 결정하게 하였고 위헌결정만에 기속력을 부여하였다(제45조, 제47조 제1항). 그리고 이 위헌여부의 결정에서 위헌성 확인과 위헌성 제거를 위한 입법촉구의 부수적 결정을 배제하는 것은 아니라고 해석된다. 그러나 그 위헌결정의 효

력은 이 사건의 경우와 같이 형벌법규에 대한 것이 아닌 경우는 소급효를 인정하지 아니한다. 또 장래 헌법재판소가 임의로 선택하는 시기로부터 법률 또는 법률조항의 효력을 상실하게 하는 결정을 할 수 있는 법적근거를 규정함이 없이 위헌 결정일로부터 위헌으로 결정된 법률 또는 법률조항의 효력을 상실한다고 규정하였다(제47조 제2항). 그러므로 국회의원선거법의 위 조항들에 다수의견이 실시한 정도의 질적 양적 위헌성이 있다면 위헌결정일로부터 그 법률조항을 실효시킬때 국가존립에 위해가 미칠 우려가 있는 정도의 법의 공백이나 사회적 혼란이 예상되는 등 헌법재판소법 제47조 제2항에 명문으로 정한 위헌결정의 효력을 일시 배제하여야 할 극히 이례적인 특별한 사유가 있는 경우가 아닌 이상 결정일로부터 위 법률조항들의 효력을 상실케함 위 헌법재판소법 제47조 제2항 등이 요청하는 바라고 할 것이다.

그런데 이 사건의 경우 다음(3)에서 보는 바 다수의견이 주문 제2항의 결정을 필요로 하는 사유로서 주장하는 사유들은 이러한 특별한 사정에 해당한다고 보기에는 부족하고 달리 입법권자의 법개정을 기다릴 것 없이 결정일로부터 즉시 위 법률조항의 효력을 상실케 하여도 국가존립에 위함을 미칠 법의 공백이나 사회적혼란이 생길 사정이나 이에 준할 위에서 실시한 바와 같은 특별한 사정이 있는것도 아니다 그러므로 입법권자의 법개정을 기다릴 것 없이 헌법재판소법 제47조 제2항에 정한대로 이 결정일로부터 위 법률 조항들의 효력을 상실케 하는 것이 우리의 현재의 헌법재판 제도하에서 보다 타당하다고 생각한다.

(3) 다수의견은 제13대 국회의원의 지위보장과 국회의 권위보장 그리고 이 결정전에 당선된 제13대 국회의원과 그후에 당선된 국회의원 사이의 동질성 보장 및 평등성 확보를 위하여 주문 제2항의 결정이 필요하다고 한다.

그러나 제2항의 결정없이 단순히 위헌선언만을 하여도 위헌결정은 이 결정전의 선거의 효력에까지 소급하는 것이 아니고 결정일로부터 효력이 생하는 것이므로 이 결정전에 당선된 국회의원의 지위나 국회의 권위에 영향이 있다고 할 수 없다. 또 지난 제13대 국회의원 총선거때 국회의원선거법 제33조와 제34조 때문에 국회의원 선거에 입후보하지 못한 실례가 있다고 나타난 것도 아니고 이 결정의 효력을 즉시 발생하게 함으로써 입후보 등록시의 기탁금제도에 차이가 있다는 점만으로 이 결정전에 당선된 제13대 국회의원과 이 결정후에 있을 재선거 또는 보궐선거에서 선출될 소수의 국회의원과의 사이에 동질성이나 평등성이 금이 간다고 할 수도 없다. 그러므로 다수의견이 실시하는 사유만으로 주문 제2항의 결정이 꼭 필요한 것도 아니라도 생각된다.

국회의 권위 존중의 면에서도 단순히 위헌선언을 하고 그후 법개정문제는 입법권자가 위헌성이 없는 범위내에서 그 고유의 권한을 행사케 함이 가하다고 생각된다.

우리의 오랜 전통적인 언어관습과 언어감각에 비추어 위헌정도를 나타냄이 없이 “위 법률조항이 헌법에 합치되지 아니한다” 라고 하는 표현은 헌법재판소법 제47조 제2항에 의하여 그 법률조항의 효력을 결정일로부터 상실시키는 효력이 생하는 위헌결정으로 이해된다 이렇게 이해되는 표현을 제1항으로 하고서, 제2항으로 위 법률조항의 효력을 장래 일정시기까지 지속시키는 결정을 첨가하는 것은 언어관습과 언어감각이 꼭 같다고 할 수 없는 외국의 헌법재판소의 결정주문 예와 그 역사를 모르고 우리의 언어관습과 언어감각에만 쫓은 일반 국민으로는 논리적으로 오해하기 쉽고 쉽사리 이해하기 어려우므로 국민에 대한 봉사태도로서도 재고할 점이 있다고 생각된다.

(4) 물론 헌법재판소는 현대사회의 다양한 많은 사건들을

처리하여야 하고 그러자면 이에 상응한 적절한 신속성 있는 처리를 하여야 할 것이고 이를 위하여는 위헌결정의 효력을 헌법재판소가 정하는 장래의 시점에서부터 생하게 함이 타당한 사건도 많을 것인데 그러한 사건처리에 있어서 그렇게 못한다면 헌법재판소가 맡은 바 역할을 다하지 못하는 어려움이 있을 것으로 생각되므로 이 점에 관한 헌법재판소법의 개정이 요망된다.

그러나 한편 다시 생각하면 법률이 위헌결정 즉시 그 효력을 생하게 한 취지는 위헌결정 즉시 위헌인 법률 또는 법률조항의 효력을 상실하게 하는 것이 일반적으로 국민의 기본권 보호에 더 유익하다고 본 까닭이라고 생각된다. 그리고 이 사건의 경우도 위헌제청 신청인이나 이 결정후에 있을 선거에 있어서도 이 결정 즉시 위 법률 조항들의 효력을 상실하게 함이 보다 국민의 기본권보호에 유익하다고 생각된다

(5) 그러므로 법률이 헌법재판소가 위헌결정의 효력을 장래 일정 시기부터 발생하게 할 수 있는 명문 규정을 두어 법 개정을 할때까지는, 이 사건의 경우와 같이 법률조항이 헌법에 전혀 합치하지 아니하는 경우에는 위에서 본 바와 같은 특히 특별한 사정이 있는 예외적인 사정이 있는 경우가 아닌한 가급적 원칙에 돌아가서 주문 제2항과 같은 결정을 첨가함이 없이 단순히 위헌결정만을 하고, 법률이나 법률조항이 위헌성이 있되 그 정도가 그 법률 또는 그 법률조항을 즉시 실효시켜야 할 정도는 아니고 상당기간내에 입법권자가 그 법률 또는 그 법률조항을 개정할때까지 그 효력을 지속시킬 필요가 있다고 인정되는 때는, 주문에는 그 위헌성의 정도에 따라 양적 질적으로 헌법에 합치되지 않는 정도를 나타내어 헌법에 합치하지 않는지를 선언하여 위헌성을 확인하는 결정을 하고 여기에 위헌성 있는 법률 또는 법률조항의 효력지속기간을 정하지 아니한 채 단순히 상당기간내에 위헌성 제

거를 위한 입법의 촉구 내지 권고 결정을 첨가하던지, 주문에는 아직 헌법에 합치한다는 지의 결정만을 하고, 그 이유에서 위헌성의 정도를 실시하고 입법권자에 있어 일정기간 또는 상당한 시일내에 그 법률을 개정함이 요망되는 점을 아울러 실시하여 법개정입법을 촉구 내지 권고 하고 그 입법은 위헌성이 없는 범위내에서의 입법권자의 고유의 권한 행사에 맡기는 것이, 그 목적도 이루면서 우리 헌법재판소법 제47조 제 2항의 규정과 입법권자의 권위 존중과 국민에 대한 봉사적 태도와 기본 권보호에도 보다 합치된다고 생각된다.

이상과 같은 이유로 주문 제2항에 관하여 다수의견에 반대한다

1989. 9. 8.

재판장 재판관 조규광  
재판관 이성렬  
재판관 변정수  
재판관 김진우  
재판관 한병채  
재판관 이시운  
재판관 최광률  
재판관 김양균  
재판관 김문희

## 司法書士 資格에 관한 憲法訴願

(1989. 9. 8. 89헌마37 全員裁判部)

[판례집 1권, 274~277]

[판시사항]

사법서사법(司法書士法) 부칙(附則)(1986.5.12. 법률(法律) 제 3828호) 제2항의 보충입법행위(補充立法行爲)를 구(求)하는 헌법소원(憲法訴願)의 적법여부(適法與否)

[결정요지]

이미 사법서사(司法書士) 인가(認可)를 받았다가 폐업(廢業)한 자에 대하여 기득권(既得權)을 인정하는 보충규정(補充規定)을 뚜렷이 두어 달라는 입법행위(立法行爲)의 소구청구권(訴求請求權)은 인정되지 아니하므로 그러한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)는 부적법(不適法)하다.

청구인 이○상

대리인 변호사 김상철(국선)

[참조조문]

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

사법서사법(司法書士法)(1986.5.12. 법률(法律) 제3828호) 제4조 (자격(資格)) ① 다음 각호(各號)의 1에 해당하는 자(者)는 사법서사(司法書士)의 자격(資格)이 있다.

1. 15년(年) 이상 법원서기보(法院書記補)나 검찰서기보(檢察書記補) 이상의 직(職)에 있던 자(者), 7년(年)이상 법원주사보(法院主事補)나 검찰주사보(檢察主事補) 이상의 직(職)에 있던 자(者) 또는 5년(年)이상 법원사무관(法院事務官)이나 검찰사무관(檢察事務官)(검찰(檢察)의 수사사무관(搜查事務官)을 포함한다) 이상의 직(職)에 있던 자(者)로서 사법서사업무(司法書士業務)의 수행에 필요한 법률지식(法律知識)과 능력(能力)이 있다고 대법원장(大法院長)이 인정한 자(者)

2. 사법서사시험(司法書士試驗)에 합격(合格)한 자(者)

② 제1항 제1호의 규정(規定)에 의한 사법서사(司法書士)의 자격인정(資格認定) 및 동항(同項) 제2호의 규정(規定)에 의한 사법서사시험(司法書士試驗)의 실시(施行)에 관하여 필요한 사항은 대법원(大法院) 규칙(規則)으로 정한다.

사법서사법(司法書士法) 부칙(附則) (상동(上同))

① 생략

② (사법서사자격(司法書士資格)에 관한 경과조치(經過措置)) 이 법(法) 시행(施行)전에 사법서사(司法書士)의 인가(認可)를 받은 자(者)는 이 법(法)에 의한 사법서사(司法書士)의 자격(資格)이 있는 자(者)로 보되, 이 법(法) 시행일(施行日)로부터 3월(月) 이내에 이 법(法)에 의한 사법서사명부(司法書士名簿)에 등록(登錄)하여야 한다.

③~④ 생략

[주 문]

이 사건 심판청구를 각하한다.

[이 유]

#### 1. 청구인의 주장

청구인의 주장 요지는 첫째로, 1961.11.29. 서울민사지방법원장으로부터 사법서사의 인가를 받아 사법서사 업무를 수행하던 중 1978.9.16. 폐업한 자인바, 1986년 사법서사법이 개정되면서 사법서사에 관한 인가제에서 등록제로 바뀌에 따라 동 부칙 제2항에 의하여 기득권자로서 동법 시행일로부터 3월(86.10.1.~12.31.)이내에 사법서사 명부에 등록할 수 있는 권리가 생겼는데, 법원행정처에서는 청구인의 경우는 1986년 개정 법률 제4조 소정의 실무경력(서기보직 15년이상, 주사보직 7년이상, 사무관직 5년이상)미달이라 하여 동법 부칙 제2항에 의한 등록거부를 함으로써 부당한 공권력의 행사에 의한 기본권의 침해가 있었다는 것이고, 둘째로, 위 부칙 제2항에서는 “이 법 시행전에 사법서사의 인가를 받은 자는 이 법에 의한 사법서사의 자격이 있는 자로 본다 고 규정하면서 그 사법서사의 인가를 받은 자 속에 폐업한 자에 대하여는 포함시켜 규정하지 아니하였는 바 위와 같은 불명료한 부칙

제2항의 규정은 헌법상 보장된 기회균등과 형평의 원칙에 위배되는 위헌법률이라는 것이다.

### 2. 법원행정처장 및 법무부장관의 답변요지

청구인은 등록 소관청인 지방법원장에게는 물론 다른 어느 누구에게도 등록신청을 한 일이 없으므로 등록거부란 있을 수 없으며, 따라서 공권력의 행사 또는 불행사 자체가 없는 사안인 즉 부적법 각하함이 마땅하다. 가사 등록거부 신청이 있었다 하더라도 먼저 통상의 행정심판과 행정소송 절차에 의한 권리구제 절차를 밟아야 할 것이므로 이 점에서 부적법하며, 나아가 “이 법 시행전에 사법서사의 인가를 받은 자에는 개정법 시행당시 유효한 인가를 받고 있던 자를 말하므로 이미 폐업하거나 인가취소된 자까지는 포함되지 않는 것으로 해석되고 따라서 청구는 부당하다는 것이다.

### 3. 판단

먼저 청구인의 등록거부로 인한 기본권침해 주장부분을 보면 과연 청구인이 사법서사법 소정절차에 따른 등록신청을 하였다가 등록거부가 된 사실이 있었는가에 관하여는 이를 인정할 아무런 자료가 없고 청구인의 주장에 의하더라도 등록에 필요한 자격증명서의 교부신청을 구두로 서울민사지방법원에 구하였는데 담당직원이 등록신청을 내도 거절할 것이니까 증명서가 필요없다고 하여 증명발급을 거절하더라는 것인 바, 이를 두고 소관관청에 의한 정식 등록신청 거부처분이 있었던 경우이거나 확정적인 등록신청을 하였는데 아무런 조치를 취하지 않고 방치해 둔 부작위라고는 볼 수 없을 것이며, 가사 등록 거부처분 혹은 등록신청에 대한 부작위로 본다 하여도 이에 대하여 먼저 행정심판과 행정소송절차에 의한 권리구제 절차를 거침이 마땅할 것인데 이를 거쳤다고 볼 아무런 자료가 없다. 결국 이 부분 청구는 부적법하다.

다음 청구인의 위헌법률 주장 부분을 보면

위 부칙 제2항의 규정 자체가 그 의미와 취지가 불분명한 규정이  
라고는 단정하기 어렵고, 나아가 청구인의 주장이 이미 인가받았다가  
폐업한 자에 대하여 기득권을 인정하는 보충규정을 뚜렷이 두어 달라는  
취지라고 본다면 청권의 대상으로 함은 별론이로되 입법행위의 소구청  
구권이 인정되지 아니함(헌법재판소 1989.3.17.선고 88헌마1 결정 참조)  
에 비추어 적법한 소원청구는 될 수 없을 것이다

#### 4. 결론

그렇다면 이 사건 심판청구는 어느모로 보나 부적법한 것이므로  
각하하기로 하여 이에 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이  
결정한다.

1989. 9. 8

재판장 재판관 조규광

재판관 이성렬

재판관 변정수

재판관 김진우

재판관 한병채

재판관 이시윤

재판관 김양균

재판관 김문희

## 檢事의 公訴權行使에 관한 憲法訴願

(1989. 9. 11. 89헌마169 第1指定裁判部)

[판례집 1권, 278~279]

[판시사항]

사건수사중(事件搜查中)에 제기(提起)된 검사(檢事)의 공소권행사(公訴權行使)에 관한 헌법소원(憲法訴願)의 적법여부(適法與否)

[결정요지]

현재 수사중(搜查中)인 사건(事件)이라면 특단의 사정이 없는 한 구체적인 공권력(公權力)의 행사(行使) 또는 불행사(不行使)가 있다고 볼 수 없으므로 이에 관한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)는 부적법(不適法)하다.

청구인 조○연

[참조조문]

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항, 제72조 제3항 제4호

[주 문]

이 사건 심판청구를 각하한다.

[이 유]

청구인의 이 사건 헌법소원심판청구의 요지는 청구인의 자(子)인 청구의 망 조○우가 1986.1. ○○병원에 입원치료 중 병실 침대에서 추락한 것이 원인이 되어 같은해 2. 사망하였고,

이 사건으로 소송이 제기되었는 바 1988.2.16. 14:00 서울고등법원에 증인으로 출석한 위 병원 의사 청구외 이○익이 위증을 하였기에 동인의 처벌을 요구하는 진정서(고소장)를 대전지방법검찰청에 제출하였으나 동청에서 처리를 해주지 않고 있다는 것이다.

살피건대, 이 사건 기록 및 대전지방법검찰청에서 보내온 진정사건 기록 사본에 의하면 청구인의 위 진정과 관련하여 대전지방법검찰청 86 진정 제180호, 제227호, 제257호, 88 진정 제301호로 진정종결되었고, 89 진정 제134호는 현재 동청에서 내사 중임을 인정할 수 있다.

이와같이 현재 수사중인 사건에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 헌법소원 심판의 대상으로서 구체적인 공권력의 행사 또는 불행사가 있다고 볼 수 없으므로 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우이므로 헌법재판소법 제72조 제3항 제4호에 의하여 이를 각하하기로 하여 관여재판관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1989. 9. 11.

재판장 재판관 조규광  
재판관 이성렬  
재판관 이시윤

# 訴訟促進등에 관한特例法 第11條, 第12條에 대한 憲法訴願

(1989. 9. 18. 89헌마187 第1指定裁判部)

[판례집 1권, 280~283]

[판시사항]

종결(終結)된 사건(事件)을 위한 소송촉진(訴訟促進)등에관한특례법(特例法) 제11조, 제12조에 대한 헌법소원(憲法訴願)의 적법여부(適法與否)

[결정요지]

청구인(請求人)의 상고심사건(上告審事件)이 소원청구(訴願請求) 당시 현재 이미 종결(終結)되어 소송촉진(訴訟促進)등에관한특례법(特例法) 제11조, 제12조의 규정(規定)에 대해 위헌결정(違憲決定)이 나와도 특단의 사정이 없는 한 이 결정(決定)에 의하여 심판(審判)받을 여지는 없게 되었으므로 청구인(請求人)에게 이 사건 소원심판(訴願審判)을 받을 이익이 있다고 볼 수 없다.

청구인 김○명

[참조조문]

소송촉진(訴訟促進)등에관한특례법(特例法) 제11조 (상고이유(上告理由)의 제한(制限)) ① 민사소송법(民事訴訟法) 제393조 및 제394조의 규정(規定)에 불구하고 상고(上告)는 판결(判決)에 영향(影響)을 미친 다음 각호(各號)의 1에 해당하는 사유(事由)가 있음을 이유(理由)로 하는때에 한(限)하여 이를 할 수 있다.

1. 헌법(憲法)에 위반(違反)하거나 헌법(憲法)의 해석(解釋)이 부당한 때
2. 명령(命令)·규칙(規則) 또는 처분(處分)의 법률위반(法律違反)여부(與否)에 대한 판단(判斷)이 부당한 때
3. 법률(法律)·명령(命令)·규칙(規則) 또는 처분(處分)에 대한 해석(解釋)이 대법원판례(大法院判例)와 상반(相反)된 때

② 제1항 제3호에 규정(規定)된 사유(事由)가 있는 경우에 대법원(大法院)이 중전의 대법원판례(大法院判例)를 변경(變更)하여 원심판결(原審判決)을 유지(維持)함이 상당하다고 인정할 때에는 상고(上告)를 기각(棄却)하여야 한다.

소송촉진(訴訟促進)등에 관한 특례법(特例法) 제12조 (허가(許可)에 의한 상고(上告))

① 대법원(大法院)은 제11조에 규정(規定)된 상고이유(上告理由)가 없는 경우에도 법령(法令)의 해석(解釋)에 관한 중요한 사항(事項)을 포함하는 것으로 인정되는 사건(事件)에 관하여는 그 판결확정(判決確定)전에 당사자(當事者)의 신청(申請)이 있을 때에 한(限)하여 대법원규칙(大法院規則)이 정하는 바에 따라 상고(上告)를 허가(許可)할 수 있다.

② 제1항의 규정(規定)에 의하여 상고(上告)가 허가(許可)된 경우에 대법원(大法院)은 원심판결(原審判決)을 파기하지 아니하면 현저(顯著)히 정의(正義)와 형평(衡平)에 반(反)한다고 인정할만한 중대한 법령위반(法令違反)이 있을 때에는 원심판결(原審判決)을 파기하여야 한다.

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항, 제72조 제3항 제4호

## [주 문]

이 사건 심판청구를 각하한다.

## [이 유]

1. 청구인은 청구외 김○연, 조○분 부부와의 채권채무 관계가 있어 동 김○연을 상대로 서울민사지방법원에 대여금 청구소송을 제기하였으나 동 법원에서 1981.12.24. 청구 기각의 판결을 받고 항소, 서울고등법원에서 1983.1.25. 항소기각되자 대법원에 상고허가 신청을 한 바 같은 해 4.26. 상고허가 신청이 기각되었다.

한편, 위 조○분의 위증(1981.11.19. 서울민사지방법원) 부분이 유죄판결로 확정되자 청구인은 서울고등법원에 재심의 소를 제기하여 1987.4.22. 기각되었고, 상고허가 신청을 하였던 바, 대법원에서 이를 받아들여 1988.2.9. 원심판기 판결을 하였다.

그러나 위 파기환송 후 서울고등법원에서는 1989.1.18. 재심의 소를 기각하였고 청구인이 이에 대하여 대법원에 상고허가 신청을 하였으나 같은 해 7.11. 상고허가 신청이 기각되었다.

이에 청구인은 주장하기를, 소송촉진등에관한특례법 제11조(상고이유의 제한) 및 제12조(허가에 의한 상고)의 규정은 이유불비, 이유모순을 절대적 상고이유로 한 민사소송법 제94조 제1항 제6호의 규정을 배제하는 한편, 상고허가를 받은 경우에 한하여 원심판결의 부당한 이유를 지적하여 타할 수 있게 하는 등 대법원의 재판을 받을 권리를 부당하게 제한하고 있어 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해하고 있으며 위에서 본 재심의 소에서 이러한 위헌규정 때문에 청구인의 상고에 관한 기본권이 침해되었으므로 위 규정에 관한 위헌심판을 받고자 이견 헌법소원 심판청구를 하기에 이르렀다는 것이다

2. 살펴건대, 청구인이 그 주장하는 바, 위헌규정 때문에 상고에 관한 기본권이 침해되어 권리구제를 받으려는 상고심 사건은 헌법소원을 제기한 1989. 8. 18. 현재 이미 종결되어 그 소송계속이 소멸되었음은 앞서 본 바이며, 따라서 이제 청구인의 뜻대로 이 사건 헌법소원이 인용되어 문제된 소송촉진등에관한특례법 제11조, 제12조의 규정에 대해 위헌결정이 나와도 이 결정에 의하여 위 규정들의 적용이 배제된 채 민사소송법 제393조, 제394조의 규정에 의거해서 청구인이 위 상고심 사건에 관하여 심판받을 여지는 없게 되었다고 할 것이고, 달리 청구인에게 현재 이 사건 소원심판을 받을 이익이 있다고 볼 자료가 없으며 위와같은 특례법의 규정으로 인하여 청구인이 장차 언젠가는 권리침해를 받을 우려가 있다 하더라도 그러한 권리침해의 우려는 단순히 장래 잠재적으로 나타날 수 있는 것에 불과하여 권리침해의 현재성을 구비하였다고 할 수 없다(헌법재판소 1989.7.21. 선고, 89헌마12 결정 참조).

3. 따라서 이 사건은 권리보호의 이익이 없는 헌법소원으로 그 청구가 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우이므로 이를 각

하하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1989. 9. 18.

재판장 재판관 조규광

재판관 이성렬

재판관 이시윤

## 社會保護法 第5條 및 같은 法 附則 第2條의 違憲審判

(1989. 9. 29. 89헌가86 全員裁判部)

[판례집 1권, 284~293]

[판시사항]

1. 이미 위헌결정(違憲決定)이 선고(宣告)된 구(舊) 사회보호법(社會保護法)(1989.3.25. 법률(法律) 제4089호로 개정(改正)되기 전(前)의 것) 제5조 제1항에 대한 위헌법률심판제청(違憲法律審判提請)의 적법여부(適法與否)
2. 이미 합헌결정(合憲決定)이 선고(宣告)된 같은 법조(法條) 제2항의 위헌여부(違憲與否)
3. 같은 법(法) 부칙(附則) 제2조의 위헌여부(違憲與否)

[결정요지]

1. 헌법재판소(憲法裁判所)가 구(舊) 사회보호법(社會保護法) 제5조 제1항은 헌법(憲法)에 위반(違反)된다고 이미 판시(判示)하였으므로 이에대한 위헌법률심판제청(違憲法律審判提請)은 부적법(不適法)하다.
2. 헌법재판소(憲法裁判所)가 이미 동법(同法) 제5조 제2항은 헌법(憲法)에 위반(違反)되지 아니한다고 판시(判示)하였는 바, 이를 다시 달리 판단하여야 할 별다른 사정의 변경이 없으므로 그 결정(決定)은 유지되어야 한다.
3. 구(舊) 사회보호법(社會保護法) 부칙(附則) 제2조는 범죄전력(犯罪前歷)이 있다는 사실만으로 보호처분(保護處分)을 받게 되는 것이 아니므로 헌법(憲法) 제13조 제1항에 정(定)한 일사부재리(一事不再理)의 원칙(原則)이나 형벌불소급(刑罰不遡及)의 원칙(原則)에 반(反)하지 아니한다.

## 재판관 변정수, 김진우의 반대의견(反對意見)

보안처분(保安處分)도 처벌(處罰)에 해당하므로 형(刑)의 선고(宣告)와 함께 보호감호(保護監護)를 선고(宣告)하는 것은 헌법(憲法) 제13조 제1항, 제12조 제1항에 위반(違反)되고, 너무 가혹하고 위협적이어서 헌법(憲法) 제10조에도 반(反)한다.

제청법원 대구지방법원 상주지원 1989.3.16. 89초31 위헌제청신청  
피감호청구인 이○제

### [참조조문]

헌법(憲法) 제10조, 제12조 제1항, 제13조 제1항  
구(舊) 사회보호법(社會保護法)(1989.3.25. 법률(法律) 제4089호로 개정(改正)되기 전(前)의 것) 제5조 보호감호(保護監護) ① 보호대상자(保護對象者)가 다음 각호(各號)의 1에 해당하는 때에는 10년(年)의 보호감호(保護監護)에 처(處)한다. 다만, 보호대상자(保護對象者)가 50세(歲) 이상인 때에는 7년(年)의 보호감호(保護監護)에 처(處)한다.

1. 동종(同種) 또는 유사(類似)한 죄(罪)로 3회(回)이상 금고(禁錮)이상의 실형(實刑)을 받고 형기합계(刑期合計) 5년(年)이상인 자(者)가 최종형(最終刑)의 전부(全部) 또는 일부(一部)의 집행(執行)을 받거나 면제(免除)를 받은 후 3년(年)내에 다시 사형(死刑)·무기(無期) 또는 장기(長期) 7년(年)이상의 징역(懲役)이나 금고(禁錮)에 해당하는 동종(同種) 또는 유사(類似)한 죄(罪)를 범(犯)한 때

2. 보호감호(保護監護)의 선고(宣告)를 받은 자(者)가 그 감호(監護)의 전부(全部) 또는 일부(一部)의 집행(執行)을 받거나 면제(免除)를 받은 후 다시 사형(死刑)·무기(無期) 또는 장기(長期) 7년(年)이상의 징역(懲役)이나 금고(禁錮)에 해당하는 동종(同種) 또는 유사(類似)한 죄(罪)를 범(犯)한 때

② 보호대상자(保護對象者)가 다음 각호(各號)의 1에 해당하는 때에는 7년(年)의 보호감호(保護監護)에 처(處)한다.

1. 동종(同種) 또는 유사(類似)한 죄(罪)로 2회(回)이상 금고(禁錮)이상의 실형(實刑)을 받고 형기합계(刑期合計) 3년(年)이상인 자(者)가 최종형(最終刑)의 전부(全部) 또는 일부(一部)의 집행(執行)을 받거나 면제(免除)를 받은 후 다시 사형(死刑)·무기(無期) 또는 장기(長期) 5년(年)이상의 징역(懲役)이나 금고(禁錮)에 해당하는 동종(同種) 또는 유사(類似)한 죄(罪)를 범(犯)하고 재범(再犯)의 위험성(危險性)이 있다고 인정되는 때

2. 수개(數個)의 범죄사실(犯罪事實)로 인하여 상습성(常習性)이 인정되는 자(者) 또는 범죄(犯罪)를 목적(目的)으로 하는 단체(團體) 또는 집단(集團)의 수괴(首魁) 및 간부(幹部)인 자(者)가 사형(死刑)·무기(無期) 또는 장기(長期) 5년(年)이상의 징역(懲役)이나 금고(禁錮)에 해당하는 죄(罪)를 범(犯)하고 재범(再犯)의 위험성(危險性)이 있다고 인정되는 때

구(舊) 사회보호법(社會保護法)(1989.3.25. 법률(法律) 제4089호로 개정(改正)되기 전(前)의 것) 부칙(附則) 제2조 (경과조치(經過措置)) 이 법(法) 시행(施行)전에 금고(禁錮)이상의 형(刑)을 받아 그 전부(全部) 또는 일부(一部)

의 집행(執行)을 받거나 면제(免除)된 자(者)는 제5조 제1항 제1호 및 제2항 제1호의 적용(適用)에 있어 실형(實刑)을 받은 자(者)로 본다.

[주 문]

1. 이 사건 위헌심판제청중 1989.3.25. 개정전 사회보호법(1980.12.18. 법률 제3286호) 제5조 제1항에 관한 부분은 이를 각하한다
2. 같은 법 제5조 제2항 및 부칙 제2조는 헌법에 위반되지 아니한다.

[이 유]

1. 사건의 개요

이 사건 위헌심판제청의 전제가 된 보호감호청구사건의 피감호청구인 이○제는 1976.10.25. 대구고등법원에서 강간치상등 죄로 징역 10년 및 구류 10일의 형을 선고받은 것을 비롯하여, 위 죄와 동종 또는 유사한 죄로 6회에 걸쳐 실형을 선고받고 그 형기합계 18년 2개월인 사람으로서 최종형의 집행을 마친 뒤 다시 1988.1. 중순부터 1989.1.25.까지 사이에 상습으로 폭력행위등처벌에관한법률 위반죄를 범하였다하여 1989.2.18. 대구지방법원 상주지원에 1989.3.25. 개정전 사회보호법(1980.12.18. 법률 제3286호, 이하 개정전 사회보호법이라 한다) 제5조 제1항 제1호에 의하여 보호감호가 청구되었다(1989.6.7. 같은 법 제5조 제2항 제1호로 감호청구서의 변경신청이 되었다).

대구지방법원 상주지원은 1989.3.16. 헌법재판소법 제41조 제1항에 따라 개정전 사회보호법 제5조 및 부칙 제2조의 위헌 여부에 대한 심판을 제청하였다.

## 2. 위헌심판의 제청이유와 관계인의 의견

### 가. 제정법원의 제청이유의 요지

(1) 헌법 제12조 제1항 후문은 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 보안처분을 과할 수 없도록 규정하고 있다.

그런데, 개정전 사회보호법 제5조가 법관에게 행위자의 재범의 위험성과사회방위 및 교화의 필요성을 비교, 교량하여 적정한 감호기간을 정할 수 있는 재량을 부여하지 아니한 채 일정한 요건에 해당하기만 하면 10년 또는 7년의 보호감호에 처하도록 하였으니 이는 절차가 실체적으로도 적정하여야 할 것을 요구하는 적법절차에 관한 헌법의 위 규정에 위배되는 위헌의 규정으로 해석될 여지가 있다는 것이다

(2) 헌법 제13조 제1항은 모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다고 규정하고 있다.

개정전 사회보호법 부칙 제2조는 그 법이 제정되기전에 이미 처벌받아 종결된 범죄전력을 또 다시 그 법의 시행에 의하여 비로소 실시되게 된 감호처분의 구성요건으로 규정하고 있는데, 이는 위 감호처분이 실질적으로는 징역형과 조금도 다름없이 집행되고 있는 현실에 비추어 보면, 형벌불소급의 원칙과 일사부재리를 규정한 헌법의 위 규정에 위배되는 위헌의 규정으로 해석될 여지가 있다는 것이다

### 나. 법무부장관의 의견

보호감호제도는 종래의 형벌만으로 교화, 개선되지 아니하는 위험한 상습범인에 대하여 사회방위적 측면에서 각인에게 합당한 교육과 훈련을 과함으로써 훌륭한 사회인으로 재생시켜 사회에 복귀시키는 목적에서 시행된 것으로서, 그 대상자의 범죄전력은 위험한 상습범인의 한 징표가 된다고 보아 보호감호의 요건으로 규

정한 것이다.

위험한 상습범이라 하더라도 보호감호의 처분을 받으려면 일정회수의 범죄전력을 갖추어야 하는 외 사회보호법 제정 시행 이후에 새로이 범죄를 범하여야 하는 것이다. 범죄전력은 감호대상자의 신분적 요건에 불과한 것이며, 범죄전력으로만 보호감호처분을 할 수 있는 것은 아니다.

따라서 개정전 사회보호법 부칙 제2조가 그 법이 제정되기전에 이미 처벌받아 종결된 범죄전력을 그 법의 시행에 의하여 비로소 실시되게 된 감호처분의 구성요건으로 규정하고 있다고 하여 형벌불소급의 원칙이나 일사부재리의 원칙을 규정한 헌법 제3조 제1항에 위배된다고는 할 수 없다.

### 3. 판단

#### 가. 개정전 사회보호법 제5조에 관한 판단

(1) 개정전 사회보호법 제5조 제1항에 관하여는 당 재판소가 1989.7.14. 선고한 88헌가5, 8, 89헌가44(병합)사건의 결정에서 위 법률의 조항이 헌법에 위반된다고 이미 판시한 바 있어 위 법률의 조항의 위헌여부는 더 이상 심판의 대상이 될 수 없고 따라서 이 사건 위헌심판제청중 위 법률의 조항에 관한 부분은 부적법하다 할 것이다

(2) 다만 개정전 사회보호법 제5조 제2항에 관하여는 당 재판소가 같은 사건에 대한 위 결정에서 위 법률의 조항은 감호대상자가 재범의 위험성이 있는 경우에만 보호감호에 처하도록 하였고, 감호기간을 7년의 정기인 것 처럼 규정하고 있으나 보안처분의 본질에 미루어 이는 집행상의 상한을 정한 것으로 보아야 한다는 점을 들어 헌법에 위반되지 아니한다고 판시하였는 바, 이를 다시 달리 판단하여야 할 별다른 사정의 변경이 있다고도 인정되지 아니하므로 그 결정을 그대로 유지하기로 한다.

#### 나. 개정전 사회보호법 부칙 제2조에 관한 판단

개정전 사회보호법 부칙 제2조는 사회보호법이 보호감호의 요건으로 요구하는 감호대상자의 범죄전력에 그 법 시행전에 집행을 받은 금고이상의 형을 포함한다고 규정하고 있고, 1989.3.25. 개정된 사회보호법(법률 제4089호) 부칙 제3조 제1항도 동일한 취지를 규정하고 있다.

그러나 사회보호법이 보호처분의 요건으로 감호대상자의 일정한 범죄전력을 요구하고 있기는 하나 그 대상자의 범죄전력은 오로지 재범의 위험성이 있는지의 여부를 가늠하기 위한 기준으로서의 것일뿐 이미 처벌받은 범죄전력이 있다는 사실만으로 보호처분을 받게되는 것은 아니다. 사회보호법은 개정 전후를 막론하고 반드시 그 법 시행후 일정한 죄를 새로이 범한 자에 한하여 보호감호에 처할 수 있도록 규정하고 있다.

따라서 개정전 사회보호법 부칙 제2조가 감호대상자의 범죄전력에 사회보호법 시행전에 집행을 받은 것을 포함시켰다고 하더라도 그것만으로 헌법 제13조 제1항에 정한 일사부재리의 원칙이나 형벌불소급의 원칙에 어긋나는 것이라고 볼 수 없다.

#### 4. 결론

그러므로 이 사건 위헌심판제청중 개정전 사회보호법 제5조 제1항에 관한 부분은 부적법하고 같은 법 제5조 제2항 및 부칙 제2조는 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 관여재판관중 재판관 변정수 재판관 김진우의 개정전 사회보호법 제5조 제2항에 대한 5와 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관 전원의 의견일치에 따른 것이다.

#### 5. 재판관 변정수, 재판관 김진우의 개정전 사회보호법 제5조 제2항에 대한 반대의견

가. 다수의견은 사회보호법(1989.3.25.자 법률 제4089호로 개정되

기 전의 법률 이하 같음) 제5조 제1항만이 위헌이고 제2항은 합헌이라고 보고있다. 그러나 우리는 다수의견과 견해를 달리하여 제5조 제1, 2항 소정의 보호감호제도는 어느 것이나 다 헌법에 위반되며 보호감호제도는 폐지되어야 한다고 생각한다. 원래 상습범죄자와 특별히 위험성있는 범죄자에 대한 보호감호제도는 응보형제도의 결함을 보충하기 위한 것이었다. 즉 19세기의 형벌제도의 근본원리인 응보형사상의 이념에 따르면 형벌은 범죄행위의 피해정도에 비례하여야 하고 아무리 행위자가 사회적으로 위험한 경우라도 또 아무리 형벌이 행위자의 개선에 부적당한 제도라도 그러한 것은 고려하지 아니하고, 범죄의 피해정도에 따라 형량을 선고하는 것이 정의에 합당하다고 보는 것이기 때문에, 이러한 원리 아래에서는 범죄자의 반사회성에 맞지않는 형량(刑量)과 행형제도의 결함등으로 인하여 누범등 상습범죄자가 증가하게 됨으로써 형벌제도만으로써는 사회방위를 다 할 수 없어 이러한 범죄자들로부터 사회를 방위하기 위하여 교육형적인 보호감호제도가 필요하였던 것이다

그런데, 오늘에 있어서의 형벌사상은 형벌은 응보가 아니라 범인의 개선, 교육 및 그를 통한 사회방위를 목적으로 하여야 한다는 것이고, 우리의 형벌제도도 형벌의 목적을 응보에 두지않고 교육을 통한 사회방위에 두고있음은, 양형의 조건을 규정한 형법 제51조에 피해자에 대한 관계나 범행의 결과보다는 오히려 범인의 연령, 성행, 지능과 환경을 보다 중요한 참작사유로 규정하고 있는 점이나, 행형의 목적을 규정한 행형법 제1조에 징역형등 자유형의 선고를 받은 자를 격리하여 교정·교화하며, 건전한 국민사상과 근로정신을 함양하고 기술교육을 실시하여 사회에 복귀하게 하는 것을 목적으로 한다고 규정하고 있는 점등으로보아 명백하니 이러한 이념아래에서는 형벌과 보호감호는 이를 구별할 아

무런 필요가 없고 본질에 있어 똑같은 교육형이므로 응보형제도의 결합을 보충하기 위한 필요성에서 생겨난 보호감호제도는 더이상 이것을 두어야 할 필요가 없는 것이다.

나. 그럼에도 불구하고 사회보호법은 제5조 제1항과 제2항에 보호감호제도를 두어 상습성있는 범죄인과 특히 위험성있는 범죄인에 대하여 형의 선고와 함께 법원으로 하여금 일정한 요건아래 10년 또는 7년의 보호감호를 선고하게 하고, 보호감호는 형을 집행한 다음 중첩적으로 집행하도록 하고 있는 바(법 제23조), 보호감호의 주된 내용은 보호감호의 선고를 받은자를 보호감호시설에 격리수용하여 감호·교화하고 사회복귀에 필요한 심신단련과 기술교육 및 직업훈련을 과하는 것이어서(법 제7조 제1항 및 범시행령 제3조 제1항) 행형법상의 자유형의 내용과 실질적으로 차이가 없으니, 결국 형의 선고와 함께 보호감호의 선고를 받은 자는 과거의 전과 때문에 동일한 범죄에 대하여 형벌누범가중 또는 상습범가중을 한)이라는 이름으로 자유형을 복역하고 다시 보호감호라는 이름으로 자유형을 복역하는 것에 다름없어 이는 결국 헌법 제13조 제1항에 규정된 “동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다”라는 거듭처벌금지의 원칙에 위반되는 것이라고 아니할 수 없다.

다. 다수의견은, 헌법 제12조 제1항에 “적법절차에 의한 보안처분”이 허용되어 있고 보호감호는 형벌이 아니라 보안처분이므로 형벌과 보안처분을 병과하여 선고하고 중첩적으로 집행하더라도 거듭처벌금지의 원칙에는 위배되지 아니한다. 다만 필요적 보호감호를 규정한 제5조 제1항은 적법절차를 갖춘 것이라고 볼 수 없으므로 헌법에 위반되고 임의적 보호감호를 규정한 제5조 제2항은 적법절차를 갖춘 것이기 때문에 헌법에 위반되지 아니한다는 견해를 갖고 있다 그러나 헌법 제13조 제1항에 규정된

거듭처벌금지의 원칙은 형벌이건 보안처분이건 그 명칭에 관계없이 동일범죄에 대하여 2중으로 고통을 가하는 것을 금지하는 취지이므로 비록 이름이 보안처분이라 하더라도 그 내용이 범죄인에 대하여 고통을 가하는 것이면 이는 여기에서 말하는 처벌에 해당한다 그리고 헌법 제 12조 제1항이 규정한 적법절차란 국민의 권리·의무에 관한 법률은 그 성립절차가 합법적일 뿐 아니라 법률의 목적이나 내용에 있어서도 인간의 존엄과 가치를 존중하는 헌법이념과 개인의 권리를 보호하고 실현하기 위하여 확립되어온 여러원칙은 물론 자연법적 정의에도 합치되어야 한다는 원리로서 이는 헌법상의 규정을 기다릴 것도 없이 범치주의의 본질적 내용이고 헌법 제2조 제1항이 특별히 적법절차를 규정하고 있는 것은 범치주의의 당연한 원리를 강조하고 주의를 불러 일으키기 위한 것에 불과한 것이다. 따라서 인권보장을 위하여 확립된 원칙인 거듭 처벌금지에 반하는 보호감호제도는 그점만으로도 적법절차에 의한 보안처분이 될 수 없다. 그리고 누범이나 상습성있는 범죄인등에 대하여는 형법과 특별법등에 누범가중 및 상습범가중규정등이 있어 법원이 그러한 법률에 따라 범죄인의 교육·개선에 부족함이 없는 매우 무거운 형을 선고할 수 있도록 되어있는데 그것도 모자라서 다시 교육·개선을 위한 보호감호라는 미명아래 이름만 다를뿐 자유형과 같은 내용의 처벌에 다름없는 보호감호제도를 두어 형집행후 중첩적으로 집행하도록 하는 것은 너무 가혹하고 위협적이어서 인간의 존엄과 가치를 존중하는 헌법의 이념(헌법 제10조)에 반하는 것이다. 따라서 이점에 있어서도 또한 사회보호법상의 보호감호제도는 적법절차에 의한 보안처분이 될 수 없는 것이다.

상습성있는 범죄인들에 대하여 법원이 선고하는 형량이 범죄인의 교육·개선에 필요한 기간에 너무 못미치기 때문에 형벌 이외

로 보호감호제도가 필요하다는 이론도 있는 듯하나, 사실이 그렇다면 그러한 점은 법원이 형사재판의 운영에 있어서 고려해야할 필요가 있는 문제일 따름이지 그렇다고해서 헌법의 인권보장이념에 반하는 보호감호제도를 두어야 할 이유가 될 수 없다.

라. 사회보호법상의 보호감호제도가 형벌과 다르고 따라서 거듭처벌금지에 위배되지 아니한다는 다수의견의 입장에서 보더라도 사회보호법 제5조 제2항 또한 제5조 제1항과 함께 위헌이라고 보아야 한다는 이유에 대하여 우리는 1989.7.14.에 선고한 88헌가5, 8, 89헌가44(병합) 사회보호법 제5조의 위헌심판사건에서 소수의견으로 자세히 설명한 바 있다. 그러므로 이 사건에서는 그때 설명한 것을 원용하기로 하고 더 이상의 설명을 생략한다.

1989. 9. 29

재판장 재판관 조규광  
재판관 이성렬  
재판관 변정수  
재판관 김진우  
재판관 한병채  
재판관 이시윤  
재판관 최광률  
재판관 김양균  
재판관 김문희

# 檢事の公訴權行使 및 刑事訴訟法 改正 등에 관한 憲法訴願

(1989. 9. 29. 89헌마13 全員裁判部)

[판례집 1권, 294~298]

[판시사항]

형사소송법(刑事訴訟法) 제260조 제1항 소정(所定)의 재정신청제도(裁定申請制度) 불비(不備)의 입법부작위(立法不作爲)에 대한 헌법소원(憲法訴願)의 적법여부(適法與否)

[결정요지]

재정신청(裁定申請)의 대상(對象)이 되는 죄(罪)의 해당범위를 확대(擴大)시키기 위하여 형사소송법(刑事訴訟法)의 개정(改正)을 구하는 것과 같이 법률(法律)의 제정(制定)을 소구(訴求)하는 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)는 헌법상(憲法上) 기본권보장(基本權保障)을 위하여 명시적(明示的)인 입법위임(立法委任)이 있거나 헌법해석상(憲法解釋上) 특정인에게 구체적인 기본권(基本權)이 생겨 이를 보장(保障)하기 위한 국가의 행위 내지 보장의무가 발생하였음에도 불구하고 국가가 아무런 입법조치(立法措置)를 취하지 않고 있는 경우가 아니면 원칙적으로 부적법(不適法)하다.

청구인 송○진

대리인 변호사 김무삼

[참조조문]

헌법(憲法) 제111조 제1항 제5호

헌법 재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

헌법 재판소법(憲法裁判所法) 제69조 (청구기간(請求期間)) ① 제68조 제1항의 규정(規定)에 의한 헌법

소원(憲法訴願)의 심판(審判)은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일(日) 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일(日) 이내에 청구(請求)하여야 한다. 다만, 다른 법률(法律)에 의한 구제절차(救濟節次)를 거친 헌법소원(憲法訴願)의 심판(審判)은 그 최종결정(最終決定)을 통지받은 날로부터 30일(日) 이내에 청구(請求)하여야 한다.

② 생략

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제72조 제3항 제2호

형사소송법(刑事訴訟法) 제260조 (재정신청(裁定申請)) ① 형법(刑法) 제123조 내지(乃至) 제125조의 죄(罪)에 대(對)하여 고소(告訴) 또는 고발(告發)을 한 자(者)는 검사(檢事)로부터 공소(公訴)를 제기(提起)하지 아니한다는 통지(通知)를 받은 때에는 그 검사소속(檢事所屬)의 고등검찰청(高等檢察廳)에 대응(對應)하는 고등법원(高等法院)에 그 당부(當否)에 관(關)한 재정(裁定)을 신청(申請)할 수 있다.

② 생략

[주 문]

이 사건 심판청구를 각하한다.

[이 유]

1. 심판청구 이유의 요지

기록에 의하면, 이 사건 심판청구의 이유의 요지는, 청구인이 청구 외 권○재, 송○기 및 송○호를 상대로 배임죄 등의 고소를 제기하였으나 검사에 의하여 모두 불기소처분 되었는데, 형사소송법 제260조 제1항은 재정신청의 대상이 되는 범죄를 형법 제23조 내지 제125조에 규정한 범죄로 한정하고, 그밖의 범죄에 대한 불기소처분에 대하여는 사법적 심사의 길을 봉쇄하여 검찰을 특수계급화함으로써 평등의 원칙을 규정한 헌법 제11조를 위반하였으므로, 이를 개정하여 청구인이 주장하는 범죄에 대하여도 법원에 재정신청을 할 수 있게 하여 달라라는 것이다.

2. 심판의 대상

위 심판청구의 이유의 요지를 자세히 살펴보면, 이 사건에서 심판의 대상이 되는 것은 다음의 2가지라고 판단된다.

첫째, 청구인의 주장이 형사소송법 제260조 제1항에 위헌적 요소가 있는 것은 아니나 국민의 권리신장을 위하여 재정신청의 대상이 되는 범죄를 모든 범죄로 확대시키는 입법개정을 촉구하는 취지라면, 입법부작위가 그 대상이 될 것이고 둘째, 청구인의 주장이 위 법률조항 자체에 헌법 제11조의 평등권을 침해한 위헌요소가 있으니 이를 시정해달라는 취지라면, 입법자의 작위의 형태로 표현된 위 법률조항 자체가 그 대상이 될 것이다.

### 3. 입법부작위에 대한 판단

살피건대, 어떠한 사항을 법규로 규율할 것인가의 여부는 특단의 사정이 없는 한 입법자의 정치적, 경제적, 사회적 및 세계관적 고려하에서 정하여지는 입법정책의 문제이므로, 국민이 국회에 대하여 일정한 입법을 해달라는 청원을 함은 별론으로 하고, 법률의 제정을 소구하는 헌법소원은 헌법상 기본권보장을 위하여 명시적인 입법위임이 있었음에도 입법자가 이를 방치하고 있거나 헌법 해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위 내지 보호의무가 발생하였음에도 불구하고 국가가 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 경우가 아니면 원칙으로 인정될 수 없다 할 것이다(헌법재판소 1989.3.17. 선고, 88헌마1 결정 참조).

그런데 이 사건의 경우에는 그와 같은 예외사유에 해당한다고 볼 수 없으므로, 입법자의 입법의무의 존재를 전제로 한 이 사건 소원심판 청구는 부적법하고, 달리 그 흠결을 보정할 수 있는 경우에 해당한다고 보기 어렵다.

### 4. 법률소원에 대한 판단

살피건대, 헌법재판소법 제68조 제1항에는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자는 헌법소원 심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있고, 공권력의 행사에는 입법권자의 입

법행위도 포함된다 할 것이므로, 국민이 어떤 법률 또는 법률조항 자체에 의하여 직접 자신의 기본적 권리를 현재 침해받고 있는 경우에는 그 법률 또는 법률조항에 대하여 바로 헌법재판소법이 정한 절차에 따라 그 권리구제를 구하는 헌법소원심판을 청구할 수 있다 다만, 그러한 헌법소원심판을 청구하는 때에는 입법부작위의 경우와 달리 헌법재판소법 제69조 제1항에 정한 청구기간안에 심판청구를 하여야 한다 할 것이다.

기록에 의하면, 청구인이 이 사건 심판청구의 원인으로 삼는 검사의 불기소처분은, 위 권○재 및 송○기를 상대로 제기한 고소사건은 1987.8.27. 서울지방검찰청 동부지청에서 불기소처분되었고, 같은 해 10.26. 서울고등검찰청에서 항고기각되었으며(재항고절차를 거치지 않았음), 같은 해 9.29. 위 권○재, 송○호 및 송○기를 상대로 제기한 고소사건 중 권○재에 대한 고소사건은 1988.6.27. 광주지방검찰청에서 불기소처분 되었으며(항고 및 재항고절차를 거치지 않았음), 송○기에 대한 고소사건 역시 1988.2.23. 서울지방검찰청 남부지청에서 불기소처분, 1988.5.20. 서울고등검찰청에서 항고기각, 같은 해 9.29. 대검찰청에서 재항고 기각되어, 청구인이 같은 해 10.2. 재항고기각결정서를 수령한 사실을 인정할 수 있다.

이 사건 심판청구는 특단의 사정이 없는 한 청구인이 위 각 고소사건에 대한 불기소처분, 항고 또는 재항고 기각결정의 통지를 받은 날로부터 60일내에 제기하여야 할 것인데, 청구인은 최후의 결정 통지를 받은 1988.10.2.부터 60일이 경과한 것임이 역수상 명백한 1989.2.2. 당 재판소에 이 사건 심판청구를 제기한 것임을 알 수 있다.

그렇다면 이 사건 심판청구는 청구기간이 도과된 뒤에 제기한 부적법한 헌법소원심판청구라 할 것이고 달리 그 흠결을 보정

할 수 있는 경우에 해당한다고 보기도 어렵다.

5. 결론

그러므로 이 사건 심판청구는 어느모로 보나 모두 부적법하여 이를 각하하기로 하고, 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1989. 9. 29

재판장 재판관 조규광  
재판관 이성렬  
재판관 변정수  
재판관 김진우  
재판관 한병채  
재판관 이시윤  
재판관 최광률  
재판관 김양균  
재판관 김문희

# 檢事의 公訴權行使에 관한 憲法訴願

(1989. 9. 29. 89헌마16 全員裁判部)

[판례집 1권, 299~301]

[판시사항]

검사(檢事)의 불기소처분(不起訴處分)으로 인한 기본권침해(基本權侵害)가 부인(否認)된 사례(事例)

[결정요지]

검사(檢事)가 고소사실(告訴事實)에 대하여 현저히 정의(正義)와 형평(衡平)에 반(反)하는 수사(搜查)를 하였거나 헌법(憲法)의 해석(解釋)·법률(法律)의 적용(適用) 또는 증거판단(證據判斷)에 있어서 불기소처분(不起訴處分)의 결정(決定)에 영향을 미친 중대한 잘못이 있었다고 보여 지지 아니하며, 검사(檢事)의 불기소처분(不起訴處分)이 달리 헌법재판소(憲法裁判所)가 관여할 만큼의 자의적(恣意的)인 처분(處分)이라고 볼 수 없으므로 이로 말미암아 기본권(基本權)이 침해(侵害)되었다고 볼 수 없다.

청구인 박○진

대리인 변호사 김태조

피청구인 부산지방검찰청 검사

[참조조문]

헌법(憲法) 제11조 제1항

[주 문]

청구인의 심판청구를 기각한다.

[이 유]

1. 이 사건 기록과 청구의 윤○학 이외의 11명에 대한 부산지방법 검찰청 87형제60275호 불기소사건 기록에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

가. 청구인은 1977.10.7. 청구의 윤○학, 동 박○홍, 동 최○암(이하 청구외인들이라 한다)들로부터 금 1,000만원을 월 3푼 5리의 이자지급을 조건으로 차용하면서, 같은 달 10. 위 청구외인들에게 청구인 소유의 대지 및 지상건물에 대하여 소유권이전청구권보전의 가등기를 설정하여 주었으며, 한편 청구인은 1977.9.16. 위 청구외인들에게 임야 약 600평을 매각함으로써 청구인은 청구외인들에게 금 1,500만원의 잔대금 채권을 갖게 되었다.

나. 그후 1978.4.18.경 청구인은 청구외인들에게 대한 위 대금채권금 1,500만원과 청구외인들의 청구인에 대한 대여금 채권금 1,220만원(차용금 1,000만원과 이자 및 등기비용 금 220만원의 합산액)과를 대등액에서 상계함으로써, 청구인의 위 가등기 담보채무는 소멸되었는 바, 그럼에도 불구하고 위 가등기가 말소되지 않은 것을 기화로 위 청구외 윤○학과 망 박○홍, 망 최○암들의 각 상속인들이 1987.2.5. 부산지방법원에 청구인을 상대로 가등기에 기한 본등기청구의 소를 제기하여 이에 보다 못한 청구인은 위 청구외 윤○학과, 망 박○홍, 망 최○암들의 각 상속인들을 사기미수로 부산지검에 고소하였다

다. 그러나 담당검사는 각 혐의없다고 하여 불기소처분을 하였고 청구인은 이에 불복하여 항고 및 재항고하였으나 부산고등검찰청에서 1988.11.11. 항고기각, 대검찰청에서 1989.1.12. 재항고 기각 처분을 받게 되어 이 건 청구에 이르게 되었다.

2. 살피건대, 피청구인이 청구인의 고소사실에 대하여 현저히

정의와 형평에 반하는 수사를 하였거나 헌법의 해석 범률의 적용 또는 증거판단에 있어서 불기소처분의 결정에 영향을 미친 중대한 잘못이 있었다고 보여지지 아니하며, 피청구인의 위 불기소처분이 달리 헌법재판소가 관여할 만큼의 자의적인 처분이라고 볼 자료가 없으므로, 이로 말미암아 청구인의 기본권이 침해되었다고 볼 수 없다

그렇다면 청구인의 심판청구는 이유없으므로 이를 기각하기로 하여 재판관 전원의 의견일치에 따라 주문과 같이 결정한다

1989. 9. 29.

재판장 재판관 조규광  
재판관 이성렬  
재판관 변정수  
재판관 김진우  
재판관 한병채  
재판관 이시윤  
재판관 최광률  
재판관 김양균  
재판관 김문희

# 暴力行爲등處罰에 관한法律의 違憲與否에 관한 憲法訴願

(1989. 9. 29. 89헌마53 全員裁判部)

[판례집 1권, 302~306]

[판시사항]

1. 재판(裁判)의 전제성(前提性)이 없는 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제2항 헌법소원(憲法訴願)의 적법여부(適法與否)

2. 폭력행위(暴力行爲) 등처벌(處罰)에 관한법률(法律) 제2조 제1항의 위헌여부(違憲與否)

[결정요지]

1. 공소(公訴)가 제기(提起)되지 아니한 법률조항(法律條項)의 위헌여부(違憲與否)는 당해(當該) 형사사건(刑事事件)의 재판(裁判)의 전제(前提)가 될 수 없으므로 헌법소원심판청구는 청구(請求)의 이익(利益)이 없어 부적법(不適法)하다.

2. 폭력행위(暴力行爲) 등처벌(處罰)에 관한법률(法律) 제2조 제1항이 각 상습범(常習犯)들에 대하여 일률적으로 1년 이상의 유기징역형(有期徒刑)에 처하도록 규정(規定)하였다 하여 형평(衡平)에 반(反)하거나 가혹한 형벌(刑罰)을 정한 것이라 볼 수 없고 또 죄형법정주의(罪刑法定主義)에도 반(反)한다고 볼 수 없다.

청구인 이○제

대리인 변호사 강길봉(국선)

관련소송사건 대구지방법원 상주지원 89고합20 폭력행위 등처벌에 관한 법률 위  
반, 절도, 업무방해

89감고1 보호감호

대구지방법원 상주지원 89초31 위헌제청신청

## [참조조문]

폭력행위(暴力行爲)등처벌(處罰)에 관한 법률(法律) 제1조 (목적(目的)) 본법(本法)은 집단적(集團的), 상습적(常習的) 또는 야간(夜間)에 폭력행위등(暴力行爲等)을 자행(恣行)하는 자등(者等)을 처벌(處罰)함을 목적(目的)으로 한다.

폭력행위(暴力行爲)등처벌(處罰)에 관한 법률(法律) 제2조 (폭력등(暴力等)) ① 상습적(常習的)으로 형법(刑法) 제257조 제1항(상해(傷害)), 제260조 제1항(폭행(暴行)), 제276조 제1항(체포(逮捕), 감금(監禁)), 제283조 제1항(협박(脅迫)), 제319조(주거침입(住居侵入), 퇴거불응(退去不應)), 제324조(폭력(暴力)에 의(依)한 권리행사방해(權利行使妨害)), 제350조(공갈(恐喝)) 또는 제366조(손괴(損壞))의 죄(罪)를 범(犯)한 자(者)는 1년 이상(年以上)의 유기징역(有期懲役)에 처(處)한다.

② 야간(夜間) 또는 2인 이상(人以上)이 공동(共同)하여 전항(前項) 계기(揭記)의 죄(罪)를 범(犯)한 때에는 각형법본조(各刑法本條)에 정(定)한 형(刑)의 2분(分)의 1까지 가중(加重)한다.

③ 전항(前項)의 경우(境遇)에는 형법(刑法) 제260조 제3항 및 제283조 제3항을 적용(適用)하지 아니한다.

폭력행위(暴力行爲)등처벌(處罰)에 관한 법률(法律) 제3조 (집단적(集團的) 폭행등(暴行等)) ① 단체(團體)나 다중(多衆)의 위력(威力)으로써 또는 단체(團體)나 집단(集團)을 가장(假裝)하여 위력(威力)을 보임으로써 전조(前條)의 죄(罪)를 범한 자(者) 또는 흉기기타(兇器其他) 위험(危險)한 물건(物件)을 휴대(攜帶)하여 그 죄(罪)를 범(犯)한 자(者)는 2년(年) 이상(以上)의 유기징역(有期懲役)에 처(處)한다.

② 야간(夜間)에 제1항의 죄(罪)를 범(犯)한 자(者)는 3년(年) 이상의 유기징역(有期懲役)에 처(處)한다.

③ 상습적(常習的)으로 제1항의 죄(罪)를 범(犯)한 자(者)는 무기(無期) 또는 5년(年) 이상의 징역(懲役)에 처(處)한다.

④ 이 법(法) 위반(違反)(형법각본조(刑法各本條) 포함)으로 3회(回) 이상 징역형(懲役刑)을 받은 자(者)로서 다시 제1항의 죄(罪)를 범(犯)하여 누범(累犯)으로 처벌(處罰)할 경우도 제3항과 같다.

헌법(憲法) 제10조, 제11조 제1항, 제12조

## [주 문]

이 사건 심판청구 중 폭력행위등처벌에 관한 법률 제1조, 제2조 제2항, 제3항 및 제3조의 위헌여부에 관한 부분을 각하하고 같은 법 제2조 제1항에 관한 부분은 이를 기각한다.

## [이 유]

1. 증거자료에 의하면, 청구인은 1989.2.18. 대구지방검찰청 상주지청 검사에 의하여 폭력행위등처벌에 관한 법률 위반 절도, 업

무방해등 죄로 대구지방법원 상주지원에 공소제기되어 재판을 받던 중 폭력행위등처벌에관한법률(1980.12.18. 법률 제3279호) 제1조 내지 제3조의 헌법위반 여부가 재판의 전제가 된다고 주장하여 1989.2.22. 대구지방법원 상주지원에 위헌제청을 신청하였으나 1989.3.16. 동 지원에 의하여 그것이 기각되자, 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 1989.3.23. 위법률의 위헌심사를 구하는 헌법소원심판을 청구하게 된 사실을 알 수 있다.

2. 먼저 이 사건 헌법소원 심판청구의 적법 여부에 관하여 보건대 헌법재판소법 제41조 제1항, 제68조 제2항의 각 규정에 의하면 법률의 위헌심사를 구하는 헌법소원은 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에 한하여 청구할 수 있도록 되어 있는 바, 청구인이 대구지방법원 상주지원에 위헌법률 심판의 제청신청을 한 당해사건인 같은 법원 89고합20, 89감고1 사건의 공소장 등본의 내용에 의하면, 청구인은 폭력행위등처벌에관한법률 제2조 제1항의 상습공갈죄, 상습폭행죄, 상습상해죄 및 상습협박죄 그리고 형법 제314조의 업무방해죄, 형법 제329조의 절도죄로 공소제기된 것이지 폭력행위등처벌에관한법률 제2조 제2항, 제3항 및 제3조에 해당하는 범죄사실이나 적용법조로는 공소제기된 것이 아님을 알 수 있다.

그렇다면 폭력행위등처벌에관한법률의 목적을 규정한 제1조나 야간 또는 2인 이상 및 집단적 폭행등에 대한 처벌규정인 제2조 제2항, 제3항 및 제3조의 위헌 여부는 청구인이 재판을 받고 있는 당해사건 재판의 전제가 될 수 없으므로 그 부분에 대한 위헌법률심판의 헌법소원은 심판청구의 이익이 없어 부적법하고 같은 법 제2조 제1항에 대한 위헌법률심판의 헌법소원만이 적법한 것이다

3. 그러므로 폭력행위등처벌에관한법률 제2조 제1항의 위헌

여부에 관하여 본다.

가) 청구인은 주장하기를, 폭력행위등처벌에관한법률 제2조 제1항은 “상습적으로 형법 제257조 제1항(상해), 제260조 제1항(폭행), 제276조 제1항(체포·감금), 제283조 제1항(협박), 제319조(주거침입, 퇴거불응), 제324조(폭력에 의한 권리행사 방해), 제350조(공갈), 또는 제366조(손괴)의 죄를 범한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.” 라고 규정하였는데, 각 형법 본조의 구성요건이 전혀 다르고 법정형의 경중이 상이한 여러 유형의 범죄를 하나의 조문으로 묶어 일률적으로 1년이상의 유기징역형에 처하도록 하는 것은 형평에 반하고 지나치게 가혹하여 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치, 제11조 제1항의 법앞의 평등 및 제12조 제1항의 죄형법정주의에 위배된다는 것이다.

나) 판단하건대, 상해죄, 폭행죄, 체포감금죄, 협박죄, 주거침입 및 퇴거불응죄, 폭력에 의한 권리행사방해죄, 공갈죄 및 손괴죄 등 여러범죄는 형법상 구성요건이 다르고 법정형도 다르며 더구나 상해죄 폭행죄, 체포감금죄, 협박죄, 공갈죄 등의 상습범에 대하여는 가중처벌규정이 마련되어 있기까지 하는데도 불구하고 다시 위 범죄들의 상습범을 한데 묶어 일률적으로 1년이상의 유기징역형에 처하도록 한 폭력행위등처벌에관한법률 제2조 제1항의 규정을 두는 것은 입법론상으로는 바람직스러운 것은 아니다. 그러나 폭력행위등처벌에관한법률의 위 규정은 위와같은 폭력적 범죄의 상습범이 증가되고 있는 현상을 특히 중요시하여 그에 대한 대책으로서 그 상습범을 가중처벌하기 위하여 둔 특별법으로서, 재판에 있어서 각 형법본조의 불법내용과 정상에 따라 양형이 조절될 수 있는 것이므로 위 각 상습범들에 대하여 일률적으로 1년 이상의 유기징역형에 처하도록 규정하였다고 해서 형평에 반한다거나 가혹한 형벌을 정한 것이라고 볼 수 없고 또 죄

형법정주의에 반한다고도 볼 수 없다.

4. 이상과 같은 이유로써 폭력행위등처벌에관한법률 제2조 제2항, 제3항 및 제3조의 위헌여부에 관한 심판청구는 이를 각하하고 같은 법 제2조 제1항에 관한 심판청구는 이유없으므로 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다

1989. 9. 29.

재판장 재판관 조규광  
재판관 이성렬  
재판관 변정수  
재판관 김진우  
재판관 한병채  
재판관 이시윤  
재판관 최광률  
재판관 김양균  
재판관 김문희

## 執達官의 強制執行 등에 관한 憲法訴願

(1989. 10. 7. 89헌마203 第3指定裁判部)

[판례집 1권, 307~308]

### [판시사항]

다른 법률(法律)에 의한 구제절차(救濟節次)를 거치지 아니한 헌법소원(憲法訴願)의 적법여부(適法與否)

### [결정요지]

집달관(執達官)의 강제집행(強制執行) 방법(方法) 등에 관한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)는 민사소송법(民事訴訟法) 소정(所定)의 구제절차(救濟節次)를 모두 거친 후가 아니면 부적법(不適法)하다.

청구인 안○준 외 1인

### [참조조문]

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항 단서(但書), 제72조 제3항 제1호

민사소송법(民事訴訟法) 제504조 (집행방법(執行方法)에 관(關)한 이의(異議)) ① 강제집행(強制執行)의 방법(方法)이나 집달리(執達吏)의 준수(遵守)할 집행절차(執行節次)에 관(關)한 신청(申請)과 이의(異議)에 대(對)하여는 집행법원(執行法院)이 재판(裁判)한다.

② 집행법원(執行法院)은 제484조 제2항의 명령(命令)을 발(發)할 수 있다.

③ 집달리(執達吏)가 집행위임(執行委任)을 거부(拒否)하거나 집행행위(執行行爲)의 실시(實施)를 거부(拒否)한 때 또는 집달리(執達吏)가 계산(計算)한 수수료(手數料)에 관(關)하여 이의(異議)있는 때에는 집행법원(執行法院)이 재판(裁判)한다.

### [주 문]

이 사건 심판청구를 각하한다.

[이 유]

1. 청구인들의 이 사건 헌법소원 심판청구의 요지는 청구인들은 청구의 강○순이 청구인들 소유 가옥에 대하여 제기한 가옥명도소송에서 패소, 가집행이 선고되었는 바, 집달관이 강제집행하는 과정에서 집행영장을 제시하지 않고 직권을 남용하여 강제철거하는 등 위법한 집행으로 기본권을 침해하였으니 이를 구제하여 달라는 것이다

2. 살피건대, 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 기본권을 침해받은 자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있으나 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없는 바, 청구인들 소유가옥에 대해 강제집행하는 집달관의 강제집행 방법이나 집행절차에 관하여 이의가 있는 경우에는 민사소송법 제504조 소정의 집행방법에 관한 이의신청을 한 후 집행법원의 재판을 거쳐야 하는 바, 기록에 의하면 청구인들은 그 절차를 거치지 않았음이 명백하다.

3. 따라서 이 사건 심판청구는 다른 법률에 의한 구제절차를 모두 거치지 않은 경우에 해당하므로 헌법재판소법 제68조 제1항 단서, 제72조 제3항 제1호에 의하여 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1989. 10. 7.

재판장 재판관 한병채

재판관 최광률

재판관 김문희

# 軍檢察官의 公訴權行使에 관한 憲法訴願

(1989.10.27. 89헌마56 全員裁判部)

[판례집 1권, 309~321]

[판시사항]

1. 군검찰관(軍檢察官)의 불기소처분(不起訴處分)에 대한 헌법소원(憲法訴願)의 적법여부(適法與否)
2. 군검찰관(軍檢察官)의 기소유예처분(起訴猶豫處分)으로 인한 기본권침해(基本權侵害)가 인정(認定)된 사례(事例)

[결정요지]

1. 군검찰관(軍檢察官)의 기소유예처분(起訴猶豫處分)은 공권력(公權力)의 행사(行使)에 포함되는 것이 명백하므로 이로 인하여 기본권(基本權)이 침해(侵害)된 때에는 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)의 대상(對象)이 된다.

2. 범죄혐의(犯罪嫌疑)가 없음이 명백한 사안(事案)인데도 이에 대하여 검찰관(檢察官)이 자의적(恣意的)이고 타협적으로 기소유예처분(起訴猶豫處分)을 했다면 이는 헌법(憲法) 제11조 제1항의 평등권(平等權), 헌법(憲法) 제10조의 행복추구권(幸福追求權)을 침해(侵害)한 것이다.

청구인    우○원

대리인 변호사 이상중 외 2인

피청구인    육군 보병 제2사단 보통군사법원 검찰부 검찰관

[참조조문]

헌법(憲法) 제10조, 제11조 제1항, 제27조 제1항, 제5항

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

군형법(軍刑法) 제44조 (항명(抗命)) 상관(上官)의 정당(正當)한 명령(命令)에 반항(反抗)하거나 복종(服從)하지 아니한 자(者)는 다음의 구별(區別)에 의(依)하여 처벌(處罰)한다.

1. 적전(敵前)인 경우(境遇)에는 사형(死刑), 무기(無期) 또는 10년 이상(年以上)의 징역(懲役)에 처(處)한다.

2. 전시(戰時), 사변(事變) 또는 계엄지역(戒嚴地域)인 경우(境遇)에는 1년 이상(年以上) 7년 이하(年以下)의 징역(懲役)에 처(處)한다.

3. 기타(其他)의 경우(境遇)에는 2년 이하(年以下)의 징역(懲役)에 처(處)한다.

## [주 문]

육군 보병 제2사단 보통군사법원 검찰부 1988년 형제 52호사건에 있어서 검찰관이 1988.9.30. 청구인에 대하여 한 기소유예처분은 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해한 것이므로 이를 취소한다

## [이 유]

### 1. 심판의 대상

이 사건 소원심판청구는 피청구인이 1988.9.30.에 청구인에 대하여 한 기소유예처분이 청구인의 기본권을 침해하였는가의 여부이다

### 2. 사건의 개요와 관계규정

가. 청구인은 1986.11.13. 군에 입대하여 이 사건 사고 당시 육군 보병 제2사단 제17연대 제3대대 제9중대 제3소대 제1분대 병장으로 근무하다가, 1989.1.13. 의병제대한 자로서, 1988.8.5. 10:00경 강원도 홍천군 내면 ○○리 소재 부대 훈련장에서 총검술 교육을 받게 되었던 바, 원래 총검술교관은 하사 정○철인데 이것이 같은 소대 선임분대장(1분대장) 하사 조○오에게 위임되었으며, 동인에 의하여 일용 교육을 받다가 재위임을 간청한 제3분대장 하사 배○열에게 다시 위임되어 동인에 의하여 총검술교

육을 받던 중, 위 조○오에 의한 교육때와는 달리 총검술 동작이 완만하고 구호소리가 작다는 이유로 소대원 전원을 얼차려(소위 기합)를 하기로 하여 5분 내지 10분 가까이 손등을 지면에 대고 “팔굽혀펴기”, 속칭 “한강철교” (일명 브릿지) 그리고 “선착순 구보” 등의 기합을 받은 뒤, 다시 총검술교육에 착수되었다가 훈련 동작이 여전하다는 이유로 재차 약 40~50미터 가량 떨어진 전봇대까지 왕복달리기를 하는 선착순 구보명령을 받았으나, 자신보다 군대생활을 적게 한 위 배○열로부터 계속 기합을 받는다는 것이 화가난 나머지 상병 윤○노와 함께 뛰어가지 않고, 그 자리에 서 있으면서 이를 거부하였다. 이렇게 되자 당시 총검술 동작의 잘못을 시정해 주며 군데군데 서 있던 분대장 중의 하나인 박○상이 못마땅하게 생각하여 위 윤○노를 나무란 것이 발단이 되어 양자간에 싸움이 벌어지게 되었고 여기에 가세한 또 다른 분대장 하사 임○철이 휘도른 탄띠에 청구인의 눈을 얻어 맞게 되어 요치 6개월의 눈상해를 입어 이로 인하여 의병제대하게 되었다

나. 이에 같은 사단 소속 군사법경찰관은 이러한 선착순 구보명령 거부를 항명죄로 입건 수사하였고, 이 사건을 송치받은 같은 사단 소속의 검찰관은 상관의 정당한 명령에 불복종한 사실은 인정되나 제반사정을 참작하여 청구인에 대한 공소를 제기하지 아니함이 상당하다고 하여 청구인의 항명죄 혐의에 대하여 기소유예 처분을 하였다. 다만 청구인과 같이 위 얼차려 명령을 복종하지 않은 위 윤○노에 대하여는 항명죄로 기소한 바 있으나 보통 군사법원과 고등 군사법원에서 그 부분 각 무죄판결을 받아 판결이 확정되었다.

다. 얼차려에 관한 육군의 관계규정을 이 사건과 관련된 한도내에서 간추려 보면, 1985.6.15. 장관 지휘 서신 제1호 구타 근절에 대한 특별지시에 근거한 1985.9.4. 육군참모총장의 구타

근절 종합대책 명령의 일환으로 “구타직전 보고제도”, “육군 일반 명령 제37호 수정보완” 과 “얼차려 제도 수정 및 보완” 이 마련되었는데,

(1) 먼저, 육군 일반명령 제37호 수정보완 나(2)에서 가혹행위의 정의를 “정상적인 훈련 및 규정된 얼차려를 제외한 불법적인 방법으로 타인에게 육체적, 정신적 고통과 인격적인 모독을 주는 일체의 행위” 라고 규정하였고,

(2) 구타직전 보고제도에 의하면 하급자의 태도불손 등 행위를 구타직전 보고 대상으로 하고 제재방법의 하나로 얼차려를 규정하고 얼차려 결재권자를 중대장으로 하여 중대 당직사관이 집행하되 18:00-20:00 사이에 집행하도록 하였고,

(3) 얼차려제도 수정 및 보완에서

가) 얼차려에 규정된 종목 이외의 변칙적용은 구타 및 가혹행위로 간주하였고(2. 방침)

나) 제한된 거리를 실시하되 필히 지휘자가 선두에 설 것, 선착순 구보는 비효과적이고(3. 나의 얼차려 실시방법 중 협동심 및 체력단련 4의 구보규정)

다) 중대장급 이상 지휘관 및 대위급 이상 장교는 결재권자로서 승인없이 가능하되, 집행권자는 결재권자의 승인 후 실시(실시시간, 장소, 방법)토록 하였고(3. 나의 얼차려의 결재권자 및 집행자에 관한 규정 및 4의 얼차려시 고려사항)

라) 집행시기를 일과시간 내의 개인 자유시간 또는 일과시간외의 개인 자유시간으로 제한하였고(3. 나의 집행시기에 관한 규정)

(4) 그 뒤 1985.9.30.자 팜플렛 850-63과 1987.10.30.자 팜플렛 850-71로 각 “구타 예방지도 지침서” 가 마련되게 되었는데, 여기의 “얼차려제도 수정 및 보완” 에 위에서 본 바와 같은 내용이 담겨졌다

### 3. 당사자 등의 주장요지

가. 먼저 청구인의 주장요지는 위 선착순 구보 실시 불이행은 항명죄에 해당하지 않는다는 것이다.

(1) 첫째, 항명죄에 있어서의 상관이란 “순정상관”을 말하고 순정상관이란 명령복종 관계에 있는 직속상관을 말하는 바, 청구인은 같은 소대 1분대원인데, 하사 배○열은 같은소대 3분대장이므로 청구인의 직속상관이 아니고 따라서 청구인과 명령복종관계에 있지 않다.

(2) 둘째, 위 배○열의 위 선착순 구보 명령은 상관의 정당한 명령이 아니다. 즉 열차려에 관한 육군 규정에 의하면 열차려는 명령복종 관계에 있는 상관중 지휘관(중대장 이상)만이 할 수 있게 되어 있고, 소대장 이하 분대장 등이 열차려를 실시하려면 그 실시기간 방법, 장소에 관해 지휘관의 사전 승인이 있어야 하며 또 일과시간외의 자유시간에 시행할 수 있는데 승인받은 바 없이 실시하였고, 또 열차려 명령은 일과시간 중에 내려진 것으로서 시간적 요건에도 맞지 않다. 그리고, 특별한 사정이 없는 한 50분 교육을 한 뒤 10분간 휴식을 취하게 되어 있는데 이 사건에 있어 다른 소대는 모두 휴식을 취하고 있는데 휴식시간도 주지 않고 열차려를 시킨다는 것은 정당한 열차려로 볼 수 없다. 한편, 열차려는 규정된 방법만이 허용되고 교육 목적이 아닌 피교육자를 괴롭히기 위한 것이거나 인격적 모욕을 주는 방법은 허용되지 않는 바 위 배○열이 명령한 손등을 지면에 대고 팔굽혀펴기나 한강철교(일명 브릿지) 등의 기합은 위 열차려 규정에 허용된 바 없는 불법적인 가혹행위이고, 위 선착순 구보는 허용되어 있는 열차려 교육이라고 하나, 이는 위와 같이 금지된 방법과 동일기회에 연속적으로 일체로서 이루어진 것으로서 전체적으로 보아 하나의 부당한 가혹행위라 하겠다.

(3) 셋째, 청구인에게는 항명의 고의가 없다. 즉, 청구인은 병장으로서 소대에서 통상 구보에 열외에 서 있는 것이 허용되어 왔었고 이 사건 당시 청구인은 몸이 좋지 않아 잠시 쉬고 싶어 열외에 서 있는 것일 뿐이지 항명의 고의는 없었다.

이상과 같은 이유로 청구인의 위 선착순 구보 명령의 불복종이 항명죄에 해당하지 아니함이 명백하므로 군검찰관으로서 마땅히 무혐의 처분을 해야 함에도 기소유예라는 실질적인 유죄결정을 내림으로써 청구인의 명예를 훼손하고 또한 위 항명사건으로 인하여 입은 청구인의 좌안확반부 출혈상이 청구인의 귀책사유로 인하여 입은 것이라는 이유로 공상처리가 안되어 청구인은 군인연금법상의 상이연금 장애보상 등도 받지 못하였을 뿐만 아니라, 더 나아가 형사재판에서 청구인의 무고함을 적극적으로 입증할 수 있는 기회를 상실하게 되는 등 공권력의 잘못된 행사로 말미암아 청구인의 기본권이 침해되었다는 것이다

나. 피청구인의 답변요지는

(1) 이 사건에 있어 청구인 소속 중대의 총검술교관인 하사 정○철로부터 훈련을 위임받은 하사 조○오가 청구인을 비롯한 소대원들에게 총검술 훈련을 시키다가 이를 다시 하사 배○열에게 위임한 것이므로 이러한 경우에는 배○열하사와 청구인의 사이에는 총검술 교육훈련에 관한 교관과 피교육자의 관계가 성립된다 할 것이고, 따라서 하사 배○열은 청구인과의 관계에서 항명죄에서 말하는 상관이라 할 것이며, 이 사건에서 위 배○열하사가 총검술교육 훈련을 시키다가 소기의 훈련 효과 및 목적달성을 위하여 열차려 명령을 하였다면, 이는 교육훈련과 직접적인 관련이 있는 병력통솔에 관한 사항에 해당하는 정당한 명령이라고 할 것이며, 청구인은 위 명령이 열차려제도에 관한 육군 팜플렛규정을 위배하였다고 하나, 청구인이 말하는 팜플렛은 하급

자에게 소위 “기합”을 주는데 대한 방침을 지시한 것일 뿐 어떤 법적 구속력을 갖는 것은 아니다. 따라서, 위 지침서에서 열차려 시행권자, 시행방법, 종류, 시기 등이 규정되어 있다 하더라도 그 자체가 형벌법규의 직접적인 해석기준이 되는 것은 아니다. 결국 이 사건 선착순 구보의 제재가 가혹행위인지 혹은 불법한 명령인지의 여부는 우리의 건전한 상식과 법감정에 의하여 판단되는 것이지 전적으로 위 팜플렛에 의존하여 판단할 수는 없는 것이다.

그리고 위 선착순 구보가 다른 일련의 제재조치와 함께 이루어졌으므로 이것 역시 가혹행위라고 주장하나 이 사건에서 청구인이 복종하지 아니한 선착순 구보 명령은 위 배○열이 손등대고 팔굽혀펴기, 한강철교 그리고 제1회 선착순 구보 등의 제재조치 이후 거듭 총검술 동작이 맞지 않기 때문에 발한 것이므로 이 사건에서 문제되고 있는 제2의 구보조치가 이들과 시간적으로 근접되어 있다는 이유만으로 위 제재조치를 모두 함께 묶어 이 사건 제2의 구보명령까지 정당하지 않은 명령이라고 볼 수는 없다.

다. 법무부장관의 답변요지는, 군검찰관의 기소유예 처분행위는 일종의 준사법적 확인행위에 불과한 것으로 그 처분행위로 인하여 청구인에게 어떠한 권리, 의무 등이 형성되는 것은 아니고, 가사 청구인에게 이 사건 기소유예 처분으로 어떠한 불이익이 생긴다 하더라도 이는 그 처분으로 인한 일종의 반사적 효과에 불과할 뿐이며, 청구인의 헌법상의 권리가 침해되는 것은 청구인과 위 배○열 등의 행위로 인한 것이므로 결국 군검찰관에 의한 기본권의 침해가 없어 이 사건 기소유예처분은 헌법소원의 대상이 될 수 없는 부적법한 것이다.

나아가 본안에 관한 답변요지는 하사 배○열은 청구인의 상관에 해당하지 않으며, 이 사건 열차려 명령이 정당한 명령이 아니라는 부분에 대한 답변은 피청구인의 답변취지와 같으므로 원용

하는 바로서, 다만 통상 항명의 고의란 상관의 정당한 명령에 복종하지 아니하는 점을 인식하는 정도를 의미하는 것이므로, 자신이 선착순 구보의 열차려 명령을 거부한다는 점을 충분히 인식하였던 청구인에게 이 건 고의가 없는 것이라고 단정할 수는 없다는 것이다.

#### 4. 판단

가. 이 사건 헌법소원의 적법성에 관하여 본다

헌법 제111조 제1항 제5호에서는 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판은 헌법재판소가 관장하고 있으며 헌법재판소법 제68조 제1항 본문에서는 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다” 라고 규정하고 있다.

따라서 군검찰관의 기소유예처분이 위 조항에 규정된 공권력의 행사에 포함되는 것이 명백한 이상 이로 인하여 기본권의 침해가 있는 경우에는 헌법소원 심판의 대상으로 할 수 있다 할 것인 바 원래 검찰관이 하는 기소유예처분이란 공소제기함에 충분한 혐의가 있고 소송조건도 구비되었음에도 불구하고 검찰관이 제반사항을 고려하여 공소를 제기하지 않는다는 내용의 처분인 것으로 범죄혐의가 없음이 명백한 사안을 놓고 자의적이고 타협적으로 기소유예 처분을 했다면 헌법이 금하고 있는 차별적인 공권력의 행사가 되어 그 처분을 받은 자는 헌법 제11조 소정의 평등권의 침해를 이유로 당연히 소원 적격을 갖게 된다고 할 것이다. 나아가 검찰관이 명백한 혐의무 불기소처분을 하여야 할 사안인데도 경솔하게 범죄의 충분한 혐의가 있다고 보아 기소유예처분을 하면 차라리 공소제기되어 헌법 제27조 소정의 재판을 받을 권리의 행사에 의하여 무죄판결을 받아 완전히 범죄의 혐의를 벗고 그 혐

의 사실에 대해서는 수사당국으로 하여금 앞으로 재론 못하게 하는 길만 막아버리는 결과가 되어 공소를 제기한 것보다 더 불리할 수 있으며, 더 나아가 보면 공소제기에 충분한 혐의가 있다고 인정한 기소유예처분이 유죄판결에 준하는 취급을 받아 법률적, 사실적 측면에서 사회생활에 유형, 무형의 불이익과 불편을 주는 것이 실상이라면 어느모로 보아도 혐의없고 무고함에 의심없는 사안에 대해 군검찰관이 자의로 기소유예처분에 이른 것은 헌법 제10조 소정의 행복추구권을 침해한 것으로 봄이 상당할 것이다. 따라서 헌법상의 어느 기본권도 침해없음을 전제로 이 사건 심판청구가 부적법하다는 피청구인측의 주장은 그 이유없다.

나. 이에 이 사건 본안에 관하여 살펴본다

군형법 제44조에 의하면 “상관의 정당한 명령에 반항하거나 복종하지 아니한 자는…… 처벌한다” 고 규정되어 있는 바, 과연 이 사건에 있어서 하사 배○열이 청구인에 대하여 발한 일차려 명령이 상관으로서 정당한 명령인가를 본다.

(1) 우선, 위 배○열이 청구인에 대하여 일차려의 명령권을 가진 상관인가를 검토하여 보건대, 이 사건에 있어서 하명자인 하사 배○열은 육군 보병 제2사단 제3대대 제9중대 제3소대 제3분대장임은 앞서 인정한 바인데, 그 지휘권의 당연한 내용으로서 자신의 지휘하에 있는 소속분대원들에 대하여서는 직무상의 포괄적인 명령권을 가진다고 할 것이지만, 자신과는 다른 동 소대 제1분대 소속 대원인 청구인에 대하여는 이러한 포괄적인 명령권을 당연히 갖고 있을 관계가 아니다. 다만 앞서 본 바와 같이 중대 총검술교관인 하사 정○철에 의하여 소속대원들의 총검술교육 실시에 관한 명령권이 일단 하사 조○오에게 위임되었다가 위 조○오에 의하여 다시 위 배○열에게 재위임되었다면 총검술교육 훈련에 관한 한도내에서는 비록 자신의 분대원이 아니

더라도 청구인을 비롯한 소대원 전체에 대한 상관의 지위에 서게 된다고 할 것이나, 그렇다고 얼차려 교육실시에까지 당연히 확대되어 이들에 대한 명령을 발할 지위에 있다고는 할 수 없다. 더구나 위에서 본바, 얼차려 규정에 의하면 얼차려 실시권이 하사관에게 당연히 귀속되는 권한도 아니고 반드시 그 실시기간 및 장소, 방법에 관하여 결재권자의 승인을 요하게 되어 있는데 하사 배○열에게 총검술교육 실시에 관한 권한을 위임했던 하사 정○철, 조○오가 얼차려 실시에 관하여 미리 결재권자의 승인을 받아두었다는 특단의 사정도 발견되지 아니하는 터이므로 위 배○열의 명령권은 그 위임받은 총검술실시의 범위내에 한정될 수 밖에 없을 것이고, 얼차려 교육 권한까지 확대될 성질이 될 수 없을 것이다.

(2) 다음 이 사건 얼차려 교육 명령 자체가 정당한 명령이라고 평가될 수 있는가를 살펴본다.

육군참모총장의 명령으로 육군 예하 부대에 하달된 1985.9.4.자 구타근절 종합대책의 일환인 구타직전 보고제도, 육군 일반명령 제37호 구타행위 엄금 수정내용 및 얼차려 수정 보완 내용과 1987.10.30.자 육군 본부에서 초급장교용으로 만들어진 얼차려 시행에 관한 육군 본부 팜플렛 850-71(구타 지침서)등을 종합하면 얼차려 교육은 “법적 제재조치 이전에 정신적, 육체적 특수훈련을 가하여 해이되고 이완된 군인정신을 바로 잡아 잘못을 스스로 깨우치게 하는데” 그 목적을 두고 있어 총검술교육 훈련 목적과는 그 목적을 달리하고 있고, 그 구체적 방침으로 집행권자를 명확히 임명하여 집행하며 얼차려의 방법을 변형하여 악용하는 것을 금지하고 얼차려에 규정된 종목 이외의 변칙적용은 구타 및 가혹행위로 간주한다고 되어 있다. 이에 따른 세부지침으로 중대장급 이상의 지휘관 및 대위급 이상 장교만이 결재없이 얼차려 교육을

시행할 수 있고 모든 소대장 이하 분대장등은 병사에 대하여 일차려를 실시하려면 반드시 일차려의 실시시간 및 장소, 방법등에 관하여 결재권자의 승인 후에 실시하도록 되어 있으며, 집행시기도 일과시간 내의 개인 자유시간이나 일과시간 외의 개인 자유시간으로 제한되어 있다. 그렇다면 하사 배○열이 결재권자의 승인을 받지 않은 채, 더구나 총검술교육 실시를 하던 일과시간으로서 개인 자유시간이 아닌 때에 청구인에 대하여 일차려 명령을 하였다면 이는 적법절차를 무시한 명령으로서 결코 상관의 정당한 명령이 될 수 없다 할 것이다.

나아가 이 사건 일차려 명령의 내용을 검토하여 본다면

위의 구타근절 종합대책 및 이에 첨부된 구타직전 보고제도 육군 일반명령 제37호 구타행위 엄금 수정 보완 내용 및 일차려 수정 보완내용과 위 육군 팜플렛의 규정 내용등을 종합하면, 일차려 교육은 규정된 방법만이 허용된다 하겠는데 여기서는 위 제재조치 중 오로지 구보만이 허용되어 있다 하겠고, 여기서도 필히 지휘자가 선두에 서야 할 뿐만 아니라 선착순 구보는 비효과적인 것임을 밝히고 있다. 그렇다면 이 사건에서 하사 배○열이 위 총검술교육 중 동작이 일치하지 않는다는 이유로 소대원을 상대로하여 손등을 지면에 대고 팔굽혀펴기 그리고 속칭 한강철교 등의 일차려에 규정되지 않은 제재행위를 약 5분내지 10분 정도 시킨 다음 약 40내지 50미터 정도 떨어진 곳을 왕복하게 하는 이른바 선착순 구보를 2회에 걸쳐 명령하고 자신이 선두에 섰다고 인정할 자료가 없는 사안이라면 전체적으로 볼 때 그 내용에 있어서 정당한 일차려가 아닌 가혹행위에 해당된다고 볼 것이고, 그 중 마지막 선착순 구보만을 떼어내어 정당한 일차려 교육의 범주에 든다고 할 수는 없다 할 것이다.

(3) 그렇다면 위 배○열의 이 사건 일차려 명령은 상관으

로서 권한내의 명령이 아닐 뿐더러, 적법절차를 무시한 무권한의 것이며, 그 내용에 있어서도 가혹한 행위에 해당되어 항명죄의 객체인 상관의 정당한 명령이 될 수 없음이 명백하여 청구인에 대하여 어느모로 보아도 항명죄의 혐의를 인정해서는 안될 사안이라고 할 것이다

헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정하고 있고, 대통령령인 군인복무규율 제34조, 제35조에 의하면 군인은 직권을 남용하거나 사적 제재를 가하여서는 안되도록 하였는 바 이와 같은 기본적 인권 보장의 헌법정신과 군인복무규율상의 규정에 입각하여 군인의 기본적 인권을 존중하고 군의 특수사정만 내세워 합리화하여 오던 전근대적 구타의 폐습을 지양함으로써 군을 민주화 내지 근대화하여 국민의 신뢰를 받는 군의 새로운 위상정립의 의지로서 일찍이 구타 및 가혹행위를 근절하기위한 1979. 육군 일반 명령 제37호가 발하여 졌고, 앞서 본 바와 같이 1985.9.4.에도 육군참모총장이 구타근절 종합대책을 세우고 육군 일반명령 제37호 구타행위 엄금 수정 보완 내용 및 일차려 수정 보완 내용의 규정을 만들어 이를 준수할 것을 예하 부대에 명령하고 1985,1987년에는 위 내용을 구타지침서라는 팜플렛에 담아 초급장교용으로 각 예하부대에 하달하여 거듭 이를 준수토록 한 것이다 그렇다면 인간으로서의 존엄과 가치존중의 헌법정신과 군인복무규율상의 규정은 차치하고라도, 구타와 가혹행위 근절을 통한 군의 민주화를 위한 군내부의 훈령이라고 볼 위 관계규정에 비추어 일견 보아도 군기율을 근본적으로 어긴 위법한 무권한의 명령이고 실질적인 가혹행위를 검찰관이 단순히 군상사의 명령이라는 이유만으로 항명죄의 객체인 정당한 명령으로 단

정한 끝에 항명죄까지 성립한다고 보고(징계사유의 해당 여부는 별론일 것이다) 이 사건 처분에 이르렀으니 적어도 자의금지의 원칙을 위배한 처분으로 말미암아 청구인에 대한 평등권이 침해되었음에 틀림없으며 이에 의하여 부당하게 행복추구권이 침해되었다고 할 것이다

5. 결론

따라서 청구인의 이 사건 심판청구는 그 이유있어 피청구인의 청구인에 대한 이 사건 기소유예처분을 취소하기로 하고 헌법재판소법 제75조 제2항, 제3항에 의하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 관여재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다

1989. 10. 27.

재판장 재판관 조규광  
재판관 이성렬  
재판관 변정수  
재판관 김진우  
재판관 한병채  
재판관 이시윤  
재판관 최광률  
재판관 김양균  
재판관 김문희

## 사회안전법에 관한 헌법소원

(1989. 10. 27. 89헌마105,125,126(병합) 전원재판부)  
[판례집 1권, 322~328]

[관시사항]

보안처분(保安處分)을 받은 자(者)의 사회안전법(社會安全法)에 대한 헌법소원(憲法訴願)의 적법여부(適法與否)

[결정요지]

법률(法律)에 대하여 바로 헌법소원심판(憲法訴願審判)을 청구(請求)하려면 직접 당해(當該) 법률(法律)에 의해 권리침해(權利侵害)를 받아야만 하므로 청구인(請求人)들이 현재 사회안전법(社會安全法) 소정의 보안처분(保安處分)을 받고 있다고 하더라도 그것은 법무부장관(法務部長官)의 보안처분결정(保安處分決定)에 의한 것이므로 사회안전법(社會安全法)에 의한 권리침해(權利侵害)의 직접성을 갖추었다고 할 수 없어 부적법(不適法)하다.

청구인 한○열 외 54인

대리인 변호사 조준희 외 7인

피청구인 법무부장관

[참조조문]

헌법(憲法) 제 111조 제 1항 제 5호

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제 68조 제 1항

사회안전법(社會安全法)

[주 문]

이 사건 심판청구를 각하한다.

[이 유]

1. 심판청구 이유의 요지

가. 사회안전법에 대한 헌법소원에 관하여는 첫째, 사회안전법(1975.7.16. 법률 제2769호 제정, 1980.12.31. 법률 제3318호 개정, 1987.12.4. 법률 제3993호 개정)은 제3조에서 보호관찰처분, 주거제한처분, 보안감호처분 등 3종류의 보안처분을 규정하고 있는데, 보안감호처분은 그 처분을 받은 자를 일정한 장소에 수용하여 교화, 감호하도록 하고 있어(제6조 제2항) 인신구금을 그 내용으로 하고 있다. 또한 주거제한처분은 그 처분을 받은 자로 하여금 일정한 주거지역에서만 거주하게 하며 그 주거이외의 지역을 출입할 때는 관할경찰서장의 허가를 받도록 하고 있고(제5조 제2,3,4항), 보호관찰처분은 그 처분을 받은 자로 하여금 대통령령이 정하는 바에 따라 각종 사항을 신고토록 하고 관할경찰서장이 피보호관찰자의 동태를 관찰하도록 하고 있어(제4조 제2항) 각각 헌법상 보장되는 신체의 자유, 거주이전의 자유, 사생활의 비밀을 보장받을 자유, 통신의 자유 등을 침해한다는 점에서 일반 형벌과 같다.

그런데 사회안전법은 보안처분의 요건으로서 “죄를 다시 범할 위험성”을 규정하고 있으나 이에 대한 판단규정을 두고 있지 아니하여 죄형법정주의의 내용인 명확성의 원칙에 위배되고, 사회안전법 시행이전에 보안처분 대상범죄로 금고이상의 형의 선고를 받고 그 집행을 받은 사실이 있는 자에게도 적용되고 있으므로 헌법상 보장되는 형벌불소급의 원칙과 일사부재리의 원칙에 위배되고, 보안처분의 기간이 특정되지 아니하고 법무부장관이 그 기간을 갱신할 수 있도록 하고 있어(제8조) 절대적 부정기형의 금지원칙에 위배되며, 신체의 자유를 제한하는 경우에 인정되는 진술거부권, 영장제도, 변호인 선임권, 구속적부심사청구권 등을 인

정치 않음으로써 절차적 보장 규정을 위배하고 있어 사회안전법은 위헌 법률이다.

둘째, 사회안전법은 사법기관이 아닌 법무부장관이 보안처분 심의 위원회의 의결을 거쳐 보안처분을 할 수 있도록 규정하여 행정기관으로 하여금 신체의 자유를 제한하는 처분을 할 수 있게 함으로써 국민의 법관에 의한 재판받을 권리를 침해하고 있다.

셋째, 사회안전법은 새로운 범죄행위를 요건으로 하지 않고 재범의 위험성만으로 보안처분을 할 수 있도록 규정한 결과, 그 위험성의 경중에 따라 보안처분을 부과하면서도 실제로는 “전향에 따른 반공정신의 확립 여부”를 서술하는 “전향서”에 의하여 위험성을 판단하고 있으므로 이러한 “전향서” 제도는 바로 양심의 자유를 본질적으로 침해하는 것이 된다.

넷째, 사회안전법은 책임능력자에 대하여 그의 내면의 사상을 이유로 아무런 절차적 공정성의 담보없이 헌법상의 제 기본권을 무기한 박탈 내지 제한함으로써 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 유린하고 내면적 사상에 의한 차별대우를 규정하고 있어 헌법 제11조의 평등권에도 위배된다.

나. 법무부장관의 보안처분결정에 대한 헌법소원에 관하여는 법무부장관은 위헌인 사회안전법을 적용하여 청구인 한○열, 동 권○기, 동 윤○남, 동 전○, 동 강○근, 동 이○근, 동 고○인, 동 유○형, 동 정○철, 동 김○승, 동 황○갑, 동 임○규, 동 윤○보, 동 김○중, 동 함○환, 동 김○달, 동 배○준, 동 김○규, 동 김○홍, 동 김○해, 동 이○선, 동 이○균, 동 한○익, 동 이○균, 동 금○성, 동 안○숙, 동 김○수, 동 김○준, 동 최○규, 동 신○수, 동 최○식, 동 전○기, 동 김○섭, 동 김○만에 대하여는 보안감호처분을, 동 신○철, 동 서○식, 동 강○진, 동 이○희, 동 이○모, 동 이○경, 동 김○삼, 동 이○, 동 송

○영에 대하여는 주거제한처분을, 동 이○림, 동 김○권, 동 김○순, 동 김○옥, 동 박○애, 동 이○식 동 민○숙, 동 박○환, 동 전○일, 동 강○준, 동 김○한, 동 한상○에 대하여는 보호관찰처분을 함으로써 헌법이 보장한 신체의 자유, 재판받을 권리, 양심의 자유, 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 평등권 등의 기본권을 침해하였다

## 2. 법무부장관의 의견 및 답변요지

첫째, 이 사건 심판청구의 대상인 사회안전법은 1989.6.16. 보안관찰법으로 명칭을 바꾸고 그 법의 주요내용인 보안감호처분, 주거제한처분, 보호관찰처분도 모두 폐지하며, 그 요건을 중전의 보안처분보다 엄격하게 규정하고 내용도 피보안관찰자의 재범 방지와 사회복귀를 위한 특별배려를 위주로 하는 새로운 보안관찰처분을 신설하는 내용으로 개정되었다.

그러므로 이 사건 심판청구 대상인 사회안전법은 폐지되었으므로 이 건 심판청구는 부적법하며, 둘째, 청구인 중 이○희, 이○경, 송○영, 김○일, 김○한, 한○방은 각각 보안처분을 받은 사실이 없는 자들이므로 공권력의 행사로 인한 기본권을 침해받은 사실이 없으며 나머지 청구인들은 모두 헌법소원을 청구할 기간을 도과하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였으므로 이 사건 심판청구는 모두 부적법하다는 것이다.

## 3. 사회안전법에 대한 헌법소원의 판단

법률에 대하여 바로 헌법소원을 제기하려면 우선 청구인 스스로가 당해 규정에 관련되어야 하고, 당해 규정에 의해 현재 권리침해를 받아야 할 뿐만 아니라 직접 당해 법률에 의해 권리침해를 받아야만 한다는 것을 그 요건으로 한다.

그런데 사회안전법은 보안처분으로서 보호관찰처분, 주거제한처분, 보안감호처분 등 3종류를 규정하고 있지만(제3조) 이러한

처분을 하기 위해서는 검사가 보안청구를 필요로 하는 자료를 조사하여 (제10조 제1항) 보안처분 청구서를 법무부장관에게 제출하여 보안처분을 청구하여야 하고(제13조, 제12조) 보안처분위원회의 의결을 거쳐 법무부장관이 처분을 결정하여야 한다(제17조). 그리고 법무부장관은 검사가 청구하고 보안처분위원회가 의결한대로 반드시 결정해야 하는 것은 아니고 보안처분대상자에게 유리한 결정은 위 의결과 달리할 수 있으며 (제17조 제2항 후문) 보안처분대상자라도 일정한 요건을 갖춘 경우에는 보안처분을 하지 아니하는 결정을 할 수도 있다(제7조 제1항). 즉 피보안처분 대상자라 할지라도 법무부장관의 구체적 보안처분결정에 의해서 비로소 보안처분을 받게 될 뿐만 아니라 그 보안처분결정도 기속행위가 아님을 알 수 있다.

따라서 청구인들 스스로가 사회안전법에 의한 보안처분을 받은 결과 현재 보안관찰처분을 받고 있다고 하더라도(다만 다음에 보는 바와 같이 청구인 이○희, 동 이○경, 동 송○영, 동 김○일, 동 김○한, 동 한○방은 보안처분을 받은 사실도 없고, 동 김○권, 동 김○순, 동 민○숙, 동 박○준은 보안처분을 종료하였거나 개정된 보안관찰법상 보안관찰대상자가 아니므로 현재 보안처분을 받고 있지 아니하다) 그것은 법무부장관의 보안처분결정에 의한 것이므로 권리침해의 직접성을 갖추었다고 할 수 없다.

#### 4. 보안처분결정에 대한 헌법소원의 판단

청구인들은 주로 사회안전법의 위헌성을 주장하고 있으나 부수적으로 위헌인 동법을 적용하여 보안처분을 한 법무부장관의 처분에 의해 기본권을 침해받았다고 주장하고 있으므로 이에 대해 살펴본다

본건 기록에 편철된 법무부장관의 사실조회 회시의 기재에 의하면 청구인 이○희, 동 이○경, 동 송○영, 동 김○일, 동 김

○한, 동 한○방은 보안처분을 받은 사실이 없음이 인정되는 바 위 청구인들에 대해서는 권리침해의 공권력 행사가 있음을 전제로 하는 헌법소원 심판제기 자격이 없다 할 것이다. 또한 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면 헌법소원 심판은 다른 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친후가 아니면 청구할 수가 없게 되어 있는 바, 기록상 청구인 한○열, 동 권○기, 동 윤○남, 동 이○모, 동 김○삼, 동 이 ○, 동 이○림, 동 이○식, 동 김○옥, 동 박○애, 동 강○준, 동 전 ○, 동 강○근, 동 이○근, 동 고○인, 동 유○형, 동 정대철, 동 황○갑, 동 임○규, 동 윤○보, 동 김○종, 동 김○달, 동 김○규, 동 김○홍, 동 김○태, 동 이래선, 동 이○균, 동 한○익, 동 안○숙, 동 김○수, 동 송○준, 동 신○수, 동 최○식, 동 전○기, 동 김○만, 동 민○숙, 동 박○준, 동 김○권, 동 김○순은 법무부장관의 보안감호처분 또는 기간갱신 결정을 받고 이에 대한 구제절차를 거쳤다고 볼 아무런 자료가 없고, 동 신○철은 1988.11.24. 법무부장관의 주거제한처분으로의 종류변경처분을 받았고, 동 서○식은 1988.5.24. 법무부장관의 주거제한처분으로의 종류변경처분을 받았으며, 동 강○건은 1989.1.26. 법무부장관의 주거제한 기간갱신처분을 받았으며, 동 김○승은 1988.3.24. 동 배○준은 1988.9.29. 동 함○환, 동 이○균, 동 금○성, 동 최○규, 동 김○섭은 각 1987.7.22. 각 법무부장관의 보안감호처분의 기간갱신처분을 받았음에도 이에 대한 구제절차를 거쳤음을 인정할 자료가 없어 이 사건 심판청구는 어느 경우에도 부적법하다고 할 것이다.

또한 권리구제절차를 거치지 아니할 경우라고 볼 특단의 사유도 찾아볼 수 없다.

##### 5. 결론

그렇다면 사회안전법에 대한 헌법소원은 이 법에 의한 권리침해

해가 직접성을 갖추지 못하였기 때문에 부적법하고, 나아가 법무부장관의 보안처분에 대한 헌법소원도 제소자격이 없는 사람이 하였거나 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 규정한 절차를 거치지 아니한 부적법한 것이므로 관여 재판관의 일치된 의견에 따라 주문과 같이 결정한다

1989. 10. 27

재판장 재판관 조규광  
재판관 이성렬  
재판관 변정수  
재판관 김진우  
재판관 한병채  
재판관 이시윤  
재판관 최광률  
재판관 김양균  
재판관 김문희

## 辯護士法 第10條 第2項에 대한 違憲審判

(1989. 11. 20. 89헌가102 全員裁判部)

[판례집 1권, 329~342]

[판시사항]

변호사법(辯護士法) 제10조 제2항, 제3항의 위헌여부(違憲與否)

[결정요지]

1. 변호사법(辯護士法) 제10조 제2항은 직업선택(職業選擇)의 자유(自由)를 제한(制限)함에 있어서 비례(比例)의 원칙(原則)에 벗어난 것이고, 합리적(合理的)인 이유(理由)없이 변호사(辯護士)로 개업(開業)하고자 하는 공무원(公務員)을 차별하고 있으며, 병역의무(兵役義務)의 이행(履行)을 위하여 군법무관(軍法務官)으로 복무(服務)한 후 개업(開業)하는 경우에는 병역의무(兵役義務)의 이행(履行)으로 불이익(不利益)한 처우(處遇)를 받게 되어 헌법(憲法) 제11조 제1항, 제15조, 제37조 제2항, 제39조 제2항에 각 위반(違反)된다.

2. 변호사법(辯護士法) 제10조 제3항은 독립(獨立)하여 존속할 의의가 없으므로 같은 법조(法條) 제2항과 아울러 헌법(憲法) 위반(違反)으로 인정(認定)된다.

제청법원 서울고등법원(1989.7.18. 89카323 위헌여부 심판제청)

제청신청인 오○호

[참조조문]

헌법(憲法) 제11조 제1항, 제15조, 제37조 제2항, 제39조 제2항  
변호사법(辯護士法) 제4조 (변호사(辯護士)의 자격(資格)) 대한민국국민(大韓民國國民)으로서 다음 각호(各號)의 1에 해당하는 자(者)는 변호사(辯護士)의 자격(資格)이 있다.

1. 사법시험(司法試驗)에 합격(合格)하여 사법연수원(司法研修院)의 소정과정(所定課程)을 마친 자(者)

## 2. 판사(判事) 또는 검사(檢事)의 자격(資格)이 있는 자(者)

변호사법(辯護士法) 제7조 (자격등록(資格登錄))

① 변호사(辯護士)로서 개업(開業)을 하고자 할 때에는 대한변호사협회(大韓辯護士協會)에 등록(登錄)을 하여야 한다.

② 제1항의 등록(登錄)을 하고자 하는 자(者)는 입회(入會)하고자 하는 지방변호사회(地方辯護士會)를 거쳐 등록신청(登錄申請)을 하여야 한다.

③ 지방변호사회(地方辯護士會)가 제2항의 신청(申請)을 받은 경우에는 당해 변호사(辯護士)의 자격유무(資格有無)에 관한 의견서(意見書)를 첨부할 수 있다.

④ 대한변호사협회(大韓辯護士協會)가 제2항의 등록신청(登錄申請)을 받은 때에는 지체(遲滯)없이 변호사명부(辯護士名簿)에 등록(登錄)하고 그 사실(事實)을 신청인(申請人)에게 통지하여야 한다.

변호사법(辯護士法) 제8조 (등록거부(登錄拒否)) ① 대한변호사협회(大韓辯護士協會)는 등록(登錄)을 신청(申請)한 자(者)가 제4조의 규정(規定)에 의한 변호사(辯護士)의 자격(資格)이 없거나 제5조의 규정(規定)에 의한 결격사유(缺格事由)에 해당한다고 인정할 때에는 이사회(理事會)의 결의(決議)를 거쳐 등록(登錄)을 거부(拒否)할 수 있다. 이 경우에는 지체(遲滯)없이 그 사유(事由)를 명시(明示)하여 신청인(申請人)에게 통지하여야 한다.

② 대한변호사협회(大韓辯護士協會)가 제7조 제2항의 신청(申請)을 받은 날로부터 3월(月)이 경과하여도 등록(登錄)을 하지 아니하는 때에는 등록(登錄)을 거부(拒否)한 것으로 본다.

③ 제1항 또는 제2항의 규정(規定)에 의하여 등록(登錄)이 거부(拒否)된 자(者)는 제1항의 통지를 받은 날 또는 제2항의 기간(期間)이 경과한 날로부터 3월(月)이내에 등록거부(登錄拒否)에 관하여 부당한 이유를 소명(疎明)하여 법무부장관(法務部長官)에게 이의신청(異議申請)을 할 수 있다.

④ 법무부장관(法務部長官)은 제3항의 이의신청(異議申請)이 이유 있다고 인정할 때에는 대한변호사협회(大韓辯護士協會)에 대하여 당해 변호사(辯護士)의 등록(登錄)을 명(命)하여야 한다.

변호사법(辯護士法) 제10조 (개업신고(開業申告)등) ① 변호사(辯護士)가 개업(開業)하거나 법률사무소(法律事務所)를 이전(移轉)한 때에는 지체(遲滯)없이 소속 지방변호사회(地方辯護士會) 및 대한변호사협회(大韓辯護士協會)에 이를 신고(申告)하여야 한다.

② 판사(判事)· 검사(檢事)· 군법무관(軍法務官) 또는 변호사(辯護士)의 자격(資格)이 있는 경찰공무원(警察公務員)으로서 판사(判事)· 검사(檢事)· 군법무관(軍法務官) 또는 경찰공무원(警察公務員)의 재직(在職)기간(期間)이 통산하여 15년(年)에 달하지 아니한 자(者)는 변호사(辯護士)의 개업신고(開業申告)전 2년(年)이내의 근무지(勤務地)가 속하는 지방법원(地方法院)의 관할구역(管轄區域) 안에서는 퇴직(退職)한 날로부터 3년간(年間) 개업(開業)할 수 없다. 다만, 정년(停年)으로 퇴직(退職)하거나 대법원장(大法院長) 또는 대법관(大法官)이 퇴직(退職)하는 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 제2항의 지방법원(地方法院)의 관할구역(管轄區域)은 각급법원(各級法院)의 설치(設置)와 관할구역(管轄區域)에 관한 법률(法律) 제4조의 규정(規定)에 불구하고 그 지방법원(地方法院)에 설치(設置)된 각 지원(支院)의 관할구역(管轄區域)을 포함한다.

[주 문]

변호사법(1982.12.31. 법률 제3594호 전문개정, 1987.12.4. 법률 제 3992호 개정) 제10조 제2항, 제3항은 헌법에 위반된다.

[이 유]

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

이 사건 위헌심판의 제청신청인은 1983년 사법시험에 합격하고 1985.12.31. 사법연수원을 수료하여 변호사의 자격을 취득한 후 군법무관으로 육군에 입대하여 1989.1.31. 병역의무를 마치고 전역하였다.

제청신청인은 1989.2. 서울지방변호사회를 경유하여 대한변호사협회에 변호사자격등록신청과 개업신고를 하였으나, 대한변호사협회는 제청신청인이 그 개업신고전 2년이내에 서울지방법원의 관할구역안에 소재하는 육군본부 법무감실에서 송무장교로 근무한 사실을 들어 1989.3.경 변호사법(이하 법이라 한다) 제10조 제2항에 의하여 그 등록 및 신청을 거부하였다.

이에 제청신청인은 대한변호사협회를 상대로 서울민사지방법원에 변호사자격등록이행청구의 소를 제기하였다가 각하되자 다시 서울고등법원에 항소하였는데, 서울고등법원은 1989.7.18. 헌법재판소법 제41조 제1항에 따라 법 제10조 제2항의 위헌여부에 대한 심판을 제청하였다

나. 심판의 대상

이 사건 위헌법률심판의 대상은 개업지에 대한 제한을 규정한 법 제10조 제2항(1982.12.31. 법률 제3594호)으로서 그 내용은 다음과 같다.  
“판사·검사·군법무관 또는 변호사의 자격이 있는 경찰공무원으로서 판사·검사·군법무관 또는 경찰공무원의 재직기

간이 통산하여 15년에 달하지 아니한 자는 변호사의 개업신고전 2년이  
내의 근무지가 속하는 지방법원의 관할구역안에서는 퇴직한 날로부터3  
년간 개업할 수 없다. 다만, 정년으로 퇴직하거나 대법원장 또는 대법관  
(1987.12.4. 법률 제3992호, 종전의 대법원판사를 대법관으로 개정이 퇴  
직하는 경우에는 그러하지 아니하다”

아울러 법 제10조 제3항은 “제2항의 지방법원의 관할구역은 각급  
법원의 설치와 관할구역에 관한 법률 제4조의 규정에 불구하고 그 지방법원  
에 설치된 각 지원의 관할구역을 포함한다” 라고 규정하고 있다.

## 2. 위헌심판의 제청이유와 관계인의 의견

### 가. 제청법원의 제청이유의 요지

제청법원은 법 제10조 제2항이 아래의 이유로 헌법에 위반된다는  
의심이 있다하여 이 사건 위헌심판을 제청하였다

(1) 변호사로서의 개업지를 제한하는 법 제10조 제2항 본문은 개  
업지를 제한함으로써 결과적으로 업무의 편의를 위한 거주나 장소이동  
의 자유를 제한하게 되어 거주이전의 자유를 규정한 헌법 제4조에 위  
반된다.

(2) 법 제10조 제2항은 개업을 희망하는 그 조항 소정의 변호사로  
하여금 원하는 곳에서의 개업을 금지하고 원하지 않는 곳에서의 개업을  
강제함으로써 업무수행장소의 선택을 제한하는 결과가 되어 직업선택의  
자유를 규정한 헌법 제15조에 위반된다.

(3) 변호사 이외의 다른 전문직에 관하여는 개업을 제한하는 법률  
규정이 없음에도 불구하고 오직 변호사에 대해서만 법 제10조 제2항이  
개업장소나 시기에 대한 제한을 하고 있을 뿐 아니라 그러한 제한을  
규정하면서도 법 제10조 제2항 본문은 법조경력 15년 이상인 경우에  
는 그 제한을 배제하고 있고, 그 단서에서는 정년으로 퇴직하는 경우  
등에도 그러한 제한을 두지 아

니하여 아무런 합리적 근거없이 개업대상자에 따라 변호사 개업장소의 제한에 차별을 두고 있어 위 법률의 조항은 모든 국민의 법 앞에서의 평등을 규정한 헌법 제11조에 위반된다.

(4) 제청신청인과 같이 병역의무의 이행을 위하여 군법무관으로 임용되어 근무한 경우에는 본인의 의사에 의하여 판사나 검사로 근무한 경우와는 달리 임용 여부나 근무지가 본인의 의사와는 관계없이 결정된다. 그런데도 그 근무지에 따라 변호사로서의 개업에 제한을 받게 된다면 이는 사범연수원을 수료하고 병역의무의 이행없이 변호사로서 개업하는 경우 임의로 개업지를 선택할 수 있는 점에 비추어 병역의무의 이행으로 인하여 불이익한 처우를 받는 결과가 된다 할 것이다. 따라서 법 제10조 제2항이 개업지의 제한 대상자에 군법무관을 포함한 것은 헌법 제39조 제2항에 위반된다.

#### 나. 제청신청인의 주장

(1) 법 제10조 제2항은 퇴직하여 변호사로 개업하고자 하는 판사·검사·군법무관 등으로 하여금 자신의 근무지를 변호사로서의 직무를 행하는 생활근거지로 삼을 수 없게 함으로써 사실상 퇴직한 지역에 대하여 3년간 거주이전의 자유를 제한하는 것이다

(2) 판사·검사·군법무관 등이 자신의 생활근거지에서 개업하여 변호사로서 활동하지 못하고, 자신과는 아무런 연고가 없는 지역에서 개업하여야 한다는 것은 그들로 하여금 개업을 할 수 없도록 심리적 압박을 가하는 것으로서 헌법이 보장하는 직업선택의 자유를 침해하는 것이다.

(3) 다른 어떠한 전문직도 법률상 개업지의 제한을 받지 않는 점에 비하여 변호사만 개업지의 제한을 받는다는 것은 변호사라는 사회적 신분에 의하여 차별을 받는 셈이 될 뿐 아니라, 장

기근속자일수록 개업후 동료들이 취급하는 업무에 정실의 영향을 미칠 가능성이 더 높을 것임에도 불구하고 법 제10조 제2항은 아무런 합리적 이유없이 15년이상의 근속자를 그 개업지 제한규정의 적용대상에서 제외함으로써 헌법상의 평등규정을 위반한 것이다

(4) 병역의무를 이행하기 위하여 군법무관으로 복무한 경우 그 임용 및 근무지의 결정은 본인의 의사와 관계없이 결정되는 것이므로 군법무관 제대자는 사법연수원을 수료하기전에 병역의무를 필하였거나 병역의무를 면제받고 변호사를 개업하는 경우에 비하여 개업지제한의 현저한 불이익을 입는 결과가 된다. 따라서 법 제10조 제2항은 병역의무의 이행으로 인하여 불이익한 처우를 받지 않도록 규정한 헌법 제9조 제2항에 위반된다.

다. 대한변호사협회의 의견

(1) 법 제10조 제2항이 일정한 경우 변호사의 개업을 제한하는 것은 정실개입방지를 위한 것으로 보이나, 판사·검사·군법무관·변호사의 자격이 있는 경찰공무원이 그 직무를 수행함에 있어 정실의 영향을 받을 것인지는 개인의 양식에 관한 문제일 뿐이고, 관계 공무원으로서의 재직기간이 통산하여 15년에 달하는지의 여부가 개업신고전 2년이내의 근무지 공무원이 직무를 수행함에 있어 정실의 영향을 받게 될 것인지를 가늠하는 합리적인 근거가 될 수 없으며, 전보되자마자 사직하여 새 근무지의 공무원과는 친분관계가 없어 정실개입의 여지가 없음에도 개업이 제한되는 불합리한 경우도 예상될 수 있다. 또한 개업이 제한된다 하더라도 개업이 금지된 곳에 소재하는 관서의 사건을 취급할 수 없게 되는 것은 아니므로 이로써 정실을 배제하는 효과가 있다고 단정할 수도 없다. 따라서 법 제10조 제2항은 헌법상 직업선택의 자유를 합리적 이유없이 제한하는 위헌적인 규정이다

(2) 변리사나 세무사 등 유사한 개인사업자들에 대하여는 개업지를 제한하는 규정이 없는 점등으로 미루어볼 때 법 제10조 제2항은 헌법상 평등의 원칙에 위반된다

라. 법무부장관의 의견

법 제10조 제2항은 증견판사 및 검사의 확보와 정실개입에 의한 법조윤리의 침해방지라는 공공복리의 목적을 달성하기 위하여 제정된 법률조항이므로 헌법에 위반되지 아니한다

3. 위헌여부의 판단

가. 법 제10조 제2항의 내용과 기본권제한의 한계

(1) 변호사는 대한민국 국민으로서 사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정과정을 마치거나 판사 또는 검사의 자격이 있는 자에게 그 자격이 인정된다(법 제4조). 이러한 자격을 갖춘 변호사가 개업을 하고자 할 때에는 대한변호사협회에 등록을 하여야 하고(법 제7조 제1항), 그 등록을 하고자 하는 자는 입회하고자 하는 지방변호사회를 거쳐 등록신청을 하여야 한다(법 제7조 제2항). 대한변호사협회는 등록을 신청한 자가 법 제4조 소정의 자격이 없거나 일정한 처벌전력 탄핵이나 징계처분을 받은 사실, 금지산자, 한정치산자 또는 파산자 등 법 제5조의 규정에 의한 결격사유에 해당한다고 인정할 때에는 이사회 의 결의를 거쳐 등록을 거부할 수 있고(법 제8조 제1항 전문), 대한변호사협회가 법 제7조 제2항의 신청을 받은날로부터 3월이 경과하여도 등록을 하지 아니하는 때에는 등록을 거부한 것으로 본다(법 제8조 제2항). 이와같이 등록이 거부된 자는 그 거부의 통지를 받거나 법 제8조 제2항의 기간이 경과한 날로부터 3월이내에 등록거부에 관하여 부당한 이유를 소명하여 법무부장관에게 이의신청을 할 수 있으며(법 제8조 제3항), 법무부장관은 그 이의신청이 이유있다고 인정할 때에는 대한변호사협회에 대하여 당해 변호사의 등록을 명

하여야 한다(법 제8조 제4항).

변호사가 개업하거나 법률사무소를 이전한 때에는 지체없이 소속 지방변호사회 및 대한변호사협회에 이를 신고하여야 하는(법 제10조 제1항), 다만 이 사건 위헌심판의 대상인 법 제10조 제2항은 위 “1의 나”에서 본 바와 같이 일정한 대상자에 대하여 개업지를 제한하고 있고, 위 법률조항을 시행하기 위하여 대한변호사협회가 마련한 변호사등록규칙 제12조 제1항 제3호는 이에 위반된 경우 변호사자격등록을 거부하도록 규정하고 있다.

(2) 헌법 제15조에 따라 모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다. 따라서 국민은 누구나 자유롭게 자신이 종사할 직업을 선택하고 그 직업에 종사하며, 이를 변경할 수 있다. 이에겐 개인의 직업적 활동을 하는 장소 즉 직장을 선택할 자유도 포함된다. 이러한 원칙은 변호사와 같이 자유로운 전문직의 경우라 하여 달리 취급될 수는 없다. 이러한 점에서 이 사건 심판의 대상인 법 제10조 제2항은 일정한 경우 변호사의 개업을 제한하는 내용이므로 직업선택의 자유를 제한하는 규정이라 할 것이다.

물론 직업선택의 자유도 헌법 제37조 제2항에 의하여 제한될 수 있다. 그러나 위와 같은 직업선택의 자유는 삶의 보람이요 생활의 터전인 직업을 개인의 창의와 자유로운 의사에 따라 선택케함으로써 자유로운 인격의 발전에 이바지하게 하는 한편 자유주의적 경제·사회질서의 요소가 되는 기본적 인권이라 아니할 수 없다. 따라서 그 제한은 반드시 법률로써 하여야 할 뿐 아니라 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리 등 정당하고 중요한 공공의 목적을 달성하기 위하여 필요하고 적절한 수단·방법에 의하여서만 가능한 것이다.

#### 나. 입법의 목적

이 사건 위헌심판의 대상인 법 제10조 제2항은 1973.1.25. 법

를 제2452호에 의하여 개정전 법 제8조 제5항으로 입법되었다가 1982.12.31. 법률 제3594호에 의하여 전문개정된 법률에 동일한 내용으로 수용된 것이다.

위 법률조항의 입법제안 이유에 의하면 그 입법취지는 판사나 검사등으로 근무하던 공무원이 그 근무지에서 변호사로 개업함으로써 생길 수 있는 정실개업의 위험을 배제하고, 공무원 직무의 공정성에 대한 신뢰확보에 있음이 분명하다.

또한 위 법률조항에 의한 제한 대상자를 관계공무원으로서 재직기간이 통산하여 15년에 달하지 아니한 자에 대해서만 적용하도록 규정한 점으로 미루어 보면, 법무부장관이 주장하듯 중견판사 및 검사를 확보하기 위함도 위 법률조항의 입법취지의 하나로 인정된다

#### 다. 제한의 적정성 여부

(1) 변호사로 개업하고자 하는 판사나 검사등의 개업지를 제한함으로써 개업을 막겠다는 것은 중견판사 및 검사의 확보라는 목적에 비추어 적절하거나 합리적인 방법이라 할 수 없다. 왜냐하면, 판사나 검사등으로서의 직무의 수행이 국민의 의무에 따른 복무가 아닌 한 필요한 인력의 확보는 인력충당의 장기계획이나 스스로 전직을 원하지 아니하도록 제도적 뒷받침을 마련함으로써 이루어야 하는 것이지 본인의 의사에 반하여 전직을 어렵게 하는 방법으로 이루어서는 아니되기 때문이다. 특히 판사나 검사 등과 같이 단순한 노무의 제공만을 요하는 것이 아니라 직무에 대한 고도의 전문성과 함께 사명감을 요하는 사람에 대하여는 더욱 그러하다.

(2) 법 제10조 제2항은 법조경력이 15년이 되지 아니한 변호사가 개업신고전 2년이내의 근무지가 속하는 지방법원의 관할구역안에서 3년간 개업하는 것을 금지하고 있기는 하나, 개업

이 금지된 곳에서 법률사무를 취급하는 행위자체를 금지하고 있지는 않다. 따라서 위 법률조항이 변호사의 개업지를 제한하는 그 자체에 목적이 있는 것이 아니라 특정사건으로부터 정실개입의 소지가 있는 변호사의 관여를 배제하여 법률사무의 공정성과 공신성을 확보하자는데 그 목적이 있는 것이라면, 아래 (3), (4)에서 보듯 그 제한이 획일적인 점을 감안해 볼 때 위 법률조항이 정한 개업지의 제한은 결국 정실배제라는 목적실현에도 필요하고 적정한 수단이라고 할 수 없다.

(3) 우선, 법 제10조 제2항은 개업지의 제한 단위를 지방법원의 관할구역으로 정하고 있다. 공무원이 법원이나 검찰청에서 근무하면서 그 동료들과 사이에 형성하는 친분관계는 그 관청의 규모나 본원·본청과 지원·지청간의 거리, 교통편의, 생활권의 범위 등에 따라 달라질 수 있을 것이다.

법원의 경우 관할구역별로 비교해 보면 서울지역의 서울민사지방법원, 서울형사지방법원, 서울가정법원은 그 관할내에 동부, 남부, 북부, 서부, 의정부 등 5개지원을 거느리고 있고, 대법원, 법원행정처, 사법연수원 및 서울고등법원 등 다수의 단위기관들이 존재하고 있을 뿐 아니라, 그 관할구역내에 실제 근무하는 법관의 수는 1989.9.1. 현재 443명에 이르고 있는데, 이는 국내에서 근무하는 전체 법관의 수 982명의 약 45 퍼센트(전국 검사정원중 서울지방법원의 관할내에 근무하는 검사정원의 비율도 이와 거의 일치한다)에 이르는 숫자이다. 이에 비하여 지원이 없는 인천지방법원의 경우 근무중인 법관의 수는 35명에 불과하고, 지원이 없으면서 가장 규모가 작은 제주지방법원의 경우는 불과 10명의 판사가 근무하고 있을 뿐이다.

또 생활권의 규모로 보더라도 제주지방법원은 비교적 좁은 지역에서 단일한 생활권을 이루고 있는데 비하여, 대구지방법원은

소년부지원 이외에 안동, 경주, 김천, 상주, 의성, 영덕 등 6개 지원이 비교적 넓은 지역에 산재해 있고, 교통이나 거리, 산업배치상황 등을 감안해 볼 때 지원이나 본원 또는 지원 상호간에 생활권을 같이 한다고는 도저히 볼 수 없다.

서울에서와 같이 다수의 인력이 여러 기관에 분산되어 배치되거나, 대구지방법원의 경우와 같이 여러 지원이 광범위한 지역에 산재해 있는 경우에는 공무원 사이에 같은 지방법원관할구역 안에서 근무하였다는 사정만으로는 직무상 정실이 개입될 정도의 친분관계가 형성되기 상대적으로 어려울 것이 분명하다. 그럼에도 불구하고 법 제10조 제2항은 각 지방법원의 규모 및 사회환경에 따른 특성에 관한 합리적 고려없이 일률적으로 지방법원의 관할구역을 단위로 하여 개업지를 제한하고 있다. 그 결과 예컨대, 서울의 경우 정실개입의 개연성은 위에서 본 바와같이 상대적으로 낮은데 비하여 개업지 제한의 범위는 오히려 국내에 근무하는 판사의 약 45퍼센트를 대상으로 하게 된다. 이는 국민에게 자신이 선택한 직업에 자유롭게 종사할 수 있는 직업행사의 자유를 심히 부당하게 제한하는 것이라 아니할 수 없다.

더우기 군법무관의 경우에는 군복무기간중 주로 법률사무 가운데 군사법원이 관할하는 한정된 범위에만 종사하는데다가 그 조직의 성격상 판사·검사나 경찰관과의 직무상 교류가 적은만큼 변호사로 개업한 다하여 군사법원 관할사건 이외에 정실의 영향을 미칠 소지도 거의 없다. 또 군사법원 자체가 법원이나 검찰청에 비하여 작은 단위로 나누어져 산재해 있고, 군법무관은 소속 군사법원이 설치된 비교적 제한된 관할구역 안에서 생활하게 되는 까닭에 직무를 떠나서라도 법률사무를 취급하는 다른 공무원과 접촉하기 어려운 실정이다.

그럼에도 불구하고 지방법원의 관할구역을 기준으로 하여 개업

지를 제한함으로써 군사법원에 비하여 업무의 양이나 조직이 월등히 방대한 법원이나 검찰을 상대로 한 변호사로서의 활동까지 제한한다는 것은 법 제10조 제2항의 제정으로 이루고자하는 공익과 비교하여 보아도 과잉제한이라 아니할 수 없다. 서울지방법원의 관할구역이 미치는 최전방 소재의 군사법원에서 복무하던 군법무관이 전역하여 변호사로 개업하고자 할 때 서울지방법원의 관할구역 어느곳에서도 개업할 수 없다는 점을 상정해보면 그 제한의 정도가 얼마나 부당하게 과잉한 것인가를 쉽사리 알 수 있다.

한편 위 (2)에서 지적하였듯이 법 제10조 제2항은 개업이 금지된 곳에서 법률사무를 취급하는 행위 자체를 금지하고 있지 아니하면서 개업의 장소만을 제한하고 있다. 그 결과 당해 변호사로서는 자신이 근무하던 종래의 생활근거지의 법률사무를 취급할 수 있으면서도 개업만은 다른 곳에서 하게 되어 이에 따른 불편만을 겪게되고 그 변호사의 조력을 받고자 하는 국민의 편에서는 개업지에 불구하고 자신이 신뢰하는 변호사를 찾아가서 법률사무의 처리를 의뢰하려 할 것이므로 그 변호사의 개업장소가 멀리 떨어져 있기 때문에 더 많은 비용을 부담해야 하는 불이익을 입게 되는 점도 간과할 수 없다.

(4) 아울러 법 제10조 제2항은 변호사의 개업지를 제한하면서 판사·검사·군법무관 또는 경찰공무원의 재직기간이 통산하여 15년에 달하는 경우와 정년으로 퇴직하거나 대법원장 또는 대법관이 퇴직하는 경우에는 위 법률의 조항이 정한 개업지 제한의 적용을 배제하고 있다

그런데, 개업지의 제한을 둔 입법의 목적이 위 “3의 나” 에서 본 바와 같이 법률사무를 취급하는 공무원의 업무에 정실이 개입하지 못하도록 하자는데 있는 것이라면, 재직기간이 길면 길수록 정실개입의 소지가 줄어들다는 사정이 있을 때에만 위 규정은 합

리적이라 할 것이다.

그러나 변호사로 개업하는 공무원의 재직기간이 길수록 그가 법률 사무를 취급하는 공무원의 업무에 친분관계로 인한 영향을 미칠 소지는 적어진다고 볼 합리적 근거는 발견되지 않는다. 그렇다면 법 제10조 제2항은 재직경력이 긴 사람에 대하여 그러하지 아니한 사람과 구별하여 그 개업지 제한 규정의 적용을 배제하고 있어 변호사로서의 개업을 하고자 하는 동일한 처지에 있는 자를 합리적 이유없이 차별하고 있다 할 것이므로 이는 법 앞에서의 평등을 규정한 헌법 제11조 제1항에 위반된다.

(5) 끝으로 특히 위 법률의 조항이 병역의무의 이행으로 군법무관으로 복무한 자에게도 적용될 때에는 다음의 문제가 제기된다. 즉 사법연수원을 수료하고 즉시 개업하는 변호사의 경우 개업지를 선택함에 있어 아무런 제한을 받지 아니하나, 병역의무의 이행을 위하여 군법무관으로 복무한 자는 전역후 변호사로 개업함에 있어 개업지의 제한을 받게 된다. 군법무관으로의 복무 여부가 자신의 선택에 의하여 정해지는 경우와는 달리 병역의무의 이행으로 이루어지는 경우, 이는 병역의무의 이행으로 말미암아 불이익한 처우를 받게 되는 것이라 아니할 수 없어 이의 금지를 규정한 헌법 제39조 제2항에 위반된다.

(6) 따라서 법 제10조 제2항이 변호사의 개업지를 일정한 경우 제한함으로써 직업선택의 자유를 제한한 것은 그 입법취지의 공익적 성격에도 불구하고 선택된 수단이 그 목적에 적합하지 아니할 뿐 아니라, 그 정도 또한 과잉하여 비례의 원칙에 벗어난 것이고, 나아가 합리적 이유없이 변호사로 개업하고자 하는 공무원을 근속기간 등에 따라 차별하여 취급하고 있다.

그러므로 법 제10조 제2항은 헌법 제11조 제1항, 제15조, 제37조 제2항에 각 위반된다. 또한 병역의무를 이행한 군법무관의

경우는 헌법 제39조 제2항의 경우에도 위반된다.

#### 6. 결론

따라서 법 제10조 제2항은 헌법 제11조 제1항, 제15조, 제37조 제2항, 제39조 제2항에 각 위반되고, 한편 법 제10조 제3항은 제2항이 규정한 지방법원의 관할범위를 규정한 것으로서 법 제10조 제2항이 헌법에 위반된다고 인정되는 마당에 독립하여 존속할 의미가 없으므로 헌법재판소법 제45조 단서에 의하여 아울러 헌법에 위반되는 것으로 인정하여 재판관 전원의 의견일치에 따라 주문과 같이 결정한다

1989. 11. 20.

재판장 재판관 조규광  
재판관 이성렬  
재판관 변정수  
재판관 김진우  
재판관 한병채  
재판관 이시윤  
재판관 최광률  
재판관 김양균  
재판관 김문희

# 國家保衛立法會議法 등의 違憲與否에 관한 憲法訴願

(1989. 12. 18. 89헌마32,33(병합) 全員裁判部)  
[판례집 1권, 343~356]

[판시사항]

1. 폐지(廢止)된 법률(法律)에 대한 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제2항의 헌법소원(憲法訴願)이 적법(適法)한 사례(事例)
2. 구(舊) 헌법(憲法)(1987.10.29. 전문(全文) 개정(改正)되기 전(前)의 것) 부칙(附則) 제6조 제3항 및 구(舊) 국가보위입법회의법(國家保衛立法會議法)(1980.12.28. 법률(法律) 제3260호) 전부(全部)에 대한 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제2항의 헌법소원(憲法訴願)의 적법여부(適法與否)
3. 구(舊) 국가보위입법회의법(國家保衛立法會議法) 부칙(附則) 제4항 후단(後段)의 위헌여부(違憲與否)

[결정요지]

1. 폐지(廢止)된 법률(法律)(실효(失效)된 법률(法律))이라도 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제2항의 헌법소원심판청구인(憲法訴願審判請求人)들의 침해(侵害)된 법익(法益)을 보호(保護)하기 위하여 그 위헌여부(違憲與否)가 가려져야 할 필요가 있는 때에는 심판(審判)의 대상(對象)이 된다.
2. 구(舊) 헌법(憲法) 부칙(附則) 제6조 제3항 또는 구(舊) 국가보위입법회의법(國家保衛立法會議法) 전부(全部)에 대한 위헌여부(違憲與否)는 청구인(請求人)들의 법원(法院)의 재판(裁判)의 전제성(前提性)이 인정(認定)되지 아니하므로 이에 대한 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제2항의 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)는 부적법(不適法)하다.
3. 구(舊) 국가보위입법회의법(國家保衛立法會議法) 부칙(附則) 제4항 후단(後段)은 합리적 이유없이 임명권자(任命權者)의 후임자(後任者) 임명처분(任命處分)으로 공무원직(公務員職)을 상실(喪失)하도록 함으로

써 직업공무원제(職業公務員制)를 침해(侵害)하였으므로 구(舊) 헌법(憲法) 제6조 제2항, 헌법(憲法) 제7조 제2항에 위반(違反)된다.

청구인 양○휘 외 38인  
대리인 변호사 한승헌  
관련소송사건 서울고등법원 88 구 9352 및 88 구 9369  
면직처분무효확인청구의 소

[참조조문]

헌법(憲法) 제7조 제2항, 제111조

구(舊) 헌법(憲法)(1987.1.29. 전문(全文) 개정(改正)되기 전의 것) 제6조

① 생략

② 공무원(公務員)의 신분(身分)과 정치적(政治的) 중립성(中立性)은 법률(法律)이 정하는 바에 의하여 보장된다.

구(舊) 헌법(憲法)(1987.10.29. 전문(全文) 개정(改正)되기 전(前)의 것) 부칙(附則) 제6조 ①~② 생략

③ 국가보위입법회의(國家保衛立法會議)가 제정(制定)한 법률(法律)과 이에 따라 행하여진 재판(裁判) 및 예산(豫算) 기타 처분(處分)등은 그 효력(效力)을 지속(持續)하며, 이 헌법(憲法) 기타의 이유로 제소(提訴)하거나 이의(異議)를 할 수 없다.

④ 생략

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제2항

국가공무원법(國家公務員法) 제70조 (직권면직(職權免職)) ① 공무원(公務員)이 다음 각호(各號)의 1에 해당할 때에는 임용권자(任用權者)는 직권(職權)에 의하여 면직(免職)시킬 수 있다.

1. 신체정신상(身體精神上)의 이상(異常)으로 1년(年)이상 직무(職務)를 감당하지 못할만한 지장(支障)이 있을 때

2. 직무수행능력(職務遂行能力)의 현저(顯著)한 부족(不足)으로 근무성적(勤務成績)이 극히 불량(不良)한 때

3. 직제(職制)와 정원(定員)의 개폐(改廢) 또는 예산(豫算)의 감소등(減少等)에 의하여 폐직(廢職) 또는 과원(過員)이 되었을 때

4. 휴직기간(休職期間)의 만료(滿了) 또는 휴직사유(休職事由)가 소멸(消滅)된 후에도 직무(職務)에 복귀(復歸)하지 아니하거나 직무(職務)를 감당할 수 없을 때

5. 제73조의2 제3항의 규정(規定)에 의하여 대기명령(待機命令)을 받은 자(者)가 그 기간(期間)중 능력(能力)의 향상(向上) 또는 개전(改換)의 정(情)이 없다고 인정된 때

6. 전직시험(轉職試驗)에서 3회 이상(回以上) 불합격(不合格)한 자(者)로서 직무수행능력(職務遂行能力)이 부족(不足)하다고 인정된 때

7. 징병검사(徵兵檢査)·입영(入營) 또는 소집(召集)의 명령(命令)을 받고 정당(正當)한 이유(理由)없이 이를 기피(忌避)하거나 군복무(軍服務)를 위하여 휴직중(休職中)에 있는 자(者)가 재영중(在營中) 군무(軍務)를 이탈하였을 때

② 제1항 제2호 또는 제5호의 규정(規定)에 의하여 면직(免職)시킬 경우에는 징계위원회(懲戒委員會)의 동의(同意)를 얻어야 한다.

③ 제1항 제4호의 규정(規定)에 의한 직권면직일(職權免職日)은 휴직기간(休職期間)의 만료일(滿了日) 또는 휴직사유(休職事由)의 소멸일(消滅日)로 한다.

국가보위입법회의법(國家保衛立法會議法)(1980.12.28. 법률(法律) 제3260호) 부칙(附則) ①~③ 생략

④ (경과조치(經過措置)) 이 법(法) 시행당시(施行當時)의 국회사무처(國會事務處)와 국회도서관(國會圖書館)은 이 법(法)에 의한 사무처(事務處) 및 도서관(圖書館)으로 보며, 그 소속(所屬) 공무원(公務員)은 이 법(法)에 의한 후임자(後任者)가 임명(任命)될 때까지 그 직(職)을 가진다.

## [주 문]

1. 국가보위입법회의법(1980.10.28. 법률 제3260호)부칙 제4항 후단은 헌법에 위반된다.
2. 청구인들의 나머지 헌법소원심판청구는 이를 각하한다.

## [이 유]

1. 사건의 개요 및 심판의 대상  
가. 사건의 개요

이 사건 청구인들은 국가보위입법회의법이 제정되기 이전 국회사무처와 국회도서관에 소속된 공무원으로 근무하여 왔는데 1980.10.28. 위 법률이 제정되면서 각각 국가보위입법회의의 사무처와 도서관에 소속된 공무원으로 되었으며, 청구인들 중 청구인 장○상, 이○서, 이○춘, 이○철, 장○중, 정○식, 이○영, 김○기, 최○억, 유○성, 안○영, 정○수, 양○화, 홍○련, 최○필, 양○희, 권○현, 김○윤, 양○관, 박○배, 조○기, 권○하, 김○욱, 윤○택, 임○호, 이○수, 강○익, 신○자, 이○탁, 민○식, 조○수, 최○순, 안○덕, 김○락, 김○식은 1980.11.16. 국가보위입법회의

의장의 인사명령에 의해, 청구인 양○휘는 1980.11.30. 국가보위입법회의 사무처장의 인사명령에 의해, 청구인 김○모, 오○자, 구○수는 같은 날 국가보위입법회의 도서관장의 인사명령에 의해 각각 면직되었다. 이에 청구인들은 국회의장을 상대로 서울고등법원에 같은 법원88구9352 및 9369로 면직처분무효확인청구의 소를 제기하여 소송계속중 같은 법원 88부157 및 158로 위법률에 대하여 위헌여부심판제청신청을 하고 1989.2.14. 같은 법원에서 위 신청이 각 각하되자 헌법재판소법 제8조 제2항의 규정에 의하여 같은 달 27. 헌법재판소에 이 사건 헌법소원심판청구를 하였는데 위 각 신청 또는 청구는 국가보위입법회의법 전부 또는 같은 법률 부칙 제4항(전체가 위헌이 아닌 경우)과 1980.10.27. 공포된 대한민국 헌법(이하 “구 헌법”이라 한다) 부칙 제6조 제3항의 위헌여부를 심판하여 달라는 내용이다

청구인 장○중, 안○영, 최○필, 윤○택, 민○식, 안○덕을 제외한 나머지 청구인들은 1989.6.1.에서 같은 달 20.에 걸쳐 국회사무처와 국회도서관의 공무원으로 재임용되었다.

#### 나. 심판의 대상

(1) 이 사건 헌법소원심판의 대상은 국가보위입법회의법 전부와 위 법률전부가 위헌이 아닐 경우 위 법률부칙 제4항의 “이 법 시행 당시의 국회사무처와 국회도서관은 이 법에 의한 사무처 및 도서관으로 보며, 그 소속 공무원은 이 법에 의한 후임자가 임명될 때까지 그 직을 가진다” 라는 규정과

(2) 구 헌법 부칙 제6조 제3항의 “국가보위입법회의가 제정한 법률과 이에 따라 행하여진 재판 및 예산 기타 처분 등은 그 효력을 지속하며, 이 헌법 기타의 이유로 제소하거나 이의를 할 수 없다” 라는 규정이 헌법에 위반되는지의 여부에 관한 것이다

## 2. 청구인들의 주장과 관계인의 의견

### 가. 청구인들 대리인의 주장

(1) 국가보위입법회의법은 1980.5.27. 국무회의 의결로서 설치된 국가보위비상대책위원회에서 1980.10.27. 의결하여 같은 달 28.에 공포·시행된 것이고, 국가보위비상대책위원회는 헌법상의 입법권을 가지고 있는 입법기관이 아니기 때문에 위 법률은 헌법 제2조, 제40조에 위반된다.

(2) 국가보위입법회의법 부칙 제4항은 설사 성립에 하자가 없는 것으로 해석한다 하더라도 그 내용이 구 헌법 제6조 제2항과 헌법 제7조 제2항에 위반된다.

(3) 구 헌법 부칙 제6조 제3항은 구 헌법 제25조, 제26조 제1항과 헌법 제26조, 제27조 제1항에 위반된다.

### 나. 법무부장관의 의견

(1) 국가보위입법회의법 및 같은 법률 부칙 제4항은 같은 법률 부칙 제2항 “이 법은 헌법에 따라 새로 구성되는 국회의 최초의 집회일 전일까지 그 효력을 가진다” 라는 규정에 의해 이미 실효되었으므로 헌법재판소의 심판의 대상으로 될 수 없다.

(2) 국민주권원리에 의할 때 헌법 및 헌법규정은 헌법재판소의 심판의 대상이 되지 않으므로 구 헌법 부칙 제6조 제3항의 위헌여부는 헌법재판소의 심판의 대상으로 될 수 없다.

## 3. 판단

가. 폐지된 법률(실효된 법률을 포함한다. 이하 같다)이 위헌여부 심판의 대상이 되는가.

국가보위입법회의법은 1980.10.27. 의결되어 같은 달 28. 법률 제 3260호로 공포·시행되었고, 같은 법 부칙 제2항에 의거 1981.4.10. 폐지된 한시법이다. 그리하여 법률의 시적 효력범위 문제와 관련하여 폐지된 법률이 위헌여부심판의 대상이 될 수 있으나

가 문제된다.

그것은 법률의 위헌결정에 의하여 일반적으로 그 효력이 상실되는 우리나라의 법제하에서 이미 효력이 상실된 법률에 대하여서는 새삼스럽게 효력을 상실시킬 실익이 없다고 할 수도 있기 때문이다. 그러나 폐지된 법률에 의한 권리침해가 있고 그것이 비록 과거의 것이라 할지라도 그 결과로 인하여 발생한 국민의 법익침해와 그로 인한 법률상태는 재판시까지 계속되고 있는 경우가 있을 수 있는 것이며, 그 경우에는 헌법소원의 권리보호이익은 존속한다고 하여야 할 것이다

법률은 원칙적으로 발효시부터 실효시까지 효력이 있고, 그 시행 중에 발생한 사건에 적용되기 마련이므로 법률이 폐지된 경우라 할지라도 그 법률의 시행당시에 발생한 구체적사건에 대하여서는 법률의 성질상 더 이상 적용될 수 없거나 특별한 규정이 없는 한 폐지된 법률이 적용되어 재판이 행하여질 수 밖에 없는 것이고, 이때 폐지된 법률의 위헌여부가 문제로 제기되는 경우에는 그 위헌여부심판은 헌법재판소가 할 수 밖에 없는 것이다. 만일 헌법재판소가 폐지된 법률이라는 이유로 위헌심사를 거부하거나 회피하면 구체적 사건에 대한 법적분쟁을 해결하여야 하는 법원으로서의 법률에 대한 위헌여부결정권이 없다는 것을 이유로 하여 위헌문제가 제기된 법률을 그대로 적용할 수 밖에 없는 불합리한 결과가 생겨나게 되기 때문이다.

위헌법률심판에 있어서 문제된 법률이 재판의 전제가 된다함은 우선 그 법률이 당해 본안사건에 적용될 법률이어야 하고 또 그 법률이 위헌일때는 합헌일 때와 다른 판단을 할 수 밖에 없는 경우 즉 판결주문이 달라질 경우를 뜻한다고 할 것이고 그 법률이 현재 시행중인가 또는 이미 폐지된 것인가를 의미하는 것은 아니라 할 것이므로 폐지된 법률이라는 이유로 위헌여부심판의 대상

이 될 수 없다는 주장은 허용될 수 없는 것이다. 따라서 이미 폐지된 법률이라 할지라도 헌법소원심판청구인들의 침해된 법익을 보호하기 위하여 그 위헌 여부가 가려져야 할 필요가 있는 경우 즉 법률상 이익이 현존하는 경우에는 심판을 하여야 한다고 할 것이다(헌법재판소 1989.7.14. 선고 88헌가5, 8, 89헌가44(병합) 결정 참조).

본건의 경우 청구인 장○종의 5명을 제외한 나머지 청구인들은 전원 1989.6.1.부터 같은 달 20.까지의 사이에 면직당시의 직급으로 재임용되어 현재 근무중이기 때문에 그들에게 소의 이익이 있느냐의 문제가 제기될 수 있다. 그러나 청구인들 대리인이 주장하는 바와 같이 재임용된 청구인들이 9년전 직급으로 신규임용된 결과 승진에 불이익을 받았음은 물론 면직처분의 무효를 전제로 한 복직이 아니기 때문에 명예회복이 되지 않고 면직기간중의 보수 급여등 경제적 손실도 회복할 수 없어 헌법소원심판청구의 이익은 여전히 존재한다는 논지는 합당하고 위장창종의 5명은 정년초과등으로 재임명되지 않았으나 경제적 손실등 그 불이익은 상존하기 때문에 청구인들에 대한 권리침해의 현재성은 의연 존속하며 따라서 소의 이익이 있는 것으로 봐야 할 것이다

나. 국가보위입법회의법 전부에 대한 위헌여부의 판단이 필수적인가.

청구인들은 위에서 살펴본 바와 같은 경위로 헌법소원심판청구를 하면서 우선 국가보위입법회의법 전부가 정상적인 입법권을 갖고 있는 국회에서 제정된 것이 아니므로 그 성립에 하자가 있어 위헌이라고 주장하고 있다. 여기서는 국가보위입법회의법의 위헌여부를 따지기에 앞서 위 법률 전부의 위헌여부가 「면직처분무효 확인청구의 소」 재판의 전제가 되고 있는가의 여부를 먼저 검토해 보기로 한다

어떤 법률관계에 적용되는 법률조항의 위헌을 주장하면서 그 법

률조항이 속하는 법률중 당해 법률관계와는 직접관련이 없는 법률조항 또는 그 법률 전체의 위헌성을 주장하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다. 따라서 헌법소원심판청구인은 자신의 권리침해와 관련이 있는 법률 또는 법률조항의 위헌여부만 심판청구할 수 있고 헌법재판소도 원칙적으로 법원의 재판에 전제가 되는 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정하여야 하는 제한을 받는다고 할 것이다. 다만 헌법재판소법 제45조, 제75조 제6항에 의하여 헌법소원을 인용하는 경우 법률조항의 위헌 결정으로 인하여 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때 또는 위헌결정되는 법률조항과 밀접불가분의 관계에 있는 법률조항일 때에 한하여 법률 전부 또는 관계 법률조항에 대하여 위헌의 결정을 할 수 있을 뿐이다.

그런데 위 법률은 8장과 부칙으로 구성되어 있는데 제1장 총칙으로부터 제8장 보칙까지 그 내용을 훑어봐도 청구인들이 소송 수행중에 있는 「면직처분무효확인청구의 소」와 관련이 있는 조문을 찾아내기가 어려우며 다만 위 법률중 부칙 제4항 후단만이 관련이 있을 뿐임을 확인할 수 있다. 즉 국가보위입법회의법 부칙 제4항 후단을 제외하고는 재판의 전제성이 인정되지 않기 때문에 그 부분에 관한 위헌여부를 판단할 수 없으며 그것은 구체적 규범통제절차를 규정하고 있는 헌법의 규정(제107조 제1항, 제111조 제1항 제1호)과 헌법재판소법(제41조 제1항, 제45조, 제68조 제2항)의 해석상 당연한 논리라 할 것이다. 따라서 부칙 제4항 후단을 제외한 위 법률 전부에 대한 이 사건 헌법소원심판 청구는 부적법하다고 할 것이다.

다. 구 헌법 부칙 제6조 제3항의 위헌여부의 판단이 필수적인가  
구 헌법은 그 부칙 제6조 제3항에서 “국가보위입법회의가 제

정한 법률과 이에 따라 행하여진 재판 및 예산 기타 처분등은 그 효력을 지속하며, 이 헌법 기타의 이유로 제소하거나 이의를 할 수 없다 라고 규정하여 국민의 기본권을 일부 제한하고 있는데 청구인들은 이 규정이 헌법상 보장되고 있는 국민의 기본권인 재판청구권이나 청원권(헌법 제26조, 제27조 제1항, 구 헌법 제25조, 제26조 제1항)을 제한하고 있기 때문에 위헌이라고 주장하고 헌법재판소가 이를 가려줄 것을 청구하고 있다. 그러나 여기서도 재판의 전제성의 유무가 검토되어야 할 것이다.

구체적 사건에 대한 법적평가는 그 사건 당시의 헌법 및 법률상태를 기준으로 하여야 하고 그 당시의 헌법에 의하여 제소가 금지된 결과 그 적부를 다룰 수 없는 상태에서 유효한 것으로 간주된 경우라면 설사 사정이 변경되었다고 하더라도 추후에 당해사건의 적부를 판단하여 그 효력을 부정할 수 없다는 견해가 있다.

그러나 구 헌법의 제소금지 규정의 배경을 살펴보면 국가보위입법회의라는 비상기관에서 비상절차에 의하여 제정한 각종 법률에 대하여 헌법적 근거를 부여함과 동시에 그 제정절차 즉 성립의 하자를 문제삼는 것을 예방하기 위한 비상제동장치를 마련하는데 있었다고 사료되며 그 내용의 합헌성 여부를 다투는 것을 봉쇄하는데 그 의도가 있었던 것이라고는 보여지지 않는다.

그렇다면 구 헌법 부칙 제6조 제3항의 규정은 구 헌법의 기본권보장 규정과도 모순, 충돌되는 것이었던만큼 현행 헌법에서는 국민의 민주화요구에 부응하여 반성적 견지에서 제소금지 조항을 승계하지 않았다고 봐야 할 것이고 따라서 모든 국민은 아무런 제약이 따르지 않는 기본권에 의하여 언제 어떤 절차로 만들어졌느냐에 관계없이 모든 법률에 대하여 법정절차에 의해서 그 위헌성 유무를 따지는 것이 가능하다고 할 것이다. 따라서 청구인들의 주

된 공격대상이 되고 있는 국가보위입법회의법 부칙 제4항 후단의 위헌성 유무를 밝히는 것은 구 헌법 부칙 제6조 제3항에 대한 위헌여부심판을 기다릴 것 없이 가능하기 때문에 결국 이에 대한 헌법소원심판청구도 부적법하다고 할 것이다.

라. 국가보위입법회의법 부칙 제4항 후단의 위헌여부

국가보위입법회의법 부칙 제4항 후단이 규정하고 있는 “…… 그 소속 공무원은 이 법에 의한 후임자가 임명될 때까지 그 직을 가진다”라는 내용은 행정집행이나 사법재판을 매개로 하지 아니하고 직접 국민에게 권리나 의무를 발생하게 하는 법률, 즉 법률이 직접 자동집행력을 갖는 처분적법률의 예에 해당하는 것이며 따라서 국가보위입법회의의장 등의 면직발령은 위 법률의 후속조치로서 당연히 행하여져야 할 사무적 행위에 불과하다고 할 것이다. 그런데 위 부칙 제4항은 공무원에게 귀책사유의 유무를 불문하고 면직시키는 것으로 규정하고 있기 때문에 헌법상 보장되고 있는 공무원의 신분보장규정(구 헌법 제6조 제2항, 헌법 제7조 제2항)과의 관계에서 그 위헌여부가 문제되는 것이다.

우리나라는 직업공무원제도를 채택하고 있는데, 이는 공무원이 집권세력의 논공행상의 제물이 되는 엽관제(獵官制度)를 지양하고 정권교체에 따른 국가작용의 중단과 혼란을 예방하고 일관성있는 공무수행의 독자성을 유지하기 위하여 헌법과 법률에 의하여 공무원의 신분이 보장되는 공직구조에 관한 제도이다. 여기서 말하는 공무원은 국가 또는 공공단체와 근로관계를 맺고 이른바 공법상 특별권력관계 내지 특별행정법관계 아래 공무를 담당하는 것을 직업으로 하는 협의의 공무원을 말하며 정치적 공무원이라든가 임시적 공무원은 포함되지 않는 것이다.

직업공무원제도하에 있어서는 과학적 직위분류제(職位分類制), 성적주의 등에 따른 인사의 공정성을 유지하는 장치가 중요하지만 특

히 공무원의 정치적 중립과 신분보장은 그 중추적 요소라고 할 수 있는 것이다. 그러나 보장이 있음으로써 공무원은 어떤 특정정당이나 특정 상급자를 위하여 충성하는 것이 아니고 국민전체에 대한 공복으로서 법에 따라 그 소임을 다할 수 있게 되는 것으로서 이는 당해 공무원의 권리나 이익의 보호에 그치지 않고 국가통치 차원에서의 정치적 안정의 유지와 공무원으로 하여금 상급자의 불법부당한 지시나 정실(情實)에 속박되지 않고 오직 법과 정의에 따라 공직을 수행하게 하는 법치주의의 이념과 고도의 합리성, 전문성, 연속성이 요구되는 공무의 차질없는 수행을 보장하기 위한 것이다.

헌법이 “공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며 국민에 대하여 책임을 진다. 공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”(헌법 제7조, 구 헌법 제6조)라고 명문으로 규정하고 있는 것은 바로 직업공무원제도가 국민주권원리에 바탕을 둔 민주적이고 법치주의적인 공직제도임을 천명하고 정권담당자에 따라 영향받지 않는 것은 물론 같은 정권하에서도 정당한 이유없이 해임당하지 않는 것을 불가결의 요건으로 하는 직업공무원제도의 확립을 내용으로 하는 입법의 원리를 지시하고 있는 것으로서 법률로서 관계규정을 마련함에 있어서도 헌법의 위와 같은 기속적 방향(羈束的方向) 제시에 따라 공무원의 신분보장이라는 본질적 내용이 침해되지 않는 범위내라는 입법의 한계가 확정되어진 것이라 할 것이다.

그렇기 때문에 공무원에 대한 기본법인 국가공무원법이나 지방공무원법에서도 이 원리를 받들어 공무원은 형의 선고 징계 또는 위 공무원법이 정하는 사유에 의하지 아니하고는 그 의사에 반하여 휴직 강임 또는 면직당하지 아니하도록 하고, 직권에 의한 면직사유를 제한적으로 열거하여 직제와 정원의 개폐 또는 예산

의 감소 등에 의하여 폐직 또는 과원이 되었을 때를 제외하고는 공무원의 귀책사유없이 인사상 불이익을 받는 일이 없도록 규정하고 있는 것이다. 이는 조직의 운영 및 개편상 불가피한 경우외에는 임명권자의 자의적 판단에 의하여 직업공무원에게 면직등 불리한 인사조치를 함부로 할 수 없음을 의미하는 것으로서 이에 어긋나는 것일 때에는 직업공무원제도의 본질적 내용을 침해하는 것이 되기 때문이다

그런데 국가보위입법회의법 부칙 제4항 전단은 “이 법 시행 당시의 국회사무처와 국회도서관은 이 법에 의한 사무처 및 도서관으로 보며……” 라고 규정하고 있는 바, 같은 법 제7조와 제8조를 모두어 판단하건대, 국회사무처와 국가보위입법회의사무처 상호간 국회도서관과 국가보위입법회의도서관 상호간에 각 그 동질성과 연속성을 인정하고 있어 적어도 규범상으로는 국가공무원법 제70조 제1항 제3호에서 직권면직사유로 규정하고 있는 직제와 정원의 개폐등 조직변경의 사정은 인정되지 않는다. 그러함에도 그 후단에서는 “그 소속 공무원은 이 법에 의한 후임자가 임명될 때까지 그 직을 가진다” 라고 규정함으로써 조직의 변경과 관련이 없음은 물론 소속공무원의 귀책사유의 유무라던가 다른 공무원과의 관계에서 형평성이나 합리적 근거등을 제시하지 아니한 채 임명권자의 후임자임명이라는 처분에 의하여 그 직을 상실하는 것으로 규정하였으니, 이는 결국 임기만료되거나 정년시까지의 그 신분이 보장된다는 직업공무원제도의 본질적 내용을 침해하는 것으로서 헌법에서 보장하고 있는 공무원의 신분보장 규정에 정면으로 위반된다고 아니할 수 없는 것이다.

또한 본건의 경우에 있어서는 위 법률이 제정될 당시에 이미 공무원의 신분을 취득하여 이를 보유하고 있는 청구인들에게 적용되었던 것으로서 이는 실질적으로 소급입법에 의한 공무원의 신분

보장 규정 침해라고 할 것이다. 무릇 과거의 사실관계 또는 법률관계를 규율하기 위한 소급입법의 태양에는 이미 과거에 완성된 사실 또는 법률관계를 규율의 대상으로 하는 이른바 ‘진정소급효’(眞正遡及效)의 입법과 이미 과거에 시작하였으나 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실 또는 법률관계를 규율의 대상으로하는 이른바 ‘부진정소급효’의 입법을 상정(想定)할 수 있는데, 전자의 경우에는 입법권자의 입법형성권보다도 당사자가 구법질서에 기대했던 신뢰보호와 법적안정성을 위하여 특단의 사정이 없는 한 구법에 의하여 이미 얻은 자격 또는 권리를 그대로 존중할 의무가 있고 그것이 입법의 한계라고 할 것이다(헌법재판소 1989.3.17.선고, 88헌마1 결정 참조). 그런데 본건 청구인들의 경우에는 정당한 이유가 있는 경우를 제외하고는 당사자의 귀책사유 없이 인사상 불이익을 받지 않는다는 공무원으로서의 법적지위를 기존의 법질서에 의하여 이미 확보하고 있었고 그와 같은 법적지위는 구 헌법의 공무원의 신분보장규정에 의하여 보호되고 있었는데 국가보위입법회의법이라는 새로운 법률에서 공무원의 위와 같은 기득권(既得權)을 부칙규정으로 박탈하고 있는 것은 신뢰보호(信賴保護)의 원칙에 위배되는 것으로서 입법형성권(立法形成權)의 한계를 벗어난 위헌적인 것이라 할 것이다.

위와 같이 공무원의 신분보장 규정은 헌법에서 새로이 규정한 것이 아니고 신·구 헌법이 일관해서 이를 보궐(헌법 제7조 제2항, 구헌법 제6조 제2항)해 오고 있었던 만큼 그 위헌성은 명백하다고 할 것이다.

#### 4. 결론

그렇다면 이 사건 헌법소원심판청구 중 국가보위입법회의법 부칙 제4항 후단은 구 헌법 제6조 제2항, 헌법 제7조 제2항에 위반되고, 위 부칙 제4항 후단을 제외한 이 법률 전부와 구 헌

법 부칙 제6조 제3항에 대한 것은 청구인들의 나머지 주장에 대하여 판단할 필요도 없이 재판의 전제성이라는 제소요건 불비로 부적법하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

1989. 12. 18.

재판장 재판관 조규광  
재판관 이성렬  
재판관 변정수  
재판관 김진우  
재판관 한병채  
재판관 이시운  
재판관 최광률  
재판관 김양균  
재판관 김문희

# 國土利用管理法 第21條의3 第1項, 第31條의2의 違憲審判

(1989. 12. 22. 88헌가13 全員裁判部)

[판례집 1권, 357~406]

[관시사항]

1. 재산권(財産權) 행사(行使)의 사회적(社會的) 의무성(義務性)과 토지재산권(土地財産權)의 행사(行使)
2. 토지재산권(土地財産權)의 본질적(本質的)인 내용(內容)
3. 국토이용관리법(國土利用管理法) 제21조의 3 제1항의 위헌여부(違憲與否)
4. 같은 법률(法律) 제31조의 2의 위헌여부(違憲與否)
5. 위헌결정(違憲決定) 정족수(定足數) 미달(未達)인 경우의 주문(主文) 표시방식(表示方式)

[결정요지]

1. 사유재산제도(私有財産制度)의 보장(保障)은 타인(他人)과 더불어 살아가야 하는 공동체생활(共同體生活)과의 조화(調和)와 균형(均衡)을 흐트러뜨리지 않는 범위(範圍) 내에서의 보장(保障)이다.

2. 토지재산권(土地財産權)의 본질적(本質的)인 내용(內容)이라는 것은 토지재산권(土地財産權)의 핵(核)이 되는 실질적(實質的) 요소(要素) 내지 근본요소(根本要素)를 뜻한다.

3. 국토이용관리법(國土利用管理法) 제21조의3 제1항의 토지거래허가제(土地去來許可制)는 사유재산제도(私有財産制度)의 부정이 아니라 그 제한(制限)의 한 형태이고 토지(土地)의 투기적(投機的) 거래(去來)의 억제(抑制)를 위하여 그 처분(處分)을 제한(制限)함은 부득이한 것이므로 재산권(財産權)의 본질적인 침해(侵害)가 아니며, 헌법상(憲法上)의 경제조항에도 위배(違背)되지 아니하고 현재의 상황에서 이러한 제한수단(制限手段)의 선택(選擇)이 헌법상(憲法上)의 비례(比例)의 원칙(原則)이나 과잉금지(過剩禁止)의 원칙(原則)에 위배(違背)된다고 할 수도 없다.

4. 같은 법률(法律) 제31조의2가 벌금형(罰金刑)과 선택적으로 징역형(懲役刑)을 정(定)

함은 부득이 한 것으로서 입법재량(立法裁量)의 문제(問題)이고 과잉금지(過剩禁止)의 원칙(原則)에 반(反)하지 않으며, 그 구성요건(構成要件)은 건전한 법관(法官)의 양식(良識)이나 조리(條理)에 따른 보충적인 해석으로 법문(法文)의 의미(意味)가 구체화될 수 있으므로 죄형법정주의(罪刑法定主義)의 명확성(明確性)의 원칙(原則)에도 위배(違背)되지 아니한다.

5. 위헌의견(違憲意見)이 종국심리(終局審理)에 관여한 재판관(裁判官)의 과반수(過半數)가 되지만 위헌결정(違憲決定)의 정족수(定足數)인 6인에 미달(未達)인 때에는 주문(主文)에 “헌법(憲法)에 위반(違反)된다고 선언(宣言)할 수 없다” 라고 표시한다.

### 재판관 이시윤의 보충의견(補充意見) 및 위헌의견(違憲意見)

1. 국토이용관리법(國土利用管理法) 제21조의2 내지 4의 토지거래허가제(土地去來許可制)는 공공복리의 해당성이 있고 또 재산권(財産權)의 본질적(本質的) 내용(內容)의 침해금지원칙(侵害禁止原則)에 저촉(抵觸)되지 아니하여 헌법(憲法)에 위반(違反)되지 아니하고, 같은 법률(法律) 제21조의15는 헌법(憲法) 제23조 제3항의 정당보상원리(正當補償原理)에 저촉(抵觸)되나 이 사건(事件) 재판(裁判)의 전제성(前提性)이 없어 주문(主文)에 밝힐 필요까지는 없고 보완입법(補充立法)을 촉구(促求)한다.

2. 같은 법률(法律) 제31조의2는 헌법(憲法) 제37조 제2항의 과잉금지(過剩禁止)의 원칙(原則)에 위반(違反)된다.

### 재판관 한병채, 최광률, 김문희의 위헌의견(違憲意見)

국토이용관리법(國土利用管理法) 제21조의3 제1항과 같은 법률(法律) 제21조의2, 같은 조의 3 제3항, 제7항, 같은 조의 4,5,15는 불가분(不可分)의 관계(關係)에 있으므로 함께 심판(審判)의 대상이 되어야 하고 위 제21조의 15가 헌법(憲法) 제23조의 제1항 제3항에 위반(違反)되므로 위 법조(法條) 전체가 헌법(憲法)에 위반(違反)되나 즉시 실효(失效)에 따른 혼란을 피하기 위하여 위 제21조의 15를 상당기간내에 개정(改正)할 것을 촉구(促求)한다. 위헌(違憲)인 토지거래허가제(土地去來許可制)를 전제(前提)로 한 같은 법률(法律) 제31조의2는 당연히 헌법(憲法)에 위반(違反)되는 형사법규(刑事法規)이므로 즉시 위헌(違憲)임을 선언(宣言)하여야 한다.

## 재판관 김진우의 위헌의견(違憲意見)

국토이용관리법(國土利用管理法) 제31조의2 뿐만 아니라 같은 법률(法律) 제21조의3을 위헌(違憲)으로 선언(宣言)하여도 국가존립에 위해가 미칠 정도의 법(法)의 공백(空白)이나 사회적 혼란이 예상되는 것은 아니므로 입법촉구立法促求)는 불필요(不必要)하다.

제청법원 서울지방법원 남부지원1988.12.26. 88초1360 위헌제청신청)

제청신청인 강○해

대리인 변호사 박재승

### [참조조문]

헌법(憲法) 제10조, 제13조 제2항, 제23조, 제34조 제2항, 제35조 제1항, 제3항 제37조 제2항, 제113조, 제119조, 제121조, 제122조

국토이용관리법(國土利用管理法) 제21조의 2 (규제구역(規制區域)의 지정(指定)) ① 건설부장관(建設部長官)은 토지(土地)의 투기적(投機的)인 거래(去來)가 성행(盛行)하거나 성행(盛行)할 우려가 있고, 지가(地價)가 급격(急激)히 상승(上昇)하거나 상승(上昇)할 우려가 있는 구역(區域)을 5년내(年內)의 기간(期間)을 정하여 규제구역(規制區域)으로 지정(指定)할 수 있다.

② 건설부장관(建設部長官)이 제1항의 규제(規制)에 의하여 규제구역(規制區域)을 지정(指定)하고자 할 때에는 국토이용계획심의회(國土利用計劃審議會)의 심의(審議)를 거쳐야 한다.

③ 건설부장관(建設部長官)이 제1항의 규정(規定)에 의하여 규제구역(規制區域)을 지정(指定)한 때에는 지체없이 대통령령(大統領令)이 정하는 바를 공고(公告)하고, 그 공고내용(公告內容)을 도지사(道知事)에게 통지하여야 한다.

④ 제3항의 규정(規定)에 의하여 통지를 받은 도지사(道知事)는 지체없이 공고내용(公告內容)을 그 규제구역(規制區域)을 관할(管轄)하는 등기소(登記所)의 장(長)과 시장(市長)·군수(郡守) 또는 구청장(區廳長)에게 통지하여야 하며, 그 통지를 받은 시장(市長)·군수(郡守) 또는 구청장(區廳長)은 지체없이 이를 일정기간(一定期間) 공시(公示)하고, 공고내용(公告內容)을 15일간(日間) 일반(一般)의 열람(閱覽)에 공(供)하여야 한다.

⑤ 규제구역(規制區域)의 지정(指定)은 제3항의 규정(規定)에 의한 공고일(公告日)로부터 일정기간(一定期間) 경과 후 효력(效力)이 발생한다.

⑥ 건설부장관(建設部長官)은 규제구역(規制區域)의 지정사유(指定事由)가 없어졌다고 인정될 때에는 지체없이 규제구역(規制區域)의 일부(一部)를 축소(縮小)하여야 한다.

⑦ 제2항 내지 제4항의 규정(規定)은 제6항의 규정(規定)에 의한 해제(解除) 또는 축소(縮小)의 경

우에 이를 준용(準用)한다.

國土利用管理法 제21조의3 (土地등의 去來契約 許可) ① 규제구역(規制區域) 내에 있는 토지(土地)에 관한 소유권(所有權) 또는 지상권(地上權) 기타 사용·수익(收益)을 목적(目的)으로 하는 권리(權利)(이러한 권리(權利)의 취득(取得)을 목적(目的)으로 하는 권리(權利)를 포함한다)로서 대통령령(大統領令)이 정하는 권리(權利)를 이전(移轉) 또는 설정(設定)(대가(對價)를 받고 이전(移轉) 또는 설정(設定)하는 경우에 한(限)한다)하는 계약(契約)(예약(豫約)을 포함한다 이하 “토지(土地)등의 거래계약(去來契約)”이라 한다)을 체결(締結)하고자 하는 당사자(當事者)는 공동(共同)으로 대통령령(大統領令)이 정하는 바에 의하여 관할도지사(管轄道知事)의 허가(許可)를 받아야 한다. 허가(許可)받은 사항(事項)을 변경(變更)(계약예정금액(契約豫定金額)을 감액(減額)하는 경우를 제외한다)하고자 할 때에도 또한 같다.

② 일반경제(一般經濟) 및 지가(地價)의 동향(動向)과 거래단위면적(去來單位面積) 등을 종합적(綜合的)으로 고려(考慮)하여 대통령령(大統領令)이 정하는 용도별(用途別) 면적(面積)이하의 토지(土地)에 대한 토지(土地)등의 거래계약(去來契約)에 대하여는 당사자(當事者)가 그 계약(契約)을 체결(締結)한 후에 관할시장(管轄市長)·군수(郡守) 또는 구청장(區廳長)에게 신고(申告)하여야 한다.

③ 제1항의 규정(規定)에 의한 허가(許可)를 받고자 하는 자(者)는 그 허가신청서(許可申請書)에 대통령령(大統領令)이 정하는 권리(權利)의 종류(種類)·면적(面積)·용도(用途)·계약예정금액(契約豫定金額) 등 계약내용(契約內容)과 그 토지(土地)의 이용계획(利用計劃) 등을 기재(記載)하여 관할시장(管轄市長)·군수(郡守) 또는 구청장(區廳長)을 거쳐 도지사(道知事)에게 제출하여야 한다.

④ 시장(市長)·군수(郡守) 또는 구청장(區廳長)은 제3항의 규정(規定)에 의한 허가신청서(許可申請書)를 받은 때에는 지체없이 그 의견서(意見書)를 첨부하여 도지사(道知事)에게 송부(送付)하여야 한다.

⑤ 도지사(道知事)는 제3항의 규정(規定)에 의한 허가신청서(許可申請書)를 받은 때에는 그 허가신청서(許可申請書)를 받은 날로부터 25일(日) 내에 허가(許可) 또는 불허가(不許可)의 처분(處分)을 하고 그 신청인(申請人)에게 허가증(許可證)을 교부(交付)하거나 불허가처분(不許可處分) 사유(事由)를 서면(書面)으로 통지하여야 한다.

⑥ 제5항의 규정(規定)에 의한 기간(期間) 내에 허가증(許可證)의 교부(交付) 또는 불허가처분(不許可處分) 사유(事由)의 통지가 없을 때에는 당해 기간(期間)의 만료일(滿了日)의 익일(翌日)에 제1항의 규정(規定)에 의한 허가(許可)가 있는 것으로 보며 이 경우 도지사(道知事)는 지체없이 신청인(申請人)에게 허가증(許可證)을 교부(交付)하여야 한다.

⑦ 제1항의 규정(規定)에 의한 허가(許可)를 받지 아니하고 체결(締結)한 토지(土地) 등의 거래계약(去來契約)은 그 효력(效力)을 발생하지 아니한다.

⑧ 제2항의 규정(規定)에 의한 토지(土地)의 면적산정방법(面積算定方法)에 관하여 필요한 사항(事項)은 대통령령(大統領令)으로 정한다.

국토이용관리법(國土利用管理法) 제21조의4 (許可基準) ① 도지사(道知事)는 제21조의3 제1항의 규정(規定)에 의한 허가신청(許可申請)이 다음 각호(各號)의 1에 해당하는 경우에는 허가(許可)를 하여서는 아니된다.

1. 토지소유권이 이전(土地所有權移轉)의 경우 그 계약예정금액(契約豫定金額)이 표준지가(標準地價)[당해 토지(土地)에 적용(適用)되

는 제29조의 규정(規定)에 의한 기준지가(基準地價)(이하 “기준지가(基準地價)”라 한다)를 기준(基準)으로 하여 기준지가(基準地價) 대상지역(對象地域) 공고일(公告日)로부터 허가신청일(許可申請日)까지의 도매물가상승률(都賣物價上昇率)·지가변동률(地價變動率)과 인근 유사토지(隣近類似土地)의 정상거래가격(正常去來價格) 및 기타 사항(事項)을 충분히 참작(參酌)하여 평가(評價)한 액(額)을 말한다]에 대통령령(大統領令)이 정하는 적정률(適正率)을 곱한 금액(金額)과 당해 토지(土地)에 대하여 대통령령(大統領令)이 정하는 취득(取得)·관리(管理)에 소요(所要)된 비용액(費用額)의 원리금(元利金)을 합산(合算)한 금액(金額)을 초과한 경우

2. 토지(土地)등의 거래(去來)로 취득(取得)한 토지(土地)의 이용목적(利用目的)이 다음 각호(各號)의 1에 해당되지 아니한 경우

가. 자기(自己)의 거주용(居住用) 주택용지(住宅用地)에 공(供)하고자 하는 것인 때

나. 규제구역(規制區域)내에 거주(居住)하는 자(者)의 복지(福祉) 또는 편익(便益)을 위한 시설(施設)로서 관할시장(管轄市長)·군수(郡守) 또는 구청장(區廳長)이 확인한 시설(施設)의 설치용(設置用)에 공(供)하고자 하는 것인 때

다. 규제구역(規制區域)내에 거주(居住)하는 농(農)·어민(漁民)이 당해 규제구역(規制區域)내에서 농업(農業)·축산업(畜產業)·임업(林業) 또는 어업(漁業)을 영위(營爲)하기 위하여 필요한 것인 때

라. 토지수용법(土地收用法) 기타 법률(法律)에 의하여 토지(土地)를 수용(收用) 또는 사용할 수 있는 사업(事業)을 시행(施行)하는 자(者)가 그 사업(事業)의 용(用)에 공(供)하고자 하는 것인 때

마. 규제구역(規制區域)을 포함한 지역(地域)의 건전(健全)한 발전을 위하여 필요하며 또한 당해 규제구역(規制區域)의 토지이용(土地利用)상 적절하다고 인정되는 사업(事業)을 시행(施行)하는 자(者) 또는 시행(施行)하고자 하는 자(者)가 그 사업(事業)의 용(用)에 공(供)하고자 하는 것인 때

바. 규제구역(規制區域)의 지정(指定) 당시 당해 구역(區域)내에서 사업(事業)을 시행(施行)하고 있는 자(者)가 그 사업(事業)의 용(用)에 공(供)하고자 하는 것인 때 또는 그 자(者)의 사업(事業)과 밀접(密接)한 관련이 있는 사업(事業)을 행하는 자(者)가 그 사업(事業)의 용(用)에 공(供)하고자 하는 것인 때

사. 규제구역(規制區域)내에 거주(居住)하고 있는 자(者)의 일상생활(日常生活) 및 통상적(通常的)인 경제활동(經濟活動)에 필요한 것으로서 대통령령(大統領令)이 정하는 용도(用途)에 공(供)하고자 하는 것인 때

3. 그 토지(土地)의 이용목적(利用目的)이 국토이용계획(國土利用計劃)·도시계획(都市計劃) 기타 토지(土地)의 이용에 관한 계획(計劃)에 적합하지 아니한 경우

4. 그 토지(土地)의 이용목적(利用目的)이 도로(道路)·광장(廣場)·하천(河川)·학교(學校) 등의 공공시설계획상(公共施設計劃上) 또는 주변(周邊)의 자연환경(自然環境) 보전상(保全上) 명백(明白)히 적합하지 아니한 경우

5. 그 면적(面積)이 그 토지(土地)의 이용(利用) 목적(目的)으로 보아 적합하지 아니하다고 인정되는 경우

② 도지사(道知事)는 토지(土地) 등의 거래계약허가신청(去來契約許可申請)이 제1항 제1호에 해당되어 불허가(不許可)의 처분(處分)을 하고자 할 때에는 미리 그 허가신청인(許可申請人)에게 계약예정금액(契約豫定金額)의 조정(調整)을 권고(勸告)할 수 있다.

국토이용관리법(國土利用管理法) 제21조의5 (이의신청(異議申請)) ① 제21조의3의 규정(規定)에 의한 처

분(處分)에 대한 이의(異議)가 있는 자(者)는 그 처분(處分)을 받은 날로부터 1월(月)내에 토지이용심사위원회(土地利用審査委員會)에 이의(異議)를 신청(申請)할 수 있다.

② 제1항의 규정(規定)에 의한 이의신청(異議申請)을 받은 토지이용심사위원회(土地利用審査委員會)는 이에 대한 결정(決定)을 하여야 한다.

③ 제2항의 규정(規定)에 의한 결정(決定)을 받은 후가 아니면 제21조의3의 규정(規定)에 의한 처분(處分)의 취소(取消) 또는 변경(變更)을 구하는 소송(訴訟)을 제기(提起)할 수 없다. 다만, 제1항의 규정(規定)에 의한 이의(異議)를 신청(申請)한 날로부터 2월(月)이 경과되도록 제2항의 규정(規定)에 의한 처분(處分)이 없을 때에는 그러하지 아니하다.

④ 제2항의 규정(規定)에 의한 토지이용심사위원회(土地利用審査委員會)는 도(道)에 두며 그 구성(構成)과 운영(運營)에 관하여 필요한 사항(事項)은 대통령령(大統領令)으로 정한다.

국토이용관리법(國土利用管理法) 제21조의15 (토지(土地) 등에 관한 매수청구(買收請求)) ① 제21조의3 제1항의 규정(規定)에 의한 허가신청(許可申請)을 한 경우에 있어서 불허가(不許可)의 처분(處分)을 받은 토지(土地)등의 소유자(所有者)는 도지사(道知事)에 대하여 당해 토지(土地)등에 관한 권리(權利)의 매수(買收)를 청구(請求)할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 토지(土地) 등에 관한 권리(權利)의 매수청구(買收請求)를 받은 도지사(道知事)는 당해 토지(土地) 등에 대하여 국가(國家)·지방자치단체(地方自治團體)·한국토지개발공사(韓國土地開發公私) 기타 대통령(大統領)이 정하는 정부투자기관(政府投資機關) 및 공공단체(公共團體) 중에서 매수(買收)할 자(者)를 지정(指定)하여 당해 토지(土地)을 예산(豫算)과 제21조의4 제1항 제1호에 규정(規定)된 가격(價格)의 범위내에서 매수(買收)하게 하여야 한다.

국토이용관리법(國土利用管理法) 제31조의2 (벌칙(罰則)) 다음 각호(各號)의 1에 해당하는 자(者)는 2년(年)이하의 징역(懲役) 또는 500만(萬)원 이하의 벌금(罰金)에 처(處)한다. 다만, 제5호의 경우에는 3년(年)이하의 징역(懲役) 또는 500만(萬)원 이하의 벌금(罰金)에 처(處)한다.

1. 제21조의3 제1항의 규정(規定)에 위반(違反)하여 허가(許可)없이 토지(土地) 등의 거래계약(去來契約)을 체결(締結)하거나 사위(詐僞) 기타 부정(不正)한 방법(方法)으로 토지(土地) 등의 거래계약허가(去來契約許可)를 받은 자(者)

2. 제29조의2 제2항의 규정(規定)에 의한 토지평가사(土地評價士)의 면허(免許)를 받지 아니하고 토지평가사(土地評價士)의 업무(業務)를 행한 자(者)

3. 사위(詐僞) 기타 부정(不正)한 방법(方法)으로 토지평가사(土地評價士)의 면허(免許)를 받은 자(者)

4. 제29조의5 제1항의 규정(規定)에 위반(違反)하여 허위(虛僞) 또는 부정(不正)한 평가(評價)를 한 자(者)

5. 제29조의5 제7항의 규정(規定)에 위반(違反)한 자(者)

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제23조 (심판정족수(審判定足數)) ① 생략

② 재판부(裁判部)는 종국심리(終局審理)에 관여한 재판관(裁判官)의 과반수(過半數)의 찬성(贊成)으로 사건(事件)에 관한 결정(決定)을 한다. 다만, 다음 각호(各號)의 1에 해당하는 경우에는 재판관(裁判官) 6인(人) 이상의 찬성(贊成)이 있어야 한다.

1. 법률(法律)의 위헌결정(違憲決定), 탄핵(彈劾)의 결정(決定), 정당해산(政黨解散)의 결정(決定) 또는 헌법소원(憲法訴願)에 관한

인용결정(認容決定)을 하는 경우

2. 생략

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제45조 (위헌결정(違憲決定)) 헌법재판소(憲法裁判所)는 제청(提請)된 법률(法律) 또는 법률조항(法律條項)의 위헌(違憲) 여부(與否)만을 결정(決定)한다. 다만, 법률조항(法律條項)의 위헌결정(違憲決定)으로 인하여 당해 법률(法律) 전부를 시행(施行)할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌(違憲)의 결정(決定)을 할 수 있다.

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제47조 (위헌결정(違憲決定)의 효력(效力)) ① 법률(法律)의 위헌결정(違憲決定)은 법원(法院) 기타 국가기관(國家機關) 및 지방자치단체(地方自治團體)를 기속(羈束)한다.

② 위헌(違憲)으로 결정(決定)된 법률(法律) 또는 법률(法律)의 조항(條項)은 그 결정(決定)이 있는 날로부터 효력(效力)을 상실(喪失)한다. 다만, 형벌(刑罰)에 관한 법률(法律) 또는 법률(法律)의 조항(條項)은 소급(溯及)하여 그 효력(效力)을 상실(喪失)한다.

③ 제2항 단서(但書)의 경우에 위헌(違憲)으로 결정(決定)된 법률(法律) 또는 법률(法律)의 조항(條項)에 근거한 유죄(有罪)의 확정판결(確定判決)에 대하여는 재심(再審)을 청구(請求)할 수 있다.

④ 제3항의 재심(再審)에 대하여는 형사소송법(刑事訴訟法)의 규정(規定)을 준용(準用)한다.

[주 문]

1. 국토이용관리법(1972.12.30. 법률 제2408호, 1978.12.5. 개정 법률 제3139호, 1982.12.31. 개정 법률 제3642호) 제21조의3 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

2. 같은 법률(1989.4.1. 개정 법률 제4120호) 제31조의2는 헌법에 위반된다고 선언할 수 없다.

[이 유]

1. 제청사건과 심판의 대상

가. 제청사건

이 사건은 서울지방법원 남부지원 88고단5205 국토이용관리법 위반사건의 피고인인 강○해가 그의 대리인 변호사 박재승을 통하여 위 재판의 전제가 된 국토이용관리법 제21조의3 제1항, 제31조의2의 위헌여부심판을 제청신청함에 따라 1988.12.26. 위 지원이 헌법재판소에 위 법률의 조항들에 대한 위헌여부의 심판

을 제청한 것이다.

위 강○해는 도지사의 허가없이 1988.3. 중순경부터 같은 해 5월말경까지의 사이에 규제구역으로 고시된 충남 당진군 송악면 ○○리 17의3 소재 임야 2,000평의 5건 도합 5,690평을 미등기 전매하여 2,275만원의 전매차익을 취득한 혐의 등으로 1988.11.3. 구속 기소되어 (같은 해 11.8. 보석) 위 지원에서 심리 같은 해 12.5. 징역 1년의 구형을 받은 자이다.

#### 나. 심판의 대상

(1) 위헌여부심판의 대상은 국토이용관리법 제21조의3 제1항의 “규제구역 내에 있는 토지에 관한 소유권 또는 지상권 기타 사용·수익을 목적으로 하는 권리(이러한 권리의 취득을 목적으로 하는 권리를 포함한다)로서 대통령령이 정하는 권리를 이전 또는 설정(대가를 받고 이전 또는 설정하는 경우에 한한다)하는 계약(예약을 포함한다. 이하 “토지 등의 거래계약” 이라한다)을 체결하고자 하는 당사자는 공동으로 대통령령이 정하는 바에 의하여 관할도지사의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항을 변경(계약예정금액을 감액하는 경우를 제외한다)하고자 할 때에도 또한 같다” 라는 토지 등의 거래계약에 대한 허가규정과

(2) 위 법률 제31조의2의 “제21조의3 제1항의 규정에 위반하여 허가없이 토지 등의 거래계약을 체결하거나 사위 기타 부정한 방법으로 토지 등의 거래계약허가를 받은 자는 2년이하의 징역 또는 500만원이하의 벌금에 처한다” (이 조항은 1989.4.1. 법률 제4120호로 지가공시및토지등의평가에관한법률 부칙 제3조 제1항에 의하여 개정되었음)라는 벌칙규정이 각 헌법에 위반되는지의 여부에 관한 것이다.

## 2. 위헌여부심판제청의 이유와 관계인의 의견

### 가. 제청법원의 위헌여부심판제청의 이유

헌법 제23조는 사유재산권을 보장하고 있고, 헌법 제37조 제2항에 의하면 이러한 재산권은 법률로써 제한할 수 있으나 그 경우에도 재산권의 본질적인 내용이 침해될 수 없는데, 국토이용관리법 제21조의3 제1항, 제31조의2는 재산권의 주된 내용인 처분의 자유를 제한(허가)내지 금지(불허가)하는 것이므로 헌법 제23조, 제37조 제2항에 위반되는 규정이라고 해석될 여지가 있으므로 위헌여부의 심판을 제청한다.

#### 나. 제청신청인 대리인의 의견

오늘날 소유권관념의 변천에 따라 소유권의 사회성을 인정하여야 하지만 소유권의 사회성을 강조한다고 하여 자본주의 자유민주주의의 근본이념을 훼손하여서는 안된다.

법률에 의한 기본권의 제한은 헌법 제37조 제2항에 나타나 있는 최소제한의 원칙과 본질적 내용 침해금지의 원칙에 따라야 한다 그런데 토지거래허가제는 토지의 처분과 취득을 금지하는 것이므로 이는 계약자유 원칙을 완전히 부정하고 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것인 동시에 토지거래규제에 있어서 가장 극단적인 방법에 해당되어 최소제한의 원칙도 부정하고 있는 것이다.

#### 다. 법무부장관의 의견(서울지방법검찰청 남부지청검사의 의견 포함)

(1) 헌법 제23조 제1항 후문 및 제122조에 의하면 사유재산권 특히 토지소유권의 내용과 한계는 법률로 정하도록 되어 있다. 그런데 국토이용관리법 소정의 토지거래허가제는 투기적인 거래라고 인정되는 경우 일정한 기간 동안만 토지의 처분권을 제한하는 것이므로 헌법상의 재산권 법정주의(財産權法定主義)에 형식적으로나 실질적으로 합치되는 것이어서 위헌이라고 볼 수 없고 오히려 토지의 정상적인 거래를 유도함으로써 헌법 제23조 제2항의 이념을 실현시키는 것이다.

#### (2) 재산권의 본질적인 내용의 침해라 함은 그 침해로 제

산권이 그의 본래 목적을 달성할 수 없을 정도로 유명무실하게 되는 것을 말하는데, 토지거래허가제는 토지의 처분을 전면적으로 금지하는 것이 아니라 특정 지역에 한해서 일정한 기간을 정하여 정상거래가 아닌 투기적 거래 등일 경우에만 제한하는 것이고, 또한 구제절차로서 토지소유자에게 불허가처분에 대한 이의신청권과 토지매수청구권을 부여하고 있으므로 사유재산권의 본질적인 내용을 침해하는 것이라 할 수 없다.

(3) 토지거래허가제는 선진 외국의 여러나라에서도 이미 시행하고 있으며 특히 우리나라는 국토면적이 협소한데다 이용가능한 면적이 세계에서 유래가 없을 정도로 협소하여 그 한정된 국토의 효율적인 이용에 대한 노력이 더 많이 요구되고 있는 만큼 토지재산권에 대한 제한과 의무가 더 많이 따르게 된다 따라서 토지거래허가제에 따른 제한은 국민 모두가 수인(受忍)하여야 할 토지재산권에 내재된 부담으로서 토지재산권의 본질적인 내용을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

#### 라. 건설부장관의 의견

건설부장관은 위 법무부장관과 같은 의견을 제출한 외에도 다음과 같은 의견을 제출하였다.

(1) 1989.4.25. 현재까지 토지거래허가제 실시를 위한 규제구역은 1985.8월 초 28평방킬로미터를 지정한 이래 1988.2.19. 653평방킬로미터, 1988.9.7. 8,638평방킬로미터(전 국토의 9.4%)를 지정한 바 있고, 그 지정기간은 각각 3년이었다. 1988년 한해 동안 2회에 걸쳐 규제구역을 지정하게 된 것은 1987년부터 전국의 지가가 전년대비 23%이상 급격히 상승하였고 1988년에는 전년대비 46%이상 극심하게 상승하였기 때문이다.

우리나라의 국토는 9만9천2백평방킬로미터인데 인구는 4천 2백만이나 되며 2000년대에는 5천만명을 넘을 전망이다. 전 국

토중 산림이 66%, 농경지 23%, 여타 11%인데 그 중에서도 도로, 철도, 하천 등 공공시설과 산업용지를 제외하면 국민의 주거에 이용될 수 있는 토지는 4%에 불과한 것이다. 그런데 전국적으로 상위 소득계층 5%가 전체사유지의 65.2%를, 상위 10%가 전체 사유지의 76.9%를, 상위 20%가 전체사유지의 90.8%를 소유하고 있는 실정이다.

(2) 투기적 거래 및 지가의 급격한 상승을 억제하는데는 토지거래신고제로서는 그 한계가 명백히 드러났고 조세적 방법도 실제 과표의 현실화율이 지나치게 낮고, 단기 전매시에 그 실효성이 적을 뿐 아니라 그 기능이 사후적 조치에 불과하여 사전방지의 효과를 기대할 수 없었기 때문에 토지거래허가제를 실시하였다.

또한 실제로 규제구역을 지정함에 있어서는 투기우심지역을 엄선하고 구역범위를 최소화하여 시범적으로 실시함으로써 투기의 외연확산을 방지한다는 기본방침하에 투기적거래 및 지가의 급격한 상승지역을 대상으로 집중조사를 실시한 후 토지거래허가제의 실시가 불가피하다고 인정되는 지역을 극히 제한적으로 선정하였다.

(3) 토지거래허가제의 실효성을 확보하기 위하여는 위법한 무허가거래 계약행위를 무효화시키는 외에 행정형벌에 의한 제재가 불가피하고 투기적거래에 따르는 고액의 불로소득 및 부동산범죄의 계속적인 증가추세등을 감안하건대 벌금형 이외에 자유형을 통한 제재는 필요하고도 적절하다.

### 3. 판단

#### 가. 헌법상의 재산권 보장

##### (1) 기본이념

헌법은 제23조 제1항에서 “모든 국민의 재산권은 보장된다”고 하는 재산권 보장에 대한 일반적인 원칙규정을 두고 있으며, 아울러

러 제13조 제2항은 소급입법에 의한 재산권의 박탈을 금지하고 제119조 제1항은 “대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다” 고 규정하고 있다.

즉, 우리 헌법은 사유재산제도와 경제활동에 대한 사적자치의 원칙을 기초로 하는 자본주의 시장경제질서를 기본으로 하고 있음을 선언하고 있는 것이다 이는 국민 개개인에게 자유스러운 경제활동을 통하여 생활의 기본적 수요를 스스로 충족시킬 수 있도록 하고 사유재산과 그 처분 및 상속을 보장해주는 것이 인간의 자유와 창의를 보장하는 지름길이고 궁극에는 인간의 존엄과 가치를 증대시키는 최선의 방법이라는 이상을 배경으로 하고 있는 것이다

## (2) 재산권 관념의 역사적 변천

토지소유권이 그 핵심인 재산권이라는 관념은 그것이 생겨난 이후 오늘에 이르기까지 끊임없이 변천되어 온 역사에 기초를 두고 있으므로 헌법에 규정된 재산권보장의 성격을 명백히 파악하기 위하여서는 토지소유권 관념에 대한 역사적 이해가 필요하다.

역사적으로 볼 때 고대사회에서 토지에 대한 소유권개념은 부락 주민 전체의 총유(總有)라는 관념으로 인식되었다. 그러나 중세봉건제도의 확립과 함께 토지소유권의 개념은 토지에 대한 관리처분권(영유권)과 그 이용권으로 구분하는 분할소유권(分割所有權)의 관념이 형성되어 관리처분권은 봉건 영주에게 귀속되고 그 이용권은 지세나 소작료를 부담하는 조건으로 예속 영민에게 귀속되는 것으로 변천되었다.

봉건 영주는 토지영유권을 토대로 하여 예속영민에 대하여 병역동원이나 노무차출 등으로 신분구속적(身分拘束的)인 지배를 할 수 있었고 예속 영민은 토지를 경작할 수 있게 해준 영주의 은사(恩赦)에 대한 보답으로 각종의 의무와 부담을 감내하고 있었던 것

이다.

봉건사회가 붕괴되고 난 후 성립한 근대시민사회는 근대초기의 계몽사상 및 자연법사상과 로마법의 영향으로 모든 사람을 평등한 인격자로 관념하고 그의 이윤추구 욕구를 바탕으로 한 자유스러운 사회활동(계약자유)과 여러가지 제약이나 부담이 따르지 않는 소유권 즉 절대적인 소유권의 보장을 요구하였고, 그것을 배경으로 개인주의·자유주의 및 자본주의의 급속한 발달과 함께 생산과 부의 비약적인 증대와 경제번영을 이룩하였던 것이다. 그리하여 근대 초기 자본주의하에서의 토지소유권의 개념은 개인적 재산권으로서 타의 제약을 받지 않는 절대적사권(絕對的私權)으로서 존중되게 되었으며, 토지소유권의 불가침성, 자유성, 우월성을 의미하는 토지소유권의 절대성은 1789.8.27. 불란서 인권선언 제17조의 「소유권은 신성불가침」이라는 규정으로 극명하게 표현되었던 것이다.

그러나 위와 같은 개인주의·자유주의에 바탕을 둔 자본주의도 초창기의 기대, 즉, 모든 사람을 평등한 인격자로 보고 그 자유로운 계약활동과 소유권의 절대성만 보장해주면 개인적으로나 사회적으로 무궁한 발전을 기약할 수 있다는 이상(理想)이 노동을 상품으로 팔 수 밖에 없는 도시노동자나 소작민에게는 아무런 의미가 없고, 계약자유의 미명아래 “있는 자, 가진 자”로부터 착취당하여 결국에는 빈부의 격차가 현격해지고, 사회계층간의 분화와 대립갈등이 첨예화하는 사태에 이르게 됨에 따라 대폭 수정되기에 이르렀으니 모든 사람들에게 인간으로서의 생존권을 보장해 주기 위하여서는 토지소유권은 이제 더 이상 절대적인 것일 수가 없었고 공공의 이익 내지 공공복리의 증진을 위하여 의무를 부담하거나 제약을 수반하는 것으로 변화되었으며, 토지소유권은 신성불가침의 것이 아니고 실정법상의 여러 의무와 제약을 감내하지

않으면 안되는 것으로 되었으니 이것이 이른바 “토지공개념(土地公概念) 이론”인 것이다.

그리하여 대부분의 현대국가에서는 재산권의 내용과 한계를 법률로 정할 수 있도록 하고 있고, 의무를 수반하는 상대적 권리(相對的權利)로 규정하고 있는 것이다.

재산권의 사회적제약 내지 사회기속성을 강조하는 것은 재산권의 절대적 보장에서 배태되는 사회적 폐단을 최소화함과 아울러 사유재산제도의 기본이념을 보호하려는 것으로서 사유재산제도의 유지존속을 위한 사유재산제도의 최소한의 자기희생 내지 양보인 것이다.

1919년에 제정된 독일의 바이마르(Weimar)헌법 제153조가 「소유권은 헌법에 의해서 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.」 「소유권은 의무를 진다. 소유권의 행사는 동시에 공공의 복리에 대한 봉사이어야 한다」고 규정한 것은 위와 같은 소유권의 개념변화를 잘 표현하고 있는 것이다

우리나라의 경우 일제의 식민지 지배에서 해방되어 미군정기간을 거쳐 1948.7.12. 제헌헌법이 제정되었는 바 이 헌법 제15조에서 위와 같은 재산권 개념의 변천에 상응하여 재산권의 상대성 재산권 행사의 공공복리 적합의무를 명시하고 있으며, 그 후 제정된 우리 민법(1958.2.22. 법률 제471호)에서도 소유권의 내용을 규정함에 있어서 “소유자는 법률의 범위내에서 그 소유물을 사용 수익, 처분할 권리가 있다” (민법 제211조) “토지의 소유권은 정당한 이익있는 범위내에서 토지의 상하에 미친다” (민법 제212조)라고 규정하고 있으며 ‘절대 무제한으로 목적물을 이용하고 처분할 권리’ 라든가 ‘하고 싶은대로 이용하는 권리’ 라는 내용으로 규정하고 있지 않은 것이다. 제3공화국이 출범하면서 공업 입국의 기치아래 산업사회의 고도의 발달 국민소득의 증가를 이룩하였으나 급속

한 산업화·도시화와 함께 인구의 폭발적인 증가로 도시지역을 선두로 전국의 토지가격이 급등하여 토지가 투기의 대상이 되는 현상이 생겨나게 되고 아울러 공해문제에 따른 환경보전의 필요성이 절실하여지게 되었다

오늘날 이러한 상황은 비단 우리나라에만 한정되는 것이 아니어서 국제적으로도 토지구제의 필요성이 크게 강조되고 있는 터인데, 1976년에 개최된 국제연합인간거주회의(HABITAT)에서 이미 채택된 국내행동권고에서는 토지문제에 대해 토지는 인간거주에 있어서 극히 중요한 역할을 담당하고 있으며 시장에 방치되는 보통의 자산으로 취급할 수 없으므로 국가 전체이익을 위한 규제하에 있어야 한다. 토지의 소유, 이용, 개발을 공적으로 규제하는 것은 환경보전·주거수준의 향상을 위하여 불가결한 것이다 라는 논거로 토지소유권의 규제 내지 제한을 권고하고 있는 것이다

#### 나. 재산권의 제한

위와 같은 추세에 따라 우리 헌법도 재산권은 보장하되 “그 내용과 한계는 법률로 정한다” (헌법 제23조 제1항 후문)라고 하여 법률로 재산권을 규제할 수 있음을 명백히 하고 있을 뿐만 아니라 “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다” (헌법 제23조 제2항)라고 하여 재산권행사의 사회적 의무성도 강조하고 있는 것이다.

재산권행사의 공공복리 적합의무는 헌법상의 의무로써 입법형성권의 행사에 의해 현실적인 의무로 구체화되고 있는데, 이 사건 국토이용관리법외에도 국토건설종합계획법, 도시계획법, 건축법, 주택건설촉진법, 토지수용법, 지방공업개발법, 낙농진흥법, 농촌근대화촉진법, 농업기본법, 농지개혁법, 산림법, 환경보전법(구 공해방지법) 기타 여러 법률에서 토지소유자에게 여러가지 의무와 부담을 과하고 있는 것이다.

재산권행사의 사회적 의무성을 헌법 자체에서 명문화하고 있는 것은 사유 재산제도의 보장이 타인과 더불어 살아가야 하는 공동체생활과의 조화와 균형을 흐트러뜨리지 않는 범위내에서의 보장임을 천명한 것으로서 재산권의 악용 또는 남용으로 인한 사회공동체의 균열과 파괴를 방지하고 실질적인 사회정의의 구현하겠다는 국민적 합의의 표현이라고 할 수 있으며 사법(私法)영역에서도 신의성실의 원칙이라든가 권리남용금지의 원칙, 소유권의 상린관계 등의 형태로 그 정신이 투영되어 있는 것이다. 재산권행사의 사회적 의무성은 헌법 또는 법률에 의하여 일정한 행위를 제한하거나 금지하는 형태로 구체화될 이치이나 이는 (토지)재산의 종류, 성질, 형태, 조건, 상황, 위치 등에 따라 달라질 것이다

그런데 토지의 수요가 늘어난다고 해서 공급을 늘릴 수 없기 때문에 시장 경제의 원리를 그대로 적용할 수 없고, 고정성, 인접성, 본원적 생산성, 환경성, 상린성, 사회적, 공공성, 영토성 등 여러가지 특징을 지닌 것으로서 자손만대로 향유하고 함께 살아가야 할 생활터전이기 때문에 그 이용을 자유로운 힘에 맡겨서도 아니되며, 개인의 자의에 맡기는 것도 적당하지 않은 것이다

토지의 자의적인 사용이나 처분은 국토의 효율적이고 균형있는 발전을 저해하고 특히 도시와 농촌의 택지와 경지, 녹지 등의 합리적인 배치나 개발을 어렵게 하기 때문에 올바른 법과 조화있는 공동체질서를 추구하는 사회는 토지에 대하여 다른 재산권의 경우보다 더욱 강하게 사회공동체 전체의 이익을 관철할 것을 요구하는 것이다.

그래서 토지에 대하여서는 헌법이 명문으로 “국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다” 라고 하여 일반 재산권규정

(헌법 제23조)과는 별도로 규정하고 있고(헌법 제122조), 그 중에서도 식량생산의 기초인 농지에 대하여서는 제21조 등에서 소작제도금지 등 특별한 규제를 하고 있다. 우리 국민의 토지에 대한 강한 소유욕은 전통적으로 내려 온 가족주의적 농업사회에서 비롯된 것인데, 농업사회에 있어서는 토지가 생계의 절대수단이고 가족중심적 가치관을 토지를 후대에 상속시켜 안전한 생활을 보장해 주려는 의식을 낳게 하였던 것이다. 이러한 관념은 고도의 산업사회가 된 오늘날에 와서도 그대로 이어져 기업가나 개인이나 생산과 주거에 필요한 면적 이상의 토지를 보유하여 토지가격의 등귀를 치부의 수단으로 하려는 경향이 있는 것이다.

그렇기 때문에 토지재산권에 대하여서는 입법부가 다른 재산권보다 더 엄격하게 규제를 할 필요가 있다고 하겠는데 이에 관한 입법부의 입법제량의 여지는 다른 정신적 기본권에 비하여 넓다고 봐야 하는 것이다

#### 다. 재산권 제한의 한계

입법부라고 할지라도 수권의 범위를 넘어 자의적인 입법을 할 수 있는 것은 아니며 사유재산권의 본질적인 내용을 침해하는 입법을 할 수 없음은 물론이다(헌법 제37조 제2항 후단).

토지재산권의 본질적인 내용이라는 것은 토지재산권의 핵이 되는 실질적 요소 내지 근본요소를 뜻하며, 따라서 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 경우라고 하는 것은 그 침해로 사유재산권이 유명무실해지고 사유재산제도가 형해화(形骸化)되어 헌법이 재산권을 보장하는 궁극적인 목적을 달성할 수 없게 되는 지경에 이르는 경우라고 할 것이다.

사유재산제도의 전면적인 부정 재산권의 무상몰수, 소급입법에 의한 재산권박탈 등이 본질적인 침해가 된다는데 대하여서는 이론의 여지가 없으나 본권심판대상인 토지거래허가제는 헌법의 해

석이나 국가, 사회공동체에 대한 철학과 가치관의 여하에 따라 결론이 달라질 수 있는 것이다. 그리고 헌법의 기본정신(헌법 제37조 제2항)에 비추어 볼 때 기본권의 본질적인 내용의 침해가 설사 없다고 하더라도 과잉금지의 원칙에 위반되면 역시 위헌임을 면하지 못한다고 할 것이다. 과잉금지의 원칙은 국가작용의 한계를 명시하는 것인데 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성(보호하려는 공익이 침해되는 사익보다 더 커야 한다는 것으로서 그 래야만 수인(受忍)의 기대가능성이 있다는 것)을 의미하는 것으로서 그 어느 하나이라도 저촉되면 위헌이 된다는 헌법상의 원칙이다. 이하 항목을 세분하여 따져보기로 한다.

(1) 토지거래허가제는 사유재산제도의 본질적인 내용을 침해하는 제도인가.

헌법 제37조 제2항의 규정이 기본권 제한 입법의 수권규정(授權規定)인 성질과 아울러 기본권 제한 입법의 한계규정(限界規定)의 성질을 갖고 있음을 감안하건대 사유재산제도하에서 재산권의 핵심적인 요소라고 할 수 있는 처분권을 제한 또는 금지하고 있는 토지거래허가제는 소유권을 허유권(虛有權)으로 전락시키는 것으로서 그 본질적인 내용을 침해하는 것이며 따라서 부수적인 다른 조치를 아무리 잘 보완하여도 위헌임을 면하기 어렵다는 견해에 대하여 살펴본다.

헌법상 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본권 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 지고(헌법 제10조 후문), 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 지며(헌법 제34조 제2항), 환경보전과 주택개발등을 통하여 국민의 쾌적한 주거생활을 보장하도록 노력하여야 할 의무를 지고 있고(헌법 제35조 제1항, 제3항), 아울러 국토의 효율적이고 균형있는 이용·개발·보전을 위하여 그에 필요한 제한과 의무를 과할 권한을 가지고 있으므로(헌법 제122조) 토지거

래허가제는 위에 적시한 국가의 헌법상의 권한과 의무를 실현하거나 이행하기 위하여 마련된 것이라 할 수 있는 것이다 그런데 토지거래허가제는 그 주된 목적이 토지의 투기적거래 억제에 있는 바 토지투기는 엄청난 불로소득을 가져와 불건전한 소비풍토나 퇴폐향락성향의 과소비와 연결되기 쉽고 일반 근로자는 봉급이나 임금으로는 평생 저축을 하여도 주거를 마련하기 힘들고 생산공장부지의 가격등귀는 생산품가격의 인상이인이 됨과 아울러 다른 물가도 함께 상승시키는 결과가 되어 결국에는 경제의 발달을 저해하고 국민의 건전한 근로의욕을 저해하며 계층간의 불화와 갈등을 심화시키는 것이다.

위와 같은 사정하에서 국토이용관리법법률 제2408호)이 제정되었으니 국토는 모든 국민의 복리증진을 위한 유한한 자원이며 공통기반임에 비추어 그 이용에 있어서는 공공복리를 우선시키고 자연환경을 보호함과 아울러 지역적 여러 조건을 충분히 고려하여 토지가 합리적으로 이용되고 적정하게 거래되도록 함으로써 양호한 생활환경의 확보와 국토의 균형있는 발전을 도모함을 그 기본이념으로 한 것이다

1978.12.5. 법률 제3139호로 제21조의2, 3이 추가되어 토지거래허가제가 신설되고 그 위반에 대한 벌칙이 마련된 것이다(국토이용관리법 제31조의2).

토지거래허가제는 거래목적, 거래면적, 거래가격 등을 통제하기 위한 제도이나 실제에 있어서는 토지의 거래가격을 허가기준가격의 범위내로 억제하는 것이 주목적이라 할 수 있어 어떤 의미에서는 토지거래의 상한가격을 통제하는 제도라 할 수 있고 이러한 의미의 물가통제는 시장경제원리를 채택하고 있는 자유민주주의국가에서도 흔히 볼 수 있는 것이며 우리나라에만 있는 것은 아닌 것이다.

자유민주주의국가에서 시장경제원리를 중시하는 것은 그것이 개인의 자유와 창의를 보장하고 재화를 효율적으로 배분하는데 가장 알맞는 원리이기 때문인데 투기가 성행하는 경우에는 이러한 시장의 정상적인 기능이 마비되고 사회적으로 여러가지 폐단과 모순을 노정하게 되므로 이를 그대로 방치해 둘 수는 없으며 어떤 형태의 규제가 불가피한 것이다

그런데 국토이용관리법이 규제하고자 하는 것은 모든 사유지가 아니고 투기우심지역 또는 지가폭등지역의 토지에 한정하고 있다는 점과 규제기간이 5년 이내인 점, 설사 규제되더라도 거래목적, 거래면적, 거래가격 등에 있어서 기준에 위배되지 않는 한 당연히 당국의 거래허가를 받을 수 있어 처분권이 완전히 금지되는 것은 아닌 점 및 당국의 거래불허가처분에 대하여서는 불복방법이 마련되어 있는 점 등을 종합해볼 때 토지거래허가제(토지 등의 거래계약이 허가되었을 경우에는 제한의 해제로서 별 문제될 것이 없고 토지 등의 거래계약이 불허가되었을 경우에도) 사유재산제도의 부정이라 보기는 어렵고 다만 그 제한의 한 형태라고 봐야 할 것이다. 생산이 자유롭지 않은 토지에 대하여 처분의 자유를 인정하지 않고 이를 제한할 수 밖에 없음은 실로 부득이한 것이며 토지거래허가제는 헌법이 명문으로 인정하고 있는 (헌법 제122조) 재산권의 제한의 한 형태로서 재산권의 본질적인 침해라고는 할 수 없는 것이다

## (2) 토지거래허가제와 사적자치의 원칙 내지 보충의 원리위배 여부

우리 헌법 제23조 제1항, 제119조 제1항에서 추구하고 있는 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 최대한도로 존중·보장하는 자본주의에 바탕을 둔 시장경제질서이므로 국가적인 규제와 통제를 가하는 것도 보충의 원칙에 입각하여 어디까지나 자본주의 내지 시장경제질서의 기초라고 할 수 있는 사유재산

제도와 아울러 경제행위에 대한 사적자치의 원칙이 존중되는 범위내에서만 허용될 뿐이라 할 것인데, 토지거래허가제는 위 기본원칙 특히 그 중에서도 사적자치(私的自治)의 원칙에 대한 중대한 침해이므로 위헌이라는 견해에 대하여 살펴본다.

통제는 자승법칙(自乘法則)에 의하여 더 많은 통제를 요구하며 관료주의 확일주의, 형식주의에 치우쳐 비능률, 낭비, 빈곤, 무기력, 몰인정을 배태한다는 사실을 전체주의국가의 통제경제실태에서 우리는 보고 있는 것이다 그런데 자유민주주의국가에서는 각 개인의 인격을 존중하고 그 자유와 창의를 최대한으로 존중해 주는 것을 그 이상으로 하고 있는 만큼 기본권주체의 활동은 일차적으로 그들의 자결권과 자율성에 입각하여 보장되어야 하고 국가는 예외적으로 꼭 필요한 경우에 한하여 이를 보충하는 정도로만 개입할 수 있고 이러한 헌법상의 보충의 원리가 국민의 경제생활영역에도 적용됨은 물론이므로 사적자치의 존중이 자유민주주의국가에서 극히 존중되어야 할 대원칙임은 부인할 수 없다 그러나 그것은 어디까지나 타개인이나 사회공동체와 조화와 균형을 유지하면서 공존공영하는데 있어서 그것이 유익하거나 적어도 유해하지 않는 범위내에서 용인된다는 것이지 무조건 무제한으로 존중된다는 뜻은 아닌 것이다 외형상 유무해관계가 확연히 식별되지 않는 행위라 할지라도 개인의 자의(恣意)에 맡겨 두면 결과적으로 타인에게 해를 끼칠 우려가 있는 행위도 사적자치의 원칙이 제한받는 분야라고 할 것인데 하물며 토지투기와 같이 의견상 사회공동체에 유해한 경우 사적자치가 인정될 수 없음은 체언을 요치 않는다

그래서 헌법은 제119조 제2항에서 “국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.” 라고 명

시하고 있는데 이는 헌법이 이미 많은 문제점과 모순을 노정한 자유방임적 시장경제를 지향(指向)하지 않고 아울러 전체주의국가의 계획통제경제도 지양(止揚)하면서 국민 모두가 호혜공영(互惠共榮)하는 실질적인 사회정의가 보장되는 국가, 환언하면 자본주의적 생산양식이라든가 시장메카니즘의 자동조절기능이라는 골격은 유지하면서 근로대중의 최소한의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 소득의 재분배, 투자의 유도·조정, 실업자 구제 내지 완전고용, 광범한 사회보장을 책임있게 시행하는 국가 즉 민주복지국가(民主福祉國家)의 이상을 추구하고 있음을 의미하는 것이다.

그런데 국민의 건전한 양식과 양심에 따른 자율적 규제로 토지투기가 억제되기 어렵다는 것은 수많은 토지투기의 사례와 지가폭등의 현실이 이를 잘 보여 주고 있는 것이며, 그에 대한 정부의 규제는 불가피한 것이라고 아니할 수 없는 것이다.

그렇다면 토지거래허가제는 헌법이 정하고 있는 경제질서와도 아무런 충돌이 없다고 할 것이므로 이를 사적자치의 원칙이나 헌법상의 보충의 원리에 위배된다고 할 수 없을 것이다.

### (3) 토지거래허가제와 헌법상 과잉금지의 원칙의 위배 여부

토지거래허가제가 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 것이 아니라고 하더라도 토지의 투기적거래 및 지가상승을 억제하기 위하여서는 토지거래신고제나 조세제도등의 개선으로 충분히 그 목적을 달성할 수 있는데도 토지거래허가제라는 과도한 방법을 선택하고 있는 것은 위 목적달성에만 급급한 과잉조치이므로 위헌이라는 견해에 대하여 살펴본다

무릇 국가가 입법, 행정 등 국가작용을 함에 있어서는 합리적인 판단에 입각하여 추구하고자 하는 사안의 목적에 적합한 조치를 취하여야 하고 그때 선택하는 수단은 목적을 달성함에 있어서 필요하고 효과적이며 상대방에게는 최소한의 피해를 줄 때에 한

해서 그 국가작용은 정당성을 가지게 되고 상대방은 그 침해를 감수하게 되는 것이다.

그런데 국가작용에 있어서 취해진 어떠한 조치나 선택된 수단은 그것이 달성하려는 사안의 목적에 적합하여야 함은 당연하지만 그 조치나 수단이 목적 달성을 위하여 유일무이한 것일 필요는 없는 것이다

국가가 어떠한 목적을 달성함에 있어서는 어떠한 조치나 수단 하나만으로서 가능하다고 판단할 경우도 있고 다른 여러가지의 조치나 수단을 병과하여야 가능하다고 판단하는 경우도 있을 수 있으므로 과잉금지의 원칙이라는 것이 목적달성에 필요한 유일의 수단선택을 요건으로 하는 것이라고 할 수는 없는 것이다. 물론 여러가지의 조치나 수단을 병행하는 경우에도 그 모두가 목적에 적합하고 필요한 정도내의 것이어야 함은 말할 필요조차 없다 그렇다면 토지의 투기적거래 억제라는 목적달성을 위하여서도 한가지 또는 여러가지의 조치나 수단을 취할 수 있다고 할 것이고, 그 방법의 선택은 현실의 토지의 상태, 투기적거래의 상황, 정도 등 여러 요인들에 의해서 결정될 성질의 것이며 이는 입법권자의 입법재량의 범위에 속하는 문제라고 할 것이다 토지의 투기적거래를 억제하는 조치나 수단으로서는 등기제도, 조세제도, 행정지도, 개발이익환수제, 토지거래신고제, 토지거래실명제 등의 활용 또는 제도개선으로 충분하다는 견해도 있으나 위 제도만으로 투기억제에 미흡함은 건설부의 소상한 설명을 들을 필요도 없이 토지거래의 현실에서 국민 대다수의 체험으로 확인되고 있는 것이다. 따라서 국가가 토지거래허가제라는 보다 강한 규제수단을 선택한 것은 결국 그 당시 토지의 투기적거래의 상황과 정도에 비추어 불가피했던 것으로 상황과 정도의 변화에 따라 새로운 정책이 입안되고 그에 따라서 새로운 조치나 수단이 취해지거나 기존제도의

내용이 변경될 수도 있는 것이다. 그렇다면 결국 토지거래허가제가 과잉금지의 원칙에 위반되는냐는 이미 살펴본 토지소유권의 상대성 토지소유권 행사의 사회적 의무성, 우리나라의 토지문제와 그와 밀접히 결부된 산업·경제상의 애로, 주택문제의 심각성, 토지의 거래실태, 투기적거래의 정도 등을 종합하여 판단하지 않을 수 없고, 또 현재 그것이 전혀 목적에 적합하지 아니하다거나 따로 최소침해의 요구를 충족시켜 줄 수 있는 최선의 방법이 제시되어 있다거나 아니면 쉽게 찾을 수 있다거나 함과 같은 사정이 없는 상황에서는 토지거래허가제를 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙에 어긋난다고 할 수는 없다고 할 것이다

#### (4) 벌칙규정과 과잉금지의 원칙 위반 여부

토지거래허가제가 합헌이라고 할지라도 그 행위의 법률적 효력을 부인하였으면 벌칙은 벌금형 정도로 족하다고 할 것인데도 자유형까지 규정하고 있는 것은 과잉금지의 원칙에 위배되는 전형적인 사례라 할 것이라는 견해에 대하여 살펴본다.

생각컨대, 우리나라처럼 물권변동에 있어서 형식주의를 취하고 있는 나라에서는 등기가 효력요건으로서 당사자간에 어떠한 형태의 거래를 하였을지라도 등기없이 물권변동의 효과는 발생하지 않는 것인데, 국토이용관리법은 무허가의 토지거래계약을 무효로 하고 있고(국토이용관리법 제21조의3 제7항), 관할등기소에서는 무허가거래의 등기접수를 거부하고 있으므로(부동산등기법 제40조 제1항 제4호), 물권적변동을 가져오는 무허가거래라는 것은 당초부터 있을 수가 없는 것이다.

따라서 물권변동이 뒤따르지 않는 거래행위에 대하여 자유형까지 규정하고 있는 국토이용관리법 제31조의2의 벌칙규정은 지나친 것이라는 견해가 있을 수도 있는 것이다.

토지의 투기적거래가 국민경제에 미치는 악영향이라든가 건전

한 근로의욕의 침해등 국민의 건전한 정신과 생활을 오염시키는 면이 크다는 점은 이미 살펴본 바이다

또 투기에서 얻어지는 이득은 막대하여 벌금형으로서는 그 범죄에의 유혹을 차단하기 어렵고 따라서 벌칙의 일반예방적 기능을 기대하기 어렵기 때문에 벌금형으로 투기적거래를 억제하는데는 스스로 한계가 있다고 할 것이다 그리고 우리나라에서는 중간생략의 등기와 명의신탁제도가 오랜 관례법으로 인정되고 있는 실정이기 때문에 등기가 뒤따르지 않는 사실상의 토지거래가 얼마든지 행하여질 수 있을 것이라는 것도 쉽게 예상할 수 있다. 따라서 위와 같은 사정을 고려에 넣지 않고 단순한 법률행위의 효력부인이나 벌금형만으로 토지의 투기적거래를 규제할 수 있다는 주장은 사태의 진상을 꿰뚫어 보지 못한 것이라고 하지 아니할 수 없다. 국가가 행정의 실효성을 보장하기 위하여 통상의 가벼운 수단으로 그 목적을 달성할 수 없는 경우에는 자유형으로 처벌할 수 있고, 이러한 범리는 행정벌의 이론과 제도에 의해 뒷받침되고 있고 실제로도 그 예가 허다한 것이다. 토지투기 억제를 위하여 벌금형으로 미흡하다고 판단될 경우 자유형으로 규제하는 것은 부득이하다고 할 것이고 따라서 벌금형과 선택적으로 징역형을 규정한 것은 입법제량의 문제이며 과잉금지의 원칙에 위반된다고 할 수 없는 것이다.

#### (5) 벌칙규정과 명확성의 원칙 위배 여부

국민의 기본권을 제한하려면 반드시 법률에 의하여야 하고 그 법률은 일반성과 명확성을 갖추어야 하는데 국토이용관리법의 벌칙규정은 규제대상 행위 유형이 명료하게 규정되어 있지 않아 헌법상의 법치주의원리에서 요구되는 죄형법정주의 및 명확성의 원칙에 위배된다는 견해가 있으므로 그에 대하여 살펴본다.

우선 국토이용관리법 제21조의3 제1항과 같은 법률 제31조의

2의 내용을 살펴보면 「……토지 등의 거래계약을 체결……」이라고 규정하고 있고, 위 법률의 시행령 제24조 제1항에 보면 허가신청서의 기재사항의 하나로 제4호에 「이전 또는 설정하고자 하는 권리의 종류」, 제5호에 「계약예정금액」이라고 규정하고 있어 위 법률과 시행령을 비교해보면 당국의 허가를 받기 이전의 당사자간의 거래계약을 금하거나 적어도 바람직하지 않게 여기고 있음을 알 수 있는 것이다.

국토이용관리법이 제21조의3 제7항에서 허가없는 거래계약에 대하여 채권적 효력까지 부인하면서 다시 제31조의2에서 허가없이 토지등의 거래계약을 체결한 자에게 벌칙규정을 두고 있는 것은 농지개혁법 제9조 제2항의 규정에 따른 농지매매에 있어서 농지소재지 관서의 매매증명없이도 거래계약의 채권적 효력을 인정하고 벌칙도 없었던 관계로 사실상 매매가 성행하여 경자유전(耕者有田)의 입법목적을 달성할 수 없었던 경험에 비추어 투기억제, 지가폭등의 진정 등 입법목적달성을 위하여서는 사실상 매매거래의 원천봉쇄가 불가피했던 것으로서 입법자의 이러한 조치는 수긍 못할 바 아니라 할 것이다

그런데 규제구역내의 토지라고 할지라도 당사자간에 거래가 이루어지려면 당국의 허가를 받기 이전에 어떠한 형태로든지 허가를 전제로 한 당사자간의 의사의 합치가 있어야 할 것임은 너무나 당연하며 이점에 관하여 위 법률에서는 특별한 용어를 쓰고 있지는 않지만 계약준비행위라고 할 수 있을 것이다 그런데 우리 민법상으로는 구두계약도 성립할 수 있으므로 거래계약과 거래계약 준비행위라는 것은 이론상의 구분에도 불구하고 실제거래의 관행상으로는 쉽사리 구분되지 않는 경우가 허다하게 생겨날 수 있는 것이다. 그 결과 장차 당국의 허가를 받을 심산으로 당사자간에 어떤 형태의 의사의 합치를 본 단계에서도 위 벌칙조문을 확

대해석하면 거래당사자가 형사처벌을 받게 될 우려가 있다는 것이 위 벌칙조항의 명확성의 원칙위반론자의 논거인 것이다

무릇 죄형법정주의는 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하는 것으로 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정지을 수 있도록 구성요건이 명확할 것을 의미하는 것이다.

여기서 구성요건이 명확하여야 한다는 것은 그 법률을 적용하는 단계에서 가치판단을 전혀 배제한 무색투명한 서술적 개념으로 규정되어져야 한다는 것을 의미하는 것은 아니고 입법자의 입법의도가 건전한 일반상식을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악될 수 있는 정도의 것을 의미하는 것이라고 할 것이다. 따라서 다소 광범위하고 어느 정도의 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하여 규정하였다고 하더라도 그 적용단계에서 다의적(多義的)으로 해석될 우려가 없는 이상 그 점만으로 헌법이 요구하는 명확성의 요구에 배치된다고는 보기 어렵다 할 것이다. 그렇지 않으면 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 복잡하게 정형화되어 다양하게 변화하는 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이다.

국토이용관리법 제31조의2 소정의 처벌규정은 그 제정경위와 배경을 살펴 보건대, 당국의 허가없이 토지거래의 본계약은 물론 예약도 체결할 수 없게 한 것은 당사자간에 채권적 효력이 남는 거래행위 내지 사실상의 이행행위 조차도 이를 바람직하지 않다고 보겠다는 의지의 표현이라고 해석할 수 있는 것이다. 다시말하면 당국의 허가전에 당사자간에 거의 완벽할 정도의 의사의 합치가 있으면 그것을 토대로 해서 등기없이도 사실상 전전 매매될 우려가 있고 그렇게 되면 투기억제의 행정목적은 달성하기 어

럽다고 봤기 때문에 아예 그러한 거래가 행하여 질 소지를 없애기 위하여 당국의 허가전에 거래계약이나 예약을 체결하는 것을 금하고 있는 것이라고 할 수 있는 것이다. 따라서 당국의 허가이전의 당사자간의 의사의 합치내용은 위 법률의 시행령에서 요구하고 있는 정도 즉 거래계약을 예정하는 준비단계의 합의에 그쳐야 할 것이며 그 이상의 합의는 바람직하지 않는 것이다

그러나 법이 바람직하게 보고 있지 않음에도 불구하고 당사자간에 거래계약이라고 볼 수 있는 정도의 상세한 의사의 합치를 보고 또 명목상의 계약금상당 금전까지 수수한 경우가 있을 수 있는데 그러한 경우에도 그것이 거래계약의 준비행위로서 당국의 허가를 얻을 것을 전제로 한 사실이 인정되는 한 범죄의 구성요건은 충족되지 않는다고 할 것이다. 즉 당국의 허가를 받기 이전의 단계에서는 당사자간에 아무리 소상한 합의를 봤을지라도 계약준비행위에 불과하여 이에 따라 당사자에게 허가관청에 공동으로 허가출원을 해야한다(그 결과 상대방은 이를 촉구할 수 있다)는 사법상의 효력 이외에는 이른바 조건부권리라든가 기타 일체의 채권적 효력도 발생하지 않는 것이다.

따라서 당사자의 의사합치내용의 구체성 외에 당사자가 당국의 허가없이 계약내용을 이행할 의사가 있었는지의 여부를 아울러 판단하여야 할 것이며 이 조문 표현상의 약간의 의문점은 건전한 법관의 양식이나 조리에 따른 보충적인 해석에 의하여 범문의 의미가 구체화되어 해결될 수 있다고 믿어지므로 이 정도로는 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수는 없다 할 것이다

다음 벌칙규정 중 「사위 기타 부정한 방법으로……」 라는 규정내용은 명확성을 결여하고 있다는 견해도 있으나, 형법상으로도 「……기타의 방법」으로 범행내용을 규정하고 있는 사례가 많을 뿐만 아니라 전단의 벌칙부분이 허가없이 거래계약을 체결한 자에

대한 처벌규정인데 반하여 후단의 벌칙부분은 부정한 방법으로 허가를 받은 자를 대상으로 하고 있고 규제대상이 전단과는 전혀 달라 명확성의 점에 문제가 있다고 할 수 없다.

라. 토지거래허가제와 매수청구제와의 관계(재판의 전제성 유무)

국토이용관리법은 토지거래허가제에 따르는 피해를 최소화하기 위하여 매수청구제를 규정하고 있으나, 이는 국가 등 매수할 자가 매수를 거부할 수도 있고, 매수를 하는 경우에도 매수가격이 시가에 비해 현저히 낮게 정해질 수가 있으므로 결국 토지소유자로 하여금 토지의 처분을 포기하게 하거나 불리한 처분을 감수하게 하는 것이 되어, 토지거래허가제 자체는 하자가 없다고 할지라도 이와 불가분의 관계에 있는 매수청구제, 매수가격의 문제와 합일해서 판단할 때는 재산권의 본질적인 내용 침해로 볼 수 밖에 없다는 견해가 있으므로 이에 관하여 살펴보기로 한다

국토이용관리법 제21조의3 제1항, 제3항 내지 제7항, 제21조의4에서 토지거래허가제를 규정하고 있고 그 규제방법으로 같은 법률 제21조의5에서 이의신청제를 규정하고 있는 외에 같은 법률 제21조의15에서 매수청구제를 규정하고 있는 바, 불허가의 처분을 받은 토지 등의 소유자로 하여금 도지사에 대하여 당해 토지 등에 관한 권리의 매수를 청구할 수 있게 하고 있고 이때 “매수청구를 받은 도지사는 당해 토지 등에 대하여 국가·지방자치단체·한국토지개발공사 기타 대통령령이 정하는 정부투자기관 및 공공단체 중에서 매수할 자를 지정하여 토지를 예산과 같은 법률 제21조의4 제1항 제1호에 규정된 가격의 범위 내에서 매수하게 하여야 한다” 라고 규정하고 있는 것이다. 이는 토지소유자의 토지매각 욕구를 충족시키기 위한 규정인데 법규정 형식상 토지매수청구권을 형성권으로 규정하고 있지 않기 때문에 이론상 국가 등 매수기관이 협의과정에서 매수를 거부하는 경우를 예상할

수 있고, 그러한 경우 토지소유자는 그 의사에 반하여 처분권을 행사하지 못하여 당해토지를 계속 보유할 수 밖에 없기 때문에 그 점에 위헌적 요소가 있다는 의견이 있을 수 있다.

그러나 위 규정은 「……매수하게 하여야 한다.」라고 도지사에게 의무를 부담시키고 있는 점에 중점이 있다고 보여지기 때문에 별로 문제될 것이 없다고 사료되지만 그보다 먼저 본건에 있어서 그 부분이 심판의 대상이 되느냐의 문제부터 따져봐야 할 것으로 생각한다. 국토이용관리법에 규정되어 있는 토지거래허가제는 토지등 거래계약에 있어서 허가의 목적과 허가의 절차 및 허가의 기준을 그 내용으로 하고 있고, 매수청구제는 위 이의신청제와 함께 토지거래허가제에 따르는 피해를 줄이기 위한 구제의 한 방법으로 규정되어 있는 것이므로 제도의 구조논리상 매수청구제는 토지거래허가제와 상호 관련이 있는 제도이기는 하지만 그것이 심판상 불가분의 일체관계에 있는 제도는 아니라고 할 것이다.

그렇다면 양자의 위헌요소의 유무도 각각 별도로 검토되어야 하는 것이고 어느 일방에 위헌요소가 있다고 하여 타방이 자동적으로 위헌으로 되는 것은 아닌 것이다. 따라서 토지거래허가제가 위헌이라면 매수청구제가 아무리 합리적으로 규정되어 있다고 하더라도 토지거래허가제가 합헌적인 것으로 치유될 수 없으며, 그 반대로 토지거래허가제가 합헌이라면 매수청구제에 어떤 하자가 있더라도 그로 인해서 토지거래허가제까지 위헌적인 것으로 전락하는 것은 아닌 것이다. 더구나 본건의 경우 위헌제청이 된 심판의 대상은 앞서 살펴본 “심판의 대상”에서 명시된 바와 같이 토지 등의 거래계약에 대한 허가규정과 그 벌칙규정의 위헌 여부에 관해서이고 매수청구권문제와는 직접 관련이 없으므로 장차 매수청구권과 관련하여 위헌여부심판제청이 있다면 그때 가서 위헌여부를 가리는 것이 구체적 규범통제절차를 채택하고 있는 우리

헌법이나 헌법재판소법의 규정취지에 합당하다고 사료된다

위와 같은 논리라면 매수청구제의 위헌 여부를 더 이상 따질 필요도 없다고 할 것이나, 위 매수청구제와 관련하여 매수자로 지정된 기관은 예산불채정을 이유로 들어 매수를 거부하거나 예산부족을 이유로 시가와는 동떨어진 위 법률 제21조의4 제1항 제1호 소정의 가격에도 미급하는 가격을 제시함으로써 사실상 토지소유자로 하여금 토지매도를 단념하게 하는 결과를 초래할 수 있어 그 점에 위헌요소가 있다는 견해도 있으므로 그 점에 대하여 살펴보기로 한다

그런데 그 점에 관련해서 건설부에 대한 헌법재판소의 조회 결과로는 토지개발공사가 1,000억원의 예산을 확보하고 언제든지 매수할 태세를 갖추고 있는데도 전국적으로 매수청구권을 행사한 사례가 단 한건도 없다는 것으로서 매수거부 또는 매수가격 인하의 문제는 제도상의 우려에도 불구하고 현실적으로는 발생하지 않고 있으므로 장차 그러한 사례가 헌법재판소에 위헌여부심판제청 또는 헌법소원심판청구되었을 때 판단할 성질의 것이라고 할 것이다

#### 4. 결론

이 결정에 있어서 토지거래허가제규정(국토이용관리법 제21조의3 제1항)과 별칙규정(같은 법률 제31조의2) 모두에 대하여 재판관 조규광 재판관 이성렬 재판관 변정수, 재판관 김양균은 합헌의견을, 재판관 이시윤은 5과 같이 토지거래허가제 규정에 대하여서는 합헌의견이로되 보충의견을 별칙규정에 대하여서는 위헌의견을, 재판관 한병채, 재판관 최광률, 재판관 김문희는 6과 같이 위헌의견을, 각 제시하였고, 재판관 김진우는 7과 같이, 재판관 이시윤, 재판관 한병채, 재판관 최광률, 재판관 김문희의 위헌의견에 원칙적으로 동조하였다 따라서 토지거래허가제 규정은 헌

법에 위반되지 아니하고, 벌칙규정은 위헌의견이 과반수이나 헌법재판소법 제33조 제2항 제1호 소정의 위헌결정의 정족수(定足數)에 미달이어서 헌법에 위반된다고 선언할 수 없는 것이다.

5. 재판관 이시윤의 국토이용관리법 제21조의3에 대한 보충의견 및 같은 법률 제31조의2에 대한 위헌의견

가. 헌법 제37조 제2항에 의하면 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안정보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다” 라고 규정하고 있다. 따라서 헌법이 제시하는 일반 기본권제한의 원리는 법률로써 하되 첫째로 공공복리에의 해당성이 있어야 하고, 둘째로 필요한 경우에 최소한도에 그쳐야 하는 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙이 지켜져야 하고 셋째로 본질적인 내용의 침해가 되어서는 안되는 침해금지의 원칙이 존중되어야 한다는 것으로 풀이된다. 그리고 기본권의 하나인 재산권의 제한의 경우에는 다른 기본권의 제한과는 달리 헌법 제23조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다” 라고 규정하여 이른바 정당보상의 원리를 준수할 것을 더불어 요구하고 있다. 따라서 재산권의 제한에 있어서는 결국 (1) 공공복리에의 해당성 (2) 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙 (3) 본질적 내용의 침해 금지 (4) 정당보상의 원리 등 네가지 원칙을 지켜야 하는 것으로 집약된다.

나. 재산권 특히 소유권은 법률이 정한 범위내에서 자유로 사용·수익 또는 처분을 내용으로 하는 권리라면, 국토이용관리법 소정의 토지거래허가제는 토지에 관한 권리의 임의적 처분권 및 취득권의 제한이므로 분명히 기본권의 하나인 재산권의 제한임에 틀림없는 바, 과연 토지거래허가제에 있어서 위에서 본 헌법상의

네가지 제한원리를 제대로 준수하였는가를 차례로 살펴 나가기로 한다 다만 제청법원이 비록 위헌여부의 심판을 구한 법조항이 국토이용관리법 제21조의3 및 제31조의2에 국한되었지만 토지거래허가제와 밀접불가분의 관계가 있는 국토이용관리법의 관계조문을 함께 심판범위에 포함시켜 고찰한다 왜냐하면 헌법재판소법 제45조 단서에 의하면 법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌의 결정을 할 수 있어 이 한도에서 헌법소송에 있어서는 통상의 민사소송의 경우와 달리 처분권주의의 적용이 배제되기 때문이다

(1) 그러므로 공공복리에의 해당성에 관하여 살펴본다

국토이용관리법 제21조의2 제1항에 의하면 건설부장관은 토지의 투기적인 거래가 성행하거나 성행할 우려가 있고, 지가가 급격히 상승하거나 상승할 우려가 있는 구역을 규제구역으로 지정할 수 있게 하였고, 같은 법률 제21조의3에 의하면 규제구역내에 있는 토지에 관한 소유권 등의 권리를 이전 또는 설정하는 계약 즉 토지 등의 거래계약을 체결하고자 하는 당사자는 관할도지사의 허가를 받아야 하도록 하였다. 한편 같은 법률 제21조의4 에는 허가기준으로 계약금액이 표준지가(토지수용법 제46조 제2항 소정의 토지수용가격과 같다.)에 여기에 대통령령이 정하는 적정율을 곱한 금액(120/100)과 당해 토지에 대하여 대통령령이 정하는 취득·관리에 소요된 비용액의 원리금을 합산한 금액을 초과하는 때, 거래로 취득한 토지의 이용목적이 자기의 주택용지나 주민의 복지 또는 편의용지, 농업·축산업·임업 또는 어업용지 등에 공하고자 하는 것이 아닌 때, 이용목적이 국토이용계획, 도시계획 등에 적합하지 아니한 때, 또 이용목적이 공공시설 계획상 또는 주변의 자연환경 보존상 명백히 적합하지 아니한 때 등을 정하고 이에 해당

되면 허가하지 않되 그렇지 않으면 허가한다는 취지의 규정을 두고 있다. 이렇게 볼 때 토지거래허가제는 투기성행이나 지가의 급격상승구역에 제한적으로 인정하되, 토지거래를 실수용자용이나 생산활동 내지는 국토이용계획, 도시계획 등에 적합하고 표준지가에 앞서 본 적정율을 곱한 금액과 취득비용을 합산한 금액을 초과하는 고가의 매매가격이 아닐 때는 거래를 허가하되, 효율적 이용이 아닌 투기의 목적이고 매매가격이 고가라면 토지의 임의처분과 취득은 제한하려는 취지이다. 헌법은 결코 토지거래에 대하여 다른 재산권의 객체와 마찬가지로 무제한한 거래자유 즉 계약자유를 인정한 바는 없다. 토지가 다른 재화와 달리 그 공급이 유한하고 국가영토의 일부로서, 그리고 생산과 생활의 기반으로써 필수불가결하다는 사실은 특히 투기가 성행되는 지역에 있어서는 그 거래로 취득한 토지의 이용목적이 무엇이든 관계없이 거래당사자의 임의에 맡기는 것을 금한다. 토지는 어느 다른 재화보다도 공공복리를 앞세워야 할 요청이 있으며, 국민경제의 견지에서나 그 사회적 의미로 보아 다른 재화와 같은 취급을 할 수 없다. 헌법 제23조 제1항에서 “모든 국민의 재산권은 보장한다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다” 라고 규정하였다 하여 토지도 다른 재화와 마찬가지로 동일한 법원칙에 따라야 하는 것이 입법자의 의무일 수 없으며 토지의 특성에 비추어 법률로써 다른 재화와 달리 투기 위험지역에서는 거래허가제를 채택하여 지가의 양등과 비생산적 투기거래를 막아 국민경제의 균형있는 발전을 도모할 수 있는 것이다. 따라서 토지거래허가제는 토지에 투자된 자본에 대하여 다른 자본과의 관계에서 결코 합리성을 잃은 차별대우가 아니며 토지의 특수성에 비추어 최대다수의 최대행복이라는 공공복리를 지향한 합리적 제도로 볼 것이다. 헌법 제23조 제2항의 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다고 규

정하였는 바, 이와 같은 헌법정신은 토지에 관하여 그 거래허가제를 통해 먼저 구현되었다고 볼 것이며, 나아가 헌법 제122조가 국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형있는 이용개발과 보존을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있게 하였음에 비추어 여기에서 예정하고 있는 제도로 못 볼 바도 아니다

(2) 둘째로 토지거래허가제가 기본권의 본질적 내용의 침해금지원칙에 저촉되는가를 살펴본다.

토지거래허가제는 토지에 관한 권리가 사용·수익·처분 등 세가지라면 그중 하나인 처분권의 제한 내지 침해임에는 틀림없다 처분행위를 함에 있어서 당사자 쌍방의 합의에 의하여 거래가격을 마음대로 정할 수 있는 자유 즉 결과자유(決價自由)와 거래의 상대방이 실수요자가 아니라도 무방하고 누구라도 상관없이 선택할 수 있는 자유 즉 상대방 선택의 자유(相對方選擇의 自由)의 제한인 것이다.

그러나 토지거래허가제는 규제구역내의 토지에 국한하며 규제구역을 5년 내의 기간으로 한정되는 것으로, 비록 5년 한도로 규제구역으로 지정되어도 그 지정사유가 없어졌을 때에는 지정을 해제하거나 규제구역의 일부를 축소할 수 있도록 하였다. 따라서 규제구역의 지정기간이 도과되거나 그 안에도 지정해제가 되면 토지에 관한 임의처분권이 다시 회복되게 되는 일시적이고 잠정적인 제한이다. 나아가 토지거래불허가처분이 잘못되었다고 할 때에는 토지이용심사위원회에 이의를 신청할 수 있게 하였고(국토이용관리법 제21조의5 제1항), 이의신청절차를 거친 뒤에 그 처분의 취소 또는 변경을 구하는 행정소송을 제기하는 길이 열려 있다(같은 법률 제21조의5 제3항). 또 다른 한편 허가신청을 하여 불허가의 처분을 받은 토지소유자는 도지사에게 대하여 당해 토지의 매

수청구권을 갖는다(같은 법률 제21조의15 제1항). 이렇듯 토지거래허가제에 의한 소유권자 등의 임의처분권이 제한되었지만 그것은 잠정적인 것이고 불허가 처분이 잘못되었을 때에는 사법적 심사과정을 통하여 이를 취소시켜 허가를 받을 수 있는 길이 열려있고 나아가 불허가처분을 받은 뒤에도 매수청구권을 행사하여 처분할 수 있는 길이 있다면 토지거래허가제는 토지에 관한 임의처분권 내지 취득권의 본질적 내용의 침해라고까지 말할 수 없으며 이와 같은 관점에서 헌법위반의 소지는 있다고 하기 어려운 것이다

(3) 셋째로 토지거래허가제에 있어서 정당보상의 원칙이 준수되었는가를 본다.

국토이용관리법 제21조의15에서는 토지거래허가신청을 한 경우에 불허가 처분을 하여 토지소유권자로 하여금 처분을 제한한 때에는 토지소유자가 도지사에 대해 청구하면 손실보상의 원리에 의하여 도지사로 하여금 매매를 알선하도록 함으로써 결국 토지소유자에게 처분할 수 있는 길을 열어 놓은 것으로 보여진다. 그러나 한편 같은 조 제2항에서는 “매수청구를 받은 도지사는 당해 토지 등에 대하여 국가·지방자치단체·한국토지개발공사 기타 대통령령이 정하는 정부투자기관 및 공공단체 중에서 매수할 자를 지정하여 당해 토지를 예산과 제21조의4 제1항 제1호에 규정된 가격의 범위내에서 매수하게 하여야 한다” 라고 규정하였는데, 그것이 과연 헌법 제23조에서 말하는 정당한 보상을 지급하여야 한다는 규정과 합치되는 것인가 이다. 국토이용관리법 제21조의15 제1항에서 말하는 불허가처분을 받은 토지소유자의 매수청구권이란 같은 조 제2항과 연결시켜 살필 때 그 권리행사의 의사표시에 의하여 바로 매수 효과가 생겨나는 형성권이 아니라, 한낱 도지사에 대한 매수알선청구권에 지나지 않는다

게다가 도지사측으로 볼 때 이와 같은 의무는 매수자로 지정된 자로 하여금 예산의 범위내에서, 그리고 같은 법률 제21조의4 제1항 제1호에 규정된 가격 즉 표준가격에 일정한 금액을 합산한 금액의 범위내에서 그 하한도 설정함이 없이 매수하게 하는 내용의 의무이다. 이와 같이 예산이 있을 때 예산의 범위내이기 때문에 만일 예산이 없다면 이와 같은 도지사의 매수알선의무의 면책사유가 성립될 수 있으며 또한 표준가격에 일정한 금액을 합산한 금액에도 훨씬 미달하는 가격으로 매수알선하였다 하여 도지사의 알선의무 해타라고 단정할 수도 없을 것이다. 지가의 안정 그리고 토지의 효율적 이용이라는 공공의 필요 때문에 토지소유자의 계약자유 원칙의 파생인 결과의 자유, 상대방 선택의 자유를 빼앗아 그 처분권을 제한하였다면 제한한 국가측에서는 그 객관적인 가치를 제대로 쳐서 사주도록 하거나 아니면 적어도 토지수용 요구권을 주어 반드시 토지수용가격으로는 처분이 가능하게 하는 것이 공익을 위해 자기재산권의 희생을 감수하는 자에 대하여 국가가 취할 의무이고 헌법상의 손실보상청구권의 법리일 것이다. 따라서 같은 법률 제21조의15 제2항에서 예산의 범위내에서 같은 법률 제21조의4 제1항 제1호의 가격의 범위내에서의 매수알선의무만 규정한 것은 헌법 제23조의 정당보상의 원리에 위배된다고 하지 아니할 수 없다. 이에 더하여 규제구역으로 들어간 지역의 주민이 자기땅에 대하여 당국의 거래불허가처분을 받은 경우 적어도 토지수용가격 정도로도 처분할 길이 보장되지 아니하면 결국 땅에 묶여 헌법상 보장된 거주이전의 자유나 직업선택의 자유가 제한되는 결과 또한 생길 것이다.

(4) 끝으로 토지거래허가제가 헌법상의 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙에 위배되는가 여부를 살핀다.

헌법 제23조 제2항에 의하면 재산권의 행사는 공공복리에 적

합하여야 한다고 규정하고, 헌법 제122조에 의하면 국가는 국민모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형있는 이용·개발과 보존을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다고 하였다. 다른 기본권과는 달리 재산권에 관하여 이와 같은 헌법상의 특별규정과 재산권의 객체인 토지에 관한 별도의 규정을 둔데다가 헌법 제19조 제2항 후단의 “시장의 지배와 경제력의 남용방지”의 규정까지 두고 있음을 보태어 생각하면, 토지거래허가제 자체가 국민의 기본권의 하나인 재산권에 대한 필요한 최소한의 한도를 넘어선 제한이라기 보다 헌법의 규정 자체가 예정하고 있다고 볼 선택이라 할 수 있으며, 나아가 문제가 있어서 규제구역으로 지정된 지역 내의 토지에 대한 선별 제한이라는 점에서 비례의 원칙이나 과잉금지의 원칙에 반하지 아니한다고 본다.

사용가치 본지(本旨)에 따른 생산적인 이용을 위한 거래가 아니고 수요를 따라갈 수 없는 공급의 한계에 편승하여 “사두면 남기 때문에 사두는” 토지 거래를 막는 방안으로는 이밖에 토지투기의 수익에 대한 고율의 세금부과에 의한 환수 등의 조세정책인 대응방안도 있을 수 있고 이에 의하는 것이 상대적으로 덜 충격적일 것이나, 조세정책적 접근 아닌 토지거래허가제를 택하였다고 하여 위에서 본 현행 헌법의 규정에 비추어 헌법정신에 위배된다고 볼 수 없을 것이며 그것은 어디까지나 입법권자의 입법형성권에 속하는 입법정책문제에 그칠 것이다. 문제는 국토이용관리법 제1조의2 소정의 관할도지사의 허가없이 토지 등의 거래계약을 체결한 경우의 처벌규정이다. 이때에 2년이하의 징역 또는 500만원이하의 벌금에 처한다고 규정되어 있는 바 이 처벌규정이 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙에 합치하는가 이다.

국토이용관리법 제21조의3 제7항에 의하면 토지거래허가물

받지 아니하고 체결한 토지 등의 거래계약은 그 효력을 발생하지 아니한다 하여 허가를 받지 아니한 거래계약의 사법상의 효력을 무효화하는 규정을 두었다. 우리 법제상 토지 등 부동산의 거래행위를 하는 때에 소재지 관서의 증명 또는 허가등을 요하는 경우가 여러가지가 있다. 그 한 예가 헌법 제121조에서 규정한 경자유전의 원칙하에 농지의 소작제도의 금지를 관철키 위해 농지개혁법 제9조 제2항에 규정된 농지매매에 있어서 소재지 관서의 증명요구이다. 농지매수인이 농가 또는 영농의 의사가 있는 자로서 3정보의 농지를 초과하지 아니한다는 증명을 얻어야 농지의 매매를 가능하게 한 것인데, 여기에는 그 증명을 얻지 못한 농지매매의 경우에 처벌규정도 사법상 어떠한 효력규정도 없다. 또 사립학교법 제28조 제1항에 의하면 학교법인이 그 기본재산의 하나인 토지를 처분할 때에는 감독청의 허가를 받아야 하게 되었는데 그 허가를 받지 못한 때에는 사법상의 효과에 관한 규정은 없고 감독청의 허가를 얻지 않은 처분에 대하여는 벌칙규정으로 6월이하의 징역 또는 50만원이하의 벌금에 처하도록 하였다.

외국인토지법상 내무부장관의 허가를 요하게 한 외국인의 토지매매에 있어서 이를 어긴 경우에 사법상의 효과에 관한 규정은 없고 벌칙규정으로 1년이하의 징역 또는 100만원이하의 벌금에 처하도록 하는 규정 뿐이다. 그리고 향교재산법에서도 문교부장관의 허가를 요하게 한 향교재산의 처분에 있어서 이를 어긴 경우에 그 사법상의 효과에 대한 규정은 없고 오로지 2년이하의 징역 또는 200만원이하의 벌금에 처하는 벌칙규정만 규정하고 있으며, 전통사찰보존법에 의하면 전통사찰의 부동산을 처분함에 있어서 문공부장관의 허가를 얻도록 하였던 바, 이를 어긴 경우에 그 처분행위의 효력을 무효화하는 규정을 둔과 동시에 500만원이하의 벌금에 처하는 벌칙규정을 두고 있다. 이렇게 보면 허가를 얻지 아

니한 토지거래약을 무효화하는 효력규정을 둔과 동시에 2년이하의 징역 또는 1,000만원이하의 벌금에 처하도록 하는 벌칙규정을 둔 국토이용관리법의 규정들이 입법정책의 차원에서도 제재로서는 과도한 편에 속한다고 할 수 있다 생각컨대, 무효화하는 효력규정을 둔 이상 단속규정으로 해석할 여지를 없었으며 효력규정을 두고 있지 않는 농지개혁법이나 외국인토지법·향교재산법의 규정의 해석에 관한 판례에서 보이듯이 어졌을때 물권행위로서는 무효이고 채권행위로서는 유효하다는 해석의 입지를 약화시켰고, 물권행위는 물론 채권행위로서도 무효라는 해석의 유리한 근거가 마련된 셈이다. 또 벌칙으로서도 자유형까지 과할 수 있게 한 점으로나 그 형량의 면에서 볼 때 결코 경한 편이라 할 수 없다. 앞서 지적한 바와 같이 거래불허가 처분시에 정당한 가격에 의한 매수청구권도 아니고 또 수용가격에 의한 수용청구권도 아닌 정당보상의 원칙을 외면한 매수알선청구권을 인정한 데 그침으로써 우리의 토지거래허가제는 분명히 불안전한 것이고 위헌적 요소를 내포하고 있다. 이처럼 불안전하여 위헌적 요소를 담고 있는 현행 토지제도를 합헌적으로 정비되지 아니한 상태에서 다시말하면 불허가처분을 받은 자에게 토지수용가격 정도로 처분보장이 없는 상태에서 이의 강행을 위하여, 앞서 본 바와 같이 효력규정 이외 무거운 자유형과 벌금형을 과할 수 있게 한 벌칙규정은 분명히 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙에 합치될 수 없는 것으로서 헌법에 위반된다고 하지 않을 수 없다.

다. 국토이용관리법 제21조의2 내지 4의 규정에 의하여 규제구역으로 지정된 곳에서 소정 허가기준에 의하여 토지 등의 거래계약에 대하여 관할도지사의 허가를 받아야 하게 되어 있는 내용의 토지거래허가제는 앞서 본 바와 같이 비록 토지에 관한 소유권 등의 임의처분권 내지 임의취득권의 제한이지만 공공복리에

의 해당성이 있고 또 재산권의 본질적 내용의 침해금지 원칙에 저촉되지 아니하여 헌법에 위반되지 아니하나 같은 법률 제21조의 15에 규정된 불허가처분을 받은 토지소유자가 행사할 수 있는 매수청구권의 내용은 헌법 제3조 제3항 소정의 정당보상의 원리에 근본적으로 저촉됨을 보았다 다만 이 사안 제청사건의 제청신청인은 토지거래허가를 받음이 없이 토지를 미등기 매매하여 상당한 전매차익을 취득한 혐의로 기소된 자이며 토지거래허가신청을 하였다가 불허가처분을 받은 토지소유자로서 같은 법률 제21조의15에 의한 매수청구권을 가진 자가 아니다. 따라서 같은 법률 제21조의15가 헌법에 위반되어 주문에서 위헌결정으로 실효시킨다고 하여 제청신청인에 대한 형사재판의 결론 즉 주문이 달라질 까닭은 없을 것이다. 그러한 의미에서 위 제21조의15는 엄격하게는 제청사건의 재판의 전제성이 있는 조문이라 할 수 없으며 따라서 위 조문이 위헌이라고 하여도 주문에서 위헌임을 밝힐 필요까지는 없다고 할 것이다 물론 같은 법률 제21조의2 내지 4에 의한 토지거래허가제 자체가 위헌이라고 판단된다면 헌법재판소법 제45조 단서에 의하여 그와 직접 불가분의 관계에 있는 국토이용관리법 제21조의15도 함께 주문에서 위헌선언을 하여야겠지만 이를 합헌으로 보는 입장임은 앞서 밝혔다.

그러나 이 사건에서는 다행히도 허가신청을 하였다가 불허가처분을 받은 당국에 매수청구권을 행사한 사안이 아니고 헌법재판소의 직권조사한 바로도 전국적으로 매수청구권행사의 사례가 아직까지는 없어 위 제21조의15가 아직은 위헌의 상태로 현실화되지 않았지만 토지거래허가제의 한 구성부분을 이루는 매수청구권의 내용에는 분명히 위헌성을 내포하고 있는 이상 미구에 위헌사태에 직면할 것임은 명약관화하여 이를 엄숙히 경고하는 바이며 이에 관한 위헌사태의 사전예방과 보다 완벽하게 합헌적인 제도

로 뿌리를 내기리 위하여 헌법수호가 소임인 우리로서는 입법권자에게 위 제1조의15를 헌법 제23조 제3항에 합치하게 조속히 보완입법을 할 것을 촉구하는 바이다.

그것은 헌법국가의 완성과 법치주의의 이상 구현을 위해 당연한 요청일 것이다. 그렇다면 우리는 토지거래허가제를 규정한 국토이용관리법 제21조의3에 관한 한 결론적으로는 합헌이라 보는 다수의견에 가담하지만 그와 달리 결정이유에서 같은 법률 제21조의15에 대하여 위헌경고 내지는 보완입법추구를 하는 입장이다. 그러나 허가제 위반에 대한 벌칙규정인 같은 법률 제1조의2는 헌법 제37조 제2항에 저촉되어 헌법에 위반되며 그것이 제청사건의 재판의 전제가 되므로 당연히 주문에서 위헌선언을 하여야 할 것으로 본다

#### 6. 재판관 한병채, 재판관 최광률, 재판관 김문희의 위헌의견

가. 국토이용관리법이 규정하고 있는 토지거래허가제에 관한 법률조항은 제21조의2(규제구역의 지정), 제21조의3(토지 등의 거래 계약허가), 제21조의4(허가기준), 제21조의5(이의신청), 제21조의15(토지 등에 관한 매수청구) 및 제31조의2(벌칙)이고, 중요한 내용은 다음과 같다.

건설부장관은 토지의 투기적인 거래가 성행하거나 성행할 우려가 있고 지가가 급격히 상승하거나 상승할 우려가 있는 구역에 대하여 국토이용심의회의의 심의를 거쳐 5년내의 기간을 정하여 규제구역으로 지정할 수 있고(국토이용관리법 제21조의2 제1항, 제2항), 규제구역내에 있는 토지에 관한 소유권 등의 권리를 이전 또는 설정하는 계약(토지 등의 거래계약)을 체결하고자 하는 당사자는 관할 도지사의 허가를 받아야 하며, 허가를 받지 아니하고 체결한 토지등의 거래계약은 그 효력을 발생하지 아니한다(같은 법률 제21조의3 제1항, 제7항). 관할 도지사는 계약금액이 표준지가에

대통령령이 정하는 적정율을 곱한 금액과 당해 토지에 대하여 대통령령이 정하는 취득, 관리에 소요된 비용액의 원리금을 합산한 금액을 초과하거나 거래로 취득한 토지의 이용목적이 매수자의 주택용지나 주민의 복지 또는 편의시설 설치용지, 농업·축산업·임업 또는 어업을 영위하기 위한 용지 등에 공하고자 하는 것이 아닌 때, 이용목적이 국토이용계획, 도시계획 등에 적합하지 아니한 때, 이용목적이 공공시설 계획상 또는 주변의 자연환경 보존상 명백히 적합하지 아니한 때 등에는 허가를 하여서는 아니된다(같은 법률 제21조의4). 토지거래허가 여부에 관한 도지사의 처분에 대한 이의가 있는 자는 그 처분을 받은 날로부터 1월내에 토지이용심사위원회에 이의를 신청할 수 있다(같은 법률 제21조의5), 불허가의 처분을 받은 토지 등의 소유자는 도지사에 대하여 당해 토지 등에 관한 권리의 매수를 청구할 수 있으며 토지 등에 관한 권리의 매수청구를 받은 도지사는 당해 토지 등에 관하여 국가·지방자치단체·한국토지개발공사 기타 대통령령이 정하는 정부투자기관 및 공공단체 중에서 매수할 자를 지정하여 당해 토지를 예산과 제21조의4 제1항 제1호에 규정된 가격의 범위내에서 매수하게 하여야 한다(같은 법률 제21조의15). 제21조의3 제1항의 규정에 위반하여 허가없이 토지 등의 거래계약을 체결한 자는 2년이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다(같은 법률 제31조의2).

나. 다수의견은 제정법원이 국토이용관리법 제11조의3 제1항 및 제31조의2에 한하여 위헌여부의 심판을 구하였고 그 법률조항에 대한 위헌여부만 당해 형사재판의 전제성을 갖는 것이라 하여 이 사건 위헌심판의 대상이 되는 법률의 조항은 이에 국한된다는 견해이다

그러나 규제구역내에 있는 토지에 관한 소유권 등 권리를 이전

또는 설정하는 계약을 체결하고자 하는 당사자는 공동으로 관할 도지사의 허가를 받아야 한다는 요지의 같은 법률 제21조의3 제1항의 규정은 그 자체만으로 헌법에 위반되는지의 여부를 가릴 수 없다는 것이 우리의 견해이다 위 제21조의3 제1항은 국토이용관리법이 규정하고 있는 토지거래허가제의 가장 핵심이 되는 법률조항이기는 하나 위 법률조항은 허가대상토지의 전제가 되는 규제구역의 지정요건과 그 절차, 허가의 기준 및 불허가처분에 대한 구제방법 등을 함께 다지지 아니하고서는 그 의미의 내용이 구체화되는 것이 아니기 때문이다 따라서 위 제21조의3 제1항이 위헌여부를 가리기 위하여는 위 법률조항의 실제적 내용을 이루고 있는 위 “가” 에서 본 법률조항(다만 별칙조항인 위 제31조의2는 별개이다) 모두를 이 사건 위헌여부심판의 대상으로 삼지 않으면 안된다는 것이다.

다. 이 사건에서 우리가 반대의견으로 내세우고자 하는 것은 위 제21조의3 제1항이 바로 헌법에 위반된다거나 재산권의 객체로서 토지가 가지는 여러가지의 특성으로 말미암아 다른 재산권에 비하여 보다 많은 제한을 받아야 한다는 점에 대한 다수의견과 견해를 달리해서가 아니라 토지거래허가제로 인한 재산권침해의 구제방법의 하나인 위 제21조의3 제1항이 요구하는 재산권의 보장과 정당한 보상의 원리에 어긋난다는 점이다

비록 토지거래허가제에 의하여 재산권의 본질적 내용이 침해되는 것은 아니라고 하더라도, 소유자가 토지 등의 거래계약을 하려면, 도지사의 허가를 받음에 있어 표준지가를 기준으로 한 가격의 제한과 이용목적에 의한 제한을 받게 되고, 허가를 받아야 하는 규제기간도 최장 5년일 뿐만 아니라 그 기간이 경과한 뒤에 다시 규제지역으로 지정되는데 대한 제한이 있지도 아니하므로 그 제한은 상당히 장기간에 이를 수 있다

우리 헌법이 추구하는 경제질서가 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 하는 시장경제질서를 그 바탕으로 하고 있는 점으로 미루어 보면, 토지거래허가제는 토지에 대한 권리자가 자신이 가진 토지에 대한 권리를 임의의 상대방에게 약정된 가격으로 자유롭게 처분할 수 있는 권리를 강력하게 규제하는 제도임을 부인할 수 없다.

따라서 이와 같은 개인의 재산권행사에 대한 강력한 규제는 비록 그 목적이 공공복리를 위한 것이라고 하더라도, 그 규제수단으로 토지거래허가처분을 받지 못한 토지소유자가 적정한 값으로 환가할 수 있는 합리적인 길이 열려 있을 때에 비로소 헌법에 합치된다 할 것이다. 그 길이 열려 있지 아니할 경우에는 규제지역안에 있는 토지의 소유자는 그로 말미암아 재산권에 대한 제한을 받게됨은 물론 거주이전의 자유와 직업선택의 자유까지 제한받게 되는 결과에 이르게 되기 때문이다. 헌법 제23조 제1항 및 제3항의 규정은 바로 이러한 원칙을 확인하고 있다.

국토이용관리법은 토지거래허가제에 대한 규제수단으로 불허가의 처분을 받은 토지 등의 소유자가 도지사에 대하여 당해 토지 등에 관한 권리의 매수를 청구할 수 있는 길을 열어 놓고 있고(국토이용관리법 제21조의15 제1항), 매수를 청구받은 도지사는 국가·지방자치단체·한국토지개발공사·대통령령이 정하는 정부투자기관 및 공공단체 중에서 매수할 자를 지정하여 그들로 하여금 당해 토지를 매수하게 하여야 한다고 규정하고 있다(같은 법률 제21조의15 제2항), 이러한 매수청구제도가 토지거래허가처분을 받지 못한 토지 등에 관한 소유자가 그 권리를 정당한 값으로 환가할 수 있는 적절한 수단이 되기 위하여서는 우선 그 매수청구권이 실효성이 있어야 하고, 그러기 위하여서는 토지 등의 소유자로부터 매수청구를 받은 도지사는 의무적으로 이를 매수하여야만 하도록 규정

되어야 한다.

토지거래가 허가되지 아니한 터에 매수조차 거부된다면 이는 토지 등의 소유자에게 환가할 수 있는 기회를 박탈하는 것으로서 토지의 투기적 거래를 방지하고 지가의 안정을 기하려는 토지거래허가제의 입법목적에 비추어 재산권에 대한 지나친 제한이라 아니할 수 없기 때문이다 뿐만 아니라 의무적으로 매수됨에 있어 형성되는 매매가격은 적어도 공공필요에 의하여 재산권이 수용될 때 이루어지는 보상가격에 준하여 결정되지 않으면 안된다 그렇지 않으면, 헌법 제23조 제3항이 규정한 정당보상의 원리에 반하는 것이다

라. 이러한 환가의 확실한 기회보장과 정당보상의 관점에서 국토이용관리법의 관계규정인 같은 법률 제21조의15의 토지매수청구권에 관하여 살펴보기로 한다.

같은 법률 제21조의15는 토지 등에 관한 권리의 매수청구를 받은 도지사에게 당해 토지 등에 관하여 국가·지방자치단체·토지개발공사 기타 대통령령이 정하는 정부투자기관 및 공공단체 중에서 매수할 자를 지정하여 그로 하여금 당해 토지를 예산과 표준지가를 근거로 하여 산출한 가격의 범위내에서 매수하게 하도록 규정하고 있을 뿐이다.

위 법률의 조항은 불허가의 처분을 받은 토지 등의 소유자가 당해 토지 등에 관한 권리의 매수청구를 하였다고 하더라도 도지사와의 사이에 매매관계가 형성되게 하는 것이 아님은 물론, 도지사로부터 당해 토지를 매수할 자로 지정을 받은 단체로 하여금 매수에 응하게 하는 강제수단에 관한 규정을 두고 있지도 않다. 따라서 위 법률의 조항이 규정한 매수청구권은 도지사에게 매수의 의무를 강제한 형성권이 아닌 단순한 매매의 알선을 촉구하게 하는 내용의 것에 불과하고, 그 결과 당해 토지를 매수할 자로 지

정을 받은 단체가 예산상의 이유를 들어 매수에 불응하게 되면 토지 등의 소유자는 그 소유의 토지에 대한 처분할 기회를 봉쇄당할 수 밖에 없다

또한, 매수할 자로 지정된 단체가 매수에 응하는 경우라고 하더라도 그 가격의 예산의 범위내에서 표준지가를 산출근거로 하여 결정되는 금액을 상한으로 하는 반면, 하한에 대한 아무런 제한을 받지 않게 규정하고 있다

국토이용관리법 제21조의4 제1항 제1호가 규정하는 가격의 상한은 토지수용법 제46조 제2항에 의하여 산출되는 보상가격과 흡사한 표준지가에 대통령령이 정하는 적정률(국토이용관리법시행령 제26조 제1항에 의하면 100분의 120이다)을 곱한 금액 및 일정비용의 합산액이므로 그 금액만으로는 수용의 경우에 비하여 부당하게 적은 것이라고는 보기 어려우나 그에 더하여 예산의 범위내라는 또 하나의 막연한 제한규정을 두고 있는 까닭에 토지소유자로서는 수용의 경우와 비교하더라도 손해를 감수할 수 밖에 없게 될 것이다. 이는 토지소유자로 하여금 당해 토지를 장기간 계속 보유하게 함으로써 사실상 처분을 금지하는 결과에 이르게 된다 할 것이다.

이와 같이 같은 법률 제21조의15가 규정한 매수청구권이라는 권리구제수단은 실제로는 토지소유자의 도지사에 대한 매매알선청구권에 불과하여 허구적인 것으로 볼 수 밖에 없다. 토지거래허가제가 실시된 이후 아직까지 단 한건의 매수청구를 한 사례가 없음이 이를 증명하고 있다. 따라서 위 제21조의15는 토지거래허가제에 대한 헌법의 정신에 합치하는 적절한 구제방법으로 볼 수 없어 헌법에 위반되고 나아가 위 제21조의3 역시 정당한 보상 등 적절한 구제수단 없이 개인의 재산권의 행사를 제한하는 것이어서 헌법 제23조 제1항 및 제3항에 위반되게 된다.

마. 재판관 이시윤은 다수의견에 대한 보충의견에서 국토이용관리법상 토지거래허가제에 관한 관계조문을 함께 심판의 범위에 포함시켜야 한다고 하면서도 국토이용관리법 제21조의3과는 구별하여 같은 법률 제21조의15만이 위헌이라고 하고, 이는 제청사건의 전제가 된 법률조항이 아니라고 하여 주문에서 위헌임을 밝힐 필요가 없다고 판시하고 있다. 그러나 위에서 본 바와 같이 토지거래의 허가를 신청한 자에게 인정되는 당해 토지에 대한 매수청구권은 토지거래허가제로 인한 피해구제수단으로서 토지거래허가제와 불가분의 관계에 있는 토지거래허가제의 한 내용을 이루는 것이므로 매수청구권의 규정이 헌법상 재산권의 보호와 정당보상의 원리를 침해하여 위헌이라면 그에 기초한 토지거래허가제 자체가 위헌성을 갖게 되는 것은 당연하다. 따라서 우리는 재판관 이시윤의 다수의견에 대한 보충의견에도 찬성할 수 없다.

그렇다면, 토지거래허가제를 규정한 국토이용관리법 제21조의 3,4,5,15는 헌법 제23조 제1항 및 제3항에 위반된다고 보아야 할 것이다. 그러나 토지거래허가제가 의도하는 규제의 필요성을 감안한다면 이를 위헌으로 하여 위 각 법률조항을 즉시 실효시킴으로써 입법의 공백으로 인한 경제질서의 혼란을 초래하기 보다는 위헌의 직접적인 규정인 그 구제에 관한 같은 법률 제21조의15 소정의 매수청구권에 관한 규정을 상당기간내 재산권의 보장과 정당보상의 원칙에 맞게 개정할 것을 촉구하고, 그 때까지 개정되지 아니할 때에는 위 각 법률조항이 실효됨을 선언하는 것이 옳다고 판단한다.

바. 끝으로 국토이용관리법 제21조의3 제1항의 규정에 위반하여 토지 등의 거래계약을 한 자에 대한 처벌규정인 같은 법률 제21조의2의 위헌여부에 관하여 본다.

다수의견은 위 제31조의2 표현상의 약간의 의문점은 법관의 양식이나 조리에 따른 보충적인 해석에 의하여 법문의 의미가 구체화되어 해결될 수 있어 죄형법정주의에 반하지 아니하므로 헌법에 위반되지 아니한다는 견해이고 재판관 이시윤의 반대의견은 위 제31조의2가 과잉금지의 원칙에 위배되므로 헌법에 위반된다는 견해이다 그러나 우리는 이미 위에서 본 바와 같이 토지거래허가제 자체의 위헌성을 인정하는 이상 그에 대한 처벌법규인 같은 법률 제31조의2도 당연히 헌법에 위반된다고 보아야 하고 위 법률조항이 형사처벌을 규정한 법규임을 고려할 때, 즉시 주문에서 위헌임을 선언하여야 한다고 판단한다

## 7. 재판관 김진우의 위헌의견

### (1) 국토이용관리법 제21조의3에 대한 위헌의견

국토이용관리법 제21조의3의 토지거래허가제에 관한 규정이 같은 허가제의 내용을 이루는 같은 법률상의 그 허가기준 매수청구권에 관한 규정 매수가격 등에 관한 규정과 종합할 때 위헌이라는 재판관 한병채 재판관 최광률, 재판관 김문희의 반대의견과 의견을 같이하나 다만 같은 법조의 효력을 헌법재판소법 제47조 제2항의 명문규정대로 즉시 상실시킨다 하여도 국가존립에 위해가 미칠 정도의 법의 공백이나 사회적 혼란이 예상되는 것은 아니므로 입법촉구를 할 필요없이 헌법재판소법 제47조 제2항의 명문의 규정에 따름이 타당하다고 생각된다.

### (2) 국토이용관리법 제31조의2에 대한 위헌의견

국토이용관리법 제21조의3의 규정이 위헌인 이상 같은 법률 제31조의2도 당연히 헌법에 위반되며 재판관 한병채 재판관 이시윤, 재판관 최광률, 재판관 김문희의 같은 법조가 위헌이라는 이유를 아울러 원용한다

1989. 12. 22.

재판장 재판관 조규광  
재판관 이성렬  
재판관 변정수  
재판관 김진우  
재판관 한병채  
재판관 이시윤  
재판관 최광률  
재판관 김양균  
재판관 김문희

## 檢事의 公訴權行使에 관한 헌법소원

(1989. 12. 22. 89헌마22 全員裁判部)

[판례집 1권, 407~419]

[관시사항]

검사(檢事)의 불기소처분(不起訴處分)이 자의적(恣意的)이나 헌법소원(憲法訴願) 요건(要件)을 갖추지 못한 사례(事例)

[결정요지]

피의사실(被疑事實)을 뒷받침할 증거(證據)의 취사(取捨)에 있어서 합리성을 일탈(逸脫)한 면이 보이고, 청구인(請求人)이 원한 증거조사(證據調査)를 하지 아니한 채 증거(證據)없다고 종결(終結)함으로써, 수사(搜查)를 현저히 등한히한 면도 발견되어 불기소처분(不起訴處分)에 자의성(恣意性)이 엿보이나 피의사실(被疑事實)은 이미 공소시효(公訴時效)가 완성(完成)되었고 나아가 청구인(請求人)은 형사피해자(刑事被害者)라고 보기도 어려워 소원적격(訴願適格)이 없으므로 부적법(不適法)하다.

청구인 류○두

대리인 변호사 강신욱 외 1인

피청구인 서울지방검찰청 검사

[참조조문]

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제69조 (청구기간(請求期間)) ① 제68조 제1항의 규정(規定)에 의한 헌법소원(憲法訴願)의 심판(審判)은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일(日) 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일(日) 이내에 청구(請求)하여야 한다. 다만, 다른 법률(法律)에 의한 구제절차(救濟節次)를 거친 헌법소원(憲法訴願)의 심판(審判)은 그 최종결정(最終決定)을 통지받은 날로부터 30일(日) 이

내에 청구(請求)하여야 한다.

② 생략

형사소송법(刑事訴訟法) 제249조 (공소시효(公訴時效)의 기간(期間)) ① 공소시효(公訴時效)는 다음 기간(期間)의 경과(經過)로 완성(完成)한다.

1.~4. 생략

5. 장기(長期) 5년미만(年未滿)의 징역(懲役) 또는 금고(禁錮), 장기(長期) 10년이상(年以上)의 자격정지(資格停止) 또는 다액(多額) 1만(萬)원 이상(以上)의 벌금(罰金)에 해당(該當)하는 범죄(犯罪)에는 3년(年)

6.~7. 생략

② 생략

건설업법(建設業法) 제60조 (벌칙(罰則)) 다음 각호(各號)의 1에 해당하는 자(者)는 1년(年)이하의 징역(懲役) 또는 1천만(1千萬)원 이하의 벌금(罰金)에 처(處)한다.

1.~3. 생략

4. 제16조의2의 규정(規定)에 위반한 건설업자(建設業者) 및 그 상대방(相對方)

건설업법(建設業法) 제16조의2 (건설업면허대여(建設業免許貸與)등의 금지) 건설업자(建設業者)는 다른 사람에게 자기의 성명(姓名) 또는 상호(商號)를 사용하여 건설공사(建設工事)를 수급(受給) 또는 시공(施工)하게 하거나 그 면허증(免許證) 또는 면허수첩(免許手帖)을 대여(貸與)하여서는 아니된다.

[주 문]

이 사건 심판청구 중 건설업법 위반 피의사실 부분을 각하하고 나머지 부분을 기각한다.

[이 유]

1. 사건개요

가. 이 사건 피의사실을 보면

피의자 조○구는 경기도 파주군 문산읍 ○○리 42 소재 사단법인 ○○중앙시장 번영회장직에 있는 자이고, 피의자 황 ○은 건설업 면허를 소지하고 있는 □□산업주식회사의 대표이사직에 있는 자이며 피의자 □□산업주식회사는 건설부장관으로부터 건설업 면허를 소지하고 있는 법인인 바(면허번호 612호),

1) 위 문산시장 번영회에서 시장개량 사업의 일환으로 기

존의 시장건물을 철거하고 그곳에 지상 1층, 지하 1층의 연건평 2,427평의 새시장 건물을 신축함에 있어서 1986.1.10.에 수급인을 위 □□산업주식회사, 위 문산시장 번영회를 도급인으로하고, 공사대금을 1,300,800,000원, 공사시간 1986.1.18.부터 동 6.30.까지로 하는 내용의 공사도급 계약을 체결하였는데, 위 공사계약의 실질적인 수급인은 청구인으로서 청구인이 무면허 건축업자이기 때문에 위 □□산업주식회사의 건설업 면허를 대여받아 공사하는 정을 알면서도 위 시장번영회 회장인 피의자 조○구와 위 □□산업주식회사의 대표이사인 피의자 황○은 각기 그 임무에 위배하여 위 시장 신축공사가 공정대로 되지않고 지연된다는 이유로 위 □□산업주식회사 측에서 동 8.26. 위 도급계약 해제 의사표시를 하여 이를 통보하고 위 번영회 측이 이를 받아들임으로써 청구인에게 그때까지 투입한 공사대금 389,499,151원 상당의 재산상의 손해를 가한 것이고,

2) 1989.1.10. 위 □□산업주식회사 측은 경기도 파주군 문산읍 ○○리 소재 국제그릴에서 무면허 건축업자인 청구인이 위 문산시장 건축도급공사 수주를 함에 있어서 건설업 면허를 대여하여 줌으로써 건설업법 제60조 제4호, 동 법 제63조를 위반한 것이다 라는데 있다.

나. 청구인은 위 사실을 들어 위 □□산업주식회사, 위 회사 대표이사 황○, 위 번영회장 조○구를 상대로 1987.9.17. 서울 지방검찰청에 고소를 제기하였으나 동 12.24. 무혐의 불기소처분이 되었고, 이에 청구인이 서울고등검찰청에 항고를 제기하였으나 1988.3.10. 기각되었고, 다시 대검찰청에 재항고를 제기하였다가 동 10.7.에 기각된 뒤, 1989.2.20. 헌법재판소에 헌법소원심판청구를 하기에 이르렀다.

## 2. 판단

가. 피청구인은 1988.10.12. 대검찰청에서 청구인에게 우편으로 재항고기각 통지를 하였으므로 이 사건 심판청구는 그로부터 30일의 기간이 도과된 청구임이 명백하며 따라서 이 사건 심판청구는 부적법하다는 취지의 항변을 하는 바, 이에 대해 보면 청구인 개인별 주민등록표의 기재에 의하면 대검찰청에서 재항고기각 통지의 주소지인 경기도 파주군 문산읍 □□리 37의 1에 청구인은 1987.12.19.부터 거주한 바 있으나 1988.4.16.에 주민등록이 직권말소된 사실이 인정되므로 청구인의 위 주장일시에 기각통지를 받았음을 전제로 한 위 항변을 그 이유없다

나. 다음 이 사건 주된 고소사실인 배임부분에 대하여 보면 여기에 현저히 정의와 형평에 반하는 수사를 하였거나 헌법의 해석·법률의 적용 또는 증거판단에 있어서 불기소처분의 결정에 영향을 미친 중대한 잘못이 있었다고 보여지지 아니하며, 피청구인의 위 불기소처분이 달리 헌법재판소가 관여할 만큼의 자의적인 처분이라고 볼 자료가 없으며, 이에 나아가 건설업법 위반부분을 보면 위 □□산업주식회사가 청구인에게 건설업 면허대여를 하였다는 사실에 대하여는 이에 부합하는 증거로서 먼저 인증으로 고소인인 청구인의 진술 이외 참고인 이○영, 임○재, 김○영 및 피의자 조○구의 각 진술등이 있고, 서증으로서는 “실질적으로는 류○두가 명의만 빌려 공사에 임했다.”는 취지의 계약당사자인 변영희측 이사들인 임○재, 한○호 등의 확인서, □□산업주식회사 대표이사 황 ○이 청구인에게 밝힌 “□□산업(주)이 어떠한 경제적 피해도 입지 않을 뿐 아니라 민·형사상의 책임을 지지 아니하는 범위내에서…… 제3의 승계인에게 상기 공사를 승계코자 한다면 본사로서는 동의” 한다는 취지의 문서가 있으며, 이밖에도 청구인 자신이 시장신축 투자한 실적등 면허대여를 뒷받침할 많은 증거들이 발견되는데 이에 대하여 예의 검토하기 보다, 제처

놓고 피의자 황 ○의 변호와 이 사건 피의자인 □□산업주식회사의 임원이 되는 참고인 황○근의 진술에만 치중하여 이것만 일방적으로 믿음으로써 증거취사에 있어서 합리성을 일탈한 면이 보이며, 더구나 청구인은 검찰수사 과정에서 건설업 면허대여를 뒷받침할 자료로 당시에 실제공사를 하였던 “노임 오야지” 박○춘 등을 소환하여 환문하기를 원한 바 있는데도 불구하고(수사기록 358정), 이에 이르지 않고 참고인으로는 오직 피의자인 ○○산업주식회사의 임원이 되는 황○근만을 조사하고 달리 증거조사하지 아니한 채 증거없다고 종결함으로써 수사를 현저히 등한히 한 면도 발견되어, 결국 이 부분 처분에 자의성이 엿보이나(관련 민사사건의 판결에서도 □□산업주식회사의 청구인에 대한 명의대여 사실이 인정되었으며, 이와 같은 판단은 대법원에서도 그대로 유지되고 있다), 건설업법 제60조 제4호, 제16조의2(행위시법에 의하면 건설업법 제60조 제4호, 제52조 제1항 제5호)에서는 면허대여에 대하여 1년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처한다고 규정되어 있어 그 공소시효가 3년인 바, 그렇다면 이 부분 피의사실은 1989.1.9.의 경과로서 공소시효가 완성되었다고 할 것이고 나아가 청구인은 건설업법 위반에 관한 한 형사피해자라고 보기도 어려워 소원적격이 있다고 할 수 없어 이 부분에 관한 심판청구는 부적법함에 돌아갈 것이다

### 3. 결론

그렇다면 청구인의 이 사건 심판청구 중 건설업법 피의사실 부분은 부적법하여 이를 각하할 것이고 그 나머지 부분은 그 이유없이 이를 기각할 것으로 이에 관하여 관여 재판관 전원의 견해일치를 보아 주문과 같이 결정한다.

1989. 12. 22

재판장 재판관 조규광  
재판관 이성렬  
재판관 변정수  
재판관 김진우  
재판관 한병채  
재판관 이시운  
재판관 최광률  
재판관 김양균  
재판관 김문희

## 檢事의 公訴權行使에 관한 憲法訴願

(1989. 12. 22. 89헌마145 全員裁判部)

[판례집 1권, 413~419]

[판시사항]

검사(檢事)의 불기소처분(不起訴處分)에 대하여 고발인(告發人)이 제기(提起)한 헌법소원(憲法訴願)의 적법여부(適法與否)

[결정요지]

범죄(犯罪) 피해자(被害者)가 아닌 고발인(告發人)에게는 개인적 주관적인 권리(權利)나 재판절차(裁判節次)에서의 진술권(陳述權) 따위의 기본권(基本權)이 허용(許容)될 수 없으므로 검사(檢事)가 자의적(恣意的)으로 불기소처분(不起訴處分)을 하였다고 하여 달리 특별한 사정이 없으면 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)의 요건(要件)인 자기관련성(自己關聯性)이 없다.

### 재판관 변정수, 김진우의 반대의견(反對意見)

검사(檢事)가 고발사건(告發事件)을 소홀히 다루었다면 검찰권(檢察權)을 행사(行使)함에 있어 당해 고발인(告發人) 자신을 차별대우(差別待遇)하여 평등권(平等權)을 침해(侵害)하는 것이 된다.

청구인 박○

대리인 변호사 박일재(국선)

피청구인 전주지방검찰청 정주지청검사

[참조조문]

헌법(憲法) 제11조 제1항, 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

[주 문]

이 사건 심판청구를 각하한다.

[이 유]

1. 이 사건 기록과 증거자료에 의하면, 청구인이 1988.8.2. 피고발인 유○중, 같은 김○용을 상대로 전주지방검찰청 정주지청에, (1) 피고발인 김○용은 피고발인 유○중의 지시에 따라 1985.8.21. 20:00경 3명의 장정을 데리고 전북 정읍군 ○○면 매죽리 815에 거주하는 피해자 박○추(청구인의 조카)를 그의 집으로 찾아가서, 위 유○중의 고소에 의하여 1985.5.8. 배임죄로 구속되었다가 같은 해 8.18. 보석허가결정으로 석방된 박○추에게, “합의조건으로 주기로 하였던 암소 한 마리를 주지 않으면 다시 고발하여 구속시켜 버리겠다” 고 협박하여 이에 겁을 먹은 박○추로부터 4년생 암소 한마리 시가 약 100만원 상당을 교부받아 이를 갈취하였고, (2) 피고발인 유○중은, (가) 1985.7.30. 14:00경 전북 정주시 수성면 소재 전주지방법원 법정에서 동 법원 85 고단 151호 피고인 박○추에 대한 배임피고사건의 증인으로 출석하여 선서하고 증언함에 있어, 사실은 전북 정읍군 ○○면 매죽리 산 264 소재 임야 19정보를 자기가 박○추로부터 매수한 것이 아니라 대여한 백미 28가마의 반환채무담보로 위 임야의 매도증서등을 교부받은 것에 불과하고 얼마 후에 대여 백미를 반환받았기 때문에 임야에 대한 소유권이전등기를 아니 하였던 것임에도 불구하고 기억에 반하여, “위 부동산을 피고인으로부터 백미 90킬로그램들이 28가마를 주고 매수하였다. 피고인이 위 부동산을 매도하면서 자기에겐 관리할 수 있도록 하여 달라고 부탁하여서 증인은 피고인에게 관리를 시키기로 하고 피고인은 그 대신 꽃감 10접씩을 매년 증인에게 주기로 약속하였다” 라는 등

의 허위의 공술을 하여서 위증을 하였으며, (나) 1985.7.말경부터 같은 해 11.6.까지 사이에 위 박○추에 대한 배임피고 사건의 증인으로 출석할 청구의 위○완, 같은 김○용, 같은 황○택, 같은 김○봉, 같은 박○철에 대하여 자기에게 유리한 허위사실을 증언하여 달라고 부탁하여 그들로 하여금 위 정주지원법정에서 허위의 공술을 하게 하여서 위증을 교사하였으니, 피고발인 유○종과 김○용을 엄벌하여 달라는 취지로 고발하자, 이 사건(전주지방검찰청 정주지청 1988년 형제2533호)을 담당하던 전주지방검찰청 정주지청검사는 수사한 끝에 1988.11.30. 위 고발사실에 대하여 각 “혐의 없음” 불기소처분을 하였고, 이에 대한 항고 및 재항고가 광주고등검찰청과 대검찰청에서 차례로 기각되자(1989.6.12.자 재항고기각결정이 그 무렵 청구인에게 송달되었음) 청구인은 1989.7.5. 이 사건 헌법소원을 청구한 사실을 알 수 있다

2. 살피건대, 헌법소원은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권의 침해가 있을 것을 요건으로 하며 그 기본권은 심판청구인 자신이 직접 그리고 현재 침해당한 경우라야 한다. 따라서 기본권의 피해자에게만 헌법소원이 허용된다

이점은 헌법재판소법 제68조 제1항에서 “헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자”를 소원적격자로 규정하고 있어 분명하다. 이른바 누구에게나 허용되는 민중소송은 우리나라의 헌법소원 제도상 허용되어 있지 않다. 고소나 고발이 모두 수사개시의 단서가 된다고 하지만 고소는 범죄피해자의 보호가 주된 목적임에 대하여, 고발은 누구든지 범죄가 있다고 사료되는 때에 하는 것으로서 범죄규제를 통한 국가적 이익의 보호를 주목적으로 한다. 따라서 고소는 주로 주관적 개인적인 목적을 추구하는 것이므로 고소인 적격이 있는 형사피해자에게는 헌법 제27조 제5항이 당해 사건의 재판절차에서의 진술권이라는 주관적 기본권을 부여함에

대하여, 고발에 있어서는 고발인 자신의 개인적 이해관계를 떠나 국민의 일원으로서, 범죄규제를 통한 국법질서의 유지를 위하여 협력함을 주된 목적으로 하는 것이므로 고발인에게 개인적 주관적인 권리나 위에서 본 재판절차에서의 진술권 따위의 기본권은 허용될 수 없다

따라서 이와 같이 국민의 일원으로서 국가의 수사권 발동을 촉구하는 의미에 그치는 일반범죄의 고발사건에 있어서 검사가 자의적으로 불기소처분을 하였다고 하여 달리 특별한 사정이 없으면 고발인이 자기의 기본권의 침해가 있었음을 전제로 자기관련성을 내세워 헌법소원 심판청구를 하는 것은 허용될 수 없을 것이다.

앞서 인정한 바와 같이 이 사건 심판청구인은 검사가 무혐의 불기소처분한 사건의 고발인에 그치므로 그에 의한 이 사건 심판청구는 결국 부적법한 청구에 귀착되게 된다.

따라서 이 사건 심판청구는 본안에 나아가 살필 필요도 없이 각하할 것이며, 이에 관하여는 재판관 변정수, 김진우를 제외한 나머지 재판관의 견해일치를 보았다.

### 3. 재판관 변정수, 재판관 김진우의 반대의견

고발인도 고소인과 같이 당연히 헌법소원심판을 청구할 자격이 있다.

(1) 형사소송법 제234조 제1항은 “누구든지 범죄가 있다고 사료하는 때에는 고발할 수 있다”고 규정하여 누구에게나 범죄고발권을 인정하고 있고, 같은 법조 제2항은 “공무원은 그 직무를 행함에 있어 범죄가 있다고 사료하는 때에는 고발하여야 한다”고 규정하여 공무원에 대하여는 범죄고발의무를 부여하고 있다. 이처럼 법률이 누구에게나 고발권을 인정하고, 특히 공무원에 대하여는 고발의무까지 부여하고 있는 것은 범죄의 발견과 범

인의 색출을 용이하게 하여 범죄로부터 사회를 방위하는데 사회 구성원 모두가 협력하자는데 있을 것이다.

(2) 누구에게나 범죄고발권이 부여된 이상 고발인은 헌법 제11조 제1항에 의하여 보장된 평등권에 기하여 국가기관인 검사에 대하여 차별없는 성실한 직무수행을 요구할 권리가 있는 것이며, 검사가 어느 고발사건을 소홀히 다루었다면 이는 검사가 검찰권을 행사함에 있어 당해 고발인을 차별대우하여 평등권을 침해하는 것이 되므로 이 경우 고발인은 공권력에 의하여 자신의 기본권을 직접 그리고 현재 침해당한 자로서 헌법재판소법 제68조 제1항의 “헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자”에 해당되어 그는 당연히 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 보아야 하며, 그 점에 있어 고소인과 차별을 두어야 할 아무런 이유가 없다. 헌법재판소는 1989.7.14. 선고 89 헌마 10 결정에서 고소인은 모든 국민의 평등권에 기하여 국가기관인 검사에 대하여 차별없는 성실한 직무수행을 요구할 권리가 있으므로 검사가 어느 고소사건을 수사를 소홀히 하는 등 잘못 다룬 끝에 불기소처분하였다면 이는 검사가 검찰권의 행사에 있어 그 고소인을 차별대우하여 평등권을 침해한 것이라고 판시하고 고소인의 헌법소원을 인용하여 검사의 불기소처분을 취소한 바 있었는데, 이러한 논리는 고발인의 경우에도 그대로 적용되는 것이다. 고소인인 형사피해자는 검사의 불기소처분에 의하여 평등권이 침해되는 외에 헌법 제27조 제5항에 의하여 보장된 재판절차진술권까지도 침해당할 수가 있으나, 공권력에 의하여 평등권이 침해되었으면 그것만으로 헌법소원심판을 청구할 수 있는 것이므로 그 밖에 고발인에게 재판절차진술권 침해가 없다는 점을 들어 고소인의 경우와 달리 취급할 이유로 삼을 수 없을 것이다.

(3) 다수의견은, 고발인은 고소인과 달라서 고발내용인 범죄

의 피해자가 아니라는 이유로 헌법소원의 적법요건인 공권력에 의한 기본권침해의 현실성 직접성, 자기관련성 가운데 자기관련성이 없다는 견해이나, 이는 기본권침해의 자기관련성에 관한 법리를 오해하고 있는 것이다.

헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법소원심판을 청구할 수 있다” 라고 규정하고 있고, 여기에서 기본권을 침해받은 자란 공권력에 의하여 현실적으로 직접 자기의 권리를 침해받은 자를 지칭한다는 의미에서 헌법소원의 적법요건으로 자기관련성이 거론된 것인 바 고발인이 헌법소원을 하는 경우에 있어서의 자기관련성이란 고발내용인 범죄사실과의 관계에서가 아니라 공권력인 검찰권의 행사 또는 불행사로 인한 기본권 침해와의 관계에서의 자기관련성이므로 이 사건에서와 같이 헌법소원심판 청구인이, 남이 고발한 사건을 검사가 소홀히 다루었다고 하여 헌법소원을 청구하는 것이 아니고 자기가 고발한 사건을 검사가 소홀히 다루었다고 하여 헌법소원심판을 청구하는 것이라면 이는 검찰권의 행사로 인하여 직접 그리고 현재 고발인 자신의 평등권이 침해되었다는 주장이므로 그는 “공권력의 행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자” 에 해당되어 직접성, 현재성은 물론 자기관련성도 갖추고 있는 것이다.

(4) 현행법상 고소와 고발은 다 같이 수사의 단서로서 수사기관으로 하여금 범죄혐의를 갖고 수사를 개시하도록 의무를 지운다는 점에서 본질적으로 차이가 없다.

그러기에 고소인등에의 처분고지의무를 규정한 형사소송법 제258조 제1항, 고소인등에의 공소부제기 이유고지의무를 규정한 같은 법 제259조, 재정신청을 규정한 같은 법 제260조, 검사의 불기소처분에 대한 항고 및 재항고를 규정한 검찰청법 제10조 등에

서도 고소인과 고발인 사이의 법적지위에 아무런 차별을 두고 있지 않는 것이다.

그럼에도 불구하고 헌법재판소가 고소인과 고발인을 차별하여 고발인은 검사가 잘못하더라도 항고, 재항고 또는 재정신청에 그치고 헌법소원을 할 수 없다고 하는 것은, 검찰권에 대한 헌법적 통제는 고소사건에서 보다 오히려 고발사건에서 더욱 필요할지도 모르는 우리의 여러 환경에 비추어서도 타당하지 않다고 본다.

1989. 12. 22

재판장 재판관 조규광  
재판관 이성렬  
재판관 변정수  
재판관 김진우  
재판관 한병채  
재판관 이시윤  
재판관 최광률  
재판관 김양균  
재판관 김문희