

헌법재판소판례집

제 5 권 1 집

(1993)



헌법재판소

헌법재판소법 제47조 제2항 위헌확인

(92헌마294 헌법재판소 제2지정재판부)

[판례집 5-1, 1~3]

【판시 사항】

법률(法律)에 대한 헌법소원(憲法訴願) 제기요건(提起要件) 중 직접성(直接性)이 인정되지 않은 사례

【결정 요지】

청구인이 국가를 상대로 시효완성(時效完成)을 원인으로 한 소유권이전 등기청구(所有權移轉登記請求)의 소(訴)를 제기하여 위 소송(訴訟)이 법원(法院)에 계속(係屬) 중인 경우, 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제47조 제2항은 위 소송(訴訟)의 재판(裁判)의 전제(前提)가 되는 것인지 위 조항(條項)이 청구인의 기본권(基本權)을 직접(直接) 침해(侵害)할 수 있는 것은 아니므로 청구인이 위 사건이 계류중인 법원(法院)에 등 법조항(法條項)에 대한 위헌심판제청신청(違憲審判提請申請)을 하지 않고 직접 위 조항(條項)에 대하여 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항에 의한 헌법소원 심판청구(憲法訴願審判請求)를 하는 것은 직접성이 결여되어 부적법(不適法)하다고 한 사례

청 구 인 박 ○ 남

【참조 조문】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제47조 (위헌결정(違憲決定)의 효력(效力)) ① 생략

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.

③~④ 생략

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제72조 (사전심사(事前審査)) ①~② 생략

③ 지정재판부(指定裁判部)는 다음 각호(各號)의 1에 해당되는 경우에는 지정재판부(指定裁判部) 재판관(裁判官) 전원(全員)의 일치(一致)된 의견에 의한 결정(決定)으로 헌법소원(憲法訴願)의 심판청구(審判請求)를 기각(棄却)하여야 한다.

- 1.~3. 생략
4. 기타 헌법소원심판(憲法訴願審判)의 청구(請求)가 부적법(不適法)하고 그 흠결을 보정(補正)할 수 없는 경우
 - ④~⑥ 생략

【참조 판례】

- 1989.10.27. 선고, 89헌마105,125,126 결정 (판례집 1권, 322)
- 1991.2.2. 고지, 91헌마1 결정 (판례집 3권, 7)
- 1991.5.13. 선고, 89헌마267 결정 (판례집 3권, 227)
- 1991.7.22. 선고, 89헌마174 결정 (판례집 3권, 484)
- 1991.9.16. 선고, 89헌마151 결정 (판례집 3권, 501)
- 1992.11.12. 선고, 91헌마192 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다

【이 유】

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판청구는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 자기의 기본권을 직접 그리고 현재 침해받은 자만이 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 이 사건 기록에 의하면 청구인은 국가를 상대로 경북 영일군 흥해읍 ○○동 103 답 99평에 관하여 시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구의 소를 제기하여 현재 대법원에 계속중인 바 이 사건 헌법소원심판청구대상인 헌법재판소법 제47조 제2항은 당재판소 1991.5.13. 선고, 89헌가97 결정과 관련하여 위 소유권이전등기청구의 소의 재판에 있어서 전제가 되는 것이지 위 조항이 청구인의 기본권을 직접 침해할 수 있는 것이 아니다. 따라서 청구인이 위 사건이 계류중인 법원에 동법 조항에 대한 위헌여부의 심

판제청신청을 한 후 그 신청이 기각되는 경우 헌법재판소법 제8조 제2항에 의한 헌법소원심판청구를 함은 몰라도 이런 절차를 거치지 않고 직접 제기한 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 청구인의 이 사건 헌법소원심판청구는 그 요건인 직접성이 결여되어 있는 것이 명백하여 부적법하다. 따라서 헌법재판소법 제72조 제3항 제4호 및 제68조 제1항에 의하여 이 사건 헌법소원심판청구를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

1993. 1. 9.

| | |
|-----|---------|
| 재판장 | 재판관 변정수 |
| | 재판관 김진우 |
| | 재판관 김양균 |

재판절차불고지 등 위헌확인

(93헌마2 헌법재판소 제3지정재판부)

[판례집 5-1, 4~7]

【판시 사항】

헌법소원(憲法訴願)의 대상으로서의 공권력(公權力)의 불행사(不行使)가 존재하기 위한 요건

【결정 요지】

헌법소원(憲法訴願)의 심판청구(審判請求)가 적법(適法)하게 이루어지려면 그 대상이 되는 공권력(公權力)의 행사(行使) 또는 불행사(不行使)가 있어야 하고, 그 중 공권력(公權力)의 불행사(不行使)가 있다고 하려면 피청구인에게 그에 상응하는 법률상(法律上)의 작위의무(作為義務)가 있어야 한다.

청 구 인 김 ○ 화
피청구인 동작세무서장

【참조 조문】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

【참조 판례】

1991.9.16. 선고, 89헌마163 결정 (판례집 3권, 505)

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다

【이 유】

1. 이 사건 심판청구의 이유 요지는 다음과 같다

청구의 유○복 외 5인은 1986.1.5.경 청구의 박○원의 8인으로부터 서울 서초구 ○○동 1337의2 대 1,740.6평방미터를 매수하여 같은 해 1.20. 그 소유권이전등기를 필하고 같은 해 6.28. 청구의 주식회사 ○○에 매도한 사실이 있다. 청구인은 위 유○복외 5인이 위 토지를 매수하였다가 전매하는 과정에서 수익원의 세금을 포탈하였다고 하여 1990.2.23. 국세청장에게 고발하였고 같은 해 5.17. 청와대 특별사정반에 같은 취지로 진정하기도 하였다.

청구인의 위와 같은 탈세제보를 전달받은 피청구인은 같은 해 8.16.경 위와 같은 토지의 전매과정에서 재산의 증여행위가 있었다고 인정하여 청구의 김○수외 3인에게 증여세로 각 금 107,108,000원씩을 부과하였고, 청구의 관악세무서장도 같은 해 11.16.경 청구의 손○경에게 같은 사유로 같은 액수의 증여세를 부과하였다 또한 피청구인은 청구인에게 위와 같은 과세조치가 있는 사실을 통보하였다

그런데 위와 같이 증여세의 과세처분을 받은 위 김○수외 4인은 1991.9.19. 피청구인 등을 상대로 위 증여세 부과처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하고 그 청구원인으로 자기들은 위 유○복과 공동으로 위 토지를 매수하였다가 전매한 사실은 있어도 위 유○복에게 위 토지에 대한 등기명의를 대여하였거나 달리 조세포탈행위를 한 사실이 없다고 주장하였다. 서울고등법원은 1992.7.15. 위 행정소송사건에 관하여 원고들의 청구를 인용하는 판결을 선고하였고 대법원은 같은 해 12.22. 피고들의 상고를 기각하는 판결을 선고하였다

피청구인은 위 행정소송사건에서 위 청구외인들의 탈세사실을

고발하고, 그 과세자료를 제공한 청구인에게 그 소송계속사실을 알리고 청구인을 증인으로 신청하여 증언하게 할 의무가 있음에도 불구하고 그러한 의무의 이행을 게을리한 채로 소송을 제멋대로 수행하다가 패소하고 말았다. 따라서 청구인은 피청구인의 위와 같은 부작위(의무태만행위)의 위헌확인을 구하고자 이 사건 심판청구에 이르렀다

2. 먼저 직권으로 심판청구의 적법여부에 관하여 살펴본다

헌법소원은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권의 침해 받은 자가 그 권리구제를 위하여 제기하는 것이므로 그 심판청구가 적법하게 이루어지려면 그 대상이 되는 공권력의 행사 또는 불행사가 있어야 하고, 그 중 공권력의 불행사가 있다고 하려면 피청구인에게 그에 상응하는 법률상의 작위의무가 있어야 한다

이 사건의 경우에 청구인은 피청구인이 자기에게 소송계속사실을 알리고 청구인을 증인으로 신청할 의무가 있음을 전제로 하여 그러한 의무의 이행을 태만히 한 피청구인의 부작위가 위법하다고 주장한다 그러나 조세부과처분의 취소를 구하는 소송에 있어서 그 소송당사자인 조세관청이 탈세사실을 고발하거나 과세자료를 제공한 고발인 또는 제보자에게 소송계속사실을 알리고 그를 증인으로 신청할 법적 의무가 있다고 볼 아무런 근거가 없다. 따라서 이 사건에서 피청구인이 청구인의 주장과 같이 청구인에게 소송계속사실을 알리지 아니하였거나 청구인을 증인으로 신청하지 아니하였다고 하더라도, 그것이 곧 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 불행사에 해당한다고 볼 수 없다

그렇다면 이 사건 심판청구는 그 대상이 되는 공권력의 불행사가

존재하지 아니하는 부적법한 청구라고 할 것이므로 헌법재판소법 제72조 제3항 제4호에 따라 각하하기로 하여, 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1993. 2. 2.

| | |
|-----|---------|
| 재판장 | 재판관 한병채 |
| | 재판관 최광률 |
| | 재판관 김문희 |

불기소처분취소

(제2지정재판부 1993. 2. 8. 93헌마8)

[판례집 5-1, 8~11]

【관시 사항】

1. 심판청구기간(審判請求期間)을 도과한 심판청구(審判請求)이어서 부적법(不適法)한 사례
2. 다른 법률(法律)에 의한 구제절차(救濟節次)가 필요치 않은 경우 헌법소원심판청구기간(憲法訴願審判請求期間)

【결정 요지】

1. 청구인(請求人)은 재항고기각결정통지(再抗告棄却決定通知)를 수령(受領)하고서도 심판청구기간(審判請求期間)인 30일을 도과한 후에 이 사건 헌법소원심판(憲法訴願審判)을 청구(請求)하였으므로 절차상 부적법(不適法)하다고 한 사례
2. 청구인(請求人)들이 사건(事件)의 고소인(告訴人)이나 고발인(告發人)이 아니어서 검사(檢事)의 불기소처분(不起訴處分)에 대하여 다른 법률에 의한 구제절차(救濟節次)가 인정되어 있지 아니한 경우에는 늦어도 검사가 불기소처분(不起訴處分)을 한 날로부터 180일 이내에 헌법소원(憲法訴願)의 심판(審判)을 청구하여야 한다.

청 구 인 유 ○ 동 의 4인
 청구인들 대리인 변호사 오 옥 한
피청구인 대전지방검찰청 서산지청 검사

【참조 조문】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제69조 제1항 ① 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 審判은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 請求하여야 한다. 다만, 다른 法律에 의한 救濟節次를 거친 헌법소원의 審判은 그 最終決定을 통지 받은 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다.

② 생략

【참조 판례】

1. 1989.2.14. 고지, 89헌마9 결정 (판례집 1권, 6)
1989.4.15. 고지, 89헌마51 결정 (판례집 1권, 25)
1992.4.28. 선고, 91헌마218 결정
1992.6.26. 선고, 89헌마161 결정
2. 1992.1.28. 선고, 90헌마227 결정
1992.11.12. 선고, 91헌마146 결정

【주 문】

청구인들의 이 사건 심판청구를 각하한다

【이 유】

1. 사건의 개요

이 사건 심판청구서와 대전지방법검찰청 서산지청92형제526호 불기소 사건 기록에 의하면 아래와 같은 사실이 인정된다

충남 서산시 ○○동 479의4 등 8필지 13,951㎡는 원래 청구인들의 망부(亡父)인 청구외 유○문의 소유였으나, 그의 장남인 청구외 유○규가 1987.10.30. 증여를 원인으로 상속재산을 단독으로 이전등기를 하였다 이에 망인(亡人)의 나머지 상속인들인 청구인들은 위 유○규가 증여를 원인으로 한 이전등기는 무효라고 주장하면서 유○규를 상대로 소유권 이전등기말소청구의 소를 제기하였으나 청구인들은 1·2심에서 패소한 후 대법원에서까지 패소 확정되었다.

그러자 청구인들 중 유○동은 단독명의로 청구외 김○민, 같은 이○형을 위증혐의로 고소하였는바 피청구인은 '91.12.24. 위 이○

형만을 약식기소하고, 위 김○민은 “혐의없음”의 불기소처분을 하였다(대전지방법검찰청 서산지청 92형제526호).

그후 청구인 유○동은 위 김○민에 대한 “혐의없음”의 불기소처분에 대하여 검찰청법에 정한 절차에 따라 항고제항고하였으나 '92.11.11. 재항고기각(대검 92재항1151호)되자 고소인으로서 헌법소원심판을 청구하고 한편 위 김○민 등에 대하여 고소를 제기한 바 없는 나머지 상속인들인 이 건 청구인 유○동, 유○자, 유□자, 유○규도 위 청구외인들의 범죄에 의한 피해자로서 피청구인의 위 처분이 부당한 검찰권의 행사로서 청구인들에게 보장된 헌법상 기본권을 침해하였다고 하여 이 사건 헌법소원심판청구에 공동으로 가담하였다

2. 판단

가. 청구인 유○동에 대한 판단

헌법재판소법 제69조 제1항의 규정에 의할 때 이 사건 청구인 유○동은 재항고기각결정통지를 '92.11.18. 수령하고서도 심판청구기간인 30일을 도과한 '93.1.16.에 이 사건 헌법소원심판을 청구하였으므로 절차상 부적법한 것이라 할 것이다

나. 청구인 유○동, 유○자, 유□자, 유○규에 대한 판단

위 기록에 의할 때 청구인 유○동 외 3인은 청구외 김○민 등에 대하여 고소나 고발을 하였거나 위 피청구인의 불기소처분에 대하여 항고·제항고를 한 사실을 인정할 수 없지만 그럼에도 불구하고 헌법소원심판은 청구할 수 있는 것이 헌법재판소의 판례이다(92.1.28. 선고, 90헌마227 결정 참조).

다만, 위 청구인들은 위 사건의 고소인이나 고발인이 아니어서

피청구인의 위 처분에 대하여 다른 법률에 의한 구제절차가 인정되어 있지 아니하므로 늦어도 피청구인이 불기소처분을 한 날로부터 180일 이내에 헌법소원의 심판을 청구하여야 한다 할 것이대위 결정 참조).

그런데 이 사건 기록에 의하면 피청구인이 불기소처분을 한 날은 '92.5.29.이고 이 사건 헌법소원심판청구는'93.1.16.에 헌법재판소에 접수된 것이어서 청구기간이 도과된 것임이 계산상 명백하여 부적법한 것임을 면할 수 없다.

3. 결론

그렇다면 청구인들의 이 사건 헌법소원심판청구는 모두 부적법한 것으로서 헌법재판소법 제72조 제3항 제2호에 의하여 이를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

1993. 2. 8.

재판장 재판관 변정수
재판관 김진우
재판관 김양균

부당해고구제재심판정취소

(1993. 2. 19. 93헌마13 헌법재판소 제2지정재판부)

[판례집 5-1, 12~14]

【관시 사항】

부당해고(不當解雇)에 대한 노동위원회(勞動委員會)에의 구제신청(救濟申請)이 신청기간(申請期間) 도과로 각하(却下)된 경우와 보충성(補充性)의 원칙(原則)

【결정 요지】

근로기준법(勤勞基準法) 제27조의3 제2항, 노동조합법(勞動組合法) 제40조 제2항에 부당해고(不當解雇)에 대한 구제절차(救濟節次)로서 해고(解雇)된 날로부터 3개월 이내에 노동위원회(勞動委員會)에 구제신청(救濟申請)을 할 수 있도록 되어 있는데, 청구인의 노동위원회(勞動委員會)에 대한 구제신청(救濟申請)이 신청기간(申請期間)의 도과로 각하(却下)되었다면, 위 구제절차(救濟節次)는 적법(適法)한 구제절차(救濟節次)라 할 수 없으므로 청구인의 이 사건 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)는 적법(適法)한 구제절차(救濟節次)를 거치지 아니한 것으로서 부적법(不適法)하다고 한 사례

청 구 인 유 ○ 열
 대리인 변호사 최 원 익
피청구인 중앙노동위원회

【참조 조문】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항
노동기본법(勞動基本法) 제27조의3 (정당한 이유 없는 해고(解雇) 등의 구제신청(救濟申請)) ① 생략
② 구제신청(救濟申請)과 심사절차(審査節次) 등에는 노동조합법(勞動組合法) 제40조 내지 제44조의 규정(規定)을 준용(準用)한다.
노동조합법(勞動組合法) 제40조 (구제신청(救濟申請)) ① 생략
② 제1항의 규정(規定)에 의한 구제(救濟)의 신청(申請)은 부당노동행위(不當勞動行爲)가 있는 날(계속하는 행위(行爲)는 그 종료일(終了日))로부터 3월 이내에 이를 하여야 한다.

【참조 판례】

1992.6.26. 선고, 91헌마68 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 의하면 헌법소원심판은 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 구제절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다.

근로기준법 제27조의3 제2항, 노동조합법 제40조 제2항의 규정에 의하면 청구인에게는 그가 주장하는 부당해고에 대한 구제절차로서 해고된 날로부터 3월 이내에 노동위원회에 구제신청을 하는 길이 열려 있다. 청구인은 1990.6.30. 해고된 사실과 청구인이 1991.7.12.경 위 해고통지문을 읽은 사실을 자인하고 있다. 그런데 사건 기록에 의하면 청구인은 그 날로부터 3개월이 지난 날임이 날짜계산상 명백한 1991.11.21. 비로소 서울특별시지방노동위원회에 위 해고에 대한 구제신청을 하였으므로 동 노동위원회로부터 그 신청기간의 도과를 이유로 각하결정을 받은 사실이 인정된다.

그렇다면 위 구제절차는 적법한 구제절차라고 할 수 없고 따라서 이 사건 헌법소원심판은 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 정한 적법한 구제절차를 거치지 아니하고 청구되었다고 할 것이어서 부적법하다고 하겠다. 이에 헌법재판소법 제72조 제3항 제1호에 의하여 이 사건 헌법소원심판청구를 각하하기로 하여 관여재판관 전

원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

1993. 2. 19.

재판장

재판관 변정수

재판관 김진우

재판관 김양균

헌법소원심판결정취소

(제3지정재판부 1993. 2. 23. 93헌마32)

[판례집 5-1, 15~17]

【관시 사항】

헌법재판소(憲法裁判所)의 결정(決定)에 대한 위헌소원(違憲訴願)의 적법(適法) 여부

【결정 요지】

헌법재판소(憲法裁判所)의 결정(決定)에 대하여는 자기기속력(自己羈束力) 때문에 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.

청 구 인
대리인

김 ○ 채
남부종합법무법인
담당변호사 박 한 상

【참조 조문】

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 (사전심사(事前審査)) ①~② 생략

③ 지정재판부(指定裁判部)는 다음 각호(各號)의 1에 해당되는 경우에는 지정재판부(指定裁判部) 재판관(裁判官) 전원(全員)의 일치(一致)된 의견에 의한 결정(決定)으로 헌법소원(憲法訴願)의 심판청구(審判請求)를 각하(却下)하여야 한다.

1.~3. 생략

4. 기타 헌법소원심판(憲法訴願審判)의 청구(請求)가 부적법(不適法)하고 그 흠결을 보정(補正)할 수 없는 경우

④~⑥ 생략

【참조 판례】

1989.7.24. 고지, 89헌마141 결정

1990.5.21. 고지, 90헌마78 결정

1990.10.12. 고지, 90헌마170 결정

1992.2.17. 고지, 92헌마25 결정

1992.9.3. 고지, 92헌마197 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 이 사건 심판청구의 요지는 우리 재판소가 청구인이 제기한 92헌마186 불기소처분취소사건에서 1992.12.24. 청구인의 위 심판청구 중 사기, 공무상 비밀누설, 직무유기 및 공무원들에 대한 협박부분은 각하하고, 나머지 부분은 기각하는 결정을 함으로써 헌법상 보장된 청구인의 기본권을 침해하였으므로 그 취소를 구한다는 취지이다

2. 살피건대, 헌법재판소의 결정에 대하여는 자기기속력때문에 이를 취소·변경할 수 없다 할 것이며, 이는 법적안정성을 위하여 불가피하다는 것이 우리 재판소의 확립된 판례이다(1989.7.24. 고지, 89헌마141 결정; 1990.10.12. 고지, 90헌마170 결정 등 참조).

그렇다면 이 사건 심판청구는 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우에 해당한다고 할 것이므로 헌법재판소법 제72조 제3항 제4호의 규정에 따라 이를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1993. 2. 23.

재판장 재판관 최광률

재판관 한병채

재판관 김문희

형법 제241조에 관한 위헌심판

(90헌가70 헌법재판소 전원재판부)

[판례집 5-1, 18~22]

【판시 사항】

1. 법관(法官)의 구속영장발부(拘束令狀發付) 단계에서 행한 위헌여부심판제청(違憲與否審判提請)의 적법(適法) 여부
2. 형법(刑法) 제241조의 위헌(違憲) 여부에 대한 헌법재판소(憲法裁判所)의 종전 결정(決定)을 그대로 유지한 사례

【결정 요지】

1. 위헌여부심판(違憲與否審判)의 제청(提請)에 관하여 규정(規定)하고 있는 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제41조 제1항의 “재판(裁判)”에는 종국판결(終局判決) 뿐만 아니라 형사소송법(刑事訴訟法) 제201조에 의한 지방법원판사(地方法院判事)의 영장발부(令狀發付) 여부에 관한 재판(裁判)도 포함된다고 해석되므로 지방법원판사(地方法院判事)가 구속영장발부(拘束令狀發付) 단계에서 한 위헌여부심판제청(違憲與否審判提請)은 적법(適法)하다.

2. 형법(刑法) 제241조 즉 간통죄(姦通罪)의 위헌(違憲) 여부에 관하여 이미 헌법재판소(憲法裁判所)가 1990.9.10. 선고한 89헌마82 사건에서 헌법(憲法)에 위반(違反)되지 아니한다고 판시(判示)하였는 바, 이를 달리 판단하여야 할 사정변경(事情變更)이 있다고 인정되지 아니하므로 그 결정(決定)을 그대로 유지하기로 한다고 한 사례

재청법원

부산지방법원

관련사건

부산지방법원 1990년 영장번호 5041호, 5042호 간통죄 피의사실에 관한 구속영장청구사건

【심판대상조문】

형법(刑法) 제241조 (간통(姦通)) ① 배우자(配偶者) 있는 자(者)가 간통(姦通)한 때에는 2년 이하(以下)의 징역(懲役)에 처(處)한다. 그와 상간(相姦)한 자(者)도 같다.

② 전항(前項)의 죄(罪)는 배우자(配偶者)의 고소(告訴)가 있어야 논(論)한다. 단(但) 배우자(配偶者)가 간통(姦通)을 중용(中用) 또는 유서(宥恕)한 때에는 고소(告訴)할 수 없다.

【참조 조문】

헌법(憲法) 제10조, 제11조 제1항, 제12조 제1항, 제17조, 제36항 제1항, 제37조 제2항

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 위헌(違憲) 여부(與否)의 심판(審判)을 제청(提請)한다.

② 제1항의 당사자(當事者)의 신청(申請)은 제43조 제2호 내지 제4호의 사항을 기재한 서면(書面)에 의하여야 한다.

③ 제2항의 신청서면(申請書面)의 심사(審査)에 관하여는 민사소송법(民事訴訟法) 제231조의 규정(規定)을 준용(準用)한다.

④ 위헌여부심판(違憲與否審判)의 제청(提請)에 관한 결정(決定)에 대하여는 항고(抗告)할 수 없다.

⑤ 대법원(大法院) 외의 법원(法院)이 제1항의 제청(提請)을 할 때에는 대법원(大法院)을 거쳐야 한다.

형사소송법(刑事訴訟法) 제201조 (구속(拘束)) ① 피의자(被疑者)가 죄(罪)를 범(犯)하였다고 의심(疑心)할만한 상당(相當)한 이유(理由)가 있고 제70조 제1항 각호(各號)의 1에 해당(該當)하는 사유(事由)가 있을 때에는 검사(檢事)는 관할(管轄) 지방법원판사(地方法院判事)에게 청구(請求)하여 구속영장(拘束令狀)을 받아 피의자(被疑者)를 구속(拘束)할 수 있고 사법경찰관(司法警察官)은 검사(檢事)에게 신청(申請)하여 검사(檢事)의 청구(請求)로 관할(管轄) 지방법원판사(地方法院判事)의 구속영장(拘束令狀)을 받아 피의자(被疑者)를 구속(拘束)할 수 있다. 단(但) 5만원 이하(以下)의 벌금(罰金)·구류(拘留) 또는 과료(科料)에 해당(該當)하는 범죄(犯罪)에 관(關)하여는 피의자(被疑者)가 일정(一定)한 주거(住居)가 없는 경우(境遇)에 한(限)한다.

② 구속영장(拘束令狀)의 청구(請求)에는 구속(拘束)의 필요(必要)를 인정(認定)할 수 있는 자료(資料)를 제출(提出)하여야 한다.

③ 제1항의 청구(請求)를 받은 지방법원판사(地方法院判事)는 상당(相當)하다고 인정(認定)할 때에는 구속영장(拘束令狀)을 발부(發付)한다. 이를 발부(發付)하지 아니할 때에는 청구서(請求書)에 그 취지(趣旨) 및 이유(理由)를 기재(記載)하고 서명날인(署名捺印)하여 청구(請求)한 검사(檢事)에게 발부(發付)한다.

④ 검사(檢事)가 제1항의 청구(請求)를 함에 있어서 동일한 범죄사실(犯罪事實)에 관(關)하여 그 피의자(被疑者)에 대(對)하여 전(前)에 구속영장(拘束令狀)을 청구(請求)하거나 발부(發付)받은 사실(事實)이 있을 때에는 다시 구속영장(拘束令狀)을 청구(請求)하는 취지(趣旨) 및 이유(理由)를 기재(記載)하여야 한다.

【참조 판례】

1990.9.10. 선고, 89헌마82 결정 (판례집 2권, 306)

【주 문】

형법(1953.9.18. 법률 제293호) 제241조는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 이 사건 기록에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

1990.6.29. 부산지방법원 판사 김백영은 부산지방검찰청 검사가 간통죄로 고소된 피의자 이○숙, 같은 한○연을 구속하기 위한 구속영장청구에 대하여 재판을 함에 있어 간통죄를 규정한 형법 제241조 제1항이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된다하여 당 재판소에 형법 제241조에 대한 위헌여부의 심판을 제청하였다.

2. 재청법원이 주장하는 위헌여부의 심판제청이유 요지는

인간으로서의 존엄과 가치를 가진 인간이라 함은 모든 생활영역에서 자결과 자유로운 개성의 신장을 추구하고 실현시킬 수 있는 능력을 갖추고 있는 인격체로서의 인간을 의미하는 것이고, 이에 스스로 자유로운 성적 행동에 관한 자기결정권도 포함되는 것인데 간통죄는 혼인생활이 파탄에 이르러 형식적인 부부에 지나지 않은 경우에도 성의 자기결정권을 박탈하여 인간으로서 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리를 보장한 헌법 제10조와 사생활의 비밀과 자유를 보장한 헌법 제17조에 위반된다.

그리고 국민의 자유와 권리는 법률로써 제한하는 경우에도 자유

와 권리의 본질적 내용을 침해할 수 없는 것인데 간통에 대하여 민사적인 책임이외에 국가가 개인의 사생활에 개입하여 형벌로 다스리는 것은 도덕적 윤리적인 사항을 형벌에 의하여 강제하는 것이 되고, 간통죄를 친고죄로 하여 소추권의 발동이 간통자의 배우자 등의 사적 감정에 의한 고소여부에 따라 좌우됨으로써 소추권이 파행적으로 운영되거나 제도외적 목적으로 남용되는 경우도 있을 뿐만 아니라 고소취소가 없는 형사사범의 실무관행상 대부분 구속과 실형선고를 하고 있음을 아울러 고려해 볼 때 간통을 형벌로 다스리는 것은 과잉금지 원칙에도 위반된다.

3. 판단하건대,

가. 헌법재판소법 제41조 제1항은 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건을 담당하는 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청한다고 규정하고 있는데 위 “재판”에는 종국판결 뿐만 아니라 형사소송법 제201조에 의한 지방법원판사의 영장발부여부에 관한 재판도 포함된다고 해석하므로 이 사건 위헌여부의 심판제청은 적법하다.

나. 당 재판소는 1990.9.10.에 선고한 89헌마82사건에서 형법 제241조가 헌법에 위반되지 아니한다고 판시하였는 바 이를 다시 달리 판단하여야 할 사정변경이 있다고 인정되지 아니하므로 그 결정을 그대로 유지하고 그 사건에서 판시한 이유(보충의견, 반대의견 포함)를 이 사건에 인용한다. 다만 위 재판이 있는 이후에 임명된 재판관 황도연은 위 사건 판시중의 재판관 조규광, 재판관 김문희의 보충의견에 가담하였다.

1993. 3. 11.

| | |
|-----|---------|
| 재판장 | 재판관 조규광 |
| | 재판관 변정수 |
| | 재판관 김진우 |
| | 재판관 한병채 |
| | 재판관 이시운 |
| | 재판관 최광률 |
| | 재판관 김양균 |
| | 재판관 김문희 |
| | 재판관 황도연 |

국세징수법 제47조 제2항에 대한 위법소원

(1993. 3. 11. 91헌바22 헌법재판소 전원재판부
[판례집 5-1, 23~28])

【관시 사항】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제2항에 규정한 “제청신청(提請申請)이 기각(棄却)된 날”의 의미

【결정 요지】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조제2항에 의하면 같은 법 제41조 제1항의 규정에 의한 법률(法律)의 위헌여부심판제청신청(違憲與否審判提請申請)이 기각(棄却)된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소(憲法裁判所)에 헌법소원심판(憲法訴願審判)을 청구할 수 있으며 같은 법 제69조 제2항에 의하면 그 헌법소원(憲法訴願)은 제청신청(提請申請)이 기각(棄却)된 날로부터 14일이내에 청구하여야 한다. 여기서 “제청신청(提請申請)이 기각(棄却)된 날”이란 특별한 사정이 없는 한 기각결정(棄却決定)을 송달받은 날이라고 해석하여야 할 것이다.

청 구 인 주식회사 ○○주택
 대리인 변호사 김 원 중 외 1인
관련소송사건 서울민사지방법원 90가합30642 부당이득금반환청구
 (서울민사지방법원 90카 80106 위헌여부심판제청)

【참조 조문】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제69조제2항
국세징수법(國稅徵收法) 제47조제2항

【참조 판례】

1989.7.21. 선고, 89헌마38 결정 (판례집 1권, 131)

1991.9.16. 선고, 89헌마231 결정

1992.1.28. 선고, 90헌바59 결정

1992.4.28. 선고, 90헌바27 내지 34, 36 내지 42, 44 내지 46, 92헌바15 병합
결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다

【이 유】

1. 이 사건 심판청구의 요지는 다음과 같다

가. 이 사건의 사건개요를 보면 남인천세무서는 청구의 주식회사 ○○건설이 1987년도 귀속분 법인세 금 5,500,000원과 가산금 770,000원 합계 금 6,270,000원을 체납하였음을 원인으로 하여 1988.7.21. 위 청구의 회사소유이던 경기 평택군 팽성읍 ○○리 소재 토지 4필지를 압류하여 같은 날 각 압류등기를 마쳤고, 한편 청구인은 같은 달 중순경 위 청구의 회사의 청구인에 대한 채무금의 이행에 갈음하는 변제로서 위 각 부동산의 소유권을 청구인이 취득하기로 합의하고 이에 따라 같은 달 22. 위 각 토지에 관하여 청구인명의로 소유권이전등기를 마쳤다

한편 위 세무서 등은 1988.7.19. 위 청구의 회사의 1987년 귀속 법인세 경정분으로 금 850,180원, 1988.12.20. 같은 회사의 1987년 귀속 법인세 재경정분으로 금 38,176,812원, 동 방위세로 금 6,398,348원, 1989.4.1. 같은 회사의 1987년 귀속 갑종근로소득세로 금

50,829,836원, 동 방위세로 금 9,241,780원, 합계 금 105,496,956원을 부과
고지하고, 부동산 등의 압류에 있어 그 압류의 효력이 압류의 등기 또는
등록을 한 후에 발생한 채납액에 대하여도 미치도록 한 국세징수법
제47조 제2항의 규정에 따라 청구인이 부동산을 취득한 이후에 부과
지된 국세에 관한 채납액에 대하여서도 위 압류의 효력이 미친다는 이
유로 1989.6.21. 청구인에게 위 전액을 채납액으로 하여 위 토지를 같은
해 7.11. 입찰의 방법으로 공매할 것을 통지함에 따라 청구인은 공매처
분으로 위 부동산의 소유권을 상실하는 것을 막기 위하여 같은 날 위
청구의 회사가 채납한 위 국세전액 및 가산금의 합계 금115,989,350원
을 대납하였다.

나. 청구인은 위 공매를 피하기 위하여 대납한 위 금액중 청구인
이 위 부동산을 취득할 당시 이미 부과고지처분이 되어 확정된 금
6,270,000원을 공제한 나머지 금 109,719,350원에 대하여 서울민사지방법
원에 부당이득금반환청구소송(90가합30642)을 제기하고, 위 사건 재판의
전제가 되는 국세징수법(1974.12.21. 법률 제2680호) 제47조 제2항에 대
한 위헌심판제청신청(같은 법원 90카80106)을 하였으나 1991.10.4. 위 신
청이 기각되었다. 이에 청구인은 같은 해 11.18. 헌법재판소법 제68조
제2항에 의하여 위 법률조항의 위헌여부에 관한 이 사건 헌법소원심판
을 청구한 것이다.

2. 판단

이 사건 헌법소원심판청구의 적법여부를 일건 기록에 의하여 살펴
보면 우편송달보고서 사본의 기재상 이 사건 위헌여부심판제청의 기각
결정의 정본은 1991.11.1. 청구인의 소송대리인(이하 대리인이라 한다)에
게 송달된 것으로 되어 있고 이 사건 심판청구는 그로

부터 14일이 경과한 후인 같은 달 18.에 제기된 것을 알 수 있다.

이에 대하여 청구인의 주장에 의하면 우편집배원이 위 송달보고서 기재일자에 대리인의 사무소 사무원들이 자리를 비운 사이에 위 결정정보를 사무원의 책상 위에 올려두고 그 곳에 놓여 있던 사무원의 인장을 임의로 날인하여 송달보고서를 작성하였으므로 정당하게 송달사무를 처리하지 아니하였으며, 한편 위 사무원이 위와 같은 사실을 대리인에게 고지하지 아니한 채 다른 신입사무원이 위 결정정보를 임의로 소송기록봉투속에 보관하였기 때문에 대리인은 1991.11.16.에야 비로소 위 결정정보의 송달사실을 뒤늦게 알고서 같은 달 18. 이 사건 헌법소원을 제기한 것이므로 대리인이 송달사실을 알게 된 1991.11.16.부터 청구기간이 기산되어야 한다고 볼 때 이 사건 헌법소원심판청구는 청구기간을 도과하지 아니한 적법한 청구라고 하는데 대하여 살펴보면 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하면 같은 법 제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있으며 같은 법 제69조 제2항에 의하면 그 헌법소원은 제청신청이 기각된 날로부터 14일이내에 청구하여야 한다. 여기서 “제청신청이 기각된 날”이란 특별한 사정이 없는 한 기각결정을 송달받은 날이라고 해석하여야 할 것이다(당재판소 1989.7.21. 선고, 89헌마38 결정 참조).

그러므로 첫째, 송달의 기준시점에 관하여 보면 설사 위 주장을 사실로 받아들여더라도 대리인의 사무원이 사무실에 도달된 위 결정정보를 소송기록봉투속에 보관하는 등 이를 수령한 사실을 인정할 수 있는 이상 위 송달은 1991.11.1.을 기준시점으로 하여 일응

유효하게 행해진 것으로 볼 수 있고 둘째 대리인이 송달사실을 알지 못한 점에 과실이 없다고 주장하고 있으나 일건기록에 첨부된 위 송달 보고서 좌측상단의 기재에 의하면 우편집배원은 당일에 위 결정정본 뿐 아니라 관련사건(90가합30642)인 위 부당이득금반환청구소송의 판결정본도 동시에 사무실에 송달시킨 사실을 인정할 수 있는데 대리인이 그 관련 본안 사건에 관하여는 2주일의 항소기간을 준수하여 1991.11.11.에 적법한 항소를 제기하면서 통상 본안의 판결과 같이 송달되는 위헌여부 심판제청신청의 기각결정정본을 챙겨보지 아니하였다는 것은 쉽사리 납득하기 어려우며, 그 외에 달리 청구기간 경과 후의 청구가 정당한 사유가 있는 경우라고 볼 만한 사정도 없으므로 이 사건 헌법소원심판청구는 헌법재판소법 제69조 제2항의 청구기간이 지난 이후에 제기된 부적법한 것이라 아니할 수 없다.

그렇다면 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법한 것이어서 이를 각하하기로 관여재판관 전원의 일치된 의견에 의하여 주문과 같이 결정한다

1993. 3. 11.

| | |
|-----|---------|
| 재판장 | 재판관 조규광 |
| | 재판관 변정수 |
| | 재판관 김진우 |
| | 재판관 한병채 |
| | 재판관 이시윤 |

재판관 최광률

재판관 김양균

재판관 김문희

재판관 황도연

노동조합법 제45조의2 등 위헌소원

(1993. 3. 11. 92헌바33 헌법재판소 전원재판부)

[관례집 5-1, 29~58]

【관시 사항】

1. 노동3권(勞動三權) 보장(保障)의 헌법적(憲法的) 의의(意義)
2. 제3자개입금지조항(第三者介入禁止條項)의 입법취지(立法趣旨)
3. 제3자개입금지조항(第三者介入禁止條項)의 노동기본권(勞動基本權) 등 침해(侵害) 여부
4. 제3자개입금지조항(第三者介入禁止條項)의 평등권(平等權) 침해(侵害) 여부
5. 제3자개입금지조항(第三者介入禁止條項)의 죄형법정주의(罪刑法定主義) 위배(違背) 여부

【결정 요지】

1. 헌법(憲法)이 근로자(勤勞者)의 근로3권(勤勞三權)을 보장하는 취지는 원칙적으로 개인(個人)과 기업(企業)의 경제상(經濟上)의 자유(自由)와 창의(創意)를 존중함을 기본으로 하는 시장경제(市場經濟)의 원리(原理)를 경제(經濟)의 기본질서(基本秩序)로 채택하면서 노동관계당사자(勞動關係當事者)가 상반된 이해관계(利害關係)로 말미암아 계급적(階級的) 대립(對立)·적대(敵對)의 관계로 나아가지 않고 활동과정에서 서로 기능을 나누어 가진 대등한 교섭주체(交涉主體)의 관계로 발전하게 하여 그들로 하여금 때로는 대립(對立)·항쟁(抗爭)하고 때로는 교섭(交涉)·타협(妥協)의 조정과정을 거쳐 분쟁(紛爭)을 평화적으로 해결하게 함으로써, 근로자(勤勞者)의 이익(利益)과 지위(地位)의 향상을 도모하는 사회복지국가(社會福祉國家) 건설의 과제를 달성하고자 함에 있다.

2. 노동조합법(勞動組合法) 제12조의2가 규정(規定)하는 제3자개입금지(第三者介入禁止)의 입법취지(立法趣旨)는 노동관계당사자(勞動關係當事者) 사이에 제3자가 의사결정(意思決定)을 조종(操縱), 선동(煽動), 방해(妨害)할 정도로 끼어들게 되면 근로자(勤勞者)의 단결(團結)과 단체교섭(團體交涉)은 노동관계당사자(勞動關係當事者)의 위험부담(危險負擔) 아래 진행되면서도 근로자(勤勞者)의 근로조건(勤勞條件)의 유지·향상 등과는 관계없는 목적에 의하여 왜곡될 수 있을 뿐만 아니라 그와 같이 왜곡된 근로자(勤

勞者)의 단결(團結)과 단체교섭(團體交涉)은 근로자(勤勞者)의 경제적(經濟的), 사회적(社會的) 지위(地位)의 향상은 물론 국민경제(國民經濟)의 발전에도 기여할 수 없게 될 우려가 있어 이를 방지하고자 함에 있다.

3. 노동조합법(勞動組合法) 제12조의2가 규정(規定)하는 제3자개입금지(第三者介入禁止)는 헌법(憲法)이 인정하는 근로3권(勤勞三權)이나 그 밖의 표현(表現)의 자유(自由) 또는 행동(行動)의 자유(自由) 등 기본권(基本權)의 내재적(內在的)한계(限界)를 넘어선 행위를 규제하기 위한 입법(立法)일 뿐, 근로자(勤勞者)가 단순한 상담(相談)이나 조력(助力)을 받는 것을 금지하고자 하는 것은 아니므로 근로자(勤勞者)의 근로3권(勤勞三權) 등을 제한(制限)하는 것이라고는 볼 수 없다.

4. 위 제3자개입금지조항(第三者介入禁止條項)은 근로자(勤勞者)측으로의 개입(介入) 뿐만 아니라 사용자(使用者)측으로의 개입(介入)에 대하여도 마찬가지로 규정(規定)하고 있고 근로자(勤勞者)들이 변호사(辯護士)나 공인노무사(公認勞務士) 등의 조력(助力)을 받는 것과 같이 근로3권(勤勞三權)을 행사함에 있어 자주적(自主的) 의사결정(意思決定)을 침해(侵害)받지 아니하는 범위 안에서 필요한 제3자의 조력(助力)을 받는 것을 금지하는 것은 아니고, 근로자들이 연합단체(聯合團體)를 통하여 한층 조직적인 지원을 받을 수 있으므로 근로자(勤勞者)와 사용자(使用者)를 실질적(實質的)으로 차별(差別)하는 불합리한 규정(規定)이라고 볼 수 없다.

5. 위 규정(規定) 중 “……기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입(介入)하는 행위”란 노동조합(勞動組合)의 설립(設立) 등과 단체교섭(團體交涉)에 개입(介入)한 제3자의 행위(行爲)를 전체적으로 평가(評價)하여 노동관계당사자(勞動關係當事者)의 자유롭고 자주적(自主的)인 의사결정(意思決定)에 대하여 영향을 미칠 목적 아래 노동조합(勞動組合)의 설립(設立) 등과 사용자(使用者)와의 단체교섭(團體交涉)에 관하여 강요(強要)·유도(誘導)·조장(助長)·억압(抑壓) 등의 간섭행위(干涉行爲)를 포괄(包括)하는 내적개념(內的概念)인 것으로 보아야 할 것으로서 위 행위(行爲)에의 해당여부는 누구나 예견(豫見)할 수 있다 할 것이므로 그 구성요건(構成要件)이 헌법(憲法) 제12조 제1항이 요구하는 명확성(明確性)을 결하여 죄형법정주의(罪刑法定主義)에 위배(違背)되는 것이 아니다.

재판관 김진우, 재판관 이시윤의 한정합헌의견(限定合憲意見)

3. 가. 적법(適法)한 단결권(團結權)의 행사 및 단체교섭행위(團體交涉行爲)에 제3자가 개입(介入)하는 경우까지 형사제재(刑事制裁)를 과한다면 근로기본권(勤勞基本權)을 규정(規定)한 헌법(憲法) 제33

조 제1항과 제10조 후문의 국가(國家)의 기본권(基本權) 보장 의무(保障義務)에 위배(違背)되고 또 헌법(憲法) 제10조 후문의 행복추구권(幸福追求權)의 파생인 일반적인 행동자유권(行動自由權) 특히 표현(表現)의 자유(自由)의 침해(侵害)이며 나아가 우리의 정의관(正義觀)과 형평(衡平)에 어긋나고 실질적으로 죄형법정주의(罪刑法定主義)에 위배되어 위헌(違憲)이 된다.

나. 제3자개입금지조항(第三者介入禁止條項)과 그 위반행위(違反行爲)에 대한 처벌규정(處罰規定)이 우리 헌법(憲法) 구조에 합치되어도 그 합헌성(合憲性)이 유지하려면 적용범위(適用範圍)를 극히 좁혀 적법절차(適法節次)에 따른 단결권(團結權)의 행사(行使) 및 단체교섭(團體交涉) 과정에 제3자가 조력적(助力的)으로 개입(介入)한 경우에는 위 법률조항(法律條項) 등이 적용(適用)되지 아니하는 것으로 한정적(限定的)으로 해석하여야 한다.

재판관 김양균의 한정합헌의견(限定合憲意見)

3. 가. 제3자개입금지조항(第三者介入禁止條項)은 이를 한정합헌(限定合憲)으로 해석하여 “누구든지 정당(正當)한 이유(理由) 없이” 노조(勞組)의 결성(結成) 및 단체교섭(團體交涉) 과정에 개입(介入)하는 경우에만 적용되는 것을 조건으로 헌법(憲法)에 위반(違反)되지 아니한다는 결정을 내려야 한다.

나. 쟁의행위(爭議行爲)는 그 적법요건(適法要件)이 비교적 엄격하게 규정(規定) 또는 해석(解釋)되어야 하겠지만 노조(勞組)의 결성(結成) 및 단체교섭행위(團體交涉行爲) 같은 것은 가급적 널리 보장하는 것이 바람직하고 그러한 의미에서 제3자개입(第三者介入)이 허용될 수 있는 정당(正當)한 이유(理由)의 범위는 가급적 넓게 보아야 한다.

재판관 변정수의 반대의견(反對意見)

3. 가. 노동조합(勞動組合)의 설립(設立)과 해산(解散), 노동조합(勞動組合)에의 가입(加入)·탈퇴(脫退) 및 단체교섭권(團體交涉權), 단체행동권(團體行動權)의 행사 등에 있어 근로자(勤勞者)들이 자신의 힘을 보충하기 위하여 근로자(勤勞者) 상호간(相互間)의 연대나 그 밖에 제3자의 도움을

받을 것인가의 여부는 근로자(勤勞者)들 자신이 알아서 할 수 있는 문제이지 법(法)이 간섭할 문제가 아님에도 불구하고 노동관계법상(勞動關係法上)의 제3자개입금지조항(第三者介入禁止條項)은 근로자(勤勞者)들의 노동운동(勞動運動)에 관하여 조언(助言)·조력(助力)이나 지원(支援)을 받는 길을 봉쇄(封鎖)하는 기능을 할 수 있게 되어 헌법(憲法) 제33조 제1항이 보장하고 있는 노동기본권(勞動基本權)의 자주적(自主的) 행사(行使)를 방해하는 위헌법률(違憲法律)이다.

나. 노동3권(勞動三權)은 헌법상(憲法上) 보장(保障)된 근로자(勤勞者)의 기본권(基本權)이므로 그 권리(權利)의 행사는 불법적(不法的)인 것이 아닌 이상은 국민생활(國民生活)의 균등(均等)한 향상(向上)과 모든 국민(國民)에게 인간(人間)다운 생활을 보장하고자 하는 헌법이념(憲法理念)과 정의(正義)에 합당한 행위일 뿐더러 국가(國家)의 적극적인 보호를 받아야 할 대상(對象)임에도 이러한 정당(正當)한 행위(行爲)를 배후(背後)에서 도와주거나 부추겼다고 해서 무조건 조종(操縱)·선동(煽動)이라는 이름을 붙여 처벌(處罰)의 대상으로 삼는 것은 자연적(自然的) 정의(正義)와 법(法)의 일반원리(一般原理)에 반하는 것이어서 인간(人間)의 존엄(尊嚴)과 가치수호(價値守護) 및 행복추구권(幸福追求權)과 기본권(基本權) 보장의무(保障義務)를 선언한 헌법(憲法) 제10조에 위반(違反)된다.

다. 노동관계법상(勞動關係法上)의 제3자개입금지조항(第三者介入禁止條項)은 국민(國民)의 표현(表現)의 자유(自由)를 제한(制限)하는 기능으로 작용할 것이 명백하고 정당한 의견표명(意見表明)조차도 무조건 제3자개입행위(第三者介入行爲)로 보아 처벌(處罰)할 수 있게 되어 사상표현(思想表現)의 자유(自由)의 본질적(本質的) 내용(內容)을 침해(侵害)할 우려가 있으므로 헌법(憲法) 제21조 제1항, 제37조 제2항에 위반(違反)된다.

5. 노동관계법상(勞動關係法上)에 처벌대상(處罰對象)으로 규정한 제3자개입금지조항(第三者介入禁止條項)은 노동운동(勞動運動)에 관하여 “관계당사자(關係當事者)를 조종(操縱)·선동(煽動)·방해(妨害)하거나 기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입(介入)하는 행위(行爲)”라고 하여 극히 애매모호하고 광범위(廣範圍)한 표현을 쓰고 있어 명확성(明確性)이 결여되어 있으므로 죄형법정주의(罪刑法定主義)

刑法定主義)와 적법절차(適法節次)를 규정한 헌법(憲法) 제12조 제1항에 반한다.

청 구 인 장 ○ 옥
대리인 변호사 김 칠 준 외 1인
관련소송사건 수원지방법원 92고단1721 노동조합법위반등 (수원지방법원
92초 1404 위헌법률심판제청)

【심판대상조문】

노동조합법(勞動組合法) 제12조의2, 제45조의2(제3자개입금지(第三者介入禁止)) 직접 노동(勞動)관계를 맺고 있는 노동자(勞動者)나 당해 노동조합(勞動組合) 또는 법령(法令)에 의하여 정당한 권한(權限)을 가진 자(者)를 제외하고는 누구든지 노동조합(勞動組合)의 설립(設立)과 해산(解散), 노동조합(勞動組合)에의 가입(加入)·탈퇴(脫退) 및 사용자(使用者)와의 단체교섭(團體交涉)에 관하여 관계 당사자(當事者)를 조종(操縱)·선동(煽動)·방해하거나 기타 이에 영향(影響)을 미칠 목적(目的)으로 개입(介入)하는 행위(行爲)를 하여서는 아니된다. 다만, 총연합단체(總聯合團體)인 노동조합(勞動組合) 또는 당해 노동조합(勞動組合)이 가입(加入)한 산업별(產業別) 연합단체(聯合團體)인 노동조합(勞動組合)의 경우에는 제3자개입(第三者介入)으로 노동조합법(勞動組合法) 제45조의2(벌칙(罰則)) 제12조 또는 제12조의 2의 규정(規定)에 위반(違反)한 자(者)는 3년 이하의 징역(懲役) 또는 500만원 이하의 벌금(罰金)에 처(處)한다.

【참조 조문】

헌법(憲法) 제10조, 제11조, 제12조 제1항, 제21조 제1항, 제33조 제1항, 제37조 제2항

노동조합법(勞動組合法) 제1조 (목적(目的)) 이 법(法)은 헌법(憲法)에 의거하여 노동자(勞動者)의 자주적(自主的)인 단결권(團結權)·단체교섭권(團體交涉權)과 단체행동권(團體行動權)을 보장하며, 노동자(勞動者)의 노동조건(勞動條件)을 유지(維持), 개선(改善)하고 노동자(勞動者)의 복지(福祉)를 증진(增進)함으로써 그 경제적(經濟的)·사회적(社會的) 지위(地位)의 향상과 국민경제(國民經濟)의 발전에 기여(寄與)함에 목적(目的)으로 한다.

노동조합법(勞動組合法) 제33조 (교섭권한(交涉權限)) ① 노동조합(勞動組合)의 대표자(代表者) 또는 노동조합(勞動組合)으로부터 위임(委任)을 받은 자(者)는 그 노동조합(勞動組合) 또는 조합원(組合員)을 위하여 사용자(使用者)나 사용자단체(使用者團體)와 단체협약(團體協約)의 체결(締結) 기타의 사항(事項)에 관하여 교섭(交涉)할 권한(權限)이 있다. 다만, 사용자단체(使用者團體)와의 교섭(交涉)에 있어서는 단위노동조합(單位勞動組合)의 대표자(代表者) 중에서 그 대표자(代表者)를 선정(選定)하거나 연명(連名)으로 교섭(交涉)할 수 있다.

②~⑤ 생략

노동쟁의조정법(勞動爭議調整法) 제13조의2 (제3자개입금지(第三者介入禁止)) 직접 근로관계(勤勞關係)를 맺고 있는 노동자(勞働者)나 당해 노동조합(勞動組合) 또는 사용자(使用者) 기타 법령(法令)에 의하여 정당 권한(權限)을 가진 자를 제외하고는 누구든지 쟁의행위(爭議行爲)에 관하여 관계 당사자(當事者)를 조종(操縱)·선동(煽動)·방해하거나 기타 이에 영향(影響)을 미칠 목적(目的)으로 개입(介入)하는 행위(行爲)를 하여서는 아니된다. 다만, 총연합단체(總聯合團體)인 노동조합(勞動組合) 또는 당해 노동조합(勞動組合)이 가입(加入)한 산업별(産業別) 연합단체(聯合團體)인 노동조합(勞動組合)의 경우에는 제3자개입(第三者介入)으로 보지 아니한다.

노동쟁의조정법(勞動爭議調整法) 제45조의2 (벌칙(罰則)) 제12조 제2항·제3항 또는 제13조의2의 규정(規定)에 위반(違反)한 자(者)는 5년 이하의 징역(懲役) 또는 1,000만원 이하의 벌금(罰金)에 처한다.

【참조 판례】

1. 1990.1.15. 선고, 89헌가103 결정 (판례집 2권, 4)
2. 1990.1.15. 선고, 89헌가103 결정 (판례집 2권, 4)
3. 1990.1.15. 선고, 89헌가103 결정 (판례집 2권, 4)
1991.7.22. 선고, 89헌가106 결정 (판례집 3권, 387)
1992.4.28. 선고, 90헌바27 등(병합) 결정
1993.3.11. 선고, 89헌마5 결정
4. 1990.1.15. 선고, 89헌가103 결정 (판례집 2권, 4)
1990.6.25. 선고, 89헌가98 내지 101(병합) 결정 (판례집 2권, 132)
1990.9.3. 선고, 89헌가95 결정 (판례집 2권, 245)
1991.2.11. 선고, 90헌가27 결정 (판례집 3권, 11)
1991.2.11. 선고, 90헌바17,18(병합) 결정 (판례집 3권, 51)
5. 1989.12.22. 선고, 88헌가13 결정 (판례집 1권, 357)
1990.1.15. 선고, 89헌가103 결정 (판례집 2권, 4)
1991.7.8. 선고, 91헌가4 결정 (판례집 3권, 336)
1992.1.28. 선고, 89헌가8 결정
1992.4.28. 선고, 90헌바27 등(병합) 결정

【주 문】

노동조합법 제12조의2(신설 1980.12.31. 법률 제3350호, 개정 1986.12.31. 법률 제3925호), 제45조의2(신설 1980.12.31. 법률 제3350호)는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 ○○노동상담소 상근간사로 재직하면서 ○○주식회사와 직접 근로관계를 맺거나 법령에 정당한 권한을 가진 자가 아님에도 불구하고 위 회사에 노동조합을 설립시키기로 마음먹고 위 회사 근로자들에게 노동조합 설립을 조종·선동하는 등으로 개입함으로써 노동조합법 제 45조의2, 제12조의2를 위반하였다고 하여 1992.5.7. 수원지방법원에 노동조합법위반 등으로 공소제기되었다.

청구인은 위 형사피고사건의 공판계속 중 수원지방법원에 위 공소사실에 대한 적용법조인 노동조합법(이하 '이 법'이라 한다) 제12조의2 및 제45조의2에 대한 위헌심판제청을 신청하였으나 위 신청은 기각되었다.

이에 청구인은 헌법재판소법 제88조 제2항에 따라 이 법 제12조의2 및 제45조의2의 위헌여부에 관하여 헌법소원심판을 청구하였다

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 위헌여부심판의 제청신청을 한 당해 사건에서 재판의 전제가 된 이 법 제12조의2 및 제45조의2로서, 그 규정내용은 다음과 같다.

『제12조의2(제3자개입금지) 직접 근로관계를 맺고 있는 근로자나 당해 노동조합 또는 법령에 의하여 정당한 권한을 가진 자를 제외

하고는 누구든지 노동조합의 설립과 해산 노동조합에의 가입·탈퇴 및 사용자와의 단체교섭에 관하여 관계당사자를 조종·선동·방해하거나 기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 총연합단체인 노동조합 또는 당해 노동조합이 가입한 산업별연합단체인 노동조합의 경우에는 제3자개입으로 보지 아니한다

제45조의2(벌칙) 제12조 또는 제12조의2의 규정에 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.」

2. 청구인의 주장과 관계인의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 헌법은 근로자의 단결권, 단체교섭권, 단체행동권 등 근로3권을 보장하고 있는데, 근로자는 사용자에 비하여 법률지식이 적고 열등한 지위에 있기 때문에 노동문제전문가나 학자, 법률가의 조언이나 조력을 받을 필요가 있고, 이러한 조언이나 조력을 받을 수 있다는 것 자체가 바로 근로3권의 내용을 이루는 것이다. 따라서 위와 같이 조언이나 조력을 해주는 행위를 처벌하는 것은 바로 근로3권을 침해하는 것이다.

(2) 사용자가 우월한 경제력을 바탕으로 하여 실질적으로 전문가들의 조언이나 조력을 받는데 대하여, 근로자들은 열악한 사회적, 경제적 지위로 말미암아 스스로 법률적 지식이나 전문적 지식이 부족할 뿐만 아니라 위와 같이 전문가의 조력을 받기도 어렵기 때문에 사용자와 대등한 입장에 서기 어렵다. 따라서 근로자들이 사용자와 대등한 입장에 설 수 있으려면 전문가나 전문단체의 조력을 받아야 할 필요가 있는데 위 제3자개입금지규정은 이것을 차단하기

때문에 헌법상 평등의 원칙에 반한다

(3) 위 제3자개입금지규정은 매우 애매모호하여 지나치게 광범위하게 해석될 여지가 있어 헌법상 죄형법정주의에 반한다

(4) 위 제3자개입금지규정은 헌법상 보장된 국민의 표현의 자유 행동의 자유를 침해한다

(5) 노동조합의 결성은 근로자의 단결권의 내용으로서 현행법상 아무런 제약이 없이 폭넓게 보장되고 있고, 정의행위와 달리 노동조합의 결성만으로 사용자에게 피해를 주거나 기업질서 사회질서를 침해한다고 볼 수는 없으므로 제3자가 근로자들의 노동조합의 결성과정에 관여하였다고 하더라도 이를 처벌할 근거는 전혀 없다

나. 법원의 위헌제청기각이유

(1) 헌법 제33조 제1항에서는 근로자는 “자주적”인 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 가진다고 규정함으로써 자주적인 노동조합의 설립·활동 등을 통하여 근로관계에 관한 당사자자치주의의 실현을 예정하고 있고 이 때 “자주적”이라 함은 근로자가 국가, 사용자 등의 영향은 물론 외부의 지시나 강압 등에 의하여 자주적인 의사결정권이 침해되어서는 아니된다는 것을 의미한다. 그러므로 경제적 약자인 근로자가 사용자와 대등한 입장에서 근로관계를 형성할 수 있도록 학식과 경험이 있는 전문가로서 법령에 의하여 정당한 권한이 있는 자의 조력을 받는 범위를 넘어서서 노동조합의 설립과 해산, 노동조합에의 가입·탈퇴 및 사용자와 단체교섭에 관하여 관계당사자를 조종·선동·방해하거나 기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위는 근로3권의 허용한계를 벗어난 것으로서 이를 금지한다고 하여 근로자의 근로3권을 제한하는 것이라고

할 수 없다.

(2) 근로3권은 근로자의 경제적·사회적 지위향상을 위하여 헌법이 특히 보장하는 기본권이므로 근로3권의 주체가 아닌 사용자측과 비교하여 평등여부를 논할 수 없고, 또한 근로3권의 행사에 대하여 제3자의 개입을 획일적으로 금지시키는 것이 반드시 사용자와 근로자를 실질적으로 차별하는 결과를 초래한다고 단정하기 어려우며 위 제3자개입금지규정이 근로3권을 제한하는 규정이 아니고 근로자들이 자주적인 의사결정을 침해받지 않는 범위안에서 필요한 제3자의 조력을 금지하는 것도 아니고, 더구나 총연합단체인 노동조합 또는 당해 노동조합이 가입한 산업별연합단체인 노동조합이 있는 경우에는 근로자들이 그러한 연합단체를 통하여 한층 조직적 지원을 받을 수 있는 이상 근로자와 사용자를 실질적으로 차별하는 불합리한 규정이라고 볼 수 없다

(3) 위 제3자개입금지규정의 입법목적에 비추어 볼 때 “기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위”란 노동조합의 설립·해산, 노동조합에의 가입·탈퇴 및 사용자와의 단체교섭 등에 관하여 개입한 제3자의 행위를 전체적으로 평가하여 노동관계당사자의 자유롭고 자주적인 의사결정에 대하여 영향을 미칠 목적아래 이루어진 간섭행위를 포괄하는 것으로 보아야 할 것으로서 위 행위에의 해당여부는 누구나 예견할 수 있다 할 것이므로 이 법 제12조의2는 그 구성요건이 명확성이 없어 죄형법정주의에 위반된다고 할 수 없다

(4) 헌법이 근로3권을 보장함에 있어서 그 보장주체의 자주적인 행사를 예정하고 있으므로 비록 노동조합의 설립 등에 관한 것이라

고 할지라도 조력의 범위를 넘어서 당사자를 조종·선동·방해하거나 기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위까지 헌법이 규정하는 행동자유권이나 표현자유권에 의하여 보장된다고 보기 어렵다

다. 노동부장관 및 검찰총장의 의견

(1) 이 법 제12조의2의 규정에 의하더라도 근로자들이 필요로 하는 변호사, 공인노무사 등 법령에 의한 권한을 가진 전문가의 조력을 받는 것까지 금지하는 것이 아닐 뿐만 아니라

노동조합활동이나 단체교섭과정에서 총연합단체인 노동조합 또는 산업별연합단체인 노동조합으로부터 조력을 받을 수 있는 것을 적극 보장하고 있으므로 근로3권의 본질적 내용의 침해가 있다고 할 수 없다

(2) 현행의 헌법규정 또는 노동관계법 규정상 노사 중 어느 한쪽이 특별히 약한 처지에 있다고 볼 하등의 근거가 없을 뿐 아니라 정당한 권한을 가진 전문가의 조력을 받을 권리가 보장되어 있는 이상 노사 양측이 실질적으로 대등한 관계에서 단체교섭 등을 진행할 수 있으므로 이 법 제12조의2가 근로자를 사용자에 대하여 불평등하게 취급하는 것은 아니다.

(3) 이 법 제12조의2의 “조종·선동·방해”란 통상의 해석방법에 의하더라도 그 문의가 명백하고, “기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위”도 그 구성요건의 규정형식 등에 비추어 볼 때 노동조합의 설립 등에 개입한 제3자의 행위를 전체적으로 평가하여 노동관계당사자의 자유롭고 자주적인 의사결정에 대하여 영향을 미칠 목적 아래 이루어진 간섭행위를 포괄하는 것으로 보아야 하므로 위 조항이 죄형법정주의에 반한다고 할 수 없다

(4) 근로자의 자주적인 의사결정을 침해할 정도의 조종선동·방해·개입행위는 표현의 자유에 관한 기본권의 한계를 벗어난 것으로서 이를 처벌하는 것을 표현의 자유의 침해라고 할 수 없다

(5) 근로자의 단결권은 근로자가 단체협약을 체결함에 있어서 자신에게 보다 유리한 결과를 가져오게 하기 위하여 행사하는 최후의 강제수단인 쟁의행위의 논리적 전제 또는 사실적 기초가 되는 것이며 또한 단체교섭권과 단체행동권은 단결권의 활동적 측면이라고 할 수 있으므로 그 자주적 행사의 필요성은 그 어느 것이나 차이가 있다고 할 수 없다

3. 판단

가. 노동조합의 설립 등과 단체교섭의 의의 및 성질

헌법 제33조 제1항은 “근로자는 근로조건 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”라고 규정하여 근로자의 근로3권을 보장하고 있다. 헌법이 이와 같이 근로3권을 보장하는 취지는 원칙적으로 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 하는 시장경제의 원리를 경제의 기본질서로 채택하면서 노동관계 당사자가 상반된 이해관계로 말미암아 계급적 대립적대의 관계로 나아가지 않고 활동과정에서 서로 기능을 나누어 가진 대등한 교섭주체의 관계로 발전하게 하여 그들로 하여금 때로는 대립항쟁하고, 때로는 교섭·타협의 조정과정을 거쳐 분쟁을 평화적으로 해결하게 함으로써 결국에 있어서 근로자의 이익과 지위의 향상을 도모하는 사회복지국가 건설의 과제를 달성하고자 함에 있다.

근로자의 근로3권의 보장에 관한 헌법의 이러한 정신에 따라“근

로자의 자주적인 단결권·단체교섭권과 단체행동권을 보장하며 근로자의 근로조건을 유지·개선하고 근로자의 복지를 증진함으로써 그 경제적·사회적 지위의 향상과 국민경제의 발전에 기여함을 목적으로 하여 제정된 것이 바로 이 법이다(이 법 제1조).

이 법은 “노동조합이라 함은 근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건을 유지·개선하고 근로자의 복지증진 기타 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체를 말한다”고 정의하고(이 법 제3조 본문), 이러한 노동조합의 설립·관리·해산 등에 관하여 상세한 규정을 두고 있다(이 법 제13조 내지 제31조). 나아가 이 법이 정하는 바에 따라 적법한 설립요건을 갖추어 정당하게 설립된 노동조합은 노동조합이라는 명칭사용, 노동쟁의의 신고, 부당노동행위의 구제신청, 법인격의 취득, 조세의 면제 등에 관한 규정이 법 제7조, 제9조, 제10조)에 따른 보호를 받게 된다. 이와 동시에 근로자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 가입할 수 있으며(이 법 제8조) 노동조합의 조합원에 대한 차별대우를 금지하도록 하는 규정을 둬(이 법 제11조) 근로자의 노동조합에의 가입 등과 조합원으로서의 지위에 관하여 분명하게 정하고 있다.

또한 “노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 단체협약의 체결 기타의 사항에 관하여 교섭할 권한이 있다”라고 규정하여(이 법 제33조 제1항 본문), 단위노동조합 또는 그 위임을 받은 연합단체 등이 교섭의 일방당사자로 되어 교섭의 타방당사자인 사용자 또는 사용자단체와 사이에 단체협약의 체결이나 그 밖의 근로

조건에 관련한 모든 사항을 교섭대상으로 하여 단체교섭을 할 수 있도록 보장하고 있다. 특히 이러한 단체교섭을 하는 절차에 관하여 정하고 있는 이 법의 규정(이 법 제33조, 제34조)에 따라 노동관계 당사자 사이에 단체협약이 체결되면 단체협약의 유효기간 동안 단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 하는 등 법규범적 구속력이 인정될 뿐 아니라 일정한 경우 공장·사업장 기타 직장별로 동종의 근로자에 대한 일반적 구속력이나 지역별로 동종의 근로자에 대한 지역적 구속력 등의 효력을 부여하고 있다(이 법 제36조, 제37조, 제38조). 이 법은 그 밖에 사용자와의 단체교섭 등 노동조합의 활동을 보장하는 상세한 규정을 두고 있다(이 법 제33조 내지 제38조).

특히 노동조합의 단체교섭 기타의 행위로서 이와 같이 이 법이 제정된 목적을 달성하기 위하여 한 정당한 행위는 형법 제20조가 규정하는 정당행위에 해당된다고 함과 아울러(이 법 제2조) 근로자의 노동조합에의 가입, 그 설립·운영 등과 단체교섭을 방해·저해하는 사용자의 행위를 부당노동행위로 보아 그에 대한 구제절차를 규정하(이 법 제39조 내지 제44조) 등의 방법으로 근로자의 자주적인 단결권과 단체교섭권 등을 적극적으로 보장하고 있다.

결국 근로자의 근로3권을 보장하는 헌법규정과 이를 구체화하고 있는 이 법의 관련규정들에 의하여 노동조합의 설립 등에 의한 근로자의 단결과 사용자와의 단체교섭을 위한 활동이 보장됨으로써 사용자에 비하여 경제적 약자인 근로자는 근로조건을 유지·향상 등을 위하여 근로자 단체인 노동조합을 결성하여 그 단결된 힘을 바

당으로 사용자와 대등한 입장에 서서 집단적으로 근로조건 등에 관한 그 주장을 관철하기 위하여 사용자와 단체교섭을 하여 단체협약을 체결할 수 있게 되었고, 이에 따라 근로자가 인간다운 삶을 누리기 위하여 임금 기타 근로조건 등의 개선을 실현할 수 있는 길이 열려 있는 것이다

나. 제3자개입금지의 목적

이처럼 노동조합의 설립 등과 활동은 근로자가 근로조건의 유지향상 등에 관한 그들의 주장을 관철하기 위하여 보장되는 것이므로 단체협약의 당사자가 될 수 있는 노동조합에 의하여서만 이루어져야 하고 원칙적으로 제3자가 개입하여서는 아니된다는 성질상의 한계가 내재되어 있다고 보아야 할 것이다 즉, 단체협약에 의하여 정해지는 사항은 주로 근로자의 근로조건을 비롯한 근로자의 경제적 지위에 관한 것이므로 당사자 사이에 존재하는 갖가지 요인에 의하여 결정되어야 하고 외부 제3자의 영향에 의하여 결정될 수는 없는 것이다.

이러한 점에서 근로자가 노동조합을 설립해산하거나 노동조합에 가입·탈퇴하는 등 단결에 관한 사항이나 노동조합 등 근로자단체가 사용자와 근로조건 등에 관하여 단체협약을 체결하기 위한 단체교섭을 하는 사항에 관하여 자주적으로 의사를 결정할 수 있으려면 국가정당·사회단체·종교단체나 경쟁기업 기타 제3자의 개입이나 지시로부터 독립되어야만 한다. 그러하지 아니하고 노동관계 당사자 사이에 제3자가 의사결정을 조종·선동·방해할 정도로 끼어 들게 되면, 근로자의 단결과 단체교섭은 노동관계 당사자의 위협부담 아래 진행되면서도 근로자의 근로조건의 유지·향상 등과

는 관계없는 목적에 의하여 왜곡될 수 있다. 그와 같이 왜곡된 근로자의 단결과 단체교섭은 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상은 물론 국민경제의 발전에도 기여할 수 없게 될 우려가 있다.

헌법 제33조 제1항이 근로자의 근로3권은 “근로조건외의 향상”을 위한 범위 안에서 “자주적”으로 행사되어야 한다고 규정한 취지나 이 법 제12조의2가 규정하는 제3자개입금지의 입법취지가 바로 여기에 있다.

다. 근로3권 등의 기본권제한과의 관계

헌법이 근로자에게 단결권·단체교섭권·단체행동권을 인정한 취지는 경제적 약자인 근로자가 사용자와 대등한 입장에서 단체협약을 체결할 수 있게 하자는 데 있다. 근로자들이 이러한 근로3권을 합법적으로 적정하게 행사하려면 법률에 관한 지식은 물론 그 이외에 당해 기업의 경영실적 등에 관한 지식도 갖추어야 할 것이다. 그러나 통상 근로자들에게 법률 등에 관한 전문적 지식을 요구할 수는 없는 노릇이므로 근로자들이 노동조합의 설립 등과 사용자와 단체교섭을 함에 있어 변호사·공인노무사 등 학식과 경험이 있는 전문가의 조력을 받는 등 노동관계 당사자 이외의 제3자로부터 도움을 받아야 할 필요성은 인정된다.

이 법 제12조의2가 규정한 금지의 내용을 보면 근로자들이 필요로 하는 위와 같은 조력을 차단하고자 하는 것이 아님이 명백하다. 위 법률조항은 근로자들이 단결이나 단체교섭을 함에 있어 총연합단체인 노동조합 또는 당해 노동조합이 가입한 산업별연합단체인 노동조합으로부터는 협조, 지원 또는 지도를 받을 수 있도록 하고 있고 비록 제3자의 행위라고 하더라도 노동조합의 설립 등과 사용

자와의 단체교섭에 관하여 관계당사자를 조종선동·방해하거나 기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위만이 금지될 뿐인 것이다 위 법률조항이 금지하는 이러한 조종선동·방해행위는 그 어느 것이나 근로자들을 단순히 조력한다는 범위를 넘어선 것으로서 노동관계 당사자의 자주적 의사결정에 의한 단결 및 단체교섭을 왜곡저해하는 행위에 해당하므로, 위 “나”에서 본 단결권 및 단체교섭권의 목적에서 도출되는 허용의 한계를 벗어날 뿐만 아니라 헌법상 보장된 표현의 자유 또는 행동의 자유에 의하여서도 보호받을 수 없는 행위이기 때문이다

따라서 이 법 제12조의2가 규정하는 제3자개입금지 헌법이 인정하는 근로3권이나 그밖에 표현의 자유 또는 행동의 자유 등 기본권의 내재적 한계를 넘어선 행위를 규제하기 위한 입법일 뿐 근로자가 단순한 상담이나 조력을 받는 것을 금지하고자 하는 것은 아니므로 근로자 등의 위 기본권을 제한하는 것이라고는 볼 수 없다 또한 노동관계 당사자가 아니면서 근로자의 단결이나 단체교섭에 개입한 제3자는 헌법 제33조 제1항에 의한 권리를 보장받을 수 있는 주체도 아니다

라. 평등의 원칙과의 관계

이 법 제12조의2는 근로자의 자주적인 단결 및 단체교섭을 위하여 노동관계 당사자가 아닌 제3자가 노동조합의 설립 등과 사용자와의 단체교섭에 관하여 노동관계 당사자를 조종선동·방해행위를 하는 것을 금지하고 있으므로, 위 법률조항에 의하여 금지되는 것은 노동관계 당사자의 일방인 근로자측으로의 개입뿐만 아니라 노동관계 당사자의 다른 일방인 사용자측으로의 개입도 마찬가지로

그 금지의 대상에 포함되어 있음을 알 수 있다 따라서 노동조합의 설립 등과 단체교섭에 관하여 근로자와 사용자 사이에 차별을 두어 규제하는 것은 아님이 범문상 명백하다.

자주적 노동운동이 아직 튼튼히 뿌리내리지 못한 우리의 현실을 감안하여 볼 때, 노동관계 당사자 사이에 제3자가 개입하는 것을 획일적으로 금지하는 것이 오히려 경제적 강자인 사용자와 약자인 근로자를 실질적으로 차별하는 결과를 초래하게 되는 것은 아닌가 하는 의문은 있을 수 있다. 그러나 위에서 이미 본 바와 같이 제3자개입금지가 근로3권을 제한하는 규정이 아니고 근로자들이 변호사나 공인노무사 등의 조력을 받는 것과 같이 근로3권을 행사함에 있어 자주적 의사결정을 침해받지 아니하는 범위 안에서 필요한 제3자의 조력을 받는 것을 금지하는 것도 아니다. 더구나 이 법 제12조의2는 1986.12.31. 법률 제3925호에 의하여 총연합단체인 노동조합 또는 당해 노동조합이 가입한 산업별연합단체인 노동조합의 경우에는 제3자로 보지 아니하도록 개정되어 근로자들이 연합단체를 통하여 한층 조직적인 지원을 받을 수 있게 되었다. 근로자의 지위를 이론적경제적으로 보충하여야 할 필요가 있다고 하여, 제3자로 하여금 단순한 조력의 범위를 벗어나 노동조합의 설립 등과 단체교섭을 조종·선동·방해 등의 행위까지 할 수 있게 함으로써, 근로3권의 본질인 자주성을 침해하게 할 수는 없다. 이와 같이 이 법이 근로자에게 도움이 될 수 있는 별도의 방법을 마련한 점과 제3자개입금지의 목적으로 미루어 보면 이 법 제12조의2가 근로자와 사용자를 실질적으로 차별하는 불합리한 규정이라고 볼 수 없다.

마. 죄형법정주의와의 관계

헌법 제12조 제1항은 누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다고 규정하고 있다. 이러한 죄형법정주의의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있게끔 구성요건이 명확히 규정될 것을 요구한다.

그러나 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하여 입법권자가 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하여야 한다는 것은 아니다. 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도, 그 점만으로는 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 반드시 배치되는 것이라고는 볼 수 없다. 그렇지 않으면, 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적이 되어 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이다. 다만, 자의를 허용하지 않는 통상의 해석방법에 의하더라도 당해 처벌법규의 보호법익과 그에 의하여 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 누구나 알 수 있도록 규정되어 있어야 하는 것이다. 따라서 처벌법규의 구성요건이 어느 정도 명확하여야 하는가는 일률적으로 정할 수 없고 각 구성요건의 특수성과 그러한 법적 규제의 원인이 된 여건이나 처벌의 정도 등을 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다(헌법재판소 1989.12.22. 선고, 89헌가13 결정; 1990.1.15. 선고, 89헌가103 결정; 1992.4.28. 선고, 90헌바27 등(병합) 결정 참조).

이 법 제12조의2 및 제45조의2는 노동조합의 결성 등과 단체교섭

을 조종·선동·방해하거나 기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위를 처벌의 대상으로 규정하고 있다 위 법률조항의 규정 중 전단의 “조종·선동·방해”라는 용어는 건전한 상식을 가진 사람의 통상적인 해석방법에 의하여 그 개념을 쉽사리 파악할 수 있음이 명백하다 나아가 후단의 “기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위”라는 규정내용 중 “영향을 미칠 목적”이라든가 “개입”이란 용어가 광범위한 해석의 여지를 두고 있는 것은 사실이나 그 규정의 방식을 보면 전단의 조종·선동·방해 등의 행위와 병렬적으로 되어 있어 적어도 조종·선동·방해 등의 결과에 준하는 영향을 미칠 목적이어야 하고 개입의 정도도 조종·선동·방해에 준하는 것이어야 함을 알 수 있다

따라서 앞서 본 제3자에 의한 노동조합의 설립 등과 단체교섭의 왜곡을 방지하려는 위 법률조항의 입법목적을 고려하여 판단한다면 “기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위”란, 노동조합의 설립 등과 단체교섭에 개입한 제3자의 행위를 전체적으로 평가하여 노동관계 당사자의 자유롭고 자주적인 의사결정에 대하여 영향을 미칠 목적 아래 노동조합의 설립 등과 사용자와의 단체교섭에 관하여 강요·유도·조장·억압 등의 간섭행위를 포괄하는 내적 개념인 것으로 보아야 할 것이므로 어떠한 행위가 이 법이 규정한 “기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위”에 해당하는지의 여부는 누구나 예견할 수 있다 할 것이다 따라서 이 법 제12조의2는 처벌법규인 이 법 제45조의2의 구성요건을 이루는 규정내용으로서 헌법 제12조 제1항이 요구하는 명확성을 충족하므로 이에 위반되지 아니한다

바. 결론

그렇다면 노동조합의 설립 등과 단체교섭에 대하여 제3자개입금지를 규정한 이 법 제12조의2와 그의 벌칙규정인 이 법 제45조의2는 헌법에 위배되지 아니한다 할 것이므로 주문과 같이 결정한다

이 결정은 재판관 김진우 재판관 이시윤 재판관 김양균의 한정합헌 의견, 재판관 변정수의 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관들의 의견일치에 따른 것이다.

4. 재판관 김진우, 재판관 이시윤의 한정합헌의견

다수의견은 노동조합의 설립등과 단체교섭에 대하여 제3자개입금지를 규정한 법 제12조의2와 그 벌칙규정인 법 제45조의2에 대하여, 그 경우의 노동조합의 설립 등이나 단체교섭행위가 위법한 경우이든 적법한 경우이든 구별하지 않고 합헌이라고 보고 있다 그러나 노동조합에 소정 절차에 따른 적법한 노동조합의 설립 등이나 단체교섭은 헌법에서 보장한 근로기본권인 단결권단체교섭권의 정당한 행사임에 비추어 이를 방해하는 경우는 별론이로되 이를 돕는 의미의 제3자개입을 금지시키고 형사제재를 과하는 것은 결코 합헌이 될 수 없다고 본다 만일 그것이 합헌이 된다면 헌법에서 보장된 다른 기본권의 행사를 제3자가 도와주는 행위, 예를 들면 선거법 소정의 절차에 따라 투표권을 반드시 행사할 것이며, 기권을 해서는 안된다고 이른바 기권방지운동을 펴는 것을 법으로 금지시키고 이에 형사제재를 과한다고 할 때에도 합헌일 것이며, 결코 위헌이 될 수 없을 것이다.

우리는 일찍이 당재판소 1990.1.15. 선고, 89헌가103 결정에서 적법한 정의행위에 제3자의 개입의 경우에 형사제재를 과한다면 근로

기본권을 규정한 헌법 제33조 제1항과, 제10조 후문의 국가의 기본권보장의무에 위배되고, 또 헌법 제10조 후문의 행복추구권의 파생인 일반적인 행동자유권 특히 표현의 자유의 침해이며 나아가 우리의 정의관과 형평에 어긋나고 실질적으로 죄형법정주의에 위배되어 결국 위헌이 된다는 취지의 소수의견을 편 바 있는데, 이 사건에 있어서도 그와 논리를 달리할 이유없고 오히려 그 사안 보다도 이 사안에 더 적절하다고 생각되어 이를 그대로 원용한다 그러므로 노동조합법 제12조의2의 제3자개입금지 규정과 제45조의2의 이에 대한 벌칙규정이 우리 헌법구조에 합치되어 그 합헌성이 유지되려면 적용범위를 극히 좁혀야 한다는 것이다. 즉 노동조합법을 어긴 위법한 노조의 결성 등이나 단체교섭 과정에 있어서 제3자의 조력적개입(助力的介入)의 경우, 예를 들면 헌법 제33조 제1항에서 규정한 근로조건의 개선과는 관계없는 정치투쟁이나 계급투쟁을 목적으로 하는 노조, 또 자주적이 아닌 이른 바 어용노동조합의 결성에 조력하는 따위에만 형사제재의 대상이 되는 것으로 한정하여야 합헌이 된다고 할 것이다. 반면 적법절차에 따른 노조의 결성 등이나 단체교섭 과정에 있어서 방해적개입(妨害的介入)은 별론, 조력적개입까지 금지시키고 형사제재를 과한다면 위헌을 면할 수 없을 것으로 사료된다. 따라서 이 규정들을 극히 제한적으로 적용하여야 할 특별형법규정으로 파악하지 않고 제3자의 개입을 선별없이 모두 금지시키고 형사제재를 과한다는 것은 근로자의 정당한 단결권단체교섭권의 행사조차 금지(禁戾)시키는 발상이어서 옳지 않다고 보며 헌법상 보장된 근로기본권을 한낱 프로그램 내지는 수사로 되게 하여 이를 사문화 내지는 형해화시키는 결과를 초래케

할 것이다.

5. 재판관 김양균의 한정합헌의견

다수의견은 노동조합의 설립 등과 단체교섭에 대하여 제3자개입금지를 규정한 법 제12조의2와 그 벌칙규정인 법 제45조의2에 대하여 합헌이라고 보고 있다.

그러나 헌법이 보장하고 있는 근로기본권의 행사에 대하여 제3자의 개입을 무조건 금지하는 것은 온당할 수 없으며 그 제3자에 대하여 정당한 이유가 인정되는 경우에도 처벌한다면 합헌일 수가 없는 것이다

나는 당재판소에서 1990.1.15. 선고한 89헌가103 노동쟁의조정법 제13조의2 등에 대한 위헌심판결정에서 누구든지“정당한 이유 없이” 쟁의행위에 개입하는 행위를 하여 쟁의행위를 “발생케 한 경우”에 한하여 적용하는 것을 조건으로 하여 합헌일 수 있으며 그 한도를 벗어나면 위헌이 될 수 있다는 취지의 소수의견을 낸 바 있는데 이 사건에 있어서도 그와 논리를 달리할 이유가 없어 그대로 원용한다 다만, 쟁의행위의 경우는 국가의 산업경제에 미치는 영향이 지대한 점에 비추어 자제되는 것이 바람직하기 때문에 나는 그 적법요건으로 보충의 원칙균형의 원칙·보전의 원칙이 갖추어져야 한다고 주장하였으나 위 원칙은 성질상 노동조합의 설립과 단체교섭에 대하여서는 그대로 적용될 수 없는 것이다

나는 쟁의행위는 자제될수록 좋다고 주장하였고 그 주장은 지금도 변함이 없으나 노동조합의 결성과 단체교섭행위는 경우에 따라 더욱 활성화되어야 한다고 생각하며 그것은 그 단계에서 노·사관계의 문제점이 해결되어야 극한적 대처방법이라고 할 수 있는 쟁의

행위가 감소될 수 있다고 믿기 때문이다 따라서 위에 적시한 89헌가 103 결정에서 내가 실시한 제자의 개입이 허용되는 “정당한 이유”의 범위도 훨씬 넓어져야 하는 것이 당연하지만 다만 근로3권은 근로자의 근로조건의 향상을 위하여 보장되는 것이므로 정당한 이유의 유무판정에 있어서 근로조건의 향상과 관련이 있느냐의 여부가 하나의 기준이 되어야 하는 것은 췌언을 요치 않는다.

근로조건의 향상을 어떠한 관점에서 보느냐에 따라 그 범위를 넓게 또는 좁게 해석할 수 있을 것이나 근로3권이 생겨나게된 역사적인 배경에 비추어 그것은 경제적인 면에서의 근로조건의 개선 및 경제적인 면과 불가분의 관계에 있는 사회적인 지위의 향상에 한정해서 그 성질을 구획하는 것이 온당할 것이다(1991.7.22. 선고, 89헌가106 사립학교법 제 55조 등에 관한 위헌심판결정 김양균의 소수의견 참조).

국가의 기본권보장의 사상적 배경을 자연권이라고 이해할 때(헌법 제 10조) 모든 국민의 기본권은 존중되면 될수록 그리고 제한은 억제되면 될수록 헌법의 기본권보장 정신에 합치되는 것이라고 할 수 있기 때문에 최대보장의 원칙, 최소제한의 원칙(위 89헌가106 결정문, 김양균 소수의견 참조)은 근로3권의 경우에도 그대로 적용되어야 할 것이며 따라서 쟁의행위 같은 것은 그 적법요건이 비교적 엄격하게 규정 또는 해석되어야 하겠지만 노조의 결성 및 단체교섭행위 같은 것은 가급적 널리 보장하는 것이 바람직하고 그러한 의미에서 제자의 개입이 허용될 수 있는 정당한 이유의 범위는 가급적 넓게 봐야 할 것이라고 생각한다 정당한 이유있는 개입행위까지 처벌할 때 그것은 헌법이 근로3권을 보장하고 있는 근본취지에 반

할 것이며(제33조) 국가의 기본권보장의무(제10조)가 소홀히 되는 것은 물론 과잉금지원칙(제37조 제2항)에도 위배될 수 있다고 믿기 때문이다

6. 재판관 변정수의 반대의견

가. 다수의견은 노동조합법 제12조의2를 비롯한 노동관계법상의 제3자개입금지조항은 근로자의 노동운동을 억압하기 위한 것이 아니라 제3자의 간섭을 배제하여 근로자로 하여금 노동운동을 자주적으로 할 수 있게끔 그 권리를 보장하기 위한 규정이라는 전제 아래 합헌결론을 유도하고 있는데 이는 노동관계법상의 제3자개입금지조항의 입법동기를 외면한 데서 기인한 그릇된 해석이다. 주지하다시피 노동관계법상의 제3자개입금지조항은 입법권이 결여된 1980년의 국가보위입법회의에서 근로자의 노동운동을 억압하기 위하여 제정된 권위주의·법률만능주의의 소산으로서 법리상으로도 그렇거니와 그동안 법운영의 실제에 있어서도 제3자개입금지조항이 노동운동탄압의 도구로 이용되어 온 것이 엄연한 사실이다.

나. 모든 권리는 그 주체가 이를 충분히 행사할 수 있도록 보장되어야만 비로소 권리로서의 가치가 있는 것이다. 권리주체가 권리를 충분히 행사하기 위해서는 제3자의 도움이 필요할 수도 있고 따라서 권리주체가 제3자의 도움을 받아야 하겠다고 한다면 그것 또한 보장되어야 하는 것이므로 모든 권리에는 제3자의 도움을 받아서 이를 행사할 수 있는 권리가 당연히 포함되어 있고 노동3권 또한 예외가 될 수 없다. 그러므로 노동3권이라 하여 제3자의 도움받을 권리를 박탈한다면 이것은 바로 노동3권 자체의 침해가 된다. 노동조합의 설립과 해산, 노동조합에의 가입·탈퇴 및 단체교섭권

단체행동권의 행사 등에 있어 근로자들이 자신의 힘을 보충하기 위하여 근로자 상호간의 연대나 그밖의 제3자의 도움을 받을 것인가의 여부는 근로자들 자신이 알아서 할 수 있는 문제이지 법이 간섭할 문제가 아닌 것이다. 그런데 노동관계법상의 제3자개입금지조항은 근로자들의 노동 운동에 관하여 조언·조력이나 지원을 받는 길을 봉쇄하는 기능을 할 수 있게 되어 있어 헌법 제33조 제1항이 보장하고 있는 노동기본권의 자주적 행사를 방해하는 위헌법률이다.

다. 노동3권은 헌법상 보장된 근로자의 기본권이므로 그 권리의 행사는 불법적인 것이 아닌 이상은 국민생활의 균등한 향상과 모든 국민에게 인간다운 생활을 보장하고자 하는 헌법이념과 정의에 합당한 행위일 뿐더러 국가의 적극적인 보호를 받아야 할 대상이다. 그런데 이러한 정당한 행위를 제3자가 도와주거나 부추겼다고 해서 무조건 조종선동이라는 이름을 붙여 처벌의 대상으로 삼는 것은 자연적 정의와 법의 일반 원리에 반한다. 제3자의 개입행위가 근로자의 불법적범죄적 활동을 유발·지원하는 것이라면 형법 등 다른 법률에 의하여 교사범 또는 중범으로 충분히 다스릴 수 있을 것이며 그와 반대로 정당한 행위에 대한 것이라면 그것은 오히려 적극 보호되거나 권장되어야 할 행위이지 금지되거나 처벌되어야 할 것이 아니다. 결국, 노동관계법상의 제3자개입금지조항과 그에 대한 처벌규정은 정의감정과 법의 일반원리에 위배되는 것이어서 인간의 존엄과 가치수호 및 행복추구권과 기본권 보장 의무를 선언한 헌법 제10조에 위반된다.

라. 헌법 제12조 제1항은 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는

심문을 받지 아니하며 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌 보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”라고 규정하고 있다. 이는 무엇이 범죄이며 그에 대한 처벌이 어떠한 것인가를 미리 법률로써 명확히 정해야 한다는 죄형법정주의와 그 법률이란 것도 국회에서 제정한 법이면 그 내용이 어떠하든간에 된다는 것이 아니고 목적과 내용에 있어서도 인간의 존엄과 가치를 존중하는 헌법이념과 자연적 정의에도 합치되어야 한다는 것으로서 권위주의·법률만능주의를 배격하는 적법절차의 원리를 천명한 것이다. 그런데 노동관계법상에 처벌대상으로 규정한 제3자개입금지조항은 노동운동(노동조합결성, 단체교섭, 노동쟁의)에 관하여 “관계당사자를 조종·선동·방해하거나 기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위”라고 하여 극히 애매모호하고 광범위한 표현을 쓰고 있어 명확성이 결여되어 있으므로 이는 죄형법정주의에 반할 뿐더러 앞에서도 언급한 바와 같이 노동운동의 합법성 여부를 묻지 않고 그에 대한 조언·조력을 제3자개입이라하여 처벌대상으로 삼는 것은 아무리 산업평화를 내세우더라도 이는 헌법이념과 정의감정 및 법의 일반원리에 반하는 권위주의적인 처사이므로 적법절차를 갖춘 법률이 될 수 없다. 따라서 노동관계법상의 제3자개입금지조항은 죄형법정주의와 적법절차를 규정한 헌법 제12조 제1항에도 반한다.

마. 우리 헌법은 표현의 자유를 보장하고 있다 따라서 노동관계당사자가 아닌 제3자라도 근로자의 요구에 의하거나 스스로의 의사에 의하여 노동조합결성, 단체협약, 노동쟁의 등 노동운동에 관하여 자기의 의견을 표명하거나 전달할 수 있을 것이며 이는 표현의 자유에 속한다 표현내용이 설사 노동운동을 선동하는 것일지라도

그것이 만약 불법한 노동운동에 대한 것이라면 모르되 그렇지 아니하고 합법적인 노동운동에 대한 것이라면 이는 결코 처벌의 대상이 될 수는 없는 것이다.

더구나 표현의 자유가 보장된 민주국가에서는 “선동죄”라는 것은 있어서는 아니된다. 모든 사상의 표현은 엄밀히 말하자면 그 내용자체에 “선동”이 포함되어 있다고 볼 수 있기 때문이다. 노동관계법상의 제3자개입금지조항은 결국 국민의 표현의 자유를 제한하는 기능으로 작용할 것이 명백하고 정당한 의견표명조차도 무조건 제3자개입행위로 보아 처벌할 수 있게 되어 사상표현의 자유의 본질적 내용을 침해할 우려가 있으므로 헌법 제21조 제1항, 제37조 제2항에도 위반된다.

바. 다수의견은 노동관계법상의 제3자개입금지조항은 근로자들이 필요로 하는 제3자의 조언이나 조력을 차단하고자 하는 것이 아니라 노동운동에 관하여 관계당사자를 조종·선동·방해하거나 기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위만을 금지하고 있을 뿐이고 금지대상인 조종·선동·방해 등 행위는 그 어느 것이나 근로자들을 조력한다는 범위를 넘어선 것으로서 노동관계당사자의 자주적 의사결정에 의한 노동운동을 저해하는 행위이므로 제3자개입금지조항은 노동3권의 범위를 넘어선 행위를 규제하기 위한 입법이지 노동3권을 침해하는 것이 아니라고 주장한다. 그러나 어느 정도의 조언이나 조력이 근로자가 필요로 하는 합법적인 조언·조력에 해당하는 것인지 그 한계를 지을 수 없는 것이어서 근로자들의 요청에 따른 선의의 조언·조력까지도 법 집행기관이나 법관의 해석에 따라 조종·선동·방해 등 행위로 규제될 수 있고 실제에 있

어서도 제3자의 선의의 조언이나 조력이 조종·선동·방해 등 행위로 다스려져 옴으로써 제3자개입금지조항이 근로자의 노동운동에 대한 타인의 지원을 봉쇄하는 기능으로 작용해왔음은 그동안의 법운영실태에서 익히 보아온 바와 같다. 따라서 제3자개입금지조항이 제3자의 개입행위 중에서 조언이나 조력행위를 넘어선 조종·선동·방해 등에 이른 행위만을 처벌하는 것이므로 노동3권을 침해하는 것이 아니라는 다수의견의 주장은 위 법률조항의 애매모호성과 광범위성을 호도하고 법 집행의 실제적 측면을 외면하려는 부당한 논리이다

이상에서 나는 노동관계법상의 제3자개입금지조항(노동조합법 제12조의2, 제45조의2, 노동쟁의조정법 제13조의2, 제45조의2)의 위헌성을 지적하였거니와 나는 이미 당 재판소가 1990.1.15.에 선고한 89헌가103 노동쟁의조정법 제13조의2 등에 대한 위헌심판사건에서 소수의견으로 제3자개입금지조항에 대한 위헌성과 한정합헌주장의 부당성에 관하여 자세히 설명한 바 있다(헌법재판소 판례집 제2권 36쪽 내지 45쪽 참조). 그러므로 그 때 개진한 의견을 이 사건에서도 인용하기로 하고 여기서는 더 이상의 설명을 생략한다.

1993. 3. 11.

재판장 재판관 조규광
 재판관 변정수
 재판관 김진우
 재판관 한병채

재판관 이시윤

재판관 최광률

재판관 김양균

재판관 김문희

재판관 황도연

노동쟁의조정법에 관한 헌법소원

(1993. 3. 11. 88헌마5 헌법재판소 전원재판부)

[판례집 5-1, 59~91]

【관시 사항】

노동쟁의조정법(勞動爭議調整法) 제12조 제2항 중 「국가(國家)·지방자치단체(地方自治團體)에 종사하는 노동자(勞働者)」에 관한 부분의 위헌(違憲) 여부

【결정 요지】

1. 현행(現行) 헌법(憲法) 제33조 제2항은 구(舊)헌법(憲法)과는 달리 국가공무원(國家公務員)이든 지방공무원(地方公務員)이든 막론하고 공무원(公務員)의 경우에 전면적으로 단체행동권(團體行動權)을 제한하거나 부인하는 것이 아니라 일정한 범위내의 공무원(公務員)인 노동자(勞働者)의 경우에는 단결권(團結權)·단체교섭권(團體交涉權)을 포함하여 단체행동권(團體行動權)을 갖는 것을 전제하였으며, 다만 그 구체적인 범위는 법률(法律)에서 정하여 부여하도록 위임(委任)하고 있다.

2. 모든 공무원(公務員)에게 단체행동권(團體行動權), 즉 쟁의권(爭議權)을 근본적으로 부인하고 있는 노동쟁의조정법(勞動爭議調整法) 제12조 제2항 중 “국가(國家)·지방자치단체(地方自治團體)에 종사하는 노동자(勞働者)”에 관한 부분은 현행(現行) 헌법(憲法) 제33조 제2항의 규정과 저촉되고 충돌되는 것으로 헌법(憲法) 제37조 제2항의 일반적(一般的) 법률유보조항(法律留保條項)에 의하더라도 정당화될 수 없는 것이지만, 헌법(憲法) 제33조 제2항의 규정은 일부 공무원(公務員)에게는 단체행동권(團體行動權)을 주지 않는다는 것도 전제하고 있으므로 합헌적(合憲的)인 면도 포함되어 있다. 따라서 위 규정은 단순위헌선언(單純違憲善言)을 하여 무효화(無效化)시킬 법률(法律)이 아니고, 앞으로 현행(現行) 헌법규정(憲法規定)과 충돌됨이 없이 합헌(合憲)의 상태가 되도록 고쳐져서 재정비되어야 할 규정이다.

3. 입법자(立法者)가 위의 헌법불합치(憲法不合致)의 상태의 제거를 위하여 일정한 범위의 공무원(公務員)에게 단체행동권(團體行動權)을 부여하는 입법(立法)을 함에 있어서는, 첫째 사

실상(事實上) 노무(勞務)에 종사하는 공무원(公務員)에게 쟁의권(爭議權)을 전면 부여하던 구법(舊法)상태로 단순히 환원시키는 방안, 둘째 이들에게 쟁의권(爭議權)을 주되 전체이익과의 조화를 위하여 그 행사요건(行使要件)과 절차(節次)를 신설하는 등의 보완입법을 하는 방안, 셋째 기존의 입법형태와는 달리 종사하는 직종(職種)이 아니라 직역(職域)을 기준으로 하여 선별적으로 쟁의권(爭議權)을 부여하는 방안 등 세가지를 상정할 수 있다.

4. 위 세가지 방안 중 어느 것이 가장 이상적이며, 어느 것이 선택되어야 하는가는 헌법재판소(憲法裁判所)의 소관일 수 없고, 그것은 광범위한 입법형성권(立法形成權)을 가진 입법자(立法者)의 재량(裁量)영역이며, 입법정책(立法政策)으로 결단되어야 할 문제이다. 그러나 입법자(立法者)는 어떠한 형태로든 법률(法律)을 만들어 일정한 테두리의 공무원(公務員)인 노동자(勞動者)가 단체행동권(團體行動權)을 갖도록 하여 헌법불합치(憲法不適合)인 현재의 상태를 제거할 의무(義務)가 있다 할 것으로, 이러한 의미에서 빠른 시일안에 헌법불합치(憲法不適合)의 제거를 위한 입법촉구(立法促求)를 하는 바이다.

5. 현재의 입법부(立法部)는 그 입법활동이 사실상 종료되는 1995년말까지 헌법(憲法)이 위임(委任)한 바를 입법화(立法化)하여 헌법불합치(憲法不適合)의 상태를 제거하여야 할 것이다. 다만 그때까지, 연혁적으로 원칙규정(原則規定)으로 존치해 왔던 규범에 내재하는 그 합헌적(合憲的) 의미가 완전부인될 수 없고 부득이 위 규정의 법규적(法規的) 효력(效力)은 지속되어야 할 것이고, 위 규정의 효력(效力)은 그때가 경과하여 비로소 상실되게 될 것이다.

재판관 변정수의 반대의견(反對意見)

1. 노동삼권(勞動三權)은 단체협약권(團體協約權)을 중심으로 한 한류음의 권리(權利)이지 개별적으로 독립된 권리(權利)가 아니며 헌법(憲法) 제33조 제2항의 취지에 비추어 보더라도 노동쟁의조정법(勞動爭議調整法) 제12조 제2항이 국가공무원법(國家公務員法) 제66조 및 지방공무원법(地方公務員法) 제58조에 의하여 노동운동(勞動運動)이 허용된 사실상(事實上) 노무(勞務)에 종사하는 공무원(公務員)으로부터 단체행동권(團體行動權)을 박탈해 버린 것은 헌법(憲法)

제33조 제1, 2항에 위배되고, 더구나 노동쟁의조정법(勞動爭議調整法) 제12조 제2항은 주요방위산업체(主要防衛產業體)에 근무하는 노동자(勞動者) 뿐만 아니라 국가(國家) 및 지방자치단체(地方自治團體)에 근무하는 노동자(勞動者)에 대하여서까지 쟁의행위(爭議行爲)를 할 수 없도록 규정하고 있으니 노동쟁의조정법(勞動爭議調整法)의 위 규정 중 국가(國家) 및 지방자치단체(地方自治團體)에 근무하는 노동자(勞動者)에 대한 부분은 헌법(憲法) 제33조 제3항에도 위배된다. 또한 노동쟁의조정법(勞動爭議調整法)의 위 규정부분은 노동삼권(勞動三權)의 본질적(本質的) 내용(內容)을 침해하는 것으로서 헌법(憲法) 제37조 제2항에 의하여서도 정당화될 수 없는 위헌법률(違憲法律)이다.

2. 노동쟁의조정법(勞動爭議調整法) 제12조 제2항 중 공무원(公務員)인 노동자(勞動者)의 노동쟁의(勞動爭議)를 전면금지한 부분은 일부위헌(一部違憲) 또는 헌법불합치(憲法不合致)가 아니라 전부위헌(全部違憲)의 법률(法律)임이 분명하니 위헌선언(違憲宣言)하여 폐지(廢止)시켜야 한다.

3. 법률(法律)의 위헌성(違憲性)을 인정하면서도 헌법재판소(憲法裁判所)가 위헌선언(違憲宣言)을 유보하고 국회(國會)에 대하여 입법(立法)을 촉구(促求)할 수 있는 법적근거가 없다.

청 구 인 이 ○ 환
 대리인 변호사 정 현 석

【심판대상조문】

노동쟁의조정법(勞動爭議調整法) 제12조제2항(쟁의행위(爭議行爲)의 제한(制限)) ① 생략

② 국가(國家)·지방자치단체(地方自治團體) 및 방위산업(防衛產業)에 관한 특별조치법(特別措置法)에 의하여 지정된 방위산업체(防衛產業體)에 종사하는 노동자(勞動者)는 쟁의행위(爭議行爲)를 할 수 없다.

③ 생략

【참조 조문】

헌법(憲法) 제33조, 제37조 제2항

구(舊) 헌법(憲法)(1980.10.27. 全文改正公布) 제31조 (노동자의團結權 등) ① 노동자(勞動者)는 노동조건(勞動條件)의 향상을 위하여 자주적(自主的)인 단결권(團結權)·단체교섭권(團體交涉權) 및 단체행동권(團體行動權)을 가진다.

다만, 단체행동권(團體行動權)의 행사(行使)는 법률(法律)이 정하는 바에 의한다.

② 공무원(公務員)인 노동자(勞動者)는 법률(法律)로 인정된 자(者)를 제외하고는 단결권(團結權)·단체교섭권(團體交涉權) 및 단체행동권(團體行動權)을 가질 수 없다.

③ 국가(國家)·지방자치단체(地方自治團體)·국공영기업체(國公營企業體)·방위산업체(防衛產業體)·공익사업체(公益事業體) 또는 국민경제(國民經濟)에 중대한 영향을 미치는 사업체(事業體)에 종사하는 노동자(勞動者)의 단체행동권(團體行動權)은 법률(法律)이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.

국가공무원법(國家公務員法) 제66조(集團行爲의 禁止) ① 공무원(公務員)은 노동운동(勞動運動) 기타 공무(公務) 이외의 일을 위한 집단적(集團的) 행위(行爲)를 하여서는 아니된다. 다만, 사실상(事實上) 노무(勞務)에 종사하는 공무원(公務員)은 예외로 한다.

② 제1항 단서(但書)의 사실상(事實上) 노무(勞務)에 종사하는 공무원(公務員)의 범위(範圍)는 국회규칙(國會規則)·대법원규칙(大法院規則) 또는 대통령령(大統領令)으로 정한다.

③ 제1항 단서(但書)에 규정된 공무원(公務員)으로서 노동조합(勞動組合)에 가입(加入)된 자(者)가 조합업무(組合業務)에 전임(傳任)하고자 하는 경우에는 소속장관(所屬長官)의 허가(許可)를 얻어야 한다.

④ 제3항의 규정에 의한 허가(許可)에는 필요한 조건(條件)을 붙일 수 있다.

지방공무원법(地方公務員法) 제58조(집단행위의 금지) ① 공무원은 노동운동 기타 공무이외의 일을 위한 집단행위를 하여서는 아니된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 그러하지 아니한다.

② 제1항 단서에 규정된 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위는 조례로 정한다.

③ 제1항 단서에 규정된 사실상 노무에 종사하는 공무원으로서 노동조합에 가입된 자가 조합업무에 전임하고자 하는 경우에는 소속 지방자치단체의 장의 허가를 얻어야 한다.

④ 제3항의 규정에 의한 허가에는 필요한 조건을 붙일 수 있다.

【참조 판례】

1989.9.8. 선고, 88헌가6 결정 (판례집 1권, 199)

1991.3.11. 선고, 91헌마21 결정 (판례집 3권, 91)

대법원 1991.6.11. 선고, 90다5450 판결 (법원공보 1991, 1895)

【주 문】

1. 노동쟁의조정법 제12조 제2항(1963.4.17. 법률 제1327호 제

정, 1987.11.28. 법률 제3967호 개정) 중 “국가·지방자치단체에 종사하는 근로자”에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니한다.

2. 위 법률조항 부분은 1995년 12월말을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

청구인은 체신부 소속의 공무원으로서 전국체신노동조합에 소속된 조합원이며, 현재 전국공무원노동조합협의회장직에 있는 자인 바, 노동쟁의조정법 제12조 제2항의 쟁의금지규정으로 인하여 헌법에 정한 바 청구인과 같은 현업공무원 즉, 사실상 노무에 종사하는 공무원 자신의 단체행동권이 현재 직접적으로 침해당하고 있는 것이므로 이의 구제를 받기 위하여 1988.10.27. 헌법재판소에 위 법규에 대하여 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원을 청구하였다.

그러므로 이 사건 심판의 대상은 국가·지방자치단체에 종사하는 근로자의 쟁의행위를 금지시키고 있는 노동쟁의조정법 제12조 제2항(1963.4.17. 법률 제1327호 제정, 1987.11.28. 법률 제3967호 개정)의 관계부분이 헌법에 위반되는지의 여부로서 동 조항의 내용은 다음과 같다.

노동쟁의조정법 제12조(쟁의행위의 제한) 제2항 : 국가·지방자치단체 및 방위산업에 관한 특별조치법에 의하여 지정된 방위산업체에 종사하는 근로자는 쟁의행위를 할 수 없다.

아울러 이 사건에 관련되는 법규인 국가공무원법 제66조 제1

항과 지방공무원법 제58조 제1항은 다음과 같다.

국가공무원법 제66조(집단행위의 금지) 제1항 : 공무원은 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다.

지방공무원법 제58조(집단행위의 금지) 제1항 : 공무원은 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단행위를 하여서는 아니된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 그러하지 아니하다.

2. 당사자의 주장 및 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 현행 헌법 제33조 제2항은 공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다고 규정하였는데, 하위법인 노동쟁의조정법 제12조 제2항에서 특정공무원 즉, 사실상 노무에 종사하는 공무원의 단체행동권마저 전면금지 한 것은 위헌이고,

(2) 현행 헌법에서는 구헌법 제31조 제3항의 국가·지방자치단체·국공영기업체·공익사업체 또는 국민경제에 중대한 영향을 미치는 사업체에 종사하는 근로자의 단체행동권의 제한규정을 삭제하고, 오직 법률이 정하는 중요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권의 제한규정(헌법 제33조 제3항)만을 남긴 것으로 보아도 노동쟁의조정법에 의한 전공무원의 단체행동권의 전면금지 조치는 헌법위반이며,

(3) 국가공무원법 제66조, 공무원복무규정 제28조에 의하여 체신부 및 철도청 소속의 현업기관과 국립의료원의 작업현장에

서 노무에 종사하는 기능직 공무원 및 고용직 공무원에게는 일반근로자와 마찬가지로 단체행동권까지 보장한다고 되어 있음에 비추어 보아도 노동쟁의조정법은 위헌이라고 밖에 볼 수 없으며,

(4) 현행 헌법 제33조 제1항은 구헌법 제31조 제1항과 달리 법률유보의 제한 없이 노동3권을 완전 보장하고 있는 바, 그것은 구헌법 제31조 제1항 단서에서는 “단체행동권의 행사는 법률이 정하는 바에 의한다”고 규정하였는데, 현행 헌법은 구헌법의 단서규정을 삭제함으로써 법률유보의 가능성을 배제하고 있는 점으로 보아 분명하고,

(5) 사실상 노무에 종사하는 공무원에 단체행동권을 인정하여야 하는 이유로는, ① 사실상 노무에 종사하는 공무원의 근로자성, ② 선진국의 입법례(미국 일부 주, 독일, 영국, 스웨덴, 캐나다), ③ 노동3권의 제한이론의 근거는 전체봉사자론, 특별권력관계론, 근무조건법정론, 직무공공성론 등인데, 이는 입헌군주시대의 발상이며, 이는 공공성이 현저한 공무원에 대하여 적용되는 논리에 불과한 것으로 사실상 노무에 종사하는 공무원에게는 설득력이 없는 것이며, ④ 사실상 노무에 종사하는 공무원에 대한 단체행동권의 부인은 지하철공사직원, 통신공사직원, 서울대병원직원, 가스공사직원, 한국전력공사직원에게 대한 파업권의 인정과도 균형이 맞지 않는다.

나. 이해관계인들의 답변요지

(1) 법무부장관의 답변

헌법 제33조 제2항에서는 모든 공무원에게 노동3권을 보장하

는 것이 아니고 법률이 정한 자에 한한다고 규정되었으므로 노동쟁의조정법에서 공무원 쟁의행위를 금하여도 헌법위반이 아니며, 공무원은 국민전체의 봉사자이고 직무전념의무가 있으므로 일반근로자와 달리 취급할 필요가 있다.

(2) 노동부장관의 답변

헌법 제33조의 노동3권은 사회적 기본권 내지 추상적권리설에 따르면 자유권적 기본권과 달리 권리형성적 법률유보의 경우에 해당되므로 입법부의 판단이 명백한 자의로 보여질 경우에만 헌법위반의 문제라고 볼 것이다. 또 헌법 제33조 제2항에 규정된 “법률이 정하는 자”의 법률에는 노동쟁의조정법도 포함된다고 할 것이고, 따라서 헌법 제33조 제2항과 일반적 법률유보조항인 헌법 제37조 제2항이 단체행동권 제한의 근거조항이라고 할 것이다. 또 국민전체의 봉사자, 국민에 책임지는 특수지위(헌법 제7조)와 직무의 공공성도 제한의 근거가 된다고 할 것이고, 일본 국가공무원법 제98조 제2항에서도 동맹파업, 태업 기타 쟁위금지의 합헌성의 근거는 직무의 공공복리성에 있음을 유의할 필요가 있다.

(3) 총무처장관의 답변

현행 헌법 제33조 제1항에서 구헌법과 달리 “다만 단체행동권의 행사는 법률이 정하는 바에 의한다.”는 개별적 유보조항을 삭제하였다 하더라도 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보조항에 의한 기본권의 제한이 가능하다고 할 것이며, 헌법 제33조 제2항의 “법률이 정하는 자”에는 국가공무원법과 지방공무원법 뿐만 아니라 일반법인 노동쟁의조정법도 포함될 것으로, 이렇

게 본다면 노동쟁의조정법 제12조 제2항에 의하여 사실상 노무에 종사하는 공무원의 단체행동의 금지는 위헌이 아니다. 외국의 예에도 단체행동권은 널리 인정하지 아니하며, 앞으로 여건이 성숙되는 대로 단계적으로 허용함이 타당하다고 할 것이다.

(4) 철도청장의 답변

철도청 소속의 현업기관에서 종사하는 자라 할지라도 그 신분이 공무원으로서 국민전체에 대한 봉사자일 뿐만 아니라, 특히 국유철도는 전국적인 수송망을 형성하고 있는 국가산업의 대동맥이고 그 수송업무는 공공성으로 인하여 국가전체와 국민경제에 중대한 영향을 미치고 있어 쟁의행위로 인하여 수송업무가 중단될 경우 국가의 모든 산업과 국민생활 등에 막대한 지장이 초래되므로, 철도공무원의 단체행동권은 금지되어야 한다.

(5) 체신부장관의 답변

헌법 제33조 제2항과 제37조 제2항에 의거하여 공무원의 단체행동권을 제한할 수 있으며, 우편사업은 기본적인 통신수단으로서 단체행동시 우편물의 접수에서 구분, 체결, 배달에 이르는 전과정의 기능마비로 인하여 국민생활과 국가경제에 막대한 혼란을 초래하므로, 체신부 소속의 현업공무원이라 할지라도 그 단체행동권은 제한되어야 한다.

(6) 보건사회부장관의 답변

헌법 제33조의 노동3권은 추상적 권리로서 이를 인정하는 법률이 제정되지 아니하면 보장될 수 없는 권리일 뿐만 아니라, 헌법 제37조 제2항에 의하여 이를 제한할 수 있고, 보건사회부 산하 국립의료원 소속의 노동조합원은 그 신분이 공무원으로서

국민전체에 대한 봉사자이며, 국립의료원은 일반 의료기관임과 동시에 보건의료정책의 수립을 위한 모델개발시범기관으로 다른 병원과는 달리 사회공익적인 특성이 강하므로 이에 단체행동권을 부인할 수 있다.

3. 판단

가. 현행 헌법 제33조 제2항의 내용

1980.10.27. 전문개정되어 공포된 구헌법 제31조 제1항에서는 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다. 다만, 단체행동권의 행사는 법률이 정하는 바에 의한다”고 규정하고, 동조 제2항에 의하면 “공무원인 근로자는 법률로 인정된 자를 제외하고는 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가질 수 없다”고 규정하여, 공무원인 근로자의 경우에 이른바 노동3권을 원칙적으로 부인하였으며, 나아가 동조 제3항에서는 “국가·지방자치단체·국공영기업체·방위산업체·공익사업체 또는 국민경제에 중대한 영향을 미치는 사업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.”고 규정하여, 국가공무원이나 지방공무원 등의 단체행동권을 법률에 의하여 이를 제한하거나 부정할 수 있게 되어 있었다. 그러나 1987.10.29.에 전문개정·공포되고, 1988.2.25.부터 시행되게 된 이른바 제6공화국 헌법인 현행 헌법에서는 이와는 달리 제33조 제1항에서 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”라고만 규정하여 단체행동권의 행사에 관한 개별적 유보조항을 삭제함으로써 이

른바 노동3권을 크게 신장시켰고, 동조 제2항에서는 공무원에 대하여도 일부 긍정하는 형태로 바꾸어, “공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”고 개정하였으며, 제3항에서는 구 헌법과 달리 단체행동권의 제한 내지 금지 대상자를 대폭적으로 축소시켜서 국가·지방자치단체에 종사하는 근로자를 제외시키고 “법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.”고 규정하여 그 대상을 법정 주요방위산업체 종사자에 국한시켰다.

따라서 이와 같은 헌법의 개정경위와 현행 헌법 제33조 제2항의 해석상 구헌법과는 달리 국가공무원이든 지방공무원이든 막론하고 공무원의 경우에 전면적으로 단체행동권이 제한되거나 부인되는 것이 아니라 일정한 범위내의 공무원인 근로자의 경우에는 단결권·단체교섭권을 포함하여 단체행동권을 갖는 것을 전제하였으며, 다만 그 구체적 범위는 법률에서 정하여 부여하도록 위임하고 있는 것이다. 1987년 현행 헌법 개정심의 과정에서도 그 입법취지가 그와 같은 것으로 이해되었으며, 이것은 헌법개정특별위원회회의록에서도 그대로 비추어지고 있다.

나. 노동쟁의조정법 제12조 제2항의 제정경위와 헌법불합치

그럼에도 불구하고 단체행동권을 구체화한 법률이며, 현행 헌법이 제정·공포된 뒤이지만 시행되기 바로 전인 1987.11.28. 법률 제3967호로써 개정된 현행 노동쟁의조정법(이하 ‘법’이라 한다) 제12조 제2항에서는 위와 같은 헌법적 위임은 고려하지

않은 채 종래처럼 “국가·지방자치단체……에 종사하는 근로자는 쟁의행위를 할 수 없다.”는 규정을 그대로 놓아 두고 있다. 이와 같은 규정은 위에서 본바 전문 개정의 현행 헌법 이전의 구헌법 제31조의 규정에 포함된다 하여도 현행 헌법 제33조의 규정을 도외시한 것이다. 원래 국가공무원법 제66조 지방공무원법 제58조는 각 그 법 제정시인 1963년부터 사실상 노무에 종사하는 공무원에 대하여 노동운동을 허용하는 내용의 규정을 두어 왔던 바인데, 그 시행과정 중 1971.12.6.자로 ‘국가비상사태’를 선포하면서 그 사태하에서 적용할 법률로 제정된 국가보위에관한특별조치법(1971.12.27. 법률 제2312호) 제9조에서 대통령은 “국가기관 또는 지방자치단체에 종사하는 근로자”의 단체행동을 규제하기 위하여 특별한 조치를 할 수 있도록 규정함으로써 그때부터 국가공무원·지방공무원법의 위 규정이 실질적으로 적용배제 내지는 정지되는 상황으로 들어가게 되었던 바이고, 위 특별조치법의 규정이 그 뒤 폐지되었지만 그 골간이 1980.12.31. 법률 제3351호로 개정된 노동쟁의조정법으로 옮겨져 가서 현재와 같은 법 제12조 제2항 규정의 신설에 이르게 되었으며, 위에서 본 바와 같이 현행 헌법 제정 이후에도 국가·지방자치단체에 종사하는 근로자 부분은 바꾸지 아니한 채 그대로 유지 존속시킴으로써 위 국가공무원법과 지방공무원법의 위 규정상의 사실상 노무에 종사하는 공무원의 쟁의권은 결국 해금을 보지 못한 채로 규제가 계속되어 현재에 이르고 있는 것이다. 그렇다면 이른바 구시대의 비상사태하의 금제조치의 산물이 아직도 정리되지 않은 채 답습되고 있는 것이 법 제12조 제2항이

라고도 할 수 있을 것이다.

물론 현행 헌법 제33조 제2항도 국가공무원이든 지방공무원이든 막론하고 모든 공무원에게 노동3권을 준다는 취지는 아닌 것이며, 일부 공무원에게는 단체행동권을 주지 않는다는 것도 전제된 것이라 볼 때에, 법 제12조 제2항은 이 한도내에서는 그 제정경위야 어떻든 합헌적인 면이 있음을 결코 부인할 수 없을 것이다. 국민전체의 봉사자로서 공공의 이익을 위하여 근무하고 직무집행에 있어서 전념의무가 있는 것이 공무원의 신분상의 지위인 것으로 보나 국가기능의 계속성의 확보를 위하여도 일반근로자의 경우와 달리 입법자에 의한 제한은 부득이한 것이고, 따라서 위 규정의 원칙적인 타당성은 쉽사리 부인할 수 없기 때문이다. 그리하여 비교법상 공무원의 단체행동권을 전면 인정하는 입법례는 없는 것으로 알려져 있다. 특히 공무원의 경우는 그 근로조건은 헌법상 국민전체의 의사를 대표하는 국회에서 법률·예산의 형태로 결정되는 것이고, 노사간의 자유로운 단체교섭에 기한 합의에 기하여 결정될 수 있는 것도 아니므로, 일반 사기업의 경우처럼 단체교섭의 일환으로서 쟁의권이 헌법상 일반적으로 당연히 보장된다고는 단정할 수 없는 일이기 때문이다. 그러나 한편, 문면 해석상 일응 모든 공무원에게 단체행동권 즉, 쟁의권을 근본적으로 일률적으로 부인하고 있는 것이 이 규정이며, 이 규정으로 인하여 헌법 제33조 제2항이 예정하는 일정 범위의 공무원까지 쟁의권이 제한·금지당하게 되는 것이므로, 이와 같은 측면에서는 확실히 현행 헌법 제33조 제2항의 규정과는 충돌이 되고 저촉되는 면이 있다. 이는 일정

한 범위의 공무원인 근로자에게 단체행동권을 주는 입법을 하지 않고 공무원 일반에 금지하는 조항만 정한 데서 온 결과라고도 하겠다. 헌법 제37조 제2항에 비록 일반적 법률유보조항을 두고 있으나 이에 의하여 기본권의 본질적 내용은 침해할 수 없는 것이므로, 동 제37조 제2항으로써 한정된 범위의 공무원의 단체행동권마저 부인하는 법 제12조 제2항의 규정이 정당화될 수는 없을 것이다. 이상 본 바로 이 규정 자체가 전면위헌인 것으로서 전면무효화를 위한 단순위헌을 선언할 성질의 것은 못된다고 하여도 헌법에 맞지 않는 규정임에 틀림없다 할 것이며, 앞으로 현행 헌법규정과 충돌이 없이 합헌의 상태가 되도록 고쳐져서 재정비되어야 할 규정이라고 봄이 마땅할 것이다.

다. 공무원의 단체행동권과 헌법합치의 방안

현행 헌법 제33조 제2항은 “공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”고 하였는데, 이는 헌법이 분명히 단체행동권을 가질 공무원의 범위를 향후 하위법규인 법률로 제정하여야 하도록 입법자에게 입법작위의무를 과하고 있는 취의라고 할 것이므로, 입법자는 모름지기 이와 같은 헌법상의 입법의무를 이행하여 관계 법률이 헌법 제33조 제2항과 합치되도록 하여야 할 것이다.

다시 말하면 입법자는 법 제12조 제2항이 헌법 제33조 제2항의 규정과 불합치하는 상태를 하루 속히 제거하여 헌법의 규정대로 법질서를 정립하는 것이 그 의무라고 할 것이다.

헌법불합치의 상태의 제거를 위해 일정한 범위의 공무원에게 단체행동권을 부여함에는 다음과 같은 방안을 상정할 수 있을

것이다.

첫째로, 공무원 가운데 사실상 노무에 종사하는 공무원인 근로자에게 그 범위를 한정하여 단순하게 단체행동권을 부여하는 방안이 있을 수 있다. 이 목적을 이룩함에는 입법기술상 현행 노동쟁의조정법 제12조 제2항 중 공무원 관계부분을 완전폐기 시키고, 원칙적으로 공무원에 대하여 노동운동 등 집단적 행위를 금지시키되 사실상 노무에 종사하는 공무원, 다시 말하면 채신부·철도청 소속의 현업기관과 국립의료원의 작업현장 등에서 노무에 종사하는 기능직공무원 및 고용직공무원(공무원 복무규정 제28조 참조) 등에게는 이를 허용하는 기존의 국가공무원법 제66조 제1항, 지방공무원법 제58조 제1항의 규정을 되살리는 것이다. 즉 “선법에 대한 후법우선의 원칙”에 의하여 이미 법 제12조 제2항에 의하여 그 효력이 정지되거나 배제되었던 국가공무원법과 지방공무원법의 위 규정들을 다시 부활시켜 활용하는 것이다. 다만 위 공무원법의 규정은 그 표제가 집단행위의 금지로서 비단 노동운동만이 아니라, 공무원의 일을 위한 집단적 행위일반을 금지하는 포괄규정인 점에서 헌법 제33조 제2항을 구체화한 규정으로 되기에는 부적당한 면이 있으며, 또 이는 현행 헌법이 제정·공포되기 훨씬 이전부터 있었던 구래의 규정으로서 국가의 기본적 기능을 국민의 생존배려보다도 권력적 통치작용에 중점을 두었던 고전적인 국가관을 전제한 것으로 볼 때 1988년에 새로 시행된 헌법 제33조 제2항이 예정한 바 시의에 적절한 입법인가도 일응 의문이며, 특히 사실상 노무에 종사하는 자라 하여도 그 업무의 성질, 단체행동의 태양·정도·기

간 등으로 보아 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리에 필요한 제한(헌법 제37조 제2항 참조)을 넘어선 극렬한 단체행동이 있을 것도 상정할 수 있는데 그와 같은 경우에 아무 대비책이 마련되지 않은 허점, 구체적으로 국가나 지방자치단체가 파업기간의 임금에 대하여 일부 또는 전부를 공제하지 않고 지급할 것인가의 여부, 사실상 노무에 종사하는 공무원에 허용할 단체행동의 한계정도와 범위 등을 막연하게 불투명한 상태로 남기는 등의 단순성·불명확성도 엿보인다. 물론 입법자로서는 노동쟁의조정법 제12조 제2항의 규정을 단순히 폐기하는데 그치는 이 방안도 생각할 수 있겠지만, 이의 선택에 있어서는 신중을 기할 것이 요구되는 바라고 할 것이다.

둘째로, 사실상 노무에 종사하는 공무원인 근로자에게 단체행동권을 부여하되 헌법 제33조 제1항, 제37조 제2항에 입각하여 그 행사요건과 절차를 구체적으로 설정하는 입법방안, 예를 들면 단체행동권의 남용방지를 위하여 그 행사 목적이 근로조건 향상을 위한 것이어야지 인사정책 등 근로조건외적인 사항에 관여를 위한 것이어서는 안된다는 등의 명확한 한계의 획정, 단체교섭권의 행사 등 목적달성에 다른 선택할 수단이 없을 때에 한하여 쟁의권의 행사가 정당화될 수 있다는 것의 명시, 혹은 그들의 쟁의행위가 사회통념에 비추어 부당하게 장기화 할 우려가 있거나 그 규모로 보나 성질의 특수성에 비추어 국민의 생존권적 이익을 해치고 국민생활에 중대한 장애를 가져 올 현저한 우려가 있는 경우에는 전체이익의 보호의 견지에서 금지시키되, 그와 같은 우려의 유무는 불편부당한 위치의 중립적 지위의

기관 등으로 하여금 판정케 하는 등 조절·통제조치를 병설하는 입법방안도 생각할 수 있다.

셋째로, 이상 본 방안과는 달리 국가공무원이나 지방공무원 중 단체행동권을 부여할 자를 사실상 노무에 종사하는 자에서 기준을 찾지 않고 이와는 다른 기준에 따르는 것이다. 왜냐 하면 사무직과 노무직간의 구분인 화이트칼라 근로자와 블루칼라 근로자의 구분(비현업공무원과 현업공무원의 구분)이 오늘날에 이르러서는 반드시 엄격한 것이 아니고 점차로 불투명해지고 상대화하는 경향으로 가고 있기 때문이다. 어떠한 부류의 공무원이 단체행동권을 갖기에 적합한가를 정함에 있어서는 사실상 노무에 종사하는가의 여부와는 다른 기준 즉, 종사하는 업무가 경찰·군인·교도관·소방관과 같은 직접적인 국가안전보장이나 질서의 유지와의 관련성, 국민경제와 국민의 정상생활에 미치게 될 해악의 정도, 환자치료나 간호와 같은 공중보건과의 직결성, 수도·에너지·생필품·쓰레기 청소 등 국민의 생존권 문제와 관계되는 본질적인 것인가의 여부 등을 표준으로 하는 방안도 상정할 수 있을 것이다. 이때의 국가의 기본적 활동과의 관계에서 직무의 중요성·본질성의 여부나 필요불가결한 인원의 범주에 속하는가의 여부는 제3의 중립기관으로 하여금 판단토록 할 수도 있을 것이다. 이와 같은 직역에 있어서는 그 소임이 비록 사실상 노무라 하여도 그 종사자들의 파업과 같은 쟁의로 기능이 정지된다면 국민의 안전, 생존과 건강에 결정적인 위협, 국가·사회의 안위에 중대한 영향을 줄 수 있기 때문이다. 따라서 공동생활질서가 정비된 선진국가라 하여도 이 분야의 경우에

는 비록 사실상의 노무에 종사하는 자라 하여도 그들의 파업에 의한 피해로부터 공역무의 계속성·일반국민의 생존권을 보호하여야 할 요청과 그들의 단체행동권을 보장하고 존중하여야 할 필요성 즉, 전체이익과 개별이익과의 이익형량을 요하게 되는 것이며, 그리하여 이러한 경우에는 공공복리를 위하여 이들에게는 쟁의를 금하거나 단기간의 쟁의만을 허용하는 선에서 제약, 조절을 하는 예도 없지 않다. 이 방안에 의할 때에 입법기술적으로는 현행 법 제12조 제2항은 원칙규정으로 두면서, 여기에다가 위에서 본 기준에 의거하여 일정한 범위의 공무원에게는 단체행동권을 부여하는 내용의 예외규정을 새로이 병설하는 것일 것이다. 다만 이 방안에 의할 때 기존의 국가공무원법 제66조, 지방공무원법 제58조의 규정을 현행 그대로 방치하여 둘 수는 없을 것이고, 그 규정의 수정 내지는 재조정이 필연적인 것이라고 사료된다.

라. 입법촉구

이상 일응 제시한 제한된 범위의 공무원에게 법률로 단체행동권을 부여하는 세가지 방안 즉, 사실상 노무에 종사하는 공무원에게 쟁의권을 전면 부여하던 구법상태로 단순히 환원시키는 방안, 이들에게 쟁의권은 주되 전체이익과의 조화를 위하여 그 행사요건과 절차를 신설하는 등의 보완 입법을 하는 방안, 기존의 입법형태와는 달리 종사하는 직종이 아니라 직역을 기준으로 하여 선별적으로 쟁의권을 부여하는 방안 등 세가지 가운데 어느 것이 가장 이상적이며, 어느 것이 선택되어야 하는가는 헌법재판소의 소관일 수 없다. 이중 어느 방안에 의할 것인가, 이외

에도 바람직한 또 다른 합리적인 방안이 있는가의 모색은 광범위한 입법형성권을 가진 입법자의 재량의 영역이며, 입법정책으로 결정되어야 할 문제이다. 그러나 입법자는 어떠한 형태로든 모름지기 헌법불합치의 현행 법 제12조 제2항은 더 이상 원형 그대로 존치시켜서는 안되며, 헌법 제33조 제2항이 법률로 정한다고 한 이상 법률을 만들어 일정한 테두리의 공무원인 근로자가 단체행동권을 갖도록 하여 헌법불합치인 현재의 상태를 제거할 의무가 있다 할 것으로, 이러한 의미에서 빠른 시일 안에 헌법불합치의 제거를 위한 입법촉구를 하는 바이다. 헌법이 전문 개정되어 5년이 지나도록 단체행동권을 구체화한 노동쟁의조정법에서 일정범위의 공무원에게 단체행동권을 부여하는 법률을 정하지 않은 채 여지껏 방치하면서 오히려 현행 헌법의 규정과는 도저히 조화될 수 없는 구시대의 전면금지의 규정을 존치시킨다는 것은 분명히 헌법불합치의 상태임을 거듭 강조하며, 입법자는 헌법대로 법을 만들어 일정한 범위의 공무원인 근로자의 근로기본권을 존중해주는 것이야 말로 헌법수호이고, 법치국가 건설의 길일 것이다.

마. 입법시한

입법자가 헌법 제33조 제2항 소정의 “법률이 정하는 자”를 누구로 할 것인가, 공공복리와의 조화를 위하여 어떠한 조건하에 어떠한 내용의 것으로 부여할 것인가 등의 문제를 결정함에 있어서 보다 신중한 검토를 위하여 충분한 시간적 여유를 가져야 할 것이다. 우리나라의 경우에 입법기관이 상시 개원하고 있지 아니한 사정을 감안할 때 더욱 그러하다. 그러나 현행 제6공화

국 헌법에 의하여 구성된 현재의 입법부는 헌법을 지켜야 할 당위성 때문에 적어도 그 입법활동이 사실상 종료되는 1995년말까지 헌법이 위임한 바를 입법화하여 헌법불합치의 상태를 제거하여야 할 것이다. 다만 헌법 제33조 제2항에 따라 단체행동권을 향유할 주체의 범위가 법률에 의하여 구체화되어야 할 그 때까지, 연혁적으로 원칙규정으로 존치해 왔던 규범에 내재하는 그 합헌적 의미가 완전부인될 수 없고 헌법불합치의 법률을 시정하는 방안은 위에서 밝힌 바와 같이 입법자의 전속적 재량에 속하는 것임에 비추어, 부득이 법 제12조제2항의 법규칙 효력은 지속되어야 할 것이다. 그리하여 법 제12조 제2항의 법규칙 효력의 상실시기는 1995년말로 미루어지게 될 수밖에 없을 것이며 동 조항의 효력은 그 때가 경과하여 비로소 상실되게 될 것이다(당재판소 1989.9.8. 선고 88헌가6결정, 같은 1991.3.11. 선고 91헌마21 결정, 대법원 1991.6.11. 선고 90다5450판결 참조).

4. 결론

그렇다면 법 제12조 제2항에 정한 쟁의행위금지 규정 중 “방위산업에 관한특별조치법에 의하여 지정된 방위산업체에 종사하는 근로자”에 관한 부분은 별론으로 하고 “국가·지방자치단체에 종사하는 근로자”에 관한 부분은 헌법 제33조 제2항의 규정에 어긋나는 헌법불합치의 규정이라고 할 것이며, 다만 입법자가 1995년 12월 말을 시한으로 이를 개정할 때까지는 계속 그 효력을 지속한다고 봄이 합당하여 재판관 변경수의 5항에 밝힌 반대의견외에는 관여재판관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 변정수의 반대의견

가. 헌법 제33조 제1항이 규정한 노동3권의 향유주체로서의 근로자란 직업의 종류를 불문하고 임금·급료·기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말하므로 직업의 종류를 묻지 않고 육체적이든 정신적이든 노동력을 팔아서 임금이라는 대가를 받아 살아가는 사람이라면 성별·종교 또는 사회적 신분에 관계없이 누구나 노동3권을 향유할 수 있어야 한다. 따라서 국가 또는 지방자치단체와의 고용계약(공법상의)에 의하여 정신적 또는 육체적 노무를 제공하고 그 대가인 급료를 받아 생활하는 공무원도 근로자로서 노동3권을 행사할 수 있는 것이 원칙이다. 그리고 헌법 제33조 제1항에 “근로자는 근로조건 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”라고 규정한 것은 근로자에 대하여는 노동3권을 다 보장해야 한다는 뜻이지 그 중에서 선택적으로 어느 하나 또는 둘만을 보장해도 된다는 말은 아니다. 이처럼 헌법이 근로자에게 노동3권을 한꺼번에 향유하도록 보장하고자 하는 것은 노동3권은 목적(단체교섭권행사)·수단(단결 및 단체행동)의 관계에 있어서 세개의 권리를 개별적 권리로 보장하여서는 근로자의 지위향상을 위하여 별의미가 없고 단체교섭권을 중심으로 해서 한뭉치의 권리로 보장하여야만 권리로서의 가치가 있고 단체교섭의 실효성을 확보할 수 있기 때문이다.

나. 헌법 제33조 제2항은 “공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”라고 규정하여 공무원에 대하여는 원칙적으로 노동3권을 부인하고

예외적으로만 인정하도록 하였는데 엄연히 근로자로서 노동3권을 향유하여야 할 공무원에 대하여 직무의 성격을 구별함이 없이 오직 그들의 신분이 국가 또는 지방자치단체에 근무하는 공무원이라는 이유만으로 노동3권을 박탈하는 것은 경제적·사회적 영역에 있어서 다른 근로자와 차별하는 것이며, 공무원이 비록 국민전체의 봉사자라는 점에서 다른 근로자와 다르다고는 할지라도 근로자의 노동3권은 그들의 생존권과 행복추구권의 보장을 위하여는 필요불가결한 조건임에도 불구하고 공무원이 국민전체의 봉사자라는 이유로 그들의 노동3권을 박탈하는 것은 합리적인 처사라고 할 수 없다. 노동3권의 제한 내지 박탈은 그 해당 근로자의 신분을 기준으로 할 것이 아니라 그가 종사하는 직무의 성격에 따라 최소한도로 이루어져야 하는 것이다. 그러므로 공무원 신분이라는 이유만으로 원칙적으로 노동3권을 박탈하고 예외적으로 법률로써 인정할 수 있도록 규정한 헌법 제33조 제2항은 그보다 상위규정이며 민주주의 헌법의 기본이념이고 헌법의 중심적 규정인 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 위배되는 조항일 뿐더러 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 규정한 헌법 제10조에도 위배되는 조항으로서 앞으로 헌법개정 등을 통해 재검토되어야 할 매우 부당한 헌법규정이다. 세계 어느 나라 헌법에도 우리 헌법 제33조 제2항과 같은 공무원의 노동3권 박탈조항을 둔 예는 없다. 이 규정은 제1,2공화국 헌법에는 없었는데 5·16군사쿠데타로 탄생한 제3공화국 헌법에서 신설된 이래 약간씩 표현을 달리하면서 이른바 유신헌법과 제5공화국 헌법을 거쳐 제6공화국 헌법에까지 이어져 오고 있는 것으로서

권위주의시대의 잔재라는 사실을 간과하여서는 아니된다. 공무원인 근로자의 노동3권 제한이 공익상 꼭 필요하다면 기본권의 일반유보조항인 헌법 제37조 제2항에 의하여 권리의 본질적 내용을 침해하지 아니하는 한도에서 법률로써 제한할 수 있는 것인데도 불구하고 헌법이 제33조 제2항과 같은 특별조항을 둔 것은 헌법에 근거규정만 두면 어떠한 법률을 만들어도 괜찮다는 잘못된 인식 아래 공무원에 대하여서는 노동3권을 무한정 제한할 수 있도록 하면서 그에 대한 위헌시비를 못하게 하기 위한 지극히 권위주의적이며 법률만능주의적인 발상에서 나온 것이라고 아니할 수 없다. 이러한 점을 유의하여 노동3권을 향유할 수 있는 공무원의 범위를 법률로써 정함에 있어서는 될 수 있는대로 그 범위를 넓혀야 할 것이다.

다. 헌법 제33조 제2항에 근거하여 국가공무원법 제66조 제1항은 “공무원은 노동운동 기타 공무이외의 일을 위한 집단적 행위를 하여서는 아니된다. 다만 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다”라고 규정함으로써 노동3권을 향유할 수 있는 공무원을 사실상 노무에 종사하는 공무원으로 한정하였고(지방공무원법 제58조 제1항에도 동일한 규정이 있다) 동조 제2항은 “제1항 단서의 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위는 국회규칙, 대법원규칙 또는 대통령령으로 정한다”라고 규정하였는데(지방공무원은 조례로 정하도록 되어 있다) 동 위임규정에 따라 공무원복무규정(1970.6.15.자 대통령령 제5043호) 제28조는 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위를 체신부 및 철도청 소속의 현업기관과 국립의료원의 작업현장에서 노무에 종사하는 기능직공무

원 및 고용직공무원으로 확정하였고 법원공무원규칙 제91조는 기능직 또는 고용직공무원으로 확정하였는데 이러한 공무원만이 즉 헌법 제33조 제2항에서 법률로써 정하도록 한 노동3권 향유주체로서의 공무원에 해당된다 할 것이며 이러한 공무원은 단결권·단체교섭권 뿐만 아니라 단체행동권(노동쟁의행위)도 행사할 수 있다는 말이 된다. 이처럼 노동3권 향유주체 공무원을 사실상 노무에 종사하는 공무원에 한정하는 것은 그 범위가 지나치게 좁다고 생각되며 아무리 헌법 제33조 제2항에 근거하고 있는 것이라 할지라도 헌법의 기본이념에는 반하는 것이다. 입법론으로는 현역군인, 경찰공무원, 교도공무원, 소방공무원을 제외한 모든 공무원에 대하여 노동기본권을 보장하는 방향으로 법을 개정해야 한다고 본다.

라. 국가공무원법 제66조 제1항 및 지방공무원법 제58조 제1항이 노동3권 향유주체공무원의 범위를 지나치게 제한하고 있는데도 불구하고 노동쟁의조정법 제12조 제2항은 그보다 한걸음 더 후퇴하여 “국가·지방자치단체 및 방위산업에 관한특별조치법에 의하여 지정된 방위산업체에 종사하는 근로자는 쟁의행위를 할 수 없다”라고 규정하여 국가공무원법이나 지방공무원법에서 극히 제한적으로나마 노동운동이 허용된 사실상 노무에 종사하는 공무원의 노동3권 중에서 다시 단체행동권(단체행동권의 가장 핵심은 쟁의행위이다)을 박탈하고 있다(이 규정은 노동운동이 허용된 사실상 노무에 종사하는 공무원의 단체행동권을 박탈하는 법률이고 노동3권이 인정되지 아니한 그밖의 공무원과는 상관없는 법률이다). 그러나 앞서 가항에서 언급하였듯이 노동3권은 단체협약권

을 중심으로 한 한류음의 권리이지 개별적으로 독립된 권리가 아니며 “공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”라고 규정한 헌법 제33조 제2항의 취지도 노동3권을 향유할 수 있는 공무원의 범위를 법률로 정하여 그들에 대하여는 노동3권을 다 보장하자는 취지이지 그렇지 아니하고 그 중에서 선택적으로 부여할 수 있다는 취지는 아니므로 노동쟁의조정법 제12조 제2항이 노동운동이 허용된 사실상 노무에 종사하는 공무원으로부터 단체행동권을 박탈해 버린 것은 헌법 제33조 제1·2항에 위배되고 더구나 헌법 제33조 제3항은 “법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다”라고 규정하여 근로자 중에서 단체행동권을 법률로써 제한하거나 인정하지 아니할 수 있는 근로자를 주요방위산업체에 종사하는 근로자에 한정하고 있음에도 불구하고 노동쟁의조정법 제12조 제2항은 주요방위산업체에 근무하는 근로자 뿐만 아니라 국가 및 지방자치단체에 근무하는 근로자에 대하여서까지 쟁의행위를 할 수 없도록 규정하고 있으니 노동쟁의조정법의 위 규정은 그 중 국가 및 지방자치단체에 근무하는 근로자에 대한 부분은 헌법 제33조 제3항에도 위배된다.

마. 국가공무원법 제66조 및 지방공무원법 제58조가 헌법 제33조 제2항에 의거하여 노동3권의 향유주체로서의 공무원의 범위를 사실상 노무에 종사하는 공무원으로 확정하였고 이러한 공무원의 노동3권 중의 어느 하나를 특별히 제한할 수 있는 헌법

규정(특별유보조항)은 없다. 그렇기 때문에 다만 기본권의 일반유보조항인 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있을 따름이며 이 경우도 그 제한은 최소한도에 그쳐야 하고 노동3권의 본질적 내용을 침해하여서는 아니되는 것인데 사실상 노무에 종사하는 공무원의 단체행동권을 아주 박탈해버린 노동쟁의조정법 제12조 제2항은 노동3권의 본질적 내용을 침해하는 것으로서 헌법 제37조 제2항에 의하여서도 정당화 될 수 없는 위헌법률임을 면할 수 없다.

바. 노동쟁의조정법 제12조 제2항은 1980.12.31. 법률 제3351호에 의하여 신설된 조항으로서(다만 “국가·지방자치단체·국공영기업체 및 방위산업체에 종사하는 근로자는 쟁의행위를 할 수 없다”가 1987.11.28. 법 개정으로 “국가·지방자치단체 및 방위산업체에 관한 특별조치법에 의하여 지정된 방위산업체에 종사하는 근로자는 쟁의행위를 할 수 없다”로 바뀌었을 뿐이다) 1980.10.27.자로 공포시행된 제5공화국 헌법 제31조 제3항의 “국가·지방자치단체·국공영기업체·방위산업체·공익사업체 또는 국민경제에 중대한 영향을 미치는 사업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다”라는 규정에 근거한 것이었는데 1987.10.29.자로 공포시행된 제6공화국 헌법에서는 제5공화국 헌법 제31조 제3항에 해당되는 제33조 제3항에서 “법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다”라고 규정하여 단체행동권을 제한

또는 인정하지 아니할 수 있는 근로자를 주요방위산업체 근로자만으로 한정하고(주요방위산업체 근로자라 하여 단체행동권을 인정하지 아니한 것도 헌법이념에 반한다), 국가·지방자치단체에 근무하는 근로자를 비롯하여 그밖의 사업체 근로자를 단체행동권 제한 대상에서 제외하였다. 그렇다면 공무원의 단체행동권 제한의 근거가 되는 헌법규정은 없어졌으므로 그에 따라서 노동쟁의조정법 제12조 제2항의 규정도 헌법규정에 맞추어서 이를 개정(공무원에 대한 부분의 삭제)하여야 함에도 불구하고 그렇지 아니하고 공무원에 대한 쟁의행위금지 부분을 그대로 둔 탓으로 위헌법률인 채로 남아 있게 된 것이다. 이러한 경위에 비추어 보더라도 노동쟁의조정법 제12조 제2항 중 공무원인 근로자의 노동쟁의를 전면금지한 부분은 헌법 제33조 제1·2·3항에 위배되는 법률이 분명하니 위헌선언하여 폐지시켜야 한다.

사. 다수의견의 요지는, 노동쟁의조정법 제12조 제2항이 모든 공무원에 대하여 단체행동권을 근본적으로, 일률적으로 부인하는 것은 일정범위의 공무원에 대하여 단체행동권을 인정하도록 규정한 헌법 제33조 제2항과 충돌하고 저촉되는 것이지만 헌법 제33조 제2항의 규정은 일부 공무원에게는 단체행동권을 주지 않는다는 것도 전제하고 있으므로 합헌적인 면도 포함되어 있다. 따라서 위 법률조항은 위헌선언을 하여 무효화시킬 법률이 아니고 앞으로 현행 헌법과 충돌됨이 없이 합헌상태가 되도록 고쳐져서 재정비되어야 할 규정이다. 그리고 어느 범위의 공무원에 대하여 쟁의행위를 허용할 것인가는 헌법재판소에서 정할 수 있는 사항이 아니므로 위 법률조항에 대하여 우선 헌법불

합치선언만을 하여 위 법률조항의 효력을 지속시키고 1995년말까지 국회가 법을 개정하여 위헌부분을 제거하도록 촉구한다는 것이다. 그러나 다수의견에는 다음과 같은 잘못이 있다.

첫째, 공무원(사실상 노무에 종사하는 자로서 노동운동이 허용되는 자)의 단체행동권을 박탈할 수 있는 헌법적 근거는 앞서 방향에서 언급한 바와 같이 1987.10.27.자로 공포시행된 제6공화국 헌법에 의하여 완전히 사라졌기 때문에 노동쟁의조정법 제12조 제2항 중 공무원에 대한 부분은 일부위헌 또는 헌법불합치가 아니라 전부위헌이다. 따라서 앞으로 국회가 할 수 있는 일은 노동쟁의조정법 제12조 제2항을 개정하여 그 중 공무원에 대한 쟁의행위금지부분을 삭제하여 국가공무원법 제66조, 지방공무원법 제58조에서 노동운동이 허용된 공무원의 단체행동권을 회복시키는 일이지 위와 같은 법률들에 의하여 노동운동이 허용된 공무원 가운데서 다시 단체행동권을 행사할 수 없는 공무원을 선별하는 작업을 할 여지가 없다. 이처럼 개정할 여지없이 완전히 위헌인 법률에 대하여 헌법재판소가 위헌선언을 회피하고 법 개정을 촉구하는 것은 매우 잘못된 일이다.

둘째, 다수의견은 헌법 제33조 제2항에 근거하여 법률(국가공무원법 제66조 제1항단서)에 의하여 노동3권을 향유할 수 있는 것으로 정해진 공무원(사실상 노무에 종사하는 자)에 대하여도 또 다시 같은 헌법규정에 의하여 단체행동권(쟁의행위)을 제한할 수 있는 법률을 제정할 수 있는 것으로 해석하고 있는데 이는 잘못된 해석이다. 앞서 가항에서 설명한 바와 같이 노동3권은 3개의 권리가 각각 분리된 개별적 권리가 아니고 함께 보장되어

야 할 한묵음의 권리이므로 그 중 어느 하나라도 이를 부인하면 이는 노동기본권의 본질을 해치는 것이다. 헌법 제33조 제3항이 “법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다”라고 규정한 것도 근로자는 노동3권을 다 함께 보장받아야 한다는 전제 아래 다만 단체행동권만은 특별히 법률로써 제한하거나 인정하지 아니할 수 있으나 아무 근로자에게나 다 할 수 있는 것이 아니고 오직 주요방위산업체에 종사하는 근로자에 대하여서만 가능하고 그 밖의 근로자에 대하여서는 그렇게 할 수 없다는 것을 못박고 있는 것이다. 그러므로 주요방위산업체에 종사하는 근로자이외의 다른 근로자에 대하여 단체행동권만을 따로 분리하여 제한하거나 인정하지 아니하는 것은 헌법 제33조 제3항의 취지에 반하는 것으로서 헌법 제33조 제2항에 근거하여 극히 제한적이나마 법률에 의하여 노동3권을 향유할 수 있게끔 되어 있는 사실상 노무에 종사하는 공무원에 대하여 또다시 단체행동권을 제한하거나 인정하지 아니하는 따위의 법률은 이를 만들 수 없다고 보는 것이 정당한 해석이다.

셋째, 다수의견은 국가공무원법이나 지방공무원법에 의하여 노동운동이 허용되는 사실상 노무에 종사하는 공무원에 대하여도 단체행동권을 그대로 허용하면 공익상 큰 지장을 초래할 것으로 우려하여 단체행동권을 행사할 수 있는 자의 범위를 법률로써 더 좁혀야 한다는 견해를 전제로 하고 있다. 그러나 이러한 견해는 근로자의 노동기본권을 가볍게 생각한 데서 연유된 잘못된 견해일 뿐더러 공무원복무규정 제28조나 법원공무원규칙

제91조는 사실상 노무에 종사하는 전 공무원에 대하여 모두 노동운동을 허용한 것이 아니고 그 가운데에서도 서무·인사 및 기밀업무에 종사하는 자, 경리 및 물품 출납사무에 종사하는 자, 노무자의 감독사무에 종사하는 자, 보안업무규정에 의한 보안 목표시설의 경비업무에 종사하는 자 및 승용자동차의 운전이 종사하는 자 등은 노동운동을 허용하는 대상에서 제외시키고 있으므로 노동운동을 할 수 있는 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위는 극히 제한되어 있다(현업에 종사하는 자에 한한다). 그럼에도 불구하고 노동운동을 할 수 있는 극히 제한된 공무원 가운데서 다시 어떤 종류의 공무원을 정하여 그들의 단체행동권을 인정하지 아니한다면 이는 정도가 지나친 것이어서 아무리 공공복리 등이 유를 내세우더라도 헌법 제37조 제2항에 반한다.

넷째, 법률의 위헌성을 인정하면서도 헌법재판소가 위헌선언을 유보하고 국회에 대하여 입법을 촉구할 수 있는 법적 근거가 없다. 이 점에 대하여 나는 다른 사건에서 이미 견해를 표명한바 있으므로(1989.9.8. 선고 88헌가6 결정 참조, 헌법재판소 판례집 제1권 265쪽 내지 269쪽) 여기서는 자세한 설명을 피하거니와 이러한 유형의 재판은 주로 독일연방헌법재판소에서 하고 있는데 우리 헌법재판소는 법제도상으로 독일연방헌법재판소와는 그 지위 및 기능면에서 많은 차이가 있다(독일연방헌법재판소에 대하여는 제도상으로 그러한 재판을 할 수 있는 기능이 부여되어 있다). 독일연방헌법재판소법은 위헌결정의 효력에 대하여 원칙적으로 소급효가 부여되어 있기 때문에 위헌결정에서 야기될 과거의 법률관계의 붕괴로 인한 혼란과 막심한 공익적 피해를 줄이기 위

하여 부득이하다고 인정되는 경우에 한하여 위헌선언을 피하고 법 개정을 촉구하는 이른바 입법촉구를 하고 있는 것이다. 그런데 우리 헌법재판소법은 위헌결정에 대하여 형벌법규에 대한 것을 제외하고는 장래효만을 인정하고 있기 때문에 위헌선언으로 인한 과거의 법률관계의 붕괴나 혼란을 우려할 필요가 없으므로 위헌선언을 회피하고 입법촉구 등 형식의 재판을 할 필요성은 없다고 보아야 한다. 그리고 독일연방헌법재판소도 그에게 헌법불합치선언·입법촉구 등의 재판을 할 수 있는 기능이 부여되어 있다고 해서 함부로 이러한 재판을 하는 것이 아니라 처벌법규나 국민의 기본권을 침해하는 정도가 심한 법률에 대하여는 이러한 재판을 아니하고 과감하게 위헌선언을 하고 있다. 법률상의 근거가 없음에도 불구하고 꺾으려다 싶으면 국민의 기본권을 침해하는 법률이나 심지어 처벌법규에 대하여서까지 위헌선언을 회피하고 한정합헌이나 입법촉구 등 변형재판을 마구하는 우리 헌법재판소와는 그 자세가 다르다는 것을 알아야 한다. 특히 처벌법규(노동쟁의조정법 제12조 제2항의 규정에 위반한 자는 동법 제45조의 2에 의하여 5년이하의 징역 또는 1,000만원이하의 벌금에 처하도록 되어 있다)는 기본권 중에서도 가장 으뜸가는 기본권인 신체의 자유를 직접적으로 침해하는 법률이기 때문에 구성요건이 불명확한 경우는 물론이고 조금이라도 위헌성이 인정되면 마땅히 위헌선언을 하여야 한다. 처벌법규의 위헌성을 인정하면서도 한정합헌이나 입법촉구 등의 결정을 하여 그 효력을 지속시킨다는 것 자체가 죄형법정주의에 위배되는 위헌적 처사이다.

헌법재판소법은 헌법재판소는 위헌여부의 재판을 한다라고만 규정하고 위헌결정의 형식에 관하여 따로 정하고 있지 아니하므로 표현형식이 어떠하던간에 위헌결정의 취지로 해석되면 헌법재판소법 제47조에 정해진 효력이 당연히 발생하고 위헌결정의 효력에 원칙적 장래효만을 인정하고 있으며 위헌결정이 아닌 그밖의 결정에는 기속력을 인정하지 아니하고 있으므로 주문과 같은 이른바 변형결정의 형식을 채택하여서는 아니되며 “헌법에 합치되지 아니한다”는 말이나 “헌법에 위반된다”라는 말이나 위헌이라는 뜻에는 아무런 차이가 없으므로 주문 제1항은 노동쟁의조정법 제12조 제2항이 헌법에 위반된다는 위헌결정의 주문에 다름없고 그렇다면 주문 제2항과는 상관없이 헌법재판소법 제47조 제2항에 의하여 노동쟁의조정법 제12조 제2항 중 국가·지방자치단체에 종사하는 근로자에 대한 쟁의행위금지부분은 이 재판선고와 동시에 효력을 상실하였다고 보아야 한다. “헌법에 합치되지 아니한다”라는 주문이 위헌결정의 주문이 아니라고 한다면 어떠한 근거로 이 사건 법률조항이 1995.12.31. 이후에는 그 효력이 상실된다는 것인지 설명할 방법이 없을 것이다. 위헌선언과 헌법불합치선언의 효력을 따로 규정하고 있는 외국의 입법례를 무비판적으로 모방하는데서 오는 논리적 모순을 무슨 방법으로 보완할 것인가. 우리의 실정법을 무시하고 무조건 외국의 재판만을 숭상하는 것은 재판사대주의로 매도되어 어쩔 수 없을 것이다. 국민의 노동기본권과 신체의 자유를 침해하는 위헌법률에 대한 헌법소원을 장기간 처리하지 않고 가지고 있었던 것도 죄스러운 일인데(1988년말에 제기된 사건이

다), 모처럼 재판을 함에 있어 위헌성을 인정하면서도 앞으로 3년간이나 위헌법률의 효력을 연장시키겠다는 것은 국민의 기본권을 무시하는 데서 연유된 월권행위라고 아니할 수 없다.

1993. 3. 11.

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

의료법시행규칙에 관한 헌법소원

(89헌마79 헌법재판소 전원재판부)

[판례집 5-1, 92~103]

【관시 사항】

1. 보건사회부장관(保健社會部長官)이 한의사(韓醫師)의 침구사(鍼灸師) 시술행위를 단속(團束)하지 않는 것에 대하여, 침구사(鍼灸師) 자격이 없는 청구인이 헌법소원심판(憲法訴願審判)을 청구(請求)할 수 있는 자기관련성(自己關聯性)이 있는지의 여부
2. 침구사(鍼灸師) 자격취득의 경과규정(經過規定)을 두지 않은 불완전입법(不完全立法)에 대한 헌법소원(憲法訴願)의 제기방법
3. 진정입법부작위(眞正立法不作爲)에 대한 헌법소원(憲法訴願)의 적법요건(適法要件)

【결정 요지】

1. 보건사회부장관(保健社會部長官)의 한의사(韓醫師)의 침구술(鍼灸術) 시술 행위에 대한 부단속(不團束)이 위헌(違憲)으로 판단되어 청구인의 이 부분 청구(請求)가 인용되어 한의사(韓醫師)가 침구술(鍼灸術)의 시술을 하지 못하게 된다고 하여도 이로 인하여 침구사(鍼灸師) 자격이 없는 청구인 자신의 법적(法的) 지위(地位)가 그 전에 비하여 개선되는 것이 아니므로 청구인으로서의 위와 같은 한의사(韓醫師)에 대한 단속(團束)의 여부를 자신이 다룰 자기관련성(自己關聯性)이 없는 것이라 볼 것이다.

2. 구(舊) 의료법(醫療法) 부칙(附則) 제3항의 경과규정(經過規定)은 종래의 침구사(鍼灸師) 제도를 폐지하는 마당에 이미 자격취득한 침구사(鍼灸師) 등 의료유사업자(醫療類似業者) 등 기득권(既得權)만은 그대로 보호해 준다는 경과규정(經過規定)이고, 합격여부가 미정인 침구사(鍼灸師) 시험준비중이던 사람의 이른바 기대이익(期待利益)은 고려하지 않는다는 뜻도 포함된 것으로 보여지며, 그렇다면 청구인과 같은 입장에 처해 있는 사람에게 아무런 입법(立法)을 하지 않은 채 방치되어 있는 진정입법부작위(眞正立法不作爲)의 경우라기 보다는 입법(立法)은 하였으나 문언상 명백히 하지 않고 반대해석(反對解釋)으로

그 규정(規定)의 취의를 알 수 있도록 한 경우에 해당할 것으로, 이처럼 불완전입법(不完全立法)에 대하여 재판상 다룰 경우에는 그 입법규정(立法規定) 즉, 이 사건의 경우는 위 부칙(附則) 제3항 자체를 대상으로 하여 그것이 헌법위반(憲法違反)이라는 적극적(積極的)인 헌법소원(憲法訴願)을 제기하여야 할 것이고, 이 때에는 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제69조 제1항 소정의 청구기간(請求期間)의 적용을 받는다.

다. 아무런 입법(立法)을 하지 않은 채 방치되어 있는 진정입법부작위(眞正立法不作爲)가 헌법소원(憲法訴願)의 대상이 되려면 헌법(憲法)에서 기본권보장(基本權保障)을 위하여 명시적(明示的)인 입법위임(立法委任)을 하였음에도 입법자(立法者)가 이를 이행하지 않을 때, 그리고 헌법해석상(憲法解釋上) 특정인에게 구체적인 기본권(基本權)이 생겨 이를 보장하기 위한 국가(國家)의 행위의무(行爲義務) 내지 보호의무(保護義務)가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자(立法者)가 아무런 입법조치(立法措置)를 취하고 있지 않은 경우라야 한다.

청 구 인 이 ○ 원
 대리인 변호사 유 중 섭 외 2인
 피청구인 보건사회부장관
 이해관계인 (보조참가인) 사단법인 대한한의사협회
 대표자 회장 조 용 완
 대리인 동화법무법인
 담당변호사 임 두 빈 외 3인

【참조 조문】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조제1항

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 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 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 이내에 청구(請求)하여야 한다.

② 생략

【참조 판례】

2. 1989.7.28. 선고, 89헌마1 결정 (판례집 1권, 157)
1991.11.25. 선고, 90헌마19 결정 (판례집 3권, 599)
3. 1989.3.17. 선고, 88헌마1 결정 (판례집 1권, 9)
1989.9.29. 선고, 89헌마13 결정 (판례집 1권, 294)
1991.9.16. 선고, 89헌마163 결정 (판례집 1권, 505)
1992.12.24. 선고, 90헌마174 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

이 사건 헌법소원심판은 침구사의 자격이 없는 자의 침구술 시술에 관한 것이다.

가. 침구사제도에 관한 법령의 변천과정

(1) 1951.9.25. 공포되고 그로부터 90일 후에 시행된 국민의료법(법률 제221호) 제59조에서는 “종래에 규정된 접골·침술·구술·안마술업자 등 의료유사업자 제도는 주무부령으로써 정한다.”라고 규정하여 이를 보건사회부령에 위임하고 있었다.

(2) 이와 같은 국민의료법의 규정에 근거하여 1960.11.28. 공포된 의료유사업자령(보건사회부령 제55호)은 제2조에서 침사라 함은 환자의 경혈에 대하여 시술하는 자를 말한다고 정의하고(제2호), 구사라 함은 환자의 경혈에 대하여 구시술을 하는 자를 말한다고 정의하였으며(제3호), 제3조에서는 “접골사, 침사 또는 안마사(이하

‘시술자’라 한다)가 되고자 하는 자는 서울특별시 또는 도지사가 시행하는 접골사, 침사, 구사 및 안마사자격시험(이하 자격시험이라 한다)에 합격하고 그 자격증을 받아야 한다.”라고 규정하여 침사 또는 구사가 되려면 자격시험에 합격하여야 할 것을 요구하였다.

(3) 위 자격시험에 관하여는 보건사회부령으로 따로 정하도록 하였는데(위령 제7조) 이에 해당하는 것이 같은 날 공포된 접골사, 침사, 구사, 안마사자격시험규정(보건사회부령 제56호. 이하 시험규정이라고만 한다)이다. 위 시험규정 제3조 제1항은 접골사, 침사 또는 구사자격시험의 응시자격에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다.

영 제3조 제1항 : 접골사, 침사 또는 구사자격시험을 받을 수 있는 자는 다음과 같다.

① 중학교(교육법 제43조의 규정에 의한 특수학교의 중등과를 포함한다) 이상의 학교를 졸업하였거나 문교부장관이 이와 동등이상의 학력이 있다고 인정하는 자로서 보건사회부장관이 지정하는 양성기관에서 접골술, 구술 또는 침술에 관하여 3년이상 소정의 과정을 수료한 자

② 보건사회부장관이 인정하는 외국의 의료유사업자 양성기관에서 접골술, 침술 또는 구술에 관한 소정의 과정을 수료하고 자격증 또는 면허증을 받은 자

(4) 위 시험규정에 의한 자격시험은 한번도 실시되지 않고 있던 중 1962.3.20. 공포·시행된 법률 제1035호에 의하여 위 국민의료법이 의료법으로 대체, 개정되면서 위 국민의료법 제59조에 해당하는 규정은 없어지고, 다만 위 개정의료법 부칙 제3항에서 “본법 시행당시의 의사, 한지의사, 치과의사, 한지치과의사, 한의사, 한지

한의사, 보건원, 조산원, 간호원 및 의료유사업자의 면허 및 자격과 기타 의료상의 권리는 본법에 의하여 취득한 것으로 간주한다.”라는 규정을 두어 종전에 자격을 취득한 의료유사업자의 기득권은 이를 보호하는 것으로 하였을 뿐, 새로이 시험 등을 통한 의료유사업자의 자격을 부여할 수 있는 근거는 없어지게 되었으며 따로 그에 관한 경과규정을 둔 바도 없다. 이처럼 법률상의 근거가 없어지게 됨에 따라 위 자격부여에 관한 규정인 의료유사업자령 제3조는 1964.5.13. 보건사회부령 제133호에 의하여 삭제되었다.

(5) 그 후 1973.2.16. 법률 제2533호로 개정된 의료법 제59조나 그 후인 1975.12.31. 법률 제2862호로 개정된 현행 의료법 제60조는 의료유사업자에 관하여 별도의 규정을 신설하였으나 그 내용은 기본적으로 위 법률 제1035호의 의료법 부칙 제3항과 같은 취지인데, 그 구체적인 내용은 다음과 같다.

의료법(1973.2.16. 법률 제2533호) 제59조(의료유사업자) ① 제24조의 규정에 불구하고 이 법 시행전에 종전의 규정에 의하여 자격을 인정받은 접골사, 침사 또는 구사(이하 “의료유사업자”라 한다)는 그 시술행위를 업으로 할 수 있다.

② 의료유사업자의 시술행위, 시술업무의 한계 및 시술소의 기준 등에 관하여 필요한 사항은 보건사회부령으로 정한다.

의료법(1975.12.31. 법률 제2862호) 제60조(의료유사업자) ① 이 법 시행전에 종전의 규정에 의하여 자격을 받은 접골사, 침사, 구사(이하 “의료유사업자”라 한다)는 제25조의 규정에 불구하고 그 시술소에서 시술행위를 업으로 할 수 있다.

② 이 법 중 의료인과 의료법인에 관한 규정은 의료유사업자에

대하여 이를 준용한다. 이 경우에 의료인은 의료사업자로, “면허”는 “자격”으로, “면허증”은 “자격증”으로, “의료기관”은 “시술소”로 한다.

③ 의료사업자의 시술행위, 시술업무의 한계 및 시술소의 기준 등에 관하여 필요한 사항은 보건사회부령으로 정한다.

나. 청구인의 헌법소원 제기

청구인은 침구사가 되기 위하여 위 국민의료법 시행당시인 1961.7.21. 대한침구학원에서 침구학과정을 수료하였으나, 그 뒤 침구사제도가 폐지됨으로 말미암아 침구사가 되지 못한 사람으로서 현재 침구사제도부활공동추진위원회라는 단체의 회장을 맡고 있으면서 1989.4.27. 이 사건 헌법소원을 제기하였다.

2. 당사자의 주장 및 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장

첫째, 원래 침구술의 시술은 침구사만이 할 수 있을 뿐, 그 이외에는 한의사라 할지라도 이를 할 수 없음에도 불구하고, 피청구인이 한의사 아닌 청구인과 같은 사람들의 침구술 시술행위는 의료법위반으로 단속하면서도 한의사의 침구술 시술은 단속하지 아니하고 있는 바, 이처럼 피청구인이 한의사의 침구술 시술행위를 단속하지 않고 있는 것은 공권력의 불행사에 의한 청구인의 평등권침해이다. 위 국민의료법 시행당시에는 침구술의 시술은 침구사만이 할 수 있었고, 한의사는 이를 할 수 없었으며 한의사의 국가시험과목에 침구학은 포함되어 있지 않았던 바, 이러한 법률상태는 위 국민의료법이 의료법으로 개정되어 침구사제도가 폐지된 후에도 달라지지 않았는데도 피청구인은

이러한 한의사의 침구술 기술을 정당화하기 위하여 의료법시행규칙으로 한의사의 국가시험과목에 침구학 과목을 추가하고, 한의원의 진료과목에 침구과를 추가하였으나, 이는 법률에 근거를 두지 아니한 것으로서 무효이다.

둘째, 침구술의 기술은 의료법 제60조 소정의 의료유사업자인 침구사가 할 수 있는 행위로서 한의사 등의 의료인만이 할 수 있는 의료법 제25조 소정의 의료행위와는 구별되는 것으로 침구사가 아닌 자가 침구술의 기술을 하더라도 의료행위를 한 것은 아니므로 의료법위반 내지 보건범죄처벌에관한특별조치법위반으로 처벌할 수 없는데도 청구인과 같이 침구사의 면허가 없는 자들의 침구술 기술행위를 처벌하여 왔는 바, 이는 공권력의 행사로 인한 신체의 자유 침해이다.

셋째, 위 구 국민의료법 제59조에 기하여 제정된 의료유사업자령 및 접골사, 침사, 구사, 안마사자격시험규정은 침사 및 구사의 자격시험을 실시하여 침구사를 선발할 수 있도록 규정하고 있었고, 청구인은 이를 신뢰하여 그 자격시험에 응시하기 위하여 침구사학원까지 수료하였는데 실제로 이러한 침구사자격시험을 한 번도 실시하지 않고 있다가 위 국민의료법이 의료법으로 개정되면서 새로운 침구사자격을 취득할 수 있는 길을 봉쇄하였는 바, 적어도 청구인과 같이 침구사자격 취득을 준비하고 있던 사람들에게 대하여는 예외적으로나마 침구사자격을 취득할 수 있도록 하는 경과규정을 두었어야 함에도 불구하고, 그러한 규정을 두지 아니한 것은 입법의 부작용에 의한 직업선택의 자유 침해이고, 또한 한의사의 경우에는 이른바 검정시험제도를

두어 단기양성기관 출신자나 무학력의 한의업 종사자들을 구제하였던 것에 비추어 볼 때 이처럼 경과규정을 두지 아니한 것은 청구인의 평등권을 침해한 것이다.

나. 피청구인의 주장

침구술의 시술은 전통적으로나 위 국민의료법 시행당시 및 현재에 이르기까지 한의사의 업무영역에 속하는 의료행위의 일종이고, 따라서 한의사의 침구술 시술은 허용하면서 무자격자의 침구술 시술은 단속하는 것은 정당한 것이고 이를 가리켜 청구인의 평등권이나 신체의 자유를 침해한 것이라고는 할 수 없으며, 또 1962.3.20. 국민의료법이 의료법으로 개정될 당시에 침구사제도를 폐지하고 한의사만이 침구술의 시술을 할 수 있도록 한 것은 국민의 건강과 생명을 위한 정책적인 결정으로서 당시 이미 침구사자격을 취득한 자는 여전히 그 자격을 인정하도록 함으로써 기득권자의 보호에 만전을 기하였고, 그 외에 침구사자격을 취득하려고 하던 자까지 보호하지 아니한 것이 직업선택의 자유 침해라고는 할 수 없으며, 한의사시험의 경우에는 응시자격이 없는 자에 대하여 예외적으로 구제를 하면서 침구사의 경우에는 그러한 구제가 없었다고 하여도 그와 같은 차별에는 국민건강을 위한 합리적 이유가 있는 것이므로 청구인의 평등권을 침해하였다고 할 수 없다.

다. 이해관계인(보조참가인)의 주장

피청구인의 주장과 대체로 같다.

라. 법무부장관의 의견

이 사건 심판청구는 그 대상이 공권력의 행사 또는 불행사가

구체적으로 특정되지 아니하였고, 법령의 개정으로 인한 기본권침해의 주장은 헌법소원의 대상이 될 수 없으며, 또한 다른 법률에 정하여진 구체절차를 거치지 않았을 뿐만 아니라 헌법재판소법 시행일인 1989.9.1.부터 60일이 경과하여 제기된 것이므로 부적법하다는 주장이 추가된 이외에는 피청구인의 주장과 같다.

3. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 첫째로 한의사의 침구시술의 부단속이 위헌인가 여부, 둘째로 침구사면허 없는 자의 침구술 시술행위에 대한 형사처벌의 위헌여부, 셋째로 침구사자격 취득을 준비하고 있던 사람들을 위한 경과규정을 두지 않은 입법부작위의 위헌여부이다.

4. 판단

가. 먼저 한의사의 침구술 시술행위의 부단속이 청구인의 평등권을 침해한다는 주장에 대하여 보면, 가사 청구인이 주장하는 바와 같이 한의사에 대한 부단속이 위헌으로 판단되어 청구인의 이 부분 청구가 인용되어 한의사가 침구술의 시술을 하지 못하게 된다고 하여도 이로 인하여 청구인자신의 법적지위가 그 전에 비하여 개선되는 것이 아니므로 청구인으로서의 위와 같은 한의사에 대한 단속의 여부를 자신이 다룰 자기관련성은 없는 것이라 볼 것이다. 청구인은 헌법재판소에 의하여 한의사에게 침구술 시술 권한이 없음이 확인되면 새로운 법률이 제정되어 청구인에게도 침구사가 될 수 있는 기회가 생길 것이라고 주장하나 이러한 가상적인 주장만으로는 청구인의 자기관련성을 인정하기에 부족하다.

나. 다음 침구술무면허자의 침구술 시술행위를 처벌하는 것이 신체의 자유를 침해한 것이라는 주장에 대하여 살피건대, 청구인은 처벌의 근거법규인 의료법을 문제삼아 헌법소원의 대상으로 하고 있는 취지로 이해되는 바, 기록상 청구인은 과거에 무면허침술행위를 이유로 의료법위반으로 1971.5.13. 처벌을 받은 일이 있는 것으로 되어 있는데, 그 시점에 이미 처벌된다는 것을 알았다고 볼 것이므로 1989.4.27.에 제기한 이 사건 청구는 헌법재판소법 제69조 제1항 소정의 청구기간도과후의 부적법한 청구임을 면할 수 없을 것이다.

다. 나아가 침구사 자격취득의 경과규정을 두지 않은 것이 직업선택의 자유 및 평등권을 침해한 것이라는 주장에 대하여 살피건대, 위에서 본 의료법부칙 제3항의 경과규정은 시험을 통한 침구사자격을 취득하게 하던 종래의 침구사제도를 앞으로 국민보건 향상의 견지에서 근본적으로 폐기하는 마당에 이미 자격취득한 침구사 등 의료유사업자의 기득권만은 그대로 보호해 준다는 경과규정이며, “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다”는 헌법 제36조 제3항의 규정에 의거하여 입법자가 국민의 보건을 위한 강한 공익적판단을 전제한 것으로 그것은 입법자의 형성재량에 속한다고 하여 위와 같은 취지의 입법을 한 것으로 볼 것인바(당재판소 1991.11.25. 선고, 90헌마19 결정 참조), 이 규정에는 그 이상의 보호는 고려외에 둔다는 뜻도 포함되었다고 할 것으로, 따라서 합격여부가 미정인 침구사 시험준비중이던 사람의 이른바 기대이익은 고려하지 않는다는 뜻도 포함된 것으로 보여지며, 그렇다면 청구인과 같은 입장에 처해 있는 사

람에게 아무런 입법을 하지 않은 채 방치되어 있는 진정입법부작위의 경우라기보다도 입법은 하였지만 문언상 명백히 하지 않고 반대해석으로 그 규정의 취의를 알 수 있도록 한 경우에 해당할 것으로, 이처럼 불완전입법에 대하여 재판상 다툼 경우에는 그 입법규정 즉, 이 사건의 경우는 위 부칙 제3항 자체를 대상으로 하여 그것이 헌법위반이라는 적극적인 헌법소원을 제기하여야 할 것인 바(당재판소 1989.7.28. 선고, 89헌마1 결정 참조), 이 사건 심판청구를 그와 같은 취지의 청구라고 볼 때에 그에 관한 헌법소원 제기기간을 당재판소 재판관임명일인 1988.9.19.부터 기산하여도 이 사건 심판청구한 날인 1989.4.27.에는 이에 기간이 경과되었다고 할 것인즉(헌법재판소법 제69조 제1항 참조), 결국 부적법한 청구가 되지 않을 수 없고, 가사 이 사건이 진정입법부작위에 해당한다고 하여도 그러한 경우에 헌법소원의 대상이 되려면 헌법에서 기본권보장을 위하여 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이를 이행하지 않을 때, 그리고 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 아무런 입법조치를 취하고 있지 않은 경우라야 할 것인데(당재판소 1989.3.17. 선고, 88헌마1 결정 참조), 이 사건의 경우에 여기에 해당된다고 볼 수 없을 것으로, 이 점으로도 적법한 청구라고 볼 수 없을 것이다.

5. 결론

그렇다면 이 사건 심판청구는 어느모로 보나 부적법하다 할 것이므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정

에는 관여재판관 전원의 의견일치를 보았다.

1993. 3. 11.

| | |
|-----|---------|
| 재판장 | 재판관 조규광 |
| | 재판관 변정수 |
| | 재판관 김진우 |
| | 재판관 한병채 |
| | 재판관 이시운 |
| | 재판관 최광률 |
| | 재판관 김양균 |
| | 재판관 김문희 |
| | 재판관 황도연 |

도로부지점용허가처분 등에 대한 헌법소원

(91헌마233 헌법재판소 전원재판부)

[판례집 5-1, 104~116]

【판시 사항】

1. 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항 소정의 “공권력(公權力)의 행사(行使) 또는 불행사(不行使)로 인하여 기본권(基本權)의 침해(侵害)를 받은 자”의 의미
2. 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求) 중 일부(一部)가 청구기간(請求期間)을 도과한 후의 청구이어서 부적법(不適法)하다고 본 사례
3. 법원(法院)의 재판(裁判) 자체를 대상으로 하는 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)가 허용되는지 여부

【결정 요지】

1. 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항에서 규정(規定)하는 “공권력(公權力)의 행사(行使) 또는 불행사(不行使)로 인하여 기본권(基本權)의 침해(侵害)를 받은 자”는 공권력(公權力)의 행사(行使) 또는 불행사(不行使)로 인하여 자기의 기본권(基本權)이 현재(現在) 그리고 직접적(直接的)으로 침해(侵害)받은 자를 의미하므로 원칙적으로 공권력(公權力)의 행사(行使) 또는 불행사(不行使)의 직접적(直接的)인 상대방(相對方)이 청구인적격(請求人適格)이 있으나, 공권력(公權力)의 작용(作用)의 직접적(直接的)인 상대방(相對方)이 아닌 제3자라고 하더라도 공권력(公權力)의 작용(作用)이 그 제3자의 기본권(基本權)을 직접적(直接的)이고 법적(法的)으로 침해(侵害)하고 있는 경우에는 그 제3자에게 자기관련성(自己關聯性)이 있다. 반대로 타인에 대한 공권력(公權力)의 작용(作用)이 단지 간접성(間接性), 사실적(事實的) 또는 경제적(經濟的)인 이해관계(利害關係)로만 관련되어 있는 제3자에게는 자기관련성(自己關聯性)은 인정되지 않는다고 보아야 할 것이다.

2. 청구인(請求人)은 청구인 소유 부속건물(附屬建物)의 강제철거일(強制撤去日)로부터 180일이 도과한 후에야 그 건물(建物)을 강제철거(強制撤去)한 데 대한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)를 하였으므로 이는 청구기간(請求期間) 도과 후의 청구로서 부적법(不適法)하다고 본 사례

3. 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항 소정의 “법원(法源)의 재판(裁判)을 제외하고는”의 규정취지(規定趣旨)는 법원(法源)의 재판(裁判) 자체를 대상으로 하는 헌법소원심판(憲法訴願審判)은 허용(許容)될 수 없다는 뜻으로 해석된다.

재판관 변경수, 재판관 한병채의 반대의견(反對意見)

1. 헌법소원(憲法訴願)의 요건(要件)으로서의 “자기관련성(自己關聯性)”은 공권력(公權力) 작용(作用)이 청구인 자신에게 내려진 경우에만 인정되는 것이 아니라, 제3자에 대한 공권력(公權力) 작용(作用)이라고 하더라도 그 작용(作用)이 제3자에게 이익(利益)을 주는 것이어서 그로 인하여 청구인에게 손해(損害)를 주는 경우에는 자기관련성(自己關聯性)이 인정되어야 한다.

| | |
|-------|-----------|
| 청 구 인 | 박 ○ 수 |
| 대리인 | 변호사 신 문 식 |
| 피청구인 | 남양주군수 |

【참조 조문】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항 도로법(道路法) 제40조 (도로(道路)의 점용(占用)) ① 도로(道路)의 구역(區域) 안에서 공작물(工作物)·물건(物件) 기타의 시설(施設)을 신설(新設)·개축(改築)·변경(變更) 또는 제거(除去)하거나 기타의 목적(目的)으로 도로(道路)를 점용(占用)하고자 하는 자(者)는 관리청(管理廳)의 허가를 받아야 한다.

② 제1항의 규정(規定)에 의하여 허가를 받은 수 있는 공작물(工作物)·건물(建物) 기타의 시설(施設)의 종류(種類)와 도로(道路)의 점용허가(占用許可)에 관하여 필요한 사항(事項)은 대통령령(大統領令)으로 정한다.

【참조 판례】

1. 1990.9.3. 선고, 89헌마211 결정
1992.9.4. 고지, 92헌마175 결정
2. 1992.4.28. 선고, 91헌마218 결정
1992.12.24. 선고, 91헌마48 결정

- 3. 1992.6.26. 선고, 89헌마132 결정
- 1992.10.1. 선고, 91헌마112 결정
- 1992.11.12. 선고, 90헌마229 결정
- 1992.12.24. 선고, 92헌마134 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구외 김○희는 그 소유인 경기도 남양주군 ○○원 ○○원리 236의 3 대지의 진입로로 사용하기 위하여 인접 국유지인 같은 리 199의 12 도로 17평방미터(이하 이를 이 사건 도로부지라고 약칭한다)에 대하여 도로점용허가신청을 하였다. 피청구인은 이 신청을 받아들여 1989.6.21.자로 도로법 제40조에 의하여 이 사건 도로부지에 대한 점용허가처분을 하였다. 청구인은 이 사건 도로부지는 청구인이 살고 있는 장독대, 화장실 등 주택대지로서 청구인에게는 필요불가결한 것이고 반대로 청구외 김○희의 소유토지에는 다른 진입로가 있어 이 사건 도로부지를 굳이 진입로로 사용할 필요가 없는데도 피청구인은 이러한 사정을 고려하지 않고 이 사건 도로부지에 대하여 청구외 김○희에게 도로점용허가처분을 하였다는 이유로 청구인은 행정심판을 청구한 후 서울고등법원에 도로부지점용허가처분취소를 구하는 행정소송을 동원 90구 6172호로 제기하였다. 위 행정소송이 진행 중이던 1990.11.5. 피청구인은 청구인의 주거

용 부속건물을 강제철거하였다. 청구인의 도로부지점용허가처분취소의 소는 1990.12.6. 동 법원으로부터 소를 각하하는 판결이 선고되었다. 청구인은 이에 불복하여 대법원에 동 법원 91누1219호로 상고하였다. 그러나 1991.11.26. 대법원에서 상고를 기각하는 판결이 선고되었고 동년 12.7. 동 판결문이 청구인에게 송달되었다. 이에 청구인은 이 사건 도로부지에 대한 피청구인의 도로점용허가처분, 1990.11.5.에 행하여진 이 도로부지상의 청구인의 소유 부속건물에 대한 강제철거 및 위 고등법원과 대법원의 위 각 판결 등이 헌법상 보장된 청구인의 기본권을 침해하였다고 주장하여 1991.12.31. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 피청구인의 청구외 잡회에 대하여 한 이 사건 도로부지에 대한 점용허가처분, 1990.11.5.에 행하여진 그 도로부지상에 건립된 청구인 소유인 부속건물에 대한 강제철거 및 서울고등법원 90구6172 판결과 대법원 91누1219 판결이다.

2. 청구인의 주장 및 관계인의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 청구인은 1966년도부터 현재까지 국유인 경기도 남양주군 ○○원 ○○원리 199의 12 도로부지를 점유하고 그 지상에 건물 등의 생활시설을 갖추고 거주하고 있다. 피청구인은 1988.10. 새마을 소도시 정비사업의 일환으로 이 사건 도로부지상의 청구인 소유인 무허가 건물에 대하여 1988.10.에 도로변 담장설치비 금 500,000원과 1989.4. 건물의 미판정리비 금 3,000,000원을 보조금으로 청구인에게 되었다. 이것은 사실상 피청구인이 청구인에게 이 사건 도로

부지의 점용을 인정한 것이다. 또 청구외 김○희 소유인 같은 곳 236의 3 토지는 출입통로가 개설되어 있어서 청구외인이 이 사건 도로부지가 아니어도 그 토지를 이용하는 데 아무런 불편이 없다. 그런데도 피청구인이 1989.6.19. 청구인이 점용 중인 토지의 일부인 이 사건 도로부지에 대하여 청구외인에게 도로부지점용을 허가해 준 것은 청구인의 헌법상 보장된 재산권을 침해한 것이다.

(2) 또한 1990.11.5. 피청구인이 위 도로부지상의 청구인의 주거시설을 사전계고처분 없이 피청구인이 산하 공무원으로 하여금 강제철거케 한 것도 헌법위반이다.

(3) 이 사건에 대한 서울고등법원과 대법원이의 위 각 판결은 관계법령을 잘못 해석·적용한 결과로서, 청구인의 헌법상 보장된 기본권을 침해하였다.

나. 남양주군수의 답변요지

(1) 남양주군 ○○원 면사무소에 비치된 공부, 주민등록표 및 재산세과세대장 등을 살펴보면, 청구인은 이 사건 토지를 1983.9.17.에서 1985.4.8.까지, 그리고 1989.9.16.부터 현재까지 거주하며 점유한 것으로 되어 있다. 청구인 소유건물에 대한 재산세과세대장을 살펴보면 동 건물은 1986년에야 등재되어 이 때부터 재산세가 부과되었다는 것을 알 수 있다. 따라서 이 사건 도로부지를 1966년부터 점유하였다는 청구인의 주장은 사실이 아니다.

(2) 청구인이 본군으로부터 보조를 받아 담장을 설치한 것은 1988년 88올림픽 개최에 따라 철도와 도로변에 위치한 그 지역에 대한 본군이 환경정비 및 도로변 정화사업차원에서 행한 사업의 일환이었다 그렇다고 해서 청구인 소유건물이 특정건축물정리에만

한특별조치법상의 합법적인 건물로 되는 것이 아니다

(3) 이 사건 도로부지점용허가는 도로법 제40조의 규정에 의하여 정당하게 처리된 것이다. 본군이 청구의 김○희에게 도로부지점용허가를 하였다고 하여도 행정심판법 제9조의 규정에 비추어 청구인에게는 이에 대한 행정심판청구를 할 수 있는 청구인적격이 없으며 행정소송법 제12조(원고적격)의 규정에 비추어 보더라도 청구인에게는 그 취소를 구하는 행정소송을 제기할 수 있는 원고적격도 없다. 그러므로 청구인은 본 도로부지점용허가에 관한 이 사건 헌법소원청구를 할 적격도 없다.

(4) 부속건물철거에 대하여는 행정대집행법 절차에 의거 1989.10.20. 계고장을 발부하였고, 1990.7.13.자로 결재를 얻어 행정대집행영장을 발부, 청구인에게 전달하고자 하였으나 청구인의 완강한 거부로 전달하지 못하고, 1990.11.1. 다시 전달하고자 하였으나 청구인의 수령거부로 수령증에 수령거부표시를 하여 처리한 바 있다. 위와 같이 청구인은 철거계고에 대한 사항을 익히 잘 알고 있었으므로 예고와 계고 없이 이 사건 건물이 기습적으로 강제철거 당하였다는 청구인의 주장은 허위이다.

다. 법무부장관의 의견요지

(1) 청구인은 위 도로부지점용허가처분에 대하여 서울고등법원에 취소소송을 제기하여 소각하판결을 선고받았고 동 판결은 확정되었다. 따라서 위와 같이 사법적 구제절차를 모두 마친 행정처분에 대하여는 헌법 제107조 제2항의 규정에 비추어 볼 때 헌법소원이 허용되지 않는다고 할 것이다.

(2) 또한 헌법소원을 제기할 수 있는 자는 공권력의 행사 또는

불행사로 인하여 직접적이고도 현실적으로 기본권을 침해받은 자이어야 하고, 그 공권력의 행사나 불행사는 자기에 대한 것이어야 한다 그러나 이 사건 도로부지점용허가처분은 청구인이 아닌 청구의 감○회에 대한 것이다. 따라서 위 처분에 대한 청구인의 헌법소원심판청구는 자기관련성이 없어 각하되어야 할 것이다.

(3) 청구인은 1989.9.16.부터 위 주택에 거주하였는데, 청구인은 이를 특정건축물정리에관한특별조치법이 정한 신고기간 내에 신고하거나 준공검사필증을 교부받지 않았다. 따라서 위 주택은 동법에 의하여 합법화된 사실이 전혀 없다. 피청구인은 실제로 현장조사를 한 후 적법절차에 따라 이 사건 도로부지점용허가를 하였다. 또 이 사건 처분의 근거가 된 도로법 제40조 등 관계규정에 의하더라도 제○자가 점유 중인 도로부지에 관하여는 점용허가를 할 수 없다거나 다른 진입로가 있는 경우에는 진입로로 사용하기 위한 도로점용의 허가를 금하는 규정을 찾아 볼 수 없다. 그러므로 청구인의 주장은 그 근거가 전혀 없는 억지주장에 불과하여 마땅히 기각되어야 할 것이다.

(4) 헌법소원은 다른 법률에 의한 구제절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다. 청구인의 주장대로 이 사건 주거용 부속건물강제철거가 계고절차를 거치지 않아 불법이라고 하더라도 청구인은 국가배상법에서 정한 절차에 따라 국가를 상대로 배상금 지급신청을 한 후 손해배상청구소송을 제기하였어야 한다. 그런데도 이 사건 기록에 의하면 청구인이 위와 같은 구제절차를 거쳤다고 볼 아무런 자료가 없다 따라서 이 부분에 대한 헌법소원은 부적법하다.

3. 판단

가. 먼저 이 사건 도로부지점용허가처분에 대한 헌법소원심판청구의 적법성에 관하여 살펴본다.

헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권이 침해된 자만이 헌법소원을 제기할 수 있다. 이 법조문에서 규정하는 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권의 침해를 받은 자”는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 기본권이 현재 그리고 직접적으로 침해받은 자를 의미한다(헌재 1990.12.26. 선고, 90헌마20 결정 등 참조). 따라서 원칙적으로 공권력의 행사 또는 불행사의 직접적인 상대방이 청구인적격이 있다. 그러나 공권력의 작용의 직접적인 상대방이 아닌 제3자라고 하더라도 공권력의 작용이 그 제3자의 기본권을 직접적이고 법적으로 침해하고 있는 경우에는 그 제3자에게 자기관련성이 있다고 할 것이다. 반대로 타인에 대한 공권력의 작용이 단지 간접적, 사실적 또는 경제적인 이해관계로만 관련되어 있는 제3자에게는 자기관련성은 인정되지 않는다고 보아야 할 것이다.

그런데 청구인은 이 사건 도로부지점용허가처분의 직접적인 상대방이 아닌 제3자이다. 청구인은 점용허가 없이 불법으로 이 사건 도로부지를 점용하고 있는 자에 지나지 않는다. 청구인은 이 사건 도로부지점용허가처분에 대하여 단지 간접적이고 사실적이고 경제적인 이해관계가 있는 자일 뿐 법적인 이해관계인이 아니다. 따라서 청구인에게는 동처분에 관하여 자기관련성이 인정되지 않는다고 할 것이다.

그렇다면 청구인의 이 사건 헌법소원심판청구 중 도로부지점용

허가처분에 대한 청구는 청구인에게 그 요건인 자기관련성이 결여되어 부적법하다.

나. 다음으로 이 사건 도로부지상의 청구인 소유 부속건물을 강제 철거한 데 대한 헌법소원심판청구의 적법성에 관하여 살펴본다

헌법재판소법 제69조 제1항에 의하면 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다. 이 사건 도로부지상의 청구인 소유 부속 건물의 강제철거는 1990.11.5.에 행하여졌다. 그런데 청구인은 1991.12.31.에 서야 헌법소원심판청구를 하였다. 그러므로 이 사건 헌법소원심판청구 중 위 강제철거에 대한 청구는 청구기간도와 후의 청구로서 부적법하다.

다. 끝으로 서울고등법원 90구6172 판결과 대법원 91누1219 판결에 대한 헌법소원심판청구의 적법성에 관하여 살펴본다

청구인은 위 고등법원 판결과 위 대법원 판결이 청구인에게 헌법상 보장된 기본권을 침해하고 있다고 주장하면서 동 판결들 자체에 대한 헌법소원심판청구를 하고 있다. 그러나 헌법재판소법 제68조 제1항에는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하였다. 이 법조문의 “법원이 재판을 제외하고는”의 규정취지는 법원의 재판 자체를 대상으로 하는 헌법소원심판은 허용될 수 없다는 뜻이라고 해석된다(헌재 1992.12.24. 선고, 92헌마134 결정 참조).

그렇다면 위 각 판결 자체에 대한 헌법소원심판청구인 위 청구는

그 대상이 될 수 없는 사항에 대한 헌법소원심판청구이어서 부적법하다.

라. 필경 이 사건 헌법소원심판청구는 모두 부적법하다고 할 것이므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다

이 결정은 재판관 변정수 재판관 한병채를 제외한 관여재판관 전원의 찬성에 의한 것이다.

4. 재판관 변정수 재판관 한병채의 반대의견

우리는 도로부지점용허가처분에 대한 헌법소원심판청구 각하부분에 대하여 반대한다.

가. 청구인은 자신이 이 사건 도로부지를 오래 전부터 사용해 왔을뿐더러 위 도로부지는 자기에게 꼭 필요한 토지인데도 불구하고 피청구인은 청구인에게 도로점용허가를 아니해 주고 김○희라는 사람에게 점용허가를 해 줌으로써 청구인의 기본권(재산권)을 침해하였다는 이유로 이 사건 헌법소원의 심판청구를 한 것이다

이에 대하여 다수의견은 청구인은 이 사건 도로부지점용허가처분의 직접적인 상대방이 아닌 제3자이고 또한 청구인은 점용허가없이 불법으로 이 사건 도로부지를 점용하고 있는 자에 지나지 않으며 청구인은 이 사건 도로부지점용허가처분에 대하여 단지 간접적이고 사실적이고 경제적인 이해관계자일 뿐 법적인 이해관계자가 아니므로 청구인에게는 헌법소원심판청구의 요건인 자기관련성이 인정되지 않는다는 이유로 심판청구를 각하하였다.

나. 그러나 헌법소원의 요건으로서의 “자기관련성”이라는 것은 공권력작용이 청구인 자신에게 내려진 경우에만 인정되는 것이 아니라 이 사건에서처럼 제3자에 대한 공권력 작용이라 하더라도 그

작용이 제3자에게 이익을 주는 것이어서 그로 인하여 청구인에게 손해를 주는 경우에도 자기관련성이 인정되어야 한다

이 사건에서 청구인은 자기에게 점용허가되어야 할 도로부지를 피청구인이 제3자에게 점용허가해 줌으로써 청구인이 재산상의 손해를 입었다는 것이므로 청구인 주장만을 놓고 볼 때 이는 피청구인의 공권력 행사로 인한 청구인 자신의 기본권(재산권) 침해를 주장하는 것이어서 헌법소원의 요건으로서의 자기관련성을 충분히 갖추고 있다 할 것이다. 그럼에도 불구하고 다수의견이 공권력작용이 청구인 자신에게 내려진 경우에만 자기관련성이 있다는 전제 아래 도로부지점용허가처분의 직접적인 상대방이 아닌 청구인에게는 자기관련성이 인정되지 않는다고 하여 청구인의 헌법소원을 각하한 것은 헌법소원의 요건으로서의 “자기관련성”에 관한 법리를 오해한 때문이다. 다수의견은 “청구인은 점용허가 없이 불법으로 이 사건 도로부지를 점용하고 있는 자에 지나지 않는다.”라고도 실시하여 청구인이 도로부지의 불법점유라는 사실도 청구인이 과연 도로부지의 불법점유자이나 아니냐의 문제는 사건의 본안심리에 들어가서 과연 청구인이 이 사건 도로부지의 점용허가를 받을 자격이 있는 자이나의 여부, 피청구인이 이 사건 도로부지의 점용허가를 청구인에게 하지 아니하고 제3자에게 해 준 것이 청구인의 권리침해가 되느냐의 여부를 판단할 때 가려야 할 문제이지 헌법소원의 적법요건으로서의 “자기관련성”과는 관계없는 문제이다. 더구나 청구인은 피청구인의 양해 아래 이 사건 도로부지를 점용하여 왔다고 주장하고 있을뿐더러 도로법은 그 제40조 제1항에 “도로의 구역

안에서 공작물, 물건 기타의 사실을 신설 개축, 변경 또는 제거하거나 기타의 목적으로 도로를 점용하고자 하는 자는 관리청의 허가를 받아야 한다.”라고 규정하였을 뿐, 점용허가를 받을 자의 자격요건에 관하여 별다른 규정을 한 바 없고 이미 도로를 허가 없이 불법점용하여 온 자는 그 도로를 점용허가받을 자격이 없다는 등의 규정도 없다 따라서 도로 관리청이 도로법 제40조 제1항에 의하여 도로점용허가를 함에 있어서는 이제까지의 불법점용 여부와는 관계없이 여러 가지 기초조사를 한 결과 가장 적격을 갖춘 자라고 인정된 자 즉 이해관계가 가장 큰 자에게 점용허가를 하여야지 그렇지 아니하고 적격자를 배제하고 엉뚱한 사람에게 점용허가를 하였다면 이는 점용허가권의 남용에 해당되고 이 경우 점용허가를 받았어야 할 적격자는 도로관리청의 위법한 공권력(허가권) 행사로 인하여 재산권을 침해당한 것이 되므로 이러한 자는 헌법소원을 제기할만한 정당한 이익이 있는 자로서 헌법소원의 “자기관련성”을 충분히 갖추었다고 할 것이다. 그러므로 다수의견이 청구인이 그 동안 도로부지를 허가 없이 점용하여 온 불법점유자였음을 이유로 이 사건 헌법소원을 제기할 자격요건인 “자기관련성”이 없다고 보았다면 이 점 또한 잘못된 일이다.

이 사건에 청구인은 헌법소원을 제기할 만한 충분한 이익이 있고 자기관련성에 아무런 문제도 없으므로 헌법재판소로는 마땅히 사건내용의 심리에 들어가서 과연 피청구인의 공권력(도로점용허가권)행사로 인하여 청구인이 기본권(재산권)을 침해당하였는지의 여부를 판단하여야 한다고 본다.

재판장 재판관 조규광
재판관 변정수
재판관 김진우
재판관 한병채
재판관 이시윤
재판관 최광틀
재판관 김양균
재판관 김문희
재판관 황도연

불기소처분취소

(1993. 3. 11. 92헌마34 헌법재판소 전원재판부
[판례집 5-1, 117~120])

【관시 사항】

검사(檢事)의 불기소처분(不起訴處分)에 대하여 범죄의 피해자(被害者)가 아닌 자가 제기한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)의 적법(適法) 여부

【결정 요지】

헌법소원심판은 심판대상이 된 공권력(公權力)의 행사(行使) 또는 불행사(不行使)로 인하여 보장된 기본권(基本權)을 침해받은 자만 청구할 수 있으므로, 검사의 불기소처분(不起訴處分)에 대하여 범죄의 피해자(被害者)가 아닌 자가 제기한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)는 권리보호(權利保護)의 이익(利益)이 없어 부적법(不適法)하다.

| | |
|-------|---------------|
| 청 구 인 | 김 ○ 상 외 1인 |
| 청구인들 | 대리인 변호사 윤 기 원 |
| 피청구인 | 서울지방검찰청 검사 |

【참조 조문】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

【참조 판례】

- 1989.12.22. 선고, 89헌마145 결정 (판례집 1권, 413)
- 1990.6.25. 선고, 89헌마234 결정 (판례집 2권, 207)
- 1990.9.3. 선고, 89헌마90 결정 (판례집 2권, 283)
- 1992.1.28. 선고, 90헌마227 결정
- 1992.7.23. 선고, 91헌마81 결정
- 1992.12.24. 선고, 92헌마186 결정

【주 문】

이 사건 헌법소원심판청구 중 청구인 갑상의 심판청구는 각하하고 청구인 이○자의 심판청구는 기각한다

【이 유】

1. 사건의 개요

이 사건 기록과 청구외 마○진에 대한 서울지방검찰청 1990년 형제 65504호 불기소 사건기록에 의하면 아래와 같은 사실이 인정된다

가. 청구인 이○자는 1990.4.21. 피청구인에게 다음 2. 고소사실의 요지와 같은 내용으로 위 청구외인을 고소하였다

나. 피청구인은 1990.12.28. 위 고소사실을 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 위 사건을 불기소처분하였다

다. 청구인 이○자는 이에 불복, 검찰청법에 정한 절차에 따라 항고 재항고하였으나, 1992.1.20. 대검찰청으로부터 재항고기각결정을 통지받자, 청구인 김○상과 함께 피청구인의 위 처분이 부당한 검찰권의 행사로서 범죄피해자인 청구인의 헌법상 보장된 기본권을 침해하였다 하여 1992.2.19. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다

2. 고소사실의 요지

피고소인 마○진은 서울 중구 ○○2가 85에 있는 ○○대학교 부속 ○ 병원 비뇨기과 전문의로서 1989.10.5. 위 병원 수술실에서 청구인 이○자의 남편이자 청구인 김○상의 장인인 피해자 망 ㄹ○형

의 방광종양을 전신마취를 하여 수술하다가 종양의 뿌리가 깊어 수술을 중단한 후, 같은 달 10. 위 병원 수술실에서 피해자의 방광종양을 다시 전신마취를 하여 수술하게 되었다. 이러한 경우 피고소인은 피해자가 개복수술한 뒤 닷새만이어서 아직 그의 간기능이 정상으로 회복된 상태가 아니라는 사실과 2차수술에 사용될 마취제가 피해자의 간에 미칠 영향 등을 충분히 인식하여, 사용될 마취제의 종류를 신중히 결정하고 사용할 마취제에 따라 반드시 피해자의 간기능검사를 하는 등 마취제의 부작용을 방지하여야 할 업무상 주의의무가 있는 것이다 그러나 피고소인은 이러한 주의를 게을리한 채 간에 부담이 큰 할로탄 마취제를 사용하여 피해자를 마취한 후 수술을 하였고 그로 말미암아 피해자는 간세포가 파괴되어 1989.11.12. 급성간부전증으로 사망하게 되었다

3. 판단

가. 먼저, 청구인 김○상의 이 사건 헌법소원심판청구의 적법성에 관하여 살펴본다. 헌법소원심판은 심판대상이 된 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자만 청구할 수 있는 것이다(당 재판소 1989.12.12. 선고, 89헌마145 결정; 1990.9.3. 선고, 89헌마90 결정 등 참조). 그런데, 기록에 의하면 청구인 김○상은 위 업무상 과실치사사건의 피해자인 망 조○형의 사위로서 단지 위 망인의 처인 청구인 이○자 등 상속인을 대리하여 고소를 제기하고 피청구인의 불기소처분에 대하여 항고, 재항고를 한 사실이 인정된다 그렇다면 청구인 김○상의 이 사건 헌법소원심판청구는 범죄의 피해자가 아닌 자가 제기한 헌법소원으로서 권리보호의 이익이 없어 부적법하다

나. 나아가, 청구인 이○자의 심판청구에 관하여 살피건대 피청구인이 청구인의 고소사실에 대하여 현저히 정의와 형평에 반하는 수사를 하였거나 헌법의 해석 법률의 적용 또는 증거판단에 있어서 불기소처분의 결정에 영향을 미친 중대한 잘못이 있다고 보여지지 아니하므로 피청구인의 불기소처분으로 말미암아 청구인의 기본권이 침해되었다고 볼 수 없다. 따라서 청구인 이육자의 심판청구는 이유없다

다. 그렇다면 이 사건 헌법소원심판청구중 청구인 갑상의 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하고 청구인 이○자의 심판청구는 이유없으므로 이를 기각하기로 하여 재판관 전원의 의견일치에 따라 주문과 같이 결정한다.

1993. 3. 11.

| | |
|-----|---------|
| 재판장 | 재판관 조규광 |
| | 재판관 변정수 |
| | 재판관 김진우 |
| | 재판관 한병채 |
| | 재판관 이시윤 |
| | 재판관 최광률 |
| | 재판관 김양균 |
| | 재판관 김문희 |
| | 재판관 황도연 |

불기소처분에 대한 헌법소원

(1993. 3. 11. 92헌마48 헌법재판소 전원재판부)

[판례집 5-1, 121~141]

【관시 사항】

1. 헌법(憲法) 제27조 제5항에 의한 재판절차진술권(裁判節次陳述權)이 보장되는 형사피해자(刑事被害者)의 범위
2. 보충성(補充性)의 원칙(原則)에 대한 예외
3. 검사(檢事)의 불기소처분(不起訴處分)으로 인한 기본권침해(基本權侵害)가 부인된 사례

【결정 요지】

1. 가. 헌법(憲法) 제27조 제5항에서 형사피해자(刑事被害者)의 재판절차진술권(裁判節次陳述權)을 독립된 기본권(基本權)으로 보장한 취지(趣旨)는 피해자(被害者) 등에 의한 사인소추(私人訴追)를 전면 배제(排除)하고 형사소추권(刑事訴追權)을 검사(檢事)에게 독점시키고 있는 현행 기소독점주의(起訴獨占主義)의 형사소송체계(刑事訴訟體系) 아래에서 형사피해자(刑事被害者)로 하여금 당해 사건의 형사재판절차(刑事裁判節次)에 참여할 수 있는 청문(聽聞)의 기회를 부여함으로써 형사사법(刑事司法)의 절차적(節次的) 적정성(適正性)을 확보하기 위한 것이므로, 위 헌법조항(憲法條項)의 형사피해자(刑事被害者)의 개념(概念)은 반드시 형사실체법상(刑事實體法上)의 보호법익(保護法益)을 기준으로 한 피해자개념(被害者概念)에 한정(限定)하여 결정할 것이 아니라 형사실체법상(刑事實體法上)으로는 직접적(直接的)인 보호법익(保護法益)의 향유주체(享有主體)로 해석되지 않는 자라 하더라도 문제된 범죄행위(犯罪行爲)로 말미암아 법률상(法律上) 불이익(不利益)을 받게 되는 자의 뜻으로 풀이하여야 할 것이다.

나. 교통사고(交通事故)로 사망(死亡)한 사람의 부모(父母)는 형사소송법상(刑事訴訟法上) 고소권자(告訴權者)의 지위(地位)에 있을 뿐만 아니라, 비록 교통사고처리특례법(交通事故處理特例法)의 보호법익(保護法益)인 생명(生命)의 주체(主體)는 아니라고 하더라도, 그 교통사고(交通事故)로 자녀(子女)가 사망(死亡)함으로 인하여 극심한 정신적 고통을 받은 법률상(法律上) 불이익(不利益)을 입게 된 자임이 명백하므로, 헌법상(憲法上) 재판절차진술권(裁判節次陳述權)이 보장(保障)되는 형사피해자(刑事被害者)의 범주(範疇)에 속한다.

2. 형사피해자(刑事被害者)인 청구인들이 고소(告訴)를 제기(提起)함이 없이 사법경찰관(司法警察官)의 인지(認知)에 의하여 수사(搜查)와 처분(處分)이 종결(終結)된 사건에 있어서, 반드시 청구인들로 하여금 새로이 당해(當該) 피의사건(被疑事件)에 대하여 별도의 고소(告訴)를 제기(提起)하게 하고 그 처리결과(處理結果)에 따라 항고(抗告), 재항고(再抗告)의 절차(節次)를 거친 다음 헌법소원심판(憲法訴願審判)을 청구할 것을 요구하는 것은 청구인들의 권리구제(權利救濟)나 공권력(公權力)의 효율적(效率的) 집행면(執行面)에서도 아무런 실익이 없는 경우가 있을 것이므로, 청구인들은 별도로 고소(告訴)를 제기(提起)함이 없이 곧바로 검사(檢事)의 불기소처분(不起訴處分)에 대하여 헌법소원심판(憲法訴願審判)을 청구할 수 있다.

재판관 김진우, 최광철의 반대의견(反對意見)

1. 헌법(憲法) 제27조 제5항의 재판절차진술권(裁判節次陳述權)의 주체(主體)를 법률(法律)로서 구체화(具體化)한 것이 형사소송법(刑事訴訟法) 제294조의2의 “범죄(犯罪)로 인한 피해자(被害者)”인데, 같은 법 제223조에 “범죄(犯罪)로 인한 피해자(被害者)”인 고소권자(告訴權者)와 같은 법 제225조에 “비피해자(非被害者)인 고소권자(告訴權者)”로서 피해자(被害者)가 사망(死亡)한 경우의 그의 직계친족(直系親族)을 규정한 취지에 비추어, 교통사고(交通事故)로 사망(死亡)한 망인(亡人)의 부모(父母)는 재판절차진술권(裁判節次陳述權)이 보장(保障)된 형사피해자(刑事被害者)라고 할 수 없고, 상해(傷害)의 경우 피해자(被害者)의 부모(父母)에게 민법상(民法上) 위자료청구권(慰籍料請求權)이 보장(保障)되더라도 그 부모(父母)를 형사피해자(刑事被害者)라고 할 수 없듯이 어떤 범죄(犯罪)로 인하여 정신적(精神的) 고통(苦痛)을 받은 자를 모두 형사피해자(刑事被害者)로 볼 수 없다.

2. 고소권자(告訴權者)라고 하여도 불기소처분시(不起訴處分時)까지 고소권(告訴權)을 행사하지 아니하였다면 평등권(平等權)의 침해(侵害)를 주장할 지위에 있지 않다.

청 구 인 이 ○ 동 의 1인
 대리인 변호사 이 재 명
피청구인 서울지방검찰청 북부지청 검사

【참조 조문】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

형사소송법(刑事訴訟法) 제223조 (고소권자(告訴權者)) 범죄(犯罪)로 인(因)한 피해자(被害者)는 고소(告訴)할 수 없다.

형사소송법(刑事訴訟法) 제225조 (비피해자(非被害者)인 고소권자(告訴權者)) ① 피해자(被害者)의 법정대리인(法定代理人)은 독립(獨立)하여 고소(告訴)할 수 있다.

② 피해자(被害者)가 사망(死亡)한 때에는 그 배우자(配偶者), 직계친족(直系親族) 또는 형제자매(兄弟姊妹)는 고소(告訴)할 수 있다. 단(但) 피해자(被害者)의 명시(明示)한 의사(意思)에 반(反)하지 못한다.

형사소송법(刑事訴訟法) 제294조의2 (피해자(被害者)의 진술권(陳述權))

① 법원(法院)은 범죄(犯罪)로 인한 피해자(被害者)의 신청(申請)이 있는 경우에는 그 피해자(被害者)를 증인(證人)으로 신문(訊問)하여야 한다. 다만, 다음 각호(各號)의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니한다.

1. 피해자(被害者)가 아닌 자(者)가 신청(申請)한 경우

2. 신청인(申請人)이 이미 당해 사건(事件)에 관하여 공판절차(公判節次) 또는 수사절차(搜查節次)에서 충분히 진술(陳述)하여 다시 진술(陳述)할 필요가 없다고 인정되는 경우

3. 신청인(申請人)의 진술(陳述)로 인하여 공판절차(公判節次)가 현저하게 지연될 우려가 있는 경우

②~④ 생략

범죄피해자구조법(犯罪被害者救助法) 제2조 (정의(定義)) 이 법(法)에서 사용하는 용어(用語)의 정의(定義)는 다음과 같다.

1. “범죄피해(犯罪被害)”라 함은 대한민국(大韓民國)의 영역(領域) 안 또는 대한민국(大韓民國)의 영역(領域) 밖에 있는 대한민국(大韓民國) 선박(船舶) 또는 항공기(航空機) 안에서 행하여진 사람의 생명(生命) 또는 신체(身體)를 해하는 죄(罪)에 해당하는 행위(行爲)(형법(刑法) 제9조, 제10조 제1항, 제12조, 제32조 제1항의 규정(規定)에 의하여 처벌(處罰)되지 아니하는 행위(行爲)를 포함하며, 동법(同法) 제20조 또는 제21조 제1항의 규정(規定)에 의하여 처벌(處罰)되지 아니하는 행위(行爲) 및 과실(過失)에 의한 행위(行爲)를 제외한다. 이하“범죄행위(犯罪行爲)”라 한다)에 인한 사망(死亡) 또는 중장해(重障害)를 말한다.

2. “중장해(重障害)”라 함은 부상(負傷) 또는 질병(疾病)이 치유(治癒)된 때(그 증상(症狀)이 고정(固定)된 때를 포함한다)의 신체상(身體上)의 장애(障害)로서 대통령령(大統領令)이 정하는 경우를 말한다.

범죄피해자구조법(犯罪被害者救助法) 제3조 (적용범위(適用範圍)) ① 국가(國家)는 범죄피해(犯罪被害)를 받은 자(者)(이하 “피해자(被害者)”라 한다)가 가해자(加害者)의 불명(不明) 또는 무자력(無資力)의 사유로 인하여 피해(被害)의 전부 또는 일부를 배상(賠償)받지 못하고 그 생계유지(生計維持)가 곤란한 사정(事情)이 있거나, 자기 또는 타인(他人)의 형사사건(刑事事件)의 수사(搜查) 또는 재판(裁判)에 있어서 고소(告訴)·고발(告發) 등 수

사단서(搜查端緒)의 제공, 진술(陳述), 증언(證言) 또는 자료제출(資料提出)과 관련하여 피해자(被害者)로 된 때에는 이 법(法)이 정하는 바에 의하여 피해자(被害者) 또는 유족(遺族)에게 범죄피해자구조금(犯罪被害者救助金)(이하“구조금(救助金)”이라 한다)을 지급(支給)한다.

② 제1항의 규정(規定)에 의한 가해자(加害者)의 불명(不明)·무자력(無資力) 및 피해자(被害者)의 생계곤란(生計困難) 여부(與否)에 관한 기준(基準), 증명절차(證明節次) 기타 필요한 사항은 대통령령(大統領令)으로 정한다.

범죄피해자구조법(犯罪被害者救助法) 제5조 (유족(遺族)의 범위 및 순위(順位)) ① 유족구조금(遺族救助金)의 지급(支給)을 받을 수 있는 유족(遺族)은 피해자(被害者)의 사망(死亡)당시 피해자(被害者)의 수입(輸入)에 의하여 생계(生計)를 유지(維持)하고 있던 자(者)로서 다음 각호(各號)의 1에 해당하는 자(者)로 한다.

1. 배우자(配偶者)(사실상(事實上) 혼인관계(婚姻關係)를 포함한다. 이하 같다)·자(子)
2. 부모(父母)
3. 손(孫)
4. 조부모(祖父母)
5. 형제자매(兄弟姊妹)

② 태아(胎兒)는 제1항의 규정(規定)에 의한 유족(遺族)의 범위를 적용(適用)함에 있어서 이미 출생(出生)한 것으로 본다.

③ 유족구조금(遺族救助金)의 지급(支給)을 받을 유족(遺族)의 순위(順位)는 제1항에 열거한 순서(順序)로 하고, 부모(父母)의 경우에는 양부모(養父母)를 선순위(先順位)로 하고 친생부모(親生父母)를 후순위(後順位)로 한다.

④ 유족(遺族)이 피해자(被害者)를 고의(故意)로 사망(死亡)하게 하거나 피해자(被害者)가 사망(死亡)하기 전에 그의 사망(死亡)으로 인하여 유족구조금(遺族救助金)을 지급(支給)받을 수 있는 선순위(先順位) 또는 동순위(同順位)의 유족(遺族)이 될 자(者)를 고의(故意)로 사망(死亡)하게 한 경우는 유족구조금(遺族救助金)을 지급(支給)받을 수 있는 유족(遺族)으로 보지 아니한다. 피해자(被害者)가 사망(死亡)한 후 유족구조금(유족구조금)을 지급(支給)받을 수 있는 선순위(先順位) 또는 동순위(同順位)의 유족(遺族)을 고의(故意)로 사망하게 한 경우도 또한 같다.

소송촉진(訴訟促進)등에관한특별법(特例法) 제25조 (배상명령(賠償命命)) ① 제1심 또는 제2심의 형사소송절차(刑事訴訟節次)에서 형법(刑法) 제257조 제1항·제258조 제1항 및 제2항·제259조 제1항·제262조(존속폭행치사상(尊屬暴行致死傷)의 죄(罪)를 제외한다)·형법(刑法) 제26장·제38장 내지 제40장 및 제42장에 규정(規定)된 죄(罪)에 관하여 유죄판결(有罪判決)을 선고(宣告)할 경우에 법원(法院)은 직권(職權) 또는 피해자(被害者)나 그 상속인(相續人)(이하 “피해자(被害者)”라 한다)의 신청(申請)에 의하여 피고사건(被告事件)의 범죄행위(犯罪行爲)로 인하여 발생한 직접적(直接的)인 물질(物的) 피해(被害) 및 치료비(治療費) 손해(損害)의 배상(賠償)을 명(命)할 수 있다.

② 법원(法院)은 제1항에 정한 죄(罪) 및 그 이외의 죄(罪)에 대한 피고사건(被告事件)에 있어서 피고인(被告人)과 피해자(被害者) 사이에 합의(合意)된 손해배상액(損害賠償額)에 관하여도 제1항의 규정(規定)에 따라

배상(賠償)을 명(命)할 수 있다.

③ 법원(法院)은 다음 각호(各號)의 1에 해당하는 때에는 배상명령(賠償命令)을 하여서는 안된다.

1. 피해자(被害者)의 성명(姓名)·주소(住所)가 분명(分明)하지 아니한 때
2. 피해금액(被害金額)이 특정(特定)되지 아니한 때
3. 피고인(被告人)의 배상책임(賠償責任)의 유무(有無) 또는 그 범위가 명백(明白)하지 아니한 때
4. 배상명령(賠償命令)으로 인하여 공판절차(公判節次)가 현저(顯著)히 지연(遲延)될 우려가 있거나 형사소송절차(刑事訴訟節次)에서 배상명령(賠償命令)을 함이 상당하지 아니하다고 인정한 때

민법(民法) 제751조 (재산이외(財産以外)의 손해(損害)의 배상(賠償))

① 타인(他人)의 신체(身體), 자유(自由) 또는 명예(名譽)를 해(害)하거나 기타(其他) 정신상(精神上) 고통(苦痛)을 가(加)한 자(者)는 재산(財産) 이외(以外)의 손해(損害)에 대(對)하여도 배상(賠償)할 책임(責任)이 있다.

② 법원(法院)은 전항(前項)의 손해배상(損害賠償)을 정기금채무(定期金債務)로 지급(支給)할 것을 명(命)할 수 있고 그 이행(履行)을 확보(確保)하기 위(爲)하여 상당(相當)한 담보(擔保)의 제공(提供)을 명(命)할 수 있다.

민법(民法) 제752조 (생명침해(生命侵害)로 인(因)한 위자료(慰藉料)) 타인(他人)의 생명(生命)을 해(害)한 자(者)는 피해자(被害者)의 직계존속(直系尊屬), 직계비속(直系卑屬) 및 배우자(配偶者)에 대(對)하여는 재산상(財産上)의 손해(損害)없는 경우(境遇)에도 손해배상(損害賠償)의 책임(責任)이 있다.

【참조 판례】

1. 1989.4.17. 선고, 88헌마3 결정 (판례집 1권, 31)
1989.12.22. 선고, 89헌마145 결정 (판례집 1권, 413)
1992.2.25. 선고, 90헌마91 결정
2. 1992.1.28. 선고, 90헌마227 결정
1992.7.23. 선고, 91헌마142 결정
1992.10.1. 선고, 91헌마31 결정

【주 문】

청구인들의 심판청구를 기각한다

【이 유】

1. 사건개요

이 사건기록과 청구외 김○영에 대한 서울지방검찰청 북부지청 91형 제47240호 불기소사건기록에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다

가. 청구외 김○영은 1991.9.14. 11:00경 서울5 사○○○호 버스를 운전하여 서울 ○○동 방면에서 ○○시장 방면을 향하여 서울 도봉구 ○동 748 앞 경사도 약 15도의 오르막길인 2차선 도로에서 시속 50킬로미터로 1차선을 운행하다가 청구인들의 아들인 청구외 망 이○덕이 타고 가던 49cc 오토바이를 위 버스로 충격하였다. 이 사고로 위 이○덕이 늑골골절상을 입고 병원으로 후송도중 사망하였고 위 이○덕이 타고 가던 오토바이도 손괴 되었다.

나. 피청구인은 위 청구외 김○영을 교통사고처리특례법 위반혐의로 인지하고 수사한 후 1991.1.29. 혐의없음의 불기소처분을 하였다.

다. 피청구인의 위 불기소처분 이유의 요지는 다음과 같다

피의자인 위 청구외 김○영은, 위 사고지점을 위 버스를 운행하고 통과하던 중 약 15도 경사진 내리막길인 반대차선에서 상당히 빠른 속력으로 오토바이를 타고 내려오던 청구외 망 이○덕을 7미터 전방 지점에서 발견하였는 바, 동 이○덕이 4미터 전방지점에서 갑자기 비틀거리더니 중앙선을 침범하여 위 김○영이 운행중이던 차선으로 진입하여 들어오므로 동 김○영은 급히 핸들을 돌리며 피하였으나 이를 피하지 못하고 이 건 사고가 발생하였으므로 자신으로서는 도로 우측으로 피행하며 급제동조치를 취하는 외에는 달리 피할 방법이 없었다는 취지로 변소하고, 참고인 조○현, 김○숙, 오○숙의 각 진술 및 사법경찰관 사무취급 작성의 실황조사서 기재

내용도 이 변소에 부합하고 앞서 진행중이던 위 이○덕이 운전하던 오토바이를 위 김○영이 운전중이던 버스가 추돌하였다는 참고인 한○수, 김○태, 김○호의 각 진술은 동인들이 위 이○덕에게 오토바이를 빌려주거나 돈을 빌려주는 등 가깝게 지내오던 사이들인 점을 고려하여 볼 때 동인들의 진술은 참고인 조○현의 진술 등에 비추어 믿기 어렵고, 그의 달리 위 김○영의 변소를 배척할 자료가 없다. 이러한 경우 위 김○영으로서는 반대차선에서 오토바이를 타고 오던 위 이○덕이 중앙선을 침범하여 위 김○영이 버스를 운행하던 차선의 전방으로 갑자기 진입하여 올 것까지를 예견해서 감속하는 등 사전에 충돌을 방지할 운전업무상의 주의의무까지 진다고는 할 수 없다

2. 청구인들의 주장 및 피청구인의 답변

가. 청구인들의 주장사실의 요지

위 사고는 피의자인 위 김○영이 위 버스를 운행하면서 전방주시의무를 태만히 한 과실로 동 버스의 진행방향과 같은 방향으로 앞서가던 위 이○덕이 운전하던 오토바이를 뒤에서 위 버스의 전면 우측으로 충격하여 위 오토바이가 우측으로 넘어지게하고 위 이○덕으로 하여금 즉시 사망하게하고, 오토바이는 버스밑으로 깔리면서 끌려가게하여 수리비 1,046,000원을 요하는 손괴를 가하였다. 위 김○영의 위와 같은 과실과 사고경위는 버스가 차선과 평행을 이루어 정지하였고 급정거하거나 피행한 스키드마크가 없는 점, 버스의 손상부위 그리고 오토바이의 우측 핸들만 굽히고 좌측 뒷면 흰색카바만 깨진 오토바이의 손상상태 오토바이가 18m 내지 20m나 버스 차밑으로 끌린 흔적, 위 이○덕이 위 사고로 부상한 상

해가 하악골다발성골절, 탈구, 좌측늑골골절, 상하치골골절상 등인 점에 의하여 입증된다. 만일 불기소이유와 같이 피해자인 위 이○덕이 위 오토바이를 운전하여 맞은 편에서 진행하여 오다가 중앙선을 넘어와 버스와 충돌하였다면 오토바이 우측전면에 큰 손상이 생기고 피해자도 두개골골절, 우측다리나 우측견갑부골절상을 입었을 터인데 그러하지 아니하다. 피의자인 위 김○영은 전방주시 태만으로 오토바이와 충돌한 것조차 늦게 깨달은 정도로 보인다 그래서 급제동조치도 조향조치도 취하지 아니하였다. 그런데도 혐의없음의 불기소처분을 한 피청구인의 처분은 이러한 점에 대한 수사가 미진이고 자의적인 처분으로 청구인들의 기본권을 침해한 것이다.

나. 피청구인의 답변요지

(1) 본건 피해자의 부모들인 청구인들은 검사의 인지사건처리와 관계 없이 가해운전사에 대하여 형사소송법 제225조에 의하여 고소권을 행사할 수 있음에도 불구하고 아직 고소권을 행사하지 않았다 따라서 다른 법률에 정한 구제절차를 모두 거치지 않았으므로 각하되어야 한다

(2) 그렇지 않다고 하더라도, 피청구인의 혐의없음의 불기소처분에 잘못이 없고 청구인들이 주장하는 문제 버스의 정지상태 오토바이와 버스의 손상부위, 오토바이의 끌린 흔적 및 피해자의 신체손상부위 등에 대하여는 수사가 되었거나 청구인들의 일방적 주장에 불과한 것이고 과연 이러한 점이 청구인들의 주장과 같더라도 그와 같은 상황이 이 건 결정을 반복하기에는 부족하다.

3. 판단

가. 먼저 이 사건 헌법소원심판청구의 적법성부터 본다

(1) 청구인적격 유무

헌법소원심판은 청구인 자신이 직접 그리고 현재 헌법상 보장된 기본권을 침해당한 경우에 이를 청구할 수 있다 따라서 청구인이 검사의 “혐의무” 불기소처분으로 말미암아 헌법상 보장된 재판절차진술권을 침해받았다고 주장하여 그 취소를 구하는 헌법소원심판을 청구할 수 있기 위하여는 헌법 제27조 제5항에 의하여 재판절차진술권이 보장되는 형사피해자이어야 한다(헌법재판소 1989.12.22. 선고, 89헌마145 결정 등 참조).

헌법 제27조 제5항에 의한 형사피해자의 재판절차진술권은 피해자 등에 의한 사인소추를 전면 배제하고 형사소추권을 검사에게 독점시키고 있는 현행 기소독점주의의 형사소송체계 아래에서 형사피해자로 하여금 당해 사건의 형사재판절차에 참여하여 증언하는 이외에 형사사건에 관한 의견진술을 할 수 있는 청문의 기회를 부여함으로써 형사사법의 절차적 적정성을 확보하기 위하여 이를 기본권으로 보장하는 것이다(헌법재판소 1989.4.17. 선고, 88헌마3 결정 참조).

따라서 헌법 제27조 제5항에 정한 형사피해자의 개념은 헌법이 위와 같이 재판절차진술권을 독립된 기본권으로 인정한 본래의 뜻에 미루어 반드시 형사실체법상의 보호법익을 기준으로 한 피해자개념에 한정하여 결정할 것이 아니라 형사실체법상으로는 직접적인 보호법익의 향유주체로 해석되지 않는 자라 하더라도 문제된 범죄행위로 말미암아 법률상 불이익을 받게 되는 자의 뜻으로 풀이하여야 할 것이다(헌법재판소 1992.2.25. 선고, 90헌마91 결정 참조).

그런데 청구인들은 이 사건 교통사고로 사망한 청구의 께덕의 부모로서 형사소송법상 고소권자의 지위에 있을 뿐만 아니라(형사소송법 제 225조 제2항), 비록 교통사고처리특례법의 보호법익인 생명의 주체는 아니라고 하더라도 위 교통사고로 위 망인이 사망함으로써 극심한 정신적 고통을 받은 법률상 불이익을 입게 된 사람이 명백하므로 헌법상 재판절차진술권이 보장되는 형사피해자의 범주에 속한다고 보아야 할 것이다.

한편 헌법 제27조 제5항은 “형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다”라고 규정하여 형사피해자의 재판절차진술권에 관하여 법률로 정하도록 하고 있고 이에 따라 형사소송법 제294조의2 제1항 본문은 “법원은 범죄로 인한 피해자의 신청이 있는 경우에는 그 피해자를 증인으로 심문하여야 한다”라고 규정하는 등 피해자의 진술권에 관하여 자세히 정하고 있다

재판절차진술권에 관한 헌법 제27조 제5항이 정한 법률유보는 법률에 의한 기본권의 제한을 목적으로 하는 자유권적 기본권에 대한 법률유보의 경우와는 달리 기본권으로서의 재판절차진술권을 보장하고 있는 헌법규범의 의미와 내용을 법률로써 구체화하기 위한 이른바 기본권형성적 법률유보에 해당한다. 그러므로 피해자의 진술권에 관하여 규정하고 있는 형사소송법의 위 법률조항의 내용은 앞서 본 바와 같은 헌법이 재판절차진술권을 보장하고 있는 본래의 뜻을 존중하여 그에 맞게 해석하는 것이 헌법상 당연히 요청된다고 할 것이고 형사소송법 제294조의2 제1항 본문의 “범죄로 인한 피해자”의 개념 역시 앞서 본 헌법 제27조 제5항의 취지에 맞추어 재

판결차진술권을 보장하는 위 헌법조항의 '형사피해자'의 개념과 동일한 뜻으로 풀이하는 것이 올바른 해석일 것이다

그렇다면 청구인들은 이 사건 교통사고 피의사실과 관련한 형사피해자이고, 헌법 제27조 제5항에 의한 재판절차진술권이 보장되는 자의 지위에서 이 사건 교통사고의 피의사실에 대하여 피청구인이 부당하게 검찰권을 행사하여 불기소처분을 함으로써 재판절차진술권을 침해받았다고 주장하여 그 취소를 구하는 청구인들에게는 이 사건 헌법소원심판을 청구할 수 있는 청구인적격이 있다고 보아야 할 것이다

(2) 보충성원칙의 문제

고소 또는 고발사건에 대한 검사의 불기소처분에 대하여는 검찰청법 소정의 항고, 재항고 등의 권리구제절차가 있으므로 이에 대한 헌법소원심판을 청구하기 위하여는 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 따라 이러한 구제절차를 거친 뒤에 하여야 함이 원칙이다

기록에 의하면 청구인들은 피의자 김규명의 이 사건 교통사고 피의사실에 관하여 위 피의자를 고소 또는 고발하거나 피청구인의 위 불기소처분에 대하여 항고, 재항고를 하였다는 증거를 찾아볼 수 없다

그러나 이 사건의 경우와 같이 피의사건에 관하여 청구인들이 고소를 제기한 바 없이 사법경찰관의 인지에 의하여 수사가 개시된 뒤 피청구인의 수사와 처분이 종결된 사건에 있어서는 청구인들로 하여금 새로이 당해 피의사건에 대하여 별도의 고소를 제기하게 하고 그 처리결과에 따라 항고, 재항고의 절차를 거친 다음 헌법소원심판을 청구할 것을 요구한다면, 그것은 청구인들의 권리구제의 면

에서나 공권력의 효율적인 집행의 면에서 보더라도 아무런 실익이 없지 않을 것이다.

그러므로 청구인들은 위 피의사건에 대하여 별도의 고소를 제기함이 없이 곧바로 피청구인의 위 불기소처분에 대하여 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 보아야 한다(헌법재판소 1992.7.23. 선고, 91헌마142 결정 참조).

나. 본안에 관한 판단

살피건대 피청구인이 위 교통사고처리특례법 위반사건에 대하여 현저히 정의와 형평에 반하는 수사를 하였다거나 헌법의 해석법률의 적용 또는 증거판단에 있어서 불기소처분의 결정에 영향을 미친 중대한 잘못이 있다고 보여지지 아니하며, 달리 피청구인의 위 불기소처분이 헌법재판소가 관여할 만큼의 자의적인 처분이라고 볼 자료도 없으므로 그로 인하여 청구인들의 기본권이 침해되었다고 할 수 없다.

4. 결론

따라서 청구인들의 이 사건 헌법소원심판청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 김진우, 재판관 최광률을 제외한 관여재판관 전원의 찬성에 의한 것이다.

5. 재판관 김진우, 재판관 최광률의 반대의견

가. 헌법재판소법 제68조 제1항은 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자에 한하여 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하였다. 따라서 헌법상 보장된 자신의 기본권이 직접 그리고 현재 침해받지 않은 자는 헌법소원심판의 청구인적격이 없다.

검사의 불기소처분에 의하여 고소권자가 침해받을 수 있는 기본

권으로서는 헌법 제27조 제5항의 재판절차상의 진술권과 헌법 제1조의 평등권을 상정할 수 있다(1989.4.17. 선고, 88헌마3 결정 참조). 그러므로 이 사건 혐의없음의 불기소처분으로 인하여 그러한 기본권을 침해받을 수 있는 자기관련성이 청구인들에게 있는지의 여부를 차례로 살펴볼 필요가 있다.

따라서 여기서는 관계법령의 규정취지에 비추어 볼 때 청구인들에게 재판절차상의 진술권이 헌법상 보장되어 있는 지를 살펴보고 이에 관한 다수의견의 논거에 대하여 차례로 우리의 의견을 쓴 다음 끝으로 청구인들에게 평등권에 관한 자기관련성이 있는 여부에 관하여도 언급함으로써 청구인들의 헌법소원심판의 청구인적격 유무를 살펴보고자 한다.

나. 형사소송법 제223조에는 “고소권자”라는 제하에 “범죄로 인한 피해자는 고소할 수 있다”라고 규정하는 한편 같은 법 제225조에는 “비피해자인 고소권자”라는 제하에 피해자의 법정대리인은 독립하여 고소할 수 있다. 피해자가 사망한 때에는 그 배우자 직계친족 또는 형제자매는 고소할 수 있다. 단 피해자의 명시한 의사에 반하지 못한다”라고 규정하여, 직계친족은 형사소송법상의 형사피해자가 아니고 같은 법 제223조의 범죄로 인한 피해자에 포함되지 아니하며 따라서 고소권자도 아니고 예외적으로 피해자가 사망한 경우에 한하여 고소권이 있는 자인 것으로 규정하였다.

한편 형사피해자의 재판절차상의 진술권을 규정한 헌법 제7조 제5항은 “형사피해자는 법률에 정하는 바에 의하여 당해사건의 재판절차에서 진술할 수 있다”고 규정하여 그 구체적 내용은 법률의

규정에 맡겼다. 이 헌법조문에 근거하여 제정된 법률규정이 형사소송법 제294조의2인데, 같은 법 같은 조 제1항 본문에 “법원은 범죄로 인한 피해자의 신청이 있는 경우에는 그 피해자를 증인으로 신문하여야 한다”라고 규정하여 형사피해자로서 재판절차상의 진술권이 있는 자를 같은 법 제223조의 고소권자와 똑같이 “범죄로 인한 피해자”로 한정하였다.

이와같이 같은 법 제294조의2와 같은 법 제223조의 양 조문이 다 같이 “범죄로 인한 피해자”라고 동일하게 표현하였는데, 같은 형사소송법의 위 양 조문에서 동일하게 표현된 “범죄로 인한 피해자”라는 개념 사이에 차이를 둘 수는 없고 형사소송법 제225조에 피해자의 직계존속을 비피해자로 규정한 명문에 반하는 해석을 할 수도 없다

또 직계존속의 고소권은 피해자의 법정대리인과 같은 대리인으로서의 고소권자도 아니며, 형사소송법 제294조의2의 제1항의 진술권이 없는 자를 규정한 그 단서 제1호에 “피해자가 아닌 자”라고 강조하여 재차 규정하였고, 그 제2호에, “신청인이 이미 당해사건에 관하여 공판절차 또는 수사절차에서 충분히 진술하여 다시 진술할 필요가 없다고 인정되는 경우”는 범죄로 인한 피해자에게도 재판절차상의 진술권이 없다고 규정하였다. 그런데 피해자가 사망한 경우 그 직계존속은 형사소송법 제225조의 고소권자로서 고소장과 고소인진술시에 그가 당해사건에 관하여 수사절차에서 충분히 진술할 수 있으므로 피해자의 직계존속에서 형사소송법 제294조의2에 정한 피해자의 진술권을 반드시 부여할 필요도 없는 반면, 피해자가 사망한 경우 그 직계존속 등은 사망경위도 정확히 모르면서

위 진술권을 남용하여 억지를 쓰고 소란을 피워 도리어 공정한 재판에 장애가 될 우려도 있다.

헌법 제30조에 “범죄 피해자의 구조받을 권리를 규정함에 있어서도 피해자의 개념을 명백히 하여 “타인의 범죄행위로 인하여 생명신체에 대한 피해를 입은 국민”이라고 규정하여 범죄행위로 인한 생명 신체에 대한 직접적인 피해자만을 뜻하는 것을 명백히 규정하였고 이 헌법조문에 근거한 범죄피해자구조법(1987.11.28. 법률 제3969호, 1990.12.31. 법률 제4297호로 개정)에도 그 제2조, 제3조, 제5조 등에 피해자와 그 유족을 구별하였으며, 소송촉진등에관한특례법 제25조에도 피해자와 상속인을 구별하여 규정하였다

이상을 종합해 볼 때 형사소송법 제294조의2와 형사소송법 제223조의 각 “범죄로 인한 피해자”는 같은 개념으로 봄이 타당하다고 생각된다. 물론 여기서 말하는 피해자는 그 범죄의 범익의 주체만을 뜻하는 것은 아니고 범죄의 수단 또는 행위의 직접 대상자인 보호범익의 준주체까지도 포함된다. 그러나 사망한 피해자의 직계존비속과 형제자매까지 포함하는 뜻은 아니라고 생각한다.

따라서 이 사건 교통사고가 청구인들의 주장과 같이 위 꺾영의 운전업무상의 과실로 인한 것이라고 가정하여도 위 꺾영의 부모로서 형사소송법 제225조에 규정한 비피해자인 청구인들은 위 교통사고에 관한 헌법 제27조 제5항과 형사소송법 제294조의2에 규정된 형사피해자의 재판절차상의 진술권자라고 할 수 없다. 그러므로 청구인들은 이 사건 혐의없음의 불기소처분으로 인하여 헌법 제27조 제5항에 규정된 기본권인 형사피해자의 재판절차상의 진술권을 침해받을 수 있는 지위에 있다고 할 수 없다고 생각한다.

다. 다수의견은 “형사피해자의 재판절차진술권은…… 기소독점주의의 형사소송체제 아래에서 형사피해자로 하여금 당해 사건의 형사재판절차에 참여하여 증언하는 이외에 형사사건에 관한 의견진술을 할 수 있는 청문의 기회를 부여함으로써 형사사법의 절차적 적정성을 확보하기 위하여 이를 기본권으로 보장하는 것이다(헌법재판소 1989.4.17. 선고, 88헌마3 결정 참조). 따라서 헌법 제27조 제5항에 정한 형사피해자의 개념은, 헌법이 위와 같이 재판절차진술권을 독립된 기본권으로 인정한 본래의 뜻에 미루어, 반드시 형사실체법상의 보호법익을 기준으로 한 피해자개념에 한정하여 결정할 것이 아니라 형사실체법상으로는 직접적인 보호법익의 향유주체로 해석되지 않는 자라 하더라도 문제된 범죄행위로 말미암아 법률상 불이익을 받게 되는 자의 뜻이라고 풀이하여야 할 것이다(헌법재판소 1992.2.25. 선고, 90헌마91 결정 참조)”라 하여 “청구인들은 이 사건 교통사고로 사망한 청구외 ㉠덕의 부모로서 형사소송법상 고소권자의 지위에 있을 뿐만 아니라(형사소송법 제225조 제2항), 비록 교통사고처리특례법의 보호법익인 생명의 주체는 아니라고 하더라도 위 교통사고로 위 망인이 사망함으로써 극심한 정신적 고통을 받은 법률상 불이익을 입게 된 사람임이 명백하므로 헌법상 재판절차진술권이 보장되는 형사피해자의 범주에 속한다고 보아야 할 것이다라고 한다.

그러나 현행 형사소송제도가 기소독점주의의 체제이어서 형사피해자로 하여금 당해 사건의 공판절차에 참여하여 증언하는 이외에도 형사사건에 관한 의견진술을 할 수 있는 청문의 기회를 부여함으로써 형사사법의 절차적 적정성을 확보하기 위하여 기본권을

보장하고 있는 것이라고 하더라도 그리고 헌법이 재판절차상의 진술권을 독립된 기본권으로 인정한 본래의 뜻에서 보더라도 헌법 제27조 제5항의 형사피해자의 개념을 형사소송법 제223조에 정한 범죄로 인한 피해자에 한정하고 형사소송법 제225조에 “비피해자”로 규정한 직계존속이 여기에 포함되지 않는다고 해석하는 데 아무런 장애가 되지 않는다. 직계존속은 원래 피해자가 아니어서 피해자가 사망하지 않은 경우는 고소권도 없고 또 헌법 제27조 제5항의 형사피해자나 또는 형사소송법 제294조의2의 피해자의 재판절차상의 진술권의 주체가 되지 못함은 명백하다. 또 사망한 경우도 피해자의 명시한 의사표시가 있는 경우는 고소권자 조차도 되지 못하는 것이다. 그러므로 법문에 명백하게 비피해자로 규정된 직계존속이 형사피해자가 사망한 경우에 본인의 의사에 반하지 않는 경우는 범죄로 인한 피해자가 되고 기타의 경우는 되지 않는다는 것도 개념이 불확정적이고 논리의 일관성이 없다. 뿐만 아니라 형사법의 절차적 적정성도 비피해자인 직계존속이 반드시 그 법정에서 증언하고 의견을 진술하여야만 확보되는 것은 아니다. 직계존속은 형사소송법 제225조의 고소권의 행사로서 고소장과 고소인진술시에 그가 하고 싶은 말을 충분히 할 수 있는 것이므로 자칫 감정에 치우치기 쉬운 직계존속의 의견진술이나 증언채택을 법원으로 하여금 의무적으로 하게 할 필요는 없고 재량에 의하여 청취하게 하여도 그 목적달성에 충분하다.

또 재판절차상의 진술권을 독립된 기본권으로 인정한 본래의 뜻에서 재판절차상의 진술권의 주체를 형사실체법상으로는 직접적인 보호법익의 향유주체로 해석하지 않고 문제된 범죄행위로 말미암

아 법률상 불이익을 받게 되는 자의 뜻으로 풀이한다고 하여도 여기서 말하는 법률상의 불이익은 형사피해자로서의 불이익이요 최대한 형사법상 범죄의 보호법익의 준주체로서의 불이익을 뜻하는 것이다 위에서 본 바와 같이 헌법 제27조 제5항이나 형사소송법 제223조 또는 동법 제294조의2의 범죄로 인한 피해자는 범죄의 보호법익의 주체에 한하는 것은 아니지만 범죄의 수단 또는 행위의 직접대상자로서 범죄의 보호법익의 준주체에 한하는 것이다. 다수의견이 인용한 당재판소 1992.2.25. 선고, 90헌마91 사건은 청구인이 위증으로 인한 피해자로 범죄의 보호법익의 준주체에 해당하는 자에 관한 결정례였다

아들인 위 이○덕이 사망함으로써 청구인들이 극심한 정신적 고통을 받았고 이 정신적 고통에 대하여 민법 제751조 및 제752조에 의한 위자료청구권이 청구인들에게 민사법상 보장되어 있다고 하여도 민사법상의 피해자의 개념과 형사법상의 피해자의 개념이 반드시 일치한다고 할 수 없으며, 형사피해자의 피해의 개념속에는 직계존속의 정신적 고통까지 포함되었다고 할 수 없다. 민법 제751조 및 제752조에는 범죄행위로 인하여 피해자가 상해를 입었을 때도 그 부모형제는 그 정신적 고통에 대한 손해배상으로 위자료청구권이 있으므로 상해의 경우 불법행위로 상해를 입은 자의 부모도 피해자로서 그 손해배상청구권이 있다 그러나 이 경우 부모형제는 형사소송법 제223조의 범죄로 인한 피해자에 속하지 않음은 물론 형사소송법 제294조의2의 범죄로 인한 피해자에도 속하지 않는 한은 명백하다. 그렇다면 범죄피해자와 민사상의 피해자의 개념이 상이하며, 어떤 범죄로 인하여 정신적 고통을 받은 자까지 범죄피해

자로 보지 않음은 분명하다.

라. 또 다수의견은 “재판절차진술권에 관한 헌법 제27조 제5항이 정한 법률유보는 법률에 의한 기본권의 제한을 목적으로 하는 자유권적 기본권에 대한 법률유보의 경우와는 달리 기본권으로서의 재판절차진술권을 보장하고 있는 헌법규범의 의미와 내용을 법률로써 구체화하기 위한 이른바 기본권형성적 법률유보에 해당한다. 그러므로 피해자의 진술권에 관하여 규정하고 있는 형사소송법의 위 법률조항의 내용은 앞서 본 바와 같은 헌법이 재판절차진술권을 보장하고 있는 본래의 뜻을 존중하여 그에 맞게 해석하는 것이 헌법상 당연히 요청된다고 할 것이고 형사소송법 제294조의2 제1항 본문의 ‘범죄로 인한 피해자의 개념 역시 앞서 본 헌법 제27조 제5항의 취지에 맞추어 재판절차진술권을 보장하는 위 헌법조항의 형사피해자의 개념과 동일한 뜻으로 풀이하는 것이 올바른 해석일 것이다”라고 한다.

생각컨대 헌법 제27조 제5항의 법률유보가 기본권으로서의 재판절차상의 진술권을 보장하고 있는 헌법규범의 의미와 내용을 법률로써 구체화하기 위한 이른바 기본권형성적 법률유보에 해당한다고 하여도 헌법 제27조 제5항에 보장된 기본권은 법률로써 구체화됨으로써 그 내용이 형성, 확정되는 것이다. 그리고 헌법 제27조 제5항에 보장된 기본권의 주체를 법률로써 구체화하여 규정한 법조문이 형사소송법 제294조의2라고 할 것이므로 위 기본권의 주체를 형사소송법 제294조의2에 규정한 “범죄로 인한 피해자”에 한한다고 해석하여도 헌법상 보장된 재판절차상의 진술권을 보장하고 있는 본래의 뜻을 존중하지 않는 결과가 된다거나 그에 부합하지 않는

해석이라고도 할 수 없다. 그리고 위 헌법 제27조 제5항의 범죄피해자도 범죄로 인한 피해자라고 보는 한 헌법 제27조 제5항의 형사피해자의 개념과 형사소송법 제294조의2의 피해자의 개념이 달라진다고 할 수 없다.

마. 다음으로 평등권에 관한 자기관련성여부에 관하여 언급한다. 고소권자가 공소권행사를 구하는 고소를 하였음에도 검사가 고소권자에 대하여 타인에 대한 것과 차별함으로써 공정한 처리를 하지 아니하고 자의적인 수사와 판단에 의하여 혐의없음처분을 한 경우에는 “같은 것은 같게, 같지 않은 것은 같지 않게” 처리함으로써 실현되는 헌법 제11조에 정한 법앞에서의 평등권을 침해하였다고 주장할 수 있다고 할 것이다(당재판소 1989.4.17. 선고, 88헌마3 결정 등 참조).

그러나 고소권자라고 하여도 혐의없음 등 불기소처분시까지 고소권을 행사하지 아니한 고소권자는 평등권의 침해를 주장할 지위에 있다고 볼 수 없다. 왜냐하면 고소권의 행사없이 수사기관이 인지함으로써 수사가 진행된 사건에 있어서는 비록 검사가 자의적인 수사와 자의적인 판단에 의하여 혐의없음 등 불기소처분을 하였다 하더라도 동 처분은 그 고소권자가 구한 공소권행사에 관한 처분이 아니다. 따라서 고소권을 행사하지 않은 고소권자는 그 불기소처분을 한 검사가 그 고소권자를 다른 고소권자와 차별함으로써 그 고소권자 자신에게 헌법상 보장된 평등권을 침해하였다고 주장할 지위에 있다고 할 수 없기 때문이다.

그렇다면 청구인들은 형사소송법 제225조 제2항 소정의 고소권자이기는 하지만 그 고소권을 행사한 바 없고, 따라서 이 사건 혐의 없음의

불기소처분은 청구인들이 고소한 사건에 대한 처분이 아니므로 청구인들은 이 사건 혐의없음의 불기소처분으로 인하여 헌법상 보장된 자기의 평등권을 침해받을 수 있는 지위에 있다고 할 수도 없다

바. 결론적으로 청구인들은 청구인들에게 보장된 형사소송법 제25조 제2항에 의한 고소권을 행사하지 않은 한에 있어서는 헌법상 보장된 어떤 자기의 기본권도 침해받을 수 있는 지위에 있다고 할 수 없으므로 헌법재판소법 제68조 제1항의 규정에 비추어 이 사건 헌법소원심판청구를 할 수 있는 청구인적격이 없다고 생각된다 따라서 이 사건 헌법소원심판청구는 헌법소원심판청구를 할 청구인적격이 없는 자들이 한 청구로서 각하되어야 한다고 생각한다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 반대한다

1993. 3. 11.

| | |
|-----|---------|
| 재판장 | 재판관 조규광 |
| | 재판관 변정수 |
| | 재판관 김진우 |
| | 재판관 한병채 |
| | 재판관 이시윤 |
| | 재판관 최광률 |
| | 재판관 김양균 |
| | 재판관 김문희 |
| | 재판관 황도연 |

기록복사거부 등에 관한 헌법소원

(92헌마98 헌법재판소 전원재판부)

[판례집 5-1, 142~150]

【관시 사항】

1. 헌법소원(憲法訴願)에서의 권리보호이익(權利保護利益)의 개념
2. 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求) 이후 기본권(基本權) 침해상태(侵害狀態)가 종료되었음을 이유로 권리보호이익(權利保護利益)이 없다고 본 사례

【결정 요지】

1. 헌법소원제도(憲法訴願制度)는 청구인(請求人) 자신의 주관적(主觀的)인 기본권(基本權) 구제(救濟)를 위한 것일 뿐만 아니라 객관적(客觀的)인 헌법질서(憲法秩序)의 수호(守護)·유지(維持)를 위하여서도 있는 제도이므로 침해행위(侵害行爲)가 이미 종료하여서 이를 취소(取消)할 여지가 없기 때문에 주관적(主觀的) 권리구제(權利救濟)에는 별 도움이 안되는 경우라도 당해 사건에 대한 본안판단(本案判斷)이 헌법질서(憲法秩序)의 수호(守護)·유지(維持)를 위하여 긴요한 사항이어서 그 해명(解明)이 헌법적(憲法的)으로 중요한 의미를 지니고 있는 경우 그러한 침해행위(侵害行爲)가 앞으로도 반복될 위험(危險)이 있는 경우 등에는 예외적으로 심판청구(審判請求)의 이익(利益)을 인정하여 이미 종료한 침해행위(侵害行爲)가 위헌(違憲)이었음을 확인(確認)할 필요가 있다.

2. 피청구인(被請求人)이 청구인(請求人)의 형사기록(刑事記錄)의 열람(閱覽) 복사신청(複寫申請)을 거부하였다가 청구인(請求人)이 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)를 하자 태도를 바꾸어 청구인(請求人)에게 형사기록(刑事記錄)의 열람(閱覽)·복사(複寫)를 허용하였다면 이로써 청구인(請求人)도 주관적(主觀的) 목적(目的)이 이미 달성된 터이고, 통상의 예와 달리 불분명(不分明)한 헌법문제(憲法問題)의 해명(解明), 침해반복(侵害反復)의 위험(危險) 등을 이유로 심판(審判)의 이익(利益)을 인정하여야 할 특별한 경우에 해당된다고도 할 수 없으므로 결국 청구인(請求人)의 청구(請求)는 권리보호(權利保護)의 이익(利益) 내지 필요가 없는 부적법(不適法)한 청구(請求)라고 본 사례

재판관 조규광, 재판관 변정수, 재판관 김양균의 반대의견(反對意見)

2. 확정된 형사사건기록(刑事事件記錄) 열람(閱覽)·복사(複寫)를 거부(拒否)하는 것은 위헌(違憲)이라는 헌법재판소(憲法裁判所)의 결정(決定)이 있었음에도 불구하고 열람(閱覽)·복사(複寫)를 거부(拒否)하였다가 그에 대하여 헌법소원(憲法訴願)이 제기되면 그때 가서만 부득이 허용하고 나서 이처럼 허용하였으니 심판청구(審判請求)를 각하(却下)해 달라고 주장하고 헌법재판소(憲法裁判所)도 그에 따라서 권리보호이익(權利保護利益)의 사후소멸(事後消滅)을 내세워 심판청구(審判請求)를 각하(却下)한다면 이는 청구인(請求人)을 괴곤하게 하는 일이며, 이러한 일이 되풀이된다면 국민(國民)은 매우 괴로운 일이 될 것이므로 이러한 일이 없도록 하기 위해서는 비록 청구인(請求人)이 기록열람(記錄閱覽)·복사(複寫)의 목적은 이루었다 할지라도 꼭 위헌확인(違憲確認)을 받겠다면서 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)를 취하(取下)하지 아니하고 있는 한은 헌법재판소(憲法裁判所)로서는 마땅히 위헌선언(違憲宣言)을 해야 한다.

| | |
|-------|-------------------------------|
| 청 구 인 | 김 ○ 채 |
| 대리인 | 남부종합법무법인 |
| 피청구인 | 서울지방검찰청 서부지청장 서울지방검찰청 서부지청 검사 |

【참조 조문】

헌법(憲法) 제21조 제1항
헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

【참조 판례】

1. 1991.5.13. 선고, 90헌마133 결정
1991.7.8. 선고, 89헌마181 결정

- 1992.1.28. 선고, 91헌마111 결정
1992.4.14. 선고, 90헌마82 결정
2. 1991.5.13. 선고, 90헌마133 결정
1991.7.8. 선고, 89헌마181 결정

【주 문】

심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 이 사건 기록과 증거자료(서울형사지방법원 서부지원 형사 제1심 소송기록 90고약14491호 사건기록)에 의하면, 다음과 같은 사실이 인정된다.

가. 서울지방법원 서부지원은 같은 지원 90고약14491호 사건(청구인이 1990.11.23. 피해자 김○준에게 전치 1주의 상해를 가하였다는 내용의 상해죄 피고사건)의 피고인인 청구인에 대하여 1991.1.16. 약식명령으로 벌금 100,000원에 처하면서 청구인의 주거 등을 알 수 없다는 이유로 청구인에 대한 약식명령의 송달을 공시송달의 방식으로 하였고 그 약식명령은 정식재판청구기간경과로 1991.2.19.에 확정되었다. 청구인은 1992.4.9.에 이르러 위 확정된 약식명령에 대하여 정식재판을 청구하고자 한다는 이유로 피청구인 서울지방검찰청 서부지청장에 대하여 위 형사사건기록의 열람·복사신청을 하였으나 위 피청구인은 같은 달 30. 법률상 근거가 없다는 이유로 청구인의 신청을 거부하였다 이에 청구인은 위 거부처분이 청구인의 기본권을 침해하였다고 주장하여 같은 해 5.13. 헌법소원을 제기하였으며, 청구인이 헌법소원을 제기하자 피청구인은 1992.6.18.

청구인에 대하여 기록의 열람복사를 허용하였다.

나. 한편, 청구인은 1991.4월경 피고소인 김○준, 동 조○자를 사기·사문서위조 등 죄로 서울서부경찰서에 고소하였는데 위 사건을 송치받은 피청구인 서울지방검찰청 서부지청 검사가 같은 해 5.18. 위 피고소인들을 “혐의 없음” “공소권 없음”으로 각 불기소처분을 하자 청구인은 가항 기재 헌법소원심판 계속중인 1992.8.13. 위 불기소처분을 심판의 대상으로 추가하는 내용의 헌법소원 심판청구 변경신청서를 제출함으로써 피청구인 서울지방검찰청 서부지청장을 상대로 하는 기록복사거부 등에 대한 헌법소원과 피청구인 서울지방검찰청 서부지청검사를 상대로 하는 불기소처분에 대한 헌법소원이 병합된 상태가 되어 있다

2. 가. 먼저 기록복사거부 등에 대한 헌법소원 심판청구에 대하여 보건대, 헌법소원심판청구의 제일의적 목적은 공권력에 의하여 침해된 기본권을 구제받기 위한 것이다. 그러므로 공권력에 의한 기본권침해가 있었다라도 그 후 그 침해상태가 종료되었다면 헌법소원심판청구는 더 이상 권리보호의 이익이 없음이 원칙이다. 이 사건의 경우 피청구인은 청구인의 형사기록 열람 및 복사신청을 거부하였다가 청구인이 헌법소원심판청구를 하자 태도를 바꾸어 청구인에게 형사기록의 열람복사를 허용하였다면 이로써 청구인은 그의 목적을 이루었고 공권력에 의한 청구인의 기본권침해 상태는 이미 종료되었으므로 이 사건 헌법소원심판청구는 더 이상 이를 유지할 필요가 없으며 권리보호를 위하여 본안에 대하여 심판할 이익이 없다고 봄이 상당할 것이다. 다만 헌법소원제도는 청구인 자신의 주관적인 기본권 구제를 위한 것일 뿐만 아니라 객관적인 헌법

질서의 수호·유지를 위하여서도 있는 제도이므로 침해행위가 이미 종료하여서 이를 취소할 여지가 없기 때문에 주관적 권리구제에는 별 도움이 안되는 경우라도 당해 사건에 대한 본안판단이 헌법질서의 수호유지를 위하여 필요한 사항이어서 그 해명이 헌법적으로 중요한 의미를 지니고 있는 경우 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있는 경우 등에는 예외적으로 심판청구의 이익을 인정하여 이미 종료된 침해행위가 위헌이었음을 확인할 필요가 있다는 것이 당재판소의 판례(1991.7.8. 선고 89헌마181 결정, 1992.1.28. 선고 91헌마111 결정, 참조)로 밝힌 바 있으나, 확정된 형사사건 기록의 열람·복사의 거부는 국민의 “알 권리”를 침해하는 것으로서 위헌이라는 것은 당재판소의 결정에 의하여 이미 해명이 된 터이고(1991.5.13. 선고 90헌마133 결정 참조), 또 여기의 앞으로의 반복적 거부의 위험성이란 단순히 추상적이거나 이론적인 가능성이 아니라 구체적인 것이라 한다(당재판소 1991.7.8. 선고 89헌마181 결정 참조) 그와 같은 사정이 있다는 점에 관하여 인정할 아무런 입증자료가 없으며, 나아가 이 사건 심판청구에 있어서 비록 피청구인이 방어상 청구인의 심판청구의 기각을 구하고 있다 하여도 그것이 곧 반복위험의 사정이라고 단정할 수 없을 것이다.

그렇다면 기록복사거부 등에 대한 심판청구 부분에 관하여는 청구인의 주관적 목적이 이미 달성된 터이고, 통상의 예와 달리 불분명한 헌법문제의 해명, 침해반복의 위험 등을 이유로 심판의 이익을 인정하여야 할 특별한 경우에 해당된다고도 할 수 없으므로 결국 이 부분 청구는 권리보호의 이익 내지 필요가 없는 부적법한 청구임을 면할 수 없을 것이다.

나. 다음 불기소처분에 대한 헌법소원심판청구에 대하여 본다

헌법소원의 심판은 다른 법률에 구체절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다. 그리고 검사의 불기소처분에 대하여는 검찰청법에 항고·재항고 등의 구체절차가 규정되어 있으므로 이러한 절차를 모두 거치지 아니하면 헌법소원의 심판청구를 할 수 없는 것인 바, 청구인은 이러한 구체절차를 거치지 아니하고 심판청구를 하고 있다. 따라서 이 부분 헌법소원 심판청구도 부적법하다

3. 이상과 같이 청구인의 이 사건 헌법소원 심판청구는 모두 부적법하므로 이를 각하하기로 한다. 이 결정에는 기록복사거부 등에 대한 헌법소원 부분에 관하여 재판관 조규광 재판관 변정수 재판관 김양균의 반대의견이 있고 그 이외의 부분은 재판관 전원의 찬성에 의한 것이다

4. 재판관 조규광 재판관 변정수 재판관 김양균의 반대의견

우리는 다수의견이 기록복사거부등에 대한 헌법소원 심판청구를 각하하여야 한다는데 대하여 반대한다.

가. 헌법소원제도는 국민의 주관적인 권리구제를 위하여서 뿐만 아니라 객관적인 헌법질서의 수호·유지를 위하여 있는 제도이므로 기본권 침해행위가 이미 종료하여서 이를 취소할 여지가 없기 때문에 청구인 자신의 주관적 권리구제에는 별도로움이 안되는 경우라도 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 그 해명이 헌법적으로 중요한 의미를 지니고 있는 경우 또는 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있는 경우 등에는 심판청구의 이익을 인정하여 이미 종료된 침해행위가 위헌이었음

을 확인할 필요가 있다는 것은 다수의견도 잘 설명하고 있다

그리고 피의자, 피고인이나 고소인 등이 확정된 형사사건기록의 열람·복사를 할 수 있는 권리는 민주주의 실현을 위하여 필수불가결할 기본권인 언론·출판의 자유의 내용으로서의 “알 권리”에 속할뿐더러 이들의 재판청구권 보장을 위해서도 반드시 필요하다고 할 것이어서 이는 중요한 기본권에 해당함에도 불구하고 현행법상 아무런 보장규정이 없기 때문에 피청구인 서울지방검찰청 서부지청장의 확정된 형사기록 열람·복사거부처분에 관하여 위헌확인을 해 주는 것은 우리 헌법질서의 수호·유지를 위하여 중요한 의미가 있을 뿐더러 앞으로 검찰에 의하여 또 다시 반복될지도 모르는 똑같은 기본권 침해행위를 예방하기 위해서도 위헌확인을 할 필요가 있다고 본다

나. 다수의견은 확정된 형사사건기록의 열람·복사를 거부하는 것은 국민의 “알 권리”를 침해하는 것으로서 위헌이라는 것은 헌법재판소의 결정에 의하여 이미 해명된 바 있고 피청구인이 앞으로도 확정된 형사사건기록의 열람·복사를 또 다시 거부할 위험성이 있다고 할 만한 구체적 사정이 있다는 점에 대하여 이를 인정할 아무런 자료가 없으니 이미 종료된 기본권 침해행위에 대하여 위헌확인을 할 필요가 없다고 주장하나 확정된 형사사건기록의 열람·복사를 거부하는 것은 국민의 알권리를 침해하는 것으로 위헌이라는 헌법재판소의 결정이 이미 내려진 바 있었음에도 불구하고 피청구인은 약식 명령 피고인인 청구인으로부터 약식 명령에 대하여 정식재판을 청구코자 하니 확정된 형사사건기록의 열람·복사를 허용해 달라는 신청을 받고도 법률상 근거가 없다는 이유로 열람·복사

를 거부하고 청구인이 할 수 없이 헌법소원을 제기하고 그것이 지정재판부에 의하여 심판에 회부되자 피청구인이 만부득이 열람복사를 허용한 사실이나 피청구인은 열람복사를 허용하고 나서도 당 재판소에 제출한 의견서에는 확정된 형사사건기록의 열람·복사거부로 인하여 청구인의 기본권침해가 없다는 등 다투면서 심판청구를 기각해달라고 주장하고 그의 잘못을 시인하지 아니한 사실 등에 비추어 볼 때 앞으로도 확정된 형사사건기록의 열람·복사를 거부하는 일이 비단 피청구인 뿐만 아니라 다른 검찰청에 의하여서도 반복될 위험성이 충분히 엿보인다기 본권 침해행위의 반복위험성 유무는 청구인이 입증할 사항이 아니라 재판소가 여러 정황에 의하여 판단할 사항이다 1991.7.8. 선고, 89헌마181 결정중 반대의견 참조.

확정된 형사사건기록의 열람·복사를 거부하는 것은 위헌이라는 헌법재판소의 결정이 있었음에도 불구하고 열람복사를 거부하였다가 그에 대하여 헌법소원이 제기되면 그때가서 만부득이 허용하고 나서 이처럼 허용하였으니 심판청구를 각하해 달라고 주장하고 헌법재판소도 그에 따라서 권리보호이익의 사후소멸을 내세워 심판청구를 각하한다면 이는 청구인을 피곤하게 하는 일이며 이러한 일이 되풀이 된다면 국민은 매우 피로운 일이 될 것이다 이러한 일이 없도록 하기 위해서는 비록 청구인이 기록열람·복사의 목적은 이루었다 할지라도 꼭 위헌확인을 받게 하면서 헌법소원의 심판청구를 취하지 아니하고 있는 한은 헌법재판소로서는 위헌확인을 해야 옳다고 본다

이상과 같은 이유로써 우리는 다수의견이 기록복사거부등에

대한 헌법소원심판청구를 권리보호이익이 없다고 하여 각하하는데 대하여 반대하는 것이다.

1993. 3. 11.

| | |
|-----|---------|
| 재판장 | 재판관 조규광 |
| | 재판관 변정수 |
| | 재판관 김진우 |
| | 재판관 한병채 |
| | 재판관 이시윤 |
| | 재판관 최광률 |
| | 재판관 김양균 |
| | 재판관 김문희 |
| | 재판관 황도연 |

불기소처분취소

(92헌마142 헌법재판소 전원재판부)

[판례집 5-1, 151~157]

【관시 사항】

1. 검사의 불기소처분(不起訴處分) 중 검찰청법(檢察廳法)에 의한 항고(抗告)를 제기하지 아니하였던 부분에 대한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)의 적법(適法) 여부

2. 고소사실(告訴事實)에 대하여 검사의 불기소처분(不起訴處分)이 있는 후 다시 동일한 사실로 고소(告訴)를 제기하여 다시 불기소처분(不起訴處分)이 있는 경우 나중의 불기소처분(不起訴處分)에 대한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)가 부적합(不適合)한 것인지 여부

【결정 요지】

1. 검사의 불기소처분(不起訴處分) 중 일부에 대하여 검찰청법(檢察廳法)에 의한 항고(抗告)를 제기하지 아니 하였다면 그 부분에 대한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)는 다른 법률에 의한 구제절차(救濟節次)를 거치지 아니하고 헌법소원심판(憲法訴願審判)을 청구(請求)한 경우에 해당하여 부적법(不適法)하다.

2. 불기소처분(不起訴處分)은 검사의 수사종결처분(搜查終結處分)으로서 재판(裁判)이 아니므로 불복기간(不服期間)이 경과하여 확정되더라도 확정력(確定力)이 발생하는 것이 아니므로 형사피해자(刑事被害者)라고 주장하는 자가 고소(告訴)를 제기하였다가 혐의없음의 불기소처분(不起訴處分)이 있는 후에 바로 검찰청법에 의한 항고(抗告)를 제기하지 아니하고, 그 항고기간(抗告期間)이 경과한 후에 다시 고소(告訴)를 제기하고 다시 있는 불기소처분(不起訴處分)을 대상으로 하여 검찰항고(檢察抗告)를 거쳐 헌법소원심판(憲法訴願審判)을 청구(請求)하였더라도 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제69조에 정한 청구기간(請求期間) 한정(限定)의 입법목적(立法目的)에 반하는 부적법한 심판청구라고 보기는 어렵다.

청 구 인

전 ○ 창

대리인 변호사 이 인 제

【참조 조문】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

검찰청법(檢察廳法) 제10조 (항고(抗告) 및 재항고(再抗告)) ① 검사(檢事)의 불기소처분(不起訴處分)에 불복이 있는 고소인(告訴人) 또는 고발인(告發人)은 그 검사(檢事)가 속하는 지방검찰청(地方檢察廳) 또는 지청(支廳)을 거쳐 서면(書面)으로 관할(管轄) 고등검찰청검사장(高等檢察廳檢事長)에게 항고(抗告)할 수 있다. 이 경우 당해 지방검찰청(地方檢察廳) 또는 지청(支廳)의 검사(檢事)는 항고(抗告)가 이유 있다고 인정하는 때에는 그 처분(處分)을 경정(更正)하여야 한다.

② 제1항의 항고(抗告)를 기각(棄却)하는 처분(處分)에 불복이 있는 항고인(抗告人)은 그 검사(檢事)가 속하는 고등검찰청(高等檢察廳)을 거쳐 서면(書面)으로 검찰청장(檢察廳長)에게 재항고(再抗告)할 수 있다. 이 경우 당해 고등검찰청(高等檢察廳)의 검사(檢事)는 재항고(再抗告)가 이유 있다고 인정하는 때에는 그 처분(處分)을 경정(更正)하여야 한다.

③ 제1항 및 제2항의 규정(規定)에 의한 항고(抗告) 및 재항고(再抗告)는 형사소송법(刑事訴訟法) 제25조 제1항의 규정(規定)에 의한 통지 또는 항고기각결정통지(抗告棄却決定通知)를 받은 날로부터 30일 내에 하여야 한다. 다만, 항고인(抗告人)에게 책임(責任)이 없는 사유로 인하여 그 기간(期間) 내에 항고(抗告) 또는 재항고(再抗告)하지 못한 것을 소명(疏明)하는 때에는 그 기간(期間)은 그 사유가 해소(解消)된 때로부터 기산(起算)한다.

④ 기소중지사유(起訴中止事由)가 해소(解消)되었거나 새로운 증거(證據)가 발견된 경우에 항고인(抗告人) 또는 고발인(告發人)이 그 사유를 소명(疏明)한 때에는 제3항 본문(本文)의 규정(規定)에 불구하고 항고(抗告) 또는 재항고(再抗告)할 수 있다.

⑤ 형사소송법(刑事訴訟法) 제260조의 규정(規定)에 의한 재정신청(裁定申請)을 한 때에는 제1항의 규정(規定)에 의한 항고(抗告)를 하지 못한다. 다만, 재정결정(裁定決定) 전(前)에 그 신청(申請)을 취소(取消)한 때에는 제3항의 기간(期間) 내에 다시 항고(抗告)할 수 있다.

⑥ 항고인(抗告人)이 재정신청(裁定申請)을 한 때에는 그 항고(抗告)는 취소(取消)된 것으로 본다.

【참조 판례】

1992.4.14. 선고, 89헌마280

1992.7.23. 선고, 92헌마103

【주 문】

이 사건 심판청구 중 청구외 이○근·신○균 및 이○식의 업무상

배임부분에 대한 심판청구를 각하하고 나머지 부분에 대한 청구인의 청구를 기각한다.

【이 유】

1. 이 사건 기록과 대전지방법검찰청 1991년 형제14564호 불기소사건 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다

가. 청구인은 1991.6.28. 대전지방법검찰청에 청구외 공○호를 업무상횡령 및 업무상배임죄로, 청구외 이○근·신○균 및 이○식을 업무상배임죄로 각 형사고소하였는바, 그 고소사실의 요지는 다음과 같다.

첫째, 피고소인 공○호는 대전직할시 중구 ○○동 12의 2 ○○쇼핑 5층 508호에 있는 대전직할시개인택시운송사업조합이하, “대전조합”이라 한다)의 조합장으로서 위 조합의 업무를 총괄하여 집행하는 자인바(1) 1989.3.22.경부터 1990.6.30.경까지 전후 4차례에 걸쳐 위 대전조합 사무실에서, 출장비, 연료비 및 접대비 등의 명목으로 위 대전조합의 돈 합계 금 139,700원을 인출하여 업무상 보관중 임의 소비하여 이를 각 횡령하고, (2) 1989.1. 하순경 위 대전조합 사무실에서 위 대전조합이 충청남도개인택시운송사업조합이하 “충남조합”이라 한다)으로부터 분리·독립함에 따른 조합재산을 분할함에 있어서 인계인수 당시의 자산상태대로 자산을 분할할 업무상 임무가 있음에도 불구하고 그 임무에 위배하여 인계인수 당시 이미 완제된 수건제작대금2,010,000원이 미지급된 것처럼 꾸며 부채로 계상함으로써 위 충남조합에 그 2분의 1에 상당하는 금 1,005,000원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고 위 대전조합

에 같은 금액상당의 재산상 손해를 입혔다

둘째, 피고소인 이○근·신○균 및 이○식은 위 대전조합의 특별감사로 피선된 사람들로서 1990.7.2.경부터 같은 달 13.경까지 사이에 위 대전조합에 대한 회계 및 업무를 감사함에 있어서 그 조합장인 위 공○호의 위 “나”항과 같은 업무상 횡령 및 배임행위를 발견하였으면 위 대전조합의 조합원들에게 이를 보고하고 그 결과에 따라 적절한 조치를 취하여야 할 업무상 임무가 있음에도 불구하고 그 임무에 위배하여 그 무렵 위 조합원들에게 감사를 실시한 결과 위 공○호에게 아무런 잘못이 없었고, 행정상의 착오로 잘못된 부분은 시정조치하였다는 취지로 허위 보고함으로써 위 공○호로 하여금 금 139,700원 상당의 위 충남조합으로 하여금 금 1,005,000원의 각 재산상 이익을 취득하게 하고 위 대전조합에게 그 합계액인 금 1,144,700원 상당의 손해를 입혔다

나. 피청구인은 위 고소사건(대전지방법검찰청 1991년 형제14564호)에 관하여 1991.10.18. 범죄의 혐의가 없다고 하여 불기소처분(이하 “이 사건 불기소처분”이라 한다)을 하였고, 청구인은 그 중 일부에 불복하여 항고 및 재항고를 하였으나 모두 기각되었다

2. 청구인은 피청구인이 위 고소사건에서 자의적인 수사를 함으로써 실제적 진실을 밝히지 못하였을 뿐만 아니라, 범죄의 성립이 명백함에도 불구하고 공소권을 발동하지 아니함으로써 그 범죄의 피해자인 청구인의 행복추구권 평등권 및 재판절차상의 진술권을 침해받았다고 주장하고, 위 불기소처분의 취소를 구한다.

3. 먼저 이 사건 심판청구 중 청구외 아○근·신○균 및 이○식의 업무상배임 부분에 대하여 본다

헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 의하면 헌법소원은 다른 법률에 의한 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다고 규정하고 있다 기록에 의하면 청구인은 1991.11.5. 이 사건 불기소처분이 있는 사실을 알았음에도 불구하고 같은 해 11.11. 위 공○호에 대한 고소부분에 대하여 검찰청법에 의한 항고를 제기하면서 위 이○근·신○균 및 이○식에 대한 고소부분에 대하여는 굳이 항고를 제기하지 아니한 사실을 인정할 수 있고 그 점에 대하여는 청구인 자신이 검찰항고과정에서 이를 시인하고 있음을 알 수 있다

그렇다면 이 부분에 대한 청구인의 심판청구는 다른 법률에 의한 구제절차를 거치지 아니하고 헌법소원심판을 청구한 경우에 해당하여 부적법하다고 하지 않을 수 없다

4. 다음, 이 사건 심판청구 중 나머지 부분인 청구의 공○호의 업무상 횡령 및 업무상 배임 부분에 대하여 본다 피청구인은 청구인이 피고소인인 위 공○호에 대한 업무상횡령 및 업무상배임의 고소사실에 대하여 피청구인이 1991.3.29.자로 한 불기소처분(대전지방검찰청 1990년 형제 26885호)에 대하여는 전혀 불복을 제기하지 아니하였다가 그 불복기간이 경과된 후에 다시 동일한 고소사실로 고소를 제기하고 피청구인이 같은 이유로 혐의없음의 판단을 한 이 사건 불기소처분에 대하여 검찰 항고를 거쳐 헌법소원을 제기한 이 사건 심판청구는 헌법재판소법 69조 제1항에 정한 청구기간 한정의 입법목적에 반하는 부적법한 청구라고 항변하고 있다.

그러나, 불기소처분은 검사의 수사종결처분으로서 재판이 아니므로 불복기간이 경과하여 확정되더라도, 확정력이 발생하는 것은

아니다. 따라서 형사피해자라고 주장하는 자가 고소를 제기하였다가 혐의없음의 불기소처분이 있는 후에 바로 검찰청법에 의한 항고를 제기하지 아니하고, 그 항고기간이 경과한 후에 다시 고소를 제기하고 다시 있는 불기소처분을 대상으로 하여 검찰항고를 거쳐 헌법소원심판을 청구하였다더라도, 그것이 곧 헌법재판소법 제69조에 정한 청구기간 한정입법 목적에 반하는 부적법한 심판청구라고 보기는 어렵다 그렇다면 이 부분에 관한 피청구인의 항변은 이유없다고 할 것이다

그러므로 이 부분에 대한 청구인의 청구에 관하여 살피건대 이 사건 기록과 위 불기소사건기록을 자세히 살펴보면 위 피청구인이 위 고소사건에 관하여 현저히 정의와 형평에 반하는 수사를 하였거나 헌법의 해석, 법률의 적용 또는 증거의 판단에 있어서 위 불기소처분에 영향을 미칠 중대한 잘못이 있었다고 보여지지 아니한다 따라서 청구인은 피청구인의 위 불기소처분으로 말미암아 그가 주장하는 기본권의 침해를 받았다고 볼 수 없다.

4. 그렇다면 이 사건 심판청구 중 청구의 이○근·신○균 및 이○식의 업무상 배임 부분에 대한 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하고 나머지 부분에 대한 청구인의 청구는 이유없으므로 이를 기각하기로 하여, 재판관 전원의 의견일치에 따라 주문과 같이 결정한다

1993. 3. 11.

재판장 재판관 조규광

재판관 변정수

재판관 김진우

재판관 한병채

재판관 이시윤

재판관 최광률

재판관 김양균

재판관 김문희

재판관 황도연

불기소처분취소

(92헌마163 헌법재판소 전원재판부
[판례집 5-1, 151~169])

【판시 사항】

검사(檢事)의 무혐의(無嫌疑) 불기소처분(不起訴處分)으로 인한 기본권침해(基本權侵害)가 부인된 사례

【결정 요지】

청구인의 고소사실(告訴事實) 중 경계침범(境界侵犯)의 점은 피의자(被疑者)가 자신과 청구인의 집 사이의 경계담을 헐어버린 사실은 인정되나 철거의 흔적이 뚜렷하여 구 경계담의 흔적이 인식불능의 결과가 되었다고는 볼 수 없으므로 혐의없다는 검사의 불기소처분(不起訴處分)에 대하여 검사가 고소사실에 대하여 현저히 정의와 형평에 반하는 수사를 하였다거나 헌법의 해석·법률의 적용 또는 증거의 판단에 있어서 불기소처분(不起訴處分)의 결정에 영향을 미친 중대한 잘못이 있다고 보여지지 아니하며, 검사의 불기소처분(不起訴處分)이 달리 헌법재판소(憲法裁判所)가 관여할 만큼의 자의적인 처분이라고 볼 수 없으므로 이로 말미암아 청구인의 기본권(基本權)이 침해(侵害)되었다고 볼 수 없다고 한 사례

재판관 김양균의 반대의견(反對意見)

피의자(被疑者)였던 자가 자신의 무고함을 들어 헌법소원(憲法訴願)을 제기하는 경우에는 이를 이유 있다고 인용하면서 고소인(告訴人)이었던 자가 피의자(被疑者)의 “혐의없음”의 처분을 다투어 헌법소원심판(憲法訴願審判)을 청구(請求)한 사건에 있어서 피의자에게 기소유예(起訴猶豫) 사유가 있다고 하여 헌법재판소가 관여할 정도의 사안이 아니라고 하는 것은 그 자체 모순일 뿐만 아니라 형평의 원칙 내지 평등의 원칙에도 위배되는 것이므로 피의자에게 설사

기소유예처분(起訴猶豫處分)을 할 만한 사정이 있다고 할지라도 “혐의 없음”의 처분이 정당하지 못할 때에는 의당 헌법재판소에서 지적되어야 한다.

청 구 인 최 ○ 옥
 대리인 변호사 이 석 태 외 3인
피청구인 서울지방검찰청 남부지청 검사

【참조 조문】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다

【이 유】

1. 사건의 개요

이 사건 기록과 청구의 박○숙에 대한 서울지방검찰청 남부지청 91형 제48029호 불기소사건 기록에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다

가. 청구인은 1991.8.29. 청구의 박○숙을 상대로 재물손괴 및 경계침범죄 등으로 고소하였다. 그 고소사실의 요지는 고소인(청구인)은 서울 강서구 ○○동 612의 142 소재 대지 91평 및 동 지상 시멘트 목조 세멘와즙 평가건주택 건평 12평 1동을 소유하는 자이고 피의자(박○숙)는 같은 동 612의 100 소재 대지 43평의 소유자로서 고소인과는 접하여 있는 이웃인 바 피의자는 1991.7.경 그 소유 대지에 건물신축 허가를 얻어 그 공사를 실시함에 있어서 피고소인 소유 대지가 고소인 소유대지에 경계선을 넘어 들어와 있는 사실

이 전혀 없음에도 고소인의 참여 없이 일방적으로 측량을 하여 고소인의 대지내에 피의자 소유대지가 들어 있다고 주장을 하고 함부로 고소인과 피고소인 주택 경계에 설치된 피의자 소유건물과 세멘트블록조 담장을 허물어 버린 다음, 고소인 대지를 침범하여 가옥과 담장을 신축함으로써 공유재물(담장) 및 고소인의 주택의 효용을 일부 해하고 아울러 구 경계담의 흔적을 제거하여 식별불능하게 함으로써 경계를 침범하였다는 것이다.

나. 이에 대하여 피청구인은 1991.11.29. 재물손괴의 점에 대하여는 “기소유예”, 경계침범의 점에 대하여는 “혐의없음”의 불기소처분을 하였다. 그 이유의 요지는 재물손괴의 점은 피의자가 청구인의 집과의 경계담을 철거하게 된 경위 및 그후 원상복구를 한 점에 비추어 가벌성이 없어 그 소추를 유예한다는 것이고 경계침범의 점은 피의자가 자신과 청구인의 집 사이의 경계담을 헐어 버린 사실은 인정되나 철거의 흔적이 뚜렷하여 구 경계담의 흔적이 인식불능의 결과가 되었다고는 볼 수 없으므로 혐의없다는 것이다.

다. 청구인은 위 불기소처분에 대하여 검찰청법이 정하는 절차에 따라 항고·재항고를 한 뒤 적법한 청구기간 내에 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

2. 관련기록을 검토해 보아도 피청구인이 청구인의 고소사실에 대하여 현저히 정의와 형평에 반하는 수사를 하였다거나 헌법의 해석법률의 적용 또는 증거의 판단에 있어서 불기소처분의 결정에 영향을 미친 중대한 잘못이 있다고 보여지지 아니하며 검사의 불기소처분이 달리 헌법재판소가 관여할 만큼의 자의적인 처분이라고 볼 수 없으므로 이로 말미암아 청구인의 기본권이 침해되었다고

볼 수 없다.

그렇다면 청구인의 심판청구는 이유없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 김양균의 다음과 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관들의 의견일치에 따른 것이다

3. 재판관 김양균의 반대의견

이 사건 헌법소원심판청구의 대상 불기소처분 중에서 경계침범의 점에 대하여서는 재판관 김양균은 다수의견에 따를 수 없어 다음과 같이 반대의견을 제시한다

경계침범죄는 토지의 경계를 불명하게 하여 토지에 관한 권리관계의 안정을 침해하는 죄이다. 형법이 경계침범죄를 규정하고 있는 이유는 토지는 고정상·인접성 등의 특징이 있어 그 자체로는 경계의 식별이 불가능하거나 심히 곤란한 경우가 있을 수 있어 자연적이든 인위적이든 토지의 경계를 외관상 식별할 수 있는 표지를 보호함으로써 사권의 보호에 기여함과 아울러 사회공공의 질서유지를 도모하려는 데 있는 것이다

경계침범죄에 있어서 계표라 함은 종전부터 시설되어 온 경계표지를 의미하는 것으로서 그것은 실제 권리관계와 부합하는 것이 통레이겠지만 설사 그러하지 않은 경우라고 할지라도 계표로서 보호되어야 한다는 점에 있어서는 소장이 없는 것이다. 즉 비록 실제상의 경계선에 부합되지 않는 경계표라 할지라도 그것이 종전부터 일반적으로 승인되어 왔다거나 이해관계인들의 명시적 또는 묵시적 합의에 의하여 정하여진 것이라면 그와 같은 경계표는 형법 제370조 소정의 계표에 해당된다 할 것이고 반대로 기존경계가 진실한

권리상태와 맞지 않는다는 이유로 당사자의 어느 한쪽이 기존경계를 무시하고 일방적으로 경계측량을 하여 이를 실체권리관계에 맞는 경계라고 주장하면서 그 위에 계표를 설치하더라도 이와 같은 경계표는 위 법조에서 말하는 계표에 해당되지 않는 것이다(대법원 1986.12.9. 선고, 86도1492 판결 참조).

개발되고 있는 도시지역 특히 서울의 번두리 지역에서는 경계분쟁이 발생할 소지가 많은데 그것은 시골의 경우처럼 오랜 세월 경계가 구획되어 있었던 것이 아니고 새로이 도시구획정리가 되어가면서 건물이 신축되어감에 따라 경계가 설정되는 경우가 적지 않기 때문이다 따라서 토지 소유자가 자기나름대로 측량을 의뢰하여 그 결과에 따라 토지의 권리를 주장하면서 계표를 이동하려 한다면 큰 혼란이 초래될 수 있는 것이니 그것은 측량의 결과는 측량의 의뢰자와 측량자의 수(誰何), 측량의 방법의 여하에 따라 결과가 달라질 가능성이 없지 않기 때문이다(서울지방법 검찰청 남부지청 1991년 형제48029호 수사기록(이하 수사기록이라 한다) 49정 참고인 이병권의 진술 및 58정 참고인 권명식의 진술 참조).

그 때문에 비록 측량의 결과에 의한 것이라 할지라도 민사소송의 방법에 의하여 권리관계가 확정되기 전에 함부로 토지의 경계를 인식 불가능하게 하는 행위는 이를 처벌하는 판례(대법원 1956.12.7. 선고, 4289형상272 판결 참조)가 일찍부터 확립되고 있는 것이며 당연한 결과로 위와 같이 함부로 설치한 경계표는 이를 훼손하더라도 경계침범죄는 성립하지 않는 것이다.

경계표지는 담장으로 이루어진 경우가 많겠으나 건물의 벽면으로 이루어질 수도 있고 또 양자가 혼합될 수도 있겠는데 이 사건의

경우는 양자가 혼합된 사례이다 이 사건 헌법소원심판 청구인 최○옥의 주장은 인근가옥의 소유자인 박○숙(피의자)이 자신의 가옥을 신축하면서 종래의 가옥과 담장을 헐어 버리고 새로운 가옥과 담장을 신축하는 과정에서 청구인의 토지를 침범하여 건물과 담장을 축조하였으며 청구인과의 종래의 경계를 인식 불능하게 하였다는데 있다

즉 청구인이 제출한 고소장의 기재와 그에 편철된 건축현장사건수사기록 16정)을 보건대 피의자가 가옥을 신축하면서 당초에는 그 신축건물의 연통부분이 청구인의 기존건물의 물받이와 기와 반장정도의 범위까지 그 경계를 침범하고 있고(청구인의 항의도) 다시 고쳐 축조한 것도 청구인의 지붕의 물받이 부분이 일부 찌그러들 정도로 침범하고 있는 것이 확연히 드러나고 있는바(수사기록 179정 사진 참조) 그것이 비록 담장이 아니고 건물의 벽면이라거나 연통의 일부분이라 할지라도 그 부분이 신축때문에 기존의 경계를 인식불능케 하였다면 경계침범에 해당되는 것이라 아니할 수 없는 것이다.

피의자는 경계표지를 이루고 있는 것이 대부분 건물이고 담장은 그 일부라고 주장하면서 담장의 길이에 대하여서는 5미터라고 주장하기도 하고(수사기록 27정) 1미터 60센치미터라고 주장하기도 하여(수사기록 62정) 일정하지 않지만 담장의 길이가 얼마이든 이 사건의 경우처럼 기존 건물의 벽면이 경계의 일부를 이루고 있었고 따라서 새로이 축조한 건물의 벽면도 경계의 일부를 이루고 있는 경우에는 경계침범의 여부는 담장만을 기준으로 하여 가리는 것이 아니고 아울러 건물부분을 기준으로 하여서도 가려져야 하는 것이다.

경계침범죄의 성립여부는 종래의 계표가 인식불능의 상태가 되었느냐의 여부에 의하여 가리는 것이고 그것이 실제 권리관계와 부합하느냐의 여부는 상관이 없는 것이므로 참고인 임○상, 김○수, 이○현, 장○섭, 권○식 등의 진술은 본건 경계침범죄의 성립여부와는 무관한 것이다 건물 축조함에는 특별한 관습이 없으면 경계로부터 반미터 이상의 거리를 두어야 하는데(민법 제242조 제1항) 이 사건의 경우 피의자는 청구인의 기존의 건물의 지붕의 일부(수사기록 16정) 또는 지붕의 물받이의 일부(수사기록 179정)가 훼손될 정도로 바짝 붙여 건축하고 있는 것으로 봐서 청구인이 피의자와 담장 하나를 사이에 둔 이웃으로서 상린관계에서 요구되는 당연한 수인의무를 감내하지 않고 송사를 일삼고 있는 경우라고 하기는 어려운 것이다. 청구인의 주장에 대하여 피청구인의 “혐의없음”의 결정이유는 건축현장사진의 영상에 의할 때 구 경계담의 흔적이 뚜렷이 남아있는 사실을 인정할 수 있어 토지경계의 인식불능의 결과가 발생하였다고 볼 수 없다는데 있는 것이다

그런데 피청구인은 인식불능의 결과가 발생하지 않았다고 인정하는 근거로 1991.10.6.자 강서경찰서 수사과 조사계 경장 이정모가 제출한 보고서(수사기록 69정)에 첨부된 현장사진(수사기록 70정)을 들고 있는데 그 보고서가 작성된 당시 구 경계담의 흔적이 식별할 수 있었다는 점은 위 사진을 통해서 보건대 의문의 여지가 없는 듯 하다

그런데 그러한 흔적이 불기소결정일까지 지속되고 있어 식별에 지장이 없었겠느냐의 점은 별개의 문제이며 피청구인이 불기소결정을 한 1991.11.29.자에는 동 결정서에 나타나 있는 바와 같이 새

로운 담이 쌓여진 사실을 알 수 있으니 그것은 피청구인이 담장의 원상 복구를 이유로 하여 재물손괴의 점에 대하여 기소유예처분을 하고 있기 때문이다.

여기서 내가 문제로 제기하고 싶은 것은 피청구인이 불기소결정을 한 일자에도 구 경계담의 흔적이 식별할 수 있을 정도로 남아 있었겠느냐의 점이다. 그것은 피청구인의 불기소결정이 정당성을 가지려면 그렇게 설명될 수 있어야 하는데 그러기 위하여서는 복구된 담장이 구 경계담의 흔적을 침해하지 않은 상태에서 청구인이 점유소유와는 별개의 문제이다)하고 있는 토지 위에 설치되었거나 피의자가 점유하고 있는 토지 위에 설치되었거나 하여야 하기 때문이다

그러나 피의자의 점유토지 위에 설치되어 있는 경우라면 경계표지에 있어서 청구인은 종래보다 오히려 유익한 입장이 되는 것으로서 정신이 상자가 아닌 한 고소·항고·소원 등의 구제절차에 호소할 이유가 전혀 없기 때문에 결국 청구인의 대지를 침범하여 축조하였거늘 때에 는 원래의 계표는 인식이 가능하다고 하더라도 그와 동일한 계표를 다른 위치에 설치한 셈이 되고 그 때문에 어느 것이 기존의 계표인지 식별불가능하게 된다면 역시 본죄가 성립한다고 할 것이다) 종래의 구 경계담 위에 축조하였다고 생각할 수밖에 없는데 청구인은 피의자와 자신의 토지를 구 경계담에서 14~24센치미터 정도 침범하여 새로이 담장을 설치하였고(수사기록 80정 항고장 기재내용 및 90정 항고인 진술조서 참조) 종래의 담장의 흔적은 완전히 없었다고 주장하고 있는 것이다. 따라서 문제의 핵심은 불기소처분 일자에 구 경계담의 흔적이 식별될 수 있는 상태로 존속하고 있었느냐에 있다

고 할 것이다. 그점을 밝히는데 있어서는 피청구인의 실황조사가 필수적이라 하겠지만 실황조사에까지 이르지 않는다고 할지라도 피의자소유 대지의 넓이가 43평에 불과한데 3층 건물을 건축하고 있는 점과 신축 건물의 연통부분이 경계의 일부를 구성하고 있는데 그것이 청구인이 기존 가옥의 지붕의 일부 또는 지붕 물받이의 일부가 훼손될 정도로 침범하고 있는 점(수사기록 16정, 179정에 편철된 건축현장사진 참조) 등을 종합해 보면 건물의 신축 및 담장의 신축으로 인하여 원래의 계표는 식별할 수 없는 상태가 되었다고 보여지며 그것은 피의자 자신이 제출하고 있는 현장사진(수사기록 74정 및 75정)에 의하더라도 의문의 여지없이 명백한 것이다. 따라서 피청구인이 위와 다른 인정을 하려면 실황조사가 필수적인 것이라고 할 것이고 그러한 절차없이 흔적이 남아 있다고 인정하였다면 그것은 자의적인 것이 되는 것이다

과연 그러하다면 가벌성의 유무는 별론 이 사건 피의자에게 경계침범죄에 관한 한 그 혐의가 없다고는 할 수가 없는 것이다 피청구인이 불기소결정을 함에 있어서는 불기소결정 당일까지의 사정을 모두 통털어 그 기초자료로 하여야 할 것이며 경계침범에 대하여 적용한 기준담장이 혈러진 흔적사진, 수사기록 70정)과 재물손괴에 대하여 적용한 기준(담장이 새로이 축조된 사진 수사기록 16정 등)을 달리하여 이중기준에 의거하였다면 그것은 올바른 것이라 하기 어려운 것이다.

요컨대 피청구인은 구 담의 흔적이 남아 있다는 것을 근거로 하여 경계침범의 점은 그 혐의가 없다고 하고 있고 새로운 담장이 쌓아져 복구되었다는 것을 이유로 하여 재물손괴의 점은 그 처벌가치

가 없다(기소유예처분)고 하고 있는바, 과연 구 경계담의 흔적잔존 및 신축담의 축조로 인한 원상복구필이라는 사정이 불기소처분 일자에 병존하고 있었겠느냐의 점은 의문이며 이 사건에 있어서는 위에 적시한 바와 같이 병존하는 것으로 보여지지 않는다는 것이다

이상 요컨대 경계침범죄에 있어서 경계는 종래부터의 경계를 의미하는 것이며 경계표지가 설사 실제의 권리관계와 다소 상이하게 설치되어 있다고 할지라도 민사소송을 통하여 이를 바로 잡는 것은 별론 토지소유자가 함부로 계표를 손괴 이동 또는 제거하거나 기타의 방법으로 토지의 경계를 인식 불가능하게 할 수 없는 것이며 그 이론은 경계가 전부 담장으로

이루어졌던 담장과 건물의 벽 일부로 이루어졌던 건물의 벽만으로 이루어졌던 상관이 없다고 할 것이다 왜냐 하면 경계침범죄의 존재이유는 경계표지가 설사 실제의 권리관계와 부합하지 않을 때라고 할지라도 토지소유자가 함부로 계표를 손괴하는 등으로 자력구제 방법에 호소하는 것을 금지하려는데 있는 것이며 그것이 사회질서의 유지를 위하여 필요하기 때문인 것이다.

본건에서 피의자의 토지의 일부가 청구인의 토지 중에 포함되어 있는 것인지의 여부는 별도로 민사소송으로 다루어져야 할 것이지만 적어도 피의자가 새로 건물과 담장을 신축하는 과정에서 종래의 계표를 식별 불가능하게 한 점은 의문의 여지가 없다고 보여지며 그러한 의미에서 재기수사되어야 할 사안이라고 믿는 것이다

다수의견은 이 사건 피의자의 혐의가 설사 인정된다고 할지라도 그 가벌성이 희박하여 헌법재판소가 관여할 정도의 중대한 사안이 아니라고 보고 있는 듯한데 똑같은 불기소처분이라고 할지라도 기

소유예처분과 “혐의없음”의 처분은 그 의미에 있어서 천양지차인 것으로서 헌법재판소는 과거 기소유예처분된 사건에 있어서 당사자가 “혐의없음”을 주장하고 있는 헌법소원에서 이를 인용하는 판례를 많이 남기고 있는데 그것은 기소유예와 “혐의없음”은 그 의미가 달라서 헌법재판소가 관여할 만한 사유가 된다는 것을 의미하는 것이다 즉 기소유예처분이란 공소제기함에 충분한 혐의가 있고 소송조건도 구비되었음에도 불구하고 제반사항을 고려하여 공소를 제기하지 않는다는 내용의 처분인 것으로 범죄혐의가 없음이 명백한 사안을 기소유예처분 하였다면 헌법이 금하고 있는 차별적인 공권력의 행사가 된다고 하는 것이다(헌법재판소 1989.10.27. 선고, 89헌마56 결정; 1992.6.26. 선고, 92헌마7 결정; 1992.11.12. 선고, 91헌마146 결정 등 참조).

그런데 피의자였던 자가 자신이 무고함을 들어 헌법소원을 제기하는 경우에는 이를 이유있다고 인용하면서 고소인이었던 자가 피의자의 “혐의없음”의 처분을 다투어 헌법소원심판을 청구한 사건에 있어서 피의자에게 기소유예 사유가 있다고 하여 헌법재판소가 관여할 정도의 사안인 아니라고 한다면 그것은 고소인이 청구인이나 피의자가 청구인이나에 따라 헌법재판소가 결론을 달리하고 있는 결과가 되는 것으로서 그 자체 모순일 뿐만 아니라 형평의 원칙 내지 평등의 원칙에도 위배되는 것이다. 따라서 피의자에게 설사 기소유예 처분을 할만한 사정이 있다고 할지라도 “혐의없음”의 처분이 정당하지 못할 때에는 의당 헌법재판소에서 지적되어야 할 것이라고 믿는다.

이 사건 헌법소원 심판청구인은 피의자가 함부로 쌓아 놓은 벽을

청구인이 스스로 실력으로 허물어 버리더라도 경계침범의 책임을 지지 않는데도(대법원 1986.12.9. 선고, 86도1492 판결 참조) 그러한 실력행사에 나서지 않고 법에서 해결해 줄 것을 호소하고 있는 것이며 그러한 의미에서 범질서를 존중할 줄 아는 시민으로 보여지는 것이다

그런데 법에서 당연히 가려져야 할 사항이 가려지지 않으니까 답답한 나머지 관련자를 상대로 수차에 걸쳐 고소를 하고 있다(92헌마164 및 92헌마306 관련 수사기록 참조) 그것이 헌법재판관에게 좋지 않게 인상 지워진 듯 한데 당초에 피청구인이 이 사건 경계침범에 대한 법리를 오해함이 없이 일단 혐의는 인정되는 것으로 처리하였다더라면 고소인의 고소 사태를 예방할 수 있었겠지 않겠는가 하는 점에서 반대의견을 쓰는 것이다.

1993. 3. 11.

| | |
|-----|---------|
| 재판장 | 재판관 조규광 |
| | 재판관 변정수 |
| | 재판관 김진우 |
| | 재판관 한병채 |
| | 재판관 이시윤 |
| | 재판관 최광률 |
| | 재판관 김양균 |
| | 재판관 김문희 |
| | 재판관 황도연 |

기소유예처분취소

(1993. 3. 11. 92헌마191 헌법재판소 전원재판부
[판례집 5-1, 191~188])

【판시 사항】

검사(檢事)의 기소유예처분(起訴猶豫處分)으로 인한 기본권침해(基本權侵害)가 인정된 사례

【결정 요지】

당연히 의심을 갖고 조사해야 할 중요한 사항에 대하여 조사를 현저히 소홀히 하고, 피의사실(被疑事實)을 인정할 수 있는 증거(證據)가 될 수 없다는 사실을 인식(認識)하고도 자의적(恣意的)인 증거판단(證據判斷)에 의하여 청구인에 대하여 기소유예처분(起訴猶豫處分)을 한 것은 청구인에게 헌법상(憲法上) 보장(保障)된 평등권(平等權)과 행복추구권(幸福追求權)을 침해(侵害)한 것이다.

청 구 인 이 ○ 훈
 대리인 변호사 신 기 남 외 1인
피청구인 서울지방검찰청 검사

【참조 조문】

헌법(憲法) 제10조, 제11조
헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

【참조 판례】

1989.10.27. 선고, 89헌마56 결정 (판례집 1권, 309)
1992.6.26. 선고, 92헌마7 결정
1992.10.1. 선고, 91헌마169 결정
1992.11.12. 선고, 91헌마146 결정

【주 문】

피청구인이 1992.6.26. 서울지방검찰청 1992년 형제57435호 사건에 관하여 청구인에 대하여 한 기소유예처분은 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해한 것이므로 이를 취소한다

【이 유】

1. 사건개요

가. 1978.1.10.생인 청구인은 1992.6.13. 당시 만 14세로 ○○중학교 2학년에 재학중이었다 1992.6.13.은 토요일이어서 학교에서 귀가한 후 강남중학교 2학년 재학 중이며 만 13세인 청구의 강○구와 함께 남대문시장에 가서 약 3시간 동안 배회하였다. 이들을 소매날치기배로 의심한 서울경찰청 소속형사인 경찰관 이재창과 동 정용화는 같은 날 오후10시경 청구인과 위 강○구를 소매치기범으로 검거하였다 그리고 위 경찰관들은 청구인의 주머니에서 1,000원권 1매, 위 청구의 강○구의 주머니에서 5,000원권 1매, 1,000원권 2매를 찾아내었다.

경찰관들은 청구인과 위 청구의 강○구로부터 이들이 같은 날 4회에 걸쳐 위 8,000원을 합동하여 소매치기하였다는 자백을 받고 이들을 근처 중앙우체국 수위실에 데리고 갔다가 차를 태워서 서울지방경찰청에 데리고 가서 청구인이 같은 날 4회에 걸쳐 소매치기하였다는 자백을 한 피의자신문조서(강○구에 대하여는 진술조서)를 작성하였다.

그 자백내용은 다음과 같다.

(1) 1992.6.13. 15:20분경 서울 남대문시장 새로나백화점 노상에서 성명불상의 약 20대 중반의 여자가 왼쪽어깨에 핸드백을 메고 혼잡한 시장길을 걸어가고 있을 때, 위 청구의 강○구는 동 녀의 뒤에 서서 다른 사람이 보지 못하도록 몸으로 막아주면서 망을 보아주는 동안 청구인은 동 녀의 좌측 옆에 바짝 붙어서 오른손으로 핸드백단추를 열고 그 속에서 한국은행발행 1,000원권 1매를 소매치기 수법으로 합동절취하고

(2) 같은 날 15:30경 위 남대문시장의 타바리떼건물 앞 의류판매 노점상에서 성명불상의 약 30대 가량의 여자가 핸드백을 우측어깨에 메고 의류를 고르고 있을 때, 청구인은 동 녀의 뒤에서 다른 사람들이 보지 못하게 몸으로 막아주면서 망을 보아주는 동안 위 강○구는 동 녀의 우측옆에 바짝 붙어서 오른손으로 핸드백단추를 열고, 그 속에서 한국은행발행 5,000원권 1매를 소매치기 수법으로 합동절취하고

(3) 같은 날 15:35분 같은 장소에서 성명불상의 약 30대 가량의 여인이 핸드백을 우측어깨에 메고 의류를 구경하고 있을 때 청구인은 전항과 같은 방법으로 핸드백 속에서 한국은행발행 1,000원권 1매를 소매치기 수법으로 합동절취하고

(4) 같은 날 18:10분 위 새로나백화점 후문 앞 의류노점상에서 서울 성동구 ○○동 36의 7 거주 청구의 박○자 만 26세 여인이 핸드백을 우측어깨에 메고 의류를 구경하고 있을 때 청구인은 전항과 같은 방법으로 핸드백 속에서 한국은행발행 1,000원권 1매를 소매치기 수법으로 합동절취하였다.

나. 그러나 청구인이 자백한 위 범죄사실 중 위(4)의 피해자라

는 청구의 박○자는 위 같은 날 돈을 소매치기당한 사실이 없고 청구인을 검거한 경찰관인 위 청구의 이재창의 처이다

한편 경찰관 이재창은 1992.6.13. 청구인과 위 청구의 강○구가 자백한 위 범죄사실(4)에 관한 피해자진술조서를 작성함에 있어 그 피해자라는 박○자에 대한 신문을 하지도 않고 동 박○자가 1992.6.13. 18:10분 남대문시장에서 어깨에 멘 핸드백 속에 있던 한국은행발행1,000원권 1매를 소매치기당하였는데 형사들이 범인 2명을 잡아주어 1,000원을 회수하였다고 중앙우체국 경비실에서 진술하였다는 허위내용의 진술조서를 작성하였다. 위 경찰관 이재창은 동 진술조서 말미 진술자 서명날인에 스스로 박○자라고 기명한 다음에 자신의 무인을 찍고 또 작성자라하여 동료경찰관 경장 오명환의 성명을 기명한 다음에 동 오명환의 인장을 날인하고, 입회인으로서 동료경찰관 순경 정용화의 서명을 기명한 다음에 동인의 도장을 날인하여 진술조서를 위조하여 수사기록에 편철하였다.

그리고 위 경찰관 이재창은 청구인과 위 강○구로부터 한국은행발행 1,000원권 3매, 5,000원권 1매를 압수하여 그 압수조서를 작성하고 그 중 청구인으로부터 압수한 한국은행발행1,000원권 1매에 대하여 위 박○자가 가환부신청하는 내용의 가환부신청서도 위 박○자 명의로 위조하고 검찰에 가환부지휘 품신을 하여 위 박○자에게 가환부하라는 지휘를 받아 동 박○자에게 가환부한 양 허위처리하였다

다. 청구인에 대한 위 특수절도피의사건은 청구인이 자백한 범죄사실 모두 1992.6.18. 검찰에 송치되었고, 청구인은 송치된 당일 검사입회서기로부터 1회 신문을 받으면서 경찰에서 자백한 내용대

로 자백하였다. 그리고 1992.6.26. 위 자백한 내용과 같은 범행을 시인하면서 앞으로는 이런 일이 없겠다는 서약서를 작성하여 검사에게 제출하였다.

라. 피청구인은 위 박○자에 대한 진술조서가 허위내용의 위조된 조서인 점을 모르고 1992.6.26. 청구인에 대하여 다음과 같은 이유로 기소유예처분하였다.

본 건 피의사실의 요지는 사법경찰관작성 의견서 기재 범죄사실과 같은 바, 수사한 결과 피의사실은 인정되나 피의자는 중학교2학년생으로 초범이고, 절취한 금액이 8,000원으로 사안이 경미하며, 절취한 현금이 모두 압수되었고, 자신의 잘못을 뉘우치고 다시는 이런 일이 없겠다고 다짐하고 있으므로 선도위원의 선도를 조건으로 이번에 한하여 그 소수의 절차를 유예한다.

마. 그 후 청구인과 위 강○구는 귀가하여 범행을 부인하였고 위 범죄사실 (4)의 피해자 박○자가 청구인으로부터 소매치기 당한 사실이 없으며 동 박○자에 대한 진술조서가 허위내용으로 위조된 사실이 드러났다. 청구인의 모인 청구의 이○숙은 청구인의 법정대리인으로서 청구인에 대한 재수사신청을 하였고 위 청구의 강○구의 모인 청구의 장○순과 함께 1992.7. 위 박○자에 대한 진술조서를 위조한 위 경찰관 이재창 등을 고소하였다.

바. 청구인에 대한 재수사를 신청한 사건은 검찰에서 진정사(92진정 제1256호)으로 처리하여 1992.8.18. 종전의 기소유예처분을 유지한다는 것으로 사건을 종결하였다. 한편 1992.8.19. 가정법원은 위 청구의 강○구에 대하여 소년법 제29조를 적용하여 보호처분을 할 필요가 없다고 인정된다는 이유로 불처분결정을 하였다

그리고 피청구인은 위 경찰관 이재창에 대하여는 청구인과 위 강구가 위 자백내용과 같이 소매치기를 한 것을 전제로 공문서위조동행사, 사문서위조·동행사 및 업무상횡령죄로 공소제기한 결과1992.10.19. 공소사실 그대로 인정되어 징역1년 6월에 집행유예 2년의 판결이 선고되었다.

사. 청구인은 1992.8.22. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다

2. 심판대상

그러므로 이 사건 헌법소원심판대상은 피청구인이1992.6.26. 서울지방검찰청 1992년 형제57435호 사건에 관하여 청구인에 대하여 한 기소유예 결정이 헌법상 보장된 청구인의 기본권을 침해하였는지의 여부이다

3. 청구인의 주장

청구인의 주장요지는 다음과 같다

가. 청구인과 위 청구의 강○구는 소매치기를 한 사실이 없다 서울지방경찰청 강력과 도범계 치기반 소속경찰관인 청구의 이재창과 동 정용화가 청구인과 위 강○구가 갖고 있던 돈을 소매치기한 돈이라고 단정하고 이를 부인하는 청구인과 위 강○구에 대하여 가혹행위를 하여 자백을 강박하므로 심신이 유약한 청구인과 청구의 강○구는 이를 이기지 못하고 하지도 않은 범행을 허위자백하였다 형사들은 청구인 등을 경찰에 데리고 가서도 폭행과 협박을 계속하는 한편 자백만 하면 석방시켜 주겠다고 회유하기도 하여 허위자백을 한 피의자신문조서를 작성하였다. 한편 경찰관들은 피해자가 없어 범행을 입증할 증거가 없으므로 청구인과 위 강○구를 연행한 이재창 순경의 처인 청구의 박○자를 피해자로 꾸며서 그녀가

돈 1,000원을 소매치기 당하였다는 허위내용의 피해자진술조서를 위조하였다. 또한 소년인 청구인과 위 청구외 강○구는 워낙 경찰에서 시달림을 크게 받아 공포감이 남아 있었고 자백을 한 이상 이제와서 부인해 봐야 더 혼나기만 할 뿐 소용없다는 자포자기의 심정에서 검사의 입회서기의 신문에도 경찰에서 자백하였던 대로 수긍할 수밖에 없었다

나. 청구인과 위 강○구가 석방된 후에 억울한 사정을 호소하기 시작하자, 청구인의 부모도 사건이 조작되었다는 의심이 들어 진상을 조사해 보았다. 그 결과 소년들이 폭행과 협박 끝에 허위자백하게 된 경위와 절취하였다는 돈이 위 강○구의 누이인 강○옥이 준 돈인 사실과 피해자라는 청구외 박○자는 위 이재창 순경의 처이며 조작된 피해자라는 사실이 드러났다. 경찰은 자체조사 끝에 피해자 진술조서를 조작한 청구외 이재창 순경을 허위공문서작성 혐의로 구속하여 기소하였으나 청구인과 청구외 강○구가 소매치기 범인임은 틀림없다는 식으로 강변을 계속하였다. 이재창 순경사건을 담당한 검사도 청구인에 대한 수사를 다시 하려는 의도를 갖지 않은 채 청구인의 신청을 단순한 진정사건(2진정 제1256호)으로 취급한 후, 검사는 경찰측의 일방적 주장만을 근거로 1992.8.18. 청구인에게 대한 종전의 기소유예처분을 그대로 유지하고 재수사를 펴지 않는 것으로 종결하였다

다. 피청구인은 청구인들이 허위자백한 사실과 증거가 조작된 사실이 드러났음에도 불구하고 재수사를 하여 진실을 밝히려 하지 않았다. 검사 앞에서의 자백과 접견시의 시인은 어린학생으로서는 극도로 위축된 심정에서 감히 항거하지 못하고 빨리 석방되어 부모의

품에 돌아가기만을 위하여 경찰에서의 자백을 뒤엎지 못한 것이다 증거를 조작하기까지 한 경찰관들이 범행현장을 목격하였다는 진술은 증거로 거론될 여지도 없다. 검사는 남대문 시장상인이나 위 강○옥을 신문한 바 없으며 남대문 시장상인들의 진술내용도 모호하다 또 중앙우체국 수위들도 감히 폭행현장을 목격하였다고 진술하기는 어려운 사정에 있다. 청구인과 위 청구외 강○구는 모범생이고 가정도 화목하여 소매치기를 할 이유도 없고, 그런 능력도 없다. 또 소매치기를 검거하는 경찰관은 반드시 피해자와 증거물을 확보한다 이제 필수적인 입증자료가 모두 쓸모없는 것이 된 지금 청구인과 위 청구외 강○구에게 혐의를 씌울 근거가 없다. 강○구에 대하여도 소년부 판사가 죄가 없다고 인정하고 1992.8.12. 불처분결정을 하였다. 피청구인은 범죄의 혐의가 없음이 명백한 사안을 놓고 자의적이고 타협적으로 기소유예처분을 함으로써 청구인의 헌법상 보장된 평등권과 헌법 제7조에 보장된 재판을 받아 무죄판결을 받을 권리를 박탈당하고 유죄판결에 준하는 취급을 받아 사회생활에 유형 무형의 불편을 받게 하여 헌법 제10조의 행복추구권을 침해하였다.

4. 피청구인의 답변

피청구인의 답변요지는 다음과 같다

가. 이 사건 관련 경찰관들은 폭행사실을 일관되게 부인하고 있고 경찰관들이 사람이 봄비는 시장안에서 청구인 등을 폭행하였다는 진술은 상식에 반하여 믿기 어려우며 중앙우체국의 수위들도 폭행사실을 목격하지 못하였다고 진술하고 있고, 달리 청구인과 위 청구외 강○구의 진술이 임의성이 없는 상태에서 이루어진 것으로

허위라는 증거가 없다. 오히려 청구인과 위 강○구가 경찰청에서 조사를 받을 때, 위 강○구의 어머니와 외삼촌인 청와대 경비단 근무 경찰관 장점동이 위 강○구를 면회하고 조사실 옆에서 기다리고 있었으며 위 강○구는 체포 당일 어머니 및 외삼촌과 귀가하여 2일간 집에서 휴식을 취하였으나 가족들에게 범행을 부인하는 말을 전혀 하지 않았고 청구인은 동대문경찰서 유치장과 서울구치소에 수감되어 있으면서 면회 온 어머니 이○숙에게 시장을 구경하다 용돈이 필요하여 돈을 훔치게 되었다고 범행이유를 이야기 한 바도 있다 따라서 청구인과 위 강○구의 자백은 진술의 임의성과 신빙성이 있다

나. 청구인과 청구외 강○구를 체포한 경찰관인 순경 이재창과 정용화는 남대문시장을 3시간여 동안 배회하는 청구인 등을 미행하여 4회의 범행을 목격하고 청구인 등을 체포하였다고 일관되게 진술하고 있다 시장상인 박○복, 임○규, 이○상 및 주○실은 동 경찰관들이 청구인 등을 미행하는 것과 청구인과 위 청구외 강○구가 소매치기를 하려다 미수에 그치는 것을 목격하였다고 진술하고 있다 또한 위 청구외 강○구는 같은 동료 경찰관인 청구외 장점동의 조카로서 동인이 선처를 부탁하는 상황이었다. 이러한 사실 등에 비추어 위 경찰관들의 진술은 신빙성이 있다.

다. 청구인과 위 청구외 강○구는 중학교 2학년에 재학중인 학생들로서 동료학생들의 용돈 사용규모 및 그 사용실태 등에 비추어 볼 때 압수된 돈 8,000원이 위 강○구의 누이인 청구외 강○옥이 사건 10일 전에 준 10,000원 중 쓰고 남은 돈이라는 주장은 현실과 괴리된 것으로 타당성이 없다.

라. 청구인과 위 청구의 강구가 자신들의 거주지인 신대방동에서 멀리 떨어진 남대문시장까지 나와 아무런 이유없이 시장안을3시간이상 배회하였고 이 건 이전에도 남대문시장에 나온 일이 있었다 청구인과 위 강구처럼 친구들끼리 시장에 나와서 배회하는 소년들은 비행성이 농후하다는 점에 비추어 볼 때 청구인 등이 소매치기를 하였을 개연성이 있다.

마. 서울가정법원 92푸3414 특수절도사건에 대한 결정문에 의하면 소년법 제29조를 적용하여 보호소년에 대하여 보호처분을 할 필요가 없다는 이유로 불처분결정을 하였는 바 동 결정의 취지는 위 법 제29조 전단의 보호처분을 할 수 없는 경우가 아니고 단지 보호처분을 할 필요가 없는 경우임을 밝히고 있어 오히려 강구의 촉법행위를 인정한 것으로 해석하는 것이 타당하다.

바. 그러므로 피청구인의 기소유예처분은 타당한바 피해자 진술조서가 위조되었다는 일부의 사실을 근거로 피의사실 전체가 허위라는 것은 논리의 비약에 불과하므로 이 사건 헌법소원심판청구는 기각하는 것이 타당하다.

5. 판단

가. 이 사건 기소유예결정으로 인정된 피의사실들은 위 사건경위에서 본 바와 같이 청구인과 위 청구의 강구가 합동하여 (1) 1992.6.13. 15:20분경 서울 남대문시장에서 성명 미상의 여인이 어깨에 멘 핸드백 속에 든 한국은행발행 1,000원권 1매를 소매치기 하고,

(2) 같은 날 15:30분경 성명 미상의 여인이 어깨에 멘 핸드백 속에 든 한국은행발행 5,000원권 1매를 소매치기 하고,

(3) 같은 날 15:35분 성명 미상의 여인이 어깨에 멘 핸드백 속에 든 한국은행발행 1,000원권 1매를 소매치기 하고,

(4) 같은 날 18:30분 청구의 박○자의 어깨에 멘 핸드백에 든 한국은행발행 1,000원권 1매를 소매치기 하였다는 것이고, 그 방법은 청구인과 위 청구의 강○구 중 한 사람은 피해자의 뒤에서 다른 사람이 보지 못하도록 몸으로 막아주면서 망을 보아주는 동안 다른 한 사람이 핸드백의 단추를 열고 그 속에서 돈을 꺼냈다는 것이다

나. 이에 먼저 1992.6.26.에 한 이 사건 기소유예결정이 동 결정시를 기준하여 청구인의 기본권을 침해한 여부를 살펴본다

(1) 동 사건에 대한 수사기록을 살펴보면 위 기소유예결정 당시 이들 피의사실들에 부합한 증거로는

(ㄱ) 청구인이 자백한 내용의 검사 및 사법경찰리가 작성한 청구인에 대한 피의자 신문조서기재와 청구인이 작성하여 검사에게 제출한 서약서기재와 위 청구의 강○구가 자백한 내용의 사법경찰리가 작성한 위 강○구에 대한 진술조서기재와

(ㄴ) 위 피의사실(4)에 관한 피해자라는 청구의 박○자에 대한 사법경찰리가 작성한 진술조서기재 및 (ㄷ) 한국은행발행 1,000원권 1매, 동 5,000원권 1매, 동 1,000원권 1매 및 동 1,000원권 1매와 이 돈들에 대한 압수조서기재가 있다.

(2) 그러나 위 (ㄱ)의 증거들은 청구인과 위 강○구의 자백일 뿐이다. (ㄴ)의 진술조서는 위 피의사실 (1), (2), (3) 및 (4)중 피의사실(4)에 관한 피해자진술조서로서 유일한 피해자진술조서이지만 동 증거는 위 기소유예결정 당시 드러나지는 않았으나 청구인들을

검거한 경찰관 이재창이 그 처인 박○자를 피해자로 조작한 허위내용인 위조된 문서이고 나머지 피의사실들은 그 피해자조차 특정되지 않았다 (ㄷ)의 압수조서는 청구인과 위 청구외 강○구의 옷주머니 등에서 나온 돈을 압수한 것으로, 위 (ㄱ)의 청구인과 위 청구외 강○구의 자백이 허위자백일 때, 또는 압수된 돈이 소매치기한 돈이 아닐 때 이 사건 피의사실들을 인정할 증거가 되지 못한다

(3) 한편 청구인은 겨우 14세, 위 강○구는 겨우 13세로 경찰관의 위협적 언동에 겁사리 겁먹고 허위자백할 수 있는 어린 소년인 젊 이들은 무위도식하는 불량성 있는 소년이 아니라 중학교 2학년에 재학중인 학생인 점, 소매치기하였다는 일시는 토요일 방과 후인 오후이어서 중학생이 시장구경을 할 만한 일시인 점 청구인과 위 강○구는 소매치기 기타 범죄행위의 전력이 없는 점 가정환경도 청구인의 아버지는 건설업자이고 위 강○구의 어머니는 식당을 경영하고 있어서 청구인이나 위 강○구가 소매치기를 하여야 할 만한 환경에 있지 않은 점 남대문시장과 같은 큰 시장에 물건을 사러오는 여인이 핸드백속에 1,000원권 1매나 5,000원권 1매만을 넣고 오는 일도 드문 일인데, 핸드백을 열고 소매치기 하였다는 돈도 네 번 모두 한국은행발행 1,000원권 또는 5,000원권 1매씩만 꺼냈다는 것이어서 이례적인 점, 이 사건 수사기록 4정 내지 7정에 편철된 서울지방경찰청 강력과 도범계 치기반 근무경장 오명화 등 유정길, 순경 정용화, 동 금경록, 동 이재창이 작성한 현행범인체포 보고서 기재에 의하면 이들 경찰관들이 소매치기 단속목적으로 청구인과 위 강○구를 미행하였다는 바, 치기반 경찰관들이 소매치기 검거목적으로 미행하는 동안 들키지 아니하고 범인 한 사람은

피해자의 뒤에서 다른 사람이 보지 못하도록 막아주면서 망을 볼 때 다른 한 사람은 피해자가 메고 있는 핸드백의 단추를 열고 그 속에 있는 돈을 재빨리 꺼낸다는 소매치기 방법은 소매치기에 숙련된 자나 할 수 있는 기술적인 방법이라고 할 것인데 소매치기 전력이 없는 나이 어린 청구인과 위 강○구가, 경찰관들이 소매치기 검거목적으로 미행하는 동안 발각되지 아니하고 3차례나 연속적으로 그러한 방법으로 소매치기하였다는 것도 통상 생각하기 어려운 점 그리고 경찰관이 이를 발견하였다면 즉시 검거하고 피해자도 확정하였을 것인데 그러하지 아니하고 네번째 피의사실만 피해자 진술조서가 있는 점 등에 비추어 보면 수사전문가인 검사로서는 나이 어린 청구인과 위 강○구의 자백이 허위 자백일 수도 있다는 점을 능히 의심하였을 것이고 따라서 피의사실 넷 중 오직 (4)의 피의사실에 한하여만 특정된 피해자인 청구의 백○자라도 소환하여 신문하고 청구인을 검거한 경위에 대하여도 수사하였더라면 피의사실(4)의 피해자라는 박○자는 1992.6.26. 소매치기를 당한 사실이 없으며, 따라서 동 박○자에 대한 사법경찰리 작성 진술조서가 조작된 허위내용의 진술조서이고 1992.6.26. 18:10분 박○자의 핸드백에서 한국은행발행 1,000원권 1매를 청구인과 위 강○구가 합동하여 소매치기하였다는 위 피의사실(4)에 대한 청구인과 위 강○구의 자백이 허위이며, 또한 경찰관들이 미행하는 가운데 연이어 3번 소매치기하였더라면 피해자도 특정되지 아니한 피의사실(1), (2) 및 (3)에 대한 청구인과 위 강○구의 자백도 허위자백이라는 사실을 밝혀낼 수 있었을 것이다

(4) 그럼에도 불구하고 피청구인은 위와 같이 유일한 피해자로

특정된 박○자에 대한 신문도 하지 않고 경찰관들이 미행하면서 3차례의 범행을 목격하거나 피해자를 특정하지 않고 네번째 범행시에 비로소 검거한 경위도 조사하지 않았으며 또한 청구인에 대한 신문도 단1회의 속칭 구류신문이라는 신문만 한 채 범죄전력도 없고 나이 어린 청구인과 위 강○구의 자백만을 경신하여 청구인에 대하여 위 피의사실 전부에 대하여 기소유예결정을 한 것은 당연히 의심을 갖고 조사해야 할 중요한 사항에 대하여 조사를 현저히 소홀히 한 채 사건을 종결지은 것이라고 하겠고, 이로 인하여 청구인에게 헌법상 보장된 평등권과 행복추구권을 침해하였다고 할 것이다

다. 다음으로 청구인에 대한 재수사신청에 대하여 1992.8.18. 내사종결시까지 나타난 증거들까지 종합하여 살펴보면 위 기소유예 결정으로 인하여 헌법상 보장된 청구인의 기본권이 침해된 사실을 더욱 명백히 알 수 있다.

(1) (가) 1992.8.18. 위 내사종결시까지 나타난 증거들을 이 사건기록과 수사기록에 의하여 살펴볼 때 이 사건 기소유예된 위 피의사실들 중 피의사실 (1), (2) 및 (3)에 부합하는 증거로는 (ㄱ) 위 나.에서 이미 본 바, 겨우 14세로 연소한 청구인이 자백한 내용의 검사 및 사법경찰리가 작성한 피의자신문조서 기재와 청구인이 작성하여 검사에게 제출한 서약서 기재와 위 강○구가 자백한 내용의 동 청구인에 대한 사법경찰리가 작성한 진술조서 기재와, (ㄴ) 검거한 경찰관 이재창에 대하여 검사가 작성한 피의자신문조서 중 청구인에 대한 위 피의범죄사실들을 동 경찰관이 모두 목격하였다는 내용의 진술 기재와 역시 검거한 경찰관 정용화에 대하여 검사가 작성

한 피의자신문조서 기재 중 동 정용화가 위 피의사실(1)을 목격하였다는 내용의 진술기재 및 (ㄷ) 1,000원권 2매, 5,000원권 1매 및 이 돈들에 대한 압수조서의 기재가 있다

(나) 그러나, (ㄱ) 청구인과 위 강○구의 자백에 관하여 살펴보면 청구인과 위 강○구는 그들이 검거되고 자백한 경위에 대하여 토요일 방과 후 친구인 위 강○구와 함께 남대문시장 구경을 나왔다가 청구인이 동행한 강○구로부터 돈 1,000원을 음료수를 사마시기 위하여 꾸어서 들고 가다가 땅에 떨어뜨려 이것을 주어들자 경찰관이 붙잡아 몇 번 하였느냐고 물어서 무슨 말이냐고 하였더니 돈을 몇 번 훔쳤느냐고 하여서 하지 않았다고 하니 경찰관이 무릎을 꿇리고 따귀를 때리고 기압을 주었고(수사기록 122정), 자백하면 집에 돌려 보낸다고 하는 바람에 겁먹고 경찰과 검찰에서 피의사실들을 자백한 것이라고 위 경찰관 이재창 등에 대한 위 형사사건에서 참고인으로 진술하고 있다 청구인과 위 강○구는 나이가 겨우 만 14세, 만 13세의 어린 나이어서 경찰관의 위협적인 언사에 쉽사리 공포를 느끼고 자백하면 보내준다는 말에 넘어가기 쉬운 나이이며, 범죄전력도 없는 중학교 제2학년(2)에 재학 중인 학생으로 교내외 생활에서 불량성을 인정할 만한 자료도 없고 가정환경도 위 내에서 본 바와 같이 생업에 종사하는 보호자가 각 있어서 소매치기를 하여야 할 만한 환경도 아니고, 특히 위 피의사실(4)는 후술하는 바와 같이 완전히 조작된 사실인데도 이 조작된 범죄사실(4)까지 자백한 점등에 비추어 보면 피해자의 특정도 없고 소매치기 단속반 경찰관들이 청구인 등을 감시하면서 미행하는 동안에 발각되지 않고 위 내에서 본 바와 같이 소매치기 전력도 없는 나이 어린

청구인과 위 강○구로서는 하였다고 보기 어려운 방법으로 소매치기를 3회나 하였다는 것은 사리상 쉽게 인정하기 어렵다 따라서 범죄사실 (1), (2) 및 (3)에 대한 청구인과 위 강○구의 경찰 및 검찰에서의 자백도 경찰관의 위협에 겁먹고 허위자백한 것으로 봄이 경험칙과 논리칙에 합치한다고 할 것이다. 그렇다면 피청구인이 이러한 믿기 어려운 자백이 기재된 사법경찰리와 검사가 작성한 청구인에 대한 피의자신문조서 기재나 청구인이 작성하여 검사에게 제출한 서약서나 위 강○구에 대한 사법경찰리가 작성한 피의자신문조서기재를 취신한 것은 자의적인 증거 판단이라고 할 것이다.

(ㄴ) 청구인과 위 강○구를 미행하면서 청구인과 위 강○구의 위 피의사실 (1), (2) 및 (3)을 목격하였다는 경찰관들의 진술을 살펴볼 때, 첫째로 청구인과 위 강○구를 미행하면서 위 피의사실 (1), (2) 및 (3)을 목격하였다면, 미행한 경찰관은 혼자가 아닌데, 첫번째 범행 때 이를 목격하였으면 이 때 이미 검거하였을 것이지 이를 목격하고도 그 뒤 3차례나 더 범행을 하도록 방치하여 피해자가 늘어나게 두었다는 것은 통상 생각하기 어려운 일이다. 둘째로 경찰관이 혼자 미행한 것이 아닌데 3차례나 소매치기 현장을 목격한 소매치기 단속반 경찰관들이 단 한사람의 피해자의 주소, 성명도 파악하지 못하였다는 것도 통상 생각하기 어렵다. 경찰측은 피해자에게 피해액수도 적고 피해자진술을 하지 않으려 해서 피해자를 특정하지 않았다고 주장하나 경찰관들이 그들이 주장하는 피해자들에게 주소, 성명을 문의하였다고 볼 자료도 없다. 뿐만 아니라 주소, 성명을 문의할 때 피해자 세사람이 모두 그 대답을 거부하였다는 것도 경험칙에 반한다. 셋째로 이들 경찰관들은 피의사실(4)에 관

하여 자기 처를 피해자로 조작하여 허위내용의 피해자진술조서를 위조
까지 하고, 가환부서류까지 조작하여 피의사실(4)를 완전히 조작하였을
뿐만 아니라 이 조작된 피의사실(4)까지 목격하였다고 진술한 자들의
진술이어서 이를 믿은 것은 경험칙, 논리칙에 현저히 반한다

(ㄷ) 또 위에서 본 바와 같이 청구인과 강○구의 위 자백이 허위이고
또 검사 작성의 강○옥, 장양순 및 강○구에 대한 각 진술조서의 기재
에 의하면 위 강○구는 그의 누이인 청구의 강○옥으로부터 매달
10,000원을 받아 왔는데 압수된 위 8,000원은 1992.6.4.에 누이로부터 받
은 10,000원 중 2,000원을 쓰고 남은 돈임이 입증되었다 그러므로 이
압수물과 이 돈들에 대한 압수조서가 있다 하여 곧 위 피의사실(1), (2)
및 (3)에 대한 증거가 있다고 할 수 없다

따라서 위 (ㄱ), (ㄴ) 및 (ㄷ)의 각 증거들에 의하여 위 피의사실(1),
(2) 및 (3)을 인정하여 기소유예처분한 것은 자의적인 증거판단에 의한
결정이라고 할 것이다

(2) (가) 위 진정사건에 대한 내사종결시까지 나타난 증거를 이 사건
기록과 위 수사기록에 의하여 살펴볼 때 동 피의사실(4)에 부합되는 증
거로는 (ㄱ) 청구인이 자백한 내용의 검사 및 사법경찰리가 청구인에
대하여 각 1회씩 작성한 피의자신문조서기재와 청구인이 작성하여 검사
에게 제출한 서약서기재와 위 강○구가 자백한 내용의 사법경찰리가 동
강○구에 대하여 작성한 진술조서기재와 (ㄴ) 청구인을 검거한 경찰관
이재창과 정용화가 이 피의사실을 목격하였다는 검사가 작성한 동 이재
창, 동 정용화에 대한 각 진술조서기재와 (ㄷ) 사법경찰리가 작성한 위
박○자에 대한 진술조서기

재 및, (ㄹ) 한국은행발행 1,000원권 1매와 이에 대한 압수조서기재가 있다.

(나) 그러나 위 경찰관 이재창 동 정용화에 대한 위 형사사건과 관련하여 검사가 작성한 위 박○자에 대한 진술조서기재에 의하면 동 박○자는 청구인과 위 강○구를 검거한 경찰관인 위 이재창의 처로서 1992.6.13.에는 남대문시장에 간 바도 없고 돈 1,000원을 소매치기 당한 사실도 없으며, 같은 날 동 여인이 소매치기 당하였다는 진술조서를 작성한 일도 없는 사실이 입증된다 따라서 사법경찰리가 박○자에 대하여 작성한 위 (ㄷ)의 진술조서는 허위내용의 조서일 뿐만 아니라 경찰관 이재창에 의하여 위조된 조서이고 1992.6.13. 18:10분 청구인과 위 강○구가 합동하여 박○자가 메고 있는 핸드백 속에서 한국은행발행 1,000원권 1매를 소매치기하였다는 피의사실(4)는 조작된 허위내용의 피의사실임이 명백히 드러났다고 할 것이다 그렇다면 청구인과 위 강○구가 이 피의사실(4)에 대하여 한 자백은 허위자백이며 피의사실(4)를 목격하였다는 경찰관 이재창 및 동 정용화의 진술 또한 허위진술이라고 할 것이다. 그러므로 위 (ㄱ), (ㄴ)의 각 증거들을 믿는 것은 경험칙, 논리칙에 현저히 반하며 이러한 증거들에 의하여 피의사실(4)를 인정하는 것은 자의적인 증거취사라고 할 것이다 또한 위 (ㄹ)의 증거는 동 피의사실을 인정할 수 있는 증거가 될 수 없다는 사실 등을 피청구인도 인식하였다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고 피청구인이 위 피의사실(4)에 대하여 혐의있는 것으로 인정하고 위 기소유예결정을 내린 것은 자의적인 처분이라고 아니할 수 없다

(3) 이상과 같이 위 내사종결시까지 나타난 증거들에 의할 때 동

내사종결로도 유지된 위 기소유예결정은 적법절차에 반하는 자의적인 결정임이 더욱 명백하고 이로 말미암아 청구인에게 헌법상 보장된 평등권과 행복추구권을 침해하고 있음이 더욱 명백하다고 할 것이다

6. 결론

필경, 피청구인의 이 사건 기소유예처분은 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해하였다고 할 것이므로 이를 취소하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 관여재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다

1993. 3. 11.

| | |
|-----|---------|
| 재판장 | 재판관 조규광 |
| | 재판관 변정수 |
| | 재판관 김진우 |
| | 재판관 한병채 |
| | 재판관 이시윤 |
| | 재판관 최광률 |
| | 재판관 김양균 |
| | 재판관 김문희 |
| | 재판관 황도연 |

불기소처분취소

(92헌마225 헌법재판소 전원재판부
[판례집 5-1, 189~193])

【관시 사항】

기본권침해(基本權侵害)의 자기관련성(自己關聯性)이 인정되지 아니한 사례

【결정 요지】

이 사건 고소사실(告訴事實) 중 명예훼손 등의 점은 청구인이 고소인으로 고소하였던 사건이 아니고 청구인의 대리인인 변호사 정명래가 그의 명예를 훼손당하였다는 이유로 고소(告訴)하였던 것을 검사(檢事)가 병합수사(併合搜查)하였던 것이므로 그 부분에 관한 청구인의 이 건 심판청구(審判請求)는 자기관련성(自己關聯性)이 인정되지 아니하므로 부적법(不適法)하다고 한 사례

| | |
|-------|-----------------|
| 청 구 인 | 조 ○ 길 |
| | 대리인 변호사 정 명 래 |
| 피청구인 | 서울지방검찰청 남부지청 검사 |

【참조 조문】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

【참조 판례】

1989.4.15. 고지, 89헌마51 결정 (판례집 1권, 25)
1989.9.6. 고지, 89헌마194 결정 (판례집 1권, 197)

【주 문】

이 사건 심판청구 중 명예훼손 업무방해에 관한 부분을 각하하

고 나머지 부분을 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

이 사건 기록과 서울지방검찰청 남부지청 89형제73527호 불기소사건 기록에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다

가. 청구인은 1989.11.17. 서울지방검찰청 남부지청에 ○○생명보험(주) 사원이던 청구외 김○준외 2인을 상대로 특정경제가중처벌등에관한법률위반(사기) 등 혐의로 고소하였다.

나. 위 사건을 수사한 검사는 위 김○준 등에 대한 사문서변조동행사의 점에 대하여서만 불구속 기소하고 나머지 죄명에 대하여는 각 “혐의없음”의 불기소처분을 하였고 이에 대하여 청구인이 항고를 제기하자, 1990.12.27. 서울고등검찰청에서 재기수사명령을 하였다(서울고등검찰청 90항제1742호).

다. 위 사건은 서울지방검찰청 남부지청 91형제3773호로 재기되어 같은 지청 김승규 형사 제B부장검사 담당으로 수사가 전개되었는데 1991.3.29. 청구인의 대리인인 청구외 정명래 변호사가 위 김승규 부장검사를 상대로 명예훼손업무방해 등의 혐의로 고소(같은 지청 91형제13572호)를 하고 그 후 같은 해 7.1. 청구인이 또 다시 위 김승규 부장검사를 상대로 직권남용죄로 고소(같은 지청 91형제29230호)를 하였는데 그 요지는 다음과 같다.

(1) 즉 피고소인 김승규는 서울지방검찰청 남부지청 형사 제B부장검사로 재직하면서 수사업무에 종사하는 자인 바 이 사건 고소인(청구인) 조○길이 ○○생명보험(주) 직원인 김○준, 이○찬, 김○

래 등을 사문서위조·동행사 등 죄로 서울지방검찰청 남부지청에 고소를 하였다가 “혐의없음” 결정이 되어 항고한 후 청구외 정명래 변호사가 고소인으로부터 항고사건을 수임하여 위 사건이 재기수사명령되어 피고 소인이 수사하는 과정에서

(2) 1991.3.14. 14:00경 위 피고소인 사무실에서 고소인 조○길에게 기히 작성한 합의서 문안을 내놓으면서 “이 기회가 절호의 기회다 두 번 다시 안온다. 이 사건은 죄도 안된다. 무혐의결정을 하면 땅도 찾을 수 없다. 보험관계는 별도다. 합의를 하지 않으면 땅도 찾을 수 없다”면서 합의를 강요함으로써 직권을 남용하고

(3) 같은 일시, 장소에서 “정명래 변호사는 아무 것도 모르는 나쁜 자식이다. 쓸데없이 보험관계를 들고 나온다. 개새끼다. 정변호사한테는 가지 말고 김학만 변호사한테 가사 상의하라”는 검찰청직원인 고소외 강장현 등이 있는 자리에서 공연히 허위의 사실을 적시하여 피해자인 정명래 변호사의 명예를 훼손하고 업무를 방해하였다는 것이다

라. 위 사건을 수사한 피청구인은 위 김승규 부장검사에 대한 고소사실을 수사한 결과 같은 해 7.30. “혐의없음”의 불기소처분을 하였다.

이에 대하여 청구인은 검찰청법이 정한 절차에 따라 항 [서울고 등검찰청 91항1784항)·재항고(대검찰청 92재항420호)하였으나, 1992.9.3. 대검찰청에서 재항고기각되자 같은 해 9.30. 헌법소원심판을 청구하였으므로 이 사건 헌법소원은 절차상 적법하게 청구되었다고 할 것이다

2. 판단

이 사건 고소사실 중 명예훼손업무방해의 점은 청구인의 대리인이었던 정명래 변호사가 고소를 하였던 부분으로서 청구인에게 자기관련성이 인정되지 않으므로 청구인의 헌법소원심판청구는 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우라고 할 것이고 직권남용의 점은 관련 수사기록을 정사하여 보아도 피청구인이 현저히 정의와 형평에 반하는 수사를 하였다거나 헌법의 해석법률의 적용 또는 증거판단에 있어서 불기소처분의 결정에 영향을 미친 중대한 잘못이 있었다고 보여지지 아니하며 피청구인의 위 불기소처분이 달리 헌법재판소가 관여할 만큼의 자의적인 처분이라고 볼 자료가 없다

3. 결론

그렇다면 이 사건 헌법소원심판청구 중 명예훼손업무방해에 관한 부분은 각하하고 나머지 직권남용에 관한 부분에 대하여는 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

1993. 3. 11.

| | |
|-----|---------|
| 재판장 | 재판관 조규광 |
| | 재판관 변정수 |
| | 재판관 김진우 |
| | 재판관 한병채 |
| | 재판관 이시윤 |
| | 재판관 최광률 |

재판관 김양균

재판관 김문희

재판관 황도연

불기소처분취소

(92헌마306 헌법재판소 전원재판부
[판례집 5-1, 194~199])

【관시 사항】

1. “범죄(犯罪)로 인한 피해자(被害者)”의 법의(法意)
2. 고소권자(告訴權者)가 아닌 고소인(告訴人)(즉 고발인(告發人))이 당해 고소사건(告訴事件)에 관하여 한 검사(檢事)의 불기소처분(不起訴處分)에 대하여 헌법소원심판(憲法訴願審判)을 청구(請求)할 자기관련성(自己關聯性)이 있는지의 여부

【결정 요지】

1. 청구인 소유 대지와 바로 인접한 대지의 소유자가 그 대지 위에 건물신축공사를 하는 과정에서 당국(當局)의 허가(許可) 없이 건축허가면적을 초과 증축하는 건축법위반(建築法違反)의 범행을 하였고 위 건물신축공사를 감리하던 건축사(建築士)가 이를 묵인하는 건축사법위반(建築士法違反)의 범행을 하였으며 그 결과로 위 신축건물이 청구인 소유의 대지를 침범하였다고 하더라도 인접대지의 소유자인 청구인으로서 위 경계침범범행(境界侵犯犯行)의 피해자(被害者)로서 그에 관하여 고소(告訴)를 하는 것은 별론으로 하고 위 건축법위반(建築法違反) 및 건축사법위반(建築士法違反)의 범행에 관하여는 다른 특별한 사정이 없는 한 단지 간접적(間接的)인 사실상(事實上)의 이해관계(利害關係)가 있을 뿐 그 범행 자체로 인하여 직접적(直接的)으로 자기의 권리(權利)나 법익(法益)을 침해받은 피해자(被害者)라고는 할 수 없으므로 그에 관한 고소권(告訴權)이 있다고 볼 수 없다.

2. 비록 청구인이 자기의 이름으로 위 건축법위반(建築法違反) 및 건축사법위반(建築士法違反)의 범행에 관한 고소(告訴)를 하고 그에 관한 검사(檢事)의 무혐의(無嫌疑) 불기소처분(不起訴處分)에 대하여 항고(抗告) 및 재항고(再抗告)를 한 사실까지 있다고 하더라도, 위 범행에 관한 청구인의 고소(告訴)는 고소권(告訴權) 없는 자에 의한 고소(告訴)이므로 고소(告訴)로서의 효

력이 생길 수 없고, 단지 고발인(告發人)에 의한 고발(告發)로서의 효력이 있을 따름이다. 그런데 검사(檢事)의 무혐의(無嫌疑) 불기소처분(不起訴處分)에 대하여 그 고발인(告發人)은 이에 불복하여 자기의 기본권(基本權)이 침해되었음을 이유로 자기관련성(自己關聯性)을 내세워 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)를 할 수 없다.

청 구 인 최 ○ 옥
 대리인 변호사 이 석 태 외 3인
피청구인 서울지방검찰청 남부지청 검사

【참조 조문】

헌법(憲法) 제11조, 제27조 제5항
헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항
형사소송법(刑事訴訟法) 제223조 (고소권자(告訴權者)) 범죄(犯罪)로 인(因)한 피해자(被害者)는 고소(告訴)할 수 있다.

【참조 판례】

2. 1989.12.22. 선고, 89헌마145 결정 (판례집 1권, 413)
- 1990.6.25. 선고, 89헌마234 결정 (판례집 2권, 207)
- 1990.12.26. 선고, 90헌마20 결정 (판례집 2권, 487)
- 1992.7.23. 선고, 91헌마81 결정
- 1992.12.24. 선고, 91헌마168 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다

【이 유】

1. 이 사건 기록과 증거자료(서울지방검찰청 남부지청 1992년 형제 2815호 불기소사건)기록에 의하면, 다음과 같은 사실이 인정된다.
 - 가. 청구인은 1992.1.16. 서울지방검찰청 남부지청에 청구의 박○숙, 김○금을 건축법위반 등으로 고소하였는바 그 고소사실의

요지는 아래 2기제와 같다.

나. 피청구인은 위 고소사건(서울지방법검찰청 남부지청 1992년 형제 2815호)의 피고소인 박○숙, 김○금에 대하여 1992.4.30. 모두 범죄의 혐의가 없다는 이유로 불기소처분을 하였다

다. 청구인은 이에 불복하여 검찰청법의 규정에 따라 항고 및 재항고를 하였으나 모두 이유없다고 기각되자, 1992.12.30. 피청구인의 위 불기소처분으로 인하여 헌법상 보장된 자기의 기본권 즉 평등권과 재판절차진술권이 침해되었다 하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다

2. 고소사실의 요지

피고소인 박○숙은 가정주부로서 서울 강서구 ○○동 612의 100 소재 지하 1층, 지상 2층 주택의 건축주이고, 피고소인 김○금은 위 같은 구 ○○동 987의 2 소재 “소망건축사(건축사무소)”에서 건축사보로 종사하는 자인 바,

가. 피고소인 박○숙은 1991.7.6. 서울 강서구청장으로부터 위 주택의 건축허가를 받아 이를 건축함에 있어 당국의 설계변경허가를 받음이 없이 같은 달 말경부터 1992.1. 말경까지 사이에 건축허가면적인 연면적 194평방미터를 98.2평방미터 초과한 연면적 292.2평방미터로 위 주택을 증축하고,

나. 피고소인 김○금은, 위 “소망건축사”의 소장인 건축사 이○무와 공모하여, 위의 일시, 장소에서 위 주택의 공사를 감리함에 있어 전항기제와 같이 그 건축주인 상피고소인 박○숙이 당국의 허가없이 건축허가면적을 초과 증축하는 것을 인지하고도 이를 지적하여 그 공사를 중단시키고 허가평수를 초과한 부분을 철거시킨

후 다시 공사를 하도록 감독하는 등 건축허가설계에 따라 정확히 시공하도록 조치를 취할 건축사로서의 업무상의 임무에 위배하여 위 박숙의 건축법위반사실을 묵인하고 그 공사를 완공하도록 방조함으로써 그 결과 위 신축건물이 인접한 청구인 소유대지를 침범하여 청구인에게 재산상의 손해를 입혔다는 것이다.

3. 먼저 직권으로 청구인이 위 불기소처분에 대하여 헌법소원심판청구를 할 수 있는 청구인적격이 있는지의 여부에 관하여 보기로 한다

청구인의 주장에 의하면 청구인(고소인) 소유인 서울 강서구 ○○동 612의 142 대 91평과 피고소인 박○숙 소유인 위 같은 동 612의 100 대 43평은 서로 인접해 있는바, 피고소인 박○숙은 그 소유대지위에 건물을 신축함에 있어 당국의 설계변경허가를 받음이 없이 건축허가면적보다 약 100평방미터를 초과 건축함으로써 건축법을 위반하였고 피고소인 김○금은 위 건축공사의 감리를 보조하던 자로서 이 사실을 알면서도 건축사(보)로서의 업무상의 임무에 위배하여 이를 시정하지 않은 채 묵인함으로써 그 결과 위 신축건물이 청구인 소유대지를 침범하여 청구인에게 재산상의 손해를 입혔으므로 위 박○숙에 대하여는 건축법위반으로, 김○금에 대하여는 건축사법위반으로 각 고소하였다는 것이다. 그렇다면 가사 위와 같은 박○숙의 건축법위반사실 및 김○금의 건축사법위반사실이 있고 그 결과로 박○숙의 신축건물이 청구인 소유대지를 침범하였다고 하더라도, 인접대지의 소유자인 청구인으로서 위 경계침범범행의 피해자로서 그에 관하여 고소하는 것은 별론으로 하고 청구인은 이 사건 고소에 앞서 1991.8.29. 위 박○숙을 경계침범죄 등으로 고소

하고 그에 관하여 검사가 무혐의 불기소처분을 하자 같은 해 11.29. 당 재판소 92헌마163 사건으로 그 불기소처분의 취소를 구하는 헌법소원심판청구를 하였다 위 건축법위반 또는 건축사법위반의 범행에 관하여는 다른 특별한 사정이 없는 한 단지 간접적인 사실상의 이해관계가 있을 뿐 그 범행으로 인하여 직접적으로 자기의 권리나 법익을 침해받은 피해자라고는 할 수 없으므로 그에 관한 고소권이 있다고 볼 수 없다

이러하다면 비록 청구인이 자기의 이름으로 위 건축법위반 및 건축사법위반의 범행에 관하여 고소를 하고 그에 관한 검사의 무혐의 불기소처분에 대하여 항고 및 재항고를 한 사실까지 있다고 하더라도 위 범행에 관한 청구인의 고소는 고소권 없는 자에 의한 고소이므로 고소로서의 효력이 생길 수 없고 단지 고발인에 의한 고발로서의 효력이 있을 따름이다(당재판소 1992.7.23. 선고, 91헌마81 결정 등 참조).

그런데 검사의 무혐의 불기소처분에 대하여 그 고발인이 이에 불복하여 자기의 기본권이 침해되었음을 이유로 자기관련성을 내세워 헌법소원심판청구를 하는 것은 허용될 수 없다는 것이 당 재판소의 확립된 판례(당 재판소 1989.12.22. 선고, 89헌마145 결정; 1990.12.26. 선고, 90헌마20 결정; 1992.12.24. 선고, 91헌마168 결정 등 참조)이다.

그렇다면 이 사건 헌법소원심판청구는 헌법소원심판을 청구할 자격이 없는 자가 제기한 것으로서 부적법하고 흠결을 보정할 수 없는 경우에 해당하므로 그 본안에 관하여 판단할 것도 없이 이를 각하하기로 하여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정

한다.

1993. 3. 11.

| | |
|-----|---------|
| 재판장 | 재판관 조규광 |
| | 재판관 변정수 |
| | 재판관 김진우 |
| | 재판관 한병채 |
| | 재판관 이시윤 |
| | 재판관 최광률 |
| | 재판관 김양균 |
| | 재판관 김문희 |
| | 재판관 황도연 |

기망 등에 의한 증거수집위헌확인

(1993. 3. 15. 93헌마36 헌법재판소 제2지정재판부
[판례집 5-1, 200~203])

【관시 사항】

1. 수사기관(搜查機關)의 부당한 수사(搜查)에 대해 헌법소원(憲法訴願)을 제기하는 경우와 보충성(補充性)
2. 검사(檢事)의 공소제기처분(公訴提起處分)이 헌법소원(憲法訴願)의 대상이 되는지 여부
3. 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항 소정의 “법원(法院)의 재판(裁判)”의 의미

【결정 요지】

1. 청구인이 수사기관(搜查機關)의 부당한 수사(搜查)에 대해 헌법소원(憲法訴願)을 제기하는 취지(趣旨)라면 그 부분에 대하여는 별도의 구체절차인 형사소송법(刑事訴訟法) 제417조의 준항고(準抗告) 또는 검찰청법상의 항고(抗告)·재항고(再抗告)의 절차를 거쳐 비로소 헌법소원(憲法訴願)을 제기할 수 있다.
2. 검사(檢事)의 공소제기처분(公訴提起處分) 자체에 대하여는 재판절차(裁判節次)에서 충분한 사법적(司法的) 심사(審査)를 받을 수 있으므로 독립하여 헌법소원(憲法訴願)의 대상이 될 수 없다.
3. 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항은 법원(法院)의 재판(裁判)은 헌법소원(憲法訴願)의 대상이 되지 않는다고 규정하고 있으며 여기서의 법원(法院)의 재판(裁判)이란 일반적으로 판결(判決)뿐만 아니라 기타 소송절차(訴訟節次)의 파생적·부수적 사항에 대한 공권적(公權的) 판단(判斷)도 포함되는 것으로 보아야 할 것이다.

청 구 인 문 ○ 태

【참조 조문】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

【참조 판례】

2. 1989.3.17. 고지, 89헌마21 결정
1992.6.24. 고지, 92헌마104 결정
1992.12.24. 선고, 90헌마158 결정
3. 1992.12.24. 선고, 90헌마158 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다

【이 유】

1. 이 사건 심판청구의 요지는 다음과 같다

청구인은 향정신성의약품관리법 위반죄로 제1심 법원에서 징역7년을 선고받고 현재 마산교도소에 재감 중인 자인 박 청구인 및 청구인의 친구인 청구외 김○봉은 1992.4.13.경 부산역앞 소재 아리랑관광호텔 318호실에서 메스암페타민 소지 혐의로 체포되었는데, 부산지방검찰청 검사 서승준 및 참여계장 김인근은 같은 달 17. 청구인을 영장없이 구금시킨 상태에서 청구인에게 메스암페타민 제조공장 한 곳만 알려주면 위 김○봉은 석방시켜 주고 청구인은 가벼운 형벌만 받도록 해주겠다고 기망하여 이에 속은 청구인은 대구시에 소재한 청구외 설○남의 메스암페타민 제조처를 위 검사에게 알려주었으며 위 검사 및 마약전담반원은 위 설○남의 제조처에서 메스암페타민 제조재료 및 기구를 압수하였다

그 후 위 검사는 청구인에게 다시 가벼운 형벌만을 받게 해줄테니 시키는대로 진술하라고 청구인을 기망하여 이에 속은 청구인은 위 검사가 시키는대로 검찰 및 청구인에 대한 피고사건의 제심

법정에서 공소사실 “2의 가”항에 대해 그대로 자백하였는 바 청구인은 제1심 재판에서 징역 7년의 중형을 선고받았고 이에 대하여 청구인이 부산고등법원에 항소하였으나 부당하게 공소장이 변경되어 원심형량이 유지되었고 현재 상고심에 계속 중이다

청구인의 위 사건에서의 자백은 검사 등의 기망 협박 및 신체구금의 부당한 장기화에 의한 불법 수사활동에 의한 것으로써 임의로 진술된 것이 아니며 또한 항소심에서 재판부가 증인신청을 채택해주지 않는 등 독선적인 재판심리절차로 재판을 공정히 받을 권리마저 박탈되었는데 이러한 잘못된 형사절차로 청구인이 위와 같은 형벌을 선고받게 되어 청구인의 헌법상의 기본권을 침해하였다는 것이다

2. 먼저 이 사건 헌법소원심판청구의 적법여부를 직권으로 살핀다

청구인의 이 사건 심판청구는 결국 검사 등의 위헌적인 수사과 검사의 공소제기 및 재판부의 불공정한 재판심리로 부당하게 형벌을 받게 되었다는 것이다.

그러나 청구인이 수사기관의 부당한 수사에 대해 헌법소원을 제기하는 취지라면 그 부분에 대하여는 별도의 구제절차를 밟아야 할 것이다 따라서 검사의 구금·압수 또는 압수물의 환부에 관한 처분에 대하여 불복이 있으면 그 직무집행지의 관할법원 또는 검사의 소속검찰청에 대응한 법원에 그 처분의 취소 또는 변경을 청구하여야 할 것이요(형사소송법 제417조의 준항고) 또는 검사를 상대로 고소를 하여 그 처리결과에 따라 항고·재항고의 절차를 거쳐 비로소 헌법소원을 제기할 수 있다고 보아야 할 것이고, 검사의 공소제기

처분 자체에 대하여는 재판절차에서 그 적법성에 대해 충분한 사법적 심사를 받을 수 있으므로 독립하여 헌법소원의 대상이 될 수 없다는 것이 헌법재판소의 결정례이다(헌법재판소 1989.3.17. 선고, 89헌마21 결정; 1992.6.24. 선고, 92헌마104 결정; 1992.12.24. 선고, 90헌마158 결정 각 참조).

한편 청구인은 항소심 재판부의 불공정한 재판심리로 부당하게 형벌을 받게 되었다고 하나, 헌법재판소법 제68조 제1항은 법원의 재판은 헌법소원의 대상이 되지 않는다고 규정하고 있으며 여기서의 법원의 재판이란 일반적으로 판결뿐만 아니라 기타 소송절차의 파생적부수적인 사항에 대한 공권적 판단도 포함되는 것으로 보아야 할 것이다(헌법재판소 1992.12.24. 선고, 90헌마158 결정 참조). 따라서 청구인이 주장하는 재판심리상의 잘못도 헌법소원의 대상이 될 수 없는 것이다

뿐만 아니라 청구인의 이 사건 심판청구는 변호사인 대리인을 선임하지 아니한 채 심판청구를 하였고 대리인을 선임하라는 보정명령에도 불구하고 이를 보정하지 아니하였으므로 헌법재판소법 제2조 제3항 제1호·제3호 및 제68조 제1항의 규정에 의하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1993. 3. 15.

재판장 재판관 김진우
 재판관 변정수
 재판관 김양균

불기소처분취소

(1993. 3. 16. 93헌마44 헌법재판소 제3지정재판부
[판례집 5-1, 204~206])

【관시 사항】

검사(檢事)의 공소권(公訴權)없음의 불기소처분(不起訴處分)에 대한
피의자(被疑者)의 헌법소원심판(憲法訴願審判)의 청구기간(請求期間)

【결정 요지】

피의자(被疑者)는 검사(檢事)의 공소권(公訴權)없음의 불기소처분(不
起訴處分)에 대하여 검찰청법상(檢察廳法上) 항고(抗告)·재항고(再抗
告)를 할 수 없으므로 전심절차(前審節次)는 불필요하나 헌법소원심판(憲
法訴願審判)은 그 불기소처분(不起訴處分)이 있는 사실을 안 날로부터 60
일이내에, 검사(檢事)가 불기소처분(不起訴處分)을 한 날로부터 180일이
내에 청구(請求)하여야 한다.

청 구 인 박 ○ 오
피청구인 서울지방검찰청 북부지청 검사

【참조 조문】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조제1항, 제69조제1항

【참조 판례】

1992.1.28. 선고, 90헌마227 결정

1992.10.1. 선고, 91헌마225 결정
1992.11.12. 선고, 91헌마146 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다

【이 유】

1. 이 사건 심판청구의 요지는 서울2 하8502호 개인택시를 운전하는 청구인이 1991.11.7. 12:20경 도봉구 창○ 662번지 교차로에서 신호대기하다가 직진신호로 바뀐 것을 보고 창○쪽에서 미아리쪽으로 비보호 좌회전 중 그때 마침 우측에서 좌측으로 진행하던 김이호가 운전하는 서울5 사3928호 시내버스가 빗길에 밀리면서 청구인 차량과 충돌되었음에도 불구하고, 오히려 청구인이 신호를 위반한 것으로 되어 1992.2.10. 공소권없음을 이유로 불기소처분한 것은 부당하니 위 불기소처분을 취소하고 혐의없음을 이유로 한 불기소처분을 하여 달라는 취지이다

2. 살피건대, 헌법재판소법 제68조 제1항, 제69조 제1항에 의하면 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일이내에 청구하여야 하고, 다른 법률에 의한 구체적 절차를 거친 경우에는 그 최종결정을 통지받은 날로부터 30일이내에 청구하여야 하는 바, 이 사건은 피의자가 검찰청법상 항고재항고를 할 수 없으므로 전심절차는 불필요하나 위 60일, 180일 이내의 제소기간은 준수되어야 할 것이다. 그런데 기록에 의하면 이 사건 불기소처분은 1992.2.10. 행하여졌고 청구인이

위 불기소처분 사실을 안 날은 동년 3.6.(청구인은 3.4.이라고 주장한다)이며 이 사건 헌법소원심판은 1993.2.25. 청구되었으므로 기본권 침해사유를 안 날로부터 60일을 도과한 것이 달력에 의한 날짜계산상 명백하다

3. 그렇다면 이 사건 헌법소원심판은 청구기간이 도과된 후에 청구된 것으로서 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우에 해당하므로 헌법재판소법 제72조 제3항 제2호의 규정에 따라 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

1993. 3. 16.

| | |
|-----|---------|
| 재판장 | 재판관 김문희 |
| | 재판관 한병채 |
| | 재판관 최광률 |

불기소처분취소

(1993. 3. 11. 93헌마40 헌법재판소 제1지정재판부
[판례집 5-1, 207~209])

【판시 사항】

항고청(抗告廳)의 재기수사명령(再起搜查命令)에 의하여 이미 실효(失效)된 검사(檢事)의 불기소처분(不起訴處分)에 대한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)의 적법(適法) 여부

【결정 요지】

검사(檢事)의 무혐의(無嫌疑) 불기소처분(不起訴處分)에 대한 항고(抗告)가 인용되어 항고청(抗告廳)의 재기수사명령(再起搜查命令)이 있었고 이에 따라 처분청(處分廳)인 피청구인이 사건을 재기(再起)하여 다시 수사(搜查)를 한 다음 역시 무혐의(無嫌疑) 불기소처분(不起訴處分)을 한 경우에, 원래의 불기소처분(不起訴處分)은 그 효력을 잃었다고 보아야 할 것이므로 이미 효력을 상실(喪失)한 불기소처분(不起訴處分)의 취소를 구하는 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)는 부적법(不適法)하다.

청 구 인 김 ○ 열
피청구인 대전지방검찰청 검사

【참조 조문】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

【참조 판례】

1992.12.24. 선고, 91헌마168 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다

【이 유】

1. 이 사건 헌법소원심판청구의 요지는 청구인은 청구외 박○우 및 이○희를 업무상배임죄로 고소하였는데 피청구인은 위 고소사건의 피고소인들에 대하여 1992.7.30. 무혐의 불기소처분(대전지방검찰청 1992년 형제16193호)을 하였고, 이에 대해 청구인이 항고하여 그 항고가 인용되어 1992.9.8. 재기수사명령(대전고등검찰청 1992년 항제4호)이 내려졌으나, 재기수사한 피청구인이 1992.10.21. 다시 무혐의 불기소처분(대전지방검찰청 1992년 형제23749호)을 하였으므로 청구인은 이에 불복하여 항고 및 재항고를 하였으나 모두 기각되었는 바 위 처분 중 피청구인의 1992.7.30.자 불기소처분은 청구인의 헌법상 보장된 기본권을 침해하는 것이므로 이를 취소하여 달라는 것이다.

2. 살피건대, 이 사건 심판대상인 위 불기소처분에 관하여는 위에서 본 바와 같이 청구인의 항고가 인용되어 대전고등검찰청 검사장의 재기수사명령이 있었고, 이에 따라 처분청인 피청구인이 사건을 재기하여 다시 수사를 한 다음 1992.10.21. 역시 무혐의 불기소처분을 하였다.

그렇다면 청구인이 이 사건 심판대상으로 삼은 위 1992.7.30.자 불기소처분은 그 효력을 잃었다고 보아야 할 것이므로 이미 효력을 상실한 불기소처분의 취소를 구하는 이 사건 심판청구는 부적법하고(당 재판소 1992.12.24. 선고, 91헌마168 결정 참조) 그 흠결을 보정할 수 없는 경우에 해당한다고 할 것이다.

3. 따라서 헌법재판소법 제72조 제3항 제4호의 규정에 따라

이 사건 심판청구를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견
으로 주문과 같이 결정한다.

1993. 3. 17.

| | |
|-----|---------|
| 재판장 | 재판관 조규광 |
| | 재판관 이시윤 |
| | 재판관 황도연 |

농지개혁법 제19조 제2항 위헌확인

(1993. 3. 20. 93헌마34 헌법재판소 제2지정재판부)
[판례집 5-1, 210~213]

【판시 사항】

법령(法令)에 대한 헌법소원심판(憲法訴願審判)의 청구기간(請求期間)

【결정 요지】

법령(法令)에 대한 헌법소원(憲法訴願)은 법령(法令)이 시행(施行)된 후에 비로소 그 법령(法令)에 해당하는 사유(事由)가 발생하여 기본권침해(基本權侵害)를 받게된 경우에는 그 사유(事由)가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유(事由)가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원(憲法訴願)을 제기(提起)하여야 한다.

청 구 인 이 ○ 헌
 대리인 변호사 김 동 규

【참조 조문】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제69조제1항

【참조 판례】

- 1990.6.25. 선고, 89헌마220 결정 (판례집 2권, 200)
- 1990.10.8. 선고, 89헌마89 결정 (판례집 2권, 332)
- 1991.3.11. 선고, 91헌마21 결정 (판례집 3권, 91)

1992.4.14. 선고, 89헌마136 결정

1992.7.23. 선고, 91헌마211 결정

1992.11.12. 선고, 89헌마88 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다

【이 유】

1. 이 사건 심판청구의 요지는 다음과 같다

청구인은 1984.10.30. 청구외 망 강○진으로부터 그의 소유였던 경남 의창군 북면 ○○리 1420 답 1,934평방미터(이하 이 사건 부동산이라 한다)를 대금 6,000만원에 매수하는 매매계약을 체결하였다. 청구인은 계약당일 1,000만원, 같은 해 11.7. 중도금으로 2,000만원, 다음 해 3.20 잔금일부로 1,000만원을 매매대금으로 지급한 뒤 나머지 잔금 2,000만원은 매도인측의 소유권이전등기이행과 동시에 지급하려고 기다리고 있었으나 매도인측은 일방적으로 계약해제 통지를 하였다. 이에 청구인은 위 강○진을 피고로(망 강○진의 소송수계인 성○수 외 5인) 창원지방법원에 이 사건 부동산에 대한 소유권이전등기소송을 제기하였던 바, 1,2심에서 원고 패소, 상고심에서 파기환송 되었으나 다시 패소하였고 이에 다시 상고하였으나(대법원 92다2769) 기각되었으며 현재 창원지방법원 92재나55로 재심 계속중에 있다

이 사건 부동산은 1필지로서 그 일부가 온천휴양지로 지목 고시되었는데, 매도인측이 나머지 일부가 농지로 되어 있는 상태를 이용하여 농지개혁법 제19조 제2항을 악용하여 청구인에게 이 사건

부동산을 넘겨주지 않고 있는 바, 동 조항은 농지매매에 관공서의 증명 발급을 요건으로 하고 특히 소유자의 증명발급을 요건으로 하고 있는데 이는 매매계약 당사자중 매도인에게만 유리한 조항이며 매수인은 이를 신청할 수 없고 농지 매도인은 고의로 이를 회피하여 계약을 해제할 수 있으므로 농지개혁법 제19조 제2항은 청구인의 재산권을 침해하는 것이다

2. 직권으로 이 사건 심판청구의 적법여부를 살펴본다

법령에 대한 헌법소원은 이 사건과 같이 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권 침해를 받게된 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일이내에 헌법소원을 제기할 수 있다고 할 것이다(헌법재판소 1990.6.25. 선고, 89헌마220 결정 참조). 이 사건 심판의 대상인 농지개혁법은 1960.10.13. 법 561호로 공포·시행되었고 청구인은 그 이후인 1984.10.30. 농지 매매계약을 체결하였는데 이 사건 기록상 매도인측이 이 사건 부동산에 대해 농지개혁법 제9조 제2항을 근거로 한 농지매매에 필요한 소재지관서의 증명발급을 해주지 않고 일방적으로 계약해제 통지를 한 시점이 언제인지는 명확히 나타나 있지 않으나 기록에 편철된 대법원 1992.4.14. 선고, 92다2769 사건 판결문 사본 및 송달증명원에 의하면 청구인은 매도인측을 상대로 한 이 사건 부동산에 관한 토지소유권이전등기소송의 상고심원고가 상고입에서, 지목이 답인 이 사건 부동산에 대해 매도인측의 소유권이전등기의무 불이행을 다투었으나 상고기각되었고, 동 판결문은 1992.4.24. 청구인에게 송달된 사실이 인정된다. 그렇다면 늦어도 1992.4.24.에는 청구인으로서의 위 법

령에 해당되는 사유가 발생하여 기본권침해를 받게된 사실을 알았다고
보아야 할 것이므로, 1993.2.10. 헌법재판소에 제기된 이 사건 심판청구
는 결국 청구기간을 도과하여 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없으며
로 헌법재판소법 제72조 제3항 제2호, 제69조 제1항에 의하여 이를 각하
하기로 하여 관여재판관전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

1993. 3. 20.

| | |
|-----|---------|
| 재판장 | 재판관 김진우 |
| | 재판관 변정수 |
| | 재판관 김양균 |

국가유공자예우등에관한법률 제4조 등 위헌확인

(1993. 4. 13. 93헌마74 헌법재판소 제3지정재판부)
[판례집 5-1, 214~216]

【관시 사항】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제69조 제1항의 “사유(事由)가 발생한 날”의 의미

【결정 요지】

헌법재판소법 제69조 제1항의 “사유(事由)가 발생한 날”이라는 것은, 법령(法令)이 시행된 뒤에 비로소 그 법령(法令)에 해당되는 사유(事由)가 발생하여 기본권(基本權)의 침해(侵害)를 받게 된 자가 당해 법령(法令)에 대하여 헌법소원의 심판을 청구하는 경우에는, 당해 법령(法令)이 청구인의 기본권(基本權)을 명백히 구체적으로 현실(現實) 침해(侵害)하였거나 그 침해(侵害)가 확실히 예상(豫想)되는 등 실제적(實體的) 제요건(諸要件)이 성숙하여 헌법판단(憲法判斷)에 적합하게 된 때를 말한다.

청 구 인 이 ○ 덕

【참조 조문】

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 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 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 이내에 청구(請求)하여야 한다.

② 생략

【참조 판례】

1990.6.25. 선고, 89헌마220 결정(판례집 2권, 200)

1990.10.8. 선고, 89헌마89 결정(판례집 2권, 332)

1990.10.8. 선고, 90헌마18 결정(판례집 2권, 357)

1991.3.11. 선고, 91헌마21 결정(판례집 3권, 91)

1992.4.14. 선고, 89헌마136 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다

【이 유】

1. 이 사건 심판청구의 요지는 다음과 같다

청구인은 6·25 동란에 참전하여 그 즈음 화랑무공훈장을 2회에 걸쳐 수여받았고, 이를 근거로 하여 1986.경 국가유공자예우등에관한법률(1984.8.2. 법률 제3742호, 최후개정 1991.12.27. 법률 제4457호)에 따라 국가유공자등록을 하였다.

이 법 제4조 제1항 제7호는 무공수훈자와 보국수훈자를 똑같이 무공수훈자로 정하고 있고, 이 법률시행령 제2조 제3호는 국가보훈처를 국가유공자의 영전수여권자로 규정함으로써 상훈법이 정하는 훈격의 품위가 손상되고, 상훈법에 의한 무공수훈자가 보국수훈자보다 후순위로 되었으며, 국가유공자기장령 제2조도 위와 같은 위헌상태를 합리화함으로써 청구인의 기본권이 침해되었으므로 이를 구제해 달라는 취지이다

2. 살피건대, 헌법재판소법 제69조 제1항에 의하면, 헌법소원의 심판은 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구하여야 한다. 여기에서 “사유가 발생한 날”이라는 것은, 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된

자가 당해 법령에 대하여 헌법소원의 심판을 청구하는 경우에는 당해 법령이 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 현실 침해하였거나 그 침해가 확실히 예상되는 등 실체적 제요건이 성숙하여 헌법판단에 적합하게 된 때를 말한다(당재판소 1990.6.25. 선고, 89헌마220 결정; 1990.10.8. 선고, 89헌마89 결정 등 참조).

이 법은 1984.8.2.부터 시행되고 있을 뿐만 아니라 청구인은 1986.경 이 법에 근거하여 국가유공자등록을 하였다고 스스로 인정하고 있는 바 이므로, 이 법, 이 법률시행령 및 국가유공자기장령에 대한 이 사건 헌법소원심판의 사유는 1986.경에 이미 발생하였다고 볼 것이다.

따라서 1993.3.24. 비로소 청구된 이 사건 헌법소원심판은 그 사유가 발생한 날로부터 180일이 훨씬 지난 뒤에 청구된 것이 달력에 의한 날 짜계산상 명백하므로 헌법재판소법 제72조 제3항 제2호에 의하여 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다

1993. 4. 13.

재판장 재판관 최광률
 재판관 한병채
 재판관 김문희

대통령선거법 제95조 제8항 등 위헌확인

(1993. 5. 4. 93헌마80 헌법재판소 제1지정재판부
[판례집 5-1, 217~221])

【관시 사항】

법률(法律)에 대한 헌법소원심판(憲法訴願審判)의 청구기간(請求期間)

【결정 요지】

법률(法律)에 대한 헌법소원(憲法訴願)의 심판청구기간(審判請求期間)은, 원칙적으로 그 법률(法律)의 시행(施行)과 동시에 기본권(基本權)의 침해(侵害)를 받게 된다고 할 것이므로 그 법률(法律)이 시행(施行)된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 법률(法律)이 시행(施行)된 날로부터 180일 이내에 심판청구(審判請求)를 하여야 하고, 다만 그 법률(法律)이 시행(施行)된 뒤에 비로소 그 법률(法律)에 해당되는 사유(事由)가 발생하여 기본권(基本權)의 침해(侵害)를 받게 된 자는 그 사유(事由)가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유(事由)가 있는 날로부터 180일 이내에 청구(請求)하여야 할 것이다.

청 구 인 조 ○ 남 외 3인
 대리인 변호사 배 병 호

【참조 조문】

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 사유(事由)가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유(事由)가 있는 날로부터 180일 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 이내에 청구(請求)하여야 한다.

② 생략

【참조 판례】

- 1990.6.25. 선고, 89헌마220 결정(판례집 2권, 200)
- 1990.10.8. 선고, 89헌마89 결정(판례집 2권, 332)
- 1991.3.11. 선고, 91헌마21 결정(판례집 3권, 91)
- 1992.4.14. 선고, 90헌마82 결정
- 1993.3.20. 고지, 93헌마34 결정(헌재 공보 1호, 87)

【주 문】

이 사건 심판청구를 모두 각하한다

【이 유】

1. 심판청구의 요지

가. 청구인 조○남, 김○병, 조○세는 현재 국민학교 또는 고등학교의 교원으로 재직 중이며 청구인 사단법인 한국교원단체총연합회는 교원의 사회적, 경제적 지위향상과 교직의 전문성확립을 기함으로써 교육의 진흥과 문화의 발달에 기여하기 위하여 전국의 교원을 그 회원으로 하여 조직된 전문직교원단체이다

나. 1992.11.11. 법률 제4495호로 개정·시행된 대통령선거법 제95조 제8항은 “투표사무종사원은 당해 구역을 관할하는 관계행정기관의 공무원 또는 교원 중에서 투표구선거관리위원회가 위촉하되 선거일 전3일까지 그

성명을 공고하여야 한다.”고 규정하고 있고 이어 위 같은 날짜로 개정·시행된 같은 법 제116조 제5항은 “개표사무종사원은 당해 구역을 관할하는 관계행정기관이나 법원의 공무원 또는 은행법 제조의 규정에 의한 금융기관의 직원 중에서 구시·군선거관리위원회가 위촉하되 선거일 전 3일까지 그 성명을 공고하여야 한다. 다만……(단서부분 생략)……”라고 규정하고 있으며, 한편 국민투표법 제51조 제7항, 제73조 제3항, 국회의원선거법 제101조 제8항, 제122조 제5항, 지방자치단체의장선거법 제97조 제8항, 제118조 제5항 및 지방의회의원선거법 제98조 제8항, 제119조 제5항에서도 이와 동일 또는 유사한 규정을 둠으로써 모든 선거에서 사립학교 교원을 포함한 전 교원을 투개표사무종사원으로 사실상 강제동원하도록 하고 있다.

이와 같이 교원을 각종 선거의 투개표사무원의 종사원으로 일률적으로 동원할 수 있도록 규정한 대통령선거법 제55조 제8항 및 제116조 제5항을 비롯한 위 각종 선거법의 관계규정 중 각 교원에 관한 부분은 교육기본권을 규정한 헌법 제31조, 평등의 원칙을 규정한 헌법 제1조 및 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 규정한 헌법 제10조의 규정들에 비추어 볼 때, 교원의 교육에 관한 기본권의 내용으로서의 교육권, 수업의 자유 및 교육의 자주성 전문성, 정치적 중립성을 침해함과 동시에 교원이 개인으로서 가지는 평등권 인간의 존엄과 가치 내지 인격권으로부터 파생되는 일반적 행동자유권 및 행복추구권 등 헌법상 보장된 기본권을 침해하는 위헌법률규정이 명백하므로 우선 위 대통령선거법규정의 위헌선언을 구한다는 것이다.

2. 판단

위에서 본 청구인들의 주장에 의하면 이 사건 심판청구는 대통령선거법 제95조 제8항 및 제116조 제5항 중 각 교원에 관한 부분 즉 법률조항 그 자체로 인한 기본권침해를 주장하고 그 법률조항의 위헌선언을 구하는 헌법소원임이 명백하다.

법률에 대한 헌법소원의 심판청구기간은 원칙적으로 그 법률의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 된다고 할 것이므로 그 법률이 시행된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 법률이 시행된 날로부터 180일 이내에 심판청구를 하여야 하고 다만 그 법률이 시행된 뒤에 비로소 그 법률에 해당되는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 자는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 청구하여야 할 것이다(당재판소 1990.6.25. 선고, 89헌마 220 결정 등 참조).

그런데 이 사건에서 심판의 대상이 된 위 대통령선거법규정들은 1992.11.11. 법률 제4495호로 공포시행되었음이 명백하고 그 후인 같은 해 12.18. 그 대통령선거법에 의한 대통령선거가 실시되었으며 그 때 선거관리위원회에서 위촉된 교원들이 투개표사무종사원으로 그 사무에 관여하였음은 공지의 사실이므로 다른 특별한 사정이 없는 한 청구인들로서는 늦어도 위 대통령선거당시에는 위 대통령선거법규정들에 의하여 자기들의 기본권이 침해된 것을 알았다고 보아야 할 것이다

그렇다면 위 대통령선거시로부터 기산하여도 60일을 도과한 후인 1993.3.30. 당재판소에 접수된 이 사건 헌법소원심판청구는 그 청구기간이 경과한 후에 제기된 것임이 명백하므로 헌법재판소법 제2조 제3항 제2호의 규정에 따라 이를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

1993. 5. 4.

재판장 재판관 조규광
 재판관 이시윤
 재판관 황도연

순직처리거부처분취소 등

(1993. 5. 10. 93헌마92 헌법재판소 제2지정재판부
[판례집 5-1, 222~225])

【판시 사항】

1. 적법(適法)한 전심절차(前審節次)를 거치지 아니한 심판청구(審判請求)이어서 부적법(不適法)한 사례
2. 같은 사안(事案)으로 거부처분취소심판청구(拒否處分取消審判請求)와 병행하여 부작위위헌확인심판청구(不作爲違憲確認審判請求)를 한 것이 허용되는지 여부

【결정 요지】

1. 행정심판청구(行政審判請求)가 심판청구기간을 도과하여 제기(提起)된 부적법(不適法)한 것이기 때문에 행정소송(行政訴訟)에서 적법(適法)한 전심절차(前審節次)를 거치지 아니한 것으로 각하판결(却下判決)을 선고받은 후 헌법소원심판을 청구한 것은 적법(適法)한 구제절차(救濟節次)를 경유한 것이라고 할 수 없으므로 절차상(節次上) 부적법(不適法)하다고 한 사례
2. 이 사건 피청구인의 거부처분(拒否處分)은 공권력의 행사임이 명백하므로 청구인으로서 그 거부처분(拒否處分)의 취소(取消)를 구하는 헌법소원심판을 청구함으로써 족한 것이며, 이와 병행하여 공권력의 불행사를 이유로 부작위위헌확인심판청구(不作爲違憲確認審判請求)를 하는 것은 허용되지 않는다고 한 사례

청 구 인 박 ○ 교
 대리인 변호사 박 정 현
피청구인 충청남도 지방경찰청장

【참조 조문】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항 단서

【참조 판례】

1. 1993.2.19. 고지, 93헌마13 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다

【이 유】

1. 청구인이 주장하는 이 사건 헌법소원심판청구의 요지는 다음과 같다
청구의 박○수는 청구인의 3남으로 1983.6.16. 군에 입대한 후 같은 해 7.31. 전투경찰에 전입되어 서산경찰서 소원지서 모항어선 신고선에 근무하여 오던 중, 1984.10.2. 위 신고소 초소장인 청구외 조○봉으로부터 그의 부친인 청구외 조○호의 회갑연 청첩장을 관내 마을 주민들에게 배포하라는 부탁을 받고, 인근주민인 청구외 김○현이 운전하는 오토바이 뒤에 편승하여 배포 운행 중, 위 김○현이 과실로 위 오토바이를 교각에 들이받는 바람에 오토바이에서 추락하여 사망하였다

위 박○수의 사망은 비록 공무수행 중의 사망은 아니라고 할지라도 직속상관의 지시에 따른 업무를 수행하다 사망한 경우이므로 이를 순직으로 처리함이 온당함에도 불구하고 피신청인 소속 전공사상 심사위원회는 전투경찰대운영규정 제84조 별표10 전공사상 처리기준 “기준번호 35”를 적용하여 같은 해 10.12. 이를 단순한 근무지 무단이탈 중의 교통사고로 인한 변사로 의결처리하였다

청구인은 같은 해 10.10. 이래 수차례에 걸쳐 청와대 치안본부

장 등에게 위 박○수의 사망을 순직으로 처리하여 달라고 신청하였으나 불가(不可)하다는 회신을 받았고, 1991.7.10.에는 충남 경찰청장으로부터 역시 불가하다는 회신을 받은 바 있다. 이에 대하여 청구인은 1993.4.16. 피청구인을 상대로 주위적으로 위 1991.7.10.자 피청구인의 불가회신은 청구인의 위 박○수에 대한 순직처리신청을 거부하는 처분으로서 청구인의 행복추구권과 평등권을 침해한 처분이라는 이유로 그 취소를 구하고, 예비적으로 피청구인이 청구인의 1984년 이래 현재까지 수차례에 걸친 순직처리요구에도 불구하고 아무런 조치를 취하지 않고 있는 것은 역시 청구인의 행복추구권과 평등권을 침해하고 있는 부작위이므로 그 위헌의 확인을 구한다는 취지의 헌법소원심판청구를 한 것이다

2. 직권으로 살피건대 헌법재판소법 제8조 제1항 단서에 의하면 헌법소원심판은 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 구제절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다.

기록에 의하면 청구인은 피청구인에 대하여 위 망 박○수의 사망을 순직으로 처리하여 달라는 취지의 청원을 하였다가 피청구인으로부터 1991.7.10. 위 망인에 대한 변사처리는 당연한 처분이라는 회신을 받아 피청구인의 위 회신을 순직처리거부처분으로 보아 1992.3.10. 그 처분에 대하여 상급청인 경찰청장에게 이의 취소를 구하는 행정심판을 청구한 사실, 청구인은 이어 같은 해 9.24. 서울고등법원에 피청구인을 상대로 위 거부처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였으나 같은 법원에서 1993.3.12. 청구인의 위 행정심판청구가 피청구인의 위 거부처분이 있는 날로부터 180일이 경과된 이후에 제기된 것이 날짜 계산상 명백하여 행정심판법 제18

조 제3항 소정의 심판청구기간이 도과된 뒤에 제기된 부적법한 것이기 때문에 위 행정소송은 결국 적법한 전심절차를 거치지 아니한 채 제기되어 부적법하다는 이유로 각하 판결을 선고받은 사실을 인정할 수 있는바, 그렇다면 이 사건 헌법소원심판청구는 적법한 구제절차를 경유한 것이라고 할 수 없으므로(헌법재판소 1993.2.19. 고지, 93헌마13 결정 참조), 청구인의 이 사건 주위적 심판청구는 헌법재판소법 제2조 제1항 단서 소정의 구제절차를 거치지 아니하고 청구된 것으로 부적법하다고 할 것이고, 또 청구인의 이 사건 예비적 심판청구에 대하여 보건대 피청구인의 거부처분이 있고 그 거부처분은 공권력의 행사임이 명백하므로 청구인으로서는 그 거부처분의 취소를 구하는 헌법소원심판을 청구함으로써 족하다고 할 것이고, 이와 병행하여 국가기관의 공권력의 불행사를 이유로 부작위위헌확인 심판청구를 하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이므로 이 사건 예비적 심판청구는 결국 헌법소원심판청구의 대상이 아닌 것에 대한 헌법소원으로서 역시 부적법하다고 할 것이다

3. 이에 헌법재판소법 제2조 제3항 제1호, 제4호에 의하여 이 사건 헌법소원심판청구를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

1993. 5. 10.

| | |
|-----|---------|
| 재판장 | 재판관 김진우 |
| | 재판관 변정수 |
| | 재판관 김양균 |

헌법재판소법 제47조 제2항 위헌제청 등

(1993. 5. 13. 92헌가10, 91헌바7, 92헌바24, 50(병합) 헌법재판소
전원재판부)
[판례집 5-1, 226~252]

【판시 사항】

1. 위헌법률심판제청(違憲法律審判提請) 내지 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)의 적법요건(適法要件)인 재판(裁判)의 전제성(前提性)의 의미
2. 재판(裁判)의 전제성(前提性)에 관한 일반법원(一般法院)과 헌법재판소(憲法裁判所)의 판단권한관계(判斷權限關係)
3. 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제47조 제2항의 위헌(違憲) 여부

【결정 요지】

1. 위헌법률심판제청(違憲法律審判提請) 내지 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)의 적법요건(適法要件)인 재판(裁判)의 전제성(前提性)이라 함은 첫째 구체적인 사건이 법원(法院)에 계속(係屬)되어 있었거나 계속(係屬) 중이어야 하고, 둘째 위헌(違憲)여부가 문제되는 법률(法律)이 당해 소송사건의 재판(裁判)에 적용(適用)되는 것이어야 하며, 셋째 그 법률(法律)이 헌법(憲法)에 위반되는지의 여부에 따라 당해 사건을 담당할 법원(法院)이 다른 내용(內容)의 재판(裁判)을 하게 되는 경우를 말하는 것으로, 여기에서 법원(法院)이 “다른 내용(內容)의” 재판(裁判)을 하게 되는 경우라 함은 원칙적으로 법원(法院)이 심리중인 당해 사건의 재판(裁判)의 결론(結論)이나 주문(主文)에 어떠한 영향을 주는 것뿐만이 아니라, 문제된 법률(法律)의 위헌(違憲)여부가 비록 재판(裁判)의 주문(主文) 자체에는 아무런 영향을 주지 않는다고 하더라도 재판(裁判)의 결론(結論)을 이끌어 내는 이유(理由)를 달리 하는데 관련되어 있거나 또는 재판(裁判)의 내용(內容)과 효력(效力)에 관한 법률적(法律的) 의미(意味)가 전혀 달라지는 경우도 포함한다 할 것이다.

2. 위헌법률심판(違憲法律審判)이나 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판(憲法訴願審判)에 있어서 위헌(違憲)여부가 문제되는 법률(法律)이 재판(裁判)의 전제성(前提性) 요건을 갖추고 있는지의 여부는 헌법재판소(憲法裁判所)가 별도로 독자적인 심사를 하

기보다는 되도록 법원(法院)의 이에 관한 법률적 견해를 존중해야 할 것이며, 다만 그 전제성(前提性)에 관한 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없을 때에만 헌법재판소(憲法裁判所)는 이를 직권(職權)으로 조사할 수 있다 할 것이다.

3. 가. 헌법재판소(憲法裁判所)에 의하여 위헌(違憲)으로 선고된 법률(法律) 또는 법률(法律)의 조항(條項)이 제정 당시로 소급(溯及)하여 효력을 상실하는가 아니면 장래(將來)에 향하여 효력을 상실하는가의 문제는 특단의 사정이 없는 한 헌법적합성(憲法適合性)의 문제라기 보다는 입법자가 법적(法的) 안정성(安定性)과 개인(個人)의 권리구제(權利救濟) 등 제반 이익을 비교형량하여 가면서 결정할 입법정책(立法政策)의 문제인 것으로 보인다. 우리의 입법자는 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제47조 제2항 본문의 규정을 통하여 형벌법규(刑罰法規)를 제외하고는 법적(法的) 안정성(安定性)을 더 높이 평가하는 방안을 선택하였는바, 이에 의하여 구체적인(具體的) 타당성(妥當性)이나 평등(平等)의 원칙(原則)이 완벽하게 실현되지 않는다고 하더라도 헌법상 법치주의(法治主義)의 원칙의 파생인 법적(法的) 안정성(安定性) 내지 신뢰보호(信賴保護)의 원칙에 의하여 정당화된다 할 것이고, 특단의 사정이 없는 한 이로써 헌법(憲法)이 침해되는 것은 아니라 할 것이다.

나. 그렇지만 효력(效力)이 다양할 수밖에 없는 위헌결정(違憲決定)의 특수성 때문에 예외적(例外的)으로 부분적인 소급효(溯及效)의 인정을 부인해서는 안 될 것이다. 첫째, 구체적(具體的) 규범통제(規範統制)의 실효성의 보장의 견지에서 법원(法院)의 제청(提請)·헌법소원(憲法訴願) 청구(請求) 등을 통하여 헌법재판소(憲法裁判所)에 법률(法律)의 위헌결정(違憲決定)을 위한 계기를 부여한 당해 사건, 위헌결정(違憲決定)이 있기 전에 이와 동종의 위헌(違憲)여부에 관하여 헌법재판소(憲法裁判所)에 위헌제청(違憲提請)을 하였거나 법원(法院)에 위헌제청신청(違憲提請申請)을 한 경우의 당해 사건, 그리고 따로 위헌제청신청(違憲提請申請)을 아니하였지만 당해 법률(法律) 또는 법률(法律)의 조항(條項)이 재판(裁判)의 전제(前提)가 되어 법원(法院)에 계속(係屬) 중인 사건에 대하여는 소급효(溯及效)를 인정하여야 할 것이다. 둘째, 당사자의 권리구제를 위한 구체적(具體的) 타당성(妥當性)의 요청이 현저한 반면에 소급효(溯及效)를 인정하여도 법적(法的) 안정성(安定性)을 침해할 우려가 없고 나아가 구 법에 의하여 형성된 기득권자(既得權者)의 이득(利得)이 해쳐질 사안이 아닌 경우로서 소급효(溯及效)의 부인이 오히려 정의(定義)와 평등(平等) 등 헌법적(憲法的) 이념(理念)에 심히 배치되는 때에도 소급효(溯及效)를 인정할 수 있다. 어떤 사안이 후자와 같은 테두리에 들어가는가에 관

하여는 본래적으로 규범통제(規範統制)를 담당하는 헌법재판소(憲法裁判所)가 위헌선언(違憲宣言)을 하면서 직접 그 결정주문(決定主文)에서 밝혀야 할 것이나, 직접 밝힌 바 없으면 그와 같은 경우에 해당하는가의 여부는 일반법원(一般法院)이 구체적 사건에서 해당 법률(法律)의 연혁(沿革)·성질(性質)·보호법익(保護法益) 등을 검토하고 제반이익(諸般利益)을衡量(衡量)해서 합리적(合理的)·합목적적(合目的的)으로 정하여 대처할 수 밖에 없을 것으로 본다.

| | |
|--------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 제청법원 | 대전지방법원 강경지원(1992.6.30.자 위헌제청결정) |
| 관련소송사건 | 위 지원 91가단2451 소유권이전등기 |
| 청 구 인 | 1. ○○회사 한국상호신용금고 대표이사 김영 대리인 변호사 전 정 구 외 2인 관련소송사건 서울민사지방법원 90가합73809 부당이득금 2. 이 ○ 곤 대리인 변호사 김 백 영 관련소송사건 부산지방법원 92가단26129 부당이득금 3. 경 ○ 엽 대리인 변호사 홍 일 원 관련소송사건 서울고등법원 92구12058 토지초과이득세부과 처분취소 청구 |

【심판대상조문】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제47조 제2항 본문(위헌결정(違憲決定)의 효력(效力)) ① 생략

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.

③~④ 생략

【참조 조문】

헌법(憲法) 전문(前文), 제10조, 제11조 제1항, 제13조 제2항, 제23조, 제27조 제1항, 제37조 제2항, 제103조, 제107조 제1항

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 전

제(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

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제75조 (인용결정(認容決定)) ①~⑤ 생략

⑥ 제5항의 경우 및 제68조 제2항의 규정(規定)에 의한 헌법소원(憲法訴願)을 인용(認容)하는 경우에는 제45조 및 제47조의 규정(規定)을 준용(準用)한다.

⑦~⑧ 생략

【참조 판례】

1. 1992.12.24. 선고, 92헌가8 결정
1993.5.13. 선고, 90헌바22, 91헌바12,13, 92헌바3,4(병합) 결정
2. 1989.7.14. 선고, 88헌가5,8, 89헌가44(병합) 결정의 재판관 이시윤의 보충의견
3. 1989.3.17. 선고, 88헌마1 결정(판례집 1권, 9)
1989.12.18. 선고, 89헌마32,33(병합) 결정(판례집 1권, 343)
1990.6.25. 선고, 90헌가11 결정(판례집 2권, 165)
1992.1.28. 선고, 89헌가8 결정
1993.3.11. 선고, 90헌가70 결정(헌재 공보 1호, 28)
대법원 1991.6.11. 선고, 90다5450 판결
대법원 1991.6.28. 선고, 90누9346 판결
대법원 1991.12.24. 선고, 90다8176 판결
대법원 1992.2.14. 선고, 91누1462 판결
대법원 1992.1.15. 선고, 92다12377 판결
대법원 1993.1.15. 선고, 92누5247 판결
대법원 1992.2.26. 선고, 91누12247 판결

【주 문】

헌법재판소법(1988.8.5. 법률 제4017호) 제47조 제2항 본문은 헌법

에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 92헌가10 심판사건

국유재산법(1976.12.31. 법률 제2950호) 제5조 제2항은 “국유재산은 민법 제245조의 규정에 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다”라고 규정하고 있는데, 헌법재판소는 1991.5.13. 선고, 89헌가97 결정에서 위 국유재산법의 규정을 동법의 국유재산 중 잡종재산에 대하여 적용하는 것은 헌법에 위반된다고 선고하였다.

이 사건 관련소송사건의 청구목적부동산은 1945.8.9. 당시 일본인의 소유로서 국가에게 귀속된 잡종재산인 5필지 토지인바, 원고 이○재는 헌법재판소의 위 위헌결정일 이후인 1991.8.경 제청법원인 대전지방법원 강경지원에 국가를 상대로 위 청구목적부동산에 관하여 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행청구소(91가단2451)을 제기하여 그가 위 청구목적부동산을 1962.4.16. 종전 점유자로부터 매수 인도받아 20년 이상 점유하여 시효취득하였다고 주장하였다. 제청법원은 위 사건에 대한 판결을 함에 있어서 헌법재판소의 위헌결정의 소급효를 부정하고 있는 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 규정이 헌법에 위반되는지의 여부가 위 사건의 전제가 되고 나아가 위 규정이 헌법에 위반된다고 보아 직권으로 1992.6.30. 헌법재판소에 위 헌법재판소법 규정의 위헌여부의 심판을 제청하였다.

(2) 91헌바7 심판사건

구 국세기본법(1974.12.21. 법률 제2679호, 1990.12.31. 법률 제4277호로 개정되기 전의 것) 제35조 제1항은“국세·가산금 또는 체납처분비는 다른 공과금 기타의 채권에 우선하여 징수한다 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 공과금 기타의 채권에 대하여는 그러하지 아니하다”라고 규정하고, 같은 항 제3호는 “국세의 납부기한으로부터 1년 전에 전세권·질권 또는 저당권의 설정을 등기 또는 등록한 사실이 대통령령이 정하는 바에 의하여 증명되는 재산의 매각에 있어서 그 매각금액 중에서 국세 또는 가산금(그 재산에 대하여 부과된 국세와 가산금을 제외한다)을 징수하는 경우의 그 전세권 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권이 라고 규정하고 있었는데, 헌법재판소는 1990.9.3. 선고, 89헌가95 결정에서 위 구 국세기본법 제35조 제1항 제3호 중 “으로부터 1년”이라는 부분은 헌법에 위반된다고 선고하였다. 청구인 ○○회사 한국상호신용금고는 대출채권의 담보를 위하여 취득한 근저당권들을 실행하는 경매절차에서, 국가가 위 구 국세기본법 제35조 제1항 제3호를 근거로 하여 납부기한의 도래가 근저당권 설정 후이지만 그 설정된 때로부터 1년 이내인 국세의 징수를 위하여 경매법원에 경락대금 가운데 국세 상당액의 교부청구를 하여 이를 위 청구인보다 우선 교부받아 그로 말미암아 채권을 전액 변제받지 못한 일이 헌법재판소의 위 위헌결정일 이전에 여러 차례 있었다.

위 청구인은 헌법재판소의 위 위헌결정일 이후인 1990.10.경 서울민사지방법원에 국가를 상대로 부당이득금반환청구소(90가합73809)을 제기하여 지난 5년간 국가가 위와 같이 우선하여 교부받

아 간 돈 상당액은 헌법재판소의 위 위헌결정으로 말미암아 부당이득이 된다고 주장하여 그 반환을 청구하였다. 위 청구인은 위 소송에서 헌법 재판소법 제47조 제2항 본문의 규정이 위헌결정의 소급효를 부정하고 있기 때문에 자신의 청구를 인용할 수 없는 것이라면 위 헌법재판소법의 규정은 헌법에 위반된다고 주장하여 위 법원에 위헌여부심판의 제청 신청을 하였으나(90카111700), 위 법원은 1991.1.17. 위 제청신청을 기각 하였고, 이에 위 청구인은 같은 해 1.31. 헌법재판소에 위 헌법재판소법의 규정에 대하여 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의한 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(3) 92헌바24 심판사건

청구인 이○곤도 채권담보를 위하여 취득한 근저당권을 실행하는 경매절차에서, 국가가 위 구 국세기본법 제5조 제1항 제3호를 근거로 하여 납부기한의 도래가 근저당권 설정 후이지만 그 설정된 때로부터 1년 이내인 국세의 징수를 위하여 경매법원에 경락대금 가운데 국세 상당액의 교부청구를 하여 이를 위 청구인보다 우선 교부받아, 그로 말미암아 채권을 전액 변제받지 못한 일이 헌법재판소의 위 구 국세기본법의 규정에 대한 위헌결정일 이전에 있었다위 청구인 역시 헌법재판소의 위 위헌결정일 이후인 1992년경 부산지방법원에 국가를 상대로 부당이득금반환청구소송(92가단26129)을 제기하여 국가가 위와 같이 우선하여 교부받아 간 돈 상당액은 헌법재판소의 위 위헌결정으로 말미암아 부당이득이 된다고 주장하여 그 반환을 청구하였다. 위 청구인은 위 소송에서 위헌결정의 소급효를 부정하고 있는 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 규정은 헌법에 위반된다고 주장하여 위 법원에 위헌여부심판의 제

청신청을 하였으나(92카14831), 위 법원은 1992.5.28. 위 제청신청을 기각하였고, 위 청구인은 같은 해 6.4. 위 기각결정을 송달받고 같은 해 6.12. 헌법재판소에 위 규정에 대하여 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의한 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다

(4) 92헌바50 심판사건

청구인 경○업은 1991.11.1. 서초세무서장으로부터 토지초과이득세금 20,959,960원의 부과처분을 받고 그 부과처분의 근거가 되는 토지초과이득세법 제10조 등이 헌법에 위반된다고 주장하면서 서울고등법원에 서초세무서장을 상대로 위 부과처분의 취소청구소송(92구12058)을 제기하였다. 그런데 위 청구인은 위 소송에서 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 규정이 재판의 전제가 되며 헌법에 위반된다고 주장하여 위 법원에 위헌여부심판의 제청신청을 하였으나(92부605), 위 법원은 1992.11.19. 위 제청신청을 기각하였고, 위 청구인은 같은 해 12.7. 위 기각결정을 송달받고 같은 해 12.12. 헌법재판소에 위 규정에 대하여 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의한 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 헌법재판소법1988.8.5. 법률 제 4017호. 이하 “법”이라고 한다) 제47조 제2항 본문의 규정이 헌법에 위반되는지의 여부인바 위 규정의 내용은 다음과 같다

법 제47조 (위헌결정의 효력) ② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다

2. 당사자와 이해관계인들의 주장

가. 제청법원의 제청이유

헌법재판소의 위헌결정에 관하여 장래효만을 인정할 뿐 일체의 소급효를 인정하지 아니하는 것으로 규정한 법 제47조 제2항 본문의 규정은 법적 안정성의 침해 가능성이라는 막연한 우려때문에 과연 실제의 경우에 어느 정도 법적 안정성을 해치게 되는지는 검증하여 보지도 아니하고, 또 국민의 구체적이고 긴박한 실제적 상황에 깊숙이 들어가 사정을 살펴보는 것조차 포기한 법조항으로서 평등권을 규정한 헌법 제11조 제1항, 국민의 재산권 보장을 규정한 헌법 제23조 제1항, 국민의 재판받을 권리를 규정한 헌법 제27조 제1항, 국민의 기본권 제한 입법시에 과잉금지의 원칙을 선언한 헌법 제7조 제2항, 법관의 헌법 등에 의한 재판의무를 규정한 헌법 제03조에 위배될 소지가 있고, 또 이러한 문제의 시정을 위해서는 법원의 법해석에 의한 판례에 의하여 구제하는 것은 부적당하고 헌법재판소에 의하여 위헌여부의 심판을 받을 필요가 있다.

나. 청구인들의 주장

(1) 헌법재판소에 의한 법률 또는 법률의 조항의 위헌결정은 그 법률 또는 법률의 조항이 원칙적으로 무효임을 확인하는 선언적 성격을 가진 것으로서, 위헌결정의 효력의 문제도 헌법상의 문제이고 법률로 규정할 성질의 것은 아니다.

(2) 법 제47조 제2항 본문이 형벌법규 이외에는 위헌인 법률로 인하여 기본권의 침해를 받은 경우라 하여도 위헌결정의 소급효를 인정하지 않고 있는 것은 국가의 기본권 보장의무를 규정한 헌법 제03조로부터 유래하는 법률로 인한 기본권의 침해를 막고 그 권리를 회복시킬 국가의 책무와는 부합되지 않는 것으로서 헌법에 위반

된다.

(3) “법률에 의한 재판받을 권리”를 규정하고 있는 헌법 제27조 제1항에 의하면 재판의 절차나 재판의 내용은 법률에 의하여야 하는바 여기서의 법률이란 헌법에 합치하는 법률만을 의미하는 것이므로 법 제47조 제2항 본문이 위헌결정의 소급효를 부정하고 있는 것은 위헌인 법률에 의한 재판을 허용하는 것이 되어 헌법에 위반된다

(4) 법 제47조 제2항에 의하면 위헌결정이 있는 당해 사건의 경우에는 위헌법률의 적용이 소급적으로 부정되지만 그 이외의 위헌결정 이전의 사안들에 대하여는 종전의 위헌으로 결정된 법률이 여전히 적용되게 되는 결과를 가져오게 되어 당해 사건과 그 이외의 사건을 합리적 근거 없이 차별하고 있을 뿐만 아니라 위 조항은 형벌법규에 의하여 신체의 자유가 침해된 경우를 구별하여 신체의 자유가 침해된 경우에만 위헌결정의 소급효를 인정하고 있으므로 이는 헌법 제1조 소정의 평등의 원칙에도 어긋난다

(5) 위헌인 법률로 인하여 재산권이 침해되었음에도 불구하고 위헌결정의 소급효가 부정됨으로 인하여 재산권의 침해에 대한 구제를 받지 못하게 되는 것은 헌법 전문 소정의 자유민주적 기본질서와 헌법 제23조 소정의 재산권 보장의 규정에도 위반되는 것일 뿐만 아니라, 헌법 제13조 제2항이 금지하고 있는 소급입법에 의한 재산권박탈에도 해당된다.

(6) 위헌결정의 소급효가 부정되는 결과 위헌으로 결정된 법률이 위헌결정이 있는 당해 사건 이외의 다른 사건에서도 여전히 적용되

게 되는 경우에는 그 다른 사건을 다루는 법원은 또다시 헌법재판소에 위헌제청을 하여야 하는 결과가 되는데 이는 불필요한 절차를 거듭하는 것밖에 되지 않는다.

(7) 위헌결정의 소급효를 부정하는 근거는 법적 안정성의 추구에 있으나, 이러한 법적 안정성만을 고려하여 위헌인 법률을 적용하여서는 안된다는 구체적 타당성의 요구를 부인할 수 없을 뿐만 아니라 위헌결정의 소급효를 인정한다고 하여도 소멸시효 등의 제도가 있기 때문에 법적 안정성이 크게 위협받는다고는 볼 수 없고, 나아가 실질적으로는 위헌인 불법상태의 축적을 법적 안정성이라는 이름 아래 보호할 가치가 있다고도 할 수 없다.

다. 서울민사지방법원의 제청신청 기각이유

헌법재판소의 법률 또는 법률의 조항에 대한 위헌결정에 소급효를 인정할 것인가 아니면 소급효를 제한할 것인가는 입법정책의 문제일 뿐만 아니라, 형벌법규에 대한 위헌결정에만 소급효를 제한한 취지는 형벌법규의 경우에는 위헌인 형벌법규에 근거하여 이루어진 처벌의 효력을 계속 지속시켜야 할 법적 안정성의 요구도 대두되지 않기 때문에 소급효를 인정하는 것이 원초적인 정의관념에 부합하는 반면 형벌법규 이외의 법규의 경우에는 이미 형성된 법률관계를 존중하자는 법적 안정성의 요구가 절실하다고 보아 그 소급효를 제한하고 있는 것이므로 법 제47조 제2항 본문의 규정이 헌법에 위배된다고는 할 수 없다

라. 부산지방법원의 제청신청 기각이유

위헌법률의 효력에 관하여 소급무효로 보는 견해와 향후무효로

보는 견해가 있을 수 있으며 이는 실질적 정의와 법적 안정성 중 어느 것을 중시할 것이냐에 관한 입법정책의 문제이고 각국의 입법례도 양자 중 어느 것을 중시할 것이냐에 따라 다양성을 보이고 있으며 가사법 제47조 제2항 본문의 규정이 위헌이라고 가정한다 하더라도 이 사건의 경우와 같이 이미 법원에 의하여 경매절차가 종결된 후 그 당시 적용되었던 법률이 위헌으로 결정된 경우에는 그 법률의 소급적 무효를 이유로 부당이득반환청구를 인정할 수 없다 할 것이어서 이 사건 위헌 여부심판의 제청신청은 재판의 전제성이 없는 경우이거나 또는 당해 법률이 헌법에 위반되지 아니함이 명백한 경우에 해당한다

마. 서울고등법원의 제청신청 기각이유

제청신청이 이유가 없다는 것 외에 별다른 이유기재가 없다

바. 법무부장관의 의견

헌법재판소의 위헌결정의 효력에 소급효를 인정할 것인가의 여부는 국회가 법적 안정성과 정의와 형평의 양자를 형량하여 결정할 수 있는 입법형성의 자유의 범위 내에 속한 사항으로서 각국의 입법례를 보더라도 이 점에 관하여 반드시 일률적인 태도를 취하고 있는 것은 아니고 다소의 차이는 있으나 법적 안정성을 고려하여 위헌결정의 소급효를 제한하고 있음을 알 수 있으며 우리 헌법상 법적 안정성 내지 법적 평화의 확보는 정의와 형평이라는 가치와 근본적으로 동등한 것이므로 법 제47조 제2항이 위헌결정의 소급효를 부분적으로만 인정하고 있는 것은 정의와 형평 및 법적 안정성이라는 두 가지 법익을 조화시키기 위한 것으로서 헌법에 위반된다고 볼 수 없다

3. 판단

가. 재판의 전제성에 대한 판단

위 92헌바24 심판사건의 당해 소송사건의 법원이 청구인 이상곤의 위헌여부심판의 제청신청을 기각하는 이유의 하나로 재판의 전제성이 없다는 점을 들고 있으므로, 먼저 이에 대하여 살펴본다.

(1) 헌법 제107조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.”라고 규정하고, 법 제41조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건을 담당하는 법원(군사법원을 포함한다. 이하 같다)은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청한다”라고 규정하는 한편, 법 제68조 제2항은 “제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원 심판을 청구할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

그러므로 법률에 대한 위헌여부심판제청이나 법 제8조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판청구가 적법하기 위하여는 문제된 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되어야 한다는 재판의 전제성을 갖추어야 할 것인바, 그 재판의 전제성이라 함은 첫째 구체적인 사건이 법원에 계속되어 있었거나 계속 중이어야 하고, 둘째 위헌여부가 문제되는 법률이 당해 소송사건의 재판에 적용되는 것이어야 하며 셋째 그 법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해 사건을 담당한 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우를 말하는 것으로, 여기에서 법원이 “다른 내용의” 재판을 하게 되는 경우라 함은 원

칙적으로 법원이 심리 중인 당해 사건의 재판의 결론이나 주문에 어떠한 영향을 주는 것 뿐만 아니라, 문제된 법률의 위헌여부가 비록 재판의 주문 자체에는 아무런 영향을 주지 않는다고 하더라도 재판의 결론을 이끌어내는 이유를 달리 하는데 관련되어 있거나 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 전혀 달라지는 경우도 포함한다 할 것이다(헌법재판소 1992.12.24. 선고, 92헌가8 결정 참조).

한편 위헌법률심판이나 법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판에 있어서 위헌여부가 문제되는 법률이 재판의 전제성 요건을 갖추고 있는지의 여부는 헌법재판소가 별도로 독자적인 심사를 하기보다는 되도록 법원의 이에 관한 법률적 견해를 존중해야 할 것이며 다만 그 전제성에 관한 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없을 때에만 헌법재판소는 이를 직권으로 조사할 수 있다 할 것이다 왜냐 하면 문제되는 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되느냐 않느냐는 사건기록 없이 위헌여부의 쟁점만 판단하게 되어 있는 헌법재판소보다는 기록을 갖고 있는 당해 사건의 중국적 해결을 하는 법원이 더 잘 알 것이며 또 헌법재판소가 위헌여부의 실체판단보다는 형식적 요건인 재판의 전제성에 관하여 치중하여 나름대로 철저히 규명하려고 든다면 결과적으로 본안사건의 중국적 해결에 커다란 지연요인이 될 것이기 때문이다

(2) 이 사건으로 돌아와 보면 92헌가10 심판사건의 제청법원은 법 제47조 제2항 본문의 규정이 헌법에 위반되는지의 여부가 당해 소송사건의 재판의 전제가 된다고 명시적으로 판단하여 직권으로 헌법재판소에 위헌여부심판의 제청을 하였고 91헌바7 그리고 92헌

바50 심판사건의 각 당해 소송사건의 법원도 법 제7조 제2항 본문의 규정이 헌법에 위반되는지의 여부가 재판의 전제가 된다는 목시적인 판단 아래 위 규정이 합헌이라는 이유로 청구인 주식회사 한국상호신용금고와 청구인 경영업의 위헌여부심판의 제청신청을 각 기각하였는바 이들 법원의 재판의 전제성에 대한 판단은 존중되어야 할 것이다

그런데 92헌바24 심판사건의 당해 소송사건의 법원은 법 제7조 제2항 본문의 규정이 합헌이라고 판단하면서도 나아가 위 규정이 위헌이라고 가정한다 하더라도 위 사건의 경우와 같이 이미 법원에 의하여 경매절차가 종결된 후 그 당시 적용되었던 법률이 위헌으로 결정된 경우에는 그 법률의 소급적 무효를 이유로 부당이득반환청구를 인정할 수 없으므로 위헌여부심판의 제청신청은 재판의 전제성이 없다고 판단하여 청구인 이상곤의 위헌여부심판의 제청신청을 기각하였다 그러나 가령 헌법재판소에서 위 규정이 단순히 위헌이라고 결정이난다 하여도 법원에 의하여 경매절차가 종결되었을 때에는 그 당시에 적용되었던 법률의 소급적 무효를 이유로 부당이득반환청구를 인정할 수 없다고 할 수 있을지 속단하기 어려운 일이어서 당해 소송사건의 재판의 결론이나 주문에 영향을 주지 않는다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라 이 사건 역시 적어도 재판의 결론을 이끌어내는 이유를 달리 하는데 관련되어 있을 것으로 재판의 전제성이 있음이 명백하다 할 것이다

따라서 이 사건 심판사건들은 모두 재판의 전제성이 있는 것으로 적법하다 할 것이다.

나. 본안에 대한 판단

(1) 우리나라 헌법은 헌법재판소의 법조항에 대한 위헌결정의 효력에 관하여 직접적으로 규정하고 있지 않으며 법 제47조가 이에 관하여 규정하고 있다. 즉 법 제47조는 헌법재판소의 위헌법률심판에 있어서의 위헌결정의 효력에 관하여 규정하고 있는바 동조 제1항은 “법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다”라고 규정하는 한편 동조 제2항은 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다.”라고 규정하여 원칙적으로 헌법재판소의 위헌결정에 장래효만을 인정하면서도 위헌결정이 난 형벌법규에 한하여서는 소급효를 인정하고 있고 나아가 동조 제3항은 “제2항 단서의 경우에 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다”라고, 동조 제4항은 “제3항의 재심에 대하여는 형사소송법의 규정을 준용한다”라고 각 규정하여 위헌결정이 난 형벌법규에 의하여 과거에 처벌을 받은 경우에 재심에 의한 구제를 허용하고 있다 한편 법 제75조 제6항에 의하면, 법 제47조는 헌법재판소가 법 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원을 인용할 경우에 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률 또는 법률의 조항에 기인한 것이라고 인정될 때에 법 제45조 제5항에 기하여 인용결정에서 당해 법률 또는 법률의 조항이 위헌임을 신고하는 경우 및 헌법재판소가 법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원을 인용하는 경우에 각 준용되게 되어 있다. 원래 법 제47조 제2항의 규정은 이른바 제1공화국 당시의 헌법위원회법(1950.2.21. 법률 제100호) 제20조에서 유래하는 것으로 동조는 “헌법위원회의 위헌결

정은 장래에 향하여 효력을 발생한다. 그러나 형벌조항은 소급하여 그 효력을 상실한다.”라고 규정하고 있었고, 위 규정은 이른바 제2공화국 당시의 헌법재판소법(1961.4.17. 선고, 법률 제601호) 제22조 제2항과 이른바 제4, 5공화국 당시의 헌법위원회법(1973.2.16. 법률 제2530호) 제18조 제1항에 그대로 답습되었다가 현행 법 제47조 제2항으로 이어진 것이다. 이 사건 심판의 대상이 된 것은 헌법재판소의 형벌법규를 제외한 법률 또는 법률의 조항에 대한 위헌결정에 장래효만을 인정하는 것으로 규정하고 있는 법 제47조 제2항 본문의 규정이 헌법에 위반되는지의 여부이다.

(2) 어떤 법률이 헌법에 위반되는 경우 그 모습에는 여러 가지가 있을 수 있다.

첫째, 제정 당시에는 합헌이었으나 후발적인 사정변경으로 인하여 위헌인 법률로 되는 경우가 있다. 그와 같은 예로 외국의 경우를 보면 국회의원 정수 배분규정이 제정당시에는 선거구간의 국회의원인당의 선거인수 또는 인구수의 비율차가 크게 벌어지지 아니하여 합헌이었지만, 그 뒤의 인구의 이동 등에 의하여 비율차가 크게 벌어져 헌법의 선거권평등의 요청에 반할 정도에 이룸으로써 위헌상태에 이르는 경우가 있는데, 비록 현재까지 우리나라의 경우는 이러한 이유로 위헌으로 선고된 법률 또는 법률의 조항은 없지만 헌법재판소는 그 가능성을 여러 차례 시사한 바 있다(헌법재판소 1990.6.25. 선고, 90헌가11 결정; 1992.1.28. 선고, 89헌가8 결정; 1993.3.11. 선고, 90헌가70 결정 등 참조). 그렇다면 후발적 위헌법률의 경우는 위헌선언을 하여도 장래에 향하여 효력을 잃는 장래효를 가질 수밖에 없을 것이며, 성질상 제정당시로 소급효를 인정해서는

안 될 것은 물론, 인정할 필요도 없을 것이다.

둘째, 법률의 조항 자체에는 위헌성이 없으나 평등의 원칙 위반이나 체계부조화 등으로 말미암아 재조정하지 않으면 위헌을 면할 수 없는 경우가 있다. 예컨대 특정집단에게만 특별한 이익을 베푸 이른바 수혜법률에 대해 있을 수 있는 일로 헌법재판의 역사가 일천한 우리나라에는 없으므로 외국의 한 사례를 들어보면 저소득층을 위하여 재판외의 절차로서 법률상담을 베푸는 내용의 상담부조법(相談扶助法)에서 노동법사건에서는 상담을 베푸는 것을 배제시켰는데, 이는 노동법사건의 당사자에 대한 수혜배제로 평등의 원칙을 어겼다는 이유로 위헌이 되는 경우이다. 그럼에도 불구하고 이러한 경우까지 모두 그 법률의 제정당시로 소급하여 효력을 상실시킨다면 법의 공백으로 인하여 일반 법률사건까지도 법률상담의 혜택을 박탈하는 부당한 결과를 낳지 않을 수 없다. 따라서 이와 같은 경우에 외국의 헌법재판례에서는 소급적 법폐지가 아니라 오히려 특별한 사정이 없는 한 입법자에게 평등의 원칙 위반이나 체계부조화 등을 제거하는 입법을 할 것을 촉구하고 새로 법을 제정하기까지 경과적 조치로서 그 법률의 효력을 지속시키고 있다.

셋째, 제정당시부터 원시적으로 위헌인 법률 또는 법률의 조항의 경우이다. 즉 원시적 위헌법률인 경우인데 이와 같은 경우라 하여도 일률적으로 쉽사리 소급효를 관철시킬 수는 없다.

먼저 당사자의 권리구제보다도 법적 안정성에 치명적인 침해를 주는 경우를 상정할 수 있다. 예컨대 만일 위헌인 선거법의 규정들에 의하여 선거가 치루어졌다고 할 때에 여기에 소급효를 인정한다면 이미 치른 선거자체가 위헌무효로 되어 전반적으로 재선거를 실

시하여야 하는 심각한 국면에 이를 수밖에 없게 될 것이다 특히 국회의원선거법의 규정이 위헌이라고 한다면 소급효에 의하여 경우에 따라서는 현재의 국회의원은 모두 자격을 상실하게 되어 위헌인 국회의원선거법을 합헌상태로 개정할 국회조차 존재하지 않게 된다는 극심한 혼란의 상태가 생길 수도 있을 것이다 이러한 이유때문에 일본 최고재판소가 중의원선거법상의 중의원 의원정족수 배분규정의 위헌소송에서 그 위헌성을 인정하면서도 사정판결의 법리를 빌어 선거를 무효화하지 않았음은 주지의 사실이다

다음으로 원시적 위헌법률이라 하여도 소급효로 말미암아 합헌추정의 원칙에 의하여 제대로 된 법률로 믿은 선의의 국민의 신뢰 내지 기득권을 동요시키고 이미 형성된 법률관계의 안정을 해치는 경우가 생길 수 있다. 예를 들면 특정계층에 조세감면을 베푸는 것이 베풀어서는 안될 특권이어서 그에 관한 규정이 위헌이 되었다고 할 때 그럼에도 이에 소급효를 인정하여 원상회복시켜야 한다면 선의의 국민의 신뢰이익이 침해될 것은 물론, 누구나 그 시대의 법을 존중하여야 하는가 하면 그 시대의 법대로 이익을 향유하게 되는 것이 법치주의일진대 법치주의의 원리에도 배치되는 것이 아닐 수 없을 것이다 나아가 원래 위헌결정의 효과에는 법률폐지의 법규적 효력이 따르는 것이므로 위헌결정에 함부로 소급효를 인정하게 된다면 소급입법에 의하여 기히 취득한 재산권이 박탈당하는 결과가 되어 헌법 제13조 제2항의 규정에 저촉될 수도 있다. 이 점을 고려하여 헌법재판소의 위헌결정에 광범위한 소급효를 인정하는 대표적인 나라인 독일에서도 뒤에서 살필 바와 같이 구법질서에 의하여 얻은 이득에 대하여 부당이득반환청구를 허용치 않고 있는 것이다.

또한 위헌결정에 소급효를 엄격하게 관철시킨다면 위헌선언한 구법을 적용하여 기판력 있는 판결로 종결된 사안전반에 걸쳐 재고하여 백지화하여야 할 것으로, 재심은 비단 유죄판결의 경우만이 아니라 모든 확정 판결사건 일반에까지 확대시켜야 할 것이다 독일의 입법례도 뒤에서 볼 바와 같이 그렇지는 않다. 또 비록 형벌에 관한 법규가 위헌결정 소급효때문에 그에 기한 유죄판결이 재심사유가 되어도 형사실체법규에 관하여 위헌결정이 난 경우가 그에 해당되는 것이지 형사절차법규에 위헌결정이 난 경우는 원칙적으로 포함되지 아니함을 유의해야 할 것이다. 이상 본 바에 의하여 원시적 위헌법률이라 하여도 쉽사리 소급효를 인정하기는 어렵다고 할 것이며, 그리하여 독일 법제가 위헌법률에 관한 무효설에 입각한 소급효를 원칙으로 하고 있지만 소급효의 제한규정을 두는 한편, 실무운영상 소급효를 완화시키기 위하여 장래효(선고 즉시 효력이 생기는 즉시효 또는 현재효)나 미래효(선고 후 일정기간 경과 뒤에 효력발생)밖에 없는 위헌선언을 선택하여야 할 때가 적지 않으며 그 비율이 위헌결정의 과반수를 점한다는 것도 결코 우연이 아니라고 할 것이다.

(3) 헌법재판제도의 기능과 본질을 생각하여 볼 때 헌법재판이란 법률의 위헌결정에 의하여 구법질서를 송두리째 뒤집어 과거를 백지화하는 사회혁명적인 과장을 일으키는 것이 아니고, 하위법규를 국가의 최고규범인 헌법질서에 맞추는 전향적인 법체계의 형성이 원칙이고 다만 정의와 형평상 도저히 묵과되어서는 안 될 경우에 최소한도로 기존의 질서를 허무는 것으로 이해된다 새로운 사법적 선언에 의하여 과거지사가 어느 때나 뒤집혀질 수 없는 것이고 뒤

집혀서도 안될 것이라면 위헌결정에 소급효의 원칙적 제한은 헌법재판 제도의 본질적 속성이라고도 할 수 있다 만일 그렇지 않고 소급효의 전면인정은 기히 형성된 구질서를 뒤엎는 혁명적 충격과 사회혼란을 우려하지 않을 수 없는 것이고, 그 때문에 위헌선언을 주저하는 억제효과를 빚을 것이며, 그리하여 헌법에 보장된 국민의 재판청구권의 파생인 헌법재판을 받을 권리를 오히려 제약하는 결과가 될 것이다. 생각건대 생명 신체에 관한 법익과 관계있는 형벌법규의 위헌의 경우에는 원시무효시킴 그 밖의 경우에는 장래무효시키는 법 제7조 제2항의 규정은 미래지향적인 법규정의 재정비라는 헌법재판의 본질적 기능과 무관하지 않다.

(4) 여기에서 법률에 대한 위헌결정의 효력에 관련된 외국의 입법례를 살펴보면 다음 세가지 형태로 요약된다

1) 첫째로 위헌결정에 소급효(ex tunc)를 원칙적으로 인정하면서 이를 부분적으로 제한하는 예로서는 독일 스페인, 포르투갈 등이 있다.

① 독일은 위헌인 법률은 위헌상태가 발생한 시점에 소급하여 법률상 당연히 효력을 가지지 아니한다는 전제하에 연방헌법재판소법 제78조에서 위헌인 법률은 무효임을 규정하면서도, 동법 제79조에서는 이러한 위헌선고의 소급효를 제한하여 형사판결의 경우에는 재심이 허용되지만 그 이외에 위헌무효인 법규에 바탕을 둔 더 이상의 취소할 수 없게 된 처분(확정된 재판이나 행정처분을 의미한다고 한다)에 대하여는 그 효력에 영향을 미치지 않고, 이러한 처분에 의하여 얻은 이득도 부당이득 반환청구의 대상으로 할 수 없는 것으로 규정하고 있으며 이러한 소급효의 제한규정은 개별적 정의와 법적 안정성의 타협이라는 전제하에서 독일연방헌법재판소는 합헌인 것으로

계속 판시하여 오고 있다), 한편 독일연방헌법재판소는 일찍부터 위헌 선고의 소급효의 폐해를 막기 위하여 장래효 내지 미래효만 있는 헌법 불합치선언을 하여 왔고 그 후 이러한 불합치선언은 동법 제1조 제2항으로 반영되어 법제화되었다. ② 스페인은 헌법재판소법 제39조 제1항 및 제40조 제1항에서 헌법재판소가 위헌으로 선고한 법률은 무효라고 규정하여 위헌판결의 소급효를 인정하면서도 형량이나 제재의 경감을 가져오거나 책임의 배제, 제한을 가져올 형사소송 또는 행정심판의 경우를 제외하고는 확정판결에 대한 재심을 허용하지 않는다고 규정하고 있다. ③ 포르투갈은 헌법 제282조에서 헌법재판소의 위헌 또는 위법의 선언은 위헌 또는 위법으로 선언된 규범의 발효시로 소급하여 효력을 발생하지만 기판력있는 재판에 의하여 확정된 사건에는 그 소급효가 미치지 아니하고 예외적으로 형사사건 징계사건 및 경범죄사건에서 위헌 또는 위법의 선고가 당사자에게 유리할 때에는 확정된 사건에도 소급효가 미치며, 다만 법적 안정성이나 형평 기타 특별한 공익상의 필요가 있을 때에는 헌법재판소가 직접 위와 같은 소급효를 제한하는 재판주문을 낼 수 있도록 하고 있다.

2) 둘째로, 위헌결정에 장래효(ex nunc)를 원칙으로 하면서 부분적으로 소급효를 인정하는 입법례로는 오스트리아, 터키 등이 있다. ① 오스트리아는 헌법 제140조 내지 제3항 내지 제4항에서 헌법재판소의 위헌선고는 위헌인 법률을 폐지하는 것으로 규정하는 한편 동조 제5항에서는 헌법재판소의 판결에 의한 법률의 폐지는 그 판결의 공고일로부터 효력을 발생한다고 하여 장래효를 원칙으로 하고 이 점은 형벌에 관한 법규의 경우도 마찬가지인 것으로 하며

다만 헌법재판소는 선고 후 1년의 범위내에서 위헌법규의 실효시기를 미래로 미룰 수 있도록 미래효(pro futuro)를 규정하고, 동조 제7항은 헌법재판소가 위헌결정에서 달리 정하지 않는 한 위헌결정 이전에 구성요건이 실현된 사안에 대하여는 당해사건을 제외하고는 그 법률이 계속 적용된다고 규정하고 있다. ② 터어키는 헌법 제153조에서 헌법재판소에서 위헌으로 선고된 법률 등은 그 재판이 공고된 날로부터 효력을 상실하고 다만 필요한 경우에는 헌법재판소가 그 효력상실의 시점을 위헌공고일로부터 최장 1년까지 연기할 수 있다고 규정하고 특히 위헌의 재판은 소급효가 없음을 명문화하고 있다.

3) 셋째로, 위헌결정에 소급효를 인정할 것인가를 구체적인 사건마다 결정하는 예로는 미합중국 독일의 일부 주 등이 있다. ① 미합중국에서 연방대법원의 위헌판결의 시적 효력범위에 관하여는 연방헌법이나 법률에 명문의 규정이 없고 판례로 이를 규율하는바 “연방헌법은 소급효를 금지하지도 요구하지도 않는다”라는 대원칙 아래 위헌판결의 시적 효력범위 문제를 헌법문제로 보지 않고, 구체적인 사건마다 법적 안정성과 개인의 권리구제 등 제반이익을 비교형량하여 연방대법원이 위헌판결에 소급효를 줄 것인가를 결정할 수 있는 정책판단의 문제로 보고 있다. ② 독일의 일부 주(헝센주 등)에서도 위헌인 주 법의 소급무효를 법에서 직접 규정하지 않고 위헌으로 확정될 때 주헌법재판소가 그 판결주문에서 소급효를 부여하며, 재심을 허용할 것인가의 여부와 어떠한 조건 하에서 허용할 것인가도 함께 결정한다

이상 비교법적 고찰에 의하여 법 제7조 제2항은 결코 세계에 유

래가 없는 특수입법례가 아니고 위헌결정에 장래효만을 인정하면서 부분적으로 소급효를 인정하는 두번째 형태의 입법례에 속하는 것임을 알 수 있다.

(5) 위에서 본바 위헌결정의 효력이 다양해질 수 밖에 없는 논리적 필연성, 헌법재판의 기능과 본질 그리고 외국의 입법례에 비추어 형벌법규에 관하여는 소급효를 인정하면서도 일반 법규에는 장래효를 규정한 법 제47조 제2항 본문의 규정이 헌법에 위반된다고는 속단하기 어려울 것이다. 생각건대, 우리나라 헌법은 헌법재판소에서 위헌으로 선고된 법률 또는 법률의 조항의 시적 효력범위에 관하여 직접적으로 아무런 규정을 두지 아니하고 하위법규에 맡겨 놓고 있는바 그렇다면 헌법재판소에 의하여 위헌으로 선고된 법률 또는 법률의 조항이 제정 당시로 소급하여 효력을 상실하는가 아니면 장래에 향하여 효력을 상실하는가의 문제는 특단의 사정이 없는 한 헌법적합성의 문제라기 보다는 입법자가 법적 안정성과 개인의 권리구제 등 제반이익을 비교衡量하여 가면서 결정할 입법정책의 문제인 것으로 보인다 다시 말하면 위헌결정에 소급효를 인정할 것인가를 정함에 있어 “법적 안정성 내지 신뢰보호의 원칙”과 “개별적 사건에 있어서의 정의 내지 평등의 원칙이라는 서로 상충되는 두 가지 원칙이 대립하게 되는데 개별적 사건에서의 정의 내지 평등의 원칙이 대립하게 되는데 개별적 사건에서의 정의 내지 평등의 원칙이 헌법상의 원칙임은 물론 법적 안정성 내지 신뢰보호의 원칙도 법치주의의 본질적 구성요소로서 수호되어야 할 헌법적 가치이므로(헌법재판소 1989.3.17. 선고, 88헌마1 결정; 1989.12.18. 선고, 89헌마32, 33(병합) 결정 등 참조), 이 중 어느 원칙을 더 중요시 할 것인가에 관하여는 법의 연혁·성질·보호법의 등을 고려하여

입법자가 자유롭게 선택할 수 있도록 일임된 사항으로 보여진다 결국 우리의 입법자는 법 제47조 제2항 본문의 규정을 통하여 형벌법규를 제외하고는 법적 안정성을 더 높이 평가하는 방안을 선택하였는바 이에 의하여 구체적 타당성이나 평등의 원칙이 완벽하게 실현되지 않는다고 하더라도 헌법상 법치주의의 원칙의 파생인 법적안정성 내지는 신뢰보호의 원칙에 의하여 정당화된다 할 것이고 특단의 사정이 없는 한 이로써 헌법이 침해되는 것은 아니라 할 것이다. 제청법원이나 청구인들은 헌법재판소에서 위헌으로 선고된 법률 또는 법률의 조항은 언제나 소급하여 효력을 상실하여야 한다고 주장하면서, 그 헌법적 근거로 자유민주적 기본질서를 규정한 헌법 전문과 이 밖에 헌법 제10조, 제11조 제1항, 제13조 제2항, 제23조, 제27조 제1항, 제37조 제2항, 제103조 등을 들고 있다. 그러나 위헌법률의 효력상실시기에 관한 명문의 규정이 없는 우리 헌법상, 위 규정들을 근거로 위헌법률이 일률적으로 소급하여 효력을 상실한다는 헌법상의 명제를 도출할 수 없다.

다만 여기에서 형벌법규이외의 일반 법규에 관하여 위헌결정에 불소급의 원칙을 채택한 법 제47조 제2항 본문의 규정 자체에 대해 기본적으로 그 합헌성에 의문을 갖지 않지만 위에서 본바 효력이 다양할 수 밖에 없는 위헌결정의 특수성때문에 예외적으로 그 적용을 배제시켜 부분적인 소급효의 인정을 부인해서는 안 될 것이다 우선 생각할 수 있는 것은, 구체적 규범통제의 실효성의 보장의 견지에서 법원의 제청헌법소원의 청구 등을 통하여 헌법재판소에 법률의 위헌결정을 위한 계기를 부여한 당해사건 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌 여부에 관하여 헌법재판소에 위헌제청을

하였거나 법원에 위헌제청신청을 한 경우의 당해 사건 그리고 따로 위헌제청신청을 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건에 대하여는 소급효를 인정하여야 할 것이다. 또 다른 한가지의 불소급의 원칙의 예외로 볼 것은 당사자의 권리구제를 위한 구체적 타당성의 요청이 현저한 반면에 소급효를 인정하여도 법적 안정성을 침해할 우려가 없고 나아가 구법에 의하여 형성된 기득권자의 이익이 해쳐질 사안이 아닌 경우로서 소급효의 부인이 오히려 정의와 형평 등 헌법적 이념에 심히 배치되는 때라고 할 것으로 이 때에 소급효의 인정은 법 제47조 제2항 본문의 근본취지에 반하지 않을 것으로 생각한다. 어떤 사안이 후자와 같은 테두리에 들어가는가에 관하여는 다른 나라의 입법례에서 보듯이 본래적으로 규범통제를 담당하는 헌법재판소가 위헌선언을 하면서 직접 그 결정주문에서 밝혀야 할 것이나, 직접 밝힌 바 없으면 그와 같은 경우에 해당하는가의 여부는 일반 법원이 구체적 사건에서 해당 법률의 연혁성질·보호법익 등을 검토하고 제반이익을 형량에서 합리적합목적적으로 정하여 대처할 수밖에 없을 것으로 본다. 생각건대, 일률적인 소급효의 인정이 부당한 결과를 발생시키듯이 일률적인 소급효의 완전부인도 부당한 결과를 발생할 수 있다고 할 것이다.

결론적으로 법 제47조 제2항 본문의 규정을 특별한 예외를 허용하는 원칙규정으로 이해 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니하며, 따라서 일률적 소급효를 인정하여야 합헌이 된다는 전제하에 법 제47조 제2항 본문의 규정이 헌법위반이 된다는 주장은 그 이유없다

4. 결론

이상의 이유로 법 제47조 제2항 본문의 규정은 헌법에 위반되지 아니하여 주문과 같이 결정하는바, 이 결정은 재판관 전원의 의견일치를 보았다.

1993. 5. 13.

| | |
|-----|---------|
| 재판장 | 재판관 조규광 |
| | 재판관 변정수 |
| | 재판관 김진우 |
| | 재판관 한병채 |
| | 재판관 이시윤 |
| | 재판관 최광률 |
| | 재판관 김양균 |
| | 재판관 김문희 |
| | 재판관 황도연 |

1980년해직공무원의보상등에관한특별조치법

제2조 및 제5조에 대한 헌법소원

(90헌바22, 91헌바12, 13, 92헌바3, 4(병합) 헌법재판소 전원재판부
[관례집 5-1, 253~274])

【판시 사항】

1. 위헌제청성(違憲提請性) 헌법소원(憲法訴願)에서의 재판(裁判)의 전제성(前提性)의 의미
2. 1980년해직공무원(解職公務員)의보상(補償)등에관한 특별조치법(特別措置法) 제2조 및 제5조의 위헌(違憲) 여부
3. 입법부작위(立法不作爲) 위헌(違憲) 주장과 작위의무(作爲義務)의 유무
4. 위헌결정(違憲決定) 정족수(定足數) 미달인 경우의 주문형태(主文形態)

【결정 요지】

1. 재판(裁判)의 전제성(前提性)이 있다고 하려면 우선 그 법률(法律)이 당해 사건에 적용될 법률(法律)이어야 하고 또 그 법률(法律)이 위헌(違憲)일 때에는 합헌(合憲)일 때와 다른 판단을 할 수밖에 없는 경우 즉 재판(裁判)의 주문(主文)이 달라질 경우 및 문제된 법률(法律)의 위헌(違憲) 여부가 재판(裁判)의 주문(主文)에는 영향을 주지 않는다 하더라도 적어도 재판의 내용과 효력에 관한 법률적(法律的) 의미(意味)를 달리 하는 경우라야 한다.

2. (가) 1980년해직공무원(解職公務員)의보상(補償)등에관한 특별조치법(特別措置法)의 입법취지(立法趣旨)가 국가보위비상대책위원회(國家保衛非常對策委員會)의 위법(違法), 부당(不當)한 공권력(公權力)에 의하여 피해를 입은 공무원이나 정부산하기관 직원들의 명예회복(名譽回復)과 피해보상(被害補償)을 위한 것으로서 헌법(憲法) 제34조 제2항의 규정에 의한 국가의 사회보장책임(社會保障責任)과 공권력(公權力)의 불법행위(不法行爲)로 인한 손해배상책임(損害賠償責任)을 위한 특별법적 성격을 가진 법인 이상 똑같은 공권력행사(公權力行使)로 인한 피해자에 대하여 그 신분이 공무원이나 정부산하기관이나에 따라서 국가의 보상(補償) 또는 배상책임(賠償責任)에 차별을

두어서는 아니 된다.

(나) 강제해직된 정부산하기관의 임직원(任職員)이 국가공권력(國家公權力)에 의한 피해자인 이상 국가는 가해자(加害者)의 입장에서 마땅히 해직공무원에 대한 것과 똑같이 보상책임을 저야함에도 불구하고 특별법(特別法)을 제정하면서 국가의 이러한 헌법적(憲法的) 책무(責務)를 외면한 채 그 책임을 정부산하기관에 떠넘기는 것 자체가 잘못이고 또 떠 넘겼으면 반드시 보상책임을 이행되도록 하여야지 “해직공무원(解職公務員)과 상응한 조치가 이루어질 수 있도록 행정지도(行政指導)”에 그치게 하고 그것마저도 정부산하기관 임원(任員)을 그 대상에서 제외시킨 것은 다 같은 국가공권력에 의한 피해자에 대하여 오직 피해자(被害者)의 신분에 따라 차별을 하는 것이어서 이는 헌법(憲法) 제 11조 제1항의 평등(平等)의 원칙(原則)에 반한다.

3. 이 특별조치법(特別措置法)의 목적이 피해자인 강제해직된 공무원(公務員)의 구제에 주안을 둔 것이고 강제해직된 정부산하기관의 임직원(任職員)에 대하여는 일응 입법대상(立法對象)에서 제외시킨 것이라 가정하더라도 국가공권력(國家公權力)은 마땅히 정부산하기관의 임직원(任職員)이 구제에 있어서 법적(法的) 차별(差別)을 받지 않도록 하기 위하여 별도의 입법을 하든지 이 법에 포함시켜 입법을 할 작위의 무(作為義務)가 있다.

4. 위헌결정(違憲決定)에 찬성하는 재판관(裁判官)이 종국심리(終局審理)에 관여한 재판관(裁判官)의 과반수(過半數)가 되지만 위헌결정(違憲決定) 정족수(定足數)인 6인에 미달인 때에는 주문(主文)에 “헌법(憲法)에 위반된다고 선언(宣言)할 수 없다.” 라고 표시한다.

재판관 조규광, 재판관 최광률, 재판관 김문희, 재판관 황도연의 소수의견(少數意見)

1. 위 특별조치법의 立法경위 및 규정취지와 이 사건 법률조항의 적용대상 등에 비추어보면, 이 사건 법률조항(法律條項)은 당해 소송사건에 적용할 법률(法律)이 아니므로 재판(裁判)의 전제성(前提性)이 없다고 하여 심판청구(審判請求)를 각하(却下)하여야 할 것이지만 본안(本案)에 들어가 그 위헌(違憲) 여부를 판단할 필요가 없고, 이 사건은 어디까지나 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제2항에 의한 헌법소원사건(憲法訴願事件)일 뿐이지 그 속에 입법

부작위(立法不作爲)에 대한 위헌확인청구(違憲確認請求)가 포함되어 있다고 볼 수 없으므로 그에 대한 판단은 필요 없다.

3. 만약 어떤 헌법적(憲法的) 근거(根據) 또는 위임(委任)에 의하여 입법자(立法者)에게 정화계획(淨化計劃)에 의하여 해직된 자(者) 전원에 대한 입법 의무(立法義務)가 있다고 가정하더라도 이 사건 심판대상인 특별조치법(特別措置法)의 경우에는 헌법상(憲法上) 입법 의무(立法義務)의 대상이 되는 여러 종류의 입법 사항(立法事項) 가운데 일부 입법 사항(立法事項)인 공무원에 대하여는 입법 행위(立法行爲)를 하면서 나머지 입법 사항인 정부산하기관임직원에 대하여는 전혀 입법 행위(立法行爲)를 하지 아니한 입법 행위(立法行爲)의 흠결(欠缺) 즉 진정한 의미의 입법 부작위(立法不作爲)에 해당한다고 볼 수 있는 것이지 입법자(立法者)가 입법 의무(立法義務)의 대상인 어떤 입법 사항(立法事項)에 대하여 입법을 함에 있어 그 중 일부에 관하여 질적(質的)·상대적(相對的)으로 불완전, 불충분하게 규율하여 차별적인 취급을 하고 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없다.

청 구 인

이 ○ 설 외 8인

대리인 변호사 한 기 찬 외 5인

관련소송사건

1. 서울고등법원 90나1184 보상금(90헌바22)
2. 서울민사지방법원 90가합27370 퇴직금(91헌바12)
3. 서울민사지방법원 90가합33306 임금 등(91헌바13)
4. 서울민사지방법원 90가합45996 의원면직처분무효확인 등(92헌바3)
5. 서울고등법원 91나14651 퇴직금(92헌바4)

【심판대상조문】

1980년 해직공무원(解職公務員)의 보상(補償)등에 관한 특별조치법(特別措置法) 제2조, 제5조 ① 이 법에 의한 보상대상자(補償對象者)는 1980년 7월 1일부터 동년(同年) 9월 30일까지의 기간(期間) 중 정화계획(淨化計劃)에 의하여 해직(解職)된 공무원(公務員)으로 한다. 다만, 정화계획(淨化計劃)에 의하여 해직(解職)된 공무원(公務員)으로서 그 해직일(解職日)이 위 기간(期間) 이외의 시기(時期)에 해당하는 자(者)에 대하여는 대통령령(大統領令)이 정하는 절차에 따라 보상대상자(補償對象者)로 한다.

② 제1항의 규정(規定)에 의한 보상대상자(補償對象者)(이하“해직공무원(解職公務員)”이라 한다)중 다음 각호(各號)의 1에 해당하는 자(者)에게는 이 법(法)을 적용하지 아니한다.

1. 장관(長官)·차관(次官) 및 차관급(次官級) 상당(相當) 이상의 보수(報酬)를 받은 자(者)
 2. 국가공무원법(國家公務員法) 기타 인사관계법령(人事關係法令)에 의하여 당연퇴직(當然退職) 또는 파면(罷免)된 자(者)
 3. 퇴직(退職) 후 재직(在職) 중의 직무상(職務上) 비위사실(非違事實)로 인하여 자격정지(資格停止) 이상의 형(刑)의 선고(宣告)를 받았거나 금고(禁錮) 이상의 형(刑)의 선고유예(宣告猶豫)를 받은 자(者)
 4. 소청(訴請) 또는 행정소송절차(行政訴訟節次)를 거쳐 그 당시 면직처분(免職處分)이 취소(取消)된 자(者)
- ③ 해직공무원(解職公務員)에 대하여는 이 법(法)에 의한 보상금(補償金)을 지급(支給)한다.
- ④ 이 법(法)에 의한 보상액(補償額) 산정기준(算定基準)은 해직당시(解職當時)의 직급(職級)·호봉(號俸) 및 1988년도 봉급월액(俸給月額)을 기준(基準)으로 한다.
- ⑤ 보상액(補償額) 산출(算出)을 위한 기간(期間)은 해직일(解職日)로부터 1988년 12월 31일까지로 한다. 다만, 정년초과(停年超過)·사망(死亡)·이민(移民) 또는 공무원(公務員)으로의 재임용(再任用) 등 대통령령(大統領令)이 정하는 사유에 해당되는 경우에는 그 사유발생일(事由發生日)까지로 한다.
- ⑥ 해직공무원(解職公務員)에 대한 개인별(個人別) 보상액(補償額)은 제4항 및 제5항의 규정(規定)에 의하여 산출한 총봉급액(總俸給額) 상당금액(相當金額)의 60퍼센트로 한다. 다만, 개인별(個人別) 보상액(補償額)의 최저한도(最低限度)를 대통령령(大統領令)으로 정할 수 있다.
- ⑦ 이 법(法)에 의한 보상금(補償金) 지급(支給)은 이 법(法) 시행일(施行日)로부터 6월 이내에 완료(完了)되되, 1989년도 예산(豫算)에 확보(확보)되지 아니한 부족분(不足分)에 대하여는 추가예산(追加豫算) 확보 후 지급(支給)한다.
- 정부(政府)는 정부산하기관(政府傘下機關)의 직원(職員) 중 정화계획(淨化計劃)에 의하여 해직(解職)된 자(者)에 대하여 해직공무원(解職公務員)과 상응한 조치(措置)가 이루어질 수 있도록 행정지도(行政指導)를 한다.

【참조 조문】

헌법(憲法) 제11조 제1항, 제34조 제2항

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항, 제2항

1980년해직공무원(解職公務員)의보상(補償)등에관한특별조치법(特別措置法) 제1조 (목적(目的)) 이 법(法)은 국가보위비상대책위원회(國家保衛非常對策委員會)의 정화계획(淨化計劃)이하 “정화계획(淨化計劃)”이라 한다)에 의하여 해직(解職)된 공무원(公務員)의 보상(補償) 및 특별채용(特別採用)에 관한 사항을 규정(規定)함을 목적(目的)으로 한다.

1980해직공무원(解職公務員)의보상(補償)등에관한특별조치법(特別措置法) 제3조 (보상금(補償金) 지급신청(支給申請)) 해직공무원(解職公務員)은 공고일(公告日)로부터 2월 이내에 대통령령(大統領令)이 정하는 바에 따라 퇴직당시(退職當時)의 소속기관(所屬機關)에 보상금(補償金) 지급(支給)을 신청(申請)하여야 한다.

1980년해직공무원(解職公務員)의보상(補償)등에관한특별조치법(特別措置法) 제4조 (특별채용(特別採用)) 각급기관(各級機關)의 장(長) 또는 임용권자(任用權者)는 6급 이하의 해직공무원(解職公務員) 중 다시 근무(勤務)를 희망(希望)하는 경우 공

무원임용관계법령(公務員任用關係法令)에 따라 특별채용(特別採用)한다.

【참조 판례】

1. 1989.7.14. 선고, 88헌가5,8, 89헌가44 결정(판례집 1권, 69)
1992.12.24. 선고, 92헌가8 결정
3. 1989.3.17. 선고, 88헌마1 결정(판례집 1권, 9)
1991.9.16. 선고, 89헌마163 결정(판례집 3권, 505)
1993.3.11. 선고, 89헌마79 결정
4. 1989.12.22. 선고, 88헌가13 결정(판례집 1권, 357)
1990.4.2. 선고, 88헌마25 결정(판례집 2권, 75)

【주 문】

1980년해직공무원의보상등에관한특별조치법(1989.3.29. 법률 제4101호) 제2조 중 정화계획에 의하여 강제해직된 정부산하기관의 임직원을 보상대상자에 포함시키지 아니한 부분과 제5조는 헌법에 위반된다고 선언할 수 없다.

【이 유】

1. 헌법소원심판청구 기록에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다
가. 청구인 이○설은 1974.6.7. 정부산하기관인 대한준설공사에 입사하여 직원으로 근무하던 중 1980.7.23. 국가보위비상대책위원회의 이른바 정화계획에 의하여 강제해직되었음을 이유로 1980년해직공무원의 보상등에관한특별조치법(이하 특별조치법이라 약칭) 제2조 및 제5조를 근거로 하여 주식회사 대한준설공사(대한준설공사의 권리의무를 승계)와 대한민국을 공동피고로 하여 서울민사지방법원에 보상금 49,570,800원의 청구소송을 제기하였으나 위 법원은

특별조치법 제2조는 정화계획에 의하여 해직된 공무원에 대한 보상규정이 아니라 해직된 정부산하기관 직원에 대한 보상규정이 아니고 같은 법 제2조는 정부는 정부산하기관의 직원 중 정화계획에 의하여 해직된 자에 대하여 해직공무원과 상응한 조치가 이루어질 수 있도록 행정지도를 하라고 규정하였을 뿐이므로 정화계획에 의하여 해직된 정부산하기관 직원은 위 법률조항들을 근거로 보상금을 청구할 수 없다고 하여 청구를 기각하자 청구인은 서울고등법원에 항소를 제기하고(90나1184) 정화계획에 의하여 해직된 정부산하기관 직원을 보상대상자에 포함시키지 아니한 특별조치법 제2조나 그들이 보상금을 청구할 수 있도록 규정하지 아니하고 다만 해직된 공무원과 상응한 조치가 이루어질 수 있도록 행정지도를 하라고 규정한 데 그친 특별조치법 제2조에 관하여 위헌제청신청을 하였으나, 1990.6.11. 서울고등법원이 이를 기각하자(기각결정정본이 1990.6.14. 청구인에게 송달되었음) 1990.6.27. 이 사건 헌법소원의 심판청구를 한 것이다(90헌바22).

나. 청구인 정○식, 동 김○광은 1968.11.1. 정부산하기관인 한국자동차보험주식회사에 입사하여 직원으로 근무하던 중 1980.7.10. 국가보위비상대책위원회의 정화계획에 의하여 강제해직되었음을 이유로 특별조치법 제2조 및 제5조를 근거로 하여 위 회사를 상대로 하여 서울민사지방법원에 보상금을 청구하는 소송을 제기하고(90가합45996호) 위 법률조항들에 관하여 위헌제청신청을 하였으나 1991.12.26. 법원이 이를 기각하자(기각결정정본이 1992.1.8. 청구인들에게 송달되었음) 1992.1.10. 이 사건 헌법소원의 심판청구를 한 것이다(92헌바3).

다. 청구인 최○동, 동 유○식은 정부산하기관인 한국석유개발공사의 이사 또는 감사로 재직하다가 1980년 7월 국가보위비상대책위원회의 정화계획에 의하여 강제해직되었음을 이유로 특별조치법 제2조, 제5조를 근거로 하여 위 공사를 상대로 서울민사지방법원에 보상금을 청구하는 소송(90가합27370호)을 제기하고 위 법률조항들에 관하여 위헌제청신청을 하였으나 1991.5.16. 법원이 이를 기각하자(기각결정정본이 1991.5.31. 청구인들에게 송달되었음) 청구인들은 1991.6.14. 이 사건 헌법소원의 심판청구를 한 것이다(91헌바12).

라. 청구인 박○정, 동 성○상, 동 강○홍은 정부산하기관인 한국전력주식회사의 이사로 근무하던 중 1980년 7월경 국가보위비상대책위원회의 정화계획에 의하여 강제해직되었음을 이유로 특별조치법 제2조 및 제5조를 근거로 하여 위 회사를 상대로 서울민사지방법원에 보상금을 청구하는 소송을 제기하였으나 패소되자 서울고등법원에 항소하고(91나14651호) 위 법률조항들에 관하여 위헌제청신청을 하였으나 1991.12.10. 법원이 이를 기각하자(기각결정정본이 1991.12.28. 청구인들에게 송달되었음) 1992.1.10. 이 사건 헌법소원의 심판청구를 한 것이다(92헌바4).

마. 청구인 신○상은 정부산하기관인 한국토지개발공사의 이사로 재직하던 중 국가보위비상대책위원회의 정화계획에 의하여 1980.7.19. 강제해직당하였음을 이유로 특별조치법 제2조 및 제5조를 근거로 하여 위 공사를 상대로 서울민사지방법원에 보상금을 청구하는 소송을 제기하고(90가합33306호) 위 법률조항에 관하여 위헌제청신청을 하였으나 1991.6.17. 법원이 이를 기각하자(기각결정정본이 1991.6.21. 청구인에게 송달되었음) 1991.6.25. 이 사건 헌법소원

의 심판청구를 한 것이다(91헌바13).

2. 청구인들이 특별조치법 제2조 및 제5조를 위헌이라고 주장하는 이유의 요지는 특별조치법은 1980년 국가보위비상대책위원회가 단행한 정화계획의 희생자에 대하여 보상금 등을 지급하여 구제하겠다는 목적에서 제정된 법률인데도 특별조치법 제2조는 보상대상자를 정화계획에 의하여 해직된 공무원으로 한정하고 정부산하기관의 임원이나 직원은 보상대상자에서 제외하고 제5조는 “정부는 정부산하기관의 직원 중 정화계획에 의하여 해직된 자에 대하여 해직된 공무원과 상응한 조치가 이루어질 수 있도록 행정지도를 한다”라고 규정하여 법적 구속력이 없는 행정지도에 맡겼기 때문에 똑같은 정화계획에 의하여 희생되었으면서도 정부산하기관에 근무하다가 해직된 직원은 청구인 이○설이 근무하다가 해직된 대한준설공사의 경우처럼 정부산하기관이 그 후 민영화된 경우에는(1981.11.23. 법률 제3457호 대한준설공사폐지법에 의하여 주식회사 대한준설공사로 되고 대한준설공사의 권리의무를 승계하였다 종전의 근무처인 정부산하기관이 없어졌다는 이유로 보상금지급을 거절하거나, 청구인 정○식, 김○광이 해직당한 한국자동차보험주식회사의 경우처럼 예산책정이 안되었다는 이유로 보상금지급을 거절하기도 하여 피해보상을 받지 못하고 있으며, 또한 제5조는 정화계획에 의하여 해직된 정부산하기관의 직원에 대하여서만 공무원과 상응한 조치가 이루어질 수 있도록 행정지도하도록 하고 정화계획에 의하여 똑같이 강제해직된 정부산하기관의 이사 또는 감사 등 임원은 제외시켰기 때문에 한국석유개발공사의 이사 또는 감사였던 청구인 최○동, 동 유○식, 한국전력주식회사의 이사였던 청구인 박○정, 성○상, 강

○ 흥, 한국토지개발공사의 이사였던 청구인 신D상은 정부의 행정지도 혜택조차도 입을 수 없어 보상금을 받지 못하고 있는 것이다 이상과 같이 특별조치법 제2조 및 제5조는 다 같이 국가권력의 남용으로 희생된 공무원과 정부산하기관의 임직원을 차별하여 공무원만을 보상대상자로 하고 정부산하기관 임직원은 보상대상자에서 제외시켰을 뿐더러 다시 정부산하기관에서 강제해직된 임원에 대하여서는 강제해직된 직원과도 차별하여 행정지도의 혜택에서조차 제외시켰는데 위와 같은 처사는 사회적 신분에 의한 차별대우여서 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 위배되므로 특별조치법 제2조, 제5조는 위헌법률이라는 것이다.

3. 먼저 재판의 전제성에 관하여 본다.

이 사건은 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 것으로서 이른바 위헌제청성 헌법소원이므로 그 적법요건으로 헌법소원의 대상이 된 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되어 있을 것이 필요하다. 그러므로 이 사건 헌법소원의 대상인 특별조치법 제2조 및 제5조의 헌법위반여부가 청구인들이 법원에 제기한 보상금 등 청구소송에서 재판의 전제가 될 수 있는 것인가에 대하여 직권으로 판단한다.

재판의 전제성이 있다고 하려면 우선 그 법률이 당해 사건에 적용될 법률이어야 하고 또 그 법률이 위헌일 때에는 합헌일 때와 다른 판단을 할 수밖에 없는 경우 즉 재판의 주문이 달라질 경우 및 문제된 법률의 위헌여부가 재판의 주문에는 영향을 주지 않는다 하더라도 적어도 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미를 달리하는 경우라야 한다는 것이 당재판소의 판례이다(1989.7.14. 선고, 88헌가5,

8, 89헌가44 결정 및 1992.12.24. 선고, 92헌가8 결정 참조). 그런데 다음 4항에서의 이유설명과 같이 비록 현행 특별조치법 규정에 의하여서는 청구인들을 비롯한 정부산하기관 임직원들은 정부를 상대로 하여 보상금을 청구할 수 없으나 청구할 수 없는 이유가 정부산하기관 임직원을 공무원과 차별적으로 취급하여 그들에 대한 정부의 직접 보상의무를 규정하지 아니한 위헌법률 때문이어서 이는 마땅히 시정되어야 할 법률이고 만약 헌법재판소에서 위와 같은 차별적 취급부분에 대하여 위헌결정이 내려지고 그에 따라서 국회가 특별조치법의 위헌부분을 개정한다면 정부산하기관 임직원들은 직접 정부를 상대로 보상청구가 가능하게 될 것이므로 정부산하기관 임직원인 청구인들이 위와 같은 결과를 기대하고 특별조치법을 근거로 해서 정부를 상대로 하여 보상금청구소송을 제기하고 해직공무원만을 정부의 직접 보상대상자로 규정한 제2조 중 정부산하기관 임직원을 보상대상자에서 제외시킨 부분과 해직된 정부산하기관 직원에 대하여 해직공무원과 상응한 조치가 이루어지도록 행정지도하도록 규정한 데 그친 특별조치법 제5조의 위헌여부제청신청을 하였다면 특별조치법의 위 규정들의 위헌여부는 청구인들이 제기한 보상금청구소송의 재판의 전제가 된다고 보아야 할 것이다 이 경우 법원에서는 헌법재판소에서 내려질 위헌여부심판의 결과를 기다려서 재판을 하여야 할 것이며 만약 위헌결정이 내려지면 그에 따른 입법시정의 결과를 보고 재판하여야 하는 것으로서 만일 위헌선언에 따라 입법시정이 되었다면 법원으로서서는 원고들의 청구를 기각하는 주문을 낼 수는 없을 것이므로 이러한 의미에서 위헌여부의 판단에 따라 당해 본안사건의 재판의 주문이 달라질 수밖에 없

는 것이라면 재판의 전제성은 갖춘 것이라고 보아야 하는 것이다 따라서 특별조치법 제2조, 제5조의 위헌여부를 묻는 이 사건 헌법소원심판 청구는 적법하다.

4. 그러므로 특별조치법 제2조, 제5조의 위헌여부에 관하여 보건대,

가. 특별조치법 제1조는 “이 법은 국가보위비상대책위원회의 정화계획(이하 “정화계획”이라 한다)에 의하여 해직된 공무원의 보상 및 특별채용에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다”라고 규정하였고 동법 제2조 제1항 본문은 “이 법에 의한 보상대상자는 1980년 7월 1일부터 동년 9월 30일까지의 기간 중 정화계획에 의하여 해직된 공무원으로 한다.”라고 규정하였으며 동법 제5조는 “정부는 정부산하기관의 직원 중 정화계획에 의하여 해직된 자에 대하여 해직공무원과 상응한 조치가 이루어질 수 있도록 행정지도를 한다”라고 규정하고 있다.

특별조치법의 제정경위와 입법취지는 소위 12·12 쿠데타로 권력을 잡은 정치군인들이 1980년 정당한 민주적 절차도 없이 국가보위비상대책위원회를 설치하고 국가통치권력을 행사하면서 개혁정치라는 명목으로 각 분야에 걸쳐 여러가지 조치를 자행하였는데 그 중 하나가 공직사회기강을 확립(소위 숙정)한다고 하여 이른바 “정화계획”에 의하여 단행된 공무원과 정부산하기관 임직원들에 대한 강제해직조치로서 공무원과 정부산하기관 임직원들은 공무원의 경우는 국가공무원법이나 지방공무원법에 의하여, 정부산하기관 임직원의 경우는 근로기준법이나 정관 또는 인사규정에 의하여 신분보장이 되어 있어 적법한 절차에 의하지 아니하고는 본인의 의사

에 반하여 면직시킬 수 없게 되어 있는데도 불구하고 국가보위비상대책위원회는 비상계엄하의 공포분위기 아래서 많은 공무원과 정부산하기관 임직원 등에 대하여 강제로 사직원을 제출케 하여 면직시켰는데 그로 인한 직접 피해자인 본인과 그의 가족들의 고통도 매우 컸고 그러기에 원성이 자자하였다. 그리하여 제6공화국 출범 후 여소야대의 정치상황에서 민심수습을 위하여 이른바 5공비리청산이라는 이름으로 국가보위비상대책위원회와 제5공화국 시대에 저질러진 위법·부당한 조치들의 시정작업을 하게 되었는데 그 하나로서 국회는 국가보위비상대책위원회에 의하여 강제해직된 공무원과 정부산하기관 직원들의 명예회복과 피해보상을 위하여 1989.3.29. 법률 제4101호로 “1980년해직공무원의보상등에 관한특별조치법”을 제정하게 된 것이다. 위와 같은 제정경위와 입법취지로 볼 때 특별조치법은 헌법 제34조 제2항의 규정에 의한 사회보장법의 성질과 함께 공권력의 불법행위로 인하여 피해를 입은 국민들에 대한 손해배상법의 성질을 아울러 갖고 있는 법률이라고 할 수 있다

나. 특별조치법 제1조가 “이 법은 국가보위비상대책위원회의 정화계획(이하 “정화계획”이라 한다)에 의하여 해직된 공무원의 보상 및 특별채용에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다”라고 규정하고 있다 할지라도 그 입법배경이나 제5조에서 “정부는 정부산하기관의 직원 중 정화계획에 의하여 해직된 자에 대하여 해직공무원과 상응한 조치가 이루어 질 수 있도록 행정지도를 한다”라고 규정하고 있는 것으로 볼 때 특별조치법의 목적은 비단 정화계획에 의하여 해직된 공무원의 보상 및 특별채용에 관한 사항만이 아니라 정화계획에 의하여 해직된 정부산하기관 직원에 대한 보상 및 특별채

용에 관하여도 규정하는 것을 목적으로 하면서 다만 보상 및 특별채용의 방법에 있어서 정부산하기관의 직원에 대하여는 공무원과 차별하여 그들의 보상 및 특별채용에 관해서 정부가 책임을 지지 아니하고 다만 해직공무원과 상응한 조치가 이루어질 수 있도록 행정지도하도록 하는데 그친 것인바, 특별조치법의 입법취지가 국가보위비상대책위원회의 위법·부당한 공권력에 의하여 피해를 입은 공무원이나 정부산하기관 직원들의 명예회복과 피해보상을 위한 것으로서 헌법 제34조 제2항의 규정에 의한 국가의 사회보장책임과 공권력의 불법행위로 인한 손해배상 책임을 위한 특별법적 성질을 가진 법인 이상은 똑같은 공권력행사로 인한 피해자에 대하여 그 신분이 공무원이나 정부산하기관의 직원이냐에 따라서 국가의 보상 또는 배상책임에 차별을 두어서는 아니될 것이다. 그리고 정부산하기관의 직원과 임원 사이에 차별을 두는 것도 다 같은 피해자인 이상 합리적 근거가 없을 것이다 그런데 특별조치법 제2조는 국가가 책임지기로 하는 보상대상자를 해직공무원에 한정하고 해직된 정부산하기관의 임직원을 포함시키지 아니하였으며 제5조는 해직된 정부산하기관의 임직원에 대한 국가의 보상 내지는 배상책임을 규정하지 아니하고 “정부는 정부산하기관의 직원 중 정화계획에 의하여 해직된 자에 대하여 해직공무원과 상응한 조치가 이루어질 수 있도록 행정지도를 한다.”라고만 규정하여 피해직원에 대한 보상이나 복직 등을 정부산하기관의 선심에만 맡기고 맡았기 때문에 정부의 행정지도에 따라 해직공무원과 다름없이 보상을 해 준 정부산하기관도 있으나 이 사건 청구인 이○설, 정○식, 김○광의 경우처럼 정부산하기관이 조직이 바뀌어 사법인이 되어 버린 경우 또는

재무구조가 부실하여 재력이 없는 경우 등에 있어서는 보상을 받지 못하였고 또 재력이 있는 정부산하기관의 경우에도 법이 행정지도의 수혜대상(受惠對象)에서 “임원”을 제외시켰기 때문에 청구인 최○동, 유○식, 박○정, 성○상, 강○홍, 신○상의 경우처럼 국가공권력에 의하여 강제해직되었으면서도 정부산하기관의 이사나 감사는 아무런 보상도 받지 못하고 만 것인바, 국가공권력이 어느 때는 그 직접소속공무원도 아닌 정부산하기관의 임직원에 대하여 강제해직을 위한 월권행위를 자행하였으면서, 이제와서는 특별조치법을 제정하여 그 소속공무원에 대하여는 응분의 보상을 해주면서도 정부산하기관의 임직원은 그 소속공무원이 아니라는 이유로 그 구제대상에서 아예 제외시켜 버리거나(임원의 경우) 구제대상으로 삼으면서도 법적 구속력이 없는 행정지도에 그치도록 하는 것은(직원의 경우) 국가가 헌법적 책무를 저버리는 것으로서 신의칙과 자연적 정의에 반하는 차별적 처사라고 아니할 수 없다 강제해직된 정부산하기관의 임직원이 국가공권력에 의한 피해자인 이상은 국가는 가해자의 입장에서 마땅히 해직공무원에 대한 것과 똑같이 보상책임을 저야 함에도 불구하고 특별법을 제정하면서 국가의 이러한 헌법적 책무를 외면한 채 그 책임을 정부산하기관에 떠넘기는 것 자체가 잘못이고 또 떠넘겼으면 반드시 보상책임이 이행되도록 하여야지“해직공무원과 상응한 조치가 이루어질 수 있도록 행정지도에 그치게 하고 그것마저도 정부산하기관 임원을 그 대상에서 제외시킨 것은 다 같은 국가공권력에 의한 피해자에 대하여 오직 피해자의 신분에서 따라 차별을 하는 것이어서 이는 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙에 반한다고 아니할 수 없으므로 결국 특별조치법 제2

조 중 정화계획에 의하여 강제해직된 정부산하기관 임직원을 보상대상자에 포함시키지 아니한 부분과 같은 법 제5조는 헌법에 위반된다.

다. 그리고 가사 특별조치법의 목적이 피해자인 강제해직된 공무원의 구제에 주안을 둔 것이고, 강제해직된 정부산하기관의 임직원에 대하여는 일응 입법대상에서 제외시킨 것이라고 가정하더라도 국가공권력은 마땅히 정부산하기관의 임직원이 구제에 있어서 법적 차별을 받지 않도록 하기 위하여 별도의 입법을 하든지 이 법에 포함시켜 입법을 할 작위의무가 있다 할 것인바, 이에 대하여 여지껏 어떠한 형태의 입법을 하지 않은 이상 결국 입법부작위에 귀착할 것이며 청구인들의 주장에는 이 점을 문제삼고 있는 것도 포함되었다고 해석되므로 헌법재판소로서는 입법부작위 위헌선언을 하여 조속히 입법하도록 하여야 할 것이며 그러한 의미에서도 특별법 제2조(제2항 제외) 중 정화계획에 의하여 강제해직된 정부산하기관의 임직원을 보상대상자에 포함시키지 아니한 부분과 같은 법 제5조에 대하여 위헌선언하는 것이 마땅할 것이다.

5. 이상과 같이 이 사건 헌법소원심판청구는 적법하고 특별조치법 제2조 중 정부산하기관 임직원을 보상대상자에 포함시키지 아니한 부분과 제5조는 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 위배되므로 마땅히 위헌선언되어야 하는 것이다. 그런데 위와 같은 결론에는 재판관 변정수, 재판관 김진우, 재판관 한병채, 재판관 이시윤, 재판관 김양균 등 5인이 찬성하고 재판관 조규광, 재판관 최광률, 재판관 김문희, 재판관 황도연이 반대함으로써 결국 위헌결정에 찬성하는 재판관이 과반수이면서도 위헌결정 정족수 6인에 미달하기 때문

에 위헌결정을 선고할 수 없으므로 부득이 주문과 같은 결정을 선고하는 것이다(1989.12.22. 선고, 88헌가13 결정 참조).

6. 재판관 조규광, 재판관 최광률, 재판관 김문희, 재판관 황도연의 소수의견

가. 다수의견은 이 사건의 심판대상인 1980년해직공무원의보상등에관한특별조치법(이하 “특별조치법”이라 한다) 제2조 및 제5조의 규정(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)은 청구인들이 내세우는 당해 소송사건에 적용할 법률에 해당하므로 재판의 전제성이 인정되고 이 사건 법률조항은 공권력의 행사로 인한 동종의 피해자에 대하여 합리적 이유 없이 차별적인 입법을 한 것이므로 헌법 제11조 제1항에 위반되며, 설사 이 사건 법률조항이 해직된 정부산하기관 임직원과는 관계가 없는 것이라고 하더라도, 청구인들의 이 사건 심판청구 속에는 입법부작위의 위헌확인을 구하는 청구도 포함되어 있으므로 역시 위헌확인을 하여야 한다고 한다.

그러나 우리는 이 사건 법률조항은 당해 소송사건에 적용할 법률이 아니므로 재판의 전제성이 없다고 하여 이 사건 심판청구를 각하하여야 할 것이지 본안에 들어가 이 사건 법률조항의 위헌여부를 따질 필요가 없고, 이 사건은 어디까지나 헌법재판소법 제8조 제2항에 의한 헌법소원사건일 뿐이지 그 속에 입법부작위에 대한 위헌확인 청구가 포함되어 있다고는 볼 수 없으므로 그에 대한 판단은 필요 없다고 본다. 그러므로 이하에서는 먼저 이 사건 법률조항에 대하여 재판의 전제성을 인정할 수 없는 이유를 차례로 실시하고 끝으로 입법부작위에 대한 판단이 필요 없다는 이유를 밝혀 우리의 반대의견을 표시하고자 한다

나. 다수의견은 특별조치법의 입법경위를 간과하고, 그 규정취지를 제대로 이해하지 못하여 재판의 전제성을 인정하는 잘못을 저지르고 있다.

먼저 특별조치법의 입법경위를 살펴보면, 이 사건 법률조항은 이른바 1980년 국가보위비상대책위원회의 정화계획(이하 “정화계획”이라 한다)에 의하여 해직된 자 중 공무원이 아닌 자에 대하여 국가가 어떤 법적 책임을 지거나 그들에게 어떤 권리를 부여한 법률이 아님이 분명하다. 즉 기록에 의하면, 국회는 1989.3.경

“1980년해직공직자의복직및보상에관한특별조치법”이라는 이름의 법률안을 마련하고, 정화계획에 의하여 해직된 자 전원을 대상으로 하는 복직 및 보상에 관한 특별법을 제정하려고 시도하였으나, 정부는 사법(私法)상의 계약관계에 의하여 고용되는 정부산하기관 또는 사기업체(私企業體)의 임직원까지 그 적용대상에 포함시켜 복직 또는 보상책임을 법적으로 강제하는 것은 법체계상 있을 수 없다는 이유로 이의를 제기하고 헌법 제53조의 규정에 따라 재의(再議)를 요구하였고, 이에 따라 국회는 원래의 법률안을 폐기하고 정화계획에 의하여 해직된 공무원만을 적용 대상으로 하는 현행의 특별조치법으로 대체하여 입법하였음을 알 수 있다.

나아가 특별조치법의 규정취지를 살펴보면 그 명칭부터 위 폐기 법률안과는 달리 “1980년해직공무원의보상등에관한특별조치법”이라 명명하였고, 그 목적조항인 제1조에서는 “이 법은 ……정화계획……에 의하여 해직된 공무원의 보상 및 특별채용에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.”라고 하여 그 법의 적용대상이 이른바 해직공무원에 국한된다는 뜻을 명시하였으며, 그 실체조항이라

고 할 수 있는 제2조 내지 제4조에서는 해직공무원에 한하여 일정한 범위내 또는 조건하에서 보상 또는 특별채용의 혜택을 받을 수 있도록 규정하고 있다. 문제는 제5조라고 할 수 있는데, 그 규정내용을 자세히 살펴보면, 그 입법취지는 어디까지나 정부가 정부산하기관에게 정화계획에 의하여 해직된 정부산하기관 직원들에 대하여도 가급적 해직공무원과 상응한 조치가 이루어질 수 있도록 “행정지도(行政指導)”를 하라는 선언적 규정을 둔 것에 불과하다. 또한 행정지도란 원래 법적 구속력 없이 상대방의 임의적 협력을 기대하여 행하는 권고적 성질의 사실행위이며, 그 규정에 의한 행정지도의 상대방은 정부산하기관 자체이지 그 직원들이 아니므로, 그 규정만으로 해직된 정부산하기관 직원들에 대한 국가의 어떤 법적 책임이 생긴다거나 그들에게 직접 어떤 청구권이 발생한다고 볼 수 없다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 처음부터 청구인들이 제기한 당해 소송사건에 적용할 법률이 아니므로, 그 위헌여부와는 관계없이 재판의 전제성이 거론될 여지가 없다.

다. 다수의견은 이 사건 법률조항을 적용할 당해 소송사건의 당사자와 청구내용을 제대로 파악하지 못한 채 허구의 사실을 전제로 재판의 전제성을 인정하는 잘못을 저지르고 있다.

다수의견은 청구인들이 당해 소송사건에서 이 사건 법률조항에 대하여 위헌법률심판을 제청하여 헌법재판소가 위헌결정을 하게 되면 국회가 이 사건 법률조항을 개정할 것이고 그렇게 되면 청구인들이 직접 정부를 상대로 보상청구를 할 수 있을 것이므로 그러한 결과를 기대하고 청구인들이 미리 정부를 상대로 보상금 청구소

송을 제기한 것이니, 이 사건 법률조항은 당해 소송사건에서 재판의 전제가 된다고 판단하고 있다.

그러나 기록에 의하면, 청구인 이강설을 제외한 나머지 청구인들은 그들의 종전에 근무하던 정부산하기관 또는 그 권리의무를 승계한 상사법인만을 상대로 하여 의원면직무효확인 보수금, 퇴직금 또는 손해배상의 청구소송을 제기하였을 뿐, 국가 또는 정부를 상대로 어떤 소송도 제기한 사실이 없으며, 청구인 이강설은 그가 종전에 근무하던 대한준설공사의 권리의무를 승계한 주식회사 대한준설공사와 대한민국을 공동피고로 하여 보상금 청구소송을 제기하였으나 그 청구원인으로서 특별조치법 제5조의 행정지도 규정에 의하여 직접 피고들의 연대책무인 보상금 지급의무가 발생하였다고 주장하였을 뿐임을 알 수 있다.

그렇다면 이 사건 법률조항에 대하여 설사 위헌결정이 내려진다고 하더라도, 현재의 당사자와 청구내용만으로는 법원이 당해 소송사건에서 어떤 국가책임을 인정하는 재판을 할 여지가 없다. 결국 이 사건 법률조항은 당해 소송사건에서 재판의 전제성이 부인될 수 밖에 없다.

라. 다수의견은 이 사건 법률조항의 적용대상을 오해하여 단순한 입법부작위(立法不作爲)에 대하여 위헌법률심판을 할 것을 전제로 재판의 전제성을 인정하는 잘못을 저지르고 있다.

이미 지적한 바와 같이 특별조치법의 입법경위와 규정취지에 비추어보면, 그 적용대상은 어디까지나 정화계획에 의하여 해직된 자 중 공무원만이, 정부산하기관의 임직원이 아님은 의심의 여지가 없다. 다수의견이 특히 강조하는 제5조의 규정도 이미 지적한 바와

같이 정부가 정부산하기관에 대하여 권고적 성질의 행정지도를 하도록 규정한 것이지, 정부산하기관의 임직원에 대하여 직접 어떤 조치를 취하도록 규정한 것이 아니다. 결과적으로 특별조치법은 정화계획에 의하여 해직된 자 중 공무원에 대하여는 어느 정도 규율하였음에도 불구하고, 정부산하기관의 임직원에 대하여는 전혀 규율하지 아니한 것이다.

만약 어떤 헌법적 근거 또는 위임에 의하여 입법자에게 정화계획에 의하여 해직된 자 전원에 대한 입법의무가 있다고 가정하더라도 이 사건의 심판대상인 특별조치법의 경우에는 헌법상 입법의무의 대상이 되는 여러 종류의 입법사항(立法事項) 가운데 일부 입법사항인 공무원에 대하여는 입법행위를 하면서 나머지 입법사항인 정부산하기관 임직원에 대하여는 전혀 입법행위를 하지 아니한 입법행위의 흠결(欠缺) 즉 진정한 의미의 입법부작위에 해당한다고 볼 수 있는 것이지 입법자가 입법의무의 대상인 어떤 입법사항에 대하여 입법을 함에 있어서 그 중 일부에 관하여 질적·상대적으로 불완전·불충분하게 규율하여 차별적인 취급을 하고 있는 경우에 해당한다고 볼 수는 없다.

그런데 다수의견은 특별조치법의 적용대상에는 정화계획에 의하여 강제 해직된 공무원과 정부산하기관 임직원이 모두 포함되는 것으로 해석하여야 하는데, 특별조치법 제2조에서는 정부산하기관 임직원을 그 수혜대상에서 제외시켰고, 그 제5조에서는 가해자인 정부가 무책임하게도 행정지도만 하는 것으로 입법하였으므로 이 사건 법률조항은 헌법상의 평등원칙에 위반된다고 전제하고, 이 사건 법률조항의 위헌여부는 청구인들이 내세우는 당해 소송사건에서

재판의 전제가 된다는 취지로 판단하고 있다

그러나 이 사건 법률조항의 적용대상은 어디까지나 해직공무원이고 특별조치법은 정부산하기관 임직원과는 무관한 법률이라고 한다면 그것은 바로 진정한 의미의 입법부작위에 해당하므로 그 입법부작위에 대하여 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원을 제기하여 위헌확인을 구하는 것은 몰라도, 이 사건 법률조항에 대하여 헌법재판소법 제41조에 의한 위헌법률심판의 제청을 신청하거나 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원을 제기할 수는 없다고 보아야 한다. 따라서 그 당연한 귀결로 이 사건 법률조항은 당해 소송사건과는 아무런 관계도 없는 법률조항이라고 할 것이므로 재판의 전제성은 마땅히 부인되어야 한다.

마. 끝으로 다수의견은 청구인들이 청구하지도 아니한 입법부작위에 대하여 청구원인사실을 오인하여 필요 없는 판단을 하고 있다

다수의견은 그 끝머리 부분에서 강제해직된 정부산하기관의 임직원이 위 특별조치법의 적용대상에서 제외된 것이라고 가정한다면 입법자는 마땅히 이들에 대하여도 법적 구제를 받을 수 있도록 법을 만들 의무가 있으므로, 청구인들은 그러한 입법의무의 태만, 즉 입법부작위의 위헌확인을 구할 수 있고, 청구인들의 주장에는 그러한 청구도 포함되어 있다고 전제할 다음, 그러한 의미에서도 이 사건 법률조항에 대하여 위헌선언을 하는 것이 마땅하다고 실시하고 있다 결국 다수의견은 스스로 이 사건 법률조항이 해직된 정부산하기관 임직원과는 무관한 입법임을 자인하고, 특별조치법의 제정이 그들에 대하여는 입법부작위에 해당한다는 것을 시인하고

있는 셈이다.

그러나 이 사건은 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원사건일 뿐이고, 기록을 아무리 살펴보아도 청구인들의 청구 또는 주장 속에 입법부작위에 관한 위헌확인청구 부분이 포함되어 있다고 볼 아무런 근거가 없다. 그렇다면 다수의견의 이 부분에 관한 판단은 청구인들이 청구하지도 아니한 입법부작위에 대하여 청구원인의 사실을 오인하여 필요 없는 판단을 한 것이라고 하지 아니할 수 없다.

바. 이상과 같은 이유로 우리는 다수의견에 반대한다 우리의 의견으로는 이 사건 심판청구는 이 사건 법률조항에 대한 재판의 전제성을 인정할 수 없으므로 부적법하다고 하여 각하함이 마땅하다고 본다.

1993. 5. 13.

| | |
|-----|---------|
| 재판장 | 재판관 조규광 |
| | 재판관 변정수 |
| | 재판관 김진우 |
| | 재판관 한병채 |
| | 재판관 이시윤 |
| | 재판관 최광률 |
| | 재판관 김양균 |
| | 재판관 김문희 |
| | 재판관 황도연 |

음반에 관한 법률 제3조 등에 대한 헌법소원

(1993. 5. 13. 91헌바17 헌법재판소 전원재판부)

[판례집 5-1, 275~296]

【관시 사항】

1. 음반제작자(音盤製作者)에 대하여 일정한 시설(施設)을 갖추어 등록(登錄)할 것을 요구하는 구(舊) 음반(音盤)에 관한 법률(法律) 제3조 제1항이 위헌(違憲)인지 여부

2. 위 법률(法律) 제3조 제1항 및 제13조 제1호는 제3조 제1항 각호에 규정한 시설(施設)을 자기소유(自己所有)이어야 하는 것으로 해석(解釋)하는 한 헌법(憲法)에 위반(違反)되는지 여부

【결정 요지】

1. 구(舊) 음반(音盤)에 관한 법률(法律)(1967.3.30. 법률 제1944호, 최종개정 1989.12.30. 법률 제4183호, 폐지 1991.3.8.) 제3조 제1항이 비디오물을 포함하는 음반제작자(音盤製作者)에 대하여 일정한 시설을 갖추어 문화공보부(文化公報部)에 등록(登錄)할 것을 명하는 것은 음반제작에 필수적인 기본시설을 갖추지 못함으로써 발생하는 폐해방지 등의 공공복리(公共福利) 목적을 위한 것으로서 헌법상(憲法上) 금지(禁止)된 허가제(許可制)나 검열제(檢閱制)와는 다른 차원의 규정이고, 예술(藝術)의 자유(自由)나 언론(言論)·출판(出版)의 자유(自由)를 본질적(本質的)으로 침해하였다거나 헌법(憲法) 제37조 제2항의 과승금지(過乘禁止)의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

2. 위 법률(法律) 제3조 제1항 각호에 규정한 시설(施設)은 임차(賃借) 또는 리스 등에 의하여도 갖추어 낼 수 있으므로, 동항 및 동법 제13조 제1항 제1호는 동법 제3조 제1항 각호에 규정한 시설(施設)을 자기소유(自己所有)이어야 하는 것으로 해석하는 한, 헌법상(憲法上) 금지(禁止)된 허가제(許可制)의 수단(手段)으로 남용(濫用)될 우려가 있으므로 예술(藝術)의 자유(自由), 언론(言論)·출판(出版)의 자유(自由), 평등권(平等權)을 침해할 수 있게 되고, 죄형법정주의(罪刑法定主義)에 반하는 결과가 된다.

재판관 변정수의 반대의견(反對意見)

1. 구(舊) 음반(音盤)에 관한 법률(法律) 제3조 제1항이 규정하는 음반제작자(音盤製作者)의 등록제도(登錄制度)는 실제에 있어 허가제(許可制)와 다름없이 운영될 가능성이 있어 예술(藝術)의 자유(自由)를 규정한 헌법(憲法) 제22조 제1항과 언론(言論)·출판(出版)에 대한 허가제(許可制)를 금지(禁止)한 헌법(憲法) 제21조 제2항에 위반되고, 재력(財力)이 있는 자와 재력(財力)이 없는 자를 차별하는 것으로서 헌법(憲法) 제11조 제1항의 평등(平等)의 원칙(原則)에 반한다.

청 구 인 박 ○ 배
 대리인 변호사 박 용 일 외 1인

【참조 조문】

헌법(憲法) 제11조 제1항, 제21조, 제22조, 제37조 제2항

구(舊) 음반(音盤)에 관한 법률(法律)(1967. 3. 30. 법률 제1944호, 최종개정 1989. 12. 30. 법률 제4183호, 폐지 1991. 3. 8.) 제3조(製作者의 登錄) 제1항, 제13조 제1항 제1호

【참조 판례】

1.2. 1992.6.26. 선고, 90헌가23 결정

【주 문】

구 음반에관한법률(1967.3.30. 법률 제1944호, 최종 개정 1989.12.30. 법률 제4183호, 폐지 1991.3.8.) 제3조 제1항 및 제13조 제1항 제1호는 제3조 제1항 각호에 규정한 시설을 자기소유이어야 하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 구 음반에관한법률(이하 “구 음반법”이라 한다. 이 법은 1967.3.30. 법률 제1944호로 제정되고 1989.12.30. 법률 제4183호로 최종 개정되었으나 1991.3.8. 음반및비디오물에관한법률 의 제정으로 폐지되었다) 제3조 소정의 등록을 하지 아니하고 좌경용공성향의 노래가 실린 “철의 노동자”등 4종류의 카세트 테이프 51,000여 개를 불법제작·판매 함으로써 위 법률 제13조 제1항 제1호, 제3조 제1항 및 제10조를 위반 하였다는 공소사실로 서울지방법원 남부지원에 기소되어 동 지원에서 징역 2년의 형을 선고받고 현재 항소중에 있다 청구인은 위 재판의 전제가 된 구 음반법 제3조 제1항, 제10조 및 제13조 제1항 제1호에 대하여 위 지원에 헌법 제11조에 규정된 평등권, 제22조 제1항에 규정된 예술의 자유, 제21조 제1항에 규정된 언론·출판의 자유 및 제12조 제1항에 규정

된 죄형법정주의에 저촉된다는 이유로 법률의 위헌여부심판의 제청신청을 하였다. 동 지원은 1991.7.30. 동법 제10조와 제13조 제1항 제1호에 대하여는 공소가 취소되었다 하여 재판의 전제성을 부인하였고 제3조 제1항은 이유없다 하여 제청신청을 기각하였다 청구인은 동년 8.23. 그 결정문을 송달받았다. 이에 청구인은 1991.9.3. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 구 음반법 제3조 제1항과 제13조 제1항 제1호에 대하여 위헌여부 확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 구 음반법 제3조 제1항과 제13조 제1항 제1호의 위헌 여부인바, 동법 제3조와 제13조 제1항 제1호는 다음과 같다.

제3조(제작자의 등록) ① 음반을 판매 또는 배포의 목적으로 제작하고자 하는 자(이하 "음반제작자"라 한다)는 대통령령이 정하는 경우를 제외하고는 다음 각호의 시설을 갖추어 문화부에 등록하여야 한다

1. 녹음실, 녹음기 및 그 부수시설
2. 제작실, 제조기 및 그 부수시설
3. 녹화실, 녹화기 및 그 부수시설(영상을 녹화하고자 하는 경우에 한한다)

② 제1항의 규정에 의하여 등록한 자가 그 등록사항을 변경한 때에는 변경등록을 하여야 한다.

제13조(벌칙) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제3조 제1항, 제7조의2 제1항, 제8조 제1항, 제10조 제1호 또는 제2호의 규정에 위반한 자

2. (생략)

2. 청구인의 주장 및 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 구 음반법 제3조 제1항은 음반제작자는 소정의 시설을 갖추어 문화부에 등록을 하여야 한다고 정하고, 등록을 하지 아니하고 음반을 제작하였을 경우 처벌하고 있다. 그런데 위 조항 소정의 시설을 갖추기 위해서는 자금이 소요되므로 영세한 음반제작자들은 이에 등록을 할 수 없는 형편에 있다.

(2) 위와 같은 등록여부로 음반제작을 규제하고 음반이 담은 내용에 따라 처벌(구 음반법 제13조 제1항 제1호, 제2호)하는 것은 음반을 통하여 사실을 전달하고 자신의 솔직한 감정과 사상을 표현하고 사회악을 고발·비판하며 건전한 사회문화 형성을 도모하는 등의 국민의 기본적인 권리인 언론의 자유, 예술의 창작 및 표현의 자유를 침해하는 것이어서 각각 헌법 제21조 제1항과 제22조 제1항에 위배된다.

(3) 위와 같이 수억원의 자금이 소요되는 자기소유 음반제작시설을 갖추어 등록하라는 것은 음반제작자의 경제적 형편에 따라 등록과 처벌 여부가 결정되어 결과적으로 경제적 지위에 따라 차별하는 것이어서 헌법 제11조의 평등권 조항에 위배된다.

(4) 위 규정에 따른 등록 없이 혹은 “불손한” 내용의 음반을 제작, 사용하였을 경우 과태료라는 행정질서벌이 아니라 동법 제3조 제1항에 따라 2년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금이라는 무

거운 형벌을 부과하고 있는바 이는 위헌인 법률규정을 위반한 데 대한 처벌규정이므로 역시 위헌법률 규정이다

나. 서울지방법원 남부지원의 위헌제청신청 기각이유

(1) 언론의 자유와 예술의 자유 침해 주장에 대하여

구 음반법은 모든 음반제작자가 아니라 사회적 전파성을 예정하고 있는 판매 또는 배포 목적의 음반제작의 경우에만 등록의무를 지우고 있는바, 그 규제의 대상과 규제의 방법 등에 비추어 볼 때 이로써 신청인이 주장하는 자유의 본질적 내용이 침해된다고는 할 수 없고 이는 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 법률로써 제한할 수 있는 한도내에 속하는 규제라고 보여지므로 위 주장은 이유없다

(2) 평등권 침해 주장에 대하여

헌법 제11조가 규정하고 있는 평등권이란 정당한 이유나 합리적 근거가 없는 자의적 차별을 당하지 아니할 권리를 의미하는 것이다

그러나 구 음반법 제3조 제1항에서 음반을 판매 또는 배포의 목적으로 제작하고자 하는 자는 소정의 시설을 갖추어 문화부에 등록하도록 규정하고 있는 것은 음란 퇴폐, 폭력선동적인 내용 등의 음반의 보급에 대처하여 음반의 내용의 질적 향상을 도모하여 민족예술의 진흥과 국민정서생활의 순화를 기하고자 하는 같은 법의 제정목적과 위 법에서 요구하고 있는 시설의 기준같은법시행령 제3조, 시행규칙 제2조 별표 1,2) 등에 비추어 볼 때 위 법의 입법목적을 달성하기 위한 충분한 내적 관련이 있는 것이다. 그러므로 결국 위 등록규정에 의하여 신청인이 주장하는 바와 같이 위 기준시설을 갖

출 수 없는 자는 판매, 배포 목적의 음반제작을 할 수 없게 된다고 할 지라도 이는 합리적 이유가 있는 차별에 해당된다고 할 것이므로 위 주장은 이유 없다.

다. 법무부장관과 문화부장관의 의견

(1) 언론의 자유 및 예술의 자유와 관련한 합헌성

헌법 제21조와 제22조는 국민의 언론의 자유와 예술의 자유를 보장하고 있다. 그러나, 이러한 표현의 자유라고 하더라도 이를 어떠한 경우에도 제한할 수 없는 절대적 자유로 보장하는 것은 아니고 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 법률에 의한 합리적 제한을 하는 것은 가능한 것이다 동조에 대한 해석은 학자간에 다소 차이가 있으나 “질서유지”는 헌법의 기본질서유지 이외의 타인의 권리유지, 도덕질서유지, 사회의 공공질서유지 등 공공의 안녕질서를 의미하며 “공공복리”는 사회구성원 전체의 공공된 복리라고 보는 것이 일반적인 견해이다

음반제작업 등록제는 음반의 질적 향상과 동산업의 건전한 육성발전을 촉진함으로써 국민의 문화생활 및 정서생활에 이바지하게 하고자 하는 목적으로서 이는 사회 공공의 도덕질서유지 및 공공복리보장을 위한 최소한의 조치로, 헌법 제37조 제2항의 범위내에서 법률의 제작업등록 근거(구 음반법 제3조 제1항)에 의해 등록하고 있다.

(2) 평등의 원칙과 관련한 합헌성

우리 헌법상 보장되는 평등의 원칙은 모든 인간을 평등하게 처우하되 정당한 이유가 있거나 합리적 근거가 있는 차별은 허용한다는“상대적, 실질적 평등”의 개념으로 인정되고 있다(헌법재판소 89.5.

24. 선고, 89헌가37,65 결정 등).

이 건 구 음반법 제3조 제1항의 규정이 판매 배포 목적의 음반을 제작하는 자에게 일정한 시설기준을 갖추어 등록하도록 하고 있는 것은 비디오물을 포함한 각종 음반이 제작자 본인의 사용만을 위한 정도를 넘어서서 일반대중에게 판매, 혹은 배포를 위한 것이 되는 경우에는 “공중의 이익”을 고려하여 그 판매, 배포를 위한 제작자의 자유에 일정한 제약을 가할 수밖에 없는 사정을 참작한 것이다.

그렇다면 이와 같은 음반이 단순히 제작자의 수중에 머무르지 아니하고 일반대중에게 유포될 것을 전제로 하여 만들어지는 이상 그 품질수준의 유지와 음반내용의 질적 향상을 유지하기 위한 최소한의 시설을 갖추도록 하여야 하고 이러한 목적을 달성하기 위하여 당국에 그 시설기준을 등록하도록 하는 것은 어느모로 보아도 정당한 입법목적을 가진 것이라고 할 것이며 여기에서 시설을 갖춘 자와 시설을 갖추지 못한 자 사이에 차별적인 대우가 발생한다고 하더라도 이는 공익보호를 위한 합리적인 차별대우에 불과하여 평등의 원칙에 위배된다고는 볼 수 없는 것이다.

(3) 처벌규정상의 범정형량 형평성

구 음반법 제13조 제1항은 음반제작자등록을 하지 아니하고 제작한 자에 대해 2년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있으나, 음반·비디오매체의 대중성과 직접성이 다른 매체보다 특히 강하고 헌법의 기본적인 질서와 전통적인 윤리 및 가치관을 해하는 외설·퇴폐·폭력적인 음반·영상물이 어린이·청소년들에게 미치는 중대한 영향을 고려하여 보면, 이의 위반에

대한 처벌은 단순한 질서벌이 되기는 어렵다고 할 것이어서 동 규정이 처벌의 형평원칙에 위배된다고 볼 근거가 전혀 없으며 이 점에 있어서 입법자가 그 법정형 양형상의 재량의 범위를 일탈하여 위헌적인 입법을 한 것이라고 볼 하등의 이유가 없으며 이 부분 청구인의 주장도 그 이유가 없는 것이다.

3. 판단

가. 헌법 제22조는 모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다고 규정하고 있다. 예술의 자유의 내용으로서는 일반적으로 예술창작의 자유, 예술표현의 자유, 예술적 집회 및 결사의 자유 등을 들고 있다

그 중 예술창작의 자유는 예술창작활동을 할 수 있는 자유로서 창작소재, 창작형태 및 창작과정 등에 대한 임의로운 결정권을 포함한 모든 예술창작활동의 자유를 그 내용으로 한다 따라서 음반 및 비디오물로써 예술창작활동을 하는 자유도 이 예술의 자유에 포함된다

예술표현의 자유는 창작한 예술품을 일반대중에게 전사공연·보급할 수 있는 자유이다. 예술품보급의 자유와 관련해서 예술품보급을 목적으로 하는 예술출판자 등도 이러한 의미에서의 예술의 자유의 보호를 받는다고 하겠다. 따라서 비디오물을 포함하는 음반제작자도 이러한 의미에서의 예술표현의 자유를 향유한다고 할 것이다

이러한 예술표현의 자유는 무제한한 기본권은 아니다. 예술표현의 자유는 타인의 권리와 명예 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 그리고 국가안전보장 질서유지 또는 공공복리

를 위하여 필요한 경우에는 헌법 제37조 제2항에 의하여 법률로써 제한할 수 있으나, 이러한 필요에서 하는 법률에 의한 제한도 그 목적이 헌법 및 법률의 체계상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 그로 인한 피해가 최소한도에 그쳐야 하며(피해의 최소성), 보호하려는 공익과 침해하는 사익을 비교衡量할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다는(법익의 균형성) 과잉금지의 원칙에 반하지 않는 한도 내에서 할 수 있는 것이다.

나. 헌법 제21조 제1항과 제2항은 모든 국민의 언론·출판의 자유를 가지며, 언론·출판에 대한 허가나 검열은 인정되지 아니한다. 이 언론·출판의 자유를 강력하게 보호할 것을 명시하였다. 이 언론·출판의 자유는 현대 민주주의 국가의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권이며 그렇기 때문에 자유민주주의 국가의 헌법에서는 이를 최대한으로 보장하고 있다.

일반적으로 헌법상의 이 언론·출판의 자유의 내용으로서는 의사표현·전파의 자유, 정보의 자유, 신문의 자유 및 방송방영의 자유 등을 들고 있다. 이러한 언론·출판의 자유의 내용 중 의사표현전파의 자유에 있어서 의사표현 또는 전파의 매개체는 어떠한 형태이건 가능하며 그 제한이 없다. 즉 담화·연설·토론·연극·방송·음악·영화·가요 등과 문서·소설·시가·도화·사진·조각·서화 등 모든 형상의 의사표현 또는 의사전파의 매개체를 포함한다. 그러므로 음반 및 비디오물도 의사형성적 작용을 하는 한 의사의 표현·전파의 형식의 하나로 인정되며 이러한 작용을 하는 음반 및 비디오물의 제작은 언론·출판의 자유에 의해서도 보호된

다고 할 것이다.

또한 헌법은 위와 같이 언론·출판의 자유를 강력히 보호하는 한편 헌법 제21조 제4항에서 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다고 규정하여 언론·출판의 자유의 한계를 규정하였다. 따라서 언론·출판의 자유는 이러한 헌법 제21조 제4항에 의한 제한과 국가안전보장 질서유지 또는 공공복리를 위한 헌법 제37조 제2항에 의한 제한이 위에서 본 과잉금지의 원칙에 반하지 않는 범위 내에서 가능하다.

다. 물론 음반 및 비디오의 제작·판매는 자유민주주의 국가에 있어서 시장경제의 원리에 맡겨야 하는 것이 원칙이다. 그러나 기본적인 시설도 갖추지 못한 채 제작된 품질면에서 저질인 음반 및 비디오물이 난무하는 경우, 시청자들 특히 청소년들의 정신적 육체적 건강을 해칠 우려도 배제할 수 없는 등, 구 음반법의 제정목적인 음반의 질적 향상을 도모하여 민족예술의 진흥과 국민정서생활의 순화를 기할 수 없다. 그러므로 음반제작에 필수적인 기본시설을 갖추지 못함으로써 발생하는 이러한 피해의 예방이라는 공공복리 목적을 위하여 비디오물을 포함하는 음반제작자에게 법률로써 일정한 시설을 갖추어 등록하게 하는 것은 헌법이 금지하는 것은 아니다. 즉 이러한 등록이 음반 및 비디오물의 내용을 간섭하거나 허가하기 위한 지침을 제시하거나 사실상의 허가를 받을 것을 요구하는 것이 아니고, 주무관청으로 하여금 비디오물을 포함하는 음반물의 제작에 있어서 이러한 공공복리 목적달성에 필요한 기본적인 시설을 갖추었는지의 여부를 파악할 수 있도록 하기 위하여 행정업무상 필요한 최소한의 사항으로서 등록하게 하는 한 예술의

자유나 언론·출판의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이라고 할 수 없다.

그런데 구 음반법 제3조 제1항은 음반을 판매 또는 배포의 목적으로 제작하고자 하는 자(이하 음반제작자라 한다)는 대통령령이 정하는 경우를 제외하고는 1. 녹음실, 녹음기 및 그 부수시설 2. 제작실, 제조기 및 그 부수시설 3. 녹화실, 녹화기 및 그 부수시설(영상을 녹화하고자 하는 경우에 한한다)을 갖추어 문화공보부에 등록하여야 한다고 규정하고 있다. 그러므로 구 음반법 시행 당시에 비디오물을 포함하는 음반제작자에게 구 음반법 제3조 제1항에서 정한 이러한 시설을 갖추어 등록하게 한 것은 위에서 본 바와 같은 폐해방지 등의 공공복리 목적에서 등록을 필요로 하는, 음반 제작에 필요한 일정한 외형적인 시설기준에 관한 것일 뿐, 언론·출판에 대한 허가나 검열이라고는 할 수 없고 음반이나 비디오물의 내용을 간섭하거나 허가하기 위한 지침을 제시하거나 사실상의 허가를 받을 것을 요구하는 것이라고는 할 수 없다 다만 위에서 본 공공복리 목적달성에 필요한 사항으로서 음반제작에 필요한 기본시설을 갖춘 여부를 주무관청이 파악하기 위한 행정업무상의 필요한 최소한의 사항으로서 하는 하나의 행정상의 절차에 불과한 것이다 그러므로 이러한 시설을 갖추어 등록하라는 것은 최소한의 부득이한 조치임을 인정하지 못할 바 아니므로 그 자체만으로는 예술의 자유나 언론·출판의 자유에 대한 제한의 한계를 벗어나 그 본질적 내용을 침해하였다거나 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

따라서 구 음반법 제3조 제1항이 비디오물을 포함하는 음반제작

자에게 통상 수인할 수 있는 정도의 소정의 시설을 갖추어 등록하도록 요구하고 있는 것은 예술의 자유의 제한의 한계를 벗어나지 않았을 뿐 아니라 음반 및 비디오물이 의사형성적 작용을 하는 경우에도 언론출판의 자유의 한계를 벗어난 것은 아니라고 할 것이다

라. 그러나 구 음반법 제3조 제1항 소정의 시설이 그 제작자로서 통상 수인할 수 있는 한계를 벗어난 기준의 시설을 요구한다든가 이 규정에 대한 등록요건을 자의적으로 확대해석함으로써 등록을 통하여 음반제작자의 음반 및 비디오물에 의한 예술언론의 자유로운 표현활동을 사실상 제한하는 결과가 된다면 이는 예술의 자유뿐 아니라 헌법에서 금지된 언론·출판에 대한 사실상의 허가제에 유사한 제한을 하는 결과가 되어 언론의 자유도 침해하여 헌법에 반하게 될 것이다

구 음반법 제3조 제1항에 의하면 음반제작자는 녹음실, 녹음기 및 그 부수시설, 제작실, 제조기 및 그 부수시설, 녹화실, 녹화기 및 그 부수시설을 갖추어 등록하도록 규정하고 있다 동법 동조항에는 동조항 소정 시설을 갖추도록 규정하였을 뿐이지 그 시설이 반드시 자기소유이어야 한다거나 기타 어떤 제한을 한 바는 없다. 이러한 시설은 음반제작을 위해서는 필수적인 것이라고 할 수 있으므로 음반제작자에 있어 수인할 수 있는 정도라고 할 것이다 따라서 이로써 헌법상 보장된 언론출판의 자유를 본질적으로 제한하는 실질적인 허가제에 유사한 등록요건을 규정한 위헌적인 등록제도라고 볼 수는 없다

다만, 구 음반법시행령 제1조는 음반제작자가 등록을 신청할 때

“음반제작시설의 명세와 그 시설이 자기소유임을 증명하는 서류를 첨부하도록 규정하고 있다

그런데 이러한 시설을 갖추는 데에는 문화부가 1991.10.16. 제출한 자료에 따르면 하더라도 LP(레코드) 및 카세트 제작을 위해서는 5천9백9십만원의 자금이 소요되고 카세트제작을 위해서는 4천9백9십만원의 자금이 소요된다. 또 국회문화공보위원회 조재석 전문위원의 1991.2. 음반 및 비디오물에관한법률안에 대한 검토보고서에서는 제작자의 등록시 기준시설의 설비경비를 오디오는 7억원 내지 8억원(카세트만 제작시 4억원 내지 5억원, 건물임대료 등은 제외), 비디오는 6천만원 내지 1억원(건물임대료 등은 제외)이라고 밝히고 있다. 그러므로 이러한 막대한 자금이 소요되는 시설을 반드시 소유하여야만 구 음반법에 의한 음반제작자의 등록을 할 수 있다고 하는 것은 음반 및 비디오물을 통한 언론출판의 자유나 예술의 자유의 기본권 행사를 원천적으로 봉쇄하는 결과를 낳을 수도 있고 그러한 시설을 자기소유로 하여 등록할 수 있는 자와 그렇지 못한 자 사이에 불평등을 초래할 수도 있다

위에서 본 바와 같이 구 음반법 제3조 제1항은 음반을 제작하는데 필요한 적정한 시설을 갖추도록 규정한 것이지 그 시설이 반드시 자기소유이어야 하는 것으로 한정하여 규정한 바 없는데도 불구하고 행정부는 아무런 법률상의 근거 없이 구 음반법시행령 제3조에서 구 음반법 제3조 제1항에서 규정하고 있는 소정의 시설이 자기 소유임을 증명하는 서류를 제출하도록 등록요건을 정함으로써 구 음반법 제3조 제1항의 시설이 위와 같이 막대한 비용이 드는 자기소유인 시설이어야 하는 것으로 자의적인 법률해석을 하고 있다

위 법률 소정의 시설은 반드시 자기소유가 아니라 할지라도 임대차계약 등 기타 용익관계에 의한 여러가지 법률원인에 의해서도 설치할 수 있다. 더구나 리스산업이 발달한 현대사회에서는 그 시설이 자기소유이어야 한다는 요건을 갖추지 않아도 대량으로 음반 및 비디오물의 제작이 가능하다. 그럼에도 불구하고 우리의 일반적 법률상식과 사회적으로 통용되는 법률관계를 무시하고 위 법률소정의 해당시설에 대한 자기소유권을 취득하여 등록하여야 하는 것으로 위 구 음반법 제3조를 해석하고 위 법시행령 제3조 제1항 소정시설이 자기소유임을 증명하는 서류를 반드시 갖추어 제출하여 등록하도록 요구하는 것은 동 법률조항을 자의적으로 해석하여 시행하고 있는 것이라고 할 것이다 이는 헌법상 금지된 허가제의 수단으로 자칫 남용될 수도 있으므로 언론출판의 자유를 침해할 수 있게 되는 것이며 음반 및 비디오물을 통한 예술의 자유도 침해할 수 있게 되고 평등권을 침해할 수 있게 된다고 할 수 있다.

따라서, 구 음반법 제3조 제1항을 행정부의 해석과 같이 동법 동조항의 등록사항인 소정의 시설을 자기소유하여야 하는 것으로 해석하는 한, 동법 동조항은 헌법에 위반된다고 할 것이다

마. 또한 이 사건 심판대상의 하나인 구 음반법 제3조 제1항 제1호에서는 동법 제3조 제1항에 정한 시설을 갖추어 동조 동항 소정의 등록을 하지 아니하고 음반을 판매 또는 배포의 목적으로 제작한 자는 2년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다는 벌칙규정을 두고 있다. 그러므로 구 음반법 제3조를 위와 같이 자기

소유인 시설을 갖추어서 등록하여야 하는 것으로 자의적으로 확대해석하는 것은 결국 형벌의 구성요건을 임의로 설정하는 것이 되어 헌법상 보장된 죄형법정주의에도 반하는 결과가 된다

4. 결론

그렇다면 이 사건 심판대상인 구 음반법 제3조 제1항, 제13조 제1항 제1호는 그 규정 자체가 헌법위반이라고는 할 수 없다 그러나 동법 제3조 제1항의 등록사항인 소정의 시설을 자기소유하여야 하는 것으로 해석한다면 위헌이 될 것이다. 따라서 그러한 한도 내에서 구 음반법 제3조 제1항 및 제13조 제1항 제1호는 헌법에 위반된다고 할 것이다.

이에 재판관 변정수의 반대의견이 있는 외에 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 변정수의 반대의견

가. 음반의 제작·보급활동은 학문·예술의 자유를 규정한 헌법 제22조 제1항과 언론·출판의 자유를 규정한 헌법 제21조 제1, 2항에 의하여 보장되어야 한다는 것, 그리고 이러한 자유도 무제한적 자유가 아니라 거기에는 성질상 요구되는 내재적 한계가 있을 뿐더러 국가안전보장질서 유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 때에는 헌법 제7조 제2항에 의한 제한이 가능하다는 다수의견에 잘못은 없다. 그런데 다수의견은 헌법 제37조 제2항에 의한 기본권의 제한은 권리의 본질적 내용을 침해하지 아니하는 한도에서 최소한에 그쳐야 한다고 설명하면서도 구 음반에 관한 법률(이하 구 음반법이라고 약칭) 제3조 제1항이 음반제작자에 대하여 일정한 시설을 갖추어 문화공보부에 등록할 것을 명하고 동법 제3조 제1항이 위와

같은 등록의무를 위반한 자를 2년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처하도록 한 것은 음반제작에 필수적인 기본시설을 갖추지 못함으로써 발생하는 피해(저질음반제작)의 예방이라는 공공복리의 목적을 위한 것으로서 이는 헌법이 금지하는 것이 아니다 즉 이러한 등록이 음반의 내용을 간섭하거나 허가하기 위한 지침을 제시하거나 사실상의 허가를 받을 것을 요구하는 것이 아니고 음반의 제작에 필요한 기본적인 시설을 갖추었는지의 여부를 주무관청으로 하여금 파악할 수 있도록 하기 위한 것에 지나지 않으므로 이는 예술의 자유나 언론출판의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이라고 할 수 없다고 설명하고 있으나 이러한 다수의견에 나는 찬성할 수 없다.

나. 헌법 제21조 제2항이 언론·출판에 대한 허가제를 금지하고 있는 이유는 “허가”란 국민의 자유를 법규에 의하여 전면적으로 금지해 두고 특정한 경우에 금지를 해제하여 적법하게 행사할 수 있게 하는 것을 의미하는 것이므로 언론·출판에 대한 허가제는 결국 언론출판의 자유는 사람이면 누구나 당연히 누릴 수 있는 자연법적 권리에 속할뿐더러 민주주의를 지탱하는데 있어 필수적이며 최종적인 보루이므로 그에 대한 원칙적이며 전면적인 금지는 절대 용납되어서는 아니되기 때문이다 그리고 학문과 예술의 자유를 규정한 헌법 제22조에는 헌법 제21조 제2항과 같은 허가제 금지규정이 없으나 굳이 그러한 규정을 둘 것도 없이 학문이나 예술에 대한 허가제란 도저히 있어서는 아니되는 것으로서 인간의 내면세계의 자유를 보장하는 정신적 기본권으로서의 양심의 자유권이나 종교의 자

유권이 그에 대한 허가제 금지규정의 유무에 관계없이 당연히 성질상 허가제의 대상이 될 수 없는 것과 마찬가지로 같은 내면적 세계의 사상과 표현의 자유를 보장하는 전형적인 정신적 기본권으로서의 학문예술의 자유가 허가제의 대상이 될 수 없는 것은 너무나 당연하다 할 것이다. 그리고 예술의 자유나 언론출판의 자유가 헌법 제7조 제2항에 의하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 때에는 법률로써 제한할 수 있으나 그 제한은 기본권의 본질적 내용을 침해하지 아니하는 한도에서 최소한에 그쳐야 하며 예술 및 언론출판에 대한 전면적 금지는 어떠한 공익적 이유를 내세우더라도 예술 및 언론출판의 자유의 말살(抹殺)이나 다름없어 허용될 수 없고 따라서 헌법 제7조 제2항에 의하여서도 예술 및 언론출판에 대한 허가제는 허용될 수 없는 것이므로 예술창작 및 예술표현의 수단이며 기타 의사표현수단이기도 한 음반의 제작·판매·배포에 대한 전면적 금지 및 그 해제를 의미하는 허가제도는 허용될 수 없는 것이다 그리고 법률이 비록 “허가”라는 말은 쓰지 않았다 하더라도 실질적으로 보아서 예술 및 언론출판의 자유의 전면적 금지를 특정한 경우에 해제하는 기능을 하는 제도이면 이는 예술 및 언론·출판에 대한 허가제인 것이다

구 음반법 제3조 제1항은 음반을 판매 또는 배포의 목적으로 제작하고자 하는 사람(음반제작자)에 대하여 일정한 시설을 갖추어 등록할 것을 명하고 동법 제13조 제1항은 음반제작자의 등록을 아니하거나 등록을 하지 아니한 자가 제작한 음반을 판매 또는 배포하였을 경우 2년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있는데 새로 제정된 음반및비디오물에관한법률도 제3조 및 제

24조에 음반제작자의 등록 및 그에 위반한 자에 대한 벌칙규정을 두고 있다) 위와 같은 등록제는 실질적으로 음반의 제작(판매·배포의 목적으로 하는)을 전면적으로 금지해 두고 일정한 경우에 금지를 해제하는 허가제와 유사하다. 즉 음반제작자의 등록을 명하고 그에 위반한 자를 처벌하겠다는 것은 즉 음반제작을 전면적으로 금지시키고 등록을 마친 자에 대하여서만 금지를 해제시키겠다는 것이므로 이는 바로 음반제작의 허가제와 비슷한 것이다. 등록이라는 것은 신고만으로 끝나는 것이 아니고 신고한 사항이 공부(公簿)에 기재되어야만 끝나는 것이기 때문에 음반제작자가 등록신청서를 등록관청에 제출하더라도 등록관청이 공부에 기재해 주지 아니하면 등록이 될 수 없고 따라서 음반제작자가 아무리 음반을 제작하고 싶어도 등록관청에서 등록신청을 수리하여 등록처리를 해 주지 아니하면 제작할 수 없을 것이므로 음반을 제작할 수 있느냐의 여부는 오로지 등록관청이 등록신청을 받아 주느냐의 여부에 달려 있어 음반제작의 신고제가 아닌 등록제는 음반제작을 전면적으로 금지시켜 놓고 특정한 경우에 등록관청의 수리의무 수리거부나 등록처리지연에 대한 법적 제재 등에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하기 때문에, 아무리 법이 정한 시설을 갖추어 등록신청을 하더라도 등록관청이 정당한 이유 없이 그 수리를 거부하거나 등록처리를 지연시킬 수 있는 여지도 있을뿐더러 나아가서 등록사항을 심사하여 그 결과 등록을 거부할 수 있는 여지도 있어 음반제작자의 등록제도는 실제에 있어 허가제나 다름없이 운용될 가능성을 내포하고 있다 결국 음반제작자의 등록의무를 규정한 구 음반법 제2조 제1

항은 예술의 자유를 규정한 헌법 제22조 제1항과 언론·출판에 대한 허가제를 금지한 헌법 제21조 제2항에 위반된다.

다. 구 음반법 제3조 제1항은 음반제작자가 등록을 함에 있어서는 1. 녹음실, 녹음기 및 그 부수시설 2. 제작실, 제조기 및 그 부수시설 3. 녹화실, 녹화기 및 그 부수시설영상을 녹화하고자 하는 경우에 한한다 을 갖추도록 규정하고 있고 구 음반법시행령 제3조는 등록신청서에 위와 같은 시설이 자기 소유임을 증명하는 서류를 첨부하여 제출하도록 규정하고 있다. 그런데 사실 위와 같은 시설을 갖추려면 적지 않은 자금이 소요될 것이어서 결국은 상당한 재력을 가진 자만이 음반을 제작할 수 있는 자유를 누릴 수 있게 되고 그렇지 못한 많은 국민들은 그러한 자유를 누릴 수 없다는 말이 된다. 구 음반법 제3조가 위와 같이 음반제작자의 등록에 일정한 시설을 갖추도록 요구하고 더구나 구 음반법시행령 제1조가 위 시설물에 관하여 자기소유증명서의 제출을 요구하는 것은 위와 같은 시설을 갖추기 위한 재력이 없는 많은 국민의 예술 및 언론·출판의 자유를 침해하는 것이며 예술의 자유 및 언론출판의 자유보장에 있어 재력이 있는 자와 재력 없는 자를 차별한 것이 되어 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 위배된다.

라. 다수의견은 구 음반법 제3조 제1항은 이 규정 자체가 헌법위반이라고는 할 수 없으나, 다만 위 조항의 등록요건인 소정의 시설을 소유하라고까지 요구한다면 위 법률조항이 언론출판의 자유를 침해할 수 있게 되고 음반·비디오물을 통한 예술의 자유도 침해할 수 있게 되며 평등권도 침해할 수 있게 되므로 동 법률조항 소정의 시

설을 자기소유이어야 하는 것으로 해석하여서는 아니되고 임대차나 기타 용익관계에 의하여 그러한 시설을 갖추기만 하면 등록이 가능한 것으로 해석해야 하며 만약 그렇지 아니하고 반드시 자기소유시설에 한한다고 해석한다면 이는 헌법에 위반된다고 설명하고 있다

그러나 음반제작자의 등록제도를 규정한 위 법률조항은 등록요건으로서 규정된 시설물과는 관계없이 등록제도 자체만으로 예술의 자유를 규정한 헌법 제22조 제1항과 언론·출판에 대한 허가제를 금지하고 있는 헌법 제21조 제2항에 저촉되는 것이어서 위헌이라는 점은 앞에서 설명한 바와 같고 또한 등록요건으로 규정된 시설물이 음반을 제작하고자 하는 자 자신의 소유시설일 것을 요구하는 것이건 임대차나 기타 용익관계에 의한 시설물까지를 포함하는 것이건 간에 그와 같은 시설을 갖추려면 정도의 차이일 뿐 막대한 자금이 소요되기는 마찬가지이고 돈 없는 사람의 예술의 자유, 언론·출판의 자유를 침해한다는 결론에는 별 차이가 없을 것이다.

마. 다수의견이 지적한 음반제작자들의 무책임한 제작방지나 음반의 질적 향상도 중요한 일이지만 아무리 그러하더라도 예술의 자유나 언론·출판의 자유의 본질이 훼손되어서는 아니도니다 나는 헌법재판소가 1992.6.26.에 선고한 90헌가23 정기간행물의등록등에관한법률 제7조 제1항에 대한 위헌심판사건에서 정기간행물의 등록제도에 관하여서도 같은 주장을 한 바 있거니와 음반제작자의 등록 또한 어디까지나 음반제작의 실태파악을 위한 것에 그쳐야 하고 그것이 예술의 자유나 언론출판의 자유에 대한 제동작용으로 이용되어서는 아니된다 그렇다면 굳이 허가 제도로 남용되기 십상인

“등록제도”로 할 것이 아니라 신고제도로 바꾸어 일정사항을 기재한 신고서를 제출하면 조속히 신고필증을 교부하게 하고 일정한 기간 내에 신고필증을 주지 아니하면 신고필증 없이 음반을 제작할 수 있도록 하는 것이 옳을 것이다.

1993. 5. 13

| | |
|-----|---------|
| 재판장 | 재판관 조규광 |
| | 재판관 변정수 |
| | 재판관 김진우 |
| | 재판관 한병채 |
| | 재판관 이시윤 |
| | 재판관 최광률 |
| | 재판관 김양균 |
| | 재판관 김문희 |
| | 재판관 황도연 |

구 상속세법 제9조 제2항 위헌소원

(92헌바32 헌법재판소 전원재판부)
[판례집 5-1, 297~306]

【판시 사항】

1990.12.31. 법률(法律) 제4283호로 개정(改正)되기 이전의 상속세법(相續稅法) 제9조 제2항 본문규정의 위헌(違憲) 여부

【결정 요지】

1993.12.31. 개정(改正)되기 이전의 상속세법(相續稅法) 제9조 제2항 본문규정이 헌법(憲法)위반이 되지 않으려면 선결적으로 무신고(無申告)나 신고누락(申告漏落)의 경우에 상속재산(相續財産)의 평가표준시(評價標準時)를 상속개시시(相續開始時)가 아니고 부과(賦課) 당시에 의하도록 하는 것이 합헌(合憲)이 되어야 할 것인바, 평가표준시(評價標準時)를 상속세(相續稅) 부과(賦課) 당시로 하는 내용의 1988년 개정전(改正前) 구(舊) 상속세법(相續稅法) 제9조 제2항 본문의 규정에 관하여서는 당재판소의 1992.12.24. 선고, 90헌바21 결정(決定)에서 헌법(憲法) 제38조·제59조 소정의 조세법률주의(租稅法律主義), 헌법(憲法) 제11조의 조세평등주의(租稅平等主義), 헌법(憲法) 제23조의 재산권보장규정(財産權保障規定)에 위반된다는 이유로 이미 위헌결정(違憲決定)을 선고한바 있고, 이제 당재판소가 위 위헌결정(違憲決定)을 달리 변경(變更)할 필요가 있다고는 보지 않으므로 1988년 개정전(改正前) 구(舊) 상속세법(相續稅法) 제9조 제2항 본문과 같은 내용을 전제로 한 이 사건 법률조항은 더 나아가 살필 필요없이 헌법(憲法) 제38조·제59조·제11조 및 제23조의 규정에 위반된다.

청 구 인

현 ○ 남

대리인 변호인 김 백 영

관련소송사건

부산고등법원 92구1247 증여세등부과처분취소

【심판대상조문】

구(舊) 상속세법(相續稅法)(1990.12.31. 법률 제4283호로 개정되기 전의 것) 제9조 제2항 (상속재산(相續財産)의 가액평가(價額評價)) ① 생략

② 제20조의 규정(規定)에 의하여 신고(申告)를 하지 아니하거나 신고(申告)에서 누락(漏落)된 상속재산(相續財産)의 가액(價額)(제4조의 규정(規定)에 의하여 상속재산가액(相續財産價額)에 가산(加算)되는 증여재산가액(贈與財産價額)을 포함한다)은 제1항의 규정(規定)에 의하여 평가(評價)한 가액(價額)과 상속세(相續稅) 부과당시(賦課當時)의 평가가액(評價價額) 중 큰 금액으로 한다. 다만, 제1항의 규정(規定)에 의하여 평가(評價)한 과세가액(課稅價額)이 제5조·제11조 내지 제11조의4의 규정(規定)에 의한 공제액(公除額) 이하인 경우에는 그러하지 아니하다.

③~⑤ 생략

【참조 조문】

헌법(憲法) 제11조, 제23조, 제38조, 제59조

구(舊) 상속세법(相續稅法)(1988.12.26. 법률 제4022호로 개정되기 전의 것) 제9조 제2항(상속재산(相續財産)의 가액평가(價額評價)) ① 생략

② 제20조의 규정(規定)에 의하여 신고(申告)를 하지 아니하거나 신고(申告)에서 누락(漏落)된 상속재산(相續財産)의 가액(價額)(제4조의 규정(規定)에 의하여 상속재산(相續財産) 가액(價額)에 가산(加算)되는 증여재산가액(贈與財産價額)을 포함한다)은 제1항의 규정(規定)에 불구하고 상속세부과(相續稅賦課) 당시의 가액(價額)으로 평가(評價)한다. 다만, 상속개시(相續開始) 당시의 현황(現況)에 의한 과세가액(課稅價額)이 제5조·제11조 내지 제11조의4의 규정(規定)에 의한 공제액(控除額) 이하인 경우에는 그러하지 아니하다.

③~⑤ 생략

【참조 판례】

1992.12.24. 선고, 90헌바21 결정

【주 문】

1990.12.31. 법률 제4283호로 개정되기 이전의 상속세법 제9조 제2항 본문(1981.12.31. 법률 제3474호 신설, 1988.12.26. 법률 제4022호 개정)은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 부산 동래구 ○○동 1369의 14 대 374평방미터에 관하여 1990.7.11. 청구인의 모친 안복임으로부터 청구인 명의로 소유권이전등기가 경료되었는데, 남부산세무서장은 상속세법 제34조 제1항에 의하여 직계존비속 간의 양도인 위 소유권이전을 증여로 의제하는 한편 그 증여사실의 신고가 없었다 하여 개정전 상속세법 제34조의5에 의하여 증여세에 준용되는 같은 법 제9조 제2항에 의거하여 1991.5.17. 증여재산의 가액을 증여당시의 가액과 증여세 부과당시의 가액 중 큰 금액인 증여세 부과당시의 가액으로 계산하여 청구인에게 증여세 및 방위세의 부과처분을 하였다.

(2) 이에 청구인은 부산고등법원에 남부산세무서장을 상대로 하여 위 증여세등부과처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하고(92구1247) 위의 1990.12.31. 개정전 상속세법 제9조 제2항이 헌법에 위반된다고 주장하면서 그에 관한 위헌여부심판의 제청신청을 하였으나(92부87) 위 법원이 1992.6.26. 이를 기각하고 그 기각결정문이 같은 해 7.8. 송달되자 같은 해 7.17. 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의한 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다

나. 심판의 대상

(1) 그러므로 이 사건 심판의 대상은 1990.12.31. 법률 제4283호로 개정(삭제)되기 전의 상속세법 제9조 제2항 본문규정(1981.12.31. 법률 제3474호로 신설되었다가 1988.12.26. 법률 제4022호로 개정된 것

이하 "이 사건 법률조항"이라 한다)이 헌법에 위반되는지의 여부이고 그 규정내용은 다음과 같다.

제9조(상속재산의 가액평가) ① 상속재산의 가액, 상속재산의 가액에 가산할 증여의 가액 및 상속재산의 가액 중에서 공제할 공과 또는 채무는 상속개시당시의 현황에 의한다 다만, 실종선고로 인한 상속의 경우에는 실종선고일 당시의 현황에 의한다

② 제20조의 규정에 의하여 신고를 하지 아니하거나 신고에서 누락된 상속재산의 가액(제4조의 규정에 의하여 상속재산가액에 가산되는 증여재산가액을 포함한다)은 제1항의 규정에 의하여 평가한 가액과 상속세 부과당시의 평가가액 중 큰 금액으로 한다 다만, 제1항의 규정에 의하여 평가한 과세가액이 제5조 제11조 내지 제11조의 4의 규정에 의한 공제액 이하인 경우에는 그러하지 아니하다

(2) 여기에서 1988년 개정된 구 상속세법 제9조 제2항의 규정을 보면 다음과 같다.

제9조(상속재산의 가액평가) ② 제20조의 규정에 의하여 신고를 하지 아니하거나 신고에서 누락된 상속재산의 가액(제4조의 규정에 의하여 상속재산가액에 가산되는 증여재산가액을 포함한다)은 제1항의 규정에 불구하고 상속세 부과당시의 가액으로 평가한다 다만, 상속개시 당시의 현황에 의한 과세가액이 제5조·제11조 내지 제11조의4의 규정에 의한 공제액 이하인 경우에는 그러하지 아니하다

2. 당사자의 주장 등

가. 청구인의 주장요지

(1) 상속세 및 증여세는 부과세방식의 세목으로서 그 신고의무는 일종의 협력의무에 불과한 것이어서 과세자료의 수집은 어디까지나 과세관청의 책임하에 이루어져야 하고 더구나 과세관청은 과세자료의 수집을 위한 각종 제도적 장치와 인적, 물적 시설을 갖추고 있으며 상속세 및 증여세의 무신고자 내지 불성실신고자에 대하여는 다른 세목과 같이 그 제재로 가산세를 부과하고 있음에도 불구하고 이 사건 법률조항이 단순한 과세자료 제출의무에 위반하였다고 하여 재산평가방법을 달리 규정하여 징벌적이고 자의적인 과잉의 불이익을 가하고 있는 것은 헌법상 조세평등주의에 위반된다.

(2) 이 사건 법률조항은 과세관청의 과세자료 수집시점 내지 현실적인 부과처분 시점을 기준으로 상속 내지 증여재산의 가액을 평가할 수 있게 하여 사실상 과세관청의 자의(恣意)에 의하여 세액을 결정할 수 있게 한 것이므로 헌법상 조세법률주의에 위반된다.

(3) 이 사건 법률조항은 상속 내지 증여재산의 가액보다 더 많은 조세의 부과처분을 가능하게 하는 것이어서(예컨대 증여재산을 처분한 다음 상당기간이 경과한 후 증여세가 부과되는 때에는 처분가격보다 많은 세금이 부과될 수 있다) 헌법 제23조의 재산권보장규정에 위반된다.

(4) 가사 이 사건 법률조항이 사망신고도 안하는 상속세 납세의무자에 대한 제재수단으로 다소 유효하다고 가정하더라도 사망신고를 필하거나 나아가 상속 또는 증여로 인한 소유권이전등기까지 필한 경우에는 현행법상의 각종 제도에 의하여 그 과세자료가 빠짐없이 과세관청에게 송부되도록 되어 있으므로, 이 사건 법률조항을 증여세에 준용하는 것은 헌법에 위반된다.

나. 법원의 위헌여부심판의 제청신청 기각이유

이 사건 법률조항이 국세기본법이나 상속세법의 다른 조항과 상치되거나 국민의 재산권을 보장한 헌법정신에 위배한 무효인 규정이라 할 수 없다.

다. 재무부장관의 의견

(1) 이 사건 법률조항은 상속세 등의 자진신고납부 비율이 매우 낮은 (1989년도를 보면 그 해 과세된 전체 상속세액의 약 15퍼센트에 불과함) 현 실정에서 상속세나 증여세의 성실신고를 유도하여야 할 정책적 필요성을 고려한 규정으로서 상속이나 증여를 받고도 그 재산을 타인 명의로 은닉하고 신고하지 않음으로써 부과권의 제척기간(5년)을 넘기거나 설사 과세관청에 의해 은닉된 재산이 포착되어 과세되더라도 은닉기간 중의 물가상승으로 얻는 이익이 무신고에 따른 가산세부담액보다 훨씬 큰 경우가 많아서 상속세나 증여세의 성실신고 납부를 저해하는 요인이 되어 왔으므로, 이러한 경우 상속이나 증여당시의 가액과 상속세나 증여세의 부과당시의 가액 중 큰 금액으로 평가하도록 규정함으로써 무신고기간 동안의 인플레이 이득을 얻기 위한 신고회피사례를 방지토록 한 것이다.

(2) 현실적으로 신고기간내에 신고한 재산은 상속 내지 증여당시의 시가를 확인하여 그 가액을 평가하는 것이 가능하지만 무신고한 상속재산 내지 증여재산은 과세관청이 수년이 지나 이를 포착한 경우라도 시가를 소급하여 확인하기 어려운 경우가 대부분이어서 과세관청으로서는 개정전 상속세법 시행령 제5조 제1항에 따라 같은 조문 제2항 내지 제5항이 정하는 보충적 평가방법에 의하여 그 재산가액을 평가할 수밖에 없었는데, 이 보충적 평가방법에 의하는

경우 과세행정의 실제에 있어서는 시가보다 훨씬 낮은 지방세 과세시가 표준액 등에 의해 평가되므로 결국 법정기한 내에 성실하게 신고한 경우에는 시가대로 평가 과세되고 신고하지 않은 경우에는 보충적인 평가 방법에 의하여 오히려 시가보다 낮은 가액으로 평가 과세되는 불합리한 결과가 발생하였다. 이리하여 성실신고한 납세자와의 사이에 실질적인 과세형평을 유지하고 과세정의를 실현하려 하는데 이 사건 법률조항의 입법목적이 있다.

(3) 상속세 부과당시의 평가가액을 상속세법시행령 제9항에서 과세관청이 상속세를 부과하여야 할 상속재산이 있음을 안 날의 현황을 기준으로 평가하도록 규정함으로써 과세관청의 자의(恣意)에 의하여 부과당시 가액의 평가시기를 달리하지 않도록 규제하였으며 또한 부과 상속세에 대하여 납세자가 물납(物納)을 선택하는 경우 상속세법 제29조 및 같은법 시행령 제31조의 규정에 의해 물납액은 상속세 과세가액을 수납가액으로 하여 납부하도록 규정하고 있어 무신고의 경우에도 부과당시의 가액에 의해 평가하여 물납할 수 있는 길을 열어 놓고 있다

3. 판단

가. 이 사건 법률조항의 개정 연혁

(1) 이 사건 법률조항(1988.12.26. 법률 제4022호 개정, 1989.1.1.부터 1990.12.31.까지 시행)은, 당 재판소 1992.12.24. 선고, 90헌바21 결정에서 이미 위헌으로 선언된 구 상속세법 제9조 제2항 본문규정(1981.12.31. 법률 제3474호 신설, 1982.1.1.부터 1988.12.31.까지 시행)의 개정후 법률조항인바, 뒤에 1990.12.31. 법률 제4283호로 삭제된 것으로 역시 현재로서는 폐지된 법률조항이다.

(2) 당초의 1988년 개정 전 법률조항에서는 “제20조의 규정에 의하여 신고를 하지 아니하거나 신고에서 누락된 상속재산의 가액제4조의 규정에 의하여 상속재산가액에 가산되는 증여재산가액을 포함한다”는 제1항의 규정에 불구하고 상속세 부과당시의 가액으로 평가한다고 규정되었다가, 1988년 개정후에는 “제1항의 규정에 의하여 평가한 가액과 상속세 부과당시의 평가가액 중 큰 금액으로 한다”로 바뀌게 되었다.

그와 같은 개정이유는 개정 전의 위 조항은 상속(증여)재산의 부과당시의 가액이 상속개시(증여) 당시보다 상승한 경우는 물론 하락한 경우에도 적용된다고 해석되어 왔으므로 예컨대 상속(증여) 당시에는 매도 가격 등 시가산정자료가 있었으나 부과당시에는 이러한 자료가 없어 보충적 평가방법의 하나인 과세시가표준액으로 평가하게 됨으로써 과세표준이 낮아져 성실신고자보다 무신고자의 세부담이 오히려 경감되는 불합리한 현상이 나타나게 되어 이러한 불합리를 해소하기 위하여 그에 있는 것으로 알려져 있다.

나. 이 사건 법률조항의 위헌성

살피건대 이 사건 법률조항(1988년 개정 후 구 상속세법 제9조 제2항 본문)은 상속세의 과표가 될 상속재산의 가액평가에 있어서 무신고나 신고누락의 경우에는 신고를 제대로 한 경우와 달리 상속개시 당시의 평가금액과 상속세 부과당시의 평가금액 중 큰 금액으로 한다는 내용이므로 이 사건 법률조항이 헌법위반이 되지 않으려면 선결적으로 무신고나 신고누락의 경우에 상속재산의 평가표준시를 상속개시시가 아니고 부과당시에 의하도록 하는 것이 합헌이 되어야 할 것인바 평가표준시를 상속세 부과당시로 하는 내용의 1988

년 개정전 구 상속세법 제9조 제2항 본문의 규정에 관하여서는 당재판소의 1992.12.24. 선고, 90헌바21 결정에서 이미 다음과 같은 이유로 위헌결정을 선고한 바 있다

즉 이는 첫째로, 조세관청의 자의적인 과세를 방지하고 국민의 경제생활에 법적 안정성 및 예측가능성을 부여하기 위하여 과세요건법정주의와 명확주의의 기초에 서 있는 헌법 제8조 제59조 소정의 조세법률주의에 위반되는 것이고, 둘째로, 합리적 이유없는 차별적 과세 내지 차별대우의 금지를 내용으로하는 헌법 제11조의 조세평등주의는 물론, 국가가 세권행사라는 이름아래 법률의 근거나 합리적 이유없이 주민의 재산권의 침해를 막자는 의미의 헌법 제23조의 재산권보장 규정에도 위반된다는 것이다. 이제 당 재판소가 위 위헌결정을 달리 변경할 필요가 있다고는 보지 않는다.

4. 결론

그렇다면 1988년 개정전 구 상속세법 제9조 제2항 본문과 같은 내용을 전제로 한 이 사건 법률조항은 더 나아가 살필 필요없이 헌법 제8조 제59조 제11조 및 제23조의 규정에 위반된다고 보아야 할 것이므로 이에 주문과 같이 결정하는 바 이 결정에는 관여재판관 전원의 의결일치가 있었다.

재판장 재판관 조규광
 재판관 변정수
 재판관 김진우

재판관 한병채

재판관 이시윤

재판관 최광률

재판관 김양균

재판관 김문희

재판관 황도연

주택공급에 관한 규칙에 대한 헌법소원

(1993. 5. 13. 90헌마142 헌법재판소 전원재판부)

[판례집 5-1, 307~311]

【판시 사항】

1. 법령(法令)에 대한 헌법소원(憲法訴願)에 있어서 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제69조 제1항의 “사유(事由)가 발생한 날”의 의미
2. 헌법소원심판의 사유(事由)를 안 날로부터 60일이 지난 뒤에 제기된 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)의 적법(適法) 여부

【결정 요지】

1. 헌법재판소법 제69조 제1항의 “사유(事由)가 발생한 날”이라는 것은, 법령(法令)이 시행된 뒤에 비로소 그 법령(法令)에 해당되는 사유(事由)가 발생하여 기본권(基本權)의 침해(侵害)를 받게 된 자가 당해 법령(法令)에 대하여 헌법소원의 심판을 청구하는 경우에는, 당해 법령(法令)이 청구인의 기본권(基本權)을 명백히 구체적으로 현실(現實) 침해(侵害)하였거나 그 침해(侵害)가 확실히 예상(豫想)되는 등 실제적(實體的) 제요건(諸要件)이 성숙하여 헌법판단(憲法判斷)에 적합하게 된 때를 말한다.
2. 청구인(請求人)이 헌법소원심판의 사유(事由)를 안 날로부터 60일이 지난 뒤에 제기된 헌법소원심판청구는 청구기간(請求期間)이 도과한 것으로서 부적법하다.

청 구 인 신 ○ 회
대리인 변호사 이 영 구 (국선)
피청구인 건설부 장관

【참조 조문】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제69조 제1항 (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 이내에, 그 사유가 있는 날로부터

터 180일 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 이내에 청구(請求)하여야 한다.

② 생략

【참조 판례】

1. 1990.6.25. 선고, 89헌마220 결정(판례집 2권, 200)
1990.10.8. 선고, 89헌마89 결정(판례집 2권, 332)
1990.10.8. 선고, 90헌마18 결정(판례집 2권, 357)
1991.3.11. 선고, 91헌마21 결정(판례집 3권, 91)
1992.4.14. 선고, 89헌마136 결정(판례집 4권,)
2. 1992.10.1. 선고, 90헌마5 결정(판례집 4권,)
1992.10.1. 선고, 91헌마225 결정(판례집 4권,)

【주 문】

이 사건 헌법소원심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

이 사건 기록에 의하면 아래와 같은 사실이 인정된다.

가. 청구인은 1984.2.20. 한국주택은행의 청약저축에 가입하였고, 이에 근거하여 1990.4.24. 대한주택공사가 한 창○(번○)지구 주택분양에 분양신청서를 접수시켰다.

나. 그러나 대한주택공사는 한국주택은행으로부터 청구인이 1988.1.26. 시영 신월지구 아파트에 특별공급대상자로 당첨된 사실이 통보되었다는 이유로 1990.5.8. 주택공급에 관한 규칙 제17조 제3항에 의거하여 청구인의 분양신청접수를 취소하였다.

다. 이에 청구인은 주택공급에관한규칙 제17조 제3항 및 그 적용범위에 관하여 규정하고 있는 같은 규칙 제3조가 헌법이 청구인에게 보장하고 있는 재산권을 침해하고 있다고 하여 1990.8.29. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 심판의 대상

이 사건 헌법소원심판의 대상은 주택공급에관한규칙(1984.11.28. 건설부령 제377호) 제17조 제3항이고, 그 내용은 다음과 같다.

“주택은행은 국민주택의 입주자로 선정된 자가 10년 이내에 1회 이상, 민영주택의 입주자로 선정된 자가 5년 이내에 1회 이상 국민주택 또는 민영주택의 입주자로 당첨된 사실이 있는 것을 발견한 때에는 지체 없이 사업주체에게 그 사실을 통보하여야 하며, 이를 통보받은 사업주체는 다음 각호의 1에 해당하는 경우와 건설부장관이 주택공급을 촉진하기 위하여 특히 필요하다고 인정하는 경우를 제외하고는 입주자 선정이나 공급계약을 취소하여야 한다.

1. 제13조의 규정에 의한 제3순위자로 당첨된 경우

2. 입주자 모집 후 신청자가 공급세대수에 미달함으로써 발생한 미공급주택의 공급에서 당첨된 경우”

3. 판단

헌법재판소법 제69조 제1항에 의하면, 헌법소원의 심판은 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구하여야 한다. 여기에서 “사유가 발생한 날”이라는 것은, 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당되는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 자가 당해 법령에 대하여 헌법소원의 심판을 청구하는 경우에는, 당해 법령이

청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 현실 침해하였거나 그 침해가 확실히 예상되는 등 실제적 제요건이 성숙하여 헌법판단에 적합하게 된 때를 말한다(당재판소 1990.6.25. 선고, 89헌마220 결정; 1990.10.8. 선고, 89헌마89 결정 등 참조).

대한주택공사는 1990.5.8. 위 규칙 제17조 제3항에 따라 청구인의 분양신청접수를 취소하고 같은 날 청구인에게 이를 통지하여 그 즈음 청구인이 이를 수령한 사실이 인정된다.

그렇다면, 위 규칙 제17조 제3항에 대한 이 사건 헌법소원심판의 사유는 1990.5.8. 발생하였고, 그 즈음 청구인이 이를 알았다고 볼 것이다.

따라서, 1990.8.29. 비로소 청구된 이 사건 헌법소원심판은 청구인이 그 사유를 안 날로부터 60일이 훨씬 지난 뒤에 청구된 것임이 계산상 명백하므로 이 사건 헌법소원심판청구는 청구기간이 도과한 것으로서 부적법하다 할 것이다.

그러므로 이 사건 헌법소원심판청구는 이를 각하하기로 하여 재판관 전원의 의견일치에 따라 주문과 같이 결정한다.

1995. 5. 13.

재판장 재판관 조규광
 재판관 변정수
 재판관 김진우
 재판관 한병채
 재판관 이시윤

재판관 최광률

재판관 김양균

재판관 김문희

재판관 황도연

교수재임용추천거부 등에 대한 헌법소원

(91헌마190 헌법재판소 전원재판부)

[관례집 5-1, 312~338]

【관시 사항】

1. 헌법소원재판(憲法訴願裁判)에 있어서 피청구인(被請求人)과 심판대상(審判對象)의 확정
2. 헌법소원(憲法訴願)에 있어서 보충성(補充性)의 원칙(原則)의 예외를 인정한 사례
3. 법령(法令)에 대한 헌법소원(憲法訴願)과 보충성(補充性)의 원칙(原則)
4. 교수재임용제도(敎授再任用制度)의 의의(意義)
5. 세무대학(稅務大學)의 조직(組織)과 운영(運營)에 관한 규정(規定) 제16조의 적법성(適法性)
6. 인사위원회(人事委員會)의 동의(同意) 없는 재임용추천철회(再任用推薦撤回)의 적법절차(適法節次) 문제

【결정 요지】

1. 헌법재판소(憲法裁判所)는 청구인의 심판청구서(審判請求書)에 기재된 피청구인(被請求人)이나 청구취지(請求趣旨)에 구애됨이 없이 청구인의 주장요지를 종합적으로 판단하여야 하며 청구인이 주장하는 침해된 기본권(基本權)과 침해의 원인이 되는 공권력(公權力)을 직권으로 조사하여 피청구인(被請求人)과 심판대상(審判對象)을 확정하여 판단하여야 한다.
2. 세무대학장의 재임용추천거부행위(再任用推薦拒否行爲)와 같은 총·학장의 임용제청이나 그 철회는 행정기관 상호간의 내부적인 의사결정 과정일 뿐 행정소송의 대상이 되는 행정처분(行政處分)이라고 볼 수 없다는 것이 대법원(大法院)의 일관된 판례이므로 세무대학장이 청구인의 교수 재임용추천을 하지 아니한 공권력(公權力) 불행사(不行使)의 위헌여부를 다루는 청구인이 행정소송(行政訴訟)을 거치지 아니하고 바로 헌법소원심판(憲法訴願審判)을 청구하였다고 하더라도 소원심판청구(訴願審判請求)의 적법요건인 보충성(補充性)의 원칙(原則)에 반하지 아니한다.
3. 법령 자체에 대한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)의 경우에도 법령(法令) 자체에 의한 직접적(直接的)인 기본권침해(基本權侵害)여부가 문제되었을 경우 그 법령(法令)의 효력을 직

접 다투는 것을 소송물(訴訟物)로 하여 일반 법원(法院)에 구제를 구할 수 있는 절차는 존재하지 아니하므로 이 경우에는 다른 구제절차(救濟節次)를 거칠 것 없이 바로 헌법소원심판(憲法訴願審判)을 청구할 수 있다.

4. 교육공무원법(教育公務員法) 제11조 제3항 및 교육공무원임용령(教育公務員任用令) 제5조의2(1991.8.8. 개정)에 의한 교수재임용제도(教授再任用制度)는 교수의 연임이 보장되어 자동적으로 재임용되어 임기가 계속되도록 되어 있는 것이 아니며 임용권자가 당연히 재임용하여야만 하는 연임보장규정(連任保障規定)도 아니다.

5. 세무대학의 교수·부교수 및 조교수는 학장(學長)이 인사위원회(人事委員會)의 동의를 얻어 재무부장관(財務部長官)에게 추천하고 재무부장관(財務部長官)의 제청으로 대통령(大統領)이 임명하도록 규정한 세무대학의조직과운영에관한규정(대통령령) 제16조는 교육법(教育法) 제75조, 제79조 및 세무대학설치법(稅務大學設置法) 제1조, 제6조, 제15조에 근거한 적법한 조항이다.

6. 세무대학 인사위원회(人事委員會)가 청구인에 대한 재임용추천을 동의하였는데 그 후 세무대학장이 인사위원회(人事委員會)의 동의없이 재임용추천을 철회한 것과 그 추천행위가 자유재량행위(自由裁量行爲)나 기속재량행위(羈束裁量行爲)나 하는 공권력행사(公權力行使)에 대한 적법절차(適法節次)에 관한 부분은 청구인이 원고가 된 교수지위확인사건의 판결에서 다루어 판시한 것이어서 청구인도 이 사건 청구의 기본주장으로 다루지 아니하고 있으므로 이에 대한 판단은 필요 없다.

재판관 조규광, 재판관 김양균의 반대의견(反對意見)

6. 가. 헌법재판소(憲法裁判所)는 청구인의 주장사실에만 얽매어 판단을 한정할 것이 아니라 가능한 모든 범위에서 헌법상(憲法上)의 기본권(基本權) 침해의 유무를 직권으로 심사하여야 하는데 청구인의 주장사실과 이해관계인의 답변사실을 종합해 볼 때 이 사건에 있어서는 세무대학장이 청구인에 대한 교수재임용추천(教授再任用推薦) 철회를 함에 있어서 인사위원회(人事委員會)의 동의를 받지 않고 단독으로 처리한 점이 문제로 다루어져야 한다

나. 세무대학장이 교수재임용추천(教授再任用推薦)을 철회하고자 할 때에는 인사위원회(人事

위원회)에 부의하여 그 동의절차를 밟는 것이 적법절차(適法節次)에 따른 합당한 수순인데도 불구하고 학장이 그러한 절차를 생략하고 단독으로 철회해 버린 것은 인사위원회(人事委員會)에서 인사위원(또는 청구인)이 청구인에게 유리한 사실을 진술하거나 필요한 증거를 제출할 수 있는 청문(廳問)의 기회를 보장해주지 아니한 것으로서 그러한 의미에서 적법절차(適法節次)에 위배한 자의적 처분이 되어 청구인의 평등권(平等權), 공무담임권(公務擔任權) 등 헌법상(憲法上) 보장된 기본권(基本權)을 침해한 것이다.

재판관 변경수의 반대의견(反對意見)

4. 임용기간이 만료된 대학교원에 대한 재임용 여부는 기간제(期間制) 임용제도(任用制度)의 취지에 비추어서나 그것이 대학교원의 신분과 기득권에 관한 것임에 비추어 임용권자의 자유재량행위(自由裁量行爲)에 속하는 것이 아니라 능력이나 자질에 뚜렷한 하자가 없는 한 재임용해야 할 의무가 있는 기속재량행위(羈束裁量行爲)에 속한다.

6. 교원재임용추천(敎員再任用推薦)을 철회해야 될 어떠한 새로운 공익적 사정이 생긴 것도 아닐뿐더러 인사위원회(人事委員會)의 동의절차도 밟지 않고 세무대학장이 임의로 청구인에 대한교원재임용추천(敎員再任用推薦)을 철회한 것은 교원재임용추천권(敎員再任用推薦權)을 남용한 것으로서 이는 법치국가적(法治國家的) 계열이자 조리상의 원칙인 신의성실(信義誠實)의 원칙과 비례원칙(比例原則)을 위반하고, 행정행위 철회절차를 어긴 것으로서 이로 인하여 청구인의 평등권(平等權)·행복추구권(幸福追求權)·직업선택(職業選擇)의 자유(自由)·공무담임권(公務擔任權)등 기본권(基本權)을 침해한 것이다.

청 구 인 이 ○ 회
 대리인 변호사 천 정 배 외 5인

【심판대상조문】

세무대학(稅務大學)의 조직(組織)과 운영(運營)에 관한 규정(規定) 제16조 제1항 ① 교육법에 의한 교수·부교수 및 조교수는 학장이 인사위원회의 동의를 얻어 재무부장관에

게 추천하고, 재무부장관의 제청으로 대통령이 임명한다 이 경우, 재무부장관이 제청하고자 하는 때에는 교육부장관과 협의하여야 한다

②~⑤ 생략

【참조 조문】

헌법(憲法) 제10조, 제11조, 제15조, 제21조 제1항, 제22조 제1항, 제25조, 제33조 제1항, 제2항

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

교육공무원법(教育公務員法) 제11조 제3항 (신규채용(新規採用) 등)

①~② 생략

③ 대학(大學)에 근무(勤務)하는 교원(教員)은 대통령령(大統領令)이 정하는 바에 의하여 기간(期間)을 정하여 임용(任用)할 수 있다.

교육공무원임용령(教育公務員任用令) 제5조의2 (대학교원(大學教員)의 임용(任用)) ① 교수 및 부교수는 제1호 및 제2호에 해당하는 경우를 제외하고는 법 제47조의 규정에 의한 정년까지 임용한다

1. 신규채용(기간을 정하여 임용된 자가 그 기간이 만료되어 다시 임용되는 경우를 제외한다)되는 교수 및 부교수에 대하여는 3년의 범위 내에서 1차에 한하여 당해 대학의 장이 정하는 바에 따라 기간을 정하여 임용할 수 있다.

2. 부교수에 대하여는 6년 내지 10년의 범위 내에서 당해 대학의 장이 정하는 바에 따라 기간을 정하여 임용할 수 있다. 기간을 정하여 임용하는 경우에는 제1호의 규정을 적용하지 아니한다.

② 조교수·전임강사 및 조교는 다음 각호와 같이 기간을 정하여 임용한다.

1. 조교수 : 4년 이내
2. 전임강사 : 2년 이내
3. 조교 : 1년

세무대학설치법(稅務大學設置法) 제6조 제3항 (교수(教授) 등의 자격(資格) 및 임용(任用)) ①~② 생략

③ 재무부장관(財務部長官)은 제2항에 해당하는 공무원(公務員)을 임용(任用)하거나 그 제청(提請)을 하고자 할 때에는 교육부장관(教育部長官)과 협의(協議)하여야 한다.

④ 생략

세무대학(稅務大學)의 조직(組織)과 운영(運營)에 관한 규정(規定) 제16조 제1항 (교수 등의 임용) ① 생략(심판대상조문)

②~⑤ 생략

【참조 판례】

1. 1989.9.4. 선고, 88헌마22 결정(판례집 1권, 176)
1992.10.1. 선고, 91헌마31 결정
2. 1989.9.4. 선고, 88헌마22 결정(판례집 3권, 234)
1991.5.13. 선고, 90헌마133 결정(판례집 2권, 332)
1992.4.14. 선고, 90헌마82 결정
3. 1990.6.25. 선고, 89헌마220 결정(판례집 2권, 200)
1990.10.8. 선고, 89헌마89 결정(판례집 2권, 332)
1990.10.15. 선고, 89헌마178 결정(판례집 2권, 365)
1991.11.25. 선고, 89헌마99 결정(판례집 3권, 585)
1992.10.1. 선고, 92헌마68,76병합 결정
4. 1990.11.19. 선고, 90헌가48 결정(판례집 2권, 393)

【주 문】

이 사건 심판청구를 기각한다

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건이 개요는, 청구인이 1988.6.1.부터 세무대학의 조교수(민법 담당)로 재직 근무하던 중 1991.9.1. 세무대학에서 조교수로 재임용되지 못하여 1991.10.30. 이 사건 헌법소원심판을 청구한 것이다

그 심판청구의 요지는 세무대학설치법 제15조에 근거한 대통령령(세무대학의조직과운영에관한규정 제16조의 교수(재)임용절차에 의하면 교수·부교수 및 조교수는 학장이 인사위원회의 동의를 얻어 재무부장관에게 추천하고 재무부장관의 제청으로 대통령이 임명하

도록 되어 있다. 이에 따라 세무대학장은 1991.8.19. 세무대학 인사위원회의 동의를 얻어 재무부장관에게 청구인의 재임용을 추천하였다가 1991.8.29. 위 추천을 철회함으로써 결국 청구인은 교수재임용에서 탈락하게 되었다.

이는 첫째, 교육공무원법 제11조 제3항이 정한 교수임기제는 교수로서의 자질에 부족함이 없는 한 자동으로 연임되는 교수재임용제도인데 대통령이 청구인을 재임용하지 아니한 행위는 위헌이라고 주장하면서 이에 반하는 교수재임용절차에 관한 위 대통령령 제16조의 규정내용은 위법 무효일 뿐 아니라 세무대학설치법 제6조 제3항에 재무부장관은 세무대학에서 일반학과정의 교육을 담당하는 공무원을 임용하거나 그 제청을 하고자 할 때에는 교육부장관과 협의하여야 한다고 규정하고 있을 뿐 그 임용방법과 추천에 관하여 하위법령에 위임한 바 없는데 위 대통령령 제16조를 설정한 것은 상위법의 위임근거가 없는 위법 무효인 법령이며 둘째, 가사 위 대통령령 제16조가 유효하다 하더라도 세무대학장이 인사위원회의 동의를 얻어 재무부장관에게 청구인의 재임용을 추천하였다가 청구인이 전국교직원노동조합(이하 전교조라 함) 활동을 하고 그 탈퇴약속을 지키지 아니하였다고 하여 이를 일방적으로 철회하고 청구인의 재임용추천을 하지 아니한 것은 청구인의 헌법상 보장된 기본권 즉 평등권, 결사 및 학문의 자유권과 근로자의 단결권 등을 침해한 위헌적인 공권력의 불행사이기 때문에 이 사건헌법소원심판을 청구한 것이다.

나. 그렇다면 이 사건 심판대상은 다음과 같다

청구인의 심판청구서의 청구취지에서 "대통령이 청구인을 세무

대학 조교수로 재임용하지 아니한 행위"를 위헌이라고 기재하고 있으나 이 사건은 대통령의 재임용권행사 또는 불행사 이전의 임용절차에 관한 법정요건인 추천단계에서 청구인의 기본권침해가 이루어진 것이므로 그 심판대상은 첫째, 세무대학장이 청구인의 조교수 재임용추천을 하지 아니한 공권력 불행사의 위헌여부이며 둘째 청구인을 1991.9.1. 세무대학 조교수로 재임용하지 아니한 근거법령인 대통령령세무대학의조직과운영에관한규정 제16조 제1항 "교육법에 의한 교수·부교수 및 조교수는 학장이 인사위원회의 동의를 얻어 재무부장관에게 추천하고 재무부장관의 제청으로 대통령이 임명한다 이 경우 재무부장관이 제청하고자 하는 때에는 교육부장관과 협의하여야 한다."는 규정의 위헌여부이다.

2. 법무부장관과 재무부장관의 의견

가. 청구인의 심판청구는 행정청의 부작위에 대한 심판청구로서 행정소송법 제3조 제1호의 규정에 의한 항고소송에 의하여 먼저 그 구제절차를 거쳐야 하는데 이를 거치지 아니하였으므로 각하되어야 한다.

나. 세무대학설치법 제5조는 "이 법 시행에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다"고 규정하고 있어 위 대통령령 제6조는 이에 근거하여 동법이 규정한 교수 등의 자격 및 임용(제6조)에 관한 사항을 시행하기 위한 것이므로 동 규정이 모법의 근거가 없다는 청구인의 주장은 그 이유가 없다.

다. 청구인은, 대학교수인 교육공무원은 특단의 사유가 없는 한 재임용이 보장되어야 한다고 하나 교육공무원법 제1조 제3항과 교육공무원임용령(대통령령)의 관계규정에 의하면 청구인과 같은 조

교수의 경우 일정한 기간을 정하여 재임용하도록 규정되어 있을 뿐 그 어디에도 임용권자에게 임용이 만료된 자를 다시 자동적으로 재임용하여야 한다는 규정을 찾아 볼 수 없고 오히려 현행 교육공무원법하에서는 위에서 정한 임용기간이 만료되면 대학교원으로서의 신분관계는 당연히 종료되는 것으로 되어 있는 것이다. 따라서 임용권자가 임용기간이 만료된 자를 다시 임용할 것인가 여부는 결국 임용권자의 판단에 따른 세무대학장의 재량행위에 의하여 재임용 여부가 결정되는 것이다.

라. 청구인은 자신이 재임용되지 아니한 이유를 단지 청구인이 전 교조에서 활동하였다는 이유뿐인 것처럼 주장하나 첫째 청구인은 담당 교과과목이 민법임에도 불구하고 민법에 관한 연구실적이나 활동이 전혀 없으며 둘째, 재임용시에 제출하여야 하는 연수이수증명서를 학교측의 수차례 요구에도 불구하고 제출하지 아니한 것 등이 종합적으로 검토되어 관계법령에 의하여 청구인을 재임용하지 아니한 것이므로 이는 임용권자의 정당한 행위이며 결코 헌법에 위반되는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 청구인의 기본권을 침해한 것이 아니다

3. 판단

가. 먼저 청구인의 심판청구서에서 피청구인을 대통령으로 특정하고, 그 청구취지에서 피청구인이 청구인을 세무대학 조교수로재임용하지 아니한 행위가 헌법상 보장된 기본권을 침해한 위헌적인 공권력의 불행사로서 무효임을 확인한다 라고 되어 있어서 이 사건의 피청구인은 대통령이며 그 심판대상은 대통령의 공권력 불행사 내지 거부처분이라고 보아야 하는지에 대하여 살펴본다.

헌법재판소법 제25조, 제26조, 제30조, 제31조, 제32조, 제37조, 제68조, 제71조 등에 의하면 헌법소원심판제도는 변호사 강제주의 서면심리주의, 직권심리주의, 국가비용부담 등의 소송구조로 되어 있어서 민사재판과 같이 대립적 당사자간의 변론주의 구조에 의하여 당사자의 청구취지 및 주장과 답변만을 판단하면 되는 것이 아니고 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 변호사의 필요적 조력을 받아 그 침해된 권리의 구제를 청구하는 것이므로 소송비용과 청구양식에 구애되지 않고 청구인의 침해된 권리와 침해의 원인이 되는 공권력의 행사 또는 불행사에 대하여 직권으로 조사 판단하는 것을 원칙으로 하고 있다 따라서 헌법소원심판은 그 청구서와 결정문에 반드시 피청구인을 특정하거나 청구취지를 기재하여야 할 필요가 없다. 그러므로 헌법소원심판청구서에 피청구인을 특정하고 있더라도 피청구인의 잘못된 표시는헌법소원심판청구를 부적법하다고 각하할 사유가 되는 것이 아니며 소원심판대상은 어디까지나 공권력의 행사 또는 불행사인 처분 자체이기 때문에 심판청구서에서 청구인이 피청구인(처분청)이나 청구취지를 잘못 지정한 경우에도 권리구제절차의 적법요건에 흠결이 있는 것이 아니어서 직권으로 불복한 처분(공권력)에 대하여 정당하게 책임져야 할 처분청(피청구인)을 지정하여 정정할 수도 있고 처분청을 기재하지 아니할 수도 있다 따라서 헌법재판소는 청구인의 심판청구서에 기재된 피청구인이나 청구취지에 구애됨이 없이 청구인의 주장요지를 종합적으로 판단하여야 하며 청구인이 주장하는 침해된 기본권과 침해의 원인이 되는 공권력을 직권으로 조사하여 피청구인과 심판대상을 확정하여 판단하여야 하는 것이다

그렇다면 이 사건의 경우에도 청구인의 심판청구이유와 이해관계인의 의견 등을 종합하여 직권으로 살펴보아야 할 것이고 그 심판청구서 등의 이 건 기록에 의하면 청구인이 주장하는 기본권침해는 세무대학의 조교수에 재임용되지 아니하여 조교수직을 상실한데서 비롯된 것이고, 침해의 원인이 되는 공권력의 행사 또는 불행사는 세무대학장이 재임용추천을 하지 아니한 행위 및 그에 대한 법정절차를 규정한 근거 법령인 것이지 결코 대통령이 재임용권행사를 하지 아니한 행위와는 직접 관계되는 것이 아님은 명백하다. 즉 청구인을 조교수로 재임용하지 아니한 행위는 재임용절차의 전치조건인 법적 요건을 갖추지 못하여 조교수 재임용에 필요한 추천이나 제청을 받지 아니한 것이어서 대통령의 공권력 행사 또는 불행사와는 직접 인과관계가 성립되지 아니하는 것이므로 이를 이 사건 심판의 대상으로 할 수 없으며 그 선행절차의 단계에서 이루어진 세무대학장의 공권력행사 또는 불행사와 그 법적 근거 내지 법정요건을 규정한 그 법령까지 심판대상으로 하여야 하는 것이다.

나. 다음 청구인의 심판청구는 행정청의 부작위에 대한 심판청구로서 행정소송에 의하여 먼저 구제절차를 거쳐야 한다는 재무부장관의 의견에 대하여 살펴본다.

이 사건 청구인이 주장하는 세무대학장의 재임용추천거부행위와 같은 총·학장의 임용제청이나 그 철회는 “행정기관 상호간의 내부적인 의사결정과정일 뿐 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다.”(1989.6.27. 선고, 88누9640호 등)는 것이 대법원의 일관된 판례이므로 이 사건의 경우에는 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에 해당하지 아니하여 청구인이 행정소송을 거치지 아니하고

바로 헌법소원심판을 청구하였다고 하더라도 소원심판청구의 적법요건인 보충성의 원칙에 반하는 것이라고 볼 수 없다 그리고 대통령령(세무대학의조직과운영에관한규정) 제16조 제1항과 같은 법령자체에 대한 헌법소원심판청구의 경우에도 “법령자체에 의한 직접적인 기본권침해 여부 부가 문제되었을 경우 그 법령의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반 법원에 구제를 구할 수 있는 절차는 존재하지 아니하므로 이 경우에는 다른 구제절차를 거칠 것 없이 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”(당재판소 1990.10.15. 선고, 89헌마178 등)는 것이 우리 헌법재판소의 판례이어서 이 규정을 직접 무효화하는 것을 소송물로 하여 일반 법원에 구제를 받을 수 있는 길도 없다고 할 것이다 따라서 이 사건 헌법소원심판대상인 재임용추천을 하지 아니한 행위와 대통령령 제16조 제1항의 위헌·위법무효를 다투는 문제는 다른 어떤 구제절차가 존재하지 아니하는 경우에 해당하므로 이 사건 헌법소원심판청구는 보충성의 원칙에 반하지 아니하는 적법한 소원심판청구라 할 것이다

다. 청구인이 교육공무원법 제1조 제3항의 임기제는 자동적으로 연임이 보장되는 것인데 대통령이 1991.9.1. 청구인을 세무대학 조교수에 재임용하지 아니한 행위는 헌법에 위반된다고 주장하는 교수재임용제도에 대하여 살펴본다.

대학의 교수재임용제도는 일명 교수계약임용제도 또는 교수임기계약제도라고도 말하는 것으로서 합리적인 교수인사를 위하여 외국의 각 대학의 예에 따라 우리 나라도 1976년도부터 교수신규채용과 모든 승진 심사의 인사에 일괄 적용하고 있는 교수채용 및 재임용방법의 한 형태이며 이에 따라 현행 교육공무원법 제1조 제3항

“대학에 근무하는 교원은 대통령령이 정하는 바에 의하여 기간을 정하여 임용할 수 있다.”는 규정을 두어 이에 근거한 교육공무원임용령 제5조의2(1991.8.8. 개정)에 의하여 교수의 직급에 따라 그 임용기간을 규정하여 재임용을 하고 있으며 그 교수재임용제의 심사기준은 1981년 말 교육부가 작성하여 전국 국·공립 및 사립대학에 시달한 “교수재임용 심사 평정표”에 따라 시행하고 있다. 이에 의하면 교수재임용시에는 항목별 평정결과와 더불어 최근 3년 이내(재임용일 기준) 2편 이상의 연구실적물을 심사·평가한 결과와 학생지도 및 수업상황 법령준수 및 기타 사항 등에 관한 관련자료들을 종합적으로 심사하여 판정하게 되어 있다. 특히 연구실적물에 대한 심사에 있어서는 해당 전공분야의 위원 3인 이상이 심사하되 심사대상자의 임용예정직위보다 상위직 교원으로 임용하고 그 중 1인 이상은 타교의 교원을 위촉하도록 되어 있다. 이러한 종합적인 심사자료를 토대로 당해 대학 인사위원회에서의 심의를 거쳐 각 대학장(세무대학장)이 재임용 또는 재임용추천을 하게 되어 있는 이러한 교수재임용제도는 미국, 독일 등 외국에서도 우리 나라의 현행 교수재임용제도와 유사하게 교수부교수와 조교수·전임강사에 따라 재임용을 달리 적용하고 있음을 쉽게 찾아 볼 수 있어서 결코 교수재임용제도는 청구인의 주장과 같이 연임이 보장되어 자동적으로 재임용되어 임기가 계속되도록 되어 있는 것이 아니며 나아가 대통령이 청구인을 당연히 재임용하지 아니하면 안되는 연임보장규정이라고 해석할 수 없어 이 점에 대한 청구인의 주장은 그 이유가 될 수 없다.

라. 대통령령(세무대학의조직과운영에관한규정 제16조가 상위법의

위임근거가 없어 위법 무효라는 주장에 대하여 살펴본다.

세무대학은 세무대학설치법 제9조에 의하여 졸업자 전원을 국세행정관서의 8급 일반직 국가공무원으로 채용하는 대학으로서 일반대학 또는 전문대학과는 교육목적, 과정, 방법 등이 여러 가지 면에서 다르며 더구나 교육비 전액을 국고에서 지급하여 국가공무원을 양성하는 교육기관으로서 올바른 국가관을 가진 세무공무원을 양성하기 위해 설립된 특수대학교육기관인 것이다 따라서 공직자로서의 올바른 국가관과 전문지식 및 인격을 갖춘 교수에 의한 교육이 일반대학보다 더욱 절실하게 요구되고 있기 때문에 교육법 제75조, 제79조 및 세무대학설치법 제1조, 제6조, 제15조에서 교직자의 자격과 임용절차를 규정하는 한편 대통령령으로 그에 관한 필요한 사항을 정할 수 있도록 하고 있고 이에 근거하여 "세무대학의조직과운영에관한규정(대통령령) 제16조에서 세무대 교수·부교수·조교수의 임명절차의 하나로 학장이 인사위원회의 동의를 얻어 재무부장관에게 추천하도록 한 인사규정을 두게 되었음을 쉽게 알 수 있다. 따라서 이 규정의 근거를 세무대학설치법 제5조에서 찾고 그 시행령규정이 지나치게 광범한 포괄규정이어서 그 근거의 위임규정이라고 볼 수 없어 법적 위임근거가 없는 위법 무효의 법령이라는 청구인의 주장은 그 이유가 되지 아니한다고 할 것이다 그리고 청구인의 청구이유에는 세무대학 조교수로 일단 임명된 이상 임기가 만료된 후 징계 등의 사유로 면직되지 않는 한 정년(65세)에 이르기까지 당연히 그 임기가 보장되고 자동적으로 연임이 되어야 한다는 주장이 있으나 이것은 국가관 전문성, 연구실적 등에 문제가 있는 교수의 경우에도 무조건 계속 연임토록 하는 결과를 초

래하여 향후 국가의 세무행정을 담당할 국가공무원을 양성하는 특수교육기관의 교육목적에 어긋날 뿐만 아니라 피교육자인 장래 세무공무원의 공직관의 확립과 그 직무의 충실한 수행을 어렵게 할 우려가 있음을 쉽게 알 수 있고 오히려 세무대학 조교수의 임기제 임명제도는 현행 교육공무원법 제11조 제3항과 교육공무원임용령 제5조의2에 근거하는 합법적인 것이고, 그 입법목적이 타당한 것이어서 그러한 청구인의 주장은 이유가 없다고 할 것이다

다. 끝으로 세무대학장이 청구인에 대하여 조교수 재임용추천을 하지 아니하여 재임용되지 못하도록 한 행위가 위헌이라는 주장에 대하여 살펴본다.

청구인은 조교수 재임용절차과정에서 추천되지 아니한 이유가 청구인의 전교조 활동에 기인한 것이라고 주장하고 이것은 청구인의 헌법상 보장된 평등권, 결사, 학문, 교육의 자유권 및 근로자의 단결권을 침해한 것이라고 주장하나, 세무대학장이 청구인의 조교수 재임용추천을 철회하게 된 것은 첫째, 청구인의 담당과목이 민법임에도 불구하고 교외활동이나 연구실적을 보면 세무대학에서는 강의가 없는 노동법에 관한 내용의 것이 있을 뿐 민법에 관한 연구실적을 찾아 볼 수 없고 둘째, 교육공무원법에 따라 교육공무원 재임용추천시에 인사위원회 상정안건에는 교수의 자질향상과 교육방법 개선 등을 위하여 교원의 담당과목(민법)에 관한 학술발표회, 워크숍 등 학술토론회의 연수활동 실적을 증명하는 연수이수증명서를 반드시 첨부하도록 되어 있는데 청구인이 재임용시 제출하여야 할 연수이수증명서를 학교측의 수차의 요구에도 불구하고 제출하지 아니하고, 다만 이에 갈음하여 학교측에서 재학생들과의 세무

서 및 세관 현장실습 참가증명서를 작성하여 인사위원회에 제출하고 있을 뿐이며 셋째, 세무대학은 중견세무공무원을 양성하는 특수한 교육목적에 의해 설립된 특수대학교육기관이므로 정부시책에 저촉되는 전교조 활동에 참여하는 교수를 재임용하는 것은 세무공무원 교육을 전담하는 특수교육기관의 교육목적에 적합하지 아니하다는 점 등이 종합적으로 고려된 것이며 더구나 청구인은 1989.12.20. 전교조에서 탈퇴할 것을 서약하여 인사위원회의 재임용추천동의를 받았음에도 불구하고 임용기간 만료일인 1991.8.31. 직전인 1991.8.29.까지도 탈퇴약속을 지키지 아니하는 등 세무대학의 교직원으로서의 신분과 품위를 유지하지 못하였다는 사실뿐만이 아니라 교육관계법령과 국가교육공무원으로서 준수하여야 할 관계법령에 저촉된 점이 많다는 이유로 당초 세무대학 인사위원회가 청구인에 대한 재임용추천을 동의하였다가 그 후 재임용추천절차진행을 철회하게 된 것이며 위 인사위원회의 동의없이 위 추천을 철회한 것과 그 추천행위가 자유재량행위냐 기속재량행위냐 하는 공권력 행사에 대한 적법절차에 관한 부분은 청구인이 원고가 된 서울고등법원 91구 20731 교수지위확인사건의 판결(확정)에서 다투어 판시한 것이어서 청구인도 이 사건 청구의 기본주장으로 다투지 아니하고 있으므로 이에 대한 판단은 필요 없다고 할 것이다. 그렇다면 세무대학장이 전교조 활동만을 이유로 재임용추천을 하지 아니하여 청구인의 기본권을 침해하였다는 주장은 이유 없다고 아니할 수 없다.

4. 이상을 종합하여 보면 이 사건 헌법소원청구는 어느 모로 보나 부당한 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 청구인에 대한 헌

법상 보장된 기본권을 침해한 것이라고 볼 수 없어 이유 없다고 하여 기각하기로 한다. 이에 대하여 재판관 조규광 김양균의 5.와 재판관 변정수의 6.의 반대의견이 있는 외에는 그 나머지 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

5. 재판관 조규광, 재판관 김양균의 반대의견

청구인은 세무대학교의 조교수직에 있었던 자로서 교수제임용제도에 의거 1991.8.19. 세무대학 학장으로부터 동대학 인사위원회의 동의를 경유, 재임용추천을 받았으나 동년 8.29. 학장이 인사위원회의 동의절차를 경유함이 없이 단독으로 그 추천을 철회하여 버려 교수신분을 상실하게 된 자이다. 이 점과 관련하여 인사위원회가 어떤 조건부로 동의를 하였다거나 추천철회에 다시 동의하였다고 함과 같은 사정은 기록상 엿보이지 않는다. 청구인은 위와 같이 교수신분을 상실한 후 이 사건 헌법소원심판을 청구함에 있어서 다수의견이 실시하고 있는 바와 같은 점을 쟁점으로 해서 다투고 있다.

그러나 헌법소원심판제도는 일반의 민사소송제도와는 달리 직권심리주의가 강하게 투영되어 있는 제도로서 헌법재판소로서는 청구인의 주장에만 얽매어 판단을 한정할 것이 아니라 가능한 모든 범위에서 헌법상의 기본권침해의 유무를 직권으로 심사하여야 할 것인(헌법재판소 1989.9.4. 선고, 88헌마22 결정 참조), 청구인의 주장사실과 이해관계인의 답변사실을 종합해 볼 때 이 사건에 있어서는 세무대학 학장이 청구인에 대한 교수제임용추천 철회를 함에 있어서 인사위원회의 동의를 받지 않고 단독으로 처리한 점이 문제로 다루어져야 할 것으로 판단되는 것이다.

세무대학설치법 제15조에 근거한 세무대학의 조직과 운영에 관한규

정(1981.12.31. 공포, 대통령령 10692호) 제16조 제1항은 교수(등의) 임용 절차에 관하여 교수, 부교수 및 조교수는 학장이 인사위원회의 동의를 얻어 재무부장관에게 추천하고 재무부장관의 제청으로 대통령이 임명하도록 규정하고 있는데 위와 같은 인사위원회의 동의절차를 필요적 요건으로 규정하고 있는 것은 교수임명 추천권자의 자의를 억제하고 객관적인 기준에 따른 인사절서를 확립하려는 데 그 목적이 있는 것으로서 학장의 교수 추천행위는 자유재량행위가 아니고 그러한 의미에서 기속재량행위라고 할 것이며 인사위원회의 동의가 없는 한 학장개인이 의도한 대로 단독처리할 수는 없다고 할 것이다 이러한 해석은 교육공무원법 제25조, 제26조에 같은 취지의 규정이 있는 점을 고려할 때 더욱 그러하다.

따라서 청구인에 대하여 인사위원회의 동의를 얻어 일단 추천하기로 하였다면 교수임명 추천권자라 할지라도 그에 기속되는 것으로서 설사 청구인에게 어떠한 하자가 있거나 추후의 사정 변경이 생겼다고 하더라도 인사위원회의 동의절차를 경유하지 않고는 단독의 결단으로 이를 철회할 수는 없다고 할 것이다.

이 사건의 경우 재무부(세무대학)측이 주장하고 있는 바와 같이 청구인에게 전국교직원노동조합 탈퇴약속 불이행 민법연구실적 부실, 연수이수증명서 미제출 등의 사유가 있었다고 하더라도 추천과 철회의 일자 간격이 10일에 불과한 것으로 보아 위의 문제는 추천 당시 인사위원회에서 거론되었을 가능성이 있고 설사 그에 관한 심도있는 논의가 없었다거나 위의 사정이 추천동의 이후에 생겼다고 할지라도(내용으로 봐서 탈퇴약속 불이행의 점을 제외하고는 추천동의 후에 생긴 사정이라 보기 어렵다) 학장은 추천을 철회할 것인지의

여부를 다시 인사위원회에 부의하여 그 동의절차를 밟는 것이 적법절차에 따른 합당한 수순임에도 불구하고 세무대학장이 그러한 절차를 생략하고 단독으로 철회해 버린 것은 인사위원회에서 인사위원(또는 청구인)이 청구인에게 유리한 사실을 진술하거나 필요한 증거를 제출할 수 있는 청문의 기회를 보장해 주지 아니한 것으로서 그러한 의미에서 적법절차가 존중되지 않았다고 할 것이다(헌법재판소 1990.11.19. 선고, 90헌가48 결정 참조). 임용추천의 철회에 관하여 세무대학실치법이나 세무대학의조직과운영에관한규정에는 명문규정을 두고 있지 않지만 위 규정 제16조 제1항 소정의 인사위원회의 교수임명 동의제도의 존재이유로 봐서 그것은 당연히 동의의 철회 때에도 적용된다고 하여야 할 것이며 만일 그렇지 않는 것으로 해석한다면 인사위원회제도는 유명무실한 제도가 되어 버릴 것이다.

우리는 이 사건에 관련하여 청구인이 서울고등법원에 제기한 교수지위확인소(서울고등법원 91구20731)에 대한 법원의 재판 자체에 대하여 판단하는 것이 아니고 그것과 청구취지를 달리하는 세무대학장의 청구인에 대한 교수추천 철회행위라는 공권력의 행사에 대한 합헌성 여부에 대하여 판단하고 있는 것이며 그러한 전제에서 이 사건 세무대학장의 추천철회 행위는 적법절차에 위배한 자의적 처분이 되어 청구인의 평등권, 공무담임권 등 헌법상 보장된 기본권을 침해하여 취소되어야 할 것이라고 사료되어 반대의견을 내는 것이다

6. 재판관 변정수의 반대의견

가. 교육공무원법 제11조 제3항 및 세무대학의조직과운영에관한

규정 제16조 제5항이 대학에 근무하는 교원을 일정한 기간을 정하여 임용할 수 있도록 한 취지는 대학에 근무하는 교원은 직무와 책임의 특수성 때문에 신분이 강하게 보장되어 있어 한번 임용이 되면 실사 능력이나 자질에 하자가 발견되더라도 정년(65세)이 될 때까지 퇴직시킬 수 없기 때문에 일정한 기간을 정하여 임용하여 그 기간 중 능력이나 자질에 하자가 있는지의 여부를 감별하여 재임용토록 함으로써 신분보장에서 초래되는 폐단(능력과 자질없는 교원을 장기근무케 하는)을 보완코자 하는 데 있는 것이다. 그러나 헌법이 지향하는 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성·대학의 자율성 및 학문의 자유 보장을 위하여는 대학교원에 대한 신분보장은 매우 긴요한 것으로서 위와 같은 기간제 임용이 악용되어 대학교원의 신분을 위협하여 자유로운 학문연구와 교수활동에 장애가 되어서는 아니될 것이다. 그러므로 임용기간이 만료된 교원이라 할지라도 능력과 자질에 뚜렷한 하자가 발견되지 않았다면 재임용하는 것을 원칙으로 하여야 하고 또 실제에 있어서도 그와 같이 운영되어 온 것으로 안다.

나. 임용기간이 만료된 대학교원에 대한 재임용 여부는 기간제 임용제도의 취지에 비추어서나 그것이 대학교원의 신분과 기득권에 관한 것임에 비추어 임용권자의 자유재량행위에 속하는 것이 아니라 능력이나 자질에 뚜렷한 하자가 없는 한 재임용해야 할 의무가 있는 기속행위에 속한다고 보아야 한다. 즉 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성·대학의 자율성과 학문의 자유 및 이를 위한 전제조건으로서의 대학교원의 신분보장을 위해서는 임용권자는 그 교원의 능력과 자질에 객관적으로 명백한 하자가 발견되지 않는 한

반드시 해당교원을 재임용하여야 하며 따라서 임용권자에게는 재임용 여부에 대한 결정재량권이 부여되어 있다고 볼 수 없다. 만일 재임용 여부의 결정이 전적으로 임용권자의 자유재량에 맡겨져 있다고 한다면 즉 재임용행위가 순수한 자유재량행위라고 한다면 대학교원의 재임용제도는 본래의 제도적 취지와는 달리 과거의 예에서 보듯이 대학교원을 순차시키고 대학재단이나 정부에 비판적이거나 비협조적인 교원을 탈락시키기 위한 대학교원의 통제제도로 전락할 것이고 대학교원의 신분보장과 대학의 자율성 및 학문의 자유 그리고 교육의 자주성전문성·정치적 중립성은 형해화 될 것이다.

세무대학의 조직과 운영에 관한 규정 제6조 제1항이 교육법에 의한 교수, 부교수 및 조교수는 학장이 인사위원회의 동의를 얻어 재무부장관에게 추천하고 재무부장관의 제청으로 대통령이 임명한다라고 규정하여 조교수 이상의 세무대학 교원 임명에 세무대학장의 추천과 재무부장관의 제청을 거치도록 하고 세무대학장의 추천에는 인사위원회의 동의를 얻도록 하였는데 이는 교원(조교수 이상) 임명에 관하여 임명권자인 대통령의 전단행위뿐만 아니라 추천권자인 세무대학장의 전단행위도 방지하여 우수한 교원을 확보함과 동시에 대학의 자치 및 자율권과 교원의 신분보장(임용기간이 만료된 교원의 경우)을 도모하고자 하는 데 있는 것이다. 그러므로 후술하는 바와 같이 인사위원회(교수부장, 내국세학과장, 관세학과장, 조교수 이상의 교원 및 세무학 교수요원 중 학장이 지명하는 4인으로 구성된다)는 단순한 자문기관이 아니라 심의의결기관이라고 보아야 하는 것으로서 이러한 제도적 장치를 보더라도 임용기간 만료된 교원의 재임

용에 관한 세무대학장의 추천권 행사나 임용권자의 재임명발령이 그들의 자유재량에 속하는 행위가 아닌 것을 알 수 있다 그러므로 세무대학장으로서의 임용기간이 만료된 교원이 교원으로서의 능력과 자질에 뚜렷한 하자가 없는 한 인사위원회에 재임용추천에 대한 동의요청을 하고 인사위원회의 동의를 얻었다면 반드시 재무부장관에게재임용추천을 하여야 할 의무가 있는 것이다

다. 청구인은 1985년 3월 세무대학의 전임강사로 신규채용되어(임용기간 3년) 1988년 6월 조교수로 승진 재임용되고(임용기간 3년) 1991.1학기말에 3년의 임용기간이 만료되자 세무대학장은 1991.8.19. 인사위원회의 동의를 얻어 재무부장관에게 청구인의 재임용을 추천하였다가 1991.8.29. 추천을 철회하였으며 그로 인하여 청구인은 재임용 발령을 받지 못하고 말았는데 세무대학장의 교원 재임용 추천권 행사가 자유재량행위가 아니고 기속행위인데도 불구하고 인사위원회의 동의까지 얻어서 행한 재임용 추천을 철회한 것이(더구나 추천철회에 관한 인사위원회의 동의도 없이) 과연 적법한 것인지가 이 사건의 쟁점이다 그런데 대학교원 임용절차상 학장의 추천행위 그 자체는 단순한 내부적 의사결정과정이지만 추천의 철회는 일련의 법정절차를 중단시키는 것이고 특히 재임용에 있어서의 학장의 추천철회행위는 그로써 재임용하지 아니하는 것과 같은 효과를 발생하여 결국 신뢰보호와 기득권보호이익이 있는 당해 교원의 신분을 박탈하는 형성적 효과를 가져오는 것이므로 재임용추천철회행위는 행정행위의 성질을 가지며 따라서 여기에는 행정행위 및 그 철회에 관한 법리 즉 행정행위철회에 대한 조리상의 제한이론이 적용되어야 한다. 그리고 행정행위철회는 그것이 행하여진 후 공익

상 행정행위의 효력을 존속시킬 수 없는 새로운 사정이 발생한 경우에 한하여 할 수 있는 것이나 공익상 행정행위의 효력을 존속시킬 수 없는 새로운 사정이 발생하였다 하여 철회가 언제나 자유로운 것은 아니다 부담적 행정행위의 경우는 그 철회는 곧 국민의 불이익을 제거하는 것이기 때문에 별문제가 없으나 수익적 행정행위의 경우 그 철회는 상대방이나 제3자의 신뢰이익과 기득권을 침해하고 법적생활의 안정을 해치게 되므로 그러한 신뢰이익과 기득권 및 법적 안정성을 파괴하면서까지 관철시켜야 할 공익상의 이익이 있어야 한다 따라서 신의성실의 원칙과 비례의 원칙이 준수되어야 하고 철회의 과정에 있어서도 법률상 또는 조리상 요구되는 행정절차를 거쳐야 한다

라. 그러므로 세무대학장의 청구인에 대한 교원재임용추천철회행위가 적법한 것인가를 보건대 다수의견은 “세무대학장이 청구인의 조교수 재임용추천을 철회하게 된 것은 첫째, 청구인의 담당과목이 민법임에도 불구하고 교외활동이나 연구실적을 보면 세무대학에서는 강의가 없는 노동법에 관한 내용의 것이 있을 뿐 민법에 관한 연구실적을 찾아볼 수 없고 둘째, 교육공무원법에 따라 교육공무원 재임용추천시에 인사위원회 상정 안건에는 교수의 자질향상과 교육방법 개선 등을 위하여 교원의 담당과목(민법)에 관한 학술발표회, 워크숍 등 학술토론회의 연수활동 실적을 증명하는 연수이수증명서를 반드시 첨부하도록 되어 있는데 청구인이 재임용시 제출하여야 할 연수이수증명서를 학교측의 수차의 요구에도 불구하고 제출하지 아니하고 다만 이에 갈음하여 학교측에서 재학생들과의 세무서 및 세관 현장실습 참가증명서를 작성하여 인사위원회

에 제출하고 있을 뿐이며 셋째, 세무대학은 중견세무공무원을 양성하는 특수한 교육목적을 위해 설립된 특수대학교육기관이므로 정부시책에 저촉되는 전교조활동에 참여하는 교수를 재임용하는 것은 세무공무원 교육을 전담하는 특수교육기관의 교육목적에 적합하지 아니하다는 점 등이 종합적으로 고려된 것이며 더구나 청구인은 1989.12.20. 전교조에서 탈퇴할 것을 서약하여 인사위원회의 재임용추천동의를 받았음에도 불구하고 임용기간 만료일인 1991.8.31. 직전인 1991.8.29. 까지도 탈퇴하지 아니하여 탈퇴약속을 지키지 아니하는 등 세무대학의 교직원으로서의 신분과 품위를 유지하지 못하였다는 사실뿐만 아니라 교육관계법령과 국가교육공무원으로서 준수하여야 할 관계법령에 저촉된 점이 많다는 이유로 당초 세무대학 인사위원회가 청구인에 대한재임용을 동의하였다가 그 후 재임용추천절차진행을 철회하게 된 것이므로 세무대학장이 전교조 활동만을 이유로 재임용추천을 하지 아니하여 청구인의 기본권을 침해하였다는 주장은 이유없다고 아니할 수 없다"라고 판단하고 있다.

그런데 세무대학의조직과운영에관한규정 제2조에 의하여 세무대학에 설치된 인사위원회는 대학인사위원회에 관한 교육공무원법 제3조의 규정이나 세무대학 인사위원회의 운영에 관하여 정한 세무대학학칙 제11조의 규정내용으로 보아서나 그 설치목적(대학교원의 신분보장강화)에 비추어 볼 때, 단순한 자문기관이 아니라 대학교원의 임용동의 기타 대학교원의 인사에 관한 중요사항을 심의하여 의결하는 기관으로서 세무대학장으로부터 청구인에 대한 재임용추천 동의요청을 받은 인사위원회는 청구인의 그 동안(6년 5개월

간)의 연구 및 근무실적이나 그 밖의 여러가지 사정들을 심의한 끝에 청구인이 세무대학교원으로서의 능력과 자질에 하자가 없다고 인정하고 재임용추천에 동의한 것으로 보아야 할 것이며 다수의견이 재임용추천 철회의 정당사유로서 지적하고 있는 사유들(첫째, 둘째, 셋째)은 어느 것이나 모두 재임용추천동의 이후에 발생한 새로운 사유가 아니라 청구인이 전교조에서 탈퇴하지 않을 것이라는 사정을 포함하여 재임용추천 동의를 심의의결할 당시에 이미 문제가 되어 있었던 사유들이므로 인사위원회는 그러한 사유들을 심의한 끝에 그 어느 것이나 모두 청구인을 재임용에서 배제할 사유가 될 수 없다고 보고 재임용추천에 동의한 것으로 보아야 할 것이다(전교조에서의 탈퇴를 거부하였다고 해서 그것만으로 교수로서의 품위나 임무수행에 지장이 있다고 할 수 없으며 인사위원회도 그와 같이 본 것 같다 그리고 전교조 탈퇴를 조건으로 해서 재임용추천에 동의하였다고 볼 아무런 자료도 없다. 위와 같은 경위아래 인사위원회의 동의를 거쳐 청구인을 세무대학 교원으로 재임용추천을 한 세무대학장으로서의 청구인을 세무대학 교원으로 재임용할 수 없는 공익적인 중대한 사유가 새로이 발생하였다면 모르되 그렇지 아니하는 한은 기왕에 한 재임용추천을 철회할 수 없다고 보는 것이 법치주의이념에서 요구되는 신뢰보호나 기득권보호원칙에 합치되는 일일 뿐더러 가사 재임용추천을 철회해야 될 후발적인 새로운 사정이 생겼다고 가정하더라도 세무대학장 임의로 추천을 철회할 수 없고 추천철회에 대하여서도 또한 인사위원회의 동의를 얻어야 하는 것이 조리상 요구되는 당연한 논리일 것이다. 그럼에도 불구하고 어떠한 새로운 공익적 사정이 생긴 것도 아닐뿐더러 인사위원회의 동의절차도 밟지

않고(이 점에 대하여 다수의견은 “당초 세무대학 인사위원회가 청구인에 대한 재임용을 동의하였다가 그 후 재임용추천절차진행을 철회하게 된 것이므로”라고 설명하여 애매모호한 판시를 하고 있으나 사건기록을 면밀히 검토한 바 동의절차를 밟지 않은 것으로 보인다) 세무대학장이 임의로 청구인에 대한 교원재임용추천을 철회한 것은 교원재임용추천권을 남용한 것으로서 이는 법치국가적 계율이자 조리상의 원칙인 신의성실의 원칙과 비례원칙을 위반하고 행정행위철회절차를 어긴 것으로서 이로인하여 청구인의 평등권·행복추구권·직업선택의 자유·공무담임권 등 기본권을 침해하였다고 아니할 수 없다.

끝으로 다수의견은 “인사위원회의 동의없이 재임용추천을 철회한 것과 그 추천행위가 자유재량행위나 기속재량행위나 하는 공권력행사에 대한 적법절차에 관한 부분은 청구인이 원고가 된 서울고등법원 91구 20731 교수지위확인사건의 판결(확정)에서 다투어 판시한 것이어서 청구인도 이 사건 청구의 기본주장으로 다투지 아니하고 있으므로 이에 대한 판단은 필요 없다.”라고 하였으나 이 사건 헌법소원의 대상인 공권력의 행사는 다수의견이 확정된 바와 같이 세무대학장의 청구인에 대한 교원재임용추천 철회행위로서 위 행정소송과는 다툼의 대상이 다를 뿐더러 위와 같은 행정소송의 확정판결이 있었음에도 불구하고 헌법재판소가 세무대학장의 청구인에 대한 교원재임용추천 철회행위를 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사로 보고 보충성 예외의 경우로 다투어 청구인의 이 사건 헌법소원을 적법한 심판청구로 인정한 이상윤위와 같은 조치는 매우 정당하다) 심판청구의 내용에 들어가서 그것이 이유 있는 것인지의 여부를 판단하여야 할 것이고 그러기 위해서는 세무대학장의 교원

재임용추천이나 그 철회행위가 자유재량행위나 기속재량행위냐의 여부 및 인사위원회의 동의 없이 재임용추천을 철회할 수 있는 것인지의 여부는 이 사건 교원재임용추천 철회행위의 적법여부를 판단하는 데 있어서의 전제 내지는 핵심부분이므로 위 행정소송에서 일반법원이 그에 대하여 어떻게 판단하였건 상관없이, 또한 그에 대한 청구인의 주장이 있건 없건 상관없이 헌법재판소로서는 반드시 그러한 점에 대하여 직권으로 판단하여야 할 것이고 또한 당연히 판단할 수 있는 헌법사항이다. 그러한 점에 대한 판단도 없이 헌법재판소가 이 사건 헌법소원에 대하여 심판하였다고 말할 수 없다. 다수의견의 위 주장은 필시 이 사건 헌법소원의 본질을 오인하였거나 아니면 일부러 외면한 것이 아닌가 생각된다.

마. 헌법재판소로서는 마땅히 세무대학장의 청구인에 대한 교원재임용추천 철회행위를 취소하고 또 다시 재임용추천을 하도록 하여야 한다. 그럼에도 불구하고 다수의견이 대학교원 재임용제도의 취지, 대학교원 신분보장의 중요성, 인사위원회의 기능, 세무대학장의 교원재임용추천에 대한 인사위원회의 동의를 성격 재임용추천철회에 대한 법치주의적 제한 등에 대하여 사려 깊은 고찰을 아니한 채, 청구인의 심판청구를 기각하고만 것은 다수의견이 이 사건을 너무 가볍게 본 때문이어서 매우 안타깝다. 이 사건은 청구인이 법원에 행정소송을 제기하였으나 교원재임용행위가 임용권자의 재량행위에 속한다느니 세무대학장의 교원재임용추천권은 세무대학장의 고유권한이므로 재임용추천철회에는 인사위원회의 동의가 필요없다는 등 법리상 납득할 수 없는 이유로 청구가 기각되자 최후의 권리구제수단으로 헌법재판소에 억울함을 호소하여 온 사건

임을 생각할 때 더욱 그러하다.

1993. 5. 13.

| | |
|-----|---------|
| 재판장 | 재판관 조규광 |
| | 재판관 변정수 |
| | 재판관 김진우 |
| | 재판관 한병채 |
| | 재판관 이시윤 |
| | 재판관 최광률 |
| | 재판관 김양균 |
| | 재판관 김문희 |
| | 재판관 황도연 |

불기소처분에 대한 헌법소원

(91헌마213 헌법재판소 전원재판부)

[판례집 5-1, 339~344]

【판시 사항】

원래의 불기소처분(不起訴處分)의 구제절차(救濟節次)에서 내려진 항고기각(抗告棄却) 및 재항고기각결정(再抗告棄却決定)에 대하여도 헌법소원심판(憲法訴願審判)을 청구(請求)할 수 있는지 여부

【결정 요지】

원래의 불기소처분(不起訴處分)의 구제절차(救濟節次)에서 내려진 결정(決定)인 항고기각(抗告棄却) 및 재항고기각결정(再抗告棄却決定)에 대하여 그 고유한 위헌사유(違憲事由)를 밝히지 아니한 채 그 불기소처분(不起訴處分)과 함께 취소를 구하는 데 불과한 경우에는, 항고(抗告) 또는 재항고기각결정(再抗告棄却決定)을 별도로 소원심판청구(訴願審判請求)의 대상으로 할 수 없다.

청 구 인 이 ○ 호
 대리인 변호사 황 길 현
피청구인 1. 서울지방검찰청 검사
 2. 서울고등검찰청 검사
 3. 대검찰청 검사

【참조 조문】

행정소송법(行政訴訟法) 제19조 (취소소송(取消訴訟)의 대상) 취소소송(取消訴訟)은 처분(處分) 등을 대상으로 한다. 다만, 재결취소소송(裁決取消訴訟)의 경우에는 재결(裁決) 자체에 고유(固有)한 위법(違法)이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다.

검찰청법(檢察廳法) 제10조 (항고(抗告) 및 재항고(再抗告)) ① 검사(檢事)의 불기소처분(不起訴處分)에 불복이 있는 고소인(告訴人) 또는 고발인(告發人)은 그 검사(檢事)가 속하는 지방검찰청(地方檢察廳) 또는 지청(支廳)을 거쳐 서면(書面)으로 관할(管轄) 고등검찰청검사장(高等檢察廳檢事長)에게 항고(抗告)할 수 있다. 이 경우 당해 지방검찰청(地方檢察廳) 또는 지청(支廳)의 검사(檢事)는 항고(抗告)가 이유 있다고 인정하는 때에는 그 처분(處分)을 변경(更正)하여야 한다.

다.

② 제1항의 항고(抗告)를 기각(棄却)하는 처분(處分)에 불복이 있는 항고인(抗告人)은 그 검사(檢事)가 속하는 고등검찰청(高等檢察廳)을 거쳐 서면(書面)으로 검찰청장(檢察廳長)에게 재항고(再抗告)할 수 있다. 이 경우 당해 고등검찰청(高等檢察廳)의 검사(檢事)는 재항고(再抗告)가 이유 있다고 인정하는 때에는 그 처분(處分)을 경정(更正)하여야 한다.

③ 제1항 및 제2항의 규정(規定)에 의한 항고(抗告) 및 재항고(再抗告)는 형사소송법(刑事訴訟法) 제258조 제1항의 규정(規定)에 의한 통지 또는 항고기각결정통지(抗告棄却決定通知)를 받은 날로부터 30일 내에 하여야 한다. 다만, 항고인(抗告人)에게 책임(責任)이 없는 사유로 인하여 그 기간(期間) 내에 항고(抗告) 또는 재항고(再抗告)하지 못한 것을 소명(疏明)하는 때에는 그 기간(期間)은 그 사유가 해소(解消)된 때로부터 기산(起算)한다.

④ 기소중지사유(起訴中止事由)가 해소(解消)되었거나 새로운 증거(證據)가 발견된 경우에 고소인(告訴人) 또는 고발인(告發人)이 그 사유를 소명(疏明)한 때에는 제3항 본문(本文)의 규정(規定)에 불구하고 항고(抗告) 또는 재항고(再抗告) 할 수 있다.

⑤ 형사소송법(刑事訴訟法) 제260조의 규정(規定)에 의한 재정신청(裁定申請)을 한 때에는 제1항의 규정(規定)에 의한 항고(抗告)를 하지 못한다. 다만, 재정결정(裁定決定) 전(前)에 그 신청(申請)을 취소(取消)한 때에는 제3항의 기간(期間) 내에 다시 항고(抗告)할 수 있다.

⑥ 항고인(抗告人)이 재정신청(裁定申請)을 한 때에는 그 항고(抗告)는 취소(取消)된 것으로 본다.

【참조 판례】

1991.4.1. 고지, 90헌마230 추가결정(판례집 3권, 195)

【주 문】

이 사건 심판청구 중 서울고등검찰청 검사의 항고기각결정 및 대검찰청 검사의 재항고기각결정에 대한 청구부분은 이를 각 각하하고 나머지 청구부분은 이를 기각한다

【이 유】

1. 이 사건 기록과 서울지방검찰청 90형제29871호 불기소사건의 기록에 의하여 사건의 개요와 고소사실의 요지를 본다

가. 사건의 개요

(1) 청구의 김○조는 1988.9.30. 인천지방법원에서 자기 매제인 원고 김○국·피고 이○희 등간의 88가단12669호 소유권이전등기말소 등 청구사건의 당사자본인신문을 받아 진술하고 1989.9.7. 인천지방법원 항소부에서 위 원고·피고간의 89나1346호 사건의 증인으로 선서하고 증언하였다.

(2) 청구인은 위와 같은 증언과 진술이 모두 허위의 공술에 해당된다고 하면서 1989.11.8. 위 김○조를 서울특별시 경찰국에 위증죄로 고소하여 동년 11.11. 위 고소장이 용산경찰서로 이첩되어 조사를 받았으며, 위 사건이 1990.4.2. 서울지방검찰청 90형제29871호로 송치되어 수사 후 동년 9.27. 혐의없음 처분되었다.

(3) 청구인은 서울지방검찰청 검사의 위와같은 혐의없음처분에 대하여 항고하였으나 1991.1.21. 항고기각되자 이에 불복, 재항고하여 동년 11.1. 재항고를 기각한다는 결정이 있어 동년 11.6. 그 재항고기각결정의 통지를 받게 되자, 1990.9.27.자 불기소처분 및 1991.1.21.자 항고기각결정, 동년 11.1.자 재항고기각결정으로 인하여 청구인의 평등권을 침해받았다고 주장하면서 동년 12.5. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다

나. 고소사실의 요지

(1) 피고소인은 1988.9.30. 인천지방법원에서 원고 김○국·피고 이○희 등간의 위 88가단12669호 사건의 당사자신문절차에서 진술함에 있어 자신의 기억에 반하여(그래서 피고(피고소인)는 1978.9.5. 원고에게 본건 임야를 찾아 원고에게 돌려주겠다고 각서를 쓰고 용서를 빌었다 제시된 갑 제7호증은 피고가 원고에게 써 준

각서 입에 틀림없다.”라고 위증하였다.

(2) 피고소인은 1989.9.7. 인천지방법원에서 위 사건에 대한 항소심 89나1346호 사건의 증인으로 선서한 후 증언함에 있어 자신의 기억에 반하여

① “원고는 증인의 매제로서 그 당시 주소가 인천시 남구○○동 760의 33번지였고 수표부도로 부산에 피하여 숨어 살고 있었으므로 이 ○호(칭구인)로 하여금 1974.3.29. 원고의 주소를 증인이 통장으로 있는 서울 용산구 ○○동 산 15번지로 주민등록을 옮기게 하고 증인은 통장의 직위를 이용하여 같은 해 4.10.경 원고의 목도장을 새겨 인감을 신고 하여 원고의 인감증명서를 발급받아 그 도장과 함께 동인에게 주었다”

② “그 당시 본건 임야는 평당 700원 정도로서 금 750만원 상당이었다.”

③ “원고의 인감증명서는 이○호의 밤나무 식재비용에 대한 담보 용인데 이○호가 매매용으로 해 달래서 그렇게 했다”

④ “증인은 소외 최○영을 모르고 해외취업을 부탁한 사실도 없다.”라고 각 위증하였다.

2. 먼저 서울고등검찰청 검사의 항고기각결정과 대검찰청 검사의 재항고기각결정에 대한 심판청구부분의 적법성을 살핀다 원래의 불기소처분의 구제절차에서 내려진 결정인 항고기각 및 재항고기각결정에 대하여 그 고유한 위헌사유를 밝히지 아니한 채 그 불기소처분과 함께 취소를 구하는 데 불과한 경우에는, 항고 또는 재항고기각결정을 별도로 소원심판청구의 대상으로 할 수 없다고 봄이 원처분주의를 채택한 행정소송법 제19조의 규정을 준용하는 현

법재판소법 제40조의 규정에 비추어 합당한 것인바 위 항고기각 및 재항고기각결정에 대하여 청구인이 따로 고유한 위헌사유를 내세우고 있지 않은 이상 이 부분 청구는 부적법함을 면할 수 없을 것이다

3. 나아가 이 사건 불기소처분에 대한 심판청구부분에 관하여 살피건대, 피청구인이 청구인의 고소사실에 대하여 현저히 정의와 형평에 반하는 수사를 하였거나 헌법의 해석 법률의 적용 또는 증거판단에 있어서 불기소결정에 영향을 미친 중대한 잘못을 저질렀다고 보여지지 아니하므로 이로 말미암아 청구인의 기본권이 침해되었다고 볼 수 없다

4. 결론

그렇다면 이 사건 심판청구 중 항고기각결정 및 재항고기각결정에 대한 심판청구부분은 부적법하여 이를 각 각하하고 그 나머지 심판청구 부분은 이유 없어 이를 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1993. 5. 13.

| | |
|-----|---------|
| 재판장 | 재판관 조규광 |
| | 재판관 변정수 |
| | 재판관 김진우 |
| | 재판관 한병채 |
| | 재판관 이시윤 |
| | 재판관 최광률 |

재판관 김양균

재판관 김문희

재판관 황도연

불기소처분에 대한 헌법소원

(1993. 5. 13. 92헌마8 헌법재판소 전원재판부)
[판례집 5-1, 345~349]

【판시 사항】

재기수사명령(再起搜查命令)이 내려진 불기소처분(不起訴處分)에 대한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)의 적법(適法) 여부

【결정 요지】

재기수사명령(再起搜查命令)이 내려진 불기소처분(不起訴處分)은 이미 효력(效力)을 잃었고 따라서 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)의 대상이 소멸되었다고 할 것이므로 동 불기소처분(不起訴處分)에 대한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)는 부적법(不適法)하다.

| | |
|-------|-----------------|
| 청 구 인 | 성 ○ 섭 |
| 대리인 | 변호사 오 세 훈 외 4인 |
| 피청구인 | 서울지방검찰청 서부지청 검사 |

【참조 조문】

헌법(憲法) 제11조, 제27조 제5항
헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

【참조 판례】

1991.12.24. 선고, 91헌마168 결정

【주 문】

피청구인의 1990.3.30.자 불기소처분(서울지방검찰청 서부지청 1990년 형제672호 결정)에 대한 심판청구는 각하하고, 피청구인의

1991.1.29.자 불기소처분(동 지청 1990년 형제29551호 결정)에 대한 심판 청구는 기각한다.

【이 유】

1. 이 사건기록과 서울지방검찰청 서부지청 1990년 형제672호 및 1990년 형제29551호 불기소사건기록에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

가. 청구인은 1990.1.9. 청구외 정○모와 동 이○우를 위 지청 1990년 형제672호로서 고소하였다. 그 고소사실의 요지는 "피고소인 정○모는 건설업체인 주식회사 ○○의 대표이사로서 서울 마포구 ○○동 256의 13 소재 '○○빌딩'의 자치위원회 회장인 자이고 같은 이○우는 자치위원회 부회장인 자이다 이들은 공모하여 피고소인 정○모는 1987.12.19. 위 주식회사 ○○가 당좌거래은행인 서울신탁은행 여의도지점으로부터 적색업체로 분류되어 당좌거래가 해지되어 어음을 발행하더라도 지급기일에 지급할 의사나 능력이 없음에도 불구하고 기히 제3자에게 발행하였다가 회수한 위 은행 여의도지점 어음번호 예3494117호인 약속어음을 1987.12.21. 액면금을 8,400만원으로, 지급기일은 1988.4.21.로 정정 기재하고, 피고소인 이○우는 위 어음에 배서한 후, 청구인이 그 동안 대납하여 주었던 피고소인 정○모의 ○○빌딩 관리비 체납금 8,400만원의 담보조로 교부한 후 지급기일에 부도케하여 그 지급을 면함으로써 고소인 및 고소인의 남편 김○근에게 동액상당의 손해를 가하고 동액상당의 재산상 이익을 취득함으로써 사기죄를 범한 것이다. 아울러 위 어음의 액면을 정정한 것이 죄가 성립된다면 처벌하

여 달라"는 취지이다.

나. 피청구인은 위 고소사건위 지청 1990년 형제672호)에 관하여 1990.3.30. 혐의없음의 불기소처분을 하였다. 청구인은 이에 불복하여 항고를 하였으나, 그 항고가 이유없다고 기각되자 청구인은 재항고하였다. 그 결과, 재항고가 이유있다고 받아들여져 1990.11.12. 검찰총장이 위 불기소처분에 관한 재기수사를 명하였다.

피청구인은 위 고소사건을 위 지청 1990년 형제29551호로 제기하여 다시 수사를 한 후 1991.1.29. 역시 혐의없음의 불기소처분을 하였다. 청구인은 위 불기소처분에 불복하여 검찰청법에 따라 항고 및 재항고를 적법하게 하였으나 모두 기각되었다.

다. 이에 청구인은 피청구인의 위 혐의없음의 두 차례의 불기소처분이 청구인의 헌법상 보장된 기본권을 각 침해하였다 하여 1992.1.14. 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다

2. 청구인은 이 사건에서 피청구인의 위 두 차례(1990.3.30.자 및 1991.1.29.자)의 불기소처분 모두에 대하여 그 취소를 구하고 있으므로 이를 차례로 살펴보기로 한다.

가. 먼저 1990.3.30.자 불기소처분(위 지청 1990년 형제672호 결정)에 대한 청구부분에 관하여 본다.

이 불기소처분에 관하여는 위에서 본 바와 같이 재항고 결과 검찰총장이 1990.11.12. 동 처분에 대한 청구인의 재항고를 이유있다고 받아들여 사건의 재기수사를 명하였고, 이에 따라 처분청인 피청구인이 사건을 서울지방검찰청 1990년 형제29551호로 제기하여 다시 수사를 한 다음 1991.1.29. 역시 혐의없음의 불기소처분을 하였다.

그렇다면 위 1990.3.30.자 불기소처분은 이미 효력을 잃었고 따라서 헌법소원심판청구의 대상이 소멸되었다고 할 것이므로 동 불기소처분에 대한 헌법소원심판청구는 부적법하다

나. 다음으로 1991.1.29.자 불기소처분(위 지청 1990년 형제29551호 결정)에 대한 청구부분에 관하여 본다.

살피건대, 피청구인이 위 고소사실에 대하여 현저히 정의와 형평에 반하는 수사를 하였다거나 헌법의 해석 법률의 적용 또는 증거판단에 있어서 이 불기소처분의 결정에 영향을 미친 중대한 잘못이 있었다고 보여지지 아니하며, 달리 피청구인이 한 이 불기소처분이 헌법재판소가 관여할 만큼의 자의적인 처분이라고 볼 자료도 없으므로 그로 인하여 청구인의 기본권이 침해되었다고 할 수 없다 따라서 청구인의 이 불기소처분에 대한 헌법소원심판청구부분은 이유없다

다. 이에 피청구인의 1990.3.30.자 불기소처분에 대한 청구인의 심판청구는 부적법하여 각하하고, 피청구인의 1991.1.29.자 불기소처분에 대한 청구인의 심판청구는 이유없어 기각하기로 하여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

1993. 5. 13.

| | |
|-----|---------|
| 재판장 | 재판관 조규광 |
| | 재판관 변정수 |
| | 재판관 김진우 |
| | 재판관 한병채 |

재판관 이시윤

재판관 최광률

재판관 김양균

재판관 김문희

재판관 황도연

불기소처분에 대한 헌법소원

(1993. 5. 13. 92헌마36 헌법재판소 전원재판부
(판례집 5-1, 350~364)

【판시 사항】

검사(檢事)의 무혐의(無嫌疑) 불기소처분(不起訴處分)으로 인한 기본권침해(基本權侵害)가 인정된 사례

【결정 요지】

검사(檢事)가 청구인(請求人)의 고소사실(告訴事實)에 대하여 믿을 수 없는 증거에만 의존한 나머지 수사의 방향을 잘못 설정함으로써 고소사실(告訴事實)의 일부이고 사건의 핵심에 대한 수사가 거의 행하여지지 않았으며 그 결과 합리성이 결여된 사실에 기초하여 피고소인(被告訴人)들에게 무혐의(無嫌疑) 불기소처분(不起訴處分)을 하였으니 피청구인(被請求人)인 검사(檢事)는 검찰권(檢察權)을 행사(行使)함에 있어 차별없이 성실한 수사를 요구할 수 있는 청구인의 평등권(平等權)과 재판절차진술권(裁判節次陳述權)을 침해하였다고 한사례

재판관 김진우, 재판관 한병채, 재판관 김문희의 반대의견(反對意見)

이 사건 불기소처분(不起訴處分)은 이를 취소(取消)할 필요가 없거나 헌법재판소(憲法裁判所)가 간여할만한 어떠한 잘못도 없다고 생각되므로 이를 취소(取消)할 만한 이유가 없다.

| | |
|-------|----------------|
| 청 구 인 | 박 ○ 영 |
| | 대리인 변호사 박 태 훈 |
| 피청구인 | 수원지방법원 여주지청 검사 |

【참조 조문】

헌법(憲法) 제11조 제1항, 제27조 제5항
헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

【주 문】

수원지방법검찰청 여주지청 90년 형제4377, 8052호 사건에 있어서 피청구인이 1991.2.28. 피의자 김○근, 동 송○호, 동 이○학, 동 이○수, 동 김○훈에 대하여 한 불기소처분은 청구인의 평등권을 침해한 것이므로 이를 취소한다.

【이 유】

1. 이 사건 기록과 증거자료(수원지방법검찰청 여주지청 90년 형제4377, 8052호 수사기록)에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다

가. 경기 ○○읍 소재 액화석유가스 판매업체인 '○○가스'의 종업원 전○설은 1990.3.19. 20:30경 청구인이 경영하는 같은 읍 소재 음식점 '○○회관'에서 주방용 버너의 가스호스를 위 회관 옥상에 설치된 가스통에서 내려오는 쇠파이프 배관에 연결하는 작업을 하였다. 당시 옥상에 설치된 가스통에서 주방쪽으로 내려온 쇠파이프 배관은 주방까지 내려온 후 두방향으로 갈라져 한쪽은 주방용 버너로 연결되는 것이고 다른 한쪽은 주방 바깥의 객실 밑에서 끝나 있었고 다만 객실 밑으로의 가스누출을 차단하기 위하여 위 파이프에서 갈라져 나와 객실쪽 파이프가 시작되는 곳에 중간밸브가 설치되어 잠겨져 있었다 그런데 위 전○설은 주방용 버너와 위 쇠파이프 배관사이에 고무호스를 연결한 후 점화실험을 하는 과정

에서 객실 쪽으로 가는 파이프에 설치된 위 중간밸브가 주방용 버너쪽의 파이프를 중간에서 차단하는 중간밸브인 것으로 오인하고 이를 열어 놓음으로써 옥상의 가스통에 있던 가스가 위 객실 밑으로 뚫어 있는 배관 끝부분으로 유출되게 하였으며, 그로 인하여 같은 날 21:40경 객실 밑 공간에 가득 차게된 가스가 주방의 석유버너불에 인화되어 폭발함으로써 위 음식점이 대파되고 청구인의 처 김○영, 종업원 안○숙 등이 각 전치 20주의 상해를 입고, 손님 김○중 등 7명이 각 전치 2주의 상해를 입는 사고가 발생하였다.

이 사건을 수사한 인천경찰서는 현장검증당시 객실 밑의 배관 끝부분에 파이프를 개폐할 수 있는 콕(마개)이 부착되어 있었고 당시 그 콕은 개폐손잡이가 부러진 채로 잠겨져 있는 것을 확인하고서 그렇다면 폭발사고는 객실 밑의 배관 끝부분에서 가스가 유출되어 일어난 사고가 아니라 객실안에서 가스가 유출되어 폭발한 것으로 판단하고, 사고 당일 객실안의 가스버너 호스연결작업을 하였던 위 음식점 종업원 이○기와 그에게 호스연결 작업을 지시한 청구인의 처 김○영을 업무상과실치상혐의로 인지하였고, 액화석유가스판매업체 '○○가스'의 대표 이○학과 그의 종업원 전○설에 대하여는 다만 그들이 '○○회관'에 가스공급을 함에 있어 안전점검을 제대로 실시하지 않았다는 등의 혐의로 액화석유가스의 안전및사업관리법 위반혐의로 인지한 후 같은 해 5.1. 위 피의자들을 모두 수원지검 여주지청에 불구속 송치하였다.

나. 청구인은 위와 같은 경찰의 수사결과에 대하여 증거가 조작되었다고 주장하면서 수사경찰관 등을 진정하였고, 그 후 같은 해 8.7.과 12.1.에는 이 사건 수사경찰관들인 김○근, 송○호, 김○

훈, 이○수 및 위 이○학 등 도합 5명을 증거인멸 등 혐의로 2회에 걸쳐 고소하였는데 고소사실의 요지인즉 피고소인들은 공모하여 1990.3.19. 21:40경 위 음식점에서 위 전○설이가 주방버너와 건물 옥상의 가스통을 연결하는 배관작업을 하던 중 중간밸브를 잘못 조작하여 가스가 누출됨으로써 폭발사고가 발생하자 위 전○설이가 형사처벌을 받게될 뿐만아니라 ‘○○가스’ 대표인 피고소인 이○학에게 그에 대한 민,형사책임이 돌아오게 될 것을 우려한 나머지 공모하여 같은 달 22. 오전경 위 가스폭발사고에 대한 실황조사가 시작되기 이전에 사실은 배관끝에 콕이 설치되어 있지 않았음에도 마치 폭발사고 당시 콕이 설치되어 있었던 것처럼 위장하기 위하여, 배관끝에 콕을 부착해 놓았을 뿐더러 실황조사시에 이를 압수조치한 후 그 배관을 인천경찰서 수사과 형사계 사무실에서 보관하던 중 새로운 배관으로 교체하였으며 또한 그 시경 위 음식점 옥상에 있던 가스통이 가스누출로 인하여 거의 비어 있는 상태인 것을 없애버리고 가스가 가득찬 새로운 가스통으로 교체하였는바, 피고소인들의 위와 같은 행위는 증거인멸죄에 해당될 뿐더러 경찰관들인 피고소인들에 대하여는 동시에 직무유기죄에도 해당되므로 수사하여 엄벌하여 달라는 것이었다.

다. 이 사건을 수사한 피청구인은 우선 위 김○영 및 이○기등에 대한 업무상과실치상혐의에 대하여는 사고의 원인이 위 전○설이 가스배관 연결작업 중 중간밸브를 잘못 연데서 기인한 사고로 결론짓고 같은 해 11.12. 김○영, 이이기에 대하여 무혐의처분을 하는 한편 위 전○설이를 업무상과실치상죄와 액화석유가스의안전및사업관 리법위반죄로 위 이○학을 액화석유가스의안전및사업관

리범위범죄로 각 구속 기소하였으나 청구인이 고소한 이 사건 수사경찰관들과 이○학에 대한 증거인멸죄 등 피의사실에 대하여는 1991.2.28. 증거불충분을 이유로 각 무혐의처분을 하였으며 이에 대하여 청구인은 항고, 재항고를 거쳐(재항고기각결정이 1992.1.25. 청구인에게 송달되었다.) 1992.2.22. 이 사건 헌법소원의 심판청구를 한 것이다

라. 증거인멸죄 피의사실에 대한 검사의 불기소이유를 보면“우선 압수된 록이 교체되었다는 점에 관하여 경찰관인 피고소인들은 위 배관을 압수한 다음날 곧바로 국립과학수사연구소에 감정의뢰하였으므로 이를 교체한 사실이 없다고 변명하고 피고소인 이○학은 청구인의 처가 폭발사고 약 1주일전에 록과 연결된 배관을 제거해 달라고 요청하여 그 무렵 이○학자신이 새로 교체한 것이라고 변명하는 데 대하여 청구인은 압수한 배관과 현재 존재하는 배관이 다르다고 주장하나 경찰실황조사당시 촬영한 사진 국립과학수사연구소장 작성의 감정의뢰회보의 기재내용 및 참고인 임헌권의 진술에 비추어 피고소인들의 변명에 수긍이 가고, 이에 반하는 듯한 위 감정의뢰회보상에 록과 엘보의 이음부에서 열변형 형태가 식별되지 않는다는 점에 관하여는 이음부의 폭발당시 위치로 보아 록이 교체된 것이라는 사실을 뒷받침하기 어렵고 청구인의 주장에 부합하는 듯한 참고인 지○태, 조○균의 일부 진술은 앞에서 인정된 압수시 증거물의 상태 등에 비추어 이를 받아들이기 어렵고 피고소인 이○학에 대한 거짓말탐지기검사결과 및 참고인 이설우의 진술만으로는 피의사실을 인정하기에 부족하고 달리 피고소인들이 본건 폭발사고후에 록을 교체하였거나 가스통을 교체하였다는 점

을 인정할만한 자료 없으므로 결국 범죄혐의 없고 따라서 경찰관인 피고소인들에 대한 직무유기의 점도 증거없어 범죄혐의 없다라고 되어 있다.

2. 그러므로 보건대

가. 수사기록에 의하면 이 사건 사고의 폭발지점이 객실 밑의 공간인 점에 대하여는 의문이 없는 상태이다 그런데 폭발사고 후 현장실황조사시에는 객실밑의 가스배관 끝에 콕이 설치되어 있었고 그 콕은 잠겨져 있는 상태였으므로 폭발 직전에도 그러한 상태였다면 객실 밑에 가스가 모일 수가 없었으니 객실밑에서 폭발할 여지가 없다 따라서 객실 밑에서 폭발한 것이라고 하려면 배관끝에 콕자체가 아예 없었거나 있었다 할지라도 그것이 열려 있었거나 하는 양자 중의 하나일 수밖에 없을 것임에도 불구하고 실황조사시에 콕이 설치되어 있고 또 그것이 잠겨져 있는 상태였다면 일용 사고후 실황조사 전에 조작되었을 가능성에 대하여 의심을 갖지 않을 수 없는 것이다 그런데 검사는 위와 같은 점을 전혀 문제로 삼지 않고 폭발사고 당시 위 콕이 당연히 존재하고 있었던 것을 전제로 하여 실황조사시에 압수된 다음에 이것이 교체되었는가의 여부에 대하여만 중점을 두고 수사한 끝에 증거 없다는 이유로 무혐의 처분하였다. 그러나 검사의 처분에는 다음과 같은 잘못이 있다.

첫째, 청구인이 처음에 제출한 고소장(수사기록 4 내지 6면)을 보면 청구인은 실황조사시에 압수된 가스배관이 그후 교체되었다는 주장만하고 있는 것이 아니라, 사고 당시에는 배관끝에 콕이 없었는데 폭발사고 후 현장실황조사시에는 콕이 부착되어 있었다는 점을 분명히 지적하고 있을 뿐더러, 실황조사 당시 객실밑의 가스

배관끝에 부착된 콕에 대한 가스누출시험결과 가스가 누출되지 않는다는 사실이 확인되었으니 이것이 압수된 후 굳이 다른 콕을 바꿔질 아무런 필요성이 없는 것이므로 검사로서는 압수된 콕이 교체되었는지 여부를 수사하기보다는 폭발사고 후 실황조사전에 콕을 부착시켰거나 아니면 흠이 없는 다른 콕으로 교체하였는지의 여부에 대하여 수사하여야 할 것임에도 불구하고 검사는 수사방향을 잘못잡아 압수된 콕이 교체되었는지의 여부에 중점을 두고 수사를 하고 정작 수사해야 할 폭발사고후 실황조사전에 콕을 부착시켰거나 콕을 교체하였는지의 여부에 대하여는 수사를 아니하였다.

둘째, 검사는 폭발사고 약 1주일전에 콕과 연결된 배관을 제거해 달라는 청구인의 차(김○영)의 요청에 따라 자기가 콕을 교체하였다는 피고소인 이○학의 변명을 수궁이 가는 변명이라면서 이를 받아들였고 그러다보니 앞에서(첫째 부분) 지적하다시피 수사 방향을 잘못 잡아 폭발사고 후 실황조사전의 콕의 부착 또는 교체 가능성에 대하여는 수사를 아니한 것으로 보여지는데, 검사가 이○학의 변명을 받아들인 근거로 설명하고 있는 자료(경찰실황조사 당시 촬영한 사진 국립과학수사연구소장 작성의 감정의뢰회보의 기재내용 및 참고인 엄○권의 진술)를 아무리 검토하여도 그것들은 이○학의 변명을 뒷받침하는 자료가 될 수 없고 이○학의 주장은 이를 그대로 믿기에는 다음과 같은 문제점이 있다. 즉 이○학은 수차례에 걸친 경찰조사와 검찰조사시(90.4.3. 경찰 1회 피의자신문조서 동년 8.17. 경찰 2회 피의자신문조서 동년 10.25. 검찰 1회 피의자신문조서)까지 콕의 교체에 관하여는 일언반구 언급이 없다가 청구인으로부터 증거인

밑의 혐의로 고소당하자 사고발생 후 7개월 후에 느닷없이 종전의 진술을 번복하면서 폭발사고 이전에 콧을 교체한 적이 있다고 주장하고 나왔는데(동년 11.7. 검찰 2회 피의자신문조서), 참고인 이○우의 진술(‘90.11.14. 검찰 진술조서)에 의하면 이○학이 콧을 교체하였다고 주장하는 시점에는 객실바닥을 높이는 공사를 하는 중이었는데 그 때는 이미 객실바닥 위, 즉 콧이 있던 공간 위를 합판으로 덮고 못질이 끝난 후여서 콧을 갈아 끼울 수 없는 상태였다. 그리고 청구인의 처 김○영이 참고인 송○환(청기회관)에 온수기를 설치하였던 사람으로서 폭발사고가 나자 혹시 자기가 설치한 온수기에 하자가 있어 일어난 사고가 아닌가 걱정이 되어 현장에 가본 사람의 진술을 녹취한 녹취서의 내용에 의하면 그는 청구인과 그의 처 김○영에 대하여 “……배관라인 끝에 가랑(콧)이 없었습니다. 처음에는(수사기록 787면)”, “파이프만 있는 상태로 불발브가 열린 상태인데 사고가 났었으며 터져나가면 나갔지 그냥 파이프를 돌려 빼는 상태였었거든요? 그래서 인제 우리가 ○○가스로 내려와서 파이프 가랑이 열려있는 상태다라고 그랬더니 그 때 가서야 거기 끼어있던 가랑이 아니라 딱 가랑(콧)을 가지고 올라가서 낀 것 같아요. 우리는 요거만 알고 인제 얘기를 해준건데 그리고 검찰(경찰)측에 그 기계, 재는 기계를 가지고 오라 그래가지고 올라가서 그 재검할 때 가보니까 가랑이 끼있더라 얘기에요 그래서 그 기간이 그러니까 우리가 오전에 일찍 본거구 오후에 그랬으니까 한 5시간 정도 흘린 것 같아요……(기록 787면)”, “바뀐거지. 결국은 없던 걸 갖다 끼워논거죠(기록 787면)”, “그 콧이 없었던 것을 조○균도 알죠(기록 790면)”라고 진술하였는데 결국 그 요지는 현장실황조사 전에는 가스배관끝

에 콕이 없었는데 실황조사 때 보니 콕이 끼워있더라는 것이다 그리고 송○환은 수원지방법원에서의 증인신문시 “사고 다음날 가스배관 끝을 본 사실은 있으나 콕이 있었는지는 기억에 없다.”고 진술 하면서도 김○영과 대화한 녹취서에 대하여는 “녹취하는 줄은 몰랐으나 그 당시 사실대로 이야기하였다.”고 증언하였으며(심판기록 396면) 거짓말탐지기시험결과 폭발사고 전에 콕을 갈아 끼웠다는 이○학의 진술에 대하여 거짓말반응이 나왔음을 알 수 있는바 위와 같은 사실들에 비추어 이○학의 진술은 믿을 것이 못된다. 그리고 이상을 종합하면 폭발사고 당시에는 콕장치가 안 되어 있었거나 현재 압수되어 있는 콕은 존재하지 않았다고 보는 것이 제반증거에 부합되는 건전한 사실인정이라 할 것이다 그럼에도 불구하고 검사는 이 점에 대하여 거의 수사를 함이 없이 사건을 종결하였다.

3. 결국 이 사건에서 피청구인은 폭발사고후 실황조사전에 콕이 새로이 끼워진 것인지 여부, 그것이 피고소인 이○학의 행위인지 경찰관인 다른 피고소인들이 가담하였는지 여부(폭발사고후 경찰이 사고현장을 지키면서 사람의 출입을 금지시키고 있었다)에 대하여 중점을 두고 수사를 하였어야 함에도 불구하고 도저히 믿을 수 없는 증거에만 의존한 나머지 수사의 방향을 잘못 설정하였고 그 결과 고소사실의 일부이고 사건의 핵심부분에 대한 수사가 거의 행하여지지 않았으며 그 결과 합리성이 결여된 사실에 기초하여 피고소인들에게 무혐의 불기소처분을 하였으니 피청구인은 검찰권을 행사함에 있어 차별 없이 성실한 수사를 요구할 수 있는 청구인(고소인)의 권리(평등권)와 재판절차진술권 등을 침해하였다고 아니 할 수 없다. 그러므로 헌법재판소법 제75조 제3항에 의하여 검사의 불

기소결정을 취소하기로 하여 주문과 같이 결정한다

이 결정에는 재판관 김진우, 재판관 한병채, 재판관 김문희의 반대의견이 있다.

4. 재판관 김진우, 재판관 한병채, 재판관 김문희의 반대의견

가. 다수의견은 이 사건 폭발사고 당시 동 폭발사고가 난 건물의 객실 밑에 시설된 가스배관파이프 끝에 콕이 시설되어 있지 않았던 것을 피고소인 이○학이 동 폭발사고 이후 실황조사시까지 사이에 위 객실 밑의 위 파이프 끝에 콕을 끼워 증거인멸을 한 혐의가 짙고 여기에 나머지 피고소인들도 공모 내지 묵인하고 그 직무를 유기한 의혹이 짙은 데도 불구하고 이 점에 대한 수사가 미진인채 혐의없음의 결정을 하였으니 피청구인의 이 사건 불기소처분을 취소하여야 한다고 함에 있다

나. 이에 먼저 피고소인 이○학에 대한 증거인멸 피의사실 부분부터 본다.

(1) 국립과학수사연구소의 감정결과(수사기록 304정 내지 308정)에 의하면 위 콕이 위 파이프 끝에 위 사고 당시 시설되지 않았던 것을 위 폭발사고 이후 실황조사시까지 사이에 시설한 것이라고 단정할 수 있는 가도 의문이 있지만 위 사건 수사기록에 의하면 위 객실 밑의 위 파이프의 배관공사는 1988년 피고소인 이○학이 한 것이고(수사기록 610정), 청구외 전○설은 동 배관공사에 관여한 바 없어 객실 밑의 파이프에 대한 중간 밸브를 주방 버너 쪽으로 가는 가스를 중간에서 차단하는 중간 밸브인 것으로 오인하는 정도였던 점이 인정된다 그리고 배관파이프 끝에 콕을 시설하지 않으면 파이프 끝을 통하여 가스가 파이프 밖으로 분출되어 폭발할 우려가

크므로 가스배관공사를 하는 경우 반드시 파이프 끝은 콕을 시설하는 것이 상식이고, 누구든 기존 가스배관의 파이프 끝에 콕이 시설되어 있지 않다고 생각할 사람은 없다.

(2) 그러므로 만일 다수의견이 의심하는 바와 같이 이 사건 폭발사고 발생 당시 위 객실 밑의 위 파이프 끝의 콕이 시설되어 있지 않았기 때문에, 즉 1988년에 위 객실 밑의 위 가스 파이프를 배관하는 공사 시공시에 그 파이프 끝에 동 파이프를 통과한 가스가 파이프 끝에서 동 파이프 밖으로 분출하지 못하도록 콕을 시설하지 아니하였기 때문에 위 객실 밑에 위 파이프가 묻힌 것조차 모른 위 전○설이 위 객실 밑의 파이프의 중간밸브를 주방 버너쪽에 연결된 파이프의 중간차단밸브로 오인하여 이를 열자, 위 객실 밑의 파이프 끝을 통하여 가스가 동 파이프 밖으로 분출함으로써 발생한 사고이고 이로 인하여 사람들이 화상 등을 입었다면, 파이프 끝에는 안정상 반드시 콕을 시설하게 되어 있으므로 그 폭발사고로 인한 과실치상의 책임은 오직 위 파이프의 배관공사를 하면서 그 파이프 끝에 콕을 시설하지 아니한 피고소인 이○학에게만 있는 것이고, 위 청구의 전○설 또는 그 밖의 누구에게도 위 객실 밑의 파이프 끝에 콕이 시설되어 있지 아니한 것이 직접원인이 되어서 발생한 폭발사고에 관련된 업무상 과실치상책임도 액화석유가스의 안전 및 사업관리법상의 형사책임도 없다고 할 것이다 그렇다면 가사 위 폭발사고 당시 위 객실 밑의 위 파이프 끝에 콕이 시설되어 있지 않았던 것을 피고소인 이○학이 1990.3.19. 폭발사고 이후 동년 3.22. 오전 실황조사 시까지 사이에 위 콕을 시설하였다고 하더라도 이 때는 아무도 형사입건되기 전이어서 이는 동 피고소인이 자기의

업무상 과실치상죄와 액화석유가스의 안전 및 사업 관리법 위반에 대한 증거를 인멸하는 의사로서 하였을 뿐 타인에 대한 형사사건에 대한 증거를 인멸한다는 의식은 없었다고 함이 경험칙과 논리칙에 합치한다

(3) 그런데 형법 제155조 제1항에 의하면 증거인멸죄는 타인의 형사사건 또는 징계사건에 대한 증거를 인멸한 경우에만 성립하는 것이고 자기에 대한 형사사건에 대한 증거를 인멸한 경우에는 동죄가 성립되지 않는다.

(4) 그렇다면 다수의견과 같이 수사를 더하여 이○학이 위 폭발사고 이후 실황조사시까지 사이에 위 객실 밑의 위 파이프 끝에 위 콧을 시설하여 증거를 인멸한 점을 밝혀낸다고 하여도 동 피고소인에게 증거인멸죄의 죄책을 지울 수는 없는 것이고 어차피 동 피고소인에 대한 증거인멸 피의사실에 대하여 불기소처분을 하여야 할 것이다 따라서 동 피고소인에 대하여 다수의견과 같이 이 점에 대한 수사미진이라는 이유로 피고소인 이○학에 대한 이 사건 불기소처분을 취소할 필요는 없다고 생각된다.

다. 다음으로 경찰관인 피고소인 김○근, 동 송○호, 동 김○훈 및 동 이○수가 위 피고소인 이○학에 대한 증거인멸행위에 공모하였다는 피의사실 부분을 본다.

(1) 다수의견은 경찰관이 위 폭발사고 이후 부터 위 실황조사시까지 현장을 지키고 있었으므로 경찰관과 공모내지 묵인하지 않는 한 위 이○학이 위 객실 밑의 위 파이프 끝에 위 콧을 시공할 수 없다는 전제하에 경찰관인 피고소인들에 대한 피의사실에 대하여도 수사미진으로 인하여 혐의없음의 처분을 한 것으로 보고 있다

(2) 그러나 경찰관인 김○근은 이천경찰서 수사과장이고 피고소인 김○훈은 동서 형사계 계장이고, 피고소인 송○호는 동서 수사과 경장이고, 피고소인 이○수는 동서 수사과 직원일 뿐 위 폭발사고가 난 현장을 간수한 자들이 아니다. 위 수사기록에 의하면 1990.3.19.부터 3.20.까지 현장을 간수한 자는 의경 정○길과 이천경찰서 동부파출소 경찰관 하○수이며 1990.3.20. 이후의 현장보존 책임은 치안본부 감식계에게 인계하였다는 것이다(수사기록 627정 참고인 하○수의 진술 참조). 그러므로 경찰관인 위 피고소인들이 위 폭발사고 이후 부터 위 실황조사시까지 폭발사고 현장을 간수한 것을 전제로 동 피고소인들이 위 이○학이 위 폭발사고 이후 실황조사시까지 사이에 위 객실 밑의 가스배관파이프 끝에 위 콧을 시설하여 증거를 인멸함을 묵인하거나 공모하였다고 보기는 어렵다. 또 경찰관인 피고소인들이 위 폭발사고 후 부터 실황조사시까지 사이에 현장의 간수자에게 피고소인 이○학의 위 콧의 시설행위를 허용하라고 지시하였다는 증거도 없고 지시할 까닭도 없다고 생각된다

(3) 결국 피고소인 이○학이 위 폭발사고 후에 위 객실 밑의 위 파이프 끝에 위 콧을 처음 시공하였다고 가정해도 폭발현장을 간수하지도 않은 경찰관인 피고소인 김○근, 동 송○호, 동 김○훈 및 동 이○수가 피고소인 이○학의 위 콧의 시설행위를 묵인 내지 공모하였다고 할 수 없다. 그러므로 피청구인이 이 점에 대하여 수사의 미진으로 인하여 경찰관인 이들 피고소인들에 대하여 혐의없음의 결정을 하였다고 할 수 없다. 따라서 이 점에 대한 피청구인의 이 사건 불기소처분에 헌법재판소가 간여하여야 할 정도의 어떠한 잘못도 없다고 생각된다

라. 끝으로 위 경찰관인 김○근, 동 송○호, 동 김○훈 및 동 이○수에 대한 직무유기에 대한 피의사실 부분을 본다

위 피고소인 이○학의 증거인멸에 관련한 위 경찰관들에 대한 직무유기 피의사실도 위 피고소인 이○학이 위 폭발사고 이후 실황조사시까지 사이에 위 객실 밑의 위 파이프 끝에 위 폭을 시설하는 것을 공모 내지 묵인하였다고 할 수 없는 점은 이미 위에서 본 바와 같아서 이 점에 대한 혐의없음의 처분을 한 피고소인의 이 사건 불기소처분에 헌법재판소가 간여할 만한 어떠한 잘못도 있다고 할 수 없다(뿐만 아니라 직무유기죄의 법정형은 1년 이하의 징역이나 금고 또는 3년 이하의 자격정지에 처하게 되었으므로 형사소송법 제249조 제1항 제5호에 의하여 공소시효기간은 3년인바 1993.3.21.로 그 기간이 이미 만료된 점에서도 이 점에 대한 불기소처분을 취소할 수 없다).

마. 필경 이 사건 불기소처분은 이를 취소할 필요가 없거나 헌법재판소가 간여하여야 할만한 어떠한 잘못도 없다고 생각되므로 이를 취소할 만한 이유가 없다고 생각되어 다수의견에 반대하는 것이다

1993. 5. 13.

재판장 재판관 조규광
 재판관 변정수
 재판관 김진우
 재판관 한병채

재판관 이시윤

재판관 최광률

재판관 김양균

재판관 김문희

재판관 황도연

체육시설의설치·이용에관한법률시행규칙 제5조에 대한 헌법소원

(1993. 5. 13. 92헌마80 헌법재판소 전원재판부)
[판례집 5-1, 365~385]

【판시 사항】

1. 명령(命令)·규칙(規則)의 헌법소원(憲法訴願)의 대상성(對象性)
2. 법령(法令)에 대한 헌법소원 청구기간(憲法訴願請求期間)
3. 헌법소원심판(憲法訴願審判)에 있어서 헌법재판소의 판단(判斷)의 범위(範圍)
4. 체육시설의설치·이용에관한법률시행규칙 제5조가 직업선택(職業選擇)의 자유(自由)와 평등권(平等權)을 침해(侵害)하고 위임입법(委任立法)의 한계(限界)를 일탈(逸脫)한 것이어서 위헌(違憲)인지 여부

【결정 요지】

1. 명령(命令)·규칙(規則) 그 자체에 의하여 직접(直接) 기본권(基本權)이 침해(侵害)되었을 경우에는 그것을 대상(對象)으로 하여 헌법소원심판을 청구할 수 있고, 그 경우 제소요건(提訴要件)으로서 당해 법령(法令)이 구체적 집행행위를 매개로 하지 아니하고 직접적(直接的)으로 그리고 현재적(現在的)으로 국민의 기본권을 침해하고 있어야 한다.

2. 가. 법령(法令)에 대한 헌법소원에 있어서 법령(法令)이 시행(施行)된 뒤에 비로소 그 법령에 해당되는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 자는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구하여야 한다.

나. 그 “사유가 발생한 날”이라는 것은 당해 법령(法令)이 청구인의 기본권을 명백(明白)히 구체적으로 현실(現實) 침해(侵害)하였거나 그 침해가 확실히 예상(豫想)되는 등 현체적(現體的) 제요건(諸要件)이 성숙(成熟)하여 헌법판단(憲法判斷)에 적합(適合)하게 된 때를 말

한다.

3. 헌법소원심판이 청구되면 헌법재판소로서는 청구인의 주장에만 얽매어 판단을 한정할 것이 아니라 가능한 모든 범위에서 헌법상의 기본권 침해의 유무를 직권으로 심사하여야 한다.

4. 가. 당구장(撞球場) 경영자인 청구인에게 당구장 출입문에 18세 미만자에 대한 출입금지 표시를 하게 하는 이 사건 심판대상규정은 법령이 직접적으로 청구인에게 그러한 표시를 하여야 할 법적 의무를 부과하는 사례에 해당하는 경우로서, 그 표시에 의하여 18세 미만자에 대한 당구장 출입을 저지하는 사실상(事實上)의 규제력(規制力)을 가지게 되는 것이므로 이는 결국 그 계시의무규정(揭示義務規定)으로 인하여 당구장 이용고객의 일정 범위를 당구장 영업대상에서 제외시키는 결과가 된다고 할 것이고 따라서 청구인을 포함한 모든 당구장 경영자의 직업중사(職業從事)(직업수행(職業遂行))의 자유(自由)가 제한(制限)되어 헌법상 보장되고 있는 직업선택(職業選擇)의 자유(自由)가 침해(侵害)된다.

나. 체육시설의설치·이용에관한법률 및 동시행령에서 당구장영업에만 유독 18세 미만자 출입금지표시 규정을 두어 영업의 대상범위에 일정한 제한을 가하는 것은 위 법률(法律)에 명시(明示)되어 있는 국회(國會)의 입법 의지(立法意志)에 비추어 볼 때 합리적이라 하기가 어렵고 대국가적(對國家的) 기속성(羈束性)에 기인하는 입법(立法)에 있어서의 평등(平等)의 원칙에 대한 적합한 예외사유로 판단되기 어렵다.

다. 당구장에 대한 출입규제 내지 봉쇄는 법률(法律)(또는 법률이 구체적으로 명확히 범위를 정하여 위임(委任)한 경우의 법규명령(法規命令))에 의하여서만 비로소 가능하다고 할 것인바, 이 사건 심판대상규정은 모법(母法)의 위임(委任)이 없는 사항을 규정하고 있어 결국 위임(委任)의 범위(範圍)를 일탈(逸脫)한 것이라고 하지 않을 수 없다.

청 구 인

이 ○ 봉

대리인 변호사 이 원 형

【참조 조문】

체육시설의설치·이용에관한법률시행규칙(1992.2.27. 문화체육부령 제 20호) 제5조 (체육시설업의 시설기준)

법 제5조의 규정에 의한 체육시설업의 시설·설비·안전관리 및 위생기준은 별표 1과 같다.

[별표 1] 체육시설업의 시설·설비·안전관리 및 위생기준(제5조관련)

1. 시설 및 설비기준(생략)

2. 안전관리 및 위생기준(체육시설업자의 준수사항)

(1) 공통기준(생략)

(2) 개별기준

가.~아. 생략

자. 1)~2) (생략)

3) 출입문에 18세 미만자의 출입을 금지하는 내용의 표시를 하여야 한다.

차.~카. 생략

【참조 판례】

1. 가. 1990.10.15. 선고, 89헌마178 결정(판례집 2권, 365)

1991.7.22. 선고, 89헌마174 결정(판례집 3권, 484)

1992.6.26. 선고, 91헌마25 결정

나. 1992.11.12. 선고, 91헌마192 결정

2. 1990. 6.25. 선고, 89헌마220 결정(판례집 2권, 132)

1990.10.8. 선고, 89헌마89 결정(판례집 2권, 332)

1990.10.26. 고지, 90헌마165 결정(판례집 2권, 390)

1991.1.8. 고지, 90헌마210 결정(판례집 3권, 1)

1991.3.11. 선고, 91헌마21 결정(판례집 3권, 91)

3. 1989.9.4. 선고, 88헌마22 결정(판례집 1권, 176)

【주 문】

체육시설의설치·이용에관한법률시행규칙(1989.7.12. 체육부령 제13호, 개정 1992.2.27. 문화체육부령 제20호) 제5조의 체육시설업의 시

설, 설비, 안전관리 및 위생기준(별표1)에 수록되어 있는 “2. 안전관리 및 위생기준(체육시설업자의 준수사항)”의 “(2) 개별기준” 중 “자. 당구장업”란 3)에 기재된 “출입문에 18세 미만자의 출입을 금지하는 내용의 표시를 하여야 한다.”는 규정은 평등권과 직업선택의 자유를 침해한 것이므로 헌법에 위배된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

이 사건 기록에 의하면 청구인은 1992.4.2. 체육시설의설치·이용에관한법률(1989.3.31. 법률 제4106호, 개정 1990.12.27. 법률 제4268호) 제8조 및 동 시행규칙 제8조 제1항의 규정에 의거 서울특별시상장으로부터 체육시설업 신고필증을 교부받고 주소지에서 “응암당구장”을 경영하는자인바, 체육시설의설치·이용에관한법률시행규칙(1992.2.27. 문화체육부령 제20호) 제5조 소정의 체육시설업의 시설, 설비, 안전관리 및 위생기준을 규정하고 있는 (별표 1) 2. 안전관리 및 위생기준(체육시설업자의 준수사항) (2) 개별기준 자. 당구장업 3) “출입문에 18세 미만자의 출입을 금지하는 내용의 표시를 하여야 한다.”는 규정(이하 심판대상규정이라 한다)이 청구인의 헌법상의 기본권을 침해하고 있다고 하여 같은 해4.18. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

따라서 이 사건 심판의 대상은 심판대상규정의 위헌 여부이다

2. 당사자의 주장 및 이해관계인의 주장

가. 청구인의 주장

당구장은 본래 구 공중위생법 소정의 유기장업이었으나 1989.3.

31. 제정된 체육시설의설치·이용에관한법률 및 동 시행령에 의하여 체육시설업으로 변경되었으며 동법 제5조에 따라 체육청소년부령에 정해진 시설·설비기준을 갖추면 당국에 대한 신고만으로써 당구장을 경영할 수 있게 되어 있는데 문화체육부장관은 위 범조항에 따라 동 법률시행규칙을 제정함에 있어서 당구장 경영자에게만 당구장 출입문에 18세 미만자 출입금지 표시를 게시할 것을 의무화하는 규정을 들으로써 모법(母法)에 근거가 없는 규제를 가하고 있는바, 유독 당구장업에 대하여서만 그러한 차별적인 규제를 가하는 것은 청구인의 헌법상의 사회보장권·자유권리존중권평등권 등 기본권을 침해하는 것으로서 위헌이다

나. 문화체육부장관의 의견

당구장은 실내경기로서 여가를 선용하는 데 많은 기여를 하고 있는 것은 사실이나, 과거 당구장 내의 질서와 환경 등이 건전하지 못하였고 현재도 일부 당구장에서는 청소년의 흡연 음주를 방임하거나 도박 내기당구등 불건전한 행위가 이루어지고 있다 당구는 일정수준의 기량(技倆)에 도달할 때까지는 상당한 시간과 경비가 소요되는 한편 미성년자가 절제하기 어려운 오락적 요인 때문에 청소년의 탈선 또는 비행을 조장하는 장소로 인식되고 있음이 현실이다.

청소년육성법 제6조 제1항은 “모든 국민은 청소년의 사고와 행동양식의 특성을 인식하고 사랑과 대화로써 청소년을 이해하고 지도하여야 하며 청소년의 탈선을 방임하거나 선도를 포기하여서는 아니된다고 규정하고 있으므로 설사 체육시설의설치·이용에관한법률에 구체적인 위입규정이 없더라도 18세 미만 미성년자의 당구장

출입제한은 타당한 규제이다.

다. 법무부장관의 의견

(1) 헌법재판소법 제69조 제1항에 의하면 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 하는바, 심판대상규정이 제정·시행된 시기는 1989.7.12.이므로 그 날로부터 180일이 훨씬 지난 1992.4.18. 제기된 청구인의 이 사건 헌법소원심판청구는 그 청구기간이 도과하여 부적법하다

(2) 가사 이 사건 헌법소원심판청구가 적법하다고 하더라도 다음과 같은 이유로 이 사건 헌법소원심판청구는 기각되어야 할 것이다

첫째, 청구인은 심판대상규정에 의하여 청구인의 헌법 제7조 제1항 소정의 기본권을 침해당하였다고 주장하나 동 조항은 국민의 자유와 권리를 경시하지 아니하여야 한다는 국가의 의무를 규정하는 것일 뿐이고 동 조항으로 인하여 어떠한 기본권이 파생되는 것은 아니다

둘째, 청구인은 헌법 제34조 제1항에 규정한 인간다운 생활을 할 권리를 침해받았다고 주장하나 청구인이 침해당하였다는 권리내용은 인간다운 생활을 할 권리와는 아무런 관련이 없다.

셋째, 청구인은 평등권을 침해당하였다고 주장하나 평등이란 절대적 평등이 아니라 상대적 평등으로서 차별이 제도의 목적달성을 위하여 필요하고 사회통념상 적정하며 인간의 존엄에도 위배되지 않는다면 그것은 합리적인 것이다.

넷째, 청구인은 이 사건 규칙이 위임입법의 한계를 벗어난 규정

이라고 주장하나, 이 사건 규칙은 체육시설의설치·이용에관한법률 제5조의 규정내용에 따른 것으로 모법에 근거가 없는 규정이라고 할 수 없다. 또 이 사건 규칙은 18세 미만자의 출입을 금지하는 문구의 게시만을 의무화하고 있을 뿐이고 출입 그 자체를 제한하는 것도 아니므로 이 점에 있어서도 모법의 위임한계를 벗어난 것이라고 할 수 없다

3. 판단

가. 심판청구의 적법성

이 사건 심판대상규정은 체육시설의설치·이용에관한법률 제5조의 위임에 의거 문화체육부령(정부조직법중개정법률 1993.3.6. 법률 제4541호에 의하여 '체육청소년부령'에서 '문화체육부령'으로 변경되었다)인 동시행규칙 제5조에 규정되어 있으므로 이는 행정기관에 의하여 제정된 전형적인 위임입법의 하나로서 그 법적 성격은 법규명령의 일종인 위임명령에 속한다고 할 것이다. 명령·규칙이라 할지라도 그 자체에 의하여 직접 국민의 기본권이 침해되었을 경우에는 그것을 대상으로 하여 헌법소원심판을 청구할 수 있음은 당 재판소가 일찍이 확립하고 있는 판례인데(헌법재판소 1990.10.15. 선고, 89헌마178 결정; 1991.7.22. 선고, 89헌마174 결정; 1992.6.26. 선고, 91헌마25 결정 각 참조), 다만 그 경우 제소요건으로서 당해 법령이 구체적 집행행위를 매개로 하지 아니하고 직접적으로 그리고 현재적으로 국민의 기본권을 침해하고 있어야 함을 요하는 것이다.

이 사건의 경우 당구장을 경영하고 있는 청구인은 심판대상규정에 의하여 당구장의 출입문에 18세 미만자의 출입금지표시를 하여야 할 법적 의무를 부담하게 되므로 따로 구체적인 집행행위를 기

다릴 필요없이 위 규정자체에 의하여 아래 판단과 같이 그의 기본권이 현재 직접 침해당하고 있는 경우라고 할 것이다

나아가 청구기간의 준수여부에 관하여 보건대 법령에 대한 헌법소원에 있어서는 원칙적으로 그 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 된다고 할 것이나 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당되는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 자는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구할 수 있다고 하여야 할 것이고 “사유가 발생한 날”이라는 것은 당해 법령이 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 현실 침해하였거나 그 침해가 확실히 예상되는 등 실체적 제요건이 성숙하여 헌법판단에 적합하게 된 때를 말한다고 할 것인바(헌법재판소 1990.10.8. 선고, 89헌마89 결정 참조), 기록에 의하면 청구인은 체육시설의설치이용에관한법률 및 동 시행규칙이 제정된 이후인 1992.4.2. 체육시설업 신고필증을 교부받았으므로 그 때 그 사유가 발생하였다고 할 것이고 따라서 같은 해 4.18. 당재판소에 제기된 이 사건 헌법소원심판청구는 청구기간 내에 행하여진 것으로서 적법하다고 할 것이다

나. 본안에 관한 판단

(1) 침해된 기본권의 판단

청구인은 심판대상규정이 헌법 제4조의 사회보장권, 제37조의 자유권리존중권, 제11조의 평등권을 침해하는 것이라고 주장한다. 그러나 그 중 헌법 제34조, 제37조 소정의 기본권은 청구인의 입장에서 거론할 대상은 아닌 것으로 보여진다. 왜냐 하면 헌법 제34조에서 규정하고 있는 사회보장을 받을 권리는 국민이 인간다운 생활

을 하기 위해 사회적·국가적으로 사회보험 공적부조 등을 받고 널리 사회복지혜택을 받을 수 있는 권리를 의미한다고 할 것인데 당구장 경영자로서 이 사건 심판청구를 한 청구인에게 18세 미만자 출입금지 규정으로 그 어떤 사회보장권의 침해 여부가 논의될 여지는 없는 듯하고 헌법 제37조 제1항은 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리의 존중 규정으로서 헌법의 명문규정으로 다른 기본권침해 주장이 가능한 경우에는 구태여 위 조항까지 운위할 필요가 없다고 할 것이기 때문이다

그런데 헌법소원심판이 청구되면 헌법재판소로서는 청구인의 주장에만 얽매어 판단을 한정할 것이 아니라 가능한 한 모든 범위에서 헌법상의 기본권 침해의 유무를 직권으로 심사하여야 할 것인바(1989.9.4. 선고, 88헌마22 결정 참조), 청구인이 주장하는 사실관계라면 위 심판대상 규정이 청구인의 헌법상 기본권인 직업선택의 자유 내지 그 기본권에서 파생된 직업종사(또는 직무수행)의 자유의 침해 여부가 검토되어야 할 것으로 판단된다. 그리고 그러한 기본권 침해를 전제로 해서 심판대상 규정 소정의 18세 미만자의 당구장 출입금지표시 의무부과가 여타의 체육시설과 비교해 볼 때 합리적인 이유가 있다고 인정될 수 있는 것인지의 여부와 모법의 위임의 범위 내의 법규명령인지의 여부가 가려져야 할 것이다.

(2) 직업선택의 자유 내지 직업종사(직업수행)의 자유의 제한

헌법 제15조는 직업선택의 자유를 규정하고 있는데 이는 자기가 선택한 직업에 종사하여 이를 영위하고 언제든지 임의로 그것을 전환할 수 있는 자유로서 민주주의·자본주의 사회에서는 매우 중요한 기본권의 하나로 인식되고 있는 것이다. 왜냐하면 직업선택의

자유는 근세 시민사회의 출범과 함께 비로소 쟁취된 기본권으로서 중세 봉건적 신분사회에서는 인정될 수 없었던 것이며 현대사회에서도 공산주의 국가에서는 원칙적으로 인정되지 않는 기본권이기 때문이다

여기서 직업이란 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 지속적인 소득활동을 의미하며 그러한 내용의 활동인 한 그 종류나 성질을 불문하는데 헌법재판소는 직업선택의 자유를 비교적 폭넓게 인정하고 있으며 그에 관련하여 여러개의 판례를 남기고 있는 것이다(1989.11.20. 선고, 89헌가102 결정; 1990.10.8. 선고, 89헌가89 결정; 1990.10.15. 선고, 89헌마178 결정; 1990.11.19. 선고, 90헌가48 결정; 1991.6.3. 선고, 89헌마204 결정 각 참조). 직업선택의 자유에는 직업결정의 자유 직업종사(직업수행)의 자유, 전직의 자유 등이 포함되지만 직업결정의 자유나 전직의 자유에 비하여 직업종사(직업수행)의 자유에 대하여서는 상대적으로 더욱 넓은 법률상의 규제가 가능하다고 할 것이고 따라서 다른 기본권의 경우와 마찬가지로 국가안전보장질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 제한이 가하여질 수 있는 것은 물론이지만 그 제한의 방법은 법률로써만 가능하고 제한의 정도도 필요한 최소한도에 그쳐야 하는 것 또한 의문의 여지가 없이 자명한 것이다(헌법 제37조 제2항). 청구인이 경영하고 있는 당구장업에 대한 신고제도 바로 영업규제의 일환이라고 할 수 있지만 그것은 자격제나 허가제에 비하면 제한의 정도가 훨씬 약한 것이라고 할 수 있다.

그런데 당구장 경영자인 청구인에게 당구장 출입문에 18세 미만자에 대한 출입금지 표시를 하게 하는 심판대상규정은 법령이 직접

적으로 청구인에게 그러한 표시를 하여야 할 법적 의무를 부과하는 사례에 해당하는 경우로서 설사 그것이 법무부의 의견처럼 게시(揭示)의 무에 그치고 출입 그 자체를 제한하는 규정은 아니라고 할지라도 게시된 그 표시에 의하여 18세 미만자에 대한 당구장 출입을 저지하는 사실상의 규제력을 가지게 되는 것이므로 이는 결국 그 게시의무 규정으로 인하여 당구장 이용고객의 일정범위를 당구장 영업대상에서 제외시키는 결과가 된다고 할 것이고 따라서 청구인을 포함한 모든 당구장 경영자의 직업중사(직업수행)의 자유가 제한되어 헌법상 보장되고 있는 직업선택의 자유가 침해된다고 할 것이다 뿐만 아니라 위 게시의무를 이행치 않아 시정명령을 받게 되고도 시정치 않을 때에는 영업정지 등 행정조치와 아울러 형사처벌까지 받게 되어 있는 점을 간과할 수 없는 것이다(후술).

(3) 차별에 합리적인 이유가 있다고 할 수 있는가

체육시설의설치·이용에관한법률 및 동 시행령에 의하면 등록체육시설업은 9종류이고 신고체육시설업은 당구장업을 포함한 10종류로 되어 있는데, 이 중 청소년출입금지 규제에 관한 조항은 오직 당구장업에만 규정되어 있는바, 당구장업에만 유독 18세 미만자 출입금지표시 규정을 두어 영업의 대상범위에 일정한 제한을 가하고 있는 점에 합리적인 이유가 있다고 인정될 수 있겠는가가 이 사건의 핵심이라 할 수 있다

그런데 문제의 해결방향은 당구가 과거에는 오락이었으나 현재는 운동으로 규정되어 있다는 토대 위에서 구해야 할 것이다 왜냐하면 당구를 유기(遊技)의 일종으로 규정하였던 구 공중위생법(1986.5.10. 법률 제 3822호) 제2조 제1항 제1호'바'소정의 유기장업

이라는 용어의 정의를 보면 “유기시설을 갖추고 손님으로 하여금 대중 오락을 하게 하는 영업”이라고 되어 있었고 당구를 운동의 일종으로 규정하고 있는 체육시설의설치·이용에관한법률 제2조 제1호 소정의 체육 시설이라는 용어의 정의를 보면 “이용자가 직접 참여하여 운동을 하거나 운동경기를 관람할 수 있는 시설 설비를 말한다.”라고 되어 있기 때문이다. 그리고 관련법률인 국민체육진흥법(1982.12.31. 법률 제3612호 전문개정) 제2조가 규정하고 있는 체육의 정의를 보면 운동경기 유희(遊戱) 및 야외운동등 신체적활동을 통하여 건전한 신체와 정신을 배양하는 것을 말한다고 되어 있다.

공지의 사실이지만 당구는 당구대(臺) 위에 당구공을 놓고 당구棒(棒: 큐-cue)으로 이를 쳐서 승부를 가리는 오락(娛樂)이지만 당구공을 치는 과정에서 헤아릴 수 없이 많이 허리와 양팔을 굽혔다 폈다 하여야 하고 당구대 주변을 빙빙 돌면서 걷게 되어 있어 실내운동의 요소도 아울러 갖추고 있는 것이다. 그 때문에 오락적 요소를 강조한다면 오락이고 운동적 요소를 강조한다면 운동인데 당구장을 규율하는 법률은 과거에는 당구장을 오락장의 하나로 보아 공중위생법 소정의 유기장(遊技場)으로 규정하여 보건사회부 소관으로 하였으나 현재는 체육시설의 하나로 규정하여(체육시설의설치·이용에관한법률 제4조 제1항 제2호 및 동 법시행령 제3조 제1항 제10호) 문화체육부(과거의 체육청소년부) 소관으로 하고 있는 것이다.

여하간 입법자(법률)는 종래 당구를 오락 내지 유기의 일종으로 보고 당구장 영업에 허가를 요하게 하였던 태도를 바꾸어 현재는 운동 내지 체육의 범주에 속하는 것으로 보고 그 영업도 신고로서 족하게 하므로써 개업요건을 완화하고 있는 것을 주목할 필요가 있

는 것이다.

당구를 오락 내지 유기의 범주에서 떼내어 운동 내지 체육의 범주로 편입시키고 있는 것은 입법자가 당구에도 실내운동의 요소가 있다고 보고 있는데서 기인하는 것이겠지만 서울 장애인올림픽이나 바르셀로나 장애인올림픽에서 당구가 정식경기종목으로 채택되어 있었던 사정과 한국체육대학에서 체육교재로 쓰여지고 있는 '생활체육 스포츠'라는 책자의 내용에 당구에 대하여서도 수록하고 있는 점을 종합한다면 당구는 운동량은 많지 않을지라도 운동의 일종임이 분명한 것으로 판단되는 것이다.

요컨대 입법부가 체육시설의설치·이용에관한법률 제1조(목적)에서 이 법이 체육시설의 설치·이용을 장려하고 체육시설업을 건전하게 발전시켜 국민의 건강증진과 여가선용에 이바지하게 함을 목적으로 한다고 밝힌 이상, 같은 19종의 체육시설업종 중 유독 당구장업에만 문화체육부령으로 연령제한을 규정하고 있는 것은 후술하는 위임입법의 한계 문제는 별론으로 하더라도, 차별의 합리적 이유가 있어야 할 것인데 피청구인이 주장하는 문제점만으로는 위 법률에 명시되어 있는 국회의 입법의 지에 비추어 볼 때 합리적이라 하기라 어렵고 대국가적 기속성에 기인하는 입법에 있어서의 평등의 원칙에 대한 적합한 예외사유로 판단되기가 어려운 것이다.

당구에는 약간의 신체운동적 요소와 아울러 경기의 속성상 정신을 집중시키고 성격을 침착하게 하는 기능도 없지 않은 것이고 나아가 문화체육부장관도 인정하고 있는 바와 같이 짧은 시간에 스트레스 해소나 기분전환을 할 수 있는 등 여가선용이라는 의미에서 긍정적인 측면이 있고 비용부담의 문제도 승마장이나 골프장에 비

하여 반드시 과중하다고 하기 어렵다. 또한 음주, 흡연이나 도박의 문제도 당구장에 한해서 문제되는 것은 아닐 것이고 학생소년이나 근로소년의 경우 장차 당구가 올림픽의 정식종목으로 채택될 경우라거나 세계당구선수권대회의 참가에 대비한다고 함과 같은 장래문제는 우선 차치하고라도 장애소년의 경우에는 정기적으로 개최되는 장애인올림픽에 대비한 조기발굴·조기훈련이 불가피하다는 현재의 수요를 묵과할 수 없는 것이다. 당구장에 문화체육부나 법무부가 지적하는 바와 같은 문제점이 있다는 것을 헌법재판소가 외면하는 것은 아니나, 당구에 관한 부정적인 시각은 당구자체의 속성에서 유래되는 것이라기 보다는 주로 당구장의 시설·환경과 출입자의 성분 때문이라고 보여지기 때문에 예컨대 학교보건법 제6조 제1항 제13호 소정의 학교와 당구장의 거리를 엄격하게 유지함과 아울러 형법의 도박방조죄를 활용하거나 청소년기본법 제7조 소정의 사회의 책임을 당구장경영자에게 강조하거나 당구장의 시설환경을 획기적으로 개선한다거나 학교의 교사나 선도위원들의 적절한 계도방법을 모색한다거나, 학교·직장의 당구부 또는 청소년 전용당구장을 설치함과 같은 적극적인 해결방안을 우선적으로 모색해 보는 것이 입법 목적에 부응하는 것이라 할 것이며, 그러한 시도(試圖)조차 없이 무조건 18세 미만자의 출입을 봉쇄하는 규제방법은 합리적이라 하기가 어려운 것이다.

그러한 규제방법은 청소년 비행 관련문제의 예방 또는 해결책이 아니라 그 방치라고 할 것이며 다른 체육시설과 비교해서 보더라도 합리적인 차별이라 하기가 어렵기 때문에 결국 심판대상규정은 합리적인 이유 없이 체육시설업 중 당구장 경영자에 대하여서만 영업

대상자의 범위에 있어서 차별을 강요하는 것이라 아니할 수 없어 헌법 제11조 제1항 소정의 평등권을 침해하고 있는 것이라고 할 것이다

(4) 모법의 위임이 있다고 할 수 있는가

위에 실시한 바와 같이 18세 미만자 출입금지표시 게시의무는 청구인의 직업선택의 자유라는 헌법상의 기본권을 제한하고 있는 것이므로 그 제한에 있어서는 반드시 법률상의 근거가 필요한 것이다.

그런데 문화체육부가 심판대상규정의 형태로 정하고 있는 그러한 기본권제한이 모법으로부터 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 해당되는 것이라고 할 수 있겠는가 문제된다

위임입법이란 법률 또는 상위명령에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여 법규로서의 성질을 가지는 일반적추상적 규범을 정립하는 것을 의미하는 것으로서 형식적 의미의 법률(국회입법)에는 속하지 않지만 실질적으로는 행정에 의한 입법으로서 법률과 같은 성질을 갖는 법규의 정립이기 때문에 권력분립주의 내지 법치주의 원리에 비추어 그 요건이 엄격할 수밖에 없으니 법규적 효력을 가지는 행정입법의 제정에는 반드시 구체적이며 명확한 법률의 위임을 요하는 것이다 (헌법 제75조).

우리 헌법의 지도이념인 법의 지배 내지 법치주의의 원리는 국가권력 행사의 예측가능성 보장을 위하여 그 주체와 방법 및 그 범위를 법률로 규정한 것을 요구하며 예외적으로 위임입법을 허용하는 경우에 있어서도 법률에 의한 수권에 의거한 명령의 내용이 어떠한 것이 될 수 있을 것인가를 국민에게 예측가능한 것임을 요구하는

것으로서 그것은 법규명령에 의하여 비로소가 아니라 그보다 먼저 그 수권법률의 내용으로부터 예견가능하여야 하는 것을 의미하는 것이다. 그리고 후술하는 바와 같이 형벌이나 행정제재와 관련되는 경우에는 그 요건은 더욱 엄격한 것이다. 물론 법규명령제도의 생성내력에 비추어 볼 때 장래 정립될 법규명령의 구체적 내용이 정확하게 예견될 수 있을 것을 의미하는 것은 아니라 할지라도 적어도 정립될 수 있는 법규명령의 기본적 윤곽에 대한 예견가능성은 보장이 되어야 한다는 것이다.

체육시설의설치·이용에관한법률 제5조는 체육시설업의 시설, 설비(안전 및 위생기준을 포함한다)를 문화체육부령으로 정하도록 위임하고 있으며, 이에 따라 동 시행규칙(문화체육부령) 제5조는 체육시설업의 시설, 설비, 안전관리 및 위생기준을 정하고 있고 그 안전관리 및 위생기준(체육시설업자의 준수사항)에서 당구장업에 대하여 출입문에 18세 미만자의 출입을 금지하는 내용의 표시를 하여야 한다고 규정하고 있는데 동법 제5조에서 위임한 안전관리 및 위생기준은 동법 제2조가 규정하고 있는 목적을 달성하는데 필요한 체육시설업의 건전한 질서유지 및 사고방지, 청결성 등을 보장하는 기준일 뿐이라고 보여지므로 위의 수권규정을 아무리 넓게 해석한다고 할지라도 그 규정에서 18세 미만자 출입금지표시의무와 같은 일정한 범위의 시설이용자 배제에 관한 근거를 찾기는 어렵다고 할 것이다.

환언하면 수권규정은 시설·설비(안전 및 위생기준 포함)를 갖추고 이를 유지, 관리하여야 하는 주로 물적 시설, 설비의 기준에 대한 것으로서 그 문언을 통하여서는 18세 미만자의 출입금지의 취지를

전혀 찾을 수 없고 수권법률의 제정 배경이나 전체의 취지 또는 다른 관련제규정과 의 의미관계 등을 종합해 보더라도 법률제정자의 객관적 의사가 18세 미만자의 출입금지를 예정하고 있음을 인정하기가 어려운 것이다.

문화체육부장관은 당구가 체력증진 측면보다는 오락적 성격이 강하여 청소년의 탈선 또는 비행을 조장하는 측면이 있고 따라서 그들의 출입규제가 불가피하다고 주장하고 있으나 당구장이 18세 미만자에게 유해하다는 객관적인 자료는 없다고 밝히고 있을 뿐만 아니라(헌법소원에 대한 문화체육부장관의 의견서 결론부분 참조) 설사 문화체육부장관의 위와 같은 주장이 이유있는 것이라고 하더라도 그러한 출입규제 내지 봉쇄는 법률(또는 법률이 구체적으로 명확히 범위를 정하여 위임한 경우의 법규명령)에 의하여서만 비로소 가능하다고 할 것으로서 심판대상규정은 모법의 위임이 없는 사항을 규정하고 있어 결국 위임의 범위를 일탈한 것이라고 하지 않을 수 없는 것이다.

이 점과 관련하여 문화체육부장관은 심판대상규정의 법률적 근거를 모법(체육시설의설치·이용에관한법률)이 아닌 청소년육성법에서 찾아 전술(문화체육부장관의 의견)과 같이 동법 제6조 제1항(청소년기본법 제7조 제2항 동지)의 규정이 당구장 출입금지의 근거규정이라고 주장하고 있다. 그러나 모든 국민의 기본권은 존중되면 될수록 그리고 제한은 억제되면 될수록 헌법의 기본권보장 정신에 합치되는 것이라고 할 수 있기 때문에 어떠한 법률조항의 적용이나 해석에 있어서 국민의 자유와 권리를 신장하기 위한 것이라면 확대가 가능할 수도 있겠지만 그 반대로 국민의 기본권을 제한하는 경우라면

그것이 불가하다고 할 것이므로(헌법재판소 1990.9.3. 선고, 89헌가95 결정취지 참조) 청소년기본법의 관련조항을 18세 미만 소년의 당구장 출입금지의 근거규정으로 확대해석할 수는 없는 것이다

그리고 법무부장관은 심판대상규정은 시설설비에 관한 규정이므로 18세 미만자의 출입을 금지하는 문구 게시만을 의무화하고 있는 것이며 출입 그 자체를 제한하는 규정이 아니라고 하고 있다. 그러나 출입을 제한할 수 있는 법률상의 근거가 없는데 출입금지표시는 할 수 있다는 주장은 논리의 비약이라 아니할 수 없다.

아울러 법치주의와의 관계에서 한가지 더 언급한다면 죄형법정주의로서 구성요건에 대한 백지위임의 문제점이 지적되지 않을 수 없다. 법률이 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다는 말로 표현되는 죄형법정주의는 어떠한 행위가 처벌될 수 있는 행위인가를 국민이 사전에 예측할 수 있도록 성문법의 형태로 형벌법규가 제정되어야 함을 의미하고 그러므로 국가의 형벌권의 자의적인 발동으로부터 개인의 자유와 권리를 보장하려는 제도로서 우리헌법은 제12조 제1항 후단에서 이를 명시하고 있으며 이는 형벌 불소급의 원칙(헌법 제13조 제1항 전단)과 함께 형사법에 관한 헌법의 2대원칙이라 할 수 있는 것이다. 따라서 형사법은 원칙적으로 형식적인 의미의 법률의 형태로 제정되어야 하고 다만 부득이 예외적으로 행정부에서 법규명령의 형태로 제정하는 경우라 하더라도 그 법규명령에는 반드시 구체적이고 명확한 법률상의 위임근거규정이 있어야 비로소 가능한 것이라 할 것이다. 즉 형벌법규라고 하더라도 일정사항의 위임이 불가능하지는 않지만 죄형법정주의의 원칙에 비추어 보건대 최소한도 범죄의 구성요건의 윤곽만큼은 수권규정 자체에서 예측될

수 있어야 한다는 것이다.

체육시설의설치·이용에관한법률 제22조 제3항에 의하면 동법 제5조의 시설, 설비 중 안전 또는 위생기준에 미달하여 시정명령을 받고 이를 위반한 자에 대하여 6개월 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처하도록 규정되어 있는바, 그렇다면 이 사건 심판대상규정은 위 처벌조항의 구성요건에 해당된다고 할 것이므로 비록 처벌의 전제절차로서 “시정명령”이 구성요건의 일부로 제한 규정되어 있기는 하지만 죄형법정주의의 존재이유에 비추어 그것이 모법의 규정에서 전혀 예측할 수 없는 내용이라면 허용될 수 없는 것이라고 하지 아니할 수 없는데 그러한 의미에서도 심판대상규정이 모법의 위임의 범위내의 규정이라고 인정하기는 어려운 것이다.

(5) 18세 미만 소년의 기본권 침해여부

이 사건 소원심판청구인인 당구장 경영자의 입장에서 침해된 기본권은 직업선택의 자유 및 평등권임은 전술과 같은데 당구장을 이용하는 고객 중 출입이 제지되는 18세 미만 소년의 입장에서 침해되는 기본권은 무엇인지 잠시 살펴보고자 한다. 특히 어떤 소년이 운동선수로 대성할 수 있는 재질로 출생하였고 그 중에서도 당구에 선천적으로 비상한 소질이 있어 그 방면에서 자신의 능력을 발휘해 보고자 하는 경우 다른 종류의 운동 지망생과의 관계에서 평등의 원칙이 문제될 수 있음은 물론이다.

요컨대 당구장 출입자의 자숙이나 시설 환경의 정화로 당구의 실내 스포츠로서의 이미지 개선은 가능한 것으로 사료되며 당구자체에 청소년이 금기시해야 할 요소가 있는 것으로는 보여지지 않기 때문에 당구를 통하여 자신의 소질과 취미를 살리고자 하는 소년에

대하여 당구를 금하는 것은 헌법상 보장된 행복추구권의 한 내용인 일반적인 행동자유권의 침해가 될 수 있을 것이다

그리고 체육시설의설치·이용에관한법률의 입법목적은 달성하기 위하여서는, 당구장에 18세 미만자의 정서함양이나 체력증진에 장애되는 요인이 있다면 그들의 출입을 봉쇄하기에 앞서서 가정과 학교 그리고 사회가 합심 협력하여 그 요인의 제거에 주력함은 물론 사랑과 대화와 이해로써 계몽하고 지도하고 보호함으로써 탈선을 예방하고 선도에 차질이 없도록 하여야 할 것이고(청소년기본법 제7조 제2항 참조) 아울러 미래사회의 주역이 될 청소년이 풍부한 지식을 바탕으로 건강하고 정서와 용기가 충만하며 밝고 능동적인 모습으로 자랄 수 있도록 위 같은 법 제2조 제2항 참조) 최선을 경주하는 노력이 우선되어야 할 것이다

4. 결론

체육시설의설치·이용에관한법률시행규칙(1992.2.27. 문화체육부령 제20호) 제5조 중 별표 1. 체육시설업의 시설, 설비, 안전관리 및 위생기준 2. (2). 자. 3)은 문화체육부장관이 규칙제정권을 행사함에 있어서 위임입법권의 한계를 일탈하여 청구인의 헌법 제11조 제1항의 평등권과 헌법 제15조의 직업선택의 자유를 침해하고 있어 위헌인 것이다

따라서 이 사건 규칙은 헌법재판소법 제75조 제3항에 의하여 취소되어야 하는 것이므로 이를 취소하는 의미에서 위헌선언하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

1993. 5. 13.

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

불기소처분취소

(1993. 5. 13. 92헌마155 헌법재판소 전원재판부
(판례집 5-1, 386~412)

【관시 사항】

검사의 불기소처분(不起訴處分)으로 인한 기본권침해(基本權侵害)가 인정된 사례

【결정 요지】

검사가 당연히 의심을 갖고 조사하여야 할 중요한 사항에 대하여 조사(調査)를 현저히 소홀히 한 채 합리적(合理的) 근거(根據) 없이 사실인정(事實認定)을 하였다면 이는 피해자의 헌법상의 평등권과 재판절차진술권을 부당(不當)하게 침해(侵害)한 것이다.

【참조 조문】

헌법(憲法) 제11조 제1항, 제27조 제5항

| | |
|------|--------------------|
| 청구인 | 최 ○ 남 |
| | 대리인 변호사 김 정 규 외 6인 |
| 피청구인 | 수원지방법검찰청 성남지청 검사 |

【주 문】

1. 수원지방법검찰청 성남지청 91형제20343호 사건에 있어서 피청구인이 1992.1.29. 피의자 이○찬의 사문서위조, 동행사, 공정증서원본불실기재, 동행사의 점에 대하여 한 불기소처분은 청구인의 평등권을 침해한 것이므로 이를 취소한다.
2. 청구인의 나머지 심판청구를 기각한다

【이 유】

1. 이 사건 기록과 청구의 이○찬에 대한 수원지방법검찰청 성남지청 91형제20343호 불기소사건기록(이하 기록이라 한다)에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

가. 고소의 요지

고소인(청구인)은 1991.4.8. 피고소인 이○찬을 상대로 사문서위조 동행사 등으로 다음과 같은 내용의 고소를 하였다

피의자(이○찬)는 고소인(청구인)의 남편인 망 장○윤의 혼인외의 입적자(入籍子)인 청구외 장○옥의 남편으로서 고소인과는 장모·사위의 사이이며 부동산소개업을 하던 자인바 고소인 명의로 되어 있는 경기 광주군 오포면 ○○리 613번지 답 1,745평방미터(이하 이 사건 부동산이라 한다)를 고소인이 증여하거나 매도한 사실도 없음에도 불구하고 1991.1. 초순경 고소인의 집 안방 장롱 속에 있던 고소인의 인감도장과 이 사건 부동산 등기권리증을 절취한 후 허위로 부동산 증여 및 매매용 인감증명서와 농지매매확인원 등을 발급받아 피의자 명의로 1991.2.4. 매매를 원인으로 하여 같은 달 7. 수원지방법원 광주등기소 접수 제167호로 소유권이전등기를 필하였다.

나. 청구인의 처분

(1) 피청구인은 1991.6.27. 피의자(이○찬)의 절도의 점에 대해서는 피해자(청구인)와 피의자는 장모·사위의 친족관계라는 이유로 “공소권 없음” 처분을 하였고, 사문서위조, 동행사, 공정증서원본불실기재, 동행사의 점에 대해서는 피의자가 고소인의 승락을 받고

이 사건 부동산의 소유권이전등기절차를 경료한 것이며 고소인이 이에 필요한 매매용 및 증여용 인감증명서까지 발급해 주었다고 변소하며 참고인 박○미, 이○애, 장○옥의 진술도 이에 부합하고 이에 반하는 고소인의 각 진술은 고령이고 무지함으로 인한 착각으로 보여지므로 믿을 수 없고, 달리 피의자가 고소인의 승락없이 이 사건 혐의사실을 저지른 것이라고 볼 아무런 자료가 없다는 이유로 “혐의없음”의 불기소처분을 하였다.

(2) 이에 대하여 고소인은 항고를 하였는데 1991.11.5. 서울고등검찰청 (91년항제1742호)은 피청구인의 “혐의없음” 처분에 대하여, 고소인은 “위 장○옥은 피의자의 처이고 위 박○미, 이○애는 피의자의 질녀의 친구들이므로 이들의 진술내용은 신빙성이 없고 오히려 농지위원 김○서, 황○혁, 유○환 및 고소인의 조카 최○일 등을 조사하면 실제적 진실관계가 명백히 밝혀질 것”이라고 항고이유서에서 진술하는바 고소인의 주장대로 위 참고인들을 수사하는 경우에 위 불기소처분의 주문이 변경될 가능성도 배제할 수 없다는 이유로 재기수사명령을 하였다

(3) 피청구인은 위 명령에 따라 피의자에 대하여 재수사를 하였으나 1992.1.29. 다시 절도의 점 이외의 부분들에 대해 “혐의없음”의 불기소 처분을 하였는데, 그 이유는 농지위원인 참고인 김○서, 황○혁, 유○환이 농지매매증명원에 확인해 준 사실을 인정하고 있고 오폭면사무소 직원인 참고인 박○미, 이○애 등도 고소인이 피의자와 함께 와서 인감증명을 발부받았다고 진술하고, 고소인의 진술은 그 내용에 일관성이 결여되어 있고, 참고인 최○일은 자신이 경험하지 않은 막연한 진술을 하고 있어 믿기 어려우며 달리 범의

를 인정할 증거가 없다는 것이다

다. 위 재기수사사건의 “혐의없음” 처분에 대하여 고소인은 검찰청법이 정하는 절차에 따라 항고재항고를 하고 1992.7.8. 재항고 기각결정이 내려진 사실을 그 무렵 송달받고 같은 달 23. 이 사건 헌법소원심판청구를 하였으므로 이 사건 심판청구는 절차상 적법하게 행하여진 것이다. 청구인의 심판청구이유의 요지는 피청구인이 당연히 의심을 갖고 조사해야 할 중요한 사항에 대하여 조사를 현저히 소홀히 한채 피고소인측의 진술방향으로 치우쳐 정의와 형평에 반하는 수사로 사건을 종결함으로써 청구인의 헌법상의 권리를 침해하였다는 것이다

2. 판단

가. 개설

이 사건에 있어서 피청구인은 피의자가 고소인(청구인) 최○남을 모시고 살던 중 피의자가 이 사건 부동산을 적절히 이용하겠다고 하면서 허락해 줄 것을 요구했더니 고소인이 승락하면서 이를 증여하겠다고 하므로 농지위원회 고소의 김○서, 황○혁, 유○환으로부터 확인을 받아서 위 오포면사무소에 제출하고 고소인(청구인)이 피의자와 함께 위 면사무소에 가서 인감증명을 발급받아 주므로 이를 근거로 위와 같이 이 사건 부동산의 소유권을 이전받은 것이라는 피의자의 주장을 그대로 인정하고 있다(기록에 편철되어 있는 피청구인 작성의 불기소장 후면 기재의 이유 참조).

그러나 기록을 정사하여 보아도 청구인은 남편에게 소박당하고 오랫동안 혼자 살아온 사람으로서 남편의 소실의 소생인 장○옥의 남편인 피의자와는 당초부터 전혀 혈연관계도 없을 뿐만 아니라 청

구인이 어렵게 혼자 살아갈 때 피의자의 내외가 도와주었거나 봉양함과 같은 사정은 전혀 엿보이지 않고 다만 이 사건 발생 무렵에 청구인의 반대에도 불구하고 청구인의 집에 억지로 밀고 들어와 약 반년간 기식한 사실을 엿볼 수 있을 뿐인바, 과연 피의자가 청구인을 어떤 방법으로 모셨다는 것인지 청구인이 왜 반대 급부없이 이 사건 부동산을 주고 싶은 생각을 하게된 것인지에 대하여 전혀 조사가 되어 있지 않고 청구인이 자발적으로 면사무소에 임하여 인감증명을 발부받아 피의자에게 교부한 것처럼 인정되고 있으나 실은 피의자가 모든 인감증명교부신청을 대행한 것이므로 그 점 불기소장의 인정내용과 객관적인 진실은 서로 다르고, 또 피의자는 이 사건 부동산을 증여받았다고 주장하면서도 증여받은 사실을 입증할 수 있는 서류(등기원인서류)는 제시하지 못하고 있고 다만 피의자가 일방적으로 자신과 친동서지간인 농지위원 갑 서 등의 자경농지 확인을 받은 후 관할면장의 농지매매증명을 받아 법무사에게 위임하여 등기이전수속을 필하고 있는 점에 비추어 피청구인으로서의 의당 등기원인(증여)을 증명하는 서면이 작성되지 않은 이유가 무엇인지 아니면 서면으로 작성되기는 하였으나 어떤 이유로 피의자가 이를 제출하지 못하고 있는 것인지의 여부에 대하여 밝혀야 하였음에도 불구하고 그러한 조사를 필하지 아니한 채 참고인들의 막연한 진술만 듣고(이 건에 있어서 증여의 의사가 표시된 서면은 찾아 볼 수 없다) 이 사건 부동산에 대한 증여사실을 인정하고 있는 것은 청구인이 사건 당시 60세의 노파로서 문맹인 점을 감안할 때 합당한 결론이라고 하기가 어려운 것이다.

이하 항목을 나누어서 상세히 지적하기로 한다

나. 청구인(고소인)과 피의자의 주장의 진실성 비교

(1) 이 사건에서 문제의 핵심은 과연 청구인이 이 사건 부동산을 피의자 이○찬에게 증여한 것이라고 인정될 수 있는지의 여부에 있다고 할 것이다. 만일 증여한 사실이 있다고 인정된다면 그 형식은 매매로 하였건 증여로 하였건 객관적인 권리이전은 정당한 것이므로 깊이 따질 것이 못된다고 할 것이기 때문이다(이 사건 부동산에 대하여 피의자는 등기원인을 매매로 하였으나 실체는 반대 급부없이 증여받은 것이라고 주장하고 있다(피의자 신문조서 기록 128정 4-9행)).

그런데 헌법재판소 92헌마155 헌법소원심판기록과 이 사건 기록을 정사해 보면 등기절차에 관하여서는 여러가지 조사가 되어 있으나 등기원인 즉 증여행위가 있었는지의 여부 및 증여사실을 증명하는 서류의 존부에 대하여서는 거의 수사가 행하여져 있지 않은 것이다 후에 자세히 지적하는 바와 같이 이 사건 부동산의 등기이전절차에 소요되는 농지매매증명서 작성에 관여한 농지위원을 비롯해서 여러 참고인들의 진술은 청구인이 이 사건 부동산을 피의자에게 증여하였는지의 여부를 가리는데 있어서는 아무런 도움이 되지 못하므로 결국 증여한 사실이 전혀 없다는 청구인의 주장과 증여받은 것이 틀림없다는 피의자의 주장 중 어느 쪽 주장이 더 사리에 합당하고 신뢰할 수 있겠느냐를 따져서 이를 가릴 수밖에 없을 것인데 이러한 경우 실제상의 입증책임은 전적으로 증여를 받았다고 주장하는 피의자측에 있다고 하여야 할 것이다 이 사건에서는 과연 청구인이 이 사건 부동산을 피의자에게 증여하였겠느냐를 가리는 문제가 그 요체이고 핵심인데 이 사건 부동산의 소유자인 청구인이 시종일관해서 증여한 사실이 없다고 주장하고 있는 만큼 피청

구인이 청구인의 위와 같은 주장을 배척하려면 피의자측에서 제시한 증거가 질·양면에서 청구인의 주장을 합리적으로 배척할 수 있는 정도이어야 할 것이다. 피청구인이 청구인과 피의자의 진술의 증거가치를 판단하는 데 있어서는 양 당사자를 위요하고 있는 정확한 사정이라든가 사건의 발생경위, 배경 등에 비추어 누구의 주장이 더 설득력이 있으며 합리적이라고 할 수 있는가에 따라 그것이 달라져야 할 것임은 새삼 강조할 필요도 없을 것이다.

(2) 그런데 청구인은 고소장, 고소인 보충진술조서(기록 14정 후면 11-12행), 피의자 신문조서(2회, 대질부분:기록 50정 후면 5행), 고소인 진술조서(기록 66정 4행), 참고인 진술조서(기록 80정 4-6행), 참고인 진술조서(2회, 기록 111정 14-19행), 고소인 진술조서(3회, 기록 166정 22행)를 통하여 일관하여 이 사건 부동산을 피의자에게 증여한 사실이 없다고 부인하고 있는데 특히 고소인 진술조서3회, 기록 167정 1-5행)에서 “제가 혼자가 되어 위 땅이 없으면 아무한테도 의지할 수가 없고 저는 단지 위 땅만 바라보고 사는 형편이고 이○찬이가 저의 친사위도 아닌데 왜 그 땅을 그에게 주겠습니까? 저는 그런 사실이 전혀 없으며 제가 그 땅을 그에게 주었다고 한다면 왜 고소를 하겠습니까? 저는 그 땅이 없으면 죽을 각오로 살아왔습니다.”라고 매우 설득력 있게 진술하고 있으며 그러한 취지의 진술은 전후 일관되어 있다고 할 수 있는 것이다.

(3) 그런데 현재까지의 수사기록을 보면 피의자의 주장은 무턱대고 증여를 받았다는 내용으로 일관하고 있어 청구인의 그것에 비하여 현저히 설득력이 없어서 이를 그대로 믿기가 어려운 것이다 피의자의 주장을 보면 경찰의 신문에서는 “제가 장모 최○남을 모시

고 있어서 저에게 토지를 준 것입니다.”(피의자 신문조서 기록 42정 후면 4행) 또는 “제가 최○남을 모시고 있기 때문에 최○남이가 자신의 명의로 되어 있는 토지를 저에게 증여하여 준다고 하여서……”(피의자 신문조서 2회, 기록 49정 후면 16-17행)라고 하고 있고 검찰의 신문에서는 “장모님에게 그 땅을 어떻게하여 이용할 테니 저에게 맡겨 달라고 하니까 장모님이 그 땅은 자기가 고생하여 마련한 땅이니 절대로 남에게 줄 수가 없다고 하여 저는 아무말 하지 않고 그대로 지내다가 같은 해 12. 말경 젊은 사람이 한번 그 땅을 이용해 보겠으니 저에게 맡겨 달라고 하니까 장모가 저보고 그 땅을 잘 이용하여 보라고 하여……”(피의자 신문조서 기록 127정 20-22행 및 128정 1-3행), “아무튼 최○남이가 저에게 준 것입니다.” “최○남이가 저에게 증여를 하여 저는 저의 앞으로 등기를 하였습니다.”(위 조서, 기록 134면 8행)라고 진술하고 있는 것이 증여받은 경위를 해명하고 있는 전부로서 일견 자신이 장모(청구인)를 잘 모신 공로로 노후봉양조건으로 증여받은 것 같은 느낌이 드는 진술을 하고 있으나 그것은 후에 지적하는 바와 같이 청구인의 주장과는 동떨어지는 것이고 달리 피의자의 진술로는 그가 청구인으로부터 소위 6하원칙에 의하여 언제 어디서 어떠한 경위로 이 사건 부동산을 증여받았다는 것인지 이를 인정하기가 어려운 것이다 그리고 그 점에 관한 한 피의자의 처인 장○옥의 “최○남 명의로 되어 있는 광주군 오폐면 ○○리 613번지 소재 답 1745 평방미터를 남편 이○찬이가 모시고 있다 하면서 이○찬 명의로 소유권이전을 하여 준다고 하여 같이 최○남의 인감증명서를 받으러 간 것입니다.”라는 진술도(진술조서, 기록 54정 9-12행) 이 사건 부동산을 증여받았다는 주장의 전부

이지만, 장○옥의 진술도 피의자의 진술에 의문이 있는 것과 똑같은 이유로 이를 그대로 믿기 어려운 것이다

(4) 청구인과 피의자의 위에 적시한 진술만 비교해 보더라도 피의자의 주장은 무턱대고 기증을 받았다는 것으로서 청구인의 위와 같은 주장과 다음에 적시하는 사정을 종합해 볼 때 피의자의 주장은 이를 그대로 믿기가 어려운 것이다

(가) 피의자 자신이 인정하고 있는 바와 같이 피의자는 청구인의 친사위가 아니라는 점이다 앞서 잠시 언급하였지만 피의자는 청구인의 남편 장○윤이 청구인이 출산을 하지 못하자 정○득을 후처로 맞이해서 낳은 딸 장○옥(1960.12.23.생)의 남편으로서 호적상 장모, 사위로 등재되어 있으나 실제 혈연관계가 전혀 없는 소위 시앗의 사위로세이○찬에 대한 피의자 신문조서 기록 127정 5-8행 및 11정의 세대별 주민등록표 기재내용 참조), 당사자간에 특단의 사정이 없는 한 청구인이 믿고 노후를 의지할 수 있는 그런 관계라고 하기가 어려운 것이다

(나) 피의자는 마치 자신이 청구인을 봉양하고 있는 듯한 진술을 하고 있으나(피의자 신문조서 기록 134정 5-6행) 어떤 방법으로 봉양하여 왔고 장차 어떤 방법으로 봉양할 것인지에 대하여 아무런 조사도 없지만 기록상으로는 오히려 피의자 자신이 부양을 받아야 할 극빈자로서 처음에는 친장모집에서 처가살이하고(고소인 진술조서, 기록 107정 1행) 다음에는 그 자신이 자인하고 있는 바와 같이 큰 장모인 청구인의 집에서 기식하고 있을 뿐 재산이 무일푼인 자로서 봉양능력이 전혀 없다는 점이다(피의자 신문조서 기록 134정 18-19행).

(다) 피의자 자신이 자인하고 있는 바와 같이 이 사건 부동산을 피의자에게 증여할 때 친지나 친척들과는 전혀 상의한 바 없으며(피의자 신문조서, 기록 132정 8행 및 15행) 친지나 친척 중에 위 증여사실을 직접 입증할 수 있는 사람이 아무도 없다는 점이다

(라) 청구인이 이 사건 부동산을 피의자의 장인 장○윤으로부터 위자료조 등으로 몰려 받은 것이 아니고 아주 서럽게 마련한 재산이라는 점이다.

그 점에 관하여 청구인 자신의 진술을 보면“19살에 남편과 결혼하여 살다가 제가 아이를 낳지 못하여서 결혼한 지 7-8년 후에 남편이 장○옥의 어머니와 결혼하여 그 여자와 함께 살았으며 그 이후에 혼자 나와 살아 오고 있다.”(진술조서 2회, 기록 106정 1-4행), “남편으로부터 버림받고 쫓겨나와 행상을 하고 남의 집에서 일도 하여 주고 하여 품삯을 받고 그렇게 하여 계를 하여 목돈을 만들어서 저의 노후생활을 유지하기 위하여 위 받을 약 20년 전에 매수하였습니다.”(기록 106정 9-13행)라고 되어 있어 이 사건 부동산이 얼마나 어려운 과정을 통하여 청구인의 소유가 되었는지를 인정할 수 있고 따라서 쉽사리 남에게 증여할 수 없는 재산이라는 것도 미루어 짐작할 수 있는 것이다

(마) 앞서 잠시 언급했지만 청구인은 자신의 이름을 자필로 쓸 수 없는 문맹(文盲)일 뿐만 아니라(고소인 진술조서 말미, 기록 15정 4행 참조) 1925년생으로서 사건 당시에도 만 66세의 노파이고 피의자는 경성 부동산에서 부동산 중개업을 하는 자(피의자 신문조서, 기록 40정 참조)로서 부동산의 등기이전절차에 대하여 소양이 있는 자라는 점이다

(바) 피의자는 이 사건 부동산의 등기명의를 취득한 후 곧바로 광주 축협에 채권최고액 4,500만원에 근저당 설정을 하고 3,000만원을 대출받아 청구의 최○선에게 사채를 주었으며 그 땅을 본래의 용도에 따라 유용하게 경작한다든가 청구인을 봉양함과 같은 사정이 엿보이지 않는다는 점이다(이○찬에 대한 피의자 신문조서 3회 및 4회: 기록 70정 9행, 75정 후면 3-4행).

(사) 피의자의 진술에 의하더라도 이 사건 부동산은 평당시가가30만원으로서(피의자 진술조서, 기록 134정 20-21행) 약 1억 6천만원 상당이고 청구인의 주장에 의할 때진술조서, 기록 111정 21행) 평당 50만원이라는 것으로서 2억 6천만원이 넘는 재산이라는 점이다

(아) 피의자는 경찰의 소환을 받고도 두 차례나 출석불응하여 수사기일이 연장되게 하였다는 점이다(출석요구서 발부상황표, 기록 16정; 수사보고, 기록 30정; 수사기일연장, 기록 31정; 사건처리중간통지, 기록 32정). 그리고 출석불응한 원인에 대하여 적절한 해명도 없는 것이다

이상의 사정을 종합하여 보건대 이해가 대립되고 있는 양 당사자의 주장 중 누구의 주장이 더 합리적이고 신뢰성이 있는가 하는 것은 구태여 헌법재판소가 지적할 필요도 없다고 할 것이다

다. 검인계약서가 작성되었는지의 여부

(1) 부동산 소유권의 이전에 있어서 가장 중요한 서류는 뉘뉘뉘 해도 등기원인을 입증하는 서류와 인감증명서라고 할 수 있고 이 사건의 경우에 있어서는 그 이외에 농지매매증명원 토지거래허가증 등이 갖추어져야 하는데 그러한 서류의 작성에 참여한 제3자가 아무도 청구인의 증여사실을 입증할 수가 없다는 점이다 즉 피

의자 자신이 자인하고 있는 바와 같이 농지매매증명원과 위임장은 피의자가 임의로 자필로 기재하여 농지위원들과 법무사에게 들고 다니면서 수속한 것이고 그 서류의 작성제출과정에서 청구인과 함께 한 사실이 없는 것이다(경찰의 피의자 신문조서 기록 41정 후면 8행, 42정 및 검찰의 피의자 신문조서 기록 130정 6-15행).

(2) 그런데 피의자는 경찰에서 조사를 받을 때 등기원인이 되는 매매계약서를 작성한 바 없다고 진술하고 있다(피의자 신문조서 기록 41정 후면 1-2행). 그리고 그 점에 관하여서는 경찰이나 검찰(피청구인측)에서 추궁한 흔적이 없는데 그 점은 수사미진이라고 생각한다 왜냐하면 부동산등기법(1960.1.1. 법률 제536호, 1978.12.6. 법률 제3158호 개정) 제40조 제1항 제2호, 제2항, 제45조 단서, 부칙 제1항과“부동산등기법제40조 제2항및제45조단서의적용에관한규정”(1988.9.30. 대통령령 제12527호) 및 부동산등기법시행규칙(1984.6.19. 대법원 규칙 제880호 전개(全改)·1988.9.23. 대규 제1028호 개정) 제51조의2의 규정(현재는 부동산등기특별조치법(1990.8.1. 법률 제4244호) 제3조 제1항)에 의할 때 이 사건 발생당시 매매를 원인으로 한 부동산 소유권 이전등기절차에는 검인계약서를 제출하게 되어 있고 수원지방법원 광주등기소장이 광주경찰서장에게 발송한 등기신청서사본 송부목록에 보더라도 법무사 박형화가 제출한 서류 중에는 위임장 인감증명서 등과 함께 검인계약서가 제출된 흔적을 엿볼 수 있는데(기록 20정 중단 우측 팔호내 기재 참조) 매매계약서를 아예 작성한 바 없다는 피의자의 진술은 그대로 믿기 어렵기 때문에 그 점에 관한 조사가 의당 있어야 할 것이다

검인 매매계약서는 작성되었을 가능성이 있고 또 그것을 피의자

가 소지하고 있을 것이라는 전제에 선다면 피의자는 자신이 무고함을 입증하기 위하여서라도 수사기관에서 먼저 요구가 없더라도 자진해서 이를 제출하였음직한데 오히려 그러한 계약서가 작성된 일이 없다고 주장하고 있는데, 그 이유가 무엇인지는 피의자 자신이 해명해야 할 성질의 것이지만 일응 추정될 수 있는 것은 그 검인계약서의 현출이 피의자에게 불리하기 때문인 것이 아니겠는가라고 여겨지는 것이다 즉 그 검인계약서에 등재되어 있는 작성자, 입회자(만일 있다면) 등을 조사하였을 때 피의자에게 불리한 결과가 올 수 있다고 피의자 자신이 느끼고 있기 때문일 것이라고 사료되는 것이다.

(3) 그러나 그럼에도 불구하고 피의자의 진술대로 검인계약서가 작성된 사실이 없는 경우라면 의당 등기수속을 대행한 법무사 박형화에 대하여 그 부분에 대한 철저한 조사가 있어야 할 것이다 즉 매매계약서가 작성된 바 없다는 이 사건에서 어떻게 매매를 원인으로 한 소유권이 전등기가 경료될 수 있었던 것인지 등기경료를 위해서 등기원인을 증명하는 서면(부동산등기법 제40조 제1항)으로 어떤 것을 광주등기소에 제출한 것인지, 혹 법무사에게 검인계약서를 적당히 작성 제출하도록 위임한 것인지 등에 관하여 조사가 행하여졌어야 마땅하다고 할 것이다.

요컨대 이 사건에 있어서는 청구인의 인감증명을 발부받을 때 청구인이 면사무소의 민원실(인감증명발부 창구)현장에 피의자와 피의자의 처와 동행하였다는 사실 이외에는(그것도 뒤에 상세히 지적하는 바와 같이 청구인의 증여사실을 입증할 수는 없다 등기원인이 된 사실 즉 청구인의 이 사건 부동산을 피의자에게 증여(매매형식 포함)

하였다고 인정할 만한 증거는 없는 것이다

라. 청구인의 인감증명서 발급신청을 피의자가 대행한 사실과 청구인의 위임 여부

(1) 참고인 박○미, 이○애의 진술 및 인감증명교부대상사건기록 175-178정)의 기재를 종합하건대 청구인이 1991.1.14.(다만 후술하는 바와 같이 14는 15의 오기(誤記)로 인정된다)과 1.15. 증여용 인감증명서와 매매용 인감증명서를 각각 발부받을 때 피의자와 함께 면사무소에 갔었던 사실은 인정이 될 수 있을 것이다

그러나 청구인 자신이 직접 인감증명을 발부받는 수속을 하였던 것은 아니고 피의자가 수속을 대행하고 청구인은 민원인실 의자에 앉아 있었을 뿐이며 박○미의 주장대로 그녀가 청구인에게 인감증명을 떼러 왔느냐 물었다 하더라도 청구인은 묻는 말의 뜻을 알아듣지 못한 상태에서 그냥 앉아 있었을 뿐인 사실이 기록 전체에서 엿보이는 것이다

그런데 인감도장을 피의자가 절취한 것인지 청구인이 피의자에게 임의로 교부하였고 다만 그것이 교부한 목적외로 무단사용된 것인지에 대하여서는 청구인의 진술에 약간의 혼선이 일고 있는데 그 때문에 피청구인은 청구인의 “진술내용에 일관성이 결여되어 있다”고 이를 배척하고 있지만 기록을 자세히 검토해보면 청구인으로서 피의자에게 이 사건 부동산을 증여한 사실이 없고 따라서 이 사건 부동산소유명의를 피의자에게 넘겨주기 위하여 인감증명서를 발부받으려 간 사실이 없다는 취지의 주장을 하고 있는 것이 분명하므로(진술조서, 기록 81정 6-8행) 그런 의미에서는 청구인의 주장이 시종일관하고 있어 앞에서 지적한 사항까지를 종합하여 전체

적으로 볼 때 청구인의 진술에 일관성과 진실성이 결여되어 있는 것이라고는 보여지지 않는 것이다

(2) 청구인은 이 사건 부동산을 피의자에게 증여한 사실이 없다는 것과 그 부동산 소유권이전을 위한 인감증명서를 발부받으러 간 사실이 없다는 것을 시종여일하게 주장하고 있지만 다만 이 사건 무렵 다른 이유로 피의자에게 인감도장을 맡긴 사실과 그 때문에 면사무소에 동행한 사실은 이를 인정하고 있다 즉, 피의자에게 인감도장을 맡기고 면사무소까지 따라간 경위에 대하여 청구인은“김○만의 땅과 저의 땅을 분할 측량하는데 쓴다고 해서 그런 줄로만 알고 있었고 면사무소에 가서도 무슨 일을 하는지도 모른 채 앉아 있다가 왔습니다.”(진술조서 80정 13-15행) “제가 면사무소에 간 것은 김○만의 땅과 분할측량을 한다고 해서 간 것이고 그 땅을 이○찬에게 주기 위해 인감을 떼러간 것은 아니었습니다.”(진술조서, 기록 81정 6-8행) “그 당시 이○찬이가 저에게 위 땅이 김○만과 공유로 되어 있으니 그 땅을 분할측량하여 저의 이름으로 이전 한다고 하면서 저의 인감을 달라고 하여 저는 그런 줄로만 알고 저의 집에서 그에게 인감을 주었더니 함께 면사무소에 가자고 하여 따라갔더니 자기의 처 장○옥을 데리고 가기에 저도 그들과 함께 오편 사무소에 갔습니다. 그런데 이○찬이가 저보고 민원인들 앉아 있는 의자에 앉아 있으라고 하고 자기의 처 장○옥이와 사무보는 이 앞으로 가서는 직원과 무슨 이야기를 하더니 집으로 가자고 하여 그들과 함께 집으로 왔습니다.”(진술조서 2회, 기록 108정 5-15행)라고 진술하고 있어 인감도장 교부의 목적과 경위가 피의자의 주장과는 전혀 다른 것이다.

(3) 피청구인의 불기소이유 중에 보면“…… 청구인이 피의자와 함께 위 면사무소에 가서 인감증명을 발급받아 주므로……”라고 적시된 부분이 있는데 이는 마치 청구인이 스스로 인감증명서를 발부받아 피의자에게 교부한 듯한 느낌을 주는 표현인데 진실은 피의자가 모든 수속을 전적으로 대행하였고 청구인은 민원실에 앉아 있었을 뿐인 것이다 그것은 청구인의 진수로 명백한 것이지만 인감증명 발급업무를 담당하고 있는 참고인 박○미, 이○애의 진술로도 이를 인정할 수 있는 것이다 그 점에 대하여 피의자는“그 당시 최○남은 증여, 매매하기 위하여 자기의 인감을 뗀다는 사실을 모르고 분할측량하는데 자기의 인감증명이 필요하니 면사무소에 가자고 하여 민원실 의자에 앉아 있으니 피의자가 어떤 직원과 말을 하더니 조금 있으니까 집에 가자고 하여 그냥 집으로 왔지 인감증명을 뗀 사실을 전혀 몰랐다고 하는데 어떤가요”(피의자 신문조서, 기록 129정 4-8행)라는 검사의 질문에 대하여“장모가 위 땅을 돌려주니 사위가 잘 되어야지 하며 제가 면사무소에 가자고 하니까 함께 인감증명을 뗀 것입니다.”(위 조서, 기록 129정 9-10행)라고 초점을 흐린 동문서답을 하고 있지만 자신이 수속을 대행한 사실을 부인하고 있는 것은 아니다.

(4) 그 점에 관하여 인감증명서 발부업무를 담당하고 있는 참고인 박○미, 이○애의 진술은 피의자가 수속을 대행하였다는 점에 있어서는 일치하지만 인감출원인 본인에게 사실확인을 하였는지의 여부의 점에 있어서는 차이가 있으므로 이를 비교해서 검토해 볼 필요가 있다 증여용 인감증명서를 발부한 이○애는“그날 오전 10시경 이○찬이가 최○남을 데리고 와서 최○남 할머니를 민원인이

대기하고 있는 의자에 앉혀 놓고 이○찬이가 민원대로 와서는 최○남의 주민등록번호와 증여용으로 인감증명을 떼어 달라는 쪽지를 적어 저에게 주면서 증여용으로 최○남의 인감증명 4통을 떼어 달라고 하여……”(진술조서, 기록 161정 8-12행)라고 진술하여 피의자가 인감증명 발급수속을 전적으로 대행하였음을 명백히 하고 있는데 매매용 인감증명을 발부한 박○미는 “그 당시 이○찬이가 최○남 할머니를 모시고 민원대까지 와서 최○남의 매매용 인감증명 2통을 떼어달라고 할 때 최○남 할머니도 민원대까지 왔기에 제가 최○남에게 매매용 인감증명을 떼러 왔느냐고 물어보니까 그렇다고 하여 제가 최○남의 인감증명을 이○찬에게 떼어 주었습니다.”(진술조서, 기록 169정 12-16행)라고 진술하여 인감증명서 자체는 피의자에게 발부하여 주었지만 현장에서 청구인에게 그 의사를 확인하였다는 취지로 진술하고 있는 것이다

그러나 박○미의 진술은, 참고인 이○애의 “보통 제3자가 본인을 데리고 와서 본인을 민원대기 의자에 앉혀놓고 ㄸ자가 본인의 인감증명을 떼어 달라고 하면서 본인의 주민등록번호를 쪽지에 적어 인감도장과 함께 담당직원에게 주면 담당직원은 본인의 개인별 주민등록표를 꺼내어 그 위에 붙어있는 사진을 대조하여 본인이 틀림없다고 판단되면 본인에게 직접 확인을 하지 않고 ㄸ자의 말만 듣고 떼어주게 됩니다……”(진술조서, 기록 162정 13-18행)라는 진술과 자신(박○미)이 청구인을 평소부터 잘 알고 있으면서도 이 사건 매매용 인감증명서를 발부할 때 최○남의 주민등록표를 꺼내어 “사진을 확인하였다.”는 진술에 비추어 경험칙상 자연스럽지 못하고 자신(박○미)에게 형사책임이 비화될까 봐 과잉방어함으로써 결과적

으로 청구인에게 불리한 진술을 하고 있는 것으로 보여지는 것이다

그 점을 좀더 자세히 지적한다면 참고인 박○미는 1991.5.10.자 경찰의 진술에서는 “평상시 최○남 할머니를 알고 있었다.”고 하고 있고(진술조서, 기록 33정 후면 17-18행), 1992.1.10.자 검찰의 진술에서는 1989. 말경 최○남의 외손녀인 김○화가 자신에게 외할머니 최○남의 호적등본을 떼어서 영세민 서류를 만드는 데 사용한다고 하면서 최○남의 호적등본을 떼어달라고 하여 최○남 할머니에 대해 들은 후, 1990.1. 초순경 최○남 할머니가 주민등록등본을 떼러와서 그 할머니의 개인별 주민등록표를 살펴보니 최○남 할머니 얼굴이라 알게 되었다고 진술하고 있는데(진술조서, 기록 150정 17-18행 및 151정 1-4행), 이 사건 매매용 인감증명을 발급받기 전인 당일 오전 10시경 증여용 인감증명을 발급받으러 왔을 때(박○미의 진술조서, 기록 154정 2-3행) 당시 증여용 인감증명을 발급하던 참고인 이○애에게 민원대기 의자에 앉아 있는 최○남을 가리키며 “저분이 최○남이다.”라고 말해 주기까지 하였다는데도(이○애의 진술조서, 기록 161정 14-16행) 조금 후 자신(박○미)이 매매용 인감증명서를 발부하면서 최○남의 개인별 주민등록표를 꺼내어 “사진을 보니 최○남과 같아서……”라고 진술하여(박○미의 진술조서, 기록 151정 10-11행) 사진을 대조하였다고 굳이 주장하고 있는 것은 경험칙상 부자연스럽고 이치에 합당하지 않는 과잉변명으로 보이는 것이다 왜냐 하면 그녀(박○미)의 진술대로라면 청구인이 대리인 없이 직접 인감증명서를 발부받은 셈이 되는데 그녀(박○미) 자신이 인감증명교부대장에 표시해 놓은 것을 보면 출원인란에 최○남 본인이라고 기재

한 상단에 이○찬 551013-1820812라고 피의자의 이름과 주민등록번호를 기재해 놓아 피의자가 수속을 전적으로 대행하였음을 명백히 하고 있기 때문이다(인감증명교부대장 기록 28정 중단)

(5) 요컨대 박○미의 진술로도 인감증명서 발부대상자인 청구인이 면사무소에 피의자와 동행하였던 사실 이상의 내용은 인정하기가 어려우며 그의 진술을 증거로 하여 청구인의 증여사실을 인정할 수는 없는 것이다. 오히려 청구인이 검찰의 신문에서 한결같이 피의자에게 인감도장을 맡긴 경위에 대하여 이 사건 부동산에 대한 분할측량 및 분할등기에 필요하다고 해서 맡긴 것이라고 주장하고 있으므로 과연 그 무렵에 이 사건 부동산에 대하여 그러한 사정이 있었는지의 여부가 조사되어야 할 것인데 그러한 흔적이 없는 것이다.

그런데 기록에 편철되어 있는 등기부등본(기록 8정-9정)을 통하여 살펴본바, 원래 이 사건 부동산은 698평으로 된 한 필지인데 그 중 528평은 장○성의 소유로 되어 있었고 170평은 김○만의 소유로 되어 있었는데 1970.8.17. 장○성의 지분에 대하여 청구인이 소유권을 취득한 이래 20년 이상 김○만과 공유형태로 소유해 오던 중 1990.11.30. 위 부동산이 분할되었는데 청구인이 지분권을 갖고 있는 토지는 광주군 오포면 ○○리 613 답 1745㎡로 표기되고 김○만의 토지는 같은 리 613-1 562㎡로 표기되어 같은 날 분할등기가 필(畢)해진 사실을 인정할 수가 있으므로 청구인의 주장은 객관적인 상황에 부합하고 있는 것이라 할 수 있는 것이다.

마. 인감증명교부대장 기재내용의 문제점

(1) 피의자는 이 사건 부동산에 대하여 당초 증여로 인감증명서

를 발부받았으나 김○서의 말이 증여로 이전을 하게 되면 세금이 많이 나오니 매매로 하라고 해서 그 날 오후에 다시 매매로 인감증명서를 발부받았다고 주장하고 있고(검찰의 피의자 신문조서 기록 128정 3-9행; 경찰의 피의자 신문조서 기록 41정 18-20행) 관련 참고인들도 같은 취지의 진술을 하고 있다(장○옥에 대한 진술조서 기록 14정 14-17행; 박○미에 대한 진술조서 기록 154정 2-3행 및 171정 16-18행; 김○서에 대한 진술조서 기록 156정 12-14행 및 157정 3-8행; 이○애의 진술서, 기록 179정; 수사보고서 기록 26정).

요컨대 이 사건 부동산에 대한 증여용과 매매용의 인감증명서가 1991.1.15. 같은 날에 발부되었는데 증여용이 먼저 매매용이 나중에 발부되었다는 점에 있어서는 진술이 완전히 일치하고 있는 것이다

(2) 인감발행 담당공무원 박○미, 이○애는 당초에는 증여용 인감증명서가 1991.1.14.자로 발부된 것처럼 진술하였으나 그것이 증여용 인감증명서 자체(기록 44, 45정)에 기재되어 있는 발행일자와 일치하지 않아 재조사하는 과정에서 관계공무원 두 사람 공히 착오였다고 하면서 1991.1.15.자 발부된 것으로 정정하고 있으므로(박○미 진술조서 2회, 기록 171정 6행, 172정 11행, 173정 13-17행; 이○애 진술서, 기록 179정) 증여용 인감증명서도 1991.1.15.자로 발행된 것이 틀림이 없다고 보여지는데(피청구인은 답변서에서 이 부분에 관하여 마치 매매용이 먼저 발급된 것처럼 언급하고 있으나 그것은 기록상 나타나 있는 모든 증거와 배치되는 것이다) 과연 그러하다면 인감증명교부대장상의 일련번호는 의당 증여용이 선순위 번호로 매매용의 그것은 후순위 번호로 되어 있어야 이치에 합당한데 매매용은 12번이고 증

여용은 198번으로 기재되었다가 918번으로 정정되어 있는데 어느 번호에 의하더라도 12번보다는 후순위여서 증여용이 나중에 발부된 것으로 보여 피의자의 주장과 정면으로 모순되는 것이다

(3) 뿐만 아니라 의문스러운 것은 청구인 명의로 동일자에 발행된 증여용 인감증명서의 유효기간이 “삼월”로 된 것(기록 44정)도 있고 “일월”로 된 것(기록 45정)도 있는데 해피한 것은 기록 44정에 편철된 인감증명서의 중간부분에 보면 역종 국민역, 보충역, 체격등위, 징집등급 등 인감증명서의 내용과는 전혀 관련이 없는 병역관계의 사항이 기재되어 있고 더욱 납득이 되지 않는 것은 위 인감증명서(기록 제44정·45정) 2통이 어떠한 경위로 기록에 편철되게 되었는지 그 경위설명이 전혀 없다는 점이다.

바. 참고인 김○서, 황○혁, 유○환의 진술부분

(1) 피청구인은 불기소처분의 증거로 농지위원 김○서, 황○혁, 유○환의 진술을 거시하고 있으나 이 사건 부동산을 청구인이 피의자에게 증여하였는지의 여부에 관한 문제에 대하여서는 그들의 진술은 전혀 참고가 되지 않거나 또는 전문증거에 불과하며 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상황에서 행하여졌다고 볼 수도 없는 것이다

참고인 김○서는 광주군 오포면 ○○2리의 농지위원으로서 피의자와는 동서지간이다(이○찬의 처와 참고인의 처는 이복형제인데 청구외 정○득의 딸들이다.) 그는 피의자가 1991.1.10.경 자기집에 와서 청구인이 피의자에게 이 사건 부동산을 주기로 하였다고 말하여 이 사실을 청구인에게 확인도 하여 보지 않고 단순히 피의자의 말만을 믿고 농지매매 증명원에 확인을 해 주었다고 진술하고 있다(진술조

서, 기록 122정 6-11행; 진술조서 2회, 기록 157정 22행 및 158정 4행).
그렇다면 그의 진술은 이 사건의 핵심인 이 사건 부동산의 증여 여부를
판별하는데 있어서는 아무런 도움이 되지 못하며 그의 진술은 이 사건
쟁점에 관한 한 독립된 가치를 지닌 증거로 인정하기가 어려운 것이다

그리고 참고인 황○혁, 유○환의 진술 역시 피의자의 말만 믿고 이
사건 부동산이 실지로 증여 혹은 매매된 것인지의 여부를 확인하지 않
은 채, 단지 마을 리장이었던 농지위원 김○서의 서명날인이 되어 있어
확인원에 서명날인한 것이라고 진술하고 있을 뿐이다(진술조서, 기록
141정 12-18행, 146정 10행, 147정 6행). 김○서의 진술에 의하면 통상
농지매매확인서에 (김○서)자신의 이름과 도장이 서명날인되어 있으면
다른 농지위원들은 이를 믿고 자신에게 다시 확인하지 않는 것이라는
취지이므로(진술조서, 기록 158정 14-15행), 그렇다면 황○혁, 유○환의
진술 역시 이로써 농지매매확인서의 확인부분의 형식적 진정성 외에는
이 사건의 쟁점이 되고 있는 이 사건 부동산의 증여 또는 매매사실을
입증하는 데 있어서는 아무런 도움이 못되는 것이다

(2) 원래 농지매매의 확인제도는 농지의 합리적 이용과 농업의 생산
성을 높이기 위하여 제정된 농지임대차관리법의 제정목적이 차질 없이
이루어질 수 있도록 하기 위하여 동법 제19조(동 법시행령 제23조), 동
법시행규칙 제9조의 규정에 의하여 행하여지는 것인데 확인대상은 농지
개혁법 제19조 제2항의 규정에 의한 농지인 것이다(농지임대차관리법 제
19조).

그런데 이 사건 부동산이 위에 해당하는 농지인지의 여부는 기록

상 확실하지 않지만 기록상 피의자가 과거 농사를 지은 흔적이 없고 또 이 사건 부동산을 매수한 후에도 그 땅에서 농사를 지으려고 노력한 흔적이 전혀 엿보이지 않아 농지위원들의 확인은 매우 형식적사무적으로 이루어진 듯하고 적어도 그 부분에 대하여서는 농지위원 김○서에 대한 조사가 있었어야 하는 것이다. 김○서 자신이, 피의자는 “이 사건 부동산을 매립하다가 고발 당하여 아마도 처벌을 받은 것으로 알고 있다” “부동산증개업을 하고 있다”(진술조서, 기록 11-12행, 19행)고 진술하고 있을 뿐만 아니라, 피의자 스스로도 이 사건 부동산을 흙으로 매립한 사실과(피의자 신문조서 3회, 기록 69정 후면 2-4행) 1991.3.13.자로 광주 축협에 근거당권 설정하고 축산자금 3,000만원을 대출받은 사실을 자인하고 있고(피의자 신문조서 4회, 기록 75정 후면 1-2행, 11-13행) 청구인도 “……이○찬이가 1990.11.경 단독으로 저의 논에다 분당 건설현장에서 나오는 흙을 갖다 매립이 끝났습니다. 그래서 그 곳에다 축사를 지으려고 노력을 한 것 같은데 축사는 짓지 않았습시다”라고 진술하고 있으며(진술조서 2회, 111정 7-10행) 참고인 최○일도 같은 취지의 진술을 하고 있어(진술조서, 기록 115정 15-22행) 현장의 사진(기록 64정)과 종합하여 보건대 이 사건 부동산은 이미 답논이 아닌 것이다.

사. 피의자가 청구인의 집에 입주하게 된 경위의 조사 필요성

수사기록에 나타난 청구인 및 피의자(이○찬)의 진술에 의하면 청구인과 피의자는 배우자의 혈족의 배우자 관계인(척관계)로서 친족에 해당된다(민법 제767조, 제769조, 제777조 참조). 한편 친족상도례에 관한 형법 규정에 의하면(형법 제344조, 제328조 제1항) 직계혈족, 배우자, 동거친족, 호주, 가족 또는 그 배우자간의 절도죄는 형 면

제사유에 해당되고 따라서 이 사건에서 절도부분에 관해“공소권없음” 처분이 이루어지려면 친족인 청구인과 피의자가 혐의사실 발생당시 동거하고 있어야 하는 것이다. 그 점에 대하여 피의자의 처인 장○옥은 “약 4년전부터 같이 거주하였습니다.”라고 진술하고 있으나(진술조서, 53정 후면 11행) 청구인은 1990.9.경 피의자가 자신의 집수리를 핑계로 청구인의 집에 들어와 살겠다고 하여 이를 거절하였으나 막무가내로 들어와 살았기 때문에 할 수 없이 1991.4. 초순까지 동거하였다고 진술하고 있어(진술조서 2회, 기록 제106정 16-17행 및 107정 1-6행), 동거기간에 현저한 차이가 있으나 어쨌든 혐의사실 발생당시인1991.1.경 동거한 사실만큼은 이를 인정하고 있고 주민등록등본기록 제11, 12정) 및 세대별 주민등록표(기록 25정)의 기재내용도 이에 부합하므로 피청구인의 이 부분 “공소권없음” 처분은 잘못이 없다고 판단된다.

그러나 그 점에 관하여 청구인이“이○찬이가 이 땅을 뺏어먹기 위해서 저의 집에 들어온 것으로 생각이 됩니다”(진술조서 2회, 기록 110정 8-9행)고 주장하고 있는 만큼 비록 절도의 부분은“공소권없음”으로 처리될 수 밖에 없다고 할지라도 피의자가 청구인의 집에 입주하게 된 과정과 입주 후의 봉양사실의 유무, 생활관계 등은 여타 범죄의 성부를 가리는데 있어서 중요한 자료가 될 수 있으므로 인근주민 등을 상대로 하여 그 부분에 대한 보완조사도 있어야 할 것이다

아. 종합적 판단

증여는 자기의 재산을 무상으로 상대방에게 수여하는 행위로서 이는 그에 대한 반대급부없이 일방적인 재산적 희생을 결과케 하

는 것이고 특히 일상생활에서 흔히 볼 수 없는 부동산 등 비교적 중요한 재산을 증여한다는 것은 매우 이례적인 사례에 속하는 것으로서 증여하는 자와 그를 받는 자간에 어느 수공할 만한 특수한 사정이 있으면 모르되 그렇지 않은 경우에 부동산 등 중요한 재산을 증여 한다는 것은 좀처럼 생각할 수 없는 일이라고 할 것이므로(대법원 1978.2.28. 선고, 77다2137 사건 제4부 판결 참조) 확실한 증거 없이 증여행위의 존재를 인정해서는 안될 것이다.

이 사건 중 사문서위조 동행사, 공정증서원본불실기재 동행사 부분은 청구인이 이 사건 부동산을 증여한 사실이 있는지의 여부에 따라 구성부가 좌우되는데 그 부분에 있어서 청구인과 피의자(○찬)의 진술 내용이 엇갈리고 있으므로 피청구인이 증여사실을 부인하고 있는 청구인의 주장을 배척하고, 증여받은 것이라는 피의자의 주장을 이유 있다고 인정하려면 수사를 훨씬 보완하여 객관적으로 설득력이 있고 신빙성이 있는 증거로서 그 이유를 설시하였어야 할 것인바 청구인이 친정식구와도 타합함이 없이 시앗의 사위에게 증여를 결심하였음직한 사정이 있었는지의 여부, 검인계약서의 존부, 인감증명교부 대장상의 모순되는 기재내용, 대상토지가 농지위원들의 확인당시 농지라고 할 수 있는 형상(形狀)이었던지의 여부 등이 전혀 조사되어 있지 않은 수사미진인 상태에서 결론을 내리고 있고, 농지위원인 참고인 김○서, 황○혁, 유○환의 진술과 인감증명서를 발행한 이○애의 진술로는 청구인의 증여사실을 전혀 입증할 수가 없고 참고인 박○미의 진술은 언뜻 피의자의 변소에 부합하는 듯하나 위에 적시한 사유로 그대로 믿을 수 없는데도 피의자에게 유리한 증거로 원용하고 있는 것이다.

그리고 이 사건에서 증여라는 등기원인행위가 있었음을 인정할 수 없다면 사문서위조 등 행사죄는 현재 판단대상으로 되어 있는 위임장과 농지매매증명서에 한정되어서는 아니될 것이고 토지거래허가증과 검인계약서(만일 존재한다면)도 그 대상이 되어야 할 것이다

형사사건에 있어서 수사의 주체인 검사는 실체진실의 발견을 위하여 전력하여야 하며 특히 피해자가 문맹이거나 노인이어서 자신의 권익을 스스로 지킬 능력이 부족할 때에는 그 진술의 말단 지엽적인 사항을 문제삼아 배척할 것이 아니고 피해자와 정당한 권익침해가 없도록 하여야 할 것이 기대되는데도 이 사건에 있어서는 그러한 의지가 엿보이지 않은 것이다.

3. 결론

위에 상세히 지적한 바와 같이 이 사건은 현저히 수사가 미진된 상태에서 결론을 속단하고 있고 결론의 내용도 현출된 증거의 내용에 비추어 합당하지 않다. 피청구인은 당연히 의심을 갖고 조사해야 할 중요한 사항에 대하여 조사를 현저히 소홀히 한 채 사실인정에 관하여 합리적 근거 없이 이 사건 부동산을 청구인이 증여한 것으로 인정한 것은 본질적으로 헌법적 시각에서 고려 형량하여야 할 중요사항을 도외시한 것으로서 정의와 형평에 반하는 자의적인 수사요 그 결정이라 아니할 수 없는 것이다.

그렇다면 피청구인이 한 불기소처분 중 사문서위조 등에 관한“혐의 없음” 처분은 청구인의 헌법상의 평등권과 재판절차진술권을 부당하게 침해하였다고 아니할 수 없으므로 피청구인으로 하여금 그에 관한 보완수사와 피의자의 책임에 상응하는 처분을 하도록 하

기 위하여 이를 취소하기로 하고, 한편 절도의 점에 대한 “공소권없음”의 불기소처분에 대한 청구부분은 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 관여재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다

1993. 5. 13

| | |
|-----|---------|
| 재판장 | 재판관 조규광 |
| | 재판관 변정수 |
| | 재판관 김진우 |
| | 재판관 한병채 |
| | 재판관 이시윤 |
| | 재판관 최광률 |
| | 재판관 김양균 |
| | 재판관 김문희 |
| | 재판관 황도연 |

불기소처분취소

(1993. 5. 13. 92헌마192 헌법재판소 전원재판부
[판례집 5-1, 413~425])

【판시 사항】

검사(檢事)의 무혐의(無嫌疑) 불기소처분(不起訴處分)으로 인한 기본권침해(基本權侵害)가 부인된 사례

【결정 요지】

청구인의 고소사실(告訴事實)에 대하여 검사(檢事)가 현저히 형평에 반하는 수사를 하였거나 헌법(憲法)의 해석, 법률의 적용 또는 증거판단(證據判斷)에 있어서 불기소처분(不起訴處分)의 결정(決定)에 영향을 미친 중대한 잘못이 있었다고 보여지지 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 청구인의 기본권이 침해되었다고 볼 수 없다고 한 사례

재판관 변정수, 재판관 한병채, 재판관 김양균의 반대의견(反對意見)

이 사건은 검사(檢事)가 증거(證據)가 충분한 사건에 대하여 무혐의(無嫌疑) 불기소처분(不起訴處分)을 하였거나 아니면 수사도 다하지 아니하고 증거에 대한 가치판단도 소홀히 한 채 심히 정의감정(正義鑑定)에 반하는 처분을 한 것으로서 결국 검찰권(檢察權)의 자의적(恣意的)인 행사(行使)로 차별 없이 성실한 검찰권(檢察權)의 행사(行使)를 요구할 수 있는 청구인의 평등권(平等權)을 침해한 것이 명백하여 헌법재판소(憲法裁判所)로서는 마땅히 청구인의 헌법소원(憲法訴願)을 인용(認容)하여 검사(檢事)의 불기소처분을 취소(取消)하고 검사(檢事)로 하여금 사건을 다시 처리하도록 해야 할 사건이다

청 구 인

이 ○ 속

대리인 변호사 신 기 남 외 2인

【참조 조문】

헌법(憲法) 제11조 제1항

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

【주 문】

심판청구를 기각한다

【이 유】

1. 이 사건 기록과 증거자료(서울지방검찰청 북부지청 1991형제41934호 수사기록)에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다

청구인은 1991.7.11. 피고소인 이○구를 상대로 서울북부경찰서에 고소하였는데 고소사실의 요지는 청구인과 피고소인은 부부인(약 5년간 사귀 끝에 1989.7.6. 혼인) 1990.3.15. 00:30 서울 도봉구 ○구동 791의 2018 그들의 살림집 안방에서 피고소인의 외박문제로 부부싸움을 하던 중 청구인이 흥분하여 피고소인의 얼굴을 한 번 때리자 피고소인은 청구인을 밀쳐 방바닥에 넘어뜨리고 청구인이 일어나서 피고소인의 멱살을 잡고 잡아 당기자 피고소인은 주먹으로 청구인의 얼굴을 강타하고 발길로 옆구리를 차서 청구인을 넘어뜨리고 나서 집 보일러실에 있던 석유를 그릇에 담아가지고 와서 청구인의 뒤통수에 뿌리고, 라이타로 불을 붙여 약 6개월간의 치료를 요하는 화상을 입혔으니 처벌하여 달라는 것이었다. 그리고 경찰로부터 사건을 송치받은 피청구인은 피고소인이 청구인을 상대로 1991.7.16. 맞고소한 무고사건과 함께 병합하여 수사한 끝에

피고소인의 살인미수죄 피의사실이나 고소인의 무고죄 피의사실 어느 것이나 모두 증거가 불충분하다는 이유로 1991.12.27. 불기소처분(혐의 없음) 하였으며 이에 대하여 청구인은 항고 및 재항고를 거쳐 1992.7.23. 재항고기각) 1992.8.22. 이 사건 헌법소원심판을 청구한 것이다

2. 검사의 불기소결정 이유는

수사한 결과

(1) 피의자 이○구의 살인미수의 점

피의자는 범행을 극구 부인하면서 고소인인 상피의자 이○숙의 몸에 석유를 뿌려서 불을 붙인 것이 아니라 위 이○숙이 피의자의 외박행위에 대하여 이를 간통한 것으로 단정하고 스스로 몸에 석유를 끼얹어 분신할듯이 겁을 주며 상대여자를 말할 것을 추궁하다가 화를 이기지 못하여 자신이 불을 붙여 화상을 입게 된 것이라고 변명하고 피의자의 가족들은 김○미, 이○규, 이○희 및 친구들인 원○환, 김○환, 김○진, 심○영 등도 사건이후 고소인이 자신의 분신행위를 후회하는 이야기를 하는 것을 들었다는 각 진술을 하여 이에 부합하는 반면에 고소인인 상피의자 이○숙은 일관하여 피의자가 자신을 살해하기 위하여 방화한 것이라고 주장하고 동인으로부터 같은 내용으로 들었다는 참고인 박○희 및 가족인 오○근, 이○규의 각 진술 등이 있으므로 살피건대 고소인의 진술에 의하여도 사건 당시 피의자는 외박행위를 추궁받는 입장이었으나 처인 고소인을 살해하려고 생각할 정도로 미워하거나 증오할 만한 사유가 있었던 사정은 보이지 않는 점 고소인은 당시 시비 중 피의자의 뺨을 수회 때리는 등 고소인의 행위로 인하여 피의자가 격분한 상

태에서 우발적으로 피의사실과 같은 행위를 한 것이라고 주장하나 우발적으로 살의의 고의에까지 이른다는 것은 상식에 비추어 선뜻 납득하기 어려운 점이 있는 점, 또한 고소인도 인정하고 있듯이 화재사건 이후 7개월 이상(고소까지는 16개월 정도)기간이 경과할 때까지 그 원인에 대하여 이를 피의자가 고소인을 살해하기 위하여 방화한 것으로 이야기한 사실은 없는 점(고소인은 시아버지인 이○규가 피의자의 잘못을 용서하여 주라고 하고 치료를 모두 책임지겠다는 말을 하므로 화재의 진상을 타인에게 이야기하지 않았다고 진술하나 고소인이 자신의 잘못을 후회하는 이야기를 하는 것을 들었다는 참고인 원○한, 김○진, 심○영, 김○환의 진술 등을 참작하면 고소인의 주장을 전적으로 믿기에는 부족하다) 화재사건 이후에도 일정기간 동안 고소인은 피의자와 동거하며 부부로서 생활한 사실이 있는 점 등을 볼 때 고소인의 주장 및 같은 내용의 이야기를 고소인으로부터 들었다는 참고인 박○희, 오○근, 이○균의 각 진술, 피의자에 대하여 거짓말 반응이 나타난 거짓말탐지기 반응결과 등만으로 피의사실과 같이 피의자가 고소인을 살해하려고 마음먹고 석유를 끼얹은 후 불을 붙인 것이라고 단정하기에는 자료부족하다고 할 것이고 이를 보완하여 피의사실을 인정할 다른 자료 없어서 결국 범죄 혐의 없고

(2) 피의자 이○숙의 무고의 점에 대하여는

피의자는 범행을 극구 부인하면서 고소인인 상 피의자 예구가 자신을 살해하기 위하여 석유를 붓고 불을 붙인 것이 사실이므로 사실 그대로 고소한 것이라고 변소하고 있는바 전

(1)항 기재와 같이 화재사건 당시의 상황에 대하여 이를 알 수 있는 객관적 자료가 존재하지 않고 피의자와 고소인인 상피의자와의 상반되는 진술

및 각기 그에 부합하는 참고인들의 전문진술 등이 있을 뿐이어서 피의자와 고소인 중 누가 석유를 붓고 불을 붙였는지에 대하여 이를 선불리 단정하기 어렵다 할 것이고 달리 피의사실을 인정할 충분한 자료 없이 결국 범죄혐의 없음에 돌아가 주문과 같이 각 결정한다라고 되어 있다.

3. 그러므로 기록을 자세히 보았으나 피청구인이 청구인의 고소사실에 대하여 현저히 형평에 반하는 수사를 하였거나 헌법의 해석 법률의 적용 또는 증거판단에 있어서 불기소처분의 결정에 영향을 미친 중대한 잘못이 있었다고 보여지지 아니하며 피청구인의 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 변정수, 재판관 한병채, 재판관 김양균의 다음 4와 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관의 의견이 일치되었으므로 주문과 같이 결정한다.

4. 재판관 변정수, 재판관 한병채, 재판관 김양균의 반대의견

가. 이 사건 쟁점은 고소인인 청구인 이○숙(살인미수죄 내지는 중상해죄의 고소인인 동시에 무고죄의 피고소인이지만 이하 고소인이라 한다) 이 1990.3.15. 00:30경 얼굴, 목, 가슴, 배, 양팔부위에 2도 내지 3도의 중화상을 입었는데 이것이 고소인 자신의 자살행위로 인한 것이었느냐 아니면 피고소인 이○구(살인미수죄 내지는 중상해죄의 피고소인인 동시에 무고죄의 고소인이지만 이하 피고소인이라 한다)가 고소인의 몸에 석유를 뿌리고 불을 붙여서 그와 같이 된 것이냐

의 점이고 이 점에 대하여 고소인과 피고소인의 진술은 완전히 상반되며 단 둘이만 있는 방안에서 부부싸움 끝에 일어난 일어서 싸움의 현장을 아무도 본 사람이 없고 고소인측과 피고소인측의 참고인들이 있으나 그들의 진술내용도 고소인측 참고인들(박○희, 오○근, 이○균)의 진술은 피고소인이 고소인의 몸에 석유를 뿌리고 불을 붙였다는 말을 고소인으로부터 들었다는 내용이고 피고소인측 참고인들(이○규, 김○미, 원○한, 김○진, 양○월, 김○완)의 진술은 고소인이 자신의 몸에 석유를 뿌리고 불을 붙였다고 말하는 것을 들었다는 내용이어서 고소인의 진술이나 고소인측 참고인들의 진술과 피고소인측 참고인들의 진술 중 어느 쪽을 진실한 것으로 볼 것이냐에 따라 피고소인이 무고죄로 처벌되어야 할 사건이다. 이와 같이 참고인들이 모두 현장목격자가 아닐뿐더러 사건발생 1년 4개월 후에야 고소한 사건이기 때문에 어느 쪽 주장이 진실이고 어느 쪽 주장이 허위인지 판별하기 힘든 사건임에는 틀림없다 그러나 그렇다고 해서 검사의 무혐의결정 이유처럼 쌍방에서 고소한 범죄사실 어느 것이나 모두 그것을 인정할 만큼 충분한 증거가 없는 것이 아니고 충분한 증거가 있는 것이다 즉 피고소인의 살인미수죄 내지 중상해죄 피의사실은 피고소인이 고소인의 몸이 석유를 뿌린 다음 라이타로 불을 붙였다는 고소인의 진술과 고소인이 몸에 불이 붙어 중화상을 입은 사실(상해진단서) 및 고소인으로부터 위와 같은 이야기를 들었다는 참고인 박○희, 오○근 등의 진술 등 증거가 있으며 만약 위와 같은 증거들을 채용한다면 피고소인에 대한 피의사실은 그 증거가 충분한 것이다. 반대로 고소인의

무고죄 피의사실은 고소인이 자상행위를 하였으면서도 피고소인이 고소인의 몸에 석유를 뿌리고 라이타로 불을 붙였다고 허위사실을 꾸며 무고하였다는 피고소인의 진술과 사건 후 고소인이 마치 자상행위를 한 것처럼 말하는 것을 들었다는 내용의 참고인 김○미, 원○한, 김○진, 양○월 등의 진술 등이 그에 대한 증거이며 만약 이러한 증거들을 채용한다면 고소인에 대한 무고죄 피의사실 또한 그 증거가 충분한 것이다 결국 어느 쪽의 증거를 믿어야 할 것이냐가 문제이며 그에 따라서 결과가 정반대로 달라지게 될 뿐이다 이러한 경우 검사로서는 어느 쪽의 주장이 진실인가의 점에 대하여 충분한 수사를 한 다음 여러 가지 상황, 진술내용, 진술태도, 거짓말탐지기실험결과 등을 종합하여 경험법칙과 논리원칙에 따라서 어느 쪽 증거를 채용할 것인가를 가려내야 하고 또한 충분히 가려낼 수 있는 문제이다 그럼에도 불구하고 검사가 쌍방이 서로 자기의 죄를 부인하고 있는데다 어느 쪽 말이 진실인지 가리기가 어려운 사건이라고 해서 어느 쪽 증거도 다 믿을 수 없다고 해버리고 만다면 이는 수사권의 포기이며 직무유기이다 더구나 이 사건 고소인과 피고소인 중 어느 한 쪽이 반드시 형사처벌을 받아야만 될 중대한 범인이다. 즉 고소인의 주장이 진실이라면 피고소인은 살인미수죄 아니면 적어도 중상해죄의 범인이라는 말이 되고 그렇지 않고 피고소인의 주장이 진실이라면 고소인은 애매한 사람을 살인미수죄나 중상해죄로 무고한 것이 되어 악질적인 무고죄의 범인이라는 말이 된다 그러므로 국가의 검찰권을 행사하여 범죄를 수사하고 범인을 색출할 책임을 지고 있는 이 사건 담당검사로서는 범인이 틀림없는 고소인과 피고소인 중의 어느 하나를 꼭 색출해 낼 책임

이 있는 것이다. 중대한 범죄의 범인이 틀림없는 두 사람을 앞에 놓고서 더구나 충분한 증거가 있음에도 불구하고 다만 그 증거에 대한 가치판단이 어렵다고 해서 양쪽에 대하여 모두 무혐의처분하고 만다는 것은 검사의 무능력과 무성의를 자인하는 것이라고 밖에 볼 수 없고 결국 검찰에 대한 국민의 신뢰를 크게 실추시키는 일이라고 아니할 수 없다. 검사로서는 마땅히 머리를 짜내서 증거를 수집하고 경험법칙과 논리원칙에 따라 어느 쪽 말이 진실인가를 판단하여 피고소인이 살인미수범(또는 중상해범)인지 아니면 고소인이 무고범인지를 가려내 엄중한 책임을 물었어야 할 것이다. 결국 검사는 피의사실에 대한 증거가 충분함에도 불구하고 증거가 불충분하다는 이유로 무혐의 불기소처분을 한 것으로서 이는 검찰권의 자의적 행사로 불기소처분을 남용한 것이라고 아니할 수 없다.

나. 수사기록에 의하면 피고소인의 진술 중 논리원칙이나 경험칙에 반하는 부분과 수사가 미진한 몇가지 점을 발견할 수 있다

첫째, 피고소인은 말하기를 “1990.3.14. 23:00경 고소인과 함께 족발집, 보쌈집 등에서 술을 마시고 먼저 집에 들어와 불을 끄고 누워 있는데 어두운 방에 고소인이 들어와 몸에 무엇인가 붓는 것 같아 눈을 뜨니 석유냄새가 나서 일어났다. 그러자 고소인이 어떤 계집애와 잠을 잤느냐며 다구침으로 마루 불빛을 이용하여 고소인을 보니 왼손에 라이타를 들고 있기에 라이타를 뺏으려고 하였으나 저항이 심할 뿐더러 고소인의 몸에 속유가 묻어 있어서 라이타를 뺏을 수도 없고 때려서 뺏을 수도 없는 상황이어서 피고소인은 그대로 방을 나와 방을 등지고 마루에 앉아 있었는데 1-2분 후 이상한 느낌이 들어 방안에 들어가자 고소인이서 있는 상태에서 오른

쪽 팔에 불이 붙어 있었다.”는 것이다. 그런데 고소인의 몸에 석유가 묻어 있고 또 심하게 저항한다고 해서 손에 들고 있는 라이타를 빼앗을 수 없었다는 부분도 쉽게 이해할 수 없고(피고소인은 태권도 초단이기도 하다) 피고소인의 말대로라면 아내가 자살하기 위하여 몸에 석유를 뿌리고 불을 붙이려고 하는데 저항이 심하다고 해서 만류하는 것을 포기하고 혼자 밖으로 나와 버렸다는 부분도 이해하기 어려우며 밖에 나가 1-2분이나 기다렸다가 이상한 느낌이 들어 방안에 들어가 보니 고소인의 몸에 불이 붙어 있었다는 부분도 이해할 수 없다 피고소인의 행위는 보통사람이 위와 같은 경우에 취할 수 있는 행위와는 너무 차이가 있는 것이다.

둘째, 피고소인은 말하기를 “고소인을 불빛이 있는 부엌 쉰크대 쪽으로 밀어내면서 고소인의 옷에 붙은 불을 끄려고 하였으나 손으로 끌 수 있는 상태가 지나 끄지 못하고 약 5미터 떨어진 보일러실에 가서 소화기를 가지고 불을 끄려고 하였으나 당황하여 소화기핀을 뽑지 못하였다.”는 것인데 위와 같이 급박한 상황에서 5미터 떨어진 보일러실에 소화기가 있다는 것까지 생각해 내고 소화기를 가져온 사람이 당황하여 소화기 핀을 뽑지 못하여 불을 끄지 못하였다는 것도 이해가 안가며 또 피고소인은 “고소인이 화장실 샤워기를 틀어 스스로 몸에 붙은 불을 껐다.”고 말하는데 피고소인의 말대로 피고소인이 고소인으로부터 라이타 빼는 것을 포기하고 밖에 나가버렸는데도 고소인이 혼자 방에 남아 몸에 불을 붙인 것이 사실이라면 이는 고소인이 자살하려고 한 것이 틀림없다고 보여지는데 자살하려고 하는 사람이 화장실 샤워기를 틀어 자기 몸에 붙은 불을 껐다는 것도 쉽게 이해가 안가는 부분이다

검사로서는 경험법칙이나 논리상으로 석연치 않은 위와 같은 꺾꽂개 및 들췑의 꺾)에 대하여 좀더 밝혀 볼 필요가 있을 것이다. 더구나 거짓 말담지가 실험결과 피고소인의 진술에 대하여 허위반응까지 나온 상황에서라면 더욱 그렇게 하였어야 할 것이다.

셋째, 고소인은 “피고소인은 밖으로 나가 그릇에 석유를 담은 후 마루에서 방안에 서 있는 고소인의 몸에 뿌려 고소인이 피고소인을 밀면서 밖으로 나가려고 하는 순간 피고소인은 방 입구에서 가로막고 라이타를 켜서 상의 오른쪽 팔에 불을 붙였다. 왼손으로 오른쪽 어깨부위에 불을 붙였다. 그래서 오른쪽 가슴과 오른쪽 어깨가 화상이 가장 심하다.”

“고소인은 피고소인의 허리(상체 옆구리)를 꺾안고 부엌 썩크대 쪽으로 밀어 붙이고 발을 붙잡고 있는데 피고소인이 주먹으로 머리를 때려 피고소인을 놓쳤으며 피고소인은 밖으로 도망을 하였다”하고 진술하고 있고 피고소인은 “방을 나와 방을 등지고 마루에 앉아 있는데 1-2분 후 이상한 느낌이 들어 방안에 들어가자 고소인이 서 있는 상태에서 오른쪽 팔에 불이 붙어 있었다. 그래서 고소인을 불빛이 있는 부엌 썩크대 쪽으로 밀어내면서 고소인의 옷에 붙은 불을 끄려 하였으나 손으로 끌 수 있는 상태가 지나 끄지 못하였다”라고 진술하고 있다.

이상과 같이 두사람의 진술은 고소인이 몸에 맨 먼저 불이 붙은 곳이 오른쪽 팔이나 오른쪽 어깨부위라는 점이 부합할 뿐 그 후의 동작에 관하여서는 서로 다른 말을 하고 있는데 두 사람 진술 중 어느 쪽을 믿어야 할 것인가는 두 사람이 입은 화상부위도 중요한 자료가 될 수 있을 것이다.

중앙경찰서 수사과 경장 김달용 작성의 수사보고서(수사기록 329

면 내지 333면), 고소인 및 피고소인에 대한 상해진단서(수사기록 14면, 324면)에 의하면 고소인은 얼굴 양팔, 가슴 등에 화상을 입었고 피고소인은 오른쪽 등허리와 오른쪽 옆구리 및 오른쪽 넓적다리 등에 화상을 입었음을 알 수 있는데 피고소인이 그의 주장과 같이 얼굴 양팔, 가슴 등 상체 앞부분에 불이 붙어 있는 고소인을 썩크대 쪽으로 밀어냈다면 피고소인이 어떻게 등허리와 넓적다리에 화상을 입을 수 있을 것인가의 문제이다. 피고소인의 상해부위로 보아서 “고소인이 피고소인의 상체 옆구리를 껴안았다.”라는 고소인의 진술이 오히려 진실에 가까운 말이 아닌가도 생각된다. 어느 쪽 말이 진실인지 알 수 없어 고민한 검사로서는 마땅히 고소인과 피고소인의 상해부위에 대하여도 깊은 고찰을 하였어야 한다고 생각된다.

넷째, 고소인은 사건 직후의 상황에 관하여 “남편은 뛰쳐 나가고 바로 옆에 썩크대 수도꼭지를 틀어 손에 붙은 불을 끄고 목욕탕으로 들어간 후 샤워기를 든 채 불을 끄려고 하다가 정신을 잃었는데 눈을 뜨니까 시아버지가 저를 안고 있으면서 아가, 아가하여 아버님 남편이 그랬어요 남편이 여자가 생겼대요(또는 ○구씨가 그랬어요, 여자가 생겼어요)하고 정신을 잃었던 것입니다.”라고 진술하였고(수사기록 27면, 135면) 고소인의 시아버지 되는 이○규는 참고인 진술에서 사법경찰관이 “셋째 며느리인 고소인을 안아서 옮겨 놓았을 때 무엇이라고 하던가요?”라고 묻자 “제 아들 이름만 불렀습니다.”라고 대답하여(수사기록 39면) “남편(또는 ○구씨)이 그랬어요.”라고 말하였다는 고소인의 주장을 부인하였으나 남편인 피고소인의 이름을 불렀다는 부분은 고소인의 말과 일부 부합되는 진술이기도 하

다. 검사로서는 이 점에 대하여도 좀더 밝혀 볼 필요가 있을 것이다

다섯째, 수사기록에 의하면 고소인은 그가 서울시 동대문구 청량리 소재 위생병원에 입원하였을 당시 시아버지 ○규가 술에 취한 상태로 병문안을 와서 고소인에게 “죄는 미워도 ○구를 미워하지 마라. ○구는 착한 놈이다.” 등의 말을 하면서 심하게 울어 링게르 주사기가 고소인의 팔에서 빠져 나간 일까지 있었고 고소인을 간호한 간호보조원 신동부가 그 상황을 목격하였으니 그를 조사해 달라고 경찰에 신청하였는데 조사하지 아니하였음을 알 수 있고 또 고소인은 현상태에서 고소인의 주장을 진실로 믿기에 미흡하다면 사건 직후 고소인을 치료한 서울 휘경동 소재 위생병원 외과 오장준박사와 초기치료를 담당했던 외과 부과장 정인호박사의 진술을 들어보면 당시의 상황을 이해하는 데 도움이 될 것이며 또한 국립과학수사연구소에서 거짓말탐지기실험을 담당했던 김정길 실장의 진술을 들어보면 피고소인이 거짓 주장을 하고 있다는 것을 알아내는 데 도움이 될 것이라면서 위 참고인들을 물어 줄 것을 검사에게 신청하였음을 알 수 있는바 이 사건은 매우 중요하고도 심각한 사건인데다 검사로서도 고소인과 피고소인의 주장 중 어느 쪽을 믿어야 할지 몰라서 고심한 터인데다 거짓말탐지기실험 결과 피고소인의 진술에 대하여 허위반응까지 나와 있는 상태라면 고소인이 신청한 위 참고인들(특히 거짓말탐지기 실장 김정길)도 당연히 물어보는 것이 타당하고도 신중한 처사일 터인데도 불구하고 어떠한 근거와 자신을 가지고 위와 같은 참고인을 물어 보아도 별다른 진술은 나올 수 없다고 단정하고 고소인의 신청을 받아주지 아니하였는지 알 수 없

다.

다. 이상과 같이 이 사건은 검사가 증거가 충분한 사건에 대하여 무혐의 불기소처분을 하였거나 아니면 수사도 다하지 아니하고 증거에 대한 가치판단도 소홀히 한 채 심히 정의감정에 반하는 처분을 한 것으로서 결국 검찰권의 자의적 행사로 차별 없이 성실한 검찰권의 행사를 요구할 수 있는 청구인의 평등권을 침해한 것이 명백하여 헌법재판소로서는 마땅히 청구인의 헌법소원을 인용하여 검사의 불기소처분을 취소하고 검사로 하여금 사건을 다시 처리하도록 해야 할 사건이다 그리하여 우리는 청구인의 심판청구를 기각해야 한다는 다수의견에는 도저히 찬성할 수 없어 반대의견을 밝히는 바이다.

1993. 5. 13

| | |
|-----|---------|
| 재판장 | 재판관 조규광 |
| | 재판관 변정수 |
| | 재판관 김진우 |
| | 재판관 한병채 |
| | 재판관 이시윤 |
| | 재판관 최광률 |
| | 재판관 김양균 |
| | 재판관 김문희 |
| | 재판관 황도연 |

불기소처분취소

(92헌마297 헌법재판소 전원재판부)

[판례집 5-1, 427~430]

【관시 사항】

1. 검사의 불기소처분(不起訴處分)이 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)의 대상이 되는지 여부
2. 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항 단서의 “다른 권리구제절차(權利救濟節次)” 의 의미

【결정 요지】

1. 검사의 불기소처분(不起訴處分)이 자의적(恣意的)으로 행사(行使)된 경우에 그 피해자(被害者)는 헌법 제11조에 규정된 평등권(平等權)과 헌법 제27조 제5항에 규정된 재판절차진술권(裁判節次陳述權)이 각 침해되었음을 이유로 헌법소원심판을 청구할 수 있다.
2. 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항 단서 소정의 “다른 권리구제절차(權利救濟節次)” 라 함은 공권력의 행사 또는 불행사를 직접(直接) 대상으로 하여 그 효력을 다룰 수 있는 권리구제절차를 의미하고, 사후적(事後的)·보충적(補充的) 구제수단(救濟手段)을 뜻하는 것은 아니다.

청 구 인

안 ○ 관

대리인 변호사 조 영 황

피청구인

서울지방검찰청 동부지청 검사

【참조 조문】

헌법 재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항 단서

【참조 판례】

1. 1989.4.17. 선고, 88헌마3 결정
1992.7.23. 선고, 91헌마209 결정
2. 1989.4.17. 선고, 88헌마3 결정

1989.9.4. 선고, 88헌마22 결정

1992.7.23. 선고, 91헌마209 결정

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다

【이 유】

1. 92헌마297 헌법소원심판청구사건 기록과 청구의 차○선에 대한 서울지방검찰청 동부지청 92형제24691호 허위감정 피의사건의 불기소기록(이하 이 사건 기록이라 한다)에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다

가. 청구인은 1992.4.30. 강동경찰서에 차○선을 상대로 고소를 제기하였는데 그 요지는, 피고소인 차○선은 측량사인바 1991.6. 일자불상경 수원지방법원 법정에서 같은 법원90가단37286 원고 조○훈, 피고 안○관(청구인)간의 건물철거 등 청구사건에서 같은 사건 담당 민사 단독판사의 명을 받아 경기도 용인군 용인읍 ○○리 114의 5 및 115의 10 소재 청구인 소유 대지상에 건축 중인 건물이 인접하고 있는 동리115의 8 소재 조○훈 소유 대지의 경계를 침해하고 있는지의 여부에 대하여 지적경계선을 측량하는 감정을 함에 있어서 1992.2.21. 동 법원에 실측 결과 경계선을 침범하고 있다는 취지의 감정서를 제출함으로써 감정인으로서 허위의 감정을 하였다는 것이다

나. 위 고소사건을 수사한 피청구인은 위 사건을 수사한 후 청구외인에 대하여 “혐의없음”의 불기소처분을 하였다.

다. 이에 대하여 청구인은 서울고등검찰청에 항고(92항제1620호)하였으나 1992.8.28. 기각되었고 다시 대검찰청에 재항고(92재항제1388호)를 제기하였으나 같은 해 11.5. 기각되어 그 결과가 같은 해 11.18. 청구인에게 송달되었다.

청구인은 위 불기소처분에 대하여 같은 해 12.16. 헌법소원심판을 청구하였으므로 이 사건 헌법소원심판청구는 절차상 적법하게 청구되었다

2. 판단

가. 먼저 피청구인의 본안진 항변에 관하여 본다

첫째, 피청구인은 검사의 불기소처분은 헌법소원심판청구의 대상이 되지 않으므로 검사의 불기소처분을 대상으로 한 이 사건 심판청구는 부적법하여 각하되어야 한다고 주장하므로 살피건대 검사의 불기소처분이 자의적으로 행사된 경우에 그 피해자는 헌법 제1조에 규정된 평등권과 헌법 제27조 제5항에 규정된 재판절차진술권이 각 침해되었음을 이유로 헌법소원심판청구를 청구할 수 있다는 것은 헌법재판소의 확립된 판례이므로(헌법재판소 1989.4.17. 선고, 88헌마3 결정 참조) 검사의 불기소처분은 헌법소원심판의 청구대상이 될 수 없다는 피청구인의 주장은 이유 없다.

다음으로, 피청구인은 헌법재판소법 제8조 제1항 단서에서 헌법소원심판은 다른 법률에 의한 구제절차가 있는 경우 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다고 규정하고 있는바 청구인은 권리구제절차의 하나인 국가배상청구나 손실보상청구절차를 사전에 거치지 않았으므로 이 사건 심판청구는 부적법하여 각하되어야 한다고 주장하므로 살피건대 헌법재판소법 제8조 제1항 단서에서

말하는 다른 법률에 의한 구제절차는 공권력의 행사 또는 불행사를 직접 대상으로 하여 그 효력을 다룰 수 있는 권리구제절차를 의미하는 것이 아니라(헌법재판소 위 결정 참조) 이 점에 관한 피청구인의 주장도 역시 이유 없다.

나. 본안에 관하여 본다.

이 사건 기록을 정사해 볼 때 피청구인이 청구인의 이 사건 고소사건에 대하여 현저히 정의와 형평에 반하는 수사를 하였다거나 헌법의 해석법률의 적용 또는 증거판단에 있어 불기소처분의 결정에 영향을 미친 중대한 잘못이 있다고 보여지지 아니하며 피청구인의 불기소처분이 달리 헌법재판소가 관여할 만큼의 자의적인 처분이라고 볼 자료가 없다

3. 결론

그렇다면 이 사건 헌법소원심판청구는 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

1993. 5. 13.

| | |
|-----|---------|
| 재판장 | 재판관 조규광 |
| | 재판관 변정수 |
| | 재판관 김진우 |
| | 재판관 한병채 |
| | 재판관 이시윤 |
| | 재판관 최광률 |

재판관 김양균

재판관 김문희

재판관 황도연

신체의 자유 등 침해 위헌확인

(1993. 6. 2. 93헌마104 헌법재판소 제3지정재판부)

[판례집 5-1, 431~435]

【관시 사항】

1. 심판(審判)의 대상(對象)이 되는 공권력(公權力) 행사(行使)가 있음을 안 날로부터 60일이 경과한 후 제기한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)의 적법(適法) 여부

2. 검사의 약식명령청구(略式命令請求)에 대한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)의 적법(適法) 여부

3. 소송지휘(訴訟指揮) 또는 재판진행(裁判進行)에 관한 재판장(裁判長)의 명령(命令)이나 사실행위(事實行爲)를 대상으로 한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)의 적법(適法) 여부

【결정 요지】

1. 심판의 대상이 되는 공권력(公權力) 행사(行使)가 있음을 안 날로부터 헌법재판소법 제69조 제1항에 정한 청구기간(請求期間) 60일을 경과한 후 제기한 헌법소원심판청구는 부적법하다.

2. 검사의 공소제기(公訴提起)에 대하여는 형사재판절차(刑事裁判節次)에 의하여 권리구제(權利救濟)가 가능하므로 독립하여 헌법소원심판의 청구대상(請求對象)이 될 수 없는바, 검사의 약식명령청구(略式命令請求)도 공소제기(公訴提起)의 일종인 것은 법리상(法理上) 분명하므로 이에 대한 헌법소원심판청구는 부적법하다.

3. 소송지휘(訴訟指揮) 또는 재판진행(裁判進行)에 관한 재판장(裁判長)의 명령(命令)이나 사실행위(事實行爲)는 종국판결(終局判決)을 위한 중간적(中間的)·부수적(附隨的) 재판(裁判) 또는 준비행위(準備行爲)로서, 성질상 종국판결(終局判決)에 흡수·포함되어 일체를 이루는 것이고, 그에 대한 불복(不服)은 종국판결(終局判決)에 대한 상소(上訴)의 방법으로도만 가능하므로, 소송지휘(訴訟指揮) 또는 재판진행(裁判進行)에 관한 헌법소원심판의 청구는 결국 법원(法院)의 재판(裁判)을 대상으로 하는 심판청구에 해당한다고 볼 수밖에 없어 부적법하다.

청 구 인 정 ○ 철

【참조 조문】

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 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 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 이내에 청구(請求)하여야 한다.

② 생략

형사소송법(刑事訴訟法) 제279조 (재판장(裁判長)의 소송지휘권(訴訟指揮權)) 공판기일(公判期日)의 소송지휘(訴訟指揮)는 재판장(裁判長)이 한다.

형사소송법(刑事訴訟法) 제448조 (약식명령(略式命令)을 할 수 있는 사건(事件)) ① 지방법원(地方法院)은 그 관할(管轄)에 속(屬)한 사건(事件)에 대(對)하여 검사(檢事)의 청구(請求)가 있는 때에는 공판절차(公判節次) 없이 약식명령(略式命令)으로 피고인(被告人)을 벌금(罰金), 과료(科料) 또는 몰수(沒收)에 처(處)할 수 있다.

② 전항(前項)의 경우(境遇)에는 추징(追徵) 기타(其他) 부수(附隨)의 처분(處分)을 할 수 있다.

형사소송법(刑事訴訟法) 제449조 (약식명령(略式命令)의 청구(請求)) 약식명령(略式命令)의 청구(請求)는 공소(公訴)의 제기(提起)와 동시(同時)에 서면(書面)으로 하여야 한다.

【참조 판례】

1. 1992.10.1. 선고, 90헌마5 결정
1992.10.1. 선고, 91헌마225 결정
2. 1989.3.17. 고지, 89헌마21 결정
1992.6.24. 고지, 92헌마104 결정
1992.12.24. 선고, 90헌마158 결정
3. 1992.6.26. 선고, 89헌마271 결정
1992.6.26. 선고, 89헌마272 결정
1992.10.1. 선고, 91헌마112 결정
1992.11.12. 선고, 90헌마229 결정
1992.12.24. 선고, 90헌마158 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 모두 각하한다

【이 유】

1. 이 사건 심판청구의 이유 요지는 다음과 같다

가. 천안경찰서장은 1990.10.11. 10:00부터 다음날 24:00까지 청구인을 천안시 신부동에 있는 북부파출소(현재 명칭: 신안파출소) 안에 붙잡아 놓고, 조사하는 부하 경찰관으로 하여금 청구인에게 증인을 대라고 억박질러 진술을 강요하게 하였다. 위와 같은 행위는 헌법 제12조 제2항(불리한 진술의 강요 금지)에 위반된다.

나. 대전지방검찰청 천안지청 검사는 1990.10.31. 위 지청 제2호 검사실에서 청구인을 불러 조사를 하고 약식명령을 청구하여 청구인에게 벌금형을 선고받게 하였다. 위와 같은 행위는 헌법 제12조 제5항(체포·구속시의 고자통지절차)에 위반된다.

다. 대전지방법원 천안지원 판사는 1992.2.7. 위 지원에서 청구인에 대한 형사재판을 하면서 청구인에게 “함부로 진정을 할 것이요, 안할거요.”라고 하면서 자유를 억압하는 발언을 하였다. 위와 같은 행위는 헌법 제26조(청원을 할 권리)에 위반된다.

라. 대전지방법원 천안지원 판사는 1992.2.28. 위 지원에서 청구인에 대한 형사재판을 하면서 증인이 나오지 아니한다는 이유로 6개월이 넘도록 재판을 지연하였다. 위와 같은 행위는 헌법 제27조 제3항(신속한 재판을 받을 권리)에 위반된다.

따라서 청구인은 피청구인들의 위 각 행위의 위헌확인을 구한다

2. 이 사건 심판청구의 적법 여부에 관하여 본다

가. 먼저 천안경찰서장의 진술강요 부분에 대한 심판청구에 관하여 본다. 청구인의 주장 자체에 의하더라도, 심판의 대상이 되는 공

권력의 행사는 1990.10.11.에 있었고, 청구인은 그 무렵 그 사실을 알았다는 것이다. 그렇다면 이 사건 심판청구는 헌법재판소법 제9조 제1항에 정한 청구기간 60일을 어차피 경과한 후에 제기한 것이 명백하다 따라서 이 부분에 대한 심판청구는 부적법하다

나. 다음, 대전지방검찰청 천안지청 검사의 약식명령청구 부분에 대한 심판청구에 관하여 본다 검사의 공소제기에 대하여는 형사재판절차에 의하여 권리구제가 가능하므로 독립하여 헌법소원심판의 청구대상이 될 수 없다는 것이 우리재판소의 거듭된 판례이다(헌재 1989.3.17.자, 89헌마21 및 1992.6.24.자, 92헌마104 각 결정 참조). 그런데 검사의 약식명령청구도 공소제기의 일종인 것은 법리상 분명하므로 이 부분에 대한 심판청구 역시 부적법한 것임을 면할 수 없다

다. 끝으로 대전지방검찰청 천안지청 판사들의 소송지휘 또는 재판지연 부분에 대한 심판청구에 관하여 본다 소송지휘 또는 재판진행에 관한 재판장의 명령이나 사실행위는 종국판결을 위한 중간적부수적 재판 또는 준비행위로서, 성질상 종국판결에 흡수포함되어 일체를 이루는 것이고, 그에 대한 불복은 종국판결에 대한 상소의 방법으로만 가능한 것이다. 그렇다면 소송지휘 또는 재판진행에 관한 헌법소원심판의 청구는 결국 법원의 재판을 대상으로 하는 심판청구에 해당한다고 볼 수밖에 없다(헌재 1992.6.26. 선고, 89헌마271 결정 참조). 따라서 이 부분에 대한 심판청구 역시 부적법한 것이라고 하지 아니할 수 없다

3. 이상과 같은 이유로 이 사건 심판청구는 모두 부적법하므로 헌법재판소법 제72조 제2항 제2호, 제1호 및 제4호의 규정에 따라

이를 각하하기로 하여, 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1993. 6. 2.

| | |
|-----|---------|
| 재판장 | 재판관 한병채 |
| | 재판관 최광률 |
| | 재판관 김문희 |

특정범죄가중처벌등에관한법률 등 위헌확인

(1993. 6. 15. 93헌마112 헌법재판소 제2지정재판부)
[판례집 5-1, 436~440]

【관시 사항】

1. 법원(法院)의 재판(裁判) 자체를 대상으로 하는 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)가 허용되는지 여부
2. 법령(法令)에 대한 헌법소원심판(憲法訴願審判) 청구기간(請求期間)에 있어서 “사유(事由)가 발생(發生)한 날”의 의미

【결정 요지】

1. 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항 소정의 “법원(法院)의 재판(裁判)을 제외하고”의 제정취지(制定趣旨)는 법원(法院)의 재판(裁判) 자체를 대상으로 하는 헌법소원심판(憲法訴願審判)은 원칙적으로 허용(許容)되지 않는 것으로 해석된다.
2. 법령(法令)이 시행(施行)된 뒤에 비로소 그 법령(法令)에 해당하는 사유가 발생하여 기본권(基本權)의 침해(侵害)를 받게 된 자가 당해 법령(法令)에 대하여 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)를 하는 경우의 심판청구기간(審判請求期間) 기산일(起算日)은 당해 법령(法令)이 청구인(請求人)의 기본권(基本權)을 명백히 구체적으로 현실 침해하였거나 그 침해가 확실히 예상되는 등 구체적(具體的) 제요건(諸要件)이 성숙하여 헌법판단(憲法判斷)에 적합하게 된 때이다.

청 구 인 이 ○ 특

【참조 조문】

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 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 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 이내에 청구(請求)하여야 한다.

② 생략

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제72조 (사전심사(事前審査))

①~② 생략

③ 지정재판부(指定裁判部)는 다음 각호(各號)의 1에 해당되는 경우에는 지정재판부(指定裁判部) 재판관(裁判官) 전원(全員)의 일치(一致)된 의견에 의한 결정(決定)으로 헌법소원(憲法訴願)의 심판청구(審判請求)를 각하(却下)하여야 한다.

1. 다른 법률(法律)에 의한 구제절차(救濟節次)가 있는 경우 그 절차(節次)를 모두 거치지 않거나 또는 법원(法院)의 재판(裁判)에 대하여 헌법소원(憲法訴願)의 심판(審判)이 청구(請求)된 경우

2. 제69조의 규정(規定)에 의한 청구기간(請求期間)이 경과한 후 헌법소원심판(憲法訴願審判)이 청구(請求)된 경우

3. 제25조의 규정(規定)에 의한 대리인(代理人)의 선임(選任) 없이 청구(請求)된 경우

4. 기타 헌법소원심판(憲法訴願審判)의 청구(請求)가 부적법(不適法)하고 그 흠결을 보정(補正)할 수 없는 경우

④~⑤ 생략

【참조 판례】

1. 1992.6.26. 선고, 89헌마132 결정
1992.6.26. 선고, 89헌마271 결정
1992.10.1. 선고, 91헌마112 결정
1992.11.12. 선고, 90헌마229 결정
1992.12.24. 선고, 92헌마134 결정
2. 1990.6.25. 선고, 89헌마220 결정(판례집 2권, 200)
1990.10.8. 선고, 89헌마89 결정(판례집 2권, 332)
1990.10.8. 선고, 90헌마18 결정(판례집 2권, 357)
1991.3.11. 선고, 91헌마21 결정(판례집 3권, 91)
1992.11.12. 선고, 89헌마88 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다

【이 유】

1. 이 사건 심판청구 이유의 요지는

청구인은 1993.3.30. 대법원 92도3327호 특정범죄가중처벌등에관한법률 위반사건 판결로 징역 5년과 벌금 2억원의 형이 확정된 자이다 한 가지 죄에 둘 이상의 법률이 경합하는 경우에는 피고인에게 유리한 법률을 적용하여야 한다는 것이 법의 근본취지이다 특정범죄가중처벌등에관한법률 제6조 제6항, 제2항 제2호 및 제3항과 관세법 제180조 제1항, 제198조 제2항, 제182조 제2항은 서로 경합된 법률이다. 그러므로 관세법을 위반한 청구인에 대하여 당연히 가벼운 관세법을 적용하여야 함에도 불구하고 이 법의 근본취지에 위반하여 관세법을 적용하지 아니하고 더 중한 특정범죄가중처벌등에관한법률의 위 조문을 적용하여 중형을 확정된 대법원의 위 판결은 헌법위반이다 또한 어느 민주국가에도 유례가 없는 특정범죄가중처벌등에관한법률의 위 조문 자체도 군사정부의 정권유지적 차원의 헌법위반인 법률이다 그러므로 그 각 위헌 확인을 구한다라고 함에 있다.

2. 심판대상

그러므로 이 사건 소원의 심판대상은 대법원 1993.3.30. 선고, 92도 3327호 판결과 특정범죄가중처벌등에관한법률 제6조 제6항, 제2항 제2호 및 제3항이 헌법에 위반되는 여부이다

3. 판단

가. 먼저 1993.3.30.자 대법원 92도3327사건 판결에 대한 심판청구 부분을 본다.

헌법재판소법 제68조 제1항 본문에 의하면 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 이 규정의 취지는 법원의 재판 자체를 대상으로 하는 헌법소원의 심판청구는 원칙적으로 허용되지 않는 것으로 해석된다고 하는 것이 우리재판소의 판례이다(헌재 1992.6.26. 선고, 89헌마132 결정 및 같은 날 선고, 89헌마271 결정 등 각 참조).

따라서 위 대법원 판결 자체를 그 대상으로 하는 위 심판청구부분은 결국 법원의 재판을 그 대상으로 삼은 것으로 부적법하다

나. 다음으로 특정범죄가중처벌등에관한법률 조문에 대한 심판청구부분을 본다.

헌법소원의 심판청구는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 하여야 한다. 여기에서 “사유가 발생한 날”이라는 것은, 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당되는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 자가 당해 법령에 대하여 헌법소원의 심판을 청구하는 경우에는 당해 법령이 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 현실 침해하였거나 그 침해가 확실히 예상되는 등 실체적 제요건이 성숙하여 헌법판단에 적합하게 된 때를 말한다는 것이 우리재판소의 판례이다(헌재 1990.6.25. 선고, 89헌마220 결정; 1990.10.8. 선고, 89헌마89 결정 등 참조).

위 특정범죄가중처벌등에관한법률은 1990.12.31.부터 시행되고 있을 뿐만 아니라 청구인은 1992.2.26. 위 법 위반으로 기소되었으므로 늦어도 이 기소된 때에 청구인의 이 사건 헌법소원심판청구의

사유가 발생하였다고 볼 것이고 또한 청구인이 이를 알았다고 볼 것이다
따라서 위 기소된 날로부터 계산하여도 60일은 물론이요 180일이 훨씬
지난 후임이 날짜계산상 분명한 1993.5.17. 비로소 청구된 위 심판청
구부분 역시 부적법하다

다. 이에 청구인의 이 사건 심판청구는 헌법재판소법 제2조 제3항
제1호 후단 및 동조 동항 제2호에 따라 각하하기로 하여, 관여재판관
전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

1993. 6. 15.

재판장 재판관 변정수
 재판관 김진우
 재판관 김양균

재판의 지연 위헌확인 등

(1993. 6. 29. 93헌마123 헌법재판소 제3지정재판부)

[판례집 5-1, 441~444]

【판시 사항】

헌법소원심판절차(憲法訴願審判節次)에서의 각하결정(却下決定)의 효력

【결정 요지】

헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)가 부적법하다고 하여 헌법재판소가 각하결정(却下決定)을 하였을 경우에는, 그 각하결정(却下決定)에서 판시한 요건(要件)의 흠결을 보정(補正)할 수 있는 때에 한하여 그 요건(要件)의 흠결을 보정(補正)하여 다시 심판청구(審判請求)를 하는 것은 모르되, 그러한 요건(要件)의 흠결을 보완(補完)하지 아니한 채로 동일한 내용의 심판청구(審判請求)를 되풀이하는 것은 허용될 수 없다.

청 구 인 백 ○ 헌 외 1인

【참조 조문】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제72조 (사전심사(事前審査))

① ~ ② 생략

③ 지정재판부(指定裁判部)는 다음 각호(各號)의 1에 해당되는 경우에는 지정재판부(指定裁判部) 재판관(裁判官) 전원(全員)의 일치(一致)된 의견에 의한 결정(決定)으로 헌법소원(憲法訴願)의 심판청구(審判請求)를 각하(却下)하여야 한다.

1. ~ 3. 생략

4. 기타 헌법소원심판(憲法訴願審判)의 청구(請求)가 부적법(不適法)하고 그 흠결을 보정(補正)할 수 없는 경우

④ ~ ⑥ 생략

【참조 판례】

1989.7.1. 고지, 89헌마138 결정

1992.9.3. 고지, 92헌마197 결정

1992.12.8. 고지, 92헌마276 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다

【이 유】

1. 이 사건 심판청구의 이유 요지는 다음과 같다

청구인들은 서울민사지방법원 90가합11009 및 90가합61349 (병합) 손해배상(산) 청구사건의 원고들이다 청구인들은 위 법원이 위 소송사건에 관하여 1991.1.9. 일단 종국판결을 선고하였으나 그 판결에는 일부 판단유타이 있어서 아직 소송이 종료되지 아니하였다고 주장하여 같은 해 5.15. 위 법원에 기일지정신청을 제출하고 추가판결을 요구하였다

그러나 위 법원은 같은 해 9.11. 청구인들의 위 기일지정신청을 배척하고 소송종료선언을 하였다. 그래서 청구인들은 1992.1.9. 위 법원에 다시 같은 내용의 기일지정신청을 하였으나 위 법원은 그로부터 만 2개월이 지난 1992.3.9. 현재까지 아무런 회답도 없이 재판을 지연하고 있다.

그러므로 청구인들은 위 법원의 위와 같은 재판지연행위는 헌법 제0조, 제11조, 제23조, 제27조 제1항·제3항

및 제37조 제2항에 위반하여 청구인의 기본권을 침해한 것이라고 주장하여 그 위헌확인을 구하고, 그 계제에 아울러 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 헌법소원심판청구를 할 수 없다고 규정한 헌법재판소법 제25조 제3항은 헌법 제10조, 제11조, 제23조, 제27조 제1항·제3항 및 제37조 제2항에 위반되고, 청구인은 그로 말미암아 재판청구권 기타 헌법상 보장된 기본권을 침해받았다고 주장하여 그 위헌확인도 함께 구한다.

2. 먼저 직권으로 심판청구의 적법여부에 관하여 살펴본다

헌법소원심판청구가 부적법하다고 하여 헌법재판소가 각하결정을 하였을 경우에는, 그 각하결정에서 판시한 요건의 흠결을 보정할 수 있는 때에 한하여 그 요건의 흠결을 보정하여 다시 심판청구를 하는 것은 모르되, 그러한 요건의 흠결을 보완하지 아니한 채로 동일한 내용의 심판청구를 되풀이하는 것은 허용될 수 없다는 것이 우리재판소의 확립된 판례이다(헌재 1989.7.1. 고지, 89헌마138 및 1992.9.3. 고지, 92헌마197 각 결정 참조).

그런데 청구인은 1992.8.3.에도 우리재판소에 이 사건 심판청구와 전혀 동일한 내용의 헌법소원심판을 청구하였다가 같은 해12.24. 우리재판소로부터 위 재판지연부분에 대하여는 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하였다는 이유로, 위 현재법 부분에 대하여는 이미 합헌결정이 있었다는 이유로 각하결정을 받은 사실이 있고(92헌마166 결정 참조), 그 전에도 동일한 내용의 헌법소원심판을 청구하였다가 사전심사에 의한 각하결정을 받은 사실이 있다(헌재 1992.3.30. 고지, 92헌마49 결정 및 1992.5.1. 고지, 92헌마67 결정 각 참조).

그렇다면 이 사건 심판청구는 요건의 흠결을 보정함이 없이 만연히 동일한 내용의 심판청구를 되풀이한 것으로서 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우에 해당한다 따라서 헌법재판소법 제72조 제3항 제4호의 규정에 따라 이 사건 심판청구를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

1993. 6. 29.

재판장

재판관 한병채

재판관 최광률

재판관 김문희