

책 명	헌재판례 14-2
분류번호	71-76호
FILE명	1.HWP
페이지	1-911
편집	
1 차	나연(2002.8.30)
2 차	나연(2003.2.15)
3 차	찬(03.2.22)
4 차	찬(03.3.11)
5 차	

공무원연금법 제64조 제3항 위헌소원

(2002. 7. 18. 2000헌바57 전원재판부)

【판시사항】

1. 공무원연금법 제64조 제3항의 급여제한을 퇴직후의 사유에도 적용하는 것이 재산권을 침해하는지 여부(적극)
2. 이 사건 법률조항을 퇴직후의 사유에도 적용하는 것이 명확성의 원칙에 위배되는지 여부(적극)
3. 이 사건 법률조항을 퇴직후의 사유에도 적용하는 것이 평등의 원칙에 위배되는지 여부(적극)
4. 이 사건 법률조항이 적법절차원칙과 이중처벌금지의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 공무원연금법 제64조 제3항에 의한 급여의 제한사유인 범죄행위를 공무원으로 재직하던 중에 범한 죄로 한정하여 보는 한, 연금제도와 같은 사회보장 분야에 관한 입법에 있어 입법자가 광범위한 입법형성권을 갖는 점에 비추어 볼 때 이 사건 법률조항이 사유재산권을 보장한 헌법규정에 위반하여 퇴직급여청구권의 본질적인 내용을 침해하거나 입법형성권의 범위를 벗어나 과잉금지의 원칙에 반하는 자의적인 것이라고는 볼 수 없다. 그러나 이 사건 법률조항에 의한 급여제한의 사유가 퇴직 후에 범한 죄에도 적용되는 것으로 보는 것은, 입법목적을 달성하기 위한 방법의 적정성을 결하고, 공무원이었던 사람에게 입법목적에 비추어 과도한 피해를 주어 법익균형성을 잃는 것으로서 과잉금지의 원칙에 위배하여 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것으로 헌법에 위반된다 할 것이다.

2. 이 사건 법률조항은 급여청구권을 제한 내지 박탈하는 부담적 성격을 갖고 있는 규정이므로 명확성의 원칙에 관하여 엄격한 기준이 적용되는 것인데도, 이 사건 법률조항은 그 앞의 제1항, 제2항에

서 “재직 중의 사유로”라고 그 사유의 발생시기를 명확히 하고 있는 것과는 달리, 그 사유가 ‘재직 중의 사유’만인지 ‘퇴직 후의 사유’도 해당되는지에 관하여 일체의 언급이 없이 해당 범죄의 종류만을 열거하고 있다. 이러한 법문상의 표현은 입법의 결함이라고 할 것이고, 이로 인하여 대립적 해석을 낳고 있는바, 이러한 불명확한 규정에 의하여 ‘퇴직 후의 사유’를 급여제한의 사유에 해당하는 것으로 본다 면, 이는 법규정이 불명확하여 법집행당국의 자의적인 법해석과 집행을 가능하게 하는 것으로서 헌법상의 명확성의 원칙에 어긋나는 조항이라 하겠다.

3. 이 사건 법률조항을 ‘재직 중의 사유’로 한정하여 보는 입장을 취할 경우, 공무원 재직 중에 일반범죄를 범한 자와 재직 중 반국가적 범죄를 범한 자 사이에는 제한되는 급여의 범위에 차등이 있으나, 이러한 차별은 공무원이 재직 중 반국가적 범죄를 범할 경우 국가에 대한 위해가 일반범죄의 경우보다 훨씬 크기 때문에 이를 방지하기 위한 것으로서 합리적 이유가 있으므로 평등의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

그러나, 이 사건 법률조항을 퇴직 후의 범죄에 대하여도 적용되는 것으로 해석한다면, 공무원이 퇴직 후 일반범죄를 범하는 경우와 반국가적 범죄를 범하는 경우에 큰 차별이 있게 된다. 퇴직 후 일반범죄를 저지른 자는 퇴직급여청구권에 아무런 제한이 없는데, 국가보안법위반죄 등 반국가적 범죄를 저지른 자는 퇴직한 후 시일이 얼마나 경과하였는지에 상관없이 퇴직급여를 소급하여 박탈당하게 되는 것으로 평등의 원칙에 위배된다.

4. 이 사건 법률조항은 그에 해당하는 사유가 있으면 반드시 급여를 지급하지 않게 되어 있어 청문절차를 거치더라도 그 결과에 따라 급여제한의 내용이 달라질 가능성이 있는 것도 아니고, 급여제한에 관한 결정은 행정처분으로서 그 결정에 이의가 있는 수급자는 공무원연금급여재심위원회에 심사를 청구하고(공무원연금법 제80조 제1항, 공무원연금법시행령 제84조) 행정소송을 제기하여 구제를 받을 수 있는 길이 열려 있으므로 급여의 제한조치에 앞서 청문절차를 거치도록 직접 규정하지 아니하였다고 하여 이 사건 법률조항이 적법절차의 원칙에 어긋난다고 할 수는 없다. 또한 헌법 제13조 제1항

후단에 규정된 일사부재리 또는 이중처벌금지의 원칙에 있어서 처벌이라고 함은 원칙적으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미하는 것이고 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분이 모두 그에 포함된다고는 할 수 없으므로 이 사건 법률조항에 의하여 급여를 제한한다고 하더라도 그것이 헌법이 금하고 있는 이중적인 처벌에 해당하는 것은 아니라고 할 것이다.

【심판대상조문】

공무원연금법(1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정되고, 2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되기 전의 것) 제64조(형벌등에 의한 급여의 제한) ①, ② 생략
③ 형법 제2편 제1장(내란의 죄), 제2장(외환의 죄), 군형법 제2편 제1장(반란의 죄), 제2장(이적의 죄), 국가보안법(제10조를 제외한다)에 규정된 죄를 범하여 금고이상의 형을 받은 경우에는 이미 납부한 기여금의 총액에 민법의 규정에 의한 이자를 가산한 금액을 반환하되 급여는 지급하지 아니한다.
④ 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제12조 제1항, 제13조 제1항, 제23조 제1항, 제37조 제2항
공무원연금법(1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정되고, 2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되기 전의 것) 제31조(급여의 환수) ① 공단 또는 지방자치단체는 급여를 받은 자가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그 급여액을 환수하여야 한다. 이 경우 제1호에 해당하는 경우에는 급여액에 대통령령이 정하는 이자 및 환수비용을 가산하여 징수한다.
1. 부정한 방법으로 급여를 받은 경우
2. 급여를 받은 후 그 급여의 사유가 소급하여 소멸된 경우
3. 기타 급여가 과오급된 경우
② 공단 또는 지방자치단체는 제1항의 규정에 의한 급여의 환수에 있어서 환수금을 납부할 자가 기한 내에 납부하지 아니한 때에는 행정자치부장관의 승인을 얻어 국제징수법의 규정에 의한 체납처분의 예에 의하여 이를 징수할 수 있다.
공무원연금법(1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정되고, 2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되기 전의 것) 제64조(형벌 등에 의한 급여의 제한) ① 공무원 또는 공무원이었던 자가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급한다. 이 경우 퇴직급여액은 이미 납부한 기여금의 총액에 민법의 규정에 의한 이자를 가산한 금액이하로 감액할 수 없다.
1. 재직중의 사유로 금고이상의 형을 받은 때
2. 탄핵 또는 징계에 의하여 파면된 때

② 재직중의 사유로 금고이상의 형에 처할 범죄행위로 인하여 수사가 진행 중에 있거나 형사재판이 계속 중에 있는 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부에 대하여 지급을 정지할 수 있다. 이 경우 급여의 제한사유에 해당하지 아니하게 된 때에는 그 잔여금에 대통령령이 정하는 이자를 가산하여 지급한다.

③, ④ 생략

공무원연금법시행령 제55조(형벌 등에 의한 퇴직급여 및 퇴직수당의 감액) ① 공무원 또는 공무원이었던 자가 법 제64조 제1항 각호의 1에 해당하게 된 때에는 퇴직급여는 재직기간이 5년 미만인 자에 대하여는 그 금액의 4분의 1을, 5년 이상인 자에 대하여는 그 금액의 2분의 1을 각각 감하여 지급하고, 퇴직수당은 그 금액의 2분의 1을 감하여 지급한다. 이 경우 퇴직연금 또는 조기퇴직연금이 있어서는 그 감액사유에 해당하게 된 날이 속하는 달까지는 감액하지 아니한다.

② 공무원 또는 공무원이었던 자에 대하여 재직중의 사유로 금고이상의 형에 처할 범죄행위로 인하여 수사가 진행 중에 있거나 형사재판이 계속중에 있는 때에는 재직기간이 5년 미만인 자의 퇴직일시금은 그 급여액의 4분의 3에 상당하는 금액만을, 퇴직수당과 재직기간이 5년 이상인 자의 퇴직연금일시금 또는 퇴직일시금은 그 급여액의 2분의 1에 상당하는 금액만을 각각 우선 지급하고, 다음 각호의 1에 해당하게 되는 때에 그 잔여금을 지급한다.

1. 삭제
2. 삭제

3. 금고이상의 형의 선고유예판결을 받고 그 유예기간이 경과된 때

③ 법 제64조 제2항의 규정에 의하여 잔여금에 가산할 이자는 해당연도마다 1월 1일 현재 전국은행이 적용하는 정기예금금리 중 가장 높은 금리를 적용하되, 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 지급한 날이 속하는 달의 다음 달부터 잔여금 지급사유가 발생한 날이 속하는 달까지의 기간에 대하여 연단위로 그 이자를 그 잔여금에 산입하여 그 후의 이자액을 계산한다.

④ 연금취급기관장은 제1항 또는 제2항에 해당하는 자의 퇴직급여청구서 또는 퇴직수당청구서를 공단에 이송할 때에는 그 해당사실을 청구서에 기재하여야 한다. 퇴직급여청구서 또는 퇴직수당청구서를 이송한 후 그 해당사실을 알게 된 때에는 지체없이 이를 공단에 통보하여야 한다.

⑤ 제2항의 규정에 의한 잔여금을 지급받고자 하는 자는 잔여퇴직급여청구서 또는 잔여퇴직수당청구서에, 동항 제1호에 해당하는 경우에는 관할 검찰청의 장이 발행한 불기소처분결정서를, 동항 제2호 및 제3호에 해당하는 경우에는 관할 검찰청의 장이 발행한 형사재판확정증명서를 첨부하여 이를 공단에 제출하여야 한다.

【참조판례】

1. 대법원 2002. 5. 31. 선고 2000두4514 판결(공2002상, 1564)

- 헌재 1999. 9. 16. 97헌바28 판례집 11-2, 272
2. 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49
- 헌재 1992. 4. 28. 90헌바27등, 판례집 4, 255
- 헌재 1996. 8. 29. 94헌바15, 판례집 8-2, 74
- 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집10-1, 327
- 헌재 2000. 2. 24. 98헌바37, 판례집 12-1, 169, 179
- 헌재 2001. 10. 25. 2001헌바9, 판례집 13-2, 491
3. 헌재 1989. 5. 24. 89헌가37등, 판례집 1, 48
4. 헌재 2000. 6. 29. 98헌바106, 판례집 12-1, 833

【당 사 자】

청 구 인 고○복

대리인 법무법인 덕수합동법률사무소

담당변호사 진선미

당해사건 서울고등법원 99누10935 퇴직급여환수처분취소

【주 문】

공무원연금법 제64조 제3항은 퇴직 후의 사유를 적용하여 공무원연금법상의 급여를 제한하는 범위내에서 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1966. 11. 1.부터 ○○대학교 교수로 재직하다가 1993. 8. 1. 퇴직 후 같은 해 9.부터 1998. 11.까지 공무원연금법에 의한 퇴직급여로 퇴직연금 111,741,870원과 퇴직수당 39,414,590원을 지급받았다. 그런데 청구인은 1997. 9. 10.경 남파간첩인 최정남 등 반국가단체 구성원과 수 차례 회합하였고, 이로 인하여 1998. 7. 23. 서울고등법원에서 국가보안법 제8조(회합·통신) 위반죄로 징역 2년의 형을 선고받아 그 판결이 1998. 11. 13. 확정되었다.

이에 공무원연금관리공단은 같은 해 12. 26. 청구인에 대하여 공무원연금법 제64조 제3항과 동법 제31조 제1항 제2호를 적용하여 기지급된 퇴직급여 합계금 151,156,460원에서 청구인에게 반환할 기여금 15,128,620원(청구인으로부터 납부받은 기여금 및 이에 대한 민법 소정의 이율에 의한 이자)을 공제한

금 136,027,840원을 1999. 1. 29.까지 납부하라는 처분을 하였다.

청구인은 서울행정법원에 공무원연금관리공단을 상대로 퇴직급여환수처분 취소소송(99누9888)을 제기하였으나 청구기각되자, 이에 불복하여 서울고등법원에 항소(당해사건인 99누10935)하였다. 청구인은 항소심 재판 중 공무원연금법 제64조 제3항이 헌법에 위반된다고 주장하면서 위헌법률심판제청을 신청(2000아109)하였으나 서울고등법원이 이를 기각하자, 2000. 7. 21. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 이 사건 헌법소원을 청구하였다.

한편 서울고등법원은 2000. 6. 29. 당해사건에 대한 청구인의 항소를 기각하는 판결을 선고하였고, 청구인이 상고를 하지 않아 그 판결이 확정되었다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 공무원연금법 제64조 제3항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌여부이고, 그 내용 및 관련 법률조항은 다음과 같다.

공무원연금법(1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정되고, 2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되기 전의 것)

제64조(형벌 등에 의한 급여의 제한) ① 공무원 또는 공무원이었던 자가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급한다. 이 경우 퇴직급여액은 이미 납부한 기여금의 총액에 민법의 규정에 의한 이자를 가산한 금액 이하로 감액할 수 없다.

1. 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 때

2. 탄핵 또는 징계에 의하여 파면된 때

② 재직 중의 사유로 금고 이상의 형에 처할 범죄행위로 인하여 수사가 진행 중에 있거나 형사재판이 계속 중에 있는 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부에 대하여 지급을 정지할 수 있다. 이 경우 급여의 제한사유에 해당하지 아니하게 된 때에는 그 잔여금에 대통령령이 정하는 이자를 가산하여 지급한다.

③ 형법 제2편 제1장(내란의 죄), 제2장(외환의 죄), 군형법 제2편 제1장(반란의 죄), 제2장(이적의 죄), 국가보안법(제10조를 제외한다)에 규정된 죄를 범하여 금고 이상의 형을 받은 경우에는 이미 납부한 기여금의 총액에 민법의 규정에 의한 이자를 가산한 금액을 반환하되 급여는 지급하지 아니한다.

④ 생략

제31조(급여의 환수) ① 공단 또는 지방자치단체는 급여를 받은 자가 다음

각호의 1에 해당하는 경우에는 그 급여액을 환수하여야 한다. 이 경우 제1호의 경우에는 급여액에 대통령령이 정하는 이자 및 환수비용을 가산하여 징수한다.

1. 생략

2. 급여를 받은 후 그 급여의 사유가 소급하여 소멸된 경우

3. 생략

② 생략

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 당해사건에 관하여 법원은 이 사건 법률조항상의 퇴직급여청구권의 제한사유는 재직 중의 사유임을 요건으로 하고 있지 않기 때문에 범죄행위가 퇴직 후에 발생한 경우에도 적용된다고 판시하고 있으나, 공무원연금법상 퇴직급여청구권은 공무원으로서 재직 중의 근무사실을 전제로 성립하는 권리가기 때문에 퇴직급여청구권의 제한사유도 당연히 재직 중에 발생한 사유로 한정되어야 한다.

(2) 공무원 또는 공무원이었던 자라는 사실은 당해 범죄행위로 인한 형벌의 양형에서 충분히 참작되었을 터인데, 이 사건 법률조항이 다시 퇴직급여청구권마저 박탈하는 것은 이중적 처벌인 동시에 재산권에 대한 지나친 제한으로서 퇴직급여청구권의 본질적 내용을 침해하는 것이고, 특히 퇴직한 후에 발생한 사유에 대하여도 적용하는 것은 퇴직급여청구권의 행사를 제한함에 있어서 과잉금지 원칙에 위배되는 것이다.

(3) 이 사건 법률조항은 퇴직급여의 제한에 관하여 일반범죄와 국가보안법 등 국가적 범익을 침해하는 일정한 범죄를 차별하여 취급하고 있는데, 이는 평등원칙에 위배된다. 퇴직 후 일반범죄를 저지른 자는 퇴직급여청구권에 아무런 제한이 없는데, 국가보안법위반 등의 범죄를 저지른 자는 퇴직한 후 시일이 얼마나 경과하였는지에 상관없이 퇴직급여를 소급하여 박탈하는 것은 아무런 합리적 근거없이 차별대우하는 것이다.

(4) 또한 퇴직급여청구권의 제한과 같은 불이익처분을 내리기 위해서는 당연히 사전에 그 처분의 적정성을 심사하는 절차가 마련되어 당사자에게 항변할 수 있는 의견제진의 기회를 보장하여야 하는데, 이러한 기회가 보장되지 않고 있는 것은 적법절차에 의하지 아니하고는 처벌받지 않는다는 헌법상의 원칙에 위배된다.

나. 서울고등법원의 위헌제청신청 기각결정 이유의 요지

(1) 공무원연금법상의 퇴직급여는 후불임금으로서의 성격 뿐만 아니라, 사회보장 혹은 공로보상적 급여로서의 성격을 가지고 있고, 공무원은 재직 중 국민 전체에 대한 봉사자로서 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 앞장서서 수호하여야 할 헌법상의 책임을 지고 있을 뿐만 아니라, 비록 퇴직한 후라 할지라도 공무원이었던 자가 국가보안법위반죄 등의 범죄행위를 범할 경우에는 공무원이 아니었던 자에 의한 경우 및 일반범죄를 범하는 경우보다 국가의 안위에 훨씬 심각한 위해가 초래될 가능성이 높고, 공무원은 퇴직 후에도 직무상 지득한 비밀을 준수하는 등 일정한 의무를 부담하는 점 등을 고려할 때, 이 사건 법률조항이 헌법 제23조 제1항에 위반하여 재산권의 본질적인 내용을 침해하였거나 과잉금지의 원칙 및 평등원칙에 위반하는 것이라 볼 수 없다.

(2) 또한 헌법 제12조 제1항 후단의 적법절차원칙이라 함은 형사사법절차상의 원칙으로서 행정절차상의 근거를 규정한 이 사건 법률조항과는 아무런 관련이 없고, 공무원 등이 국가보안법위반죄 등을 범하여 금고 이상의 형을 받은 경우 그 사실 자체로써 퇴직급여청구권을 박탈할 것인지, 아니면 일정한 절차를 거쳐 퇴직급여청구권을 박탈하는 별도의 처분을 할 것인지는 입법자의 재량에 속하는 것이고, 당사자의 의견진술권이 반드시 절차적 권리로 보장되어야 하는 것은 아니다.

다. 공무원연금관리공단 이사장의 의견요지

(1) 퇴직급여청구권의 제한은 언제나 재직 중에 발생한 사유일 것을 전제로 하는 것은 아니다. 공무원은 퇴직 후라도 반국가적 활동에 나설 경우에는 국가의 안위에 훨씬 심각한 위해가 초래될 가능성이 있으므로, 반국가적 활동에 대해서는 공무원의 재직시기를 불문하고 엄중한 법적 제재를 가하는 것이며, 현직 공무원 및 국가가 안전보장·질서유지에 반하여 범죄행위를 한 자에 대해서는 더 이상의 부양의 의무를 질 필요가 없는 것이다.

(2) 공무원연금수급권은 사회보장적 성격과 재산권의 성격을 아울러 지니고 있는 것으로 사회보장급여, 보험료, 후불임금으로 정확히 구별하기 어려우며, 이 사건 법률조항은 공무원의 특수성, 범죄행위가 사회에 미치는 영향, 국가적 상황 등을 고려하여 반국가행위자에 대한 사회보장수급권을 박탈하기 위한 국가정책적 목적에서 만들어진 조항으로, 일부 재산권의 성격을 인정한다 하더라도 이는 법률에 의한 재산권의 한계를 설정한 것이며, 청구인이 부

담하였던 기여금과 그 이자는 반환하므로 사유재산권의 본질을 침해하거나 과잉금지의 원칙에 위배되는 것은 아니다.

(3) 급여의 제한에 있어 개인에 대한 살인이나 공금의 횡령 등은 국가전체에 위해를 가하는 행위는 아닌 반면, 내란이나 외환 또는 국가보안법상의 범 죄는 국가의 안녕과 공공질서에 직접적이고 광범위한 해악을 끼칠 수 있다는 점에서 반국가행위에 대한 급여의 제한과 일반 사범에 대한 급여의 제한에 차별을 두는 것은 법의 형평성을 고려한 합리적 차별이라 할 것이다.

(4) 적법절차원리란 형사사법절차상의 원칙으로서 퇴직급여의 환수에 관한 행정처분을 할 수 있는 행정절차상의 근거를 규정한 이 사건 법률조항과는 관련이 없는 것이다. 오늘날 적법절차의 원리가 형사절차 외에도 행정절차에 까지 적용해야 한다는 주장이 제기되고 있으나, 이 사건과 같은 경우에는 고 지·청취 또는 변명의 기회를 주더라도 그 결과에 따라 법률적용의 내용이 달라지는 것은 아니며, 이 법에 따른 퇴직급여환수처분에 대하여 그 결정에 이의가 있는 수급자는 공무원연금급여재심위원회에 심사를 청구하고 행정소송을 제기하여 충분히 구제받을 수 있는 절차가 마련되어 있으므로 퇴직급여의 환수처분에 앞서 청문절차 등을 거치도록 직접 규정하지 아니하였다고 하여 적법절차의 원칙에 어긋난다고 할 수 없다.

라. 행정자치부 장관의 의견요지

공무원연금관리공단 이사장의 의견과 대체로 같다.

3. 판 단

가. 공무원연금제도의 성격 및 연금급여의 종류

공무원연금제도는 공무원을 대상으로 퇴직 또는 사망과 공무로 인한 부상·질병·폐질에 대하여 적절한 급여를 실시함으로써, 공무원 및 그 유족의 생활안정과 복리향상에 기여하는 데에 그 목적이 있는 것으로서(법 제1조), 위의 사유와 같은 사회적 위험이 발생한 때에 국가의 책임아래 보험기술을 통하여 공무원의 구제를 도모하는 사회보험제도의 일종이다.

또한 공무원연금제도는 연금제도 본래의 기능인 퇴직연금 외에도 기업의 퇴직금에 해당하는 일시금 및 퇴직수당, 민간의 산재보험에 해당하는 공무원상해해보상급여 기타 일반재해에 대한 각종 부조급여를 실시하는 등의 폭넓은 보장기능이 있으며, 아울러 전·현직 공무원을 위한 다양한 후생복지 프로그램도 마련하고 있다. 즉, 공무원연금제도는 공무원이라는 특수직역을 대상으로 한 노후소득보장, 근로보상, 재해보상, 부조 및 후생복지 등을 포괄적으로

실시하는 종합적인 사회보장제도이다.

공무원연금법상의 급여는 크게 단기급여와 장기급여로 나누어진다. 단기급여로는 공무원상요양비·공무상요양일시금·재해보조금·사망조위금 등 4종이 있고(공무원연금법 제34조), 장기급여로는 퇴직급여 4종(퇴직연금·퇴직연금일시금·퇴직연금공제일시금·퇴직일시금), 장해급여 2종(장해연금·장해보상금), 유족급여 6종(유족연금·유족연금부가금·유족연금특별부가금·유족연금일시금·유족일시금·유족보상금) 및 퇴직수당 등 13종이 있다(공무원연금법 제42조).

이러한 공무원연금법상의 급여를 그 보호내용의 성격에 따라 구분해 보면, ① 퇴직이나 사망 등에 의한 소득상실시 그 소득을 보장해주는 소득보장적 성격의 퇴직급여와 유족급여 ② 민간의 법정퇴직금에 해당하는 근로보상적 성격의 퇴직수당 ③ 근로재해에 대해 보상을 해주는 재해보상적 성격의 공무상요양급여(공무상요양비·공무상요양일시금), 장해급여 및 유족보상금 ④ 일반재해에 대해 위로하는 차원에서 지급하는 부조적 성격의 재해보조금과 사망조위금 등으로 나누어진다.

이와 같이 공무원연금법상의 각종 급여는 퇴직수당과 같이 후불임금의 성격이 강한 것도 있고 그렇지 아니한 것도 있지만, 기본적으로는 모두 사회보장적 급여로서의 성격을 가짐과 동시에 공로보상 내지 후불임금으로서의 성격도 함께 가진다고 할 것이다(헌재 1998. 12. 24. 96헌바73, 판례집 10-2, 856, 866; 헌재 2000. 3. 30. 99헌바53 등 판례집 12-1, 344, 352).

나. 이 사건 법률조항의 연혁

공무원연금법상의 형벌에 의한 급여의 제한은 공무원연금법 제정 당시부터 규정되어 있었다. 구 공무원연금법(1960. 1. 1. 법률 제533호로 제정된 것) 제9조는 공무원 또는 공무원이었던 자가 재직 중의 사유로써 ① 자격정지 이상의 형의 선고를 받고 그 형이 확정되거나, ② 형의 집행유예의 선고를 받고 그 재판이 확정되거나, ③ 탄핵 또는 징계에 의하여 면직된 경우(군인이 재판에 의하여 면직되는 경우를 포함한다), ④ 국적을 상실하는 경우에는 공무원연금법에 의한 급여를 받을 수 없도록 규정하였다.

그 후 1962. 8. 31. 법률 제1133호로 개정된 구 공무원연금법 제49조 제1항에서 “공무원 또는 공무원이었던 자가 금고 이상의 형을 받았거나 공무원이 탄핵 또는 징계처분에 의하여 면직 또는 정직된 경우에는 각령의 정하는 바에 의하여 급여의 전부 또는 일부를 지급하지 아니할 수 있다.”고 규정하면서

재직 중의 사유가 삭제되었으나, 이 때까지는 반국가범죄에 대하여 특별히 별도의 규정을 두지는 않고 있었다.

그러다가 1982. 12. 28. 법률 제3586호로 구 공무원연금법을 전문개정하면서 제64조 제1항에서 “공무원 또는 공무원이었던 자가 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받았거나, 공무원이 탄핵 또는 징계에 의하여 파면된 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 급여액의 일부를 감액하여 지급한다. 이 경우 이미 납부한 기여금의 총액에 민법의 규정에 의한 이자를 가산한 금액 이하로 감액할 수 없다.”고 규정하였고, 제2항에서 “형법 제2편 제1장(내란의 죄), 제2장(외환의 죄), 군형법 제2편 제1장(반란의 죄), 제2장(이적의 죄), 국가보안법(제10조를 제외한다)에 규정된 죄를 범하여 금고 이상의 형을 받은 경우에는 이미 납부한 기여금의 총액에 민법의 규정에 의한 이자를 가산한 금액을 반환하되, 급여는 지급하지 아니한다.”라고 규정하여 반국가범죄에 대하여 별도의 조항을 신설하여 급여를 제한하도록 하였다. 이 때 일반범죄에 대해서는 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 선고받은 경우에 한하여 급여의 제한을 한다는 것을 규정하였으나, 반국가범죄에 대하여는 ‘재직 중의 사유’라는 규정을 두지 않았는데, 이러한 내용이 현행법에까지 그대로 유지되어 온 것이다.

다. 이 사건 법률조항의 해석상 문제점

이 사건 법률조항은 같은 조 제1, 2항에서 급여제한사유를 ‘재직 중의 사유’로 명확히 한정하고 있는 것과는 달리 재직 중의 사유로 한정하는지 여부에 관하여 규정하고 있지 않아서, 이 사건 법률조항에 의한 급여지급제한사유가 재직 중의 사유에 한정되는지, 아니면 재직 중의 사유는 물론이고 퇴직 후의 사유도 포함되는지 여부가 문제가 된다.

이 문제에 관하여 당해사건의 제1, 2심 법원이 취한 바와 같이 재직 중의 사유는 물론이고 퇴직 후의 사유에도 급여의 제한이 적용된다는 견해가 있을 수 있다. 이 견해는 공무원연금법 제64조 제1항 및 제2항과는 달리 제3항(이 사건 법률조항)은 ‘재직 중의 사유’라는 제한된 표현이 없으므로 그 해석상 재직 중의 사유는 물론이고 당연히 퇴직 후의 사유에도 적용된다고 보는 것이며, 1982. 12. 28. 공무원연금법 개정 전에는 일반범죄와 반국가범죄를 함께 규정하다가 1982. 12. 28.의 개정으로 이를 분리하여 규정하였다면, 반국가범죄에 대하여는 일반범죄와는 달리 재직 중의 사유로 한정하지 않으려는 것이 입법자의 의도라고 파악하는 것이다. 공무원은 퇴직 후라 할지라도 국가보안

법위반죄 등 반국가적 범죄행위를 하는 경우에 공무원이 아니었던 자에 의한 경우 및 일반범죄를 범한 경우보다 국가의 안위에 훨씬 심각한 위해를 초래할 가능성이 높으며, 공무원은 퇴직 후에도 직무상 지득한 비밀을 준수하는 등 일정한 의무를 부담한다는 점 등을 고려할 때, 이 사건 법률조항에 의한 급여의 제한은 공무원 등이 퇴직 전후를 불문하고 국가보안법위반 등의 범죄행위를 한 경우에 적용된다고 해석하여야 한다는 견해이다.

그러나, 이와 달리 이 사건 법률조항에 의한 급여의 제한은 '재직 중의 사유'로 한정해야 한다는 견해도 있다. 대법원은 2002. 5. 31. 선고 2000두4514 퇴직급여환수처분취소 등 사건에서, 공무원연금법 제64조에서 형벌 등에 의한 급여의 제한규정을 두게 된 입법목적, 규정의 연혁, 형평과 정의 관념, 평등권 기타 국민의 기본권 보장의 헌법정신 등에 비추어 볼 때, 위 법조는 공무원이 재직 중에 성실의무를 저버리고 범죄를 저질러 금고 이상의 형을 받은 때에는 재직 중의 성실의무에 대한 공로보상 또는 사회보장적 성격을 갖는 퇴직급여를 제한하고자 하는 규정으로서, 제1항은 저지른 죄명을 묻지 아니하는 일부감액의 경우를 규정하고, 제3항(이 사건 법률조항)은 거기에 열거된 범죄를 저지르는 데에 따른 전액지급제한의 경우를 규정한 것이라고 보아야 한다는 이유로, 이 사건 법률조항도 같은 조 제1,2항과 마찬가지로 급여제한사유를 '재직 중의 사유'로 한정하는 것이라고 해석하였다.

이와 같이 이 사건 법률조항은 그 소정의 급여제한이 '재직 중의 사유'만으로 한정되는가, 아니면 '퇴직 후의 사유'로도 제한될 수 있는가에 대하여 상반된 해석을 놓고 있으므로, 이 사건 법률조항의 위헌여부를 판단함에 있어서는 재직 중의 사유와 퇴직 후의 사유가 모두 적용될 여지가 있음을 전제로 하여 판단하기로 한다.

라. 이 사건 법률조항의 위헌여부

(1) 재산권의 침해여부

헌법 제23조 제1항은 "모든 국민의 재산권은 보장된다."고 규정하여 국민의 재산권을 보장하고 있고, 헌법 제37조 제2항은 "국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다."고 규정하여 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙을 천명하고 있다.

따라서 법률에 의하여 국민의 기본권을 제한할 때에도 어디까지나 국민의

자유와 권리의 본질적인 내용을 침해하지 않는 한도 내에서 행하여져야 할 것이고, 기본권을 제한하는 입법을 함에 있어서는 입법목적의 정당성과 그 목적달성을 위한 방법의 적정성, 피해의 최소성, 그리고 그 입법에 의해 보호하려는 공공의 필요와 침해되는 기본권 사이의 균형성을 모두 갖추어야 하며, 이를 준수하지 않은 법률 내지 법률조항은 기본권제한의 입법적 한계를 벗어난 것으로 헌법에 위반된다.

공무원연금법상의 퇴직급여 등 급여수급권은 재산권의 성격을 갖고 있으므로 이 사건 법률조항에 의하여 재산권으로서의 급여수급권이 제한된다고 볼 수 있는바, 이 사건 법률조항에 의한 재산권의 제한이 위에서 본 헌법적 한계를 지킨 것인지 살펴본다.

공무원연금제도는 공무원을 대상으로 퇴직 또는 사망과 공무로 인한 부상·질병·폐질에 대하여 적절한 급여를 실시함으로써, 공무원 및 그 유족의 생활안정과 복리향상에 기여하는 데에 그 목적이 있다. 공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며 국가작용을 수행하는 공직자로서 국가의 안전과 헌법수호 및 국민의 자유보장에 앞장서야 할 책임이 있다. 공무원이 반국가활동에 나설 경우에는 그렇지 않은 자의 경우보다 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유에 훨씬 심각한 위해가 초래될 가능성이 있으므로, 공무원에 대하여는 반국가활동에 나서지 못하도록 유도하여야 할 필요성이 더욱 크다 할 수 있으며, 공무원의 원활한 직무수행을 위해서는 공무원 개개인이나 공직에 대한 국민의 신뢰가 기본바탕이 되어야 하는바, 공무원이 국가보안법위반죄 등 반국가적 범죄로 인하여 금고 이상의 형사처벌을 받는 경우에는 공직 전체에 대한 신뢰를 실추시켜 공공의 이익을 해하는 결과를 초래하게 되므로, 위와 같은 범죄행위로 형사처벌을 받은 공무원에게 그에 상응하는 재산상의 불이익을 가하는 것은 국민전체의 이익을 위하여 적절한 수단이 될 수 있다.

이 사건 법률조항은 급여의 제한사유로 형법 제2편 제1장(내란의 죄), 제2장(외환의 죄), 군형법 제2편 제1장(반란의 죄), 제2장(이적의 죄), 국가보안법 위반죄(제10조를 제외한다)를 열거하고 있다. 내란의 죄는 국가존립의 내부적 기초인 국토와 헌법질서에 대한 죄이고, 외환의 죄는 국가존립에 대한 외부적 위협으로부터 국가를 보호하기 위한 것으로 외국과 모의를 하여 외환을 유지하거나 대한민국에 항적하거나 인적·물적 이익을 제공하여 국가존립을 위태롭게 하는 것을 말한다. 군형법상 반란의 죄는 작당하여 병기를 들고 관헌에 반항하여 다중적 항거행위를 하는 범죄이며, 이적의 죄는 군대 및 군용시설

등을 적에게 제공하거나 적을 위하여 간첩을 하는 등 적국을 이롭게 하는 행위를 내용으로 하는 범죄이다. 또한 국가보안법은 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보하기 위한 법률이다(국가보안법 제1조 제1항). 입법자는 이 사건 법률조항에 의하여 급여수급권을 제한하면서 제한의 사유가 되는 범죄를 위와 같이 국가의 존립에 위해를 가하고 헌정질서를 위태롭게 하는 범죄들로 한정하고, 소극적 행위인 국가보안법상의 불고지죄의 경우는 제외시키고 있다.

또한 공무원으로 근무하면서 공무원연금법에 의하여 납부한 기여금은 민법의 규정에 의한 이자를 가산하여 수급자에게 반환하도록 하고 있다. 공무원연금법상 연금재원은 보수월액의 1000분의 85에 해당하는 공무원의 기여금과 국가 또는 지방자치단체의 부담금으로 구성되는바(공무원연금법 제65조, 제66조 제2항, 제69조 제1항, 시행령 제59조, 제65조의3 제1항), 공무원연금법상의 급여 중 본인의 기여금에 해당하는 부분은 재직 중 근무의 대가로서 지급하였어야 할 임금의 후불적 성격이 강하고, 그 나머지 부분은 재직 중의 근무에 대한 은혜적인 보상 또는 사회보장적 급여의 성격이 강하다고 할 것인데, 재산권의 성격이 강한 기여금과 그 이자부분은 반환하는 것이다.

그렇다면, 이 사건 법률조항에 의한 급여의 제한사유인 범죄행위를 공무원으로 재직하던 중에 범한 죄로 한정하여 보는 한, 이 사건 법률조항은 목적의 정당성이 인정될 뿐만 아니라, 제한의 사유를 국가의 존립을 위태롭게 하는 범죄행위로 인하여 금고 이상의 형의 선고를 받은 경우로 한정하고, 제한의 범위도 후불임금으로서의 성격을 가지는 본인의 기여금과 그에 대한 이자의 합산액을 초과하는 부분에만 한정함으로써 그 수단의 상당성과 법익의 균형성도 갖추었다고 할 것이며, 연금제도와 같은 사회보장 분야에 관한 입법에 있어 입법자가 광범위한 입법형성권을 갖는 점에 비추어 볼 때(헌재 1999. 9. 16. 97헌바28 판례집 11-2, 272, 280 참조), 이 사건 법률조항이 사유재산권을 보장한 헌법규정에 위반하여 퇴직급여청구권의 본질적인 내용을 침해하거나 입법형성권의 범위를 벗어나 과잉금지의 원칙에 반하는 자의적인 것이라고는 볼 수 없다.

그러나, 이 사건 법률조항에 의한 급여의 제한사유를 퇴직 후에 범한 범죄에 대하여도 적용하는 것으로 본다면, 이는 헌법에 위반되는 것이라고 보지 않을 수 없다.

공무원으로서의 직무상 또는 직무 외의 의무인 성실의무, 복종의무, 친절공

정의무, 비밀엄수의무, 청렴의무, 법령준수의무, 명령복종의무, 품위유지의무 등도 원칙적으로 재직 중에 부과되는 의무이지(예외적으로 비밀준수의무는 법령의 특별한 규정에 의하여 퇴직 후에도 부담하게 된다), 공무원의 직에서 퇴직한 후에도 국가에 대한 무한정의 성실의무와 충성의무를 계속 부담하는 것으로는 볼 수 없다 할 것인데, 이 사건 법률조항에 의하여 퇴직 후에 범한 범죄에 의하여 퇴직급여 등 수급권을 제한한다면 이는 공무원에게 그 퇴직 후에도 계속 재직시와 같은 의무를 부과하는 것과 마찬가지로 될 것이며, 공무원이 이 사건 법률조항에 규정된 국가의 존립을 위태롭게 하는 범죄를 범할 때에 국가에 대한 위해가 일반인의 경우보다 크다고 하는 것도 원칙적으로 공무원으로 재직시에 범죄를 저지를 경우에 해당되는 것이지, 퇴직 후에도 그 위험성이 같은 정도로 높다고 할 수는 없다. 물론 공무원이었던 자가 퇴직 후에 이러한 범죄에 가담할 때, 일반인의 경우보다는 더 위해가 클 개연성이 있겠지만, 그 차이는 퇴직급여수급권을 제한 내지 박탈할 정도의 중대한 범의 침해를 정당화할 수 있는 정도로 큰 것은 아니다.

또한 공무원의 업무의 성격은 단순노무 등에 종사하는 자에서 국가기밀을 담당하는 자까지 매우 다양하고, 그 근무기간도 1~2년에서부터 수십년으로 차이가 날 수 있으므로, 공무원에 대한 성실의무와 국가에 대한 충성의무를 요구하는 것도 해당 공무원이 취급하는 업무의 성격과 그 근무기간 등에 의하여 국가의 존립이나 안전 및 국민의 안녕에 미치는 정도를 구분하여 불이익의 정도를 달리하는 것이 합리적이라고 할 것인데, 직무의 종류나 근무기간 등을 전혀 구분함이 없이 일률적으로 규정하여 단기간 단순노무직에 근무한 공무원이었다는 사유만으로도 평생에 걸쳐 급여의 환수라는 불이익을 가하게 되는 것은 입법형성의 자유를 넘어선 과도한 제한이다.

뿐만 아니라, 공무원연금법상의 급여청구권은 공무원의 퇴직 또는 사망으로 인하여 발생하는 것이므로 퇴직 후의 사유로 급여청구권을 제한하는 것은 이미 발생한 급여청구권을 사후에 발생한 사유로 소급하여 제한하는 것이 된다.

따라서, 이 사건 법률조항에 의한 급여제한의 사유가 퇴직 후에 범한 죄에도 적용되는 것으로 보는 것은, 입법목적을 달성하기 위한 방법의 적정성을 결하고, 공무원이었던 사람에게 입법목적에 비추어 과도한 피해를 주어 법익 균형을 잃는 것으로서 과잉금지의 원칙에 위배하여 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것으로 헌법에 위반된다 할 것이다.

(2) 명확성의 원칙 위반여부

명확성의 원칙은 법치국가원리의 한 표현으로서 기본권을 제한하는 법규범의 내용은 명확하여야 한다는 헌법상의 원칙이다. 법규범의 의미내용이 불확실하면 법적 안정성과 예측가능성을 확보할 수 없고, 법집행 당국의 자의적인 법해석과 집행이 가능하게 한다는 것을 그 근거로 한다(헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49; 1996. 8. 29. 94헌바15, 판례집 8-2, 74, 84; 2001. 10. 25. 2001헌바9, 판례집 13-2, 491, 498 참조). 즉, 법률은 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동지침을 주어야 차별적이거나 자의적인 법해석을 예방할 수 있는 것인데, 법규범의 의미내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 국민이 알 수 없다면, 법적 안정성과 예측가능성은 확보될 수 없게 될 것이고, 법집행 당국에 의한 자의적 집행이 가능하게 될 것이다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바27 등, 판례집 4, 255, 268-269; 1998. 4. 30 95헌가16, 판례집10-1, 327, 341-342; 2000. 2. 24. 98헌바37, 판례집 12-1, 169, 179 참조).

명확성의 원칙에서 명확성의 정도는 모든 법률에 있어서 동일한 정도로 요구되는 것은 아니고, 개개의 법률이나 법조항의 성격에 따라 요구되는 정도에 차이가 있을 수 있으며, 각각의 구성요건의 특수성과 그러한 법률이 제정되게 된 배경이나 상황에 따라 달라질 수 있다고 할 것이다. 일반론으로는 어떠한 규정이 부담적 성격을 가지는 경우에는 수익적 성격을 가지는 경우에 비하여 명확성의 원칙이 더욱 엄격하게 요구되고, 죄형법정주의가 지배하는 형사관련 법률에서는 명확성의 정도가 강화되어 더 엄격한 기준이 적용되지만, 일반적인 법률에서는 명확성의 정도가 그리 강하게 요구되지 않기 때문에 상대적으로 완화된 기준이 적용된다(헌재 2000. 2. 24 98헌바37, 판례집 12-1, 169, 179 참조).

이 사건 법률조항은 급여청구권을 제한 내지 박탈하는 부담적 성격을 갖고 있는 규정이므로 명확성의 원칙에 관하여 엄격한 기준이 적용되는 것인데도, 이 사건 법률조항인 공무원연금법 제64조 제3항은 그 앞의 제1항, 제2항에서 “재직 중의 사유로”라고 그 사유의 발생시기를 명확히 하고 있는 것과는 달리, 그 사유가 ‘재직 중의 사유’만인지 ‘퇴직 후의 사유’도 해당되는지에 관하여 일체의 언급이 없이 해당 범指的 종류만을 열거하고 있다. 이러한 법문상의 표현은 입법의 결함이라고 할 것이고, 이로 인하여 앞서 본 바와 같은 대

립적 해석을 낳고 있는바, 이러한 불명확한 규정에 의하여 ‘퇴직 후의 사유’를 급여제한의 사유에 해당하는 것으로 본다면, 이는 법규정이 불명확하여 법집행당국의 자의적인 법해석과 집행을 가능하게 하는 것으로서 헌법상의 명확성의 원칙에 어긋나는 조항이라 하겠다.

만약 이 사건 법률조항이 재직 중의 사유와 퇴직 후의 사유를 아우르는 조항이라면, 그와 같은 내용이 명시적으로 규정되어 있어야 하는 것이 일반적인 법문상의 표현양식이라 할 것인데, 이 사건 법률조항은 그와 같은 표현양식을 쓰지 않고 있으므로 퇴직 후의 사유로 이미 발생한 급여청구권을 제한할 수 있다고 해석할 수 없다. 따라서, 이 사건 법률조항은 같은 조 제1항, 제2항과는 독립된 항이기는 하지만 제1항과 제2항에서 “재직 중의 사유로……”라고 규정하고 있는 것을 이어받아 제3항을 규정한 것으로 풀이함이 상당하다 할 것이고, 이렇게 본다면, 헌법에 위반되지 않는다.

(3) 평등의 원칙 위반여부

헌법 제11조 제1항에 정한 법앞에서의 평등의 원칙은 결코 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것은 아니고, 법을 적용함에 있어서 뿐만 아니라, 입법을 함에 있어서도 불합리한 차별대우를 하여서는 아니된다는 것을 뜻하는바(헌재 1989. 5. 24. 89헌가37 등, 판례집 1, 48), 이 사건 법률조항은 퇴직급여의 제한에 관하여 일반범죄와 반국가적 범죄를 구별하여 취급하고 있으므로 이것이 평등의 원칙에 위반하는지의 여부를 살펴 본다.

이 사건 법률조항을 ‘재직 중의 사유’로 한정하여 보는 입장을 취할 경우, 공무원 재직 중에 일반범죄를 범한 자와 재직 중 반국가적 범죄를 범한 자 사이에는 제한되는 급여의 범위에 다음과 같은 차등이 있다. 즉, 공무원이 재직 중에 일반범죄를 저지른 경우에는 공무원연금법 제64조 제1항과 공무원연금법시행령 제55조 제1항에 의하여 퇴직급여와 퇴직수당이 일부 감액되어 지급되는데 반하여, 재직 중에 반국가적 범죄를 범한 경우에는 이 사건 법률조항에 의하여 이미 납부한 기여금의 총액에 민법의 규정에 의한 이자를 가산한 금액 외에는 지급되지 않는 것이다. 그러나, 이러한 차별은 공무원이 재직 중 반국가적 범죄를 범할 경우 국가에 대한 위해가 일반범죄의 경우보다 훨씬 크기 때문에 이를 방지하기 위한 것으로서 합리적 이유가 있으므로 평등의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

그러나, 이 사건 법률조항을 퇴직 후의 범죄에 대하여도 적용되는 것으로 해석한다면, 공무원이 퇴직 후 일반범죄를 범하는 경우와 반국가적 범죄를 범

하는 경우에 큰 차별이 있게 된다. 퇴직 후 일반범죄를 저지른 자는 퇴직급여 청구권에 아무런 제한이 없는데, 국가보안법위반죄 등 반국가적 범죄를 저지른 자는 퇴직한 후 시일이 얼마나 경과하였는지에 상관없이 퇴직급여를 소급하여 박탈당하게 되는 것이다.

앞서 본 바와 같이 공무원에게 퇴직 후에도 계속 일반인보다 무거운 의무를 부과할 수는 없는 것이고, 퇴직 후에는 반국가적 범죄가담으로 인한 위험성도 감소하게 되므로, 퇴직 후에 저지른 반국가적 범죄와 일반범죄를 근본적으로 다르게 취급할 합리적 이유는 없다 할 것이다. 따라서, 이 사건 법률조항이 공무원의 퇴직 후에 범한 반국가적 범죄에도 적용되는 것으로 해석하여 퇴직 후 일반범죄를 범한 경우와 달리 취급하여 퇴직급여청구권을 제한하는 것은, 공무원직에서 퇴직 후 반국가적 범죄를 범한 사람을 합리적 이유없이 차별하는 것으로서 헌법상의 평등의 원칙에 위반된다.

(4) 적법절차원칙의 위반여부

청구인은 이 사건 법률조항이 급여의 제한을 함에 있어 당사자에게 소명의 기회조차 주지 않고 있으므로 헌법 제12조 제1항에 규정된 적법절차의 원리에 위반된다고 주장한다.

살피건대, 이 사건 법률조항은 그에 해당하는 사유가 있으면 반드시 급여를 지급하지 않게 되어 있어 청문절차를 거치더라도 그 결과에 따라 급여제한의 내용이 달라질 가능성이 있는 것도 아니고, 급여제한에 관한 결정은 행정처분으로서 그 결정에 이의가 있는 수급자는 공무원연금급여재심위원회에 심사를 청구하고(공무원연금법 제80조 제1항, 공무원연금법시행령 제84조) 행정소송을 제기하여 구제를 받을 수 있는 길이 열려 있으므로 급여의 제한조치에 앞서 청문절차를 거치도록 직접 규정하지 아니하였다고 하여 이 사건 법률조항이 적법절차의 원칙에 어긋난다고 할 수는 없다(헌재 2000. 6. 29. 98헌바106, 판례집 12-1, 833, 847 참조).

(5) 이중적 처벌인지의 여부

청구인은 이 사건 법률조항이 공무원 또는 공무원이었던 자의 범죄행위에 대하여 형벌을 과하는 외에 다시 급여를 제한함으로써 헌법정신에 반하여 이중적으로 처벌하는 것이라고 주장하는바, 이 사건 법률조항이 일정한 범죄를 범한 공무원에 대하여 형벌이나 공무원법상의 징계 외에 추가적인 경제적 불이익을 부과하는 것이기는 하나, 헌법 제13조 제1항 후단에 규정된 일사부재리 또는 이중처벌금지의 원칙에 있어서 처벌이라고 함은 원칙적으로 범죄에

대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미하는 것이고 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분이 모두 그에 포함된다고는 할 수 없으므로 이 사건 법률조항에 의하여 급여를 제한한다고 하더라도 그것이 헌법이 금하고 있는 이중적인 처벌에 해당하는 것은 아니라고 할 것이다.

(6) 소결론

그렇다면, 이 사건 법률조항의 퇴직급여의 제한사유는 재직 중의 사유로 한정하여 해석하여야 할 것이고, 그 범위를 넘어서서 퇴직 후의 사유에도 적용되는 것으로 보는 범위 내에서 헌법상의 재산권보장과 명확성의 원칙 및 평등의 원칙에 위반된다.

4. 결 론

따라서, 이 사건 심판대상인 공무원연금법 제64조 제3항은 퇴직 후의 사유를 적용하여 공무원연금법상의 급여를 제한하는 범위내에서 헌법에 위반된다 할 것이므로 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일(주심) 권 성
김효종 김경일 송인준 주선희

민사소송법 제171조의2 제2항 위헌소원

(2002. 7. 18. 2001헌바53 전원재판부)

【판시사항】

재판의 당사자가 송달장소 변경을 신고하지 아니한 경우 종전의 송달장소로 송달서류를 등기우편으로 발송하도록 한 민사소송법 제171조의2 제2항이 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

민사소송법 제171조의2 제2항은 민사소송절차의 신속성의 실현이라는 공익을 달성하고자 하는 것으로 신고의무를 이행하지 아니한 당사자 등에 대하여 종전에 송달 받던 장소에 등기우편으로 서류를 송달할 수 있도록 하여 그러한 당사자 등이 송달될 서류를 사실상 받지 못한 상태에서 소송의 진행을 당하는 위험을 부담하는 불이익을 입도록 하는 것은 신고의무의 이행을 촉구하는 적절한 방법이고, 송달장소 변경시 이를 신고하지 아니한 모든 경우에 등기우편에 의한 발송송달을 허용하는 것이 아니라 “달리 송달할 장소를 알 수 없는 때에 한하여” 이를 허용하고 있으며, 등기우편에 의한 발송송달을 받은 당사자 등은 언제든지 법원에 문의하여 재판진행상황을 알 수 있고 송달받지 못한 서류를 다시 받아 볼 수도 있기 때문에 그다지 어렵지 않게 등기우편에 의한 발송송달로 인한 불이익을 벗어날 수 있다는 점을 고려하면, 위 법률조항이 도모하는 민사소송 절차의 신속성 등의 공익적 법익은 송달장소의 변경신고를 게을리한 당사자 등이 입는 불이익보다 훨씬 크다고 할 것이므로 위 법률조항은 공정한 재판을 받을 권리를 과도하게 제한하는 규정이라고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

구 민사소송법(1990.1. 13. 법률 제4201호로 신설되고, 2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정되기 전의 것) 제171조의2(송달장소 변경의 신고의무) ① 생략
② 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니한 자에 대한 서류의 송달은 달리 송달할 장소

를 알 수 없는 때에 한하여 종전의 송달을 받던 장소에 등기우편으로 송달할 수 있다.

【참조조문】

헌법 제27조

민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정되기 전의 것) 제174조(발신주의) 제171조 제2항, 제171조의2 제2항 또는 제173조의 규정에 의하여 서류를 우편으로 발송한 때에는 발송한 때에 송달된 것으로 본다.

민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정되기 전의 것) 제241조(쌍방불출석)

① 당사자 쌍방이 변론의 기일에 출석하지 아니하거나 출석하더라도 변론하지 아니한 때에는 재판장은 다시 기일을 정하여 당사자 쌍방을 소환하여야 한다.

② 제1항의 신기일 또는 그 후의 기일에 당사자 쌍방이 출석하지 아니하거나 출석하더라도 변론하지 아니한 때에는 1월내에 기일지정의 신청을 하지 아니하면 소의 취하가 있는 것으로 본다.

③, ④ 생략

민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정된 것) 제185조(송달장소변경의 신고 의무)

① 당사자·법정대리인 또는 소송대리인이 송달 받을 장소를 바꿀 때에는 바로 그 취지를 법원에 신고하여야 한다.

② 제1항의 신고를 하지 아니한 사람에게 송달할 서류는 달리 송달할 장소를 알 수 없는 경우 종전에 송달 받던 장소에 대법원규칙이 정하는 방법으로 발송할 수 있다.

민사집행법 제14조(주소 등이 바뀐 경우의 신고의무) ① 집행에 관하여 법원에 신청이

나 신고를 한 사람 또는 법원으로부터 서류를 송달 받은 사람이 송달 받을 장소를 바꾼 때에는 그 취지를 법원에 바로 신고하여야 한다.

② 제1항의 신고를 하지 아니한 사람에 대한 송달은 달리 송달할 장소를 알 수 없는 경우에는 법원에 신고된 장소 또는 종전에 송달을 받던 장소에 대법원규칙이 정하는 방법으로 발송할 수 있다.

③ 제2항의 규정에 따라 서류를 발송한 경우에는 발송한 때에 송달된 것으로 본다.

【참조판례】

헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808

대법원 2002. 8. 24. 선고 2001다31592 판결(공2001하, 2071)

【당 사 자】

청 구 인 이민자

대리인 변호사 황도수

당해사건 서울고등법원 2001나13060 손해배상(기)

【주 문】

구 민사소송법(1990. 1. 13. 법률 제4201호로 신설되고 2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정되기 전의 것) 제171조의2 제2항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인이 1996. 9. 25. 대한민국을 상대로 서울지방법원 남부지원에 제기한 손해배상청구소송(96가합19346)의 제6차 변론기일(1997. 11. 5. 09:30)의 원고(청구인)에 대한 통지서가 이사불명의 사유로 송달불능되자 법원이 소장에 기재된 청구인의 주소지로 이를 등기우편으로 발송하였고 위 변론기일에 청구인은 출석하지 아니하였고 피고는 출석하였으나 변론하지 아니하였다. 제7차 변론기일(같은 해 11. 26. 11:00) 역시 제6차 변론기일과 똑같은 경위를 거쳐 청구인은 출석하지 아니하였고 피고는 출석하였으나 역시 변론하지 아니하였다.

(2) 청구인은 제7차 변론기일로부터 3년 가까이 지난 2000. 10. 13.에 이르러 기일지정신청을 하였으나 위 법원은 “민사소송법 제241조 제2항에 의하여 제7차 변론기일인 1997. 11. 26.로부터 1월이 경과한 1997. 12. 27. 소의 취하가 있는 것으로 보아야 한다”는 이유로 2001. 1. 18. 소송종료선언의 판결을 선고하였다.

(3) 이에 청구인은 위 판결에 대하여 서울고등법원에 항소한 후(2001나 13060호, 당해사건), 민사소송법 제171조의2 제2항의 위헌여부에 관하여 위헌법률심판제청을 신청(서울고등법원 2001카기364)하였으나 위 고등법원이 2001. 6. 7. 청구인의 항소를 기각하고, 위 위헌여부심판제청신청을 기각하자, 같은 해 7. 7. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 구 민사소송법 제171조의2 제2항(1990. 1. 13. 법률 제4201호로 신설되고, 2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정되기 전의 것, 이하 “심판대상조항”이라 한다)의 위헌 여부이고, 심판대상조항 및 관련 규정의 내용은 다음과 같다.

구 민사소송법 제171조의2(송달장소변경의 신고의무)

① 당사자, 법정대리인 또는 소송대리인이 송달장소를 변경하였을 때에는 지체 없이 그 취지를 법원에 신고하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니한 자에 대한 서류의 송달은 달리 송달할 장소를 알 수 없는 때에 한하여 종전에 송달을 받던 장소에 등기우편으로 송달할 수 있다.

구 민사소송법 제174조(발신주의) 제171조 제2항, 제171조의2 제2항 또는 제173조의 규정에 의하여 서류를 우편으로 발송한 때에는 발송한 때에 송달된 것으로 본다.

구 민사소송법 제241조(쌍방불출석) ①당사자 쌍방이 변론의 기일에 출석하지 아니하거나 출석하더라도 변론하지 아니한 때에는 재판장은 다시 기일을 정하여 당사자 쌍방을 소환하여야 한다.

② 제1항의 신기일 또는 그 후의 기일에 당사자 쌍방이 출석하지 아니하거나 출석하더라도 변론하지 아니한 때에는 1월 내에 기일지정의 신청을 하지 아니하면 소의 취하가 있는 것으로 본다.

③④ 생략

신 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정되어 2002. 7. 1.부터 시행된 것) 제185조(송달장소변경의 신고의무) ② 제1항의 신고를 하지 아니한 사람에게 송달할 서류는 달리 송달할 장소를 알 수 없는 경우 종전에 송달받던 장소에 대법원규칙이 정하는 방법으로 발송할 수 있다.

신 민사집행법(2002. 1. 26. 법률 제6627호로 전문개정되어 2002. 7. 1.부터 시행된 것) 제14조(주소 등이 바뀐 경우의 신고의무) ① 집행에 관하여 법원에 신청이나 신고를 한 사람 또는 법원으로부터 서류를 송달받은 사람이 송달받을 장소를 바꾼 때에는 그 취지를 법원에 바로 신고하여야 한다.

② 제1항의 신고를 하지 아니한 사람에 대한 송달은 달리 송달할 장소를 알 수 없는 경우에는 법원에 신고된 장소 또는 종전에 송달을 받던 장소에 대법원규칙이 정하는 방법으로 발송할 수 있다.

2. 청구인의 주장 및 법원의 제청신청 기각이유

가. 청구인의 주장요지

심판대상조항에서 ‘달리 송달할 장소를 알 수 없는 때에 한하여’라 함은 기록에 현출되어 있는 자료만으로는 달리 송달할 장소를 알 수 없을 때를 말하는 것인데, 이 사건의 경우 1997. 10. 8.자 청구인에 대한 우편 송달통지서에 의하면 청구인에게 송달이 불가능한 사유가 ‘이사불명’으로 명시되어 있음을 알

수 있다. 따라서 기록에 현출된 자료에 의하면 원고가 이사간 사실을 확인할 수 있다고 할 것이고 이러한 경우 법원으로서도 주민등록표 등에 의하여 새로 이사한 주소지를 손쉽게 조사할 수 있는 상황이다. 그렇다면 이 사건의 경우는 ‘기록에 현출되어 있는 자료만으로도 당사자의 다른 주소지를 손쉽게 알 수 있는 때’에 해당한다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 법원사무관이 주민등록표 등에 의하여 새로 이사한 주소지를 조사하지도 아니한 채 바로 우편 송달을 행하는 것으로 심판대상조항을 좁게 적용하는 것은 법원의 행정편의를 위하여 국민의 재판청구권을 침해하는 것으로서 위헌이다.

나. 법원의 제청신청 기각이유

별지 기재와 같다.

다. 법무부장관의 의견 요지

별지 기재와 같다.

3. 판 단

가. 이 사건 청구가 법률의 해석을 다투는 청구이므로 부적법한 것인지 여부

청구인은 청구취지에서 심판대상조항이 헌법에 위반된다는 결정을 구하고 있으면서 청구이유에서는 “법원사무관이 주민등록표 등에 의하여 이사한 주소지를 조사하지도 아니한 채 바로 발송송달을 할 수 있는 것으로 심판대상조항을 적용하는 것은 재판청구권을 침해하는 것”이라고 주장하여 법률조항 자체의 위헌 여부에 대한 판단을 구하는 것이 아니라 법률의 해석·적용의 위헌 여부에 대한 판단을 구하는 것이 아닌가 하는 의문이 있다.

그러나 청구인이 청구이유에서 법원의 해석·적용을 문제삼는 듯한 표현을 하고 있는 것은 심판대상조항으로 인하여 발생하는 부당한 사례의 하나를 예시하는 것으로 보이고 이것을 법원의 해석·적용을 다투거나 한정위헌을 청구하는 것으로 볼 것은 아니다.

그러므로 청구인은 이 사건 헌법소원으로 심판대상조항 자체의 위헌성을 다투다고 볼 것이므로 이를 다투는 법무부장관의 주장은 이유 없다.

나. 본안 판단

(1) 헌법은 제27조 제1항에서 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 정하고 있다. 또한 헌법에 ‘공정한 재판’에 관한 명문의 규정이 없지만 재판청구권이 국민에게 효용

적인 권리보호를 제공하기 위해서는 법원에 의한 재판이 공정하여야만 할 것은 당연하므로, ‘공정한 재판을 받을 권리’는 헌법 제27조의 재판청구권에 의하여 함께 보장된다고 보아야 하고 우리 재판소도 헌법 제27조 제1항의 내용을 ‘공정한 재판을 받을 권리’로 해석하고 있다(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 820).

그런데 심판대상조항은 재판의 당사자에 대하여 송달장소변경시의 신고의무를 과하면서 그 의무를 이행하지 아니한 자에 대한 송달은 종전의 송달장소로 등기우편으로 발송하도록 규정하고 있다. 이 경우 실제로 송달될 서류가 송달받을 자에게 도달되었는지 여부를 묻지 아니하고 등기우편을 발송한 때에 송달된 것으로 보기 때문에 이러한 당사자는 자기에게 송달될 서류를 사실상 받지 못하였는데도 재판이 그대로 진행되어 버림으로써 공정한 재판을 받을 권리를 제한받는 결과가 된다.

이러한 제한이 과연 헌법 제37조 제2항의 한계 내의 정당한 것인지 여부에 관하여 살핀다.

(2) 심판대상조항은 1990. 1. 13. 법률 제4201호로 신설된 것으로서, 송달 장애로 인한 절차지연을 방지하기 위하여 당사자로 하여금 송달장소 변경시에 이를 법원에 신고하도록 함으로써 민사소송절차의 신속성의 실현이라는 공익을 달성하고자 하는 것으로 그 입법목적은 정당하다고 하겠다.

(3) 그런데 송달장소 변경의 신고의무를 부과하면서도 그 위반에 대하여 아무런 제재를 하지 않는다면 신고의무를 부과하는 규정은 선언적인 규정에 불과하게 되어 실효성이 없게 될 염려가 있다. 따라서 신고의무를 이행하지 아니한 당사자 등에 대하여는 종전에 송달받던 장소에 등기우편으로 서류를 송달할 수 있도록 하여 그러한 당사자 등이 송달될 서류를 사실상 받지 못한 상태에서 소송의 진행을 당하는 위험을 부담하는 불이익을 입도록 하는 것은 신고의무의 이행을 촉구하는 적절한 방법이 된다. 따라서 심판대상조항이 채택한 방법은 앞에서 본 입법 목적을 달성하는 데 적합한 것이라 하겠다.

(4) 한편 심판대상조항은 송달장소 변경시 이를 신고하지 아니한 모든 경우에 등기우편에 의한 발송송달을 허용하는 것이 아니라 “달리 송달할 장소를 알 수 없는 때에 한하여” 이를 허용하고 있다. 비록 당사자가 송달장소의 변경을 신고하지 않았다고 하더라도 소송기록상 달리 송달할 장소가 있는 경우에는 먼저 그 곳으로 송달을 하여 보고 그 곳으로도 송달이 되지 않을 때에 비로소 종전에 송달받던 주소로 등기우편에 의한 발송송달을 하도록 규정하

고 있는 것이다(대법원 2001. 8. 24. 선고 2001다31592 판결, 공2001하, 2071 참조). 또한 구 민사소송법 제241조 제2항은, 소위 2회의 쌍방불출석으로 인한 소취하간주의 효과가 2회째의 쌍불된 기일로부터 “1월 이내에 기일지정의 신청을 하지 아니한” 때에 한하여 발생하는 것으로 규정하여 등기우편에 의한 송달로 당사자 등이 입을 수 있는 불이익을 피해 나가는 방법을 마련하고 있다. 이러한 것들은 모두 송달장소의 변경을 신고하지 아니한 당사자 등이 사실상 입을 수 있는 불이익을 최대한 줄여주는 효과가 있으므로 심판대상조항은 침해의 최소성도 갖추고 있다고 할 것이다.

(5) 나아가 심판대상조항이 도모하는 민사소송 절차의 신속성 등의 공익적 법익은 송달장소의 변경신고를 게을리 한 당사자 등이 입는 불이익보다 훨씬 크다고 할 것이다. 또한 등기우편에 의한 발송송달을 받은 당사자 등은 언제든지 법원에 문의하여 재판진행상황을 알 수 있고 송달받지 못한 서류를 다시 받아 볼 수도 있기 때문에 그다지 어렵지 않게 등기우편에 의한 발송송달로 인한 불이익을 벗어날 수 있다.

위와 같은 점을 고려하면 심판대상조항은 법익의 균형성도 갖추고 있다고 할 것이다.

(6) 그렇다면 심판대상조항은 공정한 재판을 받을 권리를 과도하게 제한하는 규정이라고 볼 수 없다.

4. 결 론

이상과 같은 이유로 심판대상조항은 헌법에 위반되지 아니한다고 할 것이므로 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성(주심)
김효종 김경일 송인준 주선희

[별 지]

1. 법원의 제청신청 기각이유

우리 민사소송법은 소송절차의 진행에서 원칙적으로 당사자주의에 기초를 두고 있고, 이 사건에서 문제가 된 심판대상조항이 신설되기 전에는 소송당사자가 송달장소를 변경하면서 법원에 이를 신고하지 않았으므로 그 당사자

의 송달장소를 알 수 없어 송달이 불가능한 경우에는 부득이 공시송달의 방법으로 소송절차를 진행할 수밖에 없었는바, 새로이 위 조항을 신설하여 제1항에서 당사자에게 송달장소 변경시 이를 신고하도록 규정한 것은 당사자주의에 입각하여 당사자로 하여금 적극적으로 소송에 임하게 함으로써 소송절차의 신속을 도모하고 아울러 실체적 진실발견이 이루어질 수 있도록 하기 위한 것이다. 또 같은 조 제2항에서 위 신고의무를 해태한 당사자에 대한 송달은 종전에 송달받던 장소에 등기우편에 의한 송달(통상 발송송달이라고 한다)을 할 수 있도록 한 것은 위 신고의무를 해태한 당사자에 대한 불이익을 가함으로써 위 신고의무를 부과한 위 입법목적은 달성하기 위한 것이라고 할 수 있다.

한편 심판대상조항은 발송송달을 할 수 있는 경우를 ‘달리 송달할 장소를 알 수 없는 때에 한하여’로 제한하고 있는바, 이는 법원이 위 신고의무를 해태한 당사자의 송달장소를 소송기록상의 자료에 의하여 알 수 있는 경우까지 포함하여 모든 경우에 발송송달을 허용하게 되면 위 신고의무를 부과한 입법 목적을 달성하기 위한 필요한 정도를 넘어 당사자에게 과도한 불이익이 가해지므로 이를 피하기 위한 것으로서 법원이 소송기록상의 자료에 의하여 송달장소를 알 수 있는 경우에는 발송송달이 허용되지 않는다고 할 것이다. 그런데 나아가 소송기록상의 자료에 의하여 송달장소를 알 수 없는 경우에도 다시 법원이 주민등록표 등을 조사하여야 하고 이를 통하여도 송달장소를 알 수 없는 경우에 한하여 발송송달이 허용된다고 한다면 이는 법원에 대하여 직권으로 당사자의 송달장소를 발견할 의무를 부과하는 것이 되어 민사소송법상의 당사자 주의에 어긋나고 소송당사자에게 위 신고의무를 부과한 입법 목적에도 부합하지 않는다 할 것이다.

따라서 심판대상조항을 소송절차의 신속과 실체적 진실발견이라는 입법 목적을 달성하기 위하여 위 신고의무를 해태한 당사자에게 발송송달을 허용하되 법원이 소송기록상의 자료에 의하여 송달장소를 알 수 있는 경우에는 이를 허용하지 않는 제한을 가한 것으로 해석하는 것은 위 입법목적의 달성과 이로 인하여 당사자가 입을 불이익의 최소화라는 요청 사이에서 조화를 피하기 위한 것이고 이는 헌법상 재판청구권에 대하여 필요하고도 합리적인 범위 내에서 제한을 가한 것에 해당하므로 재판청구권의 본질적 내용을 침해하여 헌법에 위반되는 것이라고 할 수 없다.

2. 법무부장관의 의견요지

(1) 적법성에 대한 의견요지

헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원에 있어서는 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 당해 사건의 재판의 전제로 되어야 하고 여기서 ‘법률이 헌법에 위반되는지 여부’라고 할 때의 법률은 ‘법률’ 그 자체를 말하며, ‘법률의 해석’은 원칙적으로 포함되지 않는다. 그러므로 ‘법률조항 자체에 대한 다툼’과 ‘법률의 해석에 관한 다툼’은 비록 그 부분이 모호한 경우가 많지만 이를 구분하여야 한다.

따라서 법률조항 자체의 위헌판단을 구하는 것이 아니라 법률조항을 “……하는 것으로 해석하는 한 위헌”이라는 판단을 구하는 청구는 헌법재판소법 제68조 제2항의 청구로 적절치 아니하다 할 것이다.

그런데 이 사건 심판청구는 “송달불능 사유가 이사불명으로 기재되어 있어 주민등록표 등에 의한 조사로 새로운 주소를 쉽게 알 수 있는 경우에도 민사소송법 제171조의 2 제2항의 ‘달리 송달할 장소를 알 수 없는 때’에 해당하여 발송송달이 허용된다고 해석하는 한 위 법률은 위헌이다”는 취지이다.

이러한 심판청구 취지는 ‘법률의 해석에 관한 판단’을 구하는 것이지 ‘법률조항 자체의 위헌판단’을 구하는 것은 아니므로 부적법하다.

(2) 본안에 대한 의견요지

법원의 위헌제청신청 기각이유와 대체로 같다.

음반·비디오물및게임물에관한법률 부칙 제3조 제4항 단서 등 위헌확인

(2002. 7. 18. 99헌마574 전원재판부)

【판시사항】

1. 아케이드이퀵프먼트 게임장운영자들로 하여금 6개월 이내에 게임제공업의 등록을 하고 게임물의 등급분류를 받도록 규정하는 음반·비디오물및게임물에관한법률 부칙 제3조 제4항 단서 등의 법적 성격
2. 위 법령조항이 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)
3. 위 법령조항이 재산권을 침해하는지 여부(소극)
4. 위 법령조항이 평등권에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 청구인들은 1961. 12. 6. 제정된 구 유기장법에 의하여 유기장영업의 허가를 받은 영업자의 지위를 승계하여 그 동안 영업을 하여 왔으나, 청구인들 게임물의 사행성으로 인하여 음반·비디오물및게임물에관한법률에 의한 등록과 등급분류가 사실상 불가능하기 때문에 6월의 유예기간이 경과하면 더 이상 ‘아케이드이퀵프먼트’란 게임물을 이용한 영업을 할 수 없게 되었다. 이 사건 법령조항은 이미 적법하게 허가를 받아 영업을 해 온 청구인들에게 새로이 등록을 하고 등급분류를 받도록 규정하면서, 청구인들이 변화한 법적 상황에 적응할 수 있도록 6개월의 유예기간을 부여하는 경과조치에 해당한다.

2. 국가는 이미 1971. 12. 31. 유기장법시행령의 개정을 통하여 청구인들의 유기장업종을 허가대상에서 제외함으로써 그 이후 유기장영업을 양수하는 영업자들에 대하여 법령에 근거한 개인의 신뢰를 제한하거나 배제하려는 명확한 규범적 표현을 하였으므로 청구인들의 경우 자신의 영업행위가 언제든지 새로운 법적 기준에 의하여 규율되고 이로써 종료될 수 있음을 충분히 예견할 수 있었던 점, 청구

인들의 유기기구가 그 지나친 사행성으로 말미암아 장기간의 유예기간을 부여하는 것에 대하여 이의를 제기하는 공익상의 이유가 존재한다는 점, 게임제공업의 경우 다른 게임물을 설치함으로써 다른 업종으로의 전환이 용이하다는 점 등을 고려할 때, 이 사건 법령조항에 의하여 청구인들에게 주어진 6개월의 유예기간은 법개정으로 인한 상황변화에 적절히 대처하기에 지나치게 짧은 것이라고 할 수 없다. 따라서 이 사건 법령조항은 청구인들의 신뢰이익을 충분히 고려하고 있는 것으로서 과잉금지 원칙에 위반하여 직업의 자유를 침해하는 규정이라 할 수 없다.

3. 헌법상 보장된 재산권은 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적인 처분권을 내포하는 재산가치있는 구체적인 권리이므로, 구체적 권리가 아닌 영리획득의 단순한 기회나 기업활동의 사실적·법적 여건은 기업에게는 중요한 의미를 갖는다고 하더라도 재산권보장의 대상이 아니다. 청구인들의 영업활동은 국가에 의하여 강제된 것이 아님은 물론이고, 원칙적으로 자신의 자유로운 결정과 계획, 그에 따른 사적 위험부담과 책임하에 행위하면서 법질서가 반사적으로 부여하는 기회를 활용한 것에 지나지 않는다고 할 것이므로, 청구인들이 영업을 포기해야 하기 때문에 발생하는 재산상의 손실은 헌법 제23조의 재산권의 범위에 속하지 아니한다. 따라서 이 사건 법률조항으로 인하여 청구인들의 재산권이 침해된 바가 없다.

4. 1962년 유기장법 및 유기장법시행령의 규정에 의하여 유기장영업의 허가를 받을 수 있는 “공중유기시설”로 인정된 이래 1999년 법이 제정될 때까지 근 40년 동안 한 번도 게임물로서의 적법여부에 관하여 검사를 받아 본 적이 없는 청구인들의 경우와는 달리, 공중위생법에 의하여 컴퓨터게임장업으로 허가를 받은 경우에는 그 게임물이 종전의 공중위생법의 기준에 따라 안전성·사행성의 관점에서 이미 한 번 검사를 거쳐 허가를 받은 경우에 해당하므로 음반·비디오물및게임물에관한법률에 의한 등록을 한 것으로 본 것이고, 한편 청구인들에 비하여 그들의 신뢰를 보다 보호할 필요가 있기 때문에 등급분류까지 2년의 유예기간을 부여한 것이다. 따라서 이 사건 법령조항이 다른 게임제공업자와는 달리 청구인들에게만 등록의무를 부과하고 등급분류의 기간을 달리 정한 것은 본질적으로 다른 것을 서로

다르게 취급한 것으로서 자의금지의 원칙에 반한다고 볼 수 없으므로, 청구인의 평등권이 침해되었다고 할 수 없다.

【심판대상조문】

음반·비디오물및게임물에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정된 것) 부칙 제3조 (등록 등에 관한 경과조치) ①~③ 생략

④ 이 법 시행당시 종전의 공중위생법의 규정에 의하여 컴퓨터게임장업으로 허가받은 경우에는 이 법에 의하여 게임제공업자의 등록을 한 것으로 본다. 다만, 법률 제3822호 공중위생법 부칙 제3조 제1항의 규정에 의하여 그 허가를 받은 것으로 보는 유기자업 중 대통령령이 정하는 경우는 이 법에 의하여 6월 이내에 새로이 등록을 하여야 한다.

⑤~⑨ 생략

음반·비디오물및게임물에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정된 것) 부칙 제5조 (검사 등에 관한 경과조치) 이 법 시행당시 종전의 공중위생법의 규정에 의하여 검사를 받은 게임물은 이 법 시행 후 2년 이내에 이 법에 의하여 등급분류를 받아야 한다. 다만, 법률 제3822호 공중위생법 부칙 제3조 제1항의 규정에 의하여 그 허가를 받은 것으로 보는 유기자업 중 대통령령이 정하는 유기기구는 6월 이내에 이 법에 의하여 등급분류를 받아야 한다.

음반·비디오물및게임물에관한법률시행령(1999. 5. 15. 대통령령 제16312호로 제정된 것) 부칙 제3조(유기자업에 관한 경과조치) ① 법 부칙 제3조 제4항 단서에서 “유기자업 중 대통령령이 정하는 경우”라 함은 1971년 12월 31일 이전의 유기자업법의 규정에 의하여 허가를 받은 아케이드이킵프먼트 및 프로바스켓볼의 유기자업을 말한다.

② 생략

③ 법 부칙 제5조 단서에서 “대통령령이 정하는 유기기구”라 함은 제1항의 규정에 의한 아케이드이킵프먼트 및 프로바스켓볼의 유기자업에 이용되는 유기기구를 말한다.

【참조조문】

헌법 제13조 제2항, 제15조, 제23조, 제37조 제2항

음반·비디오물및게임물에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. 2. 생략

3. “게임물”이라 함은 컴퓨터프로그램에 의하여 오락을 할 수 있도록 제작된 영상물(유형물체의 고정여부를 가리지 아니한다)과 오락을 위하여 게임제공업소내에 설치·운영하는 기타 게임기구를 말한다.

4. 생략

5. “음반·비디오물·게임물 유통관련업자”라 함은 영리를 목적으로 다음 각목의 영업을 영위하는 자를 말한다.

가. 나. 생략

다. 게임제공업 : 게임시설 또는 게임기구를 갖추고 게임물을 이용하여 대중오락을 제공하는 영업(다른 영업을 경영하면서 이용자의 유치 또는 광고 등을 목적으로 게임시설 또는 게임기구를 설치하여 대중오락을 하게 하는 경우를 포함한다)을 말하며, 필요한 경우에는 대통령령으로 업종을 세분할 수 있다. 다만, 사행행위 등규제및처벌특별법에 의한 사행기구를 갖추어 사행행위를 하는 경우 및 관광진흥법에 의한 카지노업을 하는 경우를 제외한다.

라. 생략

음반·비디오물및게임물에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정된 것) 제7조(유통 관련업자의 등록) ① 생략

② 비디오물감상실업·게임제공업 또는 노래연습장업을 하고자 하는 자는 문화관광부령이 정하는 시설을 갖추고 제1항의 등록을 하여야 한다.

③ 생략

음반·비디오물및게임물에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정된 것) 제18조(등급분류) ①, ② 생략

③ 영상물등급위원회는 사행성이 지나쳐서 제2항 제1호 내지 제3호의 등급을 부여할 수 없다고 인정하는 게임물에 대해서는 제2항의 규정에 불구하고 사용불가로 결정할 수 있다. 이 경우 사용불가로 결정된 게임물은 어떤 방식으로든지 유통 또는 오락제공되어서는 아니된다.

④~⑥ 생략

음반·비디오물및게임물에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정된 것) 제30조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제7조 제1항의 규정에 의하여 등록을 하지 아니하고 비디오물 또는 게임물의 유통 관련업을 하는 자

2.~5. 생략

음반·비디오물및게임물에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정된 것) 제33조(과태료) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 5천만원 이하의 과태료에 처한다.

1. 제18조 제5항의 규정을 위반하여 등급분류를 받지 아니한 자

2.~4. 생략

②~⑤ 생략

유기장법(1961. 12. 6. 법률 제810호로 제정된 것) 제2조(정의) ① 본법에서 유기장이라 함은 당구장, 탁구장, 배이비골프장, 롤러스케이트장, 서풀보오드장, 투환장, 기원 또는 이와 유사한 공중유기시설을 말한다.

② 생략

유기장법(1961. 12. 6. 법률 제810호로 제정된 것) 제3조(영업의 허가) ① 업으로서 유기장을 경영하고자 하는 자는 구청장, 시장 또는 군수의 허가를 받아야 한다.

②, ③ 생략

유기장법시행령(1962. 9. 22. 각령 제972호로 제정된 것) 제1조(정의) 유기장법(이하 법이라 한다) 제2조 제1항의 이와 유사한 공중유기시설이라 함은 유기를 목적으로 하는 회전비행기, 보오트노리장, 그네, 케볼카, 어린이승마장, 회전의자, 스박스, 베이스볼, 바우린아레이, 리이그리이다, 핀볼, 사플아레이, 아아케드이킵프먼트, 후리퍼핀볼, 프로학키, 푸로바스켓볼, 골푸참푸 및 하이호실버와 기타 이와 유사한 유기용시설로서 보건사회부장관이 지정하는 것을 말한다.

유기장법시행령(1962. 9. 22. 각령 제972호로 제정된 것) 제2조(업종의 구분과 유기방법) ① 유기장영업은 이를 다음과 같이 구분한다.

제1종 : 기원, 탁구장, 로러스케이트장, 베이비골프장, 당구장, 투환장

제2종 : 서플보오드장, 회전비행기, 보오트노리장, 그네, 케볼카, 어린이승마장, 회전의자, 스박스, 베이스볼, 바우린아레이, 리이그리이다, 핀볼, 사플아레이, 아아케드이킵프먼트, 후리퍼핀볼, 프로학키, 푸로바스켓볼, 골푸참푸, 하이호실버

② 전항의 각 유기장영업에 있어서의 유기방법과 기타 영업상의 필요한 사항은 보건사회부령으로 규정할 수 있다.

유기장법시행령(1971. 12. 31. 대통령령 제5916호로 개정된 것) 제1조(정의) 유기장법(이하 “법”이라 한다) 제2조 제1항의 이와 유사한 공중유기시설이라 함은 유기를 목적으로 하는 회전비행기 보오트노리장 · 그네 · 케볼카 · 어린이승마장 · 회전의자 · 죽박스 · 베이스볼 · 바우린아레이 · 리이그리이다핀볼 · 사플아레이 · 후리퍼핀볼 · 프로학키 · 골프참프 · 어린이 목마놀이 · 실내골프연습장 · 실내축구장 및 모형차유기장을 말한다.

유기장법시행령(1971. 12. 31. 대통령령 제5916호로 개정된 것) 제2조(업종의 구분과 유기방법) ① 유기장영업은 이를 다음과 같이 구분한다.

제1종 : 기원 · 탁구장 · 롤러스케이트장 · 베이비골프장 · 당구장 · 투환장 · 실내골프장.

제2종 : 서플보오드장 · 회전비행기 · 보오트노리장 · 그네 · 케볼카 · 어린이승마장 · 회전의자 · 죽박스 · 베이스볼 · 바우린아레이 · 리이그리이다핀볼 · 사플아레이 · 후리퍼핀볼 · 프로학키 · 골푸참푸 · 어린이 목마놀이 · 실내축구장 · 모형차유기장.

② 전항의 각 유기장영업에 있어서의 유기방법과 기타 영업상의 필요한 사항은 보건사회부령으로 규정할 수 있다.

유기장법시행령(1971. 12. 31. 대통령령 제5916호로 개정된 것) 부칙 ① 생략

② (경과조치) 이 영 시행당시 종전의 규정에 의하여 허가를 받은 아아케드이킵프먼트와 푸로바스켓볼의 유기장영업은 종전의 규정에 의한다.

공중위생법(1986. 5. 10. 법률 제3822호로 제정된 것) 제4조(영업의 허가 및 신고) ① 위생접객업중 숙박업 · 목욕장업 또는 유기장업(제2항의 규정에 의하여 대통령이 정하는 숙박업 · 목욕장업 · 유기장업을 제외한다)을 하고자 하는 자는 제3조의 규정에 의한 시설 및 설비를 갖추어 그 영업의 종류별로 시장 · 군수 · 구청장의 허가를 받아야 한다.

② 위생접객업중 수영장업 · 이용업 · 미용업과 대통령이 정하는 숙박업 · 목욕장업 · 유기장업을 하고자 하거나 위생관련업업을 하고자 하는 자는 제3조의 규정에 의한 시설 및

설비를 갖추어 그 영업의 종류별로 시장·군수·구청장에게 신고를 하여야 한다.

③ 시장·군수·구청장은 제1항의 규정에 의한 유기장업의 허가를 하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 18세미만의 자에게 그 이용을 제한하는 영업(이하 “성인전용유기장업”이라 한다)과 그러하지 아니하는 영업으로 구분하여 허가할 수 있다.

④ 시장·군수·구청장은 제1항의 규정에 의한 허가를 함에 있어서 공중위생 및 영업에 필요한 조건을 붙일 수 있다.

공중위생법(1999. 1. 21. 법률 제5654호로 폐지되기 전의 것) 제12조의2(유기기구등의 검사) 대통령령이 정하는 유기시설·유기기구 또는 유기기구의 부분품을 제조하거나 수입하고자 하는 자는 당해 유기시설·유기기구 또는 유기기구의 부분품에 대하여 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 보건복지부장관의 검사를 받아야 한다.

공중위생법(1999. 1. 21. 법률 제5654호로 폐지되기 전의 것) 부칙 제3조(유기장업에 관한 경과조치) 이 법 시행당시 종전의 규정에 의하여 허가받은 성인용전자유기장업과 그 밖의 유기장업은 제4조 제1항의 개정규정에 의하여 허가받은 유기장업으로 본다.

공중위생법시행령(1986. 11. 11. 대통령령 제11999호로 제정된 것) 제4조(신고영업의 종류) 법 제4조 제2항의 규정에 의하여 신고를 하여야 할 숙박업, 목욕장업 및 유기장업은 다음과 같다.

1. 숙박업 중 읍·면지역에 있어서의 여인숙업
2. 목욕장업 중 읍·면지역에 있어서의 공동탕업
3. 유기장업 중 기타유기장업으로서 보건사회부령이 정하는 영업

공중위생법시행령(1999. 12. 27. 대통령령 제16619호로 폐지되기 전의 것) 제7조의6(검사대상 유기기구의 범위) 법 제12조의2의 규정에 의하여 검사를 받아야 하는 유기시설·유기기구 또는 유기기구의 부분품은 컴퓨터게임장업소에 설치하는 전자유기기구 및 체련용유기기구와 그 부분품으로 한다.

공중위생법시행령(1986. 11. 11. 대통령령 제11999호로 제정된 것) 부칙 제6조(아케이드킥프렌트 및 프로바스켓볼의 유기장영업에 관한 경과조치) ① 1971년 12월 31일 이전의 유기장업법의 규정에 의하여 허가를 받은 아케이드이킥프렌트 및 프로바스켓볼의 유기장영업에 관하여는 허가당시의 유기장업법을 적용한다.

② 제1항의 규정에 의한 영업자에 대한 행정처분기준 등 지도·감독에 관하여 필요한 사항은 보건사회부령으로 정한다.

【참조판례】

2. 헌재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651
헌재 2000. 7. 20. 99헌마452, 판례집 12-2, 128
3. 헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90
헌재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651
헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283

헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289

헌재 2000. 7. 20. 99헌마452, 판례집 12-2, 128

【당 사 자】

청 구 인 곽○식 외 4인

청구인들 대리인 변호사 이석연

【주 문】

청구인들의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인 곽○식은 1998. 10. 29. 동대문구청장으로부터 ○○오락실이라는 상호로, 청구인 김○선은 1998. 11. 6. 동대문구청장으로부터 □□오락실이라는 상호로, 청구인 곽○화는 1999. 8. 10. 종로구청장으로부터 △△이라는 상호로, 청구인 유○열은 1999. 3. 22. 중구청장으로부터 ▽▽오락실이라는 상호로, 청구인 남○규는 1993. 10. 5. 서대문구청장으로부터 ××이라는 상호로 각 구(舊)유기장법(1961. 12. 6. 법률 제810호로 제정된 것) 제3조 제1항의 규정에 의하여 “아케이드이킵프먼트”라는 업종의 유기장업 허가(영업의 승계)를 받아 현재 위 영업을 영위하고 있는 자들이다.

그런데 최근 새로이 제정된 음반·비디오물및게임물에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정된 것) 부칙 제3조 제4항 단서, 제5조 단서 및 같은 법 시행령(1999. 5. 15. 대통령령 제16312호로 제정된 것) 부칙 제3조 제1항, 제3항은 청구인들의 아케이드이킵프먼트 유기장업에 대하여 동법 시행(1999. 5. 8.) 후 6월 이내에 새로이 등록을 하고 등급분류를 받도록 규정하였다. 이에 청구인들은 위 법령규정들에 의하여 헌법상 보장된 기본권인 평등권, 직업의 자유, 재산권을 침해당하였다고 주장하면서 1999. 10. 8. 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 음반·비디오물및게임물에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정된 것, 이하 “법”이라 한다) 부칙 제3조 제4항 단서, 제5조

단서 및 같은 법 시행령(1999. 5. 15. 대통령령 제16312호로 제정된 것, 이하 “시행령”이라 한다) 부칙 제3조 제1항, 제3항(이하 위 조항들을 모두 합하여 “이 사건 법령조항”이라 한다)의 위헌여부이며, 이 사건 법령조항의 규정내용은 다음과 같다.

법 부칙 제3조(등록등에 관한 경과조치)

① 내지 ③ 생략

④ 이 법 시행 당시 종전의 공중위생법의 규정에 의하여 컴퓨터게임장업으로 허가받은 경우에는 이 법에 의하여 게임제공업자의 등록을 한 것으로 본다. 다만 법률 제3822호 공중위생법 부칙 제3조 제1항의 규정에 의하여 그 허가를 받은 것으로 보는 유기장업 중 대통령령이 정하는 경우는 이 법에 의하여 6월 이내에 새로이 등록을 하여야 한다.

⑤ 내지 ⑨ 생략

부칙 제5조(검사등에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 종전의 공중위생법의 규정에 의하여 검사를 받은 게임물은 이 법 시행 후 2년 이내에 이 법에 의하여 등급분류를 받아야 한다. 다만 법률 제3822호 공중위생법 부칙 제3조 제1항의 규정에 의하여 그 허가를 받은 것으로 보는 유기장업 중 대통령령이 정하는 유기기구는 6월 이내에 이 법에 의하여 등급분류를 받아야 한다.

시행령 부칙 제3조(유기장업에 관한 경과조치) ① 법 부칙 제3조 제4항 단서에서 “유기장업 중 대통령령이 정하는 경우”라 함은 1971년 12월 31일 이전의 유기장업법의 규정에 의하여 허가를 받은 아케이드이쿱프먼트 및 프로바스켓볼의 유기장업을 말한다.

② 생략

③ 법 부칙 제5조 단서에서 “대통령령이 정하는 유기기구”라 함은 제1항의 규정에 의한 아케이드이쿱프먼트 및 프로바스켓볼의 유기장업에 이용되는 유기기구를 말한다.

2. 청구인들의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인들의 주장 요지

(1) 종전의 공중위생법 규정에 의하여 허가를 받은 게임장운영자 중 청구인들에게만 법에 의한 새로운 등록의무를 부과하고, 게임물에 대한 등급분류에 있어서도 다른 게임물의 경우 2년의 유예기간을 두면서 유독 청구인들이 운영하는 아케이드이쿱프먼트 게임물에 대해서만 그 등급분류 심사기간을 6월로 짧게 인정한 것은 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 위반된다.

(2) 청구인들이 영위하는 아케이드이킵프먼트 유기장영업은 1971. 12. 31. 이후에는 허가대상에서 제외되어 이미 신규허가가 없게 됨으로써 법에 의한 등록 및 등급분류가 사실상 불가능하다는 점에서, 청구인들은 법 시행 후 6월이 경과하면 지금까지 종사하여 왔던 아케이드이킵프먼트 유기장영업을 더 이상 영위할 수 없게 되는 바, 이는 청구인들의 헌법상 보장된 직업선택의 자유 그 중에서도 그 제한에 신중을 기하여야 하는 직업결정의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이다.

(3) 이 사건 법령조항에 의하여 청구인들은 유기장영업자로서의 등록과 유기기구(아케이드이킵프먼트)에 대한 등급분류가 사실상 불가능하게 되어 법 시행후 6월이 지나면 지금까지 30여년간 적법하게 영위하여 오던 아케이드이킵프먼트 영업을 더 이상 하지 못하고 영업장을 폐쇄하여야 할 운명에 직면하게 되었는바, 이는 헌법 제23조에 의하여 보장된 재산권에 대한 침해이자 특히 소급입법에 의한 재산권 박탈을 금지한 헌법 제13조 제2항에 위배되고 법치국가원리에서 파생되는 법적 안정성의 원리와 신뢰보호의 원칙에도 어긋나는 것이다.

나. 문화관광부장관의 의견

(1) 아케이드이킵프먼트 유기기구는 그 성격과 내용에 있어서 사행성 기구이므로, 1971. 12. 31. 개정된 유기장법시행령에 의하여 유기시설종목에서 원칙적으로 삭제된 것인데, 다만 1971. 12. 31. 이전의 기존허가업소에 대해서만은 그 비도박성 및 비사행성의 조건 하에서 경과조치규정을 적용해 주었던 것이다. 따라서 청구인들이 주장하는 기득권이란 유기기구의 비사행성을 전제로 하는 것이며, 새로이 제정된 법에 의하여 유기기구의 사행성에 관한 새로운 기준에 따라 그 규제여부 및 규제기준을 달리 정할 수 있다.

(2) 청구인들은 자신들에 대해서만 등록의무를 새로이 부과하고 아케이드이킵프먼트 유기기구에 대해서만 등급분류 심사기간을 6월로 짧게 규정한 것은 평등원칙에 위배된다고 주장하나, 아케이드이킵프먼트 업종 유기장업자는 현재 국내에 청구인들 5개 업소에 불과하므로 5개 업소를 위한 행정적 등록업무를 처리함에는 6개월의 기간으로 충분한 반면, 새로운 음비법에 의하여 등급분류의 대상이 되는 일반게임물은 약 만종에 달하므로 행정처리를 위한 시간적 여유를 갖기 위하여 등급분류기간을 2년으로 정한 것이다. 또한 법이 청구인들에게 새로운 등록의무를 부과한 것에 관하여 본다면, 아케이드이킵프먼트의 사행성여부가 다시금 사회적으로 문제된다면 새로운 입법에 의하여

그 규제 및 등록여부를 달리 정할 수 있는 것이다.

(3) 헌법이 직업의 자유를 보장함에도 사행성 오락기 업자들의 활동은 무제한으로 보호받을 수 없는 것이며, 합리적인 이유가 있는 경우라면, 그 제한이 가능하다. 또한 이 사건 법령조항은 공익상의 이유로 재산권을 제한하는 규정으로서 청구인들 재산권에 대한 소급적 침해라 할 수 없다.

3. 판 단

가. 아케이드이킵프먼트 유기장업에 대한 법적 규제의 변화

(1) 고객이 직접 현금을 걸고 게임손잡이를 앞뒤로 당겨서 게임을 하는 슬롯머신과는 달리, 아케이드이킵프먼트 업종의 유기장업은, 고객이 처음에 현금을 종업원에게 입금하면 종업원이 기계에 손님이 입금한 액수만큼의 점수를 유입시켜 주고 이에 따라 고객이 기계의 보턴을 눌러 화면에 나타나는 그림에 따라 각기 규정된 점수를 잃거나 얻게 되고 게임을 끝낼 당시 남은 점수를 환산하여 환불받는 방식의 게임으로서, 구 유기장법(1961. 12. 6. 법률 제 810호로 제정되어 1981. 4. 13. 법률 제3441호로 유기장업법으로 개정되었으며 1984. 4. 10. 법률 제3729호로 전문개정되었다가 1986. 5. 10. 법률 제3822호 공중위생법 부칙 제2조의 규정에 의하여 폐지됨) 제2조 제1항, 제3조 제1항, 같은 법 시행령(1962. 9. 22. 각령 제972호로 개정된 것) 제1조 및 제2조의 규정에 의하여 1962. 9. 22.부터 허가를 받을 수 있는 공중유기시설에 포함되었다. 그러나 1971. 12. 31. 대통령령 제5916호로 유기장법시행령이 개정되면서 아케이드이킵프먼트는 위 시행령 제1조의 “이와 유사한 공중유기시설”의 정의규정과 제2조의 “제2종 유기장영업”에서 제외되어, 결과적으로 유기장영업의 허가대상에서 배제됨으로써 기존의 허가업소만이 영업을 계속해 오다 현재는 국내에 청구인들 5개 업소만이 남아 있다. 1971. 12. 31. 이전의 구 유기장법에 의한 허가업종 중 위 프로바스켓볼 유기장업은 쇠퇴일로로 걸다가 현재는 사실상 전무한 상태이다.

(2) 아케이드이킵프먼트의 유기장업 영업은 1971. 12. 31. 대통령령 5916호로 개정된 유기장법시행령 제1조 및 제2조에 의해서 비록 그 허가대상에서는 제외되었지만, 같은 시행령 부칙 제2항에서 아케이드이킵프먼트의 유기장영업을 계속할 수 있도록 하는 경과규정을 둔 이래, 유기장업법시행령(1984. 7. 20. 대통령령 제11473호로 전문개정된 것) 부칙 제2항, 공중위생법(1986. 5. 10. 법률 제3822호로 제정된 것) 부칙 제3조 제1항, 같은 법 시행령(1986. 11. 11. 대통령령 11999호로 제정된 것) 부칙 제6조의 규정에 의하여 30여년간 허

가당시의 구 유기장법을 적용받아 적법하게 영업을 하여 왔다. 즉 1971. 12. 31. 이후에는 아케이드이킵프먼트 유기장영업에 대하여 법령이 개정될 때마다 부칙에서 당시의 유기장법에 의하여 적법하게 허가를 받아 온 것으로 간주하여 영업을 계속할 수 있도록 하는 규정을 법의 제정 전까지는 두어 왔던 것이다.

그런데 1999. 2. 8. 법이 제정되면서 종전에 공중위생법(1999. 2. 8. 법률 제 5839호 공중위생관리법 제정으로 폐지)에서 규율하고 있던 유기장업이 폐지되고 새로이 “게임제공업”으로서(법 제2조 제3호 및 제5호 다목) 법에 의한 규율을 받게 되었다.

(3) 법 제7조 제2항에 의하여 게임제공업자는 문화관광부령이 정하는 시설을 갖추고 등록을 해야 하는데, 등급분류의 결과에 따라 위 부령이 정하는 시설의 기준이 달라지므로, 등록을 하기 위해서는 우선 등급분류를 받아야 한다. 아케이드이킵프먼트의 경우 게임물의 지나친 사행성으로 말미암아 청구인들이 등급분류의 신청을 한다 하더라도 법 제18조 제3항에 의하여 “사용불가”로 결정되는 것이 확실시되기 때문에, 청구인들은 현재까지 등록 및 등급분류의 신청을 하지 않은 것으로 판단된다. 청구인들의 게임물이 “사용불가”로 결정되면, 그 게임물은 대중오락의 목적으로 제공될 수 없기 때문에, 현재 청구인들이 보유하고 있는 게임시설로는 더 이상 영업을 불가능하게 되어, 청구인들로서는 다른 게임물을 설치하고 등록·등급분류신청을 하든지 아니면 폐업을 해야 하는 결과에 이른다.

나. 이 사건 법령조항의 목적 및 법적 성격

이 사건 법령조항은 청구인들에 대하여 6월 이내에 새로이 법 제7조에 의한 등록을 하여야 하고, 6월 이내에 법 제18조에 의한 등급분류를 받아야 할 의무를 부과하고 있다. 법에 의한 등록을 하지 아니하고 게임제공업의 영업을 하는 경우에는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처해지며(법 제30조 제1호), 등급분류를 받지 아니하고 게임제공업의 영업을 하는 경우에는 5천만원 이하의 과태료를 부과하도록 규정하고 있다(법 제33조 제1호).

청구인들이 영위하는 유기장업은 이미 오래 전부터 그 사행성이 문제되어 왔고, 그 때문에 이미 1971년 유기장법시행령이 개정되면서 청구인들의 업종은 허가대상에서 제외되었다. 1999년 법이 제정되기 전까지 여러 차례 법이 개정되는 과정에서 아케이드이킵프먼트 유기장업자들은 매 번 그들의 기득권을 고려하는 경과규정에 의하여 계속 영업을 할 수 있었다. 그러나 1999년 법

이 제정되면서 공중위생법에 의하여 심의를 받은 다른 게임물과는 달리, 이제껏 한 번도 검사를 받은 적이 없이 경과규정을 통하여 구법에 의한 허가를 받은 것으로 간주된 아케이드이쿱프먼트에 대하여도 종래 그 사행성이 끊임없이 문제되어 온 점에 비추어 법의 체계 내에서 새롭게 판단할 필요가 있고, 특히 청소년보호를 목적으로 등급분류가 새로이 도입된 법의 체계 내에서 게임물로서의 규제와 등급분류를 받도록 할 필요성이 제기됨에 따라, 이 사건 법령조항은 청구인들에게 새로이 등급분류를 받고 등록을 해야 할 의무를 부과하였다.

따라서 이 사건 법령조항은 이미 적법하게 허가를 받아 영업을 해 온 청구인들에게 새로이 제정된 법의 기준에 의하여 등록을 하고 등급분류를 받도록 규정하면서, 청구인들이 변화한 법적 상황에 적응할 수 있도록 6개월의 유예기간을 부여하는 경과조치에 해당한다.

다. 이 사건 법령조항의 위헌여부

(1) 직업의 자유의 침해여부

이 사건의 경우 청구인들은 1961. 12. 6. 제정된 구 유기장법에 의하여 유기장영업의 허가를 받은 영업자의 지위를 승계하여 그 동안 영업을 하여 왔으나, 청구인들의 유기기구의 사행성으로 인하여 법에 의한 등록과 등급분류가 사실상 불가능하기 때문에 6월의 유예기간이 경과하면 더 이상 ‘아케이드이쿱프먼트’란 유기기구를 이용한 유기장영업을 할 수 없게 되었다.

(가) 헌법은 제15조에서 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다”고 하여 직업의 자유를 보장하고 있다. 헌법은 “직업선택의 자유”만을 언급하고 있지만, 제15조는 개인이 국가의 간섭을 받지 아니하고 원하는 직업을 자유롭게 선택하는 ‘직업선택의 자유’뿐만 아니라 선택한 직업을 자신이 원하는 대로 자유롭게 행사할 수 있는 ‘직업수행의 자유’를 보장하는 기본권이다. 직업선택의 자유와 직업행사의 자유는 기본권주체에 대한 그 제한의 효과가 다르기 때문에 제한에 있어서 적용되는 기준도 다르며, 특히 직업행사의 자유에 대한 제한의 경우 인격발현에 대한 침해의 효과가 일반적으로 직업선택 그 자체에 대한 제한에 비하여 작기 때문에, 그에 대한 제한은 보다 폭넓게 허용된다고 할 수 있다.

이 사건 법령조항은 청구인들로 하여금 법 시행일로부터 6월 이내에 등록을 하고 등급분류를 받지 아니하면 게임제공업의 영업을 계속할 수 없도록 하는 것이므로, 게임제공업의 영업 방법을 규율하는 규정으로서 청구인들의

직업수행의 자유를 제한하는 규정이다. 청구인들의 경우 법에 의한 등록과 등급분류가 사실상 불가능하기 때문에 유예기간이 경과하면 더 이상 아케이드 이큅프먼트 유기장업의 영업을 할 수 없다 하더라도, 아케이드이큅프먼트 유기장업은 하나의 독립된 직업이 아니라 단지 게임제공업을 행사하는 방법의 하나라고 할 것이므로, 이 사건 법령조항이 직업수행의 자유를 제한하는 규정이라는 헌법적 판단에 있어서 달라지는 것은 없다.

직업의 자유도 다른 기본권과 마찬가지로 절대적으로 보호되는 것이 아니라, 공익상의 이유로 제한될 수 있음은 물론이나, 이 경우에도 개인의 자유가 공익실현을 위해서도 과도하게 제한되어서는 아니되며 개인의 기본권은 꼭 필요한 경우에 한하여 필요한 만큼만 제한되어야 한다는 비례의 원칙(헌법 제37조 제2항)을 준수해야 한다.

직업의 자유의 보장이 입법자로 하여금 이미 형성된 직종을 언제까지나 유지하거나 직업종사의 요건을 계속하여 동일하게 유지할 것까지를 요구하는 것은 아니라고 할 것이나, 입법자가 공익상의 필요에 의하여 직업행사의 요건을 달리 정하거나 강화하는 등 직업제도를 개혁함에 있어서는 기존 종사자들의 신뢰를 보호하는 것이 헌법상 법치국가의 원리로부터 요청되고, 신뢰보호가 충분히 이루어졌는지 여부가 과잉금지의 원칙의 위반 여부를 판단하는 기준이 된다(헌재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651, 667-668 참조).

(나) 법률개정을 통하여 직업행사의 요건을 달리 규정하는 과정에서 신뢰보호를 위한 경과조치를 규정하고 있는 이 사건 법률조항이 청구인들의 신뢰이익을 충분히 보호하는 규정인가에 관하여 살펴보기로 한다.

입법자는 새로운 인식을 수용하고 변화한 현실에 적절하게 대처해야 하기 때문에, 국민은 현재의 법적 상태가 항상 지속되리라는 것을 원칙적으로 신뢰할 수 없다. 특히 이 사건의 경우, 국가는 이미 1971. 12. 31. 유기장법시행령의 개정을 통하여 청구인들의 유기장업종을 허가대상에서 제외함으로써 그 이후 유기장영업을 양수하는 영업자들에 대하여 법령에 근거한 개인의 신뢰를 제한하거나 배제하려는 명확한 규범적 표현을 하였고, 더욱이 그 이후 법이 개정될 때마다 아케이드이큅프먼트의 유기장업자들의 신뢰이익을 고려하는 경과규정을 통하여 1999년까지 근 30년 가까운 유예기간을 두어왔다는 점에서 볼 때 ‘언제든지 이러한 유예기간이 종료될 수 있다’는 가능성을 충분히 예견할 수 있었다. 이러한 점에서 1993년에서 1999년 사이 오락실을 인수하여 영업자의 지위를 승계한 청구인들에게 인정될 수 있는 신뢰이익의 보호가치

는 미약하다고 할 것이다.

또한, 청구인들의 영업행위는 특정 경제정책상의 목표를 달성하기 위하여 국가에 의하여 유도된 사경제의 활동에 속하는 것이 아니라, 스스로의 위험부담으로 법률이 부여한 기회를 활용한 경우에 지나지 않는다고 할 것이므로 (헌재 2000. 7. 20. 99헌마452, 판례집 12-2, 128, 148 참조), 그러한 관점에서 도 법률개정 의 이익에 우선하는 특별히 보호되어야 하는 신뢰이익이라 볼 수 없다. 다만, 청구인들이 합법적으로 영업허가를 받은 영업자의 지위를 승계하여 영업을 해온 사실에 비추어, 청구인의 신뢰이익은 변화한 법적 상황에 적용할 적절한 유예기간을 요청할 뿐이다. 가능하면 조속한 기간 내에 청구인들의 영업행위에 대하여 새로운 법체계에 의한 판단을 받게 하려는 정당한 공익에도 불구하고, 개정법률이 실현하려는 공익에 의해서도 정당화될 수 없을 정도로 개인의 신뢰이익이 손상되어서는 아니된다.

(다) 이 사건 법령조항은 법 시행일로부터 6개월의 유예기간을 두어 청구인들로 하여금 법에 따른 등록과 등급분류의 의무를 이행하도록 하고 있다. 이 사건 법률조항이 부여하는 유예기간은 청구인들에게 기존의 영업시설을 가지고 법에 의한 등록과 등급분류를 받을 수 있는가에 관하여 확인하고, 기존의 영업시설로는 더 이상 영업을 불가능한 경우에는 종래의 영업을 포기하든지 아니면 다른 게임시설을 설치하여 법이 허용하는 영업을 전환할 지에 관하여 결정하고 그에 대처하는 기간을 의미한다. 유예기간이 적정한가의 여부는 신뢰이익의 보호가치, 변화한 법적 상황에 어느 정도로 유연하게 대처할 수 있는가 하는 침해의 정도 또는 신뢰가 손상된 정도, 개정법률을 통하여 실현하려는 공익적 목적 등을 고려하여 구체적인 사안마다 개별적으로 판단되어야 한다.

이 사건의 경우, 1971년 유기장법시행령이 개정된 이래 청구인들이 자신의 영업행위가 언제든지 새로운 법적 기준에 의하여 규율되고 이로써 종료될 수 있음을 충분히 예견할 수 있었던 점, 청구인들의 유기기구가 그 지나친 사행성으로 말미암아 장기간의 유예기간을 부여하는 것에 대하여 이의를 제기하는 공익상의 이유가 존재한다는 점, 게임제공업의 경우 다른 게임물을 설치함으로써 다른 업종으로의 전환이 용이하다는 점 등을 고려할 때, 이 사건 법령조항에 의하여 청구인들에게 주어진 6개월의 유예기간은 법개정으로 인한 상황변화에 적절히 대처하기에 지나치게 짧은 것이라고 할 수 없다.

따라서 이 사건 법령조항은 청구인들의 신뢰이익을 충분히 고려하고 있는

것으로서 과잉금지의 원칙에 위반하여 직업의 자유를 침해하는 위헌적인 규정이라 할 수 없다.

(2) 재산권의 침해여부

청구인들은 이 사건 법령조항으로 인하여 법에 의한 등록과 등급분류가 사실상 불가능하여 지난 30여년간 적법하게 운영해온 아케이드이큅프먼트 영업장을 폐쇄해야 하므로, 이는 소급입법에 의한 재산권의 박탈을 금지한 헌법규정에 위반될 뿐이 아니라 신뢰보호의 원칙에 위반되는 재산권의 침해라고 주장한다.

(가) 헌법 제13조 제2항에서 “모든 국민은 소급입법에 의하여……재산권을 박탈당하지 아니한다.”라고 하여 소급입법에 의한 재산권의 박탈을 금지하고 있다. 과거의 사실관계 또는 법률관계를 규율하기 위한 소급입법의 태양에는 이미 과거에 완성된 사실·법률관계를 규율의 대상으로 하는 이른바 진정소급효의 입법과 이미 과거에 시작하였으나 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실·법률관계를 규율의 대상으로 하는 이른바 부진정소급효의 입법이 있다. 헌법 제13조 제2항이 금하고 있는 소급입법은 전자, 즉 진정소급효를 가지는 법률만을 의미하는 것으로서, 이에 반하여 후자, 즉 부진정소급효의 입법은 원칙적으로 허용되는 것이다. 다만 부진정소급효를 가지는 입법에 있어서도 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 비교형량 과정에서, 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 된다(1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 318).

그런데 이 사건 법령조항은 종래 유기장법에 의하여 허가를 받은 청구인들에게 법에 의한 등록과 등급분류의 의무를 부과하고 있는데, 법의 이러한 규정내용은 법률을 이미 종결된 과거의 사실 또는 법률관계에 사후적으로 적용함으로써 과거를 법적으로 새로이 평가하는 진정소급효의 입법과는 다른 것으로서, 이는 종래의 법적 상태의 존속을 신뢰한 청구인들에 대한 신뢰보호의 문제일 뿐, 소급입법의 문제는 아니다.

(나) 헌법상 재산권보장의 중요한 기능은 재산권에 의하여 보호되는 법적 지위에 관하여 국민에게 법적 안정성을 보장하고 합헌적인 법률에 의하여 형성된 구체적 재산권의 존속에 대한 신뢰를 보호하고자 하는 데 있다. 이러한 의미에서 법치국가적 신뢰보호원칙은 재산권적 법적 지위에 관한 한 헌법상의 재산권보장을 통하여 고유하게 형성되고 헌법적으로 구체적으로 표현되었다고 할 수 있다.

그러나 청구인들이 영업을 포기해야 하기 때문에 발생하는 재산상의 손실은 헌법 제23조에 의하여 보호되는 재산권에 포함되지 아니한다. 헌법재판소는 종래 다수의 결정에서 ‘헌법상 보장된 재산권은 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적인 처분권을 내포하는 재산가치있는 구체적인 권리이므로, 구체적 권리가 아닌 영리획득의 단순한 기회나 기업활동의 사실적·법적 여건은 기업에게는 중요한 의미를 갖는다고 하더라도 재산권보장의 대상이 아니다’라고 판시하였다(헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 103; 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651, 664; 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283, 309-310).

이 사건 법률조항에 의하여 청구인들이 소유하는 시설이나 장비 등 재산권 보장의 보호를 받는 구체적인 권리가 침해되는 것은 아니다. 또한, 청구인들의 영업활동은 국가에 의하여 강제된 것이 아님은 물론이고, 일정한 경제적 목표를 달성하기 위하여 취한 국가의 경제정책적 조치에 의하여 유발된 사경제의 행위가 아니라, 원칙적으로 자신의 자유로운 결정과 계획, 그에 따른 사적 위험부담과 책임하에 행위하면서 범질서가 반사적으로 부여하는 기회를 활용한 것에 지나지 않는다고 할 것이므로, 청구인들이 주장하는 폐업으로 인한 재산적 손실은 헌법 제23조의 재산권의 범위에 속하지 아니한다(헌재 2000. 7. 20. 99헌마452, 판례집 12-2, 128, 152 참조).

따라서 이 사건 법률조항은 소급입법이 아닐 뿐만 아니라, 나아가 이 사건 법률조항으로 인하여 청구인들의 재산권이 침해된 바가 없다.

(3) 평등권의 위반여부

청구인들은 ‘공중위생법에 의하여 컴퓨터게임장업으로 허가를 받은 경우에 대하여는 법 부칙 제3조 제4항에서 게임제공업자의 등록을 한 것으로 보면서, 청구인들에 대해서는 새로이 등록할 의무를 부과한 것, 공중위생법에 의하여 검사를 받은 게임물에 대하여는 법 부칙 제5조에서 2년 이내에 등급분류를 받도록 규정하면서 청구인들에 대하여는 6월 이내에 등급분류를 받도록 한 것은 평등원칙에 위반된다’고 주장한다.

공중위생법에 의하여 컴퓨터게임장업으로 허가를 받은 경우에는 그 게임물이 종전의 공중위생법의 기준에 따라(공중위생법 제4조, 제12조의2, 공중위생법 시행령 제4조, 제7조의6, 공중위생법 시행규칙 제15조의3, 별표 1) 안전성·사행성의 관점에서 이미 한 번 검사를 거쳐 허가를 받은 경우에 해당하므로, 법에 의한 등록의 여부가 문제되지 아니하고 단지 등급분류를 받을 필요성만

이 있기 때문에, 법 부칙 제3조 제4항에서 등록을 한 것으로 본 것이고, 이에 대하여 청구인들의 유기기구인 아케이드이킵프먼트는 1962년 유기장법 및 유기장법시행령의 규정에 의하여 유기장영업의 허가를 받을 수 있는 “공중유기시설”로 인정된 이래 1999년 법이 제정될 때까지 근 40년 동안 여러 차례 법률개정의 과정에서 “공중유기시설”의 허용기준이 달라졌음에도 불구하고 한번도 대중을 상대로 오락을 제공하는 게임물로서의 적법여부에 관하여 검사를 받아 본 적이 없으므로, 청구인들에 대하여 등록의무를 부과한 것이다.

뿐만 아니라 공중위생법에 의하여 허가를 받은 게임물제공업자의 경우 그들의 신뢰를 보다 보호할 필요가 있기 때문에 그들로 하여금 변화한 법적 상황에 적절하게 대처할 수 있도록 등급분류까지 2년의 유예기간을 부여한 것이고, 그 반면에 청구인들의 경우는 이미 위에서 자세하게 서술한 바와 같이 신뢰이익의 보호가치가 적어 6월의 유예기간을 부여한 것이다. 나아가 청소년보호를 목적으로 등급분류가 처음으로 도입된 법의 체계 내에서 사행성이 강한 유기기구에 대하여 장기의 유예기간을 부여하는 것이 청소년보호의 관점에서도 법의 전반적인 취지와도 부합하지 않기 때문이다.

따라서 이 사건 법령조항이 다른 게임제공업자와는 달리 청구인들에게만 등록의무를 부과하고 청구인들과 다른 게임제공업자를 구분하여 등급분류의 기간을 달리 정한 것은 본질적으로 다른 것을 서로 다르게 취급한 것으로서 자의금지의 원칙에 반한다고 볼 수 없으므로, 청구인의 평등권이 침해되었다고 볼 수 없다.

4. 결 론

따라서 청구인들의 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여한 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성 김효종
김경일 송인준 주선희(주심)

헌수막칠거이행명령취소

(2002. 7. 18. 99헌마592, 689(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 보충성원칙의 예외를 인정한 사례
2. ‘지역구 국회의원 입후보예정자인 청구인이 동료변호사들과 함께 무료법률상담을 하는 행위를 알리기 위하여 헌수막을 게시하는 행위가 사전선거운동에 해당하는가’에 관한 판단이 문제된 헌법소원 사건에서 권리보호이익의 존부

【결정요지】

1. 이 사건 헌법소원은 구제절차가 있다고 하더라도 그로 인하여 권리가 구제될 가능성이 없어 청구인에게 그 절차의 선이행을 요구할 기대가능성이 없는 경우에 해당한다 할 것이므로, 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 불구하고 구제절차를 거치지 아니하고 직접 헌법소원을 제기할 수 있는 예외적인 경우의 하나로 보아야 할 것이다.
2. 청구인은 이 사건 헌법소원심판청구를 통하여 사전선거운동을 제한하는 국가행위의 위헌성을 문제삼는 것이 아니라, 단지 청구인들의 헌수막 게시행위가 사전선거운동에 해당하는지의 여부를 다투고 있는 것이다. 이에 관한 판단은 사전선거운동의 개념과 범위를 정하는 문제, 즉 법률의 해석과 적용의 문제로서 헌법재판소의 관할이 아니라 일차적으로 법원의 과제에 속하는 것이다. 따라서 이 사건은 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 위헌여부의 해명이 헌법적으로 중요한 의미를 지니고 있는 경우라고 볼 수 없다.

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제1항

공직선거및선거부정방지법(1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정된 것) 제113조(후보자 등의 기부행위제한) 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)와 그 배우자는 기부행위

제한기간 중 당해 선거에 관한 여부를 불문하고 일체의 기부행위를 할 수 없다.

공직선거및선거부정방지법(1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정된 것) 제254조(선거운동기간위반죄) ① 선거일에 투표마감시각 전까지 선거운동을 한 자는 3년 이하의 징역 또는 600만원이하의 벌금에 처한다.

② 선거운동기간 전에 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 한 자는 이 법에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 벽보·현수막·애드벌룬·표식판·선전담·광고판 기타 명칭의 여하를 불문하고 선전시설물이나 용구 또는 각종 인쇄물을 사용하여 선거운동을 하거나 하게 한 자
2. 방송·신문·통신 또는 잡지 기타 간행물을 이용하여 선거운동을 하거나 하게 한 자
3. 정견발표회·좌담회·토론회·향우회·동창회 또는 반사회 기타의 집회를 개최하여 선거운동을 하거나 하게 한 자
4. 선거운동을 위한 기구를 설치하거나 사조직을 만들어 선거운동을 하거나 하게 한 자
5. 호별 방문하여 선거운동을 하거나 하게 한 자

③ 제2항에 규정된 방법 외의 방법으로 선거운동기간 전에 선거운동을 하거나 하게 한 자는 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다.

공직선거및선거부정방지법(1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정된 것) 제271조(불법시설물등에 대한 조치 및 대집행) ① 각급선거관리위원회는 이 법의 규정에 위반되는 선거에 관한 벽보·인쇄물·현수막 기타 선전물(정당의 당사게시선전물을 포함한다)이나 유사기관·사조직 또는 시설 등을 발견한 때에는 지체 없이 그 첩부 등의 중지 또는 철거·수거·폐쇄 등을 명하고, 이에 불응하는 때에는 대집행을 할 수 있다. 이 경우 대집행은 행정대집행법에 의하되, 그 절차는 행정대집행법 제3조(대집행의 절차)의 규정에 불구하고 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 의할 수 있다.

② 각급선거관리위원회는 제1항의 불법시설물 등에 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 불법시설물임을 표시하는 표식을 하거나 공고할 수 있다.

③ 제56조(기탁금) 제3항의 규정에 의하여 기탁금에서 부담하는 대집행비용의 공제·납입·징수위탁등에 관하여는 제261조(과태료의 부과·징수 등) 제4항의 규정을 준용한다.

【참조판례】

1. 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22, 판례집 1, 176
헌재 1997. 11. 27. 94헌마60, 판례집 9-2, 675
2. 헌재 1991. 7. 8. 89헌마181, 판례집 3, 356
헌재 1997. 11. 27. 94헌마60, 판례집 9-2, 675

【당 사 자】

청 구 인 안동수
(99헌마592)

대리인 1. 법무법인 중앙
담당변호사 이경택
2. 변호사 엄도희 외 2인

(99헌마689)

대리인 법무법인 중앙
담당변호사 이경택

피청구인 서울특별시 서초구 선거관리위원회 위원장

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인 안동수는 1962년 이래 군법무관과 검사로 재직하다가 1975년부터 현재까지 변호사로 활동하는 자로서, 제14대(1992년)·제15대(1996년) 국회의원선거서 서초구를 지역구에서 입후보하였고, 1997. 12. 12.부터 새정치국민회의 서초구를 지구당 위원장의 직책을 맡아 활동하였다.

(2) 청구인은 1990. 3.경 민주당 인권위원장으로 영입된 이래, 동료법조인들과 무료법률상담소를 개설하여 청구인의 변호사 사무실 또는 지구당 사무실에서 “안동수 월요법률 무료상담소”라는 이름으로 무료법률상담을 하여 왔는데, 자신의 무료법률상담활동을 주민들에게 알리기 위하여 현수막을 서초구 내 가로에 설치하면서 서초구청에 옥외광고의 설치를 신고하였으나, 서초구청은 현수막의 표시내용이 공공의 목적을 위한 것이 아니라는 이유로 위 신고를 반려하고 청구인의 현수막을 강제철거하였으며, 서초구청의 이러한 조치는 1990년 이래 계속 반복되었다. 청구인은 서초구청의 이러한 조치에 대하여 이미 두차례 서울고등법원에 행정소송을 제기하였으나, 위 법원은 각 판결에서 ‘변론종결당시에는 이미 현수막의 설치예정기간(15일)이 도과하였으므로, 서초구청의 반려처분이 취소된다고 하더라도 그 취소를 구할 소송상의 이익이 없다’는 이유로 각하하였다(서울고등법원 92구31837, 93구6111).

(3) 1999. 8. 13. 청구인이 다시금 “서초 무료법률상담”의 현수막 11매를 서초구 내의 가로에 게시하고 이를 서초구청에 신고하자, 서초구 선거관리위원

회는 1999. 8. 16. ‘청구인이 설치한 현수막이 사전선거운동에 해당하여 공직 선거및선거부정방지법 제254조에 위반된다’는 이유로 위 법 제271조 제1항에 의하여 1999. 8. 17. 14:00까지 현수막을 철거할 것을 명하는 현수막철거 이행 명령을 하고 강제로 철거하였다. 이에 청구인은 ‘피청구인인 서초구 선거관리 위원회 위원장의 현수막철거 이행명령이 청구인의 평등권, 양심의 자유, 표현의 자유 등을 침해한다’는 이유로 1999. 10. 16. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다(99헌마592 사건).

(4) 그 후 청구인은 다시 1999. 11. 4. “서초 월요법률 무료상담”의 현수막 10매를 서초구 내의 가로에 설치하고 이를 신고하자, 서초구 선거관리위원회는 1999. 11. 5. “위 현수막이 사전선거운동 또는 기부행위에 해당한다”는 이유로 현수막철거 이행명령을 하고 강제철거하였다. 이에 청구인은 위 철거이행명령이 청구인의 기본권을 침해하였다는 이유로 1999. 12. 1. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다(99헌마689 사건).

(5) 청구인은 이 사건 헌법소원심판을 청구한 후 2000. 4.경에 실시된 제16대 국회의원선거에 서초구를 지역구에서 입후보하였으나 낙선하였고, 이어서 서초구를 지구당위원장직을 사퇴하고 정치활동에서 은퇴하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은, 피청구인의 1999. 8. 16.자 현수막철거 이행명령 및 1999. 11. 5.자 현수막철거 이행명령이 청구인의 기본권을 침해하는지의 여부이다.

한편, 위 심판대상행위와 관련되는 공직선거및선거부정방지법 조항들의 규정내용은 다음과 같다.

제113조(후보자 등의 기부행위제한) 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)와 그 배우자는 기부행위제한기간중 당해 선거에 관한 여부를 불문하고 일체의 기부행위를 할 수 없다.

제254조(선거운동기간위반죄) ① 생략

② 선거운동기간 전에 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 한 자는 이 법에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 벽보·현수막·애드벌룬·표지판·선전탑·광고판 기타 명칭의 여하를 불문하고 선전시설물이나 용구 또는 각종 인쇄물을 사용하여 선거운동을 하거나 하게 한 자

2. 내지 5. 생략

③ 생략

제271조(불법시설물 등에 대한 조치 및 대집행) ① 각급선거관리위원회는 이 법의 규정에 위반되는 선거에 관한 벽보·인쇄물·현수막 기타 선전물(정당의 당사게시선전물을 포함한다)이나 유사기관·사조직 또는 시설 등을 발견한 때에는 지체없이 그 철폐 등의 중지 또는 철거·수거·폐쇄 등을 명하고, 이에 불응하는 때에는 대집행을 할 수 있다. 이 경우 대집행은 행정대집행법에 의하되, 그 절차는 행정대집행법 제3조(대집행의 절차)의 규정에 불구하고 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 의할 수 있다.

② 및 ③ 생략

2. 청구인의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장 요지

(1) 공직선거및선거부정방지법 제254조 제2항, 제271조 제1항에 의하여 선거관리위원회가 철거를 명하고 대집행을 할 수 있는 현수막은 ‘선거에 관한 현수막’에 한하는 것인데, 이 사건 “서초 월요법률 무료상담” 현수막은 ‘선거에 관한 현수막’이 아니라 인권옹호차원에서 무료법률상담을 한다는 내용의 현수막이다. 변호사가 변호사 사무소 또는 자신의 직무를 수행하는 상설 사무소(예컨대 지구당 당사 등)에서 무료법률상담을 하는 행위는 변호사의 직무상 활동이거나 정당활동행위로 보아 사전선거운동이나 기부행위로 보지 아니한다는 것이 중앙선거관리위원회의 유권해석이다. 따라서 변호사의 무료법률상담을 알리는 현수막의 게시도 사전선거운동이라고 할 수 없다.

(2) 서초구청장이 소속된 정당인 한나라당 서초구를 위원장인 김덕룡 의원은 그 동안 온갖 무료강좌(노래교실, 꽃꽂이, 등산 등)를 광고하는 서초문화원의 현수막을 수없이 게시하여 왔는데, 피청구인이 김덕룡 의원이 게시한 “서초문화원” 현수막에 대하여는 아무런 조치를 취하지 아니하고 오로지 “안동수 법률사무소”라고 표시한 현수막에 대해서만 철거명령을 내리는 것은 형평에 어긋나는 것이다.

나. 서초구 선거관리위원회 위원장의 의견

(1) 청구인의 이 사건 헌법소원심판청구는 행정심판법 및 행정소송법에서 정하고 있는 구제절차를 거치지 않은 것으로서 부적법하다.

(2) 정당이 정당의 당사에서, 국회의원 및 지방의회의원이 자신의 직무를 수행하는 상설사무소에서 무료법률상담을 하는 것은 통상적인 정당활동 또

는 직무상의 행위로 보아 무방할 것이나, 변호사 등 전문직업인을 고용하거나 자원봉사를 통하여 선거구민에게 무료법률상담을 하는 것은 통상적인 정당활동 또는 직무상의 행위의 범위를 벗어나 선거구민에 대한 선거운동 또는 이익제공행위가 되어 그 행위의 시기에 따라 선거일 전 180일 전에는 공직선거및선거부정방지법 제254조(선거운동기간위반죄)의 규정에, 선거일 전 180일부터 선거일까지는 같은 법 제113조(후보자 등의 기부행위제한)의 규정에 위반된다.

마찬가지로 정당이 당사에 무료법률상담에 관한 통상적인 안내간판이나 현수막을 게시하는 것은 무방하나, 변호사 등 전문직업인을 통한 위법한 상담을 고지하거나 후보자가 되고자 하는 자의 소속정당명·직명·성명을 표시하거나 이를 유추할 수 있는 방법을 통하여 또는 정당의 당사가 아닌 가로에 현수막을 게시하여 선거구민에게 이를 고지하는 행위는 공직선거및선거부정방지법에 위반된다. 이 사건의 경우 청구인이 2000. 4. 실시될 제16대 국회의원선거에 서초구를 지역구에서 후보자로서 출마할 것이 확실시되므로, 청구인이 변호사를 통한 무료법률상담을 고지하는 현수막을 가로에 게시한 행위는 사전선거운동에 해당한다.

(3) 서초문화원의 무료강좌와 이를 광고하는 현수막의 게시행위가 한나라당 서초구를 지구당위원장인 국회의원 김덕룡의 행위로 볼만한 아무런 근거가 없으므로, 서초문화원의 위 행위는 공직선거및선거부정방지법에 위반된다고 할 수 없고, 따라서 피청구인의 조치가 형평에 어긋난다는 청구인의 주장은 이유없다.

3. 판 단

가. 보충성요건의 충족여부

헌법소원심판은 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다(헌법재판소법 제68조 제1항 단서). 피청구인의 현수막철거 이행명령에 대하여는 행정소송법 및 행정심판법에 의하여 행정소송이나 행정심판이 가능할 것이나, 청구인이 피청구인의 행위에 대하여 그의 취소를 구하는 행정소송을 제기한다 하더라도 현수막의 설치기간이 옥외광고물등관리법시행령 제8조 제3호 별표에 의하여 15일 이내로 되어 있어, 행정쟁송절차에 소요되는 기간을 감안할 때 행정소송의 변론종결시에는 이미 설치예정기간이 도과하여 청구인으로서의 신고에 따른 설치목적을 달할 수 없기 때문에, 피청구인의 처분의 취소를 구할 법률적 이익이 부정되어 각하될 가능성이

많다.

따라서 이와 같이 취소소송을 통하여는 침해된 권익의 구제가 불가능하다면, 행정청의 공권력행사에 의하여 국민의 권익이 침해될 것이 예상되는 경우 미리 그 예상되는 침익적 처분을 저지하는 것을 목적으로 하여 ‘예방적 부작위소송’을 제기하는 것을 고려해 볼 수 있으나, 법원은 현행 소송법상 법정된 행정소송의 유형 이외의 소송을 원칙적으로 인정하지 않는다는 입장을 취하고 있으므로, 예방적 부작위소송을 제기한다 하더라도 ‘행정소송에서 허용되지 아니하는 것’이라는 이유로 부적법하여 각하될 것으로 보인다.

따라서 이 사건 헌법소원은 구제절차가 있다고 하더라도 그로 인하여 권리가 구제될 가능성이 없어 청구인에게 그 절차의 선이행을 요구할 기대가능성이 없는 경우에 해당한다 할 것이므로, 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 불구하고 구제절차를 거치지 아니하고 직접 헌법소원을 제기할 수 있는 예외적인 경우의 하나로 보아야 할 것이다(헌재 1989. 9. 4. 88헌마22, 판례집 1, 176, 187; 1997. 11. 27. 94헌마60, 판례집 9-2, 675, 688 참조).

나. 권리보호이익의 존부

(1) 청구인이 이 사건 헌법소원심판을 청구할 당시 이미 피청구인의 행위가 종료되었고 이로써 청구인이 주장하는 기본권의 침해도 종료되었기 때문에, 이 사건 심판청구가 인용된다 하더라도 청구인의 주관적 권리구제에는 도움이 되지 아니한다고 할 수 있다.

한편, 헌법소원은 주관적 권리구제뿐만 아니라 객관적인 헌법질서보장의 기능도 겸하고 있으므로, 청구인의 주관적 권리구제에는 도움이 되지 아니한다 하더라도 같은 유형의 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있고, 헌법질서의 수호·유지를 위하여 그에 대한 헌법적 해명이 긴요한 사항에 대하여는 예외적으로 심판청구의 이익을 인정하여 이미 종료된 침해행위가 위헌임을 확인할 수 있다(헌재 1991. 7. 8. 89헌마181, 판례집 3, 356, 367; 1997. 11. 27. 94헌마60, 판례집 9-2, 675, 688 참조).

(2) 그런데 이 사건 법적 분쟁의 내용은 ‘행정청이 적용법률의 해석에 있어서 법규정에 미치는 기본권의 효력을 간과하거나 오해함으로써 법규정을 위헌적으로 적용하였는가’ 하는 행정처분 자체의 위헌성에 관한 판단이거나 또는 그 행정처분의 근거가 된 법규정인 사건선거운동금지조항의 위헌성에 관한 문제가 아니라, ‘지역구 국회의원 입후보예정자로서의 청구인이 동료변호사들과 함께 선거구민을 상대로 무료법률상담을 하는 행위가 사전선거운동인

가, 나아가 ‘청구인의 현수막과 같은 일정 내용의 현수막을 특정 장소에 게시하는 행위가 사전선거운동에 해당하는가’에 관한 판단이라고 할 수 있고, 이러한 판단은 사전선거운동의 개념과 범위를 정하는 문제, 즉 법률의 해석과 적용의 문제로서 헌법재판소의 관할이 아니라 일차적으로 법원의 과제에 속하는 것이다. 즉 청구인은 이 사건 헌법소원심판청구를 통하여 사전선거운동을 제한하는 국가행위의 위헌성을 문제삼는 것이 아니라, 단지 청구인들의 현수막 게시행위가 사전선거운동에 해당하는지의 여부를 다투고 있는 것이다.

이러한 점에서 볼 때, 이 사건은 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 위헌여부의 해명이 헌법적으로 중요한 의미를 지니고 있는 경우라고 볼 수 없다.

(3) 뿐만 아니라, 이 사건의 경우 청구인은 헌법소원을 제기한 이후 새정치국민회의 서초구를 지구당위원장직을 사퇴하고 정치활동에서 은퇴하였다. 청구인이 정치일선에서 물러난 이상, 피청구인이 청구인에게 사전선거운동을 이유로 현수막의 철거를 명할 여지가 없게 되었으므로, 같은 유형의 침해행위가 청구인에게 반복될 위험이 있다고 할 수 없고, 나아가 ‘국회의원선거의 후보자가 되고자 하는 청구인이 특정 장소에 특정 내용의 현수막을 게시하는 것을 금지하는 피청구인의 행위가 청구인의 기본권을 침해하는가’하는 내용의 구체적인 법적 분쟁이 문제되는 이 사건의 경우, 사건의 개별성·특수성·고유성으로 말미암아 국민 일반에 대하여 동종행위의 반복위험을 인정할 여지도 없다.

(4) 결국, 이 사건의 경우 중요한 헌법적 문제에 대한 해명의 필요성이나 침해반복의 위험을 인정할 수 없으므로, 권리보호이익이 없어 부적법하다.

4. 결 론

이에 이 사건 심판청구를 각하하기로 하여 관여한 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 하경철 김영일 권 성 김효종 김경일
송인준 주선희(주심)

신체과잉수색행위 위헌확인

(2002. 7. 18. 2000헌마327 전원재판부)

【판시사항】

1. 현행법으로 체포된 청구인들을 경찰서 유치장에 수용하는 과정에서 흉기 등 위험물 및 반입금지물품의 소지·은닉 여부를 확인하기 위하여 실시한 피청구인의 청구인들에 대한 정밀신체수색이 헌법 재판소법 제68조 제1항의 공권력의 행사에 해당하는지 여부(적극)
2. 헌법소원의 대상이 된 침해행위가 종료되었어도 심판청구의 이익이 있다고 인정한 사례
3. 피청구인이 청구인들로 하여금 경찰관에게 등을 보인 채 상의를 속옷과 함께 겨드랑이까지 올리고 하의를 속옷과 함께 무릎까지 내린 상태에서 3회에 걸쳐 앉았다 일어서게 하는 방법으로 실시한 정밀신체수색으로 인하여 청구인들의 기본권이 침해되었는지 여부(적극)

【결정요지】

1. 유치장 수용자에 대한 신체수색은 유치장의 관리주체인 경찰이 피의자 등을 유치함에 있어 피의자 등의 생명·신체에 대한 위해를 방지하고, 유치장 내의 안전과 질서유지를 위하여 실시하는 것으로서 그 우월적 지위에서 피의자 등에게 일방적으로 강제하는 성격을 가진 것이므로 권력적 사실행위라 할 것이며, 이는 헌법소원심판청구의 대상이 되는 헌법재판소법 제68조 제1항의 공권력의 행사에 포함된다.
2. 청구인들에 대한 침해행위는 이미 종료되어 이 사건 신체수색에 대하여 위헌확인을 하더라도 청구인들에 대한 권리구제는 불가능한 상태여서 주관적 권리보호의 이익은 이미 소멸되었다 할 것이나, 이 사건 이후에 이 사건 신체수색의 근거가 된 구 피의자유치및호송규칙이 개정되었지만 현재에도 전국의 일선 경찰서에서 유치장에 수

용되는 피의자들에 대한 신체검사가 빈번하게 이루어지고 있고, 개정된 규칙에 의하더라도 정밀신체검사의 요건을 자의적으로 해석하여 청구인들에 대한 이 사건 신체수색과 동일 또는 유사한 조치로 인한 기본권 침해행위가 여러 사람에게 대하여, 그리고 반복하여 일어날 위험이 여전히 있다고 보여지므로 심판청구의 이익이 인정된다.

3. 피청구인이 유치장에 수용되는 자에게 실시하는 신체검사는 수용자의 생명·신체에 대한 위해를 방지하고 유치장 내의 안전과 질서를 유지하기 위하여 흉기 등 위험물이나 반입금지물품의 소지·은닉 여부를 조사하는 것으로서, 위 목적에 비추어 일정한 범위 내에서 신체수색의 필요성과 타당성은 인정된다 할 것이나, 이러한 행정목적 달성을 위하여 경찰청장이 일선 경찰서 및 그 직원에 대하여 그 직무권한 행사의 지침을 발한 피의자유치및호송규칙에 따른 신체검사가 당연히 적법한 것이라고는 할 수 없고, 그 목적 달성을 위하여 필요한 최소한의 범위 내에서 또한 수용자의 명예나 수치심을 포함한 기본권이 침해되는 일이 없도록 충분히 배려한 상당한 방법으로 이루어져야 한다. 그런데 청구인들은 공직선거및선거부정방지법 위반의 현행범으로 체포된 여자들로서 체포될 당시 흉기 등 위험물을 소지·은닉하고 있었을 가능성이 거의 없었고, 처음 유치장에 수용될 당시 신체검사를 통하여 위험물 및 반입금지물품의 소지·은닉 여부를 조사하여 그러한 물품이 없다는 사실을 이미 확인하였으며, 청구인들이 변호인 접견실에서 변호인을 접견할 당시 경찰관이 가시거리에서 그 접견과정을 일일이 육안으로 감시하면서 일부 청구인의 휴대폰 사용을 제지하기도 하였던 점 등에 비추어 청구인들이 유치장에 재수용되는 과정에서 흉기 등 위험물이나 반입금지물품을 소지·은닉할 가능성이 극히 낮았던 한편, 당해 경찰서의 경우 변호인 접견 후 신체검사를 실시하여 흉기 등 위험물이나 반입금지물품의 소지·은닉을 적발한 사례가 없었던 사실을 피청구인이 자인하였으며, 특히 청구인들의 옷을 전부 벗긴 상태에서 청구인들에 대하여 실시한 이 사건 신체수색은 그 수단과 방법에 있어서 필요 최소한의 범위를 명백하게 벗어난 조치로서 이로 말미암아 청구인들에게 심한 모욕감과 수치심만을 안겨주었다고 인정하기에 충분하다. 따라서 피청구인의 청구인들에 대한 이러한 과도한 이 사건 신체수색은 그 수

단과 방법에 있어서 필요한 최소한도의 범위를 벗어났을 뿐만 아니라, 이로 인하여 청구인들로 하여금 인간으로서의 기본적 품위를 유지할 수 없도록 하는 것으로서 수인하기 어려운 정도라고 보여지므로 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치로부터 유래하는 인격권 및 제12조의 신체의 자유를 침해하는 정도에 이르렀다고 판단된다.

【참조조문】

헌법 제10조, 제12조

헌법재판소법 제68조 제1항

경찰관직무집행법 제9조(유치장) 경찰서 및 지방해양경찰관서에 법률이 정한 절차에 따라 체포·구속되거나 신체의 자유를 제한하는 판결 또는 처분을 받은 자를 수용하기 위하여 유치장을 둔다.

행형법 제10조(사진촬영 등) ① 소장은 신입자에 대하여 다른 사람과의 식별을 위하여 필요한 한도안에서 사진촬영·지문채취·수용자번호지정 기타 대통령령이 정하는 조치를 하여야 한다.

② 수용중인 자에 대하여도 소장이 수용목적상 필요하다고 인정할 경우에는 제1항의 규정에 의한 조치를 할 수 있다.

행형법 제68조(유치장) 경찰관서에 설치된 유치장은 미결수용실에 준한다.

구 피의자유치및호송규칙(1999. 1. 20. 개정되고 2000. 10. 26. 개정되기 전의 경찰청 훈령 제248호) 제8조(흉기 등의 검사) ① 유치장 근무자는 피의자 등을 유치함에 있어서는 그 신체에 흉기 등의 은닉 소지 여부를 철저히 검사하여야 한다. 다만 여자 피의자의 경우는 성년의 여자를 참여시켜야 한다.

② 간수자가 피의자의 신체를 검사함에 있어서는 두발을 비롯한 신체의 각 부분과 의복 및 양말의 속까지 면밀한 검사를 실시하여 흉기는 물론 독극물, 성냥, 담배가루 등을 은닉 소지하는 일이 없도록 하여야 한다.

구 피의자유치및호송규칙(1999. 1. 20. 개정되고 2000. 10. 26. 개정되기 전의 경찰청 훈령 제248호) 제10조(제입감시의 준용) 제8조의 규정은 조사, 접견 기타의 사유로 출감하였던 피의자가 다시 입감할 때에 이를 준용한다.

【참조판례】

2. 헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집4, 51
헌재 1997. 3. 27. 92헌마273, 판례집9-1, 337
헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546, 판례집13-2, 103
3. 헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 판례집2, 306
헌재 1992. 4. 14. 90헌마82, 판례집4, 194

헌재 1997. 3. 27. 95헌가17, 판례집9-1, 219

헌재 1998. 5. 28. 95헌바18, 판례집10-1, 583

【당 사 자】

청 구 인 박○애 외 2인

청구인들 대리인 변호사 권두섭

피청구인 성남 남부경찰서장

【주 문】

피청구인이 2000. 3. 20. 13:30경 청구인들을 성남 남부경찰서 유치장에 수용하는 과정에서 청구인들로 하여금 경찰관에게 등을 보인 채 상의를 속옷과 함께 거드랑이까지 올리고 하의를 속옷과 함께 무릎까지 내린 상태에서 3회에 걸쳐 앉았다 일어서게 하는 방법으로 실시한 신체수색은 헌법 제10조 및 제12조에 의하여 보장되는 청구인들의 인격권 및 신체의 자유를 침해한 것이므로 위헌임을 확인한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인들은 2000. 3. 20. 00:20경 선거운동원으로 등록하지 아니하고, 배포가 금지된 인쇄물을 배포한 혐의로 공직선거및선거부정방지법위반의 현행범으로 체포되어 성남 남부경찰서에서 조사를 받은 후 속옷을 걸친 상태에서 신체를 더듬는 방법으로 간단한 신체수색을 받고 유치장에 수용되었다.

청구인들은 같은 날 13:30경 변호인 접견을 마친 후 유치장에 재수용되는 과정에서 유치장 담당 여자경찰관으로부터 흉기 등 위험물 및 반입금지물품의 소지·은닉 여부 등의 확인을 위한 자세한 검사를 요구받고 경찰관에게 등을 보인 채 뒤로 돌아서서 상의를 속옷과 함께 거드랑이까지 올리고 하의를 속옷과 함께 무릎까지 내린 상태에서 3회에 걸쳐 앉았다 일어서는 방법으로 정밀신체수색(이하 ‘이 사건 신체수색’이라 한다)을 받았다.

(2) 이에 청구인들은 법률상의 근거 없이 청구인들에게 모욕감과 수치심만을 안겨주는 수단과 방법으로 실시된 과도한 이 사건 신체수색으로 인하여 헌법 제12조의 신체의 자유, 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구

권 등의 기본권을 침해당하였다고 주장하면서 2000. 5. 18. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

(1) 이 사건 심판의 대상은 청구인들이 유치장에 재수용되는 과정에서 흉기 등 위험물 및 반입금지물품의 소지·은닉 여부를 확인하기 위하여 실시한 피청구인의 이 사건 신체수색이 헌법 제12조 및 제10조에 의하여 보장되는 청구인들의 기본권 등을 침해하였는지 여부이다(청구인들은 심판청구서에 피청구인을 경찰청장으로 기재하였으나 이 사건 신체수색을 행한 주체는 성남 남부경찰서장이므로 직권으로 이 사건 피청구인을 성남 남부경찰서장으로 확정하기로 한다(헌재 1993. 5. 13. 91헌마190, 판례집 5-1, 312, 320 참조)).

(2) 이 사건 신체수색 또는 신체검사의 근거규정은 구 피의자유치및호송규칙(1999. 1. 20. 개정되고, 2000. 10. 26. 개정되기 전의 경찰청 훈령 제248호) 제8조 및 제10조이고, 그 내용은 다음과 같다.

구 피의자유치및호송규칙(이하 ‘이 사건 규칙’이라 한다) 제8조(흉기 등의 검사) ① 유치장 근무자는 피의자 등을 유치함에 있어서는 그 신체에 흉기 등의 은닉 소지 여부를 철저히 검사하여야 한다. 다만 여자 피의자의 경우는 성년의 여자를 참여시켜야 한다.

② 간수자가 피의자의 신체를 검사함에 있어서는 두발을 비롯한 신체의 각 부분과 의복 및 양말의 속까지 면밀한 검사를 실시하여 흉기는 물론 독극물, 성냥, 담배가루 등을 은닉 소지하는 일이 없도록 하여야 한다.

제10조(재입감시의 준용)

제8조의 규정은 조사, 접견 기타의 사유로 출감하였던 피의자가 다시 입감할 때에 이를 준용한다.

2. 청구인들의 주장 및 이해관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

구 행형법(1996. 12. 12. 법률 제5175호로 개정되고, 1999. 12. 28. 법률 제6038호로 개정되기 전의 것; 법률 제6038호는 공포된 날로부터 3개월 후에 시행되므로 이 사건 신체수색이 이루어진 2000. 3. 20.에는 법률 제5175호가 적용되었다) 제68조(유치장)에 의하여 경찰관서에 설치된 유치장이 미결수용실에 준한다 하더라도, 준용되는 구 행형법 제10조(신체검사 등)에 의한 신체검사의 대상이 되는 자는 제1조(목적)의 ‘형사피의자 또는 피고인으로서 구속 영장의 집행을 받은 자’ 즉 ‘미결수용자’에 한하고, 따라서 청구인들과 같이

현행범으로 체포되었으나 구속영장이 집행되지 아니한 자는 미결수용자가 아니므로 위 조항을 준용할 수 없음에도, 피청구인은 위 조항을 근거로 한 이 사건 규칙에 따라 청구인들에 대하여 이 사건 신체수색을 실시하였다.

설령 청구인들에 대하여 위 조항이 준용된다 하더라도 청구인들은 경미한 피의사실로 체포되었고, 흉기 등 위험물 및 반입금지물품을 소지·은닉하지 아니하여 자해의 우려가 없었으며, 처음 유치장에 수용되면서 이미 신체검사를 받았을 뿐만 아니라, 변호인 접견을 마치고 다시 유치장에 재수용되는 상황이었다는 점 등을 고려하면 청구인들에 대한 정밀신체수색의 필요성이 전혀 없는 상황이었다.

따라서, 법률상의 근거가 없고 적법절차를 준수하지 아니한 채 그 수단과 방법에 있어서도 필요한 최소한도의 범위를 벗어나 청구인들에게 극도의 모욕감과 수치심만을 안겨주어 수인의 범위를 현저하게 넘어선 피청구인의 과도한 이 사건 신체수색은 청구인들의 헌법상 보장된 신체의 자유, 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권 등의 기본권을 명백하게 침해한 것이다.

나. 피청구인 및 경찰청장의 의견

경찰관직무집행법 제9조(유치장)는 경찰서에는 법률이 정한 절차에 따라 체포·구속되거나 신체의 자유를 제한하는 판결 또는 처분을 받은 자를 수용하기 위하여 유치장을 두도록 규정하고 있고, 구 행형법 제68조는 경찰관서에 설치된 유치장은 미결수용실에 준한다고 규정하고 있다.

이 사건 규칙은 구 행형법에 근거하여 제8조 및 제10조에다 신체검사에 관한 규정을 두고 있으므로, 현행범으로 체포되어 유치장에 수용되는 피의자들에 대하여도 구 행형법 제10조에 준하는 신체검사가 가능할 뿐만 아니라, 수용자의 생명·신체에 대한 위해를 방지하고 유치장 내의 안전과 질서유지를 위하여 유치장에 수용되는 모든 피의자들에 대하여 정밀신체검사를 반드시 실시하여야 하며, 청구인들에 대한 이 사건 신체수색 역시 이 사건 규칙에 따라 적법하게 이루어졌으므로, 이 사건 신체수색으로 인하여 청구인들의 헌법상 기본권이 침해되었다 할 수 없다.

3. 판 단

가. 적법요건에 대한 판단

청구인들에 대하여 실시된 이 사건 신체수색은 피의자 등의 범죄혐의에 대한 증거수집을 목적으로 하는 수사의 강제처분인 수색 내지 검색의 일종으로서의 신체검사가 아니다. 이 사건 신체수색은 유치장의 관리주체로서 경찰이

피의자 등을 유치함에 있어 피의자 등의 생명·신체에 대한 위해를 방지하고, 유치장 내의 안전과 질서유지를 위하여 실시하는 신체검사로서 그 우월적 지위에서 피의자 등에게 일방적으로 강제하는 성격을 가진 것이므로 권력적 사실행위라 할 것이며, 따라서 헌법소원심판청구의 대상이 되는 헌법재판소법 제68조 제1항의 공권력의 행사에 포함된다.

그런데 청구인들에 대한 침해행위는 이미 종료되어 이 사건 신체수색에 대하여 위헌확인을 하더라도 청구인들에 대한 권리구제는 불가능한 상태여서 주관적 권리보호의 이익은 이미 소멸되었다 할 것이다. 그러나 헌법소원제도는 개인의 주관적 권리구제 뿐만 아니라 객관적 헌법질서를 보장하는 기능도 가지고 있으므로, 헌법소원이 주관적 권리구제에는 별 도움이 되지 않는다 하더라도 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판청구의 이익을 인정할 수 있다 할 것이다(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 56-57; 헌재 1997. 3. 27. 92헌마273, 판례집 9-1, 337, 342 등 참조).

이 사건의 자료에 의하면, 이 사건 이후에 이 사건 규칙이 개정되었으나 현재에도 전국의 일선 경찰서에서 유치장에 수용되는 피의자들에 대한 신체검사가 빈번하게 이루어지고 있고, 개정된 규칙(2000. 10. 26. 경찰청 훈령 제331호)에 의하더라도 정밀신체검사의 요건을 자의적으로 해석하거나 신체검사의 방법을 임의로 선택하여 청구인들에 대한 이 사건 신체수색과 동종 또는 유사한 조치로 인한 기본권 침해행위가 여러 사람에게 대하여, 그리고 반복하여 일어날 위험이 여전히 있다고 보여지므로 심판청구의 이익이 인정된다.

나. 본안에 대한 판단

(1) 인정되는 사실

(가) 청구인들은 2000. 3. 20. 00:20경 공직선거및선거부정방지법위반의 현행범으로 체포되어 성남 남부경찰서에서 피의자로서 조사를 받은 후, 같은 날 04:30경 유치장에 수용되면서 신체검사실에서 담당 여자경찰관으로부터 속옷을 걸친 상태에서 신체를 더듬는 방법으로 간단하게 신체검사를 받았다.

청구인들은 같은 날 13:00경 경찰관이 지켜보는 가운데 접견실에서 변호인과 집단으로 접견을 마친 후, 같은 날 13:30경 유치장에 재수용되는 과정에서 담당 여자경찰관으로부터 흉기 등 위험물 및 반입금지물품의 소지·은닉 여부 등의 확인을 위하여 상의를 모두 벗고 하의를 속옷과 함께 무릎까지 내려

정밀하게 신체검사를 받도록 요구받았다. 이에 청구인들은 이미 신체검사를 받았을 뿐만 아니라 변호인 접견을 마치고 재수용되는 것이므로 흉기 등 위험물 소지·은닉의 가능성도 없다는 등의 이유를 들어 거부하였다. 그러나 위 경찰관이 신체검사의 이유 및 근거 등을 제시하면서 신체검사에 협조할 것을 강력히 요구함에 따라 정밀신체검사라는 이름으로 이 사건 신체수색을 받았으며, 당시 일부 청구인은 생리 중이었다.

정밀신체검사는 시정이 가능한 밀폐된 신체검사실에서 여자 경찰관에게 등을 보인 채 뒤로 돌아서서 스스로 브래지어를 포함한 상의를 겨드랑이까지 올리고 팬티를 포함한 하의를 무릎까지 내린 상태에서 앉았다 일어서기를 3회 실시하는 방법으로 이루어졌다.

(나) 위 사건을 수사한 경찰은 같은 달 21. 청구인들에 대하여 구속영장을 청구하지 아니하고 청구인들을 석방하였다. 그 후 청구인 김○경은 2000. 6. 16. 기소유예처분을 받았고, 같은 신○경은 불구속기소되어 같은 해 11. 1. 징역 8월 집행유예 1년을 선고받고, 그 무렵 위 판결이 확정되었으며, 같은 박○애는 불구속기소되어 같은 해 11. 1. 벌금 700,000원을 선고받고 항소하였으나 2001. 1. 9. 항소기각되어, 그 무렵 위 판결이 확정되었다.

한편 청구인들은 국가 등을 상대로 위법·부당한 신체검사로 인한 위자료 청구소송을 제기하여 2000. 11. 10 서울지방법원(2000가합35295)에서 원고 일부승소판결이 선고되었고, 국가가 항소하여 2001. 7. 6. 서울고등법원(2000나59403)에서 원고 패소판결이 선고되었으나, 청구인들이 상고하여 같은 해 10. 26. 대법원(2001다51466)에서 파기환송판결이 선고되었고, 현재 서울고등법원(2001나66996)에서 재판계속 중이다.

(2) 이 사건 신체수색으로 인하여 청구인들의 헌법상 기본권이 침해되었는지 여부

청구인들이 그 주장과 같이 피청구인으로부터 법률상의 근거도 없이 과도한 이 사건 신체수색을 강요당함으로써 수인의 한계를 넘어설 정도로 극도의 모욕감과 수치심을 느끼지 않을 수 없었다면 헌법 제10조에 의하여 보장되는 인격권 및 제12조에 의하여 보장되는 신체의 자유의 침해 여부가 문제된다 할 것이다.

(가) 경찰서 유치장 내의 수용자에 대한 신체검사의 법률적 근거

유치장은 경찰관직무집행법 제9조에 의하여 법률이 정한 절차에 따라 체포·구속되거나 신체의 자유를 제한하는 판결 또는 처분을 받은 자를 수용하

기 위하여 일선 경찰서에 설치할 수 있도록 되어 있는 시설로서, 수용되어 있는 유치인들의 도망과 증거인멸을 방지하는 기능을 한다.

그리고 이 사건 신체수색을 포함한 경찰서 유치장 내의 수용자들에 대한 신체검사는 구 행형법 제68조에 의하여 경찰서 유치장이 미결수용실에 준한다는 규정과 같은 법 제10조의 규정에 근거하여 이루어지는 것이다. 즉 경찰서 유치장은 그 성질에 반하지 아니하는 범위 내에서 미결수용실에 관한 관련규정을 준용하여 운영되는 것인 바, 그 중 신체검사에 관하여 구 행형법 제10조 제1항은 '신입자(수용자로서 교도소, 소년교도소 또는 구치소 신입하는 자)에 대하여는 신체, 의류를 검사하고, 지문을 채취하며 사진을 촬영하여야 한다'고 규정하고, 같은 조 제2항은 '수용 중의 자에 대하여도 당해 소장이 필요하다고 인정할 경우에는 신체, 의류를 검사하고 지문을 채취하며 사진을 촬영할 수 있다'고 규정하고 있다. 따라서 위 각 조항은 경찰서 유치장 내의 수용자에 대한 신체검사의 법률적 근거가 된다 할 것이다.

(나) 경찰서 유치장 내의 수용자에 대한 신체검사의 허용범위

피청구인이 유치장에 수용되는 자에 대하여 실시하는 신체검사는 수용자의 생명·신체에 대한 위해를 방지하고 유치장 내의 안전과 질서를 유지하기 위하여 흉기 등 위험물이나 반입금지물품의 소지·은닉 여부를 조사하는 것으로서, 위 목적에 비추어 일정한 범위 내에서 신체수색의 필요성과 타당성은 인정된다.

그러나 이러한 행정목적은 달성하기 위하여 경찰청장이 일선 경찰서 및 그 직원에 대하여 그 직무권한 행사의 지침을 발한 이 사건 규칙에 따른 신체검사가 당연히 적법한 것이라고는 할 수 없고, 그 목적 달성을 위하여 필요한 최소한도의 범위 내에서 또한 수용자의 명예나 수치심을 포함한 기본권이 침해되는 일이 없도록 충분히 배려한 상당한 방법으로 이루어져야 한다. 따라서 경찰서 유치장 내의 수용자에 대한 정밀신체검사는 수용자가 신체의 은밀한 부위에 흉기 등 위험물 및 반입금지물품을 소지·은닉한 채 입소할 가능성이 있다고 판단되며, 다른 방법 예컨대 외부로부터의 관찰 또는 촉진에 의한 검사 등으로는 위 물품을 도저히 찾아내기 어렵다고 볼만한 합리적인 이유가 있고, 수용자에 대한 기본권 침해의 여지를 최소화하는 수단과 방법으로 실시되는 경우에 한하여만 허용된다 할 것이다.

(다) 판 단

헌법 제10조는 모든 기본권 보장의 종국적 목적이자 기본이념이라 할 수

있는 인간의 본질적이고 고유한 가치인 인간의 존엄과 가치로부터 유래하는 인격권을 보장하고 있고(헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 판례집 2, 306, 310 등 참조), 제12조는 정신적 자유와 더불어 인간의 존엄과 가치를 구현하기 위한 가장 기본적인 자유로서 모든 기본권 보장의 전제가 되는 신체의 자유를 보장하고 있다(헌재 1992. 4. 14. 90헌마82, 판례집 4, 194, 206 등 참조). 따라서 구 형법 제68조 등에 근거하여 경찰서 유치장 내의 수용자에 대한 정밀신체검사의 실시에 따라 국민의 기본권에 대한 제한이 불가피하다 하더라도, 그 본질적인 내용을 침해하거나, 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성 등을 의미하는 과잉금지의 원칙에 위배되어서는 아니 된다(헌재 1997. 3. 27. 95헌가17, 판례집 9-1, 219, 234; 헌재 1998. 5. 28. 95헌바18 판례집 10-1, 583, 595 등 참조).

그런데 앞에서 본 바와 같이 청구인들은 공직선거및선거부정방지법위반의 현행범으로 체포된 여자들로서 체포될 당시 흉기 등 위험물을 소지 은닉하고 있었을 가능성이 거의 없었고, 처음 유치장에 수용될 당시 신체검사를 통하여 흉기 등 위험물 및 반입금지물품의 소지·은닉 여부를 조사하여 그러한 물품이 없다는 사실을 이미 확인하였으며, 청구인들이 변호인 접견실에서 변호인을 집단으로 접견할 당시 경찰관이 가시거리에서 변호인 접견과정을 일일이 육안으로 감시하면서 일부 청구인의 휴대폰 사용을 제지하기도 하였던 점 등에 비추어 청구인들이 유치장에 재수용되는 과정에서 흉기 등 위험물이나 반입금지물품을 소지·은닉할 가능성도 극히 낮았다. 또한 성남 남부경찰서의 경우 변호인 접견 후 신체검사를 실시하여 흉기 등 위험물이나 반입금지물품의 소지·은닉을 적발한 사례가 없었던 사실을 피청구인이 자인하였으며, 특히 청구인들의 옷을 전부 벗긴 상태에서 앉았다 일어서기를 반복하게 하는 방법의 이 사건 신체수색은 그 자체로서 청구인들의 명예와 자존심 등을 심하게 손상하는 점 등을 함께 보태어 보면, 피청구인이 청구인들에 대하여 실시한 이 사건 신체수색은 그 수단과 방법에 있어서 필요 최소한의 범위를 명백하게 벗어난 조치로서 이 사건 신체수색으로 말미암아 청구인들에게 심한 모욕감과 수치심만을 안겨주었다고 인정하기에 충분하다.

그렇다면 피청구인의 청구인들에 대한 이러한 과도한 이 사건 신체수색은 그 필요성에도 불구하고 그 수단과 방법에 있어서 필요한 최소한도의 범위를 벗어났을 뿐만 아니라, 이로 인하여 청구인들로 하여금 인간으로서의 기본적 품위를 유지할 수 없도록 함으로써 수인하기 어려운 정도라고 보여지므로 현

법 제10조의 인간의 존엄과 가치로부터 유래하는 인격권 및 제12조의 신체의 자유를 침해하는 정도에 이르렀다고 판단된다.

4. 결 론

청구인들이 성남 남부경찰서 유치장에 수용되는 과정에서 흉기 등 위험물 및 반입금지물품의 소지·은닉 여부를 확인하기 위하여 경찰관에게 등을 보인 채 돌아서서 상의를 속옷과 함께 겨드랑이까지 올리고 하의를 속옷과 함께 무릎까지 내린 상태에서 3회에 걸쳐 앉았다 일어서게 하는 방법으로 실시한 피청구인의 청구인들에 대한 이 사건 신체수색은 그 수단과 방법에 있어서 필요한 최소한도의 범위를 벗어나 청구인들에게 수인하기 어려운 정도의 모욕감과 수치심을 안겨준 행위로서 헌법 제10조 및 제12조에 의하여 보장되는 청구인들의 인격권 및 신체의 자유를 침해한 것이어서 마땅히 취소되어야 할 것이다. 다만 위 권력적 사실행위는 이미 종료되었으므로 동일 또는 유사한 기본권 침해의 반복을 방지하기 위하여 선언적 의미에서 그에 대한 위헌 확인을 하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 관여재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성 김효종
김경일 송인준(주심) 주선희

평균임금결정 · 고시부작위 위헌확인

(2002. 7. 18. 2000헌마707 전원재판부)

【판시사항】

1. 공권력의 불행사에 대한 헌법소원의 청구기간
2. 주관적인 권리보호의 이익이 없는 경우라고 하더라도 동종의 기본권침해가 반복될 위험이 있거나 헌법질서의 유지·수호를 위하여 헌법적 해명이 중대한 의미를 지니고 있어 예외적으로 심판청구의 이익이 인정된다고 본 사례
3. 산업재해보상보험법 제4조 제2호 단서 및 근로기준법시행령 제4조가 정하는 경우에 관하여 노동부장관이 평균임금을 정하여 고시하지 아니하는 부작위가 청구인들의 기본권을 침해한 것으로서 헌법에 위반되는지 여부(적극)

【결정요지】

1. 공권력의 불행사로 인한 기본권침해는 그 불행사가 계속되는 한 기본권침해의 부작위가 계속된다고 할 것이므로 공권력의 불행사에 대한 헌법소원은 그 불행사가 계속되는 한 기간의 제약없이 적법하게 청구할 수 있다.
2. 헌법소원제도는 주관적인 권리구제 뿐만 아니라 객관적인 헌법질서보장의 기능도 겸하고 있으므로, 설사 주관적인 권리보호의 이익이 없는 경우라고 하더라도 동종의 기본권침해가 반복될 위험이 있거나 헌법질서의 유지·수호를 위하여 헌법적 해명이 중대한 의미를 지니고 있을 때에는 예외적으로 심판청구의 이익이 인정된다.
3. 산업재해보상보험법 제4조 제2호 단서 및 근로기준법시행령 제4조는 근로기준법과 같은법시행령에 의하여 근로자의 평균임금을 산정할 수 없는 경우에 노동부장관으로 하여금 평균임금을 정하여 고시하도록 규정하고 있으므로, 노동부장관으로서 그 취지에 따라 평균임금을 정하여 고시하는 내용의 행정입법을 하여야 할 의무가

있다고 할 것인바, 노동부장관의 그러한 작위의무는 직접 헌법에 의하여 부여된 것은 아니나, 법률이 행정입법을 당연한 전제로 규정하고 있음에도 불구하고 행정권이 그 취지에 따라 행정입법을 하지 아니함으로써 법령의 공백상태를 방치하고 있는 경우에는 행정권에 의하여 입법권이 침해되는 결과가 되는 것이므로, 노동부장관의 그러한 행정입법 작위의무는 헌법적 의무라고 보아야 한다.

재판관 권성의 반대의견

산업재해보상보험법 제4조 제2호 단서 및 근로기준법시행령 제4조에 의하여 노동부장관이 행하는 평균임금의 결정행위는 행정입법작용이 아니고, 오히려 구체적인 사안에 즉응하여 개별적이고 구체적인 금액을 결정하는 하나의 행정작용으로 보아야 한다.

【참조조문】

헌법 제23조 제1항, 제34조 제1항

산업재해보상보험법 제4조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음 각호와 같다.

1. 생략
2. “근로자”·“임금”·“평균임금”·“통상임금”이라 함은 각각 근로기준법에 의한 “근로자”·“임금”·“평균임금”·“통상임금”을 말한다. 다만, 근로기준법에 의하여 “임금” 또는 “평균임금”을 결정하기 곤란하다고 인정되는 경우에는 노동부장관이 정하여 고시하는 금액을 당해 “임금” 또는 “평균임금”으로 한다.

3. 생략

근로기준법 제19조(평균임금의 정의) ① 이 법에서 “평균임금”이라 함은 이를 산정하여야 할 사유가 발생한 날 이전 3월간에 그 근로자에 대하여 지급된 임금의 총액을 그 기간의 총일수로 나눈 금액을 말한다. 취업 후 3월 미만도 이에 준한다.

② 제1항의 규정에 의하여 산출된 금액이 당해 근로자의 통상임금보다 저액일 경우에는 그 통상임금액을 평균임금으로 한다.

근로기준법시행령 제2조(평균임금의 계산에서 제외되는 기간 및 임금) ① 법 제19조의 규정에 의한 평균임금 산정기간 중에 다음 각호의 1에 해당하는 기간이 있는 경우에는 그 기간과 그 기간 중에 지불된 임금은 평균임금 산정기준이 되는 기간과 임금의 총액에서 각각 공제한다.

1. 법 제35조 제5호의 규정에 의한 수습사용중의 기간
2. 법 제45조의 규정에 의한 사용자의 귀책사유로 인하여 휴업한 기간
3. 법 제72조의 규정에 의한 산전후휴가기간

4. 법 제81조의 규정에 의한 업무수행으로 인한 한 부상 또는 질병의 요양을 위하여 휴업한 기간
 5. 남녀고용평등법 제19조의 규정에 의한 육아휴직기간
 6. 노동조합및노동관계조정법 제2조 제6호의 규정에 의한 쟁의행위기간
 7. 병역법·향토예비군설치법 또는 민방위기본법에 의한 의무이행을 위하여 휴직하거나 근로하지 못한 기간. 다만, 그 기간 중 임금을 지급 받은 경우에는 그러하지 아니하다.
 8. 업무의 부상·질병 기타의 사유로 인하여 사용자의 승인을 얻어 휴업한 기간
- ② 법 제19조 제1항의 규정에 의한 임금의 총액에는 임시로 지불된 임금 및 수당과 통화외의 것으로 지불된 임금은 이를 산입하지 아니한다. 다만, 노동부장관이 정하는 것에 대하여는 그러하지 아니하다.

근로기준법시행령 제3조(일용근로자의 평균임금) 일용근로자에 대하여는 노동부장관이 사업별 또는 직업별로 정하는 금액을 평균임금으로 한다.

근로기준법시행령 제4조(특별한 경우의 평균임금) 법 제19조, 이 영 제2조 및 제3조의 규정에 의하여 평균임금을 산정할 수 없는 경우에는 노동부장관이 정하는 바에 의한다.

【참조판례】

1. 헌재 1994. 12. 29. 89헌마2, 판례집 6-2, 395
2. 헌재 1999. 5. 27. 97헌마137, 판례집 11-1, 653
3. 헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 284
헌재 1996. 6. 13. 94헌마118등, 판례집 8-1, 500

【당 사 자】

청 구 인 김정화 외 1인
청구인들 대리인 법무법인 한라
담당변호사 정대권 외 2인
피청구인 노동부장관

【주 문】

피청구인이 산업재해보상보험법 제4조 제2호 단서와 근로기준법시행령 제4조의 위임에 의하여 평균임금을 정하여 고시하지 아니하는 행정입법 부작위는 위헌임을 확인한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인 김정화의 남편인 송경욱과 청구인 이용자의 남편인 김정부는 1998. 1. 9. 제999공용호(옥돔잡이 연승어선)의 선원으로 첫 승선하여 조업 중 같은 달 11. 서귀포 남방 80마일 해상에서 위 어선이 풍랑으로 침몰하여 실종되었다.

(2) 청구인들은 위 실종자들의 생사불명 상태가 3개월 이상 계속되어 실종자들의 사망이 추정됨을 사유로 근로복지공단에 산업재해보상보험법에 의한 유족급여 및 장의비의 지급을 청구하였는데, 근로복지공단은 위 공용호가 산업재해보상보험의 적용제외 사업장에 해당함을 이유로 그 지급을 거부하였으나, 청구인들이 그 부지급처분의 취소를 구하는 행정소송(제주지방법원 98구 673)을 제기하여 승소하였다.

(3) 위 판결선고 후 청구인들은 노동부장관이 발행한 임금구조기본통계조사보고서의 어업숙련근로자 급여액을 기준으로 하여, 청구인 김정화는 유족보상일시금 97,734,000원 및 장의비 9,021,600원을, 청구인 이용자는 유족보상일시금 58,726,200원 및 장의비 5,420,880원을 각 청구하였다.

(4) 이에 근로복지공단은 청구인들에 대한 유족급여 및 장의비를 지급하기 위하여 위 실종자들의 임금을 조사하였다. 그 조사결과에 의하면 위 공용호와 같은 옥돔잡이 연승어선의 선원들은 일반적으로 전체 어획물 판매대금에서 비용을 공제한 금액을 선주와 선장 및 선원들이 일정 비율로 분배하는 방식으로 임금을 받아 왔는데, 위 공용호의 경우 선주가 30%, 선장이 20%, 나머지 선원 5명이 각 10%씩을 분배받기로 되어 있었다. 그러나 근로복지공단은 위 실종자들이 선주에게 채용된 후 실제로 임금을 지급받았다는 자료가 없음을 이유로, 산업재해보상보험법(1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정되기 전의 것) 제38조 제4항 및 같은법시행규칙(2000. 7. 29. 노동부령 제165호로 개정되기 전의 것) 제10조 제1항에 의한 최저보상기준인 1일 금22,353원을 기준으로 유족급여 및 장의비를 산정하여 청구인들에 대하여 각 유족일시금 29,058,900원(평균임금의 1,300일분) 및 장의비 2,682,360원(평균임금의 120일분)을 각 지급하는 내용의 처분을 하였다.

(5) 이에 대하여 청구인들은, “위 실종자들이 1998. 1. 9. 채용되어 첫 출어에 나섰다가 재해를 당하였으므로 근로기준법의 관계규정에 의하여 평균임금을 산정할 수 없는 경우에 해당되고, 이런 경우 근로기준법시행령 제4조에 따라 노동부장관이 정하는 바 또는 산업재해보상보험법 제4조 제2호에 의하여

노동부장관이 정하여 고시하는 바에 따라 평균임금을 산정하여야 할 것이나, 아직까지 노동부장관의 정함이나 고시가 시행되지 않고 있으므로, 결국 근로자의 통상의 생활임금을 사실대로 산정할 수 있는 방법에 의하여야 할 것인데, 신속하고 공정한 재판을 위하여 노동부장관이 통계법에 근거하여 발표하는 임금구조기본통계조사보고서에 의하여 평균임금을 산정하는 것이 타당하다”라는 이유로 위 처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였고(제주지방법원 2000구201), 그 소송계속 중 청구인들은 근로기준법의 규정에 의하여 위 실종자들의 평균임금을 산정할 수 없는 경우에 해당함에도 불구하고 노동부장관이 이에 관한 결정 또는 고시를 하지 아니함은 청구인들의 평등권, 재산권, 재판을 받을 권리 및 근로의 권리 등을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다는 이유로 2000. 11. 9. 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

(6) 한편 위 소송에서 제주지방법원은 청구인들의 임금구조기본통계조사보고서에 의한 평균임금 산정주장을 배척하고, 위 실종자들의 실제임금을 기존 대법원판례의 취지에 따라 추산하여 보아도 그 금액이 산업재해보상보험법시행규칙 제10조 제1항 소정의 최저보상기준에 미달함을 이유로 하여 2001. 4. 25. 원고 패소판결을 선고하였고, 이에 대한 청구인들의 항소(광주고등법원 제주부 2001누153) 및 상고(대법원 2001두9387)도 모두 기각되었다.

나. 심판대상 및 관계법령

(1) 심판대상

이 사건 헌법소원의 심판대상은 산업재해보상보험법 제4조 제2호 단서 및 근로기준법시행령 제4조가 정하는 경우에 관하여 피청구인이 평균임금을 정하여 고시하지 아니하는 부작위가 청구인들의 헌법상 보장된 기본권을 침해한 것으로서 헌법에 위반되는지 여부이다.

(2) 관계법령

산업재해보상보험법 제4조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음 각호와 같다.

1. 생략

2. “근로자”·“임금”·“평균임금”·“통상임금”이라 함은 각각 근로기준법에 의한 “근로자”·“임금”·“평균임금”·“통상임금”을 말한다. 다만, 근로기준법에 의하여 “임금” 또는 “평균임금”을 결정하기 곤란하다고 인정되는 경우에는 노동부장관이 정하여 고시하는 금액을 당해 “임금” 또는 “평균임금”으로 한다.

3. 생략

근로기준법 제19조(평균임금의 정의) ① 이 법에서 “평균임금”이라 함은 이를 산정하여야 할 사유가 발생한 날 이전 3월간에 그 근로자에 대하여 지급된 임금의 총액을 그 기간의 총일수로 나눈 금액을 말한다. 취업후 3월 미만도 이에 준한다.

② 제1항의 규정에 의하여 산출된 금액이 당해 근로자의 통상임금보다 저액일 경우에는 그 통상임금액을 평균임금으로 한다.

근로기준법시행령 제2조(평균임금의 계산에서 제외되는 기간 및 임금) ①

② 생략

제3조(일용근로자의 평균임금) 일용근로자에 대하여는 노동부장관이 사업별 또는 직업별로 정하는 금액을 평균임금으로 한다.

제4조(특별한 경우의 평균임금) 법 제19조, 이 영 제2조 및 제3조의 규정에 의하여 평균임금을 산정할 수 없는 경우에는 노동부장관이 정하는 바에 의한다.

2. 청구인의 주장 및 피청구인의 답변

가. 청구인의 주장요지

산업재해보상보험법은 유족보상일시금을 근로기준법상 평균임금의 1,300일분에 상당하는 금액으로 하도록 하면서 근로기준법에 의하여 평균임금을 결정하기 곤란하다고 인정되는 경우에는 노동부장관이 정하여 고시하는 금액을 당해 평균임금으로 하도록 규정하고 있으며, 근로기준법시행령은 평균임금을 산정할 수 없는 경우에는 노동부장관이 이를 정하도록 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 피청구인은 위 실종자들과 같은 근로자의 평균임금을 정하여 고시한 바 없고, 그 결과 위 실종자들과 같이 고용기간이 극히 짧아 수령임금이 없는 사람은 정당한 산재보험급여를 받을 수 없게 됨으로써 청구인들의 헌법상 보장된 재산권, 재판받을 권리, 평등권, 근로의 권리가 침해되었다.

나. 피청구인의 답변요지

(1) 적법요건에 관한 의견

(가) 청구기간 도과

청구인들은 1999. 12. 산재보험법 제38조의 규정에 의한 보상금을 지급받았고, 이 사건 헌법소원은 그로부터 180일이 경과한 이후에 제기된 것이므로 부적법하다.

(나) 보충성 결여

청구인들은 당해사건인 제주지방법원 2000구201 유족급여및장의비부지급 처분취소 소송에서 패소한 이후 이에 대하여 항소만을 제기하였을 뿐 해당법원에 위헌제청신청을 거치지 아니하고 곧바로 이 사건 헌법소원을 제기하였으므로 부적법하다.

(다) 자기관련성 결여

산재법 제4조 제2호 단서, 근로기준법시행령 제4조에 따라 노동부장관이 평균임금을 결정·고시하는 경우란 “평균임금을 결정하기 곤란하다고 인정되는 경우”를 말하는데 위 실종자들의 경우는 이에 해당하지 아니하여 노동부장관의 위 평균임금 결정·고시와 청구인들은 아무런 관계가 없으므로 이 사건 심판청구는 부적법하다.

(2) 위헌여부에 관한 의견

노동부장관의 평균임금 결정·고시가 없다고 하더라도, 위 실종자들의 경우에는 평균임금을 산정할 수 있는 경우(전체 어획량 판매대금에서 경비를 공제한 후 일정비율로 분배하여 근로자의 임금을 산정)에 해당될 뿐만 아니라, 근로복지공단은 그와 같은 방법으로 실종자들의 평균임금을 산정한 결과 그 평균임금 액수가 산업재해보상보험법상의 최저보상액에 미달하여 그 최저보상액을 평균임금으로 하여 보상금을 결정하였으므로 청구인들의 재산권, 재판을 받을 권리, 근로의 권리 등 기본권이 침해되었다고 할 수 없다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. 청구기간

넓은 의미의 입법부작위에는 입법자가 헌법상 입법의무가 있는 어떠한 사항에 관하여 전혀 입법을 하지 아니함으로써 입법행위의 흠결이 있는 이른바 진정입법부작위의 경우와, 입법자가 어떤 사항에 관하여 입법을 하였으나 그 입법의 내용·범위·절차 등이 당해 사항을 불완전·불충분 또는 불공정하게 규율함으로써 입법행위에 결함이 있는 이른바 부진정입법부작위의 경우로 나누어 볼 수 있다(헌재 1996. 11. 28. 95헌마161; 헌재 1996. 10. 31. 94헌마108, 판례집 8-2, 480). 그리고 공권력의 불행사로 인한 기본권침해는 그 불행사가 계속되는 한 기본권침해의 부작위가 계속된다고 할 것이므로 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판은 그 불행사가 계속되는 한 기간의 제약없이 적법하게 청구할 수 있다(헌재 1994. 12. 29. 89헌마2 판례집 6-2, 395, 408).

이 사건의 경우 법률인 산업재해보상보험법 및 대통령령인 근로기준법시행령이 정하는 경우에 관하여 노동부장관이 평균임금을 결정·고시하는 내용의

규정이 있음에도 불구하고 노동부장관이 이에 따른 행정입법권을 행사하지 아니하고 있는 것이므로 이는 진정입법부작위에 속한다. 따라서 위 진정입법부작위의 위헌 여부를 다투는 이 사건 헌법소원심판은 청구기간의 제한을 받지 않는다고 할 것이므로 청구기간 경과의 위법은 없다.

나. 보충성

행정입법부작위에 대한 행정소송의 적법여부에 관하여 대법원은 이를 부적법한 것으로 보고 있다. 즉 대법원은 1992. 5. 8. 선고 91누11261 판결에서 “행정소송은 구체적 사건에 대한 법률상 분쟁을 법에 의하여 해결함으로써 법적 안정을 기하자는 것이므로 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 있는 것은 구체적 권리의무에 관한 분쟁이어야 하고 추상적인 법령에 관하여 제정의 여부 등은 그 자체로서 국민의 구체적인 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 것이 아니어서 행정소송의 대상이 될 수 없다”고 판시하였다.

그 밖에 피청구인의 행정입법부작위를 대상으로 하여 그 위헌 또는 위법 여부를 직접 다투 수 있는 권리구제절차는 없다. 물론 행정입법부작위를 원인으로 한 국가배상 등의 청구가 전혀 불가능한 것은 아니지만 이러한 사후적·보충적 권리구제수단은 헌법재판소법 제68조 제1항 단서 소정의 “다른 권리구제절차”에 해당하지 아니한다(헌재 1993. 7. 29. 92헌마51, 판례집 5-2, 175). 따라서 이 사건 헌법소원 심판청구는 다른 법률에 구제절차가 없는 경우에 해당하므로 보충성의 요건을 흠결하였다고 볼 수 없다.

다. 자기관련성 및 권리보호의 이익

청구인들은 모두 산업재해보상보험법에 의한 보험급여의 최선순위 수급권자로서 노동부장관의 평균임금 산정에 관한 결정·고시가 이루어진다면 이를 기초로 하여 계산된 보험급여를 받게 될 것이므로 청구인들은 이 사건 헌법소원 심판청구의 자기관련성이 있다고 할 것이다.

그런데 앞서 본 바와 같이 청구인들은 근로복지공단의 최저보상기준에 의한 보험급여 결정·지급 처분에 대하여 행정소송을 제기하였고 그 소송에서 청구인들의 패소가 이미 확정되었으므로 별도의 절차에 의하여 위 확정판결의 기판력이 제거되지 아니하는 한 청구인들로서는 근로복지공단의 위 처분에 관한 위법성을 더 이상 다투지 못하게 되었다. 또한 청구인들의 이 사건 헌법소원 심판청구가 인용된다고 하더라도 그 사유만으로는 위 확정판결에 대하여 재심을 청구할 수도 없다. 이러한 점에서 청구인들은 노동부장관의 평균임금 산정에 관한 결정·고시가 이루어지더라도 권리구제를 받을 수 없어

이 사건 헌법소원 심판청구는 그 권리보호의 이익이 없는 것이 아닌가 하는 의문을 가질 수도 있다.

그러나 청구인들의 이 사건 헌법소원 심판청구가 인용되어 노동부장관이 평균임금 산정에 관한 결정·고시를 하게 되면, 위와 같이 기관력에 의하여 더 이상 위법성을 다룰 수 없게 된 처분과는 별도로 그 결정·고시에 따른 새로운 처분이 이루어져야 할 것이므로 그 한도 내에서 이 사건 헌법소원 심판청구는 권리보호의 이익이 있다고 보아야 할 것이다.

그리고 헌법소원제도는 주관적인 권리구제 뿐만 아니라 객관적인 헌법질서 보장의 기능도 겸하고 있으므로, 설사 주관적인 권리보호의 이익이 없는 경우라고 하더라도 동종의 기본권침해가 반복될 위험이 있거나 헌법질서의 유지·수호를 위하여 헌법적 해명이 중대한 의미를 지니고 있을 때에는 예외적으로 심판청구의 이익이 인정되는 것이 우리 재판소의 선례이다(헌재 1999. 5. 27. 97헌마137, 판례집 11-1 653, 660-661 등). 이 사건에서 설사 청구인들의 주관적인 권리보호의 이익이 없다고 보는 경우라고 하더라도 노동부장관의 행정입법 부작위로 인하여 청구인들과 같은 처지에 있는 사건들이 계속 반복될 수 있을 뿐만 아니라, 그러한 부작위가 헌법에 위반되는지 여부에 대한 해명이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 필요하다고 보지 않을 수 없으므로 이 사건 헌법소원 심판청구는 그 심판청구의 이익도 인정된다.

4. 평균임금의 의의 및 산정방법

가. 평균임금의 의의

근로기준법상 평균임금이라 함은 이를 산정하여야 할 사유가 발생한 날 이전 3개월간에 그 근로자에 대하여 지급된 임금의 총액을 그 기간의 총 날짜수로 나눈 금액을 말한다(근로기준법 제19조 제1항). 다만, 위와 같은 방법에 의하여 산출된 금액이 근로자의 통상임금보다 저액일 경우에는 그 통상임금액을 평균임금으로 한다(근로기준법 제19조 제2항). “평균임금”은 근로기준법상의 퇴직금, 휴업수당, 연차휴가수당, 산업재해보상보험법상의 휴업급여, 장해급여, 유족급여, 상병보상연금, 장의비 등을 산출하는 기초가 된다는 데에 그 의의가 있다.

나. 평균임금의 산정방법

평균임금은 이를 산정하여야 할 사유가 발생한 날 이전 3개월 동안 근로자에 대하여 지급된 임금의 총액을 그 기간의 총일수로 나누는 방법에 의하여 계산한다(근로기준법 제19조 제1항). 다만, 근로기준법시행령 제2조는 평균임

금의 계산에서 제외되는 기간 및 임금에 관한 특칙을 규정하고 있다. 그리고 산업재해보상보험법에 의한 급여산정과 관련하여 평균임금을 산정하는 방법에 있어서도 근로자보호를 위한 몇 가지의 특례를 제외하고는 근로기준법상의 평균임금 산정방법과 아무런 차이가 없다.

그런데 근로기준법시행령 제3조는 일용근로자의 평균임금에 관하여 노동부장관이 사업별 또는 직업별로 정하는 금액을 평균임금으로 한다고 규정하고 있고, 제4조는 이와 같은 근로기준법의 관계규정에 의하여 평균임금을 산정할 수 없는 경우에는 노동부장관이 정하는 바에 의한다고 규정하고 있다.

그러나 피청구인은 근로자의 퇴직 후 업무상 질병이 발생한 경우 산업재해보상보험급여의 산정기초인 평균임금을 정하기 위한 예규(1981. 5. 7. 노동부예규 제31호, 개정 1982. 6. 26. 노동부예규 제66호)로서 ‘퇴직근로자평균임금 산정업무처리규정’을 마련한 것 외에는 현재까지 이에 관한 아무런 구체적인 산정방법을 마련하고 있지 않다.

이에 대법원은 근로기준법의 관계규정에 의하여 평균임금을 산정할 수 없고 그에 관한 노동부장관의 정함이나 고시도 없는 경우에 관한 구체적 사건 해결을 위하여 다음과 같은 법리를 제시한 바 있다. 그 법리에 의하면, 근로기준법시행령 제4조의 ‘평균임금을 산정할 수 없는 경우’에는 근로자의 통상의 생활임금을 사실대로 산정하는 것을 기본원리로 하되, 그와 같은 방법이 없을 때에는 당해 근로자가 근로하고 있는 지역을 중심으로 한 일대에 있어서 동종의 직업에 종사하고 있는 상용근로자의 평균임금의 액을 표준으로 하여 산정하여야 한다(대법원 1991. 4. 26. 선고 90누2772 판결, 1993. 12. 28. 선고 93누14936 판결, 1995. 2. 28. 선고 94다8631 판결, 1997. 11. 28. 선고 97누14798 판결 등 다수). 따라서 지금까지 근로기준법의 관계규정에 의하여 평균임금을 산정할 수 없는 경우 위 예규에 의하여 해결되는 극히 일부의 경우를 제외하고는 전부 대법원이 제시하고 있는 위 법리에 의하여 해결되고 있는 실정이다.

다. 입법례

일본의 경우에도 우리와 마찬가지로 평균임금제도가 있고 그 운영도 우리와 매우 비슷하게 이루어지고 있다. 그리고 그 산정방법에 있어서도 우리와 마찬가지로 “평균임금을 산정하여야 할 사유가 발생한 날 이전 3개월 동안 근로자에 대하여 지급된 임금의 총액을 그 기간의 총일수로 나누는 방법”에 의하여 계산하도록 하는 원칙적인 규정을 두고 있다(일본 노동기준법 제12조

제1항). 또한 일본 노동기준법 제12조 8항은 “제1항 내지 제6항에 의하여 산정할 수 없는 경우의 평균임금은 후생노동대신이 정하는 바에 의한다”고 규정하고 있어 우리의 산업재해보상보험법 제4조 제2호 단서 및 근로기준법시행령 제4조와 마찬가지로의 위임규정을 두고 있다.

그러나 일본의 경우에는 노동기준법의 규정에 의하여 평균임금을 산정할 수 없는 경우에 관하여 후생노동대신이 노동기준법시행규칙 또는 후생노동성의 고시·통달 등 행정입법의 형식에 의하여 평균임금의 산정기준을 상세히 정하고 있어 우리와는 달리 노동기준법의 관계규정에 의하여 평균임금 산정이 불가능한 경우에 관한 법규가 공백으로 남아 있지 않다. 예컨대 이 사건 청구인들의 경우와 같이 ‘고용된 날에 평균임금을 산정하여야 할 사유가 발생한 경우’의 평균임금은 각 지방자치단체의 노동국장이 정하는 바에 의하도록 규정되어 있고(일본 노동기준법시행규칙 제4조), 그 경우 노동국장이 평균임금을 정함에 있어서의 기준에 관하여 “당해 노동자에 대하여 일정액의 임금이 예정되어 있는 경우에는 그 액에 의하여 추산하고, 그렇지 않은 경우에는 그 날 당해 사업장에 있어서 동일한 업무에 종사한 근로자의 1인 평균임금액에 의하여 추산한다”는 일본 후생노동성의 통달(일본 후생노동성 1947. 9. 13. 통달 제17호)이 마련되어 있는 것이다.

5. 위헌여부에 관한 판단

행정입법의 부작위에 대한 헌법소원이 인정되기 위하여는 첫째, 행정청에게 헌법에서 유래하는 행정입법의 작위의무가 있어야 하고 둘째, 상당한 기간이 경과하였음에도 불구하고 셋째, 행정입법의 제정(개정)권이 행사되지 않아야 한다(헌재 1996. 6. 13. 94헌마118등, 판례집 8-1, 500 ; 헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 305, 306).

가. 행정입법의 작위의무

산업재해보상보험법이 1963. 11. 5. 법률 제1438호로 제정될 당시에는 현행 법과 같이 노동부장관으로 하여금 평균임금을 정하여 고시하도록 하는 규정은 없었으나, 1973. 3. 13. 법률 제2607호로 개정될 때 현행법 제4조 제2호 단서에서와 같이 당시 노동청장으로 하여금 평균임금을 정하여 고시하도록 하는 규정을 신설한 이후 현재에 이르고 있다.

한편 현행 근로기준법시행령 제4조에서와 같이 노동부장관으로 하여금 평균임금을 정하도록 하는 취지의 규정은 그 제정당시인 1954. 4. 7.부터 존재하여 왔는데, 처음에는 제5조에서 규정하고 있다가, 1997. 3. 27. 대통령령 제

15320호로 개정되면서 조문위치가 바뀌었을 뿐이다.

이와 같이 산업재해보상보험법 제4조 제2호 단서와 근로기준법시행령 제4조가 정하는 경우에 노동부장관으로 하여금 평균임금을 정하여 고시하도록 한 것은 퇴직금, 유족보상금 등의 산정기초가 되는 평균임금을 근로기준법에 의하여 산정할 수 없거나 이를 적용하는 것이 현저히 부적당한 경우에 대비하여 노동부장관으로 하여금 구체적 타당성을 가진 상세한 기준을 마련하도록 한 것으로서 그 표현은 서로 다르지만 그 취지는 동일한 것으로 보아야 한다.

위 규정들은 평균임금의 산정방법을 규정하고 있는 근로기준법 및 같은법시행령에 의하여도 근로자의 평균임금을 산정할 수 없는 경우를 예정하고 있고, 실제로도 그러한 경우가 많이 발생하고 있으므로, 노동부장관으로서 위 규정들의 취지에 따라 행정입법을 하여야 할 의무가 있다고 할 것이다.

물론 이 사건에 있어서 노동부장관의 작위의무는 산업재해보상보험법 및 근로기준법시행령에 의하여 부여된 것이고, 직접 헌법의 명문규정에 의하여 부여된 것은 아니다. 그러나 삼권분립의 원칙, 법치행정의 원칙을 당연한 전제로 하고 있는 우리 헌법하에서 행정권의 행정입법의무는 헌법적 의무라고 보아야 한다. 왜냐하면 법률이 행정입법을 당연한 전제로 규정하고 있고 그 법률의 시행을 위하여 그러한 행정입법이 필요함에도 불구하고 행정권이 그 취지에 따라 행정입법을 하지 아니함으로써 법령의 공백상태를 방치하고 있는 경우에는 행정권에 의하여 입법권이 침해되는 결과가 되기 때문이다(헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 284).

그리고 현재까지의 행정입법 부작위로 인한 법령의 공백을 대법원 판례가 대신하고 있어 실질적으로는 평균임금 산정방법이 불가능한 경우가 없게 되었다고 하더라도, 이것은 노동부장관의 행정입법 부작위로 인하여 법령의 공백상태가 발생함으로써 이를 메우기 위하여 부득이 법원의 판례가 형성되었던 것에 불과하므로 그러한 사유로는 노동부장관의 행정입법 작위의무가 면제된다고 볼 수 없다.

나. 작위의무의 내용

산업재해보상보험법 제4조 제2호 단서는 “…… 경우에는 노동부장관이 정하여 고시하는 금액을……”이라고 규정하고 있다. 여기에서 “금액을”이라는 표현을 하였음을 근거로 하여 근로기준법에 의하여 평균임금을 결정하기 곤란한 경우가 발생할 때마다 노동부장관이 구체적인 평균임금의 금액을 결정하여야 하는 취지로 규정된 것이라고 보는 견해도 있을 수 있다.

그러나 위 규정에서 문언상 “금액을”이라는 표현을 하였다고 하더라도, 평균임금을 근로기준법의 규정에 의하여 결정하기 곤란한 경우가 발생할 때마다 노동부장관으로 하여금 구체적인 평균임금의 금액을 결정하도록 하는 내용으로 해석하는 것은 부당하다. 왜냐하면 위 규정에서 “고시”하도록 한 것은 노동부장관으로 하여금 행정입법을 하여 일반 국민에게 널리 알리라는 취지로 보아야 할 것인바, 구체적인 경우마다 금액을 결정하라고 한다면 그 금액을 구태여 고시할 필요가 없을 것이기 때문이다. 즉 위 규정의 취지는 노동부장관으로 하여금 평균임금 산정의 기준을 만들어 이를 “고시”함으로써 법령의 공백상태를 방지하라고 하는 취지로 보아야 할 것이다.

그리고 근로기준법시행령 제4조는 “……경우에는 노동부장관이 정하는 바에 의한다.”라고 규정하고 있는바, 이 규정도 위와 마찬가지로 노동부장관으로 하여금 행정입법을 하도록 한 취지로 해석된다.

여하튼 노동부장관이 어떠한 내용의 행정입법을 할 것인지는 노동부장관의 광범위한 입법재량에 달려있다. 앞서 본 대법원 판례가 제시하고 있는 법리와 동일한 내용의 추상적인 기준이 제시되는 형식으로 규정될 수도 있고, 각종 통계자료를 근거로 하여 새로운 평균임금의 산정방법을 제시하는 방법을 취한다든지, 예외적인 사례가 발생한 경우에는 근로복지공단 등으로 하여금 구체적인 금액을 결정하도록 하는 내용의 규정을 두는 방법도 가능할 것이다.

다. 입법지체의 정당화 사유

상위법령을 시행하기 위하여 하위법령을 제정하거나 필요한 조치를 함에 있어서는 상당한 기간을 필요로 하므로 합리적인 기간 내의 지체를 위헌적인 부작위로 볼 수 없을 것이다. 그러나 산업재해보상보험법이 1973. 3. 13. 법률 제2607호로 개정되어 행정입법의 작위의무가 발생한 때로부터 이미 30년 정도가 경과되어 그동안 충분한 시간적 여유가 있었음에도 불구하고(근로기준법시행령의 제정당시인 1954. 4. 7.부터는 약 50년 정도가 경과되었다) 아직도 행정입법의 작위의무를 이행하지 아니하고 있으므로 이는 합리적인 기간 내의 지체라고 볼 수 없다.

라. 기본권의 침해

청구인들은 업무상 재해로 인하여 사망한 것으로 추정되는 위 실종자들의 유족으로서 모두 산업재해보상보험법에 의한 유족급여 및 장의비의 최선순위 수급권자이다. 그리고 그 유족급여 및 장의비는 모두 위 실종자들의 평균임금을 기초로 하여 산정된다. 그런데 위 실종자들은 모두 위 어선에 처음으로

승선하여 임금을 한 번도 받아보지 못한 채 실종되어 근로기준법의 관계규정에 의하여 위 실종자들의 평균임금을 산정하기가 곤란한 경우에 해당하므로 피청구인이 정하여 고시하는 바에 따라 이를 산정할 수 밖에 없음에도 불구하고 그에 관한 피청구인의 정함이나 고시가 아직 없는 것이다. 즉 산업재해보상보험법 제4조 제2호 단서에 관한 입법자의 의사는 청구인들과 같은 경우에는 피청구인의 정함이나 고시를 적용받아 구체적인 권리구제를 받을 수 있도록 한 것인데도, 그 부존재로 말미암아 그러한 권리를 침해당하고 있는 것이다. 물론 청구인들이 행정소송을 통하여 권리구제를 받을 수 있는 것이고 피청구인의 정함이나 고시를 대신할 수 있는 대법원 판례가 형성되어 있지만, 그와 같은 간접적·보충적·사후적 권리구제 방법이 존재하고 피청구인의 정함이나 고시를 대신할 재판규범이 마련되어 있다는 점만으로는 청구인들의 기본권 침해가 부정된다고 할 수 없다. 왜냐하면 청구인들로서는 피청구인의 정함이나 고시가 부존재함으로 인하여 이를 직접 적용받아 권리구제를 받을 기회를 원천적으로 박탈당하였고, 그 대신 근로복지공단의 처분 또는 이에 대한 법원의 재판 등 그 처분에 대한 불복방법에 의하여 우회적이고 비경제적인 권리구제방법을 택하지 않을 수 없게 되었기 때문이다. 결국 청구인들은 피청구인의 위와 같은 부작위로 말미암아 산업재해보상보험법에 따른 정당한 유족급여 및 장의비를 받게 될 재산권 및 인간다운 생활을 할 권리를 침해당하고 있는 것이다.

또한 향후 피청구인의 평균임금 산정에 관한 정함이나 고시가 마련되고 청구인들에게 적용된 결과 청구인들에게 지급될 보험급여액이 청구인들에게 유리하게 변동될 것인지 여부와 관계없이 청구인들에 대한 위와 같은 기본권 침해에는 아무런 영향이 없다고 보아야 한다. 왜냐하면 청구인들이 산업재해보상보험법상의 보험급여를 받기 위하여는 피청구인의 행정입법을 적용받아야 하는데, 피청구인이 헌법에서 유래하는 행정입법의 작위의무가 있음에도 불구하고 상당한 기간이 경과하도록 이를 이행하지 아니하고 있다면, 향후 그 행정입법의 내용에 의하여 청구인들에 대한 보험급여액이 달라질 것인지의 여부와는 관계없이 그 자체로 청구인들의 재산권을 침해하는 것이기 때문이다.

6. 결 론

따라서 청구인들의 심판청구는 이유 있으므로, 피청구인이 산업재해보상보험법 제4조 제2호 단서 및 근로기준법시행령 제4조의 위임에 의하여 평균임금을 정하여 고시하지 아니하는 행정입법 부작위는 헌법에 위반됨을 확인하

기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정에 대하여는 재판관 권성의 아래 7.과 같은 반대의견이 있는 외에 나머지 재판관의 의견이 모두 일치되었다.

7. 재판관 권성의 반대의견

가. 다수의견은 산업재해보상보험법 제4조 제2호 단서 및 근로기준법시행령 제4조에 의하여 노동부장관이 행하는 평균임금의 결정 행위를 행정입법작용이라고 인정하고 이를 전제로 하여 이 사건에서 문제된 평균임금을 정하기 위한 기준을 노동부장관이 오랫동안 마련하지 않은 것을 위헌에 해당하는 입법부작용이라고 판단하고 있다. 그러나 노동부장관의 평균임금 결정행위를 행정입법이라고 파악하는 것(이하에서는 편의상 이를 행정입법설이라고 지칭한다)은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

나. 첫째로, 행정입법설은 평균임금의 성질에 맞지 않는다.

평균임금은 법률이 규정하는 일정한 공식에 특정한 사실적 요소를 대입하여 계산되는 개별적이고 구체적인 금액이므로 근로기준법 제19조도 그 공식을 규정하면서 이를 ‘산정’한다는 표현을 하고 있다. 그렇지만 이러한 산정이 곤란한 경우가 두가지 있을 수 있는데 그 하나는 공식이 적합치 않은 사정이 있는 때이고 다른 하나는 대입할 사실이 없는 때이다. 이러한 경우에는 산정이 불가능 내지 곤란하므로 산정에 갈음하여 누가 대신 구체적인 금액을 결정하여주지 않으면 안된다. 그리하여 근로기준법 시행령 제4조 및 산업재해보상보험법 제4조 제2호 단서는 노동부장관이 그 금액을 정하도록 규정하고 있는 것이다.

이처럼 평균임금은 본래가 개개의 근로자에 대한 관계에서 개별적으로 그리고 구체적으로 산정 또는 결정되는 것이다. 비록 경우에 따라서는 다수의 근로자의 평균임금이 동일하게 산정되는 경우가 있긴 하지만 그것은 평균임금의 산정 기초가 되는 사실적 요소가 우연하게 동일하였기에 빚어지는 현상일 따름이다. 이와 같이 개개의 근로자에 대하여 개별적, 구체적으로 산정되어야 하는 평균임금을, “장래에 향하여 적용되는 일반·추상적인 규범”인 행정입법에 의하여 결정한다는 것은 두 개념의 성질상 서로 조화되지 않는다. 왜냐하면 평균임금 산정을 위한 공식은 법률이나 행정입법으로 규정이 가능하지만 평균임금의 금액 자체를 법률이나 행정입법으로 규정할 수는 없기 때문이다.

만일 행정입법설이 노동부장관의 평균임금결정을 행정규칙이라고 파악하는 것이라면, 원래가 행정규칙은 행정조직의 내부규범을 가리키는 것인데 평

균임금과 같은 국민의 권리에 관한 사항을 행정규칙에 의하여 규정한다는 것은 개념상으로 안되는 일이다.

만일 행정입법설이 노동부장관의 평균임금결정이 법규명령이라고 파악하는 것이라면 이러한 파악은 법규명령의 본질에 어긋난다. 법규명령은 원래가 개개의 특정인에 관한 구체적인 사항을 규율할 수는 없고 일반·추상적인 규범이 될만한 것을 그 규율대상으로 삼는 것이고 형식도 원칙상 조문배열식이며 그 제정절차면에서도 법제처의 심사와 공포를 필요로 한다. 그런데 평균임금이라는 것은 앞에서 언급한 바와 같이 개개의 근로자에 대한 관계에서 개별적으로 그리고 구체적으로 산정되는 것이므로 법규명령의 규율대상이 될 수 없는 것이고 가사 된다고 하더라도 그렇게 되면 개별 근로자에 대한 사항을 법조문 형식으로 규정하고 법제처의 심사를 거쳐 이를 공포까지 하여야 할 터인데 산업재해보상보험법 제4조 제2호 단서 및 근로기준법시행령 제4조가 이러한 것을 요구하는 규정이라고는 도저히 생각할 수 없는 것이다.

다. 둘째로 행정입법설은 법령 조문의 문리와도 맞지 않는다.

산업재해보상보험법 제4조 제2호 단서는 노동부장관으로 하여금 평균임금의 ‘금액’을 정하도록 하고 있지 ‘기준’이나 ‘산정방법’을 정하라고는 하고 있지 않다. 그런데도 행정입법설에서는 비록 위 규정에서 ‘금액’이라는 문언을 쓰고 있긴 하지만 위 규정이 동시에 금액의 결정을 ‘고시’하도록 명하고 있는 점에 비추어 볼 때 이것은 평균임금산정의 기준을 정하도록 한 취지라고 해석한다. 그러나 이러한 해석은 찬성하기 어렵다.

우선 산업재해보상보험법은 ‘금액’과 ‘기준’을 구별하여 사용하고 있다. 예를 들면 1994. 12. 22. 개정 이전의 위 법 제9조 제5항은 “보험급여의 산정에 있어서 당해 근로자의 임금이 낮아 그 평균임금을 적용하는 것이 근로자의 보호에 부적당하다고 인정되는 경우에는 노동부장관이 따로 정하는 ‘금액’을 당해 근로자의 평균임금으로 한다”라고 규정하고 있었고 한편 1994. 12. 22. 개정 이후에는 위 법 제4조 제2호 단서의 노동부장관이 정하여 고시하는 ‘금액’이라는 규정은 그대로 놓아둔 채 위 법 제38조 제4항에서 “보험급여의 산정에 있어서 당해 근로자의 임금이 낮아 그 평균임금을 적용하는 것이 근로자의 보호에 적당하지 아니하다고 인정되는 경우에는 노동부장관이 정하는 ‘기준’에 따라 산정한 ‘금액’을 당해 근로자의 평균임금으로 한다”라고 규정하여 ‘금액’과 별도로 ‘기준’이라는 용어를 구별하여 쓰고 있다.

또한 근로기준법은 한편으로는 그 법 제19조(평균임금의 정의)와 그 시행

령 제2조(평균임금의 계산에서 제외되는 기간 및 임금) 및 제3조(일용근로자의 평균임금)에서 평균임금 산정의 구체적 방법과 기준 즉 공식을 정하여 놓고 있으면서도 다른 한편으로는 그 시행령 제4조에서 평균임금을 근로기준법이 정하는 공식에 의하여 산정할 수 없는 경우에는 노동부장관이 이를 정하도록 규정하고 있는데 법률이 이와 같이 두 개의 길을 마련한 이유는 어디에 있는가. 근로형태는 시간적, 공간적, 기술적, 인적 요소에 따라 다양하고 가변적이기 때문에 근로기준법이 정하는 통상적인 방법으로는 평균임금을 산정할 수 없는 분야와 상황(앞에서 언급한 바와 같이 공식 자체가 적합치 않은 사정이 있는 경우와 공식에 대입할 사실이 존재하지 않는 경우를 포함한다)이 있을 수 있고 그렇다고 하여 그러한 분야 등에 적합한 특별한 방법을 일반·추상적인 기준의 형태로 미리 설정하여 놓는 것도 역시 곤란한 경우가 불가피하게 발생할 수 밖에 없다.¹⁾ 그렇기 때문에 그러한 경우 즉 공식에 따른 산정이 불가능 내지 곤란한 경우에 대비하여 그러한 때에는 비록 의거할 기준이 없다고 하더라도 노동부장관이 여러가지 사정을 종합하여 문제된 개별 근로자의 평균임금의 ‘금액’ 자체를 개별적으로 결정하여 문제를 해결하도록 정하여 놓은 것이 위 시행령 제4조라고 해석된다. 이렇게 이해하는 것이 위 시행령 제4조의 문리에 가장 적합하고 동시에 합리적인 해석방법일 것이다. 같은 취지에서 산업재해보상보험법 제4조 제2호 단서도 동일한 규정을 두고 있다고 이해된다.

그렇게 해석하지 않고 행정입법설처럼 이해를 한다면 법령이 한편에서는 자기 스스로 기준의 설정이 불가능 내지 곤란하다고 인정하여 기준설정을 제외하여 놓고서는 다른 한편에서는 자기가 설정을 제외한 기준을 노동부장관에게 다시 정하라고 하는 셈이 되어 매우 불합리하다. 이것은, 상위법령이 내용을 정할 수도 있지만 그렇게 하는 것보다는 하위법령에 맡기는 것이 더 바람직하다고 하여, 하위법령에 그 일부 내용의 입법을 위임하거나 시행세칙의 제정을 위임하는 것과는 차원이 다른 문제인 것이다.

라. 셋째로, 노동부장관의 평균임금결정행위를 구체적이고 개별적인 금액의 결정이라고 이해한다고 하여 이것이 그와 같은 금액결정을 도출하기 위한

1) 예컨대 ㉠ 근로자의 의도적 행위 등 특별한 사유로 인하여 평균임금 산정사유 발생전 3개월간의 임금이 통상의 경우보다 현저하게 많은 경우 ㉡ 근로자의 수습기간중 평균임금 산정사유가 발생한 경우 ㉢ 취업 당일에 평균임금 산정사유가 발생한 경우 등을 생각할 수 있다.

어떤 절차나 방법 등의 가이드라인을 일부 분야에 관하여 부분적으로 결정하여 두는 것까지를 배제하는 것은 아니다. 평균임금 산정의 기준을 미리 설정하는 것이 곤란한 분야가 있다고 하더라도 경우에 따라서는 어느 정도의 사례 축적이 있거나 공통점이 발견되어 그러한 경우의 일부를 제한적인 범위내에서 유형화하고 그 유형에 타당한 가이드라인을 설정하여 놓는 일²⁾도 얼마든지 가능하고 또한 노동부장관의 평균임금결정행위에 신속성과 일관성을 줄 수 있다는 의미에서 이러한 일은 필요하기도 하다.³⁾ 그러나 이러한 가이드라인은 어디까지나 노동부장관 자신을 위하여 스스로 만들어 놓은 참고용 준칙에 해당될 뿐이므로⁴⁾ 이러한 가이드라인의 설정 여부 및 그 법적 성격 여하의 문제는 평균임금 자체에 대한 노동부장관의 결정행위 자체와는 별개의 문제라고 보아야 한다.

만일 이러한 가이드라인이 노동부장관의 보조기관에 대한 관계에서 행정규칙으로서 기능할 수 있다는 점에 유의한다고 하더라도 노동부장관이 이러한 의미의 행정규칙을 반드시 만들어야 할 작위의무는 인정되지 아니하므로 이 사건의 경우 청구인이 주장하는 바와 같은 입법부작위의 문제는 없게 된다. 바꾸어 말하면 행정규칙으로서의 이러한 가이드라인을 사전에 설정하여 놓지 않은 경우에도 노동부장관은 근로기준법에 의하여 평균임금을 산정하기 곤란한 경우가 생기면 문제된 근로자를 위하여 그의 평균임금 금액을 결정할 수

-
- 2) 다수의견이 원용하고 있는 대법원판례들(1991. 4. 26. 선고 90누2772 판결 등)이 제시한 평균임금산정 방법 같은 것이, 비록 대법원에 의하여 마련된 것이긴 하지만, 이러한 부분적인 유형화 및 기준설정의 한 예이다.
 - 3) 예컨대 퇴직근로자평균임금산정업무처리규정(1981. 5. 7. 노동부예규 제31호, 1982. 6. 26. 개정 예규 제66호)같은 것이 이에 해당한다.
 - 4) 여기서 참고용 준칙이라고 말하는 기준은 앞에서 언급한 1994. 12. 22. 개정 이후의 산업재해보상보험법 제38조 제4항에서 “보험급여의 산정에 있어서 당해 근로자의 임금이 낮아 그 평균임금을 적용하는 것이 근로자의 보호에 적당하지 아니하다고 인정되는 경우에는 노동부장관이 정하는 기준에 따라 산정한 금액을 당해 근로자의 평균임금으로 한다”라고 할 때의 ‘노동부장관이 정하는 기준’ 또는 1999. 12. 31. 개정된 위법 제38조 제4항에서 “보험급여의 산정에 있어서 당해 근로자의 근로형태가 특이하여 평균임금을 적용하는 것이 적당하지 아니하다고 인정되는 경우로서 대통령령이 정하는 경우에는 대통령령이 정하는 산정방법에 따라 산정한 금액을 평균임금으로 한다”라고 할 때의 ‘대통령령이 정하는 산정방법’과는 다른 것이다. 왜냐하면 후자의 것들은 법률이 그 제정을 위임한 문자 그대로의 행정입법에 해당하기 때문이다.

있고 또 하여야 한다는 것이다. 노동부장관에게 그러한 개별적 처분의 권한을 부여하는 것이 위 시행령 제4조이고⁵⁾ 노동부장관이 이러한 자기의 권한행사를 위하여 무슨 기준이나 절차를 만들어둘 것인지 어떤지 하는 것은 위 시행령 제4조가 전혀 관여하는 바가 아니고 따라서 위 시행령 제4조 자체의 문제는 아니라는 것이다.

마. 이러한 입장에서 본다면 산업재해보상보험법 제4조 제2호 단서가 사용하고 있는 ‘고시’라는 문언의 의미도 이를 행정규칙의 한 형식으로 이용되는 고시라고 반드시 해석하여야 할 사정은 없다. 오히려 노동부장관의 평균임금 결정행위는 당해 근로자뿐만 아니라 다른 잠재적 이해관계인들과 관계 공무원들도 이를 알 필요가 있으므로 이를 널리 알리는 방법으로 고시의 형식을 취하는 것도 가능하기 때문이다. 뿐만 아니라 앞에서 설명한 것처럼 노동부장관 스스로가 참고할 준칙으로서 사전에 평균임금결정을 위한 가이드라인 같은 것을 만들어 놓을 수도 있는 것이고 이렇게 해서 만든 가이드라인을 공개하는 한 방법으로 고시의 형식을 취할 수도 있을 것이기 때문이다. 따라서 비록 노동부장관의 평균임금결정이 고시의 형식으로 이루어졌다고 하더라도 이것은 성질상 행정입법은 될 수 없는 것이다.

바. 그렇다면 노동부장관의 평균임금결정행위는 행정입법이 아니고 오히려 구체적인 사안에 즉응하여 이를 처리하는 하나의 행정작용인 점에서 오히려 행정처분적인 작용이라고 할 것이다. 따라서 노동부장관의 평균임금결정행위를 행정입법이라고 하고 그 부작위를 입법부작위로 의율하여 그 위헌임을 주장하는 청구인의 헌법소원은 받아들일 수 없는 것이다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성 김효종
김경일 송인준(주심) 주선회

5) 근로기준법 제109조는 대통령령이 정하는 바에 의하여 노동부장관의 권한 일부를 지방노동관서의 장에게 위임할 수 있다고 규정한다. 그러나 근로기준법 시행령 제55조의 위임사항에는 시행령 제4조의 권한은 포함되어 있지 않다. 일본의 경우에는 이 사건과 같은 사유에 의한 평균임금결정에 관한 권한이 도도부현의 노동국장에게 있다(일본 노동기준법시행규칙 제4조 참조).

신문업에있어서의불공정거래행위및시장지배적지위 남용행위의유형및기준 제3조 제1항 등 위헌확인

(2002. 7. 18. 2001헌마605 전원재판부)

【판시사항】

1. 신문구독자 혹은 신문판매업자가 신문발행업자의 행위를 제한하는 규정의 위헌여부를 다룰 기본권 침해의 자기관련성이 있는지 여부(소극)

2. 신문판매업자가 독자에게 1년 동안 제공하는 무가지와 경품류를 합한 가액이 같은 기간에 당해 독자로부터 받는 유료신문대금의 20%를 초과하는 경우 동 무가지와 경품류의 제공행위가 독점규제및공정거래에관한법률 제23조 소정의 불공정거래행위에 해당하는 것으로 규정한 신문업에있어서의불공정거래행위및시장지배적지위남용행위의유형및기준(공정거래위원회 고시 제2001-7호, 이하 “신문고시”라고 함) 제3조 제1항 제2호가 위임입법 및 재위임의 헌법적 한계를 벗어나 위헌인지 여부(소극)

3. 위 신문고시 조항이 재산권을 제한함에 있어서 준수하여야 할 헌법 제37조 제2항에 근거한 과잉금지의 원칙에 위배되거나 헌법 제119조 제1항에 정한 자유경제질서에 반하여 위헌인지 여부(소극)

【결정요지】

1. 청구인들은 단지 신문구독자이거나 신문판매업자인바, 이 사건 규정들 중 신문고시 제3조 제1항 제1호와 제3호, 제10조 제1항과 제2항은 모두 신문발행업자를 규율대상으로 하여 신문발행업자의 행위를 제한하는 조항들로서 이들로부터 신문을 공급받아 판매하거나 이를 구독하는 청구인들은 동 규정들의 적용을 받지 아니하며 단지 신문발행업자와 거래함으로써 간접적, 사실적, 경제적 이해관계만을 가질 뿐이므로 동 조항들을 대상으로 한 헌법소원 심판청구부분에 대하여는 위 청구인들은 자기관련성이 없다.

2. 불공정거래행위는 각종의 경쟁적 거래에서 복잡다양하게 이루어지며 또한 그 형태도 부단히 변동되고 있음에 비추어 그 행위 형태와 기준에 관한 규정도 이에 맞추어 시기적절하게 효과적으로 대처할 수 있어야 할 것인바 국회가 모든 분야의 경쟁적 거래왜곡현상들을 그때그때 예측하거나 파악할 수 없고, 그러한 상황에 즉응하여 그때마다 법률을 개정하는 것도 용이하지 아니하므로 불공정거래행위의 유형과 기준을 미리 법률로서 자세히 정하지 아니하고 이를 명령에 위임한 것은 부득이한 것으로 인정되고, 이 사건 수권규정인 독점규제및공정거래에관한법률 제23조에서 위임한 사항인 '불공정거래행위의 유형 또는 기준'이 어떠한 내용을 가질 것인지에 대하여는, 동 조항에서 열거하고 있는 대표적 불공정거래행위의 내용을 참조할 수 있으며 나아가 동법 제1조가 요구하는 바와 같이 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하여 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모하기 위하여는 우월적 지위를 이용하여 경쟁사업자나 일반소비자의 이익을 부당하게 침해하는 행위를 규제하여야 할 것인데 이 사건 위임사항이 이러한 의미의 불공정거래행위의 기준과 유형을 한계지우는 내용이 될 것임은 무리없이 예측할 수 있으므로 이 사건 조항인 신문고시 제3조 제1항 제2호는 동 수권사항을 위임받은 범위내에서 이를 구체화하고 있을 뿐이어서 위임입법의 헌법적 한계를 초과하지 아니한다.

3. 이 사건 조항에 의하여 침해되는 사익은 신문판매업자가 발행업자로부터 공급받은 신문을 무가치로 활용하고 구독자들에게 경품을 제공하는데 있어서 누리는 사업활동의 자유와 재산권 행사의 자유라고 할 수 있는 반면, 동 조항에 의하여 보호하고자 하는 공익은 경제적으로 우월적 지위를 가진 신문발행업자를 배경으로 한 신문판매업자가 무가치와 경품등 살포를 통하여 경쟁상대 신문의 구독자들을 탈취하고자 하는 신문업계의 과당경쟁상황을 완화시키고 신문판매·구독시장의 경쟁질서를 정상화하여 민주사회에서 신속·정확한 정보제공과 올바른 여론형성을 주도하여야 하는 신문의 공적 기능을 유지하고자 하는데 있는바, 이러한 공익과 사익을 서로 비교할 때 신문판매업자가 거래상대방에게 제공할 수 있는 무가치와 경품의 범위를 유료신문대금의 20% 이하로 제한하고 있는 이 사건 조항은 그

보호하고자 하는 공익이 침해하는 사익에 비하여 크다고 판단되므로 동 조항은 양쪽의 법익교량의 측면에서도 균형을 도모하고 있다고 할 것이어서 결국 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니하며, 헌법 제 119조 제1항을 포함한 우리 헌법의 경제질서조항에도 위반되지 아니한다.

【심판대상조문】

신문업에있어서의불공정거래행위및시장지배적지위남용행위의유형및기준(공정거래위원회 고시 제2001-7호) 제3조(무가지 및 경품류 제공의 제한) ① 다음 각호의 1에 해당하는 행위는 법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항 제3호 전단에 규정하는 “부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위”에 해당된다.

1. 신문발행업자가 신문판매업자에게 1개월 동안 제공하는 무가지와 경품류를 합한 가액이 같은 기간에 당해 신문판매업자로부터 받는 유료신문대금의 20%를 초과하는 경우
2. 신문판매업자가 독자에게 1년 동안 제공하는 무가지와 경품류를 합한 가액이 같은 기간에 당해 독자로부터 받는 유료신문대금의 20%를 초과하는 경우. 이 경우는 구 독기간이 1년 미만인 때에도 같다.
3. 신문발행업자가 직접 독자에게 1년 동안 제공하는 무가지와 경품류를 합한 가액이 같은 기간에 당해 독자로부터 받는 유료신문대금의 20%를 초과하는 경우

신문업에있어서의불공정거래행위및시장지배적지위남용행위의유형및기준(공정거래위원회 고시 제2001-7호) 제10조(시장지배적지위남용의 금지) ① 시장지배적사업자인 신문발행업자가 거래상대방에 대한 신문판매가격 또는 광고대가를 원가변동요인 등에 비하여 현저하게 높은 수준으로 결정·유지 또는 변경하는 행위는 법 제3조의2(시장지배적지위의 남용 금지) 제1항 제1호에 규정하는 “상품의 가격이나 용역의 대가(이하 “가격”이라 한다)를 부당하게 결정·유지 또는 변경하는 행위”에 해당된다.

② 시장지배적사업자인 신문발행업자가 자기 신문판매업자들에게 지나치게 낮은 가격으로 신문을 공급함으로써 다른 신문발행업자를 배제시킬 우려가 있는 경우에는 법 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지) 제1항 제5호 전단에 규정하는 “부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하는 행위”에 해당된다.

【참조조문】

헌법 제23조 제1항, 제37조 제2항, 제75조, 제95조, 제119조

독점규제및공정거래에관한법률 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지) ① 시장지배적사업자는 다음 각호의 1에 해당하는 행위(이하 “남용행위”라 한다)를 하여서는 아니된다.

1. 상품의 가격이나 용역의 대가(이하 “가격”이라 한다)를 부당하게 결정·유지 또는

변경하는 행위

2. 상품의 판매 또는 용역의 제공을 부당하게 조절하는 행위
3. 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위
4. 새로운 경쟁사업자의 참가를 부당하게 방해하는 행위
5. 부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하거나 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위

② 남용행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정할 수 있다.

독점규제및공정거래에관한법률 제23조(불공정거래행위의 금지) ① 사업자는 다음 각호의 1에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 “불공정거래행위”라 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다.

1. 부당하게 거래를 거절하거나 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위
2. 부당하게 경쟁자를 배제하는 행위
3. 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하거나 강제하는 행위
4. 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위
5. 거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하거나 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위
6. <삭제 1999.2.5>
7. 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위
8. 제1호 내지 제7호 이외의 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위

② 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.

독점규제및공정거래에관한법률시행령 제5조(남용행위의 유형 또는 기준) ① 법 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지) 제1항 제1호의 규정에 의한 가격의 부당한 결정·유지 또는 변경은 정당한 이유 없이 상품의 가격이나 용역의 대가를 수급의 변동이나 공급에 필요한 비용(동종 또는 유사업종의 통상적인 수준의 것에 한한다)의 변동에 비하여 현저하게 상승시키거나 근소하게 하락시키는 경우로 한다.

②~⑤ 생략

⑥ 제1항 내지 제5항의 규정에 의한 남용행위의 세부적인 유형 및 기준은 공정거래위원회가 정하여 고시할 수 있다.

독점규제및공정거래에관한법률시행령 제36조(불공정거래행위의 지정) ① 법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제2항의 규정에 의한 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 별표 1과 같다.

② 공정거래위원회는 필요하다고 인정하는 경우에는 제1항의 규정에 의한 불공정거래행위의 유형 또는 기준을 특정분야 또는 특정행위에 적용하기 위하여 세부기준을 정하여 고시할 수 있다. 이 경우 공정거래위원회는 미리 관계행정기관의 장의 의견을 들어야 한다.

신문업에있어서의불공정거래행위및시장지배적지위남용행위의유형및기준 제1조(목적) 이 고시는 신문업(신문을 발행 또는 판매하는 사업을 말한다. 이하 같다)에 있어서 독점규제 및공정거래에관한법률 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항의 규정에 해당되거나 법 제3 조의2(시장지배적지위의 남용금지) 제1항의 규정에 해당되어 금지되는 불공정거래행위 및 시장지배적지위남용금지의 유형 및 기준을 정함으로써, 법집행의 일관성 및 객관성을 제 고하고 신문업 사업자의 범위반행위를 예방함과 동시에 당해 사업자단체등의 자율적인 법 준수활동을 지원하여 신문업시장의 공정한 거래질서확립을 도모함을 목적으로 한다.

【참조판례】

1. 헌재 1997. 9. 25. 96헌마133, 판례집 9-2, 410
2. 헌재 1996. 8. 29. 94헌마113 판례집 8-2, 141
헌재 1996. 2. 29. 94헌마213 판례집 8-1, 147
3. 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18 판례집 8-2, 680
헌재 1998. 5. 28. 96헌가4등 판례집 10-1, 522

【당 사 자】

청 구 인 김구부 외 1인

청구인들 대리인

1. 법무법인 사랑
담당변호사 나석호
2. 법무법인 동호합동법률사무소
담당변호사 이진우
3. 변호사 임광규

피청구인 공정거래위원회

대리인 변호사 이영모

【주 문】

이 사건 심판청구중 신문업에있어서의불공정거래행위및시장지배적지위남 용행위의유형및기준(공정거래위원회 고시 제2001-7호) 제3조 제1항 제2호에 대한 청구인 윤석구의 심판청구는 이를 기각하고, 청구인 김구부의 청구와 같 은 윤석구의 나머지 청구부분은 이를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인 김구부는 신문구독자이고 청구인 윤석구는 신문판매업자이다. 청구인들은, 2001. 7. 1.부터 시행되고 있는 신문업에있어서의불공정거래행위및시장지배적지위남용행위의유형및기준(공정거래위원회 고시 제2001-7호, 이하 “신문고시”라고 한다)의 제3조 제1항 제1호, 제2호, 제3호, 제10조 제1항, 제2항의 각 규정들이 신문발행 및 판매업자가 거래상대방에게 제공할 수 있는 무가지와 경품의 범위를 유료신문대금의 20% 이하로 제한하고, 시장지배적 신문판매업자가 신문판매가격을 현저히 높게 혹은 낮게 하여 공급하는 행위 등을 금지하는 것을 내용으로 하고 있는 바, 신문고시의 위 규정들은 모법인 독점규제및공정거래에관한법률(이하 “공정거래법”이라고 한다)의 위임을 벗어난 것이고, 헌법 제119조 제1항과 헌법 제23조 제1항 소정의 재산권을 제한함에 있어서 헌법 제37조 제2항에서 정한 기본권 제한의 한계를 벗어난 것으로서 위헌이라고 주장하면서 2001. 8. 29. 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건의 심판대상은 신문고시 제3조 제1항 제1호, 제2호, 제3호, 제10조 제1항, 제2항(이하 “이 사건 조항들”이라고 한다)의 위헌여부이며, 이 사건 심판대상 조항들과 관련규정의 내용은 다음과 같다.

(1) 이 사건 심판대상 조항

신문고시 제3조(무가지 및 경품류 제공의 제한) ① 다음 각호의 1에 해당하는 행위는 법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항 제3호 전단에 규정하는 “부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위”에 해당된다.

1. 신문발행업자가 신문판매업자에게 1개월 동안 제공하는 무가지와 경품류를 합한 가액이 같은 기간에 당해 신문판매업자로부터 받는 유료신문대금의 20%를 초과하는 경우
2. 신문판매업자가 독자에게 1년 동안 제공하는 무가지와 경품류를 합한 가액이 같은 기간에 당해 독자로부터 받는 유료신문대금의 20%를 초과하는 경우. 이 경우는 구독기간이 1년 미만인 때에도 같다.
3. 신문발행업자가 직접 독자에게 1년 동안 제공하는 무가지와 경품류를 합한 가액이 같은 기간에 당해 독자로부터 받는 유료신문대금의 20%를 초과하는 경우

신문고시 제10조(시장지배적지위남용의 금지) ① 시장지배적사업자인 신

문발행업자가 거래상대방에 대한 신문판매가격 또는 광고대가를 원가변동요인 등에 비하여 현저하게 높은 수준으로 결정·유지 또는 변경하는 행위는 법 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지) 제1항 제1호에 규정하는 “상품의 가격이나 용역의 대가(이하 “가격”이라 한다)를 부당하게 결정·유지 또는 변경하는 행위”에 해당된다.

② 시장지배적사업자인 신문발행업자가 자기 신문판매업자들에게 지나치게 낮은 가격으로 신문을 공급함으로써 다른 신문발행업자를 배제시킬 우려가 있는 경우에는 법 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지) 제1항 제5호 전단에 규정하는 “부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하는 행위”에 해당된다.

(2) 관련 조항

공정거래법 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지) ① 시장지배적사업자는 다음 각호의 1에 해당하는 행위(이하 “남용행위”라 한다)를 하여서는 아니 된다.

1. 상품의 가격이나 용역의 대가(이하 “가격”이라 한다)를 부당하게 결정·유지 또는 변경하는 행위
2. 상품의 판매 또는 용역의 제공을 부당하게 조절하는 행위
3. 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위
4. 새로운 경쟁사업자의 참가를 부당하게 방해하는 행위
5. 부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하거나 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위

② 남용행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정할 수 있다.

공정거래법 제23조(불공정거래행위의 금지) ① 사업자는 다음 각호의 1에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 “불공정거래행위”라 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다.

1. 부당하게 거래를 거절하거나 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위
2. 부당하게 경쟁자를 배제하는 행위
3. 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하거나 강제하는 행위
4. 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위
5. 거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하거나 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위

6. <삭제 1999.2.5>

7. 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·무체재산권등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위
8. 제1호 내지 제7호 이외의 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위

② 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.

공정거래법시행령 제5조(남용행위의 유형 또는 기준)

① 법 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지) 제1항 제1호의 규정에 의한 가격의 부당한 결정·유지 또는 변경은 정당한 이유없이 상품의 가격이나 용역의 대가를 수급의 변동이나 공급에 필요한 비용(동종 또는 유사업종의 통상적인 수준의 것에 한한다)의 변동에 비하여 현저하게 상승시키거나 근소하게 하락시키는 경우로 한다.

②~⑤생략

⑥ 제1항 내지 제5항의 규정에 의한 남용행위의 세부적인 유형 및 기준은 공정거래위원회가 정하여 고시할 수 있다.

공정거래법시행령 제36조(불공정거래행위의 지정) ① 법 제23조(불공정거래행위의 금지)제2항의 규정에 의한 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 별표1과 같다.

② 공정거래위원회는 필요하다고 인정하는 경우에는 제1항의 규정에 의한 불공정거래행위의 유형 또는 기준을 특정분야 또는 특정행위에 적용하기 위하여 세부기준을 정하여 고시할 수 있다. 이 경우 공정거래위원회는 미리 관계행정기관의 장의 의견을 들어야 한다.

[별표1] 일반 불공정거래행위의 유형 및 기준(제36조 제1항관련)

1. 내지 3. 생략

4. 부당한 고객유인

법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항 제3호 전단에서 “부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위”라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 행위를 말한다.

가. 부당한 이익에 의한 고객유인

정상적인 거래관행에 비추어 부당하거나 과도한 이익을 제공 또는 제공할 제의를 하여 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위

나. 위계에 의한 고객유인

제9호의 규정에 의한 부당한 표시·광고외의 방법으로 자기가 공급하는 상품 또는 용역의 내용이나 거래조건 기타 거래에 관한 사항에 관하여 실제보다 또는 경쟁사업자의 것보다 현저히 우량 또는 유리한 것으로 고객을 오인시키거나 경쟁사업자의 것이 실제보다 또는 자기의 것보다 현저히 불량 또는 불리한 것으로 고객을 오인시켜 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위

다. 기타의 부당한 고객유인

경쟁사업자와 그 고객의 거래에 대하여 계약성립의 저지, 계약불이행의 유인등의 방법으로 거래를 부당하게 방해함으로써 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위

신문고시 제1조(목적) 이 고시는 신문업(신문을 발행 또는 판매하는 사업을 말한다. 이하 같다)에 있어서 독점규제및공정거래에관한법률 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항의 규정에 해당되거나 법 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지) 제1항의 규정에 해당되어 금지되는 불공정거래행위 및 시장지배적지위남용금지의 유형 및 기준을 정함으로써, 법집행의 일관성 및 객관성을 제고하고 신문업 사업자의 범위반행위를 예방함과 동시에 당해 사업자단체등의 자율적인 법준수활동을 지원하여 신문업시장의 공정한 거래질서확립을 도모함을 목적으로 한다.

2. 주장과 의견

가. 청구인들의 주장

신문고시의 모법인 공정거래법이 경쟁의 촉진과 경쟁방해의 억지를 목적으로 하고 있음에도 불구하고, 신문고시 제3조 제1항 제1호, 제2호, 제3호 및 제10조 제1항, 제2항은 위와 같은 모법의 입법목적과는 반대로 신문업자간의 경쟁을 억지하고 방해하는 것을 내용으로 하고 있으므로 모법의 위헌범위를 벗어난 것이고, 자유경제체제를 기본으로 하는 헌법 제119조 제1항에 위배되며, 헌법 제23조 제1항 소정의 재산권을 제한함에 있어서 지켜야 될 헌법 제37조 제2항 소정의 기본권 제한의 한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반된다.

나. 피청구인의 답변과 문화관광부장관의 의견

신문고시는 행정규칙으로서 헌법소원의 대상이 아니다. 그렇지 않더라도 청구인 김구부는 신문구독자로서 이 사건 신문고시의 시행으로 무가치나 경품류를 제공받지 못한다고 하더라도 자신의 권리를 직접 침해당한 자라고 보

기 어렵고, 청구인 윤석구는 신문판매업자라고 하나 이 사건 신문고시 조항들이 아직 구체적으로 집행되지 아니한 상태에 있기 때문에 권리침해의 현재성이 없다. 나아가 권리침해가 있기 위하여는 구체적인 행정처분이 있어야 하므로 위 조항들은 청구인의 권리를 직접 침해할 수도 없다.

우리나라 신문시장의 특수한 과당경쟁상황에서 무가치와 경품등 부당한 방법에 의한 고객유인행위나 시장지배적 사업자의 약탈적 가격설정행위는 공정한 경쟁의 회복을 위하여 규제되어야 하며, 이 사건 조항들은 이러한 행위를 공익상 필요한 최소한의 한도에서 규제하고 있을 뿐이므로 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니하며, 헌법상의 자유경제질서원칙에도 반하지 아니한다.

3. 판 단

가. 적법요건에 관한 판단

(1) 헌법소원의 대상성

헌법소원에 있어서는 기본권 침해의 원인이 되는 행위가 공권력의 행사에 해당하여야 한다. 이 사건 신문고시는 공정거래위원회가 신문업에 있어서 발생할 가능성이 높은 불공정거래행위의 유형과 기준을 공정거래법 제23조 제2항, 제3조의2 제2항, 동법 시행령 제36조 제2항, 제5조 제6항에 따라 보다 구체화하여 불특정의 국민에게 이를 알리는 것으로 행정규칙에 해당한다고 할 것이다.

일반적으로 행정규칙은 행정조직 내부에서만 효력을 가지는 것이고 대외적인 구속력을 가지는 것이 아니어서 원칙적으로 헌법소원의 대상이 되는 ‘공권력의 행사’에 해당하지 아니한다(헌재 1991. 7. 8. 91헌마42, 판례집 3, 380, 383).

그러나 행정규칙이 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우나, 재량권 행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이룩되게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 대외적 구속력을 가지게 되는 바, 이러한 경우에는 헌법소원의 대상이 될 수도 있고(헌재 1990. 9. 3. 90헌마13, 판례집 2, 298, 303), 또한 법령의 직접적 위임에 따라 수입행정기관이 그 법령을 시행하는데 필요한 구체적 사항을 정한 것이면, 그 제정형식은 비록 법규명령이 아닌 고시·훈령·예규 등과 같은 행정규칙이더라도 그것이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 않는 한 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규

명령으로서 기능하게 된다고 보아야 할 것인 바, 헌법소원의 청구인이 법령과 예규의 관계규정으로 말미암아 직접 기본권을 침해받았다면 이에 대하여 헌법소원을 청구할 수 있다(헌재 1992. 6. 26. 91헌마25 판례집 4, 444, 449).

이 사건 심판대상인 신문고시는 공정거래법과 동 시행령 규정의 위임에 따라 수입행정기관인 공정거래위원회가 법령 내용을 보충하는데 필요한 구체적인 사항을 정한 경우에 해당하고, 신문업에 있어서의 불공정거래행위의 유형과 기준을 한계지음으로써 상위법령인 공정거래법과 동 시행령과 결합하여 일반 국민에 대한 대외적 구속력을 가지는 일종의 법규명령적 성격을 함께 갖는다고 할 수 있다. 그렇다면 이 사건 고시는 행정조직인 공정거래위원회 내부에서만 효력을 가지는 것이라고는 볼 수 없으며, 이로 말미암아 직접 기본권을 침해받았다면 이에 대하여 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

(2) 자기관련성

청구인은 공권력 작용에 대하여 자신이 스스로 법적으로 관련되어야 한다. 그리고 법률에 의한 기본권 침해의 경우에 어떠한 경우에 제3자(청구인)의 자기관련성을 인정할 수 있는가의 문제는 무엇보다도 법의 목적 및 실질적인 규율대상, 법규정에서의 제한이나 금지가 제3자에게 미치는 효과나 진지성의 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(헌재 1997. 9. 25. 96헌마133, 판례집 9-2, 410, 416). 따라서 공권력 작용이 단지 간접적, 사실적 또는 경제적인 이해관계로만 관련되어 있는 제3자에게는 자기관련성은 인정되지 않는다(헌재 1992. 9. 4. 92헌마175, 판례집 4, 579, 580; 헌재 1994. 6. 30. 92헌마61, 판례집 6-1, 680, 684; 헌재 1995. 5. 25. 94헌마100, 판례집 7-1, 806, 808; 헌재 1997. 3. 27. 94헌마277, 판례집 9-1, 404, 409; 헌재 1998. 8. 27. 97헌마372등, 판례집 10-2, 461, 470-471 등)

(가) 청구인 김구부에 대한 부분

청구인 김구부는 광명시 철산동 주민으로서 신문들 사이의 치열한 자유경쟁 가운데 선택권을 행사하는 사람이라고 주장한다. 그 주장의 취지는 자신은 이 사건 신문고시로 인하여 신문들 사이의 자유경쟁이 억압되어 자신의 법익이 훼손당할 수 있다고 믿는다는 것이다. 이와 같이 위 청구인은 단지 신문구독자일 뿐이고 신문발행업자나 신문판매업자가 아니다. 이 사건 조항들은 신문발행업자와 신문판매업자의 무가지 및 경품류 제공 제한에 관한 규정이거나 시장지배적 지위에 있는 신문발행업자의 신문판매 가격, 광고가격이 적정수준을 유지하도록 하여 신문발행·판매업에 있어서 공정한 경쟁질서를 유지

하고자 하는 입법목적을 가진 규정들로서 모두 위 신문발행업자와 신문판매업자를 그 적용대상으로 한다. 청구인은 단순히 일반시민이므로 이들 신문발행업자 내지 신문판매업자와 신문구독계약을 함에 있어서 이 사건 규정들에 따라 무가치나 경품을 공급받지 못하게 되거나 적정하지 못한 신문대금으로 계약을 하게 되는 등의 사유로 청구인의 경제적 이해에 영향을 받을 수는 있겠으나, 신문대금을 조금 더 내고 덜 내는 정도의 이러한 영향 정도만으로는 청구인에게 단순히 경미한 간접적, 사실적, 경제적 이해관계가 있을 뿐이고 청구인이 이 사건 고시에 대하여 스스로 법적으로 관련되어 있다고 할 수 없다. 따라서 청구인 김구부에게는 자기관련성이 인정되지 않는다.

(나) 청구인 윤석구에 대한 부분

청구인 윤석구는 용인 수지에서 신문지국을 경영하는 사람이라고 주장한다. 즉, 신문판매업자이다. 앞서본 바와 같이 이 사건 조항 중 신문고시 제3조 제1항 제1호와 제3호, 제10조 제1항과 제2항은 모두 신문발행업자를 규율 대상으로 하여 신문발행업자의 행위를 제한하는 조항들로서 이들로부터 신문을 공급받아 판매하는 신문판매업자인 청구인은 동 조항들의 적용을 받지 아니하며 단지 신문발행업자와 거래함으로써 간접적, 사실적, 경제적 이해관계만을 가질 뿐이다. 그러므로 동 조항들을 대상으로 한 헌법소원 심판청구부분에 대하여는 청구인 윤석구도 자기관련성이 없다고 할 것이다. 다만 이 사건 조항 중 신문고시 제3조 제1항 제2호는 신문판매업자의 무가치, 경품류 공급제한에 관한 내용을 담고 있으므로 동 조항만은 신문판매업자인 청구인을 그 규율대상으로 하고 있으며 따라서 동 조항을 대상으로 한 헌법소원 부분에 대하여는 청구인에게 자기 관련성이 인정된다.

(3) 직접성

청구인은 공권력작용으로 인하여 직접적으로 기본권이 침해되어야 한다. 여기서 말하는 기본권침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 혹은 기타 입법작용 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻한다(헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 154).

그러나 국민에게 일정한 행위 의무 또는 행위금지의무를 부과하는 법규정을 정한 후 이를 위반한 경우 제재수단으로서 형벌 또는 행정벌 등을 부과할 것을 정한 경우에, 그 형벌이나 행정벌의 부과를 위 직접성에서 말하는 집행행위라고는 할 수 없다. 국민은 별도의 집행행위를 기다릴 필요가 없이 제재의

근거가 되는 법률의 시행 자체로 행위의무 또는 행위금지의무를 직접 부담하는 것이 되기 때문이다(헌재 1998. 3. 26. 97헌마194, 공보 27, 339).

이 사건 조항들은 이를 위반할 경우 과징금 등 행정벌과 아울러 형사벌의 대상이 되는 공정거래법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항과 제3조의2(시장지배적 지위의 남용금지) 제1항 소정행위의 유형 및 기준을 설정하고 있는 것으로서 국민은 신문고시의 시행 자체에 의하여 즉시 동 기준에 따른 행위금지의무를 직접 부담하는 것이 되며, 동 기준에 위배하였을 때에 발생하는 과징금의 부과나 행정형벌의 부과를 그 매개행위로 하는 것은 아니다. 따라서 이 사건 조항들은 그 집행을 위한 매개행위를 기다릴 필요가 없이 당해 수범자인 국민의 기본권을 직접 침해하는 것이 된다.

(4) 현재성

청구인은 공권력 작용과 현재 관련이 있어야 하며, 장래 어느 때인가 관련될 수 있을 것이라는 것만으로는 헌법소원을 제기하기에 족하지 않다. 다만 기본권침해가 장래에 발생하더라도 그 침해가 틀림없을 것으로 현재 확실히 예측된다면 기본권구제의 실효성을 위하여 침해의 현재성을 인정한다(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659, 669).

이 사건에서 신문고시는 2001. 7. 1.부터 발효되어 시행중인 바, 비록 공정거래위원회가 아직 신문고시상의 이 사건 조항들의 내용을 집행하여 이에 따른 제재를 가한 사실이 없다고 하더라도 현재 이 사건 조항들이 시행중인 사실에는 차이가 없는 것이므로 동 고시의 규율대상자는 이를 준수하여야 할 것이고, 따라서 권리침해의 현재성도 인정된다.

(5) 청구기간

이 사건 신문고시는 2001. 7. 1. 시행되었으며(동 고시 부칙 제1조) 이 사건 심판청구는 그로부터 60일 이내인 같은해 8. 29.에 제기되었으므로 청구기간이 준수되었다.

나. 본안에 관한 판단

(1) 독점규제와 불공정거래 금지의 헌법적 근거

헌법 제23조 제1항 전문은 “모든 국민의 재산권은 보장된다.”라고 규정하고, 제119조 제1항은 “대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.”고 규정함으로써, 우리 헌법이 사유재산제도와 경제활동에 관한 사적자치의 원칙을 기초로 하는 자본주의 시장경제질서를 기본으로 하고 있음을 선언하고 있다. 이는 국민 개개인에게 자유스러운

경제활동을 통하여 생활의 기본적 수요를 스스로 충족시킬 수 있도록 하고 사유재산의 자유로운 이용·수익과 그 처분 및 상속을 보장해 주는 것이 인간의 자유와 창의를 보전하는 지름길이고 궁극에는 인간의 존엄과 가치를 증대시키는 최선의 방법이라는 이상을 배경으로 하고 있는 것이다(헌재 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 결정; 헌재 1997. 8. 21. 94헌바19등 판례집 9-2, 243, 257-258 등 참조).

그러나 한편, 헌법 제119조 제2항은 “국가는……시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하기 위하여……경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다”고 규정함으로써, ‘독점규제와 공정거래유지’라는 경제정책적 목표를 개인의 경제적 자유를 제한할 수 있는 정당한 공익의 하나로 하고 있다. 국가목표로서의 “독점규제와 공정거래유지”는 스스로에게 맡겨진 경제는 경제적 자유에 내재하는 경제력집중적 또는 시장지배적 경향으로 말미암아 반드시 시장의 자유가 제한받게 되므로 국가의 법질서에 의하여 공정한 경쟁질서를 형성하고 확보하는 것이 필요하고, 공정한 경쟁질서의 유지는 자연적인 사회현상이 아니라 국가의 지속적인 과제라는 인식에 그 바탕을 두고 있다. 독점규제는 국가의 경쟁정책에 의하여 실현되고 경쟁정책의 목적은 공정하고 자유로운 경쟁의 촉진에 있다. 독점규제와 공정거래 유지의 목표는 공정거래법이 이를 보다 구체화하고 있는 바, 동법 제1조는 “사업자의 시장지배적 지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모함을 목적으로 하고 있다”고 규정하여 이 법의 입법목적을 밝히고 있다(헌재1996. 12. 26. 96헌가18 판례집 8-2, 680, 695-696 참조). 즉 국가의 경쟁정책은 시장지배적 지위의 남용방지, 기업결합의 제한, 부당한 공동행위의 제한, 불공정거래행위의 금지 등을 통하여 시장경제가 제대로 기능하기 위한 전제조건으로서의 가격과 경쟁의 기능을 유지하고 촉진하려고 하는 것이며, 특히 불공정거래행위의 분야에서는, 외관상 일반적 거래행위로 보이는 것이라고 하더라도 실제로는 우월적 경제력의 남용등으로 가격과 경쟁을 왜곡하여 시장경제가 제대로 기능하기 어렵게 만드는 행위는 이를 제한하여 공정한 경쟁상태를 회복시키려고 하는 것이다.

(2) 신문업에 있어서 불공정거래의 특징과 규제방법

(가) 신문업에 있어서 불공정거래의 특징

불공정거래행위의 유형은 복잡다기한 경제분야에서 매우 다양하게 나타날 수 있으나, 업종의 성격상 독과점상태가 나타나기 쉬운 신문업의 분야에서 특히 문제가 되고 있다. 신문업에 있어서는 우리나라의 신문업계의 독특한 경쟁 상황에 기초하여 특수한 불공정거래행위가 발생하고 있다. 신문업계는 대자본에 의하여 전국적으로 발행, 판매되는 비교적 소수의 이른바 전국지와 특정의 지방을 중심으로 발행, 판매되는 지방지, 한정된 좁은 지역에서만 발행, 판매되는 소규모 자본에 의한 구역지라는 복층구조를 가지고 있어서 그 사이의 경쟁관계가 매우 복잡하고, 신문의 대부분은 판매점의 인력에 의한 택배에 의하여 공급되기 때문에 인건비등 많은 판매비용을 필요로 하여 상당수의 구독자를 획득하는 것이 판매점의 경영을 유지하는데 필수적이며 또 판매점에 대하여 경영원조를 피하지 않으면 안되는 신문발행사에게도 대단히 필요할 뿐 아니라, 구독자는 신문을 한 종류밖에 구독하지 않는 것이 통상적이므로 자기 신문의 구독자를 증가시키기 위하여는 경쟁지의 구독자를 탈취하지 않을 수 없어 세력경쟁이 과도화되는 경향이 있으며, 게다가 신문의 구독은 통상은 월별로 이루어지는 것이어서 일반소비자에 대한 판로확대의 기회가 많지 않고 따라서 판로확대 경쟁이 심화되는 경향이 있는 점 등에서 일반상품의 제조, 판매경쟁과는 달리 경쟁이 격화되기 쉬운 특징이 두드러지고 있다. 또한 신문발행사와 신문판매점과의 거래관계에 대하여 보아도 이른바 전매점제가 채택되어 있어 그 때문에 발행자는 판매점에 대하여 거래상 압도적인 우월적 지위에 있고, 발행자 사이의 격심한 경쟁을 반영해서 발행자가 판매점에 대하여 부당하게 불이익을 강요하게 되기 쉽다는 점 등도 신문판매업에서의 건전한 경쟁이 이루어지지 못하게 하는 하나의 요인이 된다고 설명되고 있다.

이와 같은 신문업에서의 특수한 경쟁상황은 우리나라에서 신문의 판매부수는 신문의 영향력을 가늠할 수 있는 척도가 됨과 동시에 광고유치량을 결정할 수 있는 요인이 되고있는 사정에 의하여 더욱 가열되었으며, 신문사들은 종래 판매부수의 확대를 위하여 치열하게 경쟁하여 왔다. 특히 우리나라의 경우 신문의 판매대금 수입보다는 광고수입이 신문발행업자의 주된 수입이 되고 있는 경영상의 사정으로 인하여 광고수입의 증대와 직결되는 판매부수의 확대를 위하여는 무가지의 다량 공급, 경품의 남용등 신문발행의 원가를 무시한 과도한 경쟁이 촉발된 바 있고, 결국은 다른 신문사 지국 사이의 살인사건까지 발생하는 등 큰 사회문제가 되기도 하였다.

(나) 불공정거래행위에 대한 규제입법의 형태

불공정거래행위를 규제하는 방법에는 두 가지가 있을 수 있다. 하나는 미국이나 독일의 경우처럼 불공정한 거래행위를 일반적, 포괄적으로 금지하는 방법이고, 다른 하나는 일본과 우리나라처럼 불공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 불공정거래행위로 지정·고시하고, 지정·고시된 행위만을 금지하는 방법이다. 이러한 입법방식에 따라 우리 공정거래법은 불공정거래행위에 해당될 행위 유형을 7가지로 나누어 열거하고(공정거래법 제23조 제1항) 구체적인 불공정행위의 유형과 기준을 대통령령으로 정하도록 규정하고 있다. (제23조 제2항) 이에 따라 법시행령 제36조 제1항 [별표]는 모든 사업분야에 공통적으로 적용되는 “일반 불공정행위의 유형 및 기준”을 정하고 있다. 또한 법시행령 제36조 제2항은 공정거래위원회로 하여금 특정 분야 혹은 특정 행위에 대하여만 적용되는 불공정거래행위를 분리하여 고시할 수 있게 규정하고 있다. 이 사건 신문고시는 이와 같은 상위법의 근거에 따라 제정, 시행되고 있는 고시중의 하나이다.

(3) 위임입법금지원칙의 위배여부

(가) 위임입법의 헌법적 한계에 의한 판단

우리 헌법의 지도이념인 법의 지배 내지 법치주의의 원리는 국가권력행사의 예측가능성 보장을 위하여 그 주체와 방법 및 그 범위를 법률로 규정할 것을 요구하며 예외적으로 위임입법을 허용하는 경우에 있어서도 법률에 의한 수권에 의거한 명령의 내용이 어떠한 것이 될 수 있을 것인가를 국민에게 예측가능한 것임을 요구하는 것으로서 그것은 법규명령에 의하여 비로소가 아니라 그보다 먼저 그 수권법률의 내용으로부터 예견가능하여야 하는 것을 의미하는 것이다. 그리고 형벌이나 행정제재와 관련되는 경우에는 그 요건은 더욱 엄격한 것이다. 물론 법규명령제도의 생성내력에 비추어 볼 때 장래 정립될 법규명령의 구체적 내용이 정확하게 예견될 수 있을 것을 의미하는 것은 아니라 할지라도 적어도 정립될 수 있는 법규명령의 기본적 윤곽에 대한 예견가능성은 보장이 되어야 한다(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80 판례집 5-1, 365, 379-380)

또한 이에 따라 헌법 제75조는 ‘법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다’고 규정하고 있는바, 이는 위임입법의 한계를 정한 것이므로, 법률의 위임은 반드시 구체적 개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 할 것이다. 다만 구체적인 범위는 각종 법령이 규제하고자 하는 대상의 종류와 성격에 따라 달라진다 할 것이므로 일률적 기

준을 정할 수는 없지만, 적어도 법률의 규정에 의하여 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있으면 족하고(헌재 1991. 7. 8. 선고 91헌가4 결정 참조), 여기서 그 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 할 것이다(헌재 1994.7.29. 선고 93헌가12 판례집 6-2, 53, 58-59; 헌재 1996. 8. 29. 94헌마113 판례집 8-2, 141, 163-164 참조)

한편 이 사건 신문고시에서 불공정거래행위의 내용을 하위법령에 대하여 위임한 구조를 살펴보면 다음과 같다. 공정거래법 제23조 제1항은 '사업자는 다음 각호의 1에 해당하는 행위로써 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다.'고 규정하면서 그 1호에서 7호에 이르기까지 불공정거래행위의 행위 유형을 예시하고 있고, 제2항은 '불공정거래행위의 유형 또는 기준'은 대통령령으로 정하도록 위임하고 있으며, 이에 따라 동 시행령 제36조 제1항은 불공정거래행위의 유형과 기준을 별표에 의하여 구체화하였다. 나아가 동 시행령 제36조 제2항은 공정거래위원회는 필요하다고 인정하는 경우에는 제1항의 규정에 의한 불공정거래행위의 유형 또는 기준을 특정분야 또는 특정행위에 적용하기 위하여 세부기준을 정하여 고시할 수 있도록 규정하여 불공정행위의 유형과 기준을 특정분야에 적용하기 위한 세부기준을 다시 공정거래위원회의 고시로 정할 수 있도록 위임하였다.

우리 입법의 이러한 위임구조에 대하여 판단컨대, 불공정거래행위는 각종의 경쟁적 거래에서 복잡다양하게 이루어지며 또한 그 형태도 부단히 변동되고 있음에 비추어 그 행위 형태와 기준에 관한 규정도 이에 맞추어 시기적절하게 효과적으로 대처할 수 있어야 할 것이다. 그런데 국회가 모든 분야의 경쟁적 거래왜곡현상들을 그때그때 예측하거나 파악할 수 없고, 그러한 상황에 즉응하여 그때마다 법률을 개정하는 것도 용이하지 아니하다. 따라서 불공정거래행위의 유형과 기준을 미리 법률로서 자세히 정하지 아니하고 이를 명령에 위임한 것은 부득이한 것으로 인정된다.

또한 이 사건 수권규정인 동법 제23조에서 위임한 사항인 '불공정거래행위의 유형 또는 기준'이 어떠한 내용을 가질 것인지에 대하여는, 동조 제1항에서 열거하고 있는 대표적 불공정거래행위의 내용을 참작하여 그 대강을 예측

할 수 있을 뿐만 아니라, 나아가 동법 제1조가 요구하는 바와 같이 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하여 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모하기 위하여는 우월적 지위를 이용하여 경쟁사업자나 일반소비자의 이익을 부당하게 침해하는 행위를 규제하여야 할 것인데 이 사건 위임사항이 이러한 의미의 불공정거래행위의 기준과 유형을 한계지우는 내용이 될 것임은 무리없이 예측할 수 있다.

그렇다면 결국 이사건 조항이 그 수권규정으로부터 위임받은 사항은 누구라도 그 내용의 대강을 예측할 수 있다고 할 것이며, 동 수권사항을 위임받은 범위내에서 이를 구체화하고 있을 뿐이므로 헌법이 요구하는 위임입법의 한계를 초과하지 아니하였다고 할 것이다.

(나) 재위임의 헌법적 한계에 의한 판단

법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 재위임하는 것은 이위임금지(履委任禁止)의 범리에 반할 뿐 아니라 수권법의 내용변경을 초래하는 것이 되고, 부령의 제정·개정절차가 대통령령에 비하여 보다 용이한 점을 고려할 때 재위임에 의한 부령의 경우에도 위임에 의한 대통령령에 가해지는 헌법상의 제한이 당연히 적용되어야 할 것이므로 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 아니하고 그대로 재위임하는 것은 허용되지 않으며 위임받은 사항에 관하여 대강(大綱)을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에만 재위임이 허용된다(헌재 1996. 2. 29. 94헌마213 판례집 8-1, 147-148).

이 사건의 경우 앞서 본 바와 같이 법률의 위임을 받은 대통령령에서는 불공정행위의 유형과 기준을 위 별표의 내용에 의하여 상세히 구체화하였고, 다시 특정행위나 특정 분야의 불공정행위의 유형과 기준을 정하기 위한 세부기준만을 하위 법령인 공정거래위원회 고시에 재위임하고 있을 뿐이어서 우리 재판소에서 요구하는 재위임의 헌법적 한계를 준수하고 있음이 명백하다.

(4) 과잉금지 원칙의 위배 여부

헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”라고 규정하고 있다. 따라서 입법자가 어떤 공공복리를 위하여 국민의 재산권을 제한하는 입법을 함에 있어서도 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 경우나 그렇지 않다 하더라도 이른바 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙에 저촉되면 헌

법위반이 된다(헌재 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 결정; 헌재 1997. 8. 21. 94헌마19등 판례집 9-2, 243, 258 등 참조). 이하에서 과잉금지 원칙을 기준으로 이 사건 조항중 본안판단이 필요한 신문고시 제3조 제1항 제2호가 신문판매업자의 재산권을 과도하게 침해하는 것인지 여부를 살펴본다.

(가) 입법목적의 정당성

신문판매업자가 거래상대방에게 제공할 수 있는 무가지(無價紙)와 경품(景品)의 범위를 유료신문대금의 20% 이하로 제한하는 이 사건 신문고시 제3조 제1항 제2호의 입법목적은 앞서본 신문업에서의 특수한 과당경쟁상황으로 인하여 우월적 지위를 가진 신문공급업자가 그 경제력을 남용하는 것을 금지하여 시장경제가 제대로 기능하기 위한 전제조건으로서의 가격과 경쟁의 기능을 유지하고 촉진하려고 하는 것에 있다고 할 것인바, 이러한 입법목적이 헌법상 추구할 수 있는 정당한 공익이라는 점에서는 의문의 여지가 없다. 또한 이러한 공익은 매우 중요한 것이라고 보아야 할 것이고, 이러한 공익을 실현하여야 할 현실적 필요성이 존재한다는 것도 신문업에서의 과거의 과당경쟁 사례에서 볼 때 이를 부정하기 어렵다 할 것이다.

(나) 수단의 적합성

일반적으로 신문이 그 구독자를 확대하기 위하여는 보다 나은 신문을 만들어 독자의 구미에 부응하는 방법에 의함이 정당할 것이다. 예컨대 신문 보도 내용의 신속, 정확성을 제고하고 주요 사건들에 대하여 공정한 태도로 보도할 뿐 아니라 타사보다 나은 편집을 하는 등의 방법으로 질적으로 우수한 신문을 만들어 독자를 끌어들이는 것이 정도일 것이다. 그러나 앞서본 신문시장의 판매경쟁상의 여러 특성으로 인하여 신문 내용의 질을 높이는 노력보다는 무가지를 무제한으로 살포하거나 경품류를 제공하는 등 신문판매업자측에서 구독자에 대하여 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 신문의 질 향상과는 무관한 유인적 방법에 의하여 타사의 구독자를 탈취하려는 노력을 중심으로 하여 경쟁이 격화되어왔던 경험을 고려할 때, 신문업에서의 과당경쟁상황에서 합리적인 가격과 건전한 경쟁의 기능을 회복하고자 하는 앞서본 입법 목적을 달성하기 위하여는 무가지의 살포와 경품류의 제공에 대한 일정한 제한을 가하는 것이 필요한 적절한 수단이 된다고 하지 않을 수 없다.

(다) 최소침해성의 원칙

무가지와 경품류의 제공 제한이 신문업에서의 건전한 경쟁의 회복을 위하여 필요하고 적절한 수단이 된다고 하더라도 이는 공익의 달성이나 위협의

방지에 필요한 정도에 그쳐야 하고 신문판매업자의 사업활동의 자유에 대하여 최소한의 침해를 가져오는 것이 되어야 한다. 이 사건 신문고시 제3조 제1항 제2호는 신문판매업자가 거래상대방에게 제공할 수 있는 무가지와 경품의 범위를 유료신문대금의 20% 이하로 제한하고 있는바, 이와 같은 비율은 1996년 이래 시행되어온 신문협회의 자율규약에 의하여도 경품의 전면금지 및 무가지의 20% 제한이 적용되어 온 것을 기초로 이를 다소 완화하여 정한 것이라는 점, 이 사건 신문고시와는 별도로 시행중인 “경품류제공에관한불공정거래행위의유형및기준”에는 상품 또는 용역의 거래가액의 10%를 초과하여 소비자경품류를 제공하는 것을 부당한 고객유인행위의 하나로 하고 있는 점, 따라서 신문고시의 이 사건 조항은 무가지와 경품류를 합하여 유료신문대금의 20%로 함으로써 신문판매업자의 경품류 운용제한을 오히려 완화한 측면이 있는 점, 무가지의 활용을 완전히 봉쇄한 것이 아니고 유가지 5부당 1부의 비율로 하여 신문판매업자가 상당한 정도의 예비지의 활용이 가능하도록 하고 있는 점 등을 고려할 때 이 사건 조항의 내용은 앞서본 입법목적의 달성을 위하여 필요한 최소한의 제한을 하고 있는 것이라는 점을 충분히 수긍할 수 있다.

(라) 법익의 균형성

입법자는 공익실현을 위하여 기본권을 제한하는 경우 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(헌재 1990. 9. 3. 89헌가 95, 판례집 2, 245, 260). 이 사건 조항에 의하여 침해되는 사익은 신문판매업자가 발행업자로부터 공급받은 신문을 무가지로 활용하고 구독자들에게 경품을 제공하는데 있어서 누리는 사업활동의 자유와 재산권 행사의 자유라고 할 수 있는 반면, 동 조항에 의하여 보호하고자 하는 공익은 경제적으로 우월적 지위를 가진 신문발행업자를 배경으로 한 신문판매업자가 무가지와 경품등 살포를 통하여 경쟁상대 신문의 구독자들을 탈취하고자 하는 신문업계의 과당경쟁상황을 완화시키고 신문판매·구독시장의 경쟁질서를 정상화하여 민주사회에서 신속·정확한 정보제공과 올바른 여론형성을 주도하여야 하는 신문의 공적 기능을 유지하고자 하는데 있다고 할 것이며, 나아가 무가지 살포와 경품 제공은 결국 신문의 구독강요에 호를 위협이 큰 점을 고려할 때 일반 국민인 신문구독자가 내용상 자신이 선호하는 신문을 자유로이 선택할 권리를 침해당하는 것을 억지하고자 하는 목적도 아울러 가지고 있다고 할 것이다. 이러한 공익과 사익을 서로 비교할 때 신문판

매업자가 거래상대방에게 제공할 수 있는 무가지와 경품의 범위를 유료신문 대금의 20% 이하로 제한하고 있는 이 사건 조항은 그 보호하고자 하는 공익이 침해하는 사익에 비하여 크다고 판단되므로 동 조항은 양쪽의 법익교량의 측면에서도 균형을 도모하고 있다고 판단되고, 결국 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니한다.

(5) 자유경제질서 원칙의 위배 여부

헌법 제119조는 제1항에서 ‘대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다’고 규정하여 사유재산제도, 사적자치의 원칙, 과실책임의 원칙을 기초로 하는 자유시장 경제질서를 기본으로 하고 있음을 선언하면서, 한편 그 제2항에서 ‘국가는……시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하기 위하여……경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다’고 규정하여 독과점규제와 공정거래유지를 위한 입법의 헌법적 근거를 제공하고 있다. 결국 우리 헌법은 자유시장 경제질서를 기본으로 하면서 사회국가원리를 수용하여 실질적인 자유와 평등을 아울러 달성하려는 것을 근본이념으로 하고 있는 것이다(헌재 1998. 5. 28. 96헌가4등 판례집 10-1, 522, 533-534)

이 사건 조항은 신문판매업자가 거래상대방에게 제공할 수 있는 무가지와 경품의 범위를 유료신문대금의 20% 이하로 제한하는 것을 내용으로 하고 있으므로 신문판매업자의 사업활동의 자유와 재산권 행사의 자유를 제한하는 측면이 있기는 하나, 앞서 본 바와 같이 신문판매업자에 대한 이러한 행위제한은 무가지와 경품등의 과다한 살포를 통하여 경쟁상대 신문의 구독자들을 탈취하고자 하는 신문업계의 과당경쟁상황을 완화시키고 신문판매·구독시장의 경쟁질서를 정상화하여 민주사회에서 신속·정확한 정보제공과 올바른 여론형성을 주도하여야 하는 신문의 공적 기능을 유지하고자 하는데 주 목적이 있다고 할 것이며, 나아가 무가지 살포와 경품 제공은 결국 신문의 구독강요에 호를 위협이 큰 점을 고려할 때 일반 국민인 신문구독자가 내용상 자신이 선호하는 신문을 자유로이 선택할 권리를 침해당하는 것을 억지하고자 하는 목적도 아울러 가지고 있다고 할 것이므로 이러한 사정을 종합하면 이 사건 고시 내용에 의한 신문판매업자에 대한 규제는 신문업에 있어서의 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하기 위한 경제적 규제로서 헌법 제119조 제2항에 의하여 정당화될 수 있는 정도의 것이며, 따라서 결국 이는 헌법 제119조 제1항을 포함한 우리 헌법의 경제질서조항에 위반되지 아니한다고 할 것이다.

4. 결 론

따라서 이 사건 청구중 신문고시 제3조 제1항 제2호에 대한 청구인 윤석구의 청구부분은 헌법에 위반되지 아니하므로 기각하고, 청구인 김구부에 대한 청구 전부와 같은 윤석구의 청구중 위 기각하는 부분을 제외한 나머지 청구부분은 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현(주심) 하경철 김영일 권 성
김효종 김경일 송인준 주선희

상호신용금고법 제37조의3 제1항 등 위헌제청,
상호신용금고법 제37조의3 제1항 중 “과점주주”
부분 위헌제청, 상호신용금고법 제37조의3 제1항
위헌제청, 상호신용금고법 제37조의3 위헌소원

(2002. 8. 29. 2000헌가5·6, 2001헌가26, 2002헌가3·7·9·12,
2000헌바34, (병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 위헌법률심판절차 및 헌법소원심판절차에서 법률의 위헌성을 심사하는 기준
2. 결사의 자유에 의한 입법형성권의 한계
3. 결사의 자유를 제한하는 법률조항의 사례
4. 상호신용금고의 임원과 과점주주에게 법인의 채무에 대하여 연대변제책임을 부과하는 상호신용금고법 제37조의3 규정의 입법목적
5. 주주의 유한책임원칙이나 임원의 과실책임원칙이 헌법상의 원칙인지의 여부(소극)
6. 위 법률조항이 비례의 원칙에 위반되는지 여부(적극)
7. 연대변제책임을 부과함이 상당하다고 인정되는 임원과 과점주주의 범위
8. 한정위헌결정을 하는 이유

【결정요지】

1. 헌법재판소법 제41조에 의한 위헌법률심판절차와 같은 법 제68조에 의한 헌법소원심판절차에서 심판대상인 법률의 위헌성을 판단하는 경우, 위헌제청신청인이나 청구인이 주장한 기본권의 침해여부에 관한 심사에 한정하지 아니하고 모든 헌법적 관점에서 심판대상인 법률조항이 헌법에 부합하는가를 심사해야 한다. 그러므로 상호신용금고의 임원과 과점주주에게 법인의 채무에 대하여 연대변제책

임을 부과하는 상호신용금고법 제37조의3 규정의 위헌성심사의 기준이 되는 기본권을 파악함에 있어서, ‘임원과 과점주주’의 관점에 얽매이지 아니하고 ‘이 사건 법률조항에 의하여 국민의 어떠한 기본권이 제한되는가’하는 것을 전반적으로 고려하여야 한다.

2. 입법자는 결사의 자유에 의하여, 국민이 모든 중요한 생활영역에서 결사의 자유를 실제로 행사할 수 있도록 그에 필요한 단체의 결성과 운영을 가능하게 하는 최소한의 법적 형태를 제공해야 한다는 구속을 받을 뿐만 아니라, 단체제도를 법적으로 형성함에 있어서 지나친 규율을 통하여 단체의 설립과 운영을 현저하게 곤란하게 해서도 안 된다는 점에서 입법자에 의한 형성은 비례의 원칙을 준수해야 한다.

3. 위 상호신용금고법 제37조의3은 임원과 과점주주의 연대변제책임이란 조건 하에서만 금고를 설립할 수 있도록 규정함으로써 사법상의 단체를 자유롭게 결성하고 운영하는 자유를 제한하는 규정이다.

4. 위 상호신용금고법 제37조의3의 입법목적은 연대변제의 형태로써 금고의 부실경영에 대한 책임을 물음으로써 책임경영을 실현하고 부실경영을 방지하여 예금주 등 금고의 채권자를 보호하고자 하는 것이다. 법률조항의 목적이 결과적으로 채권자의 보호에 있다고 하더라도, ‘무조건적인 채권자의 보호’가 아니라 ‘부실경영의 방지를 통한 채권자의 보호’에 있다고 할 것이다.

5. 상법상의 원칙인 주주의 유한책임원칙이나 임원의 과실책임원칙은 헌법상의 원칙이 아닌 법률상의 원칙으로서, 입법자는 공익상의 이유로 이에 대한 예외를 설정할 수 있다. 단지, 이 경우 상법상 원칙에 대한 예외를 두는 것은 입법 목적을 달성하기 위하여 적합하고 필요한 조치에 해당해야 한다는 것이 헌법상의 유일한 요청이다.

6. 위 상호신용금고법 제37조의3이 달성하고자 하는 바가 금고의 경영부실 및 사금고화로 인한 금고의 도산을 막고 이로써 예금주를 보호하고자 하는 데에 있다면, 이를 실현하기 위한 입법적 수단이 적용되어야 하는 인적 범위도 마찬가지로 ‘부실경영에 관련된 자’에 제한되어야 한다. 부실경영을 방지하는 다른 수단에 대하여 부가적으로 민사상의 책임을 강화하는 이 사건 법률조항은 원칙적으로 ‘최소침해의 원칙’에 부합하나, 부실경영에 아무런 관련이 없는 임원이

나 과점주주에 대해서도 연대변제책임을 부과하는 것은 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 범위를 넘는 과도한 제한이다.

7. 부실경영의 책임이 없는 임원에게까지 연대책임을 부과하는 것은 과점주주와 특수한 관계에 있지 아니한 전문경영인의 참여를 사실상 막는 것이고, 이로써 상호신용금고법이 금고의 형태를 주식회사로 단일화함으로써 궁극적으로 실현하고자 하는 ‘소유와 경영의 분리’를 촉진하는 것이 아니라 오히려 ‘소유와 경영의 일치’를 고착화시킨다는 점에서도 상호신용금고법의 전반적인 취지에 반하는 것이다. 따라서 연대채무를 부과함이 상당하다고 인정되는 임원의 범위는 ‘부실경영의 책임이 있는 자’로 제한되어야 한다.

과점주주에게 합명회사의 사원이나 합자회사의 무한책임사원에 상응하는 무한책임을 부과한 것은 ‘회사의 소유와 경영이 일치하는 경우 아니면 적어도 경영에 영향력을 행사하는 경우’에만 정당화되는 것이다. 따라서 이 사건 법률조항의 입법목적에 비추어 과점주주의 연대변제책임은 ‘주주권을 실질적으로 행사하거나 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 임원에게 업무집행을 지시 또는 요구하는 등 회사의 경영에 영향력을 행사함으로써 부실의 결과를 초래한 자’에 한정되어야 한다.

8. 임원과 과점주주에게 연대책임을 부과하는 것 자체가 위헌이 아니라 부실경영에 기여한 바가 없는 임원과 과점주주에게도 연대책임을 지도록 하는 것이 위헌이라는 점에서 연대책임을 지는 임원과 과점주주의 범위를 적절하게 제한함으로써 그 위헌성이 제거될 수 있을 뿐만 아니라, 위 상호신용금고법 제37조의3을 단순위헌으로 선언할 경우 임원과 과점주주가 금고의 채무에 대하여 단지 상법상의 책임만을 지는 결과가 발생하고 이로써 예금주인 금고의 채권자의 이익이 충분히 보호될 수 없기 때문에, 가급적이면 위 법규정의 효력을 유지하는 쪽으로 이를 해석하는 것이 바람직하다. 따라서 이 사건 법률조항은 ‘부실경영의 책임이 없는 임원’과 ‘금고의 경영에 영향력을 행사하여 부실의 결과를 초래한 자 이외의 과점주주’에 대해서도 연대채무를 부담하게 하는 범위 내에서 헌법에 위반된다.

재판관 주선회의 헌법불합치의견

위 상호신용금고법 제37조의3을 다수의견과 같이 한정하여 해석하는 것은 일의적인 법문의 한계를 벗어나는 무리한 해석이자 법문에 드러난 입법자의 객관적 의사를 무시하고 실질적으로 헌법재판소가 임의로 새로운 입법을 하는 것과 다름없는 것이므로, 이러한 경우에는 헌법불합치결정을 함으로써 차라리 입법자로 하여금 조속한 시일 내에 헌법재판소결정의 취지를 살려 새로이 입법하도록 하는 것이 오히려 헌법적으로 바람직하다.

재판관 권 성의 보충의견

상호신용금고법은 주식회사가 아닌 것에 주식회사라는 간판을 달게 한 것인데, 이는 국가의 법체계를 문란시키고 국민을 당혹케하는 법률로서 수단으로서의 정당성을 결하고 있다.

재판관 김효종, 재판관 김경일, 재판관 송인준의 반대의견

1. 위 상호신용금고법 제37조의3은 법문상 분명하게, 금고의 임원과 과점주주에게 무과실 연대책임을 부과하고 있다. 다수의견과 같은 해석은 법문의 한계를 벗어난 무리한 해석이며, 무과실 책임을 지우려는 입법자의 투명한 객관적 의사를 뒤집고 이 사건 법률조항을 과실책임으로 전환시키는 것이어서 실질적으로는 새로운 입법을 하는 것이나 다름없다.

2. 상호신용금고법 제37조의3 중 과점주주에 관한 부분은 예금자 보호라는 입법목적을 위하여 불가피하나, 임원에 관한 부분은 지나치게 가혹하여 위헌이다.

상호신용금고법 제37조의3의 목적은 ‘부실경영의 방지를 통한 채권자의 보호’에 있는 것이 아니라, ‘책임재산을 늘려 채권자를 보호’하는 데에 있다. 과점주주에게 무과실 연대책임을 부과하는 것은 소유와 경영이 분리되지 않고, 금고운영에 있어 과점주주가 지배적 영향력을 미치고 있는 현실에서 예금채권자를 보호하기 위한 불가결한 조치라 할 것이므로 헌법에 위반되지 아니한다. 과점주주의 경우와는 달리, 금고의

임원에게 일률적으로 무과실 연대책임을 지우는 것은 입법목적 달성에 필요한 이상으로 과도한 부담을 지우는 것으로서 헌법에 위반된다. 임원이 그 임무해태로 말미암아 금고의 부실을 초래한 경우에는 상법상의 과실책임 추궁이 가능하다.

【심판대상조문】

상호신용금고법(1995. 1. 5. 법률 제4867호로 개정된 것) 제37조의3(임원 등의 연대책임) ① 상호신용금고의 임원(감사를 제외한다)과 과점주주(국세기본법 제39조 제2항에 규정된 과점주주에 해당하는 자를 말한다. 이하 같다)는 상호신용금고의 예금 등과 관련된 채무에 대하여 상호신용금고와 연대하여 변제할 책임을 진다.

② 퇴임한 임원(감사를 제외한다)은 퇴임 전에 생긴 상호신용금고의 예금 등과 관련된 채무에 대하여 퇴임 후 3년 내에는 제1항의 임원과 동일한 책임을 진다.

③ 생략

【참조조문】

헌법 제10조, 제21조 제2항, 제23조

헌법재판소법 제68조

헌법재판소법 제41조(위헌여부 심판의 제청) ① 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건을 담당하는 법원(군사법원을 포함한다. 이하 같다)은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청한다.

② 제1항의 당사자의 신청은 제43조 제2호 내지 제4호의 사항을 기재한 서면에 의하여야 한다.

③ 제2항의 신청서면의 심사에 관하여는 민사소송법 제254조의 규정을 준용한다.

④ 위헌여부심판의 제청에 관한 결정에 대하여는 항고할 수 없다.

⑤ 대법원외의 법원이 제1항의 제청을 할 때에는 대법원을 거쳐야 한다.

상호신용금고법(1995. 1. 5. 법률 제4867호로 개정된 것) 제1조(목적) 이 법은 서민과 소규모기업의 금융편의를 도모하고 저축을 증대하기 위하여 상호신용금고를 건전한 지역 금융기관으로 육성하여 이를 합리적으로 규제함으로써 신용질서의 확립에 기여함과 아울러 거래자를 보호함을 목적으로 한다.

상호신용금고법(1972. 8. 2. 법률 제2333호로 제정된 것) 제3조(상호신용금고의 형태) 상호신용금고는 합명회사, 합자회사 또는 주식회사로 한다.

상호신용금고법(1972. 8. 2. 법률 제2333호로 제정된 것) 제37조(주식회사인 상호신용금고의 이사의 주식소유와 상호신용금고의 관계자에 대한 신용대출금지) ① 주식회사인 상호신용금고의 이사는 정관이 정하는 바에 따라 주식을 소유하여야 하고 이를 감사에게 공탁하여야 한다.

② 전항의 규정에 의하여 정관이 정하는 주식의 수의 한도에 관하여는 대통령령으로 정한다.

③ 상호신용금고는 출자자 또는 상호신용금고의 임·직원 및 그의 직계친족에 대하여는 상호신용금고 인가를 받은 날로부터 1년 이내에는 신용대출을 하지 못한다.

상법 제401조의2(업무집행지시자 등의 책임) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 그 지시하거나 집행한 업무에 관하여 제399조·제401조 및 제403조의 적용에 있어서 이를 이사로 본다.

1. 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자
2. 이사의 이름으로 직접 업무를 집행한 자
3. 이사가 아니면서 명예회장·회장·사장·부사장·전무·상무·이사 기타 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자

② 제1항의 경우에 회사 또는 제3자에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 이사는 제1항에 규정된 자와 연대하여 그 책임을 진다.

국세기본법 제39조(출자자의 제2차납세의무) ① 생략

② 제1항 제2호에서 “과점주주”라 함은 주주 또는 유한책임사원 1인과 그와 대통령령이 정하는 친족 기타 특수관계에 있는 자로서 그들의 소유주식의 합계 또는 출자액의 합계가 당해 법인의 발행주식총수 또는 출자총액의 100분의 51이상인 자들을 말한다.

【참조판례】

1. 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22, 판례집 1, 176
헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842
5. 헌재 1997. 6. 26. 93헌바49등, 판례집 9-1, 611

【당 사 자】

제 청 법 원 서울지방법원(2000헌가5, 2000헌가6, 2001헌가26, 2002헌가3, 2002헌가7, 2002헌가9, 2002헌가12)

제청신청인 (2000헌가5)

박대준 외 1인

제청신청인 대리인 변호사 송승찬 외 2인

(2000헌가6)

이부용

제청신청인 대리인 변호사 이재후 외 4인

(2001헌가26)

박중광 외 4인

제청신청인 대리인 법무법인 김 신 앤드 유
담당변호사 정경식 외 3인
(2002헌가3)

노재근

제청신청인 대리인 변호사 강정일
(2002헌가7)

박재우 외 1인

제청신청인 대리인 변호사 서홍직
(2002헌가9)

대한지방행정공제회

대표자 이사 김원석

제청신청인 대리인 법무법인 정현
담당변호사 김성기 외 2인
(2002헌가12)

이경일 외 7인

제청신청인 대리인 법무법인 광장
담당변호사 권광중 외 1인

청 구 인 (2000헌바34)

이성로 외 1인

청구인들 대리인 변호사 이영준

당 해 사 건

1. 서울지방법원 99가합88880 양수금(2000헌가5)
2. 서울지방법원 99가소842135 손해배상(기)(2000헌가6)
3. 서울지방법원 2001가합53313 양수금(2001헌가26)
4. 서울지방법원 2002가합5878 양수금(2002헌가3)
5. 서울지방법원 2001가합53290 양수금(2002헌가7)
6. 서울지방법원 2001가합67091 양수금(2002헌가9)
7. 서울지방법원 2002가합20242 양수금(2002헌가12)
8. 인천지방법원 99가합14538 예탁금반환(2000헌바34)

【주 문】

1. 상호신용금고법(1995. 1. 5. 법률 제4867호로 개정된 것) 제37조의3 제1항 중 임원에 관한 부분 및 제2항은 “상호신용금고의 부실경영에 책임이 없

는 임원”에 대하여도 연대하여 변제할 책임을 부담케 하는 범위 내에서 헌법에 위반된다.

2. 위 같은 조 제1항 중 과점주주에 관한 부분은 “상호신용금고의 경영에 영향력을 행사하여 부실의 결과를 초래한 자 이외의 과점주주”에 대하여도 연대하여 변제할 책임을 부담케 하는 범위 내에서 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2000헌가5 사건

(가) 제청신청인 박대준과 이병덕은 1993. 7. 21.부터 1998. 11. 9.까지 사이에 각 주식회사 신경기상호신용금고의 대표이사와 상무이사로 있던 자들인데, 신경기상호신용금고는 경영부실로 인하여 1998. 6. 신용관리기금의 경영관리를 받게 되었다.

예금보험공사는 신경기상호신용금고를 비롯한 부실 상호신용금고의 정리를 위하여 1998. 9. 16. 주식회사 한아름상호신용금고를 설립하였는데, 한아름 상호신용금고는 예금자보호법이 정하는 바에 따라 1998. 10. 26.부터 같은 해 11. 7.까지 사이에 신경기상호신용금고의 예금자들에게 예금 상당액 103,560,552,981원을 지급하고, 위 예금자들로부터 위 예금채권을 양수받아, 서울지방법원에 1999. 10. 19. 신경기상호신용금고의 임원인 위 박대준과 이병덕을 상대로 상호신용금고법 제37조의3 규정에 의하여 위 예금채권 양수금 중 일 부금으로서 1억원의 지급을 구하는 양수금 청구소송(99가합88880)을 제기하였다.

(나) 이에 제청신청인들은 상호신용금고의 임원에 대하여 퇴임 후 3년 내에는 상호신용금고와 연대하여 퇴임전에 생긴 상호신용금고의 예금 등과 관련된 채무에 대하여 책임을 지도록 하는 상호신용금고법 제37조의3 제1항, 제2항이 헌법상 보장된 평등권과 재산권에 위반된다고 주장하면서 서울지방법원에 위헌여부심판의 제청신청(99카기16152)을 하였고, 위 법원은 이를 받아들여 위헌여부의 심판을 제청하였다.

(2) 2000헌가6 사건

(가) 주식회사 대한상호신용금고가 경영부실로 1996. 6. 12.자로 영업정지되어 청산절차를 밟게 됨에 따라, 위 금고의 예금자들은 예금자보호법에 의하여

원금의 반환만을 보장받고 원금에 대한 이자지급은 보장받지 못하게 되었다.

(나) 이에 위 대한상호신용금고의 예금자인 방석기는 서울지방법원에 위 금고의 과점주주인 이부용을 상대로 정기예금에 대한 이자의 지급을 구하는 소송(99가소842135)을 제기하였는데, 위 이부용은 그 소송계속 중에 상호신용금고 과점주주의 연대책임을 규정하고 있는 상호신용금고법 제37조의3 제1항 중 “과점주주” 부분에 대하여 헌법상 보장된 평등권과 재산권에 위반된다고 주장하면서 서울지방법원에 위헌여부심판의 제청신청(99카기16828)을 하였고, 위 법원은 이를 받아들여 위헌여부의 심판을 제청하였다.

(3) 2001헌가26 사건

(가) 제청신청인 박중광과 김향자는 주식회사 삼원상호신용금고의 과점주주이고, 같은 박중삼, 허견, 및 양순기는 1998. 10.까지 위 금고의 이사로 있던 자들이다. 예금보험공사가 부실 상호신용금고의 정리를 위하여 설립한 주식회사 한아름상호신용금고는 예금자보호법이 정하는 바에 따라 위 삼원상호신용금고의 예금자인 학교법인 한별학숙에게 예금 상당액 2,150,419,892원을 지급하고, 위 한별학숙으로부터 위 예금채권을 양수받아, 서울지방법원에 2001. 9. 4. 위 박중광 등을 상대로 상호신용금고법 제37조의3 규정에 의하여 위 양수금 청구소송(2001가합53313)을 제기하였다.

(나) 이에 제청신청인들은 상호신용금고의 임원과 과점주주로 하여금 상호신용금고의 예금 등과 관련된 채무에 대하여 상호신용금고와 연대하여 책임을 지도록 하고 있는 상호신용금고법 제37조의3이 헌법상 보장된 평등권과 재산권에 위반된다고 주장하면서 서울지방법원에 위헌여부심판의 제청신청(2001카기14127)을 하였고, 위 법원은 이를 받아들여 위헌여부의 심판을 제청하였다.

(4) 2002헌가3 사건

(가) 제청신청인 노재근은 2000. 11. 28. 주식회사 동아상호신용금고의 이사로 재직하던 자, 신청외 김동원은 위 금고의 과점주주이자 1999. 9. 4.까지 이사로 재직하던 자, 신청외 김 옥은 위 금고의 과점주주, 신청외 김동열·조철현·김영철·김효섭은 위 금고의 대표이사 또는 이사로 각 재직 중인 자, 신청외 오순자·양혜연·양진혁은 위 금고의 이사로 재직하다가 사망한 양재홍의 상속인들이다.

주식회사 한아름신용금고는 2001. 5. 10. 동아금고의 예금자들로부터 646,666,027,991 원의 예금채권을 양수하였고, 그 후 한아름신용금고가 2001. 12.

31. 주식회사 정리금융공사에 합병됨으로써, 정리금융공사가 위 예금채권을 포괄승계하였다. 정리금융공사는 서울지방법원에 위 노재근 외 9인을 상대로 상호신용금고법 제37조의3 제1항, 제2항에 의하여 위 양수금 중 일부의 지급을 청구하는 소송(2002가합5878)을 제기하였다.

(나) 이에 제청신청인 노재근은 상호신용금고법 제37조의3 제1항 및 제2항의 위헌성을 주장하면서 서울지방법원에 위헌여부심판의 제청신청(2002카기1966)을 하였고, 위 법원은 2002. 4. 2. 이를 받아들여 위 법률조항에 대한 위헌여부의 심판을 제청하였다.

(5) 2002헌가7 사건

(가) 제청신청인 박재우는 주식회사 동화상호신용금고의 발행주식 52.70%를 보유한 과점주주이자 위 금고의 비상근이사(1998. 1. 13. 면직)이었고, 제청신청인 사회복지법인 천우자애원은 위 금고의 비상근이사였던(1998. 1. 13. 면직) 자이다. 부실상호신용금고를 정리하기 위하여 예금보험공사에 의하여 설립된 주식회사 한아름신용금고는 예금자보호법이 정하는 바에 따라 동화상호신용금고의 예금자인 주식회사 한국케이블티비 신라에게 예금상당액 3,857,336,332원을 보험금으로 지급하고, 위 예금자로부터 예금채권을 양수받아, 2001. 9. 4. 서울지방법원에 제청신청인들 등을 상대로 상호신용금고법 제37조의3 제1항의 규정에 의하여 위 양수금의 지급을 청구하는 소송(2001가합53290)을 제기하였다.

(나) 이에 제청신청인들은 상호신용금고법 제37조의3 제1항이 헌법에 위반된다고 주장하면서 서울지방법원에 위헌심판의 제청신청(2002카기570)을 하였고, 위 법원은 이를 받아들여 위헌여부의 심판을 제청하였다.

(6) 2002헌가9 사건

(가) 제청신청인 대한지방행정공제회는 주식회사 구리상호신용금고의 발행주식 97%를 보유한 과점주주이다. 부실상호신용금고를 정리하기 위하여 예금보험공사에 의하여 설립된 주식회사 한아름신용금고는 예금자보호법이 정하는 바에 따라 구리상호신용금고의 예금자들에게 2001. 5. 21.부터 같은 해 6. 2.까지 예금상당액 61,550,132,452원을 보험금으로 지급하고, 위 예금자들로부터 예금채권을 양수받아, 2001. 11. 3. 서울지방법원에 제청신청인을 상대로 상호신용금고법 제37조의3 제1항에 규정된 과점주주의 연대책임을 물어 위 양수금 중 일부의 지급을 청구하는 소송(2001가합67091)을 제기하였다.

(나) 이에 제청신청인 대한지방행정공제회는 상호신용금고법 제37조의3 제

1항이 위헌이라고 주장하면서 서울지방법원에 위헌여부심판의 제청신청(2002카기179)을 하였고, 위 법원은 이를 받아들여 위헌여부의 심판을 제청하였다.

(7) 2002헌가12 사건

(가) 신청외 주식회사 한아름상호신용금고는 부실상호신용금고의 정리를 위하여 신청외 예금보험공사에 의하여 설립된 정리금융기관으로서, 신청외 주식회사 광주상호신용금고가 2000. 7. 12. 금융감독원으로부터 영업정지명령을 받게 되자 예금자보호법에 따라 위 광주상호신용금고의 예금자들에 대하여 금68,523,766,676원의 예금상당액을 보험금으로 지급하고 예금자들의 위 광주상호신용금고에 대한 예금채권을 양수하였으며, 그후 위 한아름신용금고는 2001. 12. 31. 주식회사 정리금융공사에 합병됨으로써 위 정리금융공사와 위 예금채권을 포괄승계하였다.

(나) 제청신청인 이경일, 이화일, 이훈동, 주식회사 대한세라믹스(제청신청인 이훈동과 그의 혈족들의 소유주식의 합계가 발생주식총수의 100분의 51 이상이다)는 자신들이 소유한 위 광주상호신용금고 주식의 합계가 그 발행주식총수의 100분의 51 이상인 과점주주이고, 제청신청인 이경일은 1989. 11. 1.부터, 제청신청인 김윤수는 1999. 7. 9.부터, 제청신청인 유태석은 1999. 8. 30.부터 각 2000. 7. 12.까지, 제청신청인 김정수는 1998. 9. 4.부터 1999. 7. 9.까지, 제청신청인 임정채는 1996. 8. 27.부터 1999. 8. 27.까지 위 광주상호신용금고의 이사로 재직한 임원들인 바, 위 정리회사가 이 사건 범조항에 규정된 과점주주와 임원, 퇴임한 임원의 위 광주상호신용금고와의 연대책임을 물어 위 양수금 중 일부의 지급을 청구하는 양수금청구소송(2002가합20242)을 제기하였다.

(다) 이에 제청신청인 이경일의 7은 상호신용금고법 제37조의3 제1항의 위헌여부가 위 재판의 전제가 된다고 하여 서울지방법원에 위헌심판제청신청을 하였고, 같은 법원은 제청신청(2002카기4087)을 받아들여 위헌여부의 심판을 제청하였다.

(8) 2000헌바34 사건

(가) 청구인들은 파산자 주식회사 경기은행의 파산관재인들로서 경기은행이 1998. 2. 20.부터 1998. 6. 1.까지 사이에 주식회사 신경기상호신용금고의 정기예금 또는 표지어음을 매수하였는데 위 신경기상호신용금고가 1999. 6. 29. 파산선고를 받게 되자, 인천지방법원에 예금보험공사를 상대로 보험금 지급을 구하는 소송(99가합14538)을 제기하였는바, 예금보험공사는 경기은행이

위 신경기상호신용금고의 과점주주로서 예금자들에게 그 예금채무에 관한 최종적 반환책임을 지고 있어 공사가 예금자로서의 경기은행에 대하여 예금보험금을 지급한다고 하더라도 다시 과점주주로서의 경기은행에게 그 지급한 예금보험금의 구상을 구하는 지위에 있게 되어 청구인들의 예금지급요구에 응할 수 없다는 취지로 다투었다.

(나) 이에 청구인들은 그 소송계속 중에 상호신용금고의 과점주주의 연대책임을 규정하고 있는 상호신용금고법 제37조의3에 대하여 위헌여부심판의 제청신청(99카기16828)을 하였고, 위 법원이 2000. 4. 19. 제청신청을 기각하자, 2000. 5. 2. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 상호신용금고법(1995. 1. 5. 법률 제4867호로 개정된 것, 이하 “금고법”이라 한다) 제37조의3 제1항과 제2항(이 두 조항을 합하여 이하 “이 사건 법률조항”이라고 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이며, 이 사건 법률조항 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

제37조의3(임원등의 연대책임) ① 상호신용금고의 임원(감사를 제외한다)과 과점주주(국세기본법 제39조 제2항에 규정된 과점주주에 해당하는 자를 말한다. 이하 같다)는 상호신용금고의 예금 등과 관련된 채무에 대하여 상호신용금고와 연대하여 변제할 책임을 진다.

② 퇴임한 임원(감사를 제외한다)은 퇴임전에 생긴 상호신용금고의 예금 등과 관련된 채무에 대하여 퇴임후 3년 내에는 제1항의 임원과 동일한 책임을 진다.

③항 생략

국세기본법(1998. 12. 28. 법률 제5579호로 개정된 것) 제39조(출자자의 제2차납세의무) ①항 생략

② 제1항 제2호에서 “과점주주”라 함은 주주 또는 유한책임사원 1인과 그와 대통령령이 정하는 친족 기타 특수관계에 있는 자로서 그들의 소유주식의 합계 또는 출자액의 합계가 당해 법인의 발행주식총수 또는 출자총액의 100분의 51 이상인 자들을 말한다.

국세기본법시행령(1998. 12. 31. 대통령령 제15968호로 개정된 것) 제20조(친족 기타 특수관계인의 범위) 법 제39조 제2항에서 “대통령령이 정하는 친족 기타 특수 관계에 있는 자”라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 자를 말한다. 다만, 주주 또는 유한책임사원이 출가녀인 경우에는 제9호 내지 제13호의

경우를 제외하고 그 남편과의 관계에 의한다.

1. 6촌 이내의 부계혈족과 4촌 이내의 부계혈족의 처
 2. 3촌 이내의 부계혈족의 남편 및 자녀
 3. 3촌 이내의 모계혈족과 그 배우자 및 자녀
 4. 처의 2촌 이내의 부계혈족 및 그 배우자
 5. 배우자(사실상 혼인관계에 있는 자를 포함한다)
 6. 입양자의 생가의 직계존속
 7. 출양자 및 그 배우자와 출양자의 양가의 직계비속
 8. 혼인외의 출생자의 생모
 9. 사용인 기타 고용관계에 있는 자
 10. 주주 또는 유한책임사원의 금전 기타의 재산에 의하여 생계를 유지하는 자와 생계를 함께 하는 자
 11. 주주 또는 유한책임사원이 개인인 경우에는 그 주주 또는 유한책임사와 그와 제1호 내지 제10호의 관계에 있는 자들의 소유주식수 또는 출자액(이하 “소유주식수등”이라 한다)의 합계가 발행주식총수 또는 출자총액(이하 “발행주식총수등”이라 한다)의 100분의 50 이상인 법인
 12. 주주 또는 유한책임사원이 법인인 경우에는 그 법인의 소유주식수등이 발행주식총수등의 100분의 50 이상인 법인(정부가 주주인 경우에는 정부를 제외한다)과 소유주식수등이 당해 법인의 발행주식총수등의 100분의 50 이상인 법인(정부가 주주인 경우에는 정부를 제외한다) 또는 개인
 13. 주주 또는 유한책임사원 및 그와 제1호 내지 제8호의 관계에 있는 자가 이사의 과반수 이상이거나 그 1인이 설립자인 비영리법인. 다만, 당해 법인의 발행주식총수등의 100분의 20 이상 소유한 경우에 한한다.
2. 제정법원의 제청이유와 청구인들의 주장 및 이해관계인의 의견
- 가. 제정법원의 제청이유

(1) 2000헌가5 사건

상호신용금고의 업무범위가 종전의 상호신용계와 신용부금업무 이외에 일반적인 예·적금의 수신업무까지로 확대된 이상 상호신용계와 신용부금에 가입한 거래자 이외에 일반적인 예·적금 거래자에 대해서까지 상호신용금고의 임원이 연대책임을 부담하게 할 특별한 목적을 찾기 어렵다. 행정당국의 적절하고 강력한 감독권의 행사 등을 통하여 상호신용금고의 임원이 상호

신용금고를 건전하게 운영하도록 함이 타당함에도, 상호신용금고의 부실화를 방지하기 위하여 이 사건 법률조항과 같이 임원에 대하여 무과실책임을 지우는 것은 적절한 수단을 벗어난 것이다. 상호신용금고와 거래하는 일반 예·적금 거래자들의 보호라는 공공의 이익을 위해서 상호신용금고의 임원에 대하여 무과실, 연대책임을 지우는 것은 상호신용금고의 임원의 이익을 과도하게 침해하는 것으로 법익의 형평성에도 맞지 않으며, 또한 다른 금융기관과의 차별을 통하여 거래자의 피해를 최소화하는 것이라고 볼 수 없으므로 합리적인 차별이라고 할 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법 제11조에 위반될 뿐만 아니라 과잉금지 원칙에 위배되어 헌법 제23조, 제37조 제2항에 위반된다.

(2) 2000헌가6 사건

(가) 이 사건 법률조항은 상호신용금고의 과점주주에 대하여 그 부담액의 한도를 설정하지 아니하고, 분별의 이익 또한 인정하지 아니하여 과점주주 전원에게 회사채무 전부에 대한 무제한의 연대책임을 부담하도록 규정하고 있는데, 이는 채권자 보호라는 입법목적에 비추어 그 수단이 적정하다고 할 수 없고, 다른 대주주와 일정한 친족관계 등에 있어 과점주주로 되었지만 단지 소수의 주식을 소유하고 있을 뿐이거나 회사의 실질적인 운영에 관여하지 못하여, 회사채권자로 하여금 예금 등으로 인한 손해를 입게 할 지위에 있지 아니한 자에 대하여는 최소침해의 원칙, 법익균형성의 원칙에 위배하여 과점주주의 재산권을 침해한 것이라는 의심이 든다.

(나) 또한 주식의 소유정도 및 그 소유주식에 대한 실질적인 권리행사 여부, 회사의 경영에 대한 사실상의 지배 여부 등 실질적인 요소에 대한 고려없이 과점주주 전원에게 대하여 일률적으로 회사채무 전부에 대하여 연대책임을 지게 한 것은 과점주주 상호간에 불합리한 차별을 할 뿐만 아니라, 다른 주주와 일정한 친족관계 등에 있어서 과점주주로 되기는 하였으나 회사경영에 사실상의 영향력을 미치지 못하는 소수의 주식소유자와, 다른 주주와 아무런 관계 없지만 다수의 주식을 소유하여 회사의 경영에 사실상의 영향력을 행사할 수 있는 일반주주와의 사이에 있어서도 불합리한 차별을 하여 평등의 원칙에 위반된다는 의심이 든다.

(3) 2001헌가26 사건, 2002헌가3 사건, 2002헌가7 사건, 2002헌가9 사건 및 2002헌가12 사건

2000헌가5 사건 및 2000헌가6 사건의 제청이유와 대체로 같다.

나. 청구인들의 주장(2000헌바34 사건)

상호신용금고는 주식회사이므로 그 주주는 그가 가진 주식의 인수가액을 한도로 하는 유한책임を負担하고 그밖에 달리 재산상의 의무를 부담시키지 않는 것이 주식회사 제도의 근본원칙임에도 불구하고, 이 사건 법률조항은 상호신용금고의 과점주주에게만 고의 과실 유무에 상관없이 회사채무에 대한 무제한의 연대책임을 부과하고 있으므로 다른 금융기관과 비교하여 불 때 헌법상의 평등의 원칙에 위반된다.

다. 재정경제부장관 및 예금보험공사의 의견

(1) 상호신용금고는 비록 금고법 제3조에서 주식회사로 한다고 규정하고 있지만, 그 영세성이나 인적 색채로 인하여 그 실질은 민법상의 조합이거나 상법상의 합명회사 또는 합자회사에 해당한다고 볼 것이다. 그러므로 상호신용금고의 임원과 과점주주가 조합의 조합원, 합명회사의 사원 및 합자회사의 무한책임사원과 마찬가지로 개인의 재산으로써 대외적으로 책임을 부담하는 것은 그 실질에 부합하는 지극히 당연한 것이다. 또한 상호신용금고의 임원과 과점주주는 이 사건 법률조항에 따라 대외적으로 상호신용금고와 연대책임을 부담한다는 사실을 잘 알면서 임원이나 과점주주로 된 것이다.

(2) 과거 상호신용금고의 임원이나 과점주주가 허명대출, 도명대출, 차명대출 등의 방법으로 영세서민의 예금을 인출, 횡령함으로써 상호신용금고가 부실화된 사례가 너무 많았다. 입법자는 행정지도의 강화나 국가의 통제·감독만으로는 위와 같은 상호신용금고의 부실화를 막을 수 없다고 판단한 것이고, 이에 따라 이 사건 법률조항이 상호신용금고의 부실화 혹은 사금고화 방지수단으로 행정당국의 감독권의 행사와 병행하여 임원과 과점주주의 예금채무에 대한 연대책임을 인정한 것이므로 수단의 적정성이 없다고 할 수 없다.

(3) 연혁적으로나 실질적으로 상호신용금고의 거래실태는 ‘계’의 형태를 띠고 있고, 종래 상호신용금고가 쉽게 설립되어 과점주주 및 임원들의 사금고화되어 있는 것이 현실이다. 이러한 점을 고려할 때, 상행위로 인한 조합채무에 대하여 조합원이 연대책임을 지듯이 상호신용금고의 과점주주나 임원에게 연대책임을 지우는 것은 자의적 차별이 아니다.

(4) 이 사건 법률조항은 상호신용금고의 부실화방지 및 서민과 소규모기업의 보호, 그리고 이를 통한 금융신용질서 유지 및 국민경제발전을 추구하려는 공공복리의 차원이나 공익적 필요에서 입법자가 과점주주나 임원의 재산권에 대해 헌법적으로 허용되는 범위 내의 제한을 설정한 것으로서 헌법 제23조의

재산권 규정에 위배되지 않는다.

라. 한아름상호신용금고의 의견(2000헌가5 사건)

(1) 은행의 경우 그 설립을 위한 최저자본금으로 250억원 이상이, 종합금융회사는 300억원 이상이 필요한데 반하여, 상호신용금고는 광역시를 제외한 지방의 경우 단 20억원의 자본금만으로도 설립이 가능하다. 그 설립의 실정을 보면, 지역유지 한, 두명이 개인재산을 출연하여 설립하고 임원도 창립자 본인이거나 그 특수관계인인 경우가 대부분이다. 이와 같이 상호신용금고는 소규모의 개인기업의 형태를 띠고 있고, 그 경영진도 대주주의 특수관계인으로 구성되어 있어 그 경영은 대주주 및 임원들에 의해서 전횡되고 있는데도, 그러한 전횡을 견제할 수 있는 견제장치는 전무한 실정이다. 상호신용금고는 법률상 주식회사의 형태를 가지고 있으나, 위와 같이 현실적으로는 개인회사의 형태로 운영되어 대주주 또는 임원들의 사금고나 다름없는 것이다. 따라서 상호신용금고의 경영부실은 곧 임원 및 경영진의 책임과 일치한다고 볼 수 있다.

(2) 상호신용금고는 불특정 다수로부터 예금을 예탁받은 금융기관이어서 그 부실에 따른 사회적 영향력이 상당한 점, 그럼에도 불구하고 사실상 사금고화 된 형태로 운영되고 있다는 점을 감안할 때, 그 법률적 형태가 주식회사라고 하더라도 과점주주나 임원들에게 보다 높은 경영상의 책임을 부여하여 충실한 경영을 하도록 유도할 절대적인 필요가 있다.

(3) 실제 국제통화기금의 구제금융으로 대표되는 1997년 말부터의 경제위기의 여파로 전국의 211개 상호신용금고 중 41개가 퇴출되었고 현재 3개가 퇴출과정중에 있을 뿐만 아니라, 나머지 172개 상호신용금고 중에서 절반 정도는 비아이에스(BIS)비율을 충족시키지 못하며, 그 중 상당부분이 퇴출될 예정이며 퇴출되지 않은 것도 우량 상호신용금고에 흡수통합될 예정이다. 퇴출된 상호신용금고의 경영내용을 보면 단 한건의 예외도 없이 임원들의 방만한 경영과 불법, 부실 대출이 경영부실의 주된 원인이 되고 있다.

마. 정리금융공사의 의견(2002헌가3 사건, 2002헌가7 사건)

위 재정경제부장관, 예금보험공사 및 한아름상호신용금고의 의견과 대체로 같다.

3. 판 단

가. 이 사건 법률조항에 의하여 제한된 기본권

이 사건 법률조항은 상호신용금고(이하 “금고”라 한다)의 임원과 과점주주

에게 법인의 채무에 대하여 연대변제책임을 부과하고 있다. 헌법재판소법 제 41조에 의한 위헌법률심판절차와 위 법 제68조에 의한 헌법소원심판절차에서 심판대상인 법률의 위헌성을 판단하는 경우, 위헌제청신청인이나 청구인이 주장한 기본권의 침해여부에 관한 심사에 한정하지 아니하고 모든 헌법적 관점에서 심판대상인 법률조항이 헌법에 부합하는가를 심사해야 한다(헌재 1989. 9. 4. 88헌마22, 판례집 1, 176, 188; 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842, 862 참조). 그러므로 이 사건 법률조항의 위헌성심사의 기준이 되는 기본권을 파악함에 있어서, ‘임원과 과점주주’의 관점에 얽매이지 아니하고 ‘이 사건 법률조항에 의하여 국민의 어떠한 기본권이 제한되는가’하는 것을 전반적으로 고려하여야 한다.

(1) 결사의 자유

헌법 제21조 제2항의 ‘결사의 자유’란 다수의 자연인 또는 법인이 공동의 목적을 위하여 단체를 결성하거나 또는 이미 결성된 단체에 자유롭게 가입할 수 있는 자유를 말한다. 입법자가 회사법 등과 같이 단체의 설립과 운영을 가능하게 하는 법규정을 마련해야 비로소 개개의 국민이 헌법상 보장된 결사의 자유를 법질서에서 실질적으로 행사할 수 있으므로, 결사의 자유는 입법자에 의한 형성을 필요로 한다. 특정 형태의 단체를 설립하기 위하여 일정 요건을 충족시킬 것을 규정하는 법률은, 한편으로는 결사의 자유를 행사하기 위한 전제조건으로서 단체제도를 입법자가 법적으로 형성하는 것이자, 동시에 어떠한 조건 하에서 단체를 결성할 것인가에 관하여 자유롭게 결정하는 결사의 자유를 제한하는 규정이다.

입법자는 결사의 자유에 의하여, 국민이 모든 중요한 생활영역에서 결사의 자유를 실제로 행사할 수 있도록 그에 필요한 단체의 결성과 운영을 가능하게 하는 최소한의 법적 형태를 제공해야 한다는 구속을 받을 뿐만 아니라, 단체제도를 법적으로 형성함에 있어서 지나친 규율을 통하여 단체의 설립과 운영을 현저하게 곤란하게 해서도 안 된다는 점에서 입법자에 의한 형성은 비례의 원칙을 준수해야 한다.

이 사건의 경우, 주식회사의 형태로서 금고의 원활한 설립과 운영이 가능하기 위해서는 기업활동의 위험부담이 적정하게 나누어 분산되고 주주와 임원의 책임이 한정되어야 할 필요가 있는데, 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 바와 같이 임원과 특정주주 등 개인이 법인과 연대하여 기업의 위험을 부담케 하는 경우, 사업에 필요한 자금을 제공할 주주의 모집 및 회사의 기관인

이사회 구성이 어렵고, 소유와 경영의 분리를 전제로 하여 책임자에게 기업의 경영·관리를 맡기는 방식으로 기업을 운영하는 것이 곤란하다. 따라서 이 사건 법률조항은 임원과 과점주주의 연대변제책임이란 조건 하에서만 금고를 설립할 수 있도록 규정함으로써 사법상의 단체를 자유롭게 결성하고 운영하는 자유를 제한하는 규정이다.

(2) 재산권

헌법은 제23조에서 “재산권”을 보장하고 있고 ‘재산권의 구체적 내용은 법률로써 정한다’고 함으로써, 입법자에 의하여 구체적으로 형성된 재산권만이 원칙적으로 헌법적으로 보호를 받는다는 것을 밝히고 있다.

이 사건의 경우, 이 사건 법률조항에 의하여 구체적 재산권적 지위의 사용·수익·처분 등이 제한을 받는 것이 아니라, 단지 임원과 과점주주의 재산의 감소를 가져올 뿐이다. 결과적으로 재산감소의 효과가 있다고 하여 이를 곧 재산권에 대한 제한으로 볼 수 있는 것은 아니나, 헌법재판소는 종래 다수의 결정에서 재산권의 보호범위를 폭넓게 파악하여 ‘재산 그 자체’도 재산권 보장의 보호대상으로 판단하였고, 구체적 재산권적 지위에 대한 제한이 존재하지 않음에도 헌법 제23조의 재산권을 법률의 위헌성을 심사하는 기준으로 삼아 왔으므로, 이 사건의 경우 재산권도 제한된 기본권으로 간주된다.

(3) 행복추구권

행복추구권은 다른 개별적 기본권이 적용되지 않는 경우에 한하여 보충적으로 적용되는 기본권으로서, 이 사건에서 제한된 기본권으로서 결사의 자유나 재산권이 고려되는 경우에는 그 적용이 배제된다고 보아야 한다. 헌법 제10조의 보장내용인 ‘일반적 행동의 자유’나, 사적 자치의 원리, 계약의 자유 등이 결사의 영역과 재산권의 영역에서 구체화된 것이 바로 ‘결사의 자유’와 ‘재산권보장’이므로, 행복추구권이 보충적으로 보장하고자 하는 내용은 이미 그와 특별관계에 있는 헌법 제21조 제2항의 결사의 자유와 헌법 제23조의 재산권보장에 의하여 보호된다고 보아야 한다.

(4) 평등권

달성하고자 하는 입법목적에 비추어 본질적으로 다른 것이기 때문에 달리 규율되어야 할 대상을 이 사건 법률조항이 동일하게 규율한다면, 평등원칙의 위반이 문제될 수 있으므로, 평등권은 이 사건 법률조항의 위헌성여부를 판단하는 심사기준으로서 고려되어야 한다.

(5) 소결론

따라서 이 사건 법률조항에 의하여 제한되는 기본권은 결사의 자유, 재산권 및 ‘평등권’이다.

그런데 이 사건 법률조항의 위헌성여부에 관하여는 의견이 갈라지므로 이를 나누어서 본다.

나. 재판관 윤영철, 재판관 한대현, 재판관 하경철, 재판관 김영일, 재판관 권성, 재판관 주선회의 의견

(1) 이 사건 법률조항의 입법배경 및 입법목적

(가) 금고법은 제1조에서 “서민과 소규모기업의 금융편의를 도모하고 저축을 증대하기 위하여 상호신용금고를 건전한 지역금융기관으로 육성하여 이를 합리적으로 규제함으로써 신용질서의 확립에 기여함과 아울러 거래자를 보호함을 목적으로 한다”고 하여 스스로 법의 목적을 규정하고 있다. 금고의 임원과 과점주주의 연대책임을 규정하는 법률조항은 1972년 금고법 제정당시에는 없었으나, 금고법의 시행 후 금고가 경영진의 부실경영으로 말미암아 금고 거래자에게 손해를 끼치는 피해가 빈번하게 발생하자, ‘경영진의 책임경영을 통한 거래자보호’를 목표로 금고법이 1975년 1차 개정되면서 신설된 것이다.

제정 당시의 금고법은 금고의 형태를 “합명회사, 합자회사 또는 주식회사”로 한다고 하면서(제3조), 주식회사인 금고의 이사에 대하여는 주식의 보유를 의무화함으로써(제37조) 금고 경영진의 책임경영을 강조하기 위한 규정을 두었으나 이러한 규정의 실효성이 의문시되자, 1975년의 제1차 개정을 통하여 이사의 주식소유 의무규정은 폐지되고 그 대신 임원과 과점주주에게 보다 강력한 경영상의 책임을 부과하기 위하여 연대책임조항이 신설되었다. 1995년 금고법이 2차 개정되면서 금고의 형태는 주식회사로 단일화되었으나 연대책임조항은 그대로 존속하고 있다.

(나) 이 사건 연대책임조항의 입법목적은 구체적으로 살펴보면, 금고가 대부분 비상장법인이고, 친족, 친지 등을 주주로 하여 구성된 소규모의 폐쇄회사들로서 소유와 경영이 분리되어 있지 않으며, 회사의 경영을 사실상 지배하는 실질적인 운영자인 과점주주는 금고를 사금고(私金庫)화하여 금고의 자금을 유용하는 등의 방법으로 회사의 수익은 자신에게 귀속시키고 그 손실은 회사에 떠넘김으로써 금고가 도산하는 사례가 빈번하기 때문에, 거래자보호 및 신용질서유지라는 공익적 요청에서 ‘금고경영의 책임이 있는 임원과 과점주주’에게 금고채무에 대하여 법인과 연대하여 변제할 책임을 지게 한 것이다. 따라서 이 사건 법률조항의 구체적 입법목적은 연대변제의 형태로써 금고

의 부실경영에 대한 책임을 물음으로써 책임경영을 실현하고 부실경영을 방지하여 예금주 등 금고의 채권자를 보호하고자 하는 것이다. 금고법 개정에 관한 국회의회의록과 이 사건과 관련하여 제출된 이해관계인의 의견을 보더라도, 금고법 개정의 역사는 금고의 부실경영과 금고 사고에 대한 대응책 강구의 역사라 할 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항의 목적이 결과적으로 채권자의 보호에 있다고 하더라도, ‘무조건적인 채권자의 보호’가 아니라 ‘부실경영의 방지를 통한 채권자의 보호’에 있다고 할 것이다.

(2) 이 사건 법률조항의 위헌성

이 사건 법률조항이 ‘임원과 과점주주 전원’에 대하여 금고의 채무에 대한 무한연대책임을 규정함으로써 국민의 결사의 자유와 임원·과점주주의 재산권을 충분히 고려하지 아니하고 일방적으로 채권자의 보호만을 강조하여 국민의 기본권을 과도하게 침해하는지 여부 및 평등의 원칙에 위배되는지의 여부를 살펴보기로 한다.

상법상의 원칙인 주주의 유한책임원칙이나 임원의 과실책임원칙은 헌법상의 원칙이 아닌 법률상의 원칙으로서, 입법자는 공익상의 이유로 이에 대한 예외를 설정할 수 있다(헌재 1997. 6. 26. 93헌바49등, 판례집 9-1, 611, 624 참조). 단지, 이 경우 상법상 원칙에 대한 예외를 두는 것은 입법목적을 달성하기 위하여 적합하고 필요한 조치에 해당해야 한다는 것이 헌법상의 유일한 요청이다. 위에서 확인한 입법목적이 입법자가 추구할 수 있는 헌법상 정당한 목적임에는 의문의 여지가 없으며, 이 사건 연대책임조항이 위의 입법목적을 달성하는데 기여한다는 것 또한 명백하므로, 수단의 적합성도 인정된다. 그러나 입법자는 입법목적을 달성하기 위하여 고려되는 방법 중에서 국민의 기본권을 가장 적게 침해하는 수단을 택해야 하며, 채권자의 보호뿐만 아니라 임원과 과점주주의 이익도 함께 고려하여 양자의 이익을 적절하게 조화시켜야 한다.

(가) 금고가 비록 제2차 금고법 개정을 통하여 법률상으로는 단일하게 주식회사의 형태를 띠고 있으나 그 실질에 있어서는 아직도 소유와 경영이 분리되어 있지 않고 과점주주가 곧 임원이자 임원이 곧 과점주주인 것이 오늘의 일반적 현상이며, 이 사건 법률조항이 “임원과 과점주주”를 함께 묶어서 규율하고 있는 것도 금고의 이러한 기업현실을 반영한 것이다. 그럼에도 금고를 주식회사로 규정한 이상, 소유와 경영이 분리되는 것이 원칙이므로 ‘과점주주가 아닌 임원’이나 ‘임원이 아닌 과점주주’가 있을 수 있는데, 이 사건 법률조

항은 금고의 경영부실에 대한 실질적 책임이나 관련이 있는지의 여부를 묻지 않고 임원과 과점주주 전원에게 연대변제책임을 부담케하고 있다.

이 사건 법률조항은 그 입법배경에 비추어 볼 때, 금고가 도산하는 경우 원칙적으로, 임원은 부실대출 또는 편법대출 등을 주도하거나 과점주주 등에 의한 무리한 요구에 협조 내지 묵인하는 등으로 금고의 부실경영에 책임이 있고, 과점주주는 사실상 금고의 경영을 지배하여 금고를 사금고화하거나 과점주주로서의 영향력을 이용하여 부실대출 또는 편법대출 등을 임원에게 지시 또는 요구하는 등으로써 금고의 부실경영에 관여하였음을 전제로 하여 연대변제책임을 부과하는 방법으로 그 책임을 묻고자 하는 것이다. 감독기관의 감독권의 강화, 형사처벌의 강화, 부실경영과 채권자의 보호를 위한 법의 다른 규정들만으로는 이 사건 법률조항의 입법목적은 제대로 달성할 수 없다는 입법자의 현실판단이 현저하게 잘못되었다고 볼 수 없으므로, 부실경영을 방지하는 다른 수단에 대하여 부가적으로 민사상의 책임을 강화하는 이 사건 법률조항은 원칙적으로 '최소침해의 원칙'에도 부합한다.

(나) 그러나 부실경영에 아무런 관련이 없는 임원이나 과점주주에 대해서도 연대변제책임을 부과하는 것은 입법 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위를 넘는 과도한 제한이다. 이 사건 법률조항이 달성하고자 하는 바가 금고의 경영부실 또는 사금고화로 인한 금고의 도산을 막고 이로써 예금주를 보호하고자 하는 데에 있다면, 이를 실현하기 위한 입법적 수단이 적용되어야 하는 인적 범위도 마찬가지로 '부실경영에 관련된 자'에 제한되어야 한다. 이러한 인적 범위를 넘어서는 입법적 조치는 입법목적에 의하여 정당화되지 않는 과도한 수단이다. 여기서 금고의 임원이나 과점주주가 된 자가 연대책임이란 법적 상태를 사전에 인식하고 그에 동의하였다는 사실은 이 사건 법률조항의 위헌성을 판단함에 있어서 아무런 영향을 미치지 못한다. 법률의 위헌성여부가 그 법률에 의하여 기본권을 제한당하는 개인의 개별적인 동의여부에 달려 있을 수 없기 때문이다.

(다) 그런데 임원에 관하여 보면, 등기부에 이사로 등재되었을 뿐 금고의 업무집행을 전혀 분담하지 않은 경우, 부실대출 또는 편법대출 등의 결정과정에서 소외된 경우, 금고의 건전한 경영을 위하여 의무를 다하였으나 IMF의 도래 등 부득이한 사정으로 금고가 도산하는 경우, 금고의 건전경영을 위하여 진력하다가 과점주주와의 갈등으로 스스로 사임하거나 과점주주에 의하여 해임된 경우 등과 같이 부실경영의 책임이 없는 임원이 있을 수 있는데, 이들에

게까지 재직시(금고법 제37조의3 제1항) 및 퇴임 후 3년 동안(금고법 제37조의3 제2항) 금고의 채무에 대하여 연대책임을 부과하는 것은 본래의 입법목적을 넘어 과도한 책임을 부과하는 것이다. 부실경영의 책임이 없는 임원에게까지 연대책임을 부과하는 것은 과점주주와 특수한 관계에 있지 아니한 전문경영인의 참여를 사실상 막는 것이고, 이로써 금고법이 금고의 형태를 주식회사로 단일화함으로써 궁극적으로 실현하고자 하는 '소유와 경영의 분리'를 촉진하는 것이 아니라 오히려 '소유와 경영의 일치'를 고착화시킨다는 점에서도 금고법의 전반적인 취지에 반하는 것이다.

(라) 또한 과점주주의 경우에도 이 사건 법률조항의 입법목적에 비추어 연대변제책임은 '주주권을 실질적으로 행사하거나 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 임원에게 업무집행을 지시 또는 요구하는 등 회사의 경영에 영향력을 행사함으로써 부실의 결과를 초래한 자'에 한정되어야 한다. 과점주주에게 무한변제책임을 부과한 배경을 보면, 1995년 금고의 형태가 주식회사로 단일화될 때까지 금고는 합명회사, 합자회사 또는 주식회사의 형태를 갖추어 설립될 수 있었고, 금고가 어떠한 형태를 취하는가와 관계없이 대부분 금고의 소유와 경영이 분리되어 있지 않다는 현상을 감안하여 금고의 과점주주를 합명회사의 사원, 합자회사의 무한책임사원의 지위와 동일시함으로써 이들과 동일한 책임을 부과한 것이다. 합명회사의 사원과 합자회사의 무한책임사원의 경우 회사채권자에 대하여 연대하여 무한책임을 지며 한편으로는 각 사원이 회사 업무집행의 권한을 가지고 있다는 점에서 사원의 지위(회사의 소유)와 업무집행자(회사의 경영)가 일치하는 특징이 있는데, 금고의 과점주주의 경우에도 소유와 경영이 일치한다고 보고 회사 채권자에 대한 연대책임을 부과한 것이다. 즉 이 사건 법률조항이 과점주주에게 연대책임을 부과한 것은 금고의 형태가 주식회사임에도 불구하고 대부분의 금고의 경우 회사의 소유와 경영이 여전히 분리되지 않고 있는 것에 대한 일종의 안전장치이자 징계 조치인 것이다.

그런데 과점주주라고 하여 전원이 예외 없이 금고의 경영에 관여하고 있는 것은 아니며, 아주 적은 비율의 주식만을 소유하면서도 다른 주주와의 친족관계 등으로 형식적으로는 과점주주가 되었지만 금고의 경영에 전혀 관여할 위치에 있지 아니한 자도 있을 수 있는데, 이러한 과점주주에게까지 부실경영으로 인한 책임을 묻고자 하는 것은 이 사건 법률조항이 의도하는 바가 아닐 뿐만 아니라 금고법의 전반적인 취지에도 반한다고 할 것이다.

따라서 금고의 ‘모든 주주’가 아니라 유독 ‘과점주주’에게 합명회사의 사원이나 합자회사의 무한책임사원에 상응하는 무한책임을 부과한 것은 ‘회사의 소유와 경영이 일치하는 경우 아니면 적어도 경영에 영향력을 행사하는 경우’에만 정당화되는 것이다. 1998년의 개정으로 신설된 상법 제401조의2의 규정은 지배주주의 독선적인 회사운영과 기업의 경영부실에 대한 대처방안으로서, 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사의 업무집행에 영향력을 미치는 자의 경우 이사가 아니지만 이사와 같은 책임을 지도록 규정하였는데, 이 사건 법률조항에 규정된 과점주주의 연대책임도 바로 이러한 바탕에서 이해되어야 하는 것이다. 이러한 입법배경과 입법목적에 비추어 볼 때, 과점주주의 연대책임은 ‘금고의 경영에 영향력을 행사하는 자’에 제한되어야 할 것이다.

(마) 또한 이 사건 법률조항은 부실경영에의 관여 여부를 고려함이 없이 모든 임원과 과점주주에 대하여 일률적으로 금고의 채무에 대하여 연대책임을 부과함으로써 임원들간 및 과점주주들간에 불합리한 차별을 하고 있다. ‘금고의 부실경영의 방지 및 채권자의 보호’란 입법목적에 비추어 볼 때, ‘부실경영의 책임이 있는 임원과 그렇지 않은 임원’, ‘금고경영에 영향력을 행사하는 과점주주와 그렇지 않은 과점주주’는 본질적으로 다른 것인데도, 이 사건 법률조항은 모든 임원과 과점주주들을 동일하게 취급하여 연대책임을 부담케 하므로, 평등원칙에도 위반된다.

(바) 그렇다면 이 사건 법률조항은 실현하고자 하는 입법목적에 비추어 그 적용범위를 ‘부실경영의 책임이 있는 임원’ 및 ‘금고경영에 영향력을 행사한 과점주주’로 제한해야 함에도 불구하고, 임원과 과점주주 전원에 대하여 예외 없이 금고의 채무에 대하여 연대책임을 부담케하고 있으므로, 그러한 점에서 국민의 기본권인 결사의 자유, 재산권을 과도하게 침해하고 평등원칙에도 위반된다.

이 사건 법률조항의 위헌성에 관하여는 위 재판관 6인이 의견을 같이 하나, 결정의 주문형태에 관하여는 의견을 달리하므로 아래에서는 이를 나누어 보기로 한다.

(3) 재판관 윤영철, 재판관 한대현, 재판관 하경철, 재판관 김영일, 재판관 권성의 한정위헌의견

위에서 살펴 본 바와 같이, 임원과 과점주주에게 연대책임을 부과하는 것 자체가 위헌이 아니라 부실경영의 책임이 없는 임원 및 금고의 경영에 영향

력을 행사하여 부실의 결과를 초래한 자 이외의 과점주주에게도 연대책임을 지도록 하는 것이 위헌이라는 점에서 연대책임을 지는 임원과 과점주주의 범위를 적절하게 제한함으로써 그 위헌성이 제거될 수 있을 뿐만 아니라, 이 사건 법률조항을 단순위헌으로 선언할 경우 임원과 과점주주가 금고의 채무에 대하여 단지 상법상의 책임만을 지는 결과가 발생하고 이로써 예금주인 금고의 채권자의 이익이 충분히 보호될 수 없기 때문에, 가급적이면 위 법규정의 효력을 유지하는 쪽으로 이를 해석하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항의 입법목적에 비추어, 연대채무를 부과함이 상당하다고 인정되는 임원의 범위는 ‘부실경영의 책임이 있는 자’로, 과점주주의 범위는 ‘금고의 경영에 영향력을 행사하여 부실의 결과를 초래한 자’로 제한적으로 해석하여야 할 것이고, 그 범위를 넘어서 ‘부실경영의 책임이 없는 임원’과 ‘금고의 경영에 영향력을 행사하여 부실의 결과를 초래한 자 이외의 과점주주’에 대해서도 연대채무를 부담하게 하는 범위 내에서는 헌법에 위반된다 할 것이다.

(4) 재판관 주선회의 헌법불합치의견

이 사건 법률조항은 “상호신용금고의 임원(감사를 제외한다)과 과점주주(국세기본법 제39조 제2항에 규정된 과점주주에 해당하는 자를 말한다. 이하 같다)는 상호신용금고의 예금 등과 관련된 채무에 대하여 상호신용금고와 연대하여 변제할 책임을 진다.”고 하여 사실상 다른 해석의 여지가 없도록 일의적으로 명백하게 규정하고 있다. 즉 이 경우 입법자는 ‘상호신용금고의 모든 임원과 과점주주는 연대책임을 져야 한다’고 명확하게 밝히고 있는 것이다. 합헌적 법률해석의 출발점이자 한계는 법규정의 범문이라는 점을 감안한다면, “임원과 과점주주”를 “부실경영의 책임이 있는 임원과 금고의 경영에 영향력을 행사한 과점주주”로 한정하여 해석하는 것은 일의적인 범문의 한계를 벗어나는 무리한 해석이자 범문에 드러난 입법자의 객관적 의사를 무시하고 실질적으로 헌법재판소가 임의로 새로운 입법을 하는 것과 다름없는 것이다. 헌법재판소가 입법권에 대한 존중이라는 이름아래 무리한 법률해석을 통하여 문제되는 법률의 효력을 유지시킨다면, 오히려 입법자의 형성권이 침해될 위험이 있다.

이러한 경우에는 차라리 헌법재판소가 이 사건 법률조항에 대하여 헌법불합치결정을 함으로써 법규정의 위헌성만을 확인하고 입법자에게 법률의 위헌성을 제거할 의무를 부과하여 입법자로 하여금 조속한 시일 내에 헌법재판소

결정의 취지를 살려 새로이 입법하도록 하는 것이 오히려 헌법적으로 바람직하다. 따라서 이 사건의 경우 헌법불합치결정을 해야 한다고 생각한다.

다. 재판관 권 성의 보충의견

심판대상조항이 결사의 자유와 재산권을 과도하게 침해하여 과잉금지 원칙에 어긋난다고 보는 다수의견의 이유에 동의하면서 조금 다른 측면에서 파악되는 두가지의 위험 이유를 다음과 같이 보충하고자 한다.

(1) 구 상호신용금고법은 그 총칙 제3조에서 상호신용금고는 주식회사로 한다고 규정하면서도 그 보칙 제37조의3에서는 주주의 유한책임을 부정함으로써, 상호신용금고라는 회사의 명칭과 실질을 완전히 괴리되게 하고 있다. 주주의 유한책임은 주식회사의 본질적 요소이기 때문이다.

이와 같이 회사의 명칭과 실질을 불일치시키는 것은 국민에게 혼란을 일으키고 낭패감을 갖도록 하는 폐단을 가져온다. 이러한 폐단은 고래의 정명론(正名論)으로부터 다음과 같이 지적되어 왔다. 「그러므로 왕자가 명칭을 제정하면 명칭이 정하여짐으로써 실물(實物)들이 분별되고, 그리하여 올바른 도가 행하여지고 뜻이 통하게 되면 곧 신중히 백성들을 다스리어 한결같은 생각을 갖게 만드는 것이다. 그러므로 말을 분석하여 멋대로 명칭을 만들어냄으로써 올바른 명칭을 혼란시키어 백성들로 하여금 의혹을 지니게 하면 사람들은 논쟁과 소송을 많이 하게 될 것이니, 곧 이런 것을 두고서 크게 간악한 자(大姦)라 말하는 것이며, 그의 죄는 사신의 증표인 부절(符節)이나 도량형기를 멋대로 만든 것과 같다.»⁶⁾

물론 입법권은 재량의 권한을 갖는다. 그러나 그렇다고 하여 법의 이름으로 하면 무엇이든 할 수 있는 것은 아니다. 재량의 한계가 있음은 당연하다. 오늘날 헌법상의 기본원칙의 하나로 시인되고 있는 실질적 법치주의의 이념도 이러한 입법의 한계를 규정하는 역할을 한다. 형식과 내용이 정당하지 못한 법률(lex)은 정당한 법(jus)이 아니기 때문이다.⁷⁾ 결과 속이 다른 것도 여기에 해당한다.

과점주주도 주주라고 하면서 그 주주의 유한책임을 부정한다면 이 회사는 더 이상 주식회사가 아니고 이것은 바로 합자회사이거나 아니면, 비과점지위에 있는 일부 사원의 책임이 감경된 합명회사에 불과할 따름이다. 상법 제19

6) 荀子 제16권 正名篇.

7) 허영, 한국헌법론, 143면, 1999, 박영사.

조 및 제20조에 의하면 주식회사가 아닌 자는 주식회사라는 상호를 사용할 수 없게 되어 있다. 그럼에도 불구하고 구 상호신용금고법은 법만능주의의 기치하에 입법의 재량이라 하여 주식회사가 아닌 것에 주식회사의 간판을 달게 하는 잘못을 범한 셈이다. 이것은 국가의 법체계를 문란시키고 국민을 당혹케 하는 정당치 못한 법률이다.

어떤 규정이 입법목적의 달성에 기여하는 수단으로 평가되면 그 규정은 특별한 사정이 없는 한, 헌법상의 과잉금지의 원칙의 한 내용을 이루고 있는 수단의 적합성원칙을 준수한 것으로 보는 것이 보통이다. 그러나 이것은 입법목적 달성의 효율성만을 평가하는 것이므로 온전한 것이 되지 못한다. 수단으로 채택된 것이 적어도 법률규정인 이상 이 수단은 효율성 이외에 정당성을 동시에 갖추어야만 할 것이다. 가령 문제의 법률이 국민을 당혹케 하는 요소를 일부 포함하고 있다면 이 법률은 수단으로서의 정당성을 결하고 있는 것이고 따라서 수단으로서의 적합성을 인정받을 수 없다.⁸⁾

이 사건에서 보면 구 상호신용금고법 제37조의3 제1항 및 제2항은 앞에서 본 바와 같이 국민을 당혹케 하는 요소를 포함하고 있으므로 이는 입법 목적을 달성하기 위한 정당한 수단이 될 수 없다고 할 것이다. 따라서 과잉금지의 원칙에 어긋난다.

(2) 헌법 제13조 제3항은 “모든 국민은 자기의 행위가 아닌 친족의 행위로 인하여 불이익한 처분을 받지 아니한다”라고 규정하고 있고 이것이 소위 연좌제를 금지하는 규정이라는 것은 누구나 인정하고 있는 것이며 이 규정의

8) 이것은 너무나도 당연한 이치이어서 오히려 그동안의 선례에서 이 점이 분명히 설명되지 아니하였던 것으로 여겨진다.

Bodo Pieroth-Bernhard Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 1999, Rn.279에서는 이 점을 다음과 같이 설명하고 있다.

「비례의 원칙(과잉금지의 원칙)은 구체적으로 먼저 다음과 같은 것을 요구한다.

- 국가가 추구하는 목적 그 자체가 추구해도 되는 것일 것
- 국가가 투입하는 수단 그 자체가 투입해도 되는 것일 것
- 수단의 투입이 목적의 달성에 적합할 것
- 수단의 투입이 목적의 달성을 위하여 필요할 것」

본문에서 말하는 수단의 정당성이라는 개념은 위 설명의 둘째번 것에 해당하는 것이고 본문에서 말하는 수단의 효율성이라는 것은 위 설명의 셋째번 것과 넷째번 것에 해당하는 것이고 이 셋째번 것과 넷째번 것이 우리 선례가 언급하는 소위 수단의 적합성이라는 개념의 주된 내용을 이루고 있다.

정당성의 근거가 되는 것이 자기책임(自己責任)의 원리라는 것 또한 모두 인정하고 있는 것이다.⁹⁾ 자기책임의 원리는 민, 형사를 막론한 모든 법적 책임의 기본원리이고 더 나아가 문명사회에서 인간의 행위를 평가하는 기본원리의 하나임을 누구도 부정할 수 없기 때문에, 자기책임의 원리는 명문의 규정유무를 떠나서 당연히 헌법상의 기본원칙이 될 뿐만 아니라 문명을 징표하는 헌법 이전의 선형적 가치기준이 되는 것이다. 이 사건에서 문제가 된 주주의 유한책임이라는 것도 실은 위에서 본 바와 같은 자기책임의 한 유형이라고 보아야 한다. 그러므로 국가는 자기책임의 원칙을 존중하고 보장하는 것과 같은 정도로 주주의 유한책임의 원칙에 대하여도 존중과 보장의 의무를 진다고 볼 것이다. 따라서 이러한 원칙에 대한 제한이 과잉금지의 원칙에 어긋난다면 그 제한은 위헌이 될 것이다.

이 사건에서 보면 구 상호신용금고법은 부실경영에 책임이 있는 자와 없는 자를 구별하려는 아무런 노력도 없이 간단히 모든 임원과 과점주주에게 예금 등의 채무에 대한 연대책임을 일률적으로 부과하고 있는데 이것은 예금자 보호라는 목표의 손쉬운 달성에 치중한 나머지 헌법상의 자기책임의 원리를 과도하게 제한하는 것이므로 위헌이라고 볼 것이다. 과도한 제한이라고 보는 구체적인 이유는, 심판대상조항이 결사의 자유와 재산권을 과도하게 침해하여 과잉금지의 원칙에 어긋난다고 보는 다수의견이 그 이유로 제시한 위헌의 논증과 동일하므로, 이를 원용하고 중복된 설명을 생략한다.

라. 재판관 김효종, 재판관 김경일, 재판관 송인준의 의견

(1) 먼저, 우리는 이 사건 법률조항에 대하여, 연대책임을 부담하는 과점주주와 임원의 범위를 제한하는 형식의 결정을 하는 것이 타당하지 않다고 본다.

다수의견은, “임원과 과점주주에게 연대책임을 부과하는 것 자체가 위헌이 아니라 단지 부실경영의 책임이 없는 임원 및 금고의 경영에 영향력을 행사하지 아니한 과점주주에게도 연대책임을 지도록 하는 것이 위헌이라는 점에서 임원과 과점주주의 범위를 적절하게 제한한다면 그 위헌성이 제거될 수 있다.”고 한다. 이는 어떤 법률 중의 일부 위헌적인 적용범위를 배제함으로써 그 법률의 위헌성을 제거하는 주문의 방식으로 보인다. 이러한 주문방식은 헌법이론적으로 합헌적 법률해석의 원리에 근거하는 것이다. 합헌적 법률해석

9) 허영, 전계서, 344면 참조.

이란 어떤 법률조항에 다의적인 해석가능성이나 다양한 적용범위가 있을 때 일반적인 해석방법이 허용하는 범위내에서 위헌적인 요소를 배제하고 합헌적인 의미 또는 적용범위를 가려내는 것을 의미한다(헌재 1989. 7. 21. 89헌마38, 판례집 1, 131, 146-148; 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49, 62; 헌재 2000. 7. 20. 98헌바74, 판례집 12-2, 68, 76참조).

그런데 이 사건 법률조항은 “상호신용금고의 임원(감사를 제외한다)과 과점주주(국세기본법 제39조 제2항에 규정된 과점주주에 해당하는 자를 말한다. 이하 같다)는 상호신용금고의 예금 등과 관련된 채무에 대하여 상호신용금고와 연대하여 변제할 책임을 진다.”고 규정하고 있다. 이 사건 법률조항은 법문상 분명하게, 금고의 임원과 과점주주에게 무과실 연대책임을 부과하고 있다. 임원이나 과점주주가 금고의 경영에 실제로 관여하였는지, 금고의 부실경영에 귀책사유가 있는지 등의 사정을 일체 묻지 않고 연대책임을 지우겠다는 것이 입법자의 의도인 것이다. 이와 같이 이 사건 법률조항의 내용이 일의적이고 명백한 이상 이 사건 법률조항에 대하여는, 부실경영의 책임이나 경영에의 영향력 행사 유무 등의 사정을 따로이 고려할 것은 아니고 일률적으로 예금채무에 대하여 연대책임을 지우는 것이 과연 과도하여 위헌인지 여부를 판단하는 것에 그쳐야 한다. 따라서 헌법재판소가 ‘부실경영에 책임이 없는’ 임원이나 ‘금고의 경영에 영향력을 행사하지 아니한’ 과점주주에 대하여는 이 사건 법률조항이 적용되지 않는다고 선언하는 것은 법문의 한계를 벗어난 무리한 해석이며, 무과실 책임을 지우려는 입법자의 투명한 객관적 의사를 뒤집고 이 사건 법률조항을 과실책임으로 전환시키는 것이어서 실질적으로는 새로운 입법을 하는 것이나 다름없다. 이러한 경우에는 차라리 단순히 위헌결정을 함으로써 입법자로 하여금 새로이 입법할 기회를 주는 편이 오히려 입법권을 존중하는 한편 권력분립원칙에 부합하는 길이 될 것이다.

(2) 다음으로 우리는 이 사건 법률조항 중 과점주주에 관한 부분은 예금자보호라는 입법목적에 위하여 불가피하나, 임원에 관한 부분은 지나치게 가혹하여 위헌이라고 본다.

(가) 먼저, 이 사건 법률조항의 목적은 ‘부실경영의 방지를 통한 채권자의 보호’에 있는 것이 아니라, ‘책임재산을 늘려 채권자를 보호’하는 데에 있다고 보아야 한다.

이 사건 법률조항은 위에서 본바와 같이 부실경영에 대한 귀책사유 등과 같은 아무런 부가적 요건 없이 금고의 임원과 과점주주로 하여금 금고의 예

금채무에 관하여 연대책임을 지우고 있는 것임이 법문상 분명하다.

물론 금고 경영의 건실화와 예금자의 보호 문제는 불가분의 밀접한 관계에 있는 것이 사실이다. 그러나 금고법의 전반적 입법목적과 이 사건 법률조항의 직접적 입법목적은 구분되어야 한다. 금고법은 동일인에 대한 대출한도의 제한(제12조), 지급준비자산의 보유 강제(제15조), 차입의 제한(제17조), 채무보증 또는 담보제공의 금지(제18조의2) 등 건실한 경영을 위한 제도적 장치를 두고 있지만, 그럼에도 불구하고 현실적으로 금고의 부실과 도산은 끊이지 않아, 이로부터 예금자 등의 채권자를 보호하기 위하여는 최후의 담보책이 필요하였고, 이에 입법자는 과점주주와 임원에게 무과실 연대책임을 부과하는 이 사건 법률조항을 신설한 것이다. 따라서 이 사건 법률조항의 직접적 입법목적은 부실경영의 책임과는 무관하게 무과실 연대책임을 부담케 함으로써 책임 재산을 늘려 채권자를 보호코자 하는 데에 있다고 보는 것이 법률조항의 객관적 내용이나 입법의 연혁에도 부합한다. 부실경영의 방지라는 관점은 이 사건 법률조항에 관한 한 간접적, 부수적인 관련성을 가질 뿐이다.

(나) 과점주주에게 무과실 연대책임을 부과하는 것은 소유와 경영이 분리되지 않고, 금고운영에 있어 과점주주가 지배적 영향력을 미치고 있는 현실에서 예금채권자를 보호하기 위한 불가결한 조치라 할 것이므로 헌법에 위반되지 아니한다.

금고는 사채라는 사금융을 제도금융으로 편입하고자 하는 취지에서 탄생하였고, 초기에는 상호신용계나 상호부금 등만을 그 업무로 하였으며, 회사의 형태도 합명회사, 합자회사, 주식회사로 다양하였다. 그러다가 1995년 금고법의 개정으로 금고의 형태를 주식회사로 단일화하고 그 최소자본금도 상향조정하였으며, 취급업무도 일반 예·적금, 대출업무 등으로 확대하였다.

그러나 다수의견이 적절히 지적하는 바와 같이, 주식회사라는 법적 형태에도 불구하고 금고는 친지 등을 주주로 하여 구성되는 소규모의 폐쇄회사로서의 성격을 탈피하지 못하였고, 금고의 과점주주는 회사의 경영을 사실상 지배하면서 금고를 사금고화하여 금고의 자금을 유용하는 등의 방법으로 금고의 수익은 자신에게 귀속시키고 그 손실은 금고에게 떠넘김으로써 금고의 부실을 초래하는 사례가 많았으며, 그로 인한 피해는 금고와 거래한 서민과 소규모기업에게 고스란히 돌아가게 되었다.

입법자는 이러한 현실에서 금고법의 다른 규정이나 감독기관의 감독권의 강화, 형사처벌 등의 수단으로는 거래자 보호 및 신용질서 유지라는 목적을

효율적으로 달성할 수 없다고 보았다. 그리하여 과점주주가 금고를 사실상 지배하는데도 책임의 면에서는 주식회사라는 법인격 뒤에 숨어 버리는 것을 차단하고, 예금채권 등의 최후의 담보인 책임재산을 늘리기 위하여는 경영부실의 책임유무를 떠나 과점주주에게 일률적으로 연대책임을 지우는 것이 불가피하다고 보았던 것이다.

다수의견은 과점주주라 하더라도 금고의 경영에 직접 관여하지 않은 과점주주가 있을 수 있다면서, ‘금고의 경영에 영향력을 행사하여 부실의 결과를 초래한’ 과점주주에게만 책임을 물어야 한다고 한다. 그러나 경영을 지배하는 과점주주는 말할 것도 없고, 그렇지 않은 과점주주라 하더라도 이들은 가족관계, 고용관계 등의 특수관계에 있으면서 지배주주의 지분을 분산소유하고서 금고의 수익을 분배받는 경우가 많다는 점, 그렇지 않다 하더라도 적어도 그 주식 보유를 통하여 지배주주의 경영지배에 일조한다는 점을 중시한다면 그들에게 책임을 지운다 하더라도 예금자 등과의 손해의 공평부담이라는 견지에서 반드시 과도하다고 보기 어렵다.

또한 ‘금고의 경영에 영향력을 행사하였는지 여부’라는 다수의견이 제시하는 기준은 그다지 명백하지 않다. ‘주주권을 실질적으로 행사’ 한다는 의미나 ‘회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여’ 라는 의미가 과연 범규범의 수범자나 법집행자에게 적절한 예측가능성을 제공할 수 있는지는 자못 의심스럽다.

위 다수의견의 논리의 근거에는 소유와 경영의 분리라는 주식회사의 법리가 금고에 대해서도 그대로 관철되어야 한다는 인식이 잠재되어 있다. 그러나 ‘소유와 경영의 분리’, ‘주주유한책임의 원칙’은 헌법상의 원칙이 아닌 법률상의 원칙에 불과하므로, 입법자는 그러한 법리나 원칙에 얽매이지 않고 회사의 형태와 회사 구성원의 책임을 어떻게 결부시킬지에 관하여 입법정책적인 결정을 내릴 수 있다(헌재 1997. 6. 26. 93헌바49등, 판례집 9-1, 611, 624 참조).

금고법 제3조는 “상호신용금고는 주식회사로 한다”고 규정하고 있음에도 불구하고 이 사건 법률조항에 의하여 금고의 과점주주는 무과실 연대책임을 부담하게 되었다. 이를 통하여 입법자는 회사의 법적 형태는 주식회사이지만, 예금채권자 보호를 위하여 예금채무에 관한 한 과점주주에게 유한책임이 아니라 합명회사의 사원과 같은 무한책임을 지우는 특수한 형태의 회사를 구상한 것인데, 금고제도의 연혁과 역사, 금고의 소유나 지배구조의 특이성, 금고의 현실적 운영실태 등 금고가 지니고 있는 여러 특수성에 비추어 보면 이러한 특수한 회사형태를 고안해 낸 것이 입법정책적 재량의 한계를 벗어난 것

이라고는 도저히 볼 수 없다.

(다) 과점주주의 경우와는 달리, 금고의 임원에게 일률적으로 무과실 연대책임을 지우는 것은 입법목적 달성에 필요한 이상으로 과도한 부담을 지우는 것으로서 헌법에 위반된다.

금고의 과점주주와 임원은 그 지위와 책임의 면에서 근본적으로 다르다. 위에서 본바와 같이 과점주주는 금고의 소유자, 지배자이므로 그 재산을 예금채권자를 위한 책임재산으로 확보하여 두는 것이 정당화될 수 있다. 이에 반하여 금고의 임원은, 과점주주로서 임원을 겸하고 있는 경우를 별론으로 하고, 금고의 단순한 피용자에 불과하다. 따라서 금고의 소유자인 과점주주의 책임과 피용자에 불과한 임원의 책임은 그 성격과 정도에 있어서 같을 수도 없고, 같아서도 아니된다. 그런데도 불구하고 이 사건 법률조항은 금고의 임원과 과점주주간에 존재하는 이러한 차이를 무시하고 일률적으로 똑같은 책임을 부과하고 있는데, 소유나 경영지배와 아무런 관련없는 순수경영인에게 합명회사의 소유자인 사원과 같은 무과실 연대책임을 지우는 것은 아무리 입법목적 이 정당하다 하더라도 지나치게 가혹하다 아니할 수 없다. 임원이 그 임무해태로 말미암아 금고의 부실을 초래한 경우에는 상법상의 과실책임 추궁이 가능하다(상법 제399조, 제401조)는 점을 감안하면 더욱 그러하다. 임원에게는 과실책임만을 추궁하는 것이 전문 경영인의 확보라는 정책적 관점에서도 바람직하다.

다만 임원에 관한 부분이 과잉금지의 원칙에 어긋나 위헌성이 있다 하여 다수의견과 같이 책임을 부담하는 임원의 범위를 제한하는 형식의 결정은 타당하지 않다는 점은 이미 밝힌 바와 같다.

4 결 론

이 사건 법률조항 중 “과점주주”에 관한 부분에 대하여는 재판관 5인이 한정위헌의견, 재판관 1인이 헌법불합치의견, 재판관 3인이 합헌의견인데, 한정위헌의견은 질적인 일부위헌의견이기 때문에 위헌결정의 일종인 헌법불합치의견도 일부위헌의견의 범위 내에서는 한정위헌의견과 견해를 같이 한 것이라 할 것이므로, 이를 합산하면 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 규정된 위헌결정의 정족수에 도달하여 한정위헌결정을 선고하기로 한다.

이 사건 법률조항 중 “임원”에 관한 부분에 대하여는 재판관 5인이 한정위헌의견, 재판관 1인이 헌법불합치의견이고, 재판관 3인이 단순위헌의견인바, 어느 쪽도 독자적으로는 위헌결정의 정족수에 이르지 못하였으나, 단순위헌

의견과 헌법불합치의견도 일부위헌의견의 범위내에서는 한정위헌의견과 견해를 같이 한 것이라 할 것이므로, 이를 합산하면 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 규정된 위헌결정의 정족수에 도달하여 한정위헌결정을 선고하기로 한다(헌법재판소법 제40조, 법원조직법 제66조 제2항 참조).

이에 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철(주심) 김영일 권 성
김호종 김경일 송인준 주선희

구 지방세법 제196조의5 제1항 제1호 위헌제청

(2002. 8. 29. 2001헌가24 전원재판부)

【판시사항】

1. 자동차세의 과세표준에 관한 입법연혁과 외국의 입법례
2. 자동차세의 법적 성격
3. 승용자동차세의 과세표준으로서 배기량만을 기준으로 하고 있는 구 지방세법(2000. 12. 29. 법률 제6312호로 개정되기 전의 것) 제196조의5 제1항 제1호(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)가 헌법상 조세평등주의나 재산권보장규정에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 우리나라 승용자동차세의 경우 과세의 기준은 처음에는 “등급별”로 나누어 정액제로 하였다가 “축간거리 및 배기량”으로 나눈 때 도 있으며, 1990. 12. 31. 개정법 이래로 “배기량”만을 기준으로 하였다가, 2000. 12. 29. 법률 제6312호 개정법에서는 “배기량 및 차령”을 함께 고려하고 있다. 한편 외국의 입법례를 보면, 미국의 일부 주에서와 같이 시가(時價)를 과세표준으로 하는 나라도 있으나, 그밖에 배기량에 따라 과세하는 나라(일본·싱가폴·대만·아일랜드·영국), 배기량과 차령을 고려하는 나라(포르투갈), 엔진출력을 기준으로 하는 나라(오스트리아·이탈리아·스페인·벨기에), 엔진출력과 차령을 고려하는 나라(프랑스), 차체중량에 따라 과세하는 나라(네덜란드·스웨덴·덴마크·핀란드), 오염배출량을 기준으로 하는 나라(독일) 등 국가에 따라 과세표준이 다른 것을 알 수 있다.

2. 자동차세는 당해 자동차의 소유 그 자체를 과세대상으로 하여 공무상에 등재되어 있는 소유자에게 부과하는 조세로서(지방세법 제196조의3) 일반적으로 재산세의 성격이 강하다고 평가되고 있지만, 그밖에 도로이용 및 파손에 대한 사용자부담금의 성격, 교통혼잡과 대기오염을 발생시키는 행위에 대한 부담금으로서의 성격도 아울러

가지고 있다. 그리하여 이러한 운행·사용세적 성격 때문에 기간과 세제도(제196조의6), 승계취득시의 납세의무제도(제196조의7), 신규등록 차량이나 말소등록 차량에 대한 일할계산제도(제196조의8)를 도입하고 있는 것이다. 유럽에서도 도로세, 자동차소비세, 보험세 등 자동차의 “이용”에 대해 과세하는 나라가 다수이다.

3. 이와 같이 자동차는 그 자체로서 가치가 있는 순수한 재산이라기보다는 오히려 사용에 가치가 있으며, 자동차에 대한 과세는 재산세적 측면뿐만 아니라 도로를 운행하고 대기를 오염시키는 수익자부담금적·원인자부담금적 성격도 아울러 가지고 있고, 이에 대하여 무엇을 기준으로 어떤 형태로 과세할 것인지는 입법자의 광범한 입법형성의 범위 내에 있다고 할 것이다. 실제로 우리나라나 외국의 입법례를 보면 같은 자동차라 하더라도 화물차·버스·승용차·오토바이 등 그 종류나 용도에 따라 각각 과세의 기준이 다르고, 승용자동차의 경우만 보더라도 이 사건 법률조항과 같이 배기량만에 의하여 과세하는 나라가 일본·대만·싱가폴·아일랜드·룩셈부르크·영국 등 여러 나라가 있으며, 특히 일본이나 싱가폴은 차령이 일정기간 경과한 노후차량에 대하여는 세율에 매년 10%씩 추가하여 가산하는 소위 ‘클린(Clean)세제’를 채택하고 있다. 한편, 오래된 자동차의 경우 이 사건 법률조항이 오직 배기량만을 기준으로 자동차세를 부과함으로써 말미암아 자동차세가 당해 자동차의 실체가액의 절반을 넘는다는 등 심지어는 자동차 가액을 상회하는 일이 있다 하더라도, 자동차는 순수한 재산적 가치만을 갖는 것이 아니라 그 이용에 가치가 있다는 점과 자동차를 운행하고자 하는 자의 전체재산을 고려하면, 이로 말미암아 납세의무자의 당해 자동차에 관한 이용·수익·처분권이 중대한 제한을 받게 된다고 보기는 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항이 차령을 고려하지 아니하고 일률적으로 배기량을 기준으로 자동차세를 과세한다고 하여 조세평등주의에 위반되거나 재산권보장규정을 침해하는 위헌의 법률이라고 평가할 수는 없다.

【심판대상조문】

구 지방세법(2000. 12. 29. 법률 제6312호로 개정되기 전의 것) 제196조의5(과세표준과 세율) ① 자동차세의 표준세율은 다음 구분에 의한다.

1. 승용자동차

다음 표의 구분에 따라 배기량에 시시당 세액을 곱하여 산정한 세액을 자동차 1대 당 연세액으로 한다.

영업용		비영업용	
배기량	시시당 세액	배기량	시시당 세액
1,000시시이하	18원	800시시이하	80원
1,500시시이하	18원	1,000시시이하	100원
2,000시시이하	19원	1,500시시이하	140원
2,500시시이하	19원	2,000시시이하	200원
2,500시시초과	24원	2,000시시초과	220원

2.~6. 생략

②~③ 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제13조 제2항, 제23조 제1항, 제34조 제2항, 제38조, 제59조, 제119조 내지 제127조

지방세법 제29조(납세의무의 성립시기) ① 지방세를 납부할 의무는 다음 각호의 시기에 성립한다.

1.~4. 생략

5. 자동차세 : 납기가 있는 달의 1일

5의2.~13. 생략

② 생략

지방세법 제181조(부과대상 등) ① 재산세는 시·군·구안에 소재하는 재산에 대하여 부과한다.

② 재산세의 납세지는 다음 각호에서 정하는 바에 의한다.

1. 건축물 : 건축물의 소재지를 관할하는 시·군·구

2. 선박 : 선박법에 의한 선적항의 소재지를 관할하는 시·군·구. 다만, 선적항이 없는 선박의 경우에는 정계장 소재지(정계장이 일정하지 아니한 경우에는 선박 소유자의 주소지)를 관할하는 시·군·구

3. 항공기 : 항공법에 의한 등록원부에 기재된 정치장의 소재지(항공법의 규정에 의하여 등록을 하지 아니한 항공기의 경우는 항공기 소유자의 주소지)를 관할하는 시·군·구

지방세법 제182조(납세의무자) ① 재산세 과세기준일 현재 재산세 과세대장에 재산의 소유자로 등재되어 있는 자는 재산세를 납부할 의무가 있다. 다만, 권리의 양도·도시계획사업의 시행 또는 기타 사유로 인하여 재산세 과세대장에 등재된 자의 권리에 변동이

생겼거나 재산세 과세대장에 등재가 되지 아니하였을 때에는 사실상 소유자가 재산세를 납부할 의무를 진다.

② 소유권의 귀속이 분명하지 아니하여 소유권자를 알 수 없는 경우에는 그 사용자가 재산세를 납부할 의무를 진다.

③ 삭제

④ 국가·지방자치단체 및 지방자치단체조합과 재산세 과세대상물건을 년부로 매매계약을 체결하고 그 재산의 사용권을 무상으로 부여받은 경우에는 그 매수계약자가 재산세를 납부할 의무를 진다.

⑤ 신탁법에 의하여 수탁자명의로 등기·등록된 신탁재산에 대하여는 위탁자가 재산세를 납부할 의무를 진다. 이 경우 수탁자는 제37조의 규정에 의한 납세관리인으로 본다.

⑥ 상속이 개시된 재산으로서 상속등기가 이행되지 아니하고 사실상의 소유자를 신고하지 아니한 때에는 행정자치부령이 정하는 주된 상속자가 재산세를 납부할 의무를 진다.

지방세법 제196조의3(납세의무자) ① 시·군안에서 자동차를 소유하는 자는 자동차세를 납부할 의무를 진다.

② 과세기준일 현재 상속이 개시된 자동차로서 사실상의 소유자명의로 이전등록을 하지 아니한 경우에는 다음 각호의 순위에 따라 자동차세를 납부할 의무를 진다.

1. 민법상 상속지분이 가장 높은 자
2. 호주승계인
3. 연장자

지방세법 제196조의6(납기와 징수방법) ① 자동차세는 1대당 연세액을 2분의 1의 금액으로 분할한 세액(비영업용 승용자동차의 경우에는 제196조의5 제1항 제1호의2의 규정에 의하여 산출한 각 기분세액)을 다음 각 기간 내에 그 납기가 있는 달의 1일 현재의 자동차 소유자로부터 자동차 소재지를 관할하는 시·군에서 징수한다. 다만, 납세의무자가 연세액을 4분의 1의 금액(비영업용 승용자동차의 경우에는 각 기분세액의 2분의 1의 금액)으로 분할하여 납부하고자 신청하는 경우에는 제1기분세액의 2분의 1은 3월 16일부터 3월 31일 까지의 기간 중에, 제2기분 세액의 2분의 1은 9월 16일부터 9월 30일까지 기간 중에 각각 분할하여 징수할 수 있다. 이 경우 시·군에서 납기 중에 징수할 세액은 이미 분할하여 징수한 세액을 공제한 금액으로 한다.

기 분	기 간	납 기
제1기분	1월부터 6월까지	6월 16일부터 6월 30일까지
제2기분	7월부터 12월까지	12월 16일부터 12월 31일까지

② 시장·군수는 제1항의 규정에 의한 납기마다 늦어도 납기개시 5일전에 그 기분의 납세고지서를 발부하여야 한다. 다만, 자동차를 신규등록 또는 말소등록하는 경우와 과세대상 자동차가 비과세 또는 감면대상으로 되거나, 비과세 또는 감면대상 자동차가 과세대상으로 되는 경우에는 제1항의 규정에 불구하고 수시로 부과할 수 있다.

③ 납세의무자가 연세액을 일시에 납부하고자 하는 경우에는 제1항 및 제2항의 규정에

불구하고 다음 각호의 기간중에 대통령령이 정하는 바에 의하여 연세액(일시에 납부하는 납기한이후의 기간에 해당하는 세액을 말한다)의 100분의 10을 공제한 금액을 연세액으로 신고납부할 수 있다.

1. 1월중에 신고납부하는 경우 : 1월 16일부터 1월 31일까지
2. 제1기분 납기중에 신고납부하는 경우 : 6월 16일부터 6월 30일까지
3. 제1항 단서의 규정에 의한 분할납부기간에 신고납부하는 경우 : 3월 16일부터 3월 31일까지 또는 9월 16일부터 9월 30일까지

④ 연세액이 10만원이하의 자동차세액에 대한 자동차세는 제1항 및 제2항의 규정에 불구하고 제1기분의 부과시 전액을 부과징수할 수 있다. 이 경우 제2기분 세액의 100분의 10을 공제한 금액을 연세액으로 한다.

지방세법 제196조의7(승계취득시의 납세의무) ① 제196조의6 제1항의 규정에 의한 과세기간 중에 매매·증여 등으로 인하여 자동차를 승계취득한 자가 자동차소유권이전등록을 하는 때에 소유기간에 따른 자동차세 일할계산신청을 하는 경우 동조동항의 규정에 불구하고 수시로 부과하여야 한다. 다만, 양수인의 경우에는 동조동항의 규정에 의한 납기가 있는 달에 부과징수할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 일할계산신청은 자동차소유권이전등록을 신청하는 때에 행정자치부령이 정하는 신청서에 소유권변동사실을 증명할 수 있는 서류를 첨부하여 신청하여야 한다.

③ 자동차를 매매·증여 등으로 승계취득한 자가 제2항의 규정에 의한 일할계산신청을 하지 아니한 경우에는 당해 기분의 자동차세(제196조의6 제2항 단서의 규정에 의하여 수시부과한 자동차세를 제외한다)중 양도인이 소유한 기간에 해당하는 자동차세의 납세의무를 승계한다. 다만, 제196조의6 제1항 본문의 규정에 의하여 납기가 있는 달의 1일 현재의 소유자에게 자동차세의 납세의무가 성립한 이후에 자동차를 매매·증여 등으로 승계취득하는 경우에는 그러하지 아니하다.

지방세법 제196조의8(수시부과시의 세액계산) ① 자동차를 신규등록하거나 말소등록한 경우에는 시·군은 그 취득한 날 또는 사용을 폐지한 날이 속하는 기분의 자동차세액을 대통령령이 정하는 바에 따라 일할계산한 금액을 그 세액으로 하여 각각 징수하여야 한다.

② 과세대상 자동차가 비과세 또는 감면대상으로 되거나, 비과세 또는 감면대상 자동차가 과세대상으로 되는 경우에는 당해 기분의 자동차세를 대통령령이 정하는 바에 따라 일할계산한 금액을 그 세액으로 하여 징수하여야 한다.

③ 제196조의7 제2항의 규정에 의하여 자동차세의 일할계산신청을 한 경우에는 양도일을 기준으로 대통령령이 정하는 바에 따라 일할계산한 금액을 그 세액으로 하여 양도인과 양수인에게 각각 징수하여야 한다. 다만, 연세액을 일시납부한 경우로서 양도인의 동의가 있는 때에는 이를 양수인이 납부한 것으로 본다.

④ 제1항 내지 제3항의 규정에 의하여 계산한 세액이 2,000원 미만인 때에는 자동차세를 징수하지 아니한다.

【참조판례】

- 2. 헌재 1994. 8. 31. 91헌가1, 판례집 6-2, 153
대법원 1999. 3. 23. 선고 98도3278 판결, 공1999상, 806
대법원 1999. 3. 23. 선고 98도 3278 판결, 공1999상, 806
- 3. 헌재 1989. 7. 21. 89헌마38, 판례집 1, 131
헌재 1999. 11. 25. 98헌마55, 판례집 11-2, 593
헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357

【당 사 자】

제 청 법 원 서울행정법원
제청신청인 이 상 호
당 해 사 건 서울행정법원 2001구23726 자동차세등부과처분 취소

【주 문】

구 지방세법(2000. 12. 29. 법률 제6312호로 개정되기 전의 것) 제196조의5 제1항 제1호는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

- 1. 사건의 개요와 심판의 대상
가. 사건의 개요

(1) 제청신청인은 배기량 1,977cc의 1991년식 서울 2우9608 소나타 승용차를 소유하고 있는데, 당해사건 피고인 서울특별시 강남구청장은 2000. 12.경 제청신청인에 대하여 구 지방세법(2000. 12. 29. 법률 제6312호로 개정되기 전의 것) 제196조의5 제1항 제1호(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)에 근거하여 위 승용차에 대한 2000년도 제2기분 자동차세 199,700원과 교육세 59,910원을 부과·고지하였다.

(2) 이에 제청신청인은 2001. 6. 18. 서울행정법원에 2001구23726호로 강남구청장을 상대로 자동차세등부과처분 취소의 소를 제기하고, 그 소송 계속중 2001아1306호로 이 사건 법률조항이 위헌이라고 주장하며 위헌제청신청을 하였고, 위 법원은 이 신청을 받아들여 이 사건 위헌제청을 하였다.

- 나. 심판의 대상

구 지방세법(2000. 12. 29. 법률 제6312호로 개정되기 전의 것) 제196조의5

(과세표준과 세율) ① 자동차세의 표준세율은 다음 구분에 의한다.

1. 승용자동차

다음 표의 구분에 따라 배기량에 시시당 세액을 곱하여 산정한 세액을 자동차 1대당 연세액으로 한다.

영 업 용		비 영 업 용	
배 기 량	시시당 세액	배 기 량	시시당 세액
1,000시시이하	18원	800시시이하	80원
1,500시시이하	18원	1,000시시이하	100원
2,000시시이하	19원	1,500시시이하	140원
2,500시시이하	19원	2,000시시이하	200원
2,500시시초과	24원	2,000시시초과	220원

다. 개정된 법률조항의 내용

(1) 지방세법은 이 사건 위헌제청신청 전인 2000. 12. 29. 법률 제6312호로 개정되어, 이 사건 법률조항 다음에 제1호의2가 신설되었는데(시행일 2001. 7. 1), 그 내용은 다음과 같다.

제196조의5 ①항

1의2. 제1호의 규정에 의한 비영업용 승용자동차 중 대통령령이 정하는 차령(이하 이 호에서 “차령”이라 한다)이 3년 이상인 자동차에 대하여는 제1호의 규정에 불구하고 다음의 산식에 의하여 산출한 당해 자동차에 대한 제1기분(1월부터 6월까지) 및 제2기분(7월부터 12월까지) 자동차세액을 합산한 금액을 당해 연도의 그 자동차의 연세액으로 한다. 이 경우 차령이 12년을 초과하는 자동차에 대하여는 그 차령을 12년으로 본다.

$$\text{자동차 1대의 각 기분세액} = A/2 - (A/2 \times 5/100) (n-2)$$

A : 제1호의 규정에 의한 연세액

n : 차령 ($2 \leq n \leq 12$)

(2) 이렇게 법을 개정한 이유는 새차와 헌차에 대한 자동차세 부담을 차별화함으로써 국민의 세부담에 형평을 기하고 이로 인한 지방세입의 부족분을 주행세율의 인상으로 충당하도록 하기 위함이다. 즉, 비영업용 승용자동차에 대한 자동차세를 최초 등록후 3년이 되는 해부터 1년당 그 경감률을 5%로 하

여 50%를 상한으로 그 경과된 연수만큼 경감하는 한편, 자동차세의 차등과세로 인한 감소재원의 확보와 에너지세의 개편으로 인한 운수업체 보조금 확보를 위하여 주행세율을 교통세액의 1,000분의 32에서 1,000분의 115로 인상(제196조의17)한 것이다(「대한민국 관보」, 2000. 12. 29.자, 366·367면).

2. 법원의 위헌제청이유와 이해관계인의 의견

가. 제청법원의 위헌제청이유요지

구 지방세법 제196조의3, 제196조의5의 각 규정에 의하면 자동차세는 자동차라는 재산을 보유한 자에 대한 재산세로서의 성격을 가진 조세이고, 부담금으로서의 성격은 재산세로서의 성격에 부수되는 2차적인 것이다. 따라서 기본적으로 재산세의 성격을 갖는 자동차세의 과세표준은 과세대상인 자동차의 가액을 기준으로 하거나 이에 비례하여 결정되도록 함이 타당함에도 불구하고, 이 사건 법률조항은 동일 차종에 대하여 일률적으로 동일한 세액을 부과하도록 함으로써 감가상각으로 차량의 가액이 낮아질수록 오히려 자동차의 실제가액에 대비한 세율이 더 높아져 역진세율이 적용되는 것과 같은 결과를 낳는다.

뿐만 아니라 자동차 소유자를 포함한 일반 국민으로 하여금 자동차 가액에 대비할 때 고액인 자동차세의 부담으로 말미암아 제작연도가 오래된 자동차를 계속 보유하거나 구입하는 것을 어렵게 함으로써 재산권의 취득 및 행사를 제한하고 있다. 결국 이것은 헌법 제11조 제1항의 평등조항과 제23조 제1항의 재산권보장규정, 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 위배된다.

나. 서울특별시 강남구청장 및 행정자치부장관의 의견요지

자동차세는 재산세적 측면과 이용·소비세적 측면 또는 수익자부담금·원인자부담금적 측면이 아울러 있는 것이고, 이를 어떻게 반영하는가는 지방자치단체의 재정수요와 납세자의 담세능력, 당해 세금의 성격 등을 종합적으로 판단하여 결정할 입법자의 입법정책의 영역에 속한다. 동일한 차종의 경우 새차와 헌차에 대한 자동차세 부담이 같다고 하더라도 차량가격을 감안한 별도의 취득세·등록세가 있으며, 헌차는 환경오염을 유발하므로 오히려 세금을 더 부담시켜야 하는 요인도 있는 것이므로, 차령에 관계없이 자동차세를 부과한다고 하여 평등의 원칙에 위반된다고 할 수 없다. 또한, 자동차세가 자동차 거래에 영향을 미친다고 볼 수 없고 자동차의 보유나 구입을 금지하는 것도 아니기 때문에 재산권행사를 제한하는 것이 아니다.

3. 판 단

가. 이 사건 법률조항의 입법연혁

(1) 자동차세는 1921년 지방세법에 “차량세”가 도세(道稅)로 신설되었다. 정부수립 후 1949년 개정법의 차량세는 자가용승용차의 경우 승차정원을 기준으로 소형차는 연세액이 8,100환, 3인승이하는 16,200환, 4인승이상은 24,300환이었는데, 1957. 2. 12. 개정법에서는 국산차 및 소형차는 3만환, 4인승이하는 6만환, 5인승이상은 9만환으로 인상되었다. 한편 1958. 12. 29. 개정법에서는 지방세로서의 차량세가 폐지되고 국세(國稅)로서 “자동차세”가 규정되었는데, 보통소형승용차는 40만환, 보통승용자동차와 고급소형승용자동차는 65만환, 고급승용자동차는 100만환으로 대폭 인상되었다. 그 이유는 국민생활의 소비를 억제하고 유류도입에 따르는 외화를 절감하기 위함이었다.

(2) 1961. 12. 8. 법률 제827호로 전문개정된 지방세법에서는 자동차세가 다시 지방세(도세)로 이양되었으며, 비영업용 승용자동차의 경우 3등급으로 나누어 1등급(고급승용자동차)은 1대당 연세액이 100만환, 2등급(보통승용자동차·고급소형승용자동차)은 65만환, 3등급(보통소형승용자동차)은 40만환으로 하는 정액제였다. 1963. 12. 14. 법률 제1514호 개정법에서는 비영업용 승용자동차의 경우 4개 등급으로 나누어 16만원부터 4만원까지 역시 정액제로 하였다.

1967. 11. 29. 법률 제1977호 개정법에서는 승용자동차의 경우 4기통초과 자동차는 “축간거리”를 기준으로 4단계로, 4기통이하의 소형승용차는 “배기량”을 기준으로 6단계로 하였다. 1976. 12. 31. 법률 제2945호로 개정하면서 세목조정시 시·군세로 통합되어 조문의 위치가 제196조의5로 바뀌었으며, 1979. 4. 16. 법률 제3160호 개정법에서는 승용자동차의 경우 4기통초과는 축간거리를 기준으로 2단계, 4기통이하 소형승용차는 배기량을 기준으로 3단계로 하였다.

1990. 12. 31. 법률 제4269호 개정법에서는 비영업용 승용자동차의 경우 “배기량”을 기준으로 7단계로 나누었고, 1991. 12. 14. 법률 제4415호 개정법에서는 서울 등 6대 도시에 한하여 표준세율의 50%까지 초과하여 세율을 적용할 수 있도록 하였다가, 1998. 12. 28. 법률 제5598호 개정법에서는 승용자동차의 세율을 배기량별로 7단계로 과세하던 세율체계를 한미통상협상의 결과에 따라 5단계로 하면서 그 세율도 전체적으로 하향조정하였다.

(3) 그러므로 우리나라 승용자동차세의 경우 과세의 기준은 처음에는 “등급별”로 나누어 정액제로 하였다가 “축간거리(4기통초과) 및 배기량(4기통이

하)”으로 나눈 때도 있으며, 1990. 12. 31. 개정법 이래로 “배기량”만을 기준으로 하였다가, 2000. 12. 29. 법률 제6312호 개정법에서는 “배기량 및 차령”을 함께 고려하고 있다. 그밖에 승합자동차·화물자동차·특수자동차 등 차종에 따라 별도의 기준이 적용되고 있다.

나. 자동차세에 관한 각국의 입법례

승용자동차를 중심으로 자동차세에 관한 각국의 입법례를 보면 다음과 같다.

(1) 배기량에 따라 과세하는 나라

일본은 10단계로 나누어 배기량별로 누진과세를 하는 한편, 일명 “크린(Clean)세제”라는 것을 도입하여 저공해차는 표준화세율보다 13~50%를 경감하는 반면에, 차령이 13년 경과한 휘발유차(디젤차의 경우는 11년 경과)의 경우에는 10%를 가산하고 있다.

싱가폴도 5단계로 나누어 배기량별로 누진세율을 적용하면서 차령이 10년 이상 경과한 노후차량의 경우 매년 10%씩 추가하여 50%까지 가산하고 있다. 대만은 11단계로 나누어 배기량별로 누진세율을 적용하고 있다.

아일랜드는 배기량에 따라 22단계로 나누어 누진과세하고, 룩셈부르크는 배기량에 따라 25단계로 나누어 누진과세하며, 영국은 자동차보유세인 “자동차소비세”(vehicle excise duty)를 부과하는데, 배기량 1,100cc이하 및 1,100cc초과의 두 가지 종류이다.

(2) 배기량과 차령을 고려하는 나라

포르투갈의 경우는 배기량은 6단계로, 차령은 3단계(5년이하·11년이하·15년이하)로 나누어 지방자동차세(municipal car tax)를 과세하는데, 현차에 대하여는 경과세를 한다.

(3) 엔진출력을 기준으로 하는 나라

오스트리아는 총중량 3,500kg미만의 승용차에 대하여 “보험세”(motorbezogene versicherungssteuer)를 과세하는데, 그 기준은 엔진출력이다. 이탈리아는 엔진출력당 일정액을 과세하는데, 한편 환경기준에 부적합한 디젤자동차에 대하여는 부가세(surtax)가 부과된다.

스페인 엔진출력을 기준으로 5단계로 나누어 과세하며, 벨기에는 엔진출력에 따라 17단계로 나누어 “도로세”(road tax)를 과세한다.

(4) 엔진출력과 차령을 고려하는 나라

프랑스는 엔진출력과 차령에 따라 “도로세”(road tax)를 차등세율로 적용하

는데, 5년까지는 통상세율을 적용하고 차령이 5년이 경과한 후부터는 통상세율의 반액으로 감액한다.

(5) 차체중량에 따라 과세하는 나라

네덜란드와 스웨덴은 차체중량에 따라 여러 단계로 나누어 “도로세”(road tax)를 과세하는데, 경유차량은 중과세한다. 덴마크는 1997. 6. 30.까지 등록된 차량에 대하여는 600kg부터 2,000kg초과까지 7단계로 나누어 “자동차소비세”(vehicle excise duty)와 상계세(countervailing tax)를 부과하였으나, 1997. 7. 1.이후 신규등록한 모든 휘발유 및 경유사용 승용차에 대하여 연료소비량을 기준으로 그린세(green owner's tax)를 부과한다.

핀란드는 총중량 3,500kg을 초과하지 않는 휘발유사용 승용차의 경우 1993년까지 등록된 차량 및 1994년이후 등록된 차량으로 나누어 부과한다. 한편, 휘발유 외에 경유·등유·LPG·전기사용 자동차의 경우 총중량 100kg당 일정액을 부과한다.

(6) 오염배출량을 기준으로 하는 나라

독일의 자동차세는 차종에 따라 과세기준을 달리하였는데, 승합차·버스·영업용차량은 총중량에 따라 과세하였으며, 승용차는 휘발유차의 경우 차량등록일이 1997. 7. 1.을 기준으로 그 이전인 경우에 배기량 100cc당 일정액을 부과하였다. 그런데, 1997. 7. 1. 이후인 경우에는 EU대기오염배출기준(EU emission standards)에 따라 과세하는 방식으로 변경되었다.

(7) 미국의 경우

미국은 세법을 주별로 별도로 규율하고 있는데, 재산세의 경우 과세대상은 부동산(real property)과 동산(personal property)으로 나누어진다. 거의 모든 주에서 부동산, 즉 토지와 건축물은 재산세의 과세대상이 되며, 동산의 경우에는 주별로 다르다. 예컨대 자동차의 경우에는 20여개 주가 과세하고 있는데, 그 과세형태도 조금씩 다르나 대부분 시가(時價)를 과세표준으로 한다.

다. 자동차세의 법적 성격

(1) 조세는 그 기준에 따라 다양하게 분류할 수 있으나 담세력의 존재를 표상하는 과세물건을 기준으로 하면 조세는 강화상 소득세, 재산세, 소비세 및 유통세로 분류되고 있다. 소득세(所得稅)는 사람이 수입을 얻고 있다는 사실에 착안하여 부과하는 조세이고, 재산세(財産稅)는 재산을 소유한다는 사실에 착안하여 부과하는 조세이며(과세대상이 되는 재산의 범위에 따라 일반재산세와 개별재산세가 있다), 소비세(消費稅)는 사람이 재화 또는 용역을 구

입·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 설명되고 있다(헌재 1994. 8. 31. 91헌가1, 판례집 6-2, 153, 166 참조).

지방세법상 강화상의 재산세에 해당하는 조세를 보면, 지방세법 제3장 제2절 소정의 “재산세”와 같은 장 제3절의 “자동차세”가 있다. 그 중 재산세는 일정한 지역내에 소재하는 토지·건축물·광구·선박 및 항공기의 소유 그 자체를 과세대상으로 하여 재산세과세기준일 현재 원칙적으로 재산세과세대장에 그 재산의 소유자로 등재되어 있는 자에게 부과하는 조세이고(제181조, 제182조 제1항), 자동차세는 당해 자동차의 소유 그 자체를 과세대상으로 하여 공부상에 등재되어 있는 소유자에게 부과하는(제196조의3) 조세이다(헌재 1994. 8. 31. 91헌가1, 판례집 6-2, 153, 168). 대법원도 자동차세는 자동차의 소유사실을 과세요건으로 하여 부과되는 재산세의 성질을 가진 조세라고 판시하고 있다(대법원 1999. 3. 23. 선고 98도3278 판결, 공1999상, 806).

(2) 이와 같이 자동차세는 지방세법의 체계상 일반적으로 재산세의 성격이 강하다고 평가되고 있지만, 그밖에 도로이용 및 파손에 대한 사용자부담금의 성격, 교통혼잡과 대기오염을 발생시키는 행위에 대한 부담금으로서의 성격도 아울러 가지고 있다. 자동차세가 순수한 재산세로서의 성격을 가지고 있다면 반드시 모든 차량이 과세대상이 되어야 할 것이나 현행법상 자동차세는 도로를 운행할 수 있도록 등록된 차량에 대하여만 과세되고 있어 재산적 가치를 가지고 있는 차량임에도 등록되지 아니한 차량, 예컨대 자동차운전학원의 기능교육용 차량, 임시운행허가 차량, 생산직후의 출고차량 등은 과세대상에 포함되어 있지 아니하다. 또한 재산세나 종합토지세와 같은 순수한 재산세는 실질과세의 원칙이 적용되어 과세기준일 현재 사실상의 소유자를 납세의 무자로 규정하고 있으나(제182조), 자동차세는 사실상 소유자 여부를 가리지 않고 납기가 있는 달의 1일 현재 자동차등록원부상의 명의자 과세원칙이 적용되고 있고(제29조 제1항 제5호, 대법원 1999. 3. 23. 선고 98도 3278 판결, 공1999상, 806), 이러한 운행·사용세적 성격 때문에 기간과세제도(제196조의6), 승계취득시의 납세의무제도(제196조의7), 신규등록 차량이나 말소등록 차량에 대한 일할계산제도(제196조의8)를 도입하고 있는 것이다.

유럽에서도 도로세, 자동차소비세, 보험세 등 자동차의 “이용”에 대해 과세하는 나라가 다수이며, EU의 조세분류에서는 재산세(Taxes on property : 분

류번호 4000) 항목이 아닌 재화·용역세(Taxes on goods and services : 분류번호 5000) 항목의 재화사용 또는 사용허가에 대한 세금(Taxes on use of goods, or on permission to use goods : 분류세번 5200)으로 분류하고 있다(OECD, 「Revenue Statistics」). 또한 1997년에 EU 집행위원회에서 발간된 자료에 의하면, “자동차 관련세금은 회원국에 따라 엔진출력, 연료의 종류, 등록지역, 차령 등의 기준이 사용되고 있는데, 이들 세금은 도로인프라를 구축·재건할 필요에 영향을 받기 때문에 차체중량, 차축의 수나 현가장치의 유형, 운행거리와도 관계가 있다.”고 설명하고 있다(EUROPEAN COMMISSION, Vehicle Taxation in the European Union 1997).

(3) 요컨대, 자동차세는 종전에는 자동차의 소유로 인한 사용수익에 대하여 자동차의 소유자에게 그 소유 또는 사용하는 사실에 대하여 과세하는 물세(物稅)로 보아 왔으나, 자동차가 일반 대중의 일상생활용품화됨에 따라 재산세적 성격보다는 도로손상부담금적 성격과 자동차운행으로 인한 환경오염부담금적 성격이 강하게 대두되고 있다고 하겠다.

라. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 국가는 그가 담당하는 과제의 수행을 위하여 일정한 재원의 확보를 필요로 한다. 그러나 오늘날의 조세는 국가적 과제의 수행을 위하여 요구되는 단순한 재정적 수단으로서의 기능과 목적을 넘어서서 광범위한 사회형성적·경제정책적 수단으로 사용되고 있다. 이러한 국가과세권의 헌법적 근거로는 소극적인 측면과 적극적인 측면이 있다. 과세권의 소극적인 근거로는 조세법률주의(헌법 제59조)와 납세의 의무(헌법 제38조)를 들 수 있고, 적극적인 근거로는 사회국가원리(헌법 제34조 제2항)·조세국가원리·평등권(헌법 제11조 제1항)·헌법상 경제질서(헌법 제119조 내지 제127조)를 들 수 있다.

국가과세권의 헌법적 한계 즉 조세법률에 대한 위헌심사기준으로는 평등권, 재산권, 조세법률주의와 위임입법의 한계, 소급과세의 금지 등을 들 수 있는바, 우리 헌법재판소에서도 이들을 조세법률에 대한 위헌심사의 기준으로 사용해 왔다. 이 사건 법률조항의 경우 조세법률주의나 위임입법의 한계, 그리고 소급과세의 금지 등은 문제되지 않으므로 나머지 심사기준을 중심으로 살펴 보기로 한다.

(2) 헌법은 제11조 제1항에서 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”고 규정하고 있다. 조세평등주

의는 위 헌법규정에 의한 평등의 원칙 또는 차별금지의 원칙의 조세법적 표현이라고 할 수 있다. 따라서 국가는 조세입법을 함에 있어서 조세의 부담이 공평하게 국민들 사이에 배분되도록 법을 제정하여야 할 뿐만 아니라, 조세법의 해석·적용에 있어서도 모든 국민을 평등하게 취급하여야 할 의무를 진다. 조세평등주의는 정의의 이념에 따라 “평등한 것은 평등하게”, 그리고 “불평등한 것은 불평등하게” 취급함으로써 조세법의 입법과정이나 집행과정에서 조세정의를 실현하려는 원칙이라고 할 수 있다(헌재 1989. 7. 21. 89헌마38, 판례집 1, 131, 141-142). 조세평등주의가 요구하는 이러한 담세능력에 따른 과세의 원칙은 한편으로 동일한 소득은 원칙적으로 동일하게 과세될 것을 요청하며(이른바 ‘수평적 조세정의’), 다른 한편으로 소득이 다른 사람들간의 공평한 조세부담의 배분을 요청한다(이른바 ‘수직적 조세정의’). 그러나 이러한 담세능력에 따른 과세의 원칙이라 하여 예외없이 절대적으로 관철되어야 한다고 할 수 없고, 합리적 이유가 있는 경우라면 납세자간의 차별취급도 예외적으로 허용된다. 세법의 내용을 어떻게 정할 것인가에 관하여 입법자에게는 광범위한 형성의 자유가 인정되며, 더욱이 오늘날 조세입법자는 조세의 부과를 통하여 재정수입의 확보라는 목적 이외에도 국민경제적·재정정책적·사회정책적 목적달성을 위하여 여러 가지 관점을 고려할 수 있기 때문이다(헌재 1999. 11. 25. 98헌마55, 판례집 11-2, 593, 608).

헌법은 제23조 제1항에서 “모든 국민의 재산권은 보장된다”고 하는 재산권 보장에 대한 일반적인 원칙규정을 두고 있으며, 아울러 제13조 제2항은 소급입법에 의한 재산권의 박탈을 금지하고, 제119조 제1항은 “대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다”고 규정하고 있다. 즉, 우리 헌법은 사유재산제도와 경제활동에 대한 사적자치의 원칙을 기초로 하는 자본주의 시장경제질서를 기본으로 하고 있음을 선언하고 있는 것이다. 이는 국민 개개인에게 자유스러운 경제활동을 통하여 생활의 기본적 수요를 스스로 충족시킬 수 있도록 하고 사유재산과 그 처분 및 상속을 보장해 주는 것이 인간의 자유와 창의를 보장하는 지름길이고 궁극에는 인간의 존엄과 가치를 증대시키는 최선의 방법이라는 이상을 배경으로 하고 있는 것이다(헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 367-368).

(3) 이 사건 법률조항은 자동차세의 과세표준을 오로지 배기량에 따라 5단계로 구분함으로써 동일 차종에 대하여는 차령에 관계없이 일률적으로 동일한 세액을 부과하도록 하고 있다. 그런데 자동차는 차령이 높아질수록 감가상

각으로 인하여 차량의 가액이 낮아지는 것이 통례이므로 이 사건 법률조항이 채택한 과세기준은 동일한 차종이라 하더라도 차령이 오래될수록 자동차의 실제가액에 대비한 세율이 더 높아지는 경향이 있는 것은 사실이다. 그러나 자동차는 그 자체로서 가치가 있는 순수한 재산이라기보다는 오히려 사용에 가치가 있으며, 따라서 자동차에 대한 과세는 도로를 운행하고 대기를 오염시키는 수익자부담금적·원인자부담금적 성격도 아울러 가지고 있고, 이에 대하여 무엇을 기준으로 어떤 형태로 과세할 것인지는 입법자의 광범한 입법형성의 범위 내에 있다고 할 것이다. 실제로 우리나라나 외국의 입법례를 보면 같은 자동차라 하더라도 화물차·버스·오토바이·승용차 등 그 종류나 용도에 따라 각각 과세의 기준이 다른 경우가 많다는 사실이 이를 반증한다고 하겠다. 그리고 승용자동차의 경우만 보더라도 이 사건 법률조항과 같이 배기량만에 의하여 과세하는 나라가 일본·대만·싱가폴·아일랜드·룩셈부르크·영국 등 여러 나라가 있으며, 특히 일본은 차령이 13년이 넘는 휘발유차와 11년이 넘는 경유차는 10%를 가산하고 있으며, 싱가포르의 경우도 차령이 10년 이상 경과한 노후차량은 매년 10%씩 추가하여 50%까지 가산하고 있다(Clean 세제). 따라서 이 사건 법률조항이 차령을 고려하지 아니하고 일률적으로 배기량을 기준으로 자동차세를 과세한다고 하여 조세평등주의에 위반되는 위헌의 법률이라고 평가할 수는 없다고 할 것이다.

한편, 오래된 자동차의 경우 이 사건 법률조항이 오직 배기량만을 기준으로 자동차세를 부과함으로써 말미암아 자동차세가 당해 자동차의 실제가액의 절반을 넘는다는가 심지어는 자동차 가액을 상회하는 일이 있다 하더라도, 앞에서 본 바와 같이 이제 자동차는 순수한 재산적 가치를 갖는 것이 아니라 그 이용에 가치가 있는 것이라는 점과 자동차를 운행하고자 하는 자의 전체재산을 고려한다면 이로 말미암아 납세의무자의 당해 자동차에 관한 이용·수익·처분권이 중대한 제한을 받게 된다고 보기는 어렵다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항이 재산권보장규정을 침해한다고는 판단되지 않는다.

4. 결 론

이상의 이유로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로, 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성 김효종
김경일 송인준 주선회(주심)

구 부가가치세법 제17조 제2항 제1호 위헌소원, 부가가치세법 제17조 제2항 제1의2호 위헌소원

(2002. 8. 29. 2000헌바50, 2002헌바56(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 법률조항이 포괄위임금지의 원칙에 위배되는지 여부에 관한 판단방법
2. 세금계산서의 부실기재에 대한 제재로서 매입세액의 공제를 허용하지 아니하는 것이 과잉금지의 원칙에 반하여 재산권을 침해하는 것인지 여부(소극)

【결정요지】

1. 법률조항의 포괄위임 여부는 당해 조항 및 관련규정과 종합하여 유기적·체계적으로 판단하여야 할 것이므로, 어느 법률조항이 외형적으로는 아무런 위임의 한계가 없는 것으로 보이는 경우라고 하더라도 관련조항과 종합하여 유기적·체계적으로 보아 위임범위의 대강을 객관적으로 예측할 수 있으면 포괄위임에 해당한다고 할 수 없다.
2. 세금계산서의 부실기재에 대한 제재로서 매입세액의 공제를 허용하지 아니하는 내용의 구 부가가치세법 제17조 제2항 제1호는 그 입법목적의 정당성과 그 목적달성을 위한 방법의 적정성, 피해의 최소성을 모두 갖추었을 뿐만 아니라, 세금계산서의 진실성과 정확성이 부가가치세제도의 운영에 있어서 절실하게 요구되는 점 및 현재의 세금계산서 거래질서 등의 여러 사정을 고려해 보면 그로써 달성하려는 공공의 필요와 침해되는 기본권 사이의 균형을 갖춘 것으로서 과잉금지의 원칙에 어긋나는 것이라고 할 수 없다.

재판관 하경철, 재판관 권성, 재판관 주선회의 반대의견

부가가치세법상의 납세의무자가 매입세액 전부를 공제받지 못한다면

‘부가가치’가 아닌 ‘매출액’을 과세표준으로 하여 과세하는 결과가 되고 이것은 부가가치세 제도의 기본원리에 반하는 것이다. 위헌행위의 무거움과 가벼움, 비난가능성의 높고 낮음 등을 구별하지 아니하고 납세의 무자의 사소한 잘못에 대하여도 매입세액 전부의 공제를 허용하지 아니하는 내용의 위 법률조항은 과잉금지의 원칙에 반하여 재산권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.

【심판대상조문】

부가가치세법(1994. 12. 22. 법률 제4808호로 개정되기 전의 것) 제17조(납부세액) ① 생략

② 다음 각호의 매입세액은 매출세액에서 공제하지 아니한다.

1. 제16조 제1항 및 제3항의 규정에 의한 세금계산서를 교부받지 아니하였거나 교부받은 세금계산서를 제20조 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 제출하지 아니한 경우 또는 제출된 세금계산서에 필요적 기재사항(제16조 제1항 제1호 내지 제4호의 사항을 말한다. 이하 같다)의 전부 또는 일부가 기재되지 아니하였거나 그 내용이 사실과 다른 경우의 매입세액. 다만, 대통령령이 정하는 경우의 매입세액은 제외한다.

2. ~5. 생략

③~⑥ 생략

부가가치세법(1994. 12. 22. 법률 제4808호로 개정된 것) 제17조(납부세액) ① 생략

② 다음 각호의 매입세액은 매출세액에서 공제하지 아니한다.

1. 생략

- 1의2. 제16조 제1항 및 제3항의 규정에 의한 세금계산서를 교부받지 아니한 경우 또는 교부받은 세금계산서에 제16조 제1항 제1호 내지 제4호의 규정에 의한 기재사항(이하 “필요적 기재사항”이라 한다)의 전부 또는 일부가 기재되지 아니하였거나 사실과 다르게 기재된 경우의 매입세액. 다만, 대통령령이 정하는 경우의 매입세액은 제외한다.

2. ~5. 생략

③~⑥ 생략

【참조조문】

헌법 제23조 제1항·제2항, 제37조 제2항, 제75조

부가가치세법(1994. 12. 22. 법률 제4808호로 개정되기 전의 것) 제16조(세금계산서) ① 납세의무자로 등록된 사업자가 재화 또는 용역을 공급하는 때에는 제9조에 규정하는 시기에 다음 각호의 사항을 기재한 계산서(이하 “세금계산서”라 한다)를 대통령령이 정하는

바에 의하여 공급을 받은 자에게 교부하여야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 그 교부시기를 달리할 수 있다.

1. 공급하는 사업자의 등록번호와 성명 또는 명칭
2. 공급받는 자의 등록번호
3. 공급가액과 부가가치세액
4. 작성년월일
5. 제1호 내지 제4호 이외에 대통령령이 정하는 사항

②~⑤ 생략

부가가치세법(1994. 12. 22. 법률 제4808호로 개정된 것) 제16조(세금계산서) ① 납세의 무자로 등록한 사업자가 재화 또는 용역을 공급하는 때에는 제9조에 규정하는 시기에 다음 각호의 사항을 기재한 계산서(이하 “세금계산서”라 한다)를 대통령령이 정하는 바에 의하여 공급을 받은 자에게 교부하여야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 그 교부시기를 달리할 수 있다.

1. 공급하는 사업자의 등록번호와 성명 또는 명칭
2. 공급받는 자의 등록번호
3. 공급가액과 부가가치세액
4. 작성년월일
5. 제1호 내지 제4호 이외의 대통령령이 정하는 사항

② 삭제

③~⑤ 생략

부가가치세법시행령(1999. 12. 31. 대통령령 제16661호로 개정된 것) 제60조(매입세액의 범위) ① 생략

② 법 제17조 제2항 제1호의2 단서에 규정하는 대통령령이 정하는 경우에는 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 말한다.

1. 2. 생략
3. 재화 또는 용역의 공급시기 이후에 교부받은 세금계산서로서 당해공급시기가 속하는 과세기간내에 교부받은 경우

③~⑧ 생략

조세범처벌법 제11조의2(세금계산서 교부 의무위반 등) ① 생략

② 부가가치세법의 규정에 의하여 매입처벌세금계산서합계표 또는 세금계산서를 정부에 제출하여야 할 자가 폭행·협박·선동·교사 또는 통정에 의하여 세금계산서를 교부받지 아니하거나 허위기재의 세금계산서를 교부받은 때에는 3년 이하의 징역 또는 100만원이하의 벌금에 처한다.

③~⑤ 생략

【참조판례】

1. 헌재 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53

헌재 2002. 8. 29. 2000헌바50, 2002헌바56(병합)

헌재 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 141

헌재 1998. 11. 26. 97헌바31, 판례집 10-2, 650

2. 헌재 1997. 3. 27. 94헌마196등, 판례집 9-1, 375

헌재 1997. 11. 27. 96헌마12, 판례집 9-2, 607

대법원 1997. 6. 27. 선고 97누4920 판결

대법원 1991. 4. 26. 선고 90누9933 판결

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 경기벌크터미날 주식회사 (2000헌바50)
대표이사 이재대
2. 정리회사 경기화학공업 주식회사의 관리인 김능오 (2000헌바50)
청구인 1, 2의 대리인 변호사 김백영 외 1인
3. 김점도 (2002헌바56)
대리인 변호사 김백영
- 당해사건 1. 울산지방법원 99구2454 부가가치세부과처분취소 (2000헌바50)
2. 부산고등법원 2001누1376 부가가치세부과처분취소 (2002헌바56)

【주 문】

구 부가가치세법(1994. 12. 22. 법률 제4808호로 개정되기 전의 것) 제17조 제2항 제1호 및 부가가치세법(1994. 12. 22. 법률 제4808호로 개정된 것) 제17조 제2항 제1의2호의 각 본문 중 세금계산서의 필요적 기재사항의 전부 또는 일부가 사실과 다르게 기재된 경우에 관한 부분 및 각 단서 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2000헌바50

(가) 경기화학공업 주식회사(이하 “경기화학”이라 한다)는 울산 온산읍 산

암리 143-1 및 143-22에 항만시설(안벽 210m, 호안 85m, 야적장 17,870㎡, 건물 2동 294㎡)을 건설하여 이를 해양수산부에 기부채납한 다음, 1993. 8. 9. 항만법상의 항만시설관리권등록원부에 그 명의의 항만시설관리권의 설정등록을 마쳤다.

(나) 경기화학은 위 항만시설관리권의 가액을 금6,072,240,635원으로 평가하여 이를 청구인 경기벌크터미널 주식회사(이하 “경기벌크”라 한다)에 현물출자하기로 하였고, 청구인 경기벌크는 1993. 9. 9. 임시주주총회에서 위 항만시설관리권을 위 가액으로 출자받기로 의결한 다음, 같은 해 11. 2. 위 항만시설관리권등록원부상에 그 명의변경 등록을 마쳤으며, 그 이후 청구인 경기벌크는 그 항만시설을 이용하여 항만운송사업을 영위하여 왔다.

(다) 위 현물출자 당시 청구인 경기벌크는 그 발행할 주식의 총수가 보통주식 20,000주(수권자본 총액 2억원)였으나, 1994. 2. 19. 보통주식 80,000주로, 1994. 4. 7. 보통주식 320,000주로, 1994. 7. 26. 보통주식 1,200,000주(수권자본 총액 120억원)로 발행할 주식의 총수를 점차 확대한 다음 경기화학에게 위 현물출자의 대가로 보통주식 600,700주를 발행하여 주었다.

(라) 경기화학은 위 신주발행일인 1994. 7. 26. 공급물품을 위 항만시설관리권, 공급가액을 금 6,527,170,860원(항만시설관리권 가액 6,007,048,000원+제비용 520, 170,860원), 부가가치세액을 금 652,717,086원, 작성일자 위 신주발행일자인 1994. 7. 26.로 각 기재된 이 사건 세금계산서를 청구인 경기벌크에게 교부하였고, 위 회사들은 1994. 10.경 1994년도 제2기분 부가가치세 예정신고시 이 사건 세금계산서상의 부가가치세액 금 652,717,086원을 매입세액으로 공제(경기벌크)하거나, 매출세액에 포함(경기화학)하여 각 울산세무서장에게 신고하였다.

(마) 울산세무서장은, 위 항만시설관리권의 공급시기는 위 항만시설관리권의 명의변경등록일인 1993. 11. 2.임에도 불구하고 이 사건 세금계산서는 1994. 7. 26.로 발행되었으므로 이는 구 부가가치세법(1994. 12. 22. 법률 제480호로 개정되기 전의 것, 이하 “구법”이라고 한다) 제17조 제2항 제1호 소정의 ‘필요적 기재사항이 사실과 다르게 기재된 경우’의 세금계산서에 해당한다는 이유로, 1999. 1. 2. 청구인 경기벌크에 대하여는 매입세액인 금 652,717,086원의 공제를 허용하지 아니하고 이에 납부불성실가산세 금 65,271,708원을 더하여 1994년도 2기분 부가가치세 금 717,988,790원을 부과·고지하였고, 경기화학에 대하여는 세금계산서 미교부 가산세 금 130,543,417원 및 납부불성실 가산

세 금 65,271,708원 합계금 195,815,125원을 포함한 1993년도 2기분 부가가치세 금 848,532,210원을 부과·고지하는 내용의 과세처분을 하였다.

(바) 청구인들은 울산지방법원에 위 과세처분 중 청구인 경기벌크에 대한 1994년 2기분 부가가치세 717,988,790원의 부과처분과 경기화학에 대한 1993년 2기분 부가가치세 중 위 세금계산서 미교부 가산세 및 납부불성실 가산세 합계금 195,815,125원 부분의 취소를 구하는 내용의 행정소송(울산지방법원 99구2454)을 제기하였고, 그 소송계속 중 구법 제17조 제2항 제1호에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2000. 6. 7. 그 신청이 기각되자 이 사건 헌법소원심판(2000헌바50)을 청구하였다.

(2) 2002헌바56

(가) 청구인 김점도는 부산 사하구 장림동 544에서 경남산업이라는 상호로 유리컵을 제조·가공하여 수출하는 사업자인데, 1997년도 1기분부터 1998년도 2기분까지의 부가가치세를 신고함에 있어서 유리컵 반제품의 매입세액은 청구의 주식회사 경남초자로부터 교부받은 세금계산서에 근거하여, 유리컵 포장용기의 매입세액은 청구의 정성환·정복례 명의의 세금계산서에 근거하여 각 그에 상응하는 매입세액을 공제받았다.

(나) 서부산세무서장은 청구인의 1998년도 1, 2기분 부가가치세 신고에 있어서 세금계산서상의 매입가격이 실제 매입가격보다 많게 기재되어 있고, 또 1997. 3.부터 1998. 12. 사이에 실제로는 위 정성환으로부터 포장용기를 매입하였으면서도 위 정복례 명의의 세금계산서를 교부받았음을 이유로, 실제 매입가격을 초과하는 부분에 대한 매입세액과 위 정복례 명의의 세금계산서상의 매입세액의 공제를 허용하지 아니하여 1999. 4. 1. 청구인에 대하여 1997년도 1기분 부가가치세 금 9,633,930원, 1997년도 2기분 부가가치세 금 7,527,270원, 1998년도 1기분 부가가치세 금 22,798,750원, 1998년도 2기분 부가가치세 금 21,594,030원을 각 부과·고지하였다.

(다) 이에 청구인은 서부산세무서장을 상대로 1997년도 1기분 부가가치세 금 9,633,930원, 1997년도 2기분 부가가치세 금 7,527,270원, 1998년도 1기분 부가가치세 금 21,221,520원, 1998년도 2기분 부가가치세 금 20,483,030원의 각 부과처분의 취소를 구하는 소송(부산지방법원 2000구1041)을 제기하여 일부 승소한 후 항소(부산고등법원 2001누1376)하였고, 그 소송계속 중 세금계산서의 필요적 기재사항이 사실과 다르게 기재된 경우 매입세액의 공제를 허용하지 않도록 규정한 부가가치세법(1994. 12. 22. 법률 제480호로 개정된 것, 이

하 “현행법”이라고 한다) 제17조 제2항 제1의2호에 대하여 위헌제청신청(부산고등법원 2001아24)을 하였으나 2002. 5. 31. 위 항소 및 위헌제청신청이 모두 기각되자 같은 해 6. 21. 이 사건 헌법소원심판(2002헌바56)을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건의 심판대상은 구법 제17조 제2항 제1호 및 현행법 제17조 제2항 제1의2호의 각 본문 중 세금계산서의 필요적 기재사항의 전부 또는 일부가 사실과 다르게 기재된 경우에 관한 부분 및 각 단서 부분(위 각 위헌제청신청과 이에 대한 각 기각결정 및 이 사건 각 헌법소원심판청구서에 기재된 심판대상 조항은 구법 제17조 제2항 제1호 전체 또는 현행법 제17조 제2항 제1의2호 전체로 되어 있으나, 청구인들의 심판청구 이유 및 당해사건의 내용을 종합해 보면, 위 각 조항의 각 본문 중 세금계산서의 필요적 기재사항의 전부 또는 일부가 사실과 다르게 기재된 경우에 관한 부분 및 각 단서 부분에 관한 심판을 구하는 취지임이 명백하므로, 이 사건 심판의 대상조항을 그 부분에 한정하기로 한다. 이하 이 사건 법률조항이라고 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 조항의 내용은 다음과 같다.

구법 제17조(납부세액) ① <생략>

② 다음 각호의 매입세액은 매출세액에서 공제하지 아니한다.

1. 제16조 제1항 및 제3항의 규정에 의한 세금계산서를 교부받지 아니하였거나 교부받은 세금계산서를 제20조 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 제출하지 아니한 경우 또는 제출한 세금계산서에 필요적 기재사항(제16조 제1항 제1호 내지 제4호의 사항을 말한다. 이하 같다)의 전부 또는 일부가 기재되지 아니하였거나 그 내용이 사실과 다른 경우의 매입세액. 다만, 대통령령이 정하는 경우의 매입세액은 제외한다.

현행법 제17조(납부세액) ① <생략>

② 다음 각호의 매입세액은 매출세액에서 공제하지 아니한다.

1. <생략>

- 1의2. 제16조 제1항 및 제3항의 규정에 의한 세금계산서를 교부받지 아니한 경우 또는 교부받은 세금계산서에 제16조 제1항 제1호 내지 제4호의 규정에 의한 기재사항(이하 “필요적 기재사항”이라 한다)의 전부 또는 일부가 기재되지 아니하였거나 사실과 다르게 기재된 경우의 매입세액. 다만, 대통령령이 정하는 경우의 매입세액은 제외한다.

제16조(세금계산서) ① 납세의무자로 등록한 사업자가 재화 또는 용역을

공급하는 때에는 제9조에 규정하는 시기에 다음 각호의 사항을 기재한 계산서(이하 “세금계산서”라 한다)를 대통령령이 정하는 바에 의하여 공급을 받은 자에게 교부하여야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 그 교부시기를 달리할 수 있다.

1. 공급하는 사업자의 등록번호와 성명 또는 명칭
2. 공급받는 자의 등록번호
3. 공급가액과 부가가치세액
4. 작성연월일
5. 제1호 내지 제4호 이외에 대통령령이 정하는 사항
2. 청구인들의 주장, 법원의 제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견
가. 청구인들의 주장요지

(1) 조세법률주의 및 포괄위임금지의 원칙에 위배된다는 주장

이 사건 법률조항 중 각 본문은 매입세액이 공제되지 아니하는 경우에 관하여 규정하고 있고, 단서는 그에 대한 예외를 규정하고 있다. 그런데 위 단서규정은 그 예외의 범위를 구체적으로 한정하지 아니한 채 대통령령에 그 내용을 전적으로 위임하였다. 따라서 위 단서규정은 위 예외의 범위에 관하여 과세관청으로 하여금 이를 자의적으로 판단할 수 있게 한 것으로서 포괄위임금지의 원칙에 위배되고 조세법률주의에도 위배된다.

(2) 과잉금지의 원칙에 반하여 재산권을 침해한다는 주장

공급시기에 관한 법령해석의 착오로 인하여 과세기간이 달라진 경우 등과 같이 세금계산서의 필요적 기재사항이 잘못 기재된 경우라도 실질적인 거래행위가 존재한다면 적정율의 가산세 부과만으로도 충분한 제재효과를 거둘 수 있음에도 불구하고, 이 사건 법률조항이 거래금액의 10%인 매입세액 자체를 공제하지 않도록 규정한 것은 납세자의 사소한 잘못에 대한 제재방법으로서 지나치게 가혹한 것이므로, 헌법상 과잉금지의 원칙에 반하여 재산권을 침해하는 것이다.

(3) 부가가치세의 기본원리에 반하고 실질과세의 원칙에 위배된다는 주장

부가가치세에는 최종소비자에 대한 조세전가가 예정되어 있으며, 소득세나 법인세와는 달리 누진세율이 아닌 단일의 비례세율이 적용되므로 공급시기가 어느 과세기간에 속하는지와 관계없이 조세부담비율은 항상 일정한 것이고, 또한 공급시기 이후에 교부받은 세금계산서라도 당해 공급시기가 속하는 과세기간 내에 교부받은 경우에는 매입세액을 공제받을 수 있는 점과 비교하여

보면, 세금계산서상의 공급시기가 사실과 다르게 기재되어 있다는 이유만으로 매입세액 공제를 허용하지 않는 것은 부가가치세법의 기본원리에 반하는 것으로서 실질과세의 원칙에 위배된다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유

(1) 2000헌바50

이 사건 법률조항의 의미가 불명확하다고 할 수도 없을 뿐 아니라, 사실과 다르게 기재된 계산서를 교부받은 경우에는 원칙적으로 매입세액 공제를 허용하지 않고 예외적으로 매입세액 공제를 허용하여 구제되는 범위를 대통령령에 위임하였을 뿐이므로 포괄위임금지의 원칙이나 조세법률주의에 위배된다고 할 수 없다.

부가가치세 수입이 내국세 수입의 약 40%를 차지할 정도로 국가재정수입의 기초가 되고, 과세기술상으로도 부가가치세의 과세거래 포착이 소득세, 법인세, 지방세의 과세로 연결되기 때문에 부가가치세의 성실신고납부 여부는 국가 세수의 규모를 가늠케 하며, 부가가치세의 적절한 과징체계가 국민의 조세진반에 관한 납세의식과 태도결정에 직·간접적인 영향을 미치는 점, 법 제 9조 소정의 거래시기를 납세자의 자의에 맡겨두면 거래시기의 조작을 통한 납부세액의 조절 및 탈세가 가능하게 되고, 거래시기에 세금계산서를 발행·교부하지 않을 경우 위장·가공 세금계산서의 발생을 초래할 가능성이 있으므로 이를 방지하고자 법에서 규정한 시기에 세금계산서를 발행하도록 강제할 필요가 있는 점에 비추어 보면, 이 사건 법률조항이 부가가치세법의 기본원리, 실질과세의 원칙, 헌법상 과잉금지의 원칙, 재산권 보장의 법리에 위배된다고 할 수 없다.

(2) 2002헌바56

이 사건 법률조항은 부가가치세법에서 정한 요건에 맞지 않는 세금계산서 또는 사실과 달리 기재된 세금계산서에 대해서는 그 매입세액을 공제하지 않겠다는 것으로서, 이 규정이 실제적 진실주의 내지 실질과세의 원칙에 위배된다거나 과잉금지의 원칙 및 재산권보장의 원리에 위배된다고 볼 수 없다.

다. 재정경제부장관 및 국세청장의 의견

법원의 위헌제청신청 기각이유와 대체로 같다.

3. 판 단

가. 조세법률주의 및 포괄위임입법금지의 원칙에 위반되는지 여부

(1) 이른바 조세법률주의는 입법부가 제정한 법률의 근거 없이는 조세를 부

과·징수할 수 없고 국민은 조세의 납부의무를 부담하지 아니한다는 하나의 헌법상의 원칙이다. 이는 행정권의 자의적인 법해석과 집행으로부터 국민의 재산권을 보장함과 동시에 국민의 경제생활에 법적 안정성과 예측가능성을 부여하는 기능을 한다. 그러나 경제현실의 변화나 전문적 기술의 발전 등에 즉시 대응하여야 할 필요 등 특별한 사정이 있는 경우에는 법률로 규정하여야 할 사항에 관하여 형식적 법률보다 탄력성이 있는 행정입법에 위임하는 것이 보다 바람직할 수 있다. 헌법 제75조가 위임입법의 근거와 한계에 관하여 규정하고 있는 것도 그러한 이유에서 나온 것이다.

다만 법률이 어떤 사항에 관하여 대통령령에 위임할 경우에는 국민이 장래 대통령령으로 규정될 내용을 일일이 예견할 수는 없다고 할지라도 적어도 그 대체적 윤곽만은 예견할 수 있도록 기본적 사항들에 관하여 법률에서 구체적으로 규정하여야 한다. 그리고 그간 우리재판소에서 누누이 밝힌 바 있듯이 그 위임의 구체성·명확성의 요구정도는 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 영역에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정의 영역에서보다 더 엄격하게 제한되어야 한다(헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525, 532-534; 1998. 6. 25. 95헌바35등, 판례집 10-1, 771, 793 등).

(2) 그리고 여기서 위임의 구체성·명확성의 정도 내지 예측가능성을 판단함에 있어서는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단하는 것은 아니고 관련 법률조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 한다(1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53, 58-59; 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 141, 164). 즉 위임조항 자체에서는 위임의 구체적 범위를 명확히 규정하고 있지 않더라도 당해 법률의 전반적 체계와 관련규정에 비추어 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있다면 이를 일반적이고 포괄적인 백지위임에 해당하는 것으로 볼 수는 없다(헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 616, 635; 1998. 11. 26. 97헌바31, 판례집 10-2, 650, 662).

(3) 이 사건 법률조항은 본문과 단서로 이루어져 있다. 단서규정은 그 자체로서 독립적으로 존재하는 것이 아니라 본문에 대한 예외로서 의미를 갖고 있다. 따라서 이 사건 법률조항 중 단서규정인 “다만, 대통령령이 정하는 경우의 매입세액은 제외한다”는 부분의 포괄위임 여부, 즉 위임의 구체성·명확

성의 판단은 본문 부분 및 관련규정과 종합하여 유기적·체계적으로 판단하여야 한다.

위 단서규정은 언뜻 문언상으로만 보면 아무런 위임의 한계가 없는 것으로 보일 수 있다. 그러나 위와 같이 위 단서규정을 본문부분과 종합하여 유기적·체계적으로 보면, 단서규정의 “대통령령이 정하는 경우”는 본문규정에서 정하는 세금계산서의 미교부·불제출·미기재·부실기재의 경우로 그 외연이 한정된다. 또한 본문규정에서 세금계산서의 미교부·불제출·미기재·부실기재 등의 경우에 매입세액의 공제를 허용하지 않는 취지는 부가가치세 제도 운영의 기초가 되는 세금계산서의 정확성과 진실성을 확보하기 위하여 그와 같은 경우에 강력한 제재를 가하겠다는 것임이 분명하다. 이러한 본문규정의 취지를 감안하여 보면, 위 단서규정은 세금계산서의 부실기재 등에도 불구하고 과세자료로서의 기능에 영향이 없거나 미미한 경우 또는 납세자에게 지나치게 가혹하거나 불합리한 결과를 초래할 수 있는 경우에는 굳이 매입세액 불공제의 제재를 가하지 아니할 수 있는 근거를 마련하여 둔 것이라고 이해될 수 있어 내용에 있어서도 그 위임범위의 대강을 객관적으로 예측할 수 있다고 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항은 헌법상 위임입법의 한계를 벗어난 포괄적 위임에 해당한다거나 조세법률주의에 위반된다고 할 수 없다.

나. 과잉금지의 원칙에 반하여 재산권을 침해하는지 여부

(1) 헌법 제23조 제1항은 “모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다”고 규정하고, 제2항은 “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다”고 규정하고 있으며, 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 규정하고 있다.

이러한 헌법 규정에 비추어 보면, 국민의 재산권은 원칙적으로 보장되고, 예외적으로 공공복리 등을 위하여 법률로써 제한할 수 있되, 그 경우에도 본질적인 내용은 침해할 수 없으며, 설사 재산권의 본질적인 내용의 침해가 없을지라도 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙에 위배되어서는 안된다. 따라서 재산권을 제한하는 입법을 함에 있어서도 입법목적이 정당하고 그 방법이 적정해야 하며 피해를 최소화 하고 보호하려는 공공의 필요와 침해되는 기본권 사이의 균형성을 모두 갖추어야 한다. 이를 준수하지 않는 법률 내지 법률조

항은 기본권을 제한하는 입법적 한계를 벗어난 것으로 헌법에 위반된다고 보아야 할 것이다(헌재 1997. 3. 27. 94헌마196등, 판례집 9-1, 375, 383; 1997. 11. 27. 96헌바12, 판례집 9-2, 607, 624 등).

(2) 이 사건 법률조항은 세금계산서를 부실기재한 경우에 가하는 일종의 제재로서 그에 해당하는 매입세액의 공제를 허용하지 아니한다는 것이다. 국민의 재산을 완전히 박탈한다거나 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 것이라고는 할 수 없다. 다만 그 제재방법이 지나치게 가혹하여 납세자의 재산권을 과도하게 제한하는 것은 아닌지가 문제될 수 있다.

(3) 이 사건 법률조항의 입법목적은 필요적으로 기재해야할 세금계산서의 내용이 사실대로 기재되지 아니할 때에는 부가가치세법상 납부세액을 산정하는 계산서로서의 기능 등을 다하지 못하게 되어 그 결과 부가가치세 제도의 기초가 크게 흔들리는 점 등을 고려한 제재규정이므로 그 입법목적은 정당하다고 할 것이다. 또한 그 입법목적 달성을 위하여 납세자에게 세제상의 불이익 즉, 당해 거래의 매입세액 공제를 허용하지 아니하는 수단을 선택한 것은 세금계산서의 성실한 작성을 담보하는 하나의 효과적인 방법이 될 수 있으므로 수단의 적정성도 이를 수긍하지 않을 수 없다. 다만 이 사건 법률조항이 그 위반정도에 비하여 지나치게 가혹한 내용의 제재를 규정하고 있는 것이 아닌지 일응 의문을 품을 수 있다. 무릇 세금계산서의 필요적 기재사항이 사실과 다르게 기재된 경우 이를 교부받은 사업자에게 세법상 어떠한 제재를 가하는 것이 가장 합당한 것인지에 관하여는 무슨 선형적인 원리나 논리필연적인 해답이 존재하는 것은 아니다. 따라서 입법자로서는 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 바와 같이 매입세액 전부의 공제를 허용하지 아니하는 강력한 제재방법부터 보다 더 가벼운 제재로서 적정율의 가산세 부과 등에 이르기까지의 여러 가지 제재조치 중에서 적절한 것을 선택하여 규정할 수 있을 것이다. 그러나 부가가치세가 내국세 수입의 40% 전후를 차지하고 있을 정도로 국가재정수입의 기초를 이루고 있고, 부가가치세 제도운영의 기초가 되는 세금계산서의 정확성과 진실성이 담보되지 아니하고서는 법인세, 소득세, 지방세 등의 정확한 과세산정이 곤란할 뿐 아니라 실질적담세자인 최종소비자에 대한 조세의 전가가 원활하고 적정하게 이루어지는 것을 기대하기 힘들어 결국 부가가치세 제도는 물론이고 세제전반의 부실한 운영을 초래할 우려가 매우 큰 점, 부가가치세 제도가 시행된 이후 현재까지도 세금계산서의 수수질서가 확립되지 못하고 있어 무자료 거래가 성행하고 과세자료의 노출을 회피하

고자 세금계산서의 수수를 기피하는 잘못된 관행에 효율적으로 쉼기를 박을 필요가 절실한 점, 매입세액 불공제에 대한 예외규정(이 사건 법률조항 중 단서부분)이 마련되어 있어 세금계산서를 부실기재한 경우에도 사후에 수정신고가 이루어지거나 기타 합리적인 사유가 있는 때에는 구제수단이 마련되어 있는 점 등을 종합하여 보면, 세금계산서의 부실기재의 경우 그 당해 거래의 매입세액 공제를 허용하지 아니하는 것이 그로써 달성하려는 공익에 비하여 지나치게 가혹한 것이라고는 할 수 없다.

따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지의 원칙에 어긋나는 규정으로 납세자의 재산권을 침해하고 있는 것은 아니다.

다. 청구인들의 그 밖의 주장에 대한 판단

(1) 청구인들은, 부가가치세는 소득세나 법인세와는 달리 누진세율이 적용되지 않고 단일의 비례세율이 적용되는 결과 공급시기가 어느 과세기간에 귀속되는지와 관계없이 조세부담은 항상 일정하게 되는 것이므로 세금계산서상의 공급시기가 사실과 다르게 기재되어 있다는 이유로 매입세액 공제 자체를 허용하지 아니함은 조세의 전가를 예정하고 있는 부가가치세의 기본원리에 반한다고 주장한다.

그러나 이 사건 법률조항은 세금계산서 부실기재의 경우에 대한 일종의 강력한 제재로서 당해 거래단계에서 재화나 용역을 공급받는 자에 대한 세제상의 불이익을 의미하는 것일 뿐 다른 거래단계에서 조세의 전가를 차단하는 것도 아니고, 그와 같은 제재방법으로서 매입세액 공제를 허용하지 아니하는 것이 부가가치세의 기본원리에 반하는 것이라고 단정할 수는 없다.

다만, 부가가치세가 각 거래단계에서 창출된 부가가치에 대한 조세라는 점에서 볼 때 매입액에 대한 세액 자체를 공제하지 아니하는 것이 부가가치세의 개념과 일면 조화되지 아니하는 점이 없는 바는 아니나 앞서 본 바와 같이 이 사건 법률조항이 입법권의 한계 내에 있는 것으로 헌법원리에 어긋나지 아니하는 이상 그와 같은 점만으로는 이 사건 법률조항의 합헌성에 어떠한 영향을 준다고 보기 어렵다.

(2) 또한 청구인들은, 실제로 거래행위가 이루어졌음에도 불구하고 세금계산서의 기재내용이 사실과 다르다는 이유만으로 매입세액 공제를 허용하지 아니하는 것은 실질과세의 원칙에 반한다고 주장한다.

그러나 이 사건 법률조항은 경제적 실질을 도외시하고 법률상의 형식에 따라 과세하고자 하는 것이 아니라, 앞서 본 입법목적의 달성을 위하여 세금계

산서가 사실과 다르게 기재된 경우 등에 그 제재방법으로서 당해 거래의 매입세액 공제를 허용하지 아니한다는 내용을 규정한 것일 뿐이다. 그렇다면 이 사건 법률조항은 실질과세의 원칙과 직접적 관련이 없는 것이다.

4. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 하경철, 재판관 권성, 재판관 주선회의 아래 5.와 같은 반대의견(위헌의견)이 있는 외에는 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 하경철, 재판관 권성, 재판관 주선회의 반대의견

우리는 다수의견과는 달리 이 사건 법률조항이 과잉금지의 원칙에 반하여 재산권을 과도하게 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 생각하므로 그 이유를 다음과 같이 밝혀둔다.

가. 부가가치세는 재화나 용역이 생산·제공되거나 유통되는 모든 단계에서 창출된 ‘부가가치’를 과세표준으로 하여 부과되는 세금이므로, 만약 납세의 무자인 사업자가 매입세액의 전부를 공제받지 못하게 되는 경우에는 ‘부가가치’가 아닌 ‘매출액’을 과세표준으로 하여 과세하는 결과가 되고, 이것은 전단계(前段階) 세액공제방식에 의하여 세액이 산출되는 우리나라 부가가치세 제도의 본질 또는 기본구조에 반하는 것임이 명백하다.

나. 이 사건 법률조항이 그 입법목적에 있어서 정당하고, 그 제재의 내용으로서 세제상의 불이익을 규정하고 있다는 점에 있어서 그 수단의 적정성도 인정될 수 있음은 다수의견이 지적하고 있는 바와 같다. 그러나 그러한 입법목적 달성을 위하여 부가가치세 제도의 본질에 반하는 내용의 과중한 제재를 가할 필요가 있는 것인지에 관하여는 강한 의문을 품지 않을 수 없는 것이다.

먼저 이 사건 법률조항 자체가 가지고 있는 불합리성·경직성에 관하여 본다. 구법 제17조 제2항 제1호 본문의 내용은 세금계산서를 교부받지 아니하거나, 이를 제출하지 아니한 경우, 세금계산서에 필요적 기재사항의 전부 또는 일부가 기재되지 아니하거나, 그 기재된 내용이 사실과 다른 경우 등에 모두 일률적으로 매입세액 전부의 공제를 허용하지 아니한다는 것이고, 현행법 제17조 제2항 제1의2호 본문의 경우에는 세금계산서의 미제출의 경우가 포함되어 있지 아니한 점을 제외하고는 구법의 조항과 그 내용이 동일하다. 이 조항은 그 위반정도, 비난가능성 및 세금계산서의 거래질서에 영향을 주는 정도가 서로 다른 매우 다양한 위반형태를 포함하여 규율하고 있음에 반하여, 아무리

사소한 정도의 위반행위라고 하더라도 위 조항에 포함되는 경우에 해당되기만 하면 단서규정에 의하여 구제되지 아니하는 한 매입세액 전부의 공제가 허용될 수 없는 것으로 규정하고 있다. 이 사건 법률조항의 이러한 경직된 규정형태로 말미암아 사소한 정도의 위반행위를 한 납세의무자로 하여금 과중한 제재를 부담케 하고 있는 것이다.

대법원은 세금계산서의 명의위장 또는 명의대여의 경우에도 공급받는 자의 선의·무과실을 입증하면 매입세액을 공제받을 수 있다는 법리를 제시한 바 있으며(대법원 1997. 6. 27. 선고 97누4920 판결 등), 세금계산서상의 작성일자가 실제 공급일자와 서로 다른 경우에도 일정한 경우에는 매입세액을 공제받을 수 있다고 판시하였고(대법원 1991. 4. 26. 선고 90누9933 판결), 이러한 대법원의 견해는 행정입법에 반영되어 1999. 12. 31. 대통령령 제16661호로 부가가치세법시행령 개정시에 제60조 제2항 제3호가 신설되면서 공급시기 이후에 교부받은 세금계산서라도 당해 공급시기가 속하는 과세기간 내에 교부받은 경우에는 매입세액의 공제가 허용되는 것으로 규정되었는바, 이러한 것들은 위 조항이 다양한 형태의 위반행위를 제재대상으로 삼고 있으면서도 일률적으로 가혹한 제재내용만을 규정하고 있는 경직성과 불합리를 보완하여, 사소한 잘못으로 매입세액의 전부를 공제받지 못하게 된 납세의무자를 구제하여 주기 위한 것이었다.

다음으로 이 사건에 돌아와 보면, 청구인 경기벌크와 경기화학 사이에 수수된 세금계산서는 그 작성일자만이 공급시기와 다르게 기재되어 있는 것이고, 과세관청은 이를 이유로 매입세액 공제를 부인하고 과세하였다(2000헌바50의 경우). 그런데 이와 같은 작성일자의 부실기재는 위 조항이 정하는 세금계산서의 미교부, 불제출 등의 경우보다는 물론이고, 공급가액이나 공급자 등 다른 필요적 기재사항의 부실기재의 경우(2002헌바56의 경우)보다도 위반정도가 가볍다고 하지 않을 수 없다. 더구나 부가가치세는 누진세가 아닌 단일의 비례세율이 적용되는 결과 공급시기가 어느 과세기간에 귀속되느냐 하는 것은 세액의 결정에 아무런 영향을 주지 못하는 것일 뿐만 아니라, 작성일자가 공급시기와 다르게 기재되어 있다고 하더라도 그 공급시기와 같은 과세기간 내로 기재되어 있는 경우에는 매입세액 전부의 공제가 허용되는 점에 비추어 보면, 작성일자가 공급시기의 과세기간 이후로 기재되어 있다는 점만으로 매입세액 전부의 공제를 허용하지 아니함은 그 위반정도에 비하여 지나치게 가혹한 것이라고 하지 않을 수 없는 것이다.

더구나 조세범처벌법 제11조의2 제2항의 규정은 세금계산서를 교부받지 아니하거나 허위기재의 세금계산서를 교부받은 경우 형사처벌(3년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금)을 받는 것으로 규정하고 있다. 이 규정의 입법목적은 다수의견이 우려하고 있는 바와 같은 거래관행, 납세의식을 개선하기 위한 것으로 보인다. 이와 같은 형사처벌 규정만으로 종전의 세금계산서 수수에 관한 거래관행, 납세의식의 개선이 충분히 담보되지 아니하여 그 외에 세법상의 제재를 규정할 필요가 있다고 하더라도, 위 조항이 규정하는 모든 경우에 관하여 일률적으로 매입세액 전부의 공제를 불허할 것이 아니라 그 위반정도, 세금계산서의 진실성과 거래질서에 영향을 주는 정도 등에 따라 경우를 세분하여 그 제재의 내용도 차등을 두어야 함이 마땅하다. 위 조항에 해당되는 경우라고 하더라도 그 위반정도가 가볍고 비난가능성이 낮은 경우에는 매입세액 공제를 불허하여 부가가치세의 기본원리를 함부로 훼손할 것이 아니라, 부가가치세의 근간은 그대로 유지한 채 그 위반정도에 따른 적정율의 가산세 부과만으로도 제재의 효과를 충분히 거둘 수 있다.

다. 다수의견은, 이 사건 법률조항에서와 같은 엄격한 제재가 필요한 이유를 우리나라에서 부가가치세 제도의 시행 이후 현재까지도 세금계산서의 수수질서가 제대로 확립되지 못하여 무자료 거래가 이루어지거나 과세자료의 노출을 회피하기 위하여 세금계산서의 수수를 기피하려는 관행에 효율적으로 대처하기 위한 것이라고 하고 있다.

그러나 이와 같은 견해는 오로지 과세관청의 과세의 편의만을 위하여 납세의무자인 국민의 재산권이 침해되어도 좋다는 것과 다를 바 없다. 즉 세금계산서의 수수질서를 개선하기 위한 현실적 필요성으로 인하여 납세의무자인 국민의 사소한 잘못에 대하여도 과중한 제재를 가하는 것이 허용될 수 있다는 것인데, 이와 같은 행정편의주의 내지 국고주의에 편향된 견해는 도저히 수긍할 수 없는 것이다. 앞서 본 바와 같이 이 사건 법률조항이 납세의무자의 사소한 잘못에 대하여도 과중한 내용의 제재를 가하도록 하여 최소침해의 원칙에 위반되고 있음이 명백한 이상 다수의견이 들고 있는 현실적 필요성만을 이유로는 헌법상의 최소침해의 원칙을 압도하기에는 부족하다 할 것이다.

라. 결국 구법 제17조 제2항 제1호 및 현행법 제17조 제2항 제1의2호의 기본문규정은 매우 다양한 형태의 위반행위를 그 규율대상으로 삼고 있으면서도 그 제재의 내용으로서는 그 위반행위의 무거움과 가벼움, 비난가능성의 높고 낮음 등을 구별하지 아니한 채 일률적으로 무거운 제재를 가하도록 함으

로써 납세의무자의 사소한 잘못으로 인한 위반행위에 대하여도 상대적으로 과중한 제재를 가하도록 하고 있는 것이다. 그렇다면 이 사건 법률조항은 과잉금지의 원칙에 반하여 재산권을 과도하게 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 할 것이므로 이에 다수의견에 대한 반대의견을 밝히는 것이다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성 김효종
김경일 송인준(주심) 주선희

소득세법 제61조 위헌소원

(2002. 8. 29. 2001헌바82 전원재판부)

【판시사항】

1. 헌법 제36조 제1항의 규범내용
2. 부부의 자산소득을 합산하여 과세하도록 규정하고 있는 소득세법 제61조 제1항이 헌법 제36조 제1항에 위반되는지 여부(적극)
3. 심판대상에 부수되는 관련조항에 대하여도 위헌선언을 한 사례

【결정요지】

1. 헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”라고 규정하고 있는데, 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 기본권으로서 보장하고, 혼인과 가족에 대한 제도를 보장한다. 그리고 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족에 관련되는 공법 및 사법의 모든 영역에 영향을 미치는 헌법원리 내지 원칙규범으로서의 성격도 가지는데, 이는 적극적으로는 적절한 조치를 통해서 혼인과 가족을 지원하고 제삼자에 의한 침해 앞에서 혼인과 가족을 보호해야 할 국가의 과제를 포함하며, 소극적으로는 불이익을 야기하는 제한조치를 통해서 혼인과 가족을 차별하는 것을 금지해야 할 국가의 의무를 포함한다. 이러한 헌법원리로부터 도출되는 차별금지명령은 헌법 제11조 제1항에서 보장되는 평등원칙을 혼인과 가족생활영역에서 더욱 더 구체화함으로써 혼인과 가족을 부당한 차별로부터 특별히 더 보호하려는 목적을 가진다. 이 때 특정한 법률조항이 혼인한 자를 불리하게 하는 차별취급은 중대한 합리적 근거가 존재하여 헌법상 정당화되는 경우에만 헌법 제36조 제1항에 위배되지 아니한다.

2. 부부간의 인위적인 자산 명의의 분산과 같은 가장행위 등은 상속세및증여세법상 증여의제규정 등을 통해서 방지할 수 있고, 부부의 공동생활에서 얻어지는 절약가능성을 담세력과 결부시켜 조세의

차이를 두는 것은 타당하지 않으며, 자산소득이 있는 모든 납세의무자 중에서 혼인한 부부가 혼인하였다는 이유만으로 혼인하지 않은 자산소득자보다 더 많은 조세부담을 하여 소득을 재분배하도록 강요받는 것은 부당하며, 부부 자산소득 합산과세를 통해서 혼인한 부부에게 가하는 조세부담의 증가라는 불이익이 자산소득합산과세를 통하여 달성하는 사회적 공익보다 크다고 할 것이므로, 소득세법 제61조 제1항이 자산소득합산과세의 대상이 되는 혼인한 부부를 혼인하지 않은 부부나 독신자에 비하여 차별취급하는 것은 헌법상 정당화되지 아니하기 때문에 헌법 제36조 제1항에 위반된다.

3. 심판대상이 된 소득세법 제61조 제1항은 거주자 또는 그 배우자의 자산소득을 주된 소득자의 종합소득에 합산하여 세액을 계산하도록 정하는 자산소득합산과세제도의 근간을 이루는 핵심적 요소이므로, 소득세법 제61조 제1항이 위헌이라면, 이 조항과 전체적·종합적으로 분리될 수 없는 밀접한 일체를 형성하고 있는 소득세법 제61조의 나머지 조항들인 제2항 내지 제4항은 독자적인 규범적 존재로서의 의미를 잃게 되므로, 비록 심판대상은 아니지만 이 법조항들에 대해서도 위헌선언을 한다.

【심판대상조문】

소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전문 개정된 것) 제61조(자산소득합산과세) ① 거주자 또는 그 배우자가 이자소득·배당소득 또는 부동산임대소득(이하 “자산소득”이라 한다)이 있는 경우에는 당해 거주자와 그 배우자중 대통령령이 정하는 주된 소득자(이하 “주된 소득자”라 한다)에게 그 배우자(이하 “자산합산대상배우자”라 한다)의 자산소득이 있는 것으로 보고 이를 주된 소득자의 종합소득에 합산하여 세액을 계산한다.

②~④ 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 헌법 제36조 제1항

소득세법(2001.12. 31. 법률 제6557호로 개정되기 전의 것) 제55조(세율) ① 거주자의 종합소득에 대한 소득세는 당해년도의 종합소득과세표준에 다음의 세율을 적용하여 계산한 금액(이하 “종합소득산출세액”이라 한다)을 그 세액으로 한다.

〈종합소득과세표준〉	〈세 율〉
1천만원이하	과세표준의 100분의 10
1천만원초과 4천만원이하	100만원+1천만원을 초과하는 금액의 100분의 20

4천만원초과 8천만원이하 700만원+4천만원을 초과하는 금액의 100분의 30
8천만원초과 1천 900만원+8천만원을 초과하는 금액의 100분의 40

② 거주자의 퇴직소득에 대한 소득세는 당해년도의 퇴직소득과세표준을 근속연수로 나눈 금액에 제1항의 세율을 적용하여 계산한 금액에 근속연수를 곱한 금액(이하 “퇴직소득산출세액”이라 한다)을 그 세액으로 한다.

③ 거주자의 산림소득에 대한 소득세는 당해 년도의 산림소득과세표준에 제1항의 규정을 준용하여 계산한 금액(이하 “산림소득산출세액”이라 한다)을 그 세액으로 한다.

소득세법시행령(1999. 12. 31. 대통령령 제16682호로 개정된 것) 제120조(주된 소득자의 범위) 법 제61조 제1항에서 “대통령령이 정하는 주된 소득자”는 다음 각호의 1에 해당하는 자를 말한다.

1. 거주자 또는 그 배우자중 자산소득금액외의 종합소득금액이 많은 자
2. 자산소득금액외의 종합소득금액이 없거나 같을 경우에는 자산소득금액이 많은 자
3. 자산소득금액과 자산소득외의 종합소득금액이 모두 같을 경우에는 과세표준확정신고서에 주된 소득자로 기재된 자. 다만, 과세표준확정신고서에 주된 소득자가 기재되지 아니한 때 또는 신고서의 제출이 없는 때에는 납세지 관할세무서장이 정하는 자로 한다.

【참조판례】

3. 헌재 1989. 11. 20. 89헌가102, 판례집 1, 329
헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808
헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91·112·134(병합), 판례집 13-2, 77

【당 사 자】

청 구 인 최○희

대리인 변호사 강인애

당해사건 서울행정법원 2001구18496 종합소득세경정청구거부처분취소

【주 문】

소득세법 제61조(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전문 개정된 것)는 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상
가. 사건의 개요

(1) 청구인은 ○○대학교의료원의 의사로서 1999년도 귀속 종합소득금액은 근로소득금액 48,996,506원, 부동산임대소득금액 11,748,546원이고, 청구인의 배우자 김○권은 □□섬유공업사, △△염공과 △△볼링장을 운영하는 개인사업자로서 1999년도 귀속 종합소득금액은 근로소득금액 2,400,000원, 부동산임대소득금액 214,137,845원, 사업소득금액 -3,562,398,226원이었다.

(2) 청구인은 2000. 5. 30. 소득세법(이하 ‘법’이라 한다) 제61조 제1항, 동법 시행령(이하 ‘법시행령’이라 한다) 제120조의 각 규정에 의하여 자신을 주된 소득자로 하여 1999년도 귀속 종합소득세과세표준확정신고를 함에 있어, 자신의 근로소득금액 48,996,506원과 부동산임대소득금액 11,748,546원에 자산합산대상배우자인 김○권의 부동산임대소득금액 214,137,845원을 합산하여 종합소득금액 274,882,897원, 과세표준 269,611,499원, 산출세액 94,844,599원 및 납부할 세액으로 94,406,597원을 신고하고, 그 세액을 전부 자진납부하였다.

(3) 그런데 청구인은 법시행령 제101조 제3항이 자산합산대상배우자의 부동산임대소득을 주된 소득자의 종합소득금액에 합산하는 경우에 ‘부동산임대부분’에 대하여는 주된 소득자와 자산합산대상배우자를 ‘하나의 거주자’로 보고 결손금 공제에 관한 법 제45조 제1항, 제2항의 각 규정을 적용하도록 규정하고 있는데도 이를 간과하고, 김○권의 사업소득에서 발생한 결손금 3,562,398,226원(이하 ‘이 사건 결손금’이라 한다)을 청구인과 김동권의 부동산임대소득금액 225,886,391원(214,137,845원+11,748,546원)에서 공제하지 않았다는 이유로, 2000. 8. 7. 종로세무서장에게 법시행령 제101조 제3항, 법 제45조 제1항에 따라 이 사건 결손금을 청구인과 김○권의 부동산임대소득금액에서 공제하여 종합소득세과세표준을 55,973,654원, 산출세액을 11,792,096원으로 경정하여 줄 것을 청구하였다. 이에 대하여 종로세무서장은 2000. 9. 24. 소득세법 통칙 45-2 및 45-4를 근거로 하여 청구인의 경정청구를 거부하는 처분을 하였다.

(4) 이에 청구인은 위 종로세무서장의 종합소득세경정청구거부처분의 취소를 구하는 소송을 서울행정법원에 제기하였고(2001구18496), 이 사건의 계속 중에 자산소득의 부부합산과세를 규정한 소득세법 제61조 제1항이 헌법 제11조, 제36조 제1항 등을 침해하여 헌법에 위반된다는 이유로 위 법률조항에 대한 위헌제청신청(2001아960)을 하였으나, 위 법원이 2001. 10. 11. 이를 기각하자, 2001. 10. 26. 위 법원의 기각결정문을 송달받은 후, 2001. 10. 29. 이 사건 헌법소원 심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

(1) 그러므로 이 사건의 심판대상은 소득세법 제61조(1994. 12. 22. 법률 제 4803호로 전문 개정된 것) 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이며, 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

소득세법 제61조(자산소득합산과세) ① 거주자 또는 그 배우자가 이자소득·배당소득 또는 부동산임대소득(이하 “자산소득”이라 한다)이 있는 경우에는 당해 거주자와 그 배우자중 대통령령이 정하는 주된 소득자(이하 “주된 소득자”라 한다)에게 그 배우자(이하 “자산합산대상배우자”라 한다)의 자산소득이 있는 것으로 보고 이를 주된 소득자의 종합소득에 합산하여 세액을 계산한다.

② 주된 소득자의 판정은 당해연도 과세기간 종료일 현재의 상황에 의한다.

③ 제1항의 규정에 의하여 자산소득을 주된 소득자의 종합소득에 합산하여 세액을 계산하는 경우에 자산합산대상배우자에 대하여는 그 자산소득 외의 소득에 한하여 세액을 계산한다.

④ 제1항에 규정하는 주된 소득자의 종합소득금액에 대한 세액의 계산에 있어서는 주된 소득자의 종합소득금액과 자산합산대상배우자의 자산소득금액의 합계액을 주된 소득자의 종합소득금액으로 보고 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 금액에서 주된 소득자의 종합소득금액과 자산합산대상배우자의 자산소득금액에 대하여 이미 납부한 세액(가산세액을 제외한다)의 합계액을 공제한 금액을 그 세액으로 한다.

(2) 관련 법조문

구 소득세법 제55조(2001. 12. 31. 법률 제6557호로 개정되기 전의 것) (세율) ① 거주자의 종합소득에 대한 소득세는 당해연도의 종합소득과세표준에 다음의 세율을 적용하여 계산한 금액(이하 “종합소득산출세액”이라 한다)을 그 세액으로 한다.

〈종합소득과세표준〉	〈세 율〉
1천만원이하	과세표준의 100분의 10
1천만원초과 4천만원이하	100만원+1천만원을 초과하는 금액의 100분의 20
4천만원초과 8천만원이하	700만원+4천만원을 초과하는 금액의 100분의 30

8천만원초과

1천 900만원+8천만원을 초과하는 금액의 100
분의 40

소득세법시행령 제120조(1999. 12. 31. 대통령령 제16682호로 개정된 것)
(주된 소득자의 범위) 법 제61조 제1항에서 “대통령령이 정하는 주된 소득자”
는 다음 각호의 1에 해당하는 자를 말한다.

1. 거주자 또는 그 배우자중 자산소득금액외의 종합소득금액이 많은 자
 2. 자산소득금액외의 종합소득금액이 없거나 같을 경우에는 자산소득금액이 많은 자
 3. 자산소득금액과 자산소득외의 종합소득금액이 모두 같을 경우에는 과세표준확정신고서에 주된 소득자로 기재된 자. 다만, 과세표준확정신고서에 주된 소득자가 기재되지 아니한 때 또는 신고서의 제출이 없는 때에는 납세지 관할세무서장이 정하는 자로 한다.
2. 청구인의 주장과 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 주장 요지

부부의 자산소득을 주된 소득자의 자산소득으로 보고 주된 소득자의 종합소득에 합산하여 세액을 산출하는 단순합산과세방식은 우리 소득세법의 누진세율체계에 비추어 개인단위 과세방식에 의할 경우보다 조세부담을 가중시킨다. 특히 부부의 자산소득합산과세로 인하여 혼인을 한 부부는 혼인하지 아니한 성인 남녀보다 조세부담의 점에서 현저하게 불이익을 받게 된다. 이는 혼인한 부부를 혼인하지 않은 성인 남녀보다 조세부담의 점에서 아무런 합리적인 이유 없이 차별하는 것이다.

따라서 이 사건 법률조항은 헌법 제11조의 평등원칙에 위배될 뿐만 아니라, 혼인과 가족생활을 보장하도록 규정하고 있는 헌법 제36조, 헌법 제23조의 재산권 보장, 헌법 제10조의 행복추구권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.

나. 서울행정법원의 위헌제청신청기각결정의 이유 요지

(1) 이 사건 법률조항의 취지는 (가) 자산소득에 대하여는 부부를 같은 소비단위로 담세력을 고려하는 것이 개인단위별 과세보다 생활실태에 합당하고, (나) 원래 자산소득은 그 명의를 가족구성원에게 분산함으로써 세부담을 경감하기가 쉬우므로 부부를 과세단위로 보는 것이 조세회피행위를 방지할 수 있고, (다) 자산소득을 합산하여 누진세율을 적용함으로써 담세력에 부응한 공평한 세부담을 실현할 수 있으며, (라) 소득불평등의 직접적 원인이 되고 있는 자본 및 재산소유의 불평등을 소득세에 의하여 시정할 수 있기 때문

에 소득의 재분배기능을 강화할 수 있다는 데 있다.

(2) 현행 소득세법의 누진세제 체계로 인하여 자산소득합산제도의 적용을 받는 부부가 그 대상이 되지 않는 독신자보다 불이익한 취급을 받고 있음이 명백하다 하더라도 이는 국민의 생활실태 및 위에서 본 제도의 취지를 고려하여 담세력에 부합하는 공평한 과세를 실현하기 위한 것으로서 합리적 근거가 있는 차별이라고 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 입법자의 재량범위를 벗어난 것으로 볼 수 없어서 헌법 제11조에 위배되지 아니한다.

(3) 헌법 제36조 제1항에서 혼인과 가족생활을 보장할 국가의 의무를 규정하고 있는 취지는 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 한 혼인제도를 국가가 보장한다는 의미라 할 것이지만 납세의무자의 담세력과 생활실태에 부합하는 공평한 과세를 무시하고 일률적으로 모든 사람들에게 똑같이 과세를 하여야 할 의무를 부담시키는 규정이라고 볼 수 없어서, 이 사건 법률조항은 헌법 제36조 제1항에 위배되지 아니한다.

다. 재정경제부장관 및 국세청장의 의견요지

(1) 자산소득의 부부합산과세를 규정한 이 사건 법률조항의 취지는 (가) 자산소득에 대하여 부부를 같은 소비단위로 담세력을 고려하는 것이 개인단위별 과세보다 생활실태에도 합당할 뿐만 아니라, (나) 원래 자산소득은 그 명의를 가족구성원에게 분산함으로써 세부담을 경감하기가 쉬우므로 부부를 과세단위로 보는 것이 조세회피행위를 방지할 수 있고, (다) 자산소득을 합산하여 누진세율을 적용함으로써 담세력에 부응한 공평한 세부담을 실현할 수 있다는 데에 있다.

(2) 현실적으로 부부의 경우 서로간의 소득을 공유하면서 이를 향유하는 것이 일반적이므로, 자산소득에 대한 합산과세는 담세력에 부합하는 공평한 과세를 실현하기 위한 합리적 근거가 있는 차별로서 평등권침해라고 볼 수 없다.

(3) 헌법 제36조 제1항에서 혼인 및 가족생활을 보장할 국가의 의무를 규정하고 있는 취지는 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 한 혼인제도를 국가가 보장한다는 의미이지 납세자의 담세력과 생활실태와는 관계없이 모든 사람에게 일률적으로 똑같이 과세하여야 할 의무를 부담시키는 규정이라고 볼 수 없으므로 자산소득합산과세가 헌법 제36조 제1항에 위배된다고 볼 수 없다.

3. 판 단

가. 이 사건 법률조항의 입법연혁과 자산소득합산과세제도의 주요내용

(1) 자산소득합산과세제도는 일정범위내의 가족에게 자산소득이 있을 경우 이를 주된 소득자의 종합소득에 합산하여 과세하는 제도인데, 고소득층의 자산소득에 대해서 중과세하기 위한 조치로 구 소득세법(1974. 12. 24. 법률 제 2705호로 전문개정된 것)에 의해서 채택되어 1975. 1. 1.부터 시행되었다.

(2) 자산소득합산과세제도의 입법취지는 이자소득, 배당소득, 부동산임대소득 등과 같은 자산소득은 통상 세대주의 지배아래에 있으며, 그 성질상 명의 분산이 용이하여 조세회피의 가능성이 높으므로 이를 방지함으로써 담세력에 맞는 공평한 과세를 실현하려는 데에 있다.

(3) 자산소득합산과세의 대상이 되는 자산소득은 이자소득, 배당소득 및 부동산임대소득을 말한다(법 제61조 제1항).

(4) 소득세법상 자산소득합산과세의 대상자는 주된 소득자와 그 배우자(이하 '자산합산대상배우자'라 한다)이다(법 제61조 제1항). 여기서 '주된 소득자'는 거주자 또는 그 배우자 중 자산소득금액외의 종합소득이 많은 자, 자산소득금액외의 종합소득금액이 없거나 같을 경우에는 자산소득금액이 많은 자, 또는 자산소득금액과 자산소득외의 종합소득금액이 모두 같을 경우에는 과세표준확정신고서에 주된 소득자로 기재된 자가 된다(법시행령 제120조).

(5) 주된 소득자의 종합소득금액에 자산합산대상배우자의 자산소득금액을 합산하여 주된 소득자의 종합소득금액을 산정한다. 주된 소득자의 종합소득을 근거로 각종 세액산정절차를 거쳐서 종합소득총결정세액을 산출한다. 종합소득총결정세액에서 주된 소득자의 종합소득금액과 자산합산대상배우자의 자산소득금액에 대하여 이미 납부한 세액(가산세액을 제외한다)을 공제하여 종합소득에 대한 추가납부세액을 결정한다(법 제61조 제4항).

(6) 자산합산대상배우자에게는 주된 소득자에게 합산한 자산소득금액 외의 기타의 종합소득금액에 한하여 세액을 계산한다(법 제61조 제3항).

나. 외국의 입법례

(1) 독일

1920년에 제정된 연방소득세법에서는 부부의 소득에 미성년 자녀의 소득을 합산하여 과세하는 가족단위의 합산비분할주의가 채택되었다. 그러나 1921년 법개정에 의해 처의 소득 중 독립노동으로부터 생기는 소득 및 부와 관계없는 사업에서 비독립적 노동으로부터 생기는 근로소득은 부의 소득과 구별해서 독립적으로 과세하게 되었다. 그러나 나찌 시대에 들어선 1934년의 소득세

법 개정에서 이러한 예외는 배제되어 완전한 합산비분할주의가 부활되었다. 이것은 부인을 노동시장으로부터 배제하기 위한 정책에서 비롯된 것이었다. 1941년 12월에는 전쟁의 격화로 부인노동의 필요성이 높아져, 처의 소득 중 부와 관계없는 사업에 있어서 비독립적 노동으로부터 생기는 근로소득은 합산과세대상에서 제외되었다. 이로써 1921년 소득세법의 규정이 부분적으로 부활되었다.

제2차 세계대전이 종료되고 제정된 1951년 소득세법에서는 과세단위에 관해 종래의 제도를 그대로 유지하는 부부소득 합산비분할주의를 채택하여 부부의 소득은 합산하여 과세한다는 것(독일 소득세법 제26조)을 규정했다. 다만, 이 경우 부와 관계없는 사업에 있어서 처의 비독립적 노동으로부터 생기는 근로소득은 합산과세로부터 제외한다는 것을 규정했다(독일 소득세법시행령 제43조). 따라서 부부가 제각기 소득이 있는 경우에도 합산하여 과세함으로써 개인단위로 과세하는 경우보다 소득세의 부담이 증가하게 되었고, 이로 말미암아 ‘혼인징벌세’라는 말이 생겨나게 되었다.

독일 연방헌법재판소는 1957. 1. 17. 기본법 제6조 제1항은 단순히 혼인 및 가족의 보호만을 규율한 것이 아니고, 혼인 및 가족에 불이익을 주지 않도록 국가에게 명령하고 있는 것이기 때문에, 혼인으로 인하여 결혼 전의 세액보다 과중하게 되는 합산과세 규정은 기본법 제6조 제1항에 위배된다고 선고하였다. 이에 따라 독일은 1958년 합산분할과세 방법인 2분2승제와 개인단위과세 중에서 납세의무자 부부가 임의로 선택한 방법에 따르도록 소득세법을 개정하였다. 합산분할과세의 방법인 2분2승제 방식에 따르면 부부의 쌍방 소득은 합산된 후 다시 둘로 나누어진다. 그러나 종래와는 달리 그 합산액의 반액에 대하여 누진세율이 적용되고, 그 산출액에 2를 곱하여 얻어진 세액이 부부의 세액으로 된다. 결국 부부가 소득 및 소비를 공동으로 하고 있는 2인의 독신자처럼 취급된다.

(2) 일 본

명치 20년에 제정된 소득세법은 호주 및 그 동거가족의 소득을 합산하여 과세하는 가족단위주의를 채용하고 있었다. 민법상의 가족제도와 소득세법상의 가족단위주의와는 호홉이 잘 맞는 것으로 생각되었다. 그런데 소화 22년에 민법의 친족편이 전부 개정되어 종래의 가족제도가 폐지되었고, 이로 인하여 소득세법상의 가족단위주의는 존립의 근거를 잃게 되었다. 소화 25년(1950년)의 소득세법 개정에서는 가족단위주의를 폐지하고 각 납세의무자가 독립의

신고서를 제출하여 각자의 소득액에 대한 세액을 제각기 납부하는 개인단위주의가 채택되었다. 그리고 자산소득합산과세제도는 다음해인 소화 26년에서 이자소득의 종합과세 폐지와 사무간소화의 견지에서 폐지되었다.

그런데 소화 32년의 ‘임시세제조사회’는 자산소득은 세대를 과세단위로 하여 합산하는 것이 자산 명의의 분할 등 표면상의 위장에 의하여 부당하게 소득세가 경감되는 것을 방지할 수 있고, 동거친족의 자산소득은 합산해서 누진세율을 적용하는 것이 담세력에 따른 공평한 부담이 된다는 근거로 자산소득합산과세를 채택할 것을 주장하였다. 이에 근거하여 소화 32년(1957년)부터 개인단위주의를 원칙으로 하되, 다만 자산소득에 한하여 세대단위로 합산과세하는 자산소득합산과세제도가 특례로서 다시 부활되었다.

그러나 일본은 1988년 소득세법 개정에서 세액계산이 복잡하다는 이유로 자산소득합산과세제도를 폐지하고, 순수한 개인단위주의를 채택하여 현재에 이르고 있다.

(3) 평가 정리

위에서 살펴 본 독일과 일본은 물론 다른 선진국가들도 부부의 자산소득합산과세제도를 시행하지 않고 있다.

다. 이 사건 법률조항의 위헌여부

(1) 이 사건 법률조항의 법적 효과 및 법률상 쟁점

이 사건 법률조항은 거주자 또는 그 배우자가 자산소득을 가진 경우에 자산합산대상배우자의 자산소득을 주된 소득자의 종합소득에 합산하여 세액을 계산하도록 규정하고 있다.

이 사건 법률조항에 의거하여 주된 소득자의 종합소득에 합산되는 자산합산대상배우자의 자산소득에는 개인 납세의무자의 종합소득에 대해 적용하는 누진적 소득세율이 적용된다. 이 사건에서 적용되는 구 소득세법 제55조(2001. 12. 31. 법률 제 6557호로 개정되기 전의 것) 제1항은 종합소득과세표준 대비 세율을 1천만원 이하 부분은 10%, 1천만원 초과 4천만원 이하 부분은 20%, 4천만원 초과 8천만원 이하 부분은 30%, 8천만원 초과 부분은 40%로 규정하고 있다.

자산소득합산대상배우자의 자산소득이 주된 소득자의 연간 종합소득에 합산되면 합산전의 경우보다 일반적으로 더 높은 누진세율을 적용받기 때문에, 더 높은 세율이 적용되는 만큼 소득세액이 더 증가하게 되어 합산대상소득을 가진 부부는 자산소득이 개인과세되는 독신자 또는 혼인하지 않은 부부보다

더 많은 조세를 부담하게 된다.

그러므로 이 사건에서의 법률상 쟁점은 이 사건 법률조항으로 인하여 혼인한 부부에게 더 많은 조세를 부과하는 것이 헌법에 위반되는지 여부이다.

(2) 이 사건 법률조항이 헌법 제36조 제1항에 위반되는지 여부

이 사건 법률조항은 자산소득합산과세의 대상을 혼인한 부부로 한정하고 있으므로, 혼인과 가족생활의 보호를 규정하고 있는 헌법 제36조 제1항에 위반되는지 여부를 중점적으로 살펴본다.

(가) 헌법 제36조 제1항의 규범내용

1) 헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”라고 규정하고 있는데, 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 기본권으로서 보장하고, 혼인과 가족에 대한 제도를 보장한다. 그리고 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족에 관련되는 공법 및 사법의 모든 영역에 영향을 미치는 헌법원리 내지 원칙규범으로서의 성격도 가지는데, 이는 적극적으로는 적절한 조치를 통해서 혼인과 가족을 지원하고 제삼자에 의한 침해 앞에서 혼인과 가족을 보호해야 할 국가의 과제를 포함하며, 소극적으로는 불이익을 야기하는 제한조치를 통해서 혼인과 가족을 차별하는 것을 금지해야 할 국가의 의무를 포함한다. 이러한 헌법원리로부터 도출되는 차별금지 명령은 헌법 제11조 제1항에서 보장되는 평등원칙을 혼인과 가족생활영역에서 더욱 더 구체화함으로써 혼인과 가족을 부당한 차별로부터 특별히 더 보호하려는 목적을 가진다. 이 때 특정한 법률조항이 혼인한 자를 불리하게 하는 차별취급은 중대한 합리적 근거가 존재하여 헌법상 정당화되는 경우에만 헌법 제36조 제1항에 위배되지 아니한다.

2) 조세법률은 혼인한 자에게 납세의무를 부과하는 것 외에는 혼인생활 자체에 어떠한 명령이나 금지를 직접적으로 가하지 않는다. 따라서 헌법 제36조 제1항이 보장하는 혼인과 가족생활에 관한 기본권이나 혼인과 가족에 대한 제도보장은 조세법률에는 어떠한 법적 영향을 미치지 아니한다. 그러나 헌법 제36조 제1항에서 도출되는 차별금지명령은 조세입법에서 조세부담의 증가라는 경제적 불이익을 통해서 혼인과 가족을 차별하는 것을 금지한다. 그러므로 만약 조세법률이 혼인을 그 구성요건으로 삼아서 일정한 법적효과를 결부시키고자 한다면, 혼인한 자를 경제적으로 불리하게 차별취급해서는 안된다.

(나) 이 사건 법률조항에 의한 혼인한 부부의 차별취급

이 사건 법률조항은 거주자 또는 그 배우자의 자산소득을 당해 거주자와 그 배우자 중 대통령령이 정하는 주된 소득자의 종합소득에 합산하여 세액을 계산하도록 규정함으로써, 거주자 또는 그 배우자라는 혼인의 구성요건을 근거로 혼인한 부부에게 더 높은 조세를 부과하여 혼인한 부부를 혼인하지 않은 부부나 독신자에 비해서 불리하게 차별취급하고 있다.

(다) 이 사건 법률조항에 의한 혼인한 부부의 차별취급이 헌법상 정당화되는지 여부

이 사건 법률조항이 자산소득합산과세를 통해서 혼인한 부부를 혼인하지 않은 부부나 독신자에 비해서 차별취급하는 것이 헌법상 정당화되는지 여부를 살펴본다.

1) 자산소득합산과세제도가 부부간의 인위적인 소득분산에 의한 조세회피행위를 방지하고자 하는 목적을 추구하고 있지만, 부부간의 인위적인 자산 명의의 분산과 같은 가장행위 등은 상속세및증여세법상 증여의제규정(제44조) 등을 통해서 조세회피행위를 방지할 수 있다.

그리고 부부의 일방이 혼인 전부터 소유하고 있던 재산 또는 혼인 중에 상속 등으로 취득한 재산과 같은 특유재산 등으로부터 생긴 소득은 소득세 부담을 경감 또는 회피하기 위하여 인위적으로 소득을 분산한 결과에 의하여 얻어진 소득이 아니다. 그럼에도 불구하고 자산소득합산과세제도가 부부의 일방이 특유재산에서 발생한 자산소득까지 그 다른 한쪽의 배우자(주된 소득자)의 종합소득으로 보아 합산과세하는 것은 불합리하다.

다른 한편으로 부부자산소득합산제도가 추구하는 ‘부부의 소득분산으로 인한 조세회피 방지’ 등의 행정기술적인 관점은 헌법 제36조 제1항과 관련하여 고찰할 때 그 성질상 법적인 논거로서는 부적절하다. 왜냐하면 헌법 제36조 제1항이 가지는 헌법적 가치가 우선하므로 입법자가 이러한 가치를 반영하지 않고 행정기술적인 관점을 채택하는 것은 허용될 수 없기 때문이다.

그러므로 인위적인 소득분산에 의한 조세회피를 방지하기 위해서 부부의 자산소득을 합산과세하는 것은 부적절하며 합리적이라고 볼 수 없다.

2) 개인이 획득한 소득을 소비하는 형태는 개인마다 다양할 것인데 부부의 공동생활에서 얻어지는 절약가능성을 담세력 내지 급부능력과 결부시켜 조세의 차이를 두는 것은 타당하지 않다. 더군다나 부부의 가계공동생활에서의 절약가능성은 소득세법상 담세력의 요소로서 고려될 사항이 전혀 아니다.

3) 소득불평등의 직접적 원인이 되고 있는 자산소유의 불평등을 소득세에

의하여 시정하기 위하여 누진세율을 적용함으로써 소득의 재분배가 이루어지고 있다. 따라서 자산소득이 있는 자와 없는 자간의 불공평의 해소를 위해서 혼인과는 상관없이 자산소득이 있는 모든 납세의무자에 대하여 누진세율의 적용에 의한 소득세부과를 통해서 소득의 재분배기능을 강화하는 것은 타당하다. 그러나 자산소득이 있는 모든 납세의무자 중에서 혼인한 부부가 혼인하였다는 이유만으로 혼인하지 않은 자산소득자보다 더 많은 조세부담을 하여 소득을 재분배하도록 강요받는 것은 타당하지 않다고 할 것이다.

4) 부부자산소득합산과세와 같이 순수한 조세법 규정에서 조세부과를 혼인관계에 결부시키는 것은 가족법 등에서 혼인관계를 규율하는 것과는 달리 소득세법 체계상 사물의 본성에 어긋난다. 그래서 자산소득합산과세로 인하여 발생하는 소득세부담의 증가가 소득세법의 본질상 혼인관계를 기초로 발생하는 것은 타당하지 않다고 할 것이다.

5) 부부 자산소득 합산과세는 헌법 제36조 제1항에 의해서 보호되는 혼인한 부부에게 조세부담의 증가라는 불이익을 초래한다. 이러한 불이익은 자산소득을 가진 고소득계층뿐만 아니라 자산소득을 가진 중간 소득계층에게도 광범위하게 발생한다고 볼 수 있고, 자산소득을 가진 혼인한 부부가 혼인하지 아니한 자산소득자에 비해서 받게 되는 불이익은 상당히 크다고 할 것이다. 이에 반해서 자산소득합산과세를 통하여 인위적인 소득분산에 의한 조세회피를 방지하고, 소비단위별 담세력에 부응한 공평한 세부담을 실현하고, 소득재분배효과를 달성하는 사회적 공익은 기대하는 만큼 그리 크지 않다고 할 것이다. 위 양자를 비교형량하여 볼 때 자산소득합산과세를 통해서 얻게 되는 공익보다는 혼인한 부부의 차별취급으로 인한 불이익이 더 크다고 할 것이므로, 양자간에는 균형적인 관계가 성립한다고 볼 수 없다.

(라) 위에서 살펴본 바와 같이, 이 사건 법률조항이 자산소득합산과세제도를 통하여 합산대상 자산소득을 가진 혼인한 부부를 소득세부과에서 차별취급하는 것은 중대한 합리적 근거가 존재하지 아니하므로 헌법상 정당화되지 아니한다. 따라서 혼인관계를 근거로 자산소득합산과세를 규정하고 있는 이 사건 법률조항은 혼인한 자의 차별을 금지하고 있는 헌법 제36조 제1항에 위반된다. 그러므로 이 사건 법률조항이 다른 헌법 조항에 위반되는지 여부에 대한 추가적인 판단은 불필요하다.

(3) 소결론

그렇다면 이 사건 법률조항인 소득세법 제61조 제1항은 헌법에 위반된다.

라. 부수적 위헌선언

(1) 헌법심판의 대상이 된 법률조항 중 일정한 법률조항이 위헌선언된 경우 같은 법률의 그렇지 아니한 다른 법률조항들은 효력을 그대로 유지하는 것이 원칙이나, 다음과 같은 예외적인 경우에는 위헌인 법률조항 이외의 나머지 법률조항들도 함께 위헌선언할 수가 있다. 즉, 합헌으로 남아 있는 나머지 법률조항만으로는 법적으로 독립된 의미를 가지지 못하거나, 위헌인 법률조항이 나머지 법률조항과 극히 밀접한 관계에 있어서 전체적·종합적으로 양자가 분리될 수 없는 일체를 형성하고 있는 경우, 위헌인 법률조항만을 위헌선언하게 되면 전체규정의 의미와 정당성이 상실되는 때가 이에 해당된다고 할 것이다(헌재 1989. 11. 20. 89헌가102, 판례집 1, 329, 342; 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 829; 2001. 7. 19. 2000헌마91·112·134(병합), 판례집 13-2, 77, 100).

(2) 이 사건 법률조항인 소득세법 제61조 제1항은 거주자 또는 그 배우자가 자산소득이 있는 경우에 자산합산대상배우자의 자산소득을 주된 소득자의 종합소득에 합산하여 세액을 계산하도록 정하는 자산소득합산과세제도의 근간을 이루는 핵심적 요소이다.

그런데 같은 조 제2항은 주된 소득자의 판정은 당해연도 과세기간 종료일 현재의 상황에 의하도록 규정하고 있고, 같은 조 제3항은 자산소득을 주된 소득자의 종합소득에 합산하여 세액을 계산하는 경우에 자산합산대상배우자에 대하여는 그 자산소득 외의 소득에 한하여 세액을 계산한다고 규정하고 있으며, 같은 조 제4항은 주된 소득자의 종합소득금액에 대한 세액의 계산에 있어서는 주된 소득자의 종합소득금액과 자산합산대상배우자의 자산소득금액의 합계액을 주된 소득자의 종합소득금액으로 보고 계산한 세액에서 주된 소득자의 종합소득금액과 자산합산대상배우자의 자산소득금액에 대하여 이미 납부한 세액의 합계액을 공제한 금액을 그 세액으로 한다고 규정하고 있다.

따라서 자산합산과세제도의 근간이 되는 소득세법 제61조 제1항이 위헌이라면, 그에 부수되는 같은 조 제2항 내지 제4항은 같은 조 제1항과 전체적·종합적으로 양자가 분리될 수 없는 밀접한 일체를 형성하고 있으므로 독자적인 규범적 존재로서의 의미를 잃게 된다.

그렇다면 소득세법 제61조 제2항 내지 제4항이 비록 심판대상이 아니지만 같은 조 제1항과 함께 위헌선언을 함으로써 법적 명확성을 기하는 것이 타당하므로 그에 대하여도 아울러 위헌선언을 한다.

헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82

4. 결 론

그렇다면 소득세법 제61조 제1항 내지 제4항은 헌법에 위반되므로 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 운영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성
김효종(주심) 김경일 송인준 주선희

도시계획법시행령 제51조 제1항 제3호 등 위헌확인

(2002. 8. 29. 2000헌마556 전원재판부)

【판시사항】

1. 기본권침해의 자기관련성·현재관련성·직접관련성 인정여부
2. 제1종·제2종·제3종 일반주거지역(이하 다만, '일반주거지역'이라고만 한다), 준주거지역, 준공업지역 안에서 단란주점을 건축할 수 없도록 규정하고 있는 구 도시계획법시행령(2001. 1. 27. 대통령령 제 17111호로 개정되기 전의 것) 제51조 제1항 제3호 내지 제6호 및 제 13호 중 각 '단란주점'에 관한 부분이 과잉금지의 원칙에 위배되어 청구인들의 직업선택의 자유, 재산권 등을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 가. 위 구 도시계획법시행령 제51조 제1항 제12호는 일반공업지역안에서 단란주점을 건축할 수 없도록 규정하고 있는바, 청구인들 중 누구도 그 일반공업지역 내의 건물을 임차하여 단란주점을 건축하여 영업을 하고자 한다든지 등 그 지역과 관련된 자를 찾아볼 수 없으므로, 이 사건 심판 청구 중 위 시행령조항에 대한 청구부분은 자기관련성이 결여되어 부적법하다. 그리고 이 사건 심판 청구 중 위 시행령 제51조 제1항 제3호 내지 제6호 및 제13호 중 '단란주점'에 관한 부분을 제외한 나머지 청구부분에 대하여도, 청구인들이 일반주거지역·준주거지역·준공업지역 안에서 '단란주점'을 건축할 수 없도록 규정한 것만을 문제삼고 있으므로, 역시 자기관련성이 결여되어 부적법하다.

나. 청구인들이 임차한 각 건물이 있는 곳은 각 일반주거지역·준주거지역·준공업지역으로 지정되어 있어, 청구인들이 단란주점 건축허가를 신청하였다고 하더라도 관할행정청은 위 시행령 제51조 제1항 제3호 내지 제6호 및 제13호에 따라 재량의 여지없이 당연히 그 건축허가를 불허하게 될 것이고, 위 시행령 조항 자체에 대하여는 위헌여부심판제청신청도 인정되지 아니하므로, 위 시행령 조항을 직

접 헌법소원심판의 대상으로 삼을 수 있고, 아울러 위 시행령 조항으로 인하여 장래 발생할 청구인들에 대한 기본권침해가 틀림없을 것으로 현재 확실히 예측되므로, 청구인들 주장의 직업선택의 자유, 재산권 등 기본권 구제의 실효성을 위하여 그 침해의 현재관련성도 인정될 수 있다.

2. 단란주점은 유흥주점에 비하여 법상 유흥종사자를 둘 수 없다는 점등에서 다소 차이가 있으나, 본질적으로 주점이라는 점에서 영업형태가 유흥주점과 유사하고, 단란주점영업 자체로도 미성년인 청소년의 건전한 육성에 부정적인 영향을 미치고 있고, 실제적인 영업형태는 유흥주점과 달리 볼 수 없게 이루어지고 있으므로, 행정청이 거주의 안녕과 건전한 생활환경을 보호하고 토지의 경제적·효율적 이용과 공공의 복리를 위한 도시계획하에 주거지역, 상업지역, 공업지역, 녹지지역으로 나누어 지역을 지정하는 취지를 무색하게 하고, 주거의 안녕과 건전한 생활환경을 저해함이 분명하다. 그래서 위 시행령 제51조 제1항 제3호 내지 제6호 및 제13호 중 각 ‘단란주점’에 관한 부분은 일반주거지역·준공업지역 안에서 단란주점의 건축을 금지하고, 나아가 준주거지역 안에서 기존의 단란주점은 그대로 인정하되, 더 이상의 단란주점을 그 지역 안에서 건축하여 영업하지 못하도록 하여 주거의 안녕과 건전한 생활환경을 보호하고자 한 것으로, 그 입법목적이 타당하고 선택된 수단 또한 적절하다. 그리고 단란주점영업을 하고자 하는 자는 위 시행령 부칙에 의하여 준주거지역 안에서 기존에 설치된 단란주점을 양수하여 그 영업행위를 할 수 있으며, 상업지역에서는 얼마든지 새로 단란주점을 설치하여 영업을 할 수 있고, 단란주점 영업을 하고자 하는 자의 이익과 그 관련 지역 주민의 주거의 안녕과 생활환경상 이익 등 공공복리를 비교衡量하여 볼 때, 그 제한이 과도하다고도 볼 수는 없다. 따라서 위 시행령규정은 청구인들의 직업수행의 자유나 재산권 등을 침해한 것이라고 할 수 없다.

【심판대상조문】

도시계획법시행령(2001. 1. 27. 대통령령 제17111호로 개정되기 전의 것) 제51조(지역안에서의 건축제한) ① 법 제53조 제1항의 규정에 의한 지역안에서의 건축물의 건축제한은

다음 각호와 같다.

- 1.~2. 생략
 3. 제1종일반주거지역안에서 건축할 수 있는 건축물 : 별표 4에 규정된 건축물
 4. 제2종일반주거지역안에서 건축할 수 있는 건축물 : 별표 5에 규정된 건축물
 5. 제3종일반주거지역안에서 건축할 수 있는 건축물 : 별표 6에 규정된 건축물
 6. 준주거지역안에서 건축할 수 있는 건축물 : 별표 7에 규정된 건축물
 - 7.~11. 생략
 12. 일반공업지역안에서 건축할 수 있는 건축물 : 별표 13에 규정된 건축물
 13. 준공업지역안에서 건축할 수 있는 건축물 : 별표 14에 규정된 건축물
 - 14.~16. 생략
- ② 생략

【참조조문】

헌법 제10조, 제11조 제1항, 제15조, 제23조, 제37조 제2항
헌법재판소법 제68조 제1항

【참조판례】

2. 현재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365
현재 1997. 10. 30. 96헌마109, 판례집 9-2, 537
현재 1998. 5. 28. 95헌마18, 판례집 10-1, 583
현재 1998. 12. 24. 89헌마214 등, 판례집 10-2, 927
현재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383
현재 2001. 6. 28. 2001헌마132

【당 사 자】

청 구 인 박○회 외 6인
위 청구인들 대리인 법무법인 새 길
담당변호사 이용철 외 5인

【주 문】

이 사건 심판청구 중 도시계획법시행령(2001. 1. 27. 대통령령 제17111호로 개정되기 전의 것) 제51조 제1항 제12호에 대한 청구부분 및 제51조 제1항 제3호 내지 제6호 및 제13호의 각 ‘단란주점’에 관한 부분을 제외한 나머지 청구부분은 이를 각하한다.

이 사건 심판청구 중 같은 도시계획법시행령 제51조 제1항 제3호 내지 제6호 및 제13호의 각 ‘단란주점’에 관한 청구부분은 이를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인 박○회는 2000. 5. 30. 청구의 오○수로부터 서울 은평구 녹번동에 있는 건물 중 35평을 임차하고, 청구인 권○균은 2000. 7. 2. 청구의 김○옥으로부터 부산 동래구 안락1동에 있는 건물 중 30평을 임차하고, 청구인 장○만은 2000. 5. 1. 청구의 조○선으로부터 인천 남구 주안5동에 있는 건물 50평을 임차하여, 각 단란주점을 경영하고자 하고 있으나, 위 각 곳은 도시계획법상 준주거지역으로 지정되어 있어, 도시계획법 제53조 제1항, 동법시행령 제51조 제1항 제6호에 의하여 단란주점을 건축할 수 없게 되었다.

그리고 청구인 배○환은 2000. 3. 10. 청구의 박○천으로부터 서울 송파구 가락동에 있는 건물 45평을 임차하고, 청구인 김○수는 2000. 7. 3. 청구의 박○신으로부터 서울 동대문구 장안동에 있는 건물 중 지하 40평을 임차하고, 청구인 오○택은 2000. 1. 4. 청구의 장○호로부터 수원시 장안구 영화동에 있는 건물 34평을 임차하여, 각 단란주점을 경영하고자 하고 있으나, 위 각 곳은 일반주거지역으로 지정되어 있어, 도시계획법 제53조 제1항, 동법시행령 제51조 제1항 제3호 내지 제5호에 의하여 단란주점을 건축할 수 없게 되었다.

또한 청구인 나○임은 1999. 2. 15. 청구의 백○기로부터 구미시 공단동에 있는 건물 50평을 임차하여 단란주점을 경영하고자 하고 있으나, 위 곳이 준공업지역으로 지정되어 있어 도시계획법 제53조 제1항, 동법시행령 제51조 제1항 제13호에 의하여 단란주점을 건축할 수 없게 되었다.

이에 청구인들은 도시계획법시행령 제51조 제1항 제3호 내지 제6호, 제12호, 제13호로 인하여 청구인들의 행복추구권, 평등권, 직업선택의 자유 및 재산권을 침해받았다고 하여, 그 위헌확인을 구하고자 2000. 8. 29. 이 사건 헌법소원심판을 청구하기에 이르렀다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 도시계획법시행령(2001. 1. 27. 대통령령 제17111호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘영’이라고만 한다) 제51조 제1항 제3호 내지 제6호, 제12호, 제13호(이하 ‘이 사건 시행령 조항’이라 한다)의 위헌여부이고, 그

법령조항 및 관련법령조항의 내용은 다음과 같다.

영 제51조(지역 안에서의 건축제한) ① 법 제53조 제1항의 규정에 의한 지역 안에서의 건축물의 건축제한은 다음 각호와 같다.

3. 제1종 일반주거지역 안에서 건축할 수 있는 건축물 : 별표4에 규정된 건축물
4. 제2종 일반주거지역 안에서 건축할 수 있는 건축물 : 별표5에 규정된 건축물
5. 제3종 일반주거지역 안에서 건축할 수 있는 건축물 : 별표6에 규정된 건축물
6. 준주거지역 안에서 건축할 수 있는 건축물 : 별표7에 규정된 건축물
12. 일반공업지역 안에서 건축할 수 있는 건축물 : 별표13에 규정된 건축물
13. 준공업지역 안에서 건축할 수 있는 건축물 : 별표14에 규정된 건축물

[별표 4]

제1종 주거지역 안에서 건축할 수 있는 건축물

2. 도시계획조례가 정하는 바에 의하여 건축할 수 있는 건축물(4층 이하의 건축물에 한한다. 다만 4층 이하의 범위 안에서 도시계획조례로 따로 층수를 정하는 경우에는 그 층수 이하의 건축물에 한한다)
 - 가. 건축법시행령 별표1 제4호의 제2종 근린생활시설(단란주점 및 안마시술소를 제외한다)

[별표 5]

제2종 일반주거지역 안에서 건축할 수 있는 건축물

2. 도시계획조례가 정하는 바에 의하여 건축할 수 있는 건축물(15층 이하의 건축물에 한한다. 다만 15층 이하의 범위 안에서 도시계획조례로 따로 층수를 정하는 경우에는 그 층수 이하의 건축물에 한한다)
 - 가. 건축법시행령 별표1 제4호의 제2종 근린생활시설(안마시술소 및 단란주점을 제외한다)

[별표 6]

제3종 일반주거지역 안에서 건축할 수 있는 건축물

2. 도시계획조례가 정하는 바에 의하여 건축할 수 있는 건축물
 - 가. 건축법시행령 별표1 제4호의 제2종 근린생활시설(단란주점 및 안마시술소를 제외한다)

[별표 7]

준주거지역 안에서 건축할 수 있는 건축물

1. 건축할 수 있는 건축물

- 라. 건축법시행령 별표1 제4호의 제2종 근린생활시설(단란주점을 제외한다)

[별표 13]

일반공업지역 안에서 건축할 수 있는 건축물

1. 건축할 수 있는 건축물

- 나. 건축법시행령 별표1 제4호의 제2종 근린생활시설(단란주점을 제외한다)

[별표 14]

준공업지역 안에서 건축할 수 있는 건축물

1. 건축할 수 있는 건축물

- 다. 건축법시행령 별표1 제4호의 제2종 근린생활시설(단란주점을 제외한다)

도시계획법 제53조(지역 또는 지구에서의 건축제한)

① 제32조의 규정에 의하여 지정된 지역에서의 건축물의 용도·종류 및 규모 등의 제한에 관하여는 대통령령으로 정한다.

제32조(지역의 지정) ① 건설교통부장관 또는 시·도지사는 도시계획구역 안에 있는 토지의 경제적·효율적 이용과 공공의 복리증진을 도모하기 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 다음 각호의 지역의 지정을 도시계획으로 결정할 수 있다.

1. 주거지역 : 거주와 안녕과 건전한 생활환경의 보호를 위하여 필요한 지역
2. 상업지역 : 상업과 기타 업무의 편익증진을 위하여 필요한 지역
3. 공업지역 : 공업의 편익증진을 위하여 필요한 지역
4. 녹지지역 : 자연환경·농지 및 산림의 보호, 보건위생, 보안과 도시의 무질서한 확산방지를 위하여 녹지의 보전이 필요한 지역

② 건설교통부장관 또는 시·도지사는 대통령령이 정하는 바에 따라 제1항의 지역을 도시계획결정으로 다시 세분하여 지정할 수 있다.

영 제29조(지역의 세분) 건설교통부장관 또는 시·도지사는 법 제32조 제2항의 규정에 의하여 도시계획결정으로 주거지역·상업지역·공업지역 및 녹지지역을 다음 각호와 같이 세분하여 지정할 수 있다.

1. 주거지역

- 나. 일반주거지역 : 편리한 주거환경을 조성하기 위하여 필요한 지역
 - (1) 제1종 일반주거지역 : 저층주택을 중심으로 편리한 주거환경을 조성하기 위하여 필요한 지역
 - (2) 제2종 일반주거지역 : 중층주택을 중심으로 편리한 주거환경을 조성하기 위하여 필요한 지역
 - (3) 제3종 일반주거지역 : 중고층주택을 중심으로 편리한 주거환경을 조성하기 위하여 필요한 지역
- 다. 준주거지역 : 주거기능을 위주로 이를 지원하는 일부 상업·업무기능을 보완하기 위하여 필요한 지역

3. 공업지역

- 가. 전용공업지역 : 주로 중화학공업, 공해성 공업 등을 수용하기 위하여 필요한 지역
- 나. 일반공업지역 : 환경을 저해하지 아니하는 공업의 배치를 위하여 필요한 지역
- 다. 준공업지역 : 경공업 기타 공업을 수용하되 주거·상업업무기능의 보완이 필요한 지역

건축법 제2조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
 2의 2. “건축물의 용도”라 함은 건축물의 종류를 유사한 구조·이용목적 및 형태별로 묶어 분류한 것을 말한다.

② 제1항 제2호의 2의 규정에 의한 건축물의 용도는 다음 각호와 같이 구분하되, 각 용도에 속하는 건축물의 종류는 대통령령으로 정한다.

4. 제2종 근린생활시설

12. 위락시설

건축법시행령 제3조의4(용도별 건축물의 종류) 법 제2조 제2항 각호의 용도에 속하는 건축물의 종류는 별표 1과 같다.

[별표 1]

용도별 건축물의 종류

4. 제2종 근린생활시설

- 차. 단란주점으로서 동일한 건축물 안에서 당해용도에 쓰이는 바닥면적의 합계가 150㎡ 미만인 것

12. 위락시설

가. 단란주점으로서 제2종 근린생활시설에 해당하지 아니하는 것

나. 주점영업(유홍주점과 이와 유사한 것을 포함한다)

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 직업선택의 자유는 인간이 생활을 유지·영위하기 위하여 그가 원하는 바에 따라 자유로이 직업을 선택하고 선택한 직업에 종사할 수 있는 기본권이다. 그리고 직업선택의 자유를 헌법 제37조 제2항에 따라 제한하는 경우에도 제한의 목적 내지 필요성, 제한되는 직업의 성질과 내용 및 제한의 정도와 방법 등을 종합적으로 비교 교량하여 신중히 결정하여야 할 것이다. 그리고 단란주점영업과 같이 일반적 행동의 자유로부터 발전한 즉, 자본주의 개인존중의 사상의 발달과 더불어 발전해 온 직업은 자유권적 기본권으로서의 성격이 보다 강하여 이를 제한하는 경우에는 보다 엄격한 기준에 의하여야 한다.

그런데 유홍주점의 경우에는 유홍접객원을 두고 유홍접객행위를 하므로, 일반주거지역·준주거지역 등에서 그와 같은 건축과 영업을 함은 주거생활의 안정을 해쳐 일정한 제한을 두는 것은 정당하다. 그러나 단란주점은 일반음식점과 마찬가지로 술을 마시고, 노래연습장과 같이 노래를 부르는데, 단란주점이 주거생활을 해치는 일이 발생된다는 것은 있을 수 없으므로, 이 사건과 같은 일반주거지역, 준주거지역, 일반공업지역 및 준공업지역에서 금지시켜야 할 아무런 이유가 없고, 오히려 권장하여야 할 것이다. 따라서, 위 지역에서 단란주점만을 차별하여 건축과 영업을 금지시키는 것은 그 목적의 정당성과 필요성을 인정받을 수 없다.

또한 일반주거지역 등 위에서 열거한 지역에서 단란주점의 건축과 영업을 전면적으로 금지시키는 것은 식품위생법에 의하여 허가받은 건전한, 그야말로 진정한 단란주점을 그 좋은 취지를 살릴 수 있는 지역으로부터 완전히 몰아내고, 상업지역에서는 유홍주점영업에 밀려, 결국 생존할 수 없도록 하는 결과를 초래할 것이어서 최소희생의 원칙에도 반하고, 단란주점업을 영위하거나 영위하고자 하는 사람에게는 너무도 큰 희생을 준다고 할 것이어서, 이 또한 과잉금지의 원칙에 반한다고 할 것이다. 그리고 단란주점의 허가를 신중히 하고 허가된 단란주점의 불법영업을 엄히 단속함은 당연히 필요하다고 할 것이나, 이러한 정도와 방법을 넘어서 단란주점의 건축 및 영업 자체를 불가능하게 함은 과잉한 것이라고 할 것이다.

헌재 도시계획법 제32조, 제33조에 의하여 지정된 주거지역, 상업지역, 공

업지역, 녹지지역 등의 구분 및 이에 따른 각 지역에 대한 도시계획 결정은 현실성이 없다. 현재 단란주점의 70% 이상이 주거지역에 있다고 하면 대부분의 국민들이 납득하지 못할 것이다. 일반 국민들은 대부분의 단란주점이 상업지역에 위치하고 있다고 느끼고 있는데, 이렇게 상업지역이라고 느끼는 대부분이 실제로는 주거지역인 것이다. 즉, 이와 같이 현실성이 없는 지역구분에 의하여 단란주점의 건축 및 영업을 제한함은 과잉한 것이다.

(2) 이 사건 시행령 조항은 위 지역에서 다른 제2종 근린생활시설에 대하여는 건축이 가능하도록 규정함에 반하여 그 중 유독 단란주점만 제외하여 그 지역에서 건축이 불가능하도록 규정하고 있다. 건축법상 제2종 근린생활시설에는 일반음식점, 휴게음식점 등 유흥주점을 제외한 모든 식품접객업이 포함되어 있는바, 이 중에서 유흥주점에 대하여 제2종 근린생활시설에 포함시키지 않은 이유는 유흥접객행위를 한다는 점 때문이고, 이러한 점 때문에 유흥주점은 상업지역에서만 그 건축 및 영업을 할 수 있도록 되어 있다. 단란주점은 유흥접객행위를 하지 않는 업으로 당연히 일반음식점, 휴게음식점과 함께 제2종 근린생활시설에 포함된 것으로 그 건축 및 영업을 제한에 있어서도 같아야 할 것인데, 이 점에 있어서는 유흥접객행위를 하는 유흥주점과 같게 함은 합리적 근거 없는 차별이라 할 것이므로, 이 사건 시행령 조항은 평등권을 침해하는 것이다.

(3) 위 지역에 재산권을 가지고 있는 청구인들은 그 재산권을 행사하여 단란주점을 할 수 없으므로 그 재산권 행사의 자유를 침해당하는 것이고, 단란주점의 업주나 이용객은 위와 같은 좋은 의미의 단란주점을 이용하여 행복추구할 권리를 빼앗긴 것이라고 할 것이어서, 헌법 제10조, 제23조 제1항에 위반된다.

따라서, 일반주거지역, 준주거지역, 일반공업지역 및 준공업지역에 대하여 단란주점의 건축 및 영업을 할 수 없도록 규정한 이 사건 시행령 조항은 청구인들의 헌법상 보장된 직업선택의 자유, 평등권, 재산권 행사의 자유, 행복추구권 등의 기본권을 제한하면서 요구되는 과잉금지의 원칙에 위배됨으로써, 결국 위 각 기본권의 본질적 내용을 침해하고 있다.

나. 건설교통부장관의 의견

(1) 청구인들은 단란주점을 건축 및 영업을 하기 위하여 장소 및 시설을 준비하던 중, 2000. 7. 1. 도시계획법시행령이 개정·시행됨에 따라 일반주거지역 등에서 단란주점을 건축할 수 없게 됨을 기화로 제기한 것이므로, 이는 공

권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 기본권을 현재 침해당한 경우가 아니며, 직접적인 이해관계를 가진 자로 볼 수 없어, 이 사건 헌법소원심판청구는 자기관련성과 현재성이 결여된 부적법한 청구이다.

그리고 이 사건의 경우, 도시계획법시행령의 규정에 의하여 일반주거지역 등에 대한 단란주점의 건축제한은 2가지의 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 그 효과를 발휘한다. 즉, 첫째, 행정청이 도시계획법령이 규정한 소정의 절차에 의하여 당해지역을 주거지역 등으로 지정하는 도시계획결정이 필요하며, 둘째, 도시계획법 제53조 및 동법시행령 제51조에 의한 용도지역에서의 건축제한은 직접 건축을 금지하는 규정이 아니라, 건축법 제8조 제4항의 규정에 의하여 건축주가 건축허가권자에게 건축허가를 신청하였을 경우에 그 허가기준이 되는 것이므로, 청구인들의 건축허가 신청행위가 있고, 이에 대한 행정청의 불허가처분 등이 있어야 하는 것이다. 따라서, 이 사건의 경우, 위 2가지의 구체적인 집행행위가 없었으므로, 헌법소원의 대상이 될 수 없다.

(2) 이 사건 청구인들이 건축법상 제2종 근린생활시설에 포함되는 건축물은 평등의 원칙에 따라 동일한 기준으로 제한되어야 한다고 주장하는데 대하여는, 건축법상 건축물의 용도분류상 제2종 근린생활시설에 포함되는 건축물의 종류만도 35개종 이상으로 모두 동일한 업이라 할 수 없으므로, 위와 같이 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙에 의거 각각의 업별로 그 특성에 따라 공익상 행위 등의 일부를 제한할 수 있는 것이다.

청구인들은 단란주점을 건전한 위락공간이라고 주장하고 있으나, 청소년보호법 제2조 제5호 및 동법시행령 제3조 제1항의 규정에 의하여 단란주점은 청소년의 출입과 고용이 청소년에게 유해한 것으로 청소년유해업소에 해당하며, 헌법재판소의 판례에서도 인정한 바와 같이, 단란주점은 ‘향락적 폐쇄적 공간’이므로 단란주점에 대하여 주거지역의 쾌적한 주거환경의 보호를 위하여 다른 제2종 근린생활시설과 다른 제한을 가하는 것은 정당하다고 할 것이므로, 헌법상 보장된 직업선택의 자유, 평등권, 행복추구권, 과잉금지의 원칙 등에 위반된다고 볼 수 없어, 이 사건 시행령 조항은 헌법에 위반되지 아니한다.

3. 판 단

가. 기본권침해의 자기관련성

기록에 의하면, 청구인들 중 누구도 일반공업지역 내의 건물을 임차하여 단란주점을 건축하여 영업을 하고자 한다든지 등 그 지역과 관련된 자를 찾아

볼 수 없다. 따라서, 이 사건 심판청구 중 영 제51조 제1항 제12호에 대한 청구 부분은 자기관련성이 결여되어 부적법함이 명백하다.

그리고 청구인들은 일반주거지역·준주거지역·준공업지역 안에서 ‘단란주점’을 건축할 수 없도록 규정한 것만을 문제삼고 있으므로, 영 제51조 제1항 제3호 내지 제6호 및 제13호 중 ‘단란주점’에 관한 부분을 제외한 나머지 청구 부분에 대하여도 자기관련성이 결여되어 부적법하다.

나. 기본권침해의 직접관련성·현재관련성

기록에 의하면, 2002. 7. 5. 현재 청구인 박○회·권○균·강○만이 임차한 건물이 있는 곳은 각 준주거지역으로 지정되어 있고, 청구인 배○환·김○수·오○택이 임차한 건물이 있는 곳은 각 일반주거지역으로 지정되어 있으며, 청구인 나○임이 임차한 건물이 있는 곳은 준공업지역으로 지정되어 있음을 인정할 수 있다.

그렇다면, 청구인들이 단란주점 건축허가를 신청하였다고 하더라도 관할행정청은 영 제51조 제1항 제3호 내지 제6호 및 제13호에 따라 재량의 여지없이 당연히 그 건축허가를 불허하게 될 것이고, 위 영 조항 자체에 대하여는 위헌여부심판제청신청도 인정되지 아니하므로, 위 영 조항을 직접 헌법소원 심판의 대상으로 삼을 수 있다. 그리고 위 영 조항으로 인하여 장래 발생할 청구인들에 대한 기본권침해가 틀림없을 것으로 현재 확실히 예측되므로, 청구인들의 기본권 구제의 실효성을 위하여 그 침해의 현재관련성도 인정될 수 있다.

그렇다면, 결국 본안판단의 대상은 제1종·제2종·제3종 일반주거지역(이하 다만, ‘일반주거지역’이라고만 한다), 준주거지역 및 준공업지역 안에서 단란주점을 건축할 수 없도록 규정한 영 제51조 제1항 제3호 내지 제6호 및 제13호 중 각 ‘단란주점’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 규정’이라 한다)이 청구인들의 직업선택의 자유, 재산권, 평등권 및 행복추구권을 침해하는지 여부라고 할 것이다.

다. 이 사건 규정의 입법취지와 입법연혁

건설교통부장관 또는 시·도지사는 도시계획구역 안에 있는 토지의 경제적·효율적 이용과 공공의 복리증진을 도모하기 위하여 필요하다고 인정되는 때, 주거지역(거주의 안녕과 건전한 생활환경의 보호를 위하여 필요한 지역), 상업지역(상업과 기타 업무의 편익증진을 위하여 필요한 지역), 공업지역(공업의 편익증진을 위하여 필요한 지역), 녹지지역(자연환경·농지 및 산림의

보호, 보건위생, 보안과 도시의 무질서한 확산방지를 위하여 녹지의 보전이 필요한 지역)의 지정을 도시계획으로 결정할 수 있고(도시계획법 제32조 제1항), 다시 위 주거지역을 전용주거지역, 제1종 일반주거지역(저층주택을 중심으로 편리한 주거환경을 조성하기 위하여 필요한 지역), 제2종 일반주거지역(중층주택을 중심으로 편리한 주거환경을 조성하기 위하여 필요한 지역), 제3종 일반주거지역(중고층주택을 중심으로 편리한 주거환경을 조성하기 위하여 필요한 지역), 준주거지역(주거기능을 위주로 이를 지원하는 일부 상업·업무기능을 보완하기 위하여 필요한 지역)으로, 위 공업지역을 전용공업지역, 일반공업지역, 준공업지역(경공업 기타 공업을 수용하되, 주거·상업업무기능의 보완이 필요한 지역) 등으로 세분하여 지정할 수 있는데(도시계획법 제32조 제2항, 동법시행령 제29조), 그와 같이 특정 지역으로 지정되면, 도시계획법 제53조 제1항, 동법시행령 제51조 제1항에 의하여 동 지역에서의 건축물의 용도, 종류 및 규모 등에 대하여 제한을 받게 된다.

이에 따라 이 사건 규정은 일반주거지역(제1종, 제2종, 제3종), 준주거지역과 준공업지역 안에서 단란주점을 건축할 수 없게 한 것이다.

그렇다면, 이 사건 규정의 입법취지는 토지의 경제적·효율적 이용과 공공의 복리증진을 도모하기 위하여, 특히 거주와 건전한 생활환경을 보호하기 위하여 건축물의 용도 내지 종류를 제한한 것으로 보인다. 이 사건 규정 중 준공업지역 안에서의 단란주점 건축의 제한은 그 준공업지역이, 위에서 본 바와 같이 경공업 기타 공업을 수용하되, '주거'기능의 보완이 필요한 지역이라, 결국 위와 같은 '거주와 건전한 생활환경 보호'라는 취지를 관철하고자 같은 제한을 하는 것이라고 할 것이다.

이 사건 규정 전에도 건축법 및 건축법시행령에서 '단란주점'이라는 업종이 생길 당시부터 일반주거지역과 준공업지역 안에서의 단란주점 건축을 제한하여 왔고[구 건축법시행령(1992. 12. 31. 대통령령 제13811호로 개정되고, 1993. 1. 1. 시행된 것) 제65조 제1항 제2호, 제10호], 다만, 준주거지역 안에서의 단란주점 건축은 종전까지 허용해 오다가[구 건축법시행령(1999. 4. 30. 대통령령 제16284호로 개정된 것) 제65조 제1항 제3호 [별표 4] 1.나.], 이 사건 규정에 의하여 비로소 제한된 것이다.

이는 준주거지역도 주거기능을 위주로 하고 그 주거기능을 지원하는 상업·일부기능은 보완이 필요한 지역이나, 그 역시 주거지역의 일종으로서, 거주와 건전한 생활환경을 보호하기 위하여 지정된 지역이라는 취지를

관철하고자 개정된 것으로 보인다.)¹⁾

라. 관련 기본권

이 사건 규정은 특정지역에서 단란주점이라는 용도의 건축물의 건축을 제한함으로써 결국 단란주점영업의 자유를 제한하는 것이므로, 재산권 행사에 대한 제한임과 동시에 직업선택의 자유 중 직업수행의 자유에 대한 제한이 문제된다.

청구인은 건축법상 다른 제2종 근린생활시설 중 유독 단란주점만 차별하여 건축을 제한하는 것은 청구인의 평등권을 침해하는 것이라고 주장한다.

그러나 이 사건 규정은 특정지역 내에서 ‘단란주점’이라는 특정용도의 건축물의 건축을 제한하고, 그와 같은 영업을 하지 못하게 하는 것으로, 이는 상대적 제한의 문제는 아니며, 그 특정지역에서 영업을 하고자 하거나 재산권의 행사를 하고자 하는 자의 입장에서 건축물의 용도, 영업의 종류가 제한되어 선택의 폭이 줄어드는 것뿐이어서, 같은 제2종 근린생활시설 중 일반음식점이나 노래연습장은 허용되는데 유독 단란주점은 허용되지 않는다고 하는 것이 차별의 문제를 발생시키는 것은 아니고, 결국 특정지역 안에서의 재산권 행사나 영업의 자유의 제한문제에 귀착된다고 할 것이다.

그리고 청구인들은 단란주점을 이용하는 소비자의 입장에서 행복추구권의 침해도 주장하고 있으나, 청구인들은 특정한 지역에서 건물을 임차하여 그곳에 단란주점을 건축하여 영업하고자 하는 입장에서 청구한 것이므로, 그것이 영업의 자유나 재산권 침해여부를 판단하는데 있어서, 공공복리 등 법익형량을 하는데 고려할 요소로 작용하는 것은 별론으로 하고, 그 자체가 별도로 판단할 대상은 되지 않는다고 할 것이다.

마. 재산권이나 직업수행의 자유의 침해여부

(1) 재산권 제약의 합헌성

1) 기록에 의하면, 이 사건 규정의 개정과 관련한 관계부처의 의견교환에서 보건복지부장관은 다음과 같은 의견을 개진하였고 건설교통부장관은 이를 수용하였다. 즉, “대부분의 단란주점이 유흥주점화 되고 있고 유흥주점은 상업지역에만 허가가 가능하므로 상업지역 이외의 지역은 단란주점용도의 건축을 제한하여 형평성을 기함. 정부의 부패방지종합대책에서 단란주점에 대한 제도개선과제가 선정되어 상업지역 이외의 지역은 단란주점 신규영업허가제한을 위하여 국무조정실에 규제심사 요청 중임. 따라서, 준주거지역에는 단란주점 용도의 건축들을 제한하는 것이 바람직함.”이다.

헌법 제23조 제1항은, “모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.”라고 규정하고, 같은 조 제2항은, “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.”라고 규정함으로써, 재산권은 법률로써 규제될 수 있고, 그 행사 또한 일정한 제약을 받을 수 있다는 것을 밝히고 있다.

그리고 헌법 제122조는 토지가 지닌 특성 즉, 사회성, 상린성, 불가대체성, 한정성, 생활기반성 등을 감안하여, “국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형있는 이용, 개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다.”라고 규정함으로써, 토지재산권에 대한 광범위한 입법형성권을 부여하고 있다(헌재 1998. 12. 24. 89헌마214 등, 판례집 10-2, 927, 944-946; 헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 406-407 참조).

그래서 헌법상의 재산권은 토지소유자가 이용 가능한 모든 용도로 토지를 자유로이 최대한 사용할 권리나 가장 경제적 또는 효율적으로 사용할 수 있는 권리를 보장하는 것을 의미하지는 않는다. 입법자는 중요한 공익상의 이유로 토지를 일정 용도로 사용하는 권리를 제한할 수 있다. 따라서, 토지의 개발이나 건축은 합헌적 법률로 정한 재산권의 내용과 한계 내에서만 가능한 것일 뿐만 아니라, 토지재산권의 강한 사회성 내지는 공공성으로 말미암아 이에 대하여는 다른 재산권에 비하여 보다 강한 제한과 의무가 부과될 수 있다.

그러나 그렇다고 하더라도 토지재산권에 대한 제한입법 역시 다른 기본권을 제한하는 입법과 마찬가지로 과잉금지의 원칙(비례의 원칙)을 준수해야 하고, 재산권의 본질적 내용인 사용·수익권과 처분권을 부인해서는 안된다.

한편 구역지정 당시의 상태대로 토지를 사용·수익·처분할 수 있는 이상 구역지정에 따른 단순한 토지이용의 제한은 원칙적으로 재산권에 내재하는 사회적 제약의 범주를 넘지 않는다(헌재 1998. 12. 24. 89헌마214 등, 판례집 10-2, 927, 944-946 참조).

그런데 이 사건 규정은 개발제한구역지정과 같이 지정된 구역에서의 건축물의 건축 자체의 제한 등 일반적으로 광범위한 제한을 하는 것이 아니라, 일반주거지역·준주거지역·준공업지역 안에서의 ‘단란주점’이라는 특정 용도의 건물 건축을 제한하는 것이어서, 재산권에 내재하는 사회적 제약의 범주를 넘지 않는다고 할 수 있다.

(2) 직업수행의 자유와 입법형성권

우리 헌법 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.”라고 규정하

여 직업의 자유를 보장하고 있고, 이러한 직업의 자유는 자신이 원하는 직업 내지 직종을 자유롭게 선택하는 직업선택의 자유와 그가 선택한 직업을 자유롭게 수행할 수 있는 직업수행의 자유 즉, 영업의 자유를 포함하는 개념이다(헌재 1997. 10. 30. 96헌마109, 판례집 9-2, 537, 543; 헌재 2001. 6. 28. 2001헌마132 각 참조).

그리고 이러한 직업의 자유는 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 불가피한 경우에는 이를 제한할 수 있는 것인데, 우리 헌법재판소는 좁은 의미의 직업선택의 자유에 비하여 직업행사의 자유에 대하여는 상대적으로 더욱 폭넓은 법률상의 규제가 가능하다고 판시하고 있다(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 374; 헌재 1998. 5. 28. 95헌바18, 판례집 10-1, 583, 594; 헌재 2001. 6. 28. 2001헌마132 각 참조).

(3) 과잉금지원칙의 위배여부

청구인의 주장은 단란주점이 실제 유흥주점과 같이 운영되는 것은 행정력을 통해 업체위반으로 단속하여 해결할 것이지, 유흥주점과 같이 취급하여 상업지역에서만 건축·영업하게 하는 것은 과잉금지의 원칙에 어긋나고, 결국 일반음식점과 같이 규율하는 것이 타당하다는 것이다.

그러나 법이 정한 단란주점의 영업내용이나, 실제 영업행위의 실태를 볼 때, 단란주점은 일반음식점에 가깝다기보다는 유흥주점과 유사한 영업형태라고 할 것이다.

식품위생법 제21조 제2항, 동법시행령 제7조 제8호에 의하면, 식품접객업으로 휴게음식점영업, 일반음식점영업, 단란주점영업, 유흥주점영업을 규정하고 있는데, 전 2자는 주로 음식류를 조리·판매하는 영업으로서, 휴게음식점영업은 음주행위가 허용되지 아니하는 영업이고, 일반음식점영업은 식사와 함께 부수적으로 음주행위가 허용되는 영업을 지칭하고, 후 2자는 주로 주류를 조리·판매하는 영업으로서, 단란주점영업은 손님이 노래부르는 행위가 허용되는 영업을 말하고, 유흥주점영업은 유흥종사자를 두거나 유흥시설을 설치할 수 있고 손님이 노래를 부르거나 춤을 추는 행위가 허용되는 영업을 지칭한다. 그렇다면, 법령상 단란주점과 유흥주점은 모두 주로 주류를 조리·판매하는 영업인데, ‘유흥종사자를 두거나 유흥시설을 설치할 수 있는지’ 여부에 차이점이 있다고 볼 수 있다.

그런데 식품위생법시행규칙 제20조, [별표 9] 업종별시설기준 제8에 의하면, 단란주점과 유흥주점은 모두 객실에 잠금장치를 설치할 수 없는 점에서는

같고, 다만, 단란주점의 경우 영업장 안에 객실이나 칸막이를 설치하고자 하는 경우에는 ① 객실을 설치하는 경우 주된 객장의 중앙에서 객실내부가 전체적으로 훤히 보일 수 있도록 투명한 유리로만 설비하여야 하며, 통로형태 또는 복도형태로 설비하여서는 아니되고, ② 객실로 설치할 수 있는 면적은 객석면적의 2분의 1을 초과할 수 없으며, ③ 주된 객장 안에서는 높이 1.5m 미만의 칸막이(이동식 또는 고정식)를 설치할 수 있고, 이 경우 2면 이상을 완전히 차단하지 아니하여야 하고, 다른 객석에서 내부가 서로 보이도록 하여야 한다는 제한이 있다.

이와 같은 시설상의 제한은 단란주점도 손님이 노래할 수 있으므로 노래를 위한 기기를 설치할 수 있게 하는 등 주홍을 돌출 수 있다는 측면을 고려하면, 유흥주점과 비교하여 본질적인 차이가 있는 것은 아니라고 할 것이다. 그렇다면, 법상 양자의 뚜렷한 차이는 유흥종사자를 둘 수 있으나에 귀착된다고 할 수 있는데, 단란주점의 구체적인 영업의 실태는 거의 모두 유흥종사자를 두고 영업을 한다는 것이고, 위에서 살펴본 바와 같이 단란주점을 상업지역에서만 두도록 하고자 하는 보건복지부장관이나 건설교통부장관의 개정제안 취지도 이에 근거를 두고 있다.²⁾

또한 풍속영업의규제에관한법률 제2조, 동법시행령 제2조 제1호에 의하면, 풍속영업을 영위하는 장소에서 선량한 풍속을 해하거나 청소년의 건전한 육성을 저해하는 행위 등을 규제하여 미풍양속의 보존과 청소년의 보호에 이바지함을 목적으로 하는 동법의 규제대상인 풍속영업으로 유흥주점과 더불어 단란주점도 규정하고 있다. 그리고 우리 재판소는, 단란주점 및 유흥주점영업자는 미성년자보호법 제4조 제2항의 규정에 의하여 미성년자의 출입을 금지하여야 하고, 다만, 단란주점의 경우에 가족·직장인 등의 모임으로 18세 이상의 미성년자가 부모·직장상사 등의 성년인 보호자와 동반하는 때에는 출입이 가능하고, 미성년자보호법 제4조 제1항의 규정에 위반하여 미성년자에게 주류를 제공하여서는 아니 된다고 규정하고 있는 식품위생법시행규칙(1995. 8. 31. 보건복지부령 제10호로 개정된 것) 제42조 제1항 [별표 13] 제5. 라. 마.에 대한 헌법소원사건에서, 유흥주점업자와 같은 유형으로 취급하여 동

2) 그리고 단란주점의 영업형태를 최초로 규정한 1992. 12. 21. 대통령령 제13782호로 개정된 구 식품위생법시행령 부칙 제2조에 의하면, 종전의 유흥접객업 중 주류와 안주만을 판매하는 경우를 단란주점영업으로, 종전 주류와 안주만을 판매하는 경우 외의 유흥접객영업을 유흥주점영업으로 규정한 것이다.

조항이 직업종사의 자유를 침해하지 아니한다고 합헌결정을 한 바 있다. 그 이유의 요지 중 관련 부분을 살펴보면 다음과 같다. 즉, “1992. 12. 21. 대통령령 제13782호로 식품위생법시행령을 개정하면서 신설된 단란주점영업은, 식품점객업의 하나로 주류 판매와 노래를 부르는 행위가 허용되는 것이다. 이 규정을 신설한 것은 건전한 휴식과 위락공간에 대한 사회적 수요를 고려하여 유흥종사자 없이 단란하게 술을 마시고 노래를 부를 수 있도록 하는 데 있다. 그러나 단란주점영업장 시설은 식품위생법시행규칙에서 정한 객실이나 칸막이가 설치된 폐쇄적 공간이고 주류 판매와 노래를 부르는 행위가 허용되는 향락적인 곳이므로, 부모·직장상사 등 성년인 보호자를 동반하지 아니한 미성년자의 출입이나 주류 판매를 허용하는 것은 정신적·육체적으로 성숙되지 못한 미성년자의 건강에 해로울 뿐만 아니라, 감수성이 예민하고 인격적·정서적으로 불완전한 미성년자들의 판단력과 자제력을 흐트러 범죄나 비행을 저지르게 할 우려도 있다.”

또한 건축법 제2조, 건축법시행령 제3조의 4, [별표 1] 제4. 제12.에 의하면, 동일한 건축물 안에서 당해용도에 쓰이는 바닥면적의 합계가 150㎡ 미만인 단란주점은 제2종 근린생활시설로 분류하고 있지만, 그 이상인 단란주점은 유흥주점과 같이 위락시설로 분류하고 있다.

요컨대, 위에서 살펴본 바와 같이 단란주점은 유흥주점에 비하여 법상 유흥종사자를 둘 수 없다는 점 등에서 다소 차이가 있으나, 본질적으로 주점이라는 점에서 영업형태가 유흥주점과 유사하고, 단란주점영업 자체로도 미성년인 청소년의 건전한 육성에 부정적인 영향을 미치고 있고, 실제적인 영업형태는 유흥주점과 달리 볼 수 없게 이루어지고 있으므로, 행정청이 거주지 안락과 건전한 생활환경을 보호하고 토지의 경제적·효율적 이용과 공공의 복리를 위한 도시계획하에 주거지역, 상업지역, 공업지역, 녹지지역으로 나누어 지역을 지정하는 취지를 무색하게 하고, 주거의 안락과 건전한 생활환경을 저해함이 분명하다. 그래서 이 사건 규정은 일반주거지역·준공업지역 안에서 단란주점의 건축을 금지하고, 나아가 준주거지역 안에서 기존의 단란주점은 그대로 인정하되, 더 이상의 단란주점을 그 지역 안에서 건축하여 영업하지 못하도록 하여 주거의 안락과 건전한 생활환경을 보호하고자 한 것으로, 그 입법목적이 타당하고 선택된 수단 또한 적절하다. 그리고 단란주점영업을 하고자 하는 자는 영 부칙에 의하여 준주거지역 안에서 기존에 설치된 단란주점을 양수하여 그 영업행위를 할 수 있으며, 상업지역에서는 얼마든지 새로

단란주점을 설치하여 영업을 할 수 있고, 단란주점 영업을 하고자 하는 자의 이익과 그 관련 지역 주민의 주거의 안녕과 생활환경상 이익 등 공공복리를 비교 형량하여 볼 때, 그 제한이 과도하다고도 볼 수는 없다고 할 것이다.

아울러 청구인들은 법상 단란주점과 유흥주점의 영업형태의 차이, ‘술마시고 노래부르는 그 자체’의 유흥주점과 비교한 상대적인 건전성 등을 들고, 실제적인 영업형태의 위반은 철저한 단속으로 막을 수 있다고 주장하고 있는바, 이와 같은 주장에 일말 수긍이 가는 점도 없지 아니하나, 우리 음주문화와 주점영업의 현상 등을 고려할 때, 이해관계기관의 주장처럼 실제 이를 단속한다는 것도 결코 용이하지는 않을 것이다. 그리고 위와 같은 청구인들의 주장을 수긍한다고 하더라도, 이 사건 규정의 건축물의 용도제한은, 위에서 살펴 본 바와 같이, 재산권에 내재한 사회적 제약으로 볼 여지가 있는 것이며, 도시계획을 위한 입법형성권이 보다 광범위하게 작용하는 영역이라고 할 것이고, 그로 인한 단란주점영업의 제한 즉, 직업수행의 자유 역시 폭넓은 입법재량이 인정되는 사항인 점을 감안할 때, 그것을 이유로 과잉금지의 원칙에 위배되어 헌법에 위반된다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

그러므로, 이 사건 심판청구 중 영 제51조 제1항 제3호 내지 제6호 및 제13호의 각 ‘단란주점’에 관한 부분은 청구인들의 직업수행의 자유나 재산권을 침해한 것이라고 할 수 없다.

4. 결 론

따라서, 이 사건 심판청구 중 영 제51조 제1항 제12호에 대한 청구부분 및 제51조 제1항 제3호 내지 제6호 및 제13호의 각 ‘단란주점’에 관한 부분을 제외한 나머지 청구부분은 부적법하므로 이를 각하하기로 하고, 이 사건 심판청구 중 같은 영 제51조 제1항 제3호 내지 제6호 및 제13호의 각 ‘단란주점’에 관한 청구부분은 이유없으므로 이를 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일(주심) 권 성
김효종 김경일 송인준 주선회

폐기물관리법시행규칙 별표6 제1호 가목의 제목 중 괄호부분등 위헌확인

(2002. 8. 29. 2001헌마159 전원재판부)

【판시사항】

사업장일반폐기물의 수집·운반업의 업무범위에서 사업장생활계폐기물을 제외함으로써 그 업무범위를 사업장배출시설계폐기물만의 수집·운반으로 축소한 폐기물관리법시행규칙 별표 6 제1호 가목과 나목의 제목중 각 괄호부분(이하, “이 사건 심판대상부분”이라 한다)이 신뢰보호의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

이 사건 심판대상부분의 입법목적은 사업장생활계폐기물과 사업장배출시설계폐기물이 혼합되어 처리됨으로써 발생하게 될 환경공해를 막기 위한 것으로서 추구하는 공익이 현저히 중대하고, 환경공해의 심각성과 그 개선의 시급성에 비추어 보면 환경공해유발의 요인은 가능한 한 이를 조속히 제거하는 것이 공익에 적합하며, 청구인과 같은 기존의 사업자가 경과규정에 의한 혜택도 없이 바로 영업범위를 일부 축소당하더라도 그 규모가 미미하여(전체 사업장일반폐기물 중 약 7%) 그로 인하여 입는 불이익이 그다지 크지 아니하고, 또한 청구인과 같은 사업자가 생활폐기물의 수거를 위한 별도의 영업허가를 얻는 데에 무슨 규정상의 장애가 있는 것도 아니므로 오히려 경과규정을 두지 않는 것이 환경공해문제의 효과적인 개선을 위하여 보다 합리적이라고 보인다. 따라서 이 사건 규칙이, 그 개정 전에 사업장일반폐기물의 수집·운반업의 허가를 받은 자에 대하여, 별도의 경과규정을 두지 않은 것은 청구인의 신뢰이익을 과도하게 침해하는 조처라고 볼 수는 없다.

【심판대상조문】

폐기물관리법시행규칙(2000. 12. 30. 환경부령 제104호로 개정된 것) 별표 6

1. 폐기물수집·운반업의 기준

가. 생활폐기물(사업장생활계폐기물을 포함한다)을 수집·운반하는 경우

(1) 장 비

- 밀폐식운반차량 1대 이상으로 적재능력합계 15세제곱미터 이상[다만 특별시, 광역시(군 지역을 제외한다)의 경우 2대 이상으로 적재능력합계 30세제곱미터 이상]
- 운반용 압축차량 또는 압축차량 1대 이상[다만 특별시·광역시(군 지역을 제외한다) 지역의 경우 2대 이상]
- 기계식 상차장치가 부착된 차량 2대 이상(특별시·광역시에 한하되, 광역시의 경우 군 지역을 제외한다)

(2) 이하 생략

나. 사업장일반폐기물(사업장생활계폐기물을 제외한다)을 수집·운반하는 경우

(1) 장 비

- 액상폐기물을 수집·운반하는 경우 : 탱크로리 또는 카고트럭 2대 이상
- 고상폐기물을 수집·운반하는 경우 : 암롤트럭·컨테이너트럭·버킷로더·덤프트럭·밀폐식차량·운반용압축차량·압축차량 또는 기계식 상차장치가 부착된 차량 2대 이상

(2) 이하 생략

다.~마. 생략

2.~4. 생략

【참조조문】

헌법 제15조, 제23조

폐기물관리법(1999. 2. 8. 법률 제5865호로 개정된 것) 제26조(폐기물처리업) ① 폐기물의 수집·운반 또는 처리를 업(이하 “폐기물처리업”이라 한다)으로 하고자 하는 자는 환경부령이 정하는 바에 따라 폐기물처리사업계획서를 지정폐기물을 대상으로 하는 경우에는 환경부장관에게 제출하고, 그밖의 폐기물을 대상으로 하는 경우에는 시·도지사에게 제출하여야 한다. 환경부령이 정하는 중요사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다.

② 환경부장관 또는 시·도지사는 제1항의 규정에 의하여 제출된 폐기물처리사업계획서를 검토하여 그 적합 여부를 폐기물처리사업계획서를 제출한 자에게 통보하여야 한다.

③ 제2항의 규정에 의하여 적합통보를 받은 자는 환경부령이 정하는 기준에 의한 시설·장비 및 기술능력을 갖추어 업종별로 시·도지사의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항중 환경부령이 정하는 중요사항을 변경하고자 할 때에도 또한 같다. 다만, 지정폐기물을 대상으로 하여 폐기물처리업을 하고자 하는 자는 환경부장관의 허가를 받아야 한다.

④ 폐기물처리업의 업종구분과 영업내용은 다음과 같다.

1. 폐기물수집·운반업

폐기물을 수집하여 처리장소로 운반하는 영업

2. 폐기물중간처리업

폐기물중간처리시설을 갖추고 폐기물을 소각·중화·파쇄·고형화등의 방법에 의하여 중간처리(생활폐기물을 재활용하는 경우를 제외한다)하는 영업

3. 폐기물최종처리업

폐기물최종처리시설을 갖추고 폐기물을 매립·해역배출등의 방법에 의하여 최종처리하는 영업

4. 폐기물종합처리업

폐기물처리시설을 갖추고 폐기물을 중간처리 및 최종처리를 함께 하는 영업

⑤ 제4항 제2호 내지 제4호에 해당하는 폐기물처리업 허가를 받은 자는 동항 제1호의 규정에 의한 폐기물수집·운반업의 허가를 받지 아니하고 그 처리대상폐기물을 스스로 수집·운반할 수 있다.

⑥ 환경부장관 또는 시·도지사는 제3항의 규정에 의하여 허가를 함에 있어서는 대통령령이 정하는 바에 따라 필요한 조건을 붙일 수 있다. 다만, 영업구역의 제한은 생활폐기물의 수집·운반업에 한한다.

⑦ 제3항의 규정에 의하여 폐기물처리업의 허가를 받은 자(이하 “폐기물처리업자”라 한다)는 다른 사람에게 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 폐기물을 수집·운반 또는 처리하게 하거나 그 허가증을 다른 사람에게 빌려주어서는 아니된다.

⑧ 폐기물처리업자는 환경부령이 정하는 량 및 기간을 초과하여 폐기물을 보관할 수 없으며, 환경부령이 정하는 준수사항을 지켜야 한다.

【참조판례】

헌재 2001. 9. 27. 2000헌바152, 판례집 13-2, 338

【당 사 자】

청 구 인 주식회사 서진공영

대표이사 전춘식

대리인 변호사 김백영 외 1인

【주 문】

이 사건 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상
가. 사건의 개요

청구인은 2000. 12. 16. 부산광역시 사상구청장으로부터 폐기물관리법 제26조 제3항 및 동법 시행규칙 제17조 제6항의 규정에 의하여 폐기물처리업 중 사업장일반폐기물 수집·운반업 허가를 받았는데, 위 허가를 받은 자는 그 당시에는 사업장에서 발생하는 일반폐기물은 그것이 생활계폐기물이든 배출시설계폐기물이든 그를 모두 수집·운반할 수 있었다.

그런데 2000. 12. 30. 폐기물관리법시행규칙 별표6 제1호 가목의 제목 중 “생활폐기물”이 “생활폐기물(사업장생활계폐기물을 포함한다)”로, 동호 나목의 제목 중 “사업장일반폐기물”을 “사업장일반폐기물(사업장생활계폐기물을 제외한다)”로 각 개정되고 이것이 2001. 1. 1.부터 시행됨으로써 사업장일반폐기물의 수집·운반업 허가를 받은 청구인으로서는 더 이상 사업장생활계폐기물을 수집·운반할 수 없게 되었다.

이에 청구인은 위 규칙 별표6 제1호 가목과 나목의 각 괄호부분이 청구인의 직업선택 내지 영업의 자유와 재산권을 침해한 것은 물론 헌법에 보장된 신뢰보호의 원칙에도 위반된다고 주장하면서 소원을 제기하였다.

나. 심판대상

이 사건 심판대상 조항은 폐기물관리법시행규칙(2000. 12. 30. 환경부령 제104호로 개정된 것, 이하 “규칙”이라 한다) 별표6 제1호 가목 및 나목 중 각 괄호부분(이하 “심판대상부분”이라 한다)이고 그 내용은 다음과 같다.

* 규칙 제17조(폐기물처리업의 허가) ① 법 제26조 제3항의 규정에 의한 폐기물처리업을 하고자 하는 자가 갖추어야 할 시설·장비·기술능력의 기준은 별표6과 같다.

* 별표6 폐기물처리업의 시설·장비·기술능력의 기준(제17조 제1항 관련)

1. 폐기물수집·운반업의 기준

가. 생활폐기물(사업장생활계폐기물을 포함한다)을 수집·운반하는 경우

(1) 장 비

- 밀폐식운반차량 1대 이상으로 적재능력합계 15세제곱미터 이상[다만 특별시, 광역시(군 지역을 제외한다)의 경우 2대 이상으로 적재능력합계 30세제곱미터 이상]
- 운반용 압축차량 또는 압축차량 1대 이상[다만 특별시, 광역시(군 지역을 제외한다) 지역의 경우 2대 이상]
- 기계식 상차장치가 부착된 차량 2대 이상(특별시, 광역시에 한하되 광역시의 경우 군 지역을 제외한다)

(2) 이하 생략

나. 사업장일반폐기물(사업장생활계폐기물을 제외한다)을 수집·운반하는 경우

(1) 장비

◦ 액상폐기물을 수집·운반하는 경우 : 탱크로리 또는 카고트럭 2대 이상

◦ 고상폐기물을 수집·운반하는 경우 : 암롤트럭·컨테이너트럭·버킷로더·덤프트럭·밀폐식차량·운반용압착차량·압축차량 또는 기계식 상차장치가 부착된 차량 2대 이상

(2) 이하 생략

※ 관련조항의 내용 : 별지2와 같다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견요지

가. 청구인의 주장요지

청구인은 사업장일반폐기물 중에서도 특히 사업장생활계폐기물의 수집·운반업을 영위하는 데 중점을 두고 4.6톤 압축차량 1대, 11톤 암롤트럭 1대, 사무실 등 시설을 갖추어 2000. 12. 16. 사업장일반폐기물 수집·운반업의 허가를 부산광역시 사상구청장으로부터 받았다.

그런데 규칙이 개정되어 종전의 허가만으로는 사업장생활계폐기물의 수집·운반을 더 이상 할 수 없게 되었는바 이것은 허가 당시의 법규를 신뢰하고 허가를 획득한 청구인의 업무범위를 축소시키고, 이로 인하여 사업을 중단하지 않으면 안될 정도의 재산상 피해를 입게 하는 것으로서 헌법이 보장한 신뢰보호의 원칙, 직업선택 내지 영업의 자유와 재산권을 침해한다.

나. 환경부장관 및 부산광역시 사상구청장의 의견요지

별지1.과 같다.

3. 판 단

가. 심판대상부분의 개정 내용

(1) 폐기물의 종류

폐기물관리법에 의하면, “폐기물”이라 함은 쓰레기·연소 뒤에 남은 재·오니·폐유·폐산·폐알카리·동물의 사체 등으로서 사람의 생활이나 사업활동에 필요하지 아니하게 된 물질을 의미하고(동법 제2조 제1호), 이는 생활폐기물과 사업장폐기물로 분류된다. 그리고 “사업장폐기물”이라 함은 대기환경보전법·수질환경보전법 또는 소음·진동규제법의 규정에 의하여 배출시

설을 설치·운영하는 사업장 기타 대통령령이 정하는 사업장에서 발생하는 폐기물을 말하고(동법 제2조 제3호), “생활폐기물”은 사업장폐기물 외의 폐기물을 말한다(동법 제2조 제2호).

한편 사업장폐기물은 다시 지정폐기물(동법 제2조 제4호; 사업장폐기물 중 폐유·폐산등 주변환경을 오염시킬 수 있거나 감염성폐기물 등 인체에 위해를 줄 수 있는 유해한 물질로서 대통령령이 정하는 폐기물을 말한다), 건설폐기물 및 사업장일반폐기물로 분류되는데, 사업장일반폐기물은 사업장폐기물로서 지정폐기물과 건설폐기물을 제외한 폐기물을 말하는 것으로서 다시 사업장배출시설계폐기물과 사업장생활계폐기물로 세분류된다. 사업장배출시설계폐기물은 배출시설의 운영과 관련하여 사업장에서 배출되는 폐기물(예를 들면 폐석고, 폐석회, 폐금속류, 폐흙착제, 폐흙수제, 연소뒤에 남은 재, 분진, 폐주물사, 오니, 폐고무류, 폐섬유류 등으로서 유해물질을 법에서 정하는 기준 이하로 함유하고 있는 폐기물 등이 이에 해당한다)을 말하고, 사업장생활계폐기물은 폐기물을 1일 평균 300킬로그램 이상 배출하는 사업장(주로 상가·백화점 및 대형빌딩 등)과 지정폐기물과 건설폐기물을 배출하는 사업장에서 배출되는 사업장일반폐기물을 말하며, 주로 폐지류, 폐목재류, 폐합성수지류, 음식물쓰레기 등이 이에 해당하고 성상이 생활폐기물과 유사한 폐기물이다.

(2) 심판대상부분의 개정의 의미

폐기물관리법 제26조 제3항에 의하면, 폐기물의 수집·운반 또는 처리를 업으로 하고자 하는 자는 환경부령이 정하는 기준에 의한 시설·장비 및 기술능력을 갖추어 업종별로 시·도지사의 허가를 받아야 하는데, 위 법률에 따라 제정된 구 폐기물관리법시행규칙(2000. 7. 22. 환경부령 제97호로 개정되고, 2000. 12. 30. 환경부령 제104호로 개정되기 전의 것, 이하 “구 규칙”이라 한다)에 의하면, 사업장일반폐기물의 수집·운반업의 허가를 받으면 사업장일반폐기물, 즉 사업장배출시설계폐기물과 사업장생활계폐기물을 모두 수집·운반할 수 있었다(구 규칙 별표 6 참조).

그러나 규칙이 심판대상부분과 같이 개정됨으로써 사업장생활계폐기물을 수집·운반하려는 자는 생활폐기물의 수집·운반업의 허가기준을 갖추어 별도의 허가를 받아야만 이를 영위할 수 있게 되었다.

그런데 규칙상 사업장일반폐기물 수집·운반업의 허가기준과 생활폐기물 수집·운반업의 허가기준을 비교하여 보면 다음과 같다.

사업장일반폐기물(사업장생활계폐기물 제외)	생활폐기물(사업장생활계폐기물포함)
<ul style="list-style-type: none"> ◦ 액상폐기물을 수집·운반하는 경우 : 탱크로리 또는 카고트럭 2대 이상 ◦ 고상폐기물을 수집·운반하는 경우 : 암롤트럭·컨테이너트럭·버킷로더·덤프트럭·밀폐식차량·운반용압착차량·압축차량 또는 기계식 상차장치가 부착된 차량 2대 이상 	<ul style="list-style-type: none"> ◦ 밀폐식운반차량 1대 이상으로 적재능력합계 15세제곱미터 이상[다만 특별시, 광역시(군 지역을 제외한다)의 경우 2대 이상으로 적재능력합계 30세제곱미터 이상] ◦ 운반용 압착차량 또는 압축차량 1대 이상[다만 특별시, 광역시(군 지역을 제외한다) 지역의 경우 2대 이상] ◦ 기계식 상차장치가 부착된 차량 2대 이상(특별시, 광역시에 한하되 광역시의 경우 군 지역을 제외한다)

따라서 사업장생활계폐기물을 처리하려고 하는 자(특히 청구인과 같이 광역시에서 영업하려는 자)는 밀폐식운반차량 2대, 운반용 압착차량 또는 압축차량 2대, 기계식 상차장치가 부착된 차량 2대 합계 6대를 구비하여야 한다.

그런데 구 규칙 하에서는 사업장일반폐기물의 수집·운반업의 허가기준에 맞는 시설을 갖추어 그 허가를 받으면 사업장생활계폐기물도 함께 수거할 수 있었으므로 청구인과 같이 고상폐기물을 수집·운반하려고 한 자로서는 암롤트럭, 컨테이너트럭, 버킷로더, 덤프트럭, 밀폐식차량, 운반용압착차량, 압축차량 또는 기계식 상차장치가 부착된 차량 중 선택적으로 2대를 구비하기만 하면 사업장생활계폐기물을 수거할 수 있었다.

그러므로 구 규칙 하에서 2대의 트럭을 구비하여 사업장일반폐기물 수집·운반업의 허가를 받은 자는 규칙의 개정 이후에도 사업장일반폐기물 중 사업장배출시설계폐기물의 수집·운반업을 하는 데는 아무런 문제가 없으나, 사업장생활계폐기물을 수집·운반할 수 있기 위하여는 4대의 트럭을 추가로 구비하여 생활폐기물의 수집·운반업의 허가를 별도로 받아야만 이를 할 수 있게 되었다.

즉 규칙의 개정으로 인하여 사업장일반폐기물의 수집·운반업의 업무범위에서 사업장생활계폐기물이 제외됨으로써 그 업무범위가 사업장배출시설계폐기물만의 수집·운반으로 축소된 것이다.

나. 신뢰이익의 침해 여부

이와 같은 업무범위의 축소는 기왕의 법규를 신뢰하고 허가를 받아 영업을

하여온 청구인과 같은 사업자의 신뢰를 침해하여 헌법에 위반되고 더구나 경과규정도 두지 아니한 채 업무의 범위를 축소한 것은 그 침해의 정도가 더욱 심한 것이라고 청구인은 주장한다.

(1) 법령의 개정과 신뢰의 보호

국민이 어떤 법률이나 제도가 장애에도 그대로 존속될 것이라는 합리적인 신뢰를 바탕으로 하여 일정한 법적 지위를 형성한 경우, 국가는 그와 같은 법적 지위와 관련된 법규나 제도의 개폐에 있어서 국민의 신뢰를 최대한 보호하여 법적 안정성을 도모하여야 한다. 물론 이러한 신뢰의 보호는 새로운 입법을 통하여 실현하고자 하는 공익을 위하여 제한될 수 있는 것이지만 이 경우에도 그 제한이 위헌으로 되지 않기 위하여는 비례의 원칙이 준수되어야 한다. 따라서 신뢰이익의 제한이 있는 경우에는 신뢰이익과 공공복리의 중요성을 비교형량하여 비례의 원칙이 지켜졌는지 여부를 판단하고 그에 따라 위헌 여부를 결정하여야 할 것이다(헌재 2001. 9. 27. 2000헌마152, 판례집 13-2, 338, 346 참조).

(2) 심판대상부분의 입법목적

원래 구 규칙으로 개정되기 전의 폐기물관리법시행규칙(2000. 7. 22. 환경부령 제97호로 개정되기 전의 것, 이하 “구구 규칙”이라 한다)은 생활폐기물과 사업장생활계폐기물을 수집·운반하는 경우를 한 묶음으로 하여 이를 하나의 허가대상으로 하고 한편 사업장배출시설계폐기물을 수집·운반하는 경우는 별도의 기준에 의하여 다른 허가의 대상으로 하고 있었다. 즉 구구 규칙은 이 규칙과 마찬가지로 동일한 기준에 의한 하나의 허가에 의하여 생활폐기물과 사업장생활계폐기물을 함께 처리할 수 있도록 하고 있었다.

그런데 폐기물관리법에 의한 폐기물은 그 발생원(發生源)에 따라 생활폐기물과 사업장폐기물로 분류되고 있으므로 수집·운반업의 허가도 그 분류에 맞추어 각각 달리 규정되어야 하는데도 구구 규칙은 생활폐기물과 사업장생활계폐기물을 동일한 허가대상으로 규정하고 있어 폐기물관리법상의 분류체계와 모순된다는 주장이 있었고 그 결과 사업장생활계폐기물의 수집·운반업의 허가를 생활폐기물에 대한 허가에서 분리하여 이를 사업장일반폐기물의 허가대상에 포함시키는 규칙의 개정이 2000. 7. 22. 이루어졌다.

그러나 2000. 7. 22.부터 시행된 구 규칙은 폐기물의 적정한 관리라는 측면에서 커다란 문제점이 있음이 발견되었다. 즉, 비록 형식적으로는 같은 사업장폐기물의 범위에 속해 있다고 하더라도 사업장생활계폐기물과 사업장배출

시설계폐기물은 그 성질이 완전히 다름에도 불구하고 이 두가지를 같은 기준으로 관리하게 되어 다음과 같은 폐단이 발생하였다. 사업장생활계폐기물은 성상이 가정에서 배출되는 생활폐기물과 동일 내지 유사하고 그중 음식물·채소류 등 가연성폐기물이 약 56%를 차지하고 있다. 이에 반하여 사업장배출시설계폐기물은 광재류(鑛滓類), 소각(燒却)후에 남은 재, 폐주물사(廢鑄物沙), 폐석회(廢石灰) 등 불연성폐기물이 대부분을 차지하고 그 최종처리방법도 생활폐기물과 전혀 다르다. 즉 사업장배출시설계폐기물은 대부분 이를 재활용하거나 매립하는 반면 사업장생활계폐기물은 가연성 폐기물이 56%를 차지하기 때문에 대부분 소각처리하고 있는 실정이다. 이와 같이 최종처리과정이 달라야 되는 특성을 감안하여 사업장생활계폐기물과 사업장배출시설계폐기물을 구별하여 수집, 운반토록 할 필요가 있는 것이다. 만일 폐기물의 발생장소가 '사업장'으로서 동일하다는 이유로 사업장생활계폐기물과 사업장배출시설계폐기물을 함께 수집·운반하도록 하는 경우에는 성상이 다른 두종류의 폐기물들이 서로 혼합되어 부적절하게 처리될 우려가 실제로 매우 높다. 특히 불연성폐기물이 많은 사업장배출시설계폐기물을 사업장생활계폐기물과 함께 수집하여 사업장생활계폐기물의 최종처리장소인 소각장으로 운반하여 처리하는 경우에는 유독가스 발생 등 심각한 환경공해를 일으키게 된다. 이와 같은 환경공해에 대한 우려를 원천적으로 불식하기 위하여 사업장생활계폐기물을 사업장배출시설계폐기물로부터 분리하여 수거하도록 개정된 것이 바로 이 규칙의 심판대상부분이다.

그렇다면 이 사건 심판대상부분의 입법목적은 사업장생활계폐기물과 사업장배출시설계폐기물이 혼합되어 처리됨으로써 발생하게 될 환경공해를 막기 위한 것으로서 그 정당성이 충분히 인정된다.

(3) 법익의 형량

심판대상부분과 같은 내용으로 규칙이 개정됨으로 말미암아 청구인과 같은 개인이 입는 불이익은, 사업장일반폐기물수집·운반업의 허가를 받은 자가 사업장일반폐기물중 사업장생활계폐기물을 수거하는 영업을 더 이상 할 수 없게 되었다는 것이다. 즉, 사업장일반폐기물 중 사업장배출시설계폐기물은 여전히 처리할 수 있지만, 사업장생활계폐기물은 처리할 수 없게 되어 그 영업범위가 축소되었다는 것이다.

그런데 사업장일반폐기물 중 생활계폐기물과 배출시설계폐기물의 비율을 살펴보면, 1999년도 사업장일반폐기물의 1일 발생량이 113,289.7톤인데 그중

사업장생활계폐기물이 6,945톤(6.1%), 사업장배출시설계폐기물이 106,344.7톤(93.9%)이며, 2000년도 사업장일반폐기물 1일 발생량이 108,506.1톤인데 그 중 사업장생활계폐기물이 7,053.5톤(6.5%)이고, 사업장배출시설계폐기물이 101,452.6톤(93.5%)이었다. 이것을 보면 사업장배출시설계폐기물이 사업장일반폐기물의 약 93%를 점하고 있는바 이러한 실정에 비추어 보면 사업장생활계폐기물의 수거업무가 사업장일반폐기물의 수거업무에서 제외됨으로 인하여 생기는 업무범위의 축소라고 하는 사적인 불이익은, 양적으로 미미하여 그다지 크지 않다고 할 것이다.

이에 반하여 심판대상부분과 같은 내용으로 규칙을 개정하여 얻을 수 있는 환경공해의 예방이라는 공익은 날로 더해가는 우리 사회의 환경오염의 심각성을 고려할 때 실로 중대하다고 할 것이고 이러한 공익은 앞에서 본 사적인 불이익보다 훨씬 더 크다고 할 것이다.

(4) 소 결

그러므로 심판대상부분은, 청구인과 같은 일부 사업자의 영업범위를 축소시킨다는 사적 불이익을 가져오지만 그것보다 현저히 중대하다고 볼 환경공해의 배제라는 공익을 추구하는 것이 명백하여 헌법상의 신뢰보호의 원칙을 침해한다고 볼 수 없다.

다만, 이 사건 규칙이 구 규칙 하에서 사업장일반폐기물의 수집·운반업의 허가를 받은 자에 대하여 경과규정을 두어 그들로 하여금 변화한 법적 상태에 적응하고 대처할 수 있는 적절한 시간적 여유를 주지 아니한 점을 유의할 필요는 있다. 그러나 앞에서 본 바와 같은 환경공해의 심각성과 그 개선의 시급성에 비추어 보면 환경공해유발의 요인은 가능한 한 이를 조속히 제거하는 것이 공익에 적합하고, 청구인과 같은 기존의 사업자가 경과규정에 의한 혜택도 없이 바로 영업범위를 일부 축소당하더라도 그 규모가 미미하여(전체 사업장일반폐기물 중 약 7%) 그로 인하여 입는 불이익이 그다지 크지 아니하고, 또한 청구인과 같은 사업자가 생활폐기물의 수거를 위한 별도의 영업허가를 얻는 데에 무슨 규정상의 장애가 있는 것도 아니므로 오히려 경과규정을 두지 않는 것이 환경공해문제의 효과적인 개선을 위하여 보다 합리적이라고 보인다. 따라서 규칙이, 그 개정 전에 사업장일반폐기물의 수집·운반업의 허가를 받은 자에 대하여, 별도의 경과규정을 두지 않은 것은 청구인의 신뢰이익을 과도하게 침해하는 조치라고 볼 수는 없다.

다. 직업선택의 자유에 대한 침해 여부

(1) 이 규칙은 사업장일반폐기물수집·운반업의 업무범위에서 사업장생활계폐기물을 제외함으로써 구 규칙에 의하여 사업장일반폐기물수집·운반업의 허가를 받은 청구인이 더 이상 사업장생활계폐기물을 수거할 수 없도록 하고 있는데 청구인은 이것이 그의 직업의 자유를 침해한다고 주장한다.

(2) 살피건대, 허가를 받아야만 영위할 수 있는 영업의 경우에는 그 업무의 범위가 허가의 근거가 된 법령 등에 의하여 사전에 결정되어 있다. 따라서 허가대상인 영업의 일부에 관하여 허가를 받은 사람은 허가받지 않은 나머지의 다른 업무를 영위할 수 없는 것이고 이러한 의미에서 그 다른 업무에 대하여는 직업의 자유가 논의될 수 없다고 할 것이다. 물론 그 영업이나 업무에 관한 허가제도의 채택 자체가 직업의 자유를 침해하는 위헌인지의 여부는 별개의 문제이다.

따라서 기존의 구 규칙에 의한 허가에 의하여 수행이 가능하였던 어떤 업무가, 개정된 규칙에 의하여 허가되는 업무의 범위에서 제외된 경우에, 기존에 허가를 받은 사람이 그 제외된 다른 업무를 영위할 수 없게 되는 것은 직업의 자유를 침해하는 차원의 문제는 아닌 것이다.

다만, 이러한 경우에는 구 규칙 하에서 허가를 받아 형성된 법률상의 지위 내지 권리가 규칙의 개정으로 말미암아 불리한 영향을 받게 되는바 이 때에는 이러한 불리한 영향이 헌법상 보장되는 신뢰이익을 침해하는 것인지여부의 문제가 된다.

그렇다면 이 사건의 경우에도 규칙의 개정으로 말미암아 청구인이 그 업무의 범위를 축소당하는 불리한 영향을 받게 되었지만 이것은 신뢰이익보호의 문제로 논의될 성질의 것이지 직업의 자유를 침해하는지 여부의 문제는 아니다. 그리고 신뢰이익보호의 문제는 이미 앞에서 검토한 바와 같다.

그러므로 청구인의 주장은 이유 없다.

라. 재산권의 침해 여부

(1) 청구인은 규칙의 개정으로 인하여 사업장생활계폐기물의 수집·운반을 더 이상 영위할 수 없게 됨으로써 그 영업의 범위가 축소되어 그의 재산권이 침해되었다고 주장한다.

(2) 살피건대 국가가 일정한 방향으로 개인의 경제행위를 유도하려는 목적을 가지고 법률로써 조세감면의 혜택, 금융지원 등을 제공하여 경제적 유인책을 펴면서 명시적으로 그러한 법률의 존속을 약속하거나, 약속은 아닐지라도 개인이 자신의 결정을 규범의 의도에 맞춘다면 국가도 자신의 신뢰를 저버리

지 않으리라는 기대를 규범의 표현을 통하여 국가가 불러일으킨 경우는 별론으로 하고, 단순한 이윤추구의 측면에서 자신에게 유리한 경제적·법적 상황이 지속되리라는 일반적인 기대나 희망을 가진 것에 불과한 경우에는 이러한 기대나 희망은 원칙적으로는 헌법에 의하여 보호되는 재산권의 범위에 속한다고 보기 어려울 것이다.

(3) 이 사건에서 보면, 청구인은 이 사건 규칙이 부여한 영업허가의 기회를 활용하고 있던 상태에서 그 허가된 업무범위의 축소변경으로 말미암아 그 영업의 기회 내지 이윤획득의 기대가 다소 줄어드는 정도의 영향을 받은 것에 불과하다고 보여지고 한편, 청구인이 종전에 가졌던 기회나 기대는 원래가 국가에 의하여 일정방향으로 유인된 결과로 형성된 것도 아니고 그 존속이 규범적으로 보장된 것도 아니라고 보이므로 이러한 업무범위의 축소를 가리켜 재산권의 침해라고 보기는 어렵다.

그러므로 청구인의 주장은 이유 없다.

4. 결 론

그러므로 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정에 대하여는 관여 재판관 전원의 의견이 일치된다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성(주심)
김효종 김경일 송인준 주선회

[별지 1]

환경부장관 및 부산광역시 사상구청장의 의견

1. 적법요건에 관한 의견

가. 이 사건 규칙의 규정은 단순히 폐기물의 수집·운반업 허가기준을 조정한 것으로서, 당해 기준을 갖추어 수집·운반업 허가를 신청한 것에 대하여 허가를 거부하거나 제한하는 처분행위가 있기 전에는 기본권이 침해되었다고 인정하기 어려울 것이다. 더욱이 이 사건의 경우 청구인이 종전의 법령의 규정에 의해 허가받은 영업을 개정된 법령에 의해 폐지되는 결과가 발생되지

않았으므로 이 사건 규칙 개정 자체로서 직접적인 기본권 침해의 결과가 발생되었다고 볼 수 없다는 점에서 직접성의 요건을 결하고 있다.

나. 이 사건 규칙으로의 개정 전에는 청구인이 사업장생활계폐기물을 대상으로 영업할 수 있었다해도 이 사건규칙 개정당시 사업장생활계폐기물을 수집·운반하기 위한 어떠한 계약도 체결된 사실이 없었는바, 영업범위가 축소되어 단순히 기대이익과 경제적인 기회가 줄어들었다는 이유로는 현재 당장 기본권 침해를 당했다고 할 수 없다. 또한 당시 허가받은 사항만으로도 사업장생활계폐기물을 제외한 사업장일반폐기물은 수집·운반할 수 있다는 점에서 현재성의 요건을 결하고 있다.

2. 본안에 관한 의견

가. 국가는 청구인이 구 규칙에 의거하여 허가를 취득한 2000. 12. 16. 이전인 2000. 10. 28.에 이미 구 규칙을 이 사건규칙으로 개정한다는 취지의 입법 예고(관보 제14639호)를 하여 구 규칙이 이 사건규칙으로 개정될 것임을 청구인을 포함한 모든 국민에게 분명하게 고지하였다. 따라서 청구인으로서 폐기물처리사업계획서 제출 당시인 2000. 11. 4.에 이미 구 규칙이 이 사건규칙으로 곧 개정될 예정이며 또한 그 결과 자신이 비록 사업장일반폐기물수집·운반업 허가를 받는다고 하더라도 사업장생활계폐기물은 처리할 수 없게 될 것이라는 점을 충분히 알고 있었다. 결국 청구인에게는 헌법상 보호할 만한 신뢰관계가 형성되지 않았다.

나. 이 사건 규칙은 일정한 허가요건을 구비한 자에 대해 사업장생활계폐기물을 대상으로 하는 수집·운반업의 진입을 제한하거나 그 허가요건 구비행위 자체를 제한하는 것이 아니다. 따라서 누구나 이 사건규칙에서 정한 허가요건을 갖추어 허가를 받으면 사업장생활계폐기물의 수집·운반이 가능하며 그 허가요건충족에도 제도적 장애가 없다. 더욱이 청구인이 이 사건 규칙에 의해 허가받은 업이 자동적으로 폐업되어 영업자체를 할 수 없게 된 경우가 아니고, 사업장일반폐기물중 사업장배출시설계폐기물은 계속 취급할 수 있다.

따라서 청구인은 구 규칙의 이 사건 규칙으로의 개정에도 불구하고 사업장배출시설계폐기물을 계속 처리할 수 있으며 또한 이 사건 규칙에 규정된 일정한 요건을 갖추면 사업장생활계폐기물도 처리할 수 있으므로 직업선택의 자유나 영업의 자유를 침해한 것으로 볼 수 없다.

다. 폐기물 수집·운반업 허가는 그 업에 대해 일반적으로 금지하되, 법적요건을 갖춘 특정한 자에 대해 금지를 해제하여 적법하게 폐기물을 수집·운

반할 수 있게 하는 행위이다. 이러한 허가의 효과는 일반적 금지를 해제함에 그치고 배타적·독점적 권리를 설정하는 것이 아니므로 허가의 결과 특정인이 사실상 어떤 사업의 독점 혹은 기타의 이익을 얻는 경우가 있다 하더라도 그것은 부수적·반사적 효과에 지나지 않는다.

이 사건의 경우 구 규칙을 이 사건 규칙으로 개정함에 따라 영업범위가 축소되어 당초 청구인의 기대이익이 줄어들었다고 하더라도 이는 막연한 반사적 기대이익과 경제적 기회가 줄어든 것에 불과하며 헌법상 보호되는 재산권이 침해되었다고 볼 수 없다.

[별지 2]

관련조항의 내용

* 폐기물관리법(1999. 2. 8. 법률 제5865호로 개정된 것) 제26조(폐기물처리업) ① 폐기물의 수집·운반 또는 처리를 업(이하 “폐기물처리업”이라 한다)으로 하고자 하는 자는 환경부령이 정하는 바에 따라 폐기물처리사업계획서를 지정폐기물을 대상으로 하는 경우에는 환경부장관에게 제출하고, 그밖의 폐기물을 대상으로 하는 경우에는 시·도지사에게 제출하여야 한다. 환경부령이 정하는 중요사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다.

② 환경부장관 또는 시·도지사는 제1항의 규정에 의하여 제출된 폐기물처리사업계획서를 검토하여 그 적합 여부를 폐기물처리사업계획서를 제출한 자에게 통보하여야 한다.

③ 제2항의 규정에 의하여 적합통보를 받은 자는 환경부령이 정하는 기준에 의한 시설·장비 및 기술능력을 갖추어 업종별로 시·도지사의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항중 환경부령이 정하는 중요사항을 변경하고자 할 때에도 또한 같다. 다만, 지정폐기물을 대상으로 하여 폐기물처리업을 하고자 하는 자는 환경부장관의 허가를 받아야 한다.

④ 폐기물처리업의 업종구분과 영업내용은 다음과 같다.

1. 폐기물수집·운반업

폐기물을 수집하여 처리장소로 운반하는 영업

2. 폐기물중간처리업

폐기물중간처리시설을 갖추고 폐기물을 소각·중화·파쇄·고형화등의

방법에 의하여 중간처리(생활폐기물을 재활용하는 경우를 제외한다)하는 영업

3. 폐기물최종처리업

폐기물최종처리시설을 갖추고 폐기물을 매립 등(해역배출을 제외한다)의 방법에 의하여 최종처리하는 영업

4. 폐기물종합처리업

폐기물처리시설을 갖추고 폐기물을 중간처리 및 최종처리를 함께 하는 영업

⑤~⑨ 각 생략

* 구 폐기물관리법시행규칙(2000. 7. 22. 환경부령 제97호로 개정되고, 2000.

12. 30. 환경부령 제104호로 개정되기 전의 것)

별표 6 폐기물처리업의 시설·장비·기술능력의 기준(제17조 제1항 관련)

1. 폐기물수집·운반업의 기준

가. 생활폐기물을 수집·운반하는 경우

(1) 장 비

- 밀폐식운반차량 1대이상으로 적재능력합계 15세제곱미터이상 [다만, 특별시·광역시(군지역을 제외한다)의 경우 2대이상]으로 적재능력합계 30세제곱미터이상
- 운반용 압착차량 또는 압축차량 1대이상[다만, 특별시·광역시(군지역을 제외한다) 지역의 경우 2대이상]
- 기계식 상차장치가 부착된 차량 2대이상(특별시·광역시에 한하되, 광역시의 경우 군지역을 제외한다)

(2) 연락장소 또는 사무실

나. 사업장일반폐기물을 수집·운반하는 경우

(1) 장 비

- 액상폐기물을 수집·운반하는 경우 : 탱크로리 또는 카고트럭 2대이상
- 고상폐기물을 수집·운반하는 경우 : 암롤트럭·컨테이너트럭·버킷로더·덤프트럭·밀폐식차량·운반용압착차량·압축차량 또는 기계식 상차장치가 부착된 차량 2대이상

(2) 연락장소 또는 사무실

다. 이하 생략

* 구구 폐기물관리법시행규칙(2000. 7. 22. 환경부령 제97호로 개정되기 전의 것)

별표 6 폐기물처리업의 시설·장비·기술능력의 기준(제17조 제1항 관련)

1. 폐기물수집·운반업의 기준

가. 생활폐기물 및 사업장생활계폐기물을 수집·운반하는 경우

(1) 장 비

- 밀폐식운반차량 1대 이상으로 적재능력합계 15세제곱미터 이상[다만, 특별시·광역시(군 지역을 제외한다)의 경우 2대 이상으로 적재능력합계 30세제곱미터 이상]
- 운반용 압착차량 또는 압축차량 1대 이상[다만, 특별시·광역시(군 지역을 제외한다) 지역의 경우 2대 이상]
- 기계식 상차장치가 부착된 차량 2대 이상(특별시·광역시에 한하되, 광역시의 경우 군지역을 제외한다)

(2) 연락장소 또는 사무실

나. 사업장배출시설계폐기물을 수집·운반하는 경우

(1) 장 비

- 액상폐기물을 수집·운반하는 경우 : 탱크로리 또는 카고트럭 2대 이상
- 고상폐기물을 수집·운반하는 경우 : 암롤트럭·컨테이너트럭·버킷로더·덤프트럭·밀폐식차량·운반용압착차량·압축차량 또는 기계식 상차장치가 부착된 차량 2대 이상

(2) 연락장소 또는 사무실

다. 이하 생략

지방공무원법 제31조 제5호 등 위헌확인

(2002. 8. 29. 2001헌마788, 2002헌마173(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 헌법 제25조 공무원임권의 보호영역
2. 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에는 공무원직에서 당연히 퇴직하는 것으로 규정한 지방공무원법 제61조 중 제31조 제5호 부분(이하, “이 사건 법률조항”이라 한다)이 헌법 제25조의 공무원임권을 침해하고 있는 것인지 여부(적극)

【결정요지】

1. 헌법 제25조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무원임권을 가진다.”고 하여 공무원임권을 보장하고 있고, 공무원임권의 보호영역에는 공직취임의 기회의 자의적인 배제 뿐 아니라, 공무원 신분의 부당한 박탈도 포함되는 것이다.

2. 공무원이 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에는 공무원직에서 당연히 퇴직하는 것으로 규정하고 있는 이 사건 법률조항은 금고 이상의 선고유예의 판결을 받은 모든 범죄를 포괄하여 규정하고 있을 뿐 아니라, 심지어 오늘날 누구에게나 위험이 상존하는 교통사고 관련 범죄 등 과실범의 경우마저 당연퇴직의 사유에서 제외하지 않고 있으므로 최소침해성의 원칙에 반한다.

오늘날 사회구조의 변화로 인하여 ‘모든 범죄로부터 순결한 공직자 집단’이라는 신뢰를 요구하는 것은 지나치게 공익만을 우선한 것이며, 오늘날 사회국가원리에 입각한 공직제도의 중요성이 강조되면서 개개 공무원의 공무원임권 보장의 중요성이 더욱 큰 의미를 가지고 있다. 일단 공무원으로 채용된 공무원을 퇴직시키는 것은 공무원이 장기간 쌓은 지위를 박탈해 버리는 것이므로 같은 입법목적을 위한 것이라고 하여도 당연퇴직사유를 임용결격사유와 동일하게 취급하는 것은 타당하다고 할 수 없다. 결국, 지방공무원법 제61조 중 제31조 제5호 부분은 헌법 제25조의 공무원임권을 침해하였다고 할 것

이다. 따라서 헌법재판소가 종전에 1990. 6. 25. 89헌마220 결정에서 위 규정이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 의견은 이를 변경하기로 한다.

재판관 한대현의 반대의견

기본권의 보장 등 공익실현이라는 국가작용을 현실적으로 수행하는 공무원은 직무의 내용인 공무수행 그 자체가 공공의 이익을 위한 활동이라는 근무관계의 특수성 때문에 국가의 공적사무를 수행할 권리와 이에 따른 신분상·재산상의 부수적 권리를 향유함과 동시에 이에 상응하는 고도의 윤리·도덕적 의무를 부담한다.

헌법 제7조 제2항은 공무원이 정당한 이유없이 해임되지 아니하도록 신분을 보장하여 국민전체에 대한 봉사자로서 성실히 근무할 수 있도록 하기 위한 것임과 동시에, 공무원의 신분은 무제한 보장되는 것이 아니라, 공무의 특수성을 고려하여 헌법이 정한 신분보장의 원칙 아래 법률로 그 내용을 정할 수 있도록 한 것이다.

이 사건 법률조항에 의하여 공무원에게 가해지는 신분상 불이익과 보호하려는 공익을 비교할 때, 이 사건 법률조항이 입법자의 재량을 일탈하여 공무담임권을 침해하는 위헌의 법률조항이라고 볼 수는 없고, 종전의 우리재판소 견해는 유지되어야 한다.

【심판대상조문】

지방공무원법(1966. 4. 30. 법률 제1794호로 개정된 것) 제61조(당연퇴직) 공무원이 제31조 각 호의 1에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다.

【참조조문】

헌법 제7조 제2항, 제25조, 제37조 제2항

【참조판례】

1. 헌재 2000. 12. 14. 99헌마112 등, 판례집 12-2, 399
헌재 1997. 3. 27. 96헌바86, 판례집 9-1, 325
2. 헌재 1997. 3. 27. 94헌마196 등 판례집 9-1, 375
헌재 1998. 5. 28. 96헌가5 판례집 10-1, 541

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 광일병 (2001헌마788)
 국선대리인 변호사 이석조
 2. 박연수 (2002헌마173)
 국선대리인 변호사 이영복

【주 문】

지방공무원법 제61조 중 제31조 제5호 부분(1966. 4. 30. 법률 제1794호로 개정된 것)은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2001헌마788 사건

청구인은 1992. 8. 경 9급 수산직 지방공무원으로 채용된 이후, 1995. 2. 6. 경 부산광역시 기장군 장안읍사무소 산업계에서 근무하던 중 직무수행과 관련하여 허위공문서 작성 및 동행사의 혐의로 기소된 후, 2001. 1. 12. 부산고등법원에서 징역 6월의 선고유예 판결을 받고 대법원에 상고하였다가 2001. 9. 7. 상고가 기각됨으로써 위 선고유예의 원심판결이 확정되었다. 이로써 청구인은 지방공무원법 제61조 및 제31조 제5호의 금고 이상의 형의 선고유예의 판결이 확정된 경우에 해당되어 공무원직으로부터 당연퇴직 당하게 되었다. 청구인은 이에 위 지방공무원법 규정에 의하여 헌법상 보장된 평등권 및 공무원임권 등이 침해되었다고 주장하면서 2001. 10. 24. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2002헌마173 사건

청구인은 1990. 6. 5. 충남 공주군 유구면 지방건축서기보로 임용되어 1996. 4.부터 공주시 문화관광과, 도시건축과 등에서 재직하던 중, 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(도주차량) 혐의로 기소된 후 2000. 11. 7. 대전지방법원에서 징역 6월의 선고유예 판결을 받고, 대법원에 상고하였다가 2002. 1. 11. 상고가 기각됨으로써 위 선고유예의 판결이 확정되었다. 청구인은 위 확정판결에 의해 지방공무원법 제61조, 제31조 제5호에 의거 당연퇴직 당하게 되자, 위 규정이 헌법상 보장된 평등권, 공무원임권 등 청구인의 기본권을 침해한다

헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788, 2002헌마173(병합)

면서 2002. 3. 9. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 지방공무원법 제61조 중 제31조 제5호 부분(1966. 4. 30. 법률 제1794호로 개정된 것, 이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌여부이며, 그 내용 및 관련조항은 다음과 같다.

제61조(당연퇴직) 공무원이 제31조 각호의 1에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다.

제31조(결격사유) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 공무원이 될 수 없다.

1. 금치산자 및 한정치산자
 2. 파산자로서 복권되지 아니한 자
 3. 금고 이상의 형을 받고 그 집행이 종료되거나, 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 경과하지 아니한 자
 4. 금고 이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 만료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 자
 5. 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예기간 중에 있는 자
 6. 법원의 판결 또는 다른 법률에 의하여 자격이 상실 또는 정지된 자
 7. 징계에 의하여 파면의 처분을 받은 날로부터 5년을 경과하지 아니한 자
 8. 징계에 의하여 해임의 처분을 받은 날로부터 3년을 경과하지 아니한 자
2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 이 사건 법률조항에 의한 공무원의 당연퇴직사유에 따르면 벌금형은 결격사유로 규정하지 않으면서 벌금형보다 더 가벼운 선고유예는 공무원의 당연퇴직사유로 규정하고 있는바, 이는 헌법 제10조에 의한 인간의 존엄성과 행복추구권, 제11조 제1항이 보장하는 평등권 내지는 체계정당성의 원칙을 침해하는 것이다.

(2) 공무원관계의 종료여부에 관해서는 형사판결의 결과만이 아니라, 다른 요소들까지 종합적으로 감안할 수 있도록 징계절차를 통하여 결정하도록 하는 것이 공직제도의 신뢰성과 공무원의 기본권을 보다 적절하게 조화시키는 방안이다. 순간적인 과실로 인하여 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에도 공무원을 당연히 공직에서 퇴직시키는 것은 해당 공무원의 공무담임권을 침해하는 것으로 기본권 제한의 한계인 과잉금지의 원칙에 반한다.

나. 행정자치부장관의 의견

(1) 공무원은 헌법과 관계 공무원법 규정에 의하여 고도의 윤리성과 성실성을 갖추는 것이 요구되고 있다. 지방공무원법 제31조, 제61조에서는 일정한 유죄판결을 받은 자 등이 공무원에 임용될 수 없도록 하고, 공무원으로 임용된 후에 이 사유에 해당하게 된 경우에는 공무원직에서 당연퇴직되도록 정하고 있는바, 이는 공무원의 윤리성 등을 갖추게 하여 공무원에 대한 국민의 신뢰를 확보하고자 하는 공익을 위하여 두게 된 규정이다.

(2) 지방공무원법상 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우와 금고 미만의 형의 선고유예를 받은 경우를 구분하여, 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우만 임용결격사유 및 당연퇴직사유로 하고 있으므로 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 기본권을 침해한다고 할 수 없다. 더욱이 법원은 재판을 받은 공무원에 대하여 공무원법상의 당연퇴직사유를 고려하여 그 선고형을 결정할 수 있는 양형판단의 재량권을 가지고 있다.

3. 판 단

가. 지방공무원법상 당연퇴직 제도의 의의 및 법적 성질

(1) 당연퇴직 규정의 의의 및 목적

지방공무원법은 공무담임권의 행사가 제한되는 일정한 사유를 규정하고, 이 사유에 해당하는 자는 공무원이 될 수 없음을 규정하고 있는바(지방공무원법 제31조), 이를 공무원의 임용결격사유라고 한다. 한편, 동법 제61조는 공무원이 재직 중 위 임용결격사유에 해당하는 경우에는 그 직으로부터 당연히 퇴직하는 것으로 규정하고 있다.

이와 같은 당연퇴직제도는 지방공무원법 뿐 아니라, 국가공무원법, 경찰공무원법 등 다수의 공무원관계법령에서 다양하게 규정하고 있는바, 그 효과는 지방공무원법 등 관계법령에 규정된 임용결격사유가 발생하는 것 자체에 의하여 법률상 당연히 퇴직하는 것이지, 공무원관계를 소멸시키기 위한 별도의 행정처분을 요하는 것이 아니다(대법원 1995. 11. 14. 선고 95누2036 판결, 공1996상, 73 등 참조).

한편, 이와 같이 공무원관계 법에서 공무원의 임용결격사유 및 당연퇴직에 관한 규정을 두고 있는 것은 임용결격사유에 해당하는 자를 공무원의 직무로부터 배제함으로써 그 직무수행에 대한 국민의 신뢰, 공무원직에 대한 신용 등을 유지하고 그 직무의 정상적인 운영을 확보하기 위한 것 뿐만 아니라, 공무원범죄를 사전에 예방하고 공직사회의 질서를 유지하고자 함에 그 목적이

있는 것이다(대법원 1996. 5. 14. 선고 95누7307 판결).

(2) 선고유예의 의의 및 법적 성질

이 사건 법률조항은 지방공무원법 제31조 제5호가 규정하는 사유가 있는 경우에 제61조에 의하여 당연퇴직 되는 것에 관한 규정으로서, 위 각 조항에 따르면, 청구인과 같이 금고 이상의 형의 선고유예 판결을 받은 경우에는 공무원으로 임용될 수 없고, 임용된 후에는 공무원직에서 당연퇴직하도록 되어 있다.

그런데, 선고유예란 범정이 경미한 범인에 대하여 일정한 기간 동안 형의 선고를 유예하고 일정기간(2년)을 경과한 때에는 면소된 것으로 간주하는 제도로서, 단기 자유형의 폐해를 제거하기 위한 목적의 집행유예제도에서 한 걸음 더 나아가 피고인이 처벌받았다는 오점을 남기지 않게 함으로써 장차 피고인의 사회복귀를 용이하게 하는 특별예방의 목적에 이바지하는 제도이다. 선고유예의 여부는 법원의 재량에 의하는 것이지만, 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형을 선고할 경우로서 범죄인의 개전의 정상이 현저할 것이라는 요건이 구비되어 있어야 한다(형법 제59조 제1항, 제60조 참조).

나. 이 사건 법률조항의 위헌여부

먼저 공무원임권을 침해하였는지 여부에 관하여 본다.

(1) 공무원임권의 보호영역

헌법 제25조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무원임권을 가진다.”고 하여 공무원임권을 기본권으로 보장하고 있다. 공무원임권이란 입법부, 집행부, 사법부는 물론 지방자치단체 등 국가, 공공단체의 구성원으로서 그 직무를 담당할 수 있는 권리를 말한다. 여기서 직무를 담당한다는 것은 모든 국민이 현실적으로 그 직무를 담당할 수 있다고 하는 의미가 아니라, 국민이 공무원임에 관한 자의적이지 않고 평등한 기회를 보장받음을 의미하는바, 공무원임권의 보호영역에는 공직취임의 기회와 자의적인 배제 뿐 아니라, 공무원 신분의 부당한 박탈까지 포함되는 것이라고 할 것이다. 왜냐하면, 후자는 전자보다 당해 국민의 법적 지위에 미치는 영향이 더욱 크다고 할 것이므로, 이를 보호영역에서 배제한다면, 기본권 보호체계에 발생하는 공백을 막기 어려울 것이며, 공무원임권을 규정하고 있는 위 헌법 제25조의 문언으로 보아도 현재 공무를 담당하고 있는 자를 그 공무원로부터 배제하는 경우에는 적용되지 않는다고 해석할 수 없기 때문이다(헌재 2000. 12. 14. 99헌마112 등, 판

례집 12-2, 399, 409-414; 헌재1997. 3. 27. 96헌바86, 판례집 9-1, 325, 332-333 참조).

(2) 과잉금지 원칙의 위반여부

헌법 제37조 제2항에 의하면, 국민의 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 그 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다고 규정하여 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙을 천명하고 있다. 따라서, 기본권을 제한하는 입법은 입법목적의 정당성과 그 목적달성을 위한 방법의 적정성, 입법으로 인한 피해의 최소성, 그리고 그 입법에 의해 보호하려는 공익과 침해되는 사익의 균형성을 모두 갖추어야 한다는 것이며, 이를 준수하지 않은 법률 내지 법률조항은 기본권제한의 입법적 한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반된다(헌재 1997. 3. 27. 94헌마196등 판례집 9-1, 375, 383-384).

헌법 제25조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무원임권을 갖는다.”라고 규정하고 있으므로, 공무원임권의 내용에 관하여는 입법자에게 넓은 입법형성권이 인정된다고 할 것이지만, 그렇다고 하더라도 헌법 제37조 제2항의 기본권제한의 입법적 한계를 넘는 지나친 것이어서는 아니된다. 그러므로 이 사건 법률조항에 의한 공무원임권이라는 기본권의 제한이 과연 이러한 헌법적 한계 내의 것인지 살펴 보기로 한다.

(가) 이 사건 법률조항의 입법목적의 정당성, 방법의 적정성

위에서 살펴본 바와 같이 당연퇴직제도를 두는 입법목적은 임용결격사유에 해당하는 자를 공무원의 직무로부터 배제함으로써 그 직무수행에 대한 국민의 신뢰, 공무원직에 대한 신용 등을 유지하고, 그 직무의 정상적인 운영을 확보하며, 공무원범죄를 사전에 예방하고, 공직사회의 질서를 유지하고자 함에 그 목적이 있는 것이다. 이러한 입법목적은 입법자가 추구할 수 있는 헌법상 정당한 공익이라고 할 것이고, 이러한 공익을 실현하여야 할 현실적 필요성이 존재한다는 것도 명백하다.

또한 공무원이 범죄로 인하여 형사 유죄판결의 일종인 선고유예의 판결을 받은 경우에 공직 전체에 대한 신뢰의 유지라는 공익에 영향을 미치므로, 이 경우 당해 공무원에게 그에 상응하는 신분상의 불이익을 가하는 것은 공익을 위하여 적절한 수단이 될 수 있다.

(나) 최소침해성 원칙 위반여부

입법자는 공익실현을 위하여 기본권을 제한하는 경우에도 입법목적을 실현하기에 적합한 여러 수단 중에서 되도록 국민의 기본권을 가장 존중하고 기본권을 최소로 침해하는 수단을 선택해야 한다(헌재 1998. 5. 28. 96헌가5 판례집 10-1, 541, 556).

이 사건 법률조항은 공무원이 저지른 범죄의 종류나 내용을 불문하고 범죄행위로 금고 이상의 형의 선고유예를 받게 되면 당연히 공직에서 퇴직하도록 하고 있다. 그런데, 같은 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우라고 하여도 범죄의 종류, 죄질, 내용이 지극히 다양하므로, 그에 따라 국민의 공직에 대한 신뢰 등에 미치는 영향도 큰 차이가 있다. 또한 일반적으로 선고유예의 판결을 받은 경우는 법정형이 1년 이하의 징역이나 금고 또는 벌금형인 경우로서 개선의 정상이 현저한 경우를 그 요건으로 하여 법원이 재량으로써 특별히 가벼운 제재를 하는 경우이다. 이 사건 법률조항이 규율하는 경우는 비록 선고유예 가운데에서 금고 이상의 형을 받은 경우로 한정되어 있으나, 이 경우에도 역시 당해 피고인의 책임 및 불법의 정도가 현저하게 크다고 할 수 없는 것이다. 그렇다면, 입법자로서는 유죄판결의 확정에 따른 당연퇴직의 사유로서 금고 이상의 형의 선고유예의 판결을 받은 모든 범죄를 포괄하여 규정할 것이 아니라, 입법 목적을 달성함에 반드시 필요한 범죄의 유형, 내용 등으로 그 범위를 가급적 한정하여 규정하거나, 혹은 적어도 지방공무원법상에 마련된 징계 등 별도의 제도로써도 입법 목적을 충분히 달성할 수 있는 것으로 판단되는 경우를 당연퇴직의 사유에서 제외시켜 규정하였음이 마땅하였으며, 이와 같은 방식으로 규정함이 최소침해성의 원칙에 따른 기본권 제한 방식이라고 할 것이다.

그런데, 이 사건 법률조항은 과실범의 경우마저 당연퇴직의 사유에서 제외하지 않고 있는바, 일반적으로 과실범은 법적인 주의의무를 게을리 한 데 대한 법적인 비난가능성은 존재하지만, 이러한 범죄로 인하여 금고 이상의 형의 선고유예를 받게 되었다고 하더라도 그로 인하여 당연히 그 공무원을 공직에서 퇴직시켜야 할 만큼 그 행위가 공직자로서의 품위를 크게 손상시킨다고 보기는 어려운 측면이 있다. 더욱이 이 사건 법률조항의 제정 당시와는 달리 오늘날에는 자동차 등 위험성이 잠재되어 있는 현대 문명의 이기의 이용이 일상화되고 있기 때문에 공무원이 그와 같은 문명의 이기를 이용하는 과정에서 순간적인 과실로 인하여 범죄를 저지를 수 있는 위험에 노출되어 있는 상황이고, 이러한 위험에 따른 과실범의 문제를 바라보는 일반 국민들의 시각에

도 많은 변화가 생겼다는 점도 고려하여야 할 것이다.

한편, 독일, 미국, 영국 등의 외국의 입법례를 살펴보다라도, 범죄의 종류 내지 내용, 경중을 중시하여 직무관련범죄, 일정 기간 이상의 징역형의 실형을 선고받은 고의범, 중죄(felony)의 유죄판결을 받은 경우 등으로 그 당연퇴직사유의 범위를 제한하고 있음을 알 수 있다.

가령, 독일의 경우는 고의범으로서 1년 이상의 자유형을 선고받은 경우, 평화에 대한 죄, 내란·외환의 죄 등의 범죄를 저지른 자로서 6개월 이상의 자유형을 선고받은 경우에 한정하여 당연퇴직사유를 제한하고 있다.

(다) 법익균형성 원칙의 위반여부

1) 공무원의 퇴직이란 당해 공무원의 법적 지위에 대한 가장 본질적인 제한이며, 이 가운데 당연퇴직이란 일정한 사유만 발생하면 별도의 실체적, 절차적 요건없이 바로 퇴직되는 것이므로 공무원직의 상실 가운데에서도 법적 지위가 가장 예민하게 침해받는 경우이다. 따라서, 공익과 사익간의 비례성 형량에 있어서 더욱 엄격한 기준이 요구되는 경우라고 할 것이다.

이 사건 법률조항은 위에서 살펴본 바와 같이 당연퇴직사유를 적절한 제한 없이 포괄적으로 규정함으로써 공익을 사익에 비해 지나치게 우선시키고 있어 법익균형성의 원칙에 반하는 것이다. 하지만, 이 사건 법률조항은 그 외에도 다음과 같은 이유로 공익과 사익이 적절한 균형을 이루고 있는 입법이라고 할 수 없다고 할 것이다.

2) 산업사회를 거쳐 정보사회로 이행되어 가는 오늘날의 사회구조는 공직사회 및 민간기업조직에 많은 변화를 가져왔다. 즉, 민간기업사회에도 공직사회와 같은 대규모의 관리조직이 생겨나게 된 한편, 국가조직도 능률성, 효율성의 개념을 중시하면서 민간기업의 관리 경영기법이 도입되고, 그 인적구성에 있어서도 전문적인 지식·경험·기술로 무장된 관료집단을 필요로 하여 공무원과 일반의 근로자간, 공직과 사직간의 유사성의 증대, 신분적 특성의 동질화를 가져왔고, 이러한 현상은 점점 더 심화되리라고 보인다. 이와 같은 사회구조의 변화는 일반인의 공직에 대한 인식에도 변화를 가져오게 되었는 바, 사회구조의 변화에 따른 사회국가적 행정임무의 증대와 이에 따른 공무원 수의 대폭적인 증가현상은 자연히 공무원의 질과 사회적 지위에 영향을 미치게 되었고, 결과적으로 공무원이 종래 누렸던 엘리트적인 면모가 손상을 입게 되었다. 물론 오늘날 공직의 구조 및 공직에 대한 인식의 변화에도 불구하고 공무원은 국민에 대한 봉사자로서의 지위를 지니는 것이고 공정한 공직수행

을 위한 직무상의 높은 수준의 엄결성은 여전히 강조되는 것이다. 다만, 엘리트적 면모와 사회적 명예직으로서의 공직 인식은 더 이상 유효하지 않다고 할 것이며, 따라서, ‘모든 범죄로부터 순결한 공직자 집단’이라는 신뢰를 요구하는 것은 오히려 국민의 공직에 대한 신뢰를 과장하여 해석하는 것이라고 아니할 수 없다.

다른 한편, 현대민주주의 국가에 이르러서는 사회국가원리에 입각한 공직제도의 중요성이 특히 강조되고 있는바, 이는 사회적 법치국가이념을 추구하는 자유민주국가에서 공직제도란 사회국가의 실현수단일 뿐 아니라, 그 자체가 사회국가의 대상이며 과제라는 점을 이념적인 기초로 한다. 이는 모든 공무원들에게 보호가치 있는 이익과 권리를 인정해 주고, 공무원에게 자유의 영역이 확대될 수 있도록 공직자의 직무의무를 가능한 선까지 완화하며, 공직자들의 직무환경을 최대한으로 개선해 주고, 공직수행에 상응하는 생활부양을 해 주고, 퇴직 후나 재난, 질병에 대처한 사회보장의 혜택을 마련하는 것 등을 그 내용으로 한다. 그런데, 공무원의 생활보장의 가장 일차적이며 기본적인 수단은 ‘그 일자리의 보장’이라는 점에서 오늘날 사회국가원리에 입각한 공직제도에서 개개 공무원의 공무담임권 보장의 중요성은 더욱 큰 의미를 가지고 있다고 할 것이다.

이와 같은 공익과 사익의 현대적인 상황 속에서 단지 금고 이상의 선고유예의 판결을 받았다는 이유만으로 예외없이 그 직으로부터 퇴직당하는 것으로 정하고 있는 이 사건 법률조항은 지나치게 공익만을 강조한 입법이라고 아니할 수 없다.

3) 더욱이 이 사건 법률조항은 지방공무원의 당연퇴직사유를 지방공무원의 임용결격사유와 동일한 것으로 규정하고 있는바, 이는 규정체계상 공익과 사익간에 적절한 균형이 이루어진 입법이라고 할 수 없다.

같은 입법목적을 위한 것이라고 하여도 공무원으로 채용되려고 하는 자에게 채용될 자격을 인정하지 아니하는 사유와 기존에 공무원으로서 근무하는 자를 퇴직시키는 사유를 동일하게 취급하는 것은 타당하다고 할 수 없다. 왜냐하면, 공무원을 새로 채용하는 경우에는 채용될 자격이 인정되지 않는다고 하여도 해당자가 잃는 이익은 크다고 할 수 없지만, 일단 채용된 공무원을 퇴직시키는 것은 공무원이 장기간 쌓은 지위를 박탈해 버리는 것이므로 당해 공무원이 잃는 이익은 대단히 크기 때문이다. 이와 같이 다루고 있는 이익의 크기가 현저하게 상이함에도 불구하고 이를 공무원의 직무를 수행하기 위한

자격의 문제로 파악하여 그 사유를 규정함에 있어 공직취임 이전의 임용결격 사유와 이후의 당연퇴직사유를 동일하게 규율하는 것은 공직취임 이후의 퇴직자의 사익에 비하여 지나치게 공익을 우선한 입법이라고 하지 않을 수 없을 것이다.

4) 또한 이 사건 법률조항과 같이 선고유예와 같은 판결의 경우를 당연퇴직의 사유로서 규정하는 것은 법원으로 하여금 형사범죄의 판단을 함에 있어 불필요한 왜곡을 가져오기도 한다. 즉, 지방공무원법상의 당연퇴직 규정이 당해 공무원의 법적 지위에 미치는 효과는 중대한 것으로, 경미한 죄의 경우에는 오히려 형법상의 형벌의 효과보다 크다고 할 수 있는 정도이기 때문에 피고인의 책임 정도에 따른 처벌을 하고자 하는 법원으로서는 당해 형사범죄에 대한 유·무죄 및 선택형의 결정, 양형 판단을 하면서, 법원으로 하여금 벌금형을 선택하게 하는 압력으로 작용함으로써 자칫 형사판결이 왜곡되는 원인이 될 수 있다. 뿐만 아니라, 형법 및 특별법상 범죄에 대한 법정형 중 벌금형이 선택형으로 규정되어 있지 않은 경우가 다수 존재하는데, 증거에 의하여 범죄사실이 인정된다고 판단한 법원으로서의 형사처벌 외에 공무원직마저 상실하게 하는 것이 범죄행위에 비하여 지나치게 가혹하다고 판단한다고 하여도 달리 선택할 수 있는 방안이 없게 된다.

(라) 소 결

결국 이 사건 법률조항은 범죄의 종류와 내용을 가리지 않고 모두 당연퇴직사유로 규정함으로써 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 정도를 넘어 청구인들의 기본권을 과도하게 제한하였고, 공직제도의 신뢰성이라는 공익과 공무원의 기본권이라는 사익을 적절하게 조화시키지 못하고 과도하게 공무담임권을 침해하였다고 할 것이다.

4. 결 론

따라서, 이 사건 법률조항은 공무담임권을 과잉금지원칙에 위반하여 제한함으로써 청구인들의 기본권인 공무담임권을 침해하고 있는 것으로 판단된다. 우리재판소가 종전에 1990. 6. 25. 89헌마220 결정에서 이와 견해를 달리하여 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 의견은 재판관 한대현을 제외한 나머지 재판관 8인의 찬성으로 이를 변경하기로 한다.

5. 재판관 한대현의 반대의견

다수의견은 이 사건 법률조항이 공무담임권을 과잉금지원칙에 위반하여 제한함으로써 청구인들의 기본권인 공무담임권을 침해하고 있는 것으로 판단하

나, 나는 아래와 같은 이유로 반대한다.

가. 공무원근무관계의 특수성과 공무원의 신분보장

기본권의 보장 등 헌법이 목표로 하는 가치 즉, 공공의 이익을 실현하기 위한 국가의 작용은 현실적으로 공직을 담당하고 있는 개개인에 의하여 이루어진다. 이와 같이 공익실현이라는 국가작용을 현실적으로 수행하는 공무원은 직무의 내용인 공무수행 그 자체가 공공의 이익을 위한 활동이라는 근무관계의 특수성 때문에 국가의 공적사무를 수행할 권리와 이에 따른 신분상·재산상의 부수적 권리를 향유함과 동시에 이에 상응하는 고도의 윤리·도덕적 의무를 부담한다.

즉, 공무원은 법령을 준수하고(법령준수의무) 소속 상관의 직무상 명령에 복종하여야 할 뿐 아니라(복종의무), 나아가 전인격과 양심을 바쳐 공공의 이익을 도모하기 위하여 성실히 근무하는 등의(성실의무) 직무상 의무를 다하여야 함은 물론이고(국가공무원법 제56조, 제57조, 지방공무원법 제48조, 제49조), 공익실현이라는 국가작용의 궁극적 목표를 효과적으로 달성하기 위하여 공무원 개개인에 대한 국민의 신뢰가 그 바탕이 되어야 하기 때문에 공무원은 직무수행능력 뿐 아니라, 직무의 내외를 불문하고 품위를 손상하는 행위를 하여서는 아니되고(품위유지의무, 국가공무원법 제63조, 지방공무원법 제55조), 국민전체의 봉사자로서 친절공정히 집무하여야 하며(친절·공정의 의무, 국가공무원법 제59조, 지방공무원법 제51조), 직무와 관련하여 직접 또는 간접을 불문하고 사례나 향응 등을 수수하여서는 아니되는 등(청렴의무, 국가공무원법 제61조, 지방공무원법 제53조) 직무의 공공성에 상응하는 고도의 윤리성까지 갖추어야 하는 것이다.

헌법 제7조 제2항은 “공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”라고 규정하고 있는바, 이는 공무원이 정당한 이유없이 해임되지 아니하도록 신분을 보장하여 국민전체에 대한 봉사자로서 성실히 근무할 수 있도록 하기위한 것임과 동시에, 공무원의 신분은 무제한 보장되는 것이 아니라, 공무의 특수성을 고려하여 헌법이 정한 신분보장의 원칙 아래 법률로 그 내용을 정할 수 있도록 한 것이며(헌재 1990. 6. 25. 89헌마220, 판례집 2, 201, 204-206), 이에 따라 국가공무원법 제68조와 지방공무원법 제60조는 “공무원은 형의 선고·징계처분(징계) 또는 이 법이 정하는 사유에 의하지 아니하고는 그 의사에 반하여 휴직·강입 또는 면직을 당하지 아니한다. 다만 1급 공무원은 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있으며, 당연퇴직 규정

인 국가공무원법 제69조와 지방공무원법 제61조, 직권면직 규정인 국가공무원법 제70조와 지방공무원법 제62조 등에서 공무원에 대하여 신분상 불이익 처분을 할 수 있는 사유를 규정하고 있다.

나. 유죄판결과 공무원신분상 불이익 처분의 관련성

이 사건 법률조항에 의하면, 청구인들과 같이 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에는 공무원으로 임용될 수 없고, 임용된 후에는 공무원직에서 당연 퇴직하도록 되어 있다.

앞서 본 바와 같이 공무원은 국민전체에 대한 봉사자로서 고도의 윤리·도덕성을 갖추어야 할 뿐 아니라, 그가 수행하는 직무 그 자체가 공공의 이익을 위한 것이고 원활한 직무수행을 위하여는 공무원 개개인이나 공직에 대한 국민신뢰가 기본바탕이 되어야 하는바, 공무원이 범죄행위로 인하여 형사처벌을 받은 경우에는 당해 공무원에 대한 국민의 신뢰가 손상되어 원활한 직무수행에 어려움이 생기고, 이는 곧바로 공직전체에 대한 신뢰를 실추시켜 공공의 이익을 해하는 결과를 초래하게 되므로, 범죄행위로 인하여 형사처벌을 받은 공무원에게 그에 상응하는 신분상의 불이익을 과하는 것은 국민전체의 이익을 위해 적절한 수단이 될 수 있고 공무원에게 공무를 위임한 국민의 일반 의사에도 부합할 것이다.

그런데 범죄행위로 인하여 형사처벌을 받은 공무원에 대하여 신분상 불이익처분을 하는 법률을 제정함에 있어서 형사처벌을 받은 사실 그 자체를 이유로 일정한 신분상 불이익처분이 내려지도록 법률에 규정하는 방법과 별도의 징계절차를 거쳐 신분상 불이익처분을 하는 방법 중 어느 방법을 선택할 것인가는 입법자의 재량에 속한 것으로서, 그 중 어느 방법만이 헌법에 합치하고 다른 방법은 헌법에 위반된다고 단정할 수는 없으나, 다만 형사처벌을 받은 사실 그 자체만으로 별도의 징계절차를 거치지 아니하고 신분상 불이익처분을 하는 경우에는 형사처벌에 따라 공무원에 대하여 부과되는 신분상 불이익과 그로 인하여 보호하려고 하는 공익이 합리적 균형을 이루어야 한다는 헌법적 제약이 따른다고 할 것이다.

우리나라의 형사소송제도에 의하면, 검사는 범죄의 혐의가 인정되더라도 범인의 성행, 환경, 범행의 동기와 수단 및 결과, 범행 후의 정황 등을 고려하여 공소를 제기하지 아니할 수도 있으며(형사소송법 제247조 제1항, 형법 제51조), 검사가 공소를 제기하더라도 법관은 위와 같은 양형의 조건을 고려하여 형종, 형량을 선택하게 되어 있어 재판을 받는 지방공무원에 대하여 지방

공무원법상의 당연퇴직사유를 고려하여 그 신고형을 결정할 수 있는 폭넓은 양형판단의 재량권을 가지고 있으므로, 법관이 지방공무원에 대하여 금고 이상의 형의 선고유예의 판결을 함에는 기소된 지방공무원을 공직으로부터 배제하겠다는 판단이 내재된 것으로 보아야 한다. 다만, 범정이 매우 무거운 범죄 또는 공무원의 직무와 관련된 범죄 등에는 벌금형 등 금고형보다 가벼운 형이 법정형으로 규정되어 있지 아니한 까닭에 유죄로 인정되는 이상 법관으로서도 기소된 지방공무원의 직을 유지시켜줄 길은 없으나, 이러한 범죄에 관하여는 범죄의 중대성 및 공무원 신분의 특수성에 비추어 당연히 공무집행으로부터 배제시키겠다는 입법자의 확고한 의사가 현출된 것으로 보아 공인될 수 있다고 생각한다.

다. 결 론

그렇다면, 공무원에게 가해지는 신분상 불이익과 보호하려는 공익을 비교할 때, 이 사건 법률조항이 입법자의 재량을 일탈하여 공무담임권을 침해하는 위헌의 법률조항이라고 볼 수는 없고, 종전의 우리재판소 견해는 유지되어야 한다.

재 판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일(주심) 권 성
김효종 김경일 송인준 주선회

지방교육자치에 관한 법률 제58조 제2항 [별표 2] 등 위헌확인

(2002. 8. 29. 2002헌마4 전원재판부)

【판시사항】

1. 단체가 그 구성원을 위하여 또는 그 구성원을 대신하여 헌법소원심판을 청구할 수 있는지 여부(소극)
2. 폐지된 조항에 대한 헌법소원심판청구가 권리보호의 이익이 있는지 여부(소극)
3. 일부 선거구에서 시와 군이 하나의 선거구에 속하도록 정해진 전라북도 지역 교육위원 선거구획정이 교육위원 선거에서의 투표가치의 평등을 침해하거나 교육의 자주성과 지방자치제도를 보장하는 헌법정신에 반하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 단체는 원칙적으로 단체자신의 기본권을 직접 침해당한 경우에만 그의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있을 뿐이고 그 구성원을 위하여 또는 구성원을 대신하여 헌법소원심판을 청구할 수는 없는바, 그 회원인 학교운영위원들의 평등권, 행복추구권 등이 침해당하고 있다는 이유로 하는 전라북도학교운영위원협의회 심판청구는 자기관련성을 갖추지 못하여 부적법하다.
2. 폐지된 조항에 의한 기본권 침해의 반복위험이 있다거나 위헌여부의 해명이 헌법적으로 중요한 의미가 있는 경우라고 볼 수 없는 사안에서, 이미 폐지된 조항의 효력을 상실시키고자 하는 헌법소원심판청구는 그 위헌 여부를 가릴 실익이 없는 것으로 권리보호의 이익이 없어 부적법하다.
3. 전라북도 지역의 일부 교육위원 선거구를 시와 군이 함께 소속된 것으로 획정한 국회의 입법은 입법재량의 한계 내에서 교육의 자주성 및 전문성과 지방교육의 특수성을 살린다는 지방교육자치제도

의 이념과 함께 행정구역, 지세, 교통사정, 인구 균형, 생활권, 역사적·전통적 일체감, 지역간 교육현실의 차이, 선거구 획정에 있어서의 현실적 여건 등 여러 가지 기준을 고려한 것으로, 군 지역 선거인들에 대하여 차별하고자 하는 국가권력의 의도와 그 선거인들에 대한 실질적인 차별효과가 명백히 드러나는 경우에 해당한다고 볼 만한 사정도 찾아볼 수 없으므로, 청구인들의 평등권 등이 침해되거나 기타 사유로 헌법에 위반되는 것이라고는 볼 수 없다.

【심판대상조문】

지방교육자치에관한법률(2000. 1. 28. 법률 제6216호로 전문개정된 것) 제58조(선거구 및 정수) ① 생략

② 교육위원의 선거구는 인구, 행정구역, 지세, 교통 기타 조건을 고려하여 이를 획정하되, 시·도별 선거구의 명칭, 구역 및 선거구별 교육위원 정수는 별표 2와 같이 한다.

③ 생략

[별표 2] 교육위원 선거구 및 교육위원 정수 (제58조 제2항 관련)

선거구명	구역	교육위원 정수
전라북도		
전북 제1 선거구	전주시	2인
전북 제2 선거구	군산시, 김제시, 부안군	2인
전북 제3 선거구	익산시, 완주군, 진안군, 장수군, 무주군	3인
전북 제4 선거구	정읍시, 남원시, 고창군, 임실군, 순창군	2인

교육위원및교육감선출등에관한규정(1998. 8. 1. 대통령령 제15858호로 개정되고 2000. 2. 28. 대통령령 제16731호로써 폐지되기 전의 것) 제21조(선출방법) ① 교육위원 또는 교육감의 선출은 기표방법에 의한 투표로 하되, 교육위원 선출의 경우에는 2인을, 교육감 선출의 경우에는 1인을 기표한다.

②, ③ 생략

【참조조문】

헌법 제31조 제4항

교육기본법(1997. 12. 13. 법률 제5437호로 제정된 것) 제5조(교육의 자주성 등) ① 국

가 및 지방자치단체는 교육의 자주성 및 전문성을 보장하여야 하며, 지역의 실정에 맞는 교육의 실시를 위한 시책을 수립·실시하여야 한다.

② 학교운영의 자율성은 존중되며, 교직원·학생·학부모 및 지역주민 등은 법령이 정하는 바에 의하여 학교운영에 참여할 수 있다.

지방자치법(1988. 4. 6. 법률 제4004호로 전문개정된 것) 제112조(교육·과학 및 체육에 관한 기관) ① 지방자치단체의 교육·과학 및 체육에 관한 사무를 분장하게 하기 위하여 별도의 기관을 둔다.

② 제1항의 규정에 의한 기관의 조직과 운영에 관하여 필요한 사항은 따로 법률로 정한다.

지방교육자치에관한법률(2000. 1. 28. 법률 제6216호로 개정된 것) 제62조(선거인단의 구성등) ① 교육위원 또는 교육감의 선거인단은 선거일공고일 현재 초·중등교육법 제31조(학교운영위원회의 설치)의 규정에 의한 학교운영위원회위원 전원(이하 “학교운영위원회선거인”이라 한다)으로 구성한다.

② 선거일 현재 교육위원 또는 교육감의 선거인이 공직선거및선거부정방지법 제18조에 해당하는 경우에는 선거권이 없다.

【참조판례】

1. 헌재 1991. 6. 3. 90헌마56, 판례집 3, 289
헌재 1995. 7. 21. 92헌마177등, 판례집 7-2, 112
2. 헌재 1994. 7. 29. 91헌마137, 판례집 6-2, 122
헌재 1997. 3. 27. 93헌마251, 판례집 9-1, 366
3. 헌재 1998. 11. 26. 96헌마54 판례집 10-2, 742
헌재 2001. 10. 25. 200헌마92등, 판례집 13-2, 502

【당 사 자】

청 구 인 이송렬 외 16인
대리인 변호사 박민수

【주 문】

1. 청구인 전라북도학교운영위원회협의회의 청구 및 나머지 청구인들의 교육위원및교육감선출등에관한규정(1998. 8. 1. 대통령령 제15858호로 개정되고 2000. 2. 28. 대통령령 제16731호로써 폐지되기 전의 것) 제21조 제1항에 대한 청구를 각 각하한다.

2. 청구인 전라북도학교운영위원회협의회를 제외한 나머지 청구인들의 지방교육자치에관한법률(2000. 1. 28. 법률 제6216호로 전문개정된 것) 제58조 제2

항의 [별표 2] 「교육위원 선거구 및 교육위원 정수」 중 전북 제1 내지 제4 선거구란에 대한 청구를 각 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인 전라북도학교운영위원협의회는 교육위원 및 교육감의 선출권을 갖고 있는 학교운영위원들 중 전라북도 지역 학교운영위원들이 1998. 7. 4. 설립한 단체이고, 나머지 청구인들은 모두 이 사건 심판청구 당시 전북 제2 내지 제4 교육위원 선거구에 속하는 군 지역 학교운영위원들로서 위 전라북도 학교운영위원협의회 소속 회원들이다.

(2) 청구인들은, 교육위원 선거구 및 정수에 관한 지방교육자치에관한법률(2000. 1. 28. 법률 제6216호로 전문개정된 것) 제58조 제2항의 [별표 2]와 교육위원 선출시 2인을 기표하도록 규정한 교육위원및교육감선출등에관한규정(1998. 8. 1. 대통령령 제15858호로 개정되고 2000. 2. 28. 대통령령 제16731호로 폐지되기 전의 것) 제21조 제1항이 농촌인 군 지역 출신 후보들의 교육위원당선을 어렵게 함으로써 교육위원 선거권과 피선거권을 갖고 있는 청구인들의 평등권, 행복추구권, 공무담임권 등 기본권을 침해하고 있다는 이유로, 2002. 1. 3. 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

(1) 청구인들은 지방교육자치에관한법률(2000. 1. 28. 법률 제6216호로 전문개정된 것) 제58조 제2항의 [별표 2] 「교육위원 선거구 및 교육위원 정수」와 교육위원및교육감선출등에관한규정(1998. 8. 1. 대통령령 제15858호로 개정되고 2000. 2. 28. 대통령령 제16731호로 폐지되기 전의 것) 제21조 제1항이 헌법에 위반된다는 것을 심판청구취지로 구하고 있다.

그러나, 심판청구이유에 의하면 위 [별표 2] 중 청구인들이 실제로 문제삼고 있는 부분은 청구인들이 소속된 선거구로서 시와 군이 하나의 선거구에 속해 있는 전북 제2 내지 제4 선거구인 점, 다만, 행정구역의 한 단위이자 지방교육자치의 한 단위를 구성하는 전라북도 내에서 각 시와 군은 서로 유기적으로 관련되어 있어 시와 군을 분리하는 등의 선거구 확정으로 한 부분이 변동하게 되면 다른 부분에도 연쇄적으로 영향을 미치게 되므로 전라북도 지역의 선거구는 전체로서 파악하여야 할 필요가 있다는 점 등을 참작하면, [별

표 2)에 대하여는 그 심판 대상의 범위를 전북 제1 선거구까지 포함한 전라북도 지역의 4개 선거구로 한정함이 상당하다.

따라서, 이 사건 심판의 대상은 위 지방교육자치에관한법률 제58조 제2항 [별표 2] 중 전북 제1 내지 제4 선거구란과 위 교육위원및교육감선출등에관한규정 제21조 제1항이 헌법에 위반되는지 여부로 보아야 할 것이다.

(2) 심판 대상 조항과 관련 규정의 내용은 다음과 같고, [별표 2] 전체의 내용은 별지 2 기재와 같다.

(가) 지방교육자치에관한법률(2000. 1. 28. 법률 제6216호로 전문개정된 것) 제58조(선거구 및 정수) ① 교육위원은 교육위원의 선거구 단위로 선출한다.

② 교육위원의 선거구는 인구, 행정구역, 지세, 교통 기타 조건을 고려하여 이를 확정하되, 시·도별 선거구의 명칭, 구역 및 선거구별 교육위원 정수는 별표 2와 같이 한다.

③ 시·도의 교육감은 시·도를 하나의 선거구로 하여 선출한다.

[별표 2] 교육위원 선거구 및 교육위원 정수 (제58조 제2항 관련)

선거구명	구역	교육위원 정수
전라북도		
전북 제1 선거구	전주시	2인
전북 제2 선거구	군산시, 김제시, 부안군	2인
전북 제3 선거구	익산시, 완주군, 진안군, 장수군, 무주군	3인
전북 제4 선거구	정읍시, 남원시, 고창군, 임실군, 순창군	2인

(나) 교육위원및교육감선출등에관한규정(1998. 8. 1. 대통령령 제15858호로 개정되고 2000. 2. 28. 대통령령 제16731호로써 폐지되기 전의 것)

제21조(선출방법) ① 교육위원 또는 교육감의 선출은 기표방법에 의한 투표로 하되, 교육위원 선출의 경우에는 2인을, 교육감 선출의 경우에는 1인을 기표한다. <개정 1998·8·1>

② 투표는 선거인이 직접하되, 1인 1표로 한다.

③ 생략

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견

별지 3 기재와 같다.

3. 판 단

가. 청구인 전라북도학교운영위원협의회의 청구에 관한 판단

먼저, 청구인 전라북도학교운영위원협의회(이하 “청구인협의회”라고 한다.)의 심판청구의 적법 여부에 관하여 본다.

청구인협의회는 전라북도 지역 학교운영위원들이 1998. 7. 4. 설립한 법인격 없는 사적 단체이지만, 대표자인 회장과 의결기구인 중앙위원회, 집행기구인 집행위원회 등이 있고 단체의 명칭과 목적, 회원 자격, 각 기구의 구성, 대표의 방법, 임원의 구성과 권한 및 임무, 재정 기타 단체의 중요한 사항이 회칙으로 규정되어 있는 등 사단으로서의 실체를 갖추고 있으므로 당사자능력이 있는 법인이 아닌 사단이라고 할 것이고, 따라서 기본권의 성질상 자연인에게만 인정될 수 있는 기본권이 아닌 한 기본권의 주체가 될 수 있으며 그 기본권을 직접 침해당한 경우에는 그의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있는 헌법소원심판청구능력도 있다.

그러나, 단체는 원칙적으로 단체자신의 기본권을 직접 침해당한 경우에만 그의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있을 뿐이고, 그 구성원을 위하여 또는 구성원을 대신하여 헌법소원심판을 청구할 수는 없다고 할 것인바, 이 사건에서 청구인협의회는 그 자신의 기본권을 직접 침해당한 것이 아니라 그 회원인 학교운영위원들의 평등권, 행복추구권 등이 침해당하고 있다는 이유로 헌법소원심판을 청구하고 있고 달리 청구인협의회 자신의 기본권이 침해당하였거나 그 구성원이 자신들의 기본권 침해에 대한 구제를 받기 위하여 스스로 헌법소원심판을 청구하기 어려운 특별한 사정도 찾아 볼 수 없으므로 (오히려 청구인협의회 회원인 나머지 청구인들이 그들의 기본권 침해에 대한 구제를 받기 위하여 스스로 헌법소원심판을 청구하고 있다.) 청구인협의회 심판청구는 자기관련성을 갖추지 못하여 부적법하다고 할 것이다(헌재 1991. 6. 3. 90헌마56, 판례집 3, 289, 297-298; 헌재 1995. 7. 21. 92헌마177등, 판례집 7-2, 112, 118-119 등 참조).

나. 청구인협의회를 제외한 나머지 청구인들(이하 “청구인들”이라고만 한다.)의 각 청구에 관한 판단

(1) 교육위원및교육감선출등에관한규정 제21조 제1항에 대한 청구

헌법소원은 심판청구 당시 기본권의 침해가 있어 권리보호의 이익이 인정

되더라도 심판 계속 중의 사정변경, 즉 사실관계 또는 법제의 변동으로 결정 당시 이미 그 침해상태가 종료되었다면 심판청구는 권리보호의 이익이 없음이 원칙이다(헌재 1994. 7. 29. 91헌마137, 판례집 6-2, 122, 133; 헌재 1997. 1. 16. 95헌마325; 헌재 1997. 3. 27. 93헌마251, 판례집 9-1, 366, 370; 헌재 1997. 6. 26. 96헌마89, 판례집 9-1, 674, 678-679 등 참조).

그런데, 교육위원 선출에 있어서 '2인 기표'를 규정한 교육위원및교육감선출등에관한규정(1998. 8. 1. 대통령령 제15858호로 개정된 것) 제21조 제1항은 지방교육자치에관한법률의 2000. 1. 28.자 개정으로 교육위원 및 교육감선출에 관한 사항이 같은 법률 제85조에 규정됨에 따라 위 교육위원및교육감선출등에관한규정은 2000. 2. 28. 대통령령 제16731호로 폐지되었는데, 지방교육자치에관한법률 제85조에는 다수 기표에 관한 내용이 없어 '1인 기표'를 원칙으로 하는 것으로 내용이 변경되었다고 볼 수 있는바, 그렇다면 법령에 대한 헌법소원으로서 심판 대상 조항에 대한 위헌결정을 통하여 그 조항의 효력을 상실시키고자 하는 위 규정 제21조 제1항에 대한 심판청구는 이미 청구 이전에 심판 대상 조항이 폐지됨으로써 그 위헌 여부를 가릴 실익이 없어졌다고 할 것이다.

따라서, 달리 위 규정에 의한 기본권 침해의 반복위험이 있다거나 위헌 여부의 해명이 헌법적으로 중요한 의미가 있는 경우라고도 볼 수 없는 본건에 있어서, 청구인들의 위 규정 제21조 제1항에 대한 심판청구는 권리보호의 이익이 소멸 또는 제거되어 부적법하다고 할 것이다.

(2) 지방교육자치에관한법률 제58조 제2항 [별표 2] 중 전북 제1 내지 제4 선거구란에 대한 청구

(가) 쟁 점

청구인들이 다투는 주요 내용은, 교육위원의 선거구 획정에 있어 위 [별표 2] 중 전라북도 지역의 일부 선거구가 시와 군이 하나의 선거구에 속하도록 되었고, 이는 선거인인 학교운영위원의 수가 상대적으로 적은 군 지역 출신 후보들이 교육위원으로 선출될 수 없게 되는 결과를 낳았으므로, 결국 [별표 2]의 전라북도 지역 선거구 획정은 교육위원 선거에 있어서의 투표가치의 평등, 특히 투표의 결과가치의 평등이라는 헌법적 이념에 반하여 선거권의 평등을 침해함으로써, 청구인들의 기본적 인권인 평등권과 행복추구권을 침해하는 동시에 공무담임권을 침해하였다는 것이다.

따라서, 이 사건에 있어서의 쟁점은 시와 군을 하나의 선거구에 묶은 [별표

2)의 전복 제1 내지 제4 선거구 획정이 교육위원 선출에 있어서 의도적, 자의적으로 군 지역 출신 후보에 비하여 시 지역 출신 후보가 상대적으로 유리하도록 한 것인지의 여부라고 할 수 있다.

(나) 선거구 획정에 있어서의 입법재량과 그 한계

1) 우선, 교육위원 선거를 포함한 현행 지방교육자치제도의 헌법적 근거는 헌법상 보장되고 있는 지방자치제도의 이념과 함께 헌법 제31조 제4항의 “교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”라는 규정에서 찾을 수 있고, 이에 따라 지방교육자치제도는 교육의 자주성 등에 관하여 규정한 교육기본법(1997. 12. 13. 법률 제 5437호로 제정된 것) 제5조 및 지방자치단체의 교육 등에 관한 사무를 분장할 별도의 기관을 두도록 규정한 지방자치법(1988. 4. 6. 법률 제4004호로 전문개정된 것) 제112조를 기본으로 하여 지방교육자치에관한법률이 규율하고 있는 것이다.

그런데, 위와 같이 헌법 제31조 제4항은 교육의 자주성의 보장에 관한 구체적 내용의 규율을 국회의 재량에 맡기고 있는데, 교육위원의 선출에 관한 사항 역시 위 헌법조항이 법률에 의하여 보장하는 교육의 자주성에 관한 내용이라고 볼 수 있으며, 또한 선거제도는 그 특성상 시대에 따른 정치적 안정의 요청이나 나라마다의 역사적·사회적·정치적 상황 등도 고려하여 각기 그 나라의 실정에 맞도록 결정되어야 하는 것이고 논리·필연적으로 요청되는 일정한 형태가 있는 것이 아니므로(헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등, 판례집 7-2, 760, 772; 헌재 1998. 11. 26. 96헌마54, 판례집 10-2, 742, 747-748; 헌재 1998. 11. 26. 96헌마74등, 판례집 10-2, 764, 773-774; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 판례집 13-2, 502, 510 등 참조), 교육위원 선출에 있어서의 선거구 획정 문제에 관하여 국회는 폭넓은 입법형성의 자유를 갖는다고 보아야 할 것이다.

따라서, 이와 같은 입법재량에 기초하여 국회는 1인 1표와 투표가치 평등의 원칙을 고려한 선거구간의 인구균형 뿐만 아니라 전국의 행정구역, 지세, 교통사정, 생활권, 역사적 내지 전통적 일체감, 지역간 교육현실 및 여건의 차이 등 여러 가지 정책적·기술적 요소를 고려하여 법률로써 교육위원 선거구를 획정하고 정수를 결정하게 되는 것이라고 보아야 한다.

2) 다만, 이처럼 선거구 획정 문제에 대하여 국회의 재량이 인정된다 하더라도 헌법적 통제로부터 완전히 자유로운 것은 아니라고 할 것인바, 교육위원

선거 역시 지방교육자치에 있어서의 대의제도의 실현이라고 볼 수 있다는 점에서 현대 자유민주주의 국가의 선거제도에 관한 일반 원칙은 존중되어야 할 것이고, 특히 본건에서 문제가 되는 것은 평등선거의 원칙과 관련된 선거구의 자의적 확정(게리맨더링)이 있었는지의 여부이다.

평등선거의 원칙은 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙이 선거제도에 적용된 것으로서 투표의 수적 평등, 즉 모든 선거인에게 1인 1표(one man, one vote)를 인정함과 동시에 투표의 성과가치의 평등 즉 1표의 투표가치가 대표자선정이라는 선거의 결과에 대하여 기여한 정도에 있어서도 평등하여야 함(one vote, one value)을 의미할 뿐만 아니라, 일정한 집단의 의사가 정치과정에서 반영될 수 없도록 선거구를 확정하는 방식으로 일정한 집단을 차별하는 소위 게리맨더링이 부정됨을 의미하기도 하기 때문이다(헌재 1995. 12. 27. 95헌마 224등, 판례집 7-2, 760, 771; 헌재 1998. 11. 26. 96헌마54, 판례집 10-2, 742, 747; 헌재 1998. 11. 26. 96헌마74등, 판례집 10-2, 764, 773; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 판례집 13-2, 502, 509-510).

(다) 구체적 검토

1) 현행 교육위원 선거제도에 관한 지방교육자치에관한법률(2000. 1. 28. 법률 제6216호로 개정된 것) 제6장의 관계조항들에 의하면 시·도별 교육위원의 정수는 시·도의 인구, 지역적 특성 등을 고려하여 7인 내지 15인(총 146명)으로 정하고(같은 법률 제57조 및 [별표 1]), 선거구는 인구, 행정구역, 지세, 교통 기타 조건을 고려하여 시·도에 따라 1 내지 9개 시·군을 하나의 선출단위로 구성함으로써 전국을 57개 선거구로 나누면서, 교육위원의 특정 지역 편중을 막기 위하여 각 선거구마다 2인 내지 4인의 교육위원을 선출하도록 선거구별 정수를 구체적으로 정하고 있으며(같은 법률 제58조 제2항 및 [별표 2]) 이 중 전라북도는 교육위원 정수 9인에 선거구 4개로 제1 선거구(전주시)를 제외한 다른 3개 선거구는 3 내지 5개 시·군을 하나로 묶은 도·농 복합선거구로 확정되어 있다. 한편 교육위원의 선출은 선거일 공고일 현재 초·중등교육법 제31조의 규정에 의한 학교운영위원회위원 전원으로 구성되는 선거인단에 의하여 이루어지도록 되어 있는데(같은 법률 제62조 제1항), 학교운영위원회는 학교별로 학생 수에 따라 정수가 5인 내지 15인으로 구성된다(초·중등교육법시행령 제58조).

우선, 위와 같은 교육위원의 정수와 선거구 및 선거인단 구성 등 선거제도의 내용에 비추어 볼 때 교육위원의 선거인 수를 균등하게 나누고 그에 맞추

어 교육위원의 정수를 결정한다는 것은 현실적으로 불가능한 일이고, 따라서 선거 결과에 미치는 투표의 영향력에 있어서 어느 정도의 차이가 생기는 것은 피할 수 없는 당연한 현상이며, 특히 시나 군 등 행정구역상 학교 수 및 학교운영위원의 수가 일정하지 않다는 점을 고려하면 시와 군을 완전히 분리하여 선거구를 별도로 한다는 것이 쉽지 않다는 것은 분명하므로, 선거인 수와 당선자 사이에 비례관계가 성립하지 않거나 결과적으로 시나 군 등 일정 지역 출신 후보가 선출되지 못하였다는 이유만으로 바로 선출되지 못한 후보나 그 특정 지역의 선거인들이 법적으로 차별을 받았거나 선거구 획정이 차별적인 것이 되어 헌법에 위반된다고 볼 수는 없으며, 이는 시·군 등 행정구역의 분할이나 국회의원 선거구의 획정에 있어서도 마찬가지의 문제라고 할 것이다.

2) 또한, 도시와 농촌으로 비교될 수 있는 시와 군 사이에 인구편차나 개발 불균형 등에서 야기되는 이질적 요소가 교육분야에서도 발견되는 것은 사실이나, 그렇다 하더라도 동일한 선거구에 속해 있는 시나 군은 모두 인접한 지역들로서 교육여건이나 교육현실에 있어서 유사한 점이 많고 교통사정, 생활권, 문화적 정서 등 교육외적 측면에서도 동질감을 공유하고 있다는 것 역시 부인할 수 없을 뿐만 아니라, 교육위원의 자격 내지 피선거권에 있어서의 엄격성(지방교육자치에관한법률 제60조)과 교육위원은 그 소속 선거구 전체를 대표하고 교육발전 등 공공의 이익을 우선하여 양심에 따라 그 직무를 성실히 수행하여야 할 의무를 부담한다는 점(같은 법률 제6조 제1항) 등에 비추어 보면, 선출된 교육위원이 자신의 출신 지역이 아닌 다른 지역의 교육발전에 소홀하거나 편향된 교육정책을 추구하리라고 보기는 어려울 것이고, 따라서 시와 군을 하나의 선거구에 묶은 선거구 획정이 교육의 자주성과 지방자치제도를 보장하는 헌법정신에 반한다고는 말할 수 없는 것이다.

3) 나아가, [별표 2]에 의하여 확정된 전라북도 지역 선거구 중 시와 군이 함께 속해 있는 선거구가 일부 있다 하더라도 그 시나 군의 선거인들이 자기 지역의 후보만을 지지한다고 볼 만한 근거가 없으며, 시와 군에서 각기 다른 후보가 출마할 수 있듯이 동일한 시에서도 복수의 후보가 출마할 수 있어 시 지역 선거인들의 표가 항상 집중된다고 볼 수 없다는 점에서, 시와 군이 하나의 선거구에 속해 있다는 사정만으로 시 지역 출신 후보의 선출가능성이 더 크다고 단정할 수는 없다.

특히, 1998. 8. 실시된 교육위원 선거에서 전체 57개 선거구(정수 146인) 중

서울, 부산, 대구, 인천, 광주, 대전, 울산 등의 특별시 및 광역시 소속 선거구 25개(정수 65인)를 제외한 도 소속 선거구 32개(정수 81인) 중 시와 군이 통합된 선거구는 28개(정수 73인)인데, 그 중 12개 선거구(정수 34인)에서 군에 주소를 둔 후보가 당선되었고, 군 지역 출신 후보가 과반수 이상 당선된 선거구 수도 6개에 달하였다는 점에 비추어 보면, 청구인들이 속해 있는 선거구에서 군 지역 출신 후보가 당선되지 못하였다는 사정만으로 선거구 획정 및 정수의 결정이 위헌이라는 청구인들의 주장은 단순한 추측으로서 주관적인 것에 불과하다는 것을 알 수 있다.

(라) 소결론

국회가 형성한 교육위원의 선거구 획정은 그것이 자의적이어서 합리성을 결여하고 있음이 명백한 경우가 아닌 한 헌법에 위반된다고 볼 수 없는바, 예컨대 그 선거구 획정이 특정 지역으로 하여금 선거결과에 영향을 미칠 수 없도록 이루어진 경우, 즉 특정 지역 선거인에 대하여 차별하고자 하는 국가권력의 의도와 그 선거인에 대한 실질적인 차별효과가 명백히 드러나는 경우에 비로소 입법적 한계를 벗어났다는 위헌 가능성을 인정할 수 있을 것이다(헌재 1998. 11. 26. 96헌마54 판례집 10-2, 742, 748; 헌재 1998. 11. 26. 96헌마74 등, 판례집 10-2, 764, 774; 헌재 2001. 10. 25. 200헌마92등, 판례집 13-2, 502, 511 등 참조).

그런데, 전라북도 지역의 일부 선거구를 시와 군이 함께 소속된 것으로 획정한 국회의 입법이 비록 도·농 사이의 차이를 최대한 고려한 최선의 결정은 아니라 하더라도, 위 선거구 획정은 입법재량의 한계 내에서 교육의 자주성 및 전문성과 지방교육의 특수성을 살린다는 지방교육자치제도의 이념과 함께 앞에서 살핀 바와 같은 행정구역, 지세, 교통사정, 인구 균형, 생활권, 역사적·전통적 일체감, 지역간 교육현실의 차이, 선거구 획정에 있어서의 현실적 여건 등 여러 가지 기준을 고려하여 1 내지 5개 시·군을 하나의 선출단위로 구성하고 선거구별 교육위원의 정수를 2인 또는 3인으로 결정한 것이라고 할 수 있으며, 달리 그 선거구 획정이 군 지역으로 하여금 선거결과에 영향을 미칠 수 없도록 이루어진 경우, 즉 군 지역 선거인들이 교육위원 선출에 참여할 기회를 잃게 되거나 군 지역 출신 후보가 당선될 가능성이 의도적으로 박탈됨으로써 군 지역 선거인들에 대하여 차별하고자 하는 국가권력의 의도와 그 선거인들에 대한 실질적인 차별효과가 명백히 드러나는 경우에 해당한다고 볼 만한 사정도 찾아볼 수 없으므로, 이를 가리켜 자의적이어서 합리성을

결여하였다거나 이로 말미암아 청구인들의 평등권 등이 침해되거나 기타 사유로 헌법에 위반되는 것이라고는 볼 수 없다 할 것이다.

4. 결 론

그렇다면, 청구인협회의 심판청구는 자기관련성이 없어 부적법하므로 이를 각하하고, 나머지 청구인들의 심판청구 중 교육위원및교육감선출등에관한 규정(1998. 8. 1. 대통령령 제15858호로 개정되고 2000. 2. 28. 대통령령 제16731호로써 폐지되기 전의 것) 제21조 제1항에 대한 청구는 권리보호의 이익이 없어 역시 부적법하므로 이를 각하하며, 지방교육자치에관한법률(2000. 1. 28. 법률 제6216호로 전문개정된 것) 제58조 제2항의 [별표 2] 「교육위원 선거구 및 교육위원 정수」 중 전북 제1 내지 제4 선거구란에 대한 청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철(주심) 김영일 권 성
김효종 김경일 송인준 주선희

[별지 1] 청구인들 명단 : 생략

[별지 2]

教育委員 選舉區 및 教育委員 定數

(제58조 제2항 관련)

선거구명	구역	교육위원 정수
서울특별시		
서울 제1 선거구	종로구, 중구, 용산구, 강북구, 성북구	2인
서울 제2 선거구	은평구, 서대문구, 마포구	2인
서울 제3 선거구	성동구, 광진구, 동대문구	2인
서울 제4 선거구	도봉구, 노원구, 중랑구	2인
서울 제5 선거구	양천구, 강서구, 금천구, 구로구	2인
서울 제6 선거구	동작구, 관악구, 영등포구	2인
서울 제7 선거구	서초구, 강남구, 송파구, 강동구	3인
부산광역시		
부산 제1 선거구	중구, 남구, 영도구, 서구	2인
부산 제2 선거구	부산진구, 연제구, 동구	2인
부산 제3 선거구	북구, 강서구, 사하구, 사상구	3인
부산 제4 선거구	금정구, 동래구	2인
부산 제5 선거구	해운대구, 수영구, 기장군	2인
대구광역시		
대구 제1 선거구	중구, 동구, 수성구	3인
대구 제2 선거구	서구, 북구	3인
대구 제3 선거구	남구, 달서구, 달성군	3인
인천광역시		
인천 제1 선거구	중구, 동구, 남구, 옹진군	2인
인천 제2 선거구	남동구, 연수구	2인
인천 제3 선거구	계양구, 서구, 강화군	3인
인천 제4 선거구	부평구	2인
광주광역시		
광주 제1 선거구	동구, 북구	3인
광주 제2 선거구	서구, 남구, 광산구	4인
대전광역시		
대전 제1 선거구	중구, 동구, 대덕구	4인
대전 제2 선거구	서구, 유성구	3인

선거구명	구역	교육위원 정수
울산광역시		
울산 제1 선거구	동구, 북구, 중구	4인
울산 제2 선거구	남구, 울주군	3인
경기도		
경기 제1 선거구	수원시, 오산시, 평택시, 안성시, 화성군	2인
경기 제2 선거구	부천시, 광명시, 시흥시	2인
경기 제3 선거구	안산시, 안양시, 과천시, 군포시, 의왕시	2인
경기 제4 선거구	성남시, 하남시, 이천시, 광주군, 여주군, 용인시	2인
경기 제5 선거구	김포시, 고양시, 파주시	2인
경기 제6 선거구	의정부시, 동두천시, 구리시, 남양주시, 양주군, 가평군, 양평군, 연천군, 포천군	3인
강원도		
강원 제1 선거구	춘천시, 철원군, 화천군, 양구군, 홍천군, 인제군	3인
강원 제2 선거구	원주시, 태백시, 정선군, 평창군, 횡성군, 영월군	3인
강원 제3 선거구	강릉시, 동해시, 속초시, 삼척시, 고성군, 양양군	3인
충청북도		
충북 제1 선거구	청주시, 청원군, 보은군, 옥천군, 영동군	4인
충북 제2 선거구	충주시, 제천시, 단양군, 진천군, 음성군, 괴산군	3인
충청남도		
충남 제1 선거구	천안시, 아산시, 연기군	3인
충남 제2 선거구	서산시, 태안군, 당진군, 홍성군, 예산군, 청양군	3인
충남 제3 선거구	공주시, 보령시, 논산시, 서천군, 부여군, 금산군	3인

전라북도		
전북 제1 선거구	전주시	2인
전북 제2 선거구	군산시, 김제시, 부안군	2인
전북 제3 선거구	익산시, 완주군, 진안군, 장수군, 무주군	3인
전북 제4 선거구	정읍시, 남원시, 고창군, 임실군, 순창군	2인
전라남도		
전남 제1 선거구	나주시, 영광군, 함평군, 무안군, 장성군, 담양군	2인
전남 제2 선거구	여수시, 광양시, 구례군, 곡성군	2인
전남 제3 선거구	순천시, 장흥군, 고흥군, 보성군, 화순군	2인
전남 제4 선거구	목포시, 신안군, 영암군, 해남군, 진도군, 완도군, 강진군	3인
경상북도		
경북 제1 선거구	안동시, 영주시, 상주시, 문경시, 예천군, 울진군, 의성군, 봉화군, 영양군	3인
경북 제2 선거구	구미시, 김천시, 성주군, 군위군, 고령군, 칠곡군	2인
경북 제3 선거구	포항시, 영덕군, 청송군, 울릉군	2인
경북 제4 선거구	경주시, 영천시, 경산시, 청도군	2인
경상남도		
경남 제1 선거구	창원시, 진해시, 의령군, 합안군, 합천군, 거창군	3인
경남 제2 선거구	마산시, 거제시, 통영시, 고성군	2인
경남 제3 선거구	진주시, 사천시, 남해군, 하동군, 산청군, 함양군	2인
경남 제4 선거구	김해시, 밀양시, 양산시, 창녕군	2인

선거구명	구역	교육위원 정수
제주도		
제주 제1 선거구	제주시, 북제주군	4인
제주 제2 선거구	서귀포시, 남제주군	3인

[별지 3]

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 현행 교육위원 선거방식

교육위원은 지방교육자치에 관한 법률 제62조 제1항, 제58조 제2항 [별표 2] 및 교육위원 및 교육감 선출 등에 관한 규정 제21조 제1항, 초·중등교육법 제31조 등에 의하여 각 선거구별로 학교운영위원들이 선출하도록 되어 있고, 각 선거구별로 1인 2표의 투표권을 행사하도록 정하고 있다.

(2) 교육위원 선거구의 획정 및 정수에 관한 [별표 2]의 문제점

그런데, [별표 2]는 도시와 농촌으로 대비되는 시와 군을 같은 선거구로 편성함으로써 학교 수와 학교운영위원 수가 상대적으로 적은 군 지역 출신 후보들이 교육위원으로 선출될 수 없게 되는 결과를 낳고 있으며, 실제로 1998. 8. 18. 실시된 교육위원 선거에서 청구인들이 소속된 전라북도의 교육위원 9인 모두 시 출신 후보들만 당선되었고, 이러한 결과는 2002. 7. 11. 실시될 예정인 교육위원 선거에서도 마찬가지로 발생할 것으로 보이는바, 지방교육자치제도는 각 지역 교육의 자주성, 전문성, 특수성을 확보함을 목적으로 하고 있으므로, 교육위원의 선출은 다른 선거제도와는 달리 행정구역 또는 선거인수의 비율이라는 단순하고 획일적인 분류로써 정하는 것은 바람직하지 않으며, 특히 교육 현실에 있어서 큰 차이가 있는 도시·농촌간 교육의 특수성을 보장하기 위해서는 군 지역 출신 후보들도 당선될 수 있는 법률적 여건을 마련해 주어야 할 것이다.

따라서, 각 교육구청별로 교육위원을 선출할 수 있도록 현행 교육위원 정수를 상향조정하여 시와 군을 분리하는 선거구 획정을 하여야 한다.

(3) 투표방식에 관한 교육위원 및 교육감 선출 등에 관한 규정 제21조 제1항의 문제점

그리고, 중선거구제를 바탕으로 한 1인 2표 제도에 관한 위 규정 제21조 제

1항은 시 지역 출신 후보들만 당선시키는 결과를 낳았으므로, 지방교육의 특수성을 반영시키기 위해서는 소선거구제를 바탕으로 한 1인 1표 제도를 도입해야 한다.

(4) 기본권 침해

결국, 군 지역 학교운영위원장으로서 교육위원 선거권 및 입후보권을 갖고 있는 청구인들은 지방교육자치에관한법률 제58조 제2항의 [별표 2]와 교육위원 및교육감선출등에관한규정 제21조 제1항의 위와 같은 법령상 한계로 인하여 투표권이 평등하게 평가받지 못하게 되고 교육위원으로 선출될 가능성이 전혀 없게 됨으로써, 각자의 평등권, 행복추구권, 공무담임권 등 기본권을 침해받고 있다.

나. 교육인적자원부장관의 의견

(1) 적법요건에 관하여

(가) 자기관련성, 직접성

청구인들은 지방교육자치에관한법률 및 교육위원및교육감선출등에관한규정의 각 조항들의 위헌성으로 인하여 군 지역 출신 후보들이 교육위원으로 선출되지 못함으로써 평등권 등의 기본권이 침해되었다고 주장하나, 교육위원의 자격만 갖추면 청구인들 누구나 교육위원 후보가 될 수 있고 당선도 될 수 있어 위와 같은 주장은 다분히 추상적이고 주관적인 판단에 따른 것이므로, 위 각 조항들에 의하여 청구인들의 권리나 법적 이익이 직접적으로 침해당한 경우라고는 보기 어렵다는 점에서 본건 심판청구는 자기관련성이나 직접성을 결여한 부적법한 청구이다.

(나) 청구기간

2002. 1. 3. 제기된 본건 청구의 심판 대상 조항은 지방교육자치에관한법률(2000. 1. 28. 법률 제6216호로 전문개정된 것) 제58조 제2항 [별표 2]와 교육위원및교육감선출등에관한규정(1998. 8. 1. 대통령령 제15858호로 개정되고 2000. 2. 28. 대통령령 제16731호로써 폐지되기 전의 것) 제21조 제1항이다.

그런데, 1998. 6. 3. 법률 제5546호로 개정된 지방교육자치에관한법률(같은 날 시행) 제5조 제2항의 [별표 2]는 현재와 같이 교육위원 선출권역을 57개 구역으로 나누고 정수를 146명으로 정하였으며, 2000. 1. 28. 법률 제6216호로 개정된 지방교육자치에관한법률에서는 위 [별표 2]가 제58조 제2항으로 그 규정위치만 변경되었을 뿐인바, 1998. 8.경 실시된 전국 16개 시·도의 교육위원 선거에서는 현재의 [별표 2]와 같은 내용의 선거구 획정 및 정수 기준이 적용

되었던 것이다.

그렇다면, 학교운영위원들인 청구인들로서는 전라북도 제2 내지 제4 선거구가 시와 군으로 묶여져 있다는 것을 이미 알고 있었다고 보아야 하는데, 그 기본권 침해사유가 발생한 날은 전라북도 교육위원 선거일인 1998. 8. 19.(청구인들은 1998. 8. 18. 이라고 주장한다.)이고, 또한 기본권 침해사유 발생을 안 날은 교육위원 임기개시일인 1998. 9. 1.이라고 할 것이므로, 이 사건 심판 청구는 청구기간인 60일 및 180일이 도과되었음이 명백하여 각하되어야 한다.

(다) 권리보호의 이익

교육위원및교육감선출등에관한규정 제21조 제1항은 2000. 1. 28. 법률 제 6216호로 개정된 지방교육자치에관한법률에 교육위원 및 교육감 선출에 관한 사항이 규정됨에 따라 2000. 2. 28. 폐지되어 더 이상 적용되지 않게 되었고, 위 조항에 의한 기본권 침해의 반복 위험 역시 없다고 할 수 있어 권리보호의 이익이 인정되지 아니한다.

(2) 본안에 관하여

(가) 평등권의 침해 여부

대의민주제를 채택한 나라에서의 선거구 획정 문제는 선거구간의 인구 균형, 행정구역, 지세, 교통사정, 생활권 내지 역사적·전통적 일체감 등 여러 가지 정책적·기술적 요소를 고려하여 정하는 것으로서 기본적으로 폭넓은 입법형성의 자유에 속하고 그러한 입법재량의 한계를 현저히 벗어나지 않는 한 위헌이라고 할 수 없다.

더욱이, 1998. 8.경 실시된 교육위원 선거 결과 시·군이 통합된 선거구 28개 중 12개 선거구에서 군 지역 출신 후보가 당선되었고, 군 지역 출신 후보가 과반수 이상 당선된 선거구 수도 6개에 달하였다는 점에 비추어 보면, 청구인들의 위헌 주장은 주관적인 것에 불과하다는 것을 알 수 있다.

또한, 교육위원의 자격에 관하여 규정하고 있는 지방교육자치에관한법률(2000. 1. 28. 법률 제6216호로 전문개정된 것) 제60조 및 제115조에 의하면, 학식과 덕망이 높고 시·도의회의원의 피선거권이 있는 자로서 후보자 등록일부터 과거 2년 동안 정당의 당원이 아닌 자로서, 정수의 1/2 이상은 교육경력 또는 교육행정경력이 10년 이상인 자이면 족하므로, 입후보를 하고자 하는 자는 반드시 자신이 거주하는 시·군 지역에서 출마하여야 하는 것이 아니라 자신이 주소지를 두고 있는 곳이면 어디서나 출마할 수 있다.

따라서, 일정한 선거구에서 특정 지역 선거인들이 지지하는 후보가 당선되

지 않았다는 사실만으로 바로 선거구 획정이 차별적인 것이라고는 볼 수 없다(헌재 1998. 11. 26. 96헌마74등).

(나) 행복추구권의 침해 여부

행복이란 매우 주관적이고 다의적인 개념으로서 시대적 상황이나 장소에 따라 상이한 의미로 이해될 수 있으므로, 현저하게 행복을 저해할 만한 객관적이고 명백한 이유가 존재하지 않는 한 그 침해 여부를 가리는 것은 쉽지 않은바, 청구인들은 자신들이 속한 군 지역 출신 교육위원 후보가 선출될 수 없음으로 인하여 행복추구권을 침해당하였다고 주장하나 이는 청구인들의 주관적 판단에 따른 추정에 불과한 것이고, 가사 군 지역 출신 후보들이 전혀 당선되지 못한다 하더라도 이로 인하여 청구인들의 행복추구권이 직접적으로 침해당한다고 볼 만한 구체성이 불분명하므로 행복추구권의 침해는 인정할 수 없다.

(다) 공무담임권의 침해 여부

입후보를 하고자 하는 자는 반드시 자신이 거주하는 시·군 지역에서 출마하여야 하는 것이 아니라 교육위원 자격을 갖추기만 하면 자신이 주소지를 두고 있는 곳 어디서나 출마할 수 있을 뿐 아니라, 군 지역 출신 후보라는 이유로 선거방법 및 선거운동 등 선거절차상 어떠한 제한도 가하고 있지 아니하므로 공무담임권의 침해는 없는 것이다.

세무사법 제5조 위헌확인

(2002. 8. 29. 2002헌마160 전원재판부)

【판시사항】

1. 형의 집행유예를 받고 그 기간이 종료한 후 1년이 경과하지 아니한 자에 대하여 세무사자격시험에 응시할 수 없도록 한 세무사법 제5조 제2항 중 제4조 제6호 부분이 직업선택의 자유를 침해하는지 여부(소극)
2. 위 법률조항이 평등의 원칙에 반하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 자격제도를 시행함에 있어서 자격요건의 구체적인 내용은 업무의 내용과 제반 여건 등을 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항이다. 다만 그것이 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리한 경우에만 비로소 위헌의 문제가 생길 수 있는바, 형의 집행유예를 받고 그 기간이 종료한 후 1년이 경과하지 아니한 자에 대하여 세무사자격시험에 응시할 수 없도록 한 세무사법 제5조 제2항 중 제4조 제6호 부분은 그 목적의 정당성이 인정되고, 그 내용이나 기간에 있어서 합리성을 결여한 것도 아니다. 따라서 위 법률조항이 청구인의 직업선택의 자유를 침해하는 것은 아니다.

2. 대부분의 전문자격사제도가 직접 법령에서 또는 시험공고에 의해서 결격사유 해당자의 시험응시를 제한하고 있으므로 위 법률조항이 다른 분야 자격사제도에 비하여 평등의 원칙에 반하는 자의적인 차별을 하고 있다고 단정할 수 없다.

【심판대상조문】

- 세무사법(1999. 12. 31. 법률 제6080호로 개정된 것) 제5조(세무사자격시험) ① 생략
② 제4조 각호의 1에 해당하는 자는 시험에 응시할 수 없다.
③ 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제15조

세무사법(1999. 12. 31. 법률 제6080호로 개정된 것) 제6조(등록) ① 세무사의 자격을 가진 자가 세무대리의 업무를 개시하고자 할 때에는 재정경제부에 비치하는 세무사등록부에 등록하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 등록은 대통령령이 정하는 바에 의하여 이를 갱신할 수 있다. 이 경우 갱신기간은 3년 이상으로 한다.

③ 재정경제부장관은 제1항의 규정에 의하여 등록을 신청한 자가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그 등록을 거부하여야 한다.

1. 제4조 각호의 1에 해당하는 경우
2. 제12조의5 제1항의 규정에 의한 실무교육을 받아야 할 자가 이를 받지 아니한 경우
3. 제16조의 규정에 위반되는 경우

④ 재정경제부장관은 제3항의 규정에 의하여 등록을 거부하는 경우에는 등록신청을 받은 날부터 30일 이내에 신청인에게 그 사유를 통지하여야 한다.

【참조판례】

1. 헌재 1997. 10. 30. 96헌마109, 판례집 9-2, 537

헌재 1996. 10. 4. 94헌바32, 판례집 8-2, 345

【당 사 자】

청 구 인 박○우

국선대리인 변호사 이상원

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 세무사자격시험을 준비 중인 자로서 2002. 4. 14.에 있는 1차 시험에 응시할 계획이었으나 2000. 4. 7. 서울지방법원 남부지원에서 청소년 보호법위반 및 식품위생법위반으로 징역 10월에 집행유예 2년을 선고(99고합 538)받고 집행유예기간이 종료한 후 1년이 경과되지 않아 세무사법 제5조 제

2항 및 제4조 제6호에 따라 세무사자격시험에 응시할 수 없게 되었다.

(2) 이에 청구인은 세무사등록일에 결격사유가 치유되면 세무사가 될 수 있도록 하여야 함에도 불구하고 세무사법 제5조 제2항이 시험응시마저 할 수 없게 한 것은 헌법상 보장된 청구인의 평등권과 직업선택의 자유를 침해하는 것이라고 주장하면서 그 위헌확인을 구하기 위하여 2002. 2. 28. 이 사건 헌법 소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

따라서 이 사건 심판의 대상은 세무사법(1999. 12. 31. 법률 제6080호로 개정된 것) 제5조 제2항 중 제4조 제6호 부분(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌여부이며, 그 규정 및 관련 규정의 내용은 다음과 같다.

제4조(세무사의 결격사유) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 제6조의 규정에 의한 등록을 할 수 없다.

1. 미성년자
2. 금치산자와 한정치산자
3. 파산자로서 복권되지 아니한 자
4. 탄핵 또는 징계처분에 의하여 그 직에서 파면 또는 해임되거나 이 법·공인회계사법 또는 변호사법에 의한 징계에 의하여 제명 또는 등록취소를 당한 자로서 3년이 경과되지 아니한 자와 정직된 자로서 그 정직기간 중에 있는 자
- 4의2. 제17조 제2항의 규정에 의하여 자격정지명령을 받은 자로서 그 자격정지기간중에 있는 자
5. 금고 이상의 형을 받고 그 집행이 종료되거나 또는 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 3년을 경과하지 아니한 자
6. 형의 집행유예를 받고 그 기간이 종료한 후 1년이 경과하지 아니한 자
7. 금고 이상의 형의 선고유예를 받고 그 기간중에 있는 자
8. 조세범처벌법과 이 법의 규정에 의하여 벌금의 형을 받은 자 또는 조세범처벌절차법의 규정에 의한 통고처분을 받은 자로서 각각 그 형의 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 또는 그 통고대로 이행된 후로부터 3년을 경과하지 아니한 자

제5조(세무사자격시험) ① 세무사자격시험은 제1차시험과 제2차시험으로 한다.

- ② 제4조 각호의 1에 해당하는 자는 시험에 응시할 수 없다.

③ 제1항의 규정에 의한 세무사자격시험의 과목 기타 시험에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

공인회계사법이나 변리사법에서는 최종등록일에 결격사유가 치유되면 등록이 가능하도록 되어 있어 결격사유가 있어도 시험응시는 가능하고 합격도 가능한데 반해, 세무사법은 응시자격제한에 관한 이 사건 법률조항을 신설하여 다른 자격시험에서 제한하지 않는 시험응시까지도 제한하고 있고, 세무사법 제3조에 의하면 공인회계사나 변호사도 세무사로 등록이 가능한데 그렇다면 하자가 치유되지 않는 공인회계사도 세무사가 될 수 있다는 결론으로 이는 모순이다. 따라서 세무사법 제5조 제2항은 청구인의 평등권과 직업선택의 자유를 침해하는 위헌조항이다.

나. 재정경제부장관의 의견

(1) 세무사법 제5조 제2항에서 세무사법 제4조 각호의 1에 해당하는 자에 대하여 시험에 응시할 수 없도록 한 이유는 세무사가 세법, 회계학 등 전문성, 기술성 있는 분야를 취급하며 국민의 재산권과 정부의 재정수입에 지대한 영향을 미치는 공공성이 강한 자격사로서 수준높은 준법의식이 요구되는 직무를 수행하는 점을 고려한 것으로서, 이러한 세무사 직무의 특성상 전과자에 대하여 세무사 자격시험의 응시자격을 일정기간 제한하는 것은 합리적인 차별에 해당하고, 그 제한정도도 세무사가 되는 것을 금지하는 것이 아니고 단지 시험응시기회를 일정기간 제한하는 정도에 불과하다.

(2) 세무사시험 외에도 공무원, 사법시험(변호사)과 공공성이 요구되고 당해 직무를 배타적으로 할 수 있는 관세사, 변리사, 법무사, 감정평가사, 공인노무사 등 공인자격사 시험의 대부분이 형사상 전과자에 대하여 일정기간 동안 응시자격을 제한하고 있다.

(3) 결격사유 해당자에 대하여 당해 자격시험에 응시하도록 할 것인지 여부는 당해 자격사 제도운영의 정책방향 등을 고려한 입법자의 정책선택의 문제라 할 것이며, 공인회계사법을 근거로 하여 세무사법이 위헌이라는 주장은 공인회계사법만이 합헌이라고 믿는데서 연유한 잘못된 결론이다.

3. 판 단

가. 결격사유 해당자의 세무사자격시험 응시 제한의 취지

세무사법 제5조 제2항은 세무사법이 1999. 12. 31. 법률 제6080호로 개정되

면서 신설되었다. 세무사법 개정 전에는 결격사유 해당자는 “세무사가 될 수 없다”고 규정하고(제4조), 세무사법시행령(2000. 8. 5. 대통령령 제16937호로 개정되기 전의 것)에서 시험실시에 필요한 사항은 공고를 하도록 규정하여(제4조) 시험공고에 의해 결격사유 해당자의 시험응시를 제한하였는데, 1999. 12. 31. 세무사법이 개정되면서 제4조 세무사의 결격사유 중 자격정지기간 중에 있는 자에 관한 제4의2호가 신설됨에 따라 결격사유 해당자는 “세무사가 될 수 없다”고 규정되어 있던 것을 “등록을 할 수 없다”로 바꾸고(제4조), 등록불가의 규정이 자칫 결격사유 해당자의 시험응시를 허용하는 듯한 오해를 줄 우려가 있어 결격사유 해당자의 시험응시를 제한하는 세무사법 제5조 제2항을 신설한 것이다.

이는 세무사가 세법이나 회계학 등 전문성·기술성 있는 분야를 취급하며 국민의 재산권과 정부의 재정수입에 지대한 영향을 미치는 공공성이 강한 자격사로서 수준높은 준법의식이 요구되는 직무를 수행하는 점을 고려하여 전과자 등 결격사유 해당자에 대하여 세무사 자격시험의 응시를 일정기간 제한한 것으로 보인다. 다만 이러한 목적 달성을 위해 결격사유 해당자의 등록을 거부하는 것으로 그치지 않고 시험응시까지 제한하는 이유가 무엇인지에 대하여는 아래 다.항에서 살펴보기로 한다.

나. 다른 법률의 규정

전문자격사제도에 관한 사항을 규정하고 있는 각종 법률에서는 일정한 결격사유를 규정하고 그 결격사유 해당자에 대하여 시험응시를 제한하거나 등록거부 또는 취소사유로 한다.

그리고 그 규정 형식을 살펴보면, 결격사유가 법령상 등록거부·취소사유일 뿐 아니라 시험응시 제한사유인 경우(범무사법, 사법시험법, 국가공무원법)와 등록거부·취소사유임을 규정하고 있을 뿐 시험응시 제한사유인지 여부는 규정하지 않은 경우(공인회계사법, 변리사법, 관세사법, 지가공시및토지등의평가에관한법률, 부동산중개업법, 공인노무사법)로 나눌 수 있는바, 후자의 경우 각법 시행령에서 응시자격 등 시험에 필요한 사항을 공고하도록 하고 있고(공인회계사법시행령 제5조, 변리사법시행령 제2조, 관세사법시행령 제10조, 지가공시및토지등의평가에관한법률시행령 제19조, 부동산중개업법시행령 제15조, 공인노무사법시행령 제10조), 그에 따라 공인회계사와 공인중개사의 경우만을 제외하고 결격사유 해당자는 시험공고에 의해 시험응시가 제한되고 있다.

결국 공인회계사와 공인중개사를 제외하고는 대다수 자격제도에 관한 법률이 그 제한 형식이 무엇이나의 차이만 있을 뿐 결격사유 해당자의 시험응시를 제한하고 있는 것이다.

다. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 직업선택의 자유 침해 여부

(가) 헌법 제15조가 천명하는 직업의 자유는 직업선택의 자유와 직업수행의 자유를 포함하는 개념이지만 이러한 직업의 자유도 본질적인 내용에 대한 침해가 아닌 한 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 법률로 제한될 수 있는 것이다(헌재 1997. 10. 30. 96헌마109, 판례집 9-2, 537, 543).

(나) 세무사법은 세무사의 직무를 납세자의 위임에 의하여 조세에 관한 신고·신청·청구 등의 대리, 세무조정계산서 기타 세무관련서류의 작성, 조세에 관한 신고를 위한 기장의 대행, 조세에 관한 상담 또는 자문 등 소정의 행위 또는 업무를 수행하는 것으로 규정하고 있다(제2조). 그리고 세무사의 자격을 가진 자가 세무대리의 업무를 개시하고자 할 때에는 일정한 등록을 요구하는 한편(제6조 제1항), 등록을 하지 않은 자가 세무대리의 업무를 하는 것을 금지하고(제20조 제1항), 나아가 세무사의 자격 없이, 또는 등록 없이 세무대리를 행한 자를 처벌하도록 규정함으로써(제22조 제1항 제1호, 제22조의2 제3호) 세무사의 직업분야에 자격제도를 시행하고 있다. 이러한 자격제도는 고도의 전문적 지식과 기술이 요구된다고 판단되는 직업분야에 있어서 공공복리를 위하여 헌법상 보장된 직업선택의 자유를 법률로써 전면적으로 금지한 다음, 일정한 자격을 갖춘 자에 한하여 직업선택의 자유를 회복시켜 주는 것으로서 그 자체가 헌법에 위반되는 것은 아니다(헌재 1997. 10. 30. 96헌마109, 판례집 9-2, 537, 543-544; 헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283, 308 등 참조).

(다) 입법부가 어떤 직업분야에 자격제도를 시행함에 있어서 그 업무에 대하여 설정할 자격요건의 구체적인 내용은 업무의 내용과 제반 여건 등을 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항이다. 따라서 자격요건의 설정에 대한 판단·선택은 헌법재판소가 가능하기보다는 입법자에게 맡겨두는 것이 옳으며, 그러한 범위 내에서 입법자에게 입법형성권이 인정된다. 다만 그것이 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리한 경우에만 비로소 위헌의 문제가 생길 수 있다(헌재 1996. 10. 4. 94헌바32, 판례집 8-2, 345, 350 참조).

이 사건 법률조항에 의하여 형의 집행유예를 받고 그 기간 종료 후 1년이

경과하지 아니한 자에 대하여 시험응시를 제한한 것은, 형의 집행유예 판결은 당해 범죄행위에 대하여 사회적 비난가능성을 내포하고 있고, 세무사의 직무가 여타 전문가격사보다 공공성이 매우 강하므로 고도의 윤리성이 요구된다는 점을 고려한 것으로서, 형의 집행유예 판결을 받은 자로 하여금 세무사자격시험에 응시하게 하는 것은 세무사에 대한 국민의 신뢰를 손상시키고 나아가 원활한 세무행정 수행에 어려움을 초래하여 공공의 이익을 해할 우려 또한 적지 아니하다는 점에 비추어 볼 때 이것을 세무사 자격시험 응시제한 사유로 한 입법자의 의사결정은 수궁이 가고 합리성과 형평에 반한다고도 볼 수 없을 것이다. 다만 그러한 목적은 등록거부제도로 달성할 수 있는데 굳이 시험응시까지 제한하여야 할 필요가 있는가 하는 의문이 있을 수 있다. 그러나 결격사유에 해당하는 자에 대하여는 시험응시단계에서부터 제동을 거는 것이 오히려 원칙이라 할 것이고, 시험응시는 허용하되 등록 단계에서 차단하는 것은 예외적인 것이라고 보아야 할 것이다. 자격시험 응시에서부터 합격자 발표, 실무교육, 등록에 이르기까지의 일련의 과정이 유기적으로 연결되어 하나의 세무사가 탄생하는 것이기 때문이다. 더구나 결격사유 해당자의 시험응시를 제한하는 것이 이 사건 법률조항이 신설되기 전에는 시험공고에 의하여 이루어지고 있었으므로 사실상 개정 전후를 비교하여 달라진 점은 없다.

결격사유 해당자에 대한 시험응시제한 제도가 없을 경우 나타날 수 있는 문제점을 살펴보면, 결격사유 해당자라도 자격취득이 가능하게 되는 결과 등록을 하지 않고 세무사자격증을 대여하거나(세무사법시행령 제11조 제1항에 의하면 재정경제부장관은 세무사법 제3조의 규정에 의하여 세무사의 자격을 가진 자, 즉 세무사자격시험에 합격한 자 등에게 세무사자격증을 교부한다고 되어 있다) 무등록 세무대리 행위를 하는 등 위법한 행위가 자행될 소지가 많아 세무사 관리에 어려움이 생길 것이다.

따라서 이 사건 법률조항의 목적의 정당성은 인정된다 할 것이고, 시험응시를 전면적으로 금지하는 것이 아니라 형의 집행유예를 받고 그 기간이 종료한 후 1년이 경과하기 전에만 시험에 응시할 수 없도록 한 것이므로 그 내용이나 기간에 있어서 반드시 합리성을 결여한 것이라고 보기 어렵다.

그렇다면 결격사유 해당자에 대하여 세무사자격시험응시를 제한하는 이 사건 법률조항이 반드시 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리하다고 할 수는 없으므로, 이 사건 법률조항은 청구인의 직업선택의 자유를 침해하는 것이 아니다.

(2) 평등원칙 위반 여부

청구인은 공인회계사나 변리사는 최종등록일에 결격사유가 치유되면 등록이 가능한데 비하여 세무사는 시험응시 자체를 제한하는 등으로 차별을 하고 있으며 나아가 세무사법에 의하면 공인회계사나 변호사도 세무사로 등록이 가능한데 그렇다면 하자가 치유되지 않은 공인회계사도 세무사가 될 수 있다는 결론이므로 이는 모순이라고 주장한다.

공인회계사의 경우 현재까지는 청구인의 주장과 같이 시험공고에 의해서도 결격사유 해당자의 시험응시가 제한되지는 않고 있다(변리사에 대해서는 시험공고에 의해 결격사유 해당자의 시험응시가 제한됨은 앞서 살펴본 바와 같다).

그러나 공인회계사법은 그 제4조에서 결격사유 해당자는 “공인회계사가 될 수 없다”고 규정하고 있으므로, 법적으로는 시험공고에 의해 결격사유 해당자의 시험응시를 제한할 수 있는 것이어서 비록 올해까지의 공인회계사시험공고에는 결격사유 해당자의 응시를 제한하는 내용이 포함되어 있지 않지만 내년 시험공고에는 소관 시행당국이 방침을 바꾸어 그러한 내용을 포함시킬 수도 있는 것이다.

또 가령 앞으로도 계속 공인회계사 시험공고에 결격사유 해당자의 응시제한 규정을 두지 않는다하더라도 이를 들어 세무사자격제도가 다른 분야 자격사제도에 비하여 평등의 원칙에 반하는 자의적인 차별을 하고 있다고 단정할 수는 없다. 왜냐하면 앞서 본 바와 같이 대부분의 전문자격사제도가 직접 법령에서 또는 시험공고에 의해서 결격사유 해당자의 시험응시를 제한하고 있고 아무런 응시제한 규정을 두지 않은 공인회계사의 경우는 오히려 예외적이기 때문이다.

그리고 변호사, 공인회계사의 자격이 있는 자는 세무사의 자격도 가진다는 세무사법 제3조의 규정은 이 사건 법률조항의 평등의 원칙 위배 여부와는 아무런 관련이 없다.

4. 결 론

그렇다면, 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성 김효종
김경일(주심) 송인준 주선희

전기통신사업법 제72조 제6호 등 위헌제청

(2002. 9. 19. 2002헌가11·13(병합) 전원재판부)

【판시사항】

대통령령이 정하는 경우가 아닌 한 누구든지 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 타인의 통신용에 제공한 자를 형사처벌하도록 규정한 전기통신사업법 제72조 제6호(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)가 명확성의 원칙에 위배되는지 여부(적극)

【결정요지】

이 사건 법률조항에 의하면, 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 이용하여 타인의 통신을 매개하는 더 한층 발전된 전기통신역무의 제공이나 그 산업발전의 기초가 되는 새로운 기술과 장비의 연구·개발행위 등도 금지될 수 있고, 또한 대가의 수령 여부를 불문하고, 전화나 피씨(PC)통신 등을 위하여 개인이 그 전화기나 컴퓨터를 친지 또는 이웃에게 빌려주든지, 전자제품 매장에서 전시·판매용 전화기나 컴퓨터를 시용(試用)하도록 하는 것 등도 모두 금지행위에 해당하게 되는 것은 아닌가 하는 의문이 제기될 여지가 있어 죄형법정주의에서 도출되는 명확성의 원칙에 위배된다.

【심판대상조문】

전기통신사업법(2000. 1. 28. 법률 제6230호로 개정된 것) 제72조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처한다.

- 1.~5. 생략
6. 제32조의2 본문의 규정에 위반하여 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 타인의 통신용에 제공한 자

【참조조문】

헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항, 제75조

헌법재판소법 제41조(위헌여부 심판의 제청) ① 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건을 담당하는 법원(군사법원을 포함한다. 이하 같다)은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청한다.

②~⑤ 생략

헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력) ① 법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.

② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다.

③ 제2항 단서의 경우에 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다.

④ 제3항의 재심에 대하여는 형사소송법의 규정을 준용한다.

전기통신사업법(2000. 1. 28. 법률 제6230호로 개정되기 전의 것) 제32조의2(타인사용의 제한) 누구든지 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 타인의 통신용에 제공하여서는 아니된다. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

전기통신사업법(2000. 1. 28. 법률 제6230호로 개정되기 전의 것) 제74조(벌칙) 제32조의2 본문의 규정에 위반하여 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 타인의 통신용에 제공한 자는 500만원이하의 벌금에 처한다.

전기통신사업법(2000. 1. 28. 법률 제6230호로 개정된 것) 제2조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “전기통신사업자”라 함은 이 법에 의한 허가를 받거나 등록 또는 신고를 하고 전기통신역무를 제공하는 자를 말한다.

2.~3. 생략

② 생략

전기통신사업법시행령(1997. 2. 22. 대통령령 제15283호로 개정된 것) 제10조의2(타인사용의 제한에 대한 예외) 법 제32조의2 단서에서 “대통령령이 정하는 경우”라 함은 다음 각 호의 경우를 말한다.

1. 국가비상사태하에서 재해의 예방·구조, 교통·통신 및 전력공급의 확보 또는 질서의 유지를 위하여 필요한 경우
2. 기타 공공의 이익을 위하여 필요하거나 전기통신사업자의 사업경영에 지장을 초래하지 아니하는 경미한 사항으로서 정보통신부장관이 인정하는 경우

【참조판례】

헌재 2002. 5. 30. 2001헌바5, 공보 69, 472

헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741

헌재 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 10-2, 243

헌재 2002. 9. 19. 2002헌가11, 13(병합)

헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357

헌재 1998. 3. 26. 96헌가20, 판례집 10-1, 213

【당 사 자】

- 제청법원 1. 부산지방법원(2002헌가11)
2. 인천지방법원(2002헌가13)
- 당해사건 1. 부산지방법원 2002노1387
가. 전기통신사업법위반
나. 음반·비디오물및게임물에관한법률위반(2002헌가11)
2. 인천지방법원 2002노458 전기통신사업법위반(2002헌가13)

【주 문】

전기통신사업법(2000. 1. 28. 법률 제6230호로 개정된 것) 제72조 제6호는 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판대상

가. 사건의 개요

(1) 2002헌가11

당해사건의 피고인 전○오는 제1심공동피고인 이○숙과 공모하여, 2001. 12. 1.부터 같은 달 20.까지 사이에 부산 북구 덕천2동 소재 건물 3층을 9개의 방으로 구분하여 침대, TV, VTR재생기, 탁자, 의자, 전화기 등을 설치해놓고, 080-080-0000로 걸려온 불특정 다수의 여자들의 전화나, 피고인 등이 관리하는 약 25명의 여성들이 걸어온 전화를 그곳에 찾아온 남성들에게 연결시켜 주고 위 남성들로부터 시간당 12,000원 상당을 받는 등의 방법으로 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 이용하여 타인의 통신을 매개하였다 등의 전기통신사업법위반죄 등으로 공소가 제기되었다.

위 피고인은 2002. 4. 18. 위 범죄사실에 대하여 전기통신사업법 제72조 제6호, 제32조의2 본문이 적용되어, 나머지 유죄로 인정된 음반·비디오물및게임물에관한법률위반죄와 함께 징역 8월, 집행유예 2년이 선고되자, 이에 불복하여 부산지방법원에 항소를 제기하였으며, 부산지방법원은 그 심리 중 전기통

신사업법 제72조 제6호, 제32조의2가 당해사건 재판의 전제가 되며 위헌 여부에 의문이 있다고 하여 2002. 6. 25. 직권으로 이 사건 위헌여부의 심판을 제청하였다.

(2) 2002헌가13

당해사건의 피고인 이○연은 인천 부평구 부평동 소재 ‘○○’ 전화방의 전화가입자로서, 위 전화방을 운영하는 남○신과 공모하여, 2000. 9. 중순경 위 ○○ 전화방에서 피고인이 가입한 080 전화번호를 이용하여 위 전화방에 전화를 한 최○희와 전화방에 출입한 정○영과 서로 통화를 하게 하여 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 이용하여 타인의 통신을 매개하였다고 하여 전기통신사업법위반죄로 공소가 제기되었다.

위 피고인은 2002. 2. 6. 위 범죄사실에 대하여 전기통신사업법 제72조 제6호, 제32조의2 본문이 적용되어 벌금 2,000,000원이 선고되자, 이에 불복하여 인천지방법원에 항소를 제기하였으며, 인천지방법원은 그 심리 중 전기통신사업법 제72조 제6호, 제32조의2가 당해사건 재판의 전제가 되며 위헌 여부에 의문이 있다고 하여 2002. 7. 5. 직권으로 이 사건 위헌여부의 심판을 제청하였다.

나. 심판의 대상

제청법원은 전기통신사업법(2000. 1. 28. 법률 제6230호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제72조 제6호 및 제32조의2에 대하여 위헌제청을 하고 있다. 그런데, 헌법재판소는 2002. 5. 30. 선고한 2001헌바5 사건(공보 69, 472)에서 구 전기통신사업법(2000. 1. 28. 법률 제6230호로 개정되기 전의 것) 제32조의2 및 제74조에 대하여 위헌을 선언한 바 있으며, 위 구 전기통신사업법 제32조의2는 이러한 위헌선언 이후 개정된 적이 없고, 구 전기통신사업법 제74조는 2000. 1. 28. 법률 제6230호로 개정되면서 조문의 위치가 제72조 제6호로 변경되고 그 법정형이 강화되었다. 그렇다면, 법 제32조의2는 위헌으로 선언된 구 전기통신사업법 제32조의2와 동일한 조항으로서 이미 그 효력을 상실하였다 할 것이므로 이 사건 심판대상에서 제외하기로 한다.

따라서, 이 사건 심판의 대상은 법 제72조 제6호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 헌법에 위반되는지 여부이며, 이 사건 법률조항의 내용은 다음과 같다.

제72조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

1.~5. 생략

6. 제32조의2 본문의 규정에 위반하여 전기통신사업자가 제공하는 전기통신
역무를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 타인의 통신용에 제공한 자

2. 제청법원의 위헌심판제청이유 및 관계기관의 의견

가. 제청법원의 위헌제청이유

헌재 2002. 5. 30. 2001헌바5 결정의 이유와 같다.

나. 2002헌가11 사건에 대한 부산지방법검찰청 검사장의 의견

이 사건 법률조항 중 법 제32조의2 본문은 헌재 2002. 5. 30. 2001헌바5 결
정에 의하여 이미 그 효력이 상실되었으므로 이미 위헌결정된 법률조항의
위헌 여부는 더 이상 위헌심판의 대상이 될 수 없고, 처벌규정인 법 제72조
제6호는 금지규정인 위 제32조의2 본문이 이미 그 효력을 상실하였기 때문
에 이를 적용할 수 있는 근거가 없어졌다고 할 것이다. 따라서 당해사건인
부산지방법원 2002노1387 사건에서는 위 조항의 적용 여부에 관계없이 피고
인 전○오에 대하여 전기통신사업법위반 부분은 무죄가 선고되어야 하며, 이
사건 위헌제청은 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 따라 법원이 다른 내용의
재판을 하게 되는 경우에 해당하지 않으므로 재판의 전제성이 결여되어 부
적법하다.

다. 2002헌가13 사건에 대한 인천지방법검찰청 검사장의 의견

이 사건 법률조항은 원칙적으로 누구든지 타인의 전기통신역무를 이용하는
행위를 금지하고 있으나, 통신사업자의 이익을 저해하지 않고 통신시장질서
를 교란시키지 아니하는 한도에서 그 사용에 대한 예외를 정하겠다는 것으로
서 전기통신사업법시행령 제10조의2 제2호에서 그 허용되는 범위와 관련하여
규정하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항을 위 시행령과 함께 유기적으로 해
석하면 입법자의 의도는 건전한 상식을 가진 자라면 누구든지 일의적으로 명
확하게 파악할 수 있는 경우에 해당하므로 죄형법정주의에서 파생된 명확성
의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

또한, 이미 법률에서 원칙적인 금지라는 구체적 기준을 제시하되, 그와 관
련하여 예외적으로 허용되는 범위에 대해서만 입법기술상 대통령령으로 정하
도록 위임한 것이어서 그러한 기준의 제시없이 금지규정자체를 포괄적으로
하위법령에 위임한 경우와는 그 궤를 달리 하는 것이며, 이를 통한 통신사업
자의 이익보호와 통신시장질서의 건전한 유지 발전을 도모하고자 하는 입법
자의 의도는 존중되어야 한다.

3. 판 단

헌법재판소는 위 2002. 5. 30. 2001헌바5 결정에서 법 제72조 제6호와 같은 내용을 규정하였던 구 전기통신사업법 제74조가 위헌이라고 판시한 바 있는데, 그 결정의 요지는 다음과 같다.

『구 전기통신사업법 제74조 및 제32조의2는 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 이용하여 타인의 통신을 매개하는 행위와 전기통신사업자가 제공하는 통신역무를 타인의 통신용에 제공하는 행위를 원칙적으로 금지하면서 대통령령이 정하는 경우 예외적으로 이를 허용하는 형식의 규율을 하고 있는 바, 그 취지는 “대통령령이 정하는 경우가 아닌 한 누구든지 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 타인의 통신용에 제공한 자는 500만원 이하의 벌금에 처한다”는 것이 된다. 따라서 이 사건의 쟁점은 위 조항이 죄형법정주의에서 파생되는 명확성원칙 내지 포괄 위임입법금지원칙에 위배되는지 여부이다.

범죄와 형벌에 관한 사항에 있어서도 위임입법의 근거와 한계에 관한 헌법 제75조는 적용되는 것이고, 다만 법률에 의한 처벌법규의 위임은 헌법이 특히 인권을 최대한 보장하기 위하여 죄형법정주의와 적법절차를 규정하고 법률에 의한 처벌을 강조하고 있는 기본권보장 우위사상에 비추어 바람직하지 못한 일이므로 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 적용되어야 한다. 따라서 형벌법규의 위임을 하기 위하여는 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하며, 이러한 경우에도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상행위가 어떠한 것일 것이라고 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 규정하여야 하되, 위임입법의 위와 같은 예측가능성의 유무를 판단함에 있어서는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 한다(헌재 1998. 3. 26. 96헌가20, 판례집 10-1, 213, 219-220 참조).

위 조항은 원칙적으로 누구든지 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 타인의 통신용에 제공하는 것을 금지하고 있다. 이와 같이 이 사건 법률조항이 원칙적으로 금지하는 “전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 타인의 통신용에 제공하는” 행위는 법문상 업으로 하는 경우로 제한되어 있지 않기 때문에, 결국 이 사건 법률조항에 의하여 금지되는 통신매개 내지 제공 등 전

기통신역무의 이용행위는 일회적이든 반복적이든, 유상이든 무상이든 그 태양에 제한이 없는 것으로 볼 수밖에 없다.

위 조항에 의하여 원칙적으로 금지되는 행위의 유형은, 첫째, 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 이용하여 타인의 통신을 매개하는 행위와, 둘째, 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 타인의 통신용에 제공하는 행위이다.

그런데, 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 이용하여 타인의 통신을 매개하는 더 한층 발전된 전기통신역무의 제공이나 그 산업발전의 기초가 되는 새로운 기술과 장비의 연구·개발행위 등은 위 첫 번째 유형의 금지행위에 해당될 수 있다. 또한, 이 사건 법률조항의 규정형식상 전화나 피씨(PC)통신 등을 위하여, 대가의 수령 여부를 불문하고, 개인이 그 전화기나 컴퓨터를 친지 또는 이웃에게 빌려주든지, 복수의 전화기 또는 컴퓨터가 설치된 전화방이나 피씨(PC)방 등을 개설하여 타인에게 사용하게 하든지, 숙박업소나 고속도로휴게소, 음식점 등에서 고객에게 전화기나 컴퓨터를 사용하도록 하든지, 전자제품 매장에서 전시·판매용 전화기나 컴퓨터를 시용(試用)하도록 하는 것 등이 모두 위 두 번째 유형의 금지행위에 해당하게 되는 것은 아닌가 하는 의문이 제기될 여지가 있다.

그러므로 비록 위 조항을 제정한 입법자의 의사가 전면적인 금지가 아니라 부분적인 금지라고 하더라도, 이 사건 법률조항은 형벌법규의 위임을 하기 위한 요건인 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 해당한다고 할 수 없다. 또한, 예외적으로 허용되는 유형의 행위로 대통령령에 규정될 내용 및 범위의 기본사항에 관하여 구체적인 규정 즉 그 위임기준을 두고 있지 않으며, 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하더라도 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 없으므로, 국민들로서는 어떠한 행위가 금지되고 어떠한 행위가 허용되는지를 알 수 없다고 할 것이다. 결국, 위 조항은 죄형법정주의에서 도출된 명확성의 원칙에 위반될 뿐만 아니라 위임입법의 한계를 일탈하여 헌법에 위반된다고 하지 않을 수 없다.』

이 사건에 있어서도 위 결정과 달리 판단할 사정의 변경이나 필요성이 있다고 인정되지 아니한다.

4. 결 론

따라서, 이 사건 법률조항은 헌법에 위반된다고 할 것이므로 재판관 전원의

일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성 김효종
김경일 송인준 주선희(주심)

약사법 제16조 제1항 등 위헌소원

(2002. 9. 19. 2000헌바84 전원재판부)

【판시사항】

1. “약사 또는 한약사가 아니면 약국을 개설할 수 없다.”고 규정한 약사법 제16조 제1항은 법인을 구성하여 약국을 개설·운영하려고 하는 약사들 및 이들 약사들로 구성된 법인의 직업선택의 자유와 결사의 자유를 침해하는지 여부(적극)

2. 위 조항은 다른 전문직과 달리 약사에게만 업무수행을 위한 법인설립을 제한함으로써 평등권을 침해하는지 여부(적극)

3. 위헌적인 법률조항을 존속시킬 때보다 단순위헌의 결정으로 인하여 더욱 헌법적 질서가 멀어지는 헌법적 혼란을 초래할 우려가 있다는 이유 등으로 헌법불합치 결정을 선고한 사례

【결정요지】

1. “약사 또는 한약사가 아니면 약국을 개설할 수 없다.”고 규정한 약사법 제16조 제1항은 자연인 약사만이 약국을 개설할 수 있도록 함으로써, 약사가 아닌 자연인 및 일반법인은 물론, 약사들만으로 구성된 법인의 약국 설립 및 운영도 금지하고 있는바, 국민의 보건을 위해서는 약국에서 실제로 약을 취급하고 판매하는 사람은 반드시 약사이어야 한다는 제한을 둘 필요가 있을 뿐, 약국의 개설 및 운영 자체를 자연인 약사에게만 허용할 합리적 이유는 없다. 입법자가 약국의 개설 및 운영을 일반인에게 개방할 경우에 예상되는 장단점을 고려한 정책적 판단의 결과 약사가 아닌 일반인 및 일반법인에게 약국개설을 허용하지 않는 것으로 결정하는 것은 그 입법형성의 재량권 내의 것으로서 헌법에 위반된다고 볼 수 없지만, 법인의 설립은 그 자체가 간접적인 직업선택의 한 방법으로서 직업수행의 자유의 본질적 부분의 하나이므로, 정당한 이유 없이 본래 약국개설권이 있는 약사들만으로 구성된 법인에게도 약국개설을 금지하는 것은 입법

목적은 달성하기 위하여 필요하고 적정한 방법이 아니고, 입법형성권의 범위를 넘어 과도한 제한을 가하는 것으로서, 법인을 구성하여 약국을 개설·운영하려고 하는 약사들 및 이들로 구성된 법인의 직업선택(직업수행)의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이고, 동시에 약사들이 약국경영을 위한 법인을 설립하고 운영하는 것에 관한 결사의 자유를 침해하는 것이다.

2. 변호사, 공인회계사 등 여타 전문직과 의약품제조업자 등 약사법의 규율을 받는 다른 직종들에 대하여는 법인을 구성하여 업무를 수행할 수 있도록 하면서, 약사에게만 합리적 이유 없이 이를 금지하는 것은 헌법상의 평등권을 침해하는 것이다.

3. 이 사건 법률조항 중 약사가 아닌 일반인이나 일반인으로 구성된 법인의 약국설립을 금지하는 부분은 헌법에 위반되지 않을 뿐 아니라, 이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌을 선고하여 당장 이 사건 법률조항의 효력을 상실시킬 경우에는 약국을 개설할 수 있는 자격에 대한 아무런 제한이 없게 되어 약사가 아닌 일반인이나 일반법인도 약국을 개설할 수 있는 상태가 됨으로써, 입법자가 입법형성권의 범위 내에서 설정한 제약이 무너지게 되고, 위헌적인 이 사건 법률조항을 존속시킬 때보다 단순위헌의 결정으로 인해서 더욱 헌법적 질서와 멀어지는 법적 혼란을 초래할 우려가 있으며, 이 사건 법률조항에 있는 위헌적 요소를 제거하고 합헌적으로 조정하는 데에는 여러 가지 선택가능성이 있을 수 있는데 이는 입법자가 제반사정을 고려하여 결정해야 할 문제이므로, 입법자가 이 사건 법률조항을 대체할 합헌적 법률을 입법할 때까지는 위헌적인 법규정을 존속케하고 또한 잠정적으로 적용하게 할 필요가 있어 헌법불합치결정을 선고한다.

재판관 권성, 재판관 송인준의 단순위헌의견

국민보건을 위하여 약국에서 약품의 취급과 조제, 판매를 하는 사람은 반드시 약사이어야 하는 것으로 제한함이 마땅하지만, 약국의 개설자를 약사로 한정할 합리적 이유는 없다. 누구든지 약국을 개설할 수 있도록 할 때에 초래될 무질서나 보건상의 위험은 그다지 크다고 볼 수 없으며, 오히려 지식과 자본의 공개적 결합을 통하여 개인의 기업활동

영역과 경쟁력을 확대할 수 있을 뿐 아니라 일반국민에게는 더 많은 투자와 고용의 기회를 제공하며 약사에게는 더 많은 연구활동의 기회를 제공하는 등의 파생적 이익이 사회에 귀속될 수 있는 것임에도 불구하고, 약사법 제16조 제1항이 약사가 아니면 약국을 개설할 수 없도록 하는 것은 약사 아닌 사람의 직업선택의 자유를 과도하게 제한하여 위헌이 된다고 할 것이다.

재판관 운영철, 재판관 하경철, 재판관 김경일의 합헌의견

법인의 설립 및 존속이 간접적인 직업선택 또는 직업수행의 한 방법으로 인정된다고 하여, 개인이 법인을 설립하여 구성된 개개인에게만 허용되는 직업을 법인이 수행할 자유까지 헌법이 인정하는 것은 아니다. 이 사건 법률조항은 약사들이 그들의 권익을 옹호하기 위한 단체나 그들의 활동을 보조할 수 있는 단체 등을 설립하는 것을 제한하지 않고 다만 그 법인의 활동 중 약국의 개설이라는 특수한 활동만을 제한하므로, 개개의 약사들이 법인을 설립하는 방법으로 그들의 직업을 수행하는 자유를 침해하거나 그들의 결사의 자유를 침해하는 것으로 볼 수 없다. 법인과 그 구성원을 준별하는 우리의 법체계상 약사들로만 구성된 법인이라 하더라도 법인 자체는 약사면허가 없으므로 이들 법인에 약국개설을 허용하지 않음은 당연한 것이고, 활동이 제한되는 것은 법인 자체이지 그 구성원이 아닌 것이며, 이 사건 법률조항의 입법취지는 약품의 조제와 판매를 약사에게 맡기는 것에 그치지 않고 약국의 경영과 관리를 동일약사에게 맡김으로써 국민보건을 위하여 의약품의 판매체계에 만전을 기하고자 하는 것이므로, 다수의견과 같이 실제로 약국을 관리하며 약을 취급하는 사람이 약사이기만 하면 되는 것이 아니기 때문이다.

또한 의약품제조업자 등 약사법상의 다른 직종은 의약품소비자와 직접 거래하지 않는 등 국민보건상 미치는 영향이 약국의 경우보다 작고, 변호사 등 다른 전문직종도 인적 자원의 집적 필요성이 크다는 점 등 약사와는 다른 점들이 있으므로, 이들과 약사를 달리 취급한다고 하여

합리적 이유 없는 차별로서 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

약사법(2000. 1. 12. 법률 제6153호로 개정된 것) 제16조(약국의 개설등록) ① 약사 또는 한약사가 아니면 약국을 개설할 수 없다.

②~⑤ 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제15조, 제21조 제1항

약사법 제19조(약국의 관리의무) ① 약사 또는 한약사는 1개소의 약국만을 개설할 수 있다.

② 약국개설자는 자신이 그 약국을 관리하여야 한다. 다만, 약국개설자 자신이 그 약국을 관리할 수 없는 경우에는 약사 또는 한약사중에서 자신을 대신하여 약국을 관리할 자를 지정하여 관리하게 하여야 한다.

③ 삭제

④ 생략

약사법 제35조(의약품판매업의 허가) ① 약국개설자(당해 약국에 근무하는 약사 또는 한약사를 포함한다. 제38조·제39조 및 제41조에서도 이와 같다)가 아니면 의약품을 판매하거나 판매의 목적으로 취득할 수 없다. 다만, 의약품 등의 제조업자 또는 수입자가 그 제조 또는 수입한 의약품을 이 법의 규정에 의하여 의약품을 제조 또는 판매할 수 있는 자에게 판매하는 경우에는 그러하지 아니하다.

②, ③ 생략

약사법 제38조(의약품 등의 판매질서) 약국개설자·의약품제조업자·수입자 및 의약품 판매업자 기타 이 법의 규정에 의하여 의약품을 판매할 수 있는 자는 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 의약품 등의 유통체계확립 및 판매질서유지에 필요한 사항을 준수하여야 한다.

변호사법 제40조(법무법인의 설립) 변호사는 그 직무를 조직적·전문적으로 행하기 위하여 법무법인을 설립할 수 있다.

변호사법 제47조(구성원 아닌 소속변호사) 법무법인은 구성원 아닌 소속변호사를 둘 수 있다. 다만, 구성원 아닌 소속변호사는 공증인의 직무에 속하는 업무를 행할 수 없다.

변호사법 제58조(다른 법률의 준용) ① 법무법인에 관하여 이 법에 정한 것을 제외하고는 상법 중 합명회사에 관한 규정을 준용한다.

② 법무법인 및 그 구성원의 공증에 관한 업무 및 그 감독과 징계에 관하여는 공증인법을 준용한다.

공인회계사법 제23조(설립) ① 공인회계사는 제2조의 규정에 의한 직무를 조직적·전문적으로 행하기 위하여 회계법인을 설립할 수 있다.

② 회계법인의 정관에는 다음 각호의 사항을 기재하여야 한다.

1. 목적
2. 명칭
3. 주사무소 및 분사무소의 소재지
4. 사원 및 이사의 성명·주민등록번호 및 주소
5. 출자 1좌의 금액
6. 각 사원의 출자좌수
7. 자본금 총액
8. 결손금 보전에 관한 사항
9. 사원총회에 관한 사항
10. 대표이사에 관한 사항
11. 업무에 관한 사항
12. 존립시기 또는 해산사유를 정한 때에는 그 시기 및 사유

공인회계사법 제26조(이사 등) ① 회계법인에는 3인 이상의 공인회계사인 이사를 두어야 한다. 다만, 다음 각호에 1에 해당하는 자는 이사가 될 수 없다.

1. 사원이 아닌 자
 2. 제48조의 규정에 의하여 직무정지처분을 받은 후 그 직무정지기간 중에 있는 자
 3. 제39조 제1항의 규정에 의하여 등록이 취소되거나 업무가 정지된 회계법인의 이사이었던 자(취소 또는 업무정지의 사유가 발생한 때의 이사이었던 자에 한한다)로서 그 취소 후 3년이 경과되지 아니하거나 업무정지기간 중에 있는 자
- ② 회계법인은 이사와 직원 중 10인 이상이 공인회계사이어야 한다.
- ③ 제2항의 규정에 의한 공인회계사중 이사 아닌 공인회계사(이하 “소속공인회계사”라 한다)는 제1항 제2호에 해당하지 아니한 자이어야 한다.
- ④ 회계법인에는 재정경제부령이 정하는 바에 의하여 대표이사를 두어야 한다.
- ⑤ 회계법인의 사원은 공인회계사이어야 하며 그 수는 3인 이상이어야 한다.

공인회계사법 제40조(준용규정) ① 제13조, 제15조 제1항·제3항, 제16조, 제18조, 제20조 및 제22조의 규정은 회계법인에 관하여 이를 준용한다.

② 회계법인에 관하여 이 법에 규정되지 아니한 사항은 상법 중 유한회사에 관한 규정을 준용한다.

【참조판례】

1. 헌재 1991. 6. 3. 90헌마56, 판례집 3, 289
헌재 1996. 3. 28. 94헌바42, 판례집 8-1, 199
헌재 1996. 4. 25. 92헌바47, 판례집 8-1, 370
헌재 2000. 11. 30. 99헌마190 판례집 12-2, 325
대법원 1998. 10. 9. 선고 98도1967 판결(공1998하, 2719)
2. 헌재 1995. 9. 28. 92헌가11등, 판례집 7-2, 264

- 헌재 1998. 9. 30. 98헌가7등, 판례집 10-2, 484
3. 헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383
헌재 2000. 8. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167

【당 사 자】

청 구 인 주식회사 형화길동보통약국
대표이사 강정화
대리인 법무법인 천지인
담당변호사 유철균 외 1인
당해사건 서울행정법원 2000구15834 경고처분취소

【주 문】

약사법(2000. 1. 12. 법률 제6153호로 개정된 것) 제16조 제1항은 헌법에 합치하지 아니한다.

이 법률조항은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 그 주주들 중 일부 및 이사들이 약사들인 주식회사로서 1995. 12. 경부터 서울 강동구 길1동 및 제주시 삼도2동 소재에 길동보통약국 및 제주 탐동보통약국이라는 상호로 약국을 경영해 왔는데, 위 약국들은 각각 청구인의 이사들 중 1인의 명의로 약국개설등록을 하고, 세무 및 회계상의 편의를 위하여 청구인의 명의로 관할세무서에 사업자등록을 하였다.

식품의약품안전청장은 2000. 5. 12.경 법인명의로 약국을 운영하는 것은 “약사 또는 한약사가 아니면 약국을 개설할 수 없다.”고 규정한 약사법 제16조 제1항 및 “약국개설자가 아니면 의약품을 판매하거나 판매의 목적으로 취득할 수 없다.”고 규정한 약사법 제35조 제1항에 위반된다고 하면서 약사법 제38조 및 동법 시행규칙 제57조 제1항 제1호에 의거하여 전 제약회사 및 약국 도매상들을 상대로 청구인과 같이 법인 명의로 운영되는 약국에 의약품을 공급하는 경우에는 해당 의약품에 대하여 3개월의 판매업무정지처분을 하겠다는 경고처분을 하였고, 경고처분을 받은 위 제약회사 등이 청구인에게 의약품

공급을 중단하여 청구인은 경영난에 처하게 되었다.

이에 청구인은 서울행정법원 2000구15834호로 위 경고처분의 취소를 구하는 소송을 제기하고, 약사법 제16조 제1항, 제19조 제1항, 제2항, 제35조 제1항이 위헌이라는 취지의 위헌제청신청을 하였으나 2000. 10. 13. 위헌제청신청이 기각되자, 2000. 11. 4. 이 헌법소원 심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 이 사건 심판대상으로 약사법 제16조 제1항(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다) 외에 약사법 제19조 제1항, 제2항, 제35조 제1항도 들고 있으나, 약사법 제19조 제1항, 제2항은 이 사건 법률조항에 의하여 자연인인 약사 또는 한약사만이 약국을 개설할 수 있음을 전제로 하여 약국개설자는 동시에 2개 이상의 약국을 개설할 수 없고, 원칙적으로 약국개설자 자신이 약국을 관리하여야 한다는 것으로서, 이 사건 쟁점인 법인에 의한 약국의 개설 및 운영을 허용할 것인가 여부와는 직접 관련이 없는 조항이고, 약사법 제35조 제1항은 그 중 '약국개설자'라는 부분이 이 사건 법률조항과 연결되어 결과적으로 법인의 약국운영을 제한하게 되지만, 청구인의 주장에 의하더라도 약사법 제35조 제1항 자체가 어떤 위헌적 요소를 가지고 있다는 것은 아니고, 이 사건 법률조항에 의하여 법인이 약국개설자로 인정받지 못하는 것 때문에 문제가 되는 것이므로, 결국 약사법 제19조 제1항, 제2항, 제35조 제1항은 심판의 대상에 포함시킬 필요가 없다고 판단되어 이 사건 심판대상을 약사법 제16조 제1항의 위헌여부로 한정하기로 한다.

이 사건 법률조항 및 관련 법령조항의 내용은 다음과 같다.

약사법 (2000. 1. 12. 법률 제6153호로 개정된 것)

제16조(약국의 개설등록)

① 약사 또는 한약사가 아니면 약국을 개설할 수 없다.

② 내지 ⑤ 생략

제19조(약국의 관리의무)

① 약사 또는 한약사는 1개소의 약국만을 개설할 수 있다.

② 약국개설자는 자신이 그 약국을 관리하여야 한다. 다만, 약국개설자 자신이 그 약국을 관리할 수 없는 경우에는 약사 또는 한약사 중에서 자신을 대신하여 약국을 관리할 자를 지정하여 관리하게 하여야 한다.

③과 ④ 생략

제35조(의약품판매업의 허가)

① 약국개설자(당해 약국에 근무하는 약사 또는 한약사를 포함한다. 제38조·제39조 및 제41조에서도 이와 같다)가 아니면 의약품을 판매하거나 판매의 목적으로 취득할 수 없다. 다만, 의약품 등의 제조업자 또는 수입자가 그 제조 또는 수입한 의약품을 이 법의 규정에 의하여 의약품을 제조 또는 판매할 수 있는 자에게 판매하는 경우에는 그러하지 아니하다.

②와 ③ 생략

제38조(의약품 등의 판매질서)

약국개설자·의약품제조업자·수입자 및 의약품판매업자 기타 이 법의 규정에 의하여 의약품을 판매할 수 있는 자는 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 의약품 등의 유통체계확립 및 판매질서유지에 필요한 사항을 준수하여야 한다.

약사법시행규칙(2002. 1. 12. 보건복지부령 제208호로 일부 개정된 것)

제57조(의약품 등의 유통체계확립 및 판매질서유지를 위한 준수사항)

① 법 제38조의 규정에 의하여 약국개설자·의약품제조업자·수입자 및 의약품판매업자 기타 법의 규정에 의하여 의약품을 판매할 수 있는 자는 의약품의 유통체계를 확립하기 위하여 다음 각호의 사항을 준수하여야 한다.

1. 의약품의 제조업자·수입자 또는 도매상은 다음 각목의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 의약품을 소매하거나 다른 의약품도매상, 약국 등의 개설자 기타 법의 규정에 의하여 의약품을 판매할 수 있는 자 외의 자에게 의약품을 판매하지 아니할 것.

이하 생략

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

이 사건 법률조항은 오로지 자연인 약사만이 약국을 개설하고 운영할 수 있다고 규정하여 약사들로 구성된 법인에 의한 약국의 설립과 운영을 금지함으로써 직업선택의 자유 즉, 영업의 자유를 침해하고 있고, 보다 완화된 다른 방법에 의하여 법인의 약국운영으로 인한 피해를 막을 수 있는데도 법인에 의한 약국의 개설 자체를 원천봉쇄함으로써 과잉금지의 원칙에 위배되며, 의사, 변호사, 세무사 등 다른 전문직 종사자들의 법인설립을 막지 않는 데에 비하여 약사에게만 법인설립에 의한 영업을 금지하는 부당한 제약을 가하므로 평등의 원칙에도 위배된다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유

이 사건 법률조항의 입법취지는 의약품이 국민건강에 미치는 영향을 고려하여 의약품의 유통 및 품질관리의 체계를 확립함으로써 의약품의 오남용의 위험을 방지하는 데에 있는바, 법인명의의 약국을 개설하는 것을 허용할 것인가, 또 법인명의로 약국개설을 허용한다고 할 때, 어떠한 형태의 법인으로 약국개설을 허용할 것인가의 여부는 위와 같은 점을 감안해서 의약품의 사용에 관한 일반국민의 의식수준여하 및 의약품의 유통규제에 대한 필요성의 정도 여하 등 변동하는 사회실정을 충분히 고려하여 결정해야 하는 입법정책적인 문제라고 할 것이므로 법인명의의 약국운영을 허용하지 않는 이 사건 법률조항이 곧바로 헌법 제37조 제2항에 위배되어 영업의 자유를 과잉 침해하는 것이라거나 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

다. 보건복지부장관 및 식품의약품안전청장의 의견

약사법이 약사에 한하여 약국을 개설하고 운영할 수 있도록 한 것은 의약품의 유통과 품질관리체계를 확립함으로써 국민의 건강을 보호하기 위한 것이고, 법인명의의 약국이 허용되는 경우 병·의원에서 약국을 개설하는 것이 가능해지고 의료기관과 약국간의 담합행위가 증가하는 등 의약분업의 정신이 훼손될 우려가 있으며, 대형약국들이 등장함으로써 인하여 동네약국들이 도산하고, 이에 따라 국민의 약국접근성이 악화되는 등의 폐단이 있으므로, 이 사건 법률조항에 의한 제한은 합리적인 이유가 있는 것으로서 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

라. 대한약사회장의 의견

보건복지부장관 및 식품의약품안전청장의 의견과 대체로 같다.

마. 공정거래위원회의 의견

약국들이 대형화되어 경쟁력을 강화하고 서비스를 향상시켜 소비자의 후생을 증대하는 것이 바람직한데도, 이 사건 법률조항은 법인 운영의 약국을 금지함으로써 이러한 방향의 발전을 막고 공정한 거래를 저해하게 되므로 약사의 영업의 자유를 침해하는 위헌적인 규정이다.

3. 판 단

가. 재판관 한대현, 재판관 김영일, 재판관 김효중, 재판관 주선회의 헌법불합치 의견

(1) 직업선택의 자유에 대한 침해여부

(가) 직업의 자유에 대한 제한과 그 한계

헌법 제15조에 의한 직업선택의 자유는 자신이 원하는 직업 내지 직종을

자유롭게 선택하는 직업선택의 자유와 그가 선택한 직업을 자기가 결정한 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 직업수행의 자유를 포함하는 개념이고(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1 365, 374; 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 141, 153), 법인도 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권의 주체가 되는데, 직업선택의 자유는 헌법상 법인에게도 인정되는 기본권이며(헌재 1991. 6. 3. 90헌마56, 판례집 3, 289, 295; 1996. 3. 28. 94헌바42, 판례집 8-1, 199, 206-207), 또한 법인의 설립은 그 자체가 간접적인 직업선택의 한 방법이기도 하다(헌재 1996. 4. 25. 92헌바47, 판례집 8-1, 370, 379-380; 2000. 11. 30. 99헌마190 판례집 12-2, 325, 342-343).

직업의 선택 혹은 수행의 자유는 각자의 생활의 기본적 수요를 충족시키는 방편이 되고, 또한 개성신장의 바탕이 된다는 점에서 주관적 공권의 성격이 두드러진 것이기는 하나, 다른 한편으로는 국민 개개인이 선택한 직업의 수행에 의하여 국가의 사회질서와 경제질서가 형성된다는 점에서 사회적 시장경제질서라고 하는 객관적 법질서의 구성요소가이기도 하다. 따라서, 각 개인이 향유하는 직업에 대한 선택 및 수행의 자유는 공동체의 경제사회질서에 직접적인 영향을 미치는 것이기 때문에 공동체의 동화적 통합을 촉진시키기 위하여 필요불가결한 경우에는 헌법 제37조 제2항 전문규정에 따라 이에 대하여 제한을 가할 수 있다. 즉, 국가의 안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위한 목적의 정당성이 인정되는 경우에는 그러한 목적을 달성하는데 필요한 범위 내에서 법률로써 국민의 기본권을 제한할 수 있다. 특히 직업결정의 자유나 전직의 자유에 비하여 직업종사(직업수행)의 자유에 대하여서는 공익을 위하여 상대적으로 더욱 넓은 법률상의 규제가 가능하다(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80 판례집 5-1, 365, 374; 1995. 2. 23. 93헌가1, 판례집 7-1, 130, 135).

그러나, 직업종사(직업수행)의 자유를 제한할 때에도 그 제한의 방법이 합리적이어야 함은 물론 과잉금지의 원칙에 위배되거나 제한의 한계규정인 헌법 제37조 제2항 후문의 규정에 따라 직업선택의 자유의 본질적인 내용을 침해하는 것이어서는 아니된다(헌재 1989. 11. 20. 89헌가102, 판례집 1, 329, 336; 1995. 7. 21. 94헌마125, 판례집 7-2, 155, 162; 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 141, 154).

즉, 기본권인 직업행사의 자유를 제한하는 법률이 헌법에 저촉되지 아니하기 위하여는 그 기본권의 침해가 합리적이고 이성적인 공익상의 이유로 정당화될 수 있어야 한다. 비록 입법자에게 정책목표의 달성을 위하여 광범위한

입법형성권이 부여되지만, 자유로운 직업행사에 대한 침해는 그 침해가 공익상의 충분한 이유로 정당화되고 또한 비례의 원칙을 준수하여야 비로소 직업의 자유와 조화될 수 있다. 입법자가 선택한 수단이 의도하는 입법목적을 달성하기에 적정해야 하고, 입법 목적을 달성하기 위하여 똑같이 효율적인 수단 중에서 기본권을 되도록 적게 침해하는 수단을 사용하여야 하며, 침해의 정도와 공익의 비중을 전반적으로 비교형량하여 양자 사이에 적정한 비례관계가 이루어져야 하는 것이다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18 판례집 8-2, 680, 692).

(나) 이 사건 법률조항에 의한 직업의 자유에 대한 제한

1) 이 사건 법률조항의 입법취지

약사법(이하 ‘법’이라고만 한다)은 약사(藥事)에 관한 사항을 규정하고 그 적정을 기하여 국민보건 향상에 기여함을 목적으로 하는 것으로서(법 제1조), 약사(藥事)라 함은 의약품·의약외품 및 의료용구의 제조·조제·감정·보관·수입·판매(수여)와 기타 약학기술에 관련된 사항을 말한다(법 제2조 제1항). 약사(藥師)는 한약에 관한 사항을 제외한 약사(藥事)에 관한 업무(한약제제에 관한 사항을 포함한다)를 담당하는 자로서……, 보건복지부장관의 면허를 받은 자를 말한다(법 제2조 제2항). 약사 면허는 원칙적으로 약학을 전공하는 대학을 졸업한 자로서 약학사의 학위를 교육인적자원부에 등록하고 약사국가시험에 합격한 자에게 부여된다(법 제3조 제2항 제1호).

약국이란 약사가 수여의 목적으로 의약품의 조제업무를 행하는 장소이고(법 제2조 제3항), 약사법상 약사가 하는 주요한 업무는 조제와 복약지도(服藥指導)인데, 조제는 일정한 처방에 따라서 두가지 이상의 의약품을 배합하거나 한가지의 의약품을 그대로 일정한 분량으로 나눔으로써 특정한 용법에 따라 특정인의 특정된 질병을 치료하거나 예방하는 등의 목적으로 사용되도록 약제를 만드는 것을 말하고(법 제2조 제15항), 복약지도란 의약품의 명칭, 용법·용량, 효능·효과, 저장방법, 부작용, 상호작용 등의 정보를 제공하는 것과 일반의약품의 판매에 있어 진단적 판단에 의하지 아니하고 구매자가 필요로 하는 의약품을 선택할 수 있도록 도와주는 것을 말한다(법 제2조 제16항).

약사가 아니면 의약품을 조제할 수 없으며, 약사는 면허의 범위 안에서 의약품을 조제하여야 하고(법 제21조 제1항), 약국에서 조제에 종사하는 약사는 조제의 요구가 있을 때에는 정당한 이유 없이 이를 거부할 수 없다(법 제22조 제1항).

이와 같이 약사법은 국민의 건강에 직결되는 의약품을 다루는 약사의 자격

을 엄격히 법정하고 있으며, 이 사건 법률조항은 약사 또는 한약사가 아니면 약국을 개설할 수 없도록 규정하고, 법 제35조 제1항은 약국개설자가 아니면 의약품의 판매할 수 없도록 하고 있는바, 그 취지는 의약품의 판매는 국민보건에 미치는 영향이 크므로 그 판매행위를 국민의 자유에 맡기는 것은 보건위생상 부적당하므로 이를 일반적으로 금지하고, 일정한 시험을 거쳐 자격을 갖춘 약사에게만 일반적 금지를 해제하여 의약품의 판매를 허용하는 데에 있다 할 것이고(대법원 1998. 10. 9. 선고 98도1967 판결, 공1998하, 2719 참조), 법 제19조 제1항에서 약사가 개설할 수 있는 약국의 수를 1개소로 제한하고 있는 취지는 약사가 의약품에 대한 조제·판매의 업무를 직접 수행할 수 있는 장소적 범위 내에서만 약국개설을 허용함으로써 약사 아닌 자에 의하여 약국이 관리되는 것을 그 개설단계에서 미리 방지하기 위한 데에 있다(대법원 1998. 10. 27. 선고 98도2119 판결, 공1998하, 2812 참조)고 할 것이다.

2) 직업의 자유에 대한 제한

이와 같이 이 사건 법률조항은 국민건강에 위해가 되지 않도록 약사가 아닌 사람에 의한 의약품의 판매와 조제를 막기 위하여 약사에게만 약국의 개설을 허용함으로써 약사 이외의 사람의 약국개설 및 운영권을 제한하고 있다.

그런데, 이 사건 법률조항은 “약사 또는 한약사가 아니면 약국을 개설할 수 없다.”고만 규정하고 있어서 그 의미상 약사 또는 한약사가 아닌 개인(자연인)에 대하여 약국의 개설을 금지하는 것은 명백하지만, 법인 특히 그 중에서도 약사들로만 구성된 법인에 대하여까지 약국개설을 금지하는 것인가에 대하여는 의문이 있을 수 있다.

이 점에 관하여 보건대, 법률해석의 기본원칙인 문리해석에 의할 때, 법인은 약사가 아닌 것이 명백하고, 이는 구성원(주식회사의 경우에는 주주, 합명회사, 합자회사, 유한회사의 경우에는 사원을 의미한다) 전원이 약사로 된 법인이라 해도 마찬가지이며, 이러한 법문의 명백성에도 불구하고 이를 확장하여 법인도 약국을 개설할 수 있는 것으로 해석할 근거가 없을 뿐 아니라, 현재 법원과 행정기관에서도 이 사건 법률조항에 의하여 법인은 약국을 개설할 수 없는 것으로 해석하고 있는 점 등을 고려할 때, 결국 이 사건 법률조항은 모든 법인의 약국개설을 허용하지 않고 있는 것으로 볼 수밖에 없다.

그렇다면, 이 사건 법률조항에 의하여 약사가 아닌 자연인 및 이들로 구성된 법인은 물론 약사들로만 구성된 법인의 약국설립 및 경영이라는 직업수행도 제한되고, 따라서, 약사 개인들이 법인을 구성하는 방법으로 그 직업을 수

행하는 자유도 제한된다고 하겠다.

(다) 기본권 제한에 관한 방법의 적절성 및 합리성

이 사건 법률조항이 위와 같이 직업의 자유를 제한하는 것이 기본권 제한의 수단과 방법 및 그 정도에 있어서 합리성이 있는 것인가를 살펴보기로 한다.

1) 입법례

약국의 개설자격에 대한 외국의 입법례를 보면, 일본과 미국에서는 약사 이외의 자연인과 법인에게도 약국의 개설을 허용하되, 일정한 시설기준을 갖추어 당국의 허가를 받도록 하고 있고, 다만, 실제로 약국을 관리하며 약품을 취급하는 사람은 반드시 약사이어야 한다는 제한을 두고 있다. 약국의 개설자가 누구이든 약국에서 약품을 취급하고 판매하는 사람이 약사이기만 하면 국민 보건상 문제될 것이 없다고 생각하기 때문이다.

유럽의 국가들 가운데 영국, 벨기에 등 일부 국가는 약국개설자격에 제한을 두고 있지 않으며, 프랑스 등 그 외의 대부분의 국가들은 약사가 아닌 사람에 대하여는 약국개설을 금지하되, 약사들이 모여서 구성한 법인이나 조합에 대하여는 약국개설을 허용하고 있어서, 주요 선진국들 중 우리 약사법과 같이 약국개설을 자연인 약사에게만 허용하는 경우는 드물다.

2) 우리나라 약국의 현황과 법인약국 허용에 따른 장단점

대다수 외국의 입법례와 달리 우리 약사법이 오로지 자연인 약사에게만 약국의 개설을 허용하는 것을 정당화할 합리적인 이유가 있는지 판단하기 위하여 약국의 개설 즉, 소유를 법인에게 허용하는 경우와 그렇지 않는 경우에 어떠한 장단점이 있는지를 현재의 약국운영실태와 장래의 전망에 비추어 살펴보기로 한다.

우리나라의 기존의 약국들은 일부 대형약국을 제외한 대부분이 약사 1인이 운영하는 소규모 약국들로서 자본의 부족으로 영세성을 면치 못하고 경영의 효율화를 이루지 못하며, 대도시를 중심으로 약국과밀화 현상을 나타내어 과도한 경쟁으로 어려움을 겪고 있다.

특히 의약분업이 시행된 이후에는 환자들이 요구하는 병원처방약품을 모두 갖추어야 하는데, 영세한 자본으로는 이를 제대로 갖추기 어렵고, 처방약품이 많이 구비해도 이 중 일부만 판매되고 나머지는 개봉상태에서 재고로 쌓이는 문제점이 있으며, 처방약품을 원하는 환자들을 병원 주변의 소위 ‘문전약국’ 등의 대형약국에 빼앗기는 데다가, 처방전 없이 판매할 수 있는 일반의약품의

범위가 축소되어 매출이 줄어드는 등 경영상의 어려움이 가중되고 있다.

이런 상태에서 소비자의 입장에서는 소형약국(소위 ‘동네약국’)들을 집 주위에서 흔히 발견할 수 있어 쉽게 약국을 이용할 수 있다는 이점이 있는 반면, 원하는 약품이 구비되어 있지 않아 불편을 겪을 수 있고, 보다 개선된 새로운 서비스를 받지 못한다는 단점이 있다. 그 밖에 1인의 약사가 장시간 계속 근무하기 어려우므로 부득이 자리를 비울 때 약사의 가족이나 고용원 등 무자격자가 의약품 조제·판매하는 등의 위법행위가 일어날 소지가 비교적 크다는 문제점도 있다.

약사들은 이와 같은 경영상의 어려움을 타개하기 위한 하나의 방법으로 동업에 의한 약국운영을 고려해 볼 수 있다. 동업을 통하여 자본과 경영의 기법을 모아 약국의 대형화, 전문화, 분업화를 이루는 등으로 경영개선이 될 수 있고, 고객에 대한 서비스개선도 기대할 수 있으므로, 소자본의 영세약국을 운영하는 약사들로서는 이런 방향으로 활로를 찾으려고 하는 것도 자연스러운 현상일 것이다.

그런데, 현행 약사법과 같이 약사들의 법인형태에 의한 약국경영을 허용하지 않게 되면 조합적 동업을 할 수밖에 없고, 조합의 형태로 동업을 하게 되면 법인형태와 비교해 볼 때, 동업이 파기되거나 이탈자가 생기는 경우 투자금액의 환수가 어렵고, 약국경영의 안정성이 결여되며, 대외적 책임관계가 실질에 부합하지 않게 되고, 세무상으로도 법인형태에 비하여 불이익을 입게 된다는 등의 단점이 있다. 반대로 약사들이 동업을 위하여 법인의 형태로 약국을 개설하여 운영하는 것을 허용하면 대외적으로 법주체성이 확립되어 법률관계가 명확해지고, 개인과 법인의 경리가 준별되어 주먹구구식 경영에서 기업형의 합리적 경영으로 전환할 수 있으며, 법인 고유의 자산축적이 가능하여 약국설비 등에 다액을 투자할 수 있고, 경제기반의 안정화를 도모하게 됨에 따라 조직화, 대형화, 전문화의 달성을 기대할 수 있다. 또 구성원이 사업에서 손을 떼려고 할 때에 투자자본을 회수하는 등의 정산이 보다 원활하고 세무면이나 종업원의 고용면에서도 유리하다. 약사들이 1일 2교대 내지 3교대로 근무하게 됨에 따라 심야와 휴일의 개국이 가능하고, 한 명의 약사가 장시간 근무함으로써 인하여 발생하는 문제점들이 해소될 수도 있다. 또 이러한 변화의 과정에서 경쟁력을 갖추게 되어 불가피하게 다가올 약국시장의 외국개방에도 사전에 대비할 수 있게 된다. 이런 점들을 고려해 보면, 약사들이 동업을 하기 위한 법인화의 필요성을 인정할 수 있다.

한 걸음 더 나아가, 만일 미국이나 일본과 같이 약국에 관한 자본과 관리를 완전히 분리하여 약사가 아닌 사람 즉, 일반인이나 일반법인도 약국을 소유할 수 있게 한다면, 국내의 대기업 등 자본가가 이 개방된 의약품 소매시장에 참여하게 되어 대자본에 의한 전문적, 조직적 경영이 가능해져서 약국 경영의 규모와 방식이 크게 개선되고, 소위 기업형 체인약국도 설립될 것이며, 병원 처방약품을 대부분 구비하여 이에 관한 환자들의 불편이 줄어들게 되고, 다양한 영업방식에 따른 양질의 서비스제공이 가능하리라 전망된다. 고용된 약사들이 1일 2교대 내지 3교대로 근무하게 됨에 따라 심야와 휴일의 개국이 가능하고, 한 명의 약사가 장시간 근무함으로써 인하여 발생하는 문제점들이 해소될 수도 있다. 또 이러한 변화의 과정에서 경쟁력을 갖추게 되어 불가피하게 다가올 약국시장의 외국개방에도 사전에 대비할 수 있게 된다.

그러나 한편, 대자본을 바탕으로 한 기업형 약국들이 약국시장을 장악함으로써 인하여 자본력이 약한 개인 소유의 동네약국들은 폐업의 위기에 처할 가능성이 높다. 소규모 영세한 약국들이 도산하게 되면, 그 약사들은 기업형 약국 등에 고용되는 처지가 될 것이고, 소비자들이 지금처럼 편리하게 집 가까이 있는 약국을 이용하기 어렵게 될 우려도 있으며, 약국이 철저히 영리만을 추구하는 기업체로 변모하여 영리추구를 위한 각종 방법이 총동원됨으로 인하여 의약품의 과소비 등 부작용을 초래할 가능성도 있다.

3) 이 사건 법률조항에 의한 기본권제한의 적정성

위에서 본 바와 같이 약국의 개설 및 운영권을 약사가 아닌 일반 개인이나 법인에까지 개방하게 되면, 긍정적인 효과뿐 아니라, 부정적인 결과도 예상되기 때문에 이를 허용할지 여부는 국민에게 가장 바람직한 약제서비스를 제공하는 등의 정책목표에 대한 광범위한 입법형성권을 가진 입법부에서 여러 사정을 고려하여 결정할 재량사항으로서 입법형성의 자유에 속하는 분야라고 할 것이므로, 약사법이 약사가 아닌 일반 개인 또는 법인에게 약국개설권을 인정하지 않는다고 하여 이를 헌법에 위반된다고 볼 수는 없다.

그러나, 이러한 입법기관의 재량은 헌법에 기속되는 기속재량이므로 입법의 권한을 행사함에 있어 비례와 공평의 원칙이나 과잉금지의 원칙 등 헌법의 일반원칙에 위배되어서는 아니되며, 헌법규정에 명백히 위반한 자의적 입법은 위헌임을 면할 수 없다(헌재 1995. 10. 26. 93헌마246, 판례집 7-2, 498, 505).

이 사건 법률조항의 입법취지는 국민보건을 위하여 의약품의 조제와 판매

는 그 분야의 전문가인 약사에게 맡겨야 한다는 것인바, 구성된 전원이 약사인 법인에 대하여까지 약국의 개설·운영을 금지하는 것은 위 입법목적을 달성하기 위한 적절한 수단으로서의 정당성을 인정받기 어렵다. 위의 입법목적을 달성하기 위해서는 외국의 입법례에서 보는 바와 같이 실제로 약국을 관리하며 약을 취급하는 사람이 약사이면 되는 것이지, 약국의 설립과 경영 자체를 반드시 자연인 약사에게만 허용하여야 하는 것은 아니므로 입법목적 자체에서 약국의 소유자를 자연인 약사로 한정할 합리적 이유가 도출되지는 않는 것이다.

입법자가 앞서 검토한 법인화의 여러 장단점을 참작하여 약사가 아닌 일반 개인과 법인에게 약국의 개설·운영을 허용하지 않는 부분은 정당한 입법형성권의 행사로 인정할 수 있지만, 본래 약국의 개설권이 있는 약사들이 모여 구성된 법인 즉, 구성된 전원이 약사들이 법인에게까지 약국의 개설을 금지하는 것은 이러한 법인의 직업수행의 자유와 법인의 구성원인 개개의 약사들이 법인을 설립하는 방법으로 그들의 직업을 수행하는 자유를 합리적 이유없이 과도하게 침해하는 것이라고 보지 않을 수 없다. 직업수행의 방법으로 법인을 설립하여 운영할 수 있는 자유는 그 직업수행의 자유 속에 내포된 본질적 부분의 하나인데, 이에 대한 침해를 정당화할 공익상의 이유가 별로 없기 때문이다.

그렇다면, 이 사건 법률조항이 자연인 약사에게만 약국의 개설을 허용하여 약사들만으로 구성된 법인의 약국 개설을 금지하는 것은 국민건강의 보호와 증진이라는 입법목적을 달성하기 위하여 필요하고 적절한 방법이라고 할 수 없으며, 구성된 전원이 약사인 법인 및 그러한 법인을 구성하여 약국업을 운영하려고 하는 약사 개인들의 헌법상의 기본권인 직업선택(직업수행)의 자유를 제한함에 있어 입법형성권의 재량의 범위를 명백히 넘어 제한의 방법이 부적절하고 제한의 정도가 과도한 경우로서, 헌법 제37조 제2항 소정의 과잉금지의 원칙에 위배되어 헌법 제15조에서 보장하고 있는 직업선택의 자유의 본질적 내용을 침해하였다고 할 것이다.

(2) 평등권 침해여부

(가) 평등의 원칙의 개념 및 심사기준

헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 일반적으로 이러한

평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라, 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 하여서는 아니된다는 상대적 평등을 뜻하고, 따라서, 합리적인 근거가 있는 차별 또는 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니라고 설명된다(헌재 1998. 9. 30. 98헌가7 등, 판례집 10-2, 484, 503-504).

합리적 근거없는 차별이란 정의에 반하는 자의적인 차별을 의미하는 것으로서, 국민의 기본권에 대한 차별적인 대우를 규정하는 입법은 그 목적이 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하고 또 정당한 것이어야 하고, 나아가 그 수단 또는 방법이 위 목적의 실현을 위하여 실질적인 관계가 있어야 할 뿐만 아니라, 그 정도 또한 적절한 것이어야 하며, 이러한 요건을 갖추지 못한 입법은 헌법 제11조 제1항이 예정하고 있는 평등의 원칙에 반하는 위헌입법이라고 할 것이다(헌재 1995. 9. 28. 92헌가11 등, 판례집 7-2, 264, 280-281).

헌법재판소에서는 평등위반여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도와 완화된 심사척도의 두 가지 척도를 구별하고, 어떤 심사척도를 적용할 것인가를 결정하는 기준으로서 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우(즉, 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있는 경우)와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 엄격한 심사척도가 적용되어야 하고, 그렇지 않은 경우에는 완화된 심사척도에 의한다는 원칙을 적용하고 있다. 이 경우 엄격한 심사를 한다는 것은 자의금지원칙에 따른 심사 즉, 합리적 이유의 유무를 심사하는 것에 그치지 아니하고 비례성원칙에 따른 심사 즉, 차별취급의 목적과 수단간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미하며(헌재 1999. 12. 23. 98헌바33, 판례집 11-2, 732, 749; 1999. 12. 23. 98헌바363, 판례집 11-2, 770, 787-788; 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 403-404; 2001. 6. 28. 2001헌마132, 판례집 13-1, 1441, 1464-1465 참조), 완화된 심사척도 즉, 자의심사의 경우에는 차별을 정당화하는 합리적인 이유가 있는지만을 심사하기 때문에 그에 해당하는 비교대상간의 사실상의 차이나 입법목적(차별목적)을 발견하고 확인하여(헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 403), 그 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니하면서 정당한 입법목적을 달성하기 위하여 필요하고도 적절한 것인가를 기준으로 판단되어야 한다(헌재 1994. 2. 24. 92

헌바43, 판례집 6-1, 72, 75).

이 사건 법률조항에 관하여 보건대, 이 사건 법률조항은 헌법에서 특별히 평등을 요구하는 부분에 대한 것이 아니고, 직업수행의 자유는 공익을 위하여 상대적으로 넓은 규제가 가능하다고 인정되기 때문에 이 사건 법률조항에 의하여 직업수행의 자유가 일부 제한된다고 하여 관련기본권에 대한 중대한 침해가 있다고 볼 수 없으므로, 완화된 심사기준 즉, 차별기준 내지 방법의 합리성여부가 헌법적 정당성여부의 판단기준이 된다고 하겠다.

(나) 약사법상의 다른 직종과의 비교

이 사건 법률조항에 의한 약국개설의 제한과 관련하여 약사법의 적용을 받는 다른 직종들과 약사의 경우를 비교해 보기로 한다.

의약품 등의 제조업을 운영하려고 하는 자는 필요한 시설을 갖추어 식품의약품안전청장의 허가를 받아야 하고, 제조소마다 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 필요한 수의 약사 또는 한약사를 두고 제조업무를 관리하게 하여야 하며, 위 약사 또는 한약사(제조관리자)는 의약품 등의 제조업무에 종사하는 중업원의 지도·감독, 품질관리 및 제조시설의 관리 등을 담당한다(법 제26조, 제29조, 제30조 참조).

의약품의 수입자도 필요한 시설을 갖추고 품목마다 식품의약품안전청장의 허가를 받거나 신고를 하여야 하며, 수입소를 관리하는 약사 또는 한약사를 두어야 한다(법 제34조 참조).

의약품도매상은 약사가 아니라도 필요한 시설을 갖추고 시도지사의 허가를 받아 의약품을 판매할 수 있는데, 의약품도매상 자신이 약사가 아닌 경우에는 그 업무를 관리할 약사를 두어야 한다(법 제35조, 제36조, 제37조 참조).

이와 같이 약사법은 약사와 마찬가지로 국민의 건강문제에 직결되는 의약품을 취급하는 의약품제조업자, 의약품수입자, 의약품도매상 등의 직종에 대하여 약사자격을 요구하지 않으며 필요한 시설을 갖추고 허가를 받으면 그 영업을 할 수 있도록 하되, 다만, 실제로 그 업무를 관리할 약사를 반드시 두도록 하였다. 따라서, 위의 직종들은 법인을 설립하여 그 업무를 수행하는 것도 당연히 허용되고 있다.

이처럼 의약품 등을 취급하는 점에서는 약사의 경우와 본질적으로 다르지 않다고 볼 수 있는 의약품제조업자 등에 대하여는 법인을 설립하여 영업을 할 수 있도록 하면서 약사에 대하여는 법인을 설립하여 약국을 개설하는 것을 허용하지 않고 있으므로, 약사들로 구성된 법인이나 그 구성원인 약사는

그 업무수행의 방법에 있어서 차별을 받고 있다고 하겠다.

(다) 다른 전문직종과의 비교

약사와 마찬가지로 시험을 거쳐 자격이 부여되는 다른 전문직종의 경우와 비교해 보기로 한다.

변호사법은 직무를 전문적·조직적으로 행하기 위하여 5인 이상의 변호사를 구성원으로 하는 법무법인을 설립할 수 있도록 하고, 법무법인에 관하여 변호사법에서 정한 것을 제외하고는 상법 중 합명회사에 관한 규정을 준용하도록 하고 있다(변호사법 제40조, 제47조, 제58조 참조).

이와 같은 취지의 법인설립에 관한 규정은 공인회계사법(제23조, 제26조, 제40조 참조), 변리사법(제6조의 3 제1항, 제6조의 4 제2항, 제6조의 10 제2항 참조), 세무사법(제13조의 2 제1항, 제3항, 제4항 참조)에도 규정되어 있다(다만, 회계법인에 관하여는 다른 법인과 달리 합명회사가 아닌 유한회사에 관한 규정을 준용한다).

이 밖에 건축사법(제23조 제1항, 동 시행령 제22조 제4호), 법무사법(제33조 내지 제47조), 공인노무사법(제7조의 2 내지 제7조의 7), 관세사법(제17조 내지 제20조) 등의 경우에도 법인을 설립하여 업무를 수행하는 것이 인정되고 있다.

또한 국민의 건강과 관련한 공익성이 약국보다 더 크다고 할 수 있는 병원 등의 의료기관에 관해서도 의료법이 의료법인에 의한 의료기관 개설을 허용하고 있다. 의료법은 의료인이 아니면 의료기관을 개설할 수 없음을 원칙으로 하면서도 예외적으로 국가 또는 지방자치단체, 의료업을 목적으로 설립된 법인(의료법인), 민법 또는 특별법에 의하여 설립된 비영리법인 등은 의료기관을 개설할 수 있도록 하고 있다(의료법 제30조 제2항 참조). 이 의료법인은 법인의 설립, 정관변경 및 기본재산처분에 관하여, 그리고 법인의 해산시 잔여재산의 처분에 관하여 당국의 허가를 받아야 하며, 문제점이 있을 때, 당국이 법인의 설립을 취소할 수 있는 등 당국의 관리를 받고 있고, 민법상의 재단법인에 관한 규정을 준용하므로 그 성격상 비영리 재단법인에 해당하여(헌재 2001. 1. 18. 98헌바75등, 판례집 13-1, 1, 12 참조), 의료인들을 구성원으로 하는 사단법인의 형태는 아니지만, 의료인은 법인의 설립을 원하는 경우 비록 재단법인의 형태라 하더라도 의료법인을 설립하여 의료기관을 개설하고 운영할 수 있다는 점에서 약사와는 다른 취급을 받고 있는 것이다.

이상 검토한 바와 같이 약사 이외의 다른 전문직의 경우 사회의 발전과 변

화에 대응하여 그 업무를 조직적·전문적으로 수행하기 위한 법인의 설립을 허용하고 있는데, 약사에 대하여는 법인의 설립에 의한 직업수행 즉, 약국의 개설과 운영을 금지하고 있으므로 이 점에서 약사들로 구성된 법인 및 그 구성원인 약사 개인들은 차별을 받고 있다고 하겠다.

(라) 차별취급의 합리성여부

평등권침해에 관한 완화된 심사기준인 합리성의 심사에 의하여 살펴보다라도, 이 사건 법률조항이 약사에 대하여는 다른 전문직과 달리 법인을 구성하여 직업을 수행하는 것을 금지함으로써 약사로 구성된 법인 또는 그 구성원인 약사를 차별취급하는 것에는 정당한 입법목적을 발견할 수 없고, 약사와 다른 전문직과의 사실상의 차이도 이러한 차별을 정당화해주지 않는다.

약사가 다른 전문직과 다른 취급을 받아야 할 사실상의 차이나 입법목적이라고 한다면, 약사가 국민의 건강에 직결되는 의약품을 취급하기 때문에 약사가 아닌 사람이 의약품을 판매하고 조제하는 것을 막아야 한다는 점이라 하겠는데, 이러한 목적은 실제로 약을 취급하는 사람(약국의 관리약사)은 반드시 약사자격을 가질 것을 요구함으로써 이를 수 있는 것이고, 약국의 개설자를 자연인 약사로 한정하여 법인의 약국개설을 금지할 필요는 없는 것이기 때문이다.

또한 법인설립에 관하여 약사와 의약품제조업자 등 약사법상의 다른 직종들을 차별할 합리적 이유도 발견할 수 없다.

그러므로 이 사건 법률조항은 합리적 근거없이 자의적으로 약사로 구성된 법인에 대하여 변호사 등 다른 전문직종들 및 의약품제조업자 등 약사법상의 다른 직종들로 구성된 법인과는 달리 그 직업 즉 약국을 개설하고 운영하는 일을 수행할 수 없게 하고, 또한 약사들에 대하여는 법인을 구성하는 방법으로 그 직업을 수행할 수 없게 함으로써, 약사들만으로 구성된 법인 및 그 구성원인 약사들의 헌법상 기본권인 평등권을 침해하고 있다고 할 것이다.

(3) 결사의 자유에 대한 침해여부

청구인은 이 사건 법률조항의 위헌성을 주장하면서 결사의 자유에 대하여는 명시적 언급을 하고 있지 않지만, 이 사건 법률조항에 의하여 법인을 설립하여 약국을 운영하려는 약사 개인들 및 이러한 약사들에 의하여 구성된 법인의 결사의 자유가 침해된다고 볼 여지가 있으므로 이 점에 대하여도 살펴보기로 한다.

헌법재판소는 법률의 위헌성을 심사함에 있어서 위헌제청법원이나 헌법소

원 청구인이 주장하는 법적 관점에서만 아니라, 심판대상 규범의 법적 효과를 고려하여 모든 헌법적인 관점에서 심사하는 것이기 때문이다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 690-691 참조).

헌법 제21조가 규정하는 결사의 자유라 함은 다수의 자연인 또는 법인이 공동의 목적을 위하여 단체를 결성할 수 있는 자유를 말하는 것으로, 적극적으로는 ① 단체결성의 자유, ② 단체존속의 자유, ③ 단체활동의 자유, ④ 결사예외의 가입·관류의 자유를, 소극적으로는 기존의 단체로부터 탈퇴할 자유와 결사에 가입하지 아니할 자유를 내용으로 하는바, 위에서 말하는 결사란 자연인 또는 법인의 다수가 상당한 기간 동안 공동목적을 위하여 자유의사에 기하여 결합하고 조직화된 의사형성이 가능한 단체를 말하는 것이다(헌재 1996. 4. 2. 92헌바47, 판례집 8-1, 370, 377).

그런데, 이 사건과 관련하여서는 단체구성원에게 경제적 이익을 분배하는 것을 목적으로 하는 영리단체도 헌법상 '결사'의 범주에 포함되는 단체인가 하는 것이 문제가 될 수 있다. 결사의 자유는 역사적으로 언론·출판의 자유 및 집회의 자유와 함께 정치적 의견을 형성하고 전파하기 위한 수단으로서 넓은 의미의 표현의 자유 내지 정신적 자유의 하나로 형성·발전되어 왔으므로 그 성질상 영리단체와는 직접 관련이 없다고 볼 여지도 있기 때문이다.

헌법재판소는 결사의 자유에서 말하는 '결사'란 자연인 또는 법인의 다수가 상당한 기간 동안 공동목적을 위하여 자유의사에 기하여 결합하고 조직화된 의사형성이 가능한 단체를 말하는 것(헌재 1996. 4. 2. 92헌바47, 판례집 8-1, 370, 377)이라고 정의하여 공동목적의 범위를 비영리적인 것으로 제한하지는 않았고, 다만, 결사 개념에 공법상의 결사(헌재 1996. 4. 2. 92헌바47, 판례집 8-1, 370, 377)나 법이 특별한 공공목적에 의하여 구성원의 자격을 정하고 있는 특수단체의 조직활동(헌재 1994. 2. 24. 92헌바43, 판례집 6-1, 72, 77)은 해당되지 않는다고 판시한 바 있을 뿐이며, 연혁적 이유 이외에는 달리 영리단체를 결사에서 제외하여야 할 뚜렷한 근거가 없는 터이므로, 영리단체도 헌법상 결사의 자유에 의하여 보호된다고 보아야 할 것이다.

그렇다면, 앞에서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항은 합리적 이유없이 모든 법인에 의한 약국의 개설을 금지함으로써 법인을 설립하여 약국을 경영하려는 약사 개인들과 이러한 법인의 단체결성 및 단체활동의 자유를 제한하고 있으므로, 결국 이들의 결사의 자유를 침해하고 있다고 하겠다.

(4) 헌법불합치결정을 할 필요성

따라서, 이 사건 법률조항은 법인을 구성하여 약국을 개설·운영하려고 하는 약사 개인들 및 그들만으로 구성된 법인의 헌법상 직업선택의 자유, 평등권 및 결사의 자유를 침해하였다는 점에서 헌법에 위반되지만, 한편 이 사건 법률조항에는 약사가 아닌 일반인이나 일반인으로 구성된(구성원 중 일부가 일반인인 경우를 포함한다) 법인의 약국설립을 금지하는 부분이 포함되어 있는데, 이 부분은 입법자가 입법형성권의 범위 내에서 합헌적으로 규정한 부분이므로 이 사건 법률조항에 대하여 전면적으로 단순위헌결정을 선고할 수는 없다. 만일 이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌을 선고하여 당장 이 사건 법률조항의 효력을 상실시킬 경우에는 약국을 개설할 수 있는 자격에 대한 아무런 제한이 없게 되어 약사가 아닌 일반인이나 그들로 구성된 법인도 약국을 개설할 수 있는 기이한 상태가 됨으로써 입법자가 입법형성권의 범위 내에서 설정한 제약이 무너지게 되고, 위헌적인 이 사건 법률조항을 존속시킬 때보다 단순위헌의 결정으로 인해서 더욱 헌법적 질서와 멀어지는 법적 혼란을 초래하게 될 우려가 있는 것이다.

또한 이 사건 법률조항에 있는 위헌적인 요소를 제거하고 합헌적으로 조정하는 데에는 여러 가지 선택가능성이 있을 수 있다. 약사들만으로 구성되는 법인의 형태로 합명회사나 유한회사를 취할 수도 있고, 주주의 자격을 약사로 제한하는 주식회사의 형태로 하는 것도 가능하며, 법인이 운영할 수 있는 약국의 수나 지역범위를 제한할 수도 있다. 이러한 선택의 문제는 입법형성권을 갖고 있는 입법자가 제반사정을 고려하여 결정하여야 할 문제이다.

단순위헌으로 선고할 경우 발생할 수 있는 부정적인 결과, 그리고 위헌적인 규정을 합헌적으로 조정하는 임무는 원칙적으로 입법자의 형성재량에 속하며 입법자로 하여금 정책적 판단을 숙고할 수 있는 여유를 줌이 옳다고 보여지는 점을 참작하면, 결국 입법자가 이 사건 법률조항을 대체할 합헌적 법률을 입법할 때까지는 일정 기간 동안 위헌적인 법규정을 존속케 하고, 또한 잠정적으로 적용하게 할 필요가 있는 것이므로(헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 417-419; 헌재 2000. 8. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167, 184-187 참조) 이 사건 법률조항에 대하여는 헌법불합치결정을 함이 타당하다.

나. 재판관 권성, 재판관 송인준의 단순위헌의견

다수의견이 지적하는 바와 같이 이 사건 법률조항이 약사의 직업수행의 자유 등 기본권을 침해하는 것은 물론이지만 이 조항은 그 밖에 약사 아닌 사람의 직업선택의 자유를 침해하는 것이라고 우리는 생각하므로 이 점을 다음과

같이 밝힌다.

다수의견은 입법례를 설명하면서 아래와 같이 말하고 있다. 「약국의 개설 자격에 대한 외국의 입법례를 보면, 일본과 미국에서는 약사 이외의 자연인과 법인에게도 약국의 개설을 허용하되, 일정한 시설기준을 갖추어 당국의 허가를 받도록 하고 있고, 다만, 실제로 약국을 관리하며 약품을 취급하는 사람은 반드시 약사이어야 한다는 제한을 두고 있다. 약국의 개설자가 누구이든 약국에서 약품을 취급하고 판매하는 사람이 약사이기만 하면 국민보건상 문제될 것이 없다고 생각하기 때문이다.

유럽의 국가들 가운데 영국, 벨기에 등 일부 국가는 약국개설자격에 제한을 두고 있지 않으며, 프랑스 등 그 외의 대부분의 국가들은 약사가 아닌 사람에 대하여는 약국개설을 금지하되, 약사들이 모여서 구성한 법인이나 조합에 대하여는 약국개설을 허용하고 있어서, 주요 선진국들 중 우리 약사법과 같이 약국개설을 자연인 약사에게만 허용하는 경우는 드물다.」

이 설명 가운데 “약국의 개설자가 누구이든 약국에서 약품을 취급하고 판매하는 사람이 약사이기만 하면 국민보건상 문제될 것이 없다고 생각하기 때문이다.”라는 부분은 우리나라의 경우에도 그대로 타당하다. 그러므로 약사가 아닌 사람에게도 약국을 개설할 수 있도록 하되 단지 약품의 취급과 조제 그리고 판매 등만은 약사만이 할 수 있도록 하면 충분할 것이다. 그렇지 아니하고 이 조항처럼 약사가 아니면 아예 약국개설을 못하도록 하는 것은 직업선택의 자유를 과도하게 제한하여 위헌이 된다고 할 것이다.

약사법 자체 내에서도 의약품제조업자, 의약품수입자, 의약품도매상 등의 직종에 대하여는 약사자격을 요구하지 않고 있으며, 필요한 시설을 갖추고 당국의 허가를 받으면 그 영업을 할 수 있도록 하되, 다만 실제로 그 업무를 관리할 약사를 반드시 두도록 하여 약사가 아닌 개인 또는 법인도 그와 같은 직종의 업무를 수행할 수 있도록 규정(약사법 제26조, 제29조, 제30조, 제35조, 제36조, 제37조)하고 있는 점에서 보더라도 약국개설자를 반드시 약사의 자격을 가진 자에 한정할 필요는 없는 것이다.

누구든지 약국을 개설할 수 있게 될 경우에 생길 무질서와 그로 인한 보건상의 위험 등에 대한 우려는 과장되어 있을 뿐만 아니라 본질적인 문제도 아니다.

이 조항이 위헌이 될 경우 약사만이 약품의 조제와 판매 등을 할 수 있음을 명백히 하는 등의 추가적인 입법의 개선이 필요할 것은 물론이다. 이와 같은

추가적인 입법의 개선과 함께 약사 아닌 사람도, 개인적으로 하든 또는 단체를 만들어서 하든 불문하고, 약국을 개설할 수 있도록 하는 것은 “지식과 자본의 공개적인 결합”을 통하여 개인의 기업활동 영역과 경쟁력을 확대할 수 있음은 물론이고 일반 국민에게는 더 많은 투자와 고용의 기회를 제공하며 약사에게는 더 많은 연구활동의 기회를 제공하는 등 여러 가지 파생적 이익이 사회에 귀속되는 효과도 기대할 수 있게 된다.

또한 의사의 처방이 있어야만 약품의 조제가 원칙적으로 가능하고(약사법 제21조 제4항 본문), 처방의 변경과 수정이 제한되며(약사법 제23조), 대체조제도 제한되고(약사법 제23조의 2) 있기 때문에 “지식과 자본이 결합”될 경우에 우려하는 영리추구의 극대화 폐단도 스스로 한계가 있을 수밖에 없다.

따라서 이 사건 법률조항에 대하여는 단순위헌이 선고되어야 한다고 생각한다.

비록 이 사건 법률조항이 위헌선고되어 효력을 상실하여도, 약사가 아니면 의약품의 조제를 할 수 없게 하는 약사법 제21조 제1항, 약사가 아니면 의약품을 판매할 수 없게 한 동법 제35조 제1항, 의약품도매상은 약사를 두고 그 업무를 관리하게 한 동법 제37조 제3항 및 약사만이 약국을 관리할 수 있게 하는 것으로 해석할 수 있는 동법 제19조 제2항 등의 다른 규정이 계속 효력을 가지기 때문에, 이 규정들을 통하여 약사가 아니면 약품의 조제와 판매를 할 수 없게 하는 조치의 시행이 계속 가능할 것이므로 이 조항에 대하여 굳이 헌법불합치를 선고하면서 그 효력을 잠정적으로 유지시킬 필요는 없다고 생각한다.

4. 결 론

위와 같은 이유로 이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다는 점에 있어서는 재판관 윤영철, 재판관 하경철, 재판관 김경일을 제외한 나머지 재판관 전원의 의견이 일치되었으나, 재판관 한대현, 재판관 김영일, 재판관 김효중, 재판관 주선희는 헌법불합치결정을 선고함이 상당하다는 의견이고, 재판관 권성, 재판관 송인준은 단순위헌결정을 선고함이 상당하다는 의견으로서, 위헌의견을 헌법불합치의견에 합산하면 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 규정된 법률의 위헌결정을 함에 필요한 심판정족수에 이르게 되므로 이에 헌법불합치의 결정을 선고하기로 한다.

그러므로, 이 사건 법률조항은 헌법에 합치하지 아니하나, 이를 대체하여 적용할 새로운 입법이 이루어질 때까지 이 사건 법률조항을 잠정적으로 계속

적용하도록 명하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정에는 재판관 윤영철, 재판관 하경철, 재판관 김경일의 아래 5.와 같은 반대의견(합헌의견)이 있었다.

5. 재판관 윤영철, 재판관 하경철, 재판관 김경일의 합헌의견

가. 이 사건 법률조항이 약사 개인들이 법인을 구성하는 방법으로 그 직업을 수행하는 자유를 침해하는 것인지 여부

(1) 다수의견은 직업수행의 방법으로 법인을 설립하여 운영할 수 있는 자유는 그 직업수행의 자유 속에 내포된 본질적 부분의 하나라고 하며 약사 개인에게만 약국개설을 허용한 이 사건 법률조항은 개개의 약사들이 법인을 설립하는 방법으로 그들의 직업을 수행하는 자유를 합리적 이유 없이 과도하게 침해하는 것으로 보고 있다.

그러나 이 사건 법률조항이 약사들로 구성된 법인 자체의 직업의 자유를 침해하는지 여부는 별론으로 하고 개개의 약사들이 법인을 설립하는 방법으로 그들의 직업을 수행하는 자유를 침해하였다고 볼 수는 없다.

(2) 우리 재판소는 헌법 제15조가 규정하는 직업선택의 자유에는 직업선택의 자유와 직업수행의 자유를 포함하며 법인의 설립 및 존속은 그 자체가 간접적인 직업선택 또는 직업수행의 한 방법이라고 인정한 바 있다(헌재 1996. 4. 25. 92헌바47, 판례집 8-1, 370, 379-380; 헌재 2000. 11. 30. 99헌바190, 판례집 12-2, 325, 342-343). 그러나 우리 재판소가 직업선택 또는 직업수행의 한 방법으로서 인정한 것은 어디까지나 구성원의 직업과 관련한 법인의 설립 및 존속 그 자체이지, 개인이 법인을 설립하여 구성원 개개인에게만 허용되는 직업을 법인이 수행할 자유까지 그 구성원의 직업의 자유 범위 내에 있다고 본 것은 아니며, 또한 구성원에게 인정되는 것과 동일한 범위의 직업선택 및 수행의 자유까지 그 법인에게 보장하는 것이라고 할 수도 없다.

(3) 개개의 약사들이 그들의 직업수행과 관련하여 법인을 설립하거나 이를 존속시킴에 있어 이 사건 법률조항은 아무런 제한을 가하지 아니한다. 즉 개개의 약사들은 그들의 권익을 옹호하기 위한 단체 또는 그들의 활동을 보조할 수 있는 단체를 구성할 수 있고 청구인과 같은 영리 법인을 설립할 수도 있다. 이 사건 법률조항은 다만 법인의 활동 그 중에서도 약국의 개설이란 특수한 활동만을 제약할 뿐이다. 나아가 우리 법제가 법인과 그 구성원을 별개의 인격체로 인정하는 이상, 법인의 활동 또는 법인의 직업수행에 대한 제한은 어디까지나 법인 자체의 직업의 자유와 관련되는 것이지 그 구성원의 직

업수행의 자유를 침해하는 것이라고는 할 수 없다.

(4) 다수의견도 약국의 개설은 약사면허가 있는 자에게 한하여야 한다는 입장을 전제하고 있다. 다만 약사에게 약국의 개설이 허용되니 약사로 구성된 법인에 대하여도 구성원 약사의 직업수행의 자유의 일환으로 약국개설이 허용되어야 한다는 것이다. 이는 아마도 약국의 개설이 가지는 업무의 전문성과 국민보건에 미치는 영향을 고려하여 약사면허가 없는 일반인 또는 일반법인에게는 허용하지 않더라도 위헌에까지 이르지는 않는다는 판단이 기초가 된 것으로 보인다.

그런데 법인 자체의 자격 및 활동과 구성원의 자격 및 활동을 준별하는 우리나라의 법체계 아래에서는 약사들로만 구성된 법인이라 하여도 법인 자체는 약사면허를 가지고 있지 않으므로 이들 법인에 약국개설을 허용하지 아니함은 당연한 귀결이다. 오히려 다른 법인에는 약국개설을 허용하지 않으면서도 왜 약사로 구성된 법인에 대하여만 약국개설을 허용하여야 하는지 다수의견은 납득할 만한 설명을 하여야 할 것이다.

(5) 결국, 이 사건 법률조항이 약사로 구성된 법인에게 약국개설을 허용하지 아니하더라도 이는 약사로 구성된 법인의 직업선택의 자유를 제한할 뿐 약사들의 직업수행의 자유를 침해하는 것이라고 할 수 없다.

나. 이 사건 법률조항이 법인을 설립하여 약국을 경영하려는 약사 개인들의 단체결성의 자유를 침해하는 것인지 여부

다수의견은 헌법 제21조의 결사의 자유에는 영리단체를 결성할 자유를 포함하므로 이 사건 법률조항은 개개의 약사들이 법인을 설립하여 약국을 경영하려는 약사개인들의 결사의 자유를 침해한다고 보고 있다.

그러나 이 사건 법률조항은 개개의 약사들이 법인을 설립하거나 그 구성원(예컨대 주주 또는 임원)으로서 활동하는 데 대하여는 아무런 제한을 가하지 아니하고, 다만 법인의 활동 그 중에서도 약국의 개설이란 특수한 활동만을 제약할 뿐이며, 우리 법제가 법인과 그 구성원을 별개의 인격체로 인정하는 이상, 법인의 활동에 대한 제한은 어디까지나 법인 자체의 활동의 자유와 관련되는 것이지 그 구성원의 결사의 자유를 직접 침해하는 것이라고는 할 수 없다.

따라서, 이 사건 법률조항이 약사들의 결사의 자유를 침해하는 것이 아니다.

다. 기본권제한의 적절성

(1) 다수 의견의 논지

다수의견은 이 사건 법률조항의 입법취지는 국민보건을 위하여 의약품의 조제와 판매는 그 분야의 전문가인 약사에게 맡겨야 한다는 것인바 이러한 입법목적은 실제로 약국을 관리하며 약을 취급하는 사람이 약사이면 되는 것이지 약국의 설립과 경영 자체를 반드시 자연인인 약사에게만 허용하여야 하는 것은 아니라고 하여, 구성된원 전원이 약사인 법인에 대하여까지 약국의 개설 및 운영을 금지하는 것은 적정한 수단으로서의 정당성을 인정받기 어렵다고 보고 있다.

(2) 이 사건 법률조항의 입법목적이 실제로 약국을 관리하며 약을 취급하는 사람이 약사이면 달성되는 것인지

이 사건 법률조항의 입법목적이 실제로 약국을 관리하며 약을 취급하는 사람이 약사이면 충분히 달성되는 것이라면, 관리약사를 두는 한 모든 개인 또는 모든 법인에게 약국개설을 허용하여야 할 것이지, 다수의견처럼 굳이 법인 중에서도 약사로 구성된 법인에 한하여 약국개설을 허용하여야 할 이유도 없다. 다수의견도 약사로 구성된 법인에 한하여 약국개설을 허용하여야 할 이유로서, 앞서 본 바와 같이 납득하기 어려운, 이 사건 법률조항이 약사 개인이 법인을 설립하여 그 직업을 수행할 자유를 침해한다는 것 외에 타당한 근거를 제시하지 못하고 있다.

그러나 이 사건 법률조항의 입법목적이 단순히 관리약사를 두는 것만으로 달성된다고 할 수는 없다. 이 사건 법률조항이 약사 개인에게만 약국개설을 허용하고 있고 약사법 제19조 제1항에서 약사에게 1약국만의 개설을 허용함을 함께 고려할 때 이 사건 법률조항의 입법취지는 약품의 조제와 판매를 약사에게 맡기는 것에 그치는 것이 아니라 약국의 경영과 관리를 동일 약사에게 함께 맡김으로써 국민보건을 위하여 의약품의 판매체계에 만전을 기하고자 하는 것으로 보인다.

즉 약국의 경영주체와 관리주체가 분리될 경우에 필연적으로 발생할 수 있는 부작용 즉 철저한 영리 위주의 약품 판매 또는 불성실한 복약지도로 인한 의약품 오남용의 위험을 방지하려는 것이고, 이러한 입법목적은 누구에게나 약국설립을 허용하되 다만 약국을 관리하며 약을 취급하는 사람을 약사로 하는 것만으로 달성될 수 있는 것이 아니다.

(3) 외국의 입법례와 우리나라의 실태

나아가 외국의 입법례를 보면 대부분의 국가에서 적어도 약사들로 구성된

법인에 대하여는 약국개설을 허용하고 있으나 덴마크와 룩셈부르크처럼 자연인 약사에게만 약국을 개설하도록 하고 있는 예도 있다.

그렇다면 법인에 의한 약국개설을 허용할 것인가의 여부는 국민들의 의약품사용행태, 의약품사용에 관한 일반국민의 의식수준, 특히 의약품사용에 있어서의 약사에 대한 의존도 등 각국의 구체적, 개별적 상황에 따라 달라질 수 있는 입법정책의 문제라고 볼 여지가 많다고 할 것이다.

특히 우리나라는 오래 전부터 의약분업이 확립된 선진국과는 달리 처방전 없이 약을 조제 판매해 온 역사가 깊어 의약품사용에 있어 약사예의 의존도가 높고, 건강의식은 높은 반면 의약품의 부작용에 대한 인식은 낮아 약품을 과용하는 경향이 있으며, 나아가 의약품의 선택에 있어서도 약사들이 권유하는 제품은 별다른 생각 없이 그대로 따르는 실정에 있는 것으로 보인다.

따라서 이 사건 법률규정으로 인한 기본권제한이 적절한 것인지의 판단에 있어서도 이러한 사정이 감안되어야 할 것이다.

(4) 법인에 의한 약국개설을 허용할 때의 문제점

일반 법인의 약국개설을 허용할 경우 기업형 약국체인의 등장과 영세 약국의 도산으로 인한 취업형태의 변화 및 이로 인하여 약국이 철저히 영리만을 추구하는 기업체로 변모하여 의약품의 과소비 등 부작용이 우려되고 이는 약사들만으로 구성된 법인의 약국개설을 허용할 경우에도 마찬가지로 할 것이다.

또한 법인에게 약국개설을 허용하게 되면 약사에게 1약국만을 개설하도록 하는 약사법 제19조 제1항도 폐지가 불가피할 것인데 이 경우에는 관리약사만에 의한 약국관리가 일반화될 것인바 그로 인한 의약품판매 행태의 변화와 그 부작용도 무시할 수 없다.

예컨대, 현재처럼 약국을 개설한 약사 스스로 약국을 관리하며 약품을 판매할 경우 당해 약사는 장기적 관점에서 지역주민의 신뢰를 확보하여야만 할 것이므로 매출확대라는 단기적 목표보다는 장기간 자기 약국을 드나들게 될 고객들의 건강과 경제사정 등을 고려하여 보다 적절하게 복약지도를 할 것으로 예상되며, 또한 단순히 약품의 판매자로서가 아니라 국민의 보건을 책임지는 전문직업인으로서의 자부심과 함께 높은 윤리의식을 지켜나가는 데도 큰 어려움이 없을 것으로 보인다. 반면, 법인에 의한 약국개설이 허용되어 관리약사가 일반화할 경우 관리약사는 전문인으로서의 사명감보다는 피고용인으로서 영리를 추구하려는 법인의 방침에 따르지 않을 수 없고 나아가 언제라

도 다른 지역의 약국으로 옮겨갈 수도 있을 것이므로 지역주민인 고객에 대한 애착이나 배려도 개국약사보다는 훨씬 약할 것이라고 짐작하기는 어렵지 아니하다.

따라서 법인에 의한 약국개설을 허용할 경우 조직화, 전문화, 대형화를 기할 수 있는 장점이 있는 반면, 영리위주의 경영으로 인한 의약품 과소비의 위험 및 영세규모 약국의 도산으로 인한 국민의 약국접근성의 악화 등의 단점을 감수하지 않을 수 없으니, 법인의 직업선택의 자유가 다소 제한되더라도, 영리 위주의 약품 판매 또는 불성실한 복약지도로 인한 의약품 오남용의 위험을 방지하기 위해서 일반법인 또는 약사들로 구성된 법인에 의한 약국 개설을 허용하지 않는 것이 제한의 방법이 부적절하고 그 정도가 과도하다고는 할 수 없다.

(5) 소결론

결국 국민건강의 보호와 증진이라는 입법목적을 달성하기 위하여 자연인 약사에게만 약국의 개설을 허용하는 것은 입법형성권의 재량의 범위 내에 있다고 봄이 상당하고 과잉금지의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

라. 평등권 침해여부

(1) 약사법상의 다른 직종과의 비교

다수의견은 약사법의 적용을 받는 의약품제조업자, 의약품수입자, 의약품도매상 등의 직종도 국민의 건강 문제에 직결되는 의약품을 취급함에도 그 업무를 취급할 약사를 두기만 하면 법인에게도 허용되고 있어 약국은 아무런 합리적 이유 없이 이런 직종들과 차별받음으로써 평등권이 침해되고 있다고 보고 있다.

그러나, 위 직종들은 성질상 약국보다 대형화 또는 자본의 집적 필요성이 큰 점, 나아가 무엇보다도 위 직종들은 모두 의약품소비자와 직접 거래하는 업종이 아니지만 약국은 바로 소비자와 직접 연결되어 그 개설자가 국민건강에 미치는 영향이 직접적이고 앞서 본 바와 같이 약국의 관리자만 약사로 하는 것으로는 의약품의 오남용을 방지하려는 입법 목적을 충분히 달성할 수 없는 점 등을 감안하면 약국개설과 위 직종들과의 차별에는 합리적 이유가 있다고 할 것이다.

(2) 다른 전문직종과의 비교

다수의견은 변호사, 공인회계사, 변리사, 세무사, 의사 등은 그 업무를 조직적 전문적으로 수행하기 위하여 법인을 설립하여 그 업무를 수행할 수 있도록

록 허용함에 반하여 약사들은 그러하지 못하게 함으로써 차별대우를 받고 있으나 이를 정당화할 만한 아무런 합리적 이유가 없다고 보고 있다.

그러나 위 전문직종들은 그 업무의 성질상 인적 자원을 집적할 필요성이 약사보다 높은 점, 위 전문직종과는 달리 약사는 국민들의 건강에 직결되는 약품을 국민들과 직접 대면하여 판매하는 점, 약국의 관리자만 약사로 하는 것만으로는 의약품의 오남용을 방지하려는 입법목적을 충분히 달성하기 어려운 점 등에서 위 직종들과는 달리 법인에게 그 업무를 허용하지 아니하는 데 합리적 이유가 있다고 할 것이고, 나아가 국민의 건강과 관련성이 깊은 의료기관의 경우 약국보다도 대형화 및 자본집적의 필요성이 훨씬 높을 뿐 아니라 그나마도 영리위주의 운영을 방지하기 위하여 의료법인 기타 비영리법인에 한하여 그 개설을 허용하고 있는 점을 감안하면 약사로 구성된 영리법인에 대하여 약국개설을 허용하지 아니하는 것이 불합리한 차별이라고 할 수 없다.

마. 결 론

따라서 이 사건 심판대상조항이 약사 또는 약사로 구성된 법인의 직업의 자유나 결사의 자유 또는 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

우리는 이상과 같은 이유로 이 사건 심판대상조항이 헌법에 합치하지 아니한다는 다수의견에 반대한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일(주심) 권 성
김효종 김경일 송인준 주선희

선원법 제90조 제2항 단서 위헌소원

(2002. 9. 19. 2000헌바92 전원재판부)

【판시사항】

심판 대상 법률조항의 위헌 여부가 당해 사건에 아무런 영향을 미치지 않으므로 재판의 전제성이 없다고 판단한 사례

【결정요지】

헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원에 있어서는 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 당해 사건의 재판의 전제로 되어야 하고, 이때 재판의 전제가 된다고 함은 그 법률의 위헌여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라져야 한다는 것을 뜻하는 바, 이 사건 심판청구의 경우 청구인들이 심판 대상 법률조항이 정한 어떠한 면책요건도 갖추지 않은 이상 심판대상 법률조항의 위헌여부에 따라 당해 사건의 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지지 않으므로 결국 이 사건 심판청구는 재판의 전제성이 없어 부적법하다.

【심판대상조문】

선원법(1990. 8. 1. 법률 제4255호로 개정된 것) 제90조(유족보상) ① 생략
② 선박소유자는 선원이 승무(제85조 제2항의 규정에 의한 요양을 포함한다)중 직무 외의 원인으로 사망한 경우에는 지체 없이 대통령령이 정하는 유족에게 승선평균임금의 1천일분에 상당하는 금액의 유족보상을 행하여야 한다. 다만, 사망의 원인이 선원의 고의 또는 중대한 과실로 인한 경우에 선박소유자가 선원노동위원회의 인정을 받은 때에는 그러하지 아니하다.

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제2항

헌법재판소법 제41조(위헌여부 심판의 제청) ① 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건을 담당하는 법원(군사법원을 포함한다. 이하 같다)은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청한다.

②~⑤ 생략

【참조판례】

헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48

【당 사 자】

청 구 인 1. 해외선박 주식회사
 대표이사 조병기
 2. 오에스지 쉽 매니지먼트사(OSG Ship Management Inc.)
 대표자 데이빗 에이레스
청구인들의 대리인 변호사 이영석 외 2인
당해사건 서울고등법원 2000나28645 선원재해보상금

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인 해외선박 주식회사(이하 ‘해외선박’이라고 한다)는 선박 소유자의 위탁을 받아 선원에 대한 인사관리 업무를 대행하는 선원관리 사업자이고, 청구인 오에스지 쉽 매니지먼트사(이하 ‘오에스지’라고 한다)는 리베리아 선적의 47,618톤급 유조선인 아틀란티아호의 소유자이며, 청구의 이○환은 1995. 3. 22. 청구인 오에스지를 위하여 인사관리 업무를 대행하는 청구인 해외선박과 근로계약을 체결하고 위 선박의 3등 기관사로 승무하던 자이다. 이 선박은 1996. 1. 28. 베네수엘라의 푸에르토 라 라크루즈항에서 원유를 적재하고 미국 루이지애나 머독스항으로 항해중이었는데, 이○환은 1996. 1. 31. 22:00경 조타실에서 커피를 마시고 C갑판에 있는 자신의 침실로 돌아간 후 다음날인 1996. 2. 1. 06:15경 D갑판에서 시체로 발견되었다. 망 이○환의 유일한 유족인 어머니 장○덕은 청구인들을 상대로 서울지방법원에 유족보상금의 지급을 구하는 민사소송을 제기하였는데, 청구의 근거는, 주위적으로 선원

법 제90조 제1항을 근거로 직무상 사망에 따른 승선 평균임금 1,300일분에 상당한 유족보상을, 예비적으로 선원법 제90조 제2항을 근거로 직무외 사망에 따른 승선 평균임금 1,000일분에 상당한 유족보상금을 지급하라는 것이었다. 이에 대하여 청구인들은 망인의 사망은 직무외의 원인으로 인한 것이고 또한 선원법 제90조 제2항 단서상의 면책 사유인 망인의 고의 또는 중대한 과실로 인한 경우이므로 유족보상금의 지급 책임이 없다고 주장하였다.

(2) 제1심(서울지방법원 99가합68077호)은 장○덕의 주위적 청구를 배척하고, 예비적 청구를 인용하면서 청구인들의 면책 주장에 대하여는, 선원법 제90조 제2항 단서의 규정에 의하여 청구인들이 재해보상책임을 지지 않으려면 망인의 사망이 고의 또는 중과실로 인한 것임을 선원노동위원회로부터 인정받아야 하는 것임을 전제로 청구인들이 선원노동위원회로부터 이러한 인정을 받았음을 인정할 증거가 없다는 이유로, 이를 받아들이지 않았다. 그러자 청구인들은 제1심 판결에 대하여 항소를 제기한 다음 항소심 계속 중 선원법 제90조 제2항 단서가 사망의 원인이 선원의 고의 또는 중대한 과실로 인한 경우에 선원노동위원회의 인정을 받아야 선박 소유자가 면책이 된다고 규정하고 있는 것은 결국 “법관에 의한” 재판을 받을 권리의 본질적 내용을 침해하는 것이라고 주장하면서 위헌심판제청신청을 하였다. 항소심(서울고등법원 2000나28645)은, 제1심 판결중 청구인 해외선박에 대한 부분은 위 청구인이 선박 소유자가 아니라는 이유로 이를 취소하고 위 청구인에 대한 청구를 기각하는 한편, 청구인 오에스지에 대한 유족보상 청구 부분은 제1심 판결과 같이 위 예비적 청구를 받아들였다. 다만, 청구인들의 면책 주장에 대하여는 제1심 판결과 달리, 면책사유의 존재에 관한 선원노동위원회의 인정 유무가 아니라 당해 사건에서 면책사유가 존재하는지 여부를 법원이 독자적으로 판단하여 망인의 사망이 본인의 고의 또는 중대한 과실로 인한 것으로 보기 어렵다는 이유로, 이를 받아들이지 않았다. 한편, 항소심은 위 판결 선고와 동시에 청구인들의 위헌심판제청 신청을 기각하였고, 이에 청구인들은 기각 결정문을 송달받은 2000. 12. 8. 로부터 14일이 경과하지 아니한 같은달 22. 이 사건 심판청구를 제기하였다.

(3) 장○덕과 청구인 해외선박 사이의 위 청구인 승소 판결은 장○덕이 상고를 제기하지 않음으로써 2000. 12. 23. 확정되었고, 한편 장○덕과 청구인 오에스지의 각 상고로 인한 상고심에서 대법원(대법원 2001다2112)은 2002. 6. 14. 선원법 제90조 제2항 단서의 해석, 적용에 관한 원심 판결을 지지하였다.

나. 심판의 대상

심판의 대상은 선원법 제90조 제2항(1990. 8. 1. 법 제4255호로 개정된 것) 단서(이하, “이 사건 단서 조항”이라고 한다)이고, 그 내용은 다음과 같다.

선원법 제90조(유족보상) ① 선박소유자는 선원이 직무상 사망(직무상 부상 또는 질병으로 인한 요양중의 사망을 포함한다)한 경우에는 지체없이 대통령령이 정하는 유족에게 승선평균임금의 1,300일분에 상당하는 금액의 유족보상을 행하여야 한다.

② 선박소유자는 선원이 승무중 직무외의 원인으로 사망한 경우에는 지체없이 대통령령이 정하는 유족에게 승선평균임금의 1,000일분에 상당하는 금액의 유족보상을 행하여야 한다. 다만, 사망의 원인이 선원의 고의 또는 중대한 과실로 인한 경우에 선박소유자가 선원노동위원회의 인정을 받은 때에는 그러하지 아니하다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

이 사건 단서 조항이 사망의 원인이 선원의 고의 또는 중대한 과실로 인한 경우에 선원노동위원회의 인정을 받아야 선박 소유자가 면책이 된다고 규정하고 있는 것은, 사망의 원인이 선원의 고의 또는 중대한 과실로 인한 것인지 여부에 관한 사실 확정 문제와 관련 판단을 법관이 아닌 선원노동위원회에 유보함으로써 법관에 의한 사실 확정 및 법률 적용의 기회를 박탈한 것으로서 헌법상 국민에게 보장된 “법관에 의한” 재판받을 권리의 본질적 내용을 침해한 것이다. 더구나 대법원 판례(대법원 1995. 3. 28. 선고 94누10443)에 의할 경우 이 사건 단서 조항에서 정한 선박소유자의 면책 요건의 성립 여부에 관한 선원노동위원회의 결정 자체에 대하여는 행정소송으로 불복할 여지가 없음에도 이 사건 단서 조항이 선원의 고의 또는 중과실 여부에 관한 사실 확정 여부에 관하여 선원노동위원회의 인정을 받도록 규정하고 있는 것은 사법권의 일부를 행정기관인 선원노동위원회에 귀속시킴으로써 사법권은 법원에 속한다는 헌법 제101조 제1항을 위반한 것이다.

나. 당해 사건 항소심의 위헌심판제청신청 기각 이유

당해 사건에서 이 사건 단서 조항이 재판의 전제성을 갖는 것은 위 이○환에게 그 사망에 대한 고의나 중대한 과실이 있는 경우에 한한다고 할 것이다. 왜냐하면 위 이○환의 고의나 중대한 과실이 인정되지 않는 경우에는 선원노동위원회의 사실 인정이 개입할 여지가 없기 때문이다. 그런데 당원은 위 이

○환에게 그 사망에 대한 고의나 중대한 과실이 있음을 인정할 증거가 없다고 판단하는 바이므로 이 점에 관한 선원노동위원회의 사실 인정의 권한의 여부는 당해 사건에 있어서 재판의 전제가 된다고 볼 수 없다.

다. 해양수산부장관의 의견

선원의 재해보상에 관한 선원노동위원회의 심사·조정·중재 제도는 재해보상의 실시에 이의가 있는 경우에 해상 사고의 원인을 가장 명확히 규명할 수 있는 선원노동위원회로 하여금 이를 신속하고 간편하게 해결하도록 함으로써 재해보상의 실시를 확실하게 하려는 취지하에서 마련된 것으로서 그 결정은 관계자의 권리 의무에 법적 효과를 미치는 행정처분이 아니고 단순히 권고적 성질을 갖는 행위에 불과하여 선원이나 선박 소유자가 선원노동위원회의 심사·조정·중재의 결과에 불복이 있으면 그 내용 여하에 불구하고 민사소송을 제기할 수 있으므로 이 사건 단서 조항으로 인하여 국민의 법관에 의한 재판을 받을 권리가 침해되는 것은 아니다. 이 점은 실제 당해 사건의 항소심이 위와 같은 법리에 따라 선원노동위원회의 결정에 영향을 받지 않고 선원의 고의 또는 중대한 과실의 유무를 판단한 사실을 보면 더욱 분명하다.

3. 판 단

헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원에 있어서는 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 당해 사건의 재판의 전제로 되어야 하는 바, 이 때 재판의 전제가 된다고 함은 그 법률이 당해 사건 재판에서 적용되는 법률이어야 하고 그 법률의 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라져야 한다는 것을 뜻한다(헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 58).

그런데 이 사건의 경우 앞서 본 바와 같이 첫째, 청구인들은 위 이○환의 사망이 본인의 고의 또는 중대한 과실로 인한 것이라는 내용의 선원노동위원회의 결정을 받지도 않았고 둘째, 당해 사건의 법원은 선원노동위원회가 위 고의 또는 중대한 과실에 관한 판단 권한을 갖고 있는 것으로 보지 않고 독자적으로 그 점에 관하여 심리를 하여 위 이○환에게 그의 사망에 대한 고의나 중대한 과실이 있음을 인정하기 어렵다고 사실 인정을 하였다. 그렇다면, 이 사건 심판청구가 인용된다고 하더라도 청구인들은 당해 사건에서 위 둘째의 이유에 의하여 면책될 수 없고, 이와 달리 이 사건 심판청구가 받아들여지지 않을 경우에도 위 첫째의 이유에 의하여 면책될 수 없음이 명백하므로 결국 이 사건 단서 조항의 위헌 여부에 따라 당해 사건의 재판의 주문 또는 재판의

내용과 효력에 관한 법률적 의미는 달라지지 않는다. 따라서 이 사건 심판 청구는 재판의 전제성을 갖추지 못하여 부적법하다.

한편, 청구인 해외선박의 청구의 경우는 다음의 이유로도 청구의 부적법함을 면하지 못한다. 즉, 앞서 본 바와 같이 당해 사건은 장○덕과 청구인 해외선박 사이에선 위 청구인 승소 판결이 선고되어 2000. 12. 23. 확정되었다. 이와 같이 당해 사건에서 청구인에게 유리한 판결이 선고되어 확정된 이상 승소 당사자인 위 청구인으로서 재심을 청구할 수 없으므로 이 사건 단서 조항의 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지지 않을 뿐만 아니라 당해 사건에서 이 사건 단서 조항의 위헌 여부가 결정되지 않은 채 다른 이유로 재판이 종결되었다 하여 그 재판의 법적 효력이 불명확한 상태로 남아 있는 것이 아니므로 이 사건 단서 조항의 위헌 여부에 따라 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지지도 않기 때문이다(헌재 2000. 7. 20. 99헌바61, 판례집 12-2, 108).

4. 결 론

따라서 이 사건 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성 김효종
김경일 송인준 주선희(주심)

도로법 제65조 제1항 단서 위헌소원

(2002. 9. 19. 2001헌바56 전원재판부)

【판시사항】

1. 도로법 제44조 제3호의 도로점용자에게 그 점용으로 인하여 필요하게 된 부대공사비용을 부담시킬지 여부가 입법자의 재량사항인지 여부(적극)

2. 도로법 제44조 제3호의 도로점용자에게 그 점용으로 인하여 필요하게 된 부대공사비용의 부담을 명한 도로법 제65조 제1항 단서가 헌법 제37조 제2항 소정의 기본권 제한의 입법적 한계를 벗어나 도로법 제44조 제3호의 도로점용자에게 과도한 비용을 부담하게 함으로써 재산권을 침해한 것인지 여부(소극)

3. 도로법 제65조 제1항 단서가 도로법 제44조 제3호의 도로점용자를 불합리하게 차별하여 평등권을 침해한 것인지 여부(소극)

【결정요지】

1. 도로법 제65조 제1항 단서의 적용대상인 도로법 제44조 제3호의 도로점용자는 전기공급시설·전기통신시설·송유관·가스공급시설·열수송시설 기타 건설교통부령이 정하는 이와 유사한 시설을 설치하는 사업자로서, 자신의 신청에 의하여 공물인 도로에 대한 사용권의 특허를 받게 되는바, 특허에 의한 공물사용관계의 내용은 법령이나 조례 또는 특허명령서에 의하여 정하여지므로 이에 따라 일정한 공물사용권을 취득하는 동시에 다른 한편으로는 법령이나 조례 또는 특허명령서에 의하여 명하여진 의무를 부담하게 되는 점을 감안하면, 도로법 제44조 제3호의 도로점용자에게 그 점용으로 인하여 필요하게 된 부대공사비용을 부담시킬지 여부는 특허에 의한 공물사용관계의 내용의 일부를 형성하는 것으로서 입법자의 재량에 속한다.

2. 도로법 제44조 제3호의 도로점용자에게 그 점용으로 인하여 필

요하게 된 부대공사비용의 부담을 명한 도로법 제65조 제1항 단서는, 교통의 발달과 공공복리의 향상이라는 공익을 위하여 필요한 도로망의 정비와 적절한 도로관리에 필요한 비용을 조달할 목적으로, 위 부대공사 자체와 특별한 관계가 위 도로점용자에게 그 점용으로 인하여 필요하게 된 부대공사비용을 부담하도록 함으로써, 위 도로점용자에 대한 도로점용허가로 말미암아 도로관리청을 포함하여 도로에 관한 비용을 부담하는 자에게는 경제적 부담이 추가되지 않도록 하여 도로 본래의 목적을 저해하지 않게 하는 한편, 위 도로점용자에게는 그가 시설부지를 확보하기 위하여 수많은 토지소유자들을 상대로 매매 또는 임대차계약을 체결하는 대신 그의 신청을 받아 도로점용을 허가함으로써 사업비용을 절감하게 한 것으로 그 입법 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익균형성이 인정되므로, 헌법 제37조 제2항 소정의 기본권 제한의 입법적 한계를 벗어나 도로법 제44조 제3호의 도로점용자에게 과도한 비용을 부담하게 함으로써 재산권을 침해한다고 할 수 없다.

3. 도로법 제44조 제3호의 도로점용자는 그 점용면적이 광범위하고, 점용기간이 지속적이며, 그 도로점용물의 이전비용이 막대하여 오히려 도로에 관한 비용보다 많을 수도 있다는 것을 쉽게 예견할 수 있고, 비록 공익사업이라 하더라도 영리의 목적을 배제하고 있지 아니하므로 비영리 사업이라고 볼 수 없으므로 상대적으로 점용면적, 점용기간, 허가 건수 등이 제한된, 점용료를 감면받지 아니하는 도로점용자 및 본래 비영리목적으로 도로 점용을 하였거나, 영리목적으로 하였더라도 재해 기타 특별한 사정으로 본래의 점용목적 달성을 수 없어 점용료를 감면받은 도로법 제44조 제1, 2, 4호의 도로점용자와는 달라서, 도로법 제65조 제1항 단서가 도로법 제44조 제3호의 도로점용자를 불합리하게 차별하여 평등권을 침해한다고 할 수 없다.

【심판대상조문】

도로법(1993. 3. 10 법률 제4545호로 개정된 것) 제65조(부대공사비용) ① 도로공사로 인하여 필요하게 된 타공사나 도로공사를 시행하기 위하여 필요하게 된 타공사에 필요한 비용은 제40조의 규정에 의한 허가(제8조의 규정에 의한 협의 또는 승인에 의하여 점용하는

경우를 포함한다)에 특별한 조건이 있는 경우를 제외하고는 그 필요를 생기게 한 한도내에서 이 법의 규정에 의하여 도로에 관한 비용을 부담하여야 할 자가 그 전부 또는 일부를 부담한다. 다만, 제44조 제3호의 규정에 의하여 점용료를 감면받은 자는 점용으로 인하여 필요하게 된 타공사비용의 전부를 부담하여야 한다.

② 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제23조 제1항, 제37조 제2항

도로법 제1조(목적) 이 법은 도로망의 정비와 적절한 도로관리를 위하여 도로에 관한 계획의 수립, 노선의 지정 또는 인정, 관리, 시설기준, 보전 및 비용에 관한 사항을 규정함으로써 교통의 발달과 공공복리의 향상에 기여함을 목적으로 한다.

도로법 제2조(도로의 정의) ① 이 법에서 도로라 함은 일반의 교통에 공용되는 도로로서 제11조에 열거한 것을 말한다.

② 제1항의 도로에는 터널·교량·도선장·도로용 엘리베이터 및 도로와 일체가 되어 그 효용을 다하게 하는 시설 또는 공작물로서 대통령령이 정하는 것과 도로부속물을 포함한다.

도로법 제24조(도로의 공사와 유지 등) ① 도로의 신설·개축 및 수선에 관한 공사(이하 "도로공사"라 한다)와 그 유지는 이 법 또는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 것을 제외하고는 당해 도로의 관리청이 이를 행한다. 다만, 국도(제22조 제2항의 규정이 적용되는 국도를 제외한다)의 수선 및 유지에 관한 업무는 대통령령이 정하는 바에 의하여 도시사로 하여금 이를 행하게 할 수 있다.

② 건설교통부장관은 국도대체우회도로 및 국가지원지방도의 원활한 건설을 위하여 사업계획을 수립하고 이에 따라 조사·설계를 하여야 하며, 관리청은 국도대체우회도로 및 국가지원지방도를 건설함에 있어서 건설교통부장관이 수립한 사업계획과 조사·설계에 따라야 한다.

③ 건설교통부장관은 제2항의 규정에 의하여 사업계획을 수립하고자 할 때에는 내무부장관과 관할 관리청의 의견을 들어야 하며, 국도대체우회도로 및 국가지원지방도의 건설을 효율적으로 추진하기 위하여 필요한 경우에는 당해 관리청에 대하여 필요한 자료의 제출을 요구할 수 있다.

도로법 제32조(부대공사의 시행) ① 관리청은 도로공사로 인하여 필요하게 된 타공사 또는 도로공사를 시행하기 위하여 필요하게 된 타공사를 도로공사와 함께 시행할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 타공사는 이를 도로공사로 본다.

도로법 제40조(도로의 점용) ① 도로의 구역 안에서 공작물·물건 기타의 시설을 신설·개축·변경 또는 제거하거나 기타의 목적으로 도로를 점용하고자 하는 자는 관리청의 허가를 받아야 한다.

② 제1항의 규정에 의하여 허가를 받을 수 있는 공작물·물건 기타의 시설의 종류와 도로의 점용허가에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③ 제1항의 규정에 의하여 도로의 점용허가를 받은 자가 도로의 굴착 기타 형질변경이 수반되는 공사를 한 때에는 건설교통부령이 정하는 바에 따라 관리청의 확인을 받아야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 주요지하매설물(이하 “주요지하매설물”이라 한다)의 설치공사를 한 때에는 준공도면을 관리청에 제출하여야 하며, 관리청은 건설교통부령이 정하는 바에 따라 이를 보관·관리하여야 한다.

④ 관리청은 주요지하매설물이 설치된 도로에 대하여 굴착공사를 수반하는 점용허가를 하는 때에는 당해 주요지하매설물의 관리자에게 이를 통보하여야 한다.

⑤ 삭제

⑥ 제1항의 규정에 의하여 도로의 점용허가를 받은 자가 주요지하매설물이 있는 도로의 굴착공사를 하고자 할 때에는 당해 주요지하매설물의 관리자의 입회하여 시행하여야 한다.

도로법 제43조(점용료의 징수) ① 관리청은 제40조의 규정에 의하여 도로를 점용하는 자로부터 점용료를 징수할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 점용료의 산정기준 등 점용료의 징수에 관하여 필요한 사항은 국도(제22조 제2항의 규정이 적용되는 국도를 제외한다)인 경우에는 대통령령으로, 기타의 도로인 경우에는 대통령령이 정하는 범위 안에서 당해 도로의 관리청이 속하는 지방자치단체의 조례로 정한다.

③ 삭제

도로법 제44조(점용료징수의 제한) 제40조의 규정에 의한 도로의 점용이 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 제43조의 규정에 의한 점용료를 감면할 수 있다.

1. 공용 또는 공익을 목적으로 하는 비영리사업을 위한 경우
2. 재해 기타 특별한 사정으로 본래의 점용목적을 달성할 수 없는 경우
3. 국민경제에 중대한 영향을 미치는 공익사업으로서 대통령령이 정하는 사업을 위한 경우
4. 주택에 출입하기 위하여 통행로로 사용하는 경우로서 영리목적이 아닌 경우

도로법 제78조(부담금등의 강제징수) ① 도로의 관리청은 이 법 또는 이 법에 의하여 발하는 명령이나 조례 또는 처분으로 인하여 점용료 기타의 부담금을 납부하여야 하는 자가 이를 납부하지 아니하는 때에는 납부할 기간을 정하여 독촉하여야 한다.

② 도로의 관리청은 제1항의 경우에 가산금을 징수할 수 있다. 이 경우 국세징수법 제21조 및 제22조의 규정은 제1항의 규정에 의한 가산금에 관하여 이를 준용한다.

③ 도로의 관리청은 점용료 기타의 부담금 또는 가산금을 납부하여야 하는 자가 그 납부기한 내에 이를 납부하지 아니한 때에는 국세 또는 지방세 체납처분의 예에 의하여 이를 징수할 수 있다.

도로법시행령 제24조(점용의 허가신청) ①~④ 생략

⑤ 법 제40조 제2항의 규정에 의하여 도로의 점용허가(법 제8조의 규정에 의하여 다른 국가사업에 관계되는 점용인 경우에는 협의 또는 승인을 말한다)를 받을 수 있는 공작물·물건 기타의 시설의 종류는 다음 각호와 같다.

1. 전주·전선·변압탑·공중선·우체통·공중전화·무선전화기지국·종합유선방송용 단자함·발신전용휴대전화기지국 기타 이와 유사한 것
 2. 수도관·하수도관·가스관·충유관·전기통신관·송열관·어스양카·작업구(맨홀)·전력구·통신구·공동구·배수시설 기타 이와 유사한 것
 3. 삭제
 4. 주유소·주차장·여객자동차터미널·화물터미널·자동차수리소·승강대·화물적치장·휴게소 기타 이와 유사한 것
 5. 철도·궤도 기타 이와 유사한 것
 6. 지하상가·지하실·통로·육교 기타 이와 유사한 것
 7. 삭제
 8. 간판·표지·깃대·주차미터기·현수막 및 아취
 9. 공사용 판자벽·발판·대기소등의 공사용시설 및 자재
 10. 고가도로의 노면밑에 설치하는 사무소·점포·창고·주차장·광장·공원·체육시설 기타 이와 유사한 시설
 11. 제1호 내지 제10호외에 관리청이 도로구조의 안전과 교통에 지장이 없다고 인정한 공작물·물건(식물을 포함한다) 및 시설로서 건설교통부령 또는 당해 관리청의 조례로 정한 것
- 도로법시행령 제26조의5(점용료의 감면) ①, ② 생략
- ③ 법 제44조의 규정에 의한 점용료의 감면은 다음 각호에 정하는 바에 따른다.
1. 법 제44조 제1호 및 제4호의 규정에 해당하는 경우에는 전액 면제
 2. 법 제44조 제2호의 규정에 해당되는 사업의 경우에는 재해 기타 특별한 사정의 정도에 의하여 건설교통부령이 정하는 바에 따라 감면
 3. 법 제44조 제3호의 규정에 의한 사업의 경우에는 점용료의 2분의 1의 금액 부담금관리기본법 제3조(부담금설치의 제한) 부담금은 별표에 규정된 법률의 규정에 의하지 아니하고는 이를 설치할 수 없다.

[별표]

- 1.~74. 생략
75. 도로법 제65조의 규정에 의한 부대공사비용부담금
- 76.~102. 생략

【참조판례】

2. 헌재 1990. 5. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245
헌재 1998. 5. 28. 95헌바18, 판례집 10-1, 583
3. 헌재 1989. 5. 24. 89헌가37등, 판례집 1, 48
헌재 1996. 8. 29. 93헌바57, 판례집 8-2, 46

【당 사 자】

청 구 인 주식회사 대한송유관공사
대표이사 이강명
대리인 법무법인 광 장
담당변호사 박우동 외 3인
당해사건 광주고등법원 2001나1002 공사비

【주 문】

도로법 제65조 제1항 단서(1993. 3. 10. 법률 제4545호로 개정된 것)는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 송유관의 건설, 운영관리, 석유제품의 수송 및 저장사업을 목적으로 하여 설립된 법인(1990. 1. 송유관사업법에 의하여 공기업으로 설립되어 2001. 1. 29. 민영기업으로 전환되었다)으로서, 1992. 10. 말경 관리청인 완주군수로부터 전북 완주군 이서면 금평리 소재 지방도로 제713호선 15,883㎡에 대한 점용허가(기간 : 1992. 10.부터 영구적으로)를 받아 1994. 7. 28.경 송유관 본선을 매설하였고, 1995. 10.경 위 군수로부터 같은 면 상개리, 이문리 및 은교리 소재 지방도 제713호선 및 제716호선 중 1,135㎡에 대한 점용허가(기간 : 1995. 1. 1.~2005. 10.)를 받아 1996. 5. 7. 위 송유관 본선과 병행하는 지선을 매설하였다.

(2) 건설교통부장관은 1995. 6. 30. 호남고속도로 회덕기점 85.4km지점 부근에 전주시 서부 및 같은 면으로 통하는 입체교차로를 설치하기 위하여 같은 면 반교리 460의 1부터 같은 면 상개리 810의 3까지 연장 850m, 폭 50m의 구간을 같은 면 상개리 310의 3부터 같은 리 8의 3까지 연장 850m, 폭 50~90m의 구간으로 변경하는 내용의 도로구역변경결정을 하고 같은 날 이를 고시하였으며, 이에 따라 고속도로 관리 및 유지를 담당하는 한국도로공사가 호남고속도로 위 지점에서 위 지방도 제713호선을 가로질러 제716호선으로 연결되는 위 입체교차로 개설공사를 하게 되었는데, 위 공사구간에 포함된 위

각 지방도에 청구인 회사의 위 송유관 본선 및 지선이 매설되어 있어 이를 이설하는 공사가 필요하게 되었다.

(3) 이에 한국도로공사가 1996. 7.경 청구인에게 위 송유관의 이설을 요구하자, 청구인은 자신의 비용으로 위 이설공사를 완료하였는데, 그 비용으로 돈 213,947, 340원(=본선 125,595,135원+지선 88,352,135원)이 소요되었다.

(4) 그 후 청구인은 한국도로공사를 상대로 위 공사비의 지급을 구하는 소를 제기하면서 그 청구원인으로, 위 송유관이설공사의 원인제공자는 한국도로공사이므로 도로법(이하 “법”이라고 한다) 제64조 또는 법 제65조 제1항 본문의 각 규정에 따라 한국도로공사가 그 공사비를 부담하여야 할 것이고, 나아가 법 제65조 제1항 단서는 도로관리청과 공사시행청이 동일한 경우에만 적용되는 규정이어서 비관리청인 한국도로공사가 시행한 도로공사로 인한 위 공사에는 적용될 수 없으므로 한국도로공사는 청구인에게 위 공사비 전부를 지급할 의무가 있다고 주장하였으나, 제1, 2심을 거쳐 2000. 12. 26. 대법원(99다29978)은 위 공사비에 대한 청구인의 청구를 인용한 원심판결부분을 파기하여 이 부분 사건을 광주고등법원에 환송하였고, 위 법원은 2001. 7. 11. 2001나1002호(당해사건)로 위 대법원 판결의 취지에 따라 법 제44조 제3호에 의하여 점용료를 감면받은 자의 부대공사비용 부담의 근거가 되는 법 제65조 제1항 단서는 공사시행자가 관리청인지 비관리청인지를 불문하므로 위 송유관이설에 따른 공사비는 점용료를 감면받아 온 청구인이 부담하여야 한다고 하여 청구인의 청구를 기각하였으며, 이에 청구인이 불복, 상고하여 현재 상고심(대법원 2001다54984) 계속 중이다.

(5) 청구인은 당해사건 소송계속 중 위 법원에 법 제65조 제1항 단서에 대한 위헌법률심판제청신청(2001카기35)을 하였는데, 위 법원이 이를 기각하자 2001. 7. 18. 위 기각결정을 송달받고, 2001. 7. 31. 헌법재판소에 위 조항의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원 심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

청구인은, 주위적으로는 도로법 제65조 제1항 단서의 위헌확인을 구하고, 예비적으로는 같은 조항이 비관리청이 시행하는 도로공사로 인하여 유발된 타공사비용에도 적용된다고 해석하는 한 헌법에 위반된다는 결정을 구하고 있으나, 위 예비적 청구는 주위적 청구에 대하여 일부와 전부의 관계에 있다고 보여지므로 별도로 판단하지 아니하고, 이 사건 심판의 대상을 도로법 제65조 제1항 단서(1993. 3. 10. 법률 제4545호로 개정된 것, 이하 “이 사건 법률

조항”이라고 한다)로 하며, 이 사건 법률조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

법 제65조(부대공사비용) ① 도로공사로 인하여 필요하게 된 타공사나 도로공사를 시행하기 위하여 필요하게 된 타공사에 필요한 비용은 제40조의 규정에 의한 허가(제8조의 규정에 의한 협의 또는 승인에 의하여 점용하는 경우를 포함한다)에 특별한 조건이 있는 경우를 제외하고는 그 필요를 생기게 한 한도 내에서 이 법의 규정에 의하여 도로에 관한 비용을 부담하여야 할 자가 그 전부 또는 일부를 부담한다. 다만, 제44조 제3호의 규정에 의하여 점용료를 감면받은 자는 점용으로 인하여 필요하게 된 타공사비용의 전부를 부담하여야 한다.

② 생략

법 제44조(점용료 징수의 제한) 제40조의 규정에 의한 도로의 점용이 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 제43조의 규정에 의한 점용료를 감면할 수 있다. <1993. 3. 10. 본문 개정>

1. 공용 또는 공익을 목적으로 하는 비영리사업을 위한 경우
 2. 재해 기타 특별한 사정으로 본래의 점용목적을 달성할 수 없는 경우
 3. 국민경제에 중대한 영향을 미치는 공익사업으로서 대통령령이 정하는 사업을 위한 경우 <1993. 3. 10. 본호 신설>
 4. 주택에 출입하기 위하여 통행로로 사용하는 경우로서 영리 목적이 아닌 경우
2. 청구인의 주장, 위헌제청기각 이유의 요지 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 법 제65조 제1항 본문은 원칙적으로 부대공사비용을 도로공사 비용부담자의 부담으로 한다고 규정하고 있으나, 이 사건 법률조항은 그 예외로서 부대공사의 원인을 제공하지 않았음에도 법 제44조 제3호의 규정에 의하여 국민경제에 중요한 영향을 미치는 공익사업자로서 점용료를 감면받은 청구인에게 부대공사비용을 부담하도록 규정하고 있다.

(2) 그러나, 사업의 공익성에 근거한 점용료 감면과 이를 이유로 한 부대공사비용의 부담 사이에는 실질적 관련성이 없을 뿐만 아니라, 청구인의 경우 1999.부터 2001. 6.까지 총 179억여원을 송유관이설공사비로 지출한데 반하여 청구인이 감면받은 점용료는 매년 약 2억 4,000만원에 불과하여 공익사업자로서 감면받은 점용료에 비할 때 점용하고 있는 도로의 공사로 인해 발생한

부대공사비용인 이설공사비는 불균형적으로 막대하여 법익간의 균형이 심대하게 침해된다.

따라서, 이 사건 법률조항은 비례의 원칙 내지는 과잉금지의 원칙에 반하여 청구인에게 도로의 점용과 관련한 부대공사비용을 과도히 부담하게 함으로써 재산권을 침해하고, 또한 점용료 감면을 받지 아니하고 도로를 점용하고 있는 자는 부대공사비용을 부담하지 않는 것과 비교하면, 합리적인 근거없이 청구인을 차별하는 것이므로 평등원칙에 위배되어 위헌이다.

(3) 가사 이 사건 법률조항이 전부 위헌은 아니라 하더라도, 관리청으로부터 점용료를 감면받은 자는 관리청과의 관계에서 보면 일종의 수익자이므로 관리청이 시행하는 도로공사로 인한 부대공사비용의 경우에 한하여 이 사건 법률조항이 적용된다고 해석하여야 점용료 감면과 부대공사비용 부담 사이에 실질적 관련성이 인정됨에도 불구하고, 이 사건 법률조항을 실질적 관련성이 없는 비관리청이 시행하는 도로공사로 인한 부대공사비용에도 적용된다고 해석하는 한 헌법에 위배된다.

나. 법원의 위헌제청기각 결정의 이유

(1) 법 제44조 제3호에 의하여 국민경제에 중요한 영향을 미치는 공익사업자로서 점용료를 감면받은 자는 이 사건 법률조항에 의한 비용을 부담하는 부대공사의 직접적인 원인자는 아니라고 할지라도, 자신의 도로점용이 없었더라면 그 부대공사가 필요하지 않았을 것이므로 부대공사와 무관한 제3자 또는 의무 없는 자라고 할 수 없고, 청구인이 감액받은 점용료보다 이 사건 법률조항으로 인하여 청구인이 부담한 부대공사비용인 송유관이설공사비가 훨씬 많아 청구인에게 과도한 반대의무를 지우고 있다는 점을 인정할 만한 뚜렷한 증거도 없을 뿐만 아니라, 가사 청구인이 부담하는 부대공사비용이 감액받은 점용료를 훨씬 상회한다고 하더라도 부대공사비용의 부담과 점용료의 감면이 반드시 대가관계에 있는 것이 아니고, 청구인과 같은 사업자로서는 도로의 점용을 허가받아 송유관을 매설할 수 있다는 것 자체가 큰 이익이어서 (가) 점용료를 감면받지도 않고, (나) 국가계획에 의하여 필요한 경우에는 자신의 부담으로 지체없이 송유관을 철거한다는 조건 아래에서도 도로의 점용을 희망하는 경우가 많을 것이므로(이 사건에서도 청구인은 실제로 (나)의 조건 아래에서 도로의 점용을 허가받았다), 이 사건 법률 조항의 적용에 의하여 청구인에게 과도한 반대의무를 지우는 것이라고 보기도 어렵고, 또한 청구인은 도로공사의 시행자가 당해 도로의 관리청인지 여부를 불문하고 공익을 위

한 도로공사로 인하여 송유관시설공사가 필요하게 되었다라도 점용허가시에 그러한 도로공사를 예상할 수 없었던 것이 아니므로 청구인의 점용으로 인하여 필요하게 된 부대공사비용을 청구인에게 부담하도록 규정한 이 사건 법률조항이 과잉금지 원칙 내지 비례 원칙에 위배되어 청구인의 재산권을 침해하여 위헌이라고 할 수 없다.

(2) 법 제44조 제3호에 의하여 점용료를 감면받은 경우는, 도로의 점용이 전기공급시설·전기통신시설·송유관·가스공급시설·열수송시설 등과 같이 국민경제에 중대한 영향을 미치는 공익사업을 위한 경우 등에 한정되는바, 점용자의 공익사업적 성격에 의하여 점용료의 감면제도 자체의 정당성이 확보된다고 하여 그 후 발생하는 부대공사비 또한 점용자에게 부담시켜서는 안 된다고 볼 수 없고, 위와 같이 점용료를 감면받은 점용자는 점용료를 감면받지 않은 도로점용자에 비하여 지속적으로 광범위하게 도로를 점용하면서 도로의 점용 자체로 보다 큰 이익을 누리고 있다고 할 것이므로 점용료를 감면받은 점용자가 그 점용으로 인하여 필요하게 된 부대공사비용을 부담한다고 하여도 이는 점용료를 감면받지 않은 도로점용자와 비교하여 불합리한 차별을 받는 것이라고 할 수 없으므로 헌법상 평등원칙에 위배되지 아니한다.

다. 건설교통부장관 및 한국도로공사의 의견

다음 사항을 추가하는 외에는 법원의 위헌제청기각결정 이유와 같은 취지이다.

(1) 법 제44조에 의하여 국민경제에 중대한 영향을 미치는 공익사업에 대하여 점용료를 감면해 준다는 취지는 순전히 공익사업이라는 이유로 베푸는 특혜이고, 도로점용으로 인하여 필요하게 된 부대공사비용을 누가 부담하느냐는 입법자의 판단에 의하여 조절하여야 할 문제인바, 청구인의 주장대로 도로 점용 및 점용료 감면의 혜택을 누리면서 당해 도로 점용으로 인하여 필요하게 된 부대공사비용을 부담하지 않게 되면 부대공사비용으로 인하여 도로 건설이라는 보다 더 큰 공익이 지체되거나 포기되는 경우까지도 생겨날 수 있게 될 것이어서 청구인의 주장은 타당성이 없다.

(2) 이 사건에서 비교되어야 할 것은 송유관설치라는 공익(청구인의 사업 중 영리적인 면에서 보면 사익에 해당한다)과 도로공사라는 공익이지 그 공사의 시행자가 누구냐는 전혀 문제될 수가 없는 것이다.

만일 청구인의 주장대로라면 비관리청이 시행하는 공사라고 할지라도 도로 공사의 주된 목적이 관리청을 위한 것이거나 사정상 관리청을 대신하는 경우

도 충분히 있을 터인데 이를 비관리청이 시행했다고 하여 비관리청이 부대공사비용을 부담하여야 한다는 불합리한 결과가 초래될 것이고, 또한 법 제22조 제1, 2항에 의하면 시 관할구역 중 읍·면 지역의 일반국도는 건설교통부 장관이, 읍·면 지역 이외의 지역의 일반국도는 시장이 각 관리청이 되는데, 예컨대 시 관할구역 전체를 포괄하는 일반국도 확장공사를 건설교통부장관 내지 그 산하의 지방국토관리청장이 시행할 경우 읍·면 지역에서는 청구인이 비용부담자가 되고, 읍·면 지역 이외의 지역에서는 국가가 비용부담자가 되는 불일치가 발생하게 되어 불합리한 해석이 된다.

3. 판 단

가. 이 사건 법률조항의 의의, 입법경위와 입법취지 및 대법원의 해석

(1) 의 의

법에 의하면, “도로공사”는 도로의 신설·개축 및 수선에 관한 공사를(법 제24조), “타공사”는 “도로공사 이외의 공사”를(법 제31조), “부대공사”는 도로공사로 인하여 필요하게 된 타공사나 도로공사를 시행하기 위하여 필요하게 된 타공사를(법 제32조) 의미한다.

법 제65조 제1항 본문에서 부대공사비용에 관하여 특별한 사정(제40조의 규정에 의한 허가 또는 제8조의 규정에 의한 협의 또는 승인에 특별한 조건이 있는 경우)이 없는 한 부대공사의 필요를 생기게 한 한도 내에서 도로에 관한 비용을 부담하여야 할 자가 그 전부 또는 일부를 부담한다고 규정하고 있고, 이에 대한 예외로서, 같은 항 단서인 이 사건 법률조항에서 법 제44조 제3호의 규정에 의하여 점용료를 감면받은 자(이하 “법 제44조 제3호의 도로 점용자”라고 약칭한다)는 점용으로 인하여 필요하게 된 부대공사비용의 전부를 부담하여야 한다고 규정하고 있다.

이 규정은 부대비용의 부담과 관련하여 민사상 청구권의 근거규정이 되고(대법원 2001. 7. 24. 선고 99다29183 판결, 판례공보 138호, 1911면; 대법원 2000. 12. 26. 선고 99다29978 판결, 공보불게재), 다른 한편으로는 행정상 부담금부과의 근거규정이 된다(부담금관리기본법 제3조, 별표 75호 참조).

일반적으로 “부담금”은 인적 공용부담의 일종으로서 국가 또는 공공단체가 특정한 공익사업과 특별한 관계에 있는 자에 대하여 그 사업에 필요한 경비를 부담시키기 위하여 과하는 금전지급의무를 말하고, 공익사업과의 관계가 어떤 것인지에 따라 수익자부담금·원인자부담금 및 손상자부담금으로 나누어지고, 이러한 전통적인 공용부담제도는 일면에서는 공익상의 수요충족의

관점에서, 또다른 면에서 공익과 사익의 조화를 통한 부담의 합리적 조정이라는 관점에서 인정되는 것인바, 이 사건 법률조항은 그 규정형식(“…한 자는 …으로 인하여 필요하게 된 비용을 부담하여야 한다.”)에 비추어 명시적으로 부담금이라는 표현을 사용하지는 않았지만, 인적 공용부담의 일종인 원인자 부담금을 규정한 것으로 해석된다.

(2) 입법경위와 입법취지

이 사건 법률조항의 신설 전에는, 공익목적의 도로점용물(전주, 전선, 하수관, 상수관, 통신시설 등)에 대하여 국무총리 주관으로 관계부처(상공부, 동자부, 체신부 등)와의 협의에 의하여 그 공익성을 감안, 도로점용료를 감면하여 주는 대신 만약 동 점용물에 대한 이전 등 타공사가 필요하게 된 때에는 그 타공사의 원인유발자가 누구냐에 관계없이 그 타공사에 소요되는 비용은 점용물의 관리자가 부담하도록 하여 일방적인 혜택의 여지를 줄일 수 있도록 하는 협약을 시행하고 있었던바, 세월이 흐름에 따라 동 협의의 근거가 희미해지고 가스관, 송유관 등 새로운 점용물이 출현하게 되어 타공사비용에 대하여 관계기관간에 논란이 계속되자 이 사건 법률조항을 신설하여 옛 협의내용을 규범화한 것이라고 한다.

(3) 대법원의 해석

대법원은, 법은 많은 조문에서 도로의 관리청과 비관리청을 엄격히 구별하여 규정하면서도 제65조 제1항 본문에서는 도로에 관한 비용을 부담하여야 할 자가 당해 도로의 관리청인지 비관리청인지를 구별하지 않고 있고, 청구인과 같은 사업자로서는 도로의 점용을 허가받아 거기에 송유관을 매설할 수 있다는 것 자체가 큰 이익이어서 점용료를 감면받지도 않고 국가계획에 의하여 필요한 경우에는 자신의 부담으로 지체없이 송유관을 철거한다는 조건 아래에서도 도로의 점용을 희망하는 경우가 많을 것이며, 법 제22조 제1, 2항에 의하여 시 관할구역 중 읍·면 지역의 일반 국도는 건설교통부장관이, 읍·면 지역 이외의 지역의 일반국도는 시장이 각 관리청이 되는바, 시 관할구역 중 읍·면 지역과 읍·면 지역 이외의 지역을 포괄하는 일반국도확장공사를 건설교통부장관 내지 그 산하의 지방국도관리청장이 시행할 경우 송유관이설공사비용의 부담자가 읍·면 지역에서는 관리청과 시행자가 일치하므로 청구인으로 되고, 읍·면 지역 이외의 지역에서는 관리청과 시행자가 다르므로 국가로 된다고 하는 불일치가 발생하며, 청구인의 입장에서 보더라도 도로공사의 시행자가 당해 도로의 관리청인지의 여부를 불문하고 공익을 위한 도로공사

로 인하여 송유관이설공사가 필요하게 된 경우 점용허가시에 그 도로공사를 청구인이 예상할 수 없었던 것이 아닌 한 송유관이설공사비용을 청구인이 부담한다고 하여 불측의 손해를 입는다고 볼 수 없다는 이유로, 이 사건 법률조항은 도로공사 시행자가 당해 도로의 관리청인지 관리청이 아닌지를 불문하고 적용된다고 봄이 타당하다(대법원 2000. 12. 26. 99다29978 판결, 공보불게재 ; 따름 판례 대법원 2001. 7. 24. 99다29183 판결, 판례공보 제138호, 1911면)고 해석하고 있다.

나. 이 사건 법률조항의 재산권 침해 여부

(1) 이 사건 법률조항의 적용대상인 법 제44조 제3호의 도로점용자는 자신의 신청에 의하여 공물인 도로에 대한 사용권의 특허를 받은 자로서, 특허에 의한 공물사용관계의 내용은 법령이나 조례 또는 특허명령서에 의하여 정하여지므로 이에 따라 일정한 공물사용권을 취득하는 동시에 다른 한편으로는 법령이나 조례 또는 특허명령서에 의하여 명하여진 의무를 부담하게 되는 것이고, 또한 점용대상인 도로가 공물이므로 그 점용은 도로의 본래의 목적을 저해하지 않는 범위에 한정되어야 한다는 점을 감안하면, 법 제44조 제3호의 도로점용자에게 그 점용으로 인하여 필요하게 된 부대공사비용을 부담시킬지 여부는 특허에 의한 공물사용관계의 내용의 일부를 형성하는 것으로서 입법자의 재량에 속한다.

(2) 입법자는 이 사건 법률조항에서 법 제44조 제3호의 도로점용자에게 그 점용으로 인하여 필요하게 된 부대공사비용의 부담을 명하고 있는데, 이것이 헌법 제37조 제2항에서 정하고 있는 입법활동의 한계를 벗어나 청구인의 재산권을 침해하고 있는지 살펴본다.

먼저 이 사건 법률조항은, 교통의 발달과 공공복리의 향상이라는 공익을 위하여 필요한 도로망의 정비와 적절한 도로관리에 필요한 비용을 조달할 목적으로 한 것이므로 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 법 제44조 제3호의 도로점용자에게 그 점용으로 인하여 필요하게 된 부대공사비용을 부담하도록 함으로써 위 점용자가 스스로 부대공사를 하지 않고, 그 비용도 납부하지 않는 경우 부과권자로 하여금 그 비용을 부담금으로 부과하여 징수할 수 있도록 한 것(법 제78조)이므로 위 입법목적 달성에 효과적이고 적합하여 방법의 적정성도 인정된다.

또한 이 사건 법률조항은 다음과 같은 이유로 피해의 최소성 및 법익균형성이 인정된다.

(가) 도로점용은 도로 본래의 목적을 저해하지 않는 범위에 한정되어야 하므로 도로점용을 허가함으로써 인하여 도로관리청을 포함하여 도로에 관한 비용을 부담하는 자에게 특별한 경제적 부담이 부과되는 것과 같은 사태는 가능한 한 피해야 할 것인바, 도로관리청의 입장에서는 법 제44조 제3호의 도로점용자가 도로점용허가를 신청할 경우 그 도로점용물의 이전이나 철거를 수반할 수 있는 도로공사의 발생을 충분히 예상할 수 있고, 그 비용을 그들이 부담하지 않고 도로에 관한 비용을 부담하는 자가 부담하여야 한다면 도로공사비용보다 많을 수도 있는 위 도로점용물의 이전이나 철거비용 부담으로 도로공사 자체가 지연되거나 좌절될 수 있어 종국적으로 교통의 발달과 공공복리의 향상이라는 공익이 저해될 수 있으므로 도로점용허가신청을 거부할 것이다.

한편 법 제44조 제3호의 도로점용자의 입장에서는 그 도로점용물의 이전이나 철거비용을 부담하더라도 그 비용부담의 가능성이나 액수에 비하여 도로점용허가를 받음으로써 얻는 이익, 즉 도로점용허가를 얻지 못한다면 별도로 시설부지를 확보하기 위하여 많은 토지소유자들을 상대로 개별적으로 매매 또는 임대차계약을 체결하여야 하는 부담을 덜게 되어 얻는 이익이 더 크기 때문에 부대비용을 부담하는 조건으로라도 도로점용허가를 받으려고 할 것이고, 실제로 법 제44조 제3호의 도로점용자에 해당하는 이 사건 청구인은 이 사건 법률조항 신설 전인 1992. 10.경 위와 같은 부대비용부담을 조건으로 한 당해 사건 도로의 점용허가를 신청하였는데, 이는 도로점용의 이익이 그로 인한 부대공사비용의 부담보다 많다는 합리적 판단에 따라 자발적으로 신청한 것으로 보지 않을 수가 없다.

국가 전체적인 차원에서, 법 제44조 제3호의 도로점용자가 비록 영리를 목적으로 하더라도 국민경제에 중대한 영향을 미치는 공익사업자인바, 이들의 사업비용은 결국 이들이 생산한 재화나 용역의 공급가격 형태로 소비자인 국민에게 전가될 것이어서 국가 정책적인 조정이 필요하다.

이에 입법자가 이 사건 법률조항에 의하여 법 제44조 제3호의 도로점용자의 경우 그 점용으로 인하여 필요하게 된 부대공사비용을 부담하도록 함으로써 그 점용으로 인하여 도로관리청을 포함하여 도로에 관한 비용을 부담하는 자에게 특별한 경제적 부담이 추가되지 않도록 하여 도로 본래의 목적을 저해하지 않는 한편, 위 제44조 제3호의 도로점용자에게 도로점용을 통하여 사업비용을 절감할 수 있도록 한 것으로 그 법익균형성이 인정된다.

가사 위 법 제44조 제3호의 도로점용자가, 도로점용의 이익이 그로 인한 부대공사비용의 부담보다 많다는 합리적 판단을 하여 자발적으로 도로점용허가를 신청하였는데, 그 후 이러한 판단이 현실과 어긋나서 도로점용의 이익보다 이를 초과하는 부대공사비용의 부담이 개별적으로 발생하였더라도 그것을 일반화할 수 없고, 일시적으로 이익보다 부담이 초과하였더라도 위 도로점용허가가 영구적이거나, 기간의 정함이 있더라도 특별한 사정이 없는 한 갱신되는 점 등을 감안하면 장기적으로 청구인의 주장처럼 부담이 이익보다 막대하다고 단정할 수 없으며, 더구나 입법취지 및 입법연혁에서 본 바와 같이 법 제44조 제3호의 도로점용자에 대한 점용료의 감면은 이들의 사업의 공익성에 기인한 은혜적 조치이고, 이러한 점용료의 감면과 위 부대비용의 부담이 대가관계에 있는 것이 아니므로 청구인의 주장처럼 1999.부터 2001. 6.까지의 부대비용의 부담이 점용료의 감면액보다 많다는 이유로 이 사건 법률조항이 청구인에게 과도하게 부대공사비용을 부담하도록 함으로써 청구인의 재산권을 침해하였다고 할 수 없다.

(나) 이 사건 법률조항을 신설하기 전에도 앞서 입법취지 및 입법경위에서 본 바와 같이 법 제44조 제3호의 도로점용의 주체가 공기업으로서 국가직영 사업형태이든 정부투자자의 독립법인형태이든 사실상 정부 부처의 지배 감독하에 있었으므로 국무총리주관으로 관계부처와의 협의에 의하여 원인유발자가 누구냐에 관계없이 위 도로점용물로 인하여 필요하게 된 부대공사비용은 그 도로점용물의 관리자가 부담하여 왔고, 관례적으로 위와 같은 내용을 부관으로 정하여 도로점용허가를 해 왔던 것으로 보이고, 우리 재판소의 완주군수에 대한 사실조회결과에 의하더라도, 이 사건 법률조항 신설 전인 1992. 10. 청구인에 대한 당해 사건의 도로점용허가를 할 당시에도 위와 같은 내용(“허가조건 제10항 추후 본 도로 확장에 또는 본군 도로관리 및 국가계획에 의하여 필요한 경우에는 하시라도 피허가자 부담으로 지체없이 철거하여야 하며 이에 따른 손실보상을 일체 청구할 수 없다. 제11항 … 본군에서 필요한 경우에는 하시라도 본 허가를 취소하고 원상복구를 명할 수 있으며 이에 따른 비용은 전액 피허가자가 부담한다.”)을 부관으로 정하여 허가한 사실을 인정할 수 있는데, 이러한 사실은 위 (가)의 설시를 뒷받침하는 것이다.

(다) 또한 법 제44조 제3호의 도로점용으로 인하여 필요하게 된 부대공사비용을 1) 도로공사의 시행자가 부담하는 방법과 2) 위 부대공사 자체와 특별한 관계가 있는 자에게 부담시키는 방법으로 크게 나누어 볼 수 있는데, 도로

공사의 시행자가 국가나 지방자치단체인 경우 국가나 지방자치단체의 일반수입이 조세이고, 조세는 국민이 국가공동체의 구성원으로서 공동체의 과제수행에 필요한 재원을 각자의 경제적 능력에 따라서 아무런 반대급부 없이 염출하는 일반적인 재정책임의 표현인 점, 도로공사의 시행자가 비관리청인 경우 그 공사에 필요한 비용의 일부는 국가나 당해 지방자치단체가 부담하게 되어(법 제70조, 제34조) 결과적으로 도로공사의 시행자가 국가나 지방자치단체인 경우와 유사한 결과가 되는 점, 이 사건 법률조항에 관한 입법경위와 입법취지에서 본 바와 같이 법 제44조 제3호의 도로점용을 허가함으로써 인하여 발생할 수 있는 부대공사비용의 부담이 도로관리청을 포함하여 도로에 관한 비용을 부담하는 자에게 추가되는 것을 피하고자 이 사건 법률조항이 입법된 점을 감안하면, 1)의 방법은 이 사건 법률조항에 의하여 조달하고자 하는 법 제44조 제3호의 도로점용으로 인하여 필요하게 된 부대공사비용에 관하여 특별한 재정책임 있는 자가 없는 경우 보충적으로 택하여야 할 것인 반면, 2)의 방법은 이러한 부대공사와 특별한 관계가 있는 자들에게 일반적인 재정책임을 넘어서는 특별한 재정책임이 인정되어 부담금 부과 정당성이 확보되므로, 위 부대공사비용을 위 부대공사의 원인이 된 도로점용의 주체에게 부담시키는 2)의 방법이 1)의 방법보다 합리적이다.

(3) 따라서, 이 사건 법률조항에서 법 제44조 제3호의 도로점용자에게 그 점용으로 인하여 필요하게 된 부대공사비용의 부담을 명한 것은 앞서 본 바와 같이 그 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익균형성이 인정되므로, 헌법 제37조 제2항 소정의 기본권 제한의 입법적 한계를 벗어나 청구인에게 과도한 비용을 부담하게 함으로써 재산권을 침해한다고 할 수 없다.

다. 이 사건 법률조항의 평등권 침해 여부

이 사건 법률조항에서 법 제44조 제3호의 도로점용자에게 그 점용으로 인하여 필요하게 된 부대공사비용을 부담하도록 규정한 것은, 점용료의 감면을 받지 않는 일반 도로점용자나, 법 제44조 제1, 2, 4호에 의하여 점용료의 감면을 받는 도로점용자들과 비교하여 불합리하게 차별하여 청구인의 평등권을 침해하는지 살펴본다.

법 제44조 제3호의 도로점용자는 전기공급시설·전기통신시설·송유관·가스공급시설·열수송시설 기타 이와 유사한 시설로서 건설교통부령이 정하는 시설을 설치하는 사업자(법 시행령 제26조의 5)로서, 점용면적이 광범위하고, 점용기간이 지속적이며, 그 도로점용물의 이전비용이 막대하여 오히려 도

로에 관한 비용보다 많을 수도 있다는 것을 쉽게 예견할 수 있고, 비록 공익 사업이라고 하더라도 그 사업주체인 한국전력 주식회사, 한국전기통신공사, 주식회사 대한송유관공사, 한국가스공사나 각지의 도시가스사업자 등은 영리의 목적을 배제하고 있지 아니하므로 비영리 사업이라고 볼 수도 없다.

이에 비하여 점용료의 감면을 받지 아니하는 일반 도로점용자들은 상대적으로 점용면적 및 점용기간이 제한되어 있고, 그 도로점용물의 이전이나 철거 비용이 적거나, 점용허가 건수 자체가 적어서 부대비용부담문제를 개별적으로 부관에 정하는 등의 방법으로 충분히 해결할 수 있으며, 법 제44조 제1, 2, 4호의 도로점용자들은 본래 비영리목적으로 도로점용을 하였거나, 영리목적으로 하였더라도 재해 기타 특별한 사정으로 본래의 점용목적을 달성할 수 없어 점용료를 감면받은 경우이므로 법 제44조 제3호와는 다르다.

따라서 이 사건 법률조항에서 점용료의 감면을 받지 않는 일반 도로점용자나, 법 제44조 제1, 2, 4호에 의하여 점용료의 감면을 받는 도로점용자들과 구별하여 법 제44조 제3호의 도로점용자에게 그 점용으로 인하여 필요하게 된 부대공사비용을 부담하게 한 것이 법 제44조 제3호의 도로점용자를 불합리하게 차별함으로써 청구인의 평등권을 침해한다고 할 수 없다.

4. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성

김효종(주심) 김경일 송인준 주선희

구 소득세법 제21조 제1항 제1호 가목 등 위헌소원

(2002. 9. 19. 2001헌바74 전원재판부)

【판시사항】

소득세의 과세대상이 되는 근로소득의 범위에 관하여 “근로의 제공으로 인하여 받는 봉급·급료·보수·세비·임금·상여·수당과 이와 유사한 성질의 급여”라고 규정하고 있는 구 소득세법 조항이 과세요건 명확주의에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

구 소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전문개정되기 전의 것) 제21조 제1항 제1호 (가)목은 소득세의 과세대상이 되는 근로소득의 범위에 관하여 “근로의 제공으로 인하여 받는 봉급·급료·보수·세비·임금·상여·수당과 이와 유사한 성질의 급여”라고 규정하고 있다. 그런데, 위 법률조항에 사용된 용어들은 그 사전적(辭典的) 의미가 분명하고, 지급되는 돈이나 물품이란 넓은 의미를 지닌 ‘급여’에 해당하는 것 모두를 과세대상인 근로소득으로 규정하고 있는 것이 아니라 그 중 근로의 제공으로 인하여 받는 것에 한하여 근로소득에 속하는 것으로 규정함으로써 그 범위를 한정하고 있으며, 소득세법 체계상 근로소득은 소득세의 다른 과세대상인 사업소득, 퇴직소득 등과 구별되어야 한다는 점에서 자연스럽게 그 근로소득의 범위가 드러난다. 또한 예시적 입법형식을 따른 위 법률조항의 경우에 규율 대상의 대전제인 일반조항에 해당하는 ‘이와 유사한 성질의 급여’ 부분은 그 의의를 명확하게 하는 것이 곤란하거나 주관적인 판단에 의하여 기준이 달라질 수 있는 추상적·포괄적 개념이라고 할 수 없고 불확정개념에도 해당하지 않는다. 위 법률조항은 과세대상으로 삼고자 하는 급여의 범위를 근로의 제공으로 인하여 받는 것에 한정하여 일정한 범위로 제한하면서 동시에 그 대표적이고 전형적인 사례로

근로의 제공으로 인하여 받는 봉급 등 몇 가지를 열거하고 있어 ‘이와 유사한 성질의 급여’ 부분의 의미가 명확하다. 따라서 위 법률조항은 입법취지와 소득세법의 체계 및 사용된 문구의 사전적 의미 등에 비추어 볼 때 그 각 구성요소의 의미와 법률조항 전체의 의미가 모두 명확하게 드러나 있어 일반 국민에게 예측가능성이 충분히 보장되어 있을 뿐만 아니라 과세관청의 자의적인 확대해석의 염려도 존재하지 아니하므로 과세요건 명확주의에 위반되지 않는다.

【심판대상조문】

소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전문개정되기 전의 것) 제21조(근로소득) ① 근로소득은 당해년도에 발생한 다음 각호의 소득으로 한다.

1. 갑종

(가) 근로의 제공으로 인하여 받는 봉급·급료·보수·세비·임금·상여·수당과 이와 유사한 성질의 급여

(나)~(라) 생략

2. 생략

②~⑤ 생략

소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전문개정된 것) 제20조(근로소득) ① 근로소득은 당해 년도에 발생한 다음 각호의 소득으로 한다.

1. 갑종

가. 근로의 제공으로 인하여 받는 봉급·급료·보수·세비·임금·상여·수당과 이와 유사한 성질의 급여

나.~라. 생략

2. 생략

②~④ 생략

【참조조문】

헌법 제38조, 제59조

【참조판례】

헌재 1995. 2. 23. 93헌바24등, 판례집 7-1, 188

헌재 2000. 4. 27. 98헌바95등, 판례집 12-1, 508

헌재 2000. 6. 29. 98헌바35, 판례집 12-1, 786

【당 사 자】

청 구 인 ○○건설 주식회사 외 1인
청구인들 대리인 변호사 김백영
당해사건 대법원 99두3324 법인세등 부과처분 취소

【주 문】

1. 이 사건 심판청구 중 소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전문개정된 것) 제20조 제1항 제1호 가목에 관한 부분은 이를 각하한다.
2. 구 소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전문개정되기 전의 것) 제21조 제1항 제1호 (가)목은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상
가. 사건의 개요

(1) 마산세무서장은 1996. 7. 1. 청구인 ○○건설 주식회사(이하 “○○건설”이라 한다)에 대하여, ○○건설이 1992 사업연도에 498,159,130원을, 1993 사업연도에 12,417,817,427원을, 1994 사업연도에 515,165,113원을 각 실물거래 없이 가공경비로 계상하여 결산하는 방법으로 사외 유출시켰음을 이유로 구 법인세법(1994. 12. 22. 법률 제4804호로 개정되기 전의 것) 제32조 제5항 및 구 법인세법 시행령(1994. 12. 31. 대통령령 제14468호로 개정되기 전의 것) 제94조의2 제1항 제1호 단서의 규정에 의하여, 익금에 산입한 위 금액이 ○○건설의 대주주 겸 실질적 경영자인 김○태에게 상여로 귀속된 것으로 의제하여, 1992년 귀속 갑종근로소득세로 249,079,560원을, 1993년 귀속 갑종근로소득세로 6,208,908,710원을, 1994년 귀속 갑종근로소득세로 231,464,300원을 각 징수·고지하였다.

마산세무서장은 1996. 6. 16. 청구인 주식회사 ○○백화점(이하 “○○백화점”이라 한다)에 대하여, ○○백화점이 1993 사업연도에 715,000,000원을, 1994 사업연도에 3,060,373,617원을, 1995 사업연도에 2,946,130,718원을 각 실물거래 없이 가공경비로 계상하거나 수입을 누락하여 결산하는 방법으로 사외 유출시켰음을 이유로 위 각 규정에 의하여, 익금에 산입한 위 금액이 ○○백화점의 대주주 겸 실질적 경영자인 김○태에게 상여로 귀속된 것으로 의제

하여 1993년 귀속 갑종근로소득세로 354,681,500원을, 1994년 귀속 갑종근로 소득세로 1,375,452,950원을, 1995년 귀속 갑종근로소득세로 1,324,375,450원을 각 징수·고지하였다.

(2) 국세심판소는 청구인들에 대한 위 각 징수처분이 헌법재판소에서 1995. 11. 30. 위헌으로 결정한 위 구 법인세법 제32조 제5항에 근거한 것이라는 이유로 이를 모두 취소하였다.

이에 마산세무서장은 ① 1997. 3. 18. ○○건설에 대하여는, ○○건설의 1992 내지 1994 사업연도에 사외 유출된 금액은 김○태가 횡령한 금액으로서 김○태에게 현실적으로 귀속되었다는 이유로 구 소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전문개정되기 전의 것, 이하 “구 소득세법”이라 한다) 제21조 제1항 제1호 (가)목에 의한 김○태의 갑종근로소득으로 보아 위와 같은 액수의 갑종근로소득세를 징수·고지하고, ② 1997. 3. 3. ○○백화점에 대하여는, ○○백화점의 1993 및 1994 사업연도에 사외유출된 금액은 역시 김○태가 횡령한 금액으로서 김○태에게 현실적으로 귀속되었다는 이유로 구 소득세법 제21조 제1항 제1호 (가)목에 의한 갑종근로소득으로 보고, 1995 사업연도에 사외 유출된 금액은 이를 개정 법인세법(1998. 12. 28. 법률 제5581호로 전문개정되기 전의 것) 제32조 제5항 및 개정 법인세법 시행령(1998. 12. 31. 대통령령 제15970호로 전문개정되기 전의 것) 제94조의2 제1항 제1호 단서의 규정에 의하여 익금에 산입한 후 김○태에게 상여로 귀속된 것으로 의제하여 소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전문개정된 것, 이하 “소득세법”이라 한다) 제20조 제1항 제1호 다목에 규정된 ‘법인세법에 의하여 상여로 처분된 금액’에 해당하는 것으로 보고, 한편 위 금액의 계산이 잘못되었다는 이유로 당초의 세액보다 일부 감액하여 1993년 귀속 갑종근로소득세로 259,144,000원, 1994년 귀속 갑종근로소득세로 1,276,452,950원, 1995년 귀속 갑종근로소득세로 1,199,500,450원을 각 징수·고지하였다.

(3) 청구인들은 위 징수처분에 불복하여 행정심판을 거쳐 부산고등법원에 위 징수처분의 취소를 구하는 행정소송(97구5329호)을 제기하였으나 1999. 1. 14. 기각되었고, 이에 불복하여 대법원에 상고(99두3324호)하면서 아울러 소득세법 제20조 제1항 제1호 가목과 구 소득세법 제21조 제1항 제1호 (가)목의 규정이 헌법에 위반된다고 주장하면서 위헌여부심판의 제청신청(2000아31)을 하였다.

그리고 대법원이 2001. 9. 14. 위 상고를 기각함과 동시에 소득세법 제20조

제1항 제1호 가목에 대한 제청신청은 각하하고, 구 소득세법 제21조 제1항 제1호 (가)목에 대한 제청신청은 기각하자 2001. 9. 30. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

따라서 이 사건의 심판대상은 구 소득세법 제21조 제1항 제1호 (가)목 및 소득세법 제20조 제1항 제1호 가목의 위헌 여부이며, 그 규정의 내용은 다음과 같다.

구 소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전문개정되기 전의 것) 제21조 (근로소득) ① 근로소득은 당해 년도에 발생한 다음 각 호의 소득으로 한다.

1. 갑종

(가) 근로의 제공으로 인하여 받는 봉급·급료·보수·세비·임금·상여·수당과 이와 유사한 성질의 급여

(나), (다), (라) 생략

소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전문개정된 것) 제20조(근로소득)

① 근로소득은 당해 년도에 발생한 다음 각 호의 소득으로 한다.

1. 갑종

가. 근로의 제공으로 인하여 받는 봉급·급료·보수·세비·임금·상여·수당과 이와 유사한 성질의 급여

나, 다, 라 생략

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

구 소득세법 제21조 제1항 제1호 (가)목과 소득세법 제20조 제1항 제1호 가목은 모두 근로소득의 범위에 관하여 ‘근로의 제공으로 인하여 받는 봉급·급료·보수·세비·임금·상여·수당과 이와 유사한 성질의 급여’라고 규정하고 있는바, 그 해석이 모호하여 과세관청의 자의적인 범집행이 가능하도록 규정되어 있으므로 조세법률주의상 과세요건 명확주의에 위반된다.

나. 법원의 위헌제청신청 각하 및 기각이유

(1) 소득세법 제20조 제1항 제1호 가목 부분에 대한 각하 이유

이 사건 위헌심판제청신청 사건의 본안소송인 대법원 99두3324 사건은 청구인들에 대한 1992년 내지 1995년 귀속 갑종근로소득세 징수처분에 관한 사건인바, 그 중 1992년 내지 1994년 귀속 갑종근로소득세 부분은 현실적으로 귀속된 소득에 관한 것으로서 구 소득세법 제21조 제1항 제1호 (가)목에 직접

근거하여 고지되고, 1995년 귀속 갑종근로소득세 부분은 소득처분에 의한 것으로서 그 소득금액 변동통지일인 1997. 6. 10. 및 1997. 7. 8.에 지급된 것으로 의제되므로 소득세법 제20조 제1항 제1호 다목에 직접 근거하여 고지된 것이므로, 청구인들이 위헌이라고 주장하는 '소득세법 제20조 제1항 제1호 가목'은 위 징수처분의 근거가 되는 조항이 아니어서 위 본안사건의 재판의 전제가 되지 못하여 위 조항에 대한 신청은 부적법하다.

(2) 구 소득세법 제21조 제1항 제1호 (가)목 부분에 대한 기각 이유

구 소득세법 제21조 제1항 제1호 (가)목은 '근로의 제공으로 인하여 받는 봉급·급료·보수·세비·임금·상여·수당과 이와 유사한 성질의 급여'라고 규정하고 있는바, 위 규정 중 '이와 유사한 성질의 급여'란 '근로의 제공으로 인하여 받는 봉급·급료·보수·세비·임금·상여·수당'과 유사한 성질의 급여로서 그 의미가 명확하므로 조세법률주의상 과세요건 명확주의에 위반되지 않는다.

다. 재정경제부장관의 의견

소득세법 제20조 제1항 제1호 가목에 대하여는 대체로 위 법원의 각하이유와 같다.

구 소득세법 제21조 제1항 제1호 (가)목의 규정은 급여를 다른 형태로 우회 지급함으로써 소득세를 회피하는 등 조세의 형평성을 저해하는 것을 방지하기 위하여 급여지급 형태를 불문하고 근로의 제공으로 얻는 금전적인 이익은 과세대상임을 명확히 한 데 그 입법취지가 있고, 그 중 '이와 유사한 성질의 급여'라 함은 명목 여하에 불구하고 근로의 제공으로 인하여 받는 급여를 말하는 것으로서 문리해석상으로는나 사전적 해석상으로는 볼 때 그 의미가 명확하여 과세관청의 자의적 해석의 여지가 없으므로 과세요건 명확주의에 위배되지 않는다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원은 법원에 계속중인 구체적 사건에 적용할 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제로 되어 있어야 하고, 이 경우 재판의 전제가 된다고 하려면 그 법률이 당해 사건에 적용할 법률이어야 하고 그 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 말한다(헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 58).

나. 당해사건인 대법원 99두3324 사건은 1992년 내지 1995년 귀속 갑종근로

소득세 징수처분에 관한 사건인바, 그 중 ① 1992년 내지 1994년 귀속 갑종근로소득세 부분은 청구인들 회사의 대주주 겸 실질적 경영자인 김○태에게 현실적으로 귀속된 소득에 관한 것으로서 그 처분의 근거 법률조항은 ‘구 소득세법 제21조 제1항 제1호 (가)목’이고, ② 1995년 귀속 갑종근로소득세 부분은 1995 사업연도에 사외 유출된 금액을 법인세법의 규정에 의하여 익금에 산입한 후 김○태에게 상여로 귀속된 것으로 의제된 소득에 관한 것으로서 그 소득금액 변동통지일인 1997. 6. 10. 및 1997. 7. 8.에 지급된 것으로 의제되므로 그 처분의 근거 법률조항은 ‘소득세법 제20조 제1항 제1호 다목(법인세법에 의하여 상여로 처분된 금액)’이다.

다. 그렇다면, ‘구 소득세법 제21조 제1항 제1호 (가)목’(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)은 위 처분의 근거가 되는 조항으로서 그 법률조항이 헌법에 위반되는지 여부에 따라 위 처분의 취소를 구하는 당해사건의 결론이 달라지게 되는 경우에 해당하여 재판의 전제성이 있으나, ‘소득세법 제20조 제1항 제1호 가목’은 위 처분의 근거가 되는 조항이 아니어서 그 법률조항의 위헌 여부에 따라 위 처분의 취소를 구하는 당해사건 재판의 주문이나 내용과 효력이 달라지는 것이라 할 수 없으므로, ‘소득세법 제20조 제1항 제1호 가목’에 관한 심판청구는 재판의 전제성을 갖추지 못하여 부적법하다.

4. 본안에 대한 판단

가. 과세요건 명확주의

헌법 제38조, 제59조에서 천명된 조세법률주의는 과세요건 법정주의와 과세요건 명확주의를 핵심적 내용으로 삼고 있다. 여기서 과세요건 명확주의란 과세요건을 법률로 규정하였다고 하더라도 그 규정내용이 지나치게 추상적이고 불명확하면 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 염려가 있으므로 그 규정 내용이 명확하고, 일의적(一義的)이어야 한다는 원칙을 말한다.

그런데 법률은 일반성·추상성을 가지는 것으로서 법률규정은 항상 법관의 법보충작용으로서의 해석을 통하여 그 의미가 구체화, 명확화 될 수 있고, 이는 조세법률주의가 적용되는 조세법 분야에서도 다를 바 없다. 따라서 조세법규가 당해 조세법의 일반이론이나 그 체계 및 입법취지 등에 비추어 그 의미가 분명해질 수 있다면 이러한 경우에도 명확성을 결여하였다고 하여 그 규정을 무효라고 할 수는 없다(헌재 1995. 2. 23. 93헌바24등, 판례집 7-1, 188, 199; 헌재 2000. 6. 29. 98헌바35, 판례집 12-1, 786, 795).

나. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 먼저 이 사건 법률조항에 사용된 용어들의 사전적 의미를 살펴보면 다음과 같다. 봉급은 계속적으로 근무하는 사람이 주기적으로 받는 일정한 보수를, 급료는 고용주가 근로자에게 일한 대가로 주는 일정한 액수의 돈을, 보수는 근로의 대가로 주는 돈이나 물품을, 세비는 국회의원이 받는 보수를, 임금은 노동하여 받는 보수를, 상여는 관청이나 회사 등에서 직원에게 매월 급료와는 별도로 업적이나 공헌도에 따라 금전을 주는 것, 수당은 정해진 봉급 외에 정기적으로 또는 수시로 지급되는 보수를, 급여는 물품이나 돈을 지급하는 일 또는 그 물품이나 돈을 각 의미한다.

위와 같이 이 사건 법률조항의 각 구성요소는 그 의미가 분명하다. 특히 ‘급여’ 부분을 제외하고는 위 각각의 개념 자체에 이미 근로의 대가라는 의미가 들어있음에도 입법자는 ‘근로의 제공으로 인하여 받는’이란 문언을 추가함으로써 그 뜻을 더욱 명확하게 하고 있다.

다만 ‘급여’라는 개념은 그 자체로는 일반적으로 지급되는 모든 돈이나 물품을 의미하므로 그 범위를 확정하기 곤란한 면이 있어 ‘이와 유사한 성질의 급여’라는 부분의 명확성이 문제될 수가 있다. 그러나 이 사건 법률조항에서는 그러한 넓은 의미를 지닌 급여에 해당하는 것 모두를 과세대상인 근로소득으로 규정하고 있는 것이 아니라 그 중 근로의 제공으로 인하여 받는 것에 한하여 근로소득에 속하는 것으로 규정함으로써 그 범위를 한정하고 있다. 또한 소득세법은 과세대상이 되는 소득을 소득의 발생원천에 따라 이자소득, 배당소득, 부동산임대소득, 사업소득, 근로소득, 일시재산소득, 연금소득, 기타소득, 퇴직소득, 양도소득 및 산림소득의 11가지로 규정하여(소득세법 제4조 제1항 참조), 근로소득을 다른 여러 소득과 구별되는 독립된 과세대상으로 규정하고 있다. 따라서 같은 소득세의 과세대상이라 하여도 근로소득과 그 밖의 다른 소득은 구별되어야 하므로 이 점에서도 자연스럽게 근로소득의 범위가 드러난다. 예컨대 사업소득의 경우에도 용역업의 소득과 같이 근로를 제공하고 대가로 받는 소득이 포함될 수 있지만, 사업소득은 독립적으로 자기의 계산에 기초를 두고 근로를 제공하는 것이므로, 이와 구별되는 근로소득은 근로의 제공이 자기의 계산에 기초를 두지 않는 비독립적인 것이 되어야 하고, 퇴직소득과의 관계에서는 퇴직소득이 근로제공 법률관계의 종료, 즉 퇴직시에 지급받는 소득을 의미하므로 이와 구별되는 근로소득은 그와 달리 원칙적으로 근로제공이라는 법률관계의 존속을 전제로 한 급여가 되어야 한다.

결국 소득세법의 입법취지와 체계, 다른 과세대상 소득과의 관계 등을 종합

하여 보면, 이 사건 법률조항에서 말하는 ‘이와 유사한 성질의 급여’란 근로자 등이 비독립적 지위에서 근로를 제공하고 받는 대가로서 주기성(週期性) 유무, 지급수단의 형태 또는 명칭 등을 묻지 않고 근로의 제공과 대가관계에 있는 일체의 급여를 의미하는 것이라 할 수 있다.

(2) 이 사건 법률조항은 그 제목을 ‘근로소득’이라고 명시한 다음, ‘근로의 제공으로 인하여 받는 봉급·급료·보수·세비·임금·상여·수당’을 예시하고 그 바로 뒤에 ‘이와 유사한 성질의 급여’라고 규정하고 있다. 입법자가 규율하고자 하는 대전제는 ‘이와 유사한 성질의 급여’이고 그 전형적이고 대표적인 행위로 ‘근로의 제공으로 인하여 받는 봉급·급료·보수·세비·임금·상여·수당’을 예시한 것이라고 볼 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 예시적 입법의 형식을 따른 것이라 할 수 있다(헌재 2000. 4. 27. 98헌바95등, 판례집 12-1, 508, 531-535 참조).

입법자는 이 사건 법률조항을 구체적 열거방식이 아닌 예시적 입법의 형식으로 형성하여, 근로를 제공하고 대가로 받는 급여는 명칭이나 명목을 불구하고 실질이 그에 해당하면 모두 근로소득의 범위에 포함시킴으로써 근로의 대가임에도 명칭이나 명목만을 달리하여 근로소득세를 회피하는 것을 방지하여 조세의 공평성을 도모한 것으로 보인다.

다만 예시적 입법형식의 경우에도, 규율대상의 대전제인 일반조항의 내용이 지나치게 포괄적이어서 과세관청의 자의적인 해석을 통하여 그 적용범위를 확장할 가능성이 있다면 과세요건 명확주의 원칙에 위배될 수가 있을 것이다. 그러나 이 사건 법률조항의 경우 일반조항에 해당하는 ‘이와 유사한 성질의 급여’ 부분은 그 의의를 명확하게 하는 것이 곤란하거나 주관적인 판단에 의하여 기준이 달라질 수 있는 추상적·포괄적 개념이라고 할 수 없고 불확정개념에도 해당하지 않는다. 앞에서 이미 언급한 바와 같이 이 사건 법률조항은 과세대상으로 삼고자 하는 급여의 범위를 근로의 제공으로 인하여 받는 것에 한정하여 일정한 범위로 제한하면서 동시에 그 대표적이고 전형적인 사례로 근로의 제공으로 인하여 받는 봉급 등 몇 가지를 열거하고 있어 ‘이와 유사한 성질의 급여’ 부분의 의미는 명확하다.

따라서 과세관청의 입장에서 자의적으로 이 사건 법률조항을 달리 해석하여 임의로 그 적용범위를 확장할 여지는 없다.

(3) 위와 같이 이 사건 법률조항은 입법취지와 소득세법의 체계 및 사용된 문구의 사전적 의미 등에 비추어 볼 때 그 각 구성요소의 의미와 법률조항 전

체의 의미가 모두 명확하게 드러나 있어 일반 국민에게 예측가능성이 충분히 보장되어 있을 뿐만 아니라 과세관청의 자의적인 확대해석의 염려도 존재하지 아니하므로 과세요건 명확주의에 위반되지 않는다.

5. 결 론

이상과 같은 이유로 이 사건 심판청구 중 재판의 전제성이 없는 ‘소득세법 제20조 제1항 제1호 가목’ 부분은 부적법하므로 이를 각하하고, ‘구 소득세법 제21조 제1항 제1호 (가)목’ 부분은 이 조항이 헌법에 위반되지 아니하므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성 김효종
김경일(주심) 송인준 주선희

구 조세감면규제법 제55조 제1항 위헌소원

(2002. 9. 19. 2002헌마2 전원재판부)

【판시사항】

농지소재지에 거주하는 사람이 8년 이상 계속하여 직접 경작한 토지로서 농지세의 과세대상이 되는 토지 중 대통령령이 정하는 토지의 양도로 인한 소득에 대하여는 양도소득세 또는 특별부가세를 면제하도록 규정한 구 조세감면규제법 제55조 제1항의 “대통령령이 정하는 토지” 부분이 포괄위임입법금지 원칙 등에 위반되는지 여부

【결정요지】

구 조세감면규제법(1998. 12. 28. 법률 제5584호로 조세특례제한법으로 전문 개정되기 전의 것) 제55조 제1항(이하, ‘심판대상조항’이라 한다)은 조세 면제의 대상을 “8년 이상 계속하여 직접 경작한 토지로서 농지세의 과세대상이 되는 토지”로 구체적으로 한정된 뒤, 그 범위 내에서 개별적인 면제 대상을 대통령령으로 정하도록 위임하고 있으므로, 면제 대상의 주요 범위를 이미 법률에서 확정하고 있다. 농업의 보호와 지원을 위한 심판대상조항의 입법목적 및 조세감면의 우대조치의 한정된 범위를 고려하면, 심판대상조항에 따라 대통령령에서 양도소득세 또는 특별부과세가 면제되는 것으로 규정될 내용은, “8년 이상 계속하여 직접 경작한 토지로서 농지세의 과세대상이 되는 토지” 중에서도 육농정책의 필요성에 부합하는 경우에만 한정될 것이라고 예측될 수 있다. 따라서 위 조항은 포괄위임입법을 금지하는 헌법 제75조를 벗어난 것이라 볼 수 없고, 헌법상 허용된 위임 범위 내에서 면제 대상을 위임하고 있고, 조세감면의 근거도 명확하게 법률에서 정해지고 있으므로 조세법률주의에도 위배된 것이라 할 수 없다.

【심판대상조문】

조세감면규제법(1998. 12. 28. 법률 제5584호로 조세특례제한법으로 전문개정되기 전의

것) 제55조(자경농지에 대한 양도소득세등의 면제) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자가 8년이상 계속하여 직접 경작한 토지로서 농지세의 과세대상(비과세·감면 및 소액부정수의 대상이 되는 토지를 포함한다)이 되는 토지중 대통령령이 정하는 토지의 양도로 인하여 발생하는 소득에 대하여는 양도소득세 또는 특별부가세를 면제한다.

1. 대통령령이 정하는 바에 따라 농지소재지에 거주하는 거주자
2. 농업생산을 주된 사업으로 영위하는 법인으로서 대통령령이 정하는 법인 또는 영농조합법인

② 생략

【참조판례】

헌재 1994. 6. 30. 93헌가15등, 판례집 6-1, 576

헌재 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 141

헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525

【당 사 자】

청 구 인 이상복

대리인 변호사 박치수

당해사건 광주고등법원 2001누273 양도소득세부과처분취소

【주 문】

구 조세감면규제법(1998. 12. 28. 법률 제5584호로 조세특례제한법으로 전 문개정되기 전의 것) 제55조 제1항 중 “대통령령이 정하는 토지” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1981. 8. 22.부터 1996. 5. 29. 사이에 보령시 궁촌동 264의 4 전 172㎡ 등 9필지 토지를 취득하였다가 1996. 7. 22. 교환을 원인으로 하여 1996. 9. 18. 청구의 흥운길에게 소유권이전등기를 경료한 후, 1997. 5. 31. 양도소득세과세표준확정신고를 하면서 구 조세감면규제법 제55조 제1항의 규정에 의한 8년 이상의 자경농지라는 이유로 양도소득세면제신청을 하였다.

관할 군산세무서장은 위 토지들 중 보령시 궁촌동 264의 6 잡종지 137㎡

등 3필지에 관하여는 양도일 현재 농지임이 확인되지 아니한다는 이유로 감면을 인정하지 아니하였고, 위 같은 동 264의 4 전 172㎡ 등 4필지의 각 일부씩 합계 225㎡에 관하여는 도시계획법상 용도지역이 자연녹지지역이라는 이유로 감면을 인정하고, 같은 4필지의 토지중 위 자연녹지지역에 해당하지 아니하는 1,058㎡와 다른 2필지에 관하여는 도시계획법상 주거지역으로 편입된 지 3년이 경과하였다는 이유로 감면을 인정하지 아니하여, 1999. 1. 15. 1996년도 귀속양도소득세 29,057,990원을 부과하였다.

청구인은 이 부과처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였고(전주지방법원 2000구419), 청구가 기각되자 항소를 제기하였으며(당해사건), 그 소송 계속중 구 조세감면규제법(1998. 12. 28. 법률 제5584호로 조세특례제한법으로 전문개정되기 전의 것, 이하 “구 조세감면규제법”이라 한다) 제55조 제1항에 대하여 위헌제청신청을 하였으나(광주고등법원 2001아4) 기각되자, 2002. 1. 5. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 이 사건 심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 구 조세감면규제법 제55조 제1항을 심판대상으로 기재하였으나, 청구인의 주장취지를 보면 동 조항의 각호의 내용은 다투지 않으며 제1항 본문 중에서도 “대통령령이 정하는 토지” 부분의 위헌성만을 다투고 있음이 명백하다. 따라서 심판대상은 제55조 제1항 중 “대통령령이 정하는 토지” 부분(이하 “이 사건 조항”이라 한다)의 위헌 여부라고 할 것이다. 관련 조항의 내용은 다음과 같다.

제55조(자경농지에 대한 양도소득세 등의 면제) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자가 8년이상 계속하여 직접 경작한 토지로서 농지세의 과세대상(비과세·감면 및 소액부징수의 대상이 되는 토지를 포함한다)이 되는 토지중 대통령령이 정하는 토지의 양도로 인하여 발생하는 소득에 대하여는 양도소득세 또는 특별부가세를 면제한다.

1. 대통령령이 정하는 바에 따라 농지소재지에 거주하는 거주자
2. 농업생산을 주된 사업으로 영위하는 법인으로서 대통령령이 정하는 법인 또는 영농조합법인

② 제1항의 규정을 적용받으려는 자는 대통령령이 정하는 바에 따라 면제신청을 하여야 한다.

구 조세감면규제법시행령(1998. 12. 31. 대통령령 제15976호로 조세특례제한법시행령으로 전면개정되기 전의 것, 이하 “동법시행령”이라 한다) 제54조

(자경농지에 대한 양도소득세 등의 면제) ① 법 제55조 제1항 본문에서 “대통령령이 정하는 토지”라 함은 취득한 때부터 양도할 때까지의 사이에 8년 이상 자기가 경작한 사실이 있는 농지로서 다음 각호의 1에 해당하는 것을 제외한 것을 말한다. 이 경우 상속받은 농지의 경작한 기간을 계산함에 있어서는 피상속인이 취득하여 경작한 기간은 상속인이 이를 경작한 기간으로 본다.

1. 양도일 현재 특별시·광역시(광역시에 있는 군을 제외한다) 또는 시(지방자치법 제3조 제4항의 규정에 의하여 설치된 도·농복합형태의 시의 읍·면지역을 제외한다)에 있는 농지중 도시계획법에 의한 주거지역·상업지역 및 공업지역 안에 있는 농지로서 이들 지역에 편입된 날부터 3년이 지난 농지. 다만, 다음 각목의 1에 해당하는 대규모 개발사업지역(사업인정고시일이 동일한 하나의 사업시행지역을 말한다)내에서 개발사업의 시행으로 인하여 도시계획법에 의한 주거지역·상업지역 또는 공업지역에 편입된 농지로서 사업시행자의 단계적 사업시행 또는 보상지연으로 이들 지역에 편입된 날부터 3년이 지난 농지를 제외한다.

가. 사업시행지역내의 토지소유자가 1천명이상인 지역

나. 사업시행면적이 재정경제부령이 정하는 규모이상인 지역

2. 환지처분 이전에 농지외의 토지로의 환지에정지의 지정이 있는 경우의 그 환지에정지 지정일부터 3년이 지난 농지

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

이 사건 조항은 면제요건을 시행령에 포괄적으로 위임하였고, 동법시행령 제54조 제1항 제1호는 “도시계획법에 의한 주거지역·상업지역 및 공업지역 안에 있는 농지로서 이들 지역에 편입된 날로부터 3년이 지난 농지”를 양도소득세 면제대상에서 제외하고 있는데, 주거지역내 “완충녹지”는 건축상의 제약으로 인하여 토지이용과 거래에 있어서 도시계획법에 의한 녹지지역과 별다른 차이가 없는데도, 도시계획법상의 녹지지역과는 달리 그 면제대상에서 제외되는 것으로 함은 부당하므로, 이 사건 조항은 동법시행령 제54조 제1항 제1호상 “주거지역”의 해석을 주거지역내 도시공원법상 완충녹지를 포함하는 것이라고 해석되는 한 헌법 제59조에 위반된다.

도시계획법상 사용제한을 받는 도로·철도·광장 등 부지는 국가나 지방자치단체에서 상당한 대가를 지불하고 매수하거나 수용하는 등 그 보장이 이뤄

지고, 그 보상이 산정시 주변토지의 이용상황 등 지가를 적절히 반영하여 토지소유자의 피해를 최소화하기 위한 장치가 마련되어 있는 반면, 위 완충녹지는 지정되면 그대로 현실적인 사용제한만 있게 되고 아무런 보상 없이 소유권을 잃는 결과를 당하게 되어 버리므로 여타의 도시계획시설과 완충녹지를 갈게 볼 수가 없다. 완충녹지보다 사용제한의 정도가 덜하고 건축 등이 가능한 자연녹지의 경우는 양도소득세 감면에 포함시키면서 완충녹지의 경우는 이를 제외함은 잘못된 것이다.

나. 위헌제청기각결정 이유

(1) 구 조세감면규제법 제55조 제1항의 입법취지가 육농정책의 일환으로 농지의 양도에 따른 조세부담을 경감시켜 주자는 데에 있고, 그 대상이 되는 토지의 범위는 정부의 육농정책의 변화에 따라 유동적인 것이므로 이를 국회에서 제정한 법률로 모두 규율한다는 것은 불가능하거나 부적당한 점에 비추어 볼 때, 위 조항은 면제의 대상을 '8년 이상 계속하여 직접 경작한 토지로서 농지세의 과세대상이 되는 토지'로 구체적·개별적으로 한정하여 그 범위 내에서 그 입법 목적이나 위임 배경 등을 참작하여 구체적으로 정하도록 대통령령이 위임한 것이므로, 입법권 위임의 한계를 준수하였다고 볼 수 있다.

(2) 관계법령들의 규정 취지에 비추어 볼 때, 주거지역이나 상업지역·공업지역인 경우에도 도시의 건전한 발전을 위해 도시계획에 의해 도로·광장·주차장·녹지 등의 도시계획시설을 설치할 수 있으며, 도시공원법은 이러한 도시계획시설 중 공원과 녹지의 설치·보전·관리에 관한 필요한 사항을 규정하기 위하여 제정된 것으로, 주거지역이나 상업지역·공업지역내에 설치된 도시계획시설의 하나인 녹지(도시공원법상 세분된 완충녹지와 경관녹지)를 도시계획법 제17조의 규정에 의하여 지정된 녹지지역과 유사하게 보아야 한다는 주장은 받아들일 수 없고, 도시계획법과 그 시행령 및 도시공원법의 관련 규정의 해석에 의하여 구 조세감면규제법의 감면요건을 확정하는데 아무런 장애가 없으므로 구 조세감면규제법에 직접 용어의 정의를 규정하고 있지 않았다고 하여 법률 명확성의 원칙에 반한다거나 이로 인하여 완충녹지의 소유자가 녹지지역의 소유자에 비하여 불평등하게 된다고 보이지 않는다.

다. 국세청장의 의견

이 사건 조항은 자경농지의 과세요건 및 면제요건의 구체적인 범위와 한계

를 정한 후 대통령령에 위임하고 있으므로 조세법률주의 또는 포괄적위임입법금지원칙에 반하는 것이라 할 수 없다.

이 사건 조항이 8년 이상의 자경농지를 양도하는 경우 양도소득세를 감면하는 것은 농지의 보전 및 농업진흥을 위하여 입법자가 특히 농민에게 혜택을 부여하고 있는 것으로서, 주거지역·상업지역·공업지역 등의 안에 있는 녹지가 가사 도시공원법에 의하여 그 이용, 매매 등에 제한을 받는다 할 지라도, 그것 자체로 이 사건 조항이 평등원칙에 어긋난다는 결론을 도출할 수는 없다.

라. 재정경제부장관의 의견

8년 이상 자경한 농지가 주거지역 등에 편입된 후 3년이후에 양도하면 감면을 배제하는 것은 주거지역 등에 편입되어 3년이 경과한 농지는 그 형질이 대지화되어 더 이상 농지로서의 효용가치가 떨어진 경우이므로 이러한 농지의 소유자라면 농지를 소유한 것이 아니라 대지를 소유한 것으로 봄이 토지의 실질에 부합하기 때문이다. 그러한 점은 동 토지가 도시공원법상 완충녹지로 지정되더라도 마찬가지라 할 것이다.

또한 완충녹지는 도로·철도·광장 등 도시계획법상 도시계획시설의 일종이고 도시계획시설의 설치장소로 결정된 토지에는 도시공원법이 규정하는 완충녹지와 마찬가지로 건축물 등의 설치가 허가되지 않는 등 제한이 있으므로, 만약 주거지역 등에 편입되었더라도 완충녹지로 지정된 경우 감면을 허용한다면 완충녹지외에 도시계획법상의 도시계획시설로 지정된 경우에 대하여 모두 감면을 허용하여야 하므로 당초의 입법취지가 퇴색될 우려도 있다.

이 사건 조항은 위임의 범위를 한정하여 구체적 감면대상을 대통령령에 위임하고 있으므로 포괄위임이 아니라고 사료된다.

3. 판 단

가. 포괄위임입법금지원칙 내지 조세법률주의 위배 여부

법률의 위임은 구체적 개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 한다. 그 구체적인 범위는 각종 법령이 규제하고자 하는 대상의 종류와 성격에 따라 달라진다 할 것이지만, 적어도 법률의 규정에 의하여 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다(헌재 1994. 6. 30. 93헌가15등, 판례집 6-1, 576, 588-589; 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 141, 164).

구 조세감면규제법 제55조의 입법목적은 육농정책의 일환으로 농지의 양도에 따른 조세부담을 경감시켜 주기 위한 것이고, 이 사건 조항은 그 조세면제 대상을 육농정책의 변화에 따라 융통성 있게 정할 수 있도록 대통령령에 위임하고 있는 것이다.

이러한 입법목적은 농업의 보호와 지원을 규정한 헌법 제123조 제1항 등에 비추어 볼 때 정당한 것이라 할 것이다. 한편 아래에서 볼 조세감면의 우대조치의 한정적 성격 등을 볼 때, 행정부가 그 입법목적과 위임 배경을 고려하여 조세감면의 대상을 융통성 있게 규정할 필요성이 있다.

이 사건 조항은 조세면제의 대상을 “8년 이상 계속하여 직접 경작한 토지로서 농지세의 과세대상이 되는 토지”로 구체적으로 한정된 뒤, 그 범위내에서 개별적인 면제 대상을 대통령령으로 정하도록 위임하고 있으므로, 면제 대상의 주요 범위를 이미 법률에서 확정하고 있다.

한편 조세감면의 우대조치는 조세평등주의에 반하고 국가나 지방자치단체의 재원의 포기이기도 하여 가급적 억제되어야 하고 그 범위를 확대하는 것은 결코 바람직하지 못하므로 특히 정책목표달성이 필요한 경우에 그 면제 혜택을 받는 자의 요건을 엄격히 하여 극히 한정된 범위 내에서 예외적으로 허용되어야 한다(헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525, 536).

그러므로 이 사건 조항의 입법목적 및 조세감면의 우대조치의 그러한 범위를 고려하면, 대통령령에서 “8년 이상 … 토지” 중에서 양도소득세 또는 특별부과세가 면제되는 것으로 규정될 내용은, “8년 이상 … 토지” 중에서도 육농정책의 필요성에 부합하는 경우에만 한정될 것임은 이 사건 조항을 통해서 예측될 수 있다고 할 것이다.

또한 시행령에 규정될 내용이 육농정책상 필요한 범위내에서의 한정적인 면제대상이 될 것임이 예측될 수 있는 이상 행정청에 의한 자의적 입법 가능성은 크지 않다고 보여진다.

참고로 해당 시행령을 보면, 도시계획법에 의한 주거지역·상업지역 및 공업지역안에 있는 농지로서 이들 지역에 편입된 날부터 3년이 지난 농지를 일률적으로 면제대상에서 제외하고 있는데, 이는 주거지역 등에 편입되어 3년이 경과한 농지는 농지로서의 효용가치를 상실하였다고 본 행정부의 정책적 판단에 기인한 것인바, 그러한 판단이 객관적으로 자의적인 것이라고 단언할 수는 없다.

한편 동법시행령은 주거지역내의 “완충녹지”를 면제대상으로 삼지 않고 있

는데, 이것이 평등의 원칙의 관점에서 문제될 수 있으나, 이는 어디까지나 시행령 조항상 야기되는 문제이지 이 사건 조항 자체의 문제는 아니라고 할 것이다.

이상을 종합하면 이 사건 조항은 포괄위임입법을 금지하는 헌법 제75조를 벗어난 것이라 볼 수 없다.

한편 청구인은 이 사건 조항이 위임입법의 한계를 넘었다고 주장하면서 헌법 제59조의 조세법률주의 위배도 거론하고 있다(그 이유는 청구서에 잘 나타나 있지 않다).

이 사건의 주된 쟁점은 포괄위임입법금지원칙의 위배 여부이며, 청구인이 거론한 조세법률주의 위배 문제는 이 사건 조항이 포괄적으로 위임하고 있다는 측면에서 주장되고 있는 것으로 보인다(과세요건 법정주의나 과세요건 명확주의에 관련된 다툼은 없다).

그런데 이 사건 조항은 위에서 본 바와 같이 정당한 위임 범위내에서 면제대상을 위임하고 있고, 또한 이 사건 조항 내에서 조세감면의 근거가 명확하게 법률에서 정해지고 있으므로, 조세법률주의에 위배된 것이라고도 할 수 없다.

나. 조세평등주의 위배 여부

청구인은 청구취지에서 이 사건 조항이 헌법 제11조 제1항에 위배된다고 기재하고 있다(그러나 그 이유는 심판청구서에서 찾아보기 어렵다).

그런데 이 사건 조항 자체는 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙 내지 조세평등주의 위배 문제를 내포하지 않으며, 청구인의 위 기재는 해당 시행령 규정의 내용으로부터 발생된 것이라고 볼 것이다.

즉, 청구인이 주장하는 바 “완충녹지의 면제 배제”로 인한 불평등성은 시행령 규정이 도시계획법에 의한 주거지역에 편입된 농지로서 편입된 날로부터 3년이 지난 경우를 면제대상에서 제외하면서, 주거지역 내의 완충녹지인 경우를 예외로 하지 않은 것에 기인한 것이다.

따라서 이 문제는 법률 규정이 아닌 시행령 조항에 관련된 것이고, 이에 대해서는 이 사건에서 판단하는 것이 적절치 않으며, 결국 청구인이 주장하는 바 평등 문제는 이 사건 조항 자체에 대한 위헌주장으로서 받아들여 판단할 필요가 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 조항은 헌법에 위배되지 않으므로 재판관 전원의 일치된

의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성
김효종(주심) 김경일 송인준 주선희

지명수배처분취소

(2002. 9. 19. 99헌마181 전원재판부)

【판시사항】

수사과정에서의 비공개 지명수배처분이 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 헌법소원심판의 대상이 되는 ‘공권력의 행사’에 해당하는지 여부(소극)

【결정요지】

‘수사과정에서의 비공개 지명수배’ 조치는 수사기관 내부의 단순한 공조(共助) 내지 의사연락에 불과할 뿐이고 그 자체만으로는 아직 국민에 대하여 직접 효력을 가지는 것이라 할 수 없다. 또한 수사기관간에 비공개리에 이루어지는 지명수배 조치의 속성상 이로 인하여 피의자가 거주·이전의 자유에 제약을 받는다고 보기도 어렵거니와 설사 그러한 제약적 효과가 있다 하더라도 이는 지명수배자가 그 소재발견을 회피하려는 데 따른 선택적 결과에 불과할 뿐 지명수배 조치로 인한 필연적·직접적인 효과로 보기 어려우므로, 이는 헌법소원심판의 대상이 되는 ‘공권력의 행사’에 해당한다고 볼 수 없다.

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제1항

검찰사건사무규칙 제75조(기소중지결정 또는 참고인증지결정시의 유의사항) ① 검사가 기소중지결정 또는 참고인증지결정을 하는 경우에는 불기소·기소중지·참고인증지 사건 기록에 공소시효 만료일을 명백히 기재하여야 한다. 다만, 수인의 피의자중 일부에 대하여 공소를 제기하고 일부에 대하여 기소중지 또는 참고인증지 결정을 하는 경우에는 공소제기되는 피의자의 기소일자를 기재하여야 한다.

② 검사는 송치관서의 의견과 달리 피의자의 소재불명을 사유로 하여 기소중지결정을 하거나, 검찰에서 직접 수사한 고소·고발 및 인지사건등에 대하여 피의자의 소재불명을 사유로 하여 기소중지결정을 하는 경우에는 지명수배요구서를 작성하여 사건사무담당책임자(각급 검찰청·지청의 사건과장 또는 사무과장을 말한다. 이하 이 조에서 같다)에게 송부하여야 한다.

- ③ 검사는 기소중지결정사건 및 참고인중지결정사건에 관하여 수시로 그 중지사유의 해소여부를 검토하여 수사를 완결하도록 유의하여야 하고, 제2항의 규정에 의한 지명수배자에 대한 지명수배해제사유가 발생한 때에는 즉시 지명수배해제요구서를 작성하여 사건사무담당책임자에게 송부하여 지명수배사유가 해소되었음을 알려야 한다.
- ④ 기소중지사건의 소재수사지휘사무담당직원은 기소중지자명부에 의하여 매 분기 1회이상 기소중지자에 대한 소재수사를 행하여야 한다.
- ⑤ 제4항의 경우 소재수사지휘사무담당직원은 지휘일자와 지휘관서 및 지휘관서로부터의 보고일자와 보고내용을 기소중지자명부에 기재하여야 한다.

【참조판례】

- 헌재 1994. 4. 28. 91헌마55
- 헌재 1994. 8. 31. 92헌마174

【당 사 자】

청 구 인 황○주
국선대리인 변호사 김상철
피청구인 인천지방검찰청 검사

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

가. 피청구인은 청구인을 피내사자로 하는 인천지방검찰청 98내사148 관세법위반등 사건을 내사하던 중 청구인의 소재불명을 이유로 1999. 2. 25. 내사중지결정을 하면서 청구인에 대해 지명수배를 하였다.

나. 이에 청구인은 1999. 3. 30. 위 지명수배 조치가 법률의 근거 없이 청구인의 거주이전의 자유 등 기본권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 주장하면서 그 취소를 구하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 심판대상 및 관련규정

가. 심판대상

이 사건 심판대상은 피청구인의 청구인에 대한 1999. 2. 25.자 지명수배 조치(이하 '이 사건 조치'이라 한다)가 청구인의 기본권을 침해하는지의 여부

이다.

나. 관련규정

(1) 검찰사건사무규칙(1999. 3. 30. 법무부령 제472호로 개정된 것) 제75조
(기소중지결정 또는 참고인증지결정시의 유의사항)

② 검사는 송치판서의 의견과 달리 피의자의 소재불명을 사유로 하여 기소중지결정을 하거나, 검찰에서 직접 수사한 고소·고발 및 인지사건 등에 대하여 피의자의 소재불명을 사유로 하여 기소중지결정을 하는 경우에는 지명수배요구서를 작성하여 사건사무담당책임자(각급검찰청·지청의 사건과장 또는 사무과장을 말한다. 이하 이 조에서 같다)에게 송부하여야 한다.

(2) 기소중지자 지명수배·통보지침(1997. 1. 30. 대검찰청 예규 제254호)

2. 기소중지자 지명수배·통보기준

가. 검사가 직수사건을 기소중지 결정하거나 송치사건이 의견과 달라서 기소중지결정을 하는 경우

1) 「법정형이 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있어 체포영장 또는 구속영장(이하 “영장”이라 한다)이 발부된 자」 및 「지명통보 대상자중 지명수배의 필요가 있어 영장이 발부된 자」에 대하여는 “지명수배”한다. 다만, 수사상 필요한 경우에는 영장을 발부받지 아니하고 “지명수배”할 수 있다.

2) 「법정형이 장기 3년미만의 징역 또는 금고, 벌금에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있고 수사기관의 출석요구에 응하지 아니하고 소재수사결과 소재불명인 자」에 대하여는 “지명통보”한다.

나. 사법경찰관이 기소중지 의견으로 사건을 송치하는 경우에도 위와 같다.

3. 청구이유 및 이해관계인의 의견

가. 청구이유

지명수배 조치는 국민의 거주이전의 자유 등 기본권을 제한하는 일종의 강제처분에 해당하므로 반드시 법률에 따라야 하고, 따라서 현행법상 아무런 법률적 근거 없이 그 하위규범에 의하여 행해진 이 사건 조치는 헌법에 위반된다.

나. 피청구인 및 법무부장관의 의견

지명수배 조치는 수사기관 상호간의 수사공조를 위한 단순한 의사연락에 불과할 뿐이어서 이를 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하여 헌법소원의 대상이 되는 국민의 기본권을 침해하는 공권력의 행사로 보기 어렵고, 따라서 이

사건 심판청구는 헌법소원심판의 적법요건을 결여하여 부적법하다.

가사 이 사건 조치가 공권력의 행사에 해당된다 하더라도, 기본권의 침해를 받은 자가 헌법소원심판을 청구한 뒤 기본권침해의 원인이 된 공권력의 행사가 취소되는 등 사정변경으로 더 이상 기본권을 침해받고 있지 아니하게 된 때에는 원칙적으로 그 헌법소원심판청구는 권리보호의 이익이 없다 할 것인바, 청구인이 이 사건 심판청구를 제기한 이후인 2000. 1. 6. 이 사건 조치가 해제됨으로써 청구인의 기본권침해상태는 배제되었으므로 더 이상 권리보호의 이익이 없다.

4. 판 단

가. 지명수배 조치의 요건과 근거

(1) 수사과정에서의 지명수배는 헌법 제12조 제3항과 형사소송법 제200조의3 제1항에서 규정하고 있는 긴급체포의 법정형 요건인 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심되는 자 및 구속영장 혹은 체포영장이 발부된 자를 대상으로 행해지며, 수배대상자가 발견되었을 때에는 이미 발부된 영장에 기하여 대상자를 구속·체포하거나 형사소송법의 규정에 따라 긴급체포를 한 후 즉시 지명수배를 해제하게 된다.

이러한 지명수배 조치는 법률에 근거를 둔 것이 아니라, 법무부령인 검찰사건사무규칙 제75조 제2항, 대검찰청 예규인 '기소중지자 지명수배·통보지침', 그리고 경찰청 예규인 '지명수배취급규칙' 등에 의하여 이루어지고 있다.

(2) 수사과정에서의 지명수배 조치는 크게 공개수배와 비공개수배로 나눌 수 있다. 공개수배는 지명수배를 한 후 일정기간이 경과하여도 검거하지 못한 주요 지명피의자 등에 대하여 수배서를 공공장소에 게시하는 등의 방법으로 이루어진다. 이 사건 심판기록에 의하면 청구인에 대하여 행하여진 이 사건 조치는 공개수배가 아니라 '수사과정에서의 비공개 지명수배' 조치임이 인정된다.

나. 이 사건 조치의 공권력성 여부

(1) 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원은 공권력의 행사 또는 불행사로 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 청구할 수 있는 권리구제제도이다. 따라서 국가기관 내부의 행위로서, 개개의 국민에 대하여 직접 효력을 미치는 것이 아닌 행위는 헌법재판소법 제68조 제1항에서 말하는 '공권력의 행사'에 해당한다고 볼 수 없다(헌재 1994. 4. 28. 91헌마55, 판례집 6-1, 409, 413; 헌재 1994. 8. 31. 92헌마174, 판례집 6-2, 249, 265).

(2) 이 사건 조치와 같은 지명수배 조치의 결과 지명수배자의 소재가 발견되면 위에서 본바와 같이 체포 또는 구속과 같은 후속조치가 이어질 수 있으나, 체포·구속과 같은 신체와 자유의 제한은 지명수배 조치에 당연히 수반되는 필연적 결과가 아니라, 지명수배 조치와는 별도로 형사소송법상의 체포영장·구속영장 또는 긴급체포에 근거한 체포·구금이 있을 때에 비로소 이루어지게 된다. 이 사건 조치와 같은 ‘수사과정에서의 비공개 지명수배’ 조치는 수사기관 내부의 단순한 공조(共助) 내지 의사연락에 불과할 뿐이고 그 자체만으로는 아직 국민에 대하여 직접 효력을 가지는 것이라 할 수 없다.

또한 수사기관간에 비공개리에 이루어지는 지명수배 조치의 속성상 이로 인하여 지명수배자가 거주·이전의 자유에 제약을 받는다고 보기도 어렵거니와 설사 그러한 제약적 효과가 있다 하더라도 이는 지명수배자가 그 소재발견을 회피하려는데 따른 선택적 결과에 불과할 뿐 지명수배 조치로 인한 필연적·직접적인 효과로 보기 어렵다.

그렇다면 이 사건 조치 자체만으로는 아직 청구인의 기본권에 어떠한 영향을 미쳤다 할 수 없고, 따라서 이를 헌법재판소법 제68조 제1항에서 규정한 헌법소원심판의 대상이 되는 ‘공권력의 행사’에 해당한다고 볼 수 없으므로, 결국 이 사건 심판청구는 헌법소원의 적법요건을 결여한 부적법한 청구라 할 것이다.

5. 결 론

따라서 이 사건 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성 김효종
김경일 송인준 주선희(주심)

음반·비디오물및게임물에관한법률 제24조 제3항 제4호 중 게임물에 관한 규정 부분 위헌제청

(2002. 10. 31. 2000헌가12 전원재판부)

【판시사항】

1. 관계행정청이 등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받은 게임물과 다른 내용의 게임물을 발견한 경우 관계공무원으로 하여금 이를 수거·폐기하게 할 수 있도록 한 구 음반·비디오물및게임물에 관한법률(2001. 5. 24. 법률 제6473호로 개정되기 전의 것) 제24조 제3항 제4호 중 게임물에 관한 규정 부분(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)이 재산권을 침해하는지 여부(소극)

2. 이 사건 법률조항이 재판청구권을 침해하는지 여부(소극)

3. 이 사건 법률조항이 영장주의와 적법절차의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 가. 이 사건 법률조항의 입법목적은 등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받은 게임물과 다른 내용의 게임물(이하 “불법게임물”이라 한다)의 유통을 방지함으로써 게임물의 등급분류제를 정착시키고, 나아가 불법게임물로 인한 사행성의 조장을 억제하여 건전한 사회기풍을 조성하기 위한 것으로서 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 이 사건 법률조항에서 불법게임물을 즉시 수거·폐기할 수 있도록 하는 행정상 즉시강제의 근거를 규정한 것은 위와 같은 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 수단의 하나가 될 수 있다.

나. 불법게임물은 불법현장에서 이를 즉시 수거하지 않으면 증거인멸의 가능성이 있고, 그 사행성으로 인한 폐해를 막기 어려우며, 대량으로 복제되어 유통될 가능성이 있어, 불법게임물에 대하여 관계당사자에게 수거·폐기를 명하고 그 불이행을 기다려 직접강제 등 행정상의 강제집행으로 나아가는 원칙적인 방법으로는 목적달성이 곤

란하다고 할 수 있으므로, 이 사건 법률조항의 설정은 위와 같은 급박한 상황에 대처하기 위한 것으로서 그 불가피성과 정당성이 인정된다. 또한 이 사건 법률조항은 수거에 그치지 아니하고 폐기까지 가능하도록 규정하고 있으나, 이는 수거한 불법게임물의 사후처리와 관련하여 폐기의 필요성이 인정되는 경우에 대비하여 근거규정을 둔 것으로서 실제로 폐기에 나아감에 있어서는 비례의 원칙에 의한 엄격한 제한을 받는다고 할 것이므로, 이를 두고 과도한 입법이라고 보기는 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항은 피해의 최소성의 요건을 위반한 것으로는 볼 수 없고, 또한 이 사건 법률조항이 불법게임물의 수거·폐기에 관한 행정상 즉시강제를 허용함으로써 게임제공업주 등이 입게 되는 불이익보다는 이를 허용함으로써 보호되는 공익이 더 크다고 볼 수 있으므로, 법익의 균형성의 원칙에 위배되는 것도 아니다.

다. 결국 이 사건 법률조항에 의한 행정상 즉시강제의 허용은 과잉금지의 원칙의 위배 여부를 판단함에 있어 고려되어야 할 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성 등 모든 요건을 충족하였다고 보여지므로, 위 법률조항이 과잉금지의 원칙에 위배하여 청구인의 재산권을 침해하였다고 볼 수 없다.

2. 재판청구권은 권리보호절차의 개설과 개설된 절차에의 접근의 효율성에 관한 절차법적 요청으로서, 권리구제절차 내지 소송절차를 규정하는 절차법에 의하여 구체적으로 형성·실현되며, 또한 이에 의하여 제한되는 것인바, 이 사건 법률조항은 행정상 즉시강제에 관한 근거규정으로서 권리구제절차 내지 소송절차를 규정하는 절차법적 성격을 전혀 갖고 있지 아니하기 때문에, 이 사건 법률조항에 의하여는 재판청구권이 침해될 여지가 없다.

3. 이 사건 법률조항은 앞에서 본바와 같이 급박한 상황에 대처하기 위한 것으로서 그 불가피성과 정당성이 충분히 인정되는 경우이므로, 이 사건 법률조항이 영장 없는 수거를 인정한다고 하더라도 이를 두고 헌법상 영장주의에 위배되는 것으로는 볼 수 없고, 위 구 음반·비디오물및게임물에관한법률 제24조 제4항에서 관계공무원이 당해 게임물 등을 수거한 때에는 그 소유자 또는 점유자에게 수거증을 교부하도록 하고 있고, 동조 제6항에서 수거 등 처분을 하는 관계공

무원이나 협회 또는 단체의 임·직원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 관계인에게 이를 제시하도록 하는 등의 절차적 요건을 규정하고 있으므로, 이 사건 법률조항이 적법절차의 원칙에 위배되는 것으로 보기도 어렵다.

재판관 권성, 재판관 주선희의 반대의견

행정상 즉시강제에 관한 실정법상의 근거를 등에 있어서는 가능하면 그 허용범위를 최소한도로 하여 규정하여야 하므로, 행정상 즉시강제 중 대물적 강제에의 근거조항을 설정함에 있어서 그 범위를 수거만이 아니라 폐기까지 확장하는 것이 정당화되려면 그 대상물을 즉시 폐기해야 할 필요성, 즉 폐기 자체의 독자적인 긴급성이 인정되어야만 한다. 이 사건의 경우 행정상 즉시강제의 발동을 요구하는 행정목적의 실현은 불법계입물의 수거만으로도 충분히 가능함에도 불구하고, 행정상 즉시강제의 근거조항에서 폐기까지 가능하도록 규정하고 있는 부분은 피해의 최소성의 요건에 위배되는 과도한 입법으로서 헌법에 위반된다.

【심판대상조문】

음반·비디오물및게임물에관한법률(2001. 5. 24. 법률 제6473호로 개정되기 전의 것) 제24조(폐쇄 및 수거조치 등) ①, ② 생략

③ 문화관광부장관, 시·도지사, 시장·군수·구청장은 다음 각호의 1에 해당하는 음반·비디오물 또는 게임물을 발견한 때에는 관계공무원으로 하여금 이를 수거하여 폐기하게 할 수 있다.

- 1.~3. 생략
4. 제18조 제5항의 규정에 의한 등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받은 비디오물 또는 게임물과 다른 내용의 비디오물 또는 게임물
5. 생략
- ④~⑥ 생략

【참조조문】

음반·비디오물및게임물에관한법률(2001. 5. 24. 법률 제6473호로 개정되기 전의 것) 제18조(등급분류) ① 비디오물 또는 게임물을 유통·시청제공 또는 오락제공을 목적으로 제작하거나 수입 또는 반입 추천을 받고자 하는 자는 미리 당해 비디오물 또는 게임물의 내용에 관하여 영상물등급위원회의 등급분류를 받아야 한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당

하는 경우와 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 대가를 받지 아니하고 18세 이상의 특정인들에 대하여 특정장소에서 시청제공하는 비디오물
 2. 문화관광부장관이 추천하는 영상제, 전시회 등에 상영·오락제공하는 비디오물 및 게임물
- ② 제1항의 규정에 의한 등급은 다음 각호와 같고, 등급의 분류기준과 절차는 영상물등급위원회의 규정으로 정한다. 다만, 게임제공업소에서만 사용하고자 하는 게임물은 제1호 및 제3호의 등급만 분류할 수 있다.
1. 전체이용가 : 연령에 제한 없이 누구나 이용할 수 있는 비디오물 및 게임물
 2. 12세 이용가 : 12세 미만의 자가 이용할 수 없는 비디오물 및 게임물
 - 2의2. 15세 이용가 : 15세 미만의 자가 이용할 수 없는 비디오물 및 게임물
 3. 18세 이용가 : 18세 미만의 자가 이용할 수 없는 비디오물 및 게임물
- ③ 영상물등급위원회는 사행성이 지나쳐서 제2항 제1호 내지 제3호의 등급을 부여할 수 없다고 인정하는 게임물에 대해서는 제2항의 규정에 불구하고 사용불가로 결정할 수 있다. 이 경우 사용불가로 결정된 게임물은 어떤 방식으로든지 유통 또는 오락제공되어서는 아니된다.
- ④ 생략
- ⑤ 누구든지 제1항의 규정에 의하여 등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받은 비디오물 또는 게임물과 다른 내용의 비디오물 또는 게임물을 제작·유통·시청제공 또는 오락제공하여서는 아니되며, 제2항 제3호에 해당하는 비디오물 및 게임물은 연소자에게 유통·시청제공 또는 오락제공을 하여서는 아니된다.
- ⑥ 생략
- 음반·비디오물및게임물에관한법률(2001. 5. 24. 법률 제6473호로 개정되기 전의 것) 제24조(폐쇄 및 수거조치 등) ①~③ 생략
- ④ 제3항의 규정에 의하여 관계공무원이 당해 음반·비디오물 또는 게임물을 수거한 때에는 그 소유자 또는 점유자에게 수거증을 교부하여야 한다.
- ⑤ 생략
- ⑥ 제1항 및 제3항의 규정에 의하여 게시물의 부착·봉인·수거 기타 처분을 하는 관계공무원이나 협회 또는 단체의 임·직원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 관계인에게 이를 내보여야 한다.

【당 사 자】

제 청 법 원 서울행정법원(2000아1105)

제청신청인 구영모

대리인 변호사 김정술

당 해 사 건 서울행정법원 2000구14510 수거폐기처분무효확인등

【주 문】

구 음반·비디오물및게임물에관한법률(2001. 5. 24. 법률 제6473호로 개정되기 전의 것) 제24조 제3항 제4호 중 게임물에 관한 규정 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 제청신청인은 울산 중구 성남동 255의 3에서 ‘코리아나 컴퓨터 게임장’을 운영하면서, ‘트로피’라는 게임물을 설치하여 영업하고 있는 자이다.

(2) 문화관광부장관은 서울지방검찰청 동부지청으로부터 게임물 제작업자가 1998. 4. 8. 위 게임물을 ‘램프식’으로 검사받은 다음 이와는 전혀 다른 형태의 ‘릴식’게임기로 불법 제조하여 유통하고 있다는 통보를 받고, 1999. 12. 21. 각 시·도에 게임제공업주 책임하에 ‘릴식 트로피’ 게임물을 2000. 1. 15. 까지 자진하여 폐기하도록 조치하고, 위 기한 이후부터는 구 음반·비디오물및게임물에관한법률(2001. 5. 24. 법률 제6473호로 개정되기 전의 것) 제24조 제3항 제4호의 규정에 의하여 위 게임기의 기판을 수거·폐기하도록 조치하라는 내용의 공문을 보냈다(이하 문화관광부장관의 위 행위를 “이 사건 지시”라 한다).

(3) 이에 울산광역시 중구청장은 2000. 5. 1. 그 소속 공무원으로 하여금 제청신청인 경영의 위 게임장을 단속하게 하여, 그곳에 있던 제청신청인 소유의 ‘릴식 트로피’ 기판 7대를 ‘등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받은 게임물과 다른 내용의 게임물’이라는 이유로, 위 법률조항에 의하여 수거하게 하였다(이하 울산광역시 중구청장의 위 행위를 “이 사건 수거처분”이라 한다).

(4) 이에 제청신청인은 2000. 5. 18. 서울행정법원 2000구14510호로 문화관광부장관과 울산광역시 중구청장을 피고로 하여, 우선 문화관광부장관과 울산광역시 중구청장이 함께 이 사건 수거처분을 하였음을 전제로, 주위적으로는 문화관광부장관의 이 사건 지시, 문화관광부장관과 울산광역시 중구청장의 이 사건 수거처분의 각 무효확인을 구하고, 예비적으로는 울산광역시 중구청장의 이 사건 수거처분의 취소를 구하는 본안소송을 제기하는 한편, 위 법률조항 중 게임물에 관한 규정 부분에 대하여 위헌제청신청을 하였고(같은 법원 2000아1105), 같은 법원은 이를 받아들여 이 사건 위헌법률심판제청을

하였다.

나. 심판의 대상

따라서 이 사건 심판의 대상은 구 음반·비디오물및게임물에관한법률(2001. 5. 24. 법률 제6473호로 개정되기 전의 것, 이하 “법”이라 한다) 제24조 제3항 제4호 중 게임물에 관한 규정 부분(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 규정내용 및 관련조항은 다음과 같다.

(1) 심판대상조항

법 제24조(폐쇄 및 수거조치 등) ①~② 생략

③ 문화관광부장관, 시·도지사, 시장·군수·구청장은 다음 각호의 1에 해당하는 음반·비디오물 또는 게임물을 발견한 때에는 관계공무원으로 하여금 이를 수거하여 폐기하게 할 수 있다.

1.~3. 생략

4. 제18조 제5항의 규정에 의한 등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받은 비디오물 또는 게임물과 다른 내용의 비디오물 또는 게임물

5. 생략

④~⑥ 생략

(2) 관련조항

법 제18조(등급분류) ① 비디오물 또는 게임물을 유통·시청제공 또는 오락제공을 목적으로 제작하거나 수입 또는 반입 추천을 받고자 하는 자는 미리 당해 비디오물 또는 게임물의 내용에 관하여 영상물등급위원회의 등급분류를 받아야 한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우와 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1.~2. 생략

② 제1항의 규정에 의한 등급은 다음 각호와 같고, 등급의 분류기준과 절차는 영상물등급위원회의 규정으로 정한다. 다만, 게임제공업소에서만 사용하고 자 하는 게임물은 제1호 및 제3호의 등급만 분류할 수 있다.

1. 전체이용가 : 연령에 제한없이 누구나 이용할 수 있는 비디오물 및 게임물

2. 12세이용가 : 12세미만의 자가 이용할 수 없는 비디오물 및 게임물

3. 18세이용가 : 18세미만의 자가 이용할 수 없는 비디오물 및 게임물

③ 영상물등급위원회는 사행성이 지나쳐서 제2항 제1호 내지 제3호의 등급을 부여할 수 없다고 인정하는 게임물에 대해서는 제2항의 규정에 불구하고

사용불가로 결정할 수 있다. 이 경우 사용불가로 결정된 게임물은 어떤 방식으로든지 유통 또는 오락제공되어서는 아니된다.

④ 생략

⑤ 누구든지 제1항의 규정에 의하여 등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받은 비디오물 또는 게임물과 다른 내용의 비디오물 또는 게임물을 제작·유통·시청제공 또는 오락제공하여서는 아니되며, 제2항 제3호에 해당하는 비디오물 및 게임물은 연소자에게 유통·시청제공 또는 오락제공을 하여서는 아니된다.

⑥ 생략

법 제24조(폐쇄 및 수거조치 등) ①~③ 생략

④ 제3항의 규정에 의하여 관계공무원이 당해 음반·비디오물 또는 게임물을 수거한 때에는 그 소유자 또는 점유자에게 수거증을 교부하여야 한다.

⑤ 생략

⑥ 제1항 및 제3항의 규정에 의하여 게시물의 부착·봉인·수거 기타 처분을 하는 관계공무원이나 협회 또는 단체의 임·직원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 관계인에게 이를 내보여야 한다.

2. 제청법원의 위헌심판제청이유와 관계기관의 의견

가. 제청법원의 위헌심판제청이유

(1) 관계행정청은 게임제공업주 등이 게임장에서 사용중인 미등급분류된 게임물 등을 적발한 경우, 우선 게임제공업주에 대하여 그 게임물의 사용중지나 수거·폐기를 명하는 등의 조치를 취함으로써 행정목적은 충분히 달성할 수 있고, 직접 게임물을 수거·폐기하는 조치는 급박한 사정이 있는 경우(게임물 제작업자가 불법게임물을 대량으로 제작하여 유통시키려 하는 경우 등)나 게임제공업주 등이 위 명령을 따르지 않는 경우 등에만 보충적으로 행사할 수 있도록 하여도 무방하다고 할 것이다.

그런데 이 사건 법률조항은 행정상 즉시강제의 일종으로서 관계행정청으로 하여금 어떤 게임물이 등급분류를 받지 아니한 게임물 등으로 판단되면, 긴급성 등 아무런 제한요건 없이 이를 수거·폐기할 수 있도록 규정하고 있는바, 행정청이 위 규정에 의거 미등급분류된 게임물 등을 막바로 수거하여 폐기해 버리면, 그 수거·폐기조치가 나중에 잘못된 것으로 판명되더라도 그 게임제공업주 등이 이를 반환받는 등의 원상회복이 불가능하게 되어 게임물 소유자의 소유권이 완전히 박탈되는 결과가 된다.

따라서 이 사건 법률조항은 관계행정청으로 하여금 행정목적 달성을 위하여 보다 완화된 기본권제한조치를 취하도록 하는 것이 가능함에도 불구하고, 과도한 기본권제한조치를 취하도록 규정함으로써 과잉금지의 원칙에 위배된다.

(2) 행정청이 이 사건 법률조항에 의거 미등급분류된 게임물 등을 막바로 수거하여 폐기해 버릴 경우에는 앞서 본 바와 같이 그 원상회복이 불가능하게 되어 그 게임제공업주 등이 소송에서 그 수거·폐기처분의 취소를 구할 소의 이익이 없어지게 되고, 따라서 사법절차를 통하여 구제받을 길을 완전히 봉쇄당하는 결과가 되므로, 이 사건 법률조항은 게임제공업주 등의 헌법상의 재판받을 권리를 침해하는 것이다.

나. 문화관광부장관의 의견

(1) 이 사건 법률조항은 불법게임물의 대량·반복 유통 및 이로 인한 우리 사회의 급속한 사행성 조장 분위기를 차단하기 위하여 부득이 불법유통현장에서 이를 수거함으로써, 게임장을 건전한 생활문화공간으로 육성하고, 나아가 우리 사회의 건전성을 기하고자 하는 입법목적에 가진 것이다.

(2) 만일 불법게임물을 적시에 수거하지 아니한다면, 증거인멸의 가능성이 농후하고(사진 및 진술만으로는 법정시비가 빈발할 우려가 있음), 불법게임물이 급속히 복제·변조되어 재유통되는 등 단속의 효과를 거둘 수 없을 뿐만 아니라, 불법게임물에 대한 불감증의 만연 및 불법게임물 단속으로 인한 벌과금을 감수하면서라도 한탕해보겠다는 심리의 팽배를 초래하여 우리 사회에 사행성이 조장되고, 건전한 사회기풍이 훼손될 우려가 있다. 따라서 불법게임물에 대한 수거조치는 법을 위반한 자에 대하여 불이익을 주어 경각심을 심어주고, 나아가 이들 불법게임물이 시중에 반복 유통되는 폐해를 막기 위한 부득이한 조치이다.

(3) 준사법적, 준입법적, 집행적 기능을 동시에 가지고 있는 영상물등급위원회의 등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받은 게임물과 다른 내용의 게임물이라 함은 이미 사행성이 농후한 게임물로서, 그 유통을 제한해야 할 시급성이 매우 높다고 할 것이므로, 행정부는 더 이상의 완화된 기본권제한조치로서는 그 행정 목적을 달성할 수 없다. 즉, 이 사건 법률조항은 급박하고 증거인멸의 우려가 있는 상황에서 부득이한 행정상 즉시강제로서의 성질을 가지고 있고, 국민 전체의 공익증진이라는 행정 목적을 실현하기 위한 부득이한 행정조치로서, 과잉금지의 원칙에 위배하여 재산권을 침해하는 것으로 볼

수 없다.

(4) 게임물은 관련 프로그램이 대부분 국내외에서 통용되는 등의 특성상 원상회복이 용이할 뿐만 아니라, 행정소송 이외에도 손해배상 등을 통한 소송상의 구제절차도 있을 수 있으므로, 이 사건 법률조항이 게임제공업주 등의 헌법상의 재판받을 권리를 침해하는 것도 아니다.

3. 판 단

가. 행정상 즉시강제의 의의 및 한계

이 사건 법률조항은 문화관광부장관, 시·도지사, 시장·군수·구청장이 법 제18조 제5항의 규정에 의한 등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받은 게임물과 다른 내용의 게임물을 발견한 때에는 관계공무원으로 하여금 이를 수거하여 폐기하게 할 수 있도록 규정하고 있는바, 이는 어떤 하명도 거치지 않고 행정청이 직접 대상물에 실력을 가하는 경우로서, 위 조항은 행정상 즉시강제 그 중에서도 대물적(對物的) 강제를 규정하고 있다고 할 것이다.

행정상 즉시강제란 행정강제의 일종으로서 목전의 급박한 행정상 장애를 제거할 필요가 있는 경우에, 미리 의무를 명할 시간적 여유가 없을 때 또는 그 성질상 의무를 명하여 가지고는 목적달성이 곤란할 때에, 직접 국민의 신체 또는 재산에 실력을 가하여 행정상 필요한 상태를 실현하는 작용이며, 법령 또는 행정처분에 의한 선행의 구체적 의무의 존재와 그 불이행을 전제로 하는 행정상 강제집행과 구별된다.

행정강제는 행정상 강제집행을 원칙으로 하며, 법치국가적 요청인 예측가능성과 법적 안정성에 반하고, 기본권 침해의 소지가 큰 권력작용인 행정상 즉시강제는 어디까지나 예외적인 강제수단이라고 할 것이다. 이러한 행정상 즉시강제는 엄격한 실정법상의 근거를 필요로 할 뿐만 아니라, 그 발동에 있어서는 법규의 범위 안에서 다시 행정상의 장애가 목전에 급박하고, 다른 수단으로는 행정목적 달성을 수 없는 경우이어야 하며, 이러한 경우에도 그 행사는 필요 최소한도에 그쳐야 함을 내용으로 하는 조리상의 한계에 기속된다.

나. 재산권의 침해 여부

(1) 이 사건 법률조항은 문화관광부장관, 시·도지사, 시장·군수·구청장이 법 제18조 제5항의 규정에 의한 등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받은 게임물과 다른 내용의 게임물을 발견한 때에는 관계공무원으로 하여금 이를 수거하여 폐기하게 할 수 있게 함으로써 게임제공업주 등의 재산권을

제한하는 규정이다. 그렇다면 헌법 제37조 제2항에 따라 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어 지켜야 할 기본원칙인 과잉금지의 원칙이 지켜져야 할 것이므로, 이 점에 관하여 본다.

(2) 법 제18조는 게임물의 등급분류에 관한 규정을 두어 게임물의 내용에 관하여 영상물등급위원회에 의한 등급분류를 받도록 하고, 등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받은 게임물과 다른 내용의 게임물을 제작·유통 또는 오락제공하는 것을 금지하고 있는바, 게임물의 등급분류제는 게임물의 내용에 따라 이용연령을 제한함으로써 국민의 문화생활 및 정서생활에 미치는 악영향을 방지하고, 게임물의 질적 향상을 도모하기 위한 것이다.

이 사건 법률조항의 입법목적은 등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받은 게임물과 다른 내용의 게임물(이하 “불법게임물”이라 한다)의 유통을 방지함으로써 게임물의 등급분류제를 정착시키고, 나아가 불법게임물로 인한 사행성의 조장을 억제하여 건전한 사회기풍을 조성하기 위한 것이라고 할 수 있다.

그렇다면 이 사건 법률조항의 입법목적의 정당성은 쉽게 수긍될 수 있을 뿐만 아니라, 이 사건 법률조항에서 게임제공업주에 대하여 먼저 불법게임물의 사용중지나 수거·폐기를 명하지 아니하고 즉시 그 게임물을 수거·폐기할 수 있도록 하는 행정상 즉시강제의 근거를 규정한 것이 위와 같은 입법목적에 기여하는 하나의 적절한 수단이 될 수 있음은 물론이다.

(3) 이 사건 법률조항의 수거·폐기에 관한 규정이 입법 목적을 달성하기 위하여 하나의 효과적이고 적절한 수단이 될 수 있다 하더라도, 침해의 최소성의 요건을 충족시키기 위하여는 입법목적의 달성을 위하여 똑같이 효과적인 방법 중에서 기본권을 보다 적게 침해하는 다른 방법이 있는지 여부가 검토되어야 한다.

첫째, 불법게임물에 대한 긴급한 수거의 필요성과 관련하여 이 사건 법률조항이 침해의 최소성의 요건을 충족시키는지 여부를 본다.

이와 관련하여 행정상 즉시강제란 개념 자체가 본질적으로 긴급성을 전제로 한 것으로서 행정상 즉시강제의 실정법적 근거를 등에 있어 긴급성의 요건을 명문화하는 것은 사족(蛇足)에 불과하다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항이 행정청에 의한 즉각적인 수거·폐기를 규정함에 있어 긴급성의 요건을 별도로 정하고 있지 않다고 하더라도 그것만으로 과도한 기본권이 제한이 될 수 없음은 명백하다.

그렇다면 이 경우 문제되는 것은 과연 행정상 즉시강제의 근거가 되는 이 사건 법률조항이 긴급한 상황에 대처하기 위한 불가피한 것으로 인정될 수 있는지 여부일 뿐이다.

불법게임물을 불법현장에서 즉시 수거하지 않으면 안될 이유로는 다음과 같은 것들을 들 수 있다.

먼저 증거인멸의 가능성이다. 즉, 게임물은 일반적으로 기관의 간단한 조작으로 게임의 형식이나 기능의 변경이 용이한 특성을 가지고 있어, 적법한 게임물을 불법게임물로 변조하거나 불법게임물을 적법한 게임물로 다시 원상회복시키는 일이 쉽게 이루어질 수 있으므로, 게임형식 등을 변조하여 등급분류를 받은 게임물과 다른 내용의 게임물로 영업을 하다가 적발된 경우라도 즉시 수거하지 않으면 후에 소송과정에서 불법영업을 입증하기가 대단히 어렵다는 것이다.

다음으로 들 수 있는 것은 불법게임물의 사행성으로 인한 폐해이다. 등급분류를 받지 않은 게임물은 사행성이 농후한 게임물인 경우가 대부분이고, 등급분류를 받은 게임물과 다른 내용의 게임물의 경우도 램프식으로 등급분류를 받은 후 릴식으로 변조하거나, 등급분류를 받을 당시의 정액과 배당 및 배팅 기능을 조작하는 등으로 게임물의 사행성을 강하게 변경하는 경우가 많은바, 이로 인하여 우리 사회에 사행성이 조장되어 건전한 사회기풍을 심각히 훼손할 우려가 크다는 점이다. 불법게임물을 제공하고 있는 게임제공업주에게 그 게임물의 사용중지나 수거를 명하더라도 그 자발적 이행을 기대하기 어려운 실정이므로, 게임제공업주에게 먼저 게임물의 사용중지나 수거를 명하고 그 불이행을 기다려 직접 수거에 나서는 것은 실효성이 없을 뿐만 아니라, 게임제공업주의 불법영업 및 부당이득의 기회를 연장시키는 폐해가 초래될 수 있다.

또한 불법게임물의 복제가능성을 들 수 있다. 게임물은 일반적으로 쉽게 복제가 될 수 있는 특성으로 인하여 대량으로 복제되어 유통될 가능성이 있는바, 특히 등급분류를 받은 게임물에 대한 변조가 게임물의 제조업자나 유통업자의 단계에서 이루어진 후 게임제공업주에게 공급되는 경우를 상정하여 보면, 불법게임물의 확산 이전에 즉시 수거하지 않으면 그 단속의 실효성을 기대하기 어렵다는 것을 쉽게 알 수 있다.

마지막으로, 불법게임물의 수거는 준사법적 기능을 가지고 있는 영상물등급위원회가 이미 행한 등급분류라는 유권적 판단에 기초한 것으로서, 불법게

입몰 여부의 판단에 행정청의 자의가 개입될 여지가 없으므로, 행정상 즉시강제를 허용한다고 하더라도 이로 인한 개인의 기본권 침해의 여지는 적다는 점도 지적할 수 있다.

이상의 점들을 고려하여 보면, 불법개입몰에 대하여 관계당사자에게 수거·폐기를 명하고 그 불이행을 기다려 직접강제 등 행정상의 강제집행으로 나아가는 원칙적인 방법으로는 목적달성이 곤란하다고 할 수 있으므로, 이 사건 법률조항의 설정은 위와 같은 급박한 상황에 대처하기 위한 것으로서 그 불가피성과 정당성이 충분히 인정되는 것으로 판단된다.

더구나 행정상 즉시강제는 그 근거조항이 규정하는 형식적 요건만 충족되면 언제라도 발동할 수 있는 것이 아니라, 구체적으로 행정상의 장애가 목전에 급박한 경우에만 발동할 수 있다고 하는 조리상의 한계를 준수하여야 함은 앞에서 본 바와 같다.

따라서 어느 모로 보나 이 사건 법률조항이 긴급성의 문제와 관련하여 기본권을 과도하게 제한하는 것으로는 보여지지 아니한다.

둘째, 관계공무원의 압류·폐기와 관계당사자에 대한 필요한 조치의 명령을 선택적인 것으로 규정하고 있는 식품위생법 제56조 제1항 등의 규정에 비교하여 볼 때, 관계공무원의 수거·폐기를 선택적으로 규정하고 있지 아니한 이 사건 법률조항이 피해의 최소성의 요건을 충족시킬 수 있는지 여부가 문제될 수 있다.

그러나 선택적 규정방식을 취하고 있는 경우에도 그 규정형식상 관계공무원에 의한 즉각적인 수거·폐기가 가능하도록 되어 있을 뿐만 아니라, 가사 이러한 선택적 규정이 없다고 하더라도 행정상 즉시강제는 다른 수단으로는 그 목적달성이 곤란한 경우에만 보충적으로 발동되어야 한다는 조리상의 한계에 따라 관계당사자에 대한 수거·폐기 등 필요한 조치의 명령을 통하여 목적달성이 가능한 경우에는 관계공무원에 의한 즉각적인 수거·폐기와 같은 행정상 즉시강제의 수단을 동원하여서는 아니될 것이기 때문에, 선택적 규정방식의 채부(採否)는 기본권의 제한 정도와 관련하여 특별한 의미를 가지는 것으로 보기 어렵다.

따라서 이 사건 법률조항이 관계공무원의 수거·폐기를 선택적인 것으로 규정하지 않았다는 이유로 피해의 최소성의 요건을 위반한 것으로는 보기 어렵다.

셋째, 이 사건 법률조항이 수거만이 아니라 긴급성과 무관한 것으로 보이는

폐기까지 가능하도록 규정하고 있는 것은, 불법게임물을 수거하여 폐기할 경우 나중에 그 수거·폐기조치가 잘못된 것으로 판명되더라도 그 원상회복이 불가능하게 되는 점을 고려할 때, 과도한 기본권의 제한이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다.

생각건대, 수거한 불법게임물의 사후처리와 관련하여 폐기의 필요성이 인정되는 경우가 있음은 부인할 수 없다고 할 것인데, 이 사건 법률조항은 이러한 경우에 대비한 폐기의 근거규정의 성격을 가지고 있는 것으로서, 실제로 폐기에 나아감에 있어서는 비례의 원칙에 의한 엄격한 제한을 받는다고 할 것이다. 즉, 행정상 즉시강제의 발동은 여러 적합한 수단 중에서도 최소한의 침해를 가져오는 수단을 선택하여야 한다는 비례의 원칙에 의한 제한을 받기 때문에, 만일 수거만으로 행정목적의 달성이 충분히 가능함에도 폐기까지 하는 것은 비례의 원칙의 위반이 될 것이다.

행정의 실재를 보면, 불법게임물은 불법현장에서 이를 수거하더라도 즉시 폐기하는 것이 아니라 게임물 등의 등급분류 이외에 등급분류의 사후관리에 관한 사항까지 관장하고 있는 영상물등급위원회에 송부되어 등급분류를 받은 게임물인지 여부 또는 등급분류를 받은 게임물과 다른 게임물인지 여부에 관한 확인 절차를 반드시 거치도록 하고 있으므로, 적법한 게임물이 잘못 폐기되는 일은 발생하기 어렵다.

또한 불법게임물의 유통·오락제공 등은 행정처분(법 제13조 제1항 제9호) 또는 형사처벌(법 제29조 제1항 제6호, 제30조 제5호)의 대상이 되는바, 이에 따라 수거된 불법게임물이 형사소송 등의 소송절차에서 증거물이 되는 경우 등에는 소송종결 전까지는 폐기되지 아니하며, 소송종결 이후에 검사의 지휘를 받는 등의 절차에 따라 폐기되고 있다.

따라서 이 사건 법률조항이 폐기의 근거를 마련하고 있다고 하여 그것만으로 이를 과도한 입법이라고 보기는 어렵다.

요컨대, 이 사건 법률조항이 긴급성의 요건을 명시하지 아니하고 있고, 관계당사자에 대한 수거·폐기의 명령을 선택적으로 규정하고 있지도 아니하며, 수거뿐만 아니라 폐기까지 가능하도록 규정하고 있다 하여도, 피해의 최소성의 요건을 위반한 것으로는 볼 수 없다.

또한 이 사건 법률조항이 불법게임물의 수거·폐기에 관한 행정상 즉시강제를 허용함으로써 게임제공업주 등이 입게 되는 불이익보다는 이를 허용함으로써 보호되는 공익이 더 크다고 볼 수 있으므로, 법익의 균형성의 원칙에

위배되는 것도 아니라 할 것이다.

(4) 결국 이 사건 법률조항에 의한 행정상 즉시강제의 허용은 과잉금지의 원칙의 위배 여부를 판단함에 있어 고려되어야 할 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성 등 모든 요건을 충족하였다고 보여지므로, 이 사건 법률조항이 과잉금지의 원칙에 위배하여 청구인의 재산권을 침해하였다고 볼 수 없다.

다. 재판청구권의 침해 여부

제청법원은 행정청이 이 사건 법률조항에 따라 불법게임물을 곧바로 수거하여 폐기해 버릴 경우에는 그 원상회복이 불가능하게 되어 그 게임제공업주 등이 소송에서 그 수거·폐기처분의 취소를 구할 소의 이익이 없어지게 되고, 이로 인하여 게임제공업주 등의 헌법상의 재판받을 권리가 침해된다고 하므로, 이 점에 관하여 본다.

헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하여, 재판청구권을 보장하고 있다.

재판청구권은 권리보호절차의 개설과 개설된 절차에의 접근의 효율성에 관한 절차법적 요청으로서, 권리구제절차 내지 소송절차를 규정하는 절차법에 의하여 구체적으로 형성·실현되며, 또한 이에 의하여 제한되는 것이다.

그런데 이 사건 법률조항은 행정상 즉시강제에 관한 근거규정으로서 권리구제절차 내지 소송절차를 규정하는 절차법적 성격을 전혀 갖고 있지 아니하기 때문에, 이 사건 법률조항에 의하여는 재판청구권이 침해될 여지가 없다.

가사 불법게임물의 즉각적인 수거·폐기로 인하여 그 게임제공업주 등이 행정소송에서 즉시강제의 취소를 구할 소의 이익이 없어지게 되는 경우를 상정한다고 하더라도, 이로 인하여 앞에서 본바와 같은 재산권의 침해 여부가 문제될지언정, 재판청구권이 침해될 수는 없다고 보아야 할 것이다.

라. 영장주의와 적법절차의 원칙에 위배되는지 여부

(1) 헌법 제12조 제3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.”라고 규정하고 있고, 헌법 제16조는 “주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

이 사건 법률조항은 영장에 관하여 아무런 규정을 두지 아니하면서, 법 제 24조 제4항 및 제6항에서 '수거증 교부' 및 '증표 제시'에 관한 규정을 두고 있는 점으로 미루어 보아 영장제도를 배제하고 있는 취지로 해석되므로, 이 사건 법률조항이 영장주의에 위배되는지 여부가 문제된다.

영장주의가 행정상 즉시강제에도 적용되는지에 관하여는 논란이 있으나, 행정상 즉시강제는 상대방의 임의이행을 기다릴 시간적 여유가 없을 때 하명 없이 바로 실력을 행사하는 것으로서, 그 본질상 급박성을 요건으로 하고 있어 법관의 영장을 기다려서는 그 목적을 달성할 수 없다고 할 것이므로, 원칙적으로 영장주의가 적용되지 않는다고 보아야 할 것이다.

만일 어떤 법률조항이 영장주의를 배제할 만한 합리적인 이유가 없을 정도로 급박성이 인정되지 아니함에도 행정상 즉시강제를 인정하고 있다면, 이러한 법률조항은 이미 그 자체로 과잉금지의 원칙에 위반되는 것으로서 위헌이라고 할 것이다.

이 사건 법률조항은 앞에서 본바와 같이 급박한 상황에 대처하기 위한 것으로서 그 불가피성과 정당성이 충분히 인정되는 경우이므로, 이 사건 법률조항이 영장 없는 수거를 인정한다고 하더라도 이를 두고 헌법상 영장주의에 위배되는 것으로는 볼 수 없다.

(2) 한편, 이 사건 법률조항은 수거에 앞서 청문이나 의견제출 등 절차보장에 관한 규정을 두고 있지 않으나, 행정상 즉시강제는 목전에 급박한 장해에 대하여 바로 실력을 가하는 작용이라는 특성에 비추어 사전적(事前的) 절차와 친하기 어렵다는 점을 고려하면, 이를 이유로 적법절차의 원칙에 위반되는 것으로는 볼 수 없다.

그러나 비록 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 수거의 경우 영장주의의 배제가 용인되고, 그 성격상 사전적 절차와 친하지 아니함을 인정한다고 하더라도, 일체의 절차적 보장이 배제된다고 볼 것은 아니며, 국가권력의 남용을 방지하고 국민의 권리를 보호하기 위하여 적법절차의 관점에서 일정한 절차적 보장이 요청된다.

이러한 관점에서 법 제24조 제4항은 관계공무원이 당해 게임물 등을 수거한 때에는 그 소유자 또는 점유자에게 수거증을 교부하도록 하고 있고, 동조 제6항은 수거 등 처분을 하는 관계공무원이나 협회 또는 단체의 임·직원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 관계인에게 이를 제시하도록 하는 등의 절차적 요건을 규정하고 있으므로, 이 사건 법률조항이 적법절차의 원칙에 위

배되는 것으로 보기도 어렵다.

4. 결 론

이상과 같은 이유로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로, 아래 5.와 같은 재판관 권성, 재판관 주선회의 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 권성, 재판관 주선회의 반대의견

우리는 다수의견과는 달리 행정상 즉시강제의 근거가 되는 이 사건 법률조항에서 폐기까지 가능하도록 규정한 부분은 헌법에 위반된다고 생각한다.

이 사건 법률조항은 “문화관광부장관, 시·도지사, 시장·군수·구청장은……계입물을 발견한 때에는 관계공무원으로 하여금 이를 수거하여 폐기하게 할 수 있다.”라고 규정함으로써 수거에 관한 규정을 두는 것에 그치지 아니하고 폐기까지 가능하도록 규정하고 있다.

행정상 즉시강제는 사전에 구체적 의무를 부과하고 그 불이행을 기다려서 하는 것이 아니라 구체적 의무를 명함이 없이 직접 실력을 행사한다는 점에서, 법치국가적 요청인 예측가능성과 법적 안정성에 반하고, 기본권 침해의 소지가 큰 권력작용임은 다수의견도 인정하고 있는바, 이러한 행정상 즉시강제는 극히 예외적으로만 인정되어야 함은 물론이다.

따라서 행정상 즉시강제에 관한 실정법상의 근거를 뒀어 있어서도 가능하면 그 허용범위를 최소한도로 하여 규정하지 않으면 안되는 것이다.

행정상 즉시강제 중 대물적(對物的) 강제의 근거조항을 설정함에 있어서 그 범위를 수거만이 아니라 폐기까지 확장하는 것이 정당화되려면 그 대상물을 즉시 폐기해야 할 필요성, 즉 폐기 자체의 독자적인 긴급성이 인정되어야만 할 것이고, 그 예로는, 가축전염병예방법 제31조 제1항이 규정하고 있는 “가축전염병의 병원체에 오염되었거나 오염되었다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 검역물을 발견한 때 또는 공중위생상 위해가 발생할 우려가 있는 검역물을 발견한 때”와 같은 경우 등을 들 수 있을 것이다. 이때에는 전염병이 퍼지는 것을 시각을 다투어 막아야할 긴급성이 있고 폐기에 상당하다고 볼 살처분(殺處分) 이외의 방법으로는 전염병의 퍼짐을 확실하게 막을 적절한 대책을 즉각 시행하기 어려우며 단순한 격리 내지 보관 조치에는 많은 노력과 비용이 들게 된다.

그러나 이 사건 법률조항이 규율대상으로 하고 있는 불법계입물에 관하여 보면, 그 성격상 수거의 긴급성은 인정될 수 있으나, 이를 즉시 폐기하지 않으

면 안될 긴급한 필요성이 인정되는 경우를 생각하기 어렵다.

따라서 우리는 불법게임물을 불법현장에서 즉시 수거해야 할 필요성이 인정된다는 점에 관하여는 다수의견과 견해를 같이 하나, 이 사건의 경우 행정상 즉시강제의 발동을 요구하는 행정목적의 실현은 불법게임물의 수거만으로도 충분히 가능함에도 불구하고, 행정상 즉시강제의 근거조항에서 폐기까지 가능하도록 규정한 것은 규제목적을 넘는 과도한 입법이라고 보는 것이다.

다수의견은 이 사건 법률조항이 불법게임물의 사후처리와 관련한 폐기의 필요성에 대비한 근거규정의 성격을 갖는 것으로서 실제로 폐기를 함에 있어서는 비례의 원칙에 의한 엄격한 제한을 받을 뿐만 아니라, 행정의 실재를 보더라도 불법게임물이 즉시 폐기되는 일은 없다는 점 등을 들어 과도한 입법이 아니라고 주장하는 것으로 보인다.

그러나 비록 비례의 원칙과 같은 조리상의 한계가 존재하고 행정의 실재에서 그로 인한 폐해가 발견되지 아니한다고 하여도 이러한 사실만으로, 즉각적인 폐기의 길을 열어 놓은 이 조항의 위헌성을 덮을 수는 없으므로, 이 사건 법률조항은 여전히 위헌임을 면치 못하다고 할 것이다.

요컨대, 우리는 이 사건 법률조항에서 수거뿐만 아니라 폐기까지 가능하도록 규정하고 있는 부분은 피해의 최소성의 요건에 위배되는 과도한 입법으로서 헌법에 위반된다고 생각하므로, 이에 다수의견에 대한 반대의견을 밝히는 것이다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성 김효종
김경일 송인준(주심) 주선희

강남구청과 대통령간의 권한쟁의

(2002. 10. 31. 2001헌라1 전원재판부)

【판시사항】

1. 헌법 제117조 제1항이 보장하는 지방자치권한의 내용과 한계
2. 헌법 제117조 제1항에서 규정하고 있는 ‘법령’의 의미
3. 시간외근무수당의 지급기준·지급방법 등에 관하여 필요한 사항은 행정자치부장관이 정하는 범위 안에서 지방자치단체의 장이 정하도록 규정하고 있는 지방공무원수당등에관한규정 제15조 제4항(이하 ‘문제조항’이라 한다)이 헌법 제117조 제1항에 위반되는지 여부(소극)
4. 법률에서 위임받은 것을 재위임하는 것의 한계
5. 문제조항이 재위임의 한계를 일탈한 것인지 여부(소극)
6. 문제조항이 청구인의 헌법상 자치권한을 본질적으로 침해한 것인지 여부(소극)
7. 지방자치법 제9조 제2항 제1호 마목 및 사목에서 규정하는 자치권한의 내용과 한계
8. 문제조항이 청구인의 위 지방자치법상 자치권한을 침해한 것인지 여부(소극)

【결정요지】

1. 헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”고 규정하여 지방자치제도의 보장과 지방자치단체의 자치권을 규정하고 있다. 헌법이 규정하는 이러한 자치권 가운데에는 자치에 관한 규정을 스스로 제정할 수 있는 자치입법권은 물론이고 그밖에 그 소속 공무원에 대한 인사와 처우를 스스로 결정하고 이에 관련된 예산을 스스로 편성하여 집행하는 권한이 성질상 당연히 포함된다. 다만, 이러한 헌법상의 자치권의 범위는 법령에 의하여 형성되고 제한된다. 헌법도 제117조 제1항에서 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다고 하였고 제 118조 제2항

에서 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다고 규정하고 있다.

2. 헌법 제117조 제1항에서 규정하고 있는 ‘법령’에 법률 이외에 헌법 제75조 및 제95조 등에 의거한 ‘대통령령’, ‘총리령’ 및 ‘부령’과 같은 법규명령이 포함되는 것은 물론이지만, 헌법재판소의 “법령의 직접적인 위임에 따라 수임행정기관이 그 법령을 시행하는데 필요한 구체적 사항을 정한 것이면, 그 제정형식은 비록 법규명령이 아닌 고시, 훈령, 예규 등과 같은 행정규칙이더라도, 그것이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한, 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서 기능하게 된다고 보아야 한다”고 판시한 바에 따라, 헌법 제117조 제1항에서 규정하는 ‘법령’에는 법규명령으로서 기능하는 행정규칙이 포함된다.

3. 문제조항에서 말하는 ‘행정자치부장관이 정하는 범위’라는 것은 ‘법규명령으로 기능하는 행정규칙에 의하여 정하여지는 범위’를 가리키는 것이고 법규명령이 아닌 단순한 행정규칙에 의하여 정하여지는 것은 이에 포함되지 않는다고 해석되므로 문제조항은 헌법 제117조 제1항에 위반되는 것이 아니다.

4. 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 모두 재위임하는 것은 ‘위임받은 권한을 그대로 다시 위임할 수 없다’는 복위임금지의 법리에 반할 뿐 아니라 수권법의 내용변경을 초래하는 것이 되고, 대통령령 이외의 법규명령의 제정·개정절차가 대통령령에 비하여 보다 용이한 점을 고려할 때 하위의 법규명령에 대한 재위임의 경우에도 대통령령에의 위임에 가하여지는 헌법상의 제한이 마땅히 적용되어야 할 것이다. 따라서 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 아니하고 그대로 하위의 법규명령에 재위임하는 것은 허용되지 않으며 위임받은 사항에 관하여 대강(大綱)을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위의 법규명령에 다시 위임하는 경우에만 재위임이 허용된다.

5. 문제조항은 법률에서 위임받은 사항을 전면적으로 재위임한 것이 아니라 위임받은 사항의 대강을 규정한 다음 단지 그 세부사항의 범위만을 재위임한 것이므로 결코 재위임의 한계를 일탈한 것이 아니다.

6. 문제조항은 시간외근무수당의 대강을 스스로 정하면서 단지 그 지급기준·지급방법 등의 범위만을 행정자치부장관이 정하도록 하고 있을 뿐이므로 청구인은 그 한계내에서 자신의 자치입법권을 행사하여 시간외근무수당에 관한 구체적 사항을 자신의 규칙으로 직접 제정하고 이를 위하여 스스로 예산을 편성, 집행하고 또 이를 토대로 하여 관련된 인사문제를 결정할 수 있는 것이다. 또한 행정자치부장관이 정하게 되는 ‘범위’라는 것이, 지방자치단체장의 구체적인 결정권 행사의 여지를 전혀 남기지 않는 획일적인 기준을 의미하는 것으로 볼 근거는 전혀 없는 것이므로, 문제조항은 그 형식이나 내용면에서 결코 지방자치단체장의 규칙제정권, 인사권, 재정권 등을 부정하는 것이 아니므로 청구인의 헌법상 자치권한을 본질적으로 침해한다고 볼 수 없다.

7. 지방자치법 제9조 제2항 제1호 마목은 청구인에게 소속공무원의 인사·후생복지 및 교육에 관한 자치사무를 처리할 수 있는 권한을 부여하고 있고 여기서 ‘인사·후생복지’에는 보수와 수당의 지급이 포함된다고 볼 수 있다. 따라서 청구인은 지방자치법 제9조 제2항 제1호 마목에 근거하여 청구인 소속 지방공무원의 수당에 관한 지급기준, 금액, 절차, 방법 등을 구체화하는 규칙의 제정 및 시행에 관한 권한을 가진다. 또한 지방자치법 제9조 제2항 제1호 사목은 청구인에게 자치사무에 관한 예산의 편성·집행 권한을 부여하고 있으므로 청구인은 위 법조항에 근거하여 그 소속 공무원의 수당에 관한 예산의 편성 및 집행권한을 가진다. 이러한 청구인의 권한들은 “지방자치단체는 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”고 한 헌법 제117조 제1항에 따라 그 내용과 범위가 법령에 의하여 확정된다.

8. 헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”고 하여 법령의 규정이 지방자치단체의 자치입법권에 우선하고 있음을 명시하고 있거니와 여기서 말하는 ‘법령’ 가운데에는 법규명령으로서 기능하는 행정규칙이 포함되는 것이므로 문제조항이 법규명령으로 기능하는 행정규칙에 의하여 청구인의 법률상의 권한을 제한하도록 한 것이라면, 그 제한이 지방자치의 본질을 침해하는 것이 아닌 한, 이는 청구인의 권한을 침해

하는 것이 아니다. 그리고 문제조항에서 말하는 ‘행정자치부장관이 정하는 범위’라는 것은 ‘법규명령으로 기능하는 행정규칙에 의하여 정하여지는 범위’를 가리키는 것이고 법규명령이 아닌 단순한 행정규칙에 의하여 정하여지는 것은 이에 포함되지 않는다고 해석되므로 문제조항은 법규명령에 의한 자치권의 제한 이상을 의미하는 것이 아니므로, 청구인의 법률상 권한을 침해하는 것이 아니다.

【심판대상조문】

지방공무원수당등에관한규정(2001. 1. 29. 대통령령 제17113호로 신설된 것) 제15조(시간외근무수당) ①~③ 생략
④ 시간외근무수당의 지급기준·지급방법 등에 관하여 필요한 사항은 행정자치부장관이 정하는 범위안에서 지방자치단체의 장이 정한다.

【참조조문】

헌법 제117조 제1항

지방공무원수당등에관한규정(2001. 1. 29. 대통령령 제17113호로 신설된 것) 제15조(시간외근무수당) ① 근무명령에 의하여 규정된 근무시간외에 근무한 자에 대하여는 예산의 범위안에서 시간외근무수당을 지급한다. 다만, 비전임계약직공무원에 대하여는 이를 지급하지 아니한다.

② 시간외근무수당은 매 시간에 대하여 당해 공무원에게 적용되는 기준호봉의 봉급액의 7할(계약직공무원의 경우에는 당해 공무원의 연봉월액의 60퍼센트 해당금액의 5할을 말하며, 이하 “봉급기준액”이라 한다)의 192분의 1의 15할을 지급한다.

③, ④ 생략

지방공무원법(2000. 12. 29. 법률 제6322호로 일부개정된 것) 제44조(보수결정의 원칙)

① 생략

② 경력직공무원 상호간의 보수 및 경력직공무원과 특수경력직공무원 상호간의 보수는 균형을 도모하여야 한다.

③ 이 법 기타 법령에 의한 보수에 관한 규정에 의하지 아니하고는 어떠한 금전 또는 유가물도 공무원의 보수로 지급될 수 없다.

지방공무원법(2000. 12. 29. 법률 제6322호로 일부개정된 것) 제45조(보수에 관한 규정)

① 공무원의 보수에 관한 다음 사항은 대통령령으로 정한다.

1. 봉급·호봉 및 승급에 관한 사항
2. 수당에 관한 사항
3. 보수의 지급방법, 보수의 계산 기타 보수지급에 관한 사항

② 생략

지방자치법(2000. 1. 12. 법률 제6115호로 일부개정된 것) 제9조(지방자치단체의 사무범위) ① 지방자치단체는 그 관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무를 처리한다.

② 제1항의 규정에 의한 지방자치단체의 사무를 예시하면 다음 각호와 같다. 다만, 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 지방자치단체의 구역, 조직 및 행정관리 등에 관한 사무

가.~라. 생략

마. 소속공무원의 인사·후생복지 및 교육

바. 생략

사. 예산의 편성·집행 및 회계감사와 재산관리

아.~카. 생략

2.~6. 생략

지방재정법(2000. 1. 12. 법률 제6113호로 개정된 것) 제30조(예산의 편성) ① 지방자치단체는 법령 및 조례가 정하는 범위 안에서 합리적인 기준에 의하여 그 경비를 산정하여 예산에 계상하여야 한다.

②~④ 생략

⑤ 지방자치단체의 매 회계년도의 예산편성기본지침은 행정자치부장관이 관계중앙행정기관의 장의 의견을 들어 작성한 다음 전년도 7월 31일까지 지방자치단체에 시달하여야 한다. 다만, 예산편성기본지침이 시달된 후 지방자치단체의 재정에 영향을 미치는 중요한 국가시책이 수립되거나 변경되는 경우에는 이미 시달된 지침을 변경하여 시달할 수 있다.

지방재정법시행령(2000. 10. 20. 대통령령 제16983호로 일부개정된 것) 제30조(예산의 편성) ① 지방자치단체의 예산은 법령에 다른 규정이 없는 한 법 제30조 제5항의 규정에 의한 예산편성기본지침에 따라 편성하여야 한다.

②~④ 생략

⑤ 투자심사의 기준 기타 투자심사에 관하여 필요한 사항은 행정자치부령으로 정한다.

【참조판례】

2. 헌재 1992. 6. 26. 91헌마25, 판례집 4, 444

4. 헌재 1996. 2. 29. 94헌마13, 판례집, 8-1, 126

【당 사 자】

청 구 인 강남구

대표자 구청장 권문용

대리인 변호사 황도수

피청구인 대통령

대리인 법무법인 총정
담당변호사 김주원 외 3인

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 피청구인은 2001. 1. 29. 대통령령 제17113호로 “시간외근무수당의 지급기준·지급방법 등에 관하여 필요한 사항은 행정자치부장관이 정하는 범위 안에서 지방자치단체의 장이 정한다”라는 내용의 지방공무원수당등에관한규정 제15조 제4항을 신설, 제정하였는데 이로 말미암아 청구인은 그 소속 지방공무원들의 시간외근무수당의 지급기준·지급방법 등을 정함에 있어서 ‘행정자치부장관이 정하는 범위’내에서 이를 하여야 하는 제약을 받게 되었다.

(2) 청구인은 헌법 제117조, 제118조 및 지방자치법에 근거하여 설립된 지방자치단체로서 자치입법권, 인적고권 및 재정고권의 헌법상의 지방자치권한을 가지며 지방자치법 제9조 제2항 제1호 마목 및 사목에 의하여 청구인 소속 지방공무원의 수당에 관한 지급기준, 절차, 방법 등을 구체화하는 규칙의 제정 및 시행에 관한 권한과 이에 관련된 예산의 편성 및 집행에 관한 권한을 가지는데, 피청구인이 위와 같은 규정을 제정하여 청구인의 이 권한들을 침해하였다고 청구인은 주장하면서 그 침해의 확인과 위 규정의 무효확인 또는 취소를 구하는 권한쟁의심판을 제기하였다.

나. 심판의 대상

(1) 심판대상은 피청구인이 지방공무원수당등에관한규정 제15조 제4항(2001. 1. 29. 대통령령 제17113호로 신설된 것, 이하 ‘문제조항’이라 한다)이 위헌이어서 이를 제정한 행위가 청구인의 권한을 침해하는 것인지 여부 및 이로 인하여 이 사건 규정조항이 무효이거나 취소되어야 하는 것인지 여부이다. 문제조항 및 관련법규의 내용은 다음과 같다.

(가) 문제조항(다음 각항 중 밑줄을 친 제4항 부분만이 이에 해당함)

지방공무원수당등에관한규정 제15조 ① 근무명령에 의하여 규정된 근무시

간외에 근무한 자에 대하여는 예산의 범위안에서 시간외근무수당을 지급한다. 다만, 비전입계약직공무원에 대하여는 이를 지급하지 아니한다.

② 시간외근무수당은 매 시간에 대하여 당해 공무원에게 적용되는 기준호봉의 봉급액의 7할(계약직공무원의 경우에는 당해 공무원의 연봉월액의 60퍼센트 해당금액의 5할을 말하며, 이하 “봉급기준액”이라 한다)의 192분의 1의 15할을 지급한다.

③ 생략

④ 시간외근무수당의 지급기준·지급방법 등에 관하여 필요한 사항은 행정자치부장관이 정하는 범위 안에서 지방자치단체의 장이 정한다.

(나) 관련법규

○ 지방공무원법(2000. 12. 29. 법률 제6322호로 일부개정된 것) 제44조(보수결정의 원칙) ① 생략

② 경력직공무원 상호간의 보수 및 경력직공무원과 특수경력직공무원 상호간의 보수는 균형을 도모하여야 한다.

③ 이 법 기타 법령에 의한 보수에 관한 규정에 의하지 아니하고는 어떠한 금전 또는 유가물도 공무원의 보수로 지급될 수 없다.

제45조(보수에 관한 규정) ① 공무원의 보수에 관한 다음 사항은 대통령령으로 정한다.

1. 봉급·호봉 및 승급에 관한 사항
2. 수당에 관한 사항
3. 보수의 지급방법, 보수의 계산 기타 보수지급에 관한 사항

② 생략

○ 지방자치법(2000. 1. 12. 법률 제6115호로 일부 개정된 것) 제9조(지방자치단체의 사무범위) ① 지방자치단체는 그 관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무를 처리한다.

② 제1항의 규정에 의한 지방자치단체의 사무를 예시하면 다음 각호와 같다. 다만, 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 지방자치단체의 구역, 조직 및 행정관리등에 관한 사무
 - 가.~라. 생략
 - 마. 소속공무원의 인사·후생복지 및 교육
 - 바. 생략
 - 사. 예산의 편성·집행 및 회계감사와 재산관리

아.~카. 생략

○ 지방재정법(2000. 1. 12. 법률 제6113호로 개정된 것) 제30조(예산의 편성) ① 지방자치단체는 법령 및 조례가 정하는 범위안에서 합리적인 기준에 의하여 그 경비를 산정하여 예산에 계상하여야 한다.

②~④ 생략

⑤ 지방자치단체의 매 회계년도의 예산편성기본지침은 행정자치부장관이 관계중앙행정기관의 장의 의견을 들어 작성한 다음 전년도 7월 31일까지 지방자치단체에 시달하여야 한다. 다만, 예산편성기본지침이 시달된 후 지방자치단체의 재정에 영향을 미치는 중요한 국가시책이 수립되거나 변경되는 경우에는 이미 시달된 지침을 변경하여 시달할 수 있다.

○ 지방재정법시행령(2000. 10. 20. 대통령령 제16983호로 일부 개정된 것) 제30조(예산의 편성) ① 지방자치단체의 예산은 법령에 다른 규정이 없는 한 법 제30조 제5항의 규정에 의한 예산편성기본지침에 따라 편성하여야 한다.

②~④ 생략

⑤ 투자심사의 기준 기타 투자심사에 관하여 필요한 사항은 행정자치부령으로 정한다.

2. 청구인의 주장과 피청구인의 답변 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 청구인은 헌법 제117조, 제118조 및 지방자치법에 근거하여 설립된 지방자치단체로서 인적고권, 재정고권 등의 지방자치권한을 가진다. 그리고 청구인은 지방자치법 제9조 제2항 제1호 마목 및 사목에 의하여 소속 공무원의 인사, 후생복지 및 예산의 편성·집행에 관한 자치사무를 처리할 수 있는 권한, 즉 규칙제정권과 예산의 편성·집행권을 가진다.

(2) 청구인의 규칙제정권과 예산의 편성·집행권한은 자치사무에 해당되므로 국가의 감독은 적법성의 구비 여부에 한정되는 것이고(지방자치법 제157조 제1항 제2문은 “자치사무에 관한 명령이나 처분에 있어서는 법령에 위반되는 것에 한하여 시정명령할 수 있다”고 규정하고 있다), 법률 및 (법률이 구체적인 범위를 정하여 위임한 사항을 규정한) 대통령령이나 부령에 의하여 규제받을 뿐이다.

(3) 헌법 제117조에서 말하는 ‘법령’은 ‘법률과 법규명령’에 한정되고 행정규칙은 비록 그것이 대통령령의 위임에 의하여 이루어진 것이라도 법규명령

이 아니므로 이에 포함되지 아니한다. 따라서 지방자치단체의 자치사무는 ‘헌법-법률-대통령령 및 부령-지방자치단체의 자치법규’의 위계에 따라서 순차로 규율되는 것이다. 그럼에도 불구하고 문제조항은 행정규칙에 의한 자치사무의 규율을 인정하였으므로 이는 헌법 제117조에 위배된다.

(4) 문제조항은 국가의 행정기관인 행정자치부장관으로 하여금, 청구인에 소속된 공무원들의 시간외근무수당의 지급기준·지급방법 등을 스스로 결정할 수 있는 인적고권과 재정고권 등 자치권한을 가진 청구인에 대하여, 지시할 수 있는 권한을 부여한 것이므로 이는 헌법 제117조 및 제118조가 정하는 지방자치제도의 본질을 침해하고 지방자치단체의 자치권한을 침해한 것으로서 위헌이다.

(5) 지방공무원법 제45조 제1항은 지방공무원의 보수에 관한 사항을 대통령령에서 정하도록 규정하고 있는데도 불구하고 문제조항은 대통령령에서 정할 사항을 행정자치부장관이 정하도록 재위임하고 있으므로 위헌이다.

나. 피청구인의 답변 요지 : 별지와 같다.

다. 행정자치부장관의 의견 요지 : 별지와 같다.

3. 판 단

가. 청구인의 헌법상 권한을 침해하는지 여부

피청구인이 제정한 문제조항으로 말미암아 지방자치단체의 장은 시간외근무수당의 지급기준, 지급방법 등에 관하여 행정자치부장관의 지침에 구속을 받게 되었고 이로 인하여 시간외근무수당의 지급에 대하여 자율적으로 정할 수 있는 권한의 범위가 줄어들게 되었다.

청구인은 문제조항으로 인한 이러한 권한의 축소는 청구인의 자치입법권 등 헌법상의 지방자치권한을 침해하는 것이라고 주장하므로 이에 대하여 살펴본다.

(1) 헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”고 규정하여 지방자치제도의 보장과 지방자치단체의 자치권을 규정하고 있다. 헌법이 규정하는 이러한 자치권 가운데에는 자치에 관한 규정을 스스로 제정할 수 있는 자치입법권은 물론이고 그밖에 그 소속 공무원에 대한 인사와 처우를 스스로 결정하고 이에 관련된 예산을 스스로 편성하여 집행하는 권한이 성질상 당연히 포함된다. 자치권은 자치임무의 효율적인 수행의 전제가 되므로 위와 같은 자치권의 보장은 자치제도의 보장과 분리하여 생각할

수 없기 때문이다.

다만, 이러한 헌법상의 자치권의 범위는 법령에 의하여 형성되고 제한된다. 헌법도 제117조 제1항에서 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다고 하였고 제118조 제2항에서 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다고 규정하고 있다.

그런데 청구인은 헌법 제117조에서 말하는 ‘법령’은 법률과 법규명령에 한정되므로 법규명령이 아니라 행정규칙에 불과한 행정자치부장관의 지침 등에 의하여 지방자치단체장의 권한을 제한하는 것은 헌법 제117조에 위배되어 청구인에게 부여된 헌법상의 자치권한을 침해한다고 주장한다.

그러나 헌법 제117조 제1항에서 규정하고 있는 ‘법령’에 법률 이외에 헌법 제75조 및 제95조 등에 의거한 ‘대통령령’, ‘총리령’ 및 ‘부령’과 같은 법규명령이 포함되는 것은 물론이지만, 헌법재판소의 “법령의 직접적인 위임에 따라 수입행정기관이 그 법령을 시행하는데 필요한 구체적 사항을 정한 것이면, 그 제정형식은 비록 법규명령이 아닌 고시, 훈령, 예규 등과 같은 행정규칙이더라도, 그것이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한, 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서 기능하게 된다고 보아야 한다”고 판시(헌재 1992. 6. 26. 91헌마25, 판례집 4, 444, 449)한 바에 따라 헌법 제117조 제1항에서 규정하는 ‘법령’에는 법규명령으로서 기능하는 행정규칙이 포함된다고 보아야 할 것이다.

그런데 문제조항에서 말하는 ‘행정자치부장관이 정하는 범위’라는 것은 ‘법규명령으로 기능하는 행정규칙에 의하여 정하여지는 범위’를 가리키는 것이고 법규명령이 아닌 단순한 행정규칙에 의하여 정하여지는 것은 이에 포함되지 않는다고 해석되므로 문제조항은 헌법 제117조 제1항에 위반되는 것이 아니다. 물론 법규명령으로 기능하는 행정규칙이 법규명령으로서의 형식까지 마저 갖추도록 하여 행정입법이 앞으로 올바른 체계를 세울 필요가 있음은 유의되지 않으면 안된다.

(2) 청구인은 지방공무원법 제45조 제1항은 지방공무원의 보수에 관한 사항을 대통령령에서 정하도록 규정하고 있으므로 문제조항이 대통령령에서 정할 사항을 행정자치부장관이 정하도록 재위임한 것은 청구인의 자치입법권한을 침해한다고 주장하고 있으므로 이에 대하여 살펴본다.

법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 모두 재위임하는 것은 ‘위임받은 권한을 그대로 다시 위임할 수 없다’는 복위임금지의 법리에 반할 뿐 아

나라 수권법의 내용변경을 초래하는 것이 되고, 대통령령 이외의 법규명령의 제정·개정절차가 대통령령에 비하여 보다 용이한 점을 고려할 때 하위의 법규명령에 대한 재위임의 경우에도 대통령령에의 위임에 가하여지는 헌법상의 제한이 마땅히 적용되어야 할 것이다. 따라서 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 아니하고 그대로 하위의 법규명령에 재위임하는 것은 허용되지 않으며 위임받은 사항에 관하여 대강(大綱)을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위의 법규명령에 다시 위임하는 경우에만 재위임이 허용된다(헌재 1996. 2. 29. 94헌마13, 판례집, 8-1, 126, 163).

지방공무원법 제45조 제1항은 공무원의 봉급·호봉 및 승급에 관한 사항(제1호), 수당에 관한 사항(제2호), 보수의 지급방법, 보수의 계산 기타 보수지급에 관한 사항(제3호)은 대통령령으로 정하도록 위임하였다. 이를 받아서 대통령령으로 제정된 지방공무원수당등에관한규정은 지방공무원법 제45조 제1항 제2호에서 위임받은 지방공무원의 수당에 관한 사항을 규율하고 있는데 그 제15조에서는 시간외근무수당에 관한 사항을 구체적으로 규정하고 있다. 즉, 그 제1항은 “근무명령에 의하여 규정된 근무시간외에 근무한 자에 대하여는 예산의 범위안에서 시간외근무수당을 지급한다. 다만, 비전임계약직공무원에 대하여는 이를 지급하지 아니한다”라고 규정하고, 제2항은 “시간외근무수당은 매 시간에 대하여 당해 공무원에게 적용되는 기준호봉의 봉급액의 7할(계약직공무원의 경우에는 당해 공무원의 연봉월액의 60퍼센트 해당금액의 5할을 말하며, 이하 “봉급기준액”이라 한다)의 192분의 1의 15할을 지급한다”라고 규정하고 있다. 이처럼 지방공무원수당등에관한규정 제15조는 제1항 내지 제3항에서 법률에서 위임받은 지방공무원의 수당에 관한 사항 중 시간외근무수당의 지급범위, 지급금액 등의 대강을 이미 구체적으로 정하고 있다. 따라서 문제조항은 위 수당규정의 제15조 제1항 내지 제3항이 지방공무원의 시간외근무수당에 관하여 대강을 정한 바탕 위에서 단지 그 지급기준·지급방법 등의 세부사항의 범위만을 행정자치부장관이 정하도록 재위임하고 있을 뿐이다.

그렇다면 문제조항은 법률에서 위임받은 사항을 전면적으로 재위임한 것이 아니라 위임받은 사항의 대강을 규정한 다음 단지 그 세부사항의 범위만을 재위임한 것이므로 결코 재위임의 한계를 일탈한 것이 아니다. 그러므로 문제조항은 이 점에서도 헌법에 위반되지 아니한다.

(3) 청구인은 문제조항이 헌법 제117조에 의하여 보장되는 지방자치단체

의 자치권한의 본질을 침해한다고 주장하지만 문제조항은 이미 앞에서 본 바와 같이 시간외근무수당의 대강을 스스로 정하면서 단지 그 지급기준·지급방법 등의 범위만을 행정자치부장관이 정하도록 하고 있을 뿐이므로 청구인은 그 한계내에서 자신의 자치입법권을 행사하여 시간외근무수당에 관한 구체적 사항을 자신의 규칙으로 직접 제정하고 이를 위하여 스스로 예산을 편성, 집행하고 또 이를 토대로 하여 관련된 인사문제를 결정할 수 있는 것이다. 또한 행정자치부장관이 정하게 되는 ‘범위’라는 것이, 지방자치단체장의 구체적인 결정권 행사의 여지를 전혀 남기지 않는 확실적인 기준을 의미하는 것으로 볼 근거는 전혀 없는 것이므로, 문제조항은 그 형식이나 내용면에서 결코 지방자치단체장의 규칙제정권, 인사권, 재정권 등을 부정하는 것이 아니고 따라서 청구인의 헌법상 자치권한을 본질적으로 침해한다고 볼 수 없다.

(4) 소결론

그렇다면 문제조항은 규정형식이나 규정내용 모두 헌법에 위반되지 아니하므로 피청구인이 이를 제정한 행위는 청구인의 헌법상 자치권한을 침해하는 것이 아니라고 할 것이다.

나. 청구인의 법률상 권한을 침해하는지 여부

다음으로 청구인이 지방공무원의 ‘수당에 관한 규칙’을 제정하고 ‘수당에 관한 예산’을 편성, 집행하는 법률상의 권한을 가지는지를 확인하고, 피청구인이 문제조항을 제정한 행위가 청구인의 이러한 권한을 과연 침해하는 것인지를 살펴본다.

지방자치법 제9조 제2항 제1호 마목은 청구인에게 소속공무원의 인사·후생복지 및 교육에 관한 자치사무를 처리할 수 있는 권한을 부여하고 있고 여기의 ‘인사·후생복지’에는 보수와 수당의 지급이 포함된다고 볼 수 있다. 따라서 청구인은 지방자치법 제9조 제2항 제1호 마목에 근거하여 청구인 소속 지방공무원의 수당에 관한 지급기준, 금액, 절차, 방법 등을 구체화하는 규칙의 제정 및 시행에 관한 권한을 가진다. 이러한 전제위에서 문제조항 또한 지방자치단체의 장이 시간외근무수당의 지급기준, 지급방법 등에 관하여 필요한 사항을 (그 규칙으로) 정할 수 있다고 규정하고 있는 것이다. 그리고 이러한 청구인의 권한은 “지방자치단체는 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”고 한 헌법 제117조 제1항에 따라 그 내용과 범위가 법령에 의하여 확정된다.

또한 지방자치법 제9조 제2항 제1호 사목은 청구인에게 자치사무에 관한 예산의 편성·집행 권한을 부여하고 있으므로 청구인은 위 법조항에 근거하여 그 소속 공무원의 수당에 관한 예산의 편성 및 집행권한을 가진다. 그리고 이 권한 또한 헌법 제117조 제1항에 따라 그 내용과 범위가 법령에 의하여 확정됨은 물론이다.

이와 같이 청구인은 지방자치법 제9조 제2항 제1호 마목에 의거한 수당에 관한 규칙의 제정 및 시행권한과 지방자치법 제9조 제2항 제1호 사목에 의거한 수당에 관한 예산의 편성 및 집행권한을 가지지만 청구인의 이러한 권한들은 “법령의 범위내에서” 행사할 수 있는 권한이다.

그런데 헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”고 하여 법령의 규정이 지방자치단체의 자치입법권에 우선하고 있음을 명시하고 있거니와 여기서 말하는 ‘법령’ 가운데에는 이미 앞에서 본 바와 같이 법규명령으로서 기능하는 행정규칙이 포함되는 것이므로 문제조항이 법규명령으로 기능하는 행정규칙에 의하여 청구인의 법률상의 권한을 제한하도록 한 것이라면, 그 제한이 지방자치의 본질을 침해하는 것이 아닌 한(이 사건은 행정규칙에 의한 청구인의 권한침해를 다투는 것이 아니고 문제조항인 대통령령에 의한 권한침해를 다투는 것이므로 행정규칙에 의한 제한의 내용이 지방자치의 본질을 침해하는 것인지 여부의 문제에 대한 검토는 하지 않는다), 이는 청구인의 권한을 침해하는 것이 아니라고 할 것이다. 그런데 이미 앞에서 본 바와 같이 문제조항에서 말하는 ‘행정자치부장관이 정하는 범위’라는 것은 ‘법규명령으로 기능하는 행정규칙에 의하여 정하여지는 범위’를 가리키는 것이고 법규명령이 아닌 단순한 행정규칙에 의하여 정하여지는 것은 이에 포함되지 않는다고 해석되므로 문제조항은 법규명령에 의한 자치권의 제한 이상을 의미하는 것이 아니고 따라서 이는 청구인의 (자치에 관한) 법률상 권한을 침해하는 것이 아니다.

다. 소결론

그러므로 피청구인이 문제조항을 제정한 행위는 지방자치법 제9조 제2항 제1호 마목 및 사목이 부여한 청구인의 법률상 권한을 침해하지 않는다.

4. 결 론

그렇다면 피청구인이 문제조항을 제정한 행위는 청구인의 권한을 침해하지 아니하므로 그것이 침해임을 전제로 하여 제기된 이 사건 심판청구는 이유 없어 재판관 전원의 일치된 의견으로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결

정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성(주심)
김효종 김경일 송인준 주선희

[별 지]

나. 피청구인의 답변요지

(1) 지방공무원에게 지급되는 보수 내지 수당과 후생복지차원에서 지급되는 금원 등은 그 성질을 달리한다 할 것이므로, 지방자치법 제9조 제2항 제1호 마목을 이유로 지방공무원수당규정을 제정할 권한이 청구인에게 있다고 볼 수 없다.

(2) 지방자치법 제9조 제2항 제1호 사목에 의거하여 예산을 편성하고 집행하는 것이 지방자치단체의 자치사무라는 이유를 근거로 지방공무원수당규정을 정할 권한이 청구인에게 있다고 볼 수 없다.

(3) 지방공무원수당등에관한규정은 지방공무원법 제44조 및 제45조 제1항에 의거하여 적법하게 제정된 것으로써 그 제정과정에서 헌법을 위반한 사실이 없다.

(4) 이 사건의 쟁점은 지방공무원의 시간외근무수당의 지급기준에 대하여 규정한 문제조항이 다시 행정자치부장관에게 일정 범위내에서 재위임한 것이 위헌인지 여부가 아니고, 청구인의 권한을 침해하거나 침해할 현저한 위험성이 있는지 여부이다. 다시 말해서 문제조항이 정한 재위임의 합헌성 여부는 위헌여부를 심사하는 위헌법률심판이나 헌법소원이 아닌 이 사건 권한쟁의심판과는 무관하다.

(5) 지방자치단체 공무원 상호간, 그리고 국가공무원과 지방공무원간의 보수와 수당은 형평성을 유지해야 하고, 국가보조에 따른 국가의 수당기준 규율의 필요성이 존재하고, 지방자치단체장의 선심행정을 방지하기 위해서 행정자치부장관이 시간외 근무수당에 관한 전국적인 기준을 통일적으로 제정할 필요성이 있다. 그리고 대통령령인 지방공무원수당등에관한규정에서 모든 형태의 시간외근무방식을 포괄할 수 있는 지급방식을 규정하거나 개별적인 지급방식을 모두 규정하는 것은 입법기술상 바람직하지 아니하므로, 시간외 근

무수당 지급기준의 세부적인 내용을 지방공무원수당등에관한규정에서 직접 규정하지 아니하고 행정자치부장관에게 재위임한 것이다.

(6) 지방공무원수당등에관한규정은 지방공무원법 제45조의 위임에 따라 20여 조문과 다수의 별표 등 상세한 규정을 두면서 시간외근무수당의 지급기준 등에 관해서만 재위임한 것이므로 헌법과 법률상의 포괄적 위임금지원칙에 위반되지 아니한다. 그리고 문제조항이 지방자치단체의 장으로 하여금 행정자치부장관이 정하는 범위 안에서 시간외근무수당의 지급기준·지급방법 등에 관하여 필요한 사항을 정하도록 재위임한 것은 헌법상 규정된 위임입법의 범위내에 있다.

다. 행정자치부장관의 의견요지

(1) 공무원의 후생복지 등을 자치사무로 예시한 지방자치법 제9조 제2항은 선언적 의미의 예시규정에 불과할 뿐만 아니라, 위 조항 단서에서 “다만, 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 예외규정을 두고 있고, 헌법 제117조 제1항에서는 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”고 하여 법령의 규정이 지방자치단체의 자치입법권에 우선하고 있음을 명시하고 있으며, 지방자치법 제16조에도 “지방자치단체의 장은 법령 또는 조례가 위임한 범위 안에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 규칙을 제정할 수 있다”고 규정하고 있다.

(2) 문제조항이 “시간외근무수당의 지급기준·지급방법 등에 관하여 필요한 사항은 행정자치부장관이 정하는 범위 안에서 지방자치단체의 장이 정한다.”라고 규정한 것은 지방공무원법 제44조 제3항 및 제45조 제1항을 근거로 제정한 것이므로, 지방자치단체의 규칙은 이 규정에서 위임한 범위 내에서 즉, 행정자치부장관이 정하는 범위 안에서 제정되어야 한다.

(3) 지방공무원법 제44조 제2항은 “경력직공무원 상호간의 보수 및 경력직공무원과 특수경력직공무원 상호간의 보수는 균형을 도모하여야 한다”라고 하여 공무원보수 균형유지의 원칙을 정하고 있는데, 문제조항은 위 지방공무원법 제44조 제2항 등에 의거하여 지방자치단체 공무원 상호간 보수의 형평성을 기하기 위하여 불가피하게 만들어진 것이다.

(4) 한편 지방공무원보수규정 제16조 제2항·제38조 제3항·제49조 및 지방공무원수당등에관한규정 제10조 제9항·제11조 제6항·제12조 제2항의 규정 등에도 지방공무원의 보수·수당 등에 관한 구체적인 지급기준 등을 행정자치부장관이 정하도록 규정하고 있다.

(5) 따라서 피청구인이 제정한 문제조항은 헌법이나 법률에 전혀 위배되지 않으므로, 문제조항을 무효 또는 취소해야 한다는 청구인의 주장은 이유 없다.

강남구와 행정자치부장관간의 권한쟁의

(2002. 10. 31. 2002헌라2 전원재판부)

【판시사항】

1. 헌법 제117조 제1항이 보장하는 지방자치권한의 내용과 한계
2. 지방자치단체장의 지방공무원에 대한 시간외근무수당규칙 제정 권한과 시간외근무수당을 위한 예산편성 및 집행권한의 내용과 한계
3. 헌법 제117조 제1항에서 규정하고 있는 ‘법령’의 의미
4. 행정자치부장관이 2002. 1. 25.자 지방공무원수당업무처리지침 중에서 “Ⅵ. 초과근무수당 5. 초과근무수당 지급대상자 및 초과근무 인정범위 나. 일반대상자(시간외근무수당) ○ 지급시간수의 계산(영 제 15조 제4항) - 평일은 1일 2시간 이상 시간외근무한 경우에 2시간을 공제한 후 4시간 이내에서 매분단위까지 합산함”이라는 부분(이하 ‘이 사건 지침부분’이라 한다)을 규정한 행위가 헌법 제117조 제1항을 위반하여 청구인의 권한을 침해한 것인지 여부(소극)
5. 이 사건 지침부분이 청구인의 지방자치권을 본질적으로 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 헌법 제117조 제1항이 규정하는 자치권 가운데에는 자치에 관한 규정을 스스로 제정할 수 있는 자치입법권은 물론이고 그밖에 그 소속 공무원에 대한 인사와 처우를 스스로 결정하고 이에 관련된 예산을 스스로 편성하여 집행하는 권한이 성질상 당연히 포함되지만, 이러한 자치권의 범위는 법령에 의하여 형성되고 제한된다.
2. 지방자치법 제9조 제2항 제1호 마목 및 사목, 지방공무원법 제 45조 제1항 제2호 및 지방공무원수당등에관한규정 제15조 제4항을 종합하여 보면, 지방자치단체의 장은 소속공무원에게 지급할 시간외 근무수당을 자신의 규칙으로 정하여 지급하고 이를 위하여 스스로 예산을 편성, 집행할 권한을 갖으며, 이러한 권한은 헌법 제117조에서 정한 ‘법령의 범위안에서’라는 제한을 받는다.

3. 헌법 제117조 제1항에서 규정하고 있는 ‘법령’에 법률 이외에 헌법 제75조 및 제95조 등에 의거한 ‘대통령령’, ‘총리령’ 및 ‘부령’과 같은 법규명령이 포함되는 것은 물론이지만, 헌법재판소의 “법령의 직접적인 위임에 따라 수임행정기관이 그 법령을 시행하는데 필요한 구체적 사항을 정한 것이면, 그 제정형식은 비록 법규명령이 아닌 고시, 훈령, 예규 등과 같은 행정규칙이더라도, 그것이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한, 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서 기능하게 된다고 보아야 한다”고 판시한 바에 따라, 헌법 제117조 제1항에서 규정하는 ‘법령’에는 법규명령으로서 기능하는 행정규칙이 포함된다.

4. 지방공무원수당등에관한규정 제15조 제4항의 위임을 받아 만들어진 이 사건 지침부분은 비록 그 제정형식은 법규명령이 아닌 행정규칙이지만 그 내용으로 볼 때 그것이 상위법령의 위임한계, 즉 지급기준과 지급방법 등의 범위를 설정하도록 한 한계를 벗어난 것은 아니라고 인정되므로 이는 상위법령인 위 수당규정과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서 기능하게 된다고 보아야 할 것이므로, 이 사건 지침부분은 헌법 제117조 제1항을 위반한 것이 아니고 청구인의 권한도 침해하는 것이 아니다.

5. 이 사건 지침부분이 “평일 1일 2시간 이상 시간외근무한 경우에 2시간을 공제한 후 4시간 이내에서 합산”하도록 하여 근무시간 전후 2시간을 공제하도록 한 이유는 실제로 업무를 수행하는 것이 아닌 석식 및 휴게시간 등의 시간을 공제하여, 지방공무원의 시간외수당 지급시간수를 실제에 근접시켜 계산하도록 규정하는 내용이라고 볼 수 있어 그 합리성을 인정할 수 있으며, 이 사건 지침 부분은 지방자치단체가 시간외근무수당에 대한 예산을 자유롭게 편성하고 집행하는 것을 제한하는 측면이 있으나, 그 내용으로 볼 때 지방자치단체의 무분별한 재정운동을 제한하는 정도일 뿐이지 예산편성과 재정지출에 대한 지방자치단체의 고유한 권한을 유명무실하게 할 정도의 지나친 규율이라고는 볼 수 없으므로, 청구인의 자치권을 본질적으로 침해하는 것이 아니다.

【심판대상조문】

행정자치부장관이 2002. 1. 25.자 지방공무원수당업무처리지침 중에서 “Ⅵ. 초과근무수당 5. 초과근무수당 지급대상자 및 초과근무 인정범위 나. 일반대상자(시간외근무수당) ○ 지급시간수의 계산(영 제15조 제4항) - 평일은 1일 2시간 이상 시간외근무한 경우에 2시간을 공제한 후 4시간 이내에서 매분단위까지 합산함”이라는 부분

【참조조문】

헌법 제117조 제1항

지방공무원수당등에관한규정(2002. 1. 19. 대통령령 제17490호로 개정된 것) 제15조(시간외근무수당) ① 근무명령에 의하여 규정된 근무시간외에 근무한 자에 대하여는 예산의 범위안에서 시간외근무수당을 지급한다. 다만, 비전임계약직공무원에 대하여는 이를 지급하지 아니한다.

② 시간외근무수당은 매 시간에 대하여 당해 공무원에게 적용되는 기준호봉의 봉급액의 7할(계약직공무원의 경우에는 당해 공무원의 연봉월액의 60퍼센트 해당금액의 5할을 말하며, 이하 “봉급기준액”이라 한다)의 192분의 1의 15할을 지급한다.

③ 제2항의 기준호봉은 별표 11과 같다.

④ 시간외근무수당의 지급기준·지급방법 등에 관하여 필요한 사항은 행정자치부장관이 정하는 범위 안에서 지방자치단체의 장이 정한다.

지방공무원법(2000. 12. 29. 법률 제6322호로 일부개정된 것) 제44조(보수결정의 원칙)

① 생략

② 경력직공무원 상호간의 보수 및 경력직공무원과 특수경력직공무원 상호간의 보수는 균형을 도모하여야 한다.

③ 이 법 기타 법령에 의한 보수에 관한 규정에 의하지 아니하고는 어떠한 금전 또는 유가물도 공무원의 보수로 지급될 수 없다.

지방공무원법(2000. 12. 29. 법률 제6322호로 일부개정된 것) 제45조(보수에 관한 규정)

① 공무원의 보수에 관한 다음 사항은 대통령령으로 정한다.

1. 봉급·호봉 및 승급에 관한 사항

2. 수당에 관한 사항

3. 보수의 지급방법, 보수의 계산 기타 보수지급에 관한 사항

② 생략

지방자치법(2000. 1. 12. 법률 제6115호로 일부개정된 것) 제9조(지방자치단체의 사무범위)

① 지방자치단체는 그 관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무를 처리한다.

② 제1항의 규정에 의한 지방자치단체의 사무를 예시하면 다음 각호와 같다. 다만, 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 지방자치단체의 구역, 조직 및 행정관리 등에 관한 사무

가.~라. 생략

- 마. 소속공무원의 인사·후생복지 및 교육
- 바. 생략
- 사. 예산의 편성·집행 및 회계감사와 재산관리
- 아.~카. 생략

2.~6. 생략

지방재정법(2000. 1. 12. 법률 제6113호로 개정된 것) 제30조(예산의 편성) ① 지방자치단체는 법령 및 조례가 정하는 범위 안에서 합리적인 기준에 의하여 그 경비를 산정하여 예산에 계상하여야 한다.

②~④ 생략

⑤ 지방자치단체의 매 회계년도의 예산편성기본지침은 행정자치부장관이 관계중앙행정기관의 장의 의견을 들어 작성한 다음 전년도 7월 31일까지 지방자치단체에 시달하여야 한다. 다만, 예산편성기본지침이 시달된 후 지방자치단체의 제정에 영향을 미치는 중요한 국가시책이 수립되거나 변경되는 경우에는 이미 시달된 지침을 변경하여 시달할 수 있다.

지방재정법시행령(2000. 10. 20. 대통령령 제16983호로 일부개정된 것) 제30조(예산의 편성) ① 지방자치단체의 예산은 법령에 다른 규정이 없는 한 법 제30조 제5항의 규정에 의한 예산편성기본지침에 따라 편성하여야 한다.

②~④ 생략

⑤ 투자심사의 기준 기타 투자심사에 관하여 필요한 사항은 행정자치부령으로 정한다.

【참조판례】

3. 헌재 1992. 6. 26. 91헌마25, 판례집 4, 444

【당 사 자】

청 구 인 강남구
대표자 구청장 권문용
대리인 변호사 황도수
피청구인 행정자치부장관

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

- 1. 사건의 개요와 심판의 대상
- 가. 사건의 개요

(1) 피청구인은 2002. 1. 25.자로 지방공무원수당등의업무처리지침을 제정하여 청구인에게 시달하였는데 이 지침은 시간외근무수당에 관하여 “VI. 초과근무수당 5. 초과근무수당 지급대상자 및 초과근무 인정범위 나. 일반대상자(시간외근무수당) ○ 지급시간수의 계산(영 제15조 제4항)－평일은 1일 2시간 이상 시간외근무한 경우에 2시간을 공제한후 4시간 이내에서 매분단위까지 합산함”이라고 규정하고 있으므로 청구인은 그 소속 지방공무원들을 위한 시간외근무수당의 지급시간수를 계산함에 있어서 위 지침에 구속되는 제약을 받게 되었다.

(2) 청구인은 헌법 제117조, 제118조 및 지방자치법에 근거하여 설립된 지방자치단체로서 인적고권 및 재정고권의 헌법상의 지방자치권한을 가지며 지방자치법 제9조 제2항 제1호 마목 및 사목에 의하여 소속 공무원의 인사, 후생복지 및 예산의 편성·집행에 관한 자치사무를 처리할 수 있는 권한을 가지므로, 청구인 소속 지방공무원의 수당에 관한 지급기준, 절차, 방법 등을 구체화하는 수당업무처리규칙의 제정 및 시행에 관한 권한과 청구인 소속 지방공무원의 수당에 관한 예산의 편성 및 집행에 관한 권한을 가진다고 주장하면서, 피청구인이 청구인 소속 지방공무원의 시간외근무수당에 관한 부분을 포함하는 지방공무원수당등의업무처리지침을 제정하여 청구인에게 시달한 행위는 청구인의 위 권한들을 침해한다 하여 위 지침 부분의 취소 또는 무효확인을 구하는 이 사건 권한쟁의심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

(1) 심판대상은 피청구인이 2002. 1. 25.자 지방공무원수당업무처리지침 중에서 “VI. 초과근무수당 5. 초과근무수당 지급대상자 및 초과근무 인정범위 나. 일반대상자(시간외근무수당) ○ 지급시간수의 계산(영 제15조 제4항)－평일은 1일 2시간 이상 시간외근무한 경우에 2시간을 공제한 후 4시간 이내에서 매분단위까지 합산함”이라는 부분(이하 ‘이 사건 지침부분’이라 한다)을 규정한 행위가 청구인의 권한을 침해하고, 이로 인하여 이 사건 지침부분이 무효가 되는지 여부이다.

(2) 관련 법규정

(가) 지방공무원수당등에관한규정 (2002. 1. 19. 대통령령 제17490호로 개정된 것)

제15조(시간외근무수당) ① 근무명령에 의하여 규정된 근무시간 외에 근무한 자에 대하여는 예산의 범위안에서 시간외근무수당을 지급한다. 다만, 비전

임계약직공무원에 대하여는 이를 지급하지 아니한다.

② 시간외근무수당은 매 시간에 대하여 당해 공무원에게 적용되는 기준호봉의 봉급액의 7할(계약직공무원의 경우에는 당해 공무원의 연봉월액의 60퍼센트 해당금액의 5할을 말하며, 이하 “봉급기준액”이라 한다)의 192분의 1의 15할을 지급한다.

③ 제2항의 기준호봉은 별표 11과 같다.

④ 시간외근무수당의 지급기준·지급방법 등에 관하여 필요한 사항은 행정자치부장관이 정하는 범위안에서 지방자치단체의 장이 정한다.

(나) 지방공무원법(2000. 12. 29. 법률 제6322호로 일부개정된 것) 제44조(보수결정의 원칙) ① 생략

② 경력직공무원 상호간의 보수 및 경력직공무원과 특수경력직공무원 상호간의 보수는 균형을 도모하여야 한다.

③ 이 법 기타 법령에 의한 보수에 관한 규정에 의하지 아니하고는 어떠한 급전 또는 유가물도 공무원의 보수로 지급될 수 없다.

제45조(보수에 관한 규정) ① 공무원의 보수에 관한 다음 사항은 대통령령으로 정한다.

1. 봉급·호봉 및 승급에 관한 사항
2. 수당에 관한 사항
3. 보수의 지급방법, 보수의 계산 기타 보수지급에 관한 사항

② 생략

(다) 지방자치법(2000. 1. 12. 법률 제6115호로 일부 개정된 것) 제9조(지방자치단체의 사무범위) ① 지방자치단체는 그 관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무를 처리한다.

② 제1항의 규정에 의한 지방자치단체의 사무를 예시하면 다음 각호와 같다. 다만, 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 지방자치단체의 구역, 조직 및 행정관리등에 관한 사무

가.~라. 생략

마. 소속공무원의 인사·후생복지 및 교육

바. 생략

사. 예산의 편성·집행 및 회계감사와 재산관리

아.~카. 생략

(라) 지방재정법(2000. 1. 12. 법률 제6113호로 개정된 것) 제30조(예산의 편

성) ① 지방자치단체는 법령 및 조례가 정하는 범위안에서 합리적인 기준에 의하여 그 경비를 산정하여 예산에 계상하여야 한다.

②~④ 생략

⑤ 지방자치단체의 매 회계년도의 예산편성기본지침은 행정자치부장관이 관계중앙행정기관의 장의 의견을 들어 작성한 다음 전년도 7월 31일까지 지방자치단체에 시달하여야 한다. 다만, 예산편성기본지침이 시달된 후 지방자치단체의 재정에 영향을 미치는 중요한 국가시책이 수립되거나 변경되는 경우에는 이미 시달된 지침을 변경하여 시달할 수 있다.

(마) 지방재정법시행령(2000. 10. 20. 대통령령 제16983호로 일부 개정된 것) 제30조(예산의 편성) ① 지방자치단체의 예산은 법령에 다른 규정이 없는 한 법 제30조 제5항의 규정에 의한 예산편성기본지침에 따라 편성하여야 한다.

②~④ 생략

⑤ 투자심사의 기준 기타 투자심사에 관하여 필요한 사항은 행정자치부령으로 정한다.

2. 당사자의 주장과 피청구인의 답변

가. 청구인의 주장 요지

(1) 청구인은 헌법 제117조, 제118조 및 지방자치법에 근거하여 설립된 지방자치단체로서 인적고권, 재정고권 등의 지방자치권한을 가진다. 그리고 청구인은 청구인 소속 지방공무원의 수당에 관한 지급기준, 절차, 방법 등을 구체화하는 수당업무처리규정의 제정에 관한 권한과 청구인소속 지방공무원의 수당에 관한 예산의 편성 및 집행권한이라는 자치권한을 가지고 있다.

(2) 청구인의 수당업무처리규정의 제정에 관한 권한과 수당에 관한 예산의 편성 및 집행권한은 자치사무에 해당되므로 국가의 감독은 적법성의 구비 여부에 한정되는 것이고(지방자치법 제157조 제1항 제2문은 “자치사무에 관한 명령이나 처분에 있어서는 법령에 위반되는 것에 한하여 시정명령할 수 있다”고 규정하고 있다), 법률 및 (법률이 구체적인 범위를 정하여 위임한 사항을 규정한) 대통령령이나 부령에 의하여 규제받을 뿐이다.

(3) 헌법 제117조에서 정하는 법령은 대외적인 범규범을 의미할 뿐, ‘대내적인 범규범’인 행정규칙을 포함하고 있는 것으로 해석할 수 없다.

(4) 그럼에도 불구하고 피청구인이 아무런 법적 권한 없이 청구인 소속의 지방공무원에 관한 수당업무에 관한 이 사건 지침부분을 정하여 청구인에게

시달한 행위는 헌법 제117조, 제118조 및 지방자치법에 의하여 보장된 청구인의 자치권한을 침해한 것이다.

(5) 이 사건 지침부분이 모든 지방자치단체로 하여금 일률적으로 평일에 시간외근무시간 중 2시간을 공제하여 시간외근무수당을 지급하도록 규율하는 것은 청구인의 예산의 범위 내에서 시간외근무수당을 독자적으로 결정할 수 있는 자치권한을 침해한 것이다.

나. 피청구인의 답변 요지

(1) 지방공무원수당등에관한규정(2002. 1. 19. 대통령령 제17490호로 개정된 것)은 지방공무원법 제44조 및 제45조에 근거한 것으로서 지방공무원에게 지급되는 수당의 종류, 지급금액, 지급기준, 지급방법 등을 정하고 있다. 위 규정 제15조 제4항은 전문기술성과 통일적 해석기준의 필요성 때문에 시간외근무수당의 지급기준, 지급방법을 행정자치부장관이 구체적으로 정하도록 위임하고 있다.

(2) 지방공무원수당에 관한 업무가 자치사무라고 하더라도 행정자치부장관은 지방공무원법 제45조에 근거한 지방공무원수당등에관한규정 제15조 제4항에 의거하여 지방공무원의 시간외근무수당의 지급기준과 지급방법을 정할 수 있는 권한이 있다.

3. 판 단

가. 이 사건 지침부분의 내용 및 쟁점

피청구인인 행정자치부장관은 지방공무원수당등에관한규정 제15조 제4항의 위임을 받아 제정한 ‘지방공무원수당등의업무처리지침’에서 시간외근무수당 지급대상자의 구분 및 인정 범위, 시간외근무수당 지급시간수(1일 4시간, 월 75시간 이내로 한정), 시간외근무수당 지급시간수의 계산방법, 시간외근무수당 지급단가, 시간외근무수당 지급시기 등 시간외근무수당의 지급에 관한 사항들을 구체적으로 정하고 있다.

그 중에서 이 사건 지침부분은 시간외근무수당을 지급하는 일반대상자(현업대상자 이외에 일반적인 출·퇴근 시간내 근무를 원칙으로 하는 일반직 공무원 등)에 대한 시간외근무수당 지급시간수의 계산방법을 “평일은 1일 2시간 이상 시간외근무한 경우에 2시간을 공제한 후 4시간 이내에서 매분단위까지 합산함.”이라고 정하고 있다. 이에 따른다면 지방자치단체의 장은 소속공무원 중 일반대상자가 평일에 2시간 이상 시간외근무를 한 경우에도 위 지침에 따라 2시간을 공제하여야 하므로 공제되는 2시간의 시간외근무에 대하여

서는 시간외근무수당을 지급할 수 없게 되었다. 이것은 지방자치단체의 장이 그 소속공무원의 시간외근무에 대하여 수당을 지급할 시간수의 계산방법을 스스로의 규칙으로 정할 수 있는 권한을 그만큼 제한하는 것이 된다.

청구인은, 이러한 제한은 청구인의 헌법상의 자치권한과 수당에 관한 법률상의 권한을 침해한다고 주장하므로 이에 관하여 살펴본다.

나. 청구인의 권한

(1) 헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”고 규정하여 지방자치제도의 보장과 지방자치단체의 자치권을 규정하고 있다. 헌법이 규정하는 이러한 자치권 가운데에는 자치에 관한 규정을 스스로 제정할 수 있는 자치입법권은 물론이고 그밖에 그 소속 공무원에 대한 인사와 처우를 스스로 결정하고 이에 관련된 예산을 스스로 편성하여 집행하는 권한이 성질상 당연히 포함된다. 자치권은 자치임무의 효율적인 수행의 전제가 되므로 위와 같은 자치권의 보장은 자치제도의 보장과 분리하여 생각할 수 없기 때문이다.

다만, 이러한 헌법상의 자치권의 범위는 법령에 의하여 형성되고 제한된다. 헌법도 제117조 제1항에서 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다고 하였고 제118조 제2항에서 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다고 규정하고 있다.

(2) 지방자치법 제9조는 그 제2항 마목에서 소속공무원의 인사와 후생복지에 관한 사무를 자치사무의 하나로 예시하고 있고 그 사무는 예산의 편성과 집행에 관한 사무를 역시 자치사무의 하나로 예시하고 있다. 또 지방공무원법 제45조 제1항 제2호는 수당에 관한 사항을 대통령령으로 정하도록 하고 있고 이에 따라 제정된 지방공무원수당등에관한규정(2002. 1. 19. 대통령령 제17490호로 개정된 것) 제15조는 그 제4항에서 시간외근무수당의 지급기준·지급방법 등에 관하여 필요한 사항은 행정자치부장관이 정하는 범위안에서 지방자치단체의 장이 정한다고 규정하고 있다. 이러한 법규정을 종합하여 보면 지방자치단체의 장은 소속공무원에게 지급할 시간외근무수당을 자신의 규칙으로 정하여 지급하고 이를 위하여 스스로 예산을 편성, 집행할 권한을 갖는다고 할 것이고 다만, 이러한 권한은 헌법 제117조와 제118조와의 관계에서 볼 때 당연히 ‘법령의 범위안에서’라는 제한을 받는 것이다.

다. 청구인의 권한에 대한 침해 여부

(1) 피청구인의 행위가 권한 없이 이루어진 것인지 여부

청구인은 헌법 제117조에서 말하는 ‘법령’은 법률과 법규명령에 한정되므로 법규명령이 아니라 행정규칙에 불과한 행정자치부장관의 지침 등에 의하여 지방자치단체장의 권한을 제한하는 것은 헌법 제117조에 위배되고 따라서 이 사건 지침은 권한 없이 청구인의 자치권한을 침해하는 것이라고 주장한다.

그러나 헌법 제117조 제1항에서 규정하고 있는 ‘법령’에는 법률 이외에도 헌법 제75조 및 제95조 등에 의거한 ‘대통령령’, ‘총리령’ 및 ‘부령’과 같은 법규명령이 포함되는 것은 물론이지만, “법령의 직접적인 위임에 따라 수임행정기관이 그 법령을 시행하는데 필요한 구체적 사항을 정한 것이면, 그 제정형식은 비록 법규명령이 아닌 고시, 훈령, 예규 등과 같은 행정규칙이더라도, 그것이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한, 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서 기능하게 된다고 보아야 한다”고 한 헌법재판소의 판시(헌재 1992. 6. 26. 91헌마25, 판례집 4, 444, 449)에 따라 헌법 제117조 제1항에서 규정하는 ‘법령’에는 법규명령으로서 기능하는 행정규칙이 포함된다고 보아야 할 것이다.

그런데 지방공무원수당등에관한규정 제15조 제4항에서 말하는 ‘행정자치부장관이 정하는 범위’라는 것은 ‘법규명령으로 기능하는 행정규칙에 의하여 정하여지는 범위’를 가리키는 것이고 법규명령이 아닌 단순한 행정규칙에 의하여 정하여지는 것은 이에 포함되지 않는다고 해석되므로 이 조항 자체는 헌법 제117조 제1항에 위반되는 것이 아니다.

나아가 위 수당조항의 위임을 받아 만들어진 이 사건 지침부분은 비록 그 제정형식은 법규명령이 아닌 행정규칙이지만 그 내용으로 볼 때 그것이 상위법령의 위임한계, 즉 지급기준과 지급방법 등의 범위를 설정하도록 한 한계를 벗어난 것은 아니라고 인정되므로 이는 상위법령인 위 수당규정과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서 기능하게 된다고 보아야 한다.

그렇다면 법규명령으로 기능하는 이 사건 지침부분은 헌법 제117조 제1항을 위반한 것이 아니고 따라서 청구인의 권한을 침해하는 것이 아니라고 할 것이다.

(2) 이 사건 지침부분이 청구인의 자치권의 본질을 침해하는지 여부

지방자치단체의 자치권은 헌법상 보장을 받고 있으므로 비록 법령에 의하여 이를 제한하는 것이 가능하다고 하더라도 그 제한이 불합리하여 자치권의 본질을 훼손하는 정도에 이른다면 이는 헌법에 위반된다고 보아야 할 것이다.

그러므로 이 사건 지침부분에 의한 자치권의 제한이 과연 자치권의 본질을 훼손하는 정도의 불합리한 것인지 여부를 검토한다.

(가) 국가는 지방공무원법, 지방공무원보수규정 및 지방공무원수당등에 관한 규정 등의 입법을 통하여 지방자치단체 공무원의 수당을 국가 전체차원에서 통일적으로 규율하고 있는데 그 취지는 국가공무원과 지방공무원 상호간에, 그리고 서로 다른 지방자치단체의 지방공무원 상호간에 형평을 유지하지 않으면 공무원의 처우에 차별이 생기고 경우에 따라서는 부적절한 수당지급이 행하여져 공무원의 적정한 배치와 지방의 균형적 발전을 저해할 우려가 있어 이러한 우려를 배제하고 공무원의 적정한 배치와 지방의 균형적 발전이라는 국가 전체적인 차원의 공익을 도모하는 데 있으므로 그 취지의 합리성을 인정할 수 있다.

(나) 이 사건 지침부분이 “평일 1일 2시간 이상 시간외근무한 경우에 2시간을 공제한 후 4시간 이내에서 합산”하도록 하여 근무시간 전후 2시간을 공제하도록 한 이유는, 업무의 관행상 조기출근을 하더라도 정식 업무개시시각 이전에는 실제로 업무를 수행하지 않는 경우가 많고 또 정식의 퇴근시간 이후에도 시간외근무를 시작하기까지에는 실제로 업무를 수행하지 않는 어느 정도의 시간이 존재하는 경우가 많으며 시간외근무의 수행시에 대부분 석식 내지 휴게시간을 가지므로, 실제로 업무를 수행하는 것이 아닌 이러한 시간을 공제하여 실제 업무를 수행하는 시간에 대하여서만 시간외근무수당을 지급하기 위한 것이다. 그러면서도 한편으로는 일괄적으로 2시간을 공제함에 따라서 실제 업무를 수행한 자가 받게 되는 불이익을 보전하기 위하여 위 지침부분은 월 정액 15시간의 시간외근무수당을 별도로 지급하고 있다.

따라서 이 사건 지침부분은 지방공무원의 시간외수당 지급시간수를 실제로 근접시켜 계산하도록 규정하는 내용이라고 볼 수 있어 그 합리성을 인정할 수 있다.

(다) 국가는 지방재정의 건전한 운영과 엄정한 관리를 도모할 목적으로 지방재정법 및 지방재정법시행령을 통하여 지방자치단체의 예산 편성과 집행에 관한 사항을 총체적으로 규율하고 있고 이 사건 지침부분은 그러한 총체적 규율의 일부를 구성하므로 이는 지방자치단체가 시간외근무수당에 대한 예산을 자유롭게 편성하고 집행하는 것을 제한하는 측면이 있다. 그러나 이 사건 지침부분은 그 내용으로 볼 때 지방자치단체의 무분별한 재정운영을 제한하는 정도일 뿐이지 예산편성과 재정치출에 대한 지방자치단체의 고유한 권한

을 유명무실하게 할 정도의 지나친 규율이라고는 볼 수 없고 따라서 그 불합리를 인정하기 어렵다.

(라) 따라서 이 사건 지침부분은 청구인의 자치권을 본질적으로 침해하는 것이 아니다.

4. 결 론

그렇다면 피청구인이 이 사건 지침부분을 제정한 행위는 청구인의 권한을 침해하는 것이 아니므로 그것이 침해임을 전제로 하여 제기된 이 사건 심판 청구는 이유 없어 재판관 전원의 일치된 의견으로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철(주심) 김영일 권 성
김호종 김경일 송인준 주선희

형법 제304조 위헌소원

(2002. 10. 31. 99헌바40, 2002헌바50(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 혼인빙자간음죄의 위법성과 처벌의 필요성
2. 혼인빙자간음죄를 처벌하는 형법 제304조가 청구인들의 행복추구권, 사생활의 비밀과 자유에서 유래하는 성적자기결정권을 침해하는 것인지(소극) 및 평등의 원칙에 위반되는 것인지 여부(소극)

【결정요지】

1. 성적자기결정권은 각인 스스로 선택한 인생관 등을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자가 독자적으로 성적 관(觀)을 확립하고, 이에 따라 사생활의 영역에서 자기 스스로 내린 성적 결정에 따라 자기책임 하에 상대방을 선택하고 성관계를 가질 권리를 의미하는 것이다. 비록 여성의 입장에서라도 그 상대 남성이 설혹 결혼을 약속하면서 성행위를 요구한다고 하더라도 혼전 성관계를 가질 것인지 아닌지는 여성 스스로 판단하고 그에 따르는 책임도 스스로 지는 것이 원칙이다. 그리고 이러한 남녀간의 성문제는 기본적으로 개인간의 은밀한 사생활의 영역에 속하는 것이어서 범죄적인 측면보다는 도덕·윤리적인 측면이 강하게 드러나는 점을 부인할 수는 없다.

그러나 남성이 오로지 여성의 성만을 한낱 쾌락의 성(城)으로만 여기고 계획적으로 접근한 뒤 가장된 결혼의 무기를 사용하여 성을 편취할 경우, 그 평가는 전혀 달라져야 하고 또 달라야 한다. 성의 순결성을 믿고있는 여성에게도 상대방을 평생의 반려자로 받아들이겠다는 엄숙한 혼인의 다짐 앞에서는 쉽사리 무너질 수밖에 없다. 혼인을 빙자하는 이와 같은 교활한 무기에 의한 여성의 성에 대한 공약은 이미 사생활 영역의 자유로운 성적결정의 문제라거나 동기의 비도덕성에 그치는 차원을 벗어난 것이다. 이러한 행위는 마땅히 형법적 평가의 대상이 되어야 하고, 조심스럽기는 하나 국가형벌권이 개입할 지평을 열어야 한다고 생각한다. 우리 사회에서 혼인이 상징

하는 의미에 비추어 “평생을 일심동체로 함께 하겠다”고 하면서 결혼을 앞세우고 이러한 전제 아래 위장된 호의와 달콤한 유혹으로 파상적 공세를 취하여 올 때, 미혼의 여성이 자신의 성을 곳곳하게 지켜나간다는 것은 지극히 어려운 일일 수 있다. 바로 이러한 점을 악용하여 교활하게도 엄숙한 결혼의 서약을 강력히 앞세워 여성을 유혹하고 언필칭 상호 합의에 의한 성관계라는 이름으로 순결한 성을 짓밟고 유린하는 행위는 남성의 성적자기결정권의 한계를 벗어난 것일 뿐만 아니라, 여성의 진정한 자유의사 즉 성적자기결정권을 명백하게 침해하는 것이 아닐 수 없다.

2. 혼인빙자간음죄를 처벌하는 형법 제304조(이하, ‘이 사건 법률조항’이라 한다)는 동일한 시각에서 입장을 바꾸어 보면, 청구인들의 성적자기결정권을 제한하는 측면도 있는 것이 사실이나, 혼인을 빙자한 부녀자 간음행위는 그 또한 피해 여성의 성적자기결정권을 침해하는 것이 되어 기본권행사의 내재적 한계를 명백히 벗어난 것으로서, 사회의 질서유지를 위하여 그 제한이 불가피하다. 이 사건 법률조항은 청구인들의 성적자기결정권에 대한 필요 최소한의 제한으로서 그 본질적인 부분을 침해하는 것도 아니므로 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 위반된다고 볼 것도 아니다. 이 사건 법률조항으로 말미암아 청구인들의 행복추구권이나 사생활의 비밀과 자유가 침해되었다고 할 수 없다.

아직도 우리 사회에는 남녀간의 성에 대한 신체적 차이, 성행위에 대한 인식과 평가가 다른 것이 엄연한 현실이다. 현행 형법에서 성범죄의 피해자 및 범죄의 구성요건을 구분하여 규정하는 것은 바로 이러한 차이를 고려한 인식의 바탕 위에서 법률조항을 규정한 것으로 볼 수 있다. 이 사건 법률조항은 사회적 약자인 여성의 성적자기결정권을 보호하려는 정당한 목적이 있고, 남성을 자의적으로 차별하여 처벌하는 것이라고 단정하기도 어려우며, 차별의 기준이 그 목적의 실현을 위하여 실질적인 관계가 있고, 차별의 정도도 적정한 것으로 보여지므로 평등원칙에 위반된다고 볼 것도 아니다.

다만 입법자로서는 첫째 개인의 사생활 영역에 속하는 남녀간의 내밀한 성적 문제에 법이 지나치게 개입하는 것은 부적절하고, 둘째 세계적으로도 혼인빙자간음행위를 처벌하는 입법례가 드물며, 셋째

이 사건 법률조항이 협박을 하거나 위자료를 받아내기 위한 수단으로 악용되는 경우가 많고, 넷째 국가 형벌로서의 처단기능이 많이 약화되었으며, 다섯째 형사정책적으로도 형벌의 억지효과가 거의 없고, 여섯째 여성 보호의 실효성도 의문이라는 점 등에 대한 면밀한 관찰을 통하여 혼인빙자간음죄를 앞으로도 계속 존치할 것인지 여부에 관한 진지한 접근이 필요하다고 보여진다.

재판관 권성의 반대의견

이 사건 법률조항이 혼인빙자행위를 다른 위계행위와 형법적으로 동일하게 평가하여 이를 처벌하는 것은 헌법상의 과잉금지원칙을 위반함으로써 헌법 제10조가 보장하는 인간의 자존과 행복추구권을 침해하여 위헌이라고 생각한다. 따라서 다른 점에 대하여 더 판단할 것도 없이 이 사건 심판대상규정 중 ‘혼인을 빙자하거나’라는 부분에 대하여는, 이에 대한 형사처벌이 헌법상의 과잉금지원칙에 위배되고 헌법 제10조가 보장하는 인간의 자존과 행복추구권을 침해함을 이유로, 위헌을 선고하여야 할 것이다.

재판관 주선회의 반대의견

불순한 동기에 의한 성행위는 도덕과 윤리의 문제에 불과할 뿐, 사회적으로 유해한 행위에 해당하지 않으므로, 국가가 이러한 개인의 사생활 영역까지 규제해야 할 아무런 정당성을 찾을 수 없는 것이다. 이 사건 법률조항은 독자적인 인격체로서 자기 책임 아래 성적 자기결정권을 행사할 수 있는 여성의 능력을 부인함으로써 여성의 존엄과 가치에 반하여 그의 인격권을 침해하고, 나아가 형법적으로 보호해야 할 법익이 없음에도 개인의 성행위를 형벌로써 규율함으로써 개인의 성적 자기결정권을 침해하는 위헌적인 규정이다.

【심판대상조문】

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정되고 1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제304조(혼인빙자 등에 의한 간음) 혼인을 빙자하거나 기타 위계로써 음행의 상습없는 부녀를 기망하여 간음한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만원이하의 벌금에 처한다.

【참조조문】

헌법 제10조, 제11조 제1항, 제17조, 제37조 제2항
헌법재판소법 제68조 제2항

【참조판례】

1. 헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 판례집 2, 306
헌재 1997. 7. 16. 95헌가6 등, 판례집 9-2, 1
헌재 2001. 10. 25. 2000헌바60, 판례집 13-2, 480 등 참조
2. 헌재 1992. 4. 28. 90헌마24, 판례집 4, 225
헌재 1995. 10. 26. 92헌바45, 판례집 7-2, 397
헌재 1999. 5. 27. 98헌바26, 판례집 11-1, 622 등 참조

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 이○주(99헌바40)
 대리인 변호사 김기석
2. 김○우(2002헌바50)
 대리인 법무법인 덕수
 담당변호사 이돈명 외 4인
- 당해사건 1. 서울지방법원 98고단5004 혼인빙자간음등
 2. 서울지방법원 2002노1667 혼인빙자간음

【주 문】

형법 제304조(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정되고, 1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것)는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상
- 가. 사건의 개요
- (1) 99헌바40

청구인 이○주는 1998. 5. 29. 서울지방법원에 혼인빙자간음죄 등으로 불구속기소(98고단5004)되어 공판계속 중 혼인빙자간음죄를 처벌하는 형법 제304조(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 헌법에 위반된다고 주장하면서 위헌여부심판의 제청신청(98초5618)을 하였으나, 위 법원은 1999. 5. 1. 위 제청신

헌재 2002. 10. 31. 99헌바40, 2002헌바50(병합)

청을 기각하였다. 이에 청구인은 같은 달 4. 위 기각결정을 송달받고, 같은 달 17. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2002헌바50

청구인 김○우는 서울지방법원 북부지원에 혼인빙자간음죄로 구속기소(2001고단4428)되어 2002. 1. 24. 유죄판결을 선고받고, 항소하였으나 같은 해 5. 24. 서울지방법원(2002노1667)에서 항소기각판결을 선고받고, 상고하여 현재 대법원(2002도2994)에 공판계속 중인바, 청구인은 같은 해 5. 21. 서울지방법원에 이 사건 법률조항에 대한 위헌여부심판의 제청신청(2002초792)을 하였으나, 위 법원은 같은 달 24. 위 제청신청을 기각하였다. 이에 청구인은 같은 달 31. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 형법 제304조(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정되고, 1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것)의 위헌 여부이며, 그 내용은 다음과 같다.

제304조(혼인빙자간음) 혼인을 빙자해서 음행의 상습 없는 부녀를 기망하여 간음한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다(청구인들에 대하여 적용된 공소사실은 ‘혼인빙자에 의한 간음행위’에 국한되므로, 이 사건 법률조항 중 ‘기타 위계로써’ 부분은 이 사건 심판의 대상에서 제외한다).

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 청구인 이○주의 주장(99헌바40)

(가) 형법에 의한 성적 자유의 보호는 의사의 자유를 제압하거나 자유가 없는 경우로 제한되어야 한다. 혼인빙자의 경우에는 그 의사를 제압하였다고 할 수 없고, 진실을 전제로 한 혼전성교의 강제는 도덕과 윤리의 문제에 불과할 뿐만 아니라 형법이 개인간의 사생활 영역까지 규제하여서는 안된다. 따라서 남녀간의 자유의사에 의한 성적 행위를 제재하는 이 사건 법률조항은 청구인의 행복추구권(헌법 제10조) 및 사생활의 비밀과 자유(헌법 제17조)를 침해한 것이다. 또한 행위 주체를 남성으로, 그 보호대상을 부녀로 각각 한정하여 차별대우를 함으로써 평등의 원칙(헌법 제11조 제1항)에도 위반된다.

(나) 인간의 성은 문화현상의 하나로서 성적 행위 여부 및 그 상대방 결정권은 기본권의 본질적인 부분에 속하는 것임에도, 국가권력이 이 사건 법률조

항을 통하여 남녀간의 성적 행위를 직접적으로 간섭·규제함으로써 기본권의 본질적인 내용을 침해하여 과잉금지 원칙(헌법 제37조 제2항)에 위반된다.

(다) 수사실무상 행위자의 범의를 입증하기 쉽지 아니하고, 고소인들에 의하여 악용되는 사례도 적지 아니하며, 현재 우리 사회의 성도덕·윤리 및 여성의 지위가 형법 제정 당시의 시대상황과는 달리 많은 변화를 보이고 있다. 성인 남녀간의 자유의사에 의한 성관계를 처벌하는 입법례가 없고, 학계의 다수도 혼인빙자간음죄의 폐지에 찬성하고 있다. 실제로 1992년의 형법 개정법률안 성안과정에서 이 사건 법률조항을 폐지하기로 논의된 사실도 있는 점 등에 비추어, 이 사건 법률조항은 폐지되어야 한다.

(2) 청구인 김○우의 주장(2002헌바50)

위 (1)의 (가)항 기재와 대체로 같다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유

(1) 서울지방법원의 기각이유(99헌바40)

(가) 혼인빙자간음죄의 보호법익은 개인의 성적자기결정의 자유이고, 이 사건 법률조항이 형법 제32장(강간과 추행의 죄)에 규정되어 있는 점을 종합하면, 혼인빙자간음죄는 개인의 성적 자유를 침해하는 범죄 즉 개인적 법익을 침해하는 범죄다. 기망의 방법으로 타인의 재물을 편취하는 행위의 위법성과 처벌의 필요성이 인정되는 것처럼 기망의 방법으로 타인의 성적자기결정권을 침해하여 육체적인 쾌락을 편취하는 행위도 그 위법성과 처벌의 필요성이 인정된다.

(나) 혼인빙자간음죄는 남녀간의 자유로운 혼전 성행위를 제재하는 것이 아니라 기망에 의하여 음행의 상습 없는 부녀의 성적 자유를 침해하는 행위를 처벌하는 것이다. 따라서 헌법이 규정하는 행복추구권이나 사생활의 보호 규정과 양립할 수 없는 것이 아니며, 이러한 범죄행위로부터 여성을 보호하는 것이 과잉금지의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

(다) 혼인빙자간음행위의 위법성과 처벌의 필요성을 고려하면 남자가 보호 대상에서 제외되는 점에서는 불평등이라고 할 수 있을지 모르지만, 남자만을 혼인빙자간음죄의 처벌대상으로 규정하는 점에서의 불평등은 아니므로 평등 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

(2) 서울지방법원의 기각이유(2002헌바50)

별다른 기각이유 기재가 없다.

다. 관계기관의 의견

(1) 법무부장관 및 서울지방검찰청 검사장의 의견(99헌바40, 2002헌바50)

(가) 이 사건 법률조항은 혼인을 빙자하여 음행의 상습 없는 부녀를 간음하는 행위를 처벌함으로써 여성의 성적자기결정권을 보호하고자 하는데 그 입법목적이 있다. 어떠한 행위를 범죄로 규정하고 어떠한 형벌을 과할 것인가는 원칙적으로 국가의 입법정책의 문제일 뿐 헌법 적합성의 문제가 아니다.

(나) 혼인빙자간음죄는 여성의 성적자기결정권을 침해하는 점에서 기본권 행사의 내재적 한계를 벗어난 것이고, 이에 대한 처벌은 사회적 약자인 여성의 성적자기결정권의 보호라는 입법정책을 수행하기 위한 필요 최소한의 제한으로서 자유와 권리의 본질적 내용을 침해하는 것이 아니다. 따라서 이 사건 법률조항이 청구인들의 행복추구권, 사생활의 비밀과 자유를 침해하였다고 볼 수 없다.

(다) 혼인빙자간음죄의 행위주체를 남성으로, 보호대상을 음행의 상습 없는 부녀로 각각 한정하고 있다 하더라도 여성의 성적자기결정권을 보호하기 위한 합리적 이유가 있는 차별이므로, 이 사건 법률조항은 평등원칙에 위반되지 아니한다.

(라) 실무상 입증의 어려움이나 남고소 등에 의한 악용가능성은 모든 범죄수사에서 동일한 것으로서 특별히 혼인빙자간음죄에만 해당되는 것이 아니므로, 이러한 사유가 위헌의 근거로 될 수 없다. 나아가 입법론이나 학계에 폐지론이 있다는 사실만으로 이 사건 법률조항이 위헌이라고 할 수도 없다.

(2) 서울지방검찰청 북부지청장의 의견(2002헌바50)

위 (1)항의 기재와 대체로 같다.

3. 판 단

가. 혼인빙자간음죄에 관한 입법례

(1) 외국의 입법례를 살펴보면, 일본은 현행 형법이나 구 형법에 혼인빙자간음죄에 대한 처벌규정이 없고, 다만 구 형법의 개정시안이었던 형법 가안에 그 처벌규정이 있었다. 미국은 대부분의 주에서 혼인빙자간음죄가 처벌의 대상이 아니고, 일부 주에서 간통죄와 마찬가지로 혼인빙자간음죄에 대한 처벌규정을 두고 있으나 거의 기소되지 아니하는 것으로 알려져 있다. 독일은 구 형법에 혼인빙자간음죄가 있었으나 개정 형법에서 폐지되었고, 프랑스는 형법에 혼인빙자간음죄를 처벌하는 규정이 없다. 기타 터키, 쿠바 및 루마니아 형법 등에서 혼인빙자간음죄를 처벌하는 규정을 두고 있다고 한다.

(2) 우리나라의 경우 1953년 형법 제정 이전의 의용 형법에는 혼인빙자간

음죄에 대한 처벌조항이 없었고, 이 사건 법률조항은 일본 형법 가안의 영향을 받은 것으로 알려져 있다. 1992년의 형법 개정법률안에서 이 사건 법률조항을 폐지하기로 논의된 바 있으나 1995년의 형법개정에는 반영되지 아니하였다.

나. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

우리 형법은 형법 제32장 ‘강간과 추행의 죄(1995년 형법 개정 전에는 ‘정조에 관한 죄’로 표시되어 있었다)’의 장에 개인적 법익을 침해하는 범죄의 하나로 강간죄 및 강제추행죄 등과 함께 혼인빙자간음죄를 규정하여 개인의 성적 의사에 자유를 보호하고 있다. 그 중 혼인빙자간음죄는 혼인을 빙자하여 음행의 상습 없는 부녀를 간음함으로써 성립되는 범죄로서 특히 ‘음행의 상습 없는 부녀의 성적자기결정권’을 그 보호법익으로 한다.

(1) 성적자기결정권을 침해하는지 여부

(가) 성적자기결정권의 의미

헌법 제10조에서 보장하는 인격권 및 행복추구권, 헌법 제17조에서 보장하는 사생활의 비밀과 자유는 타인의 간섭을 받지 아니하고 누구나 자기운명을 스스로 결정할 수 있는 권리를 전제로 하는 것이다. 이러한 권리내용 중에 성적자기결정권이 포함되는 것은 물론이다(헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 판례집 2, 306, 310; 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6 등, 판례집 9-2, 1, 16-17; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌바60, 판례집 13-2, 480, 485 등 참조).

성적자기결정권은 각인 스스로 선택한 인생관 등을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자가 독자적으로 성적 관(觀)을 확립하고, 이에 따라 사생활의 영역에서 자기 스스로 내린 성적 결정에 따라 자기책임 하에 상대방을 선택하고 성관계를 가질 권리를 의미하는 것이다.

(나) 혼인빙자간음죄의 위법성과 처벌의 필요성

1) 이러한 관점에서 볼 때, 비록 여성의 입장에서도 그 상대 남성이 설혹 결혼을 약속하면서 성행위를 요구한다고 하더라도 혼전 성관계를 가질 것인지 아닌지는 여성 스스로 판단하고 그에 따르는 책임도 스스로 지는 것이 원칙이다. 그리고 이러한 남녀간의 성문제는 기본적으로 개인간의 은밀한 사생활의 영역에 속하는 것이어서 범죄적인 측면보다는 도덕·윤리적인 측면이 강하게 드러나는 점을 부인할 수는 없다.

2) 그러나 남성이 오로지 여성의 성만을 한낱 쾌락의 성(城)으로만 여기고 계획적으로 접근한 뒤 가장된 결혼의 무기를 사용하여 성을 편취할 경우, 그

평가는 전혀 달라져야 하고 또 달라야 한다. 성의 순결성을 믿고있는 여성에게도 상대방을 평생의 반려자로 받아들이겠다는 엄숙한 혼인의 다짐 앞에서는 쉽사리 무너질 수밖에 없다. 따라서 혼인을 빙자하는 이와 같은 교활한 무기에 의한 여성의 성에 대한 공약은 이미 사생활 영역의 자유로운 성적결정의 문제라거나 동기의 비도덕성에 그치는 차원을 벗어난 것이다. 이러한 행위는 마땅히 형법적 평가의 대상이 되어야 하고, 조심스럽기는 하나 국가형벌권이 개입할 지평을 열어야 한다고 생각한다. 되짚어보면 우리 사회에서 혼인이 상징하는 의미에 비추어 “평생을 일심동체로 함께 하겠다”고 하면서 결혼을 앞세우고 이러한 전제 아래 위장된 호의와 달콤한 유혹으로 파상적 공세를 취하여 올 때, 미혼의 여성이 자신의 성을 깨끗하게 지켜나간다는 것은 지극히 어려운 일일 수 있다. 바로 이러한 점을 악용하여 교활하게도 엄숙한 결혼의 서약을 강력히 앞세워 여성을 유혹하고 언필칭 상호 합의에 의한 성관계라는 이름으로 순결한 성을 짓밟고 유린하는 행위는 남성의 성적자기결정권의 한계를 벗어난 것일 뿐만 아니라, 여성의 진정한 자유의사 즉 성적자기결정권을 명백하게 침해하는 것이 아닐 수 없다. 예컨대 유부남이 미혼인 것처럼 여성에게 접근하여 결혼을 빙자하고 성관계를 요구하거나, 약혼녀와 이미 성관계를 맺고 있는 남성이 다른 여성에게 결혼을 빙자하면서 성관계를 요구하는 행위를 두고 이를 가리켜 사생활 영역의 도덕성 문제로만 치부해서는 안될 것이다.

3) 여성의 성은 강간이나 강제추행죄의 경우처럼 그 의사를 억압하여 강제적으로 취할 수도 있고, 통상적인 구애 수준을 벗어난 강력한 속임수, 가령 혼인을 빙자하는 위장수단으로 중대한 착오에 빠뜨려 성을 편취함으로써 성적자기결정권을 침해할 수도 있는 점에서 그 위법성과 처벌의 필요성이 크게 다를 바 없다. 민법상 이러한 기망행위는 취소하고 그 원상회복을 할 수 있도록 제도적 배려를 하고 있고, 형사법 분야에서도 이를 범죄(사기)로 다스려 처벌하고 있다. 성행위를 재산상 거래행위와 같은 관점에서 평가할 수는 없으나 혼인빙자간음죄의 경우에는 이미 행하여진 성행위를 그 이전의 상태로 되돌릴 방법이 없고, 그로 인한 육체적 상처와 정신적 고통은 도저히 회복이 불가능한 점에서 그 가벌성이 더욱 큰 점은 누구도 부인할 수 없을 것이다.

4) 성의 자유화, 개방화 추세에 따라 남녀간의 성문제가 종전과는 다른 양상을 보이는 것은 사실이다. 그러나 여성은 여전히 사회적으로 불리한 약자의 지위에 놓여있고 아직도 여성의 성은 이러한 지위에 종속되어 있다. 성교행위

로 인한 여성의 임신가능성 등 신체구조상의 차이로 보나, 여전히 사회 속에 뿌리깊은 남성본위의 사고방식에 혼전 성관계에 대한 남녀차별적인 인식 등을 고려할 때, 성문제에 있어서 여성은 도저히 남성과 대등한 입장에 있다고 볼 수 없다. 이러한 점에서 볼 때 국가가 여성의 성적자기결정권을 보호하는 이유는 여성이 남성에 비하여 열등한 존재라거나 그 결정권을 행사할 능력이 부족해서가 아니라, 파렴치한 남성의 간음행위로 돌이킬 수 없는 충격과 피해를 입은 여성을 보호하자는 데서 찾을 수 있다.

5) 따라서 혼인빙자간음죄는 모든 성행위에 국가가 함부로 개입하여 형벌을 가하고 그로 인하여 혼전 성관계를 가진 자로 하여금 불행한 결혼을 일률적으로 강제하는 기능을 수행하는 것이 아니다. 또한 다소 과장된 정도의 구애표현이나 유혹까지 금지하거나, 진정한 혼인의사로 성교를 나눈 뒤 사정변경으로 변심한 경우까지 그 처벌의 대상으로 하는 것도 아니다. 오직 결혼의 사도 없이 혼인을 빙자하는 기망의 수법을 사용하여 음행의 상습 없는 부녀로 하여금 혼전 성관계에 이르도록 유인하여 성을 편취하는 반사회적인 행위를 제재하는 것일 뿐이다.

(다) 행복추구권, 사생활의 비밀과 자유를 침해하는지 여부

이 사건 법률조항은 동일한 시각에서 입장을 바꾸어 보면, 청구인들의 성적자기결정권을 제한하는 측면도 있는 것이 사실이다.

그러나 앞서 본 바와 같이 혼인을 빙자한 부녀자 간음행위는 그 또한 피해 여성의 성적자기결정권을 침해하는 것이 되어 기본권행사의 내재적 한계를 명백히 벗어난 것으로서, 사회의 질서유지를 위하여 그 제한이 불가피하다 할 것이다. 나아가 혼인빙자간음행위를 한 자를 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 규정한 이 사건 법률조항은 청구인들의 성적자기결정권에 대한 필요 최소한의 제한으로서 그 본질적인 부분을 침해하는 것도 아니므로 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 위반된다고 볼 것도 아니다. 따라서 이 사건 법률조항으로 말미암아 청구인들의 행복추구권이나 사생활의 비밀과 자유가 침해되었다고 할 수 없다.

(2) 평등원칙에 위반되는지 여부

앞서 살핀 바와 같이 아직도 우리 사회에는 남녀간의 성에 대한 신체적 차이, 성행위에 대한 인식과 평가가 다른 것이 엄연한 현실이다. 현행 형법에서 성범죄의 피해자 및 범죄의 구성요건을 구분하여 규정하면서, 강제추행죄는 피해자를 '사람'으로 규정하여 남녀 모두 그 피해자가 될 수 있도록 한 반면,

강간죄는 피해자를 ‘여성’으로 한정하고, 그 법정형에도 차이를 두고 있는 것은 바로 이러한 차이를 고려한 인식의 바탕 위에서 법률조항을 규정한 것으로 볼 수 있다.

따라서 이 사건 법률조항은 사회적 약자인 여성의 성적자기결정권을 보호하려는 정당한 목적이 있고, 남성을 자의적으로 차별하여 처벌하는 것이라고 단정하기도 어려우며, 차별의 기준이 그 목적의 실현을 위하여 실질적인 관계가 있고, 차별의 정도도 적절한 것으로 보여지므로 평등원칙에 위반된다고 볼 것도 아니다.

(3) 소결론

어떠한 특정 행위를 범죄로 규정하고 국가가 형벌권으로 이를 규제할 것인지, 아니면 단순히 도덕률에 맡길 것인지의 문제는 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황, 국민 일반의 가치관 내지 법감정, 범죄예방을 위한 형사정책적인 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 결정될 수밖에 없다. 따라서 혼인빙자간음행위에 대하여 형사적 제재를 가할 것인지, 어떠한 제재방법을 선택할 것인지는 기본적으로 입법자의 의지 즉 입법정책의 과제로서 입법자의 입법재량의 자유에 속한다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225, 229; 헌재 1995. 10. 26. 92헌바45, 판례집 7-2, 397, 404; 헌재 1999. 5. 27. 98헌바26; 판례집 11-1, 622, 629 등 참조).

오늘날 세계 각국의 제도가 혼인빙자간음죄를 처벌하지 아니하는 추세이고, 최근 들어 급속한 성윤리의 개방화로 국민들의 성에 관한 인식과 이에 대한 법감정에 엄청난 변화가 진행 중에 있어 그 규범력과 실효성이 점차 약화되고 있음을 부인할 수 없다. 또한 이 사건 법률조항이 민·형사사건의 처리 과정에서 합의 등을 강제하는 수단으로 악용되는 사례 등도 없지 아니하다. 그러나 이러한 사정에도 불구하고 우리 사회에서 혼인의 순결과 미혼여성의 정절관념은 전통적인 윤리·가치로서 여전히 뿌리깊게 자리잡고 있어 혼인빙자간음죄는 사회질서를 해치고 타인의 권리를 침해하는 경우에 해당한다고 보는 우리의 법의식은 여전히 유효하다고 본다. 그러므로 이 사건 법률조항은 이러한 우리의 법의식을 바탕으로 한 입법자의 입법형성의 자유영역 내의 것이므로 헌법에 위반된다고 할 수는 없다.

다만 입법자로서는 혼인빙자간음죄의 폐지론자들이 그 논거로 제시하는바, 첫째 개인의 사생활 영역에 속하는 남녀간의 내밀한 성적 문제에 법이 지나치게 개입하는 것은 부적절하고, 둘째 세계적으로도 혼인빙자간음행위를 처

벌하는 입법례가 드물며, 셋째 이 사건 법률조항이 협박을 하거나 위자료를 받아내기 위한 수단으로 악용되는 경우가 많고, 넷째 국가 형벌로서의 처단기능이 많이 약화되었으며, 다섯째 형사정책적으로도 형벌의 억제효과가 거의 없고, 여섯째 여성 보호의 실효성도 의문이라는 점 등에 대한 면밀한 관찰을 통하여 혼인빙자간음죄를 앞으로도 계속 존치할 것인지 여부에 관한 진지한 접근이 필요하다고 보여진다.

4. 결 론

따라서 형법 제304조의 규정은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 권성, 재판관 주선회의 아래 5. 6.과 같은 별개의 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관들의 일치된 의견에 따른 것이다.

5. 재판관 권성의 반대의견

가. 위헌의 징표

헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 지니며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”라고 규정하고 있거니와 인간이 도덕과 관습의 범위 내에서 국가의 간섭 없이 자유롭게 이성(異性)과 애정을 나눌 수 있는 것은 헌법이 규정하는 인간의 존엄과 행복추구의 본질적 내용의 일부를 구성한다. 그러므로 이성간(異性間)의 애정의 자유는 당연히 헌법상의 보호를 받는다. 따라서 국가안전보장이나 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우가 아니면 법률로도 이를 제한할 수 없는 것이지만(헌법 제37조 제2항 전단) 이러한 제한을 운운하는 것조차 자연스럽지 못하게 느껴질 정도로 그 자유는 법률에 의한 제한과는 원래 친하지 않은 것이다.

이성관계는 개인과 개인 사이에서 매우 은밀하게 이루어지는 것이고 그 목표하는 바도 개인적인 애정의 성취에 있음이 그 본질임에 비추어 여기에서 국가의 안전보장이나 질서유지 또는 공공복리의 척도를 들이대는 것은 자연스럽지 못한 것이다. 그러므로 미성년 또는 심신미약의 부녀를 상대로 한다거나, 폭행이나 협박 등 폭력으로 맺어진다거나, 매매의 대상 또는 흥정의 미끼가 된다거나, 그 장면이 공중에 노출된다거나, 또는 그로 인하여 위험한 질병이 공중에게 확산된다거나 하는 등의 부수적 문제가 수반되지 않는 한 이성관계 자체에 대하여 법률이 직접 개입하는 것은 자유에 대한 무리한 간섭이 되어 원칙으로 과잉금지위반의 위험적 요소를 내포한다. 혼인빙자간음죄의 위헌성은 여기에서부터 들어나기 시작한다.

나. 성적자기결정권에 대한 침해 여부

다수의견은 혼인의 빙자가 음행의 상습이 없는 부녀(이하에서 여자라고 할 때에는 주로 이 범위의 부녀를 지칭한다)의 성적자기결정권을 침해한다고 주장한다. 그러나 이것은 그 근거가 불분명한 주장이라고 생각한다.

첫째로, 애정의 자유는 우선 상대선택의 자유를 의미하거나 이 선택권 행사의 주체에 대하여는 보다 냉정하고 깊은 본태적(本態的) 통찰이 우선 필요하다.

선택의 주체는 일견 남자로 보이지만 심층적 분석에 의하면 실은 여자가 그 주체임을 인류학적 통찰은 암시하고 있다.³⁾ 본태적 측면에서 볼 때 남자는 다수 후손의 확보에 때로 더 크게 이끌리는 본성적 경향이 있음에 반하여, 여자는 우수한 후손의 출산에 대한 기대와 그 양육에 대한 부담으로 인하여 생계와 안전을 보장할 상대의 능력도 함께 고려하게 되고 이 때문에 상대와의 거리를 좁힌 뒤 신중하게 생각하고 상대를 선택하는 본성적 경향을 가진다. 그러므로 혼인의 약속이나 빙자뿐만 아니라 그밖의 모든 정황을 함께 고려하여 여자는 선택을 하는 것으로 보아야 한다.⁴⁾

둘째로, 애정의 자유는 원래가 상대선택의 자유 이외에 애정표현의 자유와 구애수단의 자유를 포함한다. 구애수단은 본태적 측면에서 보면 상대의 환상을 유발하도록 과대포장되고 극적으로 연출되기 마련이므로 본래가 어느 정도의 기망을 그 요소로 하고 있다. 따라서 남자의 구애행위 속에는 천태만상의 다양한 형태로, 묵시적이든 명시적이든, 혼인에 관한 모종의 약속이 다른 구애수단과 함께 포함되어 있는 경우가 대부분이라고 보아야 한다.

셋째로, 혼인의 약속이나 빙자가 개입되지 아니한 채 이루어지는 이성관계도 있을 수 있음은 물론이고 진정한 혼인의 약속이 있었으나 이런 저런 사정으로 그 약속이 불실의 것으로 끝나는 경우도 있을 수 있다. 이처럼 이성관계 성립은 그 배경이 다양하고 그 경위가 내밀하고 그 진행에 변화가 많아서 제3자나 국가기관이 사후에 혼인이 빙자된 여부를 판정하기가 참으로 지난한 경우도 있게 된다.

3) Helen F. Fisher 지음/박매영 옮김, 性的 계약(The Sex Contract, New York, 1983), 정신세계사 1993년 출판, 제167면 참조.

4) David P. Barash and Judith Eve Lipton 지음/이한음 옮김, 일부일처제의 신화(The Myth of Monogamy), 해냄 2002년 출판, 제205면 및 286면 참조(아울러 39면, 42면, 58면, 96면, 103면 참조).

이와 같은 여러가지 사정을 종합하여 보면 혼인의 빙자가 있었는지 여부, 있었다면 그것이 여자의 최종 결정에 미친 영향의 유무와 정도는 대단히 불명스러운 것이다. 바꾸어 말하면 여자는 혼인의 빙자가 없으면 없는 대로, 있으면 있는 대로, 그것을 포함한 모든 사정을 고려하여 남자의 접근을 수용할 여부를 최종적으로 선택한다고 보는 것이 인간의 본태적 본성에 보다 근접한 이해라고 할 것이다. 그렇다면 혼인의 빙자가 바로 여자의 성적자기결정권을 침해한다고 보는 다수의견은 그 근거가 매우 의심스러운 것이다. 혼인의 약속을 포함한 모든 사정을 종합하여 여자가 상대를 선택하는 현상을 부인하는 것은 여자의 이성(理性)과 생래의 판단력을 미오(迷悟), 불신하는 데에서 비롯된 것이다.

다. 비행과 책임 사이의 비례

그러나 이상의 논의만으로 바로 혼인을 빙자한 남자의 전방위적 면책을 단정하는 것은 아니다. 혼인빙자는 상대를 기망하는 것이므로 도덕적으로 순수하지 못하다. 그러나 앞에서 본 것처럼 구매수단은 본태적 측면에서 보면 상대의 환상을 유발하도록 과대포장되고 극적으로 연출되기 마련이므로 본래가 어느 정도의 기망을 그 요소로 하고 있다. 이러한 성향은 인간의 본성에서 유래하므로 지극히 자연스러운 것이고 그 연출의 극적 완성도에 따라 때로는 예술의 좋은 소재가 되기도 한다. 그러므로 이러한 구매수단의 다양한 전개를 순수성이라는 척도만을 가지고 단죄하는 것은 인간의 본태적 성향에 비추어 매우 무리한 일이다.

혼인을 빙자하는 것은 물론 순수하지 못하다. 그러나 그것은 누구나 쉽게 의지할 수 있는 자연스럽고 일반적인 구매의 수단이므로 혼인을 빙자한 그 시점을 기준으로 하여 판단할 때에, “지키지 않을 또는 지키지 못할 혼인의 약속을 내세워 상대를 속이지 말라”는 도덕률의 준수에 대한 기대가능성은 매우 작을 수밖에 없다. 더구나 앞에서 설명한 바와 같이 근접관찰을 통한 최종적인 상대 선택권이 여자에게 있다는 점을 함께 고려한다면 그 기대가능성은 더욱 작을 수밖에 없다. 혼인빙자의 자제(自制)에 대한 기대가능성이 이처럼 작은 것이라면 그 위반에 대한 비난의 가능성도 역시 작을 수밖에 없다.

비난가능성이 작은 잘못에 대하여는 도의적 책임을 묻는 정도로 그치고 비난가능성이 높은 잘못에 대하여만 형사책임을 함께 과하는 것이 일반적으로 정의와 형평에 부합하고 비례의 원칙에 부합하므로, 앞에서 본 바와 같이 비난가능성이 높을 수 없는 혼인빙자의 잘못에 대하여 형사처벌을 가하는 것은

과도한 처벌이 되어 헌법상의 과잉금지의 원칙에 어긋난다.

라. 형벌의 필요성과 정당성의 유무

인간의 본태적 행동은 원래는 선악을 초월한다. 그러나 인간은 끊임 없는 구도(求道)의 자기탁마(自己琢磨)를 통하여 더 높은 곳으로 향상하여 나갈 의무를 스스로 짊어지는 자존(自尊)의 양심적(良心的) 존재이다. 그러므로 양심적 존재로서의 인간은 혼인을 빙자한 행위의 비도덕성을 스스로 회오(悔悟)할 책임이 있는 것이고 이것은 양심에 내재한 도덕율에 기초한 자책이므로 본질에 있어 도덕적 책임에 속한다. 이것이 혼인을 빙자한 남자의 제1차적인 책임이다.

그렇다면 1차적 책임인 이 도덕적 책임을 제2차적인 형사법적 책임으로까지 강화하는 것은 어떠한가.

그것은 불가하다고 본다. 모든 비도덕적 행위를 형사처벌할 수 없음을 자명한 것이므로 비도덕적 행위 중 사회적 유해성이 있는 중요한 것만을 형사처벌하게 되는데 혼인빙자의 행위는 이미 앞에서 본 것처럼 그 비난가능성이 높지 아니하므로 사회적 유해성이 있는 중요한 비도덕적 행위의 범위에는 포함될 수 없기 때문이다. 그것이 국가의 안전보장이나 질서유지 또는 공공복리에 위해를 가져오는 경우가 생기는 일도 이미 앞에서 보았듯이 별로 없을 것이다. 만일 이를 형사처벌한다면, 여자측의 고소가 없으면 그 행위가 들어날 수 없는 데다가 국가의 소추권이 모든 혼인빙자를 추궁하기에는 역부족이라는 점 때문에 불가피하게 선별적이고 자의적인 처벌이 초래되는데 이것은 법의 신뢰를 손상할 뿐이다. 또한 그 동안의 범집행의 실태를 실증적으로 분석하여 이러한 형사처벌이 혼인빙자의 범죄에 대한 일반예방적 효과를 거두었음을 보여주는 자료도 존재하지 아니한다. 입법자는 혼인빙자의 비행에 대한 형벌의 필요성을 입증하지 못하면 이를 형법규범화할 수는 없다고 할 것이다.⁵⁾ 왜냐하면 의심스러운 때에는 시민의 자유와 형법의 최후수단성을 고려하여야 하기 때문이다.⁶⁾ 더구나 장차 결혼생활이 정상적으로 영위되기 어려운 상황이 예상되에도 불구하고 혼인빙자간음죄의 형사처벌이 두려워 혼인을 한다면, 파탄이 예상되는 혼인을 형법이 강요하는 셈이 되어 부당하다.⁷⁾ 또한

5) 임웅, 비범죄화의 이론, 법문사, 1999년, 제76면 참조.

6) Peter Schneider는 “의심스러운 때는 자유를 위하여!”(In dubio pro liberate!)라는 간결한 형식으로 이를 표현하고 있다. W. Maihofer 지음/심재우 옮김, 법치국가와 인간의 존엄, 삼영사, 제147면 참조. 또한 임웅, 앞의 책, 제76면 참조.

피해를 본 여자가 이 규정을 무기로 상대를 공갈, 협박하는 폐단도 발생할 우려가 있다. 결국 혼인빙자의 비행에 대한 도덕적 책임을 형사처벌로까지 강화하는 것은 그 필요성과 정당성을 발견하기 어렵다.⁸⁾

마. 결 론

그러므로 이 사건 심판대상규정이 혼인빙자행위를 다른 위계행위와 형법적으로 동일하게 평가하여 이를 처벌하는 것은 헌법상의 과잉금지원칙을 위반함으로써 헌법 제10조가 보장하는 인간의 존엄과 행복추구권을 침해하여 위헌이라고 생각한다. 따라서 다른 점에 대하여 더 판단할 것도 없이 이 사건 심판대상규정 중 “혼인을 빙자하거나”라는 부분에 대하여는, 이에 대한 형사처벌이 헌법상의 과잉금지원칙에 위배되고 헌법 제10조가 보장하는 인간의 존엄과 행복추구권을 침해함을 이유로, 위헌을 선고하여야 할 것이다.

6. 재판관 주선회의 반대의견

가. 이 사건 법률조항은 혼인을 빙자하는 등으로 음행의 상습이 없는 부녀를 기망하여 간음하는 행위를 처벌하고 있다. 다수의견은 혼인의 빙자가 음행의 상습이 없는 부녀의 성적 자기결정권을 침해한다고 주장한다.

이 사건 법률조항의 보호법익은 소위 ‘여성의 성적 자기결정권’이고, 이 법률조항에 의하여 침해되는 기본권도 또한 ‘개인의 성적 자기결정권’이다. 성적 자기결정권은 헌법상 보호되는 인격권의 한 부분으로서, 인격권은 헌법 제10조의 인간의 존엄성과 행복추구권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 그 헌법적 기초를 두고 있다. 인격권은 누구나 각자의 삶을 스스로 자주적으로 결정할 수 있어야 한다는 자기결정권에 이념적 바탕을 두고, 자유로운 인격발현의 기본조건이 국가공권력에 의하여 위협받는 경우에 헌법적 보호를 제공하는 기본권이다. 성적 자기결정권이란, 자신의 성적 관(觀)을 스스로 결정하고 이에 따라 성적 영역에서의 생활을 독자적으로 형성할 권리, 무엇보다도 ‘누구와 성관계를 가질 것인가’를 스스로 결정할 권리이다. 성적 자기결정권의 행사는 경우에 따라 성행위의 동기에 관한 착오에 기인할 수 있으나, 자유는 곧 자기결정과 자기책임을 의미하고 자기책임은 스스로의 위험부담으로 이어진다는 점에서 성적 자기결정권은 자기결정에 의하여 자기 책임 하에서 성관

7) 김기춘, 형법개정시론, 1985년, 제448면.

8) 참고로 2001년도 검찰연감에 의하여 혼인빙자간음죄의 최근 수년간의 기소건수(전국)를 살펴보면 1993년 25건, 1995년 27건, 1996년 20건, 1997년 23건, 1998년 20건, 1999년 18건이다.

계를 가질 권리이다. 상대방 남성이 결혼을 약속한다 하더라도 혼전 성관계를 맺을 것인지의 여부에 관하여는 여성 스스로의 판단이므로, 그에 대한 책임도 자주적 인격체로서 여성 스스로 져야 한다.

나. 개인 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임아래 스스로 결정하고 형성하는 성숙한 민주시민이 우리 헌법의 인간상이라는 점에 비추어, 이 사건 법률조항이 보호하고자 하는 ‘여성의 성적 자결권’은 그 자체로서 여성의 존엄과 가치에 반하는 것으로서 보호법익이 될 수 없다.

여성이 혼전 성관계를 요구하는 상대방 남자와 성관계를 가질 것인가의 여부를 스스로 결정한 후 자신의 결정이 착오에 의한 것이라고 주장하면서 국가에 대하여 상대방 남성의 처벌을 요구하는 것은 여성 스스로가 자신의 성적 자기결정권을 부인하는 행위이다. 마찬가지로, 결혼을 약속했다고 하여 성관계를 맺은 여성의 착오를 국가가 형벌로써 사후적으로 보호한다는 것은, ‘여성이란 남성과 달리 성적 자기결정권을 자기 책임 아래 스스로 행사할 능력이 없는 존재, 즉 자신의 인생과 운명에 관하여 스스로 결정하고 형성할 능력이 없는 열등한 존재’라는 것의 규범적 표현이다. 나아가, 이 사건 법률조항은 남녀 평등의 사회를 지향하고 실현해야 할 국가의 헌법적 의무(헌법 제36조 제1항)에 반하는 것이자, 여성을 유아시(幼兒視)함으로써 여성을 보호한다는 미명 아래 사실상 국가 스스로가 여성의 성적 자기결정권을 부인하는 것이다.

따라서 이 사건 법률조항의 경우, 형벌규정을 통하여 추구하고자 하는 목적 자체가 헌법에 의하여 허용되지 않는 것으로서 그 정당성이 인정되지 않으므로, 이 사건 법률조항은 남성과 여성 모두의 인격권(헌법 제10조)과 사생활의 자유(헌법 제17조)를 침해하는 규정이다.

다. 이 사건 법률조항의 본질적인 문제는 혼인을 빙자한 간음과 같이 ‘성행위의 비도덕적 동기’를 국가가 형벌로써 처벌하는 데 있다.

형벌권은 국가적 제재수단 중 최종적 수단에 해당하므로, 국가형벌권의 행사는 단지 도덕이나 풍속을 보호하고자 하는 목적만으로는 정당화되지 아니하고, 일정한 보호법익에 대한 침해 또는 침해위험성이 존재하여야 한다. 따라서 국가가 일정한 인간행위를 범죄로 규정하기 위해서는 그 행위가 건전한 도덕에 반할 뿐이 아니라 사회질서를 침해하거나 위태롭게 한다는 법익침해의 가능성이 있어야 하는 것이다. 국가는 형벌로써 국민에게 도덕을 강요할

권한을 가지고 있지 않다. 도덕이란 국가에 의하여 제시되는 것이 아니라, 사회에서 다양한 가치관의 충돌과 경합을 통하여 스스로 형성되는 것이다.

결혼을 약속하였다 하여 혼전 성관계를 맺은 여성의 착오가 국가의 형벌권에 의하여 보호될 수 있는 법익에 포함되기 위해서는, 우리 사회에 아직도 한번의 혼전 성관계가 여성에게는 곧 결혼을 의미하는 성풍속이 존재한다거나 아니면 한 번의 경솔한 혼전 성관계가 여성의 정상적인 결혼이나 사회생활을 가로막는 사회적 인식이 존재한다는 것이 전제되어야 하는데, 우리나라의 경우에도 개인주의적·성개방적 사고방식에 따라 성에 관한 국민의 법의식에도 많은 변화가 있어, 여성의 착오에 의한 혼전 성교를 보호해야 할 법익을 이미 더 이상 인정할 수 없다고 본다.

더욱이 다양한 가치관이 존재하는 오늘날의 다원적 사회에서, 혼전 성교의 동기 중 어떠한 동기가 특히 비난할 여지가 있는 것인가(예컨대 혼인을 빙자한 간음, 직위를 빙자한 간음, 재산을 빙자한 간음 등)에 관하여도 사회적으로 이를 판단할 수 있는 객관적인 기준이 존재하지 않기 때문에, 혼전 성행위 ‘동기의 순수성’과 관련하여 여성을 보호하는 것은 더 이상 국가의 과제가 아니라 할 것이다.

라. 다수의견은 ‘기망의 수단으로 타인의 재물을 편취하는 행위가 사기죄로 처벌되어야 하는 것과 같이, 여성의 성을 기망의 방법으로 취하는 행위도 처벌되어야 한다’고 주장하나, 이러한 견해는 사기죄에 의하여 보호되는 법익과 혼인빙자간음죄에 의하여 보호하고자 하는 법익 간의 근본적인 차이를 간과하는 데에서 비롯된다. 어떠한 행위를 범죄로 규정하고 어떠한 형벌을 과할 것인가에 관하여는 원칙적으로 입법자의 광범위한 형성권이 인정되지만, 법률이 직업영역이나 재산권영역을 규율하는 경우와 사생활의 영역을 규율하는 경우에 인정되는 입법자의 형성권이 동일한 것은 아니다. 개인의 성행위와 같은 사생활의 내밀영역에 속하는 부분에 대하여는 국가는 간섭과 규제를 가능하면 최대한으로 자제하여 개인의 자기결정권에 맡겨야 하며, 국가형벌권의 행사는 중대한 법익에 대한 위협이 명백한 경우에 한하여 최후수단으로서 필요한 최소한의 범위에 그쳐야 한다.

다른 생활영역과는 달리, 사생활 영역에서 형법적 보호의 필요성과 형벌의 필요성을 판단함에 있어서 헌법재판소는 보다 엄격한 기준을 적용해야 한다. 특히 법률이 성생활과 같이 개인의 핵심적 자유영역을 침해하는 경우 이러한 자유에 대한 보호는 더욱 강화되어야 하므로, 입법자는 입법의 동기가 된 구

체적 위험이나 공익의 존재 및 법률에 의하여 입법목적이 달성될 수 있다는 구체적 인과관계를 헌법재판소가 납득하게끔 소명·입증해야 할 책임을 진다. 그러나 이 사건의 경우, 개인의 가장 내밀한 부분에 대한 국가의 간섭을 정당화할 수 있는 중대한 법익을 엿볼 수 없다. 따라서 다수의견이 이 사건 법률조항에 의하여 규율되는 생활영역의 특성을 전혀 고려하지 아니하고 개인의 성행위에 대한 형사적 처벌의 문제를 단지 광범위한 입법형성권의 문제로 단순화하는 것은 재고되어야 한다.

마. 또한, 다수의견은 ‘부녀를 착오에 빠지게 하여 부녀의 성을 취하는 행위를 처벌할지의 여부는 국민의 법의식에 따라야 할 것이고 이 사건 법률조항은 국민의 법의식을 바탕으로 한 것으로서 입법자의 입법형성의 자유에 속하는 부분이다’라고 주장하나, 이는 범치국가의 본질을 오해하는 것이다. 국민의 의사를 대변하는 입법자의 결정도 헌법의 규범에 의하여 범치국가적으로 제한을 받는다는 것이 바로 헌법재판의 기본이념이다. 만일 입법자가 국민의 법의식을 반영하였다고 하여 입법자의 결정이 헌법재판소에 의하여 존중되어야 한다면, 헌법재판은 국민의 여론, 법감정이나 정서를 확인하는 작업으로 전락할 것이다. 물론 헌법재판소도 그의 존재와 권한행사의 정통성을 국민으로부터 부여받지만, 이는 헌법재판소가 구체적인 사건의 판단에 있어서 국민여론이나 국민의 법감정의 구속을 받아야 한다는 것을 의미하지는 않는다. 물론 사안에 따라서는 국민의 여론과 정서를 고려할 수는 있으나, 헌법재판소의 위헌심사에 있어서 유일한 기준은 현행 헌법규범이므로, 국민의 여론이나 법감정은 위헌성을 판단하는 결정적인 기준이 될 수는 없다.

국민의 여론이나 법의식이 헌법의 인간상 및 기본결정과 배치되는 한, 헌법재판소는 국민의 다수로부터도 헌법을 수호해야 하고 기본권을 보호해야 한다. 더욱이 민주국가에서의 법률은 다수의 의사를 대변하는 법적 표현이므로 법률에 대한 위헌심사는 바로 다수의 결정에 압도당한 소수, 법률내용에 동의하지 않는 소수에 대한 보호를 의미한다. 따라서 헌법재판소의 기본권보호는 민주주의의 다수결, 즉 국민다수의 의사에 의해서도 침해될 수 없는 개인의 고유한 사적 영역이 존재한다는 인식에 기초하고 있는 것이다.

이러한 관점에서 본다면, ‘이 사건 법률조항이 국민의 법의식을 반영한 것이기 때문에 입법자의 형성권이 존중되어야 한다’라고 단순히 입법자의 형성권을 주장하여 이 사건 법률조항을 정당화하려는 견해는 헌법적으로 타당한 근거를 갖추지 못한 공허한 주장이다.

바. 결론적으로, 불순한 동기에 의한 성행위는 도덕과 윤리의 문제에 불과할 뿐, 사회적으로 유해한 행위에 해당하지 않으므로, 국가가 이러한 개인의 사생활 영역까지 규제해야 할 아무런 정당성을 찾을 수 없는 것이다. 이 사건 법률조항은 독자적인 인격체로서 자기 책임 아래 성적 자기결정권을 행사할 수 있는 여성의 능력을 부인함으로써 여성의 존엄과 가치에 반하여 그의 인격권을 침해하고, 나아가 형법적으로 보호해야 할 법익이 없음에도 개인의 성행위를 형벌로써 규율함으로써 개인의 성적 자기결정권을 침해하는 위헌적인 규정이다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성 김효종
김경일 송인준(주심) 주선희

구 의료보험법 제32조 제1항 등 위헌소원, 국민건강보험법 제40조 제1항 위헌확인

(2002. 10. 31. 99헌바76, 2000헌마505(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 요양기관 강제지정제의 입법목적
2. 입법자의 예측판단에 대한 헌법재판소의 심사기준
3. 이 사건의 경우, 입법자의 예측판단에 대하여 ‘명백성의 통제’에 그치는 이유
4. 계약지정제가 아니라 강제지정제를 택한 것의 최소침해성 위반 여부(소극)
5. 강제지정제를 택하면서 예외를 두지 않은 것의 최소침해성 위반 여부(소극)
6. 강제지정제가 입법목적을 저해하지 않는 범위 내에서 의료기관의 직업행사의 자유를 배려하는가의 여부(적극)
7. 강제지정제를 유지하는 경우 수반되는 국가의 의무
8. 의료소비자의 자기결정권의 침해여부(소극)
9. 평등권의 위반여부(소극)

【결정요지】

1. 국가가 의료보장의무를 이행하기 위해서는 국민에게 질병·부상에 대하여 적절한 요양급여를 행해야 하며, 이를 위해서는 요양급여를 제공할 수 있는 적정수의 의료기관과 약국을 확보해야 한다. 이 사건 ‘요양기관 강제지정제’의 목적은 법률에 의하여 모든 의료기관을 국민건강보험체계에 강제로 편입시킴으로써 요양급여에 필요한 의료기관을 확보하고 이를 통하여 피보험자인 전 국민의 의료보험수급권을 보장하고자 하는 것이다.

2. 이 사건과 같이, 헌법재판소의 규범심사과정에서 결정의 전제가 되는 중요한 사실관계가 밝혀지지 않는다든지 특히 법률의 효과가

예측되기 어렵다면, 이러한 불확실성이 공익실현을 위하여 국민의 기본권을 침해하는 입법자와 기본권을 침해당하는 국민 중에서 누구의 부담으로 돌아가야 하는가 하는 문제가 제기된다. 법률이 개인의 핵심적 자유영역(생명권, 신체의 자유, 직업선택의 자유 등)을 침해하는 경우 이러한 자유에 대한 보호는 더욱 강화되어야 하므로, 입법자는 입법의 동기가 된 구체적 위협이나 공익의 존재 및 법률에 의하여 입법목적이 달성될 수 있다는 구체적 인과관계를 헌법재판소가 납득하게끔 소명·입증해야 할 책임을 진다고 할 것이다. 반면에, 개인이 기본권의 행사를 통하여 일반적으로 타인과 사회적 연관관계에 놓여지는 경제적 활동을 규제하는 사회·경제정책적 법률을 제정함에 있어서는 입법자에게 보다 광범위한 형성권이 인정되므로, 이 경우 입법자의 예측판단이나 평가가 명백히 반박될 수 있는가 아니면 현저하게 잘못되었는가 하는 것만을 심사하는 것이 타당하다고 본다.

3. 비록 강제지정제에 의하여 의료인의 직업활동이 포괄적으로 제한을 받는다 하더라도 강제지정제에 의하여 제한되는 기본권은 '직업선택의 자유'가 아닌 '직업행사의 자유'이다. 직업선택의 자유는 개인의 인격발현과 개성신장의 불가결한 요소이므로, 그 제한은 개인의 개성신장의 길을 처음부터 막는 것을 의미하고, 이로써 개인의 핵심적 자유영역에 대한 침해를 의미하지만, 일단 선택한 직업의 행사방법을 제한하는 경우에는 개성신장에 대한 침해의 정도가 상대적으로 적어 핵심적 자유영역에 대한 침해로 볼 것은 아니다. 의료인은 의료공급자로서의 기능을 담당하고 있고, 의료소비자인 전 국민의 생명권과 건강권의 실질적 보장이 의료기관의 의료행위에 의존하고 있으므로, '의료행위'의 사회적 기능이나 사회적 연관성의 비중은 매우 크다고 할 수 있다. 이러한 관점에서 볼 때, '국가가 강제지정제를 택한 것은 최소침해의 원칙에 반하는가'에 대한 판단은 '입법자의 판단이 현저하게 잘못되었는가'하는 명백성의 통제에 그치는 것이 타당하다고 본다.

4. 요양기관 강제지정제가 입법목적을 달성할 수 있는 유효한 수단 중에서 가장 국민의 기본권을 적게 침해하는 수단에 해당하는가 하는 문제가 제기된다. 입법자가 강제지정제를 채택한 것은 첫째, 의료보험의 시행은 인간의 존엄성실현과 인간다운 생활의 보장을 위하

여 헌법상 부여된 국가의 사회보장의무의 일환으로서 이를 위한 모든 현실적 여건이 성숙될 때까지 미루어질 수 없는 중요한 과제라는 규범적 인식, 둘째, 우리의 의료기관 중 공공의료기관이 약 10여 %에 불과하기 때문에 민간의료기관을 의료보험체계에 강제로 동원하는 것이 의료보험의 시행을 위해서는 불가피하다는 현실적 인식에 기초하고 있는 것으로 보인다. 더욱이 국가는 이미 1977년 계약지정제를 일시적으로 도입한 바 있는데, 그 당시 지역적·의료부문별 의료공백이 크게 발생하였으며 지정수가제 등을 이유로 다수의 의료인이 요양기관으로서의 지정을 거부하는 등 부정적인 경험을 하였는바, 이러한 ‘현실화 된’ 우려가 강제지정제로 전환하는 직접적인 계기로서, 그리고 현재의 상황이 당시의 상황과 근본적으로 달라진 것이 없다는 판단이 제도 유지의 근거로 각 작용한 것으로 보인다. 이러한 관점 등을 고려할 때, 입법자가 계약지정제를 취하는 경우 의료보장이란 공익을 실현할 수 없다는 현실 판단이 잘못되었다고 할 수 없으므로, 강제지정제를 택한 것은 최소침해의 원칙에 위반되지 않는다.

5. 그렇다면 ‘국가가 강제지정제를 유지하면서 일정 비율의 의료인에게 강제지정에 대한 예외를 허용하더라도, 강제지정제가 실현하려는 의료보장의 목적을 달성할 수 있는 것이 아닌가’ 하는 문제가 제기된다. 그러나 일정 비율의 의료기관에게 일반의(一般醫)로서 진료할 수 있는 예외를 허용한다면, 의료공급시장의 자유경쟁에서 살아남기 힘든 의료기관은 건강보험에 편입되기를 원할 것이고, 보다 양질의 의료행위를 제공할 수 있는 경쟁력있는 의료기관이나 의료인은 요양기관으로서의 지정에서 벗어나 일반의로서 활동하게 되리라는 점이 쉽게 예상된다. 이렇게 되면 보험진료는 결국 2류 진료로 전락하고, 그 결과 다수의 국민이 고액의 진료비를 지불해야 하는 일반진료를 선호하게 되고, 이는 중산층 이상의 건강보험의 탈퇴요구와 맞물려 자칫 의료보험체계 전반이 흔들릴 위험이 있다. 따라서 강제지정제의 예외를 허용한다면, 의료보장체계의 원활한 기능확보가 보장될 수 없다는 판단이 가능하고, 입법자의 이러한 예측이 명백히 잘못되었다고 할 수 없으므로, 강제지정제에 대한 예외를 허용하지 않은 것은 최소침해의 원칙에 위반되지 않는다.

6. 위와 같은 이유로 국가가 강제지정에 대한 예외를 의료인에게

허용할 수 없다고 판단한다면, 강제지정제로 인하여 발생하는 직업행사의 자유에 대한 다양한 제약은 강제지정제 하에서도 의료행위를 통하여 각자의 직업관·가치관을 실현하고 관철할 수 있는 가능성을 의료인에게 개방함으로써 완화되어야 한다.

살피건대, 요양급여비용의 산정제도가 의료행위의 질과 설비투자의 정도를 상당한 부분 반영하고 있고 의료보험법과 국민건강보험법은 의료행위를 비급여대상으로 제공할 수 있는 가능성을 인정하고 있는 바, 현재의 의료보험수가제도에 미흡한 점이 있다 하더라도, 요양기관 강제지정제도 하에서도 의료인이 의료행위를 통하여 개인의 직업관을 실현하고 인격을 발현할 수 있는 여지를 어느 정도 가지고 있다고 할 것이다. 그렇다면 이 사건 강제지정제는 의료인의 직업의 자유에 대한 포괄적인 제한에도 불구하고 강제지정제의 범주 내에서 가능하면 직업행사의 자유를 고려하고 존중하는 여러 규정을 갖추고 있으므로, 강제지정제는 최소침해의 원칙에 위배되지 아니한다.

7. 그럼에도, 국가는 요양기관 강제지정제를 유지하는 한, 진료과 목별 수가의 불균형 및 동일 진료과목 내 행위별 수가간의 불균형을 시정해야 하고, 의학의 새로운 발전과 기술개발에 부응하는 진료수가의 조정을 통하여 시설규모나 설비투자의 차이, 의료의 질적 수준의 다양함을 보다 정확하게 반영해야 하며, 의료인에게 의료기술발전에 동기부여를 할 수 있는 신 의료기술의 신속한 반영체계를 획기적으로 개선해야 한다. 보다 근본적으로는 강제지정제가 의료인의 기본권을 포괄적으로 제한하는 제도라는 점을 깊게 인식하여 장기적 안목에서 공공의료기관을 확충하거나 보험급여율을 높이는 등의 다양한 방법을 통하여 민간의료기관이 의료보험체계에 자발적으로 참여할 수 있는 환경이 조성될 수 있도록 관계 당국은 노력을 기울여야 할 것이다.

8. 국민은 진료를 받고자 하는 의료기관을 자유롭게 선택할 수 있을 뿐 아니라, 의료보험법과 국민건강보험법은 의료보험에 의하여 보장되는 급여부분 외에 의료소비자의 자율적인 결정에 따라 자신의 부담으로 선택할 수 있는 소위 비급여대상의 의료행위를 함께 제공하고 있다. 따라서 모든 의료기관이 요양기관으로서 법이 정한 기준의 보험급여를 제공하고 이에 따라 의료소비자의 선택권이 제한을

받는다 고 하더라도, 이러한 제한은 의료보험의 기능확보라는 중대한 공익의 실현을 위하여 행해지는 것으로서, 의료소비자인 국민의 선택권을 과도하게 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

9. 이 사건 강제지정제는 모든 의료기관을 시설·장비·인력·기술 등의 차이와 관계없이 요양기관으로서 지정하면서도 한편으로는 요양급여의 비용산정과 비급여의 가능성 등을 통하여 의료기관 사이의 실질적인 차이를 반영함으로써, 모든 의료기관의 일률적인 강제지정에도 불구하고 본질적으로 다른 것을 다르게 취급하고 있다. 따라서 이 사건 강제지정제는 평등원칙에 위반되지 않는다.

재판관 한대현, 재판관 권성의 반대의견

다수의견은 충분한 숫자의 공공의료시설이 확보될 때까지는 강제지정제를 채택해야 하고 장차 공공의료시설이 충분히 확보되면 그때 가서 계약지정제를 채택하면 된다고 주장한다. 그러나 이것은 일의 순서가 잘못된 것이다. 먼저 공공의료시설의 확충에 힘을 쏟아야 하고 그러면서 단계적으로 그 정도에 맞추어 의료보험의 범위를 점차 확대하여야 할 것이다. 요양기관 강제지정제는 일의 순서에서 문제가 생긴 것이다.

요양기관 강제지정제는 첫째로 자유와 창의를 존중하고 이로써 문화의 발전을 지향하는 우리 헌법의 이념에 비추어 그 채택이 주저되는 수단이고 둘째로 획일적 통제제도의 비효율성에 비추어 그 제도의 장기적 성과가 상대적으로 의심되는 수단이라 할 것이다. 이와 같은 의심은 요양기관 강제지정제가 기본권 제한의 입법으로서 갖추어야 할 수단의 적정성을 결한다는 결론을 짓게 하며, 따라서 헌법상의 과잉금지의 원칙에 어긋남으로써 의사의 직업의 자유를 침해하므로 위헌이라고 생각한다.

【심판대상조문】

의료보험법(1994. 1. 7. 법률 제4728호로 제정되어 1999. 2. 8. 법률 제5857호로 개정되기 전의 것) 제32조(요양기관의 지정) ① 제29조 제2항 제1호의 요양기관은 보건복지부장관이 정하는 바에 따라 보험자 또는 보험자단체가 이를 지정한다.

②, ③ 생략

④ 보건복지부장관은 필요하다고 인정할 때에는 보험자 또는 보험자단체에 대하여 요양기관을 지정하게 할 수 있다.

⑤ 제1항 또는 제4항의 규정에 의하여 지정을 받은 의료기관 및 약국은 정당한 이유 없이 이를 거부하지 못한다.

국민건강보험법(1999. 2. 28. 법률 제5854호로 제정되어 1999. 12. 31. 법률 제6093호로 개정된 것) 제40조(요양기관) ① 요양급여(간호 및 이송을 제외한다)는 다음 각호의 요양기관에서 행한다. 이 경우 보건복지부장관은 공익 또는 국가시책상 요양기관으로 적합하지 아니하다고 인정되는 의료기관등으로서 대통령령이 정하는 의료기관등은 요양기관에서 제외할 수 있다.

1. 의료법에 의하여 개설된 의료기관
2. 약사법에 의하여 등록된 약국
3. 지역보건법에 의한 보건소·보건의료원 및 보건지소
4. 농어촌등보건의료취급특례조치법에 의하여 설치된 보건진료소

②~④ 생략

【참조조문】

헌법 제10조, 제11조, 제15조, 제22조, 제23조, 제37조, 제119조 제1항

의료보험법(1994. 1. 7. 법률 제4728호로 제정되어 1999. 2. 8. 법률 제5857호로 개정되기 전의 것) 제29조(요양급여) ①, ② 생략

③ 제1항의 규정에 의한 요양급여의 방법·절차·범위·상한기준 등 요양급여의 기준은 보건복지부장관이 정한다.

의료보험법(1994. 1. 7. 법률 제4728호로 제정되어 1999. 2. 8. 법률 제5857호로 개정되기 전의 것) 제32조(요양기관의 지정) ①, ② 생략

③ 보험자 또는 보험자단체는 제1항의 규정에 의하여 요양기관을 지정함에 있어 필요한 때에는 보건복지부장관이 정하는 바에 따라 제1차진료기관·제2차진료기관·제3차진료기관 또는 특수진료기관으로 구분하여 지정할 수 있다.

④, ⑤ 생략

국민건강보험법(1999. 2. 28. 법률 제5854호로 제정되어 1999. 12. 31. 법률 제6093호로 개정된 것) 제39조(요양급여) ① 생략

② 제1항의 규정에 의한 요양급여(이하 “요양급여”라 한다)의 방법·절차·범위·상한 등 요양급여의 기준은 보건복지부령으로 정한다.

③ 보건복지부장관은 제2항의 규정에 의하여 요양급여의 기준을 정함에 있어 업무 또는 일상생활에 지장이 없는 질환 기타 보건복지부령이 정하는 사항은 요양급여의 대상에서 제외할 수 있다.

국민건강보험법(1999. 2. 28. 법률 제5854호로 제정되어 1999. 12. 31. 법률 제6093호로 개정된 것) 제40조(요양기관) ① 생략

② 보건복지부장관은 요양급여를 효율적으로 하기 위하여 필요한 경우에는 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 시설·장비·인력 및 진료과목 등 보건복지부령이 정하는 기준에 해당하는 요양기관을 종합전문요양기관 또는 전문요양기관으로 인정할 수 있다.

③ 제2항의 규정에 의하여 종합전문요양기관 또는 전문요양기관으로 인정된 요양기관에 대하여는 제39조 제2항의 규정에 의한 요양급여절차 및 제42조의 규정에 의한 요양급여비용을 다른 요양기관과 달리 할 수 있다.

④ 생략

의료법 제31조(의료기관의 개설특례) ① 제30조 제1항 및 제2항에 규정된 자 이외의 자가 그 소속직원·종업원 기타 구성원(수용자를 포함한다) 또는 그 가족의 건강관리를 위하여 부속의료기관을 개설하고자 할 때에는 그 개설장소를 관할하는 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다. 다만, 제3조 제3항 내지 제5항의 부속의료기관을 개설하고자 할 때에는 그 개설장소를 관할하는 시·도지사의 허가를 받아야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 개설신고 및 허가에 관한 절차·조건 기타 필요한 사항과 그 의료기관의 운영에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

사회복지사업법 제34조(시설의 설치) ① 국가 또는 지방자치단체는 사회복지시설(이하 "시설"이라 한다)을 설치·운영할 수 있다.

② 국가 또는 지방자치단체외의 자가 시설을 설치·운영하고자 하는 때에는 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다. 다만, 제40조의 규정에 의하여 폐쇄명령을 받고 1년이 경과되지 아니한 자는 시설의 설치·운영 신고를 할 수 없다.

③ 삭제<1999.4.30>

④ 제2항의 규정에 의한 시설중 사회복지관 및 부랑인보호를 위한 시설의 설치·운영에 관한 사항과 부랑인보호를 위한 시설의 인·퇴소의 기준·절차 및 직업보도 등에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

⑤ 제1항의 규정에 의하여 국가 또는 지방자치단체가 설치한 시설은 필요한 경우 보건복지부령이 정하는 바에 따라 사회복지법인 또는 비영리법인에게 위탁하여 운영하게 할 수 있다.

국민건강보험법시행령 제21조(요양기관에서 제외되는 의료기관 등) ① 법 제40조 제1항 후단에서 "대통령령이 정하는 의료기관등"이라 함은 다음 각호의 의료기관 또는 약국을 말한다.

1. 의료법 제31조의 규정에 의하여 설립된 부속의료기관
 2. 사회복지사업법 제34조의 규정에 의한 사회복지시설에 수용된 자의 진료를 주된 목적으로 개설한 의료기관
 3. 가입자 또는 피부양자를 제22조 제1항의 규정에 의한 본인부담액을 받지 아니하거나 경감하여 받는 등의 방법으로 유인하거나 이와 관련하여 과잉진료행위를 하거나 부당하게 많은 진료비를 요구하는 행위로 업무정지처분 등을 받은 다음 각목의 1에 해당하는 의료기관
- 가. 법 제85조의 규정에 의한 업무정지 또는 과징금처분을 5년 동안에 2회 이상 받

은 의료기관

나. 의료법 제53조의 규정에 의한 면허정지처분을 5년 동안에 2회 이상 받은 의료인이 개설·운영하는 의료기관

4. 법 제85조의 규정에 의한 업무정지처분의 절차가 진행중이거나 업무정지처분을 받은 요양기관의 개설자가 개설한 의료기관 또는 약국

② 제1항 제1호 및 제2호에 규정된 의료기관이 요양기관에서 제외되고자 하는 경우에는 보건복지부장관이 정하는 바에 의하여 요양기관 제외신청을 하여야 한다.

③ 의료기관 등이 요양기관에서 제외되는 기간은 제1항 제3호의 경우에는 1년 이하로 하고, 제1항 제4호의 경우에는 업무정지처분기간이 끝나는 날까지로 한다.

국민건강보험법시행령 제24조(계약의 내용 등) ① 생략

② 요양급여의 상대가치점수는 요양급여에 소요되는 시간·노력 등 업무량, 인력·시설·장비 등 자원의 양과 요양급여의 위험도를 고려하여 산정한 요양급여의 가치를 각 항목간에 상대적 점수로 나타낸 것으로 하되, 보건복지부장관이 심의조정위원회의 심의를 거쳐 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 이를 고시한다.

③, ④ 생략

국민건강보험요양급여의기준에관한규칙(2000. 6. 30. 보건복지부령 제158호로 제정된 것) 제10조(미결정행위 등의 결정신청) ① 요양기관, 의약관련 단체, 약제·치료재료의 제조·수입업자(이하 “결정신청자”라 한다)는 제8조 제2항의 규정에 의한 요양급여대상 또는 제9조 제1항의 규정에 의한 비급여대상으로 결정되지 아니한 새로운 행위·약제 및 치료재료(이하 “미결정행위 등”이라 한다)에 대하여는 다음 각호에 규정된 날부터 30일 이내에 요양급여대상 여부의 결정을 보건복지부장관에게 신청하여야 한다.

1. 행위의 경우에는 윤리적으로 타당하고 의학적으로 인정되는 방법으로 안전성·유효성(이하 “안전성·유효성 등”이라 한다)이 있는 행위를 최초로 실시한 날
2. 약제 및 치료재료의 경우에는 식품의약품안전청장으로부터 품목허가를 받거나 품목신고를 한 날. 다만, 식품의약품안전청장의 품목허가 또는 품목신고의 대상이 아닌 치료재료의 경우에는 당해 치료재료를 최초로 사용한 날을 말한다.

② 제1항의 규정에 의하여 요양급여대상 여부의 결정을 신청하고자 하는 자는 다음 각호의 구분에 의한 결정신청서에 해당 각목의 서류를 첨부하여 보건복지부장관에게 제출하여야 한다.

1. 행위의 경우 : 별지 제14호 서식에 의한 요양급여행위결정신청서
 - 가. 관련 학회 또는 관련 의료단체가 인정한 안전성·유효성 등에 관한 자료
 - 나. 상대가치점수의 산출근거 및 내역에 관한 자료
 - 다. 비용효과에 관한 자료(동일 또는 유사 행위와의 장·단점, 상대가치 점수의 비교 등을 포함한다)
 - 라. 국내외의 실시현황에 관한 자료(최초실시연도·실시기관명 및 실시건수 등을 포함한다)
 - 마. 소요장비·소요재료·약제의 제조(수입)허가(신고)관련 자료

- 바. 국내외의 연구논문 등 기타 참고자료
 - 2. 약제의 경우 : 별지 제15호 서식에 의한 약제결정신청서
 - 가. 제조(수입)품목 허가증(신고서) 사본
 - 나. 판매예정가 산출근거 및 내역에 관한 자료
 - 다. 비용효과에 대한 자료(동일 또는 유사 약제와의 장·단점 및 판매가의 비교 등을 포함한다)
 - 라. 국내외의 사용현황에 관한 자료(최초사용연도·사용기관명 및 사용건수 등을 포함한다)
 - 마. 국내외의 연구논문 등 기타 참고자료
 - 3. 치료재료의 경우 : 별지 제16호 서식에 의한 치료재료결정신청서
 - 가. 제조(수입)품목허가증(신고서) 사본
 - 나. 판매예정가 산출근거 및 내역에 관한 자료
 - 다. 비용효과에 관한 자료(동일 또는 유사목적의 치료재료와의 장·단점, 판매가의 비교 등을 포함한다)
 - 라. 국내외의 사용현황에 관한 자료(최초사용연도·사용기관명 및 사용건수 등을 포함한다)
 - 마. 구성 및 부품내역에 관한 자료 및 제품설명서
 - 바. 국내외의 연구논문 등 기타 참고자료
- ③ 보건복지부장관은 요양기관이 정당한 사유없이 미결정행위등에 대하여 제1항의 규정에 위반하여 요양급여대상 여부의 결정을 신청하지 아니하고 가입자들에게 실시 또는 사용한 후 그 비용을 부담시킨 미결정행위등이 요양급여대상으로 확인된 경우에는 법 제85조 제1항 제1호의 규정에 의하여 당해 요양기관의 업무정지를 명하거나 동조 제2항의 규정에 의한 과징금처분을 하여야 한다.
- 국민건강보험요양급여의기준에관한규칙(2000. 6. 30. 보건복지부령 제158호로 제정된 것) 제12조(상대가치점수등의 조정 등) ① 결정신청자 또는 가입자 등은 이미 결정된 요양급여대상의 상대가치점수 또는 상한금액의 조정을 보건복지부장관에게 신청할 수 있다.
- ② 제1항의 규정에 의하여 조정신청을 받은 보건복지부장관은 심의조정위원회의 심의를 거쳐 상대가치점수 또는 상한금액을 조정하여 고시할 수 있다.
- ③ 제1항의 규정에 의하여 조정된 상대가치점수 또는 상한금액은 고시에서 정하는 날부터 적용한다.

【당 사 자】

청 구 인 (99헌바76)

1. 서인근

대리인 법무법인 창조

담당변호사 이덕우 외 4인

(2000헌마505)

2. 김방철
3. 노만희
4. 한동관
5. 이 송

청구인 2 내지 5의 대리인 변호사

황덕남 외 34인

당해사건 서울행정법원 98구25111 의료보험요양기관 지정처분 취소

【주 문】

1. 구 의료보험법(1994. 1. 7. 법률 제4728호로 제정되어 1999. 2. 8. 법률 제5857호로 개정되기 전의 것) 제32조 제1항, 제4항, 제5항은 헌법에 위반되지 아니한다.

2. 청구인 2 내지 5의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 99헌마76 사건

(가) 청구인은 대장항문과 전문의 자격을 가지고 서울에서 외과의원을 개설하여 운영하는 자인데, 의료보험요양기관의 지정신청을 하지 않고 의료보험 피보험자에게 보험수가가 아닌 일반수가로 진료를 하는 등 민원을 야기하자, 의료보험연합회는 1998. 2. 10. 청구인에게 의료보험요양기관 지정신청을 하도록 촉구하였고, 청구인이 이를 거부하자 의료보험연합회는 같은 달 25. 구 의료보험법(1994. 1. 7. 법률 제4728호로 제정되어 1999. 2. 8. 법률 제5857호로 개정되기 전의 것) 제32조에 의하여 청구인에 대하여 의료보험요양기관 지정처분을 하였다. 이에 청구인은 의료보험연합회를 상대로 서울행정법원에 위 요양기관지정처분의 취소를 구하는 소송(98구25111)을 제기하고, 위 행정소송의 진행 중 의료보험요양기관을 강제로 지정할 수 있도록 규정하고 있는 구 의료보험법 제32조 제1항, 제4항, 제5항이 헌법상 보장된 청구인의 직업선택의 자유, 평등권 등을 침해한다고 주장하면서 위 규정에 대한 위헌여부심판의 제청신청(99아464)을 하였으나, 위 법원이 1999. 7. 28. 이를 기각하자

1999. 8. 23. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(나) 한편, 구 의료보험법 제32조가 1999. 2. 8. 개정되어 ‘요양기관 강제지정제’가 ‘당연 요양기관제’(의료법에 의하여 개설된 의료기관은 별도의 지정절차 없이 모두 의료보험요양기관이 되도록 하는 제도)로 바뀌게 되자, 청구인은 개정 의료보험법(1994. 1. 7. 법률 제4728호로 제정되어 1999. 2. 8. 법률 제5857호로 개정된 것) 제32조 제1항도 마찬가지로 헌법에 위반된다는 이유로 이 사건 헌법소원심판의 청구취지에 포함시켰다.

(2) 2000헌마505 사건

청구인 김방철은 김방철 산부인과병원을, 노만희는 서울백제병원을, 이송은 서울성심병원을 각 운영하고 있는 의사들이고 한동관은 연세대학교 의과대학교수로 재직하고 있는 의사이다. 청구인들은 의료법에 의하여 개설된 의료기관을 당연히 요양기관으로 간주하는 국민건강보험법(1999. 2. 28. 법률 제5854호로 제정되어 1999. 12. 31. 법률 제6093호로 개정된 것) 제40조 제1항이 헌법상 보장된 청구인들의 직업행사의 자유, 평등권 등을 침해한다고 주장하면서 2000. 8. 1. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

(1) 99헌마76 사건의 경우, 청구인은 헌법소원심판을 청구하면서 개정된 의료보험법 제32조 제1항도 청구취지에 포함시키고 있다. 그러나 위 개정된 조항의 위헌여부에 대하여는 재판의 전제성도 인정되지 아니할 뿐 아니라 청구인이 당해소송법원에 위헌여부심판의 제청신청조차 한 바 없어, 위 조항에 대한 심판청구는 부적법하므로 심판대상에서 제외하기로 한다.

(2) 그렇다면 이 사건 심판의 대상은 구 의료보험법(1994. 1. 7. 법률 제4728호로 제정되어 1999. 2. 8. 법률 제5857호로 개정되기 전의 것) 제32조 제1항, 제4항, 제5항 및 국민건강보험법(1999. 2. 28. 법률 제5854호로 제정되어 1999. 12. 31. 법률 제6093호로 개정된 것) 제40조 제1항이고, 그 규정 및 관련 규정의 내용은 다음과 같다.

구 의료보험법 제32조(요양기관의 지정) ① 제29조 제2항 제1호의 요양기관은 보건복지부장관이 정하는 바에 따라 보험자 또는 보험자단체가 이를 정한다.

②, ③ 생략

④ 보건복지부장관은 필요하다고 인정할 때에는 보험자 또는 보험자단체에 대하여 요양기관을 지정하게 할 수 있다.

⑤ 제1항 또는 제4항의 규정에 의하여 지정을 받은 의료기관 및 약국은 정당한 이유없이 이를 거부하지 못한다.

국민건강보험법 제40조(요양기관) ① 요양급여(간호 및 이송을 제외한다)는 다음 각호의 요양기관에서 행한다. 이 경우 보건복지부장관은 공익 또는 국가시책상 요양기관으로 적합하지 아니하다고 인정되는 의료기관등으로서 대통령이 정하는 의료기관등은 요양기관에서 제외할 수 있다.

1. 의료법에 의하여 개설된 의료기관
2. 약사법에 의하여 등록된 약국
3. 지역보건법에 의한 보건소·보건의료원 및 보건지소
4. 농어촌등보건의료를위한특별조치법에 의하여 설치된 보건진료소

② 내지 ④ 생략

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 99헌바76 사건

(가) 청구인은 미국 등지에서 대장 항문 질병에 관하여 연구한 후 치질환자를 한번의 시술로 당일 퇴원시켜 다음날부터 정상생활을 하게 함으로써 환자의 고통을 현저하게 줄이는 새로운 수술방법을 개발하여 시술하고 있는바, 이 수술기법은 종래의 경우보다 약 2~5배 수술시간이 더 소요되어 하루에 수술 또는 진찰할 수 있는 환자의 수가 대폭 줄어들 수밖에 없다. 그런데 청구인의 의료기관이 요양기관으로 지정된 결과 의료수가에 이러한 특별사정이 전혀 반영되지 아니한 채 종래의 수술기법을 기준으로 일방적으로 결정된 보험수가만을 받도록 되어있는바, 이는 청구인으로 하여금 사실상 폐업을 하거나 새로운 수술방법을 포기하고 종래의 낡은 진료방법과 과잉진료로 수지를 맞추라고 강요하는 것이나 다름없다. 구 의료보험법 제32조는 보험자 또는 보험자단체가 강제적으로 요양기관을 지정하도록 하고, 지정을 받은 의료기관은 정당한 이유없이 이를 거부하지 못하며 거부사유인 정당한 이유는 사실상 인정하지도 않고 있는데 이와 같이 청구인과 같은 의료소신과 능력을 갖춘 자에게도 요양기관으로 지정되어 정해진 의료수가만을 받도록 강요한다면, 이러한 강제지정제도는 국민의 직업선택의 자유를 제한함에 있어서 과잉금지의 원칙의 위반되는 위헌적인 규정이다.

(나) 자신의 비용과 노력으로 새로운 수술기법을 개발하여 환자들에게 획기적인 치료를 제공하는 청구인과 같은 의료기관은 종래의 수술기법으로 환

자를 치료하는 일반 의료기관과 본질적으로 다름에도 불구하고, 의료보험요양기관의 강제지정을 규정하는 구 의료보험법 제32조는 양자를 동일하게 취급하고 있으므로 헌법 제11조에 규정된 평등원칙에 위반된다.

(다) 청구인이 원하고 있지 않음에도 의료보험요양기관으로 강제지정하는 것은 비요양기관으로서 의료행위를 할 청구인의 일반적 행동의 자유, 즉 행복추구권을 침해하는 것이다.

(2) 2000헌마505 사건

(가) 국민건강보험법 제40조는 의료법에 의하여 개설된 의료기관을 ‘당연요양기관’으로 하여 건강보험환자에 대한 요양급여를 강제하고 있는 바, 이는 청구인들의 의사와 관계없이 청구인들을 사회보험인 의료보험제도에 동원하여 의료보험제도하에서만 의료업을 수행하도록 강제하는 것이다. 또한 청구인들 각자의 능력이나 노력, 의료행위의 질, 의료시설의 수준에 관계없이 요양급여의 방법·절차·범위·상한 등 요양급여의 기준을 보건복지부령으로 정하여 동일한 의료보수를 지급받게 함으로써 청구인들로 하여금 양질의 의료서비스를 제공하기 위하여 노력하기보다는 오히려 제한된 시간에 많은 환자를 보는데 중점을 두게 하고 있다. 따라서 이 사건 국민건강보험법규정은 자신의 능력과 창의를 발휘하여 개성신장을 추구하면서 자유롭게 의료업을 영위할 수 있는 청구인들의 직업의 자유를 과도하게 침해하는 위헌적 규정이다.

(나) 의료기관은 그에 종사하는 전문인력의 수와 능력, 시설규모 및 시설내용에 따라 차이가 있는데도 이와 같은 차이를 무시하고 요양기관으로 지정된 의료기관은 국가가 정하는 기준에 따라 일률적으로 동일한 의료서비스를 제공하고 국가가 정해놓은 동일한 요양급여의 보수를 받도록 하는 국민건강보험법 제40조 규정은 헌법 제11조의 평등권에 위반된다.

(다) 헌법 제119조 제1항은 “대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다”고 규정하고 있다. 이러한 헌법정신에 비추어 볼 때 국민건강보험법의 규정내용은 개별요양기관의 자유로운 경제활동과 경쟁을 유도하기 보다는 국가가 주도적인 중앙통제경제를 통하여 행정편의적이고 규제적인 경제정책을 취함으로써 의료의 발전, 자유로운 의료공급체계, 의료소비자의 효율적인 의료자원이용 등을 저해하고 있으므로, 헌법 제119조에 위반된다.

(라) 국민건강보험법이 규정하고 있는 ‘당연요양기관제’는 청구인들로 하여

여금 정해진 범위안에서 동일한 수준의 의료행위만을 제공하도록 강제하고 동일한 저가의 보수만을 수령하게 함으로써, 의료인의 능력이 생명을 위한 과학의 발전에 기여하기보다는 진료환자의 수에 따라 좌우되는 결과를 초래하고 있다. 이는 의료인들이 다양한 분야에서 질병퇴치와 건강에 기여할 수 있는 다양한 능력을 최고도로 발휘하지 못하게 하고 규격화된 의료행위만을 시술하게 함으로써 헌법 제22조의 학문의 자유를 침해하고 있다.

(마) 청구인들은 의료인이 되기 위한 교육비용 및 의료기관 개설을 위한 비용을 모두 사적으로 부담하였다. 이와 같이 청구인들이 사적 부담으로 의사의 자격을 취득하고 의료기관을 설립한 것은 각자의 능력과 시설에 상응하는 수입을 그 대가로 기대하기 때문이다. 그럼에도 불구하고 각자의 투여비용, 능력 및 시설의 차이를 무시하고 모든 의료기관 또는 의료인을 단일한 보험 체계에 흡수시켜 요양급여를 강제하고 획일적인 대가를 지급하고 있는 국민건강보험법 제40조 규정은 개인의 사유재산권이 투영된 의료기관을 국가가 강제로 동원하는 것이므로, 이는 청구인들의 재산권을 침해하는 것으로서 헌법 제23조에 위반된다.

(바) 의료행위의 제공은 그 내용에 따라 또는 소비자의 만족도에 따라 그 비용도 달라질 수 밖에 없고, 소비자 역시 다양한 선택의 폭을 가지기를 원한다. 이는 소비자의 자기결정권으로서 헌법상 행복추구권의 한 내용에 속한다. 그러나 국민건강보험법 제40조는 모든 의료기관을 요양기관으로 지정함으로써 모든 의료기관으로 하여금 법이 정한 동일한 수준의 의료서비스만을 제공할 것을 강제하고 이로써 의료소비자들부터 각자의 사회적·경제적 능력에 따라 의료행위를 선택할 기회를 박탈하기 때문에, 이 사건 조항은 의료인이자 동시에 의료소비자인 청구인들의 행복추구권을 침해하고 있다.

나. 법원의 위헌제청신청기각이유(99헌바76 사건)

(1) 의료보험법에서 피보험대상을 법정하고 있는 것과 요양기관을 강제지정하도록 한 것 등은 헌법 제34조 제1항의 모든 국민의 인간다운 생활을 할 권리, 동조 제2항의 사회보장·사회복지의 증진에 노력해야 할 국가의 의무, 제36조 제3항의 국민의 보건을 보호할 국가의 의무에 그 바탕을 둔 것이다. 의료기관 각자의 주관적 입장과 형편에 따라 요양기관 여부를 스스로 결정하는 경우, 지정된 요양기관을 확인해야 하는 국민의 불편이 가중될 뿐만 아니라 모든 의료기관 또는 상당수의 의료기관이 수지를 맞출 수 없다는 등의 이유로 요양기관의 지정을 회피한다면, 이는 결국 의료보험제도를 시행함으로

써 이루고자 하는 국가의 사회보장·사회복지증진의무를 외면하는 결과를 가져오고 의료보험법의 입법취지가 몰각될 가능성이 있으므로, 이러한 폐단을 방지하기 위해서는 법률로써 요양기관을 강제로 지정하게 함으로써 직업행사의 자유를 제한할 수 있다. 이러한 강제지정제도는 헌법 제15조에 규정된 직업선택의 자유의 한 내용인 직업행사의 자유를 헌법 제37조 제2항에 따라 공공복리를 위하여 필요·불가결한 경우에는 법률로써 제한하는 것으로서, 과잉금지원칙에 반한다고 볼 수 없다.

(2) 청구인이 그 자신의 경제적인 부담과 노력으로 새로운 수술기법을 개발하였음에도 종래의 수술기법으로 환자를 진료하는 일반 의료기관과 청구인의 의료기관을 동일하게 모두 요양기관으로 지정하는 것은 위에서 언급한 바와 같이 국민의 인간다운 생활을 할 권리와 국가의 사회보장 및 사회복지의 증진에 노력할 의무에 터잡은 것으로서, 이 사건 의료보험법 조항이 헌법 제11조에서 보장하는 평등의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

(3) 헌법 제10조의 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권으로서의 성격을 가지는 것인바, 청구인이 원하지 않고 있음에도 의료보험요양기관으로 강제지정하도록 한 이 사건 의료보험법 조항은 그 성질상 행복추구권을 침해한다고 할 수 없다.

다. 관계기관의 의견은 별지 2와 같다.

3. 의료보험제도 및 요양기관 지정제도 개괄

가. 의료보험제도

1963년 의료보험법이 최초로 제정되었으나 시행되지 못하였고, 1977년 제정된 의료보험법에 근거하여 500인 이상 사업장 근로자를 대상으로 처음으로 직장의료보험이 시행되었으며, 1979년 공무원 및 사립학교교직원에 의료보험이 확대 실시된 후, 1988년 농어촌지역 의료보험이 실시되었고, 1989년 의료보험이 도시지역 자영업자에 확대 실시됨으로써 의료보험제도를 실시한 지 불과 10여 년 만에 전 국민에 대한 의료보장이 실현되었다.

1977년 의료보험의 시행 당시, 피보험자의 강제가입과 소득수준에 따른 보험료의 차등부과, 균등한 보험급여, 법률에 의한 보험료의 강제징수를 특징으로 하는 사회보험방식을 채택하면서, 한편으로는 국가의 재정수준이 빈약하여 전 국민에 대한 의료보험을 감당할 수 없었기 때문에, 우선 지불능력이 있는 집단인 임금근로자, 공무원, 사립학교교직원부터 의료보험제도를 실시하여

차츰 농어촌 주민, 도시 자영업자 등 전 국민으로 의료보험의 대상자를 확대하였다.

1997. 12. 31. 제정되어 1998. 10. 1.부터 시행된 ‘국민의료보험법’에 의하여 공무원및사립학교교직원 의료보험관리공단과 227개의 지역조합이 조직상 통합되어 ‘국민의료보험관리공단’이 단일보험자로서 전 국민의 60%에 해당하는 2800만 명의 공무원·교직원 피보험자와 지역 피보험자의 의료보험을 관리하게 되었다. 그 후 1999. 2. 8. 제정되어 2000. 7. 1.부터 시행된 ‘국민건강보험법’에 의하여 직장조합까지 완전히 통합됨으로써 ‘국민건강보험공단’을 단일보험자로 하는 의료보험체계가 형성되었다. 2000. 7. 1. 국민건강보험법이 시행되기 전까지, 직장가입자에게는 ‘의료보험법’이, 공무원·교직원 및 지역 피보험자에게는 ‘국민의료보험법’이 각각 적용되었다가, ‘국민건강보험법’의 시행과 더불어 ‘의료보험법’과 ‘국민의료보험법’은 폐지되었다.

나. 요양기관 지정제도

1963년 제정되었으나 시행되지 못한 의료보험법은 의료기관과 보험자와의 계약에 의하여 요양기관을 지정하는 계약지정 방식을 채택하였다. 이에 의하면 요양기관은 보험자의 신청에 의하여 보건사회부장관이 지정하고(법 제39조 제2항) 요양기관이 언제든지 지정의 취소를 요구할 수 있도록 함으로써(법 제40조) 지정의 강제성을 배제하고 보험자와 의료기관간의 계약에 따라 보험 의료기관인 요양기관을 지정하였다.

1977년 제정된 의료보험법은 계약지정 방식을 그대로 유지하였고, 위 법을 근거로 하여 같은 해부터 500인 이상의 사업장을 대상으로 하는 직장의료보험을 실시하였다. 그러나 계약지정제는 특히 다음과 같은 문제점을 야기하여 원활한 의료보험제도의 운영이 어려웠다. 첫째, 의료기관의 지역적 편재로 인하여 요양기관의 절대수가 부족하였고 사업장 소재지와 피보험자의 거주지가 상이하여 고른 분포지정이 어려웠을 뿐만 아니라 지역별 적정 진료과목 지정에 애로가 있었으며 둘째, 의료기관의 자유선택권이 빈약하여 피보험자가 의료기관 이용시 알기 쉬운 종합병원만을 과다하게 이용하여 진료소요시간의 장기화로 많은 불편을 초래하였으며 셋째, 의료기관은 요양급여 비용청구에 따른 불편, 지정수가가에 따른 손실 등을 이유로 의료보험환자를 기피하여 지정을 거부하게 됨에 따라 지정계약을 체결한 의료보험조합과 해약하는 사태가 야기되는 등 지정계약에 따른 제반의 문제점이 나타났다.

그러므로 1979년 의료보험제도를 공무원 및 사립학교교직원으로 확대·시

행하게 됨에 따라 이를 위해서는 의료계의 적극적인 참여가 요구되자, 1979. 4. 17. 의료보험법을 개정하여 계약지정방식을 강제지정방식으로 전환하였다. 이에 따라 보험자나 보험자 단체가 요양기관을 지정하도록 하고, 지정을 받은 의료기관은 정당한 이유없이 이를 거부하지 못하도록 규정되었다.

그런데 의료보험법상의 요양기관 지정제도가 사실상 지정을 거부할 수 없는 강제지정을 그 내용으로 하면서도 요양기관으로 하여금 불필요한 지정절차를 밟게 하는 것은 요양기관의 불편만을 초래한다고 하여, 1999. 2. 28. 의료보험법 개정을 통하여 요양기관이 관련법률에 의하여 개설·등록되거나 설치되면 당연히 요양기관이 되는 소위 ‘당연 요양기관제’로 변경하였다. 직장가입자에게 적용되던 의료보험법은 2000. 7. 1. 전 국민을 대상으로 의료보험을 실시하는 국민건강보험법의 시행으로 인하여 폐지되었고, 대신 국민건강보험법 제40조에서 동일한 내용의 ‘당연 요양기관제’를 규정하고 있다.

4. 강제지정제와 침해되는 기본권

가. 요양기관 강제지정제 및 당연 요양기관제의 법적 성격

구 의료보험법 제32조에 의하면, 보험자단체가 직접 운영하는 의료기관이 아닌 다른 의료기관 및 약국에 대해서는 보험자 또는 보험자단체가 요양기관으로서 지정하도록 하면서(제1항), 지정을 받은 의료기관 및 약국은 정당한 이유없이 요양기관으로서의 지정을 거부하지 못하도록 규정하고 있다(제5항).

이에 대하여, 국민건강보험공단을 단일보험자로 하여 전 국민을 대상으로 의료보험을 실시하는 국민건강보험법은, 법 시행령 제21조에 규정된 예외를 제하고는 모든 의료기관, 약국, 보건소 등을 ‘요양기관’으로 간주하여 요양기관이 요양급여를 행하도록 하고(제40조 제1항), 요양기관은 정당한 이유없이 요양급여를 거부하지 못하도록 규정하고 있다(제40조 제4항).

따라서 두 제도는 모두 의료기관의 의사와 관계없이 국가에 의하여 강제로 요양기관으로서 지정된다는 점에서 궁극적으로 강제지정제를 의미하며, 단지 그 지정이 보험자의 지정행위에 의하여 이루어지느냐 아니면 법률에 의하여 직접 이루어지느냐의 점에 차이가 있을 뿐이다. ‘요양기관 강제지정제’ 및 ‘당연 요양기관제’ 모두 국가에 의한 강제지정이라는 점에서 헌법적 관점상 그 구분의 실익이 없으므로, 아래에서는 양자를 구분하여 판단하지 아니하고, ‘요양기관 강제지정제’로 통합하여 그 위헌성을 살펴보기로 한다.

나. 요양기관 강제지정제의 입법목적

우리 의료보험제도는 법률에 자격이 정해진 자가 보험료를 낼 것을 전제로

하여 보험급여를 하는 사회보험방식을 택하고 있다. 소득재분배와 위험분산의 효과를 거두려는 사회보험의 목표는 임의가입의 형식으로 운영하는 한 달성하기 어려우므로, 피보험자에게 가입의무를 강제로 부과하는 것은 의료보험의 목적을 달성하기 위하여 적합하고도 필요한 조치로써, 이로 인한 피보험자의 기본권에 대한 제한은 원칙적으로 정당화된다.

그런데 우리 의료보험제도는 피보험자인 국민뿐만 아니라 의료공급자도 또한 의료보험체계에 강제로 동원하고 있다. 사회보험의 강제성은 피보험자의 강제가입에 관한 것이므로, 요양기관의 ‘강제지정제’는 사회보험의 본질적 구성요소에 포함되는 것은 아니다. 사회보험방식을 취하는 선진 외국의 의료보장 운영실태를 살펴보다도, 요양기관을 강제로 지정하는 제도를 취하고 있는 국가는 없는 것으로 보이며, 모든 국가가 보험자 또는 국가와의 계약을 통하여 보험의(保險醫)를 확보하고 있다.

현행 의료보험제도가 요양기관 강제지정제를 택하고 있는 것은, 우리나라의 의료기관의 대부분이 공공의료기관이 아니라 민간소유이기 때문에 의료보험을 시행함에 있어서 민간의료기관에 대한 의존도가 매우 높다는 특수한 상황에 기인하는 것으로 보인다. 국가가 의료보장의무를 이행하기 위해서는 국민에게 질병·부상에 대하여 적정한 요양급여를 행해야 하며, 이를 위해서는 요양급여를 제공할 수 있는 적정수의 의료기관과 약국을 확보해야 한다. 더욱이 의료보험이 전 국민에게로 확대됨에 따라 의료급여를 제공하는 의료기관의 안정적인 확보를 통하여 의료보험 수급질서가 보장되어야 하는데, 이러한 상황에서 민간의료기관의 전반적인 참여없이는 의료보장체계가 사실상 실현될 수 없는 것이다.

따라서 이 사건 ‘요양기관 강제지정제’의 목적은 법률에 의하여 모든 의료기관을 국민건강보험체계에 강제로 편입시킴으로써 요양급여에 필요한 의료기관을 확보하고 이를 통하여 피보험자인 전 국민의 의료보험수급권을 보장하고자 하는 것이다.

다. 요양기관 강제지정제에 의하여 제한될 수 있는 기본권

우리 헌법은 기본권을 규정하는 각 조항에서 “모든 국민은……자유를 가진다.”고 하여, 모든 국민이 기본권의 주체임을 명시적으로 밝히고 있다.

따라서 비록 의료인이 ‘의료기술자적 지위에 있는 공인’이긴 하지만 이는 전 국민의 건강이 의료인의 직업활동에 의존하고 있다는 점에서 의료인의 직업활동이 공익상의 이유로 보다 제한을 받을 수 있다는 가능성을 의미하는

것일 뿐, 의료인의 기본권 주체성이 부인되는 것이 아님은 물론이다.

(1) 직업의 자유(헌법 제15조)

직업선택의 자유는 선택한 직업을 자신이 원하는 대로 자유롭게 행사할 수 있는 ‘직업수행의 자유’까지 보장하는 기본권이다. 이 사건 강제지정제에 의하여 의료기관은 의료행위의 질, 범위 등에 관하여 규제를 받고 정해진 의료 보수만을 받으므로, 강제지정제는 의료기관의 직업의 자유를 제한하는 규정이다.

(2) 평등의 원칙(헌법 제11조)

청구인들의 주장에 의한다면, 이 사건 강제지정제는 개별 의료기관의 시설 투자, 능력, 치료기법 등이 다름에도 불구하고 이를 무시하고 모든 의료기관에게 요양급여를 강제하고 획일적인 대가를 지급하고 있다는 것이므로, 강제지정제가 본질적으로 다른 것을 같게 취급할 가능성이 있어 평등의 원칙에 위반될 수 있다.

(3) 일반적 행동의 자유(헌법 제10조, 제37조)

‘일반적 행동의 자유’는 이른바 보충적 자유권이다. 청구인들은 강제지정제에 의하여 ‘비요양기관으로서 의료행위를 할’ 청구인의 일반적 행동의 자유가 제한된다고 주장하나, 이러한 내용의 자유는 직업의 자유에 의하여 보호되는 내용이다. 따라서 직업의 자유와 같은 개별 기본권이 적용되는 경우에는 일반적 행동의 자유는 제한되는 기본권으로서 고려되지 아니한다.

(4) 헌법상 경제질서(헌법 제119조 제1항)

헌법은 제119조에서 개인의 경제적 자유를 보장하면서 사회정의를 실현하기 위한 경제질서를 선언하고 있다. 이 규정은 헌법상 경제질서에 관한 일반조항으로서 국가의 경제정책에 대한 하나의 헌법적 지침이고, 동 조항이 언급하는 ‘경제적 자유와 창의’는 직업의 자유, 재산권의 보장, 근로3권과 같은 경제에 관한 기본권 및 비례의 원칙과 같은 법치국가원리에 의하여 비로소 헌법적으로 구체화된다. 따라서 이 사건에서 청구인들이 헌법 제119조 제1항과 관련하여 주장하는 내용은 구체화된 헌법적 표현인 경제적 기본권을 기준으로 심사되어야 한다.

(5) 재산권(헌법 제23조)

청구인들은 사적 부담으로 의사자격을 취득하고 의료기관을 설립하여 그에 상응하는 수입을 대가로서 기대하였으나, 국민건강보험법규정은 각자의 능력, 투여비용, 시설의 차이를 무시하고 모든 의료기관에게 요양급여를 강제하고

확실적인 대가를 지급하기 때문에 청구인들의 재산권을 침해한다고 주장한다. 그러나 자신이 받은 교육이 장래에 일정한 경제적 결실을 맺으리라는 기대나 시설투자가 일정한 이윤을 가져오리라는 예상 등은 모두 개인의 자유로운 결정과 그에 따른 사적 위험부담에 기인하는 것으로서 헌법상 보장된 재산권의 보호범위에 포함되지 않는다. 따라서 이 사건에서 청구인들이 기대하고 투자한 것 만큼 그에 상응하는 보수를 받지 못한다고 하여 이로 인하여 청구인들의 재산권이 제한되었다고 할 수 없다.

(6) 학문의 자유(헌법 제22조)

청구인들은 자신들의 의료기관이 요양기관으로 지정됨으로써 의료인의 능력을 의학의 발전을 위하여 발휘하기보다는 정해진 시간에 다수의 환자를 진료하는데 쓰이기 때문에 의료인으로서의 연구활동이 장애를 받고 있다고 주장한다. 그러나 요양기관 강제지정제가 규율하고자 하는 국민의 생활영역은 의료인의 직업활동일 뿐, 의료인의 학문연구나 학문활동의 내용이나 방식이 아니므로, 이 사건 조항은 헌법 제22조의 학문의 자유를 제한하는 규정이 아니다. 설사 강제지정제가 결과적으로 일부 연구활동에 영향을 미칠 수 있다 하더라도 이는 극히 부수적이고 간접적일 뿐이다.

(7) 의료소비자의 자기결정권

소비자가 자신의 의사에 따라 자유롭게 상품을 선택하는 소비자의 자기결정권은 헌법 제10조의 행복추구권에 의하여 보호된다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 691). 강제지정제는 모든 의료기관을 요양기관으로 지정함으로써 의료기관으로 하여금 국가가 정하는 기준에 따라 모든 국민에게 원칙적으로 동일한 수준의 의료서비스를 제공하도록 규정하고 있다. 이로써 의료소비자인 국민이 의료행위의 질, 범위, 보수 등을 자유롭게 결정할 수 있는 자유를 제한받으므로, 강제지정제는 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생하는 국민의 의료행위 선택권을 제한하는 규정이다.

라. 소결론

그렇다면 이 사건 조항에 의하여 제한되는 기본권은 의료인의 직업의 자유, 의료소비자의 자기결정권 및 평등권이다.

5. 판 단

가. 직업의 자유의 침해여부

(1) 직업행사의 자유에 대한 제한으로서 ‘강제지정제’

의료기관을 요양기관으로서 강제로 지정하는 ‘강제지정제’는 의료인이라는

직업의 선택을 금지하거나 직업에의 접근 자체를 봉쇄하는 규정이 아니라 의료인이라는 직업을 구체적으로 행사하는 방법을 제한하는 규정이다.

즉 의료법에 의하여 의료기관의 개설이 허용되고 이로써 의료인으로서의 직업선택은 허용되지만, 일단 의료인이 된 후에는 보험의(保險醫)로서 국가가 정한 바에 따라 의료보험환자를 진료해야 하는 것 외에는 달리 직업을 행사할 수 있는 방법이 없는 것이다. 따라서 ‘강제지정제’는 직업의 자유 중 ‘직업행사의 자유’를 제한하는 규정이다.

(2) 위헌성 심사기준으로서의 비례의 원칙

직업의 자유도 다른 기본권과 마찬가지로 절대적으로 보호되는 것이 아니라, 공익상의 이유로 제한될 수 있음은 물론이다. 직업선택의 자유와 직업행사의 자유는 기본권주체에 대한 그 제한의 효과가 다르기 때문에 제한에 있어서 적용되는 기준도 다르며, 특히 직업행사의 자유에 대한 제한은 인격발현에 대한 침해의 효과가 일반적으로 직업선택 그 자체에 대한 제한에 비하여 적기 때문에, 그에 대한 제한은 보다 폭넓게 허용된다고 할 수 있다.

그러나 이 경우에도 개인의 자유가 공익실현을 위해서 과도하게 제한되어서는 아니되며 개인의 기본권은 꼭 필요한 경우에 한하여 필요한 만큼만 제한되어야 한다는 비례의 원칙(헌법 제37조 제2항)을 준수해야 한다.

살피건대 강제지정제는 원칙적으로 모든 의료기관을 요양기관으로 지정함으로써 전 국민에 해당하는 의료보험 피보험자의 의료보험수급권을 보장하고자 하는 것이다. 따라서 강제지정제는 사회보험의 형태로 이루어지는 현 의료보험체계의 기능을 확보하고 피보험자인 전 국민에게 원활한 보험급여를 보장하고자 하는 것으로서, 그 입법목적이 정당하다.

그리고 모든 의료기관을 보험급여의 의무가 있는 요양기관으로 강제지정하는 것이 원칙적으로 위의 입법목적을 달성하는데 크게 기여한다는 점에서, 수단의 적정성도 마찬가지로 인정된다. 문제는 최소침해성의 위반여부이다.

(3) 최소침해성의 위반여부

입법자는 의료기관을 사회보험인 의료보험체계에 흡수함에 있어서 의료보험체계의 기능도 확보하면서 동시에 의료기관이란 기본권의 주체가 가능하면 자유로운 직업활동을 통하여 인격의 자유로운 발현이 이루어질 수 있도록 규율해야 한다. 의료보험을 사회보험의 형태로 실시한다고 하더라도 제3자인 의료기관에게 직업수행에 대한 과도한 제한을 부과함으로써 일방적인 희생을 강요할 수는 없기 때문이다. 이러한 관점에서 볼 때, 요양기관 강제지정제가

입법목적을 달성할 수 있는 유효한 수단 중에서 가장 국민의 기본권을 적게 침해하는 수단에 해당하는가 하는 문제는 다음과 같은 몇 가지 헌법적 의문을 제기한다.

(가) 계약지정제가 아니라 강제지정제를 택한 것의 최소침해성 위반여부

1) 국가가 요양기관을 강제로 지정하는 제도보다는 보험자와 의료기관간의 자유의사에 따른 계약의 형태로 요양기관을 확보하는 제도가 의료기관의 기본권을 존중하는 방법에 해당한다는 점에서, ‘입법자가 강제지정제가 아닌 계약지정제를 채택하여 의료기관과 보험자간의 사적 계약을 통하여 보험의(保險醫)를 지정하더라도 현재의 의료보장체계가 마찬가지로 기능하고 피보험자인 국민의 의료보험수급권이 보장될 수 있는 것은 아닌가’하는 의문이다. 여기에는 우리나라의 의료현실과 이에 대한 우리 국민의 대응행태에 따라 두 가지 예측이 가능하다.

2) 먼저 낙관적인 예측을 본다.

국가가 계약을 통하여 요양기관을 확보하는 경우, 의료기관은 피보험자에게 보험급여의 의무가 있는 ‘보험의(保險醫)’와 보험수가의 적용을 받지 아니하고 일반수가로 진료를 하는 ‘일반의(一般醫)’로 나뉘어지게 될 것이다. 전국민이 의료보험에 가입된 우리 의료보험체계하에서 국민들이 일반의(一般醫)를 이용하려면 별도로 많은 비용을 지출해야 하므로 보험의(保險醫)를 우선적으로 선택할 가능성이 있으며, 의료기관의 입장에서 보더라도, 일반의(一般醫)로 활동하는 경우 보험환자의 진료를 할 수 없게 되어 일반적으로 수입이 크게 감소하고 의료기관의 운영에 큰 지장을 받게 되며 결국 생존을 위한 경쟁이 보다 치열할 수밖에 없기 때문에, 대부분의 의료인들은 생계유지를 보장하는 요양기관으로의 지정을 원한다고 볼 수 있다. 이럴 경우 지역에 따라 보험의(保險醫)로서 지정되고자 하는 의료인이 적기 때문에 의료공백이 지역적으로 일부 발생할 우려가 있다면, 국가는 보건소 등 공공의료기관을 설치하거나 확충함으로써 이에 대처할 수 있다.

따라서 이와 같은 현실인식에서 출발한다면, 의료기관에게 굳이 요양기관으로서의 지정을 강제하지 아니하고 개개의 의료인 또는 의료기관으로 하여금 건강보험제도에의 참여여부를 스스로 선택할 수 있게 하더라도, 국가가 보험급여를 제공하는 요양기관을 충분히 확보할 수 있으며, 이로써 의료보험 수급질서를 비롯한 의료보험의 기능이나 국민의 의료보험수급권이 크게 위협을 받지 않으리라는 예상이 가능하다.

3) 그러나 한편으로는, 보험의(保險醫)를 민간의료기관과의 자유계약에 의하여 확보하기 위해서는 국가가 직접 운영하거나 영향력을 행사할 수 있는 공공의료기관이 충분히 확보되어 민간의료기관에 대한 의존도가 낮아야 하는데, 우리의 경우 공공의료기관이 차지하는 비중이 2000년 현재 의료기관수를 기준으로 8.8%, 병상수를 기준으로 15.5%에 불과하여(1차 의료기관중 간호사만 배치되어 있는 보건진료소와 조산소를 제외할 때 공공부문은 겨우 4.5%) 다른 의료선진국과 비교할 때 매우 빈약한 수준이므로(병상수 기준, 미국 33.2%, 일본 35.8%, 호주 43.2%, 독일 48.5%, 프랑스 64.8%, 영국 95.8%, 핀란드 96.6%, 캐나다 99.4%), 민간의료기관을 보험의(保險醫)로 강제지정하지 않고서는 보험의(保險醫)의 안정적인 확보가 불가능하다는 예측도 또한 가능하다. 게다가 현재 보험환자에 대한 보험급여율(진료비 중 보험자가 부담해 주는 비율)이 약 50~60%에 불과하기 때문에(서구에서는 대부분 100%), 환자본인이 별도로 부담해야 하는 본인부담금의 비율이 높아서 결국 보험의 적용을 받는 것과 받지 않는 것 사이에 본인이 실질적으로 부담하는 진료비의 차이가 적어서 소위 '일반 진료'를 받고자 하는 환자의 층이 상당히 존재하며, 이는 곧 건강보험체계 외에 의료서비스 시장이 상당한 규모로 잠재해 있다는 것을 의미하기 때문에, 강제지정제를 폐지하는 경우 의료인이 보험의(保險醫)로 지정되는 것을 회피하고 일반의(一般醫)로 전환하려는 중요한 동인이 될 수 있다는 예측도 가능하다. 이러한 견해에 의한다면, 공공의료기관이 충분히 확보되어(적어도 현재의 3배 이상) 민간의료기관에 대한 의존도가 현저히 낮아지거나 또는 환자에 대한 보험급여율이 어느 수준까지 높아짐으로써(적어도 80~90% 이상) 민간의료기관의 자발적인 참여를 유도할 수 있는 여건이 형성된 다음에야 비로소 민간의료기관과의 자유계약에 의한 지정이 가능하고 이로써 강제지정제가 폐지될 수 있다는 것이다.

4) 이 사건과 같이, 기본권을 제한하는 법률의 위헌성여부가 미래에 나타날 법률 효과에 달려 있다면, 헌법재판소가 과연 어느 정도로 이에 관한 입법자의 예측판단을 심사할 수 있으며, 입법자의 불확실한 예측판단을 자신의 예측판단으로 대체할 수 있는 것일까?

법률이 제정되면 미래에 있어서 작용하고 효과를 발생시키므로, 입법자는 법률의 형태로써 정치적 결정을 내리는 과정에서 법률과 법현실과의 관계에 관한 일정한 예측으로부터 출발한다. 그러나 이러한 예측판단에는 항상 불확실한 요소가 내재되어 있다.

따라서 헌법재판소의 규범심사과정에서 결정의 전제가 되는 중요한 사실 관계가 밝혀지지 않는다면 특히 법률의 효과가 예측되기 어렵다면, 이러한 불확실성이 공익실현을 위하여 국민의 기본권을 침해하는 입법자와 기본권을 침해당하는 국민 중에서 누구의 부담으로 돌아가야 하는가 하는 문제가 제기된다. 법률이 개인의 핵심적 자유영역(생명권, 신체의 자유, 직업선택의 자유 등)을 침해하는 경우 이러한 자유에 대한 보호는 더욱 강화되어야 하므로, 입법자는 입법의 동기가 된 구체적 위험이나 공익의 존재 및 법률에 의하여 입법목적이 달성될 수 있다는 구체적 인과관계를 헌법재판소가 납득하게끔 소명·입증해야 할 책임을 진다고 할 것이다. 반면에, 개인이 기본권의 행사를 통하여 일반적으로 타인과 사회적 연관관계에 놓여지는 경제적 활동을 규제하는 사회·경제정책적 법률을 제정함에 있어서는 입법자에게 보다 광범위한 형성권이 인정되므로, 이 경우 입법자의 예측판단이나 평가가 명백히 반박될 수 있는가 아니면 현저하게 잘못되었는가 하는 것만을 심사하는 것이 타당하다고 본다. 이러한 한계까지는 입법자가 무엇을 공익으로 보는가, 공익을 어떠한 방법으로 실현하려고 하는가는 입법자의 형성권에 맡겨져야 한다.

5) 이 사건으로 돌아와 보건대, 비록 강제지정제에 의하여 의료인의 직업활동이 포괄적으로 제한을 받는다 하더라도 강제지정제에 의하여 제한되는 기본권은 '직업선택의 자유'가 아닌 '직업행사의 자유'이다. 직업선택의 자유는 개인의 인격발현과 개성신장의 불가결한 요소이므로, 그 제한은 개인의 개성신장의 길을 처음부터 막는 것을 의미하고, 이로써 개인의 핵심적 자유영역에 대한 침해를 의미하지만, 일단 선택한 직업의 행사방법을 제한하는 경우에는 개성신장에 대한 침해의 정도가 상대적으로 적어 핵심적 자유영역에 대한 침해로 볼 것은 아니다.

뿐만 아니라 직업활동이 사회전반에 대하여 가지는 의미에 따라 직업의 자유에 대한 제한이 허용되는 정도가 달라진다. 이는 개인의 직업활동 또는 사회적·경제적 활동 등이 타인의 자유영역과 접촉하고 충돌할수록 입법자가 타인과 공동체의 이익을 위하여 개인의 자유를 제한하는 것을 보다 수인해야 함을 의미한다.

이 사건의 경우, 의료인은 의료공급자로서의 기능을 담당하고 있고, 의료소비자인 전국민의 생명권과 건강권의 실질적 보장이 의료기관의 의료행위에 의존하고 있으므로, '의료행위'의 사회적 기능이나 사회적 연관성의 비중은 매

우 크다고 할 수 있다.

이러한 관점에서 볼 때, ‘국가가 계약지정제를 택하더라도 입법목적은 똑같이 효율적으로 달성할 수 있기 때문에 강제지정제를 택한 것은 최소침해의 원칙에 반하는가’에 대한 판단은 ‘입법자의 판단이 현저하게 잘못되었는가’하는 명백성의 통제에 그치는 것이 타당하다고 본다.

6) 이 사건의 경우, 입법자는 우리 현실에서 요양기관의 지정을 계약제로 하는 경우 보험의(保險醫)의 확보가 곤란하여 전 국민에 대한 균등하고 원활한 의료공급을 보장하기 어렵고, 특히 보험의(保險醫)로 구성되는 이익단체가 의료보험수가의 인상 등 그들의 특수이익을 관철하기 위하여 보험자와의 계약체결을 거부하는 등 국민의 의료보험수급권을 위태롭게 하는 집단행동이 나타날 수 있기 때문에, 현재의 상황에서는 계약지정제보다는 강제지정제와 의료보장체계의 기능을 확보하는 데 필요하다고 판단한 것으로 보인다.

입법자의 이러한 판단은 첫째, 사회보험의 일환인 의료보험의 시행은 인간의 존엄성실현과 인간다운 생활의 보장을 위하여 헌법상 부여된 국가의 사회보장사무의 일환으로서 이를 위한 모든 현실적 여건이 성숙될 때까지 미루어질 수 없는 중요한 과제라는 규범적 인식, 둘째, 우리의 의료기관 중 공공의료기관이 약 10여 %에 불과하기 때문에 민간의료기관을 의료보험체계에 강제로 동원하는 것이 의료보험의 시행을 위해서는 불가피하다는 현실적 인식에 기초하고 있는 것으로 보인다. 더욱이 국가는 이미 1977년 계약지정제를 일시적으로 도입한 바 있는데, 그 당시 지역적·진료부문별 의료공백이 크게 발생하였으며 지정수가제 등을 이유로 다수의 의료인이 요양기관으로의 지정을 거부하는 등 부정적인 경험을 하였는바, 이러한 ‘현실화 된’ 우려가 강제지정제로 전환하는 직접적인 계기로서, 그리고 현재의 상황이 당시의 상황과 근본적으로 달라진 것이 없다는 판단이 제도 유지의 근거로 각 작용한 것으로 보인다. 계약지정제를 택하더라도 적정수가의 보장, 보험의(保險醫)에 대한 조세감면혜택, 의료시설의 지원 및 공공기관의 확충 등을 통하여 의료인에게 유인책을 제공함으로써 건강보험체계로부터 의료인의 이탈을 방지하여 충분한 보험의(保險醫)를 확보할 수 있다는 주장이 있으나, 공공의료기관의 확충은 단시일 내에 이루어질 수 있는 것이 아니라 국가재정, 인력공급 등의 이유로 장기간을 요하는 것이며, 그 외의 유인정책의 경우 어느 정도로 강제지정제란 수단을 대체할 수 있는지 그 효과가 불확실하다.

이러한 관점 등을 고려할 때, 입법자가 계약지정제를 취하는 경우 의료보장

이란 공익을 실현할 수 없다는 현실 판단이 잘못되었다고 할 수 없으므로, 강제지정제를 택한 것은 최소침해의 원칙에 위반되지 않는다.

(나) 강제지정제를 택하면서 예외를 두지 않은 것의 최소침해성 위반 여부

1) 그렇다면 ‘국가가 강제지정제를 유지하면서 일정 비율의 의료인에게 강제지정에 대한 예외를 허용하더라도, 강제지정제가 실현하려는 의료보장의 목적을 달성할 수 있는 것이 아닌가’ 하는 문제가 제기된다.

구 의료보험법은 제32조 제5항에서 ‘요양기관은 정당한 이유없이 요양급여를 거부하지 못한다’고 규정하여 법문상으로는 ‘정당한 이유’가 있는 한, 보험자의 처분에 의한 지정 또는 법률에 의한 지정을 거부할 수 있는 여지를 남겨 놓고 있다. 그러나 ‘정당한 이유’의 법적 개념이 너무 모호하고 불명확하여 법 적용기관에게 법해석·적용을 위한 최소한의 지침을 제공하지 못하기 때문에, 결과적으로 그동안 이 규정은 법현실에 적용될 수 없는 범규범으로 사실상 사문화되어 왔다. 또한 국민건강보험법시행령 제21조에 의한 요양기관에서 제외되는 의료기관 등은 의료법 제31조의 규정에 의하여 설립된 부속의료기관, 사회복지사업법 제34조의 규정에 의한 사회복지시설에 수용된 자의 진료를 주된 목적으로 설립한 의료기관, 그리고 비위사실로 업무정지처분을 받은 의료기관에 한정하는 것이어서, 여기서 말하는 최소침해성 위배여부를 가름하는 예외로 볼만한 것이 되지 못한다.

2) 현재의 강제지정제는 요양기관으로 지정된 모든 의료기관을 통하여 피보험자인 전 국민에게 저렴한 가격으로 동일한 수준의 의료행위를 제공할 수 있다는 장점을 가지고 있다. 그러나 한편으로는 의료행위의 질이 규격화·평준화되는 점이 있고 상대적으로 저가의 보험수가로 인하여 의료기관이 한정된 시간에 많은 환자를 진료해야 한다는 점, 의료인의 개인적 욕구에 부합하는 의료시설의 투자를 망설이게 하거나 의료기법의 개발에 장애적 요소로 작용한다는 점 등을 부인할 수 없으며, 이러한 것이 다양한 질의 의료행위나 의료발전, 새로운 치료기법의 개발을 저해할 수 있다는 부정적인 측면도 있다.

예컨대, 비교적 적은 환자에게 보다 양질의 의료서비스를 제공하고자 하는 의료인이 자신이 원하는 의료설비를 갖추거나 고유한 치료기법을 시행하는 경우, 현재의 보험수가제도에서는 시설투자비용이나 치료기법의 특수함에 의료기관의 정상적인 운영이 어려운 의료기관이 있을 수 있는데, 의료인의 이와 같은 특수한 상황이나 고유한 직업관을 고려하여 일부 의료기관을 요양기관으로서의 지정에서 배제하더라도 강제지정제를 통하여 실현하고자 하는

법익이 달성될 수 있는 것이 아닌가 하는 것이다.

입법자가 강제지정제를 택한 것이 위에서 살펴본 바와 같이 위헌은 아니지만, 예외를 허용하는 법규정으로도 입법목적은 달성할 수 있음에도 예외를 전혀 허용하지 않는다면, 이러한 기본권 제한은 법이 실현하려는 중대한 공익으로도 정당화될 수 없는 과도한 제한이므로, 비례의 원칙에 위반되어 청구인들의 기본권을 과도하게 침해하는 위헌적인 것이다.

3) 그러나 일정 비율의 의료기관에게 일반의(一般醫)로서 진료할 수 있는 예외를 허용한다면, 의료공급시장의 자유경쟁에서 살아 남기 힘든 의료기관은 건강보험에 편입되기를 원할 것이고, 시설투자나 진료기법, 의료인의 능력·경력 등으로 보아 보다 양질의 의료행위를 제공할 수 있는 경쟁력있는 의료기관이나 의료인은 요양기관으로서의 지정에서 벗어나 일반의(一般醫)로서 활동하게 되리라는 점이 쉽게 예상된다. 이렇게 되면 보험진료는 결국 2류 진료로 전락하고, 그 결과 다수의 국민이 보험진료보다는 많게는 서너배가 넘는 고액의 진료비를 지불해야 하는 일반진료를 선호하게 되고, 이는 중산층 이상의 건강보험의 탈퇴요구와 맞물려 자칫 의료보험체계의 전반이 흔들릴 위험이 있다.

이미 우리 사회의 사교육영역에서 병리적 현상으로 자리잡은 과외교습의 과열경쟁도 이러한 위험성을 시사하고 있다. 자녀의 장래를 위해서는 노력과 금전적 지출을 마다하지 않는 우리 풍토에서, 가족의 건강과 질병퇴치를 위해서는 경제적으로 무리를 해서라도 보다 양질의 의료행위를 제공하는 의료기관을 찾아 나서리라는 것은 어렵지 않게 예상할 수 있다. 부모의 자유영역에 속하는 사교육과는 달리, 국가가 국민의 건강을 보호하고 이를 위하여 국민에게 적절한 의료급여를 보장해야 하는 사회국가적 의무를 지고 있다는 점을 고려할 때, 일정 비율의 의료기관에게 의료보험제도 밖에서 활동할 수 있도록 허용하는 것은 의료서비스의 양분화를 초래하여 의료보장체계의 기초가 무너질 위험을 안고 있다.

따라서 강제지정제의 예외를 허용한다면, 의료보장체계의 원활한 기능확보가 보장될 수 없다는 판단이 가능하고, 입법자의 이러한 예측이 명백히 잘못되었다고 할 수 없으므로, 강제지정제에 대한 예외를 허용하지 않은 것은 최소침해의 원칙에 위반되지 않는다.

(다) 강제지정제가 입법목적에 저해하지 않는 범위 내에서 의료기관의 직업행사의 자유를 배려하는가의 여부

1) 위와 같은 이유로 국가가 강제지정에 대한 예외를 의료인에게 허용할 수 없다고 판단한다면, 강제지정제로 인하여 발생하는 직업행사의 자유에 대한 다양한 제약은 강제지정제 하에서도 의료행위를 통하여 각자의 직업관·가치관을 실현하고 관철할 수 있는 가능성을 의료인에게 개방함으로써 완화되어야 한다. 국가가 국민의료보험의 기능보장이란 입법목적에 위태롭게 하지 않으면서도 강제지정제의 범주 내에서 의료인의 자유로운 직업활동을 허용할 수 있음에도 이를 허용하지 않는다면, 이는 입법목적의 실현을 위해서 필요한 정도를 넘는 과도한 제한으로서 최소침해의 원칙에 위반된다.

2) 현재의 의료보험수가제도를 보자면, 의료행위의 내용과 양에 따라 진료비가 정해지는 진료행위별 수가제를 바탕으로 하여 진료행위를 약 3,500여 가지로 세분하여 각각의 금액을 합산하여 결정하고 있다. 즉, 의료보험수가는 요양급여에 소요되는 시간·노력 등 업무량, 인력·시설·장비 등 자원의 양과 요양급여의 위험도를 고려하여 산정된다(국민건강보험법시행령 제24조 제2항). 구 의료보험법 제32조 제3항은 또 요양기관을 제1차, 제2차, 제3차 의료기관 및 특수의료기관으로 구분하여 지정할 수 있도록 하고, 제35조에서 요양급여의 비용을 정함에 있어서 이러한 차이를 반영할 수 있는 가능성을 열어 놓고 있으며, 국민건강보험법도 요양기관을 일반요양기관과 종합전문요양기관 또는 전문요양기관으로 구분하여 지정할 수 있도록 하면서(제40조 제2항) 종합전문요양기관 또는 전문요양기관에 대하여는 요양급여의 비용을 일반요양기관과 달리 할 수 있다고 규정한다(같은 조 제3항).

3) 또한 구 의료보험법 제29조 제3항에서 요양급여의 방법·절차·범위·상한 등 요양급여의 기준은 보건복지부장관이 정하도록 규정하고, 이에 근거한 의료보험 요양급여기준(보건사회부고시 제89-30호)은 보험급여를 받을 수 없는 비급여대상을 열거해 놓고, 특수한 진료기법으로 진료를 하고자 하는 의료인은 보건복지부장관으로부터 비급여대상으로 인정을 받도록 규정하고 있다. 국민건강보험법은 이보다 한 걸음 더 나아가 제39조 제3항에서 “……요양급여의 기준을 정함에 있어 업무 또는 일상생활에 지장이 없는 질환 기타 보건복지부령이 정하는 사항은 요양급여의 대상에서 제외할 수 있다.”고 하여 비급여대상의 가능성을 명시적으로 규정하면서, 같은 조 제2항에 근거한 국민건강보험요양급여의기준에관한규칙(2000. 6. 30. 보건복지부령 제158호로 제정된 것)에서, 요양기관은 신 의료기술 즉 종래 급여대상 또는 비급여대상으로 결정되지 아니한 새로운 진료행위나 약제 및 치료재료에 대하여 급여대

상여부의 결정을 보건복지부장관에게 신청할 수 있고(제10조), 이미 급여대상에 포함된 의료행위라 하더라도 의료인은 이에 대한 보험수가의 새로운 조정을 보건복지부장관에게 신청할 수 있도록 규정하고 있다(제12조).

위와 같이 요양급여비용의 산정제도가 의료행위의 질과 설비투자의 정도를 상당한 부분 반영하고 있다는 점이 인정되는데, 현재의 의료보험수가제도에 미흡한 점이 있다 하더라도, 요양기관 강제지정제도 하에서도 의료인이 의료행위를 통하여 개인의 직업관을 실현하고 인격을 발전할 수 있는 여지를 어느 정도 가지고 있다고 할 것이다. 그렇다면 이 사건 강제지정제는 의료인의 직업의 자유에 대한 포괄적인 제한에도 불구하고 강제지정제의 범주 내에서 가능하면 직업행사의 자유를 고려하고 존중하는 여러 규정을 갖추고 있으므로, 강제지정제는 최소침해의 원칙에 위배되지 아니한다.

(4) 또한 법익균형성의 관점에서 보더라도, 강제지정제에 의하여 의료인들의 직업행사의 자유가 크게 제약받고 있기는 하나 강제지정제를 통하여 달성하려는 공익의 중대함에 비추어 제한을 통하여 얻는 공익적 성과와 제한의 정도가 합리적인 비례관계를 현저하게 일탈하고 있다고 볼 수 없다.

그럼에도, 국가는 요양기관 강제지정제를 유지하는 한, 진료과목별 수가의 불균형 및 동일 진료과목 내 행위별 수가간의 불균형을 시정해야 하고, 의학의 새로운 발전과 기술개발에 부응하는 진료수가의 조정을 통하여 시설규모나 설비투자의 차이, 의료의 질적 수준의 다양함을 보다 정확하게 반영해야 하며, 의료인에게 의료기술발전에 동기부여를 할 수 있는 신 의료기술의 신속한 반영체계(현재 약 1만건 이상 계류되어 있어 이 부분에 대한 능력있는 의료인들의 반발이 크다)를 획기적으로 개선해야 한다. 나아가 현재와 같이 피보험자가 부담하는 보험료가 소득대비 4-5%로서 낮게 유지되고 있음으로써(유럽의 다수국가는 20% 이상), 그 발생이 우려되는 의료서비스의 하향평준화 및 보험제정의 파탄을 막으면서 동시에 의료소비자인 국민의 의료선택권을 일정부분 보장하기 위하여 비급여의 대상과 종목을 신축적으로 조절할 필요도 있다. 보다 근본적으로는 강제지정제가 의료인의 기본권을 포괄적으로 제한하는 제도라는 점을 깊게 인식하여 장기적 안목에서 공공의료기관을 확충하거나 보험급여율을 높이는 등의 다양한 방법을 통하여 민간의료기관이 의료보험체계에 자발적으로 참여할 수 있는 환경이 조성될 수 있도록 관계당국은 노력을 기울여야 할 것이다.

나. 의료소비자의 자기결정권의 침해여부

이 사건 강제지정제로 인하여 의료소비자인 국민은 의료인과의 사적 계약을 통하여 의료행위의 질, 범위, 보수 등을 자유롭게 정할 수 있는 것이 아니라 원칙적으로 법이 정하는 기준에 따른 보험급여를 받게 된다. 그러나 국민은 진료를 받고자 하는 의료기관을 자유롭게 선택할 수 있을 뿐 아니라, 의료보험법과 국민건강보험법은 의료행위를 비급여대상으로 제공할 수 있는 가능성을 인정함으로써, 의료보험에 의하여 보장되는 급여부분 외에 의료소비자의 자율적인 결정에 따라 자신의 부담으로 선택할 수 있는 소위 비급여 대상의 의료행위를 함께 제공하고 있다. 따라서 모든 의료기관이 요양기관으로서 법이 정한 기준의 보험급여를 제공하고 이에 따라 의료소비자의 선택권이 제한을 받는다고 하더라도, 이러한 제한은 의료보험의 기능확보라는 중대한 공익의 실현을 위하여 행해지는 것이며, 제한을 받는 경우에도 보험급여의 대상이 되지 않는 비급여대상 의료행위를 선택할 수 있는 가능성을 가지고 있으므로, 의료소비자인 국민의 선택권도 과도하게 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

다. 평등권의 위반여부

평등원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있다. 그러므로 비교의 대상을 이루는 두 개의 사실관계 사이에 동일한 취급을 정당화할 수 없을 정도의 차이가 있음에도 불구하고 두 사실관계를 서로 같게 취급한다면 자의적인 입법으로써 평등권을 위반하게 된다. 이미 위에서 살펴 본 바와 같이, 이 사건 강제지정제는 모든 의료기관을 시설·장비·인력·기술 등의 차이와 관계없이 요양기관으로서 지정하면서도 한편으로는 요양급여의 비용산정과 비급여의 가능성 등을 통하여 의료기관 사이의 실질적인 차이를 반영함으로써, 모든 의료기관의 일률적인 강제지정에도 불구하고 본질적으로 다른 것을 다르게 취급하고 있다. 따라서 이 사건 강제지정제는 평등원칙에 위반되지 않는다.

6. 결 론

구 의료보험법 제32조 제1항, 제4항, 제5항은 헌법에 위반되지 아니하고, 청구인 2내지 5의 심판청구는 이유없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정에는 아래 7.과 같은 재판관 한대현, 재판관 권성의 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

7. 재판관 한대현, 재판관 권성의 반대의견

가. 헌법은 한 사회가 지향하는 문화의 틀을 법률적으로 구성하여 놓은 것이므로 어떤 제도가 이 틀에 맞지 않는다면 이 제도는 위헌이 된다고 할 것인데, 다수의견이 지칭하는 소위 요양기관 강제지정제(당연 요양기관제를 포함한다. 이하 같다)는 우리 헌법이 지향하는 문화의 틀에 어긋나서 위헌이라고 생각한다.

우리 헌법은 자유와 창의를 존중하고 이로써 삶의 질이 계속 향상되는 문명사회를 지향한다. 의료는 인문문화의 중요한 한 요소로서 학문과 기술의 결합체인데 학문과 기술은 그 속성상 자고로 통제와 답습 속에서는 그 생명을 유지, 발전시켜 나가는 것이 불가능한 영역이다. 요양기관 강제지정제가 의료에 대한 국가의 획일적 통제시스템임을 부정할 수 없는 이상, 그리고 의료가 학문과 기술의 결합체임을 역시 부정할 수 없는 이상, 이 제도는, 모든 국민에게 적은 비용으로 양질의 의료서비스를 제공한다는 훌륭한 목표에도 불구하고, 뒤에 보는 바와 같이 그 채택한 바의 수단이 자유와 창위에 역행하고 이로써 문화의 발전에 장애가 되어 위헌의 판정을 받지 않을 수 없다.

나. 다수의견은, 직업의 자유를 직업선택의 자유와 직업수행의 자유로 구분한 뒤 직업수행의 자유에 대하여는 공익을 위하여 직업선택의 자유보다 더 광범위한 제한이 가능하다고 하면서 요양기관 강제지정제는 의사의 직업수행의 자유를 사회보험이라는 공익을 위하여 합리적으로 제한하는 정도에 불과하여 합헌이라는 결론을 내리고 있다. 그러나 직업선택의 자유와 직업수행의 자유는 따로 존재하는 별개의 것이 아니라, 하나의 대상이 분석 각도의 차이에 따라 별개로 이름을 얻은 것이어서 원래 불가분의 관계에 있고 따라서 직업수행의 자유라고 하더라도 그것이 제한되는 방식과 정도에 따라서는 그 직업의 선택을 무의미하게 하여 그 직업의 본질을 해치는 경우가 있게 되고 이렇게 되면 그 제한은 위헌이 되는 것이다. 다수의견이 강제지정제의 단점에 대한 설명에서 이를 일부 인정하고 있는 바와 마찬가지로 의사가 요양기관 강제지정제 때문에 법이 정한 일정한 방법과 절차에 따라 치료를 하게 마련이고 자기의 배우고 연구하고 익힌 바에 따라 소신껏 치료를 하기 어렵다면 의사라는 직업의 보람과 본질은 결정적으로 훼손된다.

다. 통제를 하는 국가기관이 신과 같은 무오류의 존재라고 하더라도 자유와 창위의 위축이라는 측면에서 오히려 문제를 제기할 수 있을 터인데 항차 실제로 통제권을 행사하는 기구가 국가의 일상적 관료라고 한다면 문제는 자못 심각하게 된다. 요양기관 강제지정제가 관료제도와 결합하게 되면 관료

제도의 속성상 그 관리기구는 점점 방대하여지고 그 권한은 점점 더 커지며 그 비용은 날로 늘어나는 폐단을 일으키기 쉬워서 양질의 의료를 합리적으로 분배하는 데 기여한다는 본래의 과제는 뒷전으로 밀려나고 의료의 측면에서 보면 부수적이라고 할 인사, 조직, 처우, 노사 등의 문제 처리에 영일이 없게 된다.

한가지만 예를 들어본다면 다수의견이 설명하고 있는 바와 같이 현재의 의료보험수가제도는, 의료행위의 내용과 양에 따라 진료비가 정하여지는 진료행위별 수가제를 바탕으로 하여 진료행위를 약 3,500여 가지로 세분하여 각각의 금액을 합산하여 진료비를 결정하고 있는데, 진료행위별 수가제라는 것은, 진료에 사용된 약값 또는 재료비를 별도로 산정하고 의료인이 제공한 진료행위 하나하나마다 일정한 값을 정하여 의료비를 지급토록 하는 제도이므로 이에 따라 우리나라의 의료보험수가는 요양급여에 소요되는 시간·노력 등 업무량, 인력·시설·장비 등 자원의 양과 요양급여의 위험도를 고려하여 산정된다.

이와 같은 복잡한 과정이 관료제도에 의지하여 시행되면서는 불가피하게 앞에서 본 바와 같이 인사, 조직, 처우, 노사 등의 문제 때문에 본래의 일이 제대로 수행되기 어려운 폐단이 생기게 되는 것이다.

그밖에 요양기관을 제1차, 제2차, 제3차 의료기관 및 특수의료기관으로, 또는 일반요양기관과 종합전문요양기관 내지 전문요양기관으로 구분하는 일, 이에 따라 요양급여의 비용을 달리 하는 일, 요양기관의 시설·장비·인력 및 진료과목 등의 차이를 고려하여 의료급여의 비용을 달리 산정하도록 하는 일, 요양급여의 방법·절차·범위·상한 등 요양급여의 기준을 보건복지부장관이 정하는 일, 보험급여를 받을 수 없는 비급여대상을 정하고 구체적인 진료가가 여기에 해당하는지 여부를 심사하는 일, 새로운 의료기술의 신속한 반영체계를 만드는 일 등의 복잡한 일이 비전문가일 수도 있는 관료 내지 유사관료에 의하여 어느정도나 정확하고 신속하고 발전적으로 처리될 수 있는지 하는 점에 대하여도 역시 유의하여야 할 것이다. 소위 시장경제의 자율적 매카니즘이 여러 분야에서 채택되고 있는 이유를 생각하여 보아야 할 것이다.

뿐만 아니라 모든 통제시스템은 한편으로는 통제권을 행사하는 측의 부패만연을 걱정하여야 되고 다른 한편에서는 통제를 받는 측의 안일과 나태를 걱정하여야 하며 또다른 한편에서는 수혜자측의 과잉수혜를 걱정하여야 하는 3중의 폐단을 지닌다. 요양기관 강제지정제도에 대하여도 역시 유사한 문제

에 대한 고려가 필요하다.

라. 다수의견은 계약지정제를 채택하게 되면 충분한 숫자의 보험의를 확보할 수 없어 의료보험의 기능을 보장할 수 없다고 한다. 이러한 단정은 실증적 근거가 없고 설사 근거가 있다 하여도 그 책임의 소재에 대하여는 이견이 있는 것이지만, 여기서는 그 근거 없음이나 책임의 소재를 굳이 따질 필요가 없다고 생각한다. 왜냐하면 위와 같은 단정은, 의료보험이 채택할 수 있는 방법이 강제지정제와 계약지정제의 두가지 길밖에 없다는 것을 묵시적으로 전제하고 있는데 실제로는 그렇지 않고 다른 제3의 길도 있고 그 제3의 길이 더욱 효과적이라고 생각하기 때문이다. 한가지 예를 든다면, 그것은 바로 공공의료시설의 확충이다. 국가, 지방자치단체 또는 자선기구 등이 적정한 수의 공공의료시설을 설치하고 여기서 적은 비용으로 양질의 의료를 제공하도록 한다면 강제지정제의 폐단을 피할 수 있는 것이다. 다수의견도 이를 인정하면서 현실에 있어서는 우리나라에 공공의료시설이 태부족이므로 이 방법에 의할 수는 없고 우선은 강제지정제의 채택이 선행되어야 한다는 것이다. 즉, 충분한 숫자의 공공의료시설이 확보될 때까지는 강제지정제를 채택하고 장차 공공의료시설이 충분히 확보되면 그때 가서 계약지정제를 채택하면 된다는 것이다. 그러나 이것은 일의 순서가 잘못된 것이다. 먼저 공공의료시설의 확충에 힘을 쏟아야 하고 그러면서 단계적으로 그 정도에 맞추어 의료보험의 범위를 점차 확대하여야 할 것이다.

마. 요양기관 강제지정제는 일의 순서에서 문제가 생긴 것이다. 순서를 그릇친 문제는 다음 두가지에서 연유한다. 하나는 획일적 통제제도의 성공가능성에 대한 과신이고 다른 하나는 인간의 이기적 습성에 대한 무시(無視)이다. 이러한 과신과 무시에서 출발하는 모든 제도는 장기적으로 볼 때 모두 소기의 성과를 거두지 못하였음을 역사는 보여주고 있다. 요양기관 강제지정제도는 장기적으로 볼 때, 계획경제의 전철이 보여주듯, 제대로 소기의 성과를 지속적으로 과연 거둘 것인지 의심스럽다.

바. 결국, 요양기관 강제지정제는 첫째로 자유와 창의를 존중하고 이로써 문화의 발전을 지향하는 우리 헌법의 이념에 비추어 그 채택이 주저되는 수단이고 둘째로 획일적 통제제도의 비효율성에 비추어 그 제도의 장기적 성과가 상대적으로 의심되는 수단이라 할 것이다. 이와 같은 의심은 요양기관 강제지정제가 기본권 제한의 입법으로서 갖추어야 할 수단의 적정성을 결한다는 결론을 짓게 하며, 따라서 헌법상의 과잉금지의 원칙에 어긋남으로써 의사

의 직업의 자유를 침해하므로 위헌이라고 생각한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성 김효중
김경일(주심) 송인준 주선희

[별지 1] 대리인 명단 : 생략

[별지 2]

다. 보건복지부장관 및 의료보험연합회의 의견

(1) 99헌바76 사건

(가) 요양기관을 계약제로 할 것인가 아니면 지정제로 할 것인가의 여부는 국민에 대한 보건의료정책에 관하여 폭넓은 입법재량권을 가지고 있는 입법자가 사회보장제도의 지역성과 역사성을 고려하여 공익과 사익의 비교형량을 통하여 합리적으로 결정할 입법정책의 문제이다.

‘요양기관 강제지정제’는 요양기관을 계약제로 할 경우 발생하게될 폐단을 방지하기 위한 것으로서 그 입법목적이 정당하고, 보다 중대한 공익을 위하여 사익을 다소 침해한 것으로 법익균형성이 있으며, 전 국민이 의료보험대상이라는 점에서 누구든지 관련법률에 의하여 의료기관을 설립만 하면 별다른 조건없이 요양기관으로 지정됨으로써 의료보험환자를 진료할 수 있도록 오히려 모든 의료기관에게 요양기관을 개방한 것으로 적절한 방법이고 피해를 최소화한 제도로서 헌법 제15조의 직업의 자유에 위배되지 아니한다.

(나) 의료보험법 제29조 제3항 및 이에 근거한 의료보험 요양급여기준(보건사회부고시 제89-30호)은 누구든지 특수 또는 새로운 기법 등으로 진료를 하고자 하는 경우에는 보건복지부장관으로부터 비급여대상으로 사전인정을 받도록 규정하고 있다(위 고시 III-1-다). 따라서 청구인의 수술기법이 특수하거나 또는 새로운 것이라면 보건복지부장관의 사전인정을 받아 새로운 보험수가로 인정을 받든지 아니면 보험재정과 관련하여 비급여대상으로 인정받는 방법이 있으므로, 의료보험요양기관의 강제지정제도는 헌법 제11조의 평등의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

(다) 청구인과 같은 의료인은 의료기술자적 지위에 있는 공인으로서 헌법

제36조 제3항이 규정하는 국민의 보건을 보호할 사명이 있다 할 것이므로, 공공복리의 원칙이 우선적으로 적용되는 사회법 영역에 근거를 두고 시행되는 요양기관 강제지정제 또는 당연지정제의 규정은 청구인의 행복추구권을 침해한다고 할 수 없다.

(2) 2000헌마505 사건

(가) 청구인들이 국민건강보험법 제40조에 의하여 침해되었다고 주장하는 것은 국민의 기본권이 아니라 ‘특허제도로서의 의사면허’를 가진 자의 법적 지위, 즉 국가 의사제도 하에서 법률에 의하여 부여받은 특허에 관한 것이다. 청구인들과 같은 의료인들은 국가가 법률로 정한 범위 내에서 의료행위를 할 권리를 갖는다고 할 뿐이고 청구인들의 기본권이 침해당할 여지가 없으므로, 이 사건 심판청구는 부적법하여 각하되어야 한다.

(나) 우리나라의 국민건강보험 가입자는 국민의 95%를 상회하는바, 의료기관의 자유를 제한함으로써 국민 전체가 의료서비스를 안정적이고 비교적 저렴하게 받을 수 있어 인간다운 생활을 향유할 수 있다는 점에서 볼 때, 의료기관의 헌법상 보장된 자유에 대한 제한은 헌법에서 허용하는 제한의 한계를 일탈하지 않은 것이다.

(다) 국민건강보험법은 제40조 제2항 및 제3항 및 위법 시행령 제24조 제1항에 의해 의료기관은 그 능력과 시설투자에 따라 의료행위를 할 수 있도록 하고 그 결과에 따라 다른 의료기관과는 차별된 경제적인 소득을 얻을 수 있도록 하고 있으므로, 위법 제40조 제1항의 당연 요양기관제는 평등원칙에 위반되지 않는다.

(라) 일부 상류계층의 국민을 제외한 대부분의 국민에게는 어떠한 종류의 의료서비스를 선택할 것인가의 문제보다는 자신의 경제력으로 적정한 수준의 균질화된 의료서비스를 받을 수 있는가 하는 것이 더욱 중요하며, 현행 국민건강보험제도는 바로 이러한 국민의 행복추구권을 보장하기 위한 제도인 것이다. 이러한 관점에서 볼 때 의료소비자의 선택권 제한은 국민건강보험제도의 목적에 의하여 정당화되는 합헌적인 제한이다.

(마) 국민건강보험법 제40조 제1항은 의료인의 학문행위의 자율성을 제한하는 어떠한 내용도 담고 있지 않으므로, 학문의 자유가 침해되었다는 청구인들의 주장은 근거가 없다.

(바) 국민건강보험법 제40조 제1항은 의료기관 또는 의료인의 재산의 소유 및 상속은 물론이고 재산권의 이용·수익·처분의 권능을 직접적으로 제한하

고 있지 않으므로, 이 사건 조항에 의하여 청구인들의 재산권이 침해될 여지는 없다.

구 법인세법 제18조의3 제2항 제3호 위헌소원

(2002. 10. 31. 2000헌바14 전원재판부)

【판시사항】

법률조항이 납세의무의 본질적 내용에 관한 사항을 대통령령에 위임하고 있지만, 그 입법취지를 고려하고 전후의 관련규정을 유기적·체계적으로 종합하여 보면 그 위임범위의 대강을 객관적으로 예측할 수 있어 포괄위임금지의 원칙에 위반되지 아니한다고 본 사례

【결정요지】

차입금과다법인이 특정 자산을 보유할 경우 지급이자를 손금에 산입하지 아니한다는 내용을 규정하고 있는 구 법인세법(1998. 12. 28. 법률 제5581호로 개정되기 전의 것) 제18조의3 제2항 제3호의 입법취지는 재무구조가 취약한 법인의 비생산적인 자산보유를 억제하여 자기자본의 비율을 제고시키고 생산적인 기업자금의 운용을 유도하려는 데에 있으므로, 위 법률조항이 그러한 자산의 범위를 대통령령에 위임하고 있기는 하지만, 위와 같은 입법취지를 고려하고, 아울러 전후의 관련규정을 유기적·체계적으로 종합하여, 그 자산의 대상이 부동산으로 제한되고 임야 등이 예시되어 있는 점, 그 위임의 기준이 객관적인 용도에 따르도록 제한되어 있는 점 등을 감안하여 보면, 위 법률조항 중 위임부분인 “대통령령이 정하는 용도에 사용하는 부동산” 부분은 그 위임범위의 대강을 객관적으로 예측할 수 있는 경우에 해당한다.

【심판대상조문】

법인세법(1998. 12. 28. 법률 제5581호로 개정되기 전의 것) 제18조의3(지급이자의 손금 불산입) ① 생략

② 대통령령이 정하는 기준을 초과하여 차입금을 보유하고 있는 법인이 다음 각호의 1에 해당하는 자산을 보유하는 경우에 각 사업년도에 지급한 차입금의 이자중 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 금액은 각 사업년도의 소득금액계산상 이를 손금에 산입하지

아니한다.

1. 2. 생략

3. 임야·농경지·목장용부동산등으로서 대통령령이 정하는 용도에 사용하는 부동산 (제1항 제1호의 규정을 적용받는 부동산의 부분을 제외한다)

③~⑥ 생략

【참조조문】

헌법 제75조

법인세법(1998. 12. 28. 법률 제5581호로 개정되기 전의 것) 제18조의3(지급이자의 손금 불산입) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자산을 취득하거나 보유하고 있는 내국법인에 대하여는 각 사업년도에 지급한 차입금의 이자중 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 금액 (차입금중 당해 자산가액에 상당하는 금액의 이자를 한도로 한다)은 각 사업년도의 소득금액계산상 이를 손금에 산입하지 아니한다.

1. 당해 법인의 업무와 직접 관련이 없거나 부동산의 이용실태등으로 보아 자가상승으로 인한 이익을 취득하기 위하여 보유하는 것이라고 인정되는 부동산으로서 대통령령이 정하는 것
2. 당해 법인의 업무와 직접 관련이 없다고 인정되는 자산(부동산을 제외한다)으로서 대통령령이 정하는 것
3. 제20조의 규정에 의한 특수관계에 있는 자에게 업무와 관련없이 지급한 가지금등으로서 대통령령이 정하는 것

②~⑥ 생략

법인세법시행령(1998. 12. 31. 대통령령 제15970호로 개정되기 전의 것) 제43조의2(지급이자의 손금불산입) ①~④ 생략

⑤ 법 제18조의3 제2항에서 “대통령령이 정하는 기준을 초과하여 차입금을 보유하고 있는 법인”이라 함은 차입금(제13항의 규정에 의하여 지급이자가 이미 부인된 차입금을 제외한다)이 자기자본의 2배(소비성서비스업의 경우에는 자기자본상당액)를 초과하는 법인을 말한다. 이 경우 소비성서비스업과 그외의 사업을 겸업하는 법인의 소비성서비스업 부분의 자기자본은 다음 산식에 의하여 계산한 금액으로 하며, 법 제64조의2의 규정에 의한 구분경리를 하지 아니함으로 인하여 수입금액·차입금등을 구분할 수 없는 경우에는 당해 법인의 전체 사업을 소비성서비스업으로 보아 본문의 규정을 적용한다.

자기자본×소비성서비스업부분의 수입금액 / 당해 사업연도의 총수입금액

⑥ 법 제18조의3 제2항에서 “대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 금액”이라 함은 다음 각호의 구분에 따라 계산한 금액을 말한다.

1. 소비성서비스업을 영위하는 법인의외의 법인의 경우

지급이자×법 제18조의3 제2항 제1호 및 제3호의 규정에 의한 자산합계액과 자기자본의 2배를 초과하는 차입금상당액중 적은 금 / 총차입금

2. 소비성서비스업을 영위하거나 겸업하는 법인의 경우

지급이자×(소비성서비스업 부분의 지급이자손금부인대상금액+소비성서비스업외의 사업부분의 지급이자손금부인대상금액)/총차입금

⑦~⑩ 생략

⑪ 법 제18조의3 제2항 제3호에서 “대통령령이 정하는 용도에 사용하는 부동산”이라 함은 제5항의 규정에 의한 법인이 보유하는 임야·농경지·목장용부동산·연수원용 또는 휴양소용 부동산등으로서 재정경제부령이 정하는 부동산을 말한다.

⑫~⑮ 생략

법인세법시행규칙(1997. 3. 29. 총리령 제622호로 개정되기 전의 것) 제18조(지급이자의 손금불산입) ①, ② 생략

③ 영 제43조의2 제1항 및 동조 제3항에서 “비업무용부동산등”이라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 부동산을 말한다.

1.~10. 생략

11. 임대(전세권 또는 지상권설정계약에 의한 부동산의 사용을 포함한다)에 쓰이고 있는 부동산으로서 다음 각목의 1에 해당하는 것

가. 1년간의 수입금액이 당해부동산가액의 100분의 3에 미달하는 부동산중 다음의 것을 제외한 부동산

- (1) 소득세법시행령 제156조의 규정에 의한 고급주택외의 주택 및 그 부속토지
- (2) 법령의 규정 또는 법령에 의한 주무부장관의 승인등에 의하여 임대료가 제한된 부동산
- (3) 공장을 경영하는 자가 당해공장의 일부를 임대하여 준 경우의 임대한 공장용 건축물과 그 부속토지
- (4) 토지와 건축물의 소유자가 다른 경우 당해건축물의 부속토지

나. 건축물의 부속토지중 제2호의 규정에 의한 기준면적을 초과하는 부분과 건축물이 없는 토지

12.~24. 생략

④~⑳ 생략

㉑ 영 제43조의2 제11항에서 “총리령이 정하는 부동산”이라 함은 다음 각호의 부동산을 말하며, 각호에 규정된 주업의 판정은 제3항 및 제10항의 규정에 의한다.

- 1. 임야·농경지·묘포장용 부동산·목장용 부동산. 다만, 공유수면매립법에 의하여 매립의 면허를 받은 법인이 매립공사를 하여 취득한 매립지와 임업·농업 또는 축산업을 주업으로 하는 법인이 소유하고 있는 부동산을 제외한다.
- 2. 체육시설용 부동산. 다만, 체육시설의설치·이용에관한법률에 의한 체육시설업 또는 운동경기업을 주업으로 하는 법인이 소유하고 있는 부동산 및 경기장운영업용 부동산을 제외한다.
- 3. 연수원용 또는 휴양소용 부동산. 다만, 직업훈련기본법에 의한 사업내직업훈련을 위한 시설을 제외한다.

4. 휴양시설업용 부동산. 다만, 도시공원법에 의한 도시공원시설을 설치·운영하는 법인과 관광진흥법에 의한 전문휴양업 또는 종합휴양업을 주업으로 하는 법인이 소유하고 있는 부동산을 제외한다.
 5. 예비군훈련장용 부동산
 6. 골재채취장용 부동산. 다만, 골재채취업을 주업으로 하는 법인이 소유하고 있는 부동산을 제외한다.
 7. 삭제
 8. 임대전용 부동산(건물 기타 지상정착물을 임대한 경우로서 임대한 법인이 임대건물 등의 연면적의 100분의 10이상을 직접 사용하지 아니하는 경우 당해건물등과 그 부속토지를 포함한다)중 다음 각목의 1에 해당하는 것을 제외한 부동산
 - 가. 임대업을 주업으로 하는 법인이 소유하고 있는 부동산
 - 나. 주택건설촉진법시행령 제30조 제1항 단서에 규정된 규모이하의 사원용주택과 그 부속토지
 - 다. 임대주택건설촉진법에 의한 임대주택과 그 부속토지
 - 라. 제3항 제11호 가목의 규정에 의하여 비업무용 부동산에서 제외되는 부동산
 9. 법인의 자가전용주차장 및 주차장업용 토지. 다만, 주차장업을 주업으로 하는 법인이 소유하고 있는 부동산을 제외한다.
 10. 상품등의 전시·판매에 사용되는 토지로서 건축물이 없는 것(건축물의 부속토지로서 제3항 제2호의 규정에 의한 기준면적을 초과하는 토지에 상품등을 전시·판매하는 경우 그 초과하는 부분을 포함한다)
- ㉒, ㉓ 생략

【참조판례】

- 헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525
헌재 1998. 6. 25. 95헌바35, 판례집 10-1, 771
헌재 1998. 11. 26. 97헌바31, 판례집 10-2, 650
대법원 1997. 10. 10. 선고 97누10642 판결
대법원 1998. 12. 23. 선고 97누6476 판결

【당 사 자】

- 청 구 인 정리회사 진덕산업 주식회사의 관리인 이동형
대리인 법무법인 율촌
담당변호사 우창록 외 3인
당해사건 서울고등법원 99누4992 법인세부과처분취소

【주 문】

구 법인세법(1998. 12. 28. 법률 제5581호로 개정되기 전의 것) 제18조의3 제2항 제3호 중 “대통령령이 정하는 용도에 사용하는 부동산” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 진덕산업 주식회사(이하 ‘진덕산업’이라 한다)는 건설업 등을 목적으로 설립된 법인으로서, 1984. 12. 27. 서울 강동구 천호동 420의 6 등 토지 합계 1,954㎡ 지상에 지하 2층, 지상 6층, 연면적 8,843㎡의 건물(이하 위 토지와 건물을 합하여 이 사건 부동산이라 한다)을 신축하였다. 진덕산업은 1986. 1. 31. 부터 이 사건 부동산에서 ‘진덕스토아’라는 상호로 도소매업을 영위하다가 1995. 1. 3. 주식회사 한세개발에게 이 사건 부동산 전부를 임대기간 같은 해 3. 1.부터 5년간, 임대보증금 2억원, 월차임 4,000만원으로 각 정하여 임대하였다. 그런데 진덕산업은 위 임대기간 중인 1995년 및 1996년 당시 차임금이 자기자본의 2배를 초과한 상태였다.

(2) 서초세무서장은 진덕산업이 구 법인세법(1998. 12. 28. 법률 제5581호로 개정되기 전의 것. 이하 법이라고만 한다) 제18조의3 제2항 소정의 차임금과 다법인에 해당하고, 진덕산업이 보유하고 있는 이 사건 부동산이 법 제18조의3 제2항 제3호, 같은법시행령(1998. 12. 31. 대통령령 제15970호로 개정되기 전의 것. 이하 시행령이라고만 한다) 제43조의2 제11항, 같은법시행규칙(1997. 3. 29. 총리령 제622호로 개정되기 전의 것. 이하 시행규칙이라고만 한다) 제18조 제21항 제8호의 규정에 의한 “임대전용 부동산”에 해당한다는 이유로, 임대개시일 이후의 진덕산업의 차임금 지급이자 중 1995 사업연도분 1,761,220,565원, 1996 사업연도분 1,610,222,647원의 각 손금산입을 부인하여, 1997. 8. 1. 진덕산업에 대하여 1995 사업연도분 법인세 245,259,920원 및 농어촌특별세 4,202,790원, 1996 사업연도분 법인세 906,791,160원을 각 부과·고지하는 내용의 과세처분을 하였다.

(3) 진덕산업은 서울행정법원에 위 과세처분의 취소를 구하는 내용의 행정소송을 제기하였으나(98구19727) 1999. 4. 8. 패소판결을 선고받았고, 그 항소심(서울고등법원 99누4992, 당해사건)의 소송계속 중 위 과세처분의 근거조문

인 법 제18조의3 제2항 제3호 중 “대통령령이 정하는 용도에 사용하는 부동산” 부분에 대한 위헌제청신청을 하였으나(서울고등법원 99아287) 2000. 1. 20. 그 신청이 기각되자 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(4) 진척산업은 1999. 2. 3. 서울지방법원에서 회사정리절차개시결정(98파9556)을 받았고, 위 당해소송 계속중 청구인이 그 회사의 관리인으로서 그 소송을 수계하였다.

나. 심판의 대상

이 사건의 심판대상은 법 제18조의3 제2항 제3호 중 “대통령령이 정하는 용도에 사용하는 부동산” 부분(이하 이 사건 법률조항이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부로서 이 사건 법률조항 및 이와 관련된 법령의 내용은 다음과 같다.

법 제18조의3(지급이자의 손금불산입) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자산을 취득하거나 보유하고 있는 내국법인에 대하여는 각 사업연도에 지급한 차입금의 이자 중 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 금액(차입금 중 당해 자산가액에 상당하는 금액의 이자를 한도로 한다)은 각 사업연도의 소득금액 계산상 이를 손금에 산입하지 아니한다.

1. 당해 법인의 업무와 직접 관련이 없거나 부동산의 이용실태 등으로 보아 지가상승으로 인한 이익을 취득하기 위하여 보유하는 것이라고 인정되는 부동산으로서 대통령령이 정하는 것

2. 내지 3. (생략)

② 대통령령이 정하는 기준을 초과하여 차입금을 보유하고 있는 법인이 다음 각호의 1에 해당하는 자산을 보유하는 경우에 각 사업연도에 지급한 차입금의 이자 중 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 금액은 각 사업연도의 소득금액계산상 이를 손금에 산입하지 아니한다.

1. 다른 법인의 주식 또는 출자지분(대통령령이 정하는 주식 또는 출자지분을 제외한다)

2. (삭제)

3. 임야·농경지·목장용부동산 등으로서 대통령령이 정하는 용도에 사용하는 부동산(제1항 제1호의 규정을 적용받는 부동산의 부분을 제외한다) 시행령 제43조의2(지급이자의 손금불산입)

① 내지 ④ (생략)

- ⑤ 법 제18조의3 제2항에서 “대통령령이 정하는 기준을 초과하여 차입금을

보유하고 있는 법인”이라 함은 차입금(제13항의 규정에 의하여 지급이자가 이미 부인된 차입금을 제외한다)이 자기자본의 2배(소비성서비스업의 경우에는 자기자본상당액)를 초과하는 법인을 말한다. (단서 생략)

⑥ 법 제18조의3 제2항에서 “대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 금액”이라 함은 다음 각호의 구분에 따라 계산한 금액을 말한다.

1. 소비성 서비스업을 영위하는 법인 외의 법인의 경우

법 제18조의3 제2항 제1호 및 제3호의
규정에 의한 자산합계액과 자기자본의
2배를 초과하는 차입금상당액중 적은
금액

$$\text{지급이자} \times \frac{\text{총차입금}}{\text{총차입금}}$$

2. (생략)

⑦ 내지 ⑩ (생략)

⑪ 법 제18조의3 제2항 제3호에서 “대통령령이 정하는 용도에 사용하는 부동산”이라 함은 제5항의 규정에 의한 법인이 보유하는 임야·농경지·목장용 부동산·연수원용 또는 휴양소용 부동산 등으로서 총리령이 정하는 부동산을 말한다.

⑫ 내지 ⑮ (생략)

시행규칙 제18조(지급이자의 손금불산입) ① (생략)

② (삭제)

③ 영 제43조의2 제1항 및 동조 제3항에서 “비업무용부동산”이라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 부동산을 말한다.

1. 내지 10. (생략)

11. 임대(전세권 또는 지상권설정계약에 의한 부동산의 사용을 포함한다)에 쓰이고 있는 부동산으로서 다음 각목의 1에 해당하는 것

가. 1년간의 수입금액이 당해 부동산 가액의 100분의 3에 미달하는 부동산 중 다음의 것을 제외한 부동산

(1) 소득세법시행령 제156조의 규정에 의한 고급주택 외의 주택 및 그 부속토지

(2) 법령의 규정 또는 법령에 의한 주무부장관의 승인 등에 의하여 임대료가 제한된 부동산

(3) 공장을 경영하는 자가 당해 공장의 일부를 임대하여 준 경우의 임대한 공장용 건축물과 그 부속토지

(4) 토지와 건축물의 소유자가 다른 경우 당해 건축물의 부속토지
나. (생략)

12. 내지 24. (생략)

④ 내지 ⑳ (생략)

㉑ 영 제43조의2 제11항에서 “총리령이 정하는 부동산”이라 함은 다음 각호의 부동산을 말하며, 각호에 규정된 주업의 판정은 제3항 및 제10항의 규정에 의한다.

1. 임야·농경기·묘포장용 부동산·목장용 부동산. 다만, 공유수면매립법에 의하여 매립의 면허를 받은 법인이 매립공사를 하여 취득한 매립지와 임업·농업 또는 축산업을 주업으로 하는 법인이 소유하고 있는 부동산을 제외한다.
2. 체육시설용 부동산. 다만, 체육시설의설치·이용에관한법률에 의한 체육시설업 또는 운동경기업을 주업으로 하는 법인이 소유하고 있는 부동산 및 경기장운영업용 부동산을 제외한다.
3. 연수원용 또는 휴양소용 부동산. 다만, 직업훈련기본법에 의한 사업내 직업훈련을 위한 시설을 제외한다.
4. 휴양시설업용 부동산. 다만, 도시공원법에 의한 도시공원시설을 설치·운영하는 법인과 관광진흥법에 의한 전문휴양업 또는 종합휴양업을 주업으로 하는 법인이 소유하고 있는 부동산을 제외한다.
5. 예비군훈련장용 부동산
6. 골재채취장용 부동산. 다만, 골재채취업을 주업으로 하는 법인이 소유하고 있는 부동산을 제외한다.
7. 삭제
8. 임대전용 부동산(건물 기타 지상정착물을 임대한 경우로서 임대한 법인이 임대건물 등의 연면적의 100분의 10 이상을 직접 사용하지 아니하는 경우 당해 건물 등과 그 부속토지를 포함한다) 중 다음 각목의 1에 해당 하는 것을 제외한 부동산
 - 가. 임대업을 주업으로 하는 법인이 소유하고 있는 부동산
 - 나. 주택건설촉진법시행령 제30조 제1항 단서에 규정된 규모 이하의 사원용 주택과 그 부속토지
 - 다. 임대주택법에 의한 임대주택과 그 부속토지(이하 생략)
 - 라. 제3항 제11호 가목의 규정에 의하여 비업무용 부동산에서 제외되는

부동산

- 마. 석유·가스 기타 화재 또는 폭발가능성이 있는 위험물의 저장·보관·판매를 하는 건축물과 그 부속토지
9. 법인의 자가전용 주차장 및 주차장업용 토지. 다만, 주차장업을 주업으로 하는 법인이 소유하고 있는 부동산을 제외한다.
10. 상품등의 전시·판매에 사용되는 토지로서 건축물이 없는 것(건축물의 부속토지로서 제3항 제2호의 규정에 의한 기준면적을 초과하는 토지에 상품등을 전시·판매하는 경우 그 초과하는 부분을 포함한다)
2. 심판청구의 요지와 위헌제청신청 기각이유
- 가. 심판청구의 요지

(1) 이 사건 법률조항은 핵심적 과세요건에 관한 사항에 관하여 스스로 규정하지 아니하고 이를 하위법령에 백지위임함으로써 포괄위임금지의 원칙에 위배된 것이다. 이 사건 법률조항은 차입금과다법인이 보유할 경우 지급이자의 손금산입이 부인되는 자산의 범위를 규정함에 있어서 “대통령령이 정하는 용도에 사용하는 부동산”이라고만 규정하여 하위법령에 그 내용을 포괄적으로 위임하고 있을 뿐, 임야·농경지·목장용 부동산 외에 어떠한 자산이 이에 해당하는지에 대한 최소한의 기준을 명시하지 않고 있어 이 사건 법률조항만으로는 그 자산의 범위의 대강을 예측할 수 없다.

(2) 더구나 이 사건 법률조항의 위임을 받은 시행령 규정은 연수원용 또는 휴양소용 부동산을 그 범위에 추가하여 다시 시행규칙에 이를 백지 재위임하고, 그 위임을 받은 시행규칙 규정은 이 사건 부동산과 같은 ‘임대전용부동산’을 그 범위에 포함되는 것으로 규정하고 있는바, ‘임대전용부동산’은 이 사건 법률조항이 예시하고 있는 임야·농경지·목장용 부동산과 아무런 유사성 또는 연관성도 없는 것으로서 모법의 위임한계를 벗어난 것이다. 또한 이 사건에서 문제된 시행규칙 제18조 제21항 제8호의 규정은 해당 어구가 모호하고 불완전하며, 인용조문과 인용된 조문이 복잡하게 얽혀있어 일반인의 주의력으로는 쉽사리 정확하게 이해하기도 어려우므로 과세요건 명확주의의 원칙에도 반한다.

나. 위헌제청신청 기각이유의 요지

(1) 법 제18조의3 제2항 제3호의 입법취지는 타인자본에 의존한 무리한 기업확장으로 기업의 재무구조가 악화되는 것을 방지하고, 금융자산에 의한 부동산투기 및 비생산적인 업종에 대한 무분별한 기업확장을 억제하여 기업자

금의 생산적 운용을 통한 기업의 건전한 경제활동을 유도하며, 아울러 국토의 효율적 이용을 도모하기 위한 데에 있다. 이 사건 법률조항은 그 적용대상 범위를 법인 보유자산 중 부동산으로 한정하되, 다만 구체적인 적용대상은 위 입법취지가 보다 잘 구현될 수 있도록 사회경제적인 현실의 변화 등에 맞추어 탄력적으로 규정할 수 있도록 하위법령에 위임하되 그 경우에도 그 위임의 기준은 부동산의 용도에 따르도록 규정하면서 이에 대한 예시로서 임야·농경지·목장용 부동산 등을 들고 있다. 또한 당해 법률의 전반적인 체계나 관련규정을 유기적으로 보면 그 부동산의 용도가 기업의 고유한 직접적 생산활동과 무관한 경우 그 적용대상에 포함될 것이라는 점이 객관적으로 예측가능하다. 따라서 이 사건 법률조항이 포괄위임금지의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(2) 시행규칙 제18조 제21항 제8호 소정의 임대전용부동산은 그 의미가 명확하며, 위 조문이 다른 세법의 조문을 인용하고 있다고 하여 그 내용이 불명확하다거나 통상인의 주의력으로써 그 의미를 쉽게 파악할 수 없을 만큼 모호하지 않다.

다. 재정경제부장관 및 국세청장의 의견

법원의 위헌제청신청 기각이유와 대체로 같다.

3. 판 단

가. 쟁점의 정리

이 사건의 쟁점은, 이 사건 법률조항이 포괄위임금지의 원칙에 위반되는지 여부이다.

그 외에도 청구인의 주장 중에는, 이 사건 법률조항의 위임을 받은 시행령·시행규칙 조항의 위헌·위법성에 관한 부분이 포함되어 있다. 그러나 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원은 형식적 의미의 법률만을 심판대상으로 하는 것이므로 이와 같은 시행령·시행규칙의 위헌·위법성에 관한 것은 이 사건의 심판대상으로 될 수 없다. 가사 위 시행령·시행규칙 조항의 내용이 헌법에 위반된다고 하더라도, 그 규정이 위헌으로 되는 것은 별론으로 하고, 그로 인하여 당연히 수권법률인 이 사건 법률조항까지 위헌으로 되는 것은 아니다(헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525). 따라서 청구인의 이 부분 주장의 당부에 관하여는 판단하지 아니한다.

나. 입법연혁 및 입법취지

(1) 입법연혁

법 제18조의3 제2항 제3호는 차입금을 일정 기준 이상(일반법인은 자기자본의 2배, 소비성 서비스업을 영위하는 법인은 자기자본 상당액 초과) 보유하고 있는 법인이 임야·농경지·목장용 부동산 등의 자산을 보유하는 경우에 차입금의 지급이자 중 일정 금액(그 계산방법은 시행령 제43조의2 제6항에 규정에 의함)을 손금에 산입하지 아니한다는 내용의 규정이다.

이와 같이 차입금과다법인으로서 특정 자산을 보유하는 내국법인에 대한 지급이자의 손금불산입을 내용으로 하는 법률규정은 1990. 12. 31. 법률 제4282호로 법인세법이 개정되면서 처음으로 신설되었다가 1994. 12. 22. 법률 제4808호로 법인세법이 개정될 때 일부 문구의 개정이 이루어져 이 사건 법률조항과 같이 되었다. 그 후 1998. 12. 28. 법인세법의 전문개정시(법률 제5581호) 제28조에서 지급이자의 손금불산입을 규정하게 되면서 이 사건 법률조항과 같이 차입금과다법인이 특정 자산을 보유하는 경우 지급이자를 손금에 산입하지 아니한다는 내용의 규정은 없어지게 되었고, 그 대신 차입금의 보유 여부와 관계없이 당해 법인의 업무와 직접 관련이 없다고 인정되는 자산을 취득하거나 보유하고 있는 법인에 대한 지급이자의 손금불산입 규정(현행 법인세법 제28조 제1항 제4호 가목)과 특정 자산의 보유 여부와 관계없이 소정의 기준을 초과한 차입금을 보유하고 있는 주권상장법인 등에 대한 지급이자의 손금불산입 규정(같은법 제28조 제2항)이 각 신설되었다.

한편 시행령 제43조의2 제11항의 경우는 1994. 12. 31. 대통령령 제14468호로 개정될 때에 일부 문구의 개정이 있었을 뿐이고 1998. 12. 31. 대통령령 제15970호로 전문개정될 때까지 그 실질적인 내용의 변화가 없었다.

그러나 시행규칙 제18조 제21항의 경우에는 몇 차례의 개정에 의하여 그 내용에 많은 변화가 있었는데, 1993. 2. 27. 개정시에 본문 후단 부분(“각호에 규정된 …”부분)이 추가된 외에 제1, 2, 4, 6, 8, 9호의 각 단서가 추가되었고, 제7호가 삭제되었으며, 그 이후에도 몇 차례의 개정에 의하여 제1호 단서, 제2호 단서 및 제8호의 내용이 변경된 바 있다. 이 사건에서 진덕산업에 적용된 시행규칙 제18조 제21항 제8호(임대전용 부동산)도 1993. 2. 27. 단서규정으로 서 임대업을 주업으로 하는 법인 소유의 부동산 및 주택건설촉진법시행령 제30조 제1항 단서의 사원용 주택이 제외되도록 규정되었다가 1997. 3. 29. 위 1. 의 나. 기재와 같은 내용으로 개정되었고, 그 후 1998. 8. 22. 개정시에는 제외되는 항목(가목 내지 아목)이 더욱 늘어나게 되었다.

(2) 입법취지

이 사건 법률조항의 입법취지는 타인자본에 의존한 무리한 기업확장으로 기업의 재무구조가 악화되는 것을 방지하고 금융자산을 이용하여 부동산투기를 하거나 비생산적인 업종에까지 무분별하게 기업확장을 하는 것을 억제하여 기업자금을 생산적으로 운용함으로써 기업의 건전한 경제활동을 유도하며 아울러 국토의 효율적 이용을 도모하기 위한 데에 있다(대법원 1997. 10. 10. 선고 97누10642 판결, 대법원 1998. 12. 23. 선고 97누6476 판결).

다. 포괄위임입법금지의 원칙에 위반되는지 여부

(1) 이른바 조세법률주의는 입법부가 제정한 법률의 근거 없이는 조세를 부과·징수할 수 없고 국민은 조세의 납부의무를 부담하지 아니한다는 하나의 헌법상의 원칙이다. 이는 행정권의 자의적인 법해석과 집행으로부터 국민의 재산권을 보장함과 동시에 국민의 경제생활에 법적 안정성과 예측가능성을 부여하는 기능을 한다. 그러나 경제현실의 변화나 전문적 기술의 발전 등에 즉시 대응하여야 할 필요 등 특별한 사정이 있는 경우에는 법률로 규정하여야 할 사항에 관하여 형식적 법률보다 탄력성이 있는 행정입법에 위임하는 것이 보다 바람직할 수 있다. 헌법 제75조가 위임입법의 근거와 한계에 관하여 규정하고 있는 것도 그러한 이유에서 나온 것이다.

다만 법률이 어떤 사항에 관하여 대통령령에 위임할 경우에는 국민이 장래 대통령령으로 규정될 내용을 일일이 예견할 수는 없다고 할지라도 적어도 그 대체적 윤곽만은 예견할 수 있도록 기본적 사항들에 관하여 법률에서 구체적으로 규정하여야 한다. 그리고 그 동안 우리재판소에서 누누이 밝힌 바 있듯이 그 위임의 구체성·명확성의 요구정도는 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 영역에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정의 영역에서보다 더 엄격하게 제한되어야 한다(헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525, 532-534; 1998. 6. 25. 95헌바35등, 판례집 10-1, 771, 793 등).

그리고 여기서 위임의 구체성·명확성의 정도 내지 예측가능성을 판단함에 있어서는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단하는 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 한다. 즉 위임조항 자체에서는 위임의 구체적 범위를 명확히 규정하고 있지 않다고 하더라도 당해 법률의 전반적 체계와 관련규정에 비추어 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있다면 이를 일반적이고 포괄적인

백지위임에 해당하는 것으로 볼 수 없다(1998. 11. 26. 97헌바31, 판례집 10-2, 650, 662 등).

(2) 이 사건 법률조항에서 규정하고 있는 것은 지급이자의 손금불산입의 요건에 관한 것으로서 납세의무의 본질적 내용에 관한 사항이다. 따라서 그 내용을 대통령령에 위임할 경우에는 원칙적으로는 그 위임의 구체성·명확성이 엄격하게 요구된다. 다만 이 사건 법률조항의 입법취지를 고려하고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 볼 경우 위임의 범위를 객관적으로 예측할 수 있는지, 위임의 필요성 및 규율대상의 다양성·가변성으로 인한 위임의 불가피성이 인정되는지 여부를 검토해 보아야 한다.

(가) 예측가능성

차입금에 대한 지급이자는 법인의 순자산을 감소시키는 것이므로, 법인의 소득에 대한 과세로서의 법인세의 본질 및 구조상 그 지급이자는 법인의 소득금액 계산상 손금으로 인정되는 것이 원칙이다. 그러나 법인세법은 여러 가지 조세정책적인 이유 등으로 일정한 지급이자에 관하여는 예외적으로 이를 손금에 산입할 수 없는 것으로 규정하고 있다.

법 제18조의3 제2항은 이와 같은 법인세법상 손금불산입에 관한 규정들 중의 하나로서, 차입금(타인자본)을 자기자본에 비하여 기준 이상으로 많이 보유하고 있는 법인이 다른 법인의 주식 또는 출자지분을 보유하고 있거나(제1호), 임야·농경지·목장용부동산 등의 부동산을 보유하는 경우(제2호) 차입금 지급이자의 손금산입을 부인하여 세법상의 불이익을 가하는 내용의 규정이다.

앞서 본 바와 같이 이 규정의 입법취지는 재무구조가 취약한 법인의 무리한 기업확장(제1호) 또는 비생산적이고 비효율적인 자산보유(제2호)를 억제하여 자기자본 비율을 제고시키고 생산적인 기업자금 운용을 유도하여 기업의 경쟁력을 강화시키고, 아울러 자산의 효율적 이용을 도모하려는 데에 있다. 이러한 입법취지를 고려하여 보면, 이 사건 법률조항(제2호)으로써 법인으로 하여금 보유하는 것을 억제하려는 자산은 “재무구조가 취약한 법인으로 하여금 이를 보유하도록 하는 것보다는 그 매각을 유도하여 그 자금으로 재무구조를 개선하도록 하거나 제3자로 하여금 그 자산을 효율적으로 사용하도록 하는 것이 사회경제적으로 보아 더욱 바람직한 경우에 해당하는 것”을 의미하는 것으로 일응 이해할 수 있다.

또한 이 사건 법률조항은 그러한 자산의 대상을 “부동산”으로 제한하고 있

다. 그리고 위와 같은 입법취지를 명확히 하기 위하여 “임야·농경지·목장용 부동산” 등을 예시하고 있다. 여기에서 예시된 부동산은 모두 채무구조가 취약한 법인으로 하여금 이를 보유하도록 하는 것이 경제적으로 비효율적이고 비생산적이며, 과거에 부동산투기에 악용되어 왔던 것들이다. 다만 위 입법취지에 비추어 보면 이 사건 법률조항이 임업·농업 또는 축산업을 주업으로 하고 있는 법인으로 하여금 임야·농경지·목장용부동산을 보유하도록 하는 것에 대하여까지 불이익을 가하려는 것이 아님은 명백하고, 실제로 시행규칙 제18조 제21항 제1호 단서에서 그러한 경우는 지급이자의 손금불산입에서 제외되는 것으로 규정하고 있다.

한편, 이 사건 법률조항 말미의 괄호 부분(“제1항 제1호의 규정을 적용받는 부동산의 부분을 제외한다”라는 부분)에 의하여 법 제18조의3 제1항 제1호 소정의 비업무용 부동산은 이 사건 법률조항이 정하는 부동산에 해당되지 아니한다. 예컨대 차입금 과다보유법인이 보유하고 있는 부동산이 법 제18조의3 제1항 제1호 소정의 비업무용 부동산에 해당되는 동시에 이 사건 법률조항이 정하는 부동산에도 해당되는 경우에는, 법 제18조의3 제1항에 의하여 지급이자 손금불산입의 불이익을 받게 될 뿐이고, 법 제18조의3 제2항의 적용은 받지 아니하게 된다. 그런데 법 제18조의3 제1항 제1호와 이 사건 법률조항을 비교하여 보면, 전자는 당해 부동산이 그 법인의 업무와 직접 관련이 없는 경우에 지급이자의 손금산입이 부인되는 것에 비하여, 이 사건 법률조항은 당해 법인이 일정한 용도의 부동산을 보유하기만 하면 그 부동산이 업무와의 관련성을 갖는지 여부와 관계없이 지급이자의 손금산입을 부인하도록 규정하고 있다. 즉 이 사건 법률조항은 그 대상자산의 범위를 대통령령에 위임함에 있어서 그 위임의 기준을 객관적인 용도에 따르도록 제한하고 있는 것이다. 그리고 여기에 위와 같은 입법취지를 보태어 보면, 그 부동산의 “용도”는 법인의 생산활동에 필수적인 것이 아닌 것으로서 객관적·경험적으로 보아 비효율적이고 비생산적이어서 채무구조가 취약한 법인으로 하여금 보유하도록 하는 것 보다는 조속한 매각을 유도하여 제3자로 하여금 더욱 효율적이고 생산적인 용도에 사용하도록 하는 것이 바람직한 경우라고 이해된다고 할 것이다.

요컨대, 이 사건 법률조항이 말하는 “대통령령이 정하는 용도에 사용하는 부동산”은 법 제18조의3 제1항 제1호에 규정된 법인의 비업무용 부동산을 제외한 것으로서 그 객관적인 용도에 비추어 보아 타인자본의 비율이 높은 법인으로 하여금 이를 보유하도록 하는 것 자체가 기업자금의 비효율적·비생

산적인 운용이라고 인정되는 경우를 말한다고 할 것이다. 이와 같이 이 사건 법률조항의 입법취지를 고려하고 전후의 관련규정을 유기적·체계적으로 종합하여 보면, 이 사건 법률조항에서 말하는 “대통령령이 정하는 용도에 사용하는 부동산”은 그 위입범위의 대강을 객관적으로 예측할 수 있는 경우에 해당한다.

(나) 위입의 필요성

위와 같은 입법취지를 달성하기 위하여 구체적으로 어떠한 범위의 부동산을 그 대상 부동산으로 할 것인가는 국내 실물경제의 사정이나 부동산정책 및 기업정책 등 여러 가지 경제상황의 변화에 따라 달라질 수 있는 것으로 보아야 하고, 그러한 요인들에 대한 경제학적, 통계학적, 기술적 분석이 필요할 것이다. 이러한 점에서 이 사건 법률조항은 그 대상 부동산에 관하여 보다 탄력적으로 규율하여야 할 위입의 필요성이 인정된다.

또한 앞서 본 바와 같이 이 사건 법률조항의 위입을 받은 시행령, 시행규칙은 그 내용이 수 차례 개정되어 그 대상 부동산의 범위에 관한 규정의 내용이 변경된 바 있다. 또한 그 대상 부동산이 다양하고, 그 규정형식이 번잡한 것에 비추어 보면 국회 입법의 형식적 법률로써는 이를 모두 규정하기 어렵다고 인정된다. 따라서 이 사건 법률조항은 입법기술상의 한계로 인한 위입의 불가피성도 인정된다.

(3) 결론적으로, 이 사건 법률조항은 그 위입의 범위를 객관적으로 예측할 수 있을 뿐만 아니라 그 위입의 필요성도 인정되므로 포괄위입입법 금지의 원칙에 위반된 것이라고 할 수 없다.

4. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성 김효중
김경일 송인준(주심) 주선희

5·18민주화운동등에관한특별법

제4조 제1항 위헌소원

(2002. 10. 31. 2000헌바76 전원재판부)

【판시사항】

5·18민주화운동과 관련된 행위 또는 제2조의 범행을 저지하거나 반대한 행위로 유죄의 확정판결을 받은 자가 재심을 청구할 수 있다고 규정한 5·18민주화운동등에관한특별법 제4조 제1항(이하 '이 사건 법률'이라 한다)에 대한 한정위헌 심판청구가 법원의 재판을 다투는 것이라고 하여 부적법하다고 본 사례

【결정요지】

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원이 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 것이 아니라 법원의 재판을 다투는 것일 때에는 원칙으로 부적법하여 허용되지 않는다.

이 사건에서 청구인은 이 사건 법률이 규정하는 5·18민주화운동에 청구인의 행위가 당연히 포함되는 것임에도 불구하고 법원이 포함되지 않는다고 판단한 것은 문제조항의 법률해석을 잘못하여 재판을 잘못된 것이고 이러한 재판의 잘못은 평등권의 침해 등 헌법에 위반되는 결과를 가져온다고 주장하는데, 이는 잘못된 재판이 가져오는 결과를 헌법의 관점에서 다투는 것으로서 결국은 재판의 당부에 대한 다툼으로 귀착될 뿐이지 직접 법률조항 자체의 위헌성을 주장하는 것은 아니라고 할 것이므로, 이 사건 심판청구는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원으로서 부적법하다.

재판관 권성, 재판관 송인준의 반대의견

1. 청구인의 주장이, 단순히 법률의 해석을 다투는 것이 아니고 법률 적용의 시적(時的) 범위를 특정하기 어렵게 하는 법률조항 자체의 불명확성을 문제삼아 그 위헌성을 다투는 것이라고 볼 수 있으므로 이 청구

는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원으로서 적법하다.

2. 5·18민주화운동에 가담한 죄로 처벌을 받은 사람들에 대하여 재심의 기회를 부여하는 이 사건 문제조항은, 5·18민주화 운동의 속성 즉, 한시성, 흐름성, 의미의 변화 등을 감안하여 볼 때, 위 관련자들의 시적 범위를 분명히 법에서 규정하거나 최소한 그 기준이라도 규정하여야만 할 것이다. 이 사건 법률조항은 그러한 규정을 전혀 하지 않고 있어서 이 운동의 시간적 경과에 따른 의미의 변화를 각각각색으로 평가하고 그에 따라 나름대로 시간적 범위를 설정하는 혼란을 피할 수 없게 되었는데, 이는 결국 법규정이 명확하지 못한 데서 비롯된 문제이고 그 불명확의 정도는 입법의 미비 내지 책임전가의 정도에 이른다고 할 수 있다.

3. 5·18민주화운동등에관한특별법의 입법목적, 이 사건 법률조항의 입법취지, 특별법 제2조 및 광주민주화운동관련자보상등에관한법률을 연관하여 고찰한다고 하더라도, 어느 시기의 행위가 5·18민주화운동에 해당하는지 여부에 대한 합리적인 해석기준을 찾아내기 어렵고, 대법원의 판례에 나타난 법관의 보충적인 해석을 통하여서도 그 시적 범위를 명확하게 알아낼 수 없으므로, 건전한 양식과 통상적인 범감정을 가진 일반인이 어느 시기의 행위가 5·18민주화운동에 해당되는지를 충분히 예측할 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 5·18민주화운동의 시적 범위를 모호하게 하였기 때문에 헌법상의 명확성 원칙에 위배된다.

【심판대상조문】

5·18민주화운동등에관한특별법(1995. 12. 21. 법률 제5029호로 제정된 것) 제4조(특별재심) ① 5·18민주화운동과 관련된 행위 또는 제2조의 범행을 저지하거나 반대한 행위로 유죄의 확정판결을 선고받은 자는 형사소송법 제420조 및 군사법원법 제469조의 규정에 불구하고 재심을 청구할 수 있다.

②~⑤ 생략

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제2항

5·18민주화운동등에관한특별법(1995. 12. 21. 법률 제5029호로 제정된 것) 제2조(공소

시효의 정지) ① 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴 범죄의공소시효등에관한특례법 제2조의 헌정질서파괴범죄행위에 대하여 국가의 소추권행사에 장애사유가 존재한 기간은 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다.

② 제1항에서 “국가에 소추권행사에 장애사유가 존재한 기간”이라 함은 당해 범죄행위의 종료일부터 1993년 2월 24일까지의 기간을 말한다.

헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특례법(1995. 12. 21. 법률 제5028호로 제정된 것) 제2조(용어의 정의) 이 법에서 “헌정질서파괴범죄”라 함은 형법 제2편 제1장 내란의 죄, 제2장 외환의 죄와 군형법 제2편 제1장 반란의 죄, 제2장 이적의 죄를 말한다.

【참조판례】

헌재 1999. 11. 25. 98헌바36, 판례집 11-2, 529

헌재 2000. 8. 31. 99헌바98, 판례집 12-2, 225

【당 사 자】

청 구 인 정○철

대리인 세계종합법무법인

담당변호사 이임성

당해사건 서울고등법원 2000로6 재심청구기각결정에 관한 항고

【주 문】

청구인의 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 ○○대학교 사범대학 부속중학교 교사로서 1981. 4. 28.에 청구의 김○중으로 하여금 ‘반파쇼 학우투쟁선언문’ 및 ‘반외세 투쟁선언문’이라는 유인물에 5·18광주민중화운동을 지지하고 그 정당성을 알리는 내용을 추가하여 이를 □□대학교에 살포하게 함으로써, 반국가단체인 북괴 및 국외공산계열의 활동을 고무, 이에 동조함과 동시에 현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 집회 및 시위를 선동하였다는 혐의로 집회및시위에관한법률 및 국가보안법위반의 각 죄로 기소(서울형사지방법원 81고합606호)되어 1981. 11. 9. 징역 1년 및 자격정지 1년을 선고받았고 1982. 3. 18. 서울고등법원의

청구인의 항소기각 및 청구인의 상고포기로 위 판결이 같은 달 20일 확정되었다.

청구인은 2000년 초 5·18민주화운동등에관한특별법 제4조 제1항에 의거하여 위 확정판결에 대한 재심을 청구(서울지방법원 2000재고합7)하였는데 「위 특별법 제4조 제1항에서 특별재심사유로 규정하고 있는 “5·18민주화운동과 관련된 행위” 또는 “헌정질서파괴범죄를 저지하거나 반대한 행위”(위 두 종류의 행위를 통틀어 이하 5·18민주화운동이라 부른다)로 유죄의 확정판결을 받은 경우라 함은 비상계엄이 해제된 1981. 1. 24. 까지에 있었던 5·18민주화운동의 행위만을 대상으로 하는 것인데 이 사건 행위는 그 이후에 있었던 것이라 이에 해당되지 않는다」는 요지의 이유로 2000. 6. 1. 재심청구가 기각되었다. 청구인은 재심청구기각결정에 대하여 항고(서울고등법원 2000로6)하고 5·18민주화운동등에관한특별법 제4조 제1항에 대한 위헌심판제청신청(2000초254)을 하였으나 2000. 9. 8. 모두 기각되었다.

이에 청구인은 위 법률조항이 평등권, 정당한 재판받을 권리, 행복추구권 등을 침해하여 위헌이라고 주장하며 2000. 10. 4. 이 사건 헌법소원을 제기하였다.

나. 심판대상

(1) 심판대상은 5·18민주화운동등에관한특별법(1995. 12. 21. 법률 제5029호로 제정된 것, 이하 ‘특별법’이라 한다) 제4조 제1항(이하 ‘문제조항’이라 한다)이고 그 내용은 다음과 같다.

특별법 제4조(특별재심) ① 5·18민주화운동과 관련된 행위 또는 제2조의 범행을 저지하거나 반대한 행위로 유죄의 확정판결을 받은 자는 형사소송법 제420조 및 군사법원법 제469조의 규정에 불구하고 재심을 청구할 수 있다.

(2) 관련법조문

(가) 특별법 제2조(공소시효의 정지) ① 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특별법 제2조의 헌정질서파괴범죄행위에 대하여 국가의 소추권행사에 장애사유가 존재한 기간은 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다.

② 제1항에서 “국가적 소추권행사에 장애사유가 존재한 기간”이라 함은 당해범죄행위의 종료일부터 1993년 2월 24일까지의 기간을 말한다.

(나) 헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특별법(1995. 12. 21. 법률 제

5028호로 제정된 것) 제2조(용어의 정의) 이 법에서 “헌정질서파괴범죄”라 함은 형법 제2편 제1장 내란의 죄, 제2장 외환의 죄와 균형법 제2편 제1장 반란의 죄, 제2장 이적의 죄를 말한다.

2. 청구인의 주장 및 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 특별법은 스스로 헌정질서파괴범죄자에 대한 국가 소추권행사의 장애가 1993. 2. 24.까지 존재한다고 규정하고 있는데 이것은 그때까지 민주주의가 억압되고 있었기 때문이고 따라서 그때까지는 민주화운동 및 그에 대한 처벌이 순환적으로 계속될 수밖에 없었다. 그런데 같은 민주화운동을 하였는데도 1980. 5. 18. 당시의 그것과 5. 18. 이후부터 1993. 2. 24.까지의 시기에 행하여진 그것을 차별하여 전자만을 재심대상으로 삼고 있는 문제조항은 합리적인 이유가 없으므로 헌법상 평등의 원칙에 위배되고 헌법상 정당한 재판을 받을 권리를 침해하며 전과자의 명예를 벗고자 하는 청구인의 헌법상 행복추구권을 박탈하는 것이다.

(2) 국가도 소추권을 행사할 수 없는 지경의 위기를 초래한 헌정질서파괴범죄를 규탄한 민주화운동행위를, 민주화가 완성되었다고 보는 지금에도, 그대로 유죄로 두는 것은 헌법상의 저항권을 부인하는 것이거나 헌법상 민주적 기본질서에 위배된다.

(3) 따라서 청구인이 한 민주화운동이 1980. 5. 18.을 전후한 그 당시에 이루어진 것이 아니라는 이유로 이는 5·18민주화운동에 포함되지 않는다고 문제조항이 해석된다면 문제조항은 헌법에 위반된다.

나. 서울고등법원의 위헌제청신청기각이유의 요지 : 별지와 같다.

다. 서울지방법검찰청 검사장의 의견요지 : 별지와 같다.

3. 판 단

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원이 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 것이 아니라 법원의 재판을 다투는 것일 때에는 원칙으로 부적법하여 허용되지 않는다(헌재 1999. 11. 25. 98헌바36, 판례집 11-2, 529, 536; 2000. 8. 31. 99헌바98, 판례집 12-2, 225, 231 등 참조). 이 사건에서 보면 청구인의 행위가 5·18민주화운동에 포함되지 않는다고 하여 특별법에 의한 재심청구를 기각한 당해사건의 재판이 부당하다고 청구인은 다투면서 그러한 부당한 재판은, 청구인의 행위가 5·18민주화운동에 포함되지 않는다는 내용으로 법원이 문제조항의 해석을 잘못된 데서 유래한다고 주장한다.

그러나 문제조항이 규정하는 5·18민주화운동의 범위가 어디까지인가 하는 것은, 법원이 특정 행위, 즉 청구인의 이 사건 행위에 대한 사실인정 및 평가의 과정을 거쳐 최종적으로 그 행위가 문제조항이 규정하는 범위에 들어가는가 여부를 재판함에 있어서 내리게 되는 문제조항의 법률해석에 달려 있는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 이러한 과정에서 이루어지는 법률해석은, 그 규정이 명확성의 원칙에 위반되는 정도로 모호한 것이 아닌 한 또한 그 해석이 다른 해석을 불용(不容)할 정도의 확고함을 지니고 법률규정 자체의 의미로 사실상 고착된 것이 아닌 한, 재판의 당부문제에 원칙적으로 흡수된다.

그런데 청구인은, 문제조항이 규정하는 5·18민주화운동에 청구인의 행위가 당연히 포함되는 것임에도 불구하고 법원이 포함되지 않는다고 판단한 것은 문제조항의 법률해석을 잘못하여 재판을 잘못된 것이고 이러한 재판의 잘못은 평등권의 침해 등 헌법에 위반되는 결과를 가져온다고 주장하는데, 이는 잘못된 재판이 가져오는 결과를 헌법의 관점에서 다루는 것으로서 결국은 재판의 당부에 대한 다툼으로 귀착될 뿐이지 직접 법률조항 자체의 위헌성을 주장하는 것은 아니라고 할 것이다. 청구인은 문제조항의 모호성 등 법률규정 자체의 위헌성을 주장하지도 않거니와 그러한 위헌적 요소의 존재를 찾아보기도 힘들다.

그렇다면 이 사건 심판청구는 법률조항 자체의 위헌성을 다루는 것이라고 인정할 수 없으므로 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원으로서서는 부적법함을 면할 수 없다.

4. 결 론

따라서 청구인의 이 사건 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 권성, 재판관 송인준의 아래 5.와 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 권성, 재판관 송인준의 반대의견

이 사건 심판청구는 적법하고 나아가 문제조항은 위헌이라고 생각한다. 그 이유는 다음과 같다.

가. 청구의 적법성

청구인의 주장을 깊이 들여다보면 그 주장의 이면에는, 문제조항의 ‘5·18 민주화운동과 관련된 행위’라는 개념이 지나치게 모호하고 추상적이어서 어

는 시기의 행위가 이에 해당하는 것인지 여부를 일반 국민이 쉽게 예측할 수 없고 또한 이로 인하여 법원의 자의적인 해석과 집행이 우려되므로 문제조항은 헌법상의 명확성 원칙에 위반된다는 취지가 내재되어 있음을 능히 인정할 수 있다.

그렇다면 청구인의 주장이, 단순히 법률의 해석을 다투는 것이 아니고 법률 적용의 시적(時的) 범위를 특정하기 어렵게 하는 법률조항 자체의 불명확성을 문제삼아 그 위헌성을 다투는 것이라고 볼 수 있으므로 이 청구는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원으로서 적법하다.

나. 명확성 원칙의 위배 제1

(1) 5·18민주화운동의 한시성(限時性)

“5·18민주화운동과 관련된 행위” 및 “헌정질서파괴범죄를 저지하거나 반대한 행위”를 통틀어 5·18민주화운동이라고 부르기로 한 것은 이미 앞에서 설명한 바이지만 이러한 5·18민주화운동은 1979. 12. 12.에 시작된 일련의 헌정질서파괴범죄로 촉발된 헌정질서의 왜곡에 대한 규탄이므로 1979. 12. 12. 이전의 민주화운동은 이에 포함되지 않는다. 또한 1979. 12. 12.에 시작된 일련의 헌정질서파괴범죄에 대한 소추장애사유가 1993. 2. 24.까지 존재한 것으로 규정한 특별법(제2조 제2항)의 취지는, 그때까지는 헌정질서파괴범죄의 관련자들의 집권이 계속되었기 때문에 그들에 대한 형사소추가 사실상 곤란하였고 반면 헌정질서파괴범죄를 규탄하는 민주화운동은 오히려 형사처벌을 면할 수 없었다는 판단에 근거하고 있음을 감안할 때, 1993. 2. 25. 이후의 민주화운동 역시 이에 포함되지 않음이 분명하다.

결국 5·18민주화운동은 1979. 12. 12. 이후부터 1993. 2. 24. 이전까지라는 시간적 범위 내에서 그 전부 또는 일부가 이에 해당한다는 시간적 속성을 갖는 것이고 이러한 의미에서 이는 한시적 성격을 갖는다. 이점에서 절도죄와 같은 형법상의 범죄가 한시성을 갖지 않는 것과 대조된다.

(2) 5·18민주화운동의 흐름성

특별법 제2조 제2항이 규정한 1993. 2. 24.까지는 헌정질서파괴범죄에 대한 국가의 소추권행사를 장애하는 사유가 계속적으로 존재한 것이므로 이에 대응하여 이들 범죄를 규탄하는 5·18민주화운동 또한 그 기간중 연속될 수밖에 없었던 것이므로 5·18민주화운동은 일시적이거나 일회적이거나 단편적인 고립(孤立)된 운동이 아니라 한 시대를 관통하는 연속된 흐름의 성격을 가진 것이다. 그러므로 이러한 흐름을 전체적으로 파악하여 그 모두를 5·18민주

화운동이라고 문제조항이 규정할 경우에는 별 문제가 없지만 그렇지 아니고 그 일부만을 5·18민주화운동이라고 규정할 경우에는 어떤 부분이 이에 해당하는 것인지를 법에서 분명히 정하지 않으면 안된다. 5·18민주화운동은 앞에서 설명한 것처럼 하나의 흐름적 속성을 가진 것이어서 그 시적 범위에 대한 명백한 법의 규정이 없다면 이 운동을 평가하는 관점의 차이에 따라서 각양각색으로 그 범위를 달리 해석하여 별 것이기 때문이다.

(3) 시간적 경과에 따른 5·18민주화운동의 의미의 변화

1979. 12. 12.에 시작된 일련의 헌정질서파괴범죄로 촉발된 헌정질서의 왜곡이 1993. 2. 24.까지 계속되면서 여러 차례의 굴곡(예컨대 군사정권의 등장, 비상계엄의 해제, 헌법의 개정, 대통령의 교체 등)을 거치는 동안 이에 대응하는 5·18민주화운동 또한 그 굴곡을 거치면서 그때마다 그 운동이 갖는 정치적 사회적 의미에 변화가 있을 수 있으므로 그 의미의 차이를 평가하여 5·18민주화운동의 시간적 범위를 그 일부로 한정하는 법규정을 두는 것은 합리적인 근거가 있는 한 충분히 가능한 일이다.

(4) 5·18민주화운동 관련자의 범위

5·18민주화운동의 한시성 때문에 이 운동에 가담한 죄로 처벌을 받은 사람들(이하 관련자라고 부른다)의 분포 또한 시간적으로 같은 범위에 걸쳐 있을 것이다. 그렇다면 관련자들에 대하여 재심의 기회를 부여하는 문제조항은, 앞에서 검토한 이 운동의 속성 즉, 한시성, 흐름성, 의미의 변화 등을 감안하여 볼 때, 관련자들의 시적 범위를 분명히 법에서 규정하거나 최소한 그 기준이라도 규정하여야만 할 것이다. 그런데 문제조항은 그러한 규정을 전혀 하지 않고 있다. 이로 인하여 이 운동의 시간적 경과에 따른 의미의 변화를 각양각색으로 평가하고 그에 따라 나름대로 시간적 범위를 설정하는 혼란을 피할 수 없게 되었다. 법원조차 1심과 2심이 서로 다른 평가를 하고 있는 것이다. 결국은 법규정이 명확하지 못한 데서 비롯된 문제이고 그 불명확의 정도는 입법의 미비 내지 책임전가의 정도에 이른다고 할 수 있다. 법률은 명확하게 규정되어야 한다는 명확성의 원칙이 헌법상의 한 원칙으로 인정됨은 이미 누차 천명된 바이거나(헌재 1992. 4. 28. 90헌바27등, 판례집 4, 255, 268-269; 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 341-342; 2000. 2. 24. 98헌바37, 판례집 12-1, 169, 179 참조), 형사처벌규정에 대하여 그 준수를 요구하는 것과 같은 정도로 헌법상의 명확성의 원칙은 무고한 형사처벌의 명을 벗겨주는 특별법의 재심규정에 대하여도 그 준수가 요구된다고 보아야 한다. 왜냐하면

일반 형사절차에서의 재심에서는 재심사유에 관한 규정이 법의 본질부분을 형성하지만 이 사건 특별법에서의 재심절차에서는 그 대상자의 시적 범위를 정하는 규정이 법의 본질부분을 형성하기 때문이다. 적용대상자의 시적 범위에 관한 규정의 흠결이 입법의 미비 내지 책임의 전가에 달하는 정도의 것이라고 위에서 지적한 소이도 여기에 있다.

(5) 소 결

그러므로 문제조항은 헌법상의 명확성의 원칙에 위배되어 위헌이라고 할 것이다.

다. 명확성 원칙의 위배 제2

명확성의 원칙에 위배된다고 보는 이유를 좀더 부연한다.

(1) 문제조항 자체는 이 사건 특별법에 의한 재심청구대상에 대하여 “5·18민주화운동과 관련된 행위 또는 제2조의 범행을 저지하거나 반대한 행위로 유죄의 확정판결을 선고받은 자”라고만 규정할 뿐 “5·18민주화운동” 자체나 5·18민주화운동과 “관련된 행위”에 대한 정의규정 및 그 행위의 시적 범위를 제한하는 규정을 전혀 두고 있지 않다. 그 결과 어느 시기에 행하여진 행위가 5·18민주화운동과 “관련된 행위”에 해당되는지 매우 불명확하다. 예컨대 5·18민주화운동 당시의 행위만이 그 대상이 되는지, 아니면 5·18민주화운동 이후의 행위도 어느 범위 내에서는 그 대상이 되는지 여부가 명확하지 않다는 것이다.

(2) 다음으로는 특별법의 입법목적 및 다른 법률조항과의 연관성 등을 고려할 때에는 5·18민주화운동의 시적 범위를 도출하는 합리적인 해석이 가능한지 여부를 검토한다.

㉔ 특별법은 제1조(목적)에서 “이 법은 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄행위에 대한 공소시효정지 등에 관한 사항 등을 규정함으로써 국가기강을 바로 잡고 민주화를 정착시키며 민족정기를 함양함을 목적으로 한다.”라고 규정하고 있다. 그러나 이러한 입법목적으로부터는 5·18민주화운동의 시적 범위를 도출할 어떠한 기준도 찾아낼 수 없다.

또한 5·18민주화운동과 관련된 행위로 억울하게 유죄판결을 받은 사람들을 특별재심을 통하여 구제한다는 문제조항의 입법취지에 의하여서도 5·18민주화운동과 “관련된 행위”가 5·18 당시의 행위만을 뜻하는 것인지 아니면 1993. 2. 25. 국가가 소추권을 다시 행사할 수 있게 될 때까지 5·18민주화운

동과 관련하여 행하여진 행위의 전부 또는 일부까지 포함하는 것인지 여부가 불명확하다.

㉔ 특별법 제2조 제1항은 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특별법 제2조의 헌정질서파괴범죄행위에 대하여 국가의 소추권행사에 장애사유가 존재한 기간은 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다고 규정하고, 같은 조 제2항은 “국가의 소추권행사에 장애사유가 존재한 기간”이라 함은 당해범죄행위의 종료일부터 1993년 2월 24일까지의 기간을 말한다고 규정하고 있다. 그러나 이 조항으로부터도 5·18민주화운동의 시적 범위를 그 기간중의 어느 한 시점으로 한정하는 해석기준을 발견하기는 쉽지 않다.

㉕ 특별법 제6조(배상의제)는 “광주민주화운동관련자보상등에관한법률의 규정에 의한 보상은 배상으로 본다.”고 규정하고 있다. 그런데 광주민주화운동관련자보상등에관한법률 역시 광주(또는 5·18)민주화운동과 ‘관련하여’ 또는 ‘관련자’라는 개념의 시적 범위를 규정하고 있지 않다.

㉖ 대법원은 “어떠한 행위가 5·18민주화운동등에관한특별법 제4조 제1항 소정의 ‘5·18민주화운동과 관련된 행위’ 또는 ‘1979. 12. 12.과 1980. 5. 18.을 전후하여 발생한 헌정질서파괴의 범행을 저지하거나 반대한 행위’에 해당하는 것인지의 여부는 그 행위의 시기와 동기 및 목적과 대상, 사용수단, 결과등을 종합하여 합리적으로 판단하여야”한다고 판시하고 있지만(대법원 2002. 6. 19. 2000도167; 2001. 7. 13. 2001도1239) 이러한 대법원의 결정은, 어느 시기에 행하여진 행위가 5·18민주화운동에 해당되는지 여부에 대한 구체적인 해석기준을 제시하고 있는 것이 아니다. 따라서 5·18민주화운동의 시적 범위는 건전한 법관의 양식에 따른 보충적인 해석에 의하여서도 구체화되기 어려운 것이다.

㉗ 결국 특별법의 입법목적, 문제조항의 입법취지, 특별법 제2조 및 광주민주화운동관련자보상등에관한법률을 연관하여 고찰한다고 하더라도, 어느 시기의 행위가 5·18민주화운동에 해당하는지 여부에 대한 합리적인 해석기준을 찾아내기 어렵다. 그리고 대법원의 판례에 나타난 법관의 보충적인 해석을 통하여서도 그 시적 범위를 명확하게 알아낼 수 없다. 그러므로 건전한 양식과 통상적인 법감정을 가진 일반인이 어느 시기의 행위가 5·18민주화운동에 해당되는지를 충분히 예측할 수 없다고 할 것이고 따라서 문제조항은 5·18민주화운동의 시적 범위를 모호하게 하였기 때문에 헌법상의 명확성 원칙에

위배된다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성(주심)
김효종 김경일 송인준 주선회

[별 지]

나. 서울고등법원의 위헌제청신청기각이유의 요지

(1) 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄행위가 종료된 뒤에 5·18민주화운동을 지지하거나 그 정당성을 널리 알리기 위해, 나아가 그 민주화운동의 정신을 계승·발전시키기 위해, 그리고 위 헌정질서파괴범죄행위를 비판하기 위해 십수년 간에 걸쳐 계속되어 온 일련의 집회·시위 등의 행위를 이 사건 법률조항의 “5·18민주화운동과 관련된 행위” 또는 “헌정질서파괴범죄행위를 반대한 행위”라고 보기는 어렵다.

(2) 소송절차에서의 재심은 확정판결에 대한 특별한 불복방법이고, 확정판결에 대한 법적 안정성의 요청은 미확정 판결에 대한 그것보다 훨씬 크다고 할 것이므로 재심을 청구할 권리가 헌법 제27조에서 규정한 재판을 받을 권리에 당연히 포함된다고 할 수 없다. 즉, 어떤 사유를 재심사유로 하여 재심을 허용할 것인가 하는 것은 입법자가 확정된 판결에 대한 법적 안정성, 재판의 신속·적정성, 법원의 업무부담 등을 고려하여 결정하여야 할 입법정책의 문제이며, 재심청구권도 이러한 입법형성권의 행사에 의하여 비로소 창설되는 법률상의 권리일 뿐, 헌법 제27조 제1항, 제37조 제1항에 의하여 직접 발생하는 기본적 인권은 아니다.

(3) 이 사건 법률조항이 “5·18민주화운동과 관련된 행위”나 위 “제2조의 범행을 지지하거나 반대한 행위” 중, 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 5·18민주화운동 “당시” 그 운동에 가담하거나 그 운동과 관련된 행위 및 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄행위가 저질러진 “당시” 그 헌정질서파괴행위를 지지하거나 반대한 행위만을 재심청구 대상으로 규정하고, 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄행위가 종료된 뒤에 위 특별법이 제정될 때까지, 5·18민주화운동을 지지하거나 그 정당성을 널리 알리기 위해, 나아가 그 민주화운동의 정신을 계승·발

전시하기 위해, 또한 위 헌정질서파괴범죄행위를 비판하기 위해 십수년 간에 걸쳐 계속되어 온 일련의 집회·시위 등의 행위 등을 재심청구대상에서 제외 한 취지는, 입법자가 위 특별법 자체의 개별사건법률성, 재심제도의 취지, 특히 확정판결에 대한 법적 안정성 등을 고려하여 5·18민주화운동 등과의 관련 정도 등에 따라 그 재심청구대상에 일정한 제한을 두려는 데에 있는 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률조항이 입법자의 입법형성권 및 입법재량권을 일탈·남용한 것으로서, 헌법상 재판을 받을 권리를 침해하거나 평등의 원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

다. 서울지방검찰청 검사장의 의견요지

(1) 이 사건 법률조항은 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 5·18민주화운동 당시 이 운동에 가담하거나 그 운동과 관련된 행위 및 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄행위가 저질러질 당시 이를 저지하거나 반대한 행위로 처벌받은 자에 대하여 재심청구권을 인정한 규정인데, 1980년 5월 18일로부터 1년이 경과한 시점에서 5·18민주화운동을 지지하거나 그 정당성을 널리 알리기 위하여 집회및시위에관한법률 등 실정법을 위반한 경우까지 확대하여 적용될 수 없다.

(2) 만일 청구인이 주장하는 바와 같이 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 5·18 민주화운동이 종료된 후 5·18특별법이 제정될 때까지, 5·18민주화운동을 지지하거나 그 정당성을 널리 알리기 위하여, 나아가 그 민주화운동의 정신을 계승·발전시키기 위하여, 또는 헌정질서파괴범죄행위를 비판하기 위하여 십수년간에 걸쳐 계속되어 온 일련의 불법집회·시위 등 실정법 위반행위를 재심대상으로 한다면 법적안정성을 심하게 훼손하게 될 것이다.

(3) 그러므로 이 사건 법률조항이 재심청구 대상을 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 5·18민주화운동 당시 이 운동에 가담하거나 그 운동과 관련된 행위 및 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄행위가 저질러질 당시 이를 저지하거나 반대하는 행위로 처벌받은 자로 한정하였다 하더라도, 입법자가 입법형성재량권을 일탈·남용한 것으로서, 헌법상 재판을 받을 권리 또는 행복추구권을 침해하거나 평등의 원칙을 위반하였다고 할 수 없을 뿐만 아니라 헌법상 저항권을 부인하거나 자유민주적 기본질서에 위배되는 것이라고 볼 수 없다.

도로교통법 제101조의3 위헌소원

(2002. 10. 31. 2001헌바40 전원재판부)

【판시사항】

1. 헌법 제27조 제1항의 ‘법률에 의한 재판을 받을 권리’의 법적 의미
2. 입법형성권의 한계로서 ‘효율적인 권리보호’
3. 일반적으로 행정심판전치주의를 정당화하는 합리적인 이유
4. 특히 도로교통법 제101조의3 규정과 관련하여 행정심판전치주의를 정당화하는 합리적인 이유
5. 헌법 제107조 제3항 제2문의 사법절차 준용의 헌법적 의미
6. 도로교통법 제101조의3 규정이 재판청구권을 침해하는지의 여부(소극)
7. 도로교통법 제101조의3 규정이 평등권에 위반되는지의 여부(소극)

【결정요지】

1. 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 …… 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다”고 규정하여 법원이 법률에 기속된다는 당연한 법치국가적 원칙을 확인하고, ‘법률에 의한 재판, 즉 절차법이 정한 절차에 따라 실체법이 정한 내용대로 재판을 받을 권리’를 보장하고 있다. 이로써 위 헌법조항은 ‘원칙적으로 입법자에 의하여 형성된 현행 소송법의 범주 내에서 권리구제절차를 보장한다’는 것을 밝히고 있다.

2. 그러나 헌법 제27조 제1항은 권리구제절차에 관한 구체적 형성을 완전히 입법자의 형성권에 맡기지 않는다. 입법자가 단지 법원에 제소할 수 있는 형식적인 권리나 이론적인 가능성만을 제공할 뿐 권리구제의 실효성이 보장되지 않는다면 권리구제절차의 개설은 사실상 무의미할 수 있다. 그러므로 재판청구권은 법적 분쟁의 해결을 가능하게 하는 적어도 한번의 권리구제절차가 개설될 것을 요청할 뿐 아니라 그를 넘어서 소송절차의 형성에 있어서 실효성있는 권리보호를 제공하기 위하여 그에 필요한 절차적 요건을 갖추 것을 요청한다.

비록 재판절차가 국민에게 개설되어 있다 하더라도, 절차적 규정들에 의하여 법원에서의 접근이 합리적인 이유로 정당화될 수 없는 방법으로 어렵게 된다면, 재판청구권은 사실상 침해화될 수 있으므로, 바로 여기에 입법형성권의 한계가 있다.

3. 첫째, 행정심판절차는 통상의 소송절차에 비하여 간편한 절차를 통하여 시간과 비용을 절약하면서 신속하고 효율적인 권리구제를 꾀할 수 있다는 장점이 있다. 궁극적으로 행정심판은 국민의 이익을 위한 것이고, 사전절차를 통하여 원칙적으로 권리구제가 약화되는 것이 아니라 강화되는 것이다. 둘째, 법원의 입장에서 보더라도, 행정심판 전치주의를 취하는 경우에는 행정심판절차에서 심판청구인의 목적이 달성됨으로써 행정소송의 단계에 이르지 아니하는 경우가 많을 뿐 아니라, 그렇지 아니하는 경우에도 행정심판을 거침으로써 사실상·법률상의 쟁점이 많이 정리되기 때문에 행정소송의 심리를 위한 부담이 경감되는 효과가 있다.

4. 특히 도로교통법 제101조의 3(이하, '이 사건 법률조항'이라 한다)과 관련하여 행정심판 전치주의를 정당화하는 합리적인 이유를 살펴본다면, 교통관련 행정처분의 적법성 여부에 관하여 판단하는 경우, 전문성과 기술성이 요구되므로, 법원으로 하여금 행정기관의 전문성을 활용케 할 필요가 있으며, 도로교통법에 의한 운전면허취소처분은 대량적·반복적으로 행해지는 처분이라는 점에서도 행정심판에 의하여 행정의 통일성을 확보할 필요성이 인정된다.

5. 헌법 제107조 제3항 제2문은 '결정절차의 타당성이 결정내용의 타당성을 확보해 준다는 대표적인 예가 바로 사법절차이며, 사법절차가 준용되지 않는 행정심판절차는 그 결정의 타당성을 담보할 수 없어, 사전적 구제절차로서의 기능을 제대로 이행할 수 없다'는 것을 밝히면서, 행정심판절차가 불필요하고 형식적인 전심절차가 되지 않도록 이를 사법절차에 준하는 절차로서 형성해야 할 의무를 입법자에게 부과하고 있는 것이다. 행정심판제도는 재판의 전심절차로서 인정되는 것이지만, 공정성과 객관성 등 사법절차의 본질적인 요소가 배제되는 경우에는 국민들에게 무의미한 권리구제절차를 밟을 것을 강요하는 것이 되어 국민의 권리구제에 있어서 오히려 장애요인으로 작용할 수 있으므로, 헌법 제107조 제3항은 사법절차에 준하는 객관

성과 공정성을 갖춘 행정심판절차의 보장을 통하여 행정심판제도의 실효성을 어느 정도 확보하고자 하는 것이다.

6. 이 사건 법률조항에 의하여 달성하고자 하는 공익과 한편으로는 전심절차를 밟음으로써 야기되는 국민의 일반적인 수고나 시간의 소모 등을 비교하여 볼 때, 이 사건 법률조항에 의한 재판청구권의 제한은 정당한 공익의 실현을 위하여 필요한 정도의 제한에 해당하는 것으로 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 위반되어 국민의 재판청구권을 과도하게 침해하는 위헌적인 규정이라 할 수 없다.

7. 입법자는 행정심판을 임의적 또는 필요적 전치절차로 할 것인가에 관하여 행정심판을 통한 권리구제의 실효성, 행정청에 의한 자기시정의 개연성, 문제되는 행정처분의 특수성 등을 고려하여 구체적으로 형성할 수 있는데, 이 사건 법률조항에서 교통관련 행정처분에 대하여 행정심판 전치주의를 규정한 것은, ‘교통관련 행정처분이 대량으로 행해지는 것으로서 행정의 통일을 기할 필요가 있고, 처분의 적법성여부에 관한 판단에 있어서 전문성과 기술성이 요구된다’는 행정심판사항의 특수성에 기인하는 것이다. 따라서 이 사건 법률조항에 나타난 입법자의 결정이 차별을 정당화하는 합리적인 이유를 결여하고 있다고 볼 수 없으므로, 평등권에 위반되지 않는다.

【심판대상조문】

도로교통법(1999. 1. 29. 법률 제5712호로 개정된 것) 제101조의3(행정소송과의 관계) 이 법에 의한 처분으로서 당해 처분에 대한 행정소송은 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 이를 제기할 수 없다.

【참조조문】

헌법 제11조, 제27조 제1항, 제107조 제3항

행정소송법 제18조(행정심판과의 관계) ① 취소소송은 법령의 규정에 의하여 당해 처분에 대한 행정심판을 제기할 수 있는 경우에도 이를 거치지 아니하고 제기할 수 있다. 다만, 다른 법률에 당해 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 때에는 그러하지 아니하다.

② 제1항 단서의 경우에도 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 행정심판의 재결을 거치지 아니하고 취소소송을 제기할 수 있다.

1. 행정심판청구가 있는 날로부터 60일이 지나도 재결이 없는 때

헌재 2002. 10. 31. 2001헌바40

2. 처분의 집행 또는 절차의 속행으로 생길 중대한 손해를 예방하여야 할 긴급한 필요가 있는 때
 3. 법령의 규정에 의한 행정심판기관이 의결 또는 재결을 하지 못할 사유가 있는 때
 4. 그밖의 정당한 사유가 있는 때
- ③ 제1항 단서의 경우에 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 행정심판을 제기할 수 없이 취소소송을 제기할 수 있다.
1. 동종사건에 관하여 이미 행정심판의 기각재결이 있을 때
 2. 서로 내용상 관련되는 처분 또는 같은 목적을 위하여 단계적으로 진행되는 처분중 어느 하나가 이미 행정심판의 재결을 거친 때
 3. 행정청이 사실심의 변론종결후 소송의 대상인 처분을 변경하여 당해 변경된 처분에 관하여 소를 제기하는 때
 4. 처분을 행한 행정청이 행정심판을 거칠 필요가 없다고 잘못 알린 때
- ④ 제2항 및 제3항의 규정에 의한 사유는 이를 소명하여야 한다.

【참조판례】

1. 헌재 1992. 6. 26. 90헌바25, 판례집 4, 343
헌재 1993. 7. 29. 90헌바35, 판례집 5-2, 14

【당 사 자】

청 구 인 소○영

대리인 변호사 소철룡

당해사건 대구지방법원 2001구91 운전면허취소처분취소

【주 문】

도로교통법(1999. 1. 29. 법률 제5712호로 개정된 것) 제101조의 3은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 2000. 12. 3. 23:00경 혈중 알코올 농도 0.110%의 주취상태로 운전했다는 이유로 대구지방경찰청장으로부터 2000. 12. 19. 자동차운전면허 취소처분을 받고, 대구지방법원에 위 처분의 취소를 구하는 본안소송(2001구

91)을 제기하면서 같은 법원에 위 처분의 효력정지가처분신청(2001아7)을 하여 위 가처분신청에 대하여는 이를 인용하는 가처분결정을 받았다.

(2) 한편, 1999. 1. 29. 행정심판의 필요적 전치주의를 규정하는 도로교통법 제101조의 3 규정이 신설됨에 따라 자동차운전면허취소에 대하여 행정소송을 제기하는 경우 행정심판의 재결을 거쳐야 하는데, 청구인 및 그 대리인은 이러한 법률개정사실을 모르고 이 사건 자동차운전면허취소처분이 있음을 알날로부터 90일이 경과하도록 행정심판을 제기하지 않아 행정심판법 제18조 제1항의 심판청구기간을 도과하여 위 처분의 취소를 구하는 본안판단을 받을 수 없게 되었다.

이에 청구인은 위 본안소송 계속 중에 ‘행정심판을 거치지 아니하면 행정소송을 제기할 수 없도록 규정한 도로교통법 제101조의 3 규정이 헌법에 위반된다’고 주장하며 대구지방법원에 위헌여부심판의 제청신청(대구지방법원 2001아253)을 하였으나, 위 법원이 2001. 5. 31. 위 신청을 기각하자, 청구인은 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 2001. 6. 9. 위 법률조항의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 도로교통법(1999. 1. 29. 법 제5712호로 개정된 것) 제101조의 3(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 규정 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

도로교통법 제101조의 3(행정소송과의 관계) 이 법에 의한 처분으로서 당해 처분에 대한 행정소송은, 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 이를 제기할 수 없다.

행정소송법(1994. 7. 27. 법률 제4770호로 개정되어 1998. 3. 1. 시행된 것) 제18조(행정심판과의 관계) ① 취소소송은 법령의 규정에 의하여 당해 처분에 대한 행정심판을 제기할 수 있는 경우에도 이를 거치지 아니하고 제기할 수 있다. 다만, 다른 법률에 당해 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 때에는 그러하지 아니하다.

② 제1항 단서의 경우에도 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 행정심판의 재결을 거치지 아니하고 취소소송을 제기할 수 있다.

1. 행정심판청구가 있는 날로부터 60일이 지나도 재결이 없는 때
2. 처분의 집행 또는 절차의 속행으로 생길 중대한 손해를 예방하여야 할 긴급한 필요가 있는 때

3. 법령의 규정에 의한 행정심판기관이 의결 또는 재결을 하지 못할 사유가 있는 때

4. 그 밖의 정당한 사유가 있는 때

③ 제1항 단서의 경우에 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 행정심판을 제기함이 없이 취소소송을 제기할 수 있다.

1. 동종사건에 관하여 이미 행정심판의 기각재결이 있을 때

2. 서로 내용상 관련되는 처분 또는 같은 목적을 위하여 단계적으로 진행되는 처분중 어느 하나가 이미 행정심판의 재결을 거친 때

3. 행정청이 사실심의 변론종결 후 소송의 대상인 처분을 변경하여 당해 변경된 처분에 관하여 소를 제기하는 때

4. 처분을 행한 행정청이 행정심판을 거칠 필요가 없다고 잘못 알린 때

④ 제2항 및 제3항의 규정에 의한 사유는 이를 소명하여야 한다.

2. 청구인의 주장 및 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 경찰청장은 행정심판에 의하여 국민의 '신속한 권리구제'가 가능하다고 하나, 자동차운전면허가 취소되는 경우 실제의 현실은 이와 다르며, 오히려 필요적 전치규정은 국민의 편의를 실질적으로 외면하는 결과를 가져온다. 자동차운전면허가 취소되면 당장 운전을 할 수 없게 되므로, 일단 운전을 하기 위해서는 취소처분의 효력을 정지시켜야 하는데, 이를 위해서는 국민은 법원에 취소처분의 취소를 구하는 본안소송을 제기한 후 효력정지가처분신청을 해야 한다. 이 경우 행정심판은 사실상 불필요하지만 단지 필요적 전치이기 때문에 형식적으로 하는 것이 현실이어서, 어느 면에서는 행정심판의 필요적 전치주의는 국민이 원하지 않는 것을 강요하는 것이 되므로, 헌법 제27조의 국민의 재판을 받을 권리를 침해하는 것이다.

(2) 운전면허취소사건에 관한 한, 행정법원은 경찰청 못지 않게 전문지식을 가지고 있고, 경찰청의 전문지식은 그가 제출하는 답변서와 증거자료로 충분히 반영되고 있으므로, 경찰청이 필요적 전치조항의 신설이유로서 들고 있는 '경찰청의 자율성 및 능률의 확보'라는 것은, 잘못 운용되면 국민의 권리구제는 뒷전으로 밀리고 행정편의만 중시될 수 있다.

나. 경찰청장의 의견

(1) 도로교통법에 의한 운전면허취소처분은 대량적·반복적으로 행해지는 처분으로서 행정심판에 의하여 행정의 통일성을 확보할 필요가 있으며, 이에

대한 불복이 있는 경우 공정성확보를 위하여 제3의 독립기관인 국무총리행정심판위원회에서 행정심판의 심리·재결이 이루어지고 있으므로, 행정심판의 필요적 전치주의를 존치시킬 필요성이 인정된다.

(2) 2001년 한해 동안 운전면허취소처분으로 인한 행정심판청구건수는 전체 행정심판건수의 약 70%에 해당하는 9천여 건에 이르는데, 만일 행정심판의 임의적 전치주의를 채택할 경우 법원의 업무부담이 가중되며 소송비용이 증가할 것이다. 특히 2001년도 행정심판 인용율이 28%임을 감안할 때, 행정심판을 거치지 않고 행정소송을 제기하는 경우, 소송비용의 낭비와 법원의 업무부담이 가중될 것이 우려된다.

(3) 운전면허취소처분과 같이 비교적 경미하며 대량적·반복적으로 발생하는 사건에 대하여는 1차적으로 행정심판을 통하여 걸러냄으로써, 행정부의 입장에서는 전문인력을 활용하고, 법원의 입장에서는 좀더 심층적인 판단이 필요한 사건에 집중할 수 있도록 하는 것이 인력 자원을 효율적으로 배분하는 것이다. 교통관련 행정처분과 같이 전문성과 기술성이 강한 경찰작용에 대하여 교통전문가 등이 심리과정에 참여함으로써 구체적 타당성이 있는 결정을 내리고 신속한 구제조치를 함으로써 경찰행정의 자율성과 능률의 확보에 기여할 수 있다.

3. 판 단

가. 행정심판의 기능 및 행정심판 전치주의에 관한 법규정의 변천

(1) 헌법 제107조 제3항 제1문은 “재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다.”고 하여 행정심판의 헌법적 근거를 제공하고 있다. 행정심판이라 함은 행정청의 위법·부당한 처분 또는 부작위에 대한 불복에 대하여 행정기관이 심판하는 행정쟁송절차를 말한다.

행정심판의 기능 및 존재이유로서는 첫째, 행정청에게 먼저 재고와 반성의 기회를 주어 행정처분의 하자를 자율적으로 시정하도록 하는 ‘자율적 행정통제’의 기능, 둘째, 행정의 전문·기술성이 날로 증대됨에 따라 행정기관의 전문지식을 활용할 수 있도록 함으로써 법원의 전문성 부족을 보완하는 기능, 셋째, 분쟁을 행정심판단계에서 해결하도록 함으로써 분쟁해결의 시간과 비용을 절약하고 법원의 부담을 경감할 수 있다는 기능 등을 들 수 있다.

(2) 헌법 제107조 제3항은 “재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다”고 규정하여, ‘행정심판을 행정소송의 전치절차로 할 것인가 아니면 임의절차로 할 것인가’

의 문제를 비롯하여 행정심판절차의 구체적 형성을 입법자에게 맡기면서, 다만 ‘행정심판은 재판의 전심절차로서만 기능하여야 한다’는 것과 ‘행정심판절차에 사법절차가 준용되어야 한다’는 것을 규정함으로써, 입법적 형성의 한계를 제시하고 있다.

우리의 경우 1984년 행정소송법에서는 취소소송을 제기하기 전에 반드시 행정심판을 거치도록 하는 행정심판 전치주의를 채택하였으나, 1994. 7. 27. 개정되어 1998. 3. 1.부터 시행된 행정소송법은 행정심판 전치주의를 폐지하여 행정심판을 원칙적으로 임의적인 절차로 하였고, 다만, 다른 개별법률에서 취소소송을 제기하기 전에 필요적으로 행정심판을 거치도록 규정한 경우에 한하여 행정심판을 필요적 전치절차로 하였다(제18조 제1항). 개정 행정소송법이 행정심판을 임의절차로 전환한 것은 행정심판이 실효성있는 권리구제절차가 되고 있지 못함에도 행정소송의 제기 전에 행정심판을 의무적으로 거치도록 함으로써 행정소송을 통한 권리구제를 지연시키는 역기능이 있다는 비판에 따른 것이었다. 이에 따라 일반적 행정심판전치주의는 폐지되고, 조세부과처분, 도로교통법상의 처분 등과 같이 대량적으로 행해지는 처분으로서 행정의 통일을 기해야 할 필요가 있거나, 행정처분의 특성상 전문적·기술적 성질을 가지는 것 등에 대해서만 예외적으로 개별법률에서 필요적 전치주의를 채택하였다.

(3) 자동차운전면허취소에 대하여 행정소송을 제기함에 있어서 행정심판의 재결을 거쳐야 하는지 여부에 관하여, 법률은 그 동안 필요적 전치주의를 택하였다가 1998. 3. 1. 개정 행정소송법이 시행되면서 임의적 전치주의로 변경되었고, 1999. 1. 29. 도로교통법 제101조의3 규정이 신설됨으로써 다시 필요적 전치주의로 변경되었다.

나. 재판청구권의 침해여부

이 사건 법률조항은 도로교통법에 의한 처분에 대한 행정소송은 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 제기할 수 없도록 규정하고 있으므로, 행정소송법상의 취소소송을 제기하는데 일종의 제약을 가하고 있으며, 이로써 헌법 제27조의 ‘재판을 받을 권리’를 제한하는 측면이 있다. 국민으로서 그는 원하지 않더라도 법원의 본안판결을 받기 위하여 반드시 행정심판을 청구해야 하는 것이므로, 이를 위하여 어느 정도의 시간과 노력을 소모해야 하는 것이고, 특히 본인에게 불리한 재결이 있는 경우에는 결과적으로 그러한 시간과 노력의 투자가 헛된 것일 뿐 아니라 권리의 구제가 지연되기도 한다. 특히 행정심판

을 청구하여도 집행이 정지되는 효력을 인정하지 않으면서 행정심판을 강제하는 것은, 청구인의 경우와 같이 집행의 정지를 위하여 별도로 효력정지가처분신청을 해야하는 경우에는 재판청구권을 제한하는 결과가 발생한다. 따라서 아래에서는 이 사건 법률조항이 재판청구권을 침해하는지의 여부에 관하여 살펴보기로 한다.

(1) 입법형성권의 한계로서의 ‘효율적인 권리보호’

헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 ……법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다”고 규정하여 법원이 법률에 기속된다는 당연한 법치국가적 원칙을 확인하고, ‘법률에 의한 재판, 즉 절차법이 정한 절차에 따라 실체법이 정한 내용대로 재판을 받을 권리’를 보장하고 있다(헌재 1992. 6. 26. 90헌바25, 판례집 4, 343, 349; 1993. 7. 29. 90헌바35, 판례집 5-2, 14, 31 참조). 이로써 위 헌법조항은 ‘원칙적으로 입법자에 의하여 형성된 현행 소송법의 범주 내에서 권리구제절차를 보장한다’는 것을 밝히고 있다. 재판청구권의 실현이 법원의 조직과 절차에 관한 입법에 의존하고 있기 때문에 입법자에 의한 재판청구권의 구체적 형성은 불가피하며, 따라서 입법자는 청구기간이나 제소기간과 같은 일정한 기간의 준수, 소송대리, 변호사 강제제도, 소송수수료규정 등을 통하여 원칙적으로 소송법에 규정된 형식적 요건을 충족시켜야 비로소 법원에 제소할 수 있도록, 소송의 주체, 방식, 절차, 시기, 비용 등에 관하여 규율할 수 있다.

그러나 헌법 제27조 제1항은 권리구제절차에 관한 구체적 형성을 완전히 입법자의 형성권에 맡기지는 않는다. 입법자가 단지 법원에 제소할 수 있는 형식적인 권리나 이론적인 가능성만을 제공할 뿐 권리구제의 실효성이 보장되지 않는다면 권리구제절차의 개설은 사실상 무의미할 수 있다. 그러므로 재판청구권은 법적 분쟁의 해결을 가능하게 하는 적어도 한번의 권리구제절차가 개설될 것을 요청할 뿐 아니라 그를 넘어서 소송절차의 형성에 있어서 실효성있는 권리보호를 제공하기 위하여 그에 필요한 절차적 요건을 갖출 것을 요청한다. 비록 재판절차가 국민에게 개설되어 있다 하더라도, 절차적 규정들에 의하여 법원에서의 접근이 합리적인 이유로 정당화될 수 없는 방법으로 어렵게 된다면, 재판청구권은 사실상 형해화될 수 있으므로, 바로 여기에 입법형성권의 한계가 있다.

(2) 행정심판 전치주의 규정에 의한 재판청구권의 침해여부

입법자는 일정한 절차적 요건을 충족시켜야 비로소 소송을 제기할 수 있고

록 소송절차를 구체적으로 형성할 수 있으나, 절차적 요건으로 인하여 국민의 재판권을 받을 권리가 합리적인 이유로 더 이상 정당화될 수 없는 제한을 받는다면, 헌법 제27조의 재판청구권에 대한 과도한 침해가 인정된다. 아래에서는 이 사건 법률조항에서 행정심판 전치주의를 규정한 것이 합리적인 공익상의 이유에 의하여 정당화되는지 살펴보기로 한다.

(가) 우선, 행정심판 전치주의를 정당화하는 이유는 일반적으로 다음과 같다. 첫째, 행정심판절차는 통상의 소송절차에 비하여 간편한 절차를 통하여 시간과 비용을 절약하면서 신속하고 효율적인 권리구제를 꾀할 수 있다는 장점이 있다. 행정청이 스스로 처분이 잘못되었다고 인정하는 경우에는 법원의 판결을 기다릴 필요가 없이 이를 취소함으로써 법적 분쟁이 법원의 소송에 이르기 전에 원만하게 해결될 수 있으므로, 당사자는 신속하고 간편한 절차에 의하여 그가 원하는 바를 얻을 수 있게 되는 것이다. 또한 행정심판을 통하여 심판청구의 대상인 처분이나 부작위의 적법성 여부뿐이 아니라 법원이 판단할 수 없는 당·부당의 문제에 관해서도 심사를 받을 수 있는 길이 열리므로, 국민에게 보다 유리하다. 궁극적으로 행정심판은 국민의 이익을 위한 것이고, 사전절차를 통하여 원칙적으로 권리구제가 약화되는 것이 아니라 강화되는 것이다. 둘째, 법원의 입장에서 보더라도, 행정심판전치주의를 취하는 경우에는 행정심판절차에서 심판청구인의 목적이 달성됨으로써 행정소송의 단계에 이르지 아니하는 경우가 많을 뿐 아니라, 그렇지 아니하는 경우에도 행정심판을 거침으로써 사실상·법률상의 쟁점이 많이 정리되기 때문에 행정소송의 심리를 위한 부담이 경감되는 효과가 있다. 즉 행정심판제도는 불필요한 소송을 방지하는 동시에 쟁점, 증거 등을 정리하게 하여 법원의 부담을 경감하는 효과를 가져온다.

특히 이 사건 법률조항과 관련하여 행정심판 전치주의를 정당화하는 합리적인 이유를 살펴본다면, 교통관련 행정처분의 적법성 여부에 관하여 판단하는 경우, 전문성과 기술성이 요구되므로, 법원으로 하여금 행정기관의 전문성을 활용케 할 필요가 있다. 또한 도로교통법에 의한 운전면허취소처분은 대량적·반복적으로 행해지는 처분에 해당하며 2001년 운전면허취소처분으로 인한 행정심판청구건수는 전체 행정심판건수의 약 70%에 이른다는 점에서도, 행정심판에 의하여 행정의 통일성을 확보할 필요성이 인정된다.

(나) 한편, 이와 같은 행정심판제도의 필요성과 장점은 ‘행정심판절차가 권리구제절차로서 어느 정도 실효성을 가지고 기능한다’는 것을 전제로 하는 것

이다. 그런데 행정심판에 있어서는 독립된 제3자가 아니라 행정기관 스스로가 심판기관이 되므로, 독립적이고 공평한 제3자인 법원에 의하여 이루어지는 재판에 비하여 행정기관의 결정은 그 공정성을 크게 기대하기 어렵다는 점이 있다. 행정심판제도가 진정한 권리구제제도로서 재판의 전심에 해당하기 위해서는 절차의 공정성이 보장되어야 한다. 절차의 공정성과 객관성이 보장되지 않는 행정심판제도는 행정청의 자기행위에 대한 정당화 수단으로만 이용될 뿐, 국민의 권리구제제도로서 실효성을 지니기 어렵게 때문에 오히려 국민의 재판을 받을 권리를 방해할 우려가 있다.

따라서 우리 헌법은 이에 대처하여 제107조 제3항 제2문에서 “행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다”고 하여 행정심판절차에 사법절차가 준용될 것을 요청함으로써, 행정심판제도의 실효성을 확보하기 위한 최소한의 요건을 스스로 규정하고 있다. 즉 위 헌법규정은 ‘결정절차의 타당성이 결정내용의 타당성을 확보해 준다는 대표적인 예가 바로 사법절차이며, 사법절차가 준용되지 않는 행정심판절차는 그 결정의 타당성을 담보할 수 없어, 사전적 구제절차로서의 기능을 제대로 이행할 수 없다’는 것을 밝히면서, 행정심판절차가 불필요하고 형식적인 전심절차가 되지 않도록 이를 사법절차에 준하는 절차로서 형성해야 할 의무를 입법자에게 부과하고 있는 것이다. 행정심판제도는 재판의 전심절차로서 인정되는 것이지만, 공정성과 객관성 등 사법절차의 본질적인 요소가 배제되는 경우에는 국민들에게 무의미한 권리구제절차를 밟을 것을 강요하는 것이 되어 국민의 권리구제에 있어서 오히려 장애요인으로 작용할 수 있으므로, 헌법 제107조 제3항은 사법절차에 준하는 객관성과 공정성을 갖춘 행정심판절차의 보장을 통하여 행정심판제도의 실효성을 어느 정도 확보하고자 하는 것이다.

(다) 뿐만 아니라, 이 사건 법률조항은 행정소송법 제18조 제2항 내지 제4항의 적용을 받음으로써 행정심판 전치주의에 대한 다양한 예외를 인정하고 있다. 따라서 당사자가 예외 사유를 소명한다면(행정소송법 제18조 제4항), 일정한 경우에는(예컨대 행정심판청구가 있는 날로부터 60일이 지나도 재결이 없는 때 또는 중대한 손해를 예방해야 할 긴급한 필요가 있는 때 등) 행정심판을 제기하면 행정심판의 재결없이 행정소송을 제기할 수 있고(행정소송법 제18조 제2항), 일정한 경우에는(예컨대 동종사건에 관하여 이미 행정심판의 기각재결이 있는 때 또는 처분을 행한 행정청이 행정심판을 거칠 필요가 없다고 잘못 알린 때 등) 행정심판을 제기함이 없이 행정소송을 제기할 수 있

는 것이다(행정소송법 제18조 제3항). 비록 이 사건 법률조항은 교통관련 행정처분의 특수성을 감안하여 다시 행정심판 전치주의를 도입하였으나, 구체절차로서의 행정심판의 실효성 여부와 관계없이 무의미하거나 불필요한 행정심판을 형식적으로 거치도록 하는 필요적 전치주의의 단점을 보완하여 행정심판이 실효성있는 권리구제절차가 될 수 있도록 다양한 배려를 하고 있는 것이다.

(라) 행정심판의 전치요건은 행정소송 제기이전에 반드시 갖추어야 하는 것은 아니며 사실심 변론종결시까지 갖추면 된다는 것이 법원의 판례이므로(대법원 1987. 9. 22. 선고 87누176 판결 등), 심사청구와 동시에 혹은 그 전이라도 행정소송을 제기할 수 있고, 소제기 후에도 전치의 요건을 용이하게 보완할 수 있어, 전치요건을 구비하면서도 행정소송의 신속한 진행을 동시에 꾀할 수 있다(헌재 2000. 2. 24. 99헌바17등, 판례집 12-1, 239, 247-248; 2000. 6. 1. 98헌바8, 판례집 12-1, 590, 605).

(마) 위에서 서술한 관점들을 종합적으로 고려하여, 이 사건 법률조항에 의하여 달성하고자 하는 공익과 한편으로는 전심절차를 밟음으로써 야기되는 국민의 일반적인 수고나 시간의 소모 등을 비교하여 볼 때, 이 사건 법률조항에 의한 재판청구권의 제한은 정당한 공익의 실현을 위하여 필요한 정도의 제한에 해당하는 것으로 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 위반되어 국민의 재판청구권을 과도하게 침해하는 위헌적인 규정이라 할 수 없다.

다. 헌법 제107조 제3항의 위반여부(사법절차의 준용여부)

헌법 제107조 제3항은 “재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다”고 규정하고 있다.

그러나 이 사건에서, 심판의 대상은 행정심판 전치주의를 규정한 것 그 자체의 위헌성 여부이지, 행정심판의 구체적 절차를 규정하는 ‘행정심판법’ 전체 또는 그 개별조항이 헌법상의 요청에 부합하는지의 여부가 아니므로, 이 사건에서 헌법 제107조 제3항을 심사기준으로 하여 ‘행정심판절차에 사법절차가 준용되고 있는지’를 판단하는 것을 불필요하다.

라. 평등권의 위반여부

입법자는 1994. 7. 27.의 법률개정을 통하여 행정심판을 원칙적으로 임의적인 전치절차로 전환하면서, 도로교통법에 의한 처분의 경우에는 예외적으로 행정심판을 필요적 전치절차로 규정하였으므로, 입법자의 이러한 결정이 자

의적인 것이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다.

그러나 입법자는 행정심판을 임의적 또는 필요적 전치절차로 할 것인가에 관하여 행정심판을 통한 권리구제의 실효성, 행정정에 의한 자기시정의 개연성, 문제되는 행정처분의 특수성 등을 고려하여 구체적으로 형성할 수 있는데, 이 사건 법률조항에서 교통관련 행정처분에 대하여 행정심판 전치주의를 규정하는 것은, ‘교통관련 행정처분이 대량으로 행해지는 것으로서 행정의 통일을 기할 필요가 있고, 처분의 적법성여부에 관한 판단에 있어서 전문성과 기술성이 요구된다’는 행정심판사항의 특수성에 기인하는 것이다. 물론, 오늘날 대량적으로 행해지는 처분이 상당수에 달하고 있으며 현대행정에서 정도의 차이는 있으나 대부분이 전문기술적 성격을 가진다고 볼 수도 있으나, 입법자가 행정심판 전치주의의 도입여부를 판단함에 있어서 광범위한 입법형성권이 인정된다. 더욱이 입법자가 헌법 제107조 제3항의 요청에 따라 행정심판절차를 준사법절차로서 형성함으로써 국민의 간편하고도 경제적인 권리구제절차로서 행정심판의 기능이 어느 정도 확보된 이상, 어떠한 경우에 국민으로 하여금 먼저 행정심판을 거치게 할 것인지에 관하여 결정하는 것은, 그 결정이 명백히 자의적인 것이 아닌 한, 입법자의 광범위한 재량에 속한다고 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항에 나타난 입법자의 결정이 차별을 정당화하는 합리적인 이유를 결여하고 있다고 볼 수 없으므로, 평등권에 위반되지 않는다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로, 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성 김효종
김경일 송인준 주선회(주심)

회사정리법 제127조 제3항 위헌소원

(2002. 10. 31. 2001헌바59 전원재판부)

【판시사항】

회사정리절차에 있어서 정리채권 등의 추완신고는 정리계획안 심리를 위한 관계인집회가 끝난 후에는 하지 못한다고 규정한 회사정리법 제127조 제3항은 이해관계인의 신고기회를 박탈하여 헌법상의 평등권, 재산권 등을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

회사정리절차가 개시되면 회사의 채권규모를 정확히 파악할 필요가 있으므로 정리채권자 등은 법원이 정하는 기간 내에 각 그 권리를 신고해야 하고, 기간 내에 신고를 하지 않으면 특별한 경우를 제외하고는 그 권리를 잃게 되어 있지만, 정리채권 등의 신고기간이 경과하였더라도 실권시키는 것이 정리채권자 등에게 가혹한 경우를 구제하기 위하여 회사정리법 제127조 제1항은 정리채권자 등이 그 책임을 질 수 없는 사유로 인하여 법원이 정한 기간 내에 신고를 하지 못한 경우에는 그 사유가 끝난 후 1월 내에 한하여 그 신고의 추완을 할 수 있도록 하는 추완신고제도를 규정하고 있다.

그러나, 회사정리법 제127조 제3항(이하, ‘이 사건 법률조항’이라 한다)은 이러한 추완신고를 할 수 있는 시간적 범위를 제한하여 정리계획안심리를 위한 관계인집회 이후에는 추완신고를 할 수 없도록 하고 있는데, 이는 만일 정리계획안의 심리가 종결된 후의 추완신고를 인정하면 이러한 채권은 정리계획안에 반영되지 않았으므로 이를 반영한 정리계획안을 다시 작성하여 관계인집회에서 재차 심리해야 하는 등 시간과 비용면에서 큰 부담을 주어 회사정리절차가 순조롭게 진행되는 것을 막을 우려가 있기 때문이다. 따라서 이 사건 법률조항에 의한 제한은 회사정리제도의 목적을 달성하기 위하여 불가피한 것이고 공공의 복리를 위하여 헌법상 허용된 필요하고도 합리적인 제한이라 할 것이므로, 과잉금지의 원칙에 위반하여 재산권의 본

질적 내용을 침해하거나, 평등권 등 여타 기본권을 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

회사정리법(1962. 12. 12. 법률 제1214호로 제정되고 2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되기 전의 것) 제127조(신고의 추완등) ①, ② 생략
③ 전2항의 신고는 정리계획안심리를 위한 관계인집회가 끝난 후에는 하지 못한다.
④ 생략

【참조조문】

헌법 제11조, 제23조

회사정리법(1962. 12. 12. 법률 제1214호로 제정되고 2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되기 전의 것) 제125조(정리채권의 신고) ① 정리절차에 참가하고자 하는 정리채권자는 법원이 정한 신고기간내에 성명, 주소, 각 채권의 내용 및 원인, 의결권의 액과 일반의 우선권있는 채권 또는 제121조 제1항에 제기한 채권(이하 “후순위채권”이라 한다)인 때에는 그 뜻을 법원에 신고하고 증거서류 또는 그 등본이나 초본을 제출하여야 한다.

② 각 채권중에서 일반의 우선권있는 부분과 후순위채권에 관한 부분은 따로 신고하여야 한다.

③ 정리채권에 관하여 정리절차개시당시 소송이 계속하는 때에는 제1항에 정하는 사항외에 법원, 당사자, 건명과 번호를 신고하여야 한다.

회사정리법(1962. 12. 12. 법률 제1214호로 제정되고 2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되기 전의 것) 제126조(정리담보권의 신고) ① 정리절차에 참가하고자 하는 정리담보권자는 법원이 정한 신고기간내에 성명, 주소, 각 정리담보권의 내용 및 원인, 담보권의 목적 및 그 가액, 의결권의 액, 회사 이외의 자가 채무자인 때에는 그 성명 및 주소를 법원에 신고하고 증거서류 또는 그 등본이나 초본을 제출하여야 한다.

② 전조 제3항의 규정은 정리담보권에 준용한다.

회사정리법(1962. 12. 12. 법률 제1214호로 제정되고 2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되기 전의 것) 제127조(신고의 추완등) ① 정리채권자 또는 정리담보권자가 그 책임을 질 수 없는 사유로 인하여 법원이 정한 기간내에 신고를 하지 못한 경우에는 그 사유가 끝난 후 1월내에 한하여 그 신고의 추완을 할 수 있다. 이 기간에 관하여는 민사소송법 제159조 제1항의 규정은 준용하지 아니한다.

② 신고기간 경과후에 생긴 정리채권과 정리담보권에 관하여는 그 권리가 발생한 후 1월의 불변기간내에 신고하여야 한다.

③ 생략

④ 제1항과 전항의 규정은 정리채권자 또는 정리담보권자가 그 책임을 질 수 없는 이유로 인하여 신고한 사항에 관하여 다른 정리채권자 또는 정리담보권자의 이익을 해할 변

헌재 2002. 10. 31. 2001헌바59

경을 가하는 경우에 준용한다.

회사정리법(1962. 12. 12. 법률 제1214호로 제정되고 2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되기 전의 것) 제241조(정리채권등의 면책등) 정리계획인가의 결정이 있을 때에는 계획의 규정 또는 본법의 규정에 의하여 인정된 권리를 제외하고 회사는 모든 정리채권과 정리담보권에 관하여 그 책임을 면하며 주주의 권리와 회사의 재산상에 있던 모든 담보권은 소멸한다. 그러나 제121조 제1항 제5호에 계기하는 청구권은 그러하지 아니하다.

【참조판례】

헌재 1992. 6. 26. 91헌가8등, 판례집 4, 323

헌재 1996. 1. 25. 93헌바5등, 판례집 8-1, 27

헌재 1998. 9. 30. 98헌가7등, 판례집 10-2, 484

대법원 2001. 7. 24. 선고 2001다3122 판결(공2001하, 1919)

【당 사 자】

청 구 인 주식회사 우람기업

대표이사 김안립

국선대리인 변호사 김철기

당해사건 대법원 2001그43 특별항고

【주 문】

회사정리법(1962. 12. 12. 법률 제1214호로 제정되고 2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되기 전의 것) 제127조 제3항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 2000. 1. 17. 흥진기술주식회사를 상대로 부산지방법원에 지급명령을 신청하여 같은 달 18. 동 법원으로부터 “흥진기술주식회사는 청구인에게 700만원 및 이에 대한 지연손해금을 지급하라.”는 지급명령(부산지방법원 2000차1229)을 받고, 그 지급명령은 같은 해 2. 9. 확정되었다.

청구인은 위 지급명령에 기하여 2000. 10. 26. 부산지방법원으로부터, 채무자를 흥진기술주식회사, 제3채무자를 정리회사 한신공영주식회사, 청구금액을 금 11,190,986원으로 하여 위 흥진기술주식회사가 정리회사 한신공영주식회사

에 대하여 가지는 금 7천만원의 공사대금에 대하여 채권압류 및 추심명령(부산지방법원 2000타기7704)을 받았고, 위 명령은 같은 달 30. 위 정리회사 한신공영주식회사에게 송달되었다.

한편 정리 전의 한신공영주식회사는 1997. 12. 16. 서울지방법원으로부터 회사정리절차개시결정(서울지방법원 97파4374)을 받고, 1998. 6. 30. 위 법원으로부터 회사정리계획인가결정을 받았는데, 흥진기술주식회사는 위 금 7천만원의 공사대금채권이 정리채권에 해당함에도 정리계획안 심리를 위한 관계인집회(1998. 6. 30.)때까지 이를 신고하지 않아 실권되었다.

그 후 2000. 12. 23. 청구인이 위 채권압류 및 추심명령을 근거로 서울지방법원에 위 공사대금 채권에 대한 정리채권 추완대위신고를 하였으나, 2001. 3. 20. 위 신고는 정리계획안 심리를 위한 관계인집회가 끝난 후에 한 것으로서 회사정리법 제127조 제3항에 위반하여 부적법하다는 이유로 각하되었다.

청구인은 위 각하결정에 불복하여 대법원에 특별항고(2001그43)를 제기한 후, 회사정리법 제127조 제3항에 대해 위헌제청신청(2001카기77)을 하였으나 2001. 6. 13. 대법원에서 위헌제청신청과 특별항고가 모두 기각되자, 회사정리법 제127조 제3항은 관계인집회 개최사실을 통보받았는지 여부, 정리채권의 발생시점이 언제인지 여부 등을 불문하고 정리계획안 심리를 위한 관계인집회 후에는 정리채권의 신고나 신고의 추완을 할 수 없도록 규정하고 있어서 이해관계인의 신고기회를 박탈하고 있으며, 이는 헌법 제11조 제1항의 평등권, 제10조의 행복추구권, 제23조의 재산권보장, 제27조의 재판절차진술권 등을 침해하고, 헌법 제37조의 과잉금지의 원칙, 헌법 제119조의 경제질서와 제124조의 소비자보호 등에 위반한 것이라는 이유로 이 사건 헌법소원을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 회사정리법 제127조 제3항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부이다. 이 사건 법률조항과 관련조항의 내용은 다음과 같다.

회사정리법(1962. 12. 12. 법률 제1214호로 제정되고 2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되기 전의 것)

제127조(신고의 추완 등) ① 정리채권자 또는 정리담보권자가 그 책임을 질 수 없는 사유로 인하여 법원이 정한 기간 내에 신고를 하지 못한 경우에는 그 사유가 끝난 후 1월 내에 한하여 그 신고의 추완을 할 수 있다. 이 기간에

관하여는 민사소송법 제159조 제1항의 규정은 준용하지 아니한다.

② 신고기간 경과 후에 생긴 정리채권과 정리담보권에 관하여는 그 권리가 발생한 후 1월의 불변기간내에 신고하여야 한다.

③ 전2항의 신고는 정리계획안 심리를 위한 관계인집회가 끝난 후에는 하지 못한다.

④ 제1항과 전항의 규정은 정리채권자 또는 정리담보권자가 그 책임을 질 수 없는 이유로 인하여 신고한 사항에 관하여 다른 정리채권자 또는 정리담보권자의 이익을 해할 변경을 가하는 경우에 준용한다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

회사정리법(이하 ‘법’이라고만 한다)상의 관계인집회를 개최함에 있어서는 집회의 일시 및 장소를 이해관계인이 알 수 있도록 통지 및 공고 등의 적절한 절차를 밟아야 할 것인데도, 이러한 절차를 제대로 취하지 않고 일방적으로 관계인집회를 갖고, 그 후에는 정리채권 등을 신고할 수 없도록 규정하고 있는 이 사건 법률조항은 이해관계인의 신고기회를 박탈하는 것으로서 헌법상의 평등권, 재산권, 재판절차진술권 등을 침해하는 위헌적인 규정이다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유

정리채권자가 회사에 대하여 정리계획과 관계없이 언제라도 자신의 권리를 주장할 수 있다고 한다면, 신속하게 각 이해관계인의 이해를 조정하여 정리계획을 세우고 그 계획에 따라 회사의 재건을 도모한다는 회사정리제도의 목적달성에 중대한 장애가 초래될 소지가 크므로, 이 사건 법률조항이 이를 제한하는 것은 공공의 복리를 위하여 헌법상 허용된 필요하고도 합리적인 재산권의 제한에 해당하는 것이고, 따라서, 위 조항은 헌법 제10조, 제11조, 제23조, 제27조, 제37조, 제124조 등에 위반되는 위헌규정이라고 할 수 없다.

다. 법무부장관의 의견

(1) 적법요건에 대한 의견

청구인의 헌법소원 심판청구의 청구취지는 법 제127조 제2항의 “신고기간 경과 후에 생긴 정리채권과 정리담보권에 관하여는 그 권리가 발생한 후 1월의 불변기간 내에 신고하여야 한다.”는 규정과 관련하여 동조 제3항(이 사건 법률조항)이 헌법에 위반된다는 것이나, 이 사건에서 문제되는 피압류채권인 흥진기술주식회사의 정리회사 한신공영주식회사에 대한 공사대금채권(이하 ‘이 사건 채권’이라 한다)은 신고기간 경과 후에 생긴 정리채권이 아니며, 그

렇다고 하여 동조 제1항의 “정리채권자가 그 책임을 질 수 없는 사유로 인하여 법원이 정한 기간 내에 신고를 하지 못한 경우”에 해당하는지 여부도 불분명하므로, 이 사건 법률조항의 위헌여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 효력과 내용에 관한 법률적 의미가 달라진다고 할 수 없어 재판의 전제성이 없다.

또한 청구인이 이 사건 채권에 대한 채권압류 및 추심명령을 받은 2000. 10. 26.보다 훨씬 전인 1998. 6. 30. 법원의 한신공영주식회사에 대한 회사정리계획 인가결정에 의하여 이미 이 사건 채권은 실권되었으므로, 위 채권압류 및 추심명령은 실권된 채권에 대한 것으로 효력이 없고, 따라서, 이 사건 법률조항의 위헌여부와 관계없이 청구인이 이 사건 채권에 관한 법률상 보호를 받을 길이 없으므로, 이 사건 심판청구는 권리보호이익이 결여된 것으로서 부적법 각하되어야 한다.

(2) 본안에 대한 의견

회사정리절차는 재정적 궁핍으로 파산에 직면하였으나 갹생의 가망이 있는 주식회사에 관하여 채권자, 주주 기타 이해관계인의 이해를 조정하며 그 사업의 정리재건을 도모함을 목적으로 하는 것으로서, 그 절차의 목적을 달성하기 위해서는 정리채권자 등 이해관계인의 존부와 그 권리의 범위에 관한 정확하고도 확정적인 파악이 무엇보다도 긴요한 선결과제이다. 이러한 정리채권자 등에 관한 파악은 정리계획안 심리를 위한 관계인집회때까지 하게 되고, 그 후에는 심리결과를 토대로 바로 정리계획안에 대하여 가결여부를 결정하기 위한 의결을 하여야 하며, 정리계획안 가결시 법원은 즉시 정리계획의 인부를 결정하여야 하므로, 법은 정리채권 신고의 최종시한을 정리계획안 심리를 위한 관계인집회 종료 이전으로 한정하고 있는 것이다. 만일 그 후까지 채권의 추완신고를 인정할 경우 정리계획안의 내용을 확정짓지 못하게 되므로 정리계획안의 가결절차를 진행할 수 없고 그 결과 부실기업의 신속하고도 효율적인 구조조정 등 회사정리제도의 목적달성에 중대한 장애가 초래될 소지가 크다.

그러므로 이 사건 법률조항이 정리채권 신고의 최종시한을 정리계획안 심리를 위한 관계인집회 종료 이전으로 제한하는 것은 이러한 법의 목적달성을 위하여 불가피한 것으로서 그 정당성을 인정할 수 있는 것이며, 그로 인한 재산권의 제한은 공공의 복리를 위하여 헌법상 허용된 필요최소한의 방법으로 합리적인 범위 내에서 제한하도록 한 것이므로 헌법에 위반된다고 볼 수

없다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. 재판의 전제성

법무부장관은, 청구인이 청구취지에서 법 제127조 제2항의 “신고기장 경과 후에 생긴 정리담보권과 정리채권”에 관련하여 이 사건 법률조항의 위헌을 주장하고 있는데, 청구인이 압류한 이 사건 채권은 신고기장 경과 후에 생긴 채권이 아니라는 이유로 재판의 전제성이 인정되지 않는다고 주장하는바, 청구인의 국선대리인이 작성한 심판청구서의 청구취지란에 법무부장관이 주장하는 바와 같은 내용이 기재되어 있기는 하나, 청구이유와 합하여 청구의 전취지를 종합해 보면, 이 사건 채권은 신고기장 이전에 이미 존재하고 있던 정리채권이라는 주장임을 알 수 있으므로, 결국 법 제127조 제2항이 아닌 동조 제1항의 추완신고와 관련하여 이 사건 법률조항의 위헌을 주장하는 취지라고 해석하여야 할 것이다.

청구인의 이 사건 채권에 대한 추완신고는 현재로서는 이 사건 법률조항에 의하여 부적법한 것으로서 각하될 수밖에 없는 입장에 있는데, 만일 이 사건 법률조항이 위헌으로 인정된다면 추완신고가 허용될 여지가 있으므로, 이 사건 법률조항의 위헌여부에 따라 당해사건인 이 사건 채권의 추완신고의 허용여부에 관한 재판의 결론이 달라질 수 있으므로 재판의 전제성이 인정된다.

또한 이 사건 채권이 신고기장 내에 신고되지 못한 것이 채권자가 책임을 질 수 없는 사유로 인한 것인지 여부는 법원에서 판단할 문제이므로 재판의 전제성과 직접 관계가 없을 뿐 아니라, 설령 법원의 판단 결과 이 사건 채권의 신고지연은 채권자의 귀책사유에 의한 것이라고 인정된다 하더라도, 이 사건 법률조항에 의하여 추완신고 자체가 기간의 도과로 인정되지 않아 각하되는 것과 신고의 지체가 책임질 수 없는 사유로 인한 것이 아니라는 이유로 각하되는 것은 법률의 위헌여부에 따라 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우이므로 재판의 전제성 요건은 충족된다고 볼 것이다(헌재 1993. 12. 23. 93헌가2, 판례집 5-2, 578, 587).

나. 권리보호이익

법무부장관은 청구인이 이 사건 채권에 대한 압류·추심명령을 받기 이전에 이미 법원의 정리계획인가결정에 의하여 이 사건 채권이 실권되었으므로 청구인이 받은 채권압류 및 추심명령은 무효의 것이고, 따라서, 청구인은 이 사건 법률조항의 위헌여부에 관계없이 법률상 보호받을 길이 없어, 이 사건

헌법소원심판청구는 권리보호의 이익이 없는 부적법한 청구라고 주장한다.

정리채권자가 자신이 가진 정리채권을 법원이 정한 신고기간 내에 신고하지 않음으로 인하여 정리계획에 포함되지 않아 회사가 면책이 되는 경우의 법률적 효과에 관하여는 채무가 절대적으로 소멸한다는 견해와 채무 자체는 존속하나 회사에 대하여 이행을 강제할 수 없는 자연채무로 남는다는 견해가 대립하지만, 회사의 면책이 이루어진 정리채권 부분이라고 하더라도 보증인·물상보증인 등 회사와 함께 채무를 부담하는 자에 대한 권리는 정리계획에 의하여 아무런 영향을 받지 아니하고 언제나 그 전부를 행사할 수 있는 것이므로, 회사의 채무는 자연채무의 형태로 존속한다고 봄이 타당하다(헌재 1996. 1. 25. 93헌바5 등, 판례집 8-1, 27, 34-35; 대법원 2001. 7. 24. 선고 2001다3122 판결, 공2001. 9. 15., 1919 참조).

따라서, 이 사건 채권이 실권되었다 하더라도 여전히 자연채무의 형태로 존속하는 이상 그에 대한 압류 및 추심명령이 무효라고 단정할 수 없으며, 이 사건 법률조항이 위헌으로 인정되어 추완신고가 허용된다면 청구인이 권리구제를 받을 여지는 충분히 있으므로 권리보호의 이익을 인정할 수 있다.

4. 본안에 대한 판단

가. 회사정리제도의 목적과 특징

회사정리법은 재정적 궁핍으로 파탄에 직면하였으나 갱생의 가망이 있는 주식회사에 관하여 그 사업의 정리재건을 도모함을 목적으로 하는 법률이다(법 제1조 참조).

주식회사는 산업과 경제발전에 크게 기여하는 사회적 가치를 가지고 있으므로 재정적 궁핍으로 사업에 차질이 생긴 경우 곧바로 파산절차 등에 따라 이를 해체하게 되면, 주주나 종업원은 물론 채권자 등에게 반드시 유리한 것도 아니거니와 사회경제적 손실 또한 크게 따른다. 그러므로 회사정리제도는 주식회사의 재정상태가 악화되어 파탄에 직면한 경우 그 사회적 기능에 따른 공익상의 필요에서 법원의 감독 아래 채권자, 주주 기타의 이해관계인의 이해를 조정해가면서 그 사업을 유지·갱생하도록 마련한 제도인 것이다.

법은 위와 같이 회사정리제도에 의하여 사업의 유지·갱생을 도모하려는 목적을 달성하기 위하여, 회사의 채권자와 주주 등이 같은 이해관계인으로 참가하고 이해관계인 집회에 출석하여 정리계획안에 대한 의결에 참여하는 등의 방법으로 회사를 갱생하기 위한 손실을 함께 분담하게 한다는 점에 가장 커다란 특징을 두고 있으며, 이러한 손실분담 등 이해 조정의 방법으로 법원

의 관여 아래 공정하고 적정한 정리계획을 수립하고, 정리계획이 법원의 인가 결정으로 확정되면, 그에 따라 회사의 채무는 회사의 재건에 필요한 한도에서 면책 또는 권리 변경되게 하는 효력을 인정하고 있다(헌재 1992. 6. 26. 91헌가8 등, 판례집 4, 323, 331-332).

나. 정리채권 등의 신고

회사에 대하여 정리절차 개시 전의 원인에 기하여 생긴 재산상 청구권인 정리채권(법 제102조)과 회사재산에 대한 담보권인 정리담보권(법 제123조 제1항)은 정리절차에 의하지 않으면 변제를 하거나 변제를 받을 수 없으므로(법 제112조, 제123조 제2항), 정리채권자와 정리담보권자(이하 정리채권과 정리담보권을 합하여 '정리채권 등'이라 하고, 정리채권자와 정리담보권자를 묶어서 '정리채권자 등'이라 한다)는 정리절차에 의하지 않는 개별적인 권리행사를 할 수 없고, 법원이 정하는 기간 내에 각 그 권리를 신고하여야 하며(법 제125조, 제126조), 기간 내에 신고를 하지 않으면 특별한 경우를 제외하고는 그 권리를 잃게 된다(법 제241조).

이러한 신고제도의 필요성은 회사정리절차가 개시되면 우선 회사의 채권규모를 파악하는 작업이 선행되어야 하고, 만약 회사에 대한 채권의 정확한 규모와 그 내용을 알지 못한다면 정리계획안을 작성하는 것이 불가능하다는 데에 있다. 따라서, 법은 회사의 채권자들로 하여금 일정한 기간 동안 자기의 채권을 법원에 신고하도록 함과 아울러 만약 채권의 신고가 이루어지지 않아 정리계획에서 그 변제방법이 반영되지 않을 경우에는 이를 실권시킴으로써 사실상 그 신고를 강제하고 있는 것이다. 그 신고의 결과 회사의 채권으로 시인된 채권은 정리계획안에서 변제의 대상으로 되고, 이를 기초로 채권자는 정리절차 내에서 의견진술, 의결권의 행사 등을 할 수 있게 된다.

다. 추완신고제도

정리채권 등의 신고기간 경과 후에는 실권함이 원칙이나, 실권시키는 것이 정리채권자 등에게 가혹한 경우가 있으므로 이러한 때에는 신고기간 경과 후라도 신고 내지 그 변경을 인정하는 것이 신고의 추완 제도이다. 정리채권자 등이 그 책임을 질 수 없는 사유로 인하여 법원이 정한 기간 내에 신고를 하지 못한 경우에는 그 사유가 끝난 후 1월 내에 한하여 그 신고의 추완을 할 수 있다(법 제127조 제1항). 그 책임을 질 수 없는 사유란 천재 등을 가리킨다고 해석되지만, 추완신고가 받아들여지지 않을 경우 정리계획인가결정으로 면책의 효과가 생겨 채권자에게 너무 가혹한 결과가 되므로 법원 실무상 추

완사유를 널리 인정하고 있다(대법원 1999. 7. 26.자 99마2081 결정, 공1999. 10. 1.(91), 1930 참조).

또한 신고기간 경과 후에 생긴 정리채권 및 정리담보권은 그 권리가 발생한 후 1월의 불변기간 내에 신고하도록 규정하고 있는바(법 제127조 제2항), 원래 정리채권 및 정리담보권은 회사에 대하여 정리절차 개시 전의 원인으로 생긴 것이지만, 법은 채권이 정리절차 개시 후에 생겼더라도 그 채권발생의 원인에서 보아 정리절차 개시 전에 생긴 것과 동일시하는 것이 형평상 요구되는 것에 대하여서는 예외적으로 비록 그것이 정리절차 개시 후에 생긴 것이라도 정리채권으로 규정하고 있는데, 이들에 대하여도 추완신고를 인정하는 것이다.

정리채권 등에 대한 추완신고가 법 제135조의 일반조사기일 이전에 된 경우에 관리인·정리채권자·주주 등의 이의가 없는 때에는 일반조사기일에서 조사할 수 있고, 이의가 있는 경우에는 특별조사기일을 열어 추완신고의 요건을 심리한 다음 적법여부에 따라 각하결정을 하거나 정리채권으로서 조사절차를 거치게 되어 있으며, 일반조사기일 후에 추완신고가 된 경우에는 특별조사기일을 정하여 조사하게 된다(법 제138조, 제139조, 제140조).

라. 추완신고의 제한

이 사건 법률조항은 정리계획안 심리를 위한 관계인집회 후에는 추완신고를 할 수 없도록 제한하고 있고, 이러한 제한은 신고기간 경과 후에 생긴 정리채권 및 정리담보권에 대하여도 같다.

관계인집회는 법원이 정하는 기일의 일종으로서 3회 열리도록 되어 있다. 제1회 관계인집회는 정리절차 개시 후 최초로 열리는 기일로서 정리절차 개시에 의하여 개별적인 권리행사가 금지되어 있는 이해관계인에게 회사가 정리절차에 이르게 된 사정이나 회사의 현황을 보고하고 이해관계인들에게 의견진술의 기회를 주려는 것이고(법 제187조, 제188조), 제2회 관계인집회는 정리계획안의 의결절차를 거치기 전에 정리계획안을 심리하기 위한 집회이며(법 제192조), 제3회 관계인집회는 심리를 마친 정리계획안의 의결을 위한 관계인집회이다(법 제200조).

관계인집회에서 정리계획안이 가결되면 다시 법원이 이를 심사하여 인가여부를 결정하는데(법 제232조), 불인가결정이 확정되면 정리절차는 그것으로 종료하고(법 제238조), 인가결정이 되면 회사는 정리계획과 법의 규정에 의하여 인정된 것을 제외하고는 원칙적으로 모든 정리채권과 정리담보권에 관하

여 책임을 면하는 등의 효력이 생겨(법 제241조, 제242조), 관리인이 정리계획을 수행하는 단계로 들어가게 된다(법 제247조). 만약 관계인집회에서 정리계획안이 가결되지 못하면 원칙적으로 회사정리절차는 폐지된다(법 제272조 제1항).

그런데, 이 사건 법률조항이 추완신고를 제2회 관계인집회(정리계획안 심리를 위한 관계인집회)까지만 할 수 있도록 하는 이유는, 정리채권자 등이 언제라도 자신의 정리채권 등을 주장할 수 있다면 조속히 정리채권자 등 회사에 대한 각 이해관계인의 이해를 조정하여 정리계획을 세우고 이를 수행함으로써 정리회사의 재건을 도모한다는 정리제도의 목적에 장애가 되기 때문이다.

마. 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되는지 여부

(1) 재산권의 침해여부

이 사건 법률조항은 신고기간 내에 자신이 책임질 수 없는 사유로 인하여 신고를 하지 못한 정리채권자 등이 정리채권을 추완신고함에 있어서 정리계획안 심리를 위한 관계인집회 후에는 신고를 하지 못하도록 함으로써, 정리채권자 등이 자신이 가지는 정리채권 등의 재산권을 행사함에 있어 채무자인 회사로부터 만족을 구할 수 있는 방법과 범위를 제한하고 있으므로 정리채권자 등의 재산권을 제한하는 입법이라고 할 수 있는바, 이러한 제한이 헌법상 보호되는 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것이거나 과잉금지의 원칙에 위배되는 위헌적인 것인가를 살펴본다.

재정적 궁핍으로 파탄에 직면한 기업을 법원의 감독 아래 채권자나 주주 등의 이해관계를 조정해 가면서 갱생시키려고 하는 회사정리의 목적을 달성하기 위한 방법으로, 법은 회사에 대한 기존의 채권자 즉, 정리채권자 등은 법원이 정한 기간 내에 그 권리를 신고함으로써 정리절차에 참가하도록 하고, 정리절차에 의하지 아니하고는 그 채권을 변제하거나 변제받거나 기타 이를 소멸하게 할 행위를 하지 못하게 하는 한편, 정리계획 인가의 결정이 있을 때에는 계획의 규정 또는 법의 규정에 의하여 인정된 권리를 제외하고는 정리회사는 모든 정리채권에 관하여 그 책임을 면하며, 정리채권자 등의 권리는 정리계획의 규정에 따라 변경되도록 하는 것을 기본방침으로 하고 있다.

이와 같이 신고된 정리채권 등을 기초로 하여, 채무의 일부 면제 혹은 변제기의 유예 등 권리의 변경에 관한 사항을 중심으로 장래 회사의 운영 및 채무 변제계획 등을 담은 정리계획안이 작성되어 관계인집회에서 심리·의결된 후

법원의 인가를 받게 되면, 관리인이 정리계획을 수행함으로써 본격적인 갱생의 과정을 밟게 되는 것이다.

정리채권자 등으로서는 정리채권 등을 신고하지 못할 경우 권리를 잃게 되는 가혹한 결과를 맞게 되므로, 법은 법원이 회사정리절차의 개시의 결정을 하는 경우에는 정리채권의 신고기간(결정한 날로부터 2주간 이상 2월 이하)을 정하여 관보와 신문에 게재하는 방법으로 공고하고, 알고 있는 정리채권자들에게는 통지서를 송달함으로써 정리채권자 등으로 하여금 위 기간 내에 정리채권 등을 신고하도록 하고 있으며(법 제12조, 제46조, 제47조, 제125조, 제126조), 정리채권자가 그 책임을 질 수 없는 사유로 인하여 위 기간 내에 신고를 하지 못한 경우에는 그 사유가 소멸한 후 1월 내에 신고를 추완할 수 있도록 규정(법 제127조)하는 등의 배려를 하고 있다.

그러나 신고의 추완을 무제한으로 허용하여서는 회사정리절차가 진행될 수 없으므로 적절한 선에서 그 제한을 둘 수밖에 없는데, 이 사건 법률조항은 그 한계선을 정리계획안 심리를 위한 관계인집회가 끝나기 전으로 정하고 있다. 그 이유는 정리계획안의 심리가 종결된 후의 추완신고를 인정하면, 이러한 채권은 정리계획안에 반영되지 않은 것이므로 이를 반영한 정리계획안을 다시 작성하여 관계인집회에서 재차 심리해야 하는데, 이러한 절차의 반복은 시간과 비용면에서 큰 부담이 될 뿐 아니라, 극단적으로는 회사정리절차가 그 다음 단계로 진행될 수 없게 할 염려조차 있기 때문이다.

그러므로 이 사건 법률조항이 정리채권 등의 추완신고 허용기간을 제한하는 것은 회사정리제도의 목적을 달성하기 위하여 불가피한 것으로서 공공의 복리를 위하여 헌법상 허용된 필요하고도 합리적인 제한이라 할 것이므로, 재산권의 본질적 내용을 침해하거나 기본권제한의 한계를 일탈하여 과잉금지 원칙에 위반되는 것이라고 볼 수 없다.

(2) 평등권의 침해여부

이 사건 법률조항이 정리계획안 심리를 위한 관계인집회가 종료된 후에는 채권자의 추완신고를 하지 못하게 하는 것은, 위 집회가 끝나기 이전에 추완신고를 하는 정리채권자 등과 그 후에 추완신고를 하려는 정리채권자 등을 차별하여 후자에 대한 평등권을 침해하는 것인지 검토해 본다.

헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 일반적으로 이러한

평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 하여서는 아니된다는 상대적 평등을 뜻하고, 따라서, 합리적인 근거가 있는 차별 또는 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니라고 설명된다(헌재 1998. 9. 30. 98헌가7 등, 판례집 10-2, 484, 503-504).

헌법재판소는 평등위반여부를 심사하는 기준으로서, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 엄격한 심사척도가 적용되어야 하고, 그렇지 않은 경우에는 완화된 심사척도에 의한다는 원칙을 적용하고 있는데, 이 사건 법률조항은 헌법에서 특별히 평등을 요구하는 부분에 대한 것이 아니고, 공익을 위하여 상대적으로 넓은 규제가 가능하다고 인정되는 재산권의 행사를 일부 제한하는 것이므로 관련기본권에 대한 중대한 침해가 있다고 볼 수 없어, 완화된 심사기준인 차별기준 내지 방법의 합리성여부가 헌법적 정당성여부의 판단기준이 된다고 하겠다.

합리성의 기준에 의하여 이 사건 법률조항을 살펴보면, 법은 정리채권자 등을 보호하기 위한 방법의 하나로 정리채권 등의 추완신고제도를 인정하고 있지만, 회사정리절차를 진행시켜 정리계획을 세우기 위해서는 정리채권자, 정리담보권자, 주주 등 회사에 대한 이해관계인의 존부와 범위에 대한 파악이 선행되어야 하는 점 등에 비추어 볼 때 추완신고의 기간을 무제한으로 인정할 수는 없으므로, 이 사건 법률조항이 정리계획안에 반영될 수 있는 마지막 시점인 정리계획안 심리를 위한 관계인집회가 종료되는 때까지만 추완신고를 할 수 있도록 하고 위 시점 후에 추완신고를 하는 정리채권자 등을 그 이전에 추완신고한 정리채권자 등과 달리 취급하여 실권되도록 하는 것은 합리적인 이유가 있는 것이고 자의적인 차별이 아니므로, 이 사건 법률조항은 평등권을 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

청구인은 그 밖에도 이 사건 법률조항이 청구인의 행복추구권, 재판절차진술권 등을 침해하고, 헌법 제119조의 경제질서와 제124조의 소비자보호 등에 위반하는 조항이라고 주장하나, 위에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항은 기본권제한의 허용범위 내에서 합리적인 이유가 있는 제한을 하는 것이므로, 청구인 주장의 위와 같은 기본권을 침해하거나 헌법질서에 어긋난다고 볼 여지가 없다.

5. 결 론

따라서, 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니한다고 할 것이므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 김영일(주심) 권 성 김효종
김경일 송인준 주선희

폭력행위등처벌에관한법률 제3조 제4항 위헌소원

(2002. 10. 31. 2001헌바68 전원재판부)

【판시사항】

1. 폭력범죄로 2회 이상의 징역형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 다시 집단적·흉기휴대적 폭력범죄를 범한 경우에 누범가중을 하도록 한 폭력행위등처벌에관한법률 제3조 제4항이 일사부재리원칙과 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)
2. 위 조항이 정하는 누범에 대한 법정형을 무기 또는 7년 이상의 징역형으로 정한 것이 책임원칙에 반하는 과잉처벌인지 여부(소극)
3. 집단적·흉기휴대적 폭력범죄의 상습범과 누범에 대한 법정형을 동일하게 정한 것이 형벌체계상의 균형을 잃은 자의적인 처벌인지 여부(소극)
4. 작량감경을 하여도 집행유예를 선고할 수 없도록 법정형을 정한 것이 법관의 양형재량권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 누범에 대하여 형을 가중하는 근거는 전범에 대한 형벌의 경고 기능을 무시하고 다시 범죄를 저지름으로써 범죄추진력이 새로이 강화되었기 때문에 행위책임이 가중된다는 점에 있는바, 폭력행위등처벌에관한법률 제3조 제4항이 정하는 누범요건은 과실범간의 또는 과실범과 고의범간의 누범도 인정하는 형법상의 누범요건과는 달리 전범과 후범이 모두 고의범으로서 폭력범죄라는 관련성을 가질 것과 폭력범죄로 인한 2회 이상의 징역형을 요구하고 있는 점에서 보다 엄격히 그 요건을 정하고 있다. 따라서 누범의 요건을 형식적인 전범과 후범의 존재 및 누범기간만을 정한 것에서 벗어나 전범과 후범 사이에 범죄행위의 실질적 관련성을 요구하고, 전판결의 경고기능을 실질화한 위 조항이 정한 누범요건은 형법상의 그것과 비교하여 더욱 책임원칙과 조화된다고 할 것이므로 일사부재리원칙이나 평등원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

2. 전범과 후범 사이에 범죄행위의 관련성을 요구하고, 전범으로 2회 이상의 징역형을 요구하는 위 조항의 누범요건은 폭력범죄로 인한 전판결의 경고가 실질적으로 동일한 폭력범죄를 억제할 것을 명하는 기능을 하는 경우에만 누범이 성립되도록 그 요건을 정하고 있어, 형법상의 누범조항과는 달리 단순한 범죄의 반복만으로 중대한 책임을 지우는 것이 아니라 이전의 반복된 폭력범죄로 유죄판결을 받고도 죄질이 중한 같은 폭력범죄를 저지른 경우에만 가중처벌을 하고 있다고 할 것이므로 그 요건에서 이미 책임원칙과 조화되도록 하고 있다. 나아가 폭력전과자들의 반복된 폭력행위, 그것도 조직적·집단적 폭력과 같이 그 위해가 심대하거나 흉기폭력과 같이 생명·신체에 중대한 손상을 초래하는 폭력범죄로부터 건강한 사회를 방위하고, 고질적인 폭력풍토를 시급히 쇠신하여야 할 현실적 필요성에서 제정된 폭력행위등처벌에관한법률의 입법배경을 고려하면, 위 조항이 정한 누범의 법정형이 책임원칙에 반하는 과잉처벌이라고 단정하기 어렵다.

3. 상습범과 누범은 서로 다른 개념으로 누범에 해당된다고 하여 반드시 상습범이 되는 것은 아니다. 그러나 누범은 상습범죄자들이 항용 빠지기 쉬운 형사정책적 제재영역이고, 누범자는 보통 범죄의 습벽을 가진 자들이 경험적으로 입증되고 있으므로 누범과 상습범은 실제상 중첩되는 경우가 허다하고, 서로 밀접한 관련을 맺고 있는 것이다. 폭력행위등처벌에관한법률 제3조 제3항이 정하는 상습범의 경우 제3조 제1항 범죄의 상습성이 있는 자가 다시 동일한 범죄를 반복한 경우에 한하여 성립하므로 누범에 비하여 그 요건이 엄격하고, 통상적으로 그 불법과 책임의 정도가 더 큰 경우가 많다고 볼 여지가 있으나, 실무관행상 폭행, 손괴, 협박 등 단순폭력범죄나 비교적 죄질이 중하더라도 초범인 경우에 징역형이 선고되는 예가 거의 없고, 그것도 2회 이상의 징역형을 선고받는 경우는 극히 한정적인 경우라고 할 것이므로 위 누범에 해당하기 위한 전범은 제3조 제1항의 집단적·흉기휴대적 폭력범죄에 이를 정도의 죄질과 범정이 무거운 폭력범죄에 해당할 것이 예상되고, 행위자책임에 형벌가중의 본질이 있는 상습범과 행위책임에 형벌가중의 본질이 있는 누범을 단지 평면적으로 비교하여 그 경중을 가릴 수도 없다. 이에 더하여 잔혹한 조직폭력의 발호, 최근 크게 사회문제가 되고 있는 집단적 물리력의

행사 등 사안에 따라서는 오히려 누범의 책임이 더 무거운 경우도 얼마든지 있을 수 있는 점 등을 고려하면, 상습범과 누범에 대하여 동일한 법정형을 정하였다고 하여 이를 두고 평등원칙에 반하는 자의적이고 불균형한 처벌이라고 단정할 수는 없다.

4. 입법자는 폭력범죄의 재범을 방지하고자 하는 목적과 폭력범죄로 인하여 이미 2회의 징역형을 선고받아 그 집행을 종료하였음에도 다시 집단적·흥기휴대적인 폭력범죄를 반복하는 경우에는 그 비난 가능성이 특히 크다고 보아 법률상의 감경사유가 없는 한 법관이 작량감경은 할 수 있으며 집행유예는 선고하지 못하도록 통제할 것이라 할 것이고, 이러한 입법자의 결단은 위에서 본 바와 같이 수궁할 만한 합리적 이유가 있다고 인정되므로 입법재량의 한계를 벗어난 자의적인 조치라고 보기는 어렵다. 또한 이 사건 누범에 해당하는 경우에도 법률상 감경사유가 중첩되거나 법률상 감경사유와 작량감경사유가 경합되는 때에는 그 형의 집행을 유예받는 길이 봉쇄되어 있는 것도 아니라고 할 것이므로 법관의 양형결정권 및 재판을 받을 권리를 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

재판관 김영일, 재판관 김효종, 재판관 주선희의 반대이견

폭력행위등처벌에관한법률 제3조 제1항은 불법의 정도가 매우 상이하고 죄질이 전혀 다른 일련의 폭력범죄를 하나의 범죄유형으로 취급하여 이에 동일한 법정형을 정한 것이어서, 개별적인 경우에 책임원칙에 반하는 과잉처벌과 형벌체계상의 균형을 상실한 자의적인 처벌이 예정되어 있다고 할 것이고, 이에 더하여 ‘폭력범죄로 인한 2회의 징역형이라는 전범의 존재’와 ‘누범의 요건’에 해당하기만 하면, 위 조항이 정한 형의 상한과 하한을 모두 가중한 무기 또는 7년 이상의 징역형으로 처벌하는 것은 책임원칙에 반하는 과잉형벌이고, 형벌체계상의 균형을 상실한 불균형적인 처벌이다. 누범은 전판결의 경고에도 불구하고 범죄로 나아간 경우로 그 책임이 무겁다고 할 것이어서 가중처벌의 필요성이 긍정되지만, 누범자 중에는 전판결의 경고에 따라 자신의 행위를 결정할 능력이 없거나 억제할 수 없는 폭력성향 또는 오랜 수형생활로 인한 사회적 부적응으로 말미암아 다시 범죄로 나아간 자도 얼마든지 있을

수 있다. 이러한 사유로 인한 누범의 경우에는 그 책임가중의 본질이 행위자의 극복할 수 없는 범죄적인 성향이나 사회적 환경에 있는 것이지 누범에 해당하는 범죄 자체에 있는 것은 아니라고 할 것이므로, 형의 상한과 하한을 모두 가중하는 것은 책임과 형벌의 비례를 요구하는 책임 원칙에 위배되는 것이다.

제3조 제3항의 상습범은 오로지 제3조 제1항의 범죄 즉, 집단적·흉기휴대적 폭력범죄가 반복적으로 행해져 그 상습성이 인정되는 경우에만 상습범이 성립하므로 단순폭력범죄의 반복을 요건으로 하는 누범에 비하여 그 불법이나 책임의 정도가 높다. 또한 제3조 제1항의 범죄로 2회 이상의 징역형을 받고 다시 누범기간 내에 제3조 제1항의 범죄를 행한 경우라 하더라도 제3조 제3항의 상습범으로 처벌하기 위해서는 누적적인 범죄사실 외에 다른 상습성을 인정하기 위한 자료들이 인정되어야 하지만, 누범에는 당연히 해당된다고 할 것이므로 이러한 범위에서 제3조 제1항의 죄의 누범과 상습범은 동일한 법적 취급을 할 수 없을 정도의 본질적인 차이를 가지고 있다.

따라서 누범과 상습범에 대하여 동일한 법정형을 정하고 있는 것에는 이를 정당화할 아무런 합리적인 이유를 발견할 수 없으므로 평등원칙에 위배된다고 할 것이다.

【심판대상조문】

폭력행위등처벌에관한법률(1990. 12. 31. 법률 제4294호로 개정된 것) 제3조(집단적 폭행등) ①~③ 생략

④ 이 법 위반(형법 각본조를 포함한다)으로 2회이상 징역형을 받은 자로서 다시 제1항의 죄를 범하여 누범으로 처벌할 경우도 제3항과 같다.

【참조조문】

헌법 제10조, 제11조, 제27조 제1항, 제37조 제2항

형법 제35조(누범) ① 금고이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년내에 금고이상에 해당하는 죄를 범한 자는 누범으로 처벌한다.

② 누범의 형은 그 죄에 정한 형의 장기의 2배까지 가중한다.

형법 제257조(상해, 존속상해) ① 사람의 신체를 상해한 자는 7년이하의 징역, 10년이

하의 자격정지 또는 1천만원이하의 벌금에 처한다.

② 자기 또는 배우자의 직계존속에 대하여 제1항의 죄를 범한 때에는 10년이하의 징역 또는 1천 500만원이하의 벌금에 처한다.

③ 전2항의 미수범은 처벌한다.

폭력행위등처벌에관한법률(1990. 12. 31. 법률 제4294호로 개정된 것) 제2조(폭행등) ① 상습적으로 형법 제257조 제1항(상해), 제260조 제1항(폭행), 제276조 제1항(체포, 감금), 제283조 제1항(협박), 제319조(주거침입, 퇴거불응), 제324조(폭력에 의한 권리행사방해), 제350조(공갈) 또는 제366조(손괴)의 죄를 범한 자는 3년이상의 유기징역에 처한다.

② 야간 또는 2인이상이 공동하여 제1항에 열거된 죄를 범한 때에는 각 형법 본조에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

③ 이 법 위반(형법 각본조를 포함한다)으로 2회이상 징역형을 받은 자로서 다시 제1항에 열거된 죄를 범하여 누범으로 처벌할 경우에도 제1항과 같다.

④ 제2항 및 제3항의 경우에는 형법 제260조 제3항 및 제283조 제3항을 적용하지 아니한다.

폭력행위등처벌에관한법률(1990. 12. 31. 법률 제4294호로 개정된 것) 제3조(집단적 폭행등) ① 단체나 다중의 위력으로써 또는 단체나 집단을 가강하여 위력을 보임으로써 제2조 제1항에 열거된 죄를 범한 자 또는 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 그 죄를 범한 자는 3년이상의 유기징역에 처한다.

② 생략

③ 상습적으로 제1항의 죄를 범한 자는 무기 또는 7년이상의 징역에 처한다.

④ 생략

【참조판례】

- 1. 헌재 1995. 2. 23. 93헌바43, 판례집 7-1, 222
- 2. 헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225
헌재 1995. 4. 20. 91헌바11, 판례집 7-1, 478
헌재 2002. 11. 29. 2001헌가16, 판례집 13-2, 578
- 4. 헌재 1995. 4. 20. 93헌바40, 판례집 7-1, 553

【당 사 자】

청 구 인 채○선

대리인 변호사 조영보

당해사건 광주고등법원 2001노318 폭력행위등처벌에관한법률위반

【주 문】

폭력행위등처벌에관한법률(1990. 12. 31. 법률 제4294호로 개정된 것) 제3조

제4항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 1997. 3. 26. 대전지방법원에서 폭력행위등처벌에관한법률위반죄로 징역 2년을, 같은 해 4. 17. 같은 법원에서 상해죄로 징역 3월을 각 선고받고 그 형의 집행을 종료하였다. 그 후 청구인은 2001. 3. 30. 다시 “상습으로 피해자 서○순에게 부엌칼을 들이대면서 주먹으로 얼굴을 때리는 등 폭행하여 피해자에게 약 2주간의 치료를 요하는 상해를 가하였다.”라는 혐의의 폭력행위등처벌에관한법률 제3조 제3항, 제1항, 제2조 제1항, 형법 제257조 제1항에 해당하는 공소사실로 전주지방법원 군산지원에 기소되었다.

(2) 위 군산지원은 2001. 5. 25. 청구인에게 위 제3조 제3항의 상습성이 인정되지 않는다는 이유로 위 제3조 제1항만을 적용하여 징역 1년을 선고하였으나(위 지원 2001고합39), 청구인과 검사는 모두 위 판결에 불복하여 광주고등법원에 항소하였고, 항소심 계속 중 검사는 청구인이 상습으로 위와 같은 상해의 범행을 저질렀다는 공소사실을 유지하면서 상습성이 인정되지 않을 경우에 대비하여 예비적 적용법조로 위 법률 제3조 제4항을 추가하는 공소장 변경신청을 하여 위 법원에 의하여 허가되었다.

(3) 이에 청구인은 검사가 예비적 적용법조로 추가한 위 법률 제3조 제4항이 헌법에 위반된다고 위 법원에 위헌제청을 신청하였으나, 위 법원은 2001. 8. 9. 예비적 적용법조인 제3조 제4항을 적용하여 청구인에게 징역 1년 9월을 선고하면서(위 법원 2001노318) 같이 위헌제청신청을 기각하였고(위 법원 2001초41), 이에 청구인은 같은 해 9. 5. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 폭력행위등처벌에관한법률(1990. 12. 31 법률 제4294호로 개정된 것, 이하 ‘폭처법’이라 한다) 제3조 제4항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이고, 이 사건 법률조항 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

폭처법 제3조(집단적 폭행 등) ① 단체나 다중의 위력으로써 또는 단체나 집단을 가장하여 위력을 보임으로써 제2조 제1항에 열거된 죄를 범한 자 또는 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 그 죄를 범한 자는 3년 이상의 유기징

역에 처한다.

② 생략

③ 상습적으로 제1항의 죄를 범한 자는 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

④ 이 법 위반(형법 각 본조를 포함한다)으로 2회 이상 징역형을 받은 자로서 다시 제1항의 죄를 범하여 누범으로 처벌할 경우도 제3항과 같다.

제2조(폭행 등) ① 상습적으로 형법 제257조 제1항(상해), 제260조 제1항(폭행), 제276조 제1항(체포, 감금), 제283조 제1항(협박), 제319조(주거침입, 퇴거불응), 제324조(폭력에 의한 권리행사방해), 제350조(공갈) 또는 제366조(손괴)의 죄를 범한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

② 내지 ④ 생략

형법 제257조(상해, 존속상해) ① 사람의 신체를 상해한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

②와 ③ 생략

제35조(누범) ① 금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 자는 누범으로 처벌한다.

② 누범의 형은 그 죄에 정한 형의 장기의 2배까지 가중한다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견요지

가. 청구인의 주장요지

(1) 이 사건 법률조항은 “이 법 위반으로 2회 이상의 징역형을 선고받은 자로서 다시 제1항의 죄를 범하여 누범으로 처벌할 경우도 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.”라고 규정하고 있는바, 이 사건 법률조항은 전범에 대한 처벌이 끝났음에도 불구하고 ‘이전에 이 법 위반으로 2회 이상의 징역형을 받은 사실’과 ‘누범요건에 부합하는 사실’이라는 전범의 존재만을 기초로 후범을 지나치게 가중처벌하게 되어 결국 전범에 대한 이중처벌의 효과를 초래하게 되므로 헌법 제13조 제1항 후단의 일사부재리원칙에 반한다.

(2) 누범가중이 일반·특별예방적 효과나 사회방위적인 효과 측면에서 아무런 기여를 하지 못함에도 불구하고, 단지 전과자라는 사회적 신분을 이유로 형을 가중하는 것은 합리적인 이유없이 해당 전과가 있는 자를 차별하는 것이어서 평등원칙에 위배된다.

(3) 이 사건 법률조항에 해당하는 전과가 있으면 무기 또는 7년 이상의 중형을 선고할 수밖에 없으므로 법관의 양형재량권을 심히 제한하고 있어 형벌

의 개별화원칙에 어긋나고, 과잉금지원칙에도 위배된다.

나. 광주고등법원의 위헌제청신청 기각결정의 이유요지

이 사건 법률조항이 입법론상으로 바람직한 것인지는 별론으로 하더라도, 단체나 다중의 위력 또는 단체나 집단을 가장하여 위력을 보이거나 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 폭력을 행사하는 경우에는 통상 잔혹한 행위를 수반하고, 그로 인하여 중대한 결과가 초래되는 경우가 대부분이다. 따라서 그러한 범행을 반복하여 저지른 자에 대한 가중처벌로 일반예방적 효과를 달성하려는 형사정책적 고려는 합당하고, 위 죄의 법정형을 형법상의 각종 중형에 해당하는 범죄 등의 죄질 및 법정형과 비교하여 보더라도 지나치게 높거나 가혹하여 합리성이나 비례성의 원칙을 현저하게 침해하는 것이라고 볼 수 없다. 또한 위 죄에 대한 법정형의 하한을 높여 놓았다고 하더라도 별도의 법률상 감경사유가 있거나 정상에 참작할 만한 사유가 있는 경우에는 형의 감경을 통하여 양형의 적정을 유지할 수 있으므로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되는 것으로 볼 수 없다.

다. 광주고등검찰청 검사장의 의견요지

위 기각결정 이유의 취지와 동일하다.

3. 판 단

가. 누범에 대한 형의 가중과 이 사건 법률조항의 취지

형법 제35조는 금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 자를 누범으로 정하고, 누범의 형을 그 죄에 정한 형의 장기 2배까지 가중하도록 하고 있다.

한편 이 사건 법률조항은 “이 법 위반(형법 각 본조를 포함한다)으로 2회 이상 징역형을 받은 자로서 다시 제1항의 죄를 범하여 누범으로 처벌할 경우도 제3항과 같다.”라고 규정하여 폭처법이 정하는 일련의 폭력범죄나 같은 법 제2조 제1항이 정하는 형법상의 상해죄 등 폭력범죄로 2회 이상의 징역형을 받은 자가 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 다시 폭처법 제3조 제1항의 범죄, 즉 단체나 다중의 위력으로 또는 단체나 집단을 가장하여 위력을 보이거나 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 상해, 폭행, 체포·감금, 협박, 주거침입·퇴거불응, 폭력에 의한 권리행사방해, 공갈, 손괴의 죄를 범한 때에는 상습적으로 위 제3조 제1항의 범죄를 행한 경우와 같이 무기 또는 7년 이상의 징역형에 처하도록 하고 있다.

즉, 이 사건 법률조항은 형법 제35조의 누범조항에 대한 특칙이자 폭처법

제3조 제1항이 정하는 집단적·흉기휴대적 폭력범죄에 대한 가중처벌규정이 라고 할 수 있다. 단체나 다중의 위력으로 또는 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 폭력행위를 자행한 경우에는 그 행위 자체에 내재되어 있는 폭력성이 심대할 뿐 아니라 그로 인한 범익의 침해가 중대하고, 이에 더하여 전에 폭력범죄로 2회 이상 징역형을 선고받아 처벌을 받고도 또 다시 이러한 집단적·흉기휴대적 폭력범죄를 반복하는 것은 폭력의 악순환을 거듭하고, 폭력범죄를 확대·재생산하는 결과를 초래하게 되므로 그 책임이 더욱 무겁다고 보아 법정형을 가중하고 있는 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 사회질서를 교란하고 민생불안을 조성하는 집단적이고 흉악한 폭력범죄의 재범을 방지하고, 누범자에게 일정 기간 징역형의 집행을 강제함으로써 실효성 있는 교정목적을 달성하는 한편, 폭력으로부터 건전한 사회방위를 꾀하고자 하는 데 그 취지가 있다고 할 것이다.

나. 이 사건 법률조항이 정하는 누범가중이 일사부재리원칙이나 평등원칙에 위배되는지 여부

(1) 누범에 대한 형의 가중은 전범의 존재를 이유로 후범의 형을 가중하는 것이어서 동일한 범죄로 거듭 처벌받지 아니한다는 일사부재리의 원칙과 전과자라는 사회적 신분을 이유로 차별을 금지하는 평등원칙에 위배되는지 여부 가 문제된다.

(2) 이에 관하여 이미 우리재판소는 93헌바43결정(헌재 1995. 2. 23. 93헌바43, 판례집 7-1, 222)을 통하여 형법 제35조의 누범조항이 일사부재리원칙과 평등원칙에 위배되지 않는다고 판시한 바 있는데, 그 이유의 요지는,

『형법 제35조 제1항이 규정하는 누범은 금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 경우로, 같은 법조 제2항에서 누범을 그 죄에 정한 형의 장기의 2배까지 가중하도록 규정하고 있는바, 이와 같이 가중처벌하는 취지는 범인이 전범에 대한 형벌에 의하여 주어진 기왕의 경고에 따르지 아니하고 다시 범죄를 저질렀다는 잘못된 범인의 생활태도와, 범인이 전범에 대한 형벌의 경고기능을 무시하고 다시 범죄를 저지름으로써 범죄추진력이 새로이 강화되었기 때문에 책임이 가중되어야 한다는 데 있고, 또한 재범예방이라는 형사정책적 목적이 배려된 바 있다 할 것이다.

따라서 누범을 가중처벌하는 것은 전범에 대하여 형벌을 받았음에도 다시 범행을 하였다는 데 있는 것이지, 전범과 후범을 일괄하여 다시 처벌한다는

것이 아니므로 일사부재리의 원칙에 위배되는 것은 아니다.

또한 누범을 가중처벌하는 것은 전범에 대한 형벌의 경고적 기능을 무시하고 다시 범죄를 저질렀다는 점에서 사회적 비난가능성이 높고, 누범이 증가하고 있는 추세를 감안하여 범죄예방 및 사회방위의 형사정책적 고려에 기인한 것이어서 합리적 근거 있는 차별이라 볼 것이므로 평등원칙에도 위배되지 아니한다고 할 것이다.』라고 하는 데 있다.

(3) 이러한 관점에서 이 사건 법률조항이 정하는 누범요건을 보면, 과실범간의 또는 과실범과 고의범간의 누범까지도 인정하는 형법상의 누범요건과는 달리 전범과 후범이 모두 고의범으로서 폭력범죄라는 관련성을 가질 것과 폭력범죄로 인한 2회의 징역형을 요구하고 있는 점에서 형법상의 그것에 비하여 보다 엄격히 그 요건을 정하고 있고, 누범에 대한 책임가중의 근거를 누범의 요건으로 명시함으로써 책임원칙에 더욱 부합하도록 하고 있다.

(4) 그렇다면 누범의 요건을 형식적인 전범과 후범의 존재 및 누범기간만을 정한 것에서 벗어나 전범과 후범 사이에 범죄행위의 실질적 관련성을 요구하고, 폭력범죄로 인한 2회 이상의 징역형의 전판결을 요구함으로써 전판결의 경고기능을 실질화한 이 사건 법률조항이 정한 누범요건은 형법상의 그것과 비교하여 더욱 책임원칙과 조화된다고 할 것이므로 일사부재리원칙이나 평등원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

다. 이 사건 법률조항이 정한 법정형이 형벌체계상의 균형을 잃은 자의적인 처벌 또는 과잉처벌인지 여부

(1) 이 사건 법률조항은 누범의 법정형을 무기 또는 7년 이상의 징역형으로 정하고 있다. 이는 형법상의 누범가중과는 달리 형의 상한과 하한을 모두 가중한 것이고, 폭처법 제3조 제1항의 상습범을 처벌하는 폭처법 제3조 제3항의 법정형과 동일하다.

그러나 범죄의 반복적인 실행이 누범자의 귀책사유로 돌릴 수 없는 경우에도 형을 가중하는 것은 책임원칙에 반하는 과잉형벌이 될 우려가 있고, 법적 취급을 달리 정한 형법상의 상습범과 누범에 대한 규율체계에 비추어 볼 때 이 사건 법률조항과 폭처법 제3조 제3항의 요건이 다름에도 불구하고, 제3조 제1항의 상습범과 누범에 대하여 같은 법정형을 정한 것이 불균형적인 형벌이 아닌지 여부가 문제된다.

(2) 무릇, 특정 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제 즉, 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리

의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관과 범감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량이 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상의 균형을 잃고 있다거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하였다는 등 헌법상의 평등의 원칙 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한, 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니 된다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225, 229; 헌재 1995. 4. 20. 91헌바11, 판례집 7-1, 478, 487; 헌재 2002. 11. 29. 2001헌가16, 판례집 13-2, 578-579 등 참조).

(3) 먼저, 이 사건 법률조항이 정한 누범의 법정형이 책임원칙에 반하는 과잉형벌인지 여부에 관하여 본다.

앞서 우리재판소의 결정이유에서 밝힌 바 있듯이, 누범에 대하여 형을 가중하는 근거를 전범에 대한 형벌의 경고기능을 무시하고 다시 범죄를 저지름으로써 범죄추진력이 새로이 강화되었기 때문에 행위책임이 가중된다는 점에서 찾는다면, 전판결의 경고작용에 비추어 보아 행위자에게 중대한 책임비난을 가할 수 있는 경우에만 누범가중을 하도록 하여야 할 것이다.

그러나 이 사건 법률조항이 정한 누범은 형법상의 누범과는 달리 전범과 후범이 고의범으로서 폭력범죄라는 일련의 관련성을 가지고 있어 누범의 성립을 엄격히 제한하고 있고, 여기에 더하여 폭력범죄로 2회의 징역형을 받는 등 전범의 범위를 한정함으로써 폭력범죄로 인한 전판결의 경고가 실질적으로 동일한 폭력범죄를 억제할 것을 명하는 기능을 하는 경우에만 누범이 성립되도록 그 요건을 엄격히 정하고 있다. 따라서 형법상의 누범조항과는 달리 이전에 어떠한 범죄로든 금고 이상의 유죄판결을 받았음에도 다시 범죄를 행한 자에게 중대한 책임을 지우는 것이 아니라, 이전의 반복된 폭력범죄로 유죄판결을 받고도 죄질이 중한 같은 폭력범죄를 저지른 경우에만 가중처벌을 하고 있다고 할 것이므로 그 요건에서 이미 책임원칙과 조화되도록 하고 있다고 할 것이다.

물론 누범에 대하여 형의 상한과 하한 모두를 일률적으로 가중하여 처벌하는 것은 구체적 사안에 있어 도식적인 구성요건이 갖는 경직성으로 인하여 과잉처벌의 문제가 발생할 여지가 있고, 전판결의 경고에 따라 행위할 능력이

가지지 못한 자의 특별예방과 재사회화를 위한 다른 제도적 장치가 충분하지 못한 상태에서 누범에 대하여 일률적으로 형을 가중하는 것이 형사정책적인 측면에서 바람직하지 못한 점도 없지는 아니하다. 그러나 폭력전과자들의 반복된 폭력행위, 그것도 조직적·집단적 폭력과 같이 그 위해가 심대하거나 흉기폭력과 같이 생명·신체에 중대한 손상을 초래하는 폭력범죄로부터 건강한 사회를 방위하고, 고질적인 폭력풍토를 시급히 쇄신하여야 할 현실적 필요성에서 제정된 폭처법의 입법배경을 고려하면, 위에서 본 다소의 문제점에도 불구하고 이 사건 법률조항이 정한 누범의 법정형이 그 형의 상한과 하한 모두를 가중한 것이라고 하여 이를 두고 책임원칙에 반하는 과잉형벌이라고 단정하기는 어렵다.

(4) 다음으로 폭처법 제3조 제3항이 정한 집단적·흉기휴대의 폭력상습범과 이 사건 법률조항의 누범간에 법정형을 동일하게 정한 것이 형벌체계상의 균형을 잃은 처벌인지 여부에 관하여 본다.

(가) 폭처법 제3조 제3항은 “상습적으로 제3조 제1항의 죄를 범한 자는 무기 또는 7년 이상의 징역형에 처한다.”라고 하여 제3조 제1항의 죄의 상습범을 정하고 있고, 이 사건 법률조항은 폭력범죄로 인하여 2회 이상의 징역형을 받은 자가 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 이내에 다시 제3조 제1항의 범죄를 범한 때를 누범으로 정하면서 그 법정형을 동일하게 정하고 있다.

법정형이 같은 범죄들은 원칙적으로 그 범죄들간의 불법 및 책임의 정도가 유사하다는 것을 의미한다고 볼 수 있다. 그러나 그렇다고 하여 엄격하게 그들 범죄간의 책임을 형량하여 법정형을 정할 것을 요구하는 것은 아니고 또한 가능한 일도 아니다. 물론, 상습범과 누범은 서로 다른 개념으로서 누범에 해당된다고 하여 반드시 상습범이 되는 것이 아니며, 반대로 상습범에 해당된다고 하여 반드시 누범이 성립되는 것도 아니다. 그러나 누범은 상습범죄자들이 항용 빠지기 쉬운 형사정책적 제재영역이고, 누범자는 보통 범죄의 습벽을 가진 자들이 경험적으로 입증되고 있다. 따라서 누범과 상습범은 실제상 중첩되는 경우가 허다하고, 서로 밀접한 관련을 맺고 있어 일상 속에 도사리고 있는 같은 종류의 사회악으로 평가할 수 있는 것이다.

(나) 보다 구체적으로 검토하면, 폭처법 제3조 제3항이 정하는 상습범은 단순폭력범죄의 상습성이 있는 자가 제3조 제1항의 범죄를 행한 경우를 지칭하는 것이 아니라, 제3조 제1항 범죄의 상습성이 있는 자가 다시 제3조 제1항

범죄를 저지른 경우에 한하여 성립하므로(대법원 1993. 1. 19. 선고 92도2690 판결 참조), 단지 폭력범죄로 2회의 징역형과 일정한 누범기간만을 요구하는 이 사건 법률조항의 누범에 비하여 그 요건이 엄격하고, 통상적으로 그 불법과 책임의 정도가 더 큰 경우가 많다고 볼 여지가 있다.

그러나 흉기 또는 집단적 폭력을 일삼는 상습폭력범에 대한 엄중한 사회적 응징만 필요한 것은 아니다. 오히려 이에 못지 않게 거듭되는 중한 형벌이라는 국가적 경고에도 누우침은커녕 반복하여 흉기를 휘두르거나 집단적 폭력을 자행하여 귀중한 인명을 해치고 사회적 평온을 깨뜨리는 가공할 폭력의 도전 앞에, 국가는 단호하고 엄중한 태도를 견지할 필요가 있는 것이다.

또한 실무관행상으로도 폭행, 손괴, 협박 등 단순폭력범죄나 비교적 죄질이 중하더라도 초범인 경우에 징역형이 선고되는 예가 거의 없고, 그것도 2회 이상의 징역형을 선고받는 경우는 극히 한정적인 경우라고 할 것이므로 이 사건 법률조항이 정한 누범에 해당하기 위한 전범은 제3조 제1항의 집단적·흉기휴대적 폭력범죄에 이를 정도의 죄질과 범정이 무거운 폭력범죄에 해당할 것이 예상되고, 행위자책임에 형벌가중의 본질이 있는 상습범과 행위책임에 형벌가중의 본질이 있는 누범을 단지 평면적으로 비교하여 그 경중을 가릴 수도 없다. 이에 더하여 잔혹한 조직폭력의 발호, 최근 크게 사회문제가 되고 있는 집단적 물리력의 행사 등 사안에 따라서는 오히려 이 사건 법률조항이 정한 누범의 책임이 더 무거운 경우도 얼마든지 있을 수 있는 점 등을 고려하면, 문제의 상습범과 누범에 대하여 동일한 법정형을 정하였다고 하여 이를 두고 평등원칙에 반하는 자의적이고 불균형한 처벌이라고 단정하는 것은 지나친 논리의 비약이라고 지적하지 않을 수 없다.

다. 나머지 청구인의 주장에 대한 판단

그 외에도 청구인은 이 사건 법률조항이 정한 법정형의 하한이 7년 이상의 징역형이어서 작량감경을 하더라도 별개의 법률상 감경사유가 없는 한 법관이 집행유예의 선고를 할 수 없도록 규정하고 있어 법관의 양형결정권을 과도하게 제한한다고 주장한다.

그러나 입법자가 앞서 본 바와 같이 법정형을 정함에 있어 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 법률에서 법관에 의한 양형재량의 범위를 좁혀 놓았다고 한들, 그것이 당해 범죄의 보호법익과 죄질에 비추어 범죄와 형벌간에 비례의 원칙상 수긍할 수 있는 정도의 합리성이 있다면, 이러한 법률을 위헌이라고 볼 수 없다(헌재 1995. 4. 20. 93헌바40, 판례집 7-1, 553 참조).

이 사건 법률조항의 경우 입법자는 폭력범죄의 재범을 방지하고자 하는 목적과 폭력범죄로 인하여 이미 2회의 징역형을 선고받아 그 집행을 종료하였음에도 다시 집단적·흉기휴대적인 폭력범죄를 반복하는 경우에는 그 비난가능성이 특히 크다고 보아 법률상의 감경사유가 없는 한 법관이 작량감경은 할 수 있으며 집행유예는 선고하지 못하도록 통제한 것이라 할 것이고, 이러한 입법자의 결단은 위에서 본 바와 같이 수긍할 만한 합리적 이유가 있다고 인정되므로 입법제량의 한계를 벗어난 자의적인 조치라고 보기는 어렵다. 또한 이 사건 법률조항에 해당하는 경우에도 법률상 감경사유가 중첩되거나 법률상 감경사유와 작량감경사유가 경합되는 때에는 그 형의 집행을 유예받는 길이 봉쇄되어 있는 것도 아니다.

따라서 이 사건 법률조항의 경우 그 범정형의 하한을 높여 놓았다하여 곧 법관의 양형결정권 및 재판권을 받을 권리를 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 재판관 김영일, 재판관 김효중, 재판관 주선회의 다음 5.와 같은 반대의견이 있는 이외에 나머지 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 김영일, 재판관 김효중, 재판관 주선회의 반대의견

우리는 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되지 않는다는 다수의견에 반대하므로 다음과 같이 반대의견을 밝힌다.

가. 범정형에 대한 입법형성권의 한계

우리 헌법은 국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하려는 법치국가의 실현을 기본이념으로 하고 있고, 법치국가의 개념은 범죄에 대한 범정형을 정함에 있어 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 적절한 비례관계가 지켜질 것을 요구하는 실질적 법치국가의 이념을 포함하고 있다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225, 230).

입법자가 형벌이라는 수단을 선택함에 있어서는 그 형벌이 불법과 책임의 경중에 일치하도록 하여야 하고, 만약 선택한 형벌이 구성요건에 기술된 불법의 내용과 행위자의 책임에 일치되지 않는 과도한 것이라면, 이는 비례의 원칙을 일탈한 것으로 헌법상 용인될 수 없다.

다수의견이 밝히고 있듯이 범정형의 종류와 범위를 정하는 것은 기본적으로 입법자의 권한에 속하는 것이지만, 국회의 이러한 입법형성권이 무제한한 것이 될 수는 없으며, 기본권의 본질적 내용을 침해하는 입법은 용납될 수 없

다. 즉, 법정형의 종류와 범위를 정할 때는 형벌의 위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구에 따라야 하고, 형벌개별화의 원칙이 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치 국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다. 이러한 요구는 특별형법의 경우도 마찬가지여서(헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225, 230) 입법취지에서 보아 중벌주의로 대처할 필요성이 인정되는 경우라 하더라도, 그 가중의 정도가 통상의 형벌과 비교하여 현저히 형벌체계상의 정당성과 균형성을 잃은 것이 명백하다면, 그러한 입법의 정당성은 부인되고, 인간의 존엄성과 가치를 보장하는 헌법의 기본원리에 반하여 위헌적인 법률이 될 것이다.

나. 이 사건 법률조항에 의한 일률적인 누범가중의 위헌성

(1) 이 사건 법률조항은 폭처법 제3조 제1항이 정하는 죄의 누범을 정한 것으로 집단적·흉기휴대적 폭력범죄에 대한 가중적 구성요건이자 형법상의 누범조항에 대한 특칙이다. 제3조 제1항의 죄는 단체나 다중의 위력으로써 또는 단체나 집단을 가장하여 위력을 보임으로써 제2조 제1항에 열거된 죄[형법 제257조 제1항(상해), 제260조 제1항(폭행), 제276조 제1항(체포·감금), 제283조 제1항(협박), 제319조(주거침입·퇴거불응), 제324조(폭력에 의한 권리행사 방해), 제350조(공갈), 제366조(손괴)의 죄]를 범한 자 또는 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 위 열거된 죄를 범하였을 때에 성립하는 것으로, 집단적·조직적이거나 흉기를 휴대한 폭력범죄의 경우에는 이미 그 행위 자체에 내재되어 있는 불법의 정도가 크고, 이로 인하여 중대한 법익침해의 결과가 발생할 가능성이 높아 그 책임이 중하다고 할 것이므로, 이로 인한 행위의 결과가 상해든, 협박이든 이를 동일한 범죄로 취급하여 법정형을 정하고 있는 것이다.

그런데 위 조항이 정하는 범죄는 불법의 정도가 매우 상이하고 죄질이 전혀 다른 일련의 폭력범죄를 하나의 범죄유형으로 취급하여 이에 동일한 법정형을 정한 것이어서, 개별적인 경우에 책임원칙에 반하는 과잉처벌과 형벌체계상의 균형을 상실한 자의적인 처벌이 예정되어 있다고 할 것이지만, 위에서 본 바와 같이 집단적이고 흉기를 휴대한 폭력행위는 그 폭력성과 책임의 정도가 매우 중하다고 할 것이므로, 이러한 유형의 폭력행위를 예방하고 근절하려는 목적에서 특별법으로 제정된 폭처법의 입법배경과 생명과 신체의 안전이라는 보호법익의 중대성에 비추어 보면, 궁색하지만 그 나름대로의 상당한 이유를 찾지 못할 바도 아니다.

(2) 그러나 이에 더하여 '폭력범죄로 인한 2회의 징역형이라는 전범의 존재'와 '누범의 요건'에 해당하기만 하면, 위 조항이 정한 형의 상한과 하한을 모두 가중한 무기 또는 7년 이상의 징역형으로 처벌하는 이 사건 법률조항은 책임원칙에 반하는 과잉형벌이고, 형벌체계상의 균형을 상실한 불균형적인 처벌로서 헌법에 위반된다고 아니할 수 없다.

다수의견이 자세하게 실시하고 있는 바와 같이 누범에 대한 책임가중의 근거는 범인이 전의 판결에 의하여 주어진 경고에 따르지 아니하고 다시 범죄를 저질렀다는 잘못된 범인의 생활태도와, 그러한 경고에도 불구하고 다시 범죄를 저지름으로써 범죄추진력이 새로이 강화되었기 때문에 행위책임이 가중된다는 데 있다. 물론 고의의 폭력범죄로 인하여 2회의 징역형을 선고받아 그 집행을 종료하고도 폭력범죄를 억제할 것을 요구하는 전판결의 경고를 무시하고 다시 폭력범죄로 나아간 경우에, 그 책임이 더욱 무겁다고 할 것이어서 누범을 가중처벌할 필요성이 긍정되지만, 그러한 누범자 중에는 전판결의 경고에 따라 자신의 행위를 결정할 능력이 없거나 억제할 수 없는 폭력성향 또는 오랜 수형생활로 인한 사회적 부적응으로 말미암아 다시 범죄로 나아간 자도 얼마든지 있을 수 있다. 이러한 사유로 인한 누범의 경우에는 그 책임가중의 본질이 행위자의 극복할 수 없는 범죄적인 성향이나 사회적 환경에 있는 것이지 누범에 해당하는 범죄 자체에 있는 것은 아니라고 할 것이므로, 이 사건 법률조항과 같이 형의 상한과 하한을 모두 가중하는 것은 책임과 형벌의 비례를 요구하는 책임원칙에 위배되는 것이다.

우리재판소도 다수의견이 자세히 인용하고 있는 위 93헌바43 결정에서 형법 제35조는 후범에 정한 형의 상한만을 2배 가중함으로써 누범자에게 책임을 귀속시킬 수 없는 경우에는 후범에 정해진 형의 최하한으로 처벌할 수 있도록 하여 책임원칙과 조화를 이루고 있음을 지적하고 있는데, 이러한 실시에 비추어 보아도 이 사건 법률조항이 정한 누범에 대한 형의 가중은 책임원칙에 부합되지 않는 것이다.

(3) 이에 대하여 다수의견은 이 사건 법률조항의 경우에 형법상의 누범요건과는 달리 전범과 후범이 고의범으로서 폭력범죄라는 관련성을 요구하고, 2회 이상의 징역형에 해당하는 전판결을 요구함으로써 요건 자체에서 이미 누범의 성립범위를 제한하고, 누범에 대한 책임가중의 근거를 누범의 요건에 포함시켜 책임원칙에 부합한다고 한다.

그러나 위에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항의 기본범죄인 제3조 제1항

이 애당초 행위의 태양이나 결과, 그 죄질이 서로 상이한 형법상의 일련의 폭력범죄를 집단적 또는 흥기를 소지하였다는 징표만으로 동일한 법적 취급을 하고 있는 것에 부가하여, 다시 누범에 해당한다는 사유로 그 법정형을 일률적으로 가중하고 있어 책임원칙에 반할 소지가 더욱 큰 점, 이 사건 법률조항이 정하는 형식적인 누범요건에 더하여 ‘범죄행위의 종류와 사정을 고려하여 전판결의 형의 선고를 경고로 삼지 아니하였다는 것을 비난할 수 있을 때’라는 실질적인 누범요건이 인정되는 경우에만 누범가중을 하도록 한 독일 구형법 제48조에 대하여 독일연방헌법재판소가 “위 조항은 ‘전범과 후범의 존재’ 및 ‘누범기간’이라는 형식적인 누범요건 외에 ‘법관이 후범에 해당하는 구체적인 범죄행위의 종류와 상황을 살펴 누범자가 이전의 형의 선고를 경고로 삼지 않고 다시 범죄행위로 나아간 것으로 비난할 수 있다고 인정하는 경우’에만 누범가중을 하고 있으므로 책임원칙에 반하지 않는다.”라고 합헌결정(BVerfGE 50, 125)을 한 점, 이러한 연방헌법재판소의 합헌결정에도 불구하고 누범에 대한 형의 가중이 구체적인 경우에 책임원칙에 반할 가능성이 크다는 이유로 결국 위 조항을 폐지하게 된 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률조항이 형법상의 누범요건에 비하여 그 요건을 다소 강화하였다는 이유만으로 당연히 책임원칙에 부합할 수는 없다고 할 것이어서 다수의견의 설시는 설득력이 없다고 판단된다.

다. 제3조 제1항의 죄의 상습범과 누범을 동일하게 처벌하는 것의 위헌성

(1) 형벌규정을 정함에 있어, 어떠한 범죄간에 불법의 내용이 서로 다른 경우에 그에 대한 책임내용을 어떻게 규정할 것인가의 문제 즉, 어떠한 행위가 서로 다르기 때문에 이에 법적인 차별을 둘 것인가 또는 그 행위가 다르더라도 동일한 법적 취급을 할 것인가는 원칙적으로 입법자가 결정할 사항이다. 그러나 그러한 법적 차별이나 동일한 법적 취급이 형벌체계상의 균형을 잃을 정도로 자의적이거나 정의의 이념과 합치되지 않을 때 즉, 그러한 차별적 취급이나 동일한 취급에 객관적이고 합리적인 뚜렷한 이유를 발견할 수 없을 때에는 그 법률조항은 자의적인 것이 되어 평등의 원칙에 위배된다고 할 것이다.

(2) 상습범과 누범은 범죄를 누적적으로 반복하여 행한다는 점에서 서로 밀접한 관련을 가지고 있지만, 엄격히 말하면, 누범과 상습범은 서로 다른 개념으로서 누범이라고 하여 반드시 상습범이 되는 것도 아니며, 반대로 상습범이라고 하여 반드시 누범이 성립되는 것도 아니다. 그러나 양자는 실무상 동

시에 성립하는 경우가 많고, 그러한 경우에 누범은 상습성을 징표하는 기능은 하게 되므로 통상 상습범은 누범 중에 특히 사회적 위험성이 크다고 볼 수 있는 경우가 많다. 이러한 취지에서 형법은 누범에 대해서는 후범에 정해진 형의 장기의 2배만을 가중하는 데 비해, 상습범의 경우에는 일반적으로 그 죄에 정해진 형의 2분의 1을 가중하도록 하여 형의 하한까지도 높이고 있고(형법 제268조, 제279조, 제285조 등), 상습강도(제341조)나 상습도박(제246조 제2항)의 경우에는 독자적으로 법정형을 정하여 그 죄에 정한 형의 상한과 하한을 모두 2배 이상 가중하고 있는 것이다.

이러한 관계는 제3조 제1항의 죄의 상습범과 누범을 정한 제3조 제3항과 이 사건 법률조항을 비교하면, 더욱 명백하다. 제3조 제3항은 제3조 제1항의 죄의 상습범을 정한 것으로 그 상습성이 인정되기 위해서는 폭처범이 정하는 다른 폭력범죄나 형법이 정하는 폭력범죄의 전과사실로는 부족하고, 오로지 제3조 제1항의 범죄 즉, 집단적·흥기휴대적 폭력범죄가 반복적으로 행하여 그 상습성이 인정되는 경우에만 상습범이 성립된다. 이에 반해 이 사건 법률조항이 정하는 누범의 경우는 제3조 제1항의 범죄에 해당하는 전과사실만을 요하지 않고, 폭처범 또는 형법 각 본조가 정하는 폭력범죄로 2회 이상의 징역형을 받은 전과와 누범기간 내에 제3조 제1항의 죄를 범하면 성립하므로, 일반적으로 상습범에 비하여 그 불법이나 책임의 정도가 낮은 경우가 대부분이다. 이에 더하여 제3조 제1항의 범죄로 2회 이상의 징역형을 받고 다시 누범기간 내에 제3조 제1항의 범죄를 행한 경우라 하더라도 제3조 제3항의 상습범으로 처벌하기 위해서는 누적적인 범죄사실 외에 다른 상습성을 인정하기 위한 자료들이 인정되어야 하지만, 이 사건 법률조항이 정한 누범에는 당연히 해당된다고 할 것이므로, 이러한 범위에서 제3조 제1항의 죄의 누범과 상습범은 동일한 법적 취급을 할 수 없을 정도의 본질적인 차이를 가지고 있다.

나아가 이 사건 법률조항이나 제3조 제3항과 같이 제3조 제1항의 범죄를 기본범죄로 하여 각 조항이 정하는 요건의 충족 여부에 따라 누범 또는 상습범으로 처벌할 것인지가 결정되고, 그 성립요건의 면에서 일방이 다른 일방을 포함하는 관계에 있는 경우에는 비교적 그 책임의 경중이 쉽게 구별된다고 할 것이어서 책임의 경중에 따라 그 법정형을 따로 정하는 것이 책임원칙에 부합한다고 할 것임에도, 이를 구별하지 않고 그 법정형을 동일하게 정함으로써 수사기관 등 법집행기관으로 하여금 상습성이 인정되지 않는 경우라도 누

범요건에 해당하기만 하면 상습성에 대한 보강수사도 없이 상습범으로 의율하게 하고, 반대로 상습성이 명백히 인정되는 경우라도 상습성이 인정되지 않는 경우를 대비하여 결과적으로 동일한 범정형으로 처벌하는 누범으로 의율하게 되는 실무적인 문제점도 야기하고 있다.

(3) 따라서, 이 사건 법률조항이 그 성립의 요건이나 책임의 정도를 달리하는 제3조 제1항의 누범과 상습범에 대하여 동일한 범정형을 정하고 있는 것에는 이를 정당화할 아무런 합리적인 이유를 발견할 수 없으므로 평등원칙에 위배된다고 할 것이다.

라. 결 론

그렇다면, 이 사건 법률조항은 책임원칙에 반하는 과잉형벌이자 형벌체계의 균형을 상실한 자의적인 처벌로서 평등원칙에도 위배된다고 할 것이어서 헌법에 위반된다.

이에 우리는 다수의견에 반대하여 위헌의견을 밝히는 바이다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일(주심) 권 성
김효종 김경일 송인준 주선희

농업·농촌기본법 제41조 등 위헌소원

(2002. 10. 31. 2001헌바88 전원재판부)

【판시사항】

1. 농지조성비의 단위당 금액은 농림부장관이 농지별로 결정·고시하도록 한 농지법 제40조 제4항 및 농지조성비를 납입하여야 하는 자에게 부과하는 농지전용부담금을 개별공시지가의 범위안에서 대통령령이 정하도록 한 농업·농촌기본법 제41조 제2항 본문이 각 포괄위임입법금지 원칙에 위배되는지 여부(소극)

2. 농지조성비를 납입하여야 하는 자에게 농지전용부담금까지 부과·징수하도록 한 농업·농촌기본법 제41조 제1항 및 제2항 본문이 재산권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 농지법 제40조 제4항은 같은 조 제1항과 유기적으로 살펴볼 때 “농지조성비의 단위당 금액”이 전용된 농지에 상당하는 농지의 조성을 위해 필요한 “단위당 금액”일 것이 예측가능하므로, 포괄위임입법금지 원칙에 위배된다고 할 수 없다. 한편 농업·농촌기본법 제41조 제2항 본문은, 농지전용부담금의 부과기준의 위임에 있어서 그 부과기준의 상한선만을 정한 것이므로 그 대강을 예측하기 어려운 면이 있으나, 이는 정책적 차원에서 농촌 등의 구조개선사업에 대한 투자자원을 확보하기 위한 것이므로 입법기술상 자세한 부과기준을 설정하기가 어려운 측면이 있고, 또한 동 조항 후단이 개별공시지가의 수준, 전용에 따른 이익의 발생정도 등을 참작하여 차등 부과할 수 있게 하고 있어 과도한 기준이 되지 않도록 조정하고 있는 점 등을 종합할 때, 포괄위임입법금지 원칙에 위배된다고 보기 어렵다.

2. 농지조성비와 농지전용부담금은 그 부과목적이 다르고, 법적 근거, 부과기준, 편입될 회계도 다르며, 또 헌법이 농업의 보호·육성 등을 위한 국가의 의무를 부과하고 있는 것을 볼 때, 농지조성비 외

에 농지전용부담금을 따로 부과하는 것은, 그 금액이 지나치게 과도하지 않는 한, 위헌적인 것이라 할 수 없다. 한편 농지전용부담금이 과도한 것인지 여부를 살펴보면, 농업·농촌기본법 제41조 제2항 본문은 구체적인 농지전용부담금을 직접 정하지 않고 “개별공시지가의 범위내”에서 위임하고 있어 단지 그 추상적인 상한만을 규정하고 있으나, 일반적으로 농지전용이 이루어지면 공시지가가 상승함으로써 전용이익을 얻고 개발이익도 얻게 되는 점, 통상 개별공시지가가 실제 거래가액보다는 적은 점, 제2항 후단 규정이 구체적인 사정을 고려하여 차등 부과할 수 있는 근거를 마련하고 있는 점 등을 감안할 때, 농업·농촌기본법 제41조 제1항 및 제2항 본문이 재산권을 침해하는 것이라 볼 수 없다.

【심판대상조문】

농지법(2002. 1. 14. 법률 제6597호로 개정되기 전의 것) 제40조(농지조성비)

①~③ 생략

④ 농지조성비의 단위당 금액은 농림부장관이 농지별로 결정·고시한다.

⑤, ⑥ 생략

농업·농촌기본법(2001. 12. 31. 법률 제6589호로 삭제되기 전의 것) 제41조(농지전용부담금) ① 농림부장관은 농촌등의 구조개선사업에 대한 투자재원을 확보하기 위하여 농지법 제40조 제1항의 규정에 의하여 농지조성비를 납입하여야 하는 자에 대하여 전용부담금을 부과·징수하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 전용부담금의 금액은 지가공시및토지등의평가에관한법률에 의한 해당 농지의 개별공시지가(해당 농지의 개별공시지가가 없는 경우에는 동법 제10조의 규정에 의하여 공시지가를 기준으로 하여 산정한 금액을 말한다. 이하 같다)의 범위 안에서 대통령령이 정하는 부과기준을 적용하여 계산한 금액으로 한다. 이 경우 해당 농지의 개별공시지가의 수준, 전용에 따른 이익의 발생정도등을 참작하여 차등부과할 수 있다.

③~⑧ 생략

【참조조문】

부담금관리기본법 부칙 제8조(다른 법률의 개정) ①, ② 생략

③ 농업·농촌기본법중 다음과 같이 개정한다.

제41조 및 제48조 제2항을 삭제한다.

④~⑩ 생략

【참조판례】

- 1. 헌재 1994. 6. 30. 93헌가15등, 판례집 6-1, 576
헌재 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53
헌재 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 141

【당 사 자】

- 청 구 인 현대시멘트 주식회사
대표이사 김광용 외 1인
소송대리인 법무법인 삼덕
담당변호사 김백영 외 2인
- 당해사건 서울행정법원 2001구4978 농지조성비등 부과처분취소

【주 문】

농지법 제40조 제4항(2002. 1. 14. 법률 제6597호로 개정되기 전의 것) 및 농업·농촌기본법 제41조(2001. 12. 31. 법률 제6589호로 삭제되기 전의 것) 제1항, 제2항 본문은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

- 1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1994. 4.경부터 같은 해 9.경까지 콘도미니엄, 스키장, 국민호텔, 종합휴양업 사업계획승인을 받고 강원 횡성군 둔내면 일대에 “현대성우골프장”을 준공, 운용하던 중, 2000. 3. 31. 강원도지사로부터 당초 7홀이던 골프장의 규모를 27홀로 확장하는 내용의 체육시설업(골프장) 사업승인계획을 받았는데, 위 골프장의 사업부지는 원래 국토이용관리법상의 준농림지역인 농지였으나 1997. 12. 9. 위 골프장의 건설을 위하여 준도시지역으로 국토이용계획이 변경된 곳이었다.

농림부장관의 위임을 받아 농업기반공사는 2000. 8. 21. 청구인에게 농지법 제40조에 의한 농지조성비 4,134,825,000원 및 농업·농촌기본법 제41조에 의한 농지전용부담금 1,536,825,140원을 부과하였다(부과기준일은 위 체육시설업 사업계획승인일인 2000. 3. 31.).

청구인은 위 부과처분의 취소를 구하는 소송을 제기한 뒤(당해사건), 위 각

부과처분의 근거가 된 농지법 제40조 제4항과 농업·농촌기본법 제41조에 대한 위헌제청신청을 하였으나(서울행정법원 2001아1248) 법원이 이를 기각하자, 2001. 11. 8. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인이 심판의 대상으로 삼고, 당해사건 법원이 판단대상으로 삼았던 것은 농지법 제40조 제4항 및 농업·농촌기본법 제41조이다. 그런데 농업·농촌기본법 제41조는 8개항으로 구성되어 있는데, 각 조항을 보면, 농지전용부담금의 부과(제1항), 액수(제2항), 미납시의 효과(제3항), 감면비율이 더 낮은 부지에 대한 농지전용부담금 부과(제4항), 납입액이 편입될 회계(제5항), 권환의 위입(제6항), 부과, 징수에 필요한 사항의 위입(제7항), 국세체납처분 준용(제8항) 규정인바, 청구인이 이들 모두를 다투는 것이라 보기 어렵다(당해사건 법원 역시 제41조 전반에 관하여 위헌성 여부를 판단한 것은 아니다).

청구인의 주장취지를 종합하면 농업·농촌기본법 제41조 중 청구인이 다투는 것은 결국 농지전용부담금 부과와 액수와 관련된 제1항과 제2항 본문에 한정되는 것이라 봄이 상당하다. 그렇다면 심판의 대상은 농지법 제40조 제4항(2002. 1. 14. 법률 제6597호로 개정되기 전의 것) 및 농업·농촌기본법 제41조(2001. 12. 31. 법률 제 6589호로 삭제되기 전의 것) 제1항, 제2항 본문(이하 이들을 “이 사건 조항”이라 한다)의 위헌 여부라고 할 것이다. 이 사건 조항 및 관련조항은 다음과 같다.

농지법 제40조(농지조성비) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 그 전용하고자 하는 농지에 상당하는 농지의 조성에 소요되는 비용(이하 “농지조성비”라 한다)을 농지관리기금을 운용·관리하는 자에게 납입하여야 한다.

④ 농지조성비의 단위당 금액은 농림부장관이 농지별로 결정·고시한다.

농업·농촌기본법 제41조(농지전용부담금) ① 농림부장관은 농촌 등의 구조개선사업에 대한 투자재원을 확보하기 위하여 농지법 제40조 제1항의 규정에 의하여 농지조성비를 납입하여야 하는 자에 대하여 전용부담금을 부과·징수하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 전용부담금의 금액은 지가공시및토지등의평가에 관한법률에 의한 해당 농지의 개별공시지가(해당 농지의 개별공시지가가 없는 경우에는 동법 제10조의 규정에 의하여 공시지가를 기준으로 하여 산정한 금액을 말한다. 이하 같다)의 범위 안에서 대통령령이 정하는 부과기준을 적용하여 계산한 금액으로 한다. 이 경우 해당 농지의 개별공시지가의 수준, 전

용에 따른 이익의 발생정도 등을 참작하여 차등부과할 수 있다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 우리나라 농업은 생산성이 낮고 경제성이 없다. 이러한 실정 하에서 농지를 다른 용도로 전용하고자 하는 기업에게 농지조성비를 부과하는 것 외에도 농업·농촌기본법 제41조에서 높은 금액의 전용부담금을 과하는 것은 자본주의 경제질서를 위축시키고 사유재산권의 본질적 내용까지 침해하는 과도한 재산권 제한이므로 헌법에 위반된다.

(2) 농지법 제40조 제4항은 농지의 비옥, 척박, 소재지, 도시지역과 농촌지역의 상대농지와 절대농지 등의 차이, 농지조성공사비 등을 고려하여 법률에서 정하여야 할 농지조성비 부과표준의 결정을 농림부장관에게 포괄위임하고 있어 헌법에 위반된다.

나. 법원의 위헌제청기각 이유

(1) 농지조성비와 농지전용부담금은 동일한 농지전용행위에 대해 동일한 요건 하에 부과되는 것이나 서로 다른 목적 하에 별개의 기준에 따라 부과, 관리된다. 이들은 한정된 농지가 무분별한 개발 등으로 인하여 다른 용도로 전용되는 것을 억제함과 아울러 전용을 허용하더라도 대체농지를 조성하고 나아가 농업과 농민을 보호·육성하기 위한 구조개선사업 등에 투자할 재원을 확보하기 위하여 당해 농지를 전용하고자 하는 사람에게 부과되는 것으로서, 농지 및 농업에 관하여 특별한 보호를 할 것을 선언하고 있는 헌법상의 제 원칙을 구현하기 위한 것이며, 그로 인한 재산권 침해 정도가 재산권의 본질적 내용을 침해하는 정도에는 이르지 않는다.

(2) 농지조성비의 부과기준이 되는 농지조성비의 단위당금액은 전용되는 당해 농지를 대체하여 신규농지를 조성하는데 소요되는 비용을 기준으로 산정하여야 할 것인데 그 산정기준을 법률에 상세히 규정하는 것은 입법기술상 곤란하고, 농지법 제40조 제1항의 농지조성비의 의미에 관한 규정, 제2항의 부과요건, 제3항의 감면요건, 제5항의 징수절차에 관한 규정 등 관련규정들과 농지법의 전반적 체계에 비추어 보면 위임의 내재적 범위나 전용하고자 하는 농지에 상당하는 농지의 조성에 소요되는 비용을 초과할 수는 없다는 한계를 예측할 수 있다. 그러므로 농지법 제40조 제4항이 포괄위임이라고 할 수는 없다.

다. 농업기반공사의 의견

아래 부분 외에는 법원의 기각결정 이유와 같다.

본건의 경우 비록 농업기반공사가 부과한 농지조성비와 전용부담금은 5,671,650,140원이고, 부과대상농지의 매입가격은 90억 6,000만원으로 매입가격대비 63%상당이라고 하더라도, 다른 목적으로의 전용이 제한되어 있는 농지를 전용하고자 하는 자로서는 그 전용을 위해 대체농지의 조성비용을 부담할 의무가 있을 뿐만 아니라 또한 청구인은 위 농지를 전용하게 되면 공시지가가 상승함으로써 전용이익을 얻게 된다는 점에 비추어 볼 때, 농지조성비(실제로 대체농지 조성비용의 일부만 부과됨) 및 농지전용부담금(개별공시지가의 100분의 20)의 부과금액은 적정한 수준이라고 할 것이다. 본건 토지의 경우 전용부담금이 부과되는 기준시점인 전용허가시점과 전용허가 완료된 후 공시지가를 비교해 보면 각 토지별로 무려 최대 228%까지 공시지가가 증가되었으며, 청구인은 이로써 막대한 전용이익을 얻었다고 할 것이다.

라. 농림부장관의 의견

아래 기재 부분 외에는 농업진흥공사의 의견과 같다.

농업·농촌기본법 제41조 제2항의 위임입법 부분은 포괄위임입법금지 원칙에 위배되지 않는다. 즉 동 조항은 부담금의 범위는 전용대상 농지의 개별공시지가를 넘지 못한다는 점과 해당 농지의 개별공시지가의 높고 낮음 및 전용에 따른 이익의 발생정도 등을 참작하여 차등 부과할 수 있다는 점을 명시함으로써, 농지를 전용하고자 하는 자라면 농지조성비 외에 개별공시지가의 범위 내에서 개별공시지가의 수준 및 전용이익의 정도 등이 참작되어 부과되는 전용부담금을 납부하여야 한다는 것을 예측할 수 있도록 하고 있다.

한편 농지전용부담금제도는 2001. 12. 31. 제정된 부담금관리기본법으로 각종 부담금 제도를 정비하는 과정에서 완전히 폐지되었는데, 그 폐지 이유는 위 제도가 농지를 전용하려는 자에 대한 과도한 부담이었다든지 포괄위임의 의심이 있다는지 하는 반성적인 고려에 기초한 것이 아니라 사회경제적 상황의 변화에 따른 것이었다.

3. 판 단

청구인은 이 사건 조항이 농지조성비 외에 농지전용부담금까지 부과함으로써 재산권을 침해한 것이며, 농지법이 농지조성비의 단위당 금액을 농림부장관이 정하도록 한 것은 위임입법의 한계를 초과한 것이라고 주장한다.

한편 청구인의 주장은 없으나, 농업·농촌기본법 제41조 제2항에서 농지전용부담금의 금액을 개별공시지가를 기준으로 대통령령으로 정하도록 한 부분

도 포괄위임 여부의 위헌성 문제를 내포하고 있다. 그러므로 이하에서 포괄위임 문제와 재산권 침해 여부를 살펴본다.

가. 포괄위임입법금지 위배 여부

법률의 위임은 반드시 구체적 개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 한다. 그 구체적인 범위는 각종 법령이 규제하고자 하는 대상의 종류와 성격에 따라 달라진다 할 것이지만, 적어도 법률의 규정에 의하여 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있으면 족하고, 여기서 그 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 할 것이다(헌재 1994. 6. 30. 93헌가15등, 판례집 6-1, 576, 588-589; 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53, 58-59; 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 141, 164).

(1) 농지법 제40조 제4항 부분

농지법 제40조 제4항은 “농지조성비의 단위당 금액은 농림부장관이 농지별로 결정·고시한다.”고 규정한다. 농지조성비는 농지의 단위당 금액에 전용하는 농지의 면적을 곱하여 산정하므로, 단위당 금액을 농림부장관이 결정하도록 하는 것은 결국 농지조성비의 금액에 대한 결정을 뜻한다.

농지조성비는 식량자급기반을 유지하기 위하여 전용으로 인하여 감소되는 농지를 대체조성(개간·간척)하는데 필요한 재원을 마련하고 당해 농지를 전용하는 자에게 감소되는 농지면적에 비례하여 일정금액을 납부하게 하는 것이다. 따라서 그 부과금액의 기준은 원칙적으로 “그 전용하고자 하는 농지에 상당하는 농지의 조성에 소요되는 비용”이 될 것이며 농지법 제40조 제1항은 그렇게 명시하고 있다.

그러므로 위 제4항과 제1항을 유기적으로 참조할 때 “농지조성비의 단위당 금액”은 전용된 농지에 상당하는 농지의 조성을 위해 필요한 “단위당 금액”이 될 것이라는 것이 예측 가능하다. 이는 위임을 받아 규정될 시행령의 내용이 구체적으로 어떻게 결정될 것인지에 관한 대강의 기준이 법률에 이미 밝혀져 있는 경우라고 볼 것이다.

물론 보다 구체적인 단위당 금액의 기준은 해당 농지의 이용 및 시설 현황 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이지만, 이를 법률에서 상세하게 규정하는 것은 입법기술상 곤란하다고 할 것이다.

그렇다면 위 조항이 포괄위임입법금지 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(2) 농업·농촌기본법 제41조 제2항 본문 부분

농업·농촌기본법 제41조 제2항은 “제1항의 규정에 의한 전용부담금의 금액은 지가공시및토지등의평가에관한법률에 의한 해당 농지의 개별공시지가의 범위 안에서 대통령령이 정하는 부과기준을 적용하여 계산한 금액으로 한다. 이 경우 해당 농지의 개별공시지가의 수준, 전용에 따른 이익의 발생정도 등을 참작하여 차등부과할 수 있다.”고 규정하였다.

그런데 동 조항은 농지전용부담금의 부과기준의 위임에 있어서 그 부과기준의 상한선만을 정한 것이므로 과연 그 중에서 어느 정도 범위에서 대통령령으로 부과기준이 결정될 것인지 그 대강을 예측하기 어려운 측면이 있다.

그러나 농지전용부담금의 부과 기준을 결정하는 것은 정책적인 차원에서 농촌 등의 구조개선사업에 대한 투자재원을 확보하기 위한 것이었다고 할 수 있는데, 그러한 투자재원은 그때 그때의 사정에 따라 달라질 수 있는 점을 고려하면, 입법기술상 법률에서 더 자세한 부과기준을 설정하는 것이 어려운 측면이 있었다.

또한 동 조항 후단은 개별공시지가의 수준, 전용에 따른 이익의 발생정도 등을 참작하여 차등부과할 수 있게 하고 있어, 당사자들에게 과도한 부과기준이 되지 않도록 조정하는 규정을 두고 있다.

한편 이 사건 조항의 농지전용부담금 제도는 2002. 1. 1.부터 폐지되었으므로(2001. 12. 31. 법률 제6589호 부담금관리기본법 부칙 제8조에 의해 삭제됨), 앞으로 더 이상 이 조항으로 말미암은 위임입법의 예측가능성 문제가 발생하지 않게 되었다.

또한, 위 조항의 위헌 여부에 직접 관련되는 것은 아니지만, 대통령령에서 규정된 구체적인 그 부과기준을 살펴보면, 농업·농촌기본법시행령은 농지전용부담금의 부과기준을 “개별공시지가의 100분의 20”으로 하고 있었는데, 이는 통상 농지전용으로 인하여 얻을 수 있는 이득을 고려한다면 과도한 부과기준은 아니라고 보여진다.

이상의 사정을 종합적으로 고려할 때, 위 조항이 포괄위임입법금지 원칙에 위배된다고 보기는 어렵다.

나. 재산권 침해 여부

(1) 농업·농촌기본법 제41조 제1항 부분

농지조성비와 농지전용부담금은 그 목적과 부과형식이 다르다. 농지조성비

는 전용하고자 하는 농지에 상당하는 농지의 조성에 소요되는 비용을 확보하기 위하여 부과되는 것이나, 농지전용부담금은 농촌 등의 구조개선사업에 대한 투자재원을 확보하기 위하여 부과되므로 그 부과목적이 다르다. 나아가 법적 근거, 부과기준, 편입될 회계 등도 다르다.

또한 헌법은 농촌 및 농지에 관하여 많은 규제를 가할 수 있게 허용하고 있다. 즉 헌법은 국가에 대하여 농업의 보호·육성, 농민의 이익 보호를 위하여 필요한 계획을 수립·시행하는 등의 의무를 부과하고 있다(제123조 제1항 등).

농지조성비 및 농지전용부담금은 한정된 농지가 무분별한 개발 등으로 인하여 다른 용도로 전용되는 것을 억제함과 아울러 예외적으로 이러한 전용을 허용하더라도 그에 상응하는 대체 농지를 새로이 조성하고 나아가 농업과 농민을 보호·육성하기 위한 구조개선사업 등에 투자할 재원을 확보하기 위한 목적에서 당해 농지를 전용하고자 하는 사람에게 부과되는 것으로 이는 농지 및 농업에 관하여 특별한 보호를 할 것을 선언하고 있는 헌법상의 제 원칙을 구현하기 위한 것이다.

그렇다면 농지조성비 외에 농지전용부담금을 따로 부과한다고 하더라도 후자가 헌법적 근거가 없다거나, 그 입법목적 등의 차이를 볼 때 위헌적인 입법이라고 보기 어렵다.

그러나 농지전용부담금의 액수는 지나치게 과도하게 책정되어서는 안될 것이다. 아무리 그 목적이 좋아도 당사자가 수인할 수 없을 정도로 과도한 금전적 부담은 재산권을 침해하는 것이라고 볼 수밖에 없다.

그렇다면 농지전용부담금 부과액수가 과도한 것이 아니라는 전제 하에서(제2항 문제), 농업·농촌기본법 제41조 제1항은 재산권을 침해하지 않는다고 할 것이다.

(2) 농업·농촌기본법 제41조 제2항 본문 부분

농지전용부담금 제도 자체가 입법재량의 영역에 속한다 하더라도, 농지전용 행위에 대하여 국가가 지나치게 금전적 부담을 과한다면 재산권의 침해가 될 수 있다. 그러므로 그 액수가 과도한 것인지를 살펴보아야 한다.

그런데 농업·농촌기본법 제41조 제2항 본문은 구체적인 농지전용부담금을 직접 정하지 않고 “개별공시지가의 범위내”에서 대통령령에 위임하고 있다. 그러므로 이 사건 조항만을 통해서만은 단지 그 금액의 추상적인 상한만을 알 수 있다.

그러나 일반적으로 농지전용이 이루어지면 공시지가가 상승함으로써 전용 이익을 얻게 된다는 점을 고려할 때, 또한 농지전용으로 얻을 수 있는 개발이익도 적지 않을 것이란 점을 고려할 때, 나아가 개별공시지가가 실제 거래가액보다는 적은 경우가 대부분이라는 것을 감안할 때, “개별공시지가의 범위 내”라는 부과금액 규모의 설정이, 농지전용을 한 자에게 수인할 수 없을 정도로 과중한 농지전용부담금을 부과하는 것이 될 것이라고 단정하기 어렵다.

또한 제41조 제2항 후단은 “이 경우 해당 농지의 개별공시지가의 수준, 전용에 따른 이익의 발생정도 등을 참작하여 차등부과할 수 있다.”고 하고 있어, “개별공시지가내”에서 정한 구체적인 액수에 있어서도 다시 구체적인 사정을 고려하여 형평성을 도모할 수 있게 하고 있다.

이상을 종합하면, 결국 제41조 제2항 본문은 재산권의 본질적 내용을 침해한다거나, 지나치게 과중하여 재산권을 침해하는 것이라 볼 수 없다.

4. 결 론

따라서 이 사건 조항은 헌법에 위배되지 않으므로 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성
김효종(주심) 김경일 송인준 주선희

구 상속세법 제4조 제1항 위헌소원

(2002. 10. 31. 2002헌바43 전원재판부)

【판시사항】

1. 구 상속세법(1996. 12. 30. 법률 제5193호로 전문개정되기 전의 것) 제4조 제1항 중 상속재산 가액에 상속인 이외의 자에 대한 생전 증여재산 가액을 가산하는 부분(이하 “이 사건 법률조항”이라고 한다.)이 재산권보장의 원칙에 반하는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 조세평등주의 등에 위반하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 법률조항의 입법취지는 생전증여재산 가액을 상속세 과세가액에 포함시킴으로써 조세부담에 있어서의 상속세와 증여세의 형평을 유지함과 아울러 피상속인이 상속개시 전에 상속인 이외의 자에게 상속과 다름없는 증여의 형태로 분할, 이전하여 누진세율에 의한 상속세 부담을 회피하려는 부당한 상속세회피행위를 방지하고 조세부담의 공평을 도모하기 위한 것이라는 점에서 그 목적의 정당성이 인정되고, 이러한 입법목적 달성을 위하여는 그 증여재산 가액을 상속재산 가액에 가산함으로써 정당한 세율의 적용을 받도록 하는 것이 적절한 수단이라고 볼 수 있으며, 증여의 목적이나 경위를 따짐이 없이 일정한 기간 내의 증여에 대하여는 이를 모두 가산하는 것이 위 입법목적 달성을 위하여 불가피한 필요, 최소한의 조치라고 할 수 있을 뿐 아니라, 이로 인하여 제한되는 상속권 내지 재산권이 위 입법목적에 의하여 보호되는 공익보다 더 중요하다고 보여지지 아니하고, 한편, 상속세의 공공성 및 공익성, 국세기본법상 국세부과의 제척기간 등 다른 조세관련 법률에서 정한 기간과의 균형 등을 참작하면, 이 사건 법률조항의 3년이라는 기간 역시 적정하여 상속인으로서의 청구인들의 재산권을 과도하게 침해하는 정도의 기간이라고는 말할 수 없고 달리 그 기간이 입법자의 합리적 재량의 범위를 일탈하였다고 볼 만한 사정도 없으므로, 결국 이 사건 법률조항에 의

한 상속권의 제한은 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니하고 상속권의 본질적 내용을 침해하는 것도 아니므로, 헌법상 재산권보장의 원칙에 반하지 아니한다.

2. 이 사건 법률조항의 생전증여재산 가액의 가산 및 3년의 가산기간 모두 그 합리적 근거를 인정할 수 있고 이를 현저하게 비합리적이고 불공정한 조치이거나 차별적 과세라고 인정할 만한 사정도 없으므로 조세평등주의에 위반되는 법률이라고 말할 수 없고, 또한 이 사건 법률조항에 대하여 합리적 근거를 인정할 수 있는 이상 위 조항이 가산대상 증여재산에 대하여 예외를 인정하지 않는다 하더라도 그러한 예외사유에 대한 해당사실의 주장, 입증과 관련하여 재판을 받을 권리가 침해된다고도 말할 수 없다.

【심판대상조문】

상속세법(1996. 12. 30. 법률 제5193호로 전문개정되기 전의 것) 제4조(상속세과세가액)
① 제2조 제1항의 규정에 해당하는 경우에는 상속세를 부과할 상속재산가액에 상속개시전 5년이내에 피상속인이 상속인에게 증여한 재산의 가액과 상속개시전 3년이내에 피상속인이 상속인 이외의 자에게 증여한 재산의 가액을 가산한 금액에서 다음 각호의 금액을 공제한 금액을 상속세 과세가액으로 한다.

1. 공과금
 2. 피상속인의 장례비용(장례비용이 500만원미만인 경우에는 500만원으로 한다)
 3. 채무(상속개시전 5년이내에 피상속인이 상속인에게 진 증여채무와 상속개시전 3년 이내에 피상속인이 상속인 이외의 자에게 진 증여채무를 제외한다)
- ②, ③ 생략

【참조조문】

헌법 제11조, 제23조, 제37조 제2항

- 상속세법(1996. 12. 30. 법률 제5193호로 전문개정되기 전의 것) 제18조(상속세납부의무) ①, ② 생략
- ③ 제4조의 규정에 의하여 상속재산에 가산한 증여재산에 대한 증여세액(증여 당시의 당해 증여재산에 대한 증여세산출세액상당액을 말한다)은 상속세 산출세액에서 공제한다. 다만, 그 증여재산의 수증자가 제1항에 규정한 상속인 또는 수유자일 경우에는 각자가 납부할 상속세액에서 공제한다.
- ④ 생략

【참조판례】

- 1. 헌재 1993. 7. 29. 92헌바20, 판례집 5-2, 36
헌재 1997. 4. 24. 93헌마83, 판례집 9-1, 459
헌재 1998. 8. 27. 96헌가22등, 판례집 10-2, 339
헌재 2001. 12. 20. 2001헌바25, 판례집 13-2, 863
- 2. 헌재 1996. 8. 29. 95헌바41, 판례집 8-2, 107
헌재 1999. 11. 25. 98헌마55, 판례집 11-2, 593
헌재 2002. 6. 27. 2001헌바44, 공 70, 545

【당 사 자】

청 구 인 이○우 외 1인

청구인들 대리인 법무법인 광장

담당변호사 김병재 외 1인

당해사건 서울행정법원 98구26176, 2001구7762(병합) 상속세부과처분취소

【주 문】

구 상속세법(1996. 12. 30. 법률 제5193호로 전문개정되기 전의 것) 제4조 제1항 중 상속인 이외의 자에 대한 생전증여재산 가액의 가산 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

가. 청구인들은 1995. 8. 16. 사망한 정○덕의 자녀들인데, 용산세무서장은 2000. 11. 23. 망인이 1993. 9. 20. ○○양어업 주식회사(이하 “○○원양”이라고 한다.)에 증여한 서울 종로구 ○○동 71 대 221.3㎡ 및 같은 동 73 대 114㎡ 중 망인 소유의 5분의 3 지분(이하 “이 사건 대지”라고 한다.)을 포함하여 구 상속세법(1996. 12. 30. 법률 제5193호로 전문개정되기 전의 것) 제4조 제1항 소정의 가산대상 생전증여재산 가액을 1,957,511,438원으로 계산하는 등 최종 결정세액을 465,777,965원으로 산정하여 청구인들에게 각 232,888,982원의 상속세부과처분을 하였다.

나. 이에 청구인들은 용산세무서장을 상대로 서울행정법원에 상속세부과처분취소의 소를 제기하여 다투던 중, 상속인 이외의 자에게 3년 이내에 증여한

재산이면 무조건 그 가액을 상속재산 가액에 포함시키도록 규정한 위 구 상속세법 제4조 제1항이 위헌이라고 주장하면서 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각되자 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 심판의 대상

원래 심판청구서에 기재된 심판대상 규정은 구 상속세법(1996. 12. 30. 법률 제5193호로 전문개정되기 전의 것. 이하 같다.) 제4조 제1항이나, 청구인들이 문제삼고 있는 부분은 망인이 ○○원양, 즉 상속인 이외의 자에게 증여한 재산의 가액을 상속재산 가액에 가산하는 것이므로 심판의 대상을 그 부분에 한정함이 상당하다.

따라서, 본건 심판의 대상은 구 상속세법 제4조 제1항 중 상속인 이외의 자에 대한 생전증여재산 가액의 가산 부분(이하 “이 사건 법률조항”이라고 한다.)이 헌법에 위반되는지 여부라 할 것이고, 그 내용은 다음과 같다.

제4조(상속세 과세가액) ① 제2조 제1항의 규정에 해당하는 경우에는 상속세를 부과할 상속재산 가액에 상속개시 전 5년 이내에 피상속인이 상속인에게 증여한 재산의 가액과 상속개시 전 3년 이내에 피상속인이 상속인 이외의 자에게 증여한 재산의 가액을 가산한 금액에서 다음 각 호의 금액을 공제한 금액을 상속세 과세가액으로 한다.

1. 공과금
2. 피상속인의 장례비용(장례비용이 500만원 미만인 경우에는 500만원으로 한다)
3. 채무(상속개시 전 5년 이내에 피상속인이 상속인에게 진 증여채무와 상속개시 전 3년 이내에 피상속인이 상속인 이외의 자에게 진 증여채무를 제외한다)
3. 청구인들의 주장과 위헌법률심판제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견 별지와 같다.
4. 이 사건 청구의 적법성 여부

가. 재판의 전제성

이 사건 법률조항은 당해사건인 서울행정법원 98구26176, 2001구7762(병합) 상속세부과처분취소 소송에 있어서의 상속세액 산정에 적용된 법규정으로, 그 위헌 여부에 따라 산정 세액에 차이가 생겨 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우에 해당하므로(헌재 1993. 7. 29. 92헌바48, 판례집 5-2, 65, 73; 헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집

7-2, 48, 58; 헌재 1997. 11. 27. 92헌바28, 판례집 9-2, 548, 562 참조) 재판의 전제성이 인정된다.

나. 청구기간

청구인들은 2002. 4. 25. 서울행정법원 2000아1356호 위헌법률심판제청신청 각각의 결정정본을 송달받고 같은 해 5. 8. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였으므로, 위 송달일로부터 14일 이내에 이루어진 본건 청구는 헌법재판소법 제 69조 제2항에 의한 청구기간을 준수하였다.

5. 판 단

가. 이 사건 법률조항의 내용

(1) 입법취지

상속세 제도는 국가의 재정수입의 확보라는 일차적인 목적 이외에도 자유 시장경제에 수반되는 모순을 제거하고 사회정의와 경제민주화를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정들을 광범위하게 인정하는 사회적 시장경제질서의 헌법이념에 따라 재산상속을 통한 부의 영위와 세습과 집중을 완화하여 국민의 경제적 균등을 도모하려는데 그 목적이 있는 조세제도인바(헌재 1997. 12. 24. 96헌가19등, 판례집 9-2, 762, 771), 상속세액은 납부의무자에게 귀속되는 과세물건, 즉 상속재산의 가액을 일정한 가치척도에 따라 측정한 상속세 과세 가액에서 기초공제, 배우자공제 등의 상속공제액을 차감한 상속세 과세표준에 세율을 곱하여 산출하게 된다.

그런데, 만약 상속인이 피상속인의 사망으로 인하여 취득한 상속재산에 대하여만 상속세를 과세하게 되면, 피상속인이 장차 상속세의 과세대상이 될 재산을 상속개시 전에 상속인이 될 자나 그 이외의 자에게 상속과 다름없는 증여의 형태로 분할, 이전하여 고율인 누진세율에 의한 상속세 부담을 회피하려고 할 것이므로, 이러한 부당한 상속세 회피행위를 방지하고 조세부담의 공평을 도모하기 위하여 구 상속세법 제4조 제1항은 상속개시 전 일정기간 이내에 피상속인이 상속인 또는 상속인 이외의 자에게 증여한 재산에 대하여는 그 증여의 효력을 실질적으로 부인하여 그 재산의 가액을 상속재산 가액에 가산하고 공과금 및 일정한 범위의 증여채무를 공제하는 등의 방법으로 상속세 과세가액을 산정하는 것으로 규정하고 있는 것이다.

다만, 동일한 재산에 대한 이중과세를 방지하기 위하여 같은 법 제18조 제3항에서 상속재산 가액에 합산되는 증여재산에 대한 증여세액 내지 증여세 산출세액 상당액을 상속세 산출세액에서 공제하도록 하는 한편, 사망 전 상속세

를 회피할 목적으로 증여가 악용될 소지가 있음을 고려하여 제4조 제1항 제3호에서 위 기간 동안 이루어진 증여로 인한 증여채무에 대하여 채무공제를 하지 않고 있다.

(2) 입법연혁

상속세법이 1950. 3. 22. 법률 제114호로 처음 제정될 당시 상속세 과세가액에 관한 규정인 제4조에는 생전증여재산 가액을 가산하는 내용이 포함되어 있지 않았으나, 1952. 11. 30. 법률 제261호로 개정된 상속세법 제4조는 그 상대방이 누구인지의 여부를 불문하고 상속개시 전 1년 이내에 한 증여재산의 가액을 가산하도록 규정하였고(증여의무에 있어서도 같은 취지의 규정을 두었다.), 1956. 12. 31. 법률 제418호로 개정된 같은 법조에서는 가산대상 증여재산의 상대방을 친족으로 한정하였다가, 1960. 12. 30. 법률 제573호로 개정된 같은 법조에서는 다시 그 상대방을 상속인과 상속인 이외의 자로 규정하여 범위를 한정하지 않게 되었다.

그 후 1971. 12. 28. 법률 제2319호로 개정된 상속세법에 이르러 제4조는 피상속인이 국내에 주소를 두었는지의 여부에 따라 항이 나누어졌고, 1974. 12. 21. 법률 제2691호로 개정된 상속세법은 제4조 제1항에서 가산기간을 증여의 상대방이 상속인인 경우와 상속인 이외의 자인 경우를 구별하여 3년과 1년으로 차등을 두었으며, 1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정된 같은 조항은 위 가산기간을 5년과 3년으로 확장하였는데, 1996. 12. 30. 법률 제5193호로 전문개정된 상속세및증여세법에서는 같은 내용을 위지만 변경하여 제13조에서 규정하는 한편 공제대상 채무 등은 제14조에서 별도로 규정하였다.

마지막으로, 1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정된 상속세및증여세법 제13조 제1항은 가산기간을 10년과 5년으로 연장하였다.

나. 문제의 제기

위에서 살핀 바와 같이 이 사건 법률조항의 입법취지가 누진세율에 의한 상속세 부담을 부당하게 회피하려는 행위를 방지하고 조세부담의 공평을 도모하려는 것으로서, 그 목적이 정당하다는 점에 대하여는 청구인들 역시 부인하지 않고 있다.

다만 청구인들의 주장과 같이, 이 사건 법률조항은 상속세 회피의 수단으로 이루어진 것이 아닌 진정한 의미의 증여재산에 대하여까지 증여의 상대방이나 경위, 목적 등을 불문하고 납세자에게 반증의 기회도 주지 않은 채 과세관청의 실지조사도 없이 획일적으로 그 가액을 가산하고 있어 실질적으로 상속

받지 아니한 재산에 대하여도 상속세를 부담시키는 셈이 되므로, 실질과세의 원칙에 반하여 재산권을 지나치게 제한함으로써 헌법상 과잉금지의 원칙 및 재산권보장의 원칙에 반한다는 의심의 여지가 있고, 또한 조세평등주의에 반하는 동시에 가산대상 증여재산에 있어서의 예외규정이 없어 재판과정에서 그러한 예외사유에의 해당사실이 주장, 소명될 수 없도록 한다는 측면에서 재판을 받을 권리의 침해 소지도 있다는 것이 문제될 수 있다.

다. 재산권보장의 원칙에 관하여

(1) 재산권의 보장과 제한

헌법 제23조 제1항은 전단에서 “모든 국민의 재산권은 보장된다”고 명시하여 재산권보장의 원칙을 천명하고 후단에서 “그 내용과 한계는 법률로 정한다”고 규정하는 외에 나아가 제2항은 “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다”고 규정하고, 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 규정하고 있는바, 이러한 헌법의 취지는 국민의 재산권은 원칙적으로 이를 보장하고, 예외적으로 공공복리 등을 위하여 법률로써 제한할 수 있되, 그 경우에도 본질적인 내용은 침해할 수 없고, 설사 재산권의 본질적인 내용의 침해가 없을지라도 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙에 위배되어서는 안된다는 것을 확실하게 하는 데 있는 것이다. 상속권은 재산권의 일종이고 따라서 입법자가 상속권의 내용과 한계를 정하거나 예외적으로 공공복리 등을 위하여 이를 제한하는 입법을 하는 경우에도 그 법률 내지 법률조항이 재산권의 본질적인 내용을 침해하거나 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙에 위배되는 경우에는 기본권제한의 입법적 한계를 벗어난 것으로 헌법에 위반된다고 할 것이다(헌재 1993. 7. 29. 92헌바20, 판례집 5-2, 36, 44-45; 헌재 1998. 8. 27. 96헌가22등, 판례집 10-2, 339, 356; 헌재 1999. 6. 24. 98헌바68, 판례집 11-1, 753, 761-762 등 참조).

그런데, 이 사건 법률조항은, 피상속인이 일정한 기간 내에 생전증여한 재산의 가액을 상속세 과세가액에 가산하는 규정으로 다음 항의 입법목적에서 보듯이 부당한 상속세 회피를 방지하고 누진상속세의 효과를 유지하기 위한 것이지 재산을 박탈하는 것이 아니며, 증여세액 내지 증여세 산출세액 상당액을 상속세 산출세액에서 공제하는 제18조 제3항의 규정을 두어 이중과세도 방지하고 있으므로 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 것이라고 할 수 없다.

다만 과잉금지의 원칙에 위배되는지 여부가 문제이므로 이에 관하여 살펴보기로 한다.

(2) 과잉금지의 원칙에 위반되는지 여부

(가) 입법목적의 정당성

위에서 살펴보았듯이, 이 사건 법률조항의 입법취지는 피상속인이 생전에 증여한 재산의 가액을 가능한 한 상속세 과세가액에 포함시킴으로써 조세부담에 있어서의 상속세와 증여세의 형평을 유지함과 아울러 피상속인이 사망을 예상할 수 있는 단계에서 장차 상속세의 과세대상이 될 재산을 상속개시 전에 상속인 이외의 자에게 상속과 다름없는 증여의 형태로 분할, 이전하여 고율인 누진세율에 의한 상속세 부담을 회피하려는 부당한 상속세 회피행위를 방지하고 조세부담의 공평을 도모하기 위한 것이라는 점에서 그 목적의 정당성이 인정되고, 청구인들도 이를 인정하고 있다.

특히, 그 증여재산의 가액을 상속재산 가액에 가산하여 상속세를 부과함으로써 누진세율에 의한 과세의 효과를 유지하되 동일한 재산에 대한 이중과세를 방지하기 위하여 구 상속세법 제18조 제3항이 상속재산 가액에 합산되는 증여재산에 대한 증여세액 내지 증여세 산출세액 상당액을 상속세 산출세액에서 공제하고 있다는 점에서 위 입법목적의 정당성은 더욱 확보된다고 본다.

(나) 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익 균형성

나아가, 증여재산 가액의 가산을 내용으로 하는 이 사건 법률조항에 의하여 '증여'라는 사실관계 및 법률관계가 '상속'으로 변경되는 것은 아니지만, 생전증여에 의한 상속세 회피행위의 방지라는 입법 목적을 달성하기 위하여는 일정기간 안에 이루어진 그 증여재산 가액을 상속재산 가액에 가산함으로써 정당한 누진세율의 적용을 받도록 하는 것이 가장 적절한 수단이라고 볼 수 있다.

또한, 피상속인의 사망이 예측가능한 경우 상속세 부담 회피를 목적으로 한 증여가 많을 것인 반면 사망이 예측 불가능한 경우에는 증여가 늦어졌다면 어차피 그 재산 가액은 당연히 상속재산 가액에 가산되었을 것이므로 실질적인 면에서도 크게 부당하지 않다고 볼 수 있고, 현실적으로도 각 개인의 구체적 사정이나 각 증여의 목적, 경위 등을 일일이 심사하여 진정한 의미의 증여를 확인·구별하는 데에는 한계가 있어 조세행정상 불가능에 가깝고 이를 입증하는 것 역시 매우 어려우며, 가산에 있어서의 예외를 인정할 경우 상속인들 대부분이 진정한 의미의 증여임을 주장하면서 상속재산 가액에의 가산을

다툼 것이고, 특히 수증자가 상속인 이외의 자라 하더라도 대개의 경우 피상속인 또는 상속인들과 특수한 관계에 있어 담합의 소지가 많을 것으로 예상되므로 입법자가 이러한 현실적 어려움들 속에서 상속세의 회피를 방지하고 공평과세의 이념을 실현하기 위하여는 일정한 기간 내의 증여에 대하여는 증여의 목적이나 경위를 따짐이 없이 일률적으로 이를 모두 상속재산 가액에 가산하도록 하되 사후적 구제조항으로서 구 상속세법 제18조 제3항과 같은 규정을 두는 것이 일응 불가피한 필요, 최소한의 조치라고 할 수 있다. 뿐만 아니라, 이로 인하여 제한되는 상속권 내지 재산권이 위 입법목적에 의하여 보호되는 공익보다 더 중요하다고 보여지지도 아니한다.

그리고, 가산대상 증여재산을 무한정 인정할 수는 없고 어떤 기준으로든 그 기간을 제한할 필요가 있는데, 가산기간을 정하는 기준은 공평과세라는 상속세제의 기본 이념과 재산권의 보호라는 사법질서를 합리적으로 조화하는 선에서 법률로 명확하게 정해져야 할 것으로서, 그 기간을 어느 정도로 설정할 것인가의 구체적 문제는 원칙적으로 입법자의 형성재량에 속하여 그 기간이 자의적이거나 임의적이어서 합리성이 결여된 것이라고 볼 수 없는 이상 그 기간이 합리적 정책판단에 기초한 것임을 부인할 수 없을 것인바(헌재 1997. 4. 24. 93헌마83, 판례집 9-1, 459, 466-467; 헌재 2001. 12. 20. 2001헌바25, 판례집 13-2, 863, 883-884 등 참조), 상속세의 공공성 및 공익성, 국세기본법상 국세부과의 제척기간 등 다른 조세관련 법률에서 정한 기간과의 균형 등을 참작하면, 이 사건 법률조항의 3년이라는 기간 역시 적정하여 상속인으로서의 청구인들의 재산권을 과도하게 침해하는 정도의 기간이라고는 말할 수 없고 달리 그 기간이 입법자의 합리적 재량의 범위를 일탈하였다고 볼 만한 사정도 없다.

(3) 소결론

결국, 이 사건 법률조항은 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니하고, 따라서 그 내용상 실질과세의 원칙에 비추어 다소 예외적으로 보여지는 부분이 있다 하더라도 이는 정당한 입법목적의 실현을 위하여 기본권제한의 입법한계를 준수하는 범위 내에서 상속권을 제한함에 따른 결과이므로 이를 가리켜 실질적 조세법률주의에 반한다고 말할 수는 없을 뿐만 아니라 이로 인하여 재산권의 본질적 내용이 침해되는 것도 아니므로, 이 사건 법률조항은 헌법상 재산권보장의 원칙에 반하지 아니한다 할 것이다.

다만, 조세행정상의 어려움에도 불구하고 장기적인 측면에서는 진정한 의

미의 증여와 상속세 회피 의도의 부당한 증여를 구별해 내는 다양한 기법을 개발하여 가산대상 여부를 실질에 부합하도록 결정하는 것이 조세정책상 타당하다는 것을 지적해 둔다.

라. 조세평등주의 및 재판을 받을 권리에 관하여

(1) 조세평등주의 또는 조세평등의 원칙이란, 헌법 제11조 제1항이 규정하는 평등의 원칙이 조세법영역에서 구현된 것으로 조세의 부과와 징수는 납세자의 담세능력에 상응하여 공정하고 평등하게 이루어져야 하고 합리적 이유 없이 특정의 납세의무자를 불리하게 차별하거나 우대하는 것은 허용되지 아니한다는 원칙인바(헌재 1996. 8. 29. 95헌바41, 판례집 8-2, 107, 116-117; 헌재 1998. 5. 28. 95헌바18, 판례집 10-1, 583, 593; 헌재 2002. 6. 27. 2001헌바44, 공 70, 545, 548 등 참조), 다만 담세능력에 따른 과세의 원칙이라 하여 예외없이 절대적으로 관철되어야 하는 것은 아니고, 합리적 이유가 있는 경우라면 납세자간의 차별취급도 예외적으로 허용된다 할 것이고, 이는 세법의 내용을 어떻게 정할 것인가에 관하여 입법자에게는 광범위한 형성의 자유가 인정되며, 더욱이 오늘날 조세입법자는 조세의 부과를 통하여 재정수입의 확보라는 목적 이외에도 국민경제적, 재정정책적, 사회정책적 목적달성을 위하여 여러 가지 관점을 고려할 수 있기 때문이다(헌재 1999. 11. 25. 98헌마55, 판례집 11-2, 593, 608-609).

이 사건 법률조항에 관하여 보건대, 그 내용은 증여의 목적이나 경위를 불문하고, 즉 예외규정을 두지 않은 채 상속인 이외의 자에 대한 소정의 생전증여재산에 해당하게 되면 그 재산의 가액을 획일적으로 상속재산 가액에 가산한다는 것과 위 가산의 대상 기간을 3년으로 정한 것의 두 가지로 나누어 볼 수 있는바, 앞에서 살핀 바와 같이 위 가산의 점 및 3년의 기간 모두에 대하여 합리적 근거를 인정할 수 있고 이를 현저하게 비합리적이고 불공정한 조치이거나 차별적 과세라고 인정할 만한 사정도 없으므로, 이 사건 법률조항은 헌법상의 평등권 내지 조세평등주의에 위반되는 법률이라고 말할 수 없다.

(2) 나아가, 위와 같이 이 사건 법률조항에 대하여 합리적 근거를 인정할 수 있는 이상 위 조항이 가산대상 증여재산에 대하여 예외를 인정하지 않는다 하더라도 그러한 예외사유에 해당사실의 주장, 입증과 관련하여 재판을 받을 권리가 침해된다고도 말할 수 없을 것이다.

6. 결 론

그렇다면, 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여 재판관 전

원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 운영철(재판장) 한대현 하경철(주심) 김영일 권 성
김효종 김경일 송인준 주선희

[별 지]

3. 청구인들의 주장과 위헌법률심판제청신청 기각 이유 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

본건의 경우 망인이 사망 전인 1993. 9. 20. 이 사건 대지를 ○○원양에게 증여한 이유는, 망인이 그 남편이자 ○○원양의 대주주인 망 이○수(1989. 12. 25. 사망)로부터 그 주식을 상속받은 후 ○○원양이 경영악화로 회사정리절차를 밟게 되어 그 회사정리계획에 따라 이를 증여하게 된 것이다.

따라서, 이 사건 법률조항의 입법취지가 상속세의 부담을 부당하게 경감시키려는 시도를 차단하기 위한 것이기는 하나, ① 상속인 이외의 자에게 3년 이내에 증여한 재산에 대하여는 증여의 상대방이나 경위, 목적 등을 불문하고 무조건 상속재산 가액에 이를 포함시킴으로써 상속인들이 상속받지도 아니한 재산의 가액까지 상속세 과세가액에 가산되어 누진세율이 적용되도록 하고 있으므로, 납세의무자들간에 실질적인 조세평등이 이루어지지 않아 헌법상 평등의 원칙에 위반되는 것이고, ② 증여된 재산이 실질적으로도 상속인들의 처분범위를 완전히 벗어나게 된 경우라도 일정기간 내에 이루어진 증여라면 그 재산 가액을 모두 행정편의주의적으로 획일적인 가산을 함으로써 청구인들의 재산권을 지나치게 침해하여 헌법상 과잉금지의 원칙 및 재산권보장의 원칙에 반하며, ③ 회사정리계획에 따른 증여 등 가산대상 증여에 있어서의 예외규정을 두지 않음으로써 본건 상속인들이 위와 같은 예외사유에 해당하는 사실을 주장, 소명할 수 있는 방법이 전혀 없도록 하여 재판을 받을 권리를 침해하고 있는 것이다.

나. 서울행정법원의 위헌법률심판제청신청 기각 이유

국가가 과세권을 행사함에 있어 과세의 종목과 과세방법을 선택하고 일정 범위 내에서 조세채무를 경감하거나 가중하는 등의 방법을 통하여 조세정의

의 실현과 국가의 과세기능 측면에서 생기는 여러 문제를 조정, 결정하는 것은 입법자의 광범위한 재량행위에 속한다.

이 사건 법률조항의 입법취지는 장차 상속세 과세대상이 될 재산을 상속개시 전에 상속인이 될 자나 그 이외의 자에게 재산의 무상이전이라는 점에서 상속과 다름없는 증여의 형태로 분할, 이전하여 고율의 상속세율 적용을 회피함으로써 상속세 부담을 감면받으려는 시도를 방지하려는 것으로서, 이러한 문제는 입법자의 형성재량에 기초한 정책적 판단에 맡겨져 있어 자의적이거나 임의적이 아닌 합리적 범위 내의 것이면 위헌이라고 할 수 없다.

본건에 있어서, 비록 증여의 주된 목적이 고율의 상속세율 적용을 회피하기 위한 것이 아니라 하더라도 일반적으로 그러한 목적이 전혀 존재하지 않는다고 보기 어려운 점, 각 증여의 목적을 모두 구별하고 그에 따라 이 사건 법률조항에의 해당 여부를 판단하는 것은 거의 불가능한 점, 조세회피의 목적이 없는 진정한 의미의 증여를 일일이 조사한다는 것은 조세행정상 지극히 어려운 점, 해석상의 예외를 인정할 경우 납세자들의 대부분이 정당한 증여임을 주장하면서 소송을 제기할 가능성이 있고, 통상 증여당사자의 특수관계 및 이로 인한 담합의 소지 때문에 조세저항 및 부당한 소송의 제기 등 과세행정에 혼란이 예상되는 점 등에 비추어 볼 때 이 사건 법률조항의 내용은 입법재량의 범위 내에 속한다고 볼 것이어서, 결국 헌법상 평등의 원칙, 재산권보장의 원칙 등에 반하거나 재판을 받을 권리 등을 침해하는 것이 아니다.

다. 재정경제부장관의 의견

위헌법률심판제청신청 기각 이유와 같고, 또한 본건의 경우 망인의 증여에 의하여 ○○원양의 주식가치가 상승함으로써 이의 처분시 주식을 소유하고 있는 상속인들에게 그 상승가치가 실현된다는 점에서 헌법상 평등의 원칙에 반한다고 볼 수는 없다.

라. 국세청장의 의견

위헌법률심판제청신청 기각 이유와 같다.

법원조직법 제45조 제4항 위헌확인

(2002. 10. 31. 2001헌마557 전원재판부)

【판시사항】

법관의 정년을 규정하고 있는 법원조직법 제45조 제4항(이하, '이 사건 법률조항'이라 한다)이 청구인의 평등권, 직업선택의 자유 내지 공무담임권을 침해하거나 헌법 제106조의 법관 신분보장 규정에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 법관은 국가의 통치권인 입법·행정·사법의 주요 3권 중 사법권을 담당하고 그 권한을 행사하는 국가기관이고, 다른 국가기관이나 그 종사자와는 달리 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판하는 기관으로서, 법관 하나 하나가 법을 선언·판단하는 독립된 기관이며, 그에 따라 사법권의 독립을 위하여 헌법에 의하여 그 신분을 고도로 보장받고 있다. 따라서, 법관의 정년을 설정함에 있어서, 입법자는 위와 같은 헌법상 설정된 법관의 성격과 그 업무의 특수성에 합치되도록 하여야 할 것이다.

그런데 이 사건 법률조항은 법관의 정년을 직위에 따라 대법원장 70세, 대법관 65세, 그 이외의 법관 63세로 하여 법관 사이에 약간의 차이를 두고 있는 것으로, 헌법 제11조 제1항에서 금지하고 있는 차별의 요소인 '성별', '종교' 또는 '사회적 신분' 그 어디에도 해당되지 아니할 뿐만 아니라, 그로 인하여 어떠한 사회적 특수계급제도를 설정하는 것도 아니고, 그와 같이 법관의 정년을 직위에 따라 순차적으로 낮게 차등하게 설정한 것은 법관 업무의 성격과 특수성, 평균수명, 조직체 내의 질서 등을 고려하여 정한 것으로 그 차별에 합리적인 이유가 있다고 할 것이므로, 청구인의 평등권을 침해하였다고 볼 수 없다.

2. 또한, 이 사건 법률조항과 같이 법관의 정년을 설정한 것은 법관의 노령으로 인한 정신적·육체적 능력 쇠퇴로부터 사법이라는 업

무를 제대로 수행함으로써 사법제도를 유지하게 하고, 한편으로는 사법인력의 신진대사를 촉진하여 사법조직에 활력을 불어넣고 업무의 효율성을 제고하고자 하는 것으로 그 입법목적이 정당하다. 그리고 일반적으로 나이가 들어감에 따라 인간의 정신적·육체적 능력이 쇠퇴해 가게 되는 것은 과학적 사실이고, 개인마다 그 노쇠화의 정도는 차이가 있음도 또한 사실이다. 그런데, 법관 스스로가 사법이라는 중요한 업무수행 감당능력을 판단하여 자연스럽게 물러나게 하는 제도로는 사법제도의 유지, 조직의 활성화 및 직무능률의 유지향상이라는 입법목적은 효과적으로 수행할 수 없고, 어차피 노령에 따른 개개인의 업무감당능력을 객관적으로 측정하기 곤란한 마당에, 입법자가 법관의 업무 특성 등 여러 가지 사정을 고려하여 일정한 나이를 정년으로 설정할 수밖에 없을 것이므로, 그 입법수단 역시 적절하다고 하지 않을 수 없다. 또한 이 사건 법률조항이 규정한 법관의 정년은 60세 내지 65세로 되어 있는 다른 국가공무원의 정년보다 오히려 다소 높고, 정년제를 두고 있는 외국의 법관 정년연령(65세 내지 70세)을 비교하여 보아도 일반법관의 정년이 지나치게 낮다고 볼 수도 없다. 그렇다면, 이 사건 법률조항은 직업선택의 자유 내지 공무담임권을 침해하고 있다고 할 수 없다.

3. 그리고, 헌법규정 사이의 우열관계, 헌법규정에 대한 위헌성판단은 인정되지 아니하므로, 그에 따라 헌법 제106조 법관의 신분보장 규정은 헌법 제105조 제4항 법관정년제 규정과 병렬적 관계에 있는 것으로 보아 조화롭게 해석하여야 할 것이고, 따라서, 정년제를 전제로 그 재직 중인 법관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 정직, 감봉 기타 불리한 처분을 받지 아니한다고 해석하여야 하고, 그러한 해석하에서는 헌법 제105조 제4항에 따라 입법자가 법관의 정년을 결정한 이 사건 법률조항은 그것이 입법자의 입법재량을 벗어나지 않고 기본권을 침해하지 않는 한 헌법에 위반된다고 할 수 없고, 위에서 본 바와 같이 그 입법 자체가 평등권, 직업선택의 자유나 공무담임권 등 기본권을 침해하였다고 볼 수 없어, 결국 신분보장 규정에도 위배된다고 할 수 없다.

【심판대상조문】

법원조직법 제45조(임기·연임·정년) ①~③ 생략

④ 대법원장의 정년은 70세, 대법관의 정년은 65세, 판사의 정년은 63세로 한다.

【참조조문】

헌법 제10조, 제11조, 제15조, 제25조, 제105조, 제106조

【참조판례】

헌재 1995. 12. 28. 95헌바3, 판례집 7-2, 841

헌재 2001. 2. 22. 2000헌바38, 판례집 13-1, 289

헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 412-413

【당 사 자】

청 구 인 전충환(변호사)

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 법관으로 재직하다가 법원조직법 제45조 제4항에 의하여 2001. 12. 5. 정년으로 퇴직한 자이다. 그런데 청구인은 수원지방법원 판사로 재직하던 2001. 8. 10. 위 법률조항으로 인하여 자신의 의사와 관계없이 정년으로 퇴직하게 되므로, 이는 헌법 제10조의 기본적 인권보장, 제11조의 평등권, 제15조 직업선택의 자유를 침해하고 제106조 법관의 신분보장 규정에 위배된다고 하여 그 위헌확인을 구하는 이 사건 심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 법원조직법 제45조 제4항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부인바, 그 법률조항 및 관련 법률조항의 내용은 다음과 같다.

법원조직법 제45조(임기·연임·정년) ① 대법원장의 임기는 6년으로 하

며, 중임할 수 없다.

② 대법관의 임기는 6년으로 하며, 연임할 수 있다.

③ 판사의 임기는 10년으로 하며, 연임할 수 있다.

④ 대법원장의 정년은 70세, 대법관의 정년은 65세, 판사의 정년은 63세로 한다.

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 정년에 이른 법관은 본인의 의사와 관계없이 법관직에서 강제퇴직을 당함으로써, 인간으로서의 존엄과 가치와 행복을 추구할 권리 그리고 국가로부터 기본적인 권을 보장받을 권리를 상실하게 된다. 그리고 정년에 이른 일반 법관은 강제퇴직당함으로써 정년에 이르지 아니한 법관 사이에 있어 불평등한 지위에 있게 되고, 대법원장·대법관·일반법관 상호간에 있어서는 그 정년의 차이로 인하여 같은 법관 사이에 있어도 불평등한 지위에 있게 된다. 또한 정년으로 인하여 더 이상 법관이라는 직업에 종사할 수 없다는 점에서도 직업선택의 자유를 침해당하게 된다. 아울러 정년에 달한 법관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고 법관직을 상실하게 되며, 징계처분에 의하지 아니하고 불리한 처분을 받게 된다. 또한 정년에 이른 법관은 중대한 심신상의 장애로 직무를 수행할 수 없을 때에 해당되지 아니함에도 강제퇴직하게 된다.

(2) 가사 이 사건 법률조항이 헌법 제105조 제4항의 위임에 의한 것이라고 한다 하여도, 위 헌법규정은 법관 이외의 다른 공무원에 대하여서는 헌법상 일체 정년 위임입법 규정을 두지 아니하고 유독 법관의 정년에 관하여서만 규정을 두고 있다는 점에서도 헌법 제10조, 제11조, 제15조의 각 규정에 위반되는 것일 뿐만 아니라, 이 사건 법률조항은 위 헌법 제105조 제4항의 위임의 한계를 벗어난 것으로서 역시 위 각 헌법규정에 위반된다.

(3) 위 헌법 제105조 제4항의 위임에 따라 이 사건 법률조항은 대법원장을 70세로, 대법관은 65세, 그리고 그 이외의 법관은 63세로 차등을 두어 정년을 규정함으로써, 헌법 제11조 제2항에서 금지하고 있는 사회적 특수계급의 제도를 인정하고 이를 창설하는 결과를 초래하므로 헌법에 위반된다.

(4) 법관의 정년을 규정한 목적이 신분이 보장되어 있는 법관이 고령에 이르러 업무능력이 지장을 초래할 우려가 있다는 사실이나 법관에게 정년 연령까지 근무의 계속을 보장함으로써 장래에 대한 확실한 예측을 가지고 직무에

전념하게 한다거나, 법관의 교체를 계획적으로 수행함으로써 연령구성의 고령화를 방지하고 조직을 활성화하여 직무능률을 유지·향상시키는 데 있다고 한다. 그렇다면, 우선 상대적으로 더 중요한 업무를 담당한 법관인 대법원장이 대법관보다, 그리고 대법관이 일반법관보다 정년이 고령으로 규정되어 있는 것은 위 정년을 규정한 취지와는 모순되고, 장래에 대한 확실한 예측을 가지고 직무에 전념하게 한다는 목적은 오히려 정년을 폐지함으로써 더 효과적으로 달성될 수 있을 것이며, 법관의 교체를 계획적으로 수행하는 것은 헌법 및 법원조직법의 법관 임기에 관한 규정으로서 그 목적을 달성하고도 남을 것이다.

또한 법원조직법 제47조에서, “법관이 중대한 심신상의 장애로 직무를 수행할 수 없을 때에는 대법관인 경우에는 대법원장의 제청으로 대통령이, 판사인 경우에는 대법원장이 퇴직을 명할 수 있다.”라고 규정하고 있는데, 이 규정에 의하여 연령 구성의 고령화를 방지하고, 업무능력에 지장을 초래할 우려가 있는 법관에 대한 퇴직을 명할 수 있을 것이다.

(5) 분쟁해결을 위하여 오랜 사회적 경험과 연륜을 필요로 하고 진보적이고 개혁적이기보다는 오히려 기존 법질서의 유지를 본연의 임무로 하고 있는 법관에 대하여, 그 임기에 의한 근무기간의 제한을 두고 다시 정년에 의한 근무기간의 제한을 두고 있는 것은 법관의 신분과 사법권의 독립을 보장하는 것이 아니라, 오히려 이를 저해하는 결과를 초래하고 있다고 할 것이다.

또한 헌법기관 가운데, 대통령, 국회의장 그리고 국무총리 등에 대하여는 정년에 관한 규정이 없는데도 대법원장에게는 정년이 있어야 하는 합리적 헌법질서상 근거가 없고, 선거직 공무원 또는 선출직 공무원과 달리 임명직 공무원에 대하여는 정년이 있어야 하는 헌법상의 합리적인 이유도 없는 것이다.

따라서, 이 사건 법률조항은 헌법 제10조(기본적 인권의 보장), 제11조(평등권), 제15조(직업선택의 자유) 및 제106조(법관의 신분보장)에 위반된다.

나. 법원행정처장의 의견

(1) 헌법 제105조 제4항에서, “법관의 정년은 법률로 정한다.”라고 명문으로 규정하고 있으므로, 법관정년제는 헌법상의 근거에 의한 것으로서 정년제 그 자체의 합헌성은 특별히 문제되지 아니한다.

(2) 육체적·정신적 능력이 연령과 함께 감퇴되는 것은 자연의 법칙인데, 우리 헌법은 일정한 연령에 달한 법관을 교체함으로써 고도의 능력을 요하는 법관의 직무가 충실히 수행될 수 있도록 사법부를 유지하고 나아가 국민의

재판을 받을 권리라는 공적이익을 추구하고자 하는 것으로서, 연령에 의하여 퇴직여부를 구별하는 것은 합리적인 기준에 의한 구별이므로 평등의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

(3) 선거직 공무원의 행위는 법관의 행위에 비하여 보다 많은 공중의 감시에 놓이게 되고, 그들의 행위에 좋지 않은 점이 있는 경우 대개는 간단히 외부에 드러나게 될 뿐만 아니라, 그들은 법관 보다 쉽게 해임당할 수 있고, 국민은 선거직 공무원의 업무수행능력을 선거에 의하여 평가하고 교체할 수 있지만, 법관의 경우에는 그러하지 아니한 점등에 비추어 볼 때, 선거직 공무원과 달리 법관에게 정년을 두는 것은 합리적인 이유가 있다고 할 것이다.

(4) 법관의 정년에 관하여 헌법이 법률에 위임하고 있다고 하여도, 그 법률에서 구체적인 정년연령을 설정함에 있어 입법자의 재량권을 일탈하였다고 해석되는 경우에는 위헌성이 문제될 수 있다. 그러나 이 사건 법률조항이 그 정년을 정함에 있어서 대법원장, 대법관 기타 법관의 정년을 각 70세, 65세, 63세로 조금씩 차등을 두고 있다고 하여도 이를 위헌이라고까지 보기는 어렵다고 할 것이다.

즉, 대법원장 및 대법관은 거기에 적합한 경험많고 유능한 인재를 구하기가 결코 용이하지 않기 때문에 될수록 넓은 범위에서 적임자를 물색하여 임명할 수 있도록 다른 법관들에 비하여 정년을 연장함이 합리적이고, 특히 대법원장은 사법부의 수장으로서 대통령, 국회의장과 동등한 특별한 지위에 있으므로 대법관보다 그 정년을 연장함이 상당한 것이다.

3. 판 단

가. 관련 기본권과 위헌여부 판단의 대상

청구인의 주장요지는 다음 3가지이다. 즉, 첫째, 법관정년제를 규정하고 있는 것은 본인의 의사와 관계없이 퇴직시키는 것으로 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치·행복추구권, 제11조 평등권, 제15조 직업선택의 자유 및 제106조의 법관의 신분보장 규정에 위배되고, 둘째, 선거직 공무원과 달리 임명직인 법관에만 정년을 규정하고 있는 것은 합리적 이유없는 차별로 평등권을 침해하고 있고, 셋째, 법관의 정년을 대법원장 70세, 대법관 65세, 판사 63세로 그 직위에 따라 고위 법관부터 순차적으로 차등하여 낮게 규정한 것은 합리적인 이유없는 차별로 평등권을 침해하고, 헌법 제105조 제4항 위임의 한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반된다는 것이다.

그런데 우선, 헌법 제105조 제1항 내지 제3항에서는 대법원장·대법관 및

그 이외의 법관의 임기제를 규정하고 있고, 같은 조 제4항에서, “법관의 정년은 법률로 정한다.”라고 규정하여 ‘법관정년제’ 자체를 헌법에서 명시적으로 채택하고 있으며, 다만, 구체적인 정년연령을 법률로 정하도록 위임하고 있을 뿐이다. 따라서 ‘법관정년제’ 자체의 위헌성 판단은 헌법규정에 대한 위헌주장으로, 종전 우리 헌법재판소 판례에 의하면, 위헌판단의 대상이 되지 아니한다(헌재 1995. 12. 28. 95헌바3, 판례집 7-2, 841; 헌재 2001. 2. 22. 2000헌바38, 판례집 13-1, 289 각 참조). 물론 이 경우에도 법관의 정년연령을 규정한 법률의 구체적인 내용에 대하여는 위헌판단의 대상이 될 수 있다.

다음, 법관의 정년을 차등적으로 규정한 것의 위헌주장 중, 헌법규정에 위임의 한계를 벗어나 위헌이라는 부분은 결국 국회의 입법재량권의 한계 내에 있는지 여부에 대한 판단에 귀결되므로, 평등권 등 침해여부 판단과 더불어 검토하면 족할 것이다.

그리고 헌법 제10조의 기본적 인권보장(인간의 존엄과 가치 및 행복추구권) 규정에 대한 주장도 위 평등권 등 구체적인 기본권 침해여부에 대한 판단으로 족하다고 할 것이다.

그렇다면, 결국 이 사건 본안판단의 대상이 되는 것은 법관의 정년을 직위에 따라 대법원장 70세, 대법관 65세, 그 이외의 법관 63세로 규정하여 법관 사이에 차이를 두고 있는 것이 평등권 및 직업선택의 자유를 침해하거나 헌법 제106조의 법관의 신분보장 규정에 위배되는지 여부라고 할 것이다.

나. 법관의 임기·정년에 관한 입법연혁

(1) 우리 헌법 규정의 변천

우리 헌법은 제헌헌법부터 임기 10년의 법관임기제를 규정하고 있었고, 제5차 개정헌법(1962년 헌법)에서는 대법원장인 법관의 임기는 6년, 일반 법관의 임기는 10년으로 하는 임기제 규정을 두고 아울러 법관 정년을 일률적으로 65세로 한다고 헌법에 명시적으로 정년연령을 직접 규정하였다가, 제7차 개정헌법(1972년 헌법)에 이르러서는 정년연령을 헌법에 직접 명시하여 규정하지 않고, 다만, “법률이 정하는 연령에 달한 때에는 퇴직한다.”라고 규정하여, 정년제를 채택하되, 그 구체적인 정년연령은 법률로 정하도록 하였으며, 제8차 개정헌법(1980년 헌법)에서 현행헌법과 같이 “법관의 정년은 법률로 정한다.”라고 헌법에서 법관정년제를 규정하면서 그 구체적인 정년연령은 법률로 정하도록 하고 아울러 대법원장, 대법관, 그 이외의 일반법관 사이에 차등을 두는 임기제를 규정하여 현행헌법에 이르게 되었다.

요컨대, 역대 우리헌법은 법관의 임기제와 정년제를 채택하여 왔던 것이다.

(2) 법원조직법 규정의 변천

1949. 9. 26. 법률 제51호로 제정된 법원조직법 제39조에 의하면, 대법원장인 대법관의 정년은 70세, 기타 법관의 정년은 65세로 규정하였다가, 1961. 8. 12. 법률 제679호 개정법률에 의하여 법관의 정년을 일률적으로 65세로 규정하였고, 1962년 헌법에 따른 1963. 12. 13. 법률 제1496호 개정법률에 의하여 대법원장인 대법관의 임기 6년(연임불가), 그 이외의 법관의 임기 10년(연임가능)으로 법관의 임기를 차등하여 규정하였으며, 1972년 헌법에 따른 1973. 1. 25. 법률 제2448호 개정법률에 의하여 대법원장과 대법원판사인 법관의 정년은 65세, 고등법원장인 법관의 정년은 63세, 그 이외의 법관의 정년은 60세로 한다고 규정하였고, 1980년 헌법에 따른 1981. 1. 29. 법률 제3362호 개정법률에 의하여 대법원장의 정년은 70세, 대법원판사의 정년은 65세, 고등법원장 및 사법연수원장인 법관의 정년은 63세, 그 이외의 법관의 정년은 60세로 한다고 규정하였으며, 현행헌법에 입각한 1994. 7. 27. 법률 제4765호 개정법률 제45조 제4항(이 사건 법률조항)에 의하여 대법원장의 정년은 70세, 대법관의 정년은 65세, 판사의 정년은 63세로 개정하기에 이른 것이다. 한편 위 최종 법원조직법 개정과정에서 “시군판사의 정년을 70세로 한다.”라는 안이 제기되었으나, 결국 동 개정안에 포함되지 못한 바 있다.

다. 평등권 침해여부

헌법 제11조 제1항은, “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 규정하고 있고, 제2항에서는, “사회적 특수계급의 제도는 인정되지 아니하며, 어떤 형태로도 이를 창설할 수 없다.”라고 규정하고 있다.

그런데 이 사건 법률조항은 법관의 정년을 직위에 따라 대법원장 70세, 대법관 65세, 그 이외의 법관 63세로 하여 법관 사이에 약간의 차이를 두고 있는 것으로, 헌법 제11조 제1항에서 금지하고 있는 차별의 요소인 ‘성별’, ‘종교’ 또는 ‘사회적 신분’ 그 어디에도 해당되지 아니할 뿐만 아니라, 그로 인하여 어떠한 사회적 특수계급제도를 설정하는 것도 아니다.

그렇다면, 이 사건 법률조항의 평등권 침해여부와 관련하여 문제되는 것은 위와 같이 법관에 따라 그 정년연령에 차등을 두는 것, 다시 말하면, 대법관은 대법원장보다 5세, 그 이외의 일반법관의 정년연령은 그 보다 7세나 5세 정도

낮게 설정하는 것에 합리적인 이유가 있는가 여부라고 할 것이다.

법관정년제를 두는 것은 통상 나이가 들어감에 따라 육체적·정신적 능력이 쇠퇴해 가는 것이 사실이므로, 그에 대처하여 사법이라는 업무를 효율적으로 제대로 수행함으로써 사법제도를 유지하고자 하고, 한편으로는 사법인력의 신진대사를 촉진하여 사법조직에 활력을 불어일으키고자 하는 중요한 공익을 위한 것이라고 할 것이다. 즉, 법관정년제는 법관의 쇠퇴화·보수화·관료화를 완화 또는 방지하고자 하는데 그 입법목적이 있고, 나아가 정년을 명시함으로써 법관의 신분보장에도 기여하는 것으로 보고 있다.

그리고 일반법관보다 대법원장·대법관의 정년연령을 더 높게 설정한 이유는, 첫째, 경험이 풍부하고 식견이 높은 인물을 가능한 한 연령에 제한됨이 없이 널리 구하고, 둘째, 대법원은 법률심이고 사실심이 아니기 때문에 신체적인 부담이 하급법원의 법관에 비하여 비교적 적다는데 있으며, 셋째, 정원이 적으므로 고령에 달할 때까지 심신이 모두 건강한 인물을 채용할 수 있다는 것이다.¹⁾ 그 밖에 그 자격요건(15년 이상의 법조경력) 등으로 상대적으로 높은 연령에서 임명된다는 점 등을 들 수 있다.

한편, 우리나라 국가공무원의 정년에 관하여는 원칙적으로 직무의 종류 및 계급에 따라 이를 달리 정하고 있는데, 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 일반직 공무원으로서 5급 이상의 공무원은 60세, 6급 이하의 공무원은 57세(다만 공안직 8급 및 9급 공무원은 54세)를 그 정년으로 하고 있다. 그리고 일반직 공무원 중 대통령령이 정하는 연구 또는 특수기술직렬의 공무원은 57세 내지 60세(연구관·지도관은 60세, 연구사·지도사는 57세), 기능직 공무원은 50세 내지 57세(등대직렬 및 방호직렬공무원은 59세)의 범위 내에서 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령이 정하는 바에 따라 정년을 정하도록 하고 있다(국가공무원법 제74조). 검찰총장의 정년은 65세, 검찰총장 외의 검사의 정년은 63세로 되어 있고(검찰청법 제41조), 경찰공무원의 정년은 경정 이상이 60세, 경감 이하가 57세로 되어 있고, 별도로 치안감 4년 등 계급정년도 규정하고 있으며(경찰공무원법 제24조 제1항), 군인의 경우는 연령정년으로 원수 중신, 대장 63세, 중장 61세, 소장 59세, 준장 58세……하사 40세에 이르기까지 계급별로 차등하게 설정되어 있고, 별도로 근속정년(대령 35년 등), 계급정년(중장 4년 등)도

1) 김철수 외9, 주석헌법, 법원사 1996. 584-585쪽 참조.

두고 있고, 교육공무원의 경우는 고등교육법 제14조에 의한 대학교수, 총장, 학장 등 대학교 교원은 65세, 그 이외에는 62세로 되어 있으며(교육공무원법 제47조 제1항), 외무공무원의 정년은 60세로 되어 있는데, 다만, 외교통상부 및 그 소속기관의 직위 중 대통령령이 정하는 직위에 재직 중인 자는 정년을 초과하여 근무할 수 있으나 64세를 초과할 수 없도록 규정하고 있다(외무공무원법 제27조 제1항, 제3항).

그렇다면, 우리나라 공무원의 정년은 그 직무의 성격에 따라 다소 차이를 두고 있으나 군인의 경우 이외에는 대체로 60세 내지 65세로 설정되어 있을 을 알 수 있다.

법관은 국가의 통치권인 입법·행정·사법의 주요 3권 중 사법권을 담당하고 그 권한을 행사하는 국가기관이고, 다른 국가기관이나 그 종사자와는 달리 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판하는 기관으로서(헌법 제103조), 법관 하나 하나가 법을 선언·판단하는 독립된 기관이며, 그에 따라 사법권의 독립을 위하여 헌법에 의하여 그 신분을 고도로 보장받고 있다(헌법 제106조). 따라서, 법관의 정년을 설정함에 있어서, 입법자는 위와 같은 헌법상 설정된 법관의 성격과 그 업무의 특수성에 합치되어야 하고, 관료제도를 근간으로 하는 계층구조적인 일반 행정공무원과 달리 보아야 함은 당연하므로, 고위법관과 일반법관을 차등하여 정년을 설정함은 일응 문제가 있어 보이나, 사법도 심급제도를 염두에 두고 있다는 점과 위에서 살펴본 몇 가지 이유를 감안하여 볼 때, 일반법관의 정년을 대법원장이나 대법관보다 낮은 63세로, 대법관의 정년을 대법원장보다 낮은 65세로 설정한 것이 위헌이라고 단정할 만큼 불합리하다고 보기는 어렵다고 할 것이다. 그리고 외국의 경우, 법관을 종신직으로 하고 있는 나라도 있지만, 법관의 정년을 규정하고 있는 나라에서는 대개 65세 내지 70세 전후로 설정되어 있으며, 특히 법관의 정년연령이 2원적으로 설정되어 있는 경우에는 대체로 고위법관의 정년연령이 고령으로 규정되어 있다는 것을 알 수 있다.

그렇다면, 이 사건 법률조항이 법관의 정년을 직위에 따라 순차적으로 낮게 차등하게 설정한 것은 법관 업무의 성격과 특수성, 평균수명, 조직체 내의 질서 등을 고려하여 정한 것으로 그 차별에 합리적인 이유가 있다고 할 것이므로, 청구인의 평등권을 침해하였다고 볼 수 없다.

다만, 이 사건 법률조항의 위헌여부와 별도로, 향후 국회는 의학의 발달로 인하여 평균수명이 연장되고 있고 활동연령도 높아가고 있는 추세에 맞추고,

법관 업무의 특수성을 고려하여, 일반법관의 경우에도 풍부한 경험과 숙련된 실무를 익힌 법관을 확보함으로써, 개개의 심급마다 재판의 질을 향상시켜 사법부의 권위를 유지하기 위하여 정년연령을 상향조정하는 문제를 검토할 필요는 충분히 있다고 본다.

라. 직업선택의 자유 침해여부

직업선택의 자유는 모든 국민이 자신의 삶을 영위해 나가는 생활의 터전이 되고 각자의 개성을 발휘하고 인격을 실현하는데 필수불가결한 기본권이다. 따라서, 국민이 선택하고 수행하고자 하는 직업은 그것이 공직이든 아니든 국가가 이를 최대한으로 보장할 의무가 있는 것이다. 그런데, 국민이 선택하고 수행하고자 하는 직업이 공직인 경우에는 공무담임권과 결부되고 그것을 통하여 실현된다고 할 것이다. 그리고 공무담임권도 국가 안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 법률로써 제한할 수 있으나, 그 경우에도 이를 불평등이나 과도하게 침해하거나 본질적인 내용을 침해할 수는 없다고 할 것이다(헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 412-413 참조).

다만, 공무담임권의 제한의 경우는 그 직무가 가지는 공익실현이라는 특수성으로 인하여 그 직무의 본질에 반하지 아니하고 결과적으로 다른 기본권의 침해를 야기하지 아니하는 한 상대적으로 강한 합헌성이 추정될 것이므로, 주로 평등의 원칙이나 목적과 수단의 합리적인 연관성여부가 심사대상이 될 것이며, 법익형량에 있어서도 상대적으로 다소 완화된 심사를 하게 될 것이다.

그런데, 이 사건 법률조항과 같이 법관의 정년을 설정한 것은 법관의 노력으로 인한 정신적·육체적 능력 쇠퇴로부터 사법이라는 업무를 제대로 수행함으로써 사법제도를 유지하게 하고, 한편으로는 사법인력의 신진대사를 촉진하여 사법조직에 활력을 불어넣고 업무의 효율성을 제고하고자 하는 것으로 그 입법목적이 정당하다.

그리고 일반적으로 나이가 들어감에 따라 인간의 정신적·육체적 능력이 쇠퇴해 가게 되는 것은 과학적 사실이고, 개인마다 그 노쇠화의 정도는 차이가 있음도 또한 사실이다. 그런데, 법관 스스로가 사법이라는 중요한 업무수행 감당능력을 판단하여 자연스럽게 물러나게 하는 제도로는 사법제도의 유지, 조직의 활성화 및 직무능률의 유지향상이라는 입법목적에 효과적으로 수행할 수 없고, 어차피 노력에 따른 개개인의 업무감당능력을 객관적으로 측정하기 곤란한 마당에, 입법자가 법관의 업무 특성 등 여러 가지 사정을 고려하여 일정한 나이를 정년으로 설정할 수밖에 없을 것이므로, 그 입법수단 역시

적절하다고 하지 않을 수 없다.

청구인은 법원조직법 제47조의 심신장애로 인한 퇴직규정에 의하여 연령구성의 고령화를 방지하고 업무능력에 지장을 초래할 우려가 있는 법관에 대한 퇴직을 명할 수 있어서, 그것으로 충분히 위와 같은 입법목적을 달성할 수 있다고 주장한다.

그러나 법원조직법 제47조는, “법관이 중대한 심신상의 장애로 직무를 수행할 수 없을 때에는 대법관인 경우에는 대법원장의 제청으로 대통령이, 판사인 경우에는 대법원장이 퇴직을 명할 수 있다.”라고 규정하고 있어서, 이는 노령으로 인한 직무수행능력결여를 염두에 둔 규정이라기 보다는 나이와 관계없이 ‘중대한 심신상의 장애’ 즉, 중병으로 인한 업무수행능력결여를 상정한 것이라고 할 것이다. 그럼에도 불구하고 설사 이를 노령으로 인한 직무수행능력결여의 경우에도 활용한다고 할 때, 그 객관성을 어떻게 담보할 것이며, 그와 같은 사유로 퇴직하게 되는 법관에 대한 사회적 평가(명예손상) 등 적지 않은 문제가 발생할 것이므로, 그 활용은 쉽지 않을 것이다.

그리고 다른 국가공무원의 정년보다 오히려 다소 높고, 정년제를 두고 있는 외국의 법관 정년연령을 비교하여 보아도 이 사건 법률조항의 일반법관의 정년이 지나치게 낮다고 볼 수는 없다.

그렇다면, 이 사건 법률조항은 직업선택의 자유 내지 공무담임권을 침해하고 있다고 할 수 없다.

마. 법관의 신분보장규정 위배여부

법관정년제를 규정한 것은 한편으로는 정년연령까지 그 신분이 보장되는 측면이 있다. 청구인은 그 법관정년제 자체를 문제삼고 있는바, 이 점에 관하여는 우리 헌법상 법관정년제를 채택하고 있어서, 위에서 본 바와 같이 원칙적으로 위헌성판단의 대상이 되지 아니한다.

우리는 헌법규정 사이의 우열관계, 헌법규정에 대한 위헌성판단을 인정하지 아니하고 있으므로, 그에 따라 헌법 제106조 법관의 신분보장 규정은 헌법 제105조 제4항 법관정년제 규정과 병렬적 관계에 있는 것으로 보아 조화롭게 해석하여야 할 것이고, 따라서, 정년제를 전제로 그 재직 중인 법관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 정직, 감봉 기타 불리한 처분을 받지 아니한다고 해석하여야 하고, 그러한 해석하에서는 헌법 제105조 제4항에 따라 입법자가 법관의 정년을 결정한 이 사건 법률조항은 그것이 입법자의 입법제량을 벗어나지

않고 기본권을 침해하지 않는 한 헌법에 위반된다고 할 수 없고, 위에서 본 바와 같이 그 입법 자체가 평등권, 직업선택의 자유나 공무담임권 등 기본권을 침해하였다고 볼 수 없어, 결국 신분보장 규정에도 위배된다고 할 수 없다.

학자에 따라서는 사법권의 독립을 보다 효과적으로 이룩하기 위하여 법관 정년제를 폐지하고 종신제로 가야 한다는 견해가 있다. 그런데, 궁극적으로 이 문제는 사법권 독립, 사법의 민주화, 사법의 보수화·관료화·노쇠화 방지 등을 비교 형량한 헌법정책 내지 입법정책의 문제라고 할 것이다.

그리고 법관의 정년자체를 낮게 설정함으로써 그 결과 법관의 신분보장 규정에 위배된다는 주장이라면, 위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항이 평등권, 직업선택의 자유나 공무담임권을 침해하고 있지 아니하므로, 결과적으로 법관의 신분보장규정에도 위배되지 아니한다고 할 것이다.

따라서, 이 사건 법률조항은 법관의 신분보장을 규정하고 있는 헌법 제106조에도 위배되지 아니한다.

4. 결 론

따라서, 이 사건 법률조항은 평등권, 직업선택의 자유 내지 공무담임권, 나아가 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해하고 있지 아니하고, 헌법 제 106조의 법관의 신분보장 규정에도 위배되지 아니하므로, 이 사건 심판청구를 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 김영일(주심) 권 성 김효종
김경일 송인준 주선희

구 여신전문금융업법시행령 제2조 위헌확인

(2002. 10. 31. 2002헌마20 전원재판부)

【판시사항】

1. 단체의 구성원이 기본권을 침해당한 경우 단체가 구성원의 권리구제를 위하여 또는 그를 대신하여 헌법소원심판을 청구하는 것이 적법한지 여부(소극)
2. 리스회사의 반환조건부 자동차리스업을 금지하고 있던 구 여신전문금융업법시행령 제2조 제2항이 삭제되어 리스회사가 자동차대여업(렌트카업)과 유사한 리스업을 영위할 수 있게 됨에 따라 기존의 자동차대여업자의 입장에서 볼 때 영업상 경쟁관계에 있는 자의 증가로 영업상 이익의 감소가 예상되는 경우에 자동차대여업자의 기본권 침해 문제가 발생하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 단체의 구성원이 기본권을 침해당한 경우에 단체가 구성원의 권리구제를 위하여 또는 그 구성원을 대신하여 청구한 헌법소원심판은 부적법하다.
2. 구 여신전문금융업법시행령 제2조 제2항(1999. 4. 24. 대통령령 제16261호로 개정되기 전의 것)은 “자동차관리법 제2조 제1호의 규정에 의한 자동차로서 여객자동차운수사업법 제5조의 규정에 의하여 면허를 얻거나 동법 제29조의 규정에 의하여 등록을 받지 아니한 자가 사용할 자동차는 시설대여계약기간 종료후 당해 자동차를 시설대여업자에게 반환할 것을 조건으로 하는 시설대여를 할 수 없다.”고 규정하여 여신전문금융업법상의 시설대여(리스)업을 영위하는 여신전문금융회사(리스회사)가 일반 소비자들을 상대로 이른바 반환조건부 자동차리스업을 하는 것을 금지하고 있었는데, 여신전문금융업법시행령중개정령(1999. 4. 24. 대통령령 제16261호)이 위 제2항을 삭제함으로써 리스회사에게 반환조건부 자동차리스업이 허용되었다 하더라도, 이로 인하여 그동안 여객자동차운수사업법을 근거로 자동차대여

업(렌트카업)에 종사하던 자동차대여업자가 종전과 같이 자동차대여업을 영위하는 데에 아무런 지장이 없고, 다만, 위 개정령으로 인하여 자동차대여업과 유사한 형태의 자동차리스업이 리스회사에게 허용됨으로써 자동차대여업자의 입장에서는 종전에 누리던 자동차대여업에 관한 독점적인 영업이익을 상실하게 되었다고 할 수는 있을 것이나, 그러한 독점적인 영업이익은 여신전문금융업법시행령이 반환조건부 자동차리스를 리스회사의 업무범위에서 제외시켜 놓았던 데에 기인하는 반사적 이익 또는 사실상의 이익에 지나지 아니하는 것이므로, 그 이익이 상실되었다 하더라도 자동차대여업자인 청구인의 헌법상 기본권의 침해 문제는 발생하지 않는 것이고, 따라서 위 개정령의 위헌확인을 구하는 청구인의 헌법소원심판 청구는 부적법하다.

【심판대상규정】

여신전문금융업법시행령중개정령(1999. 4. 24. 대통령령 제16261호)

여신전문금융업법시행령 중 다음과 같이 개정한다.

제2조 제2항 및 제3항을 각각 삭제하고, 동조 제4항 중 “법인세법시행령 제49조”를 “법인세법시행령 제28조 및 제29조”로 한다.

【참조조문】

여신전문금융업법(2001. 3. 28. 법률 제6430호로 개정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1.~9. 생략

10. “시설대여”라 함은 대통령령이 정하는 물건(이하 “특정물건”이라 한다)을 새로이 취득하거나 대여받아 거래상대방에게 대통령령이 정하는 일정기간이상 사용하게 하고, 그 기간에 걸쳐 일정대가를 정기적으로 분할하여 지급받으며, 그 기간 종료후의 물건의 처분에 대하여는 당사자간의 약정으로 정하는 방식의 금융을 말한다.

11.~16. 생략

여신전문금융업법시행령(1999. 4. 24. 대통령령 제16261호로 개정되기 전의 것) 제2조(시설대여의 범위등) ① 여신전문금융업법(이하 “법”이라 한다) 제2조 제10호에서 “대통령령이 정하는 물건”이라 함은 다음 각호의 물건을 말한다.

1. 시설·설비·기계 및 기구

2. 건설기계·차량·선박 및 항공기

3. 제1호 및 제2호의 물건에 직접 관련되는 부동산 및 재산권

② 제1항의 규정에 불구하고 자동차관리법 제2조 제1호의 규정에 의한 자동차로서 여객

자동차운수사업법 제5조의 규정에 의하여 면허를 얻거나 동법 제29조의 규정에 의하여 등록을 받지 아니한 자가 사용할 자동차는 시설대여계약기간 종료후 당해 자동차를 시설대여업자에게 반환할 것을 조건으로 하는 시설대여를 할 수 없다.

③~⑥ 생략

여객자동차운수사업법(2002. 2. 4. 법률 제6655호로 개정되기 전의 것) 제5조(면허등)

① 여객자동차운송사업을 경영하고자 하는 자는 사업계획을 작성하여 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 건설교통부장관의 면허를 받아야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 여객자동차운송사업을 경영하고자 하는 자는 특별시장·광역시장·도지사(이하 “시·도지사”라 한다)의 면허를 받거나 사업계획을 작성하여 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 건설교통부장관에게 등록하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 면허 또는 등록을 함에 있어서는 제3조의 규정에 의한 여객자동차운송사업의 종류별로 노선 또는 사업구역을 정하여야 한다.

③ 건설교통부장관 또는 시·도지사는 제1항의 규정에 의하여 면허 또는 대통령령이 정하는 여객자동차운송사업의 등록을 함에 있어서 필요하다고 인정하는 경우에는 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 운송할 여객등에 관한 업무의 범위나 기간을 한정하여 면허(이하 “한정면허”라 한다)를 하거나, 여객자동차운송사업의 질서를 확립하기 위하여 필요한 조건을 붙일 수 있다.

여객자동차운수사업법(2002. 2. 4. 법률 제6655호로 개정되기 전의 것) 제29조(등록) ①

자동차대여사업을 경영하고자 하는 자는 사업계획을 작성하여 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 건설교통부장관에게 등록하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 자동차대여사업의 등록에 관하여는 제7조의 규정을 준용한다.

【참조판례】

- 1. 헌재 1991. 6. 3. 90헌마56, 판례집 3, 289
헌재 1994. 2. 24. 93헌마33, 판례집 6-1, 124
헌재 1995. 7. 21. 92헌마177등, 판례집 7-2, 112
헌재 2002. 6. 27. 2000헌마642등, 판례집 14-1, 644
- 2. 헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813
헌재 1995. 7. 21. 94헌마191, 판례집 7-2, 195
헌재 1999. 5. 27. 97헌마368, 판례집 11-1, 667

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 전국자동차대여사업조합
대표자 이사장 안병학
- 2. 성원렌트카 주식회사

대표이사 유인관
청구인들 대리인 법무법인 한중
담당변호사 강동근

【주 문】

이 사건 심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인 성원렌트카 주식회사는 자동차대여사업(렌트카 영업)과 자동차정비업 등을 영위할 목적으로 설립된 회사이고, 청구인 전국자동차대여사업조합은 여객자동차운수사업법에 의해 등록된 자동차대여사업자들을 조합원으로 하여 설립된 법인이다.

(2) 1999. 4. 24. 대통령령 제16261호로 개정되기 전의 여신전문금융업법시행령(이하 “개정전 시행령”이라 한다)은 제2조 제2항에서 “자동차관리법 제2조 제1호의 규정에 의한 자동차로서 여객자동차운수사업법 제5조의 규정에 의하여 면허를 얻거나 동법 제29조의 규정에 의하여 등록을 받지 아니한 자가 사용할 자동차는 시설대여계약기간 종료후 당해 자동차를 시설대여자에게 반환할 것을 조건으로 하는 시설대여를 할 수 없다.”고 규정하여 여신전문금융업법상의 시설대여(리스)업을 영위하는 여신전문금융회사가 여객자동차운수사업법상의 여객자동차운송사업자나 자동차대여사업자가 아닌 일반 소비자들을 상대로 이른바 반환조건부 자동차리스영업을 하는 것을 금지하고 있었다.

그런데 “여신전문금융업법시행령중개정령(1999. 4. 24. 대통령령 제16261호)”이 위 반환조건부 자동차리스를 금지하던 제2조 제2항을 삭제함으로써 여신전문금융회사가 일반 소비자들을 상대로 반환조건부 자동차리스영업을 하는 것이 가능하게 되었다.

(3) 이에 청구인들은 위와 같이 반환조건부 자동차리스를 금지하던 개정전 시행령 제2조 제2항이 삭제되어 여신전문금융업법상의 여신전문금융회사도 자동차대여사업과 유사한 리스업을 할 수 있게 됨으로써, 여객자동차운수사업법에 의해 등록하고 자동차대여사업을 영위하는 청구인들이 큰 타격을 받

왔고 이로 인해 헌법상 보장된 청구인들의 직업의 자유 및 평등권이 침해되었다고 주장하면서 2002. 1. 9. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 “여신전문금융업법시행령중개정령(1999. 4. 24. 대통령령 제16261호)” 중 “제2조 제2항을 삭제하고” 부분(이하 “이 사건 규정”이라 한다)의 위헌 여부이며, 그 규정 및 관련규정의 내용은 다음과 같다(청구 이유를 살펴보면 청구인들의 주장요지는, 청구취지로 기재된 위와 같이 개정된 후의 시행령 제2조 자체가 헌법에 위반된다는 것이 아니라, 개정전 시행령 제2조에 규정되어 있던 제2항을 삭제함으로써 자동차대여업과 유사한 형태의 반환조건부 자동차리스업을 여신전문금융회사에게도 허용한 것이 헌법에 위반된다는 것이므로 심판의 대상을 위와 같이 본다).

(1) 심판대상 규정

여신전문금융업법시행령중개정령(1999. 4. 24. 대통령령 제16261호)

여신전문금융업법시행령 중 다음과 같이 개정한다.

제2조 제2항 및 제3항을 각각 삭제하고, 동조 제4항 중 “법인세법시행령 제49조”를 “법인세법시행령 제28조 및 제29조”로 한다.

(2) 관련 규정

여신전문금융업법시행령(1999. 4. 24. 대통령령 제16261호로 개정되기 전의 것)

제2조(시설대여의 범위등) ① 여신전문금융업법 제2조 제10호에서 “대통령령이 정하는 물건”이라 함은 다음 각호의 물건을 말한다.

1. 시설·설비·기계 및 기구
2. 건설기계·차량·선박 및 항공기
3. 제1호 및 제2호의 물건에 직접 관련되는 부동산 및 재산권

② 제1항의 규정에 불구하고 자동차관리법 제2조 제1호의 규정에 의한 자동차로서 여객자동차운수사업법 제5조의 규정에 의하여 면허를 얻거나 동법 제29조의 규정에 의하여 등록을 받지 아니한 자가 사용할 자동차는 시설대여 계약기간 종료후 당해 자동차를 시설대여업자에게 반환할 것을 조건으로 하는 시설대여를 할 수 없다.

③~⑥ 생략

(3) 나머지 관련 규정은 별지와 같다.

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

자동차대여사업에 관하여 규정하고 있는 여객자동차운수사업법에 의하면 동법이 정한 차량대수, 차고면적 등 일정한 요건을 갖추어 등록을 한 경우에만 자동차대여사업을 할 수 있으며, 사업용 자동차 외의 자동차(자가용 자동차)는 유상으로 운송용에 제공하거나 임대하지 못하도록 규정되어 있다. 한편 개정전 시행령 제2조 제2항은 시설대여업을 영위하는 여신전문금융회사(이하 “리스회사”라고 한다)가 반환조건부 자동차시설대여업(이하 “반환조건부 자동차리스”라고 한다)을 하는 것을 금지하고 있었다. 그런데 이 사건 규정이 개정전 시행령 제2조 제2항을 삭제하여 리스회사로 하여금 반환조건부 자동차리스업을 할 수 있도록 허용함으로써, 여객자동차운수사업법에 의한 등록을 하고 자동차대여업을 영위하는 자(이하 “자동차대여업자”라 한다)는 여객자동차운수사업법이 정한 요건을 갖추어 등록을 한 후에야 자동차대여업을 할 수 있음에 반하여 리스회사는 여신전문금융업법상의 요건을 갖추기만 하면 여객자동차운수사업법에 의한 등록요건을 갖추지 않아도 자동차대여업과 동일한 형태의 반환조건부 자동차리스업을 할 수 있게 되었다. 이는 자가용 자동차의 유상대여를 금지한 여객자동차운수사업법의 규정에 위반되는 것이고, 청구인들을 리스회사나 여신전문금융업협회에 비하여 차별하는 것이며, 청구인들의 직업의 자유를 침해하는 것이다.

나. 재정경제부장관의 의견

(1) 개정전 시행령 제2조 제2항은 여신전문금융업법에 의하여 등록된 리스회사에 대하여 특정한 형태의 자동차에 관한 리스업을 할 수 없도록 제한한 규정으로서 그 규정을 삭제한 것이 여객자동차운수사업법에 의하여 성립된 청구인들의 기본권을 직접적으로 침해하는 것이라 볼 수 없으며 단지 청구인들은 그로 인해 간접적인 영향을 받는 것일 뿐이므로, 청구인들의 이 사건 청구는 부적법하다.

(2) 여신전문금융업법과 여객자동차운수사업법은 그 각각의 법률의 목적, 규율대상 사업의 내용과 방법 등이 다르고, 따라서 자동차리스의 경우에는 계약기간이 장기간이므로 거래 상대방의 안전을 위하여 그 영업주체를 자본금 200억 원 이상인 법인에 한정하고 있고, 영업에 관하여 금융감독기관인 금융감독위원회와 금융감독원의 감독을 받도록 하고 경영건전성기준, 외부감사, 준법감시제도 등 거래자의 안전을 위하여 일반 금융기관과 동일한 제도적 장

치를 마련하고 있으나, 자동차대여업의 경우에는 계약기간이 단기간이므로 거래 상대방의 안전을 특별히 고려할 필요가 없다는 판단하에 자본금의 과다나, 개인 또는 법인을 구분하지 않고 영위할 수 있도록 허용하고 있는 것이다. 한편, 여신전문금융업법이 리스회사에게 대여 자동차 대수와 차고 등의 기본적인 시설을 설치하도록 의무화하지 않는데 반해 여객자동차운수사업법이 자동차대여업자에게는 이들 기본적인 시설을 요구하는 것은 자동차리스업이 기본적으로 리스 수요가 발생하는 경우 수요자와 협의하여 리스차량을 구입하고 이를 대여하는 데 비해 자동차대여업의 경우에는 사업자가 자신의 이름으로 차량을 보유한 후 이를 원하는 자에게 빌려주게 되는 사업의 특성 때문이다. 이와 같이 자동차리스업과 자동차대여업은 그 법령상 목적과 영위방법이 달라 각각의 법률에서 사업자의 자격과 등록요건 및 감독에 관한 사항을 다르게 규정하고 있으므로 개정전 시행령 제2조 제2항을 삭제한 것이 청구인들의 평등권과 직업선택의 자유를 침해한다고 할 수 없다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. 청구인 전국자동차대여사업조합의 청구

청구인 전국자동차대여사업조합(이하 “청구인 조합”이라 한다)은 자동차대여사업의 건전한 발전과 자동차대여사업자의 지위향상을 위하여 여객자동차운수사업법 제55조에 근거하여 설립된 법인으로서, 기본권의 성질상 자연인에게만 인정되는 것이 아닌 한 청구인 조합도 기본권의 주체가 될 수 있고 기본권을 직접 침해당한 경우에는 청구인 조합의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있는 헌법소원심판청구능력도 있다.

이 사건에서 청구인 조합이 침해당하였다고 주장하는 기본권인 평등권과 직업의 자유는 성질상 법인에게도 인정되는 기본권이기는 하지만, 청구인 조합은 직접 자동차대여사업을 영위하는 주체가 아니므로 이 사건 규정에 의하여 직접 기본권이 제한받는 자라 할 수 없으며, 청구인 조합의 이 사건 청구이유를 살펴보면, 이 사건에서 청구인 조합이 문제삼고 있는 평등권과 직업의 자유의 내용은 청구인 조합의 구성원인 자동차대여업자의 평등권이나 직업의 자유에 관한 것이지 청구인 조합 자체의 기본권에 관한 것은 아니라 할 것이다.

또한 단체의 구성원이 기본권을 침해당한 경우 단체가 구성원의 권리구제를 위하여 또는 그를 대신하여 헌법소원심판을 청구하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니한다(헌재 1991. 6. 3. 90헌마56, 판례집 3, 289, 298; 헌재 1995. 7.

21. 92헌마177등, 판례집 7-2, 112, 118; 헌재 2002. 6. 27. 2000헌마642등, 판례집 14-1, 644, 652).

따라서 이 사건 규정은 청구인 조합의 기본권과는 관련이 없으므로 청구인 조합의 이 사건 청구는 자기관련성이 결여되어 부적법하다.

나. 청구인 성원렌트카 주식회사의 청구

(1) 헌법재판소법 제68조 제1항 본문은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 …… 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다”고 규정하고 있다. 이는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 자신의 기본권을 현재 직접적으로 ‘침해’당한 자만이 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 뜻이고, 따라서 법령으로 인한 기본권침해를 이유로 헌법소원을 청구하려면 당해법령 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우여야 한다(헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813, 823; 헌재 1995. 7. 21. 94헌마191, 판례집 7-2, 195, 201).

그리고 어떤 법령조항이 헌법소원을 청구하고자 하는 자의 법적 지위에 아무런 영향을 미치지 아니하는 경우라면 애당초 기본권침해의 가능성이나 위험성이 없으므로 그 법령조항을 대상으로 헌법소원을 청구하는 것은 허용되지 아니한다(헌재 1999. 5. 27. 97헌마368, 판례집 11-1, 667, 671).

(2) 이 사건 규정은, 리스회사가 반환조건부 자동차리스업을 하는 것을 금지하고 있던 개정전 시행령 제2조 제2항을 삭제하는 것을 내용으로 하고 있으므로 그로 인하여 리스회사가 반환조건부 자동차리스업을 하는 것이 가능하게 되었다.

그렇지만 이 사건 규정으로 인하여 리스회사가 반환조건부 자동차리스업을 하는 것이 가능하게 되었다 하더라도, 그동안 여객자동차운수사업법을 근거로 자동차대여업을 영위하던 자동차대여업자의 영업범위에 변화가 생긴 것은 없고, 자동차대여업자가 종전과 같이 자동차대여업을 영위하는 데에도 아무런 지장이 없다.

종전에는 자동차를 일정기간 사용하고자 하는 일반 소비자들에게 일정한 대가를 받고 자동차를 사용하게 하는 방식의 영업은 자동차대여업자만이 할 수 있었으나 이 사건 규정으로 인하여 이제는 그러한 방식의 영업을 리스회사도 할 수 있게 되었을 뿐이다.

이 사건 규정은 리스회사를 규율대상으로 하여 그들에게 종전에 허용하지 않

있던 영업을 허용한 것에 불과하고 자동차대여업자를 규율대상으로 삼는 것이 아니며 자동차대여업자의 권리를 박탈하거나 그들에게 의무를 부과하는 것도 아니어서 자동차대여업자의 법적 지위에 어떠한 영향을 미친다고 할 수 없다.

단지, 종전에는 자동차대여업 분야가 자동차대여업자의 독점적인 영업범위에 속하였는데 그 자동차대여업과 유사한 형태의 자동차리스업이 리스회사에게 허용됨으로써, 자동차대여업자의 입장에서는 그만큼 영업상 경쟁관계에 있는 자가 증가하여 영업상 이익의 감소가 예상되고 그 동안 누리던 자동차대여업에 관한 독점적인 영업이익을 상실하게 되었다고 할 수 있다. 그러나 종전에 자동차대여업자가 자동차대여업에 관한 독점적인 영업이익을 누리고 있었다 하더라도 이는 여신전문금융업법시행령이 반환조건부 자동차리스를 리스회사의 업무범위에서 제외시켜 놓았던 데에 기인하는 반사적 이익 또는 사실상의 이익에 지나지 아니하는 것이므로, 이 사건 규정으로 인하여 그러한 사실상의 독점적 영업이익이 상실되었다 하더라도 이로써 청구인 회사의 헌법상 기본권의 침해 문제는 발생하지 않는다고 보아야 한다(헌재 1999. 11. 25. 99헌마163, 판례집 11-2, 644, 657 참조).

그렇다면 이 사건 규정으로 인하여 청구인 성원렌트카 주식회사의 기본권이 침해된다거나 그 법적 지위에 불리한 영향을 받는다고 할 수 없으므로 이에 기본권침해를 주장하면서 헌법소원심판을 청구하는 것은 부적법하다.

4. 결 론

이상과 같은 이유로 청구인들의 이 사건 심판청구는 모두 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성 김효종
김경일(주심) 송인준 주선희

[별 지]

(3) 나머지 관련 규정

여신전문금융업법(2001. 3. 28. 법률 제6430호로 개정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “여신전문금융업”이라 함은 신용카드업·시설대여업·할부금융업 또는 신기술사업금융업을 말한다.

2.~8. 생략

9. “시설대여업”이라 함은 시설대여를 업으로 행하는 것을 말한다.

10. “시설대여”라 함은 대통령령이 정하는 물건(이하 “특정물건”이라 한다)을 새로이 취득하거나 대여받아 거래상대방에게 대통령령이 정하는 일정기간 이상 사용하게 하고, 그 기간에 걸쳐 일정대가를 정기적으로 분할하여 지급받으며, 그 기간 종료후의 물건의 처분에 대하여는 당사자간의 약정으로 정하는 방식의 금융을 말한다.

11.~16. 생략

여객자동차운수사업법(2002. 2. 4. 법률 제6655호로 개정되기 전의 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. 생략

2. “여객자동차운수사업”이라 함은 여객자동차운송사업·자동차대여사업 및 여객자동차터미널사업을 말한다.

3. 생략

4. “자동차대여사업”이라 함은 다른 사람의 수요에 응하여 유상으로 자동차를 대여하는 사업을 말한다.

5, 6. 생략

제5조(면허등) ① 여객자동차운송사업을 경영하고자 하는 자는 사업계획을 작성하여 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 건설교통부장관의 면허를 받아야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 여객자동차운송사업을 경영하고자 하는 자는 특별시장·광역시장·도지사의 면허를 받거나 사업계획을 작성하여 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 건설교통부장관에게 등록하여야 한다.

제29조(등록) ① 자동차대여사업을 경영하고자 하는 자는 사업계획을 작성하여 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 건설교통부장관에게 등록하여야 한다.

제30조(등록기준) 자동차대여사업의 등록기준이 되는 자동차대수·보유차고면적·영업소 기타 필요한 사항은 건설교통부령으로 정한다.

제73조(자가용 자동차의 유상운송금지) ① 사업용 자동차외의 자동차(이하 “자가용 자동차”라 한다.)는 유상(자동차운행에 필요한 경비를 포함한다.)으로 운송용에 제공하거나 임대하여서는 아니된다.

단서 생략

명예회복신청기각결정취소

(2002. 10. 31. 2002헌마213 전원재판부)

【판시사항】

민주화운동관련자명예회복및보상심의위원회의 명예회복신청기각결정에 대한 헌법소원심판청구가 보충성 요건을 충족하는지 여부(소극)

【결정요지】

민주화운동관련자명예회복및보상심의위원회의 명예회복신청기각결정에 대하여는 행정소송법에 의하여 행정소송을 제기할 수 있으므로 청구인은 그 절차에 따라 구제를 받았어야 하고 그 절차없이 막바로 제기한 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하며, 나아가 청구인이 내세우는 여러 사정을 참작하더라도 이 사건에서 보충성 원칙의 예외를 인정할 수 없다.

【참조조문】

헌법 제11조 제1항

헌법재판소법 제68조 제1항

민주화운동관련자명예회복및보상등에관한법률 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “민주화운동”이라 함은 1969년 8월 7일 이후 자유민주적 기본질서를 문란하게 하고 헌법에 보장된 국민의 기본권을 침해한 권위주의적 통치에 항거하여 민주헌정질서의 확립에 기여하고 국민의 자유와 권리를 회복·신장시킨 활동을 말한다.
2. “민주화운동관련자(이하 “관련자”라 한다)”라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 자 중 제4조의 규정에 의한 민주화운동관련자명예회복및보상심의위원회에서 심의·결정된 자를 말한다.
 - 가. 민주화운동과 관련하여 사망하거나 행방불명된 자
 - 나. 민주화운동과 관련하여 상이를 입은 자
 - 다. 민주화운동으로 인해 대통령령이 정하는 질병을 앓거나 그 후유증으로 사망한 것으로 인정되는 자
 - 라. 민주화운동을 이유로 유죄판결·해직 또는 학사징계를 받은 자

민중화운동관련자명예회복및보상등에관한법률 제4조(민중화운동관련자명예회복및보상심의위원회) ① 이 법에 의한 관련자 및 그 유족에 대한 명예회복과 보상금등을 심의·결정하기 위하여 국무총리소속하에 민중화운동관련자명예회복및보상심의위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

② 위원회의 기능은 다음 각호와 같다.

1. 관련자 및 그 유족에 해당하는지 여부의 심의·결정
2. 관련상이자의 장애등급 판정
3. 관련자 또는 그 유족의 보상금등의 심의·결정 및 지급
4. 관련자 및 그 유족의 명예회복을 위하여 필요한 사항
5. 관련자 또는 그 유족의 보상금등에 관한 재원대책의 강구
6. 관련자추모단체에 대한 지원
7. 기타 명예회복과 보상 등에 관련하여 대통령령이 정하는 사항

민중화운동관련자명예회복및보상등에관한법률시행령 제14조(명예회복신청) ① 제5조 제2항의 규정에 의한 명예회복의 구체적 조치를 신청하고자 하는 자는 별지 제1호 서식(마)의 명예회복신청서에 다음 각호의 서류를 신청인의 주소지를 관할하는 시·도를 거쳐 위원회에 제출하여야 한다.

1. 신청인의 주민등록등본 1부
2. 관련자의 호적등본 또는 제적등본(사망자·행방불명자 또는 상이자의 유족에 한한다) 1부
3. 기타 신청사유를 소명할 수 있는 증거자료 1부

② 생략

【당 사 자】

청 구 인 신 평 (변호사)

피청구인 민주화운동관련자명예회복및보상심의위원회

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

청구인은 피청구인에게, 자신이 대구지방법원 경주지원 판사 및 대구지방법원 판사로 재직하던 중 단행본 ‘일본 땅 일본 바람’ 및 시사주간지 ‘주간조선’ 등을 통하여 헌법상 보장된 법관 내지 사법권의 독립을 위하여 우리나라

법관조직 내지 법조에 대한 비판을 한 바 있는데, 이로 인하여 1993. 8. 31. 법관 재임용에서 제외되었다고 주장하면서, 민주화운동관련자명예회복및보상등에관한법률에 의한 명예회복신청을 하였다.

그러나 피청구인은 2001. 8. 28. 청구인의 위와 같은 집필 내지 기고행위를 위 법률 제2조 제1호 소정의 ‘민주화운동’이라고 보기 어렵고, 임기만료된 법관이 재임용에서 제외된 것은 같은 조 제2호 라목의 ‘해직’에 해당되지 아니한다는 이유로 위 명예회복신청을 기각하였으며, 이에 불복하여 청구인이 재심을 신청하였으나 2002. 2. 14. 같은 이유로 다시 이를 기각하였다.

그러자 청구인은 2002. 3. 28. 피청구인의 위 각 결정으로 인하여 헌법상 보장된 청구인의 평등권 등을 침해받았다고 주장하면서 위 각 결정의 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 판 단

헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다고 규정하고 있다.

피청구인의 위 각 결정에 대하여는 행정소송법에 의하여 행정소송을 제기할 수 있으므로, 청구인은 그 절차에 따라 구제를 받았어야 하고 그 절차없이 막바로 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수는 없다. 또한 청구인이 내세우는 여러 사정을 참작하더라도 이 사건에서 보충성 원칙의 예외를 인정할 것은 아니다.

3. 결 론

결국 이 사건 심판청구는 부적법하여 이를 각하하여야 할 것이므로, 관여재판관들의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현(주심) 하경철 김영일 권 성
김효종 김경일 송인준 주선희

불기소처분취소

(2002. 10. 31. 2002헌마433 전원재판부)

【판시사항】

수사미진 등을 이유로 한 자의적인 공권력 행사라 하여 검사의 불기소처분을 취소한 사례

【결정요지】

청구인이 제출한 행정심판청구서 및 집필허가신청서를 살펴보면, 교도소장의 집필허가를 받아 행정심판청구서를 작성하였다는 청구인의 주장은 상당히 신빙성이 있어, 위 행정심판청구서가 교도소측에 제출되었을 가능성을 선불리 배척하기 힘든 상황에 이르렀다고 보이는바, 청구인이 제출한 행정심판청구서의 접수를 피고소인이 정당한 이유 없이 거부한 것이 사실로 밝혀질 경우 직무유기죄의 성립 여부가 문제될 것이 명백하므로, 피청구인으로서 피고소인에 대한 직접 조사, 청구인과의 대질 및 참고인 조사 등을 실시하여 사실관계를 적극적으로 밝히는 조치를 취함은 물론, 행정심판청구에 관련된 자료나 행정법 등에 근거한 업무처리규정 등도 조사하여 관련사항을 면밀하게 검토한 다음, 그 결과를 종합하여 피고소인에 대한 범죄혐의 유무를 결정하였어야 할 것임에도, 이러한 조치를 생략하고 다른 증거자료를 수집하지 않은 상태에서 피고소인이 제출한 진술서에만 의존하여 청구인의 주장을 배척한 것은 수사미진에 해당한다.

청구인의 정보공개청구에 대하여 교도소측이 공공기관의정보공개에관한법률의 관련규정에 따라 비공개결정을 한 경우에 청구인으로서 그 결정으로 인하여 법률상 이익을 침해받았음을 이유로 이의신청, 행정심판 및 행정소송을 제기할 수 있도록 되어 있고, 실제로 청구인이 위 결정에 불복하여 행정심판청구서를 작성·제출하였는데도 피고소인이 위 결정의 연장선상에서 수용질서 유지의 목적으로 그 접수를 거부하였다면 이는 아무런 근거 없이 법률상 보장된 청구인의 불복구제의 기회를 박탈하는 것에 다름 아니므로, 이를 두고 직

무상 정당한 행위라고 쉽사리 단정할 수는 없음에도 불구하고, 관련 사항에 대하여 조사를 하지도 않은 채 위와 같이 판단한 것은 수사 미진에 해당하거나 정당행위에 대한 법리를 오해한 것이다.

【참조조문】

헌법 제11조, 제27조 제5항

헌법재판소법 제68조 제1항

형법 제122조(직무유기) 공무원이 정당한 이유없이 그 직무수행을 거부하거나 그 직무를 유기한 때에는 1년이하의 징역이나 금고 또는 3년이하의 자격정지에 처한다.

공공기관의정보공개에관한법률 제6조(정보공개청구권자) ① 모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다.

② 외국인의 정보공개청구에 관하여는 대통령령으로 정한다.

공공기관의정보공개에관한법률 제16조(이의신청) ① 청구인이 정보공개와 관련하여 공공기관의 처분 또는 부작위로 인하여 법률상 이익의 침해를 받은 때에는 공공기관으로부터 정보공개여부의 결정통지를 받은 날 또는 제9조 제4항의 규정에 의한 비공개에 결정이 있는 것으로 보는 날부터 30일 이내에 당해 공공기관에 서면으로 이의신청을 할 수 있다.

② 공공기관은 이의신청을 받은 날부터 7일 이내에 그 이의신청에 대하여 결정하고 그 결과를 청구인에게 지체없이 서면으로 통지하여야 한다.

③ 공공기관은 이의신청을 각하 또는 기각하는 결정을 한 때에는 청구인에게 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다는 취지를 제2항의 규정에 의한 결과통지와 함께 통지하여야 한다.

공공기관의정보공개에관한법률 제17조(행정심판) ① 청구인이 정보공개와 관련하여 공공기관의 처분 또는 부작위로 인하여 법률상 이익의 침해를 받은 때에는 행정심판법이 정하는 바에 따라 행정심판을 청구할 수 있다. 이 경우 국가 및 지방자치단체외의 공공기관의 처분 또는 부작위에 대한 재결청은 관계중앙행정기관의 장으로 한다.

② 청구인은 제16조의 규정에 의한 이의신청절차를 거치지 아니하고 행정심판을 청구할 수 있다.

③ 행정심판위원회의 위원중 정보공개여부결정에 관한 행정심판에 관여하는 위원은 재직중은 물론 퇴직후에도 그 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니된다.

④ 제3항의 위원에 대하여는 형법 기타 법률의 벌칙적용에 있어서 이를 공무원으로 본다.

공공기관의정보공개에관한법률 제18조(행정소송) ① 청구인이 정보공개와 관련하여 공공기관의 처분 또는 부작위로 인하여 법률상 이익의 침해를 받은 때에는 행정소송법이 정하는 바에 따라 행정소송을 제기할 수 있다.

② 재판장은 필요하다고 인정되는 때에는 당사자를 참여시키지 아니하고 제출된 공개청구정보를 비공개로 열람·심사할 수 있다.

③ 재판장은 재판의 대상이 제7조 제1항 제2호의 규정에 의한 정보중 국가안전보장·국

방 또는 외교에 관한 정보의 비공개결정처분인 경우에 공공기관이 그 정보에 대한 비밀 지정의 절차, 비밀의 등급·종류 및 성질과 이를 비밀로 취급하게 된 실질적인 이유 및 공개를 하지 아니하는 사유등을 입증하는 때에는 당해 정보를 제출하지 아니하게 할 수 있다.

【당 사 자】

청 구 인 유○우
국선대리인 변호사 정명택
피청구인 전주지방검찰청 검사

【주 문】

피청구인이 2001. 10. 26. 전주지방검찰청 2001년 형제27312호 사건에서 피고소인 박인석에 대하여 한 불기소처분은 청구인의 평등권과 재판절차상의 진술권을 침해한 것이므로 이를 취소한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

이 사건 기록과 증거자료(전주지방검찰청 2001년 형제27312호 불기소사건 기록)에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 2001. 7. 14. 대구지방검찰청 의성지청에 청구외 박인석(피고소인)을 직무유기죄로 고소하였는바, 그 고소사실의 요지는 다음과 같다.

피고소인은 전주교도소의 교도관인바, 2000. 11.경 당시 위 교도소에 수용 중이던 청구인이 자신의 동태에 관하여 교도관들이 작성한 근무보고서 등에 대한 정보공개청구를 하였다가 위 교도소측으로부터 비공개결정 통보를 받고, 2001. 2. 15.경 위 결정에 불복하여 행정심판청구서를 작성·제출하였으나 피고소인이 정당한 이유 없이 그 접수를 거부하여 직무를 유기하였다.

나. 위 고소사건을 수사한 피청구인은 2001. 10. 26. 피고소인에 대하여 각 하(혐의없음)의 불기소처분을 하였다.

다. 청구인은 위 불기소처분에 불복하여 검찰청법이 정하는 절차에 따라 항고 및 재항고를 하였으나 모두 기각되자, 피청구인의 위 불기소처분으로 인하여 헌법상 보장된 청구인의 평등권 및 재판절차상의 진술권이 침해되었다고 주장하면서 위 불기소처분의 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하

였다.

2. 판 단

가. 사건의 경위

청구인은 1996. 8. 21. 서울고등법원에서 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(강도)죄 등으로 징역 8년의 형을 선고받고 그 판결이 확정되어, 수원, 안양, 안동, 영등포 및 목포교도소를 거쳐 2000. 10. 17.부터 2001. 6. 11.까지 전주교도소에 수용되어 있다가, 그 후 청송교도소를 거쳐 현재는 춘천교도소에 수용중이다.

청구인은 전주교도소에 수용중이던 2000. 11. 1. 전주교도소장을 상대로, 같은 해 3. 7.경 영등포교도소 교도관들을 상대로 고소한 직무유기사건(서울지방검찰청 남부지청 2000년 형제17344호)과 관련된 진정서 작성에 필요하다며 교도관들이 작성한 청구인에 관한 근무보고서 등의 정보공개를 청구하였으나, 위 교도소측은 같은 달 15. 위 정보가 공개될 경우 향후 수용질서 유지라는 직무수행이 현저히 곤란하게 된다는 이유로 공공기관의정보공개에관한법률 제7조 제1항 제4호에 따라 비공개결정을 하였다.

이에 청구인은, 교도소장의 집필허가를 받아 위 정보비공개결정에 대한 행정심판청구서를 작성하여 피고소인에게 제출하였으나 피고소인이 그 집수를 거부하였다고 주장하면서 2001. 7. 14. 피고소인을 상대로 이 사건 고소를 제기하였다.

그러나 피청구인은, 고소장 및 고소인 보충진술조서에 의하더라도 피고소인에 대하여 범죄혐의 없음이 명백하고, 가사 고소인의 고소내용과 같이 문서접수를 거부하였다 하여도 이는 수용질서유지를 위한 것으로 정당한 이유 없이 거부하였다고 보기 어렵다는 이유로 피고소인에 대하여 불기소처분을 하였다.

나. 피청구인의 주장

피청구인은, 청구인이 정보공개를 요구한 위 근무보고서 등은 수용자의 수용태도, 행형성적 및 징벌관계를 기재하는 문서로서 차후 수용자의 처우개선, 행형등급 및 가석방 여부 등을 결정하는데 중요한 자료가 되므로 위 문서가 그 적용대상자인 수용자에게 공개될 경우 수용자 관리 직무수행에 상당한 영향을 미치게 될 것이 분명한 반면, 당시 청구인이 제기한 고소사건의 증거자료로서는 별다른 가치가 없거나 관련이 없는 것이어서, 위 교도소측의 정보비공개결정은 교도행정의 목적달성을 위한 적법한 조치이고, 기록에 의하면 청

구인의 일방적인 주장만 있을 뿐 과연 청구인이 위 정보비공개결정에 불복하여 작성·제출한 행정심판청구서에 대하여 피고소인이 그 접수를 거부하였는지 여부 자체가 불분명할 뿐만 아니라, 설령 피고소인이 그 접수를 거부하였다 하더라도 이는 위 정보비공개결정의 연장선상에서 이루어진 정당한 행위이므로, 피청구인의 위 불기소처분은 정당하다고 주장한다.

다. 수사상의 문제점

(1) 수사기록에 의하면, 청구인은 고소장(수사기록 3쪽) 및 고소보충진술서(수사기록 18쪽)에서, 2000. 11. 27. 교도소장으로 부터 위 정보비공개결정에 대하여 행정심판청구를 하기 위한 집필허가를 받아 행정심판청구서를 작성하여 2001. 2. 15. 피고소인에게 제출하였으나 피고소인이 그 접수를 거부하였다고 진술하면서 그 증거자료로 행정심판청구서 원본 및 집필허가신청서를 제출하고 있는 반면, 피고소인은 그 작성의 진술서(수사기록 26쪽)에서, 청구인이 제출한 행정심판청구서의 접수를 거부한 사실이 없다고 주장하고 있다.

그런데 청구인과 피고소인의 주장이 상반되는 가운데 청구인이 자신의 주장을 뒷받침하는 자료로 제출한 행정심판청구서 및 집필허가신청서를 살펴보면, 행정심판청구서의 끝 부분에는 청구인이 그 서면을 작성한 사실을 확인한다는 입회 교도관의 서명이 있고, 집필허가신청서의 위 부분에는 교도관 및 소장의 결재란에 각 담당자의 도장이 날인되어 있거나 서명이 되어 있다. 위와 같은 점에 비추어 볼 때 교도소장의 집필허가를 받아 위 행정심판청구서를 작성하였다는 청구인의 주장은 상당히 신빙성이 있어 보이고, 따라서 청구인이 작성한 위 행정심판청구서가 교도소측에 제출되었을 가능성은 이를 설 불리 배척하기 힘든 상황에 이르렀다고 보인다.

사정이 위와 같다면, 청구인이 제출한 행정심판청구서의 접수를 피고소인이 정당한 이유 없이 거부한 것이 사실로 밝혀질 경우 피고소인의 직무유기죄 성립 여부가 문제될 것임이 명백하므로, 위 고소사건을 담당할 피청구인으로서의 피고소인에 대한 직접 조사는 물론 청구인과의 대질 및 참고인 조사 등을 실시하여, 청구인이 위 행정심판청구서를 작성·제출하게 된 구체적인 경위와 피고소인이 위 행정심판청구서의 접수를 거부하였는지 여부 및 그 거부 이유 등에 관한 사실관계를 적극적으로 밝히는 조치를 취함은 물론, 위 행정심판청구에 관련된 자료나 행정법 등에 근거한 업무처리규정 등도 조사하여 일반적으로 수행자가 행정심판청구를 하는 경우에 그 처리절차는 어떠한지, 기결판관계장인 피고소인의 직무내용은 구체적으로 무엇이며 위 행정심

판청구서를 접수하여야 할 업무가 그 직무에 포함되는지 등의 관련사항을 면밀하게 검토한 다음, 그 결과를 종합하여 피고소인에 대한 혐의 유무를 결정하였어야 한다.

그렇다면 위와 같은 추가 수사의 필요성이 인정됨에도 불구하고 피청구인이 이를 생략한 채, 위에서 본 고소장, 고소보충진술조서 및 피고소인 작성의 진술서 이외의 다른 증거자료를 수집하지 않은 상태에서 피고소인이 제출한 진술서에만 의존하여 일응 신빙성이 있어 보이는 청구인의 주장을 배척한 것은 수사미진에 해당한다고 하지 않을 수 없다.

(2) 피청구인은 설령 피고소인이 행정심판청구서의 접수를 거부하였다고 하더라도 이는 수용질서유지를 위한 것으로서 위 정보비공개결정의 연장선상에서 이루어진 것이므로 직무상 정당한 행위라고 주장하고 있으나, 청구인의 정보공개청구에 대하여 위 교도소측이 공공기관의정보공개에관한법률의 관련규정에 따라 비공개결정을 한 경우에 청구인으로서 그 비공개결정으로 인하여 법률상 이익을 침해받았음을 이유로 이의신청, 행정심판 및 행정소송을 제기할 수 있도록 되어 있고(위 법률 제16~18조 참조), 실제로 청구인이 위 정보비공개결정에 불복하여 행정심판청구서를 작성·제출하였는데도 피고소인이 위와 같은 이유로 그 접수를 거부하였다면 이는 아무런 근거도 없이 법률상 보장된 청구인의 불복구제의 기회를 박탈하는 것에 다름 아니므로, 이를 두고 직무상 정당한 행위라고 쉽사리 단정할 수는 없다.

결국, 피고소인이 청구인이 제출한 행정심판청구서의 접수를 거부한 이유나 경위 등에 대하여 조사를 하지도 않은 채, 위와 같은 이유를 들어 피고소인의 접수거부행위가 있었다 하더라도 그 행위는 정당하다고 판단한 것은 수사미진에 해당하거나 정당행위에 대한 법리를 오해한 것이라 아니할 수 없다.

라. 소결론

피청구인으로서 위에서 지적한 수사상의 문제점들에 관하여 충분히 조사한 후에 피고소인의 범죄혐의 유무를 신중하게 판단하였어야 함에도, 이를 다하지 아니한 채 각하(혐의없음)의 불기소처분을 하였으므로, 피청구인의 이 사건 불기소처분은 그 결정에 영향을 미친 중대한 수사미진 등의 잘못이 있는 자의적인 처분으로서 청구인의 평등권 및 재판절차상의 진술권을 침해하였다 할 것이다.

3. 결 론

그렇다면, 청구인의 심판청구는 이유 있으므로 이 사건 불기소처분을 취소

하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성 김효종
김경일(주심) 송인준 주선희

변리사법시행령 제4조 제1항 위헌확인

(2002. 10. 31. 2002헌마520 전원재판부)

【판시사항】

1. 청구기간의 도과를 이유로 심판청구를 각하한 사례
2. 심판청구의 각하에도 불구하고 본안에 관하여 보충의견을 표명한 사례

【결정요지】

1. 2002년도 변리사시험에 응시하고자 하는 사람들은 이미 2002. 3. 26. 제39회 변리사시험 시행계획이 공고될 무렵 아니면 늦어도 응시원서의 교부 및 접수기간인 4월 중순 경에는 시행령의 갑작스런 개정으로 인하여 절대평가제의 실시에 대한 신뢰가 손상되었음을 알게 되었다고 보아야 할 것이므로, 2002. 4. 중순경으로부터 60일이 지난 2002. 8. 3.에 청구된 이 사건 심판청구는 청구기간을 도과하였음이 명백하다.

2. 재판관 김영일의 보충의견

이 사건의 경우는 청구기간을 도과하였으므로 심판청구의 이익을 인정하여 본안판단을 할 수는 없지만, 이런 경우에도 헌법적 해명을 필요로 하는 쟁점이 있다면, 이를 명백히 해 주는 것이 앞으로 같은 유형의 침해행위가 반복되는 것을 막아 헌법질서의 수호·유지에 도움이 될 수 있을 것이다. 이 사건 시행령조항은 충분한 공익적 목적이 인정되지 아니함에도 갑자기 시험의 기준을 변경하고 경과규정도 두지 않음으로써, 청구인들의 헌법상 보호되는 신뢰이익을 과도하게 침해한 것으로서 헌법에 위반된다고 할 것이고, 국가는 앞으로 이와 같이 신뢰보호의 원칙에 위배되는 법령의 개정을 되풀이하지 않도록 이 점에 관하여 헌법적 해명을 해둘 필요가 있다.

【심판대상조문】

변리사법시행령(2002. 3. 25. 대통령령 제17551호로 개정된 것) 제4조(시험합격의 기준)

① 제1차시험에서는 매과목 100점을 만점으로 하여 매과목 40점 이상, 전과목 평균 60점 이상을 득점한 자중에서 시험성적과 응시자 수를 고려하여 전과목 총득점에 의한 고득점 자순으로 합격자를 결정한다.

②, ③ 생략

【참조조문】

헌법재판소법 제69조 제1항

변리사법시행령(2000. 6. 27. 대통령령 제16867호로 전문개정된 것) 제4조(시험합격의 기준) 제1차시험 및 제2차시험의 합격결정에 있어서는 매과목 100점을 만점으로 하여 매과목 40점 이상, 전과목 평균 60점 이상을 득점한 자를 합격자로 결정한다.

변리사법시행령(2000. 6. 27. 대통령령 제16867호로 전문개정된 것) 부칙 ①(시행일) 이 영은 2000년 7월 1일부터 시행한다. 다만, 제4조의 개정규정은 2002년 1월 1일부터 시행한다.

【참조판례】

1. 헌재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87

【당 사 자】

청 구 인 강봉석 외 200인
위 청구인들 대리인 법무법인 정일
담당변호사 설경수

【주 문】

청구인들의 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 특허청은 2000. 6. 27. 변리사법시행령을 개정하여 변리사시험 제1차시험을 종래의 ‘상대평가제’에서 일정 점수(매과목 40점, 전과목 평균 60점) 이상을 득점한 응시자를 모두 합격시키는 소위 ‘절대평가제’로 전환하면서(위시행령 제4조), 부칙 제1항 단서에서 제1차시험 절대평가제를 2002. 1. 1. 이후부터 시행하기로 규정하였다. 이에 따라 특허청은 2002. 1. 9. 제39회 변리사

시험 시행계획공고를 통하여 제1차시험을 같은 해 3. 31. 절대평가제로 시행하기로 공고하였다.

그런데 이로부터 불과 8일이 지난 2002. 1. 17. 특허청은 이미 발표한 제39회 변리사시험 시행계획공고를 취소하면서 제1차시험을 다시 상대평가제로 변경하는 내용의 변리사법시행령 개정공고를 발표하였고, 2002. 3. 25. 변리사법시행령 제4조를 개정하여 제1차시험의 합격기준을 다시 상대평가제로 환원하였다(위 시행령 제4조 제1항). 이어서 특허청장은 위 시행령을 개정한 바로 다음날인 2002. 3. 26. ‘제1차시험을 2002. 5. 26. 상대평가제로 실시한다’는 내용의 제39회 변리사시험 시행계획을 새로이 공고하여 예정대로 제1차시험을 시행하였으며, 2002. 7. 26. 고득점자순에 따라 1,047명의 제1차시험 합격자를 발표하였다. 그 결과, 절대평가제에 의한 경우 합격대상자인 매과목 40점 이상, 전과목 평균 60점 이상 득점자 중 689명은 불합격처분을 받았다.

(2) 청구인들은 2000. 6. 27. 변리사법시행령이 개정되면서 2002년도 변리사시험이 절대평가제로 시행되리라는 것을 믿고 변리사시험을 준비한 사람들로써, 제39회 변리사시험 제1차시험에서 매과목 40점 이상, 전과목 평균 60점 이상을 획득하고도 상대평가제의 실시로 인하여 합격자의 대상에서 제외되었다. 이에 청구인들은 2002. 3. 25. 개정된 변리사법시행령 제4조 제1항이 청구인들의 헌법상 보장된 신뢰이익, 직업선택의 자유, 평등권 등을 침해한다는 주장으로 위 시행령조항의 위헌확인을 구하고자 2002. 8. 3. 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 변리사법시행령(2002. 3. 25. 대통령령 제17551호로 개정된 것, 이하 “시행령”이라 한다) 제4조 제1항(이하 “이 사건 시행령조항”이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 규정 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

변리사법시행령(2002. 3. 25. 대통령령 제17551호로 개정된 것) 제4조(시험 합격의 기준) ① 제1차시험에서는 매과목 100점을 만점으로 하여 매과목 40점 이상, 전과목 평균 60점 이상을 득점한 자중에서 시험성적과 응시자 수를 고려하여 전과목 총득점에 의한 고득점자 순으로 합격자를 결정한다.

② 제2차시험에서는 매과목 100점을 만점으로 하여 매과목 40점 이상, 전과목 평균 60점 이상을 득점한 자를 합격자로 결정한다. 다만, 전과목 평균 60점 이상을 득점한 자가 제2조 제2항 제4호의 2의 규정에 의한 최소합격인원

에 미달하는 경우에는 매과목 40점 이상을 득점한 자중에서 전과목 평균득점에 의한 고득점자순으로 합격자를 결정한다.

③ 제2항 단서의 규정에 의하여 합격자를 결정함에 있어서 동점자로 인하여 최소합격인원을 초과하는 경우에는 당해 동점자 모두를 합격자로 결정한다. 이 경우 동점자의 점수계산은 소수점 이하 둘째자리까지 계산한다.

변리사법시행령(2000. 6. 27. 대통령령 제16867호로 전문개정된 것) 제4조(시험합격의 기준) 제1차시험 및 제2차시험의 합격결정에 있어서는 매과목 100점을 만점으로 하여 매과목 40점 이상, 전과목 평균 60점 이상을 득점한 자를 합격자로 결정한다.

부 칙

① (시행일) 이 영은 2000년 7월 1일부터 시행한다. 다만, 제4조의 개정규정은 2002년 1월 1일부터 시행한다.

2. 청구인들의 주장 및 이해관계인의 의견

가. 청구인들의 주장요지

(1) 이 사건 시행령조항이 직접 국민의 기본권을 침해하는가의 문제와 관련하여, ‘합격자 사정’이라는 구체적인 집행행위가 매개되어 있다고 보는 것은 지나치게 형식적인 논리이다. 청구인들의 기본권을 침해한 공권력행위는 ‘합격자 사정’이 아니라, 절대평가제의 시행을 신뢰하고 시험준비를 해온 청구인들의 신뢰이익을 침해하는 이 사건 시행령조항이다. 즉 ‘합격자 사정’이 청구인들의 헌법상 보장된 신뢰이익 침해의 원인이 되는 것은 아니다. 따라서 이 사건 시행령조항은 직접적으로 청구인들의 신뢰이익 등 기본권을 침해하는 공권력의 행사에 해당하므로, 이 사건 심판청구는 ‘기본권침해의 직접성요건’을 충족시킨 것으로서 적법하다.

(2) 청구인들은 2000년 변리사법시행령이 개정되어 2002년 변리사시험 제1차시험이 절대평가제로 실시되리라는 것을 신뢰하여 각자 수험전략을 세우고 장기간 시험준비를 해왔다. 제1차시험이 절대평가제로 실시될 예정이어서 상대적으로 합격가능성이 높아졌으므로, 청구인들은 제1차시험에 대해서는 전과목 평균 60점이라는 합격선에 맞추어 준비를 하면서 제2차시험의 준비에 더 많은 시간을 투입하였다. 청구인들의 절대평가제 시행에 대한 신뢰는 국가가 제정한 법령의 규정에 의하여 형성된 것으로서, 단순한 기대가 아니라 헌법적으로 강력하게 보호받아야 하는 법적 이익이다. 2년 전부터 시행이 예정되어 그에 대한 신뢰를 가지고 장기간 시험준비를 해온 수많은 수험생의 신

회를 저버리고 갑자기 이 사건 시행령조항을 통하여 상대평가제로 전환한 것은 청구인들의 신뢰이익을 과도하게 침해하는 것이다. 또한 이 사건 시행령조항은 제1차시험에서 매과목 40점 이상, 전과목 평균 60점 이상을 득점하여 제2차시험에 응시할 수 있는 기본적 소양을 갖추었음에도 불구하고 정당한 공익상의 이유 없이 제2차시험의 응시 자체를 불가능하게 하고 나아가 변리사라는 직업을 갖는데 결정적인 장애가 되고 있으므로, 직업선택의 자유를 침해하는 규정이다.

나. 특허청장의 의견

(1) 이 사건 시행령조항은 구체적으로 특허청장의 합격처분이라는 집행행위의 매개를 예정하고 있는 규정이므로, 이 사건 심판청구는 기본권침해의 직접성요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

(2) 이 사건 시행령조항의 시행일은 2002. 3. 25.이고, 2000. 3. 26.경 변리사시험 시행계획이 공고되어 시험응시원서 교부접수가 2002. 4. 13.경 만료되었으므로, 청구인들은 늦어도 2002. 4. 13.경에는 이 사건 시행령조항의 내용을 알고 있었음이 명백하다. 그렇다면 2002. 4. 13.로부터 60일이 훨씬 지난 2002. 8. 3.에 청구된 이 사건 심판청구는 청구기간을 도과한 것으로서 부적법하다.

(3) 자격시험을 절대평가제로 할 것인지 아니면 상대평가제로 할 것인지의 문제는 입법재량에 속하며, 상대평가제의 재도입은 정당한 공익을 달성하기 위하여 불가피한 것이다. 2002년도 변리사시험이 예정대로 절대평가제로 실시될 경우 시험관리업무가 폭증하여 시험관리에 차질이 생기고 사회적 혼란을 가져올 위험이 있으며, 실력이 부족한 제1차시험 합격자의 양산을 방지할 필요성도 있다.

(4) 청구인들이 주장하는 신뢰이익은 헌법적으로 보호할만한 법적 이익이 아니라 반사적 이익 또는 막연한 기대이익에 불과하다. 국가가 변리사시험 제1차시험을 절대평가제로 실시한다 하더라도, 제1차시험의 합격자비율이 그해 시험의 난이도, 수험생 개개인의 수험준비정도 등에 따라 결정되는 것이므로, 이에 근거한 신뢰이익은 매우 유동적이고 가변적인 것이다. 뿐만 아니라, 특허청은 이 사건 시행령조항을 시행하는 과정에서 발생하는 부작용을 최소화하기 위하여 제1차시험의 시행일을 가능한 최대한으로 늦추어 5월 말경에 제1차시험을 실시하였고, 일간신문 등을 통하여 수험생들에게 신속하게 시험제도의 변경사항을 공시하였다.

3. 판 단

가. 헌법재판소법 제69조 제1항에 의하면, 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다. 법령에 대한 헌법소원의 경우, 그 법률의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 되는 때에는 그 법률이 시행된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 법률이 시행된 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구해야 하고, 법률이 시행된 뒤에 비로소 그 법률에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구해야 한다.

나. 이 사건의 경우, 2002. 3. 25. 변리사법시행령 제4조가 개정되어 제1차시험의 합격기준이 다시 상대평가제로 환원되었고, 그 다음날인 3. 26. 특허청은 ‘2002년도 변리사시험 제1차시험 합격자를 상대평가제로 결정한다’는 내용을 담은 “제39회 변리사시험 시행계획”을 공고하였다. 이러한 사실에 비추어 2002년도 변리사시험에 응시하고자 하는 사람들은 이미 위 시행계획이 공고될 무렵 아니면 늦어도 응시원서의 교부 및 접수기간인 4월 중순경에는 시행령의 갑작스런 개정으로 인하여 절대평가제의 실시에 대한 신뢰가 손상되었음을 알게 되었다고 보아야 할 것이다. 즉 청구인들의 기본권은 이 사건 시행령조항에 근거한 집행행위인 합격·불합격처분에 의하여 비로소 침해되는 것이 아니라, 청구인들의 신뢰에 반하여 ‘상대평가제’를 도입하는 이 사건 시행령조항에 의하여 이미 기본권침해의 법률효과가 발생하는 것이다.

헌법재판소법 제69조 제1항의 ‘기본권침해의 사유가 있음을 안 날’이란 적어도 공권력의 행사에 의한 기본권침해의 사실관계를 특정할 수 있을 정도로 현실적으로 인식하여 심판청구가 가능해진 경우를 뜻하므로(헌재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87, 109), 이러한 관점에서 본다면 청구기간의 기산점은 청구인들이 불합격처분을 받은 2002. 7. 26.경이 아니라 시행령이 개정된 사실을 안 날로 판단하여야 할 것이다. 그렇다면 2002. 4. 중순경으로부터 60일이 지난 2002. 8. 3.에 청구된 이 사건 심판청구는 청구기간을 초과하였음이 명백하다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 아래 5.와 같은 재판관 김영일의 보충의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 김영일의 보충의견

이 사건 헌법소원 심판청구가 청구기간을 초과하여 부적법하므로 각하될 수밖에 없다는 다수의견에는 동의하지만, 이 사건 시행령조항의 위헌성에 대한 헌법적 해명의 필요성은 있다고 판단되므로 각하결정의 형식에 어긋남에도 불구하고 다음과 같은 의견을 보충하여 밝혀 두고자 한다.

헌법소원은 주관적 권리구제뿐만 아니라, 객관적인 헌법질서보장의 기능도 겸하고 있으므로, 가사 청구인의 주관적 권리구제에는 도움이 되지 아니한다 하더라도 같은 유형의 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있고, 헌법질서의 수호·유지를 위하여 그에 대한 헌법적 해명이 긴요한 사항에 대하여는 심판 청구의 이익을 인정할 수 있다는 것이 헌법재판소의 확립된 판례인바(헌재 1991. 7. 8. 89헌마181, 판례집 3, 356, 367; 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 56-57; 2002. 4. 25. 98헌마425등, 판례집 14-1, 351, 361-362), 이 사건의 경우는 청구기간을 초과하였으므로 심판청구의 이익을 인정하여 본안판단을 할 수는 없지만, 이런 경우에도 헌법적 해명을 필요로 하는 쟁점이 있다면, 이를 명백히 해 주는 것이 앞으로 같은 유형의 침해행위가 반복되는 것을 막아 헌법질서의 수호·유지에 도움이 될 수 있을 것이다.

신뢰보호의 원칙은 법치국가의 원리에서 도출되는 것으로서, 국민이 어떤 법률이나 제도가 장래에도 그대로 존속될 것이라는 합리적인 신뢰를 바탕으로 하여 일정한 법적 지위를 형성한 경우, 국가는 그와 같은 법적 지위와 관련된 법규나 제도의 개폐에 있어서 국민의 신뢰를 최대한 보호하여 법적 안정성을 도모하여야 한다는 원칙이다. 물론 이러한 신뢰의 보호는 새로운 입법을 통하여 실현하고자 하는 공익을 위하여 제한될 수 있는 것이지만, 이 경우에도 그 제한이 위헌으로 되지 않기 위하여는 비례의 원칙이 준수되어야 한다. 따라서, 신뢰이익의 제한이 있는 경우에는 신뢰이익과 공공복리의 중요성을 비교형량하여 비례의 원칙이 지켜졌는지 여부를 판단하고, 그에 따라 위헌여부를 결정하여야 하는 것으로서(헌재 2001. 9. 27. 2000헌마152, 판례집 13-2, 338, 346 참조), 법률의 개정에 의하여 당사자의 신뢰이익을 제한하는 경우에도 구법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며 법률의 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없다면, 그러한 새 입법은 신뢰보호의 원칙상 허용될 수 없는 것이다(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68 등, 판례집 4, 659, 683; 1995. 6. 29. 94헌마39, 판례집 7-1, 896, 910; 2002. 2. 28. 99헌바4, 판례집 14-1, 106, 116 참조).

정부는 2000. 6. 27. 변리사법시행령을 개정하여 종전에 상대평가제로 시행되던 제1차시험을 2002년도부터 절대평가제로 시행하도록 변경하고 이를 공포하였다. 상대평가제는 일정 점수 이상을 획득한 자 중에서 응시자수와 시험 성적 등을 고려하여 고득점자순으로 적정인원의 합격자를 결정하는 방식인데 비하여, 절대평가제는 일정 점수 이상을 획득한 모든 응시자를 합격자로 결정하는 방식으로서, 국가가 시행령의 개정을 통하여 제1차시험의 합격기준을 상대평가제에서 절대평가제로 변경한 것은 합격의 실질적인 기준을 변경하겠다는 규범적 표현이며, 구체적으로는 종래 실시된 변리사시험의 평균적인 난이도를 유지하면서 응시자가 매과목 과락을 면하고 전과목의 평균이 60점에 이르는 성과를 보이는 경우 제2차시험에 응시할 수 있는 최소한의 소양을 갖춘 것으로 인정하겠다는 취지를 나타낸 것으로 보아야 한다. 절대평가제를 도입한 것은 1999. 7. 국무총리실 규제개혁위원회에서 변리사, 세무사, 관세사 등의 자격사 시험을 일정수준(60점 이상)의 점수만 획득하면 합격시켜 자격사 진입의 장벽을 완화하기로 의결하였기 때문이라는 사실도 이 점을 뒷받침한다. 변리사시험의 경우를 구체적으로 살펴 볼 때, 상대평가제로 실시된 2000년도 및 2001년도 제1차시험의 전과목 평균합격점은 각 81.25점과 75.63점이었는데, 절대평가제로 제1차시험이 실시되는 경우에는 그 합격선은 전과목평균 60점으로 낮아지게 되는 것이다.

2000. 6. 27. 개정된 변리사법시행령 제4조는 제1차시험에서 절대평가제를 도입함으로써 청구인들에게 위와 같은 내용의 신뢰를 제공하였고, 부칙 제1항 단서에서 2002년도 변리사시험부터 시행할 것을 규범적으로 확약하였다. 따라서, 청구인들을 포함한 수험생들의 절대평가제 시행에 대한 신뢰는 국가의 법령규정에 의하여 형성된 것으로서 합리적이고 정당한 신뢰라 할 것이다.

변리사시험과 같이 경쟁이 치열하고 장기간의 준비를 요하는 자격사 시험의 경우에 수험생들은 시험제도에 맞추어 각자 장기계획을 세우고 그에 따른 준비를 하게 되는 것이므로, 수험생들은 이러한 시행령의 개정에 의하여 절대평가제의 시행에 대한 신뢰를 형성하고, 일정 점수 이상만 획득하면, 합격된다는 절대평가제의 속성을 고려하여, 시간의 배분에 있어서 제1차시험에는 합격선을 조금 넘을 정도로 시간을 투자하고, 그 외의 시간을 제2차시험의 준비에 투자할 가능성이 높다. 상대평가제로 제1차시험을 실시한 종래 수년간의 평균 합격선이 절대평가제를 시행하는 경우에 비하여 약 15 내지 20점이 높다는 점을 감안한다면, 다수의 수험생들이 제1차시험의 준비에 전력을 다

하지 않았으리라는 것은 쉽게 추측할 수 있다. 이와 같이 수험생들이 절대평가제의 시행을 신뢰하여 2000년 6월 이래 장기간 이에 맞추어 시험준비를 해 온 상황에서 제1차시험 시행일 2달을 앞두고 갑자기 상대평가제로 전환한 것은 수험생들에게 시험준비에 있어서 엄청난 혼란과 신뢰의 손상을 가져왔음에 틀림이 없다.

법령의 존속에 대한 개인의 신뢰는, 그것이 단지 내적인 과정으로서의 법적 상태의 존속에 대한 기대 및 그에 대한 실망인 경우에는 헌법상의 보호받을 가치 있는 신뢰라고 할 수 없고, 일정 직업의 선택 및 행사, 기업에의 투자, 재산권의 처분 등과 같이 외부로 현실화된 신뢰행위가 있어야만 헌법적으로 보호받을 수 있는 것이지만, 현행 시험규정에 따른 시험준비행위는 외부로 나타난 신뢰행위의 한 유형이고 합격기준에 대한 신뢰가 이러한 신뢰행위를 유발한 것이므로, 절대평가제를 규정하는 법적 상태가 단시일 내에 변경되지 않고 그대로 유지되리라고 믿고 시험준비를 한 청구인들의 신뢰는 헌법적으로 보호받을 가치 있는 신뢰이며, 이 사건 시행령조항은 이러한 신뢰이익에 대한 중대한 침해라 할 것이다.

이에 대하여 시행령의 개정을 통하여 실현하고자 하는 공익의 비중은 청구인들의 신뢰이익에 대한 손상을 정당화하기에는 너무도 미약하다. 다시 상대평가제를 도입한 것은, 제1차시험을 계획대로 절대평가제로 실시할 경우 제2차시험의 대상이 크게 증가하여 주관식으로 시행되는 제2차시험의 채점에 장기간이 소요되고 합격자발표가 지연되는 등 시험관리에 어려움이 있다는 이유인데, 이러한 어려움은 제1차시험을 절대평가제로 치르기로 결정한 2000년 당시 이미 예상된 일로서 국가는 이러한 요소들을 고려하였음에도 그 당시 절대평가제의 도입을 결정하였다고 보아야 할 것이다. 시험관리의 용이함이란 결국 단순한 행정상의 편의에 지나지 않는 것으로 이러한 이익만으로는 개인의 기본권이나 신뢰이익에 대한 제한을 정당화하는 공익이 될 수 없을 뿐 아니라, 더욱이 왜 이러한 이익이 반드시 2002년도부터 실현되어야 하는지에 관한 어떠한 합리적인 이유도 찾아 볼 수 없는 것이다. 그러므로 2002년도 변리사시험부터 절대평가제의 시행을 신뢰한 청구인들의 특별히 보호받아야 하는 신뢰이익과 법률의 개정을 통하여 달성하려는 공익상의 이유를 서로 비교衡量한다면, 청구인들의 신뢰이익이 압도적인 우위를 차지한다.

국가가 공익상의 이유로 다시 합격의 기준을 바꾸려고 한다면, 적어도 종래의 법적 상태를 신뢰하여 시험준비를 해 온 수험생들의 신뢰이익을 고려한

적절한 조치를 취하여야 할 것인데, 이 사건의 경우 적정기간 동안 구시행령 규정을 계속 적용토록 하는 경과규정을 두는 것이 하나의 방법이 될 것이다. 어느 정도의 유예기간을 둘 것인가는 입법자의 재량의 범위에 속하겠지만, 2000년도 시행령개정을 통하여 절대평가제를 도입하면서 그 시행을 부칙에서 2002년도로 규정함으로써 약 2년의 유예기간을 두었다는 점과 변리사시험준비기간이 단기간은 아니라는 점을 고려한다면, 이 사건 시행령조항에 대하여도 적어도 2년 정도의 유예기간을 두는 것이 적정하다고 볼 수 있겠다.

결론적으로 이 사건 시행령조항은 충분한 공익적 목적이 인정되지 아니함에도 갑자기 시험의 기준을 변경하고 경과규정도 두지 않음으로써, 청구인들의 헌법상 보호되는 신뢰이익을 과도하게 침해한 것으로서 헌법에 위반된다고 할 것이고, 국가는 앞으로 이와 같이 신뢰보호의 원칙에 위배되는 법령의 개정을 되풀이하지 않도록 이 점에 관한 헌법적 해명을 해 둘 필요가 있다고 보는 것이므로 나는 이에 보충하는 의견을 밝히는 바이다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 김영일 권 성 김효종 김경일
송인준 주선희(주심)

국가정보원직원법 제17조 제2항 위헌제청

(2002. 11. 28. 2001헌가28 전원재판부)

【판시사항】

1. 국가정보원직원법 제17조 제2항(이하, “이 사건 법률조항”이라 한다) 중 “직원(퇴직한 자를 포함한다)이 사건당사자로서 직무상의 비밀에 속한 사항을 진술하고자 할 때에는 미리 원장의 허가를 받아야 한다.”는 부분이 과잉금지의 원칙에 위배하여 소송당사자의 재판청구권을 침해하는 것인지 여부(적극)
2. 위헌상태의 제거방안으로 헌법불합치 결정을 선고한 사례

【결정요지】

1. 이 사건 법률조항에서 국가정보원장이 그 직원등의 소송상 진술의 허가여부를 결정함에 있어서 공익상 필요성 여부 등에 관한 아무런 제한요건을 정하고 있지 아니함으로 인하여 국가정보원장의 재량으로 동 허가여부에 대한 판단을 할 수 있도록 한 것은 국가비밀 보호라는 공익유지에 편중하여 동 허가의 대상자인 위 직원 등의 재판청구권을 지나치게 광범위하게 제한하는 것이다. 소송당사자의 진술에 대한 국가정보원장의 허가에 대하여는 국가이익에 대한 중요도와 비공개성의 불가피성 여부를 기준으로 한 엄격한 요건이 설정되어야 하며, 이 요건을 준수하였는지 여부에 대한 사법적 통제가 이루어질 수 있도록 하여야 한다. 국가이익에 대한 중요도와 비공개성의 불가피성 여부를 기준으로 한 엄격한 비교형량의 판단을 도외시한 채 정보 가치가 희박한 보안사항까지 국가정보원장의 판단에 의하여 소송당사자의 사익의 가치와 중요도에 관계없이 동 사익에 우선할 수 있도록 허용하는 것은 공익과 사익간에 합리적인 비례관계를 형성하지 못하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지의 원칙에 위배하여 소송당사자의 재판청구권을 침해하고 있다.
2. 위헌적인 규정을 합헌적으로 조정하는 임무는 원칙적으로 입법자의 형성재량에 속하는 사항이라고 할 것인데, 이 사건 법률조항의

위헌성을 어떤 방법으로 제거하여 새로운 입법을 할 것인가에 관하여는 여러 가지 방안이 있을 수 있고, 그 중에서 어떤 방안을 채택할 것인가는 입법자가 우리의 국가비밀보호제도, 정보기관인 국가정보원 및 나아가 보다 일반적으로 공무원이 소송당사자로서 국가기밀을 진술하여야 할 경우 이들 이해관계인들의 이익, 법적 안정성 등 여러 가지 사정을 고려하여 입법정책적으로 결정할 사항이므로, 위법률조항 부분에 대하여 헌법불합치 결정을 선고한다.

【심판대상조문】

국가정보원직원법(1999. 1. 21. 법률 제5682호로 개정된 것) 제17조(비밀의 엄수) ① 생략
② 직원(퇴직한 자를 포함한다)이 법령에 의한 증인·참고인·감정인 또는 사건당사자로서 직무상의 비밀에 속한 사항을 증언 또는 진술하고자 할 때에는 미리 원장의 허가를 받아야 한다.

③ 생략

【참조조문】

헌법 제27조 제1항·제3항, 제37조 제2항

국가정보원직원법 제17조(비밀의 엄수) ① 모든 직원은 재직중은 물론 퇴직한 후에 있어서도 직무상 지득한 비밀을 누설하여서는 아니된다.

② 생략

③ 직원(퇴직한 자를 포함한다)이 국가정보원의 직무와 관련된 사항을 발간 기타의 방법으로 공표하고자 할 때에는 미리 원장의 허가를 받아야 한다.

국가정보원직원법 제21조(직권면직) ① 직원이 다음 각 호의 1에 해당할 때에는 임명권자는 직권에 의하여 면직시킬 수 있다.

1. 신체·정신상의 이상으로 직무를 감당하지 못할 만한 지장이 있을 때
2. 직무수행능력이 현저하게 부족하거나 근무태도가 극히 불량하여 직원으로 부적합하다고 인정될 때
3. 직제 또는 정원의 개폐나 예산의 감소등에 의하여 폐직 또는 과원이 될 때
4. 휴직기간의 만료 또는 휴직사유가 소멸된 후에도 정당한 이유없이 직무에 복귀하지 아니하거나 직무를 감당할 수 없을 때

②~⑥ 생략

국가정보원직원법 제32조(벌칙) 제17조의 규정에 위반한 자는 10년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처한다.

국가공무원법 제60조(비밀엄수의 의무) 공무원은 재직중은 물론 퇴직 후에도 직무상 알게된 비밀을 엄수하여야 한다.

민사소송법 제306조(공무원의 신문) 제304조와 제305조에 규정한 사람외의 공무원 또는 공무원이었던 사람을 증인으로 하여 직무상 비밀에 관한 사항을 신문할 경우에 법원은 그 소속 관청 또는 감독 관청의 동의를 받아야 한다.

민사소송법 제307조(거부권의 제한) 제305조와 제306조의 경우에 국회·국무회의 또는 제306조의 관청은 국가의 중대한 이익을 해치는 경우를 제외하고는 동의를 거부하지 못한다.

형사소송법 제147조(공무상 비밀과 증인자격) ① 공무원 또는 공무원이었던 자가 그 직무에 관하여 알게 된 사실에 관하여 본인 또는 당해 공무소가 직무상 비밀에 속한 사항임을 신고한 때에는 그 소속공무소 또는 감독관공서의 승낙없이 증인으로 신문하지 못한다.

② 그 소속공무소 또는 당해 감독관공서는 국가의 중대한 이익을 해하는 경우를 제외하고는 승낙을 거부하지 못한다.

국회에서의증언·감정등에관한법률 제4조(공무상 비밀에 관한 증언·서류의 제출) ① 국회로부터 공무원 또는 공무원이었던 자가 증언의 요구를 받거나, 국가기관이 서류제출을 요구받은 경우에 증언할 사실이나 제출할 서류의 내용이 직무상 비밀에 속한다는 이유로 증언이나 서류제출을 거부할 수 없다. 다만, 군사·외교·대북관계의 국가기밀에 관한 사항으로서 그 발표로 말미암아 국가안위에 중대한 영향을 미친다는 주무부장관(대통령 및 국무총리의 소속기관에서는 당해 관서의 장)의 소명이 증언등의 요구를 받은 날로부터 5일 이내에 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 국회가 제1항 단서의 소명을 수락하지 아니할 경우에는 본회의의 의결로, 폐회중에는 해당위원회의 의결로 국회가 요구한 증언 또는 서류의 제출이 국가의 중대한 이익을 해친다는 취지의 국무총리의 성명을 요구할 수 있다.

③ 국무총리가 제2항의 성명의 요구를 받은 날로부터 7일 이내에 그 성명을 발표하지 아니하는 경우에는 증언이나 서류제출을 거부할 수 없다.

【참조판례】

헌재 1994. 4. 28. 93헌바26. 판례집 6-1, 348

헌재 1996. 1. 25. 95헌가5, 판례집8-1, 1

헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808

헌재 1998. 8. 27. 96헌가22등, 판례집 10-2, 339

【당 사 자】

제청법원 서울행정법원

당해사건 서울행정법원 99구29578 직권면직처분취소

【주 문】

1. 국가정보원직원법 제17조 제2항(1999. 1. 21. 법률 제5682호로 개정된 것) 중 “직원(퇴직한 자를 포함한다)이 사건당사자로서 직무상의 비밀에 속한 사항을 진술하고자 할 때에는 미리 원장의 허가를 받아야 한다.”는 부분은 헌법에 합치되지 아니한다.

2. 위 법률조항 부분은 2003. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 당해사건의 원고인 김호종등 21인은 국가정보원 직원으로 근무하던 자들로서, 1999. 3. 31. 국가정보원직원법 제21조 제1항 제3호에 의하여 직권면직처분을 받았다. 이에 위 김호종등은 위 처분이 위법하고 부당하다고 주장하면서 1999. 10. 7. 국가정보원장을 상대로 그 취소를 구하는 소송을 제기하여 서울행정법원 99구29578호로 계속 중이다.

(2) 당해사건의 소제기 이후 원고들은 국가정보원직원법 제17조 제2항에 의하여 피고인 국가정보원장에게 진술의 허가를 구하였는데 국가정보원장은 2000. 5. 10. 원고들이 신청한 내용에는 직무상 비밀이 광범위하게 포함되어있다는 이유로 일정한 기준을 제시하면서 보완을 요구하였다. 이에 원고들은 지적된 부분을 보완하여 진술의 허가를 구하였으나, 2000. 10. 23. 국가정보원장은 원고 문명호, 조규익의 신청내용중 일부에 대하여는 그 진술내용이 불특정하다는 이유로 불허가하였고, 나머지 신청내용에 대하여는 직무상 비밀에 대한 비공개재판등 국가기밀보호에 협조등의 조건을 붙여 조건부허가를 하였다. 원고 문명호, 조규익은 2000. 11. 국가정보원장에게 불허가된 부분을 보완하여 진술허가를 신청하였고, 결국 원고들은 2001. 2. 8. 비로소 소장을 진술하였다.

(3) 이에 서울행정법원은 당해사건의 원고들이 소장진술을 함에 있어 피고인 국가정보원장의 허가를 받아야 하는 제약에 대한 근거규정이 되는 국가정보원직원법 제17조 제2항이 당해사건 재판의 전제가 되며 위헌 여부에 의문이 있다고 하여 2001. 10. 24. 직권으로 이 사건 위헌 여부에 대한 심판을 제청하였고, 이 결정은 같은달 31. 헌법재판소에 접수되었다.

나. 심판의 대상 및 관련 규정

이 사건 심판의 대상은 국가정보원직원법 제17조 제2항(1999. 1. 21. 법률 제5682호로 개정된 것, 이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다) 중 “직원(퇴직한 자를 포함한다)이 사건당사자로서 직무상의 비밀에 속한 사항을 진술하고자 할 때에는 미리 원장의 허가를 받아야 한다.”는 부분이 헌법에 위반하는지 여부인 바, 이 사건 법률조항 및 관련 규정의 내용은 다음과 같다.

(1) 이 사건 법률조항

국가정보원직원법 제17조(비밀의 엄수) ② 직원(퇴직한 자를 포함한다)이 법령에 의한 증인·참고인·감정인 또는 사건당사자로서 직무상의 비밀에 속한 사항을 증언 또는 진술하고자 할 때에는 미리 원장의 허가를 받아야 한다.

(2) 관련 규정

국가정보원직원법 제17조(비밀의 엄수) ① 모든 직원은 재직중은 물론 퇴직한 후에 있어서도 직무상 지득한 비밀을 누설하여서는 아니된다.

③ 직원(퇴직한 자를 포함한다)이 국가정보원의 직무와 관련된 사항을 발간 기타의 방법으로 공표하고자 할 때에는 미리 원장의 허가를 받아야 한다.

제21조(직권면직) ① 직원이 다음 각 호의 1에 해당할 때에는 임명권자는 직권에 의하여 면직시킬 수 있다.

1. 신체·정신상의 이상으로 직무를 감당하지 못할 만한 지장이 있을 때
2. 직무수행능력이 현저하게 부족하거나 근무태도가 극히 불량하여 직원으로 부적합하다고 인정될 때
3. 직제 또는 정원의 개폐나 예산의 감소등에 의하여 폐직 또는 과원이 될 때
4. 휴직기간의 만료 또는 휴직사유가 소멸된 후에도 정당한 이유없이 직무에 복귀하지 아니하거나 직무를 감당할 수 없을 때

② 내지 ⑥ 생략

제32조(벌칙) 제17조의 규정에 위반한 자는 10년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처한다.

국가공무원법 제60조(비밀엄수의 의무) 공무원은 재직 중은 물론 퇴직후에도 직무상 알게 된 비밀을 엄수하여야 한다.

민사소송법 제306조(공무원의 신문) 제304조와 제305조에 규정한 사람 외의 공무원 또는 공무원이었던 사람을 증인으로 하여 직무상 비밀에 관한 사항을 신문할 경우에 법원은 그 소속 관청 또는 감독 관청의 동의를 받아야

한다.

제307조(거부권의 제한) 제305조와 제306조의 경우에 국회·국무회의 또는 제306조의 관청은 국가의 중대한 이익을 해치는 경우를 제외하고는 동의를 거부하지 못한다.

형사소송법 제147조(공무상 비밀과 증인자격) ① 공무원 또는 공무원이었던 자가 그 직무에 관하여 알게 된 사실에 관하여 본인 또는 당해 공무소가 직무상 비밀에 속한 사항을 신고한 때에는 그 소속공무소 또는 감독관공서의 승낙없이 증인으로 신문하지 못한다.

② 그 소속공무소 또는 당해 감독관공서는 국가의 중대한 이익을 해하는 경우를 제외하고는 승낙을 거부하지 못한다.

국회에서의 증언·감정등에 관한 법률 제4조(공무상 비밀에 관한 증언·서류의 제출) ① 국회로부터 공무원 또는 공무원이었던 자가 증언의 요구를 받거나, 국가기관이 서류제출을 요구받은 경우에 증언할 사실이나 제출할 서류의 내용이 직무상 비밀에 속한다는 이유로 증언이나 서류제출을 거부할 수 없다. 다만, 군사·외교·대북관계의 국가기밀에 관한 사항으로서 그 발표로 말미암아 국가안위에 중대한 영향을 미친다는 주무부장관(대통령 및 국무총리의 소속기관에서는 당해 관서의 장)의 소명이 증언등의 요구를 받은 날로부터 5일 이내에 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 국회가 제1항 단서의 소명을 수락하지 아니할 경우에는 본회의의 의결로, 폐회중에는 해당위원회의 의결로 국회가 요구한 증언 또는 서류의 제출이 국가의 중대한 이익을 해친다는 취지의 국무총리의 성명을 요구할 수 있다.

③ 국무총리가 제2항의 성명의 요구를 받은 날로부터 7일 이내에 그 성명을 발표하지 아니하는 경우에는 증언이나 서류제출을 거부할 수 없다.

2. 위헌심판제청이유와 이해관계인들의 의견

가. 제청법원의 제청이유

이 사건 법률조항으로 인하여 원고들은 이 사건 소송절차에서 직무상 비밀에 속한 사항에 대하여 사건당사자로서 자신에게 유리한 주요사실에 관한 진술이나 처분의 위법사유에 관한 진술을 하려면 국가정보원장인 피고의 허가를 받지 않으면 안되고 따라서 피고의 허가여부에 따라 사건당사자로서의 진술을 할 수 있는지 여부가 결정되는 바, 이는 원고들의 공격·방어권을 제한하는 것은 물론, 신속한 재판을 받을 권리도 제한한다. 이 사건 법률조항은 원고들이 국가정보원장이 아닌 제3자를 피고로 하여 소송을 제기한 경우와 국

가정보원장을 피고로 하여 소송한 경우를 구별하지 아니하고, 국가정보원장을 피고로 하여 소송을 제기한 경우조차도 예외없이 직무상 비밀에 속하는 사항을 진술하고자 할 때에는 소송상대방에 해당하는 피고의 허가를 받도록 규정한 결과 원고들이 재판절차에서 소송당사자로 진술하는 것을 필요이상으로 곤란하게 함으로써 결국 재판청구권을 제한함에 있어서 갖추어야 할 방법의 적합성, 침해의 최소성, 법익의 균형성을 갖추지 못하였거나 재판청구권의 본질적 내용을 침해하였다는 의심이 든다.

나. 국가정보원장의 의견

이 사건은 국가정보원이 다루는 국가기밀에 대한 보호의 필요성과 국가정보원 직원이 가지는 재판청구권의 보호 사이의 충돌과 조화의 문제이다. 국가정보원은 우리나라의 최고 정보기관으로서 국내외의 각종의 중요정보를 수집하고 관리하는 업무를 담당하며 이러한 업무의 특수성으로 말미암아 그 조직과 직원에게 일반 국가조직과 구별되는 특수한 권한과 의무가 부여된다. 비밀보호에 관한 각국의 입법과 사례를 보더라도 국가기밀의 적극적 보호를 위하여 비밀취급에 관하여 정보기관의 독립성과 전문성을 인정하는 추세이다. 이에 비하여 대립되는 당사자의 이익은 재판청구권인 바, 재판청구권은 다른 실체적 기본권과는 달리 그 구체적 내용을 가지지 아니한 절차상 권리로서 구체적 입법에 있어서는 입법자의 형성권이 보다 존중되어야 하며 이를 제한하는 입법의 위헌여부를 심사함에 있어서 적용되는 과잉금지원칙도 완화되어 적용되어야 한다. 국가정보원이 다루는 정보는 최고의 국가기밀을 포함하는 경우가 많고 비공개재판만으로는 정보공개를 막기에 부족하며 소송당사자인 국가정보원 직원이 국가기밀에 관한 과장된 진술을 하여 국익을 해할 우려가 클 뿐 아니라, 일반 소송법상의 비밀보호규정의 방식과 크게 다르지 아니한 점등을 감안할 때 이 사건 법률조항은 국가기밀의 보호를 목적으로 선택가능한 입법방식중 가장 적절한 것이고 최소한의 법익침해만을 가져오므로 과잉금지의 원칙에 위반되지 아니하며 합헌이다.

3. 적법요건에 대한 판단

위헌법률심판제청이 적법하기 위하여는 문제된 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되어야 한다는 재판의 전제성이 있어야 하는데, 그 재판의 전제성이란 함은 그 법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해 사건을 담당한 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우를 말한다. 법률의 위헌여부에 따라 법원이 “다른 내용의” 재판을 하게 되는 경우라 함은 원칙적으로 제청법원이 심

리중인 당해 사건의 재판의 결론이나 주문에 어떠한 영향을 주는 것 뿐만이 아니라, 문제된 법률의 위헌여부가 비록 재판의 주문 자체에는 아무런 영향을 주지 않는다고 하더라도 재판의 결론을 이끌어내는 이유를 달리 하는데 관련되어 있거나 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 전혀 달라지는 경우에는 재판의 전제성이 있는 것으로 보아야 한다.(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 864-865)

국가정보원장의 면직처분의 취소를 구하는 당해사건에서 원고들은 이 사건 법률조항의 적용을 받아 피고인 국가정보원장의 허가를 받은 사항만을 재판상 진술할 수 있었다. 전현직 국가정보원 직원이 사건당사자로서 직무상 비밀을 소송상 진술함에 있어서 이를 국가정보원장이 허가할 수 있도록 한 이 사건 법률조항의 위헌여부에 따라 원고들의 재판상 진술의 내용은 서로 달라지게 되었는데, 당해사건과 같은 행정소송에도 변론주의가 원칙적으로 적용되는 것을 고려할 때 당해사건의 심리법원은 위 허가내용에 따라 달라진 내용의 원고들 주장에 기초하여 서로 다른 내용의 재판을 할 수 밖에 없다. 원고들의 진술내용의 차이에 따라 재판의 결론이나 주문에 직접 영향을 줄 수 있음은 물론이고 가사 주문에는 영향을 주지 않는다고 하더라도 적어도 이유를 달리하게 하거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지게 된다고 할 것이므로 이 사건 법률조항의 위헌여부는 제청법원의 판단과 같이 이 사건 재판의 전제가 되어 있다 할 것이어서 결국 재판의 전제성이 있음이 명백하다.

4. 본안에 대한 판단

가. 이 사건 법률조항의 입법목적

공무원의 비밀준수의무에 관하여는 국가공무원법 제60조에서 공무원은 재직중은 물론 퇴직후에도 직무상 알게된 비밀을 엄수하여야 하도록 규정하고 있고, 민사소송법 제306조, 제307조와 형사소송법 제147조에서는 공무원 혹은 공무원이었던 자를 증인으로 하여 직무상 비밀에 관한 사항을 신문할 경우 법원은 그 소속관청 혹은 감독관청의 동의 내지 승낙을 받아야 하고 소속 관청등은 국가의 중대한 이익을 해하는 경우를 제외하고는 이를 거부하지 못하도록 하고 있다. 또한 국회에서의 증언·감정등에관한법률 제4조는 공무원 혹은 공무원이었던 자가 국회증언을 할 경우 직무상 비밀이라는 이유로 이를 거부할 수 없으나, 군사·외교·대북관계의 국가기밀에 관한 사항으로서 그 발표로 말미암아 국가안위에 중대한 영향을 미친다는 주무부장관의 소명이

있는 경우는 예외로 하고 있다.

이 사건 법률조항은 공무원에 대한 일반적 비밀준수나 소송상 비밀보호에 관한 기존의 위 조항들을 적용하는 것만으로는 특히 수사상 혹은 소송상 진술과 관련하여 국가의 주요 비밀정보를 다루는 국가정보원의 직원이 직무상 비밀을 유지하여 국가이익을 보호하도록 하는 데에 불충분하다고 보고 동 직원들의 위 비밀에 관한 진술에 있어서는 포괄적으로 국가정보원장의 사전 허가를 받도록 특별히 규정한 것으로 판단된다. 나아가 그 위반행위에 대하여는 별척조항까지 두어 국가정보원 직무의 비밀을 보다 강력히 보호하고 있다. 이와 같이 이 사건 법률조항은 직무상 비밀의 유지를 위하여 국가정보원직원들의 수사상 혹은 소송상 진술을 고도의 정책판단능력과 전문성을 갖춘 국가정보원장의 허가사항으로 함을 규정하여 이 문제에 있어서 국가정보원장의 판단의 재량을 폭넓게 인정함과 동시에 보다 엄격하게 국가비밀을 유지·관리할 수 있도록 하는데 그 입법목적을 두고 있는 조항이라고 할 것이다.

나. 이 사건 법률조항에 의하여 제한되는 기본권의 내용

헌법은 제27조 제1항에서 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하고 같은 조 제3항에서 “모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하여 공정하고 신속한 재판을 받을 권리를 보장하고 있는 바, 이 재판청구권은 재판절차를 규율하는 법률과 재판에서 적용될 실체적 법률이 모두 합헌적이어야 한다는 의미에서의 법률에 의한 재판을 받을 권리뿐만 아니라, 절차적으로 공정한 재판을 받을 수 있는 권리를 포함하고 있다. 이 공정한 재판을 받을 권리 속에는 신속하고 공개된 법정의 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 당사자가 공격·방어할 수 있는 기회를 보장받을 권리가, 즉 원칙적으로 당사자주의와 구두변론주의가 보장되어 당사자가 공격·방어권이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 포함되어 있다(헌재 1996. 1. 25. 95헌가 5, 판례집8-1, 1. 14; 헌재 1994. 4. 28. 93헌바26, 판례집 6-1, 348, 355-357).

그러나 한편으로 위 헌법조항에 의하여 헌법이 공정한 재판을 받을 권리의 구체적인 내용까지 모두 규정하고 있다고는 할 수 없으며, 헌법이 보장하는 공정한 재판절차를 어떠한 내용으로 구체화 할 것인가의 문제는 우선적으로 입법자의 과제라고 할 것이다. 다만 입법자는 소송절차를 규율함에 있어서 헌법적으로 포기할 수 없는 요소를 무시한 재판절차를 형성할 수 없다는 입법형성의 한계를 가지는 것이다. 따라서 소송에 관한 절차법에서 합리성과 정당

성을 갖추지 못한 방법이나 절차에 의한 증거수집과 증거조사를 허용하는 것은 적법절차의 원칙 및 공정한 재판을 받을 권리에 위배되는 것으로서 헌법상 용인될 수 없다(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 820-821).

이 사건 법률조항은 국가정보원 직원이 사건 당사자로서 직무상 비밀에 속한 사항을 진술하고자 할 때 국가정보원장의 사전허가를 받도록 함으로써 직원의 재판상 진술을 제한하고 있고, 이는 법관의 면전에서 모든 자료가 신속히 진술되지 못하게 하고 나아가 이에 대하여 진술인이 적절히 공격·방어할 수 있는 재판상의 기회를 박탈하게 됨을 의미한다. 따라서 이 사건 법률조항은 결국 헌법상의 권리인 공정하고 신속한 재판을 받을 권리를 제한하는 효과를 가지는 것이라고 할 것이다.

그렇다면 이 사건 법률조항에 의하여 발생하는 위 권리의 제한이 과연 소송절차법상 갖추어야 할 합리성과 정당성을 가지는 것인지 여부를 따져 보아야 할 것인 바, 아래에서 이를 헌법 제37조 제2항에 따라 요구되는 과잉금지의 원칙에 적합한지 여부를 기준으로 하여 살펴보기로 한다.

다. 과잉금지 원칙의 위배 여부

(1) 목적의 정당성

현직 혹은 퇴직의 국가정보원 직원이 사건당사자로서 직무상의 비밀에 속한 사항을 진술하고자 할 때에는 미리 국가정보원장의 허가를 받게 함으로써 그 재판청구권을 제한하는 법률은 그 목적이 헌법상 허용되는 것이어야 할 뿐만 아니라 중대한 것이어야 하고 그를 넘어서 제한을 정당화하는 공익이나 대치하여야 할 위험이 어느 정도 명백하게 현실적으로 존재해야만 비로소 헌법에 위반되지 아니한다고 할 것이다.

국가정보원은 국내외 정보의 수집 및 국가기밀의 보안업무를 수행하는 것을 그 주요한 직무로 하고 있는 국가기관이며(국가정보원법 제3조), 이 사건 법률조항은 재판절차내에서 국가정보원의 업무활동과 관련된 국가기밀의 유지를 충분히 보장하여 국가정보원의 정보수집 및 관리활동에 지장을 받지 아니하게 함으로써 국가이익을 도모함을 목적으로 한다.

이러한 입법목적은 입법자가 추구할 수 있는 헌법상 정당한 공익이라고 할 것이고, 또한 중요한 것으로서 이러한 공익을 실현하여야 할 현실적 필요성이 존재한다는 것도 명백하다.

(2) 방법의 적합성

일반적으로 소송상 제기되는 국가비밀의 보호에 관한 입법방식은 미국의

비밀지정정보절차법의 경우와 같이 당해 재판부의 중립적 판단에 의하는 사법심사형이 있고 독일·일본등 법제의 경우와 같이 비밀을 관리하는 당해 행정청의 책임자가 국가이익 보호의 차원에서 이를 판단하게 하는 행정청판단형이 있는 바, 이 사건 법률조항은 당해 국가기밀을 관리하는 기관의 장인 국가정보원장이 그 허가여부를 결정하게 하는 것으로써 위 후자의 입법례를 따른 것이라고 할 수 있으며, 동 관리권자는 국가비밀의 가치와 그 중요도 및 공개시의 국가이익의 침해 정도 등에 대한 판단을 가장 전문적으로 정확히 할 수 있을 것이므로 위 입법목적의 실현에 적합한 수단이 될 수 있다.

한편 이 사건 법률조항은 전현직 국가정보원 직원이 국가정보원장을 피고로 하여 소송을 제기한 경우와 국가정보원장이 아닌 제3자를 피고로 하여 소송을 제기한 경우를 구별하고 있지 아니하므로 양 경우에 모두 적용되는 것이 명백하다. 그런데 국가정보원장을 피고로 하여 소송을 제기한 경우에는 일방 당사자인 국가정보원장이 상대 당사자의 소송상 진술의 가부를 판단·결정하게 하는 결과가 되어 재판의 공정성을 고려할 때 방법상 부적절하지 않는지 여부가 문제될 수 있다. 그러나 비록 국가정보원장이 피고로 소송의 상대방이 된다고 하더라도 동 소송상 국가비밀의 개시 내지 공개 여부가 문제되는 경우에는 이에 대한 전문적 정책판단주체로서 국가정보원장이 적합한 점에는 아무런 차이가 없으며, 소송당사자로서의 지위와 국가비밀의 보호주체로서의 지위는 서로 구분되는 것이므로 동 지위가 우연히 중복된다는 사실만으로 위 허가의 결정권을 국가정보원장에게 부여하고 있는 이 사건 법률조항의 방법이 반드시 부적절한 것이라고는 할 수 없다. 오히려 위와 같이 두 지위가 중복되는 경우라고 하더라도 국가정보원장이 위 허가 또는 불허가를 행함에 있어서 준수하여야 할 요건이 명확하고 엄격하게 설정되어야 하는 점이나, 또한 이러한 요건을 준수하지 아니한 경우에 불허가처분을 받은 직원에게 적절한 구제방법이 보장되어야 하는 점이 당해 재판의 공정성을 보장하기 위하여 본질적으로 중요하며, 허가권을 가진 국가정보원장이 소송상 피고가 되어 원고와 대립한다는 사정만으로는 국가기밀 보호의 요청이 사라지는 것도 아니므로 위와 같이 엄격한 요건 하에 허가, 불허가의 판단이 이루어지는 한 그 방법이 반드시 부적합 것은 아니라고 할 것이다.

(3) 피해의 최소성

이와 같이 이 사건 법률조항의 기본권 제한수단으로서의 적합성은 인정된다고 하더라도, 최소침해성의 관점에서 볼 때에 동 조항이 반드시 위 입법목

적을 달성하면서 기본권에 대한 침해를 최소화하고 있는 것인지 여부는 별도로 살펴보아야 한다.

이 사건 법률조항은 사건당사자가 직무상 비밀에 관한 소송상 진술을 하기 위하여는 국가정보원장의 사전허가를 받도록 하고만 있을 뿐이며 국가정보원장이 동 허가 혹은 불허가를 함에 있어서는 어떠한 요건을 갖출 것도 요구하고 있지 아니하다. 그리하여 이러한 비밀사항의 소송상 주장의 가능 혹은 불가능의 여부는 오로지 국가정보원장의 전문성에 기초한 재량적 판단에 따라 이루어지도록 하고 있다. 그러나 이러한 내용의 입법은 국가이익의 명분하에 국민의 재판청구권을 과도하게 침해할 소지를 내포하고 있는 것으로서 결국 동 기본권을 필요이상으로 침해하고 있는 것이라고 할 것이다.

이를 일반적으로 국가정보원이 아닌 다른 행정관서의 공무원 혹은 그 퇴직자가 사건 당사자가 아닌 증인으로 소송에 출석하여 직무상 비밀에 관하여 증언하는 경우와 비교하여 보더라도, 위 공무원등이 증언을 하는 경우 민사소송의 경우에는 민사소송법 제306조 및 제307조, 그리고 형사소송의 경우에는 형사소송법 제147조의 적용을 받게 되는데, 동 조항들에 의하면 증언을 하고자 하는 현직 혹은 퇴직 공무원은 소속 공무소등의 동의 혹은 승낙을 받아야 하며, 나아가 ‘국가의 중대한 이익을 해치는 경우’를 제외하고는 동의 혹은 승낙을 거부하지 못하게 된다. 이 경우에는 소송법상의 증언의무와 공무원법상의 비밀준수의무가 서로 충돌하게 되며 양 가치의 조화를 위하여 앞서본 ‘국가의 중대한 이익의 침해 여부’가 어느 가치를 우선할 것인지 판단함에 있어서 기준이 되고 있는 것이라고 할 수 있다.

이에 반하여 국가정보원의 현직 혹은 퇴직의 직원이 사건당사자가 되어 진술하고자 하는 경우에는 앞서본 바와 같은 의무의 충돌은 없으나, 자신의 재판청구권이 국가정보원장의 허가 여부에 의하여 직접 제한되므로 자신의 기본권 보장의 문제와 국가기밀 보호라는 공익유지의 문제가 서로 대립되게 된다. 위 직원의 재판상 이익에 대한 보호는 단순한 의무충돌의 문제가 아니라 기본권 보장의 문제이므로 그 보호의 필요성은 앞서본 바와 같이 증언을 하는 경우에 비하여 헌법적으로 더욱 중요하며 헌법 제37조 제2항에 내재된 과잉금지 원칙의 적용을 받아 관계된 당사자의 기본권 제한이 최소화되는 정도로 그 제한의 수준이 결정되지 않으면 안된다. 비록 국가정보원이 국가비밀의 수집과 관리에 중심적 역할을 하는 기관이라 할지라도 동 직원등의 기본권을 제한하는 문제에 있어서는 이와 같은 원칙이 그대로 준수되어야 할 것

이다.

이와 같은 기준에서 볼 때 이 사건 법률조항에서 국가정보원장이 그 직원 등의 소송상 진술의 허가여부를 결정함에 있어서 공익상 필요성 여부 등에 관한 아무런 제한요건을 정하고 있지 아니함으로 인하여 국가정보원장의 재량으로 동 허가여부에 대한 판단을 할 수 있도록 한 것은 국가비밀 보호라는 공익유지에 편중하여 동 허가의 대상자인 위 직원 등의 재판청구권을 지나치게 광범위하게 제한하는 것이라고 할 것이다. 결국 이 사건 법률조항은 사건 당사자가 된 직원이 소송상 진술을 하고자 하는 경우에 국가정보원장이 준수하여야 할 허가요건을 명확히 정하여야 하고, 나아가 그 요건은 중대한 국가비밀사항의 불가피한 침해의 경우에만 직원의 재판청구권의 제한이 가능하도록 하는 등의 내용을 가지게 함으로써 위 직원등의 기본권 침해를 최소화하는 배려를 하여야 할 것임에도 불구하고 그렇게 규정하지 아니하고 있다.

이상을 종합할 때 직원이 사건당사자로서의 진술에 대하여 국가정보원장이 이 사건 법률조항에 따라 심사하여 그 허가를 거부하기 위하여는 일반적인 증언을 할 경우에 요청되는 요건인 ‘국가의 중대한 이익을 침해하는 경우’에 해당하여야 함은 물론이고 나아가 사건 당사자의 재판청구권의 제한을 정당화하기에 충분한 정도가 되기 위하여 ‘직무상 고려에 의하여 불가피하게 요청되는 경우’에도 해당되어야만 할 것이다. 이와 같은 허가요건이 설정되지 아니하고 단지 국가정보원장의 재량에 의하여 위 허가여부를 판단할 수 있도록 한 이 사건 법률조항의 내용은 비록 국가비밀의 보호라는 입법목적에는 부합하는 것이라고 하더라도 기본권에 대한 침해가 불합리하게 과도한 것으로서 기본권 침해의 최소성의 요건을 충족하였다고 할 수 없다.

(4) 법익의 균형성

기본권제한의 입법은 그 입법에 의하여 보호되는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 260). 이 사건 법률조항에 의하여 보호되는 공익은 국가정보원의 직무활동과 관련된 국가비밀의 보호라고 할 것이고 이에 대립되는 사익은 사건당사자인 직원들이 공정한 재판을 통하여 실현하고자 하는 개인적인 이익이라고 할 것이다. 그런데 이 사건 법률조항의 내용만으로는 문제되는 국가비밀의 국가이익에 대한 중대성 여부를 전혀 고려할 수 없고, 아무리 사소한 대외비라고 하더라도 국가정보원장의 재량적 판단에 의하여 공정한 재판을 통하여 실현하고자 하는 사익의 비중에 관계없이 동 사익에 우선할 수 있게 되

어있다. 국가정보원은 국가의 중추적인 정보수집기관으로써 그 활동 전체에 일반적으로 보안이 요구되며, 경우에 따라서는 그 수집정보의 국가이익을 기준으로 한 정보가치 여하에 관계없이 국가정보원의 활동과 관련되었다는 사실만으로도 대외비가 될 수 있는 것도 사실이다. 그렇다면 국가이익에 대한 중요도와 비공개에 불가피성 여부를 기준으로 한 엄격한 비교형량의 판단을 도외시한 채 정보가치가 희박한 보안사항까지 국가정보원장의 판단에 의하여 소송당사자의 사익의 가치와 중요도에 관계없이 동 사익에 우선할 수 있도록 허용하는 것은 공익과 사익간에 합리적인 비례관계를 형성하지 못하고 있는 것이라고 할 것이다.

나아가 전현직 국가정보원 직원이 국가정보원장을 피고로 하여 소송을 제기한 경우 국가정보원장이 직무상 비밀에 속하는 위 직원의 소송상 진술을 불허하면 동 진술이 행하여지지 못한다에 대한 소송상 불이익은 동 불허처분의 주체인 피고 국가정보원장이 아니라, 그 소송상대방인 위 직원이 받게 된다. 이와 같은 상황은 미국의 판례이론에서 보는 바와 같이 국가가 비밀사항을 소송상 개시되지 못하게 하는 경우 그 대신 국가가 그 불이익을 감수하고 소송을 포기하여야 한다는 이른바 ‘특권포기론’의 결론과는 정반대의 결과가 되며, 위 직원의 소송상 이익에 대하여 공익을 현저하게 우선시키는 것이라고 할 것이다. 따라서 이러한 불균형한 결과를 최소화하기 위하여서라도 소송당사자의 진술에 대한 국가정보원장의 허가에 대하여는 국가이익에 대한 중요도와 비공개에 불가피성 여부를 기준으로 한 엄격한 요건이 설정되어야 하며, 이 요건을 준수하였는지 여부에 대한 사법적 통제가 이루어질 수 있도록 하여야 할 것이다. 국가정보원장의 위 허가권한에 대한 이와 같은 통제가 이루어질 수 있는 경우에만 비로소 국가비밀의 보호와 당사자의 소송상 사익간의 합리적인 법익교량이 이루어졌다고 할 수 있는 것이다.

(5) 소 결

이상에서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항이 직무상 비밀의 진술에 대한 허가의 허가권자를 국가정보원장으로 한 것은 비밀유지에 관한 국익보호에 있어 국가정보원장의 전문적 정책판단능력을 고려한 것으로서 그 입법목적의 정당성과 수단의 적합성은 인정된다고 할 것이나, 국가정보원장이 불허가처분을 함에 있어서 준수하여야 할 요건을 전혀 설정하지 아니하고 나아가 이에 대한 행정소송의 제기 등 사법적 구제수단을 통한 통제가 사실상 불가능하게 한 것은 기본권 제한의 피해를 최소화하지 못하고, 당사자의 소송상

이익에 비교하여 비밀유지의 공익을 지나치게 앞세운 것으로서 법익의 균형성도 결여되어 있다고 할 것이다.

그렇다면 이 사건 법률조항에 근거하여 국가정보원장이 직원의 진술을 불허하기 위한 최소한의 요건으로 ‘국가의 중대한 이익을 침해하는 경우’에 해당하여야 함은 물론이고 나아가 ‘직무상 고려에 의하여 불가피하게 요청되는 경우’를 충족하는 등 보다 엄격한 제한이 필요하다고 할 것이다. 이와 같이 불허가처분을 하는데 대한 명확한 요건이 설정될 때 불허가처분을 받은 당사자는 이에 불복하는 행정소송을 제기하여 국가정보원장의 자의적인 처분에 대한 사법적 구제를 받을 실효적 방도가 부여될 것이며 공익과 사익간의 균형이 이루어진다고 할 것이다.

결국 이 사건 법률조항은 이와 같은 요건을 전혀 설정하지 아니한 채 국가정보원장의 재량에 의하여 위 허가 혹은 불허가처분을 하도록 규정하고 있으므로 앞서본 바와 같이 과잉금지의 원칙에 위배되어 위 직원의 재판청구권을 침해한다고 할 것이다.

라. 헌법불합치결정과 잠정적용명령

위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되므로 원칙으로 위헌결정을 하여야 할 것이나, 이에 대하여 위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우에는 국가정보원 직원이 사건당사자로서 직무상의 비밀을 진술할 때에 사전에 이를 통제할 법적 근거가 상실되는 법적 공백상태가 발생하고, 이로 말미암아 특히 소송당사자로 진술하는 내용 중에서 중대한 국가비밀 사항이 공개되어 국가이익을 침해하는 경우가 발생하는 등 법적 혼란을 초래할 우려가 있다. 그리고 위헌적인 규정을 합헌적으로 조정하는 임무는 원칙적으로 입법자의 형성재량에 속하는 사항이라고 할 것인데, 이 사건 법률조항의 위헌성을 어떤 방법으로 제거하여 새로운 입법을 할 것인가에 관하여는 여러 가지 방안이 있을 수 있다. 예컨대 앞서 살펴본 바와 같이 국가정보원장의 진술허가권을 유지하면서 그 불허의 요건을 엄격히 하고 동 불허가처분에 대하여 사법통제를 받게 하는 입법방안이 있을 수 있고, 또 이와 같은 기본적인 틀에서 벗어나 국가정보원장의 허가권을 인정하지 아니하고 사법부의 중립적 심사에 의하여 절차가 주도되게 하는 방안 등도 있을 수 있을 것이다. 그 중에서 어떤 방안을 채택할 것인가는 입법자가 우리의 국가비밀보호제도, 정보기관인 국가정보원 및 나아가 보다 일반적으로 공무원이 소송당사자로서 국가기밀을 진술하여야 할 경우 이들 이해관계인들의 이익, 법적 안정성 등 여

러 가지 사정을 고려하여 입법정책적으로 결정할 사항이라고 할 것이다. 이러한 사정들을 감안한다면 이 사건 법률조항은 헌법에 합치되지 아니하나 입법 개선시까지 잠정적으로 적용하는 것이 바람직하다고 할 것이며, 입법자는 되도록 빠른 시일 내에, 늦어도 2003. 12. 31.까지는 새 입법을 마련함으로써 이 사건 법률조항의 위헌적 상태를 제거하도록 함이 상당하다.

5. 결 론

그러므로 이 사건 법률조항은 헌법에 합치되지 아니하나 입법자의 입법 개선이 이루어질 때까지 잠정적으로 적용함이 상당하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현(주심) 하경철 김영일 권 성
김효종 김경일 송인준 주선희

국가보안법 제13조 위헌제청

(2002. 11. 28. 2002헌가5 전원재판부)

【판시사항】

1. 반국가적 범죄를 반복하여 저지른 자에 대한 법정형의 최고를 사형으로 하도록 규정한 국가보안법 제13조(이하, “이 사건 법률조항”이라 한다) 중 다시 범한 죄가 찬양·고무등죄인 경우에도 법정형의 최고를 사형으로 하도록 규정한 부분이 비례의 원칙에 반하는지 여부(적극)
2. 위 법률조항이 명확성의 원칙에 반하는지 여부(적극)

【결정요지】

1. 법정형의 종류와 범위를 정하는 것은 기본적으로 입법자의 권한에 속하는 것이지만 이러한 입법재량은 무제한한 것이 될 수는 없는바, 법정형의 종류와 범위를 정할 때는 형벌 위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구에 따라야 하고 형벌개별화의 원칙이 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다. 반국가적 범죄를 저지른 자가 그로 인한 처벌을 받았음에도 불구하고 다시 반국가적 범죄를 저질렀다면 그에 대한 비난가능성이 높고 따라서 책임이 가중되어야 할 것이나, 단지 반국가적 범죄를 반복하여 저질렀다는 이유만으로 다시 범한 죄가 국가보안법 제7조 제5항, 제1항과 같이 비교적 경미한 범죄라도 사형까지 선고할 수 있도록 한 것은 그 법정형이 형벌체계상의 균형성을 현저히 상실하여 정당성을 잃은 것이고, 이러한 형의 불균형은 반국가적 범죄로부터 국가 및 국민을 보호한다는 입법목적으로도 극복할 수는 없는 것이다.

2. 이 사건 법률조항이 “그 죄에 대한 법정형의 최고를 사형으로 한다”고 규정한 것이, 법정형의 최고가 사형이므로 그 이하의 형벌까지 모두 선고할 수 있다는 의미인지, 아니면 국가보안법 제7조 제

5항, 제1항에 규정되어 있는 법정형 외에 사형이 법정형으로 추가된다는 의미인지 불명확하므로 형벌법규의 명확성 원칙에도 반한다.

【심판대상조문】

국가보안법(1980. 12. 31. 법률 제3318호로 전문개정된 것) 제13조(특수가중) 이 법, 군형법 제13조·제15조 또는 형법 제2편 제1장 내란의 죄·제2장 외환의 죄를 범하여 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형의 집행을 종료하지 아니한 자 또는 그 집행을 종료하거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 경과하지 아니한 자가 제3조 제1항 제3호 및 제2항 내지 제5항, 제4조 제1항 제1호 중 형법 제94조 제2항·제97조 및 제99조, 동항 제5호 및 제6호, 제2항 내지 제4항, 제5조, 제6조 제1항 및 제4항 내지 제6항, 제7조 내지 제9조의 죄를 범한 때에는 그 죄에 대한 법정형의 최고를 사형으로 한다.

【참조조문】

헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항, 제37조 제2항

국가보안법 제7조(찬양·고무등) ① 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반 국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.

②~④ 생략

⑤ 제1항·제3항 또는 제4항의 행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득한 자는 그 각 항에 정한 형에 처한다.

⑥, ⑦ 생략

【참조판례】

1. 헌재 1992. 4. 8. 90헌바24, 판례집 4, 225

헌재 2001. 11. 29. 2001헌가16, 판례집 13-2, 570

헌재 1996. 11. 28. 95헌바1, 판례집 8-2, 537

2. 헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741

【당 사 자】

제청법원 서울지방법원

당해사건 서울지방법원 99노12040 국가보안법위반(찬양·고무등)

【주 문】

국가보안법(1980. 12. 31. 법률 제3318호로 전문개정된 것) 제13조 중 “이 법, 군형법 제13조·제15조 또는 형법 제2편 제1장 내란의 죄·제2장 외환의 죄를 범하여 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형의 집행을 종료하지 아니한 자 또는 그 집행을 종료하거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 경과하지 아니한 자가 … 제7조 제5항, 제1항의 죄를 범한 때에는 그 죄에 대한 법정형의 최고를 사형으로 한다.” 부분은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 당해사건의 피고인 홍○선(이하 “피고인”이라 한다)은 출판사대표로서 1996. 11.경부터 1998. 11.경까지의 기간 동안 “진정한 마르크스주의 전통은 무엇인가”, “트로츠키 사상의 이해”, “우리가 알아야 할 코민테른 역사”, “동성애자 - 억압의 역사”, “레닌 I”, “마르크스의 혁명적 사상”등의 서적을 판매하여 국가보안법 제7조 제5항, 제1항의 죄(찬양·고무등)를 범하였다고 인정되어 1999. 1. 26. 서울지방법원에서 징역 1년 6월에 집행유예 3년 및 자격정지 1년을 선고받았으며, 이에 검사가 불복, 항소하였으나 1999. 4. 20. 서울고등법원에서 항소기각 판결이 선고됨으로써 1999. 4. 28. 위 판결이 확정되었다.

(2) 그런데, 피고인은 1999. 4. 21.부터 같은 해 6. 8.까지 사이에 또다시 국가의 존립, 안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 국가변란을 선전, 선동하는 행위를 할 목적으로 위와 같은 서적을 판매하고, 판매하고 남은 서적 및 그와 같은 내용이 포함된 유인물 등을 소지하여 국가보안법 제7조 제5항, 제1항의 죄(찬양·고무등)를 범하였다고 하여 1999. 12. 2. 서울지방법원에서 징역 1년 및 자격정지 1년을 선고받았고, 이에 피고인이 불복하여 항소하기에 이르렀는데, 항소심 법원은 위 항소심 재판의 전제가 되는 국가보안법 제13조가 헌법에 위반된다며 2002. 4. 25. 직권으로 위헌여부의 심판을 제청하였다.

나. 심판의 대상

제청법원은 국가보안법 제13조 전부에 대하여 위헌제청을 하였으나, 위 규정 중 항소심 재판의 전제가 되는 부분은 전범(前犯), 후범(後犯) 모두 국가

보안법 제7조 제5항, 제1항 부분에 한 한다 할 것이고, 그것이 나머지 법률조항들과 위헌성 판단에 있어 완전히 동일한 심사척도와 법리가 적용된다거나, 서로 필연적인 연관관계가 있다거나, 그 적용의 전제가 된다고는 볼 수가 없어 심판의 대상을 국가보안법 제13조 전부에 대하여 확장할 것은 아니다. 다만 전범(前犯)에 관한 부분은 일종의 신분에 관한 규정이므로 후범(後犯)에 관한 부분만 국가보안법 제7조 제5항, 제1항으로 한정하는 것이 신분법의 특수성에 상응한다 할 것이다.

따라서 이 사건의 심판대상은 국가보안법(1980. 12. 31. 법률 제3318호로 전문개정된 것) 제13조 중 “이 법, 군형법 제13조·제15조 또는 형법 제2편 제1장 내란의 죄·제2장 외환의 죄를 범하여 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형의 집행을 종료하지 아니한 자 또는 그 집행을 종료하거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 경과하지 아니한 자가 … 제7조 제5항, 제1항의 죄를 범한 때에는 그 죄에 대한 법정형의 최고를 사형으로 한다.” 부분(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)이며, 그 규정 및 관련 규정의 내용은 다음과 같다.

제13조(특수가중) 이 법, 군형법 제13조·제15조 또는 형법 제2편 제1장 내란의 죄·제2장 외환의 죄를 범하여 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형의 집행을 종료하지 아니한 자 또는 그 집행을 종료하거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 경과하지 아니한 자가 제3조 제1항 제3호 및 제2항 내지 제5항, 제4조 제1항 제1호 중 형법 제94조 제2항·제97조 및 제99조, 동항 제5호 및 제6호, 제2항 내지 제4항, 제5조, 제6조 제1항 및 제4항 내지 제6항, 제7조 내지 제9조의 죄를 범한 때에는 그 죄에 대한 법정형의 최고를 사형으로 한다.

제7조(찬양·고무등) ① 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.

② 내지 ④ 생략

⑤ 제1항·제3항 또는 제4항의 행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득한 자는 그 각항에 정한 형에 처한다.

⑥, ⑦ 생략

2. 제청법원의 위헌심판제청이유

가. 국가보안법 제13조의 취지는 반국가적 범죄행위로 인하여 이미 처벌을 받은 자가 반성하지 아니하고 비교적 단기간 내에 또다시 반국가적 범행을 저지르는 것은 그에 대한 비난가능성이 높고, 따라서 책임이 가중됨은 물론 행위의 위험성도 매우 크므로 이를 가중처벌하려는 것으로 보이나, 생명권의 완전한 박탈을 의미하는 사형은 비례의 원칙에 따라 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지 아니한 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피한 예외적인 경우에만 인정되어야 할 것인데, 국가보안법 제13조와 같이 국가보안법 제범자에 대한 법정최고형을 그 행위의 불법과 적정한 비례관계가 있는지에 대한 개별적인 판단을 배제한 채 다양한 범죄 유형에 관계없이 일률적으로 사형으로 정한 것은 위와 같은 입법취지를 감안하더라도 헌법상의 비례의 원칙에 반한다 할 것이다.

나. 이 사건 법률조항은 “그 죄에 대한 법정형의 최고를 사형으로 한다”고 규정하고 있는바, 이 사건에서와 같이 법정형이 7년 이하의 징역으로 정하여져 있는 국가보안법 제7조 제5항, 제1항의 찬양·고무등의 경우 이 사건 법률조항에 의한 특수가중을 할 경우 그 처단형을 ‘사형·무기 또는 1월 이상의 징역’으로 할 것인지, 아니면 그 최고형만을 사형으로 하여 ‘사형 또는 7년 이하의 징역’으로 할 것인지 명확하지 아니하므로 형벌법규의 명확성 원칙에도 반한다.

3. 판 단

가. 이 사건 법률조항의 입법과정과 그 배경

국가보안법은 국헌을 위배하여 정부를 참칭하거나 국가를 변란할 목적으로 단체를 구성하는 등 국가안보를 위태롭게 하는 각종의 행위를 처벌하려는 목적으로 1948. 12. 1. 법률 제10호로 제정되어 5차례의 개정을 거친 후 1980. 12. 31. 법률 제3318호로 전문개정 되면서 이 사건 법률조항이 신설되었다. 국가보안법이 1980. 12. 31. 전문개정된 이유는, 반공법과 국가보안법은 그 성격이 유사하고 중복된 조문이 많으므로 반공법을 폐지하여 이를 국가보안법에 통합함으로써 국가의 안전보장을 침해하는 범죄의 처벌·예방에 일원화를 기하기 위한 것이었다.

그런데 1980. 12. 31. 폐지되기 전의 반공법(1962. 9. 24. 법률 제1152호로 개정된 것)은 제9조의2에 “제범자의 특수가중”이라는 제목 하에 “이 법, 국가보안법, 균형법 제13조·제15조, 특수범죄처벌에관한특별법 제6조 또는 형법

제2편 제1장 내란의 죄, 제2장 외환의 죄를 범하여 유죄의 판결을 받은 자가 형의 집행 중 또는 그 집행을 종료하거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년 내에 제3조, 제4조 제1항·제2항·제4항·제5항, 제5조, 제6조 제1항·제2항·제5항·제6항 또는 제7조의 죄를 범한 때에는 그 죄에 대한 법정형의 최고를 사형으로 한다.”는 규정을 두고 있었고, 1980. 12. 31. 전문개정되기 전의 국가보안법(1962. 9. 24. 법률 제1151호로 개정된 것, 이하 “구 국가보안법”이라 한다)도 제10조의2에 “재범자의 특수가중”이라는 똑같은 제목 하에 “본법, 반공법, 군형법 제13조, 제15조, 특수범죄처벌에관한특별법 제6조의 죄 또는 형법 제2편 제1장 내란의 죄, 제2장 외환의 죄를 범하여 유죄의 판결을 받은 자가 형의 집행 중 또는 그 집행을 종료하거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년 내에 제1조 제3호, 제3조 제3호, 제4호, 제4조, 제5조, 제6조, 제7조 또는 제10조의 죄를 범한 때에는 그 죄에 대한 법정형의 최고를 사형으로 한다.”는 규정을 두고 있었다. 즉 반국가적 범죄 재범자의 특수가중에 관하여 반공법과 구 국가보안법의 양 조문이 서로 분담하고 있었던 것을 1980. 12. 31. 반공법을 폐지하고 구 국가보안법을 전문개정하면서 국가보안법 제13조로 통합한 것이다. 그렇다면 이 사건 법률조항이 국가보안법에 신설된 것은 1980. 12. 31.이지만, 반공법과 구 국가보안법에 있던 조문이 반공법이 폐지되면서 국가보안법에 통합된 것이므로 실질적으로 이 사건 법률조항의 신설시기는 1962. 9. 24.로 거슬러 올라간다 할 것이다. 그리고 이 사건 법률조항은 1980. 12. 31. 국가보안법에 규정된 이후 지금까지 그 내용이 개정된 바가 없다.

반공법 제9조의2와 구 국가보안법 제10조의2의 1962. 9. 24. 당시 신설이유를 보면 “국가의 존립과 안전을 위태롭게 하는 반국가적 범죄에 대하여는 국가보안법, 반공법 등에 의하여 상당히 중한 형으로 처벌하도록 되어 있으나 아직도 미전향자에 의한 반국가적 범죄가 반복되고 있으므로 그러한 반복적인 행위에 대하여는 특히 그 법정형의 최고를 사형으로 하여 보다 중하게 다루게 함으로써 재범을 미연에 방지하고 국가의 안전을 보장하려는 것”으로 되어 있다(각 개정법률안 제안이유). 당시는 5·16 군사혁명에 의하여 국회는 해산되었고 현역군인으로 구성되는 ‘국가재건최고회의’가 설치되어 그것이 입법·사법·행정을 장악한 최고통치기구로서 2년 7개월 동안 활동하던 시기였다. 이 시기의 이념은 반공, 빈곤추방, 그리고 안정과 번영이었고, 이러한 시대적 배경하에 반국가적 범죄를 저지른 자에 대한 처벌을 강화하고자 했던

입법자의 의도가 이 사건 법률조항으로 나타난 것이다.

나. 비례의 원칙 위반 여부

(1) 책임과 형벌간의 비례 원칙

우리 헌법은 국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하려는 법치국가의 실현을 기본이념으로 하고 있고, 법치국가의 개념은 범죄에 대한 법정형을 정함에 있어 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 적절한 비례관계가 지켜질 것을 요구하는 실질적 법치국가의 이념을 포함하고 있다(헌재 1992. 4. 8. 90헌바24, 판례집 4, 225, 230).

입법자가 형벌이라는 수단을 선택함에 있어서는 그 형벌이 불법과 책임의 경중에 일치하도록 하여야 하고, 만약 선택한 형벌이 구성요건에 기술된 불법의 내용과 행위자의 책임에 일치되지 않는 과도한 것이라면 이는 비례의 원칙을 일탈한 것으로 헌법상 용인될 수 없다.

법정형의 종류와 범위를 정하는 것은 기본적으로 입법자의 권한에 속하는 것이지만(헌재 1995. 10. 26. 92헌바45, 판례집 7-2, 397, 404; 헌재 1999. 5. 27. 96헌바16, 판례집 11-1, 529, 538-539), 국회의 이러한 입법재량은 무제한한 것이 될 수는 없으며, 기본권의 본질적 내용을 침해하는 입법은 용납될 수 없다. 즉 법정형의 종류와 범위를 정할 때는 형벌 위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구에 따라야 하고, 형벌개별화의 원칙이 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다. 이러한 요구는 특별형법의 경우도 마찬가지여서(헌재 1992. 4. 28. 90헌바24 판례집 4, 225, 230) 입법취지에서 보아 중벌(重罰)주의로 대처할 필요성이 인정되는 경우라 하더라도 그 가중의 정도가 통상의 형벌과 비교하여 현저히 형벌체계상의 정당성과 균형성을 잃은 것이 명백하다면, 그러한 입법의 정당성은 부인되고, 인간의 존엄성과 가치를 보장하는 헌법의 기본원리에 반하여 위헌적인 법률이 될 것이다(헌재 2001. 11. 29. 2001헌가16, 판례집 13-2, 570, 583).

(2) 이 사건 법률조항의 경우

반국가적 범죄를 저지른 자가 그로 인한 처벌을 받았음에도 불구하고 다시 반국가적 범죄를 저질렀다면 그에 대한 비난가능성이 높고 따라서 책임이 가중되어야 할 것이다. 이 사건 법률조항은 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함을 그

입법목적으로 한다(국가보안법 제1조 제1항 참조). 그러나 이러한 입법목적 달성을 위해 아무리 중벌이 요구된다 하더라도 사형이라는 형벌은 비례의 원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지 아니한 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 인정되어야 할 것인데(헌재 1996. 11. 28. 95헌바1, 판례집 8-2, 537, 546), 단지 반국가적 범죄를 반복하여 저질렀다는 이유만으로 다시 범한 죄가 국가보안법 제7조 제5항, 제1항과 같이 비교적 경미한 범죄라도 사형까지 선고할 수 있도록 한 것은 그 법정형이 형벌체계상의 균형성을 현저히 상실하여 정당성을 잃은 것이고, 이러한 형의 불균형은 반국가적 범죄로부터 국가 및 국민을 보호한다는 위와 같은 입법목적으로도 극복할 수는 없는 것이다. 그러므로 이 사건 법률조항은 법정형의 종류와 범위를 정할 때는 인간의 존엄과 가치를 존중하고, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 정하여야 한다는 실질적 법치국가의 이념에 반한다.

물론 이 사건 법률조항에 따라 사형을 선고할 것인지의 여부는 법관의 양형재량권 범위 내에 속하는 문제이므로 법정형에 사형을 추가하더라도 큰 문제는 없을 것이라는 논리도 가능하다. 그러나 법정형의 문제에 있어 상한과 하한은 모두 결정적으로 중요한 것이고, 양형재량권은 법정형의 상한과 하한이 어느 정도 합리적으로 정해져 있을 때 의미가 있는 것이다. 또한 이 사건 법률조항이 법정형의 상한을 사형으로 정함으로써 사형 선고를 가능하게 하고 있다는 것 자체가 위험성을 내포하고 있는 것이다.

다. 명확성 원칙 위반 여부

(1) 우리 헌법 제13조 제1항 전단은 모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니한다고 규정하고, 제12조 제1항 후문은 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 명확하게 규정할 것을 요구한다(헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741, 748 참조).

(2) 그런데 이 사건 법률조항이 “그 죄에 대한 법정형의 최고를 사형으로 한다”고 규정한 것을, 법정형의 최고가 사형이므로 그 이하의 형벌까지 모두 선고할 수 있다는 의미로 해석할 것인지, 아니면 국가보안법 제7조 제5항, 제

1항에 규정되어 있는 법정형 외에 사형이 법정형으로 추가된다는 의미로 해석할 것인지 불명확하다.

즉 법정형이 7년 이하의 징역으로 정하여져 있는 국가보안법 제7조 제5항, 제1항 위반죄에 있어서 이 사건 법률조항에 의한 특수가중을 할 경우 그 법정형을 '사형·무기 또는 1월 이상의 징역'으로 할 것인지, 아니면 그 최고형만을 사형으로 하여 '사형 또는 7년 이하의 징역'으로 할 것인지 명확하지 않다.

나아가 더 큰 문제는 어느 쪽으로 해석하든지 문제점이 있다는 것이다. 즉 전자로 해석할 때는 이 사건 법률조항이 실질적으로 절대적 부정기형을 정한 것이나 마찬가지로여서 그 자체로 형벌법규의 명확성 요청에 반하고, 후자로 해석할 때는 우리 형벌법규 가운데 사형이 법정형으로 규정되어 있는 범죄는 그 법정형이 보통 '사형, 무기 또는 ○년 이상의 징역'이라고 되어 있는데 반해 이 사건 법률조항은 법정형의 중간에 공백이 생기게 되어 형벌법규 체계상 용인할 수 없는 법정형의 모순이 나타나게 된다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 형벌법규의 명확성 원칙에 반한다고 할 것이다.

4. 결 론

이상과 같은 이유로 이 사건 법률조항은 비례의 원칙 및 명확성의 원칙에 위반되므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 따라 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성 김효종
김경일(주심) 송인준 주선희

지방공무원법 제29조의3 위헌소원

(2002. 11. 28. 98헌바101, 99헌바8(병합) 전원재판부)

【판시사항】

지방공무원의 전입에 관한 지방공무원법 제29조의3의 위헌 여부 (소극)

【결정요지】

지방공무원법 제29조의3은 “지방자치단체의 장은 다른 지방자치단체의 장의 동의를 얻어 그 소속 공무원을 전입할 수 있다”라고만 규정하고 있어, 이러한 전입에 있어 지방공무원 본인의 동의를 필요하지에 관하여 다툼의 여지없이 명백한 것은 아니나, 위 법률조항을, 해당 지방공무원의 동의없이도 지방자치단체의 장 사이의 동의만으로 지방공무원에 대한 전출 및 전입명령이 가능하다고 풀이하는 것은 헌법적으로 용인되지 아니하며, 헌법 제7조에 규정된 공무원의 신분보장 및 헌법 제15조에서 보장하는 직업선택의 자유의 의미와 효력에 비추어 볼 때 위 법률조항은 해당 지방공무원의 동의가 있을 것을 당연한 전제로 하여 그 공무원이 소속된 지방자치단체의 장의 동의를 얻어서만 그 공무원을 전입할 수 있음을 규정하고 있는 것으로 해석하는 것이 타당하고, 이렇게 본다면 인사교류를 통한 행정의 능률성이라는 입법목적도 적절히 달성할 수 있을 뿐만 아니라 지방공무원의 신분보장이라는 헌법적 요청도 충족할 수 있게 된다. 따라서 위 법률조항은 헌법에 위반되지 아니한다.

재판관 김효중, 재판관 김경일, 재판관 송인준의 한정위헌 의견

법률의 위헌선언권을 유일하게 갖고 있는 헌법재판소로서는 어떤 법률조항에 대하여 위헌적인 법적용 영역과 그에 상응하는 해석가능성이 존재할 경우 그러한 위헌적인 부분을 중국적으로 배제하는 결정을 선고함으로써 그 결정에 따른 기속력을 법원을 비롯한 모든 국가기관 및 지

헌재 2002. 11. 28. 98헌바101, 99헌바8(병합)

방자치단체에게 미치도록 하는 것을 원칙으로 삼아야 하고, 그 기속력의 수범자중의 하나인 법원이 그 법률조항에 대하여 헌법재판소와 동일한 합헌적인 해석을 하고 있다고 하여 그 법률조항에 여전히 존재하고 있는 위헌적인 부분을 제거하지 않은 채 방치할 수는 없으므로, 위 지방공무원법 조항에 존재하는 위헌적 부분을 결정주문에 명시적으로 밝혀 “지방공무원법 제29조의3은 지방공무원 본인의 동의를 요하지 않는다고 해석하는 한 헌법에 위반된다”는 내용의 한정위헌결정을 선고하여야 한다.

재판관 김영일의 헌법불합치 의견

위 지방공무원법 조항의 문언이나 입법목적을 아무리 넓게 파악한다고 하더라도 전입대상이 되는 공무원 본인의 동의라는 요건이 내재되어 있다거나 전제되어 있는 것으로 해석하거나 적용할 수는 없는 것이고, 또한 그와 같은 해석을 도출할 만한 어떤 다른 관련규정도 찾아볼 수 없으므로 위 법률조항에 대하여는 위헌선언을 하여야 할 것이나, 지방자치단체 공무원 인사관리의 혼란 등 위헌선언으로 야기될 혼란을 방지하기 위하여, 위 조항이 헌법에 합치되도록 개정될 때까지 잠정적으로 적용할 것을 명하는 헌법불합치결정을 함이 타당하다.

【심판대상조문】

지방공무원법 제29조의3(전입) 지방자치단체의 장은 다른 지방자치단체의 장의 동의를 얻어 그 소속 공무원을 전입할 수 있다.

【참조조문】

헌법 제7조, 제15조

【참조판례】

헌재 1989. 7. 21. 89헌바38, 판례집 1, 131, 145

대법원 2001. 12. 11. 선고 99두1823

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 김기홍(98헌바101)
 국선대리인 변호사 문영택
 2. 김형섭(99헌바8)
 국선대리인 변호사 이건방
- 당해사건 1. 서울고등법원 97구49987 전출발령취소등(98헌바101)
 2. 서울고등법원 97구48939 인사발령취소등(99헌바8)

【주 문】

지방공무원법 제29조의 3은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인 김기홍은 1979. 9. 10. 경기 양평군의 지방공무원으로 임용되어 근무하던 자이고, 청구인 김형섭은 1975. 8. 1. 경기 포천군의 지방공무원으로 임용된 후 1989. 1. 1. 미금시 소속 지방공무원으로 전보된 다음 1995. 1. 1. 행정구역 통폐합에 따라 남양주시 소속 지방공무원으로 근무하던 자이다. 양평군수는 1997. 4. 22. 청구인들의 사전동의 없이 지방공무원법 제29조의 3을 근거로 남양주시장에게, 청구인 김형섭의 양평군으로의 전입에 대한 동의여부 통지를 요청함과 동시에 남양주시장으로부터 그 전입동의 요청도 받지 않은 상황에서 청구인 김기홍의 남양주시로의 전입에 대한 동의를 의사표시를 하였고, 이에 남양주시장 역시 청구인들의 의사를 확인하지 아니한 채 1997. 5. 1. 양평군수에게, 청구인 김형섭의 양평군으로의 전입에 대한 동의를 의사표시를 함과 동시에 청구인 김기홍의 남양주시로의 전입에 대한 동의여부 통지를 정식으로 요청하였다. 그러자 양평군수는 다음날 남양주시장에게 청구인 김기홍의 남양주시로의 전입에 대한 동의를 의사표시를 다시 하는 절차를 밟았다. 이러한 과정을 거쳐 양평군수는 1997. 5. 3.자로 청구인 김기홍에게 전출명령을, 청구인 김형섭에게 전입임용을 하였고, 남양주시장도 같은 날짜로 청구인 김형섭에게 전출명령을, 청구인 김기홍에게 전입임용을 하였다.

(2) 그러자 청구인 김기홍은 서울고등법원에 양평군수의 위 전출발령에 대

하여 주위적으로는 무효확인, 예비적으로는 취소(서울고등법원 97구49987)를, 청구인 김형섭도 같은 법원에 남양주시장의 위 전출발령등에 대하여 주위적으로는 무효확인, 예비적으로는 취소(서울고등법원 97구48939)를 구하는 행정소송을 각 제기한 다음 각 전출발령의 근거가 된 지방공무원법 제29조의 3의 위헌 여부가 재판의 전제가 된다고 하여 청구인 김기홍은 1998. 4. 2. 위헌법률심판제청(98아446)을, 청구인 김형섭은 같은 해 1.경 위헌법률심판제청(98아40)을 각 신청하였다가, 청구인 김기홍은 같은 해 11. 24. 그 기각결정을 받고 같은 해 12. 14. 이 사건 헌법소원(98헌바101)을, 청구인 김형섭은 같은 달 17. 그 기각결정을 받고 1999. 1. 15. 이 사건 헌법소원(99헌바8)을 각 청구하였다.

나. 심판의 대상

지방공무원법 제29조의 3(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌 여부이며, 그 내용은 다음과 같다.

지방공무원법 제29조의 3(전입) 지방자치단체의 장은 다른 지방자치단체의 장의 동의를 얻어 그 소속 공무원을 전입할 수 있다.

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장 요지

이 사건 법률조항은 선거에 의하여 취임한 지방자치단체의 장 사이의 의사 일치만으로 지방공무원을 본인의 동의 없이 전출·전입할 수 있도록 하여, 정당한 이유 없이는 해임될 수 없다는 직업공무원 제도의 본질적 내용을 침해하였고, 대법원이 그 판례(1962. 11. 15. 62누165, 집10④, 행55)로 쌍방적 행정행위라고 밝힌 공무원 임용행위의 성질에 비추어 허용될 수 없는, 본인의 동의 없는 전출면직 및 전입임용의 근거가 되는 규정인 만큼 입법의 한계를 벗어난 것이며, 지방공무원법 제30조의2 소정의 인사교류가 그 필요성이 있을 때 한하되 그것도 협의회의 심의를 거치도록 규정된 것과 비교할 때 민주적인 인사행정에 반하여 우회적인 징계 내지 자의에 의한 보복인사의 여지를 낳아, 결국 헌법이 정한 공무원의 신분보장의 원칙은 물론 그 직업선택의 자유, 신체의 자유, 거주·이전의 자유, 행복추구권 등을 침해한다.

나. 법원의 위헌심판 제청신청 기각이유

이 사건 법률조항은 지방공무원법 제30조의 2의 규정내용 및 취지 등에 비추어 볼 때 그와 다른 전입·전출 방법을 규정하고 있을 뿐이므로 이에 모순이 있지는 아니하고, 이 사건 법률조항이 지방공무원의 인사와 관련된 지방공

무원법의 다른 법률 규정 등과 상충된다고 보이지도 아니한다. 나아가 이 사건 법률조항이 전입·전출 지방공무원의 동의를 요건으로 하지 않는다 할지라도 이는 이미 지방공무원으로 임용받은 자에 대한 인사교류 차원에서 이루어지는 것이며, 특히 그 인사교류에 의하여 지방공무원 본인의 이익이 과도하거나 부당하게 침해될 때에는 인사명령 자체가 인사권을 남용한 것이거나 재량의 한계를 일탈한 것으로 사법적 통제를 받을 수 있으므로, 단지 본인의 동의를 요하지 않는다는 점만으로 이 사건 법률조항이 신체의 자유와 직업선택의 자유를 규정한 헌법 제10조, 제15조는 물론 공무원의 신분보장에 관한 헌법 제7조 제2항이나 기본권의 제한에 관한 헌법 제37조 제2항 등에 위반된다고 할 수 없다.

다. 행정자치부장관의 의견

이 사건 법률조항에 의한 지방공무원의 전입은 지방자치단체 간의 필요인력의 재배치 내지 신속한 결원보충을 통한 개인의 능력 및 조직의 발전을 이루기 위한 것인바, 그 전입을 정당한 이유가 없는 해고라고 볼 수 없고, 또한 그로 인하여 본래의 공무원신분에 변동이 생기는 것도 아니므로 헌법상 공무원의 신분보장의 원칙에 위반되지 아니하고, 단지 본인의 동의를 요하지 않는다 하여 지방공무원의 직업선택의 자유, 신체의 자유, 행복추구권 등을 과도하게 제한한다거나 평등의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

라. 경기도 양평군수의 의견

행정자치부장관의 의견과 대체로 같다.

3. 판 단

가. 이 사건 법률조항은 “지방자치단체의 장은 다른 지방자치단체의 장의 동의를 얻어 그 소속 공무원을 전입할 수 있다”라고만 규정하고 있어, 이러한 전입에 있어 지방공무원 본인의 동의가 필요한지에 관하여 다툼의 여지없이 명백한 것은 아니다. 법문상으로 보면 지방공무원의 전입에 관하여 공무원 본인의 동의가 필요하다는 것이 명기되어 있지 않으므로 지방공무원의 의사와 관계없이 지방자치단체의 장 사이의 상호 동의만으로 지방공무원을 전출·전입시킬 수 있다는 해석의 여지가 없는 것도 아니다.

일반적으로 어떤 법률에 대한 여러 갈래의 해석이 가능할 때에는 원칙적으로 헌법에 합치되는 해석을 하여야 한다. 왜냐하면 국가의 법질서는 헌법을 최고법규로 하여 그 가치질서에 의하여 지배되는 통일체를 형성하는 것이며 그러한 통일체 내에서 상위규범은 하위규범의 효력근거가 되는 동시에 해석

근거가 되기 때문이다(헌재 1989. 7. 21. 89헌마38, 판례집 1, 131, 145).

그런데 이 사건 법률조항을, 지방공무원의 의사와 관계없이 지방자치단체의 장 사이의 동의만으로 지방공무원을 전출·전입시킬 수 있는 것으로 풀이하는 것은 헌법에 합치되는 올바른 해석이라 할 수 없다. 그 이유를 상세히 살펴보기로 한다.

나. 헌법 제7조가 “공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다. 공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”라고 명문으로 규정하고 있는 것은 바로 직업공무원제도가 국민주권원리에 바탕을 둔 민주적이고 법치주의적인 공직제도임을 천명하고 정권담당자에 따라 영향받지 않는 것은 물론 같은 정권하에서도 정당한 이유없이 해임당하지 않는 것을 불가결의 요건으로 하는 직업공무원제도의 확립을 내용으로 하는 입법의 원리를 지시하고 있는 것이다. 그렇기 때문에 공무원에 대한 기본법인 국가공무원법이나 지방공무원법에서도 이 원리를 받들어 공무원은 형의 선고, 징계 또는 위 공무원법이 정하는 사유에 의하지 아니하고는 그 의사에 반하여 휴직, 강임 또는 면직당하지 아니하도록 하고(국가공무원법 제68조, 지방공무원법 제60조), 직권에 의한 면직사유를 제한적으로 열거하여(국가공무원법 제70조, 지방공무원법 제62조) 직제와 정원의 개폐 또는 예산의 감소 등에 의하여 폐직 또는 과원이 되었을 때를 제외하고는 공무원의 귀책사유없이 인사상 불이익을 받는 일이 없도록 규정하고 있는 것이다. 이는 조직의 운영 및 개편상 불가피한 경우 외에는 임명권자의 자의적 판단에 의하여 직업공무원에게 면직 등의 불리한 인사조치를 함부로 할 수 없음을 의미하는 것으로서 이에 어긋나는 것일 때에는 직업공무원제도의 본질적 내용을 침해하는 것이 되기 때문이다(헌재 1989. 12. 18. 89헌마32등, 판례집 1, 343, 353-354).

이 사건 법률조항은 지방공무원의 귀책사유를 요건으로 하지 않으며, 전출 지방자치단체의 장이 동의를 함에는 직제와 정원의 개폐 또는 예산의 감소 등에 의하여 폐직 또는 과원이 되는 등의 불가피한 사정이 있을 것을 요하지 않는다. 따라서 이 사건 법률조항을, 지방공무원의 의사와 관계없이 지방자치단체의 장 사이의 동의만으로 지방공무원을 전출·전입시킬 수 있는 것으로 해석하면, 지방자치단체의 장의 자의적 판단에 의하여 실질적으로 면직에 버금가는 불리한 인사조치를 할 수 있다는 결론으로 귀착된다.

뿐만 아니라, 선거에 의하여 임명되는 지방자치단체의 장 사이에 전출·전

입동이가 있다는 오로지 그 한 가지 요건에 의하여, 지방공무원을 소속 지방자치단체에서 전출시킬 수 있다고 할 경우 이 사건 법률조항은, 국민 전체에 대한 봉사자로서의 지방공무원의 역할을 위축시킴은 물론 그 공무수행을 지방자치단체의 장, 나아가 그 소속 정당 내지 정치적 세력의 교체에 따라 좌우되게 만들 위험이 다분하다. 이는 공무원이 정치과정에서 승리한 정당원에 의하여 충원되는 엮관제를 지양하고, 정권교체에 따른 국가작용의 중단과 혼란을 예방하며 일관성 있는 공무수행의 독자성과 연속성을 유지하기 위하여 공직구조에 관한 제도적 보장으로서 직업공무원 제도를 마련하여야 한다는 헌법 제7조의 공무원의 신분보장 원칙에 부합하지 않는다(헌재 1997. 4. 24. 95헌바48, 판례집 9-1, 435, 442-443).

한편, 직업선택의 자유를 보장하고 있는 헌법 제15조를 고려하더라도 위와 같은 해석은 정당하지 않다. 지방자치단체의 장이 다른 지방자치단체의 장의 동의를 얻어 그 소속 공무원을 전입함에 있어 지방공무원 본인의 동의를 필요하지 않다고 해석한다면, 그 지방공무원의 의사에 반한 전출명령 및 전입임용으로 자신이 선택한 직업(지방공무원)을 수행해 나가기 위한 직장(지방자치단체)을 옮기도록 강요하는 것이므로, 지방공무원의 직업선택의 자유, 그 중에서도 직장선택의 자유를 침해하는 것이 된다.

지방공무원의 경우, 그 사용자인 지방자치단체에 소속되어 있는 한 그 직무의 내용과 장소를 다소 달리한다고 하여 이를 두고 그 직장선택의 자유를 침해하는 것으로는 볼 수 없을 것이다. 하지만 국가공무원과는 달리 지방공무원은 특정 지방자치단체와의 쌍방적 행위를 통하여 임용되므로 특별한 사정이 없는 한 임용된 당해 지방자치단체에 소속된 공무원으로서 그 관할구역 내에서 근무하는 것을 근무관계의 본질로 한다. 그러므로 지방공무원을 그 소속 지방자치단체로부터 분리하여 다른 지방자치단체 소속으로 옮긴다는 것은 그 지방공무원의 공무원으로서의 지위에 근본적 변동을 초래하게 된다. 각 지방자치단체는 지역적 특성, 인구, 재정자립도 등 여러 가지 면에서 대단히 큰 편차를 보이므로, 지방자치단체마다 직무의 내용, 보직관리 기준, 근무여건등이 크게 달라질 수 있다. 소속 지방자치단체가 옮겨지면 근무지, 이에 따라 삶의 기초가 되는 주거지 또한 변경되는 것이 통상적일 것이다. 따라서 지방공무원의 의사에 반하여 그 직장(소속 지방자치단체)의 변경을 강제한다는 것은 이를 정당화할 만한 정도의 공익적 요청없이 그 지방공무원의 직장선택의 자유를 침해하는 것이 되므로 헌법적으로 허용되지 아니한다. 그런데 이 사건

법률조항에 의한 전출·전입으로 목적하고자 하는 공익이란 인사교류를 통한 행정의 능률성 이외에는 달리 상정하기 어려운바, 이는 공무원의 신분보장, 민주적인 공직제도라고 하는 헌법적 가치에 대하여 양보를 요구할 만한 것이라고 보기 어렵다.

다. 이상 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항을, 해당 지방공무원의 동의없어도 지방자치단체의 장 사이의 동의만으로 지방공무원에 대한 전출 및 전입 명령이 가능하다고 풀이하는 것은 헌법적으로 용인되지 아니한다. 헌법 제7조에 규정된 공무원의 신분보장 및 헌법 제15조에서 보장하는 직업선택의 자유의 의미와 효력에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항은 해당 지방공무원의 동의가 있을 것을 당연한 전제로 하여 그 공무원이 소속된 지방자치단체의 장의 동의를 얻어서만 그 공무원을 전입할 수 있음을 규정하고 있는 것으로 보는 것이 올바른 해석이다. 이렇게 본다면 인사교류를 통한 행정의 능률성이라는 입법목적도 적절히 달성할 수 있을 뿐만 아니라 지방공무원의 신분보장이라는 헌법적 요청도 충족할 수 있게 된다.

대법원은 이 사건 법률조항에 관하여, ‘지방자치단체의 장이 소속 공무원을 전출하는 것은 임명권자를 달리하는 지방자치단체로의 이동인 점에 비추어 반드시 당해 공무원 본인의 동의를 전제로 하는 것’이라고 해석하고 있는데(대법원 2001. 12. 11. 선고 99두1823 판결; 대법원 2001. 12. 28. 선고 98두19704 판결), 이는 지방공무원 본인의 동의라는 요건이 이 사건 법률조항에 의한 전출·전입의 당연한 전제임을 잘 보여주고 있다 하겠다.

이 사건 법률조항을 이와 같이 해석하는 것은 이 사건 법률조항의 내용을 왜곡하거나 변경하는 것이 아니라, 법률의 본래 의미를 헌법정신에 비추어 분명히 하는 것이므로 법률해석의 한계를 벗어나는 것이라 할 수 없다.

라. 결론적으로 이 사건 법률조항은, 지방자치단체의 장은 소속 지방공무원의 전출·전입에 서로 동의하였더라도 해당 지방공무원 본인의 동의를 얻어야만 그를 전출·전입할 수 있다는 것으로 해석하는 것이 타당하고, 따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니한다 할 것이다.

4. 결 론

이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 김효중, 재판관 김경일, 재판관 송인준의 아래 5.와 같은 한정 위헌의견 및 재판관 김영일의 아래 6.과 같은 헌법불합치의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 김효중, 재판관 김경일, 재판관 송인준의 한정위헌의견

우리는 이 사건 법률조항을 합헌적으로 해석하여 당해 공무원 본인의 동의를 받는 경우에 한하여 적용할 경우 이 사건 법률조항이 갖는 위헌성이 제거될 수 있다는 점에서는 다수 의견과 뜻을 같이하나 이 사건 법률조항에 관한 대법원의 동일한 해석이 있다고 하여 이 사건 법률조항에 존재하는 위헌적 부분을 결정주문에 명시적으로 밝히지 않고 단순하게 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되지 아니한다는 주문으로 선고하는 것에 대하여는 다음과 같은 이유로 반대한다.

가. 다수의견은 기본적으로 대법원의 위와같은 해석으로 이 사건 법률조항이 갖는 위헌성이 종국적으로 제거되었다는 것을 전제로 한 것으로 보인다.

그러나 이러한 견해는 대법원의 판결의 기속력과 헌법재판소의 위헌결정의 기속력의 내용 내지 범위에 관한 이해의 결여에서 비롯된 것으로 생각한다. 대법원의 판결이 갖는 기속력은 당해 사건에 관하여 하급심을 기속하는 것(법원조직법 제8조)인데 반하여 헌법재판소의 결정 주문에서 표현된 위헌결정이 갖는 기속력은 “법원 기타 국가기관 및 지방자치단체”(헌법재판소법 제75조 제6항, 제47조 제1항)에게 미친다. 이렇듯 헌법재판소의 위헌결정의 기속력은 대법원의 판결에서는 통상적으로 볼 수 없는 광범위한 효력, 즉 법원을 비롯한 모든 국가기관 및 지방자치단체에 대하여 장차 헌법재판소의 결정을 준수하여야 하고 헌법재판소의 결정에 모순되는 행위를 금지하여야 하는 실체법적인 의무를 부과하는 효력인 것이다.

한편 헌법재판소는 그동안 한정위헌결정의 효력과 관련하여, 어떤 법률조항에 대하여 다의적인 해석가능성이 있을 때 합헌적인 한정축소 해석의 타당영역 밖에 있는 위헌적인 법 적용 영역과 그에 상응하는 해석가능성을 적극적으로 배제하는 뜻으로 한정위헌결정을 할 수 있고, 이러한 한정위헌결정의 효력은 헌법에 위반된다는 이유로 그 적용이 배제된 범위내에서 법원을 비롯하여 모든 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다는 확립된 견해(헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 860-863)를 밝혀왔다.

결국 우리는, 법률의 위헌선언권을 유일하게 갖고 있는 헌법재판소로서는 어떤 법률조항에 대하여 위헌적인 법 적용 영역과 그에 상응하는 해석가능성이 존재할 경우 그러한 위헌적인 부분을 종국적으로 배제하는 결정을 선고함으로써 그 결정에 따른 기속력을 법원을 비롯한 모든 국가기관 및 지방자치

단체에게 미치도록 하는 것을 원칙으로 삼아야 하고, 그 기속력의 수범자중의 하나인 법원이 그 법률조항에 대하여 헌법재판소와 동일한 합헌적인 해석을 하고 있다고 하여 그 법률조항에 여전히 존재하고 있는 위헌적인 부분을 제거하지 않은 채 방치할 수는 없다고 생각한다. 다만, 어떤 법률조항에 관하여 비교적 오랜 기간동안에 걸쳐 이를 합헌적으로 해석해온 대법원의 확립된 판례들이 있고, 위헌결정의 다른 수범자들인 법원이외의 국가기관 및 지방자치단체등도 그 법률조항의 규범적 의미를 위와같은 대법원의 해석에 따른 내용으로 이해하고 있는 등 그 법률조항의 위헌적인 부분이 실질적으로 이미 배제되었다고 보여지는 예외적인 사정이 존재할 경우에는 굳이 그 위헌적인 부분을 중국적으로 배제하는 뜻의 한정위헌결정을 선고할 필요성이 적어질 뿐이라고 본다.

이 사건의 경우, 우리는 이 사건 법률조항이 갖고 있는 위헌적인 해석가능성을 결정주문을 통하여 명시적으로 배제하지 않아도 될 예외적 사정을 찾을 수 없다고 생각한다. 오히려 이 사건 법률조항에 관한 대법원의 위와같은 해석은 이 사건 심판 계속중에 나온 최근의 것일 뿐만 아니라 나아가 이 사건 법률조항 자체에서 해당 공무원 본인의 동의를 받는 것을 전제로 이 사건 법률조항이 적용된다는 해석을 도출하는 것이 누구에게나 용이하지는 아니하므로 법원을 제외한 다른 국가기관, 특히 지방자치단체들이 이 사건 법률조항의 운용을 대법원의 판례와 같이 할 것이라고 확실히 보장할 수 없는 상황이라고 보여지는 바, 그렇다면 헌법재판소로서는 위헌결정의 기속력이 미치는 수범자들 특히 법원이외의 다른 국가기관 및 지방자치단체에 대한 기속력을 명백히 하기 위하여 헌법재판소가 이 사건 법률조항에 대하여 갖게된 평가, 즉 이 사건 법률조항의 위헌적인 해석 가능성 및 적용 범위를 결정 주문에 명확히 밝혀야 하고, 그럼으로써 헌법재판소가 가진 규범통제의 기능을 다하는 것이라고 생각한다.

나. 우리는, 다수의견이 이 사건과 기본적으로 동일한 쟁점에 대하여 밝힌 헌법재판소의 선례(헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57)와 다소 일관되지 않은 것임을 지적하고자 한다. 위 선례에서도 이 사건과 마찬가지로 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원 심판 계속중에 선고된 심판대상 법률조항에 관한 대법원의 합헌적 해석이 헌법재판소의 견해와 일치할 경우에 헌법재판소가 어떤 내용의 결정을 선고할 것인가가 쟁점이 되었었다. 다만 위 선례의 경우는 당해사건에서 헌법소원심판 청구인에 대한 패소판결이 확정되어 있었으므로 그

청구인을 재심을 통하여 구제받도록 하여야 할 필요성이 존재하였다는 점에서 이 사건과 달랐을 뿐이다. 위 선례에서는 관여 재판관 전원일치의 의견으로 심판 대상 법률조항에 관한 합헌적 해석의 타당영역 밖에 있는 위헌적인 해석가능성을 적극적으로 배제하는 한정위헌결정이 선고되었던 바, 이 사건 역시 위 선례와 기본적으로 동일한 구조를 갖고 있다는 점에서 다수의견은 위 선례의 뜻과 선뜻 조화되지 않는다. 만일 다수의견이 헌법소원심판 청구인의 재심을 통한 구제가능성을 주문의 내용을 결정하는 변수로 고려한 것이라면 우리는 그 견해를 받아들일 수 없다. 왜냐하면 헌법재판소의 규범통제의 결과로서의 결정 주문은 오로지 심판대상 법률조항에 대한 위헌성 여부에만 대응하여야 하는 것이고, 당사자의 구제가능성은 심판대상 법률조항에 대한 판단을 표현한 헌법재판소의 결정주문의 내용에 따라 결정되는 것뿐이기 때문이다.

다. 이상의 이유로 우리는 “이 사건 법률조항은 지방공무원 본인의 동의를 요하지 않는다고 해석하는 한 헌법에 위반된다.”는 내용의 한정위헌결정을 선고하여야 한다는 견해를 밝힌다.

6. 재판관 김영일의 헌법불합치의견

다수의견과 한정위헌의견이 이 사건 법률조항의 위헌성을 조목조목 적절히 논증하면서도, 이 사건 법률조항에는 전입·전출대상 공무원의 동의가 내재 또는 전제되어 있다는 것을 근거로 하여 그 결론을 합헌 또는 한정위헌으로 귀착시키는 것은 헌법재판의 대상인 법률조항의 해석과 그 위헌여부의 판단 기준이 되는 헌법규범의 해석을 혼동하는 것으로 도저히 받아들일 수 없어, 나는 다음과 같이 헌법불합치의견을 밝히는 바이다.

무릇 입법형성권에 대한 존중은 합헌적 법률해석의 헌법적 근거이자 동시에 그 한계이다. 헌법재판소는 합헌적 법률해석을 통하여 입법자의 원래의사를 왜곡·변형하거나 대체해서는 아니되므로, 법률을 해석함에 있어서 문의적 한계와 범목적적 한계를 넘지 않도록 유의해야 한다. 헌법재판소가 입법권에 대한 존중이라는 이름아래 무리한 법률해석을 통하여 문제되는 법률의 효력을 유지시킨다면, 오히려 입법자의 입법권이 제한될 위험이 있다. 이러한 경우에는 차라리 법률을 단순위헌으로 선언하여 그 규율대상을 입법자로 하여금 새로이 입법하도록 되돌려 주는 것이 오히려 헌법적으로 타당하다(헌재 1989. 7. 14. 88헌가5 등, 판례집 1, 69, 86-87 참조).

먼저, 이 사건 법률조항의 조문형식과 내용 및 입법목적에 ‘전입·전출대상

공무원의 동의'라는 요건이 내재 또는 전제되어 있다고 볼 근거가 있는지의 여부에 관하여 본다.

이 사건 법률조항은 '전입'이라는 제목으로 "지방자치단체의 장은 다른 지방자치단체의 장의 동의를 얻어 그 소속 공무원을 전입할 수 있다."라고 규정하고 있는데, 이는 문언 그대로 지방자치단체장이 다른 지방자치단체 소속의 공무원을 전입할 수 있는 권한과 그러한 전입권한을 행사함에 있어 지방자치단체장이 지켜야 할 절차를 정함에 그 취지가 있다. 그리고 이러한 지방자치단체장의 다른 지방자치단체 소속의 공무원에 대한 전입권한은 지방자치단체장의 인사권의 일종으로 휴직·강임 또는 면직이 아닌 한 원칙적으로 그 권한의 행사에 있어 당사자의 동의여부가 전제되는 것도 아니라고 할 것이고, 다만, 인사교류를 통한 행정의 능률성이라는 공익을 달성하기 위하여 지방자치단체장에게 전입권한을 부여하는 경우에 발생할 다른 지방자치단체장의 인사권에 대한 침해를 방지하기 위하여 그 동의를 요하는 것 뿐이다. 따라서, 이 사건 법률조항의 문언이나 입법목적은 아무리 넓게 파악한다고 하더라도 전입대상이 되는 공무원 본인의 동의라는 요건이 내재되어 있다거나 전제되어 있는 것으로 해석하거나 적용할 수는 없는 것이고, 또한 그와 같은 해석을 도출할 만한 어떤 다른 관련규정도 찾아볼 수 없다.

나아가 이 사건 법률조항 개정 당시의 입법자의 의사나 지방자치제도의 실시라는 상황변화에 비추어 보아도 다음과 같은 이유로 이 사건 법률조항에 전입대상 공무원의 동의가 전제되어 있다거나 포함되어 있다고 볼 수는 없다.

첫째, 이 사건 법률조항이 개정되어 공포될 때인 1981. 4. 20. 당시는 지방자치제도에 대한 기본법인 지방자치법이 제정되기 전으로 지방자치단체장의 인사권의 행사는 국가기관의 권한을 위임받은 범위 내에서만 행사되었고, 따라서, 이 사건 법률조항에서의 '전입'은 실질적으로 전국 일원이 하나의 근무지이므로 근무지를 바꾼다는 의미의 '전입' 이상의 효과나 대상 공무원의 입장에서 '근무지의 변경' 이상의 의미를 가진다고 볼 수는 없었다. 그러므로 당시의 입법자는 위와 같은 전입의 의미를 염두에 두면서 다만, 그 대상 공무원 소속의 지방자치단체장의 동의 즉, 위임받은 권한의 관할권에 대한 동의를 요건으로 지방자치단체장이 전입권한을 행사할 수 있도록 이 사건 법률조항을 규정하였다고 볼 것이다.

그리고 이 사건 법률조항은 1981. 3. 27. 국가보위입법회의 내무위원회에서 의결되어 같은 해 4. 20. 법률 제3448호로 개정공포된 법률로서, 이 사건 법률

조항의 구체적인 입법취지나 목적을 추단할 수 있는 직접적인 자료는 발견할 수 없다. 다만, 이 사건 법률조항을 포함한 당시 개정법안의 제안경위·제안 이유 및 그 주요골자는 다음과 같다.

즉, 그 제안경위 내지 제안이유는, “지방공무원의 인사관리를 능력과 실적에 의하여 공정하게 운영되도록 하고 성실한 공무원에 대하여는 신분보장을 강화하는 등 새 시대에 맞는 직업공무원제도를 정착시키기 위해 국가공무원법의 개정내용과 균형을 맞추어 지방공무원제도를 개선하려는 것”이다. 그리고 그 주요골자는, “1. 공무원의 종류를 경력직과 특수경력직으로 대별하고, 경력직은 일반직 특정직 및 기능직으로, 특수경력직은 정무직 별정직 전문직 및 고용직으로 세분하고(제2조), 2. 일반직공무원의 계급명칭을 1급에서 9급까지로 변경하고(제4조), 3. 공무원의 근무조건 및 인사관리 기타 신상문제에 대한 불만이나 갈등의 해결을 위하여 고충처리제도를 신설하고(제67조), 4. 징계종류에 해임, 정직 및 감봉기간을 3월 이내로 하며(제70조, 제71조), 5. 20년 이상 장기근속한 공무원인 자가 정년 이전에 퇴직하는 경우에는 예산의 범위 안에서 명예퇴직수당을 지급할 수 있도록 한다(제46조).”라는 것이다.

위 개정이유 중 “성실한 공무원에 대하여는 신분보장을 강화한다.”라는 것은 위 법률의 일반적인 개정이유일 뿐만 아니라, 이 사건 법률조항은 위 개정의 주요골자 항목에도 포함되지 아니하므로, 이것을 이 사건 법률조항의 구체적이고 직접적인 입법이유로 삼기에는 부적당하고, 더구나 이를 이유로 이 사건 법률조항에 ‘전입 대상 공무원의 동의’라는 요건이 내제되어 있다고 보기도 어렵다고 할 것이다.

둘째, 그 후 지방자치법이 제정·시행되고, 지방자치단체장 및 지방의회의원에 대한 선거가 실시되어 우리나라에 지방자치제도가 본격적으로 실시될 무렵, 입법자가 지방자치제도와 관련한 법률을 제·개정 및 정비하면서도 이 사건 법률조항에 대하여 전혀 개정하지 않았다는 것은, 지방자치제도가 실시된 후에도 다른 지방자치단체의 자치권의 한 내용으로서 인사권을 보장한다는 의미에서 ‘다른 지방자치단체장의 동의’만을 요건으로 지방자치단체장이 전입권환을 행사할 수 있다고 본 것이다. 즉, 지방자치제도가 본격적으로 실시된 후에 전입·전출대상 공무원의 입장에서는 이 사건 법률조항이 정하는 전입 또는 전출의 의미가 실질적으로 전에 속한 지방자치단체와의 공무원관계의 해소와 새로운 지방자치단체에서의 임용으로 변경되었음에도 불구하고,

입법자는 종전의 입법목적을 고수하여 새로운 입법을 하지 않거나 적어도 상황변화에 따른 개정입법을 하지 아니한 것이라 볼 것이고, 또 그렇게 볼 수밖에 없는 것이다.

다음으로, 다수의견이나 한정위헌의견이 들고 있는 이유에서 발견되는 논증의 오류에 관하여 본다.

통상 어떠한 법률조항이 헌법재판의 대상이 되었을 때, 그 조항 자체가 심판의 대상이 되는 것이지, 그 조항에 대한 어떠한 해석이 심판의 대상이 되는 것은 아니다. 다만, 그 심판대상조항에 대한 위헌여부의 심사결과 그 조항에 대한 일정한 해석이나 적용의 영역을 제한함으로써 위헌성이 제거될 수 있는 경우에만 헌법합치적 해석을 통하여 한정위헌 등의 주문을 낼 수 있는 것이다. 따라서, 이러한 헌법합치적 해석은 글자 그대로 법률조항의 해석이나 적용의 범위 내에서 위헌적으로 해석될 수 있는 부분을 단지 제거함에 그 목적이 있는 것이지, 합헌성을 회복할 수 있는 전혀 다른 요건을 추가하여 적극적으로 그 조항의 내용을 합헌적으로 변경하는 것에 그 목적이 있는 것은 아니다.

그런데도 합헌의견은 그 이유의 첫머리에서 아무런 근거도 제시함이 없이 이 사건 법률조항이 정하는 전입권한의 행사에 있어 지방공무원 본인의 동의가 필요한지의 여부가 명확하지 않다고 하면서, 동의를 요한다는 해석과 동의를 요하지 않는다는 해석을 각 심판의 대상으로 하여, 어느 해석이 헌법에 더 부합하는지를 따져, 동의를 요한다고 해석하여야만 헌법에 합치되므로, 결국 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되지 않는다는 결론을 내리고 있다.

이러한 논증방법이 어디에 근거를 두고 있는지는 모르겠으나, 어떠한 법률조항에 명문상 있지도 않은 요건을 추가하여, 그러한 요건이 있는 경우와 없는 경우를 각 심판의 대상으로 하여, 어느 경우가 헌법에 더 부합하는지를 따지는 것은, 하나는 이미 합헌의 상태를 만들어 놓고 그것의 위헌여부를, 다른 하나는 헌법에 위반되는 상태를 만들어 놓고 그것의 위헌여부를 따져, 어느 것이 헌법에 더 합치하는지를 선택하는 것이나 다름없다고 할 것이고, 이러한 논증은 결국 헌법합치적 해석의 기능을 적극적으로 확장하여 보아 심판대상조항의 내용마저 변경하게 된 것이라 보지 않을 수 없다.

나아가 합헌의견이 당연히 이 사건 법률조항이 정하는 전입권한의 행사에 내재되어 있다고 보고, 이 사건 법률조항이 위헌성을 회복하기 위한 해석의 방법으로 들고 있는 ‘전입대상 공무원의 동의’라는 요건이 어떠한 체계적 지

위를 갖는 것이고, 이를 들어 합헌성을 회복할 수 있다는 논증이 어떠한 결과를 초래하는 것인지에 대하여 본다.

이 사건의 쟁점은 지방자치단체장에게 다른 지방자치단체 소속 공무원에 대한 전입권한을 부여한 이 사건 법률조항이 직업공무원제도에 위배되고, 전입 또는 전출대상 공무원의 직업의 자유 등을 침해하여 헌법에 위반되는지의 여부에 있다.

이 사건 법률조항은 지방자치단체간의 인사교류를 통한 행정의 능률성을 확보한다는 입법목적을 달성하기 위하여 지방자치단체장에게 다른 지방자치단체장의 동의를 얻어 그 소속 공무원을 전입할 수 있는 권한을 부여하는 입법수단을 선택하고 있으므로 기본권제한입법이 준수하여야 할 한계로서 입법목적의 정당성과 방법의 적절성을 갖추고 있다. 그러나, 전입 또는 전출의 당사자인 공무원의 입장에서 볼 때, 다른 지방자치단체로의 전입이나 전출이라는 것이 형식적으로는 불이익한 공무원관계의 변동이 아니어서 공무원 관계에 내재하는 법률관계의 특수성으로 인하여 그 동의를 필요한 것은 아니겠지만, 실질적으로는 면직에 해당하는 정도의 불이익한 공무원관계의 변동이라 할 것이어서, 그 범위에서 직업공무원제도와 당해 공무원의 직업선택의 자유가 제한되는 것이다. 그러므로 이러한 경우에는 전입 또는 전출의 대상이 되는 ‘공무원의 동의 등 덜 제한적인 방법’으로도 입법목적을 달성할 수 있으므로, 이 사건 법률조항은 최소침해성의 원칙에 반한다. 그렇다면, 당사자의 동의라는 요건은 이 사건 법률조항이 기본권제한입법의 한계로서 최소침해성의 원칙에 위배되는지를 판단하는 과정에서 사유적(思惟的)으로 도출되는 ‘덜 제한적인 방법’의 하나로 제시되는 것에 불과하다.

따라서, 이러한 경우에 헌법재판소로서는 최소침해성의 원칙에 위배된다는 이유로 위헌결정을 하여야 할 것이지, 덜 제한적인 방법을 그 요건에 추가하거나 심판대상조항을 합헌적 법률해석이란 명목으로 덜 제한적인 방법으로 해석하여 그 합헌성을 회복시키는 무리한 해석을 할 것은 아니다. 만일 그렇지 않다면, 헌법재판소가 입법자의 의사를 무시하고 새로운 입법을 하는 것이나 다름없고, 나아가 과잉금지 원칙이 위헌심사의 기준이 되는 경우에는 애당초 위헌결정이란 주문형식이 존재할 수도 없게 되기 때문이다.

이러한 다수의견과 한정위헌의견의 논증방법을 논리형식으로 단순화시키면, 다음과 같이 요약할 수 있다.

헌법합치적 해석은 어떤 법률조항(A)이 b라는 요건만 두는 경우(A=b)에

는 헌법에 위반되지만, b라는 요건에 내재되어 있거나 법률의 해석범위 내에서 도출될 수 있는 b¹이나 b²라는 요건을 추가(A=b+(b¹ 또는 b²))하면, 그 위헌성이 치유되고 합헌인 상태를 회복할 수 있다는 데 그 본래의 의미와 기능이 있다.

그러나, 다른 지방자치단체장의 동의(b)만으로 지방자치단체장의 다른 지방자치단체 소속 공무원에 대한 전입권한의 행사요건을 정한 이 사건 법률조항(A)에 ‘전입대상 공무원의 동의(c)’라는 요건을 추가하면, 이 사건 법률조항의 합헌성이 회복된다는 논리형식의 다수의견과 한정위헌의견은, 이 사건 법률조항의 문언은 A=b이지만 A=b+c인 것으로 해석·적용하면, 합헌 또는 합헌성을 회복할 수 있다는 것으로서 위에서 본 헌법합치적 해석의 한계를 넘는 것이다. 이 경우 ‘c’라는 요건이 ‘b’라는 요건 자체에 내재되어 있거나 법률의 해석범위 내에서 도출될 수 있는 ‘b¹’이나 ‘b²’의 의미라면, 이러한 다수의견이나 한정위헌의견의 논증형식도 성립할 수 있는 것이라 하겠지만, ‘c’, 즉, ‘다른 지방자치단체장의 동의(b)’라는 요건과 전혀 별개의 독립적이고 실제적인 의미와 기능을 가지는 ‘전입대상 공무원의 동의’라는 요건을 추가함으로써 이 사건 법률조항의 위헌성이 치유된다거나 합헌인 상태로 회복된다는 논리형식은 도저히 성립될 수 없는 것이기 때문이다.

마지막으로 이 사건 법률조항의 위헌성과 관련하여, ‘전입·전출대상 공무원의 동의’없이 지방자치단체장이 다른 지방자치단체 소속공무원을 전입·전출시키는 것이 헌법에 위반된다는 데에는 대법원과 이 사건에 대한 우리재판소의 모든 의견이 그 뜻을 같이 하고 있다. 그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항에 대하여 헌법재판소가 합헌 또는 한정위헌결정을 하게 된다면, 그 위헌성에도 불구하고(원래는 국회가 지방자치제도 실시 무렵에 이 부분에 대한 개정입법을 마련함이 마땅했다), 그것을 이유로 또다시 국회가 이 사건 법률조항을 개정하지 않아도 될 명분을 헌법재판소 스스로가 부여하는 결과가 된다.

이와 같은 헌법재판소의 결정은 입법권에 대한 조력이 아니라, 다만, 입법권에 대한 침해일 따름이다.

그러므로 이 사건 법률조항은 헌법 제7조 제2항의 공무원의 신분보장에 위배될 뿐만 아니라, 직업선택의 자유 및 거주이전의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다고 선언하여야 할 것이나, 지방자치단체 공무원 인사관리의 혼란 등 위헌선언으로 야기될 혼란을 방지하기 위하여, 위 조항이 헌법에 합치되도록

개정될 때까지 잠정적으로 적용할 것을 명하는 헌법불합치결정을 함이 타당하다고 판단되는 것이다.

나는 이 사건 법률조항에 대하여 합헌의 다수의견이나 한정위헌의 소수의견에 반대하여 이상과 같은 헌법불합치의견을 밝히는 바이다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성 김효종
김경일 송인준 주선희(주심)

공무원연금법 제51조 제1항 위헌소원

(2002. 11. 28. 2000헌바70 전원재판부)

【판시사항】

장해진단서에 폐질확정일이 누락되어 있다는 이유로 장해보상급여를 지급하지 아니하여 손해를 보았다고 주장하며 대한민국을 상대로 제기한 국가배상청구소송에서 공무원이 공무상 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 되어 퇴직한 경우 등에 공무원연금관리공단의 장해연금 혹은 장해보상금을 지급할 의무를 정하고 있는 공무원연금법 제51조 제1항(이하, “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌여부가 그 재판의 전제가 될 것인지 여부(소극)

【결정요지】

이 사건 헌법소원심판 사건의 당해사건인 국가배상청구소송의 재판에 직접적으로 적용되는 법률은 국가배상법 제2조 제1항 등일 뿐이다. 이 사건 법률조항은 공무원이 공무상 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 되어 퇴직한 경우 등에 공무원연금관리공단은 장해연금 혹은 장해보상금을 지급할 의무가 있음을 정하고 있을 뿐 청구인의 주장하는 바와 같은 ‘폐질확정일’이 기재된 장해진단서 서식 내지 장해진단서 제출 등 개개 보상금의 신청자들이 그 요건을 갖추었는지 여부를 확인하는 방법에 관하여서는 어떠한 규율도 하지 아니하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 당해사건인 국가배상청구 재판에 직접 적용되는 법률이 아닐 뿐 아니라, 비록 직접 적용되는 법률규정은 아니지만 그 위헌 여부에 따라 당해사건의 재판에 직접 적용되는 법률조항의 위헌 여부가 결정되거나, 당해사건 재판의 결과가 좌우되는 경우 등과 같이 양 규범 사이에 내적 관련이 있는 법률규정이라고 할 수도 없으므로 재판의 전제성을 인정할 수 없다.

【심판대상조문】

공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되기 전의 것) 제51조(장해연금 또는

장해보상금) ① 공무원이 공무상 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 되어 퇴직할 때 또는 퇴직후 3년이내에 그 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 된 때에는 대통령령이 정하는 폐질의 정도에 따라 본인이 원하는 바에 의하여 장해연금 또는 장해보상금을 지급한다.

② 생략

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제2항

공무원연금법 제51조(장해연금 또는 장해보상금) ① 생략

② 공단 또는 지방자치단체는 공무원이 퇴직후 3년이 경과한 경우에도 본인의 청구에 의하여 공무원연금급여재심위원회에서 그의 폐질상태가 공무상 질병 또는 부상으로 인한 것이 명백하다고 판정한 때에는 제1항의 규정에 의한 장해연금 또는 장해보상금을 지급한다.

【참조판례】

헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48

헌재 2001. 10. 25. 2000헌바5, 공보 62, 1035

【당 사 자】

청 구 인 김형우

국선대리인 변호사 김병준

당해사건 부산고등법원 2000나4470 손해배상(기)

【주 문】

청구인의 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 국립부산대학교 부속고등학교 교사로 재직하던 중 1990. 1. 4. 14:30경 보충수업 강의를 마치고 승용차로 귀가하다가 같은 방향에서 운행 중이던 트럭에 의하여 추돌사고를 당하여 뇌진탕, 경추부염좌, 양측견관절부좌상, 제5-6경추간판탈출증 등의 상해를 입게 되었다.

(2) 청구인은 1990. 5. 23. 공무원연금관리공단(이하 '관리공단'이라 한다)으

로부터 그 기간을 소급하여 1990. 1. 4.부터 1991. 7. 3.까지 공무원 요양승인(3차 연장기간 포함)을 받은 바 있으며, 공무원연금법상 요양치료를 받던 중이던 1991. 4. 4. 의원면직하였다.

(3) 청구인은 1991. 5. 29. 관리공단에 장해보상금급여청구를 하였으나, 제출한 장해진단서에 폐질확정일이 기재되지 아니하였다는 이유로 기각당하였다. 청구인은 1997. 7. 15. 공무원연금급여재심위원회(이하 ‘재심위원회’라 한다)에 장해보상금 심사청구서를 제출하였으나, 같은 이유로 그 청구가 기각되었다. 청구인은 부산 동래구 낙민동 소재 우리들병원(원장 이상진)으로부터 연금법상 장해내용 척추손상(V-D-2-C) 33%, 폐질확정일 1997. 7. 10.이 기재된 장해진단서를 발급 받은 후, 다시 장해보상금급여청구를 하여 1997. 10. 17. 위 재심위원회로부터 종합폐질등급 제7급 제4호(“신경계통의 기능 또는 정신에 뚜렷한 장애가 남아 손쉬운 노무 외에는 종사하지 못하는 사람”)의 결정을 받았다.

(4) 청구인은 재심위원회의 위 결정에 따라 관리공단에 장해보상금급여를 청구하였으나, 관리공단은 청구인이 한국자동차보험주식회사로부터 받은 손해배상액이 장해보상금을 초과한다는 이유로 장해보상금부지급처분을 하였다. 이에 청구인은 1998. 6. 8. 장해급여의 종류를 장해연금으로 변경하여 줄 것을 신청하였으나, 같은 달 12. 위 관리공단이 이에 대한 거부처분을 하였다. 이에 청구인은 장해보상금부지급처분 및 위 변경거부처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하여 장해보상금부지급처분에 대한 취소청구부분은 기각되었으나, 장해연금으로의 변경거부처분에 대한 취소청구부분에 대하여는 승소함으로써(서울행정법원98누2453, 서울고등법원 98누14725), 관리공단은 1999. 8. 12. 청구인에 대한 장해급여를 장해연금으로 변경결정하여 장해연금액이 보험회사로부터 받은 소극적 손해액을 초과하는 2002. 3. 이후(추정)부터 장해연금을 지급하기로 통보하였다.

(5) 청구인은 관리공단의 위 처분에도 불구하고, 공무원수행 중의 사고로 인한 신체적 장애로 근무할 수 없게 되어 1991. 4. 4. 퇴직당하였으므로 국가가 1991. 4. 4.부터 당연히 장해보상금급여를 지급하여야 할 의무가 있음에도 장해진단서에 폐질확정일이 누락되어 있다는 이유로 1991. 4. 4.부터 1999. 6. 30.까지 장해보상금급여를 지급하지 아니하였다고 주장하며 부산지방법원 동부지원에 대한민국을 상대로 손해배상청구소송(99가합5520)을 제기하였다가 패소하자, 부산고등법원에 항소(2000나4470)하여 재판이 위 법원에 계속 중 위 법

원에 공무원연금법 제51조 제1항에 대하여 위헌여부심판의 제청신청(2000카기84)을 하였으나, 위 법원이 2000. 8. 25. 위 제청신청을 기각하자, 같은 달 30. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(6) 한편, 청구인은 위 국가배상청구사건에 관하여 2000. 8. 25. 부산고등법원에서 항소기각된 이후, 다시 대법원에 상고하였으나 2000. 11. 13. 대법원에서 심리불속행으로 기각되었다(2000다52776).

나. 심판의 대상

심판의 대상은 공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되기 전의 것) 제51조 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌여부로서 이 사건 법률조항 및 관련조항의 규정내용은 다음과 같다.

제51조(장해연금 또는 장해보상금) ① 공무원이 공무상 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 되어 퇴직한 때 또는 퇴직 후 3년 이내에 그 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 된 때에는 대통령령이 정하는 폐질의 정도에 따라 본인이 원하는 바에 의하여 장해연금 또는 장해보상금을 지급한다.

② 공단 또는 지방자치단체는 공무원이 퇴직 후 3년이 경과한 경우에도 본인의 청구에 의하여 공무원연금급여재심위원회에서 그의 폐질상태가 공무상 질병 또는 부상으로 인한 것이 명백하다고 판정한 때에는 제1항의 규정에 의한 장해연금 또는 장해보상금을 지급한다.

2. 청구인의 주장 및 법원의 위헌제청신청 기각이유

가. 청구인의 주장

공무원의 장해연금청구권은 헌법 제23조 제1항에 의하여 보호되는 재산권이라고 할 것인바, 공무원의 장해연금 또는 장해보상금의 지급요건으로서 이 사건 법률조항에 규정되어 있는 ‘폐질상태가 된 때’는 그 의미내용이 명확하지 아니하므로 헌법 제23조 제1항 재산권을 침해하는 규정이고, 헌법 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는 규정이다. 또한 근로자의 업무상 재해에 대하여 ‘신체장해로 된 때’에 장해급여를 지급하도록 규정하고 있는 산업재해보상보험법 제42조의 규정과 대비하여 볼 때, 합리적인 이유없이 공무원을 근로자보다 불리하게 취급하는 것이어서 헌법상의 평등원칙에 위반되는 규정이다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유

이 사건 법률조항 중의 ‘폐질상태로 된 때’ 또는 ‘폐질상태로 되어 퇴직한 때’라는 문언과 청구인이 주장하고 있는 산업재해보상보험법 제42조 제1항

소정의 '신체장해로 된 때'라는 문언이 다소 그 표현이 다르기는 하나, 법원에 의하여 동일한 의미의 것으로 해석되어지므로, 이와 다른 전제에 선 청구인의 위헌 주장은 받아들일 수 없고, 또한 이 사건 법률조항의 '폐질상태로 된 때'라는 장해급여지급의 조건은 장해급여청구권의 발생기준일로서 상당한 의미가 있고, 폐질상태로 확정되기 전에는 공무원연금법 소정의 장해등급을 적용할 수 없는 점 등을 참작하면, 이 사건 법률조항이 불합리하게 장해급여 지급의 조건을 제한한 것으로 헌법상의 과잉금지 원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

3. 판 단

가. 청구인은 관리공단이 청구인에게 장해급여를 하지 않으려고 폐질확정 일을 기재하게 한 장해진단서 서식을 임의로 만들어 위 서식에 따른 장해진단서를 제출하도록 요구함으로써 청구인의 퇴직시점부터 1999. 6. 30.까지 장해보상금을 지급하지 아니하였다고 주장하며 국가배상청구의 소를 제기하고, 그 청구가 부산고등법원에 계속 중 당해사건을 심리 중인 법원에 이 사건 법률조항에 대한 위헌법률심판제청을 신청, 이 신청이 기각되자, 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판청구가 적법하기 위해서는 법률이 헌법에 위반되는지의 여부가 재판의 전제가 될 것이 요구된다(헌법 제107조 제1항, 헌법재판소법 제68조 제2항, 제41조 제1항 참조). 그런데 여기에서 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 된다고 하려면, 첫째 그 법률이 법원의 재판에 적용되는 것이어야 하고, 둘째 그 법률의 위헌여부에 따라 당해사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우이어야 하는 것(헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 58)이므로, 이 사건 심판청구가 과연 이와 같은 요건을 갖추고 있는지에 관하여 살펴보기로 한다.

(1) 우선 이 사건 법률조항이 당해사건의 재판에 적용되는 것인지의 여부에 관하여 본다. 이 사건 심판청구의 당해사건은 국가배상청구소송이고, 그 재판에 직접 적용되는 법률조항은 국가배상법 제2조 제1항 및 동법상의 관련 규정 뿐이라 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 당해사건에 직접 적용되는 법률조항이 아니다.

그런데 헌법재판소는 제청 또는 청구된 법률조항이 법원의 당해사건의 재판에 직접 적용되지는 않더라도 그 위헌여부에 따라 당해사건의 재판에 직접

적용되는 법률조항의 위헌여부가 결정되거나, 당해사건 재판의 결과가 좌우되는 경우 등과 같이 양 규범 사이에 내적 관련이 있는 경우에는 간접 적용되는 법률규정에 대하여도 재판의 전제성을 인정하여 왔다(헌재 2001. 10. 25. 2000헌바5, 공보 62, 1035, 1037).

(2) 살피건대, 우선 이 사건 법률조항은 그 위헌여부에 따라 당해사건의 재판에 직접 적용되는 국가배상법 제2조 제1항 등의 위헌여부가 결정되는 법률조항이 아님은 분명하다. 따라서, 헌법재판소가 이 사건 법률조항에 대하여 위헌결정을 선고하는 경우에 당해사건 재판의 결과가 좌우되는 경우 등과 같이 양 규범 사이에 내적 관련이 있는 경우에 해당하는지의 여부만이 문제된다. 그런데 이 사건 법률조항은 공무원이 공무상 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 되어 퇴직한 때 또는 퇴직 후 3년 이내에 그 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 된 경우에 관리공단은 장해연금 혹은 장해보상금을 지급할 의무가 있음을 정하고 있을 뿐, 청구인의 주장하는 바와 같은 ‘폐질확정일’이 기재된 장해진단서 서식 내지 장해진단서 제출에 관하여는 아무런 규율을 하고 있지 아니하다. 즉, 청구인은 당해사건인 국가배상청구소송에서 개개 장해보상금의 신청자들이 그 보상금의 지급요건을 갖추었는지 여부를 확인하는 방법(절차적 요건)에 관한 위법성을 주장하고 있는바, 이 사건 법률조항은 일정한 지급요건(실체적 요건)과 그 요건이 갖추어져 있을 경우 관리공단의 보상금 등의 지급의무를 규정하고 있을 뿐, 개개 보상금의 신청자들이 그 요건을 갖추었는지의 여부를 확인하는 방법에 관하여서는 어떠한 규율도 하고 있지 아니하다.

(3) 그렇다면, 이 사건 법률조항은 청구인이 주장하는 공무원의 위법행위와 직접적인 관련이 있거나, 그 위법행위의 근거가 되는 규정이라고 할 수 없고, 따라서, 그 위헌여부에 따라 당해사건의 재판결과가 좌우되는 경우 등과 같이 양 규범 사이에 내적 관련이 있는 법률규정이라고 할 수 없으므로 재판의 전제성을 인정할 수 없다.

(4) 가사 이 사건 법률조항이 당해사건의 재판에 직접 적용되는 법률조항과 내적 관련이 있는 조항으로 본다고 하더라도 이 사건 법률 조항의 위헌여부에 따라 당해사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우에 해당하지 아니한다고 할 것인바, 이에 관하여 본다.

청구인은 관리공단의 공무수행 중의 사고로 인한 신체적 장애로 근무할 수

없게 되어 1991. 4. 4. 퇴직당하였음에도 관리공단은 장해진단서에 폐질확정일이 누락되어 있다는 이유로 1991. 4. 4.부터 1999. 6. 30.까지 장해보상금을 지급하지 아니하여 손해가 발생하였다고 주장하며 대한민국을 상대로 손해배상청구소송을 제기하였다. 그러나, 설령 이 사건 법률조항이 위헌적인 법률로서 관리공단이 당시 원고에게 장해보상금을 지급하지 아니한 것이 위헌적인 법령에 기한 위법한 처분으로 판단된다고 하여도 관리공단의 장해급여부지급 처분에 의하여 곧바로 원고의 장해급여청구권이 상실되는 것이 아니므로 이로 인하여 청구인의 주장과 같은 손해가 발생한다고 할 수 없고, 그렇다면, 이 사건 법률조항의 위헌여부에 따라 당해사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우에 해당하지 아니한다고 할 것이다.

다. 결론적으로 이 사건 법률조항은 당해사건의 재판에 직접 적용되는 법률조항이 아니고, 나아가 그 위헌여부에 따라 당해재판의 결과가 좌우되는 경우 등과 같이 당해사건의 재판에 직접 적용되는 법률조항과의 사이에 내적 관련이 있는 경우도 아닐 뿐 아니라, 그 법률의 위헌여부에 따라 당해사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우라고 할 수 없으므로, 이 사건 법률조항에 대한 심판청구는 재판의 전제성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다고 할 것이다.

4. 결 론

따라서, 이 사건 헌법소원 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일(주심) 권 성
김효종 김경일 송인준 주선희

특정범죄가중처벌등에관한법률

제4조 제1항 및 제2항 위헌소원

(2002. 11. 28. 2000헌바75 전원재판부)

【판시사항】

1. 특정범죄가중처벌등에관한법률(이하, “특가법”이라 한다)상 정부관리기업체 간부직원은 공무원이 아님에도 직무와 관련한 수재행위에 관하여 공무원으로 의제하여 형법상 공무원에 해당하는 뇌물죄로 처벌하는 특가법 제4조 제1항 및 제2항(이하, “이 사건 법률조항”이라 한다)이 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)

2. 특가법상 정부관리기업체 간부직원의 직무와 관련한 수재행위를 형법상 뇌물죄로 처벌하는 것이 과잉금지원칙에 어긋나는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 가. 특가법상 정부관리기업체는 수익성을 추구하고 그 조직과 운영도 국가로부터 독립된 사기업과 유사한 특수법인이다. 그러나 특정한 공익상의 이유로 정부가 소유·지배하거나 국가정책 및 국민생활에 중대한 영향을 미치는 사업을 담당하는 기업으로서 본질상 공공성 내지 공익성을 강하게 지니고 있다. 따라서 정부관리기업체의 업무는 투명하고 공정하게 수행되어야 한다. 그런데 정부관리기업체의 간부직원이 직무와 관련하여 금품 등을 수수·요구·약속하는 것을 방치하면 설사 부정한 청탁이나 배임행위가 없다고 하더라도 이들과 금품 등을 제공하는 자간에 유착관계가 형성되고 사적 이해관계가 개입된 나머지 불공정하거나 불법적인 업무처리를 초래할 위험성을 배제할 수 없으며, 그 결과 사업목적이 왜곡되고 정부관리기업체의 부실화를 가져와 국가재정을 쪼먹고 궁극적으로 국가경제를 파탄에 이르게 할 수도 있다. 입법자가 비록 정부관리기업체 간부직원이 공무원은 아니라 할지라도 공무원에 버금가는 정도의 청렴성을

요구하고, 이들이 직무와 관련하여 수뢰행위를 하였을 경우 별도의 배임행위가 있는지를 불문하고 형벌을 과하여 그 업무의 불가매수성을 확보하더라도 거기에는 합리적 근거가 있는 것이므로 헌법 제11조에 규정된 평등원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

나. 통상 ‘간부직원’이란 기업체의 의사결정권자인 임원(사장, 이사, 감사)과 의사결정 및 사업수행에 중요한 역할을 하는 중견관리자들인 반면, 그 외 직원은 의사결정에 영향을 미칠 수 없는 지위에 있거나 간부직원의 업무처리를 보조하는 자이다. 그런데 업무를 보조하는 일반직원보다는 중요업무를 담당하는 간부직원에게 수뢰행위로 인한 부정비리가 생길 가능성이 훨씬 높고 그로 인한 피해의 위험성(규모) 또한 훨씬 클 것이라는 점은 경험칙상 어렵지 않게 예측할 수 있다.

그렇다면, 이 사건 법률조항이 정부관리기업체 간부직원의 직무와 관련한 수재행위에 대하여 일반직원과는 달리 공무원과 동일하게 처벌하더라도 거기에는 합리적 근거가 있는 것이므로 헌법 제11조 평등원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

2. 가. 이 사건 법률조항의 입법목적, 보호법의 등을 종합적으로 고려해 볼 때, 법정형이 지나치게 가혹하여 형벌체계상 현저히 균형을 잃었다거나 입법목적 달성에 필요한 정도를 넘는 과잉형벌이라고 할 수 없다. 또 이 사건 법률조항으로 인하여 정부관리기업체 간부직원이 받게될 형벌위협과 신체의 자유에 대한 침해보다 정부관리기업체 간부직원의 직무의 불가매수성을 확보함으로써 얻는 사회적 공익이 더 크다고 할 것이므로 법익 균형성 원칙도 충족한다고 할 것이다.

나. 정부관리기업체는 특정의 공익사업을 수행하는 기관 또는 단체로서 그 업무는 전체적으로 공공성을 지니기 때문에 이들 업무를 공공성이 있는 업무와 그렇지 않은 업무로 구별할 수 없다 할 것이고, 가사 공공성이 있는 업무와 그렇지 않은 업무를 구분할 수 있다 하더라도 형사제재를 통하여 보호해야 될 정도로 공공성이 충분한 업무인가 아닌가는 이 사건 법률조항과 같이 중요한 업무를 수행하는 지위에 있느냐 그렇지 않느냐에 따라 구분하는 것도 하나의 기준이 될 수 있다고 판단되는바, 입법자가 그러한 기준을 선택한 것에

위험적인 잘못이 있다고 여겨지지 않는다.

【심판대상조문】

특정범죄가중처벌등에관한법률(1995. 12. 29. 법률 제5056호) 제4조(뇌물죄적용대상의 확대) ① 다음 각호의 1에 해당하는 기관 또는 단체(이하 “기업체”라 한다)로서 대통령령이 정하는 기업체(이하 “정부관리기업체”라 한다)의 간부직원은 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어 이를 공무원으로 본다.

1. 국가 또는 지방자치단체가 직접 또는 간접으로 자본금의 2분의 1이상을 출자하였거나 출연금·보조금등 그 재정지원의 규모가 그 기업체 기본재산의 2분의 1이상인 기업체
 2. 국민경제 및 산업에 중대한 영향을 미치고 있고 업무의 공공성이 현저하여 국가 또는 지방자치단체가 법령이 정하는 바에 따라 지도·감독하거나 주주권의 행사등을 통하여 중요사업의 결정 및 임원의 임면등 운영전반에 관하여 실질적인 지배력을 행사하고 있는 기업체
- ② 제1항의 간부직원의 범위는 기업체의 설립목적, 자산, 직원의 규모 및 해당 직원의 구체적인 업무등을 고려하여 대통령령으로 정한다.

【참조조문】

형법 제129조(수뢰, 사전수뢰) ① 공무원 또는 중재인이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때에는 5년이하의 징역 또는 10년이하의 자격정지에 처한다.

② 공무원 또는 중재인이 될 자가 그 담당할 직무에 관하여 청탁을 받고 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 후 공무원 또는 중재인이 된 때에는 3년이하의 징역 또는 7년이하의 자격정지에 처한다.

형법 제130조(제삼자뇌물제공) 공무원 또는 중재인이 그 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 제3자에게 뇌물을 공여하게 하거나 공여를 요구 또는 약속한 때에는 5년이하의 징역 또는 10년이하의 자격정지에 처한다.

형법 제131조(수뢰후부정처사, 사후수뢰) ① 공무원 또는 중재인이 전2조의 죄를 범하여 부정한 행위를 한 때에는 1년이상의 유기징역에 처한다.

② 공무원 또는 중재인이 그 직무상 부정한 행위를 한 후 뇌물을 수수, 요구 또는 약속하거나 제3자에게 이를 공여하게 하거나 공여를 요구 또는 약속한 때에도 전항의 형과 같다.

③ 공무원 또는 중재인이었던 자가 그 재직중에 청탁을 받고 직무상 부정한 행위를 한 후 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때에는 5년이하의 징역 또는 10년이하의 자격정지에 처한다.

④ 전3항의 경우에는 10년이하의 자격정지를 병과할 수 있다.

형법 제132조(알선수뢰) 공무원이 그 지위를 이용하여 다른 공무원의 직무에 속한 사

항의 알선에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때에는 3년이하의 징역 또는 7년이하의 자격정지에 처한다.

형법 제357조(배임수증죄) ① 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 자는 5년이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처한다.

② 제1항의 재물 또는 이익을 공여한 자는 2년이하의 징역 또는 500만원이하의 벌금에 처한다.

③ 범인이 취득한 제1항의 재물은 몰수한다. 그 재물을 몰수하기 불가능하거나 재산상의 이익을 취득한 때에는 그 가액을 추징한다.

특정범죄가중처벌등에관한법률시행령 제2조(정부관리기업체의 범위) 법 제4조 제1항의 규정에 의한 정부관리기업체의 범위는 다음과 같다.

1. 내지 52. 별지 참조

특정범죄가중처벌등에관한법률시행령 제3조(간부직원의 범위) 법 제4조 제2항의 규정에 의한 정부관리기업체의 간부직원의 범위는 다음과 같다. 다만, 다른 법령에 의하여 공무원 또는 공무원에 준하는 신분을 가지는 경우에는 그 법령의 적용을 배제하지 아니한다.

1. 제2조 제1호 내지 제44호의 정부관리기업체와 농업협동조합중앙회 · 축산업협동조합중앙회 · 수산업협동조합중앙회 · 임업협동조합중앙회 · 농지개발조합연합회 및 농지개발조합의 임원과 과장대리급(과장대리급제가 없는 정부관리기업체에서는 과장급)이상의 직원
2. 한국방송공사 · 국경교과서주식회사 · 한국종합화학공업주식회사 · 지역농업협동조합 · 전문농업협동조합 · 전문농업협동조합연합회 · 지역별축산업협동조합 · 업종별축산업협동조합 · 업종별축산업협동조합연합회 · 지구별수산업협동조합 · 업종별수산업협동조합 · 업종별수산업협동조합연합회 · 수산물제조수산업협동조합 · 지역임업협동조합 · 전문임업협동조합 및 전문임업협동조합연합회의 임원

【참조판례】

- 헌재 1995. 5. 27. 98헌바26, 판례집 11-1, 622
- 헌재 1995. 9. 28. 93헌바50, 판례집 7-1, 297
- 헌재 2001. 11. 29. 2001헌바4, 판례집 13-2, 678

【당 사 자】

청 구 인 라○석

대리인 변호사 황도수

당해사건 대법원 2000도926 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물) 등

【주 문】

특정범죄가중처벌등에관한법률(1995. 12. 29. 법률 제5056호) 제4조 제1항 및 제2항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 경기 화성군 ○○면 ○○농협 조합장으로 근무하던 중, 1997. 11.경 위 ○○농협이 국고 보조금 10억 원, 국고 융자금 6억 원을 포함한 총 공사비 29억여원 상당의 미곡종합처리장 공사를 발주하여 진행하는 과정에서 윤○호와 공모하여, 같은 해 12.경 위 공사의 건축설계용역을 수주한 무면허 건축설계사 정○수로부터 불법 목인 및 위 용역과 관련된 편의제공 명목 등으로 금 1,000만원, 위 공사의 기계설치부분을 수주한 ○○기업사 부사장 송○섭으로부터 위 공사와 관련한 편의제공 등 명목으로 금 700만원, 1998. 2.경 위 공사의 건물공사부분을 수주한 ○○산업주식회사 사장 김○베로부터 위 공사와 관련한 편의제공 명목 등으로 금 1,000만원을 각 교부받아 법령에 의하여 공무원으로 간주되는 자가 그 직무에 관하여 뇌물(금품)을 수수하였다는 이유로 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물) 혐의로 기소되어 서울지방법원에서 징역 3년 집행유예 4년의 유죄판결을 선고받고, 항소하여 서울고등법원에서 징역 2년 6월 집행유예 3년의 유죄판결을 선고받았다.

(2) 이에 청구인은 대법원에 상고하여 상고심 계속 중이던 2000. 8. 16. 위 재판의 전제가 된 특정범죄가중처벌등에관한법률(이하 ‘특가법’이라고만 한다) 제4조 제1항 및 제2항이 위헌이라고 주장하면서 위헌제청신청(2000초387)을 하였으나, 같은 해 9. 15. 위 신청을 기각하는 결정을 송달받게 되자, 같은 해 9. 28. 특가법 제4조 제1항 및 제2항이 위헌이라고 주장하면서 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

그렇다면, 이 사건 심판대상은 특가법 제4조(1995. 12. 29. 법률 제5056호) 제1항 및 제2항(아래에서는 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부이고, 그 구체적 내용 및 관련법령은 아래와 같다.

《심판의 대상》

특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조(뇌물죄 적용대상의 확대) ① 다음 각

호의 1에 해당하는 기관 또는 단체(이하 “기업체”라 한다)로서 대통령령이 정하는 기업체(이하 “정부관리기업체”라 한다)의 간부직원은 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어 이를 공무원으로 본다.

1. 국가 또는 지방자치단체가 직접 또는 간접으로 자본금의 2분의 1 이상을 출자하였거나 출연금·보조금 등 그 재정지원의 규모가 그 기업체 기본재산의 2분의 1 이상인 기업체
2. 국민경제 및 산업에 중대한 영향을 미치고 있고 업무의 공공성이 현저하여 국가 또는 지방자치단체가 법령이 정하는 바에 따라 지도·감독하거나 주주권의 행사 등을 통하여 중요사업의 결정 및 임원의 임면 등 운영 전반에 관하여 실질적인 지배력을 행사하고 있는 기업체.

② 제1항의 간부직원의 범위는 기업체의 설립목적, 자산, 직원의 규모 및 해당 직원의 구체적인 업무 등을 고려하여 대통령령으로 정한다

《관련법령》 별지

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 입법목적의 위헌성

우리 헌법 제7조는 공무원을 국민전체에 대한 봉사자이며 국민에 대하여 책임을 지는 자로 규정하고 있고 그 직무수행의 공공성을 보장하기 위하여 공무원의 신분과 정치적 중립성을 특별히 보장하고 있는 반면, 우리 헌법 제119조는 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다고 하여 사회·경제활동과 관련하여 공무원과 일반 국민의 지위를 엄격하게 구분하고 있다. 이러한 헌법의 정신에 따라 우리 현행 형법은 업무집행의 청렴성과 관련하여 공무원의 직무집행은 국가사회 전체의 공익과 관련되어 있으므로 그 직무집행의 공정을 보호하고 개인들의 자유로운 경제활동과 비교될 수 없다는 점에서 뇌물죄와 배임수재죄를 엄격하게 구분하고 그 범죄구성요건 및 법정형을 달리 규정하고 있음에도 이 사건 법률조항은 헌법 제7조와 제119조의 취지를 몰각하고 정부관리기업체의 간부직원을 공무원과 같이 취급한 것으로 헌법적 정당성이 없다.

(2) 과잉금지원칙 위반

국가가 출연한 기관이나 단체의 업무가 때로는 공공성을 가질 수도 있지만, 국가 또는 지방자치단체의 출자 등 재정지원의 규모가 그 기업체의 자본금 내지 기본재산의 2분의 1 이상인 기업체라고 하여 바로 그 기업체의 업무가

공공성을 가지는 것은 아니다. 또한 국가 또는 지방자치단체가 법령이 정하는 바에 따라 지도·감독하거나 주주권의 행사 등을 통하여 중요사업의 결정 및 임원의 임면 등 운영전반에 관하여 실질적인 지배력을 행사하고 있는 기업체라고 하여 이들 기업체가 행하는 업무 전부가 공공성을 가지는 것은 아니다. 이들 기업체의 업무 중 공공성을 가지는 부분은 국가나 지방자치단체가 '지도, 감독할 수 있는 범위 내에서의 업무'에 한정된다. 입법목적에 따른 입법을 하기 위해서 입법자는 그 처벌의 대상을 기관이나 단체로 구분할 것이 아니라 기관이나 단체가 수행하는 업무의 성질에 따라 구분하였어야 한다. 구분이 입법기술적으로 복잡하고 힘들다는 입법적 변명은 허용될 수 없다. 국민의 기본권을 제한하는 입법의 경우에는 '과잉'된 제한을 할 수 없다는 것이 헌법 제37조 제2항의 입법취지인바, 이 사건 조항은 과잉금지원칙에 위반된다.

(3) 평등원칙 위반

이 사건 법률조항의 입법목적이 공공성의 보장에 있다면, 그 적용대상을 간부직원에 한정할 수 없다. 사무처리의 청렴성, 공공성을 배신하는 데에 간부직원과 부하직원을 구분할 필요성이 없기 때문이다. '공공성'이라는 사회적 영향력은 그 업무가 간부직원에 의하여 수행되는가, 부하직원에 의하여 수행되는가에 의하여 결정되는 것이 아니라, 처리하는 업무의 성질에 의하여 결정되기 때문이다. 예를 들어, 한직에 근무하는 간부직원의 업무보다는 요직에 근무하는 부하직원의 업무가 더 큰 국가·사회적 영향력(공공성)을 가진다. 따라서 간부직원에 대하여만 적용되도록 규정하고 있는 이 사건 조항은 평등원칙에 위반된다.

나. 대법원의 위헌제청신청기각이유

정부관리기업체의 간부직원을 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서 공무원으로 의제하여 확대 적용하는 특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조의 규정 취지는 정부가 소유·지배하는 공공적 성격이 강한 기업체는 국가정책과 국민경제에 중대한 영향을 미치기 때문에 그 간부직원에 대하여 일반 공무원과 마찬가지로 엄격한 청렴의무를 부과하여 그 직무의 불가매수성을 확보하고자 하는데 있는 것으로 국민의 기본권제약에 관하여 과잉금지를 규정한 헌법 제37조 제2항이나 평등권을 보장한 헌법 제11조에 본질적으로 위배된다고 볼 수 없다.

다. 수원지방법검찰청 검사장의 의견

대법원의 위헌제청신청기각이유와 같다.

3. 판 단

가. 특가법상 정부관리기업체의 법적성격과 그 간부직원의 윤리성

(1) 정부관리기업체의 법적성격

현대국가는 국민의 생활배려라는 공급행정의 일환으로서 국가의 기간산업 육성, 사회간접자본의 확충, 지역개발, 소비자보호, 재정확보 등 국가정책을 실현하기 위하여 독립 법인을 설립하거나 사기업에 직·간접으로 출자하여 국책사업을 수행하고 있다. 이와 같은 사업은 국민생활에 필수적인 사업임에도 불구하고 사업에 거액의 투자를 요하거나 그에 대한 수요의 탄력성이 매우 낮아서 사기업의 자유경쟁에 맡겨서는 사회적 이익을 기대할 수 없는 경우가 대부분인데, 강학상 이를 공기업(公企業)이라고 한다.

공기업은 그 형태에 따라 정부기업, 주식회사형(株式會社型)기업, 공사형(公社型)기업으로 구분된다. ① 정부기업은 정부부처 또는 그 산하기관의 형태로 운영되고 직원도 공무원이며, 조직, 예산·회계 및 감사에 관하여 일반행정기관과 동일한 법률을 적용 받는 기업으로 철도청, 체신사업이 이에 속한다. ② 주식회사형기업은 보통 상법에 의하여 설립되어 주식회사의 형태로 운영되고 직원도 공무원이 아니며 일반행정기관에 적용되는 조직, 예산·회계 및 감사관계의 법령의 적용을 받지 않는 기관으로 한국담배인삼공사, 한국전기통신공사, 인천국제공항공사 등이 이에 해당한다. ③ 공사형기업은 특별법에 의하여 설립되고 임원은 정부가 임명하며 원칙적으로 일반행정기관에 적용되는 예산·회계 및 감사관계 법령의 적용을 받지 않는 기업으로 대한주택공사, 한국도로공사, 한국토지공사 등이 이에 속한다. 다만 우리나라의 공기업(주식회사형기업과 공사형기업)은 모두 특별법에 의하여 설립되고 정도의 차이는 있으나 인사, 예산, 감사 등 운영전반에 관하여 정부가 개입·감독하고 있다. 특히 정부가 자본금의 2분의 1이상을 투자한 기업에 대하여는 경영합리화와 정부출자의 효율적 관리를 도모할 목적으로 정부투자기관관리기본법의 적용을 받도록 하고 있는바, 투자기관의 사장은 주무부 장관의 제청으로 대통령이 임명하고(동법 제13조의2 제1항), 기획예산처장관은 예산편성의 지침을 마련하여 투자기관에 통보할 수 있으며(동법 제21조), 투자기관의 사장은 예산이 확정되거나 변경된 때에는 지체없이 그 내용을 기획예산처장관 등에게 보고해야 하고(동법 제22조 제4항) 매년 국회 및 기획예산처장관 등에게 경영실적을 보고할 의무가 있으며(동법 제6조 제1항), 기획예산처장관은 경영실적을 평가하고 이를 국회 등에 보고하여 경영실적이 저조한 경우 임원의 해임

을 건의할 수 있으며(동법 제7조), 투자기관의 업무와 회계처리에 관한 외부감사는 감사원법이 정하는 바에 따라 감사원이 이를 실시할 수 있도록 하는 등(동법 제29조 제3항) 임원의 임면, 예산의 편성, 회계 및 감사, 사업계획의 보고 및 경영실적에 대한 평가 등 운영전반에 관하여 정부가 실질적인 지배력을 행사하고 있다.

살피건대, 위와 같은 공기업과 이 사건 법률조항의 “정부관리기업체”가 동일하다고 단정할 수는 없지만, 설립동기, 사업의 성격, 정부의 소유 내지 지배력 행사 등 여러 가지 면에서 매우 유사하다. 실제로 이 사건 법률조항의 위임에 의하여 같은 법 시행령이 규정하고 있는 정부관리기업체의 면면을 보면, 국가가 소유 또는 출자한 기업체이거나 출자하지는 않았지만 사업이 국가정책 및 국민경제에 중대한 영향을 미치기 때문에 법령에 의하여 임원의 임면, 중요사업의 결정, 예산 및 감사 등 운영전반에 관하여 정부가 실질적인 지배력을 행사하는 기관 또는 단체로서 강학상의 공기업과 대체로 일치한다.

정부관리기업체는 공공성(公共性)과 기업성(企業性)이라는 법적 특성을 띠고 있다. 공공성은 정부관리기업체가 공공수요의 충족과 공공복리의 증진을 목적으로 설립·운영되는 공익사업체라는 것이고, 기업성은 관료조직의 관여를 되도록 배제하고 자율·책임경영에 의한 경영의 능력과 효율을 제고하여 이윤(수익성)을 추구하는 것을 말한다. 위 특성으로부터 정부관리기업체의 설립목적에 따른 사업의 수행여부, 공공투자의 안전성, 수익성 창출 등을 감독하기 위하여 정부관리기업체에 대한 관리 내지 통제의 필요성이 생긴다.

이 사건 법률조항의 ‘정부관리기업체’도 기업체에 따라 정도의 차이는 있으나, 각 설립의 근거법령 내지 정부투자기관관리기본법에 의하여 임원의 임면, 예산 및 감사 등 운영전반에 관하여 정부가 개입·감독함으로써 관리 내지 통제되고 있다.

(2) 정부관리기업체의 간부직원의 윤리성

특가법상의 정부관리기업체는 정부가 소유·지배하거나 국가정책 및 국민경제에 중대한 영향을 미치는 공익사업체이다. 따라서 그 업무는 투명하고 공정하게 수행되어야 하고 그러기 위해서는 임·직원의 연결성과 직무의 불가매수성을 확보할 필요성이 있다. 이는 정부관리기업체가 단순히 ‘공익사업체’이기 때문이 아니라 국가경제에서 차지하는 비중을 보면 더욱 설득력을 갖기

때문이다. 이 사건 법률조항의 위임에 의하여 같은 법 시행령이 규정하고 있는 우리나라 정부관리기업체는 총51개에 이르고 최근 정부의 민영화 정책에 따라 정부의 출자비율이 줄어들고 있는 추세에 있기는 하지만, 아직도 100% 전액정부출자기업체 내지 정부출자가 50%이상을 넘는 기업체가 대부분이며, 정부출자액도 2002. 9. 1. 현재 정부투자기관관리기본법의 적용을 받는 12개 기업체에만도 약 40조원을 넘는 등 정부관리기업체가 국가경제에서 차지하는 비중은 상당하다.

더욱이 정부관리기업체는 국책사업의 경영이라는 속성상 일반 사기업에 비해서 독점적 내지 우월적 지위에 있기 때문에 사업과 관련한 각종 청탁과 특혜시비가 생길 소지가 크며 이는 부정비리 내지 부실경영으로 이어져 단기적으로는 사업목적의 실현에 장애가 되고 장기적으로는 국가재정을 잠먹고 그 부담은 곧바로 국민들에게 가해져 궁극적으로 국민경제에 나쁜 영향을 미칠 수 있다는 점에서도 정부관리기업체 임·직원의 직무의 불가매수성은 절실히 요구된다. 이는 정부관리기업체의 임·직원, 특히 간부직원은 일반 사기업의 임·직원과 달리 공무원과 유사한 지위에 있음을 보여주는 것이고, 따라서 정부관리기업체의 중요업무를 담당하는 간부직원에게는 공무원과 같은 정도의 높은 윤리성과 청렴성이 요구된다고 할 수 있다.

나. 평등의 원칙에 반하는지 여부

형법에서는 공무원에 대하여 그 직무의 공정성과 엄결성을 확보하기 위하여 부정한 청탁의 유무와 관계없이 금품 등의 수수, 요구 및 약속행위 자체를 범죄행위로 보고 있는 반면(형법 제129조), 공무원이 아닌 일반 사인에 대하여는 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받는 것을 전제로 재물 등의 취득행위를 처벌하고 있다(형법 제357조). 그런데 이 사건 법률조항에 의하면 정부관리기업체의 간부직원은 공무원이 아님에도 불구하고 공무원으로 의제되어 수뢰행위 자체를 처벌받게 된다. 그렇다면 이 사건 법률조항이 정부관리기업체의 간부직원을 일반 사인과 달리 취급하여 공무원과 같이 처벌하여야 할 합리적 근거가 있는지 여부가 문제된다. 만일 합리적 근거가 없다면, 이 사건 법률조항은 평등의 원리를 규정하고 있는 헌법 제11조에 위반될 여지가 있다.

위에서 본 바와 같이 특가법상 정부관리기업체는 수익성을 추구하고 그 조직과 운영도 국가로부터 독립된 사기업과 유사한 특수법인이다. 그러나 특정한 공익상의 이유로 정부가 소유·지배하거나 국가정책 및 국민생활에 중대한 영향을 미치는 사업을 담당하는 기업으로서 본질상 공공성 내지 공익성을

강하게 지니고 있다. 따라서 정부관리기업체의 업무는 투명하고 공정하게 수행되어야 한다. 그런데 정부관리기업체의 간부직원이 직무와 관련하여 금품 등을 수수·요구·약속하는 것을 방치하면 설사 부정한 청탁이나 배임행위가 없다고 하더라도 이들과 금품 등을 제공하는 자간에 유착관계가 형성되고 사적 이해관계가 개입된 나머지 불공정하거나 불법적인 업무처리를 초래할 위험성을 배제할 수 없으며, 그 결과 사업목적이 왜곡되고 정부관리기업체의 부실화를 가져와 국가재정을 좀먹고 궁극적으로 국가경제를 파탄에 이르게 할 수도 있다.

설령 직무와 관련하여 수뢰한 정부관리기업체 간부직원이 실제 배임행위를 저지르지 않아 직접적인 피해가 없다 하더라도 이러한 간부직원을 처벌함으로써 정부관리기업체의 사업과 관련된 각종 특혜 및 비리, 부정의 소지를 없앴으로써 정부관리기업체의 공정성과 신뢰성을 확보할 필요가 있다.

그렇다면, 입법자가 비록 정부관리기업체 간부직원이 공무원은 아니라 할 지라도 공무원에 버금가는 정도의 청렴성을 요구하고, 이들이 직무와 관련하여 수뢰행위를 하였을 경우 별도의 배임행위가 있는지를 불문하고 형벌을 과하여 그 업무의 불가매수성을 확보하더라도 거기에는 합리적 근거가 있는 것이므로 헌법 제11조에 규정된 평등원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

한편, 이 사건 법률조항은 정부관리기업체의 직원을 간부직원과 그 외 직원(일반직원)으로 나누고 간부직원의 수재행위를 특별히 무겁게 처벌하여 일반 직원의 그것과 달리 취급하고 있는 바, 그와 같이 처벌하여야 할 합리적 근거가 있는지 문제된다. 살피건대, 통상 ‘간부직원’이란 기업체의 의사결정권자인 임원(사장, 이사, 감사)과 의사결정 및 사업수행에 중요한 역할을 하는 중견관리자들인 반면, 그 외 직원은 의사결정에 영향을 미칠 수 없는 지위에 있거나 간부직원의 업무처리를 보조하는 자이다. 그런데 업무를 보조하는 일반직원 보다는 중요업무를 담당하는 간부직원에게 수뢰행위로 인한 부정비리가 생길 가능성이 훨씬 높고 그로 인한 피해의 위험성(규모) 또한 훨씬 클 것이라는 점은 경험칙상 어렵지 않게 예측할 수 있다. 실제로 이 사건 법률조항의 위임에 의하여 같은 법 시행령이 규정하고 있는 정부관리기업체 간부직원의 범위를 보면, 의사결정 및 사업수행에 중요한 역할을 하는 임원 또는 중견관리자인 과장급 이상의 직원(시행령 제3조 제1호 및 제2호)을 간부직원으로 규정하고 있다.

그렇다면, 이 사건 법률조항이 정부관리기업체 간부직원의 직무와 관련된

수재행위에 대하여 일반직원과는 달리 공무원과 동일하게 처벌하더라도 거기에는 합리적 근거가 있는 것이므로 헌법 제11조 평등원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

다. 과잉입법금지의 원칙에 반하는지 여부

이 사건 법률조항은 국가정책 및 국민경제에 중대한 영향을 미치는 정부관리기업체의 업무의 공정성과 신뢰성, 투명성을 확보하여 사회공공의 이익을 증진하기 위한 것으로 입법목적은 정당하다고 할 것이다. 또 간부직원에 대하여 실제 부정한 청탁이나 배임행위가 있었는지 여부를 불문하고 직무와 관련한 수재행위에 대하여 형사제재를 가함으로써 직무의 불가매수성을 확보하는 것이 입법 목적을 달성하는데 유일한 최후적인 것이라고 단정하기는 어렵지만, 그렇다고 달리 직무와 관련한 부정과 비리, 그리고 특혜시비를 근절할 다른 적절한 방법을 찾아보기도 쉽지 않다고 할 것이므로 방법 내지 수단도 적합하다고 판단된다.

나아가 이 사건 법률조항의 입법목적, 보호법익 등을 종합적으로 고려해 볼 때, 법정형이 지나치게 가혹하여 형벌체계상 현저히 균형을 잃었다거나 입법목적 달성에 필요한 정도를 넘는 과잉형벌이라고 할 수 없다. 또 이 사건 법률조항으로 인하여 정부관리기업체 간부직원이 받게 될 형벌위협과 신체의 자유에 대한 침해보다 정부관리기업체 간부직원의 직무의 불가매수성을 확보함으로써 얻는 사회적 공익이 더 크다고 할 것이므로 법익 균형성 원칙도 충족한다고 할 것이다.

한편, 청구인은 이 사건 법률조항의 정부관리기업체의 업무 중, 공공성을 가지는 업무는 정부가 지도·감독할 수 있는 업무에 국한되므로 이들 업무에 종사하는 자만을 처벌하는 것이 입법목적에 부합한다고 주장한다. 그러나 정부관리기업체는 특정의 공익사업을 수행하는 기관 또는 단체로서 그 업무는 전체적으로 공공성을 지니기 때문에 이들 업무를 공공성이 있는 업무와 그렇지 않은 업무로 구별할 수 없다할 것이고, 가사 공공성이 있는 업무와 그렇지 않은 업무를 구분할 수 있다하더라도 형사제재를 통하여 보호해야 될 정도로 공공성이 충분한 업무인가 아닌가는 이 사건 법률조항과 같이 중요한 업무를 수행하는 지위에 있느냐 그렇지 않느냐에 따라 구분하는 것도 하나의 기준이 될 수 있다고 판단되는바, 입법자가 그러한 기준을 선택한 것에 위헌적인 잘못이 있다고 여겨지지 않는다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 관여재판관들의 일치된 의견에 의한 것이다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철(주심) 김영일 권 성
김효종 김경일 송인준 주선희

[별 지]

《관련법령》

형법 제357조(배임수증죄) ① 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 자는 5년이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 제1항의 재물 또는 이익을 공여한 자는 2년이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

③ 범인이 취득한 제1항의 재물은 몰수한다. 그 재물을 몰수하기 불가능하거나 재산상의 이익을 취득한 때에는 그 가액을 추징한다.

특정범죄가중처벌등에관한법률시행령(일부개정 2002. 3. 2 대통령령 제 17538호)

제2조(정부관리기업체의 범위) 법 제4조 제1항의 규정에 의한 정부관리기업체의 범위는 다음과 같다. <개정 1996. 2. 15, 1998. 4. 1, 1998. 12. 31, 1999. 2. 1, 2002. 3. 2>

1. 한국은행
2. 한국산업은행
3. 중소기업은행
4. 한국조폐공사
5. 削除 <1997·11·29>
6. 한국수출입은행
7. 신용보증기금
8. 기술신용보증기금
9. 금융감독원
10. 한국증권거래소

11. 한국소비자보호원
12. 한국담배인삼공사
13. 한국국제협력단
14. 한국소방검정공사
15. 국립공원관리공단
16. 한국마사회
17. 농수산물유통공사
18. 농어촌진흥공사
19. 한국전력공사
20. 대한석탄공사
21. 대한무역투자진흥공사
22. 대한광업진흥공사
23. 한국전기안전공사
24. 한국지역난방공사
25. 한국가스공사
26. 한국가스안전공사
27. 에너지관리공단
28. 중소기업진흥공단
29. 한국석유공사
30. 한국전기통신공사
31. 무선국관리사업단
32. 환경관리공단
33. 공무원및사립학교교직원 의료보험관리공단
34. 근로복지공단
35. 한국산업인력관리공단
36. 한국토지공사
37. 대한주택공사
38. 한국수자원공사
39. 한국도로공사
40. 한국관광공사
41. 주식회사 한국감정원
42. 인천국제공항공사

- 43. 한국공항공사
- 44. 한국고속철도건설공단
- 45. 한국방송공사
- 46. 국정교과서주식회사
- 47. 한국종합화학공업주식회사
- 48. 농업협동조합중앙회 및 그 회원조합
- 49. 축산업협동조합중앙회 및 그 회원조합
- 50. 수산업협동조합중앙회 및 그 회원조합
- 51. 임업협동조합중앙회 및 그 회원조합
- 52. 농지개량조합연합회 및 농지개량조합

제3조(간부직원의 범위) 법 제4조 제2항의 규정에 의한 정부관리기업체의 간부직원의 범위는 다음과 같다. 다만, 다른 법령에 의하여 공무원 또는 공무원에 준하는 신분을 가지는 경우에는 그 법령의 적용을 배제하지 아니한다.

- 1. 제2조 제1호 내지 제4호의 정부관리기업체와 농업협동조합중앙회·축산업협동조합중앙회·수산업협동조합중앙회·임업협동조합중앙회·농지개량조합연합회 및 농지개량조합의 임원과 과장대리급(과장대리급제가 없는 정부관리기업체에서는 과장급)이상의 직원
- 2. 한국방송공사·국정교과서주식회사·한국종합화학공업주식회사·지역농업협동조합·전문농업협동조합·전문농업협동조합연합회·지역별축산업협동조합·업종별축산업협동조합·업종별축산업협동조합연합회·지구별수산업협동조합·업종별수산업협동조합·업종별수산업협동조합연합회·수산물제조수산업협동조합·지역임업협동조합·전문임업협동조합 및 전문임업협동조합연합회의 임원

지방세법 제234조의15 제2항 제5호 위헌소원

(2002. 11. 28. 2001헌바27 전원재판부)

【판시사항】

1. 종합토지세 중 고율의 분리과세 대상을 규정한 지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정된 것) 제234조의15 제2항 제5호 중 “제188조 제1항 제2호 (1)의 규정에 의한 주택의 부속토지로서 대통령령이 정하는 기준면적을 초과하는 토지” 부분(이하, “이 사건 법률조항”이라 한다)이 조세법률주의와 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지 여부(소극)

2. 이 사건 법률조항의 적용대상에, 주택 부속토지 전체는 위 분리과세 기준면적을 초과하지만 그 중 자신의 소유지분 해당 면적은 위 기준면적을 초과하지 않는 “기준면적 미달 공유자”나 위 부속토지 중 위 기준면적을 초과하지 않는 일부만을 소유하고 있는 소유자를 포함시키는 것이 실질과세원칙에 어긋나고 평등의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 법률조항은 위임의 대상을 “면적”으로 구체적으로 한정하고 있을 뿐만 아니라, 종합토지세는 과다한 토지보유를 억제하여 토지이용의 효율성을 높이고 토지소유의 저변확대를 도모하기 위하여 도입된 것으로서, 그 중 분리과세 제도는 정책적 고려에 따라 중과세 또는 경과세의 필요가 있는 토지에 대하여 예외적으로 별도의 기준에 의한 과세를 함으로써 종합합산과세에서 오는 불합리를 보완하고자 하는 입법목적を 가지고 있는 점 등을 종합해 보면, 대통령령으로 정하여 질 분리과세 대상이 되는 주택의 부속토지란 토지의 효율적인 이용을 해칠 정도로 그 면적이 과다하여 보유를 억제할 필요성이 있는 부속토지가 될 것임을 어렵지 않게 예측할 수 있으므로, 이 사건 규정은 과세요건법정주의나 포괄위임입법금지원칙에 위반되지 않는다.

또한, 이 사건 분리과세의 입법목적에 비추어 볼 때, 위와 같은 “기준면적 미달 공유자”라 하여도 이 사건 규정이 적용될 것에 대한 예측가능성이 없다고 할 수 없으며, 이 사건 규정에 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 염려가 있다고 할 수도 없으므로, 이 사건 규정은 과세요건명확주의에 위반되지 않는다.

2. 이 사건 법률조항에 의한 분리과세는, 단순히 어느 한 개인이 얼마만한 면적의 토지를 소유하고 있느냐가 아니라 그가 소유한 토지가 억제할 필요가 있는 과다한 면적의 주택 부속토지의 형성에 제공되고 있느냐에 그 중점이 놓여 있으므로, 어떤 토지가 과다한 면적의 주택의 부속토지를 형성하는 데 제공되고 있다면 그 토지가 단독으로 제공되는 것인지 혹은 다른 사람의 토지와 함께 제공되는 것인지를 불문하고 그러한 과다한 주택 부속토지는 이를 억제할 필요가 있으며, 한편 주택 부속토지가 수 필지 또는 수인의 공유로 구성된 경우 그 세액은 각각의 소유자 또는 공유자별로 각 소유면적 또는 지분에 해당하는 면적으로 안분하여 부과되는바, 위와 같은 기준면적 미달 공유자라 하여도 이 사건 규정이 정한 기준면적을 초과하는 부속토지의 형성에 기여하고 있음이 명백하므로 분리과세의 대상이 되는 것이고, 그 세액은 부속토지 전체 면적에 대해서가 아니라 그 지분에 따른 면적에 대하여만 부담하게 되므로, 이 사건 규정은 실질과세원칙에 위배된다고 할 수 없으며, 합리적인 이유 없이 위와 같은 기준면적 미달 공유자를 다른 자에 비하여 차별하고 있는 것도 아니다.

재판관 주선회의 반대의견

지방세법 제234조의9 제1항은 “종합토지세 과세기준일 현재 제234조의8의 규정에 의한 토지를 사실상으로 소유하고 있는 자는 종합토지세를 납부할 의무가 있다. 다만, 공유토지인 경우에는 그 지분에 해당하는 면적(지분의 표시가 없는 경우에는 지분이 균등한 것으로 본다)에 대하여 그 지분권자를 납세의무자로 본다”라고 규정하고 있는바, 위 단서는, 종합토지세의 과세대상 토지가 수인의 공유인 경우에 각각의 공유자별로 그 소유지분에 해당하는 면적만이 과세대상이 됨을 규정한 조항이라

할 것이므로, 주택 부속토지 전체면적이 분리과세 기준면적을 초과한다는 이유로, 소유지분 해당 면적이 그 기준면적에 미치지 못하는 위와 같은 기준면적 미달 공유자까지 이 사건 규정의 적용범위에 포함시키는 것은 위 단서의 명문의 규정에 반한다.

자신의 소유지분에 해당하는 토지의 면적이 분리과세 대상 면적에 미달하는 공유자나 그러한 분리과세 대상 면적에 미달하는 일부 토지만을 소유한 자는 이 사건 규정이 분리과세 대상의 기준으로 정한 면적의 토지를 소유하고 있지 않음이 명백하므로, 그러한 자들까지도 고율의 분리과세 대상에 포함시키는 것은 소유하지도 않는 토지를 기준으로 과세를 하는 것이 되어 실질과세원칙에 위배된다.

【심판대상조문】

지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정된 것) 제234조의15(과세표준) ① 생략
② 종합합산과세표준은 과세기준일 현재 납세의무자가 소유하고 있는 전국의 모든 토지 중 대통령령으로 정하는 건축물의 부속토지를 제외한 토지의 가액을 합한 금액으로 한다. 다만, 다음 각호에 해당하는 토지의 가액은 이를 합산하지 아니한다.

- 1.~4. 생략
 5. 제112조 제2항의 규정에 의한 골프장(동조 동항 본문 후단의 규정을 적용하지 아니한다)용 토지의 가액과 동조 동항의 규정에 의한 별장·고급오락장용 토지로서 대통령령이 정하는 토지의 가액 및 제188조 제1항 제2호 (1)의 규정에 의한 주택의 부속 토지로서 대통령령이 정하는 기준면적을 초과하는 토지의 가액
 6. 생략
- ③~⑤ 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제13조 제3항, 제38조, 제59조, 제75조

지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정된 것) 제18조(공유물, 공동사업의 연대납세의무) ① 공유물(공동주택의 경우에는 제외한다), 공동사용물, 공동사업 또는 이로 인하여 생긴 재산에 대한 지방자치단체의 징수금은 공유자, 공동사용자 또는 공동사업자가 연대하여 납부할 의무를 진다.

- ②, ③ 생략

지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정된 것) 제234조의8(과세대상) 종합토지세의 과세대상은 모든 토지로 한다.

지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정된 것) 제234조의9(납세의무자) ① 종합토지세 과세기준일 현재 제234조의8의 규정에 의한 토지를 사실상으로 소유하고 있는 자는 종합토지세를 납부할 의무가 있다. 다만, 공유토지인 경우에는 그 지분에 해당하는 면적(지분의 표시가 없는 경우에는 지분이 균등한 것으로 본다)에 대하여 그 지분권자를 납세의무자로 본다.

② 제1항의 규정에 불구하고 종합토지세 과세기준일 현재 다음 각호의 1에 해당하는 자는 종합토지세를 납부할 의무가 있다.

1. 공부상의 소유자가 매매등의 사유로 소유권에 변동이 있었음에도 이를 신고하지 아니하여 사실상의 소유자를 알 수 없는 때에는 공부상의 소유자
2. 상속이 개시된 토지로서 상속등기가 이행되지 아니하고 사실상의 소유자를 신고하지 아니한 때에는 행정자치부령으로 정하는 주된 상속자
3. 공부상에 개인등의 명의로 등재되어 있는 사실상의 종중토지로서 공부상의 소유자가 종중소유임을 신고하지 아니한 때에는 공부상의 소유자
4. 국가·지방자치단체·지방자치단체조합과 종합토지세 과세대상 토지를 년부로 매매계약을 체결하고 그 토지의 사용권을 무상으로 부여받은 경우에는 그 매수계약자
5. 신탁법에 의하여 수탁자명의로 등기된 신탁토지의 경우에는 위탁자. 이 경우 수탁자는 제37조의 규정에 의한 납세관리인으로 본다.
6. 토지구획정리사업법에 의한 토지구획정리사업, 도시계획법에 의한 도시개발예정구역 조성사업 및 도시재개발법에 의한 재개발사업의 시행으로 그 사업에 필요한 경비로 충당하거나 사업계획등이 정하는 목적을 위하여 환지계획에서 일정한 토지를 환지로 정하지 아니하고 체비지 또는 보류지로 정한 경우에는 사업시행자

③ 종합토지세 과세기준일 현재 소유권의 귀속이 분명하지 아니하여 사실상의 소유자를 확인할 수 없는 경우에는 그 사용자가 종합토지세를 납부할 의무가 있다.

지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정된 것) 제234조의15(과세표준) ①~③ 생략

④ 분리과세표준은 제2항 제3호 내지 제6호의 가액으로 한다.

⑤ 생략

지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정된 것) 제234조의16(세율) ①, ② 생략

③ 제234조의15 제2항 제3호 내지 제6호의 규정에 해당하는 토지(이하 “분리과세대상토지”라 한다)의 종합토지세는 다음 각호의 세율을 적용한다.

1. 생략
2. 골프장·별장·고급오락장용 토지 및 주택의 부속토지로서 기준면적을 초과하는 토지 : 과세표준액의 1,000분의 50
3. 생략

지방세법시행령(1998. 12. 31. 대통령령 제16081호로 개정된 것) 제194조의15(분리과세대상토지) ①, ② 생략

③ 법 제234조의15 제2항 제5호에서 “별장·고급오락장용 토지로서 대통령이 정하는 토지”라 함은 제2호·제2호의2 또는 제4호에 해당하는 토지를 말하며, “주택의 부속토지

로서 대통령령이 정하는 기준면적을 초과하는 토지"라 함은 제3호 또는 제4호에 해당하는 토지를 말한다.

1. 삭제
 2. 생략
 3. 특별시·광역시(군지역을 제외한다)·시지역(읍·면지역을 제외한다)안에 소재하는 1구의 주택(행정자치부령이 정하는 농가를 제외한다)에 부속된 토지(아파트 또는 연립주택등 공동주택의 경우에는 도로등 공용부분의 토지를 제외한다)중 993제곱미터 [특별시·광역시(군지역을 제외한다)는 662제곱미터]를 초과하는 부분의 토지. 이 경우 그 부속된 토지의 경계가 명백하지 아니할 때에는 그 주택의 바닥면적의 10배에 해당하는 토지를 그 부속된 토지로 본다.
 4. 생략
- ④, ⑤ 생략

【참조판례】

2. 대법원 1993. 9. 14. 선고 92누18535 판결(공1993하, 2826)

【당 사 자】

청 구 인 오명숙

대리인 변호사 황도수

당해사건 서울행정법원 2000구22887 종합토지세등부과처분취소

【주 문】

지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정된 것) 제234조의15 제2항 제5호 중 “제188조 제1항 제2호 (1)의 규정에 의한 주택의 부속토지로서 대통령령이 정하는 기준면적을 초과하는 토지” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구의 서경표, 정혜령 공유의 서울 성북구 성북동 15의 27 대 600㎡와 이에 인접한 청구인과 정영모 공유의(각 1/2지분씩 소유) 같은 동 15의 202 대 468㎡는 모두 위 성북동 15의 27 토지상의 주택 288.56㎡(서경표, 오강순의 공유)에 부속된 토지로서 그 면적의 합계가 1,068㎡이다.

종합토지세에 관한 지방세법과 동법 시행령의 규정에 의하면, 특별시나 광역시 안에 소재하는 주택 부속토지의 경우 그 중 662㎡를 초과하는 부분은 분리과세의 대상이 되고, 그 나머지 부분은 종합합산과세의 대상에 산입하도록 되어 있다.

서울특별시 성북구청장은 1999. 10. 7. 청구인에게, 위 부속토지 전체 면적(1,068㎡)이 662㎡를 초과한다는 이유로 그 초과분인 406㎡는 분리과세의 대상으로, 그 나머지는 종합합산과세의 대상으로 구분한 후, 그 각 과세대상 토지를 청구인의 지분에 해당하는 면적으로 안분하여 청구인 소유지분에 해당하는 234㎡(=468㎡×1/2) 중 175㎡는 종합합산과세표준에 의해, 59㎡는 분리과세표준에 의해 계산한 1999년도 정기분 종합토지세를 부과하는 처분(이하 “이 사건 부과처분”이라 한다)을 하였다.

(2) 청구인은 서울행정법원에 이 사건 부과처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였고(2000구22887), 그 소송계속 중 이 사건 부과처분의 근거 규정인 지방세법 제234조의15 제2항 제5호가 헌법에 위반된다고 주장하면서 위헌여부심판의 제청신청(2000아1166)을 하였으나 위 법원이 2001. 4. 12. 위 취소소송과 제청신청을 모두 기각하자 2001. 4. 27. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정된 것) 제234조의15 제2항 제5호 중 “제188조 제1항 제2호 (1)의 규정에 의한 주택의 부속토지로서 대통령령이 정하는 기준면적을 초과하는 토지” 부분(이하 “이 사건 규정”이라 한다)의 위헌 여부이며, 그 규정 및 관련 규정의 내용은 별지 기재와 같다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 조세법률주의(과세요건법정주의)와 위임입법의 한계 위반

이 사건 규정은 분리과세표준이 적용되는 토지를 “제188조 제1항 제2호 (1)의 규정에 의한 주택의 부속토지로서 대통령령이 정하는 기준면적을 초과하는 토지”라고 규정하여 분리과세 대상이 되는 주택의 부속토지를 결정하는 중요한 요소인 “기준면적”을 대통령령으로 정하도록 위임하고 있으나 위 “기준면적”의 내용을 국민들이 예측할 수 있을만한 규정이 없고, 입법 목적을 통해서도 기준면적을 예측할 수 없으므로, 이 사건 규정은 조세법률주의(과세요

건법정주의)를 규정하고 있는 헌법 제59조와 위임입법의 한계를 규정하고 있는 헌법 제75조에 위반된다.

(2) 과세요건명확주의, 적법절차원칙 위반

이 사건 규정이 분리과세 대상으로 정하고 있는 “주택의 부속토지로서 대통령령이 정하는 기준면적을 초과하는 토지”란 적어도 납세의무자가 위 기준면적을 초과하는 토지를 소유할 것을 요건으로 한다고 해석하여야 하고, 공유토지의 경우에 공유지분을 소유한 자는 그 지분 해당 면적을 기준으로 분리과세 대상이 될 것인지가 결정될 것으로 생각할 것이므로 청구인과 같이 이 사건 규정이 정한 기준면적에 미달하는 지분을 소유한 공유자의 경우에는 고율의 분리과세의 대상이 되지 않을 것으로 예상할 것이다.

그런데 이 사건 부과처분과 같이 토지의 권리관계나 소유형태 또는 필지수를 불문하고, 오로지 그 전체 면적을 기준으로 하여 이 사건 규정이 정한 일정기준 이내의 토지는 종합합산과세 대상으로, 이를 초과하는 부분의 토지는 분리과세 대상으로 구분하여 과세를 한다면, 위와 같이 “기준면적 미달 공유자”의 경우에도 다른 공유자나 다른 소유자의 토지와 합한 면적이 이 사건 규정의 기준면적을 초과한다는 이유로 분리과세의 대상이 될 수 있는데, 이는 일반 국민들의 예상을 벗어난 기습적이고도 예측불가능한 조세부과라 할 것이다.

따라서 위와 같이 국민들이 예측할 수 없는 방식으로 이 사건 규정을 적용하는 것은 과세요건명확주의와 적법절차원칙에 위배된다.

(3) 실질적 조세법률주의, 평등의 원칙, 연좌제금지원칙 위반 및 재산권 침해

종합토지세는 토지의 소유를 과세원인으로 하므로 이 사건 규정에 의해 종합토지세를 부과하기 위해서는 납세의무자가 이 사건 규정이 정한 기준면적을 초과하는 토지를 소유하고 있어야 한다.

그런데 “기준면적 미달 공유자”도 분리과세에 의한 세금을 부담해야 한다면, 이것은 이 사건 규정이 정하는 기준면적 이상의 토지를 소유하지 아니한 자에 대하여도 분리과세에 의한 종합토지세를 부과하는 것이 된다.

따라서 이 사건 규정은 “기준면적 미달 공유자”에게도 적용되는 범위 내에서는 기준면적을 초과하는 토지를 소유하지 아니한 “기준면적 미달 공유자”를 합리적인 이유 없이 차별하고, 토지의 일부를 소유하는 행위로 인하여 분리과세에 의한 종합토지세를 납부하여야 하는 불이익을 주는 것이 되어 연좌

제금지원칙에 위반되며, “기준면적 미달 공유자”의 재산권을 침해하여 실질적 조세법률주의에 위배된다.

나. 서울행정법원의 위헌제청신청 기각이유

(1) 조세법률주의와 위입입법의 한계 위반 여부

이 사건 규정의 입법취지는 1구의 주택의 소유를 위하여 단독 또는 공동으로 제공되고 있는 수 필지의 토지에 대하여 분리과세를 함으로써 대도시 내에서의 과도한 토지소유를 억제하고 지가의 안정 및 토지소유의 저변확대를 도모하기 위한 것으로서 위입의 범위와 한계 안에서 보다 세부적인 범위를 그때 그때의 사회경제적 상황에 따라 탄력적으로 대통령령에서 정할 수 있도록 한 것이며, 이 사건 규정의 위입에 따라 지방세법 시행령 제194조의 15 제3항 제3호는 분리과세 대상이 되는 토지의 면적을 구체화하고 있으므로 누구라도 이 사건 규정으로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있다.

따라서 이 사건 규정이 조세법률주의를 규정하고 있는 헌법 제59조와 위입입법의 한계를 규정하고 있는 헌법 제75조에 위반되는 것이라고 할 수 없다.

(2) 실질적 조세법률주의 위반 여부

지방세 실무에서는 분리과세에 의한 종합토지세 부과대상 토지의 소유자가 수인인 경우에 이 사건 규정이 정한 기준면적을 초과하는 면적에 대하여 각 토지소유자의 지분비율에 의하여 안분하여 종합토지세를 산정하고 있고 이러한 형태의 방법이 특별히 불합리하다고 볼 수 없다.

따라서 이 사건 규정이 정한 기준면적을 초과하는 토지를 소유하지도 않는 자에 대하여 분리과세에 의한 종합토지세를 부과하는 것이라고 볼 수 없으므로 실질적 조세법률주의에 위반되지 않는다.

(3) 연좌제금지 위반 여부

분리과세에 의하여 종합토지세를 초과하는 입법취지와 분리과세에 의한 종합토지세의 산정방법에 비추어 보면, 분리과세에 의한 종합토지세는 입법목적에 반하는 토지의 소유 및 사용에 기여한 자인 1구의 주택의 부속토지 소유자들에 대하여 직접적인 과세를 하는 것이지, 주택 부속토지의 소유자가 아닌 자에 대하여 과세를 하는 것이라고 할 수 없으므로, 모든 국민은 자기의 행위가 아닌 타인의 행위로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다는 의미로 해석되는 헌법 제13조 제3항(연좌제금지)의 규정에 위반되지 않는다.

다. 행정자치부장관의 의견

대체로 위 법원의 기각이유와 같다.

3. 본안에 대한 판단

가. 종합토지세의 개요

(1) 1989. 6. 16. 법률 제4128호로 개정된 지방세법에 의하여 신설된 종합토지세는 종래 토지보유에 대하여 각 필지별로 과세되고 있던 토지분 재산세와 유희토지 및 비업무용토지 등을 과세대상으로 하고 있던 토지과다보유세를 통·폐합하여 전국에 있는 모든 토지를 소유자별로 합산하여 그 가액에 누진세율을 적용함으로써 토지를 많이 보유한 자가 많은 세금을 부담하는 응능과 세원칙을 확립하고, 세제를 통하여 과다한 토지보유를 억제하고 토지의 수급을 원활히 하며, 건전한 국민생활의 기반을 구축하여 지가안정과 토지소유의 저변확대를 도모하기 위하여 도입된 세제이다.

(2) 종합토지세의 과세표준은 종합합산과세표준, 별도합산과세표준, 분리와세표준으로 구분된다. 종합토지세는 소유자별로 전국의 모든 토지를 합산하여 누진세율을 적용하는 종합합산과세(세율 : 0.2%~5%)가 원칙이나, 일정한 영업용 건축물의 부속토지의 경우에는 이를 다른 토지의 가액과 합산하여 고율의 누진세율을 적용하면 토지의 정상적인 활용을 지나치게 제약할 우려가 있고 임대료 인상, 물가인상, 세부담의 전가 등의 문제가 유발될 수 있음을 고려하여 별도로 합산하여 종합합산과세보다 낮은 누진세율(세율 : 0.3%~2%)을 적용하도록 하고 있고, 정책적인 차원에서 낮은 세율이나 높은 세율을 적용할 필요성이 있는 토지 등에 대하여는 예외적으로 별도의 기준에 의하여 분리과세를 하고 있는바, 자경농지 등 직접 생산에 이용되는 토지 또는 공장용지 등 산업용지로 활용되는 토지에 대하여는 낮은 비례세율(세율 : 자경농지 0.1%, 공장용지 0.3%)을 적용하여 생산활동을 지원하는 반면, 골프장용 토지, 고급 오락장용 토지, 일정면적 초과 주택 부속토지 등 사치성 재산으로 사용되는 토지에 대하여는 높은 비례세율(세율 : 5%)을 적용하여 그 소유의 억제효과를 꾀하고 있다.

(3) 종합토지세의 납세의무자는 과세기준일(매년 6월 1일) 현재 토지를 사실상 소유하고 있는 자이다. 다만 공유토지인 경우에는 그 지분에 해당하는 면적(지분의 표시가 없는 경우에는 지분이 균등한 것으로 본다)에 대하여 그 지분권자를 납세의무자로 본다(지방세법 제234조의9 제1항).

나. 쟁 점

이 사건 규정은 고율의 분리과세의 대상이 되는 주택의 부속토지에 관하여

“... 주택의 부속토지로서 대통령령이 정하는 기준면적을 초과하는 토지”라고 규정하고 있을 뿐, 그 부속토지의 소유형태(예컨대, 수인의 공유인 경우 또는 소유자가 다른 수 필지로 이루어진 경우)에 따른 구체적인 적용기준에 관하여는 침묵하고 있다. 따라서 주택의 부속토지가 수인의 공유 또는 소유자가 다른 수 필지로 구성된 경우, 이 사건 규정상의 기준면적을 초과하는 토지인지를 판단함에 있어 각 공유자 또는 소유자별로 그 소유면적을 기준으로 하여야 하는지 아니면 그 부속토지 전체면적을 기준으로 하여야 하는지 여부가 문제된다. 이와 관련하여 대법원은, 1구의 주택에 부속된 토지 여부는 당해 토지가 이용되고 있는 실태에 비추어 하나의 주거생활 공간에 제공되는 건물의 효용과 편익을 위하여 사용되는지 여부에 따라 결정되고, 그 토지의 권리관계, 소유형태 또는 필지 수를 불문하며, 1구의 주택에 부속된 토지는 오로지 그 전체면적을 기준으로 하여 이 사건 규정이 정한 기준면적 이내의 토지는 종합합산과세 대상으로, 이를 초과하는 부분의 토지는 분리과세 대상으로 구분되며, 다만 그 각 세액은 각 소유자나 공유자의 소유분 해당 면적에 따라 안분한다는 입장을 취하여 후자의 견해에 따르고 있다(대법원 1993. 9. 14. 선고 92누18535 판결 참조).

다. 분리과세의 입법목적과 성격

앞서 본 바와 같이 종합토지세는 과도한 토지보유를 억제하여 토지이용의 효율성을 높이고 토지소유의 저변확대를 도모하기 위하여 도입된 세제이다. 그런데 종합토지세 중 종합합산과세의 경우 토지의 용도와 경제적 효용성 등 개개 토지의 특성을 고려하지 않은 채 단지 1인의 소유자를 중심으로 전국의 모든 토지를 단순합산하는 방식을 취하고 있기 때문에 소유한 토지의 용도 등 질적인 차이가 제대로 반영되지 않는 단점이 나타나게 되었고, 이러한 종합합산과세의 단점을 보완하려는 목적에서 개개 토지의 용도에 초점을 맞추어 몇 가지 유형의 토지를 종합합산과세 대상에서 제외하여 그 중 긍정적인 생산활동에 이용되는 토지에 대하여는 저율의 세율을, 비생산적인 용도의 토지로서 그 보유를 억제할 필요가 있는 토지에 대하여는 고율의 세율을 부과하는 분리과세 제도가 탄생하였다.

조세는 인적 측면에 착안하여 과하여지는 대인세와 물적인 측면에 착안하여 과하여지는 대물세로 분류할 수 있는바, 종합토지세 중 종합합산과세와 별도합산과세는 그 요건에 해당하는 전국의 모든 토지를 소유자별로 합산하여 과세표준액을 산출한 다음 이에 대하여 과세하는 대인세에 해당하나, 분리과

세는 대상 토지별로 과세하는 대물세의 성격을 갖는다.

라. 조세법률주의(과세요건법정주의)와 포괄위임법금지원칙 위배 여부
이 사건 규정은 분리과세 대상 토지를 결정하는 요소인 “기준면적”이 무엇인지를 대통령령으로 정하도록 위임하면서 그 면적의 범위에 관하여는 법률에 아무런 규정을 두고 있지 않다.

그러나 이 사건 규정은 위임의 대상을 “면적”으로 구체적으로 한정하고 있을 뿐만 아니라, 앞서 본 바와 같이 분리과세제도가 정책적 고려에 따라 중과세 또는 경과세의 필요가 있는 토지에 대하여 예외적으로 별도의 기준에 의한 과세를 함으로써 종합합산과세에서 오는 불합리를 보완하고자 하는 입법 목적을 가지고 있는 점 등을 종합해 보면 대통령령으로 정하여질 분리과세 대상이 되는 주택의 부속토지란 토지의 효율적인 이용을 해칠 정도로 그 면적이 과다하여 보유를 억제할 필요성이 있는 부속토지가 될 것임을 어렵지 않게 예측할 수 있다.

또한 주택이 위치한 지역이나 주택의 용도 등에 따라 적정한 부속토지의 면적이 달라질 수 있을 뿐만 아니라 사회현상이나 경제상황의 변화에 따라 고율의 세율을 부과할 필요가 있는 부속토지의 범위가 수시로 바뀔 수 있는은 쉽게 짐작할 수 있으므로, 이와 같이 유동적이고 가변적인 사항을 국회에서 제정한 법률로 모두 규율한다는 것은 부적절하다.

그렇다면, 이 사건 규정은 위임대상을 “면적”으로 구체적으로 한정하면서 그 범위 내에서 유동적이고 가변적인 세부적 사항만을 대통령령에 위임한 것이라 할 수 있고, 대통령령에 위임될 내용과 범위를 통상인의 경우 누구라도 예측할 수 있도록 하였다할 것이므로 조세법률주의나 포괄위임법금지원칙에 위반된다고 할 수 없다.

마. 과세요건명확주의 위배 여부

이 사건 규정에 사용된 “주택”, “부속토지” 등의 용어의 개념이 명백함은 누구나 인정할 수 있는 바이므로 이 사건 규정의 법문 자체는 그 의미가 불명확하지 않다. 다만 앞서 본 바와 같이 이 사건 규정이 부속토지의 소유형태에 따른 구체적 규정을 두고 있지 않은 까닭에 “기준면적 미달 공유자”와 같은 자에게도 이 사건 규정이 적용되는지가 명확하지 않다는 점에서 과세요건명확주의가 문제될 뿐이다.

살피건대, 이 사건 규정 자체의 의미는 불명확한 부분이 없고, 여기에 분리과세제도가 종합합산과세의 단점을 보완하려는 목적에서 마련된, 대상 토지

별로 과세되는 대물세로서 과도한 주거용 토지의 보유를 제한하여 토지이용의 효율성을 높이려는 입법취지를 갖고 있다는 점을 덧붙여 본다면, 일반 국민들로서는 주택의 부속토지 전체면적이 이 사건 규정이 정한 기준을 초과하는 경우에 그 부속토지의 소유형태와 상관없이 이 사건 규정이 적용될 수 있으리란 점을 어렵지 않게 예상할 수 있다고 보여지고, 따라서 “기준면적 미달 공유자”라 하여도 이 사건 규정이 적용될 것에 대한 예측가능성이 없다고 할 수 없으며, 이 사건 규정에 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 염려가 있다고 할 수도 없다.

또한 입법자가 입법형성권에 의하여 과세요건을 정함에 있어 조세법률주의 등 헌법의 제원칙을 존중하고 국민의 기본권이 부당하게 침해되지 않도록 하는 한 입법자가 구체적으로 어떠한 내용으로 과세요건을 정하느냐는 원칙적으로 입법자의 재량에 속한다고 할 것이며, 이 사건 규정이 정한 과세요건이 구체적이지 못하여 사안에 따라 법관의 보충적인 해석이 필요하도록 되어 있다 하더라도 이러한 법률의 해석·적용의 필요성은 모든 법규정이 본질적으로 안고 있는 문제로서 이 사건 규정에 국한된 문제가 아니라는 점을 고려할 때, 이 사건 규정은 과세요건명확주의에 위반된다고 할 수 없다.

바. 실질과세원칙 및 연좌제금지원칙 위배 여부

(1) 1구의 주택의 부속토지는, 단독 소유이거나 수인의 공유인 경우, 1필지로 구성되거나 소유자를 달리하는 수 필지로 구성되는 경우 등으로 구분할 수 있고, 공유인 경우에도 공유자들에 따라 소유지분이 분리과세 기준면적을 초과하거나 미달하는 경우가 있을 수 있는 등 소유관계나 필지 수에 따라 여러 형태로 존재할 수 있다.

이 사건 분리과세는, 단순히 어느 한 개인이 얼마만한 면적의 토지를 소유하고 있느냐가 아니라 그가 소유한 토지가 억제할 필요가 있는 과다한 면적의 주택 부속토지의 형성에 제공되고 있느냐에 그 중점이 놓여 있다. 어떤 토지가 과다한 면적의 주택의 부속토지를 형성하는 데 제공되고 있다면 그 토지가 단독으로 제공되는 것인지 혹은 다른 사람의 토지와 함께 제공되는 것인지를 불문하고 그러한 과다한 주택 부속토지는 이를 억제할 필요가 있는 것이며, 이 경우 그 주택 부속토지가 수인의 공유로 되어 있다면, 그 공유자들 각각은 자신의 소유지분에 해당하는 토지 면적의 대소에 상관없이 1구의 주택의 부속토지가 과다해지는 데 기여를 하였다는 점에서 이 사건 분리과세의 대상이 되는 것이다. 이는 이 사건 분리과세의 과세물건이 각 공유자 또는 각

소유자별 소유 토지가 아닌 1구의 주택의 부속토지 전체가 되어야 함을 의미하며, 이렇게 보는 것이 분리과세의 대물세 성격에도 부합한다.

(2) 이 사건 분리과세의 세액에 관하여 보면, 주택 부속토지가 수 필지 또는 수인의 공유로 구성된 경우 그 세액은 각각의 소유자 또는 공유자별로 각 소유면적 또는 지분에 해당하는 면적으로 안분하여 부과되므로(지방세법 제18조 제1항은 지방세의 과세대상이 공유물인 경우 공유자들이 그 공유물 전체 세액에 대하여 연대납부의무를 부담하도록 규정하고 있지만 종합토지세의 경우 이에 대한 예외로서 같은 법 제234조의9 제1항 단서에 따라 공유지분 해당 면적에 대한 세액에 대해서만 납부의무를 지게 되고 공유토지 전체세액에 대한 연대납부의무는 면제된다), 이 사건 분리과세의 세액은 과도한 주택 부속토지의 형성에 기여한 정도에 따라 부과되고 있다.

결국, 이 사건 규정이 정한 기준면적을 초과하는 부속토지의 공유자는 그 지분에 따른 면적이 이 사건 규정이 정한 분리과세 기준면적에 미달하더라도 부속토지를 지분권자로서 소유하면서 그러한 기준면적을 초과하는 부속토지의 형성에 기여하고 있음이 명백하므로 이 사건 분리과세의 대상이 되는 것이고, 그 세액은 부속토지 전체 면적에 대해서가 아니라 그 지분에 따른 면적에 대하여만(즉 자신의 소유지분 비율에 따른 액수만을) 부담하게 된다. 따라서 이 사건 규정은 실질과세원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(3) 또한 이 사건 규정은 과도한 택지 형성에 기여한 실질을 가진 자에게 그 기여도에 따라 적용되는 것이므로 과도한 택지 형성에 무관한 자에 대하여 그 소유 명의자라는 이유만으로 과세하는 것이 아님이 명백하고, 분리과세의 요건에 해당하는 실질을 제공한 자에 대하여 직접 과세하는 것이므로 타인의 행위로 인하여 과세를 하는 것이라고 할 수도 없다.

그렇다면 이 사건 규정은 실질과세원칙에 어긋나지 않음은 물론이고, 타인의 행위로 인한 불이익한 처우를 금하는 것을 의미하는 헌법 제13조 제3항의 연좌제금지원칙에 위반되지도 않는다.

사. 평등의 원칙 위배 여부

이 사건에서는 평등의 원칙과 관련하여 다음 2가지가 문제될 수 있다.

첫째, “기준면적 미달 공유자”와 “자신의 소유토지만으로도 분리과세 대상에 해당하는 토지 소유자” 사이에는 그 소유 면적에 차이가 있음에도 왜 동일하게 분리과세의 대상으로 취급하느냐 하는 문제이다(동일하지 않은 것을 동일하게 취급하였는지의 문제). 그러나 양자는 세액을 정하는 단계에서 토지의

소유관계를 고려하여 부속토지 전체에 대한 세액을 각 소유면적 또는 지분에 해당하는 면적으로 안분하고 있으므로 부담하는 세액에 있어 분명한 차이가 생기게 되어 동일한 취급을 받는 것이라 할 수 없다.

둘째, “기준면적 미달 공유자”의 소유지분에 해당하는 토지나, 부속토지 전체가 아예 분리과세 기준면적에 미달하는 토지는 그 면적이 분리과세 기준면적에 미치지 못한다는 점에서 서로 같은데도 왜 달리 취급하느냐의 문제이다 (동일한 것을 동일하지 않게 취급하였는지의 문제). 그러나 양자는 부속토지의 전체 면적에 있어 명백한 차이가 있기 때문에 본질적으로 동일하다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 분리과세의 입법목적에 비추어 볼 때, 이 사건 규정이 정한 기준면적을 초과하는 부속토지가 공유로서 공유자별 지분면적은 그 기준면적에 못 미친다 하더라도 그것이 기준면적을 초과하는 토지로서 기능하는 한 이에 대해 중과하여 그 소유를 억제할 필요성은 매우 크다 할 것이므로 위 양자의 토지는 규율을 달리해야 할 합리적인 이유도 있다.

따라서 이 사건 규정이 합리적인 이유 없이 “기준면적 미달 공유자”를 다른 자에 비하여 차별하는 것이라고 할 수는 없다.

아. 소결론

위에서 본 바와 같이 이 사건 규정은 조세법률주의나 실질과세원칙 및 평등의 원칙 등에 위배되지 아니할 뿐만 아니라 이 사건 규정에 의한 분리과세가 국민의 법적 안정성을 침해하는 기습적인 조세부과라고 할 수도 없는 이상, 이 사건 규정은 적법절차원칙에 위배되거나 재산권 침해에 해당하지 않음은 물론 실질적 조세법률주의에 위반되지도 않는다.

4. 결 론

이상과 같은 이유로 이 사건 규정은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 주선회의 아래 5.와 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 주선회의 반대의견

이 사건 규정이 헌법에 위반되지 않는다는 다수의견에 대하여 다음과 같은 이유로 반대한다.

가. 주택 부속토지 전체면적이 분리과세 기준면적을 초과한다는 이유로, 소유지분에 해당하는 면적이 그 기준면적에 미치지 못하는 공유자까지 이 사건 규정의 적용범위에 포함시키는 것은 지방세법 제234조의9 제1항 단서의 명문의 규정에 반한다.

지방세법은 제7절에서 종합토지세에 관하여 규정하고 있는바, 그 제7절은 제1관 “통칙”, 제2관 “과세표준 및 세율”, 제3관 “부과징수”로 구성되어 있다. 통상적으로 조세법은 총칙 또는 통칙 조항을 첫머리에 두어 그 세법 전반에 걸쳐 적용되어야 하는 총칙적 사항을 규정하고 있다. 이 경우 그 총칙적 규정은 이를 배제하는 명문의 규정이 없는 한 당해 조세에 관한 모든 분야에 적용되어야 하고 이에 반하는 해석은 허용되지 않는다고 보아야 한다.

이 사건에 관하여 보건대, 지방세법은 위에서 본 바와 같이 종합토지세 전반에 걸쳐 적용될 사항을 제1관 통칙 부분에 규정하고 있고, “종합토지세 과세기준일 현재 제234조의8의 규정에 의한 토지를 사실상 소유하고 있는 자는 종합토지세를 납부할 의무가 있다. 다만, 공유토지인 경우에는 그 지분에 해당하는 면적(지분의 표시가 없는 경우에는 지분이 균등한 것으로 본다)에 대하여 그 지분권자를 납세의무자로 본다.”라는 제234조의9 제1항도 그 통칙 부분에 포함되어 있다.

위 제234조의9 제1항은 실질과세원칙을 천명한 조항으로서 특히 그 단서 부분은 종합토지세의 과세대상인 토지가 수인의 공유인 경우에 그 공유토지 전체가 과세대상이 되는 것이 아니라 각각의 공유자별로 그 소유지분에 해당하는 면적만이 과세대상이 됨을 규정한 조항이다. 다수의견은 위 단서를 지방세법 제18조 제1항 소정의 연대납세의무를 면제해주는 조항으로 보고 있으나, 공유지분권자는 그 지분에 해당하는 면적에 대하여만 납세의무를 진다는 위 단서의 취지는 이 사건 규정이 정한 기준면적을 초과하는 토지인지 여부를 공유자별로 그 소유지분 해당 면적을 기준으로 판단하라는 것으로 이해하여야 한다.

종합토지세에 대하여 위와 같은 명문의 규정이 존재하는 이상 이에 반하여 공유토지 전체를 기준으로 과세대상이 되는지 여부를 판단하는 것은 허용되지 않고 그 규정에 따라 공유토지는 각 공유자의 공유지분별로 이 사건 규정이 정한 분리과세 기준에 해당하는지 여부를 판단하여야 한다.

물론, 위 규정을 배제하는 조항이 있다면 공유토지 전체를 기준으로 분리과세 해당 여부를 결정할 수도 있을 것이나, 이 사건 분리과세에 있어서는 위 규정을 배제하는 조항은 규정되어 있지 않다.

다수의견은 분리과세의 입법취지를 참작하여 분리과세 해당 여부를 공유토지 전체를 기준으로 해야 한다고 주장하나, 입법취지를 고려한 합목적적 해석은 어떤 사안에 적용할 명문의 규정이 흠결된 때에 이를 보충하는 차원에서

가능한 것이지 이 사건 분리과세의 경우와 같이 명문의 규정이 존재하는 경우에만 입법취지에 부합한다는 이유를 들어 그 규정을 무시한 해석을 할 수 있는 것은 아니다.

지방세법 제82조에 의해 준용되는 국세기본법 제18조(세법해석의 기준)가 “세법의 해석·적용에 있어서는 과세의 형평과 당해 조항의 합목적성에 비추어 납세자의 재산권이 부당히 침해되지 아니하도록 하여야 한다.”라고 규정하고 있는 점에 비추어 보면 더욱 그러하다.

나. 이 사건 분리과세가 대물세라는 이유로 주택의 부속토지 전체를 기준으로 이 사건 분리과세 대상에 해당하는지 여부를 판단해야 한다고 할 수도 없다.

다수의견은 분리과세가 대물세에 해당하기 때문에 과세대상 토지 소유자의 인적사정이 고려되지 않는 대물세의 속성에 따라 과세대상인 공유토지 전체를 기준으로 분리과세 해당 여부를 가려야 한다고 주장하고 있으나, 조세를 대인세와 대물세로 분류하는 방식이 과세대상이 무엇이나의 문제까지도 결정하여 버리는 절대적 기준으로 작용하는 것은 아니라 할 것이므로 이 사건 분리과세가 대물세의 성격을 갖는다고 하여도 그 과세대상에 해당하는지를 판단함에 있어 공유토지 전체 면적을 기준으로 하여야 한다는 필연적인 논리도 도출되는 것이 아니다. 특히 이 사건의 경우에는 앞서 본 바와 같이 각 공유자의 소유지분 해당 면적별로 이 사건 규정이 정한 분리과세에 해당하는지 여부를 판정하도록 한 명문의 규정이 존재하는 이상 조세의 성격이 대물세라는 이유로 위 명문의 규정에 반하는 해석을 할 수도 없다.

다. 종합토지세에는 위 제234조의9 제1항 단서 규정이 존재하므로 그러한 규정이 없는 다른 지방세와 동일한 해석을 하여서는 아니된다.

지방세법을 살펴보면 취득세의 경우에도 일정한 면적을 초과하는 부속토지를 가진 주택에 대하여 고율의 과세를 하도록 규정되어 있는바, 대법원은 그러한 취득세 규정과 이 사건 규정 모두에 대하여, 주택의 부속토지가 공유인 경우에 과세대상에 해당하는지 여부를 부속토지 전체 면적을 기준으로 판단해야 한다고 하여 동일한 해석을 하고 있다(취득세에 관한 대법원 판례로는 1993. 5. 25. 선고 92누12667 판결, 1994. 2. 8. 선고 93누7013 판결 참조).

대법원의 입장에서는 이 사건 분리과세와 취득세가 주택의 부속토지에 적용되는 경우에 그 과세구조가 유사한 형태로 되어 있다는 점에 착안하여 위 두 조세에 관하여 동일한 해석을 하고 있는 것으로 이해되나, 이러한 대법원

의 입장은 취득세의 경우에는 ① 이 사건 종합토지세에 규정된 위 제234조의 9 제1항 단서와 같은 특별 규정이 존재하지 않고 ② 오히려 일정한 면적 이상의 부속토지를 가진 고급주택의 일부를 구분하여 취득하는 경우에도 고율의 세율의 적용대상이 된다고 규정하고(지방세법 제112조 제2항 본문의 괄호안 부분 참조) 있는 점을 간과한 해석이라 할 것이다.

다시 말하면, 취득세의 경우에는 위 제234조의9 제1항 단서와 같은 공유물에 관한 명문의 규정이 없고 오히려 고급주택 등의 일부만 취득하는 경우에도 고율의 세율의 적용대상이 된다는 규정을 두고 있기 때문에 과세대상 주택의 부속토지가 공유인 경우에 공유지분이 아닌 공유토지 전체를 기준으로 고율의 과세대상에 해당하는지 여부를 판단하는 것이 가능하나, 종합토지세의 경우에는 위와 같은 명문의 규정이 존재하기 때문에 이에 반하여 공유토지 전체를 기준으로 과세대상이 되는지 여부를 판단하는 것은 허용되지 않고 그 규정에 따라 공유토지는 각 공유자의 공유지분별로 이 사건 규정이 정한 분리과세 기준에 해당하는지 여부를 판단하여야 한다.

라. 소유 토지의 면적이 이 사건 규정이 정한 분리과세 대상 면적에 미달하는 공유자나 일부 토지 소유자에게 이 사건 분리과세를 적용하는 것은 실질과세원칙에 어긋난다.

다수의견에 따르면, 자신의 소유지분에 해당하는 토지의 면적은 이 사건 규정이 정한 분리과세 대상 면적에 미달하는 공유자나 그러한 분리과세 대상 면적에 미달하는 일부 토지만을 소유한 자도 그 주택 부속토지 전체면적이 위 기준면적을 초과하는 경우에는 이 사건 분리과세의 적용대상이 된다고 한다.

그러나 위와 같은 공유자나 부속토지의 일부 소유자는 이 사건 규정이 분리과세 대상의 기준으로 정한 면적의 토지를 소유하고 있지 않음이 명백하므로, 그러한 자들까지도 고율의 분리과세 대상에 포함시키는 것은 소유하지도 않는 토지를 기준으로 과세를 하는 것이 되어 실질과세원칙에 위배된다.

마. 이 사건 규정은 다의적 해석이 가능하여 예측가능성이 결여되어 있으므로 과세요건명확주의에 위배된다.

이 사건 규정이 분리과세 해당 여부를 주택의 부속토지의 소유형태를 불문하고 부속토지 전체면적을 기준으로 판단하는 것으로 볼 여지가 있다 하더라도, 그 부속토지가 공유이거나 수 필지로 구성된 경우에는 공유자의 지분환산 면적이나 실제 소유한 필지의 면적을 기준으로 판단해야 할 것으로 해석할

여지도 충분한바, 이렇듯 이 사건 규정의 의미에 관하여 여러 가지 해석이 가능하여 납세의무자인 국민들의 입장에서 이 사건 규정의 의미를 정확히 예측하는 것이 곤란한 지경에 이르렀다면, 이는 이 사건 규정이 분리과세 대상 토지를 규정하면서 공유토지나 수 필지로 된 토지에 관한 명확히 규정을 두지 아니한 데 기인한 것이라 할 것이므로 그러한 한도에서 이 사건 규정은 과세요건이 매우 불명확하여 조세법률주의의 한 내용인 과세요건명확주의에 위배된다 할 것이다.

바. 그렇다면, 이 사건 규정은 이 사건 분리과세에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 주택 부속토지의 소유형태를 불문하고 그 부속토지 전체면적을 기준으로 함으로써 자신의 소유지분에 해당하는 면적 또는 자신의 소유토지 면적은 이 사건 규정이 정한 기준면적에 미치지 못하는 부속토지의 공유자나 부속토지의 일부 소유자에게도 적용되는 범위 내에서는 실질과세원칙에 어긋나 그러한 자들의 재산권을 침해하거나 과세요건명확주의에 위반되는 것이라고 생각한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성 김효종
김경일(주심) 송인준 주선희

[별 지]

지방세법 제234조의8(과세대상) 종합토지세의 과세대상은 모든 토지로 한다.

제234조의9(납세의무자) ① 종합토지세 과세기준일 현재 제234조의8의 규정에 의한 토지를 사실상으로 소유하고 있는 자는 종합토지세를 납부할 의무가 있다. 다만, 공유토지인 경우에는 그 지분에 해당하는 면적(지분의 표시가 없는 경우에는 지분이 균등한 것으로 본다)에 대하여 그 지분권자를 납세의무자로 본다.

②, ③ 생략

제234조의15(과세표준) ① 종합토지세의 과세표준은 종합합산과세표준·별도합산과세표준 및 분리과세표준으로 구분한다.

② 종합합산과세표준은 과세기준일 현재 납세의무자가 소유하고 있는 전국

의 모든 토지 중 별도합산 또는 분리과세의 대상이 되는 건축물의 부속토지로서 대통령령으로 정하는 건축물의 부속토지를 제외한 토지의 가액을 합한 금액으로 한다. 다만, 다음 각호에 해당하는 토지의 가액은 이를 합산하지 아니한다.

1~4. 생략

5. 제112조 제2항의 규정에 의한 골프장(동조 동항 본문 후단의 규정을 적용하지 아니한다)용 토지의 가액과 동조 동항의 규정에 의한 별장·고급 오락장용 토지로서 대통령령이 정하는 토지의 가액 및 제188조 제1항 제2호 (1)의 규정에 의한 주택의 부속토지로서 대통령령이 정하는 기준면적을 초과하는 토지의 가액

6. 생략

③ 생략

④ 분리과세표준은 제2항 제3호 내지 제6호의 가액으로 한다.

⑤ 생략

제234조의16(세율) ①, ② 생략

③ 제234조의15 제2항 제3호 내지 제6호의 규정에 해당하는 토지(이하 “분리과세대상토지”라 한다)의 종합토지세는 다음 각호의 세율을 적용한다.

1. 생략

2. 골프장·별장·고급오락장용 토지 및 주택의 부속토지로서 기준면적을 초과하는 토지 : 과세표준액의 1,000분의 50

3. 생략

지방세법시행령(1998. 12. 31. 대통령령 16081호로 개정 된 것) 제194조의15(분리과세 대상토지) ①, ② 생략

③ 법 제234조의15 제2항 제5호에서 “별장·고급오락장용 토지로서 대통령령이 정하는 토지”라 함은 제2호·제2호의2 또는 제4호에 해당하는 토지를 말하며, “주택의 부속토지로서 대통령령이 정하는 기준면적을 초과하는 토지”라 함은 제3호 또는 제4호에 해당하는 토지를 말한다.

1. 삭제

2. 2의2. 생략

3. 특별시·광역시(군지역을 제외한다)·시지역(읍·면지역을 제외한다) 안에 소재하는 1구의 주택(행정자치부령이 정하는 농가를 제외한다)에 부속된 토지(아파트 또는 연립주택 등 공동주택의 경우에는 도로 등 공

용부분의 토지를 제외한다) 중 993제곱미터[특별시·광역시(군지역을 제외한다)는 662제곱미터]를 초과하는 부분의 토지. 이 경우 그 부속된 토지의 경계가 명백하지 아니할 때에는 그 주택의 바닥면적의 10배에 해당하는 토지를 그 부속된 토지로 본다.

4. 생략

④, ⑤ 생략. 끝.

한국보건산업진흥원법 부칙 제3조 위헌소원

(2002. 11. 28. 2001헌바50 전원재판부)

【판시사항】

1. 국가에 대한 직접적인 직장존속보장청구권이 근로자에게 인정되는지 여부(소극)
2. 법률로 국가보조 연구기관을 통폐합함에 있어 재산상의 권리·의무만 승계시키고, 근로관계의 당연승계 조항을 두지 아니한 것이 위헌인지 여부(소극)

【결정요지】

1. 헌법 제15조의 직업의 자유 또는 헌법 제32조의 근로의 권리, 사회국가원리 등에 근거하여 실업방지 및 부당한 해고로부터 근로자를 보호하여야 할 국가의 의무를 도출할 수는 있을 것이나, 국가에 대한 직접적인 직장존속보장청구권을 근로자에게 인정할 헌법상의 근거는 없다.
2. 가. 이와 같이 우리 헌법상 국가에 대한 직접적인 직장존속보장청구권을 인정할 근거는 없으므로 근로관계의 당연승계를 보장하는 입법을 반드시 하여야 할 헌법상의 의무를 인정할 수 없다. 따라서 한국보건산업진흥원법 부칙 제3조가 기존 연구기관의 재산상의 권리·의무만을 새로이 설립되는 한국보건산업진흥원에 승계시키고, 직원들의 근로관계가 당연히 승계되는 것으로 규정하지 않았다 하여 위헌이라 할 수 없다.
나. 다만, 우리 헌법상 국가(입법자)는 근로관계의 존속보호를 위하여 최소한의 보호를 제공하여야 할 의무를 지고 있다고 할 것이며, 따라서 위 부칙 제3조가 그러한 최소한의 보호의무마저 저버린 것이 아닌지 문제될 수 있겠으나, 국가가 근로관계의 존속을 보호하기 위한 최소한의 보호조치를 취하고 있는지의 여부는 당해 법률조항만에 의할 것이 아니라, 노사관계에 관한 법체계 전반을 통하여 판단하여야 할 것인바, 헌법 제33조에서 노동기본권을 보장하고 있는 점, 법

원이 재판을 통하여 고용승계 여부에 관한 당사자의 의사와 태도를 합리적으로 해석함으로써 근로관계 존속보호의 기능을 수행할 가능성이 열려 있는 점, 고용보험제도를 비롯하여 고용안정, 취업기회의 제공, 직업능력의 개발을 위한 부수적 법제가 마련되어 있는 점 등을 고려할 때, 현행법제상 국가는 근로관계의 존속보호를 위한 최소한의 보호조치마저 제공하고 있지 않다고 보기 어렵다.

다. 근로관계의 승계를 규정하고 있는 다른 법률들과 비교하거나, 합병, 영업양도로 근로관계가 승계되는 경우와 비교하여 차이가 있다 하더라도, 거기에는 합리적인 이유가 있다 할 것이므로 평등원칙에 위반된다고 할 수 없다.

재판관 운영철, 재판관 권 성, 재판관 주선회의 반대의견

2. 한국보건산업진흥원법에 의한 한국식품위생연구원과 한국보건의료관리연구원의 통폐합은 그 실질에 있어 ‘한국보건산업진흥원의 손을 빌린 입법적 정리해고’라고 보아야 한다. 그런데도 불구하고 위 부칙 제3조는 해고대상자의 선발기준의 정립 및 구체적 대상자의 선정에 있어 자의성을 배제하고 공정성을 담보할 수 있는 절차, 그리고 해고대상이 됨으로써 직장을 상실하게 된 근로자들에게 불복과 구제의 절차를 전혀 보장하지 않음으로써 근로관계의 존속보호를 위한 국가의 최소한의 보호의무조차 저버리고 있다.

일반기업의 근로자일 경우 근로기준법에 의한 정리해고 제한법리를 통하여 혹은 합병 또는 영업양도에 관한 판례에 의하여 일정한 실체적, 절차적 요건을 갖추지 않은 부당한 근로관계의 종료(직장상실)로부터 보호되고, 이를 위하여 중앙노동위원회, 법원이라는 구제기관의 도움을 받게 되는 반면, 청구인들과 같이 ‘특정법률에 의해 그 사업장이 통폐합당함으로 말미암아 실질적으로 정리해고된 근로자들’에 대하여는 그에 현저히 미치지 못하는 최소한의 보호조치마저 제공하지 않음으로써 일반근로자들에 비하여 합리적 이유없이 이들을 차별하고 있다.

【심판대상조문】

한국보건산업진흥원법(1999. 1. 21. 법률 제5671호로 제정된 것) 부칙 제3조(권리·의무

의 승계) ① 이 법 시행당시의 각 연구원은 그 이사회의 의결에 의하여 그 재산과 권리·의무를 이 법에 의하여 설립될 진흥원이 승계하도록 보건복지부장관에게 신청할 수 있다.

② 각 연구원은 보건복지부장관의 승인을 얻은 때에는 이 법에 의한 진흥원의 설립과 동시에 민법중 법인의 해산 및 청산에 관한 규정에 불구하고 해산된 것으로 보며, 각 연구원에 속하였던 재산과 권리·의무는 진흥원이 이를 승계한다.

③ 제2항의 규정에 의하여 진흥원에 승계되는 재산의 가액은 진흥원 설립등기일 전일의 장부가액으로 한다.

【참조조문】

헌법 제15조, 제32조

근로기준법 제31조(경영상 이유에 의한 해고의 제한) ① 사용자는 경영상 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 한다. 이 경우 경영악화를 방지하기 위한 사업의 양도·인수·합병은 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 본다.

② 제1항의 경우에 사용자는 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며 합리적이고 공정한 해고의 기준을 정하고 이에 따라 그 대상자를 선정하여야 한다. 이 경우 남녀의 성을 이유로 차별하여서는 아니된다.

③ 사용자는 제2항의 규정에 의한 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준등에 관하여 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합(근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자를 말한다. 이하 “근로자대표”라 한다)에 대하여 해고를 하고자 하는 날의 60일전까지 통보하고 성실하게 협의하여야 한다.

④ 사용자는 제1항의 규정에 의하여 대통령령이 정하는 일정규모이상의 인원을 해고하고자 할 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 노동부장관에게 신고하여야 한다.

⑤ 사용자가 제1항 내지 제3항의 규정에 의한 요건을 갖추어 근로자를 해고한 때에는 제30조 제1항의 규정에 의한 정당한 이유가 있는 해고를 한 것으로 본다.

국가공무원법 제70조(직권면직) ① 공무원이 다음 각호의 1에 해당할 때에는 임용권자는 직권에 의하여 면직시킬 수 있다.

1. 2. 삭제

3. 직제와 정원의 개폐 또는 예산의 감소등에 의하여 폐직 또는 과원이 되었을 때

4. 휴직기간의 만료 또는 휴직사유가 소멸된 후에도 직무에 복귀하지 아니하거나 직무를 감당할 수 없을 때

5. 제73조의2 제3항의 규정에 의하여 대기명령을 받은 자가 그 기간중 능력 또는 근무성적의 향상을 기대하기 어렵다고 인정된 때

6. 전직시험에서 3회이상 불합격한 자로서 직무수행능력이 부족하다고 인정된 때

7. 징병검사·입영 또는 소집의 명령을 받고 정당한 이유없이 이를 기피하거나 군복무를 위하여 휴직중에 있는 자가 재영중 군무를 이탈하였을 때
 8. 당해 직급에서 직무를 수행하는데 필요한 자격증의 효력이 상실되거나 면허가 취소되어 담당 직무를 수행할 수 없게 된 때
- ② 임용권자는 제1항의 규정에 의하여 면직시킬 경우에는 미리 관할 징계위원회의 의견을 들어야 한다. 다만, 제1항 제5호의 규정에 의하여 면직시킬 경우에는 징계위원회의 동의를 얻어야 한다.
- ③ 임용권자 또는 임용제청권자는 제1항 제3호의 규정에 의하여 소속 공무원을 면직시킬 때에는 임용형태·업무실적·직무수행능력·징계처분사실등을 고려하여 면직기준을 정하여야 한다.
- ④ 제3항의 면직기준을 정하거나 제1항 제3호의 규정에 의하여 면직대상자를 결정함에 있어서는 임용권자 또는 임용제청권자(임용권자 또는 임용제청권자가 불분명한 경우에는 중앙인사관장기관의 장을 말하되, 행정부의 경우에는 행정자치부장관을 말한다)별로 심사위원회를 구성하여 그 심사위원회의 심의·의결을 거쳐야 한다.
- ⑤ 제4항의 심사위원회의 위원장은 임용권자 또는 임용제청권자가 되며, 위원은 면직대상자보다 상위계급자중에서 위원장이 지명하는 5인 내지 7인으로 구성하되, 면직대상자의 상위직급자를 우선으로 지명하여야 하며, 상위계급자가 부족한 경우에는 4인이내로 구성할 수 있다.
- ⑥ 제1항 제4호의 규정에 의한 직권면직일은 휴직기간의 만료일 또는 휴직사유 소멸일로 한다.

【참조판례】

2. 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8455 판결(공2002상, 1019)
대법원 1994. 6. 28. 선고 93다33173 판결(공1994하, 2003)

【당 사 자】

- 청 구 인 이한열 외 18인
대리인 변호사 김선수 외 1인
당해사건 서울고등법원 2000누14124 부당해고구제재심판정취소

【주 문】

한국보건산업진흥원법(1999. 1. 21. 법률 제5671호로 제정된 것) 부칙 제3조는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 정부는 1998. 8.경 “정부출연·위탁기관 경영혁신 추진계획”에 의하여, 청구의 한국식품위생연구원(이하 “식품연구원”이라 한다)과 한국보건의료관리연구원(이하 “의료연구원”이라 한다)을 통폐합하여 한국보건산업진흥원(이하 “진흥원”이라 한다)을 설립하고, 정원을 기존의 연구원 197명에서 137명으로 감원하고, 경상비도 20% 삭감한다는 계획을 세웠고, 이에 따라 진흥원의 설립을 위하여 1999. 1. 21. 법률 제5671호로 한국보건산업진흥원법(이하 “법”이라 한다)이 제정되었다.

식품연구원은 1999. 1. 22. 이사회에서 식품연구원의 재산과 권리·의무(퇴직금 등)를 포괄적으로 진흥원에 승계시키기로 의결하였고, 이에 대하여 같은 해 2. 1. 보건복지부 장관으로부터 승인을 받았으며, 식품연구원과 의료연구원은 같은 해 2. 6. 해산등기가 마쳐졌고, 같은 날 진흥원에 관한 설립등기가 마쳐짐으로써 진흥원이 설립되었으며, 진흥원은 1999. 2. 12. 및 같은 달 27. 인사위원회에서 직원 선정기준을 설정하고, 이에 따라 같은 해 3. 10. 청구인들을 포함한 식품연구원 소속 직원 일부를 선정에서 배제하였다.

(2) 청구인들은 “진흥원의 이러한 행위가 승계된 자신들과의 근로관계를 일방적으로 소멸시키는 것으로 해고에 해당한다” 하여 1999. 3.경과 4.경 서울지방노동위원회에 구제명령을 신청하여 같은 해 6. 8. 동 위원회로부터 “진흥원의 1999. 3. 10.자 해고는 부당해고로서, 진흥원은 청구인들을 원직에 복직시키고 해고기간 중 정상적으로 근무하였다더라면 받을 수 있었던 임금 상당액을 지급하여야 한다”는 구제명령을 받았고, 진흥원이 이에 불복하여 중앙노동위원회(이하 “중노위”라 한다)에 재심신청을 하자 중노위는 1999. 11. 29. 진흥원의 재심 신청을 기각하는 재심판정을 하였다.

(3) 이에 진흥원은 중노위 위원장을 상대로 서울행정법원에 위 재심판정의 취소를 구하는 소송(2000구139호)을 제기한바, 위 법원은 2000. 10. 17. 중노위가 한 재심판정을 취소한다는 판결을 선고하였고, 중노위 위원장은 이에 불복하여 서울고등법원에 항소(2000누14124호)하였으며, 청구인들은 그 사건의 피고인 중노위 위원장을 보조하기 위하여 위 소송에 참가하여 재심판정의 적법 여부 판단의 기초가 되는 법 부칙 제3조에 대하여 위헌여부심판의 제청신청(2001아34)을 하였는데, 서울고등법원이 2001. 6. 22. 피고의 항소와 위 제청신

청을 기각하자, 청구인들은 2001. 7. 4. 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다. 한편 위 서울고등법원의 항소기각 판결에 대한 피고의 상고(대법원 2001두 6579)는 2002. 5. 14. 기각되었다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 법 부칙 제3조(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌여부이며, 그 규정 및 관련 규정의 내용은 다음과 같다.

법 제1조(목적) 이 법은 한국보건산업진흥원을 설립하여 보건산업의 육성·발전과 보건서비스의 향상을 위한 지원사업을 전문적·체계적으로 수행함으로써 보건산업의 국제경쟁력을 높이고 국민보건향상에 이바지함을 목적으로 한다.

부칙 제2조(설립준비) ① 보건복지부장관은 이 법 시행일부터 30일 이내에 7인이내의 설립위원을 위촉하여 진흥원의 설립에 관한 사무와 설립당시의 이사 및 감사의 선임에 관한 사무를 담당하게 하여야 한다.

② 설립위원은 진흥원의 정관을 작성하여 보건복지부장관의 인가를 받아야 한다.

③ 설립위원은 제2항의 규정에 의한 인가를 받은 때에는 지체없이 연명으로 진흥원의 설립등기를 한 후 원장에게 사무를 인계하여야 한다.

④ 설립위원은 제3항의 규정에 의한 사무인계가 끝난 때에는 해촉된 것으로 본다.

⑤ 진흥원이 설립될 때까지 진흥원의 설립을 위하여 지출하는 경비는 식품위생법에 의한 한국식품위생연구원과 재단법인 한국보건의료관리연구원(이하 “각 연구원”이라 한다)이 공동으로 부담한다.

제3조(권리·의무의 승계) ① 이 법 시행당시의 각 연구원은 그 이사회의 의결에 의하여 그 재산과 권리·의무를 이 법에 의하여 설립될 진흥원이 승계하도록 보건복지부장관에게 신청할 수 있다.

② 각 연구원은 보건복지부장관의 승인을 얻은 때에는 이 법에 의한 진흥원의 설립과 동시에 민법중 법인의 해산 및 청산에 관한 규정에 불구하고 해산된 것으로 보며, 각 연구원에 속하였던 재산과 권리·의무는 진흥원이 이를 승계한다.

③ 제2항의 규정에 의하여 진흥원에 승계되는 재산의 가액은 진흥원 설립등기일 전일의 장부가액으로 한다.

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

통폐합되는 식품연구원 및 의료연구원의 권리·의무의 승계에 관한 규정인 이 사건 법률조항을 보건복지부 장관의 승인이 없으면 통폐합되는 각 연구원의 재산과 권리·의무를 진흥원이 승계하지 않는다고 해석하고, 위 규정에서 승계의 대상이 되는 것으로 규정한 권리·의무를 재산상의 것으로 한정하여 해석한다면, 이는 법률의 규정에 의하여 특수법인을 설립할 경우에는 근로관계의 승계를 인정하지 아니함으로써 근로자의 의사에 반하여 근로자를 해고하여 근로의 기회를 박탈하는 것으로서, 일반적으로 합병의 경우 합병 후 존속하는 회사는 합병으로 인하여 소멸된 회사의 권리의무를 승계하고, 영업이 포괄적으로 양도되면 반대의 특약이 없는 한 양도인과 근로자간의 근로관계도 원칙적으로 양수인에게 포괄적으로 승계된다고 보고, 정당한 이유없는 해고를 엄격하게 제한하고 있는 노동법의 원칙에 비추어 볼 때 이 사건 법률조항은 헌법 제11조의 평등의 원칙에 위배되고, 헌법 제10조 전단에서 규정한 인간의 존엄성, 같은 조 후단의 행복추구권, 헌법 제32조의 근로의 권리, 헌법 제15조의 직업선택의 자유를 침해하는 것으로 위헌이다.

나. 서울고등법원의 위헌제청신청 기각이유

(1) 정부의 방침에 의하여 식품연구원과 의료연구원이 통폐합되고 그 대신 법률의 규정에 의하여 진흥원이 설립되고, 진흥원이 수행할 업무중에 위 각 연구원이 수행하던 업무가 포함되어 규정됨으로써 결과적으로 위 각 연구원의 업무가 진흥원으로 이관되었다 하더라도 이는 정부의 정책적 고려에 의한 것으로서 이를 위 각 연구원 사이의 약정에 의한 영업의 포괄적 양도나 법인의 합병과 마찬가지로 볼 수는 없으므로 위 각 연구원 직원들의 근로관계는 진흥원으로 당연히 포괄적으로 승계된다고 할 수 없고, 이러한 경우에 있어 근로관계의 승계가 있다고 보기 위하여는 법 부칙 등에 근로관계의 승계에 관한 경과규정을 두어야 할 것이고, 한편 입법 목적을 달성하기 위하여 가능한 여러 수단들 가운데 구체적으로 어느 것을 선택할 것인가의 문제는 그 선택이 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 입법자의 재량에 속하는 것이라 할 것이다.

(2) 그런데 법 부칙 제3조 제2항에서 위 각 연구원에 속하였던 재산과 권리·의무는 “보건복지부 장관의 승인을 얻은 때”에 진흥원이 승계하는 것으로 명백하게 규정하고 있고, 각 연구원 소속 직원의 근로관계에 대하여는 이를 명문으로 규정하고 있지 아니하며 오히려 같은 조 제3항에서 “제2항의 규

정에 의하여 진흥원에 승계되는 재산의 가액은 진흥원 설립등기일 전일의 장부가액으로 한다”라고 규정함으로써 진흥원으로 승계되는 위 각 연구원의 권리·의무는 재산상의 것임을 밝히고 있는바, 종전 각 연구원들은 민간단체로서 정부가 지원금을 보조하는 기관이었으나, 진흥원은 정부가 보건산업기술 및 정보의 개발, 기술개발지원사업 등을 하기 위하여 정부출연금으로 설립·운영하는 기관으로서 그 운영비 전부가 국민의 세금으로 조달되고 진흥원에 대한 정부의 업무감독 또한 종전 연구원보다 강화되며, 그동안 비능률적이고 방만하게 운영되던 정부출연·위탁기관의 구조조정의 필요성도 절실하게 요구되는 데다가, 진흥원의 업무중 종전 각 연구원으로부터 이관된 업무의 비중이 비추어 종전 각 연구원 직원들 전부를 그대로 승계할 필요가 없었을 뿐 아니라, 각종 환경의 오염 및 이로 인한 질병으로부터 국민들을 보호하고 국민들에게 양질의 보건서비스를 제공하기 위하여 경쟁력있는 우수한 인재를 채용하는 방법으로 직원을 충원하는 것이 공익에 부합되기도 한 점에 비추어 볼 때, 법 부칙 제3조를 보건복지부장관의 승인이 없으면 통폐합되는 각 연구원의 재산과 권리·의무를 진흥원이 승계하지 않는다고 해석하고, 위 규정에서 승계의 대상이 되는 것으로 규정한 권리·의무를 재산상의 것으로 한정하여 해석하는 것이 현저하게 불합리하거나 불공정한 것이라고 할 수 없으므로 위 규정의 위와 같은 해석은 헌법 제11조의 평등의 원칙이나, 헌법 제10조 전단에서 규정한 인간의 존엄성, 같은 조 후단의 행복추구권, 헌법 제32조의 근로의 권리, 헌법 제15조의 직업선택의 자유를 침해하는 것으로 헌법에 위배된다고 할 수 없다.

다. 진흥원의 의견

(1) 청구인들은 이 사건 법률조항에 고용관계 승계에 관한 규정을 두고 있지 않은 것을 다투고 있으므로 이는 진정입법부작위에 대한 헌법소원이라 할 것인데, 그러한 승계규정을 두어야 할 입법의무를 인정할 수 없으므로 이 사건 심판청구는 부적법하다.

(2) 이 사건 법률조항이 청구인들의 기본권을 침해하지 않는다는 점에 관하여는 법원의 위헌제청신청 기각이유와 대체로 같다.

3. 적법요건에 대한 판단

법 제정의 연혁과 취지에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항에는 식품연구원과 의료연구원이라는 두 조직을 진흥원으로 통합하는 과정에서 재산관계만 승계하는 것으로 규정함으로써 그 반면으로 근로관계는 적어도 당연히 승계

시키지 않겠다는 입법자의 의지가 소극적으로 천명되어 있는 것으로 보아야 한다. 이와 같이 근로관계의 당연승계를 소극적으로 배제한 것은 청구인들의 입장에서 볼 때 불충분한 입법적 규율이 되는 것이고, 청구인들은 이것을 다투고 있으므로 이 사건 법률조항 자체가 지닌 위헌성을 다투는 것으로 보아야지, 진정입법부작위에 대한 청구로 보아서는 아니된다. 따라서 진홍원의 본안전 항변은 이유없다.

4. 본안에 대한 판단

가. 진홍원의 법적 성격과 근로기준법의 적용관계

(1) 진홍원은 기존의 식품연구원과 의료연구원을 통·폐합하기 위하여 신설되었다.

관련 국회회의록에 의하면, 정부의 민간보조연구기관이 중복 운용되고 있다는 비판이 있었고, 효율성 측면에서 두 연구기관을 통합하는 것이 바람직하되, 단순한 물리적 변화가 아니라 체제의 변화를 통해 산업지원 기능을 제고할 수 있도록 인적 구성의 재편이 있어야 할 것이라는 점이 통·폐합의 취지였음을 알 수 있다.

(2) 진홍원은 법인으로서 법에 규정한 것을 제외하고는 민법 중 재단법인에 관한 규정이 준용된다(법 제2조, 제17조). 진홍원의 재원은 정부 또는 정부 외의 자의 출연금 기타 수입금에 의하여 설립·운영되며(법 제11조), 정부는 진홍원의 사업과 운영에 소요되는 경비를 출연금이라는 이름으로 예산에서 교부한다(제12조). 다른 정부출연기관과 마찬가지로 일정한 국가의 감독을 받는다. 사업목적의 법정(제6조), 정관 변경시의 인가(제5조 제2항), 원장 선임의 승인(제9조 제3항), 사업계획서·예산서·결산서의 승인(제14조) 같은 것이 그것이다. 그러나 진홍원 임·직원에 대한 공무원 의제규정은 없다.

요컨대, 진홍원은 정부출연기관으로서 그 업무에 공공성이 있고, 정부위탁 사업을 수행하기도 하지만, 법적으로는 국가와는 독립된 별개의 법인이어서, 진홍원의 임·직원은 사인(私人)으로서의 지위를 갖는다.

(3) 근로기준법은 상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용되며(제10조), 국가, 특별시·광역시 기타 이에 준하는 것에 대하여도 적용된다(제11조). 근로기준법에서 “사용자”라 함은 사업주 또는 사업경영담당자 기타 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자를 말한다(제15조).

그러므로 식품연구원, 의료연구원, 진홍원은 근로기준법상의 사용자이고,

이들과 그 직원간에는 근로기준법이 적용된다.

나. 근로관계의 존속보호와 헌법

(1) 헌법상의 경제질서와 노동질서

우리 헌법상의 경제질서는 사유재산 및 사적 자치를 보장하고, 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중하는 자유시장경제질서를 기본으로 하면서도 사회복지·사회정의를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 용인하는 사회국가원리를 수용하고 있다(헌재 1996. 4. 25. 92헌바47, 판례집 8-1, 370, 380; 헌재 1998. 5. 28. 96헌가4등, 판례집 10-1, 522, 533-534).

노동질서는 경제질서를 구성하는 중요한 요소 중의 하나이다. 노동시장 및 노동관계에 관하여 헌법은 제32조, 제33조에서 근로의 권리와 근로3권을 보장하는 등의 내용을 담고 있으며, 제15조에서 직업의 자유를 보장하고 있다. 헌법재판소는 “헌법이 이와 같이 근로3권을 보장하는 취지는 원칙적으로 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 하는 시장경제의 원리를 경제의 기본질서로 채택하면서, 노동관계 당사자가 상반된 이해관계로 말미암아 계급적 대립·적대의 관계로 나아가지 않고 활동과정에서 서로 기능을 나누어 가진 대등한 교섭주체의 관계로 발전하게 하여 그들로 하여금 때로는 대립·항쟁하고, 때로는 교섭·타협의 조정과정을 거쳐 분쟁을 평화적으로 해결하게 함으로써, 결국에 있어서 근로자의 이익과 지위의 향상을 도모하는 사회복지국가 건설의 과제를 달성하고자 함에 있다”고 밝힌바 있다(헌재 1993. 3. 11. 92헌바33, 판례집 5-1, 29, 40).

이와 같은 우리 헌법상의 경제질서와 노동질서를 기초로 하여, 이 사건과 같이 근로관계의 존속보호가 헌법적으로 문제되는 경우 보다 구체적인 준거가 될 수 있는 헌법규정은 우선적으로 제15조(직업의 자유)와 제32조 제1항(근로의 권리)을 들 수 있다.

(2) 직업의 자유와 근로관계의 존속보호

(가) 헌법 제15조가 보장하는 직업선택의 자유는 직업“선택”의 자유만이 아니라 직업과 관련된 종합적이고 포괄적인 직업의 자유를 보장하는 것이다. 또한 직업의 자유는 독립적 형태의 직업활동 뿐만 아니라 고용된 형태의 종속적인 직업활동도 보장한다. 따라서 직업선택의 자유는 직장선택의 자유를 포함한다. 헌법재판소도 일찍이 직업선택의 자유에 직장선택의 자유가 포함된다고 실시헌바 있다(헌재 1989. 11. 20. 89헌가102, 판례집 1, 329, 336). 직장선택의 자유는 특히 근로자들에게 큰 의미를 지닌다.

(나) 이러한 직장선택의 자유는 개인이 그 선택한 직업분야에서 구체적인 취업의 기회를 가지거나, 이미 형성된 근로관계를 계속 유지하거나 포기하는 데에 있어 국가의 방해를 받지 않는 자유로운 선택·결정을 보호하는 것을 내용으로 한다. 그러나 이 기본권은 원하는 직장을 제공하여 줄 것을 청구하거나 한번 선택한 직장의 존속보호를 청구할 권리를 보장하지 않으며, 또한 사용자의 처분에 따른 직장 상실로부터 직접 보호하여 줄 것을 청구할 수도 없다. 다만 국가는 이 기본권에서 나오는 객관적 보호의무, 즉 사용자에게 의존해오기로부터 근로자를 보호할 의무를 질 뿐이다.

그런데 직장유지에 관한 근로자의 이익은, 자신의 계획에 부합하는 근로자를 채용하고 그 숫자 또한 자신의 기준에 따라 제한할 수 있는 사용자의 이익-이 또한 직업의 자유, 경제활동의 자유에 의하여 보장되는 것인데-과 상충한다. 입법자는 이와 같이 충돌하는 기본권적 지위나 법익을 형량하고 조정하여야 한다. 이러한 형량과 조정은 일차적으로 입법자의 몫으로서, 입법자는 여기에서 광범위한 입법형성권을 가진다. 갈등관계를 야기하는 경제적, 사회적 조건에 대한 평가, 그에 대한 입법이 장차 어떤 결과를 가져올 것인지에 대한 예측은 정치적 책임에 맡겨야 한다. 합리적 형량이라고 도저히 볼 수 없을 정도로 근로자나 사용자 중 어느 일방의 기본권지위가 다른 상대방에 비하여 현저히 낮게 평가된 경우에만 직업의 자유의 보호의무 위반을 인정할 수 있을 것이다.

(3) 근로의 권리와 근로관계의 존속보호

(가) 헌법 제32조 제1항은 “모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며...”라고 규정하여 근로의 권리를 보장하고 있다.

근로의 권리의 보장은 생활의 기본적인 수요를 충족시킬 수 있는 생활수단을 확보해 주며, 나아가 인격의 자유로운 발현과 인간의 존엄성을 보장해 주는 의의를 지닌다.

근로의 권리는 사회적 기본권으로서, 국가에 대하여 직접 일자리(직장)를 청구하거나 일자리에 갈음하는 생계비의 지급청구권을 의미하는 것이 아니라, 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리에 그친다. 근로의 권리를 직접적인 일자리 청구권으로 이해하는 것은 사회주의적 통제경제를 배제하고, 사기업 주체의 경제상의 자유를 보장하는 우리 헌법의 경제질서 내지 기본권규정들과 조화될 수 없다.

(나) 마찬가지로 이유로 근로의 권리로부터 국가에 대한 직접적인 직장존속 청구권을 도출할 수도 없다. 단지 위에서 본 직업의 자유에서 도출되는 보호 의무와 마찬가지로 사용자의 처분에 따른 직장 상실에 대하여 최소한의 보호를 제공하여야 할 의무를 국가에 지우는 것으로 볼 수는 있을 것이나, 이 경우에도 입법자가 그 보호의무를 전혀 이행하지 않거나 사용자와 근로자의 상충하는 기본권적 지위나 이익을 현저히 부적절하게 형량한 경우에만 위헌 여부의 문제가 생길 것이다.

(4) 소 결

그 밖에 사회국가원리, 경제에 관한 규제와 조정을 예정하고 있는 헌법 제119조 제2항, 헌법 제10조의 기본권보호의무로부터도 국가에 대한 직접적인 직장존속청구권을 도출할 수 없다.

따라서 결론적으로, 헌법 제15조의 직업의 자유 또는 헌법 제32조의 근로의 권리, 사회국가원리 등에 근거하여 실업방지 및 부당한 해고로부터 근로자를 보호하여야 할 국가의 의무를 도출할 수는 있을 것이나, 국가에 대한 직접적인 직장존속보장청구권을 근로자에게 인정할 헌법상의 근거는 없다.

한편 근로관계의 존속여부에 관한 사용자의 결정권 또한 헌법 제15조의 직업의 자유, 헌법 제10조가 보장하는 행복추구권에서 도출되는 경제활동의 자유, 헌법 제23조의 재산권에 의하여 보장된다.

근로자와 사용자간의 상충하는 헌법적 이익을 조화롭게 형량하여 보호하는 것은 입법자의 몫으로서 여기에서는 광범위한 형성권이 인정되어야 하므로, 그 현저한 일탈의 잘못이 있는 경우에만 헌법위반이라 확인할 수 있다.

다. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 식품연구원과 의료연구원을 통폐합하고 진흥원을 설립함에 있어, 입법자는 이 사건 법률조항을 통하여 ‘기존 연구원의 물적 조직은 그대로 이전하면서 인적 조직은 새로이 구성하여도 좋은 방식’을 택하였다.

입법자가 국가보조를 받는 연구기관의 운영이 방만하고 비능률적이어서 그대로 방치하는 것이 공익에 반한다고 판단할 때에 선택할 수 있는 구조개선 방안으로는, 기존 연구원을 해산하고 이와는 절연된 새로운 기관을 설립하여 물적, 인적 조직을 완전히 새로이 갖추는 방식, 기존 연구원의 물적 조직은 그대로 이전하면서 인적 조직의 전부 또는 일부를 새로이 구성하는 방식, 새로 설립되는 기관이 기존 연구원의 물적, 인적 조직을 포괄적으로 승계하면서 달리 업무의 효율성을 꾀하는 방식 등을 상정할 수 있다. 이 사건에서 입법자는

그 중 두 번째의 방식을 취하였다.

입법자가 이와 같이 두 번째의 방식을 취한 것 자체에, 즉 물적 조직은 이 전하면서 근로관계는 승계되지 않을 수 있도록 하는 방식을 취한 것 자체에 어떤 헌법적 문제점이 있다고 볼 수는 없다. 현재의 상황 및 조건에 대한 평가, 그에 대한 정책이 장차 어떤 결과를 가져올 것인지에 대한 예측, 다양하게 교착하는 이해관계를 반영하여 이를 형량, 조정하는 것은 그에 적합한 민주적 과정을 보장하고 있으며 아울러 민주적 책임을 맡고 있는 입법자에게 유보되어야 하고, 이를 함부로 사법적 잣대로 대체하여서는 아니된다. 따라서 이 사건에서, 기존 연구원의 운영을 그대로 방치하는 것이 공익에 반하는지 여부, 반한다고 판단하였을 때에 위 방식 중 어느 방식이 가장 적합하고, 효율적일 것인지에 대한 입법자의 판단은 그것이 현저히 자의적이고 불합리한 것이 아닌 한 존중되어야 한다.

입법자는 기존 두 연구원의 통합이 효율성 측면에서 바람직하다고 본 다음, 식품부와 의료부를 단순히 물리적으로 통합하는 데에 그친 것이 아니라, 기존 연구원의 정책연구기능을 보건사회연구원으로 이관하고, 진흥원은 전문적인 보건산업지원 기능을 수행하도록 체제의 변화를 꾀하였으며, 이 과정에서 인적 구성의 재편이 필요하다고 보았다. 이러한 입법자의 판단과 정책방향에 비추어 위 두 번째의 방식을 취한 것에 헌법적으로 관여할 만한 불합리나 자의가 있다고 보기 어렵다.

(2) 위에서 본 바와 같이 우리 헌법상 국가에 대한 직접적인 직장존속보장 청구권을 인정할 근거는 없고, 따라서 근로관계의 당연승계를 보장하는 입법을 반드시 하여야 할 헌법상의 의무를 인정할 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항에서 근로관계의 당연승계를 보장하지 않았다는 점만으로는 위헌이라고 할 수 없고, 그렇다면 이 사건 법률조항을 두고 종전의 근로관계가 당연승계되지 않는 것으로 해석하는 한 위헌이라는 청구인들의 주장은 이유없다.

다만 우리 헌법상 국가(입법자)는 근로관계의 존속보호를 위하여 최소한의 보호를 제공하여야 할 의무를 지고 있다. 따라서 이 사건 법률조항이 그러한 최소한의 보호의무마저 저버린 것이 아닌지 문제될 수 있다.

그러나 국가가 근로관계의 존속을 보호하기 위한 최소한의 보호조치를 취하고 있는지의 여부는 이 사건 법률조항만에 의할 것이 아니라, 노사관계에 관한 법체계 전반을 통하여 판단하여야 할 것인바, 현행법제상 근로관계의 존속보호를 위하여 국가가 마련하고 있는 보호조치로는 다음과 같은 것들이 있

고, 이로써 -청구인들을 포함하여- 근로자들에게 최소한의 보호조치는 제공되고 있다 할 것이다.

① 집단적 근로관계법에 의한 사적 자치의 보충

헌법 제33조는 노동기본권을 보장하고 있다. 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 통하여 근로자로 하여금 사용자와 대등한 지위에서 근로조건을 결정할 수 있는 가능성을 부여하고 있다. 따라서 근로자들은 노동조합을 설립하여, 사용자와의 관계에서 근로관계의 승계를 관찰하기 위한 여러 행동들을 헌법 제33조의 보호아래 할 수 있다.

이 사건의 경우에도 식품연구원과 의료연구원의 직원들은 헌법 제33조 및 근로기준법상의 근로자로서 노동기본권을 보유하고 있었으므로, 통폐합 계획의 백지화 내지 축소, 고용승계의 규모와 대상자 선정, 비승계자에 대한 대상(代償)조치 등 고용승계를 위하여 사용자를 상대로 교섭을 벌이고, 영향력을 행사할 수 있는 처지에 있었다.

한편 근로자참여및협력증진에관한법률은 '해고 등 고용조정'의 일반원칙'에 관한 사항을 협의사항으로(동법 제19조 제1항), '합병, 휴·폐업등 경영상 중요한 결정사항', '증원 또는 감원 등 인력수급계획'을 보고사항으로(동법 제21조 제1항, 동법시행규칙 제6조) 규정함으로써 노사협의제도를 통해서도 근로관계의 존속을 추구할 수 있도록 하고 있다.

② 법원을 통한 근로관계의 보호

법원은 재판작용을 통하여 근로관계의 존속을 보호할 수 있다. 이 사건 법률조항은 당연승계를 규정하지 않았을 뿐 고용승계를 당연히 배제하고 있지 않으므로, 법원은 여러 가지 자료와 사정을 종합하여 고용승계 여부에 관한 당사자의 의사와 태도를 합리적으로 해석하는 과정에서 근로관계 존속보호의 기능을 수행할 수 있다. 이 과정에서 법원은 -물론 국고보조기관의 구조조정이라는 공익상의 요청과 조화하는 가운데- 직업의 자유 내지 근로의 권리라는 기본권의 의미와 작용을 충분히 고려하여야 하기 때문이다. 다만 개별사안에서 근로관계 존속보호의 정도가 어디까지 미친다고 볼 것인지는 법원이 결정할 사항이다.

③ 고용보험제도 등

고용보험제도는 실업급여의 지급뿐만 아니라 고용안정사업, 직업능력개발사업을 내용으로 함으로써 실업중인 근로자의 생활안정이라는 소극적인 차원을 벗어나 고용증진을 위한 헌법상의 근로의 권리를 구체적으로 실현하는 입

법이다. 고용보험제도는 1차적으로 취업중인 근로자의 고용안정을 촉진하며, 부득이 실업이 되더라도 2차적으로 실업급여를 지급하고 재취업을 촉진하는 것을 목적으로 한다. 우리나라 고용보험법은 1993. 12. 제정되어 1995. 7. 1.부터 시행되고 있으며, 여러차례의 개정을 거쳐 실업급여의 수혜범위를 확대하는 등 개선·보완되어 왔다. 고용보험법의 내용은 크게 고용안정사업(고용조정 지원, 지역고용의 촉진, 고령자 등의 고용촉진, 건설근로자 등의 고용안정 지원, 고용촉진시설에 대한 지원, 고용정보의 제공 및 직업지도 등), 직업능력개발사업(사업주의 직업능력개발훈련에 대한 비용지원, 근로자의 직업능력개발훈련에 대한 비용지원, 직업능력개발훈련시설에 대한 지원 등), 실업급여의 지급으로 나눌 수 있다.

고용보험제도 외에도 고용안정, 취업기회의 제공, 직업능력의 개발을 위하여 고용정책기본법, 직업안정법, 근로자직업훈련촉진법 등의 부수적 법제가 마련, 시행되고 있다.

(3) 청구인들은 금융감독기구의설치등에관한법률 등 근로관계의 승계를 규정하고 있는 다른 법률조항에 비교하거나, 합병, 영업양도로 근로관계가 승계되는 경우에 비교하거나, 이 사건 법률조항은 기존 연구원 소속 직원들만을 합리적 이유없이 차별함으로써 평등원칙에 위반된다고 주장한다.

그러나 법은 진흥원 설립이라는 개별적 사안을 규율하기 위하여 제정된 법이므로 특수법인 등에 관한 다른 법률들과 평면적으로 비교할 수 없다. 기존 기관의 통폐합이라는 유사한 목적을 띠고 있다 하더라도, 구체적 통폐합의 취지와 형태, 방식은 무수한 개별 요소들에 따라 달라질 수 있고, 그 특수성에 적응하여 입법자는 각기 상이한 규율을 할 수 있고 여기에 합리적 이유가 있는 한 평등위반이라고는 할 수 없다. 고용승계를 명시한 다른 법률들과 달리 이 사건 법률조항이 ‘기존 연구원의 물적 조직은 그대로 이전하면서 인적 조직은 새로이 구성할 수 있는 방식’을 취하였다 하더라도 여기에는 위에서 본 바와 같이 합리적 이유가 있으므로 평등위반이라 할 수 없다.

또한 이 사건 통폐합은 이 사건 법률조항 및 보건복지부 장관의 승인을 통하여 기존 연구원을 해산하고 그 권리·의무를 진흥원에 승계시키는 것으로서, 합병이나 영업양도와 같이 법률행위에 의하여 이루어지는 것과 다르므로 제반 입법정책적 고려에 의하여 그러한 경우와 달리 정할 수 있다 할 것이다.

(4) 그러므로 이 사건 법률조항은 헌법 제11조의 평등원칙에 위배되거나 헌법 제15조의 직업의 자유, 헌법 제32조의 근로의 권리를 침해한다고 볼 수

없고, 달리 헌법에 위반되는 점을 찾을 수 없다.

5. 결 론

이상과 같은 이유로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 윤영철, 재판관 권 성, 재판관 주선회의 아래 6.과 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

6. 재판관 윤영철, 재판관 권 성, 재판관 주선회의 반대의견

우리는 다수의견과 달리 이 사건 법률조항은 그 실질에 있어 진흥원의 손을 빌려 청구인들을 해고하는 것이면서도 아무런 절차적 보호장치를 마련하지 않음으로써 근로관계의 존속보호를 위한 국가의 최소한의 의무마저 저버린 것일 뿐만 아니라, 일반근로자들에 비하여 청구인들과 같이 ‘특정법률에 의해 그 사업장이 통폐합 당함으로 말미암아 실질적으로 해고된 근로자들’을 합리적 이유없이 차별하는 것이어서 헌법에 위반된다고 보므로 아래와 같이 반대의견을 개진한다.

(1) 우리 헌법이 자유시장경제질서를 기본으로 하면서도 사회국가원리를 수용하고 있음은 다수의견이 지적한 바와 같다. 나아가 우리 헌법은 노동질서에 관한 헌법규정을 두고 있으며[헌법 제32조(근로의 권리, 최저임금제, 인간의 존엄성에 맞는 근로조건 등), 제33조(노동3권)], 인간다운 생활을 할 권리(헌법 제34조) 등의 사회적 기본권을 명문으로 인정하고 있고, 적절한 소득분배, 경제의 민주화를 위한 규제와 조정을 예정하고 있다(헌법 제119조 제2항). 근로관계의 존속보호를 위한 입법자의 최소한의 보호의무가 어디까지인지를 설정함에 있어서는 이러한 우리 헌법의 태도를 충분히 고려하여야 한다.

(2) 다수의견에서 들고 있는 것과 같은 정도의 보호장치만으로는 특정법률에 의해 또는 법률에 근거를 둔 조치로 해산, 통폐합, 구조조정되는 등으로 그 운명이 좌우되는 사업장의 근로자들의 근로관계는 실질적으로 아무런 존속보호없이 입법자의 처분에 맡겨져 있는 것이나 마찬가지이다.

(가) 법의 제정이유, 법 부칙 제3조 및 제4조의 내용, 진흥원 설립의 경과, 통폐합을 전후하여 물적·인적 조직의 기본적 동일성이 유지되고 있는 점(기존의 두 연구원의 재산, 권리·의무는 완전승계되었고, 진흥원은 그 설립 후 인사위원회를 열어 선정기준을 설정하고 그에 따라 기존 연구원의 직원들 중의 대다수를 다시 ‘채용’하면서 일부만을 선별적으로 ‘채용’에서 배제하였다. 한편, 진흥원이 산업지원 기능을 중점으로 둠으로써 연구·조사 기능이 중심

이었던 기존 연구원에 비하여 어느 정도 달라진 것은 부인할 수 없으나, 그럼에도 불구하고 기존 연구원의 업무의 상당부분은 진흥원의 업무로 이관되어 있다)을 생각할 때 이 사건 통폐합의 실질은 ‘기존 연구원을 절대적으로 소멸시키고, 완전히 새로운 진흥원을 설립하는 것’이 아니라, ‘기존 연구원을 진흥원이 합병·승계하되, 인적 조직을 감축시키는 것’에 있고, 이 과정에서 상당수 근로자들의 근로관계가 종료된 것은 그 실질에 있어 근로기준법 제31조 소정의 ‘경영상 이유에 의한 해고’(이하 ‘정리해고’라고 약칭 한다)에 다르다. 그것도 ‘제3자(진흥원)의 손을 빌린 입법적 정리해고’라고 요약할 수 있다.

(나) 일반적으로 경기후퇴 등으로 인한 수요의 감소, 판매부진, 주문감소, 수지불균형 등과 같은 경영상의 사유에 대하여 기업주는 작업공정의 변경, 새로운 작업방법의 도입, 합리화조치, 경영의 축소, 휴업, 사업부서의 폐지, 하도급회사에 대한 업무의 위탁 등 경영내적 조치를 강구하게 된다. 이와 같은 경영상의 사유에 대한 경영내적 조치를 기업주에게 보장하지 않는다면 시장경제체제하에서 기업의 경영은 존립할 수 없다. 따라서 이와 같은 경영내적 조치에 의하여 필연적으로 발생하게 되는 고용인원감축 내지 정리해고는 원칙적으로 감수하지 않으면 아니된다. 근로기준법 제31조도 사용자의 경영상의 조직권으로서 해고조치를 취할 수 있는 권한을 기본적으로 긍정하고 있다. 다만, 경영상의 이유에 의한 해고가 근로자측의 해고원인이나 귀책사유없이 행해진다는 점에서 고용인원감축의 효과를 가져오는 사용자의 경영조직상의 결정이 자의적이거나 남용되어서는 아니되기 때문에 그 정당성 요건을 엄격하게 규정하고 있다. 즉, ① 긴박한 경영상의 필요가 있어야 하고, ② 해고회피 노력을 다하여야 하며, ③ 합리적이고 공정한 기준에 따라 해고대상자를 선정하여야 하고, ④ 해고회피 노력과 해고대상자 선발기준에 관하여 근로자대표와 성실하게 협의하여야 하며, ⑤ 일정규모 이상의 인원을 해고하고자 할 때에는 노동부장관에게 신고하여야 하는 것이다(근로기준법 제31조).

한편, 영업양도의 경우를 중심으로 기업의 조직변경에 있어 근로관계의 승계를 보장하는 입법이 유럽의 각국에서 속속 명문화된 것은 기업조직의 변경이 노동법상 엄격한 제한이 따르는 해고제한법리를 회피하기 위한 용이한 수단이 되어서는 아니된다는 취지에서 나온 것이다. 그리고 우리나라의 경우 그러한 입법이 없지만, 영업양도의 경우 법원은 영업양도의 당사자가 근로관계의 승계를 배제하는 특약을 하더라도 거기에 해고제한법리를 적용하여 정당한 이유가 없으면 그 특약을 무효화하고 있다(대법원 2002. 3. 29. 선고 2000

두8455 판결; 대법원 2002. 7. 27. 선고 99두2680 판결; 대법원 1994. 6. 28. 선고 93다33173 판결).

이와 같이 일반기업의 근로자일 경우 근로기준법에 의한 정리해고 제한법리를 통하여 혹은 합병 또는 영업양도에 관한 판례에 의하여 일정한 실체적, 절차적 요건을 갖추지 않은 부당한 근로관계의 종료(직장상실)로부터 보호되고, 이를 위하여 중앙노동위원회, 법원이라는 구제기관의 도움을 받게 된다.

(다) 한편, 공무원의 경우 헌법 제7조에서 공무원의 신분을 법률로 보장하고 있으며, 국가공무원법은 의사에 반하는 퇴직, 면직, 해직 등으로부터 공무원을 보호하는 광범위한 신분보장 장치들을 두고 있다.

주목할 만한 것은 직제와 정원의 개폐 또는 예산의 감소 등에 의하여 폐직 또는 감원이 되었을 때의 직권면직에 관한 국가공무원법 규정이다. 동법 제70조 제3항 내지 제5항에 의하면, 이러한 사유로 인하여 면직시킬 때에는 면직기준을 정하여야 하고, 면직기준을 정하거나 면직대상자를 결정함에 있어서 심사위원회를 구성하여 그 심의·의결을 반드시 거치도록 하고 있다. 이러한 직권면직처분에 대하여는 소청과 행정소송이라는 구제절차가 마련되어 있음은 물론이다. 요컨대, 폐직·감원으로 인한 직권면직을 하더라도 그것이 자의적이 아니라 공정하게 이루어진 것인지를 심사하는 절차적 규율이 있으며, 불복하는 자에게 사법적 구제절차가 마련되어 있는 것이다.

(라) 다수의견에서 밝히고 있는 바와 같이 기존 연구원의 운영을 그대로 방치하는 것이 공익에 반하는지 여부, 반한다고 판단하였을 때에 그 개선책으로서 어느 방식이 가장 적합하고, 효율적일 것인지에 관하여 입법자에게 광범위한 재량권이 있음을 인정할 수 있다. 그러므로 기존의 두 연구원을 통폐합하여 진흥원을 설립하되, 물적 조직은 승계시키고, 인적 조직은 감원한다는 방침을 택하고 이를 입법을 통하여 실현하는 것 자체는 입법자에게 유보된 권한이라 볼 수 있다.

그러나, 일정한 감원이 불가피하다고 보더라도 그 감원대상자의 선발기준의 정립 및 구체적 대상자의 선정에 있어 자의성을 배제하고 공정성을 담보할 수 있는 절차, 그리고 감원대상이 됨으로써 직장을 상실하게 된 근로자들에게 불복과 구제의 절차를 보장하여야 비로소 근로관계의 존속보호를 위한 국가의 최소한의 보호의무를 이행한 것이 될 것이다. 그런데 이 사건 법률조항은 기존 연구원의 직원들을 실질적으로는 제3자인 진흥원의 손을 빌려 정리해고하면서도 그러한 최소한의 절차적 규율마저 생략함으로써 근로자들을

헌법보호의 밖으로 방치하고 있다. 그리하여 어느 정도 감원할 것인지, 어떤 기준으로 어떤 근로자를 감원할 것인지, 이에 관하여 근로자 대표들과 협의할 것인지, 감원대상이 된 근로자에게 어떤 대상(代償)조치를 취할 것인지 말 것인지에 관하여 전적으로 진흥원은 임의에 따라 결정할 수 있게 되었다. 그리고 진흥원의 결정에 대하여는 -그것이 아무리 불공평하고 자의적인 것이라 할지라도- 근로자에게 아무런 불복과 구제의 길이 열려져 있지 않다. 이 사건 당해사건에 관한 법원의 판단과 같이, 청구인들과 진흥원간에는 근로관계의 존재가 애초에 부인되므로 진흥원이 이른바 '채용'을 거부하더라도 '해고'가 아니게 되고, 따라서 해고제한법리의 일부라도 적용될 여지가 없는 것이다.

공무원이나 일반기업의 근로자들에게 조직변경이나 정리해고로부터 그 근로관계(직장존속)를 보호받을 수 있는 장치가 국가공무원법, 근로기준법이나 법원의 판례에 의하여 '일반적으로' 보장되어 있는 것에 비하여, 정부출연기관과 같이 특정법률에 의하여 설립, 해산되는 사업장에서 근무하는 근로자들의 경우 근로관계 존속 여부는 '오로지 그 특정법률에서 어떤 규정을 두는지에 전적으로 달려 있게 되는데', 한편으로 입법자로 하여금 반드시 근로관계를 승계시키는 조항을 두라고 요구할 수는 없는 것이지만, 다른 한편으로 입법자가 위와 같은 최소한의 절차적 규율마저 두지 않을 경우 해당 근로자로서는 생존권과도 연결되는 갑작스런 직장의 상실이라는 청천벽력과도 같은 상황에 대하여 전혀 무방비 상태에 놓이게 된다. 국가가 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 강구하기는커녕, 오히려 법률에 의거 실질적으로 정리해고를 하면서도 노동법상의 해고제한법리의 최소한마저 회피하고자 하고 있는 것이 바로 이 사건 법률조항이다.

(3) 다수의견에서 거론하고 있는 보호조치들이 이 사건과 같이 입법에 의한 정리해고를 당하는 근로자들에게 제공하는 보호의 효력은 실제로 매우 미약하다.

첫째, 이 사건과 같은 경우 노동조합이나 근로자대표를 통한 교섭의 형식적 상대방은 사용자이지만, 실제로 통폐합을 계획하고 추진하는 것은 국가여서, 집단적 근로관계법을 통한 교섭력의 행사에는 한계가 있다. 이 사건에서 극명하게 드러나다시피, 정부가 짜놓은 구조조정 계획은 법률의 힘으로 관철되고, 이 과정에서 사용자는 통폐합의 대상일 뿐, 근로자와 협상을 주체적으로 이끌어 가는 지위에 있지 않았다. 정부는 통폐합 계획을 세웠고, 정부제출입법으

로 법을 제정하였으며, 법 부칙에 규정된 진흥원의 정관 인가, 권리·의무의 승계신청 승인, 진흥원장 선임의 승인 등을 통하여 통폐합을 실현시켜 나갔다. 근로자들이 설립도 되지 않은 진흥원을 상대로 교섭력을 행사할 수도 없었다. 식품연구원은 해산직전 이사회를 열어 '새로 발족되는 진흥원이 해산되는 식품연구원의 직원을 최대한 흡수할 것을 제안'하였는바, 실제 기존 연구원의 근로자들이 할 수 있었던 일이란 이런 희망을 피력하는 외에 달리 없었을 것이다.

둘째, 법원을 통한 보호작용은 한계가 있다. 이 사건 법률조항과 같이 근로관계의 당연승계를 명시하지 않은 경우, 법원으로서도 당사자간의 합의를 인정할 만한 자료가 없는 한 근로관계의 승계를 인정하기 어려울 것이다. 반대로 법원에서 이 사건과 같이 법률에 의해 직접 통폐합이 이루어지는 경우에도 합병이나 영업양도의 경우와 마찬가지로 근로관계의 당연승계를 인정하고 승계배제에 정당한 사유를 요구한다면 당연승계 조항을 두지 않은 입법자의 의도를 무시하는 셈이 된다.

셋째, 고용보험제도 등은 어디까지나 간접적이고 주변적인 제도일 뿐이다.

요컨대 다수의견에서 합헌의 근거로 들고 있는 국가의 보호장치라는 것들은 기실 공허하거나 대단히 미약한 것에 불과하여, 이것만으로 최소한이나마 국가의 보호의무를 다하였다고 보기 어렵다.

(4) 결론적으로 이 사건 법률조항은 두 가지 관점에서 헌법에 위반된다고 보아야 한다. 첫째, 청구인들과 같이 '특정법률에 의해 그 사업장이 통폐합 당함으로 말미암아 실질적으로 정리해고된 근로자들'에 대하여 해고대상자의 선발기준의 정립 및 구체적 대상자의 선정에 있어 자의성을 배제하고 공정성을 담보할 수 있는 절차, 그리고 해고대상이 됨으로써 직장을 상실하게 된 근로자들에게 불복과 구제의 절차를 전혀 보장하지 않음으로써 근로의 권리에서 도출되는, 근로관계의 존속보호를 위한 국가의 최소한의 보호의무조차 저버린 것이고, 둘째, 정리해고에 관하여 일반근로자들에게는 근로기준법에 의한 엄격한 보호조치를 제공하면서, 청구인들과 같이 '특정법률에 의해 그 사업장이 통폐합 당함으로 말미암아 실질적으로 정리해고된 근로자들'에 대하여는 그에 현저히 미치지 못하는 최소한의 보호조치마저 제공하지 않음으로써 일반근로자들에 비하여 합리적 이유없이 이들을 차별하고 있다. 요컨대 이 사건 법률조항은 헌법 제11조 및 헌법 제32조에 위반된다.

이상과 같은 이유로 우리는 이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다고 생각하

헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50

므로 반대의견을 개진하는 것이다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성 김효종
김경일(주심) 송인준 주선희

토지수용법 제73조 위헌소원

(2002. 11. 28. 2002헌마38 전원재판부)

【판시사항】

1. 중앙토지수용위원회의 재결에 불복하는 경우 반드시 이의신청을 거치도록 한 토지수용법 제73조 제1항의 위헌여부(소극)
2. 중앙토지수용위원회의 재결에 대하여 이의를 신청하는 경우 1월의 이의신청기간을 규정한 토지수용법 제73조 제2항의 위헌여부(소극)

【결정요지】

1. 토지수용법 제73조 제1항은, 토지수용과 관련된 분쟁의 특수성을 고려하여 수용조치에 대하여 불복하는 때에는 중앙토지수용위원회에 이의신청을 먼저 하게 하여, 신속하게 법률관계를 확정하고 통상의 소송절차보다 간편한 절차로 시간과 비용을 절약하며 토지수용에 관한 행정기관의 전문적인 지식을 활용하도록 하고 있기 때문에 이 조항이 이의신청을 필요한 전심절차로 한 것은 합리성을 갖춘 것이고 비례의 원칙에도 위반되지 아니하므로 청구인들의 재판청구권을 침해한다거나 평등의 원칙을 위반하는 것이라고 볼 수 없다.
2. 토지수용법 제73조 제2항의 조항이 규정하는 1월의 청구기간이 행정심판법의 그것에 비하여 상대적으로 비록 단기이긴 하지만 그렇다고 하여 이것이 청구인들의 재판청구권 행사를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도로 짧은 것은 아니어서 청구기간에 관한 입법재량의 한계를 일탈한 것이라고 할 수 없다. 나아가 이 조항이 이 조문 제1항과 함께 추구하는 신속한 권리구제 및 법원 판결의 적정성 보장이라는 공익은 매우 크다고 할 것이므로 이 조항이 비례의 원칙을 위반하거나 청구인들의 재판청구권을 침해하거나 평등의 원칙을 위반한다고는 할 수 없다.

재판관 주선회의 반대이견

1. 토지수용법 제73조 제1항의 문언적 의미, 중앙토지수용위원회의 심의구조등을 살펴 볼 때, 중앙토지수용위원회의 수용재결에 대하여 반드시 이의신청을 거쳐 이의재결에 대해서만 행정소송을 제기하도록 해석하는 것은 헌법 제27조 제1항의 재판청구권 및 제3항의 신속한 재판을 받을 권리에 대해 필요한 정도를 넘어 제한하는 것으로서 그 수인이 기대불가능한 과도한 제한이라 아니할 수 없다. 따라서 이 조항을 중앙토지수용위원회의 수용·재결에 대하여 필요적으로 이의신청을 거치도록 해석하는 한 헌법에 위반된다.

2. 중앙토지수용위원회의 조직, 권한, 심의절차, 심의기준 및 실제적인 업무처리의 현실과 통계등에 비추어 볼 때, 일반적인 행정심판절차에서보다 특별히 전문성을 인정하기 어렵다고 여겨지기 때문에 토지수용의 행정심판에서만 이의신청기간을 지나치게 짧게 정하는 것은 토지수용의 이의신청권자에게만 최소침해의 원칙과 법익균형성의 원칙을 위배하여 수인할 수 없는 과도한 부담을 지우고 있는 것이라 아니할 수 없다.

토지수용법에 따른 토지수용에 관한 처분은 전형적인 행정처분이고, 토지수용법은 사법(私法)질서체계와 같은 이종(異種)의 법질서체계에 포섭되는 것도 아니며, 동일한 행정법질서체계 내에 있기 때문에 토지수용의 이의신청기간만을 달리 규율할 합리적인 근거를 찾을 수 없다. 따라서 특별히 단기간의 이의신청기간을 설정하고 있는 이 조항은 헌법상 체계정당성의 법리에 어긋난 자의적인 규정으로서 헌법 제11조 및 헌법 제107조 제3항에 위반되어 위헌을 면치 못할 것이다.

【심판대상조문】

토지수용법(1981. 12. 31. 법률 제3534호로 개정된 것) 제73조(이의의 신청) ① 중앙토지수용위원회의 재결에 대하여 이의가 있는 자는 중앙토지수용위원회에 이의를 신청할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 이의의 신청은 재결서의 정본이 송달된 날로부터 1월 이내에 이

를 하여야 한다.

【참조조문】

헌법 제11조, 제27조 제1항·제3항, 제107조 제3항

토지수용법 제75조의2(이의신청에 대한 재결의 효력) ① 이의신청의 재결에 대하여 불복이 있을 때에는 재결서가 송달된 날로부터 1월이내에 행정소송을 제기할 수 있다. 다만, 기업자는 행정소송을 제기하기 전에 제75조 제1항의 규정에 의하여 이의신청에 대한 재결에서 정한 보상금을 공탁하여야 한다. 이 경우, 토지소유자들은 공탁된 보상금을 소송종결시까지 수령할 수 없다.

② 제1항의 기간내에 소송이 제기되지 아니하거나 기타 사유로 제75조의 규정에 의한 이의신청에 대한 재결이 확정되었을 때에는 민사소송법상의 확정판결이 있는 것으로 보며 재결정본은 집행력있는 판결정본과 동일한 효력을 가진다.

③ 이의신청에 대한 재결이 확정된 때에는 토지소유자·관계인 또는 기업자는 관할토지수용위원회에 대하여 재결확정증명서를 청구할 수 있다.

행정심판법 제18조(심판청구기간) ① 심판청구는 처분이 있음을 안 날부터 90일이내에 제기하여야 한다.

② 청구인이 천재·지변·전쟁·사변 그밖에 불가항력으로 인하여 제1항에 정한 기간내에 심판청구를 할 수 없었을 때에는 그 사유가 소멸한 날로부터 14일이내에 심판청구를 제기할 수 있다. 다만, 국외에서의 심판청구에 있어서는 그 기간을 30일로 한다.

③ 심판청구는 처분이 있는 날로부터 180일을 경과하면 제기하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 제1항 및 제2항의 기간은 불변기간으로 한다.

⑤ 행정청이 심판청구기간을 제1항의 규정에 의한 기간보다 긴 기간으로 잘못 알린 경우에 그 잘못 알린 기간내에 심판청구가 있으면 그 심판청구는 제1항의 규정에 의한 기간내에 제기된 것으로 본다.

⑥ 행정청이 심판청구기간을 알리지 아니한 때에는 제3항의 기간내에 심판청구를 할 수 있다.

⑦ 제1항 내지 제6항의 규정은 무효등확인심판청구와 부작위에 대한 의무이행심판청구에는 이를 적용하지 아니한다.

행정심판법 제43조(다른 법률과의 관계) ① 행정심판에 관하여는 사안의 전문성과 특수성을 살리기 위하여 특히 필요한 경우가 아니면 청구인에게 불리한 내용으로 이 법에 대한 특례를 다른 법률로 정할 수 없다.

② 행정심판에 관하여 다른 법률에서 특례를 정한 경우에도 그 법률에서 규정하지 아니한 사항에 관하여는 이 법이 정하는 바에 의한다.

행정소송법 제18조(행정심판과의 관계) ① 취소소송은 법령의 규정에 의하여 당해 처분에 대한 행정심판을 제기할 수 있는 경우에도 이를 거치지 아니하고 제기할 수 있다.

다만, 다른 법률에 당해 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 때에는 그러하지 아니하다.

② 제1항 단서의 경우에도 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 행정심판의 재결을 거치지 아니하고 취소소송을 제기할 수 있다.

1. 행정심판청구가 있는 날로부터 60일이 지나도 재결이 없는 때
2. 처분의 집행 또는 절차의 속행으로 생길 중대한 손해를 예방하여야 할 긴급한 필요가 있는 때
3. 법령의 규정에 의한 행정심판기관이 의결 또는 재결을 하지 못할 사유가 있는 때
4. 그밖의 정당한 사유가 있는 때

③ 제1항 단서의 경우에 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 행정심판을 제기할 수 없이 취소소송을 제기할 수 있다.

1. 동종사건에 관하여 이미 행정심판의 기각재결이 있을 때
2. 서로 내용상 관련되는 처분 또는 같은 목적을 위하여 단계적으로 진행되는 처분중 어느 하나가 이미 행정심판의 재결을 거친 때
3. 행정청이 사실심의 변론종결후 소송의 대상인 처분을 변경하여 당해 변경된 처분에 관하여 소를 제기하는 때
4. 처분을 행한 행정청이 행정심판을 거칠 필요가 없다고 잘못 알린 때

④ 제2항 및 제3항의 규정에 의한 사유는 이를 소명하여야 한다.

【참조판례】

- 헌재 1990. 6. 25. 89헌가98등, 판례집 2, 132
헌재 1998. 8. 27. 97헌바17, 판례집 10-2, 398
헌재 2001. 6. 28. 2000헌바77, 판례집 13-1, 1358
대법원 1978. 3. 14 선고 77누164 판결
대법원 1983. 2. 8. 선고 81누420 판결
대법원 1992. 6. 9. 선고 92누565 판결
대법원 1992. 8. 18. 선고 91누9312 판결
대법원 1995. 12. 8. 선고 95누5561 판결
대법원 2001. 5. 8. 선고 2001두1468 판결

【당 사 자】

- 청 구 인 박세창 외 1인
대리인 법무법인 포항종합법률사무소
담당변호사 이인구
당해사건 대구지방법원 2001구5393호 토지수용재결처분 취소청구의 소

【주 문】

토지수용법 제73조(1981. 12. 31. 법률 제3534호로 개정된 것)는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

김천과 구미 사이의 도로확장 및 포장공사를 시행하는 경상북도지사의 신청에 따라 중앙토지수용위원회는 2001. 5. 22. 청구인 박세창 소유의 김천시 아포읍 국사리 88의 1 답 452㎡ 및 천영일 소유의 같은리 88의 5 답 1,189㎡를 수용하는 재결을 하였다.

청구인들은 그 재결서의 정본을 송달받고 1월이 경과하도록 이에 대한 이의를 신청하지 아니한 채 중앙토지수용위원회와 경상북도지사를 상대로 대구지방법원에 수용재결처분의 취소를 구하는 소(2001구5393호)를 제기하였고 그 계속중 토지수용법 제73조 제1항, 제2항에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였다.

법원이 2002. 4. 11. 신청을 기각하자 청구인들은 같은 달 25. 소원을 제기하였다.

나. 심판대상

심판대상 범조항은 토지수용법(이하 ‘이 법’이라고 한다) 제73조(1981. 12. 31. 법률 제3534호로 개정된 것, 이하 ‘이 조문’ 또는 ‘심판대상범조항’이라 한다) 제1항 및 제2항이고 그 내용은 다음과 같다.

토지수용법 제73조(이의의 신청) ① 중앙토지수용위원회의 재결에 대하여 이의가 있는 자는 중앙토지수용위원회에 이의를 신청할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 이의의 신청은 재결서의 정본이 송달된 날로부터 1월이내에 이를 하여야 한다.

다. 관련 법률 : 별지 1과 같다.

2. 청구인들의 주장, 법원의 제청신청기각이유 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 수용재결에 대하여 불복하는 경우 이의절차를 거쳐 비로소 행정소송을 제기하도록 하는 이 조문은, 이의절차가 수용과정의 절차를 반복하는 것에 불과한 점에 비추어, 재판을 제기하기 전에 이종의 절차를 반복하도록 강요하는

것이 되어 신속한 재판을 받을 권리(헌법 제27조 제1항, 제3항)를 침해한다. 또한 국세에 대한 불복절차로서의 이의신청이 임의적인 것(국세기본법 제55조 제3항)과 비교하여 헌법상의 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 위배된다.

(2) 이의재결이 취소된다고 하더라도 수용의 효력이 당연히 상실되는 것은 아니므로 이 조문대로 하면 효율적인 권리구제가 되지 아니하여 청구인들의 재판청구권이 침해된다.

(3) 행정심판법 제18조에 의하면 “심판청구는 처분이 있음을 안 날로부터 90일 이내에 제기하여야” 하고 동법 제43조 제1항에 의하면 “행정심판에 관하여는 사안의 전문성과 특수성을 살리기 위하여 특히 필요한 경우가 아니면 청구인에게 불리한 내용으로 이 법에 대한 특례를 다른 법률로 정할 수 없도록” 되어 있다.

그런데도 불구하고 이 조문에 의한 청구기간은 그보다 단기인 1월로 부당하게 제한되어 있어 청구인들의 재판을 받을 권리를 침해하고 있다.

나. 법원의 제청신청기각이유 : 별지 2와 같다.

다. 건설교통부장관의 의견 : 별지 3과 같다

3. 판 단

가. 이 조문 제1항에 대한 판단

(1) 이 조항은 이 법 제75조의2와의 연관하에, 중앙토지수용위원회의 수용조치에 대하여 불복이 있는 경우에 바로 행정소송을 제기할 수는 없고 먼저 이의신청을 하여 그 이의에 대한 재결을 받아 불복을 해소하여야 하고 그럼에도 불구하고 불복이 해소되지 아니하면 그때 비로소 행정소송을 제기할 수 있지만 그 소송은 수용조치를 대상으로 하는 것이 아니고 이의재결을 대상으로 하여야 한다는 이른바 필요적 이의전치 및 재결주의를 규정한 것으로 해석된다(대법원 1978. 3. 14 선고 77누164 판결; 대법원 1983. 2. 8. 선고 81누420 판결 등 참조).

(2) 청구인들은, 중앙토지수용위원회의 재결에 불복하는 경우 반드시 이의신청을 거치도록 하는 이 조항은 신속한 재판을 받을 청구인들의 권리를 침해한다고 주장한다.

물론 토지수용에 대하여 불복이 있는 사람의 법원에 대한 출소가 이 조항 때문에 시간적으로 늦어지는 것은 분명하고 따라서 그러한 한도내에서는 재판청구권이 일부 제한된다고 할 것이다. 그러나 헌법재판소가 이 법 제75조의2의 위헌여부를 심판한 다른 사건(헌재 2001. 6. 28. 2000헌바77, 판례집 13-1,

1358)에서 이미 이 점에 관하여 합헌임을 밝힌 바 있는 것처럼 이 조항은 다음과 같은 이유로 합헌이라고 판단된다.

㉔ 이 조항은, 토지수용과 관련된 분쟁의 특수성을 고려하여 수용조치에 대하여 불복하는 때에는 중앙토지수용위원회에 이의신청을 먼저 하게 하여, 신속하게 법률관계를 확정하고 통상의 소송절차보다 간편한 절차로 시간과 비용을 절약하며 토지수용에 관한 행정기관의 전문적인 지식을 활용하도록 하고 있다. 따라서 이 조항이 이의신청을 필요한 전심절차로 한 것은 그 목적의 정당성 및 수단의 필요성과 적절성이 모두 인정된다.

㉕ 나아가, 이의재결의 취소를 구하는 소송에서는 수용조치의 하자도 심리될 수 있으므로(대법원 1995. 12. 8. 선고 95누5561 판결; 대법원 2001. 5. 8. 선고 2001두1468 판결 등 참조), 이 조항이 수용조치에 대한 제소를 금지함으로써 청구인들이 입게 되는 재판청구권의 제한정도는 그다지 크다고 할 수 없고, 오히려 이 조항에 의하여 추구되는 분쟁의 일회적 해결과 신속한 권리구제 및 법원 판결의 적정성 보장이라는 공익은 매우 크다고 할 것이다.

㉖ 따라서, 이 조항이 수용조치에 대한 불복절차를 규정하면서 이의절차를 필요적 전치로 한 것은 합리성을 갖춘 것이고 비례의 원칙에도 위반되지 아니하므로 청구인들의 재판청구권을 침해한다거나 평등의 원칙을 위반하는 것이라고 볼 수 없다.

나. 이 조문 제2항에 대한 판단

(1) 이 조항은 행정심판법 제18조 제1항이 정하는 것(90일)에 비하여 비교적 짧은 청구기간(1월)을 설정하고 있다. 그러나 이것은 토지수용과 관련한 공공사업을 신속히 수행하여야 할 특수성을 살리고 간편한 절차로 분쟁을 신속히 해결하여 이해관계자의 권리관계를 조속히 안정시킬 필요에서 나온 것으로서 그 목적의 정당성과 필요성이 인정된다. 나아가, 이 조항이 규정하는 1월의 청구기간이 행정심판법의 그것에 비하여 상대적으로 비록 단기이긴 하지만 그렇다고 하여 이것이 청구인들의 재판청구권 행사를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도로 짧은 것은 아니어서 청구기간에 관한 입법재량(헌재 1998. 8. 27. 97헌바17, 판례집 10-2, 398, 404 참조)의 한계를 일탈한 것이라고 할 수 없다. 또한 이로 말미암아 청구인들이 입게 되는 재판청구권의 제한정도 또한 그다지 크다고 할 수 없으며, 오히려 이 조항이 이 조문 제1항과 함께 추구하는 신속한 권리구제 및 법원 판결의 적정성 보장이라는 공익은 매우 크다고 할 것이다. 따라서 이 조항이 비례의 원칙을 위반하였다거

나 청구인들을 불합리하게 차별한다고 볼 수는 없으므로 이것이 청구인들의 재판청구권을 침해하거나 평등의 원칙을 위반한다고는 할 수 없다(헌재 1998. 8. 27. 97헌바17, 판례집 10-2, 398, 404 참조. 또한 대법원 1992. 8. 18. 선고 91누9312 판결 참조).

4. 결 론

그렇다면 이 조문은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 주선회의 아래 5.와 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관들의 일치된 의견에 따른 것이다.

5. 재판관 주선회의 반대의견

가. 심판대상 범조항 중 제73조 제1항에 대한 판단

다수의견은 재결주의에 입각한 대법원 판례의 해석을 원용하여 심판대상 범조항을 합헌이라고 하고 있으나, 나는 위 대법원 판례의 해석이 타당하지 아니하고 심판대상 범조항을 대법원의 판례와 같이 해석하게 되면 심판대상 범조항은 헌법상 과잉금지원칙에 위반되어 위헌이라고 판단되어 다음과 같이 반대의견을 밝히고자 한다.

(1) 심판대상 범조항의 문언적 의미

심판대상 범조항은 중앙토지수용위원회의 재결에 대하여 이의가 있는 자는 동 위원회에 이의를 신청 “할 수 있다”라고 규정하고 있다. 위와 같은 범문언에 대한 문리적 해석을 통하여 볼 때, 중앙토지수용위원회의 재결에 대하여 반드시 이의신청을 거쳐 이의재결에 대해서만 행정소송을 제기하여야 한다는 해석은 도출될 수 없다. 왜냐하면 심판대상 범조항은 단순히 중앙토지수용위원회의 재결에 대하여 이의가 있는 자는 동 위원회에 이의를 신청 “할 수 있다”라고만 규정하고 있기 때문이다.

(2) 중앙토지수용위원회의 심의구조

헌법 제107조 제3항, 행정소송법 제18조 및 위 심판대상 범조항의 문언에 비추어 볼 때, 중앙토지수용위원회의 재결에 대하여 행정소송을 제기하기 위해서는 반드시 이의신청을 거쳐야만 한다는 해석은 결코 도출될 수 없지만, 중앙토지수용위원회의 재결에 대하여 반드시 동 위원회의 이의신청절차를 거쳐야만 할 실제적인 이유가 있는지를 검토하기 위하여 중앙토지수용위원회의 심의구조를 살펴본다.

토지수용법에 의하면 중앙토지수용위원회는 위원장 1인과 위원 8인으로 구성되는데, 위원장은 건설교통부장관이 된다(제30조 제1항, 제2항).

중앙토지수용위원회는 수용 또는 사용할 토지의 구역 및 사용방법, 손실의 보상, 수용 또는 사용의 시기와 기간, 기타 토지수용법에 규정한 사항에 대하여 재결할 권한을 가진다(제29조 제2항). 동 위원회의 의사는 위원장을 포함한 위원과반수의 출석으로 개의하고 출석자의 과반수로써 의결한다(제34조 제2항).

중앙토지수용위원회는 재결신청을 접수한 때에는 지체없이 이를 공고하고 공고한 날로부터 2주간 관계서류의 사본을 일반에게 열람하게 하여야 한다(제36조 제1항). 동 위원회는 심의를 개시한 날로부터 2주간내에 재결을 하여야 한다. 다만, 특별한 사유가 있을 때에는 의결로써 1차에 한하여 2주간 연장할 수 있다(제38조).

그리고 중앙토지수용위원회 운영규정에 의하면 중앙토지수용위원회가 특별히 정하는 경우를 제외하고는 재결액산정을 위한 심의기준은 다음과 같다. 즉 재결액산정을 위한 감정평가는 기업자가 협의가격으로 제시한 금액(이의신청재결인 경우에는 수용재결액)의 결정과 관계없는 2개 감정 평가기관에 의뢰하고(제15조 제1호), 수용목적물(이의신청재결인 경우에는 이의신청목적물을 말한다)에 대한 보상액은 감정평가기관에서 평가한 평가액의 평균금액으로 정한다. 다만 평가액의 평균금액이 기업자 제시액보다 낮거나 현상이 멸실되는 등의 사유로 감정평가가 불가능한 경우에는 기업자 제시액으로 정한다(제15조 제2호).

(3) 과잉금지원칙 위반여부

이상과 같은 중앙토지수용위원회의 조직, 권한, 심의절차, 심의기준 등에 비추어 볼 때, 심판대상 범조항에 의한 이의신청절차에서는 수용재결청과 이의재결청이 중앙토지수용위원회로 동일하고, 심의기능과 재결기능을 분리하지 않고 모두 중앙토지수용위원회가 함께 관장하도록 되어 있고, 수용재결과 이의재결의 심리절차에 있어서도 법률상으로는나 실무상으로는나 이를 구분하지 않고 동일한 절차로 처리하고 있으므로, 사실상 이의신청절차는 수용할 토지의 구역과 손실의 보상등에 관하여 수용재결과정에서 행한 절차를 반복하여 심의하는 것에 불과하다고 할 것이다.

이와 같이 제3의 독립된 지위에 있지 아니한 중앙토지수용위원회에 다시 이의신청을 하여 그 재결에 대하여만 행정소송을 제기할 수 있도록 하는 것은 국민들로 하여금 불필요한 절차의 반복을 강요하는 것에 불과하며, 여기에는 하등의 합리적인 이유도 발견할 수 없는 것이다.

특히 당해사건의 경우와 같이 청구인들의 불복취지가 토지수용 자체에 대한 것이 아니라 정당한 보상을 요구하는 것에 국한되는 경우에는 더욱 그러하다 할 것이다.

실무상으로 볼 때에도 중앙토지수용위원회는 실제로 한 달에 한 번 열리고 매회 150내지 160건을 처리한다고 하는데, 이러한 짧은 재결기간 및 과중한 사건처리에 비추어 중앙토지수용위원회의 심리절차가 법원의 심리절차보다 전문성이 확보되어 당사자의 권리구제에 보다 충실하게 대응하고 있다고 볼 수도 없다. 실제로 중앙토지수용위원회의 재결실적에 대한 통계를 보면 1991. 부터 2001.까지 7304건의 수용재결에 대해 6849건의 이의재결이 있었는데 재결액의 변화가 거의 없다고 할 수 있는 0% 내지 5% 내의 재결이 75. 67%를 차지하고, 행정소송이 제기된 사건에서 소취하부분을 제외하고 재결액 변경이 이루어진 경우는 전체 2612건 중에서 1559건을 차지하여 59.7%의 비율을 나타내고 있다.

따라서 중앙토지수용위원회의 수용재결에 대하여 반드시 이의신청을 거쳐 이의재결에 대해서만 행정소송을 제기하도록 해석하는 것은 헌법 제27조 제1항의 재판청구권 및 제3항의 신속한 재판을 받을 권리에 대해 필요한 정도를 넘어 제한하는 것으로서 그 수인이 기대불가능한 과도한 제한이라 아니할 수 없다.

(4) 결론적으로 심판대상 범조항을 중앙토지수용위원회의 수용·재결에 대하여 필요적으로 이의신청을 거치도록 해석하는 한 헌법에 위반된다.

나. 심판대상 범조항 중 제73조 제2항에 대한 판단

(1) 심판대상 범조항과 행정심판법과의 관계

행정심판법 제18조는 불변기간으로 행정심판청구기간에 대하여 규정하고 있다. 즉 심판청구는 처분이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 하고, 심판청구는 처분이 있는 날로부터 180일을 경과하면 제기하지 못한다.

위와 같이 행정심판에 대한 청구기간을 당사자의 권리구제에 유리하게 정비하여 규정하고 있으면서, 나아가 동법 제43조는 다른 법률과의 관계에서 행정심판에 관하여는 사안의 전문성과 특수성을 살리기 위하여 특히 필요한 경우가 아니면 청구인에게 불리한 내용으로 이 행정심판법에 대한 특례를 다른 법률로 정할 수 없다고 규정하고 있다.

그러나 심판대상 범조항은 행정심판법 제18조에서 정한 청구기간(처분이 있음을 안 날부터 90일, 처분이 있는 날로부터 180일)보다 훨씬 짧은 1월의

이의신청기간을 설정하고 있다.

행정심판법 제18조의 청구기간 규정과 심판대상 범조항의 이의신청기간과의 관계는 일반법과 특별법과의 관계라 할 것이다. 일반법과 특별법과의 관계는 일반적으로 특별법우선의 원칙에 따른 배제관계에 서게 되는데 이 사건에서 그 배제의 합리적인 이유가 있는지를 살펴보기로 한다.

(2) 과잉금지원칙 위반여부

다수의견은, 중앙토지수용위원회의 재결에 대한 이의신청기간을 그 일반법인 행정심판법 제18조 제1항의 행정심판청구기간보다 짧게 규정한 것은 토지수용과 관련한 공공사업을 신속히 수행하여야 할 그 특수성과 전문성을 살리기 위한 필요에서 된 것으로 이해되므로 이를 행정심판법 제43조, 제42조에 어긋나거나 헌법 제27조에 어긋나는 위헌규정이라 할 수 없다(대법원 1992. 8. 18. 선고 91누9312 판결)라고 판시한 대법원의 판례를 원용하고 있다.

그러나 토지수용에 대한 이의신청을 전형적인 행정심판으로 이해하는 한(대법원 1992. 6. 9. 선고 92누565 판결 참조) 청구기간에 관한 행정심판의 일반규정을 합리적인 이유없이 배제하기는 어렵다고 할 것이다. 대법원이 합헌의 이유로 설시하고 있는 첫 번째 사유인 토지수용과 관련한 공공사업을 신속히 수행하여야 할 특수성은 사안의 특수성을 살리기 위한 ‘특히 필요한 경우’라고 볼 수 없다.

두 번째 사유인 전문성을 살리기 위한 필요에 관하여는 이미 앞에서 살펴본 바와 같이 중앙토지수용위원회의 조직, 권한, 심의절차, 심의기준 및 실제적인 업무처리의 현실과 통계등에 비추어 볼 때, 일반적인 행정심판절차에서 보다 특별히 전문성을 인정하기 어렵다고 여겨지기 때문에 토지수용의 행정심판에서만 이의신청기간을 지나치게 짧게 정하는 것은 토지수용의 이의신청권자에게만 최소침해의 원칙과 법익균형성의 원칙을 위배하여 수인할 수 없는 과도한 부담을 지우고 있는 것이라 아니할 수 없다.

(3) 평등원칙 위반여부

입법자가 입법을 할 때 입법자는 헌법상의 평등원칙에서 나오는 체계정당성(Systemgerechtigkeit)을 준수해야 할 헌법적 명령을 받고 있다. 법질서의 체계적인 구조를 벗어나는 특별입법을 할 때, 사물논리적 구조에 비추어 동일하게 다루어야 할 사항을 특단의 합리적 이유없이 달리 취급하는 입법을 하는 것은 곧 입법자의 자의를 징표하게 된다. 즉 동일한 법률요건에 동일한 법률효과를 부여하지 않음으로써 규범충돌을 야기시키고 입법자가 자기기속

에 반하는 가치모순을 드러낸다면 그것은 헌법상 자의금지원칙에 반하는 것이다.

가치모순적인 규범들 중에 어느 것에 우선적인 효력을 부여하느냐의 문제에 있어서 적어도 절차법을 규율하는 경우에 일반법과 달리 규율하려고 할 때에는 그것에 대한 필요충분한 차별규율근거가 제시되어야 할 것이다. 우리 헌법재판소는 이미 체계위배의 특례에 대해서 위헌결정을 한 바가 있다(헌재 1990. 6. 25. 89헌가98등, 판례집 2, 132, 145 참조).

토지수용법에 따른 토지수용에 관한 처분은 전형적인 행정처분이다. 토지수용법은 사법(私法)질서체계와 같은 이종(異種)의 법질서체계에 포섭되는 것도 아니고 동일한 행정법질서체계 내에 있기 때문에 토지수용의 이의신청기간만을 달리 규율할 합리적인 근거를 찾을 수 없다.

따라서 특별히 단기간의 이의신청기간을 설정하고 있는 심판대상 범조항은 헌법상 체계정당성의 법리에 어긋난 자의적인 규정으로서 헌법 제11조 및 헌법 제107조 제3항에 위반되어 위헌을 면치 못할 것이다.

(4) 결국 심판대상 범조항은 청구인의 행정심판청구권을 합리적 이유없이 자의적인 방법으로 과도하게 제한하고 있기 때문에 헌법에 위반된다 할 것이다.

다. 결 론

결론적으로 심판대상 범조항 중 제73조 제1항에 대해서는 중앙토지수용위원회의 수용에 대하여 필요적으로 이의신청을 거치도록 해석하는 한 헌법에 위반된다는 한정위헌결정을 하여야 하고, 제73조 제2항에 대해서는 헌법에 위반된다는 위헌결정을 하여야 할 것이다.

재 판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성(주심)

김효종 김경일 송인준 주선희

[별지 1] 관련법률

토지수용법 제75조의 2(이의신청에 대한 재결의 효력) ① 이의신청의 재결에 대하여 불복이 있을 때에는 재결서가 송달된 날로부터 1월이내에 행정소송을 제기할 수 있다. 다만, 기업자는 행정소송을 제기하기 전에 제75조

제1항의 규정에 의하여 이의신청에 대한 재결에서 정한 보상금을 공탁하여야 한다. 이 경우, 토지소유자들은 공탁된 보상금을 소송종결시까지 수령할 수 없다.

행정심판법 제18조(심판청구기간) ① 심판청구는 처분이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다.

③ 심판청구는 처분이 있는 날로부터 180일을 경과하면 제기하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

행정심판법 제43조(다른 법률과의 관계) ① 행정심판에 관하여는 사안의 전문성과 특수성을 살리기 위하여 특히 필요한 경우가 아니면 청구인에게 불리한 내용으로 이 법에 대한 특례를 다른 법률로 정할 수 없다.

② 행정심판에 관하여 다른 법률에서 특례를 정한 경우에도 그 법률에서 규정하지 아니한 사항에 관하여는 이 법이 정하는 바에 의한다.

헌법 제107조(법률등 위헌제청·심사권·행정심판)

③ 재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다.

행정소송법 제18조(행정심판과의 관계) ① 취소소송은 법령의 규정에 의하여 당해 처분에 대한 행정심판을 제기할 수 있는 경우에도 이를 거치지 아니하고 제기할 수 있다. 다만, 다른 법률에 당해 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 때에는 그러하지 아니하다.

[별지 2] 법원의 제청신청기간이유

(1) 이 조문은 토지수용과 관련한 분쟁의 특수성을 고려하여 수용재결에 대하여 불복하는 때에는 중앙토지수용위원회에 행정심판으로서 이의신청을 할 수 있도록 하고, 이의신청절차를 결과적으로 필요한 전치절차화함으로써 이를 통하여 법률관계를 신속히 확정하고 통상의 소송절차에 비하여 간편한 절차에 의해 시간과 비용을 절약할 수 있는 불복절차를 마련하고 있을 뿐 아니라 토지수용에 관한 행정기관의 전문적인 지식을 활용할 수 있도록 하고 있다. 나아가 이의재결은 행정심판에 대한 재결의 성격과 함께 관할토지수용위원회가 1차적으로 행한 수용재결을 다시 심의하여 토지수용에 관한 법률관계를 확정하는 재처분적인 성격도 부수적으로 함께 가지는 것으로 볼 수 있

으므로 위법한 수용재결로 인하여 권익을 침해받은 자가 이의신청절차를 거쳐 이의재결에도 불복하는 경우에는 토지수용에 관한 법률관계를 최종적으로 확정하는 이의재결을 다투어 그 효력을 배제하는 것이 당사자의 권리구제를 위한 효율적인 방법이라 할 것이며, 법원으로서도 수용재결과 이의재결의 심리과정에서 제기된 당사자의 주장과 토지수용에 관하여 전문적인 지식을 갖고 있는 중앙토지수용위원회가 행한 수용대상토지에 대한 구체적인 실사결과 및 보상금액의 산정기준 등을 모두 고려하여 판단함이 분쟁의 일회적 해결과 판결의 적정성을 보장할 수 있다. 따라서 이 조문이 수용재결에 대하여 이의신청절차를 거치도록 하는 것은 목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정된다.

또한 이의재결의 취소를 구하는 소송에서는 이의재결 자체의 고유한 위법사유 뿐만 아니라 이의신청의 사유로도 삼지 않은 수용재결의 하자도 주장할 수 있는 것이므로(대법원 1995. 12. 8. 선고 95누5561 판결 참조), 이 조문이 수용재결에 대한 제소를 금지함으로써 청구인의 재판청구권이 제한되는 정도는 그다지 크다고 할 수 없고, 또한 이에 비하여 분쟁의 일회적 해결과 신속한 권리구제의 요청에 응하고 법원 판결의 적정성을 보장할 수 있다는 점에서 재결주의를 규정함에 의한 공익은 매우 크다고 할 것이므로, 이 조문은 필요성과 법익 균형성도 갖추고 있다고 할 것이다.

따라서 이 조문이 수용재결에 대하여 이의신청절차를 거치도록 함으로써 이의신청절차를 필요적 전치절차화 한 것은 헌법 제27조 제1항, 제3항이 규정하는 재판청구권을 침해한다거나 비례·평등의 원칙에 반한다고 보기 어렵다.

(2) 수용할 토지의 구역이나 구체적인 보상금액에 관한 수용재결에 대하여 당사자가 불복하는 경우에는 이 법이 정하는 불복절차를 통하여 토지소유자 등이 수용대상토지에 관한 재판권을 회복할 가능성이 남아 있게 되므로 사실상 공익사업은 더 이상 진행될 수 없으며, 토지소유자 등 피수용자의 경우에도 토지수용과 관련한 법률관계가 확정될 때까지는 재산권 행사가 어렵게 된다. 이러한 이유로 위법한 수용재결에 대한 불복절차를 구체적으로 형성함에 있어서는 토지수용에 관한 행정기관의 전문적인 지식을 충분히 활용할 수 있고, 공익사업의 신속·원활한 수행과 토지소유자 등의 재산권 보장을 위하여 토지수용에 관한 법률관계를 신속히 확정할 수 있는 제도적인 장치가 요구된다고 할 것인바, 이 조문이 수용재결에 대한 이의신청기간을 행정심판법 제18조에서 규정한 행정심판 청구기간인 '처분이 있음을 안 날로부터 90일'보다

단기인 1월로 제한하고 있다고 하더라도 토지수용과 관련된 분쟁의 위와 같은 특수성을 고려하여 볼 때 이 조문은 필요성과 법익균형성을 갖추고 있다고 할 것이므로 청구인들의 재판을 받을 권리를 침해한다거나 비례·평등의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

[별지 3] 건설교통부장관의 의견

현재 2001. 6. 28. 2000헌바77결정을 인용하여 실시하고 있는 법원의 위 제청신청기각이유와 대체로 동일하다.

구 병역법 제71조 제1항 단서 위헌소원

(2002. 11. 28. 2002헌바45 전원재판부)

【판시사항】

1. 우리 헌법상 징집대상자의 범위를 결정함에 있어 입법자에게 입법형성권이 광범위하게 인정되는지 여부(적극)
2. 의무사관후보생의 병적에서 제외된 사람의 징집면제연령을 31세에서 36세로 상향조정한 구 병역법 제71조 제1항 단서(이하, “이 사건 법률조항”이라 한다)가 소급입법금지원칙, 신뢰보호원칙 및 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 국방의 의무는 외부 적대세력의 직·간접적인 침략행위로부터 국가의 독립을 유지하고 영토를 보전하기 위한 의무로서, 현대전이 고도의 과학기술과 정보를 요구하고 국민전체의 협력을 필요로 하는 이른바 총력전인 점에 비추어 ① 단지 병역법에 의하여 군복무에 임하는 등의 직접적인 병력형성의무를 가리키는 것이 아니라, ② 병역법, 향토예비군설치법, 민방위기본법, 비상대비자원관리법 등에 의한 간접적인 병력형성의무 및 ③ 병력형성이후 군작전명령에 복종하고 협력하여야 할 의무도 포함하는 개념이다.

일반적으로 국방의무를 부담하는 국민들 중에서 구체적으로 어떤 사람을 국군의 구성원으로 할 것인지 여부를 결정하는 문제는 이른바 ‘직접적인 병력형성의무’에 관련된 것으로서, ① 원칙적으로 국방의무의 내용을 법률로써 구체적으로 형성할 수 있는 입법자가 국가의 안보상황, 재정능력 등의 여러가지 사정을 고려하여 국가의 독립을 유지하고 영토를 보전함에 필요한 범위내에서 결정할 사항이고, ② 예외적으로 국가의 안위에 관계되는 중대한 교전상태 등의 경우에는 대통령이 헌법 제76조 제2항에 근거하여 법률의 효력을 가지는 긴급명령을 통하여 결정할 수도 있는 사항이라고 보아야 한다.

한편, 징집대상자의 범위를 결정하는 문제는 그 목적이 국가안보

와 직결되어 있고, 그 성질상 급변하는 국내외 정세 등에 탄력적으로 대응하면서 '최적의 전투력'을 유지할 수 있도록 합목적으로 정해야 하는 사항이기 때문에, 본질적으로 입법자 등의 입법형성권이 매우 광범위하게 인정되어야 하는 영역이다.

2. 가. 입법자가 징병검사의무 등의 상한연령을 규정함으로써 구체적인 징집대상자의 범위를 정하는 입법을 하는 경우, 이를 과거에 시작되거나 완성된 사실관계 등을 규율의 대상으로 하는 법률이라고 보기 어렵다. 우리 헌법상 국방의 의무는 우리 국민의 자격을 유지하고 있는 이상 지속적으로 부담하는 것이고, 입법자는 이러한 국방의무의 내용을 법률로써 구체적으로 형성할 수 있으므로, 입법자가 새로운 입법을 하면서 그 시점 이후의 징집대상자의 범위를 정하는 것은 그 입법당시를 기준으로 하여 국민들중 군복무에 적합한 사람을 선정하는 것일 뿐이고, 과거에 시작되거나 완성된 사실관계 등을 규율대상으로 하는 것이 아니기 때문이다.

나. 일반적으로 법률은 현실상황의 변화나 입법정책의 변경 등으로 언제라도 개정될 수 있는 것이다. 특히, 이 사건 법률조항은 직접적인 병력형성에 관한 영역으로서, 입법자가 급변하는 정세에 따라 탄력적으로 그 징집대상자의 범위를 결정함으로써 적정한 군사력을 유지하여야 하는 강력한 공익상 필요가 있기 때문에, 이에 관한 입법자의 입법형성권의 범위가 매우 넓다. 따라서 국민들은 이러한 영역에 관한 법률이 제반 사정에 따라 언제든지 변경될 수 있다는 것을 충분히 예측할 수 있다고 보아야 한다.

다. 입법자가 여러 차례 병역법을 개정하면서 이해관계자들의 기존 법질서에 대한 신뢰보호 필요성의 차이에 따라서 구체적인 징집대상자의 범위 등을 결정하는 것은 합리적 근거에 기초한 것이다. 따라서, 이해관계자들이 병적에서 제적된 구체적인 시점에 따라서 실질적인 법률관계가 달라지는 사례가 발생하더라도, 이러한 입법자의 판단에 합리적 근거가 있는 이상, 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위반된다고 할 수는 없다.

【심판대상조문】

구 병역법(1999. 2. 5. 법률 제5758호로 일부 개정되고, 1999. 12. 28. 법률 제6058호로

헌재 2002. 11. 28. 2002헌바45

개정되기 전의 것) 제71조(입영의무등의 감면) ① 징병검사·현역병입영 또는 공익근무요원소집의무는 31세부터 면제되며, 면제된 사람은 제2국민역에 편입한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 사람은 36세부터 면제된다.

- 1.~3. 생략
 4. 제58조 제3항의 규정에 의한 의무·법무·군종사관후보생의 병적에서 제적된 사람
 - 5.~8. 생략
- ② 생략

【참조조문】

헌법 제5조 제2항, 제39조, 제66조 제2항, 제74조, 제76조 제2항

【참조판례】

헌재 1995. 12. 28. 91헌마80, 판례집 7-2, 851
헌재 1999. 2. 25. 97헌바3, 판례집 11-1, 122

【당 사 자】

청 구 인 원○법

대리인 변호사 윤형한

당해사건 대법원 2002두51259 병역처분취소처분및신체검사통지처분취소

【주 문】

구 병역법 (1999. 2. 5. 법률 제5758호로 일부 개정되고, 1999. 12. 28. 법률 제6058호로 개정되기 전의 것) 제71조 제1항 제4호에 관련되는 같은 항 단서 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

가. 이 사건 처분의 경위

(1) 청구인은 1967. 5. 12.생으로서 1987. 3.경 ○○대학교 의과대학에 입학한 다음, 1987. 4. 1. 관계법령에 따라 의무사관후보생의 병적에 편입되었고, 1988. 8. 10. 현역병입영대상자가 되었는데, 1995. 8. 23. 의사자격을 취득하지 못하였다는 이유로 위 병적에서 제적되었다.

(2) 청구인은 현역병으로 입영하여 1997. 3. 14. 입영신체검사를 받은 결과 신체등위 7급(재신체검사)의 판정을 받았고, 1997. 7. 2. 재검사에서 다시 신체등위 7급의 판정을 받았다.

(3) 한편 청구인은 1997. 10. 15. 재검사에서는 신체등위 5급의 판정을 받았고, 이에 서울지방병무청장은 1997. 10. 21. 청구인에 대하여 제2국민역 편입처분을 하였다.

(4) 그런데 병무합동수사본부는 청구인에 대한 신체등위 5급판정에 관하여 담당군의관 등에게 청탁 명목의 급품이 제공되었다는 사실을 적발하고, 1999. 4. 6. 병무청장에게 이러한 사실을 통보하였다.

(5) 이에 서울지방병무청장은 1999. 4. 27. 청구인에게 위 신체등위 5급 판정에 기한 제2국민역 편입처분을 취소함과 아울러 1999. 5. 27. 신체검사를 받을 것을 명하는 처분(이하, 이 사건 '처분'이라 한다.)을 하였다.

나. 서울행정법원의 재판절차

청구인은 서울지방병무청장을 상대로 서울행정법원에 이 사건 처분을 취소하여 달라는 취지의 행정소송을 제기하였다. 위 법원에서는 2000. 5. 24. 별지 목록 기재와 같은 관련 병역법 규정의 개정경위 등에 비추어 보면, 청구인의 경우 의무사관후보생의 병적에 편입될 당시 시행되던 구 병역법(1983. 12. 31. 법률 제3696호로 전문 개정되고 1989. 12. 30. 법률 제4156호로 개정되기 전의 것, 이하 '1983년 법률'이라 한다.)에 규정된 징병검사의무 등의 연령상한인 30세를 초과하면 그 징병검사의무 등이 면제되는 동시에 보충역에 편입된다고 봄이 상당하고, 따라서 이 사건 처분 당시 이미 30세를 초과한 청구인에 대하여 신체검사를 받을 것을 명한 것은 위법하기 때문에, 이 부분을 취소한다는 취지의 판결을 하였다(99구15166).

다. 서울고등법원의 재판절차

위와 같은 제1심 판결에 대하여 서울지방병무청장이 불복·항소하였는데, 서울고등법원에서는 2001. 6. 13. 다음과 같은 이유로 제1심 판결 중 서울지방병무청장의 패소부분을 취소하였다(2000누7256).

(1) 개정 법령이 기존의 사실·법률관계를 적용대상으로 하면서 종전보다 불리한 법률효과를 규정하고 있는 경우에도 그러한 사실관계 등이 개정 법령이 시행되기 이전 이미 완성된 것이 아니라면 이를 소급입법이라고 할 수 없고, 다만, 개정 법령의 적용에 관한 공익상의 요구보다 개정 전 법령의 존속에 대한 국민의 신뢰를 보호할 만한 가치가 있다고 인정되는 경우에 한하여, 개

정 법령의 적용을 제한할 수 있을 뿐이다(대법원 2000. 3. 10. 선고 97누13818 판결, 2001. 10. 12. 선고 2001두274 판결 등 참조).

(2) 청구인이 1983년 법률에 규정된 징병검사의무 등의 면제연령인 31세에 아직 이르지 아니한 상태에서 입법자가 여러 차례 법률개정을 통하여 그 면제연령을 36세로 상향조정하였는데, 이 사건 처분 당시 종전 법률에 관한 경과규정이 존재하지 아니하고 청구인의 신뢰보호를 위하여 개정법률의 적용을 제한할 만한 특별한 사정이 없는 이상, 이 사건 처분 당시까지 아직 36세에 이르지 아니한 청구인에 대하여 이 사건 법률조항에 근거하여 징병검사를 명한 것은 적법하다.

라. 대법원의 재판절차

(1) 청구인은 서울고등법원의 판결에 대하여 불복·상고하면서 대법원에 위와 같은 징병검사명령의 근거규정인 이 사건 법률조항에 대한 위헌법률심판제청신청을 하였는데, 대법원은 2002. 5. 6. 이 사건 법률조항이 소급입법금지의 원칙 및 평등의 원칙 등을 위반하여 헌법상 보장되는 신체의 자유와 신뢰이익을 침해하는 위헌규정이라고 볼 수 없다는 이유로 위 신청을 기각하였다(2002아10). 이에 청구인은 2002. 5. 14. 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 따라 이 사건 법률조항에 대한 헌법소원심판청구를 하였다.

(2) 그 후 대법원은 2002. 6. 25. 위와 같은 제2심 판결에 위법이 없다는 이유로 청구인의 상고를 기각하였다(2001두5125).

2. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 이 사건 처분 당시 시행 중이던 구 병역법 제71조 제1항 제4호와 관련된 같은 항 단서의 규정이 헌법에 위반되는지 여부로서, 이 사건 법률조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

가. 이 사건 법률조항

구 병역법(1999. 2. 5. 법률 제5758호로 일부 개정되고, 1999. 12. 28. 법률 제6058호로 개정되기 전의 것) 제71조(입영의무등의 감면) ① 징병검사·현역병입영 또는 공익근무요원소집의무는 31세부터 면제되며, 면제된 사람은 제2국민역에 편입한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 사람은 36세부터 면제된다.

4. 제58조 제3항의 규정에 의한 의무·법무·군종사관후보생의 병적에서 제적된 사람

나. 관련조항

별지 목록 기재와 같다.

3. 청구인의 주장, 법원의 위헌제청신청 기각 이유와 관계기관의 의견 가. 청구인의 주장

(1) 소급입법금지원칙 및 신뢰보호원칙 위반

청구인은 1983년 법률에 따라서 의무사관후보생 병적에 편입되었기 때문에, 만일 그 의무사관후보생 병적에서 제적되는 경우 그 당시 법률에서 규정한 징집면제연령인 31세 이후에는 징집대상에서 제외될 수 있으리라는 기대 내지 신뢰가 이미 형성되었는데, 그후 법률개정으로 인하여 징집면제연령이 36세로 상향조정되었다는 이유로 이 사건 법률조항을 청구인에게 적용한 것은 소급입법금지원칙 및 신뢰보호원칙에 위반된다.

(2) 평등원칙 위반

별지 목록 기재와 같은 관련 병역법 규정의 개정내용에 의하면, 1983년 법률의 시행당시 의무사관후보생 병적에 편입되었던 사람들 중 ① 구 병역법(1993. 12. 31. 법률 제4685호로 전문개정되고, 1999. 2. 5. 법률 제5758호로 일부 개정되기 전의 것, 이하 '1993년 법률'이라 한다.)의 시행 이전에 제적된 사람에 대하여는 그 징집면제연령을 31세로 하고, ② 1993년 법률의 시행 이후 제적된 사람에 대하여는 그 징집면제연령을 36세로 하게 되는데, 이는 제적사유의 발생시점이라는 우연한 사정에 따라서 징집면제연령기준을 달리 하는 것으로서, 같은 조건에 있는 사람들을 불합리하게 차별하는 결과를 초래한다.

나. 대법원의 위헌제청신청 기각이유

이 사건 법률조항이 소급입법금지의 원칙 및 평등의 원칙 등을 위반하여 헌법상 보장되는 신체의 자유와 신뢰이익을 침해하는 위헌규정이라고 볼 수 없다.

다. 병무청장의 의견

서울고등법원의 판결내용과 유사한 논거를 제시하면서, 대법원의 위헌제청신청 기각이유와 대체로 같은 의견을 제시하였다.

4. 판 단

가. 우리 헌법상 국민의 국방의무와 입법형성권

(1) 우리 헌법 제5조 제2항은 '국군은 국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 의무를 수행함을 사명으로 하며, 그 정치적 중립성은 준수된다.'라고 규정하고 있고, 제66조 제2항은 '대통령은 국가의 독립·영토의 보전·국가의 지속성과 헌법을 수호할 책무를 진다.'라고 규정하고 있으며, 제74조는 '대통령

은 헌법과 법률이 정하는 바에 의하여 국군을 통수한다(제1항). 국군의 조직과 편성은 법률로 정한다(제2항).’라고 규정하고 있고, 제39조는 ‘모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다(제1항). 누구든지 병역의무의 이행으로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다(제2항).’라고 규정하고 있다. 이에 관련하여 우리 재판소는, ‘국방의 의무는 외부 적대세력의 직·간접적인 침략행위로부터 국가의 독립을 유지하고 영토를 보전하기 위한 의무로서, 현대전이 고도의 과학기술과 정보를 요구하고 국민전체의 협력을 필요로 하는 이른바 총력전인 점에 비추어 ① 단지 병역법에 의하여 군복무에 임하는 등의 직접적인 병력형성의무만을 가리키는 것이 아니라, ② 병역법, 향토예비군 설치법, 민방위기본법, 비상대비자원관리법 등에 의한 간접적인 병력형성의무 및 ③ 병력형성이후 군작전명령에 복종하고 협력하여야 할 의무도 포함하는 개념이다.’라는 취지로 판시하였다(헌재 1995. 12. 28. 91헌마80, 판례집 7-2, 851).

(2) 위와 같은 헌법규정과 우리 재판소의 판례 등에 비추어 볼 때, 일반적으로 국방의무를 부담하는 국민들 중에서 구체적으로 어떤 사람을 국군의 구성원으로 할 것인지 여부를 결정하는 문제는 이른바 ‘직접적인 병력형성의무’에 관련된 것으로서, ① 원칙적으로 국방의무의 내용을 법률로써 구체적으로 형성할 수 있는 입법자가 국가의 안보상황, 재정능력 등의 여러가지 사정을 고려하여 국가의 독립을 유지하고 영토를 보전함에 필요한 범위내에서 결정할 사항이고(헌재 1999. 2. 25. 97헌바3, 판례집 11-1, 122), ② 예외적으로 국가의 안위에 관계되는 중대한 교전상태 등의 경우에는 대통령이 헌법 제76조 제2항에 근거하여 법률의 효력을 가지는 긴급명령을 통하여 결정할 수도 있는 사항이라고 보아야 한다.

(3) 한편, 징집대상자의 범위를 결정하는 문제는 그 목적이 국가안보와 직결되어 있고, 그 성질상 급변하는 국내외 정세 등에 탄력적으로 대응하면서 ‘최적의 전투력’을 유지할 수 있도록 합목적적으로 정해야 하는 사항이기 때문에, 본질적으로 입법자 등의 입법형성권이 매우 광범위하게 인정되어야 하는 영역이다.

나. 이 사건 법률조항의 입법취지

이 사건 법률조항 및 다른 관련 조항에 의하면, 의무사관후보생에 대한 징병검사의무 등의 연령상한은 일반 병역의무자의 경우(30세)보다 상향된 35세로 규정되어 있다. 이는 의과대학의 교육과정이 비교적 장기간이고, 만일 의

무사관후보생이 전문의(專門醫) 과정을 거치게 되면 30세를 초과하는 경우가 발생할 수도 있다는 점을 고려한 것으로서, 입법자는 당사자가 원한다면 위와 같은 의무사관후보생의 교육과정을 단절하지 아니하고 전문의 자격을 취득한 다음 군복무를 할 수 있도록 허용하는 것이 전체적으로 국군의 적절한 전투력유지에 도움이 된다고 판단하고, 의무사관후보생의 군복무이행시기를 연기할 수 있도록 함과 동시에 그 징병검사의무 등의 연령상한을 상향조정한 것이다. 그런데, 의무사관후보생 병적에 편입되어 그 군복무이행기일을 연기하다가 30세를 초과한 다음 그 학업을 중단하고 위 병적에서 제적된 자를 징집대상에서 제외하는 경우, 형평성 논란 등으로 인하여 병무행정에 혼란을 야기하여 궁극적으로 국군의 적절한 전투력 유지에 악영향을 미칠 우려가 있기 때문에, 이러한 경위로 제적된 자에 대한 징병검사의무 등의 연령상한을 일반 병역의무자보다 상향조정하여 35세로 정하는 취지의 이 사건 법률조항을 둔 것이다. 위와 같은 이 사건 법률조항의 입법목적은 정당하다.

다. 소급입법금지원칙의 위반여부

(1) 소급입법금지원칙 위반의 주장논거

청구인이 의무사관후보생 병적에 편입된 이후 법률개정으로 인하여 징집면제연령이 36세로 상향조정되었다는 이유로 개정법률인 이 사건 법률조항을 청구인에게 적용하는 것은 소급입법금지원칙에 위반된다.

(2) 검토

(가) 우리 헌법은 제13조 제2항에서 ‘모든 국민은 소급입법에 의하여……재산권을 박탈당하지 아니한다.’라고 규정하여 소급입법에 의한 재산권의 박탈을 금지하고 있는데, 일반적으로 과거의 사실관계 또는 법률관계를 규율하기 위한 소급입법의 태양을 ① 이미 과거에 완성된 사실·법률관계를 규율의 대상으로 하는 ‘진정소급입법’과, ② 이미 과거에 시작하였으나 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실·법률관계를 규율의 대상으로 하는 ‘부진정소급입법’으로 구분하고, 전자는 헌법적으로 허용되지 않는 것이 원칙이며, 특별한 사정이 있는 경우에만 예외적으로 허용될 수 있는 반면, 후자는 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 된다는 것이 우리 재판소의 판례이다(헌재 1995. 10. 26. 94헌바12, 판례집 7-2, 447, 457-459; 헌재 1998. 11. 26. 97헌바58, 판례집 10-2, 673, 680-681; 헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 318; 헌재 1999. 7. 22. 97헌바76

등, 판례집 11-2, 175, 195 각 참조).

(나) 그런데, 입법자가 징병검사의무 등의 상한연령을 규정함으로써 구체적 인 징집대상자의 범위를 정하는 입법을 하는 경우, 이를 과거에 시작되거나 완성된 사실관계 등을 규율의 대상으로 하는 법률이라고 보기 어렵다. 우리 헌법상 국방의 의무는 우리 국민의 자격을 유지하고 있는 이상 지속적으로 부담하는 것이고, 입법자는 이러한 국방의무의 내용을 법률로써 구체적으로 형성할 수 있으므로, 입법자가 새로운 입법을 하면서 그 시점 이후의 징집대상자의 범위를 정하는 것은 그 입법당시를 기준으로 하여 국민들중 군복무에 적합한 사람을 선정하는 것일 뿐이고, 과거에 시작되거나 완성된 사실관계 등을 규율대상으로 하는 것이 아니기 때문이다.

(다) 가사, 징병검사의무 등의 상한연령을 규정함으로써 구체적인 징집대상자의 범위를 정하는 방식의 현행 병역법의 체계를 유지하는 이상 징병검사의무 등의 상한연령을 상향하는 법률의 개정은 소급입법적인 성격이 있다는 견해를 취한다고 하더라도, 위와 같이 법률이 개정될 때까지 종전 법률 소정의 징집면제연령인 31세에 달하지 아니하였던 청구인과 같은 사람에 대하여는 이른바 ‘부진정소급입법’이 될 뿐이다. 따라서 이 사건의 경우 종래의 법적 상태의 존속을 신뢰한 청구인에 대한 신뢰보호의 문제는 별론으로 하고, 헌법상 소급입법의 문제는 발생하지 않는다.

(3) 소결론

그렇다면, 이 사건 법률조항을 청구인에게 적용하는 것은 헌법상 소급입법 금지의 원칙에 어긋나지 아니한다.

라. 신뢰보호원칙의 위반여부

(1) 신뢰보호원칙 위반의 주장논거

1983년 법률에 따라서 의무사관후보생 병적에 편입된 청구인에게 이 사건 법률조항을 적용하는 것은 청구인의 기존 법질서에 대한 헌법적 신뢰를 침해하는 것이다.

(2) 검토

신뢰보호의 원칙은 헌법상 법치국가의 원칙으로부터 도출되는데(헌재 1995. 10. 26. 94헌바12, 판례집 7-2, 447, 461 참조), 그 내용은 법률의 제정이나 개정 시 구법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며 법률의 제정이나 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없다

면, 그러한 새로운 입법은 신뢰보호의 원칙상 허용될 수 없다는 것이다. 이러한 신뢰보호원칙의 위반 여부를 판단하기 위해서는, 한편으로는 침해받은 신뢰이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰침해의 방법 등과 다른 한편으로는 새로운 입법을 통해 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 비교·형량하여 판단하여야 한다(헌재 1995. 10. 26. 94헌바12, 판례집 7-2, 447, 460-461; 헌재 1998. 11. 26. 97헌바58, 판례집 10-2, 673, 680-683; 헌재 1999. 7. 22. 97헌바76 등, 판례집 11-2, 175, 195 각 참조).

(가) 개인의 신뢰이익의 보호가치

한편, 국가가 입법행위를 통하여 개인에게 신뢰의 근거를 제공한 경우, 입법자가 자신의 종전 입법행위에 의하여 어느 정도로 구속을 받는지 여부, 다시 말하면 법률의 존속에 대한 개인의 신뢰가 어느 정도로 보호되는지 여부에 대한 주요한 판단기준으로 다음과 같은 2가지 요소를 거시할 수 있다.

1) 법령개정예측성

먼저, 법적 상태의 존속에 대한 개인의 신뢰는 그가 어느 정도로 법적 상태의 변화를 예측할 수 있는지, 혹은 예측하였어야 하는지 여부에 따라 상이한 강도를 가진다.

그런데, 일반적으로 법률은 현실상황의 변화나 입법정책의 변경 등으로 언제라도 개정될 수 있는 것이기 때문에, 원칙적으로 이에 관한 법률의 개정은 예측할 수 있다고 보아야 한다. 따라서, 청구인과 같이 의과대학에 입학하여 의무사관후보생 병적에 편입된 사람이 그 당시 법률규정에 따른 징집면제연령에 대하여 가지고 있던 기대와 신뢰가 절대적인 것이라고는 볼 수 없다.

특히, 이 사건 법률조항은 직접적인 병력형성에 관한 영역으로서, 입법자가 급변하는 정세에 따라 단력적으로 그 징집대상자의 범위를 결정함으로써 적정한 군사력을 유지하여야 하는 강력한 공익상 필요가 있기 때문에, 이에 관한 입법자의 입법형성권의 범위가 매우 넓다는 점은 위에서 살펴본 바와 같다. 따라서 국민들은 이러한 영역에 관한 법률이 제반 사정에 따라 언제든지 변경될 수 있다는 것을 충분히 예측할 수 있다고 보아야 한다.

2) 유인된 신뢰의 행사여부

다음으로, 개인의 신뢰이익에 대한 보호가치는 ① 법령에 따른 개인의 행위가 국가에 의하여 일정방향으로 유인된 신뢰의 행사인지, ② 아니면 단지 법률이 부여한 기회를 활용한 것으로서 원칙적으로 사적 위험부담의 범위에 속하는 것인지 여부에 따라 달라진다. 만일 법률에 따른 개인의 행위가 단지 법

률이 반사적으로 부여하는 기회의 활용을 넘어서 국가에 의하여 일정 방향으로 유인된 것이라면 특별히 보호가치가 있는 신뢰이익이 인정될 수 있고, 원칙적으로 개인의 신뢰보호가 국가의 법률개정이익에 우선된다고 볼 여지가 있다.

그런데, 이 사건 법률조항의 경우 국가가 입법을 통하여 개인의 행위를 일정방향으로 유도하였다고 볼 수는 없고, 따라서 청구인의 징집면제연령에 관한 기대 또는 신뢰는 단지 법률이 부여한 기회를 활용한 것으로서 원칙적으로 사적 위험부담의 범위에 속하는 것이다.

3) 경과규정 등

일반적으로 신뢰보호의 구체적 실현수단으로 사용되는 경과규정에는 ① 기존 법률이 적용되던 사람들에게 신법 대신 구법을 적용하도록 하는 방식과, ② 적응보조규정을 두는 방식 등이 있다.

이 사건에 관련하여 입법자는 군복무이행이 가지는 기본권제한적인 성격을 감안하여, 의무사관후보생 병적 등에서 제적된 사람의 징집면제연령을 31세에서 36세로 상향조정하는 내용이 포함된 구 병역법(1991. 1. 14. 법률 제4317호로 일부 개정되고 1993. 12. 31. 법률 제4685호로 전문개정되기 전의 것, 이하 '1991년 법률'이라 한다.)의 부칙 제3조에 '이 법 시행전에 특수병과사관후보생의 병적에 편입된 자는 이 법에 의하여 특수병과사관후보생의 병적에 편입된 것으로 보며, 그 병적에서 제적되는 자에 대한 의무부과는 종전의 규정에 의한다.'라고 규정하여 1983년 법률의 시행 당시 위 병적에 편입되었다가 제적된 사람 중 1991년 법률이 시행되기 이전에 이미 종전 법률 소정의 징집면제연령인 31세에 이르렀거나 이에 임박했던 자들이 새로운 법질서를 예측하지 못하고 있다가 갑자기 징집되는 상황에 대비하였다. 또한, 입법자는 위와 같은 1991년 법률 부칙 제3조의 경과규정을 2년 이상 존속시킨 다음, 이러한 경과규정이 삭제된 1993년 법률을 시행하면서 '특수병과사관후보생의 병적에서 제적된 사람으로 현역병으로 입영하여야 할 사람 중 31세 이상인 사람은 공익근무요원으로 복무할 수 있다.'라는 취지의 임의적 적응조정규정(제71조 제2항, 제1항 제4호)을 신설함으로써 종전의 법률을 적용받던 사람 등의 기본권제한적 요소를 부분적으로 완화시킬 수 있는 보완조치를 하였다.

결국 우리 입법자는 1983년 법률에 따라 의무사관후보생 병적에 편입된 사람들 중 기존의 법질서에 대한 신뢰이익이 상대적으로 강한 사람들에 대하여는 법률개정으로 인한 불의타(不意打)를 방지하는 경과조치를 하였고, 1991

년 법률의 시행당시 만23세, 1993년 법률의 시행당시 만26세에 불과하여 그 신뢰이익이 상대적으로 미약하였던 청구인과 같은 사람들에 대하여는 개정된 법률에 적용·대비할 수 있는 ‘시간’을 제공하는 등 개정 법률에 적용할 수 있도록 나름대로 보완조치를 한 것이므로, 위와 같은 개정 법률로 인하여 개인이 입은 신뢰이익 침해의 정도는 작다고 할 수 있다.

(나) 개인의 신뢰이익에 대비되는 공익

한편, 이 사건에서 개인의 신뢰이익에 대비되는 공익은 적절한 전투력을 구비한 국군의 편성, 유지라고 하는 중요한 문제에 직접적으로 관련되어 있다. 입법자는 병무행정에서의 형평성 논란 등을 불식시키고 궁극적으로 국군의 적절한 전투력 유지에 악영향을 미칠 수 있는 요소를 제거하기 위하여 위와 같이 법률을 개정한 것으로 보이고, 따라서 법률의 개정으로 인하여 달성하려는 공익은 이로 인하여 받을 청구인의 불이익에 비하여 훨씬 더 크다고 할 것이다.

(3) 소결론

이상 살펴본 바와 같이 청구인과 같이 종전 법률의 적용을 받던 개인의 신뢰이익의 보호가치, 그 신뢰이익의 침해정도, 신뢰이익의 보호를 고려한 경과 조치의 존재, 법률 개정을 통하여 실현하고자 하는 공익목적의 중요성 등을 종합적으로 고려할 때 이 사건 법률조항은 헌법상의 신뢰보호원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

마. 평등원칙 위반 여부

(1) 평등원칙위반 주장의 논거

이 사건 법률조항 및 관련 조항으로 인하여, 1983년 법률의 시행당시 의무사관후보생의 병적에 편입되었다가 제적된 사람들의 경우 각자의 ‘제적사유의 발생시점’이라는 우연한 사정에 따라서 각 개인에게 적용되는 ‘징집면제 연령기준’이 달라지게 되는데, 이는 같은 조건에 있는 사람들을 불합리하게 차별하는 결과를 초래한다.

(2) 평등원칙위반의 심사기준

(가) 심사기준의 선택

평등원칙의 위반여부에 관한 심사기준은 입법자에게 인정되는 입법형성권의 범위에 따라서 달라지게 되는데, 위에서 본 바와 같이 국방의무를 부담하는 국민들 중에서 구체적인 징집대상자를 선정하는 사항은 우리 헌법상 입법자에게 매우 광범위한 입법형성권이 부여된 영역이다. 따라서, 이 사건 법률

조항의 평등원칙위반여부에 관하여는 그 차별에 관하여 현저한 불합리성이 있는지 여부, 즉 입법자의 자의성이 있는지 여부만을 심사하면 족하다.

(나) 심사요건

일반적으로 자의금지원칙에 관한 심사요건은 ① 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고 있는지에 관련된 차별취급의 존재 여부와, ② 이러한 차별취급이 존재한다면 이를 자의적인 것으로 볼 수 있는지 여부라고 할 수 있다. 한편, ①의 요건에 관련하여 두개의 비교집단이 본질적으로 동일한가의 판단은 일반적으로 당해 법규정의 의미와 목적에 달려 있고, ②의 요건에 관련하여 차별취급의 자의성은 합리적인 이유가 결여된 것을 의미하므로, 차별대우를 정당화하는 객관적이고 합리적인 이유가 존재한다면 차별대우는 자의적인 것이 아니게 된다.

(3) 검 토

(가) 차별취급의 존재

1983년 법률의 시행당시 의무사관후보생의 병적에 편입되었다가 제적된 사람들의 경우, 이 사건 법률조항 및 관련 조항에 의하여 각자의 제적사유의 발생시점에 따라서 ‘징집면제연령기준’이 달라진다는 결과에 주안점을 둔다면, 이 사건 법률조항 등에 의한 차별취급이 존재하였다고 볼 여지가 있다.

(나) 차별대우에 대한 합리적 이유

그렇지만, 위와 같은 법률개정과정 등에 비추어 볼 때, 우리 입법자는 1983년 법률 등에 대한 개인의 신뢰이익을 일정한 범위 내에서 보호하는 것이 원활한 병무행정에 도움이 되기 때문에, 위와 같은 개인의 신뢰이익 강도의 차이에 따라서 각 개정 법률의 시행시점 당시 일정한 범위에 있는 이해관계자는 ‘징집대상’에서 제외시키고, 나머지 이해관계자는 ‘징집대상’에 포함시키는 정책적 판단을 한 것으로서, 이러한 이해관계자들에 대하여 적용되는 구체적인 ‘징집면제연령기준’이 달라진 것은 위와 같은 정책적 판단의 부산물로 보인다. 아래에서는 입법자의 법률개정과정을 통하여 확인할 수 있는 이해관계자들의 구체적인 분류방법 등에 대하여 살펴본다.

1) 1991년 법률의 시행 이전에 위 병적에서 제적된 사람들

① 1991년 법률의 시행 이전에 이미 종전 법률 소정의 징집면제연령인 31세에 달한 사람이 제적된 경우에는 기존 법질서에 대한 신뢰를 보호할 필요성이 매우 강하기 때문에 경과규정을 통하여 이를 징집대상에서 제외하였고, ② 1991년 법률이 시행되기 전에 31세 미만인 사람이 제적된 경우에는 일반 규

정에 따라 징집대상에 포함시켰다.

2) 1991년 법률의 시행 이후 1993년 법률의 시행 이전에 위 병적에서 제적된 사람들

① 비록 위 1) ①의 경우보다는 개인의 신뢰를 보호할 필요성이 상대적으로 미약하지만, 1991년 법률의 시행 당시 31세에 임박한 사람들에게 대하여는 새로운 법률이 시행되는 동안 31세에 달한 이후에 제적된 경우라도 종전 법률에 대한 신뢰를 보호해 주는 것이 원활한 병무행정에도움이 된다고 판단하고 경과규정을 통하여 이를 징집대상에서 제외하였고, ② 1991년 법률의 시행도중 31세 미만인 사람이 제적된 경우에는 일반 규정에 따라 징집대상자에 포함시켰다.

3) 1993년 법률의 시행 이후 위 병적에서 제적된 사람들

1983년 법률에 대하여 상대적으로 신뢰이익이 큰 이해관계자의 경우 이미 경과규정 등을 통하여 2년 이상 보호하였기 때문에, 결과적으로 종전 법질서에 대한 신뢰이익이 상대적으로 크지 않은 것으로 판단되는 36세 미만의 이해관계자들이 제적되는 경우 이를 모두 징집대상자에 포함시켰다.

(다) 소결론

그렇다면, 입법자가 여러 차례 법률을 개정하면서 1983년 법률의 시행당시 의무사관후보생 병적에 편입되었던 이해관계자들의 기존 법질서에 대한 신뢰 보호 필요성의 차이에 따라서 구체적인 징집대상자의 범위 등을 결정한 것은 합리적 근거에 기초한 것이다. 따라서, 위와 같은 이해관계자들의 제적시점에 따라서 결과적으로 실질적인 법률관계가 달라지는 사례가 발생하더라도, 이러한 입법자의 판단에 합리적 근거가 있는 이상, 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위반된다고 할 수는 없다.

5. 결 론

이에 관여한 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현(주심) 김영일 권 성 김효종
김경일 송인준 주선희

[별 지]

목 록

1. 청구인이 의무사관후보생 병적에 편입될 당시 시행되던 구 병역법(1983. 12. 31. 법률 제3696호로 전문 개정되고 1989. 12. 30. 법률 제4156호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘1983년 법률’이라 한다.)

제2조(정의) ① 이 법에서 사용되는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “징집”이라 함은 국가가 병역의무자에 대하여 현역에 복무할 의무를 부과하는 것을 말한다.
2. “소집”이라 함은 국가가 병역의무자중 예비역·보충역 또는 제2국민역에 대하여 현역복무 외의 군복무의무를 부과하는 것을 말한다.
3. “입영”이라 함은 병역의무자가 징집·소집 또는 지원에 의하여 군부대에 들어가는 것을 말한다.
4. “무관후보생”이라 함은 현역의 사관생도·사관후보생·준사관후보생 및 하사관후보생과 제1국민역의 사관후보생 및 하사관후보생을 말한다.

5. (이하, 생략)

② 이 법에서 병역의무의 이행시기를 연령으로 표시한 경우 “○○세부터”라 함은 그 연령이 되는 해의 1월 1일부터를, “○○세까지”라 함은 연령이 되는 해의 12월 31일까지를 말한다.

제16조(현역병입영) ④ 현역병입영의무는 31세부터 면제되며, 현역병입영의무가 면제된 자는 보충역에 편입한다.

제23조(방위소집) ③ 방위소집의무는 31세부터 면제된다.

제50조(의무·법무·군종장교등의 병적편입) ① 현역병입영대상자로서 제1호에 해당하는 자에 대하여는 의무분야의 현역장교 또는 예비역장교의 병적에, 제2호 또는 제3호에 해당하는 자에 대하여는 법무 또는 군종분야의 현역장교의 병적에 편입할 수 있다. 이 경우 현역장교의 복무기간은 징집에 의하여 입영한 현역병과 같다.

1. 의사 또는 치과의사의 자격이 있는 자

2. 내지 3. (생략)

② 제1항 각호의 자격을 얻기 위하여 해당 교육기관 또는 연수기관에서 소정의 과정을 이수중에 있는 자는 원에 의하여 의무·법무·군종사관후보생(이하 “특수병과사관후보생”이라 한다)의 병적에 편입할 수 있으며, 그 편입

대상 및 제한연령등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③ 제2항의 규정에 의하여 특수병과사관후보생의 병적에 편입된 자는 제16조 제4항의 규정에 불구하고 35세까지의 범위안에서 특수병과의 현역장교 또는 예비역장교의 병적에 편입할 수 있다.

④ (이하, 생략)

2. 구 병역법(1989. 12. 30. 법률 제4156호로 개정된 부분)

제50조 ① 현역병 입영대상자로서 다음 각호의 1에 해당하는 자에 대하여는 의무·법무 또는 군종분야의 현역장교의 병적에 편입할 수 있다. 이 경우 현역장교의 복무기간은 징집에 의하여 입영한 현역병과 같다. <改正 1989. 12. 30.>

1. 의사 또는 치과의사의 자격이 있는 자
2. 내지 3. (생략)

② (개정사항 없음)

③ 제2항의 규정에 의하여 특수병과사관후보생의 병적에 편입된 자는 제16조 제4항의 규정에 불구하고 35세까지의 범위안에서 특수병과의 현역장교의 병적에 편입할 수 있다. <개정 1989. 12. 30.>

3. 특수병과사관후보생의 병적에 대한 편입요건을 변경하고, 그 병적에 편입되었다가 제적된 자에 관련된 특별한 규정 및 경과규정 등을 신설한 구 병역법(1991. 1. 14. 법률 제4317호로 일부 개정되고 1993. 12. 31. 법률 제4685호로 전문개정되기 전의 것, 이하 '1991년 법률'이라 한다.)

제50조 ① (개정사항 없음)

② 다음 각호의 1에 해당하는 자는 원에 의하여 의무·법무·군종사관후보생(이하 "특수병과사관후보생"이라 한다)의 병적에 편입할 수 있으며, 그 편입대상 및 제한연령등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. <개정 1991. 1. 14.>

1. 의사 또는 치과의사의 자격이 있는 자로서 군전공의수련기관에서 소정의 과정을 이수하고 있는 자
2. 내지 3. (생략)

③ 제2항의 규정에 의하여 특수병과사관후보생의 병적에 편입된 자는 35세까지의 범위안에서 특수병과의 현역장교의 병적에 편입할 수 있으며, 특수병

과사관후보생의 병적에서 제적된 자는 제16조 제4항 및 제23조 제3항의 규정에 불구하고 35세까지의 범위안에서 그 신체등위에 따라 현역병으로 입영하게 하거나 방위소집할 수 있다. <개정 1989. 12. 30., 1991. 1. 14.>

④ (이하, 생략)

부칙 <제4317호, 1991. 1. 14.>

제3조(특수병과사관후보생에 관한 경과조치) 이 법 시행전에 특수병과사관후보생의 병적에 편입된 자는 이 법에 의하여 특수병과사관후보생의 병적에 편입된 것으로 보며, 그 병적에서 제적되는 자에 대한 의무부과는 종전의 규정에 의한다.

4. 청구인이 위 병적에서 제적된 1995. 8. 23.에 시행되고 있던 구 병역법(1993. 12. 31. 법률 제4685호로 전문개정되고, 1999. 2. 5. 법률 제5758호로 일부 개정되기 전의 것, 이하 '1993년 법률'이라 한다)

제2조(정의) ① 이 법에서 사용되는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “징집(徵集)”이라 함은 국가가 병역의무자에 대하여 현역(現役)에 복무할 의무를 부과하는 것을 말한다.
2. “소집(召集)”이라 함은 국가가 병역의무자중 예비역(豫備役)·보충역(補充役) 또는 제2국민역(第2國民役)에 대하여 현역복무외의 군복무(軍服務)의무 또는 공익분야에서의 복무의무를 부과하는 것을 말한다.
3. “입영(入營)”이라 함은 병역의무자가 징집·소집 또는 지원(志願)에 의하여 군부대에 들어가는 것을 말한다.
4. “무관후보생(武官候補生)”이라 함은 현역의 사관생도(士官生徒)·사관후보생(士官候補生)·준사관후보생(准士官候補生) 및 하사관후보생(下士官候補生)과 제1국민역(第1國民役)의 사관후보생 및 하사관후보생을 말한다.

5. (이하, 생략)

② 이 법에서 병역의무의 이행시기(履行時期)를 연령으로 표시한 경우 “○세부터”라 함은 그 연령이 되는 해의 1월 1일부터를, “○○세까지”라 함은 그 연령이 되는 해의 12월 31일까지를 말한다.

제58조(의무·법무·군종장교등의 병적편입) ① 현역병입영대상자로서 다음 각호의 1에 해당하는 사람에 대하여는 원에 의하여 의무·법무 또는 군종분야의 현역장교의 병적에 편입할 수 있다.

1. 의사 또는 치과의사의 자격이 있는 사람

2. 내지 3. (생략)

② 다음 각호의 1에 해당하는 사람중 의무·법무·군종사관후보생을 지원한 사람(이하 “특수병과사관후보생”으로 한다)은 특수병과사관후보생의 병적에 편입할 수 있으며, 그 편입대상 및 제한연령(制限年齡)등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

1. 의사·치과의사 또는 한의사의 자격이 있는 사람으로서 군전공의수련기관(軍專攻醫修鍊機關)에서 소정의 과정을 이수하고 있는 사람

2. 내지 3. (생략)

③ 제2항의 규정에 의하여 특수병과사관후보생의 병적에 편입된 사람은 35세까지의 범위내에서 특수병과(特殊兵科)의 현역장교의 병적에 편입할 수 있으며, 특수병과사관후보생의 병적에서 제적된 사람은 그 신체등위에 따라 현역병으로 입영하게 하거나 공익근무요원으로 소집할 수 있다.

제71조(입영의무등의 감면) ① 징병검사·현역병입영 또는 공익근무요원 소집의무는 31세부터 면제되며, 면제된 사람은 제2국민역에 편입한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 사람은 36세부터 면제된다.

1. 내지 3. (생략)

4. 제58조 제3항의 규정에 의한 특수병과사관후보생의 병적에서 제적된 사람

② 제1항 단서의 규정에 의하여 현역병으로 입영하여야 할 사람중 31세이상인 사람은 공익근무요원으로 복무하게 할 수 있다.

5. 이 사건 처분 당시에 시행되고 있던 구 병역법(1999. 2. 5. 법률 제5758호로 일부 개정되고, 1999. 12. 28. 법률 제6058호로 개정되기 전의 것)

제58조(의무·법무·군종장교등의 병적편입) ① (개정사항 없음)

② 다음 각호의 1에 해당하는 사람중 의무·법무·군종사관후보생을 지원한 사람은 의무·법무·군종사관후보생의 병적에 편입할 수 있으며, 그 편입대상 및 제한연령(制限年齡)등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. <改正 1994. 12. 31., 1999. 2. 5.>

1. 의사·치과의사 또는 한의사의 자격이 있는 사람으로서 군전공의수련기관(軍專攻醫修鍊機關)에서 소정의 과정을 이수하고 있는 사람

2. 내지 3. (생략)

③ 제2항의 규정에 의하여 의무·법무·군종사관후보생의 병적에 편입된 사람은 35세까지의 범위내에서 특수병과(特殊兵科)의 현역장교의 병적에 편입할 수 있으며, 의무·법무·군종사관후보생의 병적에서 제적된 사람은 그 신체등위에 따라 현역병으로 입영하게 하거나 공익근무요원으로 소집할 수 있다. <개정 1999. 2. 5.>

제71조(입영의무등의 감면) ① 징병검사·현역병입영 또는 공익근무요원소집의무는 31세부터 면제되며, 면제된 사람은 제2국민역에 편입한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 사람은 36세부터 면제된다. <改正 1994. 12. 31., 1997. 1. 13., 1999. 2. 5.>

1. 내지 3. (생략)

4. 제58조 제3항의 규정에 의한 의무·법무·군종사관후보생의 병적에서 제적된 사람

토지구획정리사업법폐지법률 부칙 제3조 등 위헌확인

(2002. 11. 28. 2001헌마563 전원재판부)

【판시사항】

청구인들의 기본권과 관계가 없는 헌법소원에 해당하여 소원을 제기할 법률상의 이익이 없어 부적법하다고 한 사례

【결정요지】

청구인들이 주장하는 바의 기본권과 청구인들 사이에 아무런 법률상의 관련 내지 이해관계가 없다면 청구인들 자신의 자유에 대한 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈은 생길 수가 없는 것이기 때문에, 이러한 경우의 소원은 청구인들 자신의 기본권과는 관계가 없는 것이어서 청구인들은 소원을 제기할 법률상의 이익이 없어 부적법하다고 할 것이다. 그런데 구 토지구획정리사업법상 토지구획정리사업의 실시로 인하여 발생된 미매각체비지 및 미징수청산금의 집행잔액 등의 이른바 잔여수익금에 대하여 종전의 토지소유자에게 반환청구권을 인정하는 법률규정은 전혀 존재하지 아니하고, 구 토지구획정리사업법 제76조의2 제2항에 의하면 시행자가 토지구획정리사업완료 후 사업비의 집행잔액이 있을 때에는 이를 당해 구획정리사업지구 안의 공공시설 설치에 사용하여야 하지만 그러한 공공시설 설치로 인하여 청구인들이 받는 이익은 사실상의 이익 내지 반사적 이익에 불과하여 이를 법률상의 이해관계라고 볼 수는 없다. 그렇다면 잔여수익금에 대하여 청구인들이 무슨 재산권이나 법률상의 이해관계를 가진다고 인정할 수 없으므로 이 사건 소원은 청구인들의 기본권과는 관계가 없는 것이고, 따라서 청구인들은 이 소원을 제기할 법률상 이익이 없어 이 소원은 부적법하다.

【심판대상조문】

토지구획정리사업법폐지법률(2000. 1. 28. 법률 제6252호로 제정된 것) 부칙 제3조(수익금 등에 관한 경과조치) 이 법 시행전에 토지구획정리사업의 실시로 인하여 발생된 미매각채비지 및 미징수청산금의 집행잔액등 수익금은 이 법 시행후 도시개발법에 의한 대통령령이 정하는 날부터 도시개발법 제59조 제1항의 규정에 의한 도시개발특별회계에 귀속된다.

도시개발법(2000. 1. 28. 법률 제6242호로 제정된 것) 제59조(도시개발특별회계의 설치 등) ① 생략

② 특별회계는 다음 각호의 재원으로 조성된다.

1.~3. 생략

4. 제68조 제3항의 규정에 의한 집행잔액

5.~10. 생략

도시개발법(2000. 1. 28. 법률 제6242호로 제정된 것) 제68조(수익금 등의 사용제한 등)

①, ② 생략

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 수익금 등을 도시개발사업의 목적으로 사용한 후 집행잔액이 있는 경우 그 집행잔액은 특별회계에 귀속된다.

【참조조문】

토지구획정리사업법폐지법률 부칙 제1조(시행일) 이 법은 2000년 7월 1일부터 시행한다.

도시개발법시행령(2000. 8. 2. 대통령령 제16933호로 제정된 것) 부칙 제1조(시행일) 이 영은 공포한 날부터 시행한다.

도시개발법시행령(2000. 8. 2. 대통령령 제16933호로 제정된 것) 부칙 제3조(수익금 등에 관한 경과조치) 법률 제6252호 토지구획정리사업법폐지법을 부칙 제3조에서 “대통령령이 정하는 날”이라 함은 이 영 시행후 5년의 범위내에서 당해 시·도 또는 시·군의 조례가 정하는 날을 말한다.

서울특별시도시개발조례(2001. 6. 15. 조례 제3873호로 제정된 것) 제8조(특별회계의 설치) ① 법 제59조 제1항 및 제60조 제3항의 규정에 의하여 서울특별시도시개발특별회계(이하, “특별회계”라 한다)를 설치한다.

② 특별회계의 운영에 관하여 이 조례에 규정되지 않은 사항은 일반회계의 예를 준용한다.

서울특별시도시개발조례(2001. 6. 15. 조례 제3873호로 제정된 것) 부칙 ① (시행일) 이 조례는 공포한 날부터 시행한다. 다만, 제8조의 규정은 2002년 1월 1일부터 시행한다.

② (토지구획정리사업비특별회계 집행잔액의 귀속) 영 부칙 제3조의 규정에 의한 서울특별시토지구획정리사업비특별회계(미매각 채비지 및 미징수 청산금을 포함한다) 집행잔액 등 수입금은 특별회계 설치일에 특별회계에 귀속된다.

토지구획정리사업법(2000. 1. 28. 법률 제6252호로 폐지되기 전의 것) 제76조의2(부담금

및 보조금등의 사용제한) ① 시행자는 체비지 또는 보류지의 매각대금과 청산금의 징수금 및 제73조 내지 제76조의 규정에 의한 부담금과 보조금등 구획정리사업으로 생긴 수입금은 당해 구획정리사업 이외의 다른 목적으로 사용할 수 없다.

② 시행자는 구획정리사업완료후 사업비의 집행잔액이 있을 때에는 특별시장·광역시장 또는 도지사의 인가를 받아 당해 구획정리사업지구안의 공공시설설치에 사용하여야 한다.

【참조판례】

헌재 1999. 5. 27. 97헌마368, 판례집 11-1, 667

헌재 1999. 11. 25. 99헌마163, 판례집 11-2, 644

【당 사 자】

청 구 인 진채석 외 1인

청구인들 대리인 변호사 황도수 외 1인

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 서울특별시가 구(舊) 토지구획정리사업법(2000. 1. 28. 법률 제6252호로 폐지되기 전의 것)에 따라 1982. 3. 20.경부터 시작하여 1988. 12. 31.경까지 사업시행을 완료한 가락토지구획정리사업 및 1974. 12.경부터 시작하여 1986. 12.경까지 사업시행을 완료한 잠실토지구획정리사업에서 각기 발생한 미매각 체비지 및 미징수청산금의 집행잔액 등 수익금이 2000. 1. 28. 법률 제6252호로 제정된 토지구획정리사업법폐지법률 부칙 제3조에 의하여 도시개발법(2000. 1. 28. 법률 제6242호로 제정된 것) 제59조 제1항, 도시개발법시행령(2000. 8. 2. 대통령령 제16933호로 제정된 것) 부칙 제3조, 서울특별시도시개발조례(2001. 6. 15 조례 제3873호로 제정된 것) 제8조의 규정에 의한 서울특별시의 도시개발특별회계에 2002. 1. 1. 귀속되었다.

(2) 토지구획정리사업에서 발생한 미매각체비지 및 미징수청산금의 집행잔액 등 수익금은 구 토지구획정리사업법 제76조의2 제2항에 의하여 시행자가

당해 구획정리사업지구 안의 공공시설설치에만 사용하여야 하였는데, 이것이 이와 같은 용도의 제한을 두고 있지 아니한 도시개발법상의 특별회계에 귀속됨으로써 이제는 이 수익금을 더 이상 당해 사업지구 안의 공공시설설치에만 사용할 수는 없게 되었다.

(3) 이것은 청구인들과 같이 이 사업지구 안의 토지를 소유하다가 이 사업 시행과정에서 환지처분을 받은 뒤 현재까지 이 사업지구 안에 거주하고 있는 사람들의 재산권을 침해하는 것이라고 청구인들은 주장하면서 소원을 제기하였다.

나. 심판대상 법률

(1) 심판대상 법률은 토지구획정리사업법폐지법률(2000. 1. 28. 법률 제6252호로 제정된 것, 이하 ‘폐지법률’이라고 한다) 부칙 제3조와 도시개발법(2000. 1. 28. 법률 제6242호로 제정된 것) 제59조 제2항 제4호 및 제68조 제3항이다. 그 규정내용은 다음과 같다.

토지구획정리사업법폐지법률 부칙 제3조(수익금 등에 관한 경과조치) 이 법 시행 전에 토지구획정리사업의 실시로 인하여 발생된 미매각체비지 및 미징수청산금의 집행잔액 등 수익금은 이 법 시행 후 도시개발법에 의한 대통령령이 정하는 날부터 도시개발법 제59조 제1항의 규정에 의한 도시개발특별회계에 귀속된다.

도시개발법 제59조(도시개발특별회계의 설치 등) ① 시·도지사 또는 시장·군수는 도시개발사업을 촉진하고 도시계획시설사업의 설치지원 등을 위하여 지방자치단체에 도시개발특별회계(이하 “특별회계”라 한다)를 설치할 수 있다.

② 특별회계는 다음 각호의 재원으로 조성된다.

1.~3. 생략

4. 제68조 제3항의 규정에 의한 집행잔액

5.~10. 생략

도시개발법 제68조(수익금 등의 사용제한 등)

①② 생략

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 수익금 등을 도시개발사업의 목적으로 사용한 후 집행잔액이 있는 경우 그 집행잔액은 특별회계에 귀속된다.

(2) 관련조항

○ 토지구획정리사업법폐지법률 부칙 제1조(시행일) 이 법은 2000년 7월 1

일부러 시행한다.

○ 도시개발법시행령(2000. 8. 2. 대통령령 제16933호로 제정된 것) 부칙 제3조(수익금 등에 관한 경과조치) 법률 제6252호 토지구획정리사업법폐지법률 부칙 제3조에서 “대통령령이 정하는 날”이라 함은 이 영 시행 후 5년의 범위 내에서 당해 시·도 또는 시·군의 조례가 정하는 날을 말한다.

○ 도시개발법시행령 부칙 제1조(시행일) 이 영은 공포한 날부터 시행한다.

○ 서울특별시도시개발조례(2001. 6. 15 조례 제3873호로 제정된 것) 제8조(특별회계의 설치) ① 법 제59조 제1항 및 제60조 제3항의 규정에 의하여 서울특별시도시개발특별회계(이하 “특별회계”라 한다)를 설치한다.

② 특별회계의 운영에 관하여 이 조례에 규정되지 않은 사항은 일반회계의 예를 준용한다.

○ 서울특별시도시개발조례 부칙 ① (시행일) 이 조례는 공포한 날부터 시행한다. 다만, 제8조의 규정은 2002년 1월 1일부터 시행한다.

② (토지구획정리사업비특별회계 집행잔액의 귀속) 영 부칙 제3조의 규정에 의한 서울특별시도시지구획정리사업비특별회계(미매각 체비지 및 미징수 청산금을 포함한다) 집행잔액 등 수입금은 특별회계 설치일에 특별회계에 귀속된다.

○ 구 토지구획정리사업법 제76조의2(부담금 및 보조금 등의 사용제한) ① 시행자는 체비지 또는 보류지의 매각대금과 청산금의 징수금 및 제73조 내지 제76조의 규정에 의한 부담금과 보조금등 구획정리사업으로 생긴 수입금은 당해 구획정리사업 이외의 다른 목적으로 사용할 수 없다.

② 시행자는 구획정리사업 완료 후 사업비의 집행잔액이 있을 때에는 특별시장·광역시장 또는 도지사의 인가를 받아 당해 구획정리사업지구 안의 공공시설설치에 사용하여야 한다.

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 청구인들은 구 토지구획정리사업법(2000. 1. 28. 법률 제6252호로 폐지되기 전의 것, 이하 ‘구법’이라 한다) 제72조 및 제76조의2, 토지구획정리사업에관한사무처리규정 제17조 제5항에 따라 이 토지구획정리사업의 실시로 인하여 발생된 미매각체비지 및 미징수청산금의 집행잔액 등 수익금(이하 ‘잔여수익금’이라 한다)을 반환받을 재산권을 가지고 있을 뿐만 아니라, 서울특별시가 구법 제76조의2 제2항에 따라 잔여수익금을 이 사건 사업지구 안의 공

공시설설치에 사용할 경우 얻게 되는 이득을 향유할 법적 권리를 가지고 있어 실질적으로 이 수익금은 청구인들의 재산이다.

(2) 폐지법률 부칙 제3조는 청구인들의 재산에 속하는 이러한 잔여수익금이 지방자치단체의 도시개발특별회계에 귀속된다고 규정함으로써 잔여수익금에 대한 청구인들의 위에서 본 바와 같은 권리를 박탈하고 있는데 이것은 공익과 사익의 균형, 청구인들의 피해를 보다 줄일 수 있는 대체수단의 존재, 잔여수익금의 계속적 보유에 관한 청구인들의 신뢰 등을, 행정의 편의를 위하여, 무시함으로써 헌법상의 과잉금지의 원칙과 신뢰보호의 원칙에 어긋나 위헌이다.

나. 관계기관의 의견 : 별지 기재와 같다.

3. 폐지법률 부칙 제3조에 대한 판단

가. 청구인들의 기본권과의 관계

법령으로 인한 기본권침해를 이유로 헌법소원을 청구하기 위하여서는 당해 법령 그 자체에 의하여 청구인들 자신의 자유에 대한 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우이어야 한다(헌재 1999. 5. 27. 97헌마368, 판례집 11-1, 667, 671; 헌재 1999. 11. 25. 99헌마163, 판례집 11-2, 644, 655).

그러므로 청구인들이 주장하는 바의 기본권과 청구인들 사이에 아무런 법률상의 관련 내지 이해관계가 없다면 청구인들 자신의 자유에 대한 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈은 생길 수가 없는 것이기 때문에 이러한 경우의 소원은 청구인들 자신의 기본권과는 관계가 없는 것이어서 청구인들은 소원을 제기할 법률상의 이익이 없는 것이고(헌법재판소법 제40조 제1항, 행정소송법 제12조) 따라서 이러한 소원은 부적법하다고 할 것이다. 그러므로 이 사건 소원이 청구인들의 기본권과 무슨 관계가 있는 것인지에 대하여 먼저 살펴본다.

나. 우선 청구인들은 잔여수익금의 반환을 받을 권리가 있다고 주장한다.

그러나 토지구획정리사업의 실시로 인하여 발생된 미매각체비지 및 미징수 청산금의 집행잔액 등의 이른바 잔여 수익금에 대하여 종전의 토지소유자에게 반환청구권을 인정하는 법률규정은 전혀 존재하지 아니한다.

(1) 구법 제76조의2 제2항은 “시행자는 구획정리사업완료 후 사업비의 집행잔액이 있을 때에는 특별시장·광역시장 또는 도지사의 인가를 받아 당해 구획정리사업지구 안의 공공시설설치에 사용하여야 한다”라고 규정하고 있었지만 이것은 잔여수익금이 시행자에게 귀속되는 것을 전제로 하고 단지 그

용도 내지 사용처를 제한하는 것일 뿐이지 이 규정이 잔여수익금에 대한 종전토지 소유자들의 반환청구권 자체를 인정하는 것이 아님은 명백하다.

(2) 시행자는 구획정리사업에 필요한 경비에 충당하기 위하여 환지계획에서 일정한 토지를 환지로 정하지 아니하고 이를 체비지로 정할 수 있는바(구법 제54조 제1항) 이 체비지는 환지처분의 공고가 있는 날의 익일에 사업시행자가 그 소유권을 취득하며(구법 제62조 제6항) 이 체비지 또는 그 매각대금은 당해 구획정리사업 이외의 목적으로 사용할 수 없게 되어 있다. 이처럼 체비지의 소유권은 시행자에게 있는 것이고 단지 사업계획의 수립당시나 환지계획의 수립당시에 비하여 사업완료당시의 지가가 크게 오르거나 사업기간이 단축되는 등의 여러가지 사정변경으로 인하여 계획한 바와 달리 사업비에 충당하고도 남는 매각대금이 생길 수가 있는 것이고 따라서 법에서도 이러한 경우를 예상하여 그 집행잔액은 당해 사업지구안의 공공시설의 설치에 사용하여야 한다(구법 제76조의2 제2항)고 규정하고 있다. 또한 환지처분이 공고 되면 그 환지를 종전의 토지로 보게 되어(구법 제62조 제1항) 환지를 받은 종전의 토지소유자의 권리관계는 법률상 아무런 변동이 없는 것으로 정리되어 이로써 그 조정이 완결된다. 위에서 본 바와 같은 체비지의 성질, 그 소유권의 귀속관계, 집행잔액의 용도제한 및 환지처분의 효과 등을 종합하여 볼 때 구법은 체비지 매각대금의 집행잔액이 있어 잔여수익금이 생긴 경우 이를 종전의 토지소유자 등 이해관계인에게 분배하는 방식을 취하지 아니하고 이를 그대로 시행자의 소유로 남겨두면서 단지 그 사용처를 제한하는 방법을 택하였음이 명백하다.

위에서 설명한 이러한 법률관계는 청산금의 징수금이 사업비에 충당되고도 남는 경우에도 동일하다. 즉, 청산금은 원래 환지의 과부족을 금전으로 청산하기 위한 것인데 시행자가 이를 징수하여(구법 제68조) 그 소유하에 이를 사업비에 충당하여야 하고(구법 제76조의2 제1항), 집행잔액은 당해 사업지구안의 공공시설의 설치에 사용하여야(구법 제76조의2 제2항) 하므로 구법은 그 집행잔여를 체비지의 매각대금의 집행잔액과 동일하게 취급하고 있는 것이다.

그렇다면 잔여수익금의 성질이나 법률관계에 비추어 보더라도 청구인들에게 잔여수익금을 반환받을 무슨 권리가 있다고는 볼 수 없다.

(3) 청구인들은 토지구획정리사업에관한사무처리규정(1995. 8. 16. 건설교통부훈령 제93호로 개정된 것) 제17조 제5항에서 “사업시행자는 체비지 매각

또는 청산 등으로 사업비가 남을 경우에는 지구내의 공공시설에 투입하여야 하며, 공공시설 설치 후에도 사업비가 남을 것이 예상될 때에는 사업계획 및 환지계획을 변경하여 토지소유자에게 반환하여야 한다.”라고 규정하고 있음을 들어, 청구인들이 이 사건 사업의 집행잔액을 반환받을 수 있는 재산권을 가지고 있다고 주장한다.

그러나 위 훈령의 조항은 공공시설 설치 후에도 사업비가 남을 것이 예상되는 경우에 토지구획정리사업의 완료 전에 사업계획 및 환지계획을 변경함으로써 과도한 체비지 지정으로 인한 집행잔액의 발생을 되도록 억제하고자 하는 감독규정일 뿐이지, 토지구획정리사업의 완료 후에도 집행잔액이 있는 경우에는 이를 종전 토지소유자들에게 반환하도록 하는 취지의 규정은 아니다.

(4) 그렇다면 이상의 여러가지 관점에서 볼 때 잔여수익금에 대하여 청구인들이 반환을 청구할 무슨 권리가 있다거나 이를 청구인들의 실질적인 재산이라고 볼 근거는 존재하지 않는다.

다. 다음으로 청구인들은 잔여수익금에 의한 당해 사업지구안의 공공시설 설치에 관하여 법률상의 이해관계가 있다는 취지의 주장을 한다.

그러나 구법 제76조의2 제2항에 따라 시행자가 토지구획정리사업완료 후 사업비의 집행잔액이 있을 때에는 이를 당해 구획정리사업지구 안의 공공시설 설치에 사용하여야 하지만 여기서 말하는 공공시설은 공원·광장·하천·학교부지(이상은 구법 제2조 제1항 제2호 열거)·시장·운하·선유장·수로·제방·호안·물양장·수도·하수도·유수지·녹지(이상은 구법시행령 제2조 열거)들을 가리키는데 이들은 성질상 토지구획정리사업지구 안에 종전 토지를 소유한 사람 내지 그 안에 거주하는 사람에게만 배타적으로 이용되거나 우선적으로 이익을 주는 시설이 원칙적으로는 아니고, 사업지구 안에 재산이나 주거를 가진 여부를 불문하고 광범위한 다수의 공중에게 그 이용이나 이익이 공개 내지 공여되는 시설이므로 그러한 공공시설의 설치로 인하여 청구인들이 받는 이익은 사실상의 이익 내지 반사적 이익에 불과하여 이를 법률상의 이해관계라고 볼 수는 없다. 그러므로 폐지법률 부칙 제3조에 의하여 결과되는 잔여수익금의 용도변경에 관하여, 청구인들을 원래가 무슨 법률상의 이해관계를 가진 사람들이라고 볼 수는 없다. 나아가 구법 제76조의2를 폐지하는 대신 새로 입법된 도시개발법상의 특별회계의 운용에서도 “1. 도시개발사업의 시행자에 대한 공사비의 보조 및 융자, 2. 도시계획시설사업에 관한

보조 및 용자, 3. 도시기반시설 중 대통령령이 정하는 도시기반시설을 도시계획구역 안에 설치하고자 하는 경우 그 공사비의 보조 및 용자” 등을 포함하고 있어(도시개발법 제60조 제1항 제1호 내지 제3호) 폐지법률 부칙 제3조의 시행이후에도 잔여수익금으로 당해 사업지구 안에 공공시설을 설치하는 것이 완전히 배제되는 것이 아니기 때문에 잔여수익금의 용도변경으로 말미암아 청구인들의 사실상의 이해관계가 본질적인 영향을 받는 것도 아니다.

라. 소 결

그렇다면 잔여수익금에 대하여 청구인들이 무슨 재산권이나 법률상의 이해관계를 가진다고 인정할 수 없으므로 이 사건 소원은 청구인들의 기본권과는 관계가 없는 것이고 따라서 청구인들은 이 소원을 제기할 법률상 이익이 없어 이 소원은 부적법함을 면할 수 없다.

4. 도시개발법 제59조 제2항 제4호 및 제68조 제3항에 대한 판단

청구인들은 이들 법률로 말미암아 청구인들이 가지는 잔여수익금에 대한 권리 및 그 사용에 의한 이익이 역시 침해되었다고 주장하지만 앞에서 본 바와 같이 잔여수익금에 대하여 청구인들이 무슨 재산권이나 법률상의 이해관계를 가진다고 인정할 수 없으므로 청구인들은 이들 법률의 위헌확인을 구하는 소원을 제기할 법률상 이익이 없어 이 소원 부분 또한 부적법함을 면할 수 없다.

5. 결 론

따라서 청구인들의 이 사건 심판청구를 각하하기로 하여 관여재판관 전원 합의된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성(주심)
김경일 송인준 주선희

[별 지] 관계기관의 의견

(1) 건설교통부장관의 의견

(가) 토지구획정리사업지구 안의 토지소유자가 갖는 재산권은 환지계획에 따라 사업 전 토지에 갈음하여 환지처분을 받은 토지에 대해서만 인정되고, 사업비 충당을 위한 체비지에 대하여는 인정되지 않는다. 환지계획에 따라 토

지구획정리사업의 공사가 완성되었을 때 사업비의 사용을 정산한 결과 남은 잔액이라고 할 수 있는 집행잔액은 토지구획정리사업의 특성상 발생하지 않는 것이 원칙이고, 예외적으로 발생하였다고 하더라도 토지소유자 등이 반환받을 재산권에 해당하지 않는다. 따라서 토지구획정리사업으로 인한 집행잔액이 도시개발특별회계로 귀속된다고 하더라도 이로 인하여 재산권이 침해되었다고 볼 수 없다.

(나) 이 사건 법률조항은 구법 제76조의2의 규정을 일관성 있게 유지함과 동시에 이를 확대하여 기반시설의 확충과 계획적 도시개발을 도모하기 위한 것으로서, 보호되는 공익의 정도와 침해되는 사익의 정도를 형량하지 않아 법익의 균형성을 위반한 것으로 볼 여지는 없고, 사업지구 안의 기반시설 확충을 도모하기 위하여 채용한 합리적인 입법으로서 피해의 최소성을 위반한 것으로도 볼 수 없다.

(다) 이 사건 사업지구에는 집행잔액 이상으로 공공시설 투자가 이루어졌고, 앞으로도 지속적인 투자가 이루어져야 하는 현실에 비추어 볼 때, 집행잔액이 도시개발특별회계로 전환되었다고 하여 집행잔액의 처분에 대한 신뢰를 상실한 것은 아니고, 도시개발특별회계의 목적과 기능에 비추어 볼 때 이 사건 법률조항이 추구하는 공익에 비해 그로 인하여 상실되는 신뢰이익이 크다고 볼 수 없다.

(2) 서울특별시장의 의견

(가) 구법에 따른 집행잔액은 사업시행자의 소유이므로 종전 토지소유자들은 집행잔액에 대하여 어떠한 권리도 없다. 사업시행자가 환지처분 당시 선투입한 사업비를 현물인 체비지로 대물변제 받은 후 체비지를 당장 처분하지 못하고 장기간 소유하고 있다가 이를 지가 상승 후 처분하였다고 하더라도 당초 사업비보다 잉여가 발생하였다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 집행잔액에 대하여 어떠한 권리도 없는 종전 토지소유자들이 이로 인하여 손해를 입었다거나, 그 잉여에 관하여 반환을 청구할 수 없다. 따라서 종전 토지소유자들인 청구인들로서는 위 집행잔액을 도시개발특별회계에 귀속시킨 이 사건 법률조항으로 인하여 어떠한 기본권도 침해되지 않았다고 할 것이므로 이 사건 심판청구는 부적법하다.

(나) 도시개발법의 제정으로 도시개발특별회계가 설치됨에 따라 종전의 토지구획정리사업 특별회계로 관리되던 집행잔액뿐만 아니라 도시계획세와 과밀부담금 등도 이에 편입되었고, 위 특별회계로 투자할 수 있는 공공시설의

범주도 종전에 비하여 크게 확대되었으므로, 청구인들은 이 사건 사업지구의 집행잔액이 도시개발특별회계에 귀속된다고 하더라도 이로 인하여 공공시설의 확충 등의 이익을 향유하게 될 뿐 재산권을 침해받은 것은 아니라고 할 것이어서, 재산권의 침해를 원인으로 한 이 사건 심판청구는 부적법하다.

(다) 가사 이 사건 법률조항에 의하여 청구인들의 집행잔액에 대한 권리가 침해되었다고 하더라도, 토지구획정리사업으로 인한 집행잔액의 도시개발특별회계의 귀속은 도시의 종합적이고 체계적인 개발이라는 공공복리 또는 공공필요를 위한 것이고, 도시개발특별회계의 용도를 도시개발에 한정함으로써 구법상의 집행잔액의 사용목적과 동일하거나 유사한 목적을 위하여 사용하도록 하였으며, 도시개발특별회계의 설정으로 인한 청구인들의 이익도 크다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항을 통하여 실현하고자 하는 공익과 제한되는 기본권 사이에 현저한 불균형이 있다고 볼 수 없어 법익의 균형을 갖추었다고 보아야 한다.

(라) 도시개발법은 도시계획법의 도시계획사업에 관한 부분과 구법을 통합, 보완하여 복합적 기능을 가진 도시의 종합적이고 체계적인 개발을 위하여 제정된 것으로서 그 재원조달을 위하여 도시개발특별회계를 설치하도록 규정하고 있는바, 만일 청구인들의 주장과 같이 구법에 따른 집행잔액의 처리방법을 계속 유지한다면 종합적이고 체계적인 도시개발이 불가능해지고 도시개발법의 입법취지가 무색해진다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항에서 토지구획정리사업으로 인한 집행잔액을 도시개발특별회계에 귀속시킨 것은 목적달성에 필요한 정도를 넘는 자의적인 입법이라고는 볼 수 없어 침해의 최소성을 충족하고 있다.

(마) 신뢰보호의 원칙의 위배 여부를 판단하기 위하여는 침해받은 이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰침해의 방법 등과 새 입법을 통하여 실현하고자 하는 공익적 목적 등을 종합적으로 비교, 형량하여야 하는바, 토지구획정리사업으로 인한 집행잔액을 도시개발특별회계에 귀속시킨 것은 종합적이고 체계적인 도시개발이라는 공익을 위한 것이고, 이는 집행잔액에 대한 청구인들의 사실상의 이익보다 보호가치가 크다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 신뢰보호의 원칙에 반하지 아니한다.

여객자동차운수사업법 제73조의2

제1항 제1호 등 위헌확인

(2002. 11. 28. 2001헌마596 전원재판부)

【판시사항】

1. 셔틀버스의 예외적 운행허용대상에서 약국의 이용자를 제외함으로써 약국의 셔틀버스운행을 금지한 여객자동차운수사업법 제73조의2 제1항 제1호(이하, “이 사건 법률조항”이라 한다)가 청구인들의 영업의 자유를 침해하는지 여부(소극)

2. 위 조항이 정하는 예외적인 셔틀버스운행의 허용대상에서 약국의 이용자를 제외한 것이 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 대학병원 등 대형종합병원 인근의 ‘문전약국(門前藥局)’들이 환자를 유치하려는 영업행위의 일환으로 셔틀버스를 운행함으로써 기존의 동네약국이나 대형약국들은 환자의 감소로 경영에 곤란을 겪게 되었고, 이로 인하여 이들 약국들도 셔틀버스를 경쟁적으로 운행함에 따라 그 운행구간과 운행횟수도 확대 또는 증가되어 기존의 여객운송사업자와 분쟁이 야기되었다. 따라서 이 사건 법률조항은 약국의 셔틀버스운행으로 말미암은 동네약국 및 여객운송사업자와의 분쟁해결과 무상운송으로 인한 여객운송질서의 문란방지 및 이용자의 안전확보에 그 취지가 있다고 할 것이므로 그 입법목적의 정당성이 인정된다. 나아가 의사의 처방전에 따른 일률적인 약의 조제와 약의 조제에 대한 균일한 보험급여로 인하여 약국간에 차별성이 존재하지 않으므로 셔틀버스의 운행 여부가 환자들의 약국선택에 중요한 요소가 될 것이고, 이로 인해 약국들간의 셔틀버스운행경쟁이 심화될 것이 예상되는데, 백화점 등 대형유통업체의 셔틀버스운행에서 본 것과 같이 이러한 분쟁이 약국간의 자율적인 감축노력이나 사후적인 조정수단으로 해결될 성질의 것이 아니라고 할 것이므로, 부득이 이

를 금지할 수밖에 없는 것이다. 또한 병원과 약국 사이를 운행하는 대중교통수단이 없거나, 있다고 하더라도 그 접근이 어려운 경우에는 시·도시사의 허가를 받아 셔틀버스를 운행할 수 있도록 하고 있고, 셔틀버스운행금지로 인하여 제한되는 청구인들의 영업의 자유도 약의 조제와 판매를 기본적인 업무로 하는 약국의 영업활동과 직접적이고 밀접하게 관련된 영역이 아니라, 직업의 수행을 위한 간접적이고도 부수적인 영역에 대한 제한에 불과하므로 수인한도 내의 제한이라 할 것이어서 청구인들의 영업의 자유를 침해하지 아니한다.

2. 위에서 본 바와 같이 약국시장의 경쟁심화로 셔틀버스의 운행 횟수와 운행대수가 증가되는 추세에 있고, 약국을 이용하지 않는 병원의 이용자도 아무런 규제없이 셔틀버스를 이용할 수 있어 불특정 다수인으로 그 운행의 대상이 확대될 위험이 있으므로 약국의 경우를 회원이나 수강생 또는 이미 병원을 선택하고 진료를 받으려는 환자들에게 교통편의를 제공하는 데 그 목적이 있는 학교, 학원, 병원 등과 달리 취급한다고 하여 청구인들의 평등권을 침해한다고 볼 수도 없다.

재판관 김영일, 재판관 김경일의 헌법불합치의견

‘의약분업제도’로 인하여 종래의 약국시장은 동네약국과 문전약국으로 자연스럽게 분리되었고, 이러한 시장분리의 과정에서 더 이상 매출의 증대를 기대할 수 없는 동네약국의 약사들은 약국을 폐업하고 문전약국을 개업하거나 문전약국의 약사로 고용되는 것을 선택하게 된 것이며, 문전약국들의 경우에는 환자유치를 위한 경쟁수단으로 셔틀버스를 운행하는 등의 영업활동을 하게 된 것이다. 그리고 이러한 문전약국의 셔틀버스운행실태도 그 운행노선과 운행거리는 인근 대형종합병원에서 약국까지로 1~2km 정도에 그치고, 운행차량이나 운행대수도 15인승 내지 25인승 이하의 승합차 1~2대 정도를 운행하는 것에 불과하며, 동일한 약의 조제에 대해서는 균일한 보험급여가 지급되고 약품가격도 비교적 엄격히 통제되고 있으므로 백화점 등의 경우와는 달리 셔틀버스의 운행비용을 소비자에게 전가시킬 수 있는 상황도 아니다.

나아가 그 운행구간이 확대되어 대중교통수단의 운행구간과 중복되거나, 병원의 환자 외에 불특정다수인으로 그 운행의 대상이 확대될 위험이 있을 수 있지만, 이러한 경우에도 운행구간이나 운행횟수 등을 제한하는 단속적인 방법으로도 능히 입법목적을 달성할 수 있는 것이고, 이로 인해 불편한 몸을 이끌고 약국을 이용하려는 환자들의 경우에는 부득이 자가용 또는 높은 비용을 지불하고 택시를 이용하거나 걸어가는 수밖에 달리 방법이 없다고 할 것이므로, 이로 인하여 얻는 공익이 침해되는 사익에 비해 결코 크다고 볼 수도 없다.

그리고 약국의 이용자를 위한 셔틀버스의 운행구간은 문전약국의 특성상 대형종합병원과 그 주변에 위치한 약국 사이로 한정되고, 그 이용자의 범위도 주로 문전약국을 이용할 수밖에 없는 대형종합병원에서 진료를 받은 환자들 및 그 보조자에 국한되므로 이 사건 법률조항이 예외적인 운행허용대상으로 정하고 있는 금융기관이나 병원의 이용자를 위한 셔틀버스의 운행과 달리 취급할 정도의 큰 차이가 있다고 보기 어렵다.

따라서 이 사건 법률조항은 청구인들의 영업의 자유와 평등권을 침해하여 헌법에 위반되므로 단순위헌결정을 하여야 할 것이지만, 그러한 경우에는 이 사건 법률조항에 의하여 그 운행이 허용되는 예외적인 경우도 모두 운행이 금지되는 상황이 발생하게 되므로 이를 방지하기 위하여 입법자에게 입법개선을 촉구하는 의미의 헌법불합치결정을 하여야 한다.

【심판대상조문】

여객자동차운수사업법(2000. 12. 29. 법률 제6321호로 개정된 것) 제73조의2(자가용자동차의 노선운행금지) ① 자가용자동차는 고객을 유치할 목적으로 노선을 정하여 운행하여서는 아니된다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 학교, 학원, 유치원, 보육원, 호텔, 교육·문화·예술·체육시설(유통산업발전법 제2조 제3호의 규정에 의한 대규모점포에 부설된 시설은 제외한다), 종교시설, 금융기관 또는 병원의 이용자를 위하여 운행하는 경우
 2. 생략
- ② 생략

【참조조문】

헌법 제11조, 제15조

여객자동차운수사업법 제73조의2(자가용자동차의 노선운행금지) ① 자가용자동차는 고객을 유치할 목적으로 노선을 정하여 운행하여서는 아니된다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 생략
 2. 대중교통수단이 없는 지역 등 대통령이 정하는 사유에 해당하는 경우로서 시·도 지사의 허가를 받은 경우
- ② 제1항 제2호의 규정에 의한 허가의 대상·조건 등에 관하여 필요한 사항은 건설교통부령으로 정한다.

여객자동차운수사업법 제81조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 2년이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금에 처한다.

1. ~7. 생략
- 7의2. 제73조의2 제1항의 규정에 위반하여 자가용자동차를 고객유치를 목적으로 노선을 정하여 운행한 자
8. 생략

【참조판례】

1. 헌재 1998. 3. 26. 97헌마194, 판례집 10-1, 302

【당 사 자】

청 구 인 윤단비 외 3인
청구인들 대리인 변호사 황도수

【주 문】

청구인들의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인들은 서울 송파구에서 각 약국을 개설하여 운영하고 있는 약사들로, 위 약국들의 근처에 있는 아산재단 서울중앙병원에서 진료를 받은 후 약을 조제하러 위 약국들을 이용하는 환자들의 교통편의를 위하여 자가용자

동차(이하 ‘셔틀버스’라 한다)를 운행하여 왔다.

(2) 그러나 2000. 12. 29. 법률 제6321호로 개정·신설된 여객자동차운수사업법 제73조의 2, 제81조 제7호의 2 및 부칙 제1항은 2001. 6. 30.부터 고객유치목적의 노선을 정한 셔틀버스운행의 전면금지와 위반시 형사처벌을 규정하였고, 위 조항들에 근거하여 송파구청장은 2001. 7. 10. 청구인들에게 셔틀버스운행을 전면 중단할 것과 이에 대한 단속을 강화할 것을 알리는 내용의 협조공문을 발송하였다.

(3) 이에 청구인들은 의사의 처방전을 소지하고 약을 조제하러 약국을 이용하려는 환자들을 위한 셔틀버스의 운행에 금지하는 위 법 제73조의 2 및 제81조 제7호의 2가 청구인들의 직업의 자유와 평등권을 침해하여 위헌이라 주장하면서, 2001. 8. 25. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인들은 “여객자동차운수사업법 제73조의 2 제1항 제1호 및 제81조 제7호의 2의 각 ‘병원의 이용자’에 ‘병원의 처방전을 소지하고 약을 조제하러 약국을 이용하려는 환자’를 포함하지 아니하는 범위 내에서 위 법률 제73조의 2 제1항 제1호 및 제81조 제7호의 2는 헌법에 위반된다.”를 청구취지로 하여 이 사건 심판청구를 하면서 선택적으로 “여객자동차운수사업법 제73조의 2 제1항 제1호 및 제81조 제7호의 2의 ‘병원의 이용자’에 ‘약국이 운행하는 셔틀버스를 이용하는 병원의 이용자’를 제외하는 범위 내에서 위 법률 제73조의 2 제1항 제1호 및 제81조 제7호의 2는 헌법에 위반된다.”라는 청구취지를 추가하고 있다.

그러나 청구인들의 청구이유를 보면, 자가용자동차의 고객유치목적의 노선을 정한 무상운행, 즉, 셔틀버스의 운행에 전면 금지한 것에 대한 다툼이 아니라, 셔틀버스의 예외적 운행허용대상에서 ‘의사의 처방전을 소지하고 약을 조제하러 약국을 이용하려는 환자’를 제외한 것이 헌법에 위반된다는 취지이므로, 결국 이 사건 심판의 대상은 셔틀버스의 예외적 운행허용대상을 정한 여객자동차운수사업법(2000. 12. 29. 법률 제6321호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제73조의 2 제1항 제1호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌여부라 할 것이고, 그 내용 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

제73조의 2(자가용자동차의 노선운행금지) ① 자가용자동차는 고객을 유치할 목적으로 노선을 정하여 운행하여서는 아니 된다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 학교, 학원, 유치원, 보육원, 호텔, 교육·문화·예술·체육시설(유통산업발전법 제2조 제3호의 규정에 의한 대규모점포에 부설된 시설은 제외한다), 종교시설, 금융기관 또는 병원의 이용자를 위하여 운행하는 경우
2. 대중교통수단이 없는 지역 등 대통령령이 정하는 사유에 해당하는 경우로서 시·도지사의 허가를 받은 경우

② 제1항 제2호의 규정에 의한 허가의 대상·조건 등에 관하여 필요한 사항은 건설교통부령으로 정한다.

제81조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 내지 7. (생략)

7의 2. 제73조의 2 제1항의 규정에 위반하여 자가용자동차를 고객유치를 목적으로 노선을 정하여 운행한 자

2. 청구인들의 주장과 관계기관 및 이해관계인의 의견 요지

가. 청구인들의 주장 요지

(1) 법 제73조의 2는 대규모 유통업체와 여객자동차운송업체 및 중소유통업체 사이의 셔틀버스운행으로 인한 갈등을 해결하기 위하여 자가용자동차의 고객유치목적의 노선을 정한 운영을 전면적으로 금지하는 한편, 이로 인하여 국민의 기본권에 대한 침해가 과다하게 되는 것을 방지하기 위하여 위의 입법목적과 관련이 적은 학교, 학원, 병원 등의 이용자를 위한 셔틀버스운행은 예외적으로 허용하고 있다. 따라서, 셔틀버스운행금지의 입법 목적을 위와 같이 이해한다면, 셔틀버스의 운행이 허용되는 예외사유도 폭넓게 인정하여야 할 것이므로, 이 사건 법률조항이 정한 ‘병원의 이용자’에는 ‘병원의 처방전을 소지하고 약을 조제하러 약국을 이용하려는 환자’ 내지 ‘약국이 운행하는 셔틀버스를 이용하는 병원의 이용자’가 포함되는 것으로 보아야 한다.

(2) 청구인들이 운행하는 셔틀버스는 그 이용자가 병원의 환자와 보조자들로 한정되므로 불특정다수인이 이용할 가능성이 상대적으로 적고, 그 운행대수나 운행노선에 있어서도 백화점 등의 경우와 현저한 차이가 있다. 따라서, 청구인들의 셔틀버스운행은 이 사건 법률조항이 정하는 학교, 학원, 유치원, 보육원, 호텔, 교육·문화·예술·체육시설, 종교시설, 금융기관 또는 병원의 이용자를 위한 운행과 같다고 할 것인데, 이들에 대해서는 셔틀버스의 운영을 허용하면서 약국에 대해서는 그 운영을 금지하는 것은 평등원칙에 위반된다.

나. 건설교통부장관과 송파구청장의 의견 요지

(1) 청구인들이 그동안 셔틀버스운행을 할 수 있었던 것은 단지 셔틀버스 운행이 금지되지 않은 반사적 이익에 불과하므로, 더 이상 셔틀버스를 운행할 수 없다고 하더라도 이로 인해 침해되는 기본권은 없다.

(2) 환자의 약국선택권보장이라는 의약분업제도의 취지에 비추어 약국의 셔틀버스운행을 통한 환자유치는 부당하고, 병원과 약국 사이에 대중교통수단이 없는 경우에는 관할관청의 허가를 얻어 셔틀버스의 운행이 가능하므로 청구인들의 기본권을 침해하지 아니한다.

(3) 예외적으로 셔틀버스를 운행할 수 있는 경우를 한정하여 규정한 이 사건 법률조항의 성격은 일종의 특허의 성질을 가지고 있으므로 입법자의 재량 영역이 매우 크다고 할 것이고, 약국의 이용자를 운행허용대상에 포함시키지 않은 것이 현저한 재량권의 일탈·남용이라고 볼 수도 없다.

다. 보건복지부장관의 의견 요지

(1) 약사의 임무는 의약품의 조제·판매 및 복약지도 등을 통하여 국민의 건강권을 확보하는 데 있는 것이지 자동차운송사업에 있는 것이 아니다. 그럼에도 고객의 편익을 증진시킨다는 이유로 셔틀버스를 운행함으로써 다른 운수사업자의 업무영역을 침범하고, 그들의 영업에 막대한 지장을 초래하고 있는 실정이다. 나아가 청구인들과 같이 대형병원 근처에서 영업을 하는 약국이 셔틀버스를 운행하여 환자를 독점함에 따라, 동네약국의 경우에는 환자의 감소로 그 운영에 심각한 타격을 받을 것임이 능히 예상되고, 이는 결국 국민들의 약국접근성을 떨어뜨려 의약품 구입의 불편으로 이어진다.

(2) 청구인들은 셔틀버스운행의 금지로 인하여 약국의 소득이 줄었다고 주장하나, 이는 셔틀버스운행금지에 기인한 것이 아니라, 동네약국을 이용하는 환자의 증가와 문전약국을 이용하는 경우의 대기시간의 증가 및 그에 따른 복약지도 등의 소홀에 그 원인이 있다.

(3) 셔틀버스를 매개로 하여 의료기관과 약국간의 담합문제가 발생할 수 있고, 이러한 유형의 담합행위를 방지하기 위하여 여러 가지 입법적인 조치를 마련하고 있는 실정에서 셔틀버스의 운행은 반드시 금지되어야 한다.

라. 전국버스운송사업조합연합회장의 의견 요지

(1) 헌법재판소는 2001. 6. 28. 2001헌마132 결정에서 법 제73조의 2 및 제81조 제7호의 2에 관하여 합헌결정의 취지인 기각결정을 하였다. 위 결정의 심판의 대상인 법 제73조의 2는 이 사건 법률조항 부분을 포함한 셔틀버스운행의 일반적 금지와 예외적 허용대상을 정한 것이므로, 이 사건 심판청구는

헌법재판소법 제39조에 의하여 각하되어야 한다.

(2) 청구인들이 운영하는 약국의 주변에 대중교통수단이 없는 경우에는 법 제73조의 2 제1항 제2호 및 같은 법시행령 제27조의 2 제1항 제1호에 의하여 시·도시사의 허가를 얻어 예외적으로 셔틀버스를 운행할 수 있도록 하고 있으므로 전면적으로 약국의 셔틀버스운행을 금지하고 있는 것은 아니며, 청구인들이 운영하는 약국과 주변의 대형병원 사이의 교통불편을 고려하여 그 지역의 시내버스운송사업자가 그 구간을 운행할 수 있도록 관할관청에 사업계획변경인가신청을 하였다.

(3) 이 사건 심판청구가 인용될 경우, 온천, 재래시장 등 타 업종에서도 헌법소원을 제기할 가능성이 크고, 이러한 경우 또 다른 사회적 혼란이 예상되므로 이 사건 심판청구는 기각되어야 한다.

마. 대한약사회장의 의견 요지

(1) 청구인들이 운영하는 약국은 소위 대형병원 주변의 문전약국으로 대형병원의 앞에서 고객을 유치할 목적으로 셔틀버스를 운행하고 있는데, 이러한 영업행위로 인하여 이들 문전약국에만 환자가 집중되고 동네약국은 심각한 경영난을 겪고 있다.

(2) 의약분업을 시행하기 전에 의약계, 소비자 및 시민단체는 환자의 불편을 최소화하고 문전약국의 처방전 독점을 방지하기 위하여 환자가 원할 경우 환자가 지정한 약국에 모사전송으로 처방전을 전달하기로 합의한 바 있고, 2000. 6. 13. 개정된 의료법 시행규칙 제15조 제2항도 이와 같은 내용을 규정하고 있는데, 이는 문전약국으로 인한 폐해의 방지와 소위 단골약국을 활성화 하려는 정부의 의지라 볼 수 있다.

(3) 따라서, 국민의 약국접근성의 유지, 약사의 전문지식 활용의 극대화 등 올바른 의약분업의 정착을 위하여 약국의 셔틀버스운행은 금지되어야 한다.

3. 판 단

가. 셔틀버스운행의 금지와 예외적 허용대상을 정한 법 제73조의 2의 입법경과

여객자동차운수사업법이 제정되기 전의 자동차운수사업법은 자가용자동차의 유상운송을 금지하면서 무상운송에 관하여는 승차정원이 16인 이상의 승합자동차 등 일정한 경우에 한하여 주무부장관에게 사용신고를 하도록 규정하였다. 그러나 1997년 위 법률을 폐지하고 화물자동차운수사업법과 여객자동차운수사업법을 제정하여 자동차운수업과 관련한 사항을 나누어 규율하면

서, 위 자가용자동차의 무상운행에 대한 사용신고제를 폐지함에 따라 자가용 자동차의 무상운송에 대한 법적 규제는 없어졌고, 다만, 유통산업발전법 제21조 및 같은 법시행령 제23조에서 대규모점포와 그 인근지역의 도매점포 또는 소매점포 사이에 서틀버스운행과 관련한 분쟁이 발생한 경우에 대비한 ‘분쟁조정제도’를 두어 자가용자동차의 무상운송에 대한 사후적인 규제를 하였다. 그런데 정부는 위와 같은 사후적 조정제도가 실효성이 없고 소비자의 편익을 저해한다는 규제개혁위원회의 권고에 따라 이를 폐지할 것을 검토하였으나, 백화점 등 대규모점포의 급증과 고객유치를 위한 서틀버스의 경쟁적 운행으로 인하여 대규모점포와 중소유통업체 및 여객운송사업체 사이에 분쟁이 발생하자, 위 분쟁조정제도를 존치하기로 결정하였다. 그 후 정부의 주도로 자율적인 해결책을 모색하고 업계간에 자율적인 운행감축을 결의하기도 하였으나, 대규모점포의 증가와 이로 인한 경쟁의 심화로 말미암아 실효성이 없었다.

이에 따라 입법자는 서틀버스운행으로 인한 분쟁이 업체간의 자율적인 해결노력이나 사후적인 분쟁조정제도만으로는 해결이 어렵다고 판단하여 법 제73조의 2를 신설하면서 백화점 등의 고객유치목적의 서틀버스운행을 전면적으로 금지하였고, 이 사건 법률조항은 학교, 학원, 유치원, 보육원, 호텔, 교육·문화·예술·체육시설, 종교시설, 금융기관 또는 병원의 이용자를 위한 경우에 한하여 예외적으로 서틀버스를 운행할 수 있도록 하였다.

나. 영업의 자유의 침해여부

(1) 이 사건 법률조항에 의한 영업의 자유의 제한

헌법 제15조에 의하여 보장되는 직업선택의 자유는 자신이 원하는 직업을 자유롭게 선택하는 좁은 의미의 직업선택의 자유와 그가 선택한 직업을 자기가 원하는 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 직업수행의 자유(영업의 자유)를 포함하는 직업의 자유를 뜻한다(헌재 1998. 3. 26. 97헌마194, 판례집 10-1, 302, 314). 그러므로 청구인들이 약국과 인근 대형종합병원 사이에 서틀버스를 운행하는 것은 약을 조제하기 위하여 약국을 이용하려는 환자들을 자신들의 약국으로 유치하려는 영업행위의 일환이므로 영업의 자유에 의하여 보호되는 행위이고, 법 제73조의 2 제1항 본문 및 이 사건 법률조항에 의하여 서틀버스운행이 금지되고 예외적인 운행허용대상에서도 약국의 이용자를 위한 경우가 제외되어 청구인들이 더 이상 서틀버스를 운행할 수 없게 되었으므로 그러한 범위에서 청구인들의 영업의 자유가 제한되었다고 볼 것이다.

그러나 직업의 자유도 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 불가피한 경우에 제한할 수 있다고 할 것이나, 그러한 경우에도 기본권제한입법의 한계를 준수하여야 한다. 따라서, 이 사건 법률조항이 예외적으로 셔틀버스의 운행이 허용되는 경우를 정하면서 약국의 이용자를 그 대상에서 제외하여 셔틀버스의 운영을 금지한 것에는 목적의 정당성이 있어야 하고, 이러한 목적을 달성하기 위하여 선택한 전면적인 운행금지라는 수단이 과잉금지의 원칙에 위배되지 않아야 한다.

(2) 과잉금지원칙의 위배여부

(가) 위에서 본 바와 같이 고객유치목적의 셔틀버스운행을 전면적으로 금지하게 된 배경은 백화점 등 대형유통업체의 불특정다수인을 상대로 한 무분별한 셔틀버스의 운행으로 말미암아 야기된 영세한 중소유통업체 및 여객운수사업자와의 분쟁을 해결하는 데 있다. 그러므로 이러한 입법배경을 고려하면, 셔틀버스운행금지의 대상을 백화점 등 대형유통업체로 한정하여 이러한 경우에만 그 운영을 금지하도록 하여야 할 것이나, 종래 자가용자동차의 무상여객운송과 관련한 법적·제도적 장치의 미비로 규제의 사각지대에 방치되어 있던 무상여객운송과 관련한 운송질서를 확립하고, 그 이용자들의 안전을 확보하기 위하여 백화점 등 대형유통업체의 셔틀버스운행을 비롯한 고객유치목적의 노선을 정한 셔틀버스의 운영을 전면적으로 금지하게 된 것이다.

그러나 법 제73조의 2 제1항 본문에 의하여 고객유치목적의 일체의 셔틀버스운행을 금지하게 되는 경우에는 백화점 등 대형유통업체를 비롯하여 온천, 호텔, 은행, 병원 등의 셔틀버스운행도 금지될 뿐 아니라, 고객유치에 그 목적이 있다기보다 학생 또는 회원에게 교통편의를 제공하는 데 주된 목적이 있는 학교, 학원, 종교단체, 문화·예술·체육시설 등의 셔틀버스의 운행도 금지될 우려가 있기 때문에, 이 사건 법률조항은 고객유치목적이 비교적 적은 경우나 고객유치의 목적이 있다고 하더라도 이용자의 특성상 셔틀버스의 운행이 요청되는 경우를 한정적으로 열거하여 예외적으로 셔틀버스를 운행할 수 있도록 하고 있다.

(나) 한편, 법 제73조의 2가 신설되어 셔틀버스의 운행이 금지되기 전에 실시된 ‘의약분업제도’로 인하여 진료와 약의 조제가 분리된 결과, 종래 환자들이 병원에서 진료를 받고 약을 조제할 수 있었던 것이 의사로부터 처방전을 받아 약국에서 약을 조제하도록 되었다. 이에 따라 많은 환자들이 이용하는 대학병원 등 대형종합병원의 인근에는 소위 ‘문전약국(門前藥局)’이라고 하

는 대형약국들이 개설되었고, 이들 문전약국들은 인근 대형종합병원의 환자들을 자신들의 약국으로 유치하려는 영업행위의 일환으로 셔틀버스를 운행하여 왔다.

그러나 이러한 셔틀버스의 운행으로 인하여 몇몇 문전약국들이 인근 대형종합병원의 환자들을 독점함에 따라 이들 병원 주변에 위치하지 않은 기존의 약국(편의상 ‘동네약국’이라 한다)들은 환자의 감소로 경영에 곤란을 겪게 되었으며, 또한 이러한 문전약국들과 경쟁하는 기존의 대형약국들도 셔틀버스를 경쟁적으로 운행함에 따라 셔틀버스의 운행구간이 점점 확대되고 그 운행횟수도 늘어나게 되어 기존의 여객운송사업자와의 갈등도 야기하게 되었다.

따라서, 입법자는 백화점 등 대형유통업체의 무분별한 셔틀버스운행으로 인한 업계간의 분쟁을 해결하기 위한 입법적 조치를 마련하는 기회에, 이와 동일한 분쟁을 야기하고 있거나 야기할 가능성이 큰 약국의 셔틀버스운행 등 자가용자동차의 고객유치목적의 일체의 여객운송행위를 금지하게 되었고, 이는 약국의 셔틀버스운행으로 말미암은 동네약국 및 여객운송사업자와의 분쟁 해결과 무상운송으로 인한 여객운송질서의 문란방지 및 이용자의 안전확보에 그 취지가 있다고 할 것이므로 그 입법목적의 정당성이 인정된다.

(다) 청구인들은 병원의 이용자와 약국의 이용자를 구분할 이유가 없으므로 병원의 이용자를 위한 셔틀버스운행을 허용한 것과 마찬가지로 약국의 이용자를 위한 셔틀버스운행도 허용하여야 하고, 청구인들이 셔틀버스를 운행하는 인근의 대형종합병원의 경우에는 처방전을 발급 받을 당시 이미 약을 조제할 약국을 선택하기 때문에 셔틀버스운행으로 인한 다른 약국과의 갈등이 애당초 존재할 여지가 없다고 주장한다.

통상 환자들이 진료를 위하여 병원을 이용하는 경우에는 먼저 질병의 경중에 따라 동네의원, 병원 또는 종합병원 중 어디에서 진료를 받을 것인지를 결정하고, 자신의 질병에 대한 병원의 전문성과 평판 및 병원의 위치 등 진료의 편의성을 고려하여 미리 진료를 받을 병원을 선택하게 된다. 따라서, 병원의 이용자를 위한 병원의 셔틀버스운행의 목적도 환자의 유치에 있음은 부인할 수는 없으나, 셔틀버스운행이 환자들의 병원선택에 미치는 영향은 그다지 크지 않다고 볼 것이다.

그러나 의사의 처방전에 따라 약을 조제하기 위하여 약국을 이용하는 경우에 있어서는 동네의원에서 진료를 받은 환자들은 주로 해당의원과 가까운 약

국이나 자신의 병력에 대하여 잘 알고 있는 동네의 단골약국 등을 선택하게 될 것이나, 대학병원 등 대형종합병원에서 진료를 받은 환자들은 그 질병의 정도가 비교적 중하여서 전문적이거나 고가의 약을 조제하는 경우가 많다고 할 것이므로, 그러한 처방전에 따른 약을 조제한 경험과 그에 필요한 전문적이고 고가의 약을 상시 구비하고 있는 대형종합병원 인근의 문전약국을 주로 이용하게 된다.

따라서, 의사의 처방전에 따른 일률적인 약의 조제와 약의 조제에 대한 균일한 보험급여로 인하여 약의 조제와 관련한 약국간의 차별성이 크지 않으므로 대형종합병원에서 진료를 받은 환자들의 약국선택은 병원의 선택과는 달리 셔틀버스의 운행여부가 중요한 선택의 요소가 될 것이고, 문전약국들은 더 많은 환자를 자신의 약국으로 유치하기 위하여 경쟁적으로 셔틀버스를 운행할 것임이 쉽게 예상된다.

나아가 이러한 문전약국들의 경쟁적인 셔틀버스운행으로 인하여 환자가 감소한 문전약국이 아닌 기존의 대형약국들도 환자를 유치하기 위하여 경쟁적으로 셔틀버스를 운행하게 될 것이고, 이는 결국 셔틀버스의 운행노선과 운행횟수의 증가로 이어져 기존의 노선버스 등 대중교통수단의 운행구간과 중복되는 등 여객운송사업자와 갈등을 야기할 것도 아울러 예상된다.

그러므로 이러한 약국의 이용자를 위한 셔틀버스를 그대로 허용하여서는 백화점 등 대형유통업체의 셔틀버스운행에서 이미 경험한 여러 가지 폐단이 발생할 것이 명백히 예상되고, 이러한 문제점은 약국간의 자율적인 감축노력이나 사후적인 조정수단으로 해결될 성질의 것이 아니라고 할 것이므로, 셔틀버스를 운행할 능력이 없는 동네약국들과 기존의 여객운송사업자를 보호하고, 무상운송과 관련한 여객운송질서의 확립 및 이용자의 안전확보를 위하여 약국의 이용자를 위한 셔틀버스운행도 금지할 필요가 있는 것이다.

또한 처방전을 발급 받기 전에 미리 약국을 선택하도록 하거나, 환자가 선택한 약국으로 처방전을 송부하도록 하는 법적·제도적 장치를 두고 있기는 하지만, 이러한 경우는 일부 대형종합병원이나 환자의 요구가 있을 때에만 가능한 것이지, 보편적인 약국이용의 관행이라 볼 수는 없으므로 이러한 사실만으로 셔틀버스운행을 허용할 것도 아니다.

(라) 나아가 실제로 병원과 약국 사이를 운행하는 대중교통수단이 없거나 있다고 하더라도 그 접근이 어려운 경우에는 시·도지사의 허가를 받아 셔틀버스를 운행할 수 있도록 하고 있고, 셔틀버스운행금지로 인하여 제한되는 청

구인들의 영업의 자유도 약의 조제와 판매를 기본적인 업무로 하는 약국의 영업활동과 직접적이고 밀접하게 관련된 영역이 아니라, 직업의 수행을 위한 간접적이고도 부수적인 영역에 대한 제한에 불과하므로 수인한도 내의 제한이라 할 것이다.

(마) 그렇다면, 약국의 이용자를 위한 셔틀버스운행을 예외적인 운행의 허용대상에서 제외한 이 사건 법률조항은 기본권제한입법이 준수하여야 할 한계 내의 제한이라 할 것이므로 청구인들의 영업의 자유를 침해하지 아니한다.

다. 평등권의 침해여부

(1) 청구인들은 약국의 이용자를 위한 셔틀버스의 운행이 이 사건 법률조항이 정하는 ‘학교, 학원, 유치원, 보육원, 호텔, 교육·문화·예술·체육시설, 종교시설, 금융기관 또는 병원의 이용자를 위한’ 셔틀버스 운행과 다르지 않음에도, 이들에 대하여는 예외적으로 셔틀버스의 운영을 허용하면서 약국의 이용자를 위한 셔틀버스운행을 금지하는 것은 평등원칙에 위반된다고 주장한다.

(2) 이 사건 법률조항은 고객유치목적의 노선을 정한 셔틀버스의 운영을 전면적으로 금지하는 경우에, 고객유치목적이 없거나 있다고 하더라도 회원 등 시설이용자에게 교통편의를 제공하는 데 그 주된 목적이 있는 경우, 또는 고객유치목적이 있다고 하더라도 이용자의 특성상 셔틀버스의 운행이 요청되는 경우에도 그 운행이 금지되는 것을 방지하기 위하여 예외적으로 셔틀버스의 운행이 허용되는 대상을 한정적으로 열거하여 정하고 있는데, 이는 같은 셔틀버스 운행이라 하더라도 운행의 주체와 이용자의 특성에 따라 달리 그 운행의 허용여부를 정하고 있는 것이다.

따라서, 이 사건 법률조항에 의하여 예외적으로 셔틀버스의 운행이 허용되는 학교, 학원, 병원 등과는 달리 청구인들과 같은 약국은 셔틀버스를 운행하지 못하는 차별이 발생하므로, 그러한 차별취급에 합리적인 이유가 있는지 여부를 본다.

(3) 이 사건 법률조항이 학교, 학원이나 병원 등의 이용자를 위한 셔틀버스의 운영을 허용하면서도 약국의 이용자를 위한 운영을 금지한 것에는 셔틀버스의 운행으로 인한 여객운송사업자의 보호에 그 주된 차별의 목적이 있다고 할 것이고, 따라서, 그 차별의 기준은 기존 대중교통수단과의 운행노선의 중복여부와 운행의 횟수 및 불특정다수인의 이용가능성의 측면에 있다.

우선 셔틀버스 운행이 예외적으로 허용되는 학교, 유치원, 보육원, 호텔, 교

육·문화·예술·체육시설, 종교시설, 금융기관 또는 병원의 경우를 보면, 통상 그 이용자들이 위 각 시설들의 회원증, 수강증을 소지하고 있는 회원이거나 이미 해당 시설과 거래관계가 있는 자, 또는 셔틀버스의 운행여부와 관계없이 이미 특정병원을 선택하고 진료를 받으려는 환자에 국한되므로 비교적 불특정다수인이 이용할 가능성이 없고, 그 운행구간이나 운행횟수도 시설의 이용자들에게 교통편의를 제공하는 데 운행의 목적이 있기 때문에 위 시설과 인근의 대중교통수단을 연결하는 정도의 짧은 구간과 위 시설의 이용시간대에 한정된다고 할 것이다. 따라서, 이러한 시설의 셔틀버스운행은 기존의 대중교통수단의 운행노선과 중복되지 않을 뿐 아니라, 운행횟수도 비교적 적고 그 이용자도 회원 등 일정한 자격이나 그 시설을 이용하려는 특정한 목적을 가진 자에 한정된다고 할 것이므로 여객운송사업자와의 갈등의 소지가 없거나 비교적 적다고 볼 수 있고, 그러한 셔틀버스를 이용하는 자가 노선버스 등 기존의 여객운송수단을 이용하는 자들에서 차지하는 비중도 크지 않다고 할 것이어서, 이로 인해 여객운송질서나 이용자의 안전이 위협받는 것도 아니라고 할 것이다.

그러나 약국의 이용자를 위한 셔틀버스운행의 경우는 의약분업제도 실시 후 나타난 약국시장의 경쟁심화로 말미암아 문전약국들이 서로 자신의 약국으로 환자들을 유치하기 위하여 셔틀버스의 운행횟수와 운행대수를 증가시키는 추세에 있었고, 문전약국들이 환자들을 대거 유치함에 따라 급격하게 매출액이 감소한 기존의 대형약국의 경우도 이를 만회하기 위하여 경쟁적으로 셔틀버스를 운행하게 되어 셔틀버스의 운행구간이 기존의 대중교통수단의 운행구간과 중복되는 등 여객운송사업자와의 갈등이 심화되었다.

이에 더하여 약국이 운행하는 셔틀버스의 이용자는 통상 병원에서 진료를 받은 환자라 할 것이나, 그 중에는 입원환자를 위한 병문안이나 장례식 참석 등의 목적으로 병원을 방문한 자도 있을 수 있고, 진료를 위한 목적이라 하더라도 약의 조제가 필요 없는 경우도 얼마든지 있을 수 있는데, 이러한 병원의 이용자들도 아무런 규제없이 약국이 운행하는 셔틀버스를 이용하는 것은 여객운송질서와 이용자의 안전에 심각한 영향을 미친다고 아니할 수 없으므로 위 예외대상에 해당하는 시설이나 기관의 셔틀버스운행과 같이 볼 것은 아니다.

(4) 따라서, 학교, 학원 또는 병원의 이용자를 위한 셔틀버스의 운영을 허용하면서도 약국의 이용자를 위한 셔틀버스운행을 금지하는 것은 합리적인 이

유가 있는 차별이라 할 것이므로 청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다.

4. 결 론

그렇다면, 청구인들의 심판청구는 이유없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 김영일, 재판관 김경일의 아래 5.와 같은 헌법불합치의견이 있는 외에 나머지 관여 재판관의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 김영일, 재판관 김경일의 헌법불합치의견

우리는 이 사건 법률조항이 청구인들의 영업의 자유와 평등권을 침해하여 헌법에 위반된다고 보는 것이므로 다음과 같이 헌법불합치의견을 밝히는 바이다.

가. 영업의 자유의 침해여부와 관련하여

(1) 목적의 정당성과 방법의 적절성에 대한 검토

(가) 어떠한 업무를 직업으로 하는 경우에 그 영업활동의 일환으로 이용자들의 교통편의를 위하여 셔틀버스를 운행할 수 있는 것이고, 그 이용자들이 유소년이거나 노인, 환자들인 경우에는 그 영업의 특성상 셔틀버스의 운영이 요구되기도 한다. 그리고 이러한 경우라 하더라도 셔틀버스운행으로 인하여 동종업체들간의 경쟁이 심화되어 그 운행구간의 확대나 운행횟수의 증가 등 부수적인 영업부분에 대한 부적절한 경쟁을 하는 경우나, 그 이용자가 아닌 불특정다수인으로 그 운영을 확대하는 경우에는 공정한 경쟁질서의 유지와 여객운송질서의 확립을 위하여 최소한의 범위 내에서 그 운영을 제한할 필요성이 있는 경우도 있을 수 있다. 하지만, 셔틀버스운행으로 인하여 동종업체들간에 그러한 부적절한 경쟁이 발생할 소지가 없거나 이용자의 특성상 그 운영이 특히 요구되는 경우로서 셔틀버스운행금지의 목적과 상충되지 않는 범위 내에서는 셔틀버스의 운영이 자유롭게 허용되어야 할 것이다.

(나) 다수의견은 약국의 셔틀버스운행으로 말미암은 동네약국 및 여객운송사업자와의 분쟁해결과 무상운송으로 인한 여객운송질서의 문란방지 및 이용자의 안전확보에 약국에 대한 셔틀버스운행금지의 목적이 있다고 하여 그 입법목적의 정당성을 긍정하고 있다.

그러므로 먼저 동네약국들의 경영난과 관련한 셔틀버스운행금지의 입법목적에 대하여 본다.

다수의견도 지적하고 있는 바와 같이 ‘의약분업제도’의 실시로 말미암아 진료와 약의 조제가 분리되었고, 그 과정에서 중한 질병이나 전문적인 치료를

요하는 질병으로 대학병원 등 대형종합병원에서 진료를 받던 환자들의 경우 그 치료에 필요한 약을 조제하거나 구입하는 데 어려움을 겪게 되었다. 따라서, 이러한 환자들의 수요에 응하여 대형종합병원의 인근에는 이들 환자들이 필요로 하는 전문적이고 고가의 약품들을 대량으로 상시 구비한 문전약국들이 개업을 하게 되었고, 이에 따라 종래의 약국시장은 동네의원에서 진료를 받은 환자들이나 간단한 의약품을 구입하려는 환자들이 주로 이용하는 '동네약국'과 대형종합병원에서 진료를 받은 환자들이 주로 이용하는 '문전약국'으로 자연스럽게 분리되었다. 그리고 이러한 시장분리의 과정에서 더 이상 매출의 증대를 기대할 수 없는 동네약국의 약사들은 약국을 폐업하고 문전약국을 개업하거나 문전약국의 약사로 고용되는 것을 선택하게 된 것이고, 문전약국들의 경우에는 환자유치를 위한 경쟁수단으로 셔틀버스를 운행하는 등의 영업활동을 하게 된 것이다.

약국의 셔틀버스운행은 의약분업제도의 실시로 인하여 발생한 약국시장분리의 결과, 문전약국들간의 환자유치를 위한 영업활동의 일환으로 나타나게 된 것이지, 기존의 동네약국을 찾는 환자들을 문전약국으로 유치하기 위한 것은 아니라고 할 것이고, 이는 뒤에서 살필 약국의 셔틀버스운행실태나 의약분업제도 시행 후 약국폐업이 대폭 증가된 사실에 비추어 보아도 명백하다(동네약국은 의사의 처방전을 들고 그곳을 찾는 환자들의 수요를 충족시킬 만큼 다양한 약을 구비하기도 어렵다).

따라서, 문전약국과 동네약국과의 갈등은 의약분업의 전면적인 실시과정에서 발생한 시장분리의 결과에 기인한 것이지, 문전약국의 셔틀버스운행으로 야기된 문제가 아니라고 할 것이므로, 이를 해결하기 위하여 셔틀버스의 운영을 금지하는 것에는 그 목적의 정당성을 인정하기 어렵다.

다음으로 여객운송사업자의 보호라는 입법목적에 대하여 본다.

약국의 셔틀버스운행은 대부분 문전약국들에 의한 것이고, 이는 의약분업 실시 후 발생한 약국시장의 분리에 따른 문전약국들간의 경쟁으로 나타나게 된 것이다. 이러한 약국의 셔틀버스운행실태를 보면, 그 운행노선과 운행거리는 인근 대형종합병원에서 약국까지로 1~2km 정도에 그치고, 운행차량이나 운행대수도 15인승 내지 25인승 이하의 승합차 1~2대 정도를 운행하는 것에 불과한 것이다. 이에 더하여 동일한 약의 조제에 대해서는 균일한 보험급여가 지급되고 약품가격도 비교적 엄격히 통제되고 있으므로 백화점 등의 경우와는 달리 셔틀버스의 운행비용을 소비자에게 전가시킬 수 있는 상황도 아니라

고 할 것이므로, 운행차량이나 운행대수가 환자의 수에 비례하여 대형화하거나 증가될 것도 아니다(셔틀버스라고 하여 대형화한 것을 연상케 하나, 그 실은 그렇지 못하다). 그리고 이러한 운행노선은 대형종합병원에서 가장 가까운 지하철역이나 노선버스의 정류장 정도에 불과한 거리로 기존의 대중교통수단의 노선과 중복되지 않을 뿐 아니라, 오히려 병원과 이러한 대중교통수단을 연결하는 보완적인 역할까지도 하는 것이다. 나아가 약국의 셔틀버스를 이용하는 이용자들은 대부분 인근 대형종합병원에서 진료를 받고 약을 조제하려는 환자들이 국한되나, 그렇지 않은 경우라 하더라도 환자들의 보조자이거나 입원환자를 방문하는 자들 일부에 한정되므로 백화점 등 대형유통업체가 운행하는 셔틀버스의 경우와 같이 불특정다수인으로 그 운행대상이 확대될 성질의 것도 아니다.

그렇다면, 약국의 셔틀버스운행은 백화점 등 대형유통업체의 경우와 달리 기존 여객운송업자들과 분쟁을 일으킬 소지는 없다고 할 것이고, 오히려 병원과 인근 대중교통수단을 연결하는 보완적인 기능을 가질 수 있는 것임에도 불구하고, 기존여객운수사업자의 보호를 위하여 약국의 셔틀버스운행을 금지하여야 한다는 것은 정당한 입법목적이 될 수 없다.

마지막으로 자가용자동차의 운송질서확립 및 무상운송이용자의 안전확보라는 측면에서 셔틀버스운행을 금지하여야 한다는 지적에 대하여 본다.

위에서 본 바와 같이 약국의 경우 1대 혹은 2대의 소형승합차를 운행함에 그치고 그 이용자들도 환자나 그 보조자에 한정된다고 할 것이어서, 여객운송의 분담비율이 극히 미미한 정도에 불과하므로 여객운송질서를 해친다고 볼 수 없고, 자동차를 이용한 다수인의 운송이라는 측면과 자동차 자체가 지니고 있는 사고의 개연성을 고려하면, 이용자의 안전에 다소 문제가 있을 수 있는 것은 부정할 수 없지만, 이는 셔틀버스운행을 금지시켜야 할 이유라기보다는 관계법령에서 셔틀버스의 운행기준 및 정비기준을 강화하거나 사고시 배상책임을 강화하는 등으로 해결할 성질의 것이다.

따라서, 이 역시 셔틀버스운행금지의 정당한 목적이 될 수 없다.

(다) 나아가 가사 다수의견과 같이 그 입법목적의 정당성을 긍정한다고 하더라도 약국의 셔틀버스운행을 전면적으로 금지하는 것이 입법목적을 달성하기 위한 적절한 수단인지의 여부에 관하여 본다.

먼저 셔틀버스운행으로 인한 문전약국과 동네약국간의 분쟁해결에 셔틀버스운행금지가 적절한 수단인지의 여부에 대하여 본다.

앞에서 본 바와 같이 기존 동네약국이 겪고 있는 경영난이 본질적으로 문전약국의 셔틀버스운행에서 비롯된 것이라 볼 수 없는 점(실제로 셔틀버스운행이 금지되기 전인 2000. 8. 의약분업제도가 실시된 이후 전국 7대 도시를 기준으로 847개의 약국이 폐업신고를 한 것으로 나타나고 있다(건강보험심사평가원, 요양기관 증감현황 통계)), 문전약국으로부터의 동네약국의 보호는 원칙적으로 경쟁질서의 범주 내에서 경쟁질서의 확립을 통하여 이루어져야 하며 경쟁을 배제하거나 제한하는 특혜조치를 부여하는 것은 바람직하지 않다는 점에 비추어 보면, 약국의 셔틀버스운행을 금지한다고 하더라도 이로써 의약분업제도의 실시 전과 같이 동네약국의 경영이 정상화된다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 문전약국을 찾는 환자들이 줄어드는 것도 아니라 할 것이고, 또한 공정한 경쟁질서가 확립된다고 볼 것도 못되므로 셔틀버스운행금지는 적절한 입법수단이 될 수 없는 것이다.

다음으로 여객자동차운송업체와의 분쟁해결과 셔틀버스운행금지간의 관련성 유무를 본다.

청구인들을 비롯한 문전약국의 셔틀버스는 인근 대형종합병원과 약국 사이를 그 운행노선으로 하여 약을 조제하려는 환자와 그 보조자에 한해 운행하고 있으므로 기존의 여객운송사업자와의 갈등을 일으킬 소지가 비교적 적을 뿐 아니라, 그러한 운행구간은 대중교통수단이 운행하기에도 부적당한 경우라고 할 것이어서, 애당초 그러한 분쟁의 소지가 없다고 보는 것이 상당하다. 오히려 병원과 약국 사이를 셔틀버스가 운행하는 관계로 병원을 이용하는 환자들의 자가용 이용이 억제되고, 이를 통하여 지하철이나 노선버스 이용의 불편을 보완하는 기능을 하고 있다. 따라서, 셔틀버스운행으로 인한 여객자동차운송업체와의 갈등을 해소하기 위한다는 목적과 셔틀버스운행을 금지하는 것 사이에는 어떠한 상관관계도 발견할 수 없다.

(2) 침해의 최소성 및 법익의 균형성에 대한 검토

이 사건 법률조항을 포함한 법 제73조의 2는 약국의 셔틀버스운행을 전면적으로 금지하면서 노선버스나 철도 등 대중교통수단이 운행되지 아니하거나 그 접근이 극히 불편한 지역과 공사 등으로 대중교통수단의 운행이 불가능한 지역의 고객을 일시적으로 수송하는 경우 등에 한하여 예외적으로 그 행위를 허용하고 있다.

그러나 위에서 본 바와 같이 약국이 셔틀버스를 운행하는 경우는 청구인들과 같은 문전약국이 대부분이라 할 것인데, 이러한 문전약국의 셔틀버스운행

구간은 매우 짧은 거리여서 대중교통수단이 운행되기에는 부적절한 구간이라 할 것이므로, 위와 같이 예외적으로라도 셔틀버스의 운행이 허용될 수 있는 경우를 따로 상정하기는 어렵고, 가사 대중교통수단이 운행된다고 하더라도 대중교통수단을 이용하기 위한 거리나 약국까지의 거리가 비슷하므로 이를 이용하는 것을 기대하기도 어려운 실정이다.

따라서, 이러한 구간에 한하여 셔틀버스를 운행하는 한, 위에서 본 바와 같이 여객운송사업자와의 분쟁이 야기될 위험도 없다고 할 것이므로 약국의 이용자를 위한 셔틀버스의 운영을 전면적으로 금지하는 것은 최소침해성의 원칙에 반한다고 할 것이다. 다만, 대중교통수단과 중복되는 노선으로 운행구간을 확대하거나 병원의 환자 외에 불특정다수인을 위하여 그 운행의 대상을 확대하는 경우도 있을 수 있으나, 이러한 경우에는 일반적인 금지라는 수단이 아니라, 운행구간이나 운행횟수 등을 제한하는 단속적인 방법으로도 능히 입법목적을 달성할 수 있는 것이다.

나아가 이 사건 법률조항에 의하여 셔틀버스운행을 금지함으로써 얻는 동네약국이나 여객운송사업자의 이익은 극히 미미하고, 이로 인하여 달성될 다른 공익도 달리 찾을 수 없다고 할 것이나, 이로 인하여 불편한 몸을 이끌고 약국을 이용하려는 환자들의 경우에는 부득이 자가용 또는 높은 비용을 지불하고 택시를 이용하거나 걸어가는 수밖에 달리 방법이 없다고 할 것이므로, 이로 인하여 얻는 공익이 침해되는 사익에 비해 결코 크다고 볼 수도 없다.

따라서, 약국에 대한 셔틀버스의 운행금지는 최소침해성의 원칙이나 법익 균형성의 원칙에도 반한다고 할 것이다.

나. 평등권의 침해여부와 관련하여

(1) 이 사건 법률조항은 고객유치목적의 노선을 정한 셔틀버스의 운영을 전면적으로 금지하는 한편, 학교, 학원, 유치원, 보육원, 호텔, 교육·문화·예술·체육시설, 종교시설, 금융기관 또는 병원의 이용자를 위한 경우에는 예외적으로 그 운영을 허용하고 있다.

따라서, 이 사건 법률조항이 정한 예외적인 셔틀버스의 운행허용대상에서 약국이 제외됨으로써 학교, 병원 등의 셔틀버스운행과 약국의 셔틀버스운행을 차별하고 있는바, 이러한 차별취급이 정당성을 가지기 위해서는 그 차별이 합리적인 기준이나 방법에 근거한 것이어야 한다.

(2) 이 사건 법률조항은 셔틀버스운행의 예외적 허용대상으로 학교, 유치

원, 보육원, 호텔, 교육·문화·예술·체육시설, 종교시설, 금융기관 또는 병원의 이용자를 위한 운행의 경우를 들고 있는데, 학교나 종교시설의 경우는 애당초 고객유치목적이 전혀 없는 경우라 할 것이어서, 그 목적에서, 유치원, 보육원, 호텔, 교육·문화·예술·체육시설의 경우는 고객유치에 그 목적이 있지만, 이용자가 수강생, 회원 등에 국한된다는 그 이용자의 특성에서, 금융기관 또는 병원의 경우도 고객의 유치에 그 목적이 있음이 분명하나, 그 이용자가 비교적 제한되고 운행거리나 운행회수 등에서 백화점 등 대형유통업체의 그것과 차이가 있다는 데에서 예외적으로 셔틀버스의 운행을 허용하고 있는 것으로 보인다.

이 사건 법률조항이 정한 운행허용대상의 개별적 특성만으로는 일률적인 차별의 기준이 제시되기 어렵다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항이 정하는 입법구분 자체가 평등원칙과 관련하여 문제가 있다고 할 것이지만, 입법구분 자체의 불명확성만으로 바로 평등권이 침해되었다고 볼 것은 아니므로 부득이 다수의견이 들고 있는 차별의 기준으로 이 사건 법률조항의 평등권 침해 여부를 본다.

(3) 다수의견은 이 사건 법률조항이 그 주체와 이용자에 따라 셔틀버스의 운행을 차별한 목적을 여객운송사업자의 보호에 두고, 그 차별의 기준을 기존 대중교통수단과의 운행노선의 중복여부와 운행의 횟수 및 불특정다수인의 이용가능성의 측면에서 찾고 있다.

물론 이 사건 법률조항이 예외적으로 운행을 허용하고 있는 대상 중에 학교나 종교시설의 경우는 고객유치목적이 없다고 볼 것이어서, 애당초 금지의 대상에도 해당되지 않는 것이라 할 것이고, 학원, 유치원, 보육원, 호텔, 교육·문화·예술·체육시설의 경우에도 그 운행의 목적이 주로 고객유치에 있음은 부인할 수 없지만, 그 이용자가 학원 등의 수강생 또는 그 시설을 이용하는 회원에 국한되므로, 그 시설을 이용하는 회원들에게 교통의 편의를 제공한다는 부차적인 목적도 아울러 가지고 있다고 볼 것이다. 그러므로 다수의견이 든 차별의 목적과 기준으로 볼 때에도 이들의 경우와 약국의 경우를 차별하는 것에는 합리적인 이유가 있다고 판단된다.

(4) 그러나 금융기관 및 병원의 이용자를 위한 셔틀버스의 운행과 약국의 셔틀버스운행을 차별하는 이 사건 법률조항은 청구인들의 평등권을 침해하는 것이라 아니할 수 없다.

앞에서 살펴 본 바와 같이 약국의 이용자를 위한 셔틀버스의 운행구간은

문전약국의 특성상 대형종합병원과 그 주변에 위치한 약국 사이로 한정되고, 그 이용자의 범위도 주로 문전약국을 이용할 수밖에 없는 대형종합병원에서 진료를 받은 환자들 및 그 보조자에 국한된다. 따라서, 약국의 이용자를 위한 경우는 금융기관(금융기관이 운영하는 셔틀버스가 구체적으로 어떤 것인지는 명확하지 않다. 단지 그 직원들의 출퇴근 용도에 제공되는 것이라면, 예외사유에 해당한다고 볼 수 있겠으나, 금융기관을 이용하는 일반 고객을 상대로 한 것이라면, 이용자의 범위나 운행노선의 면에서 약국의 경우보다도 금지의 필요성이 더 큰 경우라 할 것이다)이나 병원의 이용자를 위한 셔틀버스의 운행과 달리 취급할 정도의 큰 차이가 있다고 보기 어렵고, 그 운행구간의 측면에서만 본다면, 오히려 기존의 여객운송사업자의 운행노선과 중복될 가능성이 없어 그 운행을 금지할 이유조차 없다고 할 것이다.

다만, 셔틀버스운행의 허용으로 인하여 문전약국들 사이에 고객유치를 둘러싼 경쟁이 심화될 가능성이 병원이나 금융기관의 경우보다는 더 크다고 하더라도, 이는 셔틀버스의 운행을 금지하는 것과 같이 경쟁을 제한하는 방법으로 해결하거나 전면적인 금지의 효과를 갖는 입법적인 조치로서 해결할 것은 아니라고 볼 것이므로 이를 이유로 차별취급이 정당화될 수도 없는 것이다.

또한 이에 대하여 이 사건 법률조항이 정한 예외적인 허용대상은 비교적 공익목적에 위한 것이고, 또 공익적 기능을 유지하기 위하여 셔틀버스의 운행이 요구된다는 주장도 있을 수 있으나, 약국의 경우도 병원과 같이 국민의 건강을 수호하는 공익적 목적을 갖는 것으로 의사와 마찬가지로 약사에게도 여러 가지 공익적 의무를 부과한다는 점에서 병원의 이용자를 위한 경우와 달리 볼 것은 아니다.

다. 결 론

그러므로, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 영업의 자유를 침해하고, 합리적인 이유없이 청구인들을 차별취급하고 있어 평등원칙에도 위배되므로 헌법에 위반된다고 할 것이나, 이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 경우에는 예외적으로 셔틀버스의 운행이 허용되던 경우까지도 모두 운행이 중단되므로 이러한 상황이 발생하는 것을 방지하기 위하여 입법자에게 입법개선을 촉구하는 의미의 헌법불합치결정을 함이 상당하다고 보는 것이다.

이러한 이유로 우리는 다수의견에 반대하여 헌법불합치의견을 밝히는 바

이다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일(주심) 권 성
김효종 김경일 송인준 주선희

민법 제999조 제2항 위헌확인

(2002. 11. 28. 2002헌마134 전원재판부)

【판시사항】

상속회복청구권 행사기간을 “상속권의 침해행위가 있는 날로부터 10년”이라고 한 개정 민법 제999조 제2항 해당 부분(이하 “이 사건 법률조항”)이 재산권과 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

헌법재판소는 2001. 7. 19. 선고 99헌바9등 결정에서 이 사건 법률조항으로 개정되기 전의 민법 제999조 제2항 중 “개시된 날로부터 10년” 부분에 대해 위헌으로 선언하였다. 그 요지는, 동 조항이 상속관계의 조속한 확정을 위한 것이라 해도 10년이라는 비교적 단기간으로 진정한 상속인의 재산권을 빼앗아 참칭상속인에게 주는 결과는 부당하며, 동 조항이 참칭상속인의 외관을 신뢰한 제3자를 보호하기 위한 규정임을 감안해도 그 공익에 비하여 진정한 상속인의 불이익이 크므로 재산권을 침해하고, 또한 그 기간은 상속에 의하여 재산권을 취득한 자와 그 밖의 원인에 의하여 재산권을 취득한 자를 비합리적으로 차별한다는 것이다.

그런데 이 사건 법률조항은 종전보다 상속회복청구권자에게 유리하게 기간을 규정하였는데, 그 기간이 연장된 정도는 침해행위가 있는 날이 상속개시일로부터 멀수록 늘어나며, 만일 침해행위가 상속개시일로부터 10년이 된 때에 발생한다면 그 기간은 종전보다 10년이 길어진 것이 되는데, 이는 구법 조항에 비해 합리적인 정도로 기간이 연장된 것이라 볼 것이다. 한편 위 결정에서는 침해가 “상속개시일부터 10년이 경과된 이후에 발생한 경우”에 발생하는 불합리성이 지적되었는데, 개정법은 그러한 불합리성을 원천적으로 방지하고 있다. 그렇다면, 일반적으로 상속제도나 상속권의 구체적 내용은 입법자가 입법정책적으로 결정할 사항임을 감안할 때, 이 사건 법률조항이 입법재량의 범위를 일탈하여 재산권을 침해한 것이라 할 수 없

다. 또한 그 기간이 합리적인 정도로 연장된 이상, 이 사건 법률조항이 여전히 상속에 의하여 재산권을 취득한 자와 그 밖의 원인에 의하여 재산권을 취득한 자를 비합리적으로 차별한다고 볼 수도 없다.

【심판대상조문】

민법(2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정된 것) 제999조(상속회복청구권) ① 생략
② 제1항의 상속회복청구권은 그 침해를 안 날로부터 3년, 상속권의 침해가 있는 날부터 10년을 경과하면 소멸한다.

【참조판례】

헌재 2001. 7. 19. 99헌바9등, 판례집 13-2, 1

【당 사 자】

청 구 인 홍○자
대리인 변호사 임종선

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상
가. 사건의 개요

청구인은 1975. 6. 2. 사망한 홍○태의 상속인인데, 청구인을 제외한 나머지 상속인들(청구인의 모 및 동생들)이 1984. 4. 4. 망인의 소유였던 마산시 중성동 대 26.8㎡에 대하여 상속등기를 경료하였다. 청구인은 모 김○생이 2000. 12. 16. 사망하자 그 재산 상속관계를 알아보는 과정에서 위 사실을 알게 되었다고 주장한다.

그런데 청구인은 자신이 상속회복청구권을 행사하려 하여도, 2002. 1. 14. 개정된 민법 제999조 제2항이 “상속권의 침해행위가 있는 날로부터 10년”이라고 규정하고 있어 불가능하다고 하면서, 이 조항은 재산권 등을 침해하는 것이며, 헌법재판소에 의하여 위헌으로 결정된 구 조항(“상속개시일로부터 10년”)을 제대로 개정하지 않은 것이라며 2002. 2. 22. 이 사건 헌법소원심판을

청구하였다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 민법(2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정된 것) 제999조 제2항 중 “상속권의 침해행위가 있는 날부터 10년” 부분(청구인은 이 조항 중 이 부분만을 다룬다. 이하 이를 “이 사건 조항”이라 한다)의 위헌 여부이다. 제999조의 내용은 다음과 같다.

제999조(상속회복청구권) ① 상속권이 참칭상속권자로 인하여 침해된 때에는 상속권자 또는 그 법정대리인은 상속회복의 소를 제기할 수 있다.

② 제1항의 상속회복청구권은 그 침해를 안 날로부터 3년, 상속권의 침해행위가 있는 날부터 10년을 경과하면 소멸된다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

헌법재판소가 2001. 7. 19. 99헌바9등 결정에서 구 민법 제999조 제2항 중 “상속이 개시된 날부터 10년” 부분을 위헌선언한 것은 위 “10년”이라는 기간이 너무 짧다고 보았기 때문이다.

그런데 이 사건 조항은 위 위헌결정의 취지에 여전히 배치되는 것이다. 즉, 오늘날 특별한 사정이 없는 한 상속등기는 상속개시일에 근접하여 경로되는 것이 일반적이는데, 이 사건 조항에 의하면 10년의 제척기간이 종전의 규정에 비하여 기껏해야 수개월 정도 연장되는데 불과한 셈이 되기 때문이다.

그러므로 이 사건 조항은 여전히 위헌이라고 보아야 한다.

나. 관계기관의 의견

법원행정처는 별 의견이 없다고 회신하였으며, 다른 관계기관의 의견은 접수된 바 없다.

3. 판 단

가. 헌법재판소의 기존 결정

헌법재판소는 2001. 7. 19. 99헌바9등 결정(판례집 13-2, 1)에서 이 사건 조항으로 개정되기 직전의 해당 조항에 대하여 위헌결정을 하였다. 즉 종전 민법 제999조 제2항은 “제1항의 상속회복청구권은 그 침해를 안 날부터 3년, 상속이 개시된 날부터 10년을 경과하면 소멸된다.”고 규정하였는데, 헌법재판소는 이 중 “상속이 개시된 날로부터 10년” 부분에 대하여 위헌결정을 하였던 것이다. 그 이유의 요지는 다음과 같다(아래에서 “이 법률조항”은 위헌으로 결정된 위 부분을 말한다).

『이 법률조항이 상속관계의 조속한 확정을 위한 것이라 해도 10년이라는 비교적 단기간으로 진정한 상속인의 재산권을 빼앗아 참칭상속인에게 주는 결과는 부당하다. 특히 침해행위가 상속개시일부터 10년이 경과한 이후에 발생한 경우에는 참칭상속인은 침해와 동시에 상속재산을 취득하고, 진정상속인은 권리를 잃고 구제 받을 길이 없게 되어 그 불합리성과 반윤리성은 특히 두드러진다. 침해행위가 상속개시일부터 10년이 경과하기 이전에 있다 하더라도 오늘날 피상속인이 사망한 경우 상속재산 상태를 상세히 파악하거나 조사하기가 쉽지 않으며 상속재산을 파악하였다 하더라도 상속인이 상속재산을 처분하기 전에는 상속등기를 하지 않은 채 재산권을 행사하거나 그대로 보유하는 경우가 많으므로, 문제점은 마찬가지이다. 결국 상속에 관한 법률관계의 조속한 확정을 위한 것이라 하더라도 그 권리행사기간을 상속개시일부터 10년의 제척기간으로 규정한 것은 적정한 기본권제한의 방법이라고 볼 수 없다.

또한 이 법률조항이 참칭상속인의 외관을 신뢰한 제3자를 보호하기 위한 규정임을 감안하더라도, 제3자는 따로 보호받을 수 있는 법적 장치가 있는 반면, 진정상속인은 제척기간이 경과하면 아무런 보호도 받지 못하므로, 그로 인하여 보호하고자 하는 공익에 비하여 진정상속인의 불이익이 보다 크다고 할 수 있다.

한편 소유권에 기한 물권적 청구권의 일종인 상속인의 상속회복청구권에 대하여 상속개시일부터 10년이 경과하면 소유권에 기한 모든 권리청구의 기회를 박탈하고 더 나아가 소유권 자체를 상실하는 결과를 생기게 하는 것은, 상속에 의하여 재산권을 취득한 자와 그 밖의 원인에 의하여 재산권을 취득한 자를 합리적으로 차별한 것이라 할 수 없다.』

나. 이 사건 조항의 위헌 여부

헌법재판소의 위 결정 취지는, 상속회복청구권은 진정상속인을 보호하기 위한 제도임에도 짧은 기간만을 규정한 결과 참칭상속인을 보호하는 제도로 탈바꿈하게 되었으며, 특히 침해가 “상속개시일부터 10년이 경과된 이후에 발생한 경우”에는 상속회복청구권이 발생하기도 전에 소멸해 버리고 참칭상속인은 소급하여 권리를 취득하게 되는 매우 부당한 결과가 발생하게 된다는 것이다. 또한 소유권이나 소유권에 기한 물권적 청구권은 소멸시효에 걸리지 않는 것에 비하여 소유권에 기한 물권적 청구권의 일종인 상속회복청구권은 상속개시일부터 10년이 경과하면 모든 권리청구의 기회를 박탈하고 소유권 자체를 상실하는 결과가 생기는데, 유독 상속의 경우에만 다른 법률관계에 있

어서보다 더 거래의 안전을 필요로 하는 것으로 보는 것은 합리적 차별이라 할 수 없다는 것이다.

이 사건 조항은 종전 규정상의 “상속개시일로부터 10년”을 “침해행위가 있는 날로부터 10년”이라고 규정하여 종전보다 상속회복청구권자에게 유리하게 기간을 규정하였다. 그 연장된 범위는 침해행위가 있는 날이 상속개시일로부터 멀수록 늘어나며, 침해행위가 상속개시일로부터 10년이 된 때에 발생한다면 이 사건 조항에 의한 기간은 종전보다 10년이 길어진 것이고, 만일 침해행위가 상속개시일로부터 10년 후에 발생하면 종전보다 10년 이상의 기간이 늘어난 것이 된다. 그렇다면 이 사건 조항은 구법 조항에 비교하여 볼 때 합리적인 정도로 기간이 연장된 것이라 볼 것이다.

청구인은 이 사건 조항에 따른 연장범위에 대하여, 통상 상속등기가 상속개시일에 근접하여 경료되므로 이 사건 조항에 의한 기간은 종전보다 기껏해야 수개월 정도 연장되는데 불과하다고 주장한다. 그러나 일률적으로 그렇게 볼 수는 없으며, 이 사건에서 청구인의 경우를 보면, 상속개시일은 1975. 6. 2.이고, 상속권이 침해되었다는 때는 1984. 4. 4.이었으므로 약 9년의 간격이 존재하는 것이다. 따라서 이 사건 조항이 종전 규정보다 별로 연장된 것이 아니라는 청구인의 주장을 쉽게 받아들이기는 어렵다.

한편 헌법재판소의 위 결정 이유에서는 특히 침해가 “상속개시일로부터 10년이 경과된 이후에 발생한 경우”에 발생하는 불합리성이 강조된 바 있고, 이것이 위헌결정에 이르게 된 하나의 중요 논거가 되었는데, 개정법은 침해행위로부터 기간이 시작되도록 하였으므로 그러한 불합리성을 원천적으로 방지하고 있다.

따라서 이 사건 조항에 의하여 기간이 연장된 결과, 종전보다 상속회복청구권의 제척기간이 경과하였다고 인정될 수 있는 사례가 적어지게 될 것이고, 따라서 종전 규정의 위헌성은 이 사건 조항을 통해 상당히 완화된 것이라고 보여 진다.

일반적으로 상속제도나 상속권의 구체적 내용은 입법자가 입법정책적으로 결정할 사항으로서 원칙적으로 입법형성의 자유에 속한다. 비록 이 사건 조항의 기간은 다른 나라의 입법례에 비하면 여전히 짧은 것이라 할 수 있지만, 종전 규정보다도 상당히 연장된 것인 점을 감안하면 이 사건 조항이 입법재량의 범위를 일탈한 것으로서 종전 규정과 똑같은 위헌성이 있다고 단정할 수 없다.

또한 위 헌법재판소 결정은 구법 조항이 평등원칙에도 위배된다고 하였으나, 이 부분 판단 역시 구법 조항상의 기간이 지나치게 짧다는 전제하에 이루어진 것이므로, 이 사건 조항에 의하여 그 기간이 합리적인 정도로 상당히 연장된 이상, 합리적인 이유가 없는 차별로써 평등원칙에 위배되거나 평등권을 침해하는 것이라 볼 수 없다.

그렇다면 이 사건 조항이 재산권이나 평등권을 침해한 것이라고 할 수 없고, 달리 다른 헌법상의 기본권을 침해하였다고 볼 사정이 없다.

4. 결 론

이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성
김효종(주심) 김경일 송인준 주선희

사설철도주식회사주식소유자에대한보상에 관한법률 제4조 제2항 제1호 등 위헌제청

(2002. 12. 18. 2002헌가4 전원재판부)

【판시사항】

1. 헌법 제23조 제3항의 ‘정당한 보상’의 원칙이 모든 경우에 예외 없이 시가에 의한 보상을 요구하는지 여부(소극)
2. 50여년 전에 국가에 수용되었던 주식의 보상금액을 산정함에 있어 수용 당시의 주식시세를 알 수 있는 자료가 없어 주식거래 시세를 기준으로 하지 않고 대차대조표에 기초한 산정방식을 택하고 있고 대차대조표 작성시점이 아니라 수용시점을 기준으로 생산자물가 지수변동율을 적용하는 것이 헌법에 위반되는 것인지 여부(소극)

【결정요지】

1. 헌법 제23조 제3항에 규정된 ‘정당한 보상’의 원칙이 모든 경우에 예외없이 개별적 시가에 의한 보상을 요구하는 것이라고 할 수 없으며, 본 사건의 경우 50여년 전에 국가에 수용되었던 주식의 현재가치를, 정확한 자료가 미비한 상태에서 산정하여야 하는 특수한 어려움이 존재하므로, 어떤 방식으로 주식의 가치를 산출할 것인지에 관하여 입법자에게 보다 넓은 판단권과 형성권을 부여하지 않을 수 없다.
2. 사설철도주식회사주식소유자에대한보상에관한법률 제4조 제2항 제1호, 제3항, 제4항이 1946년 5월 미군정청 법령 제75호 ‘조선철도의 통일’에 의하여 수용된 조선철도주식회사가 발행한 주식의 보상금액을 산정함에 있어, 당시의 주식거래 시세를 기준으로 하지 않고 대차대조표에 기초한 산정방식을 택하고 있고, 주식의 평균불입액비율에 따라 차등하여 보상하고 있으며, 대차대조표 작성 시점인 1945년 8월부터가 아니라 수용시점인 1946년 5월부터 생산자물가지수 변동률을 적용하고 있다 하더라도, 수용 당시의 주식시세를 알 수 있

는 객관적 자료가 없는 상황에서 수용일에 가장 가까운 시기에 작성된 1945. 8. 31.자 대차대조표가 수용 당시 피수용회사의 재정상태를 가장 잘 반영하는 것으로 보아 이를 기준으로 수용 당시의 주식 1주당 가액을 산정하는 방식을 택한 점, 같은 피수용회사의 주식이라 할지라도 그 주금불입액에 따른 5종의 주식별로 각기 거래소의 시세도 달리 형성되어 거래되는 등 그 가치가 상이하였다고 봄이 상당한 점, 대차대조표 작성 시점인 1945년 8월부터 수용시점인 1946년 5월까지의 물가상승으로 인하여 피수용회사의 자산가치, 나아가 주식의 가액이 높아졌으리라고 단정할 만한 자료가 없는 이상 수용 당시를 기준으로 그 후의 생산자물가지수 변동률을 적용하였다 하여 반드시 불합리하다고 할 수 없는 점 등을 종합하여 보면, 위 법률조항들은 '정당한 보상'을 지향하는 가운데 실현가능한 나름대로의 합리적이고 적정한 보상을 꾀한 것이라 할 것이어서 반드시 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

시설철도주식회사주식소유자에대한보상에관한법률(2001. 1. 16. 법률 제6356호로 제정된 것) 제4조(보상금액의 산정) ① 생략

② 제1항의 규정에 의한 피수용회사의 주식 1주당 가액은 다음 각호의 시기에 작성된 대차대조표에 의하여 자산총액에서 부채총액을 공제한 순자산가치를 발행주식 총수로 나눈 값으로 한다.

1. 조선철도주식회사는 1945년 8월 31일자 대차대조표
2. 경남철도주식회사는 1945년 1월 31일자 대차대조표
3. 경춘철도주식회사는 1945년 3월 31일자 대차대조표

③ 제1항의 규정에 의한 주식의 평균불입액 비율은 주식 소유자별 주식 1주당 평균불입액을 각 피수용회사의 발행주식 1주당 평균불입액으로 나눈 값으로 한다.

④ 제1항의 규정에 의한 생산자물가지수 변동률은 1946년 5월부터 이 법 시행일이 속하는 달의 직전달까지의 기간을 기준으로 하여 산정한다.

【참조조문】

헌법 제23조 제3항, 제11조

시설철도주식회사주식소유자에대한보상에관한법률 제1조(목적) 이 법은 재조선미국육군사령부 군정청법령 제75호 조선철도의 통일 제2조의 규정에 의하여 수용된 조선철도주식회사·경남철도주식회사 또는 경춘철도주식회사가 발행한 주식에 관한 권리를 가진 자

에 대하여 그 보상금의 지급 등에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

시설철도주식회사주식소유자에대한보상에관한법률 제2조(보상청구권자의 범위) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 이 법에 의하여 보상을 청구할 수 있다.

1. 제조선미국육군사령부 군정청법령 제75호 조선철도의 통일 제3조의 규정에 의하여 보상청구를 한 자로서 조선철도주식회사·경남철도주식회사 또는 경춘철도주식회사(이하 “피수용회사”라 한다)의 주권 원본을 소유한 자
2. 1961년 2월 11일자 교통부 공고에 의하여 동년 동월 15일부터 동년 3월 14일까지 주식소유자등록을 한 자로서 피수용회사의 주권 원본을 소유한 자
3. 제1호 및 제2호의 규정에 해당하는 자의 승계인으로서 피수용회사의 주권 원본을 소유한 자
4. 법원의 확정판결에 의하여 피수용회사의 주식에 대한 보상청구권이 인정된 자 또는 그 승계인

시설철도주식회사주식소유자에대한보상에관한법률 제4조(보상금액의 산정) ① 보상금액은 보유 주식수에 피수용회사의 주식 1주당 가액, 주식의 평균불입액 비율, 생산자물가지수 변동률 및 화폐단위 변동률을 곱하여 산정한다.

【참조판례】

1. 헌재 1995. 4. 20. 93헌바20등, 판례집 7-1, 519
헌재 2001. 4. 26. 2000헌바31, 판례집 13-1, 932

【당 사 자】

제청법원 서울고등법원

제청신청인 소중영

당해사건 서울고등법원 2001나34685 손해배상(기)

【주 문】

시설철도주식회사주식소유자에대한보상에관한법률(2001. 1. 16. 법률 제 6365호로 제정된 것) 제4조 제2항 제1호, 제3항, 제4항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 1946. 5. 7. 공포되어 그 날로부터 10일 후에 시행된 제조선미국육군사

령부군정청법령 제75호 조선철도의통일(이하 “군정법령”이라 한다)에 의하여 조선철도주식회사(이하 “피수용회사”라 한다)의 전 재산이 공용을 위하여 수용되자 피수용회사의 주식 67,166주를 소유하고 있던 대한금융조합연합회는 군정법령이 정한 손실보상을 받기 위하여 1946. 6. 30. 재조선미국육군사령부군정청 운수부장에게 위 주식에 관한 보상청구서를 제출하였다. 그러나 위 수용으로 인한 보상 관계 서류가 6. 25 사변을 겪으면서 소실되어 1961. 2. 11. 대한민국 교통부장관이 피수용회사 주주의 등록을 하도록 공고하였고, 이에 구 농업협동조합법에 의하여 위 대한금융조합연합회의 업무와 재산일체를 인수한 농업협동조합중앙회는 1961. 2. 17. 이에 따른 등록을 마쳤다. 위 농업협동조합중앙회는 1961. 10. 20. 위 주식을 모두 공매처분함과 동시에 위 주식에 따른 보상청구권 역시 양도하였는데, 청구외 김민수가 그 중 주식 59,176주(이하 “이 사건 주식”이라 한다)를 매수하면서 이 사건 주식에 따른 보상청구권을 양도받았다.

(2) 1961. 12. 30. 법률 제922호로 공포된 조선철도의통일폐지법률이 군정법령을 폐지하면서 이미 확정된 보상청구권의 존속만을 부칙에 정하였을 뿐 보상금의 사정·확정 및 지급절차에 관하여 아무런 규정을 두지 않아 이 사건 주식에 따른 보상이 이루어지지 않자, 위 김민수는 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 김민수에게 피수용회사의 재산수용으로 인한 손실보상청구권이 있음을 확인하는 내용의 승소판결을 받아 그 판결이 확정되었다. 그러나 대한민국은 위 손실보상금의 확정·지급을 가능하게 하는 근거법령이 없다는 이유 등으로 위 손실보상금의 지급을 거절하여 왔다.

(3) 1977. 12. 28. 위 김민수로부터 이 사건 주식 및 이에 따른 보상청구권을 양도받은 제청신청인은 1988. 11. 보상금지급절차를 마련하여 줄 것을 요청하였으나, 대한민국이 여전히 이에 응하지 아니하자, 1989. 1. 11. 헌법재판소에 선택적으로 군정법령을 폐지한 후 피수용회사 재산의 수용으로 인한 손실보상절차를 규정하는 법률을 제정하지 아니한 입법부작위의 위헌확인 등을 구하는 헌법소원심판(89헌마2)을 청구하였고, 헌법재판소는 1994. 12. 29. 사철철도회사의 재산수용에 관한 보상절차규정을 두고 있던 군정법령이 폐지된 지 30여 년이 지나도록 입법자가 그 보상을 위한 입법조치를 취하지 않고 있음은 입법재량의 한계를 넘는 입법의무불이행으로서 위헌이라는 결정

을 하였다.

그러나 위 위헌결정 이후에도 위 손실보상금 지급을 위한 입법을 지연하자, 제청신청인은 보상근거법령을 마련할 의무가 있음에도 불구하고 위헌결정일로부터 1년 이상이 경과하였는데도 그 의무이행을 해태하고 이를 입법하지 않았으므로 불법행위가 성립하였다고 주장하면서 1996. 4. 25. 서울지방법원에 손실보상금 상당액의 지급을 구하는 조정신청을 하였고, 조정이 성립되지 아니하여 본안소송으로 이행되었다.

(4) 위 본안소송의 계속 중인 2001. 1. 16. 위 군정법령에 의하여 수용된 사설철도에 관한 보상청구권자의 범위, 보상금액의 산정방법 및 보상금의 지급절차 등을 규정한 사설철도주식회사주식소유자에대한보상에관한법률(법률 제6365호, 이하 “법”이라 한다)이 제정·공포되어, 2001. 7. 1.부터 시행되고 있다.

(5) 제청신청인은 위 법이 규정하고 있는 보상은 보상청구권자들의 보상청구권을 정당하게 평가하여 피수용재산의 객관적 재산가치를 완전하게 보상하지 아니하고 그에 훨씬 못 미치는 보상내용을 규정하고 있으므로, 헌법상의 평등원칙(헌법 제11조 제1항) 및 재산권 수용시의 정당보상의 원칙(헌법 제23조 제3항)에 위배된다고 주장하면서 위헌여부심판의 제청신청(서울고등법원 2001카896)을 하였고, 서울고등법원은 그 신청을 받아들여 2002. 4. 9. 헌법재판소에 법 제4조 제2항 제1호, 제3항, 제4항에 대하여 위헌여부의 심판을 제청하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 법 제4조 제2항 제1호, 제3항, 제4항의 위헌여부이고, 그 규정과 관련규정의 내용은 다음과 같다.

법 제1조(목적) 이 법은 재조선미국육군사령부 군정청법령 제75호 조선철도의 통일 제2조의 규정에 의하여 수용된 조선철도주식회사·경남철도주식회사 또는 경춘철도주식회사가 발행한 주식에 관한 권리를 가진 자에 대하여 그 보상금의 지급 등에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조(보상청구권자의 범위) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 이 법에 의하여 보상을 청구할 수 있다.

1. 재조선미국육군사령부 군정청법령 제75호 조선철도의 통일 제3조의 규정에 의하여 보상청구를 한 자로서 조선철도주식회사·경남철도주식회사 또는 경춘철도주식회사(이하 “피수용회사”라 한다)의 주권 원본을 소

유한 자

2. 1961년 2월 11일자 교통부 공고에 의하여 동년 동월 15일부터 동년 3월 14일까지 주식소유자등록을 한 자로서 피수용회사의 주권 원본을 소유한 자
3. 제1호 및 제2호의 규정에 해당하는 자의 승계인으로서 피수용회사의 주권 원본을 소유한 자
4. 법원의 확정판결에 의하여 피수용회사의 주식에 대한 보상청구권이 인정된 자 또는 그 승계인

제4조(보상금액의 산정) ① 보상금액은 보유 주식수에 피수용회사의 주식 1주당 가액, 주식의 평균불입액 비율, 생산자물가지수 변동률 및 화폐단위 변동률을 곱하여 산정한다.

② 제1항의 규정에 의한 피수용회사의 주식 1주당 가액은 다음 각호의 시기에 작성된 대차대조표에 의하여 자산총액에서 부채총액을 공제한 순자산가치를 발행주식 총수로 나눈 값으로 한다.

1. 조선철도주식회사는 1945년 8월 31일자 대차대조표
2. 경남철도주식회사는 1945년 1월 31일자 대차대조표
3. 경춘철도주식회사는 1945년 3월 31일자 대차대조표

③ 제1항의 규정에 의한 주식의 평균불입액 비율은 주식 소유자별 주식 1주당 평균불입액을 각 피수용회사의 발행주식 1주당 평균불입액으로 나눈 값으로 한다.

④ 제1항의 규정에 의한 생산자물가지수 변동률은 1946년 5월부터 이 법 시행일이 속하는 달의 직전달까지의 기간을 기준으로 하여 산정한다.

2. 제청법원의 제청이유와 관계기관의 의견

가. 제청법원의 제청이유

(1) 피수용회사의 주식보유자에 대한 주식의 가액 산정에 있어서는 특별한 사정이 없는 한 수용 당시 주식시장에서 거래되던 주식의 시세를 기준으로 하는 것이 헌법 제23조 제3항에 의한 정당한 보상이 될 것이다. 그런데 법 제4조 제2항 제1호는 회사가 보유하고 있는 자산의 객관적 가치를 즉시 반영하지 못하며, 당시 물가의 폭등이 전혀 반영되지 않은 것으로 보이는 대차대조표에 의하여 계산한 자산가치를 발행주식 총수로 나눈 값을 주식 1주당 가액으로 하고 있다. 그러나 수용 당시의 주식시세는 위 조항의 기준에 따라 산출한 주식 1주당 가액보다 훨씬 높았을 것으로 추측되는바, 그렇다면 위 조항이

규정하고 있는 보상기준은 헌법 제23조 제3항의 정당한 보상이라고 볼 수 없고, 또한 다른 재산권 수용시 보상에 관하여 규정하고 있는 수산업법 제81조, 같은법시행령 제62조, 공공용지의취득및손실보상에관한특례법 제4조, 같은법시행령 제2조의10 등에 규정한 보상의 내용과 비교하여 보아도 위 주식의 소유자를 부당하게 차별적으로 처우하는 것이므로 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에도 위반된다.

(2) 피수용회사의 주식은 상장주식으로서, 주식시장에서는 주금의 납입액에 따라 주식의 거래가격에 차등을 두지 아니하고, 그러한 구별없이 동일한 가격으로 대등하게 거래되고 있다. 따라서 주금의 납입액에 상관없이 주식시장에서 거래되는 가격인 시가에 의하여 균등하게 보상하는 것이 정당한 보상이 될 것인데도, 법 제4조 제3항은 주식 소유자별 주식 1주당 평균납입액에 따라 보상을 달리 하고 있으므로 헌법 제11조 제1항의 평등원칙과 헌법 제23조 제3항의 완전보상의 원칙에 어긋난다.

(3) 법 제4조 제2항은 보상의 기준이 되는 피수용회사의 1주당 가액을 1945. 8. 31.자 대차대조표를 기준으로 산정하도록 하였는바, 1945. 8월부터 1946. 5월까지의 사이에 생산자물가지수가 2.708배 상승하였으므로, 위 보상의 기준이 되는 대차대조표를 1945. 8. 31. 작성된 것으로 한다면 그 작성일부터의 물가상승률을 반영하여야 할 것인데도, 그렇지 아니하고 그로부터 9개월이 지난 뒤부터의 물가상승분만을 반영하는 것은 피수용재산의 객관적 재산가치를 완전하게 보상하는 것이라고 볼 수 없어 헌법 제23조 제3항의 정당한 보상이라고 할 수 없다.

나. 건설교통부장관의 의견

(1) 피수용회사의 주식은 1945. 2. 5.에 거래된 일이 있고 그 후에는 1961. 10. 20.에 거래된 사실이 있을 뿐 수용일인 1946. 5. 17. 전후에 주식시장에서의 주식거래가 없어 주식시세를 알 수 없어 상장주식평가방법이 부적절하여 비상장주식평가방법을 택한 것이며, 수용일에 가장 가까운 시기에 작성된 1945. 8. 31.자 대차대조표가 수용 당시 피수용회사의 재정상태를 가장 잘 반영하는 것으로 보아 이를 기준으로 하였다. 또한 1945. 2. 5.의 주식시세가 수용 당시에도 동일하게 유지되었다고 가정하더라도 피수용회사의 주식은 불입 금액에 따라 거래소 시세가 형성되는데 피수용회사의 1주당 평균납입액을 감안하여 피수용회사의 주식시세를 산출하여 보면 위 대차대조표 기준에 따라 산출한 주식 1주당 가액보다 오히려 다소 낮다. 따라서 법 제4조 제2항 제1호

는 정당보상의 원칙에 부합한다.

(2) 피수용회사는 6개 사설철도회사의 합병으로 설립된 회사로서 공칭자본금이 당시 화폐단위로(이하 같다) 54,500,000원(1,090,000주×1주당 액면가 50원)이었으나, 1주당 불입금액이 각기 다른 5종의 주식으로 구성되어 있어 불입자본금은 17,650,000원이었고, 이에 따라 각각의 주식은 그 불입액에 따라 가치를 달리 하였다. 그리하여 불입액 비례만큼 거래소 시세가 형성되어 거래되어 왔고, 이익 또는 이식배당 등에 있어서도 구 상법의 규정에 따라 주금액의 비례에 따라 차등이 있었다. 따라서 주금액의 불입액에 따라 차등하여 보상토록 한 법 제4조 제3항은 평등원칙이나 완전보상의 원칙에 합치한다.

(3) 1945. 8. 31.자 대차대조표를 기준으로 주식가액을 산정토록 한 것은 그것이 수용 당시인 1946. 5. 17.의 피수용회사의 재정상태를 가장 잘 반영하는 재무제표로 보았기 때문이므로 수용에 따른 보상액 산정을 위한 생산자물가지수 적용시기는 수용 당시인 1946. 5.부터 적용하는 것이 정당하며, 1945. 9월부터 1946. 5월까지 물가지수의 상승이 있었다 하더라도 당시의 국내의 상황, 피수용회사의 경영여건 등에 건주어 보면 물가지수의 상승이 주식가치를 높였으리라고 판단되지 않으므로 그 기간 중의 물가상승율을 반영하지 않았다고 하여 위헌이라 할 수 없다.

3. 판 단

가. 정당보상의 원칙 위배 여부

(1) 정당보상의 원칙과 이 사건 보상입법의 특수성

헌법 제23조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다”고 규정하고 있다. 여기서 ‘정당한 보상’이란 ‘원칙적으로’ 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 뜻하는 것으로서, 재산권의 객체가 갖는 객관적 가치란 그 물건의 성질에 정통한 사람들의 자유로운 거래에 의하여 도달할 수 있는 합리적인 매매가능가격, 즉 시가에 의하여 산정되는 것이 ‘보통이다’(헌재 1995. 4. 20. 93헌바20등, 판례집 7-1, 519, 533-534; 헌재 2001. 4. 26. 2000헌바31, 판례집 13-1, 932, 938 참조).

그러나 헌법 제23조 제3항에 규정된 ‘정당한 보상’의 원칙이 모든 경우에 예외없이 개별적 시가에 의한 보상을 요구하는 것이라고 할 수 없다. 헌법재판소는 거듭, 토지의 경우에는 그 특성상 인근 유사토지의 거래가격을 기준으로 하여 토지의 가격형성에 미치는 제 요소를 종합적으로 고려한 합리적 조

정을 거쳐서 객관적인 가치를 평가할 수밖에 없음을 전제로, 토지수용으로 인한 손실보상액의 산정을 ‘공시지가’를 기준으로 한 것이 헌법상의 정당보상의 원칙에 위배되는 것이 아니라고 하였다(헌재 1995. 4. 20. 93헌바20등, 판례집 7-1, 519, 533; 헌재 2001. 4. 26. 2000헌바31, 판례집 13-1, 932, 938).

본 사건의 경우 50여년 전에 국가에 수용되었던 이 사건 주식의 현재가치를, 정확한 자료가 미비한 상태에서 산정하여야 하는 특수한 어려움이 존재하므로, 어떤 방식으로 이 사건 주식의 가치를 산출할 것인지에 관하여 입법자에게 보다 넓은 판단권과 형성권을 부여하지 않을 수 없다. 따라서 이 사건 심판대상인 법률조항에 대하여는 ‘완전보상’을 지향하는 가운데 실현가능한 나름대로의 합리적이고 적절한 보상기준을 설정하고 있는지 여부가 위헌의 심사기준이 될 수밖에 없다 할 것이다.

(2) 법 제4조 제2항 제1호에 관하여

법 제4조 제2항 제1호는 이 사건 주식 1주당 가액을, 1945. 8. 31. 작성된 대차대조표에 따라 계산한 피수용회사의 순자산가치를 발행주식 총수로 나눈 값으로 한다고 규정하고 있다.

이에 대하여 제청법원은, 1945년 6월부터 8월까지 24.748배라는 물가의 폭등이 있었음에도 위 대차대조표에는 이것이 전혀 반영되지 아니한 것으로 보인다고 전제한 뒤, 주식의 객관적 가치는 주식시세에 가장 잘 반영되어 있음에도 불구하고 이 사건 조항은 이 사건 주식의 객관적 가치를 충실하게 반영하지 못하는 대차대조표에 의한 산정방식을 취하였는데, 이 방식에 의한 1주당 추산가액인 22.14원은 1945. 2. 6.자 주식 시세인 1주당 655원의 약 30분의1에 불과할 뿐이어서 수용 당시인 1946. 5.경의 주식시세는 적어도 22.14원 보다 훨씬 높았을 것으로 추측되므로 정당한 보상이 아니라고 한다.

먼저, 이 사건 주식의 거래시세에 관하여 살펴보면, 수용일시인 1946. 5. 17.을 전후하여서는 주식시장에서의 주식거래가 없어 이 사건 주식의 시세를 알 수 없고, 이 사건 주식에 대한, 수용일시와 가장 가까운 거래자료는 1945. 2. 6.자 주식시세뿐이다. 그런데 이 때의 주식시세에 관하여 제청법원은 이 사건 주식의 1주당 가격이 655원이라고 보고 있는 반면, 건설교통부장관은 피수용회사가 당시 불입금액이 다른 5종의 주식을 발행하였다고 하면서 5종의 주식은 불입금액에 비례하여 거래시세도 달리 형성되었으며, 1945. 2. 6.자 주식시세는 일률적으로 1주당 655원인 것이 아니라, 주식액면가 50원을 모두 불입한 구주(舊株)의 경우에 한하여 65.5원이었다고 주장한다. 심판기록에 나타난

자료들을 종합하건대 건설교통부장관의 주장을 뒤집고 선뜻 이 사건 주식의 1주당 시세가 일률적으로 655원이었다고 인정하기 어렵다.

그리고 수용시로부터 약 15개월 전인 1945. 2. 6.자 주식시세를 수용 당시인 1946. 5. 17.의 시세로 간주하여 이를 보상기준으로 하거나, 1945. 2. 6.자 주식시세를 근거로 수용시의 주식시세를 추정할 다음 이를 보상기준으로 삼는 것은 여러 가지 점에서 문제가 있을 수도 있다. 이 기간 사이에 우리나라는 엄청난 정치적·사회적 격변을 거쳤기 때문이다. 주식시세라는 것은 회사의 영업실적 및 경영상태, 물가 등 경제의 전반적 상황, 정치적 요소 등 무수히 많은 변화요소들에 의해 좌우되므로 단순히 물가에 비례하여 상승한다고 단정할 수도 없다(오히려 해방직후와 같은 대격변기에는 미래의 불확실성으로 인하여 물가상승에도 불구하고 주식은 도리어 폭락할 가능성도 배제할 수 없다).

피수용회사의 경영상태에 관하여도, 제청법원은 피수용회사가 막대한 유·무형의 자산을 보유하고 있었다고 보고 있는 반면, 건설교통부장관은 피수용회사가 오랜기간의 전쟁으로 인한 시설투자의 미비 등으로 사양일로에 있어 정부의 보조로 근근히 운영되고 있다가 그나마도 해방 후에는 그 운영자인 일본자본의 철수로 곤경에 처해 있었다고 보고 있어 그 평가가 극히 상반된다.

이와 같이 수용 당시의 주식시세를 알 수 있는 객관적 자료가 없고, 그렇다고 1945. 2. 6.의 주식시세를 가지고 수용 당시의 시세를 추산하는 것도 무리인 상황에서, 수용일에 가장 가까운 시기에 작성된 1945. 8. 31.자 대차대조표가 수용 당시 피수용회사의 재정상태를 가장 잘 반영하는 것으로 보아 이를 기준으로 이 사건 주식 1주당 가액을 산정하는 방식을 입법자가 택한 것으로 보이는 바, 그렇다면 이러한 입법자의 판단과 선택은 '정당한 보상'을 지향하는 가운데 실현가능한 나름대로의 합리적이고 적정한 보상을 꾀한 것이라 볼 수 있다.

(3) 법 제4조 제3항에 관하여

법 제4조 제1항은 보유 주식수에 주식 1주당 가액, 주식의 평균불입액 비율, 생산자물가지수 변동률 및 화폐단위 변동률을 곱하여 보상금액을 산정토록 하고 있으며, 제3항은 위 '주식의 평균불입액 비율'은 주식 소유자별 주식 1주당 평균불입액을 각 피수용회사의 발행주식 1주당 평균불입액으로 나누어 값으로 한다고 규정하고 있다.

이에 대하여 제청법원은 주식시장에서는 주금의 납입액에 상관없이 액면가보다 할인·할증발행이 되더라도 동일한 가격으로 대등하게 거래되고 있는 점에 비추어, 납입액에 관계없이 거래시가에 따라 균등하게 보상하여야 함에도 이 사건 조항은 그렇지 않게 규정하고 있다는 점에서 완전보상의 원칙과 평등원칙에 위배된다고 한다.

그러나 이 사건 주식의 수용 당시까지 주식회사제도에 관하여 적용되던 법은 상법 제정(1962. 1. 20. 법률 제1000호)전의 이른바 ‘구 상법’이었다. 구 상법의 주식발행제도는 현행 상법상의 제도와는 달리 자본금의 전액에 대하여 주식을 발행하되 주식금액의 납입은 그 일부로서 족하고 나머지 주식금액은 미납입주식으로서 후일 회사에서 필요시 납입시키는 제도였다. 신주인수권, 이익배당, 잔여재산의 분배와 같은 주주의 권리가 주식 수에 비례하는 현행상법과 달리 구 상법에서는 불입한 주금액에 따르도록 하고 있었다.

이러한 구 상법의 주식발행제도와 이 사건 심판기록에 나타난 자료들을 종합하여 보면 위 건설교통부장관의 주장과 같이, 같은 피수용회사의 주식이라 할지라도 그 주금불입액에 따른 5종의 주식별로 각기 거래소의 시세도 달리 형성되어 거래되어 왔다고 봄이 상당하다. 그렇다면 주식의 평균불입액비율에 따라 차등하여 보상하는 것은 오히려 평등원칙과 정당보상의 원칙에서 요구되는 바를 할 것이다.

(4) 법 제4조 제4항에 관하여

법 제4조 제4항은 생산자물가지수 변동률은 1946년 5월부터 법 시행일이 속하는 달의 직전 달까지의 기간을 기준으로 하여 산정하도록 하고 있다.

이에 대하여 제청법원은, 1945. 8. 31. 작성된 대차대조표를 기준으로 주식가액을 산출하면서 생산자물가지수는 수용시점인 1946년 5월부터 적용함으로써 1945년 8월부터 1946년 5월까지의 물가상승율(2.7배)을 반영하지 않은 것은 이 사건 주식의 객관적 가치를 완전하게 보상하는 것이 될 수 없다고 한다.

그러나 입법자가 1945. 8. 31.자 대차대조표를 기준으로 주식가액을 산정토록 한 것은 그것이 ‘수용 당시’인 1946. 5. 17.의 피수용회사의 재정상태를 가장 잘 반영하는 재무제표로 보고서 이를 기초로 ‘수용 당시’의 이 사건 주식의 가액을 산출코자 한 것이므로, 위에서 본 바와 같이 이러한 산출방식에 나름의 합리성과 적정성을 인정할 수 있다고 보는 한 그에 따라 산출된 ‘수용 당시’의 주식가액의 현재가치를 산정함에 있어서 ‘수용 당시’를 기준으로

그 후의 생산자물가지수 변동률을 적용하였다 하여 반드시 불합리하다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 1945년 8월부터 1946년 5월까지의 물가상승으로 인하여 피수용회사의 자산가치, 나아가 이 사건 주식의 가액이 높아졌으리라고 단정할 만한 자료가 없는 이상 이 점만으로 정당보상의 원칙에 어긋난다고 보기 어렵다.

나. 평등의 원칙 위배 여부

위에서 본 바와 같이 이 사건 심판대상조항에 의한 보상의 방법이 정당보상원칙에 어긋난다고 단정하기 어렵고, 50여년 전에 국가에 수용되었던 주식의 현재가치를, 정확한 자료가 없는 상태에서 산정할 수 밖에 없는 사안 자체의 특수성이 있으므로 토지 또는 어업권에 대한 통상의 손실보상의 방법을 정한 공공용지의취득및손실보상에관한특례법이나 수산업법 등의 규정과 직접 비교하여 차이가 있다는 점만으로 평등원칙에 위배된다고 할 수 없으며, 피수용회사의 주식소유자들간이나 다른 철도회사의 주식소유자들간에 불합리한 차별을 가하고 있지도 않으므로 이 점에서도 평등원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법 제23조의 정당보상의 원칙이나 헌법 제11조의 평등의 원칙에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성
김경일(주심) 송인준 주선희

증권거래법 제188조 제2항 등 위헌소원

(2002. 12. 18. 99헌바105, 2001헌바48(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 증권거래법 제188조 제2항이 미공개 내부정보의 이용 유무를 반환책임의 적극 또는 소극 요건으로 하지 않은 것이 기본권의 제한에 관한 최소침해의 원칙에 반하는지 여부(소극)
2. 증권거래법 제188조 제2항이 같은 조 제8항이 정하는 예외사유에 해당하지 않는 한 일률적으로 반환책임을 부담하게 하는 것이 최소침해의 원칙에 반하는지 여부(소극)
3. 증권거래법 제188조 제2항에 의한 재산권의 제한과 이로 인하여 달성할 수 있는 공익 사이에 법익균형의 원칙이 준수되었는지 여부(적극)
4. 증권거래법 제188조 제8항이 포괄위임입법금지원칙에 반하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 증권거래법 제188조 제2항이 정하는 단기매매차익반환제도는 문면상 내부자가 실제로 미공개 내부정보를 이용하였는지 여부에 관계 없이 i) 내부자가, ii) 6월 이내의 기간에, iii) 자기회사의 주식 등을 거래하여, iv) 차익이 발생한 경우라는 형식적인 요건에만 해당하면 반환책임이 성립하고, 내부정보를 이용하지 않고 주식거래를 하였다는 등 일체의 반증을 허용하지 않는 내부자에 대한 엄격책임을 부과하고 있다. 이는 미공개 내부정보의 이용 유무를 적용의 적극 또는 소극 요건으로 할 경우 그 입증 및 인정이 실제상 극히 곤란하기 때문에 단기매매차익청구권의 신속하고 확실한 행사를 방해하고 결국 입법목적을 잃게 되는 결과를 가져온다는 점 및 일반투자자들의 증권시장에 대한 신뢰의 제고라는 입법 목적을 고려한 불가피한 입법적 선택이라 할 것이다.

2. 증권거래법 제188조 제2항이 반환책임의 요건을 객관화하여 엄격한 반환책임을 내부자에게 부과하고, 같은 조 제8항 및 이에 근거한 시행령 제86조의6 등에서 반환책임의 예외를 한정적으로 열거하여 이에 해당하지 않는 한 반환책임의 예외를 인정하지 않고 있다고 하더라도, 위 법률조항의 입법목적과 단기매매차익반환의 예외를 정한 시행령 제86조의6의 성격 및 헌법 제23조가 정하는 재산권 보장의 취지를 고려하면 내부정보를 이용할 가능성조차 없는 유형의 주식거래에 대하여는 이 사건 법률조항이 애당초 적용되지 않는다고 해석하여야 할 것이므로, 이를 두고 최소침해원칙에 반한다고 할 수 없다.

3. 증권거래법 제188조 제2항은 단기매매차익을 반환하게 함으로써 일반 투자자들의 이익을 보호함과 동시에 증권시장의 공정성, 공정성을 확보함으로써 일반투자자들의 증권시장에 대한 신뢰를 확보하고자 하는 데 비하여, 이로 인하여 제한되는 청구인들과 같은 내부자의 재산권에 대한 제한은 내부자에게 일체의 주식거래를 금지하는 것이 아니라 단지 단기매매에 해당하는 경우 그 이익을 회사로 반환하도록 하는 데 그치고, 나아가 내부정보를 이용하였다고 하더라도 6월의 기간이 지나면 아무런 제한없이 주식거래를 할 수 있고 그 차익도 보유할 수 있으므로 이 사건 법률조항에 의한 재산권의 제한이 이로 인하여 달성할 수 있는 공익에 비하여 결코 크다고 볼 수도 없다.

4. 증권거래법 제188조 제8항이 과연 포괄위임입법금지원칙에 반하는 지에 관하여 보건대, 증권시장에는 다양한 형태의 거래가 있고 금융의 제도나 환경이 빠르게 변화하기 때문에 법률에서 예외가 되는 모든 사항을 구체적으로 정하기가 곤란하므로 시의적절하고 탄력적으로 행정입법에 의하여 이를 규율할 필요성이 크고, 나아가 증권거래법 제188조 제2항의 입법목적, 같은 조 제8항의 “성격등을 감안하여”라는 문언 취지등을 고려하면, 증권거래법 제188조 제8항이 위임한 대통령령에 의하여 규정될 내용은 ‘불공정하다고 볼 수 없거나 미공개정보를 이용하지 않은 매매인 경우’인 것으로 그 내용의 대강을 미리 예측할 수 있다는 점에서 위 조항은 포괄위임입법금지원칙에 반하지 않는다.

【심판대상조문】

증권거래법(1997. 1. 13. 법률 제5254호로 개정되어 1998. 5. 25. 법률 제5539호로 개정되기 전의 것) 제188조(내부자의 단기매매차익 반환 등) ① 생략

② 주권상장법인의 임원·직원 또는 주요주주가 그 법인의 주권등을 매수한 후 6월 이내에 매도하거나 그 법인의 주권등을 매도한 후 6월이내에 매수하여 이익을 얻은 경우에는 당해 법인은 그 이익을 그 법인에게 제공할 것을 청구할 수 있다. 이 경우 이익의 산정기준은 대통령령으로 정하며, 이익의 반환절차 기타 필요한 사항은 위원회가 정한다.

증권거래법(1991. 12. 31. 법률 제4469호로 개정된 것) 제188조(내부자의 단기매매차익 반환 등) ①~⑦ 생략

⑧ 제2항의 규정은 임원·직원 또는 주요주주로서 행한 매도 또는 매수의 성격 기타 사정등을 감안하여 대통령령이 정한 경우 및 주요주주가 매도·매수 한 시기중 어느 한 시기에 있어서 주요주주가 아닌 경우에는 이를 적용하지 아니한다.

⑨ 생략

【참조조문】

증권거래법 제188조(내부자의 단기매매차익 반환 등) ① 주권상장법인의 임원·직원 또는 주요주주(누구의 명의로 하든지 자기의 계산으로 의결권있는 발행주식총수 또는 출자총액의 100분의 10이상의 주식 또는 출자증권을 소유한 자와 대통령령이 정하는 자를 말한다. 이하 같다)는 증권거래소에 상장된 당해 법인의 주권(출자증권을 포함한다)·전환사채권·신주인수권부사채권·신주인수권을 표시하는 증서 기타 총리령이 정하는 유가증권(이하 “주권등”이라 한다)중 자신이 소유한 것이 아니면 이를 매도하지 못한다.

②~⑤ 생략

⑥ 상장법인의 임원 또는 주요주주는 임원 또는 주요주주가 된 날부터 10일 이내에 누구의 명의로 하든지 자기의 계산으로 소유하고 있는 당해 상장법인의 주식소유상황을, 그 소유주식수에 변동이 있는 때에는 그 변동이 있는 날이 속하는 달의 다음달 10일까지 그 내용을 총리령이 정하는 바에 따라 각각 증권선물위원회와 증권거래소에 보고하여야 한다.

⑦~⑨ 생략

증권거래법 제188조의2(미공개정보 이용행위의 금지) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자(제1호 내지 제5호의 1에 해당하지 아니하게 된 날부터 1년 경과되지 아니한 자를 포함한다)로서 상장법인 또는 협회등록법인(6월내에 상장 또는 협회등록하는 법인을 포함한다)의 업무등과 관련하여 일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보를 직무와 관련하여 알게 된 자와 이들로부터 당해 정보를 받은 자는 당해 법인이 발행한 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 그 정보를 이용하거나 다른 사람으로 하여금 이를 이용하게 하지 못한다.

1. 당해 법인의 임원·직원·대리인

2. 당해 법인의 주요주주
 3. 당해 법인에 대하여 법령에 의한 허가·인가·지도·감독 기타의 권한을 가지는 자
 4. 당해 법인과 계약을 체결하고 있는 자
 5. 제2호 내지 제4호의 1에 해당하는 자의 대리인·사용인 기타 종업원(제2호 내지 제4호의 1에 해당하는 자가 법인인 경우에는 그 임원·직원 및 대리인)
- ② 제1항에서 “일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보”라 함은 제186조 제1항 각호의 1에 해당하는 사실등에 관한 정보중 투자자의 투자판단에 중대한 영향을 미칠 수 있는 것으로서 당해 법인이 총리령이 정하는 바에 따라 다수인으로 하여금 알 수 있도록 공개하기 전의 것을 말한다.
- ③ 제1항 및 제2항의 규정은 제21조의 규정에 의한 공개매수를 하는 경우에 이를 준용한다. 이 경우 제1항 본문중 “당해 법인”은 “공개매수대상 유가증권의 발행인”으로, “중요한 정보”는 “공개매수의 실시 또는 중지에 관한 정보”로 보며, 제1항 각호중 “당해 법인”은 각각 “공개매수인”으로 본다.

증권거래법 제188조의3(미공개정보 이용행위의 배상책임) ① 제188조의2의 규정에 위반한 자는 당해 유가증권의 매매 기타 거래를 한 자가 그 매매 기타 거래와 관련하여 입은 손해를 배상할 책임을 진다.

② 제1항의 규정에 의한 손해배상청구권은 청구권자가 제188조의2의 규정에 위반된 행위가 있었던 사실을 안 날부터 1년 또는 그 행위가 있었던 날부터 2년간 이를 행사하지 아니한 경우에는 시효로 인하여 소멸한다.

증권거래법 제207조의2(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 10년이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금에 처한다. 다만, 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 2천만원을 초과하는 때에는 그 이익 또는 회피손실액의 3배에 상당하는 금액이하의 벌금에 처한다.

1. 제188조의2제1항 또는 제3항의 규정에 위반한 자
2. 생략

증권거래법시행령 제83조의6(단기매매차익반환의 예외) 법 제188조 제8항에서 “대통령령이 정한 경우”라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 말한다.

1. 법령에 의하여 불가피하게 매매하는 경우
2. 조세감면규제법에 의하여 산업합리화 대상으로 지정된 기업이 그 산업합리화기준에 따라 매매하는 경우
3. 정부의 허가·인가·승인등이나 문서에 의한 지도·권고에 따라 매매하는 경우
4. 제83조의8의 규정에 의한 안정조작 또는 시장조성을 위하여 매매하는 경우
5. 주식매입선택권을 행사하여 취득한 주식을 매도하는 경우
6. 유가증권시장 또는 협회중개시장에서 허용되는 최소매매단위미만의 매매, 근로자증권저축에 의한 매매, 발행인 또는 매출인으로부터의 직접적인 취득등의 경우로서 일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보를 이용한 매매가 아니라고 위원회가 인정하는 경우

헌재 2002. 12. 18. 99헌바105, 2001헌바48(병합)

임원·주요주주의주식소유상향보고및단기매매차익반환에관한규정(1997. 3. 26. 증권관리위원회규정) 제15조 제8호

1. 이미 소유하고 있는 주권·전환사채권·신주인수권부사채권(분리형의 경우 신주인수권증권)·신주인수권을 표시하는 증서(이하, '주권 등'이라한다)의 권리행사에 의한 유상신주의 취득
2. 법 제8조의 규정에 의하여 모집·매출되는 주권 등의 청약
3. 법 제191조의7 규정에 의하여 우리사주조합원에게 우선적으로 배정된 주식의 청약
4. 유가증권인수업무에관한규정에 의하여 근로자증권저축에게 우선배정된 주식의 청약
5. 유상신주 발행시 발생한 실권주 또는 단수주의 취득
6. 법 제28조 제2항 제3호의 영업을 위한 주권 등의 인수

【참조판례】

헌재 2000. 1. 27. 99헌바23, 판례집 12-1, 62

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 이○호(99헌바105)
 대리인 법무법인 지평
 담당변호사 배성진
2. 권○섭(2001헌바48)
 대리인 변호사 최수영

당해사건 서울지방법원 남부지원 99가합7825
 단기매매차익금반환(99헌바105)
 서울고등법원 2000나22272
 단기매매차익반환(2001헌바48)

【주 문】

증권거래법 제188조 제2항(1997. 1. 13. 법률 제5254호로 개정되어 1998. 5. 25. 법률 제5539호로 개정되기 전의 것) 및 제8항(1991. 12. 31. 법률 제4469호로 개정된 것)은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상
가. 사건의 개요

(1) 99헌바105

청구인 이○호는 주식회사 ○○의 대표이사 또는 이사로 재직 중이던 1997. 10. 23.부터 1998. 2. 12.까지 사이에, 위 회사의 전·현직 직원인 김○웅 등 17인의 명의를 빌려 청구인의 계산으로 위 회사의 주식 365,570주를 매수한 다음(주당 평균단가 금 4,861원), 그로부터 6개월이 경과하지 아니한 1997. 11. 3.에 4,610주, 같은 달 6.에 390주, 1998. 1. 24.에 5,000주, 같은 해 2. 16.에 335,951주 합계 345,951주를 평균단가 9,284원에 매도하여 매매수수료 등을 공제하고 금 1,691,464,381원의 매매차익을 얻었다.

증권선물위원회는 1999. 3. 11. 위와 같은 매매차익의 발생사실을 알고 위 회사에게 청구인이 위 증권거래를 통하여 얻은 단기매매차익의 반환을 위한 재판상 청구 등 실효성 있는 조치를 취할 것을 요구하였고, 위 요구에 따라 위 회사는 같은 해 5. 15. 청구인을 상대로 단기매매차익반환을 구하는 민사소송(서울지방법원 남부지원 99가합7825호)를 제기하였다. 청구인은 위 소송 계속중, 위 반환청구의 근거조항인 증권거래법 제188조 제2항, 제8항에 대하여 위헌제청신청을 하였으나, 위 법원은 이를 기각하였고, 이에 청구인은 1999. 11. 24. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2001헌바48

청구인 권○섭은 ○○화학공업 주식회사 발행의 보통주 30.09%를 보유한 주주이자 1992. 3. 12.부터 위 회사의 대표이사로 재직하였던 자인바, 1997. 8. 12.부터 1998. 1. 10.까지 사이에 그가 보유하고 있던 위 회사의 주식 중 1,844,290주를 매도한 다음, 이로부터 6개월이 경과하지 아니한 1997. 11. 21.부터 1998. 6. 3.까지 사이에 같은 종류, 같은 종목의 주식 1,624,250주를 제3자 신주인수 또는 매매를 통하여 취득하였다.

증권선물위원회는 1998. 10. 2. 청구인의 위와 같은 주식거래사실을 알고 위 회사에게 청구인이 위 증권거래를 통하여 얻은 단기매매차익의 반환을 위한 재판상 청구 등 실효성 있는 조치를 취할 것을 요구하였고, 위 요구에 따라 정리회사 ○○화학공업주식회사는 청구인을 상대로 청구인이 얻은 단기매매차익 9,774,839,087원에 대한 반환청구소송(서울지방법원 98가합114133)을 제기하여 2000. 4. 18. 위 법원으로부터 승소판결을 받았다. 이에 청구인은 위 판결에 대하여 항소(서울고등법원 2000나22272)를 제기하였고, 항소심 계속중 증권거래법 제188조 제2항의 위헌법률심판제청을 신청하였으나, 위 법원은 이를 기각하였고, 이에 청구인은 2001. 5. 18. 이 사건 헌법소원심판을 청구하

였다.

나. 심판의 대상

청구인 권○섭은 증권거래법 제188조 제2항 중 ‘단기매매차익반환의 청구권자를 법인으로 정한 부분’과 ‘증권선물위원회가 증권거래법 제188조 제8항과 증권거래법시행령 제83조의6에 따라 청구인의 주식거래가 단기매매차익반환의 예외에 해당하는지를 판단하지 않은 것이 헌법에 위반된다고 주장한다. 먼저 청구인의 심판청구 중 위 증권선물위원회의 판단부작위 부분은 헌법재판소법 제68조 제2항이 정하는 헌법소원의 대상인 법률의 위헌여부에 대한 심판청구가 아니어서 이 사건 심판청구의 대상이 될 수 없음이 명백하다고 할 것이므로 심판의 대상에서 이를 제외함이 상당하고, 증권거래법 제188조 제2항 중 ‘단기매매차익반환의 청구권자를 법인으로 정한 부분’에 대한 청구 부분은 청구인이 제출한 청구이유서의 기재에 의하면 이 부분을 포함한 위 조항 전부에 대한 위헌 주장의 취지로 보이므로(위 위헌제청신청 기각결정의 이유도 동일하다) 위 조항 전부에 대한 심판청구로 봄이 상당하다.

그러므로 이 사건 심판의 대상은 증권거래법(1997. 1. 13. 법률 제5254호로 개정되어 1998. 5. 25. 법률 제 5539호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라 한다.) 제188조 제2항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다.) 및 제8항(1991. 12. 31. 법률 제4469호로 개정된 것)의 위헌 여부이고, 그 내용 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

법 제188조(내부자의 단기매매차익반환 등) ② 주권상장법인의 임원·직원 또는 주요주주가 그 법인의 주권 등을 매수한 후 6월 이내에 매도하거나 그 법인의 주권 등을 매도한 후 6월 이내에 매수하여 이익을 얻은 경우에는 당해 법인은 그 이익을 그 법인에게 제공할 것을 청구할 수 있다. 이 경우 이익의 산정기준은 대통령령으로 정하며, 이익의 반환절차 기타 필요한 사항은 위원회가 정한다.

⑧ 제2항의 규정은 임원·직원 또는 주요주주로서 행한 매도 또는 매수의 성격 기타 사정 등을 감안하여 대통령령이 정한 경우 및 주요주주가 매도·매수 한 시기중 어느 한 시기에 있어서 주요주주가 아닌 경우에는 이를 적용하지 아니한다.

법시행령(1997. 3. 22. 영15312호로 개정되어 1998. 2. 24. 영15687호로 개정되기 전의 것) 제83조의6(단기매매차익반환의 예외) 법 제188조 제8항에서 “대통령령이 정한 경우”라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 말한다.

1. 법령에 의하여 불가피하게 매매하는 경우
 2. 조세감면규제법에 의하여 산업합리화대상으로 지정된 기업이 그 산업합리화기준에 따라 매매하는 경우
 3. 정부의 허가·인가·승인 등이나 문서에 의한 지도·권고에 따라 매매하는 경우
 4. 제83조의8 규정에 의한 안정조작 또는 시장조성을 위하여 매매하는 경우
 5. 주식매입선택권을 행사하여 취득한 주식을 매도하는 경우
 6. 유가증권시장 또는 협회중개시장에서 허용되는 최소매매단위 미만의 매매, 근로자증권저축에 의한 매매, 발행인 또는 매출인으로부터의 직접적인 취득 등의 경우로서 일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보를 이용한 매매가 아니라고 위원회가 인정하는 경우
- 입원·주요주주의주식소유상황보고및단기매매차익반환에관한규정(1997. 3. 26. 증권관리위원회규정) 제15조 제8호
1. 이미 소유하고 있는 주권·전환사채권·신주인수권부사채권(분리형의 경우 신주인수권증권)·신주인수권을 표시하는 증서(이하 '주권 등'이라 한다)의 권리행사에 의한 유상신주의 취득
 2. 법 제8조의 규정에 의하여 모집·매출되는 주권 등의 청약
 3. 법 제191조의7 규정에 의하여 우리사주 조합원에게 우선적으로 배정된 주식의 청약
 4. 유가증권인수업무에 관한 규정에 의하여 근로자증권저축에게 우선 배정된 주식의 청약
 5. 유상신주발행시 발생한 실권주 또는 단수주의 취득
 6. 법 제28조 제2항 제3호의 영업을 위한 주권 등의 인수
2. 청구인들의 주장과 관계기관 및 이해관계인의 의견 요지
- 가. 청구인들의 주장요지
- (1) 99헌바105
- (가) 이 사건 법률조항은 내부자의 소유에 속하는 주권 등의 거래로부터 발생한 소득을 주권 등 발행회사에 반환하게 함으로써 헌법 제23조 제1항 본문이 보장하는 재산권을 제한하고 있고, 또한 회사 내부자를 그 사회적 신분 에 의하여 경제적 생활 영역에서 차별함으로써 헌법 제11조 제1항이 보장하는 평등권을 침해하고 있으며, 간접적으로는 이러한 제한을 가함으로써 헌법

제10조의 행복추구권에서 파생되는 일반적 행동자유권의 한 내용인 계약의 자유를 침해하는 바, 이러한 기본권의 제한은 미공개 중요정보 불이용 사실에 대한 반대입증의 기회를 내부자에게 부여함으로써 그 주식매매거래의 실질에 따라 단기매매차익반환청구의 적용 여부를 달리하는 등 보다 완화된 규정을 통해 기본권의 제한을 필요한 최소한도에 그치도록 할 수 있음에도 불구하고 과도하게 기본권을 제한하고 있다는 점에서 헌법 제37조 제2항을 위반하고 있다.

(나) 법 제188조 제8항은 이 사건 법률조항의 적용 예외사유에 관하여 규정하면서, “매도 또는 매수의 성격 기타 사정 등을 감안하여 대통령령이 정한 경우”라고 함으로써 단지 형식적인 기준을 제시하고 있을 뿐, 적용제외 범위의 결정을 위한 실질적인 기준을 전혀 제시하고 있지 아니하므로 위임의 기준, 범위 및 그 한계를 명확히 하지 아니하고 단기매매차익반환규정의 적용제외 범위의 결정을 대통령령에 포괄적으로 위임한 것으로서 헌법 제75조에 위반된다.

(다) 그렇지 않더라도, 이 사건 법률조항의 ‘그 법인의 주권등을 매수한 후 6월 이내에 매도……하여 이익을 얻은 경우’에 지배주주가 경영권 양도의 의도나 인식없이 자사주를 취득한 후, 경영 악화로 인해 경영권을 양도하기로 하고서 그 방법으로 보유주식을 경영권 프리미엄을 포함한 협의가격에 의해 장외에서 매도하여 이익을 얻은 경우’도 포함되는 것으로 해석하는 한, 이 사건 법률조항은 헌법에 위반된다.

(2) 2001헌바48

(가) 이 사건 법률조항은 내부자의 단기주식매매로 인하여 손해를 입은 일반주주의 보호를 위한 것임에도 그 단기매매차익의 반환청구권자를 법인, 즉 회사로 정함으로써 일반주주와 임원 등 내부자간의 다름에 있어 중립적이어야 할 법인이 자신이 가진 정보를 이용하여 일반주주를 위하여 단기매매차익의 반환을 내부자에게 요구하게 된다. 그러므로 법인을 단기매매차익의 반환청구권자로 정한 것은 중립적이어야 할 법인으로부터 내부자가 차별취급을 받게되는 결과가 되므로 청구인의 평등권을 침해한다.

(나) 이 사건 법률조항에 따라 단기매매차익을 반환하는 경우에 있어서도 거래의 유형이나 단기매매를 할 수밖에 없었던 상황을 고려하여 법관의 판단에 따라 그 반환의 범위가 결정되어야 함에도 그러한 사정을 고려하지 않고 매매차익의 전부를 반환하게 한다는 것은 청구인의 재판청구권을 침해한다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각결정의 이유요지

(1) 이 사건 법률조항은, 주권상장법인의 임원, 직원, 주요주주와 같이 주권의 가격에 영향을 미치는 회사의 내부정보에 용이하게 접근할 수 있는 내부자들이 위와 같은 정보가 공개되기 전에 이를 이용하여 당해 주권 등을 매수 또는 매도한 후 위 정보가 현실화되어 주가가 상승 또는 하락함에 따라 부당한 이익을 취득하는 것을 막음으로써 증권시장의 건전성을 수호하고 내부자거래로 인한 일반 투자자들의 피해를 방지하며 주권발행회사를 보호하고 중요정보의 조기공시 촉진을 통한 증권시장의 효율성을 제고하는 것을 그 목적으로 하고 있다. 따라서 위 증권거래법의 규정으로 인하여 주권상장법인의 임원, 직원 또는 주요주주와 같은 내부자들이 재산권이 제한된다고 하더라도 증권시장의 건전성과 일반투자자 보호는 위 규정의 취지에 비추어 볼 때 이러한 재산권의 제한이 내부자들을 합리적인 근거 없이 그 사회적 신분에 의하여 차별한다고는 보기 어렵고, 법 제188조 제8항은 단기매매차익반환청구의 근거규정인 이 사건 법률조항의 예외규정으로서 '내부자들이 행한 매도 또는 매수의 성격 기타 사정 등을 감안하여 대통령령이 정한 경우에는 이를 적용하지 아니한다'라고 되어 있어 매도, 매수의 성격에 따라서는 단기매매차익이라도 반환하지 않을 수 있도록 규정함으로써 내부자들의 재산권도 필요한 최소한의 범위에서만 제한하고 있다고 할 것이므로 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 것은 아니다.

(2) 법 제188조 제8항은, 단기매매차익반환조항의 입법 목적, 위 규정들이 증권거래법 제188조의2, 3의 미공개중요정보 이용행위의 금지규정과 법 제188조의4의 시세조종 등 불공정거래의 금지규정과 같이 규정된 점에 비추어 이 조항에서 위임한 대통령령에 규정될 내용은 불공정하다고 볼 수 없거나 미공개중요정보를 이용하지 않은 매도, 매수일 것으로 그 내용의 대강을 충분히 예측할 수 있다고 할 것이므로 포괄위임금지의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

다. 재정경제부장관의 의견

(1) 단기매매차익 반환제도는 내부자 거래 규제의 어려움을 완화하기 위하여 마련된 제도이다. 즉 내부자거래의 처벌에 필요한 정보의 중요성, 미공개성등에 대한 혐의자의 고의 입증에 현실적으로 매우 어려운 점을 고려하여 일정한 내부자의 경우 단기매매에 해당하지만 하면 이러한 입증의 필요없이 바로 그에 대한 이익을 박탈할 수 있게 함으로써 내부자에 의한 내부정보 이

용을 금지시키는 사전적, 예방적 규제장치로서 시장의 공정성을 유지시키는 중요한 역할을 수행하는 제도이다.

(2) 이 사건 법률조항이 기본권 제한에 있어서 과잉금지의 원칙에 위반되는지에 관하여 보면, 첫째 단기매매차익 반환 대상자를 회사의 내부자적 지위에 있는 자(임원, 직원, 주요주주)에 한정하고 있으며, 둘째 내부자의 거래 자체를 금지하고 있는 것이 아니고, 반환책임 발생요건인 6개월의 기간도 비교적 짧으며, 거래 대상 주식도 자기가 근무하는 회사나 주요주주로 있는 회사의 주식에 한정하고 있고, 셋째 반환대상은 매각대금 전체가 아니라 매매거래를 통한 차익에 한정하고 있으며 이를 당해 기업에 반환하도록 하여 이익을 모든 주주에게 귀속시키도록 하고 있고, 넷째 법 제188조 제8항이 단기매매차익 반환청구의 근거규정인 이 사건 법률조항의 예외규정으로서 내부자들이 행한 매도 또는 매수의 성격에 따라서는 단기매매차익이라도 반환하지 않을 수 있도록 규정하는 있는 점에 비추어 이 사건 법률조항에 의한 내부자들의 재산권 제한은 필요한 최소한의 범위로 한정되어 있으므로 위헌이라고 할 수 없다.

(3) 법 제188조 제8항이 과연 포괄위임 금지원칙에 위반되는지에 관하여 보면, 첫째 증권시장에는 다양한 형태의 거래가 있고 금융의 제도나 환경이 빠르게 변화하기 때문에 법률에서 예외 기준의 모든 사항을 구체적으로 정할 경우 오히려 시장에서 일어나고 있는 사항을 효과적으로 반영하기 어려워 거래자의 불편을 초래할 우려가 있으므로 시장에 근접해있는 증권선물위원회가 다양한 많은 사례를 감안하여 단기매매차익반환책임의 적용제의 대상을 시의 적절하게 반영할 필요가 있고, 둘째 위 법률조항에 의한 위임체제는 위임된 부분이 국민들에게 불이익을 가하는 등 기본권을 제한하는 것이 아니고 예외를 인정하여 그 제한을 해제하는 것이므로 이를 대통령령에 위임한 것이고, 입법목적을 정한 법 제1조, 내부자의 단기매매차익 반환규정인 제188조 등을 종합하여 보면 법 제188조 제8항이 위임한 대통령령에 의하여 규정될 내용은 ‘불공정하다고 볼 수 없거나 미공개정보를 이용하지 않은 매매인 경우’인 것으로 그 내용의 대강을 미리 예측할 있다는 점에서 포괄위임금지원칙에 반하지 않는다.

(4) 단기매매차익반환제도의 목적은 증권시장의 건전성을 제고하고, 내부자거래로 인한 일반투자자들의 피해를 방지하기 위한 정책적인 목적을 달성하기 위한 것이지 주주간의 분쟁을 해결하기 위한 것이 아니다. 따라서 청구

권자가 누구이든 반환차익의 귀속주체는 당해 법인이므로 법인이 반환청구에 가장 적극적이고, 내부자의 단기거래여부에 관한 정보획득의 가능성이 높기 때문에 법인을 가장 우선적인 반환청구권자로 정한 것이며 이는 미국과 일본의 경우에도 동일하다.

라. 금융감독위원회위원장, 한국증권업협회회장, 한국상장회사협의회회장의 의견

법원의 위헌제청신청 기각결정의 이유 및 재정경제부장관의 의견과 대체로 같다.

3. 판 단

가. 내부자거래에 대한 규제와 그 수단

(1) 내부자거래라 함은 회사의 임원·직원 또는 주요주주 등 회사의 내부자가 그 직무 또는 지위에 의하여 얻은 내부정보를 이용하여 자기회사의 주식을 거래하는 것을 말한다. 이러한 거래가 규제의 대상이 되는 이유는, 내부자의 경우 자기회사의 주가에 영향을 미칠만한 회사의 기밀, 예컨대 유·무상증자, 자산재평가계획, 합병, 신상품개발, 부도발생 등 중요한 정보를 미리 알게 될 기회가 많으므로 주식거래에 있어 일반투자자보다 훨씬 유리한 입장에 있는 반면, 일반투자자로서는 손해를 보게 될 가능성이 크기 때문이다.

일반적으로 주식투자에 수반되는 위험은 주로 회사의 영업실적, 시장이나 경제동향 등에 대한 투자자의 판단이 불완전한 것에 기인하는 것이므로, 투자자가 타인이 갖고 있는 정보를 이용하지 못했거나 그릇된 분석으로 인하여 손실을 입었더라도, 이는 증권거래 자체의 고유한 특성일 뿐 법적으로 고려할 일은 아니다. 그러나 내부자거래로 인한 상대방의 손실은 능력의 부족이나 부주의로 정보를 몰랐기 때문에 발생하게 되는 것이 아니라, 내부자가 자신의 이득을 위하여 회사의 미공개 내부정보를 이용하였기 때문에 발생한다고 볼 수 있으므로 이러한 행위는 쉽게 용납될 수 있는 것은 아니다. 만일 이를 방치한다면, 일반투자자로서는 그러한 증권시장에 불신감을 갖게 되어 투자를 주저하게 될 것이므로 증권시장을 통한 회사의 자금조달이 어렵게 될 것이고, 이로 인하여 증권시장의 건전한 발전이 저해될 것임은 물론 국민의 효율적 자산운영을 막는 결과를 초래할 것이다.

요컨대, 내부자거래에 대한 규제의 목적은 증권매매에 있어 정보면에서의 평등성, 즉, 공정한 입장에서 자유로운 경쟁에 의하여 증권거래를 하게 함으로써 증권시장의 거래에 참여하는 자로 하여금 가능한 동등한 입장과 동일한

가능성 위에서 증권거래를 할 수 있도록 투자자를 보호하고 증권시장의 공정성을 확립하여 투자자에게 그 신뢰감을 갖게 하려는 데에 있는 것이다(헌재 1997. 3. 27. 97헌바24, 판례집 9-1, 274, 283-284 참조).

(2) 법은 이러한 내부자거래를 규제하기 위하여 회사의 내부자가 업무 등과 관련하여 일반인에게 공개되지 아니한 중요한 미공개 정보를 이용하는 행위를 금지하고(제188조의2), 이에 위반한 경우 거래 상대방에 대한 손해배상책임(제188조의3)과 형사책임(제207조의2 제1호)을 부과함으로써 직접적으로 회사내부자의 미공개 내부정보의 이용행위를 금지하고 있다. 그리고 이러한 내부자거래에 대한 규제의 효율성을 확보하기 위한 사전적·간접적 규제수단으로 임원 및 주요주주의 주식보유상황 및 그 변동내용을 보고하게 하고(제188조 제6항), 내부자의 공매도를 금지하는(제188조 제1항) 한편, 이 사건 법률조항은 내부자의 6개월 이내의 단기매매로 인하여 발생하는 차익을 회사로 반환하도록 하는 단기매매차익반환제도를 두고 있다.

나. 단기매매차익반환제도의 취지

단기매매차익반환제도는 회사의 내부자가 당해 회사의 주식을 매도하거나 또는 매수한 다음 6월 이내에 이를 다시 매수하거나 또는 매도하여 이익을 얻은 경우에 당해 회사가 그 이익을 회사로 반환할 것을 청구할 수 있도록 함을 내용으로 하는데, 이는 실제로 내부자가 회사의 미공개 내부정보를 이용하여 주식매매를 하였는지 여부를 묻지 않고 내부자의 단기주식거래로 인한 차익을 모두 회사에 반환하도록 하는 것이다.

법은 이러한 내부자의 내부정보 이용행위를 방지하기 위하여 위에서 본 바와 같이 회사의 내부자가 외부에 공개되지 않은 회사의 정보를 이용하여 회사의 주식 등의 거래를 한 경우 민사상·형사상 제재를 가함으로써 이에 대한 규제를 하고 있으나, 실제로 내부자가 회사의 내부정보를 이용하였음을 입증하는 것은 회사와 내부자의 관계나, 내부자가 회사내부의 서류 등 증거자료에 접근하는 것이 용이한 점 등을 고려할 때 매우 어렵다고 볼 것이다.

따라서, 이 사건 법률조항은 회사의 내부자가 6월의 단기간 동안에 당해 회사의 주식거래를 한 경우에는 실제로 내부정보를 이용하였는지 여부에 관계없이 그러한 거래로 인하여 발생하는 차익을 모두 회사에 반환하도록 함으로써 내부자거래에 대한 예방적·간접적 규제를 하는 데 그 취지가 있다고 할 것이다.

다. 재산권의 침해 여부에 관한 판단

이 사건 법률조항은 내부자가 실제로 회사의 미공개 내부정보를 이용하여 주식거래를 하였는지 여부를 묻지 않고, 이 사건 법률조항이 정하는 객관적 요건에 해당하기만 하면 일률적으로 그러한 거래를 통하여 발생한 이익을 회사에 반환하게 하는 반증을 허용하지 않는 반환책임을 내부자에게 부과하고 있다. 그러나 회사의 내부자가 회사의 미공개 내부정보를 이용하지 않았음이 객관적으로 명백하거나 그러한 정보의 이용가능성이 애당초 없었을 경우, 또는 내부자가 스스로 내부정보를 이용하지 않았음을 입증하는 경우에도 이 사건 법률조항이 정하는 단기매매차익반환의 요건에 해당한다고 하여 무조건 그 차익을 반환하게 한다면, 이는 내부자거래의 규제라는 단기매매차익반환제도의 목적을 넘어 내부자의 정당한 주식거래로 인한 이익마저도 박탈하게 되는 결과가 된다.

따라서 단기매매에 해당하는 경우 그 이익을 회사에 모두 반환하도록 하고 있는 이 사건 법률조항이 과잉금지의 원칙에 반하여 청구인들의 재산권을 침해하는지 여부에 관하여 본다.

(1) 입법목적의 정당성 및 방법의 적정성

이 사건 법률조항의 입법목적은 내부자거래를 규제함으로써 일반 투자자들의 이익을 보호함과 동시에 증권시장의 공평성, 공정성을 확보함으로써 일반 투자자들의 증권시장에 대한 신뢰를 확보하고 이를 바탕으로 국가경제의 발전에 기여함에 있다고 할 것이므로 그 입법목적이 정당함은 명백하다.

나아가 이러한 목적의 달성을 위하여 내부정보를 이용하였을 개연성이 큰 내부자의 단기주식거래로 인한 이익을 회사로 반환하도록 하여 그러한 거래를 무익하게 하고 있는바, 이는 내부자거래에 대한 상당한 억제효과를 가질 것이 예상되므로 그 방법도 또한 적정하다고 보인다.

(2) 수단의 최소침해성

(가) 이 사건 법률조항이 정하는 책임의 성격과 예외

이 사건 법률조항의 입법연혁을 보면, 이 사건 법률조항이 처음 제정된 1976년 법 제188조 제2항은 “상장법인의 임원·직원 또는 주요주주는 그 직무 또는 지위에 의하여 지득한 비밀을 이용하여 그 자가 그 법인의 주식을 매수한 후 6월 이내에 …… 법인 또는 당해 법인의 주주는 그 이익을 그 법인에게 제공할 것을 청구할 수 있다.”라고 하여 내부자의 내부정보 이용사실을 회사가 입증하는 경우에만 그 차익의 반환을 청구할 수 있도록 하였으나, 1987년에 개정된 법 제188조 제2항은 “상장법인 또는 등록법인의 임원·직원 또

는 주요주주가 그 법인의 주권등을 매수한 후 6월 이내에 …… 법인 또는 위원회는 그 이익을 그 법인에게 제공할 것을 청구할 수 있다. 다만, 그 자가 그 직무 또는 지위에 의하여 지득한 비밀을 이용하여 이익을 얻은 것이 아님을 입증할 때에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하여 내부정보의 이용 여부에 관한 입증책임은 내부자에게 전환시킴으로써 단기매매차익반환제도의 실효성을 확보하려고 하였다.

그러나 이러한 입증책임의 전환에도 불구하고, 내부자로서는 내부정보이용 여부의 입증자료를 모두 독점하는 관계로 어렵지 않게 내부정보를 이용하지 않았음을 쉽게 입증할 수 있었고 또한 아무런 근거도 없이 내부자거래가 아님을 주장하여 반환책임을 고의로 지연시키는 등 단기매매차익반환제도의 실효성이 없어짐에 따라 1991년 개정법에서는 위 단서부분을 삭제하여 미공개 내부정보를 이용하였는지 여부에 관계없이 단기매매에 해당하지만 하면 그로 인한 차익을 모두 반환하도록 하였다.

따라서 이 사건 법률조항이 정하는 단기매매차익반환제도는 문면상 내부자가 실제로 미공개 내부정보를 이용하였는지 여부에 관계없이 i) 내부자가, ii) 6월 이내의 기간에, iii) 자기회사의 주식 등을 거래하여, iv) 차익이 발생한 경우라는 형식적인 요건에만 해당하면 반환책임이 성립하고, 내부정보를 이용하지 않고 주식거래를 하였다는 등 일체의 반증을 허용하지 않는 내부자에 대한 엄격책임을 부과하고 있는 것이다.

한편, 이러한 내부자에 대한 엄격책임을 부과에 대하여 법 제188조 제8항은 “제2항의 규정은 임원·직원 또는 주요주주로서 행한 매도 또는 매수의 성격 기타 사정 등을 감안하여 대통령령이 정한 경우 및 주요주주가 매도·매수한 시기중 어느 한 시기에 있어서 주요주주가 아닌 경우에는 이를 적용하지 아니한다.”라고 하여 대통령령이 정하는 일정한 경우에는 내부자에 대한 엄격책임을 예외적으로 완화하고 있다. 그러나 이러한 반환책임을 예외도 대통령령이 정하는 일정한 유형의 주식거래에 한정되는 것일 뿐, 내부자에게 내부정보를 이용하지 않았다는 반증을 허용하게 하거나 대통령령에서 정하지 않는 사유로까지 그 반환책임을 예외사유를 넓힐 것을 예정한 것도 아니라고 볼 것이므로, 이러한 엄격책임을 부과가 단기매매차익반환제도의 입법목적을 넘어 청구인들의 재산권을 과잉제한하고 있는지 여부에 대하여 본다.

(나) 미공개 내부정보의 이용 유무를 반환책임을 적극 또는 소극요건으로 하지 않은 것이 최소침해성의 원칙에 반하는지 여부

내부자가 회사의 미공개 내부정보를 실제로 이용하였음이 입증되는 때에만 반환책임을 인정하는 경우에는, 회사와 내부자의 관계상 회사가 이를 적극적으로 입증하기를 기대하는 것은 어렵고, 그 입증자료들이 모두 내부자가 경영 또는 관리하는 회사의 내부에 존재하는 관계로 감독기관 또는 일반주주가 이를 찾아내어 입증하기도 또한 불가능하다. 또한 입증책임을 내부자에게 전환한다고 하더라도 내부자는 회사의 내부자료에 손쉽게 접근할 수 있어 그 입증이 용이할 뿐 아니라 심지어 증거자료를 조작할 위험도 크다고 할 것이므로 단기매매차익반환제도의 실효성이 약화되어 무용화될 위험성이 매우 크다.

그리고 내부자가 회사의 미공개 내부정보를 이용하였다는 자료가 있는 경우에도 그 내부정보는 외부정보와 혼재하는 경우가 대부분이라 할 것인데 어느 쪽이 주가의 상승·하락에 영향을 미쳤는지의 판별이 곤란한 상황이 있을 수 있고, 내부정보는 현저하고 단발적인 것에 한정되는 것이 아니라 미미하고 다발적인 요소들이 누적된 형태로 나타날 수도 있는데, 이러한 경우에는 내부정보의 특정마저 곤란하게 된다.

이러한 상황에서 내부자가 실제로 내부정보를 이용하였는지 여부를 반환책임의 적극 또는 소극요건으로 두는 것은 사실상 단기매매차익제도를 무력하게 하여 내부자거래규제의 목적을 달성하기 어렵게 될 것이 능히 예상되기 때문에, 실제로 내부정보를 이용하였는지 여부를 불문하고 엄격한 반환책임을 내부자에게 부과하고 있는 것이다.

나아가 내부자가 단기거래로 차익을 발생시킬 경우, 일반투자자들은 비록 내부자가 내부정보를 이용하지 않았다 하더라도 내부자의 회사에서의 지위로 인하여 그것이 내부 정보의 이용으로 인한 것이 아닌가 불신할 수 있다. 이러한 불신은 내부자의 단기거래로 인한 차익의 발생만으로도 발생하는 것이고, 그러한 불신이 시장에서 만연하게 되면, 결국 증시 전반은 위축되는 결과가 초래된다.

따라서 입법자는 내부정보를 실제로 이용한 경우에만 단기매매차익반환책임을 물어서는 내부자거래를 규제하고자 하는 입법목적을 달성하기 어렵다고 판단하고, 실제로 내부정보를 이용하였는지 여부를 불문하고 내부정보를 이용하였을 개연성이 큰 단기매매 자체를 금지하려는 의도에서 이로 인하여 발생한 모든 차익을 회사로 반환하게 한 것으로 이는 증권시장에 대한 신뢰의 제고를 입법목적으로 하는 이 사건 법률조항의 입법목적상 불가피한 입법적

선택이라 할 것이다.

(다) 제188조 제8항이 정하는 예외사유에 해당하지 않는다고 하여 일률적으로 반환책임을 부담하게 하는 것이 최소침해성의 원칙에 반하는지 여부

위에서 본 바와 같이 내부정보를 이용할 개연성이 크다고 볼 수 있는 내부자의 단기주식거래에 있어 실제로 내부자가 회사의 내부정보를 이용하였는지 여부를 불문하고 객관적인 요건에 해당하는 한, 그러한 거래로 인하여 발생한 이익을 회사로 반환시켜야 할 필요성과 합리적인 이유가 있다고 하더라도, 애당초 단기매매차익의 발생 원인이 미공개 내부정보의 이용에 있지 않음이 객관적으로 명백히 인정되는 등 법 제188조 제8항과 이에 근거한 범시행령 제83조의 6 및 위 시행령 조항 제6호에 근거한 임원·주요주주의주식소유상황보고및단기매매차익반환에관한규정 제9조의2가 정하는 반환책임의 예외사유와 본질적으로 같은 성격의 거래임에도, 단지 위 법령 등에서 정한 예외사유에 해당하지 않는다는 이유로 그 차익을 일률적으로 모두 반환하게 한다면 이는 최소침해성의 원칙에 반할 여지가 있다.

그러므로 보건대, 이 사건 법률조항이 정하는 단기매매차익반환제도는 미국이나 일본의 단기매매차익반환조항과는 달리 '내부자의 미공개 내부정보의 이용방지를 위하여'라는 입법목적문구를 두지 않아, 애당초 내부정보를 이용하였을 가능성이 객관적으로 없는 경우에도 이 사건 법률조항이 정하는 객관적인 반환책임의 요건에 해당하는 한, 단기매매차익의 반환책임을 부담하도록 규정되어 있다.

그러나, 이 사건 법률조항이 내부자거래규제라는 입법목적을 명시적으로 규정하지 않았다고 하더라도 단기매매차익제도의 목적은 회사의 내부자가 미공개 내부정보를 이용하여 회사의 주식을 거래하는 내부자거래의 규제에 있다고 할 것이고, 특히 내부자의 단기주식거래는 미공개 내부정보를 이용하였을 개연성이 크다고 할 것이어서 실제로 내부자가 내부정보를 이용하였는지를 묻지 않고 엄격한 반환책임을 내부자에게 부과하고 있음은 위에서 본 바와 같다. 따라서 비록 이 사건 법률조항이 미국이나 일본의 그것과 달리 목적조항을 두고 있지 않다고 하더라도 이 사건 법률조항을 해석·적용함에 있어서는 내부자거래규제라는 입법목적을 반드시 고려하여야 할 것이고, 나아가 단기매매차익반환의 예외를 정한 법 제188조 제8항과 그에 근거한 범시행령 제86조의6이 정하는 예외사유에서 명시적으로 따로 정한 바 없다고 하더라도 내부자거래에 의한 주식거래가 아님이 명백한 경우 즉, 거래의 유형상 애당초

내부정보의 이용가능성이 객관적으로 없는 경우에는 이미 이 사건 법률조항 자체가 적용되지 않는다고 보아야 할 것이다.

참고로 이러한 문제는 이 사건 법률조항과 실질적으로 동일한 내용의 단기 매매차익반환조항을 두고 있는 미국이나 일본의 경우도 마찬가지로 발생하게 되는 것으로, 이에 대하여 미국 연방대법원(Kern County Land Co. v. Occidental Petroleum Corp. 411 U.S. 582(1973))과 일본 최고재판소(최고재 2002. 3. 13. 선고 평12(오) 제1965, 1703호)도 각 이와 동일한 해석을 한 바 있는데, 이는 이 사건 법률조항의 해석과 적용에 있어서도 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

그렇다면, 이 사건 법률조항이 반환책임의 요건을 객관화하여 엄격한 반환 책임을 내부자에게 부과하고, 법 제188조 제8항 및 이에 근거한 법시행령 제86조의6 등에서 반환책임의 예외를 한정적으로 열거하여 이에 해당하지 않는 한 반환책임의 예외를 인정하지 않는다고 하더라도, 이 사건 법률조항의 입법 목적과 단기매매차익반환의 예외를 정한 시행령 제86조의6의 성격 및 헌법 제23조가 정하는 재산권 보장의 취지를 고려하면 내부정보를 이용할 가능성조차 없는 주식거래의 유형에 대하여는 이 사건 법률조항이 애당초 적용되지 않는다고 해석하여야 할 것이므로 내부자의 단기매매에 대하여 법과 법시행령이 정하는 예외사유에 해당하지 않는 한 엄격한 반환책임을 부과하였다고 하여 이를 두고 최소침해원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(3) 법익의 균형성

이 사건 법률조항은 단기매매차익을 반환하게 함으로써 일반 투자자들의 이익을 보호함과 동시에 증권시장의 공평성, 공정성을 확보함으로써 일반투자자들의 증권시장에 대한 신뢰를 확보하고자 하는 데 비해, 이로 인하여 제한되는 청구인들과 같은 내부자의 재산권에 대한 제한은 내부자에게 일체의 주식거래를 금지하는 것이 아니라 단지 단기매매에 해당하는 경우 그 이익을 회사로 반환하도록 하는 데 그친다.

나아가 내부정보를 이용하였다고 하더라도 6월의 기간이 지나면 아무런 제한없이 주식거래를 할 수 있고 그 차익도 보유할 수 있으므로 이 사건 법률조항에 의한 재산권의 제한이 이로 인하여 달성할 수 있는 공익에 비하여 결코 크다고 볼 수도 없다.

(4) 소결론

따라서 이 사건 법률조항에 의한 제한은 내부자거래를 규제함으로써 일반

투자자들의 이익을 보호함과 동시에 증권시장의 공정성, 공정성을 확보하려는 입법목적 달성을 위하여 불가피한 것이고 공공의 복리를 위하여 헌법상 허용된 필요하고도 합리적인 제한이라 할 것이므로, 과잉금지의 원칙에 위반하여 재산권의 본질적 내용을 침해한 것이라고 볼 수 없다.

라. 청구인들의 나머지 주장에 대한 판단

(1) 청구인들은 이 사건 법률조항이 내부자에 대해서만 반환책임을 부과함으로써 비내부자와 내부자를 합리적 이유없이 차별한다고 주장하므로 이에 대하여 본다.

이 사건 법률조항은 증권거래시장의 공정성 및 이에 대한 일반투자자의 신뢰를 보호하기 위하여 내부자거래를 제한하려는 것으로, 이러한 입법목적의 달성을 위하여 미공개 내부정보를 이용할 개연성이 큰 내부자의 단기매매에 대해서만 그 차익을 반환하게 하고 있는바, 이는 합리적인 근거에 의한 차별이라 할 것이므로 평등원칙에 위배되지 아니한다.

(2) 또한 청구인들은 임원 등 내부자와 일반주주간의 다름에서 중립적이어야 할 회사를 단기매매차익반환청구의 제소권자로 정한 것이 내부자의 평등권을 침해한다고 주장하나 이는 임원과 주주간의 소송상 분쟁에서 중립적이어야 할 회사를 청구권자로 규정함으로써 청구인들의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다는 주장으로 이해할 수 있으므로 이에 관하여 살펴본다.

이 사건 법률조항은 내부자의 단기매매차익에 대한 반환청구의 제소권자를 법인 즉, 회사로 정하고, 증권선물위원회가 회사에 대하여 반환청구를 할 것을 요구할 수 있게 하며, 나아가 회사가 일정기간 내에 청구를 하지 않을 때에는 주주 또는 증권선물위원회가 회사를 대위하여 반환청구를 할 수 있도록 규정하고 있다(법 제188조 제3항).

이 사건 법률조항은 내부자거래를 규제함으로써 일반 투자자들의 이익을 보호함에 그 목적이 있다고 할 것이므로 원칙적으로 내부자의 단기주식거래로 인하여 재산상의 손해를 입은 일반주주가 가장 큰 이해관계를 가진다고 할 것이다. 그러나 그러한 내부자거래로 인한 차익반환의 귀속권자는 회사라는 점, 단기매매차익반환의 목적이 일부 임원과 주주간의 분쟁해결의 차원도 있지만 원칙적으로 증권시장의 공정성과 일반 투자자들의 신뢰보호 등 정책적 관점이 있다는 점, 회사가 내부자의 단기거래 여부에 관한 정보획득의 가능성이 가장 크다는 점 등을 고려하면 원칙적으로 회사에게 제소권을 부여한 것에는 수긍할 만한 합리적인 이유가 있다고 보인다.

(3) 청구인들은 그 밖에 이 사건 법률조항에 의하여 청구인들의 일반적 행동의 자유, 즉 계약의 자유를 침해한다고 주장하나, 이 사건 법률조항은 계약의 자유를 직접 제한하지는 않으며, 간접적으로 제한을 하는 것이라고 하더라도 위에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항은 기본권 제한의 허용 범위 내에서 합리적인 이유가 있는 제한을 하는 것이므로, 청구인들 주장은 이유없다.

마. 법 제188조 제8항의 위헌 여부에 대한 판단

(1) 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정함으로써 위임입법의 근거를 마련함과 동시에 위임은 ‘구체적으로 범위를 정하여’ 하도록 하여 그 한계를 제시하고 있다. 이와 같이 입법을 위임할 경우에는 법률에 미리 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정하여 됨으로써 행정권에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행을 방지하고 의회입법과 법치주의의 원칙을 달성하고자 하는 헌법 제75조의 입법취지에 비추어 볼 때, ‘구체적으로 범위를 정하여’라 함은 법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본 사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다고 할 것이고, 그 예측가능성의 유무는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다(헌재 2000. 1. 27. 99헌바23, 판례집 12-1, 62-74).

(2) 법 제188조 제8항이 과연 포괄위임 금지원칙에 위반되는 지에 관하여 살펴건대, 첫째 증권시장에는 다양한 형태의 거래가 있고 금융의 제도나 환경이 빠르게 변화하기 때문에 법률에서 예외가 되는 모든 사항을 구체적으로 정할 경우 오히려 시장에서 일어나고 있는 사항을 효과적으로 반영하기 어려워 거래자의 불편을 초래할 우려가 있으므로 시장에 근접해있는 증권선물위원회가 다양한 많은 사례를 감안하여 단기매매차익반환책임의 적용제외 대상을 시의적절하게 반영할 필요가 있고, 둘째 위 법률조항에 의한 위임체제는 위임된 부분이 국민들에게 불이익을 가하는 등 기본권을 제한하는 것이 아니고 예외를 인정하여 그 제한을 해제하는 것인데, 이 사건 법률조항에서 이미 규제 대상과 요건에 관한 것이 명시되어 있으므로 그 예외의 내용과 범위를 일응 예측할 수 있고, 셋째 이 사건 법률조항의 입법목적, 이 사건 법률조항이 미공개 내부정보의 이용금지에 관한 규정(법 제188조의 2, 제188조의 3)

헌재 2002. 12. 18. 99헌바105, 2001헌바48(병합)

및 시세조정등 불공정거래행위 금지규정(법 제188조의 4)과 같은 절에 규정되어 있는 점, 제188조 제8항 상의 “성격 등을 감안하여”라는 문언 취지 등을 종합적으로 고려하면, 법 제188조 제8항이 위임한 대통령령에 의하여 규정될 내용은 ‘불공정하다고 볼 수 없거나 미공개정보를 이용하지 않은 매매인 경우’인 것으로 그 내용의 대강을 미리 예측할 있다는 점에서 포괄위임금지원칙에 반하지 않는다.

4. 결 론

이상의 이유로 이 사건 법률조항과 법 제188조 제8항은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성 김효종
김경일 송인준 주선희(주심)

구 산업입지및개발에관한법률 제38조 제2항 위헌소원

(2002. 12. 18. 2001헌바52 전원재판부)

【판시사항】

1. 사업시행자에 의하여 개발된 토지등의 처분계획의 내용·처분 방법·절차·가격기준등에 관하여 필요한 사항을 대통령령으로 정할 수 있도록 위임한 산업입지및개발에관한법률 제38조 제2항이 위임입법으로서 갖추어야 할 구체성·명확성의 정도
2. 산업입지및개발에관한법률 제38조 제2항(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)이 포괄위임입법 금지원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 법률조항은 산업단지 개발절차중 ‘개발된 토지등을 입주기업등에게 분양·임대·양도하는 절차’ 즉 급부행정의 영역을 규율하고 있으므로 그 성격상 입주기업등에 대한 관계에서 기본권을 제한하거나 침해하는 것이 아니고, 또한 이 사건 법률조항의 위임사항의 중심적 개념인 “처분”은 그 본질이 사법(私法)상의 법률행위에 다름 아니어서 이를 법률로 규율하는 데는 현실적·기술적으로 상당한 어려움이 따르므로 위임의 필요성이 크다고 할 것이므로 이 사건 법률조항이 위임입법으로서 갖추어야 할 구체성·명확성의 정도는 완화될 수 있다.
2. 산업입지및개발에관한법률의 입법목적이 산업입지의 원활한 조성·공급을 통하여 산업의 담당자인 기업과 개인의 입지수요 욕구를 충족시켜 그들의 산업경쟁력을 제고시킴으로써 종국적으로는 국민경제의 건전한 발전에 이바지하는 것이라는 점에 비추어 보면 이 사건 법률조항의 위임에 의하여 장차 규정될 대통령령의 내용과 범위의 대강은, 개발된 산업입지의 처분가격등 처분조건, 처분 방법이나 절차등에 관하여 산업단지의 개발목적, 수요실태등 다양한 조건들을 반

영하면서 위와같은 입법목적을 가장 효율적으로 실현하는 내용이 될 것이라고 객관적으로 예측할 수 있다고 보인다. 더구나 이 사건 법률 조항의 피적용자는 주로 해당 분야의 전문가라고 할 수 있는 사업시행자와 그로부터 산업입지를 분양등 처분받는 기업들인데, 이들은 대통령령에 규정될 내용이 대체적으로 어떤 것인지 충분히 예측할 수 있는 지위에 있다는 사정을 고려하면 더욱 그러하다. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법 제75조에서 정한 위임입법의 한계내에 있다고 보아야 할 것이다.

재판관 권성의 별개의견

이 사건 법률조항이 규정하는 ‘개발한 토지·시설 등’의 분양·임대·양도 등의 처분은 첫째 부동산 등에 관한 사법상(私法上)의 처분으로서 그 성질은 어디까지나 사경제적 작용인 것이고, 둘째 산업입지법의 집행이라는 관점에서 볼 경우에도 산업입지법의 구체적인 집행행위에 해당한다는 점에서 이 사건 법률조항에 의한 위임사항은 결국 성질상 법률유보사항이 아니다.

그렇다면 이 사건 법률조항이 규정하는 대상은 법률유보사항이 아니므로 이에 대하여는 위임의 한계를 일탈하여 위헌인지 여부를 심사할 문제가 존재하지 아니한다고 할 것이어서 그러한 문제의 존재를 전제로 한 위헌의 문제 또한 존재하지 않으므로 이 사건 심판대상 법률은 합헌이다.

【심판대상조문】

산업입지및개발에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5911호로 개정되기 전의 것) 제38조(개발한 토지·시설등의 처분) ① 생략
② 제1항의 규정에 의한 처분계획의 내용·처분방법·절차·가격기준등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. 이 경우 국가 또는 지방자치단체인 사업시행자가 임대하는 경우에는 임대조건·임대방법·절차 및 임대료산정기준등에 관하여는 국유재산법 및 지방재정법의 관련규정을 적용하지 아니한다.

【참조조문】

산업입지및개발에관한법률 제38조(개발한 토지·시설등의 처분) ① 사업시행자가 개발

한 토지·시설등을 분양·임대·양도(이하 이 조에서 “처분”이라 한다)하고자 할 때에는 처분계획을 작성하여 공업배치및공장설립에관한법률 제30조의 규정에 의한 관리기관과 협의하여야 한다. 다만, 국가산업단지로서 동법 제31조의 규정에 의한 관리공단이 설립되어 있고 사업시행자가 처분업무의 효율적인 수행을 위하여 필요하다고 판단할 경우에는 관리공단과 계약을 체결하여 개발한 토지·시설등의 분양·임대에 관한 업무를 위탁할 수 있다.

산업입지및개발에관한법률시행령 제40조(분양가격의 결정 등) ①~⑩ 생략

⑪ 법 제16조 제1항 제1호 및 제2호의 규정에 의한 사업시행자가 분양하는 산업단지에서 산업시설용지를 분양받은 자는 사업의 부도, 경영상의 애로 기타 건설교통부령이 정하는 사유로 당초의 계약을 유지하는 것이 어려운 불가피한 사유가 있는 때에는 당해 산업단지의 조성공사가 완료되기 전까지는 위약금의 전부를 지불하지 아니하거나(분양면적을 축소하는 경우로서 축소되는 면적이 당초 분양면적의 100분의 30이하인 경우에 한한다) 당초 분양면적의 100분의 30에 해당하는 위약금을 지불하지 아니하고(분양면적을 축소하는 경우로서 축소되는 면적이 당초 분양면적의 100분의 30을 초과하는 경우 및 분양계약을 해지하는 경우에 한한다) 분양면적의 축소 또는 분양계약의 해지를 요구할 수 있다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 분양면적의 축소 또는 분양계약의 해지로 인하여 축소 또는 해지된 부지를 단독으로 산업시설용지로서 공급하는 것이 곤란한 경우
2. 분양받은 토지에 대하여 준공인가전 사용허가를 받은 경우

산업입지및개발에관한법률시행령 부칙 ①, ② 생략

③ (위약금의 지불에 관한 적용례) 제40조 제11항의 개정규정은 이 영 시행당시 분양계약을 체결한 경우(이미 분양계약을 변경 또는 해지한 경우를 제외한다)로서 산업단지의 조성공사가 완료되지 아니한 산업단지부터 이를 적용한다.

【참조판례】

헌재 2000. 1. 27. 99헌바23, 판례집 12-1, 62

【당 사 자】

청 구 인 한국토지공사

대표자 사장 김진호

대리인 변호사 윤진영

법무법인 올춘

담당변호사 윤용섭 외 2인

당해사건 부산고등법원 2000나 9116 매매대금반환

【주 문】

산업입지및개발에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5911호로 개정되기 전의 것) 제38조 제2항 제1문은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 부산주공 주식회사(이하 “부산주공”이라고 한다)는 자동차 부품 제조 및 가공업등을 영위하는 회사이고, 청구인 한국토지공사는 부산 강서구 녹산동 일대의 토지를 취득하여 녹산국가산업단지로 개발한 다음 이를 공급, 분양하는 등의 사업을 영위하는 정부투자기관이다. 부산주공과 청구인은 1994. 4. 20. 녹산국가산업단지 중의 공장용지 16,500㎡를 금 2,924,580,000원에 분양하는 제1차 매매계약을 체결하였고, 1997. 4. 30. 위 산업단지 중의 공장용지 1,650㎡를 금 327,760,000원에 분양하는 제2차 매매계약을 체결하였다.

(2) 부산주공은 1997년말부터 매출액 감소와 금리 급등으로 자금사정이 악화되자 1998. 8. 27. 청구인에게 이를 이유로 이 사건 각 매매계약의 해제를 구하는 의사표시를 하였으나, 청구인은 같은 해 9. 2. 위 계약해제 신청을 받아들일 수 없다고 회신하였다.

(3) 이 사건 각 매매계약의 해제 여부에 관하여 위와같이 다툼이 있자 부산주공은 1999. 8. 16. 부산지방법원에 이 사건 각 매매계약이 적법하게 해제되었다고 주장하면서 이미 지급된 매매대금의 반환을 구하는 민사소송을 제기하였다. 이 소송에서, 부산주공은 자신의 1998. 8. 27.자 계약해제의 의사표시는 산업입지및개발에관한법률시행령 제40조 제11항 및 동 부칙 제3항을 근거로 한 것이므로 위 해제의 의사표시에 따라 이 사건 각 매매계약이 적법하게 해제되었다고 주장하였고, 청구인은 위 시행령조항은 시행일인 1998. 6. 24. 이후에 분양계약을 체결하고 산업단지의 조성공사가 완료되지 아니한 경우에 적용된다고 할 것인데, 이 사건 각 매매계약은 1998. 6. 24. 이전에 체결되었고, 이미 산업단지의 조성공사가 완료되었으므로 부산주공에게 위 시행령에 근거한 해제권한이 없다고 주장하였다.

(4) 제1심 법원이 2000. 6. 28. 부산주공의 청구를 받아들이자 청구인은 부산고등법원에 제1심 법원의 판결에 대한 항소(부산고등법원 2000나9116)를 제기한 다음 그 소송계속 중에 위 시행령 조항은 모법에 아무런 위임근거가

없어 무효인 규정이고, 만일 산업입지및개발에관한법률 제38조 제2항이 위 시행령 조항의 위헌근거가 되는 법률이라면 이는 포괄위임입법을 금지한 헌법 제75조에 위반된다고 주장하면서 위헌법률심판제청신청을 하였으나 위 법원이 2001. 6. 22. 이를 기각하자 2001. 7. 5. 이 사건 헌법소원을 제기하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 산업입지및개발에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5911호로 개정되기 전의 것, 이하 “산업입지법”이라고 한다) 제38조 제2항 제1문(이하 “이 사건 법률조항”이라고 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다. 심판의 대상 및 관련규정은 다음과 같다.

산업입지법 제38조(개발한 토지·시설 등의 처분) ① 사업시행자가 개발한 토지·시설 등을 분양·임대·양도(이하 이 조에서 “처분”이라 한다)하고자 할 때에는 처분계획을 작성하여 공업배치및공장설립에관한법률 제30조의 규정에 의한 관리기관과 협의하여야 한다. 다만, 국가산업단지로서 동법 제31조의 규정에 의한 관리공단이 설립되어 있고 사업시행자가 처분업무의 효율적인 수행을 위하여 필요하다고 판단할 경우에는 관리공단과 계약을 체결하여 개발한 토지·시설 등의 분양·임대에 관한 업무를 위탁할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 처분계획의 내용·처분방법·절차·가격기준 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. 이 경우 국가 또는 지방자치단체인 사업시행자가 임대하는 경우에는 임대조건·임대방법·절차 및 임대료산정기준 등에 관하여는 국유재산법 및 지방재정법의 관련규정을 적용하지 아니한다.

산업입지및개발에관한법률시행령(1998. 6. 24. 대통령령 제15818호로 개정된 것, 이하 “시행령”이라고 한다) 제40조(분양가격의 결정 등) ① 내지 ⑩(생략)

⑩ 법 제16조 제1항 제1호 및 제2호의 규정에 의한 사업시행자가 분양하는 산업단지에서 산업시설용지를 분양받은 자는 사업의 부도, 경영상의 애로 기타 건설교통부령이 정하는 사유로 당초의 계약을 유지하는 것이 어려운 불가피한 사유가 있는 때에는 당해 산업단지의 조성공사가 완료되기 전까지는 위약금의 전부를 지불하지 아니하거나(분양면적을 축소하는 경우로서 축소되는 면적이 당초 분양면적의 100분의 30에 이하인 경우에 한한다), 당초 분양면적의 100분의 30에 해당하는 위약금을 지불하지 아니하고(분양면적을 축소하는 경우로서 축소되는 면적이 당초 분양면적의 100분의 30을 초과하는 경우 및

분양계약을 해지하는 경우에 한한다), 분양면적의 축소 또는 분양계약의 해지를 요구할 수 있다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 분양면적의 축소 또는 분양계약의 해지로 인하여 축소 또는 해지된 부지를 단독으로 산업시설용지로서 공급하는 것이 곤란한 경우
2. 분양받은 토지에 대하여 준공인가전 사용허가를 받은 경우
부칙(제15818호, 1998. 6. 24) ①, ② 생략

③ (위약금의 지불에 관한 적용례) 제40조 제11항의 개정규정은 이 영 시행당시 분양계약을 체결한 경우(이미 분양계약을 변경 또는 해지한 경우를 제외한다)로서 산업단지의 조성공사가 완료되지 아니한 산업단지부터 이를 적용한다.

2. 청구인의 주장, 법원의 위헌제청신청 기각이유 및 관련기관의 의견
가. 청구인의 주장

헌법 제122조는 “국토의 효율적이고 균형있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다.”라고 하여, 이 규율 영역을 국회의 전속적 입법사항으로 명시하고 있다. 즉, 산업입지와 관련한 국토 개발 문제는 국민의 헌법상 기본권 및 기본의무와 관련된 중요한 사항 내지 본질적인 내용으로서 그에 대한 정책 형성 기능은 원칙적으로 국민 대표 기관인 입법부에 유보되어 있다고 보아야 한다. 그런데 이 사건 법률조항은 “산업입지와 관련한 국토개발”이라는 국민생활의 대단히 중요한 영역을 규율 대상으로 하고 있으므로 위입의 구체성·명확성은 매우 강하게 요구된다. 그럼에도 불구하고 입법목적, 관련법 조항 등에 대한 유기적, 체계적인 이해를 동원하더라도, “처분계획의 내용·처분방법·절차·가격 기준 등에 관하여 필요한 사항”이라는 이 사건 법률조항의 일반성·포괄성이 제거되기란 어렵다. 왜냐하면 이 조항은 산업단지의 분양에 관하여 거의 모든 사항을 전적으로 대통령령에 위임한 것이나 다름없어 위입에 관한 대강의 예측조차도 곤란하기 때문이다. 따라서 이 사건 법률조항은 포괄적 위임입법을 금지한 헌법 제75조에 위반된다. 가사 이 사건 법률조항이 그 자체로는 위헌이 아니더라도 시행령 제40조 제11항의 위임근거가 된다고 볼 경우, 위 시행령조항은 헌법 제11조 평등의 원칙, 제13조 제2항 소급입법 금지의 원칙 및 제23조 제1항 재산권보장의 원칙, 제10조 계약자유 원칙 및 제15조 자유경쟁의 원칙, 제37조 제2항 과잉입법금지의 원칙에 위반되어 무효이므로 이 사

건 법률조항은 위 시행령 조항을 포함하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각 이유

이 사건 법률조항이 규율하는 것은 청구인과 같은 사업시행자가 국가산업단지등을 개발한 후의 단계로서 이를 “입주기업등에게 분양하는 것 등”이므로 그 본질이 사법(私法)상의 법률행위에 지나지 않으면서 청구인등 사업시행자와 그로부터 산업단지를 분양 등 처분받은 소수의 입주기업등만을 대상으로 영향을 미치며, 결국 수분양자에 대한 관계에서는 그 기본권을 제한하는 것이 아니라 기본권을 부여하는 급부행정영역에 속한다고 볼 수 있는 것이고, 한편 산업입지법에 의하면 산업단지의 종류와 개발목적, 지역, 시행자, 비용부담자, 국가 등의 지원정도 등이 다양하여 이를 법률로 규율하는 데는 현실적·기술적으로 상당한 어려움이 따른다고 보이므로, 위임의 구체성과 명확성의 요구는 완화될 수밖에 없고, 한편 건설교통부장관이 산업입지 공급계획을 수립·고시하게 되어 있는 등의 관련규정과 시행령, 한국토지공사법 등 관련법률 등의 내용 등에 비추어 볼 때 그 위임된 처분계획의 내용 등에 대한 대강의 예측이 불가능할 정도라고 볼 수도 없으므로 이 사건 법률조항은 헌법 제75조에 위반되지 않는다. 한편, 위 시행령조항이 청구인의 주장과 같이 헌법에 위반된다고 하더라도 그로 인하여 위 시행령조항이 위헌 무효로 될지언정 그 위임근거가 되는 이 사건 법률조항이 위헌 무효가 될 수 없다.

다. 건설교통부장관의 의견

법원의 위헌제청신청 기각 이유와 대체로 같다.

3. 판 단

가. 쟁 점

이 사건의 쟁점은 이 사건 법률조항 자체에 내재하는 위헌성 여부, 즉 이 사건 법률조항이 헌법 제75조가 정한 포괄위임입법 금지원칙에 위반되는지 여부이다.

청구인은 당해사건에 적용된 시행령조항의 위헌성을 내세워 이 사건 법률조항이 그 시행령조항을 포함하는 한 위헌이라고 주장하고 있으나, 가사 시행령조항의 내용이 헌법에 위반된다고 하더라도 그 시행령이 위헌으로 되는 것은 별론으로 하고 청구인의 주장처럼 그로 인하여 당연히 이 사건 법률조항 자체까지 위헌으로 되는 것은 아니므로(헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례

집 8-1, 525) 청구인의 이러한 주장의 당부는 이 사건의 쟁점으로 삼지 않는다.

나. 위임입법의 한계

헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정함으로써 위임입법의 근거를 마련함과 동시에 위임은 ‘구체적으로 범위를 정하여’ 하도록 하여 그 한계를 제시하고 있다. 이와 같이 입법을 위임할 경우에는 법률에 미리 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정하여 둬으로써 행정권에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행을 방지하고 의회입법과 법치주의의 원칙을 달성하고자 하는 헌법 제75조의 입법취지에 비추어 볼 때, ‘구체적으로 범위를 정하여’라 함은 법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본 사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다고 할 것이고, 그 예측가능성의 유무는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다. 그리고 이와같은 위임의 구체성·명확성의 요구정도는 그 규율 대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화되어야 할 것이다(헌재 2000. 1. 27. 99헌바23, 판례집 12-1, 62-74).

다. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 산업입지법의 개관

산업입지에 관한 입법정책은 당해 국가의 산업정책적 기초와 밀접한 관련 속에서 구체화되어 실행된다. 1960년대 이래 우리나라의 산업입지 정책은 그때 그때의 경제개발전략과 밀접한 상관관계를 맺으며 변화, 발전되어 왔다. 한편 이러한 산업입지 정책의 변화에 맞춰 종전의 다원화된 공업단지개발 관련 법률을 일원화하기 위하여 1990년 산업입지법이 제정되었고, 제정된 이후에도 산업경제 여건의 급격한 변화에 대응한 산업입지 정책의 효과적인 실현

을 위하여 법률의 개정이 계속되어 왔다.

산업입지법은 결국 협소한 국토를 효율적이고 균형있게 이용·개발한다는 거시적 산업입지 정책을 실현하면서 종래 토지 취득에서 공장 건축까지의 전 과정에 걸쳐 존재하였던 불합리한 규제를 개선하여 산업의 담당자인 기업과 개인의 산업입지 수요 욕구를 보다 원활하게 충족시켜 그들의 산업경쟁력을 제고시킴으로써 종국적으로는 “국민경제의 건전한 발전”을 그 입법목적으로 삼고 있는 것이다.

산업입지법 제1조(목적)가 “이 법은 산업입지의 원활한 공급과 산업의 합리적 배치를 통하여 균형있는 국토개발과 지속적인 산업발전을 촉진함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다.”고 규정하고 있는 것이나 제45조, 제46가 “국가나 지방자치단체는 산업단지의 원활한 조성·단지 내 입주업체의 유치 및 중소기업용 산업용지 임대사업의 육성을 위하여” “조세 감면규제법·지방세법 등이 정하는 바에 의하여 조세를 감면할 수 있다.”(제45조)거나 “자금지원에 대한 필요한 조치를 할 수 있다.”(제46조)고 규정하고 있는 것은 바로 산업입지법 전체를 지배하는 위와같은 입법목적을 분명히 한 것으로 이해할 수 있다.

(2) 이 사건 법률조항의 연혁

이 사건 법률조항의 내용은 제정 이후 별다른 질적인 변화가 없었다. 제정 당시의 내용은 “제1항의 규정에 의한 인계·양도 또는 분양·임대등에 관한 방법·절차·가격기준 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”(1990. 1. 13. 법률 제4216호 제38조 제2항)이었는데 그 후 “제1항의 규정에 의한 처분방법·절차·가격기준 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”(1993. 8. 5. 법률 제4574호 제38조 제2항)로 개정되었다가 다시 1995. 12. 29. 이 사건 법률조항으로 개정되었다.

이 사건 법률조항은 산업입지법의 입법목적을 실현하기위한 일련의 산업단지 개발절차 중 마지막 단계인 ‘처분절차’를 규율하고 있다. 즉, 산업단지 개발절차는 산업입지법에 따라 국가 또는 지방자치단체가 산업단지를 지정하는 절차, 한국토지공사를 비롯한 정부투자기관 등 사업시행자가 토지수용권 등을 통해 토지를 매수한 다음 이를 개발하는 절차와 개발한 토지 등을 입주 희망 기업에게 ‘분양, 임대, 양도’의 처분을 하는 절차로 이루어지는데, 이 사건 법률조항은 이러한 산업단지 개발절차 중 마지막 단계라고 볼 수 있는 ‘처분절차’에서 그 처분계획의 내용, 처분방법·절차·가격기준 등을 규율하되, 이

를 대통령령에 위임하고 있는 것이다.

(3) 시행령의 연혁

앞서 본 바와 같이 이 사건 법률조항이 대통령령에 위임한 대상은 기본적으로 처분(분양·임대·양도)의 내용, 방법, 절차에 관한 것이다. 이러한 위임에 따른 시행령 내용의 변천 과정을 살펴보면 대체적으로 다음과 같다.

위 위임사항 중 특히 가격기준과 처분절차에 관하여 시행령의 잦은 개정이 있어왔는바, 첫째, 가격기준의 변화를 보면, 공장용지의 분양가의 경우, 최초엔 조성원가에 10%이내의 적정이윤을 합한 금액으로 정하였다(1991. 1. 14. 대통령령 제13250호 제40조 제4항) 5% 이내의 적정이윤으로 인하하였고(1993. 11. 6. 대통령령 제14002호 제40조 제4항), 다시 사업시행자가 국가, 지방자치단체, 정부투자기관일 경우 적정이윤 자체의 가산을 폐지하는(1994. 12. 16. 대통령령 14429호 제40조 제1항) 등 전체적으로 보아 분양가를 인하하다가, 현재는 사업시행자가 민간부문일 경우에 한하여 적정이윤의 상한선을 폐지하기에 이르렀다(1998. 6. 24. 대통령령 제15818호로 종전 제40조 제6항의 폐지). 공장용지 이외의 용지의 분양가의 경우, 최초 지가공시및토지등의평가에관한법률에 의한 감정평가액을 원칙으로 하되 예외적인 경우에 한하여 그 이하의 금액으로 할 수 있었으나(1991. 1. 14. 대통령령 제13250호 제40조 제2항), 그 후 위 예외의 범위를 확장, 구체화하였다(1996. 6. 29. 대통령령 제15098호 제40조 제4항). 둘째, 처분절차의 변화를 보면, 최초 처분절차에 관하여는 시행령에 별다른 규율을 하고 있지 않다가, 그 후 개발된 토지 등을 처분함에 있어 주요내용을 일간신문에 공고하는 절차규정을 신설하였고(1996. 6. 29. 대통령령 제15098호 제42조의 2), 현재는 미분양산업시설용지의 경우 경쟁입찰을 통한 분양방법을 도입하고, 분양용지를 임대용지로 전환할 수 있도록 하는 규정을 신설하기도 하였다(1998. 6. 24. 대통령령 제15818호 제40조의 2). 셋째, 처분조건을 보면, 최초에 별다른 규정이 없다가, 일정한 요건을 갖춘 경우 수분양기업의 위약금없는 계약해지권을 부여하는 규정을 신설하였고(1994. 12. 16. 대통령령 14429호 제40조 제9항), 1998. 6. 29. 개정시 이 사건 시행령 조항과 같은 비교적 전면적인 계약해지권 조항을 신설하기도 하였다.

(4) 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 관한 판단

(가) 위임의 구체성·명확성의 정도

앞서 본 바와 같이 산업단지의 개발은 산업입지의 원활한 공급과 지속적

인 산업발전을 촉진하기 위한 거시적 산업입지정책 차원에서 추진되는 것으로서 국가 또는 지방자치단체가 산업단지를 지정하고 정부투자기관 등 사업시행자가 토지수용권 등을 통해 토지를 매수한 다음 이를 개발하여 분양 등 처분하는 사업이다. 따라서 이러한 일련의 산업단지의 개발절차는 전체적으로 보면 산업활동을 영위하는 기업들에게 필요한 산업시설용지의 공급을 통해 산업발전을 촉진하는 등 사회복지리를 증진시키고자 하는 일종의 ‘급부행정’ 영역에 속한다고 볼 수 있다. 특히 이 사건 법률조항은, 위와같은 산업단지 개발절차 중 ‘사업시행자가 개발한 토지 등을 입주기업등에게 처분(분양·임대·양도)하는 절차’를 규율하고 있으므로 그 규율 영역의 성격상 입주기업 등에 대한 관계에서 기본권을 제한하거나 침해하는 것이 아님은 더욱 명백하다.

그리고 이 사건 법률조항의 위임사항인 “처분계획의 내용·처분방법·절차·가격기준 등”의 중심적 개념인 “처분”은 그 본질이 사법(私法)상의 법률행위에 다름 아니므로 이러한 위임사항에 관하여는 기본적으로 형식적인 국회 입법보다는 탄력성있는 행정입법을 활용할 필요가 크다. 왜냐하면 개발한 산업입지의 가격기준 등 처분조건이나 처분 방법·절차는 사회, 경제적인 조건의 변화에 따른 거시적 산업입지정책의 변경 또는 산업입지의 수요 실태, 산업단지의 종류와 개발 목적, 시행자, 비용부담자, 국가의 지원정도 등 다양한 사정에 따라 신축적이고 탄력적으로 이를 정하여 운영할 필요가 매우 크므로 이를 법률로 규율하는 데는 현실적·기술적으로 상당한 어려움이 따른다고 보이기 때문이다. 앞서 본 바와 같이 1991년의 시행령 제정 후 몇차례에 걸쳐 이 사건 법률조항의 위임에 따른 시행령의 내용에 작지 않은 질적 변화가 있었던 것도 이러한 사정을 잘 보여주는 것이다.

그렇다면, 이 사건 법률조항은 수분양자에 대한 관계에서 급부를 제공하는 것을 규율영역으로 삼고 있고, 규율 내용의 기초가 될 사실관계등이 다양하고, 수시로 변화하는 성질을 갖고 있는 점에 비추어 행정입법을 통하여 신축적이고 탄력적으로 규율하여야 할 필요성이 크다고 보이는 바, 이 점에서 이 사건 법률조항이 위임입법으로서 갖추어야 할 구체성·명확성의 요구 정도는 완화될 수 있다고 판단된다.

(나) 예측가능성

먼저 이 사건 법률조항이 대통령령에 위임하고 있는 대상 내지 범위는 명백하다.

즉, 산업입지법 제38조 제1항이 이미 ‘처분’의 종류를 분양·임대·양도로 정하고 있고, 한편 ‘처분계획’이라는 것도 처분하고자 하는 토지 등의 명세, 처분대상자의 자격요건, 처분의 시기·방법·조건, 처분가격의 결정방법, 그 납부 사항에 관한 총괄적 계획서임이 쉽게 예측되며, 나머지 ‘처분방법·절차·가격기준’ 역시 명백한 개념이므로 이 사건 법률조항이 대통령령에 위임하고 있는 대상 내지 범위는 구체적으로 한정되어 있다.

나아가, 앞서 본 바와 같이 산업입지법의 기본적인 입법목적이 산업입지의 원활한 조성·공급을 통하여 산업의 담당자인 기업과 개인의 입지수요 욕구를 충족시켜 그들의 산업경쟁력을 제고시킴으로써 궁극적으로는 국민경제의 건전한 발전에 이바지하는 것이라는 점에 비추어 보면 이 사건 법률조항의 위임에 의하여 장차 규정될 대통령령의 내용과 범위의 대강은, 개발된 산업입지의 처분가격 등 처분조건, 처분 방법이나 절차 등에 관하여 앞서 언급한 여러 조건들을 반영하면서 위와같은 입법목적을 가장 효율적으로 실현하는 내용이 될 것이라고 객관적으로 예측할 수 있다고 보여진다. 더구나 이 사건 법률조항의 피적용자는 주로 해당 분야의 전문가라고 할 수 있는 사업 시행자와 그로부터 산업입지를 분양 등 처분받는 기업들인데, 이들은 대통령령에 규정될 ‘처분계획의 내용·처분방법·절차·가격기준 등’이 대체적으로 어떤 것인지 충분히 예측할 수 있는 지위에 있다는 사정을 고려하면 더욱 그러하다.

(다) 요컨대, 이 사건 법률조항이 위임입법으로서 갖추어야 할 구체성·명확성의 정도는 그 규율영역의 성격, 위임의 강한 필요성에 의하여 완화될 수 있다고 판단되며, 그러한 사정에 비추어 볼 때 앞서 본 바와 같은 대강의 예측가능성이 존재하는 이상 이 사건 법률조항은 헌법 제75조에서 정한 위임입법의 한계 내에 있다고 보아야 할 것이다.

4. 결 론

이상의 이유로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 아래 5.와 같은 재판관 권성의 별개의견이 있는 외에는 관여 재판관의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 권성의 별개의견

이 사건 법률조항이 합헌이라는 다수의견의 결론에는 찬성하지만 합헌의 이유는 달리 생각하므로 다음과 같이 이를 밝힌다.

가. 위임입법을 통제하는 헌법상 원리의 하나는 “법률에서 구체적으로 법

위를 정하여 위임하여야 한다”(헌법 제75조)는 것이다. 이것은 위임의 대상이 법률로 정할 사항인 것 즉, 법률유보사항인 것을 전제로 하는 것이다. 따라서 애당초 법률로 정할 사항이 아닌 것에 대하여는 위에서 본 위임입법통제의 원리가 적용되지 않는다.

민주주의적 권력분립을 보장하는 국가조직에 관한 기본적이고 본질적인 사항이라든지 국민의 기본권보장에 관한 사항 또는 국민의 권리·의무의 형성에 관한 사항은 입법권을 가진 국회가 반드시 법률로 정하여야 할 사항이므로 이를 국회가 법률로 직접 규정하지 아니하고 행정입법에 규정을 맡긴다면 이 때에는 위임입법통제의 원리가 적용되어야 할 것임은 너무나 당연하다. 그러나 법률의 집행을 위하여 필요한 사항이나 사적자치(私的自治)의 영역에 속하는 사항은 그 성질상 원래가 법률로 정할 사항이 아니므로 설혹 법률이 이러한 사항에 대하여 규정을 두면서 그 구체적인 내용의 형성을 행정입법에 포괄적으로 위임하였다고 하더라도 이를 위임입법의 한계를 일탈하여 위헌이라고 할 수는 없는 것이다. 법률로 정할 사항이긴 하지만 입법기술상의 문제 등을 고려하여 그 일부에 관한 구체적 내용의 형성이 행정입법에 위임된 사항도 있는 것인지만 이것과, 원래가 법률로 정할 사항이 아닌 것과는, 일응 구별된다. 물론 실제의 경우에 양자의 구별이 쉽지 않은 때도 있을 것이지만 이론상으로는 그 구별이 가능하고 또 필요하다.

법률로 정할 사항이 아닌 것에 대하여는 헌법상의 위임입법통제의 기준이 적용되지 않는다는 것은 사실 너무도 당연한 논리이지만 민주주의의 역사적인 발전과정에서, 「행정입법에 대한 의회의 통제 필요성」이 헌법적으로 강조될 수밖에 없었던 현실적 상황 때문에 이러한 당연한 이치가 그동안 별다른 언급의 대상이 되지 아니하였다.

나. 이 사건에서 보면 산업입지법 제38조가 규정하는 ‘개발한 토지·시설 등’의 분양·임대·양도 등의 처분은 두가지 측면에서 그 성질을 분석하여 낼 수 있다.

첫째는 그 본질의 측면에서 이를 분석하여 보는 것인데 이에 의하면 여기서의 분양·임대·양도 등의 처분은 부동산 등에 관한 사법상(私法上)의 처분과 다를 것이 없다. 그러므로 이러한 처분행위는 본질적으로 사경제적 작용으로서 사적 자치의 대상인 것이다. 사업시행자가 국가 또는 지방자치단체인 경우에도 처분의 본질이 달라지는 것은 아니고 나아가 산업입지개발의 목적이 공익을 위한 것이고, 개발과정에서 공권력이 동원된다고 하더라도 일단 개

발이 완료된 토지나 시설 등을 처분하는 단계에 이르러서는 그 처분행위의 성질은 어디까지나 사경제적 작용인 것이다. 산업입지법 제38조 제2항 전문이 “제1항의 규정에 의한 처분계획의 내용·처분방법·절차·가격기준 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”라고 규정하면서도 그 후문에서는 “이 경우 국가 또는 지방자치단체인 사업시행자가 임대하는 경우에는 임대조건·임대방법·절차 및 임대료산정기준 등에 관하여는 국유재산법 및 지방재정법의 관련규정을 적용하지 아니한다.”라고 규정하고 있는 것도 이 처분의 성질이 순수한 사경제적 작용이어서 여기에서 국유재산법 및 지방재정법의 관련규정을 적용하는 것이 적합치 않기 때문이다. 이러한 사경제적 작용 그 자체는 원래가 법률로 정할 사항이 아닌 것이다. 분양대금을 얼마로 하고 임대기간을 얼마로 할 것이며 계약의 해제는 어떤 요건하에 가능하게 할 것인지 하는 등의 문제는 본래가 계약자유에 맡길 문제인 것이다. 그러므로 개발한 토지나 시설 등을 수요자에게 실제로 처분하는 행위는 법률유보사항이 아니라고 할 것이다.

둘째는 처분행위를 산업입지법의 집행이라는 관점에서 분석하여 보는 것인데 이에 의하면 개발한 토지나 시설 등을 수요자에게 실제로 처분하는 행위는 산업단지의 합리적인 조성과 공급을 목적으로 하는 산업입지법의 구체적인 집행행위에 해당한다. 법률의 집행에 필요한 사항은 법률에 유보된 사항이 아니라 원래가 행정부에 유보된 사항이다(헌법 제75조). 그러므로 개발한 토지나 시설 등을 수요자에게 실제로 처분하는 행위는 이 점에서도 성질상 법률유보사항은 아니다.

다. 그럼에도 불구하고 이 사건 심판대상 법률이 이 문제를 법에서 언급하면서 그 구체적 내용의 형성을 대통령령에 위임한 소이는 어디에 있는가. 그 이유는 국가나 지방자치단체 등의 사업시행자가 행하는 처분업무의 효율성 및 공정성과 투명성을 보장하려는 데 있다고 생각된다. 그렇게 하기 위하여는 업무처리의 준칙을 만드는 것이 필요하므로 이러한 준칙을 대통령령으로 정하도록 한 것이 바로 산업입지법 제38조 제2항 전문이라고 할 것이다. 업무의 효율성과 투명성을 보장하기 위하여 업무처리준칙을 만들고 이를 통하여 한편으로는 법률을 효율적으로 그리고 공정하고 투명하게 집행하고 다른 한편으로는 사무처리의 효율성 및 공정성과 투명성을 감독하는 것은 행정부의 고유한 권한인 것이다. 바꾸어 말하면 법률의 효율적이고 투명한 집행을 위한 행정입법은 행정부의 고유한 권한이고 이러한 의미에서 이는 법률유보사항이

아니라 행정유보²⁾사항이라고 할 것이다.

결국 이 사건 심판대상 법률과 같은 것이 없어도 정부는 행정입법에 의하여 처분업무의 효율성과 투명성의 보장을 기할 수 있는 것이므로, 이 조문을 굳이 법률유보사항에 대한 위임입법의 근거조항으로 파악할 것은 아니며 마찬가지로, 위임입법의 근거조항이 아닌 것에 대하여, 위임입법통제의 기준을 준수한 것인지 여부를 심사하는 것은 더욱 적절치 못한 것이다.

따라서 이 조문이 규정하는 대상은 법률유보사항이 아니므로 이에 대하여는 위임의 한계를 일탈하여 위헌인지 여부를 심사할 일이 아니다. 단지 이 조문에 근거한 행정입법의 구체적 내용이 합목적적인가의 여부를 위헌과는 별개의 차원에서 검토하는 문제가 있을 수 있고 나아가 행정입법의 내용이 헌법이 보장하는 사적 자치의 원칙을 침해하는지 여부 또는 국민의 기본권을 직접 침해하는 내용을 포함하고 있는지 여부 등의 위헌의 문제가 경우에 따라 있을 수 있을 따름이다.

그러므로 이 사건 심판대상 법률에 있어서는 입법위임의 한계를 일탈한 것인지 여부의 문제가 존재하지 아니하고 따라서 그러한 문제의 존재를 전제로 한 위헌의 문제 또한 존재하지 않으므로 이 사건 심판대상 법률은 합헌이라고 생각한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성 김효종
김경일 송인준 주선희(주심)

2) 행정유보(Verwaltungsvorbehalt)에 대해서는 C. Degenhardt, Verwaltungsvorbehalt, NJW, 1984, 2184면 이하; H. Maurer, Verwaltungsvorbehalt, VVDStRL 43, 1985, 135면 이하; F. E. Schnapp, Verwaltungsvorbehalt, VVDStRL 43, 1985, 172면 이하 참조.

또한 Jarass/Pieroth, Grundgesetz für Bundesrepublik Deutschland, 제3판, 1995, 733면 참조.

구 소득세법 제22조 제1항 제1호 나목 등 위헌소원

(2002. 12. 18. 2001헌바55 전원재판부)

【판시사항】

1. 공무원의 명예퇴직수당의 성격이 일반 기업의 명예퇴직수당의 성격과 다른지 여부(적극)
2. 공무원의 명예퇴직수당에 대한 퇴직소득공제율은 100분의 75로 되어 있으면서 공무원 아닌 자의 명예퇴직 수당에 대해서는 100분의 50의 퇴직소득공제율을 적용하는 것이 공무원 아닌 자의 평등권을 침해하는지 여부(소극)
3. 공무원과 공무원 아닌 자 사이의 위와 같은 차별적 퇴직소득 공제율이 공무원 아닌 자의 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 재산권 등을 침해하는지 여부(소극) 및 조세평등주의에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 우리 헌법은 제7조 제1항에서 “공무원은 국민 전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다”, 같은 조 제2항에서 “공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다”라고 정하고 있는바, 공무원은 그 직무를 수행함에 있어서 여러 가지 직무상 의무와 청렴의무 등 고도의 윤리적·도덕적 의무를 부담하며, 이러한 바탕 위에서 직업공무원제도의 보장에 의하여 정치적 중립성, 신분보장, 생활보장을 받는 지위에 있다고 할 것인바, 국가공무원법은 이를 구체화하여 제74조에서 공무원의 직무의 종류별 및 계급별 정년을 규정하여 공무원에 대한 신분보장의 일환으로 정년보장을 규정하고 있고, 제74조의2에서 명예퇴직의 요건과 명예퇴직수당에 대해 규정하는바, 공무원의 명예퇴직수당은 위와 같이 정년이 보장된 공무원이 정년이 되기 전에 공무원 신분을 종료하는 자에 대하여 엄격한 요건 하에, 공무원의 특별한 책임과 의무를 성실히 수행한데 대해 생

활보장의 일환으로 지급되는 것으로 일반기업에서 지급되는 명예퇴직수당과 그 성격에 있어서 다르다.

2. 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라, 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 하여서는 아니된다는 상대적 평등을 뜻하므로, 합리적인 근거가 있는 차별 또는 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니라 할 것인데, 이 사건은 헌법에서 특별히 평등을 요구하는 부분에 대한 것이 아니고 관련기본권에 대한 중대한 침해가 있다고 볼 수 없으므로, 차별기준 내지 방법의 합리성 여부가 헌법적 정당성 여부의 판단기준이 되느냐, 직업공무원제도와 공무원의 지위, 정년 보장과 명예퇴직수당의 성격 및 공무원 명예퇴직수당에 대해 일반기업의 명예퇴직수당에 비해 우대적 퇴직소득 공제율을 정한 목적을 종합적으로 볼 때, 공무원의 명예퇴직수당에 대한 퇴직소득공제율은 100분의 75로 되어 있으면서 공무원 아닌 자의 명예퇴직수당에 대해서는 100분의 50의 퇴직소득공제율을 규정하여 차별하는 것은, 위와 같이 정년이 보장된 공무원의 정년 전 퇴직에 대한 보상일 뿐만 아니라, 현실적으로 민간기업에 비해 열악한 공무원의 보수현실에서 공무원에 대한 생활보장을 도모하고 자발적인 명예퇴직을 유도함으로써 공무원의 인사적체를 해소하여 공무원 사회를 활성화하고 궁극적으로는 국민에게 보다 양질의 행정서비스를 제공하기 위한 것이라고 볼 수 있어, 현저하게 합리성이 결여되어 있다고 볼 수 없으므로 공무원 아닌 자의 평등권을 침해하지 않는다.

3. 공무원과 공무원 아닌 자 사이의 위와 같은 차별적 퇴직소득 공제율 규정이 위와 같이 합리적 차별로 인정되는 이상, 공무원 아닌 자의 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 침해한다고도 볼 수 없고, 재산권에 관계되는 시혜적 입법의 시혜대상에서 제외되었다는 이유만으로 재산권침해가 생기는 것은 아니고, 시혜적 입법의 시혜대상이 될 경우 얻을 수 있는 재산상 이익의 기대가 성취되지 않았다고 하여도 그러한 단순한 재산상 이익의 기대는 헌법이 보호하는 재산권의 영역에 포함되지 않으므로, 이 사건에서 재산권침해가 문제되지 않는다. 나아가 조세평등주의는 헌법 제11조 제1항의 평등원칙의 조세법적 표현으로서, 위와 같은 차별적 퇴직소득 공제율이 합리적 차

별에 해당하여 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 위배되지 않으므로 조세평등주의나 헌법 제38조에도 위반되지 않는다.

【심판대상조문】

소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 개정되고, 1998. 12. 28. 법률 제5580호로 개정되기 전의 것) 제22조(퇴직소득) ① 퇴직소득은 당해년도에 발생한 다음 각호의 소득으로 한다.

1. 갑종
 - 가. 생략
 - 나. 명예퇴직수당
각종 공무원에게 지급되는 명예퇴직수당
 - 다. 생략

소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 개정되고, 1998. 12. 28. 법률 제5580호로 개정되기 전의 것) 제48조(퇴직소득공제) ① 퇴직소득이 있는 거주자에 대하여는 당해 년도의 퇴직급여액(갑종퇴직급여의 경우 명예퇴직수당과 단체퇴직보험금을 포함한다. 이하 같다)에서 다음 각호의 금액을 순차로 공제한다.

1. 퇴직급여액의 100분의 50(명예퇴직수당의 경우 100분의 75)에 상당하는 금액
 2. 생략
- ②~⑤ 생략

【참조조문】

헌법 제10조, 제11조 제1항, 제38조

소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 개정되고, 2000. 12. 29. 법률 제6269호로 개정되기 전의 것) 제22조(퇴직소득) ① 퇴직소득은 당해년도에 발생한 다음 각호의 소득으로 한다.

1. 갑종
 - 가. 퇴직급여
갑종에 속하는 근로소득이 있는 자가 퇴직으로 인하여 받는 소득
 - 나. 각종 공무원에게 지급되는 명예퇴직수당
 - 다. 갑종에 속하는 근로소득이 있는 자가 퇴직으로 인하여 받는 단체퇴직보험금
 2. 생략
- ②~④ 생략

소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 개정되고, 2000. 12. 29. 법률 제6269호로 개정되기 전의 것) 제48조(퇴직소득공제) ① 퇴직소득이 있는 거주자에 대하여는 당해 년도의 퇴직급여액(갑종퇴직급여의 경우 명예퇴직수당과 단체퇴직보험금을 포함한다. 이하 같다)에서 다음 각호의 금액을 순차로 공제한다.

1. 퇴직급여액의 100분의 50(명예퇴직수당 또는 근로기준법 제31조의 규정에 의하여 퇴직하는 근로자가 받는 퇴직수당으로서 대통령령이 정하는 것의 경우 100분의 75)에 상당하는 금액

2. 생략

②~⑤ 생략

국가공무원법 제74조의2(명예퇴직등) ① 공무원으로서 20년이상 근속한 자가 정년전에 자진하여 퇴직하는 경우에는 예산의 범위안에서 명예퇴직수당을 지급할 수 있다.

② 직제와 정원의 개폐 또는 예산의 감소등에 의하여 폐직 또는 과원이 되었을 때에 20년미만 근속한 자가 정년전에 자진하여 퇴직하는 경우에는 예산의 범위안에서 수당을 지급할 수 있다.

③ 제1항의 규정에 의하여 명예퇴직수당을 지급한 국가기관의 장은 명예퇴직수당을 지급 받은 자가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그 명예퇴직수당을 환수하여야 하며, 환수금을 납부할 자가 기한 이내에 납부하지 아니한 때에는 국제채납처분의 예에 의하여 이를 징수할 수 있다.

1. 재직중의 사유로 인하여 금고 이상의 형(선고유예를 포함한다)을 받은 경우
2. 경력직공무원 그밖에 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령이 정하는 공무원으로 재임용되는 경우
3. 명예퇴직수당을 초과하여 지급받거나 그밖에 명예퇴직수당의 지급대상이 아닌 자가 지급받은 경우

④ 제1항의 명예퇴직수당 및 제2항의 수당의 지급대상범위·지급액·지급절차와 제3항의 규정에 의한 명예퇴직수당의 환수액·환수절차 등에 관하여 필요한 사항은 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정한다.

【참조판례】

1. 헌재 1989. 12. 18. 89헌마32등, 판례집 1, 343
헌재 1990. 6. 25. 89헌마220, 판례집 2, 200
헌재 1997. 11. 27. 95헌바14등, 판례집 9-2, 589
2. 헌재 1998. 9. 30. 98헌가7등, 판례집 10-2, 484
헌재 2001. 11. 29. 2001헌바14, 판례집 13-2, 690
3. 헌재 1999. 7. 22. 98헌바14, 판례집 11-2, 205
헌재 2001. 12. 20. 2000헌바54, 판례집 13-2, 819

【당 사 자】

청 구 인 강영배 외 17인
대리인 변호사 이상민

당해사건 대전지방법원 99나10545 부당이득금

【주 문】

구 소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 개정되고 1998. 12. 28. 법률 제5580호로 개정되기 전의 것) 제22조 제1항 제1호 나목, 제48조 제1항 제1호는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인들은 1997.경 한국원자력 연구소에서 명예퇴직하였다. 그 즈음 위 연구소는 청구인들에게 명예퇴직수당을 지급하고 그 소득에 대한 퇴직소득 공제율을 100분의 75로 적용하여 원천징수하여 납부하였으나, 그 후 관할 서대전세무서장은 구 소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 개정되고 1998. 12. 28. 법률 제5580호로 개정되기 전의 것, 이하 “구법”이라 하고, 소득세법은 “법”이라고만 한다) 제22조, 제48조 제1항 제1호를 근거로 퇴직소득 공제율을 100분의 50으로 적용하고 추가된 퇴직소득금액에 대하여 고지처분을 하였다.

(2) 위 연구소는 1998. 6. 30. 고지금액 23,675,370원을 납부한 다음 청구인들을 상대로 청구인 각자의 부담부분에 대하여 부당이득금 반환을 구하는 소를 제기하였다(당해사건).

(3) 청구인들은 위 소송 중에 구법 제22조, 제48조 제1항 제1호의 위헌성 여부가 재판의 전제가 된다 하여 위헌제청신청을 하였다가 그 신청이 기각되자(대전지방법원 2000카기 4885) 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인들은 구법 제22조, 제48조 제1항 제1호 모두에 대하여 위헌 심판을 청구하고 있으나 청구인들의 청구 이유의 요지는 공무원의 명예퇴직수당에 대한 소득공제율은 100분의 75로 되어 있으면서 공무원 아닌 자의 명예퇴직수당에 대해서는 100분의 50의 소득공제율을 적용하는 것이 위헌이라는 것이므로 결국 이 사건에 관련이 있는 부분으로서 심판의 대상은 구법 제22조 제1항 제1호 나목, 제48조 제1항 제1호(이하 이들을 “이 사건 법률조항들”이라 한다)의 위헌 여부이고, 이 사건 법률조항들과 관련 규정의 내용은 다음

과 같다.

구법 제22조(퇴직소득) ① 퇴직소득은 당해 연도에 발생한 다음 각호의 소득으로 한다.

1. 갑종

가. 퇴직급여

갑종에 속하는 근로소득이 있는 자가 퇴직으로 인하여 받는 소득

나. 명예퇴직수당

각종 공무원에게 지급되는 명예퇴직수당

다. 갑종에 속하는 근로소득이 있는 자가 퇴직으로 인하여 받는 단체퇴직보험금

2. 이하 생략

제48조(퇴직소득공제) ① 퇴직소득이 있는 거주자에 대하여는 당해연도의 퇴직급여액(갑종퇴직급여의 경우 명예퇴직수당과 단체퇴직보험금을 포함한다. 이하 같다)에서 다음 각호의 금액을 순차로 공제한다.

1. 퇴직급여액의 100분의 50(명예퇴직수당의 경우 100분의 75)에 상당하는 금액

이하 생략

관련규정

법(1998. 12. 28. 법률 제5580호로 개정되고 2000. 12. 29. 법률 제6269호로 개정되기 전의 것)

제22조(퇴직소득) ① 퇴직소득은 당해연도에 발생한 다음 각호의 소득으로 한다.

1. 갑종

가. 퇴직급여

갑종에 속하는 근로소득이 있는 자가 퇴직으로 인하여 받는 소득

나. 각종 공무원에게 지급되는 명예퇴직수당

제48조(퇴직소득공제) ① 퇴직소득이 있는 거주자에 대하여는 당해 연도의 퇴직급여액(갑종퇴직급여의 경우 명예퇴직수당과 단체퇴직보험금을 포함한다. 이하 같다)에서 다음 각호의 금액을 순차로 공제한다.

1. 퇴직급여액의 100분의 50(명예퇴직수당 또는 근로기준법 제31조의 규정에 의하여 퇴직하는 근로자가 받는 퇴직수당으로서 대통령이 정하는 것의 경우 100분의 75)에 상당하는 금액

국가공무원법 제74조의2(명예퇴직등) ① 공무원으로서 20년 이상 근속한 자가 정년 전에 자진하여 퇴직하는 경우에는 예산의 범위 안에서 명예퇴직수당을 지급할 수 있다.

② 생략

2. 청구인들의 주장과 위헌법률심판제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견 별지 2와 같다.

3. 판 단

가. 적법요건에 관한 판단

국세청장은 이 사건 법률조항들은 청구인들과 법적 관련성이 없고 공무원에 대한 우대규정으로 인하여 청구인들이 불이익을 입는 것이 아니며, 설령 이 사건 법률조항들이 위헌이라 하더라도 공무원의 명예퇴직수당에 한해서 100분의 75라는 우대공제율을 적용하도록 한 부분만이 위헌무효로 될 뿐이어서 당해사건의 재판 결과에 아무런 영향을 미칠 수 없기 때문에 재판의 전제성이 없다고 주장하나, 이 사건 심판대상은 공무원의 명예퇴직수당에 관한 것만이 아니고 그 외의 퇴직급여액의 100분의 50공제 규정까지 포함한 구법 제48조 제1항 제1호 규정전체이므로 이 사건 법률조항들의 위헌 여부는 당해사건의 주문 또는 내용과 효력에 관한 법률적 의미에 영향을 미치는 것으로서 재판의 전제성이 인정된다고 할 것이다.

나. 본안에 관한 판단

(1) 이 사건 법률조항들의 입법연혁

명예퇴직제도는 교육공무원법에서 교육공무원에 대하여 장기간 근속하였거나 재직중 공적이 있는 고령자가 정년 전에 자진하여 퇴직하는 경우에 예산의 범위 안에서 공로퇴직수당을 지급할 수 있도록 하는 공로퇴직제도라는 이름으로 1973년에 처음 시행하였고, 이에 맞추어 1974. 12. 24. 법률 제2705호로 소득세법을 전면개정하면서 퇴직소득규정을 별도로 두고 갑종 퇴직소득금액 중 퇴직급여에 대해서는 100분의 50을, 공로퇴직수당에 대해서는 100분의 75를 공제하는 것으로 규정하였다. 이러한 제도는 그 후 1979년에는 경찰공무원에 그리고 1980년에는 소방공무원에게도 각각 도입되고 1981. 4. 20. 국가공무원법 개정시 이를 모두 통합하여 명예퇴직제도로 일원화하게 됨에 따라 법도 공무원의 명예퇴직수당에 대한 공제율로 바뀌 규정하였다.

이후 법은 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전면개정 시에 이 사건 법률조항들로 개정되었으며 1998. 12. 28. 법률 제5580호로 개정 시에 제22조 제1항 제

1호 나목에서 각종공무원에게 지급되는 명예퇴직수당을 규정하고 제48조 제1항 제1호에서 퇴직급여액의 100분의 50(명예퇴직수당 또는 근로기준법 제31조의 규정에 의하여 퇴직하는 근로자가 받는 퇴직수당으로서 대통령령이 정하는 것의 경우 100분의 75)에 상당하는 금액을 공제하도록 규정하고 있다.

(2) 공무원 명예퇴직수당의 성격 및 이 사건 법률조항들의 입법목적

우리 헌법은 제7조 제1항에서 “공무원은 국민 전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다”, 같은 조 제2항에서 “공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다”라고 정하고 있는바, 공무원은 그 직무를 수행함에 있어서 여러 가지 직무상 의무와 청렴의무 등 고도의 윤리적·도덕적 의무를 부담하며, 이러한 바탕 위에서 직업공무원제도의 보장에 의하여 정치적 중립성, 신분보장, 생활보장을 받는 지위에 있다고 할 것이다(헌재 1989. 12. 18. 89헌마32등, 판례집 1, 343, 352-353; 헌재 1990. 6. 25. 89헌마220, 판례집2, 200, 205; 헌재1997. 11. 27. 95헌바14등, 판례집 9-2, 589 참조).

국가공무원법은 제74조에서 공무원의 직무의 종류별 및 계급별 정년을 규정하여 공무원에 대한 신분보장의 일환으로 정년보장을 규정하고 있고, 제74조의2에서 명예퇴직의 요건과 명예퇴직수당에 대해 규정하는바, 공무원의 명예퇴직수당은 위와 같이 정년이 보장된 공무원이 정년이 되기 전에 공무원 신분을 종료하는 자에 대하여 엄격한 요건 하에, 공무원의 특별한 책임과 의무를 성실히 수행한데 대해 생활보장의 일환으로 지급되는 것으로 일반기업에서 지급되는 명예퇴직수당과 그 성격에 있어서 다르다고 할 것이다.

일반 기업의 명예퇴직수당의 경우 그 지급대상 및 금액이 당해 기업의 자의로 결정되는 반면에 공무원의 명예퇴직수당은 그 지급대상 등이 공무원명예퇴직수당등지급규정에 의하여 엄격히 제한되고 있는바, 국가공무원명예퇴직수당등지급규정(1996. 8. 28 대통령령 제15142호로 개정되고 1998. 2. 28. 대통령령 제15690호로 개정되기 전의 것) 제3조 제3항에 따르면 징계의결 요구 중인 자 또는 징계처분으로 인하여 승진임용 제한기간 중에 있는 자, 형사사건으로 기소중인 자, 감사원 등 감사기관과 검찰 등 수사기관에서 비위조사나 수사중인 자 등은 명예퇴직수당의 지급대상에서 제외되도록 되어있다.

이 사건 법률조항들은, 현실적으로 민간기업에 비해 열악한 공무원의 보수 현실에서 위와 같이 정년이 보장된 공무원의 정년 전 퇴직에 대한 보상을 실효적으로 보장하여 공무원에 대한 생활보장을 도모하고 자발적인 명예퇴직을

유도하여 공무원의 인사적체를 해소하고 공무원 조직의 능률을 향상시킴으로써 궁극적으로는 국민에게 보다 양질의 행정서비스를 제공하기 위한 입법목적은 지닌 것으로 볼 수 있다.

(3) 이 사건 법률조항들의 위헌여부

(가) 평등권 침해 여부

헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 이러한 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라, 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 하여서는 아니된다는 상대적 평등을 뜻하므로, 합리적인 근거가 있는 차별 또는 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니라 할 것이다(헌재 1998. 9. 30. 98헌가7 등, 판례집 10-2, 484, 503-504; 헌재 2001. 11. 29. 2001헌바14, 판례집 13-2, 690).

이 사건 법률조항들에 대한 심사기준에 관하여 보건대, 이 사건 법률조항들은 헌법에서 특별히 평등을 요구하는 부분에 대한 것이 아니고, 관련기본권에 대한 중대한 침해가 있다고 볼 수 없으므로, 차별기준 내지 방법의 합리성 여부가 헌법적 정당성 여부의 판단기준이 된다고 하겠다.

앞서 본 직업공무원제도와 공무원의 지위, 정년 보장과 명예퇴직수당의 성격 및 이 사건 법률조항들의 입법목적을 종합적으로 보면, 이 사건 법률조항들은 위와 같이 정년이 보장된 공무원의 정년 전 퇴직에 대한 보상일 뿐만 아니라, 현실적으로 민간기업에 비해 열악한 공무원의 보수현실에서 공무원에 대한 생활보장을 도모하고 자발적인 명예퇴직을 유도함으로써 공무원의 인사적체를 해소하여 공무원 사회를 활성화하고 궁극적으로는 국민에게 보다 양질의 행정서비스를 제공하기 위한 것이라고 볼 수 있고, 그 규정내용이 현저하게 합리성이 결여되어 있다고 볼 수 없다.

그러므로 이 사건 법률조항들이 공무원의 명예퇴직수당에 대해서 100분의 75의 소득공제율을 적용하도록 하고 청구인들과 같은 비공무원의 명예퇴직수당에 대해서는 공무원과 같은 소득공제율을 적용하지 아니함으로써 차별한다 하더라도 여기에는 합리적 이유가 있다 할 것이므로 청구인들의 평등권을 침해하지 않는다고 할 것이다.

청구인들은 1998. 12. 28. 구법을 개정하여 근로기준법 제31조에 의한 일반 근로자의 퇴직수당에 대하여도 공무원의 명예퇴직수당과 동일하게 100분의

75의 공제율을 적용하도록 한 것에 대하여 입법자 스스로 이 사건 법률조항들의 위헌성을 인정한 것이라고 주장하고 있으나, 이는 1997년의 외환위기의 발생으로 인하여 그 당시 민간부분의 구조조정문제가 심각하게 대두됨에 따라 이를 세제상으로 지원하기 위한 조치로서, 그 당시 근로기준법에 의한 일반근로자의 퇴직수당에 대한 공제율을 확대하게 된 배경에는 1998. 2. 20. 근로기준법 제31조의 개정으로 경영악화를 방지하기 위한 사업의 양도 인수 합병도 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 인정되어 정리해고의 요건이 완화된 것이 동 개정의 계기 중의 하나가 되었다고 할 것이어서 이를 들어 이 사건 법률조항들의 위헌성이 입증된 것이라고 볼 수 없다.

(나) 기타 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 재산권 등의 침해 여부

청구인들은 이 사건 법률조항들이 명예퇴직수당에 대한 소득공제율을 적용함에 있어 공무원인 자와 비공무원인 자를 합리적 이유 없이 차별하여, 청구인들의 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 침해하고 있다고 주장하나, 위에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항들의 규정이 합리적 차별로 인정되는 이상, 청구인들의 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 침해한다고도 볼 수 없다.

한편 청구인들은 이 사건 법률조항들에 의한 자의적 차별에 의하여 헌법 제23조에 의하여 보장된 재산권도 침해받게 되었다고 주장하나, 재산권에 관계되는 시혜적 입법의 시혜대상에서 제외되었다는 이유만으로 재산권침해가 생기는 것은 아니고, 시혜적 입법의 시혜대상이 될 경우 얻을 수 있는 재산상 이익의 기대가 성취되지 않았다고 하여도 그러한 단순한 재산상 이익의 기대는 헌법이 보호하는 재산권의 영역에 포함되지 않으므로(헌재 1999. 7. 22. 98헌바14 판례집 11-2, 205, 220-221), 이 사건에서 재산권침해가 문제되지 않는다고 볼 것이다.

나아가 청구인들은 이 사건 법률조항들이 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다.”라고 규정하고 있는 헌법 제38조에 위반된다고 주장하고 있는바, 청구인들의 주장을 전체적으로 보면 이 사건 법률조항들의 공무원에 대한 차별적 감면조치가 조세평등주의에 위반하여 헌법 제38조에 위반된다는 취지로 볼 수 있는데, 이는 납세의무가 불평등하게 부과되었다는 취지라고 이해되므로 결국 헌법 제38조의 문제라기 보다는 조세평등주의에 위반되는가 여부의 문제라고 봄이 상당하다. 조세평등주의는 헌법 제11조 제1항의 평등원칙의 조세법적 표현으로서, 국민에 대하여 절대적인 평등을 보장하는 것이 아니라, 합리적인 이유 없이 차별하는 것을 금지하는 취지이므

로, 규율하고자 하는 대상의 본질적 차이에 상응하여 법적으로 차별하는 것은 그 차별이 합리성을 가지는 한 조세평등주의에 위반된다고 볼 수 없다(헌재 2001. 12. 20. 2000헌바54, 판례집 13-2, 819, 824).

이 사건 법률조항들이 합리적 차별에 해당하여 헌법 제11조 제1항의 평등 원칙에 위배되지 않음은 앞에서 이미 살펴본 바이고, 따라서 더 나아가 조세 평등주의나 헌법 제38조에 위반되지 않는다고 할 것이다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항들은 헌법에 위반되지 아니하므로 재판관 전원 의견의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철(주심) 김영일 권 성
김효종 김경일 송인준 주선희

[별지 1] 청구인 명단 : 생략

[별지 2]

2. 청구인들의 주장과 위헌법률심판제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견가. 청구인들의 주장

(1) 청구인들이 수령한 퇴직수당에 대하여 이 사건 법률조항들을 근거로 퇴직 소득공제율로 100분의50을 적용한다면 이는 공무원의 경우와 그 이외의 자의 경우를 달리하여 적용하는 것이라 할 것인바 이는 아무런 합리적 이유도 없는 부당한 차별로서 헌법상 평등의 원칙, 인간의 존엄권, 행복추구권, 재산권의 보장, 납세의 의무에 관한 규정을 위반하는 것이다.

(2) 이 사건 법률조항들 중 구법 제48조 제1항 제1호는 1998. 12. 28. 개정되었고, 그 개정시 퇴직소득 공제율 100분의 75가 적용되는 것으로 명예퇴직수당 이외에 근로기준법 제31조의 규정에 의하여 퇴직하는 근로자가 받는 퇴직수당의 경우도 포함시켰는바, 이는 입법자가 구법 제48조 제1항의 위헌성을 스스로 인정한 것이라고 할 것이다.

나. 법원의 위헌법률심판제청신청 기각이유

(1) 시혜적인 법률은 국민의 권리를 제한하거나 새로운 의무를 부과하는

법률과 달리 입법자에게 보다 광범위한 입법형성의 자유가 인정되는 것이므로 입법자가 그 입법의 목적, 수혜자의 상황, 국가예산 등 제반 사항을 고려하여 제정한 법률의 내용이 현저하게 합리성이 결여되는 것이 아닌 한 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

(2) 우리 헌법은 제7조, 제29조, 제33조, 제78조에서 직업공무원제도를 헌법상의 제도로 보장하고 입법자로 하여금 국가공무원법 등을 통하여 공무원으로서의 일정한 권리와 의무를 규정하도록 한다. 그에 따라 공무원에 대하여는 청렴의무, 성실의무, 품위유지 의무 등을 부과하고 정치운동금지, 영리업무 및 겸직금지, 노동3권의 제한 등 기본권 제한 규정을 두어 직무의 공공성 등을 보장함과 동시에 신분보장 및 권리보장에 관한 규정을 두어 특별한 처우를 하고 있다. 따라서 공무원은 각종 노무 대가로 얻는 수입에 의존하여 생활하는 사람이라는 점에서는 통상적인 의미의 근로자적인 성격을 지니고 있으나 그 임용주체가 궁극에는 주권자인 국민 또는 주민이기 때문에 국민 전체에 대하여 봉사하고 책임을 져야하는 특별한 지위에 있고 그가 담당한 업무가 국가 또는 공공단체의 공공적인 일이어서 특히 그 직무를 수행함에 있어서 공공성 공정성 성실성 및 중립성 등이 요구되기 때문에 일반 근로자와는 달리 특별한 근무관계에 있는 사람이라고 할 것이므로 공무원이 누리는 여러 권리와 특권은 엄격한 의미에서는 이러한 특별한 근무관계에서의 반대급부적인 성격을 갖는다.

(3) 이 사건 명예퇴직수당은 이러한 특별한 근무관계에서 나오는 생활보장의 하나로 신설된 것으로서 공무원의 특별한 책임과 의무를 성실히 수행하였음에 대한 반대급부적인 성격이 강하다고 할 것이어서 일반 기업으로부터 지급되는 명예퇴직수당과는 그 성격에 있어서 다르다고 할 것이다. 이 사건 법률조항의 입법목적 또한 이러한 연장선 상에서 입법당시 공무원 보수수준이 일반 기업의 급료에 비하여 상대적으로 낮을 뿐만 아니라 복지수준에서도 낙후한 공무원의 처우를 개선하여 공무원에 대한 생활보장 의무를 이행하고 자발적인 명예퇴직을 유도함으로써 공무원 인사적체현상을 해결하기 위한 정책적 필요성을 고려하여 결정된 것이다.

다. 재정경제부장관의 의견

법원의 위헌법률심판제청신청 기각이유 및 국세청장의 이유와 같다.

라. 국세청장의 의견

아래에서 기술하는 내용 이외의 부분은 위 법원의 위헌법률심판제청신청

기각이유와 같다.

(1) 본안전 요건에 관한 의견

이 사건 법률조항들은 공무원에게 지급되는 명예퇴직수당에 대해서만 명예퇴직수당의 100분의 75를 공제하도록 한 것일 뿐 공무원이 아닌 청구인들과는 아무런 법적 관련성이 없으며, 청구인들의 주장대로 이 사건 법률조항들이 위헌이라 하더라도 예외적으로 공무원인 자의 명예퇴직수당에 한해서만 100분의 75라는 우대공제율을 적용한 부분만이 위헌무효로 돌아갈 뿐이다. 또한 명예퇴직수당의 소득공제율에서 우대를 받는 공무원과 비공무원 사이에 경쟁관계에 있지 아니함이 명백하므로 청구인들의 주장대로 이 사건 법률조항이 위 헌법조항들에 위배된다 하더라도 청구인들은 자신들에게 명예퇴직하는 공무원과 같은 공제율을 적용하여 퇴직급여를 공제해달라고 요구할 권리가 인정될 여지가 없고 따라서 당해사건의 재판 결과에 아무런 영향을 미칠 수 없기 때문에 재판의 전제성이 없다.

(2) 본안에 대한 의견

(가) 평등위반에 관한 의견

입법자는 시혜적인 국가작용 또는 급부행정의 영역에 있어서는 침해행정의 경우보다 더 광범위한 형성의 자유를 가진다. 특히 국가가 경제정책이나 사회정책적 이유에서 재정적인 지원을 하거나 급부를 하는 경우, 입법권자의 결정이 사실적 측면에서 사회적으로 타당하고 특히 당해 조치에 의해 혜택을 받는 자들의 범위를 적절하게 한정하고 있는 이상 그러한 조치는 헌법에 위배되지 아니한다.

입법자는 1998. 12. 28. 경제적 상황의 변화로 인해 일반 기업의 사정이 나빠지자 구조조정을 유도하고 명예퇴직자의 생활안정을 위해 이 사건 법률조항들 중 제48조 제1항 제1호를 개정하여 정리해고로 지급되는 퇴직수당을 포함하여 모든 퇴직수당을 100분의 50으로 동일하게 하고 2003년에는 이를 100분의 25로 2005년에는 완전히 폐지하도록 하는 등 사회상황의 변화에 맞추어 정책적 필요성에 따른 입법을 하고 있다. 따라서 청구인들이 주장하듯이 이후 법(1998. 12. 28. 법률 제5580호로 개정되고 2000. 12. 29. 법률 제6269호로 개정되기 전의 것)에서 정리해고로 지급되는 퇴직수당에 대하여도 100분의 75의 공제율을 적용하도록 한 취지는 입법자가 이 사건 법률조항들의 불합리성, 위헌성을 스스로 인정한 데 있는 것이 아니라 그 후 경제적 상황의 변화로 인해 일반 기업의 사정이 나빠지자 구조조정을 유도하고 명예퇴직자의 생활안

정을 기하려는 정책적 고려에 기인하는 것이다.

이 사건 법률조항들은 헌법 및 국가공무원법 등에 의하여 신분이 보장되는 공무원의 명예퇴직수당의 특수성을 고려하여 합리적인 근거에 따라 공무원의 명예퇴직수당의 공제율을 100분의 75로 하여 공무원 아닌 자의 100분의 50에 비하여 우대한 것이므로 차별을 정당화하는 이유와 차별간의 상관관계도 인정되며 비교집단간 차이의 성질과 비중 또는 차별목적의 비중과 차별의 정도에서도 적정한 균형관계가 인정된다.

그렇다면 공무원의 특수한 근무관계라는 수혜자의 상황, 당시의 사회적 상황에 따른 조세정책 및 입법목적, 국가예산 등 제반 사항을 고려하여 볼 때 위 입법자의 결정을 명백히 비합리적이고 불공정한 결정이라고 볼 수 없으므로 이 사건 법률조항들이 공무원이 아닌 자를 아무런 합리적인 이유 없이 차별하는 것으로서 헌법 제11조에 위반된다고 할 수 없다.

(나) 청구인들의 나머지 주장에 관한 의견

이 사건 법률조항들에 의해 마치 청구인들이 이 사건 법률조항들로 인하여 불이익을 입도록 된 것처럼 보일지라도 이로써 인간으로서의 인격이나 본질적 가치를 훼손할 정도에 이른 것이라고는 볼 수 없고, 따라서 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치를 침해한 것이 아니며, 국민이 국가권력의 간섭 없이 자유로이 행복을 추구하기 위한 활동을 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권으로서 행복추구권이 침해되었다고는 볼 수 없고, 청구인들이 박탈당했다고 주장하는 그 어떤 권리 또는 재산권은 이를 인정할 수 없으며, 이 사건 명예퇴직수당의 공제율 조항을 둔 취지가 공무원의 보수수준이 일반적으로 상대적으로 낮고 복지 수준에서도 낙오되었다는 현실인식을 바탕으로 공무원 처우개선, 생활보장, 인사적체 해소를 위해 명예퇴직을 유도하려는 정책적 목적에 따른 것이었다고 이해되는 이상 이를 두고 이 사건 법률조항들이 헌법 38조에 위반된다고는 할 수 없다.

노동조합및노동관계조정법

제81조 제3호 위헌소원

(2002. 12. 18. 2002헌바12 전원재판부)

【판시사항】

1. 사용자가 “노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유없이 거부하거나 해태”하지 못하도록 한 노동조합및노동관계조정법 제81조 제3호(“이 사건 법률 조항”)가 계약의 자유, 기업활동의 자유 등을 침해하는지 여부(소극)

2. 이 사건 법률 조항이 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 법률 조항은 헌법상 보장된 단체교섭권을 실효성 있게 하기 위한 것으로서 정당한 입법목적 을 가지고 있다. 입법자는 이 사건 조항으로써 사용자에게 성실한 태도로 단체교섭 및 단체협약체결에 임하도록 하는 수단을 택한 것인데, 이는 위와 같은 입법목적의 달성에 적합한 것이다. 한편 이 사건 조항은 사용자로 하여금 단체교섭 및 단체협약체결을 일방적으로 강요하는 것은 아니며 “정당한 이유 없이 거부하거나 해태”하지 말 것을 규정한 것일 뿐이고, 어차피 노사간에는 단체협약을 체결할 의무가 헌법에 의하여 주어져 있는 것이므로, 이 사건 조항이 기본권 제한에 있어서 최소침해성의 원칙에 위배된 것이라고 단정할 수 없다. 또한 이 사건 조항은 노동관계 당사자가 대립의 관계로 나아가지 않고 대등한 교섭주체의 관계로서 분쟁을 평화적으로 해결하게 함으로써 근로자의 이익과 지위의 향상을 도모하고 헌법상의 근로3권 보장 취지를 구현한다는 공익을 위한 것인데 비해, 이로 인해 제한되는 사용자의 자유는 단지 정당한 이유 없는 불성실한 단체교섭 내지 단체협약체결의 거부 금지라는 합리적으로 제한된 범위 내의 기본권 제한에 그치고 있으므로,

법익간의 균형성이 위배된 것이 아니다. 따라서 이 사건 조항이 비례의 원칙에 위배하여 청구인의 계약의 자유, 기업활동의 자유, 집회의 자유를 침해한 것이라 볼 수 없다.

2. 이 사건 법률 조항은 사용자만의 단체협약체결 기타의 단체교섭 거부 혹은 해태를 금지하고 있지만, 헌법이 근로자에게 단체교섭권 등 근로3권을 보장하고 있고 그러한 권리가 사용자의 불성실한 단체교섭 태도로 인하여 약화되는 것을 방지하기 위한 것이므로 그 차별이 자의적인 것이라거나 비합리적인 것이라 단정할 수 없다.

재판관 김영일의 별개의견

이 사건 법률 조항이 합헌이라는 다수의견에 동조하지만, 이 사건에서 심판의 대상은 이 사건 법률 조항을 위반한 경우를 처벌하는 조항, 즉 “동법 제90조 중 제81조 제3호의 규정에 위반한 자” 부분(이하 “처벌조항”)도 포함되어야 하며, 그 경우 처벌조항은 합헌이다.

어떤 행위를 범죄로 규정하고, 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 보호법익, 범죄예방효과 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 입법정책 사항으로서 광범위한 입법재량이 인정되어야 할 분야이다. 처벌조항은 헌법상 보장된 단체교섭권이 사용자가 정당한 이유 없이 단체교섭을 거부하거나 그 해태로 인하여 유명무실해질 것을 막기 위하여 입법자가 채택한 수단이며, 비록 이 사건 조항의 실효성을 위해서 노동위원회의 구제절차가 마련되어 있으나, 입법자는 우리나라의 현실에서 그러한 처벌조항이 필요하다고 인식한 것인데, 그러한 인식이 입법재량의 범위를 현저하게 벗어난 것이라고 단정할 수 없다.

재판관 주선회의 별개의견

이 사건 법률 조항은 합헌이라는 다수의견에 동조하지만, 청구인이 형사처벌을 받지 않았다면 이 사건 법률 조항을 다룰 이유가 없으므로 이 사건 법률 조항만을 심판대상으로 삼을 것이 아니라 처벌조항도 포함하여 그 위헌 여부가 판단되어야 마땅하며, 이 경우 처벌조항은 위헌

이라 할 것이다.

일반적으로 무엇을 어떻게 금지할 것인지 어떠한 처벌을 가할 것인지는 입법부의 재량에 속하지만, 범죄화는 개인의 자유에 중대한 제한을 가져오므로 형벌의 도입은 중대한 사회적 유해행위에 대하여 법익을 보호하기 위한 다른 제재수단이 존재하지 않거나 실효성이 없는 경우여야 할 것이다.

그런데 이 사건 법률 조항의 준수를 확보하기 위하여 형사처벌이 반드시 필요한 것이라 볼 수 없고, 사용자의 부당노동행위로 인하여 권리를 침해당한 근로자 또는 노동조합은 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있고, 확정되지 않은 구제명령도 그 효력이 담보될 수 있는 방법이 있으며, 확정된 구제명령을 위반한 자에 대해서는 별도로 형사처벌조항이 마련되어 있으므로, 처벌조항이 반드시 필요하다고 볼 수 없다. 또한 처벌조항은 확정된 구제명령에 위반한 경우의 위 처벌규정과 중복적인 것이 될 수 있어 이중처벌금지 원칙에 저촉될 우려가 있다.

미국, 일본과 같은 외국의 입법례에서도 형사처벌 조항을 찾기 어려우며, 단체교섭이나 단체협약체결은 사용자와 근로자간의 자율적 관계에 관한 문제이고, 단체교섭권을 부여한 헌법의 과제는 근로자에게 근로3권이란 법적 권리를 부여함으로써 일차적으로 달성될 수 있으며, 노사관계의 특수성에 기인한 행정적 구제제도 내지 행정질서벌과 같은 구제수단을 통하여 대응할 수 있지만 형벌적인 제재방법까지 동원하여 노사관계의 한쪽 당사자인 사용자만을 대상으로 형사처벌까지 하는 것은 부적절한 것이다.

또한 “단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하거나 해태하는 행위”라는 구성요건은 형사처벌의 구성요건으로서 매우 애매하고 추상적인 것이다.

【심판대상조문】

노동조합및노동관계조정법(1997. 3. 13. 법률 제5310호) 제81조(부당노동행위) 사용자는 다음 각호의 1에 해당하는 행위(이하 “부당노동행위”라 한다)를 할 수 없다.

1. 2. 생략

3. 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유없이 거부하거나 해태하는 행위

【참조조문】

노동조합및노동관계조정법(1997. 3. 13. 법률 제5310호) 제82조(구제신청) ① 사용자의 부당노동행위로 인하여 그 권리를 침해당한 근로자 또는 노동조합은 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 구제의 신청은 부당노동행위가 있는 날(계속하는 행위는 그 종료일)부터 3월이내에 이를 행하여야 한다.

노동조합및노동관계조정법(1997. 3. 13. 법률 제5310호) 제90조(벌칙) 제44조 제2항, 제69조 제4항, 제77조 또는 제81조의 규정에 위반한 자는 2년이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금에 처한다.

【참조판례】

1. 헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등, 판례집 10-1, 32

【당 사 자】

청 구 인 권○섭

대리인 변호사 이정일

당해사건 울산지방법원 2000노130 근로기준법위반 등

【주 문】

노동조합및노동관계조정법(1997. 3. 13. 법률 제5310호) 제81조 제3호는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 ○○화학공업 주식회사의 대표이사인바, 이 회사가 실질적으로 지배하고 있는 생산품목별 4개의 독립회사 근로자들에게 임금과 퇴직금을 제때에 지급하지 않고, 정당한 이유 없이 노사협의회를 개최하지 않고, 1997. 1. 1.부터 1999. 1. 20.까지 정당한 이유 없이 단체교섭을 거부하였다는 등의 사유로 기소되어, 2000. 2. 8. 울산지방법원에서 벌금 10,000,000원을 선고받고

{99고단226, 1467(병합)} 항소한 뒤(당해사건), 근로기준법 제42조, 제36조, 회사정리법 제208조 제10호, 노동조합및노동관계조정법 제81조 제3호에 대하여 위헌제청신청을 하였으나(2001초1980, 1981), 회사정리법 부분은 각하되고, 나머지 조항들에 대해서는 각 기각되었다.

청구인은 2002. 1. 31. 노동조합및노동관계조정법 제81조 제3호가 헌법에 위반된다고 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건에서 청구인은 위헌제청신청을 했던 법률조항들 중 노동조합및노동관계조정법(1997. 3. 13. 법률 제5310호. 이하 “노조법”이라 한다) 제81조 제3호(이하 “이 사건 조항”이라 한다)만 다투므로, 이 사건 조항의 위헌 여부가 심판의 대상이다.

이 사건 조항 및 관련 조항은 다음과 같다.

제81조(부당노동행위) 사용자는 다음 각호의 1에 해당하는 행위(이하 “부당노동행위”라 한다)를 할 수 없다.

3. 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약 체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유없이 거부하거나 해태하는 행위
제82조(구제신청) ① 사용자의 부당노동행위로 인하여 그 권리를 침해당한 근로자 또는 노동조합은 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 구제의 신청은 부당노동행위가 있는 날(계속하는 행위는 그 종료일)부터 3월이내에 이를 행하여야 한다.

제90조(벌칙) 제44조 제2항, 제69조 제4항, 제77조 또는 제81조의 규정에 위반한 자는 2년이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금에 처한다.

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

이 사건 조항은 사용자로 하여금 노사협의를 강제함으로써 사용자의 결사의 자유, 즉 집회·결사를 강요당하지 아니할 권리를 침해하며, 근로자를 과보호하는 것이어서 사용자의 평등권을 침해하고, 사용자로 하여금 의사소통을 강요하는 것이어서 사용자의 협상에 응하지 아니할 자유와 같은 기본적인 권리를 침해하고 있다. 헌법상 불리한 진술을 강요당하지 아니할 권리가 있듯이 모든 국민은 불리한 협상을 강요당하지 아니할 권리가 있다.

사람을 만나서 의사를 주고받는 권리는 법률로 강제될 수 없고, 이로써 신속있는 대화를 강제할 수도 없으므로 실질적인 만남은 가능하지 아니하다. 협

상에 응하고 응하지 아니하는 것은 법률로써 정할 수 없는 일이며, 협상장소를 먼저 정하고 그 장소에 출석하여야 한다는 것은 신체의 자유를 침해하고, 행복추구권을 침해하는 것이다.

근로자 개인에 대해서는 회사 사장이 만나지 아니할 권리가 있는데 노동조합 대표는 만나도록 강제하는 법은 공공복리를 위한 사용자의 기본권의 제한이 아니라 사용자를 근로자에게 종속되게 하는 불평등한 입법이다.

한편 다른 법인의 대리인(임직원을 말한다)과는 달리 법인의 대표만 법인의 범법 행위에 대해 형사책임을 지도록 하는 것은 평등의 원칙에 반한다.

또한 이 사건 조항 위반시 손해배상책임을 인정함은 별론으로 하고 형사처벌을 하는 것은 위헌이다.

나. 법원의 위헌제청기각결정 이유

헌법이 근로자의 근로3권을 보장하는 취지는 원칙적으로 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 하는 시장경제의 원리를 경제의 기본질서로 채택하면서 노동관계당사자가 상반된 이해관계로 말미암아 계급적 대립, 적대의 관계로 나아가지 않고 활동과정에서 서로 기능을 나누어 가진 대등한 교섭주체의 관계로 발전하게 하여 그들로 하여금 때로는 대립·항쟁하고 때로는 교섭·타협의 조정과정을 거쳐 분쟁을 평화적으로 해결하게 함으로써, 근로자의 이익과 지위의 향상을 도모하는 사회복지국가 건설의 과제를 달성하고자 함에 있는 것이며, 이를 위하여 사용자에게 단체교섭에 성실하게 응할 의무 등을 부과한 것이고, 근로자에 대한 보호가 일반 사법 등의 규정만으로는 미흡한 점 등을 볼 때 이 사건 조항이 기본권의 본질적 내용을 침해하거나 비례성의 원칙을 위반하여 과도하게 자유를 제한하는 것이라고 보기는 어렵다. 또한 이 사건 조항 등이 청구인의 재산권, 행복추구권, 집회·결사의 자유와는 실질적인 관련이 없으므로, 위 규정들이 이들 기본권을 침해한다고 볼 수도 없다.

다. 울산지방검찰청검사장의 의견

근로3권에 대한 존중은 국가의 의무일 뿐만 아니라 그 객관적 가치질서로의 기능 때문에 일반국민들 특히 사용자도 이를 존중할 의무가 있다.

청구인은 사용자가 누구를 만나 무슨 대화를 하든지 이는 법으로 강요할 수 없는 것이므로 이는 행복추구권 등을 침해한다고 주장하나, 노조법에서도 사용자에게 노조의 교섭요구에 응해 성실하게 교섭할 것을 규정하고 있을 뿐이므로 노동조합과의 단체교섭에 응하도록 강제한 것만 가지고는 사용자의

행복추구권이나 인간의 존엄과 가치를 중대하게 침해하였다고 하기 어렵다.

또한 청구인은 이 사건 조항이 평등권을 침해하였다고 주장하나, 사용자와 노동조합의 관계는 역할과 기능, 사회적 지위가 서로 다르기 때문에 합리적인 차별은 가능하다고 할 것이며, 특히 사용자는 실질적으로도 근로자의 근로3권을 가장 직접적으로 침해할 지위에 있음이 사실인 이상 사용자에게 노동조합의 단체교섭 요구에 응하도록 강제한다고 하여 이를 두고 사용자를 노동조합과 비교하여 차별대우하는 것이라 하기 어렵다.

또한 청구인은 이 사건 조항이 표현의 자유를 침해한다고 하나, 노조법의 입법목적, 사용자가 단체교섭을 거부한다면 현행 노조법상 노동조합은 사용자와 단체협약을 체결할 가능성이 없어 노사관계는 극한 대치관계에 빠지게 되는 점 등에 비추어 보면 이 사건 조항이 사용자의 표현의 자유를 본질적으로 침해한다고 보기 어렵다.

라. 노동부장관의 의견

사용자의 정당한 이유 없는 단체교섭의 거부·해태를 부당노동행위로 규정하고 있는 취지는 노동3권의 중핵적 권리인 단체교섭권은 노동조합과 사용자라는 양 집단간의 집단적 계약이라 할 수 있는 단체협약을 체결하는 행위로서 반드시 사용자의 참여가 필수적인데 정당한 이유 없이 사용자가 노동조합의 교섭요구를 거부하거나 해태한다면 단체교섭은 원천적으로 불가능해지며 그 결과 헌법상의 단체교섭권은 공허한 권리로 전락하여 무용지물이 될 수밖에 없기 때문에 단체교섭권을 실효성 있는 기본권으로 보장하고자 동 규정을 두고 있는 것이다.

이 사건 조항에 의하여 사용자에게 단체교섭응락의무가 부여되는바 이를 외형만으로 판단한다면 청구인이 주장하는 것과 같이 사용자의 계약의 자유(계약 개시의 자유, 상대방 선택의 자유, 계약내용 결정의 자유 등)를 비롯한 제반 권리가 침해되는 것으로 평가될 여지도 있다. 그러나 근로3권의 보장취지는 자본주의 사회의 발전에 따라 사회적·경제적 사실로서 형성된 “형해화된 계약의 자유” 나아가 “형해화된 사적 자치 질서”의 회복에 있는 것인데 만약 사용자에게 이와 같은 협약질서를 부인할 수 있는 권리(단체교섭에 나서지 않을 수 있는 권리)를 인정할 경우 이는 근로3권의 인정취지와는 조화를 이루지 못하는 것이라 할 수 있다.

헌법상 보장된 단체교섭권을 실효성 있게 보장하기 위해 근로자의 노력에 의해 이익을 향유하는 사용자에게 근로자들의 단체교섭 요구에 성실하게 응

할 의무를 부과하고, 이를 위반하는 경우 2년 이하의 징역 또는 2,000만원 이하의 벌금을 부과하도록 하는 이 사건 조항은 형벌의 목적과 기능에 비추어, 기본권의 본질적 내용을 침해하거나 비례성의 원칙을 위반하여 과도하게 자유를 제한하는 것이라고 보기 어렵다.

3. 판 단

이 사건 조항은 사용자가 노동조합의 대표자측과 단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하거나 해태하는 행위를 금지하고 있다. 노조법 제81조는 부당노동행위라는 제목으로 사용자만을 대상으로 특정 행위들을 금지하고 있는데, 이 사건 조항은 그 중 하나이다. 이 사건 조항 위반시 사용자는 노동위원회의 구제명령을 받을 수 있고(노조법 제82조 이하), 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금형에 처해질 수 있다(제90조).

이 사건 조항은 사용자로 하여금 단체협약체결 기타 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하거나 해태할 수 없도록 함으로써 사용자의 계약의 자유, 기업활동의 자유를 제한하고 있다. 나아가 단체교섭을 거부하거나 해태하지 못하도록 하는 것은 법률로써 단체교섭을 위한 ‘집회’에 참석하는 것을 강요하게 되는 측면이 있으므로, 이는 집회의 자유 중 “집회에 참가하지 않을 자유”를 제한하는 것이라고 볼 수 있다. 한편 이 사건 조항은 단체교섭의 한 쪽 당사자인 사용자만 규율 대상으로 한다는 측면에서 차별적인 것이므로 평등권 침해 여부가 문제될 수 있다.

청구인은 그 밖에 결사의 자유, 표현의 자유, 행복추구권 등 기본권과 무죄추정의 원칙 등 헌법규정이 침해되었다고 주장하나, 이들은 이 사건 조항과 직접 관련이 있는 것이라고 보여지지 아니한다.

이 사건 조항이 계약의 자유, 기업의 자유, 집회의 자유를 지나치게 제한하는 것인지를 살펴본다.

우선 헌법은 제33조 제1항에서 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”고 명시적으로 규정하고 있는바, 이 사건 조항은 단체교섭권을 실효성 있게 보장하기 위한 것으로서 정당한 입법목적을 가지고 있다.

단체교섭 및 단체협약체결 과정에 대하여는 법률로 규율하지 않고 노사간에 자율적인 사항으로 남겨둘 수도 있으나, 사용자의 불성실한 태도에 따라서는 헌법상 명시적으로 보장된 단체교섭권이 유명무실해질 우려가 있는바, 입법자는 이 사건 조항의 마련을 통하여 사용자에게 보다 성실한 태도로 단체

교섭 및 단체협약체결에 임하도록 하는 수단을 택했다고 볼 것인데, 이러한 수단은 사용자로 하여금 단체교섭 및 단체협약체결을 부당하게 거부하거나 해태하지 않도록 하는 일반예방적 효과를 지니는 것이라 볼 수 있으므로 그 입법목적의 달성에 적합한 것이다.

나아가 이 사건 조항은 헌법상의 근로3권을 실질적으로 보장하기 위하여 입법자가 시대적 상황을 종합하여 정책적으로 마련한 조항으로서, 그 내용이 사용자로 하여금 단체교섭 및 단체협약체결을 일방적으로 강요하는 것은 아니며 “정당한 이유 없이 거부하거나 해태”하지 말 것을 규정한 것일 뿐이고, 어차피 노사간에는 단체협약을 체결할 의무가 헌법에 의하여 주어져 있는 것이므로(헌법 제33조 제1항의 “단체교섭권”에는 “단체협약체결권”이 포함되어 있다. 헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등, 판례집 10-1, 32, 42), 결국 이 사건 조항은 단지 그러한 의무를 제대로 이행하도록 하는 의미를 지닐 뿐이며, 이로써 “노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지하고자”(노조법 제1조) 하는 것이다.

그렇다면 이 사건 조항이 기본권 제한에 있어서 최소침해성의 원칙에 위배된 것이라고 단언할 수 없다.

한편 이 사건 조항은, 노동관계 당사자가 상반된 이해관계로 말미암아 대립의 관계로 나아가지 않고 대등한 교섭주체의 관계로 발전하게 하여 분쟁을 평화적으로 해결하게 함으로써 근로자의 이익과 지위의 향상을 도모하고 헌법상의 근로3권 보장 취지를 구현한다는 공익을 위한 것인데 비해, 이 사건 조항으로 인하여 초래되는 사용자의 자유의 제한은, 단지 정당한 이유 없는 불성실한 단체교섭 내지 단체협약체결의 거부 금지라는 합리적으로 제한된 범위 내의 기본권 제한에 그치고 있으므로, 법익간의 균형성이 침해된 것이라 할 수 없다.

그렇다면 이 사건 조항이 비례의 원칙에 위배하여 청구인의 계약의 자유, 기업활동의 자유, 집회의 자유를 침해한 것이라 볼 수 없다.

한편 이 사건 조항은 사용자의 단체협약체결 기타의 단체교섭 거부 혹은 해태만을 금지하고 노동조합의 그러한 행위를 금지하지 않고 있지만, 이는 헌법이 근로자에게 단체교섭권 등 근로3권을 보장하고 있고, 그러한 권리가 사용자의 불성실한 단체교섭 태도로 인하여 약화되는 것을 방지하기 위한 것이라 할 수 있으므로, 그 차별이 자의적인 것이라거나 비합리적인 것이라 단정할 수 없다.

한편 이 사건 조항 위반시 노조법 제90조는 형사처벌을 하도록 하고 있으나 이 조항 자체는 청구인이 위헌제청신청을 하였다거나 이 사건에서 적극적으로 심판대상으로 삼고 있는 것이 아니므로, 위 형사처벌 조항 자체의 위헌성에 관해서는 여기서 판단하지 아니한다.

4. 결 론

그러므로 이 사건 조항은 헌법에 위배되지 않으므로 아래 5.와 같은 재판관 김영일의 별개의견과 아래 6.과 같은 재판관 주선회의 별개의견을 제외한 나머지 재판관들의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 김영일의 별개의견

나는 이 사건 심판의 대상을 이 사건 조항과 이 사건 조항에 위반한 경우를 처벌하는 법 제90조 중 ‘제81조 제3호의 규정에 위반한 자’ 부분(이하 ‘처벌조항’이라 한다) 모두로 봄이 마땅하고, 그럴 경우에도 처벌조항은 헌법에 위반되지 않는다고 보므로 다음과 같이 별개의견을 밝히는 바이다.

청구인은 이 사건 조항에 대해서만 위헌제청신청을 하여 그 신청이 기각되자, 이 사건 헌법소원심판을 청구하게 된 것이고, 처벌조항에 대해서는 위헌제청신청을 하거나 심판대상으로 삼지도 않았다.

그런데 청구인이 이 사건 심판청구를 하게 된 배경은 청구인이 정당한 이유없이 단체교섭을 거부하였다는 이유로 기소되어 재판에 계속 중, 그 재판의 전제가 되는 형벌법규, 특히 ‘단체교섭을 정당한 이유없이 거부하는 행위’라는 범죄의 구성요건 부분이 헌법에 위반된다는 데 있고, 청구인도 이러한 취지에서 회사의 경영자가 노동조합의 대표자와 만나는 것을 법으로 강제하고, 청구인의 행위로 인하여 피해를 입은 피해자들에게 보상을 하게 할 수도 있는데, 징역형이나 벌금형을 부과하는 것은 헌법에 위반된다는 주장을 하고 있는 것이다.

따라서, 청구인이 명시적으로 심판의 대상으로 삼은 법률조항이 이 사건 조항에 한정된다고 하더라도, 구체적 규범통제로서 위헌심사의 대상이 되는 것은 당해 형사재판에 적용될 형벌법규의 위헌여부라 할 것이므로, 청구인의 청구이유가 이러한 형벌법규의 구성요건을 정한 이 사건 조항 부분이 명확성원칙이나 죄형법정주의원칙에 위배되는지 여부만을 한정하여 다루는 취지가 아닌 한, 이 사건에서 위헌여부가 가려져야 할 심판의 대상은 ‘사용자가 정당한 이유없이 단체교섭을 거부하는 행위를 금지한 것’이라는 부당노동행위의 한 유형으로서 사용자의 단체교섭 거부행위 그 자체가 아니라, ‘사용자의 단체교

섭 거부행위에 대하여 형사처벌을 과하는 것'이라 볼 것이다.

만약 이와 같이 심판대상을 삼지 않는다면, 이 사건에서 심판의 대상이 되는 것은 '부당노동행위로 단체교섭을 거부하는 행위를 정한 것'의 위헌여부가 될 것인데, 이는 행정상의 구제에서부터 사법상의 구제에 이르기까지 다양한 적용영역을 가지고 있는 이 사건 조항을 형사처벌과 관련하여서만 문제가 되고 있는 이 사건에서 모두 판단하여야 하는 결과가 되어 부적절할 뿐만 아니라, 이 사건 조항의 각 적용영역마다 각기 나름대로의 위헌심사기준이 있다고 할 것인데, 그러한 적용영역에 따른 심사기준을 모두 고려하여 하나의 타당한 결론을 도출하는 것 자체가 가능한 일도 아니라고 할 것이다.

심판대상을 이 사건 조항만으로 한정하는 경우에 발생하는 문제점은 이 사건 조항이 위헌으로 판단되는 경우에 더욱 분명하게 드러난다.

이 사건 조항이 위헌이라면, 그 위헌결정의 범위는 다양하게 나타날 수 있는데, 먼저 부당노동행위로서 단체교섭을 거부하는 행위를 정한 것 그 자체가 위헌인 경우, 부당노동행위로 정한 것은 합헌인데 그 규정형식이 위헌인 경우, 그것도 모두 합헌인데 다만 이를 위반하였다고 하여 형사처벌을 과하는 것만이 위헌인 경우 등이 있을 수 있다. 이 사건은 마지막의 경우에 해당된다고 할 수 있는데, 이 경우 위헌결정의 대상은 처벌조항에 한정된다고 볼 수밖에 없을 것이다.

그러므로, 당해사건이 형사재판이고, 정당한 이유없이 단체교섭을 거부한 것에 대하여 형사제재를 가하는 것의 위헌여부가 쟁점인 이 사건에서 심판의 대상은 이 사건 조항과 처벌조항 모두라고 보아야 하는 것이다.

나아가 처벌조항은 다음과 같은 이유에서 헌법에 반하는 것이라 할 수 없다.

어떤 행위를 범죄로 규정하고, 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황과 국민일반의 가치관 내지 범감정, 범죄의 실태와 죄질 및 보호법익, 그리고 범죄예방효과 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다(헌재 1995. 4. 20. 91헌바11, 판례집 7-1, 478, 487; 헌재 1998. 11. 26. 97헌바67, 판례집 10-2, 701, 711-712).

따라서, 처벌조항의 경우에도 현저하게 잘못된 것이 아닌 한, 입법재량을 넘어선 것이라 할 수는 없다.

처벌조항은 헌법상 보장된 단체교섭권이 사용자의 정당한 이유없는 단체교섭을 거부하거나 그 해태로 인하여 유명무실해질 것을 막기 위하여 입법자가 채택한 수단이라고 볼 것이다. 물론 이 사건 조항의 실효성을 위해서 노동위원회의 구제절차가 마련되어 있으나, 입법자는 우리나라의 현실에서 그러한 처벌조항이 필요하다고 인식한 것인데, 그러한 인식이 앞서 본 바와 같은 입법재량의 범위를 현저하게 벗어난 것이라고 단정할 수는 없다.

한편 처벌조항은 사용자가 “노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유없이 거부하거나 해태하는 행위”를 처벌하는 것인데, 이러한 구성요건이 형사처벌의 대상이 되기에 지나치게 모호하거나 불명확한 것이라 보이지는 않는다.

또한 처벌조항은 “2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금”에 처하도록 하고 있으나, 이러한 형벌이 지나치게 가혹하다거나 전체 형벌체계상 현저히 균형을 잃은 것이라고 단정하기도 어렵다.

따라서, 처벌조항은 헌법에 위반되지 않는 것이다.

이에 심판대상을 이 사건 조항만으로 국한하되, 그것이 합헌이라는 취지의 다수의견에 대하여 나는 심판대상을 이 사건 조항과 처벌조항 모두로 확장하되, 모두 합헌이라는 취지의 별개의견을 밝히는 바이다.

6. 재판관 주선회의 별개의견

나는 이 사건에서 심판의 대상으로 형사처벌 조항까지 포함시켜야 하고 그럴 경우 그 형사처벌 조항은 위헌이라고 생각한다.

이 사건 조항은 사용자로 하여금 단체교섭의 거부나 해태와 같은 특정 행위를 금지하고 있을 뿐이며 그 위반시의 처벌조항은 따로 있다. 이 사건 당해 사건은 형사사건으로서 청구인은 이 사건 조항 위반으로 노조법 제90조의 벌칙규정에 따라 제1심 법원에서 벌금형을 선고받자, 이에 항소하면서 이 사건 심판청구에 이른 것이다. 그렇다면 비록 청구인이 명시적으로 노조법 제90조 중 제81조 제3호 부분(이하 “처벌조항”이라 한다)을 심판대상으로 삼지 않았다고 하더라도, 이 사건에서 처벌조항의 위헌성을 다투는 것이라고 보아야 한다. 청구인이 형사처벌을 받지 않았다면 이 사건 조항을 다투 이유가 없는 것이며, 처벌조항은 이 사건 조항과 필연적 연관관계에 있으므로 청구인이 착오로 이를 심판대상에 포함시키지 않았다 하더라도 헌법재판소가 직권으로 이를 심판대상에 포함시켜야 마땅한 것이다.

나아가 처벌조항은 다음과 같은 이유에서 헌법에 위반된다고 생각한다.

일반적으로 무엇을 어떻게 금지 또는 명령할 것인지 또한 어떠한 처벌을 가할 것인지는 원칙적으로 국민의 대표기관인 입법부의 재량에 속한다. 그러나 범죄화는 개인의 자유에 중대한 제한을 가져오므로 형벌의 도입은 헌법상의 범치국가원칙에 입각하여, 중대한 사회적 유해행위에 대하여 법익을 보호하기 위한 다른 제재수단이 존재하지 않거나 실효성이 없는 경우여야 하며, 처벌범위에 있어서는 행위자의 책임에 상응할 것이 요청된다. 또한 형벌은 형벌의 임무를 실현하는 데 실효성 있는 한도 안에서 과해져야 할 것이다.

그런데 이 사건 조항의 준수를 확보하기 위하여 형사처벌이 반드시 필요한 것이라 볼 수 없고, 이미 다른 의무이행 확보수단이 마련되어 있는 것이다. 즉 사용자의 부당노동행위로 인하여 권리를 침해당한 근로자 또는 노동조합은 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있고(노동법 제82조), 노동위원회가 위 구제신청을 받은 때에는 지체 없이 필요한 조사와 관계당사자의 심문을 하여야 하며(동법 제83조), 심문이 종결되면 구제명령을 발하거나 구제신청을 기각한다(동법 제84조). 한편 동법 제86조에 의하면 구제명령의 효력은 중앙노동위원회에의 재심신청이나 행정소송의 제기에 의하여 정지되지 아니하나, 동법 제85조 제5항은 “사용자가 …… 행정소송을 제기한 경우에 관할 법원은 중앙노동위원회의 신청에 의하여 결정으로써, 판결이 확정될 때까지 중앙노동위원회의 구제명령의 전부 또는 일부를 이행하도록 명할 수 있으며, 당사자의 신청에 의하여 또는 직권으로 그 결정을 취소할 수 있다.”고 규정하고 있으며, 이 명령에 위반한 자는 500만원 이하의 과태료에 처하도록 되어 있다(동법 제95조). 그러므로 확정되지 않은 구제명령이라도 그 효력이 담보될 수 있는 방법이 있고, 한편 확정된 구제명령을 위반한 자에 대해서는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 하였다(동법 제89조 제2호).

따라서 이러한 구제명령 제도를 통하여 이 사건 조항의 입법목적은 충분히 달성될 수 있는 것이며 이와 별도로 형사처벌조항이 필요하다고 볼 수는 없다. 헌법재판소는 “행정형벌제도는 원칙적으로 행정명령에 대한 의무확보수단으로서 최후적·보충적인 것이어야 할 것”(헌재 1995. 3. 23. 92헌가14, 판례집 7-1, 307, 320)이라고 판시한 바 있다. 이미 노동위원회의 구제명령 제도가 마련되어 있음에도 병렬적으로 처벌조항까지 둔 것은 지나친 것이라 아니할 수 없다.

또한 이러한 형사처벌제도는 이중처벌금지 원칙에 저촉될 우려가 있다.

헌법 제13조 제1항은 “모든 국민은 …… 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.”고 하여 이른바 “이중처벌금지의 원칙”을 규정하고 있는바, 이 사건 조항 위반시, 노동위원회의 확정된 구제명령 및 행정소송에서 확정된 구제명령에 위반한 경우 노조법 제89조 제2호는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금형에 처하도록 하고 있다. 비록 제89조와 처벌조항(제90조)은 형식상 구성요건은 달리 하지만, 그 실질에 있어서는 하나의 위반행위에 대하여 중복적인 처벌을 하는 것이라 볼 여지가 있다. 즉 사용자가 이 사건 조항을 위반했을 때, 이를 시정하라는 구제명령이 확정되었음에도 그러한 명령에 대해 아무런 이행을 하지 않는다면, 제89조와 제90조의 형사처벌이 병행될 수 있는 것이다.

한편 미국, 일본과 같은 외국의 입법례에서도 형사처벌 조항을 찾기 어려운바, 이는 이 사건 조항 위반과 같은 부당노동행위(unfair labor practice)에 대해서 형사처벌까지 과하는 것이 적당하지 않다고 본 것이라고 이해된다. 이는 두가지 측면에서 검토될 수 있다.

우선 단체교섭이나 단체협약체결은 사용자와 근로자간의 자율적 관계에 관한 문제라는 측면이다.

비록 우리 헌법이 단체교섭권을 보장함으로써, 근로자를 사용자와 “대등한 교섭주체”의 관계로 발전하게 하여 노사관계의 형성에 있어서 사회적 균형을 이루어 근로조건에 관한 노사간의 실질적인 자치를 보장하고자 하지만, 이러한 헌법의 과제는 근로자에게 단체교섭권을 포함한 근로3권이란 법적 권리를 부여함으로써 일차적으로 달성될 수 있는 것이다.

물론 그러한 권리의 침해가 있을 경우 그 구제수단이 마련되어야 할 것이고, 이에는 단순한 민사법적인 구제수단 만으로는 불충분한 경우가 많아, 노사관계의 특수성에 기인한 행정적 구제제도 내지 행정질서벌과 같은 구제수단을 통하여 대응할 수 있을 것이지만, 형벌적인 제재방법까지 동원하여 노사관계의 한쪽 당사자인 사용자만을 대상으로 형사처벌까지 하는 것은 부적절한 것이다.

다음으로, “단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하거나 해태하는 행위”라는 구성요건은 노동위원회와 같은 전문성을 지닌 행정기관이 관련 상황을 종합하여 판단하기에는 적합한 행위 유형일 수 있지만, 형사처벌의 구성요건으로서의 매우 애매하고 추상적이라는 측면이다.

어떠한 경우가 “정당한 이유”에 해당되는지 쉽게 예견이 불가능하며, 법집

행자의 자의를 초래할 위험성이 있다. 또한 “해태”라는 표현은 “게을리 하다”는 뜻으로서 통상 “기일의 해태”나 업무상 주의의무에 관련된 판례에서 사용되는 용어이지만, 단체교섭과 같은 특정한 유형의 행위에 관련하여서는 어떤 행위가 “게을리 하다”에 해당하는지 모호한 것이다. 그러므로 “정당한 이유”와 “해태”와 같은 용어들이 형사처벌조항의 구성요건으로서 적합한 것이라 보기 어렵다.

한편 이 사건 조항과 같은 부당노동행위 위반시의 처벌조항은 행정질서벌로 대체될 수 있는 것이다.

우리 나라에서는 행정제재의 수단으로서 형벌이 남용되고 있는 경향이 있다. 행정상의 의무이행확보라면 행정목적실현을 위한 것이므로 그 제재수단도 가능하다면 형벌이 아닌 행정질서벌 등의 수단이어야 할 것이다(위 92헌가14 결정, 판례집 7-1, 307, 320).

이 사건 조항 위반은 사용자가 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부 또는 해태하였다는 것인데, 이러한 사항은 그 자체가 반사회적, 반윤리적 표상을 갖는 것은 아니며, “공익을 침해할 고도의 개연성이 있는 행위”도 아니고, 근로3권의 실효성 확보를 위한 행정법규에 의하여 부과된 질서위반행위에 속한다고 보여진다.

더구나 이에 대해서는 위에서 본 것과 같이 노동위원회의 구제명령제도가 마련되어 있고, 확정된 구제명령 위반시에는 처벌조항이 있으며, 확정되지 않은 구제명령의 경우, 긴급이행명령(노조법 제85조 제5항) 및 그 위반시 과태료 부과조항이 있는 것이다(동법 제95조).

그러므로 이 사건 조항 위반시 형사처벌조항을 두는 것은 행정질서 위반행위에 대하여 형벌입법권을 행사한 것으로서 형벌의 최후성, 보충성에 위반되는 것이며, 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈함으로써 비례의 원칙에도 위배된다.

노사간의 자율적인 교섭행위에 관련된 사항에 대한 제재수단으로서 노동위원회의 구제명령과 같은 행정명령 및 이러한 명령의 강제력을 보장하기 위한 장치(행정질서벌)를 통한 수단이 있음에도 불구하고 이에 더하여 형사처벌조항을 둔 것은 형벌 본래의 기능과 목적에 필요한 정도를 일탈한 것으로 보아야 할 것이다.

더구나 처벌조항이 벌금형뿐만 아니라 징역형까지 규정한 것은, 앞서 본 구제명령제도 및 그 불이행시의 형사처벌제도를 고려할 때, 또 다른 측면에서

노사의 교섭행위에 있어서 사용자의 신체의 자유를 지나치게 침해하는 것이고, 이는 노사간의 자율적 협상을 오히려 타율적으로 강요하는 것이 되므로 입법적으로도 바람직하지 않다.

이 사건 조항 위반시의 제재수단으로는 노동위원회를 중심으로 한 구제절차를 통하여, 또 미비점이 있다면 그러한 구제절차제도의 재정비를 통하여 이루어지는 것으로 충분한 것이다.

대저 모든 범위반 현상에 대하여 가중된 처벌규정을 이중 삼중으로 마련함으로써 타파하려고 하는 것은 형벌법규과잉현상을 빚어내고 형벌의 실효성을 심히 저해함으로써 법집행자의 자의성을 조장하여 형사절차가 남용되고 왜곡될 뿐만 아니라 형사절차의 권위 또한 실추될 위험에 처하게 된다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성
김효종(주심) 김경일 송인준 주선희

구 국세기본법 제26조의2 제1항 위헌소원 등

(2002. 12. 18. 2002헌바27 전원재판부)

【판시사항】

1. 당초의 부과처분 취소판결에서 지적된 하자를 보완하여 다시 이루어진 상속세부과처분의 취소를 구하는 당해사건과 관련하여, 구 국세기본법 제26조의2 제1항 제1호(1990. 12. 31. 법률 제4277호로 개정되기 이전의 것. 이하, “제1항 제1호”라 한다.) 중 상속세와 관련된 “부과할 수 있는 날” 부분의 위헌 여부에 대하여 재판의 전제성을 인정할 수 있는지 여부(소극)

2. 같은 법조 제2항(1993. 12. 31. 법률 제4672호로 개정되기 이전의 것. 이하, “제2항”이라 한다.) 중 “당해 판결 또는 결정에 따라 경정결정 기타 필요한 처분” 부분이 과세요건명확주의의 측면에서 조세법률주의에 위반되는지 여부(소극)

3. 위 부분이 재산권을 침해하거나 이로 인하여 실질적 조세법률주의에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 당해사건에서 청구인이 취소를 구하고 있는 이 사건 처분은 당초의 부과처분 취소판결에서 지적된 하자를 보완하여 다시 이루어진 과세처분인바, 그렇다면 제1항 제1호는 이미 판결에 의하여 취소된 당초의 부과처분의 제척기간 완성 여부를 판단함에 있어 적용될 뿐 이미 동 제척기간 5년이 지난 뒤 제2항에 의하여 이루어진 별개의 처분인 이 사건 처분의 취소청구소송인 당해사건에는 적용되지 않는다고 할 것이므로, 제1항 제1호의 위 부분에 대하여는 재판의 전제성을 인정할 수 없다.

2. 제2항의 “당해 판결 또는 결정에 따라 경정결정 기타 필요한 처분” 부분은 그 입법취지 및 문언적 의미, 조세법의 일반원칙 등을 종합하여 볼 때 해석상 구체적인 의미와 내용이 명확히 정립될 수 있어 자의적인 적용가능성이 없다고 보여지고 법원이 이를 적용함에

있어서도 법적 안정성과 예측가능성을 해한다고 볼 수 없으므로, 과세요건명확주의의 측면에서 조세법률주의에 위반되지 아니한다.

3. 특례 제척기간 내에 판결 또는 결정의 이유에서 밝혀진 절차적 위법사유를 보완한 동일한 내용의 재처분을 허용하고 있는 제2항은 과잉금지의 원칙에 위반될 정도로 지나치게 재산권을 제한하는 것이 아니며, 달리 재산권의 본질적 내용을 침해하거나 그 규정내용이 헌법상의 기본권 또는 이를 뒷받침하는 헌법상의 다른 기본원칙에 합치되지 않는다고 볼 사정도 없으므로, 위 법률조항이 재산권을 침해하거나 이로 인하여 실질적 조세법률주의에 위반되는 규정이라고 할 수 없다.

【심판대상조문】

국세기본법(1990. 12. 31. 법률 제4277호로 개정되기 전의 것) 제26조의2(국세부과의 제척기간) ① 국세는 다음 각호에 규정하는 기간이 만료된 날 후에는 부과할 수 없다.

1. 소득세·법인세·토지초과이득세·상속세·증여세·재평가세·부당이득세·부가가치세·방위세(방위세법 제4조 제1항 제2호 내지 제4호 및 제11호 내지 제15호의 과세표준이 적용되는 것에 한한다) 및 교육세(교육세법 제6조 제1항 제1호 및 제4호의 과세표준이 적용되는 것에 한한다)는 이를 부과할 수 있는 날로부터 5년간
2. 생략

② 생략

국세기본법(1993. 12. 31. 법률 제4672호로 개정되기 전의 것) 제26조의2(국세부과의 제척기간) ① 생략

② 제7장의 규정에 의한 이의신청·심사청구·심판청구, 감사원법에 의한 심사청구 또는 행정소송법에 의한 소송의 제기가 있는 경우에는 제1항의 규정에 불구하고 그 판결 또는 결정이 확정된 날로부터 1년이 경과하기 전까지는 당해 판결 또는 결정에 따라 경정결정 기타 필요한 처분을 할 수 있다.

③ 생략

【참조판례】

1. 헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853
헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48
헌재 2000. 10. 25. 2000헌바32, 판례집 12-2, 264
2. 헌재 1989. 7. 21. 89헌마38, 판례집 1, 131
헌재 1995. 11. 30. 94헌바40등, 판례집 7-2, 616
헌재 1996. 8. 29. 95헌바41, 판례집 8-2, 107

헌재 2002. 12. 18. 2002헌바27

헌재 1999. 12. 23. 99헌가2, 판례집 11-2, 686

3. 헌재 1992. 2. 25. 90헌가69등, 판례집 4, 114

헌재 1997. 12. 24. 96헌가19등, 판례집 9-2, 762

헌재 2001. 11. 29. 2000헌바95 판례집 13-2, 660

【당 사 자】

청 구 인 이○희

대리인 변호사 홍순기

당해사건 대법원 2001두9059 상속세등부과처분취소

【주 문】

1. 구 국세기본법 제26조의2 제1항 제1호(1990. 12. 31. 법률 제4277호로 개정되기 이전의 것) 중 상속세와 관련된 “부과할 수 있는 날” 부분에 대한 심판청구를 각하한다.

2. 같은 법조 제2항(1993. 12. 31. 법률 제4672호로 개정되기 이전의 것) 중 “당해 판결 또는 결정에 따라 경정결정 기타 필요한 처분” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 1991. 7. 19. 대구 중구 동성로2가 대 372㎡ 및 그 지상 4층 건물 중 각 2분의 1 지분에 관하여 1989. 11. 2. 사망한 조○이로부터 1986. 1. 30. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 경료하였는데, 대구세무서장은 망인이 청구인에게 위 부동산 및 은행예금 등을 유증 내지 사인증여하고 사망하였다는 이유로 1994. 12. 8. 청구인에게 상속세 226,240,700원 및 방위세 37,706,780원의 부과처분을 하였다.

(2) 청구인은 대구고등법원에 위 부과처분취소의 소를 제기하여 대법원을 거쳐 1998. 4. 23. 대구고등법원 97구11882호로써 세액의 계산명세서가 첨부되지 아니한 부과지방식의 위법이 있다는 이유로 위 처분을 취소한다는 취지의 판결을 선고받아 동 판결은 확정되었고, 이에 따라 대구세무서장은 같은 해 6. 11. 과세연도, 과세가액, 세율 등의 세액산출근거와 납부기한 및 납부장

소를 명기하고 세액 계산명세서를 첨부함으로써 당초의 부과처분에 있어서의 고지절차상 하자를 보완하여 동일 세액의 상속세 및 방위세 부과처분(이하 “이 사건 처분”이라 한다.)을 하였다.

(3) 다시 청구인은 2000. 1. 7. 이 사건 처분의 취소를 구하였으나 2001. 3. 22. 대구지방법원 2000구94호로 청구가 기각된 데 이어 같은 해 9. 28. 대구고등법원 2001누565호로 항소 역시 기각되었는데, 대법원 2001두9059호로 상고심 계속 중 구 국세기본법(1990. 12. 31. 법률 제4277호로 개정되기 전의 것) 제26조의2 중 제1항 제1호의 “부과할 수 있는 날” 및 제2항의 “당해 판결 또는 결정에 따라 경정결정 기타 필요한 처분”의 각 부분이 조세법률주의에 반한다고 주장하면서 같은 법원 2002아1호로 위 각 법률조항에 대한 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2002. 1. 25. 상고와 함께 제청신청이 기각되었다.

(4) 이에 청구인은 2002. 2. 2. 제청신청 기각의 결정정본을 송달받은 후 같은 달 15. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

(1) 원래 심판청구서 및 청구취지정정신청서의 청구취지에 기재된 심판 대상 규정은 구 국세기본법(1990. 12. 31. 법률 제4277호로 개정되기 이전의 것) 제26조의2 제1항 및 제2항이나, 청구인이 문제삼고 있는 부분은 제1항 제1호의 “부과할 수 있는 날” 및 제2항의 “당해 판결 또는 결정에 따라 경정결정 기타 필요한 처분”의 의미나 개념이 불명하다는 것임이 심판청구이유서의 기재에 비추어 명백하고, 또한 제1항 제1호의 위 부분과 관련하여 당해사건에서 다투어지는 세목은 상속세 및 방위세인데 1990. 12. 31. 법률 제4280호로 폐지된 방위세법에 따른 방위세는 독립세가 아니라 부가세로서 상속세에 수반되는 것일 뿐 아니라 본건에서 청구인은 상속세에 관하여만 실제로 다투고 있고 방위세에 관하여는 전혀 언급하지 않고 있으므로, 제1항 제1호의 심판 대상을 상속세에 관한 부분에 한정하기로 한다.

한편, 위 제26조의2 규정은 1984. 8. 7. 법률 제3746호로 신설되었는데, 제1항 제1호는 1989. 12. 30. 법률 제4177호로 개정된 후 1990. 12. 31. 법률 제4277호로 개정되었고 제2항은 1993. 12. 31.에야 비로소 법률 제4672호로 개정되었다.

따라서, 본건 심판의 대상은 구 국세기본법 제26조의2 제1항 제1호(1990. 12. 31. 법률 제4277호로 개정되기 이전의 것. 이하 “제1항 제1호”라 한다.) 중 상속세와 관련된 “부과할 수 있는 날” 부분 및 같은 법조 제2항(1993. 12. 31.

법률 제4672호로 개정되기 이전의 것. 이하 “제2항”이라 한다.) 중 “당해 판결 또는 결정에 따라 경정결정 기타 필요한 처분” 부분이 헌법에 위반되는지 여부라고 할 것이다.

(2) 심판 대상 규정의 내용은 다음과 같다.

구 국세기본법 제26조의2(국세부과의 제척기간) ① 국세는 다음 각 호에 규정하는 기간이 만료된 날 후에는 부과할 수 없다.

1. 소득세·법인세·토지초과이득세·상속세·증여세·재평가세·부당이득세·부가가치세·방위세(방위세법 제4조 제1항 제2호 내지 제4호 및 제11호 내지 제15호의 과세표준이 적용되는 것에 한한다) 및 교육세(교육세법 제6조 제1항 제1호 및 제4호의 과세표준이 적용되는 것에 한한다)는 이를 부과할 수 있는 날로부터 5년간

2. 제1호에 해당되지 아니하는 국세는 이를 부과할 수 있는 날로부터 2년간. 다만, 사기 기타 부정한 행위로써 이를 포탈하거나 환급·공제받은 경우에는 이를 부과할 수 있는 날로부터 5년간

② 제7장의 규정에 의한 이의신청·심사청구·심판청구, 감사원법에 의한 심사청구 또는 행정소송법에 의한 소송의 제기가 있는 경우에는 제1항의 규정에 불구하고 그 판결 또는 결정이 확정된 날로부터 1년이 경과하기 전까지는 당해 판결 또는 결정에 따라 경정결정 기타 필요한 처분을 할 수 있다.

2. 청구인의 주장과 위헌법률심판제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견 별지와 같다.

3. 이 사건 청구의 적법성 여부

가. 심판대상적격

청구인은, 제2항의 “당해 판결 또는 결정에 따라 경정결정 기타 필요한 처분”의 의미는 당해 판결 또는 결정의 주문을 이행하기 위한 처분에 한정되는 것으로 보아야 함에도 대법원은 이를 판결 또는 결정의 이유에서 밝힌 위법사유를 보완하는 처분까지 포함하는 것으로 해석하고 있음을 지적하면서, 이와 같이 위 부분은 그 의미가 불분명하여 과세관청이나 법원이 자의적인 해석을 할 가능성이 있으므로 조세법률주의에 반한다는 취지의 주장을 한다.

이러한 헌법소원은 법률조항 자체의 위헌판단을 구하는 것이 아니라 법원의 판단사항이라고 볼 수 있는 법률규정의 해석·적용의 문제를 심판대상으로 삼은 것으로서 원칙적으로 헌법재판소의 심판대상이 될 수 없다는 의문이 생길 수 있으나, 청구인의 위 주장은 대법원이 이를 자의적·임의적으로 해석

할 수 있게 하는 위 부분의 불명확성을 지적하여 그 위헌성을 주장하는 것이라고 선해할 수 있을 것이므로(헌재 1994. 12. 29. 92헌바22, 판례집 6-2, 356, 359; 헌재 1995. 7. 21. 92헌바40, 판례집 7-2, 34, 36-37; 헌재 2000. 6. 29. 98헌바35, 판례집 12-1, 786, 792-800 참조), 제2항의 위 부분에 대한 헌법소원은 헌법재판소의 심판대상이 된다고 봄이 상당하다.

나. 재판의 전제성

이른바 위헌소원에 있어서는 법원에 계속 중인 구체적 사건에 적용할 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제로 되어야 하고, 이 경우 재판의 전제가 된다고 하려면, 원칙적으로 구체적인 소송사건이 법원에 계속 중이어야 하고, 그 법률 또는 법률조항이 당해 소송사건의 재판에 적용될 법률이어야 하며, 그 위헌 여부에 따라 당해 소송사건을 담당하는 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우를 말하는데, 여기서 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우라 함은 법원이 심리중인 당해 사건의 재판의 결론이나 주문에 어떤 영향을 주는 경우뿐만 아니라 제청된 법률의 위헌 여부가 비록 주문 자체에는 아무런 영향을 주지 않는다고 하더라도 재판의 결론을 이끌어 내는 이유를 달리하는 데 관계되어 있거나 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우도 포함된다(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 864-865; 헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 58; 헌재 2000. 10. 25. 2000헌바32, 판례집 12-2, 264, 270 등).

당해사건에서 청구인이 취소를 구하고 있는 이 사건 처분은 당초의 1994. 12. 8.자 부과처분의 취소판결에서 지적된 하자를 보완하여 다시 이루어진 과세처분인바, 그렇다면 제1항 제1호는 이미 판결에 의하여 취소된 당초의 부과처분의 제척기간 완성 여부를 판단함에 있어 적용될 뿐 이미 동 제척기간 5년이 지난 뒤 제2항에 의하여 이루어진 별개의 처분인 이 사건 처분의 취소 청구소송인 당해사건에는 적용되지 않는다고 할 것이다.

따라서, 제1항 제1호의 위 부분에 대하여는 재판의 전제성을 인정할 수 없다.

다. 청구기간

청구인은 2002. 2. 2. 대법원 2002아1호 위헌법률심판제청신청 기각의 결정정본을 송달받고 같은 달 15. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였으므로, 위 송달일로부터 14일 이내에 이루어진 본건 청구는 헌법재판소법 제69조 제2항에 의한 청구기간을 준수하였다고 할 것이다.

4. 본안 판단

가. 쟁 점

이 사건의 쟁점은, 제2항의 “당해 판결 또는 결정에 따라 정정결정 기타 필요한 처분”의 의미나 개념이 불명확한지의 여부로서, 만약 그 의미나 개념이 명확하지 않아 제2항에 정하여진 제척기간의 적용범위, 즉 제2항에 의하여 다시 할 수 있는 처분의 범위를 확정할 수 없다고 한다면 위 부분은 조세법률주의의 한 내용인 과세요건 명확주의에 반한다고 할 것이다.

이와 관련하여, 청구인은 제2항의 위 부분이 당해 판결 또는 결정의 주문을 이행하기 위한 처분에 한정되는 것인지 또는 그 이유에서 밝힌 위법사유를 보완하는 재처분까지 포함하는 것인지에 관하여 다투고 있는바, 납세의무자의 주장을 받아들이는 주문의 내용에도 불구하고 그 이유에서 지적된 위법사항을 바로잡아 제2항의 특례 제척기간 내에 다시 처분을 할 수 있다는 것 자체가 납세의무자에게 유리하지 않은 것이기 때문에, 위 주장은 곧 제2항에 의한 처분이 납세의무자에게 유리한 재처분만 의미하는지 아니면 납세의무자에게 유리하지 않은 재처분까지 포함하는지의 여부와 직접적으로 관련되어 있는 문제라고 할 수 있다.

또한, 과세관청이 판결 또는 결정의 이유에서 지적된 납세고지절차상의 하자를 보완하여 다시 하는 처분에 대하여도 특례 제척기간을 적용하게 되는 위 제2항이 청구인의 재산권을 침해하는 것인지의 여부에 관하여도 살펴보기로 한다.

나. 국세부과의 제척기간

(1) 입법연혁

원래 1984. 8. 7. 법률 제3746호로 개정되기 이전의 국세기본법은 제27조 및 제28조에서 국세징수권의 소멸시효에 관하여 규정하고 있었을 뿐 국세부과권에 관하여는 아무 규정도 두고 있지 않다가, 위 개정으로 국세부과권의 제척기간에 관한 제26조의2 규정이 정부제출법안에 의하여 신설되는 한편 납세의무의 소멸사유에 관한 제26조에 국세부과권의 제척기간에 관한 제2호가 추가됨으로써, 국세부과권에 대하여는 제척기간이, 징수권에 대하여는 종전과 같이 소멸시효가 있게 되었다.

(2) 입법취지

국세부과의 제척기간은 조세법률관계를 신속히 확정짓기 위한 것으로, 납세인구가 늘어나고 과세대상인 경제거래가 다양해지면서 조세체계가 고도로

전문화되고 복잡해져 조세채권·채무관계를 언제까지나 불확정한 상태로 둔다면 조세법률관계가 불안정하게 되어 바람직하지 않게 되므로, 이러한 점을 고려하여 납세의무자의 법적 안정을 기하는 동시에 일정 기간의 경과로 국가가 과세권을 행사하는 데 있어서의 어려움을 해소하려는 데에 그 입법취지가 있다고 할 것이다.

제척기간의 경과 이후에는 추상적 조세채권의 단계에서 국세부과권은 소멸하게 되어 조세를 부과할 수 없게 되고 징수권은 발생하지 아니하므로, 제척기간 경과 후에 이루어진 과세처분은 당연무효로서 납세의무자가 이를 원용하지 않더라도 법원은 직권으로 그 기간의 만료 여부를 조사하여야 한다.

그런데, 신설된 위 제26조의2 규정은 제1항에서 통상의 제척기간을 5년 및 2년으로 정하는 한편 일정한 사실이 후발적으로 발생한 경우 통상의 제척기간 경과 후에도 부과할 수 있는 특례로서 1년이라는 기간을 제2항에서 정함으로써, 과세권자는 행정쟁송절차에 의한 판결 또는 결정이 확정된 날로부터 1년이 경과하기 전에는 위 판결 또는 결정에 따른 경정결정이나 그에 부수되는 처분을 할 수 있는바, 납세의무자의 청구를 인용하는 판결 또는 결정이 있으면 그 내용에 따라 새로운 과세처분이 불가피한 경우가 있는데, 당초의 부과처분에 대한 행정소송 등 쟁송절차가 장기간 지연되어 그 절차가 진행되는 도중에 제척기간이 경과하면 제척기간에는 징수권의 소멸시효와 달리 그 기간의 중단이나 정지가 없어 새로운 결정이나 증액경정결정은 물론 감액경정결정 등 그 판결이나 결정의 결과에 따른 어떠한 처분도 할 수 없게 되는 결과 위 판결이나 결정은 무의미하게 되므로, 이러한 불합리를 방지하기 위하여 제2항의 특례를 둔 것이라고 할 수 있다.

다. 조세법률주의에 위반되는지 여부

(1) 과세요건 명확주의

헌법 제38조 및 제59조에 근거를 둔 조세법률주의의 핵심적 내용은 과세요건 법정주의 및 과세요건 명확주의라고 할 것인바, 과세요건 법정주의는 납세의무를 성립시키는 납세의무자·과세물건·과세표준·과세기간·세율 등의 과세요건과 조세의 부과·징수절차를 모두 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로 규정하여야 한다는 것이고, 본건에서 문제가 되고 있는 과세요건 명확주의란 과세요건을 법률로 규정하였다고 하더라도 그 규정내용이 지나치게 추상적이고 불명확하면 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 염려가 있으므로 그 규정 내용이 명확하고 일의적(一義的)이어야 한다는 것으로서,

이러한 내용의 조세법률주의의 이념은 과세요건을 법률로 규정하여 국민의 재산권을 보장하고, 과세요건을 명확하게 규정하여 국민생활의 법적 안정성과 예측가능성을 보장하는 것을 그 기능으로 하고 있는 것으로 이해된다(헌재 1989. 7. 21. 89헌마38, 판례집 1, 131, 138-139; 헌재 1995. 11. 30. 91헌바1 등, 판례집 7-2, 562, 584; 헌재 1999. 12. 23. 99헌가2, 판례집 11-2, 686, 695 참조).

(2) 구체적 검토

(가) 문제의 제기

제2항의 구체적 입법취지와 관련하여 위 조항은 납세의무자에게 유리한 처분만 허용하기 위한 규정이라는 입장과 반드시 그러한 처분에만 한정되는 것은 아니라는 입장이 있을 수 있는바, 대법원은 1996. 5. 10. 선고 93누4885 판결 [공1996하, 1897] (세액산출근거를 기재하지 아니한 납세고지상의 위법을 이유로 과세처분이 취소되자 과세관청이 판결 확정일로부터 1년 내에 그 잘못을 바로잡아 다시 지방세부과처분을 한 사안)에서 이 사건 제2항과 동일한 내용의 지방세법 제30조의2 (1984. 12. 24. 법률 제3757호로 개정되고 1993. 12. 27. 법률 제4611호로 개정되기 이전의 것) 제2항의 입법취지에 관하여, 과세관청이 부과처분의 불복에 대한 결정 또는 판결이 있는 후 그에 따라 다시 부과처분을 하려는 시점에 이미 제척기간을 도과하였다고 하여 그 결정이나 판결의 결과에 따른 부과처분조차 할 수 없게 된다면 그 결정이나 판결은 무의미하게 되며 과세관청에게 가혹하고 또한 과세관청이 제척기간의 만료를 염려하여 재차 부과처분을 하게 되면 납세의무자에게 부담을 가중하는 것이 되므로 일정기간의 예외를 두자는 취지에서 비롯된 것이라고 하면서, 위 규정은 결정이나 판결이 확정된 날로부터 1년 내라 하여 당해 결정이나 판결에 따르지 아니하는 새로운 결정이나 증액경정결정까지 할 수 있다는 취지가 아님은 분명하나, 그렇다고 하여 위 규정을 오로지 납세자를 위한 것이라고 보아 납세자에게 유리한 결정이나 판결을 이행하기 위하여만 허용된다고 볼 근거는 없다고 판시하였다.

이를 계기로 제2항의 적용범위와 관련하여 대법원의 견해를 비판하면서 납세의무자에게 유리한 경정 기타 필요한 처분만 할 수 있다는 편면적용설과 과세권자에게 유리한 처분도 할 수 있다는 양면적용설의 확실상 대립이 표면화되기 시작하였다.

(나) 제2항의 적용범위

1) 과세요건 명확주의는, 과세요건에 관한 법률규정의 내용이 지나치게 추상적이거나 불명확하면 이에 대한 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 염려가 있어 과세의 요건과 절차 및 법률효과를 규정한 법률은 그 내용이 명확하여야 한다는 것이 그 요지이나, 법률은 일반성·추상성을 가지는 것으로서 법률규정에는 항상 최종적으로 법관의 법보충작용으로서의 해석의 여지가 있으므로, 조세법규 역시 당해 조세법의 일반이론이나 그 체계 및 입법취지 등에 비추어, 그리고 법규 상호간의 해석을 통하여 그 의미가 분명해질 수 있다면 이러한 경우에도 명확성을 결여하였다고 하여 그 규정을 무효라고는 할 수 없다 할 것인바(헌재 1995. 2. 23. 93헌바24등, 판례집 7-1, 188, 199; 헌재 1995. 11. 30. 94헌바40등, 판례집 7-2, 616, 631; 헌재 1996. 8. 29. 95헌바41, 판례집 8-2, 107, 124), 이 사건 제2항에 있어서도 당해 판결 또는 결정에 따라 할 수 있는 처분의 의미가 합리적이고 체계적인 해석에 의하여 명확해진다면 이를 과세요건 명확주의에 위배된다고는 할 수 없을 것이다.

2) 그러므로 살피건대, 제2항에 의하여 허용되는 처분의 범위는 반드시 납세의무자에게 유리한 것에 한정된다고 볼 수 없다.

그 논거로서는, 첫째, 법률조항의 문언상 “경정결정 기타 필요한 처분”이라고만 되어 있을 뿐 그 처분에 다른 조건이나 제한적 문구가 기재되어 있지 않은 점에 비추어 위 특례 제척기간의 적용이 납세의무자에게 유리한 경우에만 가능하다고 판결이나 결정의 주문만을 기준으로 이루어져야 한다고 볼 만한 근거가 전혀 없을 뿐 아니라 다른 관련법규에 비추어 보더라도 그러한 제한을 둘 근거가 없으며, 둘째, 제2항은 행정소송법 제30조에 규정한 기속력의 실효성을 확보하기 위한 특별규정이라고 할 수 있는데, 위와 같은 경우 통상의 제척기간 만료를 이유로 과세처분을 못한다고 하면 결국 판결 또는 결정의 취지가 실현되지 않게 되는 것이고, 셋째, 세액산정의 불능으로 인하여 부득이 과세처분 전부를 취소하는 경우 납세의무자에게 불리한 재처분이 불가능하다고 한다면 형평의 원칙에 맞지 아니하며, 넷째, 납세의무자가 소송에서 내용상의 위법을 줄곧 다투어 오다가 여의치 못하자 제척기간 이후 갑자기 절차상의 위법(납세고지절차상의 하자, 세액산정상의 위법 등)을 다투어 그 주장이 인용되는 경우 과세관청으로서의 뒤늦은 주장에 의하여 정당한 과세처분을 하지 못하는 부당한 결과가 발생하게 되는 것이고, 다섯째, 조세행정의 측면에서 조세관련법규의 엄격한 해석 못지 않게 공평과세 또는 조세정의의 중요성이 강조되고 있음을 부인할 수 없다는 점 등을 들 수 있다.

따라서, 제2항을 포함하는 제26조의2 규정은 물론 국세기본법과 다른 조세법규를 종합적으로 해석하더라도, 실체적으로는 하자가 없으나 절차적 위법사유만 있는 경우 또는 과세원인을 잘못 평가하여 부과한 처분이지만 동일세목에 속하는 경우, 그리고 세액산정이 어려워 부과처분 전체가 취소된 경우 등에는 그 하자를 보완하거나 정확한 세액산정을 하여 재처분을 할 수 있다고 보는 것이 공평과세 및 조세정의의 측면에서 타당하다 할 것이므로, 제2항에 의한 처분이 반드시 납세의무자에게 유리한 재처분에 한정되는 것은 아니라고 본다.

이에 대하여는 하자 있는 처분을 한 과세관청에 대하여 그 하자를 바로잡을 수 있는 기회를 상실한 불이익을 귀속시킴이 당연하다는 점, 법원이 세액산정의 불능으로 적법한 부분까지 부득이 그 전부를 취소한다는 것은 법원의 심리부족을 탓할 문제이지 이를 근거로 과세관청에게 유리한 재처분까지 허용할 수는 없다는 점, 절차상의 위법도 실체상의 위법과 마찬가지로 중요하므로 절차의 위법사유를 보완할 수 없다는 것이 과세관청에 대하여 불이익의 타격이 될 수 없고, 오히려 이를 보완할 수 있다고 한다면 절차상 하자가 있는 과세처분에 대하여는 결코 제척기간이 있을 수 없게 된다는 모순적이고 불합리한 결과를 초래함으로써 제척기간 본래의 취지에 반하게 된다는 점 등의 비판이 있을 수 있으나, 제2항의 입법취지 및 그 해석, 공평과세 및 조세정의, 그리고 법원에 있어서의 소송실무 등을 고려하면 위와 같은 비판을 수용하는 것에 더 큰 문제점이 있다고 할 것이다.

3) 대법원도 제2항과 관련하여 위에서 살핀 93누4885 판결 이후 당해사건인 대법원 2002. 1. 25. 선고 2001두9059 판결 이외에 2002. 7. 23. 선고 2000두6237 판결 [공2002. 9. 15.(162), 2081] 에서, 종전의 과세처분이 위법하다는 이유로 이를 취소하는 판결이 선고·확정된 후 1년 내에 과세관청이 그 잘못을 바로 잡아 다시 과세처분을 한 경우 구 국세기본법(1993. 12. 31. 법률 제4672호로 개정되기 전의 것) 제26조의2 제1항이 정한 제척기간의 적용이 없고, 과세관청이 납세자에게 유리한 재처분만 할 수 있을 뿐 납세자에게 불리한 재처분을 할 수 없다는 국세행정관행이 존재한다고 볼 수 없다고 판시함으로써 제2항에 의한 처분이 납세의무자에게 유리한 처분에 한정되지 않음을 명백히 하였다.

또한, 제2항의 구체적 적용범위에 관하여는, 객관적 범위로서, 당해 판결 또는 결정에 따른 경정결정이나 그에 부수되는 처분만을 할 수 있을 뿐 판결 또

는 결정이 확정된 날로부터 1년 내라 하여 당해 판결이나 결정에 따르지 아니하는 새로운 결정이나 증액경정결정까지 할 수 있는 것은 아니고(대법원 1994. 8. 26. 선고 94다3667 판결 [공1994. 10. 1.(977), 2520]; 대법원 1996. 9. 24. 선고 96누68 판결 [공1996하, 3240] 등), 납세고지의 위법을 이유로 과세처분이 취소되고 이에 과세관청이 그 판결확정일로부터 1년 내에 잘못을 바로 잡아 다시 부과처분을 하였다면 통상의 제척기간의 적용은 없는 것이며(위 대법원 93누4885 판결), 부동산임대소득이라 하여 과세되었으나 이자소득임이 인정되어 과세처분이 취소되고 이에 과세관청이 그 판결확정일로부터 1년 이내에 당초의 부과처분 세액을 한도로 종전 판결에서 적시한 위법사유를 보완하여 이자소득으로서 다시 과세처분을 하였다면 제2항의 제척기간이 준수된 것이라고 실시하는 한편(위 대법원 2000두6237 판결), 주관적 범위로서, 납세의무가 승계되는 등의 특별한 사정이 없는 한 당해 판결 등을 받은 자로서 그 판결 등이 취소하거나 변경하고 있는 과세처분의 효력이 미치는 납세의무자에 대하여서만 그 판결 등에 따른 경정처분 등을 할 수 있을 뿐이고, 그 취소나 변경대상이 되고 있는 과세처분의 효력이 미치지 아니하는 제3자에 대하여서까지 그 규정을 적용할 수 있는 것은 아니라고 판시하고 있다(대법원 1996. 9. 24. 선고 96누68 판결 [공1996하, 3240]).

(다) 소결론

결국, 제2항의 “당해 판결 또는 결정에 따라 경정결정 기타 필요한 처분” 부분은 그 입법취지 및 문언적 의미, 조세법의 일반원칙 등을 종합하여 볼 때 해석상 구체적인 의미와 내용이 명확히 정립될 수 있어 자의적인 적용가능성은 없다고 보여지고 법원이 이를 적용함에 있어서도 법적 안정성과 예측가능성을 해한다고 볼 수 없으므로, 과세요건 명확주의의 측면에서 조세법률주의에 위반되지 아니한다고 할 것이다.

라. 재산권의 침해 여부

(1) 재산권의 침해와 실질적 조세법률주의

원칙적으로 조세의 부과·징수는 국민의 납세의무에 기초하는 것으로서 재산권의 침해는 되지 않으나, 그에 관한 법률조항이 조세법률주의에 위반되고 이로 인한 자의적인 과세처분권 행사에 의하여 납세의무자의 사유재산에 관한 이용·수익·처분권이 중대한 제한을 받게 되는 경우에는 예외적으로 재산권의 침해가 될 수 있고(헌재1997. 12. 24. 96헌가19등, 판례집 9-2, 762, 773 참조) 이는 곧 실질적 조세법률주의에도 위반되는 것이라고 볼 수 있다.

조세법률주의는 위와 같이 과세요건을 법률로 명확히 정하는 것만으로 충분한 것이 아니고, 조세법의 목적이나 내용이 기본권 보장의 헌법이념과 이를 뒷받침하는 헌법상의 제 원칙에 합치될 것도 요구하는 실질적 조세법률주의를 추구하고 있는 것으로 보아야 하기 때문이다(헌재 1992. 2. 25. 90헌가69등, 판례집 4, 114, 120-121; 헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562, 584; 헌재 2001. 11. 29. 2000헌바95 판례집 13-2, 660, 671).

(2) 구체적 검토

(가) 청구인의 주장

청구인은 재산권 침해의 구체적 근거나 내용을 적시하지 않은 채 제2항이 청구인의 재산권을 침해한다고 주장하는바, 청구이유를 종합하여 보면 이는 판결 또는 결정의 이유에서 밝혀진 절차적 위법사유를 보완한 동일한 재처분을 제2항에 의한 “처분”으로 보는 것은 제척기간을 무제한 연장하는 셈이 되어 자의적인 과세처분권의 행사가 된다는 점에서 위와 같은 내용의 제2항이 청구인의 재산권을 침해하고 실질적 조세법률주의에 반하는 것이라는 취지의 주장으로 볼 수 있다.

그러므로, 이러한 경우 제2항에 의한 특례 제척기간을 적용하는 것이 헌법상 과잉금지의 원칙에 반하여 청구인의 재산권을 지나치게 제한함으로써 이를 침해하는지의 여부에 관하여 살펴보기로 한다.

(나) 과잉금지의 원칙에 위반되는지 여부

1) 입법목적의 정당성

앞에서 살펴보았듯이, 제2항의 입법취지는 과세관청이 부과처분의 불복에 대한 판결 또는 결정이 있을 후 그에 따른 부과처분을 다시 하려는 시점에 이미 제척기간을 도과하였다고 하여 그 결정이나 판결의 결과에 따른 부과처분 조차 할 수 없게 된다면 그 결정이나 판결은 무의미하게 되므로 이를 막자는 것이어서 그 목적은 정당하고, 청구인 역시 그 정당성에 관하여는 이의를 제기하지 않고 있다.

다만, 제2항을 오직 납세의무자를 위한 규정으로 보아 납세의무자에게 유리한 결정이나 판결을 이행하기 위하여만 적용된다고 볼 것인지의 문제가 있으나, 공평과세 또는 조세정의 등의 측면에서 그렇게 볼 근거가 없음은 이미 앞에서 살핀 바와 같다.

2) 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익 균형성

조세법규의 엄격 해석 원칙이나 조세부과에 있어서의 절차의 중요성을 무

시할 수는 없지만, 그 부과처분에 실제적인 하자가 없음에도 단지 고지절차상의 하자가 있다는 이유만으로 이를 보완한 재처분을 허용하지 않아 결과적으로 납세의무를 면하게 한다면, 이는 조세행정상의 경제 또는 소송경제에 반하는 것일 뿐 아니라 오히려 납세의무자의 재산권을 너무 두텁게 보호하여 공평과세나 조세정의 등 납세의무와 관련된 헌법상의 다른 기본원칙에 반하게 되는 결과를 낳게 된다.

더욱이, 제2항의 입법취지를 납세의무자에게 유리한 재처분에 한정하지 않는다고 보는 이상, 납세의무자로서는 원칙적으로 부담하여야 할 납세의무를 이행한다는 점에서 이러한 재처분을 가리켜 조세행정적으로 잘못된 처분이라거나 정당한 처분이 아니라고는 말할 수 없을 것이다.

만약 제2항에 의하여 절차적 위법사유를 보완한 재처분을 허용하는 것이 청구인의 재산권을 침해한다고 본다면, 세액산정의 어려움으로 인하여 부과처분의 전부취소가 명하여진 경우 또는 과세원인을 달리한다는 이유로 취소되었으나 동일한 세목에 속하는 경우 역시 위헌이라고 보아야 할 것인데, 이와 같은 경우에도 제2항을 배제한 채 제1항 제1호 소정의 통상의 제척기간을 고집하는 것은 과세행정 및 쟁송절차에 있어서의 실무상 어려움 등에 비추어 오히려 조세정의에 반하는 결과를 낳게 된다고 할 수 있다.

따라서, 제2항에 의하여 절차적 위법사유를 보완한 재처분을 허용하는 것은 그 입법목적 달성을 위하여 적절하고 불가피하며, 그로 인하여 보호되는 공평과세나 조세정의 등의 공익이 납세의무자의 재산권이나 조세부과에 있어서의 절차의 중요성 등보다 결코 가볍다고 볼 수는 없다 할 것이다.

(다) 소결론

따라서, 특례 제척기간 내에 판결 또는 결정의 이유에서 밝혀진 절차적 위법사유를 보완한 동일한 내용의 재처분을 허용하고 있는 제2항은 과잉금지의 원칙에 위반될 정도로 지나치게 재산권을 제한하는 것이 아니며, 달리 재산권의 본질적 내용을 침해하거나 그 규정내용이 헌법상의 기본권 또는 이를 뒷받침하는 헌법상의 다른 기본원칙에 합치되지 않는다고 볼 사정도 없으므로, 위 법률조항이 재산권을 침해하거나 이로 인하여 실질적 조세법률주의에 위반되는 규정이라고 할 수 없다.

5. 결 론

그렇다면, 제1항 제1호 중 상속세와 관련된 “부과할 수 있는 날” 부분에 대한 심판청구는 재판의 전제성을 인정할 수 없어 부적법하므로 이를 각하하고,

제2항의 “당해 판결 또는 결정에 따라 경정결정 기타 필요한 처분” 부분은 헌법에 위반되지 아니하므로, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철(주심) 김영일 권 성
김경일 송인준 주선회

[별 지]

2. 청구인의 주장과 위헌법률심판제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견
가. 청구인의 주장

(1) 제1항 제1호의 “부과할 수 있는 날” 부분

상속세에 관하여 국세기본법 제21조 제1항 제2호는 상속개시시 납세의무가 성립한다고 규정하고 있는데, 이 사건 제1항 제1호에 있어서 상속세부과의 제척기간 기산점인 “부과할 수 있는 날”의 의미가 과세요건이 충족되는 상속개시시인지, 과세표준과 세액의 신고기간 다음날인지 불명하여 과세관청이나 법원이 자의적인 해석을 할 가능성이 있으므로 조세법률주의에 반한다.

이는 1990. 12. 31. 법률 제4277호에 의한 국세기본법 제26조의2 개정시 “제1항 각 호의 규정에 의한 국세를 부과할 수 있는 날은 대통령령으로 정한다.”라는 내용의 제3항이 신설되어 그 위헌성의 흠결을 보정한 점에 비추어 보더라도 더욱 그러하다.

(2) 제2항의 “당해 판결 또는 결정에 따라 경정결정 기타 필요한 처분” 부분

제2항은 같은 법조 제1항의 제척기간에 대한 특례규정으로서, 위 “처분”의 의미는 당해 판결 또는 결정의 주문을 이행하기 위한 처분에 한정되는 것으로 보아야 함이 상당하나, 대법원은 납세고지의 위법을 이유로 과세처분이 취소되는 판결이 선고·확정된 후 1년 이내에 과세관청이 그 잘못을 바로잡아 다시 과세처분을 하였다면 이는 당해 판결에 따른 처분으로서 제척기간의 적용이 없다고 판단함으로써 판결 또는 결정의 이유에서 밝힌 위법사유를 보완하는 처분까지 포함하는 것으로 해석하고 있으므로, 그 의미가 불분명하다는 점에서 위 부분 역시 조세법률주의에 반한다.

나. 대법원의 위헌법률심판제청신청 기각이유

(1) 제1항 제1호의 “부과할 수 있는 날” 부분

1984. 8. 7. 국세부과의 제척기간에 관한 규정으로 신설된 구 국세기본법 제26조의2는 제1항 제1호에서 제척기간 기산점을 당해 국세를 부과할 수 있는 날로 정하였는데, 같은 시행령 제12조의2는 위 법률조항의 국세를 부과할 수 있는 날에 관하여 구체적이고 세부적인 내용으로 명확하게 규정하고 있으므로, 청구인의 주장과 같이 “부과할 수 있는 날”의 의미에 대하여 여러 가지 해석이 나올 여지가 없어 위 법률조항은 헌법 제38조에 위반되지 아니한다.

청구인의 주장은 시행령 제12조의2 규정을 도외시하거나, 납세의무의 성립시기와 과세관청의 부과처분 내지 부과권의 제척기간 기산점을 혼동한 것이다.

(2) 제2항의 “당해 판결 또는 결정에 따라 경정결정 기타 필요한 처분” 부분

제2항은 과세처분에 대한 행정심판청구나 행정소송 등의 재송절차가 장기간 지연되어 그 절차가 진행되는 도중에 제척기간이 경과하여 버리는 불합리를 방지하기 위한 규정으로서, 과세권자는 심사 등의 결정 또는 판결에 따른 경정결정이나 그에 부수되는 처분만을 할 수 있고 법에 정해진 제척기간 내라도 그 판결 또는 결정에 따르지 않는 새로운 결정이나 증액경정결정을 할 수는 없지만 결정 또는 판결의 취지에 따른 것이라면 납세자에게 불리한 경정결정을 할 수도 있는 것이며, 세액의 계산명세서를 첨부하지 않는 등 납세고지상의 위법을 이유로 과세처분을 취소하는 판결이 선고·확정된 후 과세관청이 그 잘못을 바로잡아 다시 과세처분을 하였다면 이는 당해 판결에 따른 처분으로 제1항이 정하는 제척기간은 적용될 여지가 없다(대법원 1996. 5. 10. 선고 93누4885 판결).

청구인은, 마치 이 경우에도 과세관청이 종전의 결정이나 판결의 주문을 그대로 따라 과세처분을 취소하여야 하고 과세관청이 그 잘못을 바로잡아 다시 과세처분을 하는 것이 허용되지 않는다고 해석될 수 있다는 취지로 주장하지만, 이는 위 제2항의 입법취지를 염두에 두지 않은 독자적인 견해이다.

따라서, 제2항의 규정내용과 취지에 비추어 “당해 판결 또는 결정 등에 따라 경정결정 기타 필요한 처분”의 의미나 개념이 불명확하다고 볼 수 없다.

다. 국세청장의 의견

위헌법률심판제청신청 기각이유와 같다.

옥외광고물등관리법 제3조

제1항 제6호 등 위헌확인

(2002. 12. 18. 2000헌마764 전원재판부)

【판시사항】

1. 교통수단을 이용하여 타인의 광고를 할 수 없도록 하고 있는 옥외광고물등관리법시행령 규정이 표현의 자유를 침해하는지 여부(소극)
2. 위 규정이 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 옥외광고물등관리법은 옥외광고물의 표시장소·표시방법과 게시시설의 설치·유지 등에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 미관 풍치와 미풍양속을 유지하고 공중에 대한 위해를 방지함을 목적으로 하고 있는바, 자동차에 무제한적으로 광고를 허용하게 되면, 교통의 안전과 도시미관을 해칠 수가 있으며 운전자들의 운전과 보행자들에게 산란함을 야기하여 운전과 보행에 방해가 됨으로써 도로안전에 영향을 미칠 수 있다. 따라서 도로안전과 환경·미관을 위하여 자동차에 광고를 부착하는 것을 제한하는 것은 일반 국민들과 운전자들의 공공복리를 위한 것이라 할 수 있고, 이러한 이유로 제한이 가능하다 할 것이다.

또한 옥외광고물등관리법시행령은 모든 광고를 전면적으로 금지하는 것이 아니라, 자동차 소유자 자신에 관한 내용의 광고는 허용하면서 타인에 관한 내용의 광고를 금지하고 있다. 이 사건 시행령조항이 자동차소유자 자신에 관한 광고는 허용하면서 타인에 관한 광고를 금지하는 것은 일견하여 표현내용에 따른 규제로 볼 수도 있으나, 이 사건 시행령조항이 자신에 관한 광고와 타인에 관한 광고를 구분하여 규제의 기준으로 삼은 것은, 광고의 매체로 이용될 수 있는 차량을 제한함으로써 자동차를 이용한 광고행위의 양을 도로교통의 안전

과 도시미관을 해치지 않는 적절한 수준으로 제한하려고 한 것이다. 따라서 표현의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

2. 옥외광고물등관리법시행령조항에 의한 제한이 청구인들의 인격 발현과 개성신장에 미치는 비교적 경미한 효과를 고려할 때, '비영업용 차량을 광고매체로 이용하는 광고대행업'은 하나의 독립된 직업이 아니라 단지 '광고대행업'을 행사하는 방법의 하나라고 판단되므로, 시행령조항은 '광고대행업'이란 직업의 행사방법을 제한하는 규정으로 차량을 매체로 하는 광고를 제한함으로써 달성하고자 하는 공익인 도로교통의 안전성과 도시미관의 중대함에 비추어, 제한을 통하여 얻는 공익적 성과와 개인의 자유에 대한 제한의 정도가 합리적인 비례관계를 벗어났다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 시행령조항은 직업의 자유를 침해하지 않는다.

【심판대상조문】

옥외광고물등관리법시행령(2000. 7. 1. 대통령령 제16891호로 개정되고 2001. 11. 22. 대통령령 제17412호로 개정되기 전의 것) 제13조(광고물등의 일반적 표시방법)

①~⑧ 생략

⑨ 제3조 제14호의 규정에 의한 광고물은 당해 교통수단의 소유자에 관한 광고내용에 한하여 표시할 수 있다. 다만, 비행선을 이용하는 경우에는 시·도조례가 정하는 표시방법에 의한다.

⑩ 생략

【참조조문】

헌법 제15조, 제21조, 제35조 제1항, 제37조 제2항

옥외광고물등관리법(1999. 1. 18. 법률 제5632호로 개정되고 2001. 7. 24. 법률 제6490호로 개정되기 전의 것) 제1조(목적) 이 법은 옥외광고물의 표시장소·표시방법과 게시시설의 설치·유지등에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 미관정착과 미풍양속을 유지하고 공중에 대한 위해를 방지함을 목적으로 한다.

옥외광고물등관리법(1999. 1. 18. 법률 제5632호로 개정되고 2001. 7. 24. 법률 제6490호로 개정되기 전의 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “옥외광고물”이라 함은 상시 또는 일정기간 계속하여 공중에 표시되어 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소에서 볼 수 있는 것(대통령령이 정하는 교통시설 또는 교통수단에 표시되는 것을 포함한다)으로서 간판·입간판·현수막·벽보·전단 기타 이와 유사한 것을 말한다.

2. “게시시설”이라 함은 광고탑·광고판과 기타 공작물로서 옥외광고물(이하 “광고물”이라 한다)을 게시 또는 표시하기 위한 시설을 말한다.

3. “옥외광고업”이라 함은 광고물을 표시하거나 게시시설을 설치하는 영업을 말한다.

옥외광고물등관리법(1999. 1. 18. 법률 제5632호로 개정되고 2001. 7. 24. 법률 제6490호로 개정되기 전의 것) 제3조(광고물등의 허가 또는 신고) ① 다음 각호의 1에 해당하는 지역·장소 및 물건에 광고물 또는 게시시설(이하 “광고물등”이라 한다)중 대통령령이 정하는 광고물등을 표시하거나 설치하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 특별시장·광역시장 또는 도지사(이하 “시·도지사”라 한다)의 허가를 받거나 시·도지사에게 신고하여야 한다. 허가 또는 신고사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다.

1.~5. 생략

6. 기타 미관풍치의 유지 및 도시환경의 보전을 위하여 대통령령이 정하는 지역·장소 및 물건

② 제1항의 규정에 의한 광고물등의 종류·모양·크기·색깔, 표시 또는 설치의 방법 및 기간등 허가 또는 신고의 기준에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

옥외광고물등관리법(1999. 1. 18. 법률 제5632호로 개정되고 2001. 7. 24. 법률 제6490호로 개정되기 전의 것) 제18조(벌칙) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 1년이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제3조의 규정에 의한 허가를 받지 아니하고 광고물등을 표시하거나 설치한 자

2. 제4조 또는 제5조 제1항의 규정에 위반하여 광고물등을 표시하거나 설치한 자

3. 제11조의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 옥외광고업을 한 자

② 제3조의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 광고물등을 표시하거나 설치한 자는 300만원이하의 벌금에 처한다.

옥외광고물등관리법(1999. 1. 18. 법률 제5632호로 개정되고 2001. 7. 24. 법률 제6490호로 개정되기 전의 것) 제19조(양벌규정) 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제18조의 위반행위를 한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 동조의 벌금형을 과한다.

옥외광고물등관리법시행령(2000. 7. 1. 대통령령 제16891호로 개정되고 2001. 11. 22. 대통령령 제17412호로 개정되기 전의 것) 제2조(교통시설 및 교통수단의 범위) 법 제2조 제1호에서 “대통령령이 정하는 교통시설”이라 함은 지하철·철도·지하철·공항·항만 및 고속국도를 말하며, “대통령령이 정하는 교통수단”이라 함은 열차(전동차를 포함한다. 이하 같다)·자동차관리법에 의한 자동차 및 항공법에 의한 비행선을 말한다.

옥외광고물등관리법시행령(2000. 7. 1. 대통령령 제16891호로 개정되고 2001. 11. 22. 대통령령 제17412호로 개정되기 전의 것) 제3조(옥외광고물의 분류) 옥외광고물(이하 “광고물”이라 한다)은 다음과 같이 분류한다.

1.~13. 생략

14. 교통수단이용 광고물 : 제2조의 규정에 의한 교통수단의 외부에 문자·도형등을 아크릴·금속재 등의 판에 표시하여 부착하거나 직접 도로로 표시하는 광고물

15.~17. 생략

옥외광고물등관리법시행령(2000. 7. 1. 대통령령 제16891호로 개정되고 2001. 11. 22. 대통령령 제17412호로 개정되기 전의 것) 제4조(허가대상 광고물등) ① 법 제3조 제1항의 규정에 의하여 허가를 받아 표시 또는 설치(이하 “표시”라 한다)하여야 하는 광고물은 다음과 같다.

1. 제15조 제4호의 규정에 의하여 표시하는 가로형간판 및 최초로 표시하는 공연간판
 2. 돌출간판. 다만, 의료기관 또는 약국의 표지등(“+” 또는 “약”을 표시하는 표지등을 말한다. 이하 같다), 이·미용업소의 표지등 및 상단의 높이가 지면으로부터 5미터 미만인 광고물로서 1면의 면적이 1제곱미터미만인 돌출간판을 제외한다.
 3. 옥상간판
 4. 광고물 상단의 높이가 지면으로부터 4미터이상인 지주이용간판
 5. 애드벌룬
 6. 공공시설물이용 광고물
 7. 교통시설이용 광고물(제27조 제1호 및 제2호의 규정에 의한 장소에 표시되는 광고물을 제외한다)
 8. 교통수단이용 광고물중 항공법에 의한 비행선을 이용하는 광고물
 9. 선전탑
 10. 아취광고물
 11. 제1호 내지 제10호의 규정에 의한 광고물외의 광고물로서 전기를 이용하는 광고물. 다만, 백열등을 이용하여 조명을 하거나 형광등을 이용하는 광고물을 제외한다.
- ② 법 제3조 제1항의 규정에 의하여 허가를 받아 설치하여야 하는 게시시설은 제1항의 규정에 의하여 허가를 받아야 하는 광고물을 설치하기 위한 게시시설로 한다.

옥외광고물등관리법시행령(2000. 7. 1. 대통령령 제16891호로 개정되고 2001. 11. 22. 대통령령 제17412호로 개정되기 전의 것) 제5조(신고대상 광고물) 법 제3조 제1항의 규정에 의하여 신고하여 표시하여야 하는 광고물은 다음과 같다.

1. ~5. 생략
 6. 교통수단이용광고물(제4조 제1항 제8호의 규정에 의한 광고물을 제외한다)
 7. 8. 생략
- 제14회아시아경기대회지원법 제8조(수익사업) ① 조직위원회는 아시아경기대회의 준비 및 운영에 필요한 비용에 충당하기 위하여 문화체육부장관의 승인을 얻어 다음 각호의 수익사업을 할 수 있다.
1. 체육복표의 증량발행
 2. 기념주화의 판매
 3. 옥외광고사업
 4. 기념우표등 사업
 5. 택지등 분양사업
- ② 조직위원회는 수익사업으로 조성되는 자금중 일부를 대통령령이 정하는 바에 의하여

다른 기관에 교부할 수 있다.

제14회아시아경기대회지원법 제11조(옥외광고물등) 조직위원회는 아시아경기대회의 준비 및 운영에 필요한 비용에 충당하기 위하여 옥외광고물등관리법의 규정에 따라 옥외광고를 통한 수익사업을 할 수 있다. 다만, 옥외광고물의 종류·규격·설치장소 및 사업기간과 전기사용의 제한에 관하여는 옥외광고물등관리법 및 전기사업법의 규정에 불구하고 대통령령으로 정한다.

【참조판례】

1. 헌재 1998. 2. 27. 96헌바2 판례집 10-1, 118

【당 사 자】

청 구 인 주식회사 카드레스 외 2인

위 청구인들 대리인 변호사 조영호 외 1인

【주 문】

청구인들의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인 주식회사 카드레스는 광고를 수주받아 자가용 승용차를 가진 사람들을 대상으로 그들에게 대가를 지불하고 의뢰받은 업체의 광고를 자가용에 부착하는 방식으로 자가용 등 비영업용 차량을 광고매체로 활용하는 신종 광고대행업을 목적으로 설립된 법인이고, 청구인 송제호는 위 법인의 대표이사로서 위와 같은 영업방식을 특허출원하고 위 법인을 설립하여 국내에서는 시도된 적이 없는 비영업용 차량의 광고업을 운영하고자 하는 자이며, 청구인 송준우는 위 회사의 감사이며 현재 자신의 개인 소유 승용차에 청구인 회사의 광고물을 부착하여 운행하는 자이다.

그런데 교통수단을 이용하여 광고를 하고자 하는 자는 시·도지사에게 신고를 하여야 하고(구 옥외광고물등관리법 제3조 제1항 제6호, 제3조 제2항, 위법 시행령 제5조 제6호), 교통수단을 이용한 광고는 교통수단 소유자에 관한 광고에 한하여 할 수 있으며(위법 시행령 제13조 제9항), 신고를 하지 않

고 광고를 하는 경우 처벌을 받도록 규정되어 있다(위법 제18조 제2항, 제19조). 이에 청구인들은 위 법령규정들에 의하여 헌법상 보장된 행복추구권과 평등권, 신체의 자유, 직업의 자유 및 표현의 자유를 침해당하였다고 주장하면서 2000. 12. 8. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

(1) 청구인들은 헌법소원심판을 청구하면서 옥외광고물등관리법(1999. 1. 18. 법률 제5632호로 개정되고 2001. 7. 24. 법률 제6490호로 개정되기 전의 것, 이하 “법”이라 한다) 제3조 제1항 제6호, 제3조 제2항, 제18조 제2항, 제19조, 옥외광고물등관리법시행령(2000. 7. 1. 대통령령 제16891호로 개정되고 2001. 11. 22. 대통령령 제17412호로 개정되기 전의 것, 이하 “시행령”이라 한다) 제5조 제6호도 청구취지에 포함시키고 있다.

(가) 그러나 청구인들이 다투고자 하는 것은 ‘교통수단을 이용한 광고를 교통수단 소유자에 관한 광고에 제한하면서 이를 위반하는 경우 처벌하는 것이 헌법에 위반되는지’의 여부일 뿐, 옥외광고물을 표시하고자 하는 경우 허가나 신고를 받도록 한 것이 위헌인지(법 제3조 제1항 제6호) 또는 허가 또는 신고의 기준에 관하여 필요한 사항을 대통령령으로 정하도록 위임한 것이 위헌인지(법 제3조 제2항)의 여부 그 자체는 청구인들이 다투고자 하는 바가 아니다. 청구인들이 헌법소원심판을 통하여 ‘국가가 개인의 광고행위에 대하여 신고의무를 부과한 것의 위헌여부’를 다투는 경우에 비로소, 신고의무를 부과하는 법 제3조 및 그와 불가분의 관계에 있는 처벌규정인 법 제18조, 제19조가 함께 심판대상이 되어야 할 것이다.

(나) 청구인들은 처벌조항인 법 제18조 제2항 및 제19조의 위헌성도 주장하고 있으나, 차량소유자가 자신의 차량을 이용하여 타인의 광고를 한 경우, 즉 시행령 제13조 제9항에 위반한 경우, 그가 위 시행령조항의 위반으로 인하여 처벌을 받는 것이 아니라, ‘교통수단이용 광고물’의 경우 신고를 하고 광고를 하게 되어 있는데(시행령 제5조 제6호, 법 제3조 제1항) 신고를 하지 않고 광고를 하였기 때문에 법 제18조 제2항 및 제19조에 의하여 처벌을 받는 것이다. 물론, 차량을 이용한 광고의 경우 타인에 관한 광고를 하려고 하는 자는 신고의무가 있음에도 이를 신고하지 않을 것이므로, 타인에 관한 광고를 하는 경우와 신고를 하지 않은 경우가 사실상 일치하지만, 규범적으로 볼 때 차량소유자가 처벌을 받는 것은 타인에 관한 광고를 하였기 때문이 아니라, 신고를 하지 않고 광고를 하였기 때문이다.

(다) 따라서 청구인들이 처벌조항의 위헌성을 주장한 것은, 위 시행령조항을 위반하는 경우 사실적으로 발생하는 법적 결과를 언급한 것에 지나지 않을 뿐이므로, 청구인들이 다투고자 하는 것은 궁극적으로 ‘교통수단을 이용한 광고를 교통수단 소유자에 관한 광고에 제한하는 것’의 위헌여부라고 판단된다. 따라서 이 사건 심판대상을, 교통수단을 이용한 광고를 교통수단 소유자에 관한 광고에 제한하고 있는 구 옥외광고물등관리법시행령 제13조 제9항 본문으로 제한하기로 한다.

(2) 그렇다면 이 사건 심판의 대상은 구 옥외광고물등관리법시행령(2000. 7. 1. 대통령령 제16891호로 개정되고 2001. 11. 22. 대통령령 제17412호로 개정되기 전의 것) 제13조 제9항 본문(이하 “이 사건 시행령조항”이라 한다)이 헌법에 위반되는지의 여부이고, 그 규정 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

(가) 심판대상조항

시행령 제13조(광고물 등의 일반적 표시방법)

① 내지 ⑦ 생략

⑧ 삭제

⑨ 제3조 제14호의 규정에 의한 광고물은 당해 교통수단의 소유자에 관한 광고내용에 한하여 표시할 수 있다. 다만, 비행선을 이용하는 경우에는 시·도조례가 정하는 표시방법에 의한다.

⑩ 생략

(나) 관련조항

법 제3조(광고물 등의 허가 또는 신고) ① 다음 각호의 1에 해당하는 지역·장소 및 물건에 광고물 또는 게시시설(이하 “광고물등”이라 한다) 중 대통령령이 정하는 광고물 등을 표시하거나 설치하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 특별시장·광역시장 또는 도지사(이하 “시·도지사”라 한다)의 허가를 받거나 시·도지사에게 신고하여야 한다. 허가 또는 신고사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다.

1. 내지 5. 생략

6. 기타 미관풍치의 유지 및 도시환경의 보전을 위하여 대통령령이 정하는 지역·장소 및 물건

② 제1항의 규정에 의한 광고물 등의 종류·모양·크기·색깔, 표시 또는 설치의 방법 및 기간 등 허가 또는 신고의 기준에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제18조(벌칙) ① 생략

② 제3조의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 광고물 등을 표시하거나 설치한 자는 300만원 이하의 벌금에 처한다.

제19조(양벌규정) 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제18조의 위반행위를 한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 동조의 벌금형을 과한다.

시행령 제3조(옥외광고물의 분류) 옥외광고물(이하 “광고물”이라 한다)은 다음과 같이 분류한다.

1.~13. 생략

14. 교통수단이용 광고물 : 제2조의 규정에 의한 교통수단의 외부에 문자·도형 등을 아크릴·금속재 등의 판에 표시하여 부착하거나 직접 도료로 표시하는 광고물

15.~17. 생략

제5조(신고대상 광고물) 법 제3조 제1항의 규정에 의하여 신고하여 표시하여야 하는 광고물은 다음과 같다.

1.~5. 생략

6. 교통수단이용광고물(제4조 제1항 제8호의 규정에 의한 광고물을 제외한다)

7.~8. 생략

2. 청구인들의 주장 및 이해관계인의 의견

가. 청구인들의 주장 요지

(1) 청구인 송준우와 같은 자가용 승용차의 소유자들은 이 사건 시행령조항으로 말미암아 청구인 회사와 같은 업체를 통하여 광고계약을 체결하고 자신의 승용차를 이용하여 이익을 실현시킬 기회를 박탈당하고 있다. 따라서 교통수단에 대한 옥외광고물의 내용을 그 교통수단의 소유자에 관한 광고로만 제한하는 것은 자가용을 표현매체로 이용한 자기만의 개성표현을 전면적으로 금지하는 효과를 가져오므로, 헌법상 보장된 행복추구권의 한 내용인 개성의 자유로운 발현과 계약체결의 자유를 침해하는 것이며, 나아가 과잉금지의 원칙에 위반하여 청구인 주식회사의 영업의 자유 및 위 회사를 설립한 청구인 송제호의 직업선택의 자유를 과도하게 제한하는 것이다.

(2) 현행법은 자동차 이용광고를 기업체 소유차량에 대한 기업광고, 개인소

유 차량의 개인광고, 아시아경기대회지원법에 의한 택시와 버스 등의 상업광고만을 허용하고 있을 뿐, 개인소유 승용차에는 상업성(영리성) 유무를 불문하고 타인에 관한 광고물의 부착을 허용하고 있지 않으므로, 이 사건 시행령 조항은 표현의 자유에 대한 본질적인 제약을 의미한다.

(3) 이 사건 시행령조항이 모든 교통수단의 광고내용을 소유자에 관한 광고로 제한함에 반하여, 같은 교통수단인 시내버스, 영업용 택시, 영업용 화물자동차, 전세 및 시외버스 등에는 아시아경기대회지원법 제8조 제3호, 아시아경기대회지원법시행령 제11조 제5 내지 9호, 제12조에 의하여 교통수단의 소유자에 관한 광고 이외의 상업광고를 허용하고 있다. 비록 비업무용 차량과 업무용 차량의 차별적 대우는 아시안게임의 지원금의 마련이라는 점에서 그 목적의 정당성을 인정할 수 있으나, 이 사건 시행령조항이 비업무용 승용차를 옥외광고물 매체에서 제외시킨 것은 비업무용 차량의 소유자에게 일방적 희생만을 강요하는 것으로 헌법에서 보장하는 평등권을 침해하고 있다.

(4) 또한 옥외광고물등관리법 제18조 및 제19조는 교통수단의 소유자에 관한 광고 이외의 광고물에 대하여 벌금 300만원 이하의 형벌을 규정하고 있고, 제18조의 위반행위를 한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 동조의 벌금형을 과하는 양벌규정을 두고 있다. 그런데 벌금형의 부과는 국민의 재산권을 침해하는 것이며 위반자가 벌금을 선고받고도 그 벌금을 납부하지 않으면 노역장유치로 이어져 국민의 신체의 자유마저 침해하게 된다.

나. 행정자치부장관의 의견요지

(1) 자기소유차량에 한하여 자기광고를 허용하는 것은 광고물의 난립을 방지하여 미관풍치를 유지하고 차량운행에 장애가 되지 않도록 도로교통의 안전성을 도모하기 위하여 가해지는 제한으로서, 광고의 자유화를 통하여 얻게 되는 사익보다 이로 인하여 발생하는 공익침해의 우려가 심히 크다고 할 것이므로, 자가용차량에 대한 광고제한이 과잉금지의 원칙에 반하여 행복추구권이나 직업선택의 자유를 침해하는 것이라 할 수 없다.

(2) 교통수단의 광고내용을 그 교통수단의 소유자에 관계되는 내용에 한하여 표시할 수 있도록 한 것은 운행의 안전성확보, 광고의 난립 등을 방지하기 위한 것이며, 시내버스, 영업용 택시 등에 대해서 교통수단의 소유자 이외에 상업광고를 할 수 있도록 한 것은 범국민적인 국제행사의 원만한 개최를 지원하기 위한 운용비용의 충당 등을 위하여 특별히 제정된 법령에 의하여 한

시적으로 표시하도록 한 것으로서, 그 목적이 서로 다르므로 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

(3) 옥외광고물등관리법 제19조에 양벌규정을 둔 것은 옥외광고제도의 특성상 광고행위와 법인 등이 광고물 등의 제작·표시에 있어 상호 불가분의 관계에 있고, 옥외광고물에 의하여 야기될 수 있는 사회적·환경적 영향 등을 고려치 않고 개인적인 경제적 이익만을 위하여 불법적으로 광고물 등을 제작하는 것을 막기 위하여 광고행위자는 물론 법인 등에게도 상응한 처벌을 하는 것이다. 따라서 재산권과 신체의 자유를 침해한다는 청구인의 주장은 이유 없다.

3. 판 단

가. '교통수단이용 광고물'에 관한 법적 규제의 내용

(1) 자동차 외부에 광고를 표시하는 것은 시행령 제3조 제14호 및 제5조 제6호에서 규정하고 있는 '교통수단이용 광고물'에 해당한다.

'옥외광고물'이라 함은 상시 또는 일정기간 계속하여 공중에 표시되어 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소에서 볼 수 있는 것으로서 교통시설 또는 교통수단에 표시되는 것을 포함하는 간판·입간판·현수막·벽보·전단 기타 이와 유사한 것을 말한다(법 제2조 제1호). 그런데 위에서 말하는 '교통수단'은 열차(전동차 포함)·자동차·선박·항공기를 말하는 것으로서(시행령 제2조 제2호), 교통수단의 외부에 문자·도형 등을 아크릴·금속재 등의 판에 표시하여 부착하거나 직접 도료로 표시하는 광고물을 '교통수단이용 광고물'이라 한다(시행령 제3조 제14호).

누구든지 임의로 옥외광고를 할 수 있는 것은 아니며, 광고물 등을 표시하거나 설치하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 시·도지사의 허가를 받거나 시·도지사에게 신고하여야 한다(법 제3조 제1항).

따라서 시행령은 허가를 받고서 옥외광고를 할 수 있는 것과 신고를 하고 옥외광고를 할 수 있는 경우를 구분하여 규정하고 있는데, 교통수단이용 광고물과 관련하여서는, 항공법의 규정에 의한 비행선에 광고물을 표시하는 경우에는 시·도지사의 허가를 받아야 하고(시행령 제4조 제1항 제8호), 그 외의 교통수단이용 광고물의 경우에는 시·도지사에게 신고를 하고 표시할 수 있도록 하면서(시행령 제5조 제6호), 교통수단이용 광고물의 표시방법과 관련하여 시행령 제13조 제9항은 비행선을 이용하는 경우를 제외하고는 '교통수단의 소유자에 관한 광고내용에 한하여 표시할 수 있다'고 규정함으로써, 타인

에 관한 광고를 허용하지 않고 있다.

법 제3조의 규정들에 의한 신고를 하지 아니하고 광고물 등을 표시하거나 설치한 자는 300만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있으며(법 제18조 제2항), 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 위의 내용에 대한 위반행위를 한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 동조의 벌금형을 과하도록 하고 있다(법 제19조).

(2) 한편, 1997년 제2회 동아시아 경기대회 및 2002년 제14회 아시아 경기 대회의 준비와 운영을 위하여 설립된 재단법인과 아시아경기대회 관련사업을 지원할 목적으로 제정된 ‘제14회아시아경기대회지원법’은 아시아경기대회의 준비 및 운영에 필요한 비용을 충당하기 위하여 조직위원회가 문화체육부 장관의 승인을 얻어서 옥외광고물등관리법의 규정에 따라 옥외광고를 통한 수익사업을 할 수 있도록 하고 있다(위 법 제8조 제1항 제3호 및 제11조 본문). 그러나 옥외광고물의 종류·규격·설치장소 등에 관하여는 옥외광고물등관리법 및 전기사업법의 규정에 불구하고 대통령령으로 정하도록 하고 있다(위 법 제11조 단서). 이에 따라 위 법 시행령 제11조 제5호 내지 제9호에서 위 법 제11조 단서에 해당하는 ‘옥외광고물의 종류’로서 시내버스 외부광고, 영업용 택시광고, 영업용 화물자동차 외부광고, 전세버스 외부광고, 시외버스 외부광고를 규정함으로써, 타인에 관한 광고를 허용하고 있다.

나. 이 사건 시행령조항에 의하여 제한되는 기본권

이 사건 시행령조항은 자동차 외부에 자동차 소유주와 관련된 광고 이외의 광고물을 부착하는 것을 금지하고 있다. 자동차 소유주가 자동차란 표현매체를 이용하여 자유롭게 자신이 원하는 내용의 광고물을 부착하는 것을 금지하는 것이므로, 이 사건 시행령조항은 자동차 소유주의 표현의 자유를 제한하는 것이 된다. 또한 이 사건 시행령조항에 의하여 자동차 소유자들을 모집하여 대가를 지불하고 광고주로부터 일정한 금액을 받고 광고를 부착하는 자동차 광고대행업을 영위하고자 하는 주식회사 카드레스와 위 법인의 대표이사인 청구인 송제호의 직업의 자유가 제한되는 효과가 발생한다.

청구인들은 ‘업무용차량의 경우 아시안게임의 지원기금을 마련하기 위하여 제정된 특별법에 의하여 타인에 관한 상업광고를 허용하면서 이 사건 시행령조항이 타인에 관한 상업광고를 금지하는 것은 비업무용 자가용과 업무용 차량을 차별대우하는 것이다’라고 주장하나, 이 사건 시행령조항은 모든 자동차

에 대하여 일률적으로 자동차소유주에 관한 광고만을 허용하고 타인에 관한 광고는 금지하고 있으므로, 위 시행령조항에 의하여 청구인들이 사업용자동차 혹은 사업용화물자동차 소유주에 대하여 차별을 당하는 것은 아니다. 청구인들이 사업용자동차 혹은 사업용화물자동차 소유주와의 관계에서 차별을 받는다면, 이는 시내버스·영업용 택시·영업용화물자동차·전세버스·시외버스에 대해서만 타인에 관한 광고를 할 수 있도록 허용하고 있는 제14회아시아경기대회지원법 및 같은 법 시행령규정에 기인하는 것이다. 따라서 평등원칙은 이 사건 시행령조항에 의하여 제한되는 기본권으로서 고려되지 않는다.

다. 광고의 역할과 그에 대한 헌법상의 보호

(1) 광고는 현대 자본주의사회의 필수불가결한 제도인 동시에 기업의 마케팅활동의 필수요소인 기업언론으로서의 존재의의를 가지고 있다. 광고는 상품의 품질, 특징, 가격 등의 정보를 제공함으로써 소비자의 소비선택을 위한 판단과 의사결정에 보조적인 역할을 수행함과 동시에 구매의사결정에 설득적으로 작용함으로써 구매욕구를 자극시킨다. 또한 광고는 여러 형태의 표현방식을 동원하여 상품에 대한 사회적 가치를 부여하고 이러한 과정에서 새로운 생활양식과 가치관을 제시함으로써 새로운 문화를 형성하기도 한다.

그러나 한편으로 광고가 소비자에게 미치는 직·간접적인 영향력이 큰 만큼 그 사회적 역기능도 적지 아니하다. 예컨대, 허위·기만·과장광고로 인하여 소비자를 오도하거나 시장에서의 공정경쟁을 저해하기도 하고 또는 이윤추구의 목적 하에 그릇된 행동양식을 사회적 가치로 정형화시킴으로써 기존의 문화를 왜곡된 방향으로 변질시킬 수도 있다. 그러므로 광고표현에 대해서는 사회적 책임이 특별히 강조되고 있고, 세계 각국은 이러한 사회적 책임을 담보하기 위하여 광고표현에 대하여 광범위한 타율적 규제장치들을 마련하고 있으며, 그 밖에 광고유관단체에 의한 자율규제 및 소비자단체에 의한 규제도 널리 이루어지고 있다.

(2) 광고가 단순히 상업적인 상품이나 서비스에 관한 사실을 알리는 경우에도 그 내용이 공익을 포함하는 때에는 헌법 제21조의 표현의 자유에 의하여 보호된다. 헌법은 제21조 제1항에서 “모든 국민은 언론·출판의 자유……를 가진다”라고 규정하여 현대 자유민주주의의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권으로 언론·출판의 자유를 강력하게 보장하고 있는바, 광고물도 사상·지식·정보 등을 불특정다수인에게 전파하는 것으로서 언론·출판의 자유에 의한 보호를 받는 대상이 됨은 물론이다(헌재 1998. 2. 27. 96헌바2, 판례

집 10-1, 118, 124). 뿐만 아니라 국민의 알권리는 국민 누구나가 일반적으로 접근할 수 있는 모든 정보원(情報原)으로부터 정보를 수집할 수 있는 권리로써 정보수집의 수단에는 제한이 없는 권리인 바, 알권리의 정보원으로서 광고를 배제시킬 합리적인 이유가 없음을 고려할 때, 광고는 이러한 관점에서도 표현의 자유에 속한다고 할 것이다.

그러나 언론·출판의 자유가 기본권으로 보장된다고 하여 무제한적으로 보장되는 것은 아니다. 우리 헌법은 제21조 제2항에서 “언론·출판에 대한 허가나 검열……는 인정되지 아니한다”라고 특별히 규정하여, 언론·출판의 자유에 대하여 허가나 검열을 수단으로 한 제한만은 헌법 제37조 제2항의 규정에도 불구하고 어떠한 경우라도 법률로써도 허용되지 아니한다는 것을 밝히고 있으며(헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등 참조), 헌법 제21조 제3항 및 제4항에서는 “통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다. 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다”라고 명시함으로써 다원화된 현대정보산업사회에서 언론·출판이 가지는 사회적 의무와 책임에 관하여도 규정하고 있다. 따라서 허가나 검열에 해당되지 아니한다고 하더라도, 언론·출판의 자유는 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로써 본질적 내용을 침해하지 않는 한 일정한 제한을 받을 수 있다고 할 것이다.

라. 이 사건 시행령조항의 위헌여부

(1) 법 제1조에 의하면, 법은 옥외광고물의 표시장소·표시방법과 게시시설의 설치·유지 등에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 미관풍치와 미풍양속을 유지하고 공중에 대한 위해를 방지함을 목적으로 하고 있는바, 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다는 헌법 제35조 제1항에 비추어 그 입법목적의 정당성이 인정된다. 옥외광고물이나 게시시설이 방입될 경우 각양각색의 광고물로 인하여 주거지역, 녹지지역, 자연보존지구, 묘지, 고속도로변, 교량, 하천 등 국민의 주거환경과 국토경관이 크게 침해당하게 되어 결과적으로 헌법 제35조 제1항이 보장하는 국민의 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 침해하게 될 것임은 손쉽게 이해할 수 있다(헌재 1998. 2. 27. 96헌바2 판례집 10-1, 118, 127-128 참조).

마찬가지로 자동차에 무제한적으로 광고를 허용하게 되면, 교통의 안전과 도시미관을 해칠 수가 있다. 예를 들면 일정 공익의 실현을 위하여 특수한 표식을 하고 운행을 하는 자동차인 순찰차, 소방차, 구급차 등과 유사한 모양과 색깔의 광고를 자동차에 함으로써 일반인들로 하여금 혼동을 유발할 우려가 있으며, 이로 인하여 공익상의 기능을 수행하기 위하여 특수한 표식을 한 자동차들이 제 기능을 발휘하지 못하는 경우가 발생할 수 있다. 또한 무분별한 광고를 허용하게 되면 운전자들의 운전과 보행자들에게 산란함을 야기하여 운전과 보행에 방해가 됨으로써 도로안전에 영향을 미칠 수 있으며, 또한 도시미관을 해칠 수가 있다. 따라서 도로안전과 환경·미관을 위하여 자동차에 광고를 부착하는 것을 제한하는 것은 일반 국민들과 운전자들의 공공복리를 위한 것이라 할 수 있고, 이러한 이유로 제한이 가능하다 할 것이다.

(2) 한편, 국가가 개인의 표현행위를 규제하는 경우, 표현내용에 대한 규제는 원칙적으로 중대한 공익의 실현을 위하여 불가피한 경우에 한하여 엄격한 요건 하에서 허용되는 반면, 표현내용과 무관하게 표현의 방법을 규제하는 것은 합리적인 공익상의 이유로 폭넓은 제한이 가능하다. 헌법상 표현의 자유가 보호하고자 하는 가장 핵심적인 것이 바로 ‘표현행위가 어떠한 내용을 대상으로 한 것이든 보호를 받아야 한다’는 것이며, ‘국가가 표현행위를 그 내용에 따라 차별함으로써 특정한 견해나 입장을 선호하거나 억압해서는 안된다’는 것이다.

그런데 이 사건 시행령조항은 모든 광고를 전면적으로 금지하는 것이 아니라, 자동차 소유자 자신에 관한 내용의 광고는 허용하면서 타인에 관한 내용의 광고를 금지하고 있다. 이 사건 시행령조항이 자동차소유자 자신에 관한 광고는 허용하면서 타인에 관한 광고를 금지하는 것은 일견하여 표현내용에 따른 규제로 볼 수도 있으나, 이 사건 시행령조항이 자신에 관한 광고와 타인에 관한 광고를 구분하여 규제의 기준으로 삼은 것은, 광고의 매체로 이용될 수 있는 차량을 제한함으로써 자동차를 이용한 광고행위의 양을 도로교통의 안전과 도시미관을 해치지 않는 적절한 수준으로 제한하려고 한 것이다.

자동차를 이용하여 자동차 소유자 자신에 관한 광고만을 할 수 있는 경우, 대부분의 차량이 자기광고의 필요성과 계기를 가지지 못한다는 점을 감안할 때, 광고를 할 수 있는 차량은 사실상 기업광고를 하는 기업체소유 차량과 개인광고를 하는 개인소유 차량으로 축소되는 반면에, 타인에 관한 광고가 허용되는 경우에는 모든 차량이 타인을 위한 광고용 차량으로 이용될 수 있다는

잠재성을 지니게 되는 것이다. 즉 자동차 소유자 자신에 관한 광고는 광고를 함에 있어서 광고의 내용이라든가 광고의 양이 제한적일 수밖에 없는 반면, 타인에 관한 광고는 그 내용이라든가 양이 매우 폭넓게 행하여 질 수 있는 것이다. 결국 타인에 관한 광고를 허용하게 되면 무분별한 광고를 하게 되고 이로 인하여 도로교통의 안전과 도시미관을 저해하는 폐해가 발생하게 될 것이다. 따라서 이 사건 시행령조항이 자신에 관한 광고를 허용하면서 타인에 관한 광고를 금지한 것은 특정한 표현내용을 금지하거나 제한하려는 것이 아니라 광고의 매체로 이용될 수 있는 차량을 제한하고자 하는 표현방법에 따른 규제로서, 표현의 방법에 대한 제한은 합리적인 공익상의 이유로 비례의 원칙의 준수 하에서 가능하다고 할 것이다.

자동차란 매체를 이용하여 자유롭게 광고를 하는 표현행위가 개인의 인격발현에 대하여 가지는 의미·중요성과 다른 한편으로는 자동차를 이용한 광고행위를 제한해야 할 공익상의 이유를 서로 비교형량하여 볼 때, 자동차에 타인에 관한 광고표시를 허용함으로써 보장되는 표현의 자유를 통해 얻을 수 있는 개인의 이익보다는 자동차에 타인에 관한 광고를 금지함으로써 얻을 수 있는 공익이 더 크다고 할 것이다. 따라서 이 사건 시행령조항이 표현의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

(3) 이 사건 시행령조항은 차량소유자에게 타인에 관한 광고를 금지함으로써, 비영업용 차량을 광고매체로 활용하는 신중 광고대행업을 운영하려는 청구인들의 직업의 자유를 제한하는 효과를 부수적으로 가져온다. 법규정이 비록 직업의 자유를 직접 규율하고자 하는 것은 아니지만 간접적으로 직업의 행사를 저해하거나 또는 불가능하게 하는 경우에도, 직업의 자유에 대한 제한이 인정될 수 있다.

헌법은 제15조에서 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다”고 하여, 개인이 국가의 간섭을 받지 아니하고 원하는 직업을 자유롭게 선택하는 ‘직업선택의 자유’뿐만 아니라 선택한 직업을 자신이 원하는 대로 자유롭게 행사할 수 있는 ‘직업수행의 자유’를 보장하고 있다. 직업선택의 자유와 직업행사의 자유는 기본권주체에 대한 그 제한의 효과가 다르기 때문에 제한에 있어서 적용되는 기준도 다르며, 특히 직업행사의 자유에 대한 제한의 경우 인격발현에 대한 침해의 효과가 일반적으로 직업선택 그 자체에 대한 제한에 비하여 작기 때문에, 그에 대한 제한은 보다 폭넓게 허용된다고 할 수 있다.

이 사건의 경우, 이 사건 시행령조항에 의한 제한이 청구인들의 인격발현과

개성신장에 미치는 비교적 경미한 효과를 고려할 때, ‘비영업용 차량을 광고 매체로 이용하는 광고대행업’은 하나의 독립된 직업이 아니라 단지 ‘광고대행업’을 행사하는 방법의 하나라고 판단되므로, 위 시행령조항은 ‘광고대행업’이란 직업의 행사방법을 제한하는 규정이다. 직업수행의 자유의 경우 공익상의 합리적인 이유로 제한될 수 있음은 물론이나, 이 경우에도 ‘개인의 자유가 공익실현을 위해서도 과도하게 제한되어서는 아니되며 개인의 기본권은 꼭 필요한 경우에 한하여 필요한 만큼만 제한되어야 한다’는 비례의 원칙(헌법 제 37조 제2항)을 준수해야 한다.

이 사건 시행령조항에 의하여 청구인들의 직업행사의 자유가 제한을 받는다는 점은 인정되나, 차량을 매체로 하는 광고를 제한함으로써 달성하고자 하는 공익인 도로교통의 안전성과 도시미관의 중대함에 비추어, 제한을 통하여 얻는 공익적 성과와 개인의 자유에 대한 제한의 정도가 합리적인 비례관계를 벗어났다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 시행령조항은 직업의 자유를 침해하지 않는다.

(4) 결론적으로, 이 사건 시행령조항은 합리적인 공익상의 이유로 청구인들의 기본권을 비례의 원칙에 부합하게 제한하는 규정으로서 헌법에 위반되지 않는다.

4. 결 론

따라서 청구인들의 심판청구는 이유없어 이를 모두 기각하기로 하여, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성 김경일
송인준 주선희(주심)

수형자분류처우규칙 위헌확인

(2002. 12. 18. 2001헌마111 전원재판부)

【판시사항】

1. 분류·처우 및 귀휴에 관하여 필요한 사항은 법무부장관이 정한다고 규정한 행형법 제44조 제5항의 기본권침해의 직접관련성 인정 여부(소극)
2. 청구인이 2001. 2. 16. 수형자분류처우규칙에 대하여 헌법소원심판을 청구하고, 이어서 같은 해 8. 9. 청구인의 국선대리인이 추가로 행형법 제44조 제5항에 대한 위헌확인을 구하는 내용의 헌법소원심판청구서를 제출한 경우 추가된 행형법 제44조 제5항에 대한 심판청구부분에 대한 청구기간의 준수 여부를 가리는 시점
3. 수형자분류처우규칙 제32조 제1항 제2호의 급외자에 대한 기본권침해의 자기관련성 인정 여부(소극)

【결정요지】

1. 행형법 제44조 제5항은 “분류·처우 및 귀휴에 관하여 필요한 사항은 법무부장관이 정한다.”고 규정하고 있어 이의 위임에 따라 제정된 법무부령인 수형자분류처우규칙의 근거가 되는 법률 조항에 해당할 뿐, 그 자체에 의하여 청구인의 기본권에 영향을 미치는 것이 아니고, 동 조항 및 수형자분류처우규칙을 근거로 한 구체적인 집행행위가 있는 경우에 비로소 청구인의 기본권에 영향을 미치게 되므로 위 행형법 제44조 제5항에 대한 심판청구는 기본권침해의 직접성요건이 결여되어 부적법하다.
2. 청구인이 2001. 2. 16. 수형자분류처우규칙에 대하여 헌법소원심판을 청구하고, 이어서 같은 해 8. 9. 청구인의 국선대리인이 주위적으로 행형법 제44조 제5항에 대한 위헌확인을 구하고, 예비적으로 기존의 수형자분류처우규칙에 대한 위헌확인을 구하는 내용의 헌법소원심판청구서를 제출한 경우에, 추가된 행형법 제44조 제5항에 대한 심판청구부분은 청구인의 국선대리인이 그 심판청구서를 제출한 때

에 청구한 것이라 볼 것이고, 따라서 이 시점을 기준으로 하여 청구기간의 준수 여부를 가려야 할 것이다.

3. 수형자분류처우규칙 제32조 제1항 제2호는 누진처우대상자의 진급정지에 관한 규정으로, 동 규정은 책임점수의 소각여부에 따라 진급심사 등이 없이 자동적으로 진급여부가 결정되는 누진처우대상자에게만 적용되며, 책임점수 자체가 없어 등급변경심사에 의하여 등급변경여부가 결정되는 급외자에 대하여는 적용될 여지가 없고, 따라서 급외자에 해당하는 청구인이 위 규칙 제32조 제1항 제2호에 대하여 한 이 사건 심판청구는 기본권침해의 자기관련성이 결여되어 부적법하다.

【심판대상조문】

행형법(1999. 12. 28. 법률 제6038호로 개정된 것) 제44조(분류·처우 및 귀휴)

①~④ 생략

⑤ 분류·처우 및 귀휴에 관하여 필요한 사항은 법무부장관이 정한다.

수형자분류처우규칙(1999. 5. 20. 법무부령 제480호로 전문개정된 것) 제32조(진급정지 사유) ① 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 수형자의 진급을 정지시킬 수 있다.

1. 징벌처분을 받은 때
2. 집행유예의 실효 또는 추가형의 확정이 예정되는 때
3. 기타 진급시킬 수 없는 특수한 사유가 있는 때

② 제1항의 규정에 의한 진급정지기간동안에 취득한 소득점수는 이를 인정하지 아니한다. 다만, 제1항 제2호의 규정에 의하여 진급이 정지된 수형자에 대하여는 이를 인정할 수 있다.

【참조조문】

헌법 제10조, 제11조, 제12조, 제14조, 제18조, 제20조, 제27조 제4항, 제37조 제2항
헌법재판소법 제69조 제1항

【참조판례】

1. 헌재 1998. 3. 26. 96헌마166, 판례집 10-1, 285
헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496
헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147
2. 헌재 1996. 3. 28. 93헌마198, 판례집 8-1, 241

헌재 2002. 12. 18. 2001헌마111

헌재 1998. 9. 30. 96헌바88, 판례집 10-2, 517
3. 헌재 1997. 11. 27. 96헌마226, 판례집 9-2, 716

【당 사 자】

청 구 인 이○진

국선대리인 변호사 지헌범

【주 문】

청구인의 심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1997. 11. 27.경 서울지방법원(97고합852)에서 강도강간죄 등으로 징역 5년을 선고받고, 같은 해 12. 30.경 서울지방법원(97고합1271)에서 별건인 사기죄로 징역 10월을 선고받았다. 그 후 청구인은 위 두 사건에 대하여 모두 항소하여, 1998. 5. 21.경 서울고등법원(97노2954)에서 위 두 사건을 병합하여 징역 5년이 선고되고, 같은 해 8. 21.경 대법원(98도1733)에서 청구인의 상고가 기각되어 위 판결이 확정되었다(이 사건 제1형).

청구인은 이 사건 제1형으로 수형생활을 하던 중, 2000. 11. 29.경 전주지방법원 군산지원(2000고단1446)에서 사기죄로 징역 4월을 선고받고, 그 무렵 위 판결이 확정되었다(이 사건 제2형).

청구인은 이 사건 제1형 등과 관련하여 대구교도소를 거쳐 이 사건 청구 당시에는 군산교도소에서 수형생활을 하고 있었으며, 청구인은 이 사건 제1형과 관련한 수형생활을 할 당시부터 수형자분류처우규칙 제39조 제3호에서 정한 “장애자 또는 3주 이상의 치료를 요하는 환자로서 작업을 감당할 수 없는 자”에 해당하는 급외자였다.

청구인은 2000. 12. 5. 이 사건 제1형의 형기의 3분의 2에 도달하였으므로 2001. 1.에 정기 등급변경심사를 받아 같은 달부터 상위처우로의 등급변경이 이루어져야 함에도 불구하고, 2000. 11. 29. 징역 4월의 추가형을 받았다는 이유로 수형자분류처우규칙 제32조 제1항 제2호가 수형자의 진급을 정지시킬 수 있게 하여 상위처우로의 등급변경이 이루어지지 못하게 한 것은 헌법이

보장하는 청구인의 기본권을 침해하였다는 이유로 2001. 2. 16. 위 규칙 제32조 제1항 제2호 등의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였고, 이어서 같은 해 8. 9. 청구인의 국선대리인은 주위적으로 행형법 제44조 제5항의 위헌확인을 구하고, 예비적으로 수형자분류처우규칙 제32조 제1항 제2호의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판청구서를 제출하였다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판청구의 대상은 행형법(1999. 12. 28. 법률6038호로 개정된 것) 제44조 제5항 및 수형자분류처우규칙(1999. 5. 20. 법무부령 제480호로 전문개정된 것) 제32조 제1항 제2호의 위헌 여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

행형법(1999. 12. 28. 법률6038호로 개정된 것) 제44조(분류·처우 및 귀휴)
①~④ (생략)

⑤ 분류·처우 및 귀휴에 관하여 필요한 사항은 법무부장관이 정한다.

수형자분류처우규칙(1999. 5. 20. 법무부령 제480호로 전문개정된 것) 제32조(진급정지사유) ① 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 수형자의 진급을 정지시킬 수 있다.

1. (생략)

2. 집행유예의 실효 또는 추가형의 확정이 예정되는 때

3. (생략)

2. 청구인의 주장과 법무부장관의 의견

가. 청구인의 주장 요지

(1) 구속에 있어서 많은 과정들이 법률의 형태로 규정되어 있지만 수형생활 중의 처우에 관한 규정은 행형법 제44조 제5항에서 법무부장관에게 위임되어 있을 뿐인바, 오늘날 교도소와 수형자와의 관계 등 특별권력관계에서도 기본권을 제한하려면 법률의 근거가 있어야 한다는 원칙이 적용된다는 해석론이 확립되어 있는 상황에서 행형법 제44조 제5항이 수형자의 처우에 관한 사항을 법률이 아닌 법무부장관의 규칙 형태로 규율할 수 있도록 위임한 것은 헌법 제37조 제2항에 위반되는 것으로 청구인의 신체의 자유(헌법 제12조), 거주 이전의 자유(헌법 제14조), 통신의 자유(헌법 제18조), 종교의 자유(헌법 제20조), 행복추구권(헌법 제10조) 및 평등권(헌법 제11조)을 침해한 것이다.

(2) 수형자분류처우규칙 제10조 제2항 제2호에 의하면 2000. 12. 5. 이 사

건 제1형의 형기의 3분의 2에 도달하여 정기 등급변경심사일에 해당하므로 2001. 1.에 정기 등급변경심사를 받아 같은 달부터 상위처우로의 등급변경이 이루어져야 함에도 불구하고, 2000. 11. 29. 징역 4월의 추가형을 받았다는 이유로 위 규칙 제32조 제1항 제2호가 수형자의 진급을 정지시킬 수 있게 하여 상위처우로의 등급변경이 이루어지지 못하게 한 것은 헌법이 보장하는 청구인의 행복추구권(헌법 제10조), 평등권(헌법 제11조)을 침해하고 헌법에 규정된 형사피고인의 무죄추정의 원칙(헌법 제27조 제4항)에도 반하는 것이다.

나. 법무부장관의 의견 요지

(1) 행형법 제44조 제5항에 관하여

(가) 행형법 제44조 제5항은 “분류·처우 및 귀휴에 관하여 필요한 사항은 법무부장관이 정한다.”고 규정하고 있어, 이의 위임에 따라 제정된 법무부령인 수형자분류처우규칙의 근거가 되는 법률 조항에 해당할 뿐, 그 자체에 의하여 국민의 기본권에 영향을 미치는 것이 아니고, 동 조항 및 수형자분류처우규칙을 근거로 한 구체적인 집행행위가 있는 경우에 비로소 국민의 기본권에 영향을 미치게 되므로 이를 심판대상으로 하는 이 사건 심판청구는 직접성의 요건이 결여되어 부적법하다.

(나) 청구인에 대하여 정기 등급변경 심사를 하지 않아 상위처우로의 등급변경이 이루어지지 않았다는 점을 다투면서 제기된 이 사건 심판청구는 그 내용상 행정심판·행정소송을 통해서도 권리구제를 받을 수 있음에도 이러한 법률상 구제절차를 거치지 아니한 채 제기된 것이므로 부적법하다.

(다) 청구인은 2001. 2. 16. 수형자분류처우규칙 제32조 제1항 제2호 등의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였고, 이어서 같은 해 8. 9. 청구인의 국선대리인이 제출한 헌법소원심판청구서에서 새로이 행형법 제44조 제5항의 위헌확인을 구하고 있는바, 청구인은 자신의 기본권이 침해된 사실을 2001. 1. 20. 교도관과의 면담을 통해서 알게 되었다고 하면서도 그로부터 60일이 훨씬 지난 2001. 8. 9.에 이르러서야 위 행형법 제44조 제5항의 위헌확인을 구하는 심판청구를 하였으므로, 이러한 심판청구는 청구기간이 도과되어 부적법하다.

(라) 가사, 이 사건 주위적 심판청구가 적법하다 하더라도 이 사건 심판대상 규정은 특별권력관계인 수형관계의 특수성을 감안하여 질서유지 또는 공공복리를 위해 기본권을 제한하는 것으로 합헌적인 위임입법이며, 그 내용의

정당성·합리성 또한 인정되어 청구인이 주장하는 기본권 침해가 있다고 보기 어려우므로 이 사건 헌법소원 심판청구는 기각되어야 한다.

(2) 수형자분류처우규칙 제32조 제1항 제2호에 관하여

(가) 청구인이 위헌이라고 주장하는 위 규칙 제32조 제1항 제2호는 책임점수의 소각여부에 따라 진급심사 등이 없이 자동적으로 진급여부가 결정되는 누진처우대상자에게만 적용되며, 책임점수 자체가 없어 등급변경심사에 의해 등급변경여부가 결정되는 급외자에 대하여는 적용될 여지가 없다.

청구인은 위 규칙 제39조 제3호 소정의 “3주 이상의 치료를 요하는 환자로써 작업을 감당할 수 없는 자”에 해당하는 급외자로서 누진처우대상자의 진급정지에 관한 규정인 위 규칙 제32조 제1항이 적용될 여지는 전혀 없으며, 따라서 동 조항에 대한 이 사건 심판청구는 자기관련성이 결여되어 부적법하다.

(나) 수형자분류처우규칙 제32조 제1항의 입법취지는 집행유예가 실효되거나 추가형이 확정되면 책임점수를 재산정하여야 하기 때문에, 집행유예실효 또는 추가형이 확정되어 책임점수가 재산정될 때까지만 진급을 일시정지를 시키는 것으로서, 이는 소득점수가 책임점수에 거의 육박하여 진급이 예상되는 수형자에 대해 먼저 진급시켰다가 나중에 다시 강급시키는 중복행정을 방지하기 위한 규정이다. 따라서 본 조항에 의한 진급정지 사유의 경우 진급정지 기간 중에도 수형자가 취득한 점수는 소득점수로 계속 인정될 뿐만 아니라, 예컨대 소득점수가 미미하여 당장 진급이 되지 않을 것이 확실한 수형자의 경우에는 진급정지 조치를 내리지 않고 있다. 즉 위 조항은 해당 사유가 발생할 경우에는 반드시 진급정지를 시켜야 한다는 기속규정이 아니라, 진급정지를 시킬 수도 있다는 재량규정으로서 규정의 취지, 적용범위 등이 명확하다.

또한 재심사는 정기 재심사와 부정기 재심사로 나누어지는데, 정기 재심사는 형기의 2분의 1에 도달한 때와 형기의 3분의 2에 도달한 때에 실시하며(수형자분류처우규칙 제10조). 수형자분류처우규칙 제39조 제3호에 해당하는 급외자에 대한 등급변경심사는 형기의 2분의 1 또는 3분의 2에 도달한 때에 실시하도록 규정하고 있다(위 규칙 제42조 제2항 제2호).

그리고, 청구인에 대한 정기 등급변경심사가 2001. 1.에 이루어지지 못한 이유는 청구인이 주장하는 바와 같이 위 규칙 제32조 제1항 제2호의 진급정지 규정 때문이 아니라, 수형자분류처우규칙에 따른 업무를 처리하기 위하여 마

련된 분류처우업무지침(법무부 예규)에서 “1형, 2형, 3형 또는 판시1, 판시2, 판시3의 형을 선고받은 자에 대한 형기의 2분의 1, 형기의 3분의 2 도달일 시 점 계산은 선고받은 형을 모두 합산한 형기의 2분의 1, 3분의 2로 한다”고 규정하고 있고, 위 규정에 따라 추가된 이 사건 제2형(징역 4월)의 형기를 합산하여 형기가 3분의 2에 도달한 때를 산정하였기 때문이고, 여기에 청구인이 주장하는 어떠한 기본권 침해도 없다.

3. 판 단

이 사건 심판청구의 적법여부를 심판대상별로 본다.

가. 행형법 제44조 제5항

(1) 기본권침해의 직접성요건의 결여

(가) 법률 또는 법률 조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 그 법률 또는 법률 조항에 의하여 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접·현재·자기의 기본권을 침해받아야 하는 것을 요건으로 한다. 여기서 말하는 기본권 침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻하고, 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 기본권 침해의 법률효과가 발생하는 경우에는 직접성의 요건이 결여된다고 할 것이다(헌재 1998. 3. 26. 96헌마166, 판례집 10-1, 285, 293-294 참조).

이와 같이 법령에 대한 헌법소원에 있어서 기본권 침해의 직접성을 요구하는 이유는, 법령은 일반적으로 구체적인 집행행위를 매개로 하여 비로소 기본권을 침해하게 되므로 기본권의 침해를 받은 개인은 먼저 일반 쟁송의 방법으로 집행행위를 대상으로 하여 기본권 침해에 대한 구제 절차를 밟는 것이 헌법소원의 성격상 요청되기 때문이다(헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 10-1, 496, 503-504 참조).

그리고 위에서 말하는 집행행위에는 입법행위도 포함되므로, 법령 규정이 그 규정의 구체화를 위하여 하위 규범의 시행을 예정하고 있는 경우에는 당해 법령 규정의 직접성은 부인된다고 할 것이다(헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 154-155 참조).

(나) 이러한 관점에서 살펴볼 때, 행형법 제44조 제5항의 위헌을 구하는 이 사건 심판청구가 적법하기 위해서는 기본권 침해의 직접성이 충족되어야 한다. 그런데, 행형법 제44조 제5항은 “분류·처우 및 귀휴에 관하여 필요한 사항은 법무부장관이 정한다.”고 규정하고 있어 이의 위임에 따라 제정된 법무

부령인 수형자분류처우규칙의 근거가 되는 법률 조항에 해당할 뿐, 그 자체에 의하여 청구인의 기본권에 영향을 미치는 것이 아니고, 동 조항 및 수형자분류처우규칙을 근거로 한 구체적인 집행행위가 있는 경우에 비로소 청구인의 기본권에 영향을 미치게 되므로 위 행정법 제44조 제5항에 대한 심판청구는 기본권침해의 직접성 요건이 결여되어 부적법하다.

(2) 청구기간의 도과

(가) 법률에 대한 헌법소원의 청구기간은 그 법률의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 법률이 시행된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 그 법률이 시행된 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구하여야 하고, 법률이 시행된 뒤에 비로소 그 법률에 해당하는 사유가 발생하여 기본권을 침해받게 되는 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구하여야 한다(헌법재판소법 제69조 제1항, 1996. 3. 28. 93헌마198, 판례집 8-1, 241, 250 참조).

(나) 청구인은 2001. 2. 16. 수형자분류처우규칙에 대하여 헌법소원심판을 청구하고, 이어서 같은 해 8. 9. 청구인의 국선대리인에 의하여 ‘행정법 제44조 제5항에 대한 위헌확인을 주위적 심판청구로 하고, 기존의 수형자분류처우규칙에 대한 위헌확인을 예비적 심판청구로 한다’는 내용의 헌법소원심판청구서를 제출하였는바, 이 경우 위와 같이 추가된 행정법 제44조 제5항에 대한 심판청구부분은 청구인의 국선대리인이 그 심판청구서를 제출한 때에 청구한 것이라 볼 것이고, 따라서 이 시점을 기준으로 하여 청구기간의 준수 여부를 가려야 할 것이다(헌재 1998. 9. 30. 96헌바88, 판례집 10-2, 517, 529 참조).

그런데, 청구인은 자신의 기본권이 침해된 사실을 2001. 1. 20. 교도관 면담을 통해서 알게 되었다고 하므로, 그로부터 헌법재판소법 제69조 제1항이 정한 60일의 청구기간이 훨씬 경과한 뒤인, 2001. 8. 9.에 제기된 행정법 제44조 제5항에 대한 심판청구는 청구기간이 도과되어 부적법하다.

나. 수형자분류처우규칙 제32조 제1항 제2호

(1) 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면, 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자가 청구하여야 한다고 규정하고 있다. 이 때 ‘공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권의 침해를 받은 자’라 함은 공권력의 행사 또는 불행사로 말미암아 자기의 기본권이 현재 그리

고 직접적으로 침해받은 경우를 의미하며, 제3자는 특별한 사정이 없는 한 기본권침해에 직접 관련되었다고 볼 수 없다(헌재 1997. 11. 27. 96헌마226, 판례집 9-2, 716, 721 참조).

(2) 청구인은, 수형자분류처우규칙 제32조 제1항 제2호가 “추가형의 확정이에정되는 때에는 수형자의 진급을 정지시킬 수 있다.”고 규정함으로써 청구인에 대하여 상위처우로의 등급변경이 이루어지지 못하여 헌법이 보장하는 청구인의 기본권이 침해되었다고 주장한다.

그런데, 수형자분류처우규칙에 의하면, 형이 확정된 수형자는 ① 위 규칙 제23조에 의하여 부여되는 책임점수의 소각여부에 의해 진급심사 없이 진급여부가 자동적으로 결정되고 누진처우제도의 적용을 받는 “누진처우대상자”와, ② 책임점수가 없기 때문에 위 규칙 제43조에 의한 개선여부, 규율준수여부, 협동심 및 책임감, 근면성 및 작업성적, 작업가능여부 등을 심사하는 등급변경심사에 의하여 승급이 결정되고 원칙적으로 누진처우제도의 적용을 받지 않는 위 규칙 제39조의 “급외자”로 나누어지는데, 전자 즉 “누진처우대상자”의 등급변경 등에 대하여는 위 규칙 제21조 내지 제38조가 적용되며, 후자 즉 “급외자”의 등급변경 등에 대하여는 위 규칙 제39조 내지 제45조가 적용된다.

청구인이 위헌이라고 주장하는 수형자분류처우규칙 제32조 제1항 제2호는 누진처우대상자의 진급정지에 관한 규정으로, 이는 집행유예의 실효 또는 추가형이 확정되면 책임점수를 재산정하여야 하기 때문에 먼저 진급시켰다가 나중에 강급시키는 중복행정을 방지하는 것을 목적으로 하고 있다. 따라서, 동 규정은 책임점수의 소각여부에 따라 진급심사 등이 없이 자동적으로 진급여부가 결정되는 누진처우대상자에게만 적용되며, 책임점수 자체가 없어 등급변경심사에 의하여 등급변경여부가 결정되는 급외자에 대하여는 적용될 여지가 없다.

한편, 청구인은 위 규칙 제39조 제3호 소정의 “3주 이상의 치료를 요하는 환자로써 작업을 감당할 수 없는 자”에 해당하는 급외자로서 누진처우대상자의 진급정지에 관한 규정인 위 규칙 제32조 제1항이 적용될 여지가 없으며, 따라서 위 규칙 제32조 제1항 제2호에 대한 심판청구는 기본권침해의 자기관련성이 결여되어 부적법하다.

4. 결 론

그렇다면 청구인의 이 사건 심판청구는 모두 부적법하므로 이를 각하하기

로 하여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성
김효종(주심) 김경일 송인준 주선희

의료법 제25조 제1항 등 위헌확인

(2002. 12. 18. 2001헌마370 전원재판부)

【판시사항】

1. 의료인이 아닌 자의 의료행위를 금지하는 의료법 제25조 제1항 본문의 전단부분(이하, “이 사건 법률조항”이라 한다)에 의하여 제한되는 기본권
2. 이 사건 법률조항이 위헌인지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 법률조항은 ‘의료행위’를 개인의 경제적 소득활동의 기반이자 자아실현의 근거로 삼으려는 청구인의 기본권, 즉 직업선택의 자유를 제한하거나, 또는 청구인이 의료행위를 지속적인 소득활동이 아니라 취미, 일시적 활동 또는 무상의 봉사활동으로 삼는 경우에는 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생하는 일반적 행동의 자유를 제한하는 규정이다.

2. 이 사건 법률조항이 의료인이 아닌 자의 의료행위를 전면적으로 금지한 것은 매우 중대한 헌법적 법익인 국민의 생명권과 건강권을 보호하고 국민의 보건에 관한 국가의 보호의무(헌법 제36조 제3항)를 이행하기 위하여 적합한 조치로서, 위와 같은 중대한 공익이 국민의 기본권을 보다 적게 침해하는 다른 방법으로는 효율적으로 실현될 수 없으므로, 이 사건 법률조항으로 인한 기본권의 제한은 비례의 원칙에 부합하는 것으로서 헌법적으로 정당화되는 것이다. 그런데 헌법 재판소는 이미 1996. 10. 31. 94헌가7 결정에서 ‘의료법 제25조 제1항 본문의 전단부분과 제66조 제3호 중 “제25조 제1항” 본문의 전단에 관한 부분은 헌법에 위반되지 않는다’는 견해를 밝힌 바 있는데, 이 사건 법률조항에 대한 위와 같은 견해는 그 자체로서 타당하고 지금도 달리 판단해야 할 아무런 사정변경이 없으므로, 그대로 유지하기로 한다.

【심판대상조문】

의료법(2001. 1. 16. 법률 제6372호로 개정된 것) 제25조(무면허의료행위등 금지) ① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 자는 보건복지부령이 정하는 범위안에서 의료행위를 할 수 있다.

1. 외국의 의료인의 면허를 소지한 자로서 일정한 기간 국내에 체류하는 자
2. 의과대학, 치과대학, 한의과대학, 종합병원 또는 외국의료원조기관의 의료봉사 또는 연구 및 시범사업을 위한 의료행위를 하는 자
3. 의학·치과의학·한방의학 또는 간호학을 전공하는 학교의 학생

②, ③ 생략

의료법(2001. 1. 16. 법률 제6372호로 개정된 것) 제66조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 5년이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금에 처한다.

1. 2. 생략
3. 제12조 제2항, 제25조 제1항, 제30조 제2항(제61조 제3항에서 준용하는 경우를 포함한다)의 규정에 위반한 자

【참조조문】

헌법 제36조 제3항

의료법(2001. 1. 16. 법률 제6372호로 개정된 것) 제2조(의료인) ① 이 법에서 “의료인”이라 함은 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사를 말한다.

② 생략

의료법(2001. 1. 16. 법률 제6372호로 개정된 것) 제5조(의사·치과의사 및 한의사의 면허) 의사·치과의사 또는 한의사가 되고자 하는 자는 다음 각호의 1에 해당하는 자격을 가진 자로서 제9조의 규정에 의한 해당 국가시험에 합격한 후 보건복지부장관의 면허를 받아야 한다.

1. 의학 또는 치과의학을 전공하는 대학을 졸업하고 의학사 또는 치과의학사의 학위를 받은 자
2. 한방의학을 전공하는 대학을 졸업하고 한의학사의 학위를 받은 자
3. 보건복지부장관이 인정하는 외국의 제1호 또는 제2호에 해당하는 학교를 졸업하고 외국의 의사·치과의사 또는 한의사의 면허를 받은 자
4. 삭제

【참조판례】

2. 헌재 1996. 10. 31. 94헌가7, 판례집 8-2, 408

【당 사 자】

청 구 인 권주영

대리인 변호사 정영기

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

1962년 의료법이 개정되면서, 과거부터 전승되어 오던 침구사제도를 없애고 한의사자격을 취득한 사람만이 침술을 행할 수 있도록 함으로써, 1962년 이전에 침구사 자격을 획득한 사람을 제외하고는 침술전문가들이 침술을 통한 의료행위를 하지 못하도록 규정하였다.

청구인은 자신이 가지고 있는 침술을 시행하기 위하여 2001. 5. 3. 보건복지부장관에게 침술원 개원과 관련된 민원을 제기하였으나, ‘의료인이 아닌 자의 침구시술은 의료법상 무면허 의료행위로서 청구인은 침술업을 운영할 수 없다’는 내용의 회신을 받았다. 이에 청구인은 의료인이 아니면 의료행위를 할 수 없도록 하고 이에 위반하는 경우에는 처벌하도록 규정하는 의료법 제25조 제1항 및 제66조가 청구인의 헌법상 보장된 행동의 자유권과 행복추구권을 침해한다는 주장으로 2001. 5. 29. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 의료법 제25조 및 제66조에 대하여 헌법소원심판을 청구하였으나, 위 법 제25조 중 본문의 전단부분(“의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며”) 이외의 부분 및 제66조 제3호 중 제25조 제1항 본문의 전단에 관한 부분을 제외한 나머지 부분은 청구인과 아무런 연관관계가 없어 기본권 침해의 자기관련성이 결여되어 심판청구를 각하해야 함이 명백하므로, 심판 대상규정을 의료법 제25조 제1항 본문의 전단부분과 제66조 제3호 중 제25조 제1항 본문의 전단에 관한 부분으로 제한하기로 한다.

이 사건 심판의 대상은 의료법(2001. 1. 16. 법률 제6372호로 개정된 것, 이하 “법”이라 한다) 제25조 제1항 본문의 전단부분 및 제66조 제3호 중 제25조

제1항 본문의 전단에 관한 부분(이하 위 조항들을 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌여부이며, 이 규정 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

제25조(무면허의료행위 등 금지) ① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 보건복지부령이 정하는 범위 안에서 의료행위를 할 수 있다.

1. 외국의 의료인의 면허를 소지한 자로서 일정한 기간 국내에 체류하는 자
2. 의과대학, 치과대학, 한의과대학, 종합병원 또는 외국의료원조기관의 의료봉사 또는 연구 및 시범사업을 위한 의료행위를 하는 자
3. 의학·치과의학·한방의학 또는 간호학을 전공하는 학교의 학생

② 의료인이 아니면 의사·치과의사·한의사·조산사 또는 간호사의 명칭이나 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다.

③ 누구든지 영리를 목적으로 환자를 의료기관 또는 의료인에게 소개·알선 기타 유인하거나 이를 사주하는 행위를 할 수 없다.

제66조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 면허증을 대여한 자
2. 삭제
3. 제12조 제2항, 제25조 제1항, 제30조 제2항(제61조 제3항에서 준용하는 경우를 포함한다)의 규정에 위반한 자

2. 청구인의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장 요지

(1) 양의학과 한의학은 의과대학에서 체계적인 교육과정과 자격시험을 거쳐 의사면허를 취득한 자만이 의료행위를 할 수 있으나, 침술은 자연과 인체의 이치에 따라 자연치유력을 강화시켜 인체가 스스로 병을 치료하게 하는 것으로 예로부터 전래되어 온 민간의술로서 양의학과는 물론 한의사의 의료행위와도 명확하게 구분되는 것이다. 이와 같이, 전통의학적인 침술에 관하여는 현재 제도권 내의 대학교육을 통해서 배울 수도 없고 배울 기회조차 없는 것이다.

(2) 병을 잘 고칠 수 있으려면 병을 고치는 데 유용한 모든 치료방법이 공개되고 개방되어 환자가 스스로 판단하여 가장 적절하다고 생각되는 치료수단을 선택할 수 있어야 한다. 의료법 제25조 제1항이 일률적으로 의사나 한의

사가 아니면 의료행위를 할 수 없도록 규정한 것은 침술과 같이 국민의 건강에 크게 기여하는 의술에 의한 의료행위를 하지 못하도록 규제하는 것으로서, 침술전문가인 청구인의 기본권인 활동의 자유권 내지 행복추구권을 침해하는 것이다.

나. 보건복지부장관의 의견

(1) 침구술은 국민의 건강과 생명에 직접 연관된 의료행위로서 공익성과 전문성이 요구될 뿐 아니라 전문지식과 경험을 필요로 하며, 인체의 오장육부 십이경락과 음양오행원리 등 전통 한의학이론을 필요로 하는 한방임상의료의 하나로서 단기교육과정으로 시술행위를 할 수 있는 의술이 아니고 기초의학과 연계하여 과학적이고 체계적인 전문교육 및 임상실습이 필요하므로, 6년제 한의과대학을 졸업한 후 국가시험에 합격하여 면허를 취득한 한의사가 침구시술을 하는 것이 바람직하다. 침구가 한의학과 관계가 없는 것처럼 청구인이 주장하는 것은 학문을 왜곡하고 국민을 오도할 뿐 아니라 국민의 생명과 국민의료에 대한 국가의 보장의무를 부인하는 것이다.

(2) 한의과대학에서는 침구에 관한 교육과목을 정규 교과목으로 채택하고 있으며, 현재 11개의 한의과대학에서 전문적인 과정을 거친 한의사가 매년 750여명이 배출되어 침구에 관한 전문적인 지식을 갖추고 그 역할을 충분히 하고 있기 때문에, 단기교육과정에서 기본적인 이론의 습득 없이 무분별하게 양성된 무자격자를 위하여 침구사제도를 도입하는 것은 재고할 필요가 없다. 따라서 청구인과 같은 무자격자에게 침술을 할 수 없도록 규제하는 것은 과잉규제가 아니다.

3. 판 단

가. 법 제25조 제1항 본문의 전단은 “의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며”라고 규정하여 의료인이 아닌 자의 의료행위를 금지하면서, 법 제2조 제1항은 법에서 말하는 ‘의료인’을 ‘보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사(助産師) 및 간호사’로 정의하고 있고, 법 제5조는 ‘의사·치과의사 또는 한의사가 되고자 하는 자는 의학, 치과의학, 한방 의학을 전공하는 대학을 졸업하고 의학사, 치과의학사, 한의학사의 학위를 받은 자로서 국가시험에 합격한 후 보건복지부장관의 면허를 받아야 한다’는 취지로 규정하고, 법 제66조는 “다음 각호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다”고 하면서 그 제3호에 “...제25조 제1항...의 규정에 위반한 자”를 규정하고 있다.

따라서 이 사건 법률조항은 의료인, 즉 의과대학을 졸업하고 국가시험에 합격하여 면허를 받은 의사(이하, 치과의사 및 한의사도 포함하는 넓은 의미의 개념으로 사용하고, 조산사 및 간호사는 논외로 한다)만이 의료행위를 할 수 있다고 규정하고, 그러한 의사가 아닌 사람이 의료행위를 하는 경우 형벌을 과하도록 규정하고 있다.

이 사건 법률조항은 국민 누구나가 의료행위를 할 수 있는 것이 아니라 의과대학을 졸업하고 국가시험에 합격하여 면허를 받은 자만이 의료행위를 할 수 있도록 규정함으로써 일정 직업의 정상적인 수행을 보장하기 위하여 요구되는 최소한의 요건, 예컨대 학력, 경력, 일정 자격요건 등을 규정하는 조항이다. 이로써 이 사건 법률조항은 ‘의료행위’를 개인의 경제적 소득활동의 기반이자 자아실현의 근거로 삼으려는 청구인의 기본권, 즉 직업선택의 자유를 제한하거나, 또는 청구인이 의료행위를 지속적인 소득활동이 아니라 취미, 일시적 활동 또는 무상의 봉사활동으로 삼는 경우에는 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생하는 일반적 행동의 자유를 제한하는 규정이다.

나. 그런데 헌법재판소는 이미 1996. 10. 31. 94헌가7 결정에서 ‘의료법 제25조 제1항 본문의 전단부분과 제66조 제3호 중 “제25조 제1항” 본문의 전단에 관한 부분은 헌법에 위반되지 않는다’는 견해를 밝힌 바 있는데, 그 요지는 다음과 같다.

(1) 이 사건 법률조항의 ‘의료행위’라 함은 질병의 예방과 치료에 관한 행위로서 의학적 전문지식이 있는 자가 행하지 아니하면 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해가 발생할 우려가 있는 행위를 말한다. 한 나라의 의료제도는 그 나라의 국민건강의 보호증진을 목적으로 하여(법 제1조 참조) 합목적적으로 체계화된 것이므로 국가로부터 의료에 관한 지식과 기술의 검증을 받은 사람으로 하여금 의료행위를 하게 하는 것이 가장 합리적이고 안전하며, 사람의 생명과 신체를 대상으로 하는 의료행위의 특성상 가사 어떤 시술방법에 의하여 어떤 질병을 상당수 고칠 수 있었다고 하더라도 국가에 의하여 확인되고 검증되지 아니한 의료행위는 항상 국민보건에 위해를 발생케 할 우려가 있으므로 전체국민의 보건을 책임지고 있는 국가로서는 이러한 위험발생을 미리 막기 위하여 이를 법적으로 규제할 수밖에 없는 것이다.

의료행위는 인간의 존엄과 가치의 근본인 사람의 신체와 생명을 대상으로 하는 것이므로 단순한 의료기술 이상의 “인체(人體) 전반에 관한 이론적 뒷받침”과 “인간의 신체 및 생명에 대한 외경심”을 체계적으로 교육받고 이 점

에 관한 국가의 검증을 거친 의료인에 의하여 행하여져야 하고, 과학적으로 검증되지 아니한 방법 또는 무면허 의료행위자에 의한 약간의 부작용도 존엄과 가치를 지닌 인간에게는 회복할 수 없는 치명적인 위해를 가할 수 있는 것이다. 또 무면허 의료행위자 중에서 부작용이 없이 의료행위를 할 수 있는 특별한 능력을 갖춘 사람이 있다고 하더라도 이를 구분하는 것은 실제로는 거의 불가능하며, 또 부분적으로 그 구분이 가능하다고 하더라도 일반인들이 이러한 능력이 있는 무면허 의료행위자를 식별할 수 있는 것은 결국 국가에서 일정한 형태의 자격인증을 하는 방법 이외에는 달리 대안이 없고, 외국의 입법례를 보더라도 의료인면허제도를 채택하고 무면허 의료행위를 사전에 전면 금지하는 것 이외의 다른 규제방법을 찾아볼 수 없다.

(2) 이와 같은 사정들을 종합해 보면, 무면허 의료행위를 일률적, 전면적으로 금지하고 이를 위반한 경우에는 그 치료결과에 관계없이 형사처벌을 받게 하는 이 법의 규제방법은, “대안이 없는 유일한 선택”으로서 실질적으로도 비례의 원칙에 합치되는 것이다.

법이 인정하는 의료인이 아니면서 어떤 특정분야에 관하여는 우수한 의료능력을 가진 한 부류의 의료인들(넓은 의미)이 있다고 한다면, 국민건강의 보호증진을 위하여 입법자로서는 이들의 지식과 능력을 충분히 검증하고 이들에게 의료인 자격을 부여하는 경우의 순기능과 역기능을 면밀히 검토한 후 긍정적인 평가가 나오면 이들에게도 의료행위를 할 수 있는 길을 열어주는 것이 바람직하겠지만, 이는 어디까지나 입법정책의 문제로서 이러한 입법정책의 문제 때문에 이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다고는 할 수 없다.

다. 요컨대, 이 사건 법률조항이 의료인이 아닌 자의 의료행위를 전면적으로 금지한 것은 매우 중대한 헌법적 법익인 국민의 생명권과 건강권을 보호하고 국민의 보건에 관한 국가의 보호의무(헌법 제36조 제3항)를 이행하기 위하여 적합한 조치로서, 위와 같은 중대한 공익이 국민의 기본권을 보다 적게 침해하는 다른 방법으로는 효율적으로 실현될 수 없으므로, 이 사건 법률조항으로 인한 기본권의 제한은 비례의 원칙에 부합하는 것으로서 헌법적으로 정당화되는 것이다.

우리 재판소의 이 사건 법률조항에 대한 위와 같은 견해는 그 자체로서 타당하고 지금도 달리 판단해야 할 아무런 사정변경이 없으므로, 그대로 유지하기로 한다.

4. 결 론

따라서 청구인들의 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여
여 관여한 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성 김효종
김경일 송인준 주선희(주심)

국가유공자등예우및지원에관한법률 제16조의3 제1항 단서 위헌확인

(2002. 12. 18. 2001헌마546 전원재판부)

【판시사항】

전몰군경 또는 순직군경의 자녀에게 6·25전몰군경자녀수당(이하 '이 사건 수당'이라 한다)을 지급함에 있어 1998. 1. 1. 이후 유족 중 1인이 연금을 받은 사실이 있는 전몰군경 또는 순직군경의 자녀를 제외하고 있는 국가유공자등예우및지원에관한법률 제16조의3 제1항 단서가 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

국가유공자등예우및지원에관한법률 제16조의3 제1항 단서에서 1998. 1. 1. 이후 유족 중 연금을 지급받은 자가 있는 6·25전몰군경자녀를 이 사건 수당의 지급대상에서 제외하고 있는 것은 1997. 12. 31. 이전에 연금지급이 종결되어 직접적으로든 간접적으로든 어떠한 혜택도 받지 못하는 6·25전몰군경자녀에 대한 보상의 필요성이 우선한다고 입법자가 판단한 것으로 볼 수 있으므로, 1998. 1. 1. 이후 유족 중 1인이 연금을 지급받고 있는 6·25전몰군경자녀에게 이 사건 수당을 지급하지 아니함으로써 그렇지 아니한 6·25전몰군경자녀와의 사이에 생기는 차별은 나름대로 합리성을 갖추고 있다고 할 것이고 객관적으로 정의와 형평에 반한다거나 자의적인 것이라고 할 수 없다.

【심판대상조문】

국가유공자등예우및지원에관한법률(2000. 12. 30. 법률 제6339호로 개정된 것) 제16조의3(6·25전몰군경자녀수당) ① 1953년 7월 27일 이전 및 참전군인등지원에관한법률 별표의 규정에 의한 전투기간중에 전사하거나 순직한 전몰군경 또는 순직군경의 자녀중 제13조의 규정에 의한 연금지급순위가 선순위인 자 1인에 대하여 6·25전몰군경자녀수당을 지급하고 이 수당을 받을 권리는 다른 자녀에게 이전되지 아니한다. 다만, 1998년 1월 1일 이후 유족중 1인이 연금을 받은 사실이 있는 전몰군경(전몰군경) 또는 순직군경의 자

녀에 대하여는 지급하지 아니한다.

② 생략

【참조조문】

헌법 제10조, 제11조 제1항

헌법재판소법 제68조 제1항

국가유공자등예우및지원에관한법률(2000. 12. 30. 법률 제6339호로 개정된 것) 제4조(적용대상 국가유공자) ① 다음 각호의 1에 해당하는 국가유공자와 그 유족등(다른 법률에서 이 법에 규정된 예우등을 받도록 규정된 자를 포함한다)은 이 법에 의한 예우를 받는다.

1. 2. 생략

3. 전몰군경 : 군인 또는 경찰공무원으로서 전투 또는 이에 준하는 직무수행중 사망한 자(군무원으로서 1959년 12월 31일이전에 전투 또는 이에 준하는 직무수행중 사망한 자를 포함한다)

4. 생략

5. 순직군경 : 군인 또는 경찰공무원으로서 교육훈련 또는 직무수행중 사망한 자(공무상의 질병으로 사망한 자를 포함한다)

6. ~15. 생략

② 제1항 제3호 내지 제6호, 제11호 및 제12호에 해당하는 자의 기준과 범위는 대통령령으로 정한다.

③ 제2항이 정하는 기준과 범위에 해당되지 아니하는 자와 그 유족등에 대하여는 따로 이 법에서 정하는 바에 따라 보상을 할 수 있다.

④ 제1항의 규정에 불구하고 제1항 제1호 및 제2호의 규정에 의한 순국선열·애국지사의 예우에 관하여 필요한 사항은 따로 법률로 정한다.

국가유공자등예우및지원에관한법률(2000. 12. 30. 법률 제6339호로 개정된 것) 제5조(유족등의 범위) ① 이 법에 의하여 보상을 받는 국가유공자의 유족 또는 가족의 범위는 다음과 같다.

1. 배우자(사실상의 배우자를 포함한다. 다만, 배우자 및 사실상의 배우자가 국가유공자와 혼인 또는 사실혼 후 당해 국가유공자외의 자와 사실혼중에 있거나 있었던 경우를 제외한다)

2. 자녀

3. 부모

4. 성년남자인 직계비속이 없는 조부모

5. 60세미만의 남자 및 55세미만의 여자인 직계존속과 성년남자인 형이 없는 미성년 제매

②~⑥ 생략

국가유공자등예우및지원에관한법률(2000. 12. 30. 법률 제6339호로 개정된 것) 제11조

(보상금의 종류) 보상금은 연금·생활조정수당·간호수당·보철구수당·무공영예수당·6·25전몰군경자녀수당 및 사망일시금으로 구분한다.

국가유공자등예우및지원에관한법률(2000. 12. 30. 법률 제6339호로 개정된 것) 제12조(연금) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자에 대하여는 연금을 지급한다. 다만, 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 연금지급대상에서 제외되는 자는 그러하지 아니하다.

1. 전상군경·공상군경·제일학도의용군인·4·19혁명부상자 및 특별공로상이자
2. 전몰군경·순직군경·4·19혁명사망자 및 특별공로순직자의 유족과 제1호에 해당하는 자가 사망한 경우의 그 유족중 선순위자 1인

② 제1항 제2호에 해당하는 유족중 자녀는 미성년인 자녀에 한하되, 대통령령이 정하는 생활능력이 없는 정도의 장애가 있는 때에는 그가 성년이 된 경우에도 이를 미성년인 자녀의 예에 따라 지급한다. 대통령령이 정하는 생활능력이 없는 정도의 장애가 있는 미성년제매가 성년이 된 경우에도 또한 같다.

③, ④ 생략

국가유공자등예우및지원에관한법률(2000. 12. 30. 법률 제6339호로 개정된 것) 제14조(생활조정수당) ①국가유공자와 그 유족중 제13조의 규정에 의한 연금지급순위가 선순위인 자 1인에 대하여는 생활정도를 감안하여 생활조정수당을 지급할 수 있다.

② 생활조정수당은 월액으로 하며, 그 지급액·지급방법 기타 지급에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

국가유공자등예우및지원에관한법률시행령(2000. 12. 30. 대통령령 제17094호로 개정된 것) 제27조의3(6·25전몰군경자녀수당) 법 제16조의3의 규정에 의한 6·25전몰군경자녀수당의 지급금액은 월 25만원으로 한다.

【참조판례】

- 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714
헌재 1998. 2. 27. 97헌마101, 판례집 10-1, 208
헌재 1989. 1. 25. 88헌가7, 판례집 1, 1
헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1
헌재 2000. 6. 1. 98헌마216, 판례집 12-1, 622
헌재 1991. 2. 11. 90헌바17등, 판례집 3, 51
헌재 1998. 12. 24. 98헌가1, 판례집 10-2, 819
헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1

【당 사 자】

청 구 인 김영교

국선대리인 변호사 이상국

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 전몰군경유족인 자로서, 2000. 12. 30. 법률 제6339호로 국가유공자등예우및지원에관한법률이 개정되면서 제16조의3이 신설되어 2001. 7. 1.부터 전몰군경 또는 순직군경의 자녀에 대하여 6·25전몰군경자녀수당(이하 ‘이 사건 수당’이라 한다)이 지급됨에 따라 의정부보훈지청에 이 사건 수당의 지급을 요청하였다. 그러나, 국가유공자등예우및지원에관한법률 제16조의3 제1항 단서는 “1998. 1. 1. 이후 유족 중 1인이 연금을 받은 사실이 있는 전몰군경 또는 순직군경의 자녀에 대하여는 지급하지 아니한다”고 규정하고 있는바, 2001. 6. 19. 의정부보훈지청은 청구인의 어머니가 1999. 12. 20.까지 연금을 받다가 사망하였다는 이유로 국가유공자등예우및지원에관한법률 제16조의3 제1항 단서에 근거하여 청구인은 이 사건 수당의 지급대상에서 제외된다고 회신하였다. 이에 청구인은 2001. 8. 6. 국가유공자등예우및지원에관한법률 제16조의3 제1항 단서조항이 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해하는 것이라고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 국가유공자등예우및지원에관한법률(2000. 12. 30. 법률 제6339호로 개정된 것, 이하 ‘예우법’이라 한다) 제16조의3 제1항 단서(이하 ‘이 사건 단서조항’이라 한다)가 헌법에 위반되는지 여부이고, 이 사건 심판대상 규정과 관련 규정의 내용은 다음과 같다.

(1) 심판대상 규정

예우법 제16조의3(6·25전몰군경자녀수당) ① 1953년 7월 27일 이전 및 참전군인등지원에관한법률 별표의 규정에 의한 전투기간중에 전사하거나 순직한 전몰군경 또는 순직군경의 자녀 중 제13조의 규정에 의한 연금지급순위가 선순위인 자 1인에 대하여 6·25전몰군경자녀수당을 지급하고 이 수당을 받을 권리는 다른 자녀에게 이전되지 아니한다. 다만, 1998년 1월 1일 이후 유족 중 1인이 연금을 받은 사실이 있는 전몰군경(戰歿軍警) 또는 순직군경의 자녀에 대하여는 지급하지 아니한다.

② 6·25전몰군경자녀수당은 월액으로 하며, 그 지급액·지급방법 기타 지급에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

(2) 관련조항

예우법 제4조(적용대상 국가유공자) ① 다음 각호의 1에 해당하는 국가유공자와 그 유족등(다른 법률에서 이 법에 규정된 예우 등을 받도록 규정된 자를 포함한다)은 이 법에 의한 예우를 받는다.

1.~2. 생략

3. 전몰군경 : 군인 또는 경찰공무원으로서 전투 또는 이에 준하는 직무수행중 사망한 자(군무원으로서 1959년 12월 31일 이전에 전투 또는 이에 준하는 직무수행중 사망한 자를 포함한다)

4. 생략

5. 순직군경 : 군인 또는 경찰공무원으로서 교육훈련 또는 직무수행중 사망한 자(공무상의 질병으로 사망한 자를 포함한다)

6.~15. 생략

제5조(유족 등의 범위) ① 이 법에 의하여 보상을 받는 국가유공자의 유족 또는 가족의 범위는 다음과 같다.

1. 배우자(사실상의 배우자를 포함한다. 다만, 배우자 및 사실상의 배우자가 국가유공자와 혼인 또는 사실혼 후 당해 국가유공자 외의 자와 사실혼중에 있거나 있었던 경우를 제외한다)

2. 자녀

3. 부모

4. 성년남자인 직계비속이 없는 조부모

5. 60세 미만의 남자 및 55세 미만의 여자인 직계존속과 성년남자인 형이 없는 미성년제매

②~⑥ 생략

제11조(보상금의 종류) 보상금은 연금·생활조정수당·간호수당·보철구수당·무공영예수당·6·25전몰군경자녀수당 및 사망일시금으로 구분한다.

제12조(연금) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자에 대하여는 연금을 지급한다. 다만, 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 연금지급대상에서 제외되는 자는 그러하지 아니하다.

1. 전상군경·공상군경·재일확도의용군인·4.19혁명부상자 및 특별공로상이자

2. 전몰군경·순직군경·4.19혁명사망자 및 특별공로순직자의 유족과 제1호에 해당하는 자가 사망한 경우의 그 유족 중 선순위자 1인

② 제1항 제2호에 해당하는 유족 중 자녀는 미성년인 자녀에 한하되, 대통령령이 정하는 생활능력이 없는 정도의 장애가 있는 때에는 그가 성년이 된 경우에도 이를 미성년인 자녀의 예에 따라 지급한다. 대통령령이 정하는 생활능력이 없는 정도의 장애가 있는 미성년제매가 성년이 된 경우에도 또한 같다.

③~④ 생략

제14조(생활조정수당) ① 국가유공자와 그 유족 중 제13조의 규정에 의한 연금지급순위가 선순위인 자 1인에 대하여는 생활정도를 감안하여 생활조정수당을 지급할 수 있다.

② 생활조정수당은 월액으로 하며, 그 지급액·지급방법 기타 지급에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

예우법시행령 제27조의3(6·25전몰군경자녀수당) 법 제16조의3의 규정에 의한 6·25전몰군경자녀수당의 지급금액은 월 25만원으로 한다.

2. 청구인의 주장과 국가보훈처장의 의견

가. 청구인의 주장

예우법에서 이 사건 수당을 지급하게 된 취지는 6·25 전쟁고아로 불우한 성장기를 보낸 전몰군경 및 순직군경(이하 '전몰군경'이라고만 한다) 유자녀의 사기진작과 생계보조를 위한 것이므로 모든 전몰군경 유자녀에게 위 수당을 지급하여야 함에도, 이 사건 단서조항은 청구인과 같이 1998. 1. 1. 이후 유족 중 1인이 연금을 받은 사실이 있는 전몰군경의 유자녀를 이 사건 수당 지급대상에서 제외함으로써 그렇지 아니한 전몰군경의 자녀와 차별취급하여 청구인의 평등권 및 행복추구권을 침해하는 것이다.

나. 국가보훈처장의 의견

(1) 예우법 제16조의3은 과거 보상이 미흡했던 6·25전몰군경자녀에 대한 보충적 성격의 급부로서 청구인은 이 사건 법률조항에 의하여 하등의 권리가 침해되었다고 볼 수 없고, 단지 반사적 불이익을 당한 것에 불과하여 기본권 침해의 직접성이 없다. 그리고, 이 사건 심판청구는 행정소송 등 사전구제절차를 거치지 아니한 위법한 청구이므로 부적법하다.

(2) 6·25전몰군경자녀는 어려서 부친이 전사하고 모친도 개가한 경우가 많아 결손가정의 불우한 환경에서 교육도 제대로 받지 못하고 성장하여 온 자들로서, 이 사건 수당의 근본취지는 이들 중 과거 보상이 매우 미흡하였던

자에 대한 보전차원에서 예외적으로 지급하는 것이며, 그 지급대상을 정하는 미흡한 자의 기준문제와 관련하여 모든 사람을 만족시킬 수 있는 절대적인 기준은 있을 수 없었기에 가장 합리적인 기준으로 그 지원대상의 한계선을 설정한 것이다. 이 사건 수당은 1998년도부터 시행된 종전의 6·25전몰군경 자녀의 생활조정수당 지원제도가 생활이 어려운 일부 대상자에게만 제한적으로 지급되어 이를 좀더 확대·보완하자는 취지에서 도입된 제도이며, 생활조정수당제도 시행당시 연금을 받고 있던 유족이 있었던 자녀는 지급대상에서 제외하고 있었으므로 제도의 연속선상에서 이 사건 수당에 있어서도 1998. 1. 1. 이후 연금을 받은 사실이 있는 유족의 자녀를 그 지급대상에서 제외한 것이다.

(3) 6·25전몰군경의 자녀라는 사실이 같다는 이유만으로 모든 6·25전몰군경의 자녀에게 동일한 자녀수당을 지급한다면 과거 미흡한 보상을 받았던 자에 대한 보전적인 보상금이라는 이 사건 수당의 취지에 반할 뿐만 아니라 오히려 그동안 받은 보상금액의 차이를 무시하고 다른 것을 같게 취급함으로써 불평등을 심화시키는 결과를 초래하게 될 것이다.

3. 판 단

가. 적법요건에 관한 판단

국민의 기본권을 제한하고 부담을 부과하는 소위 ‘침해적 법률’의 경우에는 규범의 수범자가 당사자로서 자신의 기본권 침해를 주장하게 되지만, ‘수혜적 법률’의 경우에는 반대로 수혜범위에서 제외된 자가 그 법률에 의하여 평등권이 침해되었다고 주장하는 당사자에 해당되고, 당해 법률에 대한 위헌 또는 헌법불합치 결정에 따라 수혜집단과의 관계에서 평등권 침해 상태가 회복될 가능성이 있다면 기본권 침해성이 인정된다(헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 723 참조).

그리고 법령에 대한 헌법소원이 적법성을 갖기 위하여는 그 대상이 되는 법령이 구체적 집행행위를 기다리지 아니하고 그 자체에 의하여 직접 국민의 기본권을 침해하는 경우이어야 한다. 여기에서 그 자체에 의하여 직접 국민의 기본권을 침해하는 경우란 법령에 의하여 직접 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생기는 경우를 말한다(헌재 1998. 2. 27. 97헌마 101, 판례집 10-1, 208, 209).

그런데, 이 사건 단서조항은 청구인과 같이 1998. 1. 1. 이후 유족 중 1인이 연금을 받은 사실이 있는 전몰군경의 자녀를 이 사건 수당의 지급대상에서

제외하는 것으로서 이와 같이 수혜대상에서 제외된 6·25전몰군경자녀의 기본권을 직접 침해한다고 볼 수 있으므로 이 사건 심판청구는 적법하다고 할 것이다.

나. 본안에 관한 판단

(1) 예우법의 연혁과 예우법상 국가유공자 및 그 유족에 대한 지원내용

(가) 예우법의 연혁

1) 1950. 4. 4. 군사원호법과 1951. 4. 12. 경찰원호법이 제정되어 전몰군경의 유족과 상이군경에게 생활부조 등을 통하여 원호하는 법제가 탄생하였으며, 이러한 군경 또는 그 유족에게 연금을 지급하기 위하여 1952. 9. 26. 전몰군경유족과상이군경연금법이 제정되었다. 동 법에 의하면 전몰군경의 자녀는 선순위자인 모가 없는 경우 미성년자에 한하여 연금을 받을 수 있도록 규정하였다.

2) 그 후 1961. 11. 1. 종전의 군사원호법과 경찰원호법을 통합하여 군사원호보상법이 제정되었는데(제1조 및 부칙 제2조), 동법은 따로 법률이 정하는 바에 의하여 제대군인, 상이군경 및 유족에 대하여는 연금 또는 보상금을 지급하도록 하였으며(제7조), 전몰군경의 자녀는 18세 미만 자로 규정하고 선순위자인 모가 없는 경우에 한하여 연금을 지급하였다.

3) 그리고 1962. 4. 16. 군사원호보상법에 의한 연금 및 제수당의 급여에 관한 사항을 규정한 군사원호보상급여금법이 제정·시행되었고(제1조), 그 부칙 제2조에 의하여 전몰군경유족과상이군경연금법은 폐지되었다. 1962. 12. 24. 군사원호보상법이 개정되어 유족의 범위에 해당되는 자녀의 연령을 다시 연장하여 미성년자로 규정하고(제5조 제4항), 군사원호보상급여금법 등 각종 지원법에 의거 연금지급(제7조), 교육보호(제9조)·취업지원(제10조) 등을 실시하였다.

4) 1984. 8. 2. 제정·공포된 국가유공자예우등에관한법률은 원호관계법률들이 원호대상자 및 원호사업별로 각각 분리·제정되어 법률체계가 복잡하고 중복되는 부분들이 있어 총 14개의 원호관계법률 중 군사원호보상법, 군사원호보상급여금법을 비롯하여 군사원호대상자자녀교육보호법, 군사원호대상자임용법, 군사원호대상자고용법, 원호대상자정착대부법, 국가유공자등특별원호법 등 7개 법률들의 내용을 통합하여 규정하면서 그 부칙 제2조에 의하여 이들 법률을 폐지하였다. 그리고 연금을 기본연금과 부가연금으로 나누었으며, 수당은 간호수당, 생활조정수당, 보철구수당으로 나누어 지급하도록 하였고

(제11조), 유족범위에 해당되는 자녀의 연령제한을 폐지하였으나, 연금지급연령은 종전과 같이 미성년자로 제한하고(제12조 제2항), 취업보호연령을 35세로 하였다(시행령 제46조).

5) 1992. 12. 31. 국가유공자예우등에관한법률 시행령을 개정하여 6·25전몰군경자녀 중 1992. 12. 31. 현재 연금을 받는 모 또는 조부모가 없는 자에 한하여 취업보호연령을 55세까지로 확대하였다(시행령 제46조). 그리고, 1995. 12. 29. 국가유공자예우등에관한법률을 개정하여 6·25전몰군경자녀가 질병 또는 장애·고령 등으로 취업이 어려운 경우 그의 자녀 1인에 대하여 취업보호를 실시하되 1993. 1. 1. 이후 유족 중 연금을 받은 사실이 있는 경우는 제외하도록 하였다(제29조 제2항).

이후 국가유공자예우등에관한법률은 1997. 1. 13. 국가유공자에 준하는 환경 등에 대한 규정(제8장)이 신설되면서 국가유공자등예우및지원에관한법률로 제명이 바뀌었다(법률 제5291호).

(나) 예우법상 국가유공자의 유족에 대한 지원내용

예우법상 국가유공자의 유족에 대한 지원은 크게 보상금, 교육보호, 취업보호, 의료보호, 주택 및 대부 지원 등으로 나뉘는데, 아래에서는 보상금의 내용에 대해서만 개략적으로 살펴보기로 한다.

예우법상 국가유공자의 유족에게 지급되는 보상금으로는 연금, 생활조정수당, 6·25전몰군경자녀수당 및 사망일시금이 있다.

1) 우선 연금은 기본연금과 부가연금으로 나뉘며(제12조 제4항), 기본연금은 연금대상자에게 기본적으로 지급하는 금전적 급부이고, 부가연금은 기본연금에 부가하여 국가유공자의 공헌과 희생도, 고령, 무의탁 등의 개별여건에 따라 차등하여 지급하는 연금이다. 이러한 연금은 유족 중 선순위자 1인에 대하여 지급하며, 연금을 받을 유족이 사망한 경우 등에는 그 다음 순위의 유족에게 대통령령이 정하는 바에 따라 이를 지급한다(예우법 제13조 제3항). 국가유공자 유족에 대한 연금은 국가가 국가유공자의 유족에 대한 부양의무를 대신하여 지불하는 금전적인 급부이므로 스스로 자립이 가능한 성년자녀는 보상금 지급대상에서 제외되어 있다.

2) 생활조정수당은 생활이 곤란한 국가유공자와 그 유족의 생계안정을 도모하기 위해 지급되는 보상금으로서 예우법 시행령에서 가족수와 생활 정도에 따라 차등을 두고 있다. 생활조정수당은 유족 중 연금지급순위가 선순위인 자 1인에게 지급한다.

3) 6·25전몰군경자녀수당은 아래에서 살펴보는 바와 같이 과거에 보상이 미흡한 6·25전몰군경자녀들에 대하여 이를 보전해주기 위해 지급되는 보상금으로서 6·25전몰군경자녀 중 연금지급순위가 선순위인 자 1인에게 월 250,000원을 지급하며, 이러한 수당을 받을 권리는 다른 자녀에게 이전되지 않는다.

4) 사망일시금은 연금을 받고 있는 국가유공자의 유족이 사망한 경우에 당해 연금을 받을 수 있는 다른 유족이 없는 경우에 한하여 연금액 감액 또는 종결에 따른 경제적 충격을 완화하고 장례비의 일부를 보조하고자 지급하는 것이다.

(2) 이 사건 수당제도의 입법취지

6·25전몰군경자녀는 어려서 6·25전쟁으로 부친이 사망한 자들로서 6·25전쟁 이후 이들에 대한 보상제도가 마련되었으나 그 금액이 매우 적었다. 그런데, 1970년대에 시행되던 군사원호보상법에서 성년자녀를 유족대상범위에서 제외함으로써 6·25전몰군경자녀에 대한 보상은 이들이 성년에 되는 1973년경 실제적으로 종결되었다고 할 수 있다.

1985년부터 시행된 국가유공자예우등에관한법률에서는 성년자녀도 국가유공자 유족의 범위에 포함시킴에 따라 6·25전몰군경자녀도 지원을 받을 수 있게 되었으나 연금지급은 여전히 미성년자인 자녀만을 대상으로 하였으며, 그 외 취업지원 등은 35세까지로 한정하여 그 당시 연령이 대부분 40~50대에 이르는 6·25전몰군경자녀는 실제로 지원을 받기가 어려웠다.

그 후 1990년대에 이르러 국가유공자 및 유족에 대한 보상금이 대폭 인상되어 1987년 6월까지 월 25,000원이던 기본연금이 2001년에는 그 21배인 535,000원으로 인상되었는데, 6·25전몰군경자녀의 경우 모가 생존한 경우에는 인상된 보상금의 혜택을 간접적으로 입게 되었으나, 그렇지 않은 경우에는 이미 성년이 된 6·25전몰군경자녀는 이러한 혜택을 받지 못하게 되었다.

이처럼 6·25전쟁 당시 부친의 전사 및 모친의 개가 등으로 인해 전쟁고아라는 불우한 환경에서 성장함으로써 사회·경제적 어려움에 처했음에도 불구하고 법에 의한 지원이 미비하여 사실상 보훈혜택을 받지 못하다가 성년이 되어서는 연금지급대상에서 제외되는 등 보훈혜택을 전혀 받지 못한 6·25전몰군경자녀에게 과거의 미흡한 보상과 특별한 희생에 대한 정당한 보상을 실시하여 이들이 경제적으로 안정된 생활을 영위하고, 국가유공자 자녀로서 자긍심과 품위를 갖도록 하기 위하여 1998. 1. 1.부터 6·25전몰군경자녀에게 월

250,000원의 생활조정수당을 지원하게 되었다. 즉, 1998. 5. 9. 예우법 시행령 “별표 5. 생활조정수당지급구분표”가 개정되어 6·25전몰군경자녀에 대하여 생활정도를 참작, 다른 국가유공자와 그 자녀보다 4~5배 많은 월 250,000원의 생활조정수당을 지원할 수 있도록 하면서 부칙에서 이를 1998. 1. 1.부터 소급하여 적용하되, 다만 유족 중 1998. 1. 1. 이후 연금을 받은 사실이 있는 자는 그 지급대상에서 제외하도록 규정하였다.

2000. 12. 30. 예우법 개정시 위 예우법 시행령 별표 5. 생활조정수당지급구분표 중 6·25전몰군경자녀에 대한 생활조정수당이 6·25전몰군경자녀수당으로 명칭이 변경되어 예우법 제16조의3으로 신설되었으며, 이전에는 일정 생활등급 이하의 자에게 지급하던 것을 생활정도에 관계없이 그 수당을 지급하도록 대상을 확대하였으나 유족 중 1998. 1. 1. 이후 연금을 받은 사실이 있는 6·25전몰군경자녀는 여전히 지급대상에서 제외하도록 규정하고 있다.

(3) 평등권의 침해 여부

(가) 문제의 소재

1) 헌법 제11조는 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교·사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”라고 규정하여 모든 국민에게 평등권을 보장하고 있는바, 평등의 원칙은 국민의 기본권 보장에 관한 우리 헌법의 최고원리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석 및 집행함에 있어 따라야 할 기준인 동시에, 국가에 대하여 합리적 이유없이 불평등한 대우를 하지 말 것과, 평등한 대우를 요구할 수 있는 국민의 권리이다(헌재 1989. 1. 25. 88헌가7, 판례집 1, 1, 2). 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거 없는 차별을 하여서는 아니된다는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적 근거 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다.

2) 그런데 이 사건 단서조항은 1998. 1. 1. 이후 전몰군경의 유족 중 1인이 연금을 지급받은 사실이 있는 자녀는 이 사건 수당의 지급대상에서 제외한다고 규정하여 6·25전몰군경자녀이지만 1998. 1. 1. 이후 유족 중 연금을 지급받은 사실이 있는 자와 그렇지 아니한 자를 차별하고 있다. 여기서 차별의 기준은 1998. 1. 1.을 시적 기준으로 유족에 대한 연금수급권이 종결하였는지 여부라고 할 것인데, 그 이전에 연금수급권이 종결한 6·25전몰군경자녀는 이 사건 수당의 지급대상에 포함되는 반면, 그 이후에 종결되거나 아직 종결되지

않고 연금을 지급받고 있는 유족이 있는 6·25전몰군경자녀는 이 사건 수당의 지급대상에서 배제된다. 아래에서는 이러한 기준에 의한 차별이 합리적 근거가 있는 것인지에 대해 보기로 한다.

(나) 이 사건 수당을 포함한 예우법상 보상금수급권의 법적 성질

예우법이 정하고 있는 전몰군경의 유족 및 전공사상자에 대한 보상금의 수급권은 수급자측의 금전적 기여가 전제되어 있지 아니하나 생명 또는 신체의 손상이라는 특별한 희생에 대한 국가보상적 내지 국가보훈적 성격을 띠는 한편, 장기간에 걸쳐 수급권자의 생활보호를 위하여 주어진다고 하는 특성도 가지고 있으므로 사회보장적 성질도 겸하고 있다고 하지 않을 수 없다(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 19-21). 따라서 국가가 국가유공자에게 예우할 구체적인 의무의 내용이나 범위, 그 방법·시기 등은 국가의 재정부담 능력과 전체적인 사회보장의 수준, 국가유공자에 대한 평가기준 등에 따라 정하여지는 입법자의 광범위한 입법형성의 자유영역에 속하는 것으로 기본적으로는 국가의 입법정책에 달려 있다고 할 것이다(헌재 2000. 6. 1. 98헌마216, 판례집 12-1, 622, 639-641 참조).

(다) 평등권의 침해 여부

1) 헌법 제11조 제1항이 규정하는 평등의 원칙은 국가가 언제 어디에서 어떤 계층을 대상으로 하여 기본권에 관한 상황이나 제도의 개선을 시작할 것 인지를 선택하는 것을 방해하지는 아니한다. 그것이 허용되지 아니한다면, 모든 사항과 계층을 대상으로 하여 동시에 제도의 개선을 추진하는 예외적 경우를 제외하고는 어떠한 제도의 개선도 평등의 원칙 때문에 그 시행이 불가능하다는 결과에 이르게 되어 불합리할 뿐 아니라 평등의 원칙이 실현하고자 하는 가치와도 어긋나기 때문이다(헌재 1991. 2. 11. 90헌바17등, 판례집 3, 51, 60; 헌재 1998. 12. 24. 98헌가1 판례집 10-2, 819, 834).

2) 이 사건 수당제도나 그 이전에 시행된 6·25전몰군경자녀 생활조정수당 제도는 위에서 살펴본 바와 같이 6·25전몰군경자녀 중 선순위나 후순위 연금지급대상이 없어 연금수급권이 일찍 종결된 가구의 경우 과거 보상내용이 직접적으로든 간접적으로든 다른 국가유공자들에 비하여 상대적으로 적었음을 고려하여 이를 보전해주는 차원에서 제정된 것이다. 그러므로, 이러한 입법목적에 비추어 본다면 이 사건 수당제도의 전신(前身)이라 할 수 있는 6·25전몰군경자녀 생활조정수당제도의 시행당시 6·25전몰군경의 미망인이나 부모(즉, 6·25전몰군경자녀의 모나 조부모) 등 유족 중 연금을 지급받고 있

는 자가 있어 6·25전몰군경자녀가 간접적으로나마 연금수혜의 혜택을 받고 있는 경우에는 이미 연금수급권이 종결하여 유족 중 연금을 지급받고 있는 자가 전혀 없는 6·25전몰군경자녀의 경우와 비교하여 과거에 부족했던 보상 내용을 보전해줄 필요성이 적다고 할 수 있다.

이러한 취지에서 예우법 시행령은 6·25전몰군경자녀 생활조정수당을 지급하도록 규정하면서 그 시행일인 1998. 1. 1. 이후 유족 중 연금을 지급받은 사실이 있는 6·25전몰군경자녀를 제외하였으며, 이 사건 수당제도는 6·25전몰군경자녀 생활조정수당의 내용을 그대로 법으로 옮기면서 그 지급대상을 확대한 것으로서 마찬가지로 이 사건 단서조항에서 1998. 1. 1. 이후 다른 유족이 연금을 지급받고 있는 6·25전몰군경자녀를 지급대상에서 제외하고 있는 것이다.

물론 국가의 재정여건이 허락하여 모든 6·25전몰군경자녀에게 이 사건 수당을 지급할 수 있으면 더할 나위 없이 바람직하겠지만, 이것이 어렵다면 입법자로서는 국가예산 내지 보상능력, 그 입법목적, 수혜자의 상황 등을 고려하여 스스로 합당하다고 판단하는 범위로 그 대상을 정할 권한이 있다고 할 것이다. 이 사건 단서조항에서 1998. 1. 1. 이후 유족 중 연금을 지급받은 자가 있는 6·25전몰군경자녀를 이 사건 수당의 지급대상에서 제외하고 있는 것은 1997. 12. 31. 이전에 연금지급이 종결되어 직접적으로든 간접적으로든 어떠한 혜택도 받지 못하는 6·25전몰군경자녀에 대한 보상의 필요성이 우선한다고 입법자가 판단한 것으로 볼 수 있다.

그렇다면, 1998. 1. 1. 이후 유족 중 1인이 연금을 지급받고 있는 6·25전몰군경자녀에게 이 사건 수당을 지급하지 아니함으로써 그렇지 아니한 6·25전몰군경자녀와의 사이에 생기는 차별은 나름대로 합리성을 갖추고 있다고 할 것이고 객관적으로 정의와 형평에 반한다거나 자의적인 것이라고 할 수 없다.

(4) 행복추구권의 침해 여부

헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정하여 국민의 행복추구권을 보장하고 있다. 이러한 헌법 제10조의 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에게 적극적으로 요구할 수 있는 것을 내용으로 하는 것이 아니라, 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권으로서의 성격을 가진다(헌재 1995. 7. 21.

93헌가14, 판례집 7-2, 1, 32).

그런데 이 사건 단서조항은 일정한 요건하에 6·25전몰군경자녀 중 일부를 이 사건 수당의 지급대상에서 제외하는 것으로 자유권이나 자유권의 제한영역에 관한 규정이 아니므로, 이 사건 단서조항이 행복추구권을 침해한다고 할 수는 없다.

4. 결 론

따라서 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여한 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성 김경일
송인준 주선희(주심)

저상버스 도입의무 불이행 위헌확인

(2002. 12. 18. 2002헌마52 전원재판부)

【판시사항】

1. 행정권력의 불행사에 대한 헌법소원의 적법성요건
2. 헌법 제34조 제5항의 '신체장애자'에 대한 국가보호의무의 헌법적 의미
3. 장애인을 위한 '저상버스'를 도입해야 할 국가의 구체적 의무가 헌법으로부터 도출되는지의 여부(소극)

【결정요지】

1. 행정권력의 불행사에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 있어 이에 따라 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 비로소 허용된다.
2. 헌법은 제34조 제1항에서 모든 국민의 “인간다운 생활을 할 권리”를 사회적 기본권으로 규정하면서, 제2항 내지 제6항에서 특정한 사회적 약자와 관련하여 “인간다운 생활을 할 권리”의 내용을 다양한 국가의 의무를 통하여 구체화하고 있다. 헌법이 제34조에서 여자(제3항), 노인·청소년(제4항), 신체장애자(제5항) 등 특정 사회적 약자의 보호를 명시적으로 규정한 것은, ‘장애인과 같은 사회적 약자의 경우에는 개인 스스로가 자유행사의 실질적 조건을 갖추는 데 어려움이 많으므로, 국가가 특히 이들에 대하여 자유를 실질적으로 행사할 수 있는 조건을 형성하고 유지해야 한다’는 점을 강조하고자 하는 것이다.
3. 장애인의 복지를 향상해야 할 국가의 의무가 다른 다양한 국가과제에 대하여 최우선적인 배려를 요청할 수 없을 뿐 아니라, 나아가 헌법의 규범으로부터는 ‘장애인을 위한 저상버스의 도입’과 같은 구체적인 국가의 행위 의무를 도출할 수 없는 것이다. 국가에게 헌법 제34조에 의하여 장애인의 복지를 위하여 노력을 해야 할 의무가 있다

는 것은, 장애인도 인간다운 생활을 누릴 수 있는 정의로운 사회질서를 형성해야 할 국가의 일반적인 의무를 뜻하는 것이지, 장애인을 위하여 저상버스를 도입해야 한다는 구체적 내용의 의무가 헌법으로부터 나오는 것은 아니다.

【참조조문】

헌법 제34조

장애인·노인·임산부등의편의증진보장에관한법률 제4조(접근권) 장애인등은 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리를 보장받기 위하여 장애인등이 아닌 사람들이 이용하는 시설과 설비를 다른 사람의 도움없이 동등하게 이용하고 장애인등이 아닌 사람이 접근할 수 있는 정보에 다른 사람의 도움없이 자유롭게 접근할 수 있는 권리를 가진다.

장애인·노인·임산부등의편의증진보장에관한법률 제6조(국가 및 지방자치단체의 의무) 국가 및 지방자치단체는 장애인등이 생활을 영위함에 있어 안전하고 편리하게 시설 및 설비를 이용하고 정보에 접근할 수 있도록 각종 시책을 마련하여야 한다.

장애인·노인·임산부등의편의증진보장에관한법률 제10조(편의시설에 관한 지도·감독) ① 보건복지부장관은 편의시설의 설치·운영에 관한 업무를 총괄한다.

② 시설주관기관은 그 소관 대상시설에 대한 편의시설의 설치·운영에 관하여 필요한 지도와 감독을 행하여야 한다.

장애인·노인·임산부등의편의증진보장에관한법률 제13조(설치의 지원) ① 국가 및 지방자치단체는 민간의 편의시설 설치에 따른 부담을 경감하고 설치를 촉진하기 위하여 금융지원과 기술지원등 필요한 조치를 강구하여야 한다.

② 법인 및 개인이 이 법에서 정하는 편의시설을 설치한 경우에는 당해 시설의 설치에 소요된 금액에 대하여 조세감면규제법, 지방세법등 조세관계법령이 정하는 바에 의하여 조세를 감면한다.

【참조판례】

1. 헌재 1991. 9. 16. 89헌마163, 판례집 3, 505

헌재 1996. 6. 13. 95헌바39등, 판례집 8-1, 500

【당 사 자】

청 구 인 장애인 이동권 쟁취를 위한 연대회의

대표 김수태 외 4인

대리인 법무법인 창조

담당변호사 이덕우

법무법인 명인

담당변호사 김석연

피청구인 보건복지부장관

【주 문】

청구인의 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인 “장애인 이동권 쟁취를 위한 연대회의”는 청구의 박소엽이 2001. 1. 22. 오이도역 장애인 수직 리프트에서 추락하여 사망한 사건이 발생한 후, 장애인의 이동권을 쟁취하기 위하여 2001. 4. 19. 결성되어 현재 29개의 장애인 단체로 구성되어 있다.

청구인은 2001. 11. 26. 보건복지부장관에게 장애인이 편리하게 승차할 수 있는 저상(低床)버스의 도입을 청구하였으나 보건복지부장관은 건설교통부와 협의해야 한다는 등의 이유를 들며 이를 이행하지 않자, 보건복지부장관을 상대로 저상버스를 도입하지 않은 부작위가 청구인의 행복추구권, 인간다운 생활을 할 권리 등을 침해한다는 주장으로 2002. 1. 22. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은, 피청구인인 보건복지부장관이 저상버스를 도입하지 않고 있는 부작위가 청구인의 기본권을 침해하는지의 여부이다.

2. 청구인의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장 요지

(1) 국가는 헌법 제10조 및 제34조의 규정에 의하여 특히 장애인들의 인간다운 생활을 할 권리를 보장하기 위하여 필요한 정책을 수립하고 이를 실행할 적극적인 작위의무가 있다. 이에 따라 ‘장애인·노인·임산부등의편의증진보장에관한법률’이 제정·시행되고 있는 것이다. 따라서 헌법과 위 법률의 내용을 종합하여 보면, 장애인 등의 이동권을 보장하기 위하여 공권력의 주체인 보건복지부장관에게 부과되는 헌법에서 유래된 적극적인 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 있다. 청구인이 저상버스의 도입이란 행정행위

를 청구하였음에도 피청구인이 그 의무를 게을리 한 것은, 피청구인의 공권력의 불행사로 인하여 청구인의 이동권이 침해됨으로써 헌법상 보장된 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권, 인간다운 생활을 할 권리를 침해당한 것이다.

(2) 장애인 등의 이동권은 복지가 아니라 인권의 영역에 속하는 문제이다. 국가예산을 핑계로 헌법과 법률에서 정한 의무를 게을리 한다는 것은 국가기관으로서 헌법을 무시하는 것이며, 장애인 등의 이동권은 가장 먼저 보호받아야 마땅한 것으로서 예산을 거론하는 것은 고려할 가치도 없다.

나. 보건복지부장관의 의견

(1) 보건복지부장관은 장애인 등의 이동편의를 위하여 1997년 ‘장애인·노인·임산부등의편의증진보장에관한법률’을 제정하여 편의시설확충에 노력한 결과, 공공기관 및 공중이용시설에 대한 편의시설확충이 98.5%에 이르렀으며, 대부분의 지하철역사에 장애인 휠체어 리프트를 설치하였고, 2004년까지는 전(全) 역사(驛舍)에 설치되도록 추진하고 있다. 또한 보건복지부장관은 2000년부터 편의시설축진기금 9억7천 만원을 지원하여 현재 10개 시·도에 20대의 휠체어 리프트 장착 버스가 관내의 장애인 복지관, 병원, 지하철 역 등을 연계·순환운행하고 있고, 2001년부터는 해피콜 택시 600대를 운행하여 장애인들에게 이동 편의를 제공하고 있다.

(2) ‘장애인·노인·임산부등의편의증진보장에관한법률’에 의하여 사업주에게 장애인들을 위한 편의시설을 설치하도록 권장하고 있으나, 시내버스와 시외버스의 경우 버스운송업자들은 순수한 민간업자이기 때문에 정부가 편의시설의 설치를 강제할 수는 없고 단지 자발적인 참여를 유도할 수 있을 뿐이다. 따라서 버스노선에 저상버스를 도입하는 사안은 대중버스 운수정책을 총괄하는 건설교통부와 충분한 협의를 거치고 버스운송업자에 대한 재정지원 및 도로여건에 대한 제반 대책이 마련된 후에 실시될 수 있는데, 보건복지부장관은 건설교통부, 기획예산처, 장애인단체, 관련전문가 등과 이미 여러 차례 대책회의를 가졌고 현재도 지속적으로 협의를 계속하고 있다.

(3) 장애인의 이동편의를 증진하는 정책으로는 저상버스의 도입만이 아니라 여러 가지 방법이 있으며, 보건복지부장관은 현재까지 장애인 이동편의의 증진을 위하여 부단한 노력을 지속적으로 하고 있으므로, 저상버스의 도입을 게을리 했다고 볼 수 없다.

3. 판 단

행정권력의 불행사에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 있어 이에 따라 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 비로소 허용된다(헌재 1991. 9. 16. 89헌마163, 판례집 3, 505, 513; 1996. 6. 13. 95헌바39등, 판례집 8-1, 500, 509). 따라서 아래에서는 헌법규범에서 ‘저상버스의 도입’과 같은 구체적 의무가 나오는가를 살펴보기로 한다.

가. 장애인의 편의증진에 관한 헌법 및 법률 규정

우리 헌법은 제34조 제1항에서 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다”고 하면서, 제5항에서는 “신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다”고 하여 특히 신체장애자의 복지향상을 위하여 노력해야 할 국가의 의무를 규정하고 있다.

입법자는 헌법 제34조에 규정된 의무를 입법을 통하여 구체화하고 이행하기 위한 조치의 하나로서 1997년 ‘장애인·노인·임산부등의편의증진보장에 관한법률’을 제정하였는데, 위 법 제4조에서 “장애인 등은 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리를 보장받기 위하여 장애인 등이 아닌 사람들이 이용하는 시설과 설비를 다른 사람의 도움 없이 동등하게 이용하고 장애인들이 아닌 사람이 접근할 수 있는 정보에 다른 사람의 도움 없이 자유롭게 접근할 수 있는 권리를 가진다”고 장애인의 접근권을 규정하고 있다. 위 법 제6조에서는 “국가 및 지방자치단체는 장애인 등이 생활을 영위함에 있어 안전하고 편리하게 시설 및 설비를 이용하고 정보에 접근할 수 있도록 각종 시책을 마련하여야 한다”고 하여 국가나 지방자치단체가 시설주인 경우에는 장애인 등의 편의시설을 설치·운영해야 할 의무를 직접 국가 및 지방자치단체에게 부과하면서, 위 법 제13조에서는 ‘국가 및 지방자치단체는 민간의 편의시설 설치에 따른 부담을 경감하고 설치를 촉진하기 위하여 금융지원과 기술지원 등 필요한 조치를 강구하여야 하고(제1항), 편의시설을 설치한 경우에는 조세감면혜택을 부여해야 한다(제2항)’고 규정함으로써 국가가 사기업으로 하여금 장애인을 위한 편의시설을 설치하도록 유도하고 장려해야 할 의무를 규정하고 있다. 한편 위 법 제10조는 보건복지부장관으로 하여금 편의시설의 설치·운영에 관한 업무를 총괄하도록 규정하고 있다.

요컨대, 위 법은 공공시설이나 공공이용시설의 경우에는 그 시설주인 국가나 지방자치단체에게 가능하면 장애인을 위한 편의시설을 설치해야 할 의무

를 부과하고 있고, 한편으로는 국가나 지방자치단체의 영향력이 직접 미치지 않는 사기업이 운영하는 편의시설의 경우에는 금융지원이나 조세감면혜택 등을 통하여 사기업이 자발적으로 장애인을 위한 편의시설을 설치하도록 유도해야 할 의무를 국가와 지방자치단체에게 부과하고 있는 것이다.

나. 장애인을 위한 ‘저상버스’를 도입해야 할 국가의 구체적 의무가 헌법으로부터 도출되는지의 여부

(1) 헌법 제34조 제5항의 ‘신체장애자’에 대한 국가보호의무의 헌법적 의미

(가) 헌법은 제34조 제1항에서 모든 국민의 “인간다운 생활을 할 권리”를 사회적 기본권으로 규정하면서, 제2항 내지 제6항에서 특정한 사회적 약자와 관련하여 “인간다운 생활을 할 권리”의 내용을 다양한 국가의 의무를 통하여 구체화하고 있다.

우리 헌법은 사회국가원리를 명문으로 규정하고 있지는 않지만, 헌법의 전문, 사회적 기본권의 보장(헌법 제31조 내지 제36조), 경제 영역에서 적극적으로 계획하고 유도하고 재분배하여야 할 국가의 의무를 규정하는 경제에 관한 조항(헌법 제119조 제2항 이하) 등과 같이 사회국가원리의 구체화된 여러 표현을 통하여 사회국가원리를 수용하였다. 사회국가란 한마디로, 사회정의의 이념을 헌법에 수용한 국가, 사회현상에 대하여 방관적인 국가가 아니라 경제·사회·문화의 모든 영역에서 정의로운 사회질서의 형성을 위하여 사회현상에 관여하고 간섭하고 분배하고 조정하는 국가이며, 궁극적으로는 국민 각자가 실제로 자유를 행사할 수 있는 그 실질적 조건을 마련해 줄 의무가 있는 국가이다.

헌법이 제34조에서 여자(제3항), 노인·청소년(제4항), 신체장애자(제5항) 등 특정 사회적 약자의 보호를 명시적으로 규정한 것은, ‘장애인과 같은 사회적 약자의 경우에는 개인 스스로가 자유행사의 실질적 조건을 갖추는 데 어려움이 많으므로, 국가가 특히 이들에 대하여 자유를 실질적으로 행사할 수 있는 조건을 형성하고 유지해야 한다’는 점을 강조하고자 하는 것이다.

(나) 사회적 기본권(헌법 제31조 내지 제36조)이 국가에게 그의 이행을 어느 정도 강제할 수 있는 의무를 부과하기 위해서는, 국가의 다른 과제보다도 사회적 기본권이 규정하는 과제를 우선적으로 실현하여야 한다는 우위관계가 전제가 되어야 하는데, 사회적 기본권에 규정된 국가의 의무가 그렇지 못한 국가의 의무에 대하여 입법과정이나 정책결정과정에서, 무엇보다도 예산책정과정에서 반드시 우선적 이행을 요구할 수가 없다.

사회적 기본권과 경쟁적 상태에 있는 국가의 다른 중요한 헌법적 의무와의 관계에서나 아니면 개별적인 사회적 기본권 규정들 사이에서의 경쟁적 관계에서 보나, 입법자는 사회·경제정책을 시행하는 데 있어서 서로 경쟁하고 충돌하는 여러 국가목표를 균형있게 고려하여 서로 조화시키려고 시도하고, 매사안마다 그에 적합한 실현의 우선순위를 부여하게 된다. 국가는 사회적 기본권에 의하여 제시된 국가의 의무와 과제를 언제나 국가의 현실적인 재정·경제능력의 범위 내에서 다른 국가과제와의 조화와 우선순위결정을 통하여 이행할 수밖에 없다.

그러므로 사회적 기본권은 입법과정이나 정책결정과정에서 사회적 기본권에 규정된 국가목표의 무조건적인 최우선적 배려가 아니라 단지 적절한 고려를 요청하는 것이다. 이러한 의미에서 사회적 기본권은, 국가의 모든 의사결정과정에서 사회적 기본권이 담고 있는 국가목표를 고려하여야 할 국가의 의무를 의미한다.

(2) '저상버스'의 도입과 관련하여, 헌법에서 유래하는 행정청의 작위무가 존재하는지의 여부

(가) 사회적 기본권에 관한 이러한 이해를 바탕으로 하여 이 사건을 본다면, 우선, 장애인의 복지를 향상해야 할 국가의 의무가 다른 다양한 국가과제에 대하여 최우선적인 배려를 요청할 수 없을 뿐 아니라, 나아가 헌법의 규범으로부터는 '장애인을 위한 저상버스의 도입'과 같은 구체적인 국가의 행위의무를 도출할 수 없는 것이다. 물론 모든 국가기관은 헌법규범을 실현하고 존중해야 할 의무가 있으므로, 행정청은 그의 행정작용에 있어서 헌법규범의 구속을 받는다. 그러나 국가에게 헌법 제34조에 의하여 장애인의 복지를 위하여 노력을 해야 할 의무가 있다는 것은, 장애인도 인간다운 생활을 누릴 수 있는 정의로운 사회질서를 형성해야 할 국가의 일반적인 의무를 뜻하는 것이지, 장애인을 위하여 저상버스를 도입해야 한다는 구체적 내용의 의무가 헌법으로부터 나오는 것은 아니다.

(나) 이 사건 저상버스의 도입에 관하여 보건대, 버스운송사업자가 국가나 지방자치단체가 운영하는 공기업이 아니라 순수한 사기업인 이상, 이들에 대한 국가의 지원대책이 마련되지 않고서는 저상버스의 도입은 불가능하다. 즉 청구인이 요구하는 저상버스를 대중버스노선에 도입하기 위해서는 버스운송사업자에 대한 재정지원이 필수적인 전제조건인 것이다. 따라서 국가가 저상버스의 도입을 추진하는 문제는 재원확보의 문제이고, 결국 제한된 국가재정

의 배분과 우선순위결정의 문제이다.

‘장애인의 복지를 위하여 노력해야 할 국가의 과제를 언제 어떠한 방법으로 이행할 것인가’ 하는 이행의 구체적 방법(예컨대 장애인 생활안정지원, 재활 시설운영, 직업생활시설운영, 편의시설설치, 재활서비스운영 등)과 이행시기에 관하여는, 행정청이 다른 여러 과제들과의 우선순위, 재정적 여건 등 다양한 요인들을 감안하여 결정할 사안으로서, 그에 관하여 광범위한 재량권을 가진다고 할 것이다.

(다) 국가가 장애인의 복지를 위하여 저상버스를 도입하는 등 국가재정이 허용하는 범위 내에서 사회적 약자를 위하여 최선을 다하는 것은 바람직하지만, 이는 사회국가를 실현하는 일차적 주체인 입법자와 행정청의 과제로서 이를 헌법재판소가 원칙적으로 강제할 수는 없는 것이며, 국가기관간의 권력분립원칙에 비추어 볼 때 다만 헌법이 스스로 국가기관에게 특정한 의무를 부과하는 경우에 한하여, 헌법재판소는 헌법재판의 형태로써 국가기관이 특정한 행위를 하지 않은 부작위의 위헌성을 확인할 수 있을 뿐이다. 이 사건의 경우 저상버스를 도입해야 한다는 구체적인 내용의 국가 의무가 헌법으로부터 도출될 수 없으므로, 이 사건 심판청구는 부적법하다.

4. 결 론

이에 이 사건 심판청구를 각하하기로 하여 관여한 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성 김효종
김경일 송인준 주선희(주심)