

헌법재판소판례집

제 6 권 2 집

(1994)



헌법재판소

사립학교법 제58조의2 제1항 단서 및 제3호 위헌제청

(1994. 7. 29. 93헌가3,7(병합) 헌법재판소 전원재판부
[판례집 6-2, 1~14])

【판시 사항】

사립학교법(私立學校法) 제58조의2 제1항 단서 및 제3호의 위헌(違憲) 여부

【결정 요지】

사립학교법(私立學校法) 제58조의2 제1항 단서 규정이 제3호 소정의 형사사건(刑事事件)으로 기소(起訴)된 교원에 대하여 필요적으로 직위해제 처분(職位解除處分)을 하도록 규정하고 있는 취지는, 정식기소(正式起訴)된 경우 당연퇴직사유가 되는 형의 선고로 받을 개연성이 상당히 크므로 궁극적으로 교직에서 배제되어야 할 자를 가처분적으로 미리 교직에서 배제하기 위한 것이다.

그런데 제소(提訴)된 사안의 심각한 정도, 증거의 확실성 여부 및 예상되는 판결의 내용 등을 고려하지 아니하고 약식명령(略式命令)을 청구한 사건 이외의 형사사건(刑事事件)으로서 공소가 제기된 경우, 당해 교원이 자기에게 유리한 사실의 진술이나 증거를 제출할 방법조차 없이 일률적으로 판결의 확정시까지 직위해제처분(職位解除處分)을 하는 것은, 징계절차(懲戒節次)에서도 청문의 기회가 보장되고 정직처분도 3월 이하만 가능한 사정 등과 비교하면, 사립학교법(私立學校法) 제58조의2 제1항 단서 규정은 방법의 직접성·피해의 최소성·법익의 균형성을 갖추지 못하였다고 할 것이므로, 헌법 제15조, 제27조 제4항 및 제37조 제2항에 위반되어 위헌(違憲)이고, 다만 제3호 부분은 사립학교법(私立學校法) 제58조의2 제1항 본문과 결합하여 입법취지에 맞게 합헌적으로 적용될 수 있는 규정이므로 위헌(違憲)이라고 할 수 없다.

제청법원 광주지방법원 목포지원 (1993.4.10. 92카699 위헌법률심판제청신)

청(93헌가3)), 춘천지방법원 원주지원(1993.7.28. 93카기72 위헌제청신청
(93헌가7))

제청신청인 정○순 (93헌가3), 황○교 외 2인(93헌가7)

제청신청인들 대리인 변호사 류택형

관련사건 광주지방법원 목포지원92가합201, 직위해제무효확인(93헌가3), 춘천
지방법원 원주지원 93가합759, 교수직위해제처분취소(93헌가7)

【심판대상조문】

사립학교법(私立學校法) 제58조의2(직위(職位)의 해제(解除)) ① 사립학
교(私立學校)의 교원(敎員)이 다음 각호의 1에 해당할 때에는 당해 교원
(敎員)의 임면권자(任免權者)는 직위(職位)를 부여(賦與)하지 아니할 수 있
다. 다만, 제3호에 해당하는 자(者)에 대하여는 직위(職位)를 부여(賦與)하
여서는 아니 된다.

1.~2. 생략

3. 형사사건(刑事事件)으로 기소(起訴)된 자(者)(약식명령(略式命
令)이 청구(請求)된 자(者)는 제외한다)

②~⑤ 생략

【참조 조문】

헌법(憲法) 제15조, 제27조 제4항, 제37조 제2항

【참조 판례】

1989.12.22. 선고, 88헌가13 결정

1990.9.3. 선고, 89헌가95 결정

1990.11.19. 선고, 90헌가48 결정

【주 문】

사립학교법(1963.6.26. 법률 제1362호, 1990.4.7. 개정 법률 제4226
호) 제58조의2 제1항 단서는 헌법에 위반되고, 같은 조 제1항 제3호는
헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 신청의 학교법인 ○○학원은 동 학원 소속 ○○여자상업고등학교 교사인 제청신청인 정○순이 1991.12.30. 광주지방검찰청 목포지청 검사에 의하여 국가보안법위반죄로 광주지방법원 목포지원에 기소되자 1992.1.17. 사립학교법 제58조의2 제1항 단서 및 제3호의 규정에 의거하여 위 제청신청인을 직위해제하였다.

이에 대하여 위 제청신청인은 1992. 월일불상경 위 법원에 위 학교법인을 상대로 위 직위해제가 무효임의 확인을 구하는 소송위 법원 92가합201)을 제기하고, 위 법원에 위 직위해제의 근거가 된 사립학교법 제58조의2 제1항 단서 규정의 위헌심판제청신청(92카699)을 하였고, 위 법원은 그 신청을 받아들여 1993.4.10. 헌법재판소에 위 규정의 위헌여부의 심판을 제청하였다(93헌가3).

(2) 신청의 학교법인 ○○학원은 동 학원 소속 ○○대학교 교수인 제청신청인 황○교, 임○진, 김○식이 각 1993.2.15. 춘천지방검찰청 원주지청 검사에 의하여 춘천지방법원 원주지원에 명예훼손죄로 기소되자, 1993.2.26. 사립학교법 제58조의2 제1항 단서 및 제3호 규정에 의거하여 위 제청신청인들에 대하여 교수직위해제처분을 하였다

이에, 위 제청신청인들은 1993.5. 일자불상경 위 법원에 위 학교법인을 상대로 위 교수직위해제처분의 취소를 구하는 소송위 법원 93가합759)을 제기하고, 위 법원에 위 처분의 근거가 된 사립학교법

제58조의2 제1항 단서 및 제3호 규정의 위헌심판제청신청(93카기72)을 하였고, 위 법원은 그 신청을 받아들여 1993.7.28. 헌법재판소에 위 규정의 위헌여부의 심판을 제청하였다(93헌가7).

나. 심판의 대상

위와 같이 제청법원에 따라 위헌심판을 구하는 범조항의 범위가 다르지만, 결국 이 사건 심판의 대상은 93헌가3의 심판대상규정을 포괄하고 있는 93헌가7의 심판대상규정인 사립학교법(1963.6.26. 법률 제1362호, 1990.4.7. 개정 법률 제4226호) 제58조의2 제1항 단서 및 제3호 규정(이하 이 사건 심판대상규정이라 한다)이라고 할 것인바 그 내용은 다음과 같다.

사립학교법 제58조의2 [직위의 해제] ① 사립학교 교원이 다음 각 호의 1에 해당할 때에는 당해 교원의 임면권자는 직위를 부여하지 아니할 수 있다. 다만 제3호에 해당하는 자에 대하여는 직위를 부여하여서는 아니 된다.

1. 직무수행능력이 부족하거나 근무성적이 극히 불량한 자 또는 교원으로서 근무태도가 심히 불성실한 자

2. 징계의결이 요구 중인 자

3. 형사사건으로 기소된 자(약식명령이 청구된 자는 제외한다)

② 내지 ⑤ 생략

2. 위헌심판제청이유와 관계인의 의견

가. 제청법원의 제청이유 요지(93헌가3, 93헌가7 종합)

첫째, 이 사건 심판대상규정에 의하여 직위해제된 교원은 그 사유가 소멸되기까지 당해 직업에 종사할 수 없게 되어 직업선택의 자유 인간다운 생활을 할 권리 및 인간으로서의 존엄과 가치에 관

하여 침해를 받게 된다. 둘째, 위 규정에 의한 직위해제는 다른 징계절차와 달리 그 교원이 자기에 대해 유리한 진술을 하거나 필요한 증거를 제출할 수 있는 청문의 기회가 보장되어 있지 않다 셋째, 위 규정은 헌법상 비례의 원칙에 위반된다. 위 규정에 의한 직위해제는 사립학교 교원이 공소제기된 후 재판에 의하여 퇴직사유가 되는) 형을 선고받게 될 개연성의 유무와 무관하게 단지 공소가 제기되었다는 이유만으로 직위해제처분이 필연적으로 행하여지도록 강제되고 있다 또 위 규정에 의한 직위해제의 기간은 직위해제된 사유가 소멸되기 전까지의 불확정한 기한으로 되어 있어 재판이 장기화될 경우 그 직위해제 기간도 장기화될 수밖에 없다. 넷째, 기소되기만 하면 직위해제를 한다는 것은 범죄의 혐의만 있을 뿐 아직 그 유무죄가 가려지지 아니한 상태에서 유죄로 추정하고 이를 전제로 불이익한 처분을 과하는 것과 마찬가지로 이는 무죄추정의 원칙에 반한다

나. 제청신청인의 의견

(1) 93헌가3 제청신청인 정○순의 의견요지는, 이 사건 심판대상규정은 사립학교 교원의 직무수행에 대한 제한 여부를 그 업무의 성질상 일방적이고 편파적일 수밖에 없는 소추기관의 판단에만 전적으로 의존하도록 정하고 있어 이는 비례의 원칙에 반한다는 내용 이외에는 제청법원의 위헌심판제청이유 요지와 같다

(2) 93헌가7 제청신청인 황○교, 임○진, 김○식의 대리인 변호사 류택형의 의견 요지는 다음과 같다.

위 제청신청인들에 대한 공소사실은 신청외 학교법인 ○○학원 소속 ○○대학교가 재단이사장인 김○기의 독단에 의하여 운영되

어 학내외적으로 수많은 문제점들이 야기되자, 제청신청인들을 비롯한 뜻있는 교수들이 1989.3.29. 이를 시정하고자 교수협의회를 결성하고 활동하여 오던 중 학내소요가 장기화되고 있던 1992.12.11.에 교수협의회 소속 교수들이 재단이사장의 학원정상화외지를 직접 확인하고 대화를 가질 목적으로 면담을 요청하였으나 그의 무성의한 자세로 인하여 대화가 결렬되어 이에 대한 항의의 방법으로 과거에 학교사정을 호소하기 위하여 이미 학부모들에게 우송한 바 있는 유인물(○○학원정상화 호소문)의 일부를 학부모 등 인근주민들에게 상황설명용으로 전달한 것이 위 김문기의 명예를 훼손하였다는 것인바 위 유인물에 수록된 내용은 객관적 사실을 적시한 것이었으며 목적에 있어서도 특정개인의 명예를 훼손 또는 비방하기 위한 것이 아니라 학교의 정상화라는 공익 목적 달성을 위한 것이었다. 따라서 제청신청인들의 위 행위는 명예훼손죄가 성립되지 않는다고 할 것인데도 불구하고 검사가 제청신청인들에 대하여 일방적으로 공소를 제기하자 위 ○○학원은 이 사건 심판대상규정에 근거하여 제청신청인들의 교수직위를 해제한다는 처분을 하기에 이르렀으나, 이 사건 심판대상규정들은 헌법 제21조 제4항에 규정된 무죄추정의 원칙과 헌법 제15조에 규정된 직업선택의 자유를 침해하는 위헌적인 규정인 것이다.

다. 교육부장관의 의견 요지

사립학교법 제58조의2 제1항 단서에서 형사사건으로 기소된 사립학교 교원(약식명령이 청구된 자는 제외)을 직위해제하도록 한 것은 공공복리를 위한 것이다. 즉 사립학교 교원은 국·공립학교 교원과 마찬가지로 다수의 학생을 대상으로 하는 국민교육을 담당하고 있

는바(국·공립학교 교원은 교육공무원법 제3조 및 제53조에 의해 사립학교법 제58조의2와 동일한 내용이 규정된 국가공무원법 제33조의2의 적용을 받음), 교원의 범죄사실이 인정되어 검사가 기소하기에 이르렀다면, 당해 교원은 기소로부터 재판확정까지 장기간 공판에 출정하여야 함으로 직무수행 자체가 사실상 곤란할 뿐만 아니라 설령 당해 교원에게 직무를 계속 수행할 의사가 있다고 하더라도 수업의 질 등을 보장할 수 없게 되어 학생들의 교육을 받을 권리는 크게 위협을 받게 될 것이므로 학생의 교육권 보장 등 공공복리를 위해 당해 교원의 직업수행의 자유를 제한할 필요가 있는 것이다.

아울러 동 규정은 형사사건으로 기소된 경우에도 약식명령이 청구된 경우에는, 그 기간이 짧고 사안 자체가 경미하여 공판에 의하지 아니하고 서면심리로써 재판이 행하여져 직무수행에 큰 지장이 없기 때문에 직위해제를 하지 않도록 하고 있고 동법 제58조의2 제2항에서는 직위해제사유가 소멸된 때에는 임면권자로 하여금 지체 없이 직위를 부여하도록 함으로써 직위해제에 따른 직업선택의 자유에 대한 제한을 최소화시키고 있다.

이러한 직위해제제도는 궁극적으로 교원의 직업선택의 자유를 보장하는 측면을 지니고 있다. 즉 사립학교법 제57조에 의하여 판결 결과 금고 이상의 형을 받게 되는 경우 당해 교원은 당연퇴직하게 되어 있는 바, 형사기소된 교원에 대하여 직위해제 조치를 해줌으로써 직장이탈금지 의무 등 직무상의 부담 없이 공판정에서 충분한 자기변호를 할 수 있는 기회를 가져 종국적으로 교원의 신분이 유지되도록 하려는 것이므로 도리어 직업선택의 자유를 보장하는 결과를 가져오는 것이다 사립학교법 제58조의2 제1항의 단서에 의

한 직위해제처분은 기소사건의 유죄를 추정하고 이를 전제로 내린 불이익한 처분이 아니라, 기소된 사립학교 교원에 대하여 헌법 제27조에 규정된 정당한 재판을 받을 권리의 주요한 내용을 이루는 충분한 변론의 기회를 제공하기 위한 조치이다

3. 판단

가. 이 사건 심판대상규정의 의의

사립학교법 제57조는 “사립학교의 교원이 교육법 제77조 제1호 또는 제2호에 해당하게 된 때에는 당연히 퇴직된다”고 규정하고 있고, 한편 교육법 제77조 제1호는 타법령의 규정에 의하여 공직에 취임할 수 없는 자는 교원이 될 수 없다고 규정하고 있다

그런데 국가공무원법 제33조 제1항 제3호 내지 제6호는 형사사건으로 기소된 후 다음과 같은 내용의 유죄판결을 선고받고 일정기간이 경과되지 않은 자에 대하여 공무원 임용결격자로 규정하고 있다즉,

“금고 이상의 형을 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년을 경과하지 아니한 자”(국가공무원법 제33조 제1항 제3호)

“금고 이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 완료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 자”(제4호)

“금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예기간 중에 있는 자”(제5호)

“법원의 판결 또는 다른 법률에 의하여 자격이 상실 또는 정지된 자”(제6호) 등이 임용결격자인 것이다

따라서 국가공무원법 제33조 제1항 제3호 내지 제6호의 사유에

해당하게 된 사립학교의 교원은 당연퇴직할 수밖에 없게 되어 있다. 그렇다면 이 사건 심판대상규정이 형사사건으로 기소된 교원에 대하여 필요적으로 직위해제처분을 하도록 규정하고 있는 취지는 다음과 같은 가치분적 처분의 필요성에 있다고 할 수 있다.

형사사건으로 기소된 자는 그에 대한 공판절차가 종료되어 무죄나 벌금형이 아닌 국가공무원법 제3조 제1항 제3호 내지 제6호 소정의 판결이 선고되어 동 판결이 확정될 경우에 당연퇴직하게 되어 있는데 약식명령이 청구된 경우가 아니라 일단 정식기소된 경우일 때에는 위와 같이 당연퇴직사유가 되는 형의 선고를 받을 개연성이 상당히 크다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고 아직 판결이 선고되어 동 판결이 확정되지 아니하였다는 이유로 계속하여 그 직위를 보유할 수 있도록 한다면 국가공무원법 제3조 제1항 제3호 내지 제6호에 해당하는 자가 당연퇴직하도록 하고 있는 입법취지(공직에 부적합한 자의 공직에서의 배제 사립학교 교원의 경우는 교직에 부적합한 자의 교직에서의 배제에 반하거나 그 취지가 희석될 우려가 있으며 따라서 이 사건 심판대상규정은 위와 같은 우려를 해소하기 위하여 어차피 교직에서 배제되어야 할 자를 가치분적으로 미리 교직에서 배제하기 위하여 마련된 것이라고 할 수 있는 것이다.

나. 이 사건 심판대상규정의 문제점

(1) 그런데 이 사건 심판대상규정에 의할 때 약식명령이 청구된 경우가 아닌 한 어떠한 내용의 형사사건이건 이를 가리지 않고 공소가 제기되기만 하면 그것만을 이유로 하여 당연히 직위해제처분을 하도록 되어 있다. 따라서 그 형사사건이 중대한 범죄이건 경미한 범죄이건 파렴치범이건 아니건 고의범이건 과실범이건 상관이

없는 것이다.

그러나 예컨대, 경미한 과실범죄와 같은 경우 교원이 기소되었다고 해서 무조건 직위해제처분을 한다는 것은 합당한 조치라고 하기 어렵다. 사안이 심각하고 그에 대한 증거도 확실한 경우와 같이 직위해제가 불가피하다고 보여지는 경우가 있겠지만 그와 정반대로 직위해제가 오히려 온당치 못하다고 사료되는 경우도 있을 수 있다 그렇다면 이 사건 규정은 위에서 살펴본 직위해제처분제도의 당위성과 목적에 들어맞도록 그 요건이 엄격하게 정비되어야 마땅하다고 할 것인데도 그 요건에 관하여 막연히 약식명령을 청구한 사건 이외의 형사사건으로서 공소가 제기된 경우로만 규정하고 있기 때문에 그러한 공소제기로 인하여 당사자가 교원으로서 계속적인 업무활동을 하는 데 문제가 있는 것인지 혹은 피교육자에게 구체적인 피해를 줄 위험이 있는 것인지의 여부를 가리지 않게 되어 있는 것이다 즉 형사사건으로 기소되기만 하면 그가 국가공무원법 제33조 제1항 제3호 내지 제6호에 해당하는 유죄판결을 받을 고도의 개연성이 있는가의 여부에 무관하게 경우에 따라서는 벌금형이나 무죄가 선고될 가능성이 큰 사건인 경우에 대하여서까지도 당해 교원에게 일률적으로 직위해제처분을 하지 않을 수 없는 불합리성이 있는 것이다.

검사가 사립학교 교원의 사건을 수사하고 기소함에 있어서 그 교원이 국가공무원법 제33조 제1항 제3호 내지 제6호에 해당하는 유죄판결을 받을 가능성이 확실한 경우에 한하여 기소한다는 보장이 전제될 수 있다면 이 사건 심판대상규정의 문제점은 크게 줄어들 수 있을 것이나, 위와 같은 보장이 있다고 하기 어려울뿐더러 소

추기관과 심판기관 상호간에 있어서 서로의 입장과 관점의 차이 때문에 결론이 달라질 수 있음이 명백하므로 그와 같은 전제나 가설이 완벽하게 보장될 수 없음은 의문의 여지가 없는 것이다

(2) 이 사건 규정에 의한 직위해제처분은 실질상 징계처분의 일종인 정직(停職)과 비슷한 처분인데도 불구하고 징계절차 또는 기타 이와 유사한 절차에 의하여 교원의 직위해제

여부를 결정하는 것이 아니라 형사사건으로 기소되었다는 사실만을 이유로 해서 임면권자의 일방적인 처분으로 직위해제를 행하게 되어 있다

따라서 징계절차에 있어서와 같은 청문의 기회가 보장되지 아니하여 당해 교원은 자기에게 유리한 사실을 진술하거나 필요한 증거를 제출할 방법조차 없는 것이니 그러한 의미에서 적법절차가 존중되고 있지 않다고 할 것이다.

(3) 이 사건 심판대상규정에 의한 직위해제처분은 그 기한의 제한도 없이 판결이 확정될 때까지로 되어 있다 따라서 형사재판이 장기화하여, 직위해제처분을 받은 때로부터 3월이 초과하게 되면 징계처분으로 행하는 3월 이하의 정직처분보다 더 불이익하고 가혹하며 실질에 있어서 해임에 버금가는 불이익처분이 되고 마는 것이다

사립학교법은 제56조 [의사에 반한 휴직·면직 등의 금지] 제1항에서 “사립학교 교원은 형의 선고·징계처분 또는 이 법에 정하는 사유에 의하지 아니하고는 본인의 의사에 반하여 휴직 또는 면직 등 불리한 처분을 받지 아니한다”(다만 학급·학과의 개폐에 의하여 폐직이나 과원이 된 때에는 그러하지 아니한다). 동조 제2항에서 “사립학교 교원은 권고에 의하여 사직을 당하지 아니한다”고 각 규정하

여 그 신분을 보장하고 있지만 이 사건 심판대상규정 때문에 위와 같은 신분보장 규정이 유명무실해져 버릴 우려가 있는 것이다

(4) 사립학교 교원이 형사사건으로 공소제기된 경우에 품위손상 등을 이유로 그 직위를 해제함에 있어서도 당해 교원에게 자기에 유리한 사실을 진술하거나 필요한 증거를 제출할 수 있는 기회를 제공하여 대석적 절차보장을 하는 한편 직위해제의 목적도 고려하여 가면서 같은 조치에 이를 수 있는 입법보완을 하는 것은 별론으로 하고 이 사건 규정에서와 같이 교원에 대해 형사사건으로 공소가 제기되었다는 사실만으로 직위해제처분을 행하게 하고 있는 것은 아직 유무죄가 가려지지 아니한 상태에서 유죄로 추정하는 것이 되며 이를 전제로 한 불이익한 처분이라 할 것이다. 공소의 제기가 있는 피고인이라도 유죄의 확정판결이 있기까지는 원칙적으로 죄가 없는 자에 준하여 취급하여야 하고, 불이익을 입혀서는 안 된다고 할 것으로 가사 그 불이익을 입힌다 하여도 필요한 최소한도에 그치도록 비례의 원칙이 존중되어야 하는 것이 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙이며, 여기의 불이익에는 형사절차상의 처분뿐만 아니라 그 밖의 기본권제한과 같은 처분도 포함된다고 할 것이다.

그런데 직위해제처분제도가 일반적으로 필요하고 그 당위성이 인정된다고 할지라도 그 적용범위는 그 목적에 따라 필요한 최소한의 범위로 제한하는 등 기본권침해에 관한 비례의 원칙을 준수할 때에 한하여 그 합헌성이 유지될 수 있는 것이다

그렇다면 위에 적시한 이유로 이 사건 심판대상규정 중 제8조의2 제1항 단서의 규정은 목적의 정당성은 일응 인정된다고 할지라도

방법의 적정성·피해의 최소화·법익의 균형성을 갖추고 있지 못하다고 할 것이므로(헌법재판소 1989.12.22. 선고, 88헌가13 결정; 1990.9.3. 선고, 89헌가95 결정; 1990.11.19. 선고, 90헌가48 결정 각 참조) 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 어긋나서 헌법 제15조의 직업선택의 자유(구체적으로는 직업수행의 자유)를 침해하는 것이라고 할 수밖에 없다 다만, 이 사건 심판대상규정 중 제호 부분은 사립학교법 제58조의2 제1항 본문과 결합하여 앞에서 본 이 사건 심판대상규정의 입법취지에 맞게 합헌적으로 적용될 수 있는 규정부분이므로 위헌이라고 할 수 없는 것이다

4. 결론

따라서 이 사건 심판대상규정 중 사립학교법 제58조의2 제1항 단서 부분은 직업선택의 자유를 규정한 헌법 제5조, 무죄추정의 원칙을 규정한 동 제27조 제4항, 비례의 원칙을 규정한 동 제37조 제2항에 위반된다고 할 것이나, 다만 사립학교법 제58조의2 제1항 제3호 부분은 헌법에 위반되지 않는다고 할 것이다.

이에 관여재판관 전원의 일치된 의견에 따라 주문과 같이 결정한다

1994. 7. 29.

재판장	재판관 조규광
	재판관 변정수
	재판관 김진우
	재판관 한병채

재판관 최광률

재판관 김양균

재판관 김문희

재판관 황도연

재판관 이재화

구 대통령선거법 제36조 제1항 위헌제청, 구 대통령선거법 제34조 등 위헌제청(병합)

(1994. 7. 29. 93헌가4,6(병합) 헌법재판소 전원재판부
[판례집 6-2, 15~]

【관시 사항】

1. 선거운동(選舉運動)을 제한하는 법률에 대한 위헌심사기준(違憲審査基準)
2. 죄형법정주의(罪刑法定主義)에 의한 명확성의 정도
3. 구(舊) 대통령선거법(大統領選舉法) 제34조와 제36조 제1항에 대한 벌칙조항(罰則條項)이 죄형법정주의(罪刑法定主義)의 명확성의 원칙에 위배되는지 여부
4. 선거운동기간을 제한한 구(舊) 대통령선거법(大統領選舉法) 제34조의 위헌(違憲) 여부
5. 일정범위 내의 사람에 대해서만 선거운동을 허용한 구(舊) 대통령선거법(大統領選舉法) 제36조 제1항 본문의 위헌(違憲) 여부
6. 구(舊) 대통령선거법(大統領選舉法) 제36조 제1항 본문의 위헌(違憲)이 구(舊) 대통령선거법(大統領選舉法)에 의하여 실시된 선거의 정당성에 미치는 영향

【결정 요지】

1. 선거운동(選舉運動)은 국민주권(國民主權) 행사의 일환일 뿐 아니라 정치적(政治的) 표현(表現)의 자유(自由)의 한 형태로서 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 요소이므로, 선거운동(選舉運動)의 허용범위는 아무런 제약 없이 입법자의 재량에 맡겨진 것이 아니고 그 제한입법의 위헌(違憲) 여부에 대하여는 엄격한 심사기준(審査基準)이 적용된다.
2. 처벌법규(處罰法規)의 구성요건(構成要件)이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도, 그 점만으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 반드시 배치되는 것이라고는 볼 수 없다. 그렇지 않으면, 처벌법규(處罰法規)의 구성요건(構成要件)이 지나치게 구체적이고 정형적이 되어 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규

을할 수 없게 될 것이기 때문이다. 다만, 자의를 허용하지 않는 통상의 해석방법에 의하더라도 당해 처벌법규(處罰法規)의 보호법익과 그에 의하여 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 누구나 알 수 있도록 규정되어 있어야 한다.

3. 구(舊) 대통령선거법(大統領選舉法) 제34조와 제36조 제1항 및 그 벌칙조항(罰則條項)인 제162조 제1항 제1호가 규정한 선거운동(選舉運動)은 위 법 제33조가 “당선되거나 되지 못하게 하기 위한 행위”라고 규정하고 있고, 위 법률조항들의 입법목적, 법에 규정된 선거운동(選舉運動) 규제조항의 전체적 구조 등을 고려하면 선거운동(選舉運動)이라 함은 특정 후보자의 당선 내지 이를 위한 득표에 필요한 모든 행위 또는 특정 후보자의 낙선에 필요한 모든 행위 중 당선 또는 낙선을 위한 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적, 계획적 행위를 말하는 것으로 풀이할 수 있으며, 선거운동(選舉運動)을 이와 같이 풀이한다면 법률적용자의 자의를 허용할 소지를 제거할 수 있고, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 누구나 그러한 표지를 갖춘 선거운동(選舉運動)과 단순한 의견개진을 구분할 수 있어서 이른바 공정한 고지의 기능도 다할 수 있으므로, 위 법 제34조, 제36조 제1항 본문 및 그 벌칙조항(罰則條項)인 제162조 제1항 제1호가 헌법 제12조 제1항이 요구하는 죄형법정주의(罪刑法定主義)의 명확성의 원칙에 위배되지 않는다.

4. 기간의 제한 없이 선거운동(選舉運動)을 무한정 허용할 경우에는 후보자(候補者)간의 오랜 기간 동안의 지나친 경쟁으로 선거관리의 곤란으로 이어져 부정행위의 발생을 막기 어렵고, 후보자(候補者)간의 무리한 경쟁의 장기화는 경비와 노력이 지나치게 들어 사회경제적으로 많은 손실을 가져올 뿐만 아니라 후보자(候補者)간의 경제력 차이에 따른 불공평이 생기게 되고 아울러 막대한 선거비용을 마련할 수 없는 젊고 유능한 신참 후보자(候補者)의 입후보의 기회를 빼앗는 결과를 가져올 수 있으므로 선거운동(選舉運動)의 기간에 일정한 제한을 두는 것만으로 위헌(違憲)으로 단정할 수는 없다.

구(舊) 대통령선거법(大統領選舉法) 제34조가 등록이 끝난 때부터 선거일 전일까지로 선거운동기간(選舉運動期間)을 제한하고 있지만, 후보자는 등록일에 따라 23일 내지

28일간 선거운동(選舉運動)을 할 수 있고, 선거일 공고 이전에도 사전 준비 작업은 할 수 있으며, 선거운동(選舉運動)의 종기(終期)를 선거일 전일로 정하였기 때문에 선거일 전일의 경쟁후보자측에 의한 최후의 비난에 대하여 적절하게 대응하지 못하게 된다는 문제점이 생길 수 있지만, 선거일 당일까지 선거운동(選舉運動)을 할 수 있다고 하더라도 시간적인 한계 때문에 여전히 그와 같은 문제는 발생할 수 있으며 오히려 선거일 당일의 끊임없는 비난과 반박으로 인하여 발생하는 혼란으로부터 유권자를 보호할 필요가 있으므로 선거일 전일까지로 선거운동기간(選舉運動期間)을 제한한 것을 나무랄 수는 없다.

그러므로 위 법 제34조에서 정하는 선거운동(選舉運動)의 기간제한은 필요하고도 합리적인 제한이고, 선거운동(選舉運動)의 자유를 형해화(形骸化)할 정도로 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 없으므로 헌법에 위반되지 아니하고, 따라서 그 벌칙조항(罰則條項)인 제162조 제1항 제1호 중 제34조 부분 역시 헌법에 위반되지 아니한다.

5. 구(舊) 대통령선거법(大統領選舉法) 제36조 제1항 본문은 원칙적으로 전 국민에 대하여 선거운동(選舉運動)을 금지한 다음 후보자의 가족, 정당이나 후보자에 의하여 선임되어 선거관리위원회에 신고된 극소수의 선거관계인들만이 선거운동(選舉運動)을 할 수 있도록 하고 있으므로 이는 선거의 공정성 확보라는 목적에 비추어 보더라도 필요한 정도를 넘어 국민의 정치적(政治的) 표현(表現)의 자유(自由)를 지나치게 제한하고 있는 것이고, 그로 인하여 선거의 공정성이 확보된다는 보장도 없으므로, 위 법 제36조 제1항 본문 및 벌칙조항(罰則條項)인 제162조 제1항 제1호 중 제36조 제1항 본문 부분은 입법형성권(立法形成權)의 한계를 넘어 국민의 선거운동(選舉運動)의 자유를 지나치게 제한함으로써 국민의 참정권(參政權)과 정치적(政治的) 표현(表現)의 자유(自由)의 본질적 내용을 침해하는 것이어서, 헌법 제21조 제1항, 제24조에 위배되고 헌법상의 국민주권주의(國民主權主義) 원칙과 자유선거(自由選舉)의 원칙에도 위반되는 요소가 많다. 그러나 공익을 대표하는 사람, 직무의 성질상 정치적 중립성이 요청되는 사람 등에게는 선거운동(選舉運動)이 허용되어서는 아니되고, 이러한 일부 합헌적 부분까지 위헌선언을 하게 되면, 선거권(選舉權)이 없는 사람과 정치활동이 금지된 공무원 등 일정

범위의 공익관련자마저 선거운동(選舉運動)을 할 수 있게 되어 오히려 선거의 공정성을 해칠 우려가 있다. 따라서 위 법 제36조 제1항 본문은 선거권(選舉權)이 없는 사람과 선거의 공정성을 해칠 우려가 있는 일정 범위의 사람들에 대하여 선거운동(選舉運動)을 금지하는 것은 합헌(合憲)이라 할 것이고, 선거의 공정성을 해칠 우려가 없는 선거권(選舉權)을 가진 일반국민까지 선거운동(選舉運動)을 금지하여 이들의 선거운동의 기회를 박탈하는 것은 헌법에 위반된다.

그런데 1994.3.16. 법률 제4739호로 공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法)이 제정되었고, 위 법 제60조 제1항은 공무원 등 선거운동(選舉運動)이 금지되는 사람들을 구체적·제한적으로 열거하고 있으므로, 구(舊) 대통령선거법(大統領選舉法) 제36조 제1항 본문 및 제162조 제1항 제1호의 제36조 제1항 본문부분은, 입법자의 입법형성(立法形成)의 자유를 존중하는 뜻에서 합헌(合憲)의 범위를 위 법 제60조 제1항에 열거한 자로 한정하여, 그 이외의 사람들에까지 선거운동(選舉運動)을 금지하고 이를 위반한 자를 처벌하는 것은 헌법에 위반된다고 하겠다.

6. 구(舊) 대통령선거법(大統領選舉法) 제36조 제1항 본문 및 그 벌칙조항(罰則條項)인 제162조 제1항 제1호 중 제36조 제1항 본문 부분이 위와 같이 일부 위헌이라고 하여 그 조항을 적용하여 실시된 대통령선거 및 그에 기초하여 탄생한 정권의 민주적 정당성이 상실되는 것은 아니다.

재판관 변정수의 보충의견(補充意見)

5. 선거운동(選舉運動)의 과도한 제한은 정치적 기득권자에게 유리한 반면 도전자에게 불리하게 작용하기 때문에 실질적 기회균등을 침해하므로 구(舊) 대통령선거법(大統領選舉法) 제36조 제1항은 헌법 제116조 제1항의“균등한 기회가 보장되어야 한다”는 규정에 위반되고 민주적 선거제도의 본질을 침해하므로 위헌(違憲)이다.

6. 선거운동의 주체에 관한 구(舊) 대통령선거법(大統領選舉法) 제36조 제1항의 위헌사유(違憲事由)는 선거결과를 좌우할 수 있는 중대한 사유이므로 그에 의하

여 실시된 제13대, 제14대 대통령선거는 당연무효(當然無效)이고, 현 정부는 그 정통성과 정당성을 상실하였으므로 재선거 등 보완작업이 있어야 한다.

재판관 김진우의 반대의견(反對意見)

5. 선거운동(選舉運動)의 자유(自由)나 표현(表現)의 자유(自由)도 선거운동(選舉運動)의 과열·타락방지, 선거의 공정성 확보 등 공공이익을 위하여 제한할 수 있고, 구(舊) 대통령선거법(大統領選舉法) 제36조는 우리의 선거풍토, 민주정치의 성숙도 기타 정치경제·사회·문화적 제반 실정에 적합하게 선거의 공정과 선거의 자유를 최대한도록 보장조화하는 내용으로, 역사상 가장 민주적인 여야(與野)합의하에 국민적 합의를 바탕으로 하여 위와 같은 선거의 공정성을 확보하기 위하여 필요한 범위 내에서 선거운동(選舉運動)을 할 수 있는 자의 범위를 일부 제한하는 내용으로서 과잉금지의 원칙에 위반되지 않는다

6. 구(舊) 대통령선거법(大統領選舉法) 제36조의 위헌(違憲)은 실제 득표율에 비추어 보더라도 선거결과에 영향을 도저히 미치지 못하므로 그 위헌(違憲)을 이유로 정부의 정통성에 어떤 영향을 끼칠 수는 없다

재판관 한병채의 반대의견(反對意見)

5. 구(舊) 대통령선거법(大統領選舉法) 제36조 제1항 본문과 제162조 제1항 제1호의 제36조 제1항 본문 부분의 위헌여부는 선거운동(選舉運動)제한에 관한 위 법 제33조 이하 관계규정 전체를 종합하여 검토 평가하여야 하고, 대통령선거법에 의한 선거운동(選舉運動)의 제한범위에 관한 사항은 헌법 제116조 제1항의 특별규정에 근거하여 제한의 입법목적, 선거의 행태,

민주시민으로서의 자질의 성숙도 및 현실적 필요성 등을 고려하여 국민의 대표기관인 입법부의 입법재량(立法裁量)에 의하여 입법정책(立法政策)으로 결정될 문제다.

제청법원 서울형사지방법원 (93헌가4), 서울지방법원 서부지원 (93헌가6)
제청신청인 김 ○ 춘 (93헌가4)
대리인 변호사 김 도 창 외 2인
장 명 국 (93헌가6)
대리인 변호사 박 세 경 외 1인

【심판대상조문】

구(舊) 대통령선거법(大統領選舉法) 제34조(선거운동(選舉運動)의 기간(期間))

선거운동(選舉運動)은 당해 후보자(候補者)의 등록(登錄)이 끝난 때로부터 선거일(選舉日) 전일까지에 한하여 이를 할 수 있다.

구(舊) 대통령선거법(大統領選舉法) 제36조(선거운동(選舉運動)을 할 수 없는 자(者)) ① 정당(政黨)·후보자(候補者)·선거사무원(選舉事務員)·선거연락소장(選舉連絡所長)·선거운동원(選舉運動員) 또는 연설원(演說員)이 아닌 자(者)는 선거운동(選舉運動)을 할 수 없다. 다만, 후보자(候補者)의 배우자(配偶者), 후보자(候補者) 및 그 배우자(配偶者)의 직계존(直系尊)·비속(卑屬)과 형제자매(兄弟姊妹), 후보자(候補者)의 직계비속(直系卑屬) 및 형제자매(兄弟姊妹)의 배우자(配偶者)(이하 “가족(家族)”이라 한다)는 그러하지 아니하다.

②~④ 생략

구(舊) 대통령선거법(大統領選舉法) 제162조(사전운동(事前運動)·특수지위이용(特殊地位利用)·호별방문(戶別訪問) 등 부정선거운동죄(不正選舉運動罪)) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자(者)는 3년(年) 이하의 징역(懲役)이나 금고(禁錮) 또는 300만(萬)원 이하의 벌금(罰金)에 처(處)한다.

1. 제34조 내지 제37조 제1항, 제40조 제2항 및 제7항, 제49조, 제56조, 제60조, 제61조의3, 제61조의4, 제63조, 제64조, 제67조, 제67조의3, 제67조의4 또는 제74조의 규정(規定)에 위반한 자(者)

② 생략

【참조 조문】

헌법(憲法) 제10조, 제21조 제1항, 제24조, 제37조 제2항, 제116조 제1항

공직선거(公職選舉) 및 선거부정방지법(選舉不正防止法) 제60조 (선거운동(選舉運動)을 할 수 없는 자(者)) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자(者)는 선거운동(選舉運動)을 할 수 없다.

1. 대한민국(大韓民國) 국민(國民)이 아닌 자(者)
2. 미성년자(未成年者)
3. 제18조(선거권(選舉權)이 없는 자(者)) 제1항의 규정(規定)에 의하여 선거권(選舉權)이 없는 자(者)
4. 국가공무원법(國家公務員法) 제2조(공무원(公務員)의 구분)에 규정(規定)된 국가공무원(國家公務員)과 지방공무원법(地方公務員法) 제2조(공무원(公務員)의 구분)에 규정(規定)된 지방공무원(地方公務員), 다만, 정당법(政黨法) 제6조(발기인(發起人) 및 당원(黨員)의 자격(資格)) 제1호 단서의 규정(規定)에 의하여 정당(政黨)의 당원(黨員)이 될 수 있는 공무원(公務員)(국회의원(國會議員)과 지방의회의장(地方議會議長) 외의 정무직 공무원(政務職公務員)을 제외한다)은 그러하지 아니하다.
5. 제53조(공무원(公務員) 등의 입후보(立候補)) 제1항 제2호 내지 제8호에 해당하는 자(者)
6. 향토예비군(鄉土豫備軍) 소대장급(小隊長級) 이상의 간부(幹部) 통(統)·리(里)·반(班)의 장(長)
7. 특별법(特別法)에 의하여 설립(設立)된 국민운동단체(國民運動團體)로서 국가(國家) 또는 지방자치단체(地方自治團體)의 출연 또는 보조를 받는 단체(團體)(마르계살기운동협의회(運動協議會)·새마을운동협의회(運動協議會)·한국자유총연맹(韓國自由總聯盟)을 말한다)의 상근(常勤) 임(任)·직원(職員)과 이들 단체(團體)의 중앙회장(中央會長)
9. 의료보험법(醫療保險法)에 의하여 설립(設立)된 지역의료보험조합(地域醫療保險組合)의 상임(常任) 대표이사(代表理事)·직원(職員) 또는 의료보험연합장(醫療保險聯合長)의 상임(常任) 임(任)·직원(職員)

② 생략

【참조 판례】

2. 1992.4.28. 선고, 90헌바27(병합) 결정
- 1993.3.11. 선고, 92헌바33 결정

【주 문】

1. 구 대통령선거법(제정 1987.11.7. 법률 제3937호, 개정 1992.11.11. 법률 제4495호, 폐지 1994.3.16. 법률 제4739호) 제36조 제1항 본문과 제162조 제1항 제1호의 제36조 제1항 본문 부분 중 별지목록에 적은 자 이외의 자들에까지 선거운동을 금지하고 이를 위반한 자를 처벌하는 것은 헌법에 위반된다.

2. 위 구 대통령선거법 제34조와 제162조 제1항 제1호 중 제34조 부분은 헌법에 위반되지 아니한다

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

제청신청인 김○춘은 서울형사지방법원에 대통령선거법위반죄로 기소되어 위 법원 92고합2076으로, 제청신청인 장○국은 서울지방법원 서부지원에 같은 죄 등으로 기소되어 위 법원 93고합46으로, 각 공판 계속중에 있다. 서울형사지방법원은 제청신청인 김○춘의 신청에 따라 1993.4.27. 구 대통령선거법(제정 1987.11.7. 법률 제3937호, 개정 1992.11.11. 법률 제4495호, 폐지 1994.3.16. 법률 제4739호, 이하“법”이라 한다) 제36조 제1항 본문과 그 벌칙조항인 제162조 제1항 제1호에 대하여, 서울지방법원 서부지원은 제청신청인 장명국의 신청에 따라 법 제34조, 제36조 제1항 본문과 그 벌칙조항인 제162조 제1항 제1호에 대하여, 위헌여부의 의심이 있다는 이유를 들어 각 심판을 제청하였다

나. 심판의 대상

서울지방법원 서부지원은 법 제4조와 제36조 제1항 전체에 대하여 위헌제청을 하였으나 제36조 제1항 단서는 후보자의 배우자 등 가족에 대하여 선거운동을 허용하는 조항에 불과하고 제청신청인에게 적용되어 처벌의 근거가 되는 금지조항은 정당후보자 등 이외의 자의 선거운동을 금지하고 있는 같은 조 제1항 본문이므로 그 본문과 이에 대한 벌칙조항만을 심판의 대상으로 삼기로 한다 그

렇다면 이 사건 위헌법률심판의 대상이 되는 법률조항은 법 제4조, 제36조 제1항 본문과 제162조 제1항 제1호 중 제34조 및 제36조 제1항 본문 부분으로서 그 내용은 다음과 같다.

제34조(선거운동의 기간) 선거운동은 당해 후보자의 등록이 끝난 때로부터 선거일 전일까지에 한하여 이를 할 수 있다

제36조(선거운동을 할 수 없는 자) ① 정당·후보자·선거사무장·선거연락소장·선거운동원 또는 연설원이 아닌 자는 선거운동을 할 수 없다. 다만, 후보자의 배우자, 후보자 및 그 배우자의 직계존비속과 형제자매, 후보자의 직계비속 및 형제자매의 배우자(이하“가족”이라 한다)는 그러하지 아니하다.

제162조(사전운동·특수지위이용·호별방문 등 부정선거운동죄) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다

1. 제34조 내지 제37조 제1항, 제40조 제2항 및 제7항, 제49조, 제56조, 제60조, 제61조의3, 제61조의4, 제63조, 제64조, 제67조, 제67조의3, 제67조의4 또는 제74조의 규정에 위반한 자

한편, 이 사건 심판의 대상이 되는 법률조항과 관련이 있는 법률조항은 법 제33조 및 제40조이고, 그 내용은 다음과 같다.

제33조(정의) ① 이 법에서“선거운동”이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다

② 선거에 관한 단순한 의견의 개진, 입후보를 위한 준비행위 및 선거운동을 위한 준비행위와 정당의 통상적인 활동은 선거운동으로 보지 아니한다.

제40조(선거사무장·선거운동원·연설원 등) ① 정당 또는 후보자는

선거사무소에 선거사무장 1인을, 연락소에 선거연락소장 1인을 두어야 한다.

② 선거사무장 또는 선거연락소장은 선거에 관한 사무의 처리를 하게 하기 위하여 선거사무소에 있어서는 100인 이내의, 연락소에 있어서는 연락소에 40인 이내와 투표구마다 3인 이내의 선거운동원을 둘 수 있다. 이 경우 연설회의 고지벽보를 첩부하기 위한 노무원은 선거운동원으로 보지 아니한다.

③ 정당 또는 후보자는 방송시설 또는 연설회에서 연설하게 하기 위하여 연설원을 둘 수 있다.

2. 제청이유와 관계인의 의견

가. 제청법원들의 제청이유

(1) 법은 단순한 의견개진 이외에 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를“선거운동”으로 규정하고, 이 사건 심판대상인 법률조항에서 정한 선거운동기간 외에 선거운동을 하거나 선거운동관계자가 아닌 자가 선거운동을 하면 처벌하도록 규정하고 있다 그러나 선거운동에 포함되지 아니한 단순한 의견의 개진이 무엇을 말하는 것인지, 즉 단순한 의견의 개진과 선거운동이 어떻게 구별되는지가 불명확하여 일반국민으로서는 선거법에 위반되지 않는 발안행동의 한계를 알 수 없게 되어, 결국 법 집행기관의 자의적 해석과 집행에 맡겨지는 결과에 이르게 된다. 가사, 선거에 관한 단순한 의견의 개진과 선거운동의 구별이 가능하다고 하더라도 법은 선거운동을 포괄적으로 금지하고 처벌의 대상이 되는 선거운동의 행위의 태양에 관한 구체적인 적시가 없기 때문에 지극히 추상적이고 애매하며 그 범위가 너무 광범위하므로 헌법상의

죄형법정주의의 원칙상 요구되는 법규의 명확성을 갖추지 못하여 위헌이 아닌가 하는 의심이 있다

(2) 법 제36조 제1항 본문에 의하면 극소수의 선거운동원과 연설원이 아닌 일반국민은 선거에 관하여 단순한 의견의 개진 이외의 어떠한 행위도 할 수 없고 이에 위반된 행위들은 모두 처벌대상이 된다 위 법률조항은 선거의 공정성의 확보라는 이념을 고려하여 보더라도 선거 과정에 있어서 국민이 자유롭게 정치적 의견을 발표교환하는 길을 봉쇄하여 결과적으로 표현의 자유와 참정권 등 주권자인 국민의 정치적 권리 중 가장 중요한 기본권들을 지나치게 침해할 우려가 있다 더욱이 선거에 관한 단순한 의견의 개진과 선거운동과의 구별마저 명확하지 아니하여 선거기간 동안 몇 사람이 모여 후보자나 선거에 관한 의견을 서로 나누는 것이 범죄행위가 되는 것인지의 여부가 문제될 수 있고 일반국민들은 선거에 대한 대화 한 마디 한 마디를 조심해야 하는 불안감을 갖게 될 것이다. 이는 국민의 인간으로서의 존엄과 가치를 위축시키고 기본적 인권의 보장과 행복추구권도 침해할 우려가 있으므로 결국 이 법 제36조 제1항 본문은 헌법 제10조, 제21조 제1항, 제24조, 제37조 제2항, 제116조 제1항에 위배되는 것이 아닌가 하는 의심이 있다

나. 제청신청인들의 주장

제청신청인들의 주장요지는 법 제36조 제1항 본문은 정당이 후보자와 마찬가지로 선거운동의 주체가 되도록 함으로써 내용상 무소속 후보자를 정당추천 후보자에 비하여 현저하게 불리한 차별을 하고 있어 헌법 제11조 제1항, 제116조 제1항에서 규정한 평등의 원칙에 위배된다는 것을 덧붙여 주장하는 외에는 대체로 제청법원들

의 제청이유와 같다.

다. 법무부장관 및 내무부장관의 의견

(1) 법문이 단순히 가치판단이나 가치충진을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하여 곧 죄형법정주의에 위배된다고 할 수 없고 입법취지·법률의 전체구조 등에 비추어 건전한 상식을 가진 일반인의 입장에서 법문의 개념을 일의적으로 판단할 수 있다면 법률의 명확성의 요구에 반한다고 할 수 없다.

법 제33조에 규정된“선거운동”은 특정한 선거에 있어서 특정 후보자를 당선 또는 낙선시킬 목적으로 특정 정당 또는 후보자를 지지추천·선전 또는 반대하는 등의 방법으로 투표를 얻거나 얻게 하거나 얻지 못하게 하는 데 필요하고도 유리한 모든 행위를 의미한다 한편“선거에 관한 단순한 의견의 개진”은 특정 후보자를 당선 또는 낙선시키려는 의도를 가지지 아니하고 단순히 선거에 관하여 일반적인 의견을 개진하거나 의사를 표시하는 행위 즉 선거의 일반적인 의미·특정 선거의 의미·선거운동의 양상·특정 후보자의 성향·당선 전망 등에 관하여 객관적으로 말하는 것을 의미한다. 따라서 건전한 상식을 가진 일반인은“선거운동”의 의미가 무엇인지 쉽게 알 수 있다 할 것이므로 죄형법정주의에 반하지 아니한다.

(2) 선거운동을 어느 범위에서 허용하고 금지할 것인가는 각 나라의 정치적 전통과 정치경제·사회적인 특수사정에 따라 달라질 수 있는 것이고 한결같은 수는 없다 우리 나라는 과거 실시된 선거에서 나타난 불법, 타락선거로 인한 각종 부작용 및 폐해를 경험하였고 이에 따라 무제한의 자유로운 선거운동을 보장하는 것보

다는 공정한 선거운동을 보장하는 것이 민주주의의 발전에 더욱 필수적이라는 반성을 바탕으로 국민의 표현의 자유와 참정권을 최대한 보장하면서도 선거의 공정성을 확보할 수 있는 범위 안에서 조화와 균형을 갖추어 선거운동을 규제하는 내용으로 대통령선거법을 개정하여 왔으며 법은 이러한 골격을 유지하면서도 역대 그 어느 선거법보다 비교적 폭넓은 선거운동을 허용하고 있다.

법을 살펴보면 제6장에서 정당 후보자는 물론 일반국민도 선거운동원, 연설회원으로 등록하면 특정 후보자의 당선을 위하여 연설회 개최 선거벽보 첩부, 소형인쇄물 배부 등 다양한 방법으로 자유롭게 선거운동을 할 수 있도록 규정하고 있고 선거운동원 등으로 등록하지 않은 사람이라 하더라도 누구나 선거의 일반적 의미특정 선거의 의미·선거운동의 양상·후보자의 성향 선거의 결과 등에 관하여 자유롭게 의견을 개진하거나 의사를 표시할 수 있도록 규정하고 있다 따라서 선거운동의 주체를 제한한 법 제6조 제1항 본문은 표현의 자유, 참정권, 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해한다고 볼 수 없다

라. 검찰총장 등의 의견

검찰총장, 서울지방검찰청 검사장 서울지방검찰청 서부지청장은 법 제34조의 입법취지가 후보자간 선거운동의 기회균등을 보장하고 과당경쟁으로 초래되는 시간과 경제적 손실을 방지하여 선거분위기의 과열을 차단함으로써 선거의 공정성을 확보하려는 것이고 나아가 선거운동의 무제한적 허용은 경제력의 차이에 따라 불공평한 결과를 가져올 우려가 있다는 점을 고려하여 후보자가 같은 조건에서 선거운동을 할 수 있도록 그 기간을 제한한 것이므로 정

당하고, 선거운동의 개념이 불명확하다는 이유로 위헌결정을 한다면 이는 선거운동의 개념 정의를 전제로 규정한 법 제장(선거운동)의 모든 법률조항을 무효화시키는 결과에 이르게 되어 사법적 혼란사태가 발생할 수 있다는 점을 특별히 지적하는 외에는 대체로 법무부장관의 의견과 같다.

3. 판단

가. 선거운동의 헌법적 의의와 그 규제의 한계

(1) 민주정치는 주권자인 국민이 되도록 정치과정에 참여하는 기회가 폭 넓게 보장될 것을 요구한다 이는 국민주권의 원리로부터 나오는 당연한 요청이다. 특히 대의민주주의를 원칙으로 하는 오늘날의 민주정치 아래에서의 선거는 국민의 참여가 필수적이고 주권자인 국민이 자신의 정치적 의사를 자유로이 결정하고 표명하여 선거에 참여함으로써 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 것이다 따라서 국민의 주권행사 내지 참정권 행사의 의미를 지니는 선거과정에서의 참여행위는 원칙적으로 자유롭게 행하여질 수 있도록 최대한 보장하여야 한다

한편 자유선거의 원칙은 비록 우리 헌법에 명시되지는 않았지만 민주국가의 선거제도에 내재하는 법원리인 것으로서 국민주권의 원리, 의회민주주의의 원리 및 참정권에 관한 규정에서 그 근거를 찾을 수 있다. 이러한 자유선거의 원칙은 선거의 전 과정에 요구되는 선거권자의 의사형성의 자유와 의사실현의 자유를 말하고 구체적으로는 투표의 자유, 입후보의 자유, 나아가 선거운동의 자유를 뜻한다

선거운동의 자유는 널리 선거과정에서 자유로이 의사를 표현할

자유 의 일환이므로 표현의 자유의 한 태양이기도 하다. 표현의 자유, 특히 정치적 표현의 자유는 선거과정에서의 선거운동을 통하여 국민이 정치적 의견을 자유로이 발표·교환함으로써 비로소 그 기능을 다하게 된다 할 것이므로 선거운동의 자유는 헌법에 정한 언론출판·집회·결사의 자유 보장규정에 의한 보호를 받는다.

또한 우리 헌법은 참정권의 내용으로서 모든 국민에게 법률이 정하는 바에 따라 선거권을 부여하고 있는데 선거권이 제대로 행사되기 위하여는 후보자에 대한 정보의 자유 교환이 필연적으로 요청된다 할 것이므로, 선거운동의 자유는 선거권 행사의 전제 내지 선거권의 중요한 내용을 이룬다고 할 수 있다. 그러므로 선거운동의 제한은 선거권 곧 참정권의 제한으로도 귀결된다.

(2) 민주적 의회정치의 기초인 선거는 본래 자유로와야 하는 것이지만 그것은 동시에 공정하게 행하여지지 아니하면 아니된다. 금권, 관권, 폭력 등에 의한 타락선거를 방지하고 무제한적이고 과열된 선거운동으로 말미암아 발생할 사회경제적 손실과 부작용을 방지하고 실질적인 선거운동의 기회균등을 보장하기 위하여는 선거의 공정성이 확보되어야 한다. 선거의 공정성 확보를 위하여는 어느 정도 선거운동에 대한 규제가 행하여지지 않을 수 없고 이는 곧 선거운동의 자유를 제한하는 셈이 되므로 기본권제한의 요건과 한계에 따라야 한다. 그러므로 우리 헌법상 선거운동의 자유도 다른 기본권과 마찬가지로 헌법 제7조 제2항에 따라 국가안전보장 질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로 제한할 수 있되, 다만 선거운동의 자유에 대한 본질적 내용은 침해할 수 없다.

한편 헌법 제116조 제1항은“선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리하에 법률이 정하는 범위 안에서 하되 균등한 기회가 보장되어야 한다”라는 별도의 규정을 두고 있다. 그러나 이 규정의 의미를 선거운동의 허용범위를 아무런 제약 없이 입법자의 재량에 맡기는 것으로 해석하여서는 아니된다. 오히려 위에서 본 바와 같이 선거운동은 국민주권행사의 일환일 뿐 아니라 정치적 표현의 자유의 한 형태로서 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 요소이므로 그 제한입법에 있어서도 엄격한 심사기준이 적용된다 할 것이다.

(3) 민주정치는 선거를 바탕으로 유자발전되는 것이고, 선거는 국민의 자유로운 의사결정과 후보자들의 공정한 경쟁을 통하여 훌륭한 대표자를 선출하는 것을 그 이상으로 한다. 따라서 입법자는 선거에 관한 입법을 함에 있어서 위와 같은 선거의 이상이 실현될 수 있도록 선거의 공정성을 크게 해치지 아니하는 한 국민의 선거운동의 자유를 최대한 보장하여야 하고, 그 시대에 있어서의 국민총체의 정치사회발전단계, 민주시민의식의 성숙도, 종래에 있어왔던 선거풍토 기타 제반상황을 종합하여 자유·공정의 두 이념이 슬기롭게 조화되도록 정하여야 한다.

나. 법이 정한 선거운동 제한의 문제점

법은“국민의 자유의사에 의하여 대통령을 공정히 선거함으로써 민주정치의 발전에 기여함을 목적으로”(제1조) 제정된 것으로, 제6장 선거운동의 장에서 선거운동의 기간 방법, 주체에 관한 제한들을 규정하고 있다.

법은 제33조에서 제6장 전체에 사용되는 개념으로서 금지 및 벌칙 조항의 전제가 되는“선거운동”의 개념을“당선되거나 되게 하거

나 되지 못하게 하기 위한 행위"라고 한 다음, 이 사건 심판의 대상인 제34조에서는 선거운동의 기간을 제한하고 있으며 제35조에서는“선거운동은 이 법에 규정된 이외의 방법으로서는 이를 할 수 없다고 하여 선거운동방법에 관한 포괄적 제한규정을 두고 이 사건 심판의 대상인 제36조 제1항 본문에서는 정당·후보자·선거사무장·선거연락소장·선거운동원 연설원(이하 이들을 포괄하여“선거관계자”라 한다)이 아닌 자의 선거운동을 원칙적으로 금지하고 있다 같은 조 제2항, 제3항, 제4항은 선거관계자(이들만이 선거운동을 할 수 있다)가 될 수 없거나 되는 데 제한을 받는 사람들을 규정하고 있으며 제37조 내지 제41조에서는 선거사무소 등의 설치 선거사무장 등 선거관계자의 선거관리위원회에 대한 신고, 신분보장 등에 관하여 규정하고 있고 제43조 내지 제78조에서는 개별 선거운동방법에 관하여 규제하고 있다 그 중 제49조, 제52조, 제53조, 제55조 내지 제78조(제63조 제2항 제외)에서는 금지된 선거운동방법을 규정하고 있으므로, 결국 제43조 내지 제48조(제45조 제외), 제50조 내지 제51조, 제63조 제2항에 규정된 선거운동방법만이 가능한 것으로 되고, 이 중에서 정당·후보자·선거관계자가 아니고서도 할 수 있는 선거운동방법은 제50조에 규정된 연설회장에서의 선전물의 착용휴대 및 제63조 제2항에 규정된 일정한 장소에서의 지지호소 정도뿐이다

한편 법 제162조와 제163조에는 위 각 법률조항에 정한 제한 및 금지의 위반행위에 대한 벌칙을 규정하고 있다

이상의 선거운동 규제체계를 요약하면 선거운동의 주체 방법, 기간에 관하여 포괄적, 원칙적으로 금지한 다음 특별히 법이 허용

한 사람들만이 법정외의 기간 내에 법정외의 방법으로만 선거운동을 할 수 있게 한 것이다.

다. 심판대상 법률조항의 위헌 여부

(1) 이 사건 심판대상조항인 법 제4조와 제36조 제1항 본문은 선거운동의 기간과 주체에 관한 제한을 규정하고 있고 그 위반행위에 대하여는 법 제162조 제1항 제1호에 벌칙조항이 마련되어 있으므로 위 각 법률조항에서 규정된 “선거운동”은 바로 처벌대상 구성요건이 된다. 그러므로 먼저 법 제33조가 선거운동을 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위”로 규정한 것이 죄형법정주의의 요청인 명확성의 원칙에 위반되는지에 관하여 본다.

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 구성요건을 명확하게 규정할 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 점만으로 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 법적규제의 원인이 된 여건이나 처벌의 정도 등을 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다(헌재 1993.3.11. 선고, 92헌바33 결정; 1992.4.28. 선고, 90헌바27 등 병합결정 등 참조)

이 사건 심판대상인 법률조항들은 단지 선거운동이라고만 규정하고 있을 뿐이고, 선거운동이 무엇을 뜻하는지는 앞서 본 바와 같이 법 제33조에서 규정하고 있다. 즉 법 제33조는 선거운동을“당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위”라고 정의하고, 선거에 관한 단순한 의견의 개진 입후보를 위한 준비행위 및 선거운동을 위한 준비행위와 정당의 통상적인 활동은 선거운동이 아니라고 규정하고 있다. 여기에서“당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위”라는 말과 “단순한 의견개진”이라는 말은 애매하고 불명확한 요소가 있고 광범위한 해석의 여지가 없지 아니하다. 그러나 이러한 입법의 애매성은 통상적인 해석방법에 의하여 해소될 수 있는 것인가가 문제이고 해석으로 선거운동과 단순한 의견개진 등 선거운동이 아닌 것과의 구별을 가능하게 하는 잣대를 제공할 수 있다면 위헌이라고 말할 수 없다.

위 법률조항들의 입법목적, 법에 규정된 선거운동 규제조항의 전체적 구조 등을 고려하면 선거운동이라 함은 특정 후보자의 당선 내지를 위한 득표에 필요한 모든 행위 또는 특정 후보자의 낙선

에 필요한 모든 행위 중 당선 또는 낙선을 위한 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적 계획적 행위를 말하는 것으로 풀이할 수 있다. 즉, 단순한 의견개진 등과 구별되는 가벌적 행위로서의 선거운동의 표지로 당선 내지 득표(반대후보자의 낙선)에의 목적성, 그 목적성의 객관적 인식가능성 능동성 및 계획성이 요구된다 할 것이다

선거운동을 위와 같이 풀이한다면 법률적용자의 자의를 허용할 소지를 제거할 수 있고, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 누구나 그러한 표지를 갖춘 선거운동과 단순한 의견개진을 구분할 수 있을 것이므로 이른바 공정한 고지의 기능도 다할 수 있게 된다

그렇다면 법 제34조, 제36조 제1항 본문 및 그 벌칙조항인 제162조 제1항 제1호 중 각 해당부분은 통상의 일반인에게 구체적으로 어떠한 행위들이 금지되고 있는가를 미리 알려주고 그들이 불이익한 처분을 받는 일을 하지 아니하도록 상당한 주의 경고를 하고 있는 것으로 볼 수 있으므로 헌법 제12조 제1항이 요구하는 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수 없다

(2) 법 제34조의 위헌 여부

주권자인 국민이 선거과정에 폭 넓게 참여하고 올바르게 선거권을 행사하기 위하여는 기본적으로 선거운동은 자유로워야 한다 여기서 자유롭다는 것은 누구나, 어떤 방법으로든, 언제든지 그의 뜻에 따라 선거운동을 할 수 있음을 뜻한다. 그러나 선거는 국민의 자유로운 의사결정과 후보자들의 공정한 경쟁을 통하여 훌륭한 대표자를 뽑는 것을 그 이상으로 하는 것이므로 자유로워야 할 뿐만

아니라 또한 공정하여야 한다.

법 제34조는 “당해 후보자의 등록이 끝난 때로부터 선거일 전일까지에 한하여” 선거운동을 허용하고, 그 외 시기의 선거운동을 금지하고 있다. 기간의 제한 없이 선거운동을 무한정 허용할 경우에는 후보자간의 오랜 기간 동안의 지나친 경쟁으로 선거관리의 곤란으로 이어져 부정행위의 발생을 막기 어렵게 된다. 또한 후보자간의 무리한 경쟁의 장기화는 경비와 노력이 지나치게 들어 사회경제적으로 많은 손실을 가져올 뿐만 아니라 후보자간의 경제력 차이에 따른 불공평이 생기게 되고 아울러 막대한 선거비용을 마련할 수 없는 젊고 유능한 신참 후보자의 입후보의 기회를 빼앗는 결과를 가져올 수 있다.

선거운동의 기간제한은 각 나라의 정치적 수준과 선거행태 국민들의 선거의식과도 함수관계에 있다 미국·독일과 같은 나라에서는 선거운동의 기간에 대한 제한이 없는 반면 프랑스·일본에서는 우리와 같이 선거운동기간을 제한하고 있다 그런데 우리 나라는 반세기 가까이 수많은 선거를 치러 왔으면서도 아직껏 우리가 바라는 이상적인 선거풍토를 이룩하지 못하고 금권 관권 및 폭력에 의한 부정 과열선거가 항상 문제되어 왔다. 이러한 상황 아래 위와 같은 폐해를 방지하고 공정한 선거를 실현하기 위하여 선거운동의 기간에 일정한 제한을 두는 것만으로 위헌으로 단정할 수는 없다. 다만, 선거운동기간이 헌법적합성과 관련하여 문제가 되는 것은 선거운동기간을 어느 정도 허용할 것인지, 선거운동의 시기와 종기를 어떻게 정할 것인가 등이 문제이다

법에 의하면 대통령선거운동은 당해 후보자의 등록이 끝난 때로

부터 선거일 전일까지에 한하여 이를 할 수 있고(제34조), 한편 대통령 선거일은 선거일 전 28일에 공고되며(제93조 제1항), 후보자는 선거일공고일로부터 5일 이내에 중앙선거관리위원회에 등록신청을 해야 하고(제26조 제1항), 등록신청이 있는 때에는 중앙선거관리위원회는 즉시 이를 수리하도록 규정하고 있다(제26조 제6항). 이에 따르면 선거운동의 시기는 후보자의 선택에 따라 선거일공고일 내지 그로부터5일 이내이고, 선거운동의 종기는 선거일 전일이며 선거운동기간은 선거일공고일 당일에 후보자등록을 한 후보자의 경우에는 등록일을 포함하여28일간, 등록마감일에 후보자등록을 한 후보자의 경우에는23일간임을 알 수 있다.

선거운동의 시기를 당해 후보자의 등록이 끝난 때로부터 정한 것은 후보자나 국민들의 입장에서 본격적인 선거분위기에 젖어드는 것은 경험칙상 선거일의 공고시부터라고 할 수 있으므로 타당성이 있다고 할 것이다. 후보자는 선거일 공고 이전에도 입후보를 위한 준비행위와 선거운동을 위한 준비행위를 할 필요가 있지만 이러한 일은 선거운동이 아닌 것으로 규정하여(제33조 제2항), 얼마든지 사전 준비작업을 할 수 있기 때문에 더욱 그러하다.

선거운동의 종기에 관하여는 이를 선거일 전일로 정해 놓았으므로 선거일 전일의 경쟁후보자측에 의한 최후의 비난에 대하여 적절하게 대응하지 못하게 된다는 문제점이 생길 수도 있다. 그러나 경쟁후보자의 비난에 대한 반박기회의 상실문제는 선거일 당일까지 선거운동을 할 수 있도록 하더라도 시간적인 한계 때문에 여전히 발생할 수 있는 것이고 오히려 선거일 당일의 끊임없는 비난과 반박으로 인하여 발생할 혼란으로부터 유권자를 보호할 필요가 있으므로

로 선거일 전일까지로 선거운동기간을 제한한 것을 나무랄 수 없다

법상 선거운동의 시기와 종기가 위와 같이 정해짐에 따라 선거운동이 가능한 기간은 앞서 본 바와 같이 28일 내지 23일이 된다. 28일 내지 23일이라는 선거운동기간은 우리 나라의 영토넓이와 유권자의 수 특히 오늘날 신문, 방송 등 대중정보매체가 광범위하게 보급되어 있고 선거운동에 있어서도 그와 같은 대중정보매체의 활용이 중요성을 더해 가고 있는 점, 전국이 1일 교통권에 들어간 현재의 교통수단 등에 미루어 볼 때 유권자인 국민으로서 각 후보자의 인물 정견, 신념 등을 파악하기에 결코 부족한 기간이라 할 수 없다

그렇다면 법 제34조에서 정하는 선거운동의 기간제한은 제한의 입법목적, 제한의 내용, 우리 나라에서의 선거의 태양 현실적 필요성 등을 고려할 때 필요하고도 합리적인 제한이며 선거운동의 자유를 형해화할 정도로 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 없다 할 것이므로 헌법에 위반되지 아니하고, 따라서 그 벌칙조항인 제162조 제1항 제1호 중 제34조 부분 역시 헌법에 위반되지 아니한다

(3) 법 제36조 제1항 본문의 위헌 여부

(가) 법 제36조 제1항 본문은“정당·후보자·선거사무장·선거연락소장·선거운동원 또는 연설원이 아닌 자는 선거운동을 할 수 없다”고 규정하고 있다. 이에 따라 후보자가 아닌 일반국민은 후보자의 가족이 아니면(같은 조 제1항 단서) 위 법률조항에 정한 선거관계자의 신분을 획득하지 아니하는 한 선거운동을 할 수 없고 이를 위반하면 법 제162조 제1항 제1호에 의하여 처벌된다. 즉, 위 법

률조항은 일반국민이 선거권자라는 신분만으로는 선거운동을 전혀 할 수 없도록 금지하여 선거운동의 자유를 제한하고 있다

국민이 선거권자라는 자격에서는 일체의 선거운동을 할 수 없도록 제한한 법 제36조 제1항 본문은 다음과 같은 문제점이 있다.

① 선거는 원칙적으로 자유롭게 치러져야 하는 것이지만 선거의 공정성의 확보라든가 선거질서의 유지를 위하여 선거운동에 일정한 규제를 가하지 않을 수 없다. 그러나, 선거의 공정성 확보와 질서의 유지를 위한 규제는 일반국민의 선거운동을 포괄적 전면적으로 금지하는 것이 되어서는 아니된다. 선거에 있어 자유와 공정은 반드시 상충관계에 있는 것만이 아니라 서로 보완하는 기능도 함께 가지고 있기 때문에 더욱 그러하다. 국민 일반의 선거에 관한 자유로운 의견교환과 토론의 기회가 폭 넓게 보장될 때 오히려 금권 및 관권의 개입여지가 상대적으로 적어져 공명선거가 이룩될 수 있는 것이다 선거의 공정성을 이루기 위한 선거규제의 요체는 선거운동 그 자체를 제한하는 데 있는 것이 아니라 선거자금의 규제, 금권 및 관권의 개입차단 언론의 개방을 통한 흑색선전·허위사실 유포의 차단 후보자간의 무기대등의 확보 등에 있는 것이다.

② 위 법률조항은 선거의 공정성 확보라는 목적에 비추어 보더라도 필요한 정도를 넘어 국민의 정치적 표현의 자유를 지나치게 제한하고 있다. 선거의 공정성을 확보하기 위하여 선거운동을 할 수 있는 주체를 제한할 수 있다 하더라도 그 제한은 최소한이어야 하고 선거권을 가진 일반국민이 선거운동을 자유롭게 할 수 있도록 하여야 함은 국민주권의 원칙상 당연한 요청이다 그럼에도 위 법률조항은 원칙적으로 전 국민에 대하여 선거운동을 금지한 다음 후

보자의 가족, 정당이나 후보자에 의하여 선임되어 선거관리위원회에 신고된 극소수의 선거관계인들만이 선거운동을 할 수 있게 하고 있다

법은 선거운동의 기간을 제한하고 있다(제34조), 법정 선거운동방법 외의 일체의 선거운동을 금지하고 있으면서(제35조) 개개의 선거운동방법에 대하여도 상세히 규제하고 있다(제43조 내지 제78조). 또한 제7장에서는 선거비용을 제한하고 있으며 제141조 내지 제144조에서 금권의 개입을 봉쇄하는 규정을, 제147조 내지 제150조, 제154조 내지 제156조에서 권력 기타 물리적인 불법행동을 저지하는 규정을 제159조 내지 제161조의2에서 허위사실유포 등을 처벌하는 규정을 각 두고 있다. 이러한 규정들만으로도 그 법집행을 충실히 한다면 공정선거를 이루는 데 부족함이 없다 할 것인데도 이에 더하여 일반국민의 선거운동을 포괄적으로 금지한 것은 필요한 최소한도에 그쳐야 한다는 기본권제한의 원칙에 위배된 것이라 아니할 수 없다

③ 선거의 공정성도 중요한 공익임에는 틀림없지만 주권자인 국민의 정치적 표현의 자유 또한 민주주의에서는 높은 가치를 지닌 기본권이다

선거운동에 대한 지나친 규제는 기득권자의 기득권을 옹호하는 반면, 지명도가 낮은 신참 후보자의 진출을 억제하는 부작용을 낳기 쉽고 규제와 처벌에 치우친 선거법은 모든 유권자와 후보자를 잠재적인 범법자로 만들어 선거 후 법적 처리의 차별성을 통해 정치적으로 악용될 위험성을 지닌다. 후보자와 유권자의 접촉이 차단되면 유권자는 후보자의 면면을 잘 모르는 상태에서 투표에 임하여

국민의 진정한 대표자를 선출하는 데 지장을 주며 무관심한 가운데 투표가 치루어지게 되어 투표율이 낮게 되는 요인이 된다 이러한 사정들을 아울러 고려하여 볼 때 선거의 공정성이라는 공익이 선거운동의 형태로 나타나는 참정권, 정치적 표현의 자유 등 국민의 기본권을 전면적으로 희생하여도 좋을 만큼 우월하다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 그러한 희생의 대가가 치루어진다고 하여 바로 선거의 공정성이 확보된다는 보장도 없다.

그러므로 법 제36조 제1항 본문 및 그 벌칙조항인 제162조 제1항 제1호 중 제36조 제1항 본문 부분은 입법형성권의 한계를 넘어 국민의 선거운동의 자유를 지나치게 제한함으로써 국민의 참정권과 정치적 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이므로 헌법 제21조 제1항, 제24조의 각 규정에 위배되고 나아가 헌법상의 국민주권주의 원칙과 자유선거의 원칙에도 각 위반되는 요소가 많은 규정이라 아니할 수 없다

(나) 그러나 법 제36조 제1항 본문은 부분적으로 합헌적인 요소도 간직하고 있음을 간과할 수 없다. 즉, 선거권이 없거나 어떠한 사람에게 선거운동을 허용할 때 그 자체로서 선거운동의 공정성을 해칠 우려가 있다고 한다면 그러한 사람들에 대한 선거운동의 금지부분은 타당한 것이고, 그 해당 부분까지 위헌이라 할 수 없다 따라서 대한민국 국민이 아닌 자라든가 미성년자와 같이 선거권이 없거나 일반국민들과는 달리 선거운동을 허용함으로써 선거의 공정성을 해칠 우려가 있는 일정 범위의 사람 즉, 공익을 대표하는 사람, 직무의 성질상 정치적 중립성이 요청되는 사람 등에게는 선거운동이 허용되어서는 아니 된다 할 것이다

우리 재판소가 법 제36조 제1항 본문 전체에 대하여 단순위헌결정을 하게 되면 이러한 일부 합헌적 부분까지 싸잡아 실효되게 되는 결과에 이르게 되어 위에서 지적한 선거권이 없는 사람과 정치활동이 금지된 공무원 등 일정범위의 공익관련자들마저 선거운동을 할 수 있게 되어 오히려 선거의 공정성을 해칠 우려가 있다 따라서 법 제36조 제1항 본문은 선거권이 없는 사람과 선거의 공정을 해할 우려가 있는 일정 범위의 사람들에 대하여 선거운동을 금지하는 것은 합헌이라 할 것이고 선거의 공정을 해칠 우려가 없는 선거권을 가진 일반국민까지 선거운동을 금지하여 이들의 선거운동의 기회를 박탈하는 것은 헌법에 위반된다고 할 것이다.

(대) 문제는 위 법률조항 중 위헌의 범위를 어떻게 가릴 것인가이다. 즉, 선거운동이 금지되는 사람의 범위를 어느 정도로 정할 것인가의 문제로서 이는 헌법에 위반되지 아니하는 범위 안에서 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항이기 때문에 우리 재판소가 창설적으로 이를 가려 판단할 수는 없다 따라서 헌법재판소는 법 제36조 제1항 본문에 대하여는 단순위헌이 아닌 헌법불합치를 선언함으로써 입법자가 헌법의 가치에 적합하게 이를 개정할 것을 촉구할 수밖에 없는 경우라 하겠다.

그런데 마침 입법자는 이 사건 심판 계속중인 1994.3.16. 법률 제 4739호로 공직선거및선거부정방지법이하“신법”이라 한다)을 제정하여 이미 공포·시행하게 되고, 이로써 법은 폐지되었다. 신법은“최근에 있었던 지방의회의원선거 국회의원선거 대통령선거를 거치면서 국민의 민주주의에 대한 이해와 민주시민으로서의 자질이 이 땅에 공명선거의 뿌리를 내릴 수 있겠다는 확신을 갖기에 이

르러”(중앙선거관리위원회 선거법 제정의견 참조) 규제에 치우친 지난 날의 선거관계법을 보다 자유롭게 선거운동을 할 수 있도록 허용하는 내용으로 개정된 것으로서 특히 선거운동 제한의 체계에 있어서도 보다 헌법적 요청에 부응하여 선거운동의 주체에 관하여 원칙적으로누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있게 한 다음, 공무원 등 선거운동이 금지되는 사람들을 구체적제한적으로 열거하고 있다(제58조 제2항, 제 60조 제1항).

입법자가 법 제36조 제1항을 위와 같이 개정하여 선거운동의 주체의 폭을 넓히는 한편 선거의 공정성 보장을 위하여 선거운동이 금지되는 사람들의 범위를 구체적으로 열거하여 제한함으로써 헌법재판소는 지금에 이르러 입법자의 의도를 충분히 알 수 있게 되었으므로 구태여 헌법불합치선언을 할 필요성이 없게 되었고, 또한 국민의 대표기관인 입법자의 입법형성의 자유를 존중하는 뜻에서 합헌의 범위를 일응 합헌성이 추정되는 신법 제60조 제1항에 열거한 자, 즉 별지목록에 적은 자로 한정하여 원용함이 상당하다 할 것이다

(라) 여기에서 한 가지 첨언할 것은 이 사건에서 비록 위에서 본 바와 같이 위헌으로 선고되는 법률조항이 있다고 하여 이미 여야 합의로 성립·시행되었던 구 대통령선거법에 의하여 치루어진 대통령선거의 정치적·민주적 정당성에 흠집이 생긴다고는 단언할 수 없다는 점이다 어느 대통령선거 및 그에 기초하여 탄생한 정권의 민주적 정당성의 구비 여부는 선거를 둘러싼 정권창출의 정치적 전 과정에 대한 국민 총의의 향배에 달려 있다고 할 것이므로 선거관계법 중의 어느 한 조항에 대하여 사후 위헌선언된다고

하여 함부로 그러한 정당성이 상실된다고는 할 수 없기 때문이다

4. 결론

그렇다면, 법 제36조 제1항 본문과 그 벌칙조항인 제162조 제1항 제1호 중 제36조 제1항 본문 부분은 각 신법 제60조 제1항에 규정된 자(별지목록에 적은 자) 이외의 사람들에까지 선거운동을 금지하고 이를 위반한 자를 처벌하는 것은 헌법에 위반된다 할 것이고 법 제34조와 그 벌칙조항인 제162조 제1항 제1호 중 제34조 부분은 헌법에 위반되지 아니한다고 할 것이므로 주문과 같이 결정한다

이 결정은 주문 제항 부분에 관하여 재판관 변정수의 보충의견과 재판관 김진우, 재판관 한병채의 반대의견이 있는 외에는 관여재판관 전원의 의견 일치에 따른 것이다

5. 재판관 변정수의 보충의견

가. 다수의견에 대한 보충의견

구 대통령선거법 제36조 제1항은 그에 대한 위헌결정이유에서 지적하고 있는 바와 같이 입법형성권의 한계를 넘어 대다수 국민의 선거운동의 자유를 지나치게 제한함으로써 국민의 참정권과 정치적 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하고 나아가 헌법상의 국민주권원칙에 위반되는 것이어서 위헌일뿐더러 실질적 기회균등의 원칙에 반하여 위헌임을 면할 수 없다. 헌법 제116조 제1항이 선거운동의 범위를 법률로 정하도록 하면서도“균등한 기회가 보장되어야 한다고 규정하고 있는 점에 비추어도 위 법규정은 위헌이라고 볼 수밖에 없는 것이다 민주적 선거제도의 본질은 새로운 대표자를 통해 현직을 대체할 가능성이 있다는 데 있는데 선거운동의 과도한 제한은 그것이 정치적 기득권(지집권여당후보)에게 유리한 반면 도

전자(야당후보)에게 불리하게 작용하기 때문에(경찰·검찰을 비롯하여 공무원의 정치적 중립이 지켜지지 아니한 우리 현실에서 더욱 그렇다) 실질적 기회균등을 침해하며 곧 이는 민주적 선거제도의 본질을 해치는 것이라고 아니할 수 없다. 선거운동의 과도한 제한이 여당후보에게 압도적으로 유리하게 작용하는 현상은 그 동안의 대통령선거를 비롯한 공직선거에서 소위 금권선거 관권선거(이 사건 위헌제청 관련 형사사건에서의 부산지역 기관장회의도 그 한 예에 속한다)를 통해 여당후보가 우세한 결과를 얻어 온 우리의 경험이 잘 입증해 주고 있다

나. 정권의 민주적 정당성에 관한 반대 의견

다수의견은 구 대통령선거법 제36조 제1항이 헌법에 위반된다는 이유설시를 하고 나서 위 법률조항에 대한 위헌결정이 현 문민정부의 민주적 정당성에 끼칠 부정적 영향을 우려한 나머지 위 법률조항에 대하여 위헌선고가 되었다고 해서 지난날 이미 여야합의로 성립·시행되었던 구 대통령선거법에 의하여 치루어진 대통령선거의 정치적민주적 정당성에 흠집이 생긴다고 단언할 수 없다라는 설명을 덧붙이고 있는데 나는 이러한 논리에 동의할 수 없다. 헌법재판소에 의하여 선거법의 핵심이라고 할 수 있는 선거운동의 주체에 관한 규정인 구 대통령선거법 제36조 제1항에 대하여 위헌선고가 내려진 이상 그 선거법이 아무리여·야합의로 성립된 것이라 하더라도 그 선거법으로 치루어진 선거에 의하여 탄생한 현 문민정부의 민주적 정당성에 치유될 수 없는 흠집이 생겼다고 하지 않을 수 없으며, 그러한 흠집은 위 법률조항에 대한 위헌선언 효력의 파급으로 당연히 생기는 논리적 귀결이지 헌법재판소가 위헌결정이

유에다“흡집이 생긴다고 단언할 수 없다”라는 말을 덧붙였다고 해서 생
기지 않는 것이 아니다. 그 이유를 설명하면 아래와 같다.

민주국가에서의 정권의 정당성은 국민으로부터의 민주적 정당성에
그 뿌리를 두고 있으며 이러한 민주적 정당성은 바로 유권자의 의사가
자유롭고 공정하게 반영될 수 있는 선거 즉 자유공명선거가 보장된 선
거법에 의한 자유공명선거를 전제로 하고 있다 선거법이 자유공명선거
를 해치는 것이라면 이러한 선거법에 의한 선거는 자유공명선거가 아니
었다는 말이 되고 그 선거에서 선출된 대표자는 국민으로부터의 진정한
민주적 정당성을 확보하지 못한 것이요국민의 진정한 대표자가 아니
다) 그러한 왜곡된 민주적 정당성을 바탕으로 한 정권은 그 존립기반과
정당성을 당연히 상실하게 되는 것이다 선거운동의 주체에 관한 규정
(제36조)은 선거운동의 기간에 관한 규정(제34조), 선거운동의 방법에 관
한 규정(제35조)와 함께 선거법의 근간을 이루는 가장 핵심적인 3대원
칙 규정이고 그 중에서도 선거운동의 주체에 관한 규정은 가장 중요한
규정이다. 그런데 선거운동의 주체에 관한 구 대통령선거법 제6조 제1
항의 규정이 절대다수 국민의 선거운동의 자유를 지나치게 제한함으로
써(구 대통령선거법상 후보자당 법정인원을 보면 선거사무장이1인, 선
거연락소장이 323명, 선거운동원이 59,058명에 불과하여 14대 대통령선
거 때 김영삼 후보가 58,294명의 선거운동원을 활용한 것을 비롯 8명의
후보자가 191,370명의 선거운동원을 동원한 것으로 나타나 있는데 당시
유권자는 29,422,658명 이었다) 국민의 정치적 표현의 자유와 참정권 및
기회균등을 침해하고 나아가서 국민주권원칙에 위배되는 위헌규정이라
면 구 대통령선거법으로 치루어진 제13대 및 제14대 대통령선거는

모두 자유공명선거와는 동떨어진 위헌법률에 의하여 치루어졌다는 말이 된다. 그리고 선거운동의 주체에 관한 제6조 제1항의 위헌사유는 선거 결과를 좌우할 수 있는 중대한 사유이므로 제3대 및 제14대 대통령선거는 모두 당연무효의 선거였다는 결론에 도달하게 된다. 그렇지 않아도 구 대통령선거제도가 상대다수대표제를 채택하고 있어 과반수 득표가 아닌 단순 상대다수의 득표만으로 대통령에 당선될 수 있도록 함으로써 막강한 대통령의 권한에 상응하는 민주적 정당성의 확보라는 측면에서 상당한 문제점이 있는 것으로 지적되어 왔었는데 그에 더하여 그나마 취약한 형식적인 민주적 정당성조차도 위헌법률에 근거하여 획득한 왜곡된 민주적 정당성이라면 현 대통령직의 존립기반과 정당성은 이미 상실되었다고 보지 않을 수 없다.

그렇다면 현 문민정부와 그 통치권력의 민주적 정당성은 구 대통령선거법 제36조 제1항에 대한 헌법재판소의 위헌선언에 의하여 위 법률조항은 형벌에 관한 것이므로 소급하여 효력을 상실하였다. 이제 그 기반을 상실하였다고 보아야 할 것이고 따라서 이에 대한 보완작업(재선거 등)이 없이는 더 이상 정통성과 정당성 있는 문민정부임을 주장할 수 없게 된 것이다. 나는 위헌결정에 찬성하면서도 이 점을 매우 안타깝게 생각하며, 위헌결정이 초래하는 이러한 중대한 헌법적 결과를 지적하고 그에 대한 합리적 해결방안을 촉구하면서 위헌결정이유 중 다수의견이 위 법률조항에 대한 위헌선고가 정권의 민주적 정당성에 영향을 끼칠 수 없는 것처럼 설명하고 있는 부분에 대하여 분명히 반대의견을 개진하는 바이다.

6. 재판관 김진우의 반대의견

헌법 제37조 제2항에“국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며”라고 규정하여 질서유지나 공공복리를 위하여 국민의 기본권을 필요한 한도 내에서 제한할 수 있음을 규정하였으며 헌법 제116조 제1항에 선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리하에 법률이 정하는 범위 안에서 하되 균등한 기회가 보장되어야 한다고 규정함으로써 선거운동의 자유의 한계는 법정사항으로 규정하였고 다만 그 법률은 선거운동에 있어 균등이 보장되는 내용이어야 한다고 제한하였다

물론 선거에 있어서 선거의 자유와 공정한 선거는 최대한 보장되어야 하고 선거의 자유 속에는 선거운동의 자유가 들어 있고 선거운동은 표현의 자유와 직결되는 것이지만 선거운동의 자유나 표현의 자유도 선거운동의 과열타락방지, 선거의 공정성 확보 등 공공이익을 위하여 각국이 다 제한하고 있다. 그 제한하는 법률의 내용과 정도는 그 나라 그 시대의 국민의 선거풍토, 정치적 역사성(전통), 민주정치 성숙도, 정치·경제·사회·문화적 제반 특성을 고려하여 입법하는 것이 각국의 예이다. 그러므로 이런 제한을 상정하여 헌법 제16조 제1항에서 선거운동의 한계를 법정하도록 규정한 것이고 이에 따라서 이 사건 구 대통령선거법 제36조도 1992.12.에 곧 실시될 대통령선거를 한 달 앞두고 당시의 우리의 선거풍토, 민주정치 성숙도, 기타 정치·경제·사회·문화적 제반실정에 적합하게 선거의 공정과 선거의 자유를 최대한으로 보장·조화하는 내용으로, 역사상 가장 민주적인 여야합의하에 국민적 합의를 바탕으로 하여 위와 같은 선거의 공정성 확보를 위하

여 필요한 범위 내에서 선거운동을 할 수 있는 자의 범위를 일부 제한하는 내용으로 1992.11.11. 개정된 법률조항이었던 것이다 그러므로 동 법률조항은 결코 헌법 제37조 제2항에 정한 과잉금지의 원칙에 반하지 않는다. 다수의견이 제시한 이론에 의하여도 이 사건 법률조항은 당시의 공정한 선거보장을 위한 필요한 범위 내의 제한규정이었으므로 입법권 형성의 범위를 일탈한 위헌인 규정이라고 할 수는 없다고 생각된다 그 후 각종 선거를 거치면서 우리의 민주정치의 성숙도가 급성장하였으므로, 1994.3.16. 여·야합의로 공직선거및선거부정방지법을 제정하여 원칙적으로 모든 국민이 선거운동을 할 수 있도록 획기적으로 발전적 개정을 하였다. 그러나 이와 같은 정치적·사회적 변천이 있는 전후를 같은 척도로 잴 수는 없는 것이다. 그리고 헌법 제116조 제1항의“기회의 균등”은 다수의견의 보충의견과는 달리 후보자 기타 법이 허용한 선거운동 주체간의 균등한 기회의 보장을 의미하는 것이다 그러므로 모든 후보자가 다 같은 범제하여 선거운동의 기회가 균등하게 부여된 상황에서 경쟁한 자유공명선거로 특히 유사 이래 가장 확실한 정통성을 가져온 선거에 대하여, 구 대통령선거법 제34조로부터 제78조까지 선거운동의 제한에 관한 54개조나 되는 그 많은 조문 중, 당선자의 실제득표율에 비추어도, 선거결과에 영향을 도저히 미치지 못할 1개 조문의 일부에 대한 잘못된 위헌론을 근거로, 침소봉대하여 정통성을 거론하는 다수의견의 보충의견은 논리의 비약이 너무 심한 것이라고 할 것이다

이상과 같은 이유로 다수의견에 반대한다

7. 재판관 한병채의 반대의견

다수의견은 진실과 정의를 외면한 형식논리로 헌법해석을 잘못하고 있다.

이 사건은 구 대통령선거법위반죄로 형사소추된 피고인들의 위헌법률제청신청에 따라 제청된 구체적 규범통제심판사건으로서 그 제청이유의 주된 요지는 재판의 전제가 되는 법 제4조, 제36조 제1항 본문 및 그 벌칙조항인 제162조 제1항 제1호 중 각 해당부분은 선거운동을 포괄적으로 금지하고, 처벌의 대상이 되는 선거운동의 행위태양에 관한 구체적인 적시가 없기 때문에 지극히 추상적이고 애매하며 그 범위가 너무 광범위하므로 법규의 명확성을 갖추지 못하여 헌법상의 죄형법정주의원칙에 위반되는 위헌성이 있다는 것이다 이 점에 관하여 다수의견이 위 조항들은 통상의 일반인에게 구체적으로 어떠한 행위들이 금지되고 있는가를 미리 알려주고 그들이 불이익한 처분을 받는 일을 하지 않도록 상당한 주의 경고를 하고 있는 것으로 볼 수 있으므로 헌법 제12조 제1항이 요구하는 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위반되지 않는다고 판단하고 있다.

그러면서 다수의견은 유독 법 제36조 제1항 본문과 법 제162조 제1항 제1호의 제36조 제1항 본문 부분 중 그 일부만을 끄집어내서 그에 대한 적절치 못한 이유를 들어 위 조항들은 입법형성권의 한계를 넘어 국민의 선거운동의 자유를 지나치게 제한함으로써 국민의 참정권과 정치적 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이므로 헌법 제21조 제1항, 제24조의 각 규정에 위배되고, 나아가 헌법상의 국민주권주의 원칙과 자유선거의 원칙에도 위반되는 것이라고 판단하고 있다

이러한 다수의견은 선거운동의 포괄적인 제한에 대한 위헌성 문제는 선거운동제한에 관한 법 제3조 이하 관계규정 전체를 종합해서 검토·평가하여야 할 성질의 것임에도 불구하고 그 일부에 지나지 않는 위조항들만을 가지고 그 위헌여부를 판단함으로써 전체적인 규범의 합목적성 통일성을 해치는 헌법해석을 하는 잘못을 범하고 있으며 또한 대통령선거법의 선거운동의 제한의 범위에 관한 사항은 헌법 제16조 제1항의 특별규정에 근거하여 제한의 입법목적 선거의 행태, 민주시민으로서의 자질의 성숙도 및 현실적 필요성 등을 고려하여 국민의 대표기관인 입법부의 입법제량에 의하여 입법정책으로 결정될 문제임에도 특정 부분에 대하여만 헌법적합성의 문제로 확대 적용하여 무리한 결론을 유도하고 있다고 하지 않을 수 없다.

이러한 형식논리는 선거운동과 참정권 및 정치적 표현의 자유에 대한 본질적 내용을 잘못 이해함으로써 우리 정치사에서 가장 민주적으로 여야합의에 의하여 제정·공포된 구 대통령선거법의 합헌성을 부정하고 나아가 국민의 대표성에 의하여 권력의 정당성이 보장되고 헌법기관의 정통성이 유지되는 민주헌법의 기본원리를 무시하는 헌법해석을 함으로 인하여 보충의견에서 지적하는 바와 같은 헌법상의 권력구조의 민주적 정당성을 훼손하는 이론의 근거를 제시한 중대한 잘못을 범하고 있음을 지적하지 아니할 수 없다.

1994. 7. 29.

재판장 재판관 조규광

재판관 변정수
재판관 김진우
재판관 한병채
재판관 최광률
재판관 김양근
재판관 김문희
재판관 황도연
재판관 이재화

[별지목록]

1. 대한민국 국민이 아닌 자
2. 미성년자
3. ① 금치산선고를 받은 자
 ② 금고 이상의 형을 받고 그 집행이 종료되지 아니하거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자
 ③ 선거법으로서, 100만원 이상의 벌금형을 받고 그 형이 확정된 후 5년 또는 형의 집행유예의 선고를 받고 그 형이 확정된 후 10년을 경과하지 아니하거나 징역형의 선고를 받고 그 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 또는 그 형의 집행이 종료되거나 면제된 후 10년을 경과하지 아니한 자(형이 실효된 자도 포함한다)
 ④ 법원의 판결에 의하여 선거권이 정지 또는 상실된 자
4. 국가공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 지방공무원 다만, 정당법 제6조(발기인 및 당원의 자격) 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(그 중 국회의원과 지방의회의원 외의 정무직 공무원을 제외한다)은 이에 포함되지 아니하다.

5. ① 각급 선거관리위원회위원 또는 교육위원회 교육위원
 - ② 다른 법령의 규정에 의하여 공무원의 신분을 가진자
 - ③ 정부투자기관관리기본법 제2조(적용범위)에 규정된 정부투자기관(한국은행을 포함한다)의 상근 임·직원
 - ④ 농업협동조합·수산업협동조합·축산업협동조합·농지개발조합·임업협동조합·염연초생산협동조합 또는 인삼협동조합(이들 조합의 중앙회와 연합회를 포함한다)의 상근 임·직원과 이들 조합의 중앙회장이나 연합회장
 - ⑤ 지방공기업법 제2조(적용범위)에 규정된 지방공사와 지방공단의 상근 임·직원
 - ⑥ 정당법 제6조 제2호의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 없는 사립학교 교원
 - ⑦ 공직선거및선거부정방지법(1994.3.16. 법률 제4739호) 제53조 제1항 제8호에 따른 대통령령으로 정하는 언론인
6. 향토예비군 소대장급 이상의 간부
7. 통·리·반의 장
8. 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가 또는 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말한다)의 상근 임·직원과 이들 단체의 중앙회장
9. 의료보험법에 의하여 설립된 지역의료보험조합의 상임 대표이사·직원 또는 의료보험연합회의 상임 임직원

도시계획법 제92조 제1호 등 위헌제청

(1994. 7. 29. 93헌가12 헌법재판소 전원재판부
[판례집 6-2, 53~63])

【관시 사항】

도시계획법(都市計劃法) 제4조 제1항 제2호 후단과 제92조 제1호가 위임입법(委任立法)의 범위와 한계 및 죄형법정주의(罪刑法定主義)에 어긋나 헌법(憲法)에 위반되는지 여부

【결정 요지】

도시계획구역(都市計劃區域) 안에서 “대통령령(大統領令)이 정하는 물건을 대통령령(大統領令)이 정하는 기간 이상 쌓아놓는 행위”를 하고자 하는 자는 시장 또는 군수의 허가를 받아야 한다고 규정하고 있는 도시계획법(都市計劃法) 제4조 제1항 제2호 후단은 그 규제(規制)대상이 되는 물건과 기간을 대통령령(大統領令)에 위임(委任)할 합리적인 이유가 있고, 또한 같은 조항의 목적(目的)을 고려하면 위 규정(規定)에 의하여 대통령령(大統領令)에 규정될 물건이나 기간도 도시계획사업(都市計劃事業)에 지장을 줄 수 있는 정도의 물건이나 기간으로서 대통령령(大統領令)에 위임(委任)된 부분의 대강을 국민이 예측(豫測)할 수 있도록 위임법률(委任法律)에 구체적으로 정하여져 있다고 할 수 있으므로, 위임입법(委任立法)의 범위와 한계를 규정한 헌법(憲法) 제75조에 위반되지 아니하고, 위와 같은 행위를 범죄구성요건으로 하고 있는 같은 법 제92조 제1호는 죄형법정주의(罪刑法定主義)를 규정한 헌법(憲法) 제12조 제1항, 제13조 제1항 및 그 파생적 원리의 하나인 형벌법규의 명확성의 원칙에 위반되지 아니한다.

제청법원 서울지방법원 의정부지원(93초1281 위헌제청신청)

제청신청인 이 ○ 오 외 1인

신청인들 대리인 변호사 변 만 형

관련사건 서울지방법원 의정부지원93고단1761, 93고단1967(병합) 도시계획

법 위반

【심판대상조문】

도시계획법(都市計画法) 제4조(행위 등의 금지) ① 도시계획구역(都市計划區域) 안에서 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하고자 하는자(者)는 시장(市長) 또는 군수(郡守)의 허가(許可)를 받아야 한다. 다만, 대통령령(大統領令)이 정하는 경미한 행위를 하고자 하는 경우와 제25조의 규정(規定)에 의하여 실시계획(實施計划)의 인가(認可)를 받은 경우에는 그러하지 아니하며, 제1호의 경우 산림(山林) 안에서의 재식(栽植) 및 죽목(竹木)의 벌채(伐採)에 대하여는 산림법(山林法)의 규정(規定)에 의한다.

1. 생략

2. 건축물(建築物) 기타 공작물(工作物)의 신축(新築)·개축(改築)·증축(增築)과 대통령령(大統領令)이 정하는 물건을 대통령령(大統領令)이 정하는 기간 이상 쌓아 놓는 행위

3. 생략

②~⑦ 생략

도시계획법(都市計画法) 제92조 (벌칙)

다음 각호의 1에 해당하는 자(者)는 6월(月) 이하의 징역(懲役) 또는 300만(萬)원 이하의 벌금(罰金)에 처(處)한다.

1. 허가(許可) 없이 제4조 제1항 각호의 행위를 한 자(者)

2.~6. 생략

【참조 조문】

헌법(憲法) 제75조, 제12조 제1항, 제13조 제1항

【참조 판례】

1991.7.6. 선고, 91헌가4 결정

1994.6.30. 선고, 93헌가15,16,17(병합) 결정

【주 문】

도시계획법(제정 1962.1.20. 법률 제983호, 최종개정 1991.12.14. 법률 제4427호) 제4조 제1항 제2호 후단 및 제92조 제1호는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

신청인들은, 도시계획법(제정 1962.1.20. 법률 제983호, 최종개정 1991.12.14. 법률 제4427호, 이하“이 법”이라 한다) 제4조 제1항 제2호 후단 및 제92조 제1호 위반으로 서울지방법원 의정부지원 93고단 1761, 93고단1967(병합) 사건으로 공소제기되어 위 의정부지원에 위 각 범조항에 대한 위헌심판제청신청을 하였고 위 의정부지원은 위 신청을 이유 있는 것으로 받아들여 헌법재판소법 제41조 제1항의 규정에 따라 헌법재판소에 위 각 범조항에 대한 위헌 여부의 심판을 제청하였다

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 이 법 제4조 제1항 제2호 후단 및 제92조 제1호이고, 그 내용은 다음과 같다.

제4조(행위 등의 금지) ① 도시계획구역 안에서 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하고자 하는 자는 시장 또는 군수의 허가를 받아야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 경미한 행위를 하고자 하는 경우와 제5조의 규정에 의하여 실시계획의 인가를 받은 경우에는 그러하지 아니하며, 제1호의 경우 산림 안에서의 재식 및 죽목의 벌채에 대하여는 산림법의 규정에 의한다

제2호, …… 대통령령이 정하는 물건을 대통령령이 정하는 기간 이상 쌓아 놓는 행위

제92조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 6월 이하의 징역 또

는 300만원 이하의 벌금에 처한다

제1호, 허가 없이 제4조 제1항 각호의 행위를 한 자

2. 위헌심판제청 이유와 관계인의 의견

가. 제청법원의 위헌심판제청 이유

이 법 제92조 제1호는 처벌대상인 범죄 구성요건의 하나로써 허가 없이 제4조 제1항 각호의 행위를 한 자'로 규정하고, 제4조 제1항 제2호 후단은“대통령령이 정하는 물건을 대통령령이 정하는 기간 이상 쌓아 놓는 행위”라고 규정하고 있다. 그런데 이 법 제4조 제1항 제2호 후단은 처벌대상행위를 정하는 규정이면서도 처벌대상행위요소 중쌓아 놓는 행위”라는 행위의 태양만 규정하였을 뿐 주요한 행위요소인 대상과 기간에 관하여 아무런 범위의 정함이 없이 대통령령에 위임함으로써, 결과적으로“도시계획구역 내에 물건을 쌓아 놓는 행위”를 처벌한다는 규정이 되어, 위임입법의 한계를 규정한 헌법 제75조와 죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항에 위반되는지 여부에 상당한 의문이 있다.

나. 신청인들의 주장

형벌규정 내용의 일부를 명령에 위임하기 위하여는 범죄의 구성요건을 예견할 수 있을 정도로 원칙적이고 구체적인 사항을 법률로 정하여 명령에 위임하여야 한다. 그런데도 이 법 제4조 제1항 제2호 후단은 행위의 태양만 규정하였을 뿐 행위요소인 대상과 기간에 관하여 아무런 범위를 정함이 없이 대통령령에 위임함으로써 위임입법의 한계를 규정한 헌법 제75조와 죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항 및 그 파생적 원리인 형벌법규 명확성의 원칙에 위반된다

다. 건설부장관 및 검찰총장의 의견 요지

이 법의 입법취지는 도시의 균형적인 발전을 기하고 그에 대한 장애를 제거하는 것이며, 이 법 제4조 제1항 제2호 후단이 도시계획구역 내에 물건을 쌓아 놓는 행위를 처벌하는 것은 이러한 행위가 도시의 정상적인 기능에 지장을 초래할 경우를 대비한 것이므로 쌓아 놓는 행위가 금지되는 물건도 위와 같은 입법취지에 맞게 해석하여야 한다 그런데 오늘날 도시생활 속에는 수없이 많은 물건들이 존재하고 있으며 또한 끊임없이 새로운 종류의 물건이 생산되고 있으므로 쌓아 놓는 행위가 금지되는 물건을 일일이 법률에 열거한다는 것은 입법기술상 불가능하므로, 그러한 구체적인 물건의 종류는 대통령령에 포괄위임할 수밖에 없다. 또한 위 입법취지에 비추어 볼 때 물건을 쌓아 놓는 행위가 어느 정도의 시간적 계속성을 지속함으로써 도시기능에 장애가 될 것인가 하는 문제도 현대산업사회의 유동적이고도 가변적인 현상에 즉시 대처할 수 있는 행정부에 위임함이 적정하다

이 법 제4조 제1항 제2호 후단 위반으로 처벌될 수 있는 행위는 대통령령에 의하여 충분히 인지할 수 있고 행정법률의 경우 오늘날 입법추세가 법률에서는 개략적인 사항만을 정하고 구체적인 사항은 대부분 대통령령이나 부령에 위임하고 있으며 법률의 위임에 의하여 제정된 대통령령도 실질적 의미의 법률에 해당한다

그러므로 이 법 제4조 제1항 제2호 후단 및 제92조 제1호는 위임 입법의 한계 및 죄형법정주의를 규정한 헌법에 위반되지 않는다

3. 판단

가. 헌법 제12조 제1항 후단은“누구든지 …… 법률과 적법한 절차

차에 의하지 아니하고는 처벌보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다"라고 규정하고, 헌법 제13조 제1항 전단은 "모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며"라고 규정하여 죄형법정주의의 원칙을 선언하고 있다. 죄형법정주의는 자유주의, 권력분립, 법치주의 및 국민주권의 원리에 입각한 것으로서 무엇이 범죄이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인가는 반드시 국민의 대표로 구성된 입법부가 제정한 법률로써 정하여야 한다는 원칙을 의미한다. 그런데 아무리 권력분립이나 법치주의가 민주정치 of 원리라 하더라도 현대국가의 사회적 기능증대와 사회현상의 복잡화에 따라 국민의 권리의무에 관한 사항이라 하여 모두 입법부에서 제정한 법률만으로 다 정할 수는 없는 것이기 때문에 합리적인 이유가 있으면 예외적으로 행정부에서 제정한 명령에 위임하는 것을 허용하지 않을 수 없다.

그러나 법률의 위임은 반드시 구체적이고 개별적으로 한정된 사항에 대하여 행해져야 한다. 그렇지 아니하고 일반적이고 포괄적인 위임을 한다면 이는 사실상 입법권을 백지위임하는 것이나 다름없어 의회입법의 원칙이나 법치주의를 부인하는 것이 되고 행정권의 부당한 자의와 기본권행사에 대한 무제한적 침해를 초래할 위험이 있기 때문이다. 헌법 제75조도 "대통령령은 법률에서 범위를 정하여 위임받은 사항……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다"라고 규정하여 위임입법의 근거와 아울러 그 범위와 한계를 제시하고 있는데, "법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항"이라 함은 법률에 이미 대통령령으로 규정된 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규

정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다(헌법재판소 1991.7.8. 선고, 91헌가4 결정 참조). 특히 형벌법규의 위임에 있어서는 위임법률이 그 적용을 받는 국민에 대하여 범죄의 구성요건과 형벌의 예측가능한 구체적 내용을 규정하고 있어야 한다 그러나 그 예측가능성의 유무는 당해 특조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다(헌법재판소 1994.6.30. 선고, 93헌가15, 16, 17(병합) 결정 참조).

나. 위헌심판의 대상이 되는 이 법 제2조 제1항 제2호 후단은, 도시계획구역 안에서 “대통령령이 정하는 물건을 대통령령이 정하는 기간 이상 쌓아놓는 행위”를 하고자 하는 자는 시장 또는 군수의 허가를 받아야 한다고 규정하고 있고 이 법 제92조 제1호는 “허가 없이 제4조 제1항 각호의 행위를 한 자”는 6월 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다 이 법 제92조 제1호는 처벌형에 대하여 명확하게 규정하고 있지만 ① 도시계획구역 안에서, ② 시장 또는 군수의 허가를 받지 아니하고 ③ 대통령령이 정하는 물건을 ④ 대통령령이 정하는 기간, ⑤ 쌓아 놓는 행위라고 하는 이 법 제92조 제1호에 의한 처벌의 대상인 범죄구성요건 중 ①, ②, ⑤의 각 구성요건 부분은 그 내용이 명확하므로 위헌심판의 대상이 되는 각 법조항의 죄형법정주의 및 그 파생적 원리의 하나인 형벌법규 명확성의 원칙위반 여부는 결국 이 법 제4조 제1항 제2호 후단이 위 구성요건 ③, ④와 관련되는 범죄구성요건을 대통령령에 위임한 것이 죄형법정주의 및 그 파생적 원리

의 하나인 형벌법규 명확성의 원칙에 위반되는가 하는 문제에 귀착된다. 그런데 앞서 본 바와 같이 범죄구성요건의 일부를 대통령령에 위임하는 것도 헌법 제75조에 의한 위임입법의 범위와 한계 내에서만 가능하다.

그러므로 이 사건에서는 이 법 제4조 제1항 제2호 후단에 의한 위임입법이 위임입법의 범위와 한계를 벗어났는지 여부가 동시에 이 법 제4조 제1항 제2호 후단 및 제92조 제1호의 죄형법정주의 및 그 파생적 원리의 하나인 형벌법규 명확성의 원칙위반 여부와 경합한다고 하겠다. 이리하여 이하에서는 이 법 제4조 제1항 제2호 후단이 위임입법의 범위와 한계를 벗어났는지 여부에 관하여 검토하기로 한다.

다. 이 법의 목적은“도시의 건설, 정비, 개량 등을 위한 도시계획의 입안·결정·집행절차에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 도시의 건전한 발전을 도모하고 공공의 안녕질서와 공공복리의 증진에 기여하게 함”이다(이 법 제1조 참조). 이 법 제4조 제1항 제2호 후단 외에 이 법 제4조 제1항의 각호는,“토지의 형질변경 목적의 벌채·재식 또는 토석의 채취”(제1호), “건축물 기타 공작물의 신축·개축·증축”(제2호 전단), “대통령령이 정하는 토지분할(제3호)의 각 행위를 제한하고 있다. 이상과 같은 이 법의 목적 및 이 법 제4조 제1항 각호에 의하여 제한되는 행위유형 등을 종합하면 이 법 제4조 제1항의 목적은 도시계획사업에 지장을 줄 수 있는 행위를 제한하기 위한 것이라고 할 수 있다. 그러므로 이 법 제4조 제1항 제2호 후단의 목적도 도시계획사업에 지장을 줄 수 있는 행위를 금지하기 위한 것이다.

그런데 과학기술이 급속하게 발달함에 따라 새로운 종류의 물건이 끊임없이 개발·생산되고 있는 오늘날, 도시계획구역 안에 쌓아둬으로써 도시계획사업에 지장을 줄 수 있는 물건과 그 쌓아 놓는 기간을 새로운 물건이 개발·생산될 때마다 일일이 법률로 규정하는 것은 국회가 상시 개원하고 있지도 아니한 현 제도하에서는 현실적으로 불가능할 뿐만 아니라, 건설부장관이 주장하고 있는 바와 같이 현대산업사회의 유동적이고도 가변적인 현상에 즉시 대처할 수 없어서 원활한 도시계획사업에 지장을 초래할 우려가 없지 않다. 그러므로 이 법 제4조 제1항 제2호 후단에 의하여 규제대상이 되는 물건과 기간을 대통령령에 위임할 합리적인 이유는 있다고 할 것이다.

나아가 도시계획사업에 지장을 줄 수 있는 행위를 금지한다고 하는 이 법 제4조 제1항 제2호 후단의 목적을 고려하면, 이 법 제4조 제1항 제2호 후단에 의하여 대통령령에 규정될 물건이나 기간도 도시계획사업에 지장을 줄 수 있는 정도의 물건이나 기간이므로 대통령령에 위임된 범죄구성요건 부분의 대강은 국민이 예측할 수 있도록 위임법률에 구체적으로 정하여져 있다고 할 수 있다. 즉 사회통념상 도시계획사업에 지장을 줄 수 없을 정도로 이동이 용이하거나 가벼운 물건을 쌓아 놓는 행위 및 이동이 용이하지 아니하거나 가볍지 아니한 물건이라도 이를 짧은 기간 쌓아 놓는 행위는 허용되지만 사회통념상 그 정도를 넘어서는 물건이나 기간은 제한의 대상이 될 것이라는 사실을 충분히 예측할 수 있는 것이다.

실제 도시계획법시행령은 이 법 제4조 제1항 제2호 후단에 의한 물건을“녹지지역에 쌓아 두는 중량이 50톤 이상이거나 부피가

50제곱미터 이상인 모래·자갈·토석·석재·목재·컨테이너·콘크리트·드럼통 또는 병”으로 규정하고(제5조 제2항), 기간을“1개월 이상”으로 규정하고 있는바(제5조 제3항), 이 정도의 내용은 이 법 제4조 제1항 제2호 후단에 의하여 합리적으로 그 대강을 예측할 수 있다고 할 것이다

라. 그렇다면, 이 법 제4조 제1항 제2호 후단은 위임입법의 범위와 한계를 규정한 헌법 제75조에 위반되지 아니하고, 그로 인하여 이 법 제4조 제1항 제2호 후단 및 제92조 제1호는 죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항 및 그 파생적 원리의 하나인 형벌법규 명확성의 원칙에도 위반되지 아니한다고 하겠다

4. 결론

이상과 같은 이유로 이 법 제4조 제1항 제2호 후단 및 제92조 제1호는 위임입법의 범위와 한계를 규정한 헌법 제75조와 죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항 및 그 파생적 원리의 하나인 형벌법규 명확성의 원칙에도 위반되지 아니하므로 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

1994. 7. 29.

재판장	재판관 조규광
	재판관 변정수
	재판관 김진우
	재판관 한병채
	재판관 최광률

재판관 김양균

재판관 김문희

재판관 황도연

재판관 이재화

토지초과이득세법 제10조 등 위헌소원, 토지초과이득세법 제8조 등 위헌소원(병합)

(1994. 7. 29. 92헌바49,52(병합) 헌법재판소 전원재판부)

[판례집 6-2, 64~121]

【판시 사항】

1. 미실현이득(未實現利得)에 대한 과세(課稅)가 헌법상(憲法上)의 조세개념(租稅概念)에 저촉되는지 여부

2. 기준시가(基準時價)의 산정방법(算定方法)을 대통령령(大統領令)에 위임(委任)한 토지초과이득세법(土地超過利得稅法)(이하 “토초세법”이라 한다) 제11조 제2항이 위임입법(委任立法)의 범위와 한계를 정한 헌법규정(憲法規定)에 위반되는지 여부

3. 현행(現行) 지가(地價)의 계측수단(計測手段)에 위헌적(違憲的)인 요소가 있다 하여 입법부(立法府)와 행정부(行政府)에 대하여 그 개선을 촉구한 사례

4. 토초세의 여러 과세기간(課稅期間)에 걸쳐 토지(土地)를 보유하는 경우 특정 과세기간(課稅期間) 동안에는 토지초과이득(土地超過利得)이 발생하였으나, 토지취득(土地取得) 당시와 비교하여서는 오히려 지가(地價)가 하락(下落)한 때에 대비한 보충규정(補充規定)을 두지 않고 있는 토초세법의 위헌(違憲) 여부

5. 50%의 단일비례세(單一比例稅)로 규정된 토초세의 세율(稅率)이 헌법상 재산권보장조항(財產權保障條項)과 평등권조항(平等權條項)에 위배되는지 여부

6. 택지소유상한(宅地所有上限)에 관한 법률(法律)에 따른 소유제한범위(所有制限範圍) 내의 택지(宅地)인지 여부에 관계없이 토초세 과세(課稅) 여부를 결정하도록 되어 있는 토초세법이 위헌(違憲)인지 여부

7. 토초세 과세대상(課稅對象)인 유희토지(遊休土地) 등에 임대토지(賃貸土地)를 포함시키고 있는 토초세법 제8조 제1항 제13호가 위헌(違憲)인지 여부

8. 토초세법 제26조 제1항과 제4항이 토초세액 일부만을 양도소득세(讓渡所得稅)에서 공제(控除)하도록 규정(規定)한 것이 헌법상 조세법률주의(租稅法律主義)에 반하는지 여부

9. 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제45조 단서의 “법률조항(法律條項)의 위헌결정(違憲決定)으로 인하여 당해 법률(法律) 전부를 시행(施行)할 수 없다고 인정될 때”에 해당하는 구체적

사례

10. “헌법불합치(憲法不尙致)” 라는 변형결정(變形決定) 주문(主文)을 선고(宣告)하여야 할 구체적인 사례(事例) 및 그 법률적(法律的)인 의미

【결정 요지】

1. 과세대상(課稅對象)인 자본이득(資本利得)의 범위를 실현된 소득(所得)에 국한할 것인가 혹은 미실현이득(未實現利得)을 포함시킬 것인가의 여부는, 과세목적(課稅目的)·과세소득(課稅所得)의 특성·과세기술상(課稅技術上)의 문제 등을 고려하여 판단할 입법정책(立法政策)의 문제일 뿐, 헌법상(憲法上)의 조세개념(租稅概念)에 저촉되거나 그와 양립(兩立)할 수 없는 모순(矛盾)이 있는 것으로는 볼 수 없다.

2. 토초세법상의 기준시가(基準時價)는 국민의 납세의무(納稅義務)의 성부(成否) 및 범위와 직접적인 관계를 가지고 있는 중요한 사항이므로 이를 하위법규(下位法規)에 백지위임(白紙委任)하지 아니하고 그 대강이라도 토초세법 자체에서 직접 규정(規定)해 두어야만 함에도 불구하고, 토초세법 제11조 제2항이 그 기준시가(基準時價)를 전적으로 대통령령(大統領令)에 맡겨 두고 있는 것은 헌법상의 조세법률주의(租稅法律主義) 혹은 위임입법(委任立法)의 범위를 구체적으로 정하도록 한 헌법(憲法) 제75조의 취지(趣旨)에 위반되나, 아직까지는 대부분의 세법규정(稅法規定)이 그 기준시가(基準時價)를 토초세법과 같이 단순히 시행령(施行令)에 위임(委任)해 두는 방식을 취하고 있으며, 이는 우리의 오래된 입법관례(立法慣例)로까지 굳어져 왔는바, 이러한 상황에서 성급하게 위 조문(條文)을 무효화(無效化)할 경우 세정전반(稅政全般)에 관한 일대 혼란이 일어날 것이므로 위 조항(條項)에 대해서는 위헌선언결정(違憲宣言決定)을 하는 대신 이를 조속히 개정(改正)하도록 촉구하기로 한다.

3. 전국의 표준지수(標準地數)가 적어 표준지(標準地) 선택의 폭(幅)이 지나치게 좁고, 개별토지(個別土地) 지가(地價)의 조사(調査)·산정업무(算定業務)를 이렇다 할 전문적 지식이 있다고 볼 수 없는 하부행정기관(下部行政機關)의 공무원이 담당하도록 되어 있는 현행(現行)의 행정실태(行政實態)하에서는, 토지초과이익(土地超過利得) 계측수단(計測手段)의 구조적(構造的)인 미비점으로 인하여, 토초세가 이익(利得)에 대한 과세(課稅)가 아니라 원본(元本)에 대한 과세(課稅)가 되어버릴 위험부담률이 높아져 결국 헌법(憲法)이 보장하고 있는 국민의 재산권(財產權)을

부당하게 침해할 개연성(蓋然性)이 커지지 않을 수 없으므로 관계당국에 대하여 지가산정(地價算定) 관련법규(關聯法規)의 정비와 아울러 그에 따른 행정(行政)의 개선책(改善策)을 조속히 마련하도록 촉구하지 않을 수 없다.

4. 토초세법상 여러 과세기간(課稅期間)에 걸쳐 장기간(長期間) 토지(土地)를 보유하는 경우, 전체 보유기간 동안의 지가(地價)의 변동상황(變動狀況)에 대처함에 있어서는 아무런 보충규정(補充規定)도 두고 있지 않은 결과 장기간(長期間)에 걸쳐 지가(地價)의 앙등(仰騰)과 하락(下落)이 반복되는 경우에 최초(最初) 과세기간(課稅期間) 개시일(開始日)의 지가(地價)와 비교할 때는 아무런 토지초과이익(土地超過利得)이 없는 경우에도, 그 과세기간(課稅期間)에 대한 토초세를 부담하지 않을 수 없는 불합리(不合理)한 결과가 발생할 수 있게 되고, 이는 토초세 과세(課稅)로 인하여 원본(元本) 자체가 잠식되는 경우로서, 소득세(所得稅)인 토초세의 본질에도 반함으로써 헌법(憲法) 제23조가 정하고 있는 사유재산권보장(私有財產權保障) 취지에 위반된다.

5. 토초세는 그 계측(計測)의 객관성 보장이 심히 어려운 미실현이익(未實現利得)을 과세대상(課稅對象)으로 삼고 있는 관계로 토초세 세율(稅率)을 현행법(現行法)과 같이 고율(高率)로 하는 경우에는 자칫 가공이익(架空利得)에 대한 과세(課稅)가 되어 원본잠식(元本蠶食)으로 인한 재산권침해(財産權侵害)의 우려가 있고, 또한 적어도 토초세와 같은 이익(利得)에 대한 조세(租稅)에 있어서는, 조세(租稅)의 수직적(垂直的) 공평(公評)을 이루어 소득수준이 다른 국민들 사이의 실질적인 평등을 도모하여야 할 뿐만 아니라, 토초세는 어느 의미에서 양도소득세(讓渡所得稅)의 예납적(豫納的) 성격을 띠고 있음에도 불구하고 굳이 토초세의 세율체계(稅率體系)를 단일비례세(單一比例稅)로 한 것은 소득이 많은 납세자와 소득이 적은 납세자 사이의 실질적인 평등을 저해하는 것이다.

6. 택지소유상한(宅地所有上限)에 관한 법률(法律)은 각 국민으로 하여금 일정 면적(面積) 내의 토지를 가구별(家口別)로 고르게 소유(所有)하게 하는 것을 그 목적(目的)으로 삼고 있고, 한편 국민 각자의 경제적 능력에 따라서는 장차 주택(住宅)을 소유(所有)하기 위하여 우선 택지(宅地)만을 확보하여 둘 필요가 있는 경우도 있을 것이며, 토지의 효율적 이용이라는 측면만을 지나치게 강조하다 보면 당장의 토지이용에 급급한 무계획하고도 무질서한 건축행위(建築行爲)가 남발(濫發)될 결과가 발생할 수도 있다. 그런데 토초세법은 당해 토지가 위 법률에 따른 소유제한

범위(所有制限範圍) 내의 택지(宅地)인지 여부에 관계없이, 토초세 과세(課稅) 여부를 결정하도록 되어 있는바, 이는 위 법률(法律)과 입법체계적(立法體系的)으로도 조화를 이루지 못하고 있을 뿐만 아니라, 헌법(憲法)이 보장하고 있는 인간(人間)다운 생활(生活)을 할 권리(權利)와 헌법상의 국가의 사회보장(社會保障)·사회복지(社會福祉) 증진의무(增進義務) 및 국가의 쾌적(快適)한 주거생활(住居生活) 보장의무(保障義務)에도 배치된다.

7. 토초세법 제8조 제1항 제13호는 임대토지(賃貸土地)를 원칙적으로 유�휴토지(遊休土地) 등에 해당하는 것으로 규정(規定)하면서 아무런 기준이나 범위에 관한 제한도 없이 “대통령령(大統領令)이 정하는 토지(土地)”를 유�휴토지(遊休土地) 등의 범위에서 제외할 수 있도록 규정(規定)하고 있는바, 이는 국민에 대한 납세의무(納稅義務)의 부과(賦課) 여부 자체가 입법권(立法權)에 의한 아무런 통제(統制) 없이 행정권(行政權)에 의하여 좌우되도록 한 것으로서 헌법상의 위임원칙(委任原則) 및 조세법률주의(租稅法律主義)와 충돌된다. 더욱이 토지소유자(土地所有者)가 스스로 사용하지 않고 있다는 이유만으로 다른 토지소유자(土地所有者)와 비교하여 법상 불리한 처분을 받을 수 있도록 한 위 규정(規定)은 헌법상 근거없이 토지임대인(土地賃貸人)을 차별하는 것이며, 토지소유자(土地所有者)와 임차인(賃借人) 사이의 자본의 자유로운 결합(結合)을 방해함으로써, 개인(個人)과 기업(企業)의 경제상(經濟上)의 자유(自由)와 창의(創意)를 존중함을 기본으로 하는 우리 헌법상 경제질서(經濟秩序)에도 합치하지 않는다.

8. 토초세는 양도소득세(讓渡所得稅)와 같은 소득세(所得稅)의 일종으로서 그 과세대상(課稅對象) 또한 양도소득세(讓渡所得稅) 과세대상(課稅對象)의 일부와 완전히 중복(重複)되고 양세(兩稅)의 목적 또한 유사하여 어느 의미에서는 토초세가 양도소득세(讓渡所得稅)의 예납적(豫納的) 성격(性格)을 가지고 있다 봄이 상당한데도 토초세법 제26조 제1항과 제4항이 토초세액 전액(全額)을 양도소득세(讓渡所得稅)에서 공제하지 않도록 규정(規定)한 것은 조세법률주의(租稅法律主義)상의 실질과세(實質課稅)의 원칙(原則)에 반한다.

9. 이상과 같이 토초세법 중 일부는 헌법(憲法)에 위반되고, 일부는 헌법(憲法)에 합치(合致)되지 아니하여 개정입법(改正立法)을 촉구할 대상이지만, 위 각 위헌적(違憲的) 규정(規定)들 중 지가(地價)에 관한 제11조 제2항과 세율(稅率)에 관한 제12조는 모두 토초세제도의 기본요소로서 그 중 한 조항(條項)이라도 위헌결정(違憲決定)으로 인하여 그 효력(效力)을 상실한다면 토초세법 전부를 시행(施行)할 수 없게 될 것이므로,

이 사건에서는 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제45조 단서 규정(規定)에 따라 토초세법 전부에 대하여 위헌결정(違憲決定)을 선고(宣告)할 수밖에 없다.

10. 토초세법은 개발이익환수(開發利益還收)에 관한 법률(法律) 및 여타 세법(稅法)과의 사이에 구조적(構造的)·내용적(內容的)인 연계(連繫)를 지니고 있어, 당장 이것을 무효(無效)로 한다면 법제(法制) 및 재정(財政) 양면(兩面)에 걸쳐 적지 않은 법적 혼란 내지는 공백을 초래할 우려가 있고, 앞서 본 위헌적(違憲的)인 규정(規定)들을 다시 합헌적(合憲的)으로 조정하는 임무는 입법자(立法者)의 형성(形成)의 재량(裁量)에 속하는 사항일 뿐만 아니라, 또한 여기서 당장 토초세법에 대한 단순위헌결정(單純違憲決定)을 선고(宣告)한다면 이 결정(決定)의 효력(效力)이 미치게 되는 이른바 “당해사건(當該事件)” 관계자들과 현행법에 따른 기발생(既發生) 토초세를 전부 납부하고도 아무런 이의(異意)를 제기하지 아니한 다수(多數)의 납세자(納稅者)에 대한 관계에 있어서 형평(衡平)의 문제를 심화(深化)시키는 결과를 초래하는 것이다. 그러므로 당재판소(當裁判所)는, “입법자(立法者)가 토초세법을 적어도 이 결정(決定)에서 밝힌 위헌이유(違憲理由)에 맞추어 새로이 개정(改正) 혹은 폐지(廢止)할 때까지는 법원(法院), 기타 국가기관(國家機關)은 현행(現行) 토초세법을 더 이상 적용(適用)·시행(施行)할 수 없도록 중지(中止)하되, 그 형식적(形式的) 존속(存續)만을 잠정적으로 유지하게 하기 위하여” 이 사건에서 토초세법에 대한 단순(單純) 위헌무효결정(違憲無效決定)을 선고(宣告)하지 아니하고, 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제47조 제2항 본문의 “효력상실(效力喪失)”을 제한적(制限的)으로 적용하는 변형(變形) 위헌결정(違憲決定)으로서의 헌법불합치결정(憲法不合致決定)을 선고하는 것이다.

청 구 인 경○업(92헌바49)
 대리인 변호사 홍일원 김을태(92헌바52)
 대리인 변호사 전 정 구 외 3인
관련사건 서울고등법원 92구12058 토지초과이득세부과처분취소(92헌바49) 서울고
 등법원 92구1412 토지초과이득세부과처분취소(92헌바52)

【심판대상조문】

토지초과이득세법(土地超過利得稅法) 제8조(개인소유토지(個人所有土地) 중 유�휴토지(遊休土地) 등의 범위) ① 개인이 소유(所有)하는 토지(土地)로서 토지초과이득세(土地超過利得稅)의 과세대상(課稅對象)이 되는 유�휴토지(遊休土地) 등은 다음 각

호의 1에 해당하는 토지(土地)로 한다.

1.~12. 생략

13. 임대(賃貸)에 쓰이고 있는 토지(土地)(대통령령(大統領令)이 정하는 토지(土地)를 제외한다. 다만, 건축물(建築物)에 부수(附隨)하여 임대(賃貸)하는 건축물(建築物)의 부속토지(附屬土地)로서 제1호 내지 제4호의 규정(規定)에 해당하지 아니하는 토지(土地)를 제외한다.

14. 생략

②~⑤ 생략

토지초과이득세법(土地超過利得稅法) 제10조(세액(稅額)의 계산(計算)) 토지초과이득세(土地超過利得稅)는 이 법(法)에 특별한 규정(規定)이 있는 경우를 제외하고는 다음 각호의 규정(規定)에 의하여 계산(計算)한다.

1. 제11조의 규정(規定)에 의하여 과세표준(課稅標準)에 제12조의 규정(規定)에 의한 세율(稅率)을 적용하여 산출세액(算出稅額)을 계산(計算)한다.

2. 제1호의 규정(規定)에 의하여 계산(計算)한 산출세액(算出稅額)에서 제15조 제3항의 규정(規定)에 의한 세액(稅額)을 공제하여 결정세액(決定稅額)을 계산(計算)한다.

3. 제2호의 규정(規定)에 의하여 계산한 결정세액(決定稅額)에 제19조의 규정(規定)에 의한 가산세(加算稅)를 가산(加算)하여 총결정세액(總決定稅額)을 계산(計算)한다.

토지초과이득세법(土地超過利得稅法) 제11조(과세표준(課稅標準)) ① 토지초과이득세(土地超過利得稅)의 과세표준(課稅標準)은 과세기간(課稅期間) 종료일(終了日)의 지가(地價)에서 그 과세기간(課稅期間) 개시일(開始日)의 지가(地價)를 공제한 금액(이하 "지가상승액(地價上昇額)"이라 한다)에서 다시 다음 각호의 금액을 공제한 금액으로 한다

1. 당해 과세기간(課稅期間)의 정상지가상승분(正常地價上昇分)

2. 유희토지(遊休土地) 등에 대한 대통령령(大統領令)이 정하는 개량비(改良費)와 자본적(資本的) 지출액(支出額)(이하 "개량비(改良費) 등"이라 한다)

② 제1항의 규정(規定)에 의한 과세기간(課稅期間) 종료일(終了日)의 지가(地價)와 과세기간(課稅期間) 개시일(開始日)의 지가(地價)는 대통령령(大統領令)이 정하는 기준시가(基準時價)(이하 "기준시가(基準時價)"라 한다)에 의한다.

③ 과세기간(課稅期間) 종료일(終了日) 현재 토지초과이득세(土地超過利得稅)의 과세대상(課稅對象)이 되는 유희토지(遊休土地) 등으로서 당해 과세기간(課稅期間) 중에 다음 각호의 1에 해당하는 기간(期間)이 있는 경우에는 대통령령(大統領令)이 정하는 바에 의하여 계산(計算)한 당해 기간(期間)의 토지초과이득(土地超過利得)을 제1항의 규정(規定)에 의하여 계산(計算)한 과세표준(課稅標準)에서 차감(差減)한다.

1. 제3조 제3항의 규정(規定)에 의한 유희토지(遊休土地) 등에 해당하지 아니하는 기간(期間)

2. 제5조 제1항의 규정(規定)에 의하여 토지초과이득세(土地超過利得稅)를 부과(부과)하지 아니하는 기간(期間)

④ 제1항 제2호의 규정(規定)에 의한 개량비(改良費) 등은 당해 과세기간(課稅期間) 중에 확정된 금액으로 하되, 소득세법(所得稅法) 제51조의 규정(規定)을 준용(準用)한다.

⑤ 제4조 제6항의 규정(規定)이 적용되는 경우에는 각 소유자(所有者)의 유희 토지(遊休土地) 등의 보유

기간(保有期間)과 기준시가(基準時價)의 상승률(上昇率)을 감안하여 대통령령(大統領令)이 정하는 방법에 의하여 전(前) 소유자(所有者)와 후(後) 소유자(所有者)에게 당해 과세기간(課稅期間)의 토지초과이득(土地超過利得)을 배분(配分)하여 각각의 과세표준(課稅標準)을 계산(計算)한다.

토지초과이득세법(土地超過利得稅法) 제12조(세율(稅率)) 토지초과이득세(土地超過利得稅)의 세율(稅率)은 100분(分)의 50으로 한다.

토지초과이득세법(土地超過利得稅法) 제22조(물납(物納) 및 매각의뢰(賣却依賴) 등) ① 세무서장(稅務署長)은 토지초과이득세(土地超過利得稅)의 납부세액(納付稅額)이 1천만(千萬)원을 초과하고 유희토지(遊休土地) 등의 소유자(所有者)가 토지초과이득세(土地超過利得稅)를 금전으로 납부하기가 곤란하다고 인정하는 경우에는 납세의무자(納稅義務者)의 신청(申請)을 받아 토지초과이득세(土地超過利得稅)가 부과(賦課)되는 당해 토지(土地)에 의한 토지초과이득세(土地超過利得稅)의 물납(物納)을 허가(許可)할 수 있다.

② 제1항의 규정(規定)에 의하여 물납(物納)을 신청(申請)한 자(者)가 그 허가(許可)를 받지 못한 때에는 정부(政府)에 대하여 당해 과세대상토지(課稅對象土地)의 매각의뢰(賣却依賴)를 청구할 수 있다. 이 경우 당해 과세대상토지(課稅對象土地)의 일부분을 매각의뢰(賣却依賴)할 수 없다.

③ 정부(政府)는 제2항의 규정(規定)에 의한 매각의뢰(賣却依賴)가 있는 때에는 대통령령(大統領令)이 정하는 자(者)에게 매각(賣却)을 의뢰하여야 한다. 이 경우 정부(政府)는 당해 토지(土地)를 스스로 매수(枚數)하거나 대통령령(大統領令)이 정하는 자(者)를 지정하여 매수(買收)하게 할 수 있다.

④ 제3항의 규정(規定)에 의하여 토지소유자(土地所有者)가 매각(賣却)을 의뢰한 토지(土地)에 대하여 부과(賦課)된 토지초과이득세(土地超過利得稅)에 대하여는 그 매각의뢰일(賣却依賴日)로부터 1년간(年間)은 국세징수법(國稅徵收法) 제22조 제1항의 규정(規定)을 적용하지 아니한다.

⑤ 제3항의 규정(規定)에 의하여 당해 과세대상토지(課稅對象土地)의 매각의뢰(賣却依賴)를 받은 자(者)가 이를 매각(賣却)하거나 정부(政府) 등이 이를 매수(買收)한 경우 매각(賣却) 또는 매수대금(買收代金)을 다음 각호의 금액에 충당하고 그 나머지 금액을 납세의무자(納稅義務者)에게 지급하여야 한다.

1. 대통령령(大統領令)이 정하는 매각비용(賣却費用) 또는 매수비용(買收費用)

2. 당해 토지(土地)에 대하여 부과(賦課)된 토지초과이득세(土地超過利得稅)(가산금(加算金)을 포함한다)

⑥ 물납(物納)의 절차 및 허가기준(許可基準)과 물납(物納)에 상당할 토지(土地)의 수납가격(收納價格)과 그 정산(精算), 매각의뢰(賣却依賴) 및 매각절차(賣却節次)와 매수가격(買收價格) 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령(大統領令)으로 정한다.

토지초과이득세법(土地超過利得稅法) 제23조(예정결정기간(豫定決定期間)에 대한 과세(課稅)) ① 개발사업(開發事業)이 시행(施行)되는 주변지역(周邊地域) 등 지가(地價)가 급격하게 상승(上昇)하거나 상승(上昇)할 우려가 있는 토지(土地)로서 국세청장(國稅廳長)이 대통령령(大統領令)이 정하는 위원회(委員會)의 심의(審議)를 거쳐 지정하는 지역 안에 있는 유희토지(遊休土地) 등에 있어서 과세기간(課稅期間) 중 최초의 1년간(年間) 또는 그 다음 1년간(年間)(이하 "예정결정기간(豫定決定期間)"이라 한다)의 지가상승액(地價上昇額)이 당해 예정결정기간(豫定決定期間)의 정상지가상승

분(正常地價上昇分)의 100분(分)의 150에 해당하는 금액과 개량비(改良費) 등의 합계액을 초과하는 경우에는 그 초과하는 금액에 대하여 토지초과이득세(土地超過利得稅)를 부과한다.

② 국세청장(國稅廳長)은 제1항의 규정(規定)에 의한 지역(地域)을 지정하는 때에는 당해 예정결정기간(豫定決定期間) 종료 전에 이를 고시(告示)하여야 한다.

③ 제1항의 규정(規定)에 의한 예정결정기간(豫定決定期間)에 대한 토지초과이득세(土地超過利得稅)의 과세(課稅)에 있어서의 과세표준(課稅標準)과 세액(稅額), 정상지가상승률(正常地價上昇率)의 고시(告示)·신고(申告)·납부(納付)·결정(決定)·징수(徵收) 등에 관하여는 과세기간(課稅期間)에 대한 토지초과이득세(土地超過利得稅)에 관한 규정(規定)을 준용(準用)한다.

【참조 조문】

헌법(憲法) 전문(前文), 제11조 제1항, 제23조, 제34조 제1항, 제2항, 제35조 제1항, 제38조, 제59조, 제75조, 제119조 제1항, 제21항, 제121조, 제122조

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제75조 (인용결정(引用決定)) ①~⑤ 생략

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

⑦~⑧ 생략

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제45조 (위헌결정(違憲決定))

헌법재판소(憲法裁判所)는 제청(提請)된 법률(法律) 또는 법률조항(法律條項)의 위헌(違憲) 여부만을 결정(決定)한다. 다만, 법률조항(法律條項)의 위헌결정(違憲決定)으로 인하여 당해 법률(法律) 전부룰 시행(施行)할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌(違憲)의 결정(決定)을 할 수 있다.

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

② 위헌(違憲)로 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 효력을 상실한다.

③~④ 생략

택지소유상한(宅地所有上限)에 관한 법률(法律) 제23조 (택지가격(宅地價格)) 제22조 제2항의 규정(規定)에 의한 택지가격(宅地價格)은 지가공시(地價公示)및토지(土地)등의평가(評價)에 관한 법률(法律)에 의한 공시지가(公示地價)를 기준(基準)으로 산정(算定)한 금액(金額)으로 한다.

개발이익환수(開發利益還收)에 관한 법률(法律) 제10조 (지가(地價)의 산정(算定)) ① 제8조의 규정(規定)에 의한 종료시점(終了時點) 지가(地價)는 부과종료시점(賦課終了時點) 당시의 부과대상토지(賦課對象土地)와 이용상황(利用狀況)이 가장 유사한 표준지(標準地)의 공시지가(公示地價)를 기준으로 지가공시(地價公示)및토지(土地) 등의평가(評價)에 관한 법률(法律) 제10조 제2항의 규정(規定)에 의한 비교표(比較表)에 의하여 산정(算定)한 가액(價額)으로 한다. 다만, 그 가액(價額)이 다음 산식(算式)에 의하여 산정(算定)한 부과대상토지(賦課對象土地)의 지가(地價)와 다른 경우에는 대통령령(大統領令)이

정하는 바에 따라 정산(精算)하여야 한다. 부과대상토지(賦課對象土地)의 지가(地價) = 부과종료시점(賦課終了時點)이 속한 연도(年度)의 다음 연도(年度) 1월(月) 1일(日)을 기준으로 한 표준지(標準地)의 공시지가(公示地價)에 비교표(比較表)를 적용하여 산정(算定)한 가액(價額)(이하 “개별공시지가(個別公示地價)”라 한다) - 부과종료시점(賦課終了時點)부터 부과종료시점(賦課終了時點)이 속한 연도(年度)의 다음 연도(年度) 1월(月) 1일(日)까지의 정상지가상승분(正常地價上昇分)

② 부과대상토지(賦課對象土地)를 분양(分讓) 등 처분함에 있어서 그 처분가격(處分價格)에 대하여 국가(國家)나 지방자치단체(地方自治團體)의 인가(認可)등을 받는 경우 등 대통령령(大統領令)이 정하는 경우에는 제1항의 규정(規定)에도 불구하고 대통령령(大統領令)이 정하는 바에 따라 그 처분가격(處分價格)을 종료시점지가(終了時點地價)로 할 수 있다.

③ 제8조 제1호의 규정(規定)에 의한 개시시점지가(開始時點地價)는 부과개시시점(賦課開始時點)이 속한 연도(年度)의 1월(月) 1일(日)을 기준으로 한 부과대상토지(賦課對象土地)의 개별공시지가(個別公示地價)에 당해 연도(年度)의 1월(月) 1일(日)부터 부과개시시점(賦課開始時點)지의 정상지가상승분(正常地價上昇分)을 합한 가액(價額)로 한다. 다만, 납부의무자(納付義務者)가 대통령령(大統領令)이 정하는 매입가격(買入價格)을 건설부령(建設部令)이 정하는 기간 내에 신고(申告)하는 경우에는 그 가액(價額)에 매입일(買入日)로부터 부과개시시점(賦課開始時點)까지의 정상지가상승분(正常地價上昇分)을 가감(加減)한 차액(差額)으로 할 수 있다.

④ 제1항 또는 제3항의 규정(規定)에 의한 종료시점지가(終了時點地價) 및 개시시점지가(開始時點地價)를 산정(算定)함에 있어 부과대상토지(賦課對象土地)에 국가(國家) 또는 지방자치단체(地方自治團體)에 기부하는 토지(土地) 및 국(國)·공유지(公有地)가 포함되어 있는 경우에는 그 부분을 종료시점지가(終了時點地價) 및 개시시점지가(開始時點地價)의 산정면적(算定面積)에서 이를 제외한다.

⑤ 제1항 및 제3항의 규정(規定)에 의한 종료시점지가(終了時點地價) 및 개시시점지가(開始時點地價)를 산정(算定)함에 있어 당해 토지(土地)의 개별공시지가(個別公示地價)가 없는 경우 등 대통령령(大統領令)이 정하는 경우에는 건설부령(建設部令)이 정하는 방법에 의하여 산정(算定)된다.

농어촌발전특별조치법(農漁村發展特別措置法) 제45조의2 (전용부담금(轉用負擔金))

① 농림수산부장관(農林水產部長)은 농어촌구조개선사업(農漁村構造改善事業)에 대한 투자자원(投資財源)을 확보하기 위하여 다음 각호의 1에 해당하는 자(者)에 대하여 전용부담금(轉用負擔金)을 부과(賦課)·징수(徵收)하여야 한다.

1. 농지법(農地法) 제40조 제1항의 규정(規定)에 의하여 농지(農地)의 조성(造成)에 소요되는 비용(費用)을 납입(納入)하여야 하는 자(者)

2. 농지확대개발촉진법(農地擴大開發促進法) 제53조 제3항의 규정(規定)에 의하여 농지(農地)를 새로이 개발(開發)하는 데 필요한 금액을 납부하여야 하는 자(者)

② 제1항의 규정(規定)에 의한 전용부담금(轉用負擔金)의 금액(金額)은 지가공시(地價公示) 및 토지(土地) 등의 평가(評價)에 관한 법률(法律) 제4조의 규정(規定)에 의한 해당 농지(農地)의 공시지가(公示地價)(해당 농지(農地)의 공시지가(公示地價)가 없는 경우에는 동법(同法) 제10조의 규정(規定)에 의하여 산정(算定)한 개별토지가격(個別土地價格))의 범위 안에

서 대통령령(大統領令)이 정하는 부과기준(賦課基準)을 적용하여 계산한 금액(金額)로 한다. 이 경우 해당 농지(農地)의 공시지가(公示地價)의 수준(水準), 전용(轉用)에 따른 이익의 발생 정도 등을 참작하여 차등부과(差等賦課)할 수 있다.

③ 농림수산부장관(農林水産部壯觀)은 제1항의 규정(規定)에 의한 전용부담금(轉用負擔金)을 납입하여야 하는 자(者)가 이를 납입하지 아니한 때에는 해당 농지전용(農地轉用)의 허가(許可)·협의(協議)·동의(同意) 또는 승인을 취소(取消)할 수 있다.

④ 농지법(農地法) 제42조 제1항의 규정(規定)에 의하여 승인을 얻어야 하는 자(者) 중 전용부담금(轉用負擔金)의 부과(賦課)가 감면(減免)되는 시설(施設)의 용지(用地)로 전용(轉用)된 토지(土地)를 전용부담금(轉用負擔金)의 감면비율(減免比率)이 다른 시설(施設)의 부지(敷地)로 사용하고자 하는 자(者)는 그에 상당하는 전용부담금(轉用負擔金)을 납부하여야 한다.

⑤ 제1항의 규정(規定)에 의하여 징수(徵收)하는 전용부담금(轉用負擔金) 중 제6항의 규정(規定)에 의한 수수료(手數料)를 제외한 금액은 농어촌구조개선특별회계법(農漁村構造改善特別會計法)에 의한 농어촌구조개선특별회계(農漁村構造改善特別會計)에 납입(納入)하여야 한다.

⑥ 농림수산부장관(農林水産部壯觀)은 농지법(農地法) 제53조·농지확대개발촉진법(農地擴大開發促進法) 제61조 또는 농어촌진흥공사(農漁村振興公社) 및 농지관리기금법(農地管理基金法) 제32조의 규정(規定)에 의하여 권한(權限)의 위임(委任) 또는 위탁(委託)을 받은 자(者)에게 전용부담금(轉用負擔金)의 부과(賦課)·징수(徵收)와 관련된 업무를 취급하게 하는 경우에는 대통령령(大統領令)이 정하는 바에 따라 수수료(手數料)를 지급할 수 있다.

⑦ 제1항의 규정(規定)에 의한 전용부담금(轉用負擔金)의 부과(賦課)·징수(徵收) 및 과오납금(過誤納金) 반환방법(返還方法) 기타 필요한 사항은 대통령령(大統領令)으로 정한다.

산림법(山林法) 제20조의3 (전용부담금(轉用負擔金)) ① 산림청장(山林廳長), 시장(市長), 군수(郡守) 또는 영림서장(營林署長)은 제20조의2 제1항의 규정(規定)에 의하여 대조림비(代造林費)를 납입하여야 하는 자(者)에 대하여 전용부담금(轉用負擔金)을 부과(賦課)·징수(徵收)하여야 한다.

② 제1항의 규정(規定)에 의한 전용부담금(轉用負擔金)의 금액은 지가공시(地價公示)및토지(土地)등의평가(評價)에관한법률(法律) 제4조의 규정(規定)에 의한 해당 산림(山林)의 공시지가(公示地價)(해당 산림(山林)의 공시지가(公示地價)가 없는 경우에는 동법(同法) 제10조의 규정(規定)에 의하여 산정(算定)한 개별토지가격(個別土地價格))의 범위 안에서 대통령령(大統領令)이 정하는 부과기준(賦課基準)을 적용하여 계산한 금액으로 한다. 이 경우 해당 산림(山林)의 공시지가(公示地價)의 수준, 전용(轉用)에 따른 이익의 발생 정도 등을 참작하여 차등부과(差等賦課)할 수 있다.

③ 산림청장(山林廳長), 시장(市長), 군수(郡守) 또는 영림서장(營林署長)은 제1항의 규정(規定)에 의한 전용부담금(轉用負擔金)을 납입(納入)하여야 하는 자(者)가 이를 납입(納入)하지 아니한 때에는 해당 산림(山林)의 전용(轉用) 또는 훼손의 허가(許可)·동의(同意) 또는 협의(協議)를 취소(取消)할 수 있다.

④ 제1항의 규정(規定)에 의하여 징수(徵收)하는 전용부담금(轉用負擔金)은 농어촌구조개선특별회계법(農漁村構造改善特別會計法)

에 의한 농어촌구조개선특별회계(農漁村構造改善特別會計)에 납입하여야 한다.

⑤ 제1항의 규정(規定)에 의한 전용부담금(轉用負擔金)의 부과(賦課)·징수(徵收) 및 과오납금(過誤納金) 반환방법(返還方法) 기타 필요한 사항은 대통령령(大統領令)으로 정한다.

지가공시(地價公示)및토지(土地)등의평가(評價)에관한 법률(法律) 제1조 (목적(目的))

이 법(法)은 토지(土地)의 적정가격(適正價格)을 평가(評價)·공시(公示)하여 지가산정(地價算定)의 기준(基準)이 되게 하고, 토지(土地)·건물(建物)·동산(動産) 등의 감정평가(鑑定評價)에 관한 사항을 정함으로써 이의 적정한 가격형성(價格形成)을 도모하며, 나아가 국토(國土)의 효율적인 이용과 국민경제(國民經濟)의 발전에 이바지하게 함을 목적으로 한다.

지가공시(地價公示)및토지(土地)등의평가(評價)에관한 법률(法律) 제2조 (정의(定義)) 이 법(法)에서 사용하는 용어(用語)의 정의(定義)는 다음과 같다.

1. “공시지가(公示地價)”라 함은 이 법(法)의 규정(規定)에 의한 절차(節次)에 따라 건설부장관(建設部長官)이 조사(調査)·평가(評價)하여 공시(公示)한 표준지(標準地)의 단위면적당(單位面積當) 가격(價格)을 말한다.

2. “적정가격(適正價格)”이라 함은 당해 토지(土地)에 대하여 자유로운 거래(去來)가 이루어지는 경우 합리적(合理的)으로 성립(成立)한다고 인정되는 가격(價格)을 말한다.

3. “토지(土地) 등”이라 함은 토지(土地) 및 그 정착물(定着物), 동산(動産) 기타 대통령령(大統領令)이 정하는 재산(財産)과 이들에 관한 소유권(所有權) 외의 권리(權利)를 말한다.

4. “감정평가(鑑定評價)”라 함은 토지(土地) 등의 경제적 가치를 판정하여 그 결과를 가액(價額)로 표시하는 것을 말한다.

5. “감정평가업(鑑定評價業)”이라 함은 타인(他人)의 의뢰에 의하여 일정한 보수(報酬)를 받고 토지(土地) 등의 감정평가(鑑定評價)를 업(業)으로 행하는 것을 말한다.

6. “감정평가업자(鑑定評價業者)”라 함은 제18조의 규정(規定)에 의하여 등록(登錄)을 한 감정평가사(鑑定評價士)와 제19조의 규정(規定)에 의하여 인가(認可)를 받은 감정평가법인(鑑定評價法人)을 말한다.

지가공시(地價公示)및토지(土地)등의평가(評價)에관한 법률(法律) 제4조 (지가(地價)의 공시(公示)) ① 건설부장관(建設部長官)은 토지이용상황(土地利用狀況)이나 주변환경(周邊環境) 기타 자연적·사회적 조건이 일반적으로 유사하다고 인정되는 일단(一團)의 토지(土地) 중에서 선정한 표준지(標準地)에 대하여 매년 공시기준일(公示基準日) 현재의 적정가격(適正價格)을 조사(調査)·평가(評價)하고, 제12조의 규정(規定)에 의한 토지평가위원회(土地評價委員會)의 심의(審議)를 거쳐 이를 공시(公示)하여야 한다.

② 제1항의 규정(規定)에 의한 표준지(標準地)의 선정·공시기준일(公示基準日) 및 공시절차(公示節次)에 관하여 필요한 사항은 대통령령(大統領令)으로 정한다.

③ 정부(政府)는 지가공시(地價公示)의 주요사항에 관한 보고서(報告書)를 매년 정기국회(定期國會)의 개회(開會) 전까지 국회(國會)에 제출하여야 한다.

지가공시(地價公示)및토지(土地)등의평가(評價)에관한 법률(法律) 제5조 조사(調査)·평가(評價)의 기준(基準) ① 건설부장관(建設部長官)이 제4조의 규정(規定)에 따라 표준지(標準地)의 적정가격(適正價格)을 조사(調査)·평가(評價)하는 경우에는

인근(隣近) 유사토지(類似土地)의 거래가격(去來價格)·임료(賃料) 및 당해 토지(土地)와 유사한 이용가치(利用價值)를 지닌다고 인정되는 토지(土地)의 조성(造成)에 필요한 비용추정액(費用推定額) 등을 종합적으로 참작하여야 한다.

② 건설부장관(建設部長官)이 제1항의 규정(規定)에 의하여 표준지(標準地)의 적정가격(適正價格)을 조사(調查)·평가(評價)하고자 할 때에는 둘 이상의 감정평가업자(鑑定評價業者)에게 이를 의뢰하여야 한다.

지가공시(地價公示)및토지(土地)등의평가(評價)에관한법률(法律) 제7조(공시지가(公示地價)의 열람(閱覽) 등)

건설부장관(建設部長官)이 지가(地價)를 공시(公示)한 때에는 그 내용을 서울특별시장(特別市長)·직할시장(直轄市長) 및 도지사(道知事)를 거쳐 시장(市長)·군수(郡守) 및 구청장(區廳長)에게 송부하여 일반(一般)에게 열람(閱覽)시키게 하고, 대통령령(大統領令)이 정하는 바에 따라 이를 조제(調製)하여 관계행정기관 등에 공급하여야 한다

지가공시(地價公示)및토지(土地)등의평가(評價)에관한법률(法律) 제8조(이의신청(異議申請) ① 공시지가(公示地價)에 대하여 이의(異意)가 있는 자(者)는 공시일(公示日)로부터 60일(日) 이내에 서면(書面)으로 건설부장관(建設部長官)에게 이의(異意)를 신청(申請)할 수 있다.

② 건설부장관(建設部長官)은 제1항의 신청(申請)을 심사(審査)하여 타당하다고 인정할 때에는 제4조 및 제5조의 규정(規定)에 따라 당해 공시지가(公示地價)를 조정(調整)하여 다시 공시(公示)하여야 한다.

③ 제1항 및 제2항에서 규정(規定)한 것 외에 이의(異意)의 신청(申請) 및 처리절차(處理節次) 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령(大統領令)으로 정한다.

지가공시(地價公示)및토지(土地)등의평가(評價)에관한법률(法律) 제10조(공시지가(公示地價)의 적용(適用)) ① 국가(國家)·지방자치단체(地方自治團體), 정부투자기관관리기본법(政府投資機關管理基本法)에 의한 정부투자기관(政府投資機關) 기타 대통령령(大統領令)이 정하는 공공단체(公共團體)가 다음 각호의 목적(目的)을 위하여 토지(土地)의 가격(價格)을 산정(算定)하는 경우에는 당해 토지(土地)와 유사한 이용가치(利用價值)를 지닌다고 인정되는 하나 또는 둘 이상의 표준지(標準地)의 공시지가(公示地價)를 기준(基準)로 하여 당해 토지(土地)의 가격(價格)과 표준지(標準地)의 공시지가(公示地價)가 균형을 유지하도록 하여야 한다. 다만, 필요하다고 인정하는 때에는 산정(算定)된 지가(地價)를 다음 각호의 목적(目的)에 따라 가감조정(加減調整)하여 적용할 수 있다.

1. 공공용지(公共用地)의 매수(買收) 및 토지(土地)의 수용(收用)·사용(使用)에 대한 보상(補償)
2. 국(國)·공유토지(公有土地)의 취득(取得) 또는 처분
3. 국토이용관리법(國土利用管理法) 제21조의4 제1항 제1호의 규정(規定)에 의한 표준지가(標準地價)의 산정(算定)
4. 국토이용관리법(國土利用管理法) 제21조의12 제3항의 규정(規定)에 의한 유흥지(遊休地)의 매수(買收) 또는 동법(同法) 제21조의14 제3항의 규정(規定)에 의한 토지(土地)의 매수(買收)
5. 징발법(徵發法)에 의한 토지(土地)의 징발(徵發)에 대한 보상(補償)
6. 기타 대통령령(大統領令)이 정하는 토지가격(土地價格)의 산정(算定)

② 건설부장관(建設部長官)은 제1항의 목적(目的)을 위한 지가산정(地價算定)을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 표준지(標準地)와 지가산정대상토지(地價算定對象土地)의 지가형성요인(地價形成要因)에 관한 표준적(標準的)인 비

교표(比較表)를 작성하여 관계 행정기관에 제공하여야 하며 관계 행정기관은 이를 사용하여 지가(地價)를 산정(算定)하여야 한다.

지가공시(地價公示) 및 토지(土地) 등의 평가(評價)에 관한 법률(法律) 제12조(토지평가위원회(土地評價委員會)) ① 다음 각호의 사항을 심의(審議)하기 위하여 건설부장관(建設部長官) 소속하에 토지평가위원회(土地評價委員會)(이하 "위원회(委員會)"라 한다)를 둔다.

1. 토지평가(土地評價)에 관한 법령안(法令案)의 입안(立案)에 관한 사항

2. 제4조의 규정(規定)에 의한 표준지(標準地)의 선정 및 관리지침(管理指針)

3. 제4조의 규정(規定)에 의하여 조사(調查)·평가(評價)된 표준지(標準地)의 가격(價格)

4. 제22조의 규정(規定)에 의한 감정평가준칙(鑑定評價準則)의 제정(制定) 또는 개발(開發)에 관한 사항

5. 제25조의 규정(規定)에 의한 수수료(手數料)의 요율(料率) 및 실비(實費)의 범위에 관한 사항

6. 기타 건설부장관(建設部長官)이 부의(附議)하는 사항

② 위원회(委員會)는 위원장(委員長)을 포함한 15인(人)이내의 위원(委員)로 구성된다.

③ 위원회(委員會)의 위원장(委員長)은 건설부장관(建設部長官)이 된다.

④ 위원회(委員會)의 위원(委員)은 대통령령(大統領令)이 정하는 중앙행정기관(中央行政機關)의 장(長)이 지명(指名)하는 5인(人)이내의 공무원(公務員)과 다음 각호의 1에 해당하는 자(者) 중 건설부장관(建設部長官)이 위촉하는 자(者)가 된다.

1. 교육법(教育法)에 의한 대학(大學)에서 토지(土地) 등에 관한 이론(理論)을 가르치는 조교수(助教授) 이상의 직(職)에 있거나 있었던 자(者)

2. 판사(判事)· 검사(檢事) 또는 변호사(辯護士)의 자격(資格)이 있는 자(者)

3. 지가공시(地價公示) 또는 감정평가(鑑定評價)에 관한 학식(學識)과 경험(經驗)이 풍부한 자(者)

⑤ 공무원(公務員)이 아닌 위원(委員)의 임기(任期)는 3년(年)으로 한다.

⑥ 건설부장관(建設部長官)은 필요하다고 인정하는 경우에는 위원회(委員會)의 심의(審議)에 부의(附議)하기 전에 미리 관계 전문가(專門家)의 의견을 듣거나 조사(調查)·연구(研究)를 의뢰할 수 있다.

⑦ 제1항 내지 제6항에 규정(規定)된 것 외에 위원회(委員會)의 조직(組織) 및 운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령(大統領令)으로 정한다.

지방세법(地方稅法) 제234조의15(과세표준(課稅標準)) ① 종합토지세(綜合土地稅)의 과세표준(課稅標準)은 종합합산과세표준(綜合合算課稅標準)·별도합산과세표준(別途合算課稅標準) 및 분리과세표준(分離課稅標準)으로 구분한다.

② 종합합산과세표준(綜合合算課稅標準)은 과세기준일(課稅基準日) 현재 납세의무자(納稅義務者)가 소유(所有)하고 있는 전국(全局)의 모든 토지(土地) 중 대통령령(大統領令)으로 정하는 건축물(建築物)의 부속토지(附屬土地)를 제외한 토지(土地)의 가액(價額)(제111조의 규정(規定)에 의한 과세시가표준액(課稅時價標準額)을 말한다. 이하 이 절(節)에서 같다)을 합한 금액으로 한다. 다만, 다음 각호에 해당하는 토지(土地)의 가액(價額)은 이를 합산하지 아니한다.

1. 이 법(法) 또는 관계법령(關係法令)의 규정(規定)에 의하여 종합토지세(綜合土地稅)가 비과세(非課稅) 또는 면제(免除)되는 토지(土地)의 가액(價額)

2. 제234조의14의 규정(規定)에 의하여 종합토지세(綜合土地稅)가 경감(輕減)되는 토지(土地)의 경감비율(輕減比率)에 해당하는 토지가액(土地價額)

3. 대통령령(大統令)으로 정하는 공장용지(工場用地)·전(田)·답(畓)·과수원(果樹園) 및 목장용지(牧場用地)의 가액(價額)

4. 산림(山林)의 보호육성을 위하여 필요한 임야(林野) 및 중중소유(宗中所有) 임야(林野)로서 대통령령(大統令)으로 정하는 임야(林野)의 가액(價額)

5. 골프장(場)·별장(別莊) 기타 사치성(奢侈成) 재산(財産)으로 사용되는 토지(土地)로서 대통령령(大統令)으로 정하는 토지(土地)의 가액(價額)

6. 제3호 내지 제5호의 규정(規定)에 의한 토지(土地)와 유사한 토지(土地) 및 원활한 토지공급(土地供給)을 위하여 필요한 토지(土地) 중 종합토지세(綜合土地稅)를 분리과세(分離課稅)하여야 할 상당한 이유가 있는 것으로서 대통령령(大統令)으로 정하는 토지(土地)의 가액(價額)

③ 별도합산과세표준(別途合算課稅標準)은 과세기준일(課稅基準日) 현재 납세의무자(納稅義務者)가 소유(所有)하고 있는 전국(全局)의 모든 건축물(建築物)의 부속토지(附屬土地) 중 대통령령(大統令)으로 정하는 건축물(建築物)의 부속토지(附屬土地)의 가액(價額)을 합산(合算)한 금액으로 한다. 다만, 제2항 제1호 및 제2호의 규정(規定)에 의한 토지(土地)의 가액(價額)은 이를 합산(合算)하지 아니한다.

④ 분리과세표준(分離課稅標準)은 제2항 제3호 내지 제6호의 가액(價額)로 한다.

지방세법(地方稅法) 제111조 (과세표준(課稅標準)) ① 취득세(取得稅)의 과세표준(課稅標準)은 취득당시(取得當時)의 가액(價額)로 한다. 다만, 연부(年賦)로 취득하는 경우에는 연부금액(年賦金額)으로 한다.

② 제1항의 규정에 의한 과세표준액은 조례로 정하는 바에 따라 취득자의 신고에 의한다. 다만, 신고 또는 신고가액의 표시가 없거나 그 신고가액이 대통령령으로 정하는 바에 의한 과세시가표준액이하 이 절에서“시가표준액(時價標準額)”이라 한다)에 미달하는 때에는 시가표준액에 의한다.

③ 건축물을 증축(增築)한 경우 또는 건축물의 개축(改築)과 대통령령(大統令)이 정하는 선박(船舶)·차량(車輛) 및 건설기계(建設機械)의 종류변경(種類變更) 또는 토지(土地)의 지목(地目)을 사실상(事實上) 변경(邊境)한 경우에는 그 증축(增築)에 소요(所要)되는 금액(金額) 또는 개축(改築)과 종류변경(種類變更)이나 지목변경(地目變更)으로 인하여 증가(增加)한 가액(價額)을 각각 과세표준(課稅標準)로 한다. 이 경우에 있어서 제2항의 신고(申告) 또는 신고가액(申告價額)의 표시(表示)가 없거나 신고가액(申告價額)이 부당하다고 인정되는 때에는 대통령령(大統令)으로 정하는 바에 의한다.

④ 제105조 제6항의 규정(規定)에 의하여 과점주주(寡占株主)가 취득한 것으로 보는 당해 법인(法人)의 부동산(不動產)·차량(車輛)·건설기계(建設機械)·입목(立木)·항공기(航空機)·골프회원권(會員權) 또는 콘도미니엄회원권(會員權)에 대한 과세표준(課稅標準)은 그 부동산(不動產)·차량(車輛)·건설기계(建設機械)·입목(立木)·항공기(航空機)·골프회원

권(會員權) 또는 콘도미니엄회원권(會員權)의 총가액을 그 법인(法人)의 주식(株式) 또는 출자(出資)의 총수(總數)로서 제(除)한 가액(價額)에 과점주가 취득한 주식(株式) 또는 출자(出資)의 수(數)를 승(乘)한 금액(金額)을 과세표준(課稅標準)로 정한다. 이 경우에 과점주(寡占株主)는 조례(條例)의 정하는 바에 의하여 과세표준액(課稅標準額) 및 기타 필요한 사항(事項)을 신고(申告)하여야 한다. 다만, 신고(申告) 또는 신고가액(申告價額)의 표시(表示)가 없거나 신고가액(申告價額)이 부당하다고 인정되는 때에는 시장(市長)·군수(郡守)가 당해 법인의 결산서 기타 장부 등에 의한 취득세과세대상 자산총액을 기초(基礎)로 전단의 계산방법(計算方法)에 의하여 산출(算出)한 금액(金額)을 과세표준액(課稅標準額)으로 한다.

⑤ 다음에 계기(揭記)하는 취득(증여(贈與)·기부(寄附) 기타 무상취득(無償取得)을 제외한다)에 대하여는 제2항 단서 및 제3항의 규정(規定)에 불구하고 사실상(事實上)의 취득가격(取得價格) 또는 연부금액(年賦金額)에 의한다.

1. 국(國)·도(道)·시(市)·군(郡)과 지방자치단체조합(地方自治團體組合)으로부터의 취득

2. 외국(外國)으로부터의 수입(輸入)에 의한 취득

3. 판결문(判決文)·법인장부(法人帳簿) 중 대통령령(大統領令)이 정하는 것에 의하여 취득가격(取得價格)이 입증(立證)되는 취득

4. 공매방법(公賣方法)에 의한 취득

⑥ 공정증서(公正證書)·계약서(契約書) 기타 증서(證書) 중 대통령령(大統領令)이 정하는 것에 의하여 취득가격(取得價格)이 입증(立證)되는 경우에는 제2항 단서 및 제3항의 규정(規定)에 불구하고 그 취득가격(取得價格)을 과세표준(課稅標準)로 한다. 다만, 그 취득가격(取得價格)이 시가표준액(時價標準額)에 미달하는 경우에는 시가표준액(時價標準額)을 과세표준(課稅標準)로 한다.

⑦ 제1항 내지 제6항의 규정에 의한 취득세(取得稅)의 과세표준이 되는 가액(價額)·가격(價格) 또는 금액의 범위와 취득시기에 관하여는 대통령령(大統領令)으로 정한다.

지방세법시행령(地方稅法施行令) 제80조의2 (토지등급(土地等級)의 결정(決定) 등) ① 시장·군수는 토지에 대하여 지가공시및토지등의평가에관한법률에 의한 공시지가를 참작하여 토지의 이용상황이나 주변환경 기타 자연적·사회적 조건에 따라 균형이 이루어지도록 등급을 설정하고 이를 토지대장·임야대장 및 과세대장에 등재하여야 한다.

② 시장·군수는 제1항의 규정에 의하여 등급이 설정된 토지가 그 이용상황이나 주변환경 기타 자연적·사회적 조건이 현저하게 달라진 경우에는 그 토지의 특성과 유사한 토지의 등급을 준하여 토지등급을 수정결정할 수 있다.

③ 시장·군수가 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 등급을 설정하거나 수정하고자 할 때에는 내무부령이 정하는 바에 따라 도지사의 승인을 받아야 한다.

④ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 토지의 등급설정과 수정에 관한 절차와 방

법 기타 필요한 사항은 내무부령으로 정한다

소득세법(所得稅法) 제60조 (기준시가(基準時價)의 결정(決定))

제23조 제4항과 제45조 제1항 제1호에 규정하는 기준시가(基準時價)의 결정(決定)은 대통령령(大統領令)이 정하는 바에 의한다.

소득세법시행령(所得稅法施行令) 제115조 (기준시가(基準時價)의 결정(決定)) ① 법 제60조에 규정하는 기준시가의 결정은 다음 각호에 정하는 바에 의한다.

1. 토지

가. 나목의 경우를 제외하고는 시장·군수·구청장이 지가공시및토지등의평가에관한법률 제10조의 규정에 의하여 공시지가를 기준으로 하여 산정한 개별필지에 대한 지가(이하 "개별공시지급한다). 다만, 개별공시지가가 없는 토지에 있어서는 인근 유사토지의 개별공시지가를 참작하여 재무부령이 정하는 방법에 의하여 평가한 가액으로 한다

나. 국세청장이 지정하는 지역에 있어서는 배율방법에 의하여 평가한 가액

1의2. 건물

가. 나목의 경우를 제외하고는 지방세법시행령 제80조의 규정에 의한 과세시가표준액에 의한 가액

나. 국세청장이 지정하는 지역 안에 있는 공동주택 및 특수용도의 건물에 대하여는 양도자산의 종류규모·거래상황 등을 참작하여 국세청장이 평가하여 고시한 가액

2. 지상권·전세권과 등기된 부동산 임차권 상속세법시행령 제6조 제1항 제1호의 규정을 준용하여 평가한 가액

3. 제44조 제6항의 주식 등과 제44조의2 제1항 제1호·제3호 및 제5호의 기타 자산 상속세법시행령 제5조의 규정을 준용하여 평가한 가액, 이 경우 재무부령이 정하는 바에 의한 평가기준시기나 평가액을 적용할 수 없다. 다만, 장부분실 등의 사유로 취득당시의 기준시가를 확인할 수 없는 경우에는 액면가액을 취득당시의 기준시가로 적용한다

4. 제44조의2 제1항 제2호의 기타 자산

(가) 양도가액

(양도시의 임대보증금 상당액)+(당해자산을 양도하는 사업자의 영업권 평가액)

(나) 취득가액

(취득시의 임대보증금 상당액) + ((가)에 의하여 계산한 양도가액) - (취득시의 임대보증금 상당액) × 1/2

5. 부동산을 취득할 수 있는 권리와 제44조의2 제1항 제4호의 기타 자산·양도자산의 종류·규모·거래상황 등을 감안하여 재무부령이 정하는 방법에 의하여 국세청장이 평가한 가액

② 건물에 부수되는 토지를 공유로 하고 건물을 구분 소유하는 공동주택 등으로서 국세청장이 지정하는 지역 안에 있는 공동주택 등의 경우 국세청장이 당해 부속토지와 건물의 가액을 일괄하여 평당燕체 때에는 제1항 제1호 및 제1호의2의 규정에 불구하고 그 평가 고시한 가액을 당해 공동주택 등의 기준시가로 한다

③ 제1항 제1호·제1호의2 및 제2항의 규정에 의한 양도 당시의 기준시가와 취득당시의 기준시가가 동일한 경우에는 제1항 제1호·제1호의2 및 제2항의 규정에 불구하고 당해 토지 또는 건물의 보유기간과 기준시가의 상승률을 참작하여 재무부령이 정하는 방법에 의하여 계산한 가액을 양도 당시의 기준시가로 한다

④ 제1항 제1호 나목에서 “배율방법”이라 함은 양도·취득당시의 개별공시지가에 지역마다 그 지역에 있는 가격 사정이 유사한 토지의 매매실례가액을 참작하여 국세청장이 정하는 배율을 곱하여 계산한 금액에 의하여 평가하는 방법을 말한다.

⑤ 제1항 제1호의2 나목 및 제2항의 규정에 의하여 국세청장이 지정하는 지역에 있는 자산으로서 취득 당시에는 그 지역에 해당하지 아니하는 경우에 취득 당시의 기준시가는 다음의 산식에 의하여 계산한 가액으로 한다.

양도 당시의 기준시 \times 율 \times 당시의 과세시가표준액 / 양도 당시의 과세시가표준액(제3항의 규정에 해당하는 경우에는 동항의 규정에 의한 양도 당시의 기준시가)

⑥ 제1항 제1호를 적용함에 있어서 새로운 기준시가가 고시되기 전에 취득 또는 양도하는 경우에는 직전의 기준시가에 의한다

⑦ 제1항 제3호의 규정에 의하여 산정한 양도 당시의 기준시가와 취득 당시의 기준시가가 동일한 경우에는 제1항 제3호의 규정에 불구하고 당해 자산의 보유기간과 기준시가의 상승률을 참작하여 재무부령이 정하는 방법에 의하여 계산한 가액을 양도 당시의 기준시가로 한다

⑧ 제1항 제3호 및 제4호의 영업권을 평가함에 있어서 양도자가 제시한 증빙

에 의하여 자기자본을 확인할 수 없는 경우에는 다음 각호의 산식에 의하여 계산한 금액 중 많은 금액으로 한다.

1. 사업소득금액/재무부령이 정하는 자기자본이익율
2. 수입금액/재무부령이 정하는 자기자본회전율

법인세법(法人稅法) 제59조의2 (과세표준(課稅標準)) ① 특별부가세(特別附加稅)의 과세표준(課稅標準)은 대통령령(大統領令)이 정하는 토지(土地), 건물(建物), 부동산(不動產)에 관한 권리(權利), 주식(株式) 또는 출자지분(出資持分)(이하 “토지(土地) 등”이라 한다)의 양도(讓渡)로 인하여 발생한 양도차익(讓渡差益)으로 한다.

② 생략

③ 제1항의 규정(規定)에 의한 양도차익(讓渡差益)은 양도가액(讓渡價額)에서 다음 각호에 계기하는 금액을 공제한 금액으로 한다. 다만, 양도가액(讓渡價額)과 취득가액(取得價額)이 불분명한 경우에는 대통령령(大統領令)이 정하는 바에 의하여 결정된 양도(讓渡)당시의 기준시가(基準時價)에 의한 금액과 취득 당시의 기준시가(基準時價)에 의한 금액을 각각 양도가액(讓渡價額)과 취득가액(取得價額)으로 한다.

1. 취득가액(取得價額). 다만, 상속세법(相續稅法)의 규정(規定)에 의하여 상속세과세가액(相續稅課稅價額)에 산입되지 아니한 재산(財産) 또는 증여세(贈與稅)가 면제되는 재산(財産)을 출손(出損)받은 법인(法人)이 대통령령(大統領令)이 정하는 토지(土地) 등을 양도(讓渡)하는 경우에 있어서는 당해 토지(土地) 등을 출손(出損)한 출손자(出損者)의 취득가액(取得價額)을 당해 법인(法人)의 취득가액(取得價額)으로 한다.

2. 토지(土地) 등을 양도(讓渡)하기 위하여 직접 지출하는 비용

3. 취득가액(取得價額)에 대통령령(大統領令)이 정하는 율(率)과 보유기간(保有期間)을 곱하여 계산한 금액, 다만, 제59조의4 제1항 제2호의 토지(土地) 등을 양도(讓渡)하는 경우에 한한다.

④ 생략

법인세법시행령(法人稅法施行令) 제124조의2 (특별부가세(特別附加稅)의 과세표준(課稅標準) 계산(計算)) ①~⑦ 생략

⑧ 법 제59조의2 제3항에 규정하는 기준시가는 소득세법시행령 제115조에 규정하는 기준시가에 의한다

⑨~⑭ 생략

상속세법(相續稅法) 제9조 (상속재산(相續財産)의 가액평가(價額評價)) ① 상속재산(相續財産)의 가액(價額) 및 상속재산(相續財産)의 가액(價額) 중에서 공제할 공과(公課) 또는 채무(債務)는 상속개시(相續開始) 당시의 현황에 의한다. 다만, 실종선고(失蹤宣告)로 인한 상속(相續)의 경우에는 실종선고일(失蹤宣告日) 당시의 현황에 의하며, 상속재산(相續財産)의 가액(價額)에 가산(加算)할 증여(贈與)의 가액(價額)은 증여(贈與) 당시의 현황에 의한다.

②~⑤ 생략

상속세법시행령(相續稅法施行令) 제5조 (상속재산(相續財産)의 평가방법(評價方法)) ① 법 제9조 제1항의 규정에

의한 상속개시 당시의 현황에 의한 가액은 그 당시의 시가에 의하여
시가를 산정하기 어려울 때에는 제2항 내지 제6항의 규정에 의한 방법에
의한다.

② 유형재산(유가증권을 제외한다)의 평가는 다음 각호에 의한다.

1. 토지의 평가

가. 나목의 경우를 제외하고는 시장·군수·구청장이 지가공시및토
지등의평가에관한법률 제10조의 규정에 의하여 공시지가를 기준으로 하
여 산정한 개별필지에 대한 지가(이하 “개별공시지”라 한다)에 의한다.
다만, 개별공시지가가 없는 토지에 있어서는 인근 유사토지의 개별공시지
가를 참작하여 재무부령이 정하는 방법에 의하여 평가한 가액으로 한다

나. 국세청장이 지정하는 지역에 있어서는 배율방법에 의하여 평
가한 가액에 의한다.

1의2. 건물의 평가

가. 나목의 경우를 제외하고는 지방세법시행령 제80조의 규정에
의한 과세시가표준액에 의한 가액에 의한다

나. 국세청장이 지정하는 지역 안에 있는 공동주택 및 특수용도의
건물에 대하여는 재산의 종류·규모·거래상황 등을 참작하여 국세청장이
평가하여 고시한 가액에 의한다

2. 선박의 평가는 지방세법상의 과세시가표준액에 의한다

3. 시설물 기타 구축물(토지 또는 건물과 일괄하여 평가하는 것을
제외한다. 이와 같다)의 평가는 그것을 다시 건축할 때 소요된다고 예상되
는 가액에서 그것의 설치시기로부터 상속개시일까지의 감가상각비를 공
제한 가액에 의한다.

4. 상품·제품·반제품·제공품·원재료 기타 이에 준하는 동산의 평
가는 그것을 처분할 때에 취득할 수 있다고 예상되는 가액에 의한다

5. 소유권의 대상이 되는 동물의 평가는 제4호의 규정을 준용한다.

6. 판매용이 아닌 서화·골동품의 평가는 2인 이상의 전문가가 감정
한 가액의 평균액에 의한다.

7. 이 영에 따로 평가방법을 규정한 동산을 제외한 유형고정자산
의 평가는 제3호의 규정을 준용한다.

③ 건물에 부수되는 토지를 공유로 하고 건물을 구분소유하는 공동
주택 등으로서 국세청장이 지정하는 지역 안에 있는 공동주택 등의 경우
국세청장이 당

해 부속토지와 건물의 가액을 일괄하여 평가할 때에는 제2항 제1호 및 제1호의2의 규정에 불구하고 그 평가액에 의한다

④ 매입한 무체재산권의 평가는 매입가액에서 매입시기로부터 상속개시일까지의 감가상각비를 공제한 가액에 의한다

⑤ 제4항 이외의 무체재산권의 평가는 다음 각호에 의한다

1. 영업권의 평가는 다음 산식에 의한다 다만, 매입한 무체재산권으로서 그 성실상 영업권에 포함시켜 평가되는 무체재산권의 가액은 다음의 평가액에서 공제한다.

{상속개시일 전 3년간(3년에 미달할 때에는 그 연수)의 평균순이익 \times 1/2-상속개시일 현재의 자기자본 \times 1년만기 정기예금의 이자율을 감안하여 재무부령이 정하는 율} \times 상속개시일 이후의 영업권의 지속연수(원칙적으로 5년으로 한다)

2. 특허권·실용신안권·의장권·상표권의 평가

가. 권리자가 스스로 특허권 등을 실시하고 있는 경우에는 영업권에 포함시켜 평가한다.

나. 권리자가 이를 타인에게 대여하고 보상금을 받을 수 있는 경우에는 상속개시일로부터 그 권리의 존속기간이 만료할 때까지의 각 연도의 보상금을 재무부령이 정하는 방법에 의하여 환산한 금액의 합계액을 그 가액으로 한다.

3. 저작권의 평가는 그 권리에 의하여 장래 받을 각 연도의 인세 기타 보상금을 각각 재무부령이 정하는 방법에 의하여 환산한 금액의 합계액을 그 가액으로 한다.

4. 광업권과 채석권 등의 평가

가. 조업할 수 있는 경우에는 상속개시일 이후의 채굴가능연수에 대하여 상속개시일 전 3년간 평균순소득(실적이 없는 경우에는 예상순소득)을 각 연도마다 재무부령이 정하는 방법에 의하여 환산한 금액의 합계액을 그 가액으로 한다.

나. 조업할 가치가 없는 경우에는 설비 등만 평가한다

5. 어업권의 평가는 영업권에 포함시켜 평가한다

⑥ 유가증권의 평가는 다음 각호에 의한다

1. 주식과 출자지분의 평가

가. 증권거래소에 상장되는 주식과 출자지분은 상속개시일 전 1개월간에 공표된 매일의 증권거래소 최종시세가액(거래실적의 유무를 불문한다)의 평균액과 상속개시일의 증권거래소 최종시세가액 중 낮은 편에 의한다. 다만, 평균액 계산에 있어서 1개월의 기간 중에 증자, 합병 등의 사유가 발생하여 당해 평균액에 의하는 것이 부적당한 경우에는 증자, 합병 등이 있는 날의 다음 날부터 상속개시일까지의 기간의 평균액에 의한다.

나. 증권거래소에 상장되지 아니한 주식과 출자지분은 다음 (1) 및 (2)에 의하여 계산한 가액 중 낮은 가액에 의한다. 다만, 기업공개를 목적으로 증권관리위원회에 유가증권신고를 한 법인의 주식으로서 그 유가증권신고 직전 6일부터 증권거래소에 최초로 주식을 상장하기 전까지의 주식은 재무부령이 정하는 가액에 의하여 평가한다.

(1) 다음 산식에 의하여 계산한 가액, 다만, 사업개시 전의 법인, 사업개시 후 3년 미만의 법인과 휴업·폐업 또는 청산 중에 있는 법인에 대하여는 당해 법인의 순자산가액을 발행주식총수로 나눈 금액을 1주당 가액으로 한다. 1주당 가액 = (당해 법인의 순자산가액 / 발행주식총수 + 1주당 최근 3년간 손순이익의 가중평균액 / 금융시장에서 형성되는 평균 이자율을 감안하여 재무부령이 정하는 율) / 2

(2) 평가대상이 되는 비상장법인과 재무부령이 정하는 동일하거나 유사한 업종 및 규모의 상장법인이 2 이상 있는 경우의 당해 상장법인의 주식을 가목에 의하여 평가한 가액의 평균액

다. 나목의 순자산가액은 상속개시일 현재의 재산을 이 영이 정하는 바에 의하여 평가한 가액에서 부채를 공제한 것으로 하되 그 평가는 공신력이 있는 감정기관의 시가감정서에 의할 수 있다. 이 경우 법인세법 제17조 제10항의 규정에 의한 이연자산과 법인세법시행령 제8조의2 규정에 의한 환율조정계정의 금액은 각각 자산과 부채에 포함하지 아니한다.

라. 상속재산인 주식을 발행한 법인이 다른 비상장법인의 총발행주식의 100분의 10 이하의 주식을 소유하고 있는 경우에 그 다른 비상장법인

발행주식의 평가는“나”의 규정에 불구하고 그 상속개시일 현재의 당해 상속재산인 주식을 발행한 법인의 장부가액에 의하며출자지분의 경우에도 이에 준하여 계산한다.

마. 나목의 규정에 의한 손손익액은 법인세 제9조의 규정에 의한 각 사업연도의 소득에 동법 제15조 제1항 제8호·제10호 및 제11호의 금액을 가산한 금액에서 다음에 계기하는 금액을 공제한 금액으로 한다

(1) 법인세법 제16조 제4호·제5호·제7호 및 제16호에 계기하는 금액과 각 세법에 규정하는 징수 불이행으로 인하여 납부하였거나 납부할 세액

(2) 삭제

(3) 법인세법 제18조·제18조의2·제18조의3 및 제18조의4에 계기하는 금액

(4) 당해 사업연도의 법인세액·방위세액 및 주민세액

바. 나목의 산식 중 1주당 최근 3년간 손손익액의 가중 평균액은 재무부령이 정하는 바에 의하여 계산하고 그 가중 평균액이 영 이하인 경우에는 이를 영으로 한다.

사. 나목의 규정에 의한 평가에 있어서 법인세법시행령 제1조의2 제2항의 규정에 의한 지배주주 및 그와 특수관계에 있는 주주가 소유하는 주식에 대하여는 나목에 의하여 계산한 가액에 그 가액의100분의 10을 가산한다.

2. 국채·공채·사채의 평가는 제1호 “ 금 규정을 준용한다. 다만, 증권거래소에 상장되지 아니하는 경우에는 실제 매입가액에 상속개시일까지의 미수이자 상당액을 가산한 금액에 의한다

3. 예금·저금 또는 적금의 평가는 상속개시일에 있어서의 예입총액과 동시기 현재 이미 경과한 미수이자액의 합계액에 의한다

4. 대부금채권의 평가는 원본과 상속개시일 현재까지의 미수이자액의 합계액에 의한다. 다만, 대부금채권의 전부 또는 일부가 상속개시일 현재 회수불능이라고 인정될 때에는 그 가액은 산입하지 아니한다

⑦ 제2항 제1호 나목에서 “배출방법”이라 함은 상속개시 당시의 개별공시지가에 지역마다 그 지역에 있는 가격사정이 유사한 토지의 매매실례가액을 참작하여 국세청장이 정하는 배율을 곱하여 계산한 금액에 의하여 평가하는 방법을 말한다.

⑧ ~ ⑨ 삭제

【참조 판례】

2. 1989.7.21. 선고, 89헌마38 결정
1991.2.11. 선고, 90헌가27 결정
1991.7.8. 선고, 91헌가4 결정
8. 1992.2.25. 선고, 91헌가5, 90헌바3(병합) 결정

【주 문】

토지초과이득세법(제정 1989.12.30. 법률 제4177호, 개정 1993.6.11. 법률 제4561호, 1993.6.11. 법률 제4563호)은 헌법에 합치되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 92헌바49 사건

청구인 경○업은 서울 서초구 양재동 ○○ 대 295.5㎡를 소유하고 있고, 그 지상에는 철파이프조 천막지붕 단층 창고 1동 건평 58.2㎡와 목조판자 및 천막지붕 단층 사무실 1동 건평 22.5㎡의 무허가건물 2동이 각 건립되어 있다. 서초세무서장은 1991.11.1. 위 토지가 토지초과이득세법(제정 1989.12.30. 법률 제4177호, 개정 1993.6.11. 법률 제4561호, 1993.6.11. 법률 제4563호, 이하 “토초세법”이라 한다) 제8조 제1항 제4호 다목(무허가 건축물의 부속토지)에 따른 유희토지 등에 해당한다하여 청구인에게 1990.1.1.부터 같은 해 12.31.까지의 예정결정기간분에 대한 토지초과이득세(이하 “토초세”라 한

다) 금 20,959,960원을 부과·고지하였다.

청구인은 서울고등법원에 위 토초세부과처분의 취소를 구하는 행정소송(92구12058)을 제기하는 한편, 토초세는 실현되지 아니한 가상이득에 대하여 과세하는 것으로서 국민의 재산권을 침해하는 것이므로 세액의 계산, 과세표준, 세율을 각 규정하고 있는 토초세법 제10조 내지 제12조는 재산권의 보장과 제한에 관한 헌법 제3조 제3항에, 국세청장에게 1년 단위로 토초세를 부과할 수 있는 권한을 포괄위임하고 있는 토초세법 제23조는 조세법률주의를 규정한 헌법 제38조에 각 위반된다는 이유로 위 법원에 위헌제청신청(92부505)을 하였다(다만, 토초세법 제8조에 대하여는 다투고 있지 아니하다).

위 법원은 1992.11.19. 청구인의 위헌제청신청을 기각하는 결정을 하였고(위 행정소송에 관하여도 1993.3.4. 청구인의 청구를 기각하는 판결을 선고하였다), 위 위헌제청기각결정이 같은 해 12.7. 청구인에게 송달되자 청구인은 같은 달 12. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

(2) 92헌바52 사건

청구인 김○태는 서울 영등포구 여의도동 ○○ 대 1,375㎡를 소유하고 있고, 그 지상에는 토지임차인 소유의 철근콘크리트조 슬라브지붕 지하 3층, 지상 10층 소매점 및 사무실 1동 총건평 10,943.33㎡가 건립되어 있다. 여의도세무서장은 1991.11.1. 위 토지가 토초세법 제8조 제1항 제13호(임대에 쓰이고 있는 토지)에 따른 유희토지 등에 해당한다 하여 청구인에게 1990.1.1.부터 같은 해 12.31.까지의 예정결정기간분에 대한 토초세 금279,475,625원을 부과·고지하

였다.

청구인은 서울고등법원에 위 토초세부과처분의 취소를 구하는 행정소송(92구14122)을 제기하는 한편, 토초세법 자체는 유희토지만을 과세대상으로 삼고 있는 점, 지가하락시 적정한 보상규정이 마련되어 있지 아니한 점, 양도소득세 등과 이중으로 과세되고 있는 점 등에서 조세평등주의를 규정한 헌법 제11조 등에 위반되고, 유희토지 등의 범위를 정하고 있는 토초세법 제8조는 조세법률주의를 규정한 헌법 제8조, 제59조에 위반되며, 임대토지에 관하여 규정하고 있는 토초세법 제8조 제1항 제13호 및 토초세의 물납을 규정하고 있는 토초세법 제22조는 우리 헌법상의 자유민주적 기본질서와 경제질서의 기본이념에 관한 헌법전문, 제4조, 제8조, 제119조에 각 위반된다는 이유로 위 법원에 위헌제청신청(92부825)을 하였다.

위 법원은 1992.11.24. 청구인의 위헌제청신청을 기각하는 결정을 함과 아울러 위 행정소송에 대하여서도 청구인의 청구를 기각하는 판결을 선고하였고, 위 위헌제청기각결정이 같은 해 12.8. 청구인에게 송달되자 청구인은 같은 달 21. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 토초세법 제8조 제1항 제13호, 제10조, 제11조, 제12조, 제22조, 제23조가 헌법에 위반되는지의 여부인데 그 내용은 아래와 같다.

제8조(개인소유토지 중 유희토지 등의 범위) ① 개인이 소유하는 토지로서 토지초과이득세의 과세대상이 되는 유희토지 등은 다음 각

호의 1에 해당하는 토지로 한다.

13. 임대애 쓰이고 있는 토지(대통령령(大統領令)이 정하는 토지를 제외한다). 다만, 건축물에 부수하여 임대하는 건축물의 부속토지로서 제1호 내지 제4호의 규정에 해당하지 아니하는 토지를 제외한다

제10조(세액의 계산) 토지초과이득세는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 다음 각호의 규정에 의하여 계산한다

1. 제11조의 규정에 의한 과세표준에 제2조의 규정에 의한 세율을 적용하여 산출세액을 계산한다.

2. 제1호의 규정에 의하여 계산한 산출세액에서 제5조 제3항의 규정에 의한 세액을 공제하여 결정세액을 계산한다

3. 제2호의 규정에 의하여 계산한 결정세액에서 제9조의 규정에 의한 가산세를 가산하여 총결정세액을 계산한다

제11조(課稅標準) ① 토지초과이득세의 과세표준은 과세기간 종료일의 지가에서 그 과세기간 개시일의 지가를 공제한 금액(이하 “지가상승액”이라 한다)에서 다시 다음 각 호의 금액을 공제한 금액으로 한다

1. 당해 과세기간의 정상지가상승분

2. 유휴토지 등에 대한 대통령령이 정하는 개량비와 자본적 지출액(이하 “개량비 등”이라 한다)

② 제1항의 규정에 의한 과세기간 종료일의 지가와 과세기간 개시일의 지가는 대통령령이 정하는 기준시가(이하 “기준시가”라 한다)에 의한다.

③ 과세기간 종료일 현재 토지초과이득세의 과세대상이 되는 유휴토지 등으로서 당해 과세기간 중에 다음 각호의 1에 해당하는 기

간이 있는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 당해기간의 토지초과이득을 제1항의 규정에 의하여 계산한 과세표준에서 차감한다

1. 제3조 제3항의 규정에 의한 유휴토지 등에 해당하지 아니하는 기간

2. 제5조 제1항의 규정에 의하여 토지초과이득세를 부과하지 아니하는 기간

④ 제1항 제2호의 규정에 의한 개량비 등은 당해 과세기간 중에 확정된 금액으로 하되, 소득세법 제51조의 규정을 준용한다.

⑤ 제4조 제6항의 규정이 적용되는 경우에는 각 소유자의 유휴토지 등의 보유기간과 기준시가 상승률을 감안하여 대통령령이 정하는 방법에 의하여 전 소유자와 후 소유자에게 당해 과세기간의 토지초과이득을 배분하여 각각의 과세표준을 계산한다

제12조(세율) 토지초과이득세의 세율은 100분의 50으로 한다.

제22조(물납 및 매각의뢰 등) ① 세무서장은 토지초과이득세의 납부세액이 1천만원을 초과하고 유휴토지 등의 소유자가 토지초과이득세를 금전으로 납부하기가 곤란하다고 인정하는 경우에는 납세의무자의 신청을 받아 토지초과이득세가 부과되는 당해 토지에 의한 토지초과이득세의 물납을 허가할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 물납을 신청한 자가 그 허가를 받지 못한 때에는 정부에 대하여 당해 과세대상토지의 매각의뢰를 청구할 수 있다. 이 경우 당해 과세대상토지의 일부만을 매각의뢰할 수 없다

③ 정부는 제2항의 규정에 의한 매각의뢰가 있는 때에는 대통령

령이 정하는 자에게 매각을 의뢰하여야 한다 이 경우 정부는 당해 토지를 스스로 매수하거나 대통령령이 정하는 자를 지정하여 매수하게 할 수 있다.

④ 제3항의 규정에 의하여 토지소유자가 매각을 의뢰한 토지에 대하여 부과된 토지초과이득세에 대하여는 그 매각의뢰일부터 1년간은 국세징수법 제22조 제1항의 규정을 적용하지 아니한다.

⑤ 제3항의 규정에 의하여 당해 과세대상토지의 매각의뢰를 받은 자가 이를 매각하거나 정부 등이 이를 매수한 경우 매각 또는 매수대금을 다음 각호의 금액에 충당하고 그 나머지 금액을 납세의무자에게 지급하여야 한다.

1. 대통령령이 정하는 매각비용 또는 매수비용
2. 당해 토지에 대하여 부과된 토지초과이득세(가산금을 포함한다)

⑥ 물납의 절차 및 허가기준과 물납에 충당할 토지의 수납가격과 그 정산, 매각의뢰 및 매각절차와 매수가격 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다

제23조(예정결정기간에 대한 과세) ① 개발사업이 시행되는 주변 지역 등 지가가 급격하게 상승하거나 상승할 우려가 있는 토지로서 국세청장이 대통령령이 정하는 위원회의 심의를 거쳐 지정하는 지역 안에 있는 유희토지 등에 있어서 과세기간 중 최초의 1년간 또는 그 다음 1년간(이하 “예정결정기간”이라 한다)의 지가상승액이 당해 예정결정기간의 정상지가상승분의 100분의 150에 해당하는 금액과 개발비 등의 합계액을 초과하는 경우에는 그 초과하는 금액에 대하여 토지초과이득세를 부과한다.

② 국세청장은 제1항의 규정에 의한 지역을 지정하는 때에는 당해 예정결정기간 종료 전에 이를 고시하여야 한다

③ 제1항의 규정에 의한 예정결정기간에 대한 토지초과이득세의 과세에 있어서의 과세표준과 세액, 정상지가상승률의 고사신고·납부·결정·징수 등에 관하여는 과세기간에 대한 토지초과이득세에 관한 규정을 준용한다.

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 토초세는 미실현이득에 대한 것이기 때문에 실현된 이득에 대하여 현금으로 납세할 의무가 있다는 헌법 제38조의 조세법률주의, 제23조 제1항의 재산권 보장규정에 위반된다

(2) 토초세법 제8조는 과세대상이 되는 같은 조 소정의 “유휴토지”(遊休土地)의 해당여부판정과 과세표준 산정의 기초인 기준지가를 행정청이 판정하고 결정고시하도록 하고 있어 헌법 제38조, 제59조가 정하고 있는 조세법률주의에 위반된다

(3) 토초세법 제8조는 미실현이득에 대하여 과세를 당하는 국민과 실현이득에 대하여 과세를 당하는 국민을 차별대우하고, 유휴토지만을 과세대상으로 하고 있어 토지초과이득이 발생하는 비유휴토지와 비교하여 볼 때, 공평과세의 원칙에 위반되어 헌법상의 평등원칙에 위반된다. 나아가 토초세법 제12조는 일률적으로 100분의 50이라는 세율을 적용하고 있어 조세의 공평부담원칙에 어긋나 헌법상의 평등원칙에 위반된다

(4) 토초세법 제8조 제13호 소정의 “임대용 토지”를 유휴토지로 규정하고 있는 것은 자유민주적 기본질서에 기초하고 있는 우리 헌

법상의 경제질서와 배치되어 헌법 전문 제4조, 제8조 제4항, 제119조에 위반된다.

(5) 토초세법 제22조는 그 실질에 있어 국가가 점진적으로 토지를 무상으로 몰수하는 결과를 가져 오는 것이어서 헌법 제23조, 제119조에 위반된다.

(6) 토초세법 제23조는 같은 법 제6조의 규정에도 불구하고 국세청장에게 1년 기간으로 토초세를 징수할 수 있는 권한을 포괄적으로 위임하고 있어 헌법 제38조 소정의 조세법정주의에 위반된다

(7) 종합토지세와 양도소득세가 운용되고 있는 현행 법제하에서 토초세는 이중과세에 해당되어 이중과세금지원칙에 위반된다.

나. 재무부장관 및 법무부장관의 의견

(1) 미실현이득의 경우에도 이득액의 추정이 가능하며 모든 세금이 현금지불능력을 기준으로 부과되는 것은 아니므로 미실현이득에 대하여도 과세를 할 수 있다. 자본이득의 개념을 실현된 이득으로 할 것인가 또는 미실현이득을 포함할 것인가는 과세목적 과세소득의 특성, 과세기술상의 문제를 종합하여 판단할 입법정책적인 문제이다

(2) 토초세는 유희토지를 과세대상으로 하여 유희토지의 보유단계에서 발생하는 지가상승이익을 조세로 환수함으로써 조세부담의 형평과 지가의 안정 및 토지의 효율적 이용을 도모하고자 하는 것이므로 헌법상의 평등원칙에 부합한다 세율을 누진세율구조로 할 것이나 단일비례세율구조로 할 것이냐는 당해 조세의 과세목적에 따라 입법정책적으로 판단할 성질의 것이다.

(3) 토초세는 생산이나 생활수단이 아닌 지가상승이익을 기대하

여 보유하고 있는 유희토지의 토지초과이익에 대하여 과세하여 지가상승으로 인한 불로소득을 세금으로 환수하고, 아울러 조기에 매각할수록 양도소득세의 과세에서 더 많이 공제해 주는 장치를 도입함으로써 유희토지의 매각을 촉진시켜 신축주택 건축용지나 신생기업의 공장용지 등을 실수요자가 보다 싼값으로 쉽게 취득할 수 있도록 토지이용의 효율성을 제고하기 위한 것이므로, 이는 헌법 전문, 제23조 제1항, 제2항, 제119조 제1항, 제2항에 합치된다.

(4) 토초세법 제22조의 물납규정은 유희토지 등의 소유자가 금전으로 납부하기가 곤란하다고 인정되는 사정이 있고 토초세가 부과된 당해 유희토지 등을 대상으로 납세자의 물납신청이 있는 경우에만 제한적으로 허가하는 것이므로 토지의 점진적 무상물수라고 할 수 없다

(5) 토초세는 유희토지 등을 대상으로 일정과세기간 중 정상지가 상승률을 초과하여 상승한 토지초과이익을 과세물건으로 하여 과세하는 조세이고, 양도소득세나 종합토지세와는 그 과세물건을 달리하는 것이므로 이중과세의 문제는 발생하지 아니한다.

(6) 토초세법 제23조의 규정에 의한 예정결정기간에 대한 과세는 3년 과세기간에 대한 세금의 예납제도로서 예정결정기간에 대한 토초세의 과세대상이 되는 유희토지의 범위, 납세의무자, 세율, 신고, 납부 등의 사항을 모두 법률에 규정하고 있으며 단지 그 과세대상이 되는 지역을 '국세청장이 대통령령이 정하는 위원회의 심의를 거쳐 지정하는 지역'으로 한정된 것이므로 헌법상 조세법률주의에 합치되는 것이다

3. 판단

가. 제도 자체의 헌법적 정당성 문제

(1) 미실현이득 과세 문제

(가) 현대에 있어서의 조세의 기능은 국가재정 수요의 충당이라는 고전적이고도 소극적인 목표에서 한걸음 더 나아가 국민이 공동의 목표로 삼고 있는 일정한 방향으로 국가사회를 유도하고 그러한 상태를 형성한다는 보다 적극적인 목적을 가지고 부과되는 것이 오히려 일반적인 경향이 되고 있다. 이러한 조세의 유도적·형성적 기능은 우리 헌법상 “국민생활의 균등한 향상”을 기하도록 한 헌법 전문(前文), 모든 국민으로 하여금 “인간다운 생활을 할 권리”를 보장한 제34조 제1항, “균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여” 국가로 하여금 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있도록 한 제119조 제2항, “국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발과 보전을 위하여” 국가로 하여금 필요한 제한과 의무를 과할 수 있도록 한 제122조 등에 의하여 그 헌법적 정당성이 뒷받침되고 있다.

토초세법은 “각종 개발사업 및 기타 사회경제적 요인으로 유헴토지 등의 지가가 상승함으로 인하여 그 소유자가 얻는 토지초과이득을 조세로 환수함으로써, 조세부담의 형평과 지가의 안정 및 토지의 효율적 이용을 기하고 나아가 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다”라고 규정하고 있다(제1조).

토초세법의 위 목적규정은 첫째, 이득이 있는 모든 곳에 반드시 조세가 따라야 한다는 조세법상의 공평이념을 실현하기 위하여 토지소유자 개인의 노력과는 상관없는 개발이익 등 불로소득을 조세

로 환수하는 데 토초세법의 우선적인 목적이 있음을 천명함과 아울러 토초세가 소득세(所得稅)의 일종임을 밝히고, 둘째, 이와 같은 조세를 수단으로 하여 유희토지 등에 대한 투기적 수요의 억제 지가의 안정과 실수요자에의 유희토지 등 공급의 확대 그리고 궁극적으로는 생산구조 내에서 토지가 차지하는 경제작사회적 제 비용의 절감을 통한 국민경제의 건전한 발전이라는 행정목적은 아울러 실현하려는 의도를 표명한 것으로 해석된다. 그렇다면 조세에 있어서 헌법적으로 승인된 유도적 형성적 기능에 비추어 토초세법의 위 목적에 대하여 헌법재판소가 곧바로 그 시비를 가릴 것은 아니라고 본다.

(나) 한편, 이득이 실현되었건 실현되지 않았건 납세자에게 소득의 증대에 따른 담세력의 증대가 있었다는 점에서는 실현이득이나 미실현이득 양자가 본질적으로 차이가 없고 그와 같이 증대된 소득의 실현 여부 즉, 증대된 소득을 토지자본과 분리하여 현금화할 것인지의 여부는 당해 납세자가 전체 자산구성을 어떻게 하여 둘 것인가를 선택하는 자산보유형태의 문제일 뿐 소득창출의 문제는 아니며 미실현이득에 대한 과세 역시 실현이득에 대한 과세와 마찬가지로 원본과는 구별되는 소득에 대한 과세에 지나지 아니하므로 적어도 법리적으로는 미실현이득에 대한 과세에 있어서 원본잠식의 문제가 생길 여지는 없고 실제에 있어서도 비록 과세목적과 과세방법이 다르기는 하나 자산재평가세 자산평가 차익에 대한 법인세 등 미실현이득에 과세하는 기존의 예가 없지도 아니하다. 따라서 과세대상인 자본이득의 범위를 실현된 소득에 국한할 것인가 혹은 미실현이득을 포함시킬 것인가의 여부는 과세목적, 과세소득

의 특성, 과세기술상의 문제 등을 고려하여 판단할 입법정책의 문제일 뿐, 헌법상의 조세개념에 저촉되거나 그와 양립할 수 없는 모순이 있는 것으로는 보여지지 아니한다.

(대) 다만, 미실현이득에 대한 과세제도가 이론상으로는 조세의 기본원리에 배치되는 것이 아니라고 하더라도, 미실현이득은 용어 그대로 그 이득이 아직 자본과 분리되지 아니하여 현실적으로 지배·관리·처분할 수 있는 상태에 있는 것이 아니라는 특성으로 인하여 소득세의 형태로 이를 조세로 환수함에 있어서는 과세대상이득의 공정하고도 정확한 계측 문제, 조세법상의 응능부담(應能負擔) 원칙과 모순되지 않도록 납세자의 현실 담세력을 고려하는 문제, 지가변동순환기(循環期)를 고려한 적정한 과세기간의 설정문제, 지가하락에 대비한 적절한 보충규정 설정문제 등 선결(先決)되지 아니하면 아니 될 여러 가지 과제가 있다. 실제 세계의 여러 나라에서 불로소득의 환수와 지가안정을 이유로 부동산상의 미실현이득에 대한 과세의 정당성과 필요성이 오래 전부터 주장되어 왔음에도 불구하고, 오늘날 그러한 과세제도가 성공적으로 정착되고 있는 입법례를 찾아보기가 쉽지 아니하다는 것은 바로 미실현이득에 대한 과세제도의 이와 같은 난점을 실증적으로 반영하고 있는 것이라 할 수 있다.

특히 토초세는 토지재산, 즉 원본에 대한 과세가 아니라 원본으로부터 파생된 이득에 대하여 과세하는 소득세의 일종이므로 만약 유휴토지 등 소유자가 가공이득에 대한 토초세를 부담하는 경우가 생긴다면, 이는 원본인 토지 자체를 무상으로 몰수당하는 셈이 되어 소득세의 본질에도 반하는 결과가 될 뿐만 아니라 결과적으로

헌법상의 재산권 보장원칙에 배치되고 조세원리상의 실질과세 공평과세의 이념에도 반한다고 하지 아니할 수 없다

그러므로 미실현이득에 대한 과세제도는 이상의 제반 문제점이 합리적으로 해결되는 것을 전제로 하는 극히 제한적·예외적인 제도라 보지 아니할 수 없으며, 그렇기 때문에 미실현이득에 대한 과세제도인 토초세의 헌법적합성을 논함에 있어서는 무엇보다도 먼저 그 과세대상이득의 공평하고도 정확한 계측 여부가 제일의 과제가 되어야 할 것이요 나아가 앞에서 본 여러 가지 문제점에 대한 적절한 해결책이 마련되어 세제 자체가 체계적으로 모순 없이 조화를 이루고 있는가 하는 점을 특히 염두에 두지 아니할 수 없다.

(2) 이중과세 문제

(가) 종합토지세는 과다한 토지보유를 억제함으로써 지가안정과 토지소유의 저변을 확대할 목적으로 도입된 제도로서 전국에 있는 모든 토지를 과세물건으로 하고 소유자별로 합산한 토지가액을 과세표준으로 삼는 재산세의 일종인 점에서 토지의 보유단계에서 미실현자본이득 중 정상지가상승분을 초과하는 이득에 대하여 과세하는 토초세와는 각각 그 과세목적 또는 과세물건을 달리한다.

뿐만 아니라 종합토지세는 과세대상토지로부터의 구체적인 소득발생 유무와 관계없이 모든 토지에 대하여 부과되는 재산세이어서 그 세율을 상향책정하는 데에는 한계가 있을 수밖에 없고 따라서 종합토지세만으로는 토초세가 달성하려는 개발이익 또는 불로소득의 환수문제를 효과적으로 해결하기는 어렵다. 그러므로 토초세와 종합토지세 사이에 이중과세문제가 발생할 여지는 없다고 본다.

(나) 한편, 고율의 양도소득세는 그 부과시기를 이득의 실현시까지

지 기다려야 하는 관계로 이른바 토지공급의 동결효과와 이로 인한 지가의 역상승이라는 부작용이 발생할 수 있으므로 양도소득세의 이와 같은 약점을 보완하여 지가의 안정과 실수요자에의 유희토지 공급확대라는 정책목표를 실현할 수 있는 별개의 정책수단이 필요하다는 점을 부인할 도리는 없다. 바로 이러한 배경 아래 양도소득세 부과 이전의 토지보유단계에서 그 때까지 발생한 미실현이득에 대하여 과세하는 토초세를 도입하게 되었다면, 그러한 의미에서 토초세는 양도소득세가 지니지 못한 별개의 목적과 기능을 가지고 있는 것으로 보지 아니할 수 없다.

그러나 토초세는 이득의 미실현단계, 즉 토지의 보유단계에서 과세한다는 점에서 어느 정도 재산세적인 성격을 띠고 있다 하더라도 본질적으로는 양도소득세와 마찬가지로 소득세의 일종이라고 보아야 함은 이미 밝힌 대로이고, 토초세가 그 과세대상으로 삼고 있는 이득은 양도소득세의 그것과 완전히 중복되고 있을 뿐만 아니라, 과세목적 또한 크게 다르지 아니하므로 양세의 과세대상 중 중복되는 부분은 원칙적으로 이중과세에 해당한다고 보지 아니할 수 없다.

따라서, 양도소득세 부과시 양도소득세와 중복과세의 성격을 가진 기발생 토초세를 정산하는 문제가 완전히 해결되어 있지 아니하는 한 이중과세문제로 인한 토초세제도 자체의 합헌성에 의문이 없을 수 없다. 다만, 이 문제에 관하여는 뒤에서 다시 언급하기로 한다.

(3) 과세대상의 범위 문제

현행 토초세는 전국의 토지 중 토초세법 소정의 유희토지 등만을

그 과세대상으로 하고 있는바, 이는 토지의 효율적 이용 또는 실수요자에 의한 유희토지의 공급확대라는 토초세의 목적을 고려한 것으로 보인다

그러나 토초세법상 목적규정(제1조)의 내용이나 일반적인 소득세 개념에서 도출되는 한계 기타 제반사정에 비추어 본다면 토초세의 궁극적인 목적은 위와 같은 토지의 효율적인 이용이라든지 실수요자에 대한 토지의 공급확대라는 유도적인 사회경제적 목적에 앞서, 지가의 상승으로 인한 불로소득을 조세로 환수함으로써 조세부담의 형평을 기함과 아울러 지가의 안정을 도모하는 데 큰 비중을 두고 있음을 알 수 있다. 그럼에도 불구하고 토초세법은 위와 같이 그 과세대상을 유희토지 등으로만 한정하고 있는 관계로 아무리 많은 불로소득이 생기더라도 유희토지 등에 해당하지 아니하는 토지는 과세대상에서 제외되기 때문에 불로소득의 환수 및 지가안정이라는 토초세법의 본래 목적달성에 있어서는 극히 제한적으로만 기능할 수밖에 없는 불합리한 점이 있다고 할 수 있다.

따라서 토초세법이 그 부차적인 목적달성을 위하여 그 과세대상토지를 유희토지 등으로 제한하는 것을 정책수단 선택의 문제로서 일응 수긍한다 치더라도, 위와 같은 과세대상토지 범위의 제한으로 발생하는 불합리성은 세율의 조정 기타 어떠한 방법으로도든지 보완되어야 할 것이다

나. 개별조항에 대한 구체적 검토

(1) 과세표준 조항(토초세법 제11조)

(가) 먼저, 위임입법의 한계와 관련하여 과세표준 조항의 위헌여부를 검토한다.

헌법은 제38조에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다”라고 규정하면서 제59조에서 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다”고 규정하여 조세법률주의를 선언하고 있는바 조세법률주의의 이념은 과세요건을 법률로 규정하여 국민의 재산권을 보장하고 과세요건을 명확하게 규정하여 국민생활의 법적 안정성과 예측가능성을 보장함에 있는 것이다(헌재 1989.7.21. 선고, 89헌마38 결정 참조). 한편, 헌법 제75조가 위임입법에 관하여 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”라고 규정하고 있는 것은, 법률에 미리 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정하여 둠으로써 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있도록 하여 행정권에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행을 방지하고 의회입법의 원칙과 법치주의를 달성하려는 데 그 의의가 있다(헌재 1991.7.8. 선고, 91헌가4 결정 참조). 그리고 이와 같은 위임입법의 구체성명확성의 요구정도는 그 규제대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만 특히 처벌법규나 조세법규 등 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 일반적인 급부행정법규에서와는 달리 그 위임의 요건과 범위가 보다 엄격하고 제한적으로 규정되어야 한다(헌재 1991.2.11. 선고, 90헌가27 결정 참조).

토초세법은 과세기간 동안의 지가상승액에서 정상지가상승분 및 개량비 등을 공제한 토지초과이익을 그 과세대상 및 과세표준으로 할 것만을 직접 규정하면서(제11조 제1항, 제3조 제1항), 과세표준인 토지초과이익을 산출하는 데 근거로 삼을 기준시가에 관하여는 이

를 전적으로 대통령령에 맡겨 두는 형식으로 되어 있다(제11조 제2항). 그러나 이와 같은 기준시가는 토초세의 과세대상 및 과세표준이 되는 토지초과이득의 존부와 범위를 결정하는 지표가 된다는 점에서 국민의 납세의무의 성부 및 범위와 직접적인 관계를 가지고 있는 중요한 사항이므로, 기준시가의 산정기준이나 방법 등을 하위법규에 백지위임하지 아니하고 그 대강이라도 토초세법 자체에서 직접 규정해 두는 것이 국민생활의 법적 안정성과 예측가능성을 도모한다는 측면에서 보아 보다 더 합리적이고도 신중한 입법태도일 것이다 뿐만 아니라 앞서 본 조세법률주의, 위임입법의 한계 등을 규정하고 있는 헌법에도 합치하는 것이라 할 것이다. 실제 초과택지소유부담금(택지소유상한에 관한 법률 제23조), 개발부담금(개발이익환수에 관한 법률 제10조), 농지전용부담금(농어촌발전특별조치법 제45조의2), 임야전용부담금(산림법 제20조의3) 등 토지의 가액에 따라 그 부담금의 크기가 결정되는 각종 부담금에 관하여는, 토초세법의 위 규정방식과는 달리, 각 관계법률에서 토지의 가액을 지가공시 및 토지등의평가에 관한 법률(1989.4.1. 법률 제4120호, 이하 토지평가법"이라 한다)에 의한 공시지가를 기준으로 산정하도록 직접 규정하는 방식을 취하고 있다 그럼에도 불구하고 토초세법 제1조 제2항이 지가를 산정하는 기준과 방법을 직접 규정하지 아니하고 이를 전적으로 대통령령에 위임하고 있는 것은 헌법 제38조 및 제59조가 천명하고 있는 조세법률주의 혹은 위임입법의 범위를 구체적으로 정할 것을 지시하고 있는 헌법 제75조에 반하는 것이다.

종래 부동산의 가액 평가가 각각의 행정목적에 따라 상이한 주체에 의하여 상이한 기준과 방법으로 구구히 이루어짐으로써 예컨대,

지방세법상의 과세시가표준액, 소득세법 및 법인세법상의 기준시가, 국 토이용관리법상의 기준지가 등, 야기되던 여러 가지 혼란과 부작용을 막고 국가기관의 지가산정체계에 통일성을 유지하기 위하여 1989.4.1. 토지평가법이 제정되기에 이르렀고(같은 법 제1조 참조), 지가산정에 관한 규정을 가지고 있는 대부분의 다른 법률에서와 마찬가지로 토초세법의 위 규정에 따른 시행령에서도 토지평가법을 준용하고 있다. 그러나 토초세와 같이 지가를 기준으로 조세의 존부범위가 정하여지는 대부분의 세법규정이 법 자체에서 지가산정에 대한 구체적인 기준이나 방법 등에 관한 대강을 두지 아니한 채 단순히 이를 시행령에 위임해 두고 그 시행령에서 토지평가법을 지가산정의 기준으로 채택하는 방식을 취하고 있다(지방세법 제234조의15, 제111조, 제80조의2, 소득세법 제60조, 같은 법시행령 제115조, 법인세법 제59조의2 제3항, 같은 법시행령 제124조의2 제8항, 상속세법 제9조 제1항, 같은 법시행령 제5조 참조). 이는 우리의 오래된 입법관례로까지 굳어져 왔으므로, 이러한 상황에서 성급하게 헌법상의 원칙론만을 내세워 위 조문을 무효화할 경우 세정전반에 관한 일대 혼란이 일어날 것이고 이는 결코 국민의 기본권보장을 기본적인 사명으로 하고 있는 우리 재판소가 기대하는 바람직한 결과라고는 볼 수 없다.

따라서 우리는 위 조항에 대하여 그 위헌적 요소에도 불구하고 막 바로 위헌선언결정을 하는 것을 일시 유보하여 두는 대신 헌법에 합치되지 아니하는 위 조항을 조속히 개정하도록 입법부에 촉구하기로 한다.

(나) 다음, 지가산정의 방법과 관련하여 과세표준 조항의 위헌

여부를 검토한다.

지가에 관한 토초세법 제11조 제2항의 위임에 따라 같은 법시행령 제33조는 “법 제11조 제2항의 규정에 의한 기준시가는 개별필지의 기준시가로 한다”고 하고, 같은 시행령 제24조에서는 개별필지의 기준시가는 시장·군수·구청장이 토지평가법 제10조의 규정에 의하여 공시지가를 기준으로 하여 산정한 개별필지에 대한 지가로 한다고 규정하고 있다 그리고 토지평가법 제10조에 의하면, 개별토지에 대한 지가의 산정은 당해 토지와 유사한 이용가치를 지닌다고 인정되는 하나 또는 둘 이상의 표준지의 공시지가를 기준으로 하여 당해 토지의 가격과 표준지의 공시지가가 균형을 유지하도록 하여야 하고(제1항), 건설부장관은 필요하다고 인정하는 경우에는 표준지와 지가산정대상토지의 지가형성요인에 관한 표준적인 비교표를 작성하여 관계행정기관에 제공하여야 하며 관계행정기관은 이를 사용하여 지가를 산정하여야 하도록 되어 있다(제2항).

이상의 규정들에 의하면 토초세에서 이득계측의 적정성 여부는 결국 표준지공시지가의 적정성 개별토지 지가산정의 기준이 되는 표준지 선택의 적정성 및 표준지의 공시지가를 참작한 개별지가 산정방법의 적정성 여부에 달려 있다고 할 수 있다

표준지의 공시지가는 토지이용상황이나 주변환경 기타 자연적사회적 조건이 일반적으로 유사하다고 인정되는 일단의 토지 중에서 건설부장관이 표준지를 선정하고 매년 둘 이상의 감정평가업자로 하여금 당해 표준지에 대하여 인근유사토지의 거래가격임료 및 당해 토지와 유사한 이용가치를 지닌다고 인정되는 토지의 조성에 필요한 비용추정액 등을 종합적으로 참작하여, 자유로운 거래가

이루어지는 경우 성립한다고 인정되는 적정가격을 조사평가하게 하고, 이에 대한 토지평가위원회의 심의와 주민의 열람이의신청의 절차를 거친 다음 이를 공시하도록 되어 있다(토지평가법 제2조, 제4조, 제5조, 제7조, 제8조, 제12조 등).

이와 같은 표준지 공시지가제도의 도입배경과 법에 규정된 평가의 주체, 평가기준 및 방법 그리고 사후심사제도 등을 종합하여 보면 표준지 공시지가제도 자체에는 일단 특별히 불합리한 점은 없는 것으로 볼 수 있다. 한편, 개별필지의 기준시가는 당해 토지와 이용가치가 유사하다고 인정되는 표준지의 공시지가를 산정지표로 삼고 있으므로 개별필지의 기준시가가 구체적 타당성과 공정성을 확보할 수 있기 위하여는 표준지의 선택이 합리적이고 보편타당하여야 하고, 이를 위하여는 무엇보다도 당해 토지의 여러 가지 특성을 참작하여 선택할 수 있는 표준지의 폭이 다양하지 아니하면 아니 된다.

그런데 건설부장관의 사실조회 회답에 의하면 1994년 현재 전국의 표준지는 약 30만 필지로서 전체 공시지가 적용대상토지 약 2500만 필지의 약 1.2%에 지나지 아니한다는 것이므로, 당해 토지와 유사한 이용가치를 지닌다고 인정되는 표준지 선택의 폭이 현실적으로 지나치게 좁다고 보지 아니할 수 없고, 이 점에서 벌써 개별필지 기준시가의 객관적인 공정성에 논란의 여지가 있을 수밖에 없다 따라서 이와 같은 표준지 선택폭의 협소로 인하여 발생할 수 있는 개별필지 평가상의 불합리성을 보완하고, 매년 정기적으로 전국적에 걸쳐 시행하여야 할 방대한 작업인 개별필지 기준시가의 평가작업을 신속정확히 수행할 수 있게 하기 위하여는, 전문적 지

식을 가진 평가인에 의한 작업수행이 그 필수적인 전제가 된다고 하지
아니할 수 없다.

그런데 토지평가법은 당해 토지의 가격과 표준지의 공시지가가 균
형을 유지하도록 하여야 한다는 추상적인 기준(제10조 제1항 본문)을
규정하고 있는 외에는, 개별지가 산정시 관계행정기관이 사용할 지가형
성요인에 관한 표준적인 비교표를 건설부장관이 필요에 따라 작성제공
할 수 있게 하고 있을 뿐이고(같은 조 제2항), 개별지가 산정시 평가인
이 갖추어야 할 자격은 물론 평가의 구체적인 기준 방법, 절차 등을 직
접 규정하거나, 구체적인 범위를 정하여 이를 하위법규에 위임하는 규
정을 두고 있지도 아니하다. 다만, 행정기관이 토지가격을 조사함에 있
어 관계행정기관의 합동작업체제와 가격결정절차 등에 관하여 필요한
사항을 규율하기 위하여 훈령 형식으로 제정된 “개별토지가격합동조사
지침”(1990.4.14. 국무총리훈령 제241호, 개정 1991.4.2. 동 훈령 제248호)
이 있기는 하나, 이 훈령 자체가 모법(母法)의 위임도 없이 임의로 제정
된 것이어서 그 적법성에 논란의 여지가 있다. 뿐만 아니라 이에 의하
더라도 구체적·실질적인 개별토지의 특성 및 지가의 조사산정업무는
토지평가업무에 관하여 이렇다 할 전문적 지식이 없는 하부행정기관의
공무원이 담당하도록 되어 있을 뿐이다(제3조 제6항).

이상 살펴본 바에 의하면, 현행법이 채택하고 있는 개별필지의 기
준시가를 계측하는 수단은 객관적으로 합당한 것이라고 인정받기에는
미흡한 점이 너무 많고, 특히 토초세의 경우에는 개별필지의 기준시가
가 위와 같이 불완전한 수단에 의하여 과세기간인3년 동안 매년 1회씩
거듭 계측된 후에야 비로소 그 과세대상이득이 확

정될 수 있으므로, 계속시마다 오류가 누적되어 결과로 나타난 과세대상 이득이 전혀 허구의 이득으로 변질될 우려가 크다고 하지 아니할 수 없다.

다만, 이상과 같은 토지평가상의 불합리성은 법규정 자체에 규범적으로 어떠한 위헌적인 요소가 내재됨으로 인하여 발생하는 것이 아니라, 주로 이들 법규정을 시행함에 따른 행정작용의 미비에 기인하는 것이므로, 그와 같은 부실평가가 현실화되었을 때 일반법원이 구체적인 토지평가의 위법성을 사법적으로 심사통제하는 것이 그에 대한 원칙적인 구제수단이 될 수 있을 뿐(대법원 1993.6.11. 선고, 92누16706 판결 등 참조), 그와 같은 행정작용으로 나타나는 현상을 이유로 그 근거규범 자체의 합헌성 여부를 문제삼을 수는 없다고 볼 수 있다.

그러나 현행의 행정실태하에서는 토지초과이득의 계속수단이 국민 일반에게 널리 그 정확성이나 공정성에 대한 의구심을 불러 일으킬 정도의 구조적인 미비점을 가지고 있고, 그 때문에 토초세가 이득에 대한 과세가 아니라 원본에 대한 과세가 되어 버릴 위험부담율이 높아져 결국 국 헌법이 보장하고 있는 국민의 재산권을 부당하게 침해할 개연성이 커지지 않을 수 없으며, 이와 같은 재산권침해의 개연성은 토초세의 세율이 높으면 높을수록 더 커질 수 있는 것이고, 바로 이러한 이유로 토초세 부과에 대한 수많은 쟁송 등 강력한 조세저항이 있었음은 이미 우리가 경험한 바다.

따라서 이미 본 바와 같은 여러 가지 이유로 비록 이 사건에서 지가산정에 관한 위 토초세법 규정에 대한 위헌선언을 하는 것을 일단 보류하여 두는 것이지만, 우리는 위와 같은 지가산정수단의

미비로 인하여 많은 국민들이 현실 조세행정으로부터 그 기본권을 침해 당하는 사례가 발생하고 있음을 직시하여 입법부나 행정부가 지가산정 관련법규의 정비와 아울러 그에 따른 행정의 개선책을 조속히 마련하도록 강력히 촉구하지 아니할 수 없다.

(다) 끝으로, 지가등락에 따르는 대책과 관련하여 과세표준 조항의 위헌여부를 검토한다.

토초세는 3년간의 과세기간 단위로 각 기간의 개시일과 종료일의 지가를 단순 비교하여 초과이득이 있다고 인정될 때 그 이득이 아직 현실화되어 있지 않은 단계에서 현실적으로 과세하는 제도이다 그런데 토초세법은 매매의 의사 없이 여러 과세기간에 걸쳐 장기간 토지를 보유하는 경우 전체 보유기간 동안의 지가의 변동상황에 대처함에 있어서는 아무런 보충규정도 두고 있지 아니하다(토초세법 제11조 제1항, 제6조 등 참조). 그 결과 장기간에 걸쳐 지가의 양등과 하락이 반복되는 경우에, 특정 과세기간 개시일과 종료일 사이에는 지가의 양등이 있었으나, 당해 토지소유 이후 최초 과세기간 개시일의 지가와 특정 과세기간 종료일의 지가를 비교할 때는 아무런 토지초과이득이 없고 오히려 손해만 있는 경우에도, 그 과세기간에 대한 토초세를 부담하지 않을 수 없는 불합리한 결과가 발생할 수 있게 된다. 이와 같은 결과는 토초세의 과세로 인하여 원본 자체가 잠식되는 경우로서 소득세인 토초세의 본질에도 반하고 헌법 제23조가 정하고 있는 사유재산권 보장취지에도 어긋나는 것이다. 따라서 토초세법 제11조 제1항은 위와 같은 경우에 대비한 적절한 보충규정을 두지 아니하는 한 헌법에 위반된다

(2) 세율 조항(토초세법 제12조)

토초세법 제12조는 50%의 단일비례세율을 토초세에 적용하도록 규정하고 있는바, 물론 세율체계를 단일비례제로 할 것인지 누진제로 할 것인지의 여부 또는 세율을 어느 정도로 할 것인지의 여부는 원칙적으로 당해 조세의 과세목적에 따라 입법정책적으로 판단할 사항이기는 하다

그러나 이미 본 바와 같이 토초세가 실현된 이득을 그 과세대상으로 삼고 있는 것이 아니라, 그 계측의 객관적 보장이 심히 어려운 미실현이득을 그 과세대상으로 삼고 있는 관계로 토초세의 세율을 현행법과 같이 고율로 하는 경우에는 자칫 가공이득에 대한 과세가 되어 소득세로서의 토초세의 본질에 어긋나는 원본잠식의 우려가 있다 더욱이 이미 살펴본 바와 같이 현행 토초세가 유휴토지만을 그 과세대상으로 삼고, 비유휴토지에 대하여는 과세를 하지 아니함으로써 그것이 비록 앞서 말한 이 법의 유도적형성적 기능에 비추어 위헌이라고까지는 할 수 없을지라도, 유휴토지 소유자와 비유휴토지 소유자 사이의 조세부담의 수평적 공평을 해쳐 바람직스럽지 못한 결과가 될 수 있다는 점을 함께 고려한다면, 현행세율은 도저히 이를 그대로 유지할 수 없다고 본다

한편, 이자소득세나 배당소득세와 같이 개인의 이득에 대한 조세에 있어서도 단일비례세를 채택하고 있는 예가 없지는 아니하다 그러나 적어도 토초세와 같은 이득에 대한 조세에 있어서는 조세의 수직적 공평을 이루어 소득수준이 다른 국민들 사이의 실질적인 평등을 도모하여야 한다는 점에서, 누진세가 아닌 단일비례세를 적용하는 것은 입법정책으로 보아도 결코 바람직스러운 것이 될 수 없다 더욱이 토초세는 토지에 관한 자본이득에 대한 과세라는 점

에서 실질적으로 보아 양도소득세와 그 궤를 같이 하는 조세이고 어느 의미에서는 양도소득세의 예납적 성격을 띠고 있다고 보아도 과히 잘못이 없다. 그럼에도 불구하고 굳이 토초세의 세율 체계를 이렇다 할 합리적인 이유도 없이 양도소득세와는 달리 단일비례세로 한 것은 단순한 입법정책의 문제를 떠나 소득이 많은 납세자와 소득이 적은 납세자 사이의 실질적인 평등을 저해하는 결과를 낳고 있다고 볼 수 있다 따라서 토초세법 제12조는 헌법상의 재산권 보장규정과 평등조항에 위배된다.

(3) 유휴토지 등의 범위 조항(토초세법 제8조)

(가) 토초세법은 우선 그 목적의 하나로 “유휴토지 등의 효율적 이용”을 내세움으로써 일단 그 과세대상 토지를 비효율적으로 이용되고 있는 토지로 한정하는 한편, 제8조와 제9조에서 과세대상토지의 구체적인 범위를 정함에 있어서 각종의 토지를 현재의 외견상 사용목적에 따라 세분하고, 대체로 그 각 구체적인 용도에 비추어 필요한 면적 이상의 토지나, 현재의 토지이용에서 나오는 수익정도가 지나치게 낮아 그 토지가 효율적으로 이용되지 아니한다고 인정되는 토지를과세대상인 유휴토지 등으로 보기로 하면서, 그 구체적인 판정기준이 되는 용도별 면적이나 토지가격에 대한 수익비율 등의 결정은 대통령령에 위임하는 형식으로 규정하고 있다.

살피건대, 오늘날 다양하고도 복잡한 경제현상을 규율하는 조세법의 특수성 및 입법기술상의 제약을 참작함과 아울러 헌법 제23조 제2항의 “재산권의 행사는 공공복리에 적합하여야 한다”는 규정과 헌법 제122조의 “국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률

이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다는 규정에 나타난 헌법적 요청에 순응하는 여러 정책을 도입함에 있어서, 토지관런세계 사이의 일관성을 유지하고 행정능률을 제고할 필요성이 있다. 그러한 점 등을 고려한다면 토초세법이 위와 같이 그 과세대상토지를 비효율적으로 이용되고 있는 토지로 한정하면서 그 효율비효율 여부에 관한 판정기준을 각 용도에 따른 면적 또는 토지의 가액에 대한 수익율 등으로 할 것을 일단 정하여 두고 있는 이상 다시 그 구체적인 면적·수익율 따위를 하위법규인 대통령령에 위임하였다 하더라도, 위 위임규정이 그 범위·내용 등에 있어서 불명확하다거나 그 위임의 내용이 입법권의 본질적인 부분에 관한 것이어서 위헌이라고까지 단정하기는 어렵다. 다만 아래에서 살펴볼 임대토지에 관하여는 별론으로 한다.

(나) 이 사건에서 비록 쟁점은 되지 아니하지만 유휴토지의 범위와 관련하여 한 가지 언급하여야 할 문제가 있다. 즉, 국민 각자의 경제적 능력이나 형편에 따라서는 지금 당장 완성된 주택을 소유하기보다는 장차 주택을 소유하기 위하여 우선 택지를 확보하여 둘 필요가 있는 경우도 얼마든지 있을 것이며, 이러한 개인의 계획과 장래 대비를 비난하거나 무시하여도 좋을 아무런 합리적인 이유가 없다 오히려 토지의 효율적 이용이라는 측면만을 지나치게 강조하다 보면 당장의 토지이용에 급급한 무계획하고도 무질서한 건축행위가 남발되어 후일을 기하여 마땅히 아껴 두어야 할 토지의 여유분까지도 모두 없애는 위험한 결과가 발생할 수도 있음은 말할 것도 없다.

국민이 택지를 고르게 소유하도록 유도하고 택지의 공급을 촉진

함으로써 국민의 주거생활의 안정을 도모할 목적으로 “택지소유상한에 관한법률”이 토초세법과 함께 제정되었다. 그 법률은 각 가구별로 소유할 수 있는 택지의 총면적의 한계를 정하고 그 한계 이상의 택지소유자에 대하여 비교적 고율의 초과소유부담금을 매년 부과하는 것을 그 골자로 하고 있으며, 여기서 소유가 제한되어 있는 택지에는 임대지도 포함되어 있다. 다시 말하면, 적어도 택지에 관한 한 국민으로 하여금 일정면적 내의 토지를 가구별로 고르게 소유하게 하는 것이 국민의 주거생활 안정이라는 국가적 목표에 합치함을 전제로 이러한 목표의 달성을 위하여 가구별 택지소유의 상한을 제한함이 부득이하다는 이유에서 위 법률을 제정하기에 이른 것이다.

그런데 토초세법은 위 법률의 위와 같은 이상과 목적을 도외시키고 당해 토지가 위 법률에 따른 소유제한범위 내의 택지인지 여부에 관계없이, 오로지 당해 토지상에 현재 건축물이 존재하고 있는지의 여부에만 관심을 두고 이에 따라서 토초세 과세 여부를 결정하도록 되어 있다. 이는 택지소유상한에 관한법률과 입법체계적으로도 조화를 이루지 못하고 있을 뿐만 아니라, “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다. 국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다”고 규정한 헌법 제34조 제1항, 제2항과 “국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다”고 규정한 헌법 제35조 제1항 등의 정신에도 배치되는 경우가 될 수 있다.

(4) 임대용 토지 조항(토초세법 제8조 제1항 제13호)

(가) 토초세법 제8조 제1항은 토지의 객관적인 용도에 따라 이를

세분하고, 그 용도별 적정면적이나 지가에 대한 수익률 등을 기준으로 그 과세대상인 유휴토지 등의 해당 여부를 가리도록 하고 있는 외에제 1호 내지 제12호, 제14호), 토지의 객관적인 용도와는 관계없이 토지를 그 소유자가 직접 사용하는지의 여부 즉 토지가 임대에 쓰이고 있는지의 여부에 따라 유휴토지 등에 해당하는 여부를 가리도록 하는 규정을 두고 있다(제13호).

위 규정에 의하면 임대에 쓰이고 있는 토지 중 건축물에 부수하여 임대하는 건축물의 부속토지로서 같은 항 제1호 내지 제4호의 규정에 해당하지 아니하는 토지와 대통령령이 정하는 토지를 제외한 나머지 일체의 토지를 유휴토지 등에 포함시키고 있다

토지의 임대도 토지소유자의 주관적인 입장에서 보면 그 토지의 훌륭한 활용이라고 할 수 있겠으나, 객관적인 입장에서 보면 토지소유자 스스로 이를 이용하는 것이 아니므로 토지의 임대 자체를 토지의 효율적인 이용이라고 하는 데는 반론이 제기될 여지가 있다. 그 외에도 토지의 임대를 유휴토지 등으로 보지 아니한다면 토지소유자는 토지임대를 통하여 우선의 세 부담을 회피하고 장차 지가가 상승할 경우 언제든지 손쉽게 토지를 원상으로 회복하여 이를 타에 매도하는 탈법적인 토지투기의 수단으로 이용함으로써 토초세법을 무력화시킬 우려가 있다는 주장을 일축하기 어렵다.

뿐만 아니라 임차인에 의한 토지의 이용이 한시적인 것이 되어 토지를 본래의 용도에 따라 효율적으로 이용할 수 없게 될 우려가 있음은 물론, 경우에 따라서는 임차목적은 달성하기도 전에 임대차가 종료됨으로써 임차인에 의하여 토지에 투입된 자본이 무용화되는 등 국민경제적으로도 부정적인 효과가 초래될 수도 있다는 우려

도 불식할 수 없다. 아마도 그것이 임대토지를 일용 유희토지 등의 범위에 포함시키고 있는 이유일 것이고 그것은 나름대로 객관적인 근거에 따른 것이라고 볼 수 있다.

(나) 그러나 위 규정은 다음과 같은 몇 가지 이유에서 위헌의 소지가 있다.

첫째, 위 규정은 임대토지를 원칙적으로 유희토지 등에 해당하는 것으로 규정하면서 아무런 기준이나 범위에 관한 제한도 없이 “대통령령이 정하는 토지”를 유희토지 등의 범위에서 제외할 수 있도록 하고 있는바, 물론 대통령령에의 위 위임규정 부분도 추상적으로는 토초세법이 명시하고 있는 범목적에 의하여 어느 정도의 제한을 받는 것으로 보아야 할 것이지만, 그렇다고 하더라도 위 부분은 적어도 임대토지에 관한 한, 과세대상에의 해당 여부를 거의 전적으로 대통령령에 일임하는 결과가 되어 그 위임이 지나치게 추상적이고 포괄적인 것이라는 비난을 면할 수 없다.

이는 같은 조항에 들어 있는 다른 규정들이 유희토지 등에의 해당 여부에 관하여 적정이용면적 또는 적정수익을 등 어느 정도의 기준을 직접 제시하고, 그 기준의 세부사항만을 대통령령에 위임하고 있는 것과 비교하더라도 위임에서의 추상성과 포괄성이 지나치다 해당 규정부분의 대통령령이 불과 3년 사이에 두 번에 걸쳐 예외사유를 추가하고 있는 것을 볼 때, 국민에 대한 납세의무의 부과여부 자체가 입법권에 의한 아무런 통제 없이 행정권에 의하여 좌우되고 있다는 비난을 면하기 어려우며, 이는 헌법상의 위임원칙과 헌법 제59조가 정하고 있는 조세법률주의와 충돌된다고 할 것이다.

둘째, 유희토지에 해당하는 여부를 토지소유자의 주관적인 입장

이 아닌 객관적 혹은 국민경제적인 시각에서 보아야 하고 그렇기 때문에 토지가 임대애 쓰이고 있다는 이유만으로 당해 토지를 비유희토지로 단정하여서는 아니 된다는 것은 일단 수긍한다 하더라도 위 규정과 같이 임대애 쓰이고 있는 토지라 하여 원칙적으로 유희토지에 해당한다고 보는 것은 유희토지에 해당하는 여부를 객관적국민경제적인 시각에서 보지 아니하고 오로지 토지소유자의 주관적인 입장만을 강조한 것으로서 토지의 효율적 이용 등 토초세의 목적 그 어느 것과도 부합하는 점이 있다고 보기 어렵다. 물론 토지는 이를 실제로 이용하는 사람만이 그 토지소유권을 갖도록 하여야 한다는 주장이 있을 수 있고 위 규정의 취지도 결국 이에 따른 것이라 보여지나 이는 우리의 토지이용실태에 비추어 앞으로 지향하여야 할 가치가 될 수 있다 함은 별론으로 하고, 농지와 같이 헌법이 특히 경자유전의 원칙을 강조하여 소작제도를 금지하고 임대차 등을 제한하고 있는 규정(헌법 제121조 참조)을 두고 있지 않은 상황에서, 농지 이외의 토지 일반에까지 널리 토지소유자가 스스로 사용하지 아니하고 있는 토지라 하여 다른 토지소유자와 비교하여 법상 불리한 처분을 받을 수 있도록 규정한 것은 헌법상 근거없이 토지임대인을 차별하는 것이다.

현실적으로도 위 규정은 토지소유자로 하여금 그 지상건축물 소유자 등 임차인에게 토지를 자신이 구입한 것보다 싼값에라도 강매하도록 하는 결과를 초래할 우려가 있으므로 헌법상 개인의 재산권보장 취지에 어긋날 뿐만 아니라, 토지이용능력이 미흡한 토지소유자와 토지구매력이 없는 임차인 사이의 자본의 자유로운 결합을 통하여 토지를 효율적으로 이용하는 것을 방해함으로써, 개인과 기업

의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 하는 우리 헌법상 경제 질서(제119조 제1항 참조)에도 합치하지 아니하는 것으로 보아야 한다. 따라서 토초세법 제8조 제1항 제13호는 헌법 제11조 제1항, 제23조, 제119조 제1항에 위반된다.

(5) 세액공제 조항(토초세법 제26조)

토초세법 제26조 제1항은 토초세 결정일로부터 6년 이내에 당해 토지를 양도하는 경우에는 토초세 결정일로부터 양도일까지의 경과년수에 상응하여 양도소득세 등의 납부세액에서 토초세액의 40~80%만을 공제하도록 규정하고 있고, 같은 조 제4항은 토초세가 부과된 토지를 양도하는 경우 위의 세액공제 대신 토초세액을 필요경비로서 양도차익으로부터 공제할 수 있도록 규정하고 있는바, 위의 어느 경우에도 양도소득세액에서 토초세액 전부를 곧바로 공제하지 아니하는 결과 위 두 가지 세금이 중복되는 부분이 생길 수 있다.

그러나 이미 본 바와 같이 토초세는 양도소득세와 같은 소득세의 일종으로서 그 과세대상 또한 양도소득세 과세대상의 일부와 완전히 중복되는 자본이득에 대한 과세이고, 위 두 가지 조세가 지향하는 목적과 기능의 상당부분이 겹치고 있어 어느 의미에서는 토초세가 양도소득세의 예납적 성격을 가지고 있다. 봄이 상당하므로, 결국 위 중복부분은 이중과세에 해당하여 조세법률주의상의 실질과세의 원칙에 반한다.

오늘날의 법치주의는 국민의 권리의무에 관한 사항을 법률로써 정하여야 한다는 형식적 법치주의에 그치는 것이 아니라 그 법률의 목적과 내용 또한 기본권 보장의 헌법이념에 부합되어야 한다.

는 실질적 법치주의를 의미하며 헌법 제38조, 제59조가 선언하는 조세 법률주의도 이러한 실질적 법치주의를 뜻한다. 그러므로 비록 과세요건이 법률로 명확히 정하여진 것일지라도 그것만으로 충분한 것은 아니고 조세법의 목적이나 내용이 기본권 보장의 헌법이념과 이를 뒷받침하는 헌법상의 제 원칙에 합치되어야 한다(헌재 1992.2.25. 선고, 91헌가5, 90헌바3(병합) 결정 참조).

그렇다면 위 규정 중 토초세액을 양도소득세액에서 전액 공제하지 아니하도록 한 부분은 헌법상의 조세법률주의에 위반된다

다. 심판대상의 확대와 불합치결정의 선택

(1) 심판대상의 확대

이상 검토한 바와 같이 이 사건 심판대상 중 토초세법 제13조 제1항 제13호, 제12조, 제23조 제3항 및 제26조 제1항은 위에서 지적한 헌법조항에 위반되고, 제11조 제2항은 헌법에 합치되지 아니하여 개정입법을 촉구할 대상이므로, 원칙적으로 위 각 규정들에 대하여 각각 위헌 및 헌법불합치 혹은 입법촉구의 결정을 하여야 할 것이다. 그러나 위 각 위헌적 규정들 중 제11조 제2항은 토초세의 과세표준을 정하는 지가에 관한 규정이고, 제12조는 토초세의 세율에 관한 규정인데 이들 두 규정은 모두 토초세제도의 기본요소로서 그 중 한 조항이라도 위헌 또는 헌법불합치결정으로 인하여 그 효력을 상실한다면 토초세법 전부를 시행할 수 없게 될 것이다.

헌법재판소법은 위헌법률심판의 대상에 관하여 원칙적으로 제청법원으로부터 제청된 법률조항에 대하여서만 결정하도록 하되 예외적으로 제청된 법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 법률 전부에 대하여도 결정

할 수 있도록 하고 있고(제45조), 이 규정은 같은 법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판의 대상에도 이를 준용한다고 규정하고 있다(제75조 제6항). 뿐만 아니라 우리 재판소의 확립된 판례에 의하여 인정되고 있는 “헌법불합치결정”은 성질상 위헌결정의 일종으로서 대상 법률 또는 법률조항의 효력상실만을 잠정적으로 유보하는 변형결정이므로 심판대상의 확대에 관한 헌법재판소법 제45조 및 제75조 제6항의 법리는 헌법불합치결정에도 그대로 적용된다고 보아야 할 것이다

따라서 이 사건에 관하여는 나머지 심판대상조문들에 대하여 더 따져 볼 것도 없이 헌법재판소법 제45조 단서의 규정취지에 따라 토초세법 전부에 대하여 위헌 또는 헌법불합치 결정을 선고하여야 할 경우라고 본다.

(2) 불합치결정의 선택

어느 법률에 대하여 단순한 위헌결정이 선고되면 그 법률은 그 때부터 그 효력을 상실하게 되고 더 이상 유효한 법률로서 존재할 수 없게 됨이 원칙이다. 그러나 이 사건에 관하여는 다음과 같은 몇 가지 이유로 토초세법의 위헌성에도 불구하고 당장 그 효력을 소멸시킬 때 발생할 수 있는 여러 가지 불합리한 점을 고려하여야 할 사정이 있다

첫째, 토초세법은 위에 든 개발이익환수에 관한 법률과 밀접한 관계를 가지고 있고(제3조, 제4조 참조) 여타 세법과의 사이에도 구조적내용적인 연계를 지니고 있으므로, 세법질서상당장 이것을 무효로 한다면 법제 및 재정 양면에 걸쳐 국정상 적지 않은 법적 혼란 내지는 공백을 초래할 우려가 있어 결과적으로 총체적인 국민생

활에 나쁜 영향을 미칠 수 있다.

둘째, 앞에서 위헌으로 본 현행 토초세는 불확실성을 불식할 수 없는 과세표준을 고려할 때 그 세율이 지나치게 고율인 점과 수평작수 직적 평등에 반하여 누진적 구조를 채택하고 있지 아니한 점에 위헌성이 있다고 보는 것이지만, 그와 같은 위헌적인 규정을 다시 합헌적으로 조정하는 임무는 어디까지나 입법자가 이 결정의 취지에 따른 범위 내에서 행사할 수 있는 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항일 뿐이는 우리 재판소가 관여할 성질의 것이 아니다

마찬가지로 앞에서 본 임대토지 조항에 관하여도 그 규정형식이 위임입법의 한계를 넘었다는 것과 임대토지라 하여 그 전부를 원칙적으로 과세대상인 유희토지로 인정하는 것은 위헌이라는 취지일 뿐 임대토지라 하여 무조건 유희토지로 보아서는 아니 된다는 취지는 아니므로, 그와 같은 위헌적인 요소가 제거되는 이상 구체적으로 어떠한 범위 내의 임대토지를 유희토지로 할 것인가의 여부 역시 합리적인 입법자의 형성재량에 속하는 문제라 아니 할 수 없다.

그리고 앞에서 위헌으로 본 지가등락에 따른 대책의 부존재 문제 유희토지의 범위와 관련한 일정규모 이내의 택지 문제 양도소득세 부과시 토초세 공제 문제 등은 이 사건심판에 관한 재판의 전제성이나 자기관련성이 직접적으로 문제된 것은 아니나 우리 재판소가 직권으로 심사한 것이다. 또한 입법자는 이 결정의 취지에 따라 앞으로 위헌으로 선고된 세법구조를 합헌적인 범위 내에서 다시 조정하여 토초세법을 계속 시행할 수도 있고 폐지할 수도 있을 것이다 헌법재판의 한계성으로 인하여 이 사건에서 특히 논점으로 부각되지는 아니하였으나 내용이 방대한 토초세법의 기타 여러 가

지 점에 대하여 많은 시비논의가 일고 있는 부분도 입법자로 하여금 일괄 해결토록 함이 상당한 것으로 보여진다

셋째, 여기서 당장 토초세법에 대한 단순위헌결정을 선고한다면 이 사건 청구인들 기타 토초세부과와 관련한 소송을 제기하고 있거나 하려는 사람들은 이른바 “당해사건” 당사자로서 이 결정의 효력이 미치게 되는 결과로 위헌결정의 이익을 받게 될 것이나 상대적으로 현행법에 따른 기발생 토초세를 전부 납부하고도 이에 대해 아무런 이의를 제기하지 아니한 다수의 납세자에 대한 관계에 있어서 형평의 문제를 심화시키는 결과를 초래하는 것이다. 이와 같은 결과는 위헌결정의 장래 효 원칙상 부득이한 것이라고 치부하면 그만이지만 일률적·장기적으로 다수의 국민을 대상으로 하는 세법규정에 있어서 입법자로 하여금 정책적 판단을 숙고할 수 있는 여유를 줄이 옳다고 본다

그러므로 우리 재판소로서는 국민의 기본권보장이라는 헌법재판의 기본적인 사명과 배치되지 않는 범위 내에서 단순위헌으로 선고할 경우 발생할 수 있는 위와 같은 부정적인 결과의 발생을 최소화하지 않을 수 없다. 바로 이러한 관점에서 우리 재판소는 이 사건에 관하여 입법자가 토초세법을 적어도 이 결정에서 밝힌 위헌이유에 맞추어 새로이 개정 또는 폐지할 때까지는 법원, 행정청 기타 모든 국가기관은 현행 토초세법을 더 이상 적용·시행할 수 없도록 중지하되, 그 형식적 존속만을 잠정적으로 유지하게 하기 위하여 이 사건에서 토초세법에 대한 단순 위헌무효결정을 선고하지 아니하고 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 “효력상실”을 제한적으로 적용하는 변형결정으로서의 헌법불합치결정을 선택하지 아니할 수

없다.

4. 결론

이상과 같은 이유로 우리는 토초세법은 헌법에 합치되지 아니한다고 선고한다. 헌법불합치결정의 취지에 따라 입법자는 빠른 시일내에 이 결정에서 밝힌 위헌판단의 취지에 맞추어 토초세법을 개정 또는 폐지하여야 하고, 법원, 행정청 기타 모든 국가기관은 입법자가 토초세법을 개정 또는 폐지할 때까지 토초세법의 시행 또는 적용을 중지하여야 한다. 이 결정은 관여재판관 전원의 의견일치에 따른 것이다

1994. 7. 29.

재판장	재판관 조규광
	재판관 변정수
	재판관 김진우
	재판관 한병채
	재판관 최광률
	재판관 김양균
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화

법률질의 회답에 대한 헌법소원

(1994. 7. 29. 91헌마137 헌법재판소 전원재판부)

[관례집 6-2, 122~138]

【관시 사항】

1. 헌법소원심판(憲法訴願審判) 계속중에 권리보호(權利保護)의 이익이 소멸한 경우 그 소원(訴願)의 적법(適法) 여부 및 위 법리(法理)에 대한 예외사유

2. 헌법소원심판(憲法訴願審判) 계속중 선거법(選舉法)의 개정(改正)으로 구법상(舊法上) 허용되던 “선거기간 중 정당(政黨)의 단합대회(團合大會)” 자체가 금지된 경우, 그 단합대회(團合大會)의 고지방법(告知方法)만을 제한하는 내용의 중앙선거관리위원회(中央選舉管理委員會)의 질의회답(質疑回答)에 대한 헌법소원(憲法訴願)의 적부(適否)

【결정 요지】

1. 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求) 당시 권리보호(權利保護)의 이익(利益)이 인정되더라도 심판(審判) 계속중에 생기는 사정변경(事情變更) 즉 사실관계(事實關係) 또는 법제(法制)의 변동(變動)으로 말미암아 권리보호(權利保護)의 이익(利益)이 소멸 또는 제거된 경우에는 원칙적으로 심판청구는 부적법(不適法)하게 된다 할 것이나, 다만 이러한 경우에도 당해 사건(事件)에 대한 본안판단(本案判斷)이 헌법질서(憲法秩序)의 수호(守護)·유지(維持)를 위하여 긴급(緊要)한 사항이어서 그 해명(解明)이 헌법적(憲法的)으로 중요한 의미를 지니고 있는 경우나, 그러한 침해행위(侵害行爲)가 앞으로도 반복될 위험이 있는 경우 등에는 예외적으로 심판청구(審判請求)의 이익(利益)을 인정하여 이미 종료된 침해행위(侵害行爲)가 위헌(違憲)이었음을 확인할 필요가 있으며, 여기서 말하는 반복적 침해의 위험성이란 단순히 추상적이거나 이론적인 가능성이 아니라 구체적인 것이어야 한다.

2. 중앙선거관리위원회(中央選舉管理委員會)가 구(舊) 지방의회의원선거법(地方議會議員選舉法) 제68조에 근거한 정당(政黨)의 단합대회의 개최(開催)에 관하여 “지방의회의원선거(地方議會議員選舉)와 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長) 선거(選舉)에 있어서 선거기간 중의 정당(政黨)의 단합대회개최 고지방법(告知方法)을 일반선거구민(一般選舉區民)도 알 수 있게 하는 방법으로 하는 것은 위법(違法)” 이라는 취

지로 질의회답(質疑回答)한 것에 대하여 제기(提起)된 이 사건 헌법소원(憲法訴願)은, 그 제기(提起) 당시로서는 규범상(規範上) 앞으로도 위 질의회답(質疑回答)에 근거한 규제(規制) 등이 되풀이될 것이 구체적으로 예상되었고, 따라서 이러한 질의회답(質疑回答)로 정당특권(政黨特權)이나 집회(集會)의 자유(自由) 중 집회(集會)를 알릴 권리(權利)가 침해되는 여부의 헌법적(憲法的) 해명(解明)이 필요하였으므로 이 사건 헌법소원(憲法訴願) 당시에 있어서는 다른 적법요건(適法要件)의 구비 여부는 별론으로 하고 심판(審判)의 이익을 예외적으로 인정할 필요가 있어서 심판청구(審判請求)의 이익(利益)이 있는 경우라고 할 수 있었다. 그러나 이 사건 심판(審判) 계속중인 1994.3.16. 위 지방의회의원선거법(地方議會議員選舉法) 등 종전(從前)의 선거법(選舉法)들을 모두 폐지하고, 새로이 공직선거(公職選舉) 및 선거부정방지법(選舉不正防止法)로 선거법(選舉法)을 통합(統合)하여 제정(制定)하면서, 선거기간 중에는 정당(政黨)의 단합대회(黨團大會)를 물론 선거(選舉)에 영향을 미치는 어떠한 정당활동(政黨活動)로서의 당원집회(黨員集會)도 금지하는 규정을 둬으로써(동법(同法) 제103조 제1항, 제141조 제1항), 앞으로는 규범상(規範上) 이 사건과 같이 선거기간 중의 정당단합대회(政黨團合大會)나 정당(政黨)의 그와 유사한 집회개최(集會開催)도 있을 수 없고, 따라서 그러한 집회개최(集會開催)에 대한 고지방법(告知方法)만을 제한하는 내용인 위 중앙선거관리위원회(中央選舉管理委員會)의 질의회답(質疑回答)이 정당(政黨)의 특권(特權)이나 집회(集會)의 자유(自由) 중 집회(集會)를 알릴 권리(權利)를 침해하는 것인지의 여부를 헌법적(憲法的)으로 해명(解明)할 중요한 의미를 지닌다거나 반복적인 침해의 위험성이 구체적으로 있을 수 없으므로, 이 사건은 심판(審判)의 이익(利益)을 인정하여야 할 특별한 경우에 해당된다고 할 수 없다.

청 구 인 민 주 당
 대표자 이 ○ 택
 대리인 변호사 강 철 선 외 2인
 피청구인 중앙선거관리위원회

【참조 조문】

헌법(憲法) 제8조 제1항, 제3항, 제21조 제1항
 구(舊) 지방의회의원선거법(地方議會議員選舉法)(1990.12.31. 법률 제 4311호, 개정1991.5.23. 법률 제 4368호) 제40조 (선거운동(選舉運動)의 한계(限界)) 선거운동(選舉運動)은 이 법(法)에 규정(規定)된 방법 이외의

방법으로는 이를 할 수 없다.

구(舊) 지방의회의원선거법(地方議會議員選舉法)(1990.12.31. 법률 제 4311호, 개정 1991.5.23. 법률 제4368호) 제57조 (시설물(施設物) 설치(設置) 등의 금지) 누구든지 선거운동기간(選舉運動期間) 중 선거(選舉)에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법(法)의 규정(規定)에 의한 경우를 제외하고는 어떠한 방법으로라도 현수막(懸垂幕)·입간판(立看板)·광고탑(廣告塔)·광고판(廣告板) 기타의 시설(施設)을 설치(設置)·게시하거나 표찰(標札) 등 착용물(着用物)을 착용(着用) 또는 인쇄물(印刷物)을 제작(製作)·배포(配布)할 수 없다.

구(舊) 지방의회의원선거법(地方議會議員選舉法)(1990.12.31. 법률 제 4311호, 개정 1991.5.23. 법률 제4368호) 제59조 (확성장치(擴聲裝置)의 사용금지) 누구든지 제51조의 규정(規定)에 의한 합동연설회(合同演說會)의 경우를 제외하고는 선거운동기간(選舉運動期間) 중 선거운동(選舉運動)을 위하여 확성장치(擴聲裝置)를 사용할 수 없다.

구(舊) 지방의회의원선거법(地方議會議員選舉法)(1990.12.31. 법률 제 4311호, 개정 1991.5.23. 법률 제4368호) 제67조 (탈법방법(脫法方法)에 의한 저술(著述) 등의 금지) ① 누구든지 선거운동기간(選舉運動期間) 중 정당(政黨) 기타의 정치단체(政治團體) 또는 후보자(候補者)를 지지(支持)·추천하거나 반대(反對)하는 내용을 표시한 저술(著述)·연예(演藝)·영화(映畵)·광고(廣告)·사진(寫眞) 기타 이와 유사한 것을 이 법(法)에 규정(規定)된 방법 이외의 방법으로 배부(配付)·상연(上演) 또는 게시할 수 없다.

② 각급선거관리위원회(各級選舉管理委員會)는 제1항의 규정(規定)에 위반되는 것을 발견한 때에는 지체없이 그 중지 또는 철폐(撤去)를 명(命)하고 필요한 조치(措置)를 취하여야 한다.

구(舊) 지방의회의원선거법(地方議會議員選舉法)(1990.12.31. 법률 제 4311호, 개정 1991.5.23. 법률 제4368호) 제68조 (각종집회(各種集會) 등의 제한) 누구든지 각급선거(各級選舉)의 선거운동기간(選舉運動期間) 중에는 선거(選舉)에 영향을 미치게 할 목적(目的)으로 단합대회(團合大會)·정당활동(政黨活動)은 제외한다)·향우회(鄉友會)·야유회(野遊會)·종친회(宗親會) 및 동창회(同窓會) 등의 집회(集會)를 개최(開催)할 수 없다.

공직선거(公職選舉)및 선거부정방지법(選舉不正防止法) 제103조 (각종 집회(各種集會) 등의 제한) ① 누구든지 선거기간(選舉期間) 중 선거(選舉)에 영향을 미치게 하기 위하여 단합대회(團合大會)·향민회(鄉民會)·야유회(野遊會)·종친회(宗親會) 또는 동창회(同窓會) 기타의 집회(集會)를 개최할 수 없다.

② 생략

공직선거(公職選舉)및 선거부정방지법(選舉不正防止法) 제141조 (당원 단합대회(黨員團合大會)의 제한) ① 정당(政黨)이 선거기간개시일(選舉期間開始日) 전 30일(日)(보궐선거(補闕選舉) 등에 있어서는 선거일(選舉日) 공고일(公告日)부터 선거일(選舉日)까지 소속당원(所屬黨員)의 연수(研修)·단합(團合) 기타 명목 여부를 불문하고 선거(選舉)가 실시될 예정이거나 선거(選舉)가 실시중인 선거구(選舉區) 안이나 선거구민(選舉區民)인 당원(黨員)을 대상으로 당원단합대회(黨員團合大會)·당원연수회(黨員研修會) (이하 이 조(條)에서 당원집회(黨員集會)라 한다)를 개최할 수 없다. 다만, 당무(黨務)에 관한 연락(連絡)·지시(指示) 등을 위하여 일시적으로 이루어지는 당원간(黨員間)의 면접(面接)은 당원집회(黨員集會)로 보지 아니하나 그 면접(面接)시에 식사(食事)·다과(茶菓) 또는 음료(飲料)의 제공이 불가되

는 때에는 금지된 당원집회(黨員集會)로 본다.

②~④ 생략

【참조 판례】

1. 1989.4.17. 선고, 88헌마3 결정
- 1990.1.6. 선고, 89헌마269 결정
- 1991.7.8. 선고, 89헌마181 결정
- 1992.1.28. 선고, 91헌마111 결정
- 1993.3.11. 선고, 92헌마98 결정

【주 문】

심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

중앙선거관리위원회는 1991.1.30. 자로 지방의회의원 선거에 즈음하여 “지방의회의원선거법(1990.12.31. 법률 제4311호, 개정 1991.5.23. 법률 제4368호) 제68조에 근거하는 정당의 단합대회 개최에 관하여 벽보 현수막·전단 등이나 가두방송 등을 통하여 위 집회를 고지하여 일반 선거구민의 참집을 유도하거나 확장장치를 사용하여 집회실황을 일반 선거구민이 청취케 하는 것은 동법 제40조, 제57조, 제59조, 제67조, 제68조에 저촉되는 선거운동으로 본당'라는 결정을 하였다.

그러자 신민주연합당 대변인 박○천은 1991.6.7. 중앙선거관리위원회에 대하여 “특정 정당 또는 후보자를 지자반대하는 내용이

포함되지 아니하고 당원만의 참석을 요청하는 경우에는, 정당의 단합대회를 현수막이나 벽보·전단·광고 등 인쇄물 또는 확성장치 등을 통하여 고지하는 것은 적법한 것이 아닌가”하는 내용의 질의를 하였고, 동 질의에 대하여 중앙선거관리위원회는 1991.6.12. “시·도의회의원선거에 후보를 추천한 정당이 선거운동기간 중에 소속당원만을 대상으로 하는 정당의 내부행사에 속하는 단합대회를 위와 같은 방법으로 일반 선거구민도 알 수 있게 고지하는 것은 그 문면은 여하간에 일반 선거구민의 참집을 유도하게 되고, 아울러 그 정당을 선전하게 됨으로써 동법에서 선거운동방법으로 예정하지 아니한 현수막벽보·전단·확성장치 기타 광고에 의한 다른 형태의 탈법적 선거운동이라 할 수 있을 것이므로 동법 제40조, 제57조, 제59조, 제67조 또는 제68조에 위반될 것이다”라고 회답하였다.

그후 1991.6.20. 지방의회의원선거는 종료되었으나 위 신민주연합당은 중앙선거관리위원회의 위 회답이 헌법 제8조 제1항의 정당활동의 자유 및 복수정당제도 같은 조 제3항의 정당의 국가보호를 받을 권리 그리고 헌법 제21조 제1항 집회의 자유를 침해하는 것이므로 취소되어야 한다는 주장을 하면서 1991.8.7. 중앙선거관리위원회를 피청구인으로 하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다

한편 1993.9.23. 청구인의 대리인은 청구인명의를 종전의 “신민주연합당(대표자 김○중)”에서 “민주당(대표자 이○택)”으로 당사자 표시 변경신청을 하였다.

나. 심판의 대상

결국 이 사건 심판대상은 청구인 대변인의 질의에 대한 1991.6.12.자 중앙선거관리위원회의 회답이다

2. 청구인의 주장과 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 주장 요지

피청구인이 1991.6.12. 청구인에게 한 위 회답은 지방의회의원선거법 제68조에 정면으로 위반될 뿐만 아니라, 동 조항에서 허용한 정당의 단합대회를 개최하지 못하게 함으로써 결국 기본권을 침해한 위헌적인 유권해석이다. 즉, 헌법 제8조 제1항과 제3항은 정당설립 및 활동의 자유, 복수정당제도, 정당이 국가의 보호를 받을 권리 등을 보장하고 있으며, 이러한 헌법의 정신에 따라 지방의회의원선거법 제68조는 일반적으로 모든 사람에게 선거운동기간 중 선거에 영향을 미치게 할 목적으로 단합대회·향우회·야유회·중추회 및 동창회 등의 집회를 개최하지 못하게 하고 있음에도 정당에 대하여는 예외적으로 정당활동으로서 단합대회를 개최할 수 있도록 하고 있다. 이러한 정당의 단합대회를 개최함에 있어 그 단합대회 개최사실을 당원에게 알리는 방법은 위 선거법이나 정당법 기타 법률에 아무런 제한규정이 없으므로 단합대회를 개최하는 정당이 필요에 따라 현수막·벽보·전단 또는 가두방송으로 하는 서산전·화·신문광고·방송광고로 하는 또는 정당의 조직연락망을 통하여 하는 임의로 선택할 수 있는 것이며 그러한 방법 중 현수막·벽보·전단이나 가두방송으로 하는 고지방법은 돈과 인력이 적게 들 뿐만 아니라 신속하고 효과적이어서 금력과 조직력이 약한 야당으로서는 이용하기 편리한 방법이다. 위와 같은 방법으로 하는 정당단합대회의 고지는 일반 선거구민의 참집을 유도하거나 정당

을 선전하기 위한 목적으로 하는 것이 아니고 오로지 당원에게 정당단합대회의 개최일시·장소 등만을 알리는 것을 목적으로 하는 것임에도 위와 같은 방법으로 정당단합대회를 고지하는 것이 일반선거구민의 집회를 유도하게 되고 아울러 정당을 선전하게 되는 것이므로 위 선거법에 저촉된다고 피청구인이 회답한 것은 헌법 제8조 제1항 및 제3항에 정면으로 위배되는 것이다.

한편 헌법 제21조 제1항은 모든 국민에게 집회의 자유를 보장하고 있으며, 정당도 집회의 자유를 향유할 수 있음은 당연한 일이다. 집회의 자유는 구체적으로 집회를 주최·주관·집행하고 집회에 참여할 수 있는 적극적인 자유와, 집회에 불참할 수 있는 소극적인 자유를 그 내용으로 하고 있으며 적극적 의미의 집회의 자유에는 집회의 주최·주관·집행방법 등 당해 집회의 내용을 “알릴 권리”도 포함된다. 정당의 단합대회 개최사실을 현수막·벽보·전단 또는 가두방송으로 고지하는 것은 집회의 자유의 본질적 구성요소의 하나인 알릴 권리에 해당할 뿐만 아니라 정당활동의 일부분인 것이다. 그런데도 피청구인이 현수막·벽보·전단 또는 가두방송 등으로 하는 위 고지방법을 위 선거법에 위반되는 행위라고 회답한 것은 헌법에서 보장한 정당활동의 자유와 집회의 자유의 본질적 내용을 침해한 위헌적인 공권력의 행사이다.

또한 청구인은 제1야당으로서 지난 1991.6.20. 실시한 광역지방의회의원선거에 후보자를 낸 바 있다. 그런데 피청구인의 위와 같은 지방의회의원선거법의 위헌적 해석 및 집행으로 인하여 선거운동의 제약을 받아 정당의 활동이 위축됨으로써 선거과정에서 많은 불이익을 받았다. 비록 위 선거가 이미 끝났지만 피청구인이 위

선거법에 대한 위헌적 해석을 버리지 않고 계속 되풀이한다면 앞으로 다가올 다음 선거와 특히 머지 않아 실시될 지방자치단체장의 선거 등에서 또 다시 청구인의 헌법상 보장된 정당활동의 자유 등이 침해될 가능성이 상존하고 있다. 따라서 피청구인이 위와 같은 위헌적인 결정을 앞으로 다시 되풀이하지 않도록 하기 위해서라도 현 단계에서 피청구인의 위헌적인 위 공권력의 행사의 취소를 구할 실익이 충분히 있다고 할 것이므로 이 사건은 권리보호이익이 있다

나. 중앙선거관리위원회의 답변

헌법소원의 대상은 구체적인 권리관계이어야 한다 따라서 피청구인이 질의회답에 근거하여 구체적인 공권력을 행사한 사실이나 그로 인하여 청구인이 침해받은 권리가 구체적으로 특정되지 아니하는 추상적인 법률해석인 질의회답은 헌법소원의 대상이 될 수 없는 것이므로 결국 이 사건은 부적법한 심판청구일 뿐만 아니라 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 의하면 다른 법률에 구체절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 헌법소원심판을 청구할 수 없도록 규정하고 있는데 지방의회의원선거법은 지방의회의원선거에 관한 소송절차를 규정하고 있으며, 또한 선거의 효력을 다투는 것이 아니고 단순히 피청구인의 공권력의 행사불행사 등으로 권리 또는 이익의 침해를 받았음을 이유로 그 권리를 구제받고자 하는 경우에는 행정심판법 및 행정소송법에 의하여 그 권리구제절차가 마련되어 있다. 그럼에도 불구하고 청구인은 위와 같은 권리구제절차를 거치지 아니하였으므로 결국 부적법한 심판청구이므로 각하되어야 한다

그렇지 않다고 하더라도 헌법 제8조는 정당의 설립과 복수정당제도 및 국가의 보호를 받을 권리를 규정하고 있다 그러나 정당활동의 자유는 절대적·무제한적인 것이 아니고 내재적인 한계가 있는 것이며 헌법의 다른 규정 및 다른 법률이 보호하는 이익의 보호를 위하여 합목적적인 제한이 가능하다. 헌법 제116조 제1항은 선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리하에 법률이 정하는 범위 내에서 하되 균등한 기회가 보장되어야 한다고 규정하여 선거운동의 법정주의 및 기회균등의 원칙을 천명하고 있으며, 지방의회의원선거법은 이를 실현하기 위하여 선거운동의 기간·주체·기구·방법 및 기타 각종 제한금지규정을 두어 선거운동의 기회균등을 보장하고 나아가 선거의 공정성이 확보될 수 있도록 하고 있다. 그러나 정당활동의 자유를 무제한 허용할 경우 선거운동에 부당한 영향을 미쳐 선거의 적정성과 공평성을 보장하기 어렵다 이러한 폐해를 방지하고 후보자간의 기회균등을 통한 공평성을 확보하기 위하여 선거법에 의한 규제를 하는 것은 불가피한 조치이므로 정당활동이라 하더라도 선거와 관련된 활동은 선거법의 규정에 위반되지 아니하는 범위 내에서 허용되어야 한다.

위 선거법 제38조에 의하면 선거운동이란 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하는 행위라고 하여 직접·간접으로 당락을 용이하게 할 목적으로 하는 모든 행위를 말하며 선거운동은 후보자를 추천한 정당 및 후보자와 이들이 선암신고한 선거사무장·선거연락소의 책임자·선거사무원만이 할 수 있고, 그 방법도 법에 의하여 정하여진 방법 이외의 방법으로서는 할 수 없다. 위 선거법 제68조는 누구든지 선거운동기간 중 선거에 영향을 미치게 할 목적으로

하는 각종 집회의 개최를 금지하면서도 정당활동으로서의 단합대회에 한하여 예외를 인정하고 있다. 이는 정당의 내부적 행위로서의 창당대회·합당대회·개편대회·후보자선출대회 등 정당의 정상기능 발휘를 위한 집회를 선거운동기간 중 개최할 경우 선거에 다소간의 영향을 미치게 된다 하더라도 정당의 공직선거에 있어서의 특수한 역할과 기능을 고려하여 이를 법적으로 인정한 것이다. 그러나 선거운동기간 중에 정당활동으로서의 단합대회를 예외적으로 허용한다고 해서 정당의 단합대회 자체를 선거운동방법으로 허용해 주는 취지는 아니다. 즉 정당의 선거운동기간 중 정당의 내부행사에 속하는 단합대회를 고지하는 벽보현수막을 게시하고 가두방송을 실시하며 전단을 살포한다면 일반 선거구민들은 그러한 벽보와 현수막 등을 보고 무의식적으로 그 당명을 기억하게 되어 그 정당의 추천을 받은 입후보자에게 유리하게 작용함으로써, 그 정당추천후보자의 선거운동효과를 가져오게 되어 상대적으로 활동기회가 제한되어 있는 무소속 후보자에게는 현저한 불이익을 입히게 된다. 따라서 이것은 모든 후보자에게 공평한 기회를 보장하여야 한다는 헌법 및 선거법 취지에 반하는 것이라고 아니할 수 없으며 특히 정당이 선거에 미치는 영향이 지대한 현대선거에서는 선거운동에 미치는 효과가 더욱 크다 할 것이다. 더구나 선거의 공정성을 확보하기 위하여 선거운동의 방법을 엄격히 제한하고 있는 현행 선거제도하에서는 횡수제한 없이 무제한으로 개최할 수 있도록 되어 있는 정당의 단합대회를 개최하면서 그 때마다 일반 선거구민들에게 이를 고지한다면 그 효과는 직접적인 선거운동의 효과 못지 않게 된다. 그 결과 무소속후보자와 비교할 때 정당추천후보자

가 부당하게 유리한 대우를 받게 되어 헌법이 보장한 선거운동의 기회 균등은 기대할 수 없게 된다. 따라서 피청구인의 이 건 회답은 선거법 제40조, 제57조, 제59조, 제67조 또는 제68조의 규정에 의하여 적법하고, 헌법 제116조 제1항의 규정에도 부합하는 합헌적인 조치이다

집회의 자유는 민주국가에서의 의사의 형성과 의견발표를 위하여 불가결한 수단으로서 적극적으로 누구나 집회를 개최참가·사회 또는 진행할 자유와 소극적으로 개최하지 아니할 자유와 참가하지 아니할 자유가 있다. 그러나 집회의 자유가 헌법상 보장된 기본권이라고 하여 절대적·무한적으로 허용되는 것이 아니며 그 내재적 한계가 있다 즉 집회의 자유는 표현행위의 자유로서의 성격을 가지는 것이지만 집단적이며 공공질서 등에 대한 영향력이 직접적이고 심대하므로 타인의 기본권 보호 또는 헌법의 다른 규정이나 법률이 보호하는 이익의 보호를 위하여 비례적·합목적적인 제한이 가능한 것이다 따라서 정당의 내부적 행사에 속하는 단합대회가 집회의 자유라 하여 그 개최방법참석대상·고지방법 등에 아무런 제약을 받지 않게 된다면 이는 선거법이 예정하지 아니한 탈법적인 선거운동이 되어 선거의 자유공정을 해치고 그 적정성과 공정성을 보장하기 어렵게 될 것이므로 최소한의 합목적적인 규제를 가하여 선거법의 목적과 법익을 보호하고자 하는 피청구인의 질의회답은 헌법 제116조 제1항의 정신에 비추어도 합헌적인 해석이다

결국 이 사건 심판청구인의 헌법소원심판청구는 심판요건의 결여로 각하되어야 하며 그렇지 않다고 하더라도 위에서 본 바와 같

이 피청구인의 질의회답이 위헌이라 할 수 있는 아무런 법률적이론적 근거가 없으므로 기각되어야 한다.

다. 법무부장관의 의견

법무부장관은 중앙선거관리위원회의 답변과 대개 같은 취지의 주장을 한 외에, “헌법소원제도는 국민의 기본권침해를 구제해 주는 제도이므로 그 제도의 목적상 권리보호의 이익이 있어야 비로소 제기할 수 있는 것인데 이 사건에 있어서 청구인은 1991.6.1.부터 같은 달 19.까지 시행된 시도 지방의회의원선거를 위한 정당단합대회 개최와 관련하여 일정한 선거운동행위를 하고자 하였으나 피청구인이 청구인의 의도에 부합되지 않는 유권해석을 하자 이 사건 심판청구에 이른 것이다그러나 그 후 위 시도 지방의회의원선거가 종료되었으므로 이 사건 헌법소원은 이미 권리보호이익을 상실한 것으로서 부적법각하되어야 한다”는 주장을 더하였다.

3. 판단

먼저 심판청구의 적법 여부에 관하여 본다

(1) 헌법소원제도는 국민의 기본권침해를 구제하는 제도이므로 헌법소원심판청구가 적법하다고 하려면 그 제도의 목적상 권리보호의 이익이 있어야 한다(당재판소 1989.4.17. 선고, 88헌마3 결정; 1990.1.6. 선고, 89헌마269 결정 등 참조). 그러므로 심판청구당시 권리보호의 이익이 인정되더라도 심판 계속 중에 생기는 사정변경 즉 사실관계 또는 법제의 변동으로 말미암아 권리보호의 이익이 소멸 또는 제거된 경우에는 원칙적으로 심판청구는 부적법하게 된다.

다만 헌법소원제도는 국민의 주관적인 기본권 구제를 위한 것일 뿐만 아니라 개관적인 헌법질서의 수호·유지를 위하여서도 있는

제도이므로 침해행위가 이미 종료하는 등의 이유로 이미 취소할 여지가 없기 때문에 주관적 권리구제에 별 도움이 안 되는 경우라도 당해 사건에 대한 본안판단이 헌법질서의 수호유지를 위하여 긴요한 사항이어서 그 해명이 헌법적으로 중요한 의미를 지니고 있는 경우나 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있는 경우 등에는 예외적으로 심판청구의 이익을 인정하여 이미 종료된 침해행위가 위헌이었음을 확인할 필요가 있다(당 재판소 1991.7.8. 선고, 89헌마181 결정; 1992.1.28. 선고, 91헌마111 결정 참조). 그리고 여기서 말하는 반복적 침해의 위험성이란 단순히 추상적이거나 이론적인 가능성이 아니라 구체적인 것이어야 한다 함이 당재판소의 판례이다(당재판소 1991.7.8. 선고, 89헌마181 결정; 1993.3.11. 선고, 92헌마98 결정 참조). 그리고 법제의 변동으로 말미암아 이러한 심판의 이익을 인정할 필요가 소멸 내지 제거된 경우에도 심판청구는 부적법하게 된다.

(2) 이 사건 헌법소원의 목적은, 1991.1.30. 실시된 지방의회의원선거는 이미 지나갔지만 동 선거기간 중에 개최될 정당의 당원통합대회의 고지를 당원이 아닌 일반 선거구민도 알 수 있게 하는 방법인 벽보현수막·전단 및 가두방송 등을 통하여 하는 것은 선거법에 저촉된다는 중앙선거관리위원회의 질의회답을 취소하는 심판을 받아 장차 실시될 지방자치단체의 장 선거 등에 있어서 중앙선거관리위원회에서 그러한 질의회답에 근거한 규제 등을 되풀이하지 않게 하여 정당의 특권 및 집회의 자유 중 집회를 알릴 권리의 침해를 예방하고 선거기간 동안 그러한 고지방법을 사용하여 당원통합대회를 하고자 함에 있다

(3) 그러므로 살펴건대,

(가) 피청구인이 이 사건 질의회답을 하게 된 1991.6.20. 실시된 지방의원선거는 이미 지나갔지만 지방자치법 제31조에 의하면 지방의회 의원의 임기는 4년이고, 그 임기는 총선거에 의한 전임의원의 임기만료일의 다음날부터 개시되되 천재지변등의 사유로 전임의원의 임기가 만료된 후에 총선거를 실시한 때는 그 당선일로부터 개시되며 동법 제86조에 의하면 지방자치단체의 장은 제23조 제2항 및 제3항의 피선거권이 있는 자 중에서 선거하고 동법 제87조에 의하면 지방자치단체의 장의 임기는 4년이고, 그 임기는 전임자의 임기만료일의 다음날부터 개시되며, 동법 부칙(1990.12.27.) 제2조 제2항에는 지방자치단체의 장의 선거는 1991.6.30. 이내에 실시한다고 규정하였다. 그리고 이 사건 헌법소원 당시 시행된 구 지방의회의원선거법 제8조와 구 지방자치단체의장선거법 제67조에는 각각 “누구든지 각급 선거의 선거운동기간 중에는 선거의 영향을 미치게 할 목적으로 단합대회(정당활동은 제외한다)·향우회·야유회·종친회 및 동창회 등의 집회를 개최할 수 없다”고 규정하여 지방의회의원선거와 지방자치단체의 장의 선거에 있어서 선거기간 중에도 정당은 정당활동으로서 당원단합대회를 개최할 수 있는 것으로 규정하였었다. 그러므로 지방의회의원 선거는 이미 실시된 1991.6.20. 이후 4년마다, 그리고 지방자치단체의 장의 선거도 4년마다 실시되되, 선거기간 중 정당은 정당활동으로서 당원단합대회를 개최할 수 있게 규정되어 있었다. 따라서 이 사건 헌법소원 당시로서는 규범상 앞으로도 지방의회의원선거와 지방자치단체의 장 선거에 있어서 선거기간 중의 정당의 단합대회개최 금지방법을 일

반 선거구민도 알 수 있게 하는 방법이 위법이라는 중앙선거관리위원회의 질의회답에 근거한 규제 등이 되풀이될 것이 구체적으로 예상되었고, 따라서 이러한 질의회답으로 정당특권이나 집회의 자유 중 집회를 알릴 권리가 침해되는 여부의 헌법적 해명이 필요하였었다 그러므로 이 사건 헌법소원 당시에 있어서는 다른 적법요건의 구비여부는 별론으로 하고 심판의 이익을 예외적으로 인정할 필요가 있어서 심판청구의 이익이 있는 경우라고 할 수 있었다

(나) 그러나 이 사건 심판 계속중인 1994.3.16. 중전의 대통령선거법·국회의원선거법·지방자치단체의장선거법 및 지방의회의원선거법 등 선거법들을 모두 폐지하고 법률 제4739호로 공직선거및선거부정방지법으로 선거법을 통합하여 제정하면서 동법 제103조(각종집회 등의 제한) 제1항에서 “누구든지 선거기간 중 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 단합대회·향민회·야유회·종친회 또는 동창회 기타의 집회를 개최할 수 없다.”고 규정하여 선거기간 중 선거에 영향을 미치는 집회를 금지함에 있어 정당활동으로서의 정당의 당원단합대회를 예외로 인정하지 아니하였고, 나아가 동법 제141조(당원단합대회의 제한) 제1항에서는 “정당은 선거기간 개시일 전 30일부터 선거일까지 소속당원의 연수단합 기타 명목 여하를 불문하고 선거가 실시될 예정이거나 선거가 실시 중인 선거구 안이나 선거구민인 당원을 대상으로 당원단합대회당원연수회(이하 이 조에서 “당원집회”라 한다)를 개최할 수 없다. 다만 당무에 관한 연락·지시 등을 위하여 일시적으로 이루어지는 당원간의 면접은 당원집회로 보지 아니하나 그 면접시에 식사다과 또는 음료의 제공이 부가되는 때에는 금지된 당원집회로 본다.”라고 규정함으로써

선거운동기간 중 정당의 선거구 안 또는 선거구민인 당원을 대상으로 하는 당원의 단합대회의 개최자체를 금지하는 규정을 신설하였다 그러므로 선거기간 중에는 정당의 단합대회는 물론 선거에 영향을 미치는 어떠한 정당활동으로서의 당원집회도 금지하고 있다 따라서 법제의 변경으로 앞으로는 규범상 이 사건과 같이 선거기간 중의 정당단합대회나 정당의 그와 유사한 집회개최도 있을 수 없으므로 그러한 집회개최에 대항고지방법을, 일반 선거구민도 알 수 있게 하는 벽보현수막·전단 및 가두방송 등을 통한 방법으로 하는 것은 위법이라는 중앙선거관리위원회의 질의회답에 담겨질 구체대상이 될 사례가 다시 있을 수 없다 따라서 그러한 질의회답이 정당의 특권이나 집회의 자유 중 집회를 알릴 권리를 침해하는 것인지의 여부를 헌법적으로 해명할 중요한 의미를 지닌다거나 반복적인 침해의 위험성이 구체적으로 있을 수 없다 앞으로 법률이 다시 개정되어 그러한 집회가 허용될 경우를 상정하여 이론적 추상적으로 말할 수 있는 가정태를 전제로 하는 헌법적 해명의 중요성이나 반복의 가능성은 구체적인 것이라고 할 수 없어 심판의 이익이 있다고 할 수 없다.

그리하여 이 사건은 심판대상인 질의회답의 근거가 된 법률조항이 폐지되어 장차 그 적용사례가 있을 수 없을 뿐만 아니라 불분명한 헌법문제의 해명이나 침해반복의 위험 등을 이유로 심판의 이익을 인정하여야 할 특별한 경우에 해당된다고도 할 수 없다

(대) 필경 이 사건 심판청구는 그 심판의 이익 내지 필요를 인정할 수도 없어 부적법하다고 할 것이다

4. 결론

이상과 같은 이유로 이 사건 심판청구를 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 관여재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

1994. 7. 29.

재판장	재판관 조규광
	재판관 변정수
	재판관 김진우
	재판관 한병채
	재판관 최광률
	재판관 김양균
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화

【이 유】

1. 이 사건 기록과 증거자료(대전지방법검찰청 홍성지청 92형제2207, 8552호)에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다

가. 청구인이 1992.3.20. 피의자 박○원을 상대로 대전지방법검찰청 홍성지청에 형사고소를 하였는데 고소사실의 내용인즉 청구인이 피의자로부터 결혼조건으로 돈을 받은 일이 전혀 없었는데도 불구하고 피의자는 1991.7.13. 대전지방법원 홍성지원에 청구인을 피고로 하여“피고는 원고와 결혼을 조건으로 별지 명세표와 같이 1990.8.25.부터 1991.4.27.까지 사이에 12회에 걸쳐 도합 금 2,600만원을 편취하여 간 다음 1991.4.29. 행방불명되었으니, 피고는 원고에게 금 2,600만원 및 이에 대한 지연손해금을 지급하라”는 취지의 허위내용의 소장을 작성 제출한 후 청구인에 대한 허위의 미거주 확인서를 작성하여 위 법원으로부터 공시송달결정을 받아 청구인이 소송진행사실을 알지도 못하게 소송수행을 하여 법원을 기망하고 피의자의 주장을 그대로 믿은 위 법원으로부터 1991.12.6. “피고는 원고에게 금 2,600만원 및 이에 대한 지연손해금을 지급하라.”는 내용의 승소판결을 받아 청구인 소유부동산에 강제집행까지 하고 있으므로 피의자를 사기죄로 처벌하여 달라는 것이었고 이 사건을 담당한 피청구인은 1992.6.29. “혐의없음”불기소처분을 하였다. 이에 대하여 청구인이 서울고등검찰에 항고한 결과 수사미진을 이유로 1992.11.10. 재기수사명령이 내려 졌고 피청구인은 다시 수사한 끝에 1993.1.26. 또 다시 “혐의없음” 불기소처분을 하였으며 이에 대하여 청구인은 항고·재항고를 거친 다음(재항고 기각결정)

1993.4.23. 청구인에게 송달되었다) 1993.5.20. 적법한 기간 내에 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다

나. 검사의 불기소 이유는

“피의자는 고소인이 혼인을 조건으로 금품을 요구하여 1990.8.25. 부터 1991.4.27.까지 총 12회에 걸쳐 금 2,600만원을 준 사실이 있음에도, 고소인은 1991.4.29. 무단가출, 행방불명되었으므로 위 편취금원을 되찾기 위하여 위 소송을 한 것일 뿐이라고 변호하고 있음에 반하여 고소인은 피의자로부터 금원을 받은 사실이 없다고 주장하므로 살피건대 민사판결, 공시송달신청, 미거주확인서 각 사본의 기재가 피의자의 변소에 부합되고 있으나 첫째, 피의자가 고소인에게 지급하였다는 돈이 예산신용협동조합에서 대출받은 돈이었는지 여부 둘째, 자신의 딸 결혼비용으로 돈 3,000만원을 대출받았다는 피의자가 고소인에게 1,100만원 주었다는 진술을 믿을 수 있었는지, 셋째, 고소인이 피의자 부탁으로 ○○식당 조카딸로부터 금 600만원을 차용하여 피의자에게 갖다준 사실이 있다면 피의자가 고소인에게 금 2,600만원을 줄 수 있었겠는가라는 의문이 있어 판단하건대, 첫번째 점에 관하여 피의자는 1991.4.3. 예산신용협동조합에서 금 3,000만원을 대출받아 ○○농협통장(계좌번호:475103-52-○○○○○○)에 금 19,929,482원을, 동 ○○농협통장(계좌번호:475103-56-○○○○○○)에 금 6,070,518원을 불입하였고, 나머지 400만원 중 330만원을 위 ○○식당 조카딸 차용금 및 이자변제 조로 고소인에게 주고, 나머지 70만원을 대출비용 등으로 사용하였고 ○○농협통장(계좌번호:475103-56-○○○○○○)에서 1991.4.6. 금 100만원, 동월 12. 금 300만원, 동월 18. 금 200만원, 동월 27. 금 100만원을 인출, 고소인에게

주었으며, 나머지 1,900만원으로 피의자의 생활비, 병원비, 딸 결혼자금 등으로 사용하였다고 진술하고 있는바 위 각 통장사본기재에 위 인정 사실을 보태어 보면 피의자는 예산신협대출금을 ○○농협통장(계좌번호:475103-56-○○○○○○)에 일부 예치한 후 1991.4.6. 금 100만원, 동월 12. 금 300만원, 동월 18. 금 200만원, 동월 27. 금 100만원을 인출, 고소인에게 교부한 사실이 추인되고 두번째의 점에 관하여는 피의자는 신협대출금 3,000만원 전액을 딸 결혼금으로 이용한 것이 아니라 위와 같이 1,900만원을 피의자의 생활비, 병원비, 딸 결혼자금으로 사용하고 1,100만원을 고소인에게 주었다는 것으로 위 각 통장사본기재 및 고소인의 일부진술(1991.4.3. 피의자로부터 330만원을 받았다는 부분)을 종합하면 피의자의 주장에 신빙성이 있고 세 번째 점에 관하여, 피의자는 고소인의 소개로 ○○식당 조카딸로부터 금 600만원을 차용하였다 하더라도 당시는 피의자와 고소인이 동거하면서 혼인을 앞둔 시점이었던 점, 동 차용금액액수가 피의자가 고소인에게 교부한 금액2,600만원에 비해 현저히 소액인 점, 600만원 차용금 중 피의자가 300만원만 전달받은 후 이자 30만원을 합쳐 변제하였다는 점을 종합하면 ○○식당 조카딸 차용금건에도 불구하고 피의자는 고소인에게 위와 같이 금원을 교부할 만한 충분한 처지에 있었다고 판단되는바 이상의 인정과 상반되는 고소인의 일방적 주장 외 달리 피의사실을 입증할 자료가 없어 범죄혐의 없다.”라고 되어 있다.

2. 판단

가. 이 사건의 쟁점은 피의자가 청구인에게 결혼조건으로 별지명세표와 같이 12차례에 걸쳐 도합 금 2,600만원을 건네 주었느냐

의 여부이고 청구인은 돈을 전혀 받은 사실이 없다는 것이므로 돈을 건네 주었다는 피의자의 주장이 진실이냐의 여부를 가려야 할 것이며 그 점에 관한 피의자의 주장이 믿을 수 없는 것이라면 피의자는 소송사기의 혐의를 면할 수 없을 것이다. 피의자는 주장하기를 청구인에게 결혼 조건으로 금 2,600만원을 건네 주었는데 별지명세표와 같이 그 중 금 1,500만원은 충청은행 예산지점과 농협중앙회 예산군지부에 예금하여 놓은 돈을 찾아서 1990.8.25.부터 1991.4.1.까지 7회에 걸쳐 건네 주었다는 것이고 금 400만원은 어느 예금통장의 돈을 찾았는지는 모르나 여하간 은행에서 찾은 돈을 1991.4.3.에 건네 주었으며, 나머지 700만원은 1991.4.3. 예산신용협동조합에서 금 3,000만원을 대출받아 그 중 2,600만원을 금 19,929,482원과 금 6,070,518원으로 나누어 ○○농업협동조합의 두 개의 통장(계좌번호:475103-52-○○○○○○, 계좌번호:475103-56-○○○○○○)에 예금하여 두었다가 계좌번호 475103-56-○○○○○○의 통장에서 1991.4.6.부터 1991.4.27.까지 4회에 걸쳐 돈을 찾아서 청구인에게 건네 주었다는 것이다. 그러므로 검사로서는 위와 같은 피의자의 주장에 대하여 하나 하나 따져서 진실 여부를 가려야 할 것이다. 그런데 검사는 첫째 피의자가 청구인에게 지급하였다는 돈이 예산신용협동조합에서 대출받은 돈이었는지 여부, 둘째 자신의 딸 결혼비용으로 돈 3,000만원을 대출받았다는 피의자가 청구인에게 1,100만원을 주었다는 진술은 믿을 수 있겠는지, 셋째 청구인이 피의자 부탁으로 ○○식당 조카딸로부터 금 600만원을 차용하여 피의자에게 갖다준 사실이 있다면 피의자가 청구인에게 금 2,600만원을 줄 수 있겠는가라는 의문이 있으므로 판단한다고 한 다음 첫번째 점에 관하여

위 각 통장사본기재(○○농협통장 2개)에 위 인정사실무슨 사실을 인정하였는지 알 수 없다)을 보태어 보면 피의자는 예산신협대출금을 ○○농협통장(계좌번호:475103-56-○○○○○○)에 예치한 후 1991.4.6. 금 100만원, 동월 12. 금 300만원, 동월 18. 금 200만원, 동월 27. 금 100만원을 인출 청구인에게 교부한 사실이 추인되고 두번째 점에 관하여는 피의자는 신협대출금 3,000만원 전액을 딸 결혼금으로 이용한 것이 아니라 1,900만원을 피의자의 생활비, 병원비, 딸 결혼비용으로 사용하고 금 1,100만원을 고소인에게 주었다는 것으로 위 각 통장사본기재 및 청구인의 일부진술(1991.4.3. 피의자로부터 330만원을 받았다는 부분)을 종합하면 피의자의 주장에 신빙성이 있고 세번째 점에 관하여 피의자가 금 600만원을 차용할 당시 피의자와 청구인이 동거하면서 혼인을 앞둔 시점이었고 차용금 600만원이라는 액수가 피의자가 청구인에게 교부한 2,600만원에 비하여 현저히 소액인 점 등등을 종합하면 피의자는 청구인에게 금 2,600만원을 교부할 만한 충분한 처지에 있었다고 판단된다 고 하여 피의자의 주장을 진실한 것으로 인정하고 무혐의 처분하였다

나. 그러나 검사의 의문스럽다고 지적하고 판단한 첫 번째 및 두 번째 점은 모두 피의자가 1991.4.3. 예산신용협동조합으로부터 대출받은 금 3000만원의 사용처에 관한 것으로서 이는 피의자가 청구인에게 1991.4.3.부터 1991.4.27.까지 5회에 걸쳐 교부하였다는 금 1,100만원에 관한 부분이지 그 이전의 부분 즉 1990.8.25.부터 1991.4.1.까지 7회에 걸쳐 교부하였다는 금 1,500만원에 관한 것은 아니며 그 부분에 대하여는 아무런 판단이 없다. 더구나 피의자가 대출금 3,000만원 중에서 청구인에게 교부하였다는 1,100만원 중

금 400만원은 검사도 설명하고 있는 바와 같이 고소인이 청구인에게 결혼조건으로 교부하였다는 별지 명세표 기재의 1991.4.3.자 금 400만원이 아니라 ○○식당 조카딸 차용금 및 이자변제 조로 지급한 금330만원과 대출금 비용으로 사용된 금 70만원을 합한 돈이라는 것이므로 그렇다면 대출금 3,000만원에서 청구인에게 교부된 돈은 1991.4.6.자 금 100만원, 1991.4.12.자 금 300만원, 1991.4.18.자 금 200만원, 1991.4.27.자 금 100만원 이상 도합 금 700만원이라는 말이 되고 피의자 자신도 대출금3,000만원으로 청구인에게 교부한 금액은 위와 같이 4회에 걸쳐 교부된 금 700만원이라고 주장하고 있다 그럼에도 불구하고 검사가 대출금3,000만원에서 결혼조건으로 1,100만원이 교부된 것으로 판단하고 있는 것은 사실인정을 잘못된 것이 분명하며 결국 피의자가 결혼조건으로 1991.4.3. 금 400만원을 지급하였다는 부분의 진실 여부에 대하여서도 규명이 되지 아니한 것이다 그리고 검사가 의문스럽다고 한 셋째의 점에 관한 판단부분은 피의자가 금 2,600만원을 교부하였는지 여부를 판단하는 데 별로 도움이 될 수 있는 사실이 아니다

또한 검사는 청구인이 1991.4.3. 금 330만원을 결혼을 조건으로 피의자로부터 받았다는 것을 시인한 것으로 판단하고 있으나 위 금330만원은 결혼을 조건으로 받은 것이 아니라 위에서 본 바와 같이 피의자가 ○○식당 조카딸로부터 차용한 돈을 변제하기 위하여 피의자로부터 받았다고 시인한 것에 불과하다 이 점에 대해서도 검사의 판단은 잘못된 것이다.

결국 검사는 1990.8.25.부터 1991.4.27.까지 12회에 걸쳐 도합 2,600만원을 교부하였다는 피의자 주장사실 중 1991.4.6.부터 1991.

4.27.까지 4회에 걸친 도합 금 700만원에 대한 부분만 수사하여 판단하고(뒤에서 본 바와 같이 이 점도 잘못되었다) 그 나머지 8회에 걸친 도합 1,900만원 부분은 전혀 수사를 하지 아니하였다는 말이 된다

다. 검사는 민사판결 공시송달신청, 미거주확인서의 각 기재가 피의자의 변소에 부합된다고 설명하고 있으므로 그 점에 대하여 본다

공시송달신청은 피의자가 청구인을 상대로 제기한 2,600만원 청구 소송에서 청구인이 소재 불명임을 이유로 소송서류송달을 공시송달로 하여 달라는 신청서이고 미거주확인서는 이○형, 방○, 김○환이 작성한 것으로서 피의자가 공시송달신청을 하면서 청구인의 소재가 불명하다는 소명자료로 첨부하여 제출한 서류이다 따라서 이들 문서는 피의자가 청구인에게 금 2,600만원을 교부하였는지 여부와는 관계없는 문서이다 그리고 민사판결은 청구인이 소송사기라고 하여 피의자를 형사고소한 바로 그 민사소송의 제1심 판결인데 피의자가 청구인을 상대로 금 2,600만원의 손해배상금을 지급하라는 소송을 대전지방법원 홍성지원에 제기하고 청구인의 소재가 불명이라는 이유로 소송서류를 공시송달로 하여 소송이 진행되어 원고인 피의자가 청구취지대로 승소판결을 받았으나 판결이유를 보면 증인 방○의 증언에 의하여 진정 성립이 인정되는 강제2호증의2의 기재와 증인 방○의 증언에 의하여 결혼조건으로 금 2,600만원의 교부사실을 인정하였는데 갑 제2호증의 2는 증인 방○이 작성한 사실확인서로서 그 내용은 금 2,600만원이 교부된 사실을 오로지 피의자(그 사건의 원고) 박○원으로부터 들어서 안다는 것이

므로 피의자 박○원의 주장에 대한 진부가 문제된 이 사건에서 위 민사 판결은 증거가치가 없다 결국 검사는 증거가치도 없는 증거를 가지고 피의자의 주장을 수궁한 끝에 무혐의 처분한 것이다

라. 그 밖에도 다음과 같은 수사 미진이 있다

피의자가 12회에 걸쳐 도합 금 2,600만원을 주었다는 증거는 피의자의 진술과 ○○은행 예산지점, 농협중앙회 예산군지부, ○○농협협동조합등의 피의자 예금통장 중 피의자의 주장일시에 각 해당금액이 인출된 것으로 되어 있는 것뿐이며, 피의자는 청구인과 단둘이 있는 자리에서 돈을 주었고 차용증이나 영수증은 받은 일이 없다고 말하고 있다 그러므로 위와 같이 예금통장에서 인출한 돈을 그 때마다 청구인에게 주었다는 피의자의 진술이 믿을 만한 것인가가 문제된다 그런데 다음과 같은 사실에 비추어 볼 때 피의자의 진술의 신빙성에는 문제가 있으며 피의자의 진술을 그대로 믿기에는 너무나 수사가 소홀한 것 같다

첫째, 피의자가 1990.8.25. ○○은행 예산지점에서 금 300만원, 같은 달 28. 같은 은행에서 금 400만원을 각 인출하여 청구인에게 주었다는 부분에 관하여 보면

피의자는 그가 직접 은행에서 현금으로 돈을 찾아다가 청구인에게 주었다고 진술하고 있다(수사기록 120면, 263면 등). 그런데 청구인이 이 사건 항고장에 첨부하여 제출한 수표사본(수사기록 317면-319면) 및 수표목록(수사기록 315면, 316면)과 피의자의 각 예금통장사본(수사기록 266면-284면)에 의하면 피의자가 위 각 날짜에 그 주장과 같은 금액을 인출하였으나, 현금으로만 인출한 것이 아니고 1990.8.25.자 금 300만원 은 그 중 금 200만원은 10만원짜리 자기앞

수표 20장과 현금(100만원)으로 인출하였고, 같은 달 28.자 400만원은 그 중 금 200만원은 10만원짜라 자기앞수표 20장과 현금(200만원)으로 인출했으며 위 각 날짜에 더 이상의 예금인출은 없었음을 알 수 있다

그렇다면 결국 피의자의 주장은 위와 같이 인출한 자기앞수표와 현금을 청구인에게 주었다는 말이 되는 데 피의자에게 발행된 위 각 수표(10만원짜리 40장)을 추적해 본 바에 의하면(청구인이 추적) 위 수표 들에는 청구인이 사용하였다는 흔적이 없고 위 수표들의 이면에 피의자, 그의 아들인 박○영, 딸인 박○영, 피의자의 친구인 윤○성 등의 배서가 있을 뿐이고, 청구인이 배서한 수표는 한 장도 없다 이런 점으로 볼 때 피의자의 주장은 그 진실성이 의심스러움으로 검사로서는 마땅히 수표추적 등 수표에 대한 수사를 하였어야 함에도 불구하고 그러한 수사를 아니하였다.

둘째, 피의자가 1991.4.12. 금 300만원을 청구인에게 주었다는 진술 부분에 대하여 보면 피의자는 이날 위 ○○농협에서 현금으로 찾아다가 청구인에게 주었다는 취지로 진술한다(수사기록 120면, 264면). 그러나 청구인이 추적하여 소원심판청구서에 첨부하여 제출한 각 수표사본(소원심판기록 중 첨부서류 10의 1-4)과 위 ○○농협동조합장 작성의 박○원에 대한 자유저축예탁금 인출내역회보(소원심판기록 참조) 및 피의자의 예금통장사본(수사기록 284면)에 의하면 피의자가 1991.4.12.에 그 주장과 같이 금 300만원을 인출하였으나 위 금원은 그 중 금 200만원은 50만원짜리 자기앞수표 4장으로 그리고 나머지는 현금(100만원)으로 인출하였고 이 날짜에 더 이상의 예금인출은 없었음을 알 수 있어 결국 피의자의 주장은 위와 같이 인

출한 자기앞수표와 현금을 청구인에게 주었다는 말이 되는데 피의자에게 발행된 위 각 수표(50만원짜리 4장)를 추적해 본 바에 의하면(청구인이 추적) 위 수표들에는 청구인이 사용하였다는 흔적은 없고 위 수표들의 이면에는 피의자의 딸인 박○영, 99당 등과 같이 청구인과는 관계가 없는 사람들에 의하여 배서되어 있을 뿐이어서 1991.4.12.에 청구인에게 금 300만원을 주었다는 피의자의 진술은 그 진실성이 의심스럽다 검사로서는 1991.4.12. 피의자가 농협에서 찾았다는 돈이 과연 그의 말과 같이 현찰이었는지 아니면 수표로도 찾았는지에 관하여 수사를 하고 수표로도 찾았다면 그 수표소지인이 누구였는지 등에 관하여 수사를 하였어야 할 것임에도 불구하고 이러한 수사를 하지 아니하였다

3. 결론

위에서 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 합리적 근거도 없이 피의자가 청구인에게 돈을 준 것으로 사실인정을 한 끝에 불기소처분한 것은 피청구인이 검찰권행사에 있어 청구인을 차별대우하여 정의와 형평에 반하는 자의적인 수사를 함으로써 청구인의 평등권과 재판절차진술권을 침해하였다고 아니할 수 없다. 그러므로 피청구인이 피의자에 대하여 한“혐의 없음” 불기소처분을 취소하기로 하여 주문과 같이 결정한다

이 결정은 관여재판관 전원의 찬성에 의한 것이다

1994. 7. 29.

재판장	재판관 조규광
	재판관 변정수
	재판관 한병채
	재판관 최광률
	재판관 김양균
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화

[별지 명세표]

순서	일시	금액(원)	예금통장명	계좌번호	비고
1	90.8.25.	3,000,000	○○은행 예산지점	60-21-○○○○○○	자기앞수표 10 만원권 20장 발(청구인이 위수표들을 추적하여 그 중 위 수표사본 15장을 향고장에 첨부하여 제출)
2	90.8.28.	4,000,000	"	"	자기앞수표 10만원권 20장 발행 됨(청구인이 위 수표들을 추적하여 그 사본 18장을 향고장에 첨부하여 제출)
3	90.9.11.	2,000,000	"	"	
4	90.11.28.	2,000,000	"	"	
5	90.12.21.	2,000,000	"	"	
6	91.2.8.	1,000,000	농협중앙회 예산군지부	449-02-○○○○○○	
7	91.4.1.	1,000,000	○○은행 예산지점	60-21-○○○○○○	
8	91.4.3.	4,000,000	피의자는 예금통장에서 인출하여 주었으나 어느 통장인지 기억이 나지 않는다고 진술하고 있음(수사기록 146면)		

순서	일 시	금액(원)	예금통장명	계좌번호	비 고
9	91.4.6.	1,000,000	○○농협 협동조합	475103-56-○○○○	
10	91.4.12.	3,000,000	"	"	자기앞수표 50만원권 4장 발행됨 (청구인이 위 수표들을 추적하여 그 사본을 소원심판청구시 제출)자기앞수 표 10만원권 20장 발행 됨(청구인이 위 수표들을 추적하여 그 사본 18장을 항고장에 첨부하여 제출)
11	91.4.18.	2,000,000	"	"	
12	91.4.27.	1,000,000	"	"	

합계 : 금 26,000,000원

지방세법 제31조에 대한 위헌심판

(1994. 8. 31. 91헌가1 헌법재판소 전원재판부)
[판례집 6-2, 153~175]

【판시 사항】

1. 이미 위헌결정(違憲決定)이 선고된 법률조항(法律條項)에 대한 위헌법률심판제청(違憲法律審判提請)의 적법(適法) 여부
2. 조세법률주의(租稅法律主義)의 내용
3. 구(舊) 지방세법(地方稅法) 제31조 제2항 제3호 단서 중 “당해 재산(財産)에 대하여 부과되는 지방세(地方稅)” 라는 부분의 위헌(違憲) 여부

【결정 요지】

1. 헌법재판소(憲法裁判所)가 구(舊) 지방세법(地方稅法)(1991.12.14. 법률 제4415호로 개정되기 전의 것) 제31조 제2항 제3호 본문 중 “으로부터 1년” 이라는 부분은 헌법(憲法)에 위반된다고 이미 판시(判示)하였으므로 이 부분에 대한 위헌법률심판제청(違憲法律審判提請)은 부적법(不適法)하다.

2. 헌법(憲法) 제38조 및 제59조에 근거를 둔 조세법률주의(租稅法律主義)는 과세요건법정주의(課稅要件法定主義)와 함께 과세요건명확주의(課稅要件明確主義)를 그 핵심적인 내용으로 하고 있고, 과세요건명확주의(課稅要件明確主義)는 과세요건에 관한 법률규정의 내용이 지나치게 추상적이거나 불명확하면 이에 대한 과세관청의 자의적(恣意的)인 해석과 집행을 초래할 염려가 있으므로 그 규정내용이 명확하고 일의적(一義的)이어야 한다.

3. 구(舊) 지방세법(地方稅法) 제31조 제2항 제3호 단서 중 “당해 재산(財産)에 대하여 부과되는 지방세(地方稅)” 라는 부분은 그 안에 당해 재산(財産)과 관련하여 부과되는 강학상(講學上)의 소득세(所得稅), 소비세(消費稅) 및 유통세(流通稅)까지도 모두 포함하거나 또는 그 일부가 포함되는 것으로 이를 넓게 해석하는 한, 조세법률주의(租稅法律主義)의 이념인 국민의 경제생활에 관한 예측가능성(豫測可能性)의 보장을 허물고 기본권(基本權) 제한입법(制限立法)의 한계(限界)와 재산권보장(財産權保障)에 관한 헌법규정에도 위배될 것이나, 이를

당해 재산(財産)의 소유(所有) 그 자체에 담세력(擔稅力)을 인정하여 부과하는 강학상(講學上)의 재산세(財産稅)에 한하여 적용되는 것으로 좁게 해석하는 한 헌법위반(憲法違反)의 문제는 생기지 아니한다.

재판관 변정수의 반대의견(反對意見)

3. 담보권(擔保權) 설정시기(設定時期)나 지방세(地方稅) 납부기한(納付期限)과 관계없이 담보권(擔保權)에 우선하게 되어 있는 “당해 재산(財産)에 대하여 부과된 지방세(地方稅)와 가산금(加算金)”이란 당해 재산으로 인하여 부과된 지방세 및 가산금을 의미하는 것으로 해석되고, 이는 지방세법(地方稅法)의 규정에 의하여 명확한 것으로서 과세요건명확주의(課稅要件明確主義)에 반하거나 조세법률주의(租稅法律主義)에 반한다고 볼 수 없다. 위 법률조항은 지방세(地方稅)의 확보라는 공공복리(公共福利)를 위하여 담보권자(擔保權者)의 이익을 다소 희생시키는 법률이고, 그 희생의 정도에 비하여 공공복리(公共福利)의 측면이 월등히 크다고 아니할 수 없으므로, 이는 헌법(憲法) 제37조 제2항에 의한 적법한 재산권 제한이며 과잉금지원칙(過剩禁止原則)을 위배하였다고 볼 수 없다.

제청법원 창원지방법원 진주지원(1990.12.18. 90카2357 위헌여부심판제청)

제청신청인 ○○금융주식회사

대리인 변호사 서 정 곤

관련소송사건 구 마산지방법원 진주지원90가합1628 부당이득금 반환

【심판대상조문】

구(舊) 지방세법(地方稅法)(1991.12.14. 법률 제4415호로 개정되기 전의 것) 제31조 (지방세(地方稅)의 우선) ① 지방자치단체(地方自治團體)의 징수금(徵收金)은 납세의무자(納稅義務者) 또는 특별징수의무자(特別徵收義務者)의 총재산(總財産)에 대하여 따로 규정(規定)한 것을 제외하고는 공과금(公課金)(체납처분(滯納處分)의 예에 의하여 징수(徵收)할 수 있는 채권(債券)을 말한다)과 기타의 채권(債券)에 우선하여 징수(徵收)한다. 다만, 지방자치단체(地方自治團體)의 다른 징수금(徵收金)과 국세(國稅) 및 그 가산금(加算金)과 체납처분비(滯納處分費)(이하 본장(本章)에서 “국세(國稅)”라 한다)는 예외로 한다.

② 다음 각호에 해당하는 것은 제1항의 규정(規定)을 적용하지 아니한다.

1.~2. 생략

3. 지방세(地方稅)와 가산금(加算金)의 납기한(納期限)으로부터 1년(年) 전에 설정(設定)한 전세권(傳貰權), 질권(質權) 또는 저당권(抵當權)의 목적(目的)인 재산(財産)의 매각(賣却)으로 인하여 생긴 금액(金額) 중에서 지방세(地方稅)와 가산금(加算金)을 징수(徵收)하는 경우에 그 전세권(傳貰權), 질권(質權) 또는 저당권(抵當權)에 의하여 담보(擔保)된 채권(債券). 다만, 당해 재산(財産)에 대하여 부과(부과)된 지방세(地方稅)와 가산금(加算金)에 대하여는 예외로 한다.

4.~5. 생략

③ 생략

【참조 조문】

헌법(憲法) 제38조, 제59조

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)여부의 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.

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제2항

【참조 판례】

1. 1989.9.29. 선고, 89헌가86 결정
1991.11.25. 선고, 91헌가6 결정
2. 1992.12.24. 선고, 90헌바21 결정

【주 문】

1. 구 지방세법(1991.12.14. 법률 제4415호로 개정되기 전의 것) 제31

조 제2항 제3호 본문 중 “으로부터 1년”이라는 부분에 대한 위헌여부심판제청은 이를 각하한다.

2. 위 법률 제31조 제2항 제3호 단서는, 당해 재산의 소유 그 자체를 과세의 대상으로 하여 부과하는 지방세와 가산금에 한하여 적용되는 것으로 해석하는 한, 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 이 사건은 구 마산지방법원 진주지원(1992.5.1. 창원지방법원 진주지원으로 법원명칭이 변경되었음) 90가합1628 부당이득금 반환청구사건(원고 산청군, 피고 ○○금융주식회사)의 피고인 ○○금융주식회사가 위 민사소송사건에 있어서 재판의 전제가 된다고 하면서 구 지방세법(1991.12.14. 개정 전의 것) 제31조 제2항 제3호 본문 중 “으로부터 1년”이라는 부분과 그 단서부분에 대한 위헌여부심판의 제청신청을 하자 위 법원이 이를 받아들여 1990.12.18.자 동 법원 90카2357 위헌제청결정으로 헌법재판소법 제41조 제1항에 따라 위 법률조항에 대한 위헌여부심판의 제청을 하였고 그 제청서는 1991.1.11. 당재판소에 접수되었다.

(2) 위 민사소송사건의 제소경위는 다음과 같다

주식회사 ○○은 이 사건 제청신청인(○○금융주식회사)에 대한 융자금채무를 담보하기 위하여 자기소유인 경남 산청군○○ 외 8필지의 토지 및 그 지상건물과 공장 내의 기계기구에 관하여 채권자인 제청신청인 앞으로 근저당권설정등

기를 경료하였다.

그런데, 제청신청인은 채무자인 주식회사○○이 변제기를 초과하자 근저당권의 실행으로서 위 근저당목적물에 관하여 제청법원에 임의 경매신청을 하고(제청법원 89타경1178) 1989.10.27. 이를 금 310,000,000원에 스스로 경락받아 그 집행비용을 공제한 나머지 경락대금 300,546,840원 전액을 선순위담보권자로서 배당받았다

그러자, 지방자치단체인 산청군(山淸郡)은 위 주식회사○○이 납기한이 1986.3.경부터 1989.10.경까지인 지방세와 가산금 즉 취득세 등록세, 면허세, 재산세, 사업소세, 주민세 및 자동차세와 각 그 가산금 합계 18,211,550원을 연체하고 있었고 특히 그 중 취득세 등록세, 재산세 및 사업소세와 각 그 가산금 합계 17,775,710원은 구 지방세법 제31조 제2항 제3호 단서 소정의 이른바 당해세(當該稅)로서 제청신청인의 위저당권부채권에 항상 우선하는 것인데도 경매법원이 조세우선의 원칙에 반하여 위 경락대금 전액을 선순위담보권자라 하여 제청신청인에게 배당하였고 그 결과 제청신청인은 법률상 원인 없이 위 연체세액 상당액을 부당이득하였다 하여 제청신청인을 상대로 그 반환을 구하는 민사소송을 제기한 것이다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 구 지방세법(1991.12.14. 법률 제 4415호로 개정되기 전의 것 이하 “구 지방세법”이라 한다.) 제31조 제2항 제3호(이하, “이 사건 법률조항”이라 한다) 본문 중 “으로부터 1년”이라는 부분과 그 단서부분이 헌법에 위반되는지의 여부인바 위 법률조항의 내용은 다음과 같다.

제31조(지방세의 우선) ① 지방자치단체의 징수금은 납세의무자

또는 특별징수의무자의 총재산에 대하여 따로 규정한 것을 제외하고는 공과금(채납처분의 예에 의하여 징수할 수 있는 채권을 말한다)과 기타의 채권에 우선하여 징수한다. 다만, 지방자치단체의 다른 징수금과 국세 및 그 가산금과 채납처분(이하 본장에서 “국세”라 한다)는 예외로 한다.

② 다음 각호에 해당하는 것은 제1항의 규정을 적용하지 아니한다.

3. 지방세와 가산금의 납기함으로써 1년 전에 설정한 전세권, 질권 또는 저당권의 목적인 재산의 매각으로 인하여 생긴 금액 중에서 지방세와 가산금을 징수하는 경우에 그 전세권, 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권. 다만, 당해 재산에 대하여 부과된 지방세와 가산금에 대하여는 예외로 한다.

2. 위헌여부심판제청 이유와 관계기관의 의견

가. 제청법원의 위헌여부심판제청 이유

(1) 이 사건 법률조항에 의하면 먼저 성립하고 공시를 갖춘 담보물권이 후에 발생하고 공시를 전혀 갖추지 못한 지방세채권에 의하여 그 우선순위를 추월당함으로써 합리적인 사유 없이 저당권 등이 그 본래의 취지에 따른 담보기능을 발휘할 수 없게 되는바 이는 자금대출 당시 믿고 의지하였던 저당권 등이 유명무실하게 되고 또한 저당권 등이 합리적 사유 없이 담보기능을 수행하지 못하게 되어 피담보채권의 실현에 전혀 기여하지 못함으로써 담보물권은 물론 나아가 사유재산제도의 본질적 내용에 대한 침해가 이루어지고 있다

(2) 우리 헌법에 의하면 모든 국민은 납세의 의무가 있으나(제38

조) 조세의 종목과 세율은 법률로 정하도록 되어 있으며(제59조) 국민의 재산권은 보장되므로(제23조 제1항), 납세의무자 이외의 제3자의 재산에서 조세를 징수하는 법률은 합리적인 이유가 있어야 할 것인데 이 사건 법률조항은 궁극적으로 납세의무자가 아닌 저당권자 등의 재산에서 지방세 등을 징수하는 셈이 되어 그러한 관점에서 합리적인 이유를 갖추지 못하고 있다.

(3) 따라서, 이 사건 법률조항은 모든 국민의 재산권보장을 규정한 헌법 제23조 제1항, 기본권의 본질적 내용의 침해금지를 규정한 헌법 제37조 제2항 후문 및 조세법률주의를 규정한 헌법 제88조, 제59조에 위배되는 위헌규정이라고 해석될 여지가 있어 위 법률조항에 대한 위헌여부심판을 제청한다.

나. 제청신청인의 제청신청 이유

제청법원의 위 제청이유와 같다

다. 법무부장관의 의견

(1) 저당권 등에 의한 피담보채권의 행사가 지방세우선의 원칙에 의하여 제한되는 것은 일정한 요건에 해당하는 한정된 경우에 불과하여 전면적인 제한은 아니며, 지방세에 우선당하는 경우에 있어서도 당해 담보물권은 지방세에 이은 후순위담보권으로서 의연히 그 우선변제적 효력을 그대로 유지하므로 결코 담보물권이라는 재산권의 본질적 내용에 대한 침해가 아닐 뿐만 아니라, 그 제한의 방법도 충돌하는 양 법익 보호의 조화를 기하기 위한 것으로서 적당하고 필요한 것이다

(2) 조세우선의 원칙이 국가재정의 재원확보라는 공익적 측면에서 그 합헌성이 인정되고 있고 그 한도 내에서 국민의 재산권 특히

담보권은 제한되지 않을 수 없는 것인데, 이 경우 지방세와 담보권의 우선순위조정에 관한 한계선이 되는 기준일이나 범위의 선택은 정치경제·사회적 제반요소와 조세제도 및 담보권 보장제도의 현실을 고려하여 입법자의 재량에 의하여 선택되어 질 수밖에 없다

(3) “납부기한으로부터 1년 전”이라는 기준일의 설정은 과거 우리나라 세법에 있어서 1년을 단위로 하는 연세(年稅)가 조세수입의 대종을 이루고 있었던 점과 조세채권은 일정한 과세요건에 따라 일률적 무선택적, 자동적으로 성립할 뿐만 아니라 직접적, 구체적 대상이 없는 일방적인 과정이기 때문에 그 확보가 일반채권에 비하여 어렵다는 것을 고려하고 조세채권의 특징상 그 성립으로부터 확정 납부기한, 납부에 이르기까지 상당한 시일을 요하는 일련의 과정을 거치는 점을 참작하여 국민에게 정치적 책임을 지는 국회가 우리의 경제적·사회적, 법률제도적 현실에 맞추어 설정한 것이므로 위 법률조항은 재산권의 제한방식에 있어서도 하등 비례의 원칙에 위배되는 것이 아니다

라. 내무부장관의 의견

이 사건 법률조항 중 단서부분에 관하여 다음과 같은 의견을 추가하는 외에는 대체로 법무부장관의 의견과 같다

(1) 당해 재산에 대한 지방세가 저당권보다 우선하는 것은 납세의무의 발생이 당해 재산에서 연유하는 것이므로 1차적으로 그 재산에서 조세채권을 확보하는 것이 사회 일반의 법감정에 부합한다

(2) 금융거래에 있어 채권자는 저당권설정시 선량한 관리자의 주의로 상대방의 제반 신용상태를 조사하여 거래의 안전과 예측성을

기초로 금융거래를 하는 것이므로 이때에는 거래기간 동안에 부담할 세액의 크기를 감안하여 안정적으로 담보물권을 평가하는 것이 일반적이며, 특히 지방세는 예측이 곤란한 소득과세와는 달리 부동산과세 위주로 되어 있어 장래 세부담의 크기를 용이하게 예측할 수 있다

(3) 입법례를 보더라도 근로기준법 제30조의2의 규정에 의한 임금채권, 주택임대차보호법 제8조의 규정에 의한 주택임차보증금채권 등은 공시 없이도 먼저 성립한 저당권 등보다 우선하도록 되어 있음에 비추어 볼 때, 조세(지방세)채권과 저당권부채권 등간의 우선 여부의 문제는 항상 성립의 선후에 따라 결정되는 것이 아니고 사회정책목적 공익목적 등의 필요성에 따른 입법정책의 문제라 할 것이다

(4) 따라서 당해 재산에 대하여 부과된 지방세와 가산금의 절대우선에 관한 위 법률조항은 공공복리의 실현을 위한 지방자치단체의 재원 확보라는 공익목적상의 필요에 의한 것으로서 사유재산의 본질적 내용을 침해하는 것이 아니다.

3. 판단

이 사건 법률조항의 위헌여부에 관하여는 우선 그 본문 중 “으로부터 1년”이라는 부분과 단서부류이하, “단서부분”이라 한다)을 나누어 살펴볼 필요가 있다.

가. 본문 중 “으로부터 1년”이라는 부분에 대한 판단

이 사건 법률조항의 본문 중 “으로부터 1년”이라는 부분에 관하여는 당재판소가 1991.11.25. 선고한 91헌가6 사건의 결정에서 그 부분은 헌법에 위반된다고 선고한 바 있으므로 헌법재판소법 제47

조 제2항에 의하여 그 부분 법률규정은 그 날로부터 효력을 상실하였다 할 것이고 따라서 그 부분의 위헌여부는 더 이상 위헌여부심판의 대상이 될 수 없다고 할 것이므로 대법원 1989.9.29. 선고, 89헌가86 결정 참조) 이 부분에 대한 위헌여부심판의 제청은 부적법하다

나. 단서부분에 대한 판단

(1) 이 사건 법률조항을 보면 그 본문(本文)은 지방세와 가산금의 납기한(納期限)으로부터 과거로 소급하여 1년 전이라는 시점을 기준으로 하여 그 전에 설정된 전세권, 질권 또는 저당권(이하, “저당권 등”이라 한다)의 목적인 재산의 매각대금에서 그 지방세와 가산금을 징수하는 경우에는 그 저당권 등에 의하여 담보된 채권이 지방세 및 가산금채권에 우선하지만 그 저당권 등이 그 후에 설정된 경우에는 지방세 및 가산금채권이 그 저당권 등에 의하여 담보된 채권에 우선하여 징수됨을 규정한 것이고, 그 단서(但書)는 다만 위 저당권 등의 목적인 당해 재산에 대하여 부과된 지방세 및 가산금채권은 그 저당권 등의 설정시기에 관계없이 즉 그 저당권 등이 위 기준시점 이전에 설정된 경우라도 항상 그 저당권 등의 피담보채권보다 우선하여 징수됨을 규정한 것이라고 풀이된다.

그러므로 위 본문 소정의 지방세채권과 그 단서 소정의 지방세채권을 대비해 보면 우선 후자는 그 납세의무의 발생이당해 재산에서 연유하는 것이므로 1차적으로 그 재산에서 조세채권을 확보하는 것이 조세징수의 확보라는 공익적 요청과 사회일반의 법감정에 부합하고 또 그 재산과 납세의무의 발생 사이에 물적(物的) 관련성이 있다는 점에서 그러한 관련성이 없는 전자에 비하여서는 그 조세채

무의 발생에 관한 담보권자의 예측가능성도 크다고 할 것이므로 이를 전자와 동일하게 보아 위 당재판소 91헌가6 결정에 맞추어 쉽사리 위헌이라고 논단하기는 어려운 일면이 있다 그러나 다른 한편 후자 즉 당해 재산에 대하여 부과되는 지방세(이른바 당해세)는 그 당해 재산을 담보목적물로 하는 저당권 등의 설정시기에 관계없이 항상 그 저당권 등의 피담보채권보다 우선하도록 규정되어 있으므로 그 조세채무에 관한 담보권자의 예측가능성을 저해하는 일면도 있어 그 적용범위를 한정하지 않으면 위헌이 될 소지도 있다. 이러한 두 가지 점을 고려하면서 이 사건 단서부분의 위헌여부를 살펴보기로 한다

(2) 먼저, 과세요건명확주의의 관점에서 본다

헌법 제38조 및 제59조에 근거를 둔 조세법률주의는 과세요건법정주의와 함께 과세요건명확주의를 그 핵심적인 내용으로 하고 있는바 과세요건명확주의는 과세요건에 관한 법률규정의 내용이 지나치게 추상적이거나 불명확하면 이에 대한 과세관청의 자의적(恣意的)인 해석과 집행은 초래할 염려가 있으므로 그 규정내용이 명확하고 일의적(一義的)이어야 한다는 것이 그 요지이다(당재판소 1992.12.24. 선고, 90헌바21 결정 등 참조). 그런데 이 사건 단서부분은 절대적 우선권이 부여되는 지방세의 종류를 명시하지 아니하고 단지 “당해 재산에 대하여 부과된 지방세와 가산금”이라고만 규정하였기 때문에 해석상 논란이 있고 따라서 과세요건명확주의에 위배될 소지가 없지 않다 그러나 이 단서부분은 그 적용범위를 아래 판시와 같이 한정한다면 과세요건명확주의에 위배될 소지를 없애면서도 그 입법목적은 어느 정도 달성할 수 있다고 보여지므로 위의 이유

만으로 곧 이를 위헌으로 선언할 것은 아니라고 본다.

다음으로, 재산권(담보권)의 보장 및 그 제한입법의 한계의 관점에서 본다.

우리 헌법은 모든 국민의 재산권은 보장된다고 규정하고(제23조 제1항) 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 이를 제한하는 경우에도 그 본질적인 내용은 침해할 수 없다고 규정하고 있으므로(제37조 제2항) 이 사건 단서부분 소정의 이른바 당해세우선에 관한 특례규정이 위헌이 되지 않으려면 그것이 저당권 등 담보물권의 본질적인 내용을 침해하지 않아야 함과 동시에 이른바 과잉금지의 원칙에도 위배되지 않아야 한다 이러한 관점에서 이 사건 단서부분을 보면 먼저 성립하고 공시방법을 갖춘 저당권 등이 그 후에 발생하고 아무런 공시방법도 갖추지 아니한 조세채권에 의하여 그 우선순위를 추월당함으로써 담보물권이 그 우선변제청구의 기능을 발휘하지 못하도록 되어 있으므로 그 본질적인 내용의 침해이거나 과잉금지의 원칙에 위배되는 것이 아닌가 하는 의문도 없지 않다 그러나 다른 한편 담보물권의 담보적 기능은 그 담보물권자가 담보목적물의 매각대금에서 그 피담보채권의 전액 또는 그에 가까운 변제를 받는 데 있다고 할 것이므로 담보물권이 조세채권에 의하여 그 우선순위를 추월당한다고 하더라도 그 조세채권의 우선징수에 의하여 영향을 받지 않고 피담보채권의 전액 또는 그에 가까운 변제를 받을 수 있는 경우에는 그 담보물권의 본질적인 내용이 침해당한다거나 그 내용이 과도하게 제한되는 것이라 볼 수 없을 것이다.

이 사건 단서부분 소정의 이른바 당해세의 우선에 관한 특례는

당해세가 저당권 등 이른바 약정담보물권(約定擔保物權)에 의하여 담보되는 채권에 우선함을 규정한 것인바 이러한 약정담보물권은 당사자간의 설정계약과 그 등기(또는 기타의 공시방법)에 의하여 설정되는 것이므로 그 설정계약 당시 담보물권 취득자가 장래의 일정기간으로 그 피담보채권의 변제기 또는 변제기 후의 그 담보권 실행시기 이하 이러한 의미로 “장래의 일정기간”이란 말을 쓴다)까지에 그 담보목적물에 대하여 부과될 이른바 당해세의 중목과 세액을 상당한 정도로 예측할 수 있는 경우에는 이를 감안하여 그 당해세가 우선정수되더라도 이에 의하여 영향을 받지 않고 그 담보목적물의 매각대금에서 피담보채권의 전액 또는 그에 가까운 변제를 받을 수 있게끔 담보물권 설정계약의 내용을 자기에게 유리하게 약정할 수 있을 것이고 따라서 이러한 경우에는 당해세의 우선정수권을 인정하더라도 실질적으로는 담보물권의 본질적인 내용을 침해한다거나 그 내용을 과도하게 제한하는 것이라고 볼 수 없을 것이다. 따라서 당해세의 발생에 관한 담보물권 취득자의 이러한 예측가능성의 유무가 바로 그 담보물권의 실질적인 보장 여부를 결정하게 된다고 볼 수 있다.

그런데 이러한 당해세 즉 당해 재산에 대하여 부과되는 조세는 그 조세가 당해 재산의 또는 당해 재산에 관한 어떤 점을 담세력의 존재를 표상하는 과세물건(또는 과세대상)으로 파악한 것인가에 따라 담보권 취득자의 예측가능성에 현저한 영향을 미친다고 보여지므로 결국 당해세의 발생에 관한 담보권자의 예측가능성의 유무 및 정도는 이러한 과세물건을 기준으로 한 조세의 종별에 따라 이를 판별할 수밖에 없다고 보여진다. 그러므로 아래에서 이 문제를 살

펴보기로 한다.

(3) 담세력의 존재를 표상하는 과세물건을 기준으로 하면 조세는 소득세, 재산세, 소비세 및 유통세로 분류할 수 있다고 강학상 일반적으로 설명되고 있는바, 그 통설적 견해에 의하면 강학상의 이른바 “소득세(所得稅)”는 사람이 수입(화폐 또는 그에 갈음하는 경제가치의 취득)을 얻고 있다는 사실에 착안하여 부과하는 조세이고 “재산세(財産稅)”는 재산을 소유한다는 사실에 착안하여 부과하는 조세 즉 사람이 어떤 재산을 소유하고 있다는 사실 그 자체에 담세력을 인정하여 부과하는 조세이며(과세대상이 되는 재산의 범위에 따라 일반재산세와 개별재산세가 있다), “소비세(消費稅)”는 사람이 재화 또는 용역(用役)을 구입·소비하는 사실에 간접적으로 담세력을 인정하여 부과하는 조세이고 “유통세(流通稅)”는 권리의 취득·이전을 비롯하여 거래에 관한 각종의 사실적 내지 법률적 행위를 대상으로 하여 부과하는 조세라고 설명하고 있다. 그렇다면 어떤 재산을 담보목적물로 하여 저당권 등 담보물권을 취득한 자가 장래의 일정기한까지에 그 재산에 대하여 부과될(납기한이 도래할) 이른바 당해세의 세액을 상당한 정도로 예측할 수 있는 것은 위에서 본 조세종별의 각 과세물건(또는 과세대상)의 내용으로 보아 강학상의 이른바 재산세뿐이라고 보여지고 반면에 강학상의 소득세·소비세 및 유통세의 경우는 그 예측이 불가능하거나 매우 어렵다고 보여진다. 왜냐하면 저당권 등 담보물권의 취득자로서는 그 담보물권의 설정자가 앞으로 당해 재산 그 자체 또는 그 재산상의 권리의 대부(貸付) 등으로 인하여 어떤 종류의 수입을 어느 정도 얻을 수 있겠는지(소득세의 경우), 당해 재산에 대하여 어떤 형태의 소비세를 어느 정도

부담할 것인지(소비세의 경우) 또는 당해 재산의 거래에 관한 어떤 사실적 또는 법률적 행위를 할 것인지(유통세의 경우) 등은 이를 예측할 수 없거나 그 예측이 매우 곤란한 반면, 당해 재산의 소유에 대하여 부과하는 강화상의 재산세는 그 재산이 존재하는 한 항상 일정액(과표의 변동은 논외로 함)의 세금이 부과되리라는 것을 쉽게 예측할 수 있기 때문이다.

이 사건에서 문제된 지방세의 종류에 관하여 그 당시에 시행 중이던 구 지방세법의 관계규정에 따라 이 점을 좀 더 구체적으로 살펴보면, 우선 취득세는 부동산·차량·중기·입목 또는 항공기의 취득에 대하여 부과하는 조세라고 규정되어 있으니(제105조 제1항) 여기서 취득이라 함은 매매·교환·증여·기부, 법인에 대한 현물출자, 건축, 공유수면의 매립, 간척에 의한 토지의 조성 등과 기타 이와 유사한 취득으로서 원시취득, 승계취득 또는 유상무상을 불문한 일체의 취득을 말한다고 규정되어 있고(제104조 제8호) 선박·차량과 중기의 종류의 변경 또는 토지의 지목을 사실상 변경함으로써 그 가액이 증가한 경우에는 이것 또한 취득으로 본다는 규정(제105조 제5항)과 법인의 주식 또는 지분을 주주 또는 사원으로부터 취득함으로써 제22조 제2호의 규정에 의한 과점주주가 된 때에는 그 과점주주는 당해 법인의 부동산·차량·중기·입목 또는 항공기를 취득한 것으로 본다는 규정(제105조 제6항 본문) 등이 있어 이 법이 규정하는 “취득”의 개념은 우리들이 상식적으로 알고 있는 “취득”의 개념보다는 훨씬 광범위하고 복잡한 것이어서 비록 그것이 당해 재산에 관한 것이라 할지라도 이를 미리 예측하기는 매우 어렵다고 보여지고, 또 등록세는 재산권 기타 권리의 취득이전·

변경 또는 소멸에 관한 사항을 공부에 등기 또는 등록하는 경우에 그 등기 또는 등록을 받은 자에게 부과하는 조세이나(제124조) 그 등기 또는 등록대상의 범위가 광범하여 이것 또한 그 과세원인의 발생가능성을 예측하기 어렵다 할 것이고, 또 면허세는 제160조 소정의 각종 면허를 받은 사실을 과세대상으로 하여 그 면허를 받은 자에게 면허의 종류마다 원칙적으로 매년 부과하는 조세이나(제161조) 여기서 면허라 함은 면허·허가 기타 명칭의 여하를 불문하고 그 특정한 영업설비 또는 행위에 대하여 권리의 설정 또는 금지의 해제를 하는 행정처분과 신고의 수리, 등록, 지정, 검사, 검열, 심사 등의 행정행위를 말한다고 규정되어 있어(제160조 제1항) 그 범위를 예측하기가 어렵게 되어 있다.

반면에, 이 사건에서 문제된 지방세 중 강화상의 이른바 재산세에 속한다고 볼 수 있는 구 지방세법 소정의 재산세와 자동차세에 관하여 보면, 우선 재산세는 일정한 지역 내에 소재하는 토지건축물·광구·선박 및 항공기의 소유 그 자체를 과세대상으로 하여(제181조) 재산세과세기준일 현재 원칙적으로 재산세과세대장에 그 재산의 소유자로 등재되어 있는 자에게 부과하는 조세이고(제182조 제1항) 자동차세는 당해 자동차의 소유 그 자체를 과세대상으로 하여 공부상에 등재되어 있는 그 소유자에게 부과하는 조세이므로(제196조의3) 위 두 지방세는 우선 그 과세원인(특정재산의 소유사실이 단순하고 공부상의 확인이 용이하며 담보물권설정 당시 그 설정자로부터 지방세완납증명서를 교부받는 등의 방법으로(제39조 제1항 참조) 그 체납 여부 및 정도와 전납기(前納期)의 세금액 등을 잘 확인하면 장래의 일정기한까지에 당해 재산에 대하여 부과될 강화상

의 이른바 재산세의 세액은 이를 예측하기가 용이할 것임을 알 수 있다

(4) 위에서 검토한 것을 모두 종합해 보면 이 사건 단서부분 소정의 “당해 재산에 대하여 부과된 지방세”라는 규정은 그 안에 당해 재산과 관련하여 부과된 강화상의 소득세 소비세 및 유통세까지도 모두 포함되거나 또는 그 일부가 포함되는 것으로 이를 넓게 해석하는 한 조세법률주의의 이념인 국민의 경제생활에 관한 예측가능성의 보장을 허물고 기본권 제한입법의 한계와 재산권보장에 관한 헌법규정헌법 제37조 제2항 및 제23조 제1항)에도 위배될 것이나, 이를 당해 재산의 소유 그 자체 즉 어떤 사람이 당해 재산을 소유하고 있다는 사실 그 자체에 담세력을 인정하여 부과하는 강화상의 재산세에 한하여 적용되는 것으로 좁게 해석하는 한 이러한 헌법위반의 문제는 생기지 아니할 것이고 나아가 이러한 해석은 이른바 당해세의 우선징수권을 어느 정도 확보하면서도 담보물권자의 우선변제청구권을 실질적으로 보장하는 것으로서 “조세징수의 확보”와 “사법질서(私法秩序)의 존중”이라는 두 가지 공익 목적의 합리적 조정에 이바지할 것으로 본다.

다만 이러한 이른바 “재산세”는 법문상(法文上)의 용어가 아니고 강화상의 용어로서 그 성질상 이를 그대로 주문에 표시함은 적절치 않을 뿐만 아니라 법문상의 재산세(구 지방세법 제3장 제2절 소정의 “재산세”)와 혼동될 우려도 있으므로 강화상의 이른바 재산세를 통설에 따라 간명하게 풀이하여 “당해 재산의 소유 그 자체를 과세의 대상으로 하여 부과하는 지방세”라 표시하기로 한다.

4. 결론

위와 같은 이유로, 이 사건 법률조항의 본문 중 “으로부터 1년”이라는 부분에 대한 위헌여부심판제청은 부적법하여 이를 각하하고 그 단서부분은 당해 재산의 소유 그 자체를 과세의 대상으로 하여 부과하는 지방세와 가산금에 한하여 적용되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다 할 것이므로, 이에 주문과 같이 결정한다 이 결정은 재판관 변정수를 제외한 나머지 재판관 전원의 의견일치에 따른 것이다

5. 재판관 변정수의 반대의견

가. 담보권설정시기나 지방세납부기한과 관계없이 담보권에 우선하게 되어 있는 “당해 재산에 대하여 부과된 지방세와 가산금”이란 당해 재산으로 인하여(재산과 관련하여) 부과된 지방세 및 가산금을 의미하는 것으로 해석되고 그러한 지방세는 보통세로서 취득세 등록세, 재산세, 종합토지세, 자동차세, 농지세가 있고 목적세로서 도시계획세가 있다. 이는 지방세법의 규정에 의하여 명확한 것으로서 과세요건명확주의에 반하거나 조세법률주의에 반한다고 볼 수 없다

나. 다수의견은 당해 재산에 대하여 부과된 세금이라고 하여 그보다 먼저 설정된 담보권에 우선하도록 하는 것은 담보권자에게 예측할 수 없는 손해를 주게 되므로 위헌이 아닌가 의문도 없지 않다고 설명한다. 그러나 이는 조세채권의 본질과 그 중요성을 망각하고 일반 사법상의 채권과 혼동하고 있는 느낌을 준다 지방세 징수는 지방자치단체가 공공목적의 달성을 위한 활동에 필요한 재원확보를 목적으로 하는 것이므로 공익성·공공성을 본질로 하고 있어 사익을 추구하는 일반사민간의 채권확보와는 근본적으로 다르

며 따라서 이는 사인간의 채권확보를 위한 담보권에 우선해야 하는 것이며 이것이 사회일반의 법감정에도 부합되는 것이다 앞에서 본 것처럼 담보권에 우선하는 “당해 재산에 대하여 부과된 지방세와 가산금”이 어떤 종류의 세금인 것이 분명한 이상 당해 재산에 대하여 담보권을 취득하고자 하는 자는 당해 재산의 담보가치가 어느 정도 될 것인지를 대강 짐작할 수 있을 것이며 앞으로 부과될지도 모르는 지방세를 예측 감안하여 담보가치에 충분한 여유를 두고 담보권을 설정받는 것이 상식이고 관행이다 따라서 이 사건 법률조항으로 인하여 담보권자가 입게 될 예측할 수 없는 손해는 그다지 크지 않다. 그리고 위 법률조항은 지방세의 확보라는 공공복리를 위하여 담보권자의 이익을 다소 희생시키는 법률이고 그 희생의 정도에 비하여 공공복리의 측면이 월등히 크다고 아니할 수 없으므로 이는 헌법 제37조 제2항에 의한 적법한 재산권 제한이며 과잉금지원칙을 위배하였다고 볼 수 없다 따라서 구 지방세법 제31조 제2항 제3호 단서에는 전혀 위헌성이 없다.

다. 담보채권에 우선하는 지방세를 재산세와 자동차세로 한정한다면 당해 재산과 관련하여 발생한 그밖의 지방세를 징수하기가 매우 어렵게 될 것이다. 이러한 지방세 징수확보를 위해서는 지방자치단체는 모든 주민의 재산에 대하여 미리 저당권 등 담보권을 설정해 두어야 한다는 말이 되는데 그렇게 되면 오히려 주민의 재산권 행사가 제약을 받게 되고 큰 혼란이 초래될 것이다. 그리고 납세의무자가 될 주민이 재산을 취득한 즉시 제3자 앞으로 담보권을 설정해 버리면 지방자치단체는 담보권설정방법에 의하여서도 지방세 확보를 할 수 없을 것이다 다수의견은 사법상의 거래안전

이나 재산권 보장에 지나치게 비중을 둔 나머지 공공복리 측면을 경시하고 있으며 그 동안 헌법재판소는 위헌판단에 있어서 적용되어야 할 이른바 2중기준의 원칙을 아예 무시하거나 도리어 거꾸로 적용하여 온 경향이 있었는데 이 사건 재판도 그 한 예에 속한다 할 것이다 이러한 경향은 속히 시정되어야 할 것이다(1991.6.3. 선고, 89헌마204 결정 중 반대의견 참조).

라. 주문 제2항은 그 뜻이 불명확하다 헌법재판소의 결정이 우리 말조차도 제대로 쓰지 못하여 뜻이 애매하다면 이는 심각한 문제이다. “……해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다”라고 하였는데 무슨 말인지 알 수 없다는 이야기다. “……하는 한”이라는 말은 조건 내지 가정을 뜻하는 “……한다면”이라는 말로도 해석되고, 이유를 나타내는 “……때문에”라는 말로도 해석되며 범위와 정도를 뜻하는 “……하는 경우에는” 또는 “……하는 한도에서”라는 말로도 해석될 수 있어 과연 어떠한 뜻으로 쓰여졌는지 알기 힘들고 똑같은 “……하는 한”을 두고 읽는 사람에 따라 뜻을 다르게 해석할 수 있어 명확성이 각별히 요구되는 헌법재판의 주문에 이러한 말을 쓰는 것은 옳지 않다. 다수의견이 구 지방세법 제31조 제2항 3호 단서의 “당해 재산에 대하여 부과된 지방세와 가산금”이라는 규정이 주문 2항처럼 “당해 재산의 소유 그 자체를 과세의 대상으로 하여 부과하는 지방세와 가산금”이라는 뜻으로 해석되고 그렇게 해석되기 때문에 헌법에 위반되지 않는다는 것인지(헌법합치적 해석에 의한 단순합헌결정) 아니면 위 단서의 규정은 “당해 재산과 관련하여 부과하는 지방세와 가산금”이라는 뜻이고 따라서 이는 과세대상범위가 너무 넓어 위헌법률이지만 “당해 재산의 소유 그 자체를 과세

대상으로 하여 부과하는 지방세와 가산금"이라고 과세대상범위를 좁힌다면 위헌성이 없어진다고 보아 그렇게 해석되는 것을 조건으로 해서 합헌선언한다는 취지인지 아니면 위 단서규정 중 담보채권에 우선하는 지방세 중 그 일부를 배제하고 당해 재산의 소유 그 자체를 과세대상으로 하여 부과된 재산세(다수의견은 지방세와 자동차세만이 그에 해당한다고 설명한다)에 한정하는 범위에서만 합헌이라는 것인지(양적 일부위헌에 해당된다) 도무지 알 수 없다. "……해석하는 한"을 이유로 나타내는 말로 쓴 것이라면"……해석되기 때문에"라고 하여야 하고 조건을 뜻하는 것이라면 "……한다면"이라고 하여야 하며 범위·정도를 나타내는 것이라면 "……하는 경우에는" 또는 "……하는 한도에서"라고 하여야 그 뜻이 분명해질 것이다 뜻을 명확히 나타낼 수 있는 말이 있음에도 불구하고 굳이 아리송한 말을 써서 혼란을 일으키게 하여야만 되는 것인지 그 이유를 알 수 없다. 결정이유를 읽어 보아도 끝까지"……해석하는 한"으로 일관하고 있어 헌법합치적 해석을 하여"……해석되기 때문에 합헌"이라는 뜻인지 아니면 위헌부분을 도려내고 일부위헌선언의 취지로 그와 같이 하였는지, 그것도 아니고 조건부합헌선언의 취지인지 도저히 정확한 뜻을 파악할 수 없다.

사실 나는 이런 식의 재판에 대하여 계속해서 반대하여 왔지만 그때마다 주문의 정확한 뜻을 알 수 없어 반대의견을 쓰는 데 어려움을 겪어 왔다. 그렇기 때문에 이처럼 아리송한 표현방법을 쓰는 것은 혹시 재판에 대한 비판을 어렵게 만들려는 속셈이 아닌가 의심하고 있다. "……하는 한"은 뜻이 애매하므로 재판주문에 사용되어서는 아니된다는 것을 나는 재판평의 때마다 역설해 왔고 "……

하는 한"이 무슨 뜻인지 한글학자를 참고인으로 묻자고까지 제안했으나 다수재판관들은 들은 체도 아니했다. 정확한 뜻이 무엇이냐고 물으면 그에 대한 분명한 대답도 못해 주면서 한글학자 참고인신문도 거부하는 이러한 평의자세야말로 조속히 시정되어야 할 일이 아닌가 생각된다.

우리 헌법재판소 결정에 이러한 주문형식이 등장하게 된 것은 헌법재판의 역사가 우리보다 앞선 독일연방헌법재판소의 결정에 이러한 형식의 주문이 있다고 해서 그것을 모방하면서 독일말SOWEIT(조바이트)를 우리말로 직역하면 "……하는 한"이 된다고 하여 그것을 그대로 우리 결정주문(1989.7.21. 선고, 89헌마38)에 옮겨 쓰게 되면서 부터이고 그것을 시작으로 이런 식의 재판이 한정합헌 또는 한정위헌이라는 이름으로 여러 차례(1990.6.25. 선고, 90헌가11 결정; 1990.8.27. 선고, 89헌가118 결정; 1992.2.25. 선고, 89헌가104 결정; 1994.4.28. 선고, 92헌가3 결정)되풀이되어 왔는데 그 때마다 내가 반대의견에서 지적하였다시피 그 뜻도 모호하고, 재판의 효력에도 문제가 있으므로 헌법재판소의 결정주문에 사용되어서는 아니된다. 특히 이런 식의 재판이 질적 일부위헌법률의 위헌부분을 제거하여 합헌법률로 만든다는 그럴듯한 이유를 내세워 명백한 위헌법률에 대하여 법률을 개조하다시피 터무니없는 해석을 붙여 "……으로 해석하는 한 합헌"이라고 합헌선언을 하는 방편으로 이용되는 것 즉 위헌선언회피수단으로 이용되기 십상이므로국가보안법 제7조에 대한 한정합헌이 대표적인 예에 속한다) 이러한 재판형식은 경계대상이 되어야 한다. 외국의 재판형식도 좋은 것은 본받아야 한다. 그러나 무비판적인 모방은 수준 낮은 재판사대주의로 비난받을 수

있다. 독일말 SOWEIT(조바이트)가 과연 우리말 “……하는 한”처럼 이
 유·조건 및 범위·정도 등 다양한 뜻으로 쓰이는 말인지도 의심스럽다
 (주로 범위·정도를 나타내는 뜻으로 사용되고 있어 뜻의 혼동을 일으킬
 우려가 없다고 한다). 헌법재판에 관한 법제 또한 우리와는 많이 다르므
 로 독일헌법재판소의 결정 형식을 모방하려면 두 나라 법제의 비교도 해
 보아야 할 것이며 어디까지나 우리 헌법재판소법은 지켜야지 그것을 위
 반하여서는 아니될 것이다. 소수의견에도 겸허하게 귀를 기울이고 옳은
 말은 받아들이고 잘못된 것은 시정할 줄 알아야 한다. 그렇게 되어야
 헌법재판소도 권위주의를 탈피하게 될 것이고 국민의 공감을 얻는 좋은
 재판도 할 수 있을 것이다.

1994. 8. 31.

재판장	재판관 조규광
	재판관 변정수
	재판관 김진우
	재판관 한병채
	재판관 최광률
	재판관 김양균
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화

지방자치단체의 장 선거일 불공고 위헌확인

(1994. 8. 31. 92헌마126 헌법재판소 전원재판부
[관례집 6-2, 176~248])

【관시 사항】

1. 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)의 요건으로서의 권리보호이익(權利保護利益)과 그 예외사유
2. 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求) 이후 법률이 개정되어 구법(舊法)에 따른 피청구인의 작위의무(作爲義務)가 소멸함으로써 권리보호이익(權利保護利益)이 없다고 본 사례

【결정 요지】

1. 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求) 당시 권리보호(權利保護)의 이익이 인정되더라도, 심판계속중에 생긴 사정변경 즉 사실관계 또는 법령제도의 변동으로 말미암아 권리보호(權利保護)의 이익이 소멸 또는 제거된 경우에는, 원칙적으로 심판청구는 부적법(不適法)하게 된다. 다만, 그와 같은 경우에도 그러한 기본권(基本權) 침해행위가 반복될 위험이 있거나, 그러한 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는, 예외적으로 심판청구의 이익이 있다. 동종행위의 반복가능성은 추상적이고 이론적인 가능성이 아니라, 구체적이고 실제적인 가능성을 뜻하고, 법제의 변동으로 제도가 폐지된 경우 문제해명의 중요성을 판단하는 기준은 계속 헌법적으로 중대한 의미를 갖는지 여부이지 피청구인의 행위의 위헌(違憲) 여부는 아니다.

2. 이 사건 헌법소원심판(憲法訴願審判) 계속중에 공포된 공직선거및선거부정방지법에 의하여 선거일은 법정화되고 선거일공고제도가 폐지되었으며, 예외적인 보궐선거 등에서는 관할 선거관리위원회에서 선거일을 공고하도록 되어, 피청구인은 선거에 관한 관리사무에 일체 관여할 수 없게 되었으므로, 비록 이 사건에서(92마174 사건 참조) 위헌확인(違憲確認)이 선고되더라도 청구인들의 주권적(主權的) 권리구제(權利救濟)에 아무런 도움이 되지 않을 뿐만 아

나라 동종행위의 반복위험이 없음은 물론 불분명한 헌법문제(憲法問題)의 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에도 해당하지 아니하여 예외적인 심판청구의 이익이 있는 경우에도 해당하지 않는다.

재판관 조규광, 재판관 김진우의 보충의견(補充意見)

3. 헌법 제118조 제2항(92헌마174 사건 참조)은 단체장의 “선임방법”에 관한 사항은 법률로 정한다고만 규정하고 있고 실제 위 헌법규정을 처음 구체화한 지방자치법(1988.4.6. 법률 제4004호)은 시한을 정하지 아니하고 당분간 단체장을 정부 임명제하에 두도록 하였으며 위 헌법규정의 위임에 의한 지방자치법과 지방교육자치에 관한 법률은 광역 지방자치단체의 집행기관을 일반행정에 관한 사무를 관장하는 특별시장직할 시장·도지사과 교육·학예 등에 관한 사무를 관장하는 교육감으로 이원화시키고, 동일한 법률상의 지위에 있는 집행기관 중 교육감은 시도의회에서 선출되는 교육위원으로 구성되는 교육위원회에서 선출되도록 규정하고 있다. 따라서 단체장에 대한 주민직접선거제가 헌법적 의지라고는 볼 수 없으므로 단체장 선거권 및 피선거권은 법률에 의하여 보장되는 법률상의 권리에 불과하다

재판관 최광률, 재판관 이재화의 보충의견(補充意見)

4. 공권력의 불행사로 인하여 기본권(基本權)을 침해받은 자가 헌법소원(憲法訴願)을 제기하기 위하여는 피청구인의 부작위 및 그로 인한 청구인의 기본권(基本權) 침해의 주장이 있어야 할 뿐만 아니라, 헌법의 명문규정 또는 해석상 직접 헌법상의 의무로 인정될 수 있는 피청구인의 작위의무(作爲義務) 및 청구인이 행정청에 대하여 그러한 작위의무(作爲義務)의 이행을 청구

할 수 있는 구체적 청구권이 있어야 한다 그런데 피청구인의 단체장 선거일 공고의무는 구(舊) 지방자치법 및 구(舊) 지방자치단체의장선거법에만 규정되어 있어서 헌법상 의무가 아니고 법률이 허용하는 선거일 이전에는 청구인들과 같은 입후보 예정자 또는 단순 유권자에게 선거일 공고에 대한 청구권이 없으며 그 시기를 경과한 경우에도 피청구인의 법률위반 내지 헌법위반이 남을 뿐이므로 선거권자 또는 피선거권자에게 단체장 선거일 공고에 대한 청구권이 발생한 것도 아니어서 청구인들은 부작위위헌확인소원(不作爲違憲確認訴願)의 요건을 갖추지 못하였다.

재판관 변정수의 반대의견(反對意見)에 대한 다수의견 재판관들의 보충의견(補充意見)

5. 헌법재판소법 제36조 제3항에 의한 헌법재판소재판관의 소수의견제(少數意見制)는 다수의견의 결론 또는 이유에 대하여 견해를 달리하는 재판관으로 하여금 결정서에 자기의 법률적 견해를 피력하게 하여 이를 국민에게 알리고 후일의 판례변경(判例變更)을 기대하라는 취지에서 비롯된 것이고, 이러한 소수의견에는 첫째 개인감정을 노출하여 다른 재판관을 비난 또는 매도하는 행위를 하여서는 아니되고 둘째 다수의견의 판시취지를 왜곡 또는 과장하고 이를 전제로 다수의견을 비판 또는 공격하는 행위를 하여서는 안 되는 한계가 있다

재판관 변정수의 반대의견(反對意見)

2. 이 사건에서 피청구인의 단체장 선거일 공고의무불이행이라는 위헌행위와 동종의 위헌행위는 대통령이 법이 정한 의무를 불이행하는 행위를 포함하여 모든 법질서 유린행위를 의미하는 것이고

이와 같은 행위는 앞으로도 발생할 가능성이 있으므로 동종행위의 반복 위험은 있다. 또한 피청구인의 선거일 불공고행위가 국민의 기본권(基本權)을 침해한 것이라고 한다면 대통령의 위헌적인 공권력 행사에 대한 통제를 위하여 헌법재판소의 헌법적 해명은 극히 중요하므로 헌법질서의 유지·수호를 위하여 심판청구의 이익은 인정된다

3. 헌법 제24조, 제25조 및 제118조 제2항이 지방자치단체의 집행기관으로서 단체장을 둔다는 것, 그 단체장은 주민이 직접 선출할 수도 있도록 법률로써 정할 수 있다는 것을 규정하였고 그 헌법규정에 따라 제정된 구(舊) 지방자치법 및 구(舊) 지방자치단체의장선거법이 지방자치단체 주민의 단체장 선거권 및 피선거권을 규정하고 있었으므로 이는 헌법상의 기본권(基本權)이다.

4. 공권력의 불행사로 인하여 기본권(基本權)을 침해받은 자가 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판(憲法訴願審判)을 청구하기 위한 요건은, 공권력의 불행사와 그로 인한 기본권침해(基本權侵害)이다. 비록, 그 외에 피청구인의 작위의무(作爲義務)와 청구인의 청구권을 요한다고 하더라도, 이 사건에서 피청구인의 법률집행 의무를 규정한 헌법 제66조 제4항과 제69조, 단체장의 선임방법을 법률로 정하도록 규정한 헌법 제118조 제2항에 의하여 피청구인의 단체장 선거일 공고의무는 헌법상의 의무이고, 단체장 선거권 및 피선거권은 국민의 주관적 공권(公權)이므로 헌법과 법률이 정하는 바에 따라 단체장선거를 실시하도록 요구할 수 있는 청구권은 청구인들에게 존재한다

재판관 김양균의 반대의견(反對意見)

2. 이 사건에서 문제과 되고 있는 것은 피청구인의 단순한 선거

일의 불이행에 한정되지 아니하고 공고의무의 불이행에서 표출된 피청구인의 법률준수의무 위반이므로 동종행위의 반복위험은 있다 뿐만 아니라 국민의 선거권과 피선거권은 매우 중요한 기본권(基本權)이고 그러한 기본권(基本權)이 피청구인의 부작위에 의하여 제때에 실현되지 못한 경우 기본권(基本權)의 침해가 있다고 보아야 할 것인지의 여부는 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이기 때문에 그 헌법적 해명이 중대한 문제에 해당한다

3. 헌법 제117조, 제118조는 지방자치단체를 명문으로 보장하고 있으며, 지방자치란 지역중심의 지방자치단체가 독자적인 자치기구를 설치하여 그 자치단체의 고유사무를 국가기관의 간섭 없이 스스로의 권한과 책임 아래 처리하는 것을 의미하므로, 지방자치단체의 대표인 단체장이 주민의 자발적 지지에 기초를 둔 선거에 의해 선출되어야 한다는 것은 지방자치제도의 본질로부터 논리적으로 당연히 도출되는 원리여서 국민의 단체장 선거권 및 피선거권은 헌법에 의하여 보장되는 기본권(基本權)이다.

4. 피청구인의 단체장 선거일 공고의무는 헌법 제118조 제2항에서 유래하는 헌법상의 의무이고, 그러한 의무위반으로 기본권(基本權)을 침해 받은 경우 그 정도와 수준의 차이는 별론으로 하더라도 기본권(基本權) 실현을 위한 청구권은 침해를 받고 있는 국민 모두에게 당연히 발생한다

청 구 인 나 ○ 균 외 58인

 청구인들 대리인 변호사 강 철 선 외 19인

피청구인 대통령

 대리인 변호사 이 성 렬 외 1인

【참조 조문】

헌법(憲法) 제24조, 제25조, 제117조, 제118조

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제36조 (종국결정(終局決定)) ①~② 생략

③ 법률(法律)의 위헌심판(違憲審判), 권한쟁의심판(權限爭議審判) 및 헌법소원심판(憲法訴願審判)에 관여한 재판관(裁判官)은 결정서(決定書)에 의견을 표시하여야 한다.

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

구(舊) 지방자치법(地方自治法) 부칙(附則) 제2조 (지방선거(地方選舉)의 실시시기(實施時期)) ① 생략

② 이 법(法)에 의한 최초의 시(市)·도지사(道知事) 및 시장(市長)·군수(郡守)·자치구(自治區)의구청장(區廳長)의 선거(選舉)는 1992년(年) 6월(月) 30일(日) 이내에 실시한다.

구(舊) 지방자치단체(地方自治團體)의장선거법(長選舉法) 제95조 (선거일(選舉日)) ①~② 생략

③ 임기만료(任期滿了)로 인한 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長) 선거(選舉)와 신설(新設)된 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長) 선거(選舉) 및 보궐선거(補闕選舉)의 선거일(選舉日)은 늦어도 선거일(選舉日) 전 18일(日)에 공고(公告)하되 임기만료(任期滿了)로 인한 선거(選舉)는 대통령(大統領)이, 신설(新設)된 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長) 선거(選舉) 및 보궐선거(補闕選舉)는 당해 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長)이 공고(公告)하여야 한다.

구(舊) 지방자치단체(地方自治團體)의장선거법(長選舉法) 부칙(附則) 제6조 (최초선거일(最初選舉日) 공고(公告)) 이 법(法)에 의하여 최초로 실시하는 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長) 선거일(選舉日)은 대통령(大統領)이 공고(公告)한다.

공직선거(公職選舉)및 선거부정방지법(選舉不正防止法) 제34조 (선거일(選舉日)) ① 임기만료(任期滿了)에 의한 선거(選舉)의 선거일(選舉日)은 다음 각호와 같다.

1. 대통령선거(大統領選舉)는 그 임기만료(任期滿了) 전 70일(日) 이후 첫 번째 목요일(木曜日)

2. 국회의원선거(國會議員選舉)는 그 임기만료(任期滿了) 전 50일(日) 이후 첫 번째 목요일(木曜日)

3. 지방의회의원(地方議會議員) 및 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長)의 선거(選舉)는 그 임기만료일(任期滿了日) 전 60일(日) 이후 첫 번째 목요일(木曜日)

② 제1항의 규정(規定)에 의한 선거일(選舉日)이 국민생활(國民生活)과 밀접한 관련이 있는 민속절(民俗節) 또는 공휴일(公休日)인 때와 선거일(選舉日) 전일이거나 그 다음날이 공휴일(公休日)인 때에는 그 다음 주의 목요일(木曜日)로 한다.

공직선거(公職選舉)및 선거부정방지법(選舉不正防止法) 제35조 (보궐선거(補闕選舉) 등의 선거일(選舉日)) ① 대통령(大統領)의 궐위(缺位)로 인한 선거(選舉) 또는 재선거(再選舉)(제3항의 규정(規定)에 의한 재선거(再選舉)를 제외한다. 이하 제2항에서 같다)는 그 선거(選舉)의 실시사유가 확정된 때부터 60일(日) 이내에 실시하되, 선거일(選舉日)은 늦어도 선거일(選舉日) 전 29일(日)에 대통령(大統領) 또는 대통령권한대행자(大統領權限代行者)가 공고(公告)하여야 한다.

② 지역구국회의원(地域區國會議員)의 보궐선거(補闕選舉) 또는 재선거(再選舉)는 그 선거(選舉)의 실시사유가 확정된 때부터 60일(日) 이내에, 지방의회의원(地方議會議員)의 증원선거(增員選舉)와 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長)의 보궐선

거(補闕選舉)·재선거(再選舉) 및 지방자치단체(地方自治團體)의 설치(設置)·폐지(廢止)·분할(分割) 또는 합병(合併)에 의한 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長) 선거(選舉)는 그 선거(選舉)의 실시사유가 확정된 때부터 60일(日) 이내에, 지방의회의원(地方議會議員)의 보궐선거(補闕選舉) 또는 재선거(再選舉)는 그 선거(選舉)의 실시사유가 확정된 때부터 180일(日) 이내에 실시하되, 선거일(選舉日)은 지역구국회의원선거(地域區國會議員選舉)에 있어서는 당해 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長)이 늦어도 선거일(選舉日) 전 23일(日)에, 지방의회의원선거(地方議會議員選舉)에 있어서는 당해 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長)이 늦어도, 선거일(選舉日) 전 20일(日)에 각각 공고(公告)하여야 한다.

③ 제197조(선거(選舉)의 일부무효(一部無效)로 인한 재선거(再選舉))의 규정(規定)에 의한 재선거(再選舉)는 확정판결(確定判決) 또는 결정(決定)의 통지를 받은 날부터 30일(日) 이내에 실시하되, 관할선거구선거관리위원회(選舉區選舉管理委員會)가 그 재선거일(再選舉日)을 정하여 공고(公告)하여야 한다.

④ 이 법(法)에서 “보궐선거(補闕選舉) 등”이라 함은 제1항 내지 제3항 및 제36조(연기(延期)된 선거(選舉) 등의 선거일(選舉日))의 규정(規定)에 의한 선거(選舉)를 말한다.

⑤ 이 법(法)에서 “선거(選舉)의 실시사유가 확정된 때”라 함은 다음 각호에 해당하는 날을 말한다.

1. 대통령(大統領)의 궐위(闕位)로 인한 선거(選舉)는 그 사유가 발생한 날

2. 지역구국회의원(地域區國會議員)의 보궐선거(補闕選舉) 또는 지방의회의원(地方議會議員) 및 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長)의 보궐선거(補闕選舉)는 제2항의 공고권자(公告權者)가 그 사유의 통지를 받은 날 [공고권자(公告權者)와 제200조(보궐선거(補闕選舉)) 제5항의 통지무자(通知義務者)가 같은 때에는 그 사유가 발생한 날]

3. 재선거(再選舉)는 그 사유가 확정된 날(판결(判決) 또는 결정(決定)에 의하여 사유가 확정된 때에는 공고권자(公告權者)가 그 판결(判決)이나 결정(決定)의 통지를 받은 날)

4. 지방의회의원(地方議會議員)의 증원선거(增員選舉)는 새로 정한 선거구(選舉區)에 관한 별표(別表) 2 또는 시(市)·도조례(道條例)의 효력이 발생한 날

5. 지방자치단체(地方自治團體)의 설치(設置)·폐지(廢止)·분할(分割) 또는 합병(合併)에 의한 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長) 선거(選舉)는 당해 지방자치단체(地方自治團體)의 설치(設置)·폐지(廢止)·분할(分割) 또는 합병(合併)에 관한 법률(法律)의 효력이 발생한 날

6. 연기(延期)된 선거(選舉)는 제196조(선거(選舉)의 연기(延期)) 제3항의 규정(規定)에 의하여 그 선거(選舉)의 연기(延期)를 공고(公告)한 날

7. 재투표(再投票)는 제36조의 규정(規定)에 의하여 그 재투표일(再投票日)을 공고(公告)한 날

공직선거(公職選舉)및 선거부정방지법(選舉不正防止法) 제36조 (연기(延期)된 선거(選舉) 등의 선거일(選舉日))

제196조(선거(選舉)의 연기(延期))의 규정(規定)에 의한 연기(延期)된 선거(選舉)를 실시하는 때에는 대통령선거(大統領選舉) 및 국회의원선거(國會議員選舉)에 있어서는 대통령(大統領)이, 지방의회의원(地方議會議員) 및 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長)의 선거(選舉)에

있어서는 당해 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長)이 각각 그 선거일(選舉日)을 정하여 공고(公告)하여야 하며, 제198조(천재(天災)·지변(地變) 등으로 인한 재투표(再投票))의 규정(規定)에 의한 재투표(再投票)를 실시하는 때에는 관할선거구선거관리위원회(選舉區選舉管理委員會)가 재투표일(再投票日)을 정하여 공고(公告)하여야 한다.

공직선거(公職選舉)및 선거부정방지법(選舉不正防止法) 부칙(附則) 제2조 (폐지법률(廢止法律))

대통령선거법(大統領選舉法)·국회의원선거법(國會議員選舉法)·지방의회의원선거법(地方議會議員選舉法) 및 지방자치단체(地方自治團體)의장선거법(長選舉法)은 이를 폐지(廢止)한다.

공직선거(公職選舉)및 선거부정방지법(選舉不正防止法) 부칙(附則) 제7조(지방자치단체(地方自治團體)의 장(長)의 최초의 선거일(選舉日) 등에 관한 경과조치(經過措置)) ① 이 법(法) 시행(施行) 이후 최초로 실시하는 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長) 선거(選舉)와 임기만료(任期滿了)에 의한 지방의회의원선거(地方議會議員選舉) 1995년(年) 6월(月) 27일(日) 동시에 실시하고, 그 선거(選舉)에서 당선된 자치구(自治區)·시(市)·군의회의원(郡議會議員)과 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長)의 임기(任期)는 1995년(年) 7월(月) 1일(日)부터 개시(開始)된다.

②~⑤ 생략

【참조 판례】

1. 1991.7.8. 선고, 89헌마181 결정
1992.1.28. 선고, 91헌마111 결정
1992.4.14. 선고, 90헌마82 결정
1993.3.11. 선고, 92헌마98 결정
1993.7.29. 선고, 89헌마31 결정
1994.7.29. 선고, 91헌마137 결정
2. 1991.7.8. 선고, 89헌마181 결정
1993.3.11. 선고, 92헌마98 결정
4. 1989.3.17. 선고, 88헌마1 결정
1991.9.16. 선고, 89헌마163 결정
1994.4.28. 선고, 92헌마153 결정
1994.6.30. 선고, 93헌마161 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 모두 기각한다

【이 유】

1. 개요와 대상

가. 사건의 개요

지방자치법중개정법률(1990.12.31. 법률 제4310호) 부칙(이하 “구 자치법 부칙”이라 한다) 제2조 제2항에 의하면, 그 법률에 의한 최초의 지방자치단체의 장(이하 “단체장”이라 한다) 선거는 1992.6.30. 이내에 실시한다고 규정하였고, 구 지방자치단체의장선거법(제정 1990.12.31. 법률 제4312호, 폐지 1994.3.16. 법률 제4739호, 이하 “구 선거법”이라 한다) 제95조 제3항 부칙 및 제6조에 의하면, 그 법률에 의한 최초의 단체장선거의 선거일은 대통령이 선거일 전 18일까지 공고한다고 규정하였다. 피청구인은 위 규정들에 의한 공고 마감일에 해당하는 1992.6.12.이 지나도록 단체장선거의 선거일을 공고하지 아니하였다.

청구인들은 피청구인의 위와 같은 선거일 불공고행위로 말미암아 헌법상 보장된 기본권인 선거권 및 피선거권을 침해받았다고 주장하고 1992.6.20. 이 사건 심판청구를 하였다

나. 심판의 대상

청구인들의 취지는 다음과 같다. 즉 피청구인이 구 자치법 부칙 제2조 제2항, 구 선거법 제95조 제3항 및 부칙 제6조의 규정에 의하여 1992.6.12.까지 단체장 선거일을 공고하지 아니한 것은 청구인들의 선거권과 공무담임권(피선거권)을 침해한 것으로서 위헌임을 확인한다.

그렇다면 이 사건에서 심판의 대상이 되는 것은 피청구인이 1992.6.12.까지 단체장선거의 선거일을 공고하지 아니한 공권력의 불행사(이하 “이 사건 부작위”라 한다)이다.

2. 주장과 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 청구인 중 45인(청구인 순번 1-45)은 장차 시행될 단체장 선거시에 주소지 선거구에서 기초단체장(시장·군수·자치구청장)으로, 청구인 중 13인(청구인 순번 46-58)은 같은 단체장 선거시에 주소지 선거구에서 광역단체장(특별시장·직할시장·도지사)으로 각 입후보하려고 준비 중인 자이고, 청구인 중 나머지 1인(청구인 순번 59)은 같은 단체장 선거시에 유권자로서 선거권을 행사하려는 자이다

(2) 피청구인은 구 자치법 부칙 제2조 제2항, 구 선거법 제95조 제3항 및 부칙 제6조의 규정에 의하여 1992.6.12.까지는 단체장 선거의 선거일을 공고하여야 할 의무가 있다. 그럼에도 불구하고, 피청구인은 1992.1.10. 연두기자회견을 통하여 단체장선거의 연기를 일방적으로 발표하고, 같은 해 6.4.에는 국무회의에서 단체장 선거를 1995년까지 연기하기로 의결하였으며, 같은 해 6.12.이 지나도록 단체장 선거의 선거일을 공고하지 아니하였다. 피청구인이 위와 같이 단체장 선거의 선거일을 공고하지 아니하고 방치한 것은, 헌법과 법률을 위반하는 것으로서 헌법재판소법 제68조 제1항이 정한 “공권력의 불행사”에 해당한다.

(3) 헌법 제24조 및 제118조 제2항은 모든 국민에게 대통령 선거권·국회의원 선거권 및 지방의회의원 선거권과 함께 단체장 선거권을 보장하고 있고, 헌법 제25조는 모든 국민에게 공무담임권의 하나로서 단체장 피선거권을 보장하고 있으므로, 청구인들은 기본권으로서의 선거권 및 피선거권을 가지고 있다. 그런데 청구인들은 법이 정한 대로 단체장선거가 실시되었다라면 행사할 수 있었을 기본권인 선거권과 피선거권을 피청구인의 이 사건 부작위로 말미암

아 침해받았다.

(4) 피청구인의 공권력 작용은 행정심판의 대상이 되지 않을 뿐만 아니라, 고도의 정치역학관계에서 파생된 피청구인의 이 사건 부작위에 대하여 일반법원에서 그 위헌 여부를 가리는 것은 헌법체계에 맞지도 않고 기대할 수도 없다. 더욱이 심판청구 후에 법률이 개정되어 1995년 이후에 단체장 선거를 실시하게 된다고 하더라도 위헌행위의 반복을 방지하기 위한 권리보호의 이익은 있다

(5) 그러므로 청구인들은 침해된 기본권의 구제를 위하여 헌법재판소법 제68조 제1항의 규정에 따라 피청구인의 이 사건 부작위에 대한 위헌확인을 구한다.

나. 피청구인의 답변

(1) 일반적으로 국정의 기본방향을 제시하거나 국가적 이해를 대상으로 하는 고도의 정치성을 띤 국가최고정치기관의 행위를 통치행위 또는 정치문제라고 하여 사법심사의 대상에서 제외하는 것은 국내외 통설·판례의 입장이다. 이 사건에서 문제된 단체장 선거일의 결정은 국정 전반에 미치는 파급효과가 중대하고 사법적 판단에 의하여 문제해결의 기준이 제시될 성질의 것이 아니므로 통치행위의 범주에 속한다 따라서 헌법소원심판의 대상이 될 수 없다

(2) 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 불행사에 해당하려면 헌법상의 작위의무가 있음에도 불구하고 그러한 의무를 불이행한 것이어야 한다. 이러한 법리는 입법부작위에 대한 헌법재판소의 중전의 판례태도로 보아 분명하고, 그렇게 보지 아니하면 헌법이 상정하고 있는 다른 헌법기관의 소관임무를 유월하는 결과를 초래할 염려가 있기 때문이다. 단체장 선거일의 지정 및 공고는 그 본질에

있어서 집행행위에 불과할 뿐만 아니라 국회의원 선거의 경우와는 달리 헌법에 아무런 규정도 두지 아니하였고 헌법이 법률에 명시적으로 위임한 것도 아니므로, 피청구인의 이 사건 부작위는 단순한 법률위반에 불과하다. 따라서 이 사건 부작위는 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 불행사에 해당하지 아니한다

(3) 청구인들이 주장하는 기본권인 선거권과 피선거권은 구체적인 선거절차에 참여할 수 있는 권리를 의미한다. 이러한 권리는 선거일 공고 후에 선거인명부의 작성, 후보자의 등록 등에 의하여 비로소 구체화되는 것이고, 그 전에는 권리가 발생하였다고 볼 수 없다. 뿐만 아니라 피청구인의 이 사건 부작위는 단체장선거를 영원히 실시하지 아니하겠다는 것이 아니라, 잠정적으로 연기하려는 것에 불과하므로, 청구인들의 기본권이 현실적으로 침해받고 있는 것은 아니다. 따라서 청구인들은 권리침해의 현재성 요건을 갖추지 못하였으므로, 청구인적격이 없다.

(4) 피청구인의 단체장선거 연기조치는 국정의 최고책임자로서 국익을 위하여 불가피한 정치적 결단을 내린 것으로서 합헌적이고 정당한 직무의 수행이다. 만약 피청구인이 단체장선거를 1992년도 상반기 내에 실시하게 되면 ① 1년에 4번씩이나 선거를 치르는 결과가 되어 통화의 증가와 물가의 상승, 인플레이의 유발과 근로의욕의 저하, 산업인력난의 가중과 국민총생산의 감소 등 우리 경제에 막심한 폐해를 초래할 것이고, ② 과거의 경험이나 외국의 선례로 보아 지방의회 운영의 경험이 일천하고 선거풍토의 선진화와 경제역량의 축적이 없는 상태에서, 급진적인 행정조직의 변환으로 큰 혼란이 야기될 수 있으며 ③ 현재의 선거관리기관의 관리능력에

비추어 단체장선거를 관리하는 데 많은 애로가 있으며, 대통령·국회의원·지방의원 및 단체장의 선거주기가 고착되어 불합리한 결과를 낳을 염려가 있다. 따라서 이 사건 피청구인이 국정의 최고책임자로서 국의를 위하여 불가피하게 내린 정치적 결단으로서 정당한 직무수행이다

(5) 헌법 제118조 제2항은 단체장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항을 법률로 정한다고 하였을 뿐 단체장선거 또는 그 시기에 관하여 직접 규율하거나 명시적인 입법위임을 하지 아니하였다. 또한 단체장 선거의 시기에 관한 규율은 집행에 관한 문제이고, 그 준수를 강제하는 별도의 규정이 없다 따라서 그 기한을 도과하더라도 선거의 법적 효력에는 아무런 영향을 미치지 아니하므로 그러한 혼시규정의 위반이 바로 위헌상태를 일으킨다고 볼 수 없다

(6) 선거권은 모든 국민에게 일정한 자격요건을 갖추기만 하면 자유롭고 평등하게 선거에 참여하는 기회를 보장하는 것일 뿐이고 개개의 국민에게 그가 원하는 시기에 선거에 임하도록 보장하는 것이 아니다. 또한 공무담임권은 모든 국민에게 그 능력과 적성에 따라 공직에 취임할 수 있는 균등한 기회를 보장하는 것일 뿐이고 개개의 국민에게 그가 원하는 시기에 그가 희망하는 공직에 취임하는 것을 보장하는 것이 아니다. 따라서 정부가 어느 개인이 원하는 시기에 선거를 실시하지 아니하였다고 하여, 바로 그 사람의 선거권과 공무담임권을 침해하였다고 보기는 어렵다. 또한 피청구인의 연기조치는 특정인의 선거권과 공무담임권을 제한하거나 단체장선거 자체를 중국적으로 거부하겠다는 것이 아니라, 국회의 의견을

물어 선거의 실시시기를 재조정하겠다는 것에 불과하다 다만 국회 자체의 사정 때문에 피청구인이 제출한 연기 법률안의 심의를 지연하고 있는 것이므로, 피청구인에게는 책임이 없고, 피청구인이 청구인들의 기본권을 침해한 것도 아니다

다. 내무부장관의 의견

(1) 피청구인의 단체장선거 연기는 통치행위에 해당하므로 헌법소원심판의 대상이 되지 아니한다 그러하지 아니하더라도 이는 대통령의 국가통치에 관한 고도의 정치적 행위로서 이른바 “집정상의 재량행위”이므로 헌법소원의 대상이 될 수 없다

(2) 청구인들은 피청구인이 1992.1.10. 단체장선거의 연기방침을 천명한 것을 충분히 알고 있었다고 보아야 하므로 그들이 단체장선거에 입후보할 것이라고 볼 기대가능성이 없어 심판청구의 이익이 없다

(3) 선거권은 특정한 선거의 실시를 전제로 하는 권리이므로 피청구인의 선거연기 자체에 의하여 청구인들의 선거권이 침해된 것은 아니다. 또한 공무담임권은 공무담임권자로서의 권리의무의 주체가 될 수 있는 일반적인 자격요건에 불과하므로, 피청구인의 이 사건 부작위에 의하여 청구인들의 공무담임권이 침해된 것도 아니다 따라서 청구인들은 기본권을 침해받은 사실이 없다

3. 판단

가. 사건의 성격 및 경과

(1) 먼저, 이 사건 심판청구의 적법성을 판단하기 위한 전제로써 이 사건의 성격과 경과에 관한 사실관계를 기록에 의하여 살펴본다

여당과 야당은 합의에 의하여 1990.12.31. 지방자치법을 일부 개정하여 구 자치법 부칙 제2조 제2항을 신설하고, 단체장선거를 1992.6.30. 이내에 실시하도록 하였다 그런데 1991년 후반기부터 1992년 말까지 사이에 걸쳐 대통령선거 국회의원선거 외에 광역단체장 선거 및 기초단체장 선거를 실시할 경우에 국민경제와 사회전반의 불안정 및 혼란을 초래할 수 있으므로, 단체장선거를 연기하는 것이 바람직하다는 주장이 일부 경제단체와 언론기관을 포함한 사회일각에서 있어 왔다 그러던 중 피청구인은 1992.1.10. 연두기자회견에서 단체장선거를 1992년 상반기 내에 실시하게 되면 그로 말미암아 사회경제에 미치는 부정적 파급효과가 클 것으로 예상된다는 등의 이유를 내세워 단체장 선거를 1995년 이후로 연기하고 그 타당성 여부를 제14대 국회에서 논의하도록 하겠다고 발표하였다. 단체장선거의 실시시기는 처음에는 1991.6.30.까지로 되어 있던 것인데, 후에 법을 개정하여 1992.6.30.까지로 변경하였던 것이므로, 피청구인의 위와 같은 발표는 결국 또 한차례 전례를 답습한다는 것이었다. 그 발표에 대하여는 당시 언론기관이 발표한 여론조사결과에 의하면 단체장선거의 연기를 지지하는 여론이 과반수 내외이었고 야당 진영에서도 별다른 이의를 제기한 사실이 없었다

그 후 1992.3.24. 제14대 국회의원 총선거가 실시되었고 선거결과 전국구를 포함하여 민주자유당 149석, 민주당 97석, 통일국민당 31석, 신정당 1석 및 무소속 21석(합계 299석)이 당선되었다. 제14대 국회의원 총선거 후 야당에서는 정부가 단체장선거를 1992년 상반기에 실시하지 않으면 제14대 국회의 원구성에 협력하지 않겠다고 정

부, 여당에 정치적 압력을 가하였고, 여당은 무소속 당선자를 영입함으로써 제14대 국회의원의 임기가 개시된 같은 해 5.30.경에는 국회의석의 과반수를 확보하였다. 그러나 국회는 여야간의 원구성에 관한 협상이 지연되어 제14대 국회가 개원조차 하지 못한 상태에서 피청구인은 같은 해 6.4. 국무회의에서 단체장선거를 1995.6.30. 이내에 실시하기로 하는 지방자치법중개정법률안을 심의의결하고 이튿날 이를 국회에 송부하였으며, 국회가 개원하지 못한 상태에서 피청구인은 단체장 선거일 공고 마지막 날인 같은 달 12.을 도과시켰다. 국회는 국회의원의 임기 개시일로부터 30일 이내에 임시회가 소집되어야 한다는 국회법 제22조 제2항에 따라 겨우 그 마지막 날인 같은 해 6.29. 개원되었으나, 국회는 물론 야당진영에서도 피청구인에 대한 정치적 책임을 묻기 위한 적극적인 조치를 취한 사실은 전혀 없었다.

(2) 위에서 인정한 사실들을 종합하면 단체장 선거시기 자체가 정치적으로 여야간의 이해관계가 첨예하게 대립되는 사안인데다 위에서 본 바와 같이 피청구인이 이 사건 부작위에 이른 경위와 국민의 여론 제14대 국회의 여야의 의석비율 및 피청구인의 이 사건 부작위에 대한 야당의 대응태도 등에 비추어 볼 때 이 사건의 심판대상인 단체장 선거시기의 연기문제는 고도의 정치적 성격을 지닌 사안이라고 할 수 있다.

헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 헌법소원을 청구하기 위하여는, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 거친 후가 아니면 청구할 수 없다고 하여, 소위 헌법소원의 보충성 원칙을

규정하고 있다. 위 보충성의 원칙은 헌법소원의 본질이 보충적인 최후의 권리구제수단이라는 것을 의미한다 이와 같은 헌법소원의 본질에 비추어 볼 때, 이 사건과 같이 고도의 정치적 성격을 지닌 사건에서는 여당과 야당이 타협과 대결을 통하여 국정을 해결하는 정치부인 국회에서 우선적으로 이 사안을 다룰 필요가 있다. 뿐만 아니라 국회가 이 문제를 해결하겠다고 나선다면, 사법기관의 일종인 헌법재판소로서는 이를 존중함이 마땅하다고 본다.

(3) 그런데 국회는 실제로 개원 후 지방자치법중개정법률안 등을 심사하기 위하여 1992.8.17., 1992.10.6., 1993.5.11., 1994.3.2. 등 4차례에 걸쳐 “정치관계법심의특별위원회”를 구성하고, 그 위원회의 활동을 통하여 이 사건 부작위와 관련되는 문제를 정치적으로 해결하기 위한 노력을 계속하였다. 헌법재판소는 그 문제를 정치적으로 해결하기 위한 국회의 노력을 존중하는 한편 이 사건의 심리를 진행하고 있던 중 국회는 1994.3. 초 위 특별위원회에서 이른바 정치개혁입법의 하나인 지방자치법중개정법률안 등에 대한 여야간의 합의가 이루어져 같은 해 3.4. 본회의에서 공직선거및선거부정방지법이하 “신 선거법”이라 한다, 지방자치법중개정법률(이하 “신 자치법”이라 한다) 및 정치자금에관한법률중개정법률을 여야합의로 통과시켰다 피청구인은 같은 달 16. 그 중 신 선거법을 법률 제4739호로, 신 자치법을 법률 제4741호로 각 공포하였고, 위 법률들은 각 공포한 날부터 시행되게 되었다

나. 권리보호의 이익 및 심판청구의 적법 여부

(1) 헌법소원제도는 국민의 기본권침해를 구제하는 제도이므로 그 심판청구가 적법하다고 하려면 그 제도의 목적상 권리보호의 이

익이 있어야 한다. 그러므로 심판청구 당시 권리보호의 이익이 인정되더라도, 심판 계속중에 생긴 사정변경 즉 사실관계 또는 법령제도의 변동으로 말미암아 권리보호의 이익이 소멸 또는 제거된 경우에는 원칙적으로 심판청구는 부적법하게 된다 다만, 그와 같은 경우에도 그러한 기본권 침해행위가 반복될 위험이 있거나 그러한 분쟁의 해결이 헌법 질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 예외적으로 심판청구의 이익이 있다고 볼 수는 있다(헌법재판소 1992.1.28. 선고, 91헌마111 결정; 1992.4.14. 선고, 90헌마82 결정; 1993.3.11. 선고, 92헌마98 결정; 1993.7.29. 선고, 89헌마31 결정 참조).

(2) 그런데 신 자치법은 ① 단체장선거를 1992.6.30. 이내에 실시하기로 하였던 구 자치법 부칙 제2조 제2항을 삭제하고(부칙 최종 조항), ② 최초의 단체장선거를 1995.6.30. 이내에 실시한다고 규정하고 있다(부칙 제2조). 그 결과 이 사건에서 심판의 대상이 되고 있는 피청구인의 이 사건 부작위로 말미암아 생겼던 위법상태는 모두 해소되었다

또한 신 선거법은 ① 피청구인의 선거일 공고의무의 근거조항이었던 구 선거법 자체를 폐지하였고(부칙 제2조), ② 각종 공직선거에서 선거일의 택일제도를 폐지하고, 원칙적으로 선거일을 법률로 확정하였으며(제34조), ③ 선거일이 법정화됨에 따라 보궐선거 재선거 또는 연기선거를 제외한 총선거에서는 선거일 공고제도를 폐지하였고(제35조·제36조), ④ 최초의 단체장선거는 1995.6.27. 실시하기로 명시하였다(부칙 제7조 제1항). 그 결과 앞으로 있을 단체장선거에서는 원칙적으로 선거일 공고는 필요없게 되었고, 예외적으

로 보궐선거·재선거, 지방자치단체의 설치·폐지·분할 또는 합병에 의한 단체장선거 및 연기된 선거의 선거일은 당해 단체장이, 천재·지변 등으로 인한 재투표일은 관할 선거관리위원회가 공고하도록 되었다(제35조 제2항·제3항, 제36조).

(3) 위와 같은 법제의 변동으로 종래 피청구인의 단체장 선거일 공고의무를 규정하였던 법률조항들은 모두 삭제 또는 폐지되었으므로 이 사건 부작위에 대하여 위헌확인이 선고되더라도 피청구인은 그 결정 취지에 따라 단체장 선거일을 공고할 수 없어서 청구인들의 주관적인 권리구제에 전혀 도움이 되지 아니하게 되었다

뿐만 아니라 신 선거법에서는 선거일이 법정화됨으로써 선거일 공고제도 자체가 필요 없게 되어 이를 폐지하였고, 보궐선거 등에서의 선거일 공고는 피청구인이 아닌 당해 단체장이, 재투표일은 관할 선거관리위원회가 공고하도록 하였으므로, 피청구인에 의한 동종행위의 반복 위험이 없음은 물론, 이 사건은 불분명한 헌법문제의 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에도 해당하지 아니한다. 그러므로 이 사건은 예외적으로 심판청구의 이익이 있는 경우에도 해당하지 않는다고 할 것이다

다. 결론

그렇다면 이 사건 헌법소원심판청구는 권리보호의 이익이 없는 경우에 해당하여 부적법하다고 할 것이므로, 이를 모두 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 관여재판관 중 재판관 변정수 재판관 김양균을 제외한 나머지 재판관 7인의 의견일치에 따른 것이다. 이 결정에는 재판관 조규광 외 6인의 제4항과 같은 보충의견과 재판관 변정수 외 1인의 제5항 및 제6항과 같은 반대의견이

있다.

4. 보충의견

가. 기본권적 청구권 결여에 관한 재판관 조규광재판관 김진우의 보충의견

(1) 단체장 선거제도는 자유민주주의 국가에서 국민주권의 원리에 따라 주민의 참정권을 보장하는 법제도로써 대단히 중요한 정치적 의미를 지니고 있다. 그러나 이 사건에서 단체장선거의 실시시기와 관련하여 피청구인의 정치적 책임이나 단순한 법률위반 여부를 따지는 것과 헌법상 보장된 기본권침해 여부를 논의하는 것은 그 성격과 차원을 달리하는 문제라는 사실을 먼저 밝혀 둔다.

헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면, 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 “헌법상 보장된 기본권”을 침해받은 자는 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 헌법소원심판을 청구하는 자는 기본권의 침해를 주장하여야 한다. 만약 행정청의 부작위에 대한 위헌확인의 헌법소원심판을 청구하는 자가 내세우는 기본권이 성질상 기본권에 해당하지 아니하며, 부작위의 위헌확인을 청구할 수 있는 기본권적 청구권이 인정되지 아니하는 경우에는 그 심판청구를 부적법한 것으로 보아 각하하게 된다. 청구인들은 이 사건에서 피청구인의 이 사건 부작위로 인하여 그들의 헌법상 보장된 기본권인 단체장의 직접선거권 및 피선거권을 침해받았다고 주장하면서 이 사건 심판청구를 하고 있으므로, 과연 단체장의 직접선거권 및 피선거권이 헌법상 보장된 기본권인지 여부부터 살펴볼 필요가 있다.

(2) 헌법 제24조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선

거권을 가진다"라고 규정하였고, 선거에 의하여 선출된 자의 공무취임에 관하여는 헌법 제25조가 "모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다"라고 규정하여, 선거권과 피선거권을 헌법상 보장된 기본권으로 명시하고 있다. 여기에서 논의의 출발점이 되는 선거권이라 함은, 일정한 자격을 가진 국민이 국가 또는 지방자치단체의 공직을 담당하는 넓은 의미의 공무원을 선출하는 권리를 말한다. 이러한 선거권은 국민 또는 주민이 국정이나 자치단체업무에 참가할 수 있는 길을 보장하는 기초적 권리로서, 간접민주정치제도 아래에서는 가장 기본적인 정치적 권리라고 할 수 있다. 그러나 여기에서 문제가 되는 것은 이러한 선거권의 내용 또는 범위를 어떻게 파악할 것인가 함이다.

결론부터 말하자면, 헌법에 종속하는 하위법인 법률에서 선거권 또는 피선거권을 정하기만 하면, 이와 같은 공권이 법질서에서 의존하여야 할 헌법상의 명문이나 논리적으로 당연히 도출되는 헌법해석근거가 없이도, 곧 헌법상 보장된 기본권으로 격상되는 것은 아니라는 것이다. 물론 법률에서 정한 선거권 또는 피선거권이 그 내용과 범위 등에 있어서 헌법 제11조가 정한 평등권이나 기타의 기본권에 저촉된다면 그것은 그것대로 기본권침해 여부를 따질 수 있는 것이지만 적어도 이 사건에서 문제된 기본권적 청구권의 존부를 가리는 마당에서는 법률에서 헌법적 근거 없이 선거권 또는 피선거권을 정하였다 하여 그로 인하여 곧바로 국민이나 주민에게 선거실시요구권(청구권)이 당연히 생기는 것은 아니라는 것이다. 기본권이란 헌법종속적인 법률로서 그 본질적 내용(핵심)을 침해할 수 없는 것이며, 그 타당근거는 바로 헌법 자체에 찾아야 하기 때

문이다.

헌법은 국회의원과 대통령을 국민의 직접선거에 의하여 선출한다고 명시하였으므로(헌법 제41조 제1항 및 제67조 제1항), 국민의 국회의원과 대통령 선거권이 헌법상 보장된 기본권인 사실은 의문의 여지가 없다. 또한 헌법 제118조 제2항에 의하면 “지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다”라고 규정하고 있다. 그 중 지방의회의원의 경우에는 헌법이 비록 선거의 방법을 명시하지는 아니하였으나 “의원선거”에 관한 사항을 법률로 정한다고 규정하였으므로 그 선거권도 헌법상 보장된 기본권 즉 헌법 제4조에서 말하는 선거권의 범위에 속한다고 할 수 있다. 문제는 단체장의 경우인데, 헌법은 단체장의 “선임방법”에 관한 사항은 법률로 정한다고 하여 지방의회의원의 경우와는 달리 규정하고 있다. 그러므로 단체장을 선거할 것인가 임명할 것인가, 선거나 임명하는 경우에는 어떻게 선출 또는 임명할 것인가 하는 문제는, 전적으로 법률에 의하여 결정된다 따라서 단체장의 선임방법을 정부 또는 상급 단체장에 의한 임명제로 하든 지방의회에 의한 간접선거제로 하든, 주민들에 의한 직접선거제로 하든, 그것은 입법자의 고유 권한에 속하는 것으로 보여진다. 그리하여 만약 법률이 단체장의 선임방법을 임명제 또는 간접선거제로 정하였다고 하여 그것이 곧 기본권을 침해하는 위헌적 법률이라고 단정하기는 어렵다. 그것은 그와 같은 임명제 또는 간접선거제도 헌법 제18조 제2항이 예정하고 있는 것이라고 보여지기 때문이다. 실제로 일찍부터 선거에 의한 지방자치제를 효과적으로 운영하고 있는 선진 자유민주주의

국가에서도 단체장을 지방의회에서 선출하는 간접선거제(의회제)로 하는 나라들도 있고, 주민이 직접 선출하는 직접선거제(수장제)로 하는 나라들도 있다. 그러나 그 장단점을 일률적으로 확정 지을 수 없고, 그것은 나라마다 다른 지방자치제의 연혁, 국민의 정치의식, 입법자의 정치적 결단, 기타 사정에 따라 정하여지기 마련이다. 우리 헌법의 해석에서도 법문의 문언뿐만 아니라 이러한 비교법제는 가치 있는 참작사유가 될 것이다.

(3) 그런데 우리 나라의 경우에는 다음 몇 가지 점에 비추어 단체장의 직접선거권을 헌법상 보장된 기본권의 범위에 속한다고 보기는 어렵다

첫째로, 1987.10.29. 공포된 이른바 제6공화국 헌법 규정의 하나인 위 제118조 제2항의 규정을 처음 구체화한 입법이라고 할 수 있는 지방자치법개정법률(1988.4.6. 법률 제4004호)은 단체장을 그 법에 정한 피선거권이 있는 자 중에서 선거한다고만 하고, 그 선거방법은 다른 법률에 다시 위임하였을 뿐만 아니라(제86조), 그 선거시기에 관하여도 아무런 규정을 두지 아니한 채, 단체장은 따로 법률로 정할 때까지 정부에서 임명한다고 규정하였다(부칙 제5조). 이처럼 시한을 정함이 없이 당분간 단체장을 정부 임명제하에 두도록 한 것은 바로 입법자가 헌법 제118조 제2항에 의한 입법위임을 이행함에 있어서 단체장의 주민직접선거제가 헌법적 의지는 아니라고 해석한 데서 비롯된 것이라고 보아야 한다

둘째로 헌법 제118조 제2항의 위임에 의하여 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항을 정한 법률인 지방자치법과 지방교육자치에 관한 법률(1991.3.8. 법률 제4347호, 이하 “지방교육자치법”이라 한다)

에 의하면, 광역 지방자치단체인 특별시·직할시·도(이하 “시·도”라 한다)의 집행기관에는 일반행정에 관한 사무를 관장하는 집행기관인 특별시장·직할시장·도지사(이하 “시·도지사”라 한다) 외에, 교육·과학·기술·체육 기타 학예(이하 “교육·학예”라 한다)에 관한 사무를 관장하는 집행기관인 교육감을 두어 집행기관 즉 단체장을 이원화하고 있다(지방자치법 제112조, 지방교육자치법 제25조 참조). 그런데 시·도지사는 주민이 직접 선거하는 데 반하여(헌법 지방자치법 제86조 및 구 선거법 제1조·제9조 참조), 교육감은 당해 시·도 교육위원회에서 선출하도록 하고 있고(지방교육자치법 제28조 참조), 그 선출기관인 교육위원회의 구성원 즉 교육위원은 당해 시·도 의회에서 선출하도록 하고 있다(지방교육자치법 제5조 참조). 시·도지사와 교육감은 다 같이 지방자치단체의 집행기관 즉 단체장이라고 하는 동일한 법률상의 지위에 있는데도 불구하고 교육감의 선임방법을 시·도지사의 경우와 달리 지방의회의 하급의결기관인 교육위원회에 의한 이른바 “특수간선제”로 규정한 것은, 입법자가 단체장의 직접선거권을 헌법상 보장된 기본권 즉 헌법 제24조에 규정한 선거권의 범위 내에 포함되지 아니하는 것으로 보고 있기 때문이라고 할 수 있다.

(4) 이상과 같은 이유로 주민에 의한 단체장의 직접선거권은 헌법상 필수적으로 요청되는 헌법상 보장된 기본권의 보장규정에 의한 것이 아니라, 이를 입법자의 결단에 의하여 그 고유권한 내에서 정하여진 법률상의 권리라고 해석하여야 한다. 그렇게 해석하지 아니하고, 단체장의 직접선거권도 헌법 제24조가 규정하는 선거권 즉 헌법상 보장된 기본권의 범위 내에 포함되는 것으로 해석한다

면, 위 지방교육자치법은 주민의 기본권인 교육값(단체장의 일종)에 대한 직접선거권의 본질적 내용을 침해하는 위헌법률이라고 볼 수밖에 없을 것이며, 이러한 견해는 취할 바가 못 된다

그리고 단체장의 직접선거권(능동권)을 헌법상 보장되는 기본권이 아니고 법률에 의하여 보장되는 권리라고 보는 이상 이에 대응하는 단체장 피선거권(수동권)도 헌법상 보장되는 기본권이 아니라 법률에 의하여 보장되는 권리라고 해석하여야 한다. 그렇다면 청구인들이 단체장의 직접선거권 또는 이에 대응하는 피선거권이 헌법상 보장된 기본권이며, 이 기본권에 기인하여 주민들의 주관적 공권으로서의 단체장선거청구권이 당연히 도출된다는 전제하에 이 사건 부작위의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원은 침해된 기본권적 청구권이 존재하지 아니하여 부적법임을 면할 수 없다고 보아야 할 것이다

(5) 헌법소원심판에서 심판청구가 부적법하여 각하하는 경우에 그 각하사유가 중첩되면 그 중 어느 것을 선택하여도 무방한 것이므로 우리는 청구인들의 이 사건 심판청구가 법제의 변동으로 그 권리보호이익이 없어졌다는 이유로 이를 각하하여야 한다는 판단에 대하여 거의 이의 없이 찬성하였다. 그러나 이 사건의 경우에는 그밖의 단체장의 직접선거권 및 피선거권이 헌법상 보장되는 기본권에 해당하지 아니한다고 하는 이유 때문에도, 심판청구는 어차피 각하되어야 할 것임을 밝히기 위하여 위와 같은 보충의견을 개진한다.

나. 부작위소원 요건 불비에 관한 재판관 최광률 재판관 이재화의 보충의견

(1) 헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자는 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 그러므로 공권력의 불행사 즉 부작위에 대한 헌법소원 즉“부작위소원”을 제기하기 위하여는, 먼저 피청구인의 부작위 및 그로 인한 청구인의 기본권침해의 주장이 있어야 할 뿐만 아니라 피청구인의 “작위의무” 및 청구인의 “청구권”이 있어야 한다.

우리 재판소는 일찌기 보건사회부장관이 약사의 한약취급행위를 단속하지 아니한 공권력의 불행사 즉 부작위에 의하여 기본권이 침해되었다고 주장한 부작위소원 사건에서 “행정권력의 부작위에 대한 소원의 경우에 있어서는 공권력의 주체에서 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 있어야 하고, 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 불구하고 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 허용된다고 할 것이며 의무위반의 부작위 때문에 피해를 입었다는 단순한 일반적 주장만으로 부족하다”라고 판시한 바 있다(헌재 1991.9.16. 선고, 89헌마163 결정)

위와 같은 우리 재판소의 판례태도는 행정상의 부작위 즉 행정부작위에 대한 부작위소원의 경우에도 입법부작위 기타 다른 부작위에 대한 부작위소원의 경우처럼 헌법에서 유래하는“작위의무의 존재”와 그 의무이행을 구하는 “청구권의 존재”가 적법요건임을 명시한 것으로서 헌법재판에 관한 독일연방헌법재판소의 판례와 행정소송에 관한 우리 대법원의 판례와 같은 입장을 취한 것이라고 볼 수 있다

(2) 먼저, 작위의무의 존재에 관하여 본다. 행정부작위에 대한

부작위소원의 적법요건이 되는 행정청의 작위의무는 특별히 헌법상 구체적으로 규정되어 있거나, 헌법의 해석상 그 작위의무가 헌법상의 의무라는 사실을 인정할 수 있어야 한다. 그러므로 “헌법에서 유래하는 작위의무”는 그것이 비록 법률에 규정되어 있다고 하더라도 헌법의 이념상 인정되면 족하다는 취지로 이해하여서는 아니 된다. 오히려 그 작위의무는 헌법의 명문규정 또는 해석상 직접 헌법상의 의무로 인정될 수 있어야 한다는 의미로 이해하는 것이 타당하다(헌재 1989.3.17. 선고, 88헌마1 결정 참조).

그렇다면 이 사건의 경우, 피청구인의 단체장 선거일 공고의무가 헌법에서 유래하는 작위의무인가 함이 문제된다. 그런데 단체장을 주민의 선거에 의하여 선출하도록 하는 규정이 헌법에는 없고 하위법인 지방자치법에 있을 뿐이며(제86조), 그 선거일 공고의무도 구 선거법에서 규정하고 있을 뿐이다(제95조 제3항 및 부칙 제6조). 그런 점에서 본다면 피청구인의 단체장 선거일 공고의무는 헌법상의 의무라고 할 수 없다.

(3) 다음 청구권의 존재에 관하여 본다. 이러한 청구권은 행정청의 헌법상 작위의무가 인정되는 경우에도 청구인이 행정청에 대하여 그러한 작위의무의 이행을 청구할 수 있는 구체적 청구권이어서 하므로 그 인정 여부는 작위의무의 내용 내지 특성에 따라 개별적으로 판단되어야 한다고 할 것이다. 우리 재판소가 위 89헌마163 사건에서 “부작위소원은 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 불구하고 공권력의 주체가 그 의무를 해태한 경우에 한하여 허용된다는 취지로 판시한 것도, 그와 같은 이론에 근거한 것으로 이해된다. 그것은 헌법상의 작위의무의 불이행이 있고 그로

인하여 기본권이 침해된 경우에도 당연히 청구권이 인정된다고 한다면
부작위소원을 청구하기 위한 적법요건으로서 작위의무의 존재 외에 청
구권의 존재를 거론할 필요가 없기 때문이다

그런데 구 자치법 부칙 제2조 제2항과 구 선거법 제95조 제3항 및
부칙 제6조에 의하면, 피청구인은 1992.6.30. 이내에 단체장선거가 실시
될 수 있도록 같은 달 12. 이내에 단체장 선거일을 공고하여야 한다. 그
러나 피청구인은 위 기한 내에서는 단체장 선거일을 공고할 재량이 있
는 것이므로, 어느 선거권자 또는 피선거권자가 그 기한 내의 어느 날
까지 단체장선거를 실시하라는 청구에 의하여 선거일을 정하고 공고하
여야 하는 것은 아니다. 따라서 최소한 위 기한 내에는 청구인들과 같
은 입후보 예정자 또는 단순 유권자에게 선거일 공고에 대한 청구권이
있다고 볼 수 없다. 한편 피청구인이 위 시기까지 단체장 선거일을 공
고하지 아니한 경우에도 피청구인의 법률위반 내지 헌법위반이 남을 수
있을 뿐이고, 그로 인하여 선거권자 또는 피선거권자에게 단체장 선거
일 공고에 대한 청구권이 발생하는 것도 아니다 그러므로 피청구인의
단체장 선거일 공고의무는, 설사 그것이 헌법상의 의무라고 하더라도
청구인들과 같은 일반 국민 또는 선거권자나 피선거권자에게 청구권이
발생한다고 보기는 어렵다. 만약 그렇게 해석하지 아니하고, 선거권자
또는 피선거권자이면 누구나 선거일 공고에 관한 청구권을 갖는다고 해
석하게 되면, 그들이 모두 부작위 위헌소원의 청구인이 될 것이므로 결
과적으로 헌법소원이 민중소송화하는 것을 막을 길이 없게 될 것이다
뿐만 아니라 정치권인 국회나 정당 차원에서 해결할 정치문제를 사법기
관의 일종인 헌법재판소가 재판대상으로 삼

아 위헌여부를 판단하는 불합리한 결과를 가져올 것이다

그렇다면 청구인들이 장차 시행될 단체장선거에서 입후보하려고 준비 중인 자들이었다고 하더라도, 피청구인의 이 사건 부작위의 위헌확인을 구하는 헌법소원에서 작위의무의 이행을 구할 청구권자의 지위에 있다고 볼 수 없다. 따라서 청구인들의 이 사건 심판청구는 이른바 부작위소원의 요건을 갖추지 못한 부적법한 청구라고 하지 아니할 수 없다

(4) 우리는 청구인들의 이 사건 심판청구가 법제의 변동으로 그 권리보호이익이 없어졌다는 이유로 이 사건 심판청구를 각하하여야 한다는 판단에 대하여 이의 없이 찬성하였다. 그러나 이 사건의 경우에는 그 밖에 피청구인의 단체장 선거일 공고의무가 헌법에서 유래하는 작위의무가 아닐 뿐만 아니라, 청구인들에게 피청구인에 대하여 그러한 작위의무의 이행을 구할 청구권이 없다고 하는 이유 때문에도 심판청구는 어차피 각하되어야 할 것임을 밝히기 위하여 위와 같은 보충의견을 개진한다.

다. 재판관 변경수의 반대의견에 관한 다수의견 재판관들의 보충의견

(1) 먼저 반대의견을 반박하는 보충의견을 표명하지 않을 수 없는 이유를 밝힌다.

헌법재판소법 제6조 제3항에 의하면, “법률의 위헌심판, 권한쟁의 심판 및 헌법소원심판에 관여한 재판관은 결정서에 의견을 표시하여야 한다”라고 규정하고 있다. 이는 헌법재판소재판관의 소수의견제를 규정하고 있는 것이다. 원래 소수의견제는 다수의견의 결론 또는 이유에 대하여 견해를 달리하는 재판관으로 하여금 결정서에

자기의 법률적 견해를 피력하게 하여 이를 국민에게 알리고 후일의 판례변경을 기대하라는 취지에서 비롯된 것이다 그러나 소수의견에서는 첫째 개인감정을 노출하여 다른 재판관을 비난 또는 매도하는 행위를 하여서는 아니되고, 둘째 다수의견의 판시 취지를 왜곡 또는 과장하고 이를 전제로 다수의견을 비판 또는 공격하는 행위를 하여서는 아니된다. 그것이 바로 소수의견의 한계라고 할 수 있다

그런데 이 사건에서 반대의견을 제출한 재판관은 권리보호이익의 사후소멸로 인하여 심판청구를 각하하여야 한다는 다수의견(법정의견)에 대하여, 반대의견을 펴는 과정에서 위에 실시한 바와 같은 소수의견의 한계를 일탈하고 있으므로, 우리는 이 사건에서 보충의견의 형식으로 그에 대한 반론을 표명하여 반대의견의 부당성을 지적하고 다수의견을 보충하지 않을 수 없다. 다만, 일부 재판관의 보충의견에 대한 반대의견에 대하여는 법률적 견해의 차이라고 보아 굳이 반론하지 아니한다

(2) 나아가, 심판의 이익 또는 필요가 상존한다는 주장에 대하여 본다

이 점에 관한 반대의견의 논지는 이 사건의 경우 ① 피청구인에 의한 동종행위의 반복가능성이 있고 ② 문제의 해명이 헌법상 중대하므로, 심판의 이익 또는 필요가 상존한다는 것이다 그러나 논지는 어느 것도 수긍할 수 없으므로 차례로 반박한다.

첫째로, 반대의견은 동종행위의 반복가능성에 관하여 동종행위의 개념을 지나치게 좁게 해석할 것이 아니라, 넓게 보아 대통령이 법에 정한 의무를 불이행하는 행위 나아가서 모든 법질서를 유린

하는 행위를 모두 포함하는 것으로 해석하여야 한다고 주장한다. 그러나 사정변경으로 말미암아 권리보호의 이익이 사후 소멸한 경우 예외적으로 그 이익을 인정하기 위한 사유가 되는 동종행위의 반복가능성은 추상적이고 이론적인 가능성이 아니라 구체적이고 실제적인 가능성을 뜻하는 것으로 해석하여야 한다고 함이, 우리 재판소의 확립된 판례이다(헌재 1991.7.8. 선고, 89헌마181 결정; 1993.3.11. 2헌마98 결정; 1994.7.29. 선고, 91헌마137 결정 각 참조).

반대의견의 논지는, 이 사건에서 심판의 대상이 되는 것은 구체적으로 단재장 선거일의 불공고 행위이고, 그것은 곧 구 자치법 부칙 제2조 제2항, 구 선거법 제95조 제3항 및 부칙 제6조에 대한 위반행위이지만, 그 주체인 피청구인은 법률에 대한 준수 및 집행의무를 지고 있으므로, 이를 추상화하면 결국 피청구인의 법률에 대한 준수 및 집행의무의 위반행위가 되는데, 그러한 위반행위는 앞으로도 계속하여 발생할 소지가 충분하기 때문에 반복가능성이 상존한다는 것이다. 그러나 그와 같이 동종행위의 개념을 추상화 일반화하여 확대하는 것은 위 판례 취지에 정면으로 배치된다. 동종행위의 개념을 그와 같이 확대하게 되면 그것은 구체적이고 실제적인 가능성이라고 할 수 없을 뿐만 아니라 그 반복가능성을 부인할 수 있는 경우란 거의 있을 수 없다. 따라서 이 점에 관한 반대의견의 논지는 부당하다.

둘째로, 반대의견은 문제 해명의 중대성에 관하여 ① 다수의견이 헌법문제의 해명이 중대한 의미를 지니는 경우에 해당하지 아니한다고 한 이유가 무엇인지 불분명하나 ② 만약 피청구인의 행위

가 위헌이라고 본 것이라면, 위헌적 공권력 행사의 통제를 위하여 조속한 해명이 중요하고, ③ 그 반대의 경우라면, 피청구인의 행위가 정당함을 확인하고, 이에 관한 국민의 불신을 씻어 주기 위하여 조속한 해명이 필요하므로, 문제 해명의 중대성이 있다고 주장한다

그러나 반대의견의 논지는 심판청구의 적법성 판단(요건판단)으로서의 권리보호이익의 소멸 여부에 관한 문제와 청구이유의 당부판(본안판단)으로서 위헌여부에 관한 문제를 혼동하고 있는 주장이다. 법제의 변동으로 인하여 권리보호의 이익이 사후에 소멸하였기 때문에 그 심판청구가 부적법하게 되었는지 여부를 판단함에 있어서는 본안판단 문제인 피청구인의 행위에 관한 위헌여부의 평가는 문제삼을 필요가 없다. 오로지 요건판단으로써 문제해명의 중대성과 그로 인한 심판이익의 상존 여부만을 판단하면 된다고 본다. 따라서 이 사건의 경우에는 심판의 대상인 단체장 선거일의 불공공행위와 관련한 분쟁의 해결 또는 문제의 해명이, 법제의 변동으로 인한 제도의 폐지에도 불구하고 계속하여 헌법적으로 중대한 의미를 갖는지 여부를 판단하면 되는 것이고 피청구인의 행위에 대한 평가가 위헌인지 아니면 합헌인지는 따질 필요조차 없다고 본다.

뿐만 아니라 각종 공직선거의 관리사무는 헌법상의 독립기관인 각급 선거관리위원회가 담당하고(헌법 제114조, 지방자치법 제24조, 구 선거법 제3조 및 제4조 참조), 행정부의 수반인 피청구인은 그러한 선거관리사무에는 관여할 수 없게 되어 있다. 피청구인은 구 선거법 아래서 예외적으로 법 시행 후 최초의 총선거 및 임기만료로 인한 총선거에 관한 단체장 선거일의 공고사무에 한하여 관여하게 되

어 있었으나(구 선거법 제95조 제3항, 부칙 제6조 참조), 신 선거법 아래서는 그와 같은 천거일 공고제도마저 폐지되어 피청구인은 단체장선거에 관한 관리사무에 일체 관여할 수 없게 되었다 그렇다면 문제 해결의 중대성이 상존하므로 심판의 이익이 있다는 반대의견의 논지는 부당하다.

셋째로, 반대의견은 그 결론 부분에서 법제의 변동으로 인하여 권리보호의 이익 또는 필요가 소멸하였다는 다수의견의 판시에 대하여 굳이 권리보호의 이익을 인정할 예외사유가 있다고 주장한다 그러나 반대의견의 논지는 종전의 판례에 배치되는 주장일 뿐만 아니라 사건에 따라 태도를 바꾸는 일관성이 없는 이론이다 이 사건은 결국 피청구인이 단체장선거에 관한 선거사무를 집행함에 있어서 관계법률을 위반하였다는 사안이다. 이에 대하여 다수의견은 사정변경 즉 법제의 변동으로 문제의 선거일 공고제도가 폐지되었으므로, 권리보호의 이익 또는 필요가 소멸하였다고 판단한 것이다.

그런데 우리 재판소는 지금으로부터 불과 1개월 전인 1994.7.29. 청구인 민주당이 피청구인 중앙선거관리위원회를 상대로 제기한⁹¹헌마 137 법률질의 회답에 대한 헌법소원심판사건에서도 법제의 변동으로 말미암아 심판의 이익 또는 필요가 소멸하였다고 하여 심판청구 각하의 결정을 선고한 사례가 있었다 그 사건에서 청구인은 피청구인이 지방의회의원선거법 제68조에 의한 정당단합대회의 개최를 알리는 홍보행위에 관한 법률질의회답을 함에 있어서 관계법률 및 헌법조항에 정면으로 위반되는 해석을 하여 청구인의 기본권을 침해하였고 청구인은 피청구인의 위와 같은 행위로 말미암아

선거운동의 제약을 받아 많은 불이익을 받았는데, 피청구인의 법률상 지위 또는 권한에 비추어 그와 같이 위헌·위법적인 유권해석이 되풀이 되어 기본권을 침해할 염려가 있으므로 해명의 중대성과 반복의 가능성이 있다고 주장하였다. 그러나 우리 재판소는 신 선거법이 선거기간 중에는 정당의 단합대회 자체를 개최할 수 없도록 금지하였으므로 법제의 변동으로 심판의 이익 또는 필요가 사후에 소멸하였고 그러한 경우에는 구체성이 없어 해명의 중대성이나 반복의 가능성을 인정할 여지가 없다고 판단하였다.

이 사건에서 반대의견을 제출한 재판관도 그 사건에서는 아무런 반대의견을 제시하지 아니하여 전원일치의 결정으로 위와 같은 판례를 성립시켰던 것이다. 그 사건과 이 사건은 사안의 성질상 법제의 변동에 따른 제도의 폐지로 인하여 심판이익 또는 필요가 사후소멸하였다는 점에서 조금도 다를 바 없다. 그렇다면 그 사건에서는 아무 말 없이 다수의견에 가담하였다가, 이 사건에서는 태도를 바꾸어 심판의 이익이 상존한다고 주장하는 것은, 일관성이 없는 이론이라고 할 수밖에 없다.

(3) 끝으로, 사건의 성격 및 경과에 관한 다수의견의 판시가 부당하다는 주장에 대하여 본다.

이 점에 관한 반대의견의 논지는 ① 다수의견이 심판청구의 적법성을 판단하기 위한 전제로써 이 사건의 성격과 경과에 관한 일련의 사실관계를 판시한 것은 재판의 지연을 정당화하기 위한 변명이고 ② 이 사건은 극히 단순하고 명료한 사건이지 고도의 정치적 사건도 아니므로, 대통령선거 전에 신속히 재판하여야 할 사건이었으며 ③ 다수의견의 논리는 헌법소원제도를 둔 헌법정신에 반할

뿐만 아니라, 헌법재판소의 존재의미를 스스로 부인하는 부당한 이론이라는 것이다. 그러나 우리는 이러한 반대의견의 태도를 도저히 수용할 수 없으므로, 이를 차례로 반박하고자 한다.

첫째로, 반대의견은 이 부분에 관한 다수의견의 판시는 그 동안 국회의 해결노력만을 지켜보며 재판을 끌어온 것을 정당화하기 위한 헛된 변명에 불과하고, 그러한 변명으로써는 재판지연을 정당화하는 구실이 될 수 없으며, 대 국민적 설득력도 없다고 주장한다 그러나 반대의견은 다수의견의 판시 취지를 자기가 비판하기에 편리하도록 왜곡하고 있는 것이다. 다수의견은 헌법재판소가 국회의 정치적 해결 노력을 존중하면서 이 사건 심리를 진행하던 중 법제의 변동으로 단체장 선거일 공고제도 자체가 폐지되어 권리보호의 이익이 소멸하였다고 판시하였을 뿐이다. 그런데 반대의견은 헌법재판소가 마치 사건 심리를 포기한 채 국회의 해결 노력만을 지켜보다가 신선거법과 지방자치법중개정법률이 공포되었음을 기회로 그 동안 끌어온 재판을 하게 되었다고 실시한 듯이 소개한 다음, 다수의견의 그러한 판시는 재판지연을 정당화하기 위한 변명이라고 단정하고, 다수의견 또는 헌법재판소를 매도 또는 비난하고 있다. 그러나 위 반대의견은 헌법재판소가 청구인들의 청구를 선뜻 인용하지 아니한 것이 바로 재판지연이라는 그릇된 주관적 견해를 전제로, 다수의 판시 취지를 일방적으로 왜곡하여 비판하고 있는 것으로서 부당하다.

둘째로, 반대의견은 이 사건이 단순명료한 사건이고, 고도의 정치적 사건도 아니며, 설사 고도의 정치적 사건이라고 하더라도 제4대 대통령선거 전에 신속히 재판하였어야 할 사건이었다고 주

장한다. 그러나 그것은 반대의견을 제출한 재판관의 독자적 견해이고 청구인측의 주장일 뿐이지, 객관성이 있는 정당한 견해라고 볼 수 없다. 반대의견은 헌법재판소가 이 사건을 2년 이상 끌었다고 하며, 말끝마다 “재판지연”을 거론하고 있다. 그러나 우리는 이 사건의 심리가 다른 사건에 비하여 현격하게 지연되었다고 보지 아니한다. 일반적으로 재판지연은 재판소측에 그 원인이 있는 경우도 있고 당사자측에 그 원인이 있는 경우도 있다. 이 사건에서 심리가 다소 지연되었다면 그것은 당사자측의 답변서제출 지연, 변론거부, 재판관 기피, 참고인신청 지연 등에도 상당한 원인이 있다.

뿐만 아니라 이 사건은 청구인측이나 위 반대의견의 제출자가 주장하는 것처럼 “지극히 단순하고 명료한 사건”도 아니다. 이 사건에는 일부 재판관의 보충의견위 4. 가. 및 나. 참조)에서 볼 수 있는 것과 같이 청구인들이 침해받았다고 주장하는 단체장의 선거권 또는 피선거권이 과연 헌법상 보장된 기본권에 해당하는지 여부 이른바 부작위소원에서 요구되는 심판청구 요건인 피청구인의 헌법상 작위의무 및 이에 상응하는 청구인의 청구권이 존재하는지 여부 기타 요건심리 과정에서 살펴야 할 많은 쟁점이 포함되어 있고, 본안심리 과정에서도 마땅히 심리·판단하여야 할 많은 쟁점이 깔려 있는 복잡한 사건이다. 헌법재판소의 심판사건 중에는 사안의 성격상 단기간에 처리할 수 없는 사건이 얼마든지 있다. 헌법재판소의 과거 통계에 의하면 사건접수 후 2년 이상 걸려 중국결정을 선고한 사건이 수없이 많이 있고 현재 계속중인 사건 중에도 이 사건보다 먼저 접수되었으나 아직까지 중국결정을 선고하지 못하고 있는 사건이 수십 건이나 있다. 그렇다면 반대의견이 재판지연을 이유로

다수의견을 비난하는 것은 부당하다.

셋째로, 반대의견은 다수의견의 판시 이론이 국민의 기본권보장을 목적으로 헌법소원제도를 둔 헌법정신에 반하고 헌법재판소의 존재의미를 스스로 부인하는 매우 부당한 이론이라고 주장한다 그러나 반대의견의 위와 같은 논지는 청구인들의 주장을 무조건 인용하여야 한다고 하는 주관적 견해에서 비롯된 것으로 보여질 뿐만 아니라 청구인들의 주장이 곧 전체국민의 의견인 듯이 착각하는 모순된 이론이다 청구인들의 주장이 어찌하여 전체국민의 여론이라는 것이며 그 주장에 동조하지 아니하면 곧 헌법소원제도를 둔 헌법정신에 반하고 헌법재판소의 존재의미를 스스로 부인하는 이론이 된다는 것인지 이해할 수 없다

결국 반대의견은 이 사건에서 다수의견에 반대하는 법률적 견해를 피력하여 자신의 태도를 밝히는 데 그치지 아니하고 다수의견의 판시 취지를 왜곡하거나 다른 재판관들을 매도하여 소수의견의 한계를 넘은 것이라고 생각한다.

라. 재판관 김양균의 반대의견에 관한 다수의견 재판관들의 보충의견

(1) 먼저, 사건의 성격 및 경과에 관한 다수의견의 판시가 부당하다는 주장에 대하여 본다.

이 점에 관한 반대의견의 논지는 ① 피청구인의 선거연기조치는 납득할 만한 명분과 이유가 없으며 ② 고도의 정치적 성격을 지닌 사건에서 정치권의 해결 노력을 존중하여 한다는 다수의견은 잘못이며 ③ 이 사건에서 아무런 관련이 없는 보충성의 원칙을 거론한 것은 부당하다는 것이다. 이를 차례로 반박하여 위 다수의견을

보충하고자 한다.

첫째로, 반대의견은 ① 피청구인이 단체장선거를 연기하는 데 있어서 납득할 만한 명분과 실리가 없고 ② 피청구인이 들고 있는 사유만으로는 연기이유가 충분하다고 하기 어렵다고 주장한다 그러나 반대의견의 논지는 다수의견의 주문 판단과는 아무런 관계가 없는 것일 뿐만 아니라, 단순히 이 사건의 성격을 규명하기 위한 전제사실로서 지방자치법중개정법률안이 제출되기에 이른 경위에 관한 사실인정을 하였을 뿐이다. 다수의견이 채택한 주문은 어디까지나 심판청구의 각하이고 그 이유는 사정변경으로 인한 권리보호이익의 소멸에 따라 심판청구가 부적법하게 되었기 때문이라는 것이다. 뿐만 아니라 다수의견의 적법성 판단에서도 피청구인에 의한 선거연기조치의 당부에 관하여는 아무런 판단도 한 사실이 없다 그렇다면 이점에 관한 반대의견의 논지는 다수의견의 판시 취지를 오해하거나 곡해한 것이라고 생각한다

둘째로, 반대의견은 ① 다수의견의 판단대로 이 사건을 고도의 정치적 성격을 지닌 사안이라고 단정하기 어렵고 ② 설사 그렇다고 하더라도 헌법재판소가 그에 대한 헌법적 판단을 유보하여야 할 정도의 것은 아니며, ③ 다수의견이 일부 경제단체와 언론기관의 주장을 판단의 전제사실로 삼고 있는 것은 부당하다고 주장한다 그러나 이 사건의 성격을 어떻게 파악하느냐 함은 재판관에 따라 견해가 달라질 수 있으므로 달리 반론하지 아니한다. 다만, 다수의견이 이 사건이 고도의 정치적 성격을 지닌 사안이기 때문에, 헌법재판을 중단하거나 헌법판단을 유보하여야 한다고 판시한 사실은 없다 또한 일부 경제단체와 언론기관의 주장만으로 결정주문에

관계되는 어떤 직접사실의 인정이나 법률판단을 한 사실도 없다 그렇다면 이 점에 관한 반대의견의 논지는 다수의견의 판단 취지 오해하거나 과장한 것이라고 생각한다.

셋째로, 반대의견은 ① 이 사건에서 국회의 정치적 타협을 통한 해결은 법률상의 구제절차라고 할 수 없으며 ② 다수의견이 이 사건에서 보충성의 원칙을 거론한 것은 오해의 소지가 있고 그 원칙을 그릇 해석 또는 인용하고 있는 것이며, ③ 이 사건은 국회에서 우선적으로 취급할 문제이기 때문에 헌법재판소가 판단을 유보 또는 자제하여야 한다고 판시한 것은, 헌법소원제도의 기능을 저해하고 그 존재 의의를 약화시킬 염려가 있는 것이라고 주장한다 그러나 다수의견은 국회의 정치적 해결을 위한 노력을 존중하여야 한다고 판시하였을 뿐 국회의 정치적 해결이 이 사건 심판청구의 전제조건이 되는 법률상의 구제절차라고 판시한 사실이 없다 또한 다수의견에서 보충성의 원칙을 거론한 취지는, 보충성의 원칙을 하나의 예로 들어 헌법소원의 본질은 보충적인 최후의 권리구제수단이므로 이러한 헌법소원의 본질에 비추어 고도의 정치성을 지닌 사건에서는 정치권의 해결을 존중할 필요가 있다는 것을 강조하였을 뿐이다.

헌법재판소는 사법기관의 일종이기 때문에 정치권이 근거 없이 정치문제의 해결을 헌법재판소의 재판으로 대체하려고 하여서는 아니 된다. 그것은 이미 헌법재판제도의 운영에 관하여 우리 나라보다 오랜 경험을 축적하고 있는 독일에서도 거듭된 판례를 통하여 확립되고 있는 이론이다. 다수의견은 이러한 이론적 배경을 전제로 헌법소원심판이 최후의 권리구제수단이라고 강조하고 그러한 의

미에서 정치권의 해결 노력을 존중할 필요가 있다고 판시하였을 뿐이지, 바로 보충성의 원칙 때문에 국회에서의 정치적 해결을 거치지 아니하고 제기한 이 사건 심판청구가 부적법하다거나 이 사건에 관한 헌법재판소의 판단을 유보 또는 자제하여야 한다고 판시한 것이 아니다 그렇다면 이 점에 관한 반대의견의 논지도 다수의견의 판단 취지를 오해하거나, 사실과 다르게 과장한 것이라고 생각한다

(2) 다음, 권리보호의 이익 또는 필요가 상존한다는 주장에 대하여 본다.

이 점에 관한 반대의견의 논지는 ① 이 사건에서 문제삼아야 할 것은 단순한 선거일의 불공고가 아니라 피청구인의 법률준수의무위반이고, ② 동종행위가 반복될 위험이 없게 되었다라도 헌법적 해명의 중대성은 상존하며, ③ 헌법재판소가 사건에 대한 결정을 지연시킨 사실에 대하여 책임이 없는 청구인들의 불이익으로 매듭지어서는 안 된다는 것이다.

이 점에 대하여는 재판관 변정수의 반대의견에 관한 보충의견에서 이미 다수의견의 입장을 어느 정도 해명하였으므로 [위 4. 다. (1) 참조], 그것을 원용하고 중복되지 아니하는 범위 안에서만 보충하기로 한다

첫째로, 반대의견은 ① 이 사건에서 문제삼아야 할 것은 단순히 선거일 공고의무의 불이행이 아니라, 공고의무의 불이행에서 표출된 피청구인의 법률준수의무 위반이고 ② 피청구인은 당초부터 구 선거법 등의 법규범을 준수할 의지가 없었으며 ③ 집권자의 그러한 행위에 대한 헌법적 해명은 필요하므로, 권리보호의 이익은 법

제의 변동에 불구하고 상존한다고 주장한다 결국 반대의견의 논지는 동종행위의 반복가능성과 헌법적 해명의 필요성이 있다는 취지인 듯하다. 그러나 동종행위의 반복가능성 또는 헌법적 해명의 중대성을 논함에 있어서는 추상적·이론적 가능성이 아니라, 구체적·실제적 가능성을 문제삼아야 하고, 그것이 확립된 판례라고 함은 이미 지적인 바와 같다 따라서 이 사건에서는 피청구인의 선거일 공고의무 불이행에 한정할 것이 아니라 법률준수의무 위반의 차원에서 다루어야 한다는 반대의견의 태도는 확립된 판례에 반하는 것이다

둘째로, 반대의견은 ① 동종행위가 반복될 위험이 없게 되었다라도, 헌법적 해명이 국민의 기본권보장에 중대한 의미를 지닌다고 보여질 때에는, 헌법판단을 하여야 한다고 주장한다 반대의견의 논지는 침해된 기본권이 중요한 것인 때에는 문제해명의 중대성이 있고 그러한 경우에는 심판의 이익이 상존한다는 취지인 듯하다 그러나 이미 판시한 바와 같이 문제해명의 중대성을 논함에 있어서도 추상적이고 이론적인 것은 배제되어야 하므로, 침해되었다고 주장하는 기본권이 중요한 기본권이라는 이유만으로는 심판의 이익이 상존한다고는 할 수 없다 그렇다면 이점에 관한 반대의견의 논지도 쉽사리 수긍하기 어렵다

여기에 부가하여 언급하지 않을 수 없는 것은 태도의 일관성이다 이 사건에서 반대의견을 제출한 재판관도 앞서 지적한 헌재1994.7.29. 선고, 91헌마137 사건에서는 동종행위의 반복가능성은 물론 헌법적 해명의 중대성에 관하여 아무런 반론도 제기하지 아니하였다 반대의견의 논지가 지적하는 헌법적 해명의 중대성 차원에

서 볼 때, 이 사건과 그 사건에 어떤 차이가 있다는 것인지 이해할 수 없다. 반대의견은 위 두 사건이 그 성질과 비중에 있어서 차이가 있다고 하나, 두 사건은 법제의 변동에 따른 제도의 폐지로 인하여 심판의 이익 또는 필요가 사후 소멸하였다는 점에서 그 성질상 조금도 다를 바 없으며, 중앙선거관리위원회는 바로 선거관리사무를 전담하는 헌법기관이므로, 비중에서도 그 사건이 이 사건에 비추어 가볍다고 볼 아무런 이유가 없다. 그렇다면 위 반대의견은 일관성이 없는 태도라고 생각한다

셋째로, 반대의견은, ① 이 사건은 지방자치법 또는 선거법이 개정되기 훨씬 전에 청구된 것으로서 그 동안 법이 개정되어 사정변경으로 인한 권리보호이익의 유무가 새삼스럽게 문제된 사건인바 ② 헌법재판소가 사건에 대한 결정을 지연시킨 사실에 대하여 아무런 책임이 없는 청구인들의 불이익으로 매듭짓는 것은 불공평하고, 무책임한 일이라고 주장한다. 위 반대의견의 논지가 무엇인지는 알 수 없으나, 그것이 사건 계속중에 법제의 변동으로 권리보호의 이익이 사후 소멸한 경우에 전반적으로 심판의 이익을 부인하여서는 아니 된다는 취지라면 그것은 확립된 판례에 반하는 독자적 견해라고 할 것이어서 굳이 반론할 필요가 없다. 다만, 그 취지가 이 사건에 관하여 헌법재판소가 재판을 지연하였으므로, 그 책임을 청구인에게 전가하여서는 아니 된다는 것이라면 그것은 권리보호 이익의 유무와는 관계없는 문제로서 재판지연의 유무라는 관점에서 따로 논의하여야 할 것이다. 그러나 이 점에 대하여는 이미 위에서 자세히 지적하였으므로, 다시 되풀이하지 아니하고 실시내용을 그대로 원용한다[위 4. 가. (3) 참조].

5. 재판관 변경수의 반대의견

가. 권리보호이익이 없으므로 심판청구를 각하하여야 한다는 다수의견에 대하여 본다.

(1) 다수의견의 요지는 헌법소원의 심판청구가 적법하려면 권리보호이익이 있어야 하는데 개정된 신 자치법은 단체장선거를 1992.6.30. 이내에 실시하기로 한 종전의 규정을 삭제하고 최초의 단체장선거를 1995.6.30. 이내에 실시하기로 규정하였으므로 피청구인의 단체장선거일 공고의무 불이행의 위법상태는 해소되었고 신 선거법에 의하여 단체장선거일이 법정화됨으로써 대통령의 단체장 선거일 공고의무가 사라졌으므로 이 사건 부작위에 대하여 위헌이 선언되더라도 피청구인은 그 결정취지에 따라 단체장선거일을 공고할 수 없게 되었으니 청구인들의 주관적 권리구제에 전혀 도움이 되지 아니하며 또한 대통령에 의한 동종행위의 반복 위험성도 없고 불분명한 헌법문제의 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에도 해당하지 아니하여 예외적으로 심판청구의 이익이 있는 경우라고 할 수도 없으므로 결국 이 사건 심판청구는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다는 것이다

(2) 이 사건 심판청구를 권리보호이익의 부존재를 이유로 각하해야 한다는 이러한 다수의견은 헌법소원제도의 본질과 취지에 반하고 그 제도적 실효성을 매우 약화시키는 것이어서 부당하다 헌법재판제도가 개인의 주관적 권리구제에만 그 목적이 있는 것이 아니고 객관적인 헌법질서의 유지 수호에도 그 목적이 있다고 하는 것은 헌법재판소의 확립된 판례이며 오늘날의 헌법소원제도의 기능과 의미를 고려할 때 오히려 후자 즉 객관적인 헌법질서의 유지

수호에 더 큰 비중이 있다고 할 수 있다 따라서 법제의 변동 등으로 인하여 당해 심판청구를 인용하더라도 청구인의 권리구제에 별 도움이 없게 된 경우라 할지라도 당해 공권력 행사 또는 불행사의 위헌여부를 가림으로써 중요한 헌법문제를 해명하는 것이 된다든지 공권력이 동종의 위헌·위법행위를 되풀이하지 못하도록 하는데 도움이 된다든지 기타 민주주의, 법치주의 실현에 도움이 되는 경우라면 헌법질서의 유지수호를 위하여 심판청구의 이익을 인정해야 하는 것이다

이 사건의 경우 법제의 변동으로 단체장선거일이 법에 정해지고 대통령의 단체장 선거일 공고의무가 없어져서 심판청구를 인용하더라도 피청구인으로 하여금 단체장 선거일 공고를 강제할 여지가 없어졌고 그러한 점에서 이 사건 심판이 청구인들의 주관적 권리구제에는 별도움이 안 될지는 모른다. 그러나 행정부의 수반으로서 헌법과 법률을 준수하고 법치주의, 민주주의를 실천해야 할 헌법상 의무를 지고 있는 대통령이 법률의 명문으로 정해진 의무 그것도 보통의 의무가 아니라 주권자인 국민의 주권(참정권)행사 보장을 위하여 그에게 부과된 의무를 자기 마음대로 지키지 아니해도 되는 것인가. 즉 법률에 분명히 단체장은 1992.6.30.까지 선출해야 하고 대통령은 늦어도 그 18일 전에는 그 선거일을 공고하라고 되어 있는데도 불구하고 법대로 단체장선거를 하게 되면 1년에 네 차례나 선거를 치르게 되어 그로 인한 사회경제적 부작용이 크고 그렇기 때문에 단체장선거를 1995.6.30.까지 연기하는 것이 타당하다고 하면서 선거일을 공고하지 아니하는 것이 헌법상 용인될 수 있는 일인가의 문제는 명백하게 해명해 두어야 할 매우 중요한 헌법문제가

다(가사 피청구인이 내세웠던 이유가 제4대 대통령선거를 앞두고 편파적인 정치적 계산에서 나온 구실이 아니라 순수한 책임감에서 나온 것이라고 하더라도 법의 정당한 절차에 의하지 아니하고 함부로 법을 지키지 않는 것은 국민주권, 민주주의, 법치주의를 짓밟은 위헌처사이다. 피청구인이 주장한 사정은 구 자치법이 개정된1990.12.31. 당시에도 충분히 예상되었던 문제이므로 만약 그 법이 부당하다면 피청구인이 그때 법률안 거부권을 행사하였어야 하고 그렇지 않더라도 이 법에 정해진 단체장선거 실시기한 전에 미리 법이 개정되도록 노력하였어야 할 것이다). 더구나 30년간의 군사정부, 권위주의 체제를 겪어 오면서 대통령은 국민의 공복이 아니라 최고 통치권자라는 그릇된 인식이 굳어져 대통령이 법을 무시하고 함부로 권력을 행사하더라도 대수롭지 않게 생각하고 오히려 이를 정당화시키려고만 하는 사회풍조가 있으므로 이 사건에서 이 나라의 주인은 국민이라는 것 대통령은 소위 통치권자가 아니라 국민의 머슴이며 국민이 만든 헌법과 법을 반드시 지켜야 하고 만약 그것을 어기면 탄핵을 받게 된다는 것 등 극히 초보적이며 중요한 민주주의 헌법원리를 천명함으로써 그릇된 인식과 사회풍조를 없애고 민주주의, 법치주의의 최고이념을 선양(宣揚)하며 아울러 대통령으로 하여금 앞으로는 법이 그에게 부과한 의무를 공익적 이유를 내세워 함부로 불이행하는 등 동종의 위헌행위를 반복하지 못하게 제동을 걸 절실한 필요성이 있다. 특히 대통령의 정치적 행위는 통치행위로서 사법적 심사의 대상에서 제외된다고 주장하는 학설이 아직도 존재하고 이 사건에서 피청구인도 대통령의 단체장선거 연기조치는 고도의 정치적 행위로서 소위 통치행위이므로 헌법재판의 대상이 될 수 없다고 주장하고 있으므로, 종래의

통치행위 이론은 잘못된 것이라는 것 및 아무리 고도의 정치적 행위라도 헌법질서에 반하는 행위 국민의 기본권을 침해하는 행위는 헌법재판의 대상에서 제외될 수 없다는 것을 분명히 밝혀 둘 필요가 있다 그렇지 아니하면 대통령이 통치행위라는 이름 아래 언제 또 다시 법치주의를 무시하는 행동을 자행할는지 모르며 역대 대통령의 그 동안의 권위주의적 행적이나 이 사건에서의 피청구인의 대응자세(실정법을 어겼으면서도 잘못이 아니라고 강변하는)로 보아 그러한 가능성은 충분히 예견되고도 남는다.

다수의견은 신 선거법에 단체장 선거일이 법정화되고 대통령의 단체장선거일 공고의무가 사라졌으며 따라서 대통령이 단체장 선거일 공고의무 불이행을 반복할 위험성도 없으므로 동종행위의 반복방지를 위하여 이 사건을 심판할 이익은 없다고 주장한다 그러나 이 사건에서 문제된 단체장 선거일 공고의무 불이행이라는 위헌행위와 동종의 위헌행위란 대통령이 법이 정한 의무를 불이행하는 행위 나아가서 모든 법질서 유린행위를 의미하는 것이지 단체장 선거일 공고의무 불이행만을 의미하는 것이 아니다. 이 사건에서 피청구인이 단체장 선거일을 공고하지 아니한 것은 단순히 선거에 관한 행정절차상의 의무위반에 그치는 것이 아니고 헌법과 법률을 위반하여 단체장 선거실시 자체를 불가능하게 한 것이고 나아가서 대통령이 공익을 내세워 실정법상의 의무를 명백히 거부한 것이라는 데 심각한 문제가 있는 것이다 다수의견은 헌법소원심판의 이익으로서 “동종행위 반복억제 필요성”을 지나치게 좁게 해석하는 것이어서 부당하다.

또 다수의견은 이 사건이 불분명한 헌법문제의 해명이 중대한 의

미를 지니고 있는 경우에 해당하지 않는다고만 실시하고 있어 피청구인의 행위가 위헌이 명백하기 때문에 헌법적 해명이 중대한 의미가 없다는 것인지 아니면 피청구인의 행위가 합헌이 명백하기 때문에 헌법적 해명이 중대한 의미가 없다는 것인지 분명하지 않으나 만약 위헌이 명백하다고 본 것이라면 대통령의 위헌적인 공권력 행사에 대한 통제를 위하여 헌법재판소의 조속한 헌법적 해명(위헌확인)은 극히 중요하다고 아니할 수 없고, 그렇지 않고 만약 합헌이 명백하다고 본 것이라면 헌법재판소가 심리를 서둘러 조속히 심판청구를 이유 없다고 기각하여 사건을 종결시키면서 그 결정에서 대통령의 단체장 선거일 불공고행위가 잘못이 아니라는 것, 대통령은 공익상 이유가 있을 때에는 실정법을 안 지켜도 괜찮다는 것을 확인해 줌으로써 대통령이 법치주의를 유린하였다고 믿고 있는 많은 국민의 불신을 씻어 주었어야 하는 것이다. 그러므로 다수의견이 피청구인의 행위를 어떻게 보았던지간에 이 사건은 헌법문제의 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 사건이지 그렇지 아니한 사건이 아닌 것이다. 이 점에 관한 다수의견은 이유불비(理由不備)이거나 아니면 이유모순에 빠져 있다고 아니할 수 없다.

(3) 결론적으로 이 사건에서 헌법재판소가 피청구인의 단체장 선거일 불공고행위의 위헌확인을 하는 것은 우선 그 동안 국민의 지대한 관심사였던 대통령의 단체장 선거일 불공고가 과연 위헌인지의 여부를 판단하고, 대통령의 정치적 행위는 소위 통치행위인가 그리고 통치행위라면 헌법재판의 대상에서 제외되는가 등 중요한 헌법문제를 해명하며 아울러 고도의 정치성을 띤 대통령의 행위도 헌법 및 법률에 기속되어야 한다는 법치주의를 확인하고 대통령의

권력행사에 대한 효율적인 통제를 확립하며 더 나아가서 위헌위법행위를 한 대통령에 대한 탄핵심판의 바탕과 기준을 제공해 줌으로써 앞으로 대통령의 국정전반에 있어서의 위헌위법행위의 반복을 억제한다는 측면에서 매우 중요한 의미를 지닌다 할 것이므로 이러한 객관적 헌법 질서의 유지·수호를 위하여 이 사건 심판청구는 당연히 권리보호의 이익이 있는 것이다.

나. 다음 재판관 조규광, 재판관 김진우의 기본권적 청구권 결여에 관한 보충의견에 대하여 본다

(1) 이 보충의견 요지는 다음과 같다. 즉 헌법소원은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자만이 제기할 수 있는 것이고 헌법상 보장된 기본권이 되려면 헌법에 근거가 있어야 하는데 헌법 제118조 제2항은 “지방의회의 조직, 권한, 의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다”라고 규정하여 지방의회의원은 반드시 선거하도록 헌법에 근거를 두었지마는 지방자치단체의 장에 대하여는 “선거”라고 아니하고 “선임”이라고 하여 선거제로 하건 임명제로 하건 그 선택을 전적으로 입법자의 결단에 맡기고 있으므로 법률이 임명제로 아니하고 선거제로 하였다고 해서 단체장의 선거권이나 피선거권이 헌법상의 기본권이 될 수 없고 이는 단순한 법률상의 권리에 불과하다 따라서 대통령이 단체장 선거일 공고의무를 불이행한 것이 위헌이나 합헌이나와 관계없이 그로 인하여 청구인들의 헌법상의 기본권침해가 없으므로 그 점에서 그들의 심판청구는 부적법하다는 것이다

(2) 그러나 이러한 보충의견은 헌법과 법률과의 관계 내지 기본

권과 법률상의 권리(공권)와의 관계에 대한 그릇된 이해에 기인하는 것이라고 아니할 수 없다. 주지하다시피 행정법을 비롯한 모든 법률은 헌법의 구체화이고 법률상 인정된 권리 내지 공권은 기본권의 구체화라고 할 수 있다. 즉 헌법상 보장된 기본권은 그 행사 절차방법·범위 및 그에 대한 제한을 정한 법률을 통해서 비로소 구체화되고 실현되는 것이다. 이렇게 법률을 통해 구체화된 기본권이 바로 법률상의 권리인 것이다. 그러므로 이러한 법률상의 권리가 침해된 것은 결국 헌법상의 기본권이 침해된 것을 의미한다. 이러한 경우 그 침해된 법률상의 권리의 근거라고 할 수 있는 헌법상의 기본권에 대한 보장이 헌법에 규정되어 있으면 충분한 것이지, 그 해당 권리에 대한 구체적인 종류와 범위와 방법 등을 정한 헌법상의 별도의 규정이나 근거가 필요한 것은 아니다. 헌법 제24조, 제25조는 법률이 정하는 선거권과 법률이 정하는 공무원 임권을 기본권(참정권)으로 보장할 것을 선언하고 있으므로 구 자치법이나 구 선거법에 규정된 단체장선거권이나 피선거권은 헌법상의 기본권이다. 더구나 헌법 제118조 제2항은 “……지방자치단체의 장의 선임 방법……에 관한 사항은 법률로 정한다”라고 하여 지방자치단체의 집행기관으로서 단체장을 둔다는 것 그 단체장은 주민이 직접 선출할 수도 있게끔 법률로써 정할 수 있다는 것을 규정하였고 그 헌법규정에 따라 제정된 구 자치법과 구 선거법은 지방자치단체 주민의 단체장선거권이나 피선거권을 규정하고 있으므로 그 선거권이나 피선거권은 헌법에 뚜렷한 근거규정을 가진 헌법상의 기본권이다.

(3) 또한 보충의견은 헌법 제118조 제2항이 지방의회의원의 경우

에는 “의원선거”에 관한 사항을 법률로 정한다고 규정하였으므로 그 선거권이 헌법 제24조의 기본권이라고 할 수 있으나 단체장의 경우에는 “선임방법”에 관한 사항을 법률로 정한다고 달리 규정하고 있으므로 그 내용이 입법자의 고유권한에 속하는 것으로서 단순한 법률상의 권리에 불과한 것이지 헌법상의 기본권은 아니라고 주장한다 그러나 헌법 제118조 제2항은 의원선거에 관한 사항과 단체장선임에 관한 사항을 법률로 정한다고 하는 지방자치에 관한 제도적 보장과 지방자치단체구성에 관한 기본적 사항의 법률유보의 원칙을 선언하고 있는 규정이지 의원선출과 단체장 선출방식의 차이를 강조하는 규정도 아니고 헌법상의 기본권과 단순한 법률상의 권리로 구별을 가능하게 하는 근거규정도 아니다 따라서 이러한 헌법적 수권에 따라 입법자가 단체장의 선임방법을 주민의 선거방식으로서 법률로 규정하였다면 이러한 법률상의 선거권과 피선거권은 헌법에 근거를 둔 기본권이고 이것이 바로 헌법 제44조 및 제25조의 법률이 정한 선거권과 피선거권인 것이다 위 보충의견은 기교적인 형식논리로 국민의 기본권을 축소시키려는 것으로서 매우 부당하다

다. 재판관 최광률, 재판관 이재화의 부작위 소원요건불비에 관한 보충의견에 대하여 본다.

(1) 이 보충의견 요지는 공권력의 불행사에 대한 헌법소원을 제기하기 위하여는 피청구인의 부작위 및 그로 인한 청구인의 기본권 침해의 주장이 있어야 할 뿐만 아니라 피청구인의 헌법상의 작위의무 및 청구인의 청구권이 있어 하는데 이 사건의 경우 단체장을 주민의 선거에 의하여 선출하도록 하는 규정이 헌법에는 없고 하위

법인 지방자치법에 규정되어 있을 뿐이며 그 선거일 공고의무도 구 선거법에서 규정하고 있을 뿐이므로 피청구인의 단체장 선거일 공고의무는 헌법상의 의무라고 할 수 없고, 또한 피청구인은 1992.6.30. 이내에 선거가 실시될 수 있도록 늦어도 그 18일 전인 1992.6.12.까지만 선거일을 공고하면 되는 것이므로 위 기한 내에서는 선거일을 어느 날로 정할 것인지에 대하여 재량권이 있고 따라서 최소한 위 기한 내에는 청구인들과 같은 입후보예정자 또는 선거권자에게 선거일 공고에 대한 청구권이 있다고 볼 수 없어 이 사건 심판청구는 부작위 위헌확인청구를 할 수 있는 적법요건을 갖추지 못한 것이라는 것이다

(2) 그러나 이러한 보충의견도 옳지 않다.

헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해당한 자는 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있으므로, 일정한 공권력의 불행사와 이로 인한 청구인의 기본권침해가 존재하면 그것으로 헌법소원심판청구요건을 갖춘 것이다 헌법소원제도의 목적이 기본권 구제와 공권력 통제라고 할 수 있기 때문에 헌법소원심판청구를 위한 요건은 위헌적 공권력의 행사 또는 불행사의 존재와 기본권의 침해인 것이다 더욱이 오늘날 헌법소원의 기능이 청구인의 구체적인 주관적 권리구제에 그치지 아니하고 객관적인 헌법질서의 유지·수호에도 있는 것으로 심판의 이익이 확대되고 따라서 헌법소원제도의 목적과 기능이 확대되는 추세에 비추어 볼 때 위에서 언급한 두 가지 요건 이외에 청구인의 청구권의 존재 등 또 다른 전제조건을 추가로 요구함으로써 헌법소원의 제기를 어렵게 하는 것은 바로 이러한 추세에 역행하는

것으로서 헌법소원제도의 효율적 기능을 저해하는 것이고 헌법재판소법 제68조 제1항의 명문규정에도 반하는 것이다

가사 부작위 위헌확인헌법소원의 경우에 별도로 피청구인의 헌법상의 작위의무와 청구인의 청구권이 있어야 한다는 보충의견을 받아들인다 하더라도 이 사건에서 피청구인의 헌법상의 작위의무와 청구인의 청구권은 엄연히 존재한다

피청구인의 단체장 선거일 공고의무는 일차적으로 구 자치법과 구 선거법에 규정되어 있는 법률상의 의무이다 그러나 이는 동시에 피청구인의 헌법상의 의무이다 대통령은 법률을 집행하는 행정권의 수반으로서 당연히 법률상의 의무를 이행하고 준수할 의무가 있으며 이것이 헌법상의 의무임을 헌법 제66조 제4항과 제69조에서 명백히 하고 있다 더구나 앞서 언급한 바와 같이 헌법 제18조 제2항이 단체장의 선임방법을 법률로 정하도록 했고 법률에서 단체장의 선거방법과 시기 및 피청구인의 선거일 공고의무를 규정하였으므로 이처럼 법률로 정한 피청구인의 작위의무는 헌법의 명문규정에 근거를 둔 의무이기도 하다 따라서 피청구인이 관련법률에서 정한 단체장선거일 공고의무를 불이행한 것은 바로 헌법상의 의무를 불이행한 것이고 그로 인하여 법률로 정한 헌법상의 기본권을 침해한 것이므로 이러한 피청구인의 법률상의 작위의무위반에 대하여 청구인들은 헌법소원심판을 청구할 수 있는 것이다

그리고 위 보충의견은 피청구인에게 단체장선거일 공고시한 내의 특정날짜를 선택하여 선거일공고를 할 재량이 있음을 이유로 청구인들과 같은 입후보예정자 또는 단순 유권자에게는 선거일공고에 대한 청구권이 없다고 설명하나 이 사건에서 청구인들의 주장

은 특정선거일에 단체장선거를 실시하라는 것이 아니고 헌법과 법률이 정하는 바에 따라 단체장선거를 제때에 실시할 것을 요구하고 있는 것이다. 이러한 청구권은 단체장선거에 관하여 선거권 및 피선거권을 가진 국민에게는 당연히 인정되는 주관적 공권이고 그 선거가 부적법하게 연기되거나 실시되지 않을 경우에는 명백히 그 선거권 및 피선거권이 침해된 것이다. 위 보충의견은 청구인들이 피청구인에 대하여 특정선거일의 지정을 요구하고 있는 것을 전제로 하고 있는 것으로서 이는 청구인들의 주장을 그릇 해석한 데 기인한 잘못된 견해이다

또한 위 보충의견은 입후보예정자인 청구인들에게 선거일 공고의 무 이행청구권이 있다고 해석하면 결과적으로 헌법소원이 민중소송화되기 때문에 부당하다고 설명하나 이는 민중소송의 본질을 오해하고 있는 것이다. 민중소송이란 구체적인 권리침해 및 이에 대한 구제와 관계없이 위헌·위법한 국가기관의 공권력 작용을 통제하고 시정하기 위하여 제기하는 소송으로서 일종의 객관적 소송이다 그런데 헌법소원은 구체적인 기본권침해 및 그 구제를 일차적인 목적으로 하는 주관적 소송의 일종이고, 이 사건 또한 청구인들의 구체적인 기본권침해를 구제받기 위하여 제기된 헌법소원이다 따라서 이 사건에서 기본권이 침해되었다고 주장하는 청구인의 수가 많다고 해서 민중소송은 결코 아닌 것이다 청구인의 수가 아무리 많더라도 기본권침해등의 요건을 갖추었다면 적법한 헌법소원이지 이것이 곧 민중소송화되는 것은 아니며 반대로 아무리 청구인수가 적다하더라도 구체적인 기본권침해와 관계없이 제기되는 객관적 소송이라면 민중소송이 되는 것이다 그러므로 헌법소원

이 민중소송화되는 것을 막을 길이 없다는 우려에서 청구인들의 청구권을 부인하고자 하는 보충의견은 옳지 않다.

라. 끝으로 다수의견이 이유판단 첫머리 부분에서 한 이 사건 심판이 지연된 경위에 관한 설명에 대하여도 그 부당성을 지적하지 않을 수 없다. 다수의견은 단체장 선거시기 자체가 정치적으로 여야간의 이해관계가 첨예하게 대립되는 사안인데다 이 사건의 심판대상인 단체장 선거시기의 연기문제는 고도의 정치적 성격을 지닌 사안이므로 이러한 사건은 여당과 야당이 타협과 대결을 통하여 국정을 해결하는 국회에서 우선적으로 다룰 필요가 있고 국회가 이 문제를 해결하겠다고 나선다면 헌법재판소는 이를 존중하는 것이 마땅하며 이것이 헌법소원의 본질 즉 보충적 최후의 권리구제수단이라는 보충성의 원칙에 합당하다고 하면서 그러므로 헌법재판소는 국회의 해결 노력을 존중하면서 지켜보다가 마침내 새 선거법(공직선거및선거부정방지법)과 지방자치법개정법률이 여야 합의로 제정·공포되었으므로 그 동안 끌어온 재판을 하게 된 것이라는 설명을 하고 있다. 이 설명은 재판지연을 정당화하기 위한 것으로 보이는데 이러한 설명으로 그 동안의 재판지연을 합리화하거나 정당화하는 구실이 될 수 없다. 이 헌법소원사건은 단체장선거를 1992.6.30. 이내에 반드시 실시하도록 정해 놓은 실정법을 대통령이 자기 마음대로 지키지 아니한 것이 헌법에 위반되는 것인지의 여부를 최고의 헌법수호기관인 헌법재판소더러 판단하여 달라면서 제기한 극히 단순하고도 명료한 사건이지 고도의 정치적 사건이 아니다 그리고 아무리 고도의 정치적 사건이라 할지라도 공권력에 의한 헌법질서 유린이나 기본권침해가 문제된 사건은 헌법재판의

대상에서 제외될 수도 없고 그렇기 때문에 이와 같은 사건도 신속히 재판하여 위헌적인 공권력행사를 통제하고 헌법질서와 국민의 기본권을 신속히 회복시키는 것이 바로 헌법재판소의 책무이며 국민은 그러한 일을 해줄 것을 바라고 헌법재판소를 설치한 것이다 대통령이 실정법을 명백히 어겨 헌법질서를 유린하고 국민의 기본권을 침해하였으니 신속히 통제하여 달라고 제기한 사건 더구나 1992.12월에 있을 14대 대통령 선거를 앞두고 정권교체의 가장 큰 장애물인 관권선거를 방지하기 위하여서는 대통령선거 전에 반드시 단체장선거가 실시되어야 하니 조속히 재판하여 달라고 제기한 사건을 대통령선거 전에 처리하기는커녕2년이 넘게 끌고 있다가 이제와서 고도의 정치적 사건이기 때문에 국회에서 해결되기를 기다리고 있었다느니 또는 그렇게 하는 것이 헌법소원의 본질에 맞는다느니 하는 것은 반박할 가치도 없는 헛된 변명에 불과하고 국민 누구에 대하여도 설득력이 없는 것이다 대통령이 실정법을 지키지 아니하고 국민의 기본권을 침해하고 있더라도(선진국이라면 이러한 대통령은 벌써 탄핵되었을 것이다), 국민들이 조속히 재판하여 달라고 아무리 독촉하더라도 헌법재판소가 고도의 정치적 사건이라고 판단하면 재판을 하지 않고 국회에서 해결하도록 기다리는 것이 옳은 일이고 그것이 오히려 헌법소원의 본질에 맞는다느니 이론은 공권력남용 억제와 국민의 기본권보장을 목적으로 헌법소원제도를 둔 헌법정신에 반할뿐더러 나아가서 헌법재판소가 그의 존재의미를 스스로 부인하는 매우 부당한 이론이다.

마. 다수의견에 대한 나의 반대의견은 이상과 같다 다수의견 재판관들은 나의 반대의견을 반박하는 보충의견을 펴고 있으나 이에

대하여는 구태여 논평할 필요를 느끼지 않는다. 다만 다수의견이 인용한 판례는 어느 것이나 이 사건에 적용될 수 있는 것이 아니라는 것만 지적해 둔다.

6. 재판관 김양균의 반대의견

가. 법치주의와 아울러 정부형태로서 대통령제를 채택하고 있는 우리 나라의 헌법체제상 국회가 제정한 법률을 법집행부인 행정부의 수반이며 국정의 최고책임자인 피청구인이 준수하지 아니하는 것은 법치주의와 권력분립주의에 대한 중대한 위협 내지 도전이라 할 것이다. 한편 민주주의·법치주의를 지도이념으로 하고 있는 우리 헌법체제하에서 국민의 선거권과 피선거권은 자유민주적 법치국가의 원리를 실현함에 있어 필수적인 매우 중요한 기본권이라 하지 아니할 수 없다. 따라서 이와 같은 문제를 내포하고 있는 이 사건의 처리에 있어서 헌법재판소로서는 국가의 최고규범인 헌법의 규범력을 최종적으로 관철시키기 위한 헌법재판제도의 본질과 주관적 공권의 보호뿐만 아니라 객관적 헌법질서의 유지 및 수호를 본연의 기능으로 하고 있는 헌법소원심판제도의 본질에 입각하여 거시적으로 판단하여야 할 것인데도 이 사건의 다수의견과 보충의견들은 헌법소원의 적법성 요건에 관해 형식논리에만 집착하여 미시적 판단으로 일관하고 있어 다음과 같이 반대의견을 개진한다.

나. 다수의견에 대한 반대

(1) 사건의 성격 및 경과에 관한 부분

(가) 다수의견의 이 부분에 관한 기재가 주문 판단과 직접 관련이 있는 것인지 의문이나, 당사자의 주장란에 기재되어 있는 것이 아니고 판단란에 기재되어 있어 다수의견의 주관적 판단이 개입된

부분이 없지 않다고 보여 그 부분에 대한 본 재판관의 의견을 밝혀 놓는다.

1992.1.10. 피청구인은 연두기자회견에서 사회 경제상의 제반사정을 감안하여 단체장선거를 1995년 이후로 연기하고 그 타당성 여부를 제14대 국회에서 논의하도록 하겠다고 발표하였다 그런데 피청구인이 국정의 최고책임자로서 그러한 정책방향을 정립하고 국회에서 구체적인 논의를 하도록 하겠다는 의지를 표명한 것 자체는 하등 타할 바 못되는 것이지만, 문제는 그러한 쟁점이 전제가 된 제14대 국회의원선거에서(총 299석 중 여당이 획득한 의석은 149석에 불과하여) 여당이 과반수의석을 획득하는 데 실패하였으며 피청구인의 위와 같은 구상과 결심은 결과적으로 국민의 과반수의 신임과 지지를 얻지 못하였다는 사실을 간과해서는 안 될 것이라는 점이다. 물론 총선 후에 무소속의원의 일부를 영입함으로써 여당이 과반수의석은 확보하게 되었지만 그것은 단체장선거의 연기에 대한 국민의 지지와는 무관한 것이고 적어도 선거의 결과로서 나타난 국민의 의사는 단체장선거의 연기에 찬동적이었다고는 보기 어려운 것이다.

헌법상의 지방자치제도의 보장규정에도 불구하고 그 동안 정부가 그 제도 시행을 기피하여 유명무실하게 되어 왔던 점과 단체장선거의 실시시기가 오랜만에 1991.6.30.까지로 일단 잡혔던 것을 법의 개정으로 1992.6.30.까지로 다시 늦춰졌던 것이므로 이를 또다시 연기하는 데 있어서는 국민 대다수가 공감하고 납득할 만한 종래보다 더 차원 높은 명분과 실리가 인정되어야 할 이치인데 피청구인이 거시한 사유만으로는 그것이 충분하다고 하기가 어려운

것이다.

(나) 또한 다수의견의 내용 중 이 사건 심판의 대상인 단체장 선거 시기의 연기문제는 고도의 정치적 성격을 지닌 사안이라 할 수 있고 이와 같은 고도의 정치적 성격을 지닌 사건에서는 정치부인 국회가 우선적으로 그 사안을 다룰 필요가 있으며 국회가 이 문제를 해결하겠다고 나선다면, 헌법재판소로서는 이를 존중함이 마땅하다는 부분에 대하여서도 본 재판관은 동의하지 않는다

고도의 정치적 사안이라 할지라도 그것을 국회 자체에서 심의처결하는 것은 사실상의 문제일 뿐 헌법소원심판제도에 있어서의 법률상의 소위 보충성의 원칙과는 전혀 무관하기 때문이다

다수의견은 이 사건의 성질이 “고도의 정치적 성격을 지닌 사안”이라고 전제하고 그 근거로 “단체장 선거시기 자체가 정치적으로 여야간의 이해관계가 첨예하게 대립되는 사안이라는 것 피청구인이 이 사건 부작위에 이르는 경위·국민의 여론·제14대 국회의 여야의 의석비율 및 피청구인의 이 사건 부작위에 대한 야당의 대응태도 등을 들고 있는데, 정치적으로 여·야의 이해가 대립되는 사안은 부지기수이고 국민의 여론은 전술과 같은 점 등을 감안한다면 위에 거시한 사정만으로는 이 사건이 “고도의 정치적 성격을 지닌 사안”이라고 단정하기 어려울 듯하고 백보를 양보하여 가사 고도의 정치적 성격을 지닌 사안이라 치더라도 그것이 헌법재판소가 헌법적 판단을 유보해야 할 정도의 사안이라 할 수는 없는 것이다. 다수의견이 “피청구인이 이 사건 부작위에 이르는 경위”에서 들고 있는 것 중 “……단체장선거를 실시할 경우에 국민경제와 사회전반의 불안정 및 혼란을 초래할 수 있으므로 단체장선거를 연기하는 것

이 바람직하다는 주장이 일부 경제단체와 언론기관을 포함한 사회일각에서 있어 왔다”는 부분도 그러한 일부 주장이 국민전체의 의사와 어떤 관계에 있으며 국민의 의사가 정당하게 그리고 적절하게 대표되고 있는 것인지의 여부가 검증되어 있지 않은 상태인 것이다

헌법소원심판에서 요구되는 보충성의 원칙은 헌법재판소법 제8조 제1항 단서 소정의 “다른 법률에 구제절차가 있는 경우” 사전에 그 권리구제절차를 밟는 것을 의미하는데, 그 절차는 공권력의 행사 또는 불행사를 직접 대상으로 하여 그 잘못 자체를 다룰 수 있는 권리구제절차를 의미하는 것으로서, 공권력의 행사불행사의 결과 생긴 효과를 원상회복시키거나 손해배상을 위한 사후적보충적 구제수단은 포함되지 않는 것이다(헌법재판소 1993.7.29. 선고, 89헌마31 결정 참조). 그러므로 그것은 “법률”에 명백히 구제절차가 있는 경우에 한하여 그 절차를 모두 거쳐야 한다는 의미임이 명백한 것이며 이 사건에서 국회의 “정치적 타협을 통한 해결”이라는 것은 여기서 말하는 법률상의 구제절차는 아닌 것이다. 그렇게 볼 때 다수의견의 논지는 마치 국회에서의 “사실상”의 문제해결이 이 사건 헌법소원심판의 “법률적”인 전제조건인 것처럼 오해될 소지가 없지 않고, 보충성의 원칙을 그릇 해석 또는 인용하고 있는 것으로 보여질 우려가 있는 것이다

피청구인의 위법행위로 국민의 기본권이 침해되었는지의 여부를 묻는 헌법소원심판에 있어 국회에서 우선적으로 취급할 문제이기 때문에 헌법재판소가 판단을 유보 또는 자제해야 한다는 논리를 편다면 이는 국민의 기본권보장을 제일의로 하는 헌법소원심판제도

의 기능을 저해하고 그 제도의 존재의의를 심히 약화시킬 우려가 있는 것이라 사료되는 것이다.

(3) 권리보호의 이익 및 심판청구의 적법 여부에 대한 판단부분에 관하여

(가) 다수의견 중 “……선거일이 법정화됨으로써 선거일 공고제도 자체가 필요 없게 되어 이를 폐지하였고, 보궐선거 등에서의 선거일 공고는 피청구인이 아닌 당해 단체장이 재투표일은 관할 선거관리위원회가 공고하도록 하였으므로 피청구인에 의한 동종행위의 반복위험이 없음은 물론 이 사건은 불분명한 헌법문제의 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에도 해당하지 아니한다. 그러므로 이 사건은 예외적으로 심판청구의 이익이 있는 경우에도 해당하지 않는다고 할 것이더라는 부분에 관하여 본다. 결론부터 말한다면 본 재판관은 이 사건이 헌법문제의 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에 해당한다고 보며 우리 재판소가 그 동안 판단한 여러 사건과 비교해 보더라도 사건의 중요성과 비중에서 매우 큰 의미를 지닌다고 본다.

(나) 구 자치법 부칙 제2조 제2항에 의할 때, 그 법률에 의한 최초의 지방자치단체의 장 선거는 1992.6.30. 이내에 실시한다고 되어 있고, 구 선거법 제95조 제3항 및 부칙 제6조는 그 법률에 의한 최초의 단체장선거의 선거일은 대통령이 선거일 전 18일까지 공고한다고 규정하고 있다. 그런데 피청구인은 1992.6.5. 단체장선거를 1995.6.30. 이내에 실시하기로 변경하는 내용의 지방자치법중개정법률안만을 국회에 제출하였을 뿐, 위 법률규정들에 의한 공고마감일에 해당하는 1992.6.12.이 지나도록 단체장선거의 선거일을 공고

하지 아니하였음은 물론 나아가 그 공고행위로부터 비롯되는 자치단체장의 선거시행의무를 전혀 이행하지 아니하였음이 명백하다중앙선거관리위원회가 선거를 주관한다고는 해도 선거인 명부의 작성 등 정부가 협력해야 할 사항이 있다. 그렇다면 피청구인의 행위는 구 선거법 제5조 제3항 및 부칙 제6조를 위배한 위법행위임이 분명하며 다른 한편 이는 헌법재판소법 제8조 소정의 탄핵소추의결 사유에도 해당하는 것이다. 따라서 이 사건에서 문제삼아야 할 것은 단순히 피청구인의 선거일 공고의무의 불이행에 한정할 것이 아니고 위와 같은 공고의무의 불이행에서 표출된 피청구인의 법률준수의무위반인 것이다 민주국가법치국가에서는 국정의 최고책임자라 할지라도 헌법을 위시하여 모든 법규범을 준수하여야 할 의무가 있는 것이며 국민복이라는 명분을 앞세워 이를 준수하지 않는 것은 용납될 수 없는 것이다.

그런데 이 사건 피청구인의 일련의 행위로 볼 때 피청구인은 당초부터 구 자치법 구 선거법 등 법규범을 준수할 의지가 있었는지 의문인 것이다. 왜냐하면 선거일 공고시한 불과 1주일여를 앞둔 시점인 1992.6.4. 피청구인은 국무회의에서 단체장선거를 1995.6.30. 이내에 실시하기로 하는 지방자치법중개정법률안을 심의의결하고 이튿날 이를 국회에 송부하였으나 그 때는 국회가 개원조차 되어 있지 않은 상태였으므로 피청구인의 단체장 선거일 공고 마지막날인 같은 달 12. 내에 국회에서 그 개정안이 심의통과될 가능성은 매우 희박하였다고 보여지기 때문이다. 그렇게 기일을 촉박하게 개정안을 국회에 송부하고 있는 것도 문제이지만 구 자치법 및 구 선거법상의 기한까지 국회에서 관계법률의 개정이 이루어지지 않

았다면 피청구인으로서의 의당(그 당시 엄연히 살아 있는 실정법인) 구법에 따른 피청구인의 의무와 책임을 다하는 것이 헌법상의 책무라 할 것인데도 피청구인은 그 책무를 이행하지 않은 것이다 따라서 위 사건에 대하여서는 다음과 같은 이유로 심판의 이익이 있다고 할 것이다

한 나라의 지방자치를 실현하기 위하여 지방자치단체장의 선거를 법률로 정하고, 그 법률이 피청구인에게 법정기한 내에 선거실시를(공고)하도록 규정하고 있음에도 불구하고 피청구인이 그 법률상의 의무를 준수하지 않았다면(그 책임이 정치적으로 불문에 부쳐지는 것은 별론) 집권자의 그러한 행위가 국민의 복지증진이라는 등의 명분으로 용납될 수 있는 것인지의 여부에 대한 헌법적인 해명이 필요한 사안이라 할 것이고, 바로 그것이 헌법재판소의 소임이라고 하지 않을 수 없는 것이다 헌법재판소로서는 피청구인의 이러한 행위가 헌법상 허용될 수 있는 것인지의 여부를 판단함으로써 여사한 위법행위가 차후로 반복되어도 무방한 것인지의 여부에 대하여 명쾌한 결론을 내렸어야 할 것이다 과거 우리 헌정사를 돌이켜볼 때 헌법을 경시한 국가작용이 빈번하였음과 헌법재판제도를 통하여 헌법의 이념을 수호해야 할 헌법재판소의 사명을 진지하게 되새겨본다면 이런 판단은 결코 회피되어서는 안 될 것이다

법치주의가 충분히 정착되어 있지 아니한 우리 나라에서 피청구인의 이러한 행위에 대한 판단을 유보할 경우 법치주의와 민주주의로 힘겹게 나아가는 우리 국민의 열망과 노력과는 달리 그것이 오히려 선례로 정립되어 차후에 동종행위를 유발하거나 정당화시킬 근거로 작용할 위험조차 없지 않음을 감안한다면 이 사건에서 다수

의견과 같이 본안판단을 회피하는 방향으로 논리를 전개하는 것은 헌법 국가와 법치주의의 이념을 구현하는 데 있어 부정적으로 기능할 위험성까지 있을 것이라는 우려를 금할 수 없는 것이다.

헌법소원심판에서 주관적으로 권리보호의 이익이 없다고 보여지는 경우에도, 경우에 따라 예외적으로 심판의 이익을 인정하고 있는 것은 바로 헌법소원심판제도가 가지는 이러한 이중적 기능에서 비롯되는 것이니 그것이 즉 국민의 기본권 보장기능과 쌍벽을 이루는 헌법질서의 형성·유지·수호 기능인 것이다.

(다) 여기서 다수의견과 견해를 같이 하여 가사 동종행위의 반복위험이 소멸하였다고 가정하더라도, 그와 더불어 이 사건에서 분쟁해결의 헌법적 중요성도 자동적으로 소멸한다고 봐야 할 것인가 하는 문제는 별도로 남는데 본 재판관은 적어도 이 사건에 있어서는 그 중요성이 소멸하지 않는다고 보는 입장이다. 실체적 사정의 변경이 계류중인 헌법소원심판에 어떤 영향을 미칠 것인가 하는 문제는 각 사안별로 문제가 되는 공권력의 태양, 침해되었다고 주장되는 기본권의 내용, 나아가 헌법소원심판제도의 목적 등이 아울러 고려되어 판단되어야 할 것이지만 침해행위의 종료 내지 해소 또는 동종행위 반복위험의 소멸과 더불어 구체적 사건에서 문제된 쟁점들에 대한 헌법적 판단도 당연히 유보되어야 하는 것으로 본다면 그것은 헌법소원심판제도를 통하여 국민의 기본권보장을 도모하고 신장하려는 헌법의 이념에 부응하지 않는 것이다.

요컨대, 권리보호이익의 예외인정사유인 헌법질서의 유지수호를 위하여 그 해명이 긴요할 때라 하는 것은 “동종행위의 반복위험”이 있을 때에 한하는 것이 아니며, 기본권의 침해가 실질적으로

종료 또는 해소되었고 동종행위가 반복될 위험이 없게 되었다 하더라도, 그 헌법적 해명이 국민의 기본권보장에 중대한 의미를 지닌다고 보 여질 때에는 헌법적 판단을 하여야 하는 것을 의미하는 것이다. 국민의 선거권과 피선거권은 매우 중요한 기본권이고 그러한 기본권이 이 사건에서와 같이 (국가 법질서의 집행을 최종적으로 책임지게 되어 있는 피청구인의 부작위에 의해 제때에 실현되지 못한 경우 기본권의 침해가 있다고 봐야 할 것인지의 여부는 실로 그 헌법적 해명이 중대한 문제라고 아니 할 수 없는 것이다.

(㉞) 여기서 한가지 덧붙이고 싶은 것은 다수의견은 “불분명한 헌법 문제의 해명”이(중대한 의미를 지니고 있는 경우에도 해당하지 않는다) 라는 표현을 쓰고 있는데 그것이 적절한 판단인지 의문이다. 우리 재판소의 판례를 보면 “헌법소원의 본질은 개인의 주관적 권리구제뿐 아니라 객관적인 헌법질서의 보장도 겸하고 있으므로 헌법소원에 있어서의 권리보호이익은 일반법원의 소송사건에서처럼 주관적 기준으로 엄격하게 해석하여서는 아니 된다. 따라서 침해행위가 이미 종료되어서 이를 취소할 여지가 없기 때문에 헌법소원이 주관적 권리구제에는 별도로움이 안 되는 경우라 할지라도 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판청구의 이익을 인정하여 이미 종료한 침해행위가 위헌이었음을 선언적 의미에서 확인할 필요가 있는 것이다”(헌법재판소 1992.1.28. 선고, 91헌마111 결정; 1992.4.14. 선고, 90헌마82 결정; 1994.7.29. 선고, 91헌마137 결정 각 참조)라고 판시하고 있는데, 다수의견은 위 판례의 취지를 충분히 살

리지 못하고 있는 것으로 보이는 것이다.

위 판례에서의 “당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호유지를 위하여 중요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우”에는 헌법재판소의 심판이 없다면 본질적인 의미를 지니는 헌법적 문제의 해명이 이루어지지 못하게 되는 때라든가 특별히 중요한 기본권의 침해가 문제로 되는 경우가 포함되어야 할 것이며 이러한 때에는 가사 법률의 개정 등으로 청구인에게 심판청구의 목적이 이미 성취된 경우라 할지라도 심판의 이익이 존속하는 것으로 보아야 할 것이다. 이 사건 헌법소원심판의 대상은 그것이 “불분명”해서만이 아니고 국민의 기본권보장상 “본질적”인 문제로서 당해 헌법문제에 관한 분쟁의 해결이 “헌법질서의 수호·유지를 위해 중요한 사항”이기 때문에 심판의 이익이 있는 것으로 인정되어야 하는 것이다. 이렇게 볼 때 헌법재판소 1991.7.8. 선고, 89헌마181 결정; 1993.3.11. 선고, 92헌마98 결정; 1993.11.25. 선고, 92헌마169 결정 등에서 쓰여진 바 있는 “불분명한 헌법문제의 해명”이라는 판단부분이 과연 충분하고 적절한 표현인지 다시 검토해 볼 필요가 있다고 사료된다. 이 사건의 경우처럼 심판 계속중에 법제의 변동으로 심판청구가 각하되었던 사건이 있었으나(헌법재판소 1994.7.29. 선고, 91헌마137 결정 참조) 이는 중앙선거관리위원회의 질의회신에 대한 것으로서 그 성질과 비중이 이 사건과 다르다. 이 사건은 위에서 밝히고 있는 바와 같이 법률의 개정에도 불구하고 심판의 이익이 있는 경우에 해당한다고 보아야 할 것이므로 위 판례를 이 사건 헌법소원심판청구를 각하하는 이유로 삼아서는 안 될 것이다.

(마) 이 사건 헌법소원심판은 1994.3.16. 자치법의 개정 또는 공직선거및선거부정방지법(1994.3.16. 법률 제4739호)의 제정 훨씬 이전에 청구되었던 터이고 다만 헌법재판소에서 심판 계속중인 상태에서 위와 같은 사정의 변경으로 인하여 권리보호의 이익의 유무가 새삼스럽게 문제로 부각된 사례인 것이다. 헌법재판소가 복잡한 사건에 대한 결정을 지연시킨 사례는 과거에도 적지 않은데 그 지연사실에 대하여 아무런 책임이 없는 청구인들의 불이익으로 사건을 매듭짓는다는 것은 매우 공평하지 못하고 무책임한 처사라고 사료되는 것이며 그것이 헌법적 정의의 구현에 어긋나는 일이라는 것은 다언을 요하지 않는다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 반대하는 것이다

다. 재판관 조규광, 재판관 김진우의 보충의견에 대하여

다수의견은 이 사건은 권리보호이익과 심판의 이익이 없다고 하여 이 사건에서 침해된 기본권에 대하여서는 명확한 판단을 하지 아니하였다. 그래서 재판관 조규광과 재판관 김진우는 이 점에 관한 보충의견으로 이 사건에서 청구인에게 인정되는 것은 법률상의 권리일 뿐 헌법상의 권리, 즉 기본권은 아니라는 취지의 보충의견을 내고 있다.

보충의견이 이유로서 개진하고 있는 바와 같이 헌법에 종속하는 하위법인 법률에서 선거권 또는 피선거권을 규정하기만 하면 그것이 곧바로 헌법상 보장된 기본권으로 격상되는 것은 아니라는 점에 대하여 이의를 제기하려는 것은 아니다. 다만 헌법상 명문으로 규정되어 있지는 않다고 하더라도 국민의 단체장 선거권과 피선거권이 “논리적으로 당연히 도출되는” 헌법해석에 의해 명백히 그 헌법

적 기본권성이 인정되는 경우는 별론이라는 것을 주장하고 싶은 것이다

우리 헌법은 제8장(제117조와 제118조)에서 지방자치제도를 명문으로 보장하고 있다. 그런데 지방자치란 지역중심의 지방자치단체가 독자적인 자치기구를 설치해서 그 자치단체의 고유사무를 국가기관의 간섭 없이 스스로의 권한과 책임 아래 처리하는 것을 의미하는 것이다 따라서 지방자치단체의 대표인 단체장이 상부로부터의 임명이 아닌 주민의 자발적 지지에 기초를 둔 선거에 의해 선출되어야 한다는 것은 이러한 지방자치제도의 본질로부터 “논리적으로 당연히 도출”되는 원리라 할 것이다.

보충의견이 예로서 들고 있는 외국의 입법례는 “직접선거제”나 “간접선거제”나만을 논하고 있을 뿐이지, “임명”에 의한 단체장 선출은 처음부터 거론조차 되고 있지 않은 것이며 직접선거가 아니라 간접선거에 의해 단체장이 선출된다고 하더라도 그것은 주민의 의사를 수렴하는 선출방식인 점에서 다름이 없는 것이다. 이런 전제하에 설 때 헌법 제 118조 제2항의 “……지방자치단체의 장의 선임방법……은 법률로 정한다”는 규정내용에 선거라는 용어가 없다고 해서 그것을 자치단체장의 선출이 전면적으로 그리고 영구히 임명제로 되더라도 무방하다는 논리의 근거규정이라고 해석하여서는 안 될 것이다. 구 자치법 부칙 제2조 제2항, 구 선거법 제95조 제3항 및 부칙 제6조 위 규정은 위와 같은 헌법해석론의 필연적인 결과로 만들어진 것이라고 봐야 할 것이며 따라서 위 규정에 의한 국민의 선거권과 피선거권은 법률에 의하여 비로소 생겨난 것이 아니고 헌법이 이미 예정하고 있던 것이 뒤늦게 법률로서 입법화된

것임에 불과한 것이라고 해석하여야 할 것이다

따라서 이 사건 헌법소원심판청구에서는 피청구인의 부작위에 의한 청구인 등의 헌법상 기본권의 침해가 있다고 보여지기 때문에(그 구체적 내용은 후술함) 침해된 헌법상의 기본권이 존재하지 아니하여 이 사건 헌법소원심판청구가 부적법하다는 보충의견의 논리에는 동의할 수 없는 것이다.

라. 재판관 최광률, 재판관 이재화의 보충의견에 대하여

(1) 보충의견은 행정부작위에 대한 부작위소원의 적법요건으로서의 “헌법에서 유래하는 작위의무”는 “그것이 비록 법률에 규정되어 있다고 하더라도, 헌법의 이념상 인정되면 족하다는 취지로 이해해서는 안 되고, 오히려 그 작위의무는 헌법의 명문규정 또는 해석상 직접 헌법상의 의무로 인정될 수 있어야 한다는 의미로 이해해야 한다고 하고 있다.

그러나 전술한 바와 같이 청구인 등의 권리가 헌법상의 기본권인 것과 같은 이론으로 피청구인의 의무도 헌법상의 의무라고 할 것이다. 다른 각도에서 볼 때 위와 같은 보충의견의 작위의무에 대한 해석은 행정부작위를 입법부작위와 완전히 동일시한 데 기인하는 것으로서 이는 권력분립과 법치국가의 원리 및 이에 기초한 입법자와 집행(행정청)의 상이한 기능에 대한 불완전한 이해에서 비롯되는 것으로 보여진다.

헌법상의 국민의 기본권을 구체적으로 보장하기 위하여 입법자는 국가의 행위외무 내지 보호의무를 이행할 입법조치를 취해야 하며 이를 통해 행위와 보호의 구체적 방법을 제시함으로써 기본권보호를 가일층 구체적으로 명료하게 하는 것이다. 이렇듯 기본권보

호를 구체화한 법률이 행정기관에 특정한 작위를 명하고 있는데도 행정기관이 이를 이행하지 않았다면 행정기관은 자신의 부작위를 통하여 당해 법률에 의하여 구체화되어 있는 국민의 기본권을 직접 침해하는 결과가 되는 것이다.

이 사건에서 피청구인의 선거일 공고의무는 단체장의 선거권을 국민의 기본권으로 인정하고 있는 헌법 제118조 제2항의 기본권보호를 구체화한 구 자치법이 피청구인에게 특정한 작위를 명하고 있는데서 비롯된 것이고 이러한 작위의무는 법집행기관으로서의 피청구인에게 기속적으로 부하(負荷)된 것으로서 이러한 작위의무 역시 분명히 헌법에서 유래하는 작위의무에 포함시켜 보아야 할 것이며 따라서 그 위반은 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 불행사에 해당한다고 보아야 할 것이다

이 사건 보충의견은 선거의 시행이 연기됨으로써 선거에 대한 기대이익이 일시 유예되었을 뿐 선거권 자체가 직접적개별적으로 부정되었다거나 침해된 것으로 볼 수는 없다는 논리를 펴고 있으나, 과연 그 연기가 일시유예인지(피청구인은 당시 95년 선거실시를 주장하였으나 그 시기의 확정은 피청구인의 권한사항이 아니다)의 여부도 이 사건 심판청구 당시는 불분명한 문제였을 뿐만 아니라 무엇보다도 연기된 시점까지는 법률로써 구체화된 헌법상의 선거권피선거권의 행사가 제때에 실현되지 않고 부정되고 있는셈이므로, 이러한 연기행위는 단순히 위법문제에 그치지 않고 헌법상의 의무위반의 문제도 된다고 보아야 할 것이다

(2) 또 보충의견은 설사 피청구인의 단체장 선거일 공고의무가 헌법상의 의무라고 하더라도, 청구인들과 같은 일반 국민 또는 선

거권자나 피선거권자에게는 청구권이 발생하지 않는다고 실시하고 있다

그러나 그러한 보충의견의 논지를 따르게 되면, 피청구인이 선거(일 공고)는 장래의 어느 때를 택하여 시행할 것이라고는 하면서도 차일피일 이를 시행하지 않음으로써 선거를 무기한 연기하는 사태가 발생하더라도, 국민이 헌법 제24조·제25조에 의하여 보장되고 있는 (국민의 정치적 기본권인) 선거권이나 피선거권(내지 공무담임권)을 근거로 이에 대응할 수 없다는 위헌적인 결론에 이르게 될 우려가 있다(참고로 선거권자들에게 선거가 '제때에 실시되도록' 요구할 청구권을 인정하고 있을 뿐만 아니라, 선거가 부적법하게 연기될 때에도 선거권의 침해가 있음을 인정하고 있는 것이 독일의 판례와 학설의 지배적인 의견이기도 하다.

선거권자들은 기간이 도래한 선거의 실시를 요구할 청구권을 갖는 것이며, 선거가 제때에 실시되는 데 있어서 필요조건이라고 할 수 있는 피청구인의 선거일 지정을 청구할 주관적 공권도 당연히 갖는다고 보아야 하는 것이다. 그것은 물론 어떤 "특정선거일을 지정"하여 그 날 선거를 실시해 줄 것을 요구하는 청구권이 선거권자들에게 인정된다는 의미는 아니다. 선거일을 "특정한 날짜로 지정해달라고요"하는 것과 선거를 "제 때에 실시"하라고 요구하는 것은 그 내용이 엄연히 다른 것이는데도 보충의견은 위 두 개념을 혼동하여 후자에 관련된 피청구인의 단체장 선거일의 공고에 대한 청구인들의 청구권을 부인하고 있는 것이 아닌가 생각된다.

(3) 보충의견은 "선거권자 또는 피선거권자이면 누구나 선거일공고에 관한 청구권을 갖는다고 해석하게 되면 그들이 모두 부작위

위헌소원의 청구인이 될 것이므로 결과적으로 헌법소원이 민중소송화하는 것을 막을 길이 없게 된다”고 주장한다. 그러나 그러한 보충의견의 주장은 “민중소송”의 개념을 그릇 이해하고 있는 데에서 기인하는 것이라 사료된다. 민중소송이라 함은 소송제기자 자신의 권리가 직접 침해되지 않은 경우에도 제소할 수 있는 법적 구제수단을 의미하는 것이다. 즉 국가 또는 공공단체의 기관이 법률에 위반되는 행위를 한 경우에 “직접 자기의 법률상의 이익”이 침해되었는지 여부에 관계없이 그 시정을 구할 수 있는 소송제도인 것이다

반면, 헌법소원심판청구가 적법하기 위하여서는 청구인은 “자신의” 권리가 공권력에 의해 현재 직접 침해되고 있다고 주장하여야 하는데 공권력의 행사로 인해 “자기”의 권리가 “직접” 침해된 사람의 수가 한 사람인가 또는 다수인가의 여부는 헌법소원의 적법요건으로서 전혀 문제가 되지 않는 것이다. 민중소송은 “자기의 법률상 권리”가 직접 침해된 바 없는 자라 할지라도 예컨대 공공의 이익을 위한 마음이라든가 또는 정의감과 의협심의 발로로써 제기할 수 있는 소송이기 때문에 소송제기자가 다수가 아니라 단 한 사람에게 불과하다고 하더라도 민중소송이 되는 것이며, 다수가 제기하더라도 그 다수 전원이 헌법소원심판청구의 요건을 갖춘 경우에는 헌법소원인 것이다

이 사건은 피해자가 다수인 경우일 뿐 민중소송의 문제와는 전혀 관련이 없는 것이다. 다른 각도에서 설명한다면 국민의 기본권보장과 관련하여 보건대, 국가나 지방자치단체에 헌법상의 작위의무가 인정되는데도 이를 불이행한 경우에는 그 부작용으로 인하여 국민의

기본권이 제한 또는 침해되는 상태가 발생하는데 그러한 제한 또는 침해상태는 해당 기본권의 주체 모두에게 발생하는 것이다 그리고 이러한 기본권의 제한 또는 침해상태가 발생하게 되면 그런 제한 또는 침해를 제거할 것을 요구하는 권리가 피해자 모두에게 발생함은 물론 더 나아가 기본권의 성질에 따라 국가 또는 지방자치단체에게 작위의무를 적극적으로 이행할 것을 요구하는 권리가 발생하기도 하는 것이다 따라서 헌법상의 작위의무의 불이행이 있고 또 그로 인하여 기본권의 침해가 있는 경우에 그 정도와 수준에서의 차이는 별론 기본권 실현을 위한 청구권은 (침해를 받고 있는) 국민 모두에게 당연히 발생하는 것이다. 이는 국민의 기본권보장이 목적이고 공권력은 기본권을 실현시키는 수단이라는 기본권과 국가권력간의 관계에 있어 목적과 수단관계라는 입헌주의헌법 원리에서 나오는 본질 필연적인 귀결이라 할 것이다

따라서 본 재판관은 재판관 최광률 재판관 이재화의 보충의견에 대하여서도 그대로 동조할 수 없어 이에 반대하는 것이다

1994. 8. 31.

재판장	재판관 조규광
	재판관 변정수
	재판관 김진우
	재판관 한병채
	재판관 최광률
	재판관 김양균

재판관 김문희

재판관 황도연

재판관 이재화

지방자치단체의 장 선거일 불공고 위헌확인 등

(1994. 8. 31. 92헌마174 헌법재판소 전원재판부
[관례집 6-2, 249~323])

【관시 사항】

1. 대통령의 법률안 제출행위가 헌법소원심판(憲法訴願審判)의 대상이 되는지 여부
2. 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)의 요건으로서의 권리보호이익(權利保護利益)과 그 예외사유
3. 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求) 이후 법률이 개정되어 구법(舊法)에 따른 피청구인의 작위의무(作爲義務)가 소멸함으로써 권리보호이익(權利保護利益)이 없다고 본 사례

【결정 요지】

1. 공권력의 행사에 대하여 헌법소원심판(憲法訴願審判)을 청구하기 위하여는, 공권력의 주체에 의한 공권력의 발동으로서 국민의 권리의무에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키는 행위가 있어야 한다. 그런데 대통령의 법률안 제출행위는 국가기관간의 내부적 행위에 불과하고 국민에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키는 행위가 아니므로 헌법재판소법 제68조에서 말하는 공권력의 행사에 해당되지 않는다.
2. 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求) 당시 권리보호(權利保護)의 이익이 인정되더라도, 심판계속중에 생긴 사정변경 즉 사실관계 또는 법령 제도의 변동으로 말미암아 권리보호(權利保護)의 이익이 소멸 또는 제거된 경우에는, 원칙적으로 심판청구는 부적법(不適法)하게 된다. 다만, 그와 같은 경우에도 그러한 기본권(基本權) 침해행위가 반복될 위험이 있거나, 그러한 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는, 예외적으로 심판청구의 이익이 있다. 동종행위의 반복가능성은 추상적이고 이론적인 가능성이 아니라, 구체적이고 실제적인 가능성을 뜻하고, 법제의 변동으로 제도가 폐지된 경우 문제해명의 중요성을 판단하는 기준은 계속 헌법적으로 중대한 의

미를 갖는지 여부이지 피청구인의 행위의 위헌(違憲) 여부는 아니다.

3. 이 사건 헌법소원심판(憲法訴願審判) 계속중에 공포된 공직선거및선거부정방지법에 의하여 선거일은 법정화되고 선거일공고제도가 폐지되었으며, 예외적인 보궐선거 등에서는 관할 선거관리위원회에서 선거일을 공고하도록 되어, 피청구인은 선거에 관한 관리사무에 일체 관여할 수 없게 되었으므로, 비록 이 사건에서 피청구인이 위 법에 의하여 폐지된 구(舊) 지방자치법 부칙과 구(舊) 지방자치단체의장선거법 부칙상 명시된 기일 이전에 지방자치단체장 선거일 공고를 하지 않은 데 대한 위헌확인(違憲確認)이 선고되더라도 청구인들의 주관적 권리구제(權利救濟)에 아무런 도움이 되지 않을 뿐만 아니라 동종행위의 반복위험이 없음은 물론 불분명한 헌법문제(憲法問題)의 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에도 해당하지 아니하여 예외적인 심판청구의 이익이 있는 경우에도 해당하지 않는다.

재판관 조규광, 재판관 김진우의 보충의견(補充意見)

4. 헌법 제118조 제2항은 선거의 방법으로 선출할 것을 전제로 규정한 지방의회의원의 경우와는 달리 지방자치단체장의 “선임방법”에 관한 사항은 법률로 정한다고만 규정하고 있는 점 등에 비추어 볼 때 단체장에 대한 주민직접선거제가 헌법적 의지라고는 볼 수 없으므로 단체장선거권 및 피선거권은 법률에 의하여 보장되는 법률상의 권리에 불과하다.

재판관 김진우, 재판관 최광률, 재판관 이재화의 보충의견(補充意見)

5. 공권력의 불행사로 인하여 기본권(基本權)을 침해받은 자가 헌법소원(憲法訴願)을 제기하기 위하여는 피청구인의 부작위 및 그로 인한 청구인의 기본권(基本權) 침해의 주장이 있어야 할 뿐만 아니라 헌법의 명문규정 또는 해석상 직접 헌법상의 의무로 인정될 수 있는 피청구인의 작위

의무(作爲義務) 및 청구인이 행정청에 대하여 그러한 작위의무(作爲義務)의 이행을 청구할 수 있는 구체적 청구권이 있어야 한다 그런데 피청구인의 단체장 선거일 공고의무는 구(舊) 지방자치법 및 구(舊) 지방자치단체의장선거법에만 규정되어 있어서 헌법상 의무가 아니고 법률이 허용하는 선거일 이전에는 청구인들과 같은 입후보 예정자 또는 단순 유권자에게 선거일 공고에 대한 청구권이 없으며 그 시기를 경과한 경우에도 피청구인의 법률위반 내지 헌법위반이 남을 뿐이므로 선거권자 또는 피선거권자에게 단체장 선거일 공고에 대한 청구권이 발생한 것도 아니어서, 청구인들은 부작위위헌확인소원(不作爲違憲確認訴願)의 요건을 갖추지 못하였다.

재판관 변정수의 반대의견(反對意見)에 관한 다수의견 재판관들의 보충의견(補充意見)

6. 헌법재판소법 제6조 제3항에 의한 헌법재판소 재판관의 소수의견제(少數意見制)는 다수의견의 결론 또는 이유에 대하여 견해를 달리하는 재판관으로 하여금 결정서에 자기의 법률적 견해를 피력하게 하여 이를 국민에게 알리고 후일의 판례변경(判例變更)을 기대하라는 취지에서 비롯된 것이고, 이러한 소수의견에는 첫째 개인감정을 노출하여 다른 재판관을 비난 또는 매도하는 행위를 하여서는 아니되고 둘째 다수의견의 판시취지를 왜곡 또는 과장하고 이를 전제로 다수의견을 비판 또는 공격하는 행위를 하여서는 안 되는 한계가 있다

재판관 변정수의 반대의견(反對意見)

3. 이 사건에서 피청구인의 단체장 선거일 공고의무불이행이라는 위헌행위와 동종의 위헌행위는 대통령이 법이 정한 의무를 불이

행하는 행위를 포함하여 모든 법질서 유린행위를 의미하는 것이고 이와 같은 행위는 앞으로도 발생할 가능성이 있으므로 동종행위의 반복위험은 있다. 또한 피청구인의 선거일 불공고행위가 국민의 기본권(基本權)을 침해한 것이라고 한다면 대통령의 위헌적인 공권력 행사에 대한 통제를 위하여 헌법재판소의 헌법적 해명은 극히 중요하므로 헌법질서의 유지·수호를 위하여 심판청구의 이익은 인정된다

4. 헌법 제24조, 제25조 및 제118조 제2항이 지방자치단체의 집행기관으로서 단체장을 둔다는 것 그 단체장은 주민이 직접 선출할 수도 있도록 법률로써 정할 수 있다는 것을 규정하였고 그 헌법규정에 따라 제정된 구(舊) 지방자치법 및 구(舊) 지방자치단체의장선거법이 지방자치단체 주민의 단체장 선거권 및 피선거권을 규정하고 있었으므로 이는 헌법상의 기본권(基本權)이다.

5. 공권력의 불행사로 인하여 기본권(基本權)을 침해받은 자가 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판(憲法訴願審判)을 청구하기 위한 요건은, 공권력의 불행사와 그로 인한 기본권침해(基本權侵害)이다. 비록 그 외에 피청구인의 작위의무(作爲義務)와 청구인의 청구권을 요한다고 하더라도, 이 사건에서 피청구인의 법률집행 의무를 규정한 헌법 제66조 제4항과 제69조, 단체장의 선임방법을 법률로 정하도록 규정한 헌법 제118조 제2항에 의하여 피청구인의 단체장 선거일 공고의무는 헌법상의 의무이고, 단체장 선거권 및 피선거권은 국민의 주관적 공권(公權)이므로 헌법과 법률이 정하는 바에 따라 단체장선거를 실시하도록 요구할 수 있는 청구권은 청구인들에게 존재한다

재판관 김양균의 반대의견(反對意見)

3. 이 사건에서 문제과 되고 있는 것은 피청구인의 단순한 선거일의 불이행에 한정되지 아니하고 공고의무의 불이행에서 표출된 피청구인의 법률준수의무 위반이므로 동종행위의 반복위험은 있다 뿐만 아니라 국민의 선거권과 피선거권은 매우 중요한 기본권(基本權)이고 그러한 기본권(基本權)이 피청구인의 부작위에 의하여 제때에 실현되지 못한 경우 기본권(基本權)의 침해가 있다고 보아야 할 것인지의 여부는 헌법질서의 수호유지를 위하여 긴요한 사항이기 때문에 그 헌법적 해명이 중대한 문제에 해당한다

4. 헌법 제117조, 제118조는 지방자치단체를 명문으로 보장하고 있으며, 지방자치란 지역중심의 지방자치단체가 독자적인 자치기구를 설치하여 그 자치단체의 고유사무를 국가기관의 간섭 없이 스스로의 권한과 책임 아래 처리하는 것을 의미하므로, 지방자치단체의 대표인 단체장이 주민의 자발적 지지에 기초를 둔 선거에 의해 선출되어야 한다는 것은 지방자치제도의 본질로부터 논리적으로 당연히 도출되는 원리여서, 국민의 단체장 선거권 및 피선거권은 헌법에 의하여 보장되는 기본권(基本權)이다.

5. 피청구인의 단체장 선거일 공고의무는 헌법 제18조 제2항에서 유래하는 헌법상의 의무이고, 그러한 의무위반으로 기본권(基本權)을 침해받은 경우 그 정도와 수준의 차이는 별론으로 하더라도 기본권(基本權) 실현을 위한 청구권은 침해를 받고 있는 국민 모두에게 당연히 발생한다.

청 구 인 통일국민당 외 2인
 청구인들 대리인 변호사 김 광 일 외 8인
 피청구인 대통령
 대리인 변호사 이 성 렬 외 1인

【참조 조문】

헌법(憲法) 제24조, 제25조, 제117조, 제118조
 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제36조 (종국결정(終局決定)) ①~② 생략
 ③ 법률(法律)의 위헌심판(違憲審判), 권한쟁의심판(權限爭議審判) 및 헌법소원심판(憲法訴願審判)에 관여한 재판관(裁判官)은 결정서(決定書)에 의견을 표시하여야 한다.
 ④~⑤ 생략
 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항
 구(舊) 지방자치법(地方自治法) 부칙(附則) 제2조 (지방선거(地方選舉)의 실시시기(實施時期)) ① 생략
 ② 이 법(法)에 의한 최초의 시(市)·도지사(道知事) 및 시장(市長)·군수(郡守)·자치구(自治區)의 구청장(區廳長)의 선거(選舉)는 1992년(年) 6월(月) 30일(日) 이내에 실시한다.
 구(舊) 지방자치단체(地方自治團體)의 장선거법(長選舉法) 제95조 (선거일(選舉日)) ①~② 생략
 ③ 임기만료(任期滿了)로 인한 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長) 선거(選舉)와 신설(新設)된 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長) 선거(選舉) 및 보궐선거(補闕選舉)의 선거일(選舉日)은 늦어도 선거일(選舉日) 전 18일(日)에 공고(公告)하되 임기만료(任期滿了)로 인한 선거(選舉)는 대통령(大統領)이, 신설(新設)된 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長) 선거(選舉) 및 보궐선거(補闕選舉)는 당해 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長)이 공고(公告)하여야 한다.
 구(舊) 지방자치단체(地方自治團體)의 장선거법(長選舉法) 부칙(附則) 제6조 (최초선거일(最初選舉日) 공고(公告))
 이 법(法)에 의하여 최초로 실시하는 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長) 선거일(選舉日)은 대통령(大統領)이 공고(公告)한다.
 공직선거(公職選舉) 및 선거부정방지법(選舉不正防止法) 제34조 (선거일(選舉日)) ① 임기만료(任期滿了)에 의한 선거(選舉)의 선거일(選舉日)은 다음 각호와 같다.
 1. 대통령선거(大統領選舉)는 그 임기만료(任期滿了) 전 70일(日) 이후 첫번째 목요일(木曜日)
 2. 국회의원선거(國會議員選舉)는 그 임기만료(任期滿了) 전 50일(日) 이후 첫 번째 목요일(木曜日)
 3. 지방의회의원(地方議會議員) 및 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長)의 선거(選舉)는 그 임기만료일(任期滿了日) 전 60일(日) 이후 첫번째 목요일(木曜日)
 ② 제1항의 규정(規定)에 의한 선거일(選舉日)이 국민생활(國民生活)과 밀접한 관련이 있는 민속절(民俗節) 또는 공휴일(公休日)인 때와 선거일(選舉日) 전일이나 그 다음날이 공휴일(公休日)인 때에는 그 다음 주의 목요일(木曜日)로 한다.
 공직선거(公職選舉) 및 선거부정방지법(選舉不正防止法) 제35조 (보궐선거(補闕選舉) 등의 선거일(選舉日)) ① 대통령(大統領)의 궐

위(關位)로 인한 선거(選舉) 또는 재선거(再選舉)(제3항의 규정(規定)에 의한 재선거(再選舉)를 제외한다. 이하 제2항에서 같다)는 그 선거(選舉)의 실시사유가 확정된 때부터 60일(日) 이내에 실시하되, 선거일(選舉日)은 늦어도 선거일(選舉日) 전 29일(日)에 대통령(大統領) 또는 대통령권한대행자(大統領權限代行者)가 공고(公告)하여야 한다.

② 지역구국회의원(地域區國會議員)의 보궐선거(補闕選舉) 또는 재선거(再選舉)는 그 선거(選舉)의 실시사유가 확정된 때부터 60일(日) 이내에, 지방의회의원(地方議會議員)의 증원선거(增員選舉)와 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長)의 보궐선거(補闕選舉)·재선거(再選舉) 및 지방자치단체(地方自治團體)의 설치(設置)·폐지(廢止)·분할(分割) 또는 합병(合併)에 의한 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長) 선거(選舉)는 그 선거(選舉)의 실시사유가 확정된 때부터 60일(日) 이내에, 지방의회의원(地方議會議員)의 보궐선거(補闕選舉) 또는 재선거(再選舉)는 그 선거(選舉)의 실시사유가 확정된 때부터 180일(日) 이내에 실시하되, 선거일(選舉日)은 지역구국회의원선거(地域區國會議員選舉)에 있어서는 당해 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長)이 늦어도 선거일(選舉日) 전 23일(日)에, 지방의회의원선거(地方議會議員選舉)에 있어서는 당해 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長)이 늦어도, 선거일(選舉日) 전 20일(日)에 각각 공고(公告)하여야 한다.

③ 제197조(선거(選舉)의 일부무효(一部無效)로 인한 재선거(再選舉)의 규정(規定)에 의한 재선거(再選舉)는 확정판결(確定判決) 또는 결정(決定)의 통지를 받은 날부터 30일(日) 이내에 실시하되, 관할선거구선거관리위원회(選舉區選舉管理委員會)가 그 재선거일(再選舉日)을 정하여 공고(公告)하여야 한다.

④ 이 법(法)에서 “보궐선거(補闕選舉) 등”이라 함은 제1항 내지 제3항 및 제36조(연기(延期)된 선거(選舉) 등의 선거일(選舉日))의 규정(規定)에 의한 선거(選舉)를 말한다.

⑤ 이 법(法)에서 “선거(選舉)의 실시사유가 확정된 때”라 함은 다음 각호에 해당하는 날을 말한다.

1. 대통령(大統領)의 궐위(關位)로 인한 선거(選舉)는 그 사유가 발생한 날
2. 지역구국회의원(地域區國會議員)의 보궐선거(補闕選舉) 또는 지방의회의원(地方議會議員) 및 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長)의 보궐선거(補闕選舉)는 제2항의 공고권자(公告權者)가 그 사유의 통지를 받은 날 [공고권자(公告權者)와 제200조(보궐선거(補闕選舉)) 제5항의 통지의무자(通知義務者)가 같은 때에는 그 사유가 발생한 날]
3. 재선거(再選舉)는 그 사유가 확정된 날(판결(判決) 또는 결정(決定)에 의하여 사유가 확정된 때에는 공고권자(公告權者)가 그 판결(判決)이나 결정(決定)의 통지를 받은 날)
4. 지방의회의원(地方議會議員)의 증원선거(增員選舉)는 새로 정한 선거구(選舉區)에 관한 별표(別表) 2 또는 시(市)·도조례(道條例)의 효력이 발생한 날
5. 지방자치단체(地方自治團體)의 설치(設置)·폐지(廢止)·분할(分割) 또는 합병(合併)에 의한 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長) 선거(選舉)는 당해 지방자치단체(地方自治團體)의 설치(設置)·폐지(廢止)·분할(分割) 또는 합병(合併)에 관한 법률(法律)의 효력이 발생한 날

6. 연기(延期)된 선거(選舉)는 제196조(선거(選舉)의 연기(延期)) 제3항의 규정(規定)에 의하여 그 선거(選舉)의 연기(延期)를 공고(公告)한 날

7. 재투표(再投票)는 제36조의 규정(規定)에 의하여 그 재투표일(再投票日)을 공고(公告)한 날

공직선거(公職選舉)및 선거부정방지법(選舉不正防止法) 제36조 (연기(延期)된 선거(選舉) 등의 선거일(選舉日))

제196조(선거(選舉)의 연기(延期))의 규정(規定)에 의한 연기(延期)된 선거(選舉)를 실시하는 때에는 대통령선거(大統領選舉) 및 국회의원선거(國會議員選舉)에 있어서는 대통령(大統領)이, 지방의회의원(地方議會議員) 및 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長)의 선거(選舉)에 있어서는 당해 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長)이 각각 그 선거일(選舉日)을 정하여 공고(公告)하여야 하며, 제198조(천재(天災)·지변(地變) 등으로 인한 재투표(再投票)의 규정(規定)에 의한 재투표(再投票)를 실시하는 때에는 관할 선거구선거관리위원회(選舉區選舉管理委員會)가 재투표일(再投票日)을 정하여 공고(公告)하여야 한다.

공직선거(公職選舉)및 선거부정방지법(選舉不正防止法) 부칙(附則) 제2조 (폐지법률(廢止法律))

대통령선거법(大統領選舉法)·국회의원선거법(國會議員選舉法)·지방의회의원선거법(地方議會議員選舉法) 및 지방자치단체(地方自治團體)의 장선거법(長選舉法)은 이를 폐지(廢止)한다.

공직선거(公職選舉)및 선거부정방지법(選舉不正防止法) 부칙(附則) 제7조 (지방자치단체(地方自治團體)의 장(長)의 최초의 선거일(選舉日) 등에 관한 경과조치(經過措置)) ① 이 법(法) 시행(施行) 이후 최초로 실시하는 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長) 선거(選舉)와 임기만료(任期滿了)에 의한 지방의회의원선거(地方議會議員選舉) 1995년(年) 6월(月) 27일(日) 동시에 실시하고, 그 선거(選舉)에서 당선된 자치구(自治區)·시(市)·군의회의원(郡議會議員)과 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長)의 임기(任期)는 1995년(年) 7월(月) 1일(日)부터 개시(開始)된다.

②~⑤ 생략

【참조 판례】

1. 1992.4.14. 선고, 90헌마145 결정
1992.6.26. 선고, 89헌마272 결정
1992.6.26. 선고, 89헌마132 결정
1994.2.24. 선고, 92헌마283 결정
2. 1991.7.8. 선고, 89헌마181 결정
1992.1.28. 선고, 91헌마111 결정
1992.4.14. 선고, 90헌마82 결정
1993.3.11. 선고, 92헌마98 결정
1993.7.29. 선고, 89헌마31 결정
1994.7.29. 선고, 91헌마137 결정
3. 1991.7.8. 선고, 89헌마181 결정
1993.3.11. 선고, 92헌마98 결정
5. 1989.3.17. 선고, 88헌마1 결정

1991.9.16. 선고, 89헌마163 결정
1994.4.28. 선고, 92헌마153 결정
1994.6.30. 선고, 93헌마161 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 모두 각하한다

【이 유】

1. 개요와 대상

가. 사건의 개요

지방자치법중개정법률(1990.12.31. 법률 제4310호) 부칙(이하 “구 자치법 부칙”이라 한다) 제2조 제2항에 의하면, 그 법률에 의한 최초의 지방자치단체의 장(이하 “단체장”이라 한다) 선거는 1992.6.30. 이내에 실시한다고 규정하였고, 구 지방자치단체의장선거법(제정 1990.12.31. 법률 제4312호, 폐지 1994.3.16. 법률 제4739호, 이하 “구 선거법”이라 한다) 제95조 제3항 부칙 및 제6조에 의하면, 그 법률에 의한 최초의 단체장선거의 선거일은 대통령이 선거일 전 18일까지 공고한다고 규정하였다. 피청구인은 1992.6.5. 단체장선거를 1995.6.30. 이내에 실시하기로 변경하는 내용의 지방자치법중개정법률안만을 국회에 제출하였을 뿐 위 법률규정들에 의한 공고 마감일에 해당하는 1992.6.12. 이 지나도록 단체장선거의 선거일을 공고하지 아니하였다.

피청구인의 위와 같은 선거일 불공고 등의 행위로 말미암아 청구인 통일국민당(이하 “국민당”이라 한다)은 헌법상의 권리인 “국가의 보호를 받을 정당의 권리”(이하 “정당특권”이라 한다)에 속하는 광

역단체장 후보자 추천권(이하 “후보자 추천권”이라 한다)을 침해받았고, 청구인 최○석 및 신○규(이하 “개인들”이라 한다)는 헌법상의 기본권인 단체장 선거권 및 피선거권을 침해받았다고 주장하고 1992.8.7. 이 사건 심판청구를 하였다

나. 심판의 대상

청구인들의 청구취지는 다음과 같다 즉 ① 피청구인이 구 자치법 부칙 제2조 제2항, 구 선거법 제95조 제3항 및 부칙 제6조의 규정에 의하여 1992.6.12.까지 단체장 선거일을 공고하지 아니하고, 같은 해 6.30. 이내에 선거를 실시하지 아니한 공권력의 불행사는 청구인 국민당의 정당특권(후보자 추천권)과 청구인 개인들의 공무담임권(피선거권) 및 선거권을 침해한 것이므로 위헌임을 확인한다 ② 피청구인이 1992.6.4. 국무회의 의장으로서 단체장선거를 1995년까지 연기하기로 의결하고 대통령으로서 이를 재가한 공권력의 행사는 청구인들의 위와 같은 권리를 침해한 위헌행위이므로 이를 취소한다

그러나 위 청구취지 중 단체장선거를 1992.6.30. 이내에 실시하지 아니하였다는 부분은, 선거관리위원회의 권한 및 의무에 속하는 사항이지 피청구인의 권한 또는 의무에 속하는 것이 아니므로 주된 청구부분인 선거일 불공고에 대한 위헌확인청구를 이유 있게 하기 위한 정황 또는 간접사실의 기재라고 보아 이를 독립된 심판의 대상으로 보지 아니한다.

또한 기록에 의하면, 1992.6.4.자 국무회의에서는 헌법 제52조 및 제89조 제3호의 규정에 의하여 1992.6.30. 이내에 실시하기로 된 단체장 선거를 1995.6.30. 이내에 실시하기로 변경하는 내용의 지방

자치법중개정법률안을 의결하였을 뿐이고 그 다음날 정부는 그 법률안을 국회에 제출하였음을 알 수 있고, 그밖에 달리 단체장선거를 연기하기로 하는 내용의 의결을 한 사실이 있음을 인정할 수 있는 아무런 근거가 없다. 그러므로 청구인들이 청구취지 제항에서 주장하는 국무회의 의결 및 대통령의 재가란 위와 같은 내용의 개정법률안을 의결하고 이를 국회에 제출한 행위를 가리키는 것으로 보아야 할 것이다

그렇다면 이 사건에서 심판의 대상이 되는 것은 ① 피청구인이 1992.6.12.까지 단체장선거의 선거일을 공고하지 아니한 공권력의 불행사(이하 “이 사건 부작위”라 한다)와 ② 피청구인이 1992.6.4. 단체장선거의 연기에 관한 개정법률안을 의결하여 다음날 국회에 제출한 공권력의 행사(이하 “이 사건 작위”라 한다)이다.

2. 주장과 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 청구인 국민당은 1992.2.10. 정당법에 정한 절차에 따라 중앙당의 등록을 마친 정당으로서, 장차 시행될 단체장 선거시에 각 선거구에서 광역단체장(특별시장·직할시장·도지사) 후보자 1인씩을 추천하려고 준비하던 단체이고, 청구인 개인들은 단체장선거의 피선거권 및 선거권을 가진 자로서, 장차 시행될 단체장 선거시에 각 주소지 선거구에서 단체장으로 입후보하려고 준비하던 시기이다.

(2) 피청구인은 구 자치법 부칙 제2조 제2항, 구 선거법 제95조 제3항 및 부칙 제6조의 규정에 의하여 1992.6.12.까지는 단체장선거의 선거일을 공고하여야 할 의무가 있다. 그럼에도 불구하고, 피청구인은 1992.1.10. 연두기자회견을 통하여 단체장선거의 연기를

일방적으로 발표하고, 같은 해 6.4.에는 국무회의에서 단체장선거를 1995년까지 연기하기로 하는 개정법률안을 의결하고 피청구인이 이를 재가하였으며, 같은 해 6.12.이 지나도록 단체장선거의 선거일을 공고하지 아니하였다. 피청구인이 위와 같이 단체장선거의 선거일을 공고하지 아니하고 방치한 것은 “공권력의 불행사”에 해당하고, 국무회의에서 단체장선거를 연기하기로 하는 개정법률안을 의결하고 이를 재가한 것은 “공권력의 행사”에 해당한다.

(3) 헌법 제8조 제3항에 의하면 정당은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다고 규정하였고, 구 선거법 제27조는 광역단체장선거에 한하여 정당의 후보자 추천권을 인정하였으므로 청구인 국민당은 헌법상의 권리로서의 후보자 추천권을 가지고 있다 또한 헌법 제24조 및 제118조 제2항은 모든 국민에게 대통령 선거관국회의원 선거권 및 지방의회의원 선거권과 함께 단체장선거권을 보장하고 있고 헌법 제25조는 모든 국민에게 공무담임권의 하나로서 단체장 피선거권을 보장하고 있으므로, 청구인 개인들은 기본권으로서의 선거권 및 피선거권을 가지고 있다. 청구인들은 법이 정한 대로 단체장선거가 실시되었더라면 행사할 수 있었을 정당특권(후보자 추천권) 또는 선거권 및 공무담임권(피선거권)을 피청구인의 이 사건 부작위 및 작위로 말미암아 침해받았다.

(4) 그러므로 청구인들은 침해된 기본권의 구제를 위하여 헌법재판소법 제68조 제1항의 규정에 따라 피청구인의 이 사건 부작위 및 작위에 대한 위헌확인을 구한다

나. 피청구인의 답변

(1) 일반적으로 국정의 기본방향을 제시하거나 국가적 이해를 대

상으로 하는 고도의 정치성을 띤 국가최고통치기관의 행위를 통치행위 또는 정치문제라고 하여 사법심사의 대상에서 제외하는 것은 국내외 통설·판례의 입장이다. 이 사건에서 문제된 단체장선거일의 결정은 국정 전반에 미치는 파급효과가 중대하고 사법적 판단에 의하여 문제해결의 기준이 제시될 성질의 것이 아니므로 통치행위의 범주에 속한다 따라서 헌법소원심판의 대상이 될 수 없다

(2) 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 불행사에 해당하려면 헌법상의 작위의무가 있음에도 불구하고 그러한 의무를 불이행한 것이어야 한다. 이러한 법리는 입법부작위에 대한 헌법재판소의 종전의 판례태도로 보아 분명하고, 그렇게 보지 아니하면 헌법이 상정하고 있는 다른 헌법기관의 소관임무를 유월하는 결과를 초래할 염려가 있기 때문이다. 단체장 선거일의 지정 및 공고는 그 본질에 있어서 집행행위에 불과할 뿐만 아니라, 국회의원 선거의 경우와는 달리 헌법에 아무런 규정도 두지 아니하였고, 헌법이 법률에 명시적으로 위임한 것도 아니므로, 피청구인의 이 사건 부작위는 단순한 법률위반에 불과하다 따라서 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 불행사에 해당되지 아니한다

(3) 정당은 국민과 국가간의 정치적 의사형성을 중개하는 기관으로서, 평등권, 언론·출판·집회·결사의 자유 또는 재판청구권 등이 침해되었을 때에 헌법소원의 청구인적격을 갖는다 그러나 헌법 제8조 제3항에서 정당이 국가적 보호를 받는다고 규정한 것이 정당에 어떤 기본권을 인정한다는 의미는 아니므로, 설사 그러한 국가적 보호를 받지 못하게 되었다고 하더라도 정당의 기본권이 침해되었다고 보기는 어렵다 그러므로 청구인 국민당은 이 사건에서 권리

침해의 자기관련성을 결여하고 있어 청구인적격이 없다

(4) 청구인 개인들이 주장하는 기본권인 선거권과 피선거권은 구체적인 선거절차에 참여할 수 있는 권리를 의미한다. 이러한 권리는 선거일 공고 후에 선거인명부의 작성, 후보자의 등록 등에 의하여 비로소 구체화되는 것이고, 그 전에는 권리가 발생하였다고 볼 수 없다. 뿐만 아니라 피청구인의 이 사건 부작위 또는 작위는 단체장선거를 영원히 실시하지 아니하겠다는 것이 아니라, 잠정적으로 연기하려는 것에 불과하므로, 청구인 개인들의 기본권이 현실적으로 침해받고 있는 것은 아니다. 따라서 청구인 개인들은 권리침해의 현재성 요건을 갖추지 못하였으므로, 청구인적격이 없다.

(5) 피청구인의 단체장선거 연기조치는 국정의 최고책임자로서 국익을 위하여 불가피한 정치적 결단을 내린 것으로서 합헌적이고 정당한 직무의 수행이다. 만약 피청구인이 단체장선거를 1992년도 상반기에 실시하게 되면, ① 1년에 4번씩이나 선거를 치르는 결과가 되어 통화의 증가와 물가의 상승, 인플레이의 유발과 근로의욕의 저하, 산업인력난의 가중과 국민총생산의 감소 등 우리 경제에 막대한 피해를 초래할 것이고 ② 과거의 경험이나 외국의 선례로 보아 지방의회 운영의 경험이 일천하고 선거풍토의 선진화와 경제역량의 축적이 없는 상태에서 급진적인 행정조직의 변환으로 큰 혼란이 야기될 수 있으며, ③ 현재의 선거관리기관의 관리능력에 비추어 단체장선거를 관리하는 데 많은 애로가 있으며 대통령·국회의원·지방의원 및 단체장의 선거주기가 고착되어 불합리한 결과를 낳을 염려가 있다. 따라서 이 사건 부작위 및 작위는 피청구인이 국정의 최고책임자로서 국익을 위하여 불가피하게 내린 정치적

결단으로서 정당한 직무수행이다

(6) 헌법 제118조 제2항은 단체장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항을 법률로 정한다고 하였을 뿐 단체장선거 또는 그 시기에 관하여 직접 규율하거나 명시적인 입법위임을 하지 아니하였다. 또한 단체장선거의 시기에 관한 규율은 집행에 관한 문제이고, 그 준수를 강제하는 별도의 규정이 없다 따라서 그 기한을 도과하더라도 선거의 법적 효력에는 아무런 영향을 미치지 아니하므로 그러한 훈시규정의 위반이 바로 위헌상태를 일으킨다고 볼 수 없다

(7) 정당은 헌법 제8조 제3항에 의하여 국가적 보호와 지원을 받을 권리가 있고, 공직선거와 국민의 정치적 의사형성에 참여할 수 있는 권리가 있다. 그러나 피청구인의 이 사건 부작위 및 작위로 말미암아 이러한 권리가 바로 침해된 것은 아니고 정당이 단체장선거에 참여할 수 있는 기대이익이 일시 유예된 것에 불과하고 그 결과는 모든 정당에게 차별 없이 공평하게 이루어진 것이다 또한 피청구인의 그러한 행위가 특정정당의 정강정책과 달라 이를 수정할 필요가 있다면 그 정당은 언제든지 국회의 활동에 참여하여 이를 수정할 수 있고 그러한 기회는 항시 보장되어 있다. 따라서 그러한 기회가 보장되어 있고 그 내용이 정당의 활동제한과 관계없는 피청구인의 행위는 청구인 국민당의 권리를 침해한 것이 아니다

(8) 선거권은 모든 국민에게 일정한 자격요건을 갖추기만 하면 자유롭고 평등하게 선거에 참여하는 기회를 보장하는 것 일 뿐이고 개개의 국민에게 그가 원하는 시기에 선거에 임하도록 보장하는 것

이 아니다. 또한 공무담임권은 모든 국민에게 그 능력과 적성에 따라 공직에 취임할 수 있는 균등한 기회를 보장하는 것일 뿐이고 개개의 국민에게 그가 원하는 시기에 그가 희망하는 공직에 취임하는 것을 보장하는 것이 아니다. 따라서 정부가 어느 개인이 원하는 시기에 선거를 실시하지 아니하였다고 하여, 바로 그 사람의 선거권과 공무담임권을 침해하였다고 보기는 어렵다. 또한 피청구인의 이 사건 부작위는 특정인의 선거권과 공무담임권을 제한하거나 단체장선거 자체를 중국적으로 거부하겠다는 것이 아니라, 국회의 의견을 물어 선거의 실시시기를 재조정하겠다는 것에 불과하다. 다만 국회 자체의 사정 때문에 피청구인이 제출한 연기 법률안의 심의를 지연하고 있는 것이므로 피청구인에게는 책임이 없고, 피청구인이 청구인들의 기본권을 침해한 것도 아니다

3. 판단

가. 피청구인의 작위 부분에 대한 판단

공권력의 행사에 대하여 헌법소원심판을 청구하기 위하여는 공권력의 주체에 의한 권력의 발동으로서 국민의 권리의무에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키는 행위가 있어야 한다 이 사건에서 심판의 대상이 되는 공권력의 행사는 피청구인이 국무회의 의장의 자격으로 지방자치법중개정법률안을 국무회의에 상정하여 심의 의결하고 대통령의 자격으로 이를 제가한 다음, 정부의 이름으로 이를 국회에 제출하였다고 하는 법률안 제출행위이다 헌법 제89조 제3호의 규정에 의하면 법률안의 심의는 국무회의의 권한이고 헌법 제52조의 규정에 의하면 정부는 법률안을 제출할 수 있다 그러므로 이 사건 작위 부분은 헌법이 인정한 정부의 법률안

제출권을 행사한 것으로서 그 성격 자체는 공권력성을 갖추었다고 볼 수 있다. 그러나 그와 같이 제출된 법률안이 법률로써 확정되기 위하여서는 국회의 의결과 대통령의 공포절차를 거쳐야 하므로 그러한 법률안의 제출은 국가기관간의 내부적 행위에 불과하고 국민에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키는 행위가 아니다

그렇다면 피청구인의 이 사건 작위 부분에 관한 행위는 헌법재판소법 제68조에서 말하는 “공권력의 행사”에 해당하지 아니하므로, 청구인들의 이 사건 작위 부분에 대한 심판청구는 부적법하다고 할 것이다

나. 피청구인들의 부작위 부분에 대한 판단

(1) 먼저, 이 사건 부작위 부분에 대한 심판청구의 적법성을 판단하기 위한 전제로서, 이 사건의 성격과 경과에 관한 사실관계를 기록에 의하여 판단한다.

여당과 야당은 합의에 의하여 1990.12.31. 지방자치법을 일부개정하여 구 자치법 부칙 제2조 제2항을 신설하고, 단체장선거를 1992.6.30. 이내에 실시하도록 하였다. 그런데 1991년 후반기부터 1992년 말까지 사이에 걸쳐 대통령선거 국회의원선거 외에 광역단체장 선거 및 기초단체장 선거를 실시할 경우에 국민경제와 사회전반의 불안정 및 혼란을 초래할 수 있으므로, 단체장선거를 연기하는 것이 바람직하다는 주장이 일부 경제단체와 언론기관을 포함한 사회일각에서 있어 왔다. 그러던 중 피청구인은 1992.1.10. 연두기자회견에서 단체장선거를 1992년 상반기 내에 실시하게 되면 그로 말미암아 사회경제에 미치는 파급효과가 클 것으로 예상된다는 등의 이유를 내세워, 단체장선거를 1995년 이후로 연기하고

그 타당성 여부를 제14대 국회에서 논의하도록 하겠다고 발표하였다. 단체장선거의 실시시기는 처음에는 1991.6.30.까지로 되어 있던 것인데, 후에 법을 개정하여 1992.6.30.까지로 변경하였던 것이므로, 피청구인의 위와 같은 발표는 결국 또 한 차례 전례를 답습한다는 것이었다. 그 발표에 대하여는 당시 언론기관이 발표한 여론조사결과에 의하면 단체장선거의 연기를 지지하는 여론이 과반수 내외이었고 야당 진영에서는 별다른 이의를 제기한 사실이 없었다.

그 후 1992.3.24. 제14대 국회의원 총선거가 실시되었고 선거 결과 전국구를 포함하여 민주자유당 149석, 민주당 97석, 통일국민당 31석, 신정당 1석 및 무소속 21석(합계 299석)이 당선되었다. 제14대 국회의원 총선거 후 야당에서는 정부가 단체장선거를 1992년 상반기에 실시하지 않으면 제14대 국회의 원구성에 협력하지 않겠다고 정부 여당에 정치적 압력을 가하였고, 여당은 무소속 당선자를 영입함으로써 제14대 국회의원의 임기가 개시된 같은 해 5.30.경에는 국회의석의 과반수를 확보하였다. 그러나 국회는 여야간의 원구성에 관한 협상이 지연되어 제4대 국회가 개원조차 하지 못한 상태에서 피청구인은 같은 해 6.4. 국무회의에서 단체장선거를 1995.6.30. 이내에 실시하기로 하는 지방자치법 중개정법률안을 심의의결하고 이튿날 이를 국회에 송부하였으며 국회가 개원하지 못한 상태에서 피청구인은 단체장선거일 공고 마지막 날인 같은 달 12.을 도과시켰다. 국회는 국회의원의 임기 개시일로부터 30일 이내에 임시회가 소집되어야 한다는 국회법 제2조에 따라 겨우 그 마지막 날인 같은 해 6.29. 개원되었으나, 국회는 물론 야당진

영에서도 피청구인에 대한 정치적 책임을 묻기 위한 적극적인 조치를 취한 사실은 전혀 없었다.

(2) 위에서 인정한 사실들을 종합하면 단체장 선거시기 자체가 정치적으로 여야간의 이해관계가 첨예하게 대립되는 사안인데다 위에서 본 바와 같이 피청구인이 이 사건 부작위에 이른 경위와 국민의 여론 제14대 국회의 여야의 의석비율 및 피청구인의 이 사건 부작위에 대한 야당의 대응태도 등에 비추어 볼 때 이 사건의 심판대상인 단체장 선거 시기의 연기문제는 고도의 정치적 성격을 지닌 사안이라고 할 수 있다.

헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 헌법소원을 청구하기 위하여는, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 거친 후가 아니면 청구할 수 없다고 하여, 소위 헌법소원의 보충성 원칙을 규정하고 있다. 위 보충성의 원칙은 헌법소원의 본질이 보충적인 최후의 권리구제수단이라는 것을 의미한다. 이와 같은 헌법소원의 본질에 비추어 볼 때, 이 사건과 같이 고도의 정치적 성격을 지닌 사건에서는 여당과 야당이 타협과 대결을 통하여 국정을 해결하는 정치부인 국회에서 우선적으로 이 사안을 다룰 필요가 있다. 뿐만 아니라 국회가 이 문제를 해결하겠다고 나선다면, 사법기관의 일종인 헌법재판소로서는 이를 존중함이 마땅하다고 본다.

(3) 그런데 국회는 실제로 개원 후 지방자치법중개정법률안 등을 심사하기 위하여 1992.8.17., 1992.10.6., 1993.5.11., 1994.3.2. 등 4차례에 걸쳐 “정치관계법심의특별위원회”를 구성하고, 그 위원회의 활동을 통하여 이 사건 부작위와 관련되는 문제를 정치적으로

해결하기 위한 노력을 계속하였다 헌법재판소는 그 문제를 정치적으로 해결하기 위한 국회의 노력을 존중하는 한편 이 사건의 심리를 진행하고 있던 중, 국회는 1994.3. 초 위 특별위원회에서 이른바 정치개혁입법의 하나인 지방자치법중개정법률안 등에 대한 여야간의 합의가 이루어져, 같은 해 3.4. 본회의에서 공직선거및선거부정방지법이하 “신 선거법”이라 한다, 지방자치법중개정법률(이하“신 자치법”이라 한다) 및 정치자금에관한법률중개정법률을 여야합의로 통과시켰다 피청구인은 같은 달 16. 그 중 신 선거법을 법률제4739호로, 신 자치법을 법률 제4741호로 각 공포하였고, 위 법률들은 각 공포한 날부터 시행되게 되었다

(4) 나아가 권리보호의 이익 및 심판청구의 적법 여부에 관하여 본다. 헌법소원제도는 국민의 기본권침해를 구제하는 제도이므로 그 심판청구가 적법하다고 하려면 그 제도의 목적상 권리보호의 이익이 있어야 한다. 그러므로 심판청구 당시 권리보호의 이익이 인정되더라도 심판 계속중에 생긴 사정변경 즉 사실관계 또는 법령제도의 변동으로 말미암아 권리보호의 이익이 소멸 또는 제거된 경우에는, 원칙적으로 심판청구는 부적법하게 된다 다만, 그와 같은 경우에도 그러한 기본권 침해행위가 반복될 위험이 있거나 그러한 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는, 예외적으로 심판청구의 이익이 있다고 볼 수는 있다(헌법재판소 1992.1.28. 선고, 91헌마111 결정; 1992.4.14 선고, 90헌마82 결정; 1993.11. 선고, 92헌마98 결정; 1993.7.29. 선고, 89헌마31 결정 참조).

(5) 그런데 신 자치법은 ① 단체장선거를 1992.6.30. 이내에 실

시하기로 하였던 구 자치법 부칙 제2조 제2항을 삭제하고(본칙 최종 조항), ② 최초의 단체장선거를 1995.6.30. 이내에 실시한다고 규정하고 있다(부칙 제2조). 그 결과 이 사건에서 심판의 대상이 되고 있는 피청구인의 이 사건 부작위로 말미암아 생겼던 위법상태는 모두 해소되었다

또한 신 선거법은 ① 피청구인의 선거일 공고의무의 근거조항이었던 구 선거법 자체를 폐지하였고(부칙 제2조), ② 각종 공직선거에서 선거일의 택일제도를 폐지하고, 원칙적으로 선거일을 법률로 확정하였으며(제34조), ③ 선거일이 법정화됨에 따라 보궐선거, 재선거 또는 연기선거를 제외한 총선거에서는 선거일 공고제도를 폐지하였고(제35조·제36조), ④ 최초의 단체장선거는 1995.6.27. 실시하기로 명시하였다(부칙 제7조 제1항). 그 결과 앞으로 있을 단체장선거에서는 원칙적으로 선거일 공고는 필요 없게 되었고, 예외적으로 보궐선거, 재선거, 지방자치단체의 설치·폐지·분할 또는 합병에 의한 단체장선거 및 연기된 선거의 선거일은 당해 단체장이, 천재·지변 등으로 인한 재투표일은 관할 선거관리위원회가 공고하도록 되었다(제35조 제2항·제3항·제36조).

(6) 위와 같은 법제의 변동으로 종래 피청구인의 단체장선거일공고의무를 규정하였던 법률조항들은 모두 삭제 또는 폐지되었으므로 이 사건 부작위에 대하여 위헌확인이 선고되더라도 피청구인은 그 결정취지에 따라 단체장선거일을 공고할 수 없어서 청구인들의 주관적인 권리구제에 전혀 도움이 되지 아니하게 되었다.

뿐만 아니라 신 선거법에서는 선거일이 법정화됨으로써 선거일공고제도 자체가 필요 없게 되어 이를 폐지하였고, 보궐선거 등에

서의 선거일 공고는 피청구인이 아닌 당해 단체장이 재투표일은 관할 선거관리위원회가 공고하도록 하였으므로 이 사건은 불분명한 헌법문제의 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에도 해당하지 아니한다. 그러므로 이 사건은 예외적으로 심판청구의 이익이 있는 경우에도 해당하지 않는다고 할 것이다.

다. 결 론

그렇다면 이 사건 헌법소원심판청구는 권리보호의 이익이 없는 경우에 해당하여 부적법하다고 할 것이므로 이를 모두 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 관여재판관 중 재판관 변정수 재판관 김양균을 제외한 나머지 재판관 7인의 의견일치에 따른 것이다.

이 결정에는 재판관 조규광 외 6인의 제4항과 같은 보충의견과 재판관 변정수 외 1인의 제5항 및 제6항과 같은 반대의견이 있다.

4. 보충의견

가. 재판관 조규광 재판관 김진우의 기본권적 청구권 결여에 관한 보충의견

(1) 단체장 선거제도는 자유민주주의 국가에서 국민주권의 원리에 따라 주민의 참정권을 보장하는 법제도로써 대단히 중요한 정치적 의미를 지니고 있다. 그러나 이 사건에서 단체장선거의 실시시기와 관련하여 피청구인의 정치적 책임이나 단순한 법률위반 여부를 따지는 것과 헌법상 보장된 기본권침해 여부를 논의하는 것은 그 성격과 차원을 달리하는 문제라는 사실을 먼저 밝혀 둔다.

헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면, 공권력의 행사 또는 불행

사로 인하여 “헌법상 보장된 기본권”을 침해받은 자는 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 헌법소원심판을 청구하는 자는 기본권의 침해를 주장하여야 한다. 만약 행정청의 부작위에 대한 위헌확인의 헌법소원심판을 청구하는 자가 내세우는 기본권이 성질상 기본권에 해당하지 아니하며, 부작위의 위헌확인을 청구할 수 있는 기본권적 청구권이 인정되지 아니하는 경우에는 그 심판청구를 부적법한 것으로 보아 각하하게 된다. 청구인들은 이 사건에서 피청구인의 이 사건 부작위로 인하여 그들의 헌법상 보장된 기본권인 단체장의 직접선거권 및 피선거권을 침해받았다고 주장하면서 이 사건 심판청구를 하고 있으므로, 과연 단체장의 직접선거권 및 피선거권이 헌법상 보장된 기본권인지 여부부터 살펴볼 필요가 있다.

(2) 헌법 제24조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다”라고 규정하였고, 선거에 의하여 선출된 자의 공무취임에 관하여는 헌법 제25조가 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다”라고 규정하여, 선거권과 피선거권을 헌법상 보장된 기본권으로 명시하고 있다. 여기에서 논의의 출발점이 되는 선거권이라 함은, 일정한 자격을 가진 국민이 국가 또는 지방자치단체의 공직을 담당하는 넓은 의미의 공무원을 선출하는 권리를 말한다. 이러한 선거권은 국민 또는 주민이 국정이나 자치단체업무에 참가할 수 있는 길을 보장하는 기초적 권리로서, 간접민주정치제도 아래에서는 가장 기본적인 정치적 권리라고 할 수 있다. 그러나 여기에서 문제가 되는 것은 이러한 선거권의 내용 또는 범위를 어떻게 파악할 것인가 함이다.

결론부터 말하자면, 헌법에 종속하는 하위법인 법률에서 선거권 또는 피선거권을 정하기만 하면 이와 같은 공권이 법질서에서 의존하여야 할 헌법상의 명문이나 논리적으로 당연히 도출되는 헌법해석근거가 없이도, 곧 헌법상 보장된 기본권으로 격상되는 것은 아니라는 것이다. 물론 법률에서 정한 선거권 또는 피선거권이 그 내용과 범위 등에 있어서 헌법 제11조가 정한 평등권이나 기타의 기본권에 저촉된다면 그것은 그것대로 기본권침해 여부를 따질 수 있는 것이지만 적어도 이 사건에서 문제된 기본권적 청구권의 존부를 가리는 마당에서는 법률에서 헌법적 근거 없이 선거권 또는 피선거권을 정하였다 하여 그로 하여 곧바로 국민이나 주민에게 선거실시요구권(청구권)이 당연히 생기는 것은 아니라는 것이다. 기본권이란 헌법종속적인 법률로서 그 본질적 내용(핵심)을 침해할 수 없는 것이며, 그 타당근거는 바로 헌법 자체에 찾아야 하기 때문이다.

헌법은 국회의원과 대통령을 국민의 직접선거에 의하여 선출한다고 명시하였으므로(헌법 제41조 제1항 및 제67조 제1항), 국민의 국회의원 및 대통령 선거권이 헌법상 보장된 기본권인 사실은 의문의 여지가 없다. 또한 헌법 제118조 제2항에 의하면 “지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다”라고 규정하고 있다. 그 중 지방의회의원의 경우에는 헌법이 비록 선거의 방법을 명시하지는 아니하였으나 “의원선거”에 관한 사항을 법률로 정한다고 규정하였으므로 그 선거권도 헌법상 보장된 기본권 즉 헌법 제24조에서 말하는 선거권의 범위에 속한다고 할 수 있다. 문제는

단체장의 경우인데, 헌법은 단체장의 “선임방법”에 관한 사항은 법률로 정한다고 하여, 지방의회의원의 경우와는 달리 규정하고 있다. 그러므로 단체장을 선거할 것인가 임명할 것인가, 선거나 임명하는 경우에는 어떻게 선출 또는 임명할 것인가 하는 문제는 전적으로 법률에 의하여 결정된다. 따라서 단체장의 선임방법을 정부 또는 상급 단체장에 의한 임명제로 하든, 지방의회에 의한 간접선거제로 하든, 주민들에 의한 직접 선거제로 하든, 그것은 입법자의 고유권한에 속하는 것으로 보여진다. 그리하여 만약 법률이 단체장의 선임방법을 임명제 또는 간접선거제로 정하였다고 하여, 그것이 곧 기본권을 침해하는 위헌적 법률이라고 단정하기는 어렵다. 그것은 그와 같은 임명제 또는 간접선거제도 헌법 제 118조 제2항이 예정하고 있는 것이라고 보여지기 때문이다. 실제로 일찍부터 선거에 의한 지방자치제를 효과적으로 운영하고 있는 선진 자유민주주의국가에서도 단체장을 지방의회에서 선출하는 간접선거제(의회제)로 하는 나라들도 있고, 주민이 직접 선출하는 직접선거제(수장제)로 하는 나라들도 있다. 그러나 그 장단점을 일률적으로 확정 지을 수 없고, 그것은 나라마다 다른 지방자치제의 연혁, 국민의 정치의식, 입법자의 정치적 결단, 기타 사정에 따라 정하여지기 마련이다. 우리 헌법의 해석에서도 법문의 문언뿐만 아니라 이러한 비교법제는 가치 있는 참작 사유가 될 것이다.

(3) 그런데 우리 나라의 경우에는 다음 몇 가지 점에 비추어 단체장의 직접선거권을 헌법상 보장된 기본권의 범위에 속한다고 보기는 어렵다. 첫째로, 1987.10.29. 공포된 이른바 제6공화국 헌법 규정의 하나

인 위 제118조 제2항의 규정을 처음 구체화한 입법이라고 할 수 있는 지방자치법개정법률(1988.4.6. 법률 제4004호)은 단체장을 그 법에 정한 피선거권이 있는 자 중에서 선거한다고만 하고 그 선거방법은 다른 법률에 다시 위임하였을 뿐만 아니라(제86조), 그 선거시기에 관하여도 아무런 규정을 두지 아니한 채, 단체장은 따로 법률로 정할 때까지 정부에서 임명한다고 규정하였다(부칙 제5조). 이처럼 시한을 정함이 없이 당분간 단체장을 정부 임명제하에 두도록 한 것은 바로 입법자가 헌법 제18조 제2항에 의한 입법위임을 이행함에 있어서 단체장의 주민직접선거제가 헌법적 의지는 아니라고 해석한 데서 비롯된 것이라고 보아야 한다

둘째로 헌법 제118조 제2항의 위임에 의하여 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항을 정한 법률인 지방자치법과 지방교육자치에 관한 법률(1991.3.8. 법률 제4347호, 이하 “지방교육자치법”이라 한다)에 의하면, 광역 지방자치단체인 특별시·직할시·도(이하 “시·도”라 한다)의 집행기관에는 일반행정에 관한 사무를 관장하는 집행기관인 특별시정직할시·도지사(이하 “시·도지사”라 한다) 외에, 교육·과학·기술·체육 기타 학예(이하 “교육·학예”라 한다)에 관한 사무를 관장하는 집행기관인 교육감을 두어 집행기관 즉 단체장을 이원화하고 있다(지방자치법 제112조, 지방교육자치법 제25조 참조). 그런데 시·도지사는 주민이 직접 선거하는 데 반하여(현행 지방자치법 제86조 및 구 선거법 제1조·제9조 참조), 교육감은 당해 시·도 교육위원회에서 선출하도록 하고 있고(지방교육자치법 제28조 참조), 그 선출기관인 교육위원회의 구성원 즉 교육위원은 당해 시·도 의회에서 선출하도록 하고 있다(지방교육자치법 제5조 참조).

시·도지사과 교육감은 다 같이 지방자치단체의 집행기관 즉 단체장이라고 하는 동일한 법률상의 지위에 있는데도 불구하고 교육감의 선임방법을 시·도지사의 경우와 달리 지방의회의 하급의결기관인 교육위원회에 의한 이른바 “특수간선제”로 규정한 것은, 입법자가 단체장의 직접 선거권을 헌법상 보장된 기본권 즉 헌법 제24조에 규정한 선거권의 범위 내에 포함되지 아니하는 것으로 보고 있기 때문이라고 할 수 있다

(4) 이상과 같은 이유로 주민에 의한 단체장의 직접선거권은 헌법상 필수적으로 요청되는 헌법상 보장된 기본권의 보장규정에 의한 것이 아니라, 이를 입법자의 결단에 의하여, 그 고유권한 내에서 정하여진 법률상의 권리라고 해석하여야 한다. 그렇게 해석하지 아니하고, 단체장의 직접선거권도 헌법 제24조가 규정하는 선거권 즉 헌법상 보장된 기본권의 범위 내에 포함되는 것으로 해석한다면, 위 지방교육자치법은 주민의 기본권인 교육감(단체장의 일종)에 대한 직접선거권의 본질적 내용을 침해하는 위헌법률이라고 볼 수밖에 없을 것이며 이러한 견해는 취할 바가 못 된다.

그리고 단체장의 직접선거권(능동권)을 헌법상 보장되는 기본권이 아니고 법률에 의하여 보장되는 권리라고 보는 이상 이에 대응하는 단체장 피선거권(수동권)도 헌법상 보장되는 기본권이 아니라 법률에 의하여 보장되는 권리라고 해석하여야 한다. 그렇다면 청구인들이 단체장의 직접선거권 또는 이에 대응하는 피선거권이 헌법상 보장된 기본권이며, 이 기본권에 기인하여 주민들의 주관적 공권으로서의 단체장선거청구권이 당연히 도출된다는 전제하에 이 사건 부작위의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원은 침해된 기본

권적 청구권이 존재하지 아니하여 부적법임을 면할 수 없다고 보아야 할 것이다.

(5) 헌법소원심판에서 심판청구가 부적법하여 각하하는 경우에 그 각하사유가 중첩되면 그 중 어느 것을 선택하여도 무방한 것이므로 우리는 청구인들의 이 사건 심판청구가 법제의 변동으로 그 권리보호이익이 없어졌다는 이유로 이를 각하하여야 한다는 판단에 대하여 거의 의 없이 찬성하였다. 그러나 이 사건의 경우에는 그밖의 단체장의 직접 선거권 및 피선거권이 헌법상 보장되는 기본권에 해당하지 아니한다고 하는 이유 때문에도 심판청구는 어차피 각하되어야 할 것임을 밝히기 위하여 위와 같은 보충의견을 개진한다.

나. 재판관 김진우, 재판관 최광률, 재판관 이재화의 부작위소원 요건 불비에 관한 보충의견

(1) 헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자는 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 그러므로 공권력의 불행사 즉 부작위에 대한 헌법소원 즉“부작위소원”을 제기하기 위하여는, 먼저 피청구인의 부작위 및 그로 인한 청구인의 기본권침해의 주장이 있어야 할 뿐만 아니라 피청구인의 “작위의무” 및 청구인의 “청구권”이 있어야 한다.

우리 재판소는 일찍이 보건사회부장관이 약사의 한약취급행위를 단속하지 아니한 공권력의 불행사 즉 부작위에 의하여 기본권이 침해되었다고 주장한 부작위소원 사건에서 “행정권력의 부작위에 대한 소원의 경우에 있어서는 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 있어야 하고, 이에 의거하

여 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 불구하고 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 허용된다고 할 것이며 의무위반의 부작위 때문에 피해를 입었다는 단순한 일반적 주장만으로 부족하다"라고 판시한 바 있다(헌재 1991.9.16. 선고, 89헌마163 결정).

위와 같은 우리 재판소의 판례태도는 행정상의 부작위 즉 행정부작위에 대한 부작위소원의 경우에도 입법부작위 기타 다른 부작위에 대한 부작위소원의 경우처럼 헌법에서 유래하는“작위의무의 존재”와 그 의무이행을 구하는 “청구권의 존재”가 적법요건을 명시한 것으로서 헌법재판에 관한 독일연방헌법재판소의 판례와 행정소송에 관한 우리 대법원의 판례와 같은 입장을 취한 것이라고 볼 수 있다

(2) 먼저, 작위의무의 존재에 관하여 본다. 행정부작위에 대한 부작위소원의 적법요건이 되는 행정청의 작위의무는 특별히 헌법상 구체적으로 규정되어 있거나, 헌법의 해석상 그 작위의무가 헌법상의 의무라는 사실을 인정할 수 있어야 한다. 그러므로 “헌법에서 유래하는 작위의무”는 그것이 비록 법률에 규정되어 있다고 하더라도 헌법의 이념상 인정되면 족하다는 취지로 이해하여서는 아니 된다. 오히려 그 작위의무는 헌법의 명문규정 또는 해석상 직접 헌법상의 의무로 인정될 수 있어야 한다는 의미로 이해하는 것이 타당하다(헌재 1989.3.17. 선고, 88헌마1 결정 참조).

그렇다면 이 사건의 경우, 피청구인의 단체장 선거일 공고의무가 ‘헌법에서 유래하는 작위의무인가 함이 문제된다. 그런데 단체장을 주민의 선거에 의하여 선출하도록 하는 규정이 헌법에는 없고

하위법인 지방자치법에 있을 뿐이며(제86조), 그 선거일 공고의무도 구 선거법에서 규정하고 있을 뿐이다(제95조 제3항 및 부칙 제6조). 그런 점에서 본다면 피청구인의 단체장 선거일 공고의무는 헌법상의 의무라고 할 수 없다.

(3) 다음 청구권의 존재에 관하여 본다 이러한 청구권은 행정청의 헌법상 작위의무가 인정되는 경우에도 청구인이 행정청에 대하여 그러한 작위의무의 이행을 청구할 수 있는 구체적 청구권이어야 하므로 그 인정 여부는 작위의무의 내용 내지 특성에 따라 개별적으로 판단되어야 한다고 할 것이다. 우리 재판소가 위 89헌마163 사건에서 “부작위소원은 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 불구하고 공권력의 주체가 그 의무를 해태한 경우에 한하여 허용된다는 취지로 판시한 것도 그와 같은 이론에 근거한 것으로 이해된다 그것은 헌법상의 작위의무의 불이행이 있고 그로 인하여 기본권이 침해된 경우에도 당연히 청구권이 인정된다고 한다면, 부작위소원을 청구하기 위한 적법요건으로서 작위의무의 존재 외에 청구권의 존재를 거론할 필요가 없기 때문이다

그런데 구 자치법 부칙 제2조 제2항과 구 선거법 제95조 제3항 및 부칙 제6조에 의하면, 피청구인은 1992.6.30. 이내에 단체장선거가 실시될 수 있도록 같은 달 12. 이내에 단체장 선거일을 공고하여야 한다. 그러나 피청구인은 위 기한 내에서는 단체장 선거일을 공고할 재량이 있는 것이므로, 어느 선거권자 또는 피선거권자가 그 기한 내의 어느 날까지 단체장선거를 실시하라는 청구에 의하여 선거일을 정하고 공고하여야 하는 것은 아니다. 따라서 최소한 위 기한 내에는 청구인들과 같은 입후보 예정자 또는 단순 유권자에게

선거일 공고에 대한 청구권이 있다고 볼 수 없다 한편 피청구인이 위시기까지 단체장 선거일을 공고하지 아니한 경우에도 피청구인의 법률 위반 내지 헌법위반이 남을 수 있을 뿐이고 그로 인하여 선거권자 또는 피선거권자에게 단체장 선거일 공고에 대한 청구권이 발생하는 것도 아니다. 그러므로 피청구인의 단체장 선거일 공고의무는, 설사 그것이 헌법상의 의무라고 하더라도, 청구인들과 같은 일반 국민 또는 선거권자나 피선거권자에게 청구권이 발생한다고 보기는 어렵다 만약 그렇게 해석하지 아니하고, 선거권자 또는 피선거권자이면 누구나 선거일 공고에 관한 청구권을 갖는다고 해석하게 되면 그들이 모두 부작위 위헌소원의 청구인이 될 것이므로 결과적으로 헌법소원이 민중소송화하는 것을 막을 길이 없게 될 것이다. 뿐만 아니라 정치권인 국회나 정당 차원에서 해결할 정치문제를 사법기관의 일종인 헌법재판소가 재판대상으로 삼아 위헌여부를 판단하는 불합리한 결과를 가져올 것이다

그렇다면 청구인들이 장차 시행될 단체장선거에서 입후보하려고 준비 중인 자들이었다고 하더라도, 피청구인의 이 사건 부작위의 위헌확인을 구하는 헌법소원에서 작위의무의 이행을 구할 청구권자의 지위에 있다고 볼 수 없다. 따라서 청구인들의 이 사건 심판청구는 이른바 부작위소원의 요건을 갖추지 못한 부적법한 청구라고 하지 아니할 수 없다

(4) 우리는 청구인들의 이 사건 심판청구가 법제의 변동으로 그 권리보호이익이 없어졌다는 이유로 이 사건 심판청구를 각하하여야 한다는 판단에 대하여 이의 없이 찬성하였다. 그러나 이 사건의 경우에는 그 밖에 피청구인의 단체장 선거일 공고의무가 헌법에서

유래하는 작위의무가 아닐 뿐만 아니라, 청구인들에게 피청구인에 대하여 그러한 작위의무의 이행을 구할 청구권이 없다고 하는 이유 때문에도, 심판청구는 어차피 각하되어야 할 것임을 밝히기 위하여 위와 같은 보충의견을 개진한다.

다. 재판관 변정수의 반대의견에 관한 다수의견 재판관들의 보충의견

(1) 먼저 반대의견을 반박하는 보충의견을 표명하지 않을 수 없는 이유를 밝힌다.

헌법재판소법 제6조 제3항에 의하면, “법률의 위헌심판 권한쟁의 심판 및 헌법소원심판에 관여한 재판관은 결정서에 의견을 표시하여야 한다”라고 규정하고 있다. 이는 헌법재판소재판관의 소수의견제를 규정하고 있는 것이다. 원래 소수의견제는 다수의견의 결론 또는 이유에 대하여 견해를 달리하는 재판관으로 하여금 결정서에 자기의 법률적 견해를 피력하게 하여, 이를 국민에게 알리고 후일 판례변경을 기대하라는 취지에서 비롯된 것이다. 그러나 소수의견에서는 첫째 개인감정을 노출하여 다른 재판관을 비난 또는 매도하는 행위를 하여서는 아니되고 둘째 다수의견의 판시 취지를 왜곡 또는 과장하고, 이를 전제로 다수의견을 비판 또는 공격하는 행위를 하여서는 아니된다. 그것이 바로 소수의견의 한계라고 할 수 있다.

그런데 이 사건에서 반대의견을 제출한 재판관은 권리보호이익의 사후소멸로 인하여 심판청구를 각하하여야 한다는 다수의견법정의견에 대하여, 반대의견을 펴는 과정에서 위에 실시한 바와 같은 소수의견의 한계를 일탈하고 있으므로, 우리는 이 사건에서 보

충의건의 형식으로 그에 대한 반론을 표명하여 반대의건의 부당성을 지적하고 다수의견을 보충하지 않을 수 없다. 다만, 일부 재판관의 보충의견에 대한 반대의견에 대하여는 법률적 견해의 차이라고 보아 굳이 반론하지 아니한다.

(2) 나아가, 심판의 이익 또는 필요가 상존한다는 주장에 대하여 본다.

이 점에 관한 반대의건의 논지는 이 사건의 경우 ① 피청구인에 의한 동종행위의 반복가능성이 있고 ② 문제의 해명이 헌법상 중대하므로, 심판의 이익 또는 필요가 상존한다는 것이다 그러나 논지는 어느 것도 수긍할 수 없으므로 차례로 반박한다.

첫째로, 반대의견은 동종행위의 반복가능성에 관하여 동종행위의 개념을 지나치게 좁게 해석할 것이 아니라, 넓게 보아 대통령이 법에 정한 의무를 불이행하는 행위 나아가서 모든 법질서를 유린하는 행위를 모두 포함하는 것으로 해석하여야 한다고 주장한다. 그러나 사정변경으로 말미암아 권리보호의 이익이 사후 소멸한 경우 예외적으로 그 이익을 인정하기 위한 사유가 되는 동종행위의 반복가능성은 추상적이고 이론적인 가능성이 아니라, 구체적이고 실제적인 가능성을 뜻하는 것으로 해석하여야 한다고 함이, 우리 재판소의 확립된 판례이다(헌재 1991.7.8. 선고, 89헌마181 결정; 1993.3.11. 92헌마98 결정; 1994.7.29. 선고, 91헌마137 결정 각 참조).

반대의견의 논지는, 이 사건에서 심판의 대상이 되는 것은 구체적으로 단체장 선거일의 불공고 행위이고, 그것은 곧 구 자치법 부칙 제2조 제2항, 구 선거법 제95조 제3항 및 부칙 제6조에 대한 위

반행위이지만, 그 주체인 피청구인은 법률에 대한 준수 및 집행의무를 지고 있으므로, 이를 추상화하면 결국 피청구인의 법률에 대한 준수 및 집행의무의 위반행위가 되는데, 그러한 위반행위는 앞으로도 계속하여 발생할 소지가 충분하기 때문에 반복가능성이 상존한다는 것이다. 그러나 그와 같이 동종행위의 개념을 추상화 일반화하여 확대하는 것은 위 판례 취지에 정면으로 배치된다. 동종행위의 개념을 그와 같이 확대하게 되면, 그것은 구체적이고 실제적인 가능성이라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 그 반복가능성을 부인할 수 있는 경우란 거의 있을 수 없다. 따라서 이 점에 관한 반대의견의 논지는 부당하다.

둘째로, 반대의견은 문제 해명의 중대성에 관하여 ① 다수의견이 헌법문제의 해명이 중대한 의미를 지니는 경우에 해당하지 아니한다고 한 이유가 무엇인지 불분명하나 ② 만약 피청구인의 행위가 위헌이라고 본 것이라면, 위헌적 공권력 행사의 통제를 위하여 조속한 해명이 중요하고, ③ 그 반대의 경우라면, 피청구인의 행위가 정당함을 확인하고, 이에 관한 국민의 불신을 씻어 주기 위하여 조속한 해명이 필요하므로, 문제 해명의 중대성이 있다고 주장한다.

그러나 반대의견의 논지는 심판청구의 적법성 판단(요건판단)으로서의 권리보호이익의 소멸 여부에 관한 문제와 청구이유의 당부판(본안판단)으로서 위헌여부에 관한 문제를 혼동하고 있는 주장이다. 법제의 변동으로 인하여 권리보호의 이익이 사후에 소멸하였기 때문에 그 심판청구가 부적법하게 되었는지 여부를 판단함에 있어서는 본안판단 문제인 피청구인의 행위에 관한 위헌여부의 평가

는 문제삼을 필요가 없다. 오로지 요건판단으로써 문제해명의 중대성과 그로 인한 심판이익의 상존 여부만을 판단하면 된다고 본다 따라서 이 사건의 경우에는 심판의 대상인 단체장 선거일의 불공고행위와 관련한 분쟁의 해결 또는 문제의 해명이 법제의 변동으로 인한 제도의 폐지에도 불구하고, 계속하여 헌법적으로 중대한 의미를 갖는지 여부를 판단하면 되는 것이고, 피청구인의 행위에 대한 평가가 위헌인지 아니면 합헌인지는 따질 필요조차 없다고 본다.

뿐만 아니라 각종 공직선거의 관리사무는 헌법상의 독립기관인 각급 선거관리위원회가 담당하고(헌법 제114조, 지방자치법 제24조, 구 선거법 제3조 및 제4조 참조), 행정부의 수반인 피청구인은 그러한 선거관리사무에는 관여할 수 없게 되어 있다. 피청구인은 구 선거법 아래서 예외적으로 법 시행 후 최초의 총선거 및 임기만료로 인한 총선거에 관한 단체장 선거일의 공고사무에 한하여 관여하게 되어 있었으나(구 선거법 제95조 제3항, 부칙 제6조 참조), 신 선거법 아래서는 그와 같은 선거일 공고제도마저 폐지되어 피청구인은 단체장선거에 관한 관리사무에 일체 관여할 수 없게 되었다. 그렇다면 문제해명의 중대성이 상존하므로 심판의 이익이 있다는 반대의견의 논지는 부당하다

셋째로, 반대의견은 그 결론 부분에서 법제의 변동으로 인하여 권리보호의 이익 또는 필요가 소멸하였다는 다수의견의 판시에 대하여 굳이 권리보호의 이익을 인정할 예외사유가 있다고 주장한다 그러나 반대의견의 논지는 종전의 판례에 배치되는 주장일 뿐만 아니라 사건에 따라 태도를 바꾸는 일관성이 없는 이론이다 이 사건은 결국 피청구인이 단체장선거에 관한 선거사무를 집행함에 있어서

관계법률을 위반하였다는 사안이다 이에 대하여 다수의견은 사정변경
즉 법제의 변동으로 문제의 선거일 공고제도가 폐지되었으므로 권리보
호의 이익 또는 필요가 소멸하였다고 판단한 것이다

그런데 우리 재판소는 지금으로부터 불과 1개월 전인 1994.7.29.
청구인 민주당이 피청구인 중앙선거관리위원회를 상대로 제기한⁹¹헌마
137 법률질의 회답에 대한 헌법소원심판사건에서도 법제의 변동으로
말미암아 심판의 이익 또는 필요가 소멸하였다고 하여 심판청구 각하의
결정을 선고한 사례가 있었다 그 사건에서 청구인은 피청구인이 지방
의회의원선거법 제68조에 의한 정당단합대회의 개최를 알리는 홍보행위
에 관한 법률질의 회답을 함에 있어서 관계법률 및 헌법조항에 정면으로
위반되는 해석을 하여 청구인의 기본권을 침해하였고 청구인은 피청구
인의 위와 같은 행위로 말미암아 선거운동의 제약을 받아 많은 불이익
을 받았는바, 피청구인의 법률상 지위 또는 권한에 비추어 그와 같이
위헌·위법적인 유권해석이 되풀이되어 기본권을 침해할 염려가 있으
므로, 해명의 중대성과 반복의 가능성이 있다고 주장하였다

그러나 우리 재판소는 신 선거법이 선거기간 중에는 정당의 단합대회
자체를 개최할 수 없도록 금지하였으므로 법제의 변동으로 심판의 이
익 또는 필요가 사후에 소멸하였고 그러한 경우에는 구체성이 없어 해
명의 중대성이나 반복의 가능성을 인정할 여지가 없다고 판단하였다

이 사건에서 반대의견을 제출한 재판관도 그 사건에서는 아무런
반대의견을 제시하지 아니하여 전원일치의 결정으로 위와 같은 판례를
성립시켰던 것이다. 그 사건과 이 사건은 사안의 성질상 법제

의 변동에 따른 제도의 폐지로 인하여 심판이익 또는 필요가 사후소멸하였다는 점에서 조금도 다를 바 없다. 그렇다면 그 사건에서는 아무 말 없이 다수의견에 가담하였다가 이 사건에서는 태도를 바꾸어 심판의 이익이 상존한다고 주장하는 것은 일관성이 없는 이론이라고 할 수밖에 없다.

(3) 끝으로, 사건의 성격 및 경과에 관한 다수의견의 판시가 부당하다는 주장에 대하여 본다.

이 점에 관한 반대의견의 논지는 ① 다수의견이 심판청구의 적법성을 판단하기 위한 전제로써 이 사건의 성격과 경과에 관한 일련의 사실관계를 판시한 것은 재판의 지연을 정당화하기 위한 변명이고 ② 이 사건은 극히 단순하고 명료한 사건이지 고도의 정치적 사건도 아니므로, 대통령선거 전에 신속히 재판하여야 할 사건이었으며 ③ 다수의견의 논리는 헌법소원제도를 둔 헌법정신에 반할 뿐만 아니라 헌법재판소의 존재의미를 스스로 부인하는 부당한 이론이라는 것이다. 그러나 우리는 이러한 반대의견의 태도를 도저히 수용할 수 없으므로 이를 차례로 반박하고자 한다.

첫째로, 반대의견은 이 부분에 관한 다수의견의 판시는 그 동안 국회의 해결노력만을 지켜보며 재판을 끌어온 것을 정당화하기 위한 헛된 변명에 불과하고, 그러한 변명으로써는 재판지연을 정당화하는 구실이 될 수 없으며, 대 국민적 설득력도 없다고 주장한다. 그러나 반대의견은 다수의견의 판시 취지를 자기가 비판하기에 편리하도록 왜곡하고 있는 것이다. 다수의견은 헌법재판소가 국회의 정치적 해결 노력을 존중하면서 이 사건 심리를 진행하던 중 법제의 변동으로 단체장 선거일 공고제도 자체가 폐지되어 권리보호의

이익이 소멸하였다고 판시하였을 뿐이다 그런데 반대의견은 헌법재판소가 마치 사건 심리를 포기한 채 국회의 해결 노력만을 지켜보다가 선거제법과 지방자치법중개정법률이 공포되었음을 기회로 그 동안 끌려온 재판을 하게 되었다고 설시한 듯이 소개한 다음 다수의견의 그러한 판시는 재판지연을 정당화하기 위한 변명이라고 단정하고 다수의견 또는 헌법재판소를 매도 또는 비난하고 있다 그러나 위 반대의견은 헌법재판소가 청구인들의 청구를 선뜻 인용하지 아니한 것이 바로 재판지연이라는 그릇된 주관적 견해를 전제로 다수의 판시 취지를 일방적으로 왜곡하여 비판하고 있는 것으로서 부당하다.

둘째로, 반대의견은 이 사건이 단순명료한 사건이고 고도의 정치적 사건도 아니며, 설사 고도의 정치적 사건이라고 하더라도 제4대 대통령선거 전에 신속히 재판하였어야 할 사건이었다고 주장한다 그러나 그것은 반대의견을 제출한 재판관의 독자적 견해이고 청구인측의 주장일 뿐이지, 객관성이 있는 정당한 견해라고 볼 수 없다 반대의견은 헌법재판소가 이 사건을 2년 이상 끌었다고 하며, 말끝마다 “재판지연”을 거론하고 있다. 그러나 우리는 이 사건의 심리가 다른 사건에 비하여 현격하게 지연되었다고 보지 아니한다. 일반적으로 재판지연은 재판소측에 그 원인이 있는 경우도 있고, 당사자측에 그 원인이 있는 경우도 있다. 이 사건에서 심리가 다소 지연되었다면 그것은 당사자측의 답변서 제출 지연, 변론거부, 재판관 기피, 참고인신청 지연 등에도 상당한 원인이 있다.

뿐만 아니라 이 사건은 청구인측이나 위 반대의견의 제출자가 주장하는 것처럼 “지극히 단순하고 명료한 사건”도 아니다. 이 사건

에는 일부 재판관의 보충의견위 4. 가. 및 나. 참조)에서 볼 수 있는 것과 같이 청구인들이 침해받았다고 주장하는 단체장의 선거권 또는 피선거권이 과연 헌법상 보장된 기본권에 해당하는지 여부 이른바 부작위 소원에서 요구되는 심판청구 요건인 피청구인의 헌법상 작위의무 및 이에 상응하는 청구인의 청구권이 존재하는지 여부 기타 요건심리 과정에서 살펴야 할 많은 쟁점이 포함되어 있고, 본안심리 과정에서도 마땅히 심리·판단하여야 할 많은 쟁점이 깔려 있는 복잡한 사건이다. 헌법재판소의 심판사건 중에는 사안의 성격상 단기간에 처리할 수 없는 사건이 얼마든지 있다. 헌법재판소의 과거 통계에 의하면 사건접수 후2년 이상 걸려 종국결정을 선고한 사건이 수없이 많이 있고 현재 계속중인 사건 중에도 이 사건보다 먼저 접수되었으나 아직까지 종국결정을 선고하지 못하고 있는 사건이 수십 건이나 있다. 그렇다면 반대의견이 재판지연을 이유로 다수의견을 비난하는 것은 부당하다.

셋째로, 반대의견은 다수의견의 판시 이론이 국민의 기본권보장을 목적으로 헌법소원제도를 둔 헌법정신에 반하고 헌법재판소의 존재의미를 스스로 부인하는 매우 부당한 이론이라고 주장한다. 그러나 반대의견의 위와 같은 논지는 청구인들의 주장을 무조건 인용하여야 한다고 하는 주관적 견해에서 비롯된 것으로 보여질 뿐만 아니라 청구인들의 주장이 곧 전체국민의 의견인 듯이 착각하는 모순된 이론이다. 청구인들의 주장이 어찌하여 전체국민의 여론이라는 것이며, 그 주장에 동조하지 아니하면 곧 헌법소원제도를 둔 헌법정신에 반하고 헌법재판소의 존재의미를 스스로 부인하는 이론이 된다는 것인지 이해할 수 없다.

결국 반대의견은 이 사건에서 다수의견에 반대하는 법률적 견해를 피력하여 자신의 태도를 밝히는 데 그치지 아니하고, 다수의견의 판시 취지를 왜곡하거나 다른 재판관들을 매도하여 소수의견의 한계를 넘은 것이라고 생각한다.

라. 재판관 김양균의 반대의견에 관한 다수의견 재판관들의 보충의견

(1) 먼저, 사건의 성격 및 경과에 관한 다수의견의 판시가 부당하다는 주장에 대하여 본다.

이 점에 관한 반대의견의 논지는 ① 피청구인의 선거연기조치는 납득할 만한 명분과 이유가 없으며 ② 고도의 정치적 성격을 지닌 사건에서 정치권의 해결 노력을 존중하여야 한다는 다수의견은 잘못이며 ③ 이 사건에서 아무런 관련이 없는 보충성의 원칙을 거론한 것은 부당하다는 것이다. 이를 차례로 반박하여 위 다수의견을 보충하고자 한다.

첫째로, 반대의견은 ① 피청구인이 단체장선거를 연기하는 데 있어서 납득할 만한 명분과 실리가 없고 ② 피청구인이 들고 있는 사유만으로는 연기이유가 충분하다고 하기 어렵다고 주장한다 그러나 반대의견의 논지는 다수의견의 주문 판단과는 아무런 관계가 없는 것일 뿐만 아니라, 단순히 이 사건의 성격을 규명하기 위한 전제사실로서 지방자치법중개정법률안이 제출되기에 이른 경위에 관한 사실인정을 하였을 뿐이다. 다수의견이 채택한 주문은 어디까지나 심판청구의 각하이고 그 이유는 사정변경으로 인한 권리보호이익의 소멸에 따라 심판청구가 부적법하게 되었기 때문이라는 것이다. 뿐만 아니라 다수의견의 적법성 판단에서도 피청구인에 의한

선거연기조치의 당부에 관하여는 아무런 판단도 한 사실이 없다 그렇다면 이점에 관한 반대의견의 논지는 다수의견의 판시 취지를 오해하거나 곡해한 것이라고 생각한다.

둘째로, 반대의견은 ① 다수의견의 판단대로 이 사건을 고도의 정치적 성격을 지닌 사안이라고 단정하기 어렵고 ② 설사 그렇다고 하더라도 헌법재판소가 그에 대한 헌법적 판단을 유보하여야 할 정도의 것은 아니며, ③ 다수의견이 일부 경제단체와 언론기관의 주장을 판단의 전제사실로 삼고 있는 것은 부당하다고 주장한다 그러나 이 사건의 성격을 어떻게 파악하느냐 함은 재판관에 따라 견해가 달라질 수 있으므로 달리 반론하지 아니한다. 다만, 다수의견이 이 사건이 고도의 정치적 성격을 지닌 사안이기 때문에, 헌법재판을 중단한다거나 헌법판단을 유보하여야 한다고 판시한 사실은 없다 또한 일부 경제단체와 언론기관의 주장만으로 결정주문에 관계되는 어떤 직접사실의 인정이나 법률판단을 한 사실도 없다. 그렇다면 이 점에 관한 반대의견의 논지는 다수의견의 판단 취지를 오해하거나 과장한 것이라고 생각한다.

셋째로, 반대의견은 ① 이 사건에서 국회의 정치적 타협을 통한 해결은 법률상의 구제절차라고 할 수 없으며 ② 다수의견이 이 사건에서 보충성의 원칙을 거론한 것은 오해의 소지가 있고 그 원칙을 그릇 해석 또는 인용하고 있는 것이며, ③ 이 사건은 국회에서 우선적으로 취급할 문제이기 때문에 헌법재판소가 판단을 유보 또는 자제하여야 한다고 판시한 것은, 헌법소원제도의 기능을 저해하고 그 존재 의의를 약화시킬 염려가 있는 것이라고 주장한다 그러나 다수의견은 국회의 정치적 해결을 위한 노력을 존중하여야 한다.

고 판시하였을 뿐, 국회의 정치적 해결이 이 사건 심판청구의 전제조건이 되는 법률상의 구제절차라고 판시한 사실이 없다 또한 다수의견에서 보충성의 원칙을 거론한 취지는 보충성의 원칙을 하나의 예로 들어 헌법소원의 본질은 보충적인 최후의 권리구제수단이므로 이러한 헌법소원의 본질에 비추어 고도의 정치성을 지닌 사건에서는 정치권의 해결을 존중할 필요가 있다는 것을 강조하였을 뿐이다.

헌법재판소는 사법기관의 일종이기 때문에 정치권이 근거 없이 정치문제의 해결을 헌법재판소의 재판으로 대체하려고 하여서는 아니 된다. 그것은 이미 헌법재판제도의 운영에 관하여 우리 나라보다 오랜 경험을 축적하고 있는 독일에서도 거듭된 판례를 통하여 확립되고 있는 이론이다. 다수의견은 이러한 이론적 배경을 전제로 헌법소원심판이 최후의 권리구제수단이라고 강조하고 그러한 의미에서 정치권의 해결 노력을 존중할 필요가 있다고 판시하였을 뿐이지 바로 보충성의 원칙 때문에 국회에서의 정치적 해결을 거치지 아니하고 제기한 이 사건 심판청구가 부적법하다거나 이 사건에 관한 헌법재판소의 판단을 유보 또는 자제하여야 한다고 판시한 것이 아니다 그렇다면 이 점에 관한 반대의견의 논지도 다수의견의 판단 취지를 오해하거나 사실과 다르게 과장한 것이라고 생각한다.

(2) 다음, 권리보호의 이익 또는 필요가 상존한다는 주장에 대하여 본다.

이 점에 관한 반대의견의 논지는 ① 이 사건에서 문제삼아야 할 것은 단순한 선거일의 불공고가 아니라 피청구인의 법률준수의무

위반이고, ② 동종행위가 반복될 위험이 없게 되었다더라도 헌법적 해명의 중대성은 상존하며, ③ 헌법재판소가 사건에 대한 결정을 지연시킨 사실에 대하여 책임이 없는 청구인들의 불이익으로 매듭지어서는 안 된다는 것이다.

이 점에 대하여는 재판관 변정수의 반대의견에 관한 보충의견에서 이미 다수의견의 입장을 어느 정도 해명하였으므로 [위 4. 다. (1) 참조], 그것을 원용하고 중복되지 아니하는 범위 안에서만 보충하기로 한다

첫째로, 반대의견은 ① 이 사건에서 문제삼아야 할 것은 단순히 선거일 공고의무의 불이행이 아니라, 공고의무의 불이행에서 표출된 피청구인의 법률준수의무 위반이고 ② 피청구인은 당초부터 구 선거법 등의 법규범을 준수할 의지가 없었으며, ③ 집권자의 그러한 행위에 대한 헌법적 해명은 필요하므로, 권리보호의 이익은 법제의 변동에 불구하고 상존한다고 주장한다. 결국 반대의견의 논지는 동종행위의 반복가능성과 헌법적 해명의 필요성이 있다는 취지인 듯 하다. 그러나 동종행위의 반복가능성 또는 헌법적 해명의 중대성을 논함에 있어서는 추상적·이론적 가능성이 아니라, 구체적·실제적 가능성을 문제삼아야 하고, 그것이 확립된 판례라고 함은 이미 지적인 바와 같다. 따라서 이 사건에서는 피청구인의 선거일 공고의무 불이행에 한정할 것이 아니라 법률준수의무 위반의 차원에서 다루어야 한다는 반대의견의 태도는 확립된 판례에 반하는 것이다.

둘째로, 반대의견은 ① 동종행위가 반복될 위험이 없게 되었다더라도, 헌법적 해명이 국민의 기본권보장에 중대한 의미를 지닌다고

보여질 때에는, 헌법판단을 하여야 한다고 주장한다. 반대의견의 논지는 침해된 기본권이 중요한 것인 때에는 문제해명의 중대성이 있고 그러한 경우에는 심판의 이익이 상존한다는 취지인 듯하다. 그러나 이미 판시한 바와 같이 문제해명의 중대성을 논함에 있어서도 추상적이고 이론적인 것은 배제되어야 하므로, 침해되었다고 주장하는 기본권이 중요한 기본권이라는 이유만으로는 심판의 이익이 상존한다고는 할 수 없다. 그렇다면 이점에 관한 반대의견의 논지도 쉽사리 수증하기 어렵다.

여기에 부가하여 언급하지 않을 수 없는 것은 태도의 일관성이다. 이 사건에서 반대의견을 제출한 재판관도 앞서 지적한 헌재1994.7.29. 선고, 91헌마137 사건에서는 동종행위의 반복가능성은 물론 헌법적 해명의 중대성에 관하여 아무런 반론도 제기하지 아니하였다. 반대의견의 논지가 지적하는 헌법적 해명의 중대성 차원에서 볼 때 이 사건과 그 사건에 어떤 차이가 있다는 것인지 이해할 수 없다. 반대의견은 위 두 사건이 그 성질과 비중에 있어서 차이가 있다고 하나 두 사건은 법제의 변동에 따른 제도의 폐지로 인하여 심판의 이익 또는 필요가 사후 소멸되었다는 점에서 그 성질상 조금도 다를 바 없으며 중앙선거관리위원회는 바로 선거관리사무를 전담하는 헌법기관이므로 비중에서도 그 사건이 이 사건에 비추어 가볍다고 볼 아무런 이유가 없다. 그렇다면 위 반대의견은 일관성이 없는 태도라고 생각한다.

셋째로, 반대의견은, ① 이 사건은 지방자치법 또는 선거법이 개정되기 훨씬 전에 청구된 것으로서, 그 동안 법이 개정되어 사정변경으로 인한 권리보호이익의 유무가 새삼스럽게 문제된 사건인바

② 헌법재판소가 사건에 대한 결정을 지연시킨 사실에 대하여 아무런 책임이 없는 청구인들의 불이익으로 매듭짓는 것은 불공평하고 무책임한 일이라고 주장한다. 위 반대의견의 논지가 무엇인지는 알 수 없으나, 그것이 사건 계속중에 법제의 변동으로 권리보호의 이익이 사후 소멸한 경우에 전반적으로 심판의 이익을 부인하여서는 아니 된다는 취지라면 그것은 확립된 판례에 반하는 독자적 견해라고 할 것이어서 굳이 반론할 필요가 없다. 다만, 그 취지가 이 사건에 관하여 헌법재판소가 재판을 지연하였으므로, 그 책임을 청구인에게 전가하여서는 아니 된다는 것이라면, 그것은 권리보호 이익의 유무와는 관계없는 문제로서 재판지연의 유무라는 관점에서 따로 논의하여야 할 것이다. 그러나 이 점에 대하여는 이미 위에서 자세히 지적하였으므로, 다시 되풀이하지 아니하고 설시내용을 그대로 원용한다[위 4. 가. (3) 참조].

5. 재판관 변경수의 반대의견

가. 권리보호이익이 없으므로 심판청구를 각하하여야 한다는 다수의견에 대하여 본다.

(1) 다수의견의 요지는 헌법소원의 심판청구가 적법하려면 권리보호이익이 있어야 하는데 개정된 신 자치법은 단체장선거를 1992.6.30. 이내에 실시하기로 한 종전의 규정을 삭제하고 최초의 단체장선거를 1995.6.30. 이내에 실시하기로 규정하였으므로 피청구인의 단체장선거일 공고의무 불이행의 위법상태는 해소되었고 신 선거법에 의하여 단체장선거일이 법정화됨으로써 대통령의 단체장 선거일 공고의무가 사라졌으므로 이 사건 부작위에 대하여 위헌이 선언되더라도 피청구인은 그 결정취지에 따라 단체장선거일

을 공고할 수 없게 되었으니 청구인들의 주관적 권리구제에 전혀 도움이 되지 아니하며 또한 대통령에 의한 동종행위의 반복 위험성도 없고 불분명한 헌법문제의 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에도 해당하지 아니하여 예외적으로 심판청구의 이익이 있는 경우라고 할 수도 없으므로 결국 이 사건 심판청구는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다는 것이다.

(2) 이 사건 심판청구를 권리보호이익의 부존재를 이유로 각하해야 한다는 이러한 다수의견은 헌법소원제도의 본질과 취지에 반하고 그 제도적 실효성을 매우 약화시키는 것이어서 부당하다 헌법재판제도가 개인의 주관적 권리구제에만 그 목적이 있는 것이 아니고 객관적인 헌법질서의 유지·수호에도 그 목적이 있다고 하는 것은 헌법재판소의 확립된 판례이며 오늘날의 헌법소원제도의 기능과 의미를 고려할 때 오히려 후자 즉 객관적인 헌법질서의 유지·수호에 더 큰 비중이 있다고 할 수 있다. 따라서 법제의 변동 등으로 인하여 당해 심판청구를 인용하더라도 청구인의 권리구제에 별 도움이 없게 된 경우라 할지라도 당해 공권력 행사 또는 불행사의 위헌여부를 가림으로써 중요한 헌법문제를 해명하는 것이 된다든지 공권력이 동종의 위헌위법행위를 되풀이하지 못하도록 하는데 도움이 된다든지 기타 민주주의 법치주의 실현에 도움이 되는 경우라면 헌법질서의 유지·수호를 위하여 심판청구의 이익을 인정해야 하는 것이다.

이 사건의 경우 법제의 변동으로 단체장선거일이 법에 정해지고 대통령의 단체장 선거일 공고의무가 없어져서 심판청구를 인용하더라도 피청구인으로 하여금 단체장 선거일 공고를 강제할 여지가 없

어졌고 그러한 점에서 이 사건 심판이 청구인들의 주관적 권리구제에는 별도움이 안 될지는 모른다. 그러나 행정부의 수반으로서 헌법과 법률을 준수하고 법치주의, 민주주의를 실천해야 할 헌법상 의무를 지고 있는 대통령이 법률의 명문으로 정해진 의무 그것도 보통의 의무가 아니라 주권자인 국민의 주권(참정권)행사 보장을 위하여 그에게 부과된 의무를 자기 마음대로 지키지 아니해도 되는 것인가. 즉 법률에 분명히 단체장은 1992.6.30.까지 선출해야 하고 대통령은 늦어도 그 18일 전에는 그 선거일을 공고하라고 되어 있는데도 불구하고 법대로 단체장선거를 하게 되면 1년에 네 차례나 선거를 치루게 되어 그로 인한 사회경제적 부작용이 크고 그렇기 때문에 단체장선거를 1995.6.30.까지 연기하는 것이 타당하다고 하면서 선거일을 공고하지 아니하는 것이 헌법상 용인될 수 있는 일인가의 문제는 명백하게 해명해 두어야 할 매우 중요한 헌법문제이다(가사 피청구인이 내세웠던 이유가 제4대 대통령선거를 앞두고 편파적인 정치적 계산에서 나온 구실이 아니라 순수한 책임감에서 나온 것이라고 하더라도 법의 정당한 절차에 의하지 아니하고 함부로 법을 지키지 않는 것은 국민주권, 민주주의, 법치주의를 짓밟은 위헌 처사이다. 피청구인이 주장한 사정은 구 자치법이 개정된 1990.12.31. 당시에도 충분히 예상되었던 문제이므로 만약 그 법이 부당하다면 피청구인이 그 때 법률안 거부권을 행사하였어야 하고 그렇지 않더라도 이 법에 정해진 단체장선거 실시기한 전에 미리 법이 개정되도록 노력하였어야 할 것이다). 더구나 30년간의 군사정부, 권위주의 체제를 겪어 오면서 대통령은 국민의 공복이 아니라 최고 통치권자라는 그릇된 인식이 굳어져 대통령이 법을 무시하고 함부로 권력을 행사하더라도 대수롭지 않게 생각하

고 오히려 이를 정당화시키려고만 하는 사회풍조가 있으므로 이 사건에서 이 나라의 주인은 국민이라는 것 대통령은 소위 통치권자가 아니라 국민의 머슴이며 국민이 만든 헌법과 법을 반드시 지켜야 하고 만약 그것을 어기면 탄핵을 받게 된다는 것 등 극히 초보적이며 중요한 민주주의 헌법원리를 천명함으로써 그릇된 인식과 사회풍조를 없애고 민주주의, 법치주의의 최고이념을 선양(宣揚)하며 아울러 대통령으로 하여금 앞으로는 법이 그에게 부과한 의무를 공익적 이유를 내세워 함부로 불이행하는 등 동종의 위헌행위를 반복하지 못하게 제동을 걸 질실한 필요성이 있다. 특히 대통령의 정치적 행위는 통치행위로서 사법적 심사의 대상에서 제외된다고 주장하는 학설이 아직도 존재하고 이 사건에서 피청구인도 대통령의 단체장선거 연기조치는 고도의 정치적 행위로서 소위 통치행위이므로 헌법재판의 대상이 될 수 없다고 주장하고 있으므로, 종래의 통치행위 이론은 잘못된 것이라는 것 및 아무리 고도의 정치적 행위라도 헌법질서에 반하는 행위 국민의 기본권을 침해하는 행위는 헌법재판의 대상에서 제외될 수 없다는 것을 분명히 밝혀 둘 필요가 있다. 그렇지 아니하면 대통령이 통치행위라는 이름 아래 언제 또 다시 법치주의를 무시하는 행동을 자행할는지 모르며 역대 대통령의 그동안의 권위주의적 행적이나 이 사건에서의 피청구인의 대응자세실정법을 어겼으면서도 잘못이 아니라고 강변하는)로 보아 그러한 가능성은 충분히 예견되고도 남는다.

다수의견은 신 선거법에 단체장 선거일이 법정화되고 대통령의 단체장선거일 공고의무가 사라졌으며 따라서 대통령이 단체장 선거일 공고의무 불이행을 반복할 위험성도 없으므로 동종행위의 반복

방지를 위하여 이 사건을 심판할 이익은 없다고 주장한다 그러나 이 사건에서 문제된 단체장 선거일 공고의무 불이행이라는 위헌행위와 동종의 위헌행위란 대통령이 법이 정한 의무를 불이행하는 행위 나아가서 모든 법질서 유린행위를 의미하는 것이지 단체장 선거일 공고의무 불이행만을 의미하는 것이 아니다. 이 사건에서 피청구인이 단체장 선거일을 공고하지 아니한 것은 단순히 선거에 관한 행정절차상의 의무위반에 그치는 것이 아니고 헌법과 법률을 위반하여 단체장 선거일 실시 자체를 불가능하게 한 것이고 나아가서 대통령이 공익을 내세워 실정법상의 의무를 명백히 거부한 것이라는 데 심각한 문제가 있는 것이다 다수의견은 헌법소원심판의 이익으로서 “동종행위 반복억제 필요성”을 지나치게 좁게 해석하는 것이어서 부당하다.

또 다수의견은 이 사건이 불분명한 헌법문제의 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에 해당하지 않는다고만 실시하고 있어 피청구인의 행위가 위헌이 명백하기 때문에 헌법적 해명이 중대한 의미가 없다는 것인지 아니면 피청구인의 행위가 합헌이 명백하기 때문에 헌법적 해명이 중대한 의미가 없다는 것인지 분명하지 않으나 만약 위헌이 명백하다고 본 것이라면 대통령의 위헌적인 공권력 행사에 대한 통제를 위하여 헌법재판소의 조속한 헌법적 해명(위헌확인)은 극히 중요하다고 아니할 수 없고, 그렇지 않고 만약 합헌이 명백하다고 본 것이라면 헌법재판소가 심리를 서둘러 조속히 심판청구를 이유 없다고 기각하여 사건을 종결시키면서 그 결정에서 대통령의 단체장 선거일 불공고행위가 잘못이 아니라는 것, 대통령은 공익상 이유가 있을 때에는 실정법을 안 지켜도 괜찮다는 것을 확

인해 줌으로써 대통령이 법치주의를 유린하였다고 믿고 있는 많은 국민의 불신을 씻어 주었어야 하는 것이다. 그러므로 다수의견이 피청구인의 행위를 어떻게 보았던지간에 이 사건은 헌법문제의 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 사건이지 그렇지 아니한 사건이 아닌 것이다. 이 점에 관한 다수의견은 이유불비(理由不備)이거나 아니면 이유모순에 빠져 있다고 아니할 수 없다.

(3) 결론적으로 이 사건에서 헌법재판소가 피청구인의 단체장 선거일 불공고행위의 위헌확인을 하는 것은 우선 그 동안 국민의 지대한 관심사였던 대통령의 단체장 선거일 불공고가 과연 위헌인지의 여부를 판단하고, 대통령의 정치적 행위는 소위 통치행위인가 그리고 통치행위라면 헌법재판의 대상에서 제외되는가 등 중요한 헌법문제를 해명하며 아울러 고도의 정치성을 띤 대통령의 행위도 헌법 및 법률에 기속되어야 한다는 법치주의를 확인하고 대통령의 권력행사에 대한 효율적인 통제를 확립하며 더 나아가서 위헌·위법행위를 한 대통령에 대한 탄핵심판의 바탕과 기준을 제공해 줌으로써 앞으로 대통령의 국정전반에 있어서의 위헌·위법행위의 반복을 억제한다는 측면에서 매우 중요한 의미를 지닌다 할 것이므로 이러한 객관적 헌법질서의 유지수호를 위하여 이 사건 심판청구는 당연히 권리보호의 이익이 있는 것이다

나. 다음 재판관 조규광, 재판관 김진우의 기본권적 청구권 결여에 관한 보충의견에 대하여 본다

(1) 이 보충의견 요지는 다음과 같다. 즉 헌법소원은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자만이 제기할 수 있는 것이고 헌법상 보장된 기본권이 되려면 헌법에

근거가 있어야 하는데 헌법 제118조 제2항은“지방의회의 조직, 권한, 의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다라고 규정하여 지방의회의원은 반드시 선거하도록 헌법에 근거를 두었지마는 지방자치단체의 장에 대하여는“선거”라고 아니하고 “선임”이라고 하여 선거제로 하건 임명제로 하건 그 선택을 전적으로 입법자의 결단에 맡기고 있으므로 법률이 임명제로 아니하고 선거제로 하였다고 해서 단체장의 선거권이나 피선거권이 헌법상의 기본권이 될 수 없고 이는 단순한 법률상의 권리에 불과하다. 따라서 대통령이 단체장 선거일 공고의무를 불이행한 것이 위헌이나 합헌이나와 관계없이 그로 인하여 청구인들의 헌법상의 기본권침해가 없으므로 그 점에서 그들의 심판청구는 부적법하다는 것이다

(2) 그러나 이러한 보충의견은 헌법과 법률과의 관계 내지 기본권과 법률상의 권리(공권)와의 관계에 대한 그릇된 이해에 기인하는 것이라고 아니할 수 없다. 주지하다시피 행정법을 비롯한 모든 법률은 헌법의 구체화이고 법률상 인정된 권리 내지 공권은 기본권의 구체화라고 할 수 있다. 즉 헌법상 보장된 기본권은 그 행사 절차방법·범위 및 그에 대한 제한을 정한 법률을 통해서 비로소 구체화되고 실현되는 것이다. 이렇게 법률을 통해 구체화된 기본권이 바로 법률상의 권리인 것이다. 그러므로 이러한 법률상의 권리가 침해된 것은 결국 헌법상의 기본권이 침해된 것을 의미한다. 이러한 경우 그 침해된 법률상의 권리의 근거라고 할 수 있는 헌법상의 기본권에 대한 보장이 헌법에 규정되어 있으면 충분한 것이지, 그 해당 권리에 대한 구체적인 종류와 범위와 방법 등을 정한 헌법

상의 별도의 규정이나 근거가 필요한 것은 아니다 헌법 제24조, 제25조는 법률이 정하는 선거권과 법률이 정하는 공무담임권을 기본권(참정권)으로 보장할 것을 선언하고 있으므로 구 자치법이나 구 선거법에 규정된 단체장선거권이나 피선거권은 헌법상의 기본권이다 더구나 헌법 제118조 제2항은 “……지방자치단체의 장의 선임방법……에 관한 사항은 법률로 정한다”라고 하여 지방자치단체의 집행기관으로서 단체장을 둔다는 것, 그 단체장은 주민이 직접 선출할 수도 있게끔 법률로써 정할 수 있다는 것을 규정하였고 그 헌법규정에 따라 제정된 구 자치법과 구 선거법은 지방자치단체 주민의 단체장선거권이나 피선거권을 규정하고 있으므로 그 선거권이나 피선거권은 헌법상에 뚜렷한 근거규정을 가진 헌법상의 기본권이다

(3) 또한 보충의견은 헌법 제118조 제2항이 지방의회의원의 경우에는 “의원선거”에 관한 사항을 법률로 정한다고 규정하였으므로 그 선거권이 헌법 제24조의 기본권이라고 할 수 있으나 단체장의 경우에는 “선임방법”에 관한 사항을 법률로 정한다고 달리 규정하고 있으므로 그 내용이 입법자의 고유권한에 속하는 것으로서 단순한 법률상의 권리에 불과한 것이지 헌법상의 기본권은 아니라고 주장한다 그러나 헌법 제118조 제2항은 의원선거에 관한 사항과 단체장선임에 관한 사항을 법률로 정한다고 하는 지방자치에 관한 제도적 보장과 지방자치단체구성에 관한 기본적 사항의 법률보유의 원칙을 선언하고 있는 규정이지 의원선출과 단체장 선출방식의 차이를 강조하는 규정도 아니고 헌법상의 기본권과 단순한 법률상의 권리로 구별을 가능하게 하는 규정도 아니다 따라서 이러한

헌법적 수권에 따라 입법자가 단체장의 선임방법을 주민의 선거방식으로서 법률로 규정하였다면 이러한 법률상의 선거권과 피선거권은 헌법에 근거를 둔 기본권이고 이것이 바로 헌법 제24조 및 제25조의 법률이 정한 선거권과 피선거권인 것이다 위 보충의견은 기교적인 형식논리로 국민의 기본권을 축소시키려는 것으로서 매우 부당하다

다. 재판관 최광률, 재판관 이재화의 부작위 소원요건 불비에 관한 보충의견에 대하여 본다.

(1) 이 보충의견 요지는 공권력의 불행사에 대한 헌법소원을 제기하기 위하여는 피청구인의 부작위 및 그로 인한 청구권의 기본권 침해의 주장이 있어야 할 뿐만 아니라 피청구인의 헌법상의 작위의무 및 청구인의 청구권이 있어야 하는데 이 사건의 경우 단체장을 주민의 선거에 의하여 선출하도록 하는 규정이 헌법에는 없고 하위법인 지방자치법에 규정되어 있을 뿐이며 그 선거일 공고의무도 구 선거법에서 규정하고 있을 뿐이므로 피청구인의 단체장 선거일 공고의무는 헌법상의 의무라고 할 수 없고, 또한 피청구인은 1992.6.30. 이내에 선거가 실시될 수 있도록 늦어도 그 18일 전인 1992.6.12.까지만 선거일을 공고하면 되는 것이므로 위 기한 내에서는 선거일을 어느 날로 정할 것인지에 대하여 재량권이 있고 따라서 최소한 위 기한 내에는 청구인들과 같은 입후보예정자 또는 선거권자에게 선거일 공고에 대한 청구권이 있다고 볼 수 없어 이 사건 심판청구는 부작위 위헌확인청구를 할 수 있는 적법요건을 갖추지 못한 것이라는 것이다.

(2) 그러나 이러한 보충의견도 옳지 않다.

헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해당한 자는 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있으므로, 일정한 공권력의 불행사와 이로 인한 청구인의 기본권침해가 존재하면 그것으로 헌법소원심판청구요건을 갖춘 것이다 헌법소원제도의 목적이 기본권 구제와 공권력 통제라고 할 수 있기 때문에 헌법소원심판청구를 위한 요건은 위헌적 공권력의 행사 또는 불행사의 존재와 기본권의 침해인 것이다 더욱이 오늘날 헌법소원의 기능이 청구인의 구체적인 주관적 권리구제에 그치지 아니하고 객관적인 헌법질서의 유지·수호에도 있는 것으로 심판의 이익이 확대되고 따라서 헌법소원제도의 목적과 기능이 확대되는 추세에 비추어 볼 때 위에서 언급한 두 가지 요건 이외에 청구인의 청구권의 존재 등 또 다른 전제조건을 추가로 요구함으로써 헌법소원의 제기를 어렵게 하는 것은 바로 이러한 추세에 역행하는 것으로서 헌법소원제도의 효율적 기능을 저해하는 것이고 헌법재판소법 제68조 제1항의 명문규정에 반하는 것이다

가사 부작위 위헌확인헌법소원의 경우에 별도로 피청구인의 헌법상의 작위의무와 청구인의 청구권이 있어야 한다는 보충의견을 받아들인다 하더라도 이 사건에서 피청구인의 헌법상의 작위의무와 청구인의 청구권은 엄연히 존재한다

피청구인의 단체장 선거일 공고의무는 일차적으로 구 자치법과 구 선거법에 규정되어 있는 법률상의 의무이다 그러나 이는 동시에 피청구인의 헌법상의 의무이다 대통령은 법률을 집행하는 행정권의 수반으로서 당연히 법률상의 의무를 이행하고 준수할 의무가 있으며 이것이 헌법상의 의무임을 헌법 제66조 제4항과 제69조에서

명백히 하고 있다. 더구나 앞서 언급한 바와 같이 헌법 제18조 제2항이 단체장의 선임방법을 법률로 정하도록 했고 법률에서 단체장의 선거방법과 시기 및 피청구인의 선거기일 공고의무를 규정하였으므로 이처럼 법률로 정한 피청구인의 작위의무는 헌법의 명문규정에 근거를 둔 의무이기도 하다. 따라서 피청구인이 관련법률에서 정한 단체장선거일 공고의무를 불이행한 것은 바로 헌법상의 의무를 불이행한 것이고 그로 인하여 법률로 정한 헌법상의 기본권을 침해한 것이므로 이러한 피청구인의 법률상의 작위의무위반에 대하여 청구인들은 헌법소원심판을 청구할 수 있는 것이다.

그리고 위 보충의견은 피청구인에게 단체장선거일 공고시한 내의 특정날짜를 선택하여 선거일공고를 할 재량이 있음을 이유로 청구인들과 같은 입후보예정자 또는 단순 유권자에게는 선거일공고에 대한 청구권이 없다고 설명하나 이 사건에서 청구인들의 주장은 특정선거일에 단체장선거를 실시하라는 것이 아니고 헌법과 법률이 정하는 바에 따라 단체장선거를 제때에 실시할 것을 요구하고 있는 것이다. 이러한 청구권 단체장선거에 관하여 선거권 및 피선거권을 가진 국민에게는 당연히 인정되는 주관적 공권이고 그 선거가 부적법하게 연기되거나 실시되지 않을 경우에는 명백히 그 선거권 및 피선거권이 침해된 것이다. 위 보충의견은 청구인들이 피청구인에 대하여 특정선거일의 지정을 요구하고 있는 것을 전제로 하고 있는 것으로서 이는 청구인들의 주장을 그릇 해석한 데 기인한 잘못된 견해이다.

또한 위 보충의견은 입후보예정자인 청구인들에게 선거일 공고의무 이행청구권이 있다고 해석하면 결과적으로 헌법소원이 민중

소송화되기 때문에 부당하다고 설명하나 이는 민중소송의 본질을 오해하고 있는 것이다. 민중소송이란 구체적인 권리침해 및 이에 대한 구제와 관계없이 위헌·위법한 국가기관의 공권력 작용을 통제하고 시정하기 위하여 제기하는 소송으로서 일종의 객관적 소송이다 그런데 헌법소원은 구체적인 기본권침해 및 그 구제를 일차적인 목적으로 하는 주관적 소송의 일종이고 이 사건 또한 청구인들의 구체적인 기본권침해를 구제받기 위하여 제기된 헌법소원이다 따라서 이 사건에서 기본권이 침해되었다고 주장하는 청구인의 수가 많다고 해서 민중소송은 결코 아닌 것이다. 청구인의 수가 아무리 많더라도 기본권침해등의 요건을 갖추었다면 적법한 헌법소원이지 이것이 곧 민중소송화되는 것은 아니며 반대로 아무리 청구인수가 적다 하더라도 구체적인 기본권침해와 관계없이 제기되는 객관적 소송이라면 민중소송이 되는 것이다 그러므로 헌법소원이 민중소송화되는 것을 막을 길이 없다는 우려에서 청구인들의 청구권을 부인하고자 하는 보충의견은 옳지 않다

라. 끝으로 다수의견이 이유판단 첫머리 부분에서 한 이 사건 심판이 지연된 경위에 관한 설명에 대하여도 그 부당성을 지적하지 않을 수 없다. 다수의견은 단체장 선거시기 자체가 정치적으로 여야간의 이해관계가 첨예하게 대립되는 사안인데다 이 사건의 심판대상인 단체장 선거시기의 연기문제는 고도의 정치적 성격을 지닌 사안이므로 이러한 사건은 여당과 야당이 타협과 대결을 통하여 국정을 해결하는 국회에서 우선적으로 다룰 필요가 있고 국회가 이 문제를 해결하겠다고 나선다면 헌법재판소는 이를 존중하는 것이 마땅하며 이것이 헌법소원의 본질 즉 보충적 최후의 권리구제수단

이라는 보충성의 원칙에 합당하다고 하면서 그러므로 헌법재판소는 국회의 해결 노력을 존중하면서 지켜보다가 마침내 새 선거법·공직선거법 및 선거부정방지법과 지방자치법개정법률이 여야 합의로 제정·공포되었으므로 그 동안 끌어온 재판을 하게 된 것이라는 설명을 하고 있다 이 설명은 재판지연을 정당화하기 위한 것으로 보이는데 이러한 설명으로 그 동안의 재판지연을 합리화하거나 정당화하는 구실이 될 수 없다 이 헌법소원사건은 단체장선거를 1992.6.30. 이내에 반드시 실시하도록 정해 놓은 실정법을 대통령이 자기 마음대로 지키지 아니한 것이 헌법에 위반되는 것인지의 여부를 최고의 헌법수호기관인 헌법재판소더러 판단하여 달라면서 제기한 극히 단순하고도 명료한 사건이지 고도의 정치적 사건이 아니다. 그리고 아무리 고도의 정치적 사건이라 할지라도 공권력에 의한 헌법질서 유린이나 기본권침해가 문제된 사건은 헌법재판의 대상에서 제외될 수도 없고 그렇기 때문에 이와 같은 사건도 신속히 재판하여 위헌적인 공권력행사를 통제하고 헌법질서와 국민의 기본권을 신속히 회복시키는 것이 바로 헌법재판소의 책무이며 국민은 그러한 일을 해줄 것을 바라고 헌법재판소를 설치한 것이다 대통령이 실정법을 명백히 어겨 헌법질서를 유린하고 국민의 기본권을 침해하였으니 신속히 통제하여 달라고 제기한 사건 더구나 1992.12월에 있을 14대 대통령 선거를 앞두고 정권교체의 가장 큰 장애물인 관권선거를 방지하기 위하여서는 대통령선거 전에 반드시 단체장선거가 실시되어야하니 조속히 재판하여 달라고 제기한 사건을 대통령선거 전에 처리하기는커녕 2년이 넘게 끌고 있다가 이제 와서 고도의 정치적 사건이기 때문에 국회에서 해결되기를 기

다리고 있었다느니 또는 그렇게 하는 것이 헌법소원의 본질에 맞는다느니 하는 것은 반박할 가치도 없는 헛된 변명에 불과하고 국민 누구에 대하여도 설득력이 없는 것이다. 대통령이 실정법을 지키지 아니하고 국민의 기본권을 침해하고 있다(선진국이라면 이러한 대통령은 벌써 탄핵되었을 것이다), 국민들이 조속히 재판하여 달라고 아무리 독촉하더라도 헌법재판소가 고도의 정치적 사건이라고 판단하면 재판을 하지 않고 국회에서 해결하도록 기다리는 것이 옳은 일이고 그것이 오히려 헌법소원의 본질에 맞는다느니 이론은 공권력남용 억제와 국민의 기본권보장을 목적으로 헌법소원제도를 둔 헌법정신에 반할뿐더러 나아가서 헌법재판소가 그의 존재의미를 스스로 부인하는 매우 부당한 이론이다.

마. 다수의견에 대한 나의 반대의견은 이상과 같다. 다수의견 재판관들은 나의 반대의견을 반박하는 보충의견을 펴고 있으나 이에 대하여는 구태여 논평할 필요를 느끼지 않는다. 다만 다수의견이 인용한 판례는 어느 것이나 이 사건에 적용될 수 있는 것이 아니라는 것만 지적해 둔다.

6. 재판관 김양균의 반대의견

가. 법치주의와 아울러 정부형태로서 대통령제를 채택하고 있는 우리 나라의 헌법체제상 국회가 제정한 법률을 법집행부인 행정부의 수반이며 국정의 최고책임자인 피청구인이 준수하지 아니하는 것은 법치주의와 권력분립주의에 대한 중대한 위협 내지 도전이라 할 것이다. 한편 민주주의·법치주의를 지도이념으로 하고 있는 우리 헌법체제하에서 국민의 선거권과 피선거권은 자유민주적 법치국가의 원리를 실현함에 있어 필수적인 매우 중요한 기본권이라 하

지 아니할 수 없다. 따라서 이와 같은 문제를 내포하고 있는 이 사건의 처리에 있어서 헌법재판소로서는 국가의 최고규범인 헌법의 규범력을 최종적으로 관철시키기 위한 헌법재판제도의 본질과 주관적 공권의 보호뿐만 아니라 객관적 헌법질서의 유지 및 수호를 본연의 기능으로 하고 있는 헌법소원심판제도의 본질에 입각하여 거시적으로 판단하여야 할 것인데도, 이 사건의 다수의견과 보충의견들은 헌법소원의 적법성 요건에 관해 형식논리에만 집착하여 미시적 판단으로 일관하고 있어 다음과 같이 반대의견을 개진한다

나. 다수의견에 대한 반대

(1) 사건의 성격 및 경과에 관한 부분

(가) 다수의견의 이 부분에 관한 기재가 주문 판단과 직접 관련이 있는 것인지 의문이나, 당사자의 주장란에 기재되어 있는 것이 아니고 판단란에 기재되어 있어 다수의견의 주관적 판단이 개입된 부분이 없지 않다고 보여 그 부분에 대한 본 재판관의 의견을 밝혀 놓는다

1992.1.10. 피청구인은 연두기자회견에서 사회 경제상의 제반사정을 감안하여 단체장선거를 1995년 이후로 연기하고 그 타당성 여부를 제14대 국회에서 논의하도록 하겠다고 발표하였다 그런데 피청구인이 국정의 최고책임자로서 그러한 정책방향을 정립하고 국회에서 구체적인 의의를 하도록 하겠다는 의지를 표명한 것 자체는 하등 맞할 바 못되는 것이지만, 문제는 그러한 쟁점이 전제가 된 제14대 국회의원선거에서(총 299석 중 여당이 획득한 의석은 149석에 불과하여) 여당이 과반수의석을 획득하는 데 실패하였으며 피청구인의 위와 같은 구상과 결심은 결과적으로 국민의 과반수의 신임과

지지를 얻지 못하였다는 사실을 간과해서는 안 될 것이라는 점이다 물론 총선 후에 무소속의원의 일부를 영입함으로써 여당이 과반수의석은 확보하게 되었지만 그것은 단체장선거의 연기에 대한 국민의 지지와는 무관한 것이고 적어도 선거의 결과로서 나타난 국민의 의사는 단체장 선거의 연기에 찬동적이었다고는 보기 어려운 것이다

헌법상의 지방자치제도의 보장규정에도 불구하고 그 동안 정부가 그 제도 시행을 기피하여 유명무실하게 되어 왔던 점과 단체장선거의 실시시기가 오랜만에 1991.6.30.까지로 일단 잡혔던 것을 법의 개정으로 1992.6.30.까지로 다시 늦춰졌던 것이므로 이를 또다시 연기하는 데 있어서는 국민 대다수가 공감하고 납득할 만한 종래보다 더 차원 높은 명분과 실 리가 인정되어야 할 이치인데 피청구인이 거시한 사유만으로는 그것이 충분하다고 하기가 어려운 것이다

(나) 또한 다수의견의 내용 중 이 사건 심판의 대상인 단체장 선거 시기의 연기문제는 고도의 정치적 성격을 지닌 사안이라 할 수 있고 이와 같은 고도의 정치적 성격을 지닌 사건에서는 정치부인 국회가 우선적으로 그 사안을 다룰 필요가 있으며 국회가 이 문제를 해결하겠다고 나선다면, 헌법재판소로서는 이를 존중함이 마땅하다는 부분에 대하여도 본 재판관은 동의하지 않는다

고도의 정치적 사안이라 할지라도 그것을 국회 자체에서 심의결하는 것은 사실상의 문제일 뿐 헌법소원심판제도에 있어서의 법률상의 소위 보충성의 원칙과는 전혀 무관하기 때문이다

다수의견은 이 사건의 성질이 “고도의 정치적 성격을 지닌 사안”

이라고 전제하고 그 근거로 “단체장 선거시기 자체가 정치적으로 여야 간의 이해관계가 첨예하게 대립되는 사안이라는 것 피청구인이 이 사건 부작위에 이르른 경위·국민의 여론·제14대 국회의 여야의 의석비율 및 피청구인의 이 사건 부작위에 대한 야당의 대응태도 등을 들고 있는데, 정치적으로 여·야의 이해가 대립되는 사안은 부지기수이고 국민의 여론은 전술과 같은 점 등을 감안한다면 위에 거시한 사정만으로는 이 사건이 “고도의 정치적 성격을 지닌 사안”이라고 단정하기 어려울 듯하고 백보를 양보하여 가사 고도의 정치적 성격을 지닌 사안이라 치더라도 그것이 헌법재판소가 헌법적 판단을 유보해야 할 정도의 사안이라 할 수는 없는 것이다. 다수의견이 “피청구인이 이 사건 부작위에 이르른 경위”에서 들고 있는 것중 “……단체장선거를 실시할 경우에 국민 경제와 사회전반의 불안정 및 혼란을 초래할 수 있으므로 단체장선거를 연기하는 것이 바람직하다는 주장이 일부 경제단체와 언론기관을 포함한 사회일각에서 있어 왔다”는 부분도 그러한 일부 주장이 국민전체의 의사와 어떤 관계에 있으며 국민의 의사가 정당하게 그리고 적절하게 대표되고 있는 것인지의 여부가 검증되어 있지 않은 상태인 것이다

헌법소원심판에서 요구되는 보충성의 원칙은 헌법재판소법 제83조 제1항 단서 소정의 “다른 법률에 구제절차가 있는 경우” 사전에 그 권리구제절차를 밟는 것을 의미하는데, 그 절차는 공권력의 행사 또는 불행사를 직접 대상으로 하여 그 잘못 자체를 다룰 수 있는 권리구제절차를 의미하는 것으로서, 공권력의 행사·불행사의 결과 생긴 효과를 원상회복시키거나 손해배상을 위한 사후적보

충적 구제수단은 포함되지 않는 것이다(헌법재판소 1993.7.29. 선고, 89헌마31 결정 참조). 그러므로 그것은 “법률”에 명백히 구제절차가 있는 경우에 한하여 그 절차를 모두 거쳐야 한다는 의미임이 명백한 것이며 이 사건에서 국회의 “정치적 타협을 통한 해결”이라는 것은 여기서 말하는 법률상의 구제절차는 아닌 것이다 그렇게 볼 때 다수의견의 논지는 마치 국회에서의 “사실상”의 문제해결이 이 사건 헌법소원심판의 “법률적”인 전제조건인 것처럼 오해될 소지가 없지 않고 보충성의 원칙을 그릇 해석 또는 인용하고 있는 것으로 보여질 우려가 있는 것이다

피청구인의 위법행위로 국민의 기본권이 침해되었는지의 여부를 묻는 헌법소원심판에 있어 국회에서 우선적으로 취급할 문제이기 때문에 헌법재판소가 판단을 유보 또는 자제해야 한다는 논리를 편다면 이는 국민의 기본권보장을 제일의로 하는 헌법소원심판제도의 기능을 저해하고 그 제도의 존재의의를 심히 약화시킬 우려가 있는 것이라 사료 되는 것이다.

(3) 권리보호의 이익 및 심판청구의 적법 여부에 대한 판단부분에 관하여

(가) 다수의견 중 “……선거일이 법정화됨으로써 선거일 공고제도 자체가 필요 없게 되어 이를 폐지하였고, 보궐선거 등에서의 선거일 공고는 피청구인이 아닌 당해 단체장이 재투표일은 관할 선거관리위원회가 공고하도록 하였으므로 피청구인에 의한 동종행위의 반복위험이 없음은 물론 이 사건은 불분명한 헌법문제의 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에도 해당하지 아니한다. 그러므로 이 사건은 예외적으로 심판청구의 이익이 있는 경우에도 해당하지

않는다고 할 것이다”라는 부분에 관하여 본다. 결론부터 말한다면 본 재판관은 이 사건이 헌법문제의 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에 해당한다고 보며, 우리 재판소가 그 동안 판단한 여러 사건과 비교해 보더라도 사건의 중요성과 비중에서 매우 큰 의미를 지닌다고 본다.

(나) 구 자치법 부칙 제2조 제2항에 의할 때, 그 법률에 의한 최초의 지방자치단체의 장 선거는 1992.6.30. 이내에 실시한다고 되어 있고 구 선거법 제95조 제3항 및 부칙 제6조는 그 법률에 의한 최초의 단체장선거의 선거일은 대통령이 선거일 전 18일까지 공고한다고 규정하고 있다. 그런데 피청구인은 1992.6.5. 단체장선거를 1995.6.30. 이내에 실시하기로 변경하는 내용의 지방자치법중개정법률안만을 국회에 제출하였을 뿐, 위 법률규정들에 의한 공고마감일에 해당하는 1992.6.12.이 지나도록 단체장선거의 선거일을 공고하지 아니하였음은 물론 나아가 그 공고행위로부터 비롯되는 자치단체장의 선거시행의무를 전혀 이행하지 아니하였음이 명백하다(중앙선거관리위원회가 선거를 주관한다고는 해도 선거인 명부의 작성 등 정부가 협력해야 할 사항이 있다. 그렇다면 피청구인의 행위는 구 선거법 제95조 제3항 및 부칙 제6조를 위배한 위법행위임이 분명하며, 다른 한편 이는 헌법재판소법 제88조 소정의 탄핵소추의결 사유에도 해당하는 것이다 따라서 이 사건에서 문제삼아야 할 것은 단순히 피청구인의 선거일 공고의무의 불이행에 한정할 것이 아니고 위와 같은 공고의무의 불이행에서 표출된 피청구인의 법률준수의무위반인 것이다. 민주국가·법치국가에서는 국정의 최고책임자라 할 지라도 헌법을 위시하여 모든 법규범을 준수하여야 할 의무가 있

는 것이며 국민복이라는 명분을 앞세워 이를 준수하지 않는 것은 용납될 수 없는 것이다.

그런데 이 사건 피청구인의 일련의 행위로 볼 때 피청구인은 당초부터 구 자치법·구 선거법 등 법규범을 준수할 의지가 있었는지 의문인 것이다. 왜냐하면 선거일 공고시한 불과 1주일여를 앞둔 시점인 1992.6.4. 피청구인은 국무회의에서 단체장선거를 1995.6.30. 이내에 실시하기로 하는 지방자치법중개정법률안을 심의의결하고 이튿날 이를 국회에 송부하였으나 그 때는 국회가 개원조차 되어 있지 않은 상태였으므로 피청구인의 단체장 선거일 공고 마지막날인 같은 달 12. 내에 국회에서 그 개정안이 심의통과될 가능성은 매우 희박하였다고 보여지기 때문이다. 그렇게 기일을 촉박하게 개정안을 국회에 송부하고 있는 것도 문제이지만 구 자치법 및 구 선거법상의 기한까지 국회에서 관계법률의 개정이 이루어지지 않았다면 피청구인으로서의 의당(의당) 당시 엄연히 살아 있는 실정법인) 구법에 따른 피청구인의 의무와 책임을 다하는 것이 헌법상의 책무라 할 것인데도 피청구인은 그 책무를 이행하지 않은 것이다. 따라서 위 사건에 대하여서는 다음과 같은 이유로 심판의 이익이 있다고 할 것이다.

한 나라의 지방자치를 실현하기 위하여 지방자치단체장의 선거를 법률로 정하고, 그 법률이 피청구인에게 법정기한 내에 선거실시를(공고)하도록 규정하고 있음에도 불구하고 피청구인이 그 법률상의 의무를 준수하지 않았다면(그 책임이 정치적으로 불문에 부쳐지는 것은 별론) 집권자의 그러한 행위가 국민의 복지증진이라는 등의 명분으로 용납될 수 있는 것인지의 여부에 대한 헌법적인 해명

이 필요한 사안이라 할 것이고 바로 그것이 헌법재판소의 소임이라고 하지 않을 수 없는 것이다. 헌법재판소로서는 피청구인의 이러한 행위가 헌법상 허용될 수 있는 것인지의 여부를 판단함으로써 여사한 위법행위가 차후로 반복되어도 무방한 것인지의 여부에 대하여 명쾌한 결론을 내렸어야 할 것이다. 과거 우리 헌정사를 돌이켜볼 때 헌법을 경시한 국가작용이 빈번하였음과 헌법재판제도를 통하여 헌법의 이념을 수호해야 할 헌법재판소의 사명을 진지하게 되새겨본다면 이런 판단은 결코 회피되어서는 안 될 것이다.

법치주의가 충분히 정착되어 있지 아니한 우리 나라에서 피청구인의 이러한 행위에 대한 판단을 유보할 경우 법치주의와 민주주의로 힘겹게 나아가는 우리 국민의 열망과 노력과는 달리 그것이 오히려 선례로 정립되어 차후에 동종행위를 유발하거나 정당화시킬 근거로 작용할 위험조차 없지 않음을 감안한다면 이 사건에서 다수의견과 같이 본안판단을 회피하는 방향으로 논리를 전개하는 것은 헌법국가와 법치주의의 이념을 구현하는 데 있어 부정적으로 기능할 위험성까지 있을 것이라는 우려를 금할 수 없는 것이다.

헌법소원심판에서 주관적으로 권리보호의 이익이 없다고 보여지는 경우에도, 경우에 따라 예외적으로 심판의 이익을 인정하고 있는 것은 바로 헌법소원심판제도가 가지는 이러한 이중적 기능에서 비롯되는 것이니 그것이 즉 국민의 기본권 보장기능과 쌍벽을 이루는 헌법질서의 형성·유지·수호 기능인 것이다.

(대) 여기서 다수의견과 견해를 같이 하여 가사 동종행위의 반복위험이 소멸하였다고 가정하더라도, 그와 더불어 이 사건에서 분쟁해결의 헌법적 중요성도 자동적으로 소멸한다고 봐야 할 것인가 하

는 문제는 별도로 남는데 본 재판관은 적어도 이 사건에 있어서는 그 중요성이 소멸하지 않는다고 보는 입장이다. 실체적 사정의 변경이 계류중인 헌법소원심판에 어떤 영향을 미칠 것인가 하는 문제는 각 사안별로 문제가 되는 공권력의 태양 침해되었다고 주장되는 기본권의 내용, 나아가 헌법소원심판제도의 목적 등이 아울러 고려되어 판단되어야 할 것이지만 침해행위의 종료 내지 해소 또는 동종행위 반복위험의 소멸과 더불어 구체적 사건에서 문제된 쟁점들에 대한 헌법적 판단도 당연히 유보되어야 하는 것으로 본다면 그것은 헌법소원심판제도를 통하여 국민의 기본권보장을 도모하고 신장하려는 헌법의 이념에 부응하지 않는 것이다.

요컨대, 권리보호이익의 예외인정사유인 헌법질서의 유지수호를 위하여 그 해명이 긴요할 때라 하는 것은 “동종행위의 반복위험”이 있을 때에 한하는 것이 아니며, 기본권의 침해가 실질적으로 종료 또는 해소되었고 동종행위가 반복될 위험이 없게 되었다 하더라도 그 헌법적 해명이 국민의 기본권보장에 중대한 의미를 지닌다고 보여질 때에는 헌법적 판단을 하여야 하는 것을 의미하는 것이다. 국민의 선거권과 피선거권은 매우 중요한 기본권이고 그러한 기본권이 이 사건에서와 같이(국가 법질서의 집행을 최종적으로 책임지게 되어 있는 피청구인의 부작위에 의해 제때에 실현되지 못한 경우 기본권의 침해가 있다고 봐야 할 것인지의 여부는 실로 그 헌법적 해명이 중대한 문제라고 아니 할 수 없는 것이다.

(라) 여기서 한가지 덧붙이고 싶은 것은 다수의견은 “불분명한 헌법 문제의 해명”이(중대한 의미를 지니고 있는 경우에도 해당하지 않는다)라는 표현을 쓰고 있는데 그것이 적절한 판단인지 의문이다.

우리 재판소의 판례를 보면 “헌법소원의 본질은 개인의 주관적 권리구제뿐 아니라 객관적인 헌법질서의 보장도 겸하고 있으므로 헌법소원에 있어서의 권리보호이익은 일반법원의 소송사건에서처럼 주관적 기준으로 엄격하게 해석하여서는 아니 된다. 따라서 침해행위가 이미 종료되어서 이를 취소할 여지가 없기 때문에 헌법소원이 주관적 권리구제에는 별도로움이 안 되는 경우라 할지라도 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판청구의 이익을 인정하여 이미 종료한 침해행위가 위헌이었음을 선언적 의미에서 확인할 필요가 있는 것이다”(헌법재판소 1992.1.28. 선고, 91헌마111 결정; 1992.4.14. 선고, 90헌마82 결정; 1994.7.29. 선고, 91헌마137 결정 각 참조)라고 판시하고 있는데, 다수의견은 위 판례의 취지를 충분히 살리지 못하고 있는 것으로 보이는 것이다.

위 판례에서의 “당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우”에는 헌법재판소의 심판이 없다면 본질적인 의미를 지니는 헌법적 문제의 해명이 이루어지지 못하게 되는 때라든가 특별히 중요한 기본권의 침해가 문제로 되는 경우가 포함되어야 할 것이며 이러한 때에는 가사 법률의 개정 등으로 청구인에게 심판청구의 목적이 이미 성취된 경우라 할지라도 심판의 이익이 존속하는 것으로 보아야 할 것이다. 이 사건 헌법소원심판의 대상은 그것이 “불분명”해서만이 아니고 국민의 기본권보장상 “본질적”인 문제로서 당해 헌법문제에 관한 분쟁의 해결이 “헌법질서의 수호·유지를

위해 긴요한 사항"이기 때문에 심판의 이익이 있는 것으로 인정되어야 하는 것이다. 이렇게 볼 때 헌법재판소 1991.7.8. 선고, 89헌마181 결정; 1993.3.11. 선고, 92헌마98 결정; 1993.11.25. 선고, 92헌마169 결정 등에서 쓰여진 바 있는 "불분명한 헌법문제의 해명"이라는 판단부분이 과연 충분하고 적절한 표현인지 다시 검토해 볼 필요가 있다고 사료된다 이 사건의 경우처럼 심판 계속중에 법제의 변동으로 심판청구가 각하되었던 사건이 있었으나(헌법재판소 1994.7.29. 선고, 91헌마137 결정 참조) 이는 중앙선거관리위원회의 질의회신에 대한 것으로서 그 성질과 비중이 이 사건과 다르다. 이 사건은 위에서 밝히고 있는 바와 같이 법률의 개정에도 불구하고 심판의 이익이 있는 경우에 해당한다고 보아야 할 것이므로 위 판례를 이 사건 헌법소원심판청구를 각하하는 이유로 삼아서는 안 될 것이다.

(마) 이 사건 헌법소원심판은 1994.3.16. 자치법의 개정 또는 공직선거및선거부정방지법(1994.3.16. 법률 제4739호)의 제정 훨씬 이전에 청구되었던 터이고 다만 헌법재판소에서 심판 계속중인 상태에서 위와 같은 사정의 변경으로 인하여 권리보호의 이익의 유무가 새삼스럽게 문제로 부각된 사례인 것이다. 헌법재판소가 복잡한 사건에 대한 결정을 지연시킨 사례는 과거에도 적지 않은데 그 지연사실에 대하여 아무런 책임이 없는 청구인들의 불이익으로 사건을 매듭짓는다는 것은 매우 공평하지 못하고 무책임한 처사라고 사료되는 것이며 그것이 헌법적 정의의 구현에 어긋나는 일이라는 것은 다언을 요하지 않는다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 반대하는 것이다

다. 재판관 조규광, 재판관 김진우의 보충의견에 대하여

다수의견은 이 사건은 권리보호이익과 심판의 이익이 없다고 하여 이 사건에서 침해된 기본권에 대하여서는 명확한 판단을 하지 아니하였다. 그래서 재판관 조규광과 재판관 김진우는 이 점에 관한 보충의견으로서 이 사건에서 청구인에게 인정되는 것은 법률상의 권리일 뿐 헌법상의 권리, 즉 기본권은 아니라는 취지의 보충의견을 내고 있다.

보충의견이 이유로서 개진하고 있는 바와 같이 헌법에 종속하는 하위법인 법률에서 선거권 또는 피선거권을 규정하기만 하면 그것이 곧바로 헌법상 보장된 기본권으로 격상되는 것은 아니라는 점에 대하여 이의를 제기하려는 것은 아니다. 다만 헌법상 명문으로 규정되어 있지는 않다고 하더라도 국민의 단체장 선거권과 피선거권이 “논리적으로 당연히 도출되는” 헌법해석에 의해 명백히 그 헌법적 기본권성이 인정되는 경우는 별론이라는 것을 주장하고 싶은 것이다.

우리 헌법은 제8장(제117조와 제118조)에서 지방자치제도를 명문으로 보장하고 있다. 그런데 지방자치란 지역중심의 지방자치단체가 독자적인 자치기구를 설치해서 그 자치단체의 고유사무를 국가기관의 간섭 없이 스스로의 권한과 책임 아래 처리하는 것을 의미하는 것이다. 따라서 지방자치단체의 대표인 단체장이 상부로부터의 임명이 아닌 주민의 자발적 지지에 기초를 선거에 의해 선출되어야 한다는 것은 이러한 지방자치제도의 본질로부터 “논리적으로 당연히 도출”되는 원리라 할 것이다.

보충의견이 예로서 들고 있는 외국의 입법례는 “직접선거제”나

“간접선거제”나만을 논하고 있을 뿐이지, “임명”에 의한 단체장 선출은 처음부터 거론조차 되고 있지 않은 것이며 직접선거가 아니라 간접선거에 의해 단체장이 선출된다고 하더라도 그것은 주민의 의사를 수렴하는 선출방식인 점에서 차이가 없는 것이다. 이런 전제하에 설 때 헌법 제 118조 제2항의 “……지방자치단체의 장의 선임방법……은 법률로 정한다”는 규정내용에 선거라는 용어가 없다고 해서 그것을 자치단체장의 선출이 전면적으로 그리고 영구히 임명제로 되더라도 무방하다는 논리의 근거규정이라고 해석하여서는 안 될 것이다. 구 자치법 부칙 제2조 제2항, 구 선거법 제95조 제3항 및 부칙 제6조 위 규정은 위와 같은 헌법해석론의 필연적인 결과로 만들어진 것이라고 봐야 할 것이며 따라서 위 규정에 의한 국민의 선거권과 피선거권은 법률에 의하여 비로소 생겨난 것이 아니고 헌법이 이미 예정하고 있던 것이 뒤늦게 법률로서 입법화된 것임에 불과한 것이라고 해석하여야 할 것이다.

따라서 이 사건 헌법소원심판청구에서는 피청구인의 부작위에 의한 청구인 등의 헌법상 기본권의 침해가 있다고 보여지기 때문에(구 체적 내용은 후술함) 침해된 헌법상의 기본권이 존재하지 아니하여 이 사건 헌법소원심판청구가 부적법하다는 보충의견의 논리에는 동의할 수 없는 것이다.

라. 재판관 최광률, 재판관 이재화의 보충의견에 대하여

(1) 보충의견은 행정부작위에 대한 부작위소원의 적법요건으로서의 “헌법에서 유래하는 작위의무”는 “그것이 비록 법률에 규정되어 있다고 하더라도, 헌법의 이념상 인정되면 족하다는 취지로 이해해서는 안 되고, 오히려 그 작위의무는 헌법의 명문규정 또는 해

석상 직접 헌법상의 의무로 인정될 수 있어야 한다는 의미로 이해해야 한다”고 하고 있다.

그러나 전술한 바와 같이 청구인 등의 권리가 헌법상의 기본권인 것과 같은 이론으로 피청구인의 의무도 헌법상의 의무라고 할 것이다. 다른 각도에서 볼 때 위와 같은 보충의견의 작위의무에 대한 해석은 행정부작위를 입법부작위와 완전히 동일시한 데 기인하는 것으로서 이는 권력분립과 법치국가의 원리 및 이에 기초한 입법자와 집행(행정)의 상이한 기능에 대한 불완전한 이해에서 비롯되는 것으로 보여진다.

헌법상의 국민의 기본권을 구체적으로 보장하기 위하여 입법자는 국가의 행위의무 내지 보호의무를 이행할 입법조치를 취해야 하며 이를 통해 행위와 보호의 구체적 방법을 제시함으로써 기본권보호를 가일층 구체적으로 명료하게 하는 것이다. 이렇듯 기본권보호를 구체화한 법률이 행정기관에 특정한 작위를 명하고 있는데도 행정기관이 이를 이행하지 않았다면 행정기관은 자신의 부작위를 통하여 당해 법률에 의하여 구체화되어 있는 국민의 기본권을 직접 침해하는 결과가 되는 것이다.

이 사건에서 피청구인의 선거일 공고의무는 단체장의 선거권을 국민의 기본권으로 인정하고 있는 헌법 제118조 제2항의 기본권보호를 구체화한 구 자치법이 피청구인에게 특정한 작위를 명하고 있는데서 비롯되는 것이고 이러한 작위의무는 법집행기관으로서의 피청구인에게 지속적으로 부하(負荷)된 것으로서 이러한 작위의무 역시 분명히 헌법에서 유래하는 작위의무에 포함시켜 보아야 할 것이며 따라서 그 위반은 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 불행사에

해당한다고 보아야 할 것이다.

이 사건 보충의견은 선거의 시행이 연기됨으로써 선거에 대한 기대이익이 일시 유예되었을 뿐 선거권 자체가 직접적개별적으로 부정되었다거나 침해된 것으로 볼 수는 없다는 논리를 펴고 있으나, 과연 그 연기가 일시유예인지(피청구인은 당시 95년 선거실시를 주장하였으나 그 시기의 확정은 피청구인의 권한사항이 아니다)의 여부도 이 사건 심판청구 당시는 불분명한 문제였을 뿐만 아니라 무엇보다도 연기된 시점까지는 법률로써 구체화된 헌법상의 선거권(피선거권)의 행사가 제때에 실현되지 않고 부정되고 있는 셈이므로 이러한 연기행위는 단순히 위법문제에 그치지 않고 헌법상의 의무위반의 문제도 된다고 보아야 할 것이다.

(2) 또 보충의견은 설사 피청구인의 단체장 선거일 공고의무가 헌법상의 의무라고 하더라도, 청구인들과 같은 일반 국민 또는 선거권자나 피선거권자에게는 청구권이 발생하지 않는다고 실시하고 있다

그러나 그러한 보충의견의 논리를 따르게 되면, 피청구인이 선거(일 공고)는 장래의 어느 때를 택하여 시행할 것이라고는 하면서도 차일피일 이를 시행하지 않음으로써 선거를 무기한 연기하는 사태가 발생하더라도, 국민이 헌법 제24조·제25조에 의하여 보장되고 있는 (국민의 정치적 기본권인) 선거권이나 피선거권(내지 공무담임권)을 근거로 이에 대응할 수 없다는 위헌적인 결론에 이르게 될 우려가 있다(참고로 선거권자들에게 선거가 '제때에 실시되도록' 요구할 청구권을 인정하고 있을 뿐만 아니라, 선거가 부적법하게 연기될 때에도 선거권의 침해가 있음을 인정하고 있는 것이 독일의 판례와 학설의 지배적인

의견이기도 하다.

선거권자들은 기간이 도래한 선거의 실시를 요구할 청구권을 갖는 것이며, 선거가 제때에 실시되는 데 있어서 필요조건이라고 할 수 있는 피청구인의 선거일 지정을 청구할 주관적 공권도 당연히 갖는다고 보아야 하는 것이다. 그것은 물론 어떤 “특정선거일을 지정”하여 그 날 선거를 실시해 줄 것을 요구하는 청구권이 선거권자들에게 인정되다는 의미는 아니다. 선거일을 “제 때에 실시”하라고 요구하는 것은 그 내용이 엄연히 다른 것인데도 보충의견은 위 두 개념을 혼동하여 후자에 관련된 피청구인의 단체장 선거일의 공고에 대한 청구인들의 청구권을 부인하고 있는 것이 아닌가 생각된다.

(3) 보충의견은 “선거권자 또는 피선거권자이면 누구나 선거일공고에 관한 청구권을 갖는다고 해석하게 되면 그들이 모두 부작위 위헌소원의 청구인이 될 것이므로 결과적으로 헌법소원이 민중소송화되는 것을 막을 길이 없게 된다”고 주장한다. 그러나 그러한 보충의견의 주장은 “민중소송”의 개념을 그릇 이해하고 있는 데에서 기인하는 것이라 사료된다. 민중소송이라 함은 소송제기자 자신의 권리가 직접 침해되지 않은 경우에도 제소할 수 있는 법적 구제수단을 의미하는 것이다 즉 국가 또는 공공단체의 기관이 법률에 위반되는 행위를 한 경우에 “직접 자기의 법률상의 이익이 침해되었는지 여부에 관계없이 그 시정을 구할 수 있는 소송제도인 것이다

반면, 헌법소원심판청구가 적법하기 위하여서는 청구인은 “자신의” 권리가 공권력에 의해 현재 직접 침해되고 있다고 주장하여야

하는데 공권력의 행사로 인해 “자기”의 권리가 “직접” 침해된 사람의 수가 한 사람인가 또는 다수인가의 여부는 헌법소원의 적법요건으로서 전혀 문제가 되지 않는 것이다. 민중소송은 “자기의 법률상 권리”가 직접 침해된 바 없는 자라 할지라도 예컨대 공공의 이익을 위한 마음이라든가 또는 정의감과 의협심의 발로로써 제기할 수 있는 소송이기 때문에 소송제기자가 다수가 아니라 단 한 사람에 불과하다고 하더라도 민중소송이 되는 것이며, 다수가 제기하더라도 그 다수 전원이 헌법소원 심판청구의 요건을 갖춘 경우에는 헌법소원인 것이다.

이 사건은 피해자가 다수인 경우일 뿐 민중소송의 문제와는 전혀 관련이 없는 것이다. 다른 각도에서 설명한다면 국민의 기본권보장과 관련하여 보건대, 국가나 지방자치단체에 헌법상의 작위의무가 인정되는데도 이를 불이행한 경우에는 그 부작용으로 인하여 국민의 기본권이 제한 또는 침해되는 상태가 발생하는데 그러한 제한 또는 침해상태는 해당 기본권의 주체 모두에게 발생하는 것이다. 그리고 이러한 기본권의 제한 또는 침해상태가 발생하게 되면 그런 제한 또는 침해를 제거할 것을 요구하는 권리가 피해자 모두에게 발생함은 물론 더 나아가 기본권의 성질에 따라 국가 또는 지방자치단체에게 작위의무를 적극적으로 이행할 것을 요구하는 권리가 발생하기도 하는 것이다. 따라서 헌법상의 작위의무의 불이행이 있고, 또 그로 인하여 기본권의 침해가 있는 경우에 그 정도와 수준에서의 차이는 별론 기본권 실현을 위한 청구권은 (침해를 받고 있는) 국민 모두에게 당연히 발생하는 것이다. 이는 국민의 기본권보장이 목적이고 공권력은 기본권을 실현시키는 수단이라는 기본권과 국가권

력간의 관계에 있어 목적과 수단관계라는 입헌주의헌법 원리에서 나오는 본질 필연적인 귀결이라 할 것이다.

따라서 본 재판관은 재판관 최광률 재판관 이재화의 보충의견에 대하여서도 그대로 동조할 수 없어 이에 반대하는 것이다

1994. 8. 31.

재판장	재판관 조규광
	재판관 변정수
	재판관 김진우
	재판관 한병채
	재판관 최광률
	재판관 김양균
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화

【주 문】

심판청구를 기각한다

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판대상

가. 청구인은 그가 1993.4.20.부터 6.30.경까지 여러 차례에 걸쳐 피청구인에게 청구인 소유의 의정부시 의정부동○○의 75 대 150평(이하 이 사건 토지라 한다)에 관한 지세명기장(地稅名寄帳)과 피청구인이 1986.12.12.자로 그 소속 세무과장에게 보낸 '미등록토지신규등록'이라는 제목으로 된 공문에 첨부된 조서 및 위 세무과장이 같은 해 12.15.자로 도시과장에게 보낸 '미등록토지신규등록신청에 대한 회신'이라는 공문의 일부, 육군 제1596부대장과 육군 제2167부대장이 같은 해 3. 및 10.경에 피청구인에게 보낸 각 '지적복구의뢰'라는 공문 등(위 공문들을 이하에서는 관계공문이라고만 부른다)에 관하여 열람·복사신청을 하였으나 피청구인이 이에 불응하고 있는바 이는 청구인의 알 권리를 침해한 것이라고 주장하면서, 1993.8.4. 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다

나. 따라서, 이 사건 헌법소원심판의 대상은 청구인이 그의 위 주장과 같은 문서들에 대한 열람 복사신청을 하였으나 피청구인이 이에 응하지 아니하였고 그로 인하여 청구인의 알 권리등 기본권이 침해되었는지 여부이다.

2. 당사자의 주장 요지

가. 청구인이 이 사건 심판청구의 이유로서 주장하는 바는 다음

과 같다.

(1) 이 사건 토지는 본래 청구외 윤○혁의 소유로서 그가 지세(地稅)를 납부해 오다가 6.25 당시 위 토지에 관한 등기부와 지적공부가 멸실되어 위 윤○혁이 1954.10.13. 회복등기를 하였던 것인데, 청구인은 1986.4.9. 위 윤○혁으로부터 위 토지를 매수하고 소유권이전등기를 함으로써 그 소유자가 되었다.

(2) 그런데, 피청구인은 1986년경 의정부 제4지구 토지구획정리사업을 시행함에 있어서 이 사건 토지 일대에 관한 지적을 복구하였는바 그 때 위 토지와 그에 인접한 같은 동 ○○의 76 토지가 위치하였던 부분을 같은 동 ○○의 277 하천 12,280㎡로 지적복구한 다음, 위 토지구획정리사업이 완료되자 1991.4.23.경 그 토지를 같은 동 ○○ 하천과 ○○도로로 환지확정하였다. 그로 말미암아 이 사건 토지에 존속하였던 종전의 권리관계는 환지된 토지에 승계되지 아니하게 됨으로써 원래의 소유자인 청구인은 위 토지에 관하여 아무런 권리를 행사할 수 없게 되었다.

(3) 이 사건 토지와 지번이 비슷한 같은 동 ○○의 74, 76 등 토지에 관하여 지세명기장이 작성되어 피청구인이 이를 보관하고 있는 점에 비추어 보면 이 사건 토지에 관한 지세명기장도 역시 작성 보관되어 있음이 분명하고, 그 밖의 위 관계공문에는 이 사건 토지의 지적복구의 퇴 등에 관한 사항이 기재되어 있으므로 위 지세명기장과 관계공문에 의하면 위 토지에 관한 청구인의 권리관계가 명확히 밝혀질 수 있을 것이다.

(4) 그리하여 청구인은 이 사건 토지에 관한 청구인의 권리를 확인하고 되찾기 위하여 1993.4.20.부터 6.30.경까지 사이에 위 토지

에 관한 지세명기장과 관계공문의 열람복사신청을 하였으나, 피청구인이 지세명기장은 보관하고 있지 않다고 하면서 이를 은폐하고 관계공문은 원본이 아니라 이를 변조한 허위의 문서들만 제시할 뿐 청구인이 요구하는 원본을 열람시키지 아니함으로써 청구인의 기본권인 알 권리를 침해한 것이다.

나. 이에 대하여 피청구인은 ① 청구인이 그 주장의 위 일시에 피청구인에게 지세명기장 등의 열람복사를 신청한 일이 없을 뿐만 아니라, ② 피청구인은 그가 보관하고 있는 지세명기장이나 기타 토지에 관한 관계문서를 이해관계 있는 민원인에게 모두 열람시키고 있는데 이 사건 토지는 지세명기장 작성 당시 국유토지였거나 또는 철도용지 등 비과세토지였기 때문에 지세명기장이 작성되지 않았던 것이어서 피청구인이 그 토지에 관한 지세명기장을 보관하고 있지 아니하며 그 밖의 관계공문은 청구인의 신청에 따라 원본 그대로 제시하여 열람복사하도록 하였으므로 청구인의 알 권리를 침해한 바 없다고 답변하고 있다

3. 판단

가. 이 사건 기록에 나타난 관계 공부(公簿)와 각종 증거자료 및 심리의 전 취지를 종합하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다

(1) 일제의 토지조사 당시 작성된 토지조사부(土地調査簿)에는 이 사건 토지 및 같은 동 ○○의 76 토지 등이 분할되어 나오기 전의 토지로 보이는 의정부리 ○○ 입야 80,849평에 관하여 1914(대정(大正) 3).8.6.에 국(國) 명의로 사정(査定)된 것으로 기재되어 있다. 그리고, 지세명기장에는 납세의무자 최○호 소유로 ○○의 76 전 10,000평이 등재되었다가 1944(소화(昭和) 19).11.13.자로 ○○의 76 전 3,697평과

○○의 105 전 6,303평으로 분할되면서 분할된 위 ○○의 76 토지에 대하여 “비과지성(非課地成)”이라는 기재와 함께 그 난이 삭제되어 있으며, 납세의무자 최○호, 최○소 등 소유로 ○○의 74 등 여러 필지가 등재되어 있다.

그 후 새로 작성된 토지대장에는 1964.12.28.자로 이 사건 토지와 지번이 같은 의정부동 ○○의 75 철도용지 17평이 복구되었고, 1974.9.15. 소유자신고를 사유로 하여 그 소유자가 국철도청)으로 등재되었다.

1986년경 이 사건 토지 일대에 의정부 재지구 토지구획정리사업이 시행되게 되자 사업시행자인 피청구인은 당시의 토지현황에 따라 같은 동 ○○의 277 하천 12,280㎡의 토지를 지적복구하였는데 그 무렵 육군 제1596부대장과 육군 제2167부대장 및 국방부장관 등이 그 일대의 토지 중 각자 이해관계 있는 토지들에 관하여 지적복구를 의뢰하는 공문을 보낸 바 있고 또 의정부시청 내에서도 위○○의 277 토지를 신규 등록할 것인지 지적복구할 것인지에 관하여 지적법상 의문이 있어 공문이 오간 사실이 있는바 그 공문들이 바로 앞서 본 관계공문이다 그리고, 피청구인은 위 구획정리사업이 완료된 후인 1991.4.23. 위 ○○의 277 토지를 같은 동 ○○ 하천과 ○○ 도로로 환지확정하였다.

(2) 한편 이 사건 토지에 관하여는 1954.10.13.자로 접수 및 원인이 각 불명으로 기재된 청구의 윤○혁 명의의 회복에 인한 이전등기가 되었다가 1987.11.30. 청구인 앞으로 소유권이전등기가 되었고 같은 동 ○○의 76 대 58평에 관하여도 위와 같이 1954.10.13. 위 윤○혁 명의로 회복에 인한 이전등기가 되었다

(3) 위 윤○혁은 1987년경 서울지방법원 의정부지원 87가합97호로 대한민국을 상대로 하여 환지 전 의정부시 의정부동○○의 277 하천 12,280㎡ 중 9,870㎡가 등기부에 그의 소유로 등재된 위 의정부동○○의 76 대 58평이라고 주장하면서 그 소유권확인을 구하는 소를 제기하였으나, 위 법원은 등기부상 ○○의 76 대 58평과 환지전 ○○의 277 토지는 지목 평수가 다르고 그의 명의로의 회복등기경위도 불분명하여 동일성을 인정할 수 없으며 위 등기는 실존 토지의 표상으로 보기도 어렵다는 등의 이유로 1987.11.5. 위 윤○혁 패소판결을 선고하였고 이에 대한 항소 및 상고허가신청도 모두 기각되었다

그리고, 청구인도 1990년경 피청구인이 이 사건 토지가 위치하였던 부분을 환지 전 ○○의 277 하천 12,280㎡로 지적복구한 후 의정부동 ○○ 하천과 같은 동 ○○ 도로로 환지한 것이므로, 환지확정 후 의정부시 의정부동 ○○ 하천 중 316㎡와 같은 동 ○○ 도로 중 180㎡가 본래 이 사건 토지라고 주장하면서 같은 법원 90가단14683호로 대한민국을 상대로 하여 위 토지가 청구인의 소유임의 확인을 구하는 소를 제기하였으나, 1991.12.18. 위 법원으로부터 청구인 패소판결을 선고받았고 그 판결은 그대로 확정되었다. 그 후 청구인은 다시 1992년경 같은 법원 92가합3578호로 피청구인을 상대로 하여 이 사건 토지는 환지 전 ○○의 277 하천 일대의 일부토지인데 피청구인이 환지의 지정이나 청산금의 지급 없이 토지구획정리사업을 시행완료하여 위 토지에 관한 청구인의 소유권을 상실시켰으므로 이는 불법행위에 해당한다고 주장하면서 그 시가에 상당하는 손해배상 금 285,000,000원의 지급을 구하는 소를 제기하여 1993.6.

4. 위 법원으로부터 청구인 전부승소의 판결을 선고받았으나 피청구인의 항소로 위 소송은 항소심에 계속중이다

(4) 청구인은 위 의정부지원 92가합3578호 소송사건 진행 중인 1993.4.20.경부터 6.30.경까지 피청구인에게 이 사건 토지에 관한 지세명기장 및 관계공문의 열람을 요구해 왔고 위 법원에 서증조사신청을 함으로써 같은 해 5.3.에는 의정부시청에서 서증조사까지 실시되어 이 사건 토지 일대의 토지에 관한 지세명기장의 색인과 그 내용을 모두 복사·입수하였음에도, 이 사건 토지에 관한 지세명기장은 피청구인이 보관하고 있지 않다고 하여 이를 열람하지 못하였고 피청구인이 제시한 관계공문에는 이 사건 토지에 관한 기재가 되어 있지 않다

나. 위에서 인정한 사실관계를 기초로 청구인의 주장에 대하여 판단한다.

국가 또는 지방자치단체의 기관이 보관하고 있는 문서 등에 관하여 이해관계 있는 국민이 공개를 요구함에도 정당한 이유 없이 이에 응하지 아니하거나 거부하는 것은 당해 국민의 알 권리를 침해하는 것이라 함은 청구인의 주장과 같다(당재판소 1989.9.4. 선고, 88헌마22 결정; 1991.5.13. 선고, 90헌마133 결정 등 참조). 그러나, 이해관계인의 문서열람청구에 대하여 당해 행정기관이 그가 보관하고 있는 현황대로 문서를 열람하게 하고 당해 문서를 보관하지 않을 경우 그 문서를 보관하고 있지 않음에 대하여 일반인이 납득할 수 있을 정도로 확인의 기회를 부여하였다면, 비록 이해관계인이 문서열람의 목적을 달성하지 못하게 되었다고 하더라도 이를 가지고 알 권리를 침해한 것이라고 할 수는 없다 할 것이다.

(1) 우선 청구인이 주장하는 이 사건 토지에 관한 지세명기장에 대하여 살펴건대, 본래 지세명기장은 지세의 부과대상토지가 아닌 국유지나 또는 도로·하천·제방·철도용지 등 비과세지에 대하여는 작성되지 않았던 것인데, ① 1986년경 같은 동 ○○의 277 하천 12,280㎡로 지적 복구되었던 토지는 당시 현황이 하천부지였던 것으로서 지목이 대지인 이 사건 토지와 현황이 달랐던 점, ② 이 사건 토지와 지번이 같은 같은 동 ○○의 75 토지로는 1964.12.28.자로 철도용지 17평이 토지대장에 복구되었던 점, ③ 이 사건 토지와 지번이 비슷한 같은 동 ○○의 76 대 58평에 관하여도 같은 지번으로 되어 있던 ○○의 76 전 10,000평이 1944.11.13.경 분할되면서 분할된 후의 ○○의 76 토지가 비과세지로 되어 지세명기장에서 삭제되었던 점 및 ④ 위 윤○혁이 국가를 상대로 제기한 위 ○○의 76 토지에 관한 소유권확인청구의 소에서는 그 토지에 관한 회복등기경위가 불분명하고 실존토지의 표상으로 보기 어렵다는 이유로 위 윤○혁 패소판결이 대법원에서 확정되었던 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 토지에 관하여 위와 같은 회복등기가 된 바 있다는 사정만으로 그 토지에 관한 지세명기장이 작성되어 피청구인이 이를 보관하고 있다고 단정할 수는 없다

그리고, 피청구인이 위 ○○의 74나 76 등 토지에 관하여 지세명기장을 모두 제시하고 있는 점에 비추어 보더라도 굳이 이 사건 토지에 관한 지세명기장을 은폐할 만한 사정이 있다고는 보이지 아니할 뿐만 아니라, 피청구인은 청구인의 신청에 의하여 위 같은 동 ○○의 74나 76 등 이 사건 토지와 밀접한 관련이 있을 만한 모든 토지에 관한 지세명기장의 색인과 내용을 열람하도록 하였으므로, 청

구인으로 하여금 그가 요구하는 문서를 피청구인이 보관하고 있지 않다는 점에 대하여 납득할 만큼의 확인의 기회도 부여하였다고 보아야 할 것이다.

따라서, 피청구인이 청구인의 이 사건 토지에 관한 지세명기장의 열람·복사신청에 응하지 못한 것은 위와 같이 피청구인이 위 토지에 관한 지세명기장을 보관하고 있지 않다고 하면서 청구인으로 하여금 확인의 기회를 부여하였음에도 그 지세명기장이 발견되지 아니한 데 기인한 것에 불과하므로, 피청구인이 이를 고의로 은폐하였다는 등의 사정이 인정되지 아니하는 이 사건에서 피청구인의 위 불응에는 정당한 이유가 있다고 할 것이어서 그로 인하여 청구인의 알 권리가 침해된 것이라는 청구인의 위 주장은 받아들일 수 없다

(2) 다음으로 청구인이 주장하는 관계공문에 관하여 보더라도 앞서 본 바와 같이 피청구인은 그가 보관하던 문서를 모두 제시하였고 그 문서들은 청구인의 신청에 따라 청구인에게 입수되었으며 위 제시된 문서가 피청구인에 의하여 위조 또는 변조된 것이라고 볼 만한 아무런 증거가 없으므로 청구인의 이 부분에 관한 주장도 이유 없다

4. 결론

그렇다면, 피청구인이 청구인의 이 사건 토지에 관한 지세명기장 및 관계공문의 열람복사신청에 응하지 아니한 데에는 정당한 이유가 있어 피청구인의 위 불응으로 인하여 청구인의 알 권리가 침해된 것이라고 할 수 없으므로, 청구인의 이 사건 심판청구는 이유없어 이를 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

1994. 8. 31.

재판장	재판관 조규광
	재판관 변정수
	재판관 김진우
	재판관 한병채
	재판관 최광률
	재판관 김양균
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화

형사소송법 제70조 제1항 제3호 위헌소원

(1994. 9. 6. 94헌바36 헌법재판소 제1지정재판부
[판례집 6-2, 334~338])

【판시 사항】

1. 청구인(請求人)이 당해 사건(事件)을 담당하는 법원(法院)에 대하여 구속(拘束)에 관한 재판(裁判)의 부당성을 주장하면서 그 재판(裁判) 자체를 위헌심판제청신청(違憲審判提請申請)의 대상으로 삼은 경우, 심판대상법률조항(審判對象法律條項)에 대하여 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제2항 소정의 위헌여부심판(違憲與否審判)의 제청신청(提請申請)을 한 것으로 볼 수 있는지의 여부

2. 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제69조 제2항의 규정 중 “기각된 날”의 의미(意味)

【결정 요지】

1. 청구인(請求人)이 당해 사건(事件)을 담당하는 법원(法院)에 대하여 구체적 사건(事件)에 적용될 법률조항인 형사소송법(刑事訴訟法) 제70조 제1항 제3호의 위헌심판제청신청(違憲審判提請申請)을 한 것이 아니고 법원(法院)의 구속(拘束)에 관한 재판(裁判)의 부당성을 주장하면서 그 재판(裁判) 자체를 위헌심판제청신청(違憲審判提請申請)의 대상으로 삼은 경우, 심판대상법률조항에 대하여는 법원(法院)에 위헌심판제청신청(違憲審判提請申請)을 한 바 없다 할 것이므로 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제2항에서 정하고 있는 법률(法律)의 위헌여부심판(違憲與否審判)의 제청신청(提請申請)이 법원(法院)에서 기각(棄却)되었을 것이라는 요건을 갖추지 못하였다.

2. 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제2항에 의한 헌법소원(憲法訴願)은 같은 법 제69조 제2항에 따라 위헌법률심판(違憲法律審判)의 제청신청(提請申請)이 기각(棄却)된 날로부터 14일(日) 이내에 청구해야 하고, 이 때의 기각된 날이란 특단의 사정이 없는 한 제청신청(提請申請)에 대한 기각결정(棄却決定)을 송달(送達)받은 날을 의미한다.

청 구 인 장 ○ 환

【심판대상조문】

형사소송법 제70조(구속(拘束)의 사유) ① 법원(法院)은 피고인(被告人)이 죄(罪)를 범하였다고 의심(疑心)할 만한 상당한 이유가 있고 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 경우에는 피고인(被告人)을 구속(拘束)할수 있다.

1.~2. 생략

3. 피고인(被告人)이 도망(逃亡) 또는 도망(逃亡)할 염려가 있을 때

② 생략

【참조 조문】

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)여부의 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.

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제2항

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제69조 (청구기간(請求期間)) ① 생략

② 제68조 제2항의 규정(規定)에 의한 헌법소원심판(憲法訴願審判)은 위헌법률심판(違憲法律審判)의 제청신청(提請申請)이 기각(棄却)된 날로부터 14일(日) 이내에 청구(請求)하여야 한다.

【참조 판례】

2. 1992.1.28. 선고, 90헌바59 결정

1993.3.11. 선고, 92헌바22 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다

【이 유】

1. 이 사건 심판청구의 이유 요지는 아래와 같다

가. 청구인은 청주지방법원으로부터 폭력행위등처벌에관한법률 위반으로 벌금 1,700,000원의 약식명령을 고지받고 위 약식명령에 대한 정식재판청구를 하였던바 위 법원은 이를 같은 법원 93고단665, 778, 1047(병합) 폭력행위등처벌에관한법률 위반사건으로 접수하여 심리하던 중 1993.11.30. 제4차 공판기일에 청구인을 법정구속하였다

나. 이에 청구인은 위 법원에 대하여 법정구속에 대한 이의신청을 하는 한편, 위 사건에 관하여 위 법원이 청구인을 법정구속한 것은 위헌이라는 취지의 위헌심판제청을 하였고 위 법원은 같은 해 12.22. 청구인의 위헌심판제청신청은 재판의 전제가 된 법률의 위헌여부를 제청신청한 것이 아니라 법원의 구체적 처분에 대하여 위헌여부제청신청한 것이 신청서 자체에 의하여 명백하다는 이유로 이를 기각하였다

다. 청구인은 위 위헌제청신청기각결정에 대하여 항고하였으나 청주지방법원 제1형사부는 위헌여부심판의 제청에 관한 결정에 대하여는 항고할 수 없다는 헌법재판소법 제41조 제4항을 근거로 1994.5.20. 위 항고를 기각하였고, 청구인은 이에 대하여 대법원에 재항고하였으나 같은 해 8.12. 같은 이유로 위 재항고가 기각되었다

라. 그리하여 청구인은 형사소송법 제70조 제1항 제3호가 헌법 제10조, 제11조 내지 제13조, 제27조 및 제30조에 위반된다고 주장

하면서, 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 1994.8.29. 헌법재판소에 이 사건 헌법소원을 청구하였다.

2. 먼저 직권으로 심판청구요건의 구비 여부에 관하여 살펴본다

가. 헌법재판소법 제41조 제1항에 의하면, 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건을 담당하는 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청한다고 규정하고 있고 같은 법 제68조 제2항에 의하면, 법률에 대한 위헌심판제청신청이 법원에서 기각된 경우에 한하여 같은 법 제68조 제2항 소정의 헌법소원심판을 청구할 수 있다 할 것인바 이 사건에서 청구인은 일반법원에 계속된 구체적 사건에 적용될 법률조항인 형사소송법 제70조 제1항 제3호에 대하여 위헌심판제청신청을 한 것이 아니고 법원의 구속에 관한 구체적 재판의 부당성을 주장하면서 그 재판 자체를 위헌심판제청신청의 대상으로 삼은 것 뿐이라고 할 것이다

그렇다면 이 사건 심판대상 법률조항에 대하여는 관련사건이 계속된 법원에 위헌심판제청신청을 한 바가 없다 할 것이고 이에 따라 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 일반법원에서 기각되었음을 전제로 하는 요건을 갖추지 못하였다 할 것이다.

나. 한편 청구인의 위 법원에 대한 위헌심판제청신청의 취지가 법원의 구속에 관한 재판의 부당성뿐 아니라 그 근거로 된 법률조항인 형사소송법 제70조 제1항 제3호에 대하여 위헌심판제청신청을 한 것이라고 해석하는 경우에는 청구기간의 준수 여부가 문제된다

헌법재판소법 제69조 제2항에 의하면 같은 법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원은 위헌법률심판의 제청신청이 기각된 날로부터

터 14일 이내에 청구해야 하고 이 때의 기각된 날이란 특단의 사정이 없는 한 제청신청에 대한 기각결정을 송달받은 날을 의미한다 할 것인바(헌법재판소 1992.1.28. 선고, 90헌바59 결정; 1993.3.11. 선고, 92헌바22 결정 등) 기록에 의하여 알 수 있는 바와 같이 이 사건에서 청주지방법원의 1993.12.22.자 위헌제청신청기각결정은 그 무렵 또는 적어도 청구인이 위 결정에 대하여 항고하였다가 기각된 1994.5.20. 이전에는 청구인에게 송달되었다 할 것이므로, 그로부터 14일이 경과되었음이 역수상명백한 1994.8.29. 제기된 이 사건 헌법소원심판청구는 적법한 청구기간을 도과하였다 할 것이다.

그렇다면 이 사건 심판청구는 부적법한 심판청구라 할 것이고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우에 해당하므로 헌법재판소법 제2조 제3항 제2호, 제4호에 따라 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

1994. 9. 6.

재판장	재판관 조규광
	재판관 황도연
	재판관 이재화

집행유예 실효 등 위헌확인

(1994. 9. 7. 94헌마164 헌법재판소 제3지정재판부)

[판례집 6-2, 339~342]

【관시 사항】

헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)가 다른 법률(法律)에 의한 구제절차(救濟節次)를 거치지 아니하여 부적법(不適法)한 사례

【결정 요지】

청구인이 피청구인의 형집행유예(刑執行猶豫) 실효지휘처분(失效指揮處分)에 대하여 그 재판(裁判)을 선고(宣告)한 법원(法院)에 형사소송법(刑事訴訟法) 제489조에 의한 이의신청(異議申請)을 함이 없이 곧바로 제기(提起)한 이 사건 심판청구(審判請求)는 다른 법률(法律)에 의한 구제절차(救濟節次)를 모두 거치지 아니한 것으로서 부적법(不適法)하다고 할 것이다.

청 구 인 이 ○ 백
피청구인 부산지방검찰청 검사

【참조 조문】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

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 각호의 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)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.~4. 생략

④~⑥ 생략

형사소송법(刑事訴訟法) 제460조 (집행지휘(執行指揮)) ① 재판(裁判)의 집행(執行)은 그 재판(裁判)을 한 법원(法院)에 대응한 검찰청(檢察廳) 검사(檢事)가 지휘(指揮)한다. 단, 재판(裁判)의 성질상 법원(法院) 또는 법관(法官)이 지휘(指揮)할 경우에는 예외로 한다.

② 상소(上訴)의 재판(裁判) 또는 상소(上訴)의 취하(取下)로 인하여 하급법원(下級法院)의 재판(裁判)을 집행(執行)할 경우에는 상급법원(上級法院)에 대응한 검찰청(檢察廳) 검사(檢事)가 지휘(指揮)한다. 단, 소송기록(訴訟記錄)이 하급법원(下級法院) 또는 그 법원(法院)에 대응한 검찰청(檢察廳)에 있는 때에는 그 검찰청(檢察廳) 검사(檢事)가 지휘(指揮)한다.

형사소송법(刑事訴訟法) 제489조 (이의신청(異議申請)) 재판(裁判)의 집행(執行)을 받은 자(者) 또는 그 법정대리인(法定代理人)이나 배우자(配偶者)는 집행(執行)에 관한 검사(檢事)의 처분이 부당함을 이유로 재판(裁判)을 선고(宣告)한 법원(法院)에 이의신청(異議申請)을 할 수 있다.

【참조 판례】

1989.10.7. 고지, 89헌마203 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다

【이 유】

1. 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다

가. 청구인은 1990.5.29. 부산지방법원으로부터 부정수표단속법 위반죄 등으로 징역 1년 6월 및 벌금 2,000,000원에 처하되, 그 판결확정일로부터 3년간 위 징역형의 집행을 유예한다는 요지의 판결을 선고받았다. 위 판결은 1990.12.13. 상고기간 경과로 인하여 확정되었다

나. 한편, 청구인은 1992.12.28. 부산지방법원 동부지원으로부터 사기죄 등으로 징역 10월에 처한다는 요지의 판결을 선고받았다. 위 판결은 1993.6.22. 상고기각 판결로 인하여 확정되었고 같은 날 형기만료로 석방되었다.

다. 또한 청구인은 1993.10.경 변호사법 위반죄 등으로 구속되어 1994.4.13.경 부산지방법원으로부터 징역1년 4월에 처한다는 요지

의 판결을 선고받았다 그런데 피청구인은 1993.12.21. 청구인에 대하여 위 “가”항에 적은 형집행유예의 선고가 위 “나”항에 적은 징역형의 확정으로 인하여 실효되었다고 하며, 부산교도소장에게 형집행유예의 실효지휘를 하였다. 그 결과 청구인은 위 “가”항에 적은 1년 6월의 징역형을 다시 복역하게 되었다.

2. 이 사건에서 청구인이 내세우는 심판청구의 이유 요지는 다음과 같다.

피청구인의 청구인에 대한 위 형집행유예의 실효지휘는 위법 또는 위헌의 공권력 행사이고 청구인은 그로 말미암아 기본권의 침해를 받았으므로, 그 위헌확인을 구하고자 이 사건 심판청구에 이르렀다

3. 직권으로 심판청구요건의 구비 여부에 관하여 살펴본다

헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면, 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법소원심판을 청구할 수 있으나, 다른 법률에 의한 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없게 되어 있다.

청구인의 주장 취지를 종합하면 이 사건의 심판 대상이 되는 공권력의 행사는 결국 피청구인이 청구인에 대하여 한 형집행유예의 실효지휘이다. 그런데 집행유예의 선고를 받은 자가 유예기간 중에 금고 이상의 형을 선고받아 그 판결이 확정된 때에는 집행유예의 선고는 실효된다(형법 제63조 참조). 또한 형사재판의 집행은 원칙적으로 재판확정 후 그 재판을 한 법원에 대응하는 검찰청 검사의 지휘로 집행하(형사소송법 제459조·제460조 참조), 그러한 재판의 집행을 받은 자는 집행에 관한 검사의 처분이 부당하다고 인정하는

때에는 그 재판을 선고한 법원에 이의신청을 할 수 있다(형사소송법 제 489조 참조). 이 사건의 경우, 청구인은 이 사건의 심판대상인 피청구인의 형집행유예 실효지휘처분에 대하여 형사소송법에 의한 구제방법인 이의신청을 함이 없이 곧바로 이 사건 헌법소원을 제기하였음이 청구인의 주장 자체에 의하여 명백하다.

그렇다면 이 사건 심판청구는 다른 법률에 의한 구제절차를 모두 거치지 아니하고 제기한 것으로서 부적법하다고 할 것이므로 헌법재판소법 제72조 제3항 제1호 전단에 따라 각하하기로 하여, 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1994. 9. 7.

재판장 재판관 한병채
 재판관 최광률
 재판관 김문희

검찰수사 등 위헌확인

(1994. 9. 30. 94헌마183 헌법재판소 제2지정재판부)
[판례집 6-2, 343~347]

【판시 사항】

1. 수사기관의 부당한 수사(搜查)에 대한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)에 있어서의 사전구제절차(事前救濟節次)
2. 검사의 공소제기처분(公訴提起處分)에 대한 헌법소원청구(憲法訴願청구)의 적부(適否)

【결정 요지】

1. 수사기관의 부당한 수사(搜查)에 대하여 헌법소원(憲法訴願)을 제기하려면 그에 대한 사전구제절차(事前救濟節次)를 거쳐야 하므로, 검사의 구금·압수 또는 압수물의 환부에 관한 처분에 대하여 불복(不服)이 있으면 그 직무집행지의 관할법원 또는 검사의 소속 검찰청에 대응한 법원에 그 처분의 취소 또는 변경을 청구하여야 할 것이고(형사소송법 제417조의 준항고(準抗告)) 또는 검사를 상대로 고소를 하여 그 처리결과에 따라 검찰청법에서 정한 항고(抗告)·재항고(再抗告)의 절차를 거쳐야 한다.
2. 검사의 공소제기처분(公訴提起處分) 자체에 대하여는 공소제기된 범죄사실이나 법원에 제출된 증거를 포함하여 그 재판절차에서 그 적법성(適法性)에 대해 충분한 사법적(司法的) 심사(審査)를 받을 수 있으므로 독립하여 헌법소원(憲法訴願)의 대상이 될 수 없다.

청 구 인 문 ○ 동

피청구인 부산지방검찰청 검사

【참조 조문】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

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 각호의 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)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.~4. 생략

④~⑥ 생략

형사소송법(刑事訴訟法) 제417조 (준항고(準抗告)) 검사(檢事) 또는 사법경찰관(私法警察官)의 구금(拘禁), 압수(押收) 또는 압수물(押收物)의 환부(還付)에 관한 처분에 대하여 불복이 있으면 그 직무집행지(職務執行地)의 관할법원(管轄法院) 또는 검사(檢事)의 소속 검찰청(檢察廳)에 대응한 법원(法院)에 그 처분의 취소(取消) 또는 변경(變更)을 청구(請求)할 수 있다.

【참조 판례】

- 2. 1987.3.17. 선고, 89헌마21 결정
- 1992.6.24. 선고, 92헌마104 결정
- 1992.12.24. 선고, 90헌마158 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다

【이 유】

1. 청구인의 주장 요지는 다음과 같다

가. 청구인은 이 사건 청구취지로서 피청구인이 1993.2.8. 부산지방검찰청 1993년 형제10081호 피의자 문○동의 폭력행위등처벌에관한법을 위반 및 변호사법 위반사건에 대하여 한 검찰수사 처분은 청구인의 평등권을 침해한 것이므로 이를 취소한다라는 심판을 구하고 그 청구인 유로서 다음과 같은 사유를 주장하였다 즉, 피청구인의 직원 2명은 1993.2.8. 05:30경 청구인이 잠을 자고 있는 방에 침범하여 청구인을 정당한 사유 없이 강제적으로 승용차에 태워 검

찰청에 끌고 와서 약 10시간이 지난 오후 15:30경에 청구인에게 거짓 진술을 강요하였는바 피청구인이 현행범도 아닌 청구인을 위와 같이 강제로 연행한 것은 적법한 절차를 거친 사전구속영장에 의하지 아니한 것으로 위법한 것이며, 피청구인은 최○환, 강○용, 홍○권 등과 사전에 계획적으로 공모하여 그들로부터 1993.1.30.자 일방적인 각 진술조서를 미리 작성하고(검찰주사 이기재가 날인한 것임) 청구인을 강제로 연행한 것이다.

나. 청구인은 1993.2.8. 부산 서부경찰서 유치장에 불법구금당하였고 피청구인에 의하여 청구인은 허위진술을 하게 되어 인권침해를 당하였는바, 위 최○환은 1992.10.1.자 근로기준법 제20조에 의거한 근로계약에 따라 인건비 조로 청구인에게 180만원을 3회에 걸쳐(3개월간) 준 것이 사실인데 청구인이 공무원에게 지목변경을 청탁할 명목으로 금원을 가져갔다고 허위진술을 하였고, 청구인은 위 홍○권으로부터 금 10원도 받지 아니하였는데도 불구하고 최○환은 피청구인에게 1993.1.10. 진술에서는 금 3,400,000원을, 1993.2.4. 진술에서는 금 4,300,000원을 청구인이 갈취한 것으로 각각 다르게 허위진술을 하였으며, 청구인이 홍○권, 신○권으로부터 받은 각서에는 “○○산업에 관한 민·형사상 문제까지 재계약자 신○권, 홍○권이 책임진다”라고 서로 서약한 문서인데 피청구인은 청구인의 진술을 무시하고 일방적으로 첫번째로 1992.11.30. 20:00경 돈 100만원을, 두번째로 70만원씩을 각 인건비 명목으로 교부받아 갈취한 것으로 처리하였는바, 피청구인은 결국 법의 절차대로 하지 않고 권력기관에서 마음대로 진술조서를 사전에 받아 놓고 청구인의 진술을 무시하고 불법구속하였으며 위의 허위사실에 대하여 공

소를 제기하여 청구인으로 하여금 징역 1년 6월에 2년간 집행유예(구금 일수 48일) 및 추징금 182만원의 형벌을 받게 한 것이다

다. 더욱이 위 형사판결로 인하여 창원지방법검찰청 1994년 징계 5770호 채권자 검사 황○련으로부터 채무자 문○동에 대한 추징금 182만원 청구에 대하여 창원지방법원 집달관이 1994.7.13. 청구인의 전 가족이 출타 중에 입회인 없이 앞쪽 3중문을 열고 방 3개와 부엌, 목욕탕 등 5개소에 있는 가구 10개소에 봉인 표시를 하는 등 불법집행을 함으로써 청구인은 계속 인권침해를 당하였다

이에 청구인은 위 검찰 수사가 헌법상 보장받은 청구인의 평등권을 침해한 것이므로 이 억울함을 당하고 아무리 참을래야 참을 수 없어 그 부당함을 취소하고자 이 사건 헌법소원심판을 청구한 것이다

2. 먼저 이 사건 헌법소원심판청구의 적법 여부를 직권으로 살핀다

청구인의 이 사건 심판청구는 결국 검사의 위헌적인 수사와 공소제기에 의하여 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 소속 검찰청에 대응한 법원에 그 처분의 취소 또는 변경을 청구하여야 할 것이고(형사소송법 제417조의 준항고) 또는 검사를 상대로 고소를 하여 그 처리결과에 따라 검찰청법에 정한 항고제항고의 절차를 거쳐 비로소 헌법소원을 제기할 수 있다고 보아야 할 것이고

검사의 공소제기처분 자체에 대하여는 공소제기된 범죄사실이나 법원에 제출된 증거를 포함하여 그 재판절차에서 그 적법성에 대해 충분한 사법적 심사를 받을 수 있으므로 독립하여 헌법소원의 대상이 될 수 없다는 것이 헌법재판소의 결정례이다(헌법재판소 1987.3.17. 선고, 89헌마21 결정; 1992.6.24. 선고, 92헌마104 결정; 1992.12.24. 선고, 90헌마158 결정 각 참조).

3. 그렇다면 청구인의 이 사건 심판청구는 헌법소원심판청구에 있어서의 다른 법률에 의한 구제절차를 거치지 아니한 것이어서 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 것이므로 헌법재판소법 제72조 제3항 제1호 제4호에 따라 이를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

1994. 9. 30.

재판장 재판관 김진우
 재판관 이재화
 재판관 조승형

이송처분취소

(1994. 10. 19. 94헌마197 헌법재판소 제1지정재판부)

[판례집 6-2, 348~350]

【관시 사항】

법무부장관(法務部長官)의 수형자(受刑者) 이송지휘처분(移送指揮處分)의 공권력행사(公權力行使) 해당 여부

【결정 요지】

법무부장관(法務部長官)의 수형자(受刑者) 이송지휘처분(移送指揮處分)은 행형법(行刑法) 제12조의 규정에 의한 교도소장(矯導所長)의 수형자(受刑者) 이송승인신청(移送承認申請)에 대하여 법무부장관(法務部長官)이 같은 법조에 따라 당해 교도소장에 대하여 한 이송승인의 의사표시에 불과하여, 이것이 곧 기본권침해의 원인이 된 “공권력(公權力)의 행사(行使)”에 해당한다고 볼 수 없다.

청 구 인 박 ○
피청구인 법무부장관

【참조 조문】

행형법(行刑法) 제12조 (수형자(受刑者)의 이송(移送))

수형자(受刑者)의 수용(收容), 작업(作業), 교화(教化) 기타 처우상(處遇上) 특히 필요하다고 인정할 때에는 당해 소장(所長)은 법무부장관(法務部長官)의 승인을 얻어 수형자(受刑者)를 다른 교도소(矯導所) 또는 소년 교도소(少年矯導所)에 이송(移送)할 수 있다.

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다

【이 유】

1. 이 사건 심판청구의 요지는 다음과 같다

청구인은 현재 대법원 서울고등법원 서울지방법원 동부지원 및 대검찰청, 서울지방검찰청 등에 청구인이 당사자로 된 각종 신청청구 또는 소송사건이 계류중에 있고, 특히 서울지방법원 동부지원에 계류중인 94가합 9403 위증여부확인청구사건에 관하여는 형사 1회 길에 대한 증인 신문기일이 1994.9.16.로 지정 고지된 바 있다. 그런데도 피청구인은 청구인의 이러한 사정을 전혀 고려하지 아니하고 1994.8.29.경 영등포교도소장에게 그곳에 수감되어 있던 청구인을 전주교도소로 이송하도록 이송지휘를 하였고, 이에 따라 청구인은 같은 해 8.29. 영등포교도소에서 전주교도소로 이감됨으로써 헌법상 보장된 주거의 자유를 침해당하였을 뿐만 아니라 위에서 본 각종 사건들의 소송수행에 막대한 어려움을 겪고 있다. 따라서 위 이송지휘처분을 취소함과 아울러 청구인을 위 사건들이 계류중인 법원 및 검찰청 소재지인 서울 소재 교도소로의 이송을 구하여 이 사건 심판청구에 이르렀다는 것이다

2. 살피건대, 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법소원 심판을 청구할 수 있다고 규정되어 있으므로 헌법소원심판의 청구를 하려면 우선 기본권침해의 원인이 된 “공권력의 행사 또는 불행사의 사실이 있어야 한다.

그런데 기록에 의하면 청구인이 이 사건에서 취소를 구하는 피청구인의 수형자 이송지휘처분이라 함은 행형법 제2조의 규정에 의한 교도소장의 수형자 이송승인신청에 대하여 피청구인(법무부장관)이 같은 법조에 따라 당해 교도소장에 대하여 한 이송승인의 의사표시에 불과하여, 이것이 곧 기본권침해의 원인이 된 “공권력의 행

사"에 해당한다고는 볼 수 없다(가사 청구인의 이 사건 심판청구 중에 영등포교도소장의 청구인에 대한 이송처분 그 자체의 취소를 구하는 부분이 포함되어 있다고 하더라도, 이러한 교도소장의 수형자 이송처분에 대하여는 행형법 제6조, 행정심판법 및 행정소송법등에 그에 대한 구제절차가 규정되어 있는바, 이러한 절차를 거친 흔적이 없는 위 이송처분 취소청구는 사전구제절차의 경유의 흠결로서 헌법재판소법 제88조 제1항 단서 및 제72조 제3항 제1호의 규정에 비추어 부적법하다

3. 그렇다면 이 사건 심판청구는 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우에 해당하므로 헌법재판소법 제2조 제3항 제4호에 따라 이를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1994. 10. 19.

재판장 재판관 김진우
 재판관 황도연
 재판관 신창언

형법 제338조 등에 대한 헌법소원

(1994. 12. 29. 90헌바13 전원재판부)

[판례집 6-2, 351~355]

【관시 사항】

1. 형사재판절차(刑事裁判節次)에서 청구인에게 적용될 형법(刑法) 규정에 대하여 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판(憲法訴願審判)을 청구한 후 유죄판결(有罪判決)이 확정되고 청구인도 사망한 경우의 사건처리방법

2. 헌법소원심판절차(憲法訴願審判節次)의 계속중에 청구인이 사망하여 심판절차(審判節次)의 종료를 선언한 사례

【결정 요지】

1. 헌법소원심판(憲法訴願審判)을 청구할 당시의 전제되는 재판(裁判)이 종료된 경우에도 헌법소원(憲法訴願)이 인용되면 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제75조 제7항에 의하여 유죄의 확정판결(確定判決)에 대하여 재심(再審)을 청구할 수 있으므로 같은 법 제40조 민사소송법(民事訴訟法) 제211조 제1항에 따라 청구인의 사망 후에 재심(再審)을 청구할 수 있는 자는 헌법소원심판절차(憲法訴願審判節次)를 수계할 수 있다. 그러나 수계(受繼)할 당사자가 없거나 수계의사(受繼意思)가 없는 경우에는 청구인의 사망에 의하여 헌법소원심판절차(憲法訴願審判節次)는 원칙적으로 종료된다고 할 것이고, 다만 수계의사표시(受繼意思表示)가 없는 경우에도 이미 결정을 할 수 있을 정도로 사건이 성숙되어 있고, 그 결정에 의하여 유죄판결(有罪判決)의 흠이 제거될 수 있음이 명백한 경우 등 특별히 유죄판결(有罪判決)을 받은 자의 이익을 위하여 결정의 필요성이 있다고 판단되는 때에 한하여 종국결정(終局決定)을 할 수 있다.

2. 이 사건 헌법소원심판절차(憲法訴願審判節次)에서 청구인은 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제2항에 의하여 사형(死刑)을 법정형(法定刑)으로 규정한 형법(刑法) 제338조 등에 대하여 헌법소원심판(憲法訴願審判)을 청구하였으나, 그 후 청구인에 대한 사형집행(死刑執行)이 되었고 그로부터 4년이 지났는데도 수계신청(受繼申請)이 없을 뿐만 아니라 특별히 종국

결정(終局決定)을 할 필요성이 있는 경우에도 해당하지 아니하여 청구인의 사망으로 인하여 그 심판절차(審判節次)가 종료되었다.

청 구 인 손 ○ 순

대리인 변호사 이 상 혁

관련소송사건 대법원 90도319 강도살인 등

【참조 조문】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제40조 (준용규정(準用規定)) ① 헌법재판소(憲法裁判所)의 심판절차(審判節次)에 관하여는 이 법(法)에 특별한 규정(規定)이 있는 경우를 제외하고는 민사소송(民事訴訟)에 관한 법령(法令)의 규정(規定)을 준용(準用)한다. 이 경우 탄핵심판(彈劾審判)의 경우에는 형사소송(刑事訴訟)에 관한 법령(法令)을, 권한쟁의심판(權限爭議審判) 및 헌법소원심판(憲法訴願審判)의 경우에는 행정소송법(行政訴訟法)을 함께 준용(準用)한다.

② 제1항 후단의 경우에 형사소송(刑事訴訟)에 관한 법령(法令) 또는 행정소송법(行政訴訟法)이 민사소송(民事訴訟)에 관하 법령(法令)과 저촉될 때에는 민사소송(民事訴訟)에 관한 법령(法令)은 준용(準用)하지 아니한다.

헌법재판소법 제68조 제2항

헌법재판소법 제75조 (인용결정(認容決定)) ①~⑥ 생략

⑦ 제68조 제2항의 규정(規定)에 의한 헌법소원(憲法訴願)이 인용(認容)된 경우에 당해 헌법소원(憲法訴願)과 관련된 소송사건(訴訟事件)이 이미 확정된 때에는 당사자(當事者)는 재심(再審)을 청구(請求)할 수 있다.

⑧ 생략

민사소송법(民事訴訟法) 제211조 (당사자(當事者)의 사망(死亡)으로 인한 중단) ① 당사자(當事者)가 사망(死亡)한 때에는 소송절차(訴訟節次)는 중단된다. 이 경우에는 상속인(相續人), 상속재산관리인(相續財産管理人) 기타 법률(法律)에 의하여 소송(訴訟)을 속행(續行)할 자(者)는 소송절차(訴訟節次)를 수계(受繼)하여야 한다.

② 생략

【참조 판례】

2. 1992.11.12. 선고, 90헌마33 결정

【주 문】

이 사건 심판절차는 1990.12.4. 청구인의 사망으로 종료되었다

【이 유】

1. 사건의 개요

청구인은 강도살인죄 등으로 기소되어 수원지방법원에서 사형선고를 받고 서울고등법원에 항소하여 항소가 기각되자 다시 대법원에 상고하여 그 사건(90도319호)이 계속중 강도살인죄의 법정형의 하나로 사형을 규정한 형법 제338조, 사형을 형의 종류의 하나로 규정한 같은 법 제41조 제1호, 사형의 집행은 규정한 같은 법 제66조 및 행형법 제57조 제1항의 위헌여부심판의 제청신청(90초24)을 하였으나, 대법원은 1990.4.24. 위 위헌제청신청을 기각함과 동시에 상고를 기각하였다

이리하여 청구인은 같은 해 5.1. 헌법재판소에 위 각 범조항에 대하여 헌법 제10조, 제12조 및 제37조에 위배된다는 주장을 하면서 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 이 사건

헌법소원심판을 청구하였다.

2. 판단

직권으로 살피건대, 당재판소의 사실조회에 대한 1994.10.27.자 법무부장관의 회신에 의하면 청구인은 이 사건 헌법소원심판절차가 계속중인 1990.12.4. 사형집행에 의하여 사망한 사실이 인정된다

청구인이 이 사건 헌법소원심판을 청구할 당시의 전제되는 재판이었던 대법원 90도319호 사건은 앞서 본 바와 같이 1990.4.24. 상고기각판결에 의하여 종료되었지만 헌법소원이

인용되는 경우 헌법재판소법 제75조 제7항에 의하여 유죄의 확정판결에 대하여 재심

을 청구할 수 있으므로 같은 법 제40조 민사소송법 제211조 제1항에 따라 청구인의 사망 후에 재심을 청구할 수 있는 자는 이 사건 헌법소원 심판절차를 수계할 수 있지만 수계할 당사자가 없거나 수계의사가 없는 경우에는 청구인의 사망에 의하여 헌법소원심판절차는 원칙적으로 종료된다고 할 것이고 다만 수계의사표시가 없는 경우에도 이미 결정을 할 수 있을 정도로 사건이 성숙되어 있고 그 결정에 의하여 유죄판결의 흠이 제거될 수 있음이 명백한 경우 등 특별히 유죄판결을 받은 자의 이익을 위하여 결정의 필요성이 있다고 판단되는 때에 한하여 종국결정을 할 수 있다고 할 것이다

그런데 이 사건 헌법소원심판절차에서는 청구인이 사망한지4년이나 지났는데도 수계신청이 없을 뿐만 아니라 특별히 종국결정을 할 필요성이 있는 경우에 해당한다고 보아지도

아니한다.

그러므로 이 사건 헌법소원은 청구인의 사망으로 말미암아 그 심판절차가 종료되었다고 할 것이다.

3. 결론

그렇다면 절차관계의 종료를 명백히 확인하는 의미에서 심판절차 종료를 선언하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1994. 12. 29.

재판장 재판관 김용준

재판관 김진우

재판관 김문희

재판관 황도연
재판관 이재화
재판관 조승형
재판관 정경식
주심 재판관 고중석
재판관 신창언

법무사법 제4조 제1항 제1호에 대한 헌법소원

(1994. 12. 29. 92헌바22 헌법재판소 전원재판부)
[판례집 6-2, 356~]

【판시 사항】

1. 재판(裁判)의 전제성(前提性)의 의미
2. 재판(裁判)의 전제성(前提性)을 부인한 구체적 사례

【결정 요지】

1. 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제2항에 의한 헌법소원(憲法訴願)에 있어서는 일반법원에 계속중인 구체적 사건에 적용할 법률(法律)이 헌법(憲法)에 위반되는 여부가 재판(裁判)의 전제로 되어야 하며, 이 경우 재판(裁判)의 전제가 된다고 하려면 그 법률(法律)이 당해 소송사건에 적용할 법률(法律)이어야 하고 그 위헌여부에 따라 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 말한다.

2. 법무사법(法務士法) 제4조 제1항 제1호가 규정하고 있는 법원(法院)에는 군사법원(軍事法院)이 포함되지 아니하므로 군사법원(軍事法院) 서기자격을 취득한 뒤 24년 정도 군사법원(軍事法院)에서 근무하고 퇴직한 청구인은 위 법률조항의 적용대상자가 아니고, 따라서 위 법률조항은 청구인이 법원행정처장을 상대로 제기한 법무사자격인정거부처분취소소송에 적용할 법률(法律)이 아니므로 이 사건 심판청구는 재판(裁判)의 전제성요건을 갖추지 못하여 부적법(不適法)하다.

청 구 인 김 ○ 열

대리인 변호사 전 창 렬

관련소송사건 서울고등법원 91구28766 법무사자격인정거부처분취소

【참조 조문】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제2항

법무사법(法務士法) 제4조 (자격(資格)) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자(者)는 법무사(法務士)의 자격(資格)이 있다.

1. 7년(年) 이상 법원(法院)·헌법재판소(憲法裁判所)·검찰청(檢察廳)에서 법원주사보(法院主事補)나 검찰주사보(檢察主事補) 이상의 직(職)에 있던 자(者), 또는 5년(年) 이상 법원(法院)·헌법재판소(憲法裁判所)·검찰청(檢察廳)에서 법원사무관(法院事務官)이나 검찰사무관(檢察事務官)(검찰(檢察)의 수사사무관(搜查事務官)을 포함한다)이상의 직(職)에 있던 자(者)로서 법무사업무(法務士業務)의 수행에 필요한 법률지식(法律知識)과 능력(能力)이 있다고 대법원장(大法院長)이 인정한 자(者)

2. 생략

② 생략

【참조 판례】

1. 1989.7.14. 선고, 88헌가5,8, 89헌가44(병합) 결정
1993.7.29. 선고, 90헌바35 결정
1993.11.25. 선고, 90헌바47 내지 58(병합) 결정
2. 1993.11.25. 선고, 90헌바47 내지 58(병합) 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1966.9.5. 육군 법무직 공개경쟁채용시험(당시 시행 중이던 군속인사법 제12조에 의한 것으로 보임)에 합격하여 송무과 송무서기로 보직받고, 1967.1.19. 군법회의서기전형규정(국방부령 제83호)에 의한 군법회의서기 전형시험에 합격하여 서기자격을 취득한

이래, 육군본부보통군사법원 등 여러 군사법원에서 24년 3개월간 근무하다가, 1990.11.30. 육군고등군사법원 심판사무담당관(행정군무부이사관)직을 끝으로 명예퇴직하였다.

청구인은 위와 같은 경력을 근거로 1991.4.22. 대법원장에게 법무사법 제4조 제1항 제1호에 의한 법무사자격 인정신청을 하였으나 대법원장은 같은 해 5.23. 군사법원은 법무사법 제4조 제1항 제1호의 법원에 해당하지 아니하므로 법무사자격을 인정하지 아니한다는 취지를 청구인에게 통지하였다.

이에 청구인은 같은 해 12. 서울고등법원에 법원행정처장을 상대로 법무사자격인정거부처분취소소송(91구28766)을 제기하였고, 그 소송 계속중 법무사법 제4조 제1항 제1호의 위헌여부가 그 재판의 전제가 된다고 하여 위헌여부심판의 제청신청을 하였으나 위 법원은 1992.4.29. 그 신청을 기각하는 결정을 하였고, 청구인은 같은 해 5.18. 그 결정정본을 송달받고 같은 달 30. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다(본안사건에 관하여는 같은 해 4.29. 원고 청구기각판결이 선고되고 같은 해 11.24. 상고기각으로 확정되었다).

나. 심판의 대상

(1) 심판청구서 및 청구인의 보충이유서의 기재를 종합적으로 판단하여 보면, 이 사건 헌법소원심판청구는 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원으로서 그 심판의 대상은 법무사의 자격이 있는 자를 “7년 이상 법원·헌법재판소·검찰청에서 법원주사보나 검찰주사보 이상의 직에 있던 자, 또는 5년 이상 법원·헌법재판소·검찰청에서 법원사무관이나 검찰사무관(검찰의 수사사무관을 포함한다)

다)이상의 직에 있던 자로서 법무사업무의 수행에 필요한 법률지식과 능력이 있다고 대법원장이 인정한 자라고 규정하고 있는 법무사법(1990.1.13. 법률 제4200호) 제4조 제1항 제1호(이하에서는 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌 여부이다.

(2) 다만 뒤에서 보는 바와 같이, 청구인은 청구이유에서 이 사건 법률조항의 “법원”에는 당연히 군사법원이 포함되는데도 서울고등법원이 그렇지 않은 것으로 해석한 것은 위헌적인 해석이고 만일 서울고등법원의 해석과 같이 이 사건 법률조항의 “법원”에 군사법원이 포함되어 있지 않고 이를 제외한 것이라면 이 사건 법률조항은 입법미비로서 헌법 제11조 제1항 및 제15조에 위반된다고 주장하고 있어서 서울고등법원의 재판이나 입법부작위를 심판대상으로 하고 있다는 법원행정처장의 의견이 있으나, 심판청구서 및 청구인의 보충이유서의 기재를 종합적으로 판단하여 보면 결국 청구인은 본안사건에서 기본적으로는 이 사건 법률조항의 “법원”에 군사법원이 포함된다고 주장하면서 만일 이 사건 법률조항의 “법원”에 군사법원이 포함되지 않은 것이라면 이는 입법미비로서 헌법에 위반되므로 이 사건 법률조항 자체의 위헌여부의 심판을 구한다는 것이지 재판이나 입법부작위를 심판대상으로 삼고 있는 것으로 볼 수는 없다.

2. 청구인의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장 요지

(1) 헌법상 법원은 최고법원인 대법원과 각급법원으로 조직하고(제101조 제2항), 대법원과 각급법원의 조직은 법률로 정하되(제102조 제3항) 군사재판을 관할하기 위하여 특별법원으로서 군사법원을

둘 수 있도록 하고 있는 점(제110조 제1항)에 비추어 군사법원 역시 국가 사법기관의 하나이다. 군사법원의 상고심은 대법원이 관할하며(헌법 제110조 제2항, 군사법원법 제9조), 위헌법률심판제청권이 군사법원에도 인정되고(헌법재판소법 제41조 제1항), 군사법원과 일반법원과의 사이에 발생한 재판권에 관한 재정을 대법원에서 행하고(군사법원의 재판권에 관한 법률 제2조 제1항), 일반법원과 군사법원간의 상응한 법원으로서의 사건이송규정을 두고 각 이송된 사건에 대하여 각 이송 전에 행한 소송행위는 이송 후에도 그 효력에 영향이 없으며(형사소송법 제16조의2, 군사법원법 제2조 제3항), 군사법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙제정권이 대법원에 있다는 사정(군사법원법 제4조 제1항) 등에 비추어 보면, 군사법원은 대법원의 하위법원이다.

(2) 또한 법원사무직 공무원이나 군사법원 사무직 군무원은 모두 헌법이 규정한 국가 사법기관에서 근무하는 국가공무원으로서 모두 국가공무원법이 규정한 실적과 자격에 의하여 임용되고 신분이 보장되며 평생토록 공무원으로 근무할 것이 예정되는 경력직 공무원이며(국가공무원법 제2조 제2항), 법원공무원이나 군무원의 계급은 모두 1급에서 9급까지로 분류되고(국가공무원법 제4조 제1항, 군무원인사법 제3조 제1항, 군무원인사법시행령 제3조 제1항 별표 1, 법원공무원규칙 제4조 제1항) 보수면에 있어서도 차등대우를 받지 않으며(공무원보수규정 제1조, 제5조의 별표 1과 3), 군사법원의 사무직 요원은 군법회의서기전형규정(제정 1963.10.10. 국방부령 제83호; 개정 1969.6.25. 국방부령 제141호; 개정 1979.4.10. 국방부령 제311호)에 의한 전형시험을 거쳐 임명되고 군사법원 서기는 재판에 참여하여 기록

기타 서류를 작성, 보관하고 법령에 의한 직무를 집행하도록 규정되어 있어(군사법원법 제32조) 군사법원서기의 업무 또한 법원직원이나 검찰청 직원 등의 업무내용과 동일하거나 유사한 업무로서 그 지식과 능력에 전혀 차이가 없다.

(3) 법무사의 업무는 다른 법률에 의하여 제한되어 있는 경우를 제외하고는 법원과 검찰청 등에 제출하는 서류의 작성 법원과 검찰청의 업무에 관련된 서류의 작성, 등기 기타 등록신청에 필요한 서류의 작성 등기·공탁사건의 신청대리, 위 작성된 서류의 제출대행이고(법무사법 제2조), 이 사건 법률조항의 취지는 법원 및 검찰청 등에서 일정 직급에 일정기간 이상 근무한 직원은 국민을 대행 보조하여 법무사 업무를 수행할 지식과 경험 및 능력이 있다는 데 바탕을 두고 있는 것이다

(4) 따라서 이 사건 법률조항의 “법원”에는 당연히 군사법원도 포함되는데도 서울고등법원이 그렇지 않은 것으로 해석한 것은 헌법 제1조 제1항에 의한 평등권 및 헌법 제15조에 의한 직업선택의 자유를 침해한 위헌적인 해석이고, 만일 서울고등법원의 해석과 같이 이 사건 법률조항의 “법원”에 군사법원이 포함되지 않는다면 이 사건 법률조항은 입법미비로서 일반법원이나 검찰청 직원등과 지식과 능력에 있어서 차이가 없는 군사법원 직원 등을 합리적 이유없이 차별대우한 것으로서 헌법 제11조 제1항과 헌법 제15조에 위반된다.

나. 법원행정처장의 의견

(1) 청구인은 이 사건 법률조항에 규정된 “법원”에는 당연히 군사법원이 포함되어야 함에도 이를 제외하는 것으로 해석한 서울고

등법원의 법해석이 헌법의 원리를 오해한 것이며 이 사건 법률조항 제정시 군사법원의 서기와 군검찰의 서기를 누락한 것은 입법의 착오임에도 서울고등법원이 이 사건 법률조항에 규정된 “법원”에 군사법원이 포함되지 않는다고 해석한 것은 평등권을 무시한 해석이라고 주장하고 있으므로, 결국 이 사건 헌법소원심판청구는 헌법재판소법 제8조 제1항 단서에 의하여 헌법소원의 대상이 될 수 없는 법원의 법해석인 재판을 그 대상으로 하고 있는 것이어서 부적법하고 또한 다른 법률상의 구제 절차도 모두 거치지 아니한 채 청구되어 부적법하다

(2) 헌법재판소법 제41조 제1항에서 말하는 법률이 헌법에 위반되는 여부가 “재판의 전제가 된 때”의 의미는 본안사건에 적용될 법률의 위헌성을 문제삼아 그 적용법률의 위헌여부가 본안사건 재판의 전제가 되어야 함을 의미하는 것이다. 그런데 청구인은 이 사건 본안사건에서 이 사건 법률조항의 “법원”에 군사법원도 포함되므로 청구인에게 이 사건 법률조항에 의하여 범무사자격이 인정되어야 함에도 이를 거부한 처분은 위법하다는 주장을 하고 있을 뿐이므로 이 사건 법률조항의 위헌여부가 본안사건의 전제가 된 것은 아니라고 할 것이고 또한 이 사건 법률조항이 위헌무효일 때 본안사건의 판결주문이 달라질 것도 아니므로 이 사건 헌법소원심판청구는 재판의 전제성이 없어서 부적법하다

(3) 청구인은 이 사건 법률조항이 군사법원 및 군검찰의 서기 중 국방부령이 정하는 일정한 전형을 거쳐 임용되고 각 군 규정에 의하여 범무서기 등의 직류로 분류되어 재판업무에 종사하는 청구인과 같은 군무원에게 범무사자격을 인정하지 않는 것은 입법미비로

서 위헌이라는 취지의 주장을 하고 있다 그러나 이는 입법부작위에 대한 헌법소원에 해당하고, 권력분립의 원리, 국민주권의 원리, 국회의 고유한 입법형성의 자유 등을 고려할 때 이러한 헌법소원은 원칙적으로 인정되지 않는다. 다만 헌법에서 기본권보장을 위하여 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이를 이행하지 않은 경우와 헌법해석상 특정인에게 구체적 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위 의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 전혀 아무런 입법조치를 취하지 않는 경우에만 그와 같은 헌법소원이 가능하다. 그런데 이 사건과 관련하여 헌법이 군사법원 등의 재직경력자에 대한 법무사자격 인정에 관하여 법률제정의 명백한 수권위임을 하였다고 보기 어렵고 또한 군사법원의 재직경력자에게 법무사자격과 관련된 구체적 기본권이 생기고 이에 대한 국가의 보호의무가 발생하였다고 보기도 어려우므로 입법부작위에 관한 청구부분도 부적법하다

(4) 한편 이 사건 헌법소원심판청구가 적법하다고 하더라도 법무사업무의 수행에 일정한 자격을 요구하되 그 자격의 부과에 있어 일정한 요건을 갖춘 경우에는 조건을 감경하는 이 사건 법률조항이 헌법정신에 위배되지 아니하고, 이 사건 법률조항에 규정된 자 외에 어느 범위 내에서 법무사시험을 면제하고 법무사자격을 인정할 것인가 하는 문제는 입법정책의 문제이며, 이에서 제외된 자들은 법무사시험에 합격함으로써 자격을 취득할 수 있으므로 이 사건 법률조항이 군사법원의 서기와 군검찰의 서기를 면제대상에서 제외한 것을 이유로 위헌이라고 할 수는 없다.

다. 서울고등법원의 위헌제청신청기각 이유

군사법원법 제32조와 제47조에 의하면 군사법원서기 및 군검찰서기는 장교, 준사관, 하사관 또는 군무원 중에서 관할관이 임명하도록 되어 있어 법원서기 및 검찰서기와 그 자격요건 등이 상이할 뿐 아니라 그 업무도 군사재판에 한정되어 법원서기 또는 검찰서기의 업무와 동일하다고는 할 수 없다. 그러므로 군사법원서기나 군검찰서기로 근무한 경력이 있는 자에 대하여 법무사자격을 인정하지 아니한 이 사건 법률조항이 헌법 제11조 제1항 및 제15조에 위반되는 법률이라고 할 수 없다

3. 판단

먼저 재판의 전제성 유무에 관하여 판단한다

헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원에 있어서는, 법원에 계속중인 구체적 사건에 적용할 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제로 되어야 한다. 이 경우 재판의 전제가 된다고 하려면 우선 그 법률이 당해 소송사건의 적용할 법률이어야 하고 그 위헌여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 말한다(헌법재판소 1989.7.14. 선고, 88헌가5,8;89헌가44 결정 및 1993.7.29. 선고, 90헌바35 결정 참조).

그러므로 우선 이 사건 심판의 대상인 이 사건 법률조항이 청구인이 법원행정처장을 상대로 제기한 법무사자격인정거부처분취소사건에 적용할 법률인가의 점에 관하여 살펴본다

이 사건 법률조항은 법무사의 자격이 있는 자를 “7년 이상 법원·헌법재판소·검찰청에서 법원주사보나 검찰주사보 이상의 직에 있던 자 또는 5년 이상 법원·헌법재판소·검찰청에서 법원사무관이나 검찰사무관(검찰의 수사사무관을 포함한다) 이상의 직에 있

던 자로서 법무사업무의 수행에 필요한 법률지식과 능력이 있다고 대법원장이 인정한 자"라고 규정하고 있다.

그런데 헌법은 “제5장 법원”에서 일반법원과 군사법원에 관하여 규정하고 있어서 제5장의 표제어가 뜻하는 법원에는 군사법원이 포함되고 군사법원의 상고심이 대법원이기는 하지만(헌법 제110조 제2항), 구체적인 법원조직에 관하여 헌법 제102조 제3항이 “대법원과 각급법원의 조직은 법률로 정한다”고 규정하고 그에 따라 법원조직법이 제정되어 있으며, 한편 군사법원에 대하여는 헌법 제110조 제3항이 “군사법원의 조직·권한 및 재판관의 자격은 법률로 정한다고 규정하고 그에 따라 군사법원법이 제정되어 있다. 이와 같이 구체적인 법원의 조직에 있어서는 일반법원과 군사법원은 그 명칭을 달리한다. 더구나 군무원인사법 시행령에 의하면 군무원의 경우 이 사건 법률조항에서 말하는 법원주사보 또는 법원사무관 등의 직위가 존재하지 않으므로 이 사건 법률조항 소정의 “법원”에 군사법원은 포함되지 않는다고 할 것이다.

따라서 청구인은 이 사건 심판의 대상인 위 법률조항의 적용대상자가 아니므로 이 사건 법률조항은 청구인이 법원행정처장을 상대로 제기한 법무사자격인정거부처분취소사건에 적용할 법률이라고 볼 수 없어서 결국 이 사건 심판청구는 재판의 전제성 요건을 갖추지 못하였다고 할 것이다(헌법재판소 1993.11.25. 선고, 90헌바47 내지 58(병합) 결정 참조).

4. 결론

그렇다면 이 사건 심판청구는 재판의 전제성을 갖추지 못한 것으로서 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 재판관 전원의 일치된 의

건으로 주문과 같이 결정한다

1994. 12. 29.

재판장	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
	재판관 조승형
	재판관 정경식
주심	재판관 고중석
	재판관 신창언

형사소송법 제55조 제1항 등 위헌소원

(1994. 12. 29. 92헌바31 헌법재판소 전원재판부)
[판례집 6-2, 367~378]

【판시 사항】

1. 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제2항에 의한 헌법소원(憲法訴願)에서 국선대리인선임신청(國選代理人選任申請)이 있는 경우의 청구기간
2. 형사소송법(刑事訴訟法) 제55조 제1항이 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것인지 여부
3. 소송촉진(訴訟促進)등에관한특례법(特例法) 제24조가 재판청구권(裁判請求權)의 본질적 내용을 침해하는 것인지 여부

【결정 요지】

1. 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제2항에 의한 헌법소원(憲法訴願)에서 심판청구가 청구인에 대한 위헌제청신청기각결정(違憲提請申請棄却決定) 송달일로부터 14일이 경과한 후에 이루어졌다고 하더라도 청구인이 그 결정 송달일로부터 14일 이내에 국선대리인선임신청(國選代理人選任申請)을 하였다면 청구기간은 준수된 것이다.
2. 공판조서(公判調書)는 공판절차의 증명과 피고인의 방어권 행사에 중요한 자료가 되므로 변호인이 없는 경우에는 적어도 피고인에게 직접 그 열람청구권(閱覽請求權)을 부여하여야 하겠지만, 변호인이 있는 경우에는 변호인을 통하여 피고인이 공판조서(公判調書)의 내용을 알 수 있고 그 기재의 정확성도 보장할 수 있으며 만약 변호인이 피고인의 정당한 이익을 보호하지 아니하고 불성실한 변호를 할 때에는 피고인은 언제든지 자신의 의사에 반하는 변호인을 배제하고 위 규정에 의한 공판조서열람권(公判調書閱覽權)을 행사할 수도 있게 되어 있으므로, 형사소송법(刑事訴訟法) 제55조 제1항이 변호인이 있는 피고인에게 변호인과는 별도로 공판조서열람권(公判調書閱覽權)을 부여하지 않는다고 하여 피고인의 공정한 재판을 받을 권리가 침해된다고 할 수는 없

다.

3. 피고인 등이 상당한 이유 없이 상소(上訴)를 제기함으로써 불가피하게 소요되는 미결구금기간(未決拘禁期間)에 대하여 이를 피고인의 불이익으로 하여 본형(本刑)에 산입하지 않도록 한 소송촉진(訴訟促進)등에 관한 특례법(特例法) 제24조는 명백히 이유 없는 남상소(濫上訴)를 방지하여 재판제도(裁判制度)의 효율성을 높이기 위한 것으로서 그 입법목적에서 정당하고 그 제한의 정도 역시 적정하여 피고인의 재판청구권(裁判請求權)의 본질적 내용을 침해하는 것이라 할 수 없다.

청 구 인 임 ○ 응

대리인 남부종합법무법인

담당변호사 박 한 상 (국선)

관련소송사건 대법원 92도954 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 위반사기) 등

【심판대상조문】

1. 형사소송법(刑事訴訟法)(1954.9.23. 법률 제341호) 제55조 제1항(피고인(被告人)의 공판조서열람권(公判調書閱覽權)) ① 변호인(辯護人)이 없는 때에는 피고인(被告人)은 공판조서(公判調書)의 열람(閱覽)을 청구(請求)할 수 있다.

②~③ 생략

2. 소송촉진(訴訟促進)등에 관한 특례법(特例法)(1981.1.29. 법률 제3361호) 제24조(상소제기(上訴提起) 후 판결(判決) 전 구금일수(拘禁日數)의 산입(算入))

피고인(被告人) 또는 피고인(被告人) 아닌 자(者)의 상소(上訴)를 기각(棄却)할 경우에 상당한 이유 없이 상소(上訴)를 제기한 것으로 인정되는 때에는 상소제기(上訴提起) 후의 판결선고(判決宣告) 전 구금일수(拘禁日數) 중 상소제기기간(上訴提起期間) 만료일(滿了日)로부터 상소이유서 제출기간(上訴理由書提出期間) 만료일(滿了日)까지의 일수(日數)는 이를 본형(本刑)에 산입(算入)하지 아니한다.

【참조 조문】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제70조 제1항 (국선대리인(國選代理人)) ① 헌법소원심판(憲法訴願審判)을 청구(請求)하고자 하는 자(者)가 변호사(辯護士)를 대리인(代理人)으로 선임(選任)할 자력(資力)이 없는 경우에는 헌법재판소(憲法裁判所)에 국선대리인(國選代理人)을 선임(選任)하여 줄 것을 신청(申請)할 수 있다. 이 경우 제69조의 규정(規定)에 의한 청구기간(請求期間)은 국선대리인(國選代理人)의 선임신청(選任申請)이 있는 날을 기준으로 정한다.

②~④ 생략

【주 문】

형사소송법(1954.9.23. 법률 제341호) 제55조 제1항과 소송촉진등에 관한특례법(1981.1.29. 법률 제3361호) 제24조는 각 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 청구인은 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 위반(사기)죄 등으로 기소되어 제1심에서 징역 4년을 선고받고 항소하였으나 1992.3.27. 항소기각판결이 선고되자 다시 상고하여 그 사건이 대법원 92도954로 상고심 계속중 변호인의 소송기록 등 열람 등사권을 규정한 형사소송법 제35조와 변호인 없는 피고인의 공판조서열람권을 규정한 같은 법 제55조 제1항 및 상소제기 후 판결 전 구금일수의 일부를 본형에 산입하지 아니하도록 한 소송촉진등에관한특례법 제24조의 각 규정이 헌법에 위반된다고 주장하면서 위헌법률심판제청신청(대법원 92초40)을 하였으나 대법원은 같은 해 6.23. 위 제청신청을 기각함과 동시에 상고도 기각하였다.

이에 청구인은 같은 달 27. 그 기각결정을 송달받고 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판을 청구하고자 같은 해 7.3. 헌법재판소에 국선대리인선임신청을 하고 같은 달 15. 청구인 명의로 헌법소원심판청구서를 작성 제출하였는데 그 후 헌법재판소가 같은 달 21. 청구인을 위한 국선대리인을 선정하자 국선대리인은 형사소송법 제35조 제1항과 소송촉진등에관한특례법 제24조의 위헌

여부에 관한 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다. 청구인 본인도 국선대리인과는 별도로 심판청구서와 보정서 등을 작성 제출하였는바 헌법재판소법 제25조 제3항에 의하면 당사자인 사인(私人)은 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 헌법소원심판청구를 하거나 심판수행을 하지 못하도록 되어 있으므로 청구인이 직접 작성 제출한 심판청구서나 보정서 등에 기재된 부분은 원칙으로 아무런 효력이 없으나 국선대리인의 청구이유를 보충하여 이유 있게 하는 범위 내에서 이를 참작하기로 한다.

나. 따라서 이 사건 헌법소원심판의 대상은 형사소송법 제55조 제1항과 소송촉진등에관한특례법 제24조의 위헌여부로서 그 각 규정내용은 다음과 같다.

(1) 형사소송법 제55조[피고인의 공판조서열람권]

① 변호인이 없는 때에는 피고인은 공판조서의 열람을 청구할 수 있다

(2) 소송촉진등에관한특례법 제24조[상소제기 후 판결 전 구금일수의 산입] 피고인 또는 피고인 아닌 자의 상소를 기각할 경우에 상당한 이유 없이 상소를 제기한 것으로 인정되는 때에는 상소제기 후의 판결 선고 전 구금일수 중 상소제기기간 만료일로부터 상소이유서제출기간 만료일까지의 일수는 이를 본형에 산입하지 아니한다

2. 심판청구이유 및 관계인의 주장 요지

가. 청구인의 심판청구이유의 요지

(1) 형사소송규칙 제30조에서는 모든 피고인에게 공판조서열람권을 허용하고 있음에도 형사소송법 제55조가 변호인 있는 피고인에 대하여 공판조서열람권을 박탈한 것은 헌법상 보장된 공정한 재판을 받을 권리와 알 권리 및 평등권을 침해한 것이다

(2) 소송촉진등에관한특례법 제24조는 상소제기 후의 판결선고 전 구금일수 중 일부를 본형에 산입하지 않도록 강제함으로써 피고인의 상소권을 제한하고 불이익변경금지원칙에도 위배되며 검사의 남상소(南上訴)에 대하여는 아무런 불이익을 과하지 않으면서 피고인의 남상소에 대하여만 불이익을 과하고 있어 피고인의 재판을 받을 권리와 평등권을 침해한 것이다.

나. 대법원의 위헌제청신청기각이유의 요지

형사소송법 제35조와 제55조 제1항은 헌법 제11조 제1항, 제12조, 제27조 제1항, 제4항, 제34조 제1항, 제37조 제2항이나 알 권리의 근거가 되는 헌법 제21조 등의 관계규정에 위반되지 아니하며 소송촉진등에관한특례법 제24조는 소송지연의 방지, 국민의 권리의무의 신속한 실현, 분쟁처리의 촉진이라는 공공복리의 실현을 위한 필요에 의하여 헌법상 허용되는 입법정책상의 선택의 범위 내에서 규정된 것으로서 헌법 제11조, 제12조 제1항, 제2항, 제27조, 제37조에 위반되는 것이라고 할 수 없다.

다. 서울지방검찰청 서부지청 검사 및 법무부장관의 의견

(1) 청구인은 대법원의 위헌제청신청기각결정을 송달받은 날인 1992.6.27.로부터 14일이 경과한 후인 같은 해 7.15.에야 헌법소원심판을 청구하였으므로 이 사건 심판청구는 청구기간이 도과한 후에 제기된 것으로서 부적법하다.

(2) 형사소송법 제55조 제1항은 피고인에 의한 소송소류의 멸살훼손의 방지, 신속한 재판의 실현이라는 목적을 위하여 필요한 범위 내에서 변호인 있는 피고인에게 공판조서열람권을 인정하지 않은 것으로서 합리적 이유 있는 제한규정이다 그리고, 소송촉진

등에 관한 특례법 제24조는 오관의 시정과 절차지연의 방지라는 이념을 조화시키고 있는 규정으로서 피고인의 상속권을 침해한 것이 아니다

3. 판단

가. 먼저 이 사건 심판청구가 헌법소원심판의 청구기간이 도과한 후에 제기되어 부적법한 것인지 여부에 관하여 살펴본다

헌법재판소법 제69조 제2항은 같은 법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판은 위헌법률심판의 제청신청이 기각된 날로부터 14일 이내에 청구하여야 한다고 규정하고 있고 여기에서 제청신청이 기각된 날이라 함은 특별한 사정이 없는 한 법원의 기각결정이 청구인에게 송달된 날이라고 할 것이다. 그런데, 같은 법 제70조 제1항은 국선대리인의 선임신청이 있는 경우에는 그 신청이 있는 날을 기준으로 청구기간을 정하도록 하고 있으므로, 비록 헌법소원심판청구가 청구인에 대한 제청신청기각결정 송달일로부터 14일이 경과한 후에 이루어졌다고 하더라도 청구인이 그 결정 송달일로부터 14일 이내에 국선대리인 선임신청을 하였다면 청구기간은 준수된 것이라고 할 것이다

따라서, 이 사건에서는 청구인이 대법원의 제청신청기각결정을 송달받은 1992.6.27.로부터 14일 이내인 같은 해 7.3.에 국선대리인 선임신청을 하였으므로 이 사건 심판청구는 적법하다

나. 나아가 형사소송법 제55조 제1항의 위헌여부에 관하여 판단한다

(1) 형사소송법 제35조는 “변호인은 소송 계속중의 관계서류 또는 증거물을 열람 또는 등사할 수 있다.”고 규정하고 같은 법 제

185조는 피고인, 피의자는 판사의 허가를 얻어 증거보전처분에 관한 서류와 증거물을 열람 또는 등사할 수 있다고 규정하면서 같은 법 제55조 제1항은 “변호인이 없는 때에는 피고인은 공판조서의 열람을 청구할 수 있다.”고 규정하여 피고인에게 증거보전절차에 의하여 작성된 서류 등의 열람, 등사권과 변호인 없는 경우의 공판조서열람권 외에는 소송기록이나 증거물에 대한 일반적인 열람 등사권을 부여하지 않고 있다

그리고 형사소송법이 원칙으로 피고인에게 직접 기록열람을 허용하지 않는 이유는 서류나 증거물의 멸실 또는 훼손을 방지하기 위한 것이다

(2) 형사소송법 제55조 제1항이 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것인지 여부에 관하여 살펴본다

(가) 형사소송법은 피고인의 보호자인 동시에 공익적 지위에 있는 변호인에게 일반적인 소송기록의 열람등사권을 부여하면서 서류나 증거물의 멸실·훼손을 방지할 목적에서 피고인에게는 원칙으로 기록열람을 허용하지 않고 다만 변호인이 없는 때에 한하여 공판조서의 열람권만을 주고 있음은 앞에서 본 바와 같다.

(나) 공판조서는 공판절차의 증명과 피고인의 방어권 행사에 중요한 자료가 되므로 변호인이 없는 경우에는 적어도 피고인에게 직접 그 열람권을 부여하여야 하겠지만 변호인이 있는 경우에는 변호인을 통하여 피고인이 공판조서의 내용을 알 수 있고 그 기재의 정확성도 보장할 수 있으며 변호인은 피고인의 위임에 의한 신뢰관계에 터 잡아 피고인의 정당한 이익을 보호하는 지위에 있으므로 변호인이 소송기록을 열람하는 것은 곧 피고인이 열람하는 것과 같

이 볼 수 있을 뿐만 아니라 만약 변호인이 피고인의 정당한 이익을 보호하지 아니하고 불성실한 변호를 할 때에는 피고인은 사선변호인의 경우에는 변호인을 해임할 수 있고 국선변호인의 경우에도 그러한 사유를 들어 법원에 선정취소요청을 할 수 있으므로 피고인은 언제든지 자신의 의사에 반하는 변호인을 배제하고 위 규정에 의한 공판조서열람권을 행사할 수도 있게 되어 있는 것이다. 따라서 변호인이 있는 피고인에게 변호인과는 별도로 공판조서열람권을 부여하지 않는다고 하여 피고인의 공정한 재판을 받을 권리가 침해된다고 할 수는 없다고 할 것이다

(다) 청구인은 형사소송규칙 제30조는 변호인 있는 피고인에게 기록 열람, 등사를 허용하고 있음에도 형사소송법의 위 조항은 이를 허용하지 않고 있으므로 이 점에서도 위 조항이 위헌이라고 주장하나 법률에서 허용하고 있지 않는 것을 규칙이 허용한다고 하여 그 법률이 헌법에 위배된다고 볼 수는 없으므로 위 주장은 이유 없다

(3) 다음으로 위 법조항이 변호인 있는 피고인의 알 권리를 침해하는 것인지 여부에 관하여 보건대 앞에서 본 바와 같이 형사소송법상 변호인에게 소송기록의 열람등사권이 보장되어 있고 변호인이 있는 피고인은 그 변호인을 통하여 공판조서 등 소송기록과 증거물을 열람 등사할 수 있으므로 그 변호인과 별도로 피고인에게도 공판조서의 열람이 허용되지 않는다고 하여 위 법조항이 변호인 있는 피고인의 알 권리를 침해하는 것이라고 할 수 없다

(4) 그리고 헌법 제11조 제1항이 보장하는 평등은 절대적인 평등이 아니라 불합리한 차별대우를 하여서는 아니된다는 의미의 평등을 의미하는 것인데 변호인 있는 피고인은 변호인을 통하여 공판조

서를 비롯한 소송기록 등을 열람할 수 있을 뿐만 아니라 언제든지 변호인을 해임하고 그 스스로 공판조서를 열람할 수 있는 길도 열려 있으므로, 이 사건 규정이 변호인 있는 피고인을 불리하게 대우한다거나 또한 불합리하게 차별하여 평등권을 침해한다고 할 수도 없다

(5) 따라서, 위 법조항은 변호인 있는 피고인의 공정한 재판을 받을 권리나 알 권리 또는 평등권을 침해하는 규정이라고 할 수 없으므로 헌법에 위반되지 아니한다.

다. 다음으로 소송촉진등에관한특례법 제24조의 위헌여부에 관하여 판단한다.

(1) 형법 제57조 제1항은 “판결선고 전의 구금일수는 그 전부 또는 일부를 유기징역 유기금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류에 산입한다”고 규정하고 형사소송법 제482조 제1항은 “상소제기 후의 판결선고 전 구금일수는 다음 경우에는 전부를 본형에 산입한다고 규정하면서 그 제1호로 “검사가 상소를 제기한 때”, 제2호로 “피고인 또는 피고인 아닌 자가 상소를 제기한 경우에 원심판결이 파기된 때를 들고 있다. 따라서 피고인 등의 상소가 기각되는 경우에는 형법 제77조의 규정에 의하여도 상소제기기간 만료일부터 상소이유서제출기간 만료일까지의 구금일수를 본형에 산입하지 아니할 수 있도록 되어 있다

그런데 소송촉진등에관한특례법 제24조는 형법 제57조의 규정에 대한 특칙으로서 피고인 등의 상소가 상당한 이유 없이 제기된 것으로 인정될 경우 상소제기기간 만료일부터 상소이유서제출기간 만료일까지의 구금일수를 반드시 본형에 산입하지 않도록 강제하

고 있는 것이다.

(2) 위 법조항은 피고인등의 상소가 상당한 이유 없이 제기된 것으로 인정될 경우 상소제기 후의 구금일수 중 일부를 반드시 본형에 산입하지 않도록 하여 피고인에게 불이익을 과하는 것이므로 피고인의 상소에 관한 권리를 간접적으로 제한하는 규정이라고 할 수 있다

본래 상소제도는 법령해석의 통일과 재판의 적정 등을 기하기 위하여 마련된 것이지만 그로 인하여 판결의 확정지연되고 법원의 업무부담이 가중되며 이에 따른 경비 노력이 증가하는 등 폐단도 있으므로 명백히 이유 없는 상소에 대하여는 국가재판제도의 효율성을 위하여 적절한 범위 내에서 이를 제한할 필요도 있다고 할 것이다 따라서 피고인 등이 명백히 이유 없이 상소를 제기함으로써 불가피하게 소요되는 미결구금기간에 대하여 이를 피고인의 불이익으로 하여 본형에 산입하지 않도록 한 위 법조항의 입법목적은 명백히 이유 없는 남상소를 방지하여 재판제도의 효율성을 높이기 위한 목적 즉 공공복리를 위한 것으로서 정당하다고 할 것이고 위 규정으로 인하여 본형에 산입되지 아니하는 미결구금일수는 상소로 인하여 반드시 소요되는 기간 중 일부인 상소제기기간 만료일로부터 상소이유서제출기간 만료일까지의 기간에 불과하므로 상당한 이유도 없이 상소를 제기한 자에 대한 제재로서 기간이 그다지 길다고 할 수도 없다.

또한 불이익변경금지의 원칙은 피고인이 상소한 사건 또는 피고인을 위하여 상소한 사건에 관하여 상소심은 원심판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다는 것이므로 위 법조항이 위 원칙에 위배

된다고 할 수도 없다.

따라서 위 법조항은 명백히 이유 없는 남상소를 방지하여 재판제도의 효율성을 높이기 위한 것으로서 그 입법목적에서 정당하고 그 제한의 정도 역시 적정하여 피고인의 재판청구권의 본질적 내용을 침해하는 것이라고 할 수 없다.

그리고 앞에서 본 바와 같이 형사소송법 제482조 제1항에 의하면 검사가 상소를 제기한 때에는 상소제기 후의 판결선고 전 구금일수 전부를 본형에 산입한다고 규정하여 검사의 귀책사유로 인하여 구속기간이 연장된 경우에는 피고인에게 아무런 불이익을 과하지 않고 구금일수 전부를 법률상 당연히 본형에 산입하도록 규정하고 있으므로 위 특례법 제24조가 피고인을 검사와 불합리하게 차별하는 것이라고 할 수도 없다.

(3) 따라서 위 법조항도 피고인의 재판청구권이나 평등권 그 밖의 헌법상 보장된 기본권을 침해하는 규정이라고 할 수 없으므로 헌법에 위반되지 아니한다.

4. 결론

그렇다면 형사소송법 제55조 제1항과 소송촉진등에관한특례법 제24조는 모두 헌법에 위반되지 않는다고 할 것이므로 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1994. 12. 29.

재판장 재판관 김용준

재판관 김문희
재판관 황도연
재판관 이재화
재판관 조승형
재판관 정경식
주심 재판관 고중석
재판관 신창언

국가배상법 제2조 제1항 단서 위헌소원

(1994. 12. 29. 93헌바21 헌법재판소 전원재판부)
[판례집 6-2, 379~394]

【관시 사항】

국가배상법(國家賠償法) 제2조 제1항 단서 중 군인(軍人)에 관련되는 부분의 위헌 여부

【결정 요지】

국가배상법(國家賠償法) 제2조 제1항 단서 중 군인(軍人)에 관련되는 부분을, 일반국민이 직무집행 중인 군인(軍人)과의 공동불법행위(共同不法行爲)로 직무집행 중인 다른 군인(軍人)에게 공상을 입혀 그 피해자에게 공동의 불법행위(不法行爲)로 인한 손해를 배상한 다음 공동불법행위자(共同不法行爲者)인 군인(軍人)의 부담부분에 관하여 국가(國家)에 대하여 구상권(求償權)을 행사하는 것을 허용하지 않는다고 해석한다면, 이는 위 단서 규정의 헌법상 근거규정인 헌법(憲法) 제29조가 구상권(求償權)의 행사를 배제하지 아니하는데도 이를 배제하는 것으로 해석하는 것으로서 합리적인 이유 없이 일반국민을 국가(國家)에 대하여 지나치게 차별하는 경우에 해당하므로 헌법(憲法) 제11조, 제29조에 위반되며, 또한 국가(國家)에 대한 구상권(求償權)은 헌법(憲法) 제23조 제1항에 의하여 보장되는 재산권(財產權)이고 위와 같은 해석은 그러한 재산권(財產權)의 제한에 해당하며 재산권(財產權)의 제한은 헌법(憲法) 제37조 제2항에 의한 기본권제한(基本權制限)의 한계 내에서만 가능한데, 위와 같은 해석은 헌법(憲法) 제37조 제2항에 의하여 기본권(基本權)을 제한할 때 요구되는 비례(比例)의 원칙(原則)에 위배하여 일반국민의 재산권(財產權)을 과잉제한하는 경우에 해당하여 헌법(憲法) 제23조 제1항 및 제37조 제2항에도 위반된다.

청 구 인 ○○화재해상보험주식회사 대표이사 김 ○ 일
대리인 변호사 조 용 환 외 2인
관련소송사건 서울고등법원 92나14214 구상금청구사건

【참조 조문】

헌법(憲法) 제29조 제2항

국가배상법(國家賠償法) 제2조 (배상책임(賠償責任)) ① 국가(國家) 또는 지방자치단체(地方自治團體)는 공무원(公務員)이 그 직무(職務)를 집행(執行)함에 당하여 고의(故意) 또는 과실(過失)로 법령(法令)에 위반하여 타인(他人)에게 손해(損害)를 가(加)하거나, 자동차손해배상보장법(自動車損害賠償保障法)의 규정(規定)에 의하여 손해배상(損害賠償)의 책임(責任)이 있는 때에는 이 법(法)에 의하여 그 손해(損害)를 배상(賠償)하여야 한다. 다만, 군인(軍人)·군무원(軍務員)·경찰공무원(警察公務員) 또는 향토예비군대원(鄉土豫備軍隊員)이 전투(戰鬪)·훈련(訓練)·기타 직무집행(職務執行)과 관련하여 국방(國防) 또는 치안유지(治安維持)의 목적상(目的上) 사용하는 시설(施設) 및 자동차(自動車)·선박(船舶)·항공기(航空機)·기타 운반기구(運搬機具) 안에서 전사(戰死)·순직(殉職) 또는 공상(公傷)을 입은 경우에 본인(本人) 또는 그 유족(遺族)이 다른 법령(法令)의 규정(規定)에 의하여 재해보상금(災害補償金)·유족연금(遺族年金)·상이연금(傷痍年金) 등의 보상(補償)을 지급(支給)받을 수 있을 때에는 이 법(法) 및 민법(民法)의 규정(規定)에 의한 손해배상(損害賠償)을 청구(請求)할 수 없다.

② 생략

【주 문】

국가배상법 제2조 제1항 단서 중 “군인…… 이…… 직무집행과 관련하여…… 공상을 입은 경우에 본인 또는 그 유족이 다른 법령의 규정에 의하여 재해보상금·유족연금·상이연금 등의 보상을 지급받을 수 있을 때에는 이 법 및 민법의 규정에 의한 손해배상을 청구할 수 없다는 부분은, 일반국민이 직무집행 중인 군인과의 공동불법행위로 직무집행 중인 다른 군인에게 공상을 입혀 그 피해자에게 공동의 불법행위로 인한 손해를 배상한 다음 공동불법행위자인 군인의 부담부분에 관하여 국가에 대하여 구상권을 행사하는 것을 허용하지 아니한다고 해석하는 한, 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

1986.11.12. 19:30경 경기 남양주군 ○○ 앞 국도상에서, 청구외 안○삼 소유의 승용차를 운전하던 청구외 안○수의 자동차운전자로서의 과실과 직무를 집행하던 육군중사인 청구외 유○관을 뒷좌석에 태우고 90cc 오토바이를 운전하여 직무를 집행하던 육군 중사인 청구외 정○경의 오토바이 운전자로서의 과실이 경합하여 교통사고가 발생하여 위 유○관에게 전치 약 8주를 필요로 하는 우슬관절내측부인대파열 및 전방십자인대파열 등의 상해를 입었다 청구인은 위 안○삼에 대한 자동차종합보험 보험자로서 위 안○삼을 대위하여 위 유○관에게 그로 인한 손해배상을 하였다.

청구인은 위 정○경의 과실로 인한 손해배상부담부분에 관하여 그 사용자인 대한민국을 상대로 서울민사지방법원에 구상금청구소(89가합25712)을 제기하였으나 청구가 기각되었고, 항소한 결과(90나19475) 서울고등법원은 국가와 제3자가 직무집행 중인 군인 등 공무원에게 공동하여 불법행위를 한 경우 피해자인 군인 등은 동 법조의 규정상 국가와의 사이에서는 국가에 대한 손해배상청구권이 면제되어 직접 손해배상청구를 할 수 없는 것이지만 이는 그들 사이에서만 상대적으로 효력이 있을 뿐 그에게 손해를 배상한 공동불법행위자인 제3자는 동 규정과 관계없이 국가에 대하여 구상권을 행사할 수 있는 것이라고 해석함이 상당하다고 판단하여 청구인의 청구를 일부 인용하는 판결을 선고하였다

그러나 대한민국이 상고한 결과(91다12738) 대법원은 국가배상법 제2조 제1항 단서는 헌법 제29조 제2항에 근거를 둔 규정으로서 군

인·군무원 등 위 법률규정에 열거된 자가 전투훈련 기타 직무집행과 관련하여 공상을 입은 데 대하여 재해보상금·유족연금·상이연금 등 별도의 보상제도가 마련되어 있는 경우에는 이중배상의 금지를 위하여 이들의 국가에 대한 국가배상법 또는 민법상의 손해배상청구권 자체를 절대적으로 배제하고 있는 규정이므로 이들이 직접 국가에 대하여 손해배상청구권을 행사할 수 없음은 물론 국가와 공동불법행위의 책임이 있는 자가 그 배상채무를 이행하였음을 이유로 국가에 대하여 구상권을 행사하는 것도 허용되지 아니한다는 이유로 사건을 원심으로 환송하였다. 위 소송이 서울고등법원에 계속중(92나14214) 청구인은 국가배상법 제2조 제1항 단서에 의하여 청구인이 국가에 대하여 구상권을 행사할 수 없다고 해석하는 한 국가배상법 제2조 제1항 단서는 헌법에 위반된다고 주장하여 위헌제청신청을 하였으나, 서울고등법원은 1993.5.25. 이를 기각하는 결정을 하였고, 청구인은 같은 해 6.1. 그 결정의 정본을 송달받고 6.9. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다

한편 서울고등법원은 위 소송에서 1993.12.1. 청구인의 청구를 모두 기각하는 판결(92나14214)을 선고하였고, 청구인이 상고하였지만 대법원은 1994.5.27. 청구인의 상고를 기각하는 판결(94다6741)을 선고하였다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 국가배상법(1967.3.3. 법률 제1899호로 제정되어 1981.12.17. 법률 제3464호로 개정된 것) 제2조 제1항 단서 중 “군인……이……직무집행과 관련하여……공상을 입은 경우에 본인 또는 그 유족이 다른 법령의 규정에 의하여 재해보상

금·유족연금·상이연금 등의 보상을 지급받을 수 있을 때에는 이 법 및 민법의 규정에 의한 손해배상을 청구할 수 없다는 부분(이하 “이 사건 심판대상부분”이라 한다)이다.

2. 청구인의 주장과 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 주장 요지

이 사건 심판대상부분은 일반국민이 직무집행 중인 군인과의 공동불법행위로 다른 군인에게 직무집행과 관련하여 공상을 입히고 그 피해군인에게 공동의 불법행위로 인한 손해를 전부 배상한 다음 공동불법행위자인 군인의 부담부분에 관하여 국가에 대하여 구상권을 행사하는 것을 허용하지 아니한다고 해석한다면 이는 다른 일반국민과 함께 공동불법행위를 한 일반국민에 비하여 합리적인 이유 없이 직무집행 중인 군인과 공동불법행위를 한 일반국민을 차별하여 가해군인의 불법행위로 인한 국가의 손해배상채무를 일반국민에게 전가하는 것이어서 헌법 제 11조, 제23조 제1항 및 제29조 제1항에 위반된다.

나. 법원의 위헌제청신청기각 이유

국가배상법 제2조 제1항 단서는, 군인과 공동으로, 직무집행 중인 다른 군인에 대하여 불법행위를 한 자가 혼자서 피해군인에게 손해배상을 한 후 불법행위를 한 군인의 부담부분에 대하여 국가에 구상권을 행사할 수 없다고 해석하는 경우에도 헌법 제29조 제2항에 합치되므로 헌법에 위반되지 아니한다.

다. 법무부장관의 의견 요지

군인 등이 전사한 경우보다 후방에서 안전사고로 사망한 경우 더 많은 배상을 받게 되는 모순을 방지하기 위하여 구 국가배상법

(1967.3.3. 법률 제1899호) 제2조 제1항 단서를 제정하였지만 대법원에 의하여 위헌으로 선고되자 이 법 제2조 제1항 단서에 대한 헌법적 근거를 마련하기 위하여 헌법 제29조 제2항이 제정되었는바, 그 입법목적은 군인·경찰관 등에 대하여 이중배상을 금지하지 아니하면 ① 군인·경찰관 등이 국가배상청구소송과 관련하여 법정에 출석증언할 경우 군사기밀 내지 수사기밀이 누설될 위험이 있어서 군인경찰관 등의 고유업무에 지장을 초래할 우려가 있고 ② 전우·동료끼리 원·피고가 되어 소송을 하거나, 업무수행 중 사상한 경우 손해배상청구권이 인정되는 자와 그렇지 아니한 자가 있게 되어 군인·경찰관 등의 사기와 단합에 나쁜 영향을 미칠 우려가 있고, ③ 지휘관은 업무 중 손해배상책임의 발생 여부를 항상 염두에 두게 되어 업무수행의 부담을 가중시키므로 이와 같은 부작용을 방지하여 원활한 업무수행을 도모하기 위한 것이다 그러므로 헌법 제29조 제2항은 일반국민이 직무집행 중인 군인과의 공동불법행위로 직무집행 중인 다른 군인에게 공상을 입혀 그 피해군인에게 공동의 불법행위로 인한 손해를 전부 배상하고 공동불법행위자인 군인의 부담부분에 관하여 국가에 대하여 구상권을 행사하는 것까지도 허용하지 아니한다고 해석된다.

그렇다면 헌법 제29조 제2항에 근거하고 있는 이 사건 심판대상부분에 대하여 위와 같이 해석한다고 하더라도 이는 헌법 제1조, 제23조 제1항 및 제29조에 위반되지 아니한다.

3. 판단

이 사건에서는 일반국민이 직무집행 중인 군인과의 공동불법행위로 직무집행 중인 다른 군인에게 공상을 입혀 그 피해군인에게

공동의 불법행위로 인한 손해를 전부 배상한 다음 공동불법행위자인 군인의 부담부분에 관하여 그 군인의 사용자인 국가에 대하여 구상권을 행사하는 것이 이 사건 심판대상부분에 의하여 허용되지 아니한다고 해석하는 경우 이 사건 심판대상 부분이 헌법에 위반되는지 여부가 쟁점이다

이 사건 심판대상 부분의 헌법상 근거는 헌법 제29조 제2항이므로 먼저 헌법 제29조 제2항이 위와 같은 경우 구상권의 행사를 배제하고 있는지 여부를 살펴본 다음, 이 사건 심판대상 부분의 위헌여부를 살펴보기로 한다.

가. 헌법 제29조 제2항의 구상권행사 배제 여부에 관하여

헌법 제29조 제1항은 “공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다고 규정하면서, 같은 조 제2항에서 “군인·군무원·경찰공무원 기타 법률이 정하는 자가 전투·훈련 등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정하는 보상 외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없다고 규정하여, 국가배상청구권이 인정되는 국민 중에서 군인 등에 한하여 국가배상청구권을 제한하고 있다. 따라서 문리해석상 헌법 제29조 제2항은, 공무원의 직무상 불법행위로 직무집행과 관련하여 손해를 입은 군인 등이 법률이 정하는 보상을 지급받을 수 있을 때에는 직접 국가 또는 공공단체에 대하여 손해배상청구권을 행사하는 것을 허용하지 아니한 것은 명백하다 그러나 위 규정이 이 사건과 같은 사안에서 일반국민이 국가에 대하여 구상권을 행사하는

것까지 허용하지 아니하는가 여부는 분명하지 아니하다 그렇다면 이 문제는 위 규정의 입법목적과 헌법의 일반원칙에 따라 해석하여야 할 것이다.

(1) 일반국민이 직무집행 중인 군인과의 공동불법행위로 직무집행 중인 다른 군인에게 공상을 입힌 경우 그 일반국민은 피해군인이 법률로 정하는 보상을 지급받는 것과는 별도로 공동불법행위이론에 의하여 공동불법행위자인 군인의 부담부분을 포함한 전부의 손해를 배상할 책임을 지게 된다

그런데 헌법 제29조 제2항을 피해군인 등에게 발생한 국가에 대한 손해배상청구권을 그 군인 등과 국가 사이에서만 상대적으로 소멸시키는 규정으로 해석한다면, 일반국민은 공동불법행위자인 군인의 부담부분에 관하여 국가에 대하여 구상권을 행사할 수 있게 된다 이리하여 일반국민은 다른 공동불법행위로 인한 손해배상사건에서와 마찬가지로 자신의 부담부분에 한하여만 손해를 배상하고 국가도 공동불법행위자인 군인의 사용자로서의 책임을 부담하는 결과가 되어 형평의 원칙에 부합하게 된다. 이와 반대로 헌법 제29조 제2항을 국가의 불법행위책임 자체를 절대적으로 배제하는 규정으로 해석한다면 이 사건과 같은 사안에서 일반국민은 공동불법행위자인 군인의 부담부분에 관하여 국가에 대하여 구상권을 행사할 수 없게 되고 설사 공동불법행위자인 군인 개인에 대하여 구상권을 행사할 수 있다고 하더라도 그 군인 자신에게 변제할 자력이 없을 경우에는 일반국민은 현실적으로 구상을 받을 수 없게 된다. 그 결과 국가는 공동불법행위자인 군인의 사용자로서 그 군인의 불법행위로 인한 손해배상책임을 전혀 지지 아니하고 그 부담부

분을 일반국민에게 전가시키거나 전가시키는 결과가 되어 형평의 원칙에 위배되고 아울러 법률에 근거 없이 일반국민에게 재산상의 의무를 부과하는 것으로 국민의 재산권을 침해하게 된다

국가는 국민의 기본권을 보장할 의무가 있고 헌법 제29조 제2항은 제1항 의하여 보장되는 국가배상청구권을 헌법내제적으로 제한하는 규정이므로 그 적용범위에 대하여는 엄격하고도 제한적으로 해석하여야 할 것이다. 그러므로 헌법 제29조 제2항의 입법목적은, 피해자인 군인 등이 법률이 정하는 보상 외에 국가에 대하여 직접 손해배상청구권을 행사하지 못하게 하는 범위 내에서, 즉 일반국민에게 경제적 부담을 전가시키지 아니하는 범위 내에서 군인 등의 국가에 대한 손해배상청구권을 상대적으로 소멸시킴으로써 군인 등에 대한 이중배상을 금지하여 국가의 재정적 부담을 줄인다고 하는 의미로 제한하여 이해하여야 할 것이다

그러므로 헌법 제29조 제2항은 이 사건의 쟁점이 되고 있는 사안에서와 같이 일반국민이 직무집행 중인 군인과 공동불법행위를 한 경우에는 일반국민의 국가에 대한 구상권의 행사를 허용하지 아니한다고 해석하여서는 아니될 것이다.

더욱이 이 사건과 같은 교통사고의 경우 위 승용차의 운전자는 위 오토바이의 승객이 누구인지 전혀 알 수 없는 상태에서 사고를 일으켰는데, 위 오토바이의 승객이 일반국민이면 국가가 구상책임を負고 군인 등이면 국가가 구상책임을 지지 아니한다고 한다면 위 승용차의 운전자는 우연한 사정에 의하여 그 손해배상의 부담부분이 크게 달라지게 되어 법적 안정성을 해하게 된다.

나. 이 사건 심판대상 부분의 위헌여부에 대하여

이 사건 심판대상 부분은 그 규정의 내용이 헌법상 근거규정인 헌법 제29조 제2항과 동일하므로 위 가항에서 살펴본 바와 같이 일반국민의 국가에 대한 구상권의 행사를 허용하지 아니한다고 해석되지 아니한다. 그런데 법원은 이 사건 심판대상 부분을 근거로 일반국민의 국가에 대한 구상권의 행사를 허용하지 아니한다고 해석하고 있으므로 그와 같이 해석하는 경우 이 사건 심판대상 부분이 헌법에 위반되는지 여부를 살펴보기로 한다.

(1) 이 사건 심판대상 부분의 입법목적은 헌법 제9조 제2항의 입법목적과 동일하다고 할 수 있다. 그 입법목적의 정당성 여부는 헌법 제29조 제2항에 의하여 헌법적으로 해결되어 있다고 하더라도 헌법상 보장되는 일반국민의 국가배상청구권을 제한하는 범위와 정도는 헌법 제37조 제2항에 의한 기본권제한의 한계 내에서만 가능한 것이다. 앞서 일반국민의 국가에 대한 구상권의 행사가 인정되는지 여부를 검토하면서 살펴본 바와 같이, 이 사건 심판대상 부분이 일반국민의 국가에 대한 구상권의 행사를 허용하지 아니한다고 해석한다면 이는 국가가 공동불법행위자인 군인의 사용자로서 그 군인의 불법행위로 인한 손해배상책임을 합리적인 이유 없이 일반국민에게 전가시키거나 전가시키는 결과가 되어, 입법 목적을 달성하기 위한 정당한 입법수단의 한계를 벗어나는 것이 된다고 할 것이다.

(2) 더구나 1994.1.5. 법률 제4705호로 공포되어 7.1.부터 시행된 군인연금법 제41조 제2항은, “국방부장관은 제3자의 행위로 인하여 급여의 사유가 발생하여 급여를 지급하는 때에는 그 급여액의 범위 안에서 수급권자가 제3자에 대하여 가지는 손해배상청구권을 취득

한다"고 규정하고 있고, 같은 조 제3항은, "제2항의 수급권자가 제B자로 부터 동일한 사유로 인하여 이미 손해배상을 받은 때에는 그 배상액의 범위 안에서 급여를 지급하지 아니한다"고 규정하고 있다. 위 규정에 의하여, 직무집행 중인 군인과 공동불법행위를 한 일반국민이 직무집행과 관련하여 공상을 입은 다른 피해군인에게 손해배상을 하지 아니하면, 국가의 피용자인 군인의 복리증진 등을 위한 군인연금기금의 관리운용자인 국방부장관은 피해자인 군인에게 지급한 재해보상금·유족연금·상이연금 등의 범위 내에서 군인연금법 제11조 제2항에 의하여 공상을 입은 그 군인의 일반국민에 대한 손해배상청구권을 취득하여 공동불법행위자인 일반국민에게 손해배상을 청구할 수 있다 반대로 공동불법행위자인 일반국민이 직무집행과 관련하여 공상을 입은 피해자인 군인에게 손해배상을 하게 되면, 그 금액의 범위 안에서 그 군인에게 군인연금법에 의한 재해보상금·유족연금·상이연금 등을 지급하지 아니하게 된다.

이와 같이 국방부장관은 피해자인 군인에게 국고의 부담에 의한 재해보상금(군인연금법 제31조, 제32조), 군인연금기금의 부담에 의한 상이연금·유족연금 등(군인연금법 제23조, 제26조, 제37조 등 참조)을 지급한 때에는 그 군인의 일반국민에 대한 손해배상청구권을 취득하는 방식으로 사실상 일반국민에게 구상권을 행사할 수 있게 되고 그 군인측이 일반국민으로부터 손해배상을 받은 경우에는 그 금액의 범위 안에서 재해보상금·유족연금·상이연금 등을 지급하지 아니하여 국고 또는 군인연금기금은 사실상 재정적인 이득을 얻게 된다 그럼에도 불구하고 이 사건 심판대상 부분에 의하여 이

사건과 같은 사안에서 일반국민은 공동불법행위자인 군인의 부담부분에 관하여 국가에 대하여 구상권을 행사할 수 없다고 한다면 이는 불법행위로 인한 손해배상문제를 둘러싼 사경제적 법률관계에서 합리적인 이유 없이 국가를 지나치게 우월하게 취급함으로써 입법목적을 달성하기 위한 정당한 입법수단의 한계를 더욱 벗어나게 된다

(3) 이상과 같은 이유로 이 사건 심판대상 부분에 의하여 이 사건의 쟁점이 되고 있는 사안에서 일반국민이 공동불법행위자인 군인의 부담부분에 관하여 국가에 대하여 구상권을 행사할 수 없다고 해석한다면, 이는 이 사건 심판대상 부분의 헌법상 근거규정인 헌법 제9조가 구상권의 행사를 배제하지 아니하는데도 이를 배제하는 것으로 해석하는 것으로서 합리적인 이유 없이 일반국민을 국가에 대하여 지나치게 차별하는 경우에 해당하므로 헌법 제11조, 제29조에 위반된다. 또한 국가에 대한 구상권은 헌법 제23조 제1항에 의하여 보장되는 재산권이고 위와 같은 해석은 그러한 재산권의 제한에 해당하며 재산권의 제한은 헌법 제37조 제2항에 의한 기본권 제한의 한계 내에서만 가능한데 위와 같은 해석은 헌법 제37조 제2항에 의하여 기본권을 제한할 때 요구되는 비례의 원칙에 위배하여 일반국민의 재산권을 과잉 제한하는 경우에 해당하여 헌법 제23조 제1항 및 제37조 제2항에도 위반된다고 할 것이다.

다. 이해관계기관의 의견에 대한 판단

그런데 법무부장관은 헌법 제29조 제2항은 입법적으로 해결된 것이며 그 입법목적에 비추어 보더라도 이 사건에서 일반국민의 국가에 대한 구상권의 행사가 허용되지 아니한다고 주장하고 있으며

로 이에 관하여 판단하기로 한다

(1) 먼저 입법적으로 해결된 것이란 주장에 대하여 살펴본다 헌법 제29조 제2항은 1972.12.27. 제7차 개헌시 처음으로 헌법 제26조 제2항(다만 당시 “군무원”은 “군인”으로 표시되었다)으로 규정되었고, 1980.10.27. 제8차 개헌시 헌법 제28조 제2항으로 조문의 위치가 변경되었다가 1987.10.29. 제9차 개헌시 현행헌법과 같이 개정되었다 그런데 제7차 개헌 이전인 1967.3.3. 법률 제1899호로 제정된 구 국가배상법 제2조 제1항 단서는 현행 국가배상법 제2조 제1항 단서와 유사한 내용으로 군인·군속에 대한 이중배상금지를 규정하였고 그 규정이 이들의 국가에 대한 국가배상법 또는 민법에 의한 손해배상청구권을 배제하는 것의 위헌여부가 논의되어 오던 중, 대법원은 1971.6.22. 선고, 70다1010 사건 판결에서 공무원의 직무상 불법행위로 인하여 피해를 입은 때에 그 피해자가 군인이라 하여 손해배상청구권을 부인하는 구 국가배상법 제2조 제1항 단서는 헌법에 위반된다고 위헌판결을 하였던 것이다 이리하여 군인 등의 이중배상금지를 규정한 구 국가배상법 제2조 제1항 단서의 위헌문제를 헌법적으로 해결하기 위하여 제7차 개헌에서 위와 같이 헌법 제26조 제2항이 신설된 것이다.

대법원에서 위헌판결이 선고된 위 사건에서는 피해자인 군인이 직접 국가에 대하여 손해배상청구권을 행사하는 것을 배제하는 것이 정점으로 되어 있었기 때문에, 연혁적으로 보더라도 헌법 제29조 제2항은 피해자인 군인이 법률에 의한 보상 이외에 공무원의 사용자인 국가 또는 공공단체에 직접 손해배상청구권을 행사하는 것을 허용하지 아니한다고 주장하고 있다. 그러나 헌법 제29조 제2항

은 피해자인 군인이 불법행위자인 일반국민에 대하여 손해배상청구권을 행사하는 것을 금하지는 아니하므로, 비록 구 국가배상법 제2조 제1항 단서는 군인 등이 전사한 경우보다 후방에서 안전사고로 사망한 경우 더 많은 배상을 받게되는 모순을 방지하기 위하여 제정되었다고 하는 사정을 고려한다 하더라도 그와 같은 사정은 위에서 본 바와 같이 일반국민의 직무집행 중인 군인과 공동불법행위를 한 경우 일반국민의 국가에 대한 구상권의 행사를 허용하지 아니한다고 해석할 수 있는 합리적인 이유가 될 수 없다고 할 것이다

(2) 다음으로 입법목적과 관련한 주장을 살펴본다

첫째, 법무부장관은 헌법 제29조 제2항의 입법목적은 소송절차상 군사기밀 내지 수사기밀이 누설되어 고유업무에 지장을 초래할 우려가 있으므로 이를 방지하기 위한 것이라고 주장한다 그러나 소송절차상 군사기밀 내지 수사기밀이 누설될 위험이 있으면 재판을 비공개로 진행하여 이를 방지할 수 있을 것이고 나아가 피해자인 군인이 가해자인 국민을 상대로 손해배상청구소송을 할 경우에도 군사기밀 내지 수사기밀이 누설될 위험은 있는 것인데도 이를 금지하지 아니하고 있다

둘째, 법무부장관은 전우동료끼리 원·피고가 되어 소송을 하거나 업무수행 중 사상한 경우 손해배상청구권이 인정되는 자와 그러하지 아니한 자가 있게 되면 군인·경찰관 등의 사기와 단합에 나쁜 영향을 줄 수 있으므로 이를 방지하기 위한 것도 헌법 제29조 제2항의 입법목적의 하나라고 주장한다. 그러나 국가가 가해자인 군인 등에게 구상권을 행사하는 경우에도 전우동료끼리 원·피

고가 되어 소송을 하는 것과 유사한 결과가 발생하고 손해배상청구권이 인정되는 자와 그러하지 아니한 자가 있다고 하더라도 이는 사고발생의 경위가 다르기 때문에 발생하는 것이지 동일한 사안에서 그와 같은 차별이 발생하는 것은 아니다.

셋째, 그 외 법무부장관은 지휘관이 업무 중 손해배상책임의 발생 여부를 항상 염두에 두게 되어 업무수행의 부담을 가중시키므로 이를 방지하기 위한 것도 헌법 제29조 제2항의 입법목적의 하나라고 주장한다. 그러나 지휘관은 항상 업무수행 중 사상자가 발생하지 않도록 주의할 의무가 있는 것이다.

이상과 같이 법무부장관이 주장하는 헌법 제29조 제2항의 입법목적은 그 정당성이 미약하고, 비록 그 정당성을 인정한다 하더라도 이는 어디까지나 부차적인 입법목적이 될 수 있을 뿐이다 또한 이와 같은 입법 목적을 달성하기 위한 헌법 제29조 제2항의 적용범위는 입법수단의 정당성을 인정할 수 있는 범위 내로 제한적으로 해석되어야 하는데 이 사건의 쟁점이 되고 있는 사안에서 일반국민이 국가에 대하여 구상권을 행사하는 것을 허용하지 아니한 것은 법무부장관이 주장하는 입법 목적을 달성하기 위하여 반드시 필요한 것도 아니므로 이는 정당한 입법수단이 될 수 없는 경우에 해당한다고 하겠다

그러므로 법무부장관이 주장하는 입법목적도 헌법 제29조 제2항이 이 사건의 쟁점이 되고 있는 사안에서 일반국민의 국가에 대한 구상권의 행사를 허용하지 아니한다고 해석할 수 있는 합리적인 이유가 될 수 없다고 할 것이다.

4. 결론

그렇다면, 이 사건 심판대상 부분은 일반국민이 직무집행 중인 군
인과의 공동불법행위로 직무집행 중인 다른 군인에게 공상을 입혀 그
피해자에게 공동의 불법행위로 인한 손해를 배상한 다음 공동불법행위
자인 군인의 부담부분에 관하여 국가에 대하여 구상권을 행사하는 것을
허용하지 아니한다고 해석하는 한 헌법 제117조, 제23조 제1항, 제29조
및 제37조 제2항에 위반되어 위헌이므로 주문과 같이 결정한다

이 결정은 관여재판관 전원의 의견일치에 의한 것이다

1994. 12. 29.

재판장	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
	재판관 조승형
주심	재판관 정경식
	재판관 고중석
	재판관 신창언

조선철도(주) 주식의 보상금청구에 관한 헌법소원

(1994. 12. 29. 89헌마2 헌법재판소 전원재판부)
[판례집 6-2, 395~416]

【판시 사항】

1. 입법부작위(立法不作爲)에 대한 헌법소원(憲法訴願)에서의 자기관련성
2. 입법부작위(立法不作爲)에 대한 헌법소원(憲法訴願)에서의 청구기간
3. 군정법령(軍政法令)에 따른 보상절차(補償節次)가 이루어지지 않은 단계에서 조선철도의통일폐지법률에 의하여 군정법령(軍政法令)을 폐지하고 그 보상에 관하여 아무런 입법조치를 취하지 않은 것이 위헌인지 여부

【결정 요지】

1. 군정법령(軍政法令)에 의하여 수용(收用)된 사설철도회사(私設鐵道會社)의 주주(株主) 등 재산관계권리자로서 군정법령(軍政法令)에 따라 적법하게 보상신청서를 제출함으로써 보상청구권(補償請求權)을 확정적으로 취득한 자 또는 그로부터 위 보상청구권(補償請求權)을 승계취득한 자는 이 사건 입법부작위(立法不作爲)와 자기관련성이 있고, 보상청구권(補償請求權)의 양도인·양수인 사이에 다툼이 있거나 수인의 양수인 가운데 누구에게 권리가 귀속하는가를 둘러싸고 다툼이 있을 때에 그 중 한사람이 헌법소원(憲法訴願)을 청구하였을 경우 권리귀속(權利歸屬)에 대한 소명(疎明)만으로써 자기관련성을 구비한 여부를 판단할 수 있다.

2. 공권력(公權力)의 불행사로 인한 기본권침해(基本權侵害)는 그 불행사가 계속되는 한 기본권침해(基本權侵害)의 부작위(不作爲)가 계속된다 할 것이므로, 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판(憲法訴願審判)은 그 불행사가 계속되는 한 기간의 제약이 없이 적법하게 청구할 수 있다.

3. 우리 헌법은 제헌(制憲) 이래 현재까지 일관하여 재산의 수용(收用), 사용(使用) 또는 제한(制限)에 대한 보상금을 지급하도록 규정하면서 이를 법률이 정하도록 위임함으로써 국가에게 명시적으로 수용(收用) 등의 경우 그 보상(補償)에 관한

입법의무(立法義務)를 부과하여 왔는바, 해방 후 사설철도회사(私設鐵道會社)의 전 재산을 수용(收用)하면서 그 보상절차(補償節次)를 규정한 군정법령(軍政法令) 제75호에 따른 보상절차(補償節次)가 이루어지지 않은 단계에서 조선철도(造船鐵道)의 통일폐지법률(統一廢止法律)에 의하여 위 군정법령(軍政法令)이 폐지됨으로써 대한민국의 법령에 의한 수용(收用)은 있었으나 그에 대한 보상을 실시할 수 있는 절차를 규정하는 법률이 없는 상태가 현재까지 계속되고 있으므로, 대한민국은 위 군정법령(軍政法令)에 근거한 수용에 대하여 보상에 관한 법률을 제정하여야 하는 입법자의 헌법상 명시된 입법의무(立法義務)가 발생하였으며, 위 폐지법률(廢止法律)이 시행된 지 30년이 지나도록 입법자가 전혀 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 것은 입법재량(立法裁量)의 한계를 넘는 입법의무불이행(立法義務不履行)으로서 보상청구권(補償請求權)이 확정된 자의 헌법상 보장된 재산권(財產權)을 침해하는 것이므로 위헌이다.

청 구 인 소 ○ 영
대리인 변호사 계 창 업 외 2인

【참조 조문】

헌법(憲法) 제23조

제조선미국육군사령부군정청법령 제75호 조선철도의통일(1946.5.7. 제정) 제1조 본령(本令)의 목적(目的)은 공용(公用)을 위하여 사설철도(私設鐵道)를 정부접수하(政府接受下)에 통일(統一)함으로써 조선(朝鮮) 내 철도운수(鐵道運輸)를 완전(完全)한 국영체제(國營體制)로 발전(發展)시킴에 재(在)함.

제2조(수용선언(收用宣言))전기(前記) 목적(目的)을 달성(達成)하고자 조선철도주식회사(朝鮮鐵道株式會社)·경남철도주식회사(京南鐵道株式會社)·급(及) 경춘철도주식회사(京春鐵道株式會社)의 전재산(全財産)을 조선정부운수부(朝鮮政府運輸部) 감독하(監督下)에 조선(朝鮮)의 공용(公用)으로 하기 위하여 자(茲)에 취득(取得)·수용(收用)함을 선언(宣言)함.

제3조(보상청구권(補償請求權)) 사설철도회사(私設鐵道會社)의 재산수용(財産收用)으로인하여 보상청구권(補償請求權)이 부여(賦與)된 자(者)는 이후(以後) 보상청구서면(補償請求書面)을 제출(提出)하되 수용재산(收用財産)의 종류(種類)·소재지(所在地) 급(及) 가격가사(價格加斯)한 재산(財産)에 관한 자신(自身)의 소유권(所有權) 기타 제반권리(諸般權利)의 성질(性質)과 한도(限度) 급(及) 재산수용(財産收用)의 대가(對價)로 피수용자(被收用者)에게 지급(支給)하여야 할 원단위(圓單位)로 표(表)한 적절(適切)한 보상금액(補償金額)에 관한 증거(證據)를 본령효력(本領效力) 발생일(發生日) 후(後) 60일(日) 내로 운수부장(運輸部長)에게 제출(提出)함을 요(要)함. 그러지 않으면 상기(上記) 보상(補償)과 같아 관계(關係) 청구권행사(請求權行使)에 관한 제반권리(諸般權利)를 포기(拋棄)한 것으로

인정(認定)함.

제4조(사정위원회(査定委員會)) 운수부장(運輸部長)은 유능(有能)하고 무사(無事)한 3인(人)의 사정위원(査定委員)을 임명(任命)하여 주장(主張)된 청구권(請求權)을 심사(審査)케 하고 필요(必要)한 검열(檢閱)과 조사(調査)를 행(行)케 하여 회사(會社)의 장부(帳簿)·회계서류기록(會計書類記錄)과 기타 제반(諸般) 유용(有用)한 관계증거(關係證據)를 분석(分析)케 하고 공평(公評)하게 사정가격(査定價格)을 운수부장(運輸部長)에게 신고(申告)케 하며 동(同) 재산(財産)에 관한 청구권자(請求權者) 각자(各者)의 소유권(所有權) 기타의 권리(權利)에 의하여 보상금취득권자(補償金取得權者)를 결정(決定)·지시(指示)케 함을 요(要)함. 위원회(委員會)는 접수재산(接受財産)의 가격(價格)의 결정보상금(決定補償金)을 받을 권리자(權利者) 급(及) 각각(各各) 수여(授與)할 추정금(推徵金)을 사실(事實)이 확정(確定)되는 대로 속(速)히 운수부장(運輸部長)에게 보고(報告)함을 요(要)함. 운수부장(運輸部長)은 위원회보고기록(委員會報告記錄)의 사정액(査定額)을 수정(修正)하고 위원회(委員會)에 대하여 제반사실(諸般事實)을 계속(繼續) 심리(心理)하여 결정(決定)하도록 명(命)하여 본령(本令)의 목적달성(目的達成)에 필요(必要)한 명령(命令)을 발포(發布)할 권한(權限)이 유(有)함.

제5조(보상(補償)에 관한 증권(證券)) 재산취득(財産取得)의 대가(對價)로 지불(支拂)될 보상액(補償額)의 최종결정(最終決定)을 한 후(後) 운수부장(運輸部長)은 가사(加斯)한 권리자(權利者)에 대하여 조선정부(朝鮮政府)가 오개년(五個年) 내 우(又)는 조선정부(朝鮮政府)의 임의(任意)로 그것보다 빠른 기일(期日)에 전부(全部) 우(又)는 일부(一部)를 지불(支拂)할 금액(金額)을 기입(記入)한 원단위(圓單位)로 표시(表示)된 무이자증권(無利子證券)을 교부(交付)함을 요(要)함. 본증권(本證券)에는 법화(法貨)로써 변제(辨濟)한다는 규정(規定)과 각(各) 변제(辨濟)할 금액(金額)을 증권발행일(證券發行日) 후(後) 가사(加斯)한 법화(法貨)의 공인구매력(公認購買力)의 변동(變動)에 따라 조정(調整)함을 득(得)한다는 규정(規定)을 기재(奇才)함을 요(要)함.

제6조(운영(運營)) 운수부장(運輸部長)은 기부(期部)의 해당(該當) 각국(各局)으로 기통제관리하(期統制管理下)에 관리(管理)·운영(運營)하기 위하여 이후(以後) 조선정부(朝鮮政府)에 기소유권(期所有權)이 귀속(歸屬)되는 전재산(全財産)을 해당(該當) 지정(指定)함을 요(要)함.

제7조(직원(職員)) 이후(以後) 명령(命令)이 유(有)할 때까지 본령(本令)에 관계(關係)되는 사설철도회사(私設鐵道會社)의 전직원(全職員) 급(及) 소속기관(所屬機關)의 전직원(全職員)은 1945.9.7.일부(一部) 태평양(太平洋) 미국육군총사령부(美國陸軍總司令部) 포고(布告) 제일호(第一護), 제2호(第二護)에 규정(規定)한 의미하(意味下)에서 간요(肝要)한 직무(職務)에 종사(從事)하는 자(者)로 취급(取扱)함. 가사(加斯)한 직원(職員)들은 종래(從來)의 직무(職務)를 계속(繼續) 수행(修行)할 것이며 가사(加斯)한 철도(鐵道)에 관한 재산(財産) 급(及) 기록(記錄)을 보관(保管)하고 당국(當局)의 명령(命令)을 준수(遵守)하여야 함.

제8조(시행기일(施行期日)) 본령(本令)은 공포일(公布日)로부터 10일(日) 후에 효력(效力)을 발생(發生)함.

조선철도(朝鮮鐵道)의 통일폐지법률(統一廢止法律)(1961.12.30.법률 제 922호) 단기(檀紀) 4279년(年) 5월(月) 군정법령(軍政法令) 제75호 조선철도(朝鮮鐵道)의 통일(統一)은 이를 폐지(廢止)한다.

부칙(附則) ①(시행일(施行日)) 본법(本法)은 공포(公布)한 날로부터 시행(施行)한다.

② (보상청구권(補償請求權)의 효력(效力)) 본법(本法) 시행(施行) 전에 확정(確定)된 사설철도수용(私設鐵道收用)으로 인한 보상청구권(補償請求權)은 본법(本法)의 시행(施行)에 의하여 영향(影響)을 받지 아니한다.

【참조 판례】

- 1.2. 1989.9.29. 선고, 89헌마13 결정
- 1991.9.16. 선고, 89헌마163 결정

【주 문】

재조선미국육군사령부군정청법령 제75호 조선철도의통일(1946.5.7. 제정)을 폐지한 조선철도의통일폐지법률(1961.12.30. 법률 제922호)이 시행되기 전에 같은 군정청법령 제2조에 의하여 수용된 ○○철도주식회사, □□철도주식회사 및 △△철도주식회사 재산의 재산관계권리자로서 같은 법령 제3조에 따라 같은 군정청 운수부장에게 보상청구서면을 제출하여 위 수용으로 인한 보상청구권을 포기하지 않은 것으로 확정된 자 또는 그 보상청구권을 승계취득한 자에 대하여 위 수용으로 인한 손실보상금을 지급하는 절차에 관한 법률을 제정하지 아니하는 입법부작위는 위헌임을 확인한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

일건 기록에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다

(1) 1946.5.7. 공포되어 그 날로부터 10일 후에 시행된 재조선미국 육군사령부군정청법령 제75호 조선철도의통일(이하 “군정법령”이라 한다)에 의하여 ○○철도주식회사, □□철도주식회사 및 △△철

도주식회사(이하 “사설철도회사”라 한다)의 전 재산이 공용을 위하여 수용되자 ○○철도주식회사의 주식 67,166주를 소유하고 있던 대한금융조합연합회는 군정법령이 정한 손실보상을 받기 위하여 군정법령 재조소정의 60일 기한 내인 1946.6.30. 재조선미국육군사령부군정청(이하 “미군정청”이라 한다) 운수부장에게 위 주식에 관한 보상청구서를 제출하였다. 그러나 6·25 사변 당시 위 수용으로 인한 보상의 관계서류가 소실됨으로써 1961.2.11. 대한민국 교통부장관이 사설철도회사 주주의 등록을 하도록 공고하였으므로, 구 농업협동조합법(1957.2.14. 법률 제 436호)에 의하여 위 대한금융조합연합회의 업무와 재산일체를 인수한 농업협동조합중앙회는 1961.2.17. 이에 따른 등록을 마쳤다. 위 농업협동조합중앙회는 1961.10.20. 증권거래소에 위탁하여 위 주식을 모두 공매 처분함과 동시에 위 주식에 따른 보상청구권 역시 양도하였는데 청구 외 김○수가 그 중 주식 59,176주(이하 “이 사건 주식”이라 한다)를 매수하면서 이 사건 주식에 따른 보상청구권을 승계취득하였고 위 농업협동조합중앙회는 1971.5.11.경 교통부장관에게 이 사건 주식 및 이에 따른 보상청구권의 양도사실을 통지하였다

(2) 1961.12.30. 법률 제922호로 공포된 조선철도의통일폐지법률(이하 “폐지법률”이라 한다)에 의하여 군정법령이 폐지된 이후 이 사건 주식에 관한 보상절차가 중단되자 위 김○수는 대한민국을 상대로 이 사건 주식에 관한 보상청구권확인청구소송을 제기하여 서울고등법원(1972.6.28. 선고, 70나73 판결) 및 대법원(1973.3.13. 선고, 72다1525 판결)에서 위 김○수에게 ○○철도주식회사의 재산수용으로 인한 손실보상청구권이 있음을 확인하는 내용의 승소판결을 받아

그 판결이 확정되었다. 그러나 대한민국 정부는 위 손실보상금의 확정 지급을 가능하게 하는 근거법령이 없다는 이유 등으로 위 손실보상금의 지급을 거절하여 왔다.

(3) 청구인은 1977.12.28. 위 김○수로부터 이 사건 주식 및 이에 따른 보상청구권을 양수하였으나 지금까지 대한민국으로부터 보상금을 지급받지 못하여 헌법상 보장된 재산권을 침해당하고 있다는 이유로 1989.1.11. 선택적으로 폐지법률에 의하여 군정법령을 폐지한 후 사설철도회사 재산의 수용으로 인한 손실보상절차를 규정하는 법률을 제정하지 아니하는 입법부작위의 위헌확인 또는 이 사건 주식과 이에 따른 손실보상청구권을 취득한 청구인에 대하여 군정법령 재조, 제5조에 따른 보상금의 사정·확정절차를 취하지 아니하는 행정부작위의 위헌확인 또는 폐지법률 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 선택적으로 위 입법부작위 또는 위 행정부작위의, 폐지법률의 각 위헌여부이다

폐지법률의 내용은 다음과 같다.

단기 4279년 5월 군정법령 제75호 조선철도의통일은 이를 폐지한다
부칙

(1) (시행일) 본법은 공포한 날로부터 시행한다.

(2) (보상청구권의 효력) 본법 시행 전에 확정된 사설철도수용으로 인한 보상청구권은 본법의 시행에 의하여 영향을 받지 아니한다

2. 당사자의 주장과 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 자기관련성에 관한 주장

이 사건 주식 및 이에 따른 균정법령상의 보상청구권의 원래 권리자인 농업협동조합중앙회는 이를 위 김○수에게 적법하게 양도하였고, 위 김○수가 이를 다시 청구인에게 적법하게 양도하였으며 위 김○수의 상속인들이 채무자인 국가에게 위 양도사실을 통지하였으므로 청구인은 위 주식 및 이에 따른 보상청구권의 적법한 권리자로서 이 사건 헌법소원심판의 대상인 위 각 부작위 및 폐지법률에 자기관련성이 있다

(2) 청구기간에 관한 주장

입법부작위 등 공권력의 불행사에 대한 헌법소원은 청구기간의 제한을 받지 않음이 원칙이다.

가사 공권력의 불행사에 대한 헌법소원에 청구기간의 제한이 있다 하더라도 이 사건 헌법소원심판청구는 헌법재판소가 발족한 때부터 180일 이내에, 그리고 청구인이 사설철도회사의 재산의 수용으로 인한 손실보상업무의 소관기관인 철도청장으로부터 보상금지급거절통지서를 받음으로써 공권력의 불행사로 인한 기본권 침해사유를 안 날인 1988.12.20.부터 60일 이내에 제기되었으므로 적법하다.

(3) 입법부작위의 위헌에 관한 주장

사설철도회사의 전 재산의 수용 및 그 재산관계권리자에 대한 보상을 규정한 균정법령에 의하여 사설철도회사의 전 재산이 수용되었으나 균정법령 제4조, 제5조에 규정한 보상액의 사정·확정절차가 시행되지 않은 상태에서 폐지법률에 의하여 균정법령이 폐지되

었다. 그런데 폐지법률 부칙 제2조는 군정법령 제4조, 제5조 소정의 절차에 따라 이미 보상액이 확정된 보상청구권은 물론 군정법령 제3조가 정한 기간 내에 적법한 보상청구를 함으로써 권리를 포기하지 아니한 것으로 확정된 보상청구권도 유효하게 존속한다는 취지의 규정이며 후자의 보상청구권은 법률에 의하여 보상금액이 구체화되기 이전의 보상청구권 즉, 헌법 제23조 제3항에 규정한 손실보상청구권에 해당한다. 따라서 대한민국은 위와 같이 확정된 보상청구권이 실현되도록 위 수용으로 인한 보상절차를 규정하는 법률을 새로이 제정하여야 함에도 불구하고 이를 제정하지 아니함으로써 위 수용으로 인한 보상청구권을 적법하게 취득한 청구인의 헌법상의 재산권과 평등권을 침해하고 있다

(4) 행정부작위의 위헌에 관한 주장

위 수용으로 인한 보상절차를 규정하였던 군정법령 제4조, 제5조에 따라 사정위원회를 설치하고 보상액을 사정하여 확정하는 등 구체적으로 피수용자에 대한 보상을 실시할 의무가 있음에도 불구하고 아직까지 그 의무를 이행하지 아니함으로써 위와 같은 청구인의 기본권을 침해하고 있다.

(5) 폐지법률의 위헌에 관한 주장

만일 이 사건과 같이 군정법령에 따라 적법한 보상청구를 하였으나 보상액 사정절차가 실시되지 아니하여 보상액이 확정되지 아니한 경우에는 보상청구권이 아직 구체적으로 발생하지 아니하였으므로 대한민국은 보상할 의무가 없다는 취지로 폐지법률이 제정된 것이라면 그 폐지법률은 국민의 재산권을 보장하고 있는 헌법 제23조에 위반되어 무효이다.

나. 교통부장관의 의견

(1) 청구인은 헌법재판소법 제정 이전부터 대한민국의 보상금 불지급의사를 잘 알고 있었으므로, 헌법재판소가 발족함으로써 헌법소원심판청구가 가능하게 된 1988.9.19.부터 60일 이내에 헌법소원을 청구하지 아니하고 그 기간이 지나서 1989.1.11. 제기한 이 사건 헌법소원심판은 부적법하다.

(2) 위 김○수가 제기한 보상청구권확인소송에서 확인된 보상청구권은 그 내용과 범위가 확정된 구체적인 청구권이 아니므로 헌법상 법률상 행사될 수 없는 것이며 가사 구체적인 청구권이 존재한다 하더라도 그 청구권은 소멸시효기간의 경과로 소멸되었다 또한 구체적으로 확정되지 아니한 보상청구권은 양도할 수 없고 귀속재산 등의 관리를 규정한 제법령의 취지에 비추어 군정법령에 의하여 수용된 법인의 주식을 증권거래소의 공매처분으로 양도할 수 없는 것이다 가사 사인간에 위 주식의 양도·양수가 가능하다 하더라도 청구인 청구의 김○준, 위 김○수의 상속인들 중에서 누가 진정한 주식소유자인지 알 수 없다 따라서 이 사건 헌법소원은 청구인에게 자기관련성이 없어 부적법하다

(3) 폐지법률 부칙 제2항은 군정법령 제4조, 제5조의 절차에 따라 이미 그 보상액이 확정된 청구권만은 군정법령에 폐지된 후에도 유효하게 존속한다는 취지로서 이는 우리 헌법상 재산권보장의 원칙에 따라 국가가 그 보상의무를 진다는 것을 확인선언한 것일 뿐이고 폐지된 군정법령 제4조, 제5조에 의하여 그 보상을 행한다는 취지는 아니다. 따라서 이 사건과 같이 보상액 사정을 거친 바 없어 그 청구권의 내용과 범위가 확정되지 아니한 경우에는 보상청

구권이 구체적으로 발생하지 않았으므로 대한민국의 보상의무는 없다 재산권 수용에 대한 보상을 법률로 정하도록 한 헌법 제23조 제3항에 비추어 국가의 보상의무가 있음을 규정한 법률이 없는 한 청구인에게는 법률상 구체적인 보상청구권이 발생하지 아니한 것이고 따라서 대한민국이 보상하지 않고 있다 하더라도 청구인의 기본권을 침해한 것은 아니다

다. 법무부장관의 의견

나.의 (3)과 같다.

라. 철도청장의 의견

(1) 이 사건 헌법소원심판청구가 청구기간을 경과하였고 청구인에게는 자기관련성이 없다는 점에 관하여는 위 나.(1)(2)와 대체로 같은 내용이다.

(2) 폐지법률 제정 당시에 사설철도의 수용으로 인한 손실보상에 관하여 헌법상 명시적으로 그 내용과 범위를 한정하여 법령에 입법을 위임하고 있었다고 볼 수 없으며 또한 청구인에게는 이행 강제할 수 있을 정도의 구체적 보상청구권이 발생한 것이 아니어서 대한민국에 보상입법의무가 발생하였다고 보기 어려우므로 대한민국이 사설철도의 수용에 따른 입법조치를 취하지 아니한 것만으로는 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

(3) 법률의 위헌여부 판단의 기준이 되는 헌법은 그 법률 제정 당시에 시행되던 헌법 내지 헌법적 효력을 갖고 있는 규범이 되어야 할 것이다. 폐지법률이 제정·공포될 당시 초헌법적 효력을 갖고 있던 국가재건비상조치법에 의하면 이에 저촉되는 한도에서 기존의 제2공화국 헌법은 효력을 상실하므로 위 비상조치법에 따라

제정된 폐지법률은 합헌적 효력을 갖는다

(4) 국가재건비상조치법의 취지에 입각하여 볼 때 폐지법률 부칙 제2조에 규정된 “확정된 보상청구권”의 의미는 군정법령 제4조, 제5조에 의하여 사정위원회의 사정을 거쳐 그 보상액 등이 확정된 구체적 보상청구권을 의미하므로, 그 보상액 확정절차를 거치지 아니한 청구인에게는 침해당했다고 할 구체적 재산권이 없다 또한 군정법령 제75호가 이미 폐지법률에 의하여 적법하게 폐지된 이상 대한민국이 청구인의 추상적인 보상청구 자격에 근거하여 군정법령 제4조, 제5조에 의하여 다시 보상액을 확정하는 절차를 취한 후 보상하여야 할 의무는 없다 할 것이다.

3. 판단

먼저 입법부작위에 대한 위헌확인청구 부분에 대하여 살핀다

가. 적법성 판단

(1) 대상적격

헌법재판소법 제68조 제1항에서 공권력의 불행사에 대한 헌법소원 심판의 청구를 허용하고 있으며 위 규정의 공권력 중에는 입법권도 당연히 포함되므로 입법부작위에 대한 헌법소원이 허용되나 헌법에서 기본권보장을 위해 법령에 명시적으로 입법위임을 하였음에도 불구하고 입법자가 이를 이행하지 않고 있는 경우 또는 헌법 해석상 특정인의 기본권을 보호하기 위한 국가의 입법무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 전혀 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 경우에 한하여 그 입법부작위가 헌법소원의 대상이 된다 함이 우리 헌법재판소의 판례(헌법재판소 1989.3.17. 선고, 88헌마1 결정; 1989.9.29. 선고, 89헌마13 결정; 1991.9.16. 선고, 89헌마

163 결정 등 참조)이므로, 이 사건의 입법부작위는 본안에 대한 판단에서 보는 바와 같이 대상적격이 있다고 해석된다

(2) 자기관련성

군정법령 제2조는 사설철도회사의 전 재산의 수용에 대한 손실보상을 받을 자를 “그 재산관계권리자 전부”로 규정하였는바, 이는 사설철도회사의 재산수용에 대하여 보상청구를 받을 수 있는 자는 그 재산의 소유자인 법인만에 한하지 않고 재산수용으로 권리를 상실한 모든 권리자를 지칭하는 것이며 그 보상에 있어서도 사설철도회사의 청산사무로서 보상하는 것이 아니고 정부가 직접 위 재산관계권리자 전부에게 손실을 보상한다는 것이 입법취지라 보여지므로 사설철도회사의 주주도 국가에 대하여 직접 보상청구권이 있다고 해석된다(대법원 1969.3.25. 선고, 66다1298 판결; 1970.7.28. 선고, 70다1139 판결 등 참조). 다만 위 재산관계권리자라 하더라도 군정법령 제3조에 따라 군정법령의 효력발생일부터 60일 이내에 보상신청서를 제출하지 않았다면 보상청구권을 포기한 것으로 간주된다. 따라서 군정법령에 의하여 수용된 사설철도회사의 주주 등 재산관계권리자로서 군정법령에 따라 적법하게 보상신청서를 제출함으로써 보상청구권을 확정적으로 취득한 자 또는 그로부터 위 보상청구권을 승계 취득한 자는 이 사건 입법부작위와 자기관련성이 있다 할 것이다.

이 사건에서 군정법령 시행 당시 ○○철도주식회사의 주주이던 대한금융조합연합회는 군정법령 제3조에 따라 위 운수부장에게 적법하게 보상청구서면을 제출함으로써 군정법령에 따른 보상청구권을 확정적으로 취득한 다음 그 후신인 농업협동조합중앙회가 이 사

건 주식과 그에 따른 보상청구권을 위 김○수에게 양도하였고 청구인은 위 김○수로부터 이를 적법하게 양수하였다고 주장하는 반면에 교통부장관 및 철도청장은 위 보상청구권 등의 양도행위의 적법성을 부인하고 가사 그 양도가 가능하다 하더라도 청구인과 청구위 김○준, 위 김○수의 상속인들 중 누가 진정한 보상청구권의 양수인인지 알 수 없으므로 청구인에게 자기관련성이 없다고 다투고 있는바 살펴보면 손실보상청구권이 양도가능한 채권이라함에는 이론이 있을 수 없으므로 보상청구권의 양도인·양수인 사이에 다툼이 있거나 수인의 양수인 가운데 누구에게 권리가 귀속하는가를 둘러싸고 다툼이 있을 때에 그 중 한 사람이 헌법소원을 청구하였다면 어떤 방법으로 청구인의 주장을 인정하여 자기관련성을 구비한 여부를 판단할 수 있을 것인가가 문제될 뿐이다 이는 자기에게 권리귀속이 된 것이라고 주장하는 것 자체만으로써 족하다, 엄격한 증명이 필요하다, 소명만으로써 족하다는 등의 견해가 나눌 수 있으나, 헌법재판소는 일반법원과 달리 일반법률의 해석이나 사실인정의 문제를 다루는 기관이 아니라 헌법재판소가 사실문제 판단에 깊이 관여할 수 없는 헌법해석기관이며 헌법소원의 기능이 주관적 기본권 보장과 객관적 헌법보장기능을 함께 가지고 있으므로 권리귀속에 대한 소명만으로써 자기관련성을 구비한 여부를 판단할 수 있다고 할 것이다. 기록에 의하면 이 사건에 있어서 청구인은 위에서 본 바와 같이 대법원판결로써 사설철도회사의 수용으로 인한 손실보상청구권을 갖고 있음이 확인된 위 김○수로부터 그 청구권을 양수한 사실을 소명하고 있으므로 자기관련성을 인정할 수 있다

또한 교통부장관 및 철도청장은 청구인에게 위 보상청구권이 존재한다 하더라도 소멸시효기간의 경과로 채권소멸이 되었으므로 청구인에게 자기관련성이 없다고 주장하나 민법 제166조 제1항 규정에 따르면 소멸시효는 권리자가 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행되는 것인바, 이 사건의 경우를 보면 위 수용으로 인한 보상청구권자는 폐지법률의 시행으로 말미암아 보상절차를 규정한 군정법령이 폐지되고 그 때문에 현재까지 위 청구권을 행사할 수 없었음이 인정되므로 위 청구권의 소멸시효는 아직 진행하지도 아니하였다고 보아야 한다 따라서 위 주장은 이유가 없다.

(3) 청구기간

헌법재판소법 제69조에서는 헌법소원 전반에 관한 청구기간을 규정하고 있기 때문에 공권력의 불행사에 대한 헌법소원도 청구기간의 제한이 있는 것이 아닌가 하는 의문이 있으나 공권력의 행사는 그 행사가 있는 때 기본권 침해행위는 종료하고 그 위법상태가 계속될 수 있음에 비하여 공권력의 불행사는 그 불행사가 계속되는 한 기본권침해의 부작위가 계속된다 할 것이므로 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판은 그 불행사가 계속되는 한 기간의 제약이 없이 적법하게 청구할 수 있다 할 것이다(우리 헌법재판소가 1989.9.29. 선고, 89헌마13 결정에서 법률에 대한 헌법소원은 입법부작위의 경우와 달리 헌법재판소법 제69조 제1항에 정한 청구기간 안에 청구하여야 한다고 판시하여 간접적으로 입법부작위에 대한 헌법소원의 경우에는 청구기간의 제한을 받지 않음을 인정하고 있다).

나. 본안에 대한 판단

일건 기록에 의하면 군정법령에 의하여 이 사건 수용이 이루어졌

으나 폐지법률 제정 이후 대한민국은 위 수용에 대한 보상법률을 제정하지 아니하고 있을 뿐 아니라 군정법령에 따라 보상청구를 하여 그 청구권을 포기하지 아니한 것으로 확정된 위 보상청구권 등을 적법하게 승계한 청구인에게 현재까지 어떠한 형태의 보상도 행하지 아니하고 있는 사실을 인정할 수 있다 그러나 이 사건의 쟁점은,

청구인은 군정법령에 의하여 사설철도회사의 전 재산이 적법하게 수용된 후 폐지법률에 의하여 군정법령이 폐지됨으로써 군정법령에 규정되었던 위 회사의 재산관계권리자에 대한 보상절차가 중단되었음에도, 군정법령의 폐지 전에 이미 군정법령에 의하여 확정된 위 재산관계권리자의 보상청구권을 행사할 수 있게 하는 보상절차에 관한 새로운 입법조치를 취하지 않는 것은 입법부작위로서 헌법 제23조에 위반된다고 주장하는 반면, 이에 대하여 이해관계기관들은 군정법령이 폐지되었고 달리 보상절차를 규정한 법률이 없는 이상 대한민국은 보상금액 등 보상의 내용과 범위가 구체적으로 확정되지 아니한 보상청구권에 불응하더라도 청구인의 재산권을 침해하는 것은 아니며, 이와 같이 구체적으로 발생되지 아니한 보상청구권에 대하여는 보상의무가 없다는 취지로 주장하므로, 대한민국이 헌법 제23조 제3항에 따라 수용 등을 할 경우에 그에 대한 보상을 실시하는 법률을 제정할 헌법상의 의무가 있는지 여부와 있다면 그 입법부작위가 위헌인지 여부에 있다

(1) 보상입법의 헌법상 입법의무 유무에 관하여

(가) 우리 헌법상 재산권보장규정 가운데 수용 등에 대한 보상에 관련된 규정의 변천과정을 살펴보면, 1948.7.17. 제정·공포된 제

헌법 제15조 제3항에서 “공공필요에 의하여 국민의 재산권을 수용·사용 또는 제한함은 법률이 정하는 바에 의하여 상당한 보상을 지급함으로써 행한다”라고 규정한 이래 제4차 개정헌법까지 동일하였다. 그 후 5·16 군사정변 이후인 1962.12.26. 공포된 제5차 개정헌법 제20조 제3항에서 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한은 법률로써 하되 상당한 보상을 지급하여야 한다”라고 규정하였고 1972.12.27. 공포된 제7차 개정헌법(소위 유신헌법) 제20조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그 보상의 기준과 방법은 법률로 정한다”로 변경하였다. 그 후 1980.10.27. 공포된 제8차 개정헌법(소위 제5공화국헌법) 제22조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한은 법률로써 하되, 보상을 지급하여야 한다. 보상은 공익 및 관계자의 이익을 정당하게 형량하여 법률로 정한다고 규정하였으며, 1987.10.29. 공포된 현행헌법은 제23조 제3항에서 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되 상당한 보상을 지급하여야 한다”라고 규정하고 있다. 이와 같이 우리 헌법은 제헌 이래 현재까지 일관하여 재산의 수용·사용 또는 제한에 대한 보상을 지급하도록 규정하면서 이를 법률이 정하도록 위임하고 있다. 즉 국가에게 명시적으로 그 입법 의무를 부과하여 왔다고 보인다.

이해관계인 등은 위 제5차 개정헌법 제20조 제3항에서 “……재산권의 수용·사용 또는 제한은 법률로써 하되 상당한 보상을 지급하여야 한다”고 규정하고 있음을 들어, 위 개정헌법 조항이 수용 등에 관하여서만 법률에 위임하고 있을 뿐 보상에 관하여서는 법률에

위임한 바 없고, 이 사건 폐지법률 제정 당시에 시행되고 있던 위 개정 헌법의 조항에 따라 위 입법의무 유무를 판단하여야 한다고 주장하나 다음에서 보는 바와 같이 입법위임 유무의 판단은 현행헌법의 조항에 따라야 할 것이며 위 개정헌법 조항의 개정취지는 종전과 달리 정당한 보상을 지급할 의무를 새로이 강조함에 있을 뿐 보상에 관한 종전의 입법위임규정을 정면으로 부정하는 취지가 아니라고 해석되므로 이해관계인 등의 주장은 어느 것이나 이유 없다

(나) 이 사건의 경우

대한민국이 최초로 제정한 제헌헌법 부칙 제00조는 “현행법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다”라고 규정함으로써 이른바 대한제국법령, 통감부법령, 재조선총독부법령, 미군정법령, 대한민국 구법령 등도 제헌헌법에 저촉되지 않는 한 효력을 가지게 하였는바 공용을 위하여 사설철도회사의 재산을 수용하면서 그 수용에 대한 보상 규정을 둔 군정법령이 제헌헌법의 재산권 보장조항 등에 저촉되는 것이라고는 할 수 없으므로(군정법령 제19호에 관한 대법원 1950.4.30. 선고, 4282형상111판결 참조), 군정법령은 제헌헌법 제정 후에도 폐지되기 전 까지 대한민국의 법령으로써 효력을 가졌음이 명백하다 따라서 처분법령인 군정법령에 의하여 이루어진 사설철도회사 재산의 수용은 대한민국의 법령에 의한 수용이라고 보아야 할 것이다 또한 군정법령은 수용된 재산에 관한 소유권의 귀속주체와 수용에 대한 보상의무자를(미군정청이 아닌) “조선정부”로 규정함으로써(같은 법령 제2조, 제5조 참조), 위 수용으로 인한 권리의무의 실질적 귀속주체를 대한민국으로 정하였는바(대법원

1956.2.9. 선고, 4288민상365 판결은 소위 ○○철도주식회사의 전 재산은 군정법령 제75호에 의하여 대한민국정부에 귀속되었다고 판시하였다, 이 사건 수용은 헌법 제23조 제3항에서 말하는 “수용”에 해당된다고 보아야 할 것이다.

또한 군정법령은 공용을 위하여 사설철도를 정부접수하에 통일함으로써 “조선내”철도운수를 완전한 국영체제로 발전시키기 위하여(제1조 참조), 사설철도회사의 전 재산을 취득수용하여 그 소유권을 조선정부에 귀속시키는 한편, 그 재산관계권리자 전부에게 적당한 보상을 지불하도록 하였다(제2조 참조), 다만 위 수용으로 인하여 보상청구권이 부여된 자(위 재산관계권리자)는 군정법령의 효력발생일 후 60일 내에 미군정청 운수부장에게 보상청구서면을 제출하여야 하고 이를 제출하지 않은 경우에는 위 보상과 기타 관계청구권 행사에 관한 제반 권리를 포기한 것으로 인정하였다(제3조 참조). 그리고 위 운수부장은 3인의 사정위원을 임명하여 그 사정위원회로 하여금 수용재산에 관한 수용일 현재의 사정가격, 보상금취득권자 등을 사정하여 보상금 추천액과 함께 보고하게 하여 이를 토대로 보상액을 최종결정하여 보상받을 권리자에 대하여 조선정부가 지불할 금액을 기입한 증권을 교부하도록 하였다(제4조, 제5조).

그러나 군정법령 제4조, 제5조에 따른 보상절차가 이루어지지 않은 단계에서 폐지법률에 의하여 군정법령이 폐지됨으로써 대한민국의 법령에 의한 수용은 있었으나 그에 대한 보상을 실시할 수 있는 절차를 규정하는 법률이 없는 상태가 현재까지 계속되고 있다 따라서 대한민국의 법률에 근거한 수용에 대하여는 그 보상에 관한

법률을 제정하여야 하는 입법자의 헌법상 명시된 입법 의무가 발생하였고 대한민국은 그 의무를 이행하지 아니하고 있다 할 것이다

(2) 이 사건 입법부작위가 위헌인지 여부에 관하여

(가) 입법자가 입법 의무를 지고 있다고 하여서 그 불이행의 모든 경우가 바로 헌법을 위반한 경우라고는 단정할 수 없다 즉 입법자에게는 형성의 자유 또는 입법재량이 인정되므로 입법의 시기 역시 입법자가 자유로이 결정할 수 있음이 원칙이라 할 것이다 그러나 입법자는 헌법에서 구체적으로 위임받은 입법을 거부하거나 자의적으로 입법을 지연시킬 수는 없는 것이므로 가령 입법자가 입법을 하지 않기로 결의하거나 상당한 기간 내에 입법을 하지 않는 경우에는 입법재량의 한계를 넘는 것이 된다. 따라서 입법부작위는 이와 같이 입법재량의 한계를 넘는 경우에 한하여 위헌으로 인정되는 것이다 이 사건의 경우 사설철도회사의 재산 수용에 대한 보상절차규정을 두고 있던 군정법령이 폐지됨으로써 그 재산 수용에 대한 보상절차에 관한 법률이 없게 되어 사설철도회사의 재산관계권리자 중 권리를 포기하지 않는 것으로 확정된 손실보상청구권을 가진 자와 그 청구권을 승계 취득한 청구인이 국가로부터 보상을 받을 길이 없게 되었다. 그러함에도 불구하고 그 후 30여년이 지나도록 그 보상을 위한 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 것은 입법자의 형성의 자유를 고려하더라도 그 한계를 벗어나는 것이라고 보아야 할 것이다. 따라서 이 사건 입법부작위는 입법자가 헌법에서 위임받은 손실보상에 관한 법률제정의무를 자의적으로 방치하고 있고 이로 인하여 사설철도회사 재산관계권리자 중 그의 손실보상청구권이 확정된 자의 재산권을 침해하기에 이르렀으므로 위헌이라

할 것이다.

(나) 가사 헌법에서 수용에 대한 손실보상절차를 규정하는 법령을 제정하도록 명시적인 입법위임을 한 것이 아니라 가정하더라도 특정인의 구체적 재산권을 보장하기 위하여 국가의 행위의무가 발생하였음이 명백한데, 국가가 그 행위의무를 불이행하고 있는 것은 위헌이라 할 것이다.

앞서 본 바와 같이 군정법령은 사설철도회사의 전 재산을 직접 수용하면서 그 재산관계권리자에 대하여 위 수용으로 인한 손실보상절차를 규정하고 있었다. 그리고 당시 ○○철도주식회사의 주주이던 대한금융조합연합회는 위 재산관계권리자로서 이 사건 주식에 대하여 군정법령 제3조가 정한 대로 군정청 운수부장에게 보상청구서를 제출함으로써 이 사건 주식에 따른 손실보상청구권을 포기하지 않는 것으로 확정되었으며, 청구인은 위 손실보상청구권을 승계취득한 것이다 그런데 군정법령에 규정된 위 손실보상금을 사장확정하는 절차가 개시되기 전에 제정된 폐지법률은 군정법령을 폐지하면서 이미 확정된 보상청구권의 존속만을 부칙에 정하였을 뿐 보상금의 사장·확정 및 지급절차에 관하여 아무런 규정을 두지 않았다. 이로 말미암아 사설철도회사의 재산관계권리자로서 그의 손실보상청구권이 확정된 자 또는 그 보상청구권을 승계취득한 자를 위한 보상절차를 진행할 법령상의 근거가 없어지게 되어 이미 확정된 보상청구권자 또는 그 승계취득자라 하더라도 국가로부터 보상금을 지급받을 수 없는 결과가 초래되었다 그러나 군정법령에 의하여 공용을 위하여 수용된 사설철도회사의 재산관계권리자의 확정된 손실보상청구권은 폐지법률 시행 당시의 헌법1962.

12.26. 제5차 개정 전의 것)하에서나 현행 헌법하에서나 헌법상 보장된 재산권으로서 군정법령에 의하여 구체화되었고 군정법령을 폐지한 폐지법률도 그 존속을 보장하고 있는 권리인바 이와 같이 헌법상 보장된 재산권이 법령에 의하여도 인정되어 그 존속이 보장되고 있음에도 불구하고 그 보상액의 확정 등 보상절차에 관한 법률을 제정하지 않음으로써 위와 같이 법령에 의하여 구체화된 헌법상 재산권을 실질적으로 실현불가능하게 내버려 두는 것은 제헌헌법 이래 재산권을 보장하는 헌법규정에 명백히 반하는 것이다. 따라서 폐지법률이 시행된 이후에는 대한민국에 사설철도회사의 재산수용으로 인한 손실보상청구권이 확정된 자의 군정법령상 구체화되었던 재산권을 보호하기 위하여 군정법령에서 인정하였던 보상의 기준과 내용에 따라 보상청구권의 실현절차를 규정하는 법률을 제정할 행위의무가 발생하였다고 보아야 한다

그럼에도 불구하고 폐지법률이 시행된 지30년이 지나도록 입법자가 전혀 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 것은 입법제량의 한계를 넘는 입법의무불이행으로서 위 보상청구권이 확정된 자의 헌법상 보장된 재산권을 침해하는 것이므로 위헌이다

(3) 이해관계기관의 나머지 주장에 대한 판단

사설철도회사의 재산관계권리자에게 집행가능할 정도로 내용과 범위가 확정된 구체적 보상청구권이 발생한 것이 아니어서 국가에게 보상입법의무가 발생하였다고 보기 어렵다는 취지로 주장하나

이 사건 보상청구권은 앞에서 본 바와 같이 군정법령에 의하여 수용되고 그에 따라 소정기간 내에 군정당국에 손실보상청구를 하였을 뿐만 아니라 대한민국 교통부장관의 주주등록공고에 따라 주

주등록까지 마치는 등 국가가 위 청구권의 실행을 위하여 요구하는 일체의 절차를 마친 청구권이므로 그 자체로써 구체적 청구권이 발생된 것이라 할 것이고, 그 내용과 범위는 보상입법에 의하여 확정될 수 있는 것이므로 대한민국이 아직까지 그 입법의무를 이행하지 아니하고 있는 현 단계에서 볼 때에 위 주장은 그 내용과 범위가 확정되지 아니한 보상청구권이라는 구차한 구실로 국가의 보상입법의무를 부인함에 불과하여 이유 없다.

4. 그렇다면 선택적으로 청구한 나머지 청구들에 대하여 살필 필요도 없이 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 있으므로 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

1994. 12. 29.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
	재판관 황도연
	재판관 이재화
주심	재판관 조승형
	재판관 정경식
	재판관 고중석
	재판관 신창언

노동조합법 제12조에 대한 헌법소원

(전원재판부 1994. 12. 29. 91헌마2)

[판례집 6-2, 417~423]

【관시 사항】

헌법재판소(憲法裁判所) 발족 이전에 시행된 법률(法律)에 대한 헌법소원 청구기간(憲法訴願請求期間)의 기산점

【결정 요지】

법률(法律)에 대한 헌법소원(憲法訴願)의 청구기간은 그 법률(法律)의 시행과 동시에 기본권(基本權)의 침해(侵害)를 받게 된다고 할 것이므로 원칙적으로 그 법률(法律)이 시행된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 법률(法律)이 시행된 날로부터 180일 이내에 헌법소원(憲法訴願)을 청구하여야 할 것인바, 이 사건에서 헌법소원심판(憲法訴願審判)의 대상인 노동조합법 제12조는 헌법재판소(憲法裁判所)가 발족하기 전에 제정·시행되었고, 청구인 또한 그 이전에 설립된 노동조합이므로 위 법조(法條)에 의한 기본권침해(基本權侵害)에 대한 헌법소원심판(憲法訴願審判)의 청구기간은 헌법재판소(憲法裁判所)가 구성된 1988.9.19.부터 기산된다.

재판관 조승형의 반대의견(反對意見)

청구인은 사실상 1989.4.19. 노총중앙정치위원회규정을 같은 해 9.19. 노총각급조직정치위원회규정을 제정하면서 적극적으로 정치활동(政治活動)을 개시하였고, 정부의 청구인에 대한 정치활동(政治活動)의 탄압은 정국회(政國會)가 폐지된 같은 해 12.18. 다음날부터 극심하였으므로, 이 무렵에 비로소 청구인의 정치활동(政治活動)을 제한(制限)하는 위 법조(法條)에 의하여 청구인의 평등권(平等權)이 명백히 구체적으로 현실 침해되었거나 침해될 것이

확실히 예상되는 등 실제적인 여러 요건이 성숙하여 헌법판단(憲法判斷)에 적합하게 되었다고 할 것이어서, 이 사건의 경우 청구기간은 1989.12.19.부터 기산되어야 한다.

청 구 인 한국노동조합총연맹
대리인 변호사 박 인 재

【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(日) 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일(日) 이내에 청구(請求)하여야 한다. 다만, 다른 법률(法律)에 의한 구제절차(救濟節次)를 거친 헌법소원(憲法訴願)의 심판(審判)은 그 최종결정(最終決定)을 통지받은 날로부터 30일(日) 이내에 청구(請求)하여야 한다.

② 생략

【참조 판례】

1992.10.1. 선고, 91헌마115 결정
1992.11.12. 선고, 89헌마88 결정
1992.12.24. 선고, 90헌마174 결정
1994.2.24. 선고, 93헌마158 결정
1994.4.28. 선고, 93헌마151 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다

【이 유】

1. 청구인 주장의 요지

청구인은 1961.8.20.경 노동자의 인간다운 생활을 향유할 수 있는 권리를 비롯한 제 인권과 노동3권을 토대로 한 노동기본권의 확

보 등을 목적으로, 산업별 및 연합노동조합연맹과 전국 규모의 산업별 단위조합으로 조직된 노동조합이다. 노동조합법(제정 1953.3.8. 법률 제 280호, 최후 개정 1987.11.28. 법률 제3966호) 제12조의 “① 노동조합은 공직선거에 있어서 특정정당을 지지하거나 특정인을 당선시키기 위한 행위를 할 수 없다. ② 노동조합은 조합원으로부터 정치자금을 징수할 수 없다. ③ 노동조합기금을 정치자금에 유용할 수 없다”는 위 법률조항은, 첫째 5·16 혁명 후 국민의 합법적 대의기구라고 할 수 없는 국가 재건최고회의에서 제정된 것으로서 입법절차상 정당성을 결하고 둘째 노동운동의 본질인 근로자의 지위향상을 위한 노동관계법의 제정개정·정강정책의 채택, 임금상한선 철폐 등 국회를 통한 입법운동 등 노동조합활동에서 필수적인 정치활동을 전면적으로 부인하는 것이므로 이는 노동조합이 기본권의 주체로서 가지는 언론출판·집회·결사의 자유, 정당의 결성·가입 및 정치활동의 자유 투표와 선거운동의 자유 내지 선거권·피선거권·공무담임권 등의 참정권과 단결권 등을 침해하고 셋째 개인이나 법인에게는 일반적으로 정치자금의 기부를 금지하지 아니하면서 노동조합에 대하여서만 정치자금을 징수할 수 없도록 하거나 조합기금을 정치자금으로 사용할 수 없도록 금지하는 것은 노동조합의 평등권을 침해하는 것이다.

그러므로 노동조합법 제12조에 대한 위헌확인을 구하고자 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하여 이 사건 헌법소원심판청구에 이르렀다는 것이다.

2. 판단

이 사건은 법률에 대한 헌법소원이고 법률에 대한 헌법소원심판

의 청구기간은 그 법률의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 된다고 할 것이므로 원칙적으로 그 법률이 시행된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 법률이 시행된 날로부터 180일 이내에 헌법소원심판을 청구하여야 한다. 이 사건에서 헌법소원심판의 대상인 노동조합법 제2조는 헌법재판소가 발족하기 전인 1963.4.17. 법률 제1329호로 제정·시행되었고, 청구인 또한 1961.8.20.에 설립된 노동조합이므로 이 사건과 같이 헌법재판소가 발족하기 전에 있었던 공권력의 행사에 의한 기본권침해에 대한 헌법소원심판의 청구기간은 헌법재판소가 구성된 1988.9.19.부터 기산해야 한다는 것이 우리 재판소의 확립된 판례(우리 재판소 1994.4.28. 선고, 93헌마151 결정 등 참고)이다. 이 때로부터 기산하면 1991.1.7. 제기된 이 사건 헌법소원심판은 헌법재판소법 제69조 제1항에 정한 청구기간을 경과하여 청구한 것이 역수상 명백하다

그렇다면 이 사건 심판청구는 청구기간을 경과하여 제기되어 부적법하다고 할 것이므로 다른 적법요건이나 본안에 관하여 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이를 각하하기로 하여

관여재판관 중 재판관 조승형의 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관 전원의 의견일치에 따라 주문과 같이 결정한다

3. 재판관 조승형의 반대의견

나는, 노동조합법 제12조가 헌법재판소가 발족하기 이전인 1963.4.17. 제정·시행되었으므로 이 사건 헌법소원심판 청구기간의 기산점은 헌법재판소가 구성된 1988.9.19.이라는

다수의견에 반대한다.

우리 헌법재판소가 1990.6.경부터 현재까지 확립하고 있는 판례

에 따르면, 헌법재판소법 제69조 제1항 소정의 “그 사유가 발생한 날”이라 함은 당해 법률이 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 현실 침해하였거나, 침해할 것이 확실히 예상되는 등 실제적인 여러 요건이 성숙하여 헌법판단에 적합하게 된 때를 말한다(헌법재판소 1990.6.25. 선고, 89헌마220 결정; 1990.10.8. 선고, 89헌마89 결정; 같은 날 선고, 90헌마18 결정; 1990.10.15. 선고, 89헌마178 결정; 1991.3.11. 선고, 91헌마21 결정; 1992.11.12. 선고, 89헌마88 결정; 1994.2.24. 선고, 93헌마158 결정 참조). 따라서 이 사건 법령소원의 경우 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 침해했거나 침해할 것이 확실히 예상되는 등 실제적인 여러 요건이 성숙하여 헌법판단에 적합하게 된 때가 언제인가를 살피면 노동조합법은 5·16 군사정변 이후에 제정·시행되어 왔고 반독재투쟁운동이 극렬하였던 권위주의시대인 박정희 전 대통령 집권의 재공화국, 유신체제의 제4공화국, 1979.12.12. 군사반란으로 전두환 전 대통령이 집권하였던 제5공화국을 거쳐 현재에 이르고 있다 같은 법 제12조는 노동조합의 정치활동을 금지하는 등의 조항이었으나 위 권위주의정권 때문에 국회의 입법기능이 사실상 약화되어 위 조항의 삭제 등 법개정에 대한 기대가능성이 전혀 없었다. 그런데 1987.6·10 국민저항으로 인하여 발하여진 속칭 6·29 선언으로 인하여 일련의 민주화조치가 기대된 가운데 6공화국이 출범하여 여소야대의 정국이 형성되었다 기록에 의하면 그 때 여야 4당의 합의로 같은 법조항 및 제3자개입금지조항 등을 삭제한 같은 법의 개정안이 국회에서 통과되어 국회의장이 1989.3.15. 이를 정부에 이송하였으나 노태우 당시 대통령이 그 법안을 공포하지 아니하고 국회의 재의를 요구함으로써 그 요구

가 받아들여져 현재까지 같은 법 제12조는 그대로 존치되어 왔다. 이와 같이 법개정 전망이 없게 되자 청구인은 1989.4.19. 노총중앙정치위원회규정을, 1989.9.19. 노총각급조직정치위원회규정을 제정하여 정치위원회를 설치하고 같은 법 금지조항이 위헌무효임을 주장하며 적극적으로 정치활동을 개시하기에 이르렀으며 당시 정부당국은 이러한 청구인의 정치활동에 대하여 간섭하기 시작하였고 제4대 국회의원선거를 앞둔 1990년도의 정기국회가 1990.12.18. 폐회된 이후부터는 청구인의 정치활동과 정부의 탄압이 서로 극에 달하였다 결국 청구인은 정부의 간섭으로 인하여 제14대 국회의원후보의 뜻을 관철하지 못하게 되었다

이상과 같은 상황에 비추어 보면 이 사건 심판대상인 같은 법조항이 청구인의 평등권을 명백히 구체적으로 현실 침해한 것이라 인정되고 가사 그러하지 아니하다고 가정하더라도 위 평등권을 침해할 것이 확실히 예상되며 실제적인 요건 등 상황이 성숙하였다고 인정되는바 이 사건에 있어서 헌법판단에 적합하게 된 때는 앞서 본 바와 같이 정부의 탄압이 극으로 치닫기 시작한 1990.12.19. 이라 인정된다. 따라서 이 때로부터 기산하면 1991.1.7. 제기된 이 사건 심판청구는 헌법재판소법 제 69조 제1항 소정의 청구기간 내에 적법하게 제기된 것이 역수상 명백하다. 그렇다면 이 사건 심판청구는 주문과 같이 각하할 것이 아니라 본안판단을 하였어야 하며, 이 사건 심판대상 법조항의 정치활동금지규정이 청구인의 평등권을 침해하였다고 보는 것이 나의 의견이다

1994. 12. 29.

재판장 재판관 김용준

재판관 김진우

주심 재판관 김문희

재판관 황도연

재판관 이재화

재판관 조승형

재판관 정경식

재판관 고중석

재판관 신창언

지방의회의원선거법 제41조 등에 대한 헌법소원

(1994. 12. 29. 91헌마57 헌법재판소 전원재판부)
[판례집 6-2, 424~432]

【판시 사항】

헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求) 후 심판대상 법률(法律)이 폐지(廢止)된 경우 심판의 이익이 있는지 여부

【결정 요지】

헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求) 후 심판대상인 선거법(選舉法)이 다른 법률의 시행으로 효력(效力)을 상실하여 더 이상 청구인에게 적용될 여지가 없게 되었고, 그 선거법에

근거한 것으로서 청구인이 입후보하고자 하였던 특정선거도 심판청구 후 이미 실시되어 버려 청구인(請求人)으로서는 그 선거에 당선될 수 있는 길이 없을 뿐만 아니라 폐지(廢止)된

선거법(選舉法)에 의하여서는 장차 보궐선거 또는 차기선거에서 당선될 가능성도 없게 되었으므로 그 선거법 조항의 위헌여부에 관하여 본 날에 나아가 심판할 이익이 없다.

청 구 인 조 ○ 호
 대리인 변호사 이 상 천

【심판대상조문】

구(舊) 지방의회의원선거법(地方議會議員選舉法) 제41조 제1항 (선거운동(選舉運動)을 할 수 없는 자(者)) ① 정당(政黨)(시(市)·도의회의원선거(道議會議員選舉)에 한한다)·후보자(候補者)·선거사무장(選舉事務長)·선거연락소(選舉連絡)의 책임자(責任者) 또는 선거사무원(選舉事務員)이 아닌 자(者)는 선거운동(選舉運動)을 할 수 없다.

②~③ 생략

구(舊) 지방의회의원선거법(地方議會議員選舉法) 제45조 제1항 제2항 제1호, 제100조 제3항 제4항 제5항

구(舊) 지방의회의원선거법(地方議會議員選舉法) 제45조 (선거사무장(選舉事務長)과 선거사무원(選舉事務員) 등) ① 정당(政黨)(시(市)·도의회의원선거(道議會議員選舉)에 한한다)과 후보자(候補者)는 선거사무소(選舉事務所)에 선거사무장(選舉事務長) 1인(人)을, 선거연락소(選舉連絡所)에 책임자(責任者) 1인(人)을 두어야 하며, 선거사무장(選舉事務長)은 선거사무소(選舉事務所)와 선거연락소(選舉連絡所)

에 선거사무원(選舉事務員)을 둘 수 있다.

② 선거사무장(選舉事務長)이 둘 수 있는 선거사무원(選舉事務員)의 수(數)는 다음 각호에 의한다.

1. 시(市)·도의회의원선거(道議會議員選舉)에 있어서는 선거사무소(選舉事務所)에 15인(人) 이내, 선거연락소(選舉連絡所)에 4인(人) 이내와 투표구(投票區)마다 2인(人) 이내

2. 생략

③~⑤ 생략

구(舊) 지방의회의원선거법(地方議會議員選舉法) 제100조 (투표용지(投票用紙)) ①~② 생략

③ 시(市)·도의회의원선거(道議會議員選舉)의 후보자(候補者)의 게재순위(掲載順位)는 후보자등록마감일 현재 국회(國會)에서 의석(議席)을 가지고 있는 정당추천후보자(政黨推薦候補者), 국회(國會)에서 의석(議席)을 가지고 있지 아니한 정당추천후보자(政黨推薦候補者), 무소속후보자(無所屬候補者)의 순으로 한다.

④ 선거구선거관리위원회(選舉區選舉管理委員會)가 제3항의 규정(規定)에 의하여 후보자(候補者)의 게재순위(掲載順位)를 정함에 있어서는 후보자등록마감일에 국회(國會)에서 의석(議席)을 가지고 있는 정당추천후보자간(政黨推薦候補者間)의 게재순위(掲載順位)는 국회(國會)에서 다수의석(多數議席)순으로 하며, 국회(國會)에서 의석(議席)을 가지고 있지 아니한 정당추천후보자(政黨推薦候補者)간의 게재순위(掲載順位)는 그 소속 정당(政黨)의 명칭(名稱)의 가, 나, 다순에 의한다.

⑤ 제4항의 경우에 동일한 게재순위(掲載順位)에 해당하는 정당(政黨) 또는 후보자(候補者)가 2 이상이 있을 때에는 후보자(候補者)나 그 대리인(代理人)의 참여하에 선거구선거관리위원회(選舉區選舉管理委員會)에서 후보자등록마감일에 추첨(抽籤)하여 결정(決定)한다. 다만, 추첨시간(抽籤時間)에 후보자(候補者)나 그 대리인(代理人)이 참여하지 아니하는 경우에는 선거구선거관리위원회(選舉區選舉管理委員會) 위원장(委員長)이 그 후보자(候補者)를 대리(代理)하여 추첨(抽籤)할 수 있다.

⑥~⑧ 생략

【참조 조문】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

공직선거(公職選舉)및 선거부정방지법(選舉不正防止法) 부칙 제2조 (폐지법률(廢止法律)) 대통령선거법(大統領選舉法)·국회의원선거법(國會議員選舉法)·지방의회의원선거법(地方議會議員選舉法) 및 지방자치단체(地方自治團體)의 장선거법(長選舉法)은 이를 폐지(廢止)한다.

【참조 판례】

1993.11.25. 선고, 92헌마169 결정

1994.7.29. 선고, 91헌마137 결정

1994.8.31. 선고, 92헌마126 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 청구인은 1991.6.경 실시예정인 사도의회의원선거에 즈음하여 서울특별시 마포구 제5선거구에서 무소속으로 입후보하고자 한 사람인데, 지방의회의원선거법 제41조 제1항, 제45조 제1항, 제2항, 제100조 제3항 내지 제5항이 자기의 평등권 등을 직접 침해하고 있다고 주장하면서 1991.4.3. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다

나. 따라서 이 사건 심판의 대상은 구 지방의회의원선거법(1990.12.31. 법률 제4311호, 이하“법”이라고만 한다. 이 법률은 1994.3.16. 법률 제4739호 공직선거및선거부정방지법의 시행으로 폐지되었음) 제41조 제1항, 제45조 제1항, 제2항 제1호(제2항 제2호는 구·시·군 의회의원선거에만 관련되는 조항으로서 이 사건 청구내용과는 무관하므로 심판대상으로 삼지 아니한다), 제100조 제3항, 제4항, 제5항으로서, 그 내용은 다음과 같다.

(1) 제41조(선거운동을 할 수 없는 자)

① 정당(시·도의회의원선거에 한한다)·후보자·선거사무장·선거연락소의 책임자 또는 선거사무원이 아닌 자는 선거운동을 할 수 없다

(2) 제45조(선거사무장과 선거사무원 등)

① 정당(시·도의회의원선거에 한한다)과 후보자는 선거사무소에 선거사무장 1인을, 선거연락소에 책임자 1인을 두어야 하며, 선거사무장은 선거사무소와 선거연락소에 선거사무원을 둘 수 있다

② 선거사무장이 둘 수 있는 선거사무원의 수는 다음 각호에 의한다.

1. 시·도의회의원선거에 있어서는 선거사무소에 15인 이내, 선거연락소에 4인 이내와 투표구마다 2인 이내

(3) 제100조(투표용지)

③ 시·도의회의원선거의 후보자의 게재순위는 후보자등록마감일 현재 국회에서 의석을 가지고 있는 정당추천후보자 국회에서 의석을 가지고 있지 아니한 정당추천후보자, 무소속후보자의 순으로 한다.

④ 선거구선거관리위원회가 제4항의 규정에 의하여 후보자의 게재순위를 정함에 있어서는 후보자등록마감일에 국회에서 의석을 가지고 있는 정당추천후보자간의 게재순위는 국회에서 다수의석순으로 하며 국회에서 의석을 가지고 있지 아니한 정당추천후보자간의 게재순위는 그 소속정당의 명칭의 가, 나, 다순에 의한다.

⑤ 제4항의 경우에 동일한 게재순위에 해당하는 정당 또는 후보자가 2 이상이 있을 때에는 후보자나 그 대리인의 참여하에 선거구 선거관리위원회에서 후보자등록마감일에 추첨하여 결정한다 다만, 추첨시간에 후보자가 그 대리인이 참여하지 아니하는 경우에는 선거구선거관리위원회 위원장이 그 후보자를 대리하여 추첨할 수 있다

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 법 제41조 제1항은 후보자와는 별도로 정당도 독자적으로 선거 운동을 할 수 있도록 함으로써 입후보 준비행위에 있어서 정당조직을 활용할 수 있는 정당추천후보자와 그렇지 못한 무소속후보자간에 본질적 차별을 두고 있으며, 이로 인하여 청구인의 평등권을 침해하고 있다

(2) 법 제45조 제1항, 제2항 제1호는 후보자를 공천한 정당도 선거 사무장과 선거연락소 책임자를 각 1인씩 둘 수 있게 하여, 결과적으로 정당추천후보자로 하여금 무소속후보자에 비하여 2배의 선거운동원을 보유·활용할 수 있게 함으로써 청구인의 평등권을 침해하고 있다

(3) 법 제100조 제3항 내지 제5항은 투표용지에 인쇄할 후보자의 게재순위에 있어 정당추천후보자를 무소속후보자에 우선하도록 하고 동일한 게재순위에 해당하는 정당 또는 후보자가 2 이상일 때에는 후보자등록마감일에 추첨하도록 하고 있다. 이 규정들은 투표권자의 일반적 관행과 심리적 특성을 고려해 볼 때 득표에 있어 무소속후보자에게 불리하게 작용하며, 나아가 무소속후보자의 선거운동기간을 실질적으로 단축시키는 결과를 초래하므로 청구인의 평등권과 피선거권을 침해하는 것이다.

나. 법무부장관의 의견

(1) 법은 1990.12.31. 공포, 시행되었으므로 청구인주장과 같이 위 법률조항들로 인하여 직접 자기의 기본권이 침해되었다면 그 날 기본권 침해의 사유가 발생하였다 할 것이고 청구인은 관보게제와

신문보도 등을 통하여 그 무렵 이를 알았다고 보아야 할 것이므로 기본권침해의 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일이 지난 1991.4.3.에야 제기된 이 사건 헌법소원은 헌법재판소법 제69조 제1항 소정의 청구기간을 도과한 것으로서 부적법하여 각하되어야 한다

(2) 그렇지 않다 하더라도 이 사건 심판청구는 다음과 같은 이유로 기각되어야 한다.

(가) 정당이 독자적인 선거운동의 주체로 인정되고 선거사무장과 선거연락소 책임자 등 선거운동원을 보유 활용할 수 있게 됨으로써, 결과적으로 정당추천후보자가 무소속후보자에 비해 선거운동에 있어 상대적으로 유리한 처지에 놓인다고 하더라도, 이는 정당정치를 표방하고 있는 헌법의 취지에 따라 반사적으로 누리는 이익일 뿐 정당추천후보자와 무소속후보자간에 불합리한 사태를 둔 것으로는 볼 수 없다

(나) 주민의 교육과 의식수준이 고도화되어 있고 정치에 관한 관심과 참여의식이 높은 현실을 감안하면 투표용지에 인쇄할 후보자의 게재순위가 빠르다고 하여 반드시 득표에 있어 유리하다고 볼 아무런 근거가 없고, 위 순위의 확정이 늦어진다고 하더라도 기호를 제외한 인쇄물의 사전준비 등의 방법으로 얼마든지 선거운동이 가능하므로 선거운동기간이 단축된다고도 볼 수 없다

(다) 선거제도의 구체적 형성은 입법형성권을 가진 국회가 그 나라의 정치문화의 수준, 선거풍토, 선거의 종류 등을 감안하여 합리적으로 결정하여야 할 문제이며, 특단의 사정이 없는 한 이에 대한 국회의 판단은 존중되어야 한다.

다. 내무부장관의 의견

법무부장관의 의견과 대체로 같다

3. 판단

헌법소원은 공권력에 의하여 침해된 기본권을 구제받기 위한 제도이므로 그 성질상 권리보호의 이익이 있어야 하는(대당재판소 1989.4.17. 선고, 88헌마4 결정 등 참조), 이 사건 심판청구는 다음과 같은 이유로 권리보호의 이익이 없다

첫째로, 이 사건 심판청구는 법률에 대한 헌법소원으로서 심판대상법률조항에 대한 위헌결정을 통하여 그 법률조항의 효력을 상실시키고자 하는 것인데, 심판대상법률조항이 포함된 법률 자체가 1994.3.16. 공직선거및선거부정방지법(법률 제4739호)의 시행으로 폐지되어 효력을 상실하였고 더 이상 청구인에게 적용될 여지도 없게 되었으므로 새삼스럽게 그 법률조항들의 위헌여부를 가릴 실익이 없어졌다고 할 것이다

둘째로, 청구인이 입후보하고자 한 서울특별시의회의원선거는 이 사건 심판청구 후인 1991.6.20. 이미 실시되었고 그 후 심판대상 법률조항은 폐지되었으므로 그 법률조항의 위헌여부에 대한 판단은 청구인의 주관적 권리구제에 도움을 줄 수 없게 되었다 왜냐하면 선거가 이미 실시되었으므로 청구인으로서 그 선거에서 당선되어 서울특별시의회의 의원이 될 수 있는 길이 없을 뿐만 아니라 그 선거의 근거법규인 법률 자체가 폐지되었으므로 그 법률에 의거하여서는 장차 보궐선거 또는 차기선거에 입후보하거나 당선될 가능성도 없어졌기 때문이다

그렇다면 적어도 청구인의 주관적인 권리구제를 위하여는 본안에 관하여 심판할 이익이 없다고 보아야 할 것이다

끝으로, 헌법소원제도는 객관적인 헌법질서의 수호유지를 위한 기능도 가지므로 이 헌법소원이 청구인의 주관적인 권리구제에는 도움이 안되는 경우라도 위 법률조항에 의한 기본권 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 그 법률조항에 대한 위헌여부의 해명이 헌법적으로 중요한 의미를 지니는 경우에는 예외적으로 심판청구의 이익이 인정될 수도 있으나(당재판소 1992.1.28. 선고, 91헌마111 결정 등 참조), 위에서 본 바와 같이 심판대상인 법률조항이 폐지되어 더 이상 청구인에게 적용될 여지가 없게 되었으므로 그 법률조항에 의한 기본권침해의 반복위험이 있다고 할 수 없고 또 위 법률조항에 대한 위헌여부의 해명이 헌법적으로 중요한 의미가 있는 경우라고도 볼 수 없다

4. 결론

따라서 이 사건 심판청구는 권리보호의 이익이 없으므로 이를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

1994. 12. 29.

재판장 재판관 김용준
 재판관 김문희
주심 재판관 황도연
 재판관 이재화
 재판관 조승형
 재판관 정경식

재판관 고중석

재판관 신창언

불기소처분취소

(전원재판부 1994. 12. 29. 92헌마176)

[판례집 6-2, 433~450]

【판시 사항】

검사(檢事)의 불기소처분(不起訴處分)으로 인한 기본권침해(基本權侵害)가 인정된 사례

【결정 요지】

피청구인은 당연히 의심을 갖고 조사해야 할 중요한 사항에 대하여 조사를 전혀 하지 아니한 채 피의자의 변소만을 믿은 나머지 객관적인 증거를 배척하고 자의적인 증거판단을 함으로써 청구인의 헌법상의 평등권(平等權)과 재판절차진술권(裁判節次陳述權)을 침해하였다.

청 구 인 정 ○ 이
 대리인 변호사 고 영 록
피청구인 대전지방검찰청 홍성지청 검사

【참조 조문】

헌법(憲法) 제11조 제1항, 제27조 제5항

【주 문】

대전지방검찰청 홍성지청 91형제8425호 사건에 있어서 피청구인이 1992.3.27. 청구의 김○회의 사기의 점에 대하여 한 불기소처분은 청구인의 평등권을 침해한 것이므로 이를 취소한다

【이 유】

1. 사건의 개요

이 사건 기록과 대전지방검찰청 홍성지청 91형제8425호 수사기록에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다

가. 고소의 요지

청구인은 1991.8.19. 청구외 김○회를 서울지방검찰청에 고소하였는바 그 요지는 다음과 같다.

(1) 피의자는 1990.7. 초경 청구인(고소인)의 금원을 편취할 의도 아래 변제 의사가 없으면서도 청구인에게 자기 아들 명의로 등기된 충남 보령군 미산면 ○○리 229의 6 대지 3,829㎡와 같은 리 229의 2 임야 2,618㎡ 등 2필지 부동산의 시가가 금 3,000만원 정도밖에 되지 않는데도 금 2억원을 호가한다고 하고 또한 위 토지들 위에 건립된 자기 소유의 건물 등을 철거할 의사가 전혀 없으면서도 이들을 철거하여 청구인의 권리 행사에 지장이 없도록 할 터이니 위 토지들에 근저당권 설정을 하고 금 5,000만원을 대여하여 주면 1990.10. 말까지는 원리금을 변제하겠다고 거짓말을 하여 청구인을 속이고 이에 속은 청구인으로부터 1990.7.10. 차용금 명목으로 금 5,000만원을 교부받아 이를 편취하고

(2) 피의자는, 위 변제기가 지나도록 원금은커녕 이자도 변제하지 않고 지상건물도 철거하지 아니할 뿐만 아니라 오히려 위 건물들을 타인에게 임대해 버리고 그 사실을 탐지한 청구인으로부터 강력한 항의를 받자, 1991.4.25. 채무변제의 1수단을 강구한다는 구실로 청구인에게 자기가 충남 보령군 미산면 ○○리 231 의 4필지

의 토지에 조성하고 있는 가든관광식당이 완성되면 충남도지사로 있는 형이 용자금 2억원을 내주기로 되어 있는데, 그 공사자금으로 금 5,000만원이 요하니 추가로 금 3,500만원만 더 빌려 주면 위 식당을 완공하여 1991.6. 말까지는 종전에 빌려 쓴 5,000만원과 함께 전부 변제하고 그 동안 밀린 이자까지 전부 계산하여 주겠다고 거짓말을 함으로써 어떻게든 돈을 반환 받고 싶은 청구인의 절박한 심리를 이용하여 청구인을 다시 속인 다음 청구인으로부터 금 3,500만원을 추가로 대여하겠다는 의사표시를 하게 하여 당일 금 500만원을 교부받고 같은 해 5.3. 및 5.10.에 각 금 500만원씩 3회에 걸쳐 금 1,500만원을 교부받아 이를 편취하였다는 것이다.

나. 피청구인의 처분

피청구인은 1992.3.27. 피의자에 대하여 '혐의없음'의 불기소처분을 하였는데 그 이유의 요지는 다음과 같다.

피의자가 고소인으로부터 그 주장의 금원을 교부받은 사실은 인정되나, 피의자는 충남 보령군 미산면 ○○리 22의 2(229의 2의 오기임이 명백하다) 등 8필지를 소유하고 지상에 사무실 및 근로자합숙소 등 건물을 건축하여 1989년경까지 광산을 운영하다가 그만두고 위 건물들을 개축하거나 신축하여 식당을 경영할 생각으로 위 토지들을 담보제공하고 공사자금을 마련하기 위하여 노력하던 중 조경업자인 갑 해를 통하여 청구인을 소개받고 같은 리 229의2 소재 토지 등 3필지 6,649㎡에 대하여 채권최고액 6,500만원으로 근저당권을 설정하여 주고 금 5,000만원을 차용하여 공사에 착공하였으나 보령군으로부터 건축허가 없이 공사를 한다는 이유로 공사중지명령을 받아 공사를 중단하고 있다가 1991.4.경 건축허가를 받아

다시 공사를 재개하려 하였으나 공사자금이 없어 다시 위 청구인에게 위 식당건물을 완공하여 임대료 등을 받아 고소인의 채권을 우선 변제하기로 하는 합의각서를 작성하여 인증 후 다시 금 3,500만원을 차용하기로 하고 3회에 걸쳐 1,500만원을 빌렸으나 고소인이 남은 금 2,000만원을 차용해 주지 아니하여 공사를 완공시키지 못해 위 금을 변제하지 못하고 있을 뿐이며, 금 3,000만원에 대하여는 위 김○해가 조경공사비로 고소인으로부터 차용한 것이나 위 김○해가 조경공사를 완료하면 위 3,000만원을 위 김○해에게 지급하여 주어야 할 채무가 있을 뿐 고소인에게 차용한 것이 아니고, 피의자의 재산은 고소인에게 담보제공한 위 토지 및 그 외 토지들의 시가가 평당10만원을 상회하고 있어 모두 3억여원 상당의 재산이 되는 데 비하여 채무액은 고소인에 대한 채무를 포함하여 9,500만원 정도이므로 위 금원을 충분히 변제할 수 있을 뿐 아니라 처음부터 차용금을 변제할 의사나 능력 없이 고소인을 기망하고 금원을 교부받은 것이 아니라고 편취범위를 극구 변호하고 있는바 참고인 이○서, 같은 김○해, 같은 맹○호의 각 진술 및 참고인 한○진, 같은 박○현 작성의 의견서, 합의각서 증서사본 근저당설정계약서사본의 각 기재내용 및 식당건물건축사진의 영상내용도 피의자의 변호를 뒷받침하고 있고, 고소인의 진술만으로는 위 피의사실을 인정하기 부족하고 달리 위 피의사실을 인정할만한 증거가 없다는 것이다

다. 청구인의 불복

피청구인의 위 ‘혐의없음’의 불기소처분에 대하여 청구인은 검찰청법이 정하는 바에 따라 항고·재항고의 절차를 밟은 다음, 1992.

7.25. 재항고 기각결정을 송달받고 같은 해 8.10. 이 사건 헌법소원심판 청구를 하였는데, 그 이유의 요지는 피청구인이 피의자의 거짓변소만을 너무 가볍게 믿은 나머지 청구인의 주장에 부합되는 참고인들의 진술과 약정서, 합의각서의 내용, 저당토지의 시가감정서 등을 아무런 합리적 이유 없이 배척하고 자의적인 증거판단을 함으로써 청구인의 헌법상 권리인 평등권 및 재판질차진술권을 침해하였다는 것이다

2. 판단

가. 쟁점의 정리

청구인은, 피의자가 차용금에 대한 담보물의 시가를 속이고 약정변제기에 차용금의 변제의사나 능력이 없음에도 있는 것처럼 기망하였다는 취지로 고소한 것인바, 수사기록에 의하면 피의자는 청구인 주장의 금원을 금전차용의 형식으로 교부받았고 현재 위 차용금을 변제하지 못하고 있는 점은 이를 인정하고 있으나 이는 민사상의 채무불이행에 불과하다는 취지로 변소함으로써 편취의 범의를 다투고 있다.

그런데 사기죄는 타인을 기망하여 그로 인한 하자있는 의사표시에 기하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취함으로써 바로 성립되는 범죄이고 그 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 및 소극적 행위를 말하는 것이고, 담보부동산의 시가를 속인 것도 재산상의 거래관계에 있어서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 적극적 행위에 해당한다 할 것이므로 그 자체로 사기죄의 기망에 해당된다 할 것이며 한편 민사상의 금전대차관계에 있어서도

그 채무불이행 사실을 가지고 바로 편취의 범의를 인정할 수는 없으나 피의자가 확실한 변제의 의사가 없거나 또는 차용시 약속한 변제기일 내에 변제할 능력이 없음에도 불구하고 변제할 것처럼 가장하여 금원을 차용한 경우에는 편취의 범의를 인정할 수 있다 할 것이다.

따라서 이 고소사건에서는 우선 피의자가 담보부동산의 시가를 속였는지의 여부가 문제되고 그와는 별도로 위 차용 당시에 원리금을 변제기일에 변제할 확실한 의사 또는 능력을 가지고 있었는지의 여부가 문제된다 할 것이므로, 그 쟁점은 ① 피의자가 1990.7.10. 차용금 명목으로 금 5,000만원을 교부받을 당시 담보로 제공한 부동산의 시가를 현저하게 속였는지의 여부와 ② 당초 약속한 변제기일 내에 차용금을 변제할 의사와 능력이 있었는지의 여부 및 ③ 1991.4.25. 청구인과 피의자 사이의 대여약정에 의하여 금 1,500만원을 차용함에 있어 피의자의 편취의 범의를 인정할 수 있는지의 점으로 정리할 수 있다 할 것인바 아래에서 수사기록을 토대로 위 각 쟁점별로 피청구인의 수사 및 판단의 당부를 검토한다.

나. 담보물의 시가에 대한 기망 여부

청구인이 1990.7.10. 차용금 명목으로 금 5,000만원을 피의자에게 교부할 때 담보로 제공하기로 당초에 약정한 부동산은 충남 보령군 미산면 ○○리 229의 2 임야 2,618㎡, 같은 리 229의 6 대지 3,829㎡, 같은 리 229의 9 도로 202㎡ (229의 2 임야에서 분할되어 도로로 지목변경, 수사기록 33,34쪽 참조)의 토지 3필지와 그 지상 건물(위 229의 6 지상에 각 건립된 건평 73.1㎡의 주택 22세대와 합숙소 2동 각 건평 148.63㎡, 143.57㎡ 수사기록 55-56쪽 감정평가서 참조)이다.

위 사실은 청구인의 진술수사기록 67-68쪽)과 위 차용금을 피의자에게 교부할 당시 입회하였던 위 지상건물의 조경공사업자 청구외 갑해의 진술(수사기록 98쪽)에 의하여 인정되고, 피의자도 검찰에서의 3회에 걸친 피의자 신문에서도 이를 다투지 아니한다

그런데 실제로 청구인이 지정한 청구외 갑)자를 근저당권자로 하여 근저당권이 설정된 부동산은 ○○리 229의 2 입야 2,618㎡, 같은 리 229의 6 대지 3,829㎡의 토지 2필지뿐이다(수사기록 34-40쪽 각 등기부등본 및 수사기록 46-48쪽 근저당권설정계약서 참조). 이와 같이 당초 담보로 제공하기로 약정하였던 부동산의 일부가 근저당권설정에서 제외된 경위는 위 김○해 진술(수사기록 99쪽)에 의하면, 위 김○해가 청구인을 대리하여 피의자와의 사이에서 담보권설정에 관한 업무를 처리함에 있어 피의자가 위 김○해에게 위 토지상의 부록조 무허가 가건물들은 곧 철거하고 그 지상에 전원주택을 건축할 예정이라고 하고 등기업무를 수입한 법무사도 지상의 각 건물에 대하여 지상권을 설정하려면 비용이 많이 든다고 하여 나중에 가건물을 철거한 뒤에 지상권을 설정해 주기로 하고 그 시점에는 따로 담보권 설정을 하지 아니하기로 합의하였기 때문이고, 같은 리 229의 9 도로 202㎡에 관하여 근저당권설정이 되지 아니한 이유에 관하여는 기록상 전혀 수사가 되어있지 아니하다(청구인과 피의자는 모두 위 건물 자체에 대한 담보가치를 파악하는 방법으로 지상권 설정을 언급하고 있는바, 지상건물에 관한 담보가치 확보를 위하여 지상권 설정이 적절한 방법이 아님은 명백하나 청구인 등의 법률에 대한 오해로 지상권을 거론한 것으로 보인다).

한편 청구인 및 위 차용 당시 입회한 위 갑)해의 진술(수사기록

67, 98쪽)에 의하면, 피의자가 1990.7.10. 금 5,000만원을 차용함에 있어 위와 같이 담보로 제공하는 부동산 약 2,000평의 시가가 평당 약 10만원으로 합계 금 2억원 상당이라고 하였으므로, 청구인이 이를 믿고 담보가 충분한 것으로 판단하여 위와 같이 대여하였다는 것이고 피의자도 이 점에 관하여 적극적으로 다투지 아니 할 뿐 아니라 검사의 제회 피의자 신문에서도 위 토지의 시가에 관하여 ○○리 229의 2 입야 2,618㎡와 같은 리 229의 9 도로 202㎡는 평당 5만원, 같은 리 229의 6 대지 3,829㎡는 평당 10만원이라고 진술하고 있다 따라서 피의자가 위 차용 당시 청구인에게 담보용 부동산의 시가가 약 2억원이라고 하였다는 사실은 기록상 명백히 인정된다

그렇다면 피청구인은 실제로 근저당권이 설정된 부동산인 ○○리 229의 2 입야 2,618㎡와 같은 리 229의 6 대지 3,829㎡의 토지 2필지의 위 차용 당시의 시가를 확정하는 한편 위 근저당권의 실행으로 인하여 청구인이 실제로 회수할 수 있는 금액이 얼마인지를 밝혀 피의자의 기망 여부를 판단하였어야 할 것이다

그러나 피청구인은 위 부동산의 시가에 관하여 피의자가 제출한 ○○리 농지위원들의 시가에 관한 의견서(수사기록 157쪽)를 토대로 피의자의 변소를 받아들이고 위 부동산에 관한 객관적인 감정평가서를 배척함으로써, 수사미진 내지 자의적인 증거판단을 하였다

즉, 위 부동산의 시가에 관하여 ○○리 농지위원들 및 같은 리 231의 7 토지 소유자 이○서(수사기록 146쪽)는 위 토지의 시가가 평당 금 5내지 10만원이라고 함으로써 피의자의 진술에 상당부분 부합하나 이는 위 토지 인근에 거주하는 주민들의 주관적인 의견에

불과하여 위 부동산에 관한 객관적인 가격이라고 보기 어렵다 할 것이고(토지의 객관적 시가의 기준이 될 수 있는 공시지가에 관하여도 피청구인은 수사한 흔적이 없다), 오히려 천안감정평가사무소 소속 감정평가사 윤만중이 작성한 감정평가서(수사기록 52-59쪽)의 기재에 의하면 위 차용일로부터 1년 이상 지난 1991.7.18. 당시 위 토지의 가액은 ○○리 229의 2 임야 2,618㎡가 금 11,781,000원, 같은 리 229의 6 대지 3,829㎡가 금 20,676,600원으로 합계 금 32,457,600원이 됨을 알 수 있다. 또한 청구인이 피의자의 차용금 미변제를 이유로 위 각 토지에 관한 근저당권을 실행하는 경우 위 토지에는 이미 앞에서 본 건물들이 건립되어 있어 경매절차에서 위 각 토지가 위 건물들을 위한 법정지상권의 부담을 안게 되는 경우 그 경락가격이 현저하게 낮아짐은 쉽게 예상할 수 있다.

그렇다면 피의자가 위 금원을 차용함에 있어 제공한 담보의 시가가 차용원금에도 미치지 못하는 금 32,457,600원에 불과함에도 금 2억원 상당이라고 한 것은 청구인에 대한 기망행위에 해당한다고 볼 수 있다. 다만 위와 같이 담보물의 시가가 객관적으로 미달함을 이유로 사기죄의 성립을 인정하기 위하여는 차용 당시 그 점에 대한 피의자의 인식이 있었어야 할 것인바, 이 사건에서 피의자는 위 각 토지에 대한 공시지가가 평당 금 4만원 정도라고 주장하면서 이를 기준으로 하면 위 토지의 시가는 적어도 평당 금 5 내지 10만원 정도 된다고 진술하고 있고 피의자의 진술을 토대로 위 각 토지 2필지의 시가를 계산하면 합계 금 1 내지 2억원이 된다 할 것이므로, 과연 피의자가 위 차용 당시 위 토지의 시가가 객관적으로 현저하게 미달한다는 점에 대한 인식이 있었는지의 여부는 명백하지

아니하다. 따라서 피청구인은 위 각 토지에 대한 공시지가와 당시의 부동산 거래상황 등에 대한 수사를 통하여 이 점을 명확히 하였어야 할 것이다.

그러나 이 사건에서 피의자가 주장하는 토지시가의 계산방식에 따르면이라도 당초 자신이 청구인에게 말한 시가와(는 상당부분 약 1억원) 차이가 나고, 객관적인 감정가격과는 현저히 차이가 있는 만큼 이러한 사정은 뒤에서 보는 바와 같은 변제의사 및 능력의 유무를 판단함에 있어 당연히 참작되어야 할 것이다.

다. 차용금 5,000만원에 대한 변제의사 및 능력 유무

(1) 편취의 범의 판단기준

사기죄의 주관적 구성요건인 편취의 범의는 피의자가 자백하지 아니한 이상 범행 전후의 피의자의 재력 환경, 범행의 내용, 거래의 이행과정 등과 같은 객관적 사정 등을 종합하여 판단할 수밖에 없다 할 것인바, 이 사건에서 피의자는 편취의 범의를 부인하고 있으므로 위 차용금의 대여경위, 대여 전후의 피의자의 재력 거래의 이행과정 등을 차례로 살펴본다.

(2) 대여경위

피의자는 1985.경부터 이 사건 토지일대에서 ○○탄광이라는 상호로 석탄채취업을 해오다가 1989. 정부의 광산합리화조치에 의하여 위 광산을 폐광한 후 농사를 짓다가 위 토지상의 광부숙소 등을 보수개조하여 전원식당을 운영할 계획을 세우고 1990.6. 초경 서울 영등포구 ○○동 5가 16의 7에서 ‘대봉종합조경공사라는 상호로 조경업에 종사하고 있던 청구의 김○해에게 찾아와서 위 ○○리 229의 2 일대 지상에 전원식당과 모텔 및 전원주택을 건축할

계획으로 우선 조경공사부터 할 생각인데 돈이 없으니 피의자의 아들 청구의 김○일 명의로 된 위 토지 2,000평을 담보로 잡고 조경공사비용 5,000만원을 차용하게 해달라고 하였고, 위 김○해는 피의자의 부탁에 따라 누이동생의 친구로 평소 알고 지내던 청구인을 소개하여 위와 같이 금 5,000만원을 차용하게 한 것이다(수사기록 97,118쪽).

(3) 대여 전후의 피의자의 재산상태

피의자는 위 차용 당시 아들 청구의 김○일 명의로 된 ○○리 229의 2 임야 2,618㎡, 같은 리 229의 6 대지 3,829㎡, 같은 리 229의 9 도로 202㎡를 소유하고 있는 한편 같은 리 231 잡종지 2,416㎡(당초 위 김○일 소유명의로인데 위 차용 이후 1990.9.27.자로 피의자 앞으로 소유권이 전등기되었다가 같은 해 12.4. 청구의 김○희 앞으로 다시 소유권이 전등기되었고, 1980.11.12.자로 근저당권자를 맹○호로 하는 채권최고액 금 4,300만원의 근저당권설정등기가 경료되었다, 같은 리 231의 2 잡종지 447㎡ (1990.6.23.자로 김○일 앞으로 소유권이 전등기가 되어 있고 같은 해 12.4. 청구의 김○희 앞으로 소유권이 전청구권가등기되어 있으며 위 같은 리 231 잡종지 2,416㎡와 공동담보로 근저당권이 설정되어 있다, 같은 리 231의 3 답 799㎡(당초 피의자 소유명의로인데 위 차용 이후 1990.11.6.자로 청구의 임○희 앞으로 소유권이 전청구권가등기가 경료되었다)를 자신 또는 아들 김○일 명의로 소유하고 있었고 그 외 별다른 재산은 없었다(수사기록 10-22, 34-43쪽 각 등기부등본, 119쪽).

(4) 거래의 이행과정

피의자는 1990.7.10. 금 5,000만원을 이자 월 2푼5리 변제기는

1990.10.30.로 정하여 차용한 다음(청구인 진술 수사기록 70쪽, 김○해 진술 수사기록 98쪽), 위 차용 이후 같은 해 9.경 이자 금 125만원을 지급한 이 외 이 사건 고소 당시까지 원금 및 이자를 한푼도 변제하지 아니하고 있고(수사기록 73쪽), 위 차용 당시 청구인을 대리한 김○해와의 사이에서 건물에 관하여 별도의 근저당권을 설정하는 대신에 토지의 담보가치를 높이기 위하여 지상 가건물을 철거하기로 약속하였다는 것임에도 이를 철거하기는커녕 위 차용일로부터 3-4일 이후 지상 가건물 중 비어 있던 16세대를 세대당 25-30만원의 사글세를 받고 임대해 버렸다(수사기록 99, 102쪽).

또한 피의자는 1990.8.28. 청구인과의 사이에서 위 차용금 5,000만원에 대한 추가 담보로 앞에서 본 위 토지상의 각 건물에 관하여 근저당권을 설정하기로 약정하였음에도(수사기록 60-61쪽), 미등기건물에 대하여는 물론 등기된 건물 1동에 관하여도 근저당권 설정을 하지 아니하였다

(5) 위와 같이 피의자는 약정 변제기에 원리금을 상환하지 아니하고 이자도 제대로 지급하지 아니하였을 뿐 아니라 위 채권의 담보확보를 위한 약정상의 의무도 전혀 이행하지 아니였으며 근저당권이 설정된 부동산의 가액도 앞에서 본 바와 같이 위 차용원리금의 회수에는 현저히 부족하고, 피의자의 나머지 재산에 관하여도 위 차용 이후 모두 타인 명의로 이전등기하거나 가등기 또는 근저당권을 설정함으로써 청구인으로 하여금 채권회수를 위한 강제집행이 불가능하게 한 사실이 인정된다.

그렇다면 피의자가 위 차용금에 대한 편취의 범의를 부인하고 있음에도 불구하고 위와 같은 객관적 사정 등을 종합하면 피의자의

범의를 인정할 수 있다 할 것이다.

라. 1991.4.25. 대여약정에 의하여 차용한 금 1,500만원에 대한 편취의 범의 여부

(1) 대여경위

피의자는 1991.4.20.경 청구인의 집으로 찾아와 “모레 가든관광식당의 허가를 군청에서 받게 되어 있는데 건축보수비로 금 2,000만원을 더 빌려주면 마무리 공사를 하여 건축허가를 받고 1991.8.25.까지 용자를 받아 전에 빌려간 8,000만원과 함께 갚아 주겠다.”라고 하였으므로, 청구인은 당초 차용금을 돌려 받을 생각으로 추가로 돈을 빌려 주기로 하고, 같은 해 4.25. 합의각서를 공증받아 작성하기 위하여 다시 만나 공사를 충분히 하려면 금 3,500만원이 필요하다는 피의자의 요청에 따라 결국 3,500만원을 빌려 주기로 약속하고 합의각서(수사기록 29-30쪽)를 작성하였으며, 그에 따라 같은 날 500만원, 1991.5.3.과 5.10. 각 500만원 합계 금 1,500만원을 대여하였으나, 그 후 청구인이 피의자가 위 합의각서에서 담보로 제공하기로 한 부동산의 등기부등본을 검토한 결과 앞서 2. 다 (2)에서 본 바와 같이 소유자가 제3자이거나 타인 앞으로 근저당권이 이미 설정되어 아무런 담보가치가 없는 것을 발견하여 속은 것을 알고 나머지 돈을 주지 아니하였다는 것이다(청구인 진술 수사기록 70-72쪽, 김○해 진술 수사기록 104-105쪽, 송유인 진술 수사기록 138-139쪽).

청구인이 주장하는 위 대여경위에 관하여는 피의자도 변제능력과 의사가 있다는 점을 주장하는 이외에는 적극적으로 다투지 아니한다(수사기록 125,131쪽).

(2) 1991.4.25.자 합의각서 내용

위 합의각서의 요지는 “피의자가 청구인으로부터 차용한 금5,000만원과 이에 대한 1991.7.5.까지의 이자 금 1,250만원, 조경공사비 3,700만원까지 포함해서 총금액을 1991.8.25. 상환하되 우선 차용금액 일체를 상환하고, 만약 상환이 여의치 않을 때는 아래 명기한 토지 및 건물 일체를 청구인 앞으로 설정하여 채권을 확보해 주기로 한다 단 231-7 대지 약 1,000평을 명의이전이 되는 즉시 청구인 앞으로 설정토록 한다”는 내용이고, 설정부동산 목록으로 ○○리 231, 같은 리 231-2, 같은 리 231-3 토지와 같은 리 231-7 지상 건물 120평, 같은 리 231-1 지상 건물 50평을 열거하고 있다.

(3) 피의자의 기망 여부

(가) 위 합의각서 기재 부동산의 담보가치 여부

청구인이 당초 대여한 금5,000만원에 대한 원리금을 변제받지 못하고 있는 상황에서 위와 같이 금 3,500만원을 추가로 대여하기로 약정한 이유는 피의자로부터 대여원리금을 상환받거나 적어도 그 채권담보에 충분한 담보권취득을 위한 것임은 위 대여경위에 비추어 경험칙상 명백하다

그런데 피의자가 위 합의각서에서 약속한 1991.8.25. 위 차용금을 상환할 수 있는 자력이 있느냐의 점에 관하여는 그가 언급한 금2억원의 용자가 위 기한까지 가능하다거나 적어도 용자를 받기 위한 절차를 밟았다는 점을 인정할 만한 아무런 자료가 없고 그러한 용자가 가능할 만한 객관적 사정에 대한 아무런 설명이 없는 점에

비추어 이를 진실이라고 보기 어렵다 또한 피의자는 1992.4.경에 가든 식당을 개관하여 계속 영업을 하고 있음에도 불구하고(수사기록 177쪽) 청구인에 대한 채무를 한푼도 변제하지 아니하고 있는 점에 비추어 위 약정 변제기인 1991.8.25.까지 위 식당공사를 완공한 후 이를 임대하여 위 채무를 변제할 상황에 있었다고는 볼 수 없을 것이다

그렇다면 결국 위 합의각서에 기재된 부동산의 실제 담보가치가 문제된다 할 것인바, 앞에서 본 바와 같이 ○○리 231 잡종지 2,416㎡는 1990.12.4.청구의 김○희 앞으로 소유권이전등기가 경료된 후 1990.11.22.자로 근저당권자를 맹○호로 하는 채권최고액 금 4,300만원의 근저당권 설정등기가 경료되어 있고 같은 리 231의 2 잡종지 447㎡도 1990.12.4.청구의 김○희 앞으로 소유권이전청구권가등기가 되어 있는 한편 위 같은 리 231 잡종지 2,416㎡와 공동담보로 근저당권이 설정되어 있으며 같은 리 231의 3 답 799㎡는 1990.11.6.자로 청구의 임○희 앞으로 소유권이전청구권가등기가 경료되어 있으므로 피의자의 진술에 의하면 임○희 명의의 가등기는 1991.9.경 말소되었고 그 이후 노○승을 근저당권자로 하는 채권최고액 금 1,300만원의 근저당권설정등기가 되어 있다, 위 각 토지의 시가 및 기왕에 설정된 담보권의 내용에 비추어 위 합의각서 작성 당시 위 각 부동산의 담보가치가 종전 차용금 및 추가 차용금을 담보할 정도가 되지 아니함은 명백하다

(나) ○○리 231의 7 토지의 담보제공이 가능한지의 여부

피의자는 위 합의각서 작성 당시 청구인에게 “신축 중인 식당건물 부지의 일부인 ○○리 231의 7 대지가 청구의 이○서 소유명

의로 되어 있으나, 사실은 전에 탄광을 동업하던 위 이○서로부터 피의자가 이를 매수하여 잔금 300만원 정도를 주지 아니한 상태이므로 위 이○서에게 위 잔금 조로 금 500만원 정도만 주면 명의이전이 가능하고, 차용금 일부로 위 토지의 잔금을 지급하여 명의이전이 되는 대로 청구인에게 근저당권을 설정해 준다는 취지로 말하고, 청구인은 이를 믿고 피의자에게 추가로 금 1,500만원을 대여하였다는 것이다(이는 청구인 뿐 아니라 위 합의각서 작성 당시 입회한 청구의 송유인과 같은 김○해가 일치하여 진술하고 있고 피의자도 위와 같이 말한 사실을 대체로 인정하고 있으며, 위 합의각서의 기재에 의하여도 인정된다 수사기록 70-72, 104-105, 138-139쪽).

그런데 실제로는 ○○리 231의 7 대 2,893㎡는 위 이○서가 1975.경부터 피의자에게 임대하였을 뿐 위 합의각서 작성 당시까지 피의자에게 매도의사를 표시한 사실도 없으며 임대기간이 1991.8.경 종료되는데 그 때까지의 임대료가 약 200만원 정도 연체되어 있었다는 것이다(이○서 진술 수사기록 146-147쪽). 또한 위 이○서는 피의자가 시세에 따라 위 토지를 매수하겠다고 하면 이를 매도할 의사는 있으나 평당 4-5만원을 받아야 한다는 취지로 진술하고 있으므로 피의자가 위 차용금의 일부로써나 달리 다른 재원으로 위 토지를 매수할 수 있는 능력이 있었다고 보기도 어렵다.

그렇다면 피의자가 위 합의각서 작성 당시 청구인에게 위 토지는 자신이 매수한 것이고 잔금 조로 금 500만원 정도만 지급하면 이전등기받을 수가 있다고 한 것은 기망행위에 해당함이 명백하다

(4) 피의자 변소의 부당성

피의자는 위 차용금을 약정 변제기에 변제하지 아니한 것은 청

구인이 위 합의각서에 기재된 차용금 3,500만원 중 나머지 금 2,000만원을 교부하지 아니하여 공사비 부족으로 식당건물 완공이 늦어졌음으로 인한 것이지 당초부터 변제의사나 능력이 없었던 것이 아니라는 취지로 변소하나, 앞에서 본 바와 같이 피의자가 제공하기로 한 부동산의 담보 가치가 없는 것을 알고 나머지 금원을 교부하지 아니한 것은 정당하다고 할 것이고, 피의자가 위와 같이 기망의 수단에 의하여 돈을 차용한 이상 금원을 교부받았을 때 바로 사기죄가 성립한다 할 것이어서 위 변소는 이유 없다 할 것이다.

(5) 결국 피의자는 위 추가차용시에도 담보물의 가치를 기망하였을 뿐 아니라 담보제공이 불가능한 부동산을 담보로 제공하기로 하고 이를 믿은 청구인으로부터 차용금 명목으로 금원을 교부받았다 할 것이므로, 사기죄가 성립된다 할 것이다.

3. 결론

그렇다면 결국 이 사건은 현재 수사기록에 현출된 증거의 내용만으로도 혐의사실을 인정하기에 충분한 것이 아닌가 하는 판단도 가능하다고 보여지며, 나아가 앞에서 지적한 여러 가지 점에 대하여 피의자 등을 철저히 수사하고 이해관계인 및 관계자료 등을 조사하였다라면 사건이 더욱 명료해졌을 것으로 보이는데, 피청구인은 당연히 의심을 갖고 조사해야 할 중요한 사항에 대하여 조사를 전혀 하지 아니한 채 피의자의 변소만을 믿은 나머지 객관적인 증거를 배척하고 자의적인 증거판단을 함으로써 현저히 정의와 형평에 반하는 수사 및 결정을 하였다 할 것이다.

따라서 피청구인이 한 ‘혐의없음’ 처분은 청구인의 헌법상의 평등권과 재판절차진술권을 부당하게 침해하였다 할 것이므로 피청

구인으로 하여금 그에 관한 보완수사와 그에 상응하는 합리적인 처분을
하도록 위 불기소처분을 취소하기로 하여 주문과 같이 결정한다
이 결정은 관여재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다

1994. 12. 29.

재판장 재판관 김용준
재판관 김진우
재판관 김문희
재판관 황도연
주심 재판관 이재화
재판관 조승형
재판관 정경식
재판관 고중석
재판관 신창언

학원의설립·운영에관한법률 제8조 등 위헌확인

(1994. 12. 29. 92헌마216 헌법재판소 전원재판부
[관례집 6-2, 451~459])

【관시 사항】

1. 심판대상(審判對象)의 확정방법
2. 조례(條例)가 헌법소원(憲法訴願)의 대상이 될 수 있는지 여부
3. 법령(法令)에 대한 헌법소원(憲法訴願)에 있어서의 청구기간(請求期間)의 산정

【결정 요지】

1. 헌법재판소는 심판청구서에 기재된 청구취지(請求趣旨)에 구애됨이 없이 청구인의 주장요지를 종합적(綜合的)으로 판단하여 심판대상(審判對象)을 확정하여야 한다.

2. 헌법재판소법 제68조 제1항에서 말하는 “공권력(公權力)”에는 입법작용(立法作用)이 포함되며, 지방자치단체(地方自治團體)에서 제정하는 조례(條例)도 불특정다수인에 대해 구속력(拘束力)을 가지는 법규이므로 조례제정행위(條例制定行爲)도 입법작용(立法作用)의 일종으로서 헌법소원(憲法訴願)의 대상이 된다.

3. 법령(法令)에 대한 헌법소원(憲法訴願)은 그 법령(法令)이 시행된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 법령(法令)이 시행된 날로부터 180일 이내에 청구하여야 하나, 법령(法令)이 시행된 뒤에 비로소 그 법령(法令)에 해당되는 사유가 발생하여 기본권(基本權)의 침해를 받게 된 자는 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원(憲法訴願)을 청구하여야 하며, 여기서 “사유가 발생한 날”이란 당해 법령(法令)이 청구인의 기본권(基本權)을 명백히 구체적으로 현실 침해하였거나 그 침해가 확실히 예상되는 등 실제적 제요건이 성숙하여 헌법판단에 적합하게 된 때를 말한다 이 사건 청구인으로서 심판대상인 법령(法令)들로 말미암아 늦어도 청구인이 학원등록을 한 1990.10.10.부터는 대학생이나 입시계 학원이 아닌 이상 입시교과목에 대한 과외교습을 할 수 없다는 제한을 현실적

으로 받게 되었다고 할 것이므로, 그 때부터 청구인에 대한 기본권침해(基本權侵害)의 “사유가 발생” 하였다고 할 것이다.

청 구 인 김 ○ 김
 대리인 변호사 민 경 식

【참조 조문】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항
헌법재판소법(憲法裁判所法) 제69조 제1항

【참조 판례】

1. 1993.5.13. 선고, 91헌마190 결정
3. 1993.7.29. 선고, 92헌마6 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다

【이 유】

1. 사건의 개요

청구인은 주소지에서 ○○응변학원을 설립·운영하는 자로서, 학원의 설립·운영에 관한 법률(이하 “법”이라고 한다) 제8조는 대학 등 소정의 학교에 재적 중인 학생이 과외교습을 하는 등의 예외적 경우를 제외하고는 누구든지 과외교습을 하여서는 아니된다고 규정

하고 있고, 서울특별시 학원의설립·운영에관한조례(이하 “조례”라고 한다) 제5조는 입시계 학원의 시설기준을 강의실 연면적 990평방미터 이상으로 제한하고 있는데, 이로 말미암아 대학생도 아니고 조례에서 정한 대형시설을 갖추지도 못한 청구인과 같은 중소기업의 학원 경영자들에게는 영어, 수학 등 수강생들이 선호하는 학과목의 교습이 금지되고 그러한 교과목에 대한 교습을 실시하다가 형사처벌을 받게 되므로 위 법령들은 청구인의 평등권, 직업선택의 자유 등을 침해하는 것이라고 주장하면서 1992.9.19. 이 사건 헌법소원을 청구하였다

2. 심판의 대상

헌법재판소는 심판청구서에 기재된 청구취지에 구애됨이 없이 청구인의 주장요지를 종합적으로 판단하여 심판대상을 확정하여야 한다(헌재 1993.5.13. 선고, 91헌마190 결정 참조).

이 사건의 경우 아래에서 보는 바와 같이 청구인의 심판청구이유와 이해관계기관의 의견 등을 종합하여 보면 청구인은 요컨대 청구인 또는 청구인 경영의 학원에서 영어수학 등 입시교과목을 교습할 수 없도록 “과외교습을 원칙적으로 금지하고”, “입시교과목을 교습할 수 있는 입시계 학원의 강의실의 최소규모를 설정”하고 있는 관계법령조항의 위헌선언을 구하고 있음을 알 수 있다. 따라서 청구인이 이 사건 심판청구서에서 위헌선언을 구하고 있는 법령조항들 중 이러한 청구인의(본래의) 청구취지와 관계없는 법령조항은 심판대상으로 삼을 필요성이 없다 할 것이다.

이 사건에서 청구인은 학원의설립·운영에관한법률 제8조 전체, 법 시행령 제14조, 서울특별시 학원의설립·운영에관한조례 제5조

전체에 대하여 위헌선언을 구하고 있으나 이 중 법 제8조 제2항 내지 제4항, 범시행령 제14조, 조례 제5조 제2항은 이 사건 심판의 대상이 되지 아니한다. 왜냐하면 법 제8조 제2항, 제4항은 기술·예능등에 대한 과외교습을 학원 외의 장소에서 하고자 하는 자(및 그 과외교습자가 과외교습을 폐지한 때)의 신고의무를 규정한 조항이고 동조 제3항은 과외교습자의 자격, 과외교습의 장소 및 교습인원의 한도 등에 관한 사항을 시행령에 위임하는 것을 내용으로 하는 조항일 뿐이고 범시행령 제14조는 법 제8조 제2항에서 정한 신고시의 구비서류 주무관청의 조치 등에 대한 규정일 뿐이며, 조례 제5조 제2항은 학원건물의 소유형태에 관한 규정에 불과한 것으로서, 어느 것이나 위에서 본 청구인의 본래의 청구취지와 무관한 법령조항들이기 때문이다. 청구인 자신도 위 법령조항들에 근거하여서는 아무런 주장도 하고 있지 않다.

그렇다면 이 사건 심판의 대상은 법 제8조 제1항(1984.4.10.법률 제3728호 전문개정, 1989.6.16. 법률 제4133호 개정, 1990.12.27. 법률 제4268호 개정)과 조례 제5조 제1항(1988.5.6. 조례 제2292호 제정, 1991.3.25. 조례 제2741호 개정)인바, 그 내용은 다음과 같다.

법 제8조(과외교습) ① 누구든지 과외교습을 하여서는 아니된다.
다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 기술·예능 기타 대통령령이 정하는 과목에 관한 지식을 교습하는 경우
2. 학원에서 고등학교·대학 또는 이에 준하는 학교에의 입학이나 이를 위한 학력인정에 관한 검정을 받을 목적으로 학습하는 수험준비생에게 과외교습을 하는 경우, 다만, 초등학교·중학

교·고등학교 및 이에 준하는 학교 재학생에 대하여는 교육부장관이 정하는 기간에 한한다.

3. 대학·사범대학·교육대학·전문대학·방송통신대학·개방대학·개별법에 의하여 설립된 대학 및 이에 준하는 각종학교에 재적중인 학생이 과외교습을 하는 경우

조례 제5조(학원의 규모 등) ① 영 제8조 제3항 및 제4항의 규정에 따라 학원의 건전한 발전을 도모하기 위하여 학원의 설립은 적정규모로 하여야 하고, 그 규모는 별표 3과 같다.

3. 청구인의 주장 및 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 주장 요지

심판대상 법령조항들은 다음과 같은 점에서 청구인의 평등권과 직업선택의 자유 등을 침해한 것이다

첫째, 대학생에게만 과외교습을 허용하는 것은 그러한 신분을 가진 사람과 청구인과 같이 그러한 신분을 가지지 못한 사람을“사회적신분”에 따라 차별하는 것이다.

둘째, 강의실 연면적 990평방미터 이상의 시설을 갖춘 대형학원에 게만 입시교과목의 교습을 허용하는 것은 학원의 규모에 따라 교습의 내용까지 규제하는 것일 뿐 아니라 그러한 시설을 갖추 능력이 없는 사람의 기회를 박탈하는 것으로서 이는 평등의 원칙에 위반되고 그 기준에 미달하는 청구인의 직업선택의 자유를 제한하는 것이다

셋째, 나아가 위 법령들은 헌법상의 평생교육을 받을 권리(헌법 제31조 제5항, 제6항)를 침해하는 것이다.

나. 교육부장관 및 서울특별시 교육감의 의견서

(1) 청구인은 1990.10.10. 서울특별시 서부교육구청에 학원설립등록을 하고 현재까지 웅변학원을 운영하고 있는 자로서 법 제8조, 법시행령 제14조, 조례 제5조는 위 등록일 이전에 제·개정된 이래 현재까지 운영되고 있는 법령들이므로, 위 등록일로부터 이 사건 헌법소원심판의 사유가 발생한 것이라 할 것인데, 동일로부터 180일의 청구기간이 지나 제기된 이 사건 심판청구는 부적법하므로 각하되어야 한다

(2) 그렇지 않다 하더라도 이 사건 심판청구는 다음과 같은 이유로 기각되어야 한다.

첫째, 과외교습을 전면금지한 것은 학교교육의 정상적 발전과 사회적 안정을 도모함으로써 공공복리를 증진하기 위한 것에 그 목적이 있다.

둘째, 대학생에게 과외교습을 허용하는 것은 경제적으로 어려운 대학생들의 교육여건을 마련해 주기 위한 한시적비직업적·장학금 수혜적 조치이므로 평등원칙에 위배되지 않는다.

셋째, 입시계 학원은 그 교습과정이 정규학교 교육과정과 유사하므로 학원의 교습시설·교습의 질·교습환경 등을 적정수준으로 유지하여 입시계 학원의 난립에 따른 무모한 경쟁과 변태적 운영을 예방할 필요성이 있으며, 이를 위하여 조례에서 교습과정의 성격내용과 수강생의 특성 등을 종합검토하여 이에 필요한 시설설비규모를 적정히 정한 것일 뿐만 아니라, 이 기준에 맞는 시설을 갖추면 누구나 입시계 학원을 설립·운영할 수 있으므로 청구인의 평등권이나 직업선택의 자유를 침해한 것이라 할 수 없다.

4. 판단

가. 조례의 헌법소원 대상적격성

헌법재판소법 제68조 제1항에서 말하는 “공권력”에는 입법작용이 포함되며, 입법작용에는 형식적 의미의 법률을 제정하는 행위뿐 아니라 법규명령·규칙을 제정하는 행위도 포함된다. 지방자치단체에서 제정하는 조례(Satzung)도 불특정다수인에 대해 구속력을 가지는 법규이므로 조례제정 행위도 입법작용의 일종이라고 보아 헌법소원의 대상이 된다고 할 것이다. 독일에서는 조례가 헌법소원의 대상이 된다는 점에 확실상 별반 다툼이 없는 듯 보이며(Gusy, Schlaich, Zuck, Benda/Klein 등), 연방헌법재판소도 이를 인정하고 있다 (BVerfGE1,91(94);12,319(321);40,187(195);65,325(326)).

나. 청구기간의 준수 여부

법령에 대한 헌법소원은 그 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 법령이 시행된 날로부터 180일 이내에 청구하여야 하나(헌법재판소법 제69조 제1항, 제68조 제1항), 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 청구하여야 하며, 여기서 “사유가 발생한 날”이란 당해 법령이 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 현실 침해하였거나 그 침해가 확실히 예상되는 등 실제적 제요건이 성숙하여 헌법판단에 적합하게 된 때를 말한다(헌재 1993.7.29. 선고, 92헌마6 결정 참조).

이 사건 심판의 대상인 법 제3조 제1항은 1984.4.10. 법률 제3728호로 전문개정된 이래 1989.6.16. 법률 제4133호로 현재와 같은 내용으로 개정되어(1990.12.27. 법률 제4268호로 개정되었으나 “문교부장

관”을 “교육부장관”으로 하는 외 내용상의 변경 없음) 현재까지 시행되고 있으며, 조례 제5조 제1항은 1988.5.6. 조례 제2292호로 제정(입시계 학원의 강의실 연면적 기준은 현행 규정과 같음)된 이래 1991.3.25. 조례 제2741호로 개정되어 현재까지 시행되고 있다

한편 기록에 의하면 청구인은 1990.10.10. “○○○변학원”이라는 명칭으로 서울특별시 서부교육구청에 학원등록을 하고 동 학원을 운영하여 왔음이 분명하다.

그렇다면 청구인으로서 위 법령들로 말미암아 늦어도 위 학원등록 일부부터는 대학생이나 입시계 학원이 아닌 이상 입시교과목에 대한 과외교습을 할 수 없다는 제한을 현실적으로 받게 되었다고 할 것이므로 그 때부터 청구인에 대한 기본권침해의 “사유가 발생”하였다고 할 것이다.

따라서 그로부터 180일이 지났음이 날짜계산상 분명한 1992.9.19.에야 제기된 이 사건 심판청구는 청구기간을 도과한 부적법한 청구임이 명백하다 할 것이다.

5. 결론

그렇다면 청구인의 이 사건 헌법소원심판청구는 위에서 본 이유로 부적법한 것이므로 이를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 의견일치에 따라 주문과 같이 결정한다

1994. 12. 29.

재판장 재판관 김용준
 재판관 김문희

재판관 황도연
주심 재판관 이재화
재판관 조승형
재판관 정경식
재판관 고중석
재판관 신창언

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(日) 내에 하여야 한다. 다만, 항고인(抗告人)에게 책임(責任)이 없는 사유로 인하여 그 기간 내에 항고(抗告) 또는 재항고(再抗告)하지 못한 것을 소명(疎明)하는 때에는 그 기간은 그 사유가 해소(解消)된 때로부터 기산(起算)한다.

④~⑥ 생략

【참조 판례】

1992.6.26. 선고, 91헌마68 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다

【이 유】

1. 사건의 개요

이 사건 기록과 서울지방검찰청 동부지청1991형제34035호 불기소 사건 기록에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다

가 청구인은 1991.1.28. 피고소인 임○규에 대한 고소장을 서울지방검찰청 동부지청에 제출하였고 그 고소사실의 요지는 다음과 같다

(1) 피고소인은, 1988.3.경 청구인이 형사처벌을 받게 할 목적으로 청구인이 청구의 조○근과 공모하여 1987.4.경 수원경찰서 소속 청구의 최○학 형사를 매수하고 참고인 등을 공갈협박하여 허위진술을 하게 함으로써 피고소인이 구속되게 한 다음 피고소인을 석방시켜 준다는 조건으로 그의 형인 청구의 임○성으로부터 8,000만원을 갈취하고, 피고소인이 석방된 후 1억원을 더 주지 않으면 피고

소인을 제거한다는 등으로 협박하여 3-4차례에 걸쳐서 금 1억원을 갈취 하였으니, 조사하여 처벌하여 달라는 취지로 허위의 진정서를 대검찰청에 접수시켜 청구인을 무고하고

(2) 피고소인은 청구인을 모해할 목적으로

(가) 1988.10.5. 서울형사지방법원 88고합664호로 청구인에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반 피고사건의 제회 공판에서 증인으로 출석하여 선서한 다음, 피고소인이 1988.7.9. 서울구치소에서 수감중이던 청구인을 면회하고 청구인의 확인서 없이도 무죄를 받았다는 등의 말을 한 사실이 있는데도, 면회한 사실조차도 없다는 취지의 허위증언을 하고,

(나) 1989.2.24. 청구인에 대한 위 사건의 항소심인 서울고등법원 88노3690호 사건의 제2회 공판기일에 증인으로 출석하여 선거한 다음 위 (가)항 기재와 같은 취지의 허위증언을 하고

(다) 같은 해 12.26. 위 항소심의 제13회 공판기일에 증인으로 출석하여 선서한 다음,

1) 청구인이 위 사건으로 구속되자 피고소인은 청구의 조길과 함께 청구인이 다니던 교회와 출입관청 등에 청구인의 구속영장 사본을 뿌린 사실 등이 있는데도, 그러한 사실이 없다고 허위증언을 하고

2) 피고소인이 1987.8.경 대전시 소재 ○○다방에서 청구의 양○학, 같은 조○길, 같은 천○순 등을 만나 청구인의 아파트를 가로채기 위한 논의를 한 사실이 있는데도, 그와 같이 만난 사실조차 없다는 취지로 허위증언을 하고,

3) 피고소인이 같은 해 12. 백삼을 홍삼으로 판매한 것이 문제되

자 피고소인 대신 청구의 취○열을 범인으로 만들어 위장자수시켜 처벌 받게 하였는데도, 그런 사실이 없다고 허위증언을 하고

4) ① 피고소인이 같은 해 7. 위 양○학과 위 조○길간에 위 양○학이 ○○건설주식회사를 상대로 대전○○맨션아파트에 대한 인도청구 소송을 제기하여 승소확정되면 동 회사의 명의상 대표이사인 위 조길에게 10일 이내에 금 2억원을 지급하기로 한 약정을 이행하지 않을 경우 위 양○학 대신 피고소인이 이를 이행키로 하는 내용의 이행보증각서를 작성하여 위 조○길에게 교부하였고 ② 같은 해 12. 위 인삼사기 사건이 문제되자 허위의 잎인삼포매매계약서 초안을 작성하였고 ③ 1989.6. 청구인, 위 최○열과 피고소인 사이의 분쟁해결을 위하여 협의하면서 피고소인이 위 최○열에 대한 고소취하서를 작성하여 주면 청구인이 피고소인을 괴롭히지 않는다는 등의 각서초안을 작성한 사실이 있음에도 불구하고 위와 같은 사실이 없다고 허위증언을 하고

5) 청구인이 피고소인에게 위와 같은 잎인삼포매매계약서 초안이나 각서초안을 작성하도록 한 사실이 없는데도 그 초안들은 청구인이 쓰라고 하여 작성하였다는 취지로 허위증언을 하고,

6) 청구의 신○균이 서울구치소에 수감되어 있을 때 위 신○균으로부터 그와 피고소인 사이의 거래관계에 관한 확인서를 받아 간 사실이 있는데도, 그러한 사실이 없다고 허위증언을 하고

7) 피고소인이 1988년보다 훨씬 이전부터 위 조○길과 알고 지내면서도 그를 1988.3.경 처음 만났다고 허위의 증언을 하고

8) 위 이행보증각서에 관하여 도장과 필적은 비슷하나 피고소인이 작성한 사실이 없다고 허위증언을 하고

9) 청구인이 구속된 후 1988.6. 위 조○길이 ○○건설주식회사를 상대로 이사회 및 임시주주총회 등 결의무효확인청구의 소를 대전지방법원에 제기하고 같은 해 11.16. 위 양○학이 동 회사를 상대로 건축물 등 인도청구의 소를 대전지방법원에 제기한 사실을 잘 알고 있는데도 이를 모른다고 허위증언을 하고,

10) 위 조○길이 1989.2.경 ○○건설주식회사 대표이사 청구의 양○석 외 2명을 상대로 대전지방법원에 대표이사 등 직무정지 등 가처분신청을 하고, 위 가처분신청시 감사 직무대행자로 청구의 유○덕을 선임하여 달라고 신청한 사실을 잘 알고 있는데도 이를 모른다고 허위증언을 하고,

11) 위 유○덕을 잘 알고 있으면서도 전혀 모른다고 허위증언을 하고,

12) 피고소인은 위 양○학과 1978년부터 1980년 초까지 금산에서 한 집 건너 옆집에서 살아왔던 사정 등으로 오래 전부터 잘 알던 사이인데도, 청구인이 구속된 뒤에야 그를 알게 되었다고 허위증언을 하고

13) 피고소인은 평소 경리장부에 수표번호를 기재하지 않았는데도 경리직원에게 지시하여 경리장부에 수표번호를 적어 놓는다고 허위증언을 하고,

14) 청구인이 청구의 양○길의 사무실에서 청구의 서○오(일명 서○석)를 만나 청구인이 합의해 주어서 피고소인이 석방되었으니1억원만 받아 달라고 한 사실이 없었는데도 불구하고 피고소인이 시켜서 위 서○오가 1988.5.31. 서울지방검찰청 특수부 검사에게 그런 사실이 있었던 것처럼 거짓 진술하였는데도, 그와 같이 시킨

사실이 없다는 취지로 허위증언을 하였다

나. 피청구인은 1991.12.21. 청구인의 위 고소사실 중 위 「가의 (2)의 (가), (나) 및 (다 3)」 사건에 대하여는 위증죄로 기소하고 나머지 사실에 대하여는 혐의없음 또는 기소중지 등의 불기소처분을 하였다

다. 이리하여 청구인은 피청구인의 위 불기소처분에 대하여 항고 재항고를 제기하였으나 모두 기각되어 1993.2.19. 대검찰청의 재항고기각결정을 통지받고 같은 해 3.18. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다

2. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 서울지방검찰청 동부지청 1991형제34035호 사건에 관하여 피청구인이 1991.12.21. 피고소인 임○규에 대한 무고 및 모해위증 피의사실에 대하여 한 불기소처분이다

3. 판단

직권으로 살피건대, 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 의하면 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 헌법소원심판을 청구할 수 없다고 규정하고 있고 한편 검찰청법 제0조에 의하면 검사의 불기소처분에 대한 불복절차로서 항고 및 재항고를 형사소송법 제258조 제1항에 의한 통지 또는 항고기각결정통지를 받은 날로부터 30일 내에 하여야 한다고 규정하고 있다

그런데 이 사건 기록과 서울지방검찰청 동부지청1991형제34035호 불기소사건 기록에 의하면, 청구인이 이 사건 불기소처분에 대

한 항고를 하여 92.4.25. 항고기각결정통지를 받고 그 날로부터 재항고 기간인 30일이 지난 같은 해 5.28. 재항고를 하였음이 명백하므로 청구인의 위 재항고는 재항고기간을 도과한 것으로서 부적법하고 따라서 청구인은 이 사건 불기소처분에 대하여 다른 법률에 의한 적법한 구제절차를 거친 것으로 볼 수 없다(헌법재판소 1992.6.26. 선고, 91헌마68 결정 참조).

그렇다면 청구인의 이 사건 심판청구는 부적법하여 이를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

1994. 12. 29.

재판장	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
	재판관 조승형
	재판관 정경식
주심	재판관 고중석
	재판관 신창언

【주 문】

이 사건 심판청구를 기각한다

【이 유】

1. 사건의 개요

이 사건의 기록과 증거자료(수원지방법검찰청 1992년 형제37008호 수사기록)에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다

가. 청구인은 1992.3.30. 용인경찰서에 ○○군청 지적과장으로 근무하는 서○복을 상대로 직무유기 및 직권남용죄로 같은 해 5.2. 추가로 허위공문서작성죄로 다음과 같은 내용의 고소장을 제출하였다

피고소인 서○복은 ○○군청 지적과장으로 근무하는 자로서

(1) 1989.11. 초순경 위 ○○군청 지적과에서, 청구인으로부터 청구 외 조○훈 소유의 경기 용인읍 ○○ 1 대지 1평과 청구인 소유의 같은 리 ○○ 2 대지 5평이 지적도상 그 지번이 바뀌어 기재되어 있으니 이를 정정하여 달라는 요청을 받았으면 즉시 직권으로 정정조치하여야 함에도 불구하고 그 직권을 남용하여 청구인에게 이해관계인의 동의도 지번과의 관계 운운하면서 이를 하여주지 않아 그의 권리행사를 방해하고, 청구인이 경기도청 등에 진정하여 이를 정정할 때까지 위 정정업무 처리를 지연하여 정당한 이유 없이 그 직무를 유기하고

(2) 같은 해 12.23. 위 지적과에서, 행사할 목적으로, 청구인 소유의 같은 리 ○○ 3 대지 3평이 경계미복구 대상이 되지 않음에

도 불구하고 그에 대한 토지대장원본 우측 상단 비고란에“복구누락”이라 기재하고, 용인군수 명의로 토지대장 등본을 발급함에 있어 그 등본의 우측 하단에 “본 토지는 지적공부등록사항경계미복구)이 잘못되어 정정대상 토지입니다”라고 기재하는 등 직무에 관한 허위의 공문서를 작성하고, 이를 그 곳에 비치하여 행사한 것이다

나. 위 고소사실에 대한 피청구인의1992.8.5.자 혐의없음 결정이유는 다음과 같다.

(1) 직무유기 및 직권남용에 대하여

피고소인은 1989.11.경 청구인이 위 ○○군청에 찾아와 김량장리 ○○ 1(청구외 조○훈 소유), 동 ○○ 2(청구인 소유) 토지 2필지의 지적도상의 표시가 바뀌었으니 정정하여 달라 하여 이를 살펴본 결과 위 각 지번의 토지면적이 ○○ 1은 토지대장상 1평임에도 지적도에는 5평으로, ○○ 2는 토지대장상 5평임에도 지적도에는 2평으로 되어 있어 정정이 필요하였으나, 그 이해관계인으로 위 조○훈이 있으므로 지적법시행규칙 제41조 제1호 나목에 의한 동인의 승낙이 필요하여 같은 해 12.7. 위 조○훈과 고소인을 피고소인의 사무실에 오게 하여 지적도의 표시를 바꾸기로 합의하였으나, 그 후 위 조○훈이 승낙서를 제출하지 않아 지적정리 절차를 행하지 못하고 있었으며 1990.1.9. 양인(兩人)을 다시 사무실에 오게 하여 같은 달 17. 직권정리공고 후 그 공고기간 15일이 끝난 다음인 같은 해 2.2. 지적정리를 하였을 따름이라 변소하면서 범의 부인하고, 위 용인군의 조사결과보고서(위 수사기록 제49-59쪽)의 기재도 이에 부합하고 달리 이를 번복할 만한 자료 없어 혐의 없고

(2) 허위공문서작성 등 행사의 점에 대하여

피고소인은, 위 김량장리 ○○ 1 내지 4 각 토지는 모지번인 ○○ 토지에서 분할된 것으로 추정할 수 있고 ○○ 토지에 소속된 토지 자체에 지적도상의 다툼이 있을 때에는 그 모지번에 관련한 토지 모두를 정정대상으로 보아 온 것이 관례이고 내무부의 지적사무처리지침 제50조 제1항에 의하면 지적부 등록사항의 오류발견시 당해 토지의 대장 비고란 상부에 이를 기재토록 하고 있어 전항 실시와 같은 지적도상의 문제가 발생하였으므로 토지대장에 “복구누락”이라 연필로 기재하였다가 1990.2.2. 지적정리 후 이를 지운 것이라 변소하면서 범의 부인하고 달리 범의인정할 만한 자료 없어 역시 혐의 없다.

다. 이 사건 헌법소원에 이르게 된 경위

청구인은 피청구인의 1992.8.5.자 불기소처분에 대하여 검찰청법의 규정에 따라 항고 및 재항고를 제기하였으나 1993.2.19. 대검찰청이 재항고를 기각하여 그 결정통지를 같은 해 3.6.에 송달받고 같은 해 4.3. 적법하게 이 사건 심판청구를 하였다

2. 청구인의 주장 및 피청구인의 답변

가. 청구인의 주장

(1) 피청구인은, 1989.11.부터 1990.2.2. 위 지적정리를 함에 있어 지적법령상의 처리기한을 준수하였는지 여부에 대한 조사를 명백히 하여 직무유기의 점을 판단하여야 하고 위 ○○ 2 토지는 지적도의 등록사항과 토지대장상의 등록사항 및 점유현황이 서로 상이하야 지적법 제13조, 동 법시행령 제13조, 동 법시행규칙 제18조 제1항의 규정에 의하여 이해관계인의 동의가 필요 없는 직권정

리 사안임에도 불구하고 “이해관계인의 동의가 필요하다는 뭉의 피고 소인의 변명만 믿었고, 청구인의 정정요구를 계속 묵살하는 등 불공정한 수사를 하고

(2) 토지대장상에 “경계미복구”라 기재할 때 내부결재를 거치지 않은 직권남용이라는 고소사실에 대한 판단을 유탈하고 있으며

(3) 위 ○○ 3 토지는 ○○ 토지에서 분할된 것이 아니고 ○○ 2 토지에서 분할된 것이어서 ○○ 1 토지와 관련 운운은 사실과 다르고 역시 ○○ 2 토지를 모지번으로 한 위 조○훈 소유의 ○○ 4 토지에 대하여는 그 토지대장에 “복구누락”이라는 기재를 한 바 없으므로 같은 모지번에 관련한 부지번 모두를 정정대상으로 보아 왔다는 피고소인의 주장은 허위이고, 위 ○○ 3 토지와 모번지가 같은 위 ○○ 4 토지대장에 대하여도 내무부 지적사무처리지침 제150조 제1항, 제2항에 의한 당해 지번 봉쇄, 정정 정리를 위한 경우를 제외한 증명발급 중지 등을 하여야 함에도 피고소인이 이를 하지 않는 등의 사정이 있었음에도 불구하고 이에 대한 수사를 소홀히 하고 청구인이 1992.8.21. 수원지방검찰청에서 조사를 받은 다음 고소인 조사의뢰서를 작성하여 피청구인에게 제출하였음에도 이를 무시하는 등 불공정한 수사를 하였으므로 위 불기소처분은 마땅히 취소되어야 한다.

나. 피청구인의 답변

위 ○○ 3 토지대장의 비고란 등에 “복구누락” 등의 기재시 지적사무처리지침 제150조 소정의 “내부결재”를 받지 아니하였으므로 직권남용으로 고소하였다고 청구인은 주장하고 있으나 고소장(위 기록 제 30-32쪽)의 기재만으로는 이를 과연 어떠한 죄로 고소하였

는지조차 불분명하고 이에 이은 고소인 진술위 기록 제42-48쪽(진술조서)에는 이를 허위공문서작성죄로 고소한다는 것을 분명히 하고 있어 고소인의 위 주장은 타당하다 할 수 없고 그의 청구인은 무수한 주장을 되풀이하고 있으나 이는 고소의 대상이 되지도 않는 업무지연태만 등에 관한 것에 불과하여 이를 일일이 수사 판단할 필요가 없었고 청구인이 제출한 “고소인조사의뢰” 역시 같은 것으로 볼 수 있다는 점 외에는 불기소결정 이유와 같다

3. 판단

가. 직권으로 살피면, 직무유기죄나 직권남용죄의 보호법익은 ‘국가기능의 공정한 행사이고, 허위공문서작성, 동 행사죄의 보호법익은 ‘공문서의 내용의 진실에 대한 공공의 신용이므로 위 각 죄의 보호법익에 관하여 청구인이 피해자라고는 할 수 없다

그러나 검사의 불기소처분에 대하여 기소처분을 구하는 취지에서 헌법소원을 제기할 수 있는 자는 원칙적으로 헌법상 재판절차진술권(헌법 제27조 제5항)의 주체인 형사피해자에 한하는 것이고 여기서 말하는 형사피해자의 개념은 헌법이 형사피해자의 재판절차진술권을 독립한 기본권으로 인정한 취지에 비추어 넓게 해석해야 할 것이므로 반드시 형사실체법상의 보호법익을 기준으로 한 피해자의 개념에 의존하여 결정하여야 할 필요는 없다(헌법재판소 1992.2.25. 선고, 90헌마 91호 결정참조).

이 사건의 경우 청구인의 주장에 의하면 피고소인의 직무유기직권남용에 의하여 청구인 소유의 경기 용인읍○○2 토지의 지적공부의 정정이 즉시 이루어지지 않아서 위 토지의 정정분에 대한 건축허가를 받지 못하였고, 역시 청구인 소유의 같은 리

○○ 3 토지에 관하여 피고소인이 허위로 그 토지대장 하단에 위 토지는 지적공부등록사항(경계미복구)이 잘못되어 정정대상 토지입니다라고 주서하므로 말미암아, 청구인이 1989.12.7.경 용인군수로부터 허가를 받아 위 토지 외 3필지의 토지 함께 약 63제곱미터상에 건평 39.85제곱미터 연면적 79.7제곱미터인 철골조 지상 2층의 건물을 건축하다가 미복구토지에 대한 측량 등이 불가능하여 건축을 중지당하였다는 것인배위 기록 23쪽 이하, 청구인 진술 참조, 위와 같은 불이익을 받게 되는 청구인은 재판절차진술권의 주체인 형사피해자가 된다고 보아야 할 것이며 마땅히 청구인적격을 가진다고 할 것이다

나. 따라서 본안에 관하여 판단하기로 한다

(1) 직무유기와 직권남용의 점에 관하여

청구인의 이해관계인의 동의 없이 직권정정을 해야 한다는 근거규정으로 들고 있는 지적법 제13조는 지적공부가 멸실한 경우의 그 복구에 관한 규정이므로 이 사건과 관련이 없는 규정이며 오히려 동법 제8조 제3항과 동 시행규칙 제41조의 규정에 따르면 지적공부 등록사항의 오류를 정정할 때에 이해관계인이 있으면 그의 승낙서 있어야 정정할 수 있다. 이 사건 수사기록에 의하면 피고소인이 1989.11.초에 청구인의 위 정정요청을 받은 후 같은 해 12.7. 피고소인의 사무실에서 이해관계인인 위 조○훈과 청구인을 오게 하여 위 지적도의 표시를 바꾸기로 합의하였으나, 위 조○훈이 승낙서를 제출하지 아니하여 위 지적정리가 지연되었으며, 피고소인은 1990.1.9. 부득이 위 양인을 다시 사무실에 오게 하여 위 조성훈의 승낙을 받고 같은 달 17. 직권정리 공고를 한 후 그 공고기간이

끝난 다음인 같은 해 2.2.에 비로소 지적정리를 하였음을 인정할 수 있고(위 기록 49쪽-59쪽, 60쪽 이하 및 106쪽 이하), 피고소인의 처리가 비록 3개월여의 장기간이 소요되었다 하더라도, 피고소인이 위와 같은 경위로 인하여 지체되었을 뿐 직무를 유기하고 있다거나 직권을 남용한다는 범의를 인정하기에는 부족한바 직무유기와 직권남용의 혐의가 없다고 한 피청구인의 결정은 정당하고 위 지적법규를 오해한 청구인의 주장은 받아들일 수 없다.

(2) 위 ○○ 3 토지대장상에 “경계미복구”라 기재할 때에 피고소인이 내부결재를 거치지 않음으로써 직권을 남용하였다는 고소사실에 대한 판단을 유탈하고 있다는 청구인의 주장에 관하여,

청구인이 1992.5.2. 제출한 추가고소장(위 기록 30쪽-32쪽 중 제2항 부분)에 의하면, 위와 같은 직권남용사실을 추가로 고사한 바 있고 피청구인이 위 고소사실부분에 대한 판단을 유탈하고 있음이 명백히 인정되나, 위 수사기록 전부를 살펴보면 피고소인이 위 사무를 처리함에 있어 자신은 위 지적법령등과 관행에 따라 처리하고 있다는 인식하에 처리하였음을 인정할 수 있을 뿐 직권남용에 대한 인식이 있었다고는 보여지지 않는바, 비록 보충수사를 하여 위와 같은 사정이 밝혀졌다 하더라도 그 사정만으로써는 위의 인정사실을 반복하기에는 부족하다

(3) 허위공문서작성 등 행사의 점에 관하여

위 수사기록에 의하면 피고소인이 “모번지에서 분할된 토지 중 한 필지라도 복구누락시에는 관련 전체지번을 복구누락으로 관리하는 것이 관례이고, 본인이 임의로 복구누락이라고 정한 것은 아니며 그 후 1990.2.2. 위 ○○ 1 토지를 복구하면서 복구누락표기

를 지운 것이다. 지적사무처리지침 제150조 제1항에 의하면 지적공무상 등록사항에 오류가 발견되었을 경우에는 부전지에 그 사유를 기재하여 대장의 비고란에 첨부하도록 되어 있고 동 지침 〇〇 제1항에 의하면 정정토지를 발견시 등록사항 정정대상토지라고 정리토록 되어 있으므로 위 〇〇 1 토지가 복구누락이므로 일괄분할된 위 〇〇 3 토지도 복구누락으로 정리한 것이다”, “1947년도에 〇〇 2 내지 4가 〇〇 2에서 분할된 것이기 때문에 지적정정을 할 때에는 위 3필지를 1개로 보아 지적정정을 하고 있는 것이다”라고 진술하고 있는 것으로 보아 피고소인은 지적사무처리지침(1982.8.25. 내무부 예규 제564호) 제114조의 규정 및 사무처리의 관행에 의거하여 사무처리를 한 것으로 보이고 달리 허위공문서를 작성한다는 인식하에 처리한 것이라고 볼 자료를 발견할 수 없다. 청구인은 청구인이 주장하는 사정 등에 대하여 수사를 소홀히 하고 “고소인 조사의뢰서를 무시하는 등 불공정한 수사를 하였다고 주장위 2.의 가.의(3)항 주장)하나, 위와 같은 불공정한 수사를 하였다고 볼 만한 위 기록상의 흠을 발견할 수 없다

(4) 이상에서 본 바와 같이 피청구인의 위 불기소처분은 정당하고 피청구인이 현저히 정의와 형평에 반하는 수사를 하였다거나 법률의 적용 또는 증거판단에 있어서 “혐의없음”의 불기소처분의 결정에 영향을 미친 중대한 잘못이 있다고 보여지지 아니하므로 피청구인의 불기소처분으로 말미암아 청구인의 기본권이 침해되었다고 볼 수 없다

4. 그렇다면 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

1994. 12. 29.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
주심	재판관 조승형
	재판관 정경식
	재판관 고중석
	재판관 신창언

불기소처분취소

(1994. 12. 29. 93헌마120 헌법재판소 전원재판부
[관례집 6-2, 477~482])

【관시 사항】

국회노동위원회(國會勞動委員會)의 헌법소원청구적격(憲法訴願請求適格)을 부인한 사례

【결정 요지】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항에서 “……기본권(基本權)을 침해(侵害)받은 자는 헌법소원(憲法訴願)의 심판(審判)을 청구(請求)할 수 있다”고 규정한 것은 기본권(基本權)의 주체(主體)라야만 헌법소원(憲法訴願)을 청구(請求)할 수 있고, 기본권(基本權)의 주체(主體)가 아닌 자는 헌법소원(憲法訴願)을 청구(請求)할 수 없다는 것을 의미한다 할 것인데, 기본권(基本權)의 보장에 관한 각 헌법규정(憲法規定)의 해석상 국민(國民)(또는 국민(國民)과 유사한 지위(地位)에 있는 외국인(外國人)과 사법인(私法人)만이 기본권(基本權)의 주체(主體)라 할 것이고, 국가(國家)나 국가기관(國家機關) 또는 국가조직(國家組織)의 일부나 공법인(公法人)은 기본권(基本權)의 ‘수범자(受範者)(Adressat)’ 이지 기본권(基本權)의 주체(主體)로서 그 ‘소지자(所持者)(Trager)’가 아니고 오히려 국민(國民)의 기본권(基本權)을 보호 내지 실현(實現)해야 할 ‘책임(責任)’과 ‘의무(義務)’를 지니고 있는 지위(地位)에 있을 뿐이므로, 국가기관(國家機關)인 국회(國會)의 일부조직(一部組織)인 국회(國會)의 노동위원회(勞動委員會)는 기본권(基本權)의 주체(主體)가 될 수 없고 따라서 헌법소원(憲法訴願)을 제기(提起)할 수 있는 적격(適格)이 없다.

재판관 김문희, 재판관 황도연의 반대의견(反對意見)

국회(國會)에서의 증언(證言)·감정(鑑定)등에 관한 법률(法律) 제15조는 일정한 요건(要件) 아래 청구인이 채택한 증인(證人)에 대한 고발권(告發權)을 인정하고 있지만 이는 통상의 고발권(告發權)과 달리 채택한 증인(證人)의 불출석(不出席)으로 말미암아 청구인이 직접 피해(被害)를 입기 때문에 인정된 것이므로 그 실질은 고소권(告訴權)과 동일하게 볼 수 있고, 청구인은 피고발인(被告發人)이 소추(訴追)되면 법원(法院)에 피해자(被害者)

로서 의견(意見)을 진술(陳述)할 수 있는 권리(權利)가 있다. 이와 같은 이 사건의 특수한 사정을 고려하면 청구인은 피청구인의 불기소처분(不
起訴處分)으로 말미암아 청구인이 범죄(犯罪)의 피해자(被害者)로서 갖
는 재판절차진술권(裁判節次陳述權) 및 평등권(平等權)을 침해(侵害)받았
다는 이유를 들어 헌법소원(憲法訴願)을 제기할 수 있다고 보아야 한다

청 구 인 국회노동위원회 위원장 장 석 회(변호사)
피청구 인 제주지방검찰청 검사

【참조 조문】

헌법(憲法) 제27조 제5항
헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다

【이 유】

1. 사건의 개요

가. 이 사건 기록과 제주지방검찰청1992년 형제14501호 불기소사
건 수사기록에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다

청구인은 1992.11.2. 대검찰청에 청구외 강○석을 국회에서의증언
감정에관한법률 위반죄로 다음과 같은 내용의 고발장을 제출하였다

 피고발인 강○석은 주식회사 ○○일보사 대표이사인바 1992.10.23.
10:00 과천시 소재 정부 제2청사 내 노동부 국정감사실에

서 실시하는 92년도 국회노동위원회 국정감사에 증인으로 출석하라는 국회노동위원회 위원장 명의의 증인출석요구서를 받고도 정당한 이유 없이 출석하지 아니한 것이다.

나. 대검찰청으로부터 고발장을 송부받은 피청구인은 1992.11.21. 혐의없음의 결정을 하였는바 그 이유의 요지는 다음과 같다

피고발인이 증인으로 출석하지 아니한 것은 사실이나 피고발인에 대한 증인출석요구서가 출석요구일 7일 전에 송달되지 못한 사실을 인정할 수 있어 피고발인에 대한 출석요구는 적법한 출석요구라고 할 수 없으므로 범죄혐의 없다.

다. 청구인은 피청구인의 위 범죄혐의없음의 불기소처분에 대하여 검찰청이 규정한 항고재항고 절차를 밟았으나 1993.4.27. 대검찰청에서 재항고가 기각되고 청구인은 같은 해 5.6. 재항고기각결정 통지를 받고 같은 해 6.4. 위 불기소처분의 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장요지

국회법 제165조에 의하면 “이 법에 의한 기간의 계산에는 초일을 산입한다”고 규정하고 있는바, 국회에서의 증언감정등에 관한 법률 제3조 제3항에 의한 “제1항의 요구서는 늦어도……증인 등의 출석요구일 7일 전에 송달되어야 한다”는 규정에도 마땅히 위 국회법 제165조가 적용되어야 하므로 위 7일의 기간계산에는 초일을 산입하여야 함에도 불구하고, 피청구인은 이 사건 증인출석요구서의 송달이 출석요구일 7일 전에 피고발인에게 송달되지 아니하였음을 인정하여 이는 피고발인에 대한 적법한 출석요구라고 할 수 없다 하

여 무협회의 불기소처분을 하였음은 부당한 공권력행사이고 이로 인하여 청구인은 헌법상 보장된 재판절차진술권과 평등권을 침해받았다는 것이다.

3. 피청구인의 주장

위 불기소처분은 정당하고 아무런 잘못이 없다

4. 판단

우선 청구인에게 이 사건 헌법소원심판청구의 적격이 있는지를 보기로 한다.

가. 헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자는 헌법소원의 심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 여기서 기본권을 침해받은 자만이 헌법소원을 청구할 수 있다는 것은 곧 기본권의 주체라야만 헌법소원을 청구할 수 있고 기본권의 주체가 아닌 자는 헌법소원을 청구할 수 없다는 것을 의미하는 것이다. 기본권 보장규정인 헌법 제2장의 제목이 “국민의 권리와 의무”이고 그 제10조 내지 제39조에서 “모든 국민은 ……권리를 가진다”고 규정하고 있으므로 국민(또는 국민과 유사한 지위에 있는 외국인과 사법인)만이 기본권의 주체라 할 것이다

나. 한편 국가나 국가기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 기본권의 ‘수범자(Adressat)’이지 기본권의 주체로서 그 ‘소지자(Trager)’가 아니고 오히려 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 ‘책임’과 ‘의무’를 지니고 있는 지위에 있을 뿐이다 그런데 청구인은 국회의 노동위원회로 그 일부조직인 상임위원회 가운데 하나에 해당하는 것으로 국가기관인 국회의 일부조직이므로 기본권의

주체가 될 수 없고 따라서 헌법소원을 제기할 수 있는 적격이 없다고 할 것이다.

그렇다면 청구인의 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 판결한다

이 결정에는 재판관 김문희 재판관 황도연의 아래 5 기재와 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관들의 의견일치에 따른 것이다

5. 재판관 김문희, 재판관 황도연의 반대의견

검사의 불기소처분에 대하여 헌법소원을 제기할 수 있는 근거는 문세된 범죄행위로 말미암아 피해를 입은 자의 헌법상 보장된 재판절차진술권 및 평등권을 보장하려는 데 있다 함이 우리 재판소의 확립된 판례이다.

그런데 이 사건에서 청구인은 국가기관으로서의 권한의 존부나 범위에 관한 다툼이 있어서가 아니라 피고발인을 국회노동위원회 국정감사에 증인으로 채택하였지만 피고발인이 정당한 이유 없이 출석하지 아니함으로써 청구인의 직무수행에 방해를 받았다고 하는 피해자의 위치에서 국회에서의 증언감정등에 관한 법률 제15조에 의하여 피고발인을 고발한 것이며, 이에 피청구인이 불기소처분한 것이 잘못이라고 다투는 것이다. 또한 우 법률 제15조가 일정한 요건 아래 청구인이 채택한 증인에 대한 고발권을 인정하고 있지만 이는 통상의 고발권과 달리 채택한 증인의 불출석으로 말미암아 청구인이 직접 피해를 입기 때문에 인정된 것이므로 그 실질은 고소권과 동일하게 볼 수 있고 청구인은 피고발인이 소추되면 법원에 피해자로서 의견을 진술할 수 있는 권리가 있다.

이와 같은 청구인의 위 법률 제5조에 의한 고발권의 본질 청구인이 고발 후 재판절차상 행사할 수 있는 구체적인 권리 등 이 사건의 특수한 사정을 고려하면 청구인은 피청구인의 불기소처분으로 말미암아 청구인이 범죄의 피해자로서 갖는 재판절차진술권 및 평등권을 침해받았다는 이유를 들어 헌법소원을 제기할 수 있다고 보아야 할 것이다 그런데도 불구하고 다수의견이 위와 같은 특수한 사정을 고려하지 아니한 채 단지 청구인이 국가기관이라는 이유만으로 경우와 조건을 따지지 아니하고 국가기관의 헌법소원청구인의 당사자적격을 부인한 것은 잘못이라고 생각한다. 이를테면 행정소송사건에서 위증을 한 증인을 행정기관인 피고가 고소를 제기한 경우 사인이 고소한 경우와 무엇이 다르단 말인가.

우리는 위에서 본 이유로 다수의견에 반대하는 것이다

1994. 12. 29.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연
주심	재판관 이재화
	재판관 조승형
	재판관 고중석
	재판관 신창언

불기소처분취소

(1994. 12. 29. 93헌마167 헌법재판소 전원재판부
[판례집 6-2, 483~489])

【판시 사항】

불기소처분(不起訴處分)에 관하여 피해자(被害者)로 인정되지 아니하는 고발인(告發人)의 헌법소원청구적격(憲法訴願請求適格)을 부인한 사례

【결정 요지】

청구인의 고발사실(告發事實)은 결국 피고발인이 청구인에게는 건축(建築)이 불가능하다고 회신(回信)한 토지(土地)상에 피고발인이 제3자에게 불법(不法)으로 건축허가(建築許可)를 해 주기 위하여 공문서(公文書)를 변조(變造)하고, 허위로 작성하였다는 것인데, 위 고발사실(告發事實)로 인하여 청구인이 입은 피해(被害)는 위 제3자에 대하여 건축허가(建築許可)가 되지 말았어야 하는데도 불구하고 그것이 되었다는 피해(被害), 즉 국민일반(國民一般)으로서의 피해(被害)일 뿐 청구인이 직접적이고 구체적인 법률적(法律的) 불이익(不利益)을 입은 것이라고 할 수 없으므로, 청구인은 위 공문서변조죄(公文書變造罪) 또는 허위공문서작성죄(虛僞公文書作成罪)에 대한 고발사실(告發事實)에 관하여 헌법소원(憲法訴願)을 제기할 수 있는 피해자(被害者)라고 할 수 없어, 위 각죄(各罪)에 대한 불기소처분(不起訴處分)에 대하여 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)를 할 수 있는 청구인의 적격(適格)이 없다.

청 구 인 장 ○ 항
 대리인 변호사 박 한 상
피청구인 서울지방검찰청 의정부지청 검사

【참조 조문】

헌법(憲法) 제27조 제5항
헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

【참조 판례】

- 1989.12.22. 선고, 89헌마145 결정
- 1990.12.26. 선고, 90헌마20 결정
- 1992.12.24. 선고, 91헌마168 결정
- 1992.12.24. 선고, 92헌마186 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다

【이 유】

1. 이 사건 기록과 증거자료(서울지방검찰청 의정부지청1992년 형제24964호 수사기록)에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다

가. 청구인은 1992.7.27. 서울지방검찰청 의정부지청에 남양주군수 등을 상대로 허위공문서작성 및 동 행사죄로 다음과 같은 내용의 고소장을 제출하였다.

청구인은 1976년경부터 경기 남양주군 ○○ 지상건물에서 식당업을 경영하던 중, 1988년 초 같은 리 ○○ 토지(이하 '이 사건 토지라 한다)를 매수하여 그 지상에 식당건물을 신축할 계획을 갖고 우선 이 사건 토지에 식당건축이 가능한 여부를 확인하기 위하여 동서인 청구외 송○정의 명의로 건설부장관에게 이 사건 토지상에 연면적200평 규모의 숙박시설용 건물의 신축이 가능한지를 질의하였는바 건설부장관으로부터 위 질의서를 이관받은 피고소인 남양주군수는1988.2.12. 위 질의에 대하여 회신함에 있어 이 사건 토지가 향후 상수원보호구역으로 지정할 예정이어서 숙박시설 건축이 불가하다고 회신하였음에도 불구하고 피고소인은

1989.3.16.에 이르러 이 사건 토지에 ○○레저산업주식회사(이하 '청구외 회사'라 한다)에 대하여 5층 연면적 2,500평의 오피스텔 건축허가를 하였다.

피고소인은 1차로 1986.9.20. 경기도에 이 사건 토지를 포함한 일단의 토지들을 상수원보호구역으로 지정받기 위하여 이 사건 토지가 예정지에 포함된 예정지 지적지번호조사서(이하 '1차 조사서'라 한다)를 작성하여 위 보호구역지정신청을 하였다 그러나 경기도는 같은 해 10.2. 위 보호구역 확대를 위하여 재검토하라는 지시와 함께 위 지정신청을 반려하였다.

피고소인은 2차로 1989.2.8. 다시 위 보호구역지정신청을 위한 예정지 지적지번호조사서(이하 '2차 조사서'라 한다)를 작성함에 있어서 이 사건 토지에 대한 청구외 회사의 건축허가를 합법화하기 위하여 이 사건 토지가 예정지에 포함되어 있음에도 불구하고 포함되어 있지 않은 것으로 만들기 위하여 다음과 같은 내용의 허위조사서를 작성하였다

즉 실제로는 상수원보호구역 예정지의 토지 필지수가 328필지 면적이 343,362평방미터이고, 하천은 한강 814번지 1,108,050평방미터와 금마천 수면 563의 1번지 면적 7,322평방미터 합계 하천 2필지 면적 1,115,372평방미터임에도 불구하고, 2차 조사서상에는 토지 273필지 면적 321,210평방미터로, 하천은 필지수를 8필지로, 그 면적을 1,150,000평방미터로 기재하여 하천면적을 34,628평방미터 더 많이 잡는 등 허위로 작성을 하고 위 조사서를 경기도에 제출하여 이를 행사한 것이다

나. 위 고소사실에 대한 피청구인의 1992.11.30.자 혐의없음 결

정 이유는 다음과 같다.

피고소인은 군수로서 부하직원이 기안하여 올린 위 지적지번호조사서가 첨부된 위 보호구역지정신청서를 결재한 것으로서 위 지적지번호조사서가 허위로 작성된 것이 아니라고 변소하는바 당시 담당공무원이었던 참고인 김○근, 동 유○복, 동 정성주의 진술과 1차 신청시의 지적지번호조사서와 2차 신청시의 지적지번호조사서가 전혀 동일한 점에 비추어 피고소인의 변소에 수공이 가고 반면에 청구인은 피고소인이 1988.2.11. 청구인의 질의에 대해 위 619의 5는 경지지역으로 향후 상수원보호구역으로 지정할 예정이므로 숙박시설건축이 불가하다고 회신하였고 또한 1989년경에 위 번지상에 타인으로 하여금 오피스텔을 건축토록 허가해 준 사실을 보면 1차 신청시에는 위 619의 5 토지가 예정지에 포함된 것이 틀림없다면 이틀 은폐하려다 보니 위와 같이 지적지번호조사서를 이상하게 작성할 수밖에 없었고, 수사기록에 첨부된 위 1차 신청시의 지적지번호조사서는 조작되어 제출된 것이라고 주장하나 위 회신서는 당시 경기도로부터 1차 신청시 보호구역을 확대 재검토하라는 사유로 반려된 상태에서 위 619의 5 토지를 예정지로 거론하는 도중 청구인으로부터 질의가 들어와 향후 지정할 예정으로 회신하였던 것이고 또한 오피스텔을 건축토록 허가한 것은 당시 위 금남리 일대가 예정지로 거론되었을 뿐 위 보호구역으로 지정확정이 되지 않은 상태이므로 법률상 건축이 불가하다고 잘못 회신한 것을 알고 피고소인이 건축을 허가토록 하였던 것으로 이런 사실만으로 바로 위 자료들을 뒤집고 위 619의 5번지가 1차 신청시 예정지에 포함되었다고 단정할 수

없고, 나아가 위 예정지 편입 여부 지정은 행정기관의 고유한 행정행위
이므로 결국 범죄혐의 없어 불기소처분한다는 것이다

다. 청구인은 이에 불복하여 검찰청법 소정의 절차에 따라 항고
및 재항고를 하였으나, 같은 해 1993.6.30. 대검찰청에서 재항고 기각되
어 같은 해 7.31. 적법하에 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다

2. 직권으로 살피면

청구인이 고소한 바는 고발한 것으로 인정되며(이하 피고소인을
피고발인으로 칭한다), 허위공문서작성, 등 행사죄의 보호법익은 '공문
서의 내용의 진실에 대한 공공의 신용'이므로 위 각 죄의 보호법익에
관하여는 청구인을 피해자라고 할 수 없다

자기가 피해자가 아니라 타인이 피해자인 범죄사실에 대한 고발인
은 그 당해 사건에 대한 불기소처분에 대하여 자기관련성이 없어서 헌
법소원을 제기할 수 없다 함이 우리 재판소의 확립된 판례이다
(1989.12.22. 선고, 89헌마145 결정; 1990.12.26. 선고, 90헌마20 결정;
1992.12.24. 선고, 91헌마168 결정; 1992.12.24. 선고, 92헌마186 결정 각
참조). 그리고 위 피해자라 함은 형사실체법상의 직접적인 보호법익의
향유주체로 해석하지 않고 문제된 범죄행위로 말미암아 법률상 불이익
을 받게 되는 자라는 뜻이라 함이 또한 우리 재판소의 판례이다
(1992.2.25. 선고, 90헌마91 결정 참조).

청구인의 고발사실은 결국 피고발인이 청구인에게는 건축이 불가
능하다고 회신한 토지상에 피고발인이 위 회사에 불법으로 건축허가를
해주기 위하여 위 1차 조사서를 변조하여 위 2차 조사서를 허위로 작성
하였다는 것이다. 그런데 가사 청구인의 위 주장이 진

실이라고 하더라도 위 고발사실로 인하여 청구인이 입은 피해는 위 회사에 대하여 건축허가가 되지 말았어야 하는데도 불구하고 그것이 되었다는 피해, 즉 국민일반으로서의 피해일 뿐 청구인이 직접적이고 구체적인 법률적 불이익을 입은 것이라고 할 수 없다

그렇다면 청구인이 위 공문서변조죄 또는 허위공문서작성에 대한 고발사실에 관하여 청구인이 헌법소원을 제기할 수 있는 피해자라고 할 수 없으므로 청구인에게는 이 사건 불기소처분에 대하여 헌법소원심판청구를 할 수 있는 청구인의 자격이 없다

동군 도시과 시설계장 김○근(수사기록 34쪽), 동군 시설계 차석 유○복(동 159쪽,161쪽,456쪽,618쪽), 동군 건설과장 박○신(동 474쪽), 동군 동과 시설계 정○주(동 761쪽), 1989.1.1.부터 같은 해 3.22.까지 동군 수로 재직한 피고발인(동 615쪽), 동군 동과 관리계 차석 이○호(동 650,651쪽), 당시 동군 도시과장 구○홍(동 656쪽)의 각 진술을 종합하면, 1988.2.7.경 청구인으로부터 이 사건 토지에 대한 건축허가의 가능여부에 대한 질의를 받았을 때에 건축허가가 가능하였음에도 불구하고 이 사건 토지의 인근 토지에 숙박시설을 하고 있던 청구의 홍선으로부터 허가가 불가능하다는 회신을 하여 달라는 청탁을 받고 위 구○홍이가 위 이○호에게 부탁하여 1988.2.12. 위 허위의 회신공문을 청구인에게 발송하였던 사실을 인정할 수 있는 바 청구인이 위 회신공문이 허위로 작성된 것이라고 고발하였다면, 헌법소원심판청구에 있어 청구인의 자기관련성과 직접성 등 법적 관련성이 있음을 검토할 수 있을 것이나, 청구인의 위 고소장의 기재나 고소인 보충진술기타 이 사건 심판청구서 및 보충서를 살

펴보아도 위 회신공문이 진정한 것으로 확신하고 이 점을 전제로 하여 고소(고발)하였을 뿐 허위작성된 것이라고 주장한 흔적을 발견할 수 없다.

3. 따라서 이 사건 심판청구는 부적법하여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

1994. 12. 29.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
주심	재판관 조승형
	재판관 정경식
	재판관 고중석
	재판관 신창언

【주 문】

이 사건 심판청구를 모두 각하한다

【이 유】

1. 사건의 개요

본건 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(1) 청구인은 경기 용인읍 ○○에서 청구외 김○숙(여, 25세)을 미용사로 두고 “○○”이라는 상호로 미용실을 경영하였는데 위 김○숙은 1992.12.30.경 자신의 친구인 청구외 정○자를 통하여 사단법인 한국성폭력상담소에 자신이 청구인으로부터 수차례 심한 폭행과 강간을 당하였다는 취지로 상담을 구하였고 위 김○숙은 1993.1.6. 위 상담소의 주선으로 서울 방배경찰서에서 청구인에 대한 특수강간 등의 혐의로 고소를 제기하였다.

(2) 고소장을 접수한 1. 피청구인은 위 김○숙의 조사한 다음, 같은 날 청구인을 임의동행하여 위 고소사실에 대한 자백을 받은 후 1993.1.15.경 청구인에 대한 수사를 완료하여 이 사건을 서울지방검찰청에 송치하였고(서울지검 93형제5725호), 사건을 송치받은 2. 피청구인은 1993.2.2. 청구인을 폭력행위등처벌에관한법률위반 등의 죄로 서울형사지방법원에 구속기소하였다

(3) 청구인은 위 사건으로 인하여 1심에서 징역 7년의 형을 선고 받고 항소(서울고법 93노2544호) 및 상고(대법원 93도3408호)를 제기하였으나 각각 기각되어 1994.2.8. 청구인에 대한 위 형이 확정되었다

(4) 청구인은 청구인에 대한 위 형사사건이 대법원에 계속중이던 1993.10.14.경 피청구인들이 위 사건의 수사과정에서 청구인을 불법으로 감금하거나 폭행하는 등으로 가혹행위를 자행하였다고 주장하면서 피청구인들을 포함하는 12명에 대하여 독직폭행, 직무유기 등의 혐의로 고소를 제기하였다(서울지검 93형제116173호).

(5) 청구인은 위 고소사건에 대한 검찰의 처분이 있기 전인 1993.11.13. 본건 헌법소원심판청구를 하였다

(6) 위 고소사건은 1994.4.29. 피고소인 전원에 대하여 무혐의 불기소처분으로 종결되었고 청구인은 현재까지 이에 대한 항고절차를 밟지 않고 있다.

2. 청구인 주장의 요지

청구인에 대한 위 특수강간 등의 혐의는 원래 모두 사실무근한 것으로서 위 김○숙에 의하여 조작된 것임에도 불구하고 청구인이 1. 피청구인으로부터 불법한 체포와 구금 심한 고문과 폭행으로 자백을 강요받은 결과 무고하게도 징역 7년의 중형을 선고받게 되었으므로, 1. 피청구인들의 위와 같은 수사과정에서의 가혹행위와 이를 알면서도 묵인한 2. 피청구인의 직무유기행위로 인하여 헌법상 보장된 청구인의 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권 및 신체의 자유를 침해받았다

3. 심판의 대상

청구인의 주장은 청구인이 수사과정에서 부당한 처우를 받고 그로써 헌법상 보장된 청구인의 기본권이 침해되었다는 취지이므로 그렇다면 이 사건 심판의 대상은 1. 피청구인의 가혹행위의 유무와 이를 알면서도 방치한 2. 피청구인의(수사권 미발동행위를 포함하는)

목인행위 그 자체의 유무를 가려보는 데 있다 할 것이다

4. 판단

우선 청구기간의 준수 여부를 살피건대 헌법재판소법 제9조 제1항에 의하면 헌법재판소법 제8조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다 다만 다른 법률에 의한 구제절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정의 통지를 받은 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다로 되어 있고 위 1(1)항에서 보는 바와 같이 청구인에 대한 위 형사사건의 수사는 청구인이 1. 피청구인에 의하여 임의동행된 1993.1.6.에 개시되어 2. 피청구인에 의하여 공소가 제기된 1993.2.2.에 종료되었던 것이라고 할 것이므로 청구인으로서는 늦어도 위 1993.2.2.에는 청구인이 다투고 있는 이 사건 피청구인의 가혹행위가 있음을 확정적으로 알았다고 보여진다.

그럼에도 불구하고 청구인은 그로부터 60일이 경과하였음이 역수상 명백한 1993.11.13.에야 이 사건 심판청구에 이르렀음이 기록상 명백하다.

5. 결론

그러므로 청구인의 이 사건 심판청구는 제소기간의 도과로 부적법하므로 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

1994. 12. 29.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연
주심	재판관 이재화
	재판관 조승형
	재판관 정경식
	재판관 고중석
	재판관 신창언

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다

【이 유】

1. 사건의 개요

이 사건 기록과 광주지방검찰청 93년 형제40634호 불기소사건 기록에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다

가. 청구인은 1993.1.6. 피고소인 채○석 외 3명에 대하여 사기 등 혐의로 고소하였는데 고소사실 중 이 건 헌법소원심판이 청구된 부분의 요지는 다음과 같다.

(1) 피고소인 채○석은

(가) 1986.4.경 ○○김씨 충장공과 문중과 ○○박씨 청송공과 문중으로부터 사당건축공사를 도급받고 그 대금은 위 양 문중의 공동소유로서 김○규, 김○호, 박○선, 박○식 4인 명의로 명의신탁되어 있는 광주시 벽진동 ○○ 임야 12,500평에 대하여 피고소인 채○석 명의로 가등기한 후 공사완공시 그 중 9,350평을 대물변제받기로 약정되어 있음을 기화로 19887.10.23. 위 임야 중 1,000평을 위 문중의 의도에 반하여 손○례에게 대금 1,500만원에 매도하고

(나) 1988.4.12. 위 임야 중 7,350평을 전항과 같이 김○에게 계약금 8,000만원을 받아 매도하고

(2) 피고소인 채○석, 박○규, 김○호는 공모하여

1989.3.26. 전항의 매매계약을 해제한 후 위 임야 중 9,350평을

전항과 같이 고○현에게 6억 3,500만원에 매매계약하고 계약금 조로 1억 3,500만원을 받고

(3) 피고소인 채○석, 박○규, 김○호, 박○선은 공모하여

1990.3.경 전항의 매매계약을 해제한 후 위 임야에 대한 가등기양도각서를 교부하고 전항과 같이 박○ 외 7명에게 계약금 등 6억 5천만 원을 받고 매도하고

(4) 피고소인 김○호는

1991.2.23. 위 채○석이 김○로부터 금 8,000만원을 받은 건으로 고소를 당하자 동인의 김○에 대한 채무이행담보 명목으로 피고소인 명의로 4억원의 약속어음을 발행함으로써 김○이 명의신탁등기된 위 문중소유의 위 임야 중 4,500평에 대하여 경매신청하여 위 문중에게 동액 상당의 손해를 가한 것이다

나. 청구인은 위 고소사건을 수사한 후1993.5.31. 혐의없음의 불기소처분을 하였고, 청구인이 이에 불복하여 항고재항고를 제기하자 같은 해 11.5. 대검찰청으로부터 고소사실의 일부에 대한 판단유탈 및 수사미진이라는 이유로 재기수사명령을 받고 같은 해11.11. 사건을 재기하여 재기수사명령의 취지에 따라 수사한 후 같은 해12.7. 다시 혐의없음의 불기소처분을 하였다. 불기소이유의 요지는 임야매도의 점에 대하여는 피의자 채○석이 문중으로부터 공사비 명목으로 위 임야 중 9,350평의 처분권한을 위임받았기 때문에 위 임야를 매도한 것이지 아무런 권한 없이 함부로 매도한 것이 아니고 여러 명에게 여러 차례에 걸쳐 매도하였지만 적법하게 매매계약을 해제하고 다시 매도한 것으로 이중매매한 것이 아니며, 약속어음발행의 점에 대하여는 피의자 채○석이 김○로부터 공사

비 조로 돈을 빌린 후 갚지 못하여 고소당하게 되자 공사비는 위 임야로 대물변제하기로 되어 있었기 때문에 공사완료시 위 임야를 매도하여 정산하기로 하고 어음을 발행한 것이고 이로 인하여 문중에 손해를 끼쳤다고 볼 수 없으므로 범죄혐의 없다는 것이다.

다. 청구인은 위 불기소처분에 대하여 검찰청법이 정하는 절차에 따라 항고·재항고를 제기한 뒤 적법한 청구기간 내인 1994.5.4. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다. 청구이유의 요지는 문중은 청구외 채○석에게 위 임야에 대한 가등기만 설정해 주었고 공사완공 후에 소유권이 전등기해 주기로 약정한 것이기 때문에 공사완공 후에야 비로소 임야처분권이 발생하는 것이므로 공사완공 여부를 수사하였어야 함에도 이를 하지 아니하였고, 가사 임야의 처분권한을 위임받았다 하더라도 위 임야 중 9,350평에 대하여만 위임받은 것임에도 12,500평 전부를 처분함은 그 초과면적에 대하여 사기죄 내지 배임죄가 성립하며 채○석의 김○에 대한 채무는 비록 공사비조달명목이라 하더라도 문중에서 책임질 이유가 없음에도 청구외 김○호가 문중대표자로서 약속어음을 발행함은 문중대표자의 권한범위를 넘은 위법한 행위임에도 피청구인이 불기소처분함은 정의와 형평에 어긋난 자의적인 처분으로서 청구인의 헌법상 보장된 평등권과 재판절차진술권을 침해한 것이라고 주장하며 위 처분의 취소를 구한다는 것이다.

2. 판단

가. 피청구인은 본안전 항변으로부터 청구인이 문중에 대한 배임행위로 인하여 문중으로부터 고소당하고 문중대표자로서의 권한도 박탈당하여 문중업무에 관하여는 아무런 권한이 없으므로 헌법상 기

본권이 침해될 지위에 있지 않다고 다투고 있다

살피건대, 사기죄의 대상이 된 이 건 임야는 ○○김씨 총장공과 문중의 소유로서 피해자는 위 문중이라 하겠으나 청구인은 위 문중의 구성원이며 문중의 법적 지위는 법인격 없는 사단이고 민법은 법인이 아닌 사단의 재산은 그 구성원의 총유로 한다(민법 제275조 제1항)고 규정하여 총유를 공동소유의 한 형태로 보고 있으므로 청구인은 위 임야의 총유자로서 이 건 사기죄에 대하여 피해자가 될 수 있고 따라서 청구인의 이 건 헌법소원심판청구는 적법하다 할 것이다

나. 나아가 본안에 대하여 보건대 기록을 자세히 검토하여도 피청구인이 청구인의 위 고소사실에 대하여 현저히 정의와 형평에 반하도록 수사를 소홀히 하여 수사미진하였거나 헌법의 해석, 법률의 적용 또는 증거판단에 있어서 불기소결정에 영향을 미친 중대한 잘못을 범하였다고 보여지지 아니하며 달리 피청구인의 위 불기소처분이 헌법재판소가 관여할 정도의 자의적 처분이라 볼 수도 없으므로 이로 말미암아 청구인의 헌법상 기본권이 침해되었다고 할 수 없다

3. 결론

그렇다면 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

1994. 12. 29.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
	재판관 조승형
주심	재판관 정경식
	재판관 고중석
	재판관 신창언

불기소처분취소

(1994. 12. 29. 94헌마162 헌법재판소 전원재판부
[관례집 6-2, 501~509])

【관시 사항】

1. 재항고청(再抗告廳)의 재기수사명령(再起搜查命令)에 의하여 이미 실효(失效)된 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)의 적부(適否)

2. 공소시효(公訴時效)가 완성(完成)된 이후에 제기(提起)된 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원(憲法訴願)의 적부(適否)

【결정 요지】

1. 검사의 불기소처분에 대한 재항고(再抗告)가 받아들여져서 재기수사명령(再起搜查命令)이 있었고, 이에 따라 피청구인이 재기수사(再起搜查)한 다음 역시 불기소처분을 한 경우에는 원래의 불기소처분은 그 효력을 잃게 되므로 이미 효력을 잃은 불기소처분의 취소를 구하는 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)는 부적법하다.

2. 피청구인(被請求人)의 불기소처분의 대상이 된 고소사실(告訴事實)이 피청구인의 수사 당시에 이미 공소시효(公訴時效)가 완성(完成)된 경우라면 위 불기소처분에 대한 헌법소원심판청구는 권리보호(權利保護)의 이익이 없어 부적법(不合法)하다.

청 구 인 조 ○ 근

대리인 변호사 용 남 진

피청구인 광주지방검찰청 검사

【참조 조문】

헌법(憲法) 제11조 제1항, 제27조 제5항

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

【참조 판례】

1. 1992.12.24. 선고, 91헌마168 결정
1993.3.11. 선고, 93헌마40 결정
1. 1989.7.28. 선고, 89헌마65 결정
1993.7.29. 선고, 93헌마30 결정

【주 문】

이 사건 심판청구 중 1976.일자미상 횡령, 1987.2.27. 배임에 관한 부분은 이를 각하하고, 나머지 부분은 이를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

이 사건 소원심판기록과 광주지방검찰청 93형제12093호 및 같은 검찰청 93형제42322호 불기소사건 기록에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

(1) 청구인과 청구외 조○학, 같은 조○기는 모두 전남 함평군 ○○○조씨 사평공파 문중의 문중원들로서 청구인은 위 조○학의 6촌 동생이고, 위 조○기의 작은아버지인바, 청구인은 1993.3.11. 피청구인에게 다음과 같은 취지로 위 조○학, 조○기를 고소하였다.

(가) 위 문중이 1950.5.1.자로 전남 함평군 ○○ 답 460평을 매수하여 청구외 망 조○근(청구인의 형이자 위 조○기의 부)의 개인명의로 등기하였으며, 위 토지를 타인에게 경작케 하여 매년 선대료로 벼 3두 싹을 (나중에는 벼 8두 그 후 벼 1석으로 됨)을

받아 청구의 땅 조○근, 같은 땅 조○양에게 위 문증을 위하여 보관하게 하였는바, 위 조○학이 1976. 월일미상경 위 조○양으로부터 상환하여 줄 것을 요구하자, 위 조○학은 전남 영광군 ○○ 앞에 있는 밭 4두락(약 800평)을 문중에 대물변제한 후 위 밭을 문증을 위하여 보관관리하고 대리경작하되 선대료(경작료)로 1년에 벼 2석씩을 문중에 납부하기로 하였음에도 이를 이행하지 아니하고 위 밭을 전남 영광군 ○○에 사는 성명미상자에게 매도하여 그 대금을 횡령하였고

(나) 위 ○○ 답 460평을 청구인의 문증에서 매수당시부터 청구의 땅 강○수에게 임대 경작케 하여 그 선대료로 매년 벼 1석씩(처음에는 매년 벼 3두로 정하였다)을 당시 문○의 종손이었던 위 땅 조○근이 징수하여 왔는데, 1976년도부터 위 조○학이 자신이 조씨 문증의 재산을 관리하는 총무 겸 재무인 것처럼 위 강○수를 속여 위 강○수로부터 선대료를 자기에게 가지고 오라고 하여 위 강○수로부터 매년 벼 1석씩을 받는 등 1976년부터 현재까지 매년 벼 1석씩의 경작료를 받아 이를 횡령하였고,

(다) 1979.2.28. 위 조○기의 부 땅 조○근의 명의로 소유권이전등기가 경료되어 있는 전남 영광군 ○○ 답 약 400평을 소유자 위 조○근이 ○○조씨 문중에 매도하고 등기는 청구인과 위 조○학 그리고 청구의 조○규 공동명의로 경료하도록 문증에서 위 조○학에게 등기경료에 필요한 서류를 맡겼으므로 위 조○학은 마땅히 문증을 위하여 위 3인 공동명의로 소유권이전 등 절차를 이행하여야 할 의무가 있음에도 불구하고 이를 위배하여 위 조○기와

공모하여 1987.2.27. 전 소유자 청구외 조○근의 사망을 상속원인으로 하여 위 조○기 앞으로 소유권이전등기를 경료하고 같은 날짜 청구외 박○구에게 벼 72석 시가 약 576만원에 매도하여 버렸으므로 이를(위 조○확은 배임, 조○기는 횡령으로) 조사하여 처벌하여 달라는 취지로 고소하였다.

(2) 이에 대하여 피청구인은 1993.5.27. 위 (개항과 (태항의 각 사실에 대하여는 공소시효가 완성되었다는 이유로 공소권없음 위 (내항 사실에 대하여는 혐의없음의 각 불기소처분을 하였고 청구인은 검찰청법 소정의 적법한 절차에 따라 항고 및 재항고를 하였던바 대검찰청이 1993.11.9. 위 (개항과 (태항의 각 사실에 대한 재항고를 기각하고 위 (내항 사실에 대하여 수사재기명령을 하였다

(3) 이에 따라 피청구인은 1993.11.24. 위 (내항 사실에 대하여 재기수사(위 93형제42322호)한 후 1994.11.24. 다음과 같은 이유로 다시 혐의없다는 결정을 하였다. 그 이유요지는, 피고소인은 위 조○근이가 1975년 병석에 눕게 되자 청구인의 위임을 받고 이 사건 선대료를 받아 오면서 이를 처분하여 일부는 문중일로 사용하고 일부는 개인적인 용도로 사용하던 중 1988.3.19. 그 동안 피고소인이 개인적으로 사용한 선대료를 대충 700,000원으로 특정하여 그 상당액을 ○○신용협동조합에 예치하고 그 후부터는 매년 또는 격년으로 받은 선대료 등을 그때 그때 위 조합에 예치한 것이 1993.3.2. 현재 1,494,500원에 이르게 된 것으로서 1988.3.19. 이후에는 개인적으로 유용한 것이 전혀 없다고 변명하는 바, 피고소인이 일부 자백하는 1988.3.19. 이전의 범행은 이미 공소시효가 완성되어 공소

권이 없고, 그 이후의 변명부분에 관하여는 위 조합 상무 이근 명의의 예금내역서(위 수사기록 175정)의 기재내용 및 참고인 이○례의 진술 등이 이에 부합하고 이에 반하는 청구인의 진술은 청구인이 17년 동안 이를 묵인하여 왔던 점 등에 비추어 믿기 어렵고 달리 피고소인의 위 변명을 배척하고 위 고소사실을 인정할 증거가 없어 혐의없다는 취지이다.

(4) 청구인은, 위 불기소처분에 대하여 적법하게 다시 항고 및 재항고를 하였으나, 1994.7.22. 대검찰청이 재항고를 기각하자 그 재항고가 결정을 1994.7.26. 송달받고 1994.8.13. 적법하게 이 사건 소원심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

검사의 불기소처분에 대한 재항고가 받아들여져서 재기수사명령이 있었고 이에 따라 피청구인이 재기수사한 다음 역시 불기소처분을 한 경우에는 원래의 불기소처분은 그 효력을 잃게 되었으므로 이미 효력을 잃은 불기소처분의 취소를 구하는 헌법소원심판청구는 부적법헌법재판소 1992.12.24. 선고 91헌마168 결정; 1993.3.11. 선고,93헌마40 결정)하므로 이 사건 헌법소원의 심판대상은(1) 피청구인의 청구와 청구의 조항에 대한 위 93형제12093호 피의사건 중 공소시효 완성을 이유로 한 불기소처분 부분과 (2) 위 93형제42322호 불기소처분이다.

2. 당사자의 주장 및 답변

가. 청구인의 주장

위 93형제12093호 사건 담당검사 최진안은 위 피고소인의 사돈인 광주지방검찰청 근무 이 모씨의 청탁을 받아 불기소처분한 것이고

위 93형제42322호 사건 담당검사 이승관은 청구인에 대한 고소인보충 조서를 작성한 후 청구인에게 보여주거나 읽어주지도 않는 등 편파수사를 하여 위 검찰청 검사장에게 담당검사를 교체하여 달라는 진정서를 제출하였으나 교체하여 주지 아니하였고 위 담당검사는 청구인이 위 강○수, 조○학에게 우송한 최고장사본을 제출하는 등 범죄증명이 있음에도 불구하고 부당하게 불기소처분을 하여 헌법상 보장된 청구인의 평등권 내지 재판을 받을 권리를 침해하였다는 취지이다

나. 피청구인의 답변

청구인이 피고소인에게 위 농토관리 자체를 위임한 바 없으며 위 예금내역서 등은 이 사건 고소 후에 급조된 것이라는 청구인의 주장은 약 17년간이나 청구인이 피고소인의 위 농토관리를 묵인하여 왔던 점과 위 내역서의 내용이 1988.3.19. 금 700,000원을 위 조합에 예탁한 이후 매년 또는 격년에 걸쳐 정기적으로 예탁된 내역을 밝히고 있는 점으로 보아 청구인의 주장을 받아들일 수 없다는 외에는 위 불기소이유 요지와 같다.

3. 판단

가. 심판대상(1)에 관하여,

이 부분 고소사실에 대하여는 앞에서 본 바와 같이 피청구인의 수사 당시 이미 그 공소시효가 완성되었는바 이 사건 심판청구는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다(헌법재판소 1993.7.29. 선고, 93헌마30 결정; 1989.7.28. 선고, 89헌마65 결정 등 참조).

나. 심판대상(2)에 관하여,

(1) 위 수사기록 제115쪽 내지 118쪽에 편철된 내용증명우편의

최고서사본 2통의 기재 등을 보면 위 강○수가 생존했을 때인 1982.12.28.에 청구인이 동인에게 미납하고 있는 1977년부터 1982년까지의 선대료 벼 6석 및 그에 대한 연 3할의 이자를 위 조○근이나 당시 위 문중 총무인 청구인에게 지급하고 1983년부터는 위 농토를 매수하든지, 경작권을 반환하라고 독촉한 사실을 인정할 수 있고 이 사건 고소 제기 이전인 1988.1.15.에 청구인이 위 강판수의 미망인인 위 예○례에게, 위 미지급된 위 선대료와 1983년부터 1988년분까지의 선대료 도합 벼 25석을 1988.12.30.까지 지급하라고 독촉하고 위 피고소인에게 선대료를 지급하는 것이 불법임을 경고한 사실을 인정할 수 있는바 피고소인이 청구인으로부터 위 농토관리위임을 받았다는 변명부분과 위 예○례가 청구인으로부터 위 선대료에 관련하여 항의를 받은 사실이 없었던는 진술부분을 경신한 피청구인의 조치는 일응 청구인으로부터 비난받아 마땅하다.

(2) 그러나 위 수사기록 중 청구인과 피고소인의 진술을 종합하면 위 조○근이가 사망한 후 위 선대료를 지급받아 관리할 것을 피고소인에게 위임한 자가 누구인지에 관한 쌍방의 주장이 상반할 뿐 아니라 위 조○근의 사망 이후 이 사건 심판청구시까지 서로 다투어 오고 있으며 이와 같이 불명한 가운데 피고소인이 현재까지 사실상 관리하여 오고 있으므로, 피고소인이 형법상 타인의 재물을 보관하고 있는 자임은 명백하고 횡령죄의 혐의 유무에 관하여 수사를 한 피청구인의 조치는 적절하다.

(3) 위 수사기록에 따르면 피고소인이 1975년경부터 1988.3.19. 이전까지 이 사건 선대료를 받아 오면서 임의 횡령한 사실은 인정되나 이는 모두 공소시효가 완성되어 공소권이 없고 1988.3.19.

이후 받은 위 선대료에 대하여서는 1988.3.19. 금 700,000원(위 횡령금의 변제분)을 위 조합에 예탁한 이후 매년 또는 격년에 걸쳐 정기적으로 위 선대료에 상당한 금액을 예탁하였음이 인정되고 달리 피고소인이 이를 임의 소비하였다고 볼 만한 자료를 발견할 수 없다 청구인은 본건 고소 이후인 1993.3.2.에 예탁된 것일 뿐 피고소인이 횡령하지 아니하였다는 증거로서는 부적법하다고 주장하나 예탁된 경위가 위와 같은 바 특단의 자료가 없는 한 받아들이기 어렵다

(4) 또 청구인은 담당수사검사들의 불공정수사를 지적하고 있으나 이와 같은 지적은 검사들이 청탁을 받았을 것이라는 청구인의 추측에 불과하고 뒷받침이 될 만한 자료를 제출하지 못하공 있을 뿐만 아니라 이 사건 심판기록이나 위 수사기록을 세밀히 살펴보아도 그 자료를 발견할 수 없어 청구인의 주장은 받아들일 수 없다

(5) 이상에서 본 바와 같이 피청구인이 위 고소사실에 대하여 현저히 정의와 형평에 반하는 수사를 하였다거나 법률의 적용 또는 증거 판단에 있어서 불기소처분의 결정에 영향을 미친 중대한 잘못이 있었다고 보여지지 아니하고 달리 피청구인의 위 불기소처분이 헌법재판소가 관여할 만큼의 자의적인 처분이라고 볼 자료가 없으므로 이로 말미암아 청구인의 기본권이 침해되었다고 볼 수 없다

4. 이 사건 심판청구 중 위 93형제12093호 횡령·배임피의사건에 대한 불기소처분취소청구 부분은 부적법하고 위 93형제42322호 횡령 피의사건에 대한 불기소처분취소청구 부분은 이유 없으므로 재판관 전원 의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다

1994. 12. 29.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
주심	재판관 조승형
	재판관 정경식
	재판관 고중석
	재판관 신창언

경기도남양주시등33개도농복합형태의시설치등 에 관한법률

(1994. 12. 29. 94헌마201 헌법재판소 전원재판부
[판례집 6-2, 510~534])

【판시 사항】

1. 지방자치단체(地方自治團體)의 폐치(廢置)·분합(分合)에 관한 사항이 헌법소원(憲法訴願)의 대상이 되는지 여부
2. 경기도남양주시등33개도농복합형태(都農複合形態)의시설치(市設置)등에관한법률(法律) 제4조의 위헌(違憲) 여부

【결정 요지】

1. 지방자치단체(地方自治團體)의 폐치(廢置)·분합(分合)에 관한 것은 지방자치단체(地方自治團體)의 자치행정권(自治行政權) 중 지역고권(地域高權)의 보장문제이나, 대상지역 주민들은 그로 인하여 인간다운 생활공간에서 살 권리, 평등권(平等權), 정당한 청문권(聽聞權), 거주이전(居住移轉)의 자유, 선거권(選舉權), 공무담임권(公務擔任權), 인간다운 생활을 할 권리, 사회보장(社會保障)·사회복지수급권(社會福祉受給權) 및 환경권(環境權) 등을 침해받게 될 수도 있다는 점에서 기본권(基本權)과도 관련이 있어 헌법소원(憲法訴願)의 대상이 될 수 있다.

2. 국회는 중원군과 충주시의 지리적 위치, 역사, 생활권(生活圈)의 동일 여부 등을 고려하여 중원군을 충주시에 편입시키기로 하는 이 사건 법률을 제정하면서, 중원군 주민들이 기존에 누리고 있던 각종 혜택을 그대로 유지시키고 그로 인한 기본권제한(基本權制限)의 여지를 필요 최소한도로 그쳐도록 하고 있으므로, 국회가 위 법률을 제정함에 있어서 공공복리적합성(公共福利適合性) 판단과 비례원칙(比例原則) 적용에 있어서 명백히 잘못되었거나 헌법상의 가치질서(價值秩序)를 침해하였다고 볼 수 없다.

그리고 지방자치법(地方自治法) 제4조 제2항은 지방자치단체(地方自治團體)를 폐치(廢置)·분합(分合)할 때

관계 지방자치단체(地方自治團體)의 의회(議會)의 의견을 들어야 한다고 규정하고 있고 국회는 위 법률을 제정함에 있어서 중원군 의회(議會)의 의견을 들었으므로 위 규정에 의한 절차(節次)는 준수된 것이고 그 결과는 국회가 입법할 때 판단의 자료로 기능하는 데 불과하며, 주민투표(住民投票) 실시에 관한 지방자치법(地方自治法) 제13조의2는 규정문언상 임의규정으로 되어 있고 아직 주민투표법(住民投票法)이 제정되지도 아니하였으며 주민투표절차(住民投票節次)는 청문절차(廳聞節次)의 일환이고 그 결과에 구속적 효력이 없으므로, 이 사건 법률의 제정과정에서 주민투표(住民投票)를 실시하지 아니하였다 하여 적법절차원칙(適法節次原則)을 위반하였다고 할 수 없다.

재판관 조승형의 반대의견(反對意見)

2. 지방자치법(地方自治法) 제4조 제2항과 제13조의2의 각 규정을 종합하여 볼 때, 국회로서는 이 사건 법률을 제정하기 이전에 최우선적으로 지방자치법(地方自治法) 제13조의2 제2항 소정의 주민투표(住民投票)에 관한 법률을 제정하고 그 시행 후 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長)이 주민투표(住民投票)를 부치는지 여부를 지켜보고 주민투표(住民投票)에 부쳤다면 그 투표결과를 확인한 후 주민의 의사와 지방자치단체(地方自治團體)의 의회(議會)의 찬반의결내용(贊反議決內容)을 참작하고 그 의사나 의결내용(議決內容)이 상반하면 주민의사(住民意思)에 따라 입법 여부를 결정하고 그 의사나 의결(議決)이 동일하면 그 의사나 의결(議決)대로 입법 여부를 결정해야 할 것이며 그 의사나 의결(議決)에 반하여 입법해야 할 정도로 특단의 사정이 있을 때에 비로소 그 의사나 의결(議決)에 반하여 입법할 수 있을 것이며 이와 같은 순차로 입법사전절차(立法事前節次)를 밟아야 함은 헌법상의 적법절차원칙(適法節次原則)에 의하여 요구되는 것이다. 그런데 이 사건의 법률의 경우를 살피면 국회는 우선 입법을 하여야 할 주민투표법(住民投票法)을 제정하지 아니하고 따라서 적법한 주민투표(住民投票)에 의한 주민의사(住民意思)를 확인하지 아

니하였으므로 적법절차(適法節次)를 밟지 아니한 채 국회 임의로 제정한 것에 불과하여 위헌(違憲)·무효(無效)이다.

청 구 인 김 ○ 근 외 5인
청구인들 대리인 변호사 이 석 연

【심판대상조문】

경기도남양주시등33개도농복합형태(都農複合形態)의 시설치(市設置)등에 관한 법률(法律)(1994.8.3. 법률 제4774호) 제4조 (충청북도(忠淸北道) 충주시(忠州市)등의 설치(設置))

① 충청북도(忠淸北道)의 충주시(忠州市)·제천시(提川市)·중원군(中原郡) 및 제천군(提川郡)을 각각 폐지(廢止)한다.

② 충청북도(忠淸北道)에 충주시(忠州市) 및 제천시(提川市)를 각각 다음과 같이 설치(設置)한다.

시(市)의 명칭(名稱)	관할구역(管轄區域)
충주시(忠州市)	제1항의 규정(規定)에 의하여 폐지(廢止)되는 충청북도(忠淸北道) 충주시일원(忠州市一圓)과 중원군일원(中原郡一圓)
제천시(提川市)	제1항의 규정(規定)에 의하여 폐지(廢止)되는 충청북도(忠淸北道) 제천시일원(提川市一圓)과 제천군일원(提川郡一圓)

【참조 조문】

지방자치법(地方自治法) 제4조 (지방자치단체(地方自治團體)의 명칭(名稱)과 구역(區域)) ① 지방자치단체(地方自治團體)의 명칭(名稱)과 구역(區域)은 종전에 의하고 이를 변경하거나 지방자치단체(地方自治團體)를 폐지(廢置)·분합(分合)할 때에는 법률(法律)로써 정하되, 시(市)·군(郡) 및 자치구(自治區)의 관할구역(管轄區域) 환경변경(環境變更)은 대통령령(大統領令)으로 정한다.

② 제1항의 규정에 의하여 지방자치단체(地方自治團體)를 폐지(廢置)·분합(分合)하거나 그 명칭(名稱) 또는 구역(區域)을 변경할 때에는 관계 지방자치단체(地方自治團體)의 의회(議會)(이하 “지방의회(地方議會)”라 한다)의 의견을 들어야 한다

③~⑥ 생략

지방자치법(地方自治法) 제13조의2 (주민투표(住民投票)) ① 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長)은 지방자치단체(地方自治團體)의 폐지(廢置)·분합(分合) 또는 주민(住民)에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 지방자치단체(地方自治團體)의 주요 결정사항 등에 대하여 주민투표(住民投票)에 붙일 수 있다.

② 주민투표(住民投票)의 대상(對象), 발의자(發議者), 발의요건(發議要件), 기타 투표절차(投票節次) 등에 관하여는 따로 법률로 정한다.

【참조 판례】

2. 1992.12.24. 선고, 92헌가8 결정

【주 문】

청구인들의 청구를 기각한다.

【이 유】

1. 개요와 대상

가. 청구인들의 지위

청구인 김○근은 충청북도의회 의원이자 충청북도 중원군 주민이고, 청구인 김○수·이○영은 충청북도 중원군의회 의원이자 중원군 주민이며, 청구인 민○용·변○은·곽○곤은 충청북도 중원군 주민들로서, 모두 중원군에서 조상 대대로 살아오면서 중원군에 대한 애착과 사랑으로 중원군의 전통문화를 지키고 그 역사성과 독자성을 간직하기 위하여 노력하여 온 자들이다.

나. 사건의 개요

국회는 제166회 임시회에서 지방자치단체의 구역개편의 근거가 되는 지방자치법을 개정·의결하였고, 그 개정법률은 1994.3.16. 법률 제 4141호로 공포되었다. 이에 따라 역사적으로 동질성을 갖거나 생활권이 같은 시와 군을 통합하여 새로운 시를 만들 수 있는 근거법률(같은 법 제7조 제2항, 제3조 제3항)이 마련되었고, 이에 정부는 1994.3.22. 지역균형발전을 도모하고, 도시계획·상하수도·쓰레기처리 등 광역행정 수행상의 애로점을 해소하며, 예산절감 등을 통한 지방자치단체의 경쟁력을 제고시키고, 전통문화의 계승발

전과 주민회합에 기여하기 위하여 전국 49개시 43개군을 통합권유대상 지역으로 선정하여 그 통합을 추진하게 되었다.

충주시와 증원군도 위 통합권유대상지역으로 선정되었고 증원군은 그 통합 여부에 관한 공청회(1994.4.11.) 및 주민의견조사(94.4.21.~4.25. : 참가 92.9%, 찬성 61.8%, 반대 38.2%)를 실시하였고, 증원군의회 의견(재적의원 13, 찬성 5, 반대 7, 무효 1)을 들은 다음 통합에 관한 기본계획을 수립하여 충청북도 도지사에게 건의하였다 이어서 내무부는 충주시와 증원군의 통합을 포함한 도농복합형태의시설치등에관한법률안을 입안하여 국무회의의 의결을 거쳐 국회에 제출하였고 국회는 경기도남양주시등33개도농복합형태의시설치등에관한법률(이하 “이 사건 법률”이라 한다.)을 제정·의결하였다. 이 사건 법률은 1994.8.3. 법률 제 4774호로 공포되었고 1995.1.1.부터 시행된다.

그래서 청구인들은 증원군이 이 사건 법률 재조에 의하여 곧바로 폐지되고 인근 충주시에 흡수 편입된다는 점 및 위 법률조항이 1995.1.1.부터 시행되는 것이 확실시된다는 점에서 따로 구체적인 집행행위를 기다리지 않더라도 위 법률조항 자체에 의하여 청구인들의 기본권을 현재·직접 침해당하고 있다고 하여 이 사건 심판청구를 하기에 이르렀다.

다. 심판의 대상

이 사건 법률 제4조는 다음과 같다.

제4조(충청북도 충주시등의 설치) ① 충청북도의 충주시·제천시·증원군 및 제천군을 각각 폐지한다.

② 충청북도에 충주시 및 제천시를 각각 다음과 같이 설치한다

시의 명칭	관 할 구 역
충 주 시	제1항의 규정에 의하여 폐지되는 충청북도 충주시 일원과 증원군 일원
제 천 시	제1항의 규정에 의하여 폐지되는 충청북도 제천시 일원과 제천군 일원

청구인이 주장하는 청구취지는 이 사건 법률 제2조 제1항 중 충청북도의 증원군을 폐지하는 부분과 같은 조 제2항 충주시란 중 ‘제1항의 규정에 의하여 폐지되는 증원군 일원을 관할구역으로 하여 충주시를 설치하는 부분은 헌법에 위반된다는 것이다

따라서 이 사건의 심판대상은 이 사건 법률 제2조 중 증원군을 폐지하고 충주시에 편입한다고 규정한 부분(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다

2. 주장과 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 이 사건 법률조항은 이 사건 법률의 제정취지에 어긋날 뿐만 아니라, 그 법률 제정과정에서 다음과 같은 이유로 헌법 제2조에 의하여 보장되고 있는 적법절차의 원리와 헌법 제117조, 제118조에서 보장하고 있는 지방자치제도에 상응하는 헌법에 열거되지 아니한 국민의 권리를 침해한 위헌무효의 법률이다

첫째, 증원군은 고구려시대의 국원성에서 출발하더라도 1500년이 넘는 역사와 전통을 지닌 증원문화군의 핵심으로서 인구 6만7천명의 자치군인 반면, 충주시는 1956년 시로 승격되어 40여년간 독자적인 발전을 해온 인구 약 14만명의 자치시인 관계로,

양 시·군은 지형적인 조건이나 성장잠재력 등으로 보아 독자적인 발전 가능성이 있는 지역이라는 점에서, 내무부의 “시군통합추진지침”상에 나타난 통합대상(권유)지역이 결코 아님에도 불구하고 자의적으로 그 대상지역으로 선정되었다

둘째, 지방자치법 제4조 제2항에 의하면 “……지방자치단체를 폐치·분합하거나 그 명칭 또는 구역을 변경할 때에는 관계 지방자치단체의 의회(이하 “지방의회”라 한다)의 의견을 들어야 한다.”고 규정하고 있다. 그런데 중원권 의회는 1994.5.11. 임시회에서 중원군과 충주시의 통합안을 부의하여 재적의원 13명 전원 출석, 찬성 5, 반대 7, 무효 1로 부결처리하였다.

셋째, 지방자치법 제13조의2에 의하면, 지방자치단체의 장은 지방자치단체의 폐치·분합에 대하여 주민투표를 거치도록 규정하고 있음에도 불구하고, 위 중원군과 충주시의 통합에는 아직 주민투표법을 제정하지 아니하였다는 이유로 주민투표를 실시하지 아니하고 주민의견조사로 대체하였다.

넷째, 주민의견조사 직전에 충청북도에서 시군통합추진특별대책을 마련하여, 지역별 책임담당제, 부정적 의식 주도인물 개별순화 추진 반대활동 차단 등을 실행하면서 유력인사를 지역 연고지에 보내는 등 통하분위기를 강제로 조성하고, 시군통합에 대한 주민의견조사표를 각 해당 시군에 배부하면서, 주민의견조사서를 세대별로 일련번호를 부여하여 어느 집에서 반대하였는가를 알 수 있도록 함으로써 주민의견조사 절차의 자유성과 공정성을 저해하였다

다섯째, 중원군이 충주시에 흡수·편입되는 형식 즉 도시위주의

시군통합이 이루어짐으로써 농촌지역인 중원군지역의 대표성이 약화되는 결과 농촌의 특수성을 살리지 못하고 도시위주의 행정이 이루어져 농정정책이 소외되고 특히 오지지역의 개발이 더욱 침체된다 더욱이 분뇨처리장, 쓰레기매립장 등 혐오시설이 시외곽지역인 중원군지역에 집중설치될 것이 예상되어 결국 충주시민을 위하여 중원군민이 희생되는 현상이 초래될 것이다. 또한 양 시군이 통합되면 농촌주택자금배정은 줄어들 뿐만 아니라 중원군민은 문화복지혜택을 상대적으로 덜 받는 대신 의료보험료, 중고등학교수업료 및 각종 세금을 오히려 더 부담하게 된다.

(2) 이 사건 법률조항은 중원군의 오랜 역사와 전통문화를 간직하고, 여러 여건으로 보아 충분히 독자적인 발전가능성이 있으며 통합대상에서 제외된 군중에는 인구 5만 미만으로서 생활권이 인근시에 밀착되어 있는 군도 상당수 있다는 점에서, 합리적인 근거 없이 자의적으로 중원군과 청구인들을 차별적 취급을 한 것으로 헌법 제11조 제1항에 규정한 청구인들의 평등권을 침해한 위헌무효의 법률이다

(3) 이 사건 법률조항에 의하면 중원군이 없어지고 충주시에 강제 편입됨으로써, 중원군 토박이들인 청구인들은 자신이 태어난 고향에 애착을 가지고 전통문화를 기리면서 삶을 영위하고자 하는 행복추구권으로부터 파생되는 일반적 행동자유권을 침해받았고 지역개발, 국가시책 등에 의해서 고향을 떠나 이주하도록 강요하거나 고향(명칭)이 상실되어 거주·이전의 자유를 침해받았다.

나. 내무부장관의 의견

(1) 도·농통합형 구역개편의 필요성

현행 도·농분리형 구역제도는 주민들 삶의 자연적인 공간적 흐름을 왜곡시키고 잔여군의 지리적 공간구조를 불합리하게 만들어 놓았으며 도시지역으로의 인구집중을 촉발시키는 부작용을 가져왔고 지방세의 주요세원이 되는 도시지역이 따로 떨어져 나감으로써 도농간의 재정적 격차가 커지게 되고 유능한 행정인력이 분산됨으로써 행정력의 감실을 가져왔을 뿐만 아니라 도시지역과 농촌지역의 지역개발과 행정서비스에 큰 격차를 초래하였으며, 행정기관이 남발하여 증설되고 공무원의 숫자가 증가하는 등 일반행정비의 과다지출이 초래되고 있고 생활권과 행정권의 분리로 같은 생활권에 속하는 시와 군 사이에 불필요한 마찰이 야기되고 있을 뿐만 아니라 지역개발계획이나 도시계획 상·하수도, 보건위생, 환경 등 날로 증대하는 광역행정수요에도 적절히 대응하지 못하는 문제점을 안고 있다. 도·농통합형 구역개편은 위와 같은 문제의식하에서 생활권과 정주권을 강조하여 주민의 일상생활과 행정구역·자치구역을 일치시킴과 동시에 보다 원활한 광역행정체계를 마련하고, 소규모 자치단체의 통합을 위하여 자치단체의 자생력을 키우기 위해서 추진된 것이다

(2) 심판청구의 각하

(가) 헌법소원심판청구는 기본권이 현재 침해받은 경우에만 가능하고 장래 어느 때인가 관련될 수 있다는 것만으로는 제기할 수 없다는 것이 헌법재판소의 결정례이다 그런데 이 사건 대상법률인 경기도남양주시등33개도농복합형태의시설치등에관한법률은 그 시행일이 1995.1.1.로 되어 있어 그 시행일 이전에 분명한 1994.9.26. 제기한 이 사건 심판청구는 권리침해의 현재성을 결여하였

으므로 부적법하다.

(나) 헌법소원은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여“헌법상 보장된 기본권”이 침해된 경우에 그 침해의 원인인 공권력의 행사를 취소하거나 불행사가 위헌임을 확인하는 제도이다 그런데 청구인이 주장하는 “전통문화의 계승발전과 민족문화의 창달”은 문화국가를 지향한다는 국가적 의무를 강조한 것일 뿐 그에 따른 국민 개개인의 구체적 기본권을 부여한 것은 아니고, 헌법 제117조 및 제118조의 “지방자치”에 관한 규정은 지방자치단체가 일반적인 제도로 보장됨을 뜻하는 것이지 특정 개별의 지방자치구역의 존속을 보장한다거나 국가에 대한 개인의 보호를 목적으로 하는 것은 아니라고 할 것이다. 그렇다면 청구인이 침해받았다고 주장하는 권리 중 위 부분은 헌법상 보장된 기본권이 아니어서 그 부분에 한하여 부적법한 청구이다

(3) 청구의 기각

(가) 시·군통합에 관한 지방의회의 의견 여하는 어디까지나 법적 구속력이 없는 참고적 사항으로 지방의회의 의견과 다른 조치가 취하여졌다 하여 그것이 지방자치법 나아가 헌법상의 지방자치제도의 침해와 연결될 수는 없다. 지방의회의 의견을 들은 한 지방자치법을 위배한 것으로 볼 수 없고, 지방자치제도의 보장은 지방자치단체에 의한 자치행정을 일반적으로 보장하는 것이지 특정 지방자치단체의 존속을 보장하는 것이 아니므로, 지방자치단체의 흡수합병이나 신설합병은 지방자치제도의 보장에 반하는 것이 아니다.

(나) 현재의 충주시는 중원군의 일부지역을 편입하여 이루어진

것으로 충원군과 충주시는 본래부터 동일한 문화생활권을 이루고 있는 지역이라 할 것인바, 오히려 양 지역을 통합하는 것이 그 지역의 전통과 문화 그리고 역사를 잘 보존하는 조치라고 할 것이다 또한 중원군과 충주시의 통합 후에도 농촌지역인 종래의 중원군 지역은 읍면을 그대로 유지하여 읍면행정의 특례를 그대로 누리게 함으로써 통합에 따른 특정지역의 행·재정상의 불이익을 방지하고 통합시 지역 내 균형개발, 낙후지역의 효율적 개발을 위한 개발계획의 수립 및 재정상 특별지원을 보장받게 되는 등 종래 중원군 지역 특성의 유지보존이 가능하다.

(다) 시·군통합의 추진은 인근규모 등 독자적 성장잠재력 외에도 주민생활의 편의제고, 전통문화의 계승발전과 주민화합 도모 등의 종합적인 행정목적 달성을 위하여 추진한 것이다 중원군과 충주시는 일응 독자적인 발전가능성이 있는 지역에 해당한다고도 볼 수 있겠으나 충주시는 중원군으로부터 분리·승격되고 중원군청이 충주시에 소재하고 있는 등 양 지역은 역사적으로 공동의 문화생활권을 형성하고 있으므로, 그 통합의 타당성은 인정된다. 또한 이번 시·군통합은 시와 군 양 지역을 1대 1로 합병하여 일반시와는 다른 도농복합형태의 시를 새로 설치하는 것이고, 통합된다고 하여 자치권이 제한되거나 유보되는 등 자치행정수행의 본질적 사항에 전혀 영향을 미치게 되는 바가 없으므로 청구인들의 평등권 침해주장은 이유 없다

(라) 중원군과 충주시의 통합은 같은 지방자치단체의 폐치분합은 입법사항으로 동 법률 제정과정에서 주민의견조사 결과나 관계지방의회 의견은 어디까지나 참고적 사항으로 법적 구속력이

없으므로, 이에 관한 다툼은 헌법상 보장된 참정권의 본질문제와는 무관하다. 중원군과 충주시의 통합은 주민투표실시근거(지방자치법 제13조의2)만 마련되고, 주민투표실시절차 등에 관한 법률이 제정되지 아니한 상황(현재 민자·민주 양당의 주민투표법안 국회계류중)에서 주민투표제도의 도입취지를 최대한 존중하여 세대별 주민의견조사(61.8% 통합에 찬성)를 실시하였으며 중원군의회 의견(반대)을 수렴하였고 충청북도의회 의견(찬성)을 수렴한 후 시행한 것으로 적법·타당하다.

(마) 중원군과 충주시의 통합은 도·농통합형 행정구역의 개편취지와 같이 주민의 일상생활권과 행정구역을 일치시키고 동시에 보다 원활한 광역행정체계를 마련함으로써 인간생활의 자연적 흐름을 반영하게 되고, 농촌을 안정된 인간 정주공간으로 만드는 데 기여할 것이어서 국민이 그 지역사회에 살기를 더욱 원하는 곳으로 발전하게 될 것이므로 청구인들의 거주이전의 자유 침해주장은 이유 없다

(4) 그렇다면 이 사건 심판청구는 심판청구제기요건을 결여한 부적법한 청구로 각하되어야 하며, 그러하지 아니하다고 하더라도 청구인의 주장은 그 이유가 없으므로 기각되어야 마땅하다.

3. 판단

가. 기본권 관련성에 관한 판단

헌법 제117조는 “① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다. ② 지방자치단체의 종류는 법률로 정한다”고 규정하고 있고, 헌법 제118조는 “① 지방자치단체에 의회를 둔다

② 지방의회의 조직권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다고 규정함으로써 지방자치단체의 자치를 제도적으로 보장하고 있다 그 보장의 본질적 내용은 자치단체의 보장 자치기능의 보장 및 자치사무의 보장이다. 이와 같이 헌법 제117조 및 제118조가 제도적으로 보장하고 있는 것은 어디까지나 지방자치단체의 자치권인 것이다 그러나 지방자치단체의 폐지·분합에 관한 것은 지방자치단체의 자치행정권 중 지역고권의 보장문제임과 동시에 다른 한편으로는 그로 인하여 다음과 같은 기본권의 침해문제가 발생하게 된다 즉, 이 사건 법률제정으로 인하여 청구인들의 고향인 중원군이 충주시에 편입됨으로써 청구인들은 헌법 제0조의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에서 파생되는 인간다운 생활공간에서 살 권리(자신이 태어난 고향에 대한 애착을 가지고 전통문화를 기리면서 삶을 영위하는 권리), 헌법 제11조의 평등권(중원군 주민으로서 지방자치단체통합에 있어서 다른 시군의 주민과 비교하여 균등한 대우를 받을 권리), 헌법 제12조의 적법절차보장에서 파생되는 정당한 청문권(모든 국민은 자신의 이해관계에 관하여 불이익한 결과를 초래할 수 있는 공권력행사에 있어서 의견을 개진할 권리, 헌법 제14조의 거주 이전의 자유(지역개발이나 국가정책 등에 의하여 고향을 떠나 이주하거나 강요하거나 고향이 상실된다), 헌법 제24조의 선거권, 헌법 제25조의 공무담임권(중원군이 충주시에 편입됨으로써 상대적으로 참정의 기회가 제한된다), 헌법 제34조의 인간다운 생활을 할 권리 사회보장·사회복지수급권(도시위주의 통합으로 농촌지역인 중원군은 상대적으로 행정급부에서 소외된다) 및 헌법 제35조의 환경권(분뇨처리

리장·쓰레기매립장 등 혐오시설이 설치되고 지역개발의 낙후로 인하여 침해되는 건강하고 쾌적한 환경에서 살아갈 권리를 침해받게 될 수도 있다.

원칙적으로 국민은 스스로 자기 기본권을 지키고 그 침해에 대하여도 스스로 다룬다는 점에서 출발하여야 하고, 또한 헌법이 보장하고 있는 인간의 자유와 권리는 원칙적으로 공적 조직의 권한에 의하여 관리될 수는 없는 것이다.

그렇다면 이 사건 심판청구는 적법하고 다만 이 사건 법률로 위와 같은 기본권을 제한하는 것이 타당한가 여부가 문제이다

나. 기본권침해의 현재상 직접성에 대한 판단

(1) 법규범이 일반적 효력을 발생하기 전이라도 공포되어 있는 경우에 그 법규범에 대하여 헌법소원을 제기할 수 있는가 이와 관련하여 우리 재판소는 서울대학교 신입생선발입시안에 대한 헌법소원에서“현재 고등학교에서 일본어를 배우고 있는 청구인들은 서울대학교 대학별 고사의 선택과목에서 일본어가 제외되어 있는 그 입시요강으로 인하여 94학년도 또는 95학년도에 서울대학교 일반계열 입학에 지원할 경우 불이익을 입게 될 수도 있다는 것을 현재의 시점에서 충분히 예측할 수 있는 이상 기본권침해의 현재성을 인정하여 헌법소원심판청구의 이익을 인정하는 것이 옳다.”고 판시하였다(헌재 1992.10.1. 선고, 92헌마68,76 (병합) 결정 참조).

이 사건 법률은 1994.8.3. 법률 제4774호로 공포되었고 1995.1.1.부터 시행된다. 이 사건 법률이 시행되면 즉시 중원군은 폐지되고 충주시에 흡수되므로, 이 사건 법률이 효력발생하기 이전에 이미 청구인들의 권리관계가 침해될 수도 있다고 보여지고 현재의

시점에서 청구인들이 불이익을 입게 될 수도 있다는 것을 충분히 예측할 수 있으므로 기본권침해의 현재성이 인정된다

(2) 법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으면 그 법률 또는 법률조항에 의하여 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접·현재 자기의 기본권을 침해받아야 하는 것을 요건으로 하고, 여기서 말하는 기본권의 침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻한다(헌재 1992.11.12. 선고, 91헌마192 결정 참조).

이 사건의 경우, 다른 집행행위의 매개 없이 이 사건 법률조항 자체에 의하여 중원군이 폐지되어 충주시에 편입되므로 그로 인한 기본권 침해의 직접성은 인정된다고 보아야 할 것이다

다. 이 사건 법률의 위헌여부에 관한 판단

(1) 공공복리적합성·비례의 원칙 준수 여부

(가) 헌법 제37조 제2항에 의하면, 모든 국민의 자유와 권리는 국가 안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로 제한할 수 있다.

우리 재판소는 “국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙으로서, 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권제한의 조치가 입법목적 달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 가능한 한 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권제한은 필요한 최소한

도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소화), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성.)"고 판시하였다(헌재 1992.12.24. 선고, 92헌가8 결정 참조).

이 사건 법률의 위헌여부를 판단함에 있어서는 ① 국회가 이 사건 법률을 제정함에 있어서 중요한 의미를 갖는 사항을 적절하고 완벽하게 조사하고 그것을 입법의 기초로 삼고 있는이 ② 국회가 법률의 모든 공익적 근거 및 긍정적·부정적 효과를 포괄적이고도 합리적으로 형량하였는가, ③ 국회에 의한 제한이 필요하고 적절한가 비례의 원칙을 준수하였는가 그리고 사항적합상 체계정당성을 참작하고 있는가를 고려하여야 하고, 이에 관하여 판단함에 있어서는 위와 같은 사항을 종합 고려하여 ① 국회의 판단과 결정이 명백히 잘못되었거나 분명히 반박될 수 있는가 ② 헌법상 가치질서에 위배되는가 여부를 심사하여야 한다

(나) 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다 첫째, 중원군과 충주시는 역사적으로 볼 때 한 고장이었다 즉, 중원군과 충주시는 1956.7.8. 충주읍이 시로 승격되고 12개면을 중원군이라 개칭하여 분리하기 전까지는 같은 행정구역이었다 즉 중원군과 충주시는 삼한시대에 마한 54개국의 하나였고, 475~491년(고구려 장수왕 63~79년)에 국원성(國原城), 557년(신라 진흥왕 18년)에 국원소경, 757년(신라 경덕왕 16년)에 중원소경, 940년(고려 태조 23년)에 충주, 983년(고려 성종 2년)에 충주목이라 호칭되었고, 995년(고려 성종 14년)에 창화군(昌化軍)이라 호칭하고 중원도(中原道)에 예속되었으며, 1254년(고려 고종 41년)에는 국원경, 1395년(조선태조

4년)에는 충청도의 수부로 충주에 관찰사를 두었고 1449년(세종31년)에는 관찰사로 목사를 겸직하였다가 다시 분리하였고 1598년(선조31년) 감영을 공주로 이전하였으며, 1895년(고종32년)에는 충청북도의 수부로 관찰사를 두었으며, 1908년(순종2년)에는 교통이 불편하다는 이유로 충북의 관찰도청을 청주로 옮기고 군수를 두었고 1956.7.8. 충주읍이 충주시로 승격되었고, 살미, 이류, 주덕, 신니, 노은, 양성, 가금, 금가, 동남, 산척, 엄정, 소태면 등 12개 면을 중원군이라 개칭하여 분리하였으며, 1963.1.1. 행정구역 변경조치에 의하여 괴산군의 상모면이 중원군으로 편입되었고, 1973.7.1. 행정구역변경조치에 의하여 이류면의 하문리는 괴산군으로, 신니면의 광월리 일부가 음성군으로 편입되어 현재에 이르고 있다. 둘째, 지형적으로도 중원군의 한복판에 충주시가 있고 중원군청과 충주시청이 모두 충주시에 위치하고 있는 동일생활권이다

그렇다면, 국회는 이 사건 법률을 제정함에 있어서 잘못된 사실적인 전제를 입법의 기초로 삼지 아니한 것이고 청구인들이 원하지 아니한 곳에 거주하게 하거나 거주이전과 변경을 방해하는 것도 아니다

(대) 충주시와 중원군의 통합목적은 현재 시평균 재정자립도가 64% 인데 비하여 군이 25% 수준인 점을 고려할 때 예산절감을 하여 지방자치단체의 경쟁력을 제고시키고 도시계획·교통·상하수도·환경문제 등 광역행정 수행상 애로를 해소하고 지역간 균형발전을 도모하기 위한 것이다. 또한 충청북도의 시군통합추진지침에 의하면 중원군과 충주시의 통합으로 인하여 생길 수 있는 부작용

용을 최소화하기 위하여 종래에 군지역의 특성을 감안 읍면지역은 동으로 명칭을 변경시키지 않고 읍면 그대로 두도록 하고 종래 군으로서 누리던 각종 혜택을 그대로 유지하며 지방자치단체의회의원과 공무원의 신분은 그대로 유지시키려 하고 있다 이 사건 법률 제정 후 내무부는 시군통합추진지침에 따른 후속조치로 도농복합형태의시설치에따른행정 특례등에관한법률을 제안하여 국회는 1994.12.2. 위 법률을 통과시켰다. 이 법률은 지방자치법중개정법률(1994.3.16. 법률 제4741호)의 규정에 따른 도농복합형태의 시가 설치되는 경우 농어촌지역 및 그 주민에 대하여 기존의 이익을 보호하고 개발을 지원하는 등 행정운영의 합리화를 도모하기 위하여 필요한 특례를 정한 것으로서 그 주요내용은 ① 시와 군의 통합으로 인하여 어느 일방의 지방자치단체나 특정지역이 기존의 행정·재정상 혜택을 상실하거나 지역주민에게 새로운 부담이 추가되지 아니하도록 하고(법 제2조), ② 중앙행정기관의 장 및 도지사는 농어촌 지역 또는 낙후지역개발을 위하여 따로 개발계획을 수립하거나 재정상의 특별한 지원을 할 수 있도록 하고, 개발촉진지구의 지정 등 특정지역의 개발을 위한 지구의 지정에 있어서 도농복합형태의 시지역을 우선적으로 지정할 수 있도록 하고(법 제3조), ③ 종전의 시·군 소속 공무원이 상호간에 인사상의 불이익을 받지 아니하도록 동등하게 처우하도록 하고(법 제4조), ④ 시의 의회에는 통합 당시의 의원임기에 한하여 부의장 2인을 둘 수 있도록 하되, 이 중 1인은 시의회의원 중에서, 1인은 군의회의원 중에서 선출하도록 하고(법 제5조) 있다.

그렇다면 중원군이 충주시에 편입됨으로써 청구인들은 보다 나

은 행정급부, 사회보장, 생존배려, 환경 및 개발계획을 기대할 수 있고 생활공간과 행정구역을 일치시켜 보다 효과적인 주거환경이 만들어지고, 중원의 전통문화 계승 발전에 적절하고, 오히려 중원군의 기존 최소 행정단위의 존치 등 중원군 주민이 기존에 누리고 있던 각종 혜택을 그대로 유지시키고 기존 공무원의 지위 유지 등 참정의 기회를 인정함으로써 기본권 제한조치를 필요 최소한도록 그치고 있으므로, 국회가 이 사건 법률을 제정함에 있어서 공공복리적합성 판단과 비례원칙 적용에 있어서 명백히 잘못되었거나 헌법상의 가치질서를 침해하였다고 볼 수 없다.

(2) 적법절차원칙 위배 여부

(가) 적법절차원칙과 관련하여 우리 재판소는 “헌법 제12조 제3항 본문은 동조 제1항과 함께 적법절차원리의 일반조항에 해당하는 것으로서, 형식절차상의 영역에 한정되지 아니하고 입법 행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에는 절차상의 적법성뿐만 아니라 법률의 실체적 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 실체적인 적법성이 있어야 한다는 것을 헌법의 기본원칙으로 명시하고 있다.”고 판시하였다(헌재 1992.12.24. 선고, 92헌가9 결정 참조).

이 사건 법률은 지방자치단체의 폐치(廢置)·분합(分合)에 관한 것으로, 이에 관한 현행법 규정은 다음과 같다. 즉 지방자치법 제4조는 “① 지방자치단체의 명칭과 구역은 종전에 의하고 이를 변경하거나 지방자치단체를 폐치·분합할 때에는 법률로써 정하되, ② 관계지방자치단체의 의회(이하 “지방의회”라 한다)의 의견을 들어야 한다……”고 규정하고 있고, 같은 법 제13조의2는, “① 지방자치단체의 장은 지방자치단체의 폐치·분합 또는 주요결정사항

등에 대하여 주민투표를 붙일 수 있다. ② 주민투표의 대상, 발의자, 발의요건, 기타 투표절차에 관하여는 따로 법률로 정한다.”고 규정하고 있다.

(나) 그런데 이 사건 법률제정절차와 관련한 적법절차는 이른바 청문절차로서 국민은 자신의 이해관계와 관련하여 그 법적 지위를 확보하기 위하여 국가적인 재편계획에 대하여 입장을 표명할 기회를 주어야 한다는 것이다. 즉 국민이 국가적 활동의 단순한 객체로 전락하여서는 안된다는 것이다. 또한 입법자가 공공복리를 이유로 지방자치와 관련하여 특정지역을 변경하는 결정을 내리기 전에 일반적으로 상반되는 이익들간의 형량이 선행되어야 하는데, 이러한 이익형량은 이해관계자들의 참여 없이는 적절하게 이루어질 수 없다. 국회는 이러한 절차를 통하여 비로소 자신의 결정에 앞서 중요한 사항들에 관한 포괄적이고 신빙성 있는 지식을 얻게 된다. 따라서 이 사건과 관련하여 헌법상 보장하고 있는 청문절차는 중원군과 충주시 통합의 본질적 내용에 관한 사항과 그 근거에 관하여 이해관계인에게 고지하고 그에 관한 의견의 진술기회를 부여하는 것으로 족하고 그 진술된 의견은 국회에 입법자료를 제공하여 주는 기능은 하되, 입법자가 그 의견에 반드시 구속되는 것은 아니다.

(다) 지방자치단체를 폐차분합할 때 “관계 지방자치단체의회의 의견을 들어야 한다.”는 지방자치법 제4조 제2항은 헌법상 어떤 효력을 가지는가. 위에서 살펴본 바와 같이 지방자치단체의회의 의견청취절차를 밟은 것 자체로서 적법절차는 준수되었다고 보아야 하고 단지 그 결과는 국회가 입법할 때 판단의 자료로 기능하는데 불과하다 해석하여야 한다.

그러하지 아니하고 국회가 지방자치

단체의회의 의견에 구속된다면 지방자치단체의 폐처분합은 법률의 규정에 의하도록 한 지방자치법 제4조 제1항의 입법취지가 몰각될 뿐만 아니라 국회에 대한 지방자치단체의회의 우위(優位)를 초래하는 결과가 될 것이다.

(라) 주민투표실시에 관한 지방자치법 제13조의2는 규정문언상 임의 규정으로 되어 있고, 실시 여부도 지방자치단체의 장의 재량사항으로 되어 있으며 아직 주민투표법이 제정되지도 아니하였으며 주민투표절차는 위에서 살펴본 바와 같이 청문절차의 일환이고 그 결과에 구속적 효력이 없다. 따라서 이 사건 법률의 제정과정에서 주민투표를 실시하지 아니하였다고 하여 적법절차원칙을 위반하였다고는 할 수 없다

(마) 중원군수가 주민투표에 갈음하여 실시한 중원군과 충주시의 통합에 관한 주민의견조사의 절차하자문제에 관하여 살펴본다. 위 주민의견조사는 위에서 살펴본 바와 같이 청문절차의 일종으로서 중원군과 충주시의 통합에 관한 중요한 사항과 그 근거에 관하여 청구인들을 비롯한 주민들에게 고지하고 의견을 진술할 기회를 부여한 것으로 족한 것이다. 기록에 의하면 그와 같은 정도의 의견조사를 충분히 하였음이 인정되고, 그 외 중원군청에서 중원군과 충주시의 통합에 관한 공청회도 개최한 사실이 인정되므로 주민의견조사 절차에 하자가 없다 또한 주민의견조사의 결과도 국회의 공공복리를 위한 이익형량의 자료로 작용할 뿐 국회에 대한 직접적인 구속력이 없다 따라서 주민의견조사에서도 적법절차원칙이 준수되었다.

4. 결론

그렇다면 이 사건 법률은 청구인들의 행복추구권에서 파생된 인간다운 생활공간에서 살 권리, 정당한 청문권, 평등권, 거주이전의 자유, 선거권, 공무담임권, 인간다운 생활을 할 권리, 사회보장·사회복지 수급권 및 환경권을 침해하지 아니하였으므로 청구인의 청구는 이유 없음을 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다 이 결정은 재판관 조승형의 반대의견이 있는 외 관여재판관 전원의 일치에 의한 것이다

5. 재판관 조승형의 반대의견

나는 다수의견 중 적법절차원칙이 준수되었다는 견해(나머지 의견에 대하여서는 살필 필요가 없음)에 대하여 반대한다. 즉 다수의견은 이 사건 법률제정과정에서 관계기관이 중원군의회 의 의견을 구하였고 주민 의견조사를 실시하였으며 중원군청 회의실에서 중원군과 충주시의 통합에 관한 공청회를 개최하는 등 가능한 한 의견청취절차를 거쳤음이 인정되므로 이 사건 법률제정과정에서 적법절차원칙을 위배하였다고 볼 수 없다는 것이다.

일건 기록을 살펴보면,

가. 이 사건 법률의 입법과정에 있어서 국회가 위의 원칙을 위반하여 입법하였음이 인정된다.

지방자치법 제1조는 “……지방자치행정의 민주성……을 도모하며……대한민국의 민주적 발전을 기함을 목적으로 한다”라고 규정하고 헌법 제118조 제2항은 “……기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다”라고 규정하여 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 민주적인 주민의사를 들어 법률로 정할 것을 천명하고 있다 할 것이고, 지방자치법 제4조 제2항이 지방자치단체

를 폐치·분합하거나 그 명칭 또는 구역의 변경할 때에는 관계 지방자치 단체의회의 의견을 들어야 한다고 규정하고 있는 취지는 원칙적으로는 의회의 의견에 따라야 하고 예외적으로는 위 의회의 의견에 반하여서라도 입법하여야 할 특단의 사정이 있을 때에 한하여 위 의견에 반하여 비로소 입법할 수 있다고 해석함을 허용함에 있다 할 것이다 만약 이와 같은 해석을 허용하는 취지가 아니라면 국회가 위 의견에 구속됨이 없이 국회 임의로 입법할 수 있기 때문에 굳이 위와 같은 범조항을 설치할 필요가 없는 것이다.

또한 같은 법 제13조의2는 “ ① 지방자치단체의 장은 지방자치단체의 폐치·분합 또는 주요결정사항 등에 대하여 주민투표에 부칠 수 있다. ② 주민투표의 대상, 발의자, 발의 요건, 기타 투표절차에 관하여는 따로 법률로 정한다”라고 규정하고 있는바, 같은 법 제13조의2 제2항 소정의 법률이 제정 시행되지 않는 한 누가 발의자가 되고 주민 몇 사람 이상의 발의준비행위가 있어야 하는지 투표는 누가 주관하며 어떤 절차로 투표되고 개표되는지를 특정할 수 없으므로, 지방자치단체의 장은 위와 같은 주민투표를 부칠 수 없게 되며 주민투표법이 제정 시행되더라도 지방자치단체의 장이 주민투표를 부치는지 부치지 아니하는지 여부를 결정하게 되어 있어 국회는 지방자치단체의 장의 주민투표실시 여부와 주민투표실시 결과가 나올 때까지 지켜본 후에야 비로소 이 사건 법률을 제정할 수 있을 것이다.

따라서 국회는, 이 사건 법률을 제정하기 이전에 최우선적으로 지방자치법 제13조의2 제2항 소정의 주민투표에 관한 법률을 제정하고 그 시행 후 지방자치단체의 장이 주민투표를 부치는지 여부를

지켜보고 주민투표에 부쳤다면 그 투표결과를 확인한 후 주민의 의사와 지방자치단체의 의회의 찬반의결내용을 참작하고 그 의사나 의결내용이 상반하면 주민의사에 따라 입법 여부를 결정하고 그 의사나 의결이 동일하면 그 의사나 의결대로 입법 여부를 결정해야 할 것이며 그 의사나 의결에 반하여 입법해야 할 정도로 특단의 사정이 있을 때에 비로소 그 의사나 의결에 반하여 입법할 수 있을 것이며 이와 같은 순차로 입법사전절차를 밟아야 함은 헌법상의 적법절차원칙에 의하여 요구되는 것이다.

나. 이 사건의 경우를 살펴보면,

국회는 우선 입법을 하여야 할 앞서 본 주민투표법을 제정하지 아니하고, 따라서 적법한 주민투표에 의한 주민의사를 확인하지 아니하였음이 명백하다. 다수의견은 주민투표에 갈음하여 주민의견조사를 실시하였으므로 적법절차를 취하였다고 주장하나 이는 법률에 없는 절차로서 부적법함은 명백하다. 다만 1994.5.11. 이 사건 중원군의회 의결이 있었으나 그 내용은 13인의 의원 중 찬성 5인, 반대 7인, 무효 1인으로 써 이 사건 법률을 제정하는 데 대하여 반대하였음이 분명하고 다수의견이 들고 있는 공청회와 부적법한 주민의견조사가 실시된 바 있었지만 이와 같은 절차는 모두 부적법하므로 이 사건 법률은, 적법한 절차를 밟지 아니한 채 국회 임의로 제정한 것에 불과하다 즉 적법절차원칙을 위반하였으므로 위헌 무효이다

따라서 다수의견 중 나머지 의견에 대하여는 살필 필요도 없이 다수의견은 부당하므로 이 사건 결정주문은 “1994.8.3. 법률 제4774호로 공포한 경기도남양주시등33개도농복합형태의시설치등에

관한법률은 위헌이다"라 하여 이 사건 심판청구를 인용하여야 한다

1994. 12. 29.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 조승형
주심	재판관 정경식
	재판관 고중석
	재판관 신창언

불기소처분취소

(1994. 12. 29. 94헌마205전원재판부)

[판례집 6-2, 535~537]

【판시 사항】

검사(檢事)의 불기소처분(不起訴處分)으로 인한 청구인(외국인(外國人))의 기본권침해(基本權侵害)가 부인된 사례

【결정 요지】

청구인(외국인(外國人))의 고소사실(告訴事實)에 대하여 검사(檢事)가 현저히 정의와 형평에 반하게 수사를 소홀히 하였거나 헌법(憲法)의 해석, 법률(法律)의 적용에 있어서 불기소결정(不起訴決定)에 영향을 미친 중대한 잘못을 범하였다고 보여지지 아니하며, 또한 검사(檢事)의 불기소처분(不起訴處分)이 헌법재판소(憲法裁判所)가 관여할 정도의 자의적(恣意的) 처분(處分)이라고 볼 수 없으므로 이로 말미암아 청구인의 헌법(憲法)상 기본권(基本權)이 침해되었다고 할 수 없다.

청 구 인 스기야마○○○

대리인 변호사 이 성 렬(국선)

피청구인 서울지방검찰청 서부지청 검사

【참조 조문】

헌법(憲法) 제11조 제1항

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다

【이 유】

1. 사건의 개요

이 사건 기록과 서울지방검찰청 서부지청93년 형제34182호 불기소 사건 기록에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다

가. 청구인은 1993.10.21. 피고소인 전○철에 대하여 아래 2. 고소사실 기재와 같은 절도혐의로 고소하였다.

나. 피청구인은 위 고소사건을 수사한 후 1993.12.23. 피고소인에 대하여 범행을 인정할 증거가 없다는 이유로 혐의없음의 불기소처분을 하였고, 청구인은 이에 불복하여 검찰청법이 정하는 절차에 따라 항고재항고를 제기하였으나 모두 기각되었다.

다. 청구인은 1994.9.27. 피고소인이 이 사건 발생 당시 무직이고 청구인과 같은 방을 사용하여서 청구인의 도장과 증권카드가 어디에 있는지 알고 있었으며, 이 사건 증권구좌에 위탁되어 있던 주식이 매각된 3일 후에 현금으로 인출된 점 등에 비추어 피고소인이 범인일 수밖에 없음에도 피청구인이 피고소인의 주변정황에 대한 충분한 수사를 하지 아니하고, 혐의없음 처분을 한 것은 잘못이며 이러한 피청구인의 부당한 처분으로 인하여 청구인의 헌법상 보장된 평등권과 재판절차진술권을 침해당하였다 하여 위 불기소처분의 취소를 구하는 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 고소사실의 요지

피고소인은 1989.11. 하순 일자미상경 서울 서대문구 ○○동 52 피고소인의 하숙방에서 같이 하숙을 하는 청구인의 서류가방 속에 있는 청구인 소유의 최○순 명의 한양증권카드 1매 및 도장을 꺼내

어가 이를 절취한 것이다.

3. 판단

살피건대, 기록을 자세히 검토하여도 피청구인이 위 고소사실에 대하여 현저히 정의와 형평에 반하게 수사를 소홀히 하였거나 헌법의 해설 법률의 적용에 있어서 불기소결정에 영향을 미친 중대한 잘못을 범하였다고 보여지지 아니하며 또한 피청구인의 위 불기소처분이 헌법재판소가 관여할 정도의 자의적 처분이라고 볼 수 없으므로 이로 말미암아 청구인의 헌법상 기본권이 침해되었다고 할 수 없다.

그렇다면 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 의견일치에 따라 주문과 같이 결정한다.

1994. 12. 29.

재판장 재판관 김용준

재판관 김진우
주심 재판관 김문희
재판관 황도연
재판관 이재화
재판관 조승형
재판관 정경식
재판관 고중석
재판관 신창언

진정종결처분에 대한 헌법소원

(1994. 12. 29. 92헌아1 헌법재판소 전원재판부)
[판례집 6-2, 538~542]

【판시 사항】

1. 청구인(請求人)들이 헌법재판소(憲法裁判所)의 결정(決定)에 대하여 불복을 함에 있어 재심(再審)이라는 용어(用語)를 사용했다 하여 이를 재심청구(再審請求)로 볼 수 있는지의 여부
2. 헌법재판소(憲法裁判所)의 결정(決定)에 대한 불복신청(不服申請)의 허용 여부

【결정 요지】

1. 청구인(請求人)들이 심판청구서(審判請求書)에 재심(再審)이라는 용어(用語)를 사용했다 하더라도 그 실질에 있어서는 헌법재판소(憲法裁判所)의 결정(決定)에 대한 단순한 불복소원(不服訴願)에 불과한 경우에는 이를 재심청구(再審請求)로 볼 수 없다.
2. 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 없으므로, 헌법재판소(憲法裁判所)의 결정(決定)에 대하여는 원칙적으로 불복신청(不服申請)이 허용되지 아니한다.

청 구 인 주 ○ 창 외 1인
 청구인들 대리인 변호사 김 동 기
피청구인 인천지방검찰청 검사

【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.

【참조 판례】

2. 1990.10.12. 고지, 90헌마170 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 청구인들은

(1) 1990.1. 인천지방검찰청에 청구외 정○근 외 1인을 사기의 혐의가 있으니 조사하여 달라고 진정을 하였는데(인천지검 90년 진정 제 40호) 그 진정사실의 요지는, 인천 남구 주안동 ○○ 소재 토지 1,265.3평방미터는 청구인 주○창의 소유로서 동인의 자부인 신○순에게 명의신탁해 둔 것인데, 피진정인들은 위 신○순으로부터 위 토지의 매매를 위임받은 청구외 주○진(신○순의 남편, 청구인 주○창의 양자)과 제3자 사이의 매매계약을 중개하면서 그 토지는 8년 이상 자경하여 온 농지이므로 양도소득세 부과대상이 아님에도 불구하고 마치 8천만원 가량의 양도소득세가 부과될 것처럼 거짓말을 하여 이에 속은 주○진에게 그 매매대금 4억 3천만원 중 금 3억 5천만원만을 지급하고 그 잔액 8천만원은 지급하지 아니함으로써 이를 편취하였으니 의법조치하여 달라는 것이다. 이에 대하여 피청구인은 같은 해 6.29. 범죄의 혐의를 인정하기 어렵다는 이유로 진정종결처리를 하였다.

(2) 1990.7.30. “항고장”이라는 제목으로 위 진정종결처분에 불복하는 취지의 서면을 위 검찰청에 제출하였고 피청구인은 이를 새로운 진정사건(90년 진정 제413호)으로 접수하여 같은 해 11.29.

다시 범죄의 혐의를 인정하기 어렵다는 이유로 진정종결처리를 하였다

(3) 1990.12.27. “재항고장”이라는 제목으로 동일한 내용의 서면을 위 검찰청에 제출하였고 피청구인은 이를 위 진정사건을 재조사해 달라는 취지의 진정사건(90년 진정 제764호)으로 접수하여 1991.2.26. 다시 범죄의 혐의를 인정하기 어렵다는 이유로 진정종결처리를 하였다

(4) 1991.3.25. 위 진정사건을 재조사해 달라는 취지의 진정서를 대 검찰청에 제출하였고 대검찰청으로부터 위 진정서를 송부받은 피청구인은 같은 해 6.18. 종전 진정사건과 동일한 사건으로 재조사하여 보아도 달리 범죄의 혐의를 인정할 수 없다는 이유로 이를 종결처리하였다 (91년 진정 제176호).

나. 이에 따라 청구인들은 1991.12.5. 당재판소에, 위 인천지방검찰청 90년 진정 제40호 사건에 있어서 피청구인이 1990.6.29. 정○근 등에 대하여 한 진정종결처분(무혐의처분)은 청구인들의 평등권 등 기본권을 침해하였으므로 이를 취소해 달라는 취지의 헌법소원심판을 청구하였고 (당재판소 91헌마212 사건), 당재판소 제3지정재판부는 1991.12.16. 진정 사건에 대한 검사의 종결처분은 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 볼 수 없다는 이유로 위 심판청구를 각하하였다

다. 청구인들은, 위 진정사건은 범죄의 혐의가 명백히 인정되는데도 피청구인이 조사미진의 상태에서 그 혐의를 인정하기 어렵다고 내사 종결을 함으로써 진정인인 청구인들의 평등권을 침해하였으며 위 진정 종결처분에 대하여는 항고, 재항고 등 검찰청법 소정

의 법적 구제절차를 모두 거쳤음에도 불구하고 헌법재판소(지정재판부)가 위와 같이 헌법소원의 대상이 될 수 없다 하여 각하결정을 한 것은 사실인정과 법률적 판단을 잘못된 것으로서 재심의 대상이 된다고 주장하면서, 1992.1.16. 이 사건 심판청구를 하였다

2. 판단

청구인들의 주장과 그들이 이 사건에서 재심대상결정이라고 지적하는 당재판소 1991.12.16. 고지, 91헌마212 결정의 판시내용을 대비해 보면, 결국 이 사건에서 청구인들이 주장하는 요지는 자기들은 인천지방검찰청에 단순한 진정을 한 것이 아니고 범죄의 피해자로소 고소를 한 것이며 그러기에 피청구인의 진정종결처분(무혐의)에 대하여 항고, 재항고 등 검찰청법 소정의 적법한 불복절차를 모두 거쳤음에도 불구하고 헌법재판소가 청구인들의 위 사건(91헌마212) 심판청구를 진정종결처분에 대한 헌법소원으로 오해하여 이를 각하한 것은 사실인정과 법률적 판단을 잘못된 것이므로 이를 취소하고 그 사건에 관하여 다시 재판을 해 달라는 취지로 요약된다.

그렇다면 결국 청구인들의 이 사건 심판청구는 그들이 사용한 용어(“재심”이라는 용어)에 관계없이 그 실질에 있어서는 위 91헌마212 결정에 대한 불복소원에 불과하다고 보여진다 그런데 당재판소의 결정에 대하여는 원칙적으로 불복신청이 허용될 수 없다는 것이 확립된 판례이고(당재판소 1990.10.12. 고지, 90헌마170 결정 등 참조) 또 당재판소는 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여는 다시 심판할 수 없도록 되어 있다(헌법재판소법 제39조).

따라서 이 사건 심판청구는 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없

는 경우에 해당하므로 이를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된
의견으로 주문과 같이 결정한다.

1994. 12. 29.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
	재판관 김문희
주심	재판관 황도연
	재판관 이재화
	재판관 조승형
	재판관 정경식
	재판관 고중석
	재판관 신창언

재판청구권의 침해에 대한 헌법소원(재심)

(1994. 12. 29. 92헌아2 헌법재판소 전원재판부)
[판례집 6-2, 543~]

【판시 사항】

1. 심판청구서(審判請求書)에서 청구인이 사용한 용어(“재심(再審)”이라는 용어)에 관계없이 그 실질에서는 단순한 불복소원으로 보아야 할 경우
2. 헌법재판소가 각종의 심판절차(審判節次)를 거쳐 선고한 결정(決定)에 대하여 헌법소원(憲法訴願)의 형식에 의하여 그 취소나 변경을 구하는 심판청구(審判請求)를 제기할 수 있는지 여부

【결정 요지】

1. 청구인은 이 사건 심판청구서(審判請求書)에서 “89헌마132호 각 결정에 대한 재심청구서”, “재심 원·피고” 및 “재심취지” 등의 용어를 사용하고 있으나, 청구인의 청구이유의 요지는 위 89헌마132 결정에 사실오인(事實誤認)이나 법리오해(法理誤解)가 있으니, 결정에 대한 불복규정인 민사소송법(民事訴訟法) 제409조 및 제416조에 의하여 이를 취소하고 다시 심판하여 달라는 것이므로, 이 사건 심판청구(審判請求)는 청구인이 사용한 용어에 관계없이 그 실질에서는 위 89헌마132 결정에 대한 단순한 불복소원에 불과하다.
2. 헌법재판소가 각종의 심판절차(審判節次)를 거쳐 선고한 결정은 그 선고와 동시에 곧바로 형식적(形式的)으로 확정(確定)된다고 할 것이므로 취소될 수 없고, 이에 대하여는 헌법소원(憲法訴願)의 형식에 의하여도 그 취소나 변경을 구하는 심판청구(審判請求)를 제기할 수 없는바, 이 사건 심판청구(審判請求)는 불복이 허용될 수 없는 위 89헌마132 결정에 대한 심판청구(審判請求)로서 부적법(不適法)하다.

청 구 인 조 ○ 경

대리인 변호사 김 진 석(국선)

【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 각호의 1에 해당하는 경우에는 지정재판부(指定裁判部) 재판관(裁判官) 전원(全員)의 일치(一致) 의견에 의한 결정(決定)로 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】

1990.5.21. 고지, 90헌마78 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

가. 청구인은 청구의 노○찬 및 김○황을 상대로 전주시 중화동 ○○ 답 1,655평에 관하여 전주시방법원 86가합87호 부동산소유권이전 등기말소청구소송을 제기하여 1986.8.11. 패소판결을 선고받고 광주고등 법원에 항소하였으나 항소가 기각되어 위 패소판결이 확정되었던바 청구인은 그 후 위 확정판결을 대상으로 하여 여러 차례에 걸쳐 재심의 소를 제기하였으나 모두 부적법하다는 이유로 각하되고 이에 대하여 대 법원에 상고허가신청을 하였으나 기각되자, 1989.5.9. 위 상고허가신청 기각결정과 재심의 소를 각

하한 광주고등법원의 각 판결 및 전주지방법원86가합87호 판결을 취소하고 위 토지에 관하여 청구의 노○환과 동 김○황 명의로의 각 소유권이전등기의 각 말소등기절차의 이행을 명하는 판결을 구하는 내용의 항고장을 대법원에 제출하였다.

나. 1989.5.15. 대법원에서는 이를 항고장으로 접수하지 아니하고 진정서로 취급하여 법원행정처장이 “대법원 재판에 대한 불복은 재심 청구 또는 경정신청 이외에는 허용되지 아니하므로 그러한 특별한 이유에 해당한다는 신청취지를 명백히 함과 동시에 소정의 사유를 명시하고 법률이 정한 방식에 적합하도록 불복하여야 한다”는 내용의 회신(민사 제688호)을 청구인에게 발송하였다. 이에 청구인은 1989.6.1. 다시 위 항고장에 기재된 내용과 같은 판결을 구하는 외에 위 광주고등법원86나461호 판결을 취소하는 판결을 구하는 내용의 재심소장을 대법원에 제출하였다. 이에 대하여 법원행정처장은 1989.6.9. “상고허가신청을 기각한 대법원결정에 대하여는 준재심신청을 할 수 있을 뿐이며 재심의 소는 해당법원에 제기하여야 하고 광주고등법원판결의 취소를 구하는 재심의 소 및 소유권이전등기말소청구를 대법원 결정에 대한 준재심청구와 병합하여 제기할 수 없다”는 회신(민사 제1189호)을 청구인에게 발송하였다.

다. 청구인은 1989.6.23. 이를 재판청구권의 침해라 하여 헌법재판소 89헌마132호로써 헌법소원심판을 청구하였으나, 헌법재판소는 89헌마132호 헌법소원심판청구가 부적법하다는 이유로 1992.6.26. 이를 각하하였다. 청구인은 이에 대하여 헌법재판소가 위 헌법소원심판청구를 각하한 것은 잘못이라는 이유를 내세워 1992.9.22. 이 사건 심판청구를 하였다.

2. 판단

가. 이 사건 심판청구서를 보면 청구인은 “89헌마132호 각 결정에 대한 재심청구서”, “재심 원·피고” 및 “재심취지”, “재심사유” 등의 용어를 사용하고 있으나, 그 주장의 재심사유를 보면 재심청구인의 당재판소 89헌마132 헌법소원심판청구는 대법원의 접수거부처분에 대하여 다투는 것이 아니라 대법원이 이미 접수한 89재다카96호 사건에 대하여 재판을 해주지 아니함에 대한 헌법소원임에도, 헌법재판소가 그 심판대상을 오인하여 “대법원은 위 회신과는 별도로 동 재심소장을 대법원 89다카4120호 결정에 대한 준재심청구로 보아 대법원 89재다카96호로 접수하였다. 그러므로 결국 대법원의 접수거부처분이 있음을 전제로 하는 청구인의 본건 헌법소원심판청구는 부적법하다”는 이유로 위 헌법소원심판청구를 각하한 것은 “없는 사실을 날조하여 그에 터잡은” 것이므로, 민사소송법 제409조, 제416조의 각 규정의 취지에 비추어 위 각하결정을 취소하는 심판을 청구한다로 되어 있다.

나. 결국 청구인이 이 사건에서 청구하는 이유의 요지를 위 89헌마132 결정의 판시내용과 견주어 보면 결국 위 결정에는 사실오인이나 법리오해가 있으니, 이를 취소하고 다시 심판하여 달라는 주장으로 보인다.

그렇다면 이 사건 심판청구는 청구인이 사용한 용어 (“재심”이라는 용어)에 관계없이 그 실질에서는 위 89헌마132 결정에 대한 단순한 불복소원에 불과하다고 보여진다. 더욱 청구인은 이 사건 심판청구를 하면서 결정에 대한 불복규정인 민사소송법 제409조 및 제416조에 의하여 위 각하결정의 취소를 구하고 있음에 비추어도 이

를 알 수 있다.

다. 그런데 헌법재판소의 결정에 대하여는 헌법재판소법상 불복신청을 할 수 있는 방법이 전혀 규정되어 있지 아니하고 오히려 헌법재판소법 제39조는 “일사부재리”라는 표제 아래 “헌법재판소는 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여는 다시 심판할 수 없다”라고 규정하고 있다. 그러므로 헌법재판소가 각종의 심판절차를 거쳐 선고한 결정은 그 선고와 동시에 곧바로 형식적으로 확정된다고 할 것이므로 취소될 수 없고, 이에 대하여는 헌법소원의 형식에 의하여도 그 취소나 변경을 구하는 심판청구를 제기할 수 없다(헌법재판소 1990.5.21. 고지, 90헌마 78 결정 참조) 할 것이다.

따라서 청구인의 이 사건 심판청구는 위 확정된 89헌마132 결정에 대한 불복소원이라 할 것이고 이는 불복이 허용될 수 없는 결정에 대한 심판청구로서 부적법하다 할 것이다.

3. 결론

그렇다면 청구인의 이 사건 심판청구는 부적법하다 할 것이므로 이를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 의견일치에 따라 주문과 같이 결정한다.

1994. 12. 29.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연

주심 재판관 이재화

재판관 조승형

재판관 정경식

재판관 고중석

재판관 신창언