

책 명	헌재판례 15-2(상)
분류번호	83-85호
FILE명	83-85.HWP
페이지	1-546
편집	
1 차	나연(2004.2.23)
2 차	나연(2004.2.28)
3 차	헌재 수정
4 차	
5 차	

구 독점규제및공정거래에관한법률 제24조의2 위헌제청

(2003. 7. 24. 2001헌가25 전원재판부)

【판시사항】

공정거래위원회로 하여금 부당내부거래를 한 사업자에 대하여 그 매출액의 2% 범위 내에서 과징금을 부과할 수 있도록 한 것이 이중처벌금지원칙, 적법절차원칙, 비례성원칙 등에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 행정권에는 행정목적 실현을 위하여 행정법규 위반자에 대한 제재의 권한도 포함되어 있으므로, '제재를 통한 억지'는 행정규제의 본원적 기능이라 볼 수 있는 것이고, 따라서 어떤 행정제재의 기능이 오로지 제재(및 이에 결부된 억지)에 있다고 하여 이를 헌법 제13조 제1항에서 말하는 국가형벌권의 행사로서의 '처벌'에 해당한다고 할 수 없는바, 구 독점규제및공정거래에관한법률 제24조의2에 의한 부당내부거래에 대한 과징금은 그 취지와 기능, 부과의 주체와 절차 등을 종합할 때 부당내부거래 억지라는 행정목적 실현하기 위하여 그 위반행위에 대하여 제재를 가하는 행정상의 제재금으로서의 기본적인 성격에 부당이득환수적 요소도 부가되어 있는 것이라 할 것이고, 이를 두고 헌법 제13조 제1항에서 금지하는 국가형벌권 행사로서의 '처벌'에 해당한다고는 할 수 없으므로, 공정거래법에서 형사처벌과 아울러 과징금의 병과를 예정하고 있더라도 이중처벌금지원칙에 위반된다고 볼 수 없으며, 이 과징금 부과처분에 대하여 공정력과 집행력을 인정한다고 하여 이를 확정판결 전의 형벌집행과 같은 것으로 보아 무죄추정의 원칙에 위반된다고도 할 수 없다.

2. 위 과징금은 부당내부거래의 억지에 그 주된 초점을 두고 있는 것이므로 반드시 부당지원을 받은 사업자에 대하여 과징금을 부과하는 것만이 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이 된다고 할 수 없고,

부당지원을 한 사업자의 매출액을 기준으로 하여 그 2% 범위 내에서 과징금을 책정토록 한 것은, 부당내부거래에 있어 적극적·주도적 역할을 하는 자본력이 강한 대기업에 대하여도 충분한 제재 및 억지의 효과를 발휘하도록 하기 위한 것인데, 현행 공정거래법의 전체 체계에 의하면 부당지원행위가 있다고 하여 일률적으로 매출액의 100분의 2까지 과징금을 부과할 수 있는 것이 아니어서, 실제 부과되는 과징금액은 매출액의 100분의 2를 훨씬 하회하는 수준에 머무르고 있는바, 그렇다면 부당내부거래의 실효성 있는 규제를 위하여 형사처벌의 가능성과 병존하여 과징금 규정을 둔 것 자체나, 지원기업의 매출액을 과징금의 상한기준으로 삼은 것을 두고 비례성원칙에 반하여 과잉제재를 하는 것이라 할 수 없다.

3. 법관에게 과징금에 관한 결정권한을 부여한다든지, 과징금 부과절차에 있어 사법적 요소들을 강화한다든지 하면 법치주의적 자유보장이라는 점에서 장점이 있겠으나, 공정거래법에서 행정기관인 공정거래위원회로 하여금 과징금을 부과하여 제재할 수 있도록 한 것은 부당내부거래를 비롯한 다양한 불공정 경제행위가 시장에 미치는 부정적 효과 등에 관한 사실수집과 평가는 이에 대한 전문적 지식과 경험을 갖춘 기관이 담당하는 것이 보다 바람직하다는 정책적 결단에 입각한 것이라 할 것이고, 과징금의 부과 여부 및 그 액수의 결정권자인 위원회는 합의제 행정기관으로서 그 구성에 있어 일정한 정도의 독립성이 보장되어 있고, 과징금 부과절차에서는 통지, 의견진술의 기회 부여 등을 통하여 당사자의 절차적 참여권을 인정하고 있으며, 행정소송을 통한 사법적 사후심사가 보장되어 있으므로, 이러한 점들을 종합적으로 고려할 때 과징금 부과 절차에 있어 적법절차원칙에 위반되거나 사법권을 법원에 둔 권력분립의 원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

재판관 한대현, 재판관 권 성, 재판관 주선희의 반대이견

위 과징금은 부당하게 다른 회사를 지원한 기업에게 가해지는 제재금으로서 부당지원자에게 부과되는 것이지, 피지원자에게 부과되는 것이 아니므로 비록 형벌은 아니라고 하더라도 부당지원행위에 대한 응징 내지 처벌로서의 의미를 가지고 있는바, 비록 기업의 부당지원행위를 응

징하고 처벌하는 것이 필요하다 하더라도 위법행위와 그에 대한 처벌 내지 제재 사이에는 정당한 상관관계가 있어야 한다는 헌법상의 자기책임의 원리는 지켜져야 하는바, 매출액의 규모와 부당지원과의 사이에는 원칙적으로 상관관계를 인정하기가 곤란하므로, 부당지원행위에 대하여 매출액을 기준으로 과징금을 부과할 수 있도록 하는 것은 부당지원이라는 자기의 행위와 상관관계가 없는 매출액이라는 다른 요소에 의하여 책임의 범위를 정하는 것이 되어 자기책임의 원리에 위배된다.

한편, 공정거래위원회는 행정적 전문성과 사법절차적 엄격성을 함께 가져야 하며 그 규제절차는 당연히 '준사법절차'로서의 내용을 가져야 하고, 특히 과징금은 당해 기업에게 사활적 이해를 가진 제재가 될 수 있을 뿐만 아니라 경제 전반에도 중요한 영향을 미칠 수 있는 것임을 생각할 때, 그 부과절차는 적법절차의 원칙상 적어도 재판절차에 상응하게 조사기관과 심판기관이 분리되어야 하고, 심판관의 전문성과 독립성이 보장되어야 하며, 증거조사와 변론이 충분히 보장되어야 하고, 심판관의 신분이 철저히 보장되어야만 할 것인데도, 현행 제도는 이러한 점에서 매우 미흡하므로 적법절차의 원칙에 위배된다.

재판관 김영일의 반대의견

위 과징금 조항이 적법절차의 원칙에 위배된다는 점에서는 위 재판관 3인의 반대의견과 입장을 같이하며, 나아가 위 과징금은 부당이득환수적 요소는 전혀 없이 순수하게 응보와 억지의 목적만을 가지고 있는 실질적 형사제재로서 절차상으로 형사소송절차와 전혀 다른 별도의 과징금 부과절차에 의하여 부과되므로 행정형벌과는 별도로 거듭 처벌된다고 하지 않을 수 없어 이중처벌금지의 원칙에 위반되고, 위반사실에 대한 확정판결이 있기 전에 이미 법 위반사실이 추정되어 집행되고, 집행정지를 신청할 수 있는 당사자의 절차적 권리도 배제되어 있으므로 무죄추정원칙에도 위배된다.

【심판대상조문】

독점규제및공정거래에관한법률(1999. 12. 28. 법률 제6043호로 개정되기 전의 것) 제24

조의2(과징금) 공정거래위원회는 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항 각 호의 1의 규정에 위반하는 불공정거래행위가 있는 경우에는 당해 사업자에 대하여 대통령령이 정하는 매출액에 100분의 2를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 매출액이 없는 경우 등에는 5억원을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다.

독점규제및공정거래에관한법률(1999. 12. 28. 법률 제6043호로 개정되기 전의 것) 제23조(불공정거래행위의 금지) ① 사업자는 다음 각 호의 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.~5. 생략
 6. 삭제
 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. 생략
- ②~⑤ 생략

【참조조문】

헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항

독점규제및공정거래에관한법률(1999. 12. 28. 법률 제6043호로 개정되기 전의 것) 제55조의3(과징금 부과) ① 공정거래위원회는 이 법의 규정에 의한 과징금을 부과함에 있어서 다음 각 호의 사항을 참작하여야 한다.

1. 위반행위의 내용 및 정도
 2. 위반행위의 기간 및 횟수
 3. 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모등
- ②, ③ 생략
- 독점규제및공정거래에관한법률(1999. 12. 28. 법률 제6043호로 개정되기 전의 것) 제67조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1억 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 삭제
2. 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항의 규정에 위반하여 불공정거래행위를 한 자
- 3.~7. 생략

독점규제및공정거래에관한법률(1999. 12. 28. 법률 제6043호로 개정되기 전의 것) 제71조(고발) ① 제66조(벌칙) 및 제67조(벌칙)의 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다.

- ② 공정거래위원회는 제66조 및 제67조의 죄 중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중

대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에는 검찰총장에게 고발하여야 한다.

③ 검찰총장은 제2항의 규정에 의한 고발요건에 해당하는 사실이 있음을 공정거래위원회에 통보하여 고발을 요청할 수 있다.

④ 공정거래위원회는 공소가 제기된 후에는 고발을 취소하지 못한다.

독점규제및공정거래에관한법률시행령 제61조(과징금 부과기준) ① 법 제6조(과징금), 법 제17조(과징금), 법 제22조(과징금), 법 제24조의2(과징금), 법 제28조(과징금), 법 제31조의2(과징금) 및 법 제34조의2(과징금)의 규정에 의한 과징금의 종별 부과기준은 별표 2와 같다.

②, ③ 생략

[별표 2] 위반행위의 종별 과징금 부과기준(제61조 제1항 관련)

위반행위	관련법조문	과징금 부과기준	
8. 부당한 지원행위	법 제23조 제1항 제7호	지원금액이 산출 가능한 경우	당해 지원금액이내
		지원금액이 산출되기 어렵거나 불가능한 경우	당해 지원성거래규모의 100분의 10이내

1.~7. 생략

9.~13. 생략

비고 : 1. 각 단계별 부과비율은 공정거래위원회가 정하여 고시한다.

2. 제8호에서 “지원금액”이라 함은 법 제23조 제1항 제7호의 규정에 의하여 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·유가증권·무체 재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른회사를 지원함으로써 얻는 금액으로서 공정거래위원회가 정하는 기준에 의하여 산정된 금액을 말한다.

3. 제9호 및 제13호의 경우 위반행위 종료일이 속한 연도의 예산액이 편성되지 아니한 경우에는 직전 사업연도의 예산액을 기준으로 한다.

【참조판례】

1. 현재 1994. 6. 30. 92헌바38, 판례집 6-1, 619
현재 2001. 5. 31. 99헌가18등, 판례집 13-1, 1017
대법원 1996. 4. 12. 선고 96도158 판결
3. 현재 1994. 7. 29. 93헌가3등, 판례집 6-2, 1
현재 1996. 1. 15. 95헌가5, 판례집 8-1, 1
현재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616

【당 사 자】

제청법원 서울고등법원

당해사건 서울고등법원 98누13159 시정명령등취소

【주 문】

구 독점규제및공정거래에관한법률 제24조의2(1999. 12. 28. 법률 제6043호로 개정되기 전의 것) 중 동법 제23조 제1항 제7호에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 당해사건의 원고들인 에스케이주식회사(이하 “에스케이”라고만 한다, 나머지 회사들의 경우도 같다) 등 12개의 회사는 대규모기업집단으로 지정된 SK의 계열회사들로서, 독점규제및공정거래에관한법률(이하 “공정거래법”이라 한다) 제2조 제1호 소정의 사업자에 해당된다.

(2) 공정거래위원회는 ① 에스케이, 에스케이씨, 에스케이투자신탁운용, 에스케이캐피탈, 에스케이텔레콤, 에스케이가스, 에스케이건설, 에스케이유통 등이 1997. 12. 2.부터 1998. 3. 31.까지 사이에 에스케이증권에 개설한 거래계좌에 증권예탁금 명목으로 총 4,076억원을 예치만 하고 주식거래를 하지 아니한 것과 에스케이가스, 에스케이 옥시케미칼, 에스케이상사, 에스케이씨, 에스케이케미칼, 에스케이에너지판매 등이 1998. 2. 28.부터 같은 해 3. 30.까지 사이에 에스케이증권이 1998. 2. 28.자, 같은해 3. 30.자로 각 발행한 총 3,500억원의 후순위사채를 12.57%~14.66%의 수익률로 매입한 것, 그리고 에스케이씨, 에스케이건설, 에스케이에너지판매, 에스케이가스, 에스케이 옥시케미칼, 에스케이유통 등이 1998. 3. 20. 에스케이증권의 유상증자시에 에스케이증권 주식을 주당 3,200원에 93,631,250주 총 2,996억원 상당을 매입한 것과 에스케이, 에스케이텔레콤이 1997. 4. 28.부터 같은 해 11. 20까지 사이에 현대증권과 대우증권을 주간사로 하고 에스케이증권을 청약단(하인수사)으로 하여 총 2,800억원의 무보증회사채를 발행하면서 에스케이증권에 하인수 수수료를 최고 0.79%(회사채 발행액 기준)에서 최저 0.48%까지 지급한 것 및 에스케이투자신탁운용이 1997. 12.부터 1998. 1.까지 사이에 4회에 걸쳐 에스케이증권에게

연리 16%로 68억원의 콜자금을 대여한 것이 각 에스케이증권을 부당하게 지원한 것에 해당하고, ② 에스케이건설이 1997. 7. 24.부터 1998. 3. 31.까지 사이에 증원에게 총 94억 6000만원을 연 12% 내지 연 20%의 이율로 대여한 것이 증원을 부당하게 지원한 것에 각 해당한다고 보아, 1998. 8. 5. 공정거래법 제23조 제1항 제7호, 제24조에 따라 시정명령, 범위반사실 공표명령을 함과 아울러 공정거래법 제24조의2에 따라 위 회사들에게 별지의 과징금부과내역 기재와 같은 과징금(이하 “이 사건 과징금”이라 한다)을 부과하였다.

(3) 이에 위 회사들은 공정거래위원회를 상대로 전항의 시정명령, 공표명령 및 이 사건 과징금부과처분이 위법하다고 주장하면서 서울고등법원에 그 취소를 구하는 소송(98누13159호)을 제기하였으며, 위 법원은 이 사건 과징금 부과의 근거규정인 구 공정거래법 제24조의2는 위헌이라고 인정할 만한 상당한 이유가 있다고 하여 직권으로 2001. 9. 11. 위헌여부의 심판을 제청하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 구 독점규제및공정거래에관한법률 제24조의2(1999. 12. 28. 법률 제6043호로 개정되기 전의 것) 중 동법 제23조 제1항 제7호에 관한 부분(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌여부이고, 그 규정과 관련된 규정의 내용은 다음과 같다.

제24조의2(과징금) 공정거래위원회는 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항 각호의 1의 규정에 위반하는 불공정거래행위가 있는 경우에는 당해 사업자에 대하여 대통령령이 정하는 매출액에 100분의 2를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 매출액이 없는 경우등에는 5억원을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다.

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

(1. 내지 6. 생략)

7. 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지금금·대여금·인력·부동산·유가증권·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위

제67조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1억 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항의 규정에 위반하여 불공정거래행위를 한 자

제70조(양벌규정) 법인(법인격없는 단체를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제66조(벌칙) 내지 제68조(벌칙)의 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 본조의 벌금형을 과한다.

2. 제청법원의 제청이유와 관계기관의 의견

가. 제청법원의 제청이유

(1) 이 사건 법률조항에서 규정한 과징금은 부당한 경제적 이익의 박탈이라는 성격이 없고 오로지 제재로서의 성격만 있으므로 같은 행위에 대한 행정형벌규정과 합쳐 보면 하나의 위반행위에 대하여 위반자를 거듭 처벌하는 것이어서 이중처벌금지원칙, 과잉금지원칙에 반한다는 의심이 든다.

(2) 오로지 제재적 성격만이 있는 이 사건 과징금에 대하여 행정소송 등에 따른 적법타당성이 확정되기 전에도 공정력과 집행력을 인정하는 것은 무죄 추정원칙에 반한다는 의심이 들고, 금전적 제재로서 형벌의 일종인 벌금과 실질적인 차이가 없는 과징금을 행정청이 행정처분으로 이를 부과하여 제재하는 것은 사법권을 법원에 둔 권력분립의 원칙에 위반된다는 의심이 든다.

(3) 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 입법목적에 비추어 그 목적을 달성 함에는 지원객체에 대하여 과징금을 부과함으로써 부당지원행위로 얻은 이익을 환수하는 것이 효과적임에도 불구하고 지원주체에 대하여 과징금을 부과하고 있으며, 과징금액의 산정에 있어서도 실제로 지원한 금액이나 부당지원행위로 인하여 지원객체가 확보한 부당한 경쟁력의 정도 등을 기준으로 함이 상당함에도 불구하고 지원주체의 매출액을 기준으로 삼은 것은 방법의 적절성을 요구하는 비례의 원칙에 반한다는 의심이 든다.

나. 공정거래위원회의 의견

(1) 과징금은 사업자인 법인을 상대로 행정법규상의 의무이행 확보를 목적으로 행해지는 행정상의 제재임에 반하여, 행정형벌은 원칙적으로 자연인을 상대로 반사회적 행위에 대한 응보적 제재로서 형사소송절차에 따라 사법부에 의하여 부과된다는 점에서 그 목적, 부과주체, 부과객체, 절차의 면에서 서로 다른 별개의 것이므로 공정거래법상의 의무위반에 대하여 처벌을 함과 동시에 과징금을 부과한다고 하여 이중처벌에 해당하는 것이 아니다.

(2) 과징금의 액수를 공정거래위원회에서 정한다고 하더라도 법원은 과징금 부과처분의 위법 여부 및 액수의 현저한 부당 여부를 판단할 수 있으므로 사법권을 침해하는 것이 아니며 권력분립의 원칙에 반하지 아니한다.

(3) 불공정거래행위에 대한 행정형벌이 2년 이하의 징역이나 벌금 1억 5,000만원 이하에 불과하여 위반억지의 측면에서 미흡한 상태에서 재벌의 선단식 경영으로 인한 공정경쟁 저해행위의 속발을 막기 위해서는 경제적 약자인 지원객체를 상대로 제재하기보다는 경제적 강자인 지원주체를 대상으로 제재함이 효율적이고 적절한 방법이며, 과징금의 상한선을 지원주체 매출액의 2퍼센트로 한 것은 자본력이 강한 대기업에 대하여 충분한 제재효과와 억지효과를 거두기 위하여 필요한 최소한의 정도일 뿐만 아니라 프랑스, 유럽연합(EU), 일본 등 외국의 입법례에 비추어 보더라도 과도한 것이 아니어서 과잉금지의 원칙에 반하지 않는다.

3. 판 단

가. 부당내부거래의 의의 및 규제의 필요성

이 사건 법률조항이 규제하고 있는 부당지원행위에는 개인사업자의 부당지원행위도 포함될 수 있지만, 주로 규제의 대상이 되는 행위는 대기업집단 내의 계열회사간의 부당지원행위인 이른바 부당내부거래일 것이다. 부당내부거래라 함은 부당하게 특수관계인이나 다른 회사에 대하여 상품, 용역, 자금, 자산, 인력 등을 무상으로 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 말한다(공정거래법 제23조 제1항 제7호).

부당내부거래가 초래하는 폐해를 보면 첫째, 퇴출되어야 할 효율성이 낮은 부실기업이나 한계기업을 계열회사의 형태로 존속케 함으로써 당해 시장에서 경쟁자인 독립기업을 부당하게 배제하거나 잠재적 경쟁자의 신규 시장진입을 억제함으로써 시장의 기능을 저해한다. 둘째, 계열회사간에 이루어지는 지속적인 부당내부거래는 독과점적 이윤을 상호간에 창출시키게 되고, 그 결과 대기업집단 소속 계열회사들의 독점력을 강화함으로써 경제력 집중의 폐해를 야기한다. 셋째, 부당내부거래는 우량 계열기업의 핵심역량이 부실 계열기업으로 분산·유출되어 우량기업의 경쟁력이 저하됨에 따라 기업집단 전체가 동반 부실화할 위험을 초래한다. 넷째, 부당내부거래는 또한 기업의 투명성을 저해하고 주주, 특히 소액주주와 채권자 등의 이익을 침해하게 된다.

이러한 폐해를 효과적으로 규제하기 위하여 1996. 12. 30. 법률 제5235호로

공정거래법을 개정, 부당내부거래를 불공정거래행위의 한 유형으로 규정하여 이를 금지하고, 그 위반행위에 대하여 시정조치, 과징금, 형사처벌을 규정하고 있다.

나. 이중처벌금지원칙 및 무죄추정원칙 위반 여부

(1) 헌법재판소는 이중처벌금지원칙의 의미에 관하여, 헌법 제13조 제1항에서 금지하는 이중처벌은 거듭된 국가의 형벌권 행사를 금지하는 것일 뿐, 형벌권 행사에 덧붙여 일체의 제재나 불이익처분을 부가할 수 없는 것이 아님을 거듭 밝힌 바 있고(헌재 1994. 6. 30. 92헌바38, 판례집 6-1, 619, 627; 헌재 2001. 5. 31. 99헌가18등, 판례집, 13-1, 1017, 1100), 이에 따라 형벌과 보호감호를 병과한다고 하여 이 원칙에 위반되지 않는다고 하였으며(헌재 1991. 4. 1. 89헌마17등, 판례집 3, 124, 130; 헌재 2001. 3. 21. 99헌바7, 판례집 13-1, 525, 542), 특히 부당 또는 불법의 이득을 환수 내지 박탈한다는 측면과 위반행위자에 대한 제재로서의 측면을 함께 가지고 있다고 본 부동산실권리자명의등기에관한법률상의 과징금을 형사처벌과 동시에 병과하는 것이 이중처벌에 해당하는지가 문제된 사건에서, 이는 이중처벌금지원칙의 문제라기보다 과잉금지원칙의 문제로 그 위헌여부를 판단하여야 함을 분명히 밝힌바 있다(헌재 2001. 5. 31. 99헌가18등, 판례집, 13-1, 1017, 1100-1101).

한편, 대법원 또한 행정법상의 질서벌인 과태료와 형사처벌은 그 성질이나 목적을 달리하는 별개의 것이므로 행정법상의 질서벌인 과태료를 납부한 후에 형사처벌을 한다고 하여 이를 일사부재리의 원칙에 반하는 것이라고 할 수는 없다고 보고 있다(대법원 1996. 4. 12. 선고 96도158 판결).

(2) 어떤 행정처분에 제재(制裁)와 억지(抑止)의 성격·기능만이 있다 하여 이를 ‘국가형벌권의 행사’로서의 ‘처벌’이라고 볼 수 없다.

행정법은 의무를 명하거나 금지를 설정함으로써 일정한 행정목적의 달성을 하려고 하는데, 그 실효성을 확보하기 위하여는 의무의 위반이 있을 때에 행정형벌, 과태료, 영업허가의 취소·정지, 과징금 등과 같은 불이익을 가함으로써 의무위반 당사자나 다른 의무자로 하여금 더 이상 위반을 하지 않도록 유도하는 것이 필요하다. 이와 같이 ‘제재를 통한 억지’는 행정규제의 본원적 기능이라 볼 수 있는 것이고, 따라서 어떤 행정제재의 기능이 오로지 제재(및 이에 결부된 억지)에 있다고 하여 이를 헌법 제13조 제1항에서 말하는 ‘처벌’에 해당한다고 할 수 없다. 부당이득 환수와 같은 부가적 기능 없이 오로지 제재적 기능만 있는 행정제재는 실질적으로 형사처벌과 다를 바 없다고 본다

헌법 제13조 제1항에 규정된 이중처벌금지원칙의 적용범위가 너무 넓어지고, 그 결과 행정목적 실현을 위한 제재의 체계에 경직성을 초래하게 된다.

오히려 행정권에는 행정목적 실현을 위하여 행정법 위반자에 대한 제재의 권한도 포함되어 있다고 보아야 하고, 복잡다기한 행정현상에 대응하여 행정목적의 최적 실현을 위하여는 그 지향점과 효과에 차이가 있는 다양한 의무 이행수단을 동원하는 것이 필요할 때도 있을 것이다. 즉, 제재의 총합을 고려하는 가운데 제재의 구체적 기능과 효과를 적합한 복수의 제재수단에 분배할 수 있어야 한다. 예를 들어 하나의 범위반행위에 대하여 ‘벌금 5천만원’ 또는 ‘영업정지 6월’의 단편적 제재를 하기보다는 ‘벌금 1천만원’에 ‘영업정지 3월’의 처분을 병행하는 것(형사처벌과 행정제재의 병과)이 보다 효과적인 경우도 있을 것이고, ‘영업허가의 취소’ 보다는 ‘영업정지 3월’에 ‘과징금 3천만원’을 병과하는 것(행정제재의 병과)이 보다 효율적인 경우도 있을 수 있다. 제재적 성격이 있는 국가작용을 모두 형사처벌로 본다면 위와 같이 제재를 병과하는 것은 어느 것이나 이중처벌금지원칙에 위반된다고 보지 않으면 아니 된다.

그러나 행정벌, 행정강제, 영업허가의 취소·정지와 같은 종래의 수단만으로는 행정기능의 확대와 질적 고도화에 따른 행정현상의 변화에 상응하는 실효성을 확보할 수 없어, 이를 보완하는 여러 가지 새로운 의무이행확보수단이 등장하게 되었는데, 제재적 성격의 유무를 기준으로 하여 이중처벌금지원칙을 폭넓게 적용하게 되면 오늘날의 행정현실에 탄력적으로 대응할 수 없게 될 우려가 있다.

(3) 이중처벌금지의 원칙을 적용하지 않는다 하여 어떤 하나의 법 위반행위에 대하여 국가가 아무런 제한 없이 제재를 거듭하는 것이 헌법상 용인된다는 것은 아니다. 국민에게 부담을 가하는 공권력작용은 궁극적으로 비례성원칙의 제약을 벗어날 수 없으므로, 형벌적 제재와 비형벌적 제재의 병과 또는 비형벌적 제재간의 병과를 인정하더라도 그 제재의 총합이 법 위반행위에 비하여 지나치게 과잉된 것이어서는 아니된다는 헌법적 견제원리는 여전히 유효하다. 이와 관련하여 입법자는 필요한 경우 여러 제재수단간의 선택가능성을 열어놓되 그 병과를 금지함으로써 부당한 과잉제재로부터 국민을 보호할 수 있는 법적 장치를 마련할 수도 있다.¹⁾

1) 현행법상 벌금과 과징금의 병과를 금지한 예로는 환경범죄의단속에관한특별조치법

(4) 이 사건 과징금은 위에서 본바와 같은 폐해를 초래하는 대규모 기업집단 내 계열회사들간의 부당내부거래를 규제함으로써 공정한 경쟁을 촉진하고 궁극적으로 국민경제의 균형있는 발전을 도모하기 위하여 도입된 것이다. 시장에서 퇴출되어야 할 부실기업 또는 한계기업에 대하여 대규모 기업집단의 차원에서 의도적으로 거래의 지원행위를 은밀히 감행하여 시장의 경쟁질서를 교란하고 경제현상을 왜곡하는 등 갖가지 폐해를 낳는데도 이에 대한 형사처벌은 2년 이하의 징역 또는 1억 5천만원 이하의 벌금에 불과하여 이것만으로 규제의 효과를 거둘 것을 기대하기는 어려웠다. 이에, 자본력이 강한 대기업에 대하여 충분한 제재 및 억지 효과를 거둘 수 있을 정도의 금전적 제재를 행정제재로서 부과하는 것이 반드시 필요하며, 이 경우 부당지원을 한 기업을 제재 및 억지의 대상으로 삼는 것이 시장의 경쟁질서를 보다 효과적으로 회복·유지할 수 있다는 정책적 판단하에 부당지원을 한 기업을 상대로 과징금을 부과할 수 있도록 이 사건 법률조항을 신설하였던 것이다.

이러한 취지에서 비롯된 이 사건 법률조항에 의한 과징금의 기능은 본질적으로 '부당이득액의 정확한 환수'에 있다기 보다 '제재를 통한 위반행위의 억지'에 있다고 할 것이지만, 그렇다고 하여 부당이득환수적 성격이 전혀 없다고 단정하기도 어렵다. 공정거래법은 과징금을 부과함에 있어 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횟수, 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모를 고려하도록 하고 있는 것이다(제55조의3 제1항). 또한 부당내부거래로 인하여 발생하는 부당한 이익의 발생구조를 파악함에 있어서는 각 기업을 고립시켜서 고찰하기보다는 지원을 주고받는 대규모 기업집단 소속 계열회사 상호간의 관점에서 파악하는 것이 보다 적절할 것이다. 즉, 다수의 계열회사들이 기업집단 전체의 이익을 위해 계속적으로 서로 지원을 주고받으면서 계열의 유지·확장을 위한 수단으로 부당내부거래를 이용하는 것이므로, 중·장기적으로 볼 때 부당내부거래는 경제력 집중을 통하여 결국 부당지원을 한 기업에게도 상당한 부당이득을 발생시키게 됨을 부인하기 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항이 부당지원의 객체가 아니라 주체에게 과징금을 부과토록 하였다는 점만으로 과징금에 부당이득 환수의 요소가 전혀 없다고 단언하기 어려운 것이다.

제12조 제4항, 비형벌적 제재간의 중복부과를 금지한 예로는 식품위생법 제80조, 해운법 제65조 제2항, 전기통신사업법 제37조의3 등을 들 수 있다.

(5) 결론적으로 이 사건 법률조항에 의한 과징금은 그 취지와 기능, 부과의 주체와 절차(형사소송절차에 따라 검사의 기소와 법원의 판결에 의하여 부과되는 형사처벌과 달리 과징금은 공정거래위원회라는 행정기관에 의하여 부과되고 이에 대한 불복은 행정쟁송절차에 따라 진행된다) 등을 종합할 때 부당내부거래 억지라는 행정목적 실현하기 위하여 그 위반행위에 대하여 제재를 가하는 행정상의 제재금으로서의 기본적 성격에 부당이득환수적 요소도 부가되어 있는 것이라 할 것이고, 이를 두고 헌법 제13조 제1항에서 금지하는 국가형벌권 행사로서의 ‘처벌’에 해당한다고는 할 수 없으므로, 공정거래법에서 형사처벌과 아울러 과징금의 병과를 예정하고 있더라도 이중처벌금지원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

이러한 결론은 이중처벌금지원칙에 관한 미국,²⁾ 프랑스,³⁾ 유럽연합(EU),⁴⁾

2) 미국연방헌법 수정 제5조에 규정된 이른바 이중처벌(double jeopardy) 금지의 원칙에 관한 미국 연방대법원의 주류적 입장은, 이 원칙은 동일한 위법행위를 이유로 복수의 형사처벌(criminal punishments)을 가하는 것만을 금지한다고 하면서[*Helvering v. Mitchell*, 303 U.S. 391, 399 (1938); *United States ex rel. Marcus v. Hess*, 317 U.S. 537, 548-549 (1943); *Breed v. Jones*, 421 U.S. 519, 528 (1975)], 형벌 뿐만 아니라 비형벌적 제재(civil penalties)도 억지(抑止)의 효과를 가지고 있으므로 [Department of Revenue of Mont. v. Kurth Ranch, 511 U.S. 767, 777, n.14 (1994); *United States v. Ursery*, 518 U.S. 267, 284-285, n.2 (1996)], 어떤 제재가 “오로지” 구제적(“solely” remedial, i.e., entirely nondeterrent)이지 않은 한 이중처벌금지조항의 적용을 피할 수 없다고 한다. 어떤 비형벌적 제재도 이중처벌에 해당함을 면할 수 없을 것이라고 보고 있다[Hudson v. United States, 522 U.S. 93, 102 (1997)].

특히, 부정대출 등의 위법행위를 이유로 행정기관으로부터 제재금(monetary penalty) 및 금융업 종사금지(occupational debarment) 처분을 한 후, 다시 동일한 사유를 이유로 기소한 사안에서, 위 법리들을 확인한 다음 억지적 목적이 있다하여 이중위험금지원칙에서 말하는 형사처벌에 해당한다고 하여서는 은행과 같은 분야에서 효율적으로 규제를 하여야 하는 국가의 능력이 현저히 저하됨을 지적하면서 위 사안은 이중처벌금지원칙에 위반되지 않는다고 한바 있다[Hudson v. United States, 522 U.S. 93, 105 (1997)].

3) 프랑스는 우리의 공정거래위원회에 해당하는 경쟁평의회가 반경쟁적 행위에 대하여 제재금(sanction pécuniaire)을 가하는데, 제재금의 부과가 재량으로 되어 있는 점, 부과액의 기준을 정액 또는 매출액으로 하고 있는 점(그 상한은 매출액의 10%로써 우리 보다 더 높다), 위반사실의 경중, 경제에 미친 손해의 중대성, 피해를 입은 기업

독일⁵⁾ 등의 주요 외국의 입법례 및 판례와 그 궤를 같이 한다.

(6) 무죄추정원칙에 관한 법원의 제청이유는, 오로지 제재적 성격만이 있는 이 사건 과징금에 대하여 행정소송 등에 따른 적법타당성이 확정되기 전에도 공정력과 집행력을 인정하는 것은 무죄추정원칙에 반한다는 것이다.

그러나 위에서 본바와 같이 이 사건 법률조항에 의한 과징금은 형사처벌이 아닌 행정상의 제재이고, 행정소송에 관한 판결이 확정되기 전에 행정청의 처분에 대하여 공정력과 집행력을 인정하는 것은 이 사건 과징금에 국한되는 것이 아니라 우리 행정법체계에서 일반적으로 채택되고 있는 것이므로, 과징금 부과처분에 대하여 공정력과 집행력을 인정한다고 하여 이를 확정판결 전의 형벌집행과 같은 것으로 보아 무죄추정의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

다. 비례성원칙 위반 여부

(1) 부당지원행위에 대하여 형사처벌과 아울러 과징금의 병과를 예정하는 것이 이중처벌금지원칙에 위반되지 않는다 하더라도 그러한 제재들의 총합이 법 위반의 억지에 필요한 정도를 넘어 지나치게 가혹한 것이 되어서는 아니 된다는 비례성의 원칙은 준수되어야 한다.

다만, 이를 판단함에 있어서는 헌법 제119조에 규정된 경제질서 조항의 의미를 충분히 고려하여야 할 것이다. 헌법은 제119조 제1항에서 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다고 규정함으로써 경쟁을 바탕으로 하는 시장경제질서를 원칙으로 함과 아울러

이나 단제의 상태에 비례하여 제재금액을 산정토록 규정하고 있는 점 등에서 우리나라 공정거래법상의 과징금과 대단히 유사한 모습을 보이고 있다. 이러한 제재금과 형벌의 병과에 대하여 프랑스 헌법평의회(Conseil Constitutionnel)는 이중처벌금지의 법리를 적용하지 아니하고 단지 비례의 원칙과 형평의 요구에 적합한지의 관점에서 문제를 해결하고 있다.

- 4) 유럽연합(EU)의 법제 또한 위 프랑스의 것과 대동소이한데, 이사회규칙 제17호(Council Regulation No. 17) 제15조는 EU 경쟁법의 법원(法源)인 EEC 설립조약 제81조, 제82조 위반행위에 대하여 집행위원회(Commission)로 하여금 제재금(fine)을 부과할 수 있도록 하고 있으며, 특히 동조 제4항은 그러한 제재금 부과처분이 형사처벌이 아님을 분명히 규정하고 있다(“Decisions taken pursuant to paragraph 1 and 2 shall not be of a criminal law nature”).
- 5) 독일 기본법 제10조 제3항은 “누구도 동일한 행위를 이유로 일반형법에 근거하여 거듭 처벌받지 아니한다”고 규정하여 금지되는 이중처벌의 근거를 ‘일반형법’에 국한하고 있다.

같은 조 제2항에서는 국가로 하여금 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하기 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다고 규정하고 있다. 우리 헌법은 자유와 경쟁에 기초한 경제질서를 보장하기 위하여 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하기 위한 규제와 조정의 권한을 적극적으로 국가에 부여하고 있는 것이다. 따라서 입법자는 경제현실의 역사와 미래에 대한 전망, 목적달성에 소요되는 경제적·사회적 비용, 당해 경제문제에 관한 국민 내지 이해관계인의 인식 등 제반 사정을 두루 감안하여 독과점 규제와 공정거래의 보장을 위하여 가능한 여러 정책 중 필요하다고 판단되는 경제정책을 선택할 수 있고, 입법자의 그러한 정책판단과 선택은 그것이 현저히 합리성을 결여한 것이라고 볼 수 없는 한 경제에 관한 국가적 규제·조정권한의 행사로서 존중되어야 할 것이다.

(2) 이 사건 법률조항에 의한 과징금은 위에서 본바와 같이 정확한 부당이득환수를 직접적인 목적으로 하는 것이 아니라 부당지원행위의 억지에 그 주된 초점을 두고 있는 것이므로 반드시 부당지원을 받은 사업자에 대하여만 과징금을 부과하는 것만이 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이 된다고 할 수 없다.

과징금의 취지가 제재를 통한 부당지원행위의 억지에 있는 이상 입법자는 누구에게 과징금을 부과하는 것이 위반행위를 보다 효율적으로 차단하고 시장의 경쟁질서를 효과적으로 회복·유지하게 될 것인가라는 정책적 관점에서 과징금 부과와 객체를 정할 수 있다 할 것인데 입법자는 이 점에서 지원을 한 기업에 대하여 제재를 가하는 것이 보다 효율적이라 본 것이고, 또한 비록 그것이 지원을 받는 기업으로부터 부당이득을 직접 환수하는 방법은 아니라 할 지라도 서로 긴밀히 연결된 기업집단 내 계열기업들 간의 관계에 비추어 볼 때 지원을 한 기업에 대한 제재와 억지는 결국 지원을 받는 기업이 속한 시장의 경쟁질서를 회복하는 효과를 낳는다고 본 것인 바, 입법자가 선택한 이러한 수단이 공정한 경쟁질서 보호에 부적절한 것이라 할 수 없다.

(3) 입법자는, 부당지원행위에 관하여 형사처벌의 가능성과 병행하여 과징금 규정을 두고 있으며, 과징금액의 산정에 관하여는 대통령령이 정하는 매출액(당해 사업자의 직전 3개 사업연도의 평균 매출액)을 기준으로 100분의 2를 상한으로 하는 범위 내에서, 매출액이 없는 경우에는 5억원의 범위 내에서 과징금을 부과할 수 있도록 하고 있다.

사업자가 법 위반행위를 하는 것은 중국적으로 경제적 이익을 얻고자 하는

데에 그 목적이 있을진대, 사업자의 매출액을 그러한 경제적 이익 증가의 지표로 보고서 매출액을 기준으로 삼아 과징금액의 상한을 책정토록 한 것은 나름대로 수긍할 만한 합리성이 있다 할 것이고, 기업집단 내의 부당내부거래에 있어 적극적·주도적 역할을 하는 자본력이 강한 대기업에 대하여도 충분한 제재 및 억지의 효과를 발휘하도록 하기 위한 정책적 고려에서 그 매출액에 대한 일정 비율(2%)을 책정하여 그 한도 내에서 과징금을 부과토록 한 것은, 여기에 형사처벌의 정도(2년 이하의 징역 또는 1억 5천만원 이하의 벌금)를 보태어 보더라도 이 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이라 아니하거나 지나치게 가혹한 제재라고 하기 어렵다.⁶⁾

뿐만 아니라 현행 공정거래법의 전체 체계에 의하면 부당지원행위가 있다고 하여 일률적으로 매출액의 100분의 2까지 과징금을 부과할 수 있는 것도 아니다. 공정거래법 제55조의3 제1항은 과징금을 부과함에 있어 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횟수, 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 참작하여야 한다고 규정하고 있으므로 공정거래위원회는 개별 부당지원행위의 불법의 정도에 비례하는 상당한 금액의 범위 내에서만 과징금을 부과할 의무를 지고 있다. 공정거래법 제55조의3 제3항은 이러한 취지를 구체화하도록 대통령령에 위임하고 있으며, 이에 따라 공정거래법시행령 제61조 별표 2는 부당지원행위의 과징금부과기준을, 지원금액이 산출가능한 경우에는 당해 지원금액 이내로, 지원금액이 산출되기 어렵거나 불가능한 경우에는 당해 지원성 거래규모의 100분의 10 이내로 정하고 있다. 그러므로 한편으로는 부당지원금액이 대단히 거액이어서 매출액의 100분의 2를 상회하더라도 지원금액 만큼 과징금을 부과할 수 있는 것이 아니라 매출액 기준 이내에서만 과징금을 부과할 수 있고, 다른 한편으로 부당지원금액이 매출액의 100분의 2에 훨씬 미치지 못하더라도 매출액 기준으로 부과할 수는 없고 그 지원금액을 한도로만 과징금을 부과할 수 있는 것이다. 이와 같은 이중적 제한장치의 결과 실제 부과되는 과징금액은 매출액의 100분의 2를 훨씬 하회하는 수준에 머무르고 있다.⁷⁾

6) 오히려 입법자는 이 사건 법률조항에 의한 매출액 대비 2%라는 상한기준만으로는 실효성있는 억지력을 발휘할 수 없다고 보아, 1999. 12. 28. 이 사건 법률조항을 개정하여 부당지원행위에 대하여는 부과상한을 매출액 대비 5%로 상향조정하였다.

7) 실제로 1998년부터 2000년까지 부당내부거래에 대하여 부과된 과징금 내역을 보면, 부당지원금액에 대한 과징금 부과비율은 평균 35.7%로서 지원금액의 절반에도 미치지

그렇다면 부당지원행위의 실효성 있는 규제를 위하여 형사처벌의 가능성과 병존하여 과징금 규정을 둔 것 자체나, 지원기업의 매출액을 과징금의 상한기준으로 삼은 것을 두고 비례성원칙에 반하여 과잉제재를 하는 것이라 할 수 없다.

(4) 공정거래법은 이 사건에서 문제되는 불공정거래행위를 포함하여 주요 범위반행위에 대하여 공정거래위원회의 고발을 공소제기의 요건으로 하는 이른바 ‘전속고발’제도를 택함으로써(공정거래법 제71조) 범위반행위에 대한 형벌권의 행사가 신중하게 이루어지도록 하고 있다. 이 제도는, 공정거래법위반행위에 대한 형벌은 가능한 한 위법성이 명백하고 국민경제와 소비자일반에게 미치는 영향이 특히 크다고 인정되는 경우에 제한적으로 활용되어야 한다는 점을 고려하여 독립적이고 전문적인 공정거래위원회로 하여금 상세한 시장분석을 통하여 위반행위의 경중을 판단하고 그때 그때의 시장경제상황의 실상에 따라 시정조치나 과징금 등의 행정조치만으로 이를 규제함이 상당할 것인지 아니면 더 나아가 형벌까지 적용하여야 할 것인지의 여부를 결정하도록 함으로써 공정거래법의 목적을 달성하고자 하는 데 그 취지가 있는 것으로서(헌재 1995. 7. 21. 94헌마136, 판례집 7-2, 169, 178), 이 제도를 통하여 단순한 경제법 위반행위의 형사범죄화, 남소로 인한 기업활동의 위축을 방지할 수 있는 것이다.⁸⁾

라. 적법절차원칙 및 권력분립원칙 위반 여부

(1) 헌법 제12조 제1항은 “…… 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다” 라고 하여 적법절차원칙을 규정하고 있는데, 헌법재판소는 이 원칙이 형사소송절차에 국한되지 않고 모

지 못하였으며, 매출액 대비 0.06%에 불과하였음을 알 수 있다.

한편, 당해사건의 원고인 에스케이의 경우를 보더라도, 1997.말 기준으로 에스케이의 매출액은 10조7565억원이고, 사건의 개요에서 본바와 같은 에스케이증권에 대한 부당지원금액은 92억9700만원으로 산정되었으나, 공정거래위원회는 지원행위의 내용 및 정도·기간 및 횟수·지원의 효과 등을 감안하여 41억1300만원의 과징금을 부과하였다. 이 금액은 지원금액의 절반에도 미치지 못하며, 매출액의 약 0.04%에 불과하다.

- 8) 공정거래법 위반행위에 대한 공정거래위원회의 고발의 실태를 보면 1981년부터 2002년까지 20여년간 총 고발건수가 약 130건 정도에 불과하고(부당내부거래에 관하여 보면, 1998년부터 여러 차례에 걸쳐 수많은 부당내부거래를 조사·적발하였지만, 고발한 것은 6건에 불과하다), 이 중 과징금이 병과된 것은 19건에 불과하다.

든 국가작용 전반에 대하여 적용된다고 밝힌 바 있으므로(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 876-877; 헌재 1998. 5. 28. 96헌바4, 판례집 10-1, 610, 618), 국민에게 부담을 주는 행정작용인 과징금 부과에 있어서도 적법절차원칙이 준수되어야 할 것이다.

적법절차원칙에서 도출할 수 있는 가장 중요한 절차적 요청 중의 하나로, 당사자에게 적절한 고지(告知)를 행할 것, 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여할 것을 들 수 있겠으나(헌재 1994. 7. 29. 93헌가3등, 판례집 6-2, 1, 11; 헌재 1996. 1. 15. 95헌가5, 판례집 8-1, 1, 16-17; 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 634 참조), 이 원칙이 구체적으로 어떠한 절차를 어느 정도로 요구하는지는 일률적으로 말하기 어렵고, 규율되는 사항의 성질, 관련 당사자의 사익(私益), 절차의 이행으로 제고될 가치, 국가작용의 효율성, 절차에 소요되는 비용, 불복의 기회 등 다양한 요소들을 행량하여 개별적으로 판단할 수밖에 없을 것이다.

(2) 과징금의 부과가 어떤 기관에 의하여, 어떤 절차를 통하여 이루어지는 지 본다.

독점규제 및 공정거래에 관한 사무를 독립적으로 수행케 하기 위하여 국무총리 소속하에 공정거래위원회(이하 “위원회”라 한다)가 설치되어 있는데(공정거래법 제35조), 위원회는 위원장 1인, 부위원장 1인을 포함한 9인의 위원으로 구성하며, 위원장과 부위원장은 국무총리의 제청으로, 나머지 위원은 위원장의 제청으로 대통령이 임명한다(제37조). 위원의 자격은 공정거래에 관하여 경험이 있는 2급 이상의 공무원의 직에 있던 자, 판사·검사 또는 변호사의 직에 15년 이상 있던 자, 대학에서 법률학·경제학·경영학 부교수이상의 직에 15년 이상 있던 자, 기업경영 및 소비자보호활동에 15년 이상 종사한 경력에 있는 자 등으로 되어 있다(제37조 제2항). 위원은 신분보장을 받으며, 정치활동이 금지되어 있다(제40조, 제41조).

위원회의 심리와 의결은 공개하며(제43조 제1항), 위원에 대한 제척·기피·회피제도가 있다(제44조). 위원회는 조사결과를 서면으로 당해 사건의 당사자에게 통지하여야 하며(제49조 제3항), 시정조치 또는 과징금 납부명령을 하기 전에 반드시 당사자 또는 이해관계인에게 의견을 진술할 기회를 주어야 하고(제52조 제1항), 당사자 또는 이해관계인은 위원회의 회의에 출석하여 의견을 진술하거나 자료를 제출할 권리를 부여받고 있다(동조 제2항). 나아가 당사자 또는 이해관계인은 관련된 자료의 열람·복사를 요구할 수 있다(제52

조의2). 위원회의 시정조치명령에 대하여는 당사자에게 집행정지 신청권이 있다(제53조의2). 위원회의 처분에 대하여 불복이 있는 자는 처분의 고지를 받은 날로부터 30일내에 이의신청을 할 수 있으며, 이에 대한 심의, 재결은 위원회의 전원회의에서 이루어진다(제37조의3 제1항 제2호, 제53조). 이의신청을 거치지 않고도 위원회의 처분에 대하여 서울고등법원에 행정소송을 제기할 수 있다(제54조, 제55조).

(3) 물론 위원회는 그 구성의 독립성, 사건처리 절차의 사법적 요소 등의 측면에서 가장 대표적인 독립규제위원회라 일컬어지는 미국의 연방거래위원회(Federal Trade Commission)와 비교할 때 미흡한 점이 있다고도 평가할 수 있다. 미국의 경우 대통령이 연방상원의 동의를 얻어 5인의 위원을 임명하며, 사건의 조사과정에서는 이른바 행정법판사(administrative law judge)와 같은 법전문가에 의한 독립적 직무수행이 이루어지고 있다.

그러나 미국과 우리나라는 법률체계, 사법과 행정의 관계, 경제현실 등 여러 가지 점에서 차이가 있을 뿐만 아니라, 행정목적 실현을 위하여 취해지는 규제수단에 대하여 사법적 체계나 요소를 어느 정도로 적용할 것인지는 기본적으로 제도 형성의 문제로서 입법자의 선택에 달려 있다 할 것이다.

법관에게 결정권한을 부여한다든지, 절차에 있어 사법적 요소들을 강화한다든지 하면 법치주의적 자유보장이라는 점에서 장점이 있겠으나, 다른 한편으로 경제, 환경, 도시계획, 보건과 같은 복잡하고 전문적인 규제분야에서 정책입안자나 현장의 정책집행자의 일관되고 전문적인 목적지향적 관리가 가능하기 위해서는 행정기관 스스로 행정목적 달성에 효율적인 규제수단과 제재수위를 1차적으로 선택할 수 있도록 하는 것이 행정의 경험과 전문성, 책임성을 보다 살리는 길이 된다고 볼 수도 있다.

(4) 그렇다면, 우리나라 공정거래법에서 행정기관인 위원회로 하여금 과징금을 부과하여 제재할 수 있도록 한 것은 부당내부거래를 비롯한 다양한 불공정 경제행위가 시장에 미치는 부정적 효과 등에 관한 사실수집과 평가는 이에 대한 전문적 지식과 경험을 갖춘 기관이 담당하는 것이 보다 바람직하다는 정책적 결단에 입각한 것이라 할 것이고, 과징금의 부과 여부 및 그 액수의 결정권자인 위원회는 합의제 행정기관으로서 그 구성에 있어 일정한 정도의 독립성이 보장되어 있고, 과징금 부과절차에서는 통지, 의견진술의 기회 부여 등을 통하여 당사자의 절차적 참여권을 인정하고 있으며, 행정소송을 통한 사법적 사후심사가 보장되어 있으므로, 이러한 점들을 종합적으로 고려할

때 과징금 부과 절차에 있어 적법절차원칙에 위반되었다거나 사법권을 법원에 둔 권력분립의 원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 한대현, 재판관 권 성, 재판관 주선희, 재판관 김영일의 아래 5., 6.과 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여재판관들의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 한대현, 재판관 권 성, 재판관 주선희의 반대의견

기업에게 부과될 수 있는 형벌은 벌금뿐인데 이 사건 법률조항은 형벌인 벌금 이상으로 불이익할 수 있는 과징금을 기업에게 부과하면서 헌법상 요구되는 자기책임의 원리와 적법절차를 준수하지 않고 있어 헌법에 위반된다고 생각한다.

가. 자기책임원리의 위반

(1) 이 사건 과징금의 특성

(가) 각종 법률이 규정하는 과징금 제도의 유형을 보면 첫째, 행정상 의무 이행의 확보를 위하여 그 의무위반행위로 얻은 불법적인 이익을 박탈하고 나아가 그 행위를 제재하기 위하여 부과하는 과징금이 있고 둘째, 다수 국민이 이용하는 사업이나 국가 및 사회에 중대한 영향을 미치는 사업을 시행하는 자가 행정법규에 위반하였을 경우 그 위반자에 대하여 허가취소나 영업정지 처분을 하면 오히려 국민에게 생활의 불편과 어려움을 줄 수 있으므로 이러한 처분과 선택적으로 또는 이에 갈음하여 부과하는 과징금이 있으며 셋째, 배출부과금 등과 같이 법령에서 과징금이라는 용어를 사용하고 있지는 않더라도 그 제도의 취지·성격 등에 비추어 과징금과 유사한 제도라고 볼 수 있는 것 등이 있다(헌재 2001. 5. 31. 99헌가18등, 판례집 13-1, 1017, 1096-1098 참조).

(나) 공정거래법은 이 사건 법률조항 이외에도 여러 조항에서 과징금부과 규정을 두고 있다. 시장지배적 사업자가 그 시장지배적 지위를 남용한 경우(법 제6조), 일정 규모 이상에 해당되어 상호출자가 금지된 회사가 이를 위반하거나 출자한도 제한을 위반한 경우(법 제17조), 다른 사업자와 부당하게 경쟁을 제한하는 공동행위를 한 경우(법 제22조), 사업자단체가 부당한 경쟁제한 행위를 한 경우(법 제28조), 재판매가격유지행위를 한 경우(법 제31조의2), 부당한 경쟁제한을 초래하는 국제계약을 체결한 경우(법 제34조의2) 부과되

는 과징금들이 그것이다. 공정거래법상의 이러한 과징금들은 독과점의 규제와 불공정거래의 방지를 위한 경제법상의 의무위반행위로 얻은 불법적인 이익을 박탈하고 나아가 그 위반행위자를 제재하기 위하여 부과되는 것이므로 대부분 위에서 본 첫째 유형의 과징금에 해당한다.

(다) 그런데 이 사건 법률조항에 의하여 부과되는 과징금은 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지금금·대여금·인력·부동산·유가증권·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위가 있는 경우 당해 지원행위의 주체인 기업에 대하여 부과되는 것이다. 만약 부당지원행위로 인하여 발생한 이익을 이 과징금의 부과에 의하여 박탈하고자 한다면, 실제로 이익을 본 피지원자에게 과징금을 부과하여야 마땅할 것이다. 그러나 이 사건 법률조항은 지원을 함으로써 현실적으로는 일단 손실을 본 사업자를 상대로 과징금을 부과하도록 규정하고 있으므로 이 과징금은 지원행위로 발생한 이익을 박탈하기 위한 것은 아니다.

이 점에 대하여는, 동일한 기업집단의 경우 지원하는 기업과 지원받는 기업이 이와 같은 지원행위를 통하여 결국은 함께 이익을 보려고 하는 것이므로 그 어느 쪽에 부과하든 이익을 박탈하는 의미가 있다는 주장도 있다. 그러나 이 과징금의 부과는 동일한 기업집단 내의 거래행위일 것을 그 요건으로 하고 있지 아니하며, 또 동일한 기업집단 내의 행위에 의하여 기업집단에게 발생한 이익을 박탈하는 것이라면 이 과징금이 기업집단의 지배자에게 부과하여야 할 터인데도 그와 달리 개별적인 지원기업에게 부과되고 있으므로 위와 같은 논리는 정확한 것이 못된다. 이것은 단지, 부당지원행위를 억제하기 위하여 그러한 행위를 한 사업자를 응징하고 이러한 응징을 통하여 장래의 범위반을 일반적으로 예방하려는 의미만을 가지고 있다고 보아야 한다. 그렇다면 이러한 과징금은 그 목적이나 효과로 보아 실질적인 처벌의 성질을 갖는 것이고 이는 헌법 제12조 제1항 후문이, 특히 명문으로 적법절차의 대상으로 삼고 있는, ‘처벌’에 바로 해당하는 것이다.

(2) 자기책임의 원리

어떠한 행위를 법률로 금지하고 그 위반을 어떻게 제재할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 보호법익의 침해 정도, 위반행위의 성질, 위반이 초래하는 사회적 경제적 해악의 정도, 제재로 인한 예방효과, 기타 사회적 경제적 현실과 그 행위에 대한 국민의 일반적 인식이나 법감정 등을 종합적으로 고려하

여 의회가 결정하여야 할 국가의 입법정책문제이므로 광범위한 입법재량이 인정되어야 할 분야이다. 그렇기는 하지만 만일 처벌 등의 법적 제재가 위법행위의 내용과 상관이 없는 요소에 의하여 그 범위가 재단되도록 법률이 규정하고 있다면 이는 자기책임의 범위를 벗어나는 제재가 될 위험이 있어 헌법위반의 문제를 일으킨다.

원래 위법행위와 그에 대한 처벌 내지 제재 사이에는 정당한 상관관계가 있어야만 한다. 이것은 실질적 법치주의의 당연한 내용이고 헌법의 배후에 전제되어 있는 기본적인 헌법원리인 것이다. 이것을 이룸하여 자기책임의 원리라 부르는 것이고 헌법 제13조 제3항은 그 한 표현에 해당하며 자기책임의 원리에 반하는 처벌이나 제재는 그 자체로서 헌법위반을 구성한다.

(3) 이 사건 과징금의 경우

(가) 이 사건 과징금은 부당하게 다른 회사를 지원한 기업에게 그 매출액의 100분의 2의 범위 내에서 공정거래위원회가 재량으로 부과할 수 있는 제재금인데, 이는 부당지원자에게 부과되는 것인지 피지원자에게 부과되는 것이 아니므로 비록 형벌은 아니라고 하더라도 부당지원행위에 대한 응징 내지 처벌로서의 의미를 가지고 있음은 앞에서 설명한 바와 같이 명백하다.

(나) 자본주의가 성장하면서 기업이 다른 기업을 부당지원하여 시장에서의 공정한 경쟁을 해칠 위험이 발생하고 이러한 위험은 특히 재벌기업의 경우에 더욱 현저하다. 따라서 이 조항의 과징금을 통하여 부당지원을 응징하고 억제하는 것이 필요한 상황이 조성되었다. 그러나 비록 기업의 부당지원행위를 응징하고 처벌한다 하더라도 헌법상의 자기책임의 원리는 지켜져야 하는 것이며 이러한 이치는 규제의 대상이 재벌인 경우에도 동일하며, 특히 정부가 이러한 헌법원칙을 무시하면서 기업을 임의로 통제하기 위한 법적 도구로 이 사건 법률조항을 이용하도록 방임하는 일이 있어서는 안될 것이다.

이 사건 법률조항이 규정한 부당지원행위에 대한 과징금은 지원을 한 기업의 매출액의 100분의 2를 한도로 하고 있다. 그런데 단일 대기업의 매출규모가 수천억원에 이르는 경우가 많고 나아가 수조(兆) 원에 이르는 경우도 있는데 이들 기업이 부당지원행위를 한 경우에는 비록 그 지원규모가 소액이고 사소한 것이라고 할지라도 그에 대한 과징금은 매출액을 기준으로 상한이 결정되는 결과, 공정거래위원회는 그 기업에 대하여 수백억원 나아가 수천억원에 이르기까지 과징금을 부과할 수 있는 권한을 갖게 된다. 이러한 다액의 과징금은 경우에 따라서는 기업의 생존을 위협할 위험이 있고 경제성장과 더불어

어 기업의 매출액 규모가 확대되는 것에 비례하여 이러한 위험은 더욱 증대될 것이다. 결국 과잉제제의 문제가 발생한다.

반대로 부당지원의 규모가 비록 대규모일지라도 그 기업의 매출액이 근소한 경우에는 과징금은 아주 미미하게 된다. 결국 부당한 과소제제의 문제가 생기는 것이다.

다른 한편 동일한 규모의 부당지원을 한 복수(複數)의 기업이 그들의 매출액 차이에 따라 상이한 과징금을 부담하는 형평상의 문제가 발생하는데 매출액 차이의 크기에 비례하여 과징금의 불균형 정도가 더욱 심각하여진다.

이러한 불합리한 문제들은 과징금의 범위를 매출액을 기준으로 하여 결정하는 데서 모두 유래한다.

원래 매출액의 규모와 부당지원과의 사이에는 원칙적으로는 상관관계를 인정하기가 곤란하다. 물론 경우에 따라서는 다른 기업에 대한 부당지원이 자기 기업의 매출액 신장으로 이어지는 경우도 있을 것이지만 이것은 다른 요소와의 결합에 의하여서만 우연적으로 가능한 일이기 때문에 매출액 규모와 부당지원 사이의 독자적인 상관관계는 원칙으로 인정하기 어렵다고 보는 것이다. 물론 예외가 있을 수 있지만 그러한 예외는 입증을 요하는 특별한 사정에 지나지 않는다고 봄이 경험칙상 합당하다. 요컨대 부당지원행위라는 행위의 성격과 규모에 관계 없이 매출액의 규모를 기준으로 과징금의 범위를 정하는 것이 자기책임의 원리에 부합한다고 할 수 있기 위하여는, 부당지원과 지원행위자의 매출액 규모(매출액의 신장, 유지, 감소의 완화 등을 포함한다) 사이에 상당한 인과관계가 있음이 인정되어야만 할 것인데 이러한 상관관계는 특별한 경우가 아닌 한 일반적으로 인정될 수 없는 일이다. 결국 부당지원행위에 대하여 매출액을 기준으로 과징금을 부과할 수 있도록 하는 것은 부당지원이라는 자기의 행위와 상관관계가 없는 매출액이라는 다른 요소에 의하여 책임의 범위를 정하는 것이 되어 자기의 위법행위와 그에 대한 처벌 사이에 정당한 상관관계가 있어야 한다는 자기책임의 원리에 부합하지 않는 것이다.

공정거래법 제55조의3 제3항은 과징금의 부과기준을 대통령령으로 정하도록 입법위임을 하였는데 이에 근거한 시행령 제61조 제1항의 별표 2 제8은 “부당지원행위에 대한 과징금 부과기준을 지원금액의 산출이 가능한 경우는 당해 지원금액의 이내로 하고 지원금액이 산출되기 어렵거나 불가능한 경우에는 당해 지원성 거래규모의 100분의 10 이내로 한다”는 취지로 규정하였다. 이 시행령규정은 매출액이 아니라 지원금액 내지 지원규모를 과징금의 부과

기준으로 설정하였음이 명백하다.

그러나 매출액이라는 것과 지원금액이라는 것은 결코 동일한 것이 아니고 완전히 별도의 범주에 속하는 것이므로 이것은 법률의 내용을 시행령으로 바꾼 것에 해당한다. 이 사건 법률조항이 매출액을 과징금의 부과기준으로 삼은 것은 위헌이고 오히려 지원금액을 기준으로 삼아야 헌법에 부합할 수 있다는 점을 앞에서 밝힌 바 있지만, 시행령에서 위헌적인 내용의 법률과는 달리 합헌적인 내용을 채택한다고 하여 위헌적인 내용을 가진 법률의 위헌성이 제거되거나 치유되는 것은 아니므로 위와 같은 시행령의 존재는 이 사건 법률조항을 위헌으로 판단하는 데 장애가 되지 않는다.

더구나 이 시행령의 내용에 의하면 지원금액이 매출액의 100분의 2를 초과하는 경우에 오히려 지원금액이 과징금의 상한이 되어 법률이 정한 것보다 위반행위자를 더 불리하게 만드는 것이 되어 문제가 될 것이지만 더 이상 상론할 것은 없다.

(다) 한편 이 사건 법률조항 이외에 공정거래법상으로 매출액을 기준으로 하여 과징금을 부과할 수 있도록 하는 규정들이 없지는 않다. 시장지배적 사업자의 남용행위에 대하여 매출액의 100분의 3 이하를 부과할 수 있도록 한 것(법 제6조), 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 대하여 매출액의 100분의 5 이하를 부과할 수 있도록 한 것(법 제22조), 사업자 단체의 부당한 경쟁제한행위에 참가한 사업자에게 매출액의 100분의 5 이하를 부과할 수 있도록 한 것(법 제28조 제2항), 재판매가격유지행위에 대하여 매출액의 100분의 2 이하를 부과할 수 있도록 한 것(법 제31조의2) 등이 그러하다.

그러나 이들 경우는 가격형성을 왜곡하고 상품공급을 조절하는 등의 방법으로 시장질서에 직접 개입하여 이를 교란하고 독과점체제를 형성하여 자유경쟁을 정면으로 저해하는 행위인 점에서, 단지 두 기업간의 개별적이고 일시적인 지원행위를 대상으로 하고 있는 이 사건 법률조항에 의한 과징금의 경우와는, 독과점금지 및 자유시장질서의 유지에 대하여 미치는 파괴적 효과와 위법성의 정도가 현저히 다른 것이다. 이들의 경우에는 매출액의 규모가 그 행위의 내용과 효과 및 위법성의 정도에 결정적 영향을 미치는 요소임에 반하여 부당지원의 경우에는 매출액의 규모라는 것이, 독과점금지 및 자유시장질서유지에 대한 부당지원행위의 부정적 영향에 별다른 가감적 작용을 하지 못한다. 그러므로 매출액의 규모는 부당지원행위의 책임범위를 정하는 요소

가 될 수 없으며, 환언하면 자기책임의 기준이 될 수 없으며, 오히려 그 지원 행위 자체의 개별적 내용과 규모에 의하여, 예컨대 부당지원금액의 몇 배라고 하는 방법으로, 그 책임범위가 결정되어야만 할 것이다. 그러한 의미에서 이 사건 과징금은 공정거래법상의 다른 불공정행위에 대한 과징금과는 본질적으로 다른 것이며 이 사건 과징금을 다른 형태의 과징금과 같이 매출액의 100분의 2를 한도로 부과할 수 있도록 한 것은 부당지원행위의 개별적인 내용과 성격에 상응하여 의당 부담하여야 할 책임의 정도를 현저히 초과하게 될 위험 또는 현저히 미달하게 될 불합리가 명백히 존재하는 것이다.

그렇다면 결국 이 사건 법률조항은 부당지원행위자를 처벌함에 있어서 마땅히 준수되어야 할 자기책임의 원리에 위배된다고 할 것이다.

나. 적법절차원칙의 위반

(1) 헌법상 적법절차의 원칙

헌법 제12조 제1항 후문은 “모든 국민은 …… 법률과 적법절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”고 규정하고 있다. 이 헌법조항이 규정한 적법절차의 원칙은 합리적이고 정당한 법률에 의거하여 적정한 절차를 밟은 경우에만 공권력에 의한 국민의 생명, 자유, 재산의 침해는 가능할 수 있다는 넓은 범위에 걸친 일반적인 원칙을 그 내용으로 한다. 다만 이 조항에서는 특히 처벌·보안처분 또는 강제노역의 경우에 적법절차를 엄격히 형성·유지하여야 함을 명문의 규정으로 명백히 천명한 것뿐이다.

헌법상 적법절차의 보장은 광의로는 실체적 적법절차의 보장을 포함하는 것이지만 그 본래적 의미는 기본권을 제한하는 내용의 공권력 행사는 그 절차가 합리적이고 공정하여야만 한다는 절차적 적법절차의 보장에 있다. 이러한 절차적 적법절차의 원칙을 충족하기 위한 여러 절차적 요소 중에는 당사자에 대한 사전의 고지(notice), 공정하고 충분하며 합리적으로 행하여지는 청문(hearing) 등이 포함된다. 그러나 절차적 적법절차의 구체적 내용은 상황과 무관하게 고정된 것이 아니고 공권력으로 기본권을 제한하는 구체적인 경우에 나타나는 개별적인 여러 사정들을 고려하여 이에 적합한 절차적 보장이 주어질 것을 요청한다는 의미에서 신축성을 가지는 것이다. 따라서 구체적인 경우에 적법절차의 원칙상 어떠한 절차가 제공되어야 할 것인지를 판단하기 위해서는 문제된 기본권 내지 관계된 권리의 중요성, 기존 절차를 통하여 그러한 권리가 잘못 박탈될 위험의 정도, 절차를 대체함으로써 얻을 수 있는 효

과의 정도, 절차의 대체에 수반될 재정적·행정적 부담 내지 공익 희생의 규모 등 여러 요소들을 종합적으로衡量하여 결정할 수밖에 없다. 대체로 보아 기본권의 제한이 중대하면 할수록 적법절차의 요구도 비례하여 커지는 것이며 고도의 적법절차의 요구는 결국 사법절차의 내용에 접근·동화하는 것이 될 것이다.

(2) 공정거래위원회의 준사법기관성

사법절차를 가장 엄격한 적법절차의 하나라고 볼 때 그에 유사한 정도로 엄격하게 적법절차의 준수가 요구되는 절차를 ‘준사법절차’, 그러한 절차를 주재하는 기관을 ‘준사법기관’이라고 표현할 수 있을 것이다.

헌법 제119조 제2항은 “국가는 …… 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며 …… 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다” 라고 규정함으로써 독과점과 불공정거래의 규제라는 경제정책적 목표를 개인의 경제적 자유를 제한할 수 있는 정당한 공익의 하나로 명문화하고 있다. 경제적 자유가 초래하는 경제력의 집중과 시장지배적 경향으로 말미암아 필연적으로 시장의 자유가 위축될 우려가 있으므로 국가는 이를 방지할 필요가 있고 따라서 국가가 공정거래법을 제정하여 사업자의 시장지배적 지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하는 것은 자본주의적 시장경제의 기능을 보장하기 위한 국가의 헌법상 과제인 것이다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 695 참조).

그런데 반독점과 공정거래에 위배되는 행위를 규제함에 있어서는 당해 사업에 관련된 경제적 상황, 위반행위가 시장에 미치는 경제적 영향, 개별 기업의 구체적 상태 등을 신속·정확히 파악하여 적정하고 신속한 대책을 제시할 수 있는 전문성을 규제기관이 갖추어야 하므로 이 점에서는 규제기관의 행정적 전문화가 요청되고 다른 한편, 부당공동행위나 불공정거래행위의 규제가 대상 기업의 경제적 자유와 재산권에 미칠 수 있는 치명적 침해의 심각성에 상응하여 사전고지와 청문, 엄격한 사실인정과 공정한 판단 등을 보장하는 절차적 엄격성이 보장되어야 하므로 이 점에서는 규제기관의 사법적 엄격화가 요청된다. 만일 행정적 전문성만을 강조하여 그 권한을 일반 행정기관에 그대로 맡긴다면 행정기관의 권한이 지나치게 강대하여지고 그 권한이 자의적으로 남용될 우려가 있다. 한편 사법절차적 엄격성만을 강조하여 이를 법원에 맡긴다면 통상의 사법절차를 모두 거치는 데 따른 시간의 경과 등으로 신속한 대응에 어려움을 겪게 될 수 있다. 따라서 행정부에 속하지도 않고 사법부

에도 속하지 않는 제3의 독립기관에게 이를 맡길 필요성이 있고, 이에 따라 행정권과 사법권으로부터 분리된 독립적 기관으로서 공정거래위원회를 설치하여 독립규제위원회로서 독점규제와 공정거래 유지의 국가기능을 담당하게 하여야 할 것이다. 그렇다면 공정거래위원회는 당연히 행정적 전문성과 사법절차적 엄격성을 함께 가져야 하며 그 규제절차는 당연히 '준사법절차'로서의 내용을 가져야만 하는 것이다.

(3) 이 사건 과징금의 처벌적 성격

이 사건 과징금의 처벌적 성격은 이미 앞에서 본 바와 같다. 그 요지는 다음과 같다.

이 사건 과징금은 부당지원행위를 한 기업에게 부과되는 것인데 만약 부당지원행위로 인하여 발생한 이익을 이 과징금의 부과에 의하여 박탈하고자 한다면 실제로 이익을 본 피지원자에게 과징금을 부과하여야 마땅할 것이다. 그러나 이 사건 법률조항은 지원을 함으로써 이익이 아니라 손실을 본 사업자를 상대로 과징금을 부과하도록 규정하고 있으므로 이 과징금은 지원행위로 발생한 이익을 박탈하기 위한 것은 아니다. 그렇다면 이것은 부당지원행위를 억제하기 위하여 그 행위를 한 사업자에게 응징을 가하고 이로써 장래의 범위반을 일반적으로 예방하려는 의미를 가지고 있다고 보아야 한다. 따라서 이러한 과징금은 그 목적이나 효과로 보아 실질적인 처벌의 성질을 갖는 것이고 이는 헌법 제12조 제1항 후문이 특히 명문으로 적법절차의 대상으로 삼고 있는 '처벌'에 바로 해당하는 것이다.

한편 이 사건 법률조항은 부당지원행위를 한 기업에 대하여 매출액의 100분의 2의 범위내에서 과징금을 부과하도록 규정한다. 기업의 이익금이 그 매출액의 극히 일부에 불과할 수도 있는 실정을 감안할 때 이익금에 비하여 과도한 과징금은 당해 기업의 수지와 경영에 매우 불리한 영향을 미칠 수 있는 것이고 나아가 당해 기업이 상당한 시장지배력을 가지고 있는 주요 기업인 경우에는 그 과금효과가 국민경제의 흐름에도 적지 않은 영향을 미칠 수 있다. 이와 같이 이 사건 과징금 제도가 당해 기업에게 사활적 이해를 가진 제재가 될 수 있을 뿐만 아니라 경제 전반에도 중요한 영향을 미칠 수 있는 것임을 생각할 때, 그 부과절차는 적법절차의 원칙상 적어도 재판절차에 상응하게 조사기관과 심판기관이 분리되어야 하고 심판관의 전문성과 독립성이 보장되어야 하고 증거조사와 변론이 충분히 보장되어야 하며 심판관의 신분이 철저히 보장되어야만 할 것이다. 이러한 관점에서 이 사건 법률조항을 검토

하면 많은 문제가 있다.

(4) 이 사건 법률조항에 대한 검토

(가) 조사기관과 심판기관의 미분리(未分離)

사법절차에서는 사실을 조사하고 증거를 수집하는 ‘조사기관’과 수집한 증거를 조사하고 변론을 듣고나서 결정을 내리는 ‘심판기관’이 서로 분리되어 있는데 이러한 기관의 분리는 조사의 전문성과 판단의 공정성을 함께 확보하기 위한 불가결의 조치 이고 이는 사법절차의 기본적, 핵심적 요소의 하나이다.

그런데 공정거래법상으로는 조사권과 심판권이 모두 공정거래위원회에 귀속되어 있을 뿐, 그 분리가 전혀 이루어져 있지 않다. 즉 공정거래법 위반의 혐의가 있을 때에는 공정거래위원회가 직권으로 또는 신고에 의하여 조사를 개시하며(법 제49조), 조사는 위원회 자체가 직접 행하거나 소속 공무원에게 조사를 지시하는 방법으로 진행한 다음(법 제50조) 위반행위 존부와 이에 대한 시정조치 내지 과징금 부과에 대한 판단도 모두 공정거래위원회가 행하도록 규정되어 있는 것이다(법 제51조, 제55조의3). 이와 같이 조사기관과 심판기관을 분리하지 아니한 것은, 「심판기관은 조사기관과 피규제기업 사이에서 중립적으로 판단하여야 한다는 원칙」을 원칙적으로 배제하고 있는 것이다.

또한 공정거래위원회는 실무상으로 검사의 파견을 받고 있는데 이는 현재의 위원회 자체 조직으로는 조사업무의 전문성 확보가 제도적으로 곤란한 실정임을 위원회 스스로 자인하고 있는 것이다.

공정위원회규칙은 법률에도 없는 심사관제도와 사전심사제도를 창설하여 조사기관을 어느 정도 분리시키려는 노력을 하고 있다(공정거래위원회의운영및사건절차등에관한규칙 제10조, 제11조). 이 규칙은 “이 법의 규정에 위반하는 사건의 처리절차등에 관하여 필요한 사항은 공정거래위원회가 정하여 고시한다.”라고 규정한 공정거래법 제55조의2에 의거한 규칙으로 보이는데 백지위임식의 이러한 위임이 헌법상 가능한 것인지 여부 그리고 이러한 위임에 의한 규칙으로 심사관제도와 사전심사절차 같은 중요한 직제와 심리절차를 만들어 내는 것이 법률상 허용되는 것인지 여부는 차치하고 공정거래위원회 소속의 공무원인 국장이나 지방사무소장 또는 4급 이상 공무원 가운데서 지정되는 심사관으로서의 직무상의 독립성을 갖는 조사기관이 될 수 없을 것이다.

(나) 전문성과 독립성의 미흡

공정거래법상 부당지원 등 불공정거래행위에 대한 과징금의 부과는 공정거래위원회의 소관사무인데(법 제36조 제4호) 위원회는 위원장 1인, 부위원장 1인을 포함한 9인으로 구성되며 그 중 4인은 비상임위원이다(법 제37조 제1항). 그리고 위원장과 부위원장은 국무총리의 제청으로 대통령이 임명하고 기타 위원은 위원장의 제청으로 대통령이 임명하도록 되어 있다(법 제37조 제2항). 이와 같이 위원의 임명권한이 모두 대통령에게 집중되어 있고 위원회 자체가 국무총리 소속하의 중앙행정기관으로서 정부조직법의 규정에 의한 정부기관의 하나로 조직되어 있는 점(법 제35조)을 고려할 때 위원회는 구조적으로 정부의 정책방향이냐 구체적 시책에 반하는 판단을 하기 곤란하고 위원회의 결정은 정부의 영향을 받을 가능성이 매우 크다.

그리고 비록 위원에게 3년의 임기가 보장되고 법정된 사유 이외의 경우에는 의사에 반하여 면직되지 아니하도록 하여 신분보장을 하고는 있으나(법 제39조, 제40조), 연임을 희망하는 위원 또는 다른 고위직으로의 전보나 승진을 기대하는 관료 위원은 정부의 영향을 받을 우려가 있다.

그렇다면 위원의 중립성과 정부로부터의 독립성은 매우 불충분하다고 보지 않을 수 없다.

또한 위원의 자격요건 중에는 독점규제 및 공정거래에 관하여 ‘경험’이 있는 2급 이상의 공무원의 직에 있던 자라고 하는 규정(법 제37조 제2항 제1호)이 있지만 이처럼 경험을 요건으로 삼는 것은 막연하고 완화된 요청에 불과하므로 이 정도의 요건만으로는 규제대상 사업에 관련된 경제적 상황, 위반행위가 시장에 미치는 경제적 영향, 개별 기업의 구체적 상태 등을 신속·정확히 파악하여 적당하고 신속한 대책을 제시할 수 있는 전문성을 확보하기에는 부족하다.

(다) 증거조사와 변론의 불충분

공정거래위원회의 과징금부과절차에서 당사자 또는 이해관계인은 처분 전에 의견진술의 기회를 부여받고 위원회의 회의에 참석하여 의견개진 혹은 자료제출을 할 권리를 가질 뿐(법 제52조), 사법절차에서와 같은 증거조사절차나 변론절차는 법률상 전혀 보장되어 있지 아니하고 민사소송법, 형사소송법 등이 실제적 진실발견을 위하여 채택하고 있는 증거법칙 같은 것도 역시 전혀 존재하지 아니하며, 부당한 처벌을 방지하기 위하여 형법 총칙이 마련하고 있는 여러 보장적 조치도 존재하지 아니한다. 위원회의 과징금부과절차가 민사나 형사의 소송절차와 반드시 같아야 할 필요는 물론 없다. 그러나 소송절

차에서 부당한 처벌을 방지하고 실제적 진실발견을 위하여 채택하고 있는 기본적인 원칙들, 예컨대 당사자에게 사실과 법률 모두에 관하여 충분한 변론의 기회를 보장하는 것, 진정성립이 담보되지 아니하거나 위법하게 수집된 증거의 증거능력을 제한하는 것 등의 최소한의 적법절차는 반드시 법률 자체에서 보장되어야 할 것인데 공정거래법에는 이와 같은 보장이 전혀 결여되어 있다. 법 제55조의2는 사건의 처리절차를 위원회가 정하여 고시한다고 규정하고 있는데 헌법에서 요구하는 적법절차의 보장은 그 기본을 법률로 규정하여야 하는 것이므로 이와 같은 백지위임은 또다른 위헌의 문제를 일으킨다. 민사소송법이나 형사소송법이 직접 법률에서 대부분의 절차를 상세하게 규정하고 있는 것과 대비된다.

(라) 한편 공정거래위원회의 처분에 대하여 불복하는 자는 공정거래위원회에 이의신청을 할 수 있고(법 제53조), 불복의 소를 제기하고자 할 경우에는 직접 서울고등법원에 이를 제기하도록 규정되어 있으므로(법 제55조), 공정거래위원회에서의 이의제결절차는 제1심 소송절차의 대상(代償)인 셈이고, 그렇다면 소송절차 대신 주어진 공정거래위원회에서의 이의제결절차는 사법절차로서의 기본적인 내용을 최소한 갖춰야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 공정거래법에서는 이의제결의 절차에 관하여 아무런 구체적인 법률규정을 두지 아니한 채 이를 전부 위원회의 고시에 의하도록 위임하고 있다(법 제55조의2). 그런데 위원회의 고시에서는 그 절차를 앞서 본 조사 및 심판의 절차를 준용하여 처리하도록 하고 있어서(공정거래위원회회의운영및사건절차등에관한규칙 제65조), 결국 공정거래위원회의 처분과 이의제결은 아무런 절차상 차이가 없다. 이러한 절차들은 모두 적법절차의 원칙에 부응하지 못하는 것이며 준사법절차로서 내용을 갖추지 못한 것임은 더 말할 나위가 없다.

(마) 외국의 입법례를 보아도 미국과 일본 및 독일은 불공정거래행위에 대한 제재절차를 사법적 구조로 구성하여 모두 법률로 상세히 규율하고 있다. 이들 국가의 절차는 당사자 등에게 의견개진이나 자료제출을 준비하게 하기 위하여 충분한 사전준비기간을 보장하고 있으며, 예외 없이 대석적 구두변론 절차를 보장하여 준사법적 절차로서의 제도적 배려를 다하고 있다. 특히 미국의 경우 행정법판사(administrative law judge) 제도를 두어 조사절차에 관여하지 아니한 객관적 인사를 행정법판사로 임명하고 그로 하여금 청문절차를 주재하고 청문 결과에 따른 1차적 결정권한을 갖게 한다. 행정법판사에게는 엄격한 원칙에 따라 사건을 배당하고 해직이나 감봉을 제한하여 신분을 보장

합과 동시에 청렴의무를 부과하며 그 공정성에 의문이 있을 경우에는 당사자의 신청에 의하여 기피될 수 있도록 하는 등 판단주체의 독립성과 공정성 및 전문성을 제도적으로 충분히 보장하고 있다. 이에 비하면 우리 공정거래법상의 과징금부과절차는 사법절차에 준하는 여러 내용을 결여함으로써 적법절차를 보장하지 못하고 있음이 더욱 드러난다.

(5) 소 결

이 사건 법률조항에 의한 과징금부과절차는 판단주체의 전문성, 독립성, 중립성에 대한 보장과 실체적 진실발견절차에 대한 보장이 모두 크게 미흡하여 적법절차의 원칙에 위배된다.

다. 결 론

이 사건 법률조항은 형벌인 벌금 이상으로 불이익할 수 있는 과징금을 기업에게 부과하면서 헌법상 요구되는 자기책임의 원리와 적법절차를 보장하지 않고 있어 헌법에 위반된다고 생각한다.

6. 재판관 김영일의 반대의견

나는 이 사건 법률조항이 적법절차의 원칙에 위배되어 위헌이라는 재판관 한대현, 재판관 권 성, 재판관 주선회의 반대의견과 입장을 같이 하면서, 또한 덧붙여 이 사건 법률조항은 동일한 범죄에 대하여 중첩적으로 처벌함을 내용으로 하는 것으로서 이중처벌금지의 원칙에 위반되고 무죄추정의 원칙에도 반하기 때문에 헌법에 위반된다고 보는 바이다.

가. 이 사건 법률조항은 이중처벌금지의 원칙에 위배된다.

(1) 헌법상 이중처벌금지의 원칙

(가) 헌법 제13조 제1항은 “모든 국민은 …… 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.”고 하여 이른바 ‘이중처벌금지의 원칙’을 규정하고 있다. 이 원칙은 한번 판결이 확정되면, 동일한 사건에 대해서는 다시 심판할 수 없다는 ‘일사부재리의 원칙’이 국가형벌권의 기속원리로 헌법상 선언된 것으로서, 동일한 범죄행위에 대하여 국가가 형벌권을 거듭 행사할 수 없도록 하여 국민의 기본권 특히 신체의 자유를 보장하기 위한 것이라고 할 수 있다. 이러한 점에서 헌법 제13조 제1항에서 말하는 ‘처벌’은 원칙적으로 범죄에 대한 국가의 형벌권의 실행으로서의 과벌을 의미하는 것이고, 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분을 모두 그 ‘처벌’에 포함시킬 수는 없는 것이다(헌재 1994. 6. 30. 92헌바38, 판례집 6-1, 619, 627; 헌재 2001. 5. 31. 99헌가18 등, 판례집 13-1, 1017, 1100).

나아가 우리 재판소는 “법률상의 의무위반에 대하여 처벌을 함과 동시에 과징금을 부과하는 것이 바로 이중처벌에 해당하여 헌법에 위반된다고 보기는 어렵다 할 것이고, 다만, 동일한 행위를 대상으로 하여 형벌을 부과하면서 아울러 과징금을 부과하여 대상자에게 거듭 처벌되는 것과 같은 효과를 낳는다면, 이중처벌금지의 기본정신에 배치되어 국가입법권의 남용이 문제될 수도 있다 할 것이나, 이는 이중처벌금지원칙의 문제라기보다는 그러한 중복적 제재가 과잉에 해당하는지 여부의 문제로 다루어져야 할 것이므로, 결국 법률상의 의무위반에 대하여 벌칙규정을 둔 이외에 과징금을 부과하는 규정을 두는 것이 과잉제재에 해당하는지의 여부가 문제된다 할 것이다.”고 판시하여 (헌재 1994. 6. 30. 92헌바38, 판례집 6-1, 619, 627; 헌재 2001. 5. 31. 99헌가18 등, 판례집 13-1, 1017, 1100-1101 참조) 과징금과 벌칙규정을 병과하는 것이 원칙적으로 이중처벌금지의 원칙에 위배되지 아니하며, 비례의 원칙 내지 형평의 요구에 의하여 문제를 해결하는 독일 연방헌법재판소나 프랑스헌법평의회 판례와 취지를 같이 하고 있다.

(나) 이와 같은 종래 우리 재판소의 판시취지는 과징금의 일반적 성격이 주로 부당이득의 환수라는 구체적 목적을 달성하기 위한 것이고, 본질상 형사적 제재와는 차이가 있는 것임을 감안한 것이다. 또한 이와 같이 일반적으로 과징금은 행정형벌과는 본질상 다른 것으로 인정되고 있으므로, 대부분의 경우 과징금은 행정형벌과 병렬적으로 규정되고 있다. 그러나 문제되는 과징금이 구체적 목적을 위하여 부과되는 것이 아니고, 오로지 제재적 목적에만 봉사하는 것일 경우 이중처벌금지의 원칙에 해당하는지 여부에 대하여 보다 실질적인 판단이 필요하다.

과징금은 벌금과는 달리 그 부과절차적 면에서 볼 때, 행정처분의 형식으로 부과되어 공정력과 불가쟁력이 인정되고, 그에 대한 권리구제는 취소소송에 의한다는 점에서 행정형벌과는 절차상으로 명확히 구별되는 것이다. 따라서, 과징금과 행정형벌은 반드시 별개의 이질적인 절차에 의하여 판단되게 되어 있고, 양 절차가 병렬적으로 진행될 경우 두 사건을 병합하는 등의 방법으로 하나의 절차에 의하여 판단받을 수 있는 방법이 없으며, 행위자는 동일한 행위에 대하여 절차상 이중의 위협을 부담하는 것을 피할 수 없게 된다. 즉, 당해 과징금과 행정형벌의 성격이 본질적으로 공히 형사적 제재에 속하는 한, 중첩된 절차에 의한 이중처벌이 불가피해지는 것이다.

따라서, 부과되는 과징금의 구체적 성격 - 즉, 이것이 부당이득환수 등 과

징금 고유의 독자목적에 기여하는 것인가 혹은 이러한 독자적 목적이 전혀 없이 오로지 형벌목적만을 가진 것인가 — 을 전혀 도외시하면서 오로지 과징금과 벌금의 절차상의 일반적 차이점만을 판단기준으로 하는 것이라고 해석한다면, 이는 지나치게 형식적인 결론에 치중하여 사안의 실질을 전혀 반영할 수 없는 결과가 된다고 할 것이다.

이러한 형식적 판단에 전적으로 의존한다면, 벌금과 병과되는 과징금의 성격이 어떠한 간에 헌법상 선언되어 있는 이중처벌금지의 원칙에는 위배될 여지가 전혀 없는 것으로 되어 모두 과잉금지위반의 여부를 따지는 문제로 귀착될 뿐이다. 이는 헌법상 명문으로 선언된 이중처벌금지원칙의 실제 운용상 가치를 과도하게 축소시키는 것이 될 것이다. 특히 인권보장장치인 형사소송절차의 엄격한 절차적 요구를 과징금의 행정처분부과방식에 의하여 손쉽게 회피할 수 있도록 하는 결과가 되어 부당한 인권침해를 초래할 위험이 있다고 할 것이고, 따라서, 위와 같은 형식적 판단을 관철시켜 이 분야에 대한 헌법적 통제를 사실상 포기하는 것이 되어서는 안 된다.

그렇다면, 이 사건 과징금부과절차의 경우와 같이 행정절차에 의한 제재가 부당이익의 환수 등 특정의 비형벌적 목적을 전혀 가지지 아니한 채, 전적으로 형벌로서의 성격만을 가지는 것이 명백한 한, 이와 별도로 형벌에 의한 제재를 병행하여 규정하였다면, 이는 동일한 범죄행위에 대한 사실상의 이중징소와 거듭된 형사처벌이 실현되게 하는 것이고, 따라서, 헌법 제13조 제1항에서 “동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.”고 규정한 취지에 위배된다고 보아야 할 것이다.

또한 이와 관련된 종래 우리 재판소 판례의 문언을 보아도 “벌금과 과징금을 병과하는 것이 ‘바로’ 이중처벌에 해당하여 헌법에 위반된다고 보기는 어렵다.”고 완곡하고 조심스런 어법을 쓰고 있고, “동일한 행위를 대상으로 하여 형벌을 부과하면서 아울러 과징금을 부과하여 대상자에게 거듭 처벌되는 것과 같은 효과를 낳는다면, 이중처벌금지의 기본정신에 배치되어 국가 입법권의 남용이 문제될 수도 있다.”고 하여 동 원칙의 적용 가능성을 남겨 놓고 있다. 따라서, 위 판례에서 벌금과 과징금의 병과가 이중처벌의 대상이 될 수 없다는 것이 원칙이기는 하나, 구체적 경우에서 과징금의 성격이 명백하게 오로지 형사제재적 성격인 경우에는 예외를 인정할 수 있는 여지를 배제한 것은 아니라고 보아야 할 것이다.

(다) 이와 같이 벌금과 과징금이 병과되는 경우에는 과잉금지 내지 비례의

원칙에 의한 전체형량의 통제 이외에 이중처벌금지원칙에 의한 보다 엄격한 실질적 통제가 요청된다고 할 것이다. 따라서, 벌금과 과징금의 병과는 일반적으로 과징금의 성격이 부당이득환수로서의 성격을 가지고 있음을 감안하여 이중처벌이 되지 아니하는 것으로 보되, 다만, 예외적으로, 구체적인 경우 벌금과 함께 병과되는 과징금의 성격이 명백하게 오로지 형사제재적 성격인 것으로 인정되는 때에는 과징금의 부과가 벌금부과와 별도로 당해 행위자를 거듭 처벌하는 것이 되어 헌법상의 이중처벌금지의 원칙에 위배될 수 있다고 보는 것이 합당하다 할 것이다.

(2) 이 사건 과징금제도에 대한 판단

(가) 이 사건 과징금은 공정거래법 제23조 제1항 제7호에 규정된 바와 같이 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위가 있는 경우 당해 사업자에 대하여 부과되는 과징금이다.

따라서, 이 사건 과징금의 부과대상은 부당지원행위를 행한 당해 사업자일 뿐이며, 지원을 받은 사업자가 아니다. 양 거래 사업자들 사이의 경제적 이해득실을 살펴보면, 지원행위자인 사업자로서는 가지급금 등을 특수관계인이나 다른 상대회사에 제공함에 의하여 이득이 발생한다고는 생각하기 어렵다. 물론 유형적 이득을 제공한 경우가 아니라면, 손해가 나지 않을 수도 있겠으나, 회사의 자원을 부당하게 타 경제주체에게 제공한다면, 일반적으로는 손해가 발생한다고 보아야 할 것이다. 이와 반대로 지원을 받은 회사는 이유없이 지원금을 받거나 다른 일반적인 거래에 비하여 현저하게 유리한 조건으로 거래를 할 수 있게 되므로 당연히 이 사건 조항에 의한 불공정거래행위로 부당한 이익이 발생할 것임은 쉽게 인정할 수 있다. 그렇다면, 이 사건 부당지원행위로 인하여 발생한 이득을 환수하기 위해서는 현실적으로 이득을 취한 피지원 사업자에게 과징금을 부과하여야 할 것임에도 불구하고, 이 사건 법률조항은 지원을 행함으로써 손해를 입은 사업자를 상대로 과징금을 부과하도록 규정하고 있을 뿐이다. 이는 지원주체인 사업자의 부당지원행위 자체를 응징하고, 이를 통하여 장래 유사한 불공정행위가 발생하는 것을 예방하기 위한 목적에서 가하여지는 것이라고 보아야 할 것이다.

(나) 이와 같이 이 사건 과징금은 부당이득환수적 요소는 전혀 없이 순수하게 형사제재적 목적(punitive purpose)을 가지고 있다. 이는 응보와 억지의 두 가지 목적에만 봉사하고 있을 뿐이며, 이 사건 부당지원행위로 인하여 발

생한 피해를 구제할 목적(remedial purpose)은 가지고 있지 아니하다.

결국 형벌 목적만을 가지고 있는 이 사건 법률조항의 과징금은 실질적 형사제재로서 절차상으로 형사소송절차와 전혀 다른 별도의 과징금부과절차에 의하여 부과되므로 행정형벌과는 별도로 거듭 처벌된다고 하지 않을 수 없다. 단지 양 절차 중 먼저 이행된 절차에서 부과된 제재의 정도가 후에 이행된 절차에서 부과된 제재의 정도를 결정함에 있어서 집행당국인 공정거래위원회에 의하여 고려될 수 있을 것이라는 정도의 정황만으로는 헌법상 이중처벌금지의 원칙에 부합된다고는 할 수 없다.

나. 이 사건 법률조항은 무죄추정의 원칙에 위배된다.

(1) 헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”고 규정하여 무죄추정의 원칙을 천명하고 있다. 이러한 무죄추정의 원칙은 공소의 제기가 있는 피고인이라도 유죄의 확정판결이 있기까지는 원칙적으로 죄가 없는 자에 준하여 취급하여야 하고, 불이익을 입혀서는 안되며, 또 가사 그 불이익을 입힌다 하여도 필요한 최소한도에 그치도록 비례의 원칙이 존중되어야 하는 것을 의미한다. 그리고 여기의 불이익에는 형사절차상의 처분뿐만 아니라, 그 밖의 기본권제한과 같은 처분도 포함된다(헌재 1990. 11. 19. 90헌가48, 판례집 2, 393, 402-403).

(2) 이와 같이 종래 우리 재판소는 무죄추정의 원칙의 적용범위를 넓게 보아 왔다. 이러한 취지에 비추어 보건대, 비록 헌법조항상으로는 형사피고인만이 무죄추정을 받는 대상으로 명시되어 있으나, 공소제기 전의 형사피의자에 게도 무죄추정의 원칙을 적용하는 것은 당연하다고 할 것이며, 나아가 이 사건의 과징금의 경우처럼 비록 형사절차가 아닌 행정절차라고 하더라도 동 절차를 통하여 부과되는 제재가 명백하고 완전하게 형벌적 성격을 가지는 경우에는 이러한 제재를 부과하는 절차상에 있어서도 그 절차의 성격상 허용될 수 있는 범위 내에서 그 부과대상자에게는 무죄추정의 원칙의 기본정신에 따른 헌법적 보호가 주어져야 한다고 할 것이다. 따라서, 형벌적 성격의 이 사건 과징금을 부과하는 절차에 있어서, 동 절차가 종결되기까지는 행위자는 원칙적으로 당해 제재의 부과대상자가 아닌 자에 준하여 취급되어야 하고 불이익을 입혀서는 안된다고 할 것이고, 가사 불이익을 입는다고 하더라도 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 할 것이다.

(3) 이러한 판단기준에 따라 이 사건의 과징금부과절차를 보건대, 이 사건 과징금은 행정행위의 형식으로 부과되어 즉시 효력을 발생하고 집행되며, 납

부기간 내에 납부하지 아니하면, 체납처분의 예에 따라 강제징수되고(공정거래법 제55조의5 제2항), 가산금까지 부과된다(같은 조 제1항). 그럼에도 불구하고 불복하는 당사자는 공정거래위원회에 과징금부과의 집행정지를 받을 수 있는 법적 방도가 없다. 따라서, 이 사건 과징금은 당사자의 불복에 따라 위반사실에 대한 확정판결이 있기 전에 이미 범위반사실이 추정되어 집행되고 있다고 할 수 있다. 이에 반하여 일반적 형사절차에서는 피의자나 피고인의 상대방인 검사가 무죄추정의 원칙에 따라 엄격한 증명에 의하여 위반사실을 입증하여야 하고, 유죄판결이 확정되기 전까지는 벌금을 미리 납부하여야 할 아무런 법적 의무가 없는 등 형사절차상으로 불이익이 배제됨은 물론이고, 나아가 비형사적 측면에서도 모든 불이익이 배제된다.

그렇다면, 이 사건 과징금의 부과절차와 일반적 형사절차를 비교할 때, 특히 불복에 따른 확정판결이 있기 전에 집행당국인 공정거래위원회의 부과처분에 의하여 이미 이 사건 과징금은 집행이 강제되고 있다고 할 수 있으며, 이러한 측면에서 양 절차 간에는 현저한 불균형이 있다고 할 수 있다. 따라서, 이 사건 과징금부과절차에서 적어도 공정거래위원회에 집행정지를 신청할 수 있는 당사자의 절차적 권리를 배제한 것은 무죄추정원칙의 정진에 위배된다고 할 것이다. 또한 본질상 형벌적 성격을 가지고 있는 이 사건 과징금을 부과함에 있어서 위와 같은 형사절차의 인권보호적 기능을 무시하고, 이러한 절차적 불이익을 감수하게 함을 정당화할 수 있는 특별한 사유가 존재한다고도 볼 수 없으므로 이는 비례의 원칙에도 어긋나는 것이다.

따라서, 이 사건 과징금은 그 부과절차의 면에서 의무위반사실에 대한 확정판결이 있기 전에 의무위반사실에 대한 불이익을 가하고 있으므로 무죄추정의 원칙에 반한다고 할 것이다.

이상과 같은 이유에서 나는 이 사건 법률조항은 헌법에 위반된다고 보는 바이다.

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

[별 지]

과징금 부과내역

- (1) 원고 에스케이건설 : 2,569,000,000원
- (2) 원고 에스케이씨 : 1,206,000,000원
- (3) 원고 에스케이에너지판매 : 2,200,000,000원
- (4) 원고 에스케이가스 : 2,011,000,000원
- (5) 원고 에스케이옥시케미칼 : 2,000,000,000원
- (6) 원고 에스케이유통 : 1,611,000,000원
- (7) 원고 에스케이상사 : 2,200,000,000원
- (8) 원고 에스케이케미칼 : 1,000,000,000원
- (9) 원고 에스케이투자신탁운용 : 31,000,000원
- (10) 원고 에스케이캐피탈 : 14,000,000원
- (11) 원고 에스케이 : 4,113,000,000원
- (12) 원고 에스케이텔레콤 : 96,000,000원. 끝.

구 소득세법 제101조 제2항 위헌소원

(2003. 7. 24. 2000헌바28 전원재판부)

【판시사항】

1. 양도소득에 대한 소득세를 부당하게 감소시키기 위하여 대통령령에서 정하는 특수관계자에게 자산을 증여한 후 그 자산을 증여받은 자가 그 증여일부터 2년 내에 다시 이를 타인에게 양도한 경우에는 증여자가 그 자산을 직접 양도한 것으로 보는 소득세법(1995. 12. 29. 법률 제5031호로 개정되어 1996. 12. 30. 법률 제5191호로 개정되기 전의 것) 제101조 제2항(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)중 “부당하게” 부분과 “특수관계자”부분이 조세법률주의에 반하는지 여부(소극)

2. 증여자, 수증자, 양수자 사이의 다단계 거래를 조세법적으로 규율함에 있어서, 그 적용요건을 갖출 경우 증여자와 양수자 사이의 양도행위의 존재를 의제하여 증여자에게 양도소득세 납부의무를 발생하게 하는 이 사건 법률조항이 증여자의 재산권을 침해한 것인지 여부(소극)

3. 위와 같은 의제의 효과를 수증자에게도 미치도록 함으로써 수증자의 증여세액 등을 환급하도록 하는 등의 규율이 전혀 없는 이 사건 법률조항이 수증자의 재산권을 침해한 것인지 여부(적극)

4. 단순위헌결정을 할 경우 헌법재판소가 의도하지 않은 불평등한 상태가 초래될 우려가 있고, 이 사건 법률조항의 위헌성을 제거하고 합헌적으로 조정하는 데에는 입법자의 여러 가지 선택 가능성이 있다는 이유 등으로 헌법불합치결정을 한 사안

【결정요지】

1. 가. 이 사건 법률조항 중 “부당하게” 부분은, 이 사건 법률조항이 정한 다른 과세요건을 참작하면, 사회통념 내지 거래 관행상 객관적으로 양도소득세 회피의 의도가 인식될 정도로 일반인이라면 통상 선택할 합리적 거래 형식을 취하지 않은 경우임을 어렵지 않게 예측

할 수 있고, 과세관청의 여하한 자의적 적용은 객관적 적용기준에 따른 법원의 사법심사에 의해 걸러질 수 있으며, 또한 법원의 판례가 더 집적됨에 따라 이 사건 법률조항이 적용되어야 할 상황에 대한 예견가능성이 더 확보될 수 있을 것으로 보이므로 조세법률주의 내용인 과세요건명확주의에 반하지 않는다.

나. “특수관계자” 부분은, 그 의미를 이 사건 법률조항의 입법 목적을 고려하여 이해할 경우, ‘당사자 쌍방의 이해관계가 대부분 서로 일치하여 거래행위에 있어서도 이를 자유로이 좌우하여 조세부담을 경감시키기 쉬운 관계’라고 파악하는 것이 그다지 어려운 것은 아니며, 특히 우리의 사회통념상 친족 및 그와 유사한 관계에 있는 자들이 “특수관계자”의 개념에 포함될 것 또한 쉽게 예측될 수 있다고 보이고, 또한 이러한 위임입법형식은 조세법률주의를 견지하면서도 조세평등주의와의 조화를 위하여 경제현실의 변화에 적응한 공정한 과세를 하고, 조세회피행위에 대처하기 위한 조세입법정책상의 강한 필요에 따른 것으로 수긍될 수 있다.

2. 가. 이 사건 법률조항은, 납세자가 자산의 장기간의 보유로 인하여 상승된 자본 이익을 소멸시키기 위한 방편으로 중간에 증여행위를 끼워 넣는 이상한 거래형식을 취함으로써 고율의 누진세율에 의한 양도소득세 부담을 회피 내지 감소시키려는 부당한 조세회피행위를 규제하고, 납세자가 선택한 거래의 형식에 따라 발생할 수 있는 조세부담의 불공평을 시정하여 궁극적으로 과세의 평등을 실현하고자 하는 것으로 그 입법목적이 정당함은 명백하다.

나. 이 사건 법률조항은, 그 의제의 요건으로서, 첫째 특수관계자에 대한 증여와 수증자의 2년 내 양도를 요구하고 있고, 나아가 ‘행위의 부당성’을 그 요건으로 삼아, ‘증여자의 진정한 양도행위’로 평가될 개연성이 상당히 높은 사실 관계에서만 이 사건 법률조항이 적용될 수 있도록 하는 한편 역으로 납세자로 하여금 ‘행위의 부당성’의 유무에 대한 주장, 입증을 통하여 이 사건 법률조항의 적용을 다룰 길도 열어 놓았다는 점에서 그 입법수단의 적정성과 최소침해성이 갖춰진 것으로 판단된다.

다. 뿐만 아니라, 이 사건 법률조항으로 인한 재산권의 제한 내용은 납세자가 선택한 증여행위의 사법상 법률효과를 무효로 하는 것

도 아니고 단지 조세법의 집행과정에서 과세상으로만 그 효력을 부인하는 것에 불과하므로, 조세회피행위에 대한 규제 및 조세평등주의의 실현이라는 이 사건 법률조항의 기본 이념 내지 입법목적보다 결코 크다고 볼 수도 없다.

3. 가. 이 사건 법률조항의 적용 요건이 갖춰지면, 과세관청은 증여자가 선택한 증여행위를 부인함으로써 이를 과세의 기준으로 삼지 아니하고, 증여자의 양수자에 대한 양도행위의 존재를 의제하여 이를 기초로 증여자에게 양도소득세를 부과할 수 있게 된다. 이를 수증자의 입장에서 보게 되면, 자신에 대한 과세근거가 된 증여자의 증여행위가 부당한 법적형성이라는 이유로 과세관청에 의하여 부인되어 조세법적으로는 소급적으로 무효화됨으로써 재산권의 무상 취득이란 애초부터 존재하지 않게 된 것에 다름 아니어서, 이에 대하여 증여세를 부과하거나 기왕의 증여세 부과를 유지한다는 것은 결국 증여받지 않는 재산에 대하여 증여세를 부과한 것이 되어 수증자의 재산권을 침해하는 것이다.

나. 이 사건 법률조항에 의하여 조세법적으로는 부인된 증여세액 등을 환급 등을 하지 않고 과세관청이 그대로 보유될 수 있다면, 납세자가 어떤 내용의 거래 형식을 선택하느냐에 따라 발생할 수 있는 조세부담의 부당한 감소에 따른 불공평을 시정한다는 입법 목적을 달성하는 것 이상으로, 언제나 수증자에게 부과된 증여세액 등만큼을 이중으로 징수하는 결과에 이른다.

다. 결국 이 사건 법률조항은, 그 적용요건이 충족되는 경우 증여자의 증여행위나 수증자의 양도행위를 과세요건사실로 삼지 아니하고 오로지 ‘의제된 양도행위’에 따른 과세만을 함으로써도 그 입법 목적을 달성할 수 있음에도 불구하고, 세수증대와 과세편의만을 도모한 나머지 ‘부인된 증여행위에 기초한 과세’와 ‘의제된 양도행위에 기초한 과세’를 서로 양립하게 함으로써 입법목적의 달성에 필요한 정도를 과도하게 넘은 이중과세를 하는 것이므로 그 내용이 재산권을 과도하게 침해하는 것이므로 헌법에 위반된다고 보지 않을 수 없다.

4. 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되므로 원칙적으로 위헌결정을 선고하여야 할 것이나 한편 이 사건 법률조항에는 우리 재판소가 합헌으로 판단한 증여자에 대한 양도소득세 부과 부분이 포함되어 있

으므로 만일 이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌 결정을 하여 이 사건 법률조항의 효력을 상실시킬 경우에는, 조세평등주의의 실현 도구로 입법된 이 사건 법률조항에 의한 증여자에 대한 양도소득세 부과처분이 취소되거나, 향후 전혀 집행될 수 없다는 점에서, 헌법재판소가 의도하지 않은 불평등한 상태가 초래될 우려가 있다. 또한 이 사건 법률조항의 위헌성, 즉 이중과세의 문제점을 제거하고 합헌적으로 조정하는 데에는 여러 가지 선택 가능성이 있는데, 그 중에서 어떤 선택을 할 것인가는 입법자가 제반 사정을 참작하여 결정하여야 할 문제라는 점도 고려되어야 한다. 따라서, 이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌결정을 하지 아니하고 헌법불합치 결정을 하는 것이다.

재판관 김영일의 반대의견

다수의견처럼 이 사건 법률조항에 대하여 헌법불합치결정을 하여야 한다는 것은 법 규정의 효력을 유지할 대상 즉, 잠정적용을 하거나 적용 중지를 할 법률조항이 없는 것에 대하여 헌법불합치결정을 하고자 하는 것으로, 헌법불합치결정의 범리에 맞지 아니하므로, 이 사건을 해결함에 있어서는 이 사건 법률조항에 대하여는 합헌, 환급규정을 두지 아니한 점에 대하여는 입법부작위의 위헌을 확인하는 것이 타당하다.

【심판대상조문】

소득세법(1995. 12. 29. 법률 제5031호로 개정되어 1996. 12. 30. 법률 제5191호로 개정되기 전의 것) 제101조(양도소득의 부당행위계산) ① 생략

② 양도소득에 대한 소득세를 부당하게 감소시키기 위하여 제1항에 규정하는 특수관계자에게 자산을 증여한 후 그 자산을 증여 받은 자가 그 증여일로부터 2년 이내에 다시 이를 타인에게 양도한 경우에는 증여자가 그 자산을 직접 양도한 것으로 본다.

③, ④ 생략

【참조조문】

소득세법(1995. 12. 29. 법률 제5031호로 개정되어 1996. 12. 30. 법률 제5191호로 개정되기 전의 것) 제101조(양도소득의 부당행위계산) ① 납세지 관할세무서장 또는 지방국세청장은 양도소득이 있는 거주자의 행위 또는 계산이 그 거주자와 특수관계 있는 자와의 거래로 인하여 당해 소득에 대한 조세의 부담을 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 때에는 그 거주자의 행위 또는 계산에 관계없이 당해연도의 소득금액을 계산할 수 있다.

②, ③ 생략

④ 제1항의 규정에 의한 특수관계있는 자의 범위 기타 부당행위계산에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

소득세법시행령(1995. 12. 30. 대통령령 제14860호로 개정되고, 1996. 12. 31. 대통령령 제15191호로 개정되기 전의 것) 제98조(부당행위계산의 부인) ① 법 제41조 및 법 제101조에서 “특수관계 있는 자”라 함은 다음 각호의 1의 관계에 있는 자를 말한다.

1. 당해거주자의 친족
2. 당해거주자의 종업원 또는 그 종업원과 생계를 같이하는 친족
3. 당해거주자의 종업원 외의 자로서 당해거주자의 금전 기타 자산에 의하여 생계를 유지하는 자와 이들과 생계를 같이하는 친족
4. 당해거주자 및 그와 제1호 내지 제3호에 규정하는 자가 소유한 주식 또는 출자지분의 합계가 총발행주식수 또는 총출자지분의 100분의 50 이상이거나 당해거주자가 대표자인 법인
5. 당해거주자와 제1호 내지 제3호에 규정하는 자가 이사의 과반수이거나 출연금(설립을 위한 출연금에 한한다)의 100분의 50 이상을 출연하고 그중 1인이 설립자로 되어 있는 비영리법인
6. 제4호 또는 제5호에 해당하는 법인이 총발행주식수 또는 총출자지분의 100분의 30 이상을 출자하고 있는 법인

② 법 제41조에서 “조세의 부담을 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 때”라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 때를 말한다.

1. 특수관계 있는 자로부터 시가보다 높은 가격으로 자산을 매입하거나 특수관계 있는 자에게 시가보다 낮은 가격으로 자산을 양도한 때
2. 특수관계 있는 자에게 금전 기타 자산 또는 용역을 무상 또는 낮은 이율 등으로 대부하거나 제공한 때. 다만, 사업자가 무주택 종업원에게 주택건설촉진법에 의한 국민주택규모의 주택(그 주택에 부수된 토지를 포함한다)의 취득·임차에 소요된 자금(총리령이 정하는 금액을 한도로 한다)을 대부하는 경우를 제외한다.
3. 특수관계 있는 자로부터 금전 기타 자산 또는 용역을 높은 이율 등으로 차용하거나 제공받는 때
4. 특수관계 있는 자로부터 무수익자산을 매입하여 그 자산에 대한 비용을 부담하는 때
5. 기타 특수관계 있는 자와의 거래로 인하여 당해연도의 총수입금액 또는 필요경비의 계산에 있어서 조세의 부담을 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 때

③ 삭제

【참조판례】

헌재 1989. 7. 21. 89헌마38, 판례집 1, 131

헌재 2001. 8. 30. 99헌바90, 판례집 13-2, 158

헌재 2000. 6. 29. 98헌바35, 판례집 12-1, 786
헌재 2002. 5. 30. 2000헌바81, 판례집 14-1, 466,
헌재 2002. 5. 30. 2001헌바65등, 판례집 14-1, 508

【당 사 자】

청 구 인 이○태

대리인 법무법인 신촌

담당변호사 황도연

변호사 김백영

당해사건 부산지방법원 99구7074 양도소득세부과처분취소

【주 문】

소득세법(1995. 12. 29. 법률 제5031호로 개정되어 1996. 12. 30. 법률 제5191호로 개정되기 이전의 것) 제101조 제2항은 헌법에 합치되지 아니한다.

법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인이 1968. 8. 13. 취득하여 1996. 2. 23. 여동생인 청구의 이○인에게 증여한 부산 강서구 ○○동 19의 42 잡종지 1,653㎡는 1996. 4. 8. 부산광역시에 수용되었는데, 용산세무서장은 1999. 5. 6. 위 증여일부터 2년 내에 다시 위 토지가 부산광역시에 양도되었음을 이유로 소득세법 제101조 제2항을 적용하여 청구인에게 금 28,376,150원의 양도소득세 부과처분을 하였다.

(2) 청구인은 위 부과처분에 불복하여 부산지방법원에 그 취소소송(99구7074)을 제기한 다음 소송 계속 중 위 소득세법 제101조 제2항이 헌법에 위반된다고 위헌심판제청신청을 하였으나 2000. 2. 29. 기각되자 2000. 3. 18. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 소득세법(1995. 12. 29. 법률 제5031호로 개정되어 1996. 12. 30. 법률 제5191호로 개정되기 전의 것, 이하 “법”이라 한다) 제101

조 제2항(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌 여부이고, 이 사건 법률조항과 관련 규정의 내용은 다음과 같다.

법 제101조(양도소득의 부당행위계산) ① 납세지 관할세무서장 또는 지방국세청장은 양도소득이 있는 거주자의 행위 또는 계산이 그 거주자와 특수관계 있는 자와의 거래로 인하여 당해 소득에 대한 조세의 부담을 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 때에는 그 거주자의 행위 또는 계산에 관계없이 당해 연도의 소득금액을 계산할 수 있다.

② 양도소득에 대한 소득세를 부당하게 감소시키기 위하여 제1항에 규정하는 특수관계자에게 자산을 증여한 후 그 자산을 증여받은 자가 그 증여일부터 2년 내에 다시 이를 타인에게 양도한 경우에는 증여자가 그 자산을 직접 양도한 것으로 본다.

③ 제2항에 규정한 연수는 등기부상의 소유기간에 의하여 계산한다.

④ 제1항의 규정에 의한 특수관계 있는 자의 범위 기타 부당행위계산에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

소득세법시행령(1995. 12. 30. 대통령령 14860호로 개정되고, 1996. 12. 31. 대통령령 제15191호로 개정되기 전의 것) 제98조(부당행위계산의 부인) ① 법 제41조 및 법 제101조에서 “특수관계자”라 함은 다음 각호의 1의 관계에 있는 자를 말한다.

1. 당해 거주자의 친족
 2. 당해 거주자의 종업원 또는 그 종업원과 생계를 같이 하는 친족
 3. 당해 거주자의 종업원 외의 자로서 당해 거주자의 금전 기타 자산에 의하여 생계를 유지하는 자와 이들과 생계를 같이 하는 친족
 4. 당해 거주자 및 그와 제1호 내지 제3호에 규정하는 자가 소유한 주식 또는 출자지분의 합계가 총발행주식수 또는 총출자지분의 100분의 50 이상이거나 당해 거주자가 대표자인 법인
 5. 당해 거주자와 제1호 내지 제3호에 규정하는 자가 이사의 과반수이거나 출연금(설립을 위한 출연금에 한한다)의 100분의 50 이상을 출연하고 그 중 1인이 설립자로 되어 있는 비영리법인
 6. 제4호 또는 제5호에 해당하는 법인이 총발행주식수 또는 총출자지분의 100분의 30 이상을 출자하고 있는 법인
2. 청구인의 주장 및 이해관계인의 의견
- 가. 청구인의 주장

이 사건 법률조항은, 첫째 “양도소득에 대한 소득세의 부담을 부당하게 감소시키기 위하여”라는 부분이 조세법률주의의 핵심 내용인 과세요건 명확주의에 반하고, 둘째 “제1항에 규정하는 특수관계자” 부분은 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정하였다고 볼 수 없으므로 위 입법법의 한계를 정한 헌법 제75조에 위반되며, 셋째 양도주체도 아니고, 양도소득의 귀속자도 아닌 증여자에게 양도소득세를 부과하는 한편, 증여자에게 부과하는 양도소득세액을 계산하면서 수증자에게 부과한 증여세액을 공제하거나 환급하도록 하지 아니함으로써 이중과세를 하는 것이므로 결국 실질적 조세법률주의, 재산권 보장에 관한 헌법 규정에 위반된다.

나. 법원의 위헌심판제청신청 기각이유

이 사건 법률조항은 실질과세 및 공평과세 원칙을 실현하기 위하여, 객관적으로 조세의 부담을 부당하게 감소시키는 것으로 인정되는 특수관계자와의 증여를 부당행위로 보고 이를 부인하도록 규정하고 있는 것이고, 그 적용 대상인 특수관계자의 범위, 거래형식, 거래기간을 개별적이고 구체적으로 명확하게 특정할 수 있으므로 헌법상 조세법률주의 내지 재산권보장에 반하지 않는다.

다. 재정경제부장관 및 국세청장의 의견

법원의 위헌심판제청신청 기각이유와 대체로 같다.

3. 판 단

가. 이 사건 법률조항의 내용과 쟁점

이 사건 법률조항은, 현실적으로 존재하는 다양한 유형의 조세회피행위 중 증여 형식을 빌려 양도소득세를 회피하는 행위를 규율하기 위한 것으로서 우리 조세법 체계가 마련한 여러 부당행위 부인 규정들 중의 하나에 해당된다고 볼 수 있다.

일반적으로 납세자가 자신의 자산을 다른 사람에게 증여하고, 그 후 수증자가 다시 이를 양도하였을 경우, 수증자는 증여에 따른 증여세와 양도에 따른 양도소득세 납부의무를 부담하게 된다. 그런데, 수증자가 부담하게 되는 양도소득세의 과세표준이 되는 양도차익을 산정함에 있어서 수증자의 취득가액의 기준이 되는 취득시기는 수증자가 증여를 받은 날이 되므로(소득세법시행령 제162조 제1항 제5호), 수증자가 만일 증여일로부터 얼마 되지 않은 단기간 내에 증여받은 자산을 다시 양도할 경우 수증자로서는 증여에 따른 증여세 납부의무를 부담하는 것 이외에 위 양도와 관련하여서는 수증자의 자산 보유

기간이 짧아 통상 양도차익이 없거나 적게됨으로써 양도소득세 납부의무를 면하거나 비교적 소액의 납부의무를 지게 될 뿐이다.

위와 같은 조세법적 규율을 악용하여, 납세자에 따라서는 자산의 장기간 보유로 인하여 상승된 자본 이익, 즉 양도 차익을 소멸시키기 위한 방편으로, 자신의 자산을 직접 다른 사람에게 양도하는 거래 형식을 선택하지 않고 중간에 증여행위를 끼워 넣어, 특히 폭넓은 인적 공제가 인정되는 친족 등에게 증여한 다음 그 수증자가 이를 단기간 내에 양도하도록 하는 거래 형식을 선택함으로써 결과적으로 고율의 누진세율이 적용되는 양도소득세를 회피하는 행위를 할 수도 있다. 그래서 이 사건 법률조항은 이러한 조세회피행위를 방지하고, 그 경제적 효과가 동일함에 주목하여 ‘증여자의 친족 중 특수관계에 있는 자인 수증자에 대한 증여와 그 수증자의 그 증여일로부터 2년 내의 타인(양수자)에 대한 양도행위’를 ‘증여자와 타인(양수자) 사이의 양도행위’로 의제함으로써, 부당한 조세부담의 감소에 따른 조세부담의 불공평을 시정하고자 규정한 것이다.

그런데, 이 사건 법률조항은 과세 요건으로, 소득세법상의 거주자가 양도소득세를 부당하게 감소시키기 위하여 특수관계자에게 자산을 증여할 것과 그 자산을 증여받은 자가 증여일로부터 2년 내에 다시 이를 타인에게 양도할 것을 정하고 있는 바, 이러한 과세요건 중 “부당하게” 부분과 “특수관계자” 부분은 다른 과세요건과는 달리 그 구체적인 내용, 적용 기준 내지 범위가 법문에 드러나지 않은 불확정개념이고, 특히 “특수관계자”의 범위에 대하여는 법제101조 제4항의 위임을 통하여 대통령령에서 정할 것을 예정하고 있다. 따라서 우선, 이 사건 법률조항이 조세법률주의의 내용 중 과세요건 명확주의에 위반되는지 여부가 문제된다.

다음, 이 사건 법률조항은 ‘증여자의 수증자에 대한 증여와 수증자의 양수자에 대한 양도행위’를 조세법적으로 규율함에 있어서, 그 적용요건이 충족되면 증여자의 수증자에 대한 증여의 효력을 부인하여 증여에 의한 재산처분행위가 없었던 것으로 보는 한편, ‘증여자와 양수자 사이의 양도행위’의 존재를 의제함으로써 증여자에게 양도소득세 납부의무를 발생하게 하므로, 결과적으로 증여자의 증여에 의한 사유재산 처분권을 간접적으로 제한하게 된다. 그리고, 수증자가 증여자로부터의 수증에 따른 증여세와 양수자에 대한 양도에 따른 양도소득세(다만, 과세실무상 과세관청은, 이 사건 법률조항을 적용하여 증여자에게 양도소득세를 부과할 경우, 수증자의 양도에 따른 양도소득세 부

과처분을 하지 않는다)를 납부하였을 경우, 과세관청이 증여자에게 이 사건 법률조항에 따라 양도소득세를 부과하고도 수증자가 납부한 위 증여세 등을 그대로 보유하는 것이 과연 헌법적으로 용인될 수 있는지 하는 문제가 발생된다.

이러한 문제는, 이 사건 법률조항이 증여자의 증여행위 부인의 효과를 수증자에게도 미치도록 하려는 입법 의도를 문언상 전혀 드러내지 않았기 때문에, 다시 말하면 이 사건 법률조항이 ‘증여자, 수증자, 양수자 사이의 다단계 거래’를 조세법적으로 규율함에 있어서, 그 적용요건을 갖출 경우 ‘증여자와 양수자 사이의 단일한 거래’의 존재를 의제하여 증여자에게 양도소득세 납부의무를 발생케 하였을 뿐, 위와 같은 의제의 효과가 다단계 거래에 관여한 수증자에게도 미치도록 하여 수증자의 증여세액 등을 환급하는 등의 규율을 하지 않았기 때문에 발생한 것이다.

따라서, 이와 같이 이 사건 법률조항이 증여자에 대한 양도소득세 부과와 아울러 수증자의 증여세액 등의 보유를 용인한 점이 각 증여자와 수증자의 재산권을 침해하는지 여부가 문제된다.

나. 과세요건 명확주의 위배 여부

(1) 우리 헌법은 제38조에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다.”라고 규정하고, 제59조에서는 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다.”라고 규정함으로써 조세법률주의 원칙을 선언하고 있다. 조세법률주의의 이념은 과세요건을 법률로 규정하여 국민의 재산권을 보장하고, 과세요건을 명확하게 규정하여 국민생활의 법적 안정성과 예측가능성을 보장하는 것이며, 그 핵심적인 내용은 과세요건 법정주의와 과세요건 명확주의이다(헌재 1989. 7. 21. 89헌마38, 판례집 1, 131, 138-139 참조). 그리고 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(헌재 2001. 8. 30. 99헌바90, 판례집 13-2, 158, 167 참조).

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 없기 때문에 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 2000. 6. 29. 98헌바35, 판례집 12-1, 786, 795 참조).

그리고, 과세요건 명확주의에 반하는지 여부를 판단하기 위해서는, 납세자의 입장에서 어떠한 행위가 당해 문구에 해당하여 과세의 대상이 되는 것인지를 예견할 수 있을 것인가, 당해 문구의 불확정성이 행정관청의 입장에서 자의적이고 차별적으로 법률을 적용할 가능성을 부여하는가, 입법기술적으로 보다 확정적인 문구를 선택할 것을 기대할 수 있을 것인가 여부 등을 종합적으로 고려하여야 한다(헌재 2002. 5. 30. 2000헌바81, 판례집 14-1, 466, 474 참조).

(2) 먼저, “부당하게”부분에 대하여 본다.

납세자의 예견가능성의 측면에서 보면, “부당하게”라는 것은 ‘정당하지 않거나 이치에 맞지 않게’라는 의미로 일상 생활에서 사용되는 용어일 뿐만 아니라, 이 사건 법률조항이 정한 다른 과세요건도 참작하면, 사회통념 내지 거래 관행상 객관적으로 양도소득세 회피의 의도가 인식될 정도로 일반인이라면 통상 선택할 합리적 거래 형식을 취하지 않은 경우가 “부당하게”라는 과세 요건을 충족할 것임이 예측 가능하다.

한편, 이 사건 법률조항은 ‘행위의 부당성’을 일용 추정계 할만한 다른 객관적 과세요건 즉, 증여자와 수증자가 특수관계에 있어야 되고, 수증자가 증여 받은 후 2년 내에 다시 양도하여야 한다는 과세요건이 충족되어야 하는 것에 더하여 합리적인 거래 형식의 선택이라고 볼 수 없는 특수한 상황에서만 과세관청이 이를 적용할 수 있는 것이므로, 과세관청에 의한 자의적 적용가능성이 크지 않다.

특히, 대법원은 ‘증여행위의 부당성’ 유무에 관한 판단 기준으로, 첫째 사회통념, 상관행, 경제상황, 거래내용, 조세부담의 공평원칙 등 제반 요소를 살펴 증여행위가 경제적 합리성을 결여하고 있는지 여부를 객관적으로 판단하여야 하고, 둘째 수증자의 증여세와 양도소득세를 합한 금액이 증여자가 직접 양도하는 경우의 양도소득세보다 적다고 하더라도 이와 같은 외형적인 사유만으로 곧바로 양도소득세를 부당하게 감소시킨 경우에 해당한다고 볼 수는 없고, 그 증여가 양도소득세를 부당하게 감소시키기 위한 경우로서 양도소득이 실질적으로 증여자에게 귀속되었을 것을 요한다고 판시하고 있다(대법원 1997. 11. 25. 선고 97누13979 판결; 대법원 2003. 1. 10. 선고 2001두4146 판결 참조). 그렇다면, 과세관청의 여하한 자의적 적용은 위와 같은 적용기준에 따른

사법심사에 의해 걸러질 수 있고, 또한 법원의 판례가 더 집적됨에 따라 이 사건 법률조항이 적용되어야 할 상황에 대한 예견가능성이 더 확보될 수 있을 것으로 보인다.

(3) 다음, “특수관계자” 부분에 대하여 본다.

“특수관계자”라는 문언의 의미를 이 사건 법률조항의 입법목적을 고려하여 이해할 경우, ‘거래에 있어서 이해가 상반되지 않는 관계’ 또는 좀더 구체적으로 ‘당사자 쌍방의 이해관계가 대부분 서로 일치하여 거래행위에 있어서도 이를 자유로이 좌우하여 조세부담을 경감시키기 쉬운 관계’라고 파악하는 것이 그다지 어려운 것은 아니며, 특히 우리의 사회통념상 증여의 주된 상대방은 친족 및 그와 유사한 관계에 있는 자이므로 이러한 자들이 “특수관계자”의 개념에 포함될 것 또한 쉽게 예측될 수 있다고 보인다.

그리고, 이 사건 법률조항에 따른 납세의무는 “특수관계자” 요건 외에 다른 요건들, 특히 “행위의 부당성” 이라는 과세요건도 아울러 충족하여야만 발생하는 것이므로, 예를 들어 과세관청이 “특수관계자” 부분에 담긴 앞서 본 바와 같은 입법 의도에 반하여 그 범위를 자의적으로 창설 내지 확장한다고 하여 곧바로 행정 입법에 의하여 납세의무의 성립 여부가 결정적으로 좌우된다고 볼 수 없다.

또한, 이러한 입법형식은 조세법률주의를 견지하면서도 조세평등주의와의 조화를 위하여 경제현실의 변화에 적응한 공정한 과세를 하고, 조세회피행위에 대처하기 위한 조세입법정책상의 강한 필요에 따른 것으로 수긍될 수 있다.

그렇다면, 이 사건 법률조항은 납세자인 국민의 예측가능성과 법적안정성을 보장할 정도로는 그 과세요건을 비교적 구체적이고도 명확하게 규정하였다고 볼 수 있으므로, 결국 조세법률주의의 핵심적인 내용인 과세요건 명확주의 원칙에 위배되지 아니한다고 할 것이다.

다. 재산권 침해 여부

(1) 조세법률주의와 재산권보장

헌법 제38조, 제59조에서 선언하고 있는 조세법률주의 원칙에 따라 비록 과세요건이 법률로 명확히 정해진 것일지라도 그것만으로는 충분한 것이 아니고, 조세법의 목적이나 내용이 기본권보장의 헌법이념과 이를 뒷받침하는 과잉금지 원칙 등 헌법상의 제 원칙에 합치되어야 한다(헌재 1992. 2. 25. 90헌가69 등, 판례집 4, 114, 120-121; 헌재 1997. 6. 26. 94헌바38 등, 판례집

9-1, 611, 621-622; 헌재 2002. 5. 30. 2001헌바65 등, 판례집 14-1, 508, 524-525 각 참조). 따라서 조세법이 과잉금지원칙에 어긋나 국민의 재산권을 과도하게 침해하고 있는 것일 때에는 헌법 제38조에 의한 국민의 납세의무에도 불구하고 헌법상 허용되지 아니하는 것이다.

이하에서는 이 사건 법률조항이 과잉금지의 원칙에 위배되어 재산권을 침해하는 것인지 여부에 대하여 살펴본다.

(2) 증여자에 대한 양도소득세 부과와 합헌성

이 사건 법률조항은, 앞서 본 바와 같이, 납세자가 자산의 장기간의 보유로 인하여 상승된 자본 이익을 소멸시키기 위한 방편으로 합리적인 거래형식을 취하지 않고 중간에 증여행위를 끼워 넣는 우회행위 내지 다단계행위 등 이상한 거래형식을 취함으로써 고율의 누진세율에 의한 양도소득세 부담을 회피 내지 감소시키려는 부당한 조세회피행위를 규제하고, ‘증여자의 수증자에 대한 증여’와 ‘수증자의 양수자에 대한 양도행위’라는 두 단계의 거래를 ‘증여자’와 ‘양수자’ 사이의 ‘양도행위’라는 단일한 거래로 의제함으로써 납세자가 선택한 거래의 형식에 따라 발생할 수 있는 조세부담의 불공평을 시정하여 궁극적으로 과세의 평등을 실현하고자 하는 것으로, 그 입법목적이 정당함은 명백하다.

그리고, 이러한 양도소득세의 회피행위가 현실적으로 대단히 많이 이루어짐에 비하여 과세관청이 수증자가 직전 소유자로부터 자산을 증여받은 목적, 경위, 기타 조세회피행위를 추인할만한 개별 구체적 사정 등을 일일이 심사하여 증여자, 수증자, 양수자의 3자간에 이루어진 일련의 거래가 부당행위인지를 확인, 구별하는 데에는 한계가 있어 조세행정상 불가능에 가깝고, 특히 증여자와 수증자 사이는 특수한 관계에 있어 사전 또는 사후 담합의 소지가 많을 것으로 예상되므로 이를 입증하는 것은 더욱 어려울 것이라고 쉽게 예상되는데, 입법자가 이러한 현실적 어려움들 속에서 양도소득세의 회피를 방지하고 공평과세의 이념을 실현하기 위하여는 일정한 요건의 충족으로써 과세요건사실의 존재를 의제하는 입법수단을 선택하는 것은 일응 불가피한 조치로 볼 수 있다.

더구나 이 사건 법률조항은, 과세요건사실의 의제의 요건으로서, 첫째 특수관계자에 대한 증여와 수증자의 2년 내 양도를 요구하고 있고, 이러한 2년이라는 기간 설정을 입법자의 합리적 형성재량 범위를 넘은 것으로 볼 수는 없으며, 둘째 이러한 객관적 요건 이외에 ‘행위의 부당성’을 그 요건으로 삼아,

‘증여자의 진정한 양도행위’로 평가될 개연성이 상당히 높은 사실 관계, 특히 법원은 이 사건 법률조항의 해석을 통하여 증여자에게 양도소득이 실질적으로 귀속된 것으로 인정되는 사실관계에서만 이 사건 법률조항이 적용될 수 있도록 하는 한편 역으로 납세자로 하여금 ‘행위의 부당성’의 유무에 대한 주장, 입증을 통하여 이 사건 법률조항의 적용을 다툼 길도 열어 놓았다는 점에서 그 입법수단의 적정성과 최소침해성이 갖춰진 것으로 판단된다.

뿐만 아니라, 이 사건 법률조항으로 인한 재산권의 제한 내용은 납세자가 선택한 증여행위의 사법상 법률효과를 무효로 하는 것도 아니고 단지 조세법의 집행과정에서 과세상으로만 그 효력을 부인하는 것에 불과하므로, 조세회피행위에 대한 규제 및 조세평등주의의 실현이라는 이 사건 법률조항의 기본이념 내지 입법목적보다 결코 크다고 볼 수도 없다.

따라서, 이 사건 법률조항이 ‘증여자와 양수자 사이의 양도행위’를 의제하여 증여자에 대하여 양도소득세를 부과하도록 규정한 것은 정당한 입법목적의 실행을 위하여 기본권제한의 입법한계를 준수하는 범위 내에서 재산권을 제한한 것이므로 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

(3) 수증자에 대한 증여세 이중부과·징수의 위헌성

앞서 본 바와 같이 이 사건 법률조항의 적용 요건이 갖춰지면, 과세관청은 증여자가 선택한 부당한 법적 형성, 즉 증여행위를 부인함으로써 이를 과세의 기준으로 삼지 아니하고, 그 법적 형성에 의해 달성된 경제적 효과에 적합한 형성, 즉 증여자의 양수자에 대한 양도행위의 존재를 의제하여 이를 기초로 증여자에게 양도소득세를 부과할 수 있게 된다.

이를 수증자의 입장에서 보게 되면, 자신에 대한 과세근거가 된 증여자의 증여행위가 부당한 법적형성이라는 이유로 과세관청에 의하여 부인되어 조세법적으로는 소급적으로 무효화됨으로써 재산권의 무상 취득이란 애초부터 존재하지 않게 된 것에 다름 아니어서, 이에 대하여 증여세를 부과하거나 기왕의 증여세 부과를 유지한다는 것은 결국 증여받지 않는 재산에 대하여 증여세를 부과한 것이 되어, 조세법적으로 과세요건에 해당되지 아니함에도 불구하고 수증자에게 증여세를 부과·징수하는 것으로 수증자의 재산권을 침해하는 것이다.

그리고, 무엇보다도 이 사건 법률조항에 의하여 조세법적으로는 부인된 증여세액 등을 환급 등을 하지 않고 과세관청이 그대로 보유될 수 있다면, ‘증여자, 수증자, 양수자 사이의 다단계거래’를 ‘증여자, 양수자 사이의 단일한 거

래'로 의제함으로써 납세자가 어떤 내용의 거래 형식을 선택하느냐에 따라 발생할 수 있는 조세부담의 부당한 감소에 따른 불공평을 시정한다는 입법목적 을 달성하는 것 이상으로, 언제나 수증자에게 부과된 증여세액 등만큼을 이중 으로 징수하는 결과에 이른다.

증여자의 양도소득세 납부의무와 수증자의 증여세 납부의무는, 비록 형식 적으로는 과세 대상이 되는 법률행위와 납부의무의 주체가 다르기는 하나, 본 질적으로 증여자의 증여행위는 이 사건 법률조항이 과세대상으로 파악한 '증 여자, 양수자 사이의 양도행위'의 일부분을 구성하는 셈이 되므로 결국 그 중 복 부분은 이중과세에 해당된다고 보아야 할 것이다.

한편, 납세자의 부당한 양도소득세회피행위를 부인하는 것은 조세부담을 경감한다는 의도 내지 인식 자체에 대한 납세의무자의 행위책임을 묻는 것이 아니라 조세부담의 불공평 자체를 시정하는 데 목적이 있는데, 경우에 따라서는 수용 등 비자발적 양도의 경우 당사자가 관여할 수 없는 보상금 등 수액의 다과나 그 양도시기의 선후 등 사소한 차이만으로도 이 사건 법률조항의 적용 여하가 엇갈린다는 면에서, 이러한 초과징수행위를 징벌적인 제재의 성격 으로 정당화할 수는 없고, 정당화된다고 하더라도 부당행위를 한 증여자에 대 한 징벌적 제재를 수증자에게로 향하게 할 수도 없다.

국세청의 과세실무는 수증자의 증여세를 증여자에 대한 양도소득세액 산출 시 그 필요경비로 산입하고 있으나, 이 경우도 수증자가 납부한 증여세의 일 부만이 공제되는 결과가 되므로 정도의 차이는 있을지라도 공제받지 못하는 세액만큼은 여전히 이중과세의 문제점을 갖게 되는 것이고, 수증자의 입장에 서는 여전히 자신이 납부한 세액 전부를 환급받지 못한다는 점에서는 사정이 근본적으로 달라지지도 않는다.

결국 이 사건 법률조항은, 그 적용요건이 충족되는 경우 증여자의 증여행위 나 수증자의 양도행위를 과세요건사실로 삼지 아니하고 오로지 '의제된 양도 행위'에 따른 과세만을 함으로써도 그 입법목적 을 달성할 수 있음에도 불구하고, 세수증대와 과세편의만을 도모한 나머지 '부인된 증여행위에 기초한 과세' 와 '의제된 양도행위에 기초한 과세'를 서로 양립하게 함으로써 입법목적의 달성에 필요한 정도를 과도하게 넘은 이중과세를 하는 것이므로 그 내용이 재산권을 과도하게 침해하는 것이므로 헌법에 위반된다고 보지 않을 수 없다.

라. 헌법불합치결정의 이유

위와 같이 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되므로 원칙적으로 위헌결정을

선고하여야 할 것이나 한편 이 사건 법률조항에는 증여자에 대한 양도소득세 부과 부분이 포함되어 있는데, 이 부분은 우리 재판소가 합헌이라고 판단하는 바이므로 만일 이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌 결정을 하여 당장 이 사건 법률조항의 효력을 상실시킬 경우에는, 조세평등주의의 실현 도구로 입법된 이 사건 법률조항에 의한 증여자에 대한 양도소득세 부과처분이 취소되거나, 향후 전혀 집행될 수 없다는 점에서, 헌법재판소가 의도하지 않은 불평등한 상태가 초래될 우려가 있다. 또한 이 사건 법률조항의 위헌성, 즉 이중과세의 문제점을 제거하고 합헌적으로 조정하는 데에는 여러 가지 선택 가능성, 예를 들어, 증여자에 대한 양도소득세부과처분이 확정될 경우 수증자가 납부한 증여세 등을 환급하거나 또는 이를 증여자에 대한 양도소득산출세액에서 공제하는 규정을 두어 그 입법목적을 달성할 수 있는데, 그 중에서 어떤 선택을 할 것인가는 입법자가 제반 사정을 참작하여 결정하여야 할 문제라는 점도 고려되어야 한다.

따라서, 우리 재판소는 이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌결정을 하지 아니하고 헌법불합치 결정을 하면서 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체에 대하여 이 사건 법률조항의 적용중지를 명하는 것이다.

4. 결 론

이상의 이유로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 김영일의 아래 5.와 같은 반대의견이 있는 외에는 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 김영일의 반대의견

다수의견이, 양도소득에 대한 소득세를 부당하게 감소시키기 위하여 특수관계자에게 자산을 증여한 후 그 자산을 증여받은 자가 그 증여일부터 2년 내에 다시 이를 타인에게 양도한 경우에는 증여자에 대하여 양도를 의제하여 양도소득세를 부과하도록 하는 이 사건 법률조항 자체의 합헌성을 인정하면서도, 이 사건 법률조항의 적용결과, 증여자에 대한 양도소득세의 부과와 함께 수증자에 대한 증여세 및 양도소득세의 부과는 이중과세로 실질적 조세법률주의에 위배된다고 하여, 그에 대한 환급규정이 없음을 지적하며 헌법불합치결정을 하여야 한다는 것은 법 규정의 효력을 유지할 대상 즉, 잠정적용을 하거나 적용중지를 할 법률조항이 없는 것에 대하여 헌법불합치결정을 하고자 하는 것으로, 헌법불합치결정의 법리에 맞지 아니하므로, 이 사건을 해결함에 있어서는 이 사건 법률조항에 대하여는 합헌, 환급규정을 두지 아니한

점에 대하여는 입법부작위의 위헌을 확인하는 것이 타당하다고 판단되므로, 다음과 같이 주문에 대한 반대의견을 밝히는 바이다.

다수의견은 먼저, ‘증여자의 양도소득세의무의 발생’에 초점을 맞추어, 이 사건 법률조항의 적용요건을 대법원판례에 대한 분석을 토대로 하여, ‘특수관계 있는 자와의 거래’, ‘증여와 양도의 존재’, ‘조세부담의 감소’ 및 ‘행위·계산의 부당성’을 논증하고, 이 사건 법률조항은 실질적 조세법률주의에 어긋나지 아니한다고 판단하였다. 다음, 이 사건 법률조항의 적용효과를 부당행위의 부인의 효력이 미치는 범위에 관한 해석의 과정임과 동시에 이 사건 법률조항에 대한 위헌심사가 된다고 하여, 수증자에 대한 관계에서 그 위헌성을 논증하였는바, 이 사건 법률조항을 적용한 결과 수증자에 대한 과세요건사실은 조세법적으로 부인된다고 보아, “과세관청에 의하여 확정적으로 부인된 증여행위 등에 기초하여 수증자가 납부한 증여세 등은 그 과세근거가 소급적으로 무효화된 것이므로 이를 납부한 자에게 환급되어야 한다고 해석함이 상당하다.”라고 하고 있다. 그리하여 “이 사건 법률조항이 위와 같은 결과를 의도한 것이라면, 이는 명백히 그 입법목적을 과도하게 초과한 이중과세로서 실질적 조세법률주의에 반하는 위헌조항임을 면하지 못한다.”라고 논증하고 있다. 요컨대, 이 사건 법률조항이 증여자에 대하여 양도를 의제하여 양도소득세를 부과하는 것에는 합헌성을 인정하면서, 그 적용효과 즉, 증여자에 대한 양도소득세의 부과와 함께 수증자에 대한 증여세 및 양도소득세의 부과는 이중과세로 실질적 조세법률주의에 위배된다는 것이다.

다수의견은 위와 같은 헌법적 문제점을 이 사건 법률조항에 대한 합헌적 법률해석으로 해결하고자 하는 것이 입법자의 의도에 정면으로 반하는 것이고 문언의 한계를 벗어나는 것이며, 또한 이 사건 법률조항의 효력을 상실시킬 경우에 헌법재판소가 의도하지 않은 불평등상태가 초래되고, 위헌성제거에 여러 가지 방안이 있을 수 있는데, 그 어떤 방안을 채택할 것인가는 입법자의 재량이라는 것을 이유로 하여 헌법불합치결정을 한다는 것이다.

그런데, 이 사건 법률조항인 구 소득세법 제101조(양도소득의 부당행위계산) 제2항은 “양도소득에 대한 소득세를 부당하게 감소시키기 위하여 제1항에 규정하는 특수관계자에게 자산을 증여한 후 그 자산을 증여받은 자가 그 증여일부터 2년 내에 다시 이를 타인에게 양도한 경우에는 증여자가 그 자산을 직접 양도한 것으로 본다.”라고 규정하고 있어, 증여자를 납세의무자로 하여 양도소득세를 부과하는 요건을 규정하고 있을 뿐이고, 그 경우 그 증여자

로부터 자산을 증여받고 양도한 특수관계자인 수증자(이는 별개의 납세의무자이다)의 증여세 및 양도소득세에 대한 환급, 공제, 또는 감면 등을 명시적으로 규정한 것이 아님은 그 문언상 분명하고, 다른 어디에도 그와 관련된 규정은 찾아볼 수 없다. 또한 법률에 의하여 특정 납세의무자에게 조세를 부과하도록 한 경우에 그 조세를 감면, 공제 또는 환급하고자 하면, 과세요건법정주원칙상 그 납세의무를 소멸시키는 별도의 법률규정이 존재하여야 한다.

따라서, 이 사건의 해결을 위하여 먼저, 이 사건 법률조항에 대한 위헌성을 전제로 한 잠정적용의 헌법불합치결정은 그 규정자체에 위헌성이 없다는 점과 관련 수증자의 증여세 및 양도소득세에 대한 환급 또는 공제 등의 규정없이 잠정적용하는 경우에 이중과세의 효과가 여전히 발생된다는 점에서 이는 채택할 수 없음이 자명하다. 다음 이 사건의 경우는 위에서 본 바와 같이 위헌성은 존재하나 합헌과 위헌의 경계가 불분명하거나, 조세행정상의 세수결함 등의 문제를 야기시키는 경우에도 해당되지 아니하여 적용중지의 헌법불합치결정도 적절하지 아니하다고 할 것이다. 더구나 이 사건 법률조항 자체에는 위헌성이 없다는 점에서 더욱 그러하다.¹⁾ 이 사건을 해결함에 있어서 헌법불합치결정은 적절하지 아니하다고 할 것이다.

문제는 수증자의 증여세 및 양도소득세에 대한 환급 또는 공제 등 규정이 없다는 데 있으므로, 이 사건을 해결함에 있어서는 이에 초점을 맞추어야 할 것이다.

이 사건 법률조항은 다수의견이 적절히 논증한 바와 같이 그 자체로는 헌법에 위반되지 아니한다. 그것은 구 소득세법 제101조가 양도소득의 부당행위계산만을 위한 규정이라는 점에서 더욱 명백하다. 문제는 이 사건 법률조항을 원인으로 하여(또는 이 사건 법률조항에 연유하여) 이중과세의 위헌적인 결과가 발생하였는데, 그 위헌성을 해소할 규정 즉, 관련 수증자의 증여세 및

1) 법규에 대한 위헌적인 흠결을 포함하고 있는 경우에는 헌법불합치결정이 적합하지 아니하고 입법부작위 위헌확인을 선언하여야 한다. 그래서 근자에 독일 연방헌법재판소는 오해를 피하고 보다 분명한 구분을 위하여 기존의 규율은 합헌이고, 따라서 계속적으로 적용될 수 있으나 특정부작위가 위헌이라는 형태의 주문을 구성하고 있다(BVerfGE 68, 155; BVerfGE 68, 272; BVerfGE 79, 256(274) 참조)고 한다. 이와 관련하여 다수의 사례들에서 문제되고 있는 것은 입법자가 경과규정을 ‘망각한’ 경우라고 한다. Klaus Schlaich, 독일연방헌법재판소, 헌법재판소 1999년 번역판. 295-297쪽, 특히 Rn.(단락번호) 373-374 참조.

양도소득세에 대한 환급 내지 공제 등의 규정이 흠결된 데 있다. 입법자가 이 점을 부주의로 간과하여 실질적 조세법률주의에 반하는 위헌상태를 야기한 것이라고 볼 수 있다. 따라서, 그 입법부작위가 위헌임을 지적함으로써 문제를 해결하여야 한다.

물론 청구인이 명시적으로 특히 입법부작위의 위헌확인을 명백하게 주장한 것은 아니지만, 이 사건 법률조항에 대한 위헌소원심사를 하는 과정에서, 논리적으로 연관관계가 있어, 구체적으로는 이 사건 법률조항과 관련된 조세부과에 있어서 체계적으로 그 합헌성을 담보하기 위하여 부수적으로 위와 같은 입법부작위에 대한 위헌선언을 할 수 있는 것이다.

청구인도 수증자가 납부한 증여세액을 기납부세액이나 필요경비로 공제하여 양도소득세액을 계산하여야 한다는 취지의 주장을 하고 있는 데 비추어 보면, 역시 이와 같은 주장을 하고 있는 것이라 못볼 바 아니다.

일반적인 증여자와 수증자 사이의 자산의 증여로 인한 증여세, 그 수증자의 자산양도로 인한 수증자의 양도소득세에 대하여 이 사건 법률조항은 그에 대한 특별규정으로 그 경우(동일한 사항을) 증여자에 대하여 양도를 의제하여 양도소득세를 부과하는 것이고, 그 결과 위헌적인 이중과세의 효과가 발생하게 되었는데, 그 위헌성을 해소할 규정이 없으므로, 그 원인을 야기한 이 사건 법률조항의 위헌심사에서 부수적·예외적으로 그 입법부작위에 대한 위헌선언을 마땅히 할 수 있는 것이다.

양도소득의 부당행위계산과 이중과세의 해소문제는 상호 밀접한 관계에 있으면서도 별개의 문제로 파악되는 것이기 때문에 ‘양도소득의 부당행위계산’만을 규정한 합헌적인 구 소득세법 제101조의 규정내용에 별개의 이중과세의 해소문제를 들먹여 헌법불합치결정으로 해결할 수 있는 이론상 근거는 없는 것이다.

위의 입법부작위에 대한 위헌선언은 입법자의 의사를 최대한 존중하는 한편, 아울러 헌법질서의 유지·수호라는 헌법재판소의 직무를 효과적으로 수행하고자 하는 그 조화점을 모색하는 것으로 권력분립의 원칙에 어긋나지 아니하고, 헌법재판소법 제45조 단서의 규정취지에 비추어 헌법재판작용의 범위 내에 있는 것으로 볼 것이다.

따라서, 이 사건 해결을 위한 주문은 다음에 제시하는 바와 같이 주문 제1항에서 구 소득세법 제101조 제2항에 대하여 합헌선언을 한 다음, 주문 제2항에서 관련 수증자의 증여세 및 양도소득세에 대한 환급규정을 두지 아니한

입법부작위의 위헌을 확인하는 것이 적절하고, 또한 타당하다고 할 것이다.

그러므로 그 주문은 마땅히 아래와 같이 하여야 한다.

“1. 구 소득세법(1995. 12. 29. 법률 제5031호로 개정되고 1996. 12. 30. 법률 제5191호로 개정되기 전의 것) 제101조 제2항은 헌법에 위반되지 아니한다.

2. 위 구 소득세법 제101조 제2항에 의하여 증여자에게 양도소득세를 부과하는 경우에 그와 관련하여 수증자가 납부한 증여세 및 양도소득세를 수증자에게 환급하도록 하는 규정을 두지 아니한 것은 헌법에 위반됨을 확인한다.”

이상의 이유로 나는 주문에 관한 다수의견에 반대하는 것이다.

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

구 장애인고용촉진등에관한법률 제35조 제1항 본문 등 위헌소원

(2003. 7. 24. 2001헌바96 전원재판부)

【판시사항】

1. 대통령령이 정하는 일정수 이상의 근로자를 고용하는 사업주는 기준고용률 이상에 해당하는 장애인을 고용해야 한다고 규정한 구 장애인고용촉진등에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6166호로 전문개정되기 전의 것. 이하 “구법”이라 한다) 제35조 제1항 본문이 사업주의 행동자유권, 경제활동의 자유, 평등권을 침해하고 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지 여부(소극)

2. 장애인고용의무제의 실효성을 확보하는 수단으로서의 장애인고용부담금제도에 관한 규정인 구법 제38조 제1항·제2항·제3항·제5항·제6항, 제39조 제1항이 사업주의 계약 및 직업수행의 자유, 재산권, 평등권을 침해하는지 여부 (소극)

3. 장애인고용의무제에 관한 구법 제35조 제1항 본문에 대하여는 위헌의견에 찬성한 재판관이 다수이나 헌법소원에 관한 인용결정에 필요한 심판정족수에 이르지 못하여 심판대상조항 전부에 대하여 합헌결정을 한 사례

【결정요지】

1. 가. 장애인은 그 신체적·정신적 조건으로 말미암아 유형·무형의 사회적 편견 및 냉대를 받기 쉽고 이로 인하여 능력에 맞는 직업을 구하기가 지극히 어려운 것이 현실이므로, 장애인의 근로의 권리를 보장하기 위하여는 사회적·국가적 차원에서의 조치가 요구된다. 이러한 관점에서 볼 때, 자유민주적 기본질서를 지향하는 우리 헌법이 원칙적으로 기업의 경제활동의 자유를 보장(헌법 제119조 제1항)하고 개인의 계약자유 원칙을 천명(헌법 제10조 전문)하고 있다 하더라도 일정한 범위에서 이러한 자유를 제약하는 것은 불가피한 조치

라고 할 수 있다. 청구인이 주장하는 계약자유의 원칙과 기업의 경제상의 자유는 무제한의 자유가 아니라 헌법 제37조 제2항에 의하여 공공복리를 위해 법률로써 제한이 가능한 것이며, 국가가 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위해 규제와 조정을 할 수 있다고 천명(헌법 제119조 제2항)하고 있는 것은 사회·경제적 약자인 장애인에 대하여 인간으로서의 존엄과 가치를 인정하고 나아가 인간다운 생활을 보장하기 위한 불가피한 요구라고 할 것이어서, 그로 인하여 사업주의 계약의 자유 및 경제상의 자유가 일정한 범위내에서 제한된다고 하여 곧 비례의 원칙을 위반하였다고는 볼 수 없다.

나. 구법 제3조에 의하면 국가와 지방자치단체는 장애인의 고용에 관하여 사업주 및 국민일반의 이해를 높이기 위해 교육·홍보 및 장애인 고용촉진운동을 추진하고, 사업주·장애인 기타 관계자에 대한 지원과 장애인의 특성을 고려한 직업재활의 조치를 강구하여야 하며, 기타 장애인의 고용촉진 및 직업안정을 도모하기 위하여 필요한 시책을 종합적이고 효과적으로 추진하여야 할 책임이 있는 공공적 주체이며, 한편 민간사업주와는 달리 기준고용률을 미달하는 경우 부담금의 납부를 명하고 이를 징수한다든지(구법 제38조) 기준고용률을 초과하는 경우 고용지원금 및 장려금(구법 제37조)을 지급할 수 없는 등 민간사업주와는 다른 지위에 있으므로, 국가·지방자치단체와 민간사업주와의 차별취급은 합리적인 근거가 있는 차별이라고 할 것이다.

다. 구법 제35조 제1항 본문은 장애인고용의무사업주의 범위를 고용근로자수를 기준으로 한다는 기본원칙을 정하였고, 한편 장애인고용의무제가 적용되는 사업주의 범위는 우리나라의 전체 실업자수와 그 중 장애인실업자수가 차지하는 비율, 경제상황 등을 고려하여 시대에 따라 탄력적으로 정하여야 할 사항이어서 이를 법률에서 명시하는 것은 적당하지 아니하다는 입법자의 판단이 반드시 잘못되었다고 볼 수는 없다. 뿐만 아니라, 구법 제35조 제1항은 “…… 사업주는 그 근로자의 총수의 100분의 1 이상 100분의 5 이내의 범위 안에서 대통령령이 정하는 비율 이상에 해당하는 장애인을 고용하여야 한다”고 규정하고 있다. 여기에서 이 규정의 해석상 최소한 20인 이상의 근로자를 고용하는 사업주에게만 장애인고용의무가 도출됨을 알 수 있다. 왜냐하면, 기준고용률의 상한인 5%를 상정하더라도 20인이 되어야 1

명의 장애인고용의무가 생기기 때문이다. 따라서 동 조항은 포괄위임 입법금지원칙 내지는 법률유보원칙에 위반된다고 할 수 없다.

재판관 한대현, 재판관 김효중, 재판관 김경일, 재판관 송인준, 재판관 주선희의 위헌의견

헌법 제75조에서 밝히고 있는 포괄위임입법금지의 원칙은 행정입법의 수요와 헌법상 기본권보장의 원칙과의 조화를 기하기 위하여 위임입법은 허용하되 백지위임만은 허용되지 아니한다는 것이다. 이는 국민의 헌법상 기본권 및 기본의무와 관련된 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 대한 정책형성기능은 원칙적으로 주권자인 국민에 의하여 선출된 대표자들로 구성되는 입법부가 담당하여 법률의 형식으로써 이를 수행하여야 하고, 이와 같이 입법화된 정책을 집행하거나 적용함을 임무로 하는 행정부나 사법부에 그 기능을 넘겨서는 아니된다는 것을 천명한 것이다. 그런데 장애인고용의무 및 그에 따르는 고용부담금납부 의무는 국민의 계약 및 직업수행의 자유와 재산권 등 헌법상 기본권의 실현에 관련된 중요한 사항 내지 본질적인 내용이라고 할 수 있는데도, 구법 제35조 제1항 본문은 그 적용대상이 되는 사업주에 대하여 단순히 “대통령령이 정하는 일정수 이상의 근로자를 고용하는 사업주”라고만 규정하고 있어 이 조항만 가지고는 도저히 대통령령으로 규정될 내용의 대강이나마 예측할 수 없으며, 관련 법조항 전체를 살펴봐도 어느 범위의 사업주가 적용대상이 되는지 판단할 수 없도록 되어 있다. 그러므로 구법 제35조 제1항 본문 중 “대통령령이 정하는 일정수 이상의 근로자를 고용하는 사업주” 부분은 헌법 제75조가 규정하는 포괄위임입법금지의 원칙에 위배되고 법치주의원리 및 기본권보호이념에서 과생하는 법률유보원칙에도 충실하지 못하다고 할 것이다.

2. 가. 구법은 장애인이 그 능력에 맞는 직업생활을 통하여 인간다운 생활을 할 수 있도록 장애인의 고용촉진과 직업재활 및 직업안정을 도모함을 목적으로 장애인고용의무 및 고용부담금 제도를 마련하고 있다. 고용부담금제도는 이러한 장애인고용의무제의 실효성을 확보하는 수단이므로 입법목적의 정당성이 인정된다. 한편, 고용부담금

이 부과되는 집단은 일반국민이 아닌 특정집단인 “사업주”고, 부담금은 장애인의 고용을 촉진하기 위하여 전액이 “장애인고용촉진기금”으로 귀속되며, 이 기금은 주로 고용지원금, 장려금 그리고 사업주의 장애인고용을 위한 시설·장비의 설치·수리에 필요한 비용과 용자·지원 등에 지출되고 있다. 즉, 이 부담금은 장애인고용의 경제적 부담을 조정하고 장애인을 고용하는 사업주에 대한 지원을 위해 사용되고 국가의 일반적 재정수입에 포함되는 것이 아니므로 방법의 적정성도 인정할 수 있다. 나아가, 고용부담금의 부담기초액은 최저임금의 100분의 60 이상으로 규정되어 있는바, 2003년도의 경우에 85%에 불과한 실정이다. 따라서 이 정도의 부담금이라면 사업주의 재산권 등을 과도하게 침해하는 것이라고 할 수 없고, 헌법상 요구되는 장애인의 고용촉진이라는 공익에 비추어 볼 때 법익의 균형성을 크게 잃었다고 볼 수도 없다.

나. 이 사건 고용부담금 규정은 일정한 요건에 해당하는 사업주에게는 일정한 방식에 따라 고용부담금을 차등없이 부과하고 있다. 따라서 고용의무제가 적용되는 사업주와 그렇지 아니한 사업주 간의 구분자체에 불합리한 차별이 있는지 여부는 별론으로 하고 고용부담금 제도 자체의 차별성은 문제가 되지 않는다고 할 것이다. 고용부담금 제도는 그 자체가 고용의무를 성실히 이행하는 사업주와 그렇지 않는 사업주간의 경제적 부담의 불균형을 조정하는 기능을 하기 때문이다.

3. 이 사건 심판대상조항 중 고용부담금조항(구법 제38조 제1항·제2항·제3항·제5항·제6항, 제39조 제1항)이 헌법에 위반되지 않는다는 점에 대하여는 재판관 전원의 의견이 일치하였고, 장애인고용의 무조항(구법 제35조 제1항 본문 중 “대통령령이 정하는 일정수 이상의 근로자를 고용하는 사업주” 부분)에 대하여는 위헌의견에 찬성한 재판관이 5인이어서 다수이기는 하지만 헌법 제113조 제1항, 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제1호에서 정한 헌법소원에 관한 인용결정을 위한 심판정족수에는 이르지 못하여 위헌결정을 할 수 없으므로, 이 사건 심판대상조항 모두에 대하여 합헌결정을 선고하는 것이다.

【심판대상조문】

장애인고용촉진등에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6166호로 전문개정되기 전의 것) 제35

조(사업주의 장애인고용의무) ① 대통령령이 정하는 일정수 이상의 근로자를 고용하는 사업주는 그 근로자의 총수의 100분의 1 이상 100분의 5 이내의 범위 안에서 대통령령이 정하는 비율(이하 “기준고용률”이라 한다) 이상에 해당하는(그 수에 1인 미만의 단수가 있을 경우에는 그 단수는 버린다) 장애인을 고용하여야 한다. 다만, 장애인을 사용하기 어렵다고 인정하는 직종의 근로자가 상당한 비율을 차지하는 업종에 대하여는 노동부장관이 위원회의 심의를 거쳐 정하는 적용제외률에 해당하는 근로자의 수를 그 근로자의 총수에서 제외할 수 있다.

② 생략

장애인고용촉진등에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6166호로 전문개정되기 전의 것) 제38조(장애인고용부담금의 납부 등) ① 제35조 제1항의 규정에 의한 기준고용률에 미달하는 장애인을 고용하는 사업주는 대통령령이 정하는 바에 의하여 매년 노동부장관에게 장애인고용부담금(이하 “부담금”이라 한다)을 납부하여야 한다.

② 부담금은 사업주가 제35조 제1항의 규정에 의한 기준고용률에 의하여 고용하여야 할 장애인총수에서 매월 초일 현재 고용하고 있는 장애인수를 뺀 수에 제3항의 규정에 의한 부담기초액을 곱한 금액의 연간 합계액으로 한다.

③ 부담기초액은 장애인을 고용하는 경우에 매월 소요되는 다음 각호의 비용의 평균액을 기초로 하여 위원회의 심의를 거쳐 노동부장관이 정하되 매년 회계연도 개시 30일전까지 고시하여야 한다. 다만, 부담기초액은 이를 고시하는 당해연도의 최저임금액의 100분의 60 이상이어야 한다.

1. 장애인을 고용하는 경우 필요한 시설·장비의 설치, 수리에 소요되는 비용
2. 장애인의 적절한 고용관리를 위한 조치에 필요한 비용
3. 기타 장애인을 고용하기 위하여 특별히 소요되는 비용 등

④ 생략

⑤ 사업주는 노동부령이 정하는 사항을 기재한 신고서와 당해연도의 부담금을 다음 연도의 초일부터 90일(연도 중에 사업을 폐지 또는 종료한 경우에는 그 사업을 폐지 또는 종료한 날부터 60일) 이내에 노동부장관에게 신고·납부하여야 한다.

⑥ 노동부장관은 사업주가 제5항에 정한 기간 내에 신고서 또는 부담금을 신고·납부하지 아니한 때에는 이를 조사하여 부담금을 징수할 수 있다.

⑦~⑨ 생략

장애인고용촉진등에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6166호로 전문개정되기 전의 것) 제39조(가산금 및 연체금의 징수) ① 노동부장관은 제38조 제6항 및 제7항의 규정에 의하여 부담금을 징수하는 때에는 대통령령이 정하는 경우를 제외하고는 사업주가 납부하여야 할 부담금에 대하여 100분의 10에 상당하는 금액을 가산금으로 징수한다.

② 생략

【참조조문】

헌법 제10조 전문, 제11조 제1항, 제23조 제1항, 제32조, 제34조, 제37조 제2항, 제40조,

제75조, 제113조 제1항, 제119조

헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제1호, 제68조 제2항

장애인고용촉진등에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6166호로 전문개정되기 전의 것) 제1조(목적) 이 법은 장애인이 그 능력에 맞는 직업생활을 통하여 인간다운 생활을 할 수 있도록 장애인의 고용촉진과 직업재활 및 직업안정을 도모함을 목적으로 한다.

장애인고용촉진등에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6166호로 전문개정되기 전의 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “장애인”이라 함은 신체 또는 정신상의 장애로 인하여 장기간에 걸쳐 직업생활에 상당한 제약을 받는 자로서 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 자를 말한다.

2.~4. 생략

장애인고용촉진등에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6166호로 전문개정되기 전의 것) 제3조(국가 및 지방자치단체의 책임) 국가와 지방자치단체는 장애인의 고용에 관하여 사업주 및 국민일반의 이해를 높이기 위해 교육·홍보 및 장애인 고용촉진운동을 추진하고, 사업주·장애인 기타 관계자에 대한 지원과 장애인의 특성을 고려한 직업재활의 조치를 강구하여야 하며, 기타 장애인의 고용촉진 및 직업안정을 도모하기 위하여 필요한 시책을 종합적이고 효과적으로 추진하여야 한다.

장애인고용촉진등에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6166호로 전문개정되기 전의 것) 제34조(국가 및 지방자치단체의 장애인고용의무) ① 국가 및 지방자치단체의 장은 장애인이 소속공무원정원의 100분의 2 이상 고용될 수 있도록 노력하여야 한다.

② 각 시험실시기관의 장은 장애인이 공개채용인원의 100분의 2 이상 채용되도록 시험을 실시하여야 한다.

③ 제1항과 제2항의 경우 직무의 성격상 장애인의 근무가 부적합한 직부분야, 직종, 직급 등에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 따라 이를 적용하지 아니할 수 있다.

장애인고용촉진등에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6166호로 전문개정되기 전의 것) 제36조(사업주의 장애인고용계획 수립 등) ① 노동부장관은 사업주에 대하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 장애인의 고용에 관한 계획 및 그 실시상황을 작성하여 제출할 것을 명할 수 있다.

② 노동부장관은 제1항의 규정에 의한 계획이 부당하다고 인정하는 때에는 사업주에 대하여 그 계획의 변경을 명할 수 있다.

③ 노동부장관은 제35조 제1항의 규정에 의한 사업주가 정당한 사유 없이 장애인 고용계획의 수립 또는 고용의무의 이행에 있어서 현저히 미달하는 때에는 그 내용을 공표할 수 있다.

장애인고용촉진등에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6166호로 전문개정되기 전의 것) 제37조(장애인고용지원금 등의 지급) ① 노동부장관은 사업주가 제35조 제1항의 규정에 의한 기준고용률을 초과하여 장애인을 고용하는 경우에는 그 초과 고용하는 장애인의 수에 비례하여 당해 사업주에게 고용지원금(이하 ‘지원금’이라 한다)을 지급할 수 있다.

② 지원금은 제38조 제3항의 규정에 의한 부담기초액을 참작하여 노동부장관이 정한다.

③ 노동부장관은 제35조 제1항의 적용을 받지 아니하는 사업주가 장애인을 고용하는 경우에는 지원금의 범위 안에서 장려금을 지급할 수 있다. 다만, 이 법의 규정에 의한 장려금을 지급받고자 하는 자는 노동부장관에게 청구하여야 한다.

④ 제1항의 규정에 의한 지원금과 제3항의 규정에 의한 장려금의 지급 및 청구에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

장애인고용촉진등에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6166호로 전문개정되기 전의 것) 제38조(장애인고용부담금의 납부 등) ①~③ 생략

④ 노동부장관은 장애인복지법 및 산업재해보상보험법에 의한 직업재활시설에 생산설비와 원료·기술 등을 제공하고 생산관리 및 생산품의 판매를 전담하는 사업주 또는 직업재활시설에 도급을 주어 그 생산품을 납품 받는 사업주에 대하여 부담금을 감면할 수 있다.

⑤~⑨ 생략

장애인고용촉진등에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6166호로 전문개정되기 전의 것) 제39조(가산금 및 연체금의 징수) ① 생략

② 노동부장관은 부담금의 납부의무자가 그 납부기한까지 이를 납부하지 아니한 때에는 그 금액에 납부기한 만료일의 다음 날부터 완납일의 전일까지 기간에 대하여 그 금액 100원에 대하여 1일 7전의 한도 안에서 대통령령이 정하는 비율에 따라 계산한 연체금을 징수한다. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

장애인고용촉진등에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6166호로 전문개정되기 전의 것) 제47조(장애인고용촉진기금의 설치) 노동부장관은 공단의 운영, 지원금 및 장려금의 지급 등 장애인고용촉진을 위한 사업을 수행하기 위하여 장애인고용촉진기금(이하 “기금”이라 한다)을 설치한다.

장애인고용촉진등에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6166호로 전문개정되기 전의 것) 제48조(기금의 재원) ① 기금은 다음 각 호의 재원으로 조성한다.

1. 생략
2. 제38조의 규정에 의한 사업주의 부담금
- 3.~4. 생략

② 생략

장애인고용촉진등에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6166호로 전문개정되기 전의 것) 제49조(기금의 용도) 기금은 다음 각 호에 규정하는 비용의 지급에 사용한다.

1. 공단의 사업수행에 필요한 경비
2. 제37조 제1항의 규정에 의한 지원금 및 동조 제3항의 규정에 의한 장려금
3. 사업주의 장애인고용을 위한 시설·장비의 설치·수리에 필요한 비용과 장애인고용 관리를 위한 조치에 필요한 경비에 대한 용자·지원
4. 장애인에 대한 교육·훈련을 행하는 기관에 대한 보조금
5. 기타 장애인고용촉진을 위하여 대통령령이 정하는 사업에 소요되는 비용과 제1호 내지 제4호의 사업수행에 부대 되는 경비

장애인고용촉진등에관한법률시행령(1999. 3. 3. 대통령령 제16166호로 개정되기 전의

것) 제3조(장애인의 기준) 법 제2조 제1호의 규정에 의한 장애인은 장애인복지법시행령 제2조의 규정에 의한 기준에 해당하는 자로 한다. 다만, 장애인의 직업재활 등 고용촉진 업무 수행에 필요하다고 인정할 때에는 직업생활에 제약 받는 정도에 따라 당해 업무에 대하여 적용하는 장애인의 유형 및 등급을 노동부령으로 따로 정할 수 있다.

장애인고용촉진등에관한법률시행령(1999. 3. 3. 대통령령 제16166호로 개정되기 전의 것) 제32조(국가 및 지방자치단체의 장애인고용의무 적용제외) 법 제34조 제3항의 규정에 의하여 국가 및 지방자치단체가 장애인고용의무를 적용 받지 아니하는 공무원의 범위는 별표 1과 같다.

장애인고용촉진등에관한법률시행령(1999. 3. 3. 대통령령 제16166호로 개정되기 전의 것) 제33조(적용대상 사업주의 범위) ① 법 제35조 제1항의 규정에 의하여 장애인을 고용하여야 할 의무가 있는 사업주는 상시 300인 이상의 근로자를 고용하는 사업주(운전자기 딸린 건설장비임대업을 제외한 건설업에 있어서는 공사실적액이 매년 노동부장관이 정하여 고시하는 금액 이상인 사업주)로 한다.

② 제1항의 규정에 의한 공사실적액은 총공사실적액에서 건설업법 기타 관계법령에 의하여 적법하게 하도급된 부분의 공사실적액을 공제한 금액으로 한다.

장애인고용촉진등에관한법률시행령(1999. 3. 3. 대통령령 제16166호로 개정되기 전의 것) 제34조(사업주의 기준고용률) 법 제35조 제1항의 규정에 의하여 사업주가 고용하여야 할 장애인 상시 근로자 기준고용률은 100분의 2로 한다. 다만, 사업주가 장애인복지법 제37조 제5호의 규정에 의한 장애인직업재활시설을 직접 설치·운영하는 경우에 이 시설의 장애인근로자는 사업주가 고용하여야 할 장애인 수에 포함한다.

장애인고용촉진등에관한법률시행령(1999. 3. 3. 대통령령 제16166호로 개정되기 전의 것) 제39조(장애인고용부담금의 납부등) ① 법 제38조 제1항의 규정에 의하여 장애인고용부담금(이하 “부담금”이라 한다)을 노동부장관에게 신고·납부하여야 할 사업주는 다음 각 호의 사항이 포함된 신고서를 첨부하여 납부하여야 한다.

1. 사업주의 성명 및 사업장의 명칭·소재지
 2. 당해 연도에 속하는 매월(당해 연도의 도중에 사업을 개시 또는 폐지한 경우에는 사업개시일이 속하는 달의 다음달 이후의 매월 또는 사업을 폐지한 날이 속하는 달의 전월까지의 매월에 한한다)별로 초일 현재의 근로자 수, 적용 대상 근로자 수 및 장애인 상시 근로자 수
 3. 당해 연도에 해당하는 부담금의 액수 및 매월별 그 내역(납부할 부담금이 없다는 뜻의 기재도 포함한다)
 4. 상시 고용하고 있는 장애인 근로자에 대하여 장애인의 기준에 해당함을 인정할 수 있는 서류 기타 노동부장관이 필요하다고 인정하는 사항
- ② 법 제38조 제6항 및 제7항의 규정에 의하여 부담금을 징수 또는 추정하는 경우에는 10일 이상의 납부기간을 주어야 한다.

장애인고용촉진및직업재활법(2000. 1. 12. 법률 제6166호로 전문개정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “장애인”이라 함은 신체 또는 정신상의 장애로 인하여 장기간에 걸쳐 직업생활에 상당한 제약을 받는 자로서 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 자를 말한다.

2.~8. 생략

장애인고용촉진및직업재활법(2000. 1. 12. 법률 제6166호로 전문개정된 것) 제23조(국가 및 지방자치단체의 장애인고용의무) ① 국가 및 지방자치단체의 장은 장애인을 소속공무원 정원의 100분의 2 이상 고용하여야 한다.

②~⑥ 생략

장애인고용촉진및직업재활법(2000. 1. 12. 법률 제6166호로 전문개정된 것) 제24조(사업주의 장애인고용의무) ① 대통령이 정하는 일정수 이상의 근로자를 고용하는 사업주는 그 근로자의 총수의 100분의 5의 범위 안에서 대통령이 정하는 비율(이하 “의무고용률”이라 한다) 이상에 해당(그 수에 1인 미만의 단수가 있을 경우에는 그 단수는 버린다)하는 장애인을 고용하여야 한다. 다만, 장애인을 고용하기 어렵다고 인정하는 직종의 근로자가 상당한 비율을 차지하는 업종에 대하여는 노동부장관이 위원회의 심의를 거쳐 정하는 적용제외율에 해당하는 근로자의 수(그 수에 1인 미만의 단수가 있을 경우에는 그 단수는 버린다)를 그 근로자의 총수에서 제외할 수 있다.

② 생략

장애인고용촉진및직업재활법(2000. 1. 12. 법률 제6166호로 전문개정된 것) 제26조(장애인고용장려금의 지급) ① 노동부장관은 장애인의 고용촉진과 직업안정을 위하여 장애인을 고용한 사업주(제24조 제1항의 규정을 적용 받지 아니하는 사업주를 포함한다)에게 고용장려금을 지급할 수 있다.

② 고용장려금은 매월 상시 고용하고 있는 장애인수에서 의무고용률(제24조 제1항의 규정을 적용 받지 아니하는 사업주에 대한 고용장려금의 지급에 있어서도 동일한 율을 적용한다)에 의하여 고용하여야 할 장애인 총수를 뺀 수에 제3항의 규정에 의한 지급단가를 곱한 금액으로 한다. 다만, 제27조의 규정에 의하여 납부할 부담금이 있는 경우에는 그 금액을 차감한 금액으로 한다.

③ 고용장려금의 지급단가는 최저임금법에 의하여 월 단위로 환산한 최저임금액의 범위 안에서 정한다. 다만, 중증장애인 및 여성장애인의 지급단가는 중증장애인 및 여성장애인의 외의 자에게 적용되는 지급단가의 2배의 범위 안에서 이를 따로 정할 수 있다.

④ 제1항의 규정에 의한 고용장려금의 지급 및 청구에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하고 그 지급시기·절차 등에 관하여 필요한 사항은 노동부장관이 정한다.

장애인고용촉진및직업재활법(2000. 1. 12. 법률 제6166호로 전문개정된 것) 제59조(장애인고용촉진 및 직업재활기금의 설치) 노동부장관은 공단의 운영, 고용장려금의 지급등 장애인의 고용촉진 및 직업재활을 위한 사업을 수행하기 위하여 장애인고용촉진및직업재활기금(이하 “기금”이라 한다)을 설치한다.

장애인고용촉진및직업재활법(2000. 1. 12. 법률 제6166호로 전문개정된 것) 제60조(기금의 재원) ① 기금은 다음 각 호의 재원으로 조성한다.

1. 생략

2. 제27조 및 제28조의 규정에 의한 부담금·가산금 및 연체금

3.~4. 생략

② 생략

장애인고용촉진및직업재활법시행령(2002. 9. 11. 대통령령 제17736호로 개정된 것) 제3조(장애인의 기준) 법 제2조 제1호의 규정에 의한 장애인은 다음 각 호의 1에 해당하는 자로 한다.

1. 장애인복지법시행령 제2조의 규정에 의한 장애인기준에 해당하는 자
2. 국가유공자등예우및지원에관한법률시행령 제14조 제3항의 규정에 의한 상이등급기준에 해당하는 자
3. 산업재해보상보험법시행령 제31조 제1항의 규정에 의한 신체장애등급기준 중 제1급 내지 제9급에 해당하는 자

장애인고용촉진및직업재활법시행령(2002. 9. 11. 대통령령 제17736호로 개정된 것) 제4조(중증장애인의 기준) 법 제2조 제2호의 규정에 의한 중증장애인은 다음 각 호의 1에 해당하는 자로 한다.

1. 장애인복지법시행령 제2조의 규정에 의한 장애인기준에 해당하는 장애인 중 노동부령이 정하는 장애등급 이상의 장애등급에 해당하는 자
2. 장애인복지법시행령 제2조의 규정에 의한 장애인기준에 해당하는 장애인 중 제1호의 규정에 의한 장애등급보다 1단계 낮은 장애등급에 해당하는 자로서 뇌병변장애인·시각장애인·정신지체인·발달장애인·정신장애인·심장장애인 및 상지에 장애가 있는 지체장애인
3. 국가유공자등예우및지원에관한법률시행령 제14조 제3항의 규정에 의한 상이등급에 해당하는 자 중 3급 이상의 상이등급에 해당하는 자
4. 산업재해보상보험법시행령 제31조제1항의 규정에 의한 신체장애등급에 해당하는 자 중 제3급 이상의 장애등급에 해당하는 자

장애인고용촉진및직업재활법시행령(2002. 9. 11. 대통령령 제17736호로 개정된 것) 제23조(적용대상 사업주의 범위) ① 법 제24조 제1항의 규정에 의하여 장애인을 고용하여야 할 의무가 있는 사업주는 상시 300인 이상의 근로자를 고용하는 사업주(운전사가 딸린 건설장비임대업을 제외한 건설업에 있어서는 공사실적액이 매년 노동부장관이 정하여 고시하는 금액 이상인 사업주)로 한다.

②, ③ 생략

장애인고용촉진및직업재활법시행령(2002. 9. 11. 대통령령 제17736호로 개정된 것) 제24조(사업주의 의무고용률) 법 제24조 제1항의 규정에 의하여 사업주가 고용하여야 할 장애인 상시근로자 의무고용률은 100분의 2로 한다. 다만, 사업주가 법 제8조 제2항 제3호의 규정에 의한 장애인직업재활시설을 직접 설치·운영하는 경우에 이 시설의 장애인근로자는 사업주가 고용하여야 하는 장애인수에 포함한다.

군사원호법(1956. 10. 25. 법률 제401호로 개정된 것) 제19조 ① 지방장관은 상시 30인 이상의 남자피용자를 사용하는 자(국가, 지방자치단체와 공공단체는 제외한다)에 대하여

남자전피용자수의 1할를 초과하지 아니하는 범위 내에서 상이군인의 수를 정하여(기회 고용된 상이군인을 포함한다) 그 고용을 명할 수 있다.

②~⑤ 생략

군사원호대상자고용법(1961. 7. 5. 법률 제649호로 제정된 것) 제4조(고용의무) 제3조의 대상업체는 제2조 제2호 내지 제5호에 규정된 자중 다음 인원을 고용하여야 한다.

1. 국가, 지방자치단체 및 국고보조를 받는 기관과 거래하는 기업체와 단체는 전고용인원의 5%에 해당하는 인원
2. 전호의 규정에 해당하는 업체와 거래하는 자는 각령의 정하는 바에 의한 인원
3. 20인 이상을 고용하고 있는 기업체 및 단체는 전고용인원의 5% 해당하는 인원

부담금관리기본법(2001. 12. 31. 법률 제6589호로 제정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 “부담금”이라 함은 중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장, 행정권한을 위탁받은 공공단체 또는 법인의 장 등 법률에 의하여 금전적 부담의 부과권한이 부여된 자가 분담금, 부과금, 예치금, 기여금 그 밖의 명칭에 불구하고 재화 또는 용역의 제공과 관계없이 특정 공익사업과 관련하여 법률이 정하는 바에 따라 부과하는 조세 외의 금전지급의무를 말한다.

부담금관리기본법(2001. 12. 31. 법률 제6589호로 제정된 것) 제3조(부담금설치의 제한) 부담금은 별표에 규정된 법률의 규정에 의하지 아니하고는 이를 설치할 수 없다.

[별표]

1.~67. 생략

68. 장애인고용촉진및직업재활법 제27조의 규정에 의한 장애인고용부담금

69.~101. 생략

【참조판례】

1. 헌재 2002. 8. 29. 2000헌가5등, 판례집 14-2, 106
헌재 1995. 11. 30. 93헌바32, 판례집 7-2, 598
헌재 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 141
헌재 1998. 6. 25. 95헌바35등, 판례집 10-1, 771
헌재 1998. 2. 27. 95헌바59, 판례집 10-1, 103
헌재 1999. 5. 27. 98헌바70, 판례집 11-1, 633
헌재 2001. 4. 26. 2000헌마122, 판례집 13-1, 962
2. 헌재 2002. 9. 19. 2001헌바56, 판례집 14-2, 304

【당 사 자】

청 구 인 대한종합개발주식회사 (변경전 상호 : 대한종합주택관리주식회사)

대표이사 김형두

대리인 변호사 김인철

당해사건 대법원 2001두5941 장애인고용부담금등부과처분취소

【주 문】

구 장애인고용촉진등에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6166호로 전문개정되기 전의 것) 제35조 제1항 본문 중 “대통령령이 정하는 일정수 이상의 근로자를 고용하는 사업자” 부분 및 제38조 제1항·제2항·제3항·제5항·제6항, 제39조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 공동주택의 관리 등을 목적으로 하는 회사인바, 서울지방노동청장은 1999. 1. 12. 구 장애인고용촉진등에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6166호로 전문개정되기 전의 것. 이하 “구법”이라 한다) 소정의 기준고용률에 미달하는 장애인을 고용하였다는 이유로 청구인에 대하여 1995년도 장애인고용부담금 74,412,000원 및 가산금 7,441,200원을 부과하는 처분을 하였다.

(2) 청구인은 서울지방노동청장을 피고로 하여 서울행정법원에 99구28605호로 위 부과처분의 취소를 구하는 소를 제기하였는데(다만 피고는 서울강남지방노동사무소장으로 경정되었다가 최종적으로 한국장애인고용촉진공단으로 변경되었다), 2000. 6. 2. 청구인의 청구를 일부 기각하는 판결이 선고되었다. 이에 대한 청구인의 항소를 서울고등법원(2000누7706)이 2001. 6. 15. 기각하자, 청구인은 다시 대법원에 상고(2001두5941)하여 그 소송이 계속중 구법 제35조 제1항 본문, 제38조 제1항·제2항·제3항·제5항·제6항, 제39조 제1항의 규정이 헌법에 위반된다고 주장하면서 위헌법률심판제청신청(2001아31)을 하였으나 2001. 11. 2. 기각되었다. 한편, 대법원은 당해사건에 관하여 같은 달 13. 청구인의 상고를 모두 기각하는 판결을 선고하였다.

(3) 이에 청구인은 같은 달 14. 위 제청신청기각 결정문을 송달받고 같은 달 27. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 심판의 대상으로 구법 제35조 제1항 본문, 제38조 제1항·제2항·제3항·제5항·제6항, 제39조 제1항을 기재하고 있다. 그러나, 사업주의 장애인고용의무에 관한 제35조 제1항 본문 중 청구인이 실질적으로 다투는 것은 “대통령령이 정하는 일정수 이상의 근로자를 고용하는 사업자” 부분이

다. 한편, 제38조 제1항은 장애인고용부담금제도의 근거규정이고, 같은 조 제2항·제3항은 동 부담금을 정하는 기준으로서의 ‘부담기초액’에 관한 절차규정, 제5항·제6항은 부담금의 신고·납부 및 징수에 관한 절차규정이며, 제39조 제1항은 부담금의 징수에 따른 가산금의 징수에 관한 규정이다(이하 이들 조항을 “이 사건 법률조항”이라 한다). 이 사건 법률조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

구 장애인고용촉진등에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6166호로 전문개정되기 전의 것)

제35조(사업주의 장애인고용의무) ① 대통령이 정하는 일정수 이상의 근로자를 고용하는 사업주는 그 근로자의 총수의 100분의 1 이상 100분의 5 이내의 범위안에서 대통령이 정하는 비율(이하 “기준고용률”이라 한다) 이상에 해당하는(그 수에 1인 미만의 단수가 있을 경우에는 그 단수는 버린다) 장애인을 고용하여야 한다. 다만, 장애인을 사용하기 어렵다고 인정하는 직종의 근로자가 상당한 비율을 차지하는 업종에 대하여는 노동부장관이 위원회의 심의를 거쳐 정하는 적용제외율에 해당하는 근로자의 수를 그 근로자의 총수에서 제외할 수 있다.

② 제1항의 규정에 불구하고 특정한 장애인의 능력에 적합하다고 인정되는 직종에 대하여는 그 고용하여야 할 비율을 대통령령으로 따로 정할 수 있다.

제38조(장애인고용부담금의 납부등) ① 제35조 제1항의 규정에 의한 기준고용률에 미달하는 장애인을 고용한 사업주는 대통령이 정하는 바에 의하여 매년 노동부장관에게 장애인고용부담금(이하 “부담금”이라 한다)을 납부하여야 한다.

② 부담금은 사업주가 제35조 제1항의 규정에 의한 기준고용률에 의하여 고용하여야 할 장애인총수에서 매월 초일 현재 고용하고 있는 장애인수를 뺀 수에 제3항의 규정에 의한 부담기초액을 곱한 금액의 연간 합계액으로 한다.

③ 부담기초액은 장애인을 고용하는 경우에 매월 소요되는 다음 각호의 비용의 평균액을 기초로 하여 위원회의 심의를 거쳐 노동부장관이 정하되 매년 회계연도 개시 30일 전까지 고시하여야 한다. 다만, 부담기초액은 이를 고시하는 당해연도의 최저임금액의 100분의 60 이상이어야 한다.

1. 장애인을 고용하는 경우 필요한 시설·장비의 설치, 수리에 소요되는 비용
2. 장애인의 적절한 고용관리를 위한 조치에 필요한 비용

3. 기타 장애인을 고용하기 위하여 특별히 소요되는 비용 등

④ 생략

⑤ 사업주는 노동부령이 정하는 사항을 기재한 신고서와 당해연도의 부담금을 다음 연도의 초일부터 90일(연도중에 사업을 폐지 또는 종료한 경우에는 그 사업을 폐지 또는 종료한 날부터 60일) 이내에 노동부장관에게 신고·납부하여야 한다.

⑥ 노동부장관은 사업주가 제5항에 정한 기간내에 신고서 또는 부담금을 신고·납부하지 아니한 때에는 이를 조사하여 부담금을 징수할 수 있다.

⑦~⑨ 생략

제39조(가산금 및 연체금의 징수) ① 노동부장관은 제38조 제6항 및 제7항의 규정에 의하여 부담금을 징수하는 때에는 대통령령이 정하는 경우를 제외하고는 사업주가 납부하여야 할 부담금에 대하여 100분의 10에 상당하는 금액을 가산금으로 징수한다.

② 노동부장관은 납부금의 납부의무자가 그 납부기한까지 이를 납부하지 아니한 때에는 그 금액에 납부기간 만료일의 다음 날부터 완납일의 전일까지 기간에 대하여 그 금액 100원에 대하여 1일 7전의 한도 안에서 대통령령이 정하는 비율에 따라 계산한 연체금을 징수한다. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

구 장애인고용촉진등에관한법률시행령(1999. 3. 3. 대통령령 제16166호로 개정되기 전의 것)

제33조(적용대상 사업주의 범위) ① 법 제35조 제1항의 규정에 의하여 장애인을 고용하여야 할 의무가 있는 사업주는 “상시 300인 이상”의 근로자를 고용하는 사업주(운전사가 딸린 건설장비임대업을 제외한 건설업에 있어서는 공사실적액이 매년 노동부장관이 정하여 고시하는 금액 이상인 사업주)로 한다.

② 제1항의 규정에 의한 공사실적액은 총공사실적액에서 건설업법 기타 관계법령에 의하여 적법하게 하도급된 부분의 공사실적액을 공제한 금액으로 한다.

제34조(사업주의 기준고용률) 법 제35조 제1항의 규정에 의하여 사업주가 고용하여야 할 장애인 상시 근로자 기준고용률은 “100분의 2”로 한다. 다만, 사업주가 장애인복지법 제37조 제5호의 규정에 의한 장애인직업재활시설을 직접 설치·운영하는 경우에 이 시설의 장애인근로자는 사업주가 고용하여야

할 장애인 수에 포함한다.

제39조(장애인고용부담금의 납부등) ① 법 제38조 제1항의 규정에 의하여 장애인고용부담금(이하 “부담금”이라 한다)을 노동부장관에게 신고·납부하여야 할 사업주는 다음 각호의 사항이 포함된 신고서를 첨부하여 납부하여야 한다.

1. 사업주의 성명 및 사업장의 명칭·소재지
 2. 당해 연도에 속하는 매월(당해 연도의 도중에 사업을 개시 또는 폐지한 경우에는 사업개시일이 속하는 달의 다음달 이후의 매월 또는 사업을 폐지한 날이 속하는 달의 전월까지의 매월에 한한다)별로 초일 현재의 근로자 수, 적용 대상 근로자 수 및 장애인 상시 근로자 수
 3. 당해 연도에 해당하는 부담금의 액수 및 매월별 그 내역(납부할 부담금이 없다는 뜻의 기재도 포함한다)
 4. 상시 고용하고 있는 장애인 근로자에 대하여 장애인의 기준에 해당함을 인정할 수 있는 서류 기타 노동부장관이 필요하다고 인정하는 사항
2. 청구인의 청구이유, 법원의 위헌제청신청 기각이유 및 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 심판청구 이유요지

이 사건 법률조항은 (1) 사업주에게 그 의사에 반하여 장애인고용계약의 체결을 강제하고, 그에 따르지 않을 경우 장애인부담금 납부의무를 지워 고용부담금 및 그에 대한 가산금을 강제징수할 수 있도록 규정함으로써 사업주의 행동자유권 및 경제활동의 자유 및 재산권에 대한 본질적 내용을 침해하여 헌법 제10조, 제119조 제1항, 제23조 제1항, 제37조 제2항에 위반되고, (2) 국가 및 지방자치단체의 장애에 대하여는 장애인고용의무나 부담금 납부의무를 규정하지 아니한 채 대통령령에서 정한 300인 이상의 근로자를 고용하는 사업주에게만 이러한 의무를 부담하도록 규정함으로써 사업주의 평등권을 침해하여 헌법 제11조 제1항, 제37조 제2항에 위반되며, (3) 구법 제35조 제1항 본문에서 “대통령령이 정하는 일정수 이상의 근로자를 고용하는 사업주”라고 규정한 것은 포괄위임금지라는 위임입법의 한계를 벗어난 것으로서 헌법 제75조, 제40조에 위반된다.

나. 대법원의 위헌제청신청기각 이유요지

(1) 이 사건 법률조항은, 장애인이 그 능력에 맞는 직업생활을 통하여 인간다운 생활을 할 수 있도록 장애인의 고용촉진과 직업재활 및 직업안정을 도

모한다는 입법목적의 정당성이 인정되고, 그 목적달성을 위한 재원마련의 필요성 및 장애인을 고용한 사업주와 장애인 고용의무를 위반한 사업주와의 형평성 등을 고려할 때 그 방법의 적정성도 인정되므로 사업주의 행동자유권, 경제활동의 자유 및 재산권에 대한 본질적 내용을 침해하는 것으로 볼 수 없다. (2) 국가 및 지방자치단체는 장애인의 고용촉진 등을 위한 시책과 조치를 행하여야 할 공공적 주체이므로 이 법이 국가 및 지방자치단체의 장애인고용의무 내용을 사업주의 장애인고용의무 내용과 달리 규정하였다고 하여 평등의 원칙에 반한다고 할 수 없다. (3) 구법 제35조 제1항 본문에서 “대통령령이 정하는 일정수 이상의 근로자를 고용하는 사업주”라고 규정한 것은 법이 장애인고용의무를 부담할 사업자의 범위를 고용근로자의 수를 기준으로 하여 정한다는 기본원칙을 정한 다음 그 고용근로자의 수는 시대상황에 맞게 탄력적으로 규율하고자 대통령령에 위임한 것이므로 포괄위임금지원칙에 위반되지 않는다.

다. 한국장애인고용촉진공단 이사장 및 노동부장관의 의견요지

위 대법원의 위헌제청신청기간 이유요지와 대체로 같다.

3. 장애인고용제도에 관한 일반적 고찰

가. 장애인고용제도에 관한 국제적 경향

(1) 개 관

장애인에 대한 고용보장의 국제적인 발전과정을 살펴보면 그 첫 단계는 상이군인에 대한 강제고용, 둘째 단계는 일반장애인에 대한 고용의 확보, 마지막 단계로서 보호고용제 즉 중증장애인을 보호공장 등에 고용시켜 나가는 노동정책으로 진전되어 가고 있다.

국제기구 차원에서는 1923년 ILO전문가회의에서 “고용의무의 범정화”를 천명하는 원칙 발표, 1944년 제26회 ILO총회에서 “전시에서 평화시로의 과도기의 고용조직에 관한 권고” 즉 ‘ILO권고 제71호’ 채택, 1955년 제38회 ILO총회에서 “장애인의 고용촉진에 관한 종합적이고 상세한 국제적 기준” 즉 ‘ILO 권고 제99호’ 채택 등을 들 수 있다. 한편, 1975. 12. 9. 제30차 UN총회에서는 “장애인의 권리선언”을 발표하였고, 1976. 11. 28. 제31차 UN총회에서는 1981년을 “세계 장애인의 해”로 결의하였다.

(2) 주요 외국의 입법례

(가) 독 일

독일은 1970년대 들어 이전까지 전쟁희생자의 원호·부조와 재해보험의 이

원적 구조로 이루어지던 체계가 연방정부의 1970. 4. 14. “장애인 재활촉진을 위한 행동강령”(Actionsprogramm zur Förderung der Rehabilitation der Behinderten)에 의해 하나로 조정되어, 장애의 원인이나 정도에 관계없이 모든 장애인들이 성공적인 의료·교육·직업 및 사회적 도움을 받을 수 있도록 노력하게 되었다. 이 종합시책의 취지에 따라서 1974년에 「중증장애인의 고용, 직업, 사회에의 진입확보에 관한 법률」(Gesetz zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinder in Arbeit, Beruf und Gesellschaft), 곧 “중증장애인법”(Das Schwerbehindertengesetz, Schwb G)이 제정되었다. 여기에서는 보호의 대상을 장애의 종류나 원인에 관계없이 모든 중증장애인으로 하고, 16인 이상의 근로자를 고용하는 공·사기업의 의무고용률을 6%로 하며, 의무고용률을 어긴 경우의 부담금을 장애인 1인당 매월 100 DM으로 정하였다.¹⁾ 2000. 10. 1. 개정된 법에서는 장애인고용률이 20인 이상을 고용하는 민간기업 및 공적기관을 대상으로 5%이며, 부담금은 장애인고용률이 3% 이상~5% 미만인 경우는 장애인 1인당 월 200 DM, 2% 이상~3% 미만인 경우는 1인당 월 350 DM, 2% 미만인 경우는 1인당 월 500 DM으로 정하였다.

(나) 프랑스

프랑스의 장애인 고용정책은 고용의무제와 할당제를 기반으로 하여 점진적으로 발달하였다. 1957년에 「장애근로자의 사회복지에 관한 일반법」이 제정되었는데, 이 법에서는 사적 및 공적 부문에서의 장애인의무고용, 할당제도(3%)를 두었다. 이 법은 1975년에 「장애인복지기본법」으로 대체되었다. 동법에서는 엄격한 고용할당제를 실시하였으며 사업주는 장애인고용이 가능한 자리가 공석일 때 ‘국립직업안정소’에 신고하고 동 직업안정소는 8일 이내에 장애인을 소개하며, 소개받은 장애인을 정당한 이유없이 거부할 때는 최저임금의 3배에 일수를 곱한 벌금을 납부하도록 하였다. 1987년에는 「장애인근로자 고용법」을 제정하였다. 이 법의 특징은 장애인의 고용을 “강제적 의무”에서 “사회적 협력”으로 바꾸고자 노력한 것이었다. 이 법에서도 최소 20인 이상의 근로자를 고용하는 모든 공적 및 사적 사업주는 장애인을 고용할 의무를 가졌고, 그 장애인고용률을 1991년까지 6%에 도달하는 것을 목표로 삼았다. 또한 종전의 벌금제도를 “장애인고용촉진기금”제도로 바꾸어, 이러한 납부금을

1) 이 법의 의무고용률 및 부담금제도에 관하여 위헌소송이 제기되었으나 합헌판결이 선고되었다(독일연방헌법재판소 1981. 5. 26. 판결, BVerfGE 57, 139).

자원으로 장애인고용에 노력하는 사업주를 지원하기 위한 조성책으로 강구하였다.

(다) 일 본

일본에서 장애인(障害者 : 우리의 “장애인” 개념에 해당한다)의 고용과 취업 정책은 1960. 7. 25. 법률 제123호 「신체장애자고용촉진법」의 제정을 중심으로 크게 발전하였다. 이 법은 1976년에 개정되었는데, 이때 법적으로 강화된 고용률 및 납부금제도를 채택하여 이들이 일본의 장애인고용대책의 중심내용이 되었다. 당시의 법정고용률은 국가·지방자치단체가 1.9%, 지방공영기업과 특수법인이 1.8%, 민간기업이 1.5%였다. 이 법은 1987년에 그 명칭이 「장애인고용촉진등에관한법률」(障害者の雇用の促進等に関する法律)로 바뀌고 신체적 장애인뿐만 아니라 지적 장애인도 고용률 산정에 포함되었다. 동법은 2002. 12. 13. 개정되었는데, 고용의무제의 적용을 받는 일반 사업주는 상시 고용하는 근로자를 고용하는 모든 사업주이며(동법 제11조 제1항, 제14조 제1항), 법정고용률은 국가·지방자치단체가 2.1%, 지방공영기업·특수법인이 2.1%, 민간기업이 1.8%이다(동법 제14조, 동법시행령 제9조·제10조의2). 한편, 중증의 신체장애인 및 지적장애인의 경우는 그 1인 고용한 것을 통상의 장애인 2인을 고용한 것으로 간주한다(동법 제11조 제2항·제14조 제3항, 동법시행령 제5조·제10조). 일본에도 “장애인고용납부금” 제도가 있는데, 우리나라와 거의 같은 형태로 규정하고 있다(위 법률 제26조 내지 제28조).

(라) 미 국

미국에서는 기업의 자율성이라는 관점에서 장애인 고용대책으로서 고용의 무제도를 실시하지 않고 민간기업에 대하여 장애인고용을 촉진하기 위하여 “장애인고용위원회”가 설치되어 기업에 대한 조언, 지도 등의 활동을 해 왔다. 1990년 「미국장애인법」(Americans with Disabilities Act, ADA)이 기존의 민권법(Civil Rights Act)과 1973년의 「재활법」(Rehabilitation Act)을 근간으로 하여 제정되었다. 이 법의 목적은 장애인들에게 가해지는 차별을 철폐하기 위한 국가의 종합적인 시책을 강구하고 장애인에 대한 차별을 강력하고 일관성있게 금지하는 기준을 제공하는 데에 있다. 이 법은 종업원 15인 이상의 민간기업이 유자격장애인(qualified handicapped person)에 대하여 필요한 배려를 행하는 것을 의무화시키고, 필요한 배려를 행하는 기업에 있어 중대한 지장이 되는 것이 판명되었을 때에 한하여 면제규정을 두고 있다.

(마) 영 국

영국에서는 1941년 “장애인재활·재고용 위원회”가 발족하여 장애인고용에 관한 기본시책을 수립하고, 이 위원회의 보고서를 기초로 하여 1944년에 「장애인고용법」이 제정되었다. 이 법에서는 처음으로 장애인고용대책의 공적 책임이 규정되어 20인 이상의 근로자를 고용하는 민간기업의 장애인 의무고용률을 3%로 규정하였으며, 고용대책이 ‘일반고용’과 ‘보호고용’의 두 가지로 시행되었다. 1990년에 미국에서 장애인법(ADA)이 통과된 것에 자극받아 영국에서도 1995년에 「장애인차별금지법」(Disability Discrimination Act, DDA)이 제정되었다. 이 법의 통과로 1996년부터는 종전의 3%의 장애인고용 할당제가 폐지되었고, 다만 장애인의 고용에서 정당한 사유없이 비장애인과의 차별할 수 없도록 명시하고 있을 뿐이다. 이렇게 새로운 비할당고용제도를 표방하는 장애인차별금지법에 대하여 포괄성과 실효성 측면에서 장애인단체와 학계의 비판의 소리가 나오면서 이를 보완하는 법으로 「장애인권리위원회법」(Disability Rights Commission Act)이 1999년에 제정되었다.

(바) 스웨덴

스웨덴에서는 앞의 국가들과는 달리 장애인만을 위한 고용의무·고용촉진 관계법률은 없는 대신 모든 시민의 완전한 사회참여와 평등이라는 전통적인 정책 속에서 고용에 장애인을 통합하려는 목적의 법률·제도가 있다. 장애인 고용에서 주목되는 제도는 1974년의 「고용촉진법」에 의하여 일정 규모 이상의 관공서와 민간기업체에 설치가 의무화된 조정그룹(adjustment group) 제도가 있다. 조정그룹은 직원 50인 이상의 관공서 또는 민간기업에 설치하도록 의무화되어 있다. 이 그룹의 주된 임무는 장애인의 고용유지, 적당한 직종이나 장소에 배치하는 문제, 신규채용 문제 등이다. 현재까지 이 그룹은 장애인의 ‘고용확대’라는 측면보다 장애인의 ‘계속적인 고용유지’라는 측면에서 많은 성과를 올리고 있다고 한다. 그 밖에 장애인의 권리와 이익에 관련된 이슈들을 감시하고 법의 문제점이나 결함에 대해 정부에 로비활동을 하는 장애인 옴부즈만(Disability Ombusman) 제도, 작업능력이 한정된 장애인의 일반 취업을 촉진하는 것을 목적으로 하여 이들 장애인을 신규로 채용한 민간 및 지방자치단체에 대해 장애인의 임금을 보조해 주는 보조금고용(subsidized employment) 제도 등도 있다.

나. 한국의 장애인고용촉진제도의 변천

(1) 한국의 장애인 고용문제는 건국 후부터 6.25전쟁 전까지 전쟁희생자

에 대한 사회복지 차원의 원호를 목적으로 1950. 4. 14. 법률 제127호로 제정된 「군사원호법」을 그 효시로 하고 있다. 6.25전쟁 후 1951. 4. 12. 법률 제187호로 「경찰원호법」, 1952. 9. 26. 법률 제256호로 「전몰군경유족과상이군경연금법」이 각 제정되었다. 1956. 10. 25.에는 법률 제401호로 군사원호법이 개정되어 “고용명령”에 관한 규정이 신설되었고(동법 제19조) 경찰원호법도 같은 날 법률 제402호로 개정되어 원호종류에 “직업보호” 등이 포함되었다(동법 제5조).

전쟁희생자에 대한 소득보장과 재활서비스의 제공을 주된 내용으로 하던 원호대책이 고용보장으로 발전하기 시작한 것은 1960년대에 들어와서부터이다. 즉, 1961. 7. 5. 법률 제649호로 「군사원호대상자고용법」이 제정되었다. 이 법은 우리나라에서 최초로 “고용의무제도”를 도입하였다. 이 법에서 정한 의무고용률을 보면, ① 국가, 지방자치단체 및 국고보조를 받는 기관과 거래하는 기업체와 단체는 전 고용인원의 5%에 해당하는 인원, ② 위 규정에 해당하는 업체와 거래하는 자는 각령의 정하는 바에 의한 인원, ③ 20인 이상을 고용하고 있는 기업체 및 단체는 전 고용인원의 5%에 해당하는 인원 등이었다(동법 제4조). 이 법의 적용을 받는 자 중 상이군인에 대해서는 원호당국이 취업장소를 지정할 수 있도록 하였다. 또한 상이군인 및 전사 유가족의 해고는 원호청의 승인을 받게 하는 “해고제한제도”를 채택하였다(동법 제10조).

(2) 1977. 12. 31.에는 법률 제3053호로 「특수교육진흥법」을 제정하였고, 1981. 6. 5.에는 법률 제3452호로 「심신장애자복지법」을 제정하여 세계적인 흐름에 발맞추어 장애인의 복지에 관심을 갖게 되었으며, 이 법은 1989. 12. 30. 법률 제4179호로 「장애인복지법」으로 전문개정되었다. 그 후 1990. 1. 13.에는 장애인고용에 관한 기본법으로 「장애인고용촉진등에관한법률」이 법률 제4219호로 제정되었다. 이 법의 주된 내용은 장애인고용의무제, 고용부담금제, 고용지원제 등이다.

이 법은 그 후 장애인의 범위확대 등 수정·보완되어 2000. 1. 12. 법률 제6166호로 「장애인고용촉진및직업재활법」(이하 “신법”이라 한다)으로 개정되어 같은 해 7. 1.부터 시행되었다(부칙 제1조). 동법에서는 인간개발 중심의 생산적 복지의 구현이라는 이념하에 근로능력과 의욕이 있는 장애인에게 일자리를 제공할 수 있도록 하기 위하여 장애인고용촉진, 직업재활의 단계적 사업 및 지원내용과 중증장애인에 대한 특별지원 등 장애인에 대한 종합적이고 효율적인 제도적 장치를 마련하였다. 그런데, 종전에는 사업주가 경미한

장애를 지닌 산재장애인을 고용한 경우에도 의무고용인원으로 인정하도록 되어 있어 중증장애인의 고용이 상대적으로 줄어들 뿐만 아니라 경증장애인을 고용한 사업주가 고용장려금까지 지급받는 등의 문제점이 있었다. 이에 정부는 2002. 9. 11. 대통령령 제17736호로 동법시행령을 개정하여 장애인고용촉진제도를 중증장애인을 우선적으로 지원하는 형태로 제도를 개선하였다(노동부자료).

다. 장애인고용보장의 목적·체계 및 장애인의 범위

(1) 장애인고용보장의 목적과 체계

장애인고용보장의 목적은 “장애인 스스로 자립할 권리의 실현”에 있다고 할 수 있다. 여기서 말하는 자립의 내용은 단순한 경제적 자립만을 의미하는 것이 아니고 인간의 존엄성, 사회참가의 권리, 장애인의 능력과 기능을 발전시킬 권리 등이 포함된다. 장애인 스스로 일을 하여 생활에 필요한 자산을 얻지 못하면 결국 구빈시설이나 자선사업의 대상이 되고 사회에서 일반인과 대등한 위치를 얻지 못하기 때문에 장애인들은 일을 통한 경제적 자립뿐만 아니라 노동에서 소외되지 않았다는, 즉 노동을 통해서 인간의 긍지를 찾기를 바라는 것이다. 장애인고용의 이념은 처음에는 경제적 관점에서 출발하였으나 그 후 장애인들의 이와 같은 절실한 인간적 요구를 기초로 한 인권보장적 노동관에 근거하여 발전되어 왔다.

장애인고용보장체계는 크게 고용의무제와 보호고용제로 나누어진다. “의무고용”이란 법률에 장애인의무고용률을 정하고 그에 해당하는 만큼의 장애인을 고용할 것을 사업주에게 의무지우는 일종의 할당고용제도를 말하고, “보호고용”이란 일반 고용시장에서의 고용이 곤란한 중증장애인에 대하여 특별히 계획된 조건하에서 생산적이고 보수를 받을 수 있는 일을 국가나 공공기관의 책임하에 제공하는 것을 말한다. 고용의무제에서는 장애인 의무고용률을 달성하지 못한 사업주에 대한 ‘의무부담금’제도와 의무고용률을 넘어서 장애인을 고용한 사업주에 대한 ‘고용지원금’제도 등 장애인고용을 촉진시키기 위한 여러 가지 시책들이 아울러 강구되고 있다.

(2) 장애인의 범위

구법 제2조 제1호에서는 “장애인”이라 함은 신체 또는 정신상의 장애로 인하여 장기간에 걸쳐 직업생활에 상당한 제약을 받는 자로서 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 자를 말한다고 규정하고 있으며, 동법시행령 제3조에서는 “장애인의 기준”에 대하여 장애인복지법시행령 제2조의 규정에 의한 장애

인의 기준에 해당하는 자(제1호), 국가유공자예우등예관법시행령 제14조 제1항에 규정된 자로서 동조 제3항의 규정에 의한 상이등급에 해당하는 자(제2호), 산업재해보상보험법시행령 제31조 제1항의 규정에 의한 신체장애등급기준에 해당하는 자로서 장애급여 지급대상자로 결정된 자(제3호)로 규정하고 있다.²⁾

신법 제2조 제1호에서는 구법과 같은 “장애인”의 정의규정을 두고 있고, 제2호에서는 “중증장애인”을 규정하고 있는데 동 규정에 의하면 중증장애인이란 함은 장애인 중 근로능력이 현저하게 상실된 자로서 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 자를 말한다. 한편 동법시행령(2002. 9. 11. 대통령령 제17736호로 개정된 것) 제4조에서는 중증장애인의 기준으로, “장애인복지법시행령 제2조의 규정에 의한 장애인기준에 해당하는 장애인 중 노동부령이 정하는 장애등급 이상의 장애등급에 해당하는 자(제1호), 장애인복지법시행령 제2조의 규정에 의한 장애인기준에 해당하는 장애인 중 제1호의 규정에 의한 장애등급보다 1단계 낮은 장애등급에 해당하는 자로서 뇌병변장애인·시각장애인·정신지체인·발달장애인·정신장애인·심장장애인 및 상지에 장애가 있는 지체장애인(제2호), 국가유공자예우및지원에관한법률시행령 제14조 제3항의 규정에 의한 상이등급에 해당하는 자 중 3급 이상의 상이등급에 해당하는 자(제3호), 산업재해보상보험법시행령 제31조 제1항의 규정에 의한 신체장애등급에 해당하는 자 중 제3급 이상의 장애등급에 해당하는 자(제4호)”로 규정하고 있다.

라. 장애인고용의무제도 및 고용부담금제도

(1) 의무고용의 내용

우리나라는 장애인 고용의무제도, 즉 할당제를 채택하고 있다. 자유경쟁을 원칙으로 하는 사회에서 심신의 장애로 인해 취업의 어려움이 있는 장애인이 스스로 고용의 장을 확보한다는 것은 어려운 일이다. 이런 이유로 사회연대책임의 원칙에 의하여 장애인고용의무를 국가 및 지방자치단체, 민간사업주에게 부과하는 것이다.

(가) 민간사업주의 장애인고용의무

구법(제35조 제1항)에서는 민간사업주에 대하여 의무고용률을 정하여 그 고용하는 근로자의 수에 따라 100분의 1 이상 100분의 5 이내의 범위내에서

2) 신법시행령(제3조)상의 장애인의 기준도 대동소이하다.

대통령령이 정하는 비율 이상에 해당하는 장애인을 고용할 의무를 규정하고 있다. 이 규정에 의해 장애인을 고용해야 할 의무가 있는 사업주는 상시 300인 이상의 근로자를 고용하는 사업주이고(구법시행령 제33조 제1항), 의무고용률³⁾은 100분의 2이다(구법시행령 제34조). 고용의무의 대상이 되는 근로자는 근로기준법 제14조의 규정에 의한 근로자로서 상시근로자는 매월 15일 이상(임금지급의 기초가 되는 일수) 고용한 근로자를 대상으로 산정한다(구법시행령 제33조 제3항).

정부투자기관 및 출연기관 등 특수법인은 경영의 자율성이 인정되어 있으므로 민간사업주에 포함된다. 사업주의 사업활동은 영리사업, 비영리사업인가를 묻지 않는다. 따라서 공익을 목적으로 하는 사단법인과 재단법인, 종교를 목적으로 하는 종교법인, 교육을 목적으로 하는 학교법인 등도 근로자를 고용하는 한 사업주이다.

장애인고용의무제의 적용을 받는 민간사업주(공기업 포함)의 연도별 장애인고용률 추이를 보면, 1991년은 0.40%, 1995년 0.43%, 1998년 0.54%, 1999년 0.91%, 2000년 0.95%, 2001년 1.10%으로서 2001년에서야 1%를 넘었다(노동부자료).⁴⁾

장애인고용의무제도에 있어서 고용률은 이 제도의 전제조건이며 성패의 요인이라고 할 수 있는바, 현행의 장애인의무고용률 2%는 지난 10여년동안 변화가 없었다. 대부분의 선진외국에서 3~7%의 높은 의무고용률을 채택하고 있는데 비하여 우리의 의무고용률 2%는 너무 낮은 수준이기 때문에 사업주가 고용의무를 이행하기보다 고용부담금으로 쉽게 해결하려는 결과를 가져올 수 있다는 비판이 있어 왔다. 또한 고용의무제도에 있어서 대기업보다는 근로자 10~20명 정도의 중소기업에서 큰 성과를 올리고 있는 외국의 일반적 경

3) 장애인 의무고용률은 사업주의 부담을 고려하여 시행 첫 해인 1991년에는 1%, 1992년에는 1.6%였으며, 1993년부터 비로소 2%로 적용되었다. 1990. 1. 13. 제정된 「장애인고용촉진등에관한법률」 부칙 제1항, 제147회국회 본회의회의록 제16호(부록1), 158면 참조.

4) 2001년도의 구체적 상황은 다음과 같다.

구 분	대상사업주	적용근로자	고용의무인원	장애인근로자	고용률
300인 이상	1,995	1,977,928	38,569	21,754	1.10
공 기 업	88	158,078	3,125	2,901	1.84
민간기업	1,907	1,819,850	35,444	18,853	1.04

향에 따라, 정부도 의무고용률의 상향조정이 불가피함을 인정하여 300인 이상으로 되어 있는 장애인고용의무 사업장의 범위를 확대하는 방안 등을 포함한 “제2차 장애인복지발전 5개년계획”을 수립하였다(노동부자료).

(나) 국가 및 지방자치단체의 장애인고용 노력의무

국가 및 지방자치단체의 장은 장애인이 소속 공무원 정원의 100분의 2 이상 고용될 수 있도록 노력하여야 하고(구법 제34조 제1항), 각 시험실시기관의 장은 장애인이 공개채용인원의 100분의 2 이상 채용되도록 시험을 실시하여야 하는데(구법 제34조 제2항), 다만 직무의 성격상 장애인의 근무가 부적합한 직무분야·직종·직급 등에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 따라 이를 적용하지 아니할 수 있다(구법 제34조 제3항).

한편, 신법 제23조 제1항에서는 “국가 및 지방자치단체의 장은 장애인을 소속공무원 정원의 100분의 2 이상 고용하여야 한다”고 규정하여 이를 의무사항으로 하고, 제2항에서는 “각 시험실시기관의 장은 장애인이 신규채용인원의 100분의 2 이상 채용되도록 시험을 실시하여야 한다. 다만, 재직중인 장애인공무원의 수가 1만명 미만인 경우에는 공개채용비율을 100분의 5로 한다.”고 규정하였다. 이에 따라 노동부와 협의되어 시달된 행정자치부의 「장애인공무원 채용확대지침(2000. 6. 16)」에 의하면, 각 부처의 인사감사시 장애인고용률 이행실적을 점검하고 미달기관에 대해 장애인공무원을 우선 배정하는 등의 조치를 강구하도록 하고 있다.

국가 및 지방자치단체의 장애인고용률 추이를 보면, 1991년은 0.52%, 1995년 0.88%, 1998년 1.23%, 1999년 1.33%, 2000년 1.48%, 2001년 1.61%이다(노동부자료).

(2) 의무고용 이행확보제도

(가) 장애인고용계획수립

노동부장관은 사업주에 대하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 장애인의 고용에 관한 계획 및 그 실시상황을 작성하여 제출할 것을 명할 수 있고, 그 계획이 부당하다고 인정하는 때에는 사업주에 대하여 그 계획의 변경을 명할 수 있다(구법 제36조 제1항·제2항). 이는 사업주에 대하여 장래 고용관계의 변동을 정확하고 확실하게 예측하여 계획적으로 장애인을 고용하도록 하기 위한 것이다.

고용계획의 작성이 명하여지는 대상은 장애인 고용의무가 있는 300인 이상의 근로자를 고용하는 사업주이다. 이 고용계획의 작성명령은 장애인의 고용

을 촉진하기 위한 행정조치로서 고용률 미달성에 대한 직접적인 제재조치는 아니다. 따라서 고용률 미달성에 대한 의무이행의 유무를 묻지 않고 고용계획의 수립을 지도할 수 있다.

(나) 공표제도

노동부장관은 장애인 고용의무가 있는 사업주가 정당한 사유없이 장애인 고용계획의 수립 또는 고용의무의 이행에 있어서 현저히 미달하는 때에는 그 내용을 공표할 수 있다(구법 제36조 제3항).

(다) 부담금제도

1) 장애인을 고용하기 위해서는 작업시설 및 설비의 개선, 직장환경의 정비, 특별한 고용관리 등이 필요하고 정상인고용에 비하여 경제적 부담이 수반된다. 따라서 고용의무를 성실히 이행하는 사업주와 그렇지 않는 사업주간에는 경제적 부담의 불균형이 생길 수가 있다. 이러한 점을 고려하여 장애인고용은 모든 사업주가 공동으로 부담하는 책임이라는 사회연대책임의 이념에 입각하여 장애인고용의 경제적 부담을 조정하고 장애인을 고용하는 사업주에 대한 지원을 목적으로 한 것이 장애인고용부담금 제도라고 할 수 있다.

2) 기준고용률에 미달하는 장애인을 고용하는 사업주는 대통령령이 정하는 바에 의하여 매년 노동부장관에게 부담금을 납부하여야 한다(구법 제38조 제1항). 부담금은 사업주가 위 기준고용률에 의하여 고용하여야 할 장애인 총수에서 매월 초일 현재 고용하고 있는 장애인수를 뺀 수에 부담기초액을 곱한 금액의 연간 합계액으로 한다(구법 제38조 제2항). “부담기초액”은 장애인을 고용하는 경우에 매월 소요되는 비용(1. 장애인을 고용하는 경우 필요한 시설·장비의 설치, 수리에 소요되는 비용, 2. 장애인의 적정한 고용관리를 위한 조치에 필요한 비용, 3. 기타 장애인을 고용하기 위하여 특별히 소요되는 비용 등)의 평균액을 기초로 하여(단, 최저임금의 60% 이상) 장애인고용촉진위원회의 심의를 거쳐 노동부장관이 정하되 매년 회계년도 개시 30일전까지 고시하여야 한다(구법 제38조 제3항).⁵⁾

그러므로 예컨대 2003년도의 경우 부담기초액이 월 최저임금 514,150원의 85%인 437,000원으로 결정·고시되었으므로 근로자가 300인인 사업장에서는

5) 연도별 부담기초액(단위 : 천원)은 다음과 같다. 기획예산처 및 노동부 자료 참조.

연도	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
금액	120	130	138	149	159	173	190	202	207	216	273	392	437

2%인 6명의 장애인을 의무적으로 고용하여야 하는데, 만일 연간 5명을 고용했다면 1명 미고용에 대한 부담금 5,244,000원(437,000×12월×1인)을 납부하여야 한다.

부담금은 “장애인고용촉진기금”(구법 제47조 이하)⁶⁾의 주요 재원으로 조성된다. 이 기금에서 사업장의 장애인 시설·장비의 설치 및 개·보수비용 지원, 장애인 고용지원금 및 장려금 지급, 자영업 창업자금 등 장애인의 직업생활을 위한 융자지원, 장애인 직업능력개발사업 등을 추진하고 있다.

3) 사업주는 노동부령이 정하는 사항을 기재한 신고서와 당해년도의 부담금을 다음 년도의 초일부터 90일(년도 중에 사업을 폐지 또는 종료한 경우에는 그 사업을 폐지 또는 종료한 날부터 60일)이내에 노동부장관에게 신고·납부하여야 하고, 노동부장관은 사업주가 그 기간내에 신고서 또는 부담금을 신고·납부하지 아니한 때에는 이를 조사하여 부담금을 징수할 수 있다. 사업주가 납부한 부담금의 금액이 실제로 납부하여야 할 금액과 다르거나 허위의 신고에 기인한 것이라고 인정하는 때에는 이를 조사하여 그 차액을 추정할 수 있다(구법 제38조 제5항~제7항). 이에 따른 부담금을 징수하는 때에는 사업주가 납부하여야 할 부담금에 대하여 100분의 10에 상당하는 금액을 가산금으로 징수하고(구법 제39조 제1항), 부담금의 납부의무자가 그 납부기한까지 이를 납부하지 아니한 때에는 그 금액에 납부기한 만료일의 다음 날부터 완납일의 전일까지 기간에 대하여 그 금액 100원에 대하여 1일 7전의 한도 안에서 대통령령이 정하는 비율에 따라 계산한 연체금을 징수한다(구법 제39조 제2항).

그리고 부담금(가산금·연체금 포함)의 부과·징수에 대하여 불복이 있는 경우에는 노동부(재결정) 또는 한국장애인고용촉진공단(처분청)에 행정심판을 청구할 수 있고(행정심판법 제17조), 궁극적으로는 이 사건의 당해사건과 같이 행정소송을 제기할 수 있다.

(3) 사업주 지원제도 : 장애인고용지원금 및 장려금

구법 제37조(장애인고용지원금 등의 지급)는 “① 노동부장관은 사업주가 제35조 제1항의 규정에 의한 기준고용률을 초과하여 장애인을 고용하는 경우에는 그 초과 고용하는 장애인의 수에 비례하여 당해 사업주에게 고용지원금(이하 ‘지원금’이라 한다)을 지급할 수 있다. ② 지원금은 제38조 제3항의 규

6) 신법(제59조 이하)에서는 “장애인고용촉진및직업재활기금”이라고 규정하고 있다.

정에 의한 부담기초액을 참작하여 노동부장관이 정한다. ③ 노동부장관은 제 35조 제1항의 적용을 받지 아니하는 사업주가 장애인을 고용하는 경우에는 지원금의 범위안에서 ‘장려금’을 지급할 수 있다. 다만, 이 법의 규정에 의한 장려금을 지급받고자 하는 자는 노동부장관에게 청구하여야 한다. ④ 제1항의 규정에 의한 지원금과 제3항의 규정에 의한 장려금의 지급 및 청구에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”고 규정하고 있다. 이러한 지원금 및 장려금 제도는 신법(제26조)에서 ‘장애인고용장려금’으로 통합되었다.

4. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

이 사건 법률조항은 사업주의 “장애인고용의무” 조항(구법 제35조 제1항 본문의 해당부분)과 “장애인고용부담금” 조항(구법 제38조 제1항·제2항·제3항·제5항·제6항, 제39조 제1항)으로서, 두 제도의 위헌 여부를 나누어 살펴보기로 한다.

가. 장애인고용의무제도의 위헌 여부

(1) 계약자유의 원칙 및 기업의 경제상의 자유의 침해 여부

(가) 우리 헌법은 그 지도이념인 전문(前文)에서 국민 모두에 대한 기회균등보장을 선언하고 사회적 기본권 보장의 방향을 제시하면서 복지국가의 실현을 지향하고 있다. 그리고 이를 구체화하여 헌법 제32조는 모든 국민은 근로의 권리를 가지며 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 한다고 규정하고(제1항), 제34조는 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다고 선언하는 한편(제1항), 이와 같은 인간다운 생활의 구체적인 실현을 위하여 국가에게 사회보장·사회복지 증진 의무를 지우고 있고(제2항), 특히 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다고 강조하고 있다(제5항).

이에 따라 구법 제1조(목적)는 “이 법은 장애인이 그 능력에 맞는 직업생활을 통하여 인간다운 생활을 할 수 있도록 장애인의 고용촉진과 직업재활 및 직업안정을 도모함을 목적으로 한다”고 하여, 동법이 헌법의 이념과 원리를 구체화하고 실현하기 위하여 제정되었음을 선언하고 있다. 장애인에 대한 복지정책의 추진에 있어서 장애인고용이라는 과제는 가장 중요한 의미를 갖는다. 고용은 생계유지의 수단일 뿐만 아니라 고용을 통하여 창조적인 능력 발휘와 자아발전의 계기가 되고, 나아가 사회통합의 직접적인 수단이 되기 때문이다.

(나) 우리는 장애인의 완전한 참여와 평등을 보장하여 장애인으로 하여금 사회공동체에 주체적으로 참여하여 진정한 자립을 기할 수 있도록 하고, 비장애인과 균등한 참여기회를 보장받아 취업 및 고용이 이루어지도록 하므로써 궁극적으로는 더불어 살아가는 사회공동체를 구현하고자 하는 과제를 안고 있다.

그런데 장애인은 그 신체적·정신적 조건으로 말미암아 유형·무형의 사회적 편견 및 냉대를 받기 쉽고 이로 인하여 능력에 맞는 직업을 구하기가 지극히 어려운 것이 현실이므로, 장애인의 근로의 권리를 보장하기 위하여는 사회적·국가적 차원에서 조치가 요구된다. 이러한 관점에서 볼 때, 자유민주적 기본질서를 지향하는 우리 헌법이 원칙적으로 기업의 경제활동의 자유를 보장(헌법 제119조 제1항)하고 개인의 계약자유 원칙을 천명(헌법 제10조 전문)⁷⁾하고 있다 하더라도 일정한 범위에서 이러한 자유를 제약하는 것은 불가피한 조치라고 할 수 있다. 즉, 일자리의 창출은 국가 이외에도 일반 사기업이 담당하므로, 장애인의 고용보장과 관련하여 사기업에 대해서도 상당한 정도내에서의 의무의 부과 불가피한 것이다.

(다) 외국의 입법례를 보더라도 스웨덴이나 미국, 그리고 1996년 이후의 영국과 같이 장애인고용의 할당제를 실시하지 않는 대신에 장애인에 대한 차별금지라는 측면에서 접근하는 나라도 있으나, 앞에서 본 일본·독일·프랑스 뿐만 아니라 많은 나라에서 민간기업에 대한 장애인고용의무제도를 실시하고 있다는 것은 바로 이러한 배경하에서 장애인고용을 제도화한 것으로 볼 수 있다.

(라) 요컨대, 청구인이 주장하는 계약자유 원칙과 기업의 경제상의 자유는 무제한의 자유가 아니라 헌법 제37조 제2항에 의하여 공공복리를 위해 법률로써 제한이 가능한 것이며, 국가가 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위해 규제와 조정을 할 수 있다(헌법 제119조 제2항)고 천명하고 있는 것은 사회·경제적 약자인 장애인에 대하여 인간으로서의 존엄과 가치를 인정하고 나아가 인간다운 생활을 보장하기 위한 불가피한 요구라고 할 것이어서, 그로 인하여 사업주의 계약의 자유 및 경제상의 자유가 일정한 범위내에서 제한된다고 하여 곧 비례의 원칙을 위반하였다고는 볼 수 없다고 할 것이다.

7) 헌재 2002. 8. 29. 2000헌가5등, 판례집 14-2, 106, 123 참조.

(2) 평등원칙의 위반 여부

(가) 구법 제34조(국가 및 지방자치단체의 장애인고용의무)는 “① 국가 및 지방자치단체의 장은 장애인이 소속공무원 정원의 100분의 2 이상 고용될 수 있도록 노력하여야 한다. ② 각 시험실시기관의 장은 장애인이 공개채용인원의 100분의 2 이상 채용되도록 시험을 실시하여야 한다. ③ 제1항과 제2항의 경우 직무의 성격상 장애인의 근무가 부적합한 직무분야, 직종, 직급 등에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 따라 이를 적용하지 아니할 수 있다.”고 규정하고 있고, 동법시행령 제32조에서는 장애인고용의무의 제외대상 공무원을 [별표 1]에서 정하였는데 그 내용을 보면 1급 내지 9급 일반직공무원 중 공안·공업·광무·농림·물리·선박·수산·시설·통신·항공 및 수로직군의 전체 직렬이 제외되는 등 많은 직렬의 공무원이 적용대상 공무원에서 제외되어 있어, 일반 사업주와는 달리 국가 및 지방자치단체의 장애인은 장애인고용의무를 면책시키므로써 평등원칙에 위배되는 것이 아닌가 하는 의문이 제기된다.

(나) 그러나 구법 제33조에 의하면 국가와 지방자치단체는 장애인의 고용에 관하여 사업주 및 국민일반의 이해를 높이기 위해 교육·홍보 및 장애인 고용촉진운동을 추진하고, 사업주·장애인 기타 관계자에 대한 지원과 장애인의 특성을 고려한 직업재활의 조치를 강구하여야 하며, 기타 장애인의 고용촉진 및 직업안정을 도모하기 위하여 필요한 시책을 종합적이고 효과적으로 추진하여야 할 책임이 있는 공공적 주체이다. 따라서, 민간사업주와는 달리 기준고용률을 미달하는 경우 부담금의 납부를 명하고 이를 징수한다든지(구법 제38조) 기준고용률을 초과하는 경우 고용지원금 및 장려금(구법 제37조)을 지급할 수 없는 등 민간사업주와는 다른 지위에 있다. 또한, 민간사업주에 대하여도 구법 제35조 제1항 단서에서 장애인을 사용하기 어렵다고 인정하는 직종의 근로자가 상당한 비율을 차지하는 업종에 대하여는 노동부장관이 정하는 적용제외율에 해당하는 근로자의 수를 그 근로자의 총수에서 제외할 수 있도록 규정하고 있다. 이렇게 볼 때, 국가·지방자치단체와 민간사업주와의 차별취급은 합리적인 근거가 있는 차별이라고 할 것이다. 실제로 국가 및 지방자치단체의 장애인고용률 추이를 민간사업주(괄호안)와 비교해 보면, 1991년은 0.52%(0.40%), 1995년 0.88%(0.43%), 1998년 1.23%(0.54%), 1999년 1.33%(0.91%), 2000년 1.48%(0.95%), 2001년 1.61%(1.10%)로서 국가·지방자치단체가 민간사업주보다 더 높은 고용률을 보이고 있다(노동부자료). 참고로

덧붙이면, 신법(제23조 제1항)에서는 “국가 및 지방자치단체의 장은 장애인을 소속공무원 정원의 100분의 2 이상 고용하여야 한다”고 규정하여 이를 의무사항으로 하였다.

(3) 포괄위임입법금지원칙의 위반 여부

이 부분에 관하여는 아래와 같이 재판관들의 의견이 나뉜다.

(가) 재판관 윤영철, 재판관 하경철, 재판관 김영일, 재판관 권 성의 합헌의견

1) 우리 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정하고 있는바, 여기에서 ‘법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항’이라 함은 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다(헌재 1995. 11. 30. 93헌바32, 판례집 7-2, 598, 607).

우리 헌법재판소는 예측가능성의 판단방법에 관하여 “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 기준을 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, 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 것”이라고 하였다(헌재 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 141, 164).

그리고 위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 규제대상의 종류와 성격에 따라 다른 것으로 기본권침해 영역에서는 급부행정 영역에서보다 구체성의 요구가 강화되고, 또한 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상될 때에는 명확성의 요건이 완화될 수밖에 없는 것이다(헌재 1998. 6. 25. 95헌바35 등, 판례집 10-1, 771, 793).

2) 이 사건의 경우 구법 제35조 제1항 본문은 장애인고용의무사업주의 범위를 고용근로자수를 기준으로 한다는 기본원칙을 정하였고, 한편 장애인고

용의무제가 적용되는 사업주의 범위는 우리나라의 전체 실업자수와 그 중 장애인 실업자수가 차지하는 비율, 경제상황 등을 고려하여 시대에 따라 탄력적으로 정하여야 할 사항이어서 이를 법률에서 명시하는 것은 적당하지 아니하다는 입법자의 판단이 반드시 잘못되었다고 볼 수는 없다고 할 것이다.

뿐만 아니라, 구법 제35조 제1항은 “…… 사업주는 그 근로자의 총수의 100분의 1 이상 100분의 5 이내의 범위 안에서 대통령령이 정하는 비율(이하 ‘기준고용률’이라 한다) 이상에 해당하는(그 수에 1인 미만의 단수가 있을 경우에는 그 단수는 버린다) 장애인을 고용하여야 한다.”고 규정하고 있는데, 여기에서 이 규정의 해석상 최소한 20인 이상의 근로자를 고용하는 사업주에게만 장애인고용의무가 도출됨을 알 수 있다. 왜냐하면, 기준고용률의 상한인 5%를 상정하더라도 20인이 되어야 1명의 장애인고용의무가 생기기 때문이다.⁸⁾

즉, 19인인 경우 그의 5%는 0.98명인데, 1인 미만의 단수가 있을 경우에는 그 단수는 버리게 되므로 19인까지는 장애인고용의무가 발생하지 않는 것이다. 이와 같은 결과는 신법 제24조 제1항 본문, 동법시행령 제23조 제1항, 제24조의 경우에도 마찬가지이다.

3) 요컨대, 장애인고용의무제가 적용되는 사업주의 범위는 우리나라의 전체 실업자수와 그 중 장애인실업자수가 차지하는 비율, 경제상황 등을 고려하여 시대에 따라 탄력적으로 정하여야 할 사항일 뿐만 아니라, 구법 제35조 제1항 본문의 해석에 의하더라도 장애인고용의무가 적용되는 사업주는 20인 이상의 근로자를 고용하는 사업주라야 하는 것이므로 법률 자체에서 장애인고용의무제의 적용을 받는 사업주의 하한을 도출할 수 있기 때문에, 동 조항이 포괄위임입법금지원칙에 위반된다고는 할 수 없다고 할 것이다.

(나) 재판관 한대현, 재판관 김효중, 재판관 김경일, 재판관 송인준, 재판관 주선희의 위헌의견

1) 이 사건 법률조항 중 구법 제35조 제1항 본문은 장애인고용의무의 적용

8) 이 경우 구법시행령 제34조가 정하고 있는 기준고용률 2%를 적용하면, 근로자가 50인이 되어야 비로소 1명의 장애인을 채용할 의무가 생기게 된다. 그러므로 구법 제35조 제1항 본문 및 동법시행령 제34조의 규정에 의하면, 근로자가 50인 이상인 사업주는 1명 이상의 장애인을 고용할 의무를 부담할 가능성이 있으나, 동법시행령 제33조 제1항에서 근로자가 300인 이상인 사업주만이 장애인고용의무의 적용을 받는다고 하였으므로 실제로는 300인 이상의 근로자를 고용하는 사업주만이 (6인 이상의) 장애인을 고용할 의무를 부담하게 되는 것이다.

대상이 되는 사업주에 관하여 이를 대통령령에 위임하면서 단순히 “대통령령이 정하는 일정수 이상의 근로자를 고용하는 사업주”라고만 규정하고 있다.

살피건대, 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정하여 위임입법의 헌법상 근거를 마련하는 한편, 대통령령으로 입법할 수 있는 사항을 ‘법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항’으로 한정함으로써 일반적으로 포괄적인 위임입법은 허용되지 않는다는 것을 명백히 하고 있다. 행정입법의 수요와 헌법상 기본권보장의 원칙과의 조화를 기하기 위하여 위임입법은 허용하되 백지위임만은 허용되지 아니한다는 점을 분명히 밝히고 있는 것이다(헌재 1998. 2. 27. 95헌바59, 판례집 10-1, 103, 111). 이는 국민의 헌법상 기본권 및 기본의무와 관련된 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 대한 정책형성기능은 원칙적으로 주권자인 국민에 의하여 선출된 대표자들로 구성되는 입법부가 담당하여 법률의 형식으로써 이를 수행하여야 하고, 이와 같이 입법화된 정책을 집행하거나 적용함을 임무로 하는 행정부나 사법부에 그 기능을 넘겨서는 아니된다는 것을 천명한 것이다(헌재 1999. 5. 27. 98헌바70, 판례집 11-1, 633, 643; 헌재 2001. 4. 26. 2000헌마122, 판례집 13-1, 962, 973 참조).

바꿔 말하면, 외부적인 효력을 갖는 행정입법은 국회의 입법을 통해서 내려진 근본적인 결정을 행정적으로 구체화하기 위해서 필요한 범위내에서만 허용된다는 것이고, 이를 수범자인 개인의 입장에서 보면 개인은 행정입법이 아니라 법률을 통해서 입법자의 의도를 인지하고 이에 기초하여 자신의 행동을 계획하고 조정할 수 있어야 한다는 기본적 인식에 기초한 것이라고 할 수 있다.

그런데 장애인의무고용 및 그에 따르는 고용부담금납부 의무는 국민의 계약 및 직업수행의 자유와 재산권 등 헌법상 기본권의 실현에 관련된 중요한 사항 내지 본질적인 내용이라고 할 수 있는데도, 구법 제35조 제1항 본문은 그 적용대상이 되는 사업주에 대하여 단순히 “대통령령이 정하는 일정수 이상의 근로자를 고용하는 사업주”라고만 규정하고 있어 이 조항만 가지고는 도저히 대통령령으로 규정될 내용의 대강이나마 예측할 수 없으며, 관련 법조항 전체를 살펴보아도 어느 범위의 사업주가 적용대상이 되는지 판단할 수 없도록 되어 있다.

2) 앞에서 본 외국의 입법례를 보더라도 고용의무제의 적용대상이 되는 사

업주의 범위를 법률에서 직접 규정하고 있고, 우리나라의 경우에도 1956. 10. 25. 법률 제401호로 개정된 군사원호법 제19조 제1항에서 “지방장관은 상시 30인 이상의 남자피용자를 사용하는 자(국가, 지방자치단체와 공공단체는 제외한다)에 대하여 남자 전피용자수의 1할을 초과하지 아니하는 범위내에서 상이군인의 수를 정하여(기회 고용된 상이군인을 포함한다) 그 고용을 명할 수 있다”고 규정한 예가 있었고, 1961. 7. 5. 법률 제649호로 제정된 군사원호대상자고용법 제4조는 고용의무제의 적용을 받는 대상을, “국가·지방자치단체 및 국고보조를 받는 기관과 거래하는 기업체와 단체(제1항), 위 규정에 해당하는 업체와 거래하는 자(제2항), 20인 이상을 고용하고 있는 기업체 및 단체(제3항)”로 법률에서 특정한 예가 있었다.

그리고 장애인고용의무가 있는 사업주의 범위를 정함에 있어서는 전체 실업자수와 그 중 장애인 실업자수가 차지하는 비율, 전체 사업주와 고용근로자 현황, 경제상황 등을 수시로 고려하여 탄력적으로 정하여야 할 사항이기는 하나 노동부, 행정자치부, 각 지방자치단체 등 관련기관 및 단체에 이미 관련자료가 집적되어 있고, 매년 변동상황을 점검하는 등 구체적 통계와 자료가 확보되어 있는 만큼 크게 문제될 것은 없다고 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항에서도 고용의무제의 적용대상이 되는 사업자의 범위를 대통령령에 위임하지 아니하고 직접 법률로 규정하는 것이 특별히 어려울 이유를 찾아볼 수 없고, 설사 국회가 대상사업자의 범위를 법률에서 직접 규정하는 것에 다소 어려움이 있다 하더라도 적어도 장애인고용의무 대상사업자의 하한은 정하고서 대통령령에 위임해야만 할 것이다.

한편, 합헌의견과 같이 구법 제35조 제1항 본문의 해석상 장애인고용의무제가 적용될 가능성이 있는 사업주의 하한은 “20명의 근로자를 고용하는 사업주”로 볼 수 있다는 견해도 있을 수 있으나, 이 법이 1990. 1. 13. 법률 제4219호로 제정될 때 당시 제147회국회 법제사법위원회회의록(1989. 12. 13)이나 본회의회의록(1989. 12. 16)에도 이 부분에 관하여는 아무런 언급이 없어 입법자가 장애인고용의무제의 적용대상이 될 수 있는 사업주의 범위, 특히 하한에 대하여 20인으로 상정했다고 볼 합리적인 근거가 없고, 이 점은 구법시행령(제33조 제1항)에서 장애인고용의무제의 적용대상을 300인 이상의 근로자를 고용한 사업주로 정한 것에서도 알 수 있다.

3) 그러므로, 구법 제35조 제1항 본문 중 “대통령령이 정하는 일정수 이상의 근로자를 고용하는 사업주” 부분은 헌법 제75조가 규정하는 포괄위임입법

금지의 원칙에 위배되고 법치주의원리 및 기본권보호이념에서 파생하는 법률유보원칙에도 충실하지 못하다고 할 것이다.

나. 고용부담금제도의 위헌 여부

(1) 고용부담금의 법적 성격 : 유도적·조정적(특별)부담금

일반적으로 “부담금”은 ‘인적 공용부담’의 일종으로서 국가 또는 공공단체가 특정한 공익사업과 특별한 관계에 있는 자에 대하여 그 사업에 필요한 경비를 부담시키기 위하여 과하는 금전지급의무를 말한다. 부담금은 공익사업과의 관계가 어떤 것인지에 따라 수익자부담금·원인자부담금 및 손상자부담금으로 나눌 수 있다. 이러한 전통적인 공용부담제도는 일면에서는 공익상의 수요충족의 관점에서, 또다른 면에서는 공익과 사익의 조화를 통한 부담의 합리적 조정이라는 관점에서 인정되는 것이다(헌재 2002. 9. 19. 2001헌바56, 판례집 14-2, 304, 314-315).

2001. 12. 31. 법률 제6589호로 제정된 「부담금관리기본법」에서는 ‘부담금’을 “중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장, 행정권한을 위탁받은 공공단체 또는 법인의 장 등 법률에 의하여 금전적 부담의 부과권한이 부여된 자가 분담금, 부과금, 예치금, 기여금, 그밖의 명칭에 불구하고 재화 또는 용역의 제공과 관계없이 특정 공익사업과 관련하여 법률이 정하는 바에 따라 부과하는 조세외의 금전지급의무”라고 정의하고(제2조), 부담금은 동법에서 정하고 있는 법률의 규정에 의하지 아니하고는 이를 설치할 수 없다고 하고 있다(제3조).

장애인 고용의무제도의 실효성 확보수단으로서 가장 강력한 수단으로 평가되는 부담금제도는 사회연대책임의 이념을 반영하여 장애인의 고용에 따르는 경제적 부담을 장애인을 고용하는 사업주와 고용하지 아니하는 사업주간에 평등하게 조정하고, 실업중인 장애인의 고용촉진을 위해 장애인을 새로이 고용하는 사업주가 작업설비 등의 개선을 위하여 지는 부담을 줄이기 위한 사업주의 공동차출금이라고 할 수 있다. 이 부담금제도는 고용률을 하회하는 사업체의 사업주로부터 기금을 납부받아 고용률을 초과해서 장애인을 고용한 사업주에게 고용지원금(구법 제37조)을 지급함으로써 사업주 간의 장애인고용에 수반되는 경제적 부담을 평등화하자는 것이다. 그러므로 이상적으로는 장애인 고용의무가 완벽하게 지켜져서 부담금을 징수하지 않아도 되는 상태가 바람직하다는 점에서 볼 때, 장애인고용부담금은 재정적인 목적보다는 고용에 어려움을 겪는 장애인의 고용촉진을 주된 목적으로 하는 ‘유도적·조정

적(특별)부담금'의 성격이 강하다고 할 수 있을 것이다(부담금관리법 제2조, 제3조 [별표] 제68호 참조).

(2) 과잉금지원칙의 위반 여부

이 사건 법률조항에서 정한 고용부담금은 기준고용률에 미달하는 장애인을 고용한 사업주가 대통령령이 정하는 바에 따라 매년 노동부장관에게 납부하는 것이므로, 이로 인하여 동 사업주의 계약 및 직업수행의 자유를 규제하고 재산권을 침해할 우려가 있다. 따라서, 고용부담금제도도 헌법 제37조 제2항에서 정하고 있는 기본권제한의 입법한계를 지켜야 한다.

살피건대, 이 사건 법률조항은 장애인이 그 능력에 맞는 직업생활을 통하여 인간다운 생활을 할 수 있도록 장애인의 고용촉진과 직업재활 및 직업안정을 도모함을 목적으로(구법 제1조) 장애인고용의무 및 고용부담금 제도를 마련하고 있다. 고용부담금제도는 이러한 장애인고용의무제의 실효성을 확보하는 수단이므로 입법목적의 정당성이 인정된다.

한편, 고용부담금이 부과되는 집단은 일반국민이 아닌 특정집단인 “사업주”고, 부담금은 장애인의 고용을 촉진하기 위하여 전액(100%)이 “장애인고용촉진기금”⁹⁾으로 귀속되며(구법 제47조, 제48조 제1항 제2호),¹⁰⁾ 이 기금은 주로 고용지원금, 장려금 그리고 사업주의 장애인고용을 위한 시설·장비의 설치·수리에 필요한 비용과 용자·지원 등에 지출되고 있다(구법 제37조, 제49조). 즉, 이 부담금은 장애인고용의 경제적 부담을 조정하고 장애인을 고용하는 사업주에 대한 지원을 위해 사용되고 국가의 일반적 재정수입에 포함되는 것이 아니므로 방법의 적정성도 인정할 수 있다.

나아가, 앞에서 본 바와 같이 고용부담금의 부담기초액은 최저임금의 100분의 60 이상으로 규정되어 있는바(구법 제38조 제3항), 2003년도의 경우에 85%에 불과한 실정이다. 따라서 이 정도의 부담금이라면 사업주의 재산권 등을 과도하게 침해하는 것이라고 할 수 없고, 더욱이 부담금(가산금·연체금 포함)의 부과·징수에 대하여 불복이 있는 경우에는 행정심판 및 행정소송을 제기할 수 있으므로 헌법상 요구되는 장애인의 고용촉진이라는 공익에 비추

9) 이 기금의 재원은 그 밖에 정부 또는 정부외의 자로부터의 출연금 또는 기부금, 기금의 운용에 의하여 생기는 수익금과 기타 공단의 수입금 및 차입금 등으로 조성된다.

10) 신법 제59조, 제60조 제1항 제2호 소정의 “장애인고용촉진및직업재활기금”의 경우도 마찬가지이다.

어 볼 때 법익의 균형성을 크게 잃었다고 볼 수도 없다.

(3) 평등원칙의 위배 여부

이 사건 고용부담금 규정은 일정한 요건에 해당하는 사업주에게는 일정한 방식에 따라 고용부담금을 차등없이 부과하고 있다. 따라서 고용의무제가 적용되는 사업주와 그렇지 아니한 사업주 간의 구분자체에 불합리한 차별이 있는지 여부는 별론으로 하고, 고용부담금제도 자체의 차별성은 문제가 되지 않는다고 할 것이다. 고용부담금제도는 그 자체가 고용의무를 성실히 이행하는 사업주와 그렇지 않는 사업주간의 경제적 부담의 불균형을 조정하는 기능을 하기 때문이다.

5. 결 론

위와 같은 이유로, 이 사건 법률조항 중 구법 제38조 제1항·제2항·제3항·제5항·제6항, 제39조 제1항이 헌법에 위반되지 않는다는 점에 대하여는 재판관 전원의 의견이 일치하였고, 구법 제35조 제1항 본문 중 “대통령령이 정하는 일정수 이상의 근로자를 고용하는 사업주” 부분에 대하여는 재판관 한대현, 재판관 김효종, 재판관 김경일, 재판관 송인준, 재판관 주선회는 위헌이라는 의견이고, 재판관 윤영철, 재판관 하경철, 재판관 김영일, 재판관 권성은 합헌이라는 의견으로서, 비록 위헌의견에 찬성한 재판관이 5인이어서 다수이기는 하지만 헌법 제113조 제1항, 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제1호에서 정한 헌법소원에 관한 인용결정을 위한 심판정족수에는 이르지 못하여 위헌결정을 할 수 없으므로, 이 사건 법률조항 모두에 대하여 주문과 같이 결정한다.

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

상표법 제6조 제1항 제7호 등 위헌소원

(2003. 7. 24. 2002헌바31 전원재판부)

【판시사항】

출원 상표의 식별력 구비 여부 판단의 기준시점을 등록사정시나 심결시로 한 것이 헌법에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

상표법 제6조 제1항 제7호에서 상표의 식별력 요건을 갖추고 있는지의 판단시점을 등록결정시 또는 심결시로 하고 있는 것은 상표법의 목적과 자타상품의 식별력이 상표의 본질적인 기능임에 비추어 합리적이라 할 수 있고, 상표법 제7조 제2항에서 제1항 제6호, 제9호, 제10호를 출원시주의의 적용대상으로 삼고 제6조 제1항 제7호를 적용대상에 포함하지 않은 것은 규율대상의 성격과 기능의 차이에 따른 것이어서 이 또한 합리적인 이유가 있으므로 위 조항들은 헌법에 위반되지 아니한다.

【심판대상조문】

상표법 제6조(상표등록의 요건) ① 다음 각호의 1에 해당하는 상표를 제외하고는 상표등록을 받을 수 있다.

1.~6. 생략

7. 제1호 내지 제6호외에 수요자가 누구의 업무에 관련된 상품을 표시하는 것인가를 식별할 수 없는 상표

② 생략

상표법 제7조(상표등록을 받을 수 없는 상표) ① 생략

② 제1항 제6호·제9호 및 제10호의 규정에 해당하는 상표라도 상표등록출원시에 이에 해당하지 아니하는 것에 대하여는 당해 규정은 적용하지 아니한다.

③~⑤ 생략

【참조조문】

상표법 제2조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “상표”라 함은 상품을 생산·가공·증명 또는 판매하는 것을 업으로 영위하는 자가 자기의 업무에 관련된 상품을 타인의 상품과 식별되도록 하기 위하여 사용하는 다음 각목의 1에 해당하는 것(이하 “표장”이라 한다)을 말한다.

가. 기호·문자·도형·입체적 형상 또는 이들을 결합한 것

나. 가목의 각각에 색채를 결합한 것

2.~6. 생략

②~③ 생략

상표법 제7조(상표등록을 받을 수 없는 상표) ① 다음 각호의 1에 해당하는 상표는 제6조의 규정에 불구하고 상표등록을 받을 수 없다.

1.~5. 생략

6. 저명한 타인의 성명·명칭 또는 상호·초상·서명·인장·아호·예명·필명 또는 이들의 약칭을 포함하는 상표. 다만, 그 타인의 승낙을 얻은 경우에는 그러하지 아니하다.

7.~8. 생략

9. 타인의 상품을 표시하는 것이라고 수요자간에 현저하게 인식되어 있는 상표와 동일 또는 유사한 상표로서 그 타인의 상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용하는 상표

10. 수요자간에 현저하게 인식되어 있는 타인의 상품이나 영업과 혼동을 일으키게 할 염려가 있는 상표

11.~14. 생략

②~⑤ 생략

【참조판례】

대법원 2002. 2. 8. 선고 99후2785 판결

【당 사 자】

청 구 인 사단법인 세계해동검도연맹

대표자 김정호

대리인 변호사 황도수

당해사건 대법원 99후2785 거절사정(상)

【주 문】

상표법 제6조 제1항 제7호, 제7조 제2항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구의 김형진은 별지 표시와 같이 구성되고, 지정서비스업을 “검도교육업, 검도경기조직업” 등 8가지 서비스업으로 하는 서비스표에 관하여 1992. 11. 25. 등록출원을 하고, 1997. 1. 22.에 이르러 그 출원인 명의를 청구인으로 변경하였는데, 특허청은 1997. 위 출원서비스표는 우리나라 고유의 전통검법을 뜻하는 것으로 지정서비스업에 사용할 경우 일반수요자가 누구의 업무에 관련된 서비스를 표시하는 것인가를 식별할 수 없으므로 상표법 제6조 제1항 제7호에 해당하여 서비스표 등록을 받을 수 없다는 이유로 거절사정을 하였다. 이에 청구인은 위 거절사정에 대한 불복심판을 거쳐 특허법원에 제소(98허9765)하였으나 청구기각되었고, 대법원에 상고(99후2785)한 뒤 그 소송계속 중 위 거절사정의 근거가 된 상표법 제6조 제1항 제7호 및 제7조 제2항에 대한 위헌여부심판의 제청신청(2000카허1)을 하였으나, 위 법원이 2002. 2. 8. 위 제청신청을 기각하자, 2002. 2. 25. 이 사건 헌법소원을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 상표법 제6조 제1항 제7호, 제7조 제2항(이하 “이 사건 법률조항 등”이라 한다)이 헌법에 위반되는지의 여부로서 심판대상 법률조항 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

제6조(상표등록의 요건) ① 다음 각호의 1에 해당하는 상표를 제외하고는 상표등록을 받을 수 있다.

1. 그 상품의 보통명칭을 보통으로 사용하는 방법으로 표시한 표장만으로 된 상표
2. 그 상품에 대하여 관용하는 상표
3. 그 상품의 산지·품질·원재료·효능·용도·수량·형상(포장의 형상을 포함한다)·가격·생산방법·가공방법·사용방법 또는 시기를 보통으로 사용하는 방법으로 표시한 표장만으로 된 상표
4. 현저한 지리적 명칭·그 약어 또는 지도만으로 된 상표
5. 흔히 있는 성 또는 명칭을 보통으로 사용하는 방법으로 표시한 표장만으로 된 상표
6. 간단하고 흔히 있는 표장만으로 된 상표
7. 제1호 내지 제6호 외에 수요자가 누구의 업무에 관련된 상품을 표시하는 것인가를 식별할 수 없는 상표

제7조(상표등록을 받을 수 없는 상표) ① 다음 각호의 1에 해당하는 상표

는 제6조의 규정에 불구하고 상표등록을 받을 수 없다.

6. 저명한 타인의 성명·명칭 또는 상호·초상·서명·인장·아호·예명·필명 또는 이들의 약칭을 포함하는 상표. 다만, 그 타인의 승낙을 얻은 경우에는 그러하지 아니하다.

9. 타인의 상품을 표시하는 것이라고 수요자간에 현저하게 인식되어 있는 상표와 동일 또는 유사한 상표로서 그 타인의 상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용하는 상표

10. 수요자간에 현저하게 인식되어 있는 타인의 상품이나 영업과 혼동을 일으키게 할 염려가 있는 상표

② 제1항 제6호·제9호 및 제10호의 규정에 해당하는 상표라도 상표등록출원시에 이에 해당하지 아니하는 것에 대하여는 당해 규정은 적용하지 아니한다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 상표법 제6조 제1항 제7호의 식별력 요건을 갖추고 있는지 여부에 관한 판단시점을 어느 시점으로 할 것인지는 상표등록 여부를 판단하는데 결정적인 영향을 미친다. 그런데 위 조항은 식별력 요건 판단의 기준시점을 원칙적으로 상표나 서비스표에 대하여 등록여부를 결정하는 사정시로, 거절사정에 대한 심판에 의하여 등록허부가 결정되는 경우에는 그 심결시로 규정하고 있어, 공무원이 업무를 신속히 처리하는지의 여부에 따라 상표등록 여부가 결정될 수 있어서 귀책사유가 없는 출원인이 불이익을 당할 수 있게 되며, 상표등록 여부에 관하여 공무원에게 자의적인 재량을 허용하는 셈이 된다. 따라서 위 조항은 출원인의 재산권, 거래의 자유 내지 경제활동의 자유를 침해하는 것이다.

(2) 상표법 제7조 제2항은 제1항 제6호, 제9호, 제10호의 경우에 한정하여 상표등록 여부 판단의 기준시점을 상표등록출원시로 규정하고 있는데, 상표법 제6조 제1항 제7호가 적용되는 사안도 동일하게 상표등록출원시를 기준으로 등록여부를 판단하여야 할 것임에도 이를 그 규율대상에서 제외함으로써 불합리하게 차별하고 있으므로 평등원칙에 위배된다.

나. 대법원의 위헌제청신청 기각이유

(1) 상표법 제6조 제1항 제7호의 식별력 요건을 갖추고 있는지 여부에 관한 판단기준시점에 관하여는 이 조항 자체에 명문으로 규정하고 있지 않고,

다만 상표법 제7조 제2항의 반대해석상 원칙적으로 상표나 서비스표의 등록 사정시 또는 심결시인 것으로 해석되고 있는바, 상표를 보호함으로써 상표사용자의 업무상의 신용유지를 도모하여 산업발전에 이바지함과 아울러 수요자의 이익을 보호하려는 상표법의 목적과 자타 상품의 식별력이 상표의 본질적인 기능인 점에 비추어 볼 때 출원 상표의 식별력 구비 여부 판단의 기준시점을 등록사정시나 심결시로 하더라도 그것이 재산권, 거래의 자유 등을 침해하는 것이라 할 수 없다.

(2) 상표법 제7조 제2항은 상표등록 여부의 판단시점에 있어서 제1항의 제6호, 제9호 및 제10호에 관하여는 상표등록출원시로 규정하고 있으나, 이는 출원시를 기준으로 출원인과 주지상표·상호 등의 권리자 또는 소유자와의 사이에 이익을 조정하기 위한 것이라 할 것이어서 출원 상표가 자타상품 식별력을 갖지 않는 경우에만 이를 확대할 수는 없으므로 출원시를 판단기준시점으로 삼는 경우를 그와 같이 한정하였다 하여 이를 평등원칙에 위배된다고 할 수 없다.

다. 특허청장의 의견

(1) 상표의 본질적 기능인 자타상품의 식별력을 결여한 상표는 특정 개인에게 독점사용케 하는 것이 적당하지 않으므로 당해 상표의 등록을 거절토록 하는 상표법 제6조 제1항 제7호의 취지를 고려할 때, 식별력 구비 여부의 판단시점은 당해 상표의 등록결정시 또는 심결시로 하는 것이 합리적이다.

(2) 상표법 제7조 제1항 제6호, 제9호, 제10호는 어느 것이나 출원된 상표의 기대권과 출원 전에 존재하는 타인의 이익과의 조정에 관한 사항인 반면, 상표법 제6조 제1항 제7호는 식별력이 결여되어 상표로서의 기능을 다하지 못하는 상표를 거절하고자 하는 규정으로서, 서로 성격이 다른 부등록 사유에 대하여 그 판단기준 시점을 달리 한다고 하여 불합리한 차별이라 할 수 없다.

3. 판 단

가. 상표등록의 요건에 관한 상표법의 규정

상표법은 상표를 “상품을 생산·가공·증명 또는 판매하는 것을 업으로 영위하는 자가 자기의 업무에 관련된 상품을 타인의 상품과 식별되도록 하기 위하여 사용하는 다음 각목의 1에 해당하는 것(이하 “표장”이라 한다)을 말한다. 가. 기호·문자·도형·입체적 형상 또는 이들을 결합한 것 나. 가목의 각각에 색채를 결합한 것”이라고 규정짓고 있다(상표법 제2조 제1항 제1호).

한편, 당해사건에서는 서비스표가 문제되고 있는데, 서비스표라 함은 “서비

스업을 영위하는 자가 자기의 서비스업을 타인의 서비스업과 식별되도록 하기 위하여 사용하는 표장”을 말하며(상표법 제2조 제1항 제2호), 서비스표에 관하여는 상표에 관한 규정이 준용된다(동조 제3항).

상표등록을 받기 위한 실체적 요건으로는 첫째, 위와 같은 상표개념에 해당하여야 하고, 둘째, 상표의 본질적 표지인 식별력을 갖추어야 하며(상표법 제6조 제1항), 셋째, 공익적인 이유 또는 사익과의 조정을 위하여 규정한 부등록 사유(상표법 제7조 제1항)에 해당하지 않아야 한다. 상표법 제6조 제1항 제1호 내지 제6호는 식별력이 결여된 상표의 예를 개별적으로 들고 있으며, 이어서 제7호에서 총괄적으로 식별력이 없는 상표는 등록할 수 없도록 규정하고 있다. 한편, 출원된 상표가 상표개념에 해당하고 식별력을 갖추어 법률상 보호받을 자격을 구비하였다 하더라도 상표법 제7조 제1항은 입법정책적으로 공익상의 이유 또는 사익과의 조정의 견지에서 일정한 경우에 등록을 거절하도록 규정하고 있다.

나. 이 사건 법률조항 등의 위헌 여부

등록된 상표에 대한 독점적 사용권(상표법 제50조)으로서의 상표권은 헌법상 보호되는 재산권에 속한다. 그리하여 상표법은 제6장에서 상표권자의 보호를 위하여 권리침해금지청구권(상표법 제65조) 등의 여러 조항들을 두고 있다. 그러나 어떤 요건을 갖춘 경우에 어떤 절차를 거쳐야 상표권으로 보호하여 줄 것인지에 관하여는 입법자에게 광범위한 형성의 여지가 인정된다. 그리하여 상표권의 발생에 관하여 등록주의와 사용주의 중 어느 것을 택할 것인지, 부등록 사유를 어떻게 설정할 것인지, 등록요건 구비 여부의 판단시점에 관하여 어느 시점을 기준으로 할 것인지 등에 관하여는 각국의 사정에 따라 입법자가 합리적으로 선택할 수 있다.

(1) 상표법 제6조 제1항 제7호에 대한 판단

이 조항은 식별력의 관점에서 등록거절 사유를 총괄적으로 규정한 것인바, 여기에 해당하는지를 판단하는 기준시점에 관한 명문의 규정은 없으나 등록 결정시(거절결정에 대한 심판에 의하여 등록 여부가 결정되는 경우에는 그 심결시)를 기준으로 하는 것으로 풀이되고 있다(대법원 2002. 2. 8. 선고 99후 2785 판결 참조). 이와 같이 이 조항의 해당 여부를 등록결정시를 기준으로 판단하는 것은 다음과 같은 점에서 합리적인 이유가 있다.

첫째, 현행 상표법은 권리관계의 명확화·안정화를 중시하여 상표권의 발생에 관하여 등록주의를 택하고 있다. 등록주의는 등록에 의하여 상표이용에

독점배타권을 부여하는 것이어서 등록에 설권적(設權的) 효과를 인정하는 것 인바, 이러한 등록주의의 관념은 등록 여부의 판단시점까지의 모든 사정을 고려하여 등록여부를 판단한다는 관념과 자연스럽게 결부된다.

둘째, 상표는 자타상품의 식별표지이므로, 거래사회에서 자타상품을 구별하는 힘, 즉 식별력은 상표의 본질적인 요소라 할 것인데, 식별력이란 고정불변의 것이 아니라 시간, 장소, 시장상황 등의 여러 변수에 따라 변화하는 요소이다. 출원시에 식별력이 있었다 하더라도 그 후의 사정변경으로 상표등록 여부의 판단시점에는 이미 식별력이 없어져 상표로서의 본질적 기능을 할 수 없다면 여기에 대하여 상표권을 부여하여 특정인에게 독점케 하는 것은 타당하지 않고, 오히려 누구나 사용할 수 있도록 하는 것이 상표제도의 취지에 보다 부합할 수 있다.

셋째, 물론 청구인의 주장과 같이 등록결정주의와 공무원의 업무처리 지연이 결합할 경우 출원인에게 불이익이 돌아갈 가능성이 있는 것이 사실이다. 그러나 공무원의 업무처리 지연으로 인한 문제는 등록결정주의 자체에 관련된 본질적인 문제라기보다 국가의 판단작용에 일반적으로 수반될 수 있는 부수적인 문제일 뿐이다(설사 공무원의 위법·부당한 업무지연으로 말미암아 등록받지 못하게 되었다하더라도 이는 당해 공무원 또는 그 감독자인 국가의 업무집행상의 잘못에 기인하는 것이므로 그에 대한 책임을 추궁할 수 있을 것이다).

(2) 상표법 제7조 제2항에 대한 판단

상표법 제7조 제2항은 제7조 제1항 제6호, 제9호, 제10호의 경우에는 출원시에 부등록사유에 해당하지 않는 경우에는 등록을 허용토록 하여 명문으로 출원시주의를 택하고 있다. 즉, 출원된 상표가 저명한 타인의 명칭 등을 포함하고 있는지 여부(제6호), 타인의 주지상표나 저명상표와 동일·유사한지의 여부(제9호, 제10호) 등의 판단에 있어서는 출원시를 판단의 기준시점으로 삼고 있는 것이다.

이와 같이 위 각 호의 경우 출원시주의가 적용되는 이유는, 위 각 호는 출원 당시에 존재하는 타인의 이익을 보호하기 위한 부등록사유이므로 이러한 경우에는 출원시의 상태에 따라 출원인과 타인의 사익을 조정하는 것이 보다 합리적이라 보았기 때문이다. 가령 위 제9호, 제10호의 경우를 보면, 출원시에는 무명의 존재였던 것이 등록시에 주지·저명으로 된 경우에 주지상표 또는 저명상표의 권리자 또는 소유자를 반드시 우선시킬 이유가 없을 뿐만 아니라

때에 따라서는 출원사실을 알아차리고 악의로 주지·저명상태를 초래한 자를 보호하게 되는 결과를 초래할 수 있기 때문에 이런 경우까지 등록결정시주의를 관철할 필요가 적은 것이다. 또한 위 제6호의 경우를 보면, 출원시에 적법하였던 상표가 그 후 같은 것을 타인이 상호 등으로 채용하였다 하여 등록을 거절하는 것도 불합리한 점이 있기 때문이다.

이상 본바와 같이 출원인과 관련 타인의 이익 조정이라는 관점에서 등록결정의 사유를 규정한 상표법 제7조 제1항 제6호, 제9호, 제10호의 경우와는 달리 상표법 제6조 제1항 제7호는 식별력의 관점에서 등록거절 사유를 규정한 것이므로 그 규율대상의 취지와 기능이 서로 다르다. 따라서 그에 관한 판단의 기준시점을 각기 달리 정하였다 하더라도 불합리한 차별이 있다고 할 수 없다.

(3) 소 결

상표법 제6조 제1항 제7호에서 상표의 식별력 요건을 갖추고 있는지의 판단시점을 등록결정시 또는 심결시로 하고 있는 것은 상표법의 목적과 자타상품의 식별력이 상표의 본질적인 기능임에 비추어 합리적이라 할 수 있고, 상표법 제7조 제2항에서 제1항 제6호, 제9호, 제10호를 출원시주의의 적용대상으로 삼고 제6조 제1항 제7호를 적용대상에 포함하지 않은 것은 규율대상의 성격과 기능의 차이에 따른 것이어서 이 또한 합리적인 이유가 있으며, 달리 이 사건 법률조항 등에 헌법위반의 점을 찾아볼 수 없다.

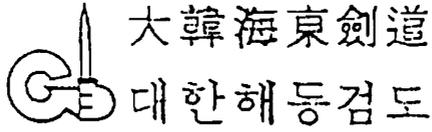
4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항 등은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

현재 2003. 7. 24. 2002헌바31

별지 이 건 출원서비스표



산업재해보상보험법 제5조 단서 등 위헌소원

(2003. 7. 24. 2002헌바51 전원재판부)

【판시사항】

1. 시행령조항에 대한 헌법재판소법 제68조 제2항에 기한 헌법소원청구의 적법 여부(소극)
2. 일정 범위의 사업을 산업재해보상보험법의 적용 대상에서 제외하면서 그 적용제외사업을 대통령령으로 정하도록 규정한 산업재해보상보험법 제5조 단서(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)가 위임입법의 명확성을 구비하고 있는지 여부(적극)
3. 이 사건 법률조항이 헌법상의 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)
4. 이 사건 법률조항이 인간다운 생활을 할 권리 등을 규정한 헌법 제34조에 위반되는지 여부(소극)
5. 이 사건 법률조항이 근로조건의 기준에 관한 헌법 제32조 제3항에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판청구에 있어 심판의 대상은 재판의 전제가 되는 형식적 의미의 법률 및 그와 동일한 효력을 가진 명령이므로, 산업재해보상보험법 제5조 단서의 위임에 따른 시행령조항에 대한 심판청구부분은 심판대상이 될 수 없는 대통령령에 대한 것이어서 부적법하다.
2. 산업재해보상보험법 제5조 단서는 예외적으로 산업재해보상보험법이 강제적용되지 않는 사업을 대통령령으로 정하도록 위임하는 것으로서 그 규율의 범위가 쉽게 한정될 뿐 아니라, 행정부가 대통령령으로 적용제외사업을 규정함에 있어 ‘위험률·규모 및 사업장소 등’을 참작하도록 함으로써 그 위임에 따라 대통령령에 규정될 내용과 범위에 관한 기본적 사항이 구체적으로 규정하고 있어서 산업재해보상보험의 보험료 부담을 감당하기 어렵거나 그 부담으로 인하여 사업 수행에 악영향을 받을 수 있는 영세사업 또는 재해발생률이 낮아

서 산업재해보상보험을 강제로 시행하지 않아도 근로자 보호에 지장이 없는 사업 등이 대통령령에 적용제외사업으로 규정되리라는 것을 충분히 예측할 수 있으므로, 이 사건 법률조항은 위임입법의 명확성을 갖추고 있다.

3. 이 사건 법률조항으로써 산업재해보상보험의 적용제외사업을 정한 것은 산업재해보상보험법의 적용 확대를 위한 지속적인 노력을 기울이는 과정에서 근로자 보호라는 입법목적과 사업의 종류·규모에 따라 재해발생률, 보험비용의 부담 정도, 보험비용의 부담이 사업에 미치는 영향이 각기 다르다는 산업재해보상보험의 원리 내지 특성 및 산업재해보상보험의 운영주체인 국가의 관장력에도 한계가 있다는 현실을 비교형량하여 나온 입법정책적 결정으로서 거기에 나름대로 합리적인 이유가 있다고 할 수 있고, 따라서 비록 현 단계에서 일정 범위의 사업이 산업재해보상보험법의 적용을 받지 못하여 그 소속 근로자의 보호의 면에서 다소간 차별이 생긴다 하더라도 이는 점진적 제도개선으로 해결하여야 할 부득이한 것이므로, 이를 두고 객관적으로 정의와 형평에 반한다거나 자의적인 것이어서 평등원칙에 위배된다고 할 수 없다.

4. 헌법 제34조의 인간다운 생활을 할 권리나 국가의 사회보장·사회복지 증진의무 등의 성질에 비추어 볼 때 국가가 어떠한 내용의 산업재해보상보험제도를 어떠한 범위에서, 어떠한 방법으로 시행할 것인지는 입법자의 재량영역에 속하는 문제라 할 것이고, 근로자에게 인정되는 보험수급권도 그와 같은 입법재량권의 행사에 따라 제정되는 산업재해보상보험법에 의하여 비로소 구체화되는 법률상의 권리라고 볼 것인바, 그렇다면 처음부터 적용제외사업에 종사함으로써 위법 소정의 수급자격을 갖추지 못한 근로자로서는 헌법상의 인간다운 생활을 할 권리나 산업재해보상보험법에 기한 권리를 내세워 국가에 대하여 적용대상사업 확정과 관련한 적극적 행위를 요구할 지위에 있다고 볼 수 없으므로, 이 사건 법률조항은 헌법 제34조에 위반되지 않는다.

5. 산업재해를 입은 근로자에 대한 보상을 어떻게 할 것인가의 문제는 헌법 제32조 제3항이 의미하는 근로조건에 관한 기준의 한 문제로 볼 수 있는바, 이 사건 법률조항에 의하여 일정 범위의 사업을 적

용대상에서 제외한 것은 산업재해보상보험의 특성상 사업규모와 산재발생률 등을 참작하여 현 단계에서 강제적 보험관계를 통한 재해보상 등의 필요성이 크지 않다는 합리적 판단에 기인한 것이라고 볼 수 있으므로, 이 사건 법률조항은 헌법 제32조 제3항의 규정에 위반된다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

산업재해보상보험법(1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정된 것) 제5조(적용범위) 이 법은 근로자를 사용하는 모든 사업에 적용한다. 다만, 사업의 위험률·규모 및 사업장소등을 참작하여 대통령령이 정하는 사업은 그러하지 아니하다.

산업재해보상보험법시행령(2000. 6. 27. 대통령령 제16871호로 개정된 것) 제3조(법의 적용제외사업) ① 법 제5조 단서에서 “대통령령으로 정하는 사업”이라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 사업을 말한다.

1.~2. 생략

3. 건설공사 중 총공사금액이 2천만원 미만인 공사와 주택건축촉진법에 의한 주택사업자(이하 “주택사업자”라 한다) 또는 건설산업기본법에 의한 건설업자(이하 “건설업자”라 한다)가 아닌 자가 시공하는 공사로서 연면적이 330제곱미터 이하인 건축물의 건축 또는 대수선에 관한 공사

4.~6. 생략

②, ③ 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제32조 제3항, 제34조 제1항, 제2항, 제6항, 제75조

헌법재판소법 제68조 제2항

산업재해보상보험법(1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정된 것) 제5조(적용범위) 이 법은 근로자를 사용하는 모든 사업에 적용한다. 다만, 사업의 위험률·규모 및 사업장소등을 참작하여 대통령령이 정하는 사업은 그러하지 아니하다.

산업재해보상보험법(1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정된 것) 제7조(보험가입자) ① 이 법의 적용을 받는 사업의 사업주는 당연히 산업재해보상보험(이하 “보험”이라 한다)의 보험가입자가 된다. 다만, 제5조 단서의 규정에 의한 이 법의 적용을 받는 사업의 사업주는 그러하지 아니하다.

② 제5조 단서의 규정에 의한 사업의 사업주는 제13조의 규정에 의한 근로복지공단의 승인을 얻어 보험에 가입할 수 있다.

③, ④ 생략

【참조판례】

1. 헌재 1999. 1. 28. 97헌바90, 판례집 11-1, 19
2. 헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11
헌재 1994. 6. 30. 93헌가15, 16, 17(병합), 판례집 6-1, 576
헌재 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53
헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90
3. 헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90
헌재 1999. 9. 16. 98헌마310, 판례집 11-2, 373
4. 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1
헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 20
헌재 2000. 6. 1. 98헌마216, 판례집 12-1, 622
5. 헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90

【당 사 자】

청 구 인 이 ○

국선대리인 변호사 정영덕

당해사건 서울행정법원 2001구38186 유족급여및장의비부지급처분취소

【주 문】

1. 산업재해보상보험법(1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정된 것) 제5조 단서는 헌법에 위반되지 아니한다.

2. 이 사건 심판청구 중 산업재해보상보험시행령 제3조 제1항 제3호 중 ‘주택건설촉진법에 의한 주택사업자 또는 건설산업기본법에 의한 건설업자가 아닌 자가 시공하는 공사로서 연면적이 330제곱미터 이하인 건축물의 건축 또는 대수선에 관한 공사’에 대한 부분을 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인의 남편인 망 윤○중은 청구의 윤○택 경영의 ○○주택이 청구의 ○○공업 주식회사로부터 도급받아 시공하던 광주시 ○○동 소재 위 회사 2층 공장건물에 3층으로 기숙사 193.5㎡를 증축하는 공사 현장에서 목공으로 일하다가 2001. 3. 23. 18:10경 2층 지붕 판넬이 무너지면서 지층 7m 바닥으로

추락하여 외상성 뇌출혈 등 상해를 입고 치료를 받던 중 같은 해 4. 9. 23:20 경 사망하였다.

(2) 청구인은 2001. 6. 25. 근로복지공단에게 산재재해보상보험법(이하 ‘산재보험법’이라고 한다)에 따른 유족보상일시금과 장의비의 지급을 청구하였다. 이에 대하여 근로복지공단은, 위 공사의 사업주인 윤○택이 주택건설촉진법에 의한 주택사업자 또는 건설산업기본법에 의한 건설업자가 아니고, 위 공사는 연면적 193.5㎡인 건축물의 건축공사이어서 산재재해보상보험(이하 ‘산재보험’이라고 한다)의 당연적용사업이 아닌 임의적용사업에 해당하는데, 위 윤○택이 위 공사에 관하여 근로복지공단과 보험관계를 성립시키지 않은 상태에서 재해가 발생한 경우에 해당한다는 이유로 보험급여의 지급을 거부하는 부지급처분을 하였다.

(3) 그러자 청구인은 산재보험법 제5조 단서, 같은법시행령 제3조 제1항 제3호에서 ‘사업의 위험률·규모 및 사업장소 등을 참작하여 건설공사 중 주택건설촉진법에 의한 주택사업자 또는 건설산업기본법에 의한 건설업자가 아닌 자가 시공하는 공사로서 연면적이 330㎡ 이하인 건축물의 건축 또는 대수선 공사에 관한 공사’를 산재보험이 당연적용되는 사업에서 제외한 부분은 위험이어서 이를 근거로 한 위 부지급처분이 위법하다고 주장하며 2001. 9. 24. 근로복지공단을 상대로 서울행정법원 2001구38186호로써 위 부지급처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다.

(4) 한편 청구인은 위 소송의 계속 중 위 산재보험법 제5조 단서와 같은법시행령 제3조 제1항 제3호의 위험 여부가 재판의 전제가 된다는 이유로 위헌제청신청(서울행정법원 2001아1782)을 하였는데, 이에 대하여 위 법원은 2002. 4. 25. 위 본안청구에 관한 청구기각의 판결을 하면서 위 신청 중 위 시행령조항에 대한 부분을 각하하고 위 법률조항에 대한 부분을 기각하는 내용의 결정을 하였다.

(5) 청구인은 2002. 5. 27. 위 위헌제청신청 기각 등 결정을 송달받고 같은 해 6. 8. 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

(1) 이 사건 심판의 대상은, 산재보험법(1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정된 것) 제5조 단서(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다) 및 같은법시행령(2000. 6. 27. 대통령령 제16871호로 개정된 것) 제3조 제1항 제3호 중 ‘주택건설촉진법에 의한 주택사업자 또는 건설산업기본법에 의한 건설업자가 아닌

자가 시공하는 공사로서 연면적이 330제곱미터 이하인 건축물의 건축 또는 대수선에 관한 공사' 부분(이하 '이 사건 시행령조항'이라고 한다)의 각 위헌 여부로서, 그 규정내용은 다음과 같다.

법 제5조(적용범위) 이 법은 근로자를 사용하는 모든 사업에 적용한다. 다만, 사업의 위험률·규모 및 사업장소 등을 참작하여 대통령령이 정하는 사업은 그러하지 아니하다.

시행령 제3조(법의 적용제외사업) ① 법 제5조 단서에서 “대통령령으로 정하는 사업”이라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 사업을 말한다.

1.~2. 생략

3. 건설공사 중 총공사금액이 2천만원 미만인 공사와 주택건설촉진법에 의한 주택사업자(이하 “주택사업자”라 한다) 또는 건설산업기본법에 의한 건설업자(이하 “건설업자”라 한다)가 아닌 자가 시공하는 공사로서 연면적이 330제곱미터 이하인 건축물의 건축 또는 대수선에 관한 공사

4.~6. 생략

2. 청구인의 주장과 법원의 위헌제청신청 기각 등 이유 및 관계기관의 의견 요지

가. 청구인의 주장

이 사건 법률조항 및 시행령조항에서 일정 성질·규모 이하의 건설공사를 산재보험법의 적용대상사업에서 제외하여 그와 같은 공사에 있어 사업주가 임의로 산재보험에 가입한 경우에 한하여 근로자에게 산재보험급여 지급권을 부여하도록 한 것은 헌법 제11조 제1항에 위반하여 청구인의 평등권을 침해하는 것일 뿐만 아니라 근로조건을 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정하도록 한 헌법 제32조 제3항 및 인간다운 생활을 할 권리와 국가의 사회보장·사회복지 증진의무 및 재해로부터 국민을 보호할 의무를 규정한 헌법 제34조 제1항, 제2항, 제6항에 위반된다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각 등 이유

(1) 이 사건 시행령조항 부분

헌법 제111조 제1항 제1호, 제5호 및 헌법재판소법 제41조 제1항, 제68조 제2항에 비추어 볼 때 위헌심사의 대상이 되는 규범은 국회의 의결을 거쳐 제정된 이른바 형식적 의미의 법률을 의미하는 것이므로, 대통령령에 불과한 시행령은 위헌제청의 대상이 될 수 없는 것이어서 그에 대한 위헌심판제청신청은 부적법하다.

(2) 이 사건 법률조항 부분

(가) 헌법상의 평등원칙은 상대적, 실질적 평등을 뜻하는 것이므로 합리적 근거 없이 차별하는 경우에만 평등원칙 위반을 인정할 수 있는데, 이 사건 법률조항은 사업의 위험률·규모 및 사업장소 등에 따라 산재보험률이 달라지므로 사업의 특성이나 규모에 따라 위험률이 극히 낮거나 규모가 작은 사업 등을 산재보험법의 강제적용대상에서 제외하려는 취지에서 규정된 것이어서 합리적 이유 있는 차별에 해당한다고 보아야 한다.

(나) 산재보험법은 모든 근로자의 업무상 재해를 신속하고 공정하게 보상하여 근로자의 보호에 기여하는 것을 그 이상으로 하고 있지만, 보험기술적 측면에서 실제로 어떠한 범위의 사업을 강제적용대상으로 할 것인지, 또는 어떠한 범위의 사업을 강제적용의 대상에서 제외할 것인지를 정하는 것은 입법권자가 가지는 재량의 영역에 속하는 문제로서 그 기준이 현저히 불합리하지 않는 한 헌법에 위반된다고 할 수 없다 할 것인데, 이 사건 법률조항에서 일정 범위의 사업을 강제적용대상사업에서 제외하기 위하여 설정한 기준은 나름대로 합리성이 있다고 인정되므로, 이 사건 법률조항이 헌법 제32조 제3항 및 제34조 제1항, 제2항, 제6항에 위반된다고 볼 수 없다.

다. 노동부장관 및 근로복지공단의 의견 요지

법원의 위헌제청신청 기각 등 이유와 대체로 같으므로 생략한다.

3. 판 단

가. 적법요건에 관한 판단

(1) 이 사건 시행령조항에 대한 청구부분의 적법 여부

(가) 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판청구는 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 되는 때에 당사자가 위헌제청신청을 하였음에도 불구하고 법원이 이를 배척하였을 경우에 법원의 제청에 갈음하여 당사자가 직접 헌법재판소에 헌법소원의 형태로써 심판청구를 하는 것이므로, 그 심판의 대상은 재판의 전제가 되는 형식적 의미의 법률 및 그와 동일한 효력을 가진 명령이므로, 대통령령, 부령, 규칙 또는 조례 등을 대상으로 한 위 제68조 제2항의 헌법소원심판청구는 부적법하다(헌재 1999. 1. 28. 97헌바90, 판례집 11-1, 19, 27-28 참조).

따라서 이 사건 심판청구 중 이 사건 시행령조항에 대한 청구부분은 그 심판대상이 될 수 없는 대통령령에 대한 것이므로 더 나아가 살펴볼 필요 없이 부적법하다 할 것이다.

(나) 가사 청구인이 이 사건 시행령조항에 의하여 직접 기본권이 침해되었음을 전제로 이에 관하여 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원심판청구를 한 취지라고 보더라도, 청구인으로서의 망 윤○중의 사망 후 근로복지공단측에 산재보험법에 의한 보험급여의 청구를 하였다가 위 윤○중이 사고를 당할 때 종사하던 공사가 산재보험법의 적용대상사업에 속하지 아니한다는 이유로 근로복지공단이 반려처분을 한 2001. 6. 28. 무렵에는 기본권 침해의 사유가 있음을 알았다고 볼 것인데, 그로부터 헌법재판소법 제69조 제1항 소정의 기간이 경과된 후에 이 사건 헌법소원심판청구를 하였음이 역수상 명백하므로, 결국 이 사건 시행령조항에 대한 심판청구부분은 부적법 각하를 면할 수 없다.

(2) 이 사건 법률조항과 재판의 전제성 여하

앞서 본 청구인의 주장과 이 사건 법률조항 및 시행령조항의 내용과 체계를 종합하여 볼 때 청구인이 이 사건 헌법소원심판청구를 한 궁극적 의도는, 건설공사 중 주택건설촉진법에 의한 주택사업자 또는 건설산업기본법에 의한 건설업자가 아닌 자가 시공하는 공사로서 연면적이 330㎡ 이하인 건축물의 건축 또는 대수선에 관한 공사를 산재보험의 적용대상사업에 포함되게 함으로써 산재보험 수급권자로서의 지위를 부여받으려는 데 있고, 한편 근로복지공단이 청구인의 유족보상금 및 장의비 지급청구를 반려하는 부지급처분을 함에 있어 직접적 근거를 둔 규정은 이 사건 시행령조항이라고 볼 수 있으므로, 실제 재판의 전제가 되는 것은 이 사건 시행령조항이라고 볼 여지가 있다. 그러나 이 사건 법률조항이 이 사건 시행령조항의 기초를 이루는 위임규정으로서 위 부지급처분의 근거가 된다고 할 수도 있고, 그 위헌 여하에 따라 이 사건 시행령조항의 효력 및 그에 따른 위 부지급처분의 위법 내지 취소 여부가 판가름나게 되어 소송의 결론이 달라지므로, 이 사건 법률조항의 위헌 여부는 재판의 전제가 된다고 할 것이다.

나. 본안에 관한 판단

(1) 위임입법의 명확성 구비 여부

(가) 적용제외사업 규정의 취지

산재보험법 제5조는 원칙적으로 근로자를 사용하는 모든 사업을 산재보험의 강제적용 대상으로 하면서도 이 사건 법률조항에 의하여 일정한 범위에 속하는 사업을 강제적용의 대상에서 제외하고 있다. 산재보험은 산업재해로부터 근로자를 보호하고 근로자집단의 생활보장을 기하기 위하여 시행되는

사회보험의 일종으로서, 사회적 조정의 요소에 의하여 보험의 원리에 대한 일정한 수정이 가해져서 사보험에서와 달리 적용대상사업에 관하여 법적으로 보험관계의 성립이 강제되어 보험가입자인 사업주에게 보험료 납부 등 각종 의무가 부과되어 있고, 급여의 종류와 산정방법은 물론 보험료의 산정 및 징수방법 등이 법으로 정해져 보험관계의 내용을 당사자들이 개별적으로 선택할 수 없는 공적 강제보험의 성격을 띠고 있다.

이러한 산재보험의 목적과 특성을 감안하여 볼 때 모든 사업에 일률적으로 산재보험을 시행하는 편이 사회보장적 견지에서는 보다 바람직하다고 할 수 있고, 그러한 방향으로 정책의 목표가 두어져야 할 것이다. 그러나 산재보험은 비용부담자인 사용자의 자기기여에 대한 반대급부로서의 보험급여 지급을 통해 사용자책임을 면할 수 있도록 함으로써 사용자간에 위험을 분산시킨다는 의미의 책임보험적 성격도 갖고 있어 보험의 원리가 다른 사회보험에서보다 강하게 작용하고 있다. 무엇보다 산재보험은 그 재정을 보험가입자인 사업주가 납부하는 보험료에 거의 전적으로 의존하고 있는바, 산재보험법의 적용대상사업의 사업주는 가입강제에 따라 적지 않은 보험비용을 부담하여야 할 뿐 아니라 보험 운영과 관련하여 법이 정하는 각종 의무를 이행하여야 하고 일정한 위반사유에 대하여는 과태료의 제재를 받기도 하는데, 이는 업종이나 사업규모에 따라 산재발생의 위험성이 극히 낮아 굳이 보험의 활용이 불필요한 사업의 사업주 또는 비용부담능력이 미약한 영세사업주에게 적지 않은 부담으로 작용한다. 따라서 모든 사업에 대하여 일률적으로 강제보험을 적용하는 것은, 그것이 가져다 주는 근로자보호 등의 이익 못지 않게 수많은 영세사업주들에게 적지 않은 부담을 초래하여 오히려 규범의 실효성을 떨어뜨릴 수 있는데다 보험제도를 운용하는 국가의 관장력에도 한계가 있는 것이어서 일정한 적용제외사업을 두는 것은 현실적으로 불가피한 측면이 있다.

(나) 입법위임의 필요성과 한계기준

현대 사회복지국가에 있어서는 사회현상이 복잡·다기해지고 전문적, 기술적 행정기능이 요구됨에 따라 그때 그때의 사회경제적 상황의 변화에 대하여 신속하고 적절히 대응할 필요성이 커지는 반면, 국회의 기술적·전문적 능력이나 시간적 적응능력에는 한계가 있기 때문에 국민의 권리·의무에 관한 것이라 하여 모든 사항을 국회에서 제정한 법률만으로 규정하는 것은 불가능하므로, 일정 사항에 관하여는 행정부에 입법권을 위임하는 것이 불가피하다.

그러나 입법권의 위임은 반드시 한정적으로 행해져야 하는바, 만일 일반적

이고 포괄적인 위임을 한다면 이는 사실상 입법권을 백지위임하는 것이나 다름없어 의회입법의 원칙이나 법치주의를 부인하는 결과가 되고, 행정권에 의한 자의적인 기본권 침해를 초래할 위험이 있다. 우리 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항 …… 에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정하여 위임입법의 근거와 아울러 위임의 구체성·명확성을 요구하고 있다. 여기에서 위임의 구체성·명확성이라 함은, 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 뜻하고, 그러한 예측가능성의 유무를 판단함에 있어서는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 하는바(헌법재판소 1994. 6. 30. 93헌가15등, 판례집 6-1, 576, 585; 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53, 58-59 등 참조), 특히 수직적 급부행정영역 또는 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상되는 경우에는 위임의 명확성에 대한 요구가 보다 완화된다고 할 것이다(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11 참조).

(다) 이 사건 사안의 검토

1) 어떠한 종류·규모의 사업이 산재보험법의 적용을 필요로 하는지, 어떠한 범위에서 산재보험을 시행하는 것이 국가 전체적으로 바람직할 것인지는 단편적으로 판단하기 어려운 문제일 뿐만 아니라 산재보험 시행에 관한 여건은 사회경제적 상황이 변동함에 따라 수시로 변한다. 따라서 이러한 산재보험이 적용되는 대상사업의 범위를 결정하기 위하여는 여러 가지 사회경제적 상황과 보험기술적 측면을 면밀히 조사·분석하고 그때그때 변화하는 상황에 맞춰 산재보험에 의한 근로자 보호가 필요한 사업과 그렇지 않은 사업을 구분하는 탄력적 대처가 필요하다. 그런데 전문적·기술적 대응력을 갖추지 못한 입법자에게 이러한 광범위한 실태 파악과 유연한 대처를 기대하여 적용제외사업의 내용을 일일이 법률로 정하도록 요구하는 것은 입법기술적으로 매우 곤란한 일이 아닐 수 없다.

2) 다만, 산재보험에 있어 사업주는 강제적 보험관계에 따라 보험료 납부 등 각종 의무를 부담하고 일정한 경우 범이 정하는 제재를 받기도 하는데, 이는 사용자의 자기결정권과 직업행사의 자유를 제약하는 측면이 있으므로, 사업주로 하여금 그가 영위하는 사업이 산재보험의 적용대상에 해당하는지 여

부를 쉽사리 예측할 수 있도록 하는 것은 사업주에게 법적 안정성을 보장해 준다는 차원에서도 근로자 보호에 못지 않게 중요한 일이라고 볼 수 있다.

그러므로 산재보험의 적용제외사업에 대한 규정을 위임하고 있는 이 사건 법률조항에 과연 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있는지, 그리하여 누구라도 그 위임에 따라 대통령령에 정해질 내용의 대강을 예측할 수 있다고 볼 수 있는지 여부에 관하여 살펴볼 것인바, 이 사건 법률조항은 그 자체로서 독립한 존재가 아니라 본문에 대한 예외로서, 위와 같은 예측가능성 유무는 본문 및 관련 법조항들 전체를 종합하여 유기적·체계적으로 판단할 필요가 있다 할 것이다.

먼저 산재보험법 제1조, 제5조, 제7조 제1항, 제2항 등을 종합하여 볼 때 위법 제5조 본문이 모든 사업에 산재보험이 강제적용됨을 규정하는 조항임이 분명하므로, 그 단서에 해당하는 이 사건 법률조항은 예외적으로 산재보험이 강제적용되지 않는 사업을 대통령령으로 정하도록 위임하는 것으로서 그 규율의 범위가 쉽게 한정된다.

그리고 이 사건 법률조항에는 그 위임에 따라 대통령령에 규정될 내용과 범위에 관한 기본적 사항이 구체적으로 규정되어 있다고 볼 수 있다. 즉, 이 사건 법률조항은 행정부가 위임입법으로 적용제외사업을 규정함에 있어 ‘위험률·규모 및 사업장소 등’을 참작하도록 함으로써 비교형량의 기준을 뚜렷이 제시하고 있다. 우선 여기서 ‘위험률’이라는 기준은 산재보험의 구조와 원리에 비추어 사업별 산재발생률 내지 그에 따른 보험급여비용의 정도를 뜻함을 쉽사리 알아차릴 수 있고, ‘규모’ 역시 그 사전적 의미와 산재보험의 원리 등에 미루어 볼 때 근로자수나 총임금, 생산규모 등에 의하여 결정되는 사업의 인적, 물적 크기를 가리키는 표현으로 파악되며, ‘사업장소’라는 표현도 이해 곤란한 다의적 개념이 아니라고 할 수 있으므로, 제시된 기준들 자체의 명확성에는 별다른 문제가 없다.

한편 산재보험은 재해보상을 통하여 근로자의 보호를 꾀하는 사회보장제도의 성격을 지니지만, 다른 한편으로는 사용자의 위험을 분산시키는 일종의 사용자책임보험으로서 그 재정을 사용자가 납부하는 보험료에 거의 전적으로 의존하고 있다. 그런데 그 보험료의 액수는 위험률(재해발생률)에 의하여 직접 영향을 받게 되어 있고, 재해발생률은 사업의 종류, 규모, 장소 등의 영향을 많이 받을 수밖에 없으며, 앞서 본 바와 같이 산재보험의 적용제외사업을 두는 데는 나름대로 이유가 있는데, 그 적용제외사업의 범위를 구체적으로 법

를 세세히 규정하는 것은 입법기술상 곤란한 측면이 있다.

이러한 사정과 이 사건 법률조항에 제시된 위임의 기준들을 종합하여 볼 때 산재보험의 강제적용에 따른 부담을 감당하기 어렵거나 그 부담으로 인하여 사업수행에 적지 않은 지장을 받을 수 있는 소규모의 사업 또는 낮은 재해 발생률로 인하여 부담에 비하여 보험적 효과가 미약하다고 볼 수 있는 사업이 대통령령에 규정되리라는 것을 충분히 예측할 수 있다고 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항은 위임의 구체성·명확성을 갖춘 수권법률로서 헌법에 위반되지 않는다.

(2) 평등원칙 위배 여부

(가) 산재보험법 제5조는 산재보험법의 적용대상사업을 모든 사업으로 정하면서 그 단서인 이 사건 법률조항으로써 일부 적용제외사업을 대통령령으로 정하도록 위임하고 있으므로, 산재보험법의 적용 여부라는 점에서는 사업별로 근로자를 차별하고 있다고 볼 수 있다. 그런데 이 사건에서 청구인이 실제 다투고자 하는 대상은 수권법률인 이 사건 법률조항 자체가 아니라 일정 규모에 미치지 못하는 건설공사를 적용제외사업으로 규정함으로써 결과적으로 청구인으로 하여금 보험급여 수급권 취득의 기회를 얻지 못하게 한 이 사건 시행령조항이라고 볼 수 있다. 그런데 이 사건 시행령조항이 일정 규모에 미치지 못하는 건설공사를 적용제외사업의 하나로 규정한 것은, 산재보험법 제5조가 산재보험의 적용대상사업과 적용제외사업을 구분하여 이 사건 법률조항으로써 적용제외사업의 범위를 대통령령으로 정하도록 한 데서 기인하므로, 그러한 의미에서는 이 사건 법률조항이 평등심사의 대상이 될 수 있다.

(나) 우리 헌법은 제11조 제1항에서 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”고 규정하여 평등원칙 내지 평등권을 보장하고 있다. 그러나 헌법 제11조 제1항이 규정하는 평등의 원칙은 결코 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것은 아니고, 법을 적용함에 있어서 뿐만 아니라 입법을 함에 있어서도 불합리한 차별을 하여서는 아니된다는 상대적·실질적 평등을 뜻하는 것이므로 합리적 근거 없이 차별하는 경우에만 평등원칙에 반하는 것이다(헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 102; 1999. 9. 16. 98헌마310, 판례집 11-2, 373, 377 참조).

산재보험법은 헌법상의 사회국가원리 내지 사회적 기본권으로부터 요구되

는 국가의 의무를 이행하기 위한 사회보장제도에 관한 법률로서 그 입법에 있어 국가의 재정부담능력, 전체적인 사회보장수준과 국민감정 등 사회정책적인 측면 및 보험기술적 측면과 같은 제도 자체의 특성 등 여러 가지 요소를 고려할 필요에서 입법자에게 광범위한 입법형성의 자유가 주어진 영역이다. 뿐만 아니라 산재보험법 제5조는 급부 형성의 기초가 되는 법의 적용범위를 확정하는 규정일 뿐 직접적으로 사업주나 근로자의 권리에 제약을 가져오는 규정이라고 보기 어렵다. 따라서 이 사건에 있어서는 자의금지의 원칙에 입각하여 비교의 대상이 되는 적용대상사업에 속하는 사업군과 적용제외사업에 속하는 사업군 사이에 산재보험의 적용과 관련하여 어떠한 차이가 있고, 산재보험의 적용 여부에 관한 차별취급에 합리적 이유가 있는지 여부가 평등침해여부의 관건이 된다 할 것이다.

(다) 산재보험은 근로자의 업무상재해를 신속하고 공정하게 보상함으로써 근로자 보호에 이바지함을 목적으로 하는 사회보장제도로써 이를 예외 없이 모든 사업에 걸쳐 시행하는 것이 바람직하다 할 것이고, 이러한 의미에서 산재보험법 제5조 본문이 원칙적으로 모든 사업을 강제적용의 대상으로 삼은 것은 입법목적에 충실한 태도라고 할 수 있다. 그러나 산재보험은 비록 그것이 근로자 보호에 정책목표를 두는 제도이지만 사용자 입장에서는 어디까지나 산재보상에 따른 위험을 분산시키는 책임보험으로서의 성격을 갖고 있음을 부인할 수 없다. 산재보험의 적용대상이 될 수 있는 각각의 사업은 업종과 규모 등에 따라 재해발생률과 그로 인한 비용부담의 정도 및 비용부담이 주는 영향을 달리할 수밖에 없으며, 산재보험을 운영하는 국가의 행정적 관리능력에도 일정한 한계가 있다. 산재보험법의 적용대상사업의 사업주는 가입강제에 따라 선택의 여지도 없이 보험관계의 당사자가 되어 보험료 납부 등 위법이 정하는 각종 의무를 이행하여야 하는데, 안정된 수익구조를 갖지 못한 소규모 영세사업의 사업주 또는 업종이나 사업규모로 인하여 산재발생의 위험이 거의 없는 사업의 사업주에게까지 강제적 보험관계에 따른 비용을 부담케 하는 것은 바람직하다고 볼 수 없다. 왜냐하면 만일 이들에 대하여도 현실적 여건을 무시한 채 산재보험을 강제시행한다면 보험수지나 비용부담의 면에서 영세한 사업주에게 감당할 수 없는 부담을 주게 되어 오히려 법의 규범력을 관철하지 못하고, 경우에 따라서는 대상사업의 경쟁력이나 수익성에도 악영향을 끼쳐 결과적으로 근로자 보호라는 소기의 목적도 달성할 수 없게 될 위험이 있으며, 보험원리의 측면에서 보더라도 산재발생률이 높은 대규모

사업의 일부 위험을 소규모 사업이 일방적으로 떠안는 결과를 가져올 가능성도 배제하기 어렵기 때문이다.

이러한 점에서 볼 때 입법자가 일정 범위에 속하는 사업을 산재보험법의 적용대상에서 제외하고 그 범위의 확정을 위임입법에 의하도록 한 것은 산재보험의 운영주체인 행정부로 하여금 산재발생의 실태 및 근로자 보호필요성의 정도, 보험수지 등의 보험기술적 측면, 보험가입자인 사업주의 부담능력 내지 법 준수능력, 보험자인 국가의 재정적 능력 및 관리능력, 여타의 사회복지체계의 구비 정도 등 제반 사정을 두루 참작하여 현실에 맞게 단계적으로 산재보험법의 강제적용범위를 규율하도록 한 결정으로서, 이는 형성의 자유가 주어진 입법권 행사의 결과로서 특별히 불합리한 점이 없는 한 존중되어야 할 것이다.

아울러 이 사건 법률조항으로 인하여 시행령에 적용제외사업으로 규정될 사업이라도 산재보험법의 당연적용 대상이 되지 않을 뿐 사업주의 선택에 따라 임의적용의 대상이 될 수 있으므로 그러한 사업에 종사하는 근로자들에 대한 배려가 포기된 것은 아니라는 것을 염두에 둘 필요가 있으며, 또한 산재보험법과 그 시행령의 개정연혁을 살펴보다라도 그 동안 입법자는 산재보험시행과 관련한 사회경제적 현실을 고려하면서 꾸준히 적용대상사업의 범위를 확대하는 등 입법개선의 노력을 기울여 왔음을 알 수 있다.

(라) 위와 같은 측면들을 종합하여 보면 이 사건 법률조항으로써 산재보험의 적용제외사업을 정한 것은 산재보험법의 적용 확대를 위한 지속적인 노력을 기울이는 과정에서 입법목적과 현실을 비교형량하여 나온 입법정책적 결정으로서 거기에 나름대로 합리적인 이유가 있다고 할 수 있다. 따라서 비록 현 단계에서 일정 범위의 사업이 산재보험법의 적용을 받지 못하게 되는 경우가 있어 근로자 보호의 면에서 다소간 차별이 생긴다 하더라도 이는 점진적 제도개선으로 해결하여야 할 부득이한 것이라고 볼 것이므로, 이를 두고 객관적으로 정의와 형평에 반한다거나 자의적인 것이어서 평등원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(3) 헌법 제34조 위반 여부

(가) 산재보험법 제5조는 직접적으로 권리를 창설 또는 확인하거나 이를 제한하는 규정이 아니라 단지 산재보험의 적용범위에 관한 규정으로서 일종의 객관적 제도 형성에 관한 규범이라고 볼 수 있다. 다만, 산재보험의 적용대상으로 지정되는 사업에 있어서는 위 법에 의하여 즉시 보험관계가 성립되

어 그 소속 근로자에게 잠재적인 보험급여 수급권자로서의 지위가 자동적으로 부여되게 되어 있는바, 여기에서 문제되는 것은, 헌법상의 사회적 기본권, 특히 인간다운 생활을 할 권리와 국가의 사회보장·사회복지 증진의무 등을 규정한 헌법 제34조 제1항, 제2항, 제6항으로부터 과연 근로자가 산재보험의 운영주체인 국가에 대하여 산재보험을 모든 사업에 강제적용하거나 또는 적용제외사업으로 정해진 사업을 적용대상사업에 포함시켜 달라는 것과 같은 적극적인 국가의 행위를 요구할 수 있는 지위에 있다고 할 것인지 여부이다.

(나) 헌법은 제34조 제1항에서 국민에게 인간다운 생활을 할 권리를 보장하는 한편, 동조 제2항에서는 국가의 사회보장 및 사회복지 증진의무를 천명하고 있으며, 동조 제6항에서는 국가에게 재해 예방 및 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위해 노력할 의무가 있음을 선언하고 있다. 그런데 인간다운 생활을 할 권리의 법적 성질에 비추어 볼 때 그 법규범력이 미치는 범위는 ‘최소한의 물질적 생존’의 보장에 필요한 급부예의 요구권으로 한정될 뿐, 그것으로부터 그 이상의 급부를 내용으로 하는 구체적 권리가 직접 도출되어 나오는 것은 아니라고 할 수 있고(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 20, 30-31; 2000. 6. 1. 98헌마216, 판례집 12-1, 622, 640, 647 참조), 한편 헌법 제34조 제2항, 제6항을 보더라도 이들 규정은 단지 사회보장·사회복지의 증진 등과 같은 국가활동의 목표를 제시하거나 이를 위한 객관적 의무만을 국가에 부과하고 있을 뿐, 개인에게 국가에 대하여 사회보장·사회복지 또는 재해 예방 등과 관련한 적극적 급부의 청구권을 부여하고 있다거나 그것에 관한 입법적 위임을 하고 있다고 보기 어렵다. 결국 최소한의 수준을 넘는 사회복지·사회보장에 따른 급부의 실현은 이에 필요한 사회경제적 여건에 의존하는 것으로서, 국가가 재정능력, 국민 전체의 소득과 생활수준 내지 전체적인 사회보장수준과 국민감정 등의 사정, 사회보장제도의 특성 등 여러 가지 요소를 합리적으로 고려한 입법을 통하여 해결할 사항이라 할 것인데, 주어진 고용자원이 한정되고 상충하는 여러 공익이나 국가과제의 조정이 필요한 상황 하에서는 입법자에게 광범위한 입법재량이 부여되지 않을 수 없다(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 20; 2000. 6. 1. 98헌마216, 판례집 12-1, 622, 640 참조).

요컨대 사회보장수급권은 헌법 제34조 제1항 및 제2항 등으로부터 개인에게 직접 주어지는 헌법적 차원의 권리라거나 사회적 기본권의 하나라고 볼 수는 없고, 다만 위와 같은 사회보장·사회복지 증진의무를 포섭하는 이념적

지표로서의 인간다운 생활을 할 권리를 실현하기 위하여 입법자가 입법재량권을 행사하여 제정하는 사회보장입법에 그 수급요건, 수급자의 범위, 수급액 등 구체적인 사항이 규정될 때 비로소 형성되는 법률적 차원의 권리에 불과하다 할 것이다.

(다) 이렇게 볼 때 국가가 헌법 제34조 제1항과 제2항 등에 기하여 어떠한 내용의 산재보험제도를 언제, 어떠한 범위에서, 어떠한 방법으로 시행할 것인지의 문제 역시 입법자의 재량영역에 속하는 문제라 할 것이고, 따라서 근로자에게 인정되는 산재보험금 수급권 역시 산재보험법에 의하여 비로소 구체화되는 법률상의 권리라고 볼 것이다.

그렇다면 처음부터 위 법의 적용범위에서 제외되어 소정의 자격을 갖추지 못한 청구인으로서 헌법상의 인간다운 생활을 할 권리는 물론 산재보험법에 기한 권리를 내세워 국가에 대하여 산재보험법의 적용대상사업 확정과 관련한 적극적 행위를 요구할 지위에 있다고 볼 수 없고, 그밖에 이 사건 법률조항이 헌법상의 인간다운 생활을 할 권리에 의하여 보장되는 최소한의 객관적 내용에 상응한 입법적 조치를 결여한 입법부작위 또는 명백히 불충분한 입법을 한 경우에 해당한다고 볼 만한 자료도 없다.

따라서 산재보험법의 적용제외사업에 관한 규정인 이 사건 법률조항이 헌법 제34조에 위반하여 위헌이라고 볼 소지는 없다 할 것이다.

(4) 근로의 권리 침해 여부

(가) 헌법 제32조 제3항은 “근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다”고 규정하고 있다. 근로조건이라 함은 임금과 그 지불방법, 취업시간과 휴식시간, 안전시설과 위생시설, 재해보상 등 근로계약에 의하여 근로자가 근로를 제공하고 임금을 수령하는데 관한 조건들로서, 근로조건에 관한 기준을 법률로써 정한다는 것은 근로조건에 관하여 법률이 최저한의 제한을 설정한다는 의미이다. 이처럼 헌법이 근로조건의 기준을 법률로 정하도록 한 것은 인간의 존엄에 상응하는 근로조건에 관한 기준의 확보가 사용자에 비하여 경제적·사회적으로 열등한 지위에 있는 개별 근로자의 인간존엄성의 실현에 중요한 사항일 뿐만 아니라, 근로자와 그 사용자들 사이에 이해관계가 첨예하게 대립될 수 있는 사항이어서 사회적 평화를 위해서도 민주적으로 정당성이 있는 입법자가 이를 법률로 정할 필요성이 있으며, 인간의 존엄성에 관한 판단기준도 사회·경제적 상황에 따라 변화하는 상대적 성격을 띠는 만큼 그에 상응하는 근로조건에 관한 기준도 시대상황에 부합하게 탄력

적으로 구체화하도록 법률에 유보한 것이다. 한편 입법자는 헌법 제32조 제3항에 의거하여 근로조건의 최저기준을 근로기준법에 규정하고 있다.

(나) 산업재해를 입은 근로자에 대한 보상을 어떻게 할 것인가의 문제도 헌법 제32조 제3항이 의미하는 근로조건에 관한 기준의 한 문제로 볼 수 있다. 산재보험법은 앞서 본 바와 같이 모든 근로자의 업무상 재해를 신속하고 공정하게 보상하여 근로자의 보호에 기여하는 것을 그 이상으로 하고 있지만 보험기술적인 측면에서 실제로 어떠한 범위의 사업을 강제적용대상으로 할 것인지, 또는 어떠한 범위의 사업을 적용제외대상으로 할 것인지는 입법자가 가지는 입법재량의 영역에 속하는 문제로서 그 기준이 현저하게 불합리하지 않는 한 헌법에 위반된다고 할 수 없다. 특히 이 사건 법률조항에 의하여 일정 범위의 사업을 적용대상에서 제외된 것은 위에서 본 산재보험의 특성상 사업규모와 산재발생률 등을 참작하여 현 단계에서 강제적 보험관계를 통한 재해보상 등의 필요성이 크지 않다는 합리적 판단에 기인한 것이라고 볼 수 있다.

따라서 이 사건 법률조항은 헌법 제32조 제3항의 규정에 위반된다고 볼 수 없다(헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 97-98 참조).

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구 중 이 사건 시행령조항에 대한 부분은 부적법하므로 이를 각하하고, 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

구 관세법 제33조의2 위헌소원

(2003. 7. 24. 2002헌바54 전원재판부)

【판시사항】

1. 구 관세법(1998. 12. 28. 법률 제5583호로 신설되고 2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전문개정되기 전의 것) 제33조의2(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)에서 규정하고 있는 해외임가공물품감세의 취지
2. 관세경감대상인 해외임가공물품을 재정경제부령으로 정하도록 위임한 이 사건 법률조항 중 ‘재정경제부령이 정하는 물품’ 부분이 포괄위임입법금지원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 법률조항에서 규정하고 있는 해외임가공물품감세제도는 국내에서 원재료·부분품을 해외로 수출하여 임가공한 후 이를 국내로 다시 수입하는 경우 당초 국내에서 수출한 원재료·부분품은 외국물품이라기보다는 내국물품으로서의 성격이 더 강할 뿐만 아니라, 국내기업이 외국기업과 동등한 조건으로 경쟁할 수 있도록 해외임가공물품에 대한 관세감면제도를 종래보다 확대하고자 하는 취지에서 도입된 제도이다.
2. 이 사건 법률조항의 입법목적을 고려하면 재정경제부령인 시행규칙에서 관세경감대상으로 규정될 물품은 “원재료·부분품을 수출하여 제조·가공한 후 수입”하는 물품 중에서 국내기업의 경쟁력 향상을 위해 필요한 경우에 국내임가공업체를 위촉시키거나 국내산업시설의 해외이전촉진으로 인한 국내산업의 공동화를 초래할 우려가 없고 해외임가공에 상당부분 의존하고 있는 경우로 한정될 것임은 이 사건 조항을 통해서 예측될 수 있다고 할 것이다.

재판관 김경일의 반대의견

이 사건 법률조항에서 문제되는 해외임가공물품, 즉 원재료·부분품을 수출하여 제조·가공한 후 수입하는 물품이란 것은 그 분야와 종류

에 있어서 너무나 다양하고 광범위할 뿐만 아니라 그러한 물품이 국내 산업에 미치는 영향 또한 천차만별일 것이기 때문에 국내임가공업체의 보호 등과 같은 막연하고 추상적인 입법취지만으로는 위임사항의 범위와 한계를 도출하기 곤란하고, 관세법의 체계나 관련규정들을 살펴보아도 이를 밝혀낼 수 없다.

【심판대상조문】

관세법(1998. 12. 28. 법률 제5583호로 신설되고 2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전문개정되기 전의 것) 제33조의2(해외임가공물품감세) 원재료 또는 부분품을 수출하여 재정경제부령이 정하는 물품으로 제조·가공한 후 수입할 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 그 관세를 경감할 수 있다.

【참조조문】

헌법 제38조, 제59조, 제75조, 제95조

관세법 제9조의3(과세가격의 결정원칙) ① 수입물품의 과세가격은 우리나라에 수출관대되는 물품에 대하여 구매자가 실제로 지급하였거나 지급하여야 할 가격에 다음 각호의 금액을 가산하여 조정한 거래가격으로 한다. 다만, 다음 각호의 금액을 가산함에 있어서는 객관적이고 수량화할 수 있는 자료에 근거하여야 하며, 이러한 자료가 없는 경우에는 이 조의 규정에 의한 방법으로 과세가격을 결정하지 아니하고, 제9조의4 내지 제9조의8의 규정에 의한 방법으로 과세가격을 결정한다.

1. 구매자가 부담하는 수수료 및 중개료. 다만, 구매수수료를 제외한다.
2. 당해 물품과 동일체로 취급되는 용기의 비용과 당해 물품의 포장에 소요되는 노동비 및 자재비로서 구매자가 부담하는 비용
3. 구매자가 당해 물품의 생산 및 수출거래를 위하여 무료 또는 인하 가격으로 직접 또는 간접으로 대통령령이 정하는 물품 및 용역을 공급하는 때에는 그 가격 또는 인하차액
4. 특허권·실용신안권·의장권·상표권 및 이와 유사한 권리를 사용하는 대가로 지급하는 것으로서 대통령령이 정하는 바에 따라 산출된 금액
5. 당해 물품의 수입후의 전매·처분 또는 사용에 따른 수익금액 중 판매자에게 직접 또는 간접으로 귀속되는 금액
6. 수입항까지의 운임·보험료 기타 운송에 관련되는 비용으로서 대통령령이 정하는 바에 따라 결정된 금액. 다만, 재정경제부령이 정하는 물품의 경우에는 이의 전부 또는 일부를 제외할 수 있다.

②~⑤ 생략

관세법시행규칙(1999. 3. 15. 재정경제부령 제68호로 신설되고 2000. 12. 30. 재정경제부

헌재 2003. 7. 24. 2002헌바54

령 제175호로 개정되기 전의 것) 제28조의2(해외임가공감면대상물품) 법 제33조의2의 규정에 의하여 관세를 감면하는 물품은 법 별표 관세율표 제85류에 해당하는 것으로 한다.

별표 관세율표 제85류

전기기와 그 부분품, 녹음기와 음성재생기·텔레비전의 영상 및 음성의 기록기와 재생기 및 이들의 부분품과 부속품

주 : 1.~6. 생략

【참조판례】

- 2. 헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525
- 헌재 1998. 7. 16. 96헌바52등, 판례집 10-2, 172
- 헌재 1994. 6. 30. 93헌가15등, 판례집 6-1, 576
- 헌재 1998. 2. 27. 95헌바59, 판례집 10-1, 103

【당 사 자】

청 구 인 한성방직주식회사

대표이사 이승국

대리인 법무법인 로고스

담당변호사 전만수

당해사건 부산고등법원 2001누4528 관세등부과처분취소

【주 문】

구 관세법(1998. 12. 28. 법률 제5583호로 신설되고 2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전문개정되기 전의 것) 제33조의2 중 “재정경제부령으로 정하는 물품” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인 한성방직주식회사는 국내회사로부터 폴리에스테르 단섬유(Polyester Staple Fiber)를 구매한 후 해외 임가공업체인 중국 산동성 소재 청도 제4방직창 등에 수출하여 폴리에스테르 단섬유사(Polyester Spun Yarn)를 생산하게 한 뒤 이를 다시 수입하여 판매하는 업체이다.

(2) 청구인은 1997. 8. 20.부터 2000. 4. 26.까지 그 이전에 위 (1)항과 같은

경로로 폴리에스테르 단섬유를 수출하여 해외임가공을 마친 다음 역수입한 폴리에스테르 단섬유사(이하 '이 사건 물품'이라 한다)의 수입신고를 하면서, 원재료인 폴리에스테르 단섬유의 원가는 산업하지 않은 채 임가공 소요비용만을 이 사건 물품의 과세가격으로 청구의 용당세관장, 부산세관장, 부산세관 사상출장소장에게 신고하고, 그에 따른 관세만을 납부하였다.

(3) 위 용당세관장, 부산세관장, 부산세관 사상출장소장은 2000. 7. 14. 이 사건 물품의 과세표준가격에 임가공 소요비용뿐만 아니라 청구인이 누락한 원재료(폴리에스테르 단섬유)의 수출신고가격까지 가산하여, 청구인에게 위 용당세관장은 합계 금 11,365,550원, 위 부산세관장은 합계 금 122,481,850원, 위 부산세관 사상출장소장은 합계 금 605,143,380원의 관세 등을 부과하였다.

(4) 이에 청구인은 2001. 3. 22. 부산지방법원에 과세표준가격에 원재료 수출가격까지 산입한 위 용당세관장 등의 관세등부과처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였으나(2001구2003호), 위 법원은 2001. 10. 10. 원고패소판결을 선고하였다. 그러자 청구인은 부산고등법원에 항소하였으며(2001누4528), 그 소송계속 중 구 관세법 제33조의2가 관세의 경감대상을 재정경제부령에 정하도록 위임하고 있는 것은 헌법상 포괄위임입법금지원칙과 조세법률주의에 위배된다고 주장하면서 위헌제청신청을 하였다. 위 법원이 2002. 5. 17. 청구인의 항소를 기각함과 동시에 위 위헌제청신청도 기각하자, 청구인은 2002. 6. 12. 구 관세법 제33조의2의 위헌확인을 구하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 구 관세법(1998. 12. 28. 법률 제5583호로 신설되고 2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전문개정되기 전의 것, 이하 '구 관세법'이라 한다) 제33조의2 중 "재정경제부령으로 정하는 물품" 부분(이하 '이 사건 조항'이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 규정내용 및 관련 조항의 내용은 다음과 같다.

구 관세법 제33조의2(해외임가공물품감세) 원재료 또는 부분품을 수출하여 재정경제부령이 정하는 물품으로 제조·가공한 후 수입할 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 그 관세를 경감할 수 있다.

구 관세법시행규칙(1999. 3. 15. 재정경제부령 제68호로 신설되고 2000. 12. 30. 재정경제부령 제175호로 개정되기 전의 것)

제28조의2(해외임가공감면대상물품) 법 제33조의2의 규정에 의하여 관세를

감면하는 물품은 범 별표 관세율표 제85류에 해당하는 것으로 한다.

구 관세법 [별표] 관세율표

제55류 인조스테인플섬유

제85류 전기기기와 그 부분품, 녹음기와 음성재생기·텔레비전의 영상 및 음성의 기록기와 재생기 및 이들의 부분품과 부속품

구 관세법 제9조의3(과세가격의 결정원칙) ① 수입물품의 과세가격은 우리나라에 수출판매되는 물품에 대하여 구매자가 실제로 지급하였거나 지급하여야 할 가격에 다음 각호의 금액을 가산하여 조정한 거래가격으로 한다. 다만, 다음 각호의 금액을 가산함에 있어서는 객관적이고 수량화할 수 있는 자료에 근거하여야 하며, 이러한 자료가 없는 경우에는 이 조의 규정에 의한 방법으로 과세가격을 결정하지 아니하고, 제9조의4 내지 제9조의8의 규정에 의한 방법으로 과세가격을 결정한다.

1. 내지 2. 생략

3. 구매자가 당해 물품의 생산 및 수출거래를 위하여 무료 또는 인하 가격으로 직접 또는 간접으로 대통령령이 정하는 물품 및 용역을 공급하는 때에는 그 가격 또는 인하차액

4. 내지 6. 생략

2. 청구인의 주장, 법원의 위헌제청신청 기각 이유 및 관계기관의 의견요지

가. 청구인의 주장

구 관세법 제33조의2는 관세 감면 대상 물품을 규정하면서 그 대상을 개별적, 구체적으로 한정하지 아니하고 포괄적으로 재정경제부령에 위임하고 있다. 이와 같이 구 관세법 제33조의2는 어떤 대상 물품에 대하여 감면할 것인지를 납세의무자가 예측하는 것을 불가능하게 하고, 감면 대상 물품의 선정에 있어서도 행정청의 자의에 의한 독단적인 판단이 가능하도록 규정하고 있어, 관세의 비과세대상을 정함에 있어 법률인 관세법이 최소한의 기준도 정하지 않은 채 모든 전권을 행정부에 부여함으로써 포괄위임금지라는 위임입법의 한계를 벗어난 것이다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각 이유

관세법의 입법목적에 비추어 보면, 이 사건 조항은 국내산업의 보호, 수입억제 및 국제수지 개선 등을 위하여 국가가 경제여건과 외국과의 정치적·경제적 관계, 국민경제상의 긴요성 등을 고려하여 관세의 감면여부 및 그 적용

대상을 정책적으로 결정하고자 하는 고려에서 규정된 것으로서, 이와 같은 감세 대상의 한정이 헌법상의 평등권을 침해한다거나 포괄위임금지라는 위임입법의 한계를 벗어나 조세법률주의에 위반되는 것으로 보이지 아니한다.

다. 재정경제부장관의 의견

(1) 구 관세법 제33조의2의 입법취지는 국내기업이 외국기업과 동등한 조건에서 경쟁할 수 있도록 하려는데 있으나, 이 경우 관세경감대상을 해외에서 임가공하는 물품 모두로 할 경우 국내 제조업체 및 임가공업체를 위축시킬 뿐만 아니라 국내 산업시설의 해외이전 촉진으로 일부 국내산업의 공동화를 초래할 우려가 있으므로, 국내 관련 산업의 여건, 외국과의 정치적·경제적 관계, 국민경제상 긴요성, 수출입의 동향 등 수시로 변화하는 다양한 현실을 반영하여 구체적인 감면대상을 재정경제부령에서 탄력적으로 정하도록 한 것이다.

(2) 구 관세법 제33조의2에서 감면의 대상을 “원재료 또는 부분품을 수출하여 제조·가공한 후 수입되는 물품”으로 구체적·개별적으로 한정하면서 그 범위 내에서 구체적으로 재정경제부령에 위임하고 있다. 그리고 재정경제부령으로 정하여질 사항은 국내 제조업체 및 임가공업체를 위축시키거나 국내 산업시설의 해외 이전 촉진으로 국내산업의 공동화를 초래할 우려가 없고 국민경제상 긴요성이 상대적으로 적은 물품으로 국한될 것임은 쉽게 예측할 수 있으므로 포괄위임입법금지원칙에 반하지 않는다.

3. 판 단

가. 구 관세법 제33조의2의 입법목적

종래에는 가공·수리할 목적으로 수출한 후 다시 수입되는 물품의 경우 수출물품과 수입물품이 동질성을 유지하여야 관세를 면제해오던 것을, 구 관세법 제33조의2는 해외임가공을 목적으로 원재료·부분품을 수출하여 제조·가공한 후 다시 수입하는 경우 수출물품과 수입물품이 동질성을 유지하지 않더라도 관세를 경감할 수 있도록 규정하고 있다. 이는 국내에서 원재료·부분품을 해외로 수출하여 임가공한 후 이를 국내로 다시 수입하는 경우 당초 국내에서 수출한 원재료·부분품은 외국물품이라기보다는 내국물품으로서의 성격이 더 강할 뿐만 아니라, 국내기업이 외국기업과 동등한 조건으로 경쟁할 수 있도록 해외임가공물품에 대한 관세감면제도를 종래보다 확대하고자 하는 취지에서 도입된 제도이다. 다만 이 경우 관세경감대상을 무제한 확대할 경우에는 국내임가공업체를 위축시키고 국내산업시설의 해외이전촉진으로 일부

국내산업의 공동화를 초래할 우려가 있으므로 현재 해외임가공에 상당부분을 의존하고 있는 일부품목부터 우선적으로 시행한 후 점차적으로 확대하여 국내산업에 미치는 영향을 최소화하는 방안으로 운용할 필요가 있는바, 이 사건 조항은 국내 관련 산업의 여건, 외국과의 정치적·경제적 관계, 국민경제상 긴요성, 수출입의 동향 등 수시로 변화하는 다양한 현실을 반영하여 구체적인 감면대상을 재정경제부령에서 탄력적으로 정하도록 하고 있다.

나. 이 사건 조항의 포괄위임입법금지원칙 위배 여부

이 사건의 쟁점은 관세 경감의 대상이 되는 “재정경제부령이 정하는 물품”이라는 규정형식이 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지 여부이다.

(1) 위임입법의 한계

헌법은 제38조에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다”라고 규정하고, 제59조에서 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다”라고 규정하여 조세법률주의를 선언하고 있다. 그러나 이러한 조세법률주의에도 불구하고 사회현상의 복잡·다기화와 국회의 전문적·기술적 능력의 한계 및 시간적 적응능력의 한계로 인하여 조세부과에 관련된 모든 법규를 예외 없이 형식적인 법률에 의하여 규정한다는 것은 사실상 불가능할 뿐만 아니라 실제에 적합하지도 아니하기 때문에, 경제현실의 변화나 전문적 기술의 발달에 즉시 대응하여야 할 필요 등 부득이한 사정이 있는 경우에는 법률로 규정하여야 할 사항에 관하여 국회 제정의 형식적 법률보다 더 탄력성이 있는 행정입법에 위임하는 것이 허용된다(헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525, 532-533; 1998. 7. 16. 96헌바52등, 판례집 10-2, 172, 196 참조).

이에 따라 헌법 제75조는 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다고 규정하며, 제95조는 국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다고 규정하여 위임입법의 근거를 마련하는 한편, 이와 같이 입법을 위임할 경우에는 법률에 미리 대통령령 등으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정하여 둬으로써 행정권에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행을 할 수 없도록 하고 있다. 여기서 구체적으로 범위를 정하여라 함은 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 법률에 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 특정법조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다. 그리고 이와 같은 위임의 구체성·명확성의 요구정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화될 수 있으며(헌재 1994. 6. 30. 93헌가15등, 판례집 6-1, 576, 584-586, 588-589; 헌재 1998. 2. 27. 95헌바59, 판례집 10-1, 103, 111-112 참조), 또한 국민에게 수혜적인 법규에서도 이러한 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화될 수 있다고 할 것이다.

(2) 이 사건 조항이 위임입법의 한계를 넘었는지 여부

해외의 기업에 가공을 맡기는 해외입가공무역은 위탁가공무역이라고도 불리는데, 이는 외국에서 가공(제조, 조립, 재생, 개조를 포함)할 원료의 전부 또는 일부를 거래 상대방에게 수출하거나 외국에서 조달하여 이를 가공한 후 가공물품을 수입하거나 외국으로 인도하는 수출입을 말한다(대외무역관리규정, 산업자원부고시 제2003-20호 제1-0-2조 제6호 참조). 따라서 해외입가공무역의 형태는 원료를 해외입가공기업에게 수출하는지 아니면 외국에서 조달하는지, 가공 후 가공물품을 국내로 수입하는지 혹은 외국으로 인도하는지에 따라 구분되어 질 수 있다. 이 중에서 관세의 부과와 관련하여 문제되는 것은 원료를 국내에서 수출하거나 혹은 외국에서 조달하여 이를 가공한 후 가공물품을 수입하는 경우이다.

그런데 이 사건 조항은 국내기업의 경쟁력 향상이라는 목적에서 이러한 해외입가공무역에 의한 물품 중 관세경감대상을 “원재료·부분품을 수출하여 제조·가공한 후 수입하는 물품”으로 한정된 뒤 그 범위 내에서 개별적인 관세경감대상을 재정경제부령으로 정하도록 위임하고 있으므로 관세경감대상의 주요 범위를 이미 법률에서 확정하고 있다.

그리고 위에서 살펴본 구 관세법 제33조의2의 입법목적은 고려하면 재정경제부령인 시행규칙에서 관세경감대상으로 규정될 물품은 “원재료·부분품을 수출하여 제조·가공한 후 수입”하는 물품 중에서 국내기업의 경쟁력 향상을 위해 필요한 경우에 국내입가공업체를 위촉시키거나 국내산업시설의 해외이전축진으로 인한 국내산업의 공동화를 초래할 우려가 없고 해외입가공에 상

당부분 의존하고 있는 경우로 한정될 것임은 이 사건 조항을 통해서 예측될 수 있다고 할 것이다. 더구나 이 사건 조항은 일반 국민을 대상으로 하는 규정이 아니라 해외임가공업자에 대하여 적용되는 규정으로서 이들은 국내 관련 산업의 여건, 수출입의 동향 등 수시로 변화하는 다양한 현실에 늘 관심을 가지고 대응할 필요가 있으므로 해외임가공물품 감세제도의 취지에 따라 한정될 관세경감대상에 대하여 충분한 예측가능성을 가지고 있다 할 것이다. 또한 재정경제부령에 규정될 내용이 위와 같은 요건을 갖춘 물품으로 한정하여 경감대상이 될 것임이 예측될 수 있는 이상 행정청에 의한 자의적 입법 가능성은 크지 않다고 보여진다.

아울러 이 사건 조항의 경우 국내기업의 경쟁력 향상이라는 입법취지를 도모하면서 국내산업에 미치는 영향을 최소화하기 위해서는 관세경감대상이 되는 해외임가공물품을 국내산업 여건의 변화에 따라 융통성 있게 정할 수 있도록 재정경제부령에 위임하는 것이 합리적이며, 이 사건 조항은 관세경감의 혜택을 주는 수혜적인 규정으로서 위임의 구체성·명확성의 요구 정도가 국민의 기본권을 직접적으로 제한할 소지가 있는 법규보다는 완화된다고 할 것인데, 구 관세법 제33조의2가 관세경감대상, 관세경감비율 등에 대한 근거를 두고 세부사항의 규정을 하위법규에 위임하고 있으며 이 사건 조항의 위임에 의해 재정경제부령에 규정될 관세경감대상이 위에서 본 바와 같이 한정되느냐는 점에서 위임의 구체성·명확성 요건이 충족되었다고 볼 수 있다.

그렇다면 이 사건 조항은 포괄위임입법을 금지하는 헌법 제75조를 벗어난 것이라 볼 수 없다.

4. 결 론

이상의 이유로 이 사건 조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 김경일의 아래 5.와 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관 전원의 의견일치에 의한 것이다.

5. 재판관 김경일의 반대의견

이 사건 조항은 구체적으로 범위를 정하지 아니한 채 입법사항을 포괄적으로 재정경제부령에 위임한 것이어서 헌법 제75조에 규정된 포괄위임입법금지 원칙에 위배된다고 생각하므로 반대의견을 개진한다.

가. 다수의견은 해외임가공무역의 형태 중 관세의 부과와 관련하여 문제되는 것은 원재료를 수출하거나 외국에서 조달하여 이를 제조·가공한 후 수입하는 경우인데, 이 사건 조항은 이러한 해외임가공무역에 의한 물품 중 관세

경감대상을 “원재료·부분품을 수출하여 제조·가공한 후 수입하는 물품”으로 한정하고 있으므로 이미 법률에서 관세경감대상의 주요 범위를 확정하고 있는 것으로 보고 있다. 물론 이 사건 조항의 반대해석상 원재료를 외국에서 조달하는 형태의 해외임가공무역에 의한 물품이 관세경감대상에 해당하지 아니함을 알 수 있는 것은 분명하다. 그러나 이 사건 조항이 포괄위임에 해당하는지에 관련하여 보다 본질적으로 문제되는 것은 원재료를 수출하여 제조·가공한 후 다시 국내로 수입하는 형태의 해외임가공물품 중에서 어떤 물품에 대하여 관세를 경감할 것인지에 관하여 과연 이 사건 조항에서 구체적으로 범위를 정하여 재정경제부장관에게 위임한 것으로 볼 수 있는가 하는 점이다. 원재료를 외국에서 조달하는 형태의 해외임가공물품이 제외되고 있다는 점만으로 관세경감대상의 주요 범위를 이미 법률에서 확정하고 있다고 보는 다수의 의견은 이 사건 조항에서 문제되는 포괄위임의 쟁점을 제대로 직시하지 않은 것이라고 생각한다.

나. 이 사건 조항의 입법취지를 설사 다수의견이 보는 바와 같이 국내임가공업체의 보호, 산업시설의 해외이전으로 인한 국내산업의 공동화 방지 등으로 확정할 수 있다고 하더라도, 그러한 입법취지를 감안하는 것만으로는 재정경제부령에서 정해질 물품의 범위를 예측하기는 매우 어렵다고 생각한다. 이 사건 조항에서 문제되는 해외임가공물품, 즉 원재료·부분품을 수출하여 제조·가공한 후 수입하는 물품이란 것은 그 분야와 종류에 있어서 너무나 다양하고 광범위한 뿐만 아니라 그러한 물품이 국내산업에 미치는 영향 또한 천차만별일 것이기 때문이다. 국내임가공업체의 보호 등과 같은 막연하고 추상적인 입법취지만으로는 위임사항의 범위와 한계를 도출하기 곤란하고, 관세법의 체계나 관련규정들을 살펴보아도 이를 밝혀낼 수 없다. 그럼에도 불구하고 이 사건 조항은 아무런 판단의 기준을 제시함이 없이 단순히 재정경제부장관이 정하도록 방치하고 있기 때문에, 설사 재정경제부장관이 선의로 이 입법취지를 존중하여 경감대상을 정하려 할 경우에도 구체적 기준과 한계를 제시받지 못한 관계로 결국엔 스스로의 임의적 판단에 따를 수 밖에 없을 것이며, 하물며 이 사건 조항의 적용을 받는 해외임가공업자로서는 더더욱 아무런 예측가능성을 제공받지 못한다.

(실제로 이 사건 조항의 위임을 받은 구 관세법시행규칙은 해외임가공감면 대상물품을 ‘구 관세법 별표 관세율표 제85류에 해당하는 것’이라고 정하고 있는바, 이에 의하면 감면물품은 “전기기와 그 부분품, 녹음기와 음성재생

기·텔레비전의 영상 및 음성의 기록기 및 이들의 부분품과 부속품”에 국한된다. 그런데 무수한 해외입가공물품 가운데 유독 위 제85류 물품들만 다수의 견이 제시하는 입법취지에 부합한다고 보기는 도저히 어렵고 달리 이 물품에만 한정하여 경감하는 합리적 기준이 과연 무엇인지 알 도리가 없다.)

다. 물론 이 사건 조항이 규율하는 법률관계의 성격은 국내산업 여건의 변화에 따라 탄력적인 대처가 필요하다는 점을 부인하지는 않는다. 설사 그렇다 하더라도 입법자로서는 국내입가공업체의 보호 등을 위하여 관세의 경감이 필요한 해외입가공물품의 분야·종류 또는 특성에 관하여 최소한의 기준을 스스로 정립한 다음 나머지 세부적인 사항에 대하여 위입입법을 하여야 하는 것이지, 이 사건 조항과 같은 백지위입의 입법형식을 취함으로써 해외입가공물품에 관한 관세경감 여부의 판단권을 전적으로 행정부의 재량에 맡겨서는 아니될 것이다.

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

장애인고용촉진및직업재활법

제24조 제1항 단서 위헌소원

(2003. 7. 24. 2002헌바82 전원재판부)

【판시사항】

1. 장애인고용의무를 그대로 적용하기 어려운 업종에 대해서는 노동부장관이 정하는 적용제외율에 따라 근로자의 총수에서 일정 수의 근로자를 제외할 수 있도록 규정한 장애인고용촉진및직업재활법 제24조 제1항 단서규정(이하, “이 사건 법률조항”이라 한다)의 입법목적
2. 이 사건 법률조항이 포괄위임금지의 원칙에 위반되는지의 여부(소극)
3. 법률의 명확성원칙과 포괄위임금지의 원칙의 관계
4. 위임의 명확성에 대한 요구의 정도를 판단하는 기준

【결정요지】

1. 장애인을 고용하더라도 업종에 따라 업무에 크게 지장을 받지 않는 업종과 그렇지 않은 업종이 있을 것이고, 그럼에도 일정수 이상의 근로자를 고용하는 모든 사업주에게 일률적으로 의무고용률을 적용한다면, 업종의 성격에 따라 사업주가 져야하는 부담의 정도가 매우 상이하므로, 장애인을 고용하는 경우 업무의 효율에 있어서 현저한 불리함이 있다고 판단되는 업종에 대해서는 장애인고용의무를 어느 정도 완화, 경감시키고자 하는 것이 바로 이 사건 법률조항의 입법목적인 것이다.
2. 이 사건 법률조항에서 입법자가 직접 규정한 내용만 가지고서도 그 입법목적으로부터 노동부장관이 정할 내용의 대강을 충분히 예측할 수 있고, 이 사건 법률조항이 내포하는 불명확성은 규율대상이 지극히 전문적·기술적인 문제이고 규율대상이 포함하는 사실관계가 매우 광범위하고 다양하다는 규율대상의 특성에 의하여 정당화되는 것이므로, 입법위임의 명확성을 요청하는 헌법 제75조에 위반되지 않

는다.

3. 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정함으로써 위임입법의 근거를 마련함과 동시에 입법권의 위임은 “구체적으로 범위를 정하여” 하도록 하여 입법위임의 명확성을 요구하고 있다. 헌법 제75조는 행정부에 입법을 위임하는 수권법률의 명확성원칙에 관한 것으로서, 법률의 명확성원칙이 행정입법에 관하여 구체화된 특별규정이다. 법률의 명확성원칙은 ‘법률의 수권은 그 내용, 목적, 범위에 있어서 충분히 확정되고 제한되어 있어서 국민이 행정의 행위를 어느 정도 예측할 수 있어야 한다’는 것을 의미한다.

4. 수권법률의 명확성의 정도에 대한 요구는 일반적으로 확정될 수 있는 성질의 것이 아니라, ‘규율하고자 하는 생활영역이 입법자로 하여금 어느 정도로 상세하고 명확하게 규정하는 것을 가능하게 하는가’ 하는 규율대상의 특수성 및 수권법률이 당사자에 미치는 규율 효과에 따라 다르다.

다양한 형태의 사실관계를 규율하거나 규율대상인 사실관계가 상황에 따라 자주 변화하리라고 예상된다면 규율대상인 사실관계의 특성을 고려하여 명확성에 대하여 엄격한 요구를 할 수 없다. 한편, 법률에 의한 기본권제한의 효과가 중할수록, 법률의 명확성에 대하여 보다 엄격한 요구를 해야 한다. 따라서 위임에 의하여 제정된 행정입법이 국민의 기본권을 침해하는 성격이 강할수록 보다 명확한 수권이 요구되며, 침해적 행정입법에 대한 수권의 경우에는 급부적 행정입법에 대한 수권의 경우보다 그 수권이 보다 명확해야 한다.

【심판대상조문】

장애인고용촉진및직업재활법(2001. 1. 29. 법률 제6400호로 개정되기 전의 것) 제24조 (사업주의 장애인고용의무) ① 대통령령이 정하는 일정수이상의 근로자를 고용하는 사업주는 그 근로자의 총수의 100분의 5의 범위 안에서 대통령령이 정하는 비율(이하 “의무고용률”이라 한다)이상에 해당(그 수에 1인 미만의 단수가 있을 경우에는 그 단수는 버린다)하는 장애인을 고용하여야 한다. 다만, 장애인을 고용하기 어렵다고 인정하는 직종의 근로자가 상당한 비율을 차지하는 업종에 대하여는 노동부장관이 위원회의 심의를 거쳐 정하는 적용제외율에 해당하는 근로자의 수(그 수에 1인 미만의 단수가 있을 경우에는 그

단수는 버린다)를 그 근로자의 총수에서 제외할 수 있다.

② 생략

【참조조문】

헌법 제75조

장애인고용촉진및직업재활법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “장애인”이라 함은 신체 또는 정신상의 장애로 인하여 장기간에 걸쳐 직업생활에 상당한 제약을 받는 자로서 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 자를 말한다.

2.~8. 생략

장애인고용촉진및직업재활법 제6조(장애인고용촉진 및 직업재활기본계획 등) ①, ② 생략

③ 제1항의 기본계획 및 장애인의 고용촉진 및 직업재활에 관한 중요사항을 심의하게 하기 위하여 노동부에 장애인고용촉진위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

④~⑥ 생략

장애인고용촉진및직업재활법 제23조(국가 및 지방자치단체의 장애인고용의무) ① 국가 및 지방자치단체의 장은 장애인을 소속공무원 정원의 100분의 2 이상 고용하여야 한다.

②~⑥ 생략

장애인고용촉진및직업재활법 제24조(사업주의 장애인고용의무) ① 생략

② 제1항의 규정에 불구하고 특정한 장애인의 능력에 적합하다고 인정되는 직종에 대하여는 그 고용하여야 할 비율을 대통령령으로 따로 정할 수 있다. 이 경우 그 비율은 의무 고용률로 보지 아니한다.

장애인고용촉진및직업재활법시행령 제21조(국가 및 지방자치단체의 장애인고용의무 적용 제외) 법 제23조 제4항의 규정에 의하여 장애인고용의무 규정을 적용 받지 아니하는 국가 및 지방자치단체의 공무원의 범위는 별표 1과 같다.

[별표 1] 국가 및 지방자치단체의 장애인 고용의무 적용 제외 공무원(제21조관련)

1. 국가공무원법 제2조 제2항 제1호 및 지방공무원법 제2조 제2항 제1호의 규정에 의한 일반직공무원중 다음 각호에 해당하는 직렬의 공무원

가. 1급 내지 9급공무원 중 공안·광공업·농림수산·물리·교통(교통직렬 제외)·시설·정보통신(전산직렬 제외)직군의 전체직렬

나. 연구직공무원중 학예·광공업·농림수산·물리직군의 전체직렬

다. 지도직공무원중 농림수산직군의 전체 직렬

2. 국가공무원법 제2조 제2항 제2호 및 지방공무원법 제2조 제2항 제2호의 규정에 의한 특정직공무원

3. 국가공무원법 제2조 제2항 제3호 및 지방공무원법 제2조 제2항 제3호의 규정에 의한 기능직공무원중 다음 각목에 해당하는 직렬의 공무원

- 가. 사무보조분야를 제외한 철도현업 직렬
- 나. 계리 및 사무보조분야를 제외한 정보통신현업 직렬
- 다. 토건·기계·화공·선박·농림 및 방호직군의 전체 직렬
- 라. 통신·전화수리 및 전기 직렬
- 4. 국가공무원법 제2조 제3항 제1호 및 지방공무원법 제2조 제3항 제1호의 규정에 의한 정무직공무원
- 5. 국가공무원법 제2조 제3항 제2호의 규정에 의한 별정직공무원 중 가목 내지 다목에 해당하는 공무원
- 6. 국가공무원법 제2조 제3항 제4호 및 지방공무원법 제2조 제3항 제4호의 규정에 의한 고용직공무원 중 이 표의 제3호에 해당하는 기능직공무원과 동일 직무를 수행하는 고용직공무원
- 7. 국회인사규칙 제4조 제1항의 규정에 의한 일반직공무원 중 다음 각호에 해당하는 직렬의 공무원
 - 가. 경위 직렬
 - 나. 공업·정보통신(전산직렬 제외)·시설 및 농림직군의 전체직렬
- 8. 국회인사규칙 제4조 제3항의 규정에 의한 기능직공무원 중 전화수리·전기 및 기계 직렬 공무원
- 9. 법원공무원규칙 제4조 제1항의 규정에 의한 일반직공무원 중 다음 각호에 해당하는 직렬 및 직류의 공무원
 - 가. 법원사무 직렬 중 조사사무 직류, 법정경위 직렬
 - 나. 통역·시설 및 공업직군의 전체 직렬
- 10. 법원공무원규칙 제4조 제2항의 규정에 의한 기능직공무원 중 다음 각목에 해당하는 직렬 및 직류의 공무원
 - 가. 사무보조 직렬 중 정리 직류
 - 나. 시설·공업·원에 및 방호직군의 전체 직렬
 - 다. 전화수리 직렬
- 11. 위 각호의 공무원외에 관계부처와 협의하여 노동부장관이 정하는 직렬 또는 직류·직무분야 및 직급 등에 해당하는 공무원

장애인고용촉진및직업재활법시행령 제23조(적용대상 사업주의 범위) ① 법 제24조 제1항의 규정에 의하여 장애인을 고용하여야 할 의무가 있는 사업주는 상시 300인 이상의 근로자를 고용하는 사업주(운전사가 딸린 건설장비임대업을 제외한 건설업에 있어서는 공사실적액이 매년 노동부장관이 정하여 고시하는 금액 이상인 사업주)로 한다.

②, ③ 생략

장애인고용촉진및직업재활법시행령 제24조(사업주의 의무고용률) 법 제24조 제1항의 규정에 의하여 사업주가 고용하여야 할 장애인 상시근로자 의무고용률은 100분의 2로 한다. 다만, 사업주가 법 제8조 제2항 제3호의 규정에 의한 장애인직업재활시설을 직접 설치·운영하는 경우에 이 시설의 장애인근로자는 사업주가 고용하여야 하는 장애인수에

포함한다.

장애인고용촉진및직업재활법시행령 제25조(특정장애인의 고용비율 등) 법 제24조 제2항의 규정에 의하여 특정한 장애인의 능력에 적합하다고 인정되는 직종과 이에 해당하는 특정장애인의 범위 및 고용비율은 별표 2와 같다.

[별표 2] 특정장애인의 직종·범위 및 고용비율(제25조관련)

특정직종	특정장애인의 범위 및 고용비율	비 고
안 마 사	1. 장애인복지법시행령 제2조의 규정에 의한 장애인기준에 해당하는 장애인중 장애정도가 심한 장애인으로서 노동부령이 정하는 장애등급에 해당하는 시각장애인(안마사의 자격을 가진 자에 한한다) : 100분의 70 이상 2. 장애인복지법시행령 제2조의 규정에 의한 장애인기준에 해당하는 장애인중 제1호의 규정에 의한 장애등급을 제외한 장애등급에 해당하는 시각장애인(안마사의 자격을 가진 자에 한한다) : 100분의 30 이하	특정장애인 고용비율을 적용하여 산출된 수에 1인 미만의 단수가 있을 경우에 그 단수는 버린다.

【참조판례】

헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11

【당 사 자】

청 구 인 동신기술개발주식회사

대표이사 최귀열

대리인 변호사 오수원

당해사건 광주고등법원 2002누591 장애인고용부담금부과처분취소

【주 문】

장애인고용촉진및직업재활법 제24조 제1항 단서는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1976. 12. 29. 감리업을 주요목적으로 하여 설립된 이래 공공측량업 및 감리전문회사의 등록을 마치고 위 업무를 수행하고 있는 회사이다.

한국장애인고용촉진공단은 청구인에게 장애인고용의무 사업주에 해당하는지 여부를 확인하기 위하여 장애인고용촉진및직업재활법 제66조 제1항의 규정에 의하여 장애인고용의무사업조사에 필요한 임금대장 및 장애인 근로자근무사실 등에 대한 자료를 요구하였으나 정당한 자료를 제출하지 아니하자, 청구인이 신고한 고용보험 및 산재보험 1997년도, 1998년도, 1999년도 확정보험료보고서상의 월별 상시근로자수를 토대로 2000. 8. 27. 위 법 제24조, 제27조 등에 의하여 청구인에게 1997년도, 1998년도, 1999년도의 각 장애인고용부담금, 가산금, 연체금의 합계 금 62,579,400원을 부과하였다.

이에 청구인은 광주지방법원에 위 공단을 상대로 위 처분의 취소를 구하는 소송(2001구1641)을 제기하였으나 패소하였고, 광주고등법원에 항소(2002누591)한 후 장애인고용촉진및직업재활법 제24조 제1항 단서에 대하여 위 규정이 포괄위임금지의 원칙에 위반된다는 이유로 위헌여부심판의 제청신청(2002아9)을 하였으나 위 법원이 2002. 9. 12. 이를 기각하자, 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 2002. 9. 26. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 장애인고용촉진및직업재활법(이하 “법”이라 한다) 제24조 제1항 단서(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)가 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 규정 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

(1) 장애인고용촉진및직업재활법

제24조(사업주의 장애인고용의무) ① 대통령이 정하는 일정수 이상의 근로자를 고용하는 사업주는 그 근로자의 총수의 100분의 5의 범위 안에서 대통령이 정하는 비율(이하 “의무고용률”이라 한다) 이상에 해당(그 수에 1인 미만의 단수가 있을 경우에는 그 단수는 버린다)하는 장애인을 고용하여야 한다. 다만, 장애인을 고용하기 어렵다고 인정하는 직종의 근로자가 상당한 비율을 차지하는 업종에 대하여는 노동부장관이 위원회의 심의를 거쳐 정하는 적용제외율에 해당하는 근로자의 수(그 수에 1인 미만의 단수가 있을 경우에는 그 단수는 버린다)를 그 근로자의 총수에서 제외할 수 있다.

② 제1항의 규정에 불구하고 특정한 장애인의 능력에 적합하다고 인정되는 직종에 대하여는 그 고용하여야 할 비율을 대통령령으로 따로 정할 수 있다.

이 경우 그 비율은 의무고용률로 보지 아니한다.

제27조(장애인고용부담금의 납부 등) ① 의무고용률에 미달하는 장애인을 고용하는 사업주는 대통령령이 정하는 바에 의하여 매년 노동부장관에게 장애인고용부담금(이하 “부담금”이라 한다)을 납부하여야 한다.

② 내지 ⑨ 생략

제28조(가산금 및 연체금의 징수) ① 노동부장관은 제27조 제6항 및 제7항 규정에 의하여 부담금을 징수하는 때에는 대통령령이 정하는 경우를 제외하고는 사업주가 납부하여야 할 부담금에 대하여 100분의 10에 상당하는 금액을 가산금으로 징수한다.

② 생략

(2) 장애인고용촉진및직업재활법시행령

제23조(적용대상 사업주의 범위) ① 법 제24조 제1항의 규정에 의하여 장애인을 고용하여야 할 의무가 있는 사업주는 상시 300인 이상의 근로자를 고용하는 사업주(운전사가 딸린 건설장비임대업을 제외한 건설업에 있어서는 공사실적액이 매년 노동부장관이 정하여 고시하는 금액 이상인 사업주)로 한다.

② 및 ③ 생략

제24조(사업주의 의무고용률) 법 제24조 제1항의 규정에 의하여 사업주가 고용하여야 할 장애인 상시근로자 의무고용률은 100분의 2로 한다. 다만, 사업주가 법 제8조 제2항 제3호의 규정에 의한 장애인직업재활시설을 직접 설치·운영하는 경우에 이 시설의 장애인근로자는 사업주가 고용하여야 하는 장애인수에 포함한다.

제25조(특정장애인의 고용비율 등) 법 제24조 제2항의 규정에 의하여 특정한 장애인의 능력에 적합하다고 인정되는 직종과 이에 해당하는 특정장애인의 범위 및 고용비율은 별표 2와 같다.

2. 청구인의 주장 및 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 이 사건 법률조항이 노동부장관으로 하여금 정하도록 위임한 ‘적용제외율’은 부담금납부 업종의 범위를 결정하는데 필수적 요소로서 국민의 재산권과 관련된 중요한 사안이므로, 부담금을 부과할 업종에서 제외할 수 있는 ‘적용제외율’은 법률에서 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어야 한다.

(2) 설사 장애인을 고용하기 어렵다고 인정되는 업종·규모 및 숫자 등이

매우 다양하고 수시로 변화하기 때문에 업종별 제외율과 관련된 세부적 사항의 결정을 법률보다 더 탄력적인 행정입법에 위임할 필요성이 있다 하더라도, 위임하는 경우에는 위임입법의 한계를 규정한 헌법의 정신에 비추어 법률 자체에서 적어도 적용할 업종의 대강을 정하고, 제외율을 정하는 기준이나 비율의 상한을 정해야 한다.

(3) 그런데 이 사건 법률조항은 제외할 업종이나 그 제외율을 스스로 정하지 아니하였을 뿐만 아니라 그 방법의 대강이나 비율을 정하는 기준 등을 전혀 규정하지 아니한 채 노동부장관에게 포괄적으로 위임하고 있으므로, 헌법 제75조에 위반된다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유

(1) 이 사건 법률조항은 장애인고용의무의 예외가 될 업종을 “장애인을 고용하기 어렵다고 인정되는 직종의 근로자가 상당한 비율을 차지하는 업종”이라고 하여 적용제외율이 적용되는 업종에 관한 기본적인 사항을 규정하고 있어, 그 자체로부터 노동부령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있다.

(2) 비록 적용제외율 자체를 규정하지는 않았지만 위원회의 심의를 거쳐 정하도록 규정함으로써 노동부장관에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행을 방지할 수 있다.

(3) 적용제외율이 적용되는 업종을 정하는 기준이나 적용제외율 자체를 정하는 것은 지극히 다양하고 수시로 변화하는 성질의 것이고, 고도로 전문적이고 기술적일 뿐만 아니라 입법기술상 지극히 세부적, 기술적, 가변적 사항이어서 이를 형식적 법률로 규정하는 것은 부적절하다는 점에서, 이 사건 법률조항이 적용제외율이 적용되는 업종이나 적용제외율 자체에 관하여 보다 구체적이고 명확하게 규정하지 않았다고 하여 위임입법의 한계를 규정한 헌법 제75조에 위반된다고 볼 수 없다.

다. 한국장애인고용촉진공단이사장의 의견

헌법 제75조의 ‘포괄위임금지’의 취지는 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 경우와 같이 국민에게 부담을 주는 입법을 규제하는데 있으므로, 이 사건 법률조항과 같이 사업주의 부담을 완화·경감하는 사항까지 포괄위임금지의 원칙이 적용되는 것은 아니다.

그 외의 주장에 관하여는 위 법원의 위헌제청신청 기각이유와 대체로 같다.

3. 판 단

가. 장애인고용의무에 관한 관련규정

(1) 국가와 지방자치단체의 장애인고용의무와 관련하여 법 제23조 제1항은 국가와 지방자치단체의 장애인에게 소속 공무원 정원의 2% 이상을 고용해야 할 의무를 부과하면서, 제4항에서 ‘직무의 성격상 장애인의 근무가 부적합한 직 무분야·직종 등에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 따라 이를 적용하지 아니할 수 있다’고 하여 적용배제의 가능성을 언급하고 있다. 시행령 제21조 및 별표 1에서 장애인고용의무 규정의 적용을 받지 아니하는 공무원의 범위를 정하고 있다.

(2) 사업주의 장애인고용의무와 관련해서는 법 제24조 제1항 본문에서 대통령령이 정하는 일정수 이상의 근로자를 고용하는 사업주에게 근로자의 총 수의 100분의 5의 범위 안에서 대통령령이 정하는 비율 이상에 해당하는 장애인을 고용해야 할 의무를 부과하면서, 단서규정에서 개별 기업체의 업무상 특성을 고려하여 장애인을 고용하기 어렵다고 인정되는 업종의 경우에는 노동부장관이 정하는 적용제외율에 해당하는 근로자의 수를 근로자의 총수에서 제외할 수 있도록 규정하고 있다. 시행령은 법 제24조의 위임에 의하여 장애인고용의무가 적용되는 사업주의 범위를 ‘상시 300인 이상의 근로자를 고용하는 사업주’로(제23조 제1항), 사업주의 의무고용률을 ‘100분의 2’로(제24조 제1항) 각 규정하고 있다.

법 제24조 제2항은 특정한 장애인의 능력에 적합하다고 인정되는 직종에 대하여는 고용비율을 따로 정하도록 대통령령에 위임하고 있고, 시행령 제25조 및 별표 2는 위 법률규정의 위임에 따라 직종 및 고용비율을 정하고 있다.

나. 이 사건 법률조항의 법적 의미

(1) 이 사건 법률조항은 법 제24조 제1항 본문의 장애인고용의무를 그대로 적용하기 어려운 업종에 대해서는 노동부장관이 장애인고용촉진위원회(법 제6조 제3항)의 심의를 거쳐 정하는 적용제외율에 따라 근로자의 총수에서 적용제외의 대상이 되는 일정 수의 근로자를 제외할 수 있도록 규정하고 있다.

이로써 이 사건 법률조항은 ‘법 제24조 제1항 본문의 장애인고용의무의 적용이 부분적으로 제외되는 업종이 무엇인지’ 그리고 ‘그러한 업종에 해당하는 경우 어떠한 비율에 의하여 적용이 제외되는지’에 관하여 직접 법률로써 규정하지 아니하고 그에 관한 규율을 노동부장관에게 위임하고 있다.

(2) 노동부장관은 이 사건 법률조항과 동일한 규정인 구 장애인고용촉진등에관한법을 제35조 제1항의 위임에 근거하여 1991. 10. 21. 사업주의 장애인고용의무에 대한 업종별제외율을 노동부고시(제91-66호)로 정하였는데, 위 고

시의 규정내용은 별표에서 업종별로 적용제외율을 정하고 있는 “업종별제외율”과 “적용상 유의사항”으로 나뉘어진다.

위 고시 “적용상 유의사항”에서는 업종별제외율은 각 사업장별로 그 주된 사업(업종)의 종류에 따라 적용되며(가.), 사업의 종류는 개정 한국표준산업분류(통계청고시 제91-1호)에 의거하여 사업장의 주된 최종산출물, 완성품, 제공되는 서비스의 주내용에 따라 분류함을 원칙으로 하고(다.), 하나의 사업(업종)에 대하여는 하나의 제외율이 적용되며 하나의 사업주가 동일한 사업장에서 두 가지 이상의 사업의 종류에 해당하는 사업을 행하고 있을 때에는 종사하는 근로자가 가장 많은 사업을 그 사업장의 사업으로 보며(라.), 장애인 고용의무인원은 근로자의 총수에서 위 고시에 의한 적용제외근로자의 수를 뺀 근로자의 수에 기준고용률을 곱하여 산출된 근로자의 수가 된다(아.)는 내용의 적용상 구체적 지침을 담고 있다.

예를 들자면, 1000명의 근로자를 고용하는 사업장에서 그 사업장의 업종이 ‘석탄광업’에 해당하는 경우, 위 고시 별표에 의하여 석탄광업은 100분의 75의 업종별제외율을 적용받게 되므로, 1000명(근로자 총수)에서 적용제외의 대상이 되는 750명($1000 \times$ 업종별제외율)을 제외한 나머지 250명에 대하여 현재의 의무고용률인 2%를 곱하여 산출된 근로자의 수인 5명이 장애인 고용의무인원이 되는 것이다. 이에 따라 위 사업장의 경우, 만일 석탄광업의 업종이 업종별제외율의 적용을 받지 못한다면 사업주는 근로자 총수인 1000명의 2%에 해당하는 20명의 장애인을 의무적으로 고용해야 하지만, 이 사건 법률조항으로 인하여 업종별제외율의 적용을 받는 경우에는 위에서 본 바와 같이 단지 5명만을 고용하면 법이 정한 의무를 이행하게 되는 것이다.

(3) 이 사건 법률조항은 장애인을 고용하기 어려운 업종의 업무특수성을 고려하여 그러한 업종의 사업주에게는 법이 부과하는 장애인고용의무로부터 발생하는 가혹함이나 과중한 부담을 덜어주고자 의도한 것이다. 이 사건 법률조항에 의하여 법 제24조 제1항 본문에 의하여 장애인고용의무가 부과되는 사업주의 범위가 결정되거나 변화하는 것이 아니라, 일정수 이상의 근로자를 고용하는 사업주는 이미 법 제24조 제1항 본문에 의하여 원칙적으로 장애인고용의무가 부과되지만, 다만 사업장의 업종이 이 사건 법률조항에서 정한 바와 같이 장애인을 고용하기 어려운 업종에 속하는 경우에는 사업주의 장애인고용의무가 경감될 수 있다는 것이다. 즉 법 제24조 제1항 본문은 국가에서 사기업에게 부과하는 고용의무의 적용범위와 그 원칙적 내용에 관한 것이고,

그 단서규정인 이 사건 법률조항은 고용의무의 경감에 관한 것이다.

물론 법 제24조 제1항 본문과 그 단서규정은 서로 결합하여 사업자의 장애인고용의무를 구성하는 규정이므로, 위 두 조항을 분리하여 독립적으로 판단할 수는 없으나, 이 사건 법률조항은 그 성격상 본문규정에서 부과한 의무를 경감하는 규정으로서 그 자체로서는 기본권을 제한하는 성격이 없는 조항이다.

다. 포괄위임금지의 원칙(헌법 제75조)에 대한 위반 여부

(1) 입법위임의 명확성 여부를 판단하는 일반적 기준

(가) 현대의 사회적 법치국가에서 입법권의 위임은 의회의 입법부담을 덜어주고 입법자에게 부여된 본연의 과제를 충실히 이행할 수 있도록 하기 위하여 불가피하다. 복잡·다양하고 끊임없이 변화하는 사회에서 날로 증가하는 사회국가적 과제를 이행하기 위해서는 많은 구체적이고 세부적인 전문적·기술적 규정을 필요로 한다. 이러한 규정들은 현장의 사정에 정통한 해당 집행기관에 의해 규율되는 것이 보다 효율적이며, 상황의 변화에 신속하게 적응하는 가능성을 확보하기 위해서도 불가피하다. 만일 이러한 세부적이고 기술적인 문제를 법률에서 직접 규정해야 한다면, 입법자에게 비본질적인 사안으로 인한 과중한 업무부담을 초래하여 정작 신중하고 세심하게 심의·결정해야 할 본질적인 사안의 해결에 전념할 수 없게 할 뿐 아니라, 상황의 변화에 따라 너무 빈번하게 법률을 개정해야 할 필요성에 직면할 것이고, 그 결과 법률에 대하여 요청되는 법적 안정성과 지속성의 효과가 현저하게 감소된다.

(나) 이에 따라 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정함으로써 위임입법의 근거를 마련함과 동시에 입법권의 위임은 “구체적으로 범위를 정하여” 하도록 하여 입법위임의 명확성을 요구하고 있다. 즉 행정부도 위임받은 입법권을 행사할 수 있으나, 단 행정부에 의한 입법권의 행사는 수권법률이 명확하다는 전제 하에서만 가능한 것이다. 헌법 제75조는 행정부에 입법을 위임하는 수권법률의 명확성원칙에 관한 것으로서, 법률의 명확성원칙이 행정입법에 관하여 구체화된 특별규정이다. 법률의 명확성원칙은 ‘법률의 수권은 그 내용, 목적, 범위에 있어서 충분히 확정되고 제한되어 있어서 국민이 행정의 행위를 어느 정도 예측할 수 있어야 한다’는 것을 의미한다.

(다) 헌법재판소의 판례도 일관되게 헌법 제75조의 명확성원칙과 관련하여,

“법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항이라 함은 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다”고 하여 예측가능성의 이론에서 출발하고 있다(헌재 1995. 11. 30. 93헌바32, 판례집 7-2, 598, 607). 또한 헌법재판소는 “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 것”이라고 판시함으로써, ‘법률의 명확성 여부는 체계적·목적적 해석방법을 통하여 판단된다’는 중요한 기준을 제시하고 있다(헌재 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 141, 164). 뿐만 아니라, 헌법재판소는 “위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 규제대상의 종류와 성격에 따라서 달라진다…… 기본권 침해영역에서는 급부행정영역에서 보다는 구체성의 요구가 강화되고, 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상될 때에는 위임의 명확성요건이 완화되어야 한다.”고 판시하여 행정부에 입법권을 위임하는 수권법률의 명확성을 판단함에 있어서 규율대상의 특성에 따라 심사의 엄격성이 달라져야 한다는 것을 밝혔다(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 30 참조).

(라) 수권법률의 명확성의 정도에 대한 요구는 일반적으로 확정될 수 있는 성질의 것이 아니라, ‘규율하고자 하는 생활영역이 입법자로 하여금 어느 정도로 상세하고 명확하게 규정하는 것을 가능하게 하는가’ 하는 규율대상의 특수성 및 수권법률이 당사자에 미치는 규율효과에 따라 다르다.

다양한 형태의 사실관계를 규율하거나 규율대상인 사실관계가 상황에 따라 자주 변화하리라고 예상된다면 규율대상인 사실관계의 특성을 고려하여 명확성에 대하여 엄격한 요구를 할 수 없다. 이러한 경우, 복잡·다양하고 변화하는 상황에 따른 합리적인 해결이 가능하도록 입법권을 위임받는 행정부에 어느 정도 자유공간을 인정할 필요가 있다.

또한 법률에 의한 기본권제한의 효과가 중할수록, 법률의 명확성에 대하여 보다 엄격한 요구를 해야 한다. 수범자인 국민의 관점에서 보더라도, 자신의 중대한 기본권을 민감하게 제한하는 법률일수록, 그 내용에 대하여 확실하게 파악해야 할 필요성이 있다. 따라서 위임에 의하여 제정된 행정입법이 국민의 기본권을 침해하는 성격이 강할수록 보다 명확한 수권이 요구되며, 침해적 행정입법에 대한 수권의 경우에는 급부적 행정입법에 대한 수권의 경우보다 그

수권이 보다 명확해야 한다.

(2) 이 사건 법률조항이 헌법 제75조의 ‘포괄위임금지의 원칙’에 위반되는지 여부

(가) 입법권을 위임하는 법률이 충분히 명확한지의 여부는 당해 법률조항만이 아니라 그 규범이 위치하는 법률 전체를 포함한 관련법조항의 체계적인 해석을 통하여 판단해야 하는데, 특히 이 경우 수권의 목적으로부터 수권의 내용이 구체화될 수 있고, 이로써 수권의 범위가 어느 정도 예측될 수 있기 때문에, 수권의 목적, 즉 당해 법률조항의 입법목적은 중요한 의미를 가진다.

따라서 이 사건 법률조항의 입법목적에 관하여 보건대, 장애인을 고용하더라도 업종에 따라 업무에 크게 지장을 받지 않는 업종과 그렇지 않은 업종이 있을 것이고, 그럼에도 법 제24조가 일정수 이상의 근로자를 고용하는 모든 사업주에게 일률적으로 의무고용률을 적용한다면, 업종의 성격에 따라 사업주가 져야하는 부담의 정도가 매우 상이하므로, 장애인을 고용하는 경우 업무의 효율에 있어서 현저한 불리함이 있다고 판단되는 업종에 대해서는 장애인 고용의무를 어느 정도 완화, 경감시키고자 하는 것이 바로 이 사건 법률조항의 입법목적인 것이다.

(나) 위와 같은 입법목적, 그리고 장애인에는 신체장애인과 정신지체장애인이 모두 포함되지만(법 제2조 제1항 제1호) 현실적으로 사기업에 취업가능한 장애인의 대부분은 신체장애인이라는 점 등에 비추어, 이 사건 법률조항이 “장애인을 고용하기 어렵다고 인정되는 직종의 근로자가 상당한 비율을 차지하는 업종”이라고 규정하고 있는 것은 일반적으로 업무의 성격상 근로자의 신체적 활동을 크게 요구하거나 아니면 정상적인 근로능력이 특별히 요구되는 업종을 의미하는 것이라 볼 수 있으므로, 행정입법에 규정될 업종이 무엇인가 하는 그 대강의 내용을 법률로부터 예측할 수 있다고 하겠다.

또한, 이 사건 법률조항이 단지 “적용제외율”을 정할 것만을 위임할 뿐 적용제외율을 정하는 기준에 관하여 전혀 언급하고 있지 않지만, 이 사건 법률조항의 입법목적에 비추어 ‘각 업종의 업무의 내용 중에서 근로자의 신체적 활동을 크게 요구하는 업무영역 또는 정상적인 근로능력이 특히 요구되는 업무영역이 차지하는 비중’에 따라 그 비중이 높으면 적용제외율도 높게 책정되어야 한다’는 일반적 기준을 어렵지 않게 도출할 수 있다.

한편, 적용제외율을 특징하는 문제에 관한 한, 장애인고용의무를 완화시켜야 할 필요가 있는 업종의 경우라도 일률적으로 부과되는 고용의무로 인한

사업자의 부담의 정도가 업종별로 모두 상이하므로, 판단자료와 전문성의 한계가 있는 입법자가 이를 사전에 파악하고 예측하여 적용제외율의 범위나 그 상·하한을 정하는 것은 현실적으로 불가능하다고 판단된다. 실제로 업종별 제외율을 정한 노동부고시를 보면, 어업의 경우 그 제외율을 85%로, 석탄광업과 육상운송업의 경우 각 75%로 가장 높게 정하고 있고, 이에 대하여 고무 및 플라스틱 제품제조업이나 조립금속 제품제조업 등의 경우 각 10%로 가장 낮게 책정하고 있어, 제외율의 범위가 10%에서 85%에 이르는데, 법률로써 이와 같이 포괄적인 범위의 상·하한을 정하는 것은 사실상 큰 의미가 없다고 할 것이다.

(다) 따라서 입법자가 적용제외의 대상이 되는 업종을 일일이 법률로써 열거하고 각 업종별로 적용제외율을 규정하는 것은 입법기술적으로 매우 어려운 것으로 판단되며, 법률에서 기본원칙과 방향만을 정하고 세부적인 사항은 현장의 실정에 밝고 전문적·기술적 정보를 보유한 노동부장관이 정하도록 위임하는 것이 합리적이다. 더욱이 이 사건 법률조항은 그 자체로서 기본권을 제한하는 규정이 아니라 기본권의 제한을 완화시켜주고자 하는 규정이라는 점에서도, 위임의 명확성에 대한 요구는 상대적으로 완화되어야 한다.

결론적으로, 이 사건 법률조항에서 입법자가 직접 규정한 내용만 가지고서도 그 입법목적으로부터 노동부장관이 정할 내용의 대강을 충분히 예측할 수 있고, 이 사건 법률조항이 내포하는 불명확성은 규율대상이 지극히 전문적·기술적인 문제이고 규율대상이 포함하는 사실관계가 매우 광범위하고 다양하다는 규율대상의 특성에 의하여 정당화되는 것이므로, 입법위임의 명확성을 요청하는 헌법 제75조에 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 주선희(주심)

입법부작위 위헌확인

(2003. 7. 24. 2002헌마378 전원재판부)

【판시사항】

국가유공자인 지방공무원에 대한 우선보직·우선승진의 시행에 관한 행정입법을 제정하지 않은 행정자치부장관의 입법부작위에 대한 헌법소원심판청구의 적법 여부(소극)

【결정요지】

행정권력의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 인정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 허용되는 것이고, 이는 행정권력에 의한 행정입법 부작위의 경우에도 적용되는 법리인바, 행정자치부장관에게 청구인이 주장하는 바와 같이 국가유공자인 지방공무원에 대한 우선보직·우선승진의 시행에 관한 행정입법을 제정하여야 할 의무가 헌법에서 유래하는 작위의무로서 인정되는 것인지에 관하여 보건대, 헌법 또는 헌법의 위임에 의한 관련 법령에서 명시적으로 행정자치부장관에게 이러한 행정입법을 제정할 의무를 부여하고 있지 않고, 헌법 또는 헌법의 위임에 의한 관련 법령의 해석으로도 행정자치부장관에게 이러한 행정입법을 제정할 의무를 도출할 수 없다. 그렇다면, 행정자치부장관에게 국가유공자인 지방공무원에 대한 우선보직·우선승진의 시행에 관한 행정입법을 제정하여야 할 의무가 헌법에서 유래하는 작위의무로서 인정되지 아니하므로 이러한 작위의무가 있음을 전제로 한 이 사건 심판청구는 헌법소원의 대상이 될 수 없는 사안에 대한 것으로서 부적법하다.

【참조조문】

헌법 제7조 제2항, 제32조 제6항

국가유공자등예우및지원에관한법률 제3조(정부의 시책) 국가 및 지방자치단체는 국가

유공자의 애국정신을 기리고 이를 계승·발전시키며, 제2조의 기본이념을 구현하기 위한 시책을 강구한다.

국가유공자등예우및지원에관한법률 제29조(취업보호대상자) ① 취업보호를 받을 취업 보호대상자는 다음과 같다.

1. 전상군경·공상군경·무공수훈자·보국수훈자·제일학도의용군인·4.19혁명부상자·4.19혁명공로자·공상공무원·특별공로상이자 및 특별공로자와 그 가족
 2. 전몰군경·순직군경·4.19혁명사망자·순직공무원 및 특별공로순직자의 유족
 3. 제1호에 해당하는 국가유공자가 사망한 경우의 그 유족
- ② 제1항의 유족 또는 가족에 해당되지 아니하는 자중 다음 각호의 1에 해당하는 자에 대하여는 취업보호를 실시할 수 있다.

1. 사망한 국가유공자의 제배. 다만, 사망한 국가유공자의 배우자 및 자녀가 없고 부모만 있는 경우로서 그 부모가 질병 또는 장애나 고령 등으로 인하여 취업이 어려운 경우에 한한다.
2. 1953년 7월 27일 이전 및 참전군인등지원에관한법률 별표의 규정에 의한 전투기간 중에 전사하거나 순직한 군인 또는 경찰공무원의 자녀로서 질병 또는 장애나 고령 등으로 인하여 취업이 어려운 경우에 한하여 그가 지정한 그의 자녀 중 1인. 다만, 전몰군경·순직군경의 배우자 또는 부모가 1993년 1월 1일 이후 제12조의 규정에 의한 연금을 받은 사실이 있는 경우를 제외한다.

③ 삭제

국가유공자등예우및지원에관한법률 제30조(취업보호실시기관) 취업보호를 실시할 취업 보호실시기관은 다음과 같다.

1. 국가기관·지방자치단체 및 초·중등교육법 제2조 및 고등교육법 제2조의 규정에 의한 학교. 다만, 기능직공무원 정원이 5인 미만인 경우와 교원을 제외한 교직원 정원이 5인 미만인 사립학교의 경우를 제외한다.
2. 일상적으로 1일 20인 이상을 고용하는 공·사기업체 또는 공·사단체. 다만, 대통령령이 정하는 제조기업체로서 200인 미만을 고용하는 기업체를 제외한다.

국가유공자등예우및지원에관한법률 제31조(채용의무) ① 제30조 제1호의 규정에 의한 취업보호실시기관이 그 직원을 채용할 때에는 대통령령이 정하는 비율의 범위 안에서 취업보호대상자를 우선하여 채용하여야 한다.

② 제30조 제2호에 해당하는 취업보호실시기관(이하 “업체등”이라 한다)은 전체고용인원의 3퍼센트 내지 8퍼센트의 범위 안에서 대통령령이 정하는 대상업체별 고용비율에 따라 취업보호대상자를 능력에 상응한 직종에 우선하여 고용하여야 한다.

③ 국가보훈처장은 취업보호대상자가 그 능력에 상응한 직종에 취업할 수 있도록 하기 위하여 필요한 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 다음 각호의 업체 등에 대하여 제2항의 규정에 의한 고용비율을 9퍼센트까지 확대할 수 있다.

1. 정부투자기관관리기본법 제2조의 규정에 의한 정부투자기관
2. 지방공기업법 제49조 및 제76조의 규정에 의한 지방공사 및 지방공단

3. 제30조 제2호의 규정에 의한 공기업체와 공공단체 중 대통령령이 정하는 공기업체·공공단체

- ④ 제1항 내지 제3항의 규정에 의한 비율에 따라 산출된 인원이 1인 미만일 경우에는 1인으로 하고, 1인 이상일 경우에는 소수점이하를 산입하지 아니한다.
- ⑤ 제1항 내지 제3항의 규정에 의하여 국가유공자를 채용하는 경우의 근무경력력은 대통령령이 정하는 바에 따라 호봉획정을 위한 경력기간에 합산하게 할 수 있다.
- ⑥ 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 우선 채용 또는 고용된 취업보호대상자가 취업보호대상에서 제외된 경우에도 그가 계속 취업중인 때에는 그 인원은 당해취업보호실시기관의 채용비율 또는 고용비율의 산정에 이를 포함한다.

국가유공지등예우및지원에관한법률 제34조(채용시험의 가점) ① 취업보호실시기관이 그 직원을 채용하기 위한 시험을 실시할 경우에 취업보호대상자가 그 채용시험에 응시하는 때에는 필기시험의 각 과목별 득점에 각 과목별 만점의 10퍼센트를 가산한다. 이 경우, 취업보호실시기관이 필기시험을 실시하지 아니하는 때에는 그에 갈음하여 실시하는 실기시험·서류전형 또는 면접시험의 득점에 이를 가산한다.

- ② 취업보호실시기관이 실시하는 채용시험의 가점대상직급은 대통령령으로 정한다.
- ③ 취업보호실시기관이 채용시험의 합격자를 결정함에 있어서 합격예정인원을 초과하여 동점자가 있는 경우에는 취업보호대상자를 취업보호대상자가 아닌 자에 우선하여 합격자로 결정하여야 한다.

국가유공지등예우및지원에관한법률 제35조(신체검사의 합격기준) 취업보호대상자인 전상군경·공상군경·4.19혁명부상자·공상공무원 및 특별공로상이자의 신체검사의 합격기준은 그가 채용될 직종에서 직무를 수행할 수 있는 정도로 하며, 그 합격판정은 대통령령이 정하는 의료기관에서 이를 행한다.

국가유공지등예우및지원에관한법률 제36조(차별대우금지) ① 취업보호실시기관은 이 법에 의한 취업자(신규로 채용된 자를 포함한다. 이하 같다)에 대하여 직급의 부여·보직·승진·승급은 모든 처우에 있어서 채용의무에 따라 행한 채용을 사유로 다른 직원에 비하여 불이익한 대우를 하여서는 아니된다.

- ② 국가보훈처장은 취업보호실시기관이 제1항의 규정에 위반하여 이 법에 의한 취업자에게 차별대우를 한 것으로 인정되는 경우에는 그 시정을 요구할 수 있다.
- ③ 제2항의 규정에 의하여 시정요구를 받은 취업보호실시기관은 이에 따른 시정조치를 하여야 하며 그 결과를 국가보훈처장에게 통보하여야 한다.

국가유공지등예우및지원에관한법률시행령 제47조(우선채용비율등) ① 법 제30조 제1호의 규정에 해당하는 취업보호실시기관(이하 이 장에서 “국가기관등”이라 한다)이 우선 채용하여야할 직원의 직종은 기능직으로 한다. 다만, 초·중등교육법 제2조 및 고등교육법 제2조의 규정에 의한 학교 중 사립학교는 교원을 제외한 직원의 모든 직종으로 한다.

- ② 국가기관등의 우선 채용할 직원의 채용비율은 다음과 같다. 다만, 정보통신부장관 또는 철도청장은 기능직공무원의 충원상 부득이한 사유가 있는 때에는 국가보훈처장과의 협의를 거쳐 그 비율을 조정할 수 있다.

1. 국가·지방자치단체 및 초·중등교육법 제2조 및 고등교육법 제2조의 규정에 의한 학교중 국·공립학교 : 기능직공무원 정원의 20퍼센트
2. 초·중등교육법 제2조 및 고등교육법 제2조의 규정에 의한 학교 중 사립학교 : 교원을 제외한 직원정원의 10퍼센트

국가유공자등예우및지원에관한법률시행령 제54조(채용시험의 가점대상직급) ① 삭제
 ② 법 제34조 제2항의 규정에 의한 채용시험의 가점대상직급은 다음과 같다.

1. 국가공무원법 제2조 및 지방공무원법 제2조에 규정된 공무원 중 6급 이하 공무원 및 기능직공무원의 모든 직급
2. 업체등의 신규채용사원의 모든 직급

지방공무원법 제25조(임용의 기준) 공무원의 임용은 시험성적·근무성적·경력평정 기타 능력의 실증에 의하여 행한다.

지방공무원법 제26조(결원보충방법) 공무원의 직에 결원이 생긴 때에는 임용권자는 신규임용·승진임용·강임·전직 또는 전보의 방법에 의하여 이를 보충한다.

지방공무원법 제40조(국가유공자의 우선임용) 공무원의 임용에 있어 국가유공자는 법령의 정하는 바에 따라 우선 임용하여야 한다.

지방공무원임용령 제2조(용어의 정의) 이 영에서 사용되는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “임용”이라 함은 신규임용·승진임용·전직·전보·겸임·파견·강임·휴직·직위 해제·정직·복직·면직·해임 및 파면을 말한다.
- 2.~4. 생략

지방공무원임용령 제4조(시행규칙) ① 지방자치단체의 장(교육감을 포함한다. 이하 같다)은 법령에서 위임된 사항 또는 이 영의 시행에 관하여 필요한 사항을 행정자치부장관 또는 교육인적자원부장관이 정하는 범위 안에서 당해 지방자치단체의 규칙(교육규칙을 포함하며, 이하 “규칙”이라 한다)으로 정한다.

② 생략

국가공무원법 제42조(국가유공자의 우선임용) ① 공무원의 임용에 있어 국가유공자는 법령이 정하는 바에 따라 우선임용하여야 한다.

② 제1항의 우선임용에 관한 사항은 국회사무총장·법원행정처장·헌법재판소사무처장·중앙선거관리위원회사무총장 또는 행정자치부장관이 관장한다. 다만, 임용에 관한 법령의 제정·개폐 또는 중요정책에 관하여는 국가보훈처장과 협의한다.

정부조직법 제33조(행정자치부) ① 행정자치부장관은 국무회의의 서무, 법령 및 조약의 공포, 공무원의 인사관리 및 후생복지, 상훈, 정부조직과 정원의 관리, 행정능률, 정부청사의 관리, 지방자치제도, 지방자치단체의 사무지원·재정·세제, 지방자치단체간 분쟁조정, 선거, 국민투표, 민방위, 재난관리 및 소방에 관한 사무를 장리한다.

②~⑤ 생략

【참조판례】

헌재 1996. 6. 13. 94헌마118등, 판례집 8-1, 500

헌재 1991. 9. 16. 89헌마163, 판례집 3, 505
헌재 1994. 4. 28. 92헌마153, 판례집 6-1, 415
헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283
헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1
헌재 1997. 6. 26. 94헌마52, 판례집 9-1, 659
헌재 1998. 2. 27. 97헌가10등, 판례집 10-1, 15
헌재 2000. 6. 1. 98헌마216, 판례집 12-1, 622

【당 사 자】

청 구 인 박○원

국선대리인 변호사 장 보 식

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 군 복무 중 상이를 입어 국가유공자등예우및지원에관한법률(이하 ‘국가유공자등예우법’이라고 한다.)에 따라 국가유공자로 등록된 자로서, 경기도인사위원회에서 시행한 지방공무원공개채용시험에 합격하여 1991. 2. 18. 일반직 9급 지방행정서기보시보로 신규 임용되었고, 1993. 3. 10. 일반직 8급 지방행정서기로 승진 임용되었으나, 상이처 장애와 관련된 질병이 발생, 2차례 13개월여 동안 휴직한 후 복직하여 근무하고 있다.

통상 일반직 8급인 지방공무원의 경우 근속연수 8년이면 7급으로 진급되며, 청구인과 같이 임용된 동료들 역시 이미 4~5년 전에 7급으로 승진하였으나, 청구인은 상이처 장애와 관련된 질병으로 위와 같이 휴직하였을 뿐만 아니라 한직에 있다 보니 평정이 좋지 않아 승진배수에 들지 못한다는 이유로 임용 후 9년 3개월이 지나도록 7급으로 승진하지 못하자, 행정자치부장관(이하 ‘행자부장관’이라고 한다.)이 국가유공자에 대한 우선보직·우선승진의 시행에 관한 행정입법의무가 있음에도 불구하고 10여 년간 이러한 행정입법을 하지 아니함으로써 헌법 제32조 제6항에서 보장하고 있는 국가유공자인 청구인의 근로우선권 등 헌법상 기본권이 침해되었다고 주장하면서 2002. 5. 31.

이 사건 헌법소원을 제기하였다.

나. 심판의 대상

(1) 심판 대상의 확정

우리 법제가 국가공무원과 지방공무원을 구분하여 규율하고 있고, 청구인이 지방공무원임은 기록상 명백하므로 이 사건 심판의 대상은, 행사부장관이 국가유공자인 지방공무원에 대한 우선보직·우선승진의 시행에 관한 행정입법의무를 이행하지 아니한 부작위가 헌법에 위반되는지 여부라고 할 것이다.

(2) 관련 조문

헌법(1987. 10. 29. 전문 개정된 것) 제32조 ① 내지 ⑤ 각 생략

⑥ 국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.

국가유공자등예우및지원에관한법률 제3조(정부의 시책) 국가 및 지방자치단체는 국가유공자의 애국정신을 기리고 이를 계승·발전시키며, 제2조의 기본이념을 구현하기 위한 시책을 강구한다.

제34조(채용시험의 가점) ① 취업보호실시기관이 그 직원을 채용하기 위한 시험을 실시할 경우에 취업보호대상자가 그 채용시험에 응시하는 때에는 필기시험의 각 과목별 득점에 각 과목별 만점의 10퍼센트를 가산한다. 이 경우, 취업보호실시기관이 필기시험을 실시하지 아니하는 때에는 그에 같음하여 실시하는 실기시험·서류전형 또는 면접시험의 득점에 이를 가산한다.

② 취업보호실시기관이 실시하는 채용시험의 가점대상직급은 대통령령으로 정한다.

③ 취업보호실시기관이 채용시험의 합격자를 결정함에 있어서 합격예정인원을 초과하여 동점자가 있는 경우에는 취업보호대상자를 취업보호대상자가 아닌 자에 우선하여 합격자로 결정하여야 한다.

제36조(차별대우 금지) ① 취업보호실시기관은 이 법에 의한 취업자(신규로 채용된 자를 포함한다. 이하 같다.)에 대하여 직급의 부여·보직·승진 등 모든 처우에 있어서 채용의무에 따라 행한 채용을 사유로 다른 직원에 비하여 불이익한 대우를 하여서는 아니된다.

② 국가보훈처장은 취업보호실시기관이 제1항의 규정에 위반하여 이 법에 의한 취업자에게 차별대우를 한 것으로 인정되는 경우에는 그 시정을 요구할 수 있다.

③ 제2항의 규정에 의하여 시정요구를 받은 취업보호실시기관은 이에 따른

시정조치를 하여야 하며 그 결과를 국가보훈처장에게 통보하여야 한다.

국가유공자등예우및지원에관한법률시행령 제54조(채용시험의 가점대상직급) ① 삭제

② 법 제34조 제2항의 규정에 의한 채용시험의 가점대상직급은 다음과 같다.

1. 국가공무원법 제2조 및 지방공무원법 제2조에 규정된 공무원 중 6급 이하 공무원 및 기능직 공무원의 모든 직급

2. 업체 등의 신규채용사원의 모든 직급

지방공무원법 제40조(국가유공자의 우선임용) 공무원의 임용에 있어 국가유공자는 법령의 정하는 바에 따라 우선 임용하여야 한다.

지방공무원임용령 제2조(용어의 정의) 이 영에서 사용되는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “임용”이라 함은 신규임용·승진임용·전직·전보·겸임·파견·강임·휴직·직위해제·정직·복직·면직·해임 및 파면을 말한다. (2호 이하 생략)

제4조(시행규칙) ① 지방자치단체의 장(교육감을 포함한다. 이하 같다.)은 법령에서 위임된 사항 또는 이 영의 시행에 관하여 필요한 사항을 행정자치부장관 또는 교육인적자원부장관이 정하는 범위 안에서 당해 지방자치단체의 규칙(교육규칙을 포함하며, 이하 “규칙”이라고 한다.)으로 정한다.

② 지방자치단체의 장이 제1항의 규칙을 정함에 있어서는 국가공무원에게 적용하는 관계규정과 가급적 균형을 유지하여야 한다.

2. 청구인의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장 요지

행자부장관은 국가유공자 우선임용에 관한 사항을 관장하는 행정기관으로서 우선임용에 관한 법령의 제정·개폐 등의 업무를 수행하여야 하고, 임용에는 신규임용 외에 승진임용·전직·전보 등이 포함되어 있으므로 국가유공자의 우선임용과 관련하여 실질적인 근로우선권을 보장하기 위하여 신규채용 후 보직 및 승진 등에 있어서도 국가유공자에게 우선적인 처우를 하도록 행정입법할 의무가 있음에도 불구하고 이를 이행하지 아니하여 헌법 제32조 제6항에서 보장하고 있는 국가유공자인 청구인의 근로우선권 등 헌법상 기본권이 침해되었고, 따라서 행자부장관이 국가유공자에 대한 우선보직·우선승진의 시행에 관한 행정입법의무를 이행하지 아니한 부작위는 헌법에 위반된다.

나. 행정자치부장관의 의견

(1) 헌법 제32조 제6항에 근거하여 국가유공자등예우법 제28조 내지 제31조, 제34조, 제36조, 제38조 등에서 국가유공자와 그 유족 등을 취업보호대상자로 지정하고, 국가 및 지방자치단체 등 취업보호실시기관이 직원을 채용할 때 취업보호대상자를 우선하여 채용하도록 하였으며, 이 법에 의한 취업자에 대하여 보직·승진 등 모든 처우에 있어서 차별대우를 하여서는 아니된다고 규정하고 있고, 한편, 지방공무원법 제40조는 ‘공무원의 임용에 있어 국가유공자는 법령이 정하는 바에 따라 우선 임용하여야 한다.’고 규정하고 있을 뿐이다.

따라서, 헌법과 관계법령은 행정부장관에게 국가유공자에 대한 우선보직·우선승진의 시행에 관한 행정입법의무를 부과하는 것은 아니므로 청구인이 이 사건 청구는 작위의무 없는 공권력의 불행사에 대한 헌법소원이어서 부적법하다.

(2) 또한, 청구인이 주장하는 국가유공자에 대한 우선임용의 범위는 인사정책적으로 판단할 문제인바, 이들에 대한 우선보직·우선승진의 시행이 능력분위의 실적주의를 원칙으로 한 공무원 인사제도의 공정성을 저해할 소지가 있을 뿐만 아니라, 보직·승진 등에서 국가유공자를 지나치게 우대하는 경우 다른 공무원의 평등권을 침해할 수 있다.

따라서, 헌법 및 지방공무원법의 관련규정에 비추어 국가유공자에 대한 우선임용의 의미는 평등의 원칙 기타 공정하고 합리적인 인사원칙을 준수하면서 국가 및 지방자치단체 등이 국가유공자를 우선 채용하는 한편, 보직·승진 등 모든 임용에 있어서 부당한 차별을 받지 않도록 배려하여야 한다는 의미로 해석되므로 국가유공자인 청구인이 우선보직·우선승진을 받지 못하였다고 하여 헌법상 근로우선권 등이 침해당한 것은 아니다.

3. 판 단

먼저 이 사건 심판청구가 적법한지 여부를 본다.

행정권력의 부작용에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 인정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 허용되는 것이므로 이러한 작위의무가 없는 공권력의 불행사에 대한 헌법소원은 부적법하고(헌재 1996. 6. 13. 94헌마118 등, 판례집 8-1, 500, 509; 1991. 9. 16. 89헌마163, 판례집 3, 505, 513; 1994. 4. 28. 92헌마153, 판례집 6-1,

415, 424 참조), 이는 행정권력에 의한 행정입법 부작위의 경우에도 적용되는 법리이다(헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283, 305-306 참조).

그러므로, 행자부장관에게 청구인이 주장하는 바와 같이 국가유공자인 지방공무원에 대한 우선보직·우선승진의 시행에 관한 행정입법을 제정하여야 할 의무가 헌법에서 유래하는 작위의무로서 인정되는 것인지 관하여 본다.

먼저 헌법 또는 헌법의 위임에 의한 관련 법령에서 명시적으로 행자부장관에게 이러한 행정입법을 제정할 의무를 부여하고 있지 않음은 명백하다.

다음으로 헌법 또는 헌법의 위임에 의한 관련 법령의 해석상 행자부장관에게 이러한 행정입법을 제정할 의무를 도출할 수 있는지에 관하여 본다.

가. 헌법

헌법 제32조 제6항에서, 국가유공자등은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다고 규정하고 있으므로 국가가 국가유공자에게 예우할 구체적인 의무의 내용이나 범위, 그 방법·시기 등은 입법자의 광범위한 입법형성의 재량영역에 속하는 것으로 기본적으로는 국가의 입법정책에 달려 있다고 할 것인바(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 19-22; 1997. 6. 26. 94헌마52, 판례집 9-1, 659, 668-669; 1998. 2. 27. 97헌가10 등, 판례집 10-1, 15, 31; 2000. 6. 1. 98헌마216, 판례집 12-1, 622, 639-641 참조), 국가유공자등에 대한 근로기회 우선보장의 방법과 내용 등도 입법자가 취업보호실시기관의 성격·규모·인사원칙, 근로의 성질·내용 및 인력수급상황 등 제반 사정을 고려하여 구체적으로 결정·형성해야 하는 입법정책의 문제로서 폭넓은 입법형성재량의 영역에 속한다고 할 것이므로 위 조항의 해석상 국가유공자에 대한 근로기회의 우선보장에 관한 입법의무가 있음은 별론으로 하고 이를 넘어서 청구인 주장과 같은 우선보직·우선승진의 시행에 관한 입법의무를 도출할 수 없다.

나. 국가유공자등예우법 및 시행령

(1) 입법자는 헌법의 위임에 따라 국가유공자등예우법에서 국가유공자등에 대한 근로기회 우선보장의 방법과 내용을 형성하였는데, 국가기관·지방자치단체에 관련된 내용은 다음과 같다.

국가유공자등예우법은 국가유공자와 그 유족 등을 취업보호대상자로 지정하고(제29조), 국가 및 지방자치단체 등 취업보호실시기관이 그 직원을 채용할 때 대통령령이 정하는 바에 따라 취업보호대상자를 우선하여 채용하도록 하였으며(제30조, 제31조), 특히 취업보호대상자가 대통령령이 정하는 가점대

상직급의 채용시험을 응시할 경우 필기시험의 각 과목별 득점에 각 과목별 만점의 10퍼센트를 가산하고, 합격예정인원을 초과하여 동점자가 있으면 취업보호대상자를 취업보호대상자가 아닌 자에 우선하여 합격자로 결정하도록 하고 있으며(제34조), 취업보호대상자인 전상군경등의 신체검사합격기준은 그가 채용될 직종에서 직무를 수행할 수 있는 정도로 하며 그 합격판정은 대통령령이 정하는 의료기관에서 행하도록(제35조) 하는 한편, 취업보호실시기관은 이 법에 의한 취업자에 대하여 직급의 부여·보직·승진·승급 등 모든 처우에 있어서 채용의무에 따라 행한 채용을 사유로 다른 직원에 비하여 불이익한 대우를 하여서는 아니되고, 이에 위반한 경우 국가보훈처장이 그 시정을 요구할 수 있도록(제36조) 규정하고 있다.

같은 법 시행령에서 국가 및 지방자치단체 등은 위 취업보호대상자로 기능직공무원 정원의 20퍼센트를 우선채용하여야 하며(제47조), 채용시험의 가점대상직급은 국가공무원법 제2조 및 지방공무원법 제2조에 규정된 공무원 중 6급 이하의 공무원 및 기능직 공무원의 모든 직급(제54조)으로 규정하고 있다.

(2) 국가유공자등예우법 및 시행령은 국가 및 지방자치단체 등 취업보호실시기관에 대하여 신규채용시 법령이 정하는 바에 따라 국가유공자를 우선채용할 의무를 부과하되, 채용한 국가유공자에 대한 보직·승진 등 처우에 있어서는 불이익한 대우를 금지하는 수준의 소극적 의무를 부과하는데 그치고 있는바, 위 법령의 해석상 채용한 국가유공자에 대한 보직·승진 등 처우에 있어서 불이익한 대우를 금지하는 수준을 넘어 적극적으로 청구인 주장과 같은 우선보직·우선승진의 시행에 관한 입법의무를 도출할 수 없다.

다. 지방공무원법 및 지방공무원임용령

(1) 지방공무원법

국가유공자등예우법상 취업보호실시기관인 지방자치단체가 그 소속 공무원에게 적용할 인사행정의 기준을 규율하고 있는 지방공무원법은 제40조에서 ‘공무원의 임용에 있어 국가유공자는 법령의 정하는 바에 따라 우선 임용하여야 한다.’고 규정하고 있다.

(가) 지방공무원법 제40조의 의의

이 법조문은, 지방공무원 임용권자를 수급자로 하여 ① 국가유공자를 우선 임용하여야 한다는 것과, ② 그 방법과 내용 등은 법률과 명령의 정하는 바에 따라야 한다는 것인바, 이는 헌법 제32조 제6항의 형성적 법률유보규정에 따

라 국가유공자등에 대한 근로기회 우선보장의 내용을 구체적으로 규정한 국가유공자등예우법 및 시행령에서 취업보호실시기관으로 지정된 지방자치단체의 국가유공자등에 대한 취업보호의무를 지방공무원법에 편입시킴과 아울러, 민주적·법치국가적 직업공무원 제도를 보장한 헌법 제7조 제2항에 따라 공무원의 임용 등 기본적 사항은 법률에 의하여야 하므로 공무원임용의 특례로서 국가유공자 우선임용에 관한 근거를 마련한 것이다.

따라서 이 법조문을 해석함에 있어서 헌법 제32조 제6항과 헌법 제7조 제2항을 함께 고려하여야 할 것이다.

(나) 지방공무원법 제40조의 해석

이 법조문에서 청구인 주장과 같은 우선보직·우선승진의 시행에 관한 행자부장관의 행정입법의무를 도출할 수 있는지와 관련하여 이 법조문 중 ‘법령의 정하는 바에 따라’ 부분과 ‘우선임용’ 부분의 해석이 문제된다.

‘법령의 정하는 바에 따라’라는 부분은, 관련 법률 및 명령(대통령령, 총리령, 부령)의 정하는 바에 따라 취업보호대상 국가유공자를 우선임용한다는 의미와 아울러 이러한 우선임용의 내용과 방법 및 그 시행에 관하여 필요한 사항을 관련 법률 및 명령으로 정하도록 위임한다는 의미로 볼 수 있다. 후자와 같이 위임입법에 관한 수권조항으로 보는 경우 수임행정기관은 대통령 및 행자부장관(정부조직법 제33조 제1항, 지방공무원임용령 제4조 제1항 참조)이 될 수 있고, 그 위임입법의 범위는 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임 받은 사항에 한정된다.

‘우선임용’ 부분의 해석과 관련하여 ‘임용’의 의미가 문제되는데, 통상 ‘임용’이란 넓게는 신규임용·승진임용·전직·전보·겸임·파견·강임·휴직·직위해제·정직·복직·면직·해임 및 파면이라는 공무원관계의 발생에서 변동을 거쳐 소멸에 이르는 일련의 과정을 총칭하는 것(지방공무원임용령 제2조 제1호)이고, 좁게는 신규임용·승진임용·전직·전보(지방공무원법 제26조 참조)를 뜻하며, 가장 좁게는 공무원관계를 처음으로 발생시키는 신규채용행위로서 임명행위를 뜻한다고 설명되고 있다.

지방공무원법 제40조에서 사용한 임용의 의미가 청구인의 주장과 같이 지방공무원임용령 제2조 제1호 소정의 의미로 사용한 것인지 보건대, 이 영의 용어정의는 같은 조 본문의 규정대로 이 영에서 사용하는 용어의 정의이고, 그러한 용어정의가 상위 법률의 위임에 의한 것이 아닌 이상 상위 법률에서 사용하는 용어의 정의로까지 확장할 수 없는 법리인바, 이 영의 용어정의가

상위법률인 지방공무원법의 위임에 의한 것이 아니고, 이 영에는 지방공무원법 제40조에 관한 규정도 없으므로 이 법조문에서 사용한 임용의 의미가 이 영 제2조 제1호 소정의 의미로 사용한 것이라고 단정하기 어렵다.

그러므로 지방공무원법 제40조에서 사용한 임용의 의미에 관하여 살피건대, 이 법조문이 국가유공자등에 대한 근로기회 우선보장을 규정한 헌법 제32조 제6항을 구체적으로 형성한 국가유공자등예우법 및 시행령에 따른 지방자치단체의 국가유공자등에 대한 취업보호의무를 지방공무원법에 편입시키는 한편, 민주적이고 범치국가적인 직업공무원 제도를 보장한 헌법 제7조 제2항에 따라 국가유공자 우선임용에 관한 근거 법률조항을 마련한 것인 점, 헌법 제7조 제2항에서 보장하는 직업공무원제도를 확립하기 위하여는 직무의 종류와 책임의 정도에 상응한 과학적 직역분류제의 확립, 임면·승진 등 인사의 합리적 운영, 정치적 중립성의 보장과 능력본위의 실적주의의 확립, 공정한 인사행정을 위한 독립된 인사행정기구의 설치 등을 기본원칙으로 해야 하고, 여기서 실적주의라 함은 인사행정에 있어 정치적 또는 정실적 요소를 배제하고 자격이나 능력을 기준으로 하여 공무원을 임용하거나 승진·전보하는 원칙으로서 지방공무원법 제25조는 ‘공무원의 임용은 시험성적·근무성적·경력평정 기타 능력의 실증에 의하여 행한다.’라고 규정함으로써 이를 천명하고 있는바, 이러한 실적주의의 예외인 국가유공자 우선임용조항은 엄격하게 해석되어야 한다는 점, 헌법 제32조 제6항은 ‘우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.’라고 규정하고, 국가유공자등예우법은 채용, 즉 신규임용에 관하여는 앞서 본 바와 같이 가산점등의 적극적인 규정을 두고 있으나, 채용한 국가유공자에 대한 보직·승진 등 처우에 관하여는 불이익한 대우를 하여서는 아니된다는 소극적인 규정만을 두고 있는 점등에 비추어 지방공무원법 제40조에서 사용한 임용의 의미는 신규채용행위로서 임명행위로 해석함이 상당하다.

(2) 지방공무원임용령

지방공무원임용령 제4조 제1항에서 이 영의 시행에 관하여 필요한 사항을 행정자치부장관등에게 입법 위임한 사실을 인정할 수 있으나, 이 영은 국가유공자인 지방공무원의 우선보직·우선승진에 관하여 아무런 규정이 없다.

(3) 소결론

지방공무원법 및 지방공무원임용령의 해석상 국가유공자에 대한 우선임용은 국가유공자등예우법 등 관련 법령의 정하는 바에 따라 신규채용에 있어 우선권을 부여한다는 의미이고, 나아가 채용 후의 승진·전보 등에까지 우선

권을 부여한다는 의미는 아니라고 해석되므로 청구인 주장과 같이 행자부장관에게 국가유공자인 지방공무원에 대한 우선보직·우선승진의 시행에 관한 행정입법의무를 도출할 수 없고, 청구인이 추가로 이러한 행정입법의무의 근거로 든 국가공무원법 제42조는 지방공무원인 청구인에게 적용되지 아니할 뿐만 아니라 지방공무원법 제40조와 동일한 내용의 규정으로서 위와 동일하게 해석되므로 청구인 주장과 같은 행정입법의무를 도출할 수도 없다.

4. 결 론

그렇다면, 행자부장관에게 청구인이 주장하는 바와 같이 국가유공자인 지방공무원에 대한 우선보직·우선승진의 시행에 관한 행정입법을 제정하여야 할 의무가 헌법에서 유래하는 작위의무로서 인정되지 아니하므로 이러한 작위의무가 있음을 전제로 한 이 사건 심판청구는 헌법소원의 대상이 될 수 없는 사안에 대한 것으로서 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

증명서발급요청거부처분 등 위헌확인

(2003. 7. 24. 2002헌마508 전원재판부)

【판시사항】

1. 주민등록표 등본에 사진을 첨부한 증명서는 발급근거가 없어 발급할 수 없다고 알려진 행정청의 행위가 공권력의 행사에 해당하는지 여부(소극)
2. 선거인의 신분확인을 위해 사진이 첨부된 관공서 또는 공공기관 발행의 신분증명서를 제시하도록 규정한 공직선거및선거부정방지법 제157조 제1항 및 신분증명서의 종류를 구체적으로 규정한 공직선거관리규칙 제82조 제2항(이하 “이 사건 각 조항”이라 한다)이 청구인의 선거권과 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 화양동장이 주민등록표 등본에 사진을 첨부한 증명서를 발급해 달라는 청구인의 요청에 대하여 그러한 증명서는 발급근거가 없으므로 발급해줄 수 없다고 답변한 것은 관련 법령을 해석하고 이를 근거로 청구인의 요청에 따른 증명서는 발급근거가 없다는, 현재의 법적 상황에 대한 행정청의 의견을 표명하면서, 청구인이 요청하는 증명서를 발급할 수 없음을 단순히 알려주는 정도의 내용에 불과한 것으로서 청구인의 법률관계나 법적 지위에 영향을 미친 바 없으므로 이를 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 할 수 없다.
2. 투표과정에 있어서 선거인 본인 확인은 위장투표, 대리투표 등의 투표부정행위를 방지하여 정확한 민의의 반영과 선거의 공정한 집행을 위한 필수적 절차라 할 것이고, 다만 그 신분확인을 어떠한 방법으로 할 것인지, 즉 그 방법을 다양하게 인정할 것인지 아니면 일정한 방법으로 한정할 것인지의 문제는 입법자가 그 나라의 역사, 전통과 문화, 국민의 의식수준, 정치적 사회적 영향 등 여러 가지 사항을 종합하여 결정하는 것이어서 이에 의한 제한은 선거권 자체의 제한이 아니고 선거권 행사에 있어 필수적인 절차인 신분확인

도상 요구되는 내재적 제한이라 할 것이다. 따라서 그 제한의 폭을 어느 범위로 정할 것인지의 입법정책에 속하는 문제이다.

그런데, 주민등록증은 만 17세에 달한 국민은 신청만 하면 발급받을 수 있고, 주민등록증 외에도 여권, 운전면허증, 자격증, 학생증 등 신분증명서로 인정될 수 있는 것들이 다수 있어 선거인으로서의 그 중 어느 하나의 신분증명서라도 제시하면 투표를 할 수 있으므로 이 사건 각 조항이 정하는 신분증명방법이 입법부에 주어진 합리적인 재량의 한계를 벗어난 것이라 할 수는 없다.

재판관 주선회의 반대의견

선거권자라고 인정되어 선거인명부에 등재가 된 선거인임에도 불구하고, 선거인 신분확인방법으로 한정된 종류의 신분증명서만 인정함으로써 그러한 신분증명서가 없을 경우 투표를 할 수 없도록 하는 것은 단지 절차적인 이유로 선거권 행사를 제한하는 것으로, 이는 국민주권의 상징적 표현으로서 국민의 가장 중요한 기본적 권리인 선거권을 사실상 박탈하는 것과 마찬가지이다. 이 사건 각 조항이 인정하는 신분증명방법은 그 인정범위가 지나치게 협소하여 청구인과 같이 신분증명서 없는 선거인의 선거권 행사를 과도하게 제한하는 것으로서 입법재량의 한계를 일탈한 자의적인 입법이라 할 것이다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정된 것) 제157조(투표용지 수령 및 기표절차) ① 선거인은 자신이 투표소에 가서 투표참관인의 참관하에 주민등록증(주민등록증이 없는 경우에는 관공서 또는 공공기관이 발행한 증명서로서 사진이 첨부되어 본인임을 확인할 수 있는 여권·운전면허증·공무원증 또는 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 신분증명서를 말한다. 이하 “신분증명서”라 한다)을 제시하고 본인임을 확인받은 후 투표구선거관리위원회위원 앞에서 선거인명부에 서명 또는 무인하고, 투표용지 1매를 받아야 한다.

②~⑧ 생략

공직선거관리규칙(1998. 4. 30. 중앙선거관리위원회규칙 제154호로 개정된 것) 제82조(투표의 계속진행) ① 생략

② 법 제157조 제1항의 규정에 의하여 본인임을 확인할 수 있는 신분증명서는 위 법조항에 규정된 것 외에 관공서 또는 공공기관이 발행한 경로우대증·장애인수첩·자격증·기

헌재 2003. 7. 24. 2002헌마508

타 사진이 첩부된 신분을 확인할 수 있는 증명을 말한다.

③ 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제24조

공직선거및선거부정방지법(1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정된 것) 제157조(투표용지 수영 및 기표절차) ①, ② 생략

③ 투표구선거관리위원회위원장은 신분증명서를 제시하지 아니한 선거인에게 투표용지를 교부하여서는 아니된다.

④~⑧ 생략

【참조판례】

1. 헌재 1994. 8. 31. 92헌마174, 판례집 6-2, 249

2. 헌재 1997. 6. 26. 96헌마89, 판례집 9-1, 674

【당 사 자】

청 구 인 윤○식

대리인 법무법인 지평

담당변호사 이은우 외 1인

【주 문】

청구인의 심판청구 중 화양동장의 주민등록표 등본에 사진을 첩부한 증명서 발급거부통보에 대한 부분을 각하하고, 나머지 부분을 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 구 주민등록증은 발급받아 이를 소지하고 있었으나, 주민등록법이 1999. 5. 24. 개정되어 주민등록증을 일제경신하여 발급하도록 한 이후에는 지문날인을 거부하여 (신)주민등록증을 발급받지 않았다.

(2) 청구인은 2002. 6. 13. 실시될 지방선거에서 주민등록증이 없는 사람들도 투표를 할 수 있는지 알아보기 위해 중앙선거관리위원회에 공직선거및선거부정방지법 제157조 제1항 및 공직선거관리규칙 제82조 제2항에 대한 해석

을 요청하였다. 중앙선거관리위원회는 이에 대하여 2002. 4. 25. ‘투표소 본인 여부 확인을 위한 신분증명서에 관한 질의회답’이라는 제목 하에 “동사무소에서 발행하는 주민등록표 등본에 사진을 첨부한 증명서는 본인임을 확인할 수 있는 증명서로 인정될 수 있을 것”이라는 회답을 하였다.

(3) 그러자 청구인은 2002. 6. 10. 서울 광진구 화양동사무소에 6. 13. 지방선거에서 선거인 본인확인을 위한 증명서로 사용할 목적임을 밝히고 ‘주민등록표 등본에 사진을 첨부한 증명서의 발급’을 요청하였으나 화양동장이 주민등록표 등본에 사진을 첨부한 증명서는 법률상 발급근거가 없어 발급할 수 없다고 회시하였다. 청구인은 6. 13. 지방선거에서 투표를 하지 못하였다.

(4) 이에 청구인은 화양동장이 위 증명서를 발급해 주어야 할 의무가 있음에도 불구하고 그런 조치를 하지 아니하고 법적 근거가 없어 발급할 수 없다고 함으로써 청구인의 선거권을 박탈하였고, 공공기관 또는 관공서에서 발행하는 사진이 첨부된 증명서가 있어야만 선거권을 행사할 수 있도록 규정한 공직선거및선거부정방지법 제157조 제1항과 공직선거관리규칙 제82조 제2항은 청구인의 선거권 및 평등권을 침해한다는 이유로 2002. 8. 1. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 ① 화양동장이 주민등록표 등본에 사진을 첨부한 증명서는 발급근거가 없어 발급할 수 없다고 알려진 행위(이하 “발급거부 통보”라 한다)로 인하여 청구인의 헌법상 보장된 기본권이 침해되었는지의 여부와 ② 공직선거및선거부정방지법(1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정된 것, 이하 “공선법”이라 한다) 제157조 제1항 및 공직선거관리규칙(1998. 4. 30. 중앙선거관리위원회규칙 제154호로 개정된 것, 이하 “규칙”이라 한다) 제82조 제2항(이들을 이하 “이 사건 조항”이라 한다)의 위헌여부이며, 이 사건 조항 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

공선법 제157조(투표용지수령 및 기표절차) ① 선거인은 자신이 투표소에 가서 투표참관인의 참관하에 주민등록증(주민등록증이 없는 경우에는 관공서 또는 공공기관이 발행한 증명서로서 사진이 첨부되어 본인임을 확인할 수 있는 여권·운전면허증·공무원증 또는 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 신분증명서를 말한다. 이하 “신분증명서”라 한다)을 제시하고 본인임을 확인받은 후 투표구선거관리위원회위원 앞에서 선거인명부에 서명 또는 무인하고, 투표용지 1매를 받아야 한다.

③ 투표구선거관리위원회위원장은 신분증명서를 제시하지 아니한 선거인에게 투표용지를 교부하여서는 아니된다.

규칙 제82조(투표의 계속진행) ② 법 제157조 제1항의 규정에 의하여 본인임을 확인할 수 있는 신분증명서는 위 법조항에 규정된 것 외에 관공서 또는 공공기관이 발행한 경로우대증·장애인수첩·자격증·기타 사진이 첨부된 신분을 확인할 수 있는 증명서를 말한다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 발급거부 통보에 대하여

동사무소에서는 선거권을 행사할 수 있도록 주민등록표 등본이나 초본에 사진을 첨부하여 본인임을 확인하는 증명서를 발급해줄 의무가 있음에도 불구하고 화양동장이 단순히 법적 근거가 없다는 이유만으로 증명서의 발급을 거절한 것은 청구인과 같이 관공서나 공공기관이 발급한 주민등록증, 여권 등의 증명서가 없는 사람의 선거권을 침해한 것이다.

(2) 이 사건 조항에 대하여

국민의 선거권을 보장하기 위하여 본인 확인방법은 다양하게 인정되어야 함에도 불구하고 이 사건 조항은 관공서나 공공기관이 발행하는 사진이 첨부된 증명서만을 본인확인 방법으로 인정함으로써 합리적 이유 없이 청구인의 선거권과 평등권을 침해하고 있다.

나. 화양동장의 의견

주민등록법에 의하면 신분의 확인은 주민등록증에 의하여 확인하도록 되어 있으며(주민등록법 제17조의9) 주민등록표 등·초본은 신분을 증명하는 증명서로 교부할 수 있는 것이 아니고 주민등록표의 내용을 규정된 서식에 의거하여 교부할 수 있는 것으로(주민등록법 제18조, 동법시행규칙 제13조) 동사무소에서 주민등록표 등본 또는 초본에 임의로 사진을 첨부하여 그것을 증명서로 발급하는 것은 현행 주민등록법상 불가능하다. 따라서 주민등록표 등본 또는 초본에 사진을 첨부한 증명서를 발급하여 달라는 것은 주민등록법상 그 근거가 없어 신청에 응할 의무가 없으므로 그 발급을 안해주었다고 하여 청구인의 선거권, 평등권을 침해한 것이라고 할 수 없다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. 발급거부 통보의 위헌확인청구부분

화양동장의 증명서 발급거부 통보가 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행

사에 해당하는지를 살펴본다.

(1) 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판을 청구하기 위해서는 ‘공권력의 행사 또는 불행사로 인한 기본권침해의 가능성’이 있어야 한다. 따라서 헌법소원의 심판대상인 ‘공권력의 행사’는 국민의 권리와 의무에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시켜야 하고 청구인의 법적 지위를 그에게 불리하게 변화시키기에 적합해야 한다(헌재 1994. 8. 31. 92헌마174, 판례집 6-2, 249, 264 참조).

(2) 청구인은 화양동장이 청구인에 대하여 주민등록표 등본에 사진을 첨부한 증명서의 발급을 거부하는 내용의 처분을 하였음을 전제로 이로 인한 기본권 침해를 다투고 있으나, 화양동장이 주민등록표 등본에 사진을 첨부한 증명서를 발급해달라는 청구인의 요청에 대하여 그러한 증명서는 발급근거가 없으므로 발급해줄 수 없다고 답변한 것은 관련 법령을 해석하고 이를 근거로 청구인의 요청에 따른 증명서는 발급근거가 없다는, 현재의 법적 상황에 대한 행정청의 의견을 표명하면서, 청구인이 요청하는 증명서를 발급할 수 없음을 단순히 알려주는 정도의 내용에 불과한 것이다. 그렇다면 화양동장의 발급거부 통보는 청구인의 법률관계나 법적 지위에 영향을 미친 바 없으므로 이를 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 할 수 없다.

그러므로 이 부분 심판청구는 헌법소원의 대상이 되지 아니하는 것을 그 대상으로 한 것이므로 부적법하다.

나. 이 사건 조항의 위헌확인청구부분

청구인이 선거권을 행사하고자 했던 2002. 6. 13. 지방선거는 이미 종료되었으므로, 이 사건 조항에 의한 주관적인 기본권의 침해상태는 종료되었다고 볼 수 있다.

그러나 이 사건은 선거인 본인임을 확인하는 방법으로 신분증명서의 제시를 요구하는 것이 신분증명서가 없는 국민들에 대한 선거권과 평등권을 침해하는지 여부를 가리는 헌법적으로 해명할 필요가 있는 중요한 사안으로 앞으로도 계속 반복될 성질이 있는 것이므로 권리보호이익을 인정함이 상당하다(헌재 1997. 6. 26. 96헌마89, 판례집 9-1, 674, 678 참조).

4. 이 사건 조항의 본안에 대한 판단

가. 선거인 본인 확인방법에 관한 입법연혁 및 입법례

주민등록증 제도가 실시되기 전 국회의원선거법과 대통령선거법은 투표통지표를 제시하고 선거인 본인임을 확인받도록 하고, 선거인 본인 여부가 의심

스러울 때에는 선거인이 거주하는 지역의 동·리·반장이나 인근거주인 등의 증언을 들어 그 본인여부를 결정하도록 하였으나, 1968. 5. 29. 주민등록법 개정으로 주민등록증 발급에 관한 규정이 신설된 이후에는 주민등록증과 투표통지표를 제시하고 본인임을 확인받되 투표통지표를 지참하지 아니한 선거인이라도 선거인명부에 등재된 선거인임이 확인된 때에는 투표용지를 교부하도록 하였다. 1994. 3. 16. 공선법 제정시 투표통지표 제도가 없어졌는바 그 대신 주민등록증, 여권, 운전면허증, 공무원증 중 하나를 제시하고 본인임을 확인받도록 하였으며, 1998. 4. 30. 개정된 공선법은 주민등록증, 여권, 운전면허증, 공무원증 외에 규칙이 정하는 신분증명서, 즉 관공서 또는 공공기관이 발행한 경로우대증, 장애인수첩, 자격증, 기타 사진이 첨부된 신분을 확인할 수 있는 증명서로까지 신분증명서의 범위를 확대하였고 그 규정이 현재까지 계속되어 오고 있다.

외국의 경우, 미국은 대부분의 주에서 신분증명서 외에 자신이 선거인명부에 기재된 선거인임을 선서하거나 그러한 내용이 기재된 서면에 서명하는 방법을 허용하고 있고, 같은 선거구 거주자의 증언으로 신분증명서를 대체하는 주도 있다. 일본도 선거인 본인 여부를 확인할 수 없을 때 본인이라는 뜻을 선언하고 그 내용이 기재된 서면에 서명함으로써 투표할 수 있도록 하고 있다. 독일은 기표를 마친 선거인이 투표관리위원회위원에게 투표통지표를 제시하도록 하고 있는데, 신분증명서 또는 여권에 의한 신분증명은 요구가 있거나 투표통지표를 제시하지 아니한 때 하도록 하고 있다.

나. 이 사건 조항의 위헌 여부

(1) 이 사건의 쟁점

이 사건의 쟁점은 신분증명서를 제시하지 않은 선거인에 대하여 투표를 할 수 없도록 하는 이 사건 조항이 헌법에 위배되는지 여부이다. 즉, 20세 이상의 국민은 원칙적으로 대통령 및 국회의원의 선거권이 있고(공선법 제15조 제1항, 제18조), 공선법 제3조가 선거권이 있는 자로서 선거인명부에 올라 있는 자를 선거인으로 규정하고 있으므로, 청구인과 같이 주민등록증을 비롯한 신분증명서가 없는 자라도 주민등록이 되어 있어 선거인명부에 등재되기 때문에 선거권 결격사유가 없는 한 선거권이 인정된다. 그런데 이 사건 조항에 의하면 신분증명서를 제시하여야 투표용지를 수령할 수 있으므로 신분증명서를 소지하지 않은 선거인은 투표를 할 수 없다. 따라서 선거권 행사에 있어서 투표용지 수령을 위해 신분증명서를 제시하도록 하고 있는 이 사건 조항이

청구인과 같이 신분증명서가 없는 선거인의 선거권과 평등권을 침해하는 것 인지가 이 사건의 쟁점이다.

(2) 선거권의 침해 여부

(가) 이 사건 조항의 성격

투표과정에 있어서 선거인 본인 확인은 위장투표, 대리투표 등의 투표부정 행위를 방지하여 정확한 민의의 반영과 선거의 공정한 집행을 위한 필수적 절차라 할 것이고, 다만 그 신분확인을 어떠한 방법으로 할 것인지, 즉 그 방법을 다양하게 인정할 것인지 아니면 일정한 방법으로 한정할 것인지의 문제는 입법자가 그 나라의 역사, 전통과 문화, 국민의 의식수준, 정치적 사회적 영향 등 여러 가지 사항을 종합하여 결정하는 것이어서 이에 의한 제한은 선거권 자체의 제한이 아니고 선거권 행사에 있어 필수적인 절차인 신분확인 의 제도상 요구되는 내재적 제한이라 할 것이다. 따라서 그 제한의 폭을 어느 범 위로 정할 것인지는 입법정책에 속하는 문제이다.

(나) 입법자의 재량범위 일탈여부

이 사건 조항은 선거인의 신분확인을 위해 신분증명서, 즉 주민등록증, 여권, 운전면허증, 공무원증, 관공서 또는 공공기관이 발행한 경로우대증·장애 인수첩·자격증·기타 사진이 첨부된 신분을 확인할 수 있는 증명서를 제시 하도록 하고 있다.

그런데, 주민등록증은 만 17세에 달한 국민은 신청만 하면 발급받을 수 있고, 주민등록증 외에도 여권, 운전면허증, 자격증, 학생증 등 신분증명서로 인정될 수 있는 것들이 다수 있으므로 선거인의 신분확인을 위해 신분증명서를 제시하도록 하는 것이 지나친 제한이라고 보기는 어렵다. 선거인으로서 는 그 중 어느 하나의 신분증명서라도 제시하면 투표를 할 수 있으므로 이 사건 조항이 정하는 신분증명방법이 입법부에 주어진 합리적인 재량의 한계를 벗어난 것이라 할 수는 없다.

이에 대해서는 선거인 본인확인을 위해 신분증명서를 제시하는 방법 외에 일부 외국의 입법례와 같이 선서와 서명에 의하여, 또는 투표통지표에 의하여 선거인 본인임을 확인하거나 주민등록증제도가 생기기 전 우리 선거법이 채택한 바 있는 선거인거주 동·리·반장 등의 증언에 의하여 본인 여부를 결정하는 방법도 가능하지 않느냐는 반론이 있을 수 있다.

그러나 위에서 본 바와 같이 선거인의 신분을 어떠한 방법으로 확인할 것 인가는 각 나라가 처한 정치, 사회, 경제적 사정과 국민의식구조의 특성에 따

라 달라질 수 있는 것이다. 우리나라가 아직은 서명문화가 일반적으로 정착되었다고 보기는 어려워 현단계에서 서명으로 신분을 확인하는 방법을 채택하지 않았다하여 이를 두고 현저하게 불합리하고 불공정한 것이라고 할 수는 없다.

인근거주민의 증언으로 신분확인을 하는 방법도 허위증언에 대한 형사처벌을 아주 무겁게 하는 등 적절한 대책을 마련하지 않는 한 그 진실성을 담보하기 어렵고, 경우에 따라서는 신분을 확인해줄 증인이 없는 경우도 있을 수 있으므로 그 실효성에 있어서도 의문이 생긴다.

신분증명서가 없을 경우 투표통지표만으로 본인확인을 하는 방법 역시 투표통지표의 부정교부라는 또 하나의 선거부정행태가 발생할 수 있다.

다만, 주민등록증을 투표일에 임박하여 분실하고 주민등록증발급신청확인서(주민등록법시행령 제37조의2 참조)마저도 발급받을 시간적 여유가 없는 데 다른 신분증명서도 일체 없는 경우와 같이 부득이한 사유로 투표일에 신분증명서가 없는 경우가 문제될 수 있으나, 보통은 주민등록증을 분실하여도 여권이나 운전면허증, 학생증 등의 다른 신분증명서를 가지고 있어 신분증명서로 사용될 수 있는 것들을 모두 분실한 경우는 극히 예외적이고 특수한 경우라 할 것인바, 입법자에게 그러한 예외적이고 특수한 경우까지 고려하지 않았다 하여 위헌적인 입법의 불비라고 탓할 수는 없다.

따라서, 이 사건 조항이 선거인의 신분확인을 위해 신분증명서를 제시하도록 하고 있는 것은 입법부에 주어진 합리적인 재량의 범위 내의 것이라고 할 것이므로, 이 사건 조항이 청구인의 선거권을 침해하였다고는 볼 수 없다.

(3) 평등권의 침해여부

청구인은 이 사건 조항이 신분증명서를 제시한 선거인에게만 투표용지를 교부하도록 함으로써 신분증명서를 가지고 있지 아니한 선거인들의 평등권을 침해하고 있다고 주장하므로 이에 관하여 본다.

이 사건 조항이 신분증명서로 선거인의 신분확인을 하도록 한 것은 사진이 첨부된 관공서·공공기관 발행의 증명서에 의해 신분을 확인하는 것만큼 확실하고 부정개입의 가능성이 적은 방법은 없다는 입법자의 판단이 내재된 것으로서, 앞에서 살펴본 바와 같이 선거권 행사에 있어 신분확인인 선거제도의 본질상 요구되는 것인데 선거인으로서 이 사건 조항이 정하는 신분증명서 중 어느 하나라도 발급받으면 투표를 할 수 있으므로 이 사건 조항이 신분증명서 없는 선거인들을 합리적 이유 없이 자의적으로 차별하는 것이라고는 할

수 없다.

5. 결 론

따라서 이 사건 심판청구 중 화양동장의 증명서 발급거부 통보부분에 대한 부분은 부적법하므로 이를 각하하고, 이 사건 조항에 대한 부분은 이유가 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 주선회의 아래 6.과 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

6. 재판관 주선회의 반대의견

나는 이 사건 조항이 합헌이라고 하는 다수의견에 대하여 아래와 같은 이유로 반대한다.

이 사건 조항을 통하여 달성하고자 하는 입법목적은 위장투표, 대리투표 등의 선거부정행위를 방지하여 선거의 공정성을 확보하고 정확한 민의를 반영하고자 하는 것으로서 입법목적 자체는 정당하다고 보여진다.

그러나, 이 사건 조항이 사진이 첨부된 신분증명서만으로 신분확인을 하도록 함으로써 그러한 신분증명서가 없는 선거인들은 전혀 투표를 할 수 없고, 선거권을 행사하고자 해도 이를 행사할 길이 없게 된다. 선거권자라고 인정되어 선거인명부에 등재가 된 선거인임에도 불구하고, 선거인 신분확인방법으로 한정된 종류의 신분증명서만 인정함으로써 그러한 신분증명서가 없을 경우 투표를 할 수 없도록 하는 것은 단지 절차적인 이유로 선거권 행사를 제한하는 것으로, 이는 국민주권의 상징적 표현으로서 국민의 가장 중요한 기본적 권리인 선거권을 사실상 박탈하는 것과 마찬가지이다.

과거 우리가 매표에 의한 대리투표 등으로 인하여 선거부정에 민감하게 반응할 수밖에 없었던 어두운 경험이 있으나, 이제는 후보자와 유권자 모두 공정선거에 대한 의식수준이 상당히 높아져 위장투표, 대리투표와 같은 유형의 투표부정행위는 과거의 역사 속으로 사라져가고 있다는 점을 간과하여서는 아니될 것이다. 게다가 우리 공선법은 선거를 실시하는 때마다 선거부정을 감시하기 위하여 선거기간개시일 전 10일부터 선거일까지 구·시·군선거관리위원회에 선거부정감시단을 두도록 하고 있고(제10조의2), 매수 및 이해유도죄(제230조), 재산상의 이익목적의 매수 및 이해유도죄(제231조), 선거의 자유 방해죄(제237조), 사위투표죄(제248조), 선거범죄로 인한 공무담임등의 제한(제266조) 등의 규정을 둠으로써 대리투표, 위장투표 등 투표부정행위를 방지하기 위한 장치를 마련하고 있다.

다수의견이 적절히 실시한 바와 같이, 오늘날 많은 나라가 선서나 서명, 같은 선거구 거주자의 증언 등 다양한 신분증명방법을 인정하고 있다. 우리나라도 과거에 비해 선거문화가 많이 발전하였다는 점, 공선법에 투표부정행위를 방지하기 위한 여러 가지 장치가 있다는 점을 고려해 본다면, 선거인의 신분증명방법으로 신분증명서만을 고집할 것은 아니라고 본다.

오히려, 신분증명서에 첨부된 사진은 시간이 경과할수록 그 증명력이 떨어진다는 점에서 사진이 첨부된 신분증명서로 선거인의 신분을 확인하는 것만이 선거의 공정성을 담보하는 유일한 방법이라고는 보기 어렵다. 선거인 자신이 선거인명부에 기재된 선거인과 동일인임을 선서하고 그러한 내용이 기재된 서면에 서명을 하거나, 또는 주민등록증제도가 생기기 전 우리의 선거법이 채택한 바 있는 선거인거주 동·리·반장 등의 증언에 의하여 본인 여부를 결정한다고 하여도 허위진술에 대한 제재를 강화하는 등 그 진실성을 담보하기 위한 대책이 마련되어 있다면 선거인의 신분을 속이고 투표를 하는 부정행위에 대한 우려는 그리 크지 않다고 본다.

그밖에 신분증명서가 없는 경우에는 투표통지표로 선거인 본인임을 확인할 수 있도록 하고 투표통지표의 유효성 또는 소지의 적법성에 대하여 의혹이 있을 때에는 선거인의 선서나 같은 선거구민의 증언을 요구하는 방법도 생각해 볼 수 있다. 이 경우 투표통지표를 이미 작성된 선거인명부에 기초하여 발부케하면 선거인명부의 일련번호와 투표통지표의 일련번호의 불일치로 인한 오류를 최소화할 수 있고, 아울러 교부예정인 투표통지표를 각당의 참관인들로 하여금 최종적으로 확인하도록 한다면 투표통지표의 부정교부로 인한 시비도 예방할 수 있을 것이다.

결국, 선거인의 신분확인방법을 사진이 첨부된 관공서·공공기관 발행의 증명서를 제시하는 것으로 한정하는 것은 그 인정범위가 지나치게 협소하여 청구인과 같이 신분증명서 없는 선거인의 선거권 행사를 과도하게 제한하는 것으로서 입법재량의 한계를 일탈한 자의적인 입법이라 할 것이다.

나는 이상과 같은 이유로 이 사건 조항이 헌법에 위반된다고 판단되므로 다수의견에 반대하는 것이다.

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

참전유공자예우에관한법률 제6조 제1항 위헌확인

(2003. 7. 24. 2002헌마522·604, 2003헌마70·80(병합))

전원재판부

【판시사항】

1. 참전명예수당 수급권의 법적 성질
2. 참전유공자 중 70세 이상자에게 참전명예수당을 지급하도록 하는 구 참전유공자예우에관한법률(2003. 5. 29. 법률 제6922호로 개정되기 전의 것) 제6조 제1항(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)이 70세 되지 않은 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부(소극)
3. 이 사건 법률조항이 청구인들의 인간다운 생활을 할 권리, 행복추구권 등을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 법률조항이 규정하는 참전명예수당은 국가를 위한 특별한 공헌과 희생에 대한 국가보훈적 성격과, 고령으로 사회활동능력을 상실한 참전 유공자에게 경제적 지원을 함으로써 참전의 노고에 보답하고 아울러 자부심과 긍지를 고양하며 장기적인 측면에서 수급권자의 생활보호를 위한 사회보장적 의미를 동시에 갖는 것이다.

2. 위와 같은 이 사건 법률조항의 입법취지와, 현행 각 예우법 상의 금전급부가 국가에 대한 공헌에 있어 사망이나 부상 등 특별한 희생이나 현저한 무공에 대하여 이루어지고 있는 전반적인 사회보장의 수준에서 특별한 희생이나 무공을 요건으로 하지 않는 이 사건 참전명예수당을 신설하면서 새로이 창출되는 국가 재정부담을 고려하여 70세 이상 참전유공자에게만 지급하도록 한 이 사건 법률조항이 헌법상 사회보장·사회복지의 이념에 명백히 반하는 입법형성권의 행사로서 70세 되지 않은 청구인들의 평등권을 침해한다고 보기 어렵다.

3. 인간다운 생활이라고 하는 개념이 사회의 경제적 수준 등에 따라 달라질 수 있는 상대적 개념이고 이 사건 참전명예수당이 소득수준을 기준으로 하는 것이 아니며 단지 70세 이상 노령의 참전유공자에게 경제적 지원을 하는 것이라는 점을 고려하면, 이 사건 법률조항이 있다 하여 70세 되지 않은 참전유공자의 생계보호에 관한 입법이 전혀 없다고 볼 것은 아니므로 인간다운 생활을 할 권리가 침해당하였다고 보기는 어렵고, 그밖에 일정한 금전급부의 수급기준을 정하고 있는 이 사건 법률조항이 청구인들의 행복추구권을 침해한다고도 할 수 없다.

【심판대상조문】

참전유공자예우에관한법률(2002. 1. 26. 법률 제6649호로 개정되고 2003. 5. 29. 법률 제6922호로 개정되기 전의 것) 제6조(참전명예수당) ① 70세 이상의 참전유공자에 대하여는 참전의 명예를 기리기 위하여 참전명예수당을 지급한다. 다만, 수당지급대상자가 국가유공자등예우및지원에관한법률 제4조 제1항 제4호·제6호·제7호·제8호에 해당하는 자로서, 동법 제11조의 규정에 의한 보상금을 받거나 또는 고엽제후유의증환자지원등에관한법률 제7조 제7항의 규정에 의한 수당을 지급 받는 때에는 본인이 택일하게 하여 지급한다.

②~⑤ 생략

【참조조문】

헌법 제10조, 제11조 제1항, 제34조 제1항

참전유공자예우에관한법률(2002. 1. 26. 법률 제6649호로 개정되고 2003. 5. 29. 법률 제6922호로 개정되기 전의 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “6·25전쟁”이라 함은 1950년 6월 25일부터 1953년 7월 27일까지 사이에 발생한 전투 및 1948년 8월 15일부터 1954년 10월 25일까지의 사이에 발생한 전투중 별표의 전투를 말한다.
2. “참전유공자”라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 자를 말한다. 다만, 6·25전쟁이나 1964년 7월 18일부터 1973년 3월 23일까지 월남전쟁에 참전중 범죄행위로 인하여 금고 이상의 형의 선고를 받고 불명예스러운 제대를 하거나 파면된 사실이 있는 자를 제외한다.
 - 가. 6·25전쟁에 참전하고 전역(퇴역 또는 면역을 포함한다. 이하 같다)된 군인
 - 나. 병역법 또는 군인사법에 의한 현역복무중 1964년 7월 18일부터 1973년 3월 23일까지 사이에 월남전쟁에 참전하고 전역된 군인
 - 다. 6·25전쟁에 참전하고 퇴직한 경찰공무원
 - 라. 6·25전쟁에 참전(병역의무 없이 참전한 소년지원병을 포함한다) 또는 월남전쟁

에 참전한 사실이 있다고 국방부장관이 인정한 자
참전유공자예우에관한법률(2002. 1. 26. 법률 제6649호로 개정되고 2003. 5. 29. 법률 제
6922호로 개정되기 전의 것) 부칙 제1조(시행일) 이 법은 2002년 10월 1일부터 시행한다.

【참조판례】

1. 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1
헌재 2000. 6. 1. 98헌마216, 판례집 12-1, 622
2. 헌재 1998. 9. 30. 98헌가7등, 판례집 10-2, 484
3. 헌재 1997. 5. 29. 94헌마33, 판례집 9-1, 543
헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 승홍배 (2002헌마522)
국선대리인 변호사 이일우
2. 박계승 (2002헌마604)
국선대리인 변호사 표재진
3. 김현근 (2003헌마70)
대리인 변호사 송유영
4. 전건석 (2003헌마80)
국선대리인 변호사 조영선
- 보조참가인 박준천 외 202인 (2002헌마604)

【주 문】

청구인들의 심판청구를 모두 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2002헌마522

청구인 승홍배는 1934. 11. 24. 생으로 1951. 2. 17.부터 1953. 7. 27.까지 6·25 전쟁에 참전한 자로서 참전유공자예우에관한법률(2002. 1. 26. 법률 제6649호로 개정되고 2003. 5. 29. 법률 제6922호로 개정되기 전의 것, 이하 “법”이라고 한다) 제2조 제2호 가목 소정의 참전유공자인바, 법 제6조 제1항 본문이

70세 이상의 참전유공자에 대하여 참전명예수당을 지급한다고 규정하여 70세가 되지 않은 청구인의 평등권 등을 침해한다고 하여 2002. 8. 5. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2002헌마604

청구인 박계승은 1935. 11. 7. 생으로 1951. 2.부터 1954. 2.까지 6·25전쟁에 참전한 자로서 법 제2조 제2호 가목 소정의 참전유공자인바, 법 제6조 제1항 본문이 70세 이상의 참전유공자에 대하여 참전명예수당을 지급한다고 규정하여 70세가 되지 않은 청구인의 평등권 등을 침해한다고 하여 2002. 9. 24. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(3) 2003헌마70

청구인 김현근은 1934. 6. 21. 생으로 6·25전쟁 당시 해병대에 입대하여 복무한 후 전역한 6·25 참전용사로서 법 제2조 제2호 가목 소정의 참전유공자인바, 법 제6조 제1항 본문이 70세 이상의 참전유공자에 대하여 참전명예수당을 지급한다고 규정하여 70세가 되지 않은 청구인의 평등권 등을 침해한다고 하여 2003. 1. 28. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(4) 2003헌마80

청구인 전건석은 1934. 10. 20. 생으로 1952. 4. 자원입대하여 6·25전쟁에 참전한 자로서 법 제2조 제2호 가목 소정의 참전유공자인바, 법 제6조 제1항 본문이 70세 이상의 참전유공자에 대하여 참전명예수당을 지급한다고 규정하여 70세가 되지 않은 청구인의 평등권 등을 침해한다고 하여 2003. 2. 3. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

헌법재판소는 심판청구서에 기재된 피청구인이나 청구취지에 구애됨이 없이 청구인의 주장요지를 종합적으로 판단하여야 하며, 청구인이 주장하는 침해된 기본권과 침해의 원인이 되는 공권력을 직권으로 조사하여 피청구인과 심판대상을 확정하여 판단하여야 한다.

청구인 승홍배(2002헌마522)는 법을 군인연금법과 연결하여 1984. 10. 1. 이전 전역자에게는 70세 이상에게 참전명예수당을 지급하고 1984. 10. 1. 이후 전역자에게는 군인연금법상의 연금을 지급하게 되어 평등권을 침해한다고 주장하나, 법상 전역시기를 달리하여 참전명예수당 지급 여부를 달리한다는 규정이 없으며 위 청구인의 대리인이 제출하고 있는 헌법소원심판청구서에는 군인연금법에 대한 주장은 없는데, 위 청구인 자신의 군인연금법에 관한 주장

부분은 법 제6조 제1항의 위헌 주장과 관련이 없으므로 이 사건 심판대상은 법 제6조 제1항 본문(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌여부로 한다. 이 사건 법률조항과 관련규정의 내용은 다음과 같다.

법 제6조(참전명예수당) ① 70세 이상의 참전유공자에 대하여는 참전의 명예를 기리기 위하여 참전명예수당을 지급한다. 다만, 수당지급대상자가 국가유공자등예우및지원에관한법률 제4조 제1항 제4호·제6호·제7호·제8호에 해당하는 자로서, 동법 제11조의 규정에 의한 보상금을 받거나 또는 고엽제후유의증환자지원등에관한법률 제7조 제7항의 규정에 의한 수당을 지급 받는 때에는 본인이 택일하게 하여 지급한다.

법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “6·25전쟁”이라 함은 1950년 6월 25일부터 1953년 7월 27일까지 사이에 발생한 전투 및 1948년 8월 15일부터 1954년 10월 25일까지의 사이에 발생한 전투 중 별표의 전투를 말한다.

2. “참전유공자”라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 자를 말한다. 다만, 6·25전쟁이나 1964년 7월 18일부터 1973년 3월 23일까지 월남전쟁에 참전 중 범죄행위로 인하여 금고 이상의 형의 선고를 받고 불명예스러운 제대를 하거나 파면된 사실이 있는 자를 제외한다.

가. 6·25전쟁에 참전하고 전역(퇴역 또는 면역을 포함한다. 이하 같다)된 군인

나. 병역법 또는 군인사법에 의한 현역복무중 1964년 7월 18일부터 1973년 3월 23일까지 사이에 월남전쟁에 참전하고 전역된 군인

다. 6·25전쟁에 참전하고 퇴직한 경찰공무원

라. 6·25전쟁에 참전(병역의무 없이 참전한 소년지원병을 포함한다) 또는 월남전쟁에 참전한 사실이 있다고 국방부장관이 인정 한

법 부칙 제1조(시행일) 이 법은 2002년 10월 1일부터 시행한다.

2. 청구인들의 주장 및 관계기관 등의 의견 요지

가. 청구인들의 주장 요지

(1) 2002헌마522

이 사건 법률조항이 참전명예수당 지급대상자를 70세 이상으로 정한 것은 광주민중유공자에 대한 지원에 비해 그 범위가 지나치게 협소하고, 참전명예수당 수급자의 연령제한의 근거로 들고 있는 국가재정은 국민 개개인에 공통되면서도 개개인의 사적 이익에 우월하는 국민공동의 이익을 의미하는 것으

로서 다의적인 개념이므로 합리적인 차별의 법적 근거로 삼기에는 문제가 있다. 따라서 이 사건 법률조항이 정부의 재정사정과 타 국가유공자와의 형평 등을 종합적으로 고려하여 참전명예수당의 지급연령을 70세 이상으로 정한 것이라 하더라도 이는 70세 되지 않은 참전유공자와 합리적 이유 없이 차별하고 있는 규정이므로 청구인의 평등권 등을 침해하는 것이다.

(2) 2002헌마604

70세 되지 않은 참전유공자들은 남보다 어린 나이에 참전하였으므로 보다 큰 정신적·육체적 희생을 한 것이고, 국가유공자등예우및지원에관한법률이 6·25 참전제일학도의용군에 대해 그 연령을 불문하고 국가유공자로서의 보훈을 누리게 하고 있는 점과 비교해 보아도 70세 이상의 참전유공자에게만 참전명예수당을 지급하는 것은 합리적 근거 없는 차별이며, 참전명예수당의 지급률의 차등조정 등 가능한 최소한의 차별방법이 있음에도 불구하고 70세 되지 않은 참전유공자에 대하여는 참전명예수당의 수급권을 주지 않음으로써 불필요하고 가혹한 차별을 하고 있어 청구인의 평등권 등을 침해한다.

(3) 2003헌마70

6·25전쟁 참전유공자라고 하면 연령에 상관없이 동등하게 대우를 하여야 함이 형평의 원칙상 당연한 것이고, 더욱이 법의 입법취지가 참전유공자가 국가에 공헌하고 헌신한데 대하여 응분의 예우와 지원을 함으로써 참전유공자의 명예를 선양하고 국민의 애국정신함양에 이바지함에 있다고 한다면 법 제 6조 제1항에서 정하는 바와 같이 수당지급대상자를 반드시 70세 이상으로 한정할 이유가 전혀 없다. 또한 민주화운동관련자명예회복및보상등에관한법률에서는 민주화운동관련자들에 대한 보상을 시행하면서 이에 못지 않은 희생을 하였다고 볼 수 있는 참전유공자에 대하여 연령을 제한하면서까지 참전명예수당을 지급하지 않는다는 것은 형평의 원칙과 정의에 반하는 것으로 청구인의 평등권 등을 침해한다.

(4) 2003헌마80

70세 이상의 참전유공자에게만 참전명예수당을 지급하는 것은 징집연령이 22세에 입대한 자만 해당되도록 하여 자원입대자와 징집입대자를 차별하는 것이고, 국가의 존립위기에서 애국적인 헌신을 한 자에 대해 재정부담을 이유로 지원하지 않는 것은 정당하지 않으며, 설령 재정부담이 된다 하더라도 미미한 수준에 그치게 되는 점 등을 볼 때 일률적으로 연령을 기준으로 참전명예수당수급권자를 정하는 것은 청구인의 평등권 등을 침해한다.

나. 국가보훈처장의 의견 요지

(1) 참전명예수당을 비롯한 의료지원 등 참전유공자 지원제도는 국가를 위한 특별한 공헌과 희생에 대한 국가보훈적 성격과 아울러 장기적인 측면에서 수급권자의 생활보호를 위한 사회보장적 의미를 동시에 갖는 제도로서 그 성격상 넓은 의미의 사회보장권에 해당한다. 이러한 권리는 국가가 법률을 통하여 구체화할 때 비로소 인정되는 법적 권리인 것이며 또한 한정된 사용재원을 합목적적으로 분배하여야 하는 정책의 특성상 입법자에게 광범위한 입법 재량이 부여된 영역이다.

(2) 참전명예수당은 고령으로 사회활동능력을 상실한 참전 유공자에게 경제적 지원을 함에 있어 소득기준의 생계보조비 제도보다 일정 연령 이상자에게 참전명예수당을 지급해 주는 것이 바람직하다는 참전단체들의 요구가 수렴되어 신설된 것으로 위와 같은 경제적 지원을 통해 참전의 노고에 보답하고 아울러 자부심과 긍지를 고양하고자 함에 그 취지가 있다.

(3) 정부로부터 예우와 보상을 받는 보훈행정대상에는 독립유공자, 전공상군경, 4·19관련 희생자와 무공수훈자, 고엽제후유의증환자, 광주민주화유공자 등 성격이 다른 다양한 유형이 있고, 이들에 대한 보상제도는 원칙적으로 신체적인 희생이 있는 경우에 한하여 그 정도에 따라 보상금을 지급하고 있으며 신체적인 희생이 없는 자 등은 국가보훈적 내지 사회보장적 측면에서 정부재정여건, 생계곤란정도, 근로능력, 나이 등 조건을 충족하는 경우에 한하여 수당을 지급하고 있다.

참전유공자들의 경우에는 고령으로 생활능력이 없는 점과, 2002년 8월 현재 연령에 관계없이 지급대상을 확대하고 잠재적인 지급대상까지 고려할 경우 연간 소요예산은 약 3,750억원의 막대한 규모에 이르게 되어 그 재정부담이 크다는 점을 감안하여 70세 이상의 고령참전자에 한하여 참전명예수당을 지급하게 된 것이다.

(4) 6·25전쟁에 참여한 재일학도의용군인은 6·25전쟁 당시 일본국에 거주하던 재일동포로서 국방의무가 강제되지 않아 참전하지 않아도 본인들의 생활이나 신상에 하등의 피해가 없음에도 불구하고 조국을 구하겠다는 일념과 애국심으로 자원하여 참전하였고, 6·25전쟁 참전 후 일본귀환을 앞둔 시점에서 일본에 의해 입국거부되어 가족들과 생이별을 하여야 하였을 뿐만 아니라 생활터전을 상실하는 등 정신적·경제적 희생이 있었으므로 이에 대한 보전 차원에서 1968. 7. 10.부터 국가유공자및월남귀순자특별원호법에 포함하

여 국가유공자로 보상을 하게 된 것으로, 국내에 거주하던 대한민국 국민의 국방의무와는 그 성격과 희생의 정도를 동일하게 볼 수 없다.

(5) 전쟁에 참전하여 뚜렷한 무공을 세운 무공수훈자에 대한 무공영예수당의 지급연령과 지급액이 65세 이상 월 5만원인 점 등을 고려할 때 참전명예수당의 지급연령과 지급액 등은 타당성이 있으며 또한 다른 국가유공자 지급 수준과의 형평을 고려하여 정한 합당한 내용으로서 참전 유공자로 70세에 도달하면 누구나 차별 없이 참전명예수당을 지급받을 권리가 발생하는 것이므로 70세 되지 않은 참전유공자를 합리적 이유 없이 차별하는 것이 아니다.

다. 국방부장관의 의견 요지

이 사건 참전명예수당은 참전유공자가 국가에 공헌하고 헌신한 데 대하여 응분의 예우와 지원을 함으로써 참전유공자의 명예를 선양하고 국민의 애국 정신 함양에 이바지하기 위해 참전유공자라는 사실만으로 참전유공자에게 지급하는 명예수당으로 국가보훈적 성격이 강한데, 수급권자를 70세 이상 고령자로 제한한 것은 사회보장적 성격이 강한 생계비 지원 수급권과 같이 취급한 데서 발생한 문제이다.

따라서 이 사건 법률조항은 국가예산의 과부족을 고려한다는 목적의 정당성은 충족하였는지 몰라도 아무런 합리적인 근거가 없이 70세 이상에 한정한다는 수단의 부적정성과 70세 되지 않은 참전유공자와의 법익의 형평성에 비추어 합리적 근거가 없는 차별이다. 이러한 불합리한 차별로 청구인들의 평등권과 행복추구권을 침해하였다.

설령 이 사건 참전명예수당을 사회보장적 성격의 것이라 보더라도 합리적인 사유에 근거하지 않은 연령상의 이유만으로 사회적 기본권을 제한한다면 이는 입법재량의 범위를 일탈한 것으로 헌법에 위반된다.

3. 판 단

가. 이 사건 참전명예수당 수급권의 법적 성질

이 사건 참전명예수당은 국가를 위한 특별한 공헌과 희생에 대한 국가보훈적 성격과 고령으로 사회활동능력을 상실한 참전유공자에게 경제적 지원을 함으로써 참전의 노고에 보답하고 아울러 자부심과 긍지를 고양하며, 장기적인 측면에서 수급권자의 생활보호를 위한 사회보장적 의미를 동시에 갖는 것이다. 따라서 이 사건 참전명예수당의 수급권도 다른 국가보상적 내지 국가보훈적 수급권이나 사회보장수급권과 마찬가지로 구체적인 법률에 의하여 비로소 부여되는 권리라고 할 것이고, 참전명예수당 지급 대상과 내용에 관한 사

항은 구체적으로는 국가의 재정부담능력과 전체적인 사회보장의 수준, 참전 유공자에 대한 평가기준 내지 사회적 가치관 등에 따라 달라질 수 있으므로 이는 우리 헌법상의 사회보장·사회복지 증진 이념에 명백히 어긋나는 것이 아닌 한 입법자의 광범위한 입법형성의 자유에 속하는 것으로서 기본적으로는 입법정책에 달려있는 것이다(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 19-21; 헌재 2000. 6. 1. 98헌마216, 판례집 12-1, 622, 640-641).

나. 평등권 침해 여부

(1) 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 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라, 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는, 자의적 차별을 하여서는 아니된다는 상대적 평등을 뜻한다(헌재 1998. 9. 30. 98헌가7 등, 판례집 10-2, 484, 503-504).

(2) 청구인들은 국가재정을 이유로 70세 되지 않은 참전유공자에게 참전명예수당을 지급하지 않거나 연령을 기준으로 지급대상자를 나누는 것은 불합리하다고 주장한다.

사회보장법 분야에서 분쟁의 대상이 급부의 여부 혹은 그 정도일 때 해당 헌법규범의 실현은 국가재정 등 주변 여건에 의존할 수밖에 없고, 국가가 국민에게 “인간다운 생활을 할 권리”를 보장하기 위하여 국가의 보호를 필요로 하는 국민들에게 한정된 가용자원을 분배하는 이른바 사회보장권에 관한 입법을 할 경우에는 국가의 재정부담능력, 전체적인 사회보장수준과 국민감정 등 사회정책적인 고려, 제도의 장기적인 지속을 전제로 하는 데서 오는 제도의 비탄력성과 같은 사회보장제도의 특성 등 여러 가지 요소를 감안하여야 하는 것이다.

살피건대 2002. 8. 현재 국가보훈처에 등록된 참전유공자는 약 30만명이며 이 중 70세 이상은 약 17만 5천명으로 전체 등록자의 절반 이상으로 이들에 대한 참전명예수당 지급에 소요되는 금액만도 연간 1,000억원이 넘고, 더욱이 당시까지 아직 등록을 하지 않은 잠재적 지급대상자 약 30만명을 고려하면 재정규모가 3배 내지 4배로 커지게 되어 그 부담을 무시해도 좋을 만큼 미미하다고 볼 수는 없다 할 것이다.

따라서 입법자가 이 사건 참전명예수당을 신설하면서 국가 재정에 새로이 미치는 부담을 고려하여 지급대상자를 70세 이상으로 한정된 것이 우리 헌법

상의 사회보장·사회복지 증진 이념에 명백히 어긋나는 입법형성권의 행사라고 보기 어렵다.

나아가 이 사건 법률조항은 2003. 4. 30. 참전명예수당 지급대상자의 연령을 65세 이상으로 하도록 개정되어 2004. 1. 1.부터 시행되게 되었는바, 이는 이 법 시행 후 시간이 경과됨으로써 시행 초기에 지급대상자가 아니었던 자가운데 상당부분이 이미 지급대상자로 흡수되어, 참전명예수당 지급대상 연령을 70세 이상에서 65세 이상으로 낮추더라도 추가적인 재정부담이 크지 않을 것이라는 점을 고려한 것으로 이러한 개선이 있었다고 하여 이 사건 법률조항이 불합리한 것이었다고는 볼 수 없다 할 것이다.

(3) 청구인들은 광주민주유공자에 대한 지원에 비해 이 사건 참전명예수당 지급이 매우 제한적이고, 참전유공자는 민주화운동관련자들에 못지 않은 희생을 하였다고 볼 수 있으며, 6·25 참전제일학도의용군의 경우에는 그 연령을 불문하고 국가유공자로서의 보훈을 누리게 하고 있다고 하여 이 사건 법률조항이 70세 되지 않은 참전유공자의 평등권을 침해한다고 주장한다.

살피건대 참전유공자로 포함되기 위하여는 6·25전쟁이나 월남전쟁에 참전한 사실만 있으면 되고(법 제2조), 그 밖에 신체적 상이나 무공이 요구되는 것이 아니며 법이 제공하고 있는 참전유공자에 대한 지원은 참전명예수당 외에도 종전의 규정에 따른 생계보조비 지급의 계속(법 부칙 제4조), 의료지원(법 제7조 및 법 시행령 제9조), 양로보호(법 제8조) 등 기타 지원제도가 있다.

광주민주유공자에우에관한법률이나 민주화운동관련자명예회복및보상등에관한법률의 금전급부 대상은 사망이나 부상 등 현저하게 특별한 희생자이고(광주민주유공자에우에관한법률 제4조, 민주화운동관련자명예회복및보상등에관한법률 제2조 제2호), 이 이외에 독립유공자에우에관한법률이나 국가유공자등에우및지원에관한법률에서도 독립유공자와 그 유족 및 가족에 대하여, 신체상이자 및 무공수훈자에 대하여 보상금 등의 금전 급부를 규정하고 있을 뿐이고, 금전 급부 이외의 교육지원·취업지원·의료지원 등 기타지원 내용은 법상의 지원과 대등소이다. 6·25 참전제일학도의용군에 관하여는 국가유공자및월남귀순자특별원호법에 의하여 1962. 4. 16. 같은 법 제정 당시부터(부칙 제4항) 1968. 12. 31. 개정 시까지 월남귀순자에 준하여 고용된다고 규정되었다가 1984. 8. 2. 폐지되기 전까지는 대통령령이 정하는 바에 의하여 정착수당을 지급한다고 규정되어 있는바, 그러한 규정의 취지는 일본으로 귀환하지 못하여 생활터전을 상실한 재일학도의용군에 대하여 국내에서 정착할

수 있도록 생존을 위한 최소한의 조건구비를 지원하는 것이어서 참전자의 참전의 노고에 보답하고 자부심과 긍지를 고양한다는 이 사건 법률조항의 취지와는 다르다 할 것이다.

그러므로, 이 사건 참전명예수당은 제일학도의용군에 대한 지원과 그 취지가 다른 점, 위의 각 예우법이나 보상법은 사망이나 부상 등의 경우에 금전보상을 정하고 있는 점, 국가유공자등예우및지원에관한법률상의 무공영예수당도 뚜렷한 무공이 있는 자에 대해 지급되는(같은 법 제16조의 2) 점을 고려하면, 특별한 희생이나 무공을 요건으로 하지 않는 참전유공자의 경우에 참전명예수당을 70세 이상에게만 지급하는 것이, 입법형성의 범위를 벗어난 것이라고 보기 어렵다.

(4) 그렇다면 고령으로 사회활동능력을 상실한 참전 유공자에게 경제적 지원을 함으로써 참전의 노고에 보답하고 아울러 자부심과 긍지를 고양하려는 이 사건 법률조항의 입법취지와, 현행 각 예우법 상의 금전급부가 국가에 대한 공헌에 있어 사망이나 부상 등 특별한 희생이나 현저한 무공에 대하여 이루어지고 있는 전반적인 사회보장의 수준에서 특별한 희생이나 무공을 요건으로 하지 않는 이 사건 참전명예수당을 신설하면서 새로이 창출되는 국가재정부담을 고려하여 70세 이상 참전유공자에게만 지급하도록 한 이 사건 법률조항이 헌법상 사회보장·사회복지의 이념에 명백히 반하는 입법형성권의 행사로서 70세 되지 않은 청구인들의 평등권을 침해한다고 보기 어렵다 할 것이다.

다. 인간다운 생활을 할 권리의 침해 여부

모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지며 국가는 생활능력이 없는 국민(노약자)을 보호할 의무가 있다는 헌법 제34조는 입법부와 행정부에 대하여는 국민소득, 국가의 재정능력과 정책 등을 고려하여 가능한 범위 안에서 최대한으로 모든 국민이 물질적인 최저생활을 넘어서 인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있도록 하여야 한다는 행위의 지침 즉 행위규범으로서 작용하지만, 헌법재판에 있어서는 다른 국가기관 즉 입법부나 행정부가 국민으로 하여금 인간다운 생활을 영위하도록 하기 위하여 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지의 여부를 기준으로 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하여야 한다는 통제규범으로 작용하는 것이다. 그러므로 국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적인 의무를 다하였는지 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는, 국가가 생계보호에 관한 입

법을 전혀 하지 아니하였다고 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 제량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다(헌재 1997. 5. 29. 94헌마33, 판례집 9-1, 543, 552-553 참조).

인간다운 생활이라고 하는 개념이 사회의 경제적 수준 등에 따라 달라질 수 있는 상대적 개념이고 이 사건 참전명예수당이 소득수준을 기준으로 하는 것이 아니며 단지 참전유공자의 노고와 명예를 고양하기 위하여 70세 이상 노령의 참전유공자에게 경제적 지원을 하는 것이라는 점을 고려하면, 이 사건 법률조항이 70세 되지 않은 참전유공자를 참전명예수당 지급대상에서 제외하였다 하여 그들의 생계보호에 관한 입법을 전혀 하지 않은 것으로 볼 것은 아니므로 인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질생활의 보장을 내용으로 하는 청구인들의 인간다운 생활을 할 권리가 침해당하였다고 보기는 어렵다 할 것이다.

라. 행복추구권 침해 여부

국방부장관은 이 사건 법률조항이 70세 미만자의 행복추구권을 침해한다고 주장하나, 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 가지므로 국민에 대한 일정한 금전급부의 수급기준을 정하고 있는 이 사건 법률조항이 청구인들의 행복추구권을 침해한다고 할 수 없다(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 32).

마. 그렇다면 이 사건 법률조항이 참전명예수당을 70세 이상의 참전유공자에게 지급하도록 한 것은 70세 되지 않은 청구인들의 평등권, 인간다운 생활을 할 권리, 행복추구권 등을 침해하지 아니한다 할 것이다.

4. 결 론

이상의 이유로 청구인들의 심판청구는 이유 없어 이를 모두 기각하기로 하여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 운영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성

김효종(주심) 김경일 송인준 주선희

[별 지] 2002헌마604 보조참가인 명단 생략

헌법재판소법 제69조 제1항 위헌확인

(2003. 7. 24. 2003헌마97 전원재판부)

【판시사항】

1. 헌법소원의 청구기간이 종전보다 청구인에게 더 유리하게 개정된 신 헌법재판소법(2003. 3. 12. 법률 제6861호로 개정된 것) 제69조 제1항 본문이 구법 시행 당시에 청구되었지만 신법 시행 후에 종결되는 헌법소원 사건에 대해서도 적용되는지 여부(적극)
2. 헌법소원의 청구기간을 규정한 구 헌법재판소법 제69조 제1항 본문을 다투는 헌법소원을 권리보호이익이 없다고 본 사례

【결정요지】

1. 신 헌법재판소법 제69조 제1항은 2003. 3. 12. 개정되어 공포 후 3월이 경과한 날부터 시행되었는데, 헌법재판소법 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 청구기간이 “사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내”로 개정됨으로써, 종전의 각 “60일”, “180일”보다 더 연장되었다. 그런데 신법은 청구기간 조항이 구법 시행 당시 청구된 사건으로서 신법 시행 이후에 종결될 헌법소원 사건들에 대해서도 적용될 것인지에 관해서 아무런 경과규정을 두고 있지 않으나, 청구기간이 헌법소원 청구인에게 유리하게 개정되었고, 그러한 사건들에 대해서도 신법상 청구기간을 적용한다고 해서 헌법소원 청구인들 간에 심한 형평성 문제가 있다거나 법적 안정성이 침해되는 것이라 볼 만한 사정이 없으므로 그러한 사건들에 대해서도 신법의 청구기간 규정이 적용된다고 봄이 상당하다.

2. 청구인은 구법 시행 당시 심판청구 되었으나 아직 심리 중인, 청구인이 심판청구한 다른 헌법소원 사건(2003헌마24)에서 구법상의 청구기간 규정이 적용될 것을 전제로 하여 이 사건에서 해당 구법 규정의 위헌성을 다투나, 구법 시행 당시 심판청구가 되었지만 신법 시행 후 결정되는 사건에 대해서도 위와 같이 신법이 적용될 것이므로, 이 사건에서 구법상의 청구기간 규정을 다툼 권리보호의 이익이

없게 되었으며, 한편 그 위헌성 여부에 대한 해명이 헌법적으로 중요한 의미를 지니고 있다거나 추후 구법 조항과 같은 입법이 반복될 소지가 있다고 보기 어려워 권리보호이익을 예외적으로 인정할만한 사정도 없다.

【심판대상조문】

헌법재판소법(2003. 3. 12. 법률 제6861호로 개정되기 전의 것) 제69조 제1항 본문

【참조조문】

헌법재판소법(2003. 3. 12. 법률 제6861호로 개정된 것) 제69조 제1항, 부칙 제1항

【참조판례】

2. 헌재 1994. 7. 29. 91헌마137, 판례집 6-2, 122

【당 사 자】

청 구 인 김○여
대리인 법무법인 길상
담당변호사 김우진 외 2인

【주 문】

청구인의 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상
가. 사건의 개요

(1) 청구인은 2001. 5. 2. 서울시 은평구 ○○지구 재개발사업지구 내 토지(63㎡)를 매입하였으나, 은평구청장이 2001. 11. 9. 서울특별시도시재개발사업조례(2001. 6. 15. 개정, 조례 제3872호) 제27조 제1항 제2호의 규정에 의하여 청구인이 분양대상자에서 청산대상자로 변경되었다는 공람·공고를 하자, 위 조례규정이 청구인의 재산권과 평등권을 침해한다며 2003. 1. 9. 위 조례 규정의 위헌확인을 구하는 헌법소원을 청구하였고(2003헌마24), 그 사건은 현재 심리중이다.

(2) 그런데 청구인은 위 헌법소원이 청구기간 경과를 이유로 각하될 우려가 있다면서 2003. 2. 7. 헌법재판소법(2003. 3. 12. 법률 제6861호로 개정되기 전의 것) 제69조 제1항이 평등권과 재판청구권을 침해한다며 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 헌법재판소법 제69조 제1항 전체에 대한 위헌확인을 구하고 있으나 청구이유를 보면 동 조항의 본문만을 다투고 있음이 명백하므로, 이 사건의 심판대상은 헌법재판소법(2003. 3. 12. 법률 제6861호로 개정되기 전의 것, 이하 “구법”이라 한다.) 제69조 제1항 본문(이하 “이 사건 조항”이라 한다.)의 위헌 여부라 할 것이다. 이 사건 조항 및 관련 조항은 다음과 같다.

헌법재판소법(2003. 3. 12. 법률 제6861호로 개정되기 전의 것)

제69조(청구기간) ① 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다. 다만, 다른 법률에 의한 구제절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정을 통지받은 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다.

헌법재판소법(2003. 3. 12. 법률 제6861호로 개정된 것) 제69조(청구기간) ① 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다. 다만, 다른 법률에 의한 구제절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정을 통지받은 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다.

부칙 ① (시행일) 이 법은 공포 후 3월이 경과한 날부터 시행한다.

2. 청구인의 주장

가. 행정소송법 제20조가 취소소송에 대하여 유사한 규정을 두면서 ‘처분이 있음을 안 날로부터 90일, 있는 날로부터 1년’을 제소기간으로 하고 있고, 행정절차법 제26조에서는 불복방법 등을 규정하고 있음에 비해, 이 사건 조항은 더 단기의 쟁송기간을 규정하고 있는데, 이는 ‘법령에 대한 헌법소원을 제기하는 자’를 ‘행정소송에서 취소소송을 제기하는 자’와 비교해 합리적인 이유 없이 차별하고 있다.

첫째, 국민 일반의 인식정도가 높고 불복방법이 고지되며 다툼의 대상인 처분에 대한 인식가능성과 특정이 용이한 취소소송에 비해, 법령에 대한 헌법소원은 그 제기가능성 여부, 여러 조문들 중에서 어떤 부분이 위헌인지 여부 및 그로 인해 침해되는 기본권이 무엇인가 등을 확인함에 있어 어려움이 존재함

에도 불구하고 단기의 제소기간을 적용함은 양 제도의 특성에 비추어 합리성을 인정하기 어렵다.

둘째, 개별적 권리구제제도로서의 성격을 가지는 취소소송의 경우 청구기간이 도과된다 할지라도 개인적 차원의 문제의 그치는데 불과하지만, 법령에 대한 헌법소원은 규범통제로서의 성격도 아울러 지니는 것으로서 청구기간의 도과는 청구인 개인뿐만 아니라 계속하여 위헌인 법령의 적용을 받는 타인에게도 영향을 미치며 결국 청구기간 내에 위헌법령을 다투는 사람이 나타날 때까지 지속적인 권리침해현상을 발생시키므로 규범통제제도의 목적에 비추어 볼 때 오히려 취소소송에 비해 더 장기의 청구기간을 인정하는 것이 당연하다 할 것이고, 따라서 이 사건 조항에 의한 제소기간은 헌법소원제도의 기능과 목적에 비추어 그 합리성을 인정하기 어렵다.

나. 이 사건 조항 중 ‘그 사유가 있음을 안 날로부터 60일’ 규정은 ‘법령에 대한 헌법소원을 제기하는 자’에 대하여 지나치게 짧은 청구기간을 규정함으로써 국민의 헌법재판청구권을 침해한다.

일반인의 경우 행정청의 처분이 행해졌다 할지라도 그것이 법령에 의한 직접적인 기본권침해인지를 알기 어려워 취소소송, 민사소송 등의 구체절차를 통해 처분을 다투는 과정에서 비로소 법령에 의한 직접적 기본권침해임을 알게 된다 할 것이고, 그러한 경우 통상 60일이라는 청구기간은 도과되는 것이 대부분일 것이므로 이는 사실상 법령에 대한 헌법소원을 제기할 수 있는 권리를 박탈하는 것과 같다.

또한 독일, 오스트리아의 입법례와 비교하여도 청구기간이 지나치게 짧다.

3. 판 단

이 사건 심판청구 후에 청구인이 다투는 이 사건 조항이 개정되었으므로 이 사건 심판청구가 권리보호의 이익이 있는지를 살펴본다.

헌법소원제도는 국민의 기본권침해를 구제하는 제도이므로 헌법소원 청구가 적법하다고 하려면 그 제도의 목적상 권리보호의 이익이 있어야 한다. 심판청구 당시 권리보호의 이익이 인정되더라도 심판 계속 중에 생기는 사정변경 즉 사실관계 또는 법제의 변동으로 말미암아 권리보호의 이익이 소멸 또는 제거된 경우에는 원칙적으로 심판청구는 부적법하게 된다(헌재 1994. 7. 29. 91헌마137, 판례집 6-2, 122, 133).

헌법재판소법 제69조 제1항은 2003. 3. 12. 개정되어 공포 후 3월이 경과한 날부터 시행되었는데, 그 개정 내용을 보면 “사유가 있음을 안 날부터 90일

이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내”로 개정됨으로써 종전의 각 “60일”, “180일”보다 헌법소원 청구기간이 더 연장되었다.

그런데 개정된 헌법재판소법은 청구기간 조항이 구법 시행 당시 청구된 헌법소원 사건으로서 신법 시행 이후에 종결될 사건들에 대해서도 적용될 것인지에 관해서 달리 경과규정을 두고 있지 않으나, 청구기간이 헌법소원 청구인에게 유리하게 개정되었고, 그러한 사건들에 대해서도 신법상 청구기간을 적용한다고 해서 헌법소원 청구인들 간에 심한 형평성 문제가 있다거나 법적 안정성이 침해되는 것이라 볼 만한 사정도 없으므로, 그러한 사건들에 대해서도 헌법소원 청구인에게 유리한 신법상 청구기간 규정이 적용된다고 봄이 상당하다.

따라서 구법 시행 당시 심판청구 되었으나 아직 심리 중인 위 2003헌마24 사건에서도 청구기간의 판단에 있어서는 이 사건 조항이 적용되는 것이 아니라 신법상의 청구기간 규정이 적용되는 것이다.

그렇다면 위 2003헌마24 사건에서 이 사건 조항이 적용될 것임을 전제로 하여 이 사건 조항의 위헌성을 다투는 이 사건 심판청구는 심판 계속 중 법제의 변동으로 말미암아 권리보호의 이익이 없게 된 것이라 볼 것이다.

다만, 헌법소원은 주관적 권리구제에 별 도움이 안되는 경우라도 본안판단이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 그 해명이 헌법적으로 중요한 의미를 지니고 있거나 해당 침해행위가 반복될 위험이 있는 경우 등에는 예외적으로 심판청구의 이익을 인정할 수 있으나(헌재 1994. 7. 29. 91헌마137, 판례집 6-2, 122, 133-134), 이 사건 조항은 이미 폐지되었는바 이 사건에서 그 위헌성 여부에 대한 해명이 헌법적으로 중요한 의미를 지니고 있다거나 추후 이 사건 조항과 같은 입법이 반복될 소지가 있다고 보기 어렵다.

따라서 이 사건 심판청구는 권리보호의 이익이 없다고 할 것이다.

4. 결 론

이 사건 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여, 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 운영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권 성

김효종(주심) 김경일 송인준 주선희

구 도시계획법 제83조 제2항 전단 부분 등 위헌제청, 구 도시계획법 제83조 제2항 등 위헌제청

(2003. 8. 21. 2000헌가11, 2001헌가29(병합) 전원재판부)

【판시사항】

행정청이 아닌 시행자가 도시계획사업을 시행하여 새로이 설치한 공공시설은 그 시설을 관리할 국가 또는 지방자치단체에 무상으로 귀속되도록 한 구 도시계획법 제83조 제2항 전단 부분을 준용하는 구 주택건설촉진법 제33조 제6항(제8항)(이하 “이 사건 조항”이라 한다)이 재산권을 보장한 헌법 제23조에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 재판관 윤영철, 재판관 한대현, 재판관 김영일, 재판관 송인준의
합헌의견

가. 이 사건 조항은 그 규율형식의 면에서 개별·구체적으로 특정 재산권을 박탈하거나 제한하려는 데 그 본질이 있는 것이 아니라, 일반·추상적으로 사업지구 내의 공공시설과 그 부지의 이용 및 소유 관계를 정한 것이라 할 것이고, 그 규율목적의 면에서도 사업주체의 법적 지위를 박탈하거나 제한함에 있는 것이 아니라, 다수인의 이해 관계가 얽혀 있는 주택건설사업의 시행과정에서 불가피하게 재산권의 제약을 받는 사업주체의 지위를 장래를 향하여 획일적으로 확정함에 그 초점이 있다고 할 것이어서 헌법 제23조 제1항, 제2항에 근거하여 재산권의 내용과 한계를 정한 것이다.

나. 이 사건 조항의 입법목적은 일정한 호수(戶數) 이상의 주택건설사업과정에서 필수적으로 요구되는 공공시설의 원활한 확보와 그 시설의 효율적인 유지·관리를 통하여 쾌적한 주거환경을 조성하고자 하는 데 있어 그 정당성이 인정된다.

그리고 사업주체가 설치한 공공시설의 소유권을 바로 국가 등으로

귀속하게 함으로써 이를 보다 효율적으로 유지·관리하면서 공공의 이익에 제공할 수 있으므로, 이러한 입법수단은 위 입법목적을 달성하기 위한 효과적인 수단이라 할 수 있다.

다음으로 주택건설사업은 사업주체 스스로의 판단에 따라 그 시행 여부를 결정하였고, 이 과정에서 공공시설의 설치와 소유권귀속문제를 검토하여 결정하였으므로 사업주체의 의사에 반하는 무상귀속이 있었다 할 수 없고, 사업승인과정에서 공공시설의 설치와 무상귀속에 관한 사항이 미리 계획되고 협의될 것을 요구하는 법령 조항에 비추어 볼 때, 공공시설의 무상귀속에 이르는 과정에서 충분한 적법절차의 보장도 이루어졌다고 할 것이어서 무상귀속의 범위가 포괄적이라거나 광범위하다고 할 수는 없다.

나아가, 공공시설의 무상귀속은 사업주체에게 부과된 원인자 또는 수익자 부담금의 성격을 띠고 있고, 공공시설 및 그 부지의 소유권이 국가 등에게 귀속된다고 하더라도 이로 인한 사업주체의 손실이 그 이득에 비하여 반드시 더 크다고 할 수 없으므로, 과도한 재산권에 대한 제약이라고 단정하기는 어렵다.

따라서, 이러한 사정들을 종합적으로 고려하면, 공공시설을 무상귀속 시키는 이 사건 조항은 가능한 최소한의 범위에서 재산권의 사회적 제약을 도모하는 법률조항이고, 사업주체에 대한 기본권의 제한과 이를 통한 공익목적의 달성 사이에는 법익의 형량에 있어 합리적인 비례관계가 유지된다고 할 것이므로 과잉금지의 원칙에 위배된 것이 아니다.

2. 재판관 하경철, 재판관 김효종, 재판관 김경일의 위헌의견

가. 이 사건 조항이 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 재산권의 내용과 한계를 정하는 규정이자 재산권에 대한 사회적 제약을 구체화한 규정이라고 보는 합헌의견에는 동의하지만 그런 경우에도 이 사건 조항은 비례의 원칙에서 요구되는 피해의 최소성 및 법익의 균형성원칙에 위배되므로 위헌이다.

나. 이 사건 조항은 사업시행자에 의한 공공시설의 설치 경위를 묻지 않고 있어, 어떠한 경위로든 사업시행자가 사업지구 내에 공공시설을 설치하기만 하면 그 공공시설 및 그 부지의 소유권을 아무런 보상 없이

바로 국가나 지방자치단체에 귀속시키고 있는바, 다음과 같은 문제점이 있다.

첫째, 기부채납의 부관이나 당사자 간의 약정의 존재가 불분명한 경우까지 이 사건 조항이 적용되게 되는 문제점이 있다.

당사자의 기부채납 동의가 있어도 이 사건 조항은 헌법상 문제가 있는 것인데 만약 그 동의마저 불투명하다면, 이 사건 조항은 사실상 재산권의 박탈에 해당한다고 보아야 할 것이다.

둘째, 사업시행자가 공공시설의 무상귀속을 동의 내지 수락한 경우에도, 상황에 따라서는 그 무상 귀속이 당사자에게 가혹한 조건이 될 수 있는데, 이 사건 조항은 일률적으로 무상 귀속을 정하고 있어 당사자가 법원에서 그러한 부관 내지 조건을 다룰 수 있는 사후 구제의 여지를 사실상 봉쇄하고 있다.

이는 적어도 국민의 자유와 권리를 제한하는 행정작용에 대하여는 사법적 구제수단이 마련되어야 한다는 법치국가 원칙에 어긋나며, 동시에 국민의 재판청구권을 제약하고, 사법권을 제한하는 점에서 권력분립의 원리에도 부합되지 않는다.

셋째, 이 사건 조항은 선의(善意)의 제3자의 권리를 과도하게 침해한다. 비록 사업시행자는 공공시설을 설치하여 그 부지와 함께 국가 등에게 무상 양도할 것을 약속하였다 하더라도, 국가 등이 제 때 소유권이전 등기를 하지 않았을 경우 아무리 시간이 경과하더라도 선의의 매수자 혹은 저당권자들은 모두 이 사건 조항에 의하여 그 이전등기가 원인무효에 해당될 것인데, 국가 등의 뒤늦은 권리행사로 인하여 이렇게 거래의 안전과 선의의 제3자의 권리를 침해해도 좋은 것인지 의문이다.

다. 이러한 이유를 종합할 때, 이 사건 조항이 없어도 개별적인 기부채납 약정이나 부관 혹은 수익자부담금(개발부담금) 제도 등을 통하여 공공시설의 효율적 확보가 가능함에도 불구하고, 이 사건 조항은 포괄적으로 재산권의 무상 귀속을 정하고 있고, 또한 사업의 범위나 예상되는 개발이익에 비하여 과도한 공공시설의 설치 및 귀속에 대하여도 아무런 보상 규정과 같은 완화규정을 두지 않고 있으므로, 결국 피해의 최

소성 및 법익의 균형성 원칙에 위배되며 따라서 과잉금지의 원칙에 위반된다.

3. 재판관 권 성, 재판관 주선회의 단순위헌의견

가. 이 사건 조항에 의하면 도로부지에 해당하는 특정토지의 소유권이 국가 또는 지방자치단체에게 귀속되어 소유권의 내용으로 남아 있는 것이 아무것도 없게 된다. 그러므로 이 경우는 소유권의 박탈이어서 전형적인 수용에 해당한다고 보아야 한다. 수용 중에서는 행정청의 처분에 의하여 수용의 효과가 발생하는 소위 행정수용은 아니고 법률에 의하여 수용의 효과가 발생하는 소위 입법수용에 해당할 것이다.

그러므로 이 사건의 문제는 헌법 제23조 제1항이나 제2항의 문제가 아니라 제3항(‘공공필요에 의한 재산권의 수용, 사용, 제한에는 정당한 보상이 필요’)의 문제인 것이다.

나. 구 도시계획법 제83조 제2항 전단이 규정하는 ‘공공시설부지 등 소유권의 국가 또는 지방자치단체로의 귀속’은 헌법 제23조 제3항의 수용에 해당하고, 그 귀속을 무상이라고 법률이 규정한 것은 수용에 대한 보상을 배제한 것이므로 이는 보상 없는 수용을 금지하는 헌법 제23조 제3항을 정면으로 위반한 것이다.

【심판대상조문】

주택건설촉진법(1981. 4. 7. 법률 제3420호로 개정되기 전의 것) 제33조(사업계획의 승인 및 건축허가 등) ①~⑤ 생략

⑥ 사업주체가 제1항의 규정에 의하여 사업계획승인을 얻은 사업지구내의 토지에 새로운 공공시설을 설치하거나 기존의 공공시설에 대체되는 공공시설을 설치한 경우에 그 공공시설의 귀속에 관하여는 도시계획법 제83조의 규정을 준용한다. 이 경우에 도시계획사업의 시행자는 사업주체로 보며 실시계획은 사업계획으로 본다.

주택건설촉진법(1987. 12. 4. 법률 제3998호로 개정되기 전의 것) 제33조(사업계획의 승인 및 건축허가 등) ①~⑦ 생략

⑧ 사업주체가 제1항에 의하여 사업계획 승인을 얻은 사업지구안의 토지에 대통령령으로 정하는 공공시설을 새로이 설치하거나 기존의 공공시설에 대체되는 공공시설을 설치하는 경우에 그 공공시설의 귀속에 관하여는 도시계획법 제83조의 규정을 준용한다. 이 경우 사업주체를 도시계획사업의 시행자로, 사업계획은 도시계획사업의 실시계획으로, 대한주택공사 및 한국토지개발공사는 행정청인 시행자로 본다.

④ 생략

도시계획법 제83조(공공시설 및 토지등의 귀속) ① 생략

② 행정청이 아닌 시행자가 도시계획사업을 시행하여 새로이 설치한 공공시설은 그 시설을 관리할 국가 또는 지방자치단체에 무상으로 귀속되며 도시계획사업의 시행으로 인하여 그 기능이 대체되어 용도가 폐지되는 국가 또는 지방자치단체의 재산은 국유재산법 및 지방재정법등의 규정에 불구하고 그가 새로 설치한 공공시설의 설치비용에 상당하는 범위 안에서 그 시행자에게 이를 무상으로 양도할 수 있다.

③~⑤ 생략

【참조조문】

헌법 제23조

주택건설촉진법시행령(1981. 8. 24. 대통령령 제10448호로 개정되고 1988. 6. 16. 대통령령 제12461호로 개정되기 전의 것) 제32조의3(공공시설의 귀속범위) 법 제33조 제8항에서 “대통령령으로 정하는 공공시설을 새로이 설치하는 경우”라 함은 사업지구안에서 도로(폭 8미터 이상의 도로에 한한다), 상하수도공급시설, 도시가스의 공급시설, 공원 또는 녹지시설을 새로이 설치하는 경우를 말하고, “기존의 공공시설에 대체되는 공공시설을 설치하는 경우”라 함은 도시계획법 제2조의 도시계획시설에 해당하는 기존의 시설에 대체되는 새로운 도시계획시설을 설치하는 경우를 말한다.

【참조판례】

헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927

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

대법원 1997. 3. 14. 선고 96누16698 판결

【당 사 자】

제청법원 수원지방법원

당해사건 1. 수원지방법원 2000가합266, 2000가합7960 (병합) 소유권이전등기 (2000헌가11)

2. 수원지방법원 2001가합2993 소유권이전등기 (2001헌가29)

【주 문】

구 주택건설촉진법(1981. 4. 7. 법률 제3420호로 개정되기 전의 것) 제33조 제6항 및 구 주택건설촉진법(1987. 12. 4. 법률 제3998호로 개정되기 전의 것) 제33조 제8항 중 각 “공공시설의 귀속에 관하여 도시계획법 제83조 제2항 전

단을 준용하는 부분”은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2000헌가11 사건

세기건설주식회사는 1980. 8. 경기도지사 및 수원시장으로부터 구 주택건설 촉진법 제33조 제1항에 의하여 수원시 장안구 정자동 423의 1 외 18필지를 사업지구로 하여 아파트를 신축하기 위한 주택건설사업계획의 승인을 받아 송림아파트건축공사를 시행하다가, 1980. 10. 정주종합건설주식회사(이하 ‘피고 회사’라 한다)가 위 세기건설주식회사로부터 사업주체 및 건축주의 지위를 승계하고 수원시장으로부터 변경승인을 받았다.

위 사업계획 승인 당시 위 사업지구를 포함하는 수원시 장안구 정자동 일대는 임야, 전, 답 등의 지목으로 구성된 개발예정지로 경기도고시 제74호의 도시계획에 의하여 ‘주거지역아파트지구’로 지정되어 있었고, 사업지구 내에 있는 같은 동 392의 1 도로 35㎡, 같은 동 397의 3 도로 99㎡, 같은 동 398의 3 도로 72㎡, 같은 동 399의 2 도로 597㎡, 같은 동 422 도로 208㎡, 같은 동 422의 3 도로 147㎡, 같은 동 423의 5 도로 345㎡, 같은 동 423의 7 도로 644㎡, 같은 동 423의 9 도로 135㎡, 같은 동 423의 12 도로 396㎡, 같은 동 424의 1 도로 60㎡ 등 11필지(이하 ‘갑 토지’라 한다)에는 수원도시계획시설이라는 명칭으로 도시계획도로인 소3류 359호, 소3류 357호, 소2류 339호의 도로예정지가 위치하고 있었다.

피고회사는 1981. 7. 16. 갑 토지에 대한 소유권을 취득하여 위 사업지구 내의 도로예정지에 폭 6m 내지 8m의 새로운 공공시설인 도로(이하 ‘위 도로’라 한다)를 개설하고, 송림아파트공사를 완성하여 1982. 4. 15. 수원시장으로부터 준공검사를 받았으며, 그 후 갑 토지를 사업지구내의 모(母) 지반에서 분필하고 지목을 도로로 변경하였다.

피고회사가 위 도로를 개설한 후에도 관리청인 수원시는 이를 관리하지 않고 있다가, 1986. 2. 22. 수원시고시 제7호에 의하여 도시계획이 변경되어 위 도로는 도시계획도로로서의 용도가 폐지되었고, 현재 위 도로는 울타리에 의하여 차단된 채로 송림아파트단지 내 도로로 이용되고 있다.

한편 갑 토지 중 392의 1, 398의 3, 423의 5, 423의 12, 424의 1 토지에 관하

여 1998. 3. 2. 피고 김혜룡 명의로 소유권이전등기가, 399의 2 토지에 관하여 1997. 10. 2. 피고 김경학 명의로 근저당권설정등기가, 397의 3, 399의 2, 422, 422의 3, 423의 7, 423의 9 토지에 관하여 1999. 7. 1. 피고 성남제일새마을금고 명의로 근저당권설정등기가, 397의 3 토지에 관하여 2000. 3. 14. 피고 김세태 명의로 소유권이전등기가 각 경료되었다.

수원시는 위 갑 토지가 구 주택건설촉진법 제33조 제8항, 구 도시계획법 제83조에 의하여 자신에게 무상귀속되었음을 전제로 피고들 명의의 각 소유권이전등기 또는 근저당설정등기가 원인무효라며 말소를 구하는 소송을 제기하였고, 수원지방법원은 2000. 11. 27. 직권으로 구 도시계획법(1991. 12. 14. 법률 제4427호로 개정되기 전의 것) 제83조 제2항 중 “행정청이 아닌 시행자가 도시계획사업을 시행하여 새로이 설치한 공공시설은 그 시설을 관리할 국가 또는 지방자치단체에 무상으로 귀속되며”라는 전단부분 및 이 부분을 준용하는 구 주택건설촉진법(1987. 12. 4. 법률 제3998호로 개정되기 전의 것) 제33조 제8항에 대하여 위헌제청결정을 하였다.

(2) 2001헌가29 사건

정진건설주식회사(뒤에 대창건설주식회사로 변경됨)는 1978. 5. 11. 수원시장으로부터 구 주택건설촉진법 제33조 제1항에 의하여 그 소유이던 수원시 팔달구 인계동 865의 1 토지(이하 ‘을 토지’라 한다)를 비롯한 같은 동 862의 15 등 14필지를 사업지구로 하여 그 지상에 아파트신축을 위한 주택건설사업 계획승인을 받아 10개 동 414세대의 향림아파트건축공사를 착공하였다.

위 사업계획승인 당시 을 토지는 경기도고시 제74호의 수원도시계획에 대한 소로결정과 도시계획에 관한 지적승인에 의하여 도시계획도로인 소2류 469호의 도로예정지로 결정되어 있었다.

위 회사는 공사를 완료하여 1979. 1. 9. 수원시장으로부터 준공검사를 받은 후 을 토지를 포함한 8필지를 대지로 지목변경하였고, 이어 수회의 분할과정을 거쳐 을 토지는 현재 4,594㎡만 남게 되었으며, 지목은 아직 대지로 되어 있으나 위 준공검사 당시 도로가 개설되어 현재 도로로 이용되고 있다. 한편, 을 토지의 등기명의로는 위 회사에서 이용길 등으로 순차적으로 이전되어 현재 당해사건 피고(윤학근) 명의로 소유권이전등기가 경료되었다.

수원시는 을 토지가 구 주택건설촉진법 제33조 제6항, 구 도시계획법 제83조에 의하여 자신에게 무상귀속되었음을 전제로 이용길, 주식회사 경남주택건설 및 당해사건 피고 명의의 각 소유권이전등기가 원인무효라는 이유로 진

정명의회복을 원인으로 하는 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소송을 제기하였다.

수원지방법원은 2001. 11. 6. 직권으로 위 구 도시계획법 제83조 제2항 해당 부분 및 이 부분을 준용하는 구 주택건설촉진법(1981. 4. 7. 법률 제3420호로 개정되기 전의 것) 제33조 제6항에 대하여 위헌제청결정을 하였다.

나. 심판의 대상 및 관련규정

제청법원은 구 주택건설촉진법 조항뿐만 아니라, 도시계획법 제83조 제2항 자체에 대하여도 위헌제청을 하였으나, 갑 토지 및 을 토지 위에 설치한 도로는 각 구 주택건설촉진법에 의하여 주택건설사업계획승인을 얻은 사업지구 안의 토지에 설치된 공공시설이고, 당해사건들은 그 도로의 부지인 갑 토지 및 을 토지에 대한 권리귀속관계가 다투어지는 것이므로, 이 사건에서는 심판의 대상을 구 주택건설촉진법조항에만 한정함이 상당하다.

이 경우에 심판의 대상은 구 주택건설촉진법(1981. 4. 7. 법률 제3420호로 개정되기 전의 것) 제33조 제6항 및 구 주택건설촉진법(1987. 12. 4. 법률 제3998호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제33조 제8항 중 무상귀속에 관한 “공공시설의 귀속에 관하여 도시계획법 제83조 제2항 전단을 준용하는 부분”(이하 위 양 조항을 모두 합쳐 ‘이 사건 조항’이라 한다)에 한정하는 것이 상당하다. 왜냐하면, 위 각 주택건설촉진법조항들은 도시계획법 제83조를 준용하도록 하였으나, 당해사건의 쟁점은 무상귀속에 있는 것이고, 제청법원이 문제삼은 부분도 도시계획법 제83조 중 이에 관한 제2항 전단부분이며 동 조항의 다른 부분에 대해서는 별도의 위헌주장이 제기되지 않았기 때문이다. 이 사건 조항 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

구 주택건설촉진법(1981. 4. 7. 법률 제3420호로 개정되기 전의 것) 제33조 (사업계획의 승인 및 건축허가 등) ⑥ 사업주체가 제1항의 규정에 의하여 사업계획승인을 얻은 사업지구 내의 토지에 새로운 공공시설을 설치하거나 기존의 공공시설에 대체되는 공공시설을 설치한 경우에 그 공공시설의 귀속에 관하여는 도시계획법 제83조의 규정을 준용한다. 이 경우에 도시계획사업의 시행자는 사업주체로 보며 실시계획은 사업계획으로 본다.

구 주택건설촉진법(1987. 12. 4. 법률 제3998호로 개정되기 전의 것) 제33조 (사업계획의 승인 및 건축허가 등) ⑧ 사업주체가 제1항에 의하여 사업계획승인을 얻은 사업지구 안의 토지에 대통령령으로 정하는 공공시설을 새로이 설치하거나 기존의 공공시설에 대체되는 공공시설을 설치하는 경우에 그 공

공시설의 귀속에 관하여는 도시계획법 제83조의 규정을 준용한다. 이 경우 사업주체를 도시계획사업의 시행자로, 사업계획은 도시계획사업의 실시계획으로, 대한주택공사 및 한국토지개발공사는 행정청인 시행자로 본다.

구 도시계획법(1991. 12. 14. 법률 제4427호로 개정되기 전의 것) 제83조(공공시설 및 토지 등의 귀속) ① 행정청인 시행자가 도시계획사업의 시행으로 새로이 공공시설(공동구를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)을 설치하거나 기존의 공공시설에 대체되는 공공시설을 설치한 경우에 국유재산법 및 지방재정법 등의 규정에 불구하고 종래의 공공시설은 시행자에게 무상으로 귀속되고 새로이 설치된 공공시설은 그 시설을 관리할 국가 또는 지방자치단체에 무상으로 귀속된다.

② 행정청이 아닌 시행자가 도시계획사업을 시행하여 새로이 설치한 공공시설은 그 시설을 관리할 국가 또는 지방자치단체에 무상으로 귀속되며, 도시계획사업의 시행으로 인하여 그 기능이 대체되어 용도가 폐지되는 국가 또는 지방자치단체의 재산은 국유재산법 및 지방재정법 등의 규정에 불구하고 그 가 새로 설치한 공공시설의 설치비용에 상당하는 범위 안에서 그 시행자에게 이를 무상으로 양도할 수 있다.

③ 건설부장관은 제1항 및 전항의 규정에 의한 공공시설의 귀속에 관한 사항이 포함된 도시계획사업의 실시계획을 인가하고자 할 때에는 미리 그 관리청의 의견을 들어야 한다.

④ 전항의 규정에 의하여 건설부장관이 관리청의 의견을 들어 실시계획을 인가하였을 때에는 그 실시계획에 포함된 공공시설에 대하여는 그 점용 사용은 관계법령의 규정에 의한 승인이나 허가를 얻은 것으로 보고 시행자는 도시계획사업을 시행할 수 있으며, 그 도시계획사업이 완료되어 준공검사를 필하였을 때에는 시행자는 지체없이 그 시설의 관리청에 시설의 종류 및 토지의 세목을 통지하여야 하고, 그 통지한 날에 그 시설은 제1항에 규정한 자에게 각각 귀속된다.

⑤ 제2항의 규정에 의하여 관리청에 귀속될 공공시설과 시행자에게 양도될 재산에 관하여 시행자는 그 도시계획사업의 완료 전에 그 종류와 세목을 관리청에 통지하여야 하며, 그 사업이 완료되어 준공검사를 필한 후에 시행자가 사업완료통지를 관리청에 함으로써 관리청에의 귀속과 그 시행자에의 양도가 된 것으로 본다.

구 주택건설촉진법시행령(1981. 8. 24. 대통령령 제10448호로 개정되고

1988. 6. 16. 대통령령 제12461호로 개정되기 전의 것) 제32조의3(공공시설의 귀속범위) 법 제33조 제8항에서 “대통령령으로 정하는 공공시설을 새로이 설치하는 경우”라 함은 사업지구 안에서 도로(폭 8미터 이상의 도로에 한한다), 상하수도공급시설, 도시가스의 공급시설, 공원 또는 녹지시설을 새로이 설치하는 경우를 말하고, “기존의 공공시설에 대체되는 공공시설을 설치하는 경우”라 함은 도시계획법 제2조의 도시계획시설에 해당하는 기존의 시설에 대체되는 새로운 도시계획시설을 설치하는 경우를 말한다.

2. 법원의 제청이유와 관계기관의 의견

가. 제청법원의 위헌제청이유

이 사건 조항은 실질적으로 법률에 의한 일반적인 무상수용을 규정한 것이기 때문에 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 규정이다.

공공시설의 소유권을 당사자의 동의도 없이 보상에 관한 규정도 두지 아니한 채, 무상으로 국가 등에게 무조건 귀속하게 하는 것은 실질적인 입법수용으로 헌법 제23조 제3항에 위반된다.

이 사건 조항을 통하여 국가나 지방자치단체가 달성하고자 하는 목적은 공공시설의 원활한 유지·관리라 할 것인데, 이를 위하여 국가나 지방자치단체는 일반적으로 공공시설에 관한 관리권을 보유하는 것으로 충분하고 소유권까지 취득할 필요는 없다고 할 것이며, 소유권의 취득이 필요하다 하더라도 공공시설의 귀속과 그에 대한 보상을 견련시켜 규정하는 입법방식 또는 기부채납이라는 당사자의 동의를 전제로 한 방식을 통하거나, 사업주체로부터 부담금 등의 형식으로 개발이익을 환수한 다음 그 환수된 부담금으로 공공시설을 설치 또는 취득하는 등의 방법을 통하여 정당한 보상의 원칙을 침해하지 않으면서 그 목적을 달성하여야 함에도 필요 이상의 수단을 통하여 보다 쉽게 목적을 달성하고자 하는 행정편의적 발상에서 기본권침해의 가능성이나 그 부작용을 돌아보지 아니한 채, 위헌적인 방식이 선택된 것이 아닌지 의문이다.

나. 건설교통부장관의 의견

이 사건 조항의 무상귀속은 공공시설의 원활한 확보를 통해 공공복리를 증진하고자 하는 도시계획의 실현수단이다. 공공시설은 공공재적 성격을 지닌 공물로서 사인의 소유가 될 수 없고, 사업시행 후 공공시설 본래의 기능유지나 관리를 원활하게 하기 위해서는 그 소유와 관리를 행정청이 하도록 하고, 원인자부담 또는 수익자부담의 원칙에 비추어 사업시행자가 설치하여 행정청

에 무상귀속되도록 하는 것이 타당하다.

공공시설의 무상귀속은 외견상 무상귀속에 대한 대가의 지불이 없기 때문에 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것처럼 보이나, 그 실질에 있어서 사업시행자는 공공시설의 설치에 의해 새로운 수요를 창출할 뿐만 아니라, 그 사업을 통하여 개발이익이라는 반대급부를 제공받겠다고 할 수 있으므로 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것이 아니다.

사업시행자는 공공시설의 무상귀속을 조건으로 사업승인을 신청하므로 이는 법률의 규정은 없으나 묵시적 동의를 전제한 것으로 볼 수 있으므로 헌법 제23조 제3항에 배치된다고 볼 것은 아니다.

3. 판 단

가. 재판관 윤영철, 재판관 한대현, 재판관 김영일, 재판관 송인준의 합헌 의견

(1) 주택건설사업의 시행과 공공시설의 확보

(가) 주택건설사업의 주체가 법 제33조 제1항에 따라 행정청으로부터 주택건설사업의 승인을 받아 주택건설사업을 시행하는 경우에는 필연적으로 입주민들의 생활을 위한 핵심적 기반시설로서 도로, 공원, 녹지, 상하수도 등 공공시설에 대한 새로운 수요를 창출하기 마련이다.

이러한 경우 공공시설을 설치하고 유지·관리할 책임을 누구에게 어떤 방식으로 부담하게 할 것인가라는 문제가 제기되는데, 국민의 생존배려가 국가의 중대한 기능으로 등장한 현대복지국가에 있어서는 원칙적으로 국가 또는 지방자치단체(이하 ‘국가 등’이라 한다)가 이들 시설을 설치하고 유지·관리할 책임을 부담하게 된다.

그런데 주택건설사업의 주체가 민간사업자인 경우에는 사업시행으로 정상적인 지가상승분을 훨씬 초과하는 개발이익을 얻게 됨이 상례이고, 공공시설에 대한 새로운 수요도 대부분 사업의 시행과 이에 입주할 입주민들에 의하여 창출된 것임에도, 국가 등이 일반국민이 낸 세금으로 이를 모두 설치하고 유지·관리하는 것은 국민의 부담으로 특정 사업주체나 입주민들의 부담을 덜어주는 결과가 되어 부당하다.

따라서, 이러한 점을 극복하기 위하여 공공시설의 설치에 원인을 제공한 사람 또는 그로 인하여 수익을 얻을 사람에게 그 설치비용의 전부 또는 일부를 분담하게 하거나(도로법 제64조, 하수도법 제32조 등), 공공시설에 대한 새로운 수요를 수반하는 개발사업으로 개발이익 등을 얻을 사람에게 개발부

담금 등의 형태로 비용을 거두어 이를 설치할 수 있도록 법적 근거를 마련하고 있다.

(나) 그러나 대규모의 주택건설사업으로 인하여 발생하는 공공시설의 수요는 다른 개별적인 건설공사로 인한 경우와는 달리 오로지 사업시행으로 인하여 창출되는 것에 한정되는 것이 아니라, 그 지역의 기능이나 장래의 도시발전방향 등 외부적 요인에 따라 더 많을 수도 또는 더 적을 수도 있게 결정되고, 또한 공공시설은 주택건설사업의 완료와 동시에 일반공중의 이용에 제공되도록 미리 설치·확보되는 것이 바람직하므로, 앞서 실시한 바와 같은 비용분담 또는 비용부담의 방식으로 국가 등이 공공시설을 직접 확보하는 것은 적절치 않고 또한 한계가 있을 수밖에 없다.

또한 사업주체의 입장에서 볼 때에도 국가 등이 직접 입주자 및 개발사업자로부터 비용을 거두어 공공시설을 설치하는 통상적인 방식으로는 사업의 완료와 동시에 공공시설을 확보하고 공중의 이용상태에 두는 것이 불가능하여 사업완료 후에도 주택 등의 분양이 어렵게 될 것이 명백히 예상되므로, 사업주체와 입주민들이 부담하여야 할 비용분담분과 개발부담금의 한도 내에서 직접 공공시설을 설치하고 이를 국가 등으로 귀속시켜 유지·관리하게 하는 것이 그 의사에 합치되고, 경제적인 이해관계에도 부합된다고 볼 것이다.

이러한 배경에서 법은 사업주체에게 미리 사업시행으로 인하여 필수적으로 요구되는 공공시설의 설치계획을 사업계획서에 반영할 것과 그러한 경우 사업시행 후 완공된 공공시설의 권리귀속에 필요한 서류를 함께 제출할 것 {법시행령(1982. 8. 7. 대통령령 제10882호) 제32조 제2항 제6호}을 규정하고, 공공시설의 설치 및 귀속에 관한 서류가 함께 제출된 사업계획서에 대해서는 행정청이 미리 그 공공시설을 관리할 관리청의 의견을 들어 사업승인여부를 결정하도록 하고 있다(이 사건 조항에 의하여 준용되는 도시계획법 제83조 제3항). 그리고 이 사건 조항은 이러한 절차를 통하여 사업주체가 사업지구 내에 설치한 공공시설을 바로 국가 등의 소유로 귀속시킴으로써, 한편으로는 공공시설의 설치와 관련한 공적 부담에 있어 형평성을 확보하고, 다른 한편으로는 이러한 절차를 통하여 공공시설의 원활한 확보를 꾀함과 동시에 공공의 이용에 적합하도록 공공시설의 효율적인 유지·관리를 도모하고 있는 것이다.

{참고로 이 사건 조항에 의하여 국가 등으로 귀속되는 공공시설의 범위는 다음과 같다.

법 제3조는 전기·도로·상하수도 기타 이에 준하는 시설을 부대시설로, 운동장, 공동저수시설, 공원 또는 녹지시설 등 거주자의 생활복리를 위하여 필요한 공동시설을 복리시설로 각 정의하고, 제33조는 사업의 주체가 사업승인신청시에 제출하는 사업계획서에는 이러한 부대시설과 복리시설의 설치에 관한 계획이 포함될 것을 요구하고 있다. 그리고 이들 시설은 사업완료 후에 이에 입주하는 입주민들 전부의 공유재산으로서 유지·관리된다. 따라서, 이 사건 조항이 정하는 무상귀속의 대상이 되는 도로, 공원, 녹지 등 공공시설이라 함은 단순히 사업지구 내에 위치하여 입주민들의 공동이용에 제공되는 도로, 공원, 녹지시설 등의 부대시설 또는 복리시설을 의미하는 것이 아니라, 입주민들은 물론이고 널리 일반공중의 이용을 위하여 설치·관리되는 공공시설을 의미한다.

당해사건들에서 그 귀속여부가 문제된 도로도 이미 도시계획시설로서 도로로 지정된 것인데, 이는 단지 입주민들만의 이용을 위한 아파트단지 내의 공용도로를 의미하는 것이 아니라(이러한 도로는 입주민들의 공동소유에 속하는 것으로 애당초 무상귀속의 대상이 되지 아니한다), 널리 일반공중의 이용에 제공할 것을 목적으로 지정된 도로이다.)

(2) 공공시설무상귀속의 법적 성격

이 사건 조항은 앞서 본 바와 같이 공공시설의 설치와 관련된 비용의 적정한 분담과 그 시설의 효율적인 유지·관리를 위하여 공공시설과 그 부지의 소유권을 국가 등으로 귀속시키는 입법수단을 선택하고 있다.

이러한 공공시설의 무상귀속이 헌법 제23조 제1항·제2항에 근거한 재산권의 내용과 한계를 정한 규정에 해당하는지, 아니면 제23조 제3항에 근거한 재산권의 수용을 정한 것인지를 판단함에 있어서는 그 대상이 된 토지 하나하나에 대한 제한의 효과를 개별적으로 분석할 것이 아니라, 전토지(全土地)에 걸친 제한의 효과를 종합적이고 유기적으로 파악하여 그 제한의 성격을 이해하여야 한다.

주택건설사업의 주체가 행정청으로부터 사업승인을 받아 사업을 시행함에 있어서는 그 전제로서 먼저 사업지구 내의 토지가 확보되어야 하는데, 통상 사업주체는 이미 보유하고 있는 자신의 토지에 추가하여 법이 정하는 절차에 따라 사업지구 내의 다른 토지를 협의매수하거나 수용(법 제22조, 제34조 등)하는 등의 방법으로 이를 취득하는 과정을 거친다. 그리고 이러한 절차를 통하여 토지를 확보한 사업주체는 그 토지 위에 사업승인을 받은 내용과 부대

시설, 복리시설, 간선시설 그리고 공공시설 등의 설치와 관련하여 법이 요구하는 제반 준수사항을 지키면서 사업을 추진한다.

따라서, 이 사건 조항은 국민의 쾌적한 주거공간확보를 위한 주택건설사업과 관련하여 택지를 효율적으로 개발하고, 이에 수반되는 공공시설을 여하히 원활하게 확보하며 유지·관리할 것인가에 주안점을 두고 공공시설과 그 부지의 권리귀속관계를 정한 규정이다. 즉, 이 사건 조항은 그 규율형식의 면에서 개별·구체적으로 특정재산권을 박탈하거나 제한하려는 데 그 본질이 있는 것이 아니라, 일반·추상적으로 사업지구 내의 공공시설과 그 부지의 이용 및 소유관계를 정한 것이라 할 것이고, 그 규율목적의 면에서도 사업주체의 법적 지위를 박탈하거나 제한함에 있는 것이 아니라, 다수인의 이해관계가 얽혀 있는 주택건설사업의 시행과정에서 불가피하게 재산권의 제약을 받는 사업주체의 지위를 장래를 향하여 확일적으로 확정함에 그 초점이 있다고 할 것이어서 재산권의 내용과 한계를 정한 것으로 그 성격을 이해함이 상당하다.

그리고 이 사건 공공시설의 무상귀속은 공공시설과 관련한 공적 부담의 형평성을 유지하고, 적기에 공공시설을 확보하며, 그 권리귀속관계를 둘러싼 이해관계인들간의 법적 분쟁을 사전에 예방하기 위하여 사업주체가 공공시설의 무상귀속을 조건으로 사업승인을 받아 그의 비용부담으로 직접 이를 설치하되, 그 소유권을 국가 등으로 귀속하게 한 것으로 수익자부담금이 공공시설이라는 현물로 변형된 것이라 할 수 있다.

따라서, 이 사건 조항의 무상귀속을 법률에 의한 재산권의 강제적 수용으로 보고, 그 손실을 보상하여야 한다는 논리로 접근할 것은 아니다.

(3) 이 사건 조항이 재산권의 내용과 한계를 정할 입법형성권의 범위를 넘어 재산권을 침해하는지의 여부

(가) 입법자는 헌법 제23조가 정한 재산권보장의 취지와 공익목적에 위한 재산권제한의 필요성을 서로 형량하여 재산권의 내용과 한계를 구체적으로 정할 입법형성권을 갖는다. 특히 이 사건 조항과 같이 국민의 주거환경확보라는 강한 공익성과 사회성을 띠고 있는 주택건설사업을 시행함에 있어서 관련 토지재산권의 내용과 한계를 여하히 설정하고, 그 행사를 어떠한 선에서 규제할 것인지를 정하는 경우에는 더욱 그 입법형성권의 범위가 넓다고 할 것이다.

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 (헌재 1998. 12. 24. 89헌마214 등, 판례집 10-2, 927, 944-946 등 참조).

(나) 우선 이 사건 조항의 입법목적은 일정한 호수(戶數) 이상의 주택건설 사업과정에서 필수적으로 요구되는 공공시설의 원활한 확보와 그 시설의 효율적인 유지·관리를 통하여 쾌적한 주거환경을 조성하고자 하는 데 있어 그 정당성이 인정된다.

그리고 사업주체가 설치한 공공시설의 소유권을 바로 국가 등으로 귀속하게 함으로써 이를 보다 효율적으로 유지·관리하면서 널리 공공의 이익에 제공할 수 있으므로, 이러한 입법수단은 위의 입법 목적을 달성하기 위한 효과적 인 수단이라 할 수 있다.

(다) 다음으로 국가 등에게 바로 공공시설의 소유권을 귀속시키는 이 사건 조항이 이를 통하여 추구하려는 공익에 비하여 과도한 재산권의 제한이 아닌가 하는 것이 문제된다.

1) 먼저 도로, 공원, 녹지 등 공공시설의 소유권을 행정청에게 귀속시키지 않고 관리권만을 부여하는 것으로 공공시설의 확보 및 유지·관리가 가능하고, 나아가 부득이 소유권의 귀속이 필요하다고 하더라도 개별적인 기부채납 부관이나 약정으로 이러한 입법목적의 달성이 가능한지의 여부가 문제된다.

사업주체에게 공공시설의 소유권이 남겨져 있는 경우에는 사업주체가 임의로 그 시설을 제3자에게 양도하거나 또는 경매 등의 사유로 소유권이 이전될 수 있어 자칫 그 이용관계를 둘러싼 법적 분쟁이 야기될 수 있고, 그로 인하여 사업시행에 막대한 차질이 생기거나 사업완료 후에도 공공의 이용에 제공 되지 못하는 폐해가 있을 수 있으므로, 관리권만의 이전으로 공공시설의 확보와 효율적인 유지·관리가 어려울 수 있다.

그리고 사업주체가 설치한 공공시설의 하자로 인하여 그 이용자가 손해를 입는 경우에 시설의 관리자에 불과한 국가 등을 상대로 바로 배상책임을 묻기도 어려워 피해자구제에 미흡한 측면도 또한 있을 수 있다.

한편, 개별적인 기부채납의 부관 또는 약정으로도 이와 같은 소기의 목적을 달성하는 것이 전혀 불가능한 것은 아니나, 그러한 부관이나 약정이 불이행되는 경우 예상치 아니한 사업시행의 차질을 가져오고, 공공시설의 확보가 어려울 수도 있는 부작용이 있어 효과적인 조치가 못된다.

따라서, 개별적인 기부채납의 부관이나 약정에 의하지 않고 공공시설에 대한 관리권과 함께 소유권까지 일률적으로 국가 등으로 귀속시키는 것은 필요

하고도 불가피한 조치라고 할 수 있다.

2) 다음으로 이 사건 조항은 사업시행이 공공시설에 대한 수요의 창출에 얼마나 기여하였는지 또는 사업완료 후에 사업주체가 얻은 개발이익 등과 공공시설의 설치비용 등을 구체적으로 형량하지 않고, 언제나 그 소유권을 국가 등으로 무상귀속시킨다는 점에서, 그리고 개별적인 기부채납부관이나 약정이 존재하지 않는 경우에도 사업주체의 의사와 무관하게 공공시설의 소유권이 국가 등으로 귀속된다는 점에서, 그 귀속의 범위가 지나치게 포괄적이고 광범위하여 최소침해성원칙에 위배되는지의 여부가 문제된다.

가) 살피건대, 주택건설사업은 사업주체 스스로의 기업적 판단 및 선택에 따라 사업시행여부를 결정하였고, 특히 이 과정에서 공공시설의 설치와 소유권귀속문제를 면밀히 검토하여 결정하였으므로 사업주체의 의사에 반하는 일률적인 무상귀속이 있었다고 할 수 없고, 나아가 사업승인과정에서 공공시설의 설치와 소유권의 무상귀속에 관한 사항이 미리 계획되고 협의될 것을 요구하는 법 및 법시행령의 각 조항내용에 비추어 볼 때, 공공시설의 무상귀속에 이르는 과정에서 충분한 적법절차의 보장도 이루어졌다고 할 것이어서 무상귀속의 범위가 포괄적이라거나 광범위하다고 할 수는 없다.

나) 나아가 앞에서 살핀 바와 같이 국가 등이 사업주체 등 이해관계인으로 부터 공공시설의 설치비용을 징수하여 이를 설치하여야 할 것이로되, 그러한 조치가 사실상 곤란하고 적절하지도 아니한 탓에 이에 갈음하여 사업주체가 직접 공공시설을 설치하고 그 소유권을 국가 등에게 무상으로 귀속시키는 방법을 선택한 것으로 이와 다른 덜 제한적인 방법을 찾기도 어렵다.

그리고 공공시설의 설치비용과 개발이익을 비교하여 개발이익이 큰 경우에만 공공시설을 귀속시키는 방법도 고려할 수 있겠으나, 이것도 개발이익이 있느냐 없느냐라는 우연하고도 부수적인 사정에 따라 그 소유권의 귀속여부를 사후에 결정하겠다는 것에 다름 아니어서 입법목적의 실현을 위한 적절한 방법이 될 수도 없다.

다) 마지막으로, 지극히 예외적이고 변칙적인 상황이기는 하나, 사업주체와 행정청 사이에 아무런 협의없이 오로지 사업주체의 자발적인 의사에 의하거나 행정청의 강제에 의하여 공공시설이 설치된 경우라고 하더라도, 이에 의거한 공공시설의 무상귀속을 두고 과도한 재산권에 대한 제약이라고 단정하기는 어렵다.

그 이유는 첫째, 공공시설의 무상귀속은 사업주체에게 부과된 원인자 또는

수익자 부담금의 성격을 띠고 있어 결국 사업주체나 입주민들이 납부하여야 할 부담금에 대신하여 사업주체가 이를 직접 설치하여 국가 등에게 무상귀속시킨 것에 지나지 않으므로 부관 등이 있는 경우와 본질적으로 달리 볼 것은 아니기 때문이다.

이에 더하여 둘째, 공공시설 및 그 부지의 소유권이 국가 등에게 귀속된다고 하더라도, 이로 인한 사업주체의 경제적 손실이 그 경제적 이득에 비하여 반드시 더 크거나 특별한 희생에 상당한 재산상의 손실이 있다고 할 수도 없다. 왜냐하면, 무상귀속의 대상이 된 공공시설과 그 부지는 이미 공공시설로 용도가 지정되어 그 범위 내에서만 사용·수익이 가능할 뿐, 임의처분조차 사실상 제한을 받는다는 점에서 그 효용가치가 현저히 감소된 재산권이라 할 것인데, 이 사건 조항에 의하여 공공시설의 사전확보와 효율적인 유지·관리가 가능해짐으로써 사업주체는 오히려 사업시행으로 인한 막대한 개발이익에 더하여 주택 및 택지의 원활한 분양으로 추가적인 영업이익을 얻을 수도 있기 때문이다.

3) 따라서, 이러한 사정들을 종합적으로 고려하면, 공공시설을 무상귀속시키는 이 사건 조항은 가능한 최소한의 범위에서 재산권의 사회적 제약을 도모하는 법률조항이고, 사업주체에 대한 기본권의 제한과 이를 통한 공익목적의 달성 사이에는 법익의 형량에 있어 합리적인 비례관계가 유지된다고 할 것이다.

(라) 부수적으로 이 사건의 제청법원은 그 제청이유에서 공공시설설치 후 국가 등으로 등기가 이전되지 않은 상태에서 제3자에게 소유권이 이전될 수도 있으므로 사업주체의 관점에서만 법익형량을 하여서는 안되고, 기부채납 부관의 위법성을 법원에서 다룸으로써 구체적인 경우에 공공시설의 귀속과 관련한 사업주체의 이해관계를 조절할 수 있음에도, 이 사건 조항이 일률적인 무상귀속을 규정함으로써 기부채납부관에 의하는 경우보다 사업주체를 더 불리한 상황에 처하게 한다고 한다.

그러나 공공시설설치 후 국가 등으로 등기가 경료되기 전에 제3자에게 공공시설 및 그 부지의 소유권이 이전되는 경우에 발생할 수 있는 제3자 보호의 문제는 토지의 거래에 수반되는 이해관계인의 이익조정 문제로 고려되어야 하는 사항이지, 공익적 차원에서 소유권의 법정취득(원시취득)을 규정하고 있는 이 사건 조항과 직접 관련이 있는 것은 아니라고 할 것이고, 이 사건 조항에 의하는 경우에도 사업이 완료되어 공공시설이 귀속되기 전에는 재량

의 한계를 넘는 위법한 부관이나 조건에 대하여 인제라도 행정소송을 통하여 그 위법성을 다룰 수 있으므로 기부채납부관에 의한 경우와 크게 차이가 있는 것도 아니다.

(4) 소 결

따라서, 이 사건 조항은 헌법 제23조가 정하는 재산권에 대한 사회적 제약의 범위 내에서 사업주체가 시행하는 주택건설사업지구 내의 토지재산권의 내용과 한계를 구체적으로 정한 것으로 비례의 원칙에 어긋나지 아니하므로 헌법에 위반되지 아니한다.

나. 재판관 하경철, 재판관 김효종, 재판관 김경일의 위헌의견

(1) 우리들은, 이 사건 조항이 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 재산권의 내용과 한계를 정하는 규정이자 재산권에 대한 사회적 제약을 구체화한 규정이라고 보는 합헌의견에는 동의한다.

그러나, 그런 경우에도 비례의 원칙을 준수하여야 하고 재산권의 본질적 내용을 침해하여서는 아니됨에도(헌재 1999. 4. 29. 94헌바37 등, 판례집 11-1, 289, 310), 이 사건 조항은 피해의 최소성 및 법익의 균형성원칙에 위배되며 따라서 비례의 원칙에 위배되어 위헌이라고 생각하여 다음과 같이 반대의견을 개진한다.

(2) 이 사건 조항은 사업시행자에 의한 공공시설의 설치 경위를 묻지 않고 있어, 어떠한 경위로든 사업시행자가 사업지구 내에 공공시설을 설치하기만 하면 그 공공시설 및 그 부지의 소유권을 아무런 보상 없이 바로 국가나 지방자치단체에 귀속시키고 있는바, 구체적으로 다음과 같은 문제점이 있다.

첫째, 사업승인시 공공시설 및 부지에 대한 기부채납 약정이나 해당 부관이 존재하지 않거나 존재가 불분명한 경우 혹은 사업시행자가 공공시설을 설치하고 그 공공시설 및 부지를 국가 등에 무상 양도하겠다는 의사표시가 불분명한 경우에도 이 사건 조항이 적용될 수 있다.

이 사건 조항은 사인이 공공시설을 설치하여 준공검사를 받은 때는 무조건 행정청에 무상 귀속하도록 규정되어 있고, 그 전제로서 기부채납의 부관이나 당사자 간의 약정이 있어야 한다고 건련(牽聯)시켜 놓고 있지 않다. 그 결과 사업시행 후 기부채납의 부관이나 당사자 간의 약정의 존재가 불분명한 경우 까지 이 사건 조항이 적용되게 된다.

당해사건들의 경우에도 과연 사업시행시에 공공시설의 무상 귀속에 관한 명시적 동의가 있었는지가 불분명하다. 2000헌가11 사건의 경우 수원시는 사

업이 준공된 뒤에도 문제의 도로를 전혀 관리하지 않다가 1986. 2.에는 도시 계획도로로서의 용도를 폐기하기까지 하였는데, 만약 당사자 간에 기부채납 약정이 있었다면 그러한 방치가 있기 어렵다는 점을 감안하면 기부채납의 존재 자체가 불분명한 것이다.

합헌의견은 주택건설촉진법시행령 제32조 제2항 제6호가 사업자로 하여금 사업승인 신청시 공공시설의 설치 및 귀속에 관한 서류의 제출을 요구하고 있어 그러한 사례가 존재할 수 없다는 취지이나, 시행령이 그러한 자료의 제출을 요구하고 있다고 하더라도 이는 법률조항(이 사건 조항)의 명시적 위임에 의한 것이 아니므로 위 시행령의 존재만으로 이 사건 조항이 합헌으로 귀결된다고 단정하기 어렵고, 한편 위 시행령 조항은 1981. 8. 24. 대통령령 제 10448호로 처음 신설된 것인데 비해 2001헌가29 사건의 경우 당해사건에서 사업승인은 이미 1978. 5. 11. 이루어지고 있으며 당시에는 유사한 시행령 조항을 발견할 수 없었다.

당사자의 기부채납 동의를 있어도 이 사건 조항은 헌법상 문제가 있는 것인데 만약 그 동의마저 불투명하다면, 이 사건 조항은 사실상 재산권의 박탈에 해당한다고 보아야 할 것이다.

다음으로, 사업시행자가 주택건설사업의 일환으로 공공시설을 설치하지만 특별한 사정으로 이 사건 조항에 의한 공공시설의 무상 귀속제도를 알지 못한 채 이를 설치한 경우를 배제할 수 없는데, 이 경우에도 이 사건 조항은 무조건 공공시설과 그 부지의 무상 귀속을 정하고 있는 점에서 문제가 있다. 통상 그러한 경우에도 사업시행자가 얻는 개발이익은 공공시설 설치 및 토지의 매입비용을 상쇄할 것으로 예상되지만, 사업시행자가 얻을 수 있는 개발이익보다도 이 사건 조항에 의한 무상 귀속의 대가가 더 큰 경우도 충분히 있을 수 있다는 것을 감안하면 이 사건 조항이 모든 경우에 일률적으로 무상 귀속을 정하고 있는 것은 잘못된 것이다.

둘째, 이 사건 조항이 적용되기 전에 기부채납 약정 내지 부관이 존재하였고, 이에 따라 사업시행자가 공공시설의 무상귀속을 동의 내지 수락한 경우에도, 상황에 따라서는 그 무상 귀속이 당사자에게 가혹한 조건이 될 수 있는데, 이 사건 조항은 일률적으로 무상 귀속을 정하고 있어 당사자가 법원에서 그러한 부관 내지 조건을 다툴 수 있는 사후 구제의 여지를 사실상 봉쇄하고 있다.

통상 기부채납의 부관은, 대법원 판례에 의하면 형평과 비례의 원칙에 반하

거나 법령 및 해당 행정처분의 목적상 필요한 범위를 넘어설 수 없다(대법원 1997. 3. 14. 선고 96누16698 판결 등). 즉 어떤 행정처분에 부관을 붙일 수 있는 경우, 그 부관은 무제한 허용되는 것이 아니라 일정한 한계가 있는 것이며, 법령에 위배되어서는 안 되고, 본체인 행정처분을 규율하는 법령 및 그 행정처분의 목적상 필요한 범위를 넘어서는 안 되며, 비례 및 평등의 원칙에 적합하여야 한다는 등의 한계가 있고, 이러한 한계를 일탈한 부관은 재량권을 일탈·남용한 하자있는 부관이 되는 것이다.

공공시설은 그 입지나 규모에 따라 그 시설이 위치한 지역은 물론 도시전체의 기능과 발전방향에 많은 영향을 미치게 되므로, 주택건설사업시행의 조건으로 부과되는 공공시설의 범위는 사업의 시행으로 인하여 비로소 요구되는 공공시설에 한정되는 것은 아니고, 또한 그 공공시설을 이용하게 되는 이용자도 그 사업지구 내에 새로 입주하는 주민들에 한정되는 것도 아니므로, 그 사업의 내용이나 사업지구 내 토지의 개별적인 특성에 따라 그 사업범위를 넘는 공공시설의 설치의무가 부과되는 경우가 있다. 이때에는 공공시설의 설치 및 무상 양도 의무가 해당 주택건설사업의 성격과 효과 등에 비추어 지나치게 가혹한 조건으로서 심히 불균형한 것이 아닌지를 다룰 수 있어야 한다.

만일 공공시설이 사업의 범위를 넘거나 사업시행으로 인하여 야기되는 공공시설의 수요를 넘어 그 설치 및 귀속의 비용이 사업시행으로 인한 개발이익 등의 이익을 현저히 초과하는 경우가 된다면, 국가 등으로 하여금 일부를 분담하여 설치하게 하거나 그 설치비용의 일부를 보상하게 함이 마땅하다 할 것이고, 그것이 주택건설사업지구내의 공공시설이라고 하여 사업시행자가 비용을 부담하여 설치한 것을 모두 국가 등에 무상 귀속시키도록 하는 것은 공공시설의 확보와 효율적인 유지·관리라는 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 정도를 넘는 과잉제한이며, 이로 인한 공익과 재산권 제한의 효과 사이에 합리적인 비례관계도 벗어나는 것이다.

그런데 이 사건 조항은 공공시설에 대하여 포괄적으로 법률규정에 의한 무상 귀속을 규정하고 있어, 설사 위와 같은 부관이나 기부채납약정이 무효이거나 취소되는 경우라 하더라도 이미 설치된 공공시설이 국가 등에 귀속되는 것을 막거나 따로 보상을 받을 수 없게 된다. 즉, 행정청에서 설치를 요구하는 공공시설이 당해 주택건설사업의 범위를 넘거나 사업시행으로 인하여 야기되는 공공시설의 수요를 넘어 그 설치 및 귀속의 비용이 사업시행으로 인

한 개발이익 등의 이익을 현저히 초과하는 경우에도, 사업시행자는 이 사건 조항으로 말미암아 어쩔 수 없이 이를 감수하든지 아니면 사업 자체를 포기할 수밖에 없으며, 달리 무리한 공공시설의 설치 요구에 대해서도 효과적으로 다룰 방법이 없다.

이는 행정청에 의한 재산권 제한조치, 즉 한편으로는 수익적이지만 침해적인 성격을 동시에 갖는 기부채납 부관의 설정과 같은 행정작용에 대해서 행정 차원에서 종국성(終局性)을 인정하는 것이고 법원의 사법심사(司法審査)를 통하여 그 정당성이 심사될 기회를 박탈하는 것이다.

따라서 이 사건 조항이 존재하는 결과 행정청에 의한 공공시설 설치 및 그 부지의 무상 양도라는 부관은 어떠한 것이건 적법한 것이 되는 불합리한 결과가 초래된다. 합헌의견은 “공공시설의 설치가 완료되기 전”까지는 여전히 위법한 부관에 대하여 법원에서 다룰 수 있고, 행정소송의 청구기간을 고려하면 이 위헌의견이 우려하는 경우가 발생하기 어렵다고 전제하나, 통상 주택건설사업의 시행이 1년 내외로 완료되는 반면, 행정소송이 그 완료 전에 청구되더라도 그 완료 시점까지 확정판결이 내려질 가능성은 거의 없다고 본다면 합헌의견의 논리는 불충분한 것이고, 이 사건 조항의 존재는 사실상 법원의 사법심사를 부인하는 것이라고 보아야 할 것이다(사실상 이 사건 조항은 법원에 의한 사법심사를 회피하기 위한 의도가 반영된 것이다).

비록 당사자가 행정청과 협의를 거쳐 자발적으로 기부채납 약정을 하거나 공공시설의 건설 및 귀속을 수락하는 도면을 제출하였거나 기부채납 부관을 승인하였다고 하더라도, 행정청의 그러한 행정작용은 최종적인 것이 될 수 없고, 사법심사의 대상이 되어야 마땅하다. 즉 부관에 대해서 당사자는 행정소송의 청구기간이 경과되지 않은 한 항고소송으로 그 부관의 무효나 취소를 구할 수 있고, 부관이 무효로 확인되거나 취소된다면 이미 이루어진 기부채납도 그 효력을 다룰 수 있어야 할 것이다.

한편 이러한 법리는 당사자가 애초에 부관을 승인하여 해당 사업을 시행하였다 하더라도 마찬가지이다. 즉 사업시행자가 사업시행으로 인한 이익을 형성하여 그러한 부담을 감수하였다고 하더라도 당사자의 착오나 경제사정의 변화에 따라 당사자는 후에 그 부관을 다룰 필요성이 있게 되며, 더구나 입주자나 제3자가 그러한 부관 내지 기부채납행위를 다룰 필요성을 배제할 수 없는데, 이 사건 조항에 의하여 일률적으로 소유권이 원시적으로 귀속된다면 이는 결국 아무리 잘못된 것이라도 공공시설의 건설 및 기부채납을 목적으로

한 행정청의 부관에 대하여 최종적인 확정력을 인정한 것이 되는 것이다. 이는 적어도 국민의 자유와 권리를 제한하는 행정작용에 대하여는 사법적 구제 수단이 마련되어야 한다는 법치국가 원칙에 어긋나며, 동시에 국민의 재판청구권을 제약하고, 사법권을 제한하는 점에서 권력분립의 원리에도 부합되지 않는다.

셋째, 이 사건 조항은 선의(善意)의 제3자의 권리를 과도하게 침해한다. 비록 사업시행자는 공공시설을 설치하여 그 부지와 함께 국가 등에게 무상 양도할 것을 약속하였다 하더라도, 국가 등이 제 때 소유권이전등기를 하지 않았을 경우 아무리 시간이 경과하더라도 선의의 매수자 혹은 저당권자들은 모두 이 사건 조항에 의하여 그 이전등기가 원인무효에 해당될 것인데, 국가 등의 뒤늦은 권리행사로 인하여 이렇게 거래의 안전과 선의의 제3자의 권리를 침해해도 좋은 것인지 의문이다.

당해사건은 모두 그러한 경우로서, 2000헌가11의 경우 공공시설(도로)이 설치되고 준공검사를 받은 때는 1982. 4.이지만, 수원시가 이 사건 조항에 따른 등기이전을 하지 않는 동안 1998. 3., 1997. 10., 1999. 7., 2000. 3., 각 제3자 명의로 소유권이전등기가 경료되었다. 2001헌가29 사건의 경우 공공시설(도로) 공사가 완료되고 준공검사를 받은 때는 1979. 1.이지만, 그 후 분할절차를 거쳐 해당 토지는 2000. 5. 낙찰되었고, 그 후 순차로 갑, 을, 병(당해사건 피고) 명의로 소유권이전등기가 경료된 것이다.

또한 때로는 국가 등의 등기 지체 책임을 묻기가 어려운 경우도 발생할 수 있는데, 2000헌가11 사건의 경우 해당 도로가 아파트 단지 내의 내부용 도로로서 공공시설에 해당되는지가 불분명한 상태에서 수원시는 준공 후에도 그 도로에 대하여 전혀 관리를 하지 않다가 1986. 2. 22. 도시계획도로로서 용도를 폐지하기까지 하였는데(수원시고시 제7호), 그럼에도 불구하고 2000년도에 들어서 수원시는 이 사건 조항에 의한 소유권 귀속을 주장하고 있는 것이다. 이는 그동안 수원시가 해당 토지가 이 사건 조항상의 공공시설인지 여부에 대하여 확정을 못했던 것이라고 볼 수밖에 없다.

만약 이 사건 조항이 없는 상태라면, 기부채납의 부관이 있었고 이에 따라 공공시설이 설치되어 양도되었다면 통상 국가 등은 그 즉시 소유권이전등기를 하였을 것이고, 만약 그 이전등기 전에 제3자에게 소유권이 양도되었다면 결국 국가 등과 사업시행자 간의 개인 책임 문제로 그치고 제3자의 소유권이전은 유효하게 되는데 비하여 이 사건 조항은 선의의 제3자의 소유권을 침해

하게 되는 것이다.

그렇다면 과연 공공시설의 효율적 확보를 위하여 이 사건 조항이 필수적인 것이라고 볼 것인가? 그렇지 않다. 이 사건 조항이 없다고 하더라도 도로와 같은 공공시설에 대해서는 공물관리권 규정, 준용도로에 관한 법규정 등 여러 가지 규율 조항이 마련되어 있으며, 또한 그러한 시설의 구비는 사업승인의 요건이었으므로, 제3자의 소유가 된다고 하더라도 제3자가 함부로 그 공공시설을 다른 용도로 전환하거나 공중의 사용을 방해하기는 어렵고, 국가 등이 관리권을 행사할 수 있으며, 공공시설이 제3자 소유로 되어 있다고 해서 국가 등에 대하여 부당이득 청구권이 당연히 발생하는 것이라고도 볼 수 없다.

그러므로 이 사건 조항이 있어야만 반드시 공공시설의 효율적 이용이라는 공익이 달성되는 것이 아닌 반면, 당해사건에서 보듯이 이 사건 조항으로 인하여 훼손되는 거래의 안전 내지 선의의 제3자의 권리침해는 심각한 것이다.

합헌의견은 제3자 보호의 문제는 법률의 규정에 의한 물건변동이 물권의 이전적·승계적 취득이 아니라, 원시적 취득이라는 민법상의 범리에서 연유하는 것으로서 이 사건 조항에 의한 기본권제한의 효과로서 고려하여야 할 성질의 것은 아니라고 하나, 이 사건 조항은 바로 그런 민법상 범리를 이용하기 위하여 마련된 것이므로 이는 충분한 논거라고 보기 어렵다.

(3) 사인이 도시계획사업(주택건설사업)을 실시하면서 사유가 어찌됐건 공공시설을 설치하기만 하면 그 공공시설과 부지를 국가 등에게 일률적으로 무상 귀속하도록 한 이 사건 조항은 헌법적으로 용인하기 어려운 부당한 결과를 초래한다.

우선 이 사건 조항은 기본권의 제한에 관한 사항임에도 지나치게 포괄적인 적용범위를 지니고 있다. 또한 관련 기부채납 부관에 대하여 법원에서의 사법심사를 사실상 봉쇄하고 있다. 또한 이 사건 조항이 규정한 무상 귀속은 범리상 ‘원시적 취득’에 해당되는 ‘법률규정에 의한 물건변동’이므로, 이후 선의의 제3자는 아무런 사법적 통제수단이 없어 아무리 시간이 지나도 불측의 손해를 입게 될 수밖에 없다(다만 유일하게 남은 권리구제수단이 이 사건과 같은 위헌법률심판이다).

그러므로, 앞에서 본 이유를 종합할 때, 이 사건 조항이 없어도 개별적인 기부채납 약정이나 부관 혹은 수익자부담금(개발부담금) 제도 등을 통하여 이 사건 조항과 마찬가지로의 공공시설의 효율적 확보가 가능함에도 불구하고, 이 사건 조항은 포괄적으로 재산권의 무상 귀속을 정하고 있고, 또한 사업의

범위나 예상되는 개발이익에 비하여 과도한 공공시설의 설치 및 귀속에 대하여도 아무런 보상 규정과 같은 완화규정을 두지 않고 있으므로, 결국 피해의 최소성 및 법익의 균형성 원칙에 위배되며 따라서 과잉금지의 원칙에 위반된다.

공공시설의 효율적 확보 내지 지방자치단체의 재정 악화 문제는 우리나라에서만 국한된 문제가 아님에도 외국에서는 이 사건 조항 같은 규정을 찾기 어렵다. 외국에서는 개별적인 행정처분으로 사업승인을 하면서 기부채납의 조건(부관)을 부과하거나, 개인 토지를 공중에게 이용하도록 하기 위해 지역권(easement)을 설정하거나, 수익자에게 부담금을 징수하여 지방자치단체가 도로 등을 건설하는 방법으로 공공시설을 확보하며, 이러한 조치들에 대해서는 어느 경우나 법원에 의한 사법심사를 허용함으로써 국민의 권리구제절차를 마련하고 있는 것이다.

그런데도 유독 우리나라에서만 이 사건 조항이 꼭 필요한 이유를 찾기는 어렵다. 이 사건 조항은 1970년대에 입법된 것이고, 당시와 지금은 사회적, 경제적 여건이 비교할 수 없을 만큼 많이 변했는데도, 지금도 법률에 의한 일률적인 무상 귀속 규정을 둬으로써 당사자로 하여금 제대로 권리구제 절차도 갖지 못하게 하는 것은 지나친 행정편의적 입법이라고 할 것이다.

다. 재판관 권 성, 재판관 주선회의 단순위헌의견

(1) 기본적인 위헌성

(가) 합헌의견과 앞의 위헌의견은 이 사건의 문제에 대한 판단을 헌법 제23조 제1항 제2문 및 제2항에 근거하여 입론하고 있다. 제1항 제2문은 재산권의 내용과 한계를 법률로 정한다는 것이고 제2항은 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다는 것인데, 내용과 한계를 법률로 정한다고 하는 것이나 재산권을 공공복리에 적합하도록 행사하여야 한다는 것은 모두 규율대상인 재산권의 내용을 다소간 남겨두거나(제1항 제2문의 경우) 재산권의 내용이 일부 남아 있는 것(제2항의 경우)을 논리적인 전제로 하는 것이다. 한계 안에 남아있는 잔존 내용물이 전혀 없다면, 예컨대 토지의 소유권이 원래의 소유자에게 전혀 남아있지 않고 완전히 국가나 지방자치단체 등에게 이전되어 버린다면, 그것은 이미 내용과 한계의 문제를 벗어난 것이다. 재산권의 내용으로 남아 있는 것이 전혀 없다면 더 이상 재산권을 행사할 여지가 없어 행사가 공공복리에 적합한지 어떤지를 따질 여지가 없기 때문이다. 이 사건 심판대상 규정에 의하면 도로부지에 해당하는 특정토지의 소유권이 국가 또

는 지방자치단체에게 귀속되어 소유권의 내용으로 남아 있는 것이 아무것도 없게 된다. 그러므로 이 경우는 소유권의 박탈이어서 전형적인 수용에 해당한다고 보아야 한다. 수용 중에서는 행정청의 처분에 의하여 수용의 효과가 발생하는 소위 행정수용은 아니고 법률에 의하여 수용의 효과가 발생하는 소위 입법수용에 해당할 것이다.

그러므로 이 사건의 문제는 헌법 제23조 제1항이나 제2항의 문제가 아니라 제3항의 문제인 것이다.

이처럼 이 사건의 문제는 헌법 제23조 제3항의 문제이긴 하지만 그중에서도 재산권에 대한 사용 또는 제한에는 해당하지 않는다. 사용 또는 제한은 모두 재산권의 내용이 일부 남아 있는 것을 전제로 하는 것인데 이 사건의 문제는 소유권의 완전한 박탈이어서 남아 있는 권리가 없기 때문이다.

그렇다면 구 도시계획법 제83조 제2항 전단이 규정하는 ‘공공시설부지 등 소유권의 국가 또는 지방자치단체로의 귀속’은 헌법 제23조 제3항의 수용에 해당하고, 그 귀속을 무상이라고 법률이 규정한 것은 수용에 대한 보상을 배제한 것이므로 이는 보상 없는 수용을 금지하는 헌법 제23조 제3항을 정면으로 위반한 것이다.

(나) 구 도시계획법 제83조 제2항 전단의 규정에 의한 소유권의 무상귀속을 이상과 같이 수용으로 보는 이상, 보상이 없음으로 인한 위헌성은 다른 방법으로 완화 내지 치유될 수 있는 성질의 것이 아니며, 이에 대하여 단순위헌을 선고함으로써 초래되는 혼란이라는 것도 법률의 위헌선언에 일반적으로 수반되는 통상적인 수준 이상의 것이 되리라고 보기도 어려워 원칙대로 단순위헌의 선고가 옳으리라고 생각한다.

(2) 관련된 논의의 몇가지 문제점

(가) 제한대상인 재산권의 단위

헌법의 한계 내에서 개인의 재산권을 법률로 제한할 수 있음은 물론이지만 이러한 제한은 개인의 재산 전부를 단위로 하여 그중 일부에 관하여 행하여지는 것을 개념하는 것이 원칙으로는 아니고 개별 권리의 권리단위별 재산을 그 대상으로 하여 그 전부 또는 일부에 관하여 권리의 처분 또는 사용을 제한하거나 권리를 소멸 또는 이동시키는 것을 개념한다고 보아야 한다. 예컨대, 100필지라는 많은 토지의 소유자로부터 1필지라는 적은 토지의 소유권을 국가가 가져간다면, 그것이 보상을 요하는 경우인지 여부를 따지기에 앞서서, 우선 그것은 재산권의 수용이라는 범주에 속할 수는 있어도 재산권의 사용

또는 제한이라는 범주에는 개념상 속할 수는 없는 것이다. 합헌의견과 앞의 위헌의견은, 논의의 출발점에서, 이 점을 달리 보고 있는 것은 아닌지 의문이 든다.

(나) 기부채납과 이 사건 조항의 관계

행정청이 아닌 사업시행자는 국가 또는 지방자치단체에게 공공시설 부지의 소유권을 기부채납할 것을 미리 약정하고 있으므로 이 사건 조항에 의하여 시행자의 소유권이 침해되는 일은 없다고 하는 의견이 합헌의견을 기저(基底)에서 지원할지도 모른다.

그러나 이 사건의 당해소송에서처럼 기부채납의 약정이 행하여지지 않거나 그 약정이 이행되지 않는 경우가 실제로는 있다는 사실문제를 굳이 거론할 필요도 없이 기부채납이라는 것은 그 법리상 이 조항의 위헌문제를 배제시키지 못한다.

기부채납의 경우에 사업시행자로부터 국가 등예의 소유권이전은 공사완료 후 소유권이전등기가 실제로 경료된 때에 발생하는데 이 시점은, 특별한 경우가 아니면 공사완료후에 행하여지는 준공검사통지 이후가 될 터인데, 국가 등예의 무상귀속은 준공검사통지일에 이미 발생하므로(도시계획법 제83조 제5항), 사업시행자의 소유권상실은 이 조항에 의하여 발생하는 것이지 기부채납의 효과로 발생하는 것이 아니다.

그러므로 기부채납이 있었다 한들 이로 인하여 이 조항에 의한 재산권침해여부의 위헌 문제가 소멸되는 것은 아니다.

(다) 개발이익 환수의 관점

행정청이 아닌 사업시행자가 사업시행으로 얻는 상당한 또는 다대한 개발이익의 일부를 국가 등에 환원시키는 방법으로 공공시설 부지의 소유권을 국가 등에 무상귀속시켜도 부당할 것이 없다는 견해가 역시 합헌의견을 기저(基底)에서 지원할지도 모른다. 이러한 견해는 공공시설 부지의 소유권을 국가 등에 무상귀속시킴으로써 그 보상가액에 상당한 사업시행자의 개발이익을 국가 등이 환수하는 것이라는 생각이다. 그러나 행정청이 아닌 사업시행자가 사업을 통하여 얻는 개발이익은 적법한 사업상의 이익이므로 법률로 보호되어야 하고 만일 정상지가상승분을 초과하는 개발이익(개발이익환수에관한법률 제2조 제1호 참조)이 있거나 기타 과도한 부당이익이 발생하여 이를 환수할 필요가 있다면 개발이익환수에관한법률에서 정하는 것처럼 대상사업(동법 제5조 제1항 제1호 참조), 개발이익의 범위, 납부의무자, 부과기준, 부담률,

부과와 징수 등에 관하여 구체적인 규정을 법률로 정하고 이 요건과 절차에 따라 개발이익을 환수하여야 할 일이지, 토지보상가액에 충당하고도 남은 상당한 개발이익이 있다고 추정 한 뒤 이를 전제로 하여 공공시설부지의 소유권을 무작정 국가 등에 무상귀속시키는 것은 개발이익의 환수에 해당할 수 없는 것이다. 더구나 앞에서 언급한 것처럼 사업시행자의 개발이익은 결코 불법의 이익이 아니고 국가 등의 시혜에 의한 것도 아니므로 이를 적법한 절차적 보장 없이 일방적으로 박탈한다는 것은 있을 수 없는 것이다.

(라) 제3자소유 토지의 문제점

이 사건 조항의 본래 취지대로 한다면, 공공시설의 부지가 사업시행자의 소유이든 그 이외의 제3자의 소유이든 모두 사업완료와 함께 국가 등에 그 소유권이 무상귀속하게 되어 있다. 그러나 이렇게 되면 제3자의 재산권이 적법한 수용절차 없이 국가 등에 귀속하게 되는 것이어서 위헌이라고 보지 않을 수 없다. 그리하여 헌법재판소가 설립되기 전의 대법원은 공공시설의 부지가 사업시행자 아닌 제3자의 소유에 속하는 경우에는 이 조항이 적용되지 않는다고 해석하여 이 조항의 적용범위를 축소하고 이로써 이 문제의 위헌성을 피해나갔던 것이다. 그러나 대법원의 이러한 헌명한 노력에도 불구하고 문제는 여전히 남아 있다고 보지 않을 수 없다. 첫째로 제3자소유의 토지 위에 공공시설이 설치된 경우 그 소유자는 국가나 지방자치단체를 상대로 소송을 제기하여 부당이득의 반환이나 손해의 배상을 청구하여야 하는 복잡한 부담을 계속하여 지지 않을 수 없다. 오히려 공공시설 부지가 사업시행자의 소유이든 제3자의 소유이든 가리지 말고 이를 모두 국가 등에게 귀속시키되 반드시 정당한 보상을 지급하도록 규정하는 것이 헌법에 합치되면서도 정책적으로 합리성이 있는 길이 될 것이다. 둘째로 사업시행자는 제3자소유의 부지에 관한 소유권을 취득하기 이전이라도 일단 위 부지에 관한 점용허가 등을 받아서 공공시설인 도로를 설치하는 사업을 시행할 수 있고 사업시행기간중에 시행되는 이러한 도로부지의 점용 및 설치사업은 일반적으로 소유권취득 여부와 관계 없이 적법하게 취급될 수 있다(도로법 제41조, 제40조, 제7조 등 참조). 따라서 사업시행자는 경우에 따라서는 토지소유권을 취득하기 위한 노력(협의매수, 수용, 환지 등)을 중단하고 제3자의 소유인 상태에서 공사를 하고 보상이나 배상의 문제를 국가 등에게 넘겨버릴 수도 있게 된다.

이러한 문제들을 함께 해결하려면 대법원에 의하여 축소된 이 사건 조항의 적용범위에 한정하지 말고 본래의 적용범위 전부에 걸쳐 이 조항의 위헌성을

지적하여 위헌선언을 하는 것이 필요할 것이다.

(3) 결 어

이상과 같은 이유로 우리는 이 사건 조항에 대하여 위헌이 선고되어야 한다고 생각한다.

4. 결 론

그러므로 이 사건 조항에 대해서는 재판관 3인과, 재판관 2인이 각 위헌의견, 재판관 4인이 합헌의견이어서 비록 위헌의견이 다수이기는 하지만, 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호의 위헌결정정족수에는 이르지 못하여 헌법에 위반되지 아니한다고 선고할 수밖에 없으므로 이에 주문과 같이 결정한다.

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

공직선거및선거부정방지법 제56조

제1항 제2호 등 위헌확인

(2003. 8. 21. 2001헌마687·691(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 지역구국회의원선거의 입후보요건으로서 기탁금과 그 반환의 기준을 정할 입법형성권의 범위와 그 한계
2. 지역구국회의원선거의 기탁금을 1,500만원으로 정한 것이 청구인들의 공무담임권 등을 침해하는지 여부(소극)
3. 지역구국회의원선거의 기탁금반환기준을 유효투표총수의 100분의 15 이상으로 정한 것이 청구인들의 공무담임권 등을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 지역구국회의원선거의 입후보 요건으로 후보자가 납부하여야 할 기탁금을 어느 정도로 할 것인지, 그리고 그 반환에 필요한 득표수를 어떻게 정할 것인가의 문제, 즉, 기탁금의 액수와 그 반환의 요건을 정하는 문제는 우리의 선거문화와 풍토, 정치문화와 풍토, 국민경제적 여건, 그리고 국민의 법감정 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 정책적으로 결정할 사항이다. 그러나 기탁금을 납부하지 아니하면, 국회의원선거에 출마할 수 없게 된다는 점에서 선거에 자유로이 입후보할 자유가 제한되며, 기탁금이 과다하여 당선가능성이 있음에도 입후보하지 못한다면, 경제적 능력이 부족한 자의 참정권, 공무담임권, 평등권 등이 침해될 수도 있으므로, 기탁금액은 기탁금제도에 의하여 달성하려는 공익목적과 그로 인한 기본권제한 사이에 균형과 조화를 이루도록 적정하게 책정되어야 하는 헌법적 한계가 있다.

2. 선거를 통하여 국가정책을 결정할 정치세력들간의 세력구도를 결정하게 되는 국회의원선거에 있어서는 당선자로 하여금 그 권한에

상응하는 민주적 정당성을 확보하게 하고, 이로써 정국의 안정을 가져오는 것이 무엇보다도 중요하다고 할 것이므로 선거의 신뢰성을 확보하고, 유권자가 주권자로서 진지하게 그 자신을 대표할 국회의원을 선택할 수 있도록 입후보자의 수를 적정한 범위로 제한하는 것이 반드시 필요하다. 그런데 이를 위하여 유권자의 추천을 요구한다거나 절대다수대표제 또는 결선투표제를 도입하는 것을 생각할 수 있는데, 유권자의 추천을 받는 과정에서 사실상 사전선거운동이 행해져 선거가 과열 또는 혼탁하게 될 위험성이 클 뿐 아니라, 진지하지 못한 추천이 남발될 위험이 있고, 결선투표제나 절대다수투표제도 결국 선거의 반복으로 이어져 국민의 경제적 부담을 가중시키게 되므로 쉽게 채택할 것이 못된다.

따라서 대의민주주의에서 선거의 기능과 기탁금제도의 목적 및 성격, 그리고 우리의 정치문화와 선거풍토에 있어서 현실적인 필요성 등을 감안할 때, 입후보요건으로 후보자에게 기탁금의 납부를 요구하는 것은 필요불가결하다.

한편, 기탁금의 변동에 따른 역대 국회의원선거입후보자수의 변동 추이를 살펴보면, 1,000만원에서 2,000만원 정도의 비교적 높은 기탁금수준에서 후보자의 수가 4명 내지 5명 정도로 고정되는 경향을 보이고 있어 1,500만원의 기탁금은 기탁금제도의 목적과 취지를 실현하는 데 적절하고도 실효적인 범위 내의 금액으로 보이고, 우리나라의 산업별 상용종업원의 월평균임금에 비추어 볼 때도 1,500만원의 기탁금은 다른 재산이 전혀 없는 통상적인 평균임금을 수령하는 도시근로자가 그 임금을 6개월 정도, 금융·보험업에 종사하는 근로자의 경우에는 3개월 정도 저축하면 마련할 수 있는 정도의 금액에 해당하는 것으로 나타나고 있어 과도한 금액의 설정이라고 단정하기도 어렵다.

3. 기탁금제도가 실효성을 유지하기 위해서는 일정한 반환기준에 미달하는 경우 기탁금을 국고에 귀속시키는 것이 반드시 필요하지만, 진지하게 입후보를 고려하는 자가 입후보를 포기할 정도로 반환기준이 높아서는 안될 헌법적 한계가 있다.

그러므로 보건대, 기탁금제도의 대안으로서 유권자추천제도를 실시할 경우에 후보자난립을 방지할 정도에 이르는 유권자의 추천수,

역대 선거에서의 기탁금반환비율의 추이, 기탁금반환제도와 국고귀속제도의 입법취지 등을 감안하면, 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 또는 유효투표총수의 100분의 15 이상으로 정한 기탁금반환기준은 입법자의 기술적이고 정책적 판단에 근거한 것으로서 현저히 불합리하거나 자의적인 기준이라고 할 수 없다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(2001. 10. 8. 법률 제6518호로 개정되고, 2002. 3. 7. 법률 제6663호로 개정되기 전의 것) 제56조(기탁금) ① 후보자등록을 신청하는 자는 등록신청서에 후보자 1인마다 다음 각호의 기탁금을 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 관할선거구선거관리위원회에 납부하여야 한다.

1. 생략
2. 국회의원선거는 1천500만원
- 3.~6. 생략

②, ③ 생략

공직선거및선거부정방지법(2001. 10. 8. 법률 제6518호로 개정되고, 2002. 3. 7. 법률 제6663호로 개정되기 전의 것) 제57조(기탁금의 반환등) ① 정당 또는 후보자가 다음 각호에 해당하는 때 또는 후보자(비례대표국회의원후보자와 비례대표시·도의원후보자를 제외한 다)가 당선되거나 사망한 때에는 기탁금 중에서 제56조(기탁금) 제3항의 규정에 의하여 기탁금에서 부담하는 비용을 뺀 나머지 금액은 선거일후 30일 이내에 기탁자에게 반환한다.

1. 생략
2. 지역구국회의원선거

후보자의 득표수가 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 이상이거나 유효투표총수의 100분의 15 이상인 때

3. 생략

② 생략

③, ④ 삭제

⑤ 생략

【참조조문】

헌법 제11조, 제25조

【참조판례】

1. 헌재 1995. 5. 25. 92헌마269등, 판례집 7-1, 768
2. 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등, 판례집 13-2, 77

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 김숙이 외 2인 (2001헌마687)
 대리인 변호사 강문대
2. 민주노동당 외 2인 (2001헌마691)
 대리인 법무법인 창조,
 법무법인 해마루 종합법률사무소

【주 문】

청구인들의 심판청구 중 청구인 원용수의 심판청구부분을 각하하고, 나머지 청구인들의 심판청구를 모두 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2001헌마687사건의 청구인 김숙이, 김향미는 2001. 10. 25. 실시될 예정인 동대문(을)선거구와 구로(을)선거구의 국회의원재선거에 각 사회당후보로 내정된 자로 후보자등록기간에 관할선거구선거관리위원회에 후보자등록을 할 예정이고, 청구인 원용수는 위 사회당의 대표자로서 위 국회의원재선거에 소속당원들을 입후보시킬 예정이다.

(2) 2001헌마691사건의 청구인인 장화식, 정종권은 위 국회의원재선거에 후보자등록을 할 입후보예정자들이고, 청구인 민주노동당은 위 국회의원재선거에 소속당원들을 입후보시킬 예정인 정당이다.

(3) 청구인들은 지역구국회의원선거의 입후보기탁금과 그 반환기준을 정하고 있는 공직선거및선거부정방지법 제56조 제1항 제2호 등으로 인하여 자신들의 평등권과 공무담임권이 침해되었다고 주장하면서 2001. 10. 5.(2001헌마687사건)과 같은 달 8.(2001헌마691사건) 각 위 법률조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인들은 공직선거및선거부정방지법 제56조 제1항 제2호(이하 ‘기탁금조항’이라 한다), 제57조 제1항 제2호(청구인들은 제57조 제1항 제1호를 심판의 대상으로 적시하고 있으나, 지역구국회의원선거의 기탁금반환기준은 위 제1호가 아니라, 같은 항 제2호에서 정하고 있으므로, 심판의 대상을 ‘제57조 제1

항 제2호'로 변경한다. 이하 '기탁금반환조항'이라 한다), 같은 조 제2항 중 '지역구국회의원후보자의 득표수가 제1항 제1호의 득표수에 미달될 때에는 기탁금을 국가에 귀속하도록 한 부분'(이하 '국가귀속조항'이라 한다)의 위헌확인을 각 구하고 있다.

그러나 청구인들이 제출한 청구이유서의 기재에 의하면, 청구인들이 이 사건을 통하여 다투고자 하는 바는 지역구국회의원선거의 기탁금 1,500만원과 그 반환기준인 '후보자의 득표수가 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 이상이거나 유효투표총수의 100분의 15 이상'이 너무 높아 자신들의 공무담임권 등을 침해한다는 것이고, 따라서, 이 사건 심판의 대상은 기탁금을 1,500만원으로 정한 기탁금조항과 기탁금의 반환기준을 유효투표총수의 100분의 15 이상으로 정한 기탁금반환조항으로 한정함이 상당하다.

그러므로 이 사건 심판의 대상은 공직선거및선거부정방지법(2001. 10. 8. 법률 제6518호로 개정되고, 2002. 3. 7. 법률 제6663호로 개정되기 전의 것, 이하 '법'이라 한다) 제56조 제1항 제2호 및 제57조 제1항 제2호가 헌법에 위반되는지의 여부이며, 위 심판대상조항 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

법 제56조(기탁금) ① 후보자등록을 신청하는 자는 등록신청시에 후보자 1인마다 다음 각호의 기탁금을 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 관할선거구선거관리위원회에 납부하여야 한다.

1. 생략
 2. 국회의원선거는 1천500만원
 3. 내지 6. 생략
- ②와 ③ 생략

제57조(기탁금의 반환 등) ① 정당 또는 후보자가 다음 각호에 해당하는 때 또는 후보자(비례대표국회의원후보자와 비례대표시·도의원후보자를 제외한다)가 당선되거나 사망한 때에는 기탁금 중에서 제56조(기탁금) 제3항의 규정에 의하여 기탁금에서 부담하는 비용을 뺀 나머지금액은 선거일 후 30일 이내에 기탁자에게 반환한다.

1. 대통령선거, 지방의회의원선거 및 지방자치단체의 장선거
후보자의 득표수가 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 이상이거나 유효투표총수의 100분의 20 이상인 때
2. 지역구국회의원선거
후보자의 득표수가 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 이상이거나 유

효투표총수의 100분의 15 이상인 때

3. 생략

② 비례대표국회의원후보자명부 또는 비례대표시·도의원후보자명부에 올라 있는 후보자 중 당선인이 없는 때 또는 후보자(비례대표국회의원후보자와 비례대표시·도의원후보자를 제외한다)가 사퇴·등록이 무효로 되거나 그 득표수가 제1항 제1호에 미달되는 때에는 선거일 후 30일 이내에 기탁금 중에서 제56조 제3항의 규정에 의하여 기탁금에서 부담하는 비용을 뺀 나머지금액은 국가 또는 당해 지방자치단체에 귀속한다.(이하 생략)

③ 내지 ⑤ 생략

{참고로, 국가귀속조항의 심판대상여부에 관한 문제와는 별도로 기탁금조항, 기탁금반환조항, 국가귀속조항으로 이루어진 기탁금제도의 입법체계와 관련하여 다음과 같은 문제점이 있음을 지적해 둔다.

우리재판소는 2001. 7. 19. 2000헌마91 등 결정(판례집 13-2, 77, 참조)으로 ‘지역구국회의원선거의 기탁금을 2,000만원으로, 그 반환과 국가귀속의 기준을 100분의 20 이상으로’ 규정하고 있는 법(2001. 1. 26. 법률 제6388호로 개정된 것) 제56조 제1항 제2호, 제57조 제1항 제1호 중 ‘지역구국회의원선거에 관한 부분’, 같은 조 제2항 중 ‘지역구국회의원후보자의 득표수가 동조 제1항 제1호의 득표수에 미달되는 때에는 국가에 귀속하도록 한 부분’에 대하여 위헌결정을 선고하였다. 그리고 이에 따라 입법자는 이 사건 심판대상조항과 같이 지역구국회의원선거의 기탁금을 2,000만원에서 1,500만원으로, 기탁금반환기준을 100분의 20 이상에서 100분의 15 이상으로 낮추었다(제57조 제1항 제2호를 신설).

그러나 위와 같이 지역구국회의원선거의 기탁금조항과 기탁금반환조항을 개정하면서도 국가귀속조항을 ‘제1항 제2호’로 개정하지 않고 ‘제1항 제1호에 미달되는 때’로 그대로 둠으로써, 입법형식상 지역구국회의원선거의 경우 반환기준에 미달하는 기탁금의 국가귀속에 관한 법적 근거가 없게 되었다(위 제1항 제1호에 따라 100분의 20 이상이라는 득표율기준이 여전히 적용된다고 볼 여지도 없지 않으나, 이러한 해석은 우리재판소가 이미 위헌으로 확인한 100분의 20 이상이라는 득표율기준을 다시 득표율기준으로 삼은 것이어서 위헌결정의 효력과 관련하여 문제가 있다).

이러한 입법체계상의 문제점을 해결하기 위하여 입법자는 2002. 3. 7. 법률 제6663호로 법을 개정하여 지역구국회의원의 기탁금반환기준을 정한 기탁금

반환조항을 삭제함과 동시에 다른 공직선거의 반환기준을 정한 같은 항 제1호에 이를 포함시켜 함께 정하고, 그 반환기준도 일률적으로 100분의 15 이상으로 낮추었다.}

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견요지

가. 청구인들의 주장요지

(1) 기탁금조항은 헌법재판소의 위헌결정에 따라 폐지된 개정 전 기탁금조항의 기탁금 2,000만원을 1,500만원으로 단지 500만원만을 낮추었을 뿐인데, 1,500만원 역시 재력이 없는 서민층과 젊은 세대의 입장에서는 지나치게 과도한 것으로 불성실한 후보를 차단하는 데 필요한 최소한의 금액이라고는 볼 수 없고, 피선거권을 위축시키지 않을 정도의 상징적인 금액이라고도 할 수 없다. 그러므로 기탁금조항은 청구인들의 평등권과 피선거권을 침해하고, 나아가 유권자들의 후보자선택권도 침해한다.

(2) 기탁금의 반환기준도 폐지된 개정 전 법의 반환기준인 유효투표총수의 100분의 20 이상을 100분의 15 이상으로 낮추었을 뿐인데, 이러한 기준 역시 피선거권의 행사를 위축시키지 않을 정도의 필요·최소한의 기준이라 볼 수 없고, 유효투표총수의 미미한 비율에 해당하는 수준이라고 할 수도 없다. 따라서, 기탁금반환조항은 민주주의의 전제인 다원주의와 소수자보호의 정신에 위배될 뿐 아니라, 국민의 피선거권을 지나치게 제한하는 것이다.

나. 중앙선거관리위원회위원장의 의견요지

이 사건과 관련하여 특별한 의견이 없음을 우리재판소에 통보하여 왔다.

3. 청구인 원용수의 심판청구부분에 관한 판단

심판대상조항들은 지역구국회의원선거에 입후보등록을 신청하는 자가 납부하여야 할 기탁금과 기탁금의 반환 및 국가귀속에 관하여 규정하고 있으므로, 이로 인하여 기본권의 침해를 받는 자는 지역구국회의원선거에 입후보하고자 하는 입후보자 또는 소속당원을 선거에 입후보시키고자 하는 정당이라고 할 것이다.

그런데 청구인 원용수는 2001. 10. 25. 실시될 예정인 국회의원재선거에 소속당원을 입후보시키려는 정당인 사회당의 대표자에 불과하므로 심판대상조항들에 의하여 자신의 공무담임권 등 기본권이 침해되었다고 볼 수 없다.

따라서, 청구인 원용수의 심판청구부분은 심판대상조항을 다룰 수 있는 기

본권침해의 자기관련성이 결여되어 부적법하다.

4. 본안에 관한 판단

가. 국회의원선거에 있어 기탁금관련조항의 개정경위

(1) 1948. 3. 17. 법률 제175호로 제정된 국회의원선거법은 기탁금조항을 두지 않아 국회의원에 출마하려는 자는 법정의 유권자추천조건만 갖추면, 자유로이 입후보할 수 있었다. 그러나 1954. 11. 29. 단원제국회를 양원제국회로 변경하는 헌법개정 후 국회의원선거법을 폐지하고, 새로이 제정된 민의원의원선거법과 참의원의원선거법은 각 50만원과 유효투표총수의 6분의 1이라는 기탁금 및 기탁금반환기준을 규정하였고, 이어 4·19 이후인 1960. 6. 23. 새로 제정된 국회의원선거법에서도 기탁금액과 반환기준에 차이가 있긴 하지만, 기탁금조항과 기탁금반환조항을 그대로 존치하였다.

(2) 5·16 쿠데타 이후인 1963. 1. 16. 법률 제1256호로 폐지제정된 국회의원선거법은 다시 기탁금관련조항을 삭제하였으나, 유신헌법에 따라 1972. 12. 30. 법률 제2404호로 폐지제정된 국회의원선거법은 다시 정당추천후보자의 경우 200만원, 무소속후보자의 경우 300만원으로 기탁금을, 유효투표총수의 3분의 1로 기탁금반환기준을 다시 설정하였다. 이어 1981. 1. 29. 법률 제3359호로 폐지제정된 국회의원선거법에서는 정당추천의 경우 700만원, 무소속의 경우 1,500만원으로 기탁금을 대폭 인상하였고, 1988. 3. 17. 법률 제4003호로 전문개정된 국회의원선거법에서는 정당추천의 경우 1,000만원, 무소속인 경우 2,000만원으로 다시 기탁금을 인상하였다.

(3) 그러나 1989. 9. 8. 헌법재판소가 88헌가6결정으로 위 기탁금조항 및 기탁금반환조항에 대하여 헌법불합치결정을 함에 따라 1991. 12. 31. 법률 제4462호로 개정된 국회의원선거법은 정당추천후보자와 무소속후보자의 기탁금을 모두 1,000만원으로 동일하게 정하면서 그 반환기준도 같이 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수의 2분의 1로 정하였다.

그 후 국회의원선거법을 폐지하고 새로 제정된 법 제56조 제1항 제2호는 기탁금을 1,000만원으로, 반환기준을 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수의 2분의 1로 각 정하였고, 1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정된 법은 기탁금의 반환기준만 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 또는 유효투표총수의 100분의 20 이상인 때로 정하였으며, 2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 법은 다시 기탁금을 2,000만원으로 인상하였다.

(4) 이에 헌법재판소가 2001. 7. 19. 2000헌마91 등 결정으로 위 2,000만원의

기탁금과 기탁금반환조항에 대하여 위헌결정을 선고함에 따라, 2001. 10. 25. 실시될 예정인 서울 동대문(을)선거구 등 지역구국회의원재선거 및 보궐선거를 앞두고 법을 개정하여 기탁금을 1,500만원으로, 기탁금의 반환기준을 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 또는 유효투표총수의 100분의 15 이상인 때로 각 정하게 된 것이다.

나. 국회의원선거에 있어서 기탁금제도의 목적과 성격

(1) 기탁금조항은 국회의원선거에 입후보하려는 자가 후보자등록을 신청할 때에는 관할선거구선거관리위원회에 기탁금으로 1,500만원을 납부하여야 한다고 규정하고, 기탁금반환조항은 후보자의 득표수가 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 이상이거나 유효투표총수의 100분의 15 이상인 경우에 기탁금에서 과태료 및 불법시설물 등에 대한 대집행비용을 뺀 나머지를 기탁자에게 다시 반환하도록 규정하고 있다.

한편 이러한 기탁금제도의 목적 및 성격과 관련하여 우리재판소는 “불성실한 입후보자의 난립방지를 통하여 선거의 과열·혼탁을 방지하고, 선거관리비용·업무의 증가를 방지하며, 공영선거비용을 예납하고, 당선자로 하여금 다수표를 획득할 수 있도록 하여 민주적 정당성을 강화시킨다(헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 217; 헌재 1995. 5. 25. 91헌마44, 판례집 7-1, 687, 695-696; 헌재 1995. 5. 25. 92헌마269등, 판례집 7-1, 768, 778 각 참조).”라고 하여 적극적으로 그 목적을 파악한 사례도 있었고, 또한 “후보자난립의 저지를 통하여 선거관리의 효율성을 꾀하는 한편, 불법행위에 대한 제재금을 사전 확보하는 데 그 목적이 있다(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등, 판례집 13-2, 77, 88 참조).”라고 하여 기탁금의 목적을 오로지 선거관리차원의 순수한 행정목적으로 파악한 사례도 있었다.

(2) 기탁금제도는 선거에 출마하려는 자에게 입후보의 요건으로 기탁금을 납부할 것을 요구하고, 선거결과 일정한 득표수에 미달되는 경우에는 이를 반환하지 않고 국고에 귀속시킴으로써 선거에 자유롭게 입후보할 자유를 제한함과 동시에 과태료나 대집행비용을 사전확보하는 법적 효과를 갖는 것으로, 그 목적과 성격은 구체적인 기탁금의 액수와 그 반환의 기준, 정치문화와 선거풍토, 선거를 통하여 선출하려는 공직의 종류와 선거의 유형, 일인당 국민소득 등 경제적 사정과 국민의 법감정 등을 모두 고려하여 개별적·구체적으로 파악하여야 한다.

기탁금에 대한 세계 각국의 입법례를 살펴보면, 10만원 이하의 비교적 낮은

수준에서부터 우리나라나 일본 등과 같이 비교적 고액의 기탁금을 요구하는 국가에 이르기까지 매우 다양하게 나타나고 있는데, 기탁금액이 낮은 경우는 오로지 후보자등록과 선거과정에서 필수적으로 소요되는 행정비용을 사전확보(예납)하는 것에만 그 목적이 있다고 보아야 할 것이고, 비교적 고액인 경우에는 이러한 행정목적에 더하여 선거에 출마하려는 입후보자의 수를 적정한 범위로 제한함으로써 후보자난립으로 인한 선거관리사무와 비용의 증가를 방지하고, 이로써 유권자의 후보자선택을 용이하게 하며, 선거의 신뢰성 및 후보자의 진지성과 성실성을 담보하는 중대한 공익의 실현에도 그 목적이 있다고 할 것이다.

다. 기탁금조항의 위헌여부에 관한 판단

(1) 헌법 제25조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.”라고 하여 선거직공무원을 비롯한 모든 국가기관의 공직에 취임할 수 있는 권리를 보장하고 있다. 그러나 이러한 공무담임권은 원하는 경우에 언제나 공직에 취임할 수 있는 현실적 권리를 보장하는 것이 아니라, 공무담임의 기회보장적 성격을 갖는 것이기 때문에 법이 정하는 선거에 당선되거나 공직 채용시험에 합격하는 등 주관적인 전제조건이 충족되는 경우에만 공직에 취임할 권리가 보장되는 것이므로, 입법자에게는 공무담임권이 현실적이고 실제적인 권리로서 행사되기 위한 전제조건으로 선거절차나 시험제도를 구체적으로 형성할 권한과 책임이 있는 것이다.

따라서 국회의원을 선출하기 위한 선거에 입후보하기 위한 요건으로서 후보자가 납부하여야 할 기탁금을 어느 정도로 할 것인지, 그리고 그 반환에 필요한 득표수를 어떻게 정할 것인가의 문제 즉, 기탁금의 액수와 그 반환의 요건을 정하는 문제 또한 우리의 선거문화와 풍토, 정치문화와 풍토, 국민경제적 여건, 그리고 국민의 법감정 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 정책적으로 결정할 사항이라 할 것이다.

그러나 기탁금을 납부하지 아니하면, 국회의원선거에 출마할 수 없게 된다는 점에서 선거에 자유로이 입후보할 자유가 제한되며, 기탁금이 과다하여 당선가능성이 있음에도 입후보하지 못한다면, 경제적 능력이 부족한 자의 참정권, 공무담임권, 평등권 등이 침해될 수도 있으므로, 기탁금액은 기탁금제도에 의하여 달성하려는 공익목적과 그로 인한 기본권제한 사이에 균형과 조화를 이루도록 적정하게 책정되어야 하는 헌법적 한계가 있다고 할 것이고, 입법자가 정한 구체적인 기탁금액이 입법자에게 허용된 입법형성권의 범위와 한계

내에서 설정되어 그 금액이 현저하게 과다하거나 불합리하지 않다면, 이를 두고 헌법에 위반된다고 단정할 수는 없다고 할 것이다(헌재 1995. 5. 25. 92헌마269 등, 판례집 7-1, 768, 779-780 참조).

(2) 선거는 국민이 주권자로서 직접 국가의사를 형성하는 가장 중요한 수단이 된다는 기능도 있지만, 대의기관구성권과 국가의사결정권의 분리(헌법 제41조, 제67조 등), 국가의사결정권의 자유위임(제46조 제1항) 등을 근간으로 하는 우리헌법이 추구하는 대의민주주의의 통치질서에서 선거는 주권자인 국민이 그들의 대의기관을 구성하는 민주적인 방법인 동시에 통치기관으로 하여금 민주적 정당성을 확보하게 함으로써 대의민주주의를 실현하고 책임정치를 보장하는 수단이라는 데 그 본질적인 기능이 있다.

따라서 대의민주주의를 실현하는 수단으로서 선거제도를 입법자가 구체적으로 형성함에 있어서는 국민의 의사가 대의기관의 구성에 굴절없이 반영되고, 선거를 통하여 구성된 대의기관이 행사하는 권한에 상응하는 크기의 민주적 정당성이 부여될 수 있는 제도적 장치를 마련하는 것이 무엇보다도 중요하다고 할 것이다.

특히 선거를 통하여 국가정책을 결정할 정치세력들간의 세력구도를 결정하게 되는 국회의원선거에 있어서는 그 당선자로 하여금 다수표를 획득하게 함으로써 그 권한에 상응하는 민주적 정당성을 확보하게 하고, 이로써 정국의 안정을 가져오는 것이 무엇보다도 중요하다고 할 것인데, 이를 위해서는 선거의 신뢰성확보와 유권자가 주권자로서 진지하게 그 자신을 대표할 대의기관으로서 국회의원을 선택할 수 있도록 입후보자의 수를 적정한 범위로 제한하는 것이 반드시 필요하다.

(3) 한편 선거에 출마하려는 후보자를 적정한 범위로 제한하는 방법으로는 유권자의 추천을 요구한다거나 유권자의 추천과 기탁금제도를 병행하는 것을 생각할 수 있고, 대의기관으로 하여금 그 권한에 상응하는 민주적 정당성을 확보하게 하는 방법으로는 절대다수대표제 또는 결선투표제를 도입하는 것을 생각할 수 있다. 그리고 이러한 방법들이 입후보자들의 공무담임권 등을 덜 제한하면서 위와 같은 공익목적은 실현할 수 있는 더 적절한 수단이 된다고 볼 여지도 없지 않다.

그러나 우리의 정치문화와 선거풍토에서는 선거의 신뢰성과 공정성을 확보하는 것이 무엇보다도 중요하고 시급한 과제이고, 이를 위해서는 특히 사전선거운동 등 선거운동의 과열을 막는 것이 반드시 필요하다고 할 것인데, 유권

자추천제도는 유권자의 추천을 받는 과정에서 사실상 사전선거운동이 행해져 선거가 과열 또는 혼탁하게 될 위험성이 클 뿐 아니라, 진지하지 못한 추천이 남발될 경우에는 애당초 후보자를 적정한 범위로 제한하는 기능을 전혀 할 수 없게 될 가능성도 적지 않은 것이다.

그리고 선거에 소요되는 경비를 원칙적으로 국가가 부담하는 선거공영제(헌법 제116조 제2항) 하에서 결선투표제나 절대다수투표제를 도입하여 민주적 정당성을 확보하는 것도 결국 선거의 반복으로 이어져 국민의 경제적 부담을 가중시키고, 정국의 불안정으로 이어져 쉽게 채택할 것이 못된다.

그렇다면 대의민주주의에서 선거의 기능과 기탁금제도의 목적 및 성격, 그리고 우리의 정치문화와 선거풍토에 있어서 현실적인 필요성 등을 감안할 때, 선거의 신뢰성과 공정성을 확보하고, 유권자가 후보자선택을 용이하게 하며, 입법권과 국정의 통제 및 감시권한에 상응하는 민주적 정당성을 부여하기 위하여 후보자에게 기탁금의 납부를 요구하는 것은 필요불가결한 입후보요건의 설정이라 할 것이다.

(4) 나아가 기탁금제도 그 자체의 정당성과 필요성을 긍정하는 한, 기탁금의 액수는 후보자의 난립을 방지하고, 선거의 신뢰성과 선거운동의 성실성을 담보할 정도에 이르는 수준의 금액이어야 한다. 물론 적절한 후보자의 수가 몇 명이며, 후보자가 몇 명 이상일 때, 과연 ‘후보자의 난립’이라고 평가할 수 있을 것인지의 여부와 관련하여 분명하고 일의적인 기준을 제시하기 어렵고, 기탁금제도가 후보자의 난립방지에 얼마나 효과가 있을 것인지에 관하여 실증적인 연구결과나 통계가 있는 것은 아니지만, 적어도 우리사회의 근간을 이루는 평균적인 생활인이 그의 소득조건에서 국회의원선거에 출마하는 데 어느 정도 부담을 느껴 입후보할 것인지의 여부를 신중하고 진지하게 고려할 정도의 수준에는 머물러야 하고, 불성실한 후보자에게는 실질적인 제재효과가 미칠 수 있는 정도에 이르러야 하는 것이다.

만일 그렇지 않고 기탁금의 액수가 너무 적어 실제로 후보자들이 기탁금을 납부하는 것에 대하여 아무런 부담도 느끼지 않는다면, 이는 후보자난립방지와 선거의 신뢰성 및 진지성의 확보라는 입법목적의 달성에 아무런 기여도 할 수 없는 형식적인 기탁금의 설정에 불과한 것이다.

먼저 1,500만원의 기탁금이 후보자의 난립방지와 선거의 신뢰성확보라는 입법목적의 달성에 적절하고도 실질적인 효과를 가진 정도의 금액인지에 관하여 본다.

기탁금액의 변동에 따른 국회의원선거입후보자수의 변동추이를 살펴보면, 기탁금이 없었던 2대 국회의원선거의 경우 선거구당 평균 입후보자수가 약 8명이었던 것이 기탁금이 처음 신설되었던 3대 총선에서는 5.9명으로 낮아졌고, 기탁금이 다시 폐지되었던 6대에서 8대 총선에서는 각 6.5명, 5.4명, 3.8명에 이르렀다가 다시 신설된 9대와 10대 총선에서는 2.3명과 1.8명으로 다시 낮아졌다.

그 후 기탁금이 지금과 같이 비교적 고액으로 설정된 12대 총선부터는 각 2.1명, 4.7명 등으로 다시 낮아졌다가 2001년 헌법재판소가 2,000만원의 기탁금에 대하여 위헌결정을 하기 전에 실시된 제16대 총선의 경우 4.6명이었던 것이 지금과 같이 1,500만원으로 범이 개정된 후 처음 실시된 서울 동대문(을)선거구 등의 국회의원재·보궐선거에서는 5명으로 다소 후보자수가 늘어난 것으로 나타나고 있다.

이들 통계자료를 분석하여 보면, 기탁금제도를 두지 않았던 국회의원선거에 있어서는 후보자난립이라고 단정할 수는 없지만, 당시의 선거구당 인구수나 유권자수를 감안할 때, 비교적 많은 수의 후보자가 입후보한 것으로 나타나고 있으나, 비교적 고액의 기탁금액이 계속 유지된 제11대 총선부터는 그 이전과는 달리 선거구당 후보자수가 줄어들어 4명 내지 5명 정도로 후보자수가 고정되는 경향을 보이고 있다.

따라서 이러한 기탁금액의 변동에 따른 후보자수의 변동추이에 의하면, 1,000만원에서 2,000만원 정도의 비교적 높은 기탁금액의 수준에서 후보자의 수가 4명 내지 5명 정도로 고정되는 경향을 보이고 있으므로, 현행 기탁금조항이 정하고 있는 1,500만원의 기탁금은 기탁금제도의 목적과 취지를 실현하는 데 적절하고도 실효적인 범위 내의 금액일 뿐 아니라, 후보자의 성실성을 담보할 수 있을 정도의 실질적인 제재수단이 되는 금액에 해당하는 것으로 판단된다.

다음으로, 1,500만원의 기탁금이 당선가능성이 큰 입후보예정자의 후보등록을 불가능하게 하거나 현저히 어렵게 할 정도로 과다하여 공무담임권의 본질적 내용을 침해하는지의 여부에 관하여 본다.

국민이 국회의원선거에 입후보할 자유는 헌법이 공무담임권으로 보장하는 기본권으로서 민주주의의 실현을 위한 가장 중요한 자유와 권리이지, 규제받고 관리받아야 할 행위는 아니다(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91 등, 판례집 13-2, 77, 88). 그러나 이러한 공무담임권도 절대적인 기본권은 아니라고 할

것이어서 헌법 제37조 제2항이 정하는 기본권제한입법의 한계 내에서 이를 제한할 수 있는 것이고, 그 결과 당선가능성은 있으나 경제적 능력이 부족하여 국회의원선거에 입후보할 수 없는 자가 비록 생긴다고 하더라도, 이를 두고 기본권제한입법의 한계를 넘었다거나 공무담임권의 본질적 내용을 침해한다고 단정할 수는 없는 것이다.

기탁금이 후보자난립을 방지하고, 후보자의 진지성과 성실성, 그리고 선거의 신뢰성을 담보하기 위해서는 기탁금에 대하여 입후보예정자들이 어느 정도 부담을 느껴 선거에 입후보할 것인지의 여부를 심각하게 고민할 수 있을 정도의 수준에 달할 것이 요구되고, 그렇지 않고 1~2개월 정도의 수입을 저축하거나 여유분의 재산으로도 기탁금을 충분히 납부할 정도로 부담을 느끼지 않는다면, 애당초 기탁금을 설정할 필요조차 없는 것이다.

그러므로 보건의료, 우리재판소가 국회의원선거에서 기탁금 1,000만원(정당추천후보자)에 대하여 헌법불합치결정을 선고한 1989. 9. 우리나라의 산업별 상용종업원의 월평균 임금은 540,611원이었고, 임금이 비교적 높은 금융·보험업의 경우에도 737,546원에 불과하였으나, 2,000만원의 기탁금에 대하여 위헌결정을 선고한 2001. 7.에는 평균임금이 1,802,909원, 금융·보험업의 경우 2,830,382원으로 인상되었다. 그리고 2003. 1.의 경우에는 평균임금이 2,511,545원이고, 금융·보험업의 경우에는 4,682,667원에까지 이르게 되었다.

이러한 월평균임금의 추이과정에서 볼 때, 현재 1,500만원의 기탁금은 다른 재산이 전혀 없는 통상적인 평균임금을 수령하는 도시근로자가 그 임금을 6개월 정도 저축하면, 어렵지 않게 모을 수 있는 정도이고, 금융·보험업에 종사하는 근로자의 경우에는 불과 3개월 정도 임금을 저축하면, 마련할 수 있는 정도의 금액에 해당하는 것으로 나타나고 있다.

물론 1,500만원이란 금액을 일률적으로 적용하여 입후보자들에게 미치는 영향을 평가하는 것은 불가능하고, 또한 개별적·구체적인 상황에서는 당선가능성이 충분히 있으면서도 기탁금을 마련할 방법이 없어 입후보를 포기하게 되는 안타까운 상황도 발생할 수 있기는 하지만, 우리의 선거문화와 정치풍토에서 후보자난립의 방지와 선거의 신뢰성을 확보하는 것은 입법자가 추구하여야 할 중대한 공익이라 할 것이고, 이를 위하여 아무리 노력하여도 기탁금을 마련할 수 없거나 기탁금 때문에 입후보를 포기하는 자가 일부 있을 수 있다고 하여도 이를 두고 공무담임권의 본질적 내용을 침해하였다거나 경

제력의 차이를 이유로 입후보자들을 합리적 이유도 없이 차별하는 것이라 할 수는 없는 것이다.

실제로도 기탁금이 2,000만원이었던 제16대 국회의원선거에서 한 선거구당 후보자수가 평균 4.3명이었는데 반하여, 1,500만원으로 기탁금이 인화된 2001년 동대문(을)선거구 등 국회의원재·보궐선거에서는 후보자수가 평균 5명으로 늘어난 것으로 나타나고 있는데, 5명 정도의 후보자수를 선거의 신뢰성과 후보자의 진지성 및 성실성을 담보할 수 있는 적절한 수준이라고 단언할 수도 없겠지만, 우리의 정당구조나 정치문화, 선거풍토를 감안하면, 이 정도의 기탁금수준으로 인하여 입후보희망자의 공무담임권 등이 헌법이 용인하기 어려운 정도로 침해된 것도 아니라고 볼 것이다.

(5) 그렇다면 기탁금조항이 정한 1,500만원이라는 기탁금은 입법자가 기탁금을 통하여 추구하려는 공익목적과 국민의 공무담임권 및 참정권의 보호, 그리고 우리의 선거풍토와 경제적 여건 등을 고려하여 그 입법형성권의 범위와 한계 내에서 설정한 것으로 청구인들의 공무담임권 등 기본권의 본질적 내용을 침해할 정도로 과도한 것이라 할 수 없으므로 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

라. 기탁금반환조항의 위헌여부에 관한 판단

(1) 기탁금반환조항은 지역구국회의원선거에 있어 후보자가 당선되거나 사망한 때와 후보자의 득표수가 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 이상이거나 유효투표총수의 100분의 15 이상인 때에만 기탁금에서 불법행위에 대한 제재금을 뺀 나머지금액을 후보자에게 반환하고, 득표율이 이에 미달되는 경우에는 위 제재금을 뺀 나머지금액을 국가에 귀속시키고 있다.

(2) 기탁금제도가 단지 행정비용(후보자등록에 필요한 행정비용)을 보전하는 성격만 가지고 있고, 또 실제 기탁금액도 그 범위를 벗어나지 않는 한, 선거 후 기탁금반환기준을 아무리 높게 정하거나 심지어 이를 반환하지 않는다고 하더라도 문제가 될 것은 없다. 그러나 행정비용이나 불법행위에 대한 제재금의 사전확보라는 목적 외에 선거결과에 따라 난립후보로 평가된 경우에는 경제적 제재를 가함으로써 후보자의 난립을 방지하는 효과를 가지도록 기탁금액이 비교적 높게 정해지고, 또 그러한 방향으로 기탁금제도가 운용되는 경우에는 후보자가 난립후보자가 아닌 것으로 선거결과 나타난 경우 이를 반드시 반환하여야 하며, 또한 이러한 기탁금제도의 실효성을 유지하기 위하여 일정한 반환기준에 미달하는 경우에는 기탁금을 국가에 귀속시키는 것 또한

반드시 필요하다고 할 것이다.

그러나 기탁금반환의 기준이 너무 높아 이를 충족시키기 어렵다면, 이는 결국 고액의 기탁금과 결합하여 피선거권행사의 위축이라는 효과를 가져오게 되므로 기탁금반환의 기준 또한 입후보예정자가 기탁금을 반환받지 못하게 되는 부담에도 불구하고 선거에 입후보할 것인지의 여부를 진지하게 고려할 정도에 이르러야 하고, 지나치게 그 반환기준이 높아 진지하게 입후보자를 고려하는 예정자가 입후보를 포기할 정도로 높아서는 안될 헌법적 한계를 갖는다.

(3) 그러므로 보건대, 기탁금제도의 대안으로 앞에서 검토한 유권자추천제도를 실시할 경우에 후보자난립을 방지할 정도에 이르는 유권자의 추천수, 역대 선거에서의 기탁금반환비율의 추이, 기탁금제도의 취지와 기탁금제도의 실효성을 유지하기 위한다는 기탁금반환제도 및 국가귀속제도의 입법취지 등을 감안하면, 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 또는 유효투표총수의 100분의 15 이상으로 정한 기탁금반환기준은 입법자의 기술적이고 정책적 판단에 근거한 것으로서 현저히 불합리하거나 자의적인 기준이라고 할 수는 없다.

실제 사례를 보면, 기탁금의 반환기준을 100분의 20 이상에서 100분의 15 이상으로 내린 후 처음으로 실시된 국회의원재·보궐선거에서 동대문(을)선거구의 경우에는 4명의 후보자 중 2명이, 구로(을)선거구의 경우에는 6명의 후보자 중 4명이, 강릉시 선거구의 경우에는 5명의 후보자 중 3명이 각 기탁금을 반환받지 못하게 되는 결과가 되어 후보자의 과반수 이상이 결과적으로 난립후보에 해당되어 그 제재로서 기탁금을 반환받지 못하게 되었다.

물론 기탁금을 반환받지 못하게 된 이러한 후보자들을 모두 난립후보라든가 진지하지 못한 후보자라고 평가할 수는 없지만, 이들 기탁금을 반환받지 못하는 후보자의 수가 낮다는 이유만으로 1,500만원의 기탁금이 입법자의 입법형성권의 범위를 일탈하였다고 단정할 수는 없고, 오히려 기탁금반환기준을 낮추는 경우에는 기탁금의 목적과 취지가 훼손된다는 점에서 입법자의 불가피한 입법적 선택이라 아니할 수 없는 것이다.

5. 결 론

따라서 청구인들의 이 사건 심판청구 중 청구인 원용수의 심판청구부분은 부적법하므로 이를 각하하고, 기탁금조항 및 기탁금반환조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 나머지 청구인들의 심판청구는 이를 모두 기각하기로 하여

헌재 2003. 8. 21. 2001헌마687·691(병합)

관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

별지 : 청구인 명단 생략

군인연금법 제21조 제5항 제2호 위헌제청

(2003. 9. 25. 2001헌가22 전원재판부)

【판시사항】

1. 퇴역연금 지급정지제도 자체가 헌법에 위반되는지 여부(소극)
2. 구 군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제21조 제5항 제2호(이하 ‘심판대상조항’이라고 한다)에서 퇴역연금 지급정지대상기관인 정부투자기관·재투자기관을 국방부령으로 정하도록 위임하고 있는 것이 헌법상 포괄위임금지의 원칙에 위반되는지 여부(적극)
3. 심판대상조항에서 퇴역연금 지급정지의 요건 및 내용을 대통령령으로 정하도록 위임하고 있는 것이 헌법상 포괄위임금지의 원칙에 위반되는지 여부(적극)
4. 부수적 위헌결정을 한 사례

【결정요지】

1. 퇴역연금수급권은 전체적으로 재산권적 보호의 대상이기는 하지만 기본적으로 그 목적이 퇴직 후의 소득상실보전에 있고 그 성격이 사회보장적인 것이므로, 퇴역연금수급권자에게 임금 등 소득이 퇴직 후에 새로 생겼다면 이러한 소득과 연계하여 퇴역연금 일부의 지급을 정지함으로써 지급정도를 입법자가 사회정책적 측면과 국가의 재정 및 기금의 상황 등 여러 가지 사정을 참작하여 폭넓은 재량으로 축소하는 것은 원칙적으로 가능한 일이어서 퇴역연금 지급정지제도 자체가 위헌이라고 볼 수는 없다.

2. 구체적인 지급정지대상기관을 국방부령으로 선별, 결정함에 있어서는 누구든지 예측가능한 일정한 기준이 있어야 함에도 불구하고 심판대상조항은 물론 그 밖의 어느 규정도 이에 관한 아무런 기준을 제시하지 아니함으로 말미암아 천태만상의 정부투자의 전범위에 걸쳐 비록 아무리 투자의 비율 또는 규모가 작더라도 투자가 이루어지기만 하면 국방부령이 정하는 바에 따라 지급정지대상기관이 될 수

있게 위임의 범위가 너무 넓어져버렸고, 결과적으로 연금지급정지의 대상이 되는 정부투자·재투자기관의 확정을 실질적으로 행정부에 일임한 것이 되었다. 따라서 심판대상조항은 퇴역연금 지급정지의 대상이 되는 정부투자기관·재투자기관에 관하여 구체적으로 범위를 정하지 아니하고 포괄적으로 국방부령으로 정하도록 위임하여 헌법상 입법위임의 한계를 일탈한 것으로서 헌법 제75조 및 제95조에 위반된다.

3. 지급정지제도의 본질에 비추어 지급정지의 요건 및 내용을 규정함에 있어서는 소득의 유무뿐만 아니라 소득의 수준에 대한 고려는 필수적인 것임에도 불구하고 이 사건 심판대상조항은 이를 규정함에 있어 지급정지와 소득수준의 상관관계에 관하여 아무런 정함이 없이 대통령령에 포괄적으로 규정을 위임하고 있다. 나아가 퇴역연금 중 본인의 기여금에 해당하는 부분은 임금의 후불적 성격이 강하므로 재산권적 보호가 강조되어야 하는 점을 고려하여, '퇴역연금의 2분의 1의 범위 안에서'라는 구체적 범위를 정하여 위임하여야 함에도 불구하고 심판대상조항은 그러한 범위를 정하지 아니한 채 위임하고 있다는 점에서도 위헌이라고 보아야 한다. 따라서 심판대상조항은 퇴역연금 지급정지의 요건 및 내용에 관하여 구체적으로 범위를 정하지 아니하고 포괄적으로 대통령령으로 정하도록 위임하여 헌법상 입법위임의 한계를 일탈한 것으로서 헌법 제75조 및 제95조에 위반된다.

4. 법 제21조 제5항 제3호, 제4호 및 제5호는 지급정지대상기관의 종류만 다를 뿐 구체적인 대상기관의 선정을 국방부령에 위임하고 지급정지의 요건 및 내용을 대통령령에 위임하면서 구체적으로 범위를 정하지 않고 위임을 하고 있는 점에서는 심판대상조항인 법 제21조 제5항 제2호와 전적으로 동일하다. 따라서 심판대상조항인 법 제21조 제5항 제2호가 포괄위임금지의 원칙에 위반된다는 이유로 위헌으로 인정되는 이상 법 제21조 제5항 제3호, 제4호 및 제5호도 같은 이유로 위헌이라고 보아야 할 것이고 그럼에도 불구하고 이들을 따로 분리하여 존속시켜야 할 이유가 없으므로, 법 제21조 제2호 내지 제5호에 대하여 위헌선언을 하기로 한다.

【심판대상조문】

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정되기 전의 것) 제21조(퇴역연금 또는 퇴역연금일시금) ①~④ 생략

⑤ 퇴역연금을 받을 권리가 있는 자가 다음 각호의 1에 해당하는 기관으로부터 보수 기타 급여를 지급받고 있는 때에는 그 지급기간중 대통령령이 정하는 바에 따라 퇴역연금의 전부 또는 일부의 지급을 정지할 수 있다.

1. 생략
 2. 국가·지방자치단체가 자본금의 전부 또는 일부를 출자한 기관 및 한국은행(이하 “정부투자기관”이라 한다)과 정부투자기관이 자본금의 전부 또는 일부를 출자한 기관으로서 국방부령이 정하는 기관
 - 3.~5. 생략
- ⑥, ⑦ 생략

【참조조문】

헌법 제75조, 제95조

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제2조(적용범위) 이 법은 현역 또는 소집되어 군에 복무하는 군인에게 적용한다. 다만, 지원에 의하지 아니하고 임용된 부사관 및 병에게는 제32조에 한하여 이를 적용한다.

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제6조(급여의 종류) 급여의 종류는 다음과 같다.

1. 퇴역연금
2. 퇴역연금일시금
3. 퇴역연금공제일시금
4. 퇴직일시금
5. 삭제
6. 상이연금
7. 유족연금
8. 유족연금부가금
9. 유족연금특별부가금
10. 유족연금일시금
11. 유족일시금
12. 삭제
13. 재해보상금
14. 사망조위금
15. 재해부조금
16. 퇴직수당

17. 공무상요양비

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제7조(권리의 보호) 급여를 받을 권리는 이를 양도, 압류하거나 담보로 제공할 수 없다. 다만, 대통령령이 정하는 바에 의하여 금융기관에 담보로 제공하거나, 군인연금특별회계법의 규정에 의한 기금의 대부 또는 제대군인지원에 관한 법률의 규정에 의한 대부에 따라 국가에 담보로 제공하는 경우 및 국제징수법이나 지방세법의 규정에 의하여 체납처분을 하는 경우에는 그러하지 아니하다.

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제8조(시효) ① 급여를 받을 권리는 그 급여의 사유가 발생한 날로부터 5년간 이를 행사하지 아니할 때에는 시효로 인하여 소멸된다. 다만, 사망조위금·재해부조금 및 공무상요양비의 급여를 받을 권리는 그 급여의 사유가 발생한 날부터 1년으로 한다.

② 삭제

③ 기여금반환을 받을 권리는 그 급여의 사유가 발생한 날로부터 5년간 이를 행사하지 아니할 때에는 시효로 인하여 소멸된다.

④ 전시, 사변 기타 부득이한 사유로 인하여 제1항 및 제3항의 권리를 행사할 수 없는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 의하여 2년의 범위내에서 그 시효기간을 연장할 수 있다.

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제9조(효력발생기간) 이 법에 의한 급여 또는 심사의 청구에 관한 기간계산에 있어서 그 서류가 시효완성전에 우송된 것인 때에는 이에 소요된 일수는 그 기간에 산입하지 아니한다.

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제10조(급여사유의 확인 및 급여의 결정) ① 각종 급여는 그 급여를 받을 권리를 가진 자가 당해 군인이 소속하였던 군의 참모총장의 확인을 얻어 청구하는 바에 따라 국방부장관이 결정하여 지급하되, 제23조의 규정에 의한 상이연금, 제26조 제1항제3호의 규정에 의한 유족연금 및 제30조의5의 규정에 의한 공무상요양비의 결정에 있어서는 군인연금급여심의회의 심의를 거쳐야 한다. 다만, 급여중 퇴직일시금·유족일시금 및 기여금반환은 각군참모총장이 결정하여 지급할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 군인연금급여심의회는 국방부에 두되, 그 구성과 운영에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제11조(지급사무의 위탁) 국방부장관은 대통령령의 정하는 바에 의하여 급여의 지급에 관한 사무를 정보통신부장관·국가보훈처장 또는 금융기관의 장에게 위탁할 수 있다.

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제12조(유족의 우선순위) 급여를 받을 유족의 순위는 재산상속의 순위에 의한다.

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제13조(동순위자의경합) 유족에게 동순위자가 2인 이상 있을 때에는 그 급여는 등분하여 지급하되 지급방법은 대통령령으로 정한다.

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제14조(급여의 수급자에 대한 특

례) 군인 또는 군인이었던 자가 사망한 경우에 급여를 받을 유족이 없을 때에는 대통령령으로 정하는 한도의 액을 그 직계비속 또는 직계존속에게 지급하고 직계비속 또는 직계존속도 없을 때에는 당해군인이었던 자를 위하여 사용한다.

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제15조(급여의 환수) ① 국방부장관(제11조의 규정에 의하여 급여의 지급사무를 위탁받은 국가보훈처장을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)은 급여를 받은 자가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그 급여액을 환수하여야 한다. 이 경우 제1호의 경우에는 급여액에 대통령령이 정하는 이자 및 환수비용을 가산하여 징수하고, 제2호 또는 제3호의 경우로서 환수금을 납부할 자가 기한내에 납부하지 아니한 때에는 대통령령이 정하는 이자를 가산하여야 한다.

1. 부정한 방법으로 급여를 받은 경우
2. 급여를 받은 후 그 급여의 사유가 소급하여 소멸된 경우
3. 기타 급여가 잘못 지급된 경우

② 제1항의 규정에 의한 환수는 국제징수법에 의한 체납처분의 예에 의한다.

③ 국방부장관은 제1항의 규정에 의하여 급여를 환수함에 있어서 다음 각호의 1의 사유가 있는 때에는 결손처분할 수 있다. 다만, 제1호 및 제3호의 경우에 결손처분을 한 후 압류할 수 있는 재산을 발견한 때에는 지체없이 그 처분을 취소하고 국제징수법에 의한 체납처분의 예에 의하여 징수하여야 한다.

1. 체납처분이 종결되고 체납액에 충당된 배분금액이 그 체납액에 부족한 때
2. 당해 권리에 대한 소멸시효가 완성된 때
3. 대통령령이 정하는 바에 따라 징수할 가능성이 없다고 인정되는 때

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제15조의2(미납금의 공제지급) 군인 또는 군인이었던 자가 다음 각호의 1에 해당하는 채무가 있는 때에는 이 법에 의한 급여(제30조의5의 규정에 의한 공무원요양비, 제32조의2의 규정에 의한 사망조위금 및 제32조의3의 규정에 의한 재해보조금을 제외한다)에서 이를 공제하여 지급할 수 있다. 다만, 연금인 급여에 대하여는 매월 지급되는 연금에서 그 2분의 1을 초과하여 공제하지 아니한다.

1. 제15조의 규정에 의한 환수금의 원리금
2. 제16조 제6항·제7항의 규정에 의한 반납금의 원리금
3. 제38조의 규정에 의한 기여금을 미납한 경우의 미납기여금
4. 군인복지기금법 제6조제4호의 규정에 의한 대부금의 미상환 원리금

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제16조(복무기간의 계산) ① 군인의 복무기간은 그 임용된 날이 속하는 달부터 퇴직한 날의 전날 또는 사망한 날이 속하는 달까지의 연월수에 의한다.

② 부사관으로부터 준사관 또는 장교로 임용된 자 및 준사관으로부터 장교로 임용된 자의 복무기간은 상호통산한다.

③ 삭제

④ 전투에 종사한 기간은 이를 3배로 계산한다.

⑤ 이 법의 적용을 받은 군인으로 임용되기 전의 병역법에 의한 현역병 또는 지원에 의하지 아니하고 임용된 부사관의 복무기간(방위소집·상근예비역소집 또는 보충역소집에 의하여 복무한 기간중 대통령령이 정하는 복무기간을 포함한다)은 본인이 원하는 바에 따라 제1항의 복무기간에 산입할 수 있다. 이 경우 복무기간을 산입하고자 하는 자는 복무기간산입신청서를 소속 군참모총장에게 제출하여야 한다.

⑥ 퇴직한 군인·공무원 또는 사립학교교직원(군인연금법·공무원연금법 또는 사립학교교직원연금법의 적용을 받지 아니하였던 자는 제외한다)이 군인으로 복무하게 된 때에는 본인이 원하는 바에 따라 종전의 해당 연금법에 의한 복무기간 또는 재직기간을 제1항의 복무기간에 통산할 수 있다. 이 경우 통산을 받은 자는 퇴직 당시에 수령한 퇴직급여액 [제33조 또는 공무원연금법 제64조(사립학교교직원연금법 제42조에서 준용하는 경우를 포함한다)의 규정에 의하여 급여액에 제한을 받은 때에는 그 제한이 없는 경우에 받았어야 할 급여액으로 한다]에 대통령령이 정하는 이자를 가산하여 군인연금특별회계에 반납하여야 한다. 다만, 복무기간의 통산을 인정받은 자가 퇴역연금·퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 수급자인 경우에는 연금인 급여에 한하여 이를 반납하지 아니한다.

⑦ 제6항의 규정에 의하여 복무기간 또는 재직기간의 통산을 받고자 하는 자는 군인으로 임용된 날부터 2년이 내에 복무기간통산신청서를 소속 군참모총장에게 제출하여야 하며, 반납하여야 할 퇴직급여액과 이자는 대통령령이 정하는 바에 따라 분할하여 납부하게 할 수 있다. 이 경우에는 대통령령이 정하는 이자를 가산한다.

⑧ 복무기간 계산에 있어서 19년 6월 이상 20년 미만 복무한 자의 복무기간은 20년으로 한다.

⑨ 복무기간계산은 정부수립의 년 이전에 소급하지 못한다.

⑩ 제4항 및 제8항의 규정에 의하여 가산된 기간 또는 제5항·제6항의 규정에 의한 복무기간은 퇴직수당 지급에 있어서는 제1항의 복무기간에 이를 합산 또는 산입하지 아니한다.

⑪ 퇴직수당 지급에 있어서의 복무기간의 계산에 있어서는 다음 각호의 사유로 인한 휴직을 제외한 휴직기간, 직위해제기간 및 정직기간은 그 기간의 2분의 1을 각각 감한다.

1. 공무상 질병·부상으로 인한 휴직
2. 국제기구·외국기관·국내외대학 또는 국내외연구기관에 임시채용됨으로 인한 휴직
3. 기타 법률의 규정에 의한 의무를 수행하기 위한 휴직

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제17조(연금의 지급기간 및 지급시기) ① 연금인 급여는 그 급여의 사유(제24조의 규정에 의한 상이연금등급의 개정사유를 포함한다)가 발생한 날이 속하는 달의 다음달부터 그 사유가 소멸된 날이 속하는 달까지의 분을 지급한다.

② 퇴역연금·상이연금 및 유족연금의 지급을 정지할 사유가 생긴 때에는 그 사유가 생긴 날이 속하는 달의 다음달부터 그 사유가 소멸되는 날이 속하는 달까지 그 지급을 정지한다. 다만, 정지사유가 발생한 날과 그 사유가 소멸된 날이 같은 달에 속하는 경우에는 그 지급을 정지하지 아니한다.

③ 삭제

④ 연금인 급여는 대통령령이 정하는 바에 의하여 매월 지급한다.

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제17조의2(연금액의 조정) ① 연금인 급여는 통계법 제3조의 규정에 의하여 통계청장이 매년 고시하는 전전년도와 대비한 전년도 전국소비자물가변동률에 해당하는 금액을 매년 증액 또는 감액한다.

② 제1항의 규정에 의하여 조정된 금액은 당해 연도 1월부터 12월까지 적용한다.

③ 연금인 급여는 군인보수변동률·전국소비자물가변동률 등을 고려하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 5년마다 조정한다.

④ 국방부장관은 제1항 및 제3항의 규정에 의하여 조정된 금액을 연금수급자에게 통지하여야 한다.

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제18조(급여액 산정의 기초) ① 이 법에 의한 급여(제21조 제1항의 규정에 의한 퇴역연금, 제26조 제1항 제1호의 규정에 의한 유족연금 및 제30조의5의 규정에 의한 공무상요양비를 제외한다)의 산정은 급여의 사유가 발생한 날이 속하는 달의 보수월액을 기초로 한다.

② 제21조 제1항의 규정에 의한 퇴역연금 및 제26조 제1항 제1호의 규정에 의한 유족연금의 산정은 평균보수월액을 기초로 한다.

③ 제2항의 규정에 의한 평균보수월액의 산정에 있어서 군인으로 임용된 후 3년 이내에 퇴직 또는 사망한 자가 제16조 제6항의 규정에 의한 통산기간이 있는 경우에는 그 기간을 포함하여 평균보수월액을 산정한다. 이 경우 평균보수월액의 산정에 포함된 통산기간에 대하여는 종전의 퇴역 또는 퇴직당시의 급여액 산정의 기초가 된 보수월액 또는 평균보수월액을 급여액 산정의 기초로 한다.

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제18조의2(연금지급의 특례) ① 연금을 받을 권리가 있는 자가 외국에 이민하게 된 때에는 본인의 원하는 바에 따라 연금에 갈음하여 출국한 다음달을 기준으로 한 4년분의 연금에 상당하는 금액을 지급한다.

② 연금인 급여를 받을 권리가 있는 자가 국적을 상실한 때에는 본인이 원하는 바에 따라 연금인 급여에 갈음하여 국적을 상실한 달의 다음 달을 기준으로 한 4년분의 연금에 상당하는 금액을 일시에 지급받을 수 있다.

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제19조(급여의 조정) ① 동일인에게 퇴역연금과 상이연금 또는 20년 미만 복무한 군인의 사망으로 인한 유족연금과 유족일시금을 지급할 사유가 발생한 때에는 본인에게 유리한 급여를 택일하게 하여 지급한다.

② 상이연금을 받을 권리가 있는 자에게는 퇴직일시금을 지급하지 아니한다.

③ 퇴역연금·퇴직연금 또는 조기퇴직연금을 받던 자가 제16조의 규정에 의하여 복무기간의 통산을 받았다가 다시 퇴직 또는 사망한 경우에는 퇴역연금(퇴역연금공제일시금을 포함한다) 또는 유족연금(유족연금부가금을 포함한다)만을 받을 수 있으며, 이에 갈음하여 퇴역연금일시금 또는 유족연금일시금을 받을 수 없다.

④ 퇴역연금 또는 상이연금을 받을 권리가 있는 자가 본인의 퇴역연금 또는 상이연금 외에 유족연금을 함께 받게 된 경우에는 당해 유족연금액의 2분의 1을 감하여 지급한다.

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제19조의2(행방불명자등에 대한

퇴직급여) ① 퇴직급여(퇴역연금·퇴역연금일시금·퇴역연금공제일시금 및 퇴직일시금을 말한다. 이하 같다)를 받을 권리가 있는 자가 1년 이상 행방불명인 때에는 그의 재산상속인(제3조 제1항의 유족의 범위에 해당하는 자를 말한다)이 될 자의 청구에 의하여 당해 퇴직급여를 그 청구인에게 지급할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 청구인에게 퇴역연금을 지급하는 경우에는 그 지급한 날부터 3년이 경과하여도 행방불명된 자의 소재가 확인되지 아니한 때에는 제21조의 규정에 의한 퇴역연금액의 100분의 30에 상당하는 금액을 감하여 지급한다. 이 경우 청구인의 수급권의 상실에 관하여는 제29조를 준용한다.

③ 행방불명되었던 자가 생존한 사실이 확인된 때에는 그 생존한 사실이 확인된 날이 속하는 다음달부터 그 행방불명되었던 자에게 제21조의 규정에 의한 퇴역연금을 지급하여야 한다. 이 경우 제2항의 규정에 의하여 감액지급한 경우에는 그 감액지급한 기간중의 차액에 상당하는 금액에 대통령령이 정하는 이자를 가산한 금액을 지급하여야 한다.

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제19조의3(다른 법률에 의한 급여와의 조정) 공무원연금법 또는 사립학교교직원연금법에 의한 퇴직연금 또는 조기퇴직연금을 받을 권리가 있는 자가 이 법에 의한 유족연금을 함께 받게 된 경우에는 당해 유족연금액의 2분의 1을 감하여 지급한다.

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제20조(서류의 제출요구권 등)

① 국방부장관은 이 법에 의한 급여의 지급을 받을 권리가 있는 자에 대하여 신분상의 이동, 폐질상태 기타 급여에 관하여 필요한 서류 또는 물건의 제출을 요구할 수 있다.

② 국방부장관은 이 법에 의한 급여 기타 연금제도의 적정한 운영을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 국가기관·지방자치단체·공무원연금관리공단·국민연금관리공단 그 밖의 공공단체 등에 대하여 제21조의2 제2항의 규정에 의한 소득 등의 조사 기타 군인연금업무와 관련하여 필요한 자료·장부·서류 그 밖의 물건의 제공을 요청하거나 소속 공무원으로 하여금 이를 검사하게 할 수 있다. 이 경우 자료의 제공 등을 요청받은 기관은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다.

③ 제1항의 경우에 급여를 받을 권리가 있는 자가 정당한 사유없이 이에 응하지 아니하는 때에는 그 자에 대한 급여의 지급을 이에 응할 때까지 중지할 수 있다.

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제21조(퇴역연금 또는 퇴역연금일시금)

① 군인이 20년 이상 복무하고 퇴직한 때에는 그때부터 사망할 때까지 퇴역연금을 지급한다. 다만, 본인이 원하는 때에는 퇴역연금에 갈음하여 퇴역연금일시금을 지급하거나, 20년(퇴역연금·퇴직연금 또는 조기퇴직연금을 받던 자가 제16조의 규정에 의하여 복무기간의 통산을 받은 자는 그 통산을 받은 복무기간)을 초과하는 복무기간중 본인이 원하는 기간에 대하여는 그 기간에 해당하는 퇴역연금에 갈음하여 퇴역연금공제일시금(이하 “공제일시금”이라 한다)을 지급할 수 있다.

② 퇴역연금의 금액은 평균보수월액의 100분의 50에 상당하는 금액으로 하되, 복무기간(공제일시금을 지급받는 때에는 복무기간에서 공제일시금지급계산에 산입된 복무기간을 공제한 잔여복무기간)이 20년을 초과할 때에는 그 초과하는 매 1년에 대하여 평균보수월

액의 100분의 2에 상당하는 금액을 가산한 금액으로 한다. 다만, 그 금액은 평균보수월액의 100분의 76을 초과하지 못한다.

③ 퇴역연금일시금의 금액은 퇴직한 날의 전날이 속하는 달의 보수월액에 복무연수(1년 미만의 매 1월은 12분의 1년으로 계산한다. 이하 같다)를 곱한 금액의 100분의 150에 상당하는 금액에다 복무연수에서 5년을 공제한 연수의 매 1년에 대하여 퇴직한 날의 전날이 속하는 달의 보수월액에 복무연수를 곱한 금액의 100분의 1에 상당하는 금액을 가산한 금액으로 한다. 이 경우에 그 복무연수는 33년을 초과하지 못한다.

④ 공제일시금의 금액은 퇴직한 날의 전날이 속하는 달의 보수월액에 퇴직하는 군인이 공제일시금계산에 산입할 것을 원하는 복무연수(이하 “공제복무연수”라 한다)를 곱한 금액의 100분의 150에 상당하는 금액에다 공제복무연수 매 1년에 대하여 퇴직한 날의 전날이 속하는 달의 보수월액에 공제복무연수를 곱한 금액의 100분의 1에 상당하는 금액을 가산한 금액으로 한다. 이 경우에 그 공제복무연수는 13년을 초과하지 못한다.

⑤ 퇴역연금을 받을 권리가 있는 자가 다음 각호의 1에 해당하는 기관으로부터 보수 기타 급여를 지급받고 있는 때에는 그 지급기간중 대통령령이 정하는 바에 따라 퇴역연금의 전부 또는 일부의 지급을 정지할 수 있다.

1. 국가나 지방자치단체의 기관 또는 사립학교교직원연금법 제3조의 학교기관
2. 국가·지방자치단체가 자본금의 전부 또는 일부를 출자한 기관 및 한국은행(이하 “정부투자기관”이라 한다)과 정부투자기관이 자본금의 전부 또는 일부를 출자한 기관으로서 국방부령이 정하는 기관
3. 국가 또는 지방자치단체가 직접 또는 간접으로 출연금·보조금 등 재정지원을 하는 기관으로서 국방부령으로 정하는 기관
4. 국·공유재산의 귀속·무상양여 및 무상대부에 의하여 설립된 기관 또는 국가·지방자치단체의 출소에 의하여 설립된 기관으로서 국방부령이 정하는 기관
5. 법령의 규정에 의하여 대통령·중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장 또는 그 권한의 위임을 받은 자가 임원을 선임하거나 그 선임의 승인을 하는 기관으로서 국방부령이 정하는 기관

⑤ 삭제

⑥ 제5항의 규정에 의하여 연금의 지급정지사유가 발생된 자가 연금인 급여를 과분수령한 것이 있는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 그 과분수령액에 이자를 붙여 국고에 반환하여야 한다.

⑥ 삭제

⑦ 퇴역연금·퇴직연금 또는 조기퇴직연금을 받던 자가 제16조 제6항의 규정에 의하여 복무기간 또는 재직기간을 통산받은 후 다시 퇴직하는 경우에 전의 퇴직당시의 급여액 산정의 기초가 된 보수월액(군인보수인상률 등을 고려하여 대통령령이 정하는 바에 따라 현재가치로 환산한 금액을 말한다) 또는 평균보수월액(군인보수인상률 등을 고려하여 대통령령이 정하는 바에 따라 현재가치로 환산한 금액을 말한다) 이 재임용후의 평균보수월액보다 많을 때에는 퇴역연금의 금액은 재임용되기 전에 받던 퇴역연금·퇴직연금 또는

조기퇴직연금에다 재임용후의 평균보수월액에 재임용후의 복무연수를 곱한 금액의 100분의 2에 상당하는 금액을 가산한 금액으로 한다. 이 경우 재임용 전후의 복무연수는 33년을 초과하지 못한다.

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제38조(기여금) ① 군인은 매월 보수월액의, 1,000분의 85의 범위 안에서 대통령령으로 정하는 비율을 곱한 금액을 기여금으로 국고에 납부하여야 한다. 다만, 기여금을 납부한 기간이 33년을 초과한 때에는 그러하지 아니하다.

② 제16조 제5항의 규정에 의하여 복무기간이 산입되는 자는 그 산입기간에 대하여 소속 군참모총장이 산입을 승인한 날이 속하는 달의 다음 달부터 당해 월분의 기여금과 같은 금액의 소급기여금을 납부하여야 한다. 이 경우 당해 군인이 그 소급기여금의 납부도중 퇴직 또는 사망한 때에는 퇴직 또는 사망 당시의 보수월액을 기준으로 잔여소급기여금을 계산하여 이를 당해 퇴직 또는 유족급여에서 공제한다.

③ 삭제

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제38조의2(과납 또는 미납된 기여금의 처리) ① 과납(과납) 또는 미납된 기여금은 다음의 기여금 징수시에 가감할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 가감하여야 할 기여금의 산정기준은 대통령령으로 정한다.

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제39조(부담금) ① 국고의 부담금은 군인의 정원에 의하여 매회계연도의 그 보수예산의 1,000분의 85의 범위 안에서 대통령령이 정하는 비율을 곱한 금액으로 한다.

② 제16조 제4항의 규정에 의한 소요의 기여금과 부담금은 국고가 이를 부담한다.

③ 연금업무에 소요되는 비용은 국고가 부담한다.

④ 제30조의4의 규정에 의한 퇴직수당의 지급에 소요되는 비용은 국가가 부담한다.

⑤ 제23조, 제26조 제1항 제2호·제3호, 제30조의5, 제32조의2 및 제32조의3의 규정에 의한 급여에 소요되는 비용은 국가가 부담한다.

군인연금법시행령(1995. 12. 30. 대통령령 제14882호로 개정된 것) 제42조(퇴역연금의 지급정지 등) ① 퇴역연금을 받을 권리가 있는 자가 법 제21조 제5항 제1호에 해당하는 기관으로부터 보수 기타 급여를 지급받고 있는 때에는 다음 각호의 구분에 따라 그 지급기간중 퇴역연금의 지급을 정지한다.

1. 다시 군인으로 현역에 복무하게 되거나 병력동원 소집되어 복무하게 된 때에는 전액을 지급정지한다.
 2. 공무원연금법의 적용을 받는 공무원으로 임용된 때에는 전액을 지급정지한다.
 3. 사립학교교직원연금법의 적용을 받는 학교기관에 교직원으로 근무하게 된 때에는 전액을 지급정지한다.
 4. 선거에 의하여 취임하는 공무원이 된 때에는 퇴역연금의 100분의 50에 상당하는 금액을 지급정지한다.
- ② 퇴역연금을 받을 권리가 있는 자가 법 제21조 제5항 제2호 내지 제5호에 해당하는 기관의 임·직원으로 재직하고 보수 기타 급여를 받는 때에는 그 지급기간중 퇴역연금의

100분의 50에 상당하는 금액을 지급정지한다.

③ 퇴역연금 수급권자가 제1항 또는 제2항에 해당하게 된 때에는 그 날부터 30일 이내에 재취업(재취임)신고서에 연금증서를 첨부하여 그 소속군의 참모총장 또는 소속기관장의 확인을 얻어 이를 국방부장관에게 제출하여야 한다.

군인연금법시행령(1995. 12. 30. 대통령령 제14882호로 개정된 것) 제76조(기여금) ① 법 제38조의 규정에 의한 기여금의 금액은 보수월액의 1,000분의 65에 해당하는 금액으로 하며, 보수지급일에 이를 납부하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 기여금은 소득세법에 의하여 원천징수의무자로 지정된 지출관 또는 출납공무원(이하 “기여금징수의무자”라 한다)이 당해 월분의 보수지급일부터 10일 이내에 기여금불입서에 의하여 한국은행본점 또는 그 지점, 국고금을 취급하는 금융기관이나 체신관서에 납부하여야 한다.

③ 제2항의 규정에 의하여 기여금을 불입한 기여금징수의무자는 그 불입내역서를 국방부장관에게 송부하여야 한다.

④ 달의 중간에 신분상의 변동으로 보수월액이 달라진 때에는 보수지급일 현재의 신분에 의한 보수월액에 의한다.

⑤ 법 제38조 제1항 단서의 규정에 의한 기여금의 납부기간은 법 제39조 제2항의 규정에 의하여 전투에 종사한 기간에 해당하는 기여금을 국고가 부담한 기간을 포함하여 계산한다.

군인연금법시행령(1995. 12. 30. 대통령령 제14882호로 개정된 것) 제78조(부담금) ① 국방부장관은 부담금을 4기로 나누어 매기분을 2월말·5월말·8월말·11월말일까지 군인연금특별회계에 납부하여야 한다.

② 부담금의 금액은 매년도 예산에 계상된 장기복무하사관 이상인 군인의 보수예산의 1,000분의 65에 해당하는 금액으로 한다.

③ 제2항의 부담금은 부담금불입서에 의하여 한국은행본점에 납입하여야 한다.

④ 제3항의 부담금을 수납한 한국은행본점의 장은 그 입금통지서를 지체없이 군인연금특별회계세입징수관에게 송부하여야 한다.

⑤ 제4항의 입금통지서를 받은 군인연금특별회계세입징수관은 그 금액을 수납대장에 기록하여야 한다.

군인연금법시행규칙(2000. 1. 31. 국방부령 제510호로 개정된 것) 제4조(연금지급정지대상기관등) ① 법 제21조 제5항 제2호 내지 제5호(법 제25조의 규정에 의하여 준용하는 경우를 포함한다)의 규정에 의하여 퇴역연금 또는 상이연금의 지급이 정지되는 기관은 별표와 같다.

② 국방부장관은 연1회 이상 별표에 추가하여야 할 기관이나 삭제하여야 할 기관의 유무를 조사하여 추가 또는 삭제하여야 할 기관이 있는 때에는 이를 개정하여야 한다. 다만, 삭제하여야 할 사유가 발생한 기관에 재직하는 자에 대하여는 별표의 개정전이라도 삭제사유가 발생한 달부터 연금의 지급정지사유가 소멸된 것으로 보고 그 다음달부터 연금을 지급한다.

【참조판례】

- 헌재 1999. 4. 29. 97헌마333, 판례집 11-1, 503
- 헌재 1996. 10. 31. 93헌바55, 판례집 8-2, 457
- 헌재 1994. 6. 30. 92헌가9, 판례집6-1, 543
- 헌재 1997. 2. 20. 95헌바27, 판례집 9-1, 156

【당 사 자】

- 제 청 법 원 서울행정법원
- 제청신청인 강성철 외 105인
대리인 법무법인 광장
담당변호사 서정우 외 3인
- 당 해 사 건 서울행정법원 2000구22467 퇴역연금지급청구에 대한 거부처분 취소

【주 문】

구 군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정되기 전의 것) 제21조 제 5항 제2호 내지 제5호는 헌법에 위반된다.

【이 유】

- 1. 사건의 개요 및 심판의 대상
- 가. 사건의 개요

제청신청인들이 군 퇴직 후 아시아나항공주식회사에서 근무하고 있는데, 위 회사가 군인연금법 제21조 제5항 제2호의 연금지급정지대상기관으로 새로 지정됨에 따라 국방부장관은 2000. 2.분부터 제청신청인들의 매월 퇴역연금액 중 2분의 1의 지급을 정지하였다.

제청신청인들은 국방부장관에게 위와 같이 지급정지된 퇴역연금액의 지급을 신청하였으나 국방부장관이 이를 거부하자, 법원에 위 거부처분의 취소를 구하는 소송(서울행정법원 2000구22467호)을 제기하고 위 조항 등에 대하여 위헌제청신청을 하였으며, 이에 법원은 위 조항 중 “국가·지방자치단체가 자본금의 ‘일부’를 출자한 기관 및 한국은행(이하 ‘정부투자기관’이라 한다)과 정부투자기관이 자본금의 ‘일부’를 출자한 기관”부분에 대하여 헌법제판소에 위헌심판제청을 하였다.

나. 심판의 대상

법원은, 군인연금법 제21조 제5항 제2호 중 “국가·지방자치단체가 자본금의 ‘일부’를 출자한 기관 및 한국은행과 정부투자기관이 자본금의 ‘일부’를 출자한 기관”부분에 한정하여 위헌제정하였으나, 위 조문은 조문 전체에 같은 심사적도가 적용될 경우에 해당하므로 직권으로 위 조문 전체에 대하여 심판대상을 확장하기로 한다.

따라서 이 사건 심판의 대상은 구 군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라고 한다) 제21조 제5항 제2호(이하 ‘심판대상조항’이라고 한다)가 헌법에 위반되는지 여부이고, 심판대상조항 및 관련 조항의 내용은 다음과 같다.

(1) 심판대상조항(아래 내용 중 밑줄 친 부분)

법 제21조(퇴역연금 또는 퇴역연금일시금) ⑤ 퇴역연금을 받을 권리가 있는 자가 다음 각호의 1에 해당하는 기관으로부터 보수 기타 급여를 지급받고 있는 때에는 그 지급기간 중 대통령령이 정하는 바에 따라 퇴역연금의 전부 또는 일부의 지급을 정지할 수 있다.

1. 국가나 지방자치단체의 기관 또는 사립학교교원연금법 제3조의 학교 기관
2. 국가·지방자치단체가 자본금의 전부 또는 일부를 출자한 기관 및 한국은행(이하 “정부투자기관”이라 한다)과 정부투자기관이 자본금의 전부 또는 일부를 출자한 기관으로서 국방부령이 정하는 기관
3. 국가 또는 지방자치단체가 직접 또는 간접으로 출연금·보조금 등 재정 지원을 하는 기관으로서 국방부령으로 정하는 기관
4. 국·공유재산의 귀속·무상양여 및 무상대부에 의하여 설립된 기관 또는 국가·지방자치단체의 출연에 의하여 설립된 기관으로서 국방부령이 정하는 기관
5. 법령의 규정에 의하여 대통령·중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장 또는 그 권한의 위임을 받은 자가 임원을 선임하거나 그 선임의 승인을 하는 기관으로서 국방부령이 정하는 기관

(2) 관련 조항

법 시행령(1995. 12. 30. 대통령령 제14882호로 개정된 것) 제42조(퇴역연금의 지급정지등) ② 퇴역연금을 받을 권리가 있는 자가 법 제21조 제5항 제2호 내지 제5호에 해당하는 기관의 임·직원으로서 재직하고 보수 기타 급여를

받는 때에는 그 지급기간 중 퇴역연금의 100분의 50에 상당하는 금액을 지급 정지한다.

법 시행규칙(2000. 1. 31. 국방부령 제510호로 개정된 것) 제4조(연금지급정지대상기관등) ① 법 제21조 제5항 제2호 내지 제5호(법 제25조의 규정에 의하여 준용하는 경우를 포함한다)의 규정에 의하여 퇴역연금 또는 상이연금의 지급이 정지되는 기관은 별표와 같다.

[별표(2001. 12. 31. 개정된 것)] 연금지급정지대상기관(제4조 관련)

1. 법 제21조 제5항 제2호의 기관 중 라. 재투자기관 (136) 아시아나항공주식회사

2. 제청법원의 위헌심판 제청이유 및 관계기관의 의견
별지 2 기재와 같다.

3. 판 단

가. 군인연금제도와 퇴역연금의 법적 성격

(1) 군인연금제도

군인연금제도는 군인의 퇴직 또는 사망과 공무로 인한 부상·질병 등의 사유가 발생한 경우에 국가의 책임아래 보험기술을 통하여 그 부담을 여러 사람들에게 분산시킴으로써 군인 및 그 유족의 생활안정과 복리향상을 도모하는 사회보험제도의 일종이다.

군인연금제도는 보험의 기본원리에 있어서는 사보험(私保險)의 그것과 다를 것이 없지만 한편으로, 보험원리에 사회조정원리를 도입한 사회보장제도의 하나이기 때문에 지원에 의하지 아니하고 임용된 부사관 및 병을 제외한 모든 군인은 법률에 의하여 당연히 가입이 강제되고[법(2000. 12. 30. 법률 제 6327호로 개정, 시행된 것, 이하 같다) 제2조], 급여의 종류와 내용이 법률로 정하여져 있으며(법 제2장), 기여금의 액수 및 징수방법도 법률로 정하여져 있어(법 제38조, 제38조의2) 사보험과는 다른 면을 지니고 있다.

군인이 20년 이상 복무하고 퇴직한 때에는 그 때부터 사망할 때까지 퇴역연금을 지급한다. 다만, 본인이 원하는 때에는 퇴역연금에 갈음하여 퇴역연금 일시금을 지급하거나, 20년을 초과하는 복무기간 중 본인이 원하는 기간에 대하여는 그 기간에 해당하는 퇴역연금에 갈음하여 퇴역연금공제일시금을 지급할 수 있다(법 제21조 제1항).

복무기간 20년에 대한 퇴역연금의 금액은 평균보수월액의 100분의 50에 상당하는 금액으로 하고, 복무기간이 20년을 초과할 때에는 그 초과하는 매 1년

에 대하여 평균보수월액의 100분의 2에 상당하는 금액을 가산한 금액으로 하되, 다만 그 금액은 평균보수월액의 100분의 76을 초과하지 못한다(법 제21조 제2항).

퇴역연금에 소요되는 비용은 연금수혜자인 군인과 사용자인 국가가 공동으로 부담하는데, 군인은 매월 보수월액의 1,000분의 85에 해당하는 금액을 기여금으로 납부하여야 하고(법 제38조 제1항, 법시행령 제76조 제1항), 국가는 매 회계연도의 보수예산의 1,000분의 85에 해당하는 금액을 부담금으로 납입한다(법 제39조 제1항, 법시행령 제78조 제2항).

(2) 퇴역연금의 법적 성격

앞에서 본 바와 같이 군인연금제도는 보험의 원리에 의하여 운용되는 사회보험제도의 일종이면서 보험원리에 사회조정원리를 도입한 사회보장제도의 하나이다.

그러므로 법상의 퇴역연금수급권은 사회적 기본권의 하나인 사회보장수급권의 성격을 갖고 있지만 군인 자신도 기여금 납부를 통하여 퇴역연금의 재원형성에 일부 기여한다는 점에서 후불임금의 성격도 가미되어 있으므로 이는 재산권의 성격을 아울러 지니고 있다.

퇴역연금수급권은 사회보장수급권과 재산권이라는 양 권리의 성격이 불가분적으로 혼합되어 있으므로 전체적으로 재산권적 보호의 대상이 되면서도 순수한 재산권만은 아니라는 특성을 가지고 있다고 할 것이다(헌재 1999. 4. 29. 97헌마333, 판례집 11-1, 503, 512-513 참조).

다만, 퇴역연금 중 본인의 기여금에 해당하는 부분은 복무 중 근무의 대가로 지급하였어야 할 임금의 후불적 성격이 강하고, 국가 또는 지방자치단체의 부담금에 해당하는 부분은 은혜적 급여 또는 사회보장적 급여의 성격이 강하다고 할 것이다(헌재 1996. 10. 31. 93헌바55, 판례집 8-2, 457, 462 참조). 따라서 퇴역연금의 사회보장적 성격에 비추어 볼 때, 퇴역연금의 지급정도는 원칙적으로 입법자가 사회정책적 측면과 국가의 재정 및 기금의 상황 등 여러 가지 사정을 참작하여 폭넓은 재량으로 결정할 수 있는 사항이긴 하지만 임금 후불적 성격이 강한 기여금부분에 관해서는 재산권적 보호가 더욱 강조되어야 하므로 입법형성의 여지가 보다 좁다고 보아야 할 것이다(헌재 1994. 6. 30. 92헌가9, 판례집6-1, 543, 550-551; 1996. 10. 31. 93헌바55, 판례집 8-2, 457, 462-463 참조).

(3) 퇴역연금 지급정지제도의 연혁

퇴역연금의 지급정지제도를 규정하고 있는 법 제21조 제5항은 퇴역연금수급권자가 정부투자기관·채투자기관 및 정부재정지원기관에 취업하여 보수 등을 지급받는 경우에는 퇴역연금의 전부 또는 일부를 지급정지할 수 있도록 규정하고 있다.

1963년 법 제정 당시에는 퇴역연금수급권자가 다시 군인 또는 공무원이 된 때에만 그 퇴역연금의 지급이 정지되었으나, 법이 개정되면서 1975. 3. 1.에는 출자율 2분의 1 이상인 정부투자기관·채투자기관 및 정부재정지원기관으로부터 보수 기타 급여를 지급받는 경우에도 지급을 제한하도록 하였고, 1988. 12. 29.에는 사립학교교원연금법 적용대상자도 포함되어 그 범위가 확대되었다.

특히 1995. 12. 29. 법이 개정되면서 출자율 2분의 1 이상의 정부투자기관·채투자기관 등을 연금지급 정지대상기관으로 하던 것을 출자율에 관계없이 이들 모두를 정지대상기관에 포함시키고, 국·공유재산의 귀속·무상양여 및 무상대부에 의하여 설립된 기관 또는 국가·지방자치단체의 출연에 의하여 설립된 기관, 법령의 규정에 의하여 대통령·중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장 또는 그 권한의 위임을 받은 자가 임원을 선임하거나 그 선임의 승인을 하는 기관을 새로이 정지대상기관에 포함시키면서, 이를 2000. 1. 1.부터 시행하도록 하였다.

나. 이 사건 심판대상조항의 위헌 여부

(1) 퇴역연금 지급정지제도 자체의 위헌 여부

심판대상조항은 퇴역연금수급권자가 정부투자기관·채투자기관으로서 국방부령이 정하는 기관으로부터 보수 기타 급여를 지급받고 있는 때에는 그 지급기간 중 대통령령이 정하는 바에 따라 퇴역연금의 전부 또는 일부의 지급을 정지할 수 있도록 하고 있다.

이 조항의 위헌 여부를 판단함에 있어, 우선 사회보험급여의 하나로서 헌법상 재산권의 보호대상이 되는 퇴역연금을 연금수급권자에게 임금 등 소득이 있는 경우 그 소득과 연계하여 퇴역연금 일부의 지급을 정지하는 것이 과연 헌법적 정당성을 가질 수 있는지 여부가 문제된다.

퇴역연금수급권은 전체적으로 재산권적 보호의 대상이기는 하지만 이 제도는 (가) 기본적으로 그 목적이 퇴직 후의 소득상실보전에 있고 (나) 그 제도의 성격이 사회보장적인 것이므로, 연금수급권자에게 임금 등 소득이 퇴직 후에 새로 생겼다면 이러한 소득과 연계하여 퇴역연금 일부의 지급을 정지함으

로써 지급정도를 입법자가 사회정책적 측면과 국가의 재정 및 기금의 상황 등 여러 가지 사정을 참작하여 폭넓은 재량으로 축소하는 것은 원칙적으로 가능한 일이어서 이 제도 자체가 위헌이라고 볼 수는 없다.

(2) 포괄위임금지원칙의 위반 여부

심판대상조항은 지급정지대상기관을 국방부령으로, 지급정지의 요건 및 내용을 대통령령으로 정하도록 위임하고 있으므로 포괄위임금지원칙의 위반 여부가 문제된다.

(가) 지급정지대상기관의 문제

심판대상조항은 퇴역연금수급권자가 “국가·지방자치단체가 자본금의 전부 또는 일부를 출자한 기관 및 한국은행(이하 “정부투자기관”이라 한다)과 정부투자기관이 자본금의 전부 또는 일부를 출자한 기관으로서 국방부령이 정하는 기관”으로부터 보수 기타 급여를 지급받고 있는 때에는 그 지급기간 중 퇴역연금 또는 조기퇴역연금의 전부 또는 일부의 지급을 정지할 수 있도록 규정하고 있다.

심판대상조항은 재산권의 성격을 갖고 있는 퇴역연금수급권을 제한하는 규정으로서 그 제한대상이 되는 정부투자기관·채투자기관을 직접 법률로 규정하지 아니하고 국방부령에 위임하고 있으므로, 심판대상조항이 기본권 제한 규정으로서 헌법에 합치되기 위하여는 위임의 경우에 헌법상 요구되는 포괄 위임금지의 원칙을 준수하여야 할 것이다.

헌법은 제75조에서 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”라고 규정함으로써, 입법위임의 근거를 마련함과 동시에 위임은 ‘구체적으로 범위를 정하여’ 하도록 하여 그 한계를 제시하고 있다. 한편, 헌법 제95조는 “……행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임……으로……부령을 발할 수 있다.”라고 규정하고 있는바, 이 때의 위임도 ‘구체적으로 범위를 정하여’ 하여야 함은 물론이다.

‘구체적으로 범위를 정하여’라고 하는 것은 법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구든지 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있음을 의미하고, 다만 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 하되 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로

검토하여야 할 것이다(헌재 1997. 2. 20. 95헌바27, 판례집 9-1, 156, 163-164).

앞에서 본 바와 같이 지급정지제도 자체의 합헌성은 인정된다고 하더라도 구체적인 지급정지대상기관을 국방부령으로 선별, 결정함에 있어서는 누구든지 예측가능한 일정한 기준이 있어야만 할 것이므로 정부투자기관·채투자기관 중에서 그 일부를 대상으로 선별한다면 국회는 정부투자(채투자자를 포함한다. 이하 같다)의 규모와 비율에 관한 일정한 기준(또는 투자의 대상업종 등)을 먼저 법률로 정한 다음 그 범위 내에서 하위법규가 이를 선별하도록 위임하였어야 한다.

그럼에도 불구하고 심판대상조항은 물론 그 밖의 어느 규정도 이에 관한 아무런 기준을 제시하지 아니함으로 말미암아 천태만상의 정부투자의 전범위에 걸쳐 비록 아무리 투자의 비율 또는 규모가 작더라도 투자가 이루어지기만 하면 국방부령이 정하는 바에 따라 지급정지대상기관이 될 수 있게 위임의 범위가 너무 넓어져 버렸고 결과적으로 연금지급정지의 대상이 되는 정부투자기관·채투자기관의 확정을 실질적으로 행정부에 일임한 것이 되었다.

나아가 심판대상조항 등의 위임에 따라 정부투자기관·채투자기관, 정부재정지원기관 등 연금지급정지대상기관을 정하고 있는 범시행규칙(2000. 1. 31. 국방부령 제510호로 개정된 것)을 보더라도 그 제4조 제1항에서 “군인연금법 제21조 제5항 제2호 내지 제5호……의 규정에 의하여 퇴역연금 또는 상이연금의 지급이 정지되는 기관은 별표와 같다.”라고만 규정하여 그에 해당하는 기관을 개별적, 구체적으로 열거하고 있을 뿐이어서 실제로 그 추가·삭제가 오로지 그때 그때의 행정부의 정책적 판단에 따라 이루어질 수 있도록 되어 있다.

결국 심판대상조항은 연금지급정지의 대상이 되는 정부투자기관·채투자기관에 관하여 구체적으로 범위를 정하지 아니하고 포괄적으로 국방부령에 입법을 위임하고 있는바, 이는 헌법상 입법위임의 한계를 일탈한 것으로서 헌법 제75조 및 제95조에 위반된다고 할 것이다.

(나) 심판대상조항 중 법 제21조 제5항 본문에 의한 지급정지의 요건·내용의 문제

심판대상조항은 퇴역연금수급권자가 정부투자기관·채투자기관으로부터 “보수 기타 급여를 지급받고 있는 때에는 그 지급기간 중 대통령이 정하는 바에 따라 퇴역연금의 전부 또는 일부의 지급을 정지”할 수 있도록 규정하고 있는데 이는 다음에서 보는 바와 같이 지급정지의 요건과 내용에 관한

여 구체적으로 범위를 정하지 아니하고 포괄적으로 대통령령에 입법을 위임한 것으로서 헌법 제75조가 규정하는 포괄위임금지의 원칙에 위반된다고 할 것이다.

지급정지제도의 본질에 비추어 지급정지의 요건 및 내용을 규정함에 있어서는 소득의 유무뿐만 아니라 소득의 수준에 대한 고려는 필수적인 것임에도 불구하고 이 사건 심판대상조항은 이를 규정함에 있어 지급정지와 소득수준의 상관관계에 관하여 아무런 정함이 없이 대통령령에 포괄적으로 규정을 위임하고 있다.

이에 따라 심판대상조항만으로는 일정수준 이상의 소득자만을 지급정지의 대상으로 할 것인지 여부 및 소득의 수준에 따라 지급정지를 내지 지급정지 금액을 달리할 것인지 여부가 불분명하게 되었을 뿐만 아니라 이와 관련한 일체의 규율을 행정부에 일임한 결과가 되어 아무리 적은 보수 또는 급여를 받는 경우에도 대통령령에서 연금지급을 정지할 수 있도록 정하거나 재취업 소득의 수준에 관계없이 지급정지를 내지 지급정지금액을 일률적으로 정하는 것이 가능하게 되었다.

심판대상조항의 위임에 따라 지급정지의 요건 및 내용을 정하고 있는 법시행령(1995. 12. 30. 대통령령 제14882호로 개정된 것) 제42조 제2항에서 “퇴역연금을 받을 권리가 있는 자가 법 제21조 제5항 제2호 내지 제5호에 해당하는 기관의 임·직원으로 재직하고 보수 기타 급여를 받는 때에는 그 지급기간 중 퇴역연금의 100분의 50에 상당하는 금액을 지급정지한다.”라고 규정하여 실제로 아무리 적은 보수 또는 급여를 받는 경우에도 연금지급을 정지하도록 하고 그 지급정지율은 소득의 수준에 관계없이 연금액의 2분의 1로 하고 있다.

이에 따라 현행 제도하에서는 소득액보다 지급정지되는 연금액이 더 큰 경우도 발생할 수 있게 될 뿐만 아니라 소득이 적은 자와 많은 자를 가리지 아니하고 무조건 연금의 2분의 1에 해당하는 금액을 감액하도록 함으로써 지급정지제도의 본질 및 취지와 어긋나는 결과를 초래하였다고 할 것이고 이는 심판대상조항에서 지급정지의 요건 및 내용을 규정함에 있어 소득수준에 관한 아무런 정함이 없이 포괄적으로 대통령령에 입법을 위임함으로 말미암은 것이라고 할 수 있다.

나아가 심판대상조항은 ‘퇴역연금의 2분의 1의 범위 안에서’라는 구체적 범위를 정하여 위임하여야 함에도 불구하고 그러한 범위를 정하지 아니한 채

위임하고 있다는 점에서도 위헌이라고 보아야 한다.

즉, 퇴역연금 중 본인의 기여금에 해당하는 부분은 임금의 후불적 성격이 강하므로 재산권적 보호가 더욱 강조되어야 하므로 이 부분은 원칙으로는 정지의 범위에서 제외되어야 할 것인데 심판대상조항은 이 부분까지도 정지의 범위에 들어갈 수 있는 길을 열어 놓음으로써 재산권에 대한 과도한 제한의 위험을 초래하였다. 그러므로 심판대상조항은 퇴역연금의 2분의 1을 초과하지 않는 범위에서 지급을 정지할 수 있도록 기준을 명시하여 위임하였어야 할 것이다.

다. 부수적 위헌결정

앞에서 본바와 같이 심판대상조항은 지급정지대상기관을 국방부령으로, 지급정지의 요건 및 내용은 대통령령으로 각 정하도록 위임하고 있는데 이는 모두 입법사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하지 아니하고 포괄적으로 국방부령 또는 대통령령에 위임한 것으로서 헌법 제75조 및 제95조에 위배된다.

그런데 법 제21조 제5항 제3호, 제4호 및 제5호는 “3. 국가 또는 지방자치단체가 직접 또는 간접으로 출연금·보조금 등 재정지원을 하는 기관으로서 국방부령으로 정하는 기관, 4. 국·공유재산의 귀속·무상양여 및 무상대부에 의하여 설립된 기관 또는 국가·지방자치단체의 출연에 의하여 설립된 기관으로서 국방부령이 정하는 기관, 5. 법령의 규정에 의하여 대통령·중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장 또는 그 권한의 위임을 받은 자가 임원을 선임하거나 그 선임의 승인을 하는 기관으로서 국방부령이 정하는 기관”을 지급정지대상기관으로 규정하고 있는데 이것은 법 제21조 제5항 제2호와 지급정지대상기관의 종류만 다를 뿐 구체적인 대상기관의 선정을 국방부령에 위임하고 지급정지의 요건 및 내용을 대통령령에 위임하면서 구체적으로 범위를 정하지 않고 위임을 하고 있는 점에서는 법 제21조 제5항 제2호와 전적으로 동일하다.

따라서 법 제21조 제5항 제2호가 포괄위임금지의 원칙에 위반된다는 이유로 위헌으로 인정되는 이상 법 제21조 제5항 제3호, 제4호 및 제5호도 같은 이유로 위헌이라고 보아야 할 것이고 그럼에도 불구하고 이들을 따로 분리하여 존속시켜야 할 이유가 없으므로 헌법재판소법 제45조 단서 및 제75조 제6항에 의하여 이들 조항에 대하여도 아울러 위헌을 선고하기로 한다.

4. 결 론

따라서 법 제21조 제2호 내지 제5호에 대하여 위헌선언을 하기로 하여 관

여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

[별지 1] 제청신청인명단 생략

[별지 2] 제청법원의 위헌심판 제청이유 및 관계기관의 의견
가. 제청이유의 요지

(1) 법상의 퇴역연금수급권은 사회적 기본권의 하나인 사회보장수급권의 성격과 재산권의 성격을 아울러 지니고 있다고 할 것인바, 퇴역연금의 지급정지는 입법자가 사회정책적 고려, 국가의 재정 및 기금의 상황 등 여러 가지 사정을 참작하여 폭넓게 그의 형성재량으로 결정할 수밖에 없는 것이기는 하지만, 재산권보호의 대상이기도 하므로 기본권제한의 한계를 정한 헌법의 규정에 따라야 한다.

(2) 심판대상조항은 종전에 비하여 지급정지대상기관으로서의 정부투자기관·재투자기관의 범위를 확대하고 있는바, 그 입법목적은 연금재정의 안정을 도모하면서 종전과 마찬가지로 국고의 이중부담 또는 이중수혜로 인한 소득불균형의 심화를 방지하고자 하는 것으로 볼 수 있다.

그러나 위 조항에 의하면 확장된 개념의 정부투자기관이 재투자한 비율이 극히 적은 기관에 근무하는 경우에도 퇴역연금의 지급정지를 할 수 있게 됨으로써 국고의 이중부담 또는 이중수혜의 방지의 목적은 거의 희석되었다고 할 것이다.

만일 국고의 이중부담으로 인한 소득불균형의 심화를 방지하고자 하는 입법목적을 실현하고자 한다면, 위 조항에 해당하는 각 기관의 자본금에 대한 정부출자비율에 따라 지급정지대상 연금을 정하여야 할 것이고, 적어도 국가 또는 지방자치단체가 자본금의 전부를 출자한 기관과 정부투자기관이 자본금의 극히 일부를 출자한 재투자기관의 경우를 일률적으로 규율하여 일정비율 상당의 연금액을 지급정지하는 것은 위 조항에 해당하지 않는 경우와 비교하여 볼 때 차별취급을 통하여 달성하려는 입법목적의 비중에 비하여 차별로

인한 불평등의 효과가 극심하므로 그 비례성을 상실한 것이다.

(3) 연금제정의 안정과 소득재분배라는 목적을 달성하기 위한 퇴역연금수급권 제한의 부담은 별다른 합리적 이유가 없는 한 퇴역연금수급권 발생 이후에 소득을 얻고 있는 자 모두에게 돌아가야 하는 것임에도, 심판대상조항에 해당하는 기관에 근무하는 자에 대하여만 부담을 지우는 것은 그 밖의 사기업에 근무하는 자 및 개인사업자에 비하여 합리적 이유 없이 차별하는 것으로서 제청신청인들의 평등권을 침해하는 것이며, 앞서 본 바와 같이 불합리한 기준에 의하여 퇴역연금수급권의 제한여부를 정한 것으로 그 방법이 부당하고 그 제한의 정도가 과도하여 헌법상 비례의 원칙에 어긋나는 것으로서 헌법 제23조 제1항, 제37조 제2항에 위배되어 제청신청인들의 재산권이 침해된다.

나. 공무원연금관리공단 및 국방부장관의 의견

(1) 법상의 퇴역연금수급권은 군 복무 중 근로제공에 대한 보수의 성격을 가짐과 동시에 사회보장적 급여라는 성격의 양면성을 갖고 있는바, 사회보장적 급여라는 면에서 개인의 기여정도, 기금 및 사회정책적 상황, 국가의 재정상태에 따라 입법자의 광범위한 형성재량 내에 있는 권리이다.

(2) 퇴역연금급여의 재원은 가입자와 사용자가 공동부담한 군인연금기금에서 충당하도록 되어 있으나, 이미 1973년부터 재정 적자가 발생된 이후 그 규모가 급격히 증가하여 그 적자폭을 국가의 재정으로 부담하고 있으며, 2000년도에는 연금소요액 중 본인기여금의 비율이 약 15.9%에 불과한 실정임으로 국가의 재정상태를 고려하지 않을 수 없고, 또한 퇴역연금제도는 퇴직 후의 생활안정을 위한 사회보장제도로서 퇴직 후 노동능력이 있거나 일정한 근로소득이 있는 자에 대하여는 퇴역연금의 지급을 제한하는 것이 제도의 취지에도 부합된다.

(3) 심판대상조항이 종전에 출자율 2분의 1 이상의 정부투자기관·채투자기관 등을 연금지급 정지대상기관으로 하던 것을 출자율에 관계없이 이들 모두를 연금지급 정지대상기관으로 확대한 것은, (가) 앞서 본 바와 같이 기금의 재정적자규모가 급증하여 연금제도자체의 존립을 위협할 정도에 이르러 연금제정의 안정화를 위하여 지급정지대상의 범위 확대가 필요하고, (나) 소득 등을 기준으로 연금지급정지대상을 확대하려면 먼저 재취업자에 대한 정확한 소득과약절차가 선행되어야 하는데 현재로서는 이를 파악할 수 없어 일률적으로 연금지급정지제도를 실시할 수 없으므로 소득과약이 용이한 정부출

연기관 등에 대하여 단계적으로 연금지급정지제도를 실시할 정책적 필요가 있으며, (다) 종전에는 출자총액에 관계없이 출자율을 기준으로 지급정지대상의 범위를 정한 결과 출자총액은 소액이면서도 출자율이 자본금의 1/2를 넘는다는 이유로 지급정지대상이 되는 반면, 출자총액은 다액이면서도 출자율이 자본금의 1/2에 미달되어 지급정지대상에서 제외되어 형평성이 없고, 출자액이 자본금의 1/2를 넘느냐 여부에 따라 지급정지대상이 수시로 변동되어 일관성도 없으므로 안정적인 제도운명을 위하여 출자율에 관계없이 국가 또는 지방자치단체가 직·간접으로 출자하는 기관은 공공성이 강하고, 퇴역연금수급권자가 이러한 기관에 재취업하여 급여를 받음과 동시에 퇴역연금도 전액 지급받게 되면 국고의 이중부담과 이로 인한 국고의 부담과중 및 소득 재분배의 왜곡현상이 발생할 수 있다고 보아 지급정지대상기관의 범위에 포함하는 것으로 개선 입법할 필요가 있었기 때문이다.

(4) 제청신청인들이 재취업한 아시아나항공은 대한항공 등과는 달리 정부 투자기관인 한국산업은행이 출자(출자액 616억원, 출자율 7.2%)한 기관인바, 위에서 살펴본 바와 같은 이유로 합리성이 있는 차별이므로 정부 등으로부터 지원을 받지 않는 민간기업체나 자영업자와 비교하여 연금감액지급이 차별로 인한 불평등이라고 보기 어렵고, 또한 퇴직 당시 일시금을 받을지 연금을 받을지는 본인의 선택에 의한 것이며 연금의 기대수입 총금액이 일시금의 3.5배 내지 6.5배나 되는 것으로 계산되고 있는 점을 볼 때 연금이 일시정지된다는 사유만으로 제청신청인들을 불리하게 차별대우하는 것은 아니다. 또한 제청신청인들의 퇴역연금수급권이 재산권적 성격을 갖고 있다 하더라도 연금 재원 중 개인기여금의 비율이 15%정도에 불과한 점, 제청신청인들에게 지급되는 퇴역연금액의 1/2은 제청신청인들이 복무기간 중 납부한 기여금 및 그 이자보다 훨씬 많은 점 등에 비추어 재산권제한의 한계를 벗어난 것이 아니므로 제청신청인들의 재산권을 침해하는 것이 아니다.

공무원연금법 제47조 제3호 위헌소원,
공무원연금법 제47조 제2호 위헌제청

(2003. 9. 25. 2000헌바94, 2001헌가21(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 퇴직연금 지급정지제도 자체가 헌법에 위반되는지 여부(소극)
2. 구 공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되기 전의 것, 이하 '법'이라 한다) 제47조 제2호, 제3호(이하 '심판대상조항'이라 한다)에서 퇴직연금 지급정지대상기관을 행정자치부령으로 정하도록 위임하고 있는 것이 포괄위임금지의 원칙에 위반되는지 여부(적극)
3. 심판대상조항에서 퇴직연금 지급정지의 요건 및 내용을 대통령령으로 정하도록 위임하고 있는 것이 포괄위임금지의 원칙에 위반되는지 여부(적극)
4. 부수적 위헌결정을 한 사례

【결정요지】

1. 퇴직연금수급권은 전체적으로 재산권적 보호의 대상이기는 하지만, 이 제도는 기본적으로 그 목적이 퇴직후의 소득상실보전에 있고, 그 제도의 성격이 사회보장적인 것이므로, 연금수급권자에게 임금 등 소득이 퇴직 후에 새로 생겼다면 이러한 소득과 연계하여 퇴직연금 일부의 지급을 정지함으로써 지급정도를 입법자가 사회정책적 측면과 국가의 재정 및 기금의 상황 등 여러 가지 사정을 참작하여 폭넓은 재량으로 축소하는 것은 원칙적으로 가능한 일어서 퇴직연금지급정지제도 자체가 위헌이라고 볼 수는 없다.
2. 법 제47조 제2호의 경우 정부투자기관·재투자기관 중에서 그 일부를 대상으로 선별한다면 국회는 정부투자의 규모와 비율에 관한 일정한 기준을 먼저 법률로 정한 다음 그 범위 내에서 하위법규가 이를 선별하도록 위임하였어야 함에도 불구하고, 위 조항은 물론 그

밖의 어느 규정도 이에 관한 아무런 기준을 제시하지 아니함으로써 비록 아무리 투자의 비율 또는 규모가 작더라도 투자가 이루어지기만 하면 행정자치부령이 정하는 바에 따라 지급정지대상기관이 될 수 있게 되어 정부투자기관·재투자기관의 확정을 실질적으로 행정부에 일임한 것이 되었다.

또한 법 제47조 제3호의 경우 정부재정지원기관 중에서 그 일부를 대상으로 선별한다면 국회는 정부재정지원의 규모와 형태에 관한 일정한 기준을 먼저 법률로 정한 다음 그 범위 내에서 하위법규가 이를 선별하도록 위임하였어야 함에도 불구하고, 위 조항은 물론 그 밖의 어느 규정도 재정지원의 방식·형태·규모 등에 관한 아무런 기준을 제시하지 아니함으로써 비록 아무리 적은 규모라도 어떤 형태로든지 정부의 재정지원이 있기만 하면 행정자치부령이 정하는 바에 따라 지급정지대상기관이 될 수 있게 되어 정부재정지원기관의 확정을 실질적으로 행정부에 일임한 결과가 되었다.

결국 법 제47조 제2호 및 제3호는 연금지급정지의 대상이 되는 정부투자기관·재투자기관 및 정부재정지원기관에 관하여 구체적으로 범위를 정하지 아니하고 포괄적으로 행정자치부령에 입법을 위임하고 있는바 이는 헌법상 입법위임의 한계를 일탈한 것으로서 헌법 제75조 및 제95조에 위반된다.

3. 지급정지제도의 본질에 비추어 지급정지의 요건 및 내용을 규정함에 있어서는 소득의 유무뿐만 아니라 소득의 수준에 대한 고려는 필수적인 것임에도 불구하고, 이 사건 심판대상조항은 이를 규정함에 있어 지급정지와 소득수준의 상관관계에 관하여 아무런 정함이 없이 대통령령에 포괄적으로 입법을 위임한 것으로서 헌법 제75조가 정하는 포괄위임금지의 원칙에 위반된다.

나아가 이 사건 심판대상조항은, 퇴직연금 중 본인의 기여금에 해당하는 부분은 임금의 후불적 성격이 강하므로 재산권적 보호가 강조되어야 하는 점을 고려하여, '퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 2분의 1의 범위 안에서'라는 구체적 범위를 정하여 위임하여야 함에도 불구하고 그러한 범위를 정하지 아니한 채 위임하고 있다는 점에서도 위헌이라고 보아야 한다.

4. 법 제47조 제4호 및 제5호는 이 사건 심판대상조항과 지급정지

대상기관의 종류만 다를 뿐 구체적인 대상기관의 선정을 행정자치부령에 위임하고 지급정지의 요건 및 내용을 대통령령에 위임하면서 구체적으로 범위를 정하지 않고 위임을 하고 있는 점에서는 전적으로 동일하다.

따라서 이 사건 심판대상조항이 포괄위임금지의 원칙에 위반된다는 이유로 위헌으로 인정되는 이상 법 제47조 제4호 및 제5호 부분도 같은 이유로 위헌이라고 보아야 할 것이고, 그럼에도 불구하고 이들 부분을 따로 분리하여 존속시켜야 할 이유가 없으므로 헌법재판소법 제45조 단서 및 제75조 제6항에 의하여 이들 조항에 대하여도 아울러 위헌을 선고하기로 한다.

【심판대상조문】

공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되기 전의 것) 제47조(퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 지급정지) 퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 수급자가 다음 각호의 1에 해당하는 기관으로부터 보수 기타 급여를 지급받고 있는 때에는 그 지급기간중 대통령령이 정하는 바에 따라 퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 전부 또는 일부의 지급을 정지할 수 있다.

1. 생략
2. 국가·지방자치단체가 자본금의 전부 또는 일부를 출자한 기관 및 한국은행(이하 “정부투자기관”이라 한다)과 정부투자기관이 자본금의 전부 또는 일부를 출자한 기관으로서 행정자치부령이 정하는 기관
3. 국가 또는 지방자치단체가 직접 또는 간접으로 출연금·보조금 등 재정지원을 하는 기관으로서 행정자치부령이 정하는 기관
- 4.~5. 생략

【참조조문】

헌법 제75조, 제95조

공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되기 전의 것) 제47조(퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 지급정지) 퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 수급자가 다음 각호의 1에 해당하는 기관으로부터 보수 기타 급여를 지급받고 있는 때에는 그 지급기간중 대통령령이 정하는 바에 따라 퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 전부 또는 일부의 지급을 정지할 수 있다.

- 1.~3. 생략
4. 국·공유재산의 귀속·무상양여 및 무상대부에 의하여 설립된 기관 또는 국가·지방자치단체의 출연에 의하여 설립된 기관으로서 행정자치부령이 정하는 기관
5. 법령의 규정에 의하여 대통령·중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장 또는 그 권한의 위임을 받은 자가 임원을 선임하거나 그 선임의 승인을 하는 기관으로서 행정자

치부령이 정하는 기관

공무원연금법시행령(2000. 12. 30. 대통령령 제17101호로 개정되기 전의 것) 제40조(퇴직연금·조기퇴직연금 및 장해연금의 지급정지) ① 생략

② 퇴직연금·조기퇴직연금 또는 장해연금의 지급자가 선거에 의하여 취임하는 공무원이나 법 제47조 제2호 내지 제5호에 해당하는 기관의 임·직원으로 재직하고 보수 또는 이에 준하는 급여를 받게 된 경우에는 해당 연금액의 2분의 1에 대한 지급을 정지한다.

③ 생략

공무원연금법시행규칙(2000. 1. 31. 행정자치부령 제89호로 전문개정된 것) 제5조(퇴직·조기퇴직·장해연금의 지급정지대상기관) ① 공무원연금법(이하 “법”이라 한다) 제47조 제2호 내지 제5호(법 제55조 제1항의 규정에 의하여 준용되는 경우를 포함한다)의 규정에 의하여 퇴직연금·조기퇴직연금 또는 장해연금의 지급이 정지되는 기관은 별표 1과 같다.

② 행정자치부장관은 연 1회 이상 별표 1에 추가하여야 할 기관이나 삭제하여야 할 기관의 유무를 조사하여 추가 또는 삭제하여야 할 기관이 발견된 때에는 이를 개정하여야 한다. 다만, 삭제하여야 할 사유가 발생한 기관에 재직하는 자에 대하여는 별표 1의 개정전이라도 삭제사유가 발생한 달부터 연금의 지급정지사유가 소멸된 것으로 보고 그 다음달부터 연금을 지급한다.

【참조판례】

2. 헌재 1997. 2. 20. 95헌바27, 판례집 9-1, 156

【당 사 자】

청 구 인 이선동 외 34인 (2000헌바94)

대리인 변호사 이창훈

제 청 법 원 서울행정법원 (2001헌가21)

제청신청인 김병선 외 7인 (2001헌가21)

대리인 법무법인 광장

담당변호사 서정우 외 3인

당 해 사 건 1. 서울행정법원 2000구29260 퇴직연금지급청구거부처분취소 (2000헌바94)

2. 서울행정법원 2000구22450 퇴역연금지급청구에대한거부처분취소(2001헌가21)

【주 문】

구 공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되기 전의 것) 제47조

제2호 내지 제5호는 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2000헌바94 사건

청구인들은 공무원 퇴직 후 1995. 5. 1.부터 근로복지공단의 직원으로 근무하고 있는데 위 복지공단이 공무원연금법 제47조 제3호의 연금지급정지대상 기관으로 새로 지정되면서 공무원연금관리공단이 청구인들의 매월 퇴직연금액 중 2분의 1의 지급을 2000. 2.분부터 정지하였다.

청구인들은 공무원연금관리공단을 상대로 법원에 퇴직연금 지급거부처분 취소소송(서울행정법원 2000구29260호)을 제기하고 공무원연금법 제47조 제3호에 대한 위헌제청을 신청(2000아1324)하였으나 법원이 이를 기각하자 이 소원을 제기하였다.

(2) 2001헌가21 사건

제청신청인들은 공무원 퇴직 후 아시아나항공주식회사에서 근무하고 있는데 위 회사가 공무원연금법 제47조 제2호의 연금지급정지대상기관으로 새로 지정되면서 제청신청인들의 매월 퇴직연금액 중 2분의 1의 지급을 공무원연금관리공단이 2000. 2.분부터 정지하였다.

제청신청인들이 공무원연금관리공단을 상대로 법원에 퇴직연금 지급거부처분 취소소송(서울행정법원 2000구22450호)을 제기하고 공무원연금법 제47조 제2호에 대한 위헌제청을 신청(2000아1346)하자 법원이 이를 받아들여 위헌심판제청을 하였다.

나. 심판대상

위헌심판대상은 구 공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제47조 제2호 및 제3호이고 그 규정내용 및 관련조항은 다음과 같다.

(1) 심판대상조항

법 제47조(퇴직연금 또는 조기퇴직연금지급정지) 퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 수급자가 다음 각호의 1에 해당하는 기관으로부터 보수 기타 급여를 지급받고 있는 때에는 그 지급기간중 대통령령이 정하는 바에 따라 퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 전부 또는 일부의 지급을 정지할 수 있다.

1. 국가나 지방자치단체의 기관 또는 사립학교교직원연금법 제3조의 학교 기관
2. 국가·지방자치단체가 자본금의 전부 또는 일부를 출자한 기관 및 한국은행 (이하 “정부투자기관”이라 한다)과 정부투자기관이 자본금의 전부 또는 일부를 출 자한 기관으로서 행정자치부령이 정하는 기관
3. 국가 또는 지방자치단체가 직접 또는 간접으로 출연금·보조금 등 재정 지원을 하는 기관으로서 행정자치부령이 정하는 기관
4. 국·공유재산의 귀속·무상양여 및 무상대부에 의하여 설립된 기관 또는 국가·지방자치단체의 출연에 의하여 설립된 기관으로서 행정자치부령이 정하는 기관
5. 법령의 규정에 의하여 대통령·중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장 또는 그 권한의 위임을 받은 자가 임원을 선임하거나 그 선임의 승인을 하는 기관으로서 행정자치부령이 정하는 기관

(2) 관련조항

법시행령(2000. 12. 30. 대통령령 제17101호로 개정되기 전의 것) 제40조(퇴직연금·조기퇴직연금 및 장해연금의 지급정지) ① 퇴직연금·조기퇴직연금 또는 장해연금의 수급자가 법·군인연금법 또는 사립학교교직원연금법의 적용을 받는 공무원·군인 또는 사립학교교직원으로 복무하는 경우에는 그 재직기간중 해당 연금의 전액에 대한 지급을 정지한다.

② 퇴직연금·조기퇴직연금 또는 장해연금의 수급자가 선거에 의하여 취임하는 공무원이나 법 제47조 제2호 내지 제5호에 해당하는 기관의 임·직원으로 재직하고 보수 또는 이에 준하는 급여를 받게 된 경우에는 해당 연금액의 2분의 1에 대한 지급을 정지한다.

③ 생략

법시행규칙(2000. 1. 31. 행정자치부령 제89호로 전문개정된 것) 제5조(퇴직·조기퇴직·장해연금의 지급정지대상기관) ① 공무원연금법(이하 “법”이라 한다) 제47조 제2호 내지 제5호(법 제55조 제1항의 규정에 의하여 준용되는 경우를 포함한다)의 규정에 의하여 퇴직연금·조기퇴직연금 또는 장해연금의 지급이 정지되는 기관은 별표 1과 같다.

② 행정자치부장관은 연 1회 이상 별표 1에 추가하여야 할 기관이나 삭제하여야 할 기관의 유무를 조사하여 추가 또는 삭제하여야 할 기관이 발견된 때에는 이를 개정하여야 한다. 다만, 삭제하여야 할 사유가 발생한 기관에 재

직하는 자에 대하여는 별표 1의 개정전이라도 삭제사유가 발생된 달부터 연금의 지급정지사유가 소멸된 것으로 보고 그 다음달부터 연금을 지급한다.

[별표 1] 연금지급정지대상기관

1. 법 제47조 제2호의 기관 중 라. 재투자기관 (46) 아시아나항공주식회사
2. 법 제47조 제3호의 기관 중 가. 일반기관 (28) 근로복지공단
공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정된 것)

제47조(퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 지급정지) ① 퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 수급자가 이 법, 군인연금법 또는 사립학교교직원연금법의 적용을 받는 공무원·군인 또는 사립학교교직원으로 임용된 때에는 그 재직기간중 해당 연금의 전부의 지급을 정지한다.

② 퇴직연금 또는 조기퇴직연금 수급자가 연금 외의 소득세법 제19조의 규정에 의한 사업소득(대통령령이 정하는 사업소득을 제외한다) 및 제20조의 규정에 의한 근로소득이 있는 때에는 퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 2분의 1의 범위 안에서 지급을 정지할 수 있다. 이 경우 소득의 범위 및 지급정지금액 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

부칙 제1조(시행일) 이 법은 2001년 1월 1일부터 시행한다. 다만, 제26조 제1항·제38조·제63조·제69조 제8항 및 제69조의3의 개정규정은 2002년 1월 1일부터, 제47조의 개정규정은 5년의 범위 내에서 대통령령이 정하는 날부터 시행한다.

2. 청구인들의 주장과 제청법원의 위헌심판제청이유 및 관계기관의 의견 : 별지 3 기재와 같다

3. 판 단

가. 공무원연금제도와 퇴직연금의 법적 성격

(1) 공무원연금제도

공무원연금제도는 공무원의 퇴직 또는 사망과 공무로 인한 부상·질병·폐질 등의 사유가 발생한 경우에 국가의 책임아래 보험기술을 통하여 그 부담을 여러 사람들에게 분산시킴으로써 공무원 및 그 유족의 생활안정과 복리향상을 도모하는 사회보험제도의 일종이다.

공무원연금제도는 보험의 기본원리에 있어서는 사보험(私保險)의 그것과 다를 것이 없지만 한편으로, 보험원리에 사회조정원리를 도입한 사회보장제도의 하나이기 때문에 군인과 선거에 의하여 취임하는 공무원을 제외한 국가공무원법 및 지방공무원법에 의한 모든 공무원 등이 법률에 의하여 당연히

공무원연금에 가입이 강제되고(법 제3조 제1항 제1호, 이하 2000. 12. 30. 법률 제6328호로 법이 개정되기 전의 시점을 기준으로 설명하기로 한다), 급여의 종류와 내용이 법률로 정하여져 있으며(법 제4장 제2절, 제3절), 기여금의 액수 및 징수방법도 법률로 정하여져 있어(법 제66조, 제67조) 사보험과는 다른 면을 지니고 있다.

공무원이 20년 이상 재직하고 퇴직할 때에는 사망할 때까지 퇴직연금을 지급한다. 다만, 원칙적으로 1996. 1. 1. 이후에 임용되는 공무원에 대하여는 20년 이상 재직하고 퇴직할 때에는 원칙적으로 60세부터 퇴직연금을 지급하도록 함으로써 연령요건이 추가되어 있다(법 제46조 제1항).

재직기간 20년에 대한 퇴직연금의 금액은 보수연액의 100분의 50에 상당하는 금액으로 하고, 재직기간이 20년을 초과할 때에는 그 초과하는 매 1년에 대하여 보수연액의 100분의 2에 상당하는 금액을 가산한 금액으로 하되, 다만 그 금액은 보수연액의 100분의 76을 초과하지 못한다(법 제46조 제4항).

퇴직연금에 소요되는 비용은 연금수혜자인 공무원과 사용자인 국가 또는 지방자치단체가 공동으로 비용을 부담하는데, 공무원은 매월 보수의 1,000분의 75를 기여금으로 납입하고(법 제66조 제2항, 범시행령 제59조 제1항), 국가 또는 지방자치단체는 매 회계연도의 보수예산의 1,000분의 75를 부담금으로 납입한다(법 제69조 제1항, 범시행령 제59조 제2항).

(2) 퇴직연금의 법적 성격

앞에서 본 바와 같이 공무원연금제도는 보험의 원리에 의하여 운용되는 사회보험제도의 일종이면서 보험원리에 사회조정원리를 도입한 사회보장제도의 하나이다.

그러므로 법상의 퇴직연금수급권은 사회적 기본권의 하나인 사회보장수급권의 성격을 갖고 있지만 공무원 자신도 기여금 납부를 통하여 퇴직연금의 재원형성에 일부 기여한다는 점에서 후불임금의 성격도 가미되어 있으므로 이는 재산권의 성격을 아울러 지니고 있다.

퇴직연금수급권은 사회보장수급권과 재산권이라는 양 권리의 성격이 불가분적으로 혼화되어 있으므로 전체적으로 재산권적 보호의 대상이 되면서도 순수한 재산권만은 아니라는 특성을 가지고 있다고 할 것이다(헌재 1999. 4. 29. 97헌마333, 판례집 11-1, 503, 512-513 참조).

다만, 퇴직연금 중 본인의 기여금에 해당하는 부분은 재직중 근무의 대가로 지급하였어야 할 임금의 후불적 성격이 강하고, 국가 또는 지방자치단체의 부

담금에 해당하는 부분은 은혜적 급여 또는 사회보장적 급여의 성격이 강하다고 할 것이다(헌재 1996. 10. 31. 93헌바55, 판례집 8-2, 457, 462 참조). 따라서 퇴직연금의 사회보장적 성격에 비추어 볼 때, 퇴직연금의 지급정도는 원칙적으로 입법자가 사회정책적 측면과 국가의 재정 및 기금의 상황 등 여러 가지 사정을 참작하여 폭넓은 재량으로 결정할 수 있는 사항이긴 하지만 임금후불적 성격이 강한 기여금부분에 관해서는 재산권적 보호가 더욱 강조되어야 하므로 입법형성의 여지가 보다 좁다고 보아야 할 것이다(헌재 1994. 6. 30. 92헌가9, 판례집6-1, 543, 550-551; 헌재 1996. 10. 31. 93헌바55, 판례집 8-2, 457, 462-463 참조).

(3) 퇴직연금 지급정지제도의 연혁

퇴직연금의 지급정지제도를 규정하고 있는 법 제47조는 퇴직연금수급권자가 정부투자기관·채투자기관 및 정부재정지원기관에 취업하여 보수 등을 지급받는 경우에는 퇴직연금의 전부 또는 일부를 지급정지할 수 있도록 규정하고 있다.

1960년 공무원연금법의 제정 당시에는 퇴직연금수급권자가 다시 공무원이 된 때에만 그 퇴직연금의 지급이 정지되었으나, 1975년에 법이 개정되면서 출자율 2분의 1 이상의 정부투자기관·채투자기관·정부재정지원기관으로부터 보수 기타 급여를 지급받는 경우에도 지급을 제한하도록 하였고, 1988년의 법 개정시 사립학교교원연금법 적용대상자도 포함되어 그 범위가 확대되었다.

특히 공무원연금법이 1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정되면서 출자율 2분의 1 이상의 정부투자기관·채투자기관 등을 연금지급 정지대상기관으로 하던 것을 출자율에 관계없이 이들 모두를 정지대상기관에 포함시키고, 국·공유재산의 귀속·무상양여 및 무상대부에 의하여 설립된 기관 또는 국가·지방자치단체의 출연에 의하여 설립된 기관, 법령의 규정에 의하여 대통령·중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장 또는 그 권한의 위임을 받은 자가 임원을 선임하거나 그 선임의 승인을 하는 기관을 새로이 정지대상기관에 포함시키면서, 이를 2000. 1. 1.부터 시행하도록 하였다.

나. 이 사건 심판대상조항의 위헌 여부

(1) 퇴직연금 지급정지제도 자체의 위헌 여부

심판대상조항은 퇴직연금수급권자가 정부투자기관·채투자기관(법 제47조 제2호의 경우) 또는 정부재정지원기관(법 제47조 제3호의 경우)으로서 행정자치부령이 정하는 기관으로부터 보수 기타 급여를 지급받고 있는 때에는 그

지급기간중 대통령령이 정하는 바에 따라 퇴직연금의 전부 또는 일부의 지급을 정지할 수 있도록 하고 있다.

이 조항의 위헌 여부를 판단함에 있어, 우선 사회보험급여의 하나로서 헌법상 재산권의 보호대상이 되는 퇴직연금을 연금수급권자에게 임금 등 소득이 있는 경우 그 소득과 연계하여 퇴직연금 일부의 지급을 정지하는 것이 과연 헌법적 정당성을 가질 수 있는지 여부가 문제된다.

퇴직연금수급권은 전체적으로 재산권적 보호의 대상이기는 하지만 이 제도는 ① 기본적으로 그 목적이 퇴직후의 소득상실보전에 있고 ② 그 제도의 성격이 사회보장적인 것이므로, 연금수급권자에게 임금 등 소득이 퇴직 후에 새로 생겼다면 이러한 소득과 연계하여 퇴직연금 일부의 지급을 정지함으로써 지급정도를 입법자가 사회정책적 측면과 국가의 재정 및 기금의 상황 등 여러 가지 사정을 참작하여 폭넓은 재량으로 축소하는 것은 원칙적으로 가능한 일이어서 이 제도 자체가 위헌이라고 볼 수는 없다.

(2) 포괄위임금지원칙의 위반 여부

심판대상조항은 지급정지대상기관을 행정자치부령으로, 지급정지의 요건 및 내용을 대통령령으로 정하도록 위임하고 있으므로 포괄위임금지원칙의 위반 여부가 문제된다.

(가) 지급정지대상기관의 문제

1) 법 제47조 제2호의 경우

법 제47조 제2호는 퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 수급자가 “국가·지방자치단체가 자본금의 전부 또는 일부를 출자한 기관 및 한국은행(이하 “정부투자기관”이라 한다)과 정부투자기관이 자본금의 전부 또는 일부를 출자한 기관으로서 행정자치부령이 정하는 기관”으로부터 보수 기타 급여를 지급받고 있는 때에는 그 지급기간중 퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 전부 또는 일부의 지급을 정지할 수 있도록 규정하고 있다.

법 제47조 제2호는 재산권의 성격을 갖고 있는 퇴직연금수급권을 제한하는 규정으로서 그 제한대상이 되는 정부투자기관·채투자기관을 직접 법률로 규정하지 아니하고 행정자치부령에 위임하고 있으므로, 법 제47조 제2호가 기본권 제한규정으로서 헌법에 합치되기 위하여는 위임의 경우에 헌법상 요구되는 포괄위임금지의 원칙을 준수하여야 할 것이다.

헌법은 제75조에서 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”라고 규정함으로써, 입법위

임의 근거를 마련함과 동시에 위임은 ‘구체적으로 범위를 정하여’ 하도록 하여 그 한계를 제시하고 있다. 한편, 헌법 제95조는 “……행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임……으로……부령을 발할 수 있다.”라고 규정하고 있는바, 이 때의 위임도 ‘구체적으로 범위를 정하여’ 하여야 함은 물론이다.

‘구체적으로 범위를 정하여’라고 하는 것은 법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구든지 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있음을 의미하고, 다만 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 하되 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 할 것이다(헌재 1997. 2. 20. 95헌바27, 판례집 9-1, 156, 163-164).

앞에서 본 바와 같이 지급정지제도 자체의 합헌성은 인정된다고 하더라도 구체적인 지급정지대상기관을 행정자치부령으로 선별, 결정함에 있어서는 누구든지 예측가능한 일정한 기준이 있어야만 할 것이므로 정부투자기관·재투자기관 중에서 그 일부를 대상으로 선별한다면 국회는 정부투자(재투자자를 포함한다. 이하 같다)의 규모와 비율에 관한 일정한 기준(또는 투자의 대상업종 등)을 먼저 법률로 정한 다음 그 범위 내에서 하위법규가 이를 선별하도록 위임하였어야 한다.

그럼에도 불구하고 법 제47조 제2호는 물론 그 밖의 어느 규정도 이에 관한 아무런 기준을 제시하지 아니함으로 말미암아 천태만상의 정부투자의 전 범위에 걸쳐 비록 아무리 투자의 비율 또는 규모가 작더라도 투자가 이루어지기만 하면 행정자치부령이 정하는 바에 따라 지급정지대상기관이 될 수 있게 위임의 범위가 너무 넓어져버렸고 결과적으로 연금지급정지의 대상이 되는 정부투자기관·재투자기관의 확정을 실질적으로 행정부에 일임한 것이 되었다.

2) 법 제47조 제3호의 경우

법 제47조 제3호는 퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 수급자가 “국가 또는 지방자치단체가 직접 또는 간접으로 출연금·보조금 등 재정지원을 하는 기관으로서 행정자치부령이 정하는 기관”으로부터 보수 기타 급여를 지급받고 있는 때에는 그 지급기간중 퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 전부 또는 일부의 지급을 정지할 수 있도록 규정하고 있다.

법 제47조 제2호와 마찬가지로 법 제47조 제3호도 재산권의 성격을 갖고 있는 퇴직연금수급권을 제한하는 규정으로서 그 제한대상이 되는 정부재정지원기관을 직접 법률로 규정하지 아니하고 행정자치부령에 위임하고 있으므로, 법 제47조 제3호가 기본권 제한규정으로서 헌법에 합치되기 위하여는 위임의 경우에 헌법상 요구되는 포괄위임금지의 원칙을 준수하여야 할 것이다.

앞에서 본 바와 같이 구체적인 지급정지대상기관을 행정자치부령으로 선별, 결정함에 있어서는 누구든지 예측가능한 일정한 기준이 있어야만 할 것이므로 정부재정지원기관 중에서 그 일부를 대상으로 선별한다면 국회는 정부재정지원의 규모와 형태에 관한 일정한 기준을 먼저 법률로 정한 다음 그 범위 내에서 하위법규가 이를 선별하도록 위임하였어야 한다.

현행법상 재정지원에 관하여 규정하고 있는 법률들을 살펴보면, 재정지원의 방식이나 형태는 법 제47조 제3호가 들고 있는 출연금, 보조금을 비롯하여 출자, 장기대부를 비롯한 융자, 조세감면 등 세제상의 조치, 결혼액보전, 우편요금의 지원 등 매우 다양하다.

법 제47조 제3호는 “직접 또는 간접으로 출연금·보조금 등 재정지원을 하는”이라고 규정함으로써 외관상 재정지원에 관하여 일정한 기준을 제시한 것처럼 보이기도 하지만 실질적으로는 재정지원의 방식·형태·규모 등에 대하여 아무런 한정도 하지 않고 있다.

그렇다면 법 제47조 제3호는 물론 그 밖의 어느 규정도 재정지원의 방식·형태·규모 등에 관한 아무런 기준을 제시하지 아니함으로 말미암아 천태만상의 정부재정지원의 전범위에 걸쳐 비록 아무리 적은 규모라도 어떤 형태로든지 정부의 재정지원이 있기만 하면 행정자치부령이 정하는 바에 따라 지급정지대상기관이 될 수 있게 위임의 범위가 너무 넓어져버렸고 결과적으로 연금지급제한의 대상이 되는 정부재정지원기관의 확정을 실질적으로 행정부에 일임한 결과를 초래하였다.

3) 소결론

나아가 법 제47조 제2호 및 제3호 등의 위임에 따라 정부투자기관·재투자기관, 정부재정지원기관 등 연금지급정지대상기관을 정하고 있는 법시행규칙(2000. 1. 31. 행정자치부령 제89호로 전문개정된 것)을 보더라도 그 제5조 제1항에서 “공무원연금법 제47조 제2호 내지 제5호……의 규정에 의하여 퇴직연금·조기퇴직연금……의 지급이 정지되는 기관은 별표 1과 같다.”라고만 규정하여 그에 해당하는 기관을 개별적, 구체적으로 열거하고 있을 뿐이어서

실제로 그 추가·삭제가 오로지 그때 그때의 행정부의 정책적 판단에 따라 이루어질 수 있도록 되어 있다.

결국 법 제47조 제2호 및 제3호는 연금지급정지의 대상이 되는 정부투자기관·재투자기관 및 정부재정지원기관에 관하여 구체적으로 범위를 정하지 아니하고 포괄적으로 행정자치부령에 입법을 위임하고 있는바, 이는 헌법상 입법위임의 한계를 일탈한 것으로서 헌법 제75조 및 제95조에 위반된다고 할 것이다.

(나) 법 제47조 제2호 및 제3호 중 법 제47조 본문에 의한 지급정지의 요건 및 내용의 문제

이 사건 심판대상조항은 퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 수급자가 정부투자기관·재투자기관 또는 정부재정지원기관으로부터 “보수 기타 급여를 지급받고 있는 때에는 그 지급기간중 대통령령이 정하는 바에 따라 퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 전부 또는 일부의 지급을 정지”할 수 있도록 규정하고 있는데 이는 다음에서 보는 바와 같이 지급정지의 요건과 내용에 관하여 구체적으로 범위를 정하지 아니하고 포괄적으로 대통령령에 입법을 위임한 것으로서 헌법 제75조가 규정하는 포괄위임금지의 원칙에 위반된다고 할 것이다.

지급정지제도의 본질에 비추어 지급정지의 요건 및 내용을 규정함에 있어서는 소득의 유무뿐만 아니라 소득의 수준에 대한 고려는 필수적인 것임에도 불구하고 이 사건 심판대상조항은 이를 규정함에 있어 지급정지와 소득수준의 상관관계에 관하여 아무런 정함이 없이 대통령령에 포괄적으로 규정을 위임하고 있다.

이에 따라 이 사건 심판대상조항만으로는 일정수준 이상의 소득자만을 지급정지의 대상으로 할 것인지 여부 및 소득의 수준에 따라 지급정지율 내지 지급정지금액을 달리할 것인지 여부가 불분명하게 되었을 뿐만 아니라 이와 관련한 일체의 규율을 행정부에 일임한 결과가 되어 아무리 적은 보수 또는 급여를 받는 경우에도 대통령령에서 연금지급을 정지할 수 있도록 정하거나 재취업 소득의 수준에 관계없이 지급정지율 내지 지급정지금액을 일률적으로 정하는 것이 가능하게 되었다.

이 사건 심판대상조항의 위임에 따라 지급정지의 요건 및 내용을 정하고 있는 범시행령(2000. 12. 30. 대통령령 제17101호로 개정되기 전의 것)을 보더라도, 그 제40조 제2항에서 “퇴직연금·조기퇴직연금……의 수급자가……법 제47조 제2호 내지 제5호에 해당하는 기관의 임·직원으로 재직하고 보수 또

는 이에 준하는 급여를 받게 된 경우에는 해당 연금액의 2분의 1에 대한 지급을 정지한다.”라고 규정하여 실제로 아무리 적은 보수 또는 급여를 받는 경우에도 연금지급을 정지하도록 하고 그 지급정지율은 소득의 수준에 관계없이 연금액의 2분의 1로 하고 있다.

이에 따라 현행 제도하에서는 소득액보다 지급정지되는 연금액이 더 큰 경우도 발생할 수 있게 될 뿐만 아니라 소득이 적은 자와 많은 자를 가리지 아니하고 무조건 연금의 2분의 1에 해당하는 금액을 감액하도록 함으로써 지급정지제도의 본질 및 취지와 어긋나는 결과를 초래하였다고 할 것이고 이는 이 사건 심판대상조항에서 지급정지의 요건 및 내용을 규정함에 있어 소득수준에 관한 아무런 정함이 없이 포괄적으로 대통령령에 입법을 위임함으로써 말미암은 것이라고 할 수 있다.

나아가 이 사건 심판대상조항은 ‘퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 2분의 1의 범위 안에서’라는 구체적 범위를 정하여 위임하여야 함에도 불구하고 그러한 범위를 정하지 아니한 채 위임하고 있다는 점에서도 위헌이라고 보아야 한다.

즉, 퇴직연금 중 본인의 기여금에 해당하는 부분은 임금의 후불적 성격이 강하므로 재산권적 보호가 더욱 강조되어야 하므로 이 부분은 원칙으로는 정지의 범위에서 제외되어야 할 것인데 심판대상조항은 이 부분까지도 정지의 범위에 들어갈 수 있는 길을 열어 놓음으로써 재산권에 대한 과도한 제한의 위험을 초래하였다. 그러므로 심판대상조항은 퇴직연금의 2분의 1을 초과하지 않는 범위에서 지급을 정지할 수 있도록 기준을 명시하여 위임을 하였어야 할 것이다.

다. 부수적 위헌결정

앞에서 본바와 같이 이 사건 심판대상조항은 지급정지대상기관은 행정자치부령으로, 지급정지의 요건 및 내용은 대통령령으로 각 정하도록 위임하고 있는데 이는 모두 입법사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하지 아니하고 포괄적으로 행정자치부령 또는 대통령령에 위임한 것으로서 헌법 제75조 및 제95조에 위배된다.

그런데 법 제47조 제4호 및 제5호는 “4. 국·공유재산의 귀속·무상양여 및 무상대부에 의하여 설립된 기관 또는 국가·지방자치단체의 출연에 의하여 설립된 기관으로서 행정자치부령이 정하는 기관 5. 법령의 규정에 의하여 대통령·중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장 또는 그 권한의 위임을 받은 자가 임원을 선임하거나 그 선임의 승인을 하는 기관으로서 행정자치부령이 정

헌재 2003. 9. 25. 2000헌바94, 2001헌가21(병합)

하는 기관”을 지급정지대상기관으로 규정하고 있는데 이것은 법 제47조 제2호 및 제3호와 지급정지대상기관의 종류만 다를 뿐 구체적인 대상기관의 선정을 행정자치부령에 위임하고 지급정지의 요건 및 내용을 대통령령에 위임하면서 구체적으로 범위를 정하지 않고 위임을 하고 있는 점에서는 법 제47조 제2호 및 제3호와 전적으로 동일하다.

따라서 법 제47조 제2호 및 제3호가 포괄위임금지의 원칙에 위반된다는 이유로 위헌으로 인정되는 이상 법 제47조 제4호 및 제5호 부분도 같은 이유로 위헌이라고 보아야 할 것이고 그럼에도 불구하고 이들 부분을 따로 분리하여 존속시켜야 할 이유가 없으므로 헌법재판소법 제45조 단서 및 제75조 제6항에 의하여 이들 조항에 대하여도 아울러 위헌을 선고하기로 한다.

4. 결 론

따라서 법 제47조 제2호 내지 제5호에 대하여 위헌선언을 하기로 하여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

[별지 1] 청구인 명단(2000헌바94) 생략

[별지 2] 제청신청인 명단(2001헌가21) 생략

[별지 3] 청구인들의 주장과 제청법원의 위헌심판제청이유 및 관계기관의 의견

가. 2000헌바94 사건

(1) 청구인들의 주장

(가) 법 제47조 제3호는 퇴직연금 수급자 중 법시행규칙 제5조 소정의 기관에 취업한 사람들을 그밖의 기관이나 사기업 취업자 또는 퇴직연금을 일시금으로 지급받은 자에 비하여 합리적 이유 없이 차별함으로써 청구인들의 평등권을 침해하고 있다.

(나) 공무원의 퇴직급여청구권은 공무원 개인의 노력과 금전적 기여를 통

하여 취득된 경제적 가치가 있는 권리로서 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산권이라고 할 것인바, 청구인들은 법 제47조 제3호에 따른 범시행규칙의 개정으로 그 동안 지급받아 오던 연금액의 2분의 1에 대한 지급을 정지당하게 되었으므로, 위 법률조항은 청구인들의 재산권을 침해한 것이고, 나아가 퇴직으로서 확정된 청구인들의 재산권을 소급입법에 의하여 박탈한 것으로서 헌법 제13조 제2항의 규정에도 위배된다.

(다) 법 제47조 제3호는 퇴직연금 수급자들로 하여금 퇴직연금의 지급정지를 당하지 않기 위하여 범시행규칙 제5조 소정의 기관에 취업하는 것을 기피하게 함으로써 이들이 자유롭게 직업을 선택할 자유를 합리적인 이유 없이 제한하고 있으므로, 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하는 것이다.

(2) 서울행정법원의 위헌제청신청기각이유

(가) 기본적으로 사회보장적 급여인 각종 연금수급권의 급여내용이나 그 급여에 소요되는 비용의 징수방법을 구체적으로 어떻게 정할 것인가의 문제는 입법자가 사회보장제도의 전체계, 국가의 재정 및 공무원연금기금의 상황 기타 여러 가지 사회적·경제적 사정을 고려하여 결정할 입법정책적인 재량 사항이므로, 그 결정이 명백히 자의적인 것으로서 헌법 제37조 제2항에 의한 입법적 한계를 벗어나지 않는 한 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

(나) 법상 퇴직연금의 재원은 공무원 본인이 부담하는 기여금과 이와 동액인 국가 또는 지방자치단체가 부담하는 부담금 및 그 운용수익금으로 구성되어 있고, 법 제47조 제3호에 의한 연금지급정지대상기관은 국가로부터 지원을 받는 단체로서 그 기관에 의한 보수 기타 급여 중 일부는 국가에서 부담하는 것으로 볼 수 있으므로, 퇴직 공무원이 위와 같은 기관에 재직함으로써 보수 기타 급여를 받고 퇴직연금까지 지급받으면 국가의 부담으로 중복하여 수혜를 받는 것이 된다.

따라서 위 법률조항이 한정된 재원으로 보다 많은 공무원과 그 유족에게 적절한 사회보장적 급여를 실시하기 위하여 위와 같은 일정한 경우에 퇴직급여의 지급을 정지할 수 있도록 한 것은, 그 입법목적에 공공복리를 위한 것으로 정당하고, 그 방법 또한 입법목적 달성을 위하여 필요하고 적정한 것으로서 헌법에 위반되지 아니한다.

(3) 행정자치부장관 및 공무원연금관리공단이사장의 의견

(가) 법상 연금지급정지제도는 공무원이 퇴직 후 정부기관 및 정부투자기관 등 공공의 직에 취업하여 보수를 받게 되는 경우 퇴직연금의 전부 또는 일

부를 지급정지함으로써 정부로부터의 이중수혜를 방지하고, 국고의 부담을 경감하며, 소득재분배의 실현 등 사회보장의 본래의 목적에 맞는 급여수준을 실현하고자 도입된 것이다.

(나) 퇴직급여 재원의 2분의 1을 국가나 지방자치단체가 부담하고 있으면서, 정부재정지원기관에 재취업하여 보수를 지급받는 경우까지 퇴직연금을 전액지급하게 되면, 국가 등의 예산으로 연금과 보수를 이중지급하는 문제가 발생하므로, 그 보수지급기간 동안 연금지급을 정지함으로써 국가 등으로부터 지원을 받지 않는 민간기업체와 달리 취급한다고 하여도 이는 합리성이 있는 차별이다.

또한 일시금은 연금지급을 원칙으로 하는 법에서 예외적으로 허용하고 있는 급여의 종류이고, 총급여의 지급수준에서 일반적으로 연금액의 지급수준이 일시금에 비해 훨씬 높을 뿐만 아니라, 일시금과 연금은 본인이 원하는 바에 의하여 선택하는 것이므로, 법 제47조 제3호가 퇴직연금 수급자를 퇴직연금을 일시금으로 지급받은 사람들에 비하여 합리적 이유 없이 차별하는 것으로는 볼 수 없다.

(다) 법상의 퇴직급여청구권은 순수한 사유재산권이라기보다는 국가의 재정상태에 따라 보장되는 정도가 달라지는 권리로서 사회보장제도로서의 성격이 더 크고, 이를 개인의 재산권이라고 본다 하더라도 연금의 일부의 지급을 정지하는 것은 헌법의 위임범위 내의 것이어서 재산권을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

또한 퇴직연금수급권은 법률에 의하여 그 요건과 범위가 정하여지는 것일 뿐, 퇴직과 동시에 그 내용이 확정된다고 볼 수 없고, 법시행규칙의 개정으로 인한 연금액의 일부 지급정지는 개정 이전에 이미 받은 연금액에 대해서까지 효력을 미치는 것이 아니므로, 소급입법에 의한 재산권의 침해라고 볼 수 없다.

(라) 헌법이 보장하는 직업선택의 자유는 국가가 개인에게 특정의 직업을 선택하도록 강요하거나, 특정직업에의 종사를 방해할 수 없다는 의미로 보아야 하므로, 법 제47조 제3호가 직업선택의 자유를 침해하는 것으로는 볼 수 없다.

나. 2001헌가21 사건

(1) 제청법원의 위헌심판제청이유

(가) 법상의 퇴직연금수급권은 사회적 기본권의 하나인 사회보장수급권의

성격과 재산권의 성격을 아울러 지니고 있다고 할 것인바, 퇴직연금의 지급정지는 입법자가 사회정책적 고려, 국가의 재정 및 기금의 상황 등 여러 가지 사정을 참작하여 폭넓게 그의 형성재량으로 결정할 수밖에 없는 것이기는 하지만, 재산권보호의 대상이기도 하므로 기본권제한의 한계를 정한 헌법의 규정에 따라야 한다.

(나) 법 제47조 제2호는 종전에 비하여 지급정지대상기관으로서의 정부투자기관·재투자기관의 범위를 확대하고 있는바, 이는 연금재정의 안정을 도모하면서 종전과 마찬가지로 국고의 이중부담 또는 이중수혜로 인한 소득불균형의 심화를 방지하고자 하는 것이라고 할 수 있다.

그러나 위 규정에 의하면 확장된 개념의 정부투자기관이 재투자한 비율이 극히 적은 기관에 근무하는 경우에도 퇴직연금의 지급정지를 할 수 있게 됨으로써 국고의 이중부담 또는 이중수혜의 방지의 목적은 거의 희석되었다고 할 것이다.

만일 국고의 이중부담으로 인한 소득불균형의 심화를 방지하고자 하는 입법목적의 실현하고자 한다면, 법 제47조 제2호에 해당하는 각 기관의 자본금에 대한 정부출자비율에 따라 지급정지대상 연금을 정하여야 할 것이고, 적어도 국가 또는 지방자치단체가 자본금의 전부를 출자한 기관과 정부투자기관이 자본금의 극히 일부를 출자한 재투자기관의 경우를 일률적으로 규율하여 일정비율의 해당 연금액을 지급정지하는 것은 위 법률조항에 해당하지 않는 경우와 비교하여 볼 때 차별취급을 통하여 달성하려는 입법목적의 비중에 비하여 차별로 인한 불평등의 효과가 극심하므로 차별취급의 비례성을 상실한 것이다.

(다) 연금재정의 안정과 소득재분배라는 목적을 달성하기 위한 수급권 제한의 부담은 별다른 합리적 이유가 없는 한 수급권 발생 이후에 소득을 얻고 있는 자 모두에게 돌아가야 하는 것임에도, 법 제47조 제2호의 기관에 근무하는 자에 대하여만 부담을 지우는 것은 그밖의 사기업에 근무하는 자 및 개인사업자에 비하여 합리적 이유 없이 차별하는 것으로서 신청인들의 평등권을 침해하는 것이다.

(2) 행정자치부장관 및 공무원연금관리공단이사장의 의견

이 사건 심판대상인 법 제47조 제2호는 지급정지대상기관이 정부투자기관·재투자기관인 경우에 관한 것으로서, 법 제47조 제3호와는 그 대상기관만 다를 뿐 같은 취지의 규정이라고 볼 수 있으므로, 행정자치부장관 및 공무

현재 2003. 9. 25. 2000헌바94, 2001헌가21(병합)

원연금관리공단이사장의 이 부분 의견은 위 2000헌바94 사건과 관련한 의견과 대체로 같다.

증권거래법 제207조의2 위헌소원

(2003. 9. 25. 2002헌바69, 2003헌바41(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 증권거래법이 금지하는 시세조종행위 등을 한 자에 대하여 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하면서, 다만, 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 2천만원을 초과하는 때에는 그 이익 또는 회피손실액의 3배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있는 증권거래법(1997. 1. 13. 법률 제5254호로 개정되고 2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제207조의2(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 단서 중 위 ‘위반행위로 얻은 이익’ 부분이 죄형법정주의(명확성 원칙)에 위반되는지 여부(소극)

2. 이 사건 법률조항이 과잉처벌에 해당하는지 여부(소극)

3. 이 사건 법률조항이 평등의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 법률조항에 사용된 ‘위반행위’, ‘얻은’, ‘이익’ 등의 개념 자체는 애매하거나 모호한 점이 없으며, 이 사건 규정은 ‘위반행위로 얻은 이익’이라고 표현하고 있을 뿐 위반행위와 직접적인 인과관계가 있는 이익만을 의미하는 것으로 한정하여 규정하고 있지 않으므로, 건전한 상식과 통상의 법감정을 가진 일반인의 입장에서 ‘위반행위로 얻은 이익’을 위반행위가 개입된 거래에서 얻은 총수입에서 총비용을 공제한 액수(시세차익)로 파악하는데 별다른 어려움이 없으므로, 이 사건 법률조항은 죄형법정주의에서 파생된 명확성 원칙에 위배되지 않는다.

2. 대법원 판례에 의하면, 이 사건 법률조항상의 ‘위반행위로 얻은 이익’이란 그 위반행위가 개입된 거래에서 위반행위자가 얻은 모든 이익(시세차익)을 의미하는바, 주식을 비롯한 유가증권의 시장가격은 어느 특정 요인에 의해 형성되는 것이 아니고 매우 다양한 요인에

의해 영향을 받는다는 점을 고려하면 유가증권의 시세를 인위적으로 조종하는 행위를 하여 이익을 얻은 경우 이것이 모두 그 시세조종행위에 의한 것이라고 말할 수는 없지만, 형사책임이란 측면에서 볼 때 위반행위로 얻은 시세차익의 많고 적음이 그러한 위반행위를 한 자에 대한 형사책임의 경중을 결정하는 중요한 요소가 될 수 있으며, 또 이 사건 법률조항은 형사처벌의 법정형에 관한 조항이지, 손해배상책임의 범위를 정하기 위한 조항이거나 위반행위와 직접적인 인과관계가 있는 이익액을 박탈하려는 조항이 아니기 때문에 위반행위와 직접적인 인과관계가 있는 이익액만을 벌금형 상한변동의 요건으로 삼아야 할 필연성이 인정되지 않는다. 또한, 위반행위자가 받게 될 최종적인 형사책임(형량)은 법정형의 범위 내에서 구체적인 법관의 양형에 의하여 결정된다. 그렇다면, 위반행위가 개입된 거래에서 얻은 시세차익을 기준으로 벌금형의 상한이 가중되도록 한 이 사건 법률조항은 그 정당성을 수궁할 수 있으므로, 형벌체계의 균형을 상실하였거나 책임원칙에 반하는 과잉처벌이라고 할 수 없다.

3. 청구인은 자신이 행한 주식거래행위 중 기소되지 않은 부분 중에는 그 거래로 이득을 얻은 바는 없지만 시세조종에 해당하는 행위가 있고 그 부분까지 기소되었다면 이 사건 법률조항상의 '위반행위로 얻은 이익'의 액수를 산정함에 있어 그 매수가격 등을 비용으로서 공제받을 수 있었는데 검사가 기소를 하지 않는 바람에 공제를 받지 못하게 되었고 그 결과 그 기소되지 않은 부분까지 모두 기소된 경우에 비하여 법정형에서 불리한 입장에 처했다고 주장하나, 형사소송법상 법원의 심판대상은 기소되어 공소사실에 포함되거나 공소장변경에 의하여 변경된 사실에 한정되는 것이므로 법원은 기소되지 아니한 범죄사실에 대하여는 심판할 수 없는바, 청구인이 주장하는 불리한 결과는 검사가 포괄일죄의 일부만을 기소한 행위에 의하여 야기된 것이지 이 사건 법률조항에 의해 발생한 차별효과는 아니므로, 이 사건 법률조항이 평등의 원칙에 위반된다고 할 수는 없다.

【심판대상조문】

증권거래법(1997. 1. 13. 법률 제5254호로 개정되고 2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제207조의2(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 10년 이하의 징역 또는

2천만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 2천만원을 초과하는 때에는 그 이익 또는 회피손실액의 3배에 상응하는 금액 이하의 벌금에 처한다.

1. 제188조의2 제1항 또는 제3항의 규정에 위반한 자
2. 제188조의4의 규정에 위반한 자

【참조조문】

헌법 제13조 제1항, 제11조 제1항

증권거래법(1997. 1. 13. 법률 제5254호로 개정되고 2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제188조의2(미공개정보 이용행위의 금지) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자(제1호 내지 제5호의 1에 해당하지 아니하게 된 날부터 1년이 경과되지 아니한 자를 포함한다)로서 상장법인 또는 협회등록법인의 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 정보 중 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 본문 중 “당해 법인”은 “공개매수대상 유가증권의 발행인”으로, “중요한 정보”는 “공개매수의 실시 또는 중지에 관한 정보”로 보며, 제1항 각호 중 “당해 법인”은 각각 “공개매수인”으로 본다.

증권거래법(1997. 1. 13. 법률 제5254호로 개정되고 2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제188조의4(시세조종등 불공정거래의 금지) ① 누구든지 상장유가증권 또는 협회중개시장에 등록된 유가증권의 매매거래에 관하여 그 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적으로 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하지 못한다.

1. 자기가 매도하는 같은 시기에 그와 같은 가격으로 타인이 그 유가증권을 매수할 것을 사전에 그 자와 통정한 후 매도하는 행위
2. 자기가 매수하는 같은 시기에 그와 같은 가격으로 타인이 그 유가증권을 매도할 것

헌재 2003. 9. 25. 2002헌바69, 2003헌바41(병합)

- 을 사전에 그 자와 통정한 후 매수하는 행위
3. 유가증권의 매매거래에 있어서 그 권리의 이전을 목적으로 하지 아니하는 가장된 매매거래를 하는 행위
 4. 제1호 내지 제3호의 행위의 위탁 또는 수탁을 하는 행위
- ② 누구든지 유가증권시장 또는 협회중개시장에서의 매매거래를 유인할 목적으로 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하지 못한다.
1. 단독으로 또는 타인과 공모하여 유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래 또는 그 위탁이나 수탁을 하는 행위
 2. 당해 유가증권의 시세가 자기 또는 타인의 시장조작에 의하여 변동한다는 말을 유포하는 행위
 3. 당해 유가증권의 매매에 있어서 중요한 사실에 관하여 고의로 허위의 표시 또는 오해를 유발하게 하는 표시를 하는 행위
- ③ 누구든지 단독 또는 공동으로 대통령령이 정하는 바에 위반하여 유가증권의 시세를 고정시키거나 안정시킬 목적으로 유가증권시장 또는 협회중개시장에서의 매매거래 또는 그 위탁이나 수탁을 하지 못한다.
- ④ 누구든지 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하지 못한다.
1. 부당한 이득을 얻기 위하여 고의로 허위의 시세 또는 허위의 사실 기타 풍설을 유포하거나 위계를 쓰는 행위
 2. 중요한 사항에 관하여 허위의 표시를 하거나 필요한 사실의 표시가 누락된 문서를 이용하여 타인에게 오해를 유발하게 함으로써 금전 기타 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위

【참조판례】

1. 헌재 1997. 3. 27. 95헌가17, 판례집 9-1, 219
2. 헌재 1995. 4. 20. 91헌바11, 판례집 7-1, 478
헌재 2002. 11. 29. 2001헌가16, 판례집 13-2, 570

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 류원기 (2002헌바69)
2. 송만철 (2003헌바41)
대리인 변호사 안용득 외 1인
- 당해사건 대법원 2002도1855 증권거래법위반(2002헌바69)
대법원 2003도683 증권거래법위반(2003헌바41)

【주 문】

증권거래법(1997. 1. 13. 법률 제5254호로 개정되고, 2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제207조의2의 단서 중 “위반행위로 얻은 이익” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2002헌바69

영남제분주식회사의 대표이사인 청구인 류원기는 같은 회사 상무이사인 청구의 박춘식 등과 공모하여 상장유가증권인 위 회사 등의 주식의 시세를 조정하려는 목적으로 여러 차례에 걸쳐 증권거래법(1997. 1. 13. 법률 제5254호로 개정되고 2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것, 이하 “법”이라 한다) 제188조의4 제2항 제1호 전단에 해당하는 허위매수 주문행위 또는 같은 호 후단에 해당하는 고가매수 주문행위 등을 반복하거나 또는 그러한 행위와 법 제188조의4 제1항 제1, 2호에 해당하는 통정매매행위 등을 반복한 범죄사실로 기소되어 2001. 11. 23. 부산지방법원[2001고단5544, 6467(병합)]에서 징역 2년6월 및 벌금 100억원의 형을 선고받았고, 같은 법원의 항소심(2001노3778)에서는 2002. 4. 4. 징역 2년 및 벌금 20억원의 형을 선고받았다.

한편 상고심인 대법원(2002도1855)에서는 2002. 7. 26. 위 범죄행위에 대한 처벌규정인 법 제207조의2 단서에 규정된 위반행위로 얻은 이익액은 당해 위반행위로 얻은 거래의 총수입에서 매수대금 등 총비용을 공제하는 방식에 의하여야 한다고 판시하면서 이 방식을 따르지 않은 항소심의 산정방식이 잘못되었다는 이유로 항소심 판결을 파기환송하였다.

위 청구인은 위 사건이 대법원에 계속 중 법 제207조의2 단서 중 “위반행위로 얻은 이익” 부분이 헌법에 위반된다고 주장하면서 위헌여부 심판의 제청신청(2002초기199)을 하였으나 기각되자 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2003헌바41

나눔트레이드주식회사의 감사인 청구인 송만철은 협회중개시장에서 주식회사 가로수닷컴 주식 등 170개 종목의 주식을 거래함에 있어 여러 차례에 걸쳐 법 제188조의4 제2항 제1호에 해당하는 허위매수 주문행위를 반복한 범죄사실로 기소되어 2001. 10. 23. 서울지방법원(2001고단9975)에서 벌금 8억원

의 형을 선고받았고, 같은 법원의 항소심(2001노10302)에서는 2003. 1. 15. 벌금 5억원의 형을 선고받았다.

위 청구인이 위 항소심판결에 불복하여 대법원에 상고(2003도683)하였으나 대법원은 2003. 6. 13. 위 상고를 기각하였다.

위 청구인은 위 사건이 대법원에 계속 중 법 제207조의2 규정에 관하여 위 헌여부심판의 제청신청(2003초기76)을 하였으나 기각되자 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 법 제207조의2 단서 중 “위반행위로 얻은 이익” 부분(이하 “이 사건 규정”이라 한다)의 위헌 여부이며, 그 규정 및 관련 규정의 내용은 다음과 같다.

제207조의2(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 2천만원을 초과하는 때에는 그 이익 또는 회피손실액의 3배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처한다.

1. 제188조의2 제1항 또는 제3항의 규정에 위반한 자
2. 제188조의4의 규정에 위반한 자

제188조의4(시세조종등 불공정거래의 금지) ① 누구든지 상장유가증권 또는 협회중개시장에 등록된 유가증권의 매매거래에 관하여 그 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적으로 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하지 못한다.

1. 자기가 매도하는 같은 시기에 그와 같은 가격으로 타인이 그 유가증권을 매수할 것을 사전에 그 자와 통정한 후 매도하는 행위
2. 자기가 매수하는 같은 시기에 그와 같은 가격으로 타인이 그 유가증권을 매도할 것을 사전에 그 자와 통정한 후 매수하는 행위
3. 유가증권의 매매거래에 있어서 그 권리의 이전을 목적으로 하지 아니하는 가장된 매매거래를 하는 행위
4. 제1호 내지 제3호의 행위의 위탁 또는 수탁을 하는 행위

② 누구든지 유가증권시장 또는 협회중개시장에서의 매매거래를 유인할 목적으로 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하지 못한다.

1. 단독으로 또는 타인과 공모하여 유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래 또는 그 위

탁이나 수탁을 하는 행위

2. 당해 유가증권의 시세가 자기 또는 타인의 시장조작에 의하여 변동한다는 말을 유포하는 행위

3. 당해 유가증권의 매매에 있어서 중요한 사실에 관하여 고의로 허위의 표시 또는 오해를 유발하게 하는 표시를 하는 행위

③ 누구든지 단독 또는 공동으로 대통령령이 정하는 바에 위반하여 유가증권의 시세를 고정시키거나 안정시킬 목적으로 유가증권시장 또는 협회중개시장에서의 매매거래 또는 그 위탁이나 수탁을 하지 못한다.

④ 누구든지 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하지 못한다.

1. 부당한 이득을 얻기 위하여 고의로 허위의 시세 또는 허위의 사실 기타 풍설을 유포하거나 위계를 쓰는 행위

2. 중요한 사항에 관하여 허위의 표시를 하거나 필요한 사실의 표시가 누락된 문서를 이용하여 타인에게 오해를 유발하게 함으로써 금전 기타 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위

제188조의2(미공개정보 이용행위의 금지) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자(제1호 내지 제5호의 1에 해당하지 아니하게 된 날부터 1년이 경과되지 아니한 자를 포함한다)로서 상장법인 또는 협회등록법인의 업무 등과 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 생략

③ 제1항 및 제2항의 규정은 제21조의 규정에 의한 공개매수를 하는 경우

에 이를 준용한다. 이 경우 제1항 본문 중 “당해 법인”은 “공개매수대상 유가증권의 발행인”으로, “중요한 정보”는 “공개매수의 실시 또는 중지”에 관한 정보”로 보며, 제1항 각호 중 “당해 법인”은 각각 “공개매수인”으로 본다.

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 주가의 변동은 거래의 수완에 따라 발생하는 것이 아니라 당해 기업의 발전가능성, 주식거래시장에서의 그에 대한 정보의 정확성, 다른 주식거래자의 행동 등에 따라 변동하는 것으로서 그 요인을 찾는 것이 쉽지 않다. 이 사건에서 청구인의 시세조종행위에 대하여 검찰에 수사를 의뢰한 금융감독원에서도 시세조종의 경우에는 부당이득액을 기준으로 하지 않고 시세조종관여율을 기준으로 행위의 경중을 평가하며 시세조종으로 인한 이익액의 산출에 관하여는 일정한 기준을 가지고 있지 못하다고 하고 있고, 또한 시세조종관여율이란 당해 거래일에 주문한 위법행위자의 주문수량을 총주문수량으로 나눈 백분율을 의미하는 것에 불과하므로 시세조종관여율을 기준으로 하는 경우 그 주식가격 변동의 다른 요소(회사의 발전가능성에 대한 증권가의 정보, 전체 주식시장경기의 변화)는 모두 배제되는 것이므로 그에 의하여 이익액을 산정하는 것도 부당하다. 따라서 시세조종행위로 인하여 얻은 이익액의 산정은 산술적으로 불가능하거나 지나치게 불명확한 것이므로 그 이익액을 기준으로 벌금형의 법정형을 정한 이 사건 규정은 죄형법정주의 중 명확성의 원칙에 위반된다.

(2) 주가는 국내외의 경제상황이나 해당기업의 상황 등 여러 요인들에 의하여 변하는 것인바, 이 사건 규정에서 말하는 ‘위반행위로 얻은 이익’을 대법원과 같이 총매도대금에서 총매수대금 및 거래비용을 공제하는 방식으로 산정하게 되면 주식거래가격 변동에 관하여 시세조종행위로 인한 부분과 그 이외의 요인으로 인한 부분을 구분하지 않고 모두 행위자에게 책임을 전가시키는 것이 된다. 이는 시세조종 행위자에게 책임이 없는 부분까지도 책임을 부담시키는 것으로서 개인의 자유로운 경제활동을 억제하는 것이므로 과잉규제 금지원칙에 반한다.

(3) 2003헌바41 사건의 당해사건에서 시세조종행위에 해당하는 여러 주식거래 중 이익을 남긴 거래에 대하여만 기소가 되고 손실을 본 나머지 거래에 대하여는 기소가 되지 않았다. 그런데 기소되지 않는 시세조종행위 부분은 기소된 부분과 포괄일죄의 관계에 있으므로, 이 사건 규정상의 ‘위반행위로 얻

은 이익'의 액수를 산정함에 있어서 기소된 시세조종행위로 청구인이 얻은 이익액에서 기소되지 않은 시세조종행위에서 청구인이 입은 손실액을 공제하여야 한다. 그럼에도 대법원은 위 '위반행위로 얻은 이익'의 산정에 있어 기소된 행위만을 기준으로 이익액을 산정하고 기소되지 않은 행위에서의 손실액은 전혀 참작하지 않고 있다. 이러한 대법원의 방식에 의하면 같은 범행을 한 사람 사이에서 검사의 기소 여부에 따라 법정형에 차이가 생기게 되므로 청구인 송만철과 같이 포괄일죄에 해당하는 행위 중 일부만이 기소된 자는 포괄일죄에 해당하는 행위가 모두 기소된 자에 비하여 법정형이 더 가중되는 차별을 받게 되는데, 이는 평등의 원칙에 어긋난다.

나. 대법원의 위헌제청신청 기각이유

처벌법규의 입법목적이나 그 전체적 내용, 구조 등을 살펴보는 사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단으로서 그의 구성요건 요소에 해당하는 행위유형을 정형화하거나 한정할 합리적 해석기준을 찾을 수 있다면 죄형법정주의가 요구하는 형벌법규의 명확성의 원칙에 반하는 것이 아닌바, 법제207조의2의 규정상의 이익액을 산출해 낼 합리적 해석기준이 분명하므로 위 조항은 처벌규정으로서의 명확성을 지니는 것이어서 죄형법정주의에 위반되지 않는다.

다. 재정경제부장관의 의견

이 사건 규정의 '위반행위로 얻은 이익'에는 다소 광범위한 해석의 여지가 있으나, '이익'이란 재산상 가치의 증가를 뜻하는 것으로 총수입에서 총비용을 제외한 금액이라는 것이 사회통념이고, 법관의 보충적인 법해석을 통하여 그 이익액을 산정할 수 있으며 건전한 상식과 통상적인 법상식을 가진 유가증권 거래자라면 위 조항에 의한 이익이 무엇인지를 예측할 수 있으므로 명확성의 원칙에 위반되지 않는다.

시세조종행위 등 불공정거래 금지의 보호법익은 사익이 아니라 건전한 시장질서라는 공익이고, 유가증권의 가격변동은 국내외의 경제상황, 시장수급상황, 풍문 등 여러 요인에 의해 발생할 수 있으나 이를 구체적으로 이익 산정의 기준으로 법률에 규정하는 것은 입법기술상 불가능하며, 청구인들이 한 시세조종행위로 인해 다른 가격결정요인의 역할이 무력화 내지 왜곡된 점 등을 고려할 때, '위반행위로 얻은 이익'을 총이익에서 총비용을 공제하는 방식으로 산정하는 대법원의 해석은 과잉금지원칙에 위배되지 않는다.

라. 서울지방검찰청 검사장 및 부산지방검찰청 검사장의 의견

이 사건 규정상의 이익액을 산출해 낼 합리적인 해석기준이 분명하여 처벌 규정으로서의 명확성을 지니고 있으므로 죄형법정주의에 위반되지 않는다.

이 사건 규정에서는 벌금액의 산정기준으로 ‘위반행위로 얻은 이익’을 명시하여 행위자가 행위로 인하여 취득한 이익을 형벌을 정하는 기준으로 삼고 있는데, 청구인들의 주장과 같이 타인의 행위로 인한 결과에 대하여 행위자가 책임을 부담하게 되는 것은 아니므로 과잉금지원칙에 위반되지 않는다.

법원은 공소제기된 범죄사실에 대하여만 판단할 뿐이므로 기소된 부분의 이익액에 따라 법정형이 정해지는 것이 당연하며 이는 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다.

3. 판 단

가. 시세조종행위 처벌규정의 변천

(1) 증권시장은 주식, 채권 등 유가증권의 발행과 유통을 통하여 자금의 공급자와 수요자를 직접 연결해주는 직접금융시장으로서 자본주의의 핵심이라 할 수 있는데, 이러한 증권시장이 그 기능을 제대로 발휘하기 위해서는 시장 참가자가 공평하게 정보를 획득하고, 투기적 행위의 결과로 주가가 기업의 진정한 가치와 괴리되지 않도록 하는 시장의 투명성 확보가 필수적이다. 증권시장에서 투기적 거래가 성행하고 투자자가 시장에 대한 신뢰를 상실하는 경우 국가경제에 악영향을 미치므로 우리나라를 비롯한 대부분의 국가에서는 증권시장에 대한 규제를 통하여 위와 같은 문제점을 예방하고자 노력하고 있다. 우리 증권거래법의 증권시장규제의 양대 지주는 ‘공시규제’와 ‘불공정거래규제’라 할 수 있는데, 불공정거래행위를 규제하기 위하여 미공개정보이용행위와 시세조종행위를 금지하고 이에 위반하는 경우 형사처벌을 하고 있다.

(2) 1997. 1. 13. 법률 제5254호로 개정되기 전의 증권거래법에서는 미공개정보이용행위(제188조의2)와 시세조종행위(제105조)에 대한 처벌에 있어서 양자의 벌금형의 법정형이 상이하였다. 즉, 시세조종행위의 경우에는 ‘3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금’으로 되어 있어 벌금형 부분도 법정형이 정액으로 되어 있었으나, 미공개정보이용행위의 경우에는 ‘3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하되, 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 2천만원을 초과하는 때에는 그 이익 또는 회피손실액의 3배에 상당하는 금액 이하의 벌금’에 처하도록 규정되어 있었다.

그 후 법률 제5254호로 개정된 증권거래법에서는 위 심판의 대상에서 본

바와 같이 미공개정보이용행위(제188조의2)와 시세조종행위(제188조의4)에 대한 처벌규정을 통합하여 시세조종행위에 대한 처벌에도 벌금연동제를 도입하고 양 행위에 대한 징역형의 법정형 상한을 종전의 3년에서 10년으로 높임으로써 양자의 법정형을 징역형과 벌금형 구분 없이 모두 동일하게 규정하였다.

시세조종행위 등이 사실상 형법의 사기죄와 유사한 성격을 지니고 있고 그 피해가 증권시장에 참여하는 불특정 다수인에게 미치므로 비난의 정도가 형법상의 사기죄에 비해 적지 않음에도 불구하고, 형법상의 사기죄의 법정형(10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금)과 사기죄의 이득액이 5억원 이상인 경우 법정형을 가중하고 있는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조의 법정형(이득액이 5억원 이상 50억원 미만인 경우 3년 이상 유기징역, 이득액이 50억원 이상인 경우 무기 또는 5년 이상 징역, 위 각 경우 이득액 이하의 벌금 병과가능)에 비하여 지나치게 낮은 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금으로 되어 있어 문제가 있다는 지적이 있자 위와 같이 징역형의 법정형을 사기죄와 같은 10년으로 높이고 벌금연동제를 도입한 것이다.

한편 2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정된 현행 증권거래법에서는 위 법정형을 더욱 강화하여 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 액수가 5억원 이상인 경우에 ① 5억원 이상 50억원 미만인 때에는 3년 이상의 유기징역에, ② 50억원 이상인 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하고, 징역에 처하는 경우 10년 이하의 자격정지형을 병과할 수 있도록 하였다. 이것은 사기죄의 가중처벌규정인 위 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조의 법정형과의 균형을 고려한 것으로 보인다.

나. 이 사건의 쟁점

(1) 법 제207조의2 본문규정에 의한 법정형은 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금이지만, 같은 조 단서규정에 의하여 위반행위로 얻은 이익의 3배에 해당하는 금액이 2천만원을 초과하는 때에는 그 벌금형의 상한이 위반행위로 얻은 이익의 3배에 상당하는 금액으로 높아진다.

그런데, 이 사건 규정을 보면 위와 같이 벌금형의 법정형 상한을 높이는 요소에 관하여 ‘위반행위로 얻은 이익’이라고만 되어 있을 뿐 ‘위반행위로 얻은 이익’이 무엇을 의미하는지 즉, 그 이익의 액수를 어떤 방식으로 산정해야 하는지에 관한 구체적인 규정은 두고 있지 않다.

이로 인하여 이 사건 규정이 말하는 ‘위반행위로 얻은 이익’의 의미 및 산

정방식을 둘러싸고 여러 견해가 있을 수 있게 되었는데, 대법원은 이 사건 규정상의 '위반행위로 얻은 이익'이라 함은 당해 위반행위로 인하여 행위자가 얻은 이윤 즉 그 거래로 인한 총수입에서 그 거래를 위한 총비용을 공제한 차액을 말하고, 따라서 현실거래로 인한 시세조종행위로 얻은 이익은 그 시세조종행위와 관련된 유가증권거래의 총매도금액에서 총매수금액 및 그 거래를 위한 수수료, 증권거래세 등의 거래비용을 공제한 나머지 순매매이익을 뜻한다고 판시하여(대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결; 대법원 2002. 7. 26. 선고 2002도1855 판결) '위반행위로 얻은 이익'이란 시세차익을 의미한다는 입장에 있다.

(2) 그와 관련하여 청구인들은 이 사건 규정에서 말하는 시세조종행위로 인하여 얻은 이익액의 산정은 산술적으로 불가능하거나 지나치게 불명확한 것이므로 그 이익액을 기준으로 벌금형의 법정형을 정한 이 사건 규정은 죄형법정주의 중 명확성의 원칙에 위반되며, 이 사건 규정상의 이익을 대법원과 같이 시세차익방식에 의하여 산정하는 것은 시세조종 행위자에게 책임이 없는 부분까지도 책임을 부담시키는 것으로서 과잉금지원칙에 위반된다고 주장하고 있고, 나아가 청구인 송만철은, 포괄일죄에 포함되는 시세조종행위 중 기소되지 않은 행위로 인하여 청구인이 입은 손실액을 참작하지 않는 것은 평등의 원칙에 어긋난다고 주장하고 있다.

따라서 이 사건의 쟁점은 이 사건 규정이 죄형법정주의 중 명확성의 원칙에 위반되는지 여부, 시세차익방식에 의한 이익액 산정이 과잉처벌에 해당하는지 여부 및 기소되지 않은 시세조종행위에서 입은 손실액을 위 이익액 산정시 공제하지 않는 것이 평등의 원칙에 위반되는지 여부이다.

다. 죄형법정주의(명확성) 원칙 위반 여부

죄형법정주의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며, 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있게끔 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다(헌재 1997. 3. 27. 95헌가17, 판례집 9-1, 219, 232). 이러한 명확성의 원칙은 특히 처벌법규에 있어서 엄격히 요구되는 것이지만 이것은 입법권자가 처벌법규의 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하여야 한다는 것을 의미하는 것은 아니며, 처벌의 종류와 정도에 대한 법규에 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념이 사용되었다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 반드시 배치되는 것이라고는 볼 수 없다.

법 제207조의2 단서는 “다만, 그 위반행위로 얻은 이익 …… 의 3배에 해당하는 금액이 2천만원을 초과하는 때에는 그 이익 …… 의 3배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처한다”라고 되어 있다.

우선 이 사건 규정에 사용된 ‘위반행위’, ‘얻은’, ‘이익’ 등의 개념 자체는 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인이라면 누구라도 손쉽게 그 의미를 파악할 수 있는 것들로서 애매하거나 모호한 점이 없다. 다만 앞서 본 바와 같이 ‘위반행위로 얻은 이익’이 구체적으로 무엇을 의미하는지에 관하여 서로 다른 해석의 여지가 있다는 문제점은 있으나 이러한 사정만으로 곧바로 이 사건 규정이 헌법상의 명확성의 원칙 위반으로 연결되는 것이 아님은 위에서 본 바와 같다.

청구인들은 이 사건 규정에서 말하는 ‘위반행위로 얻은 이익’의 액수를 산정하는 것은 불가능하다고 주장하고 있으나, 그 산정방법에 여러 가지 견해가 있을 수 있는 것은 별론으로 하고, 위반행위로 얻은 이익액의 산정이 불가능한 것은 결코 아니다. 따라서 그 이익액의 산정이 불가능하다는 것을 전제로 하여 이 사건 규정이 불명확하다고 주장하는 것은 이유가 없다.

또 청구인들은 이 사건 규정에 의한 이익액의 산정이 지나치게 불명확하다고 주장하고 있다. 물론 명확성의 원칙을 확실히 하기 위해서는 법규정을 규범적 요소는 배제한 채 순수하게 기술적(記述的) 요소로만 규정하여야 할 것이나, 실제로 이것은 입법기술상 불가능한 일이며 어느 정도 가치개념을 포함하는 일반적·규범적인 언어를 사용하는 것은 불가피하다. 따라서 이 사건 규정에서 말하는 ‘위반행위로 얻은 이익’의 의미가 구체적이지 못하여 해석상 이견이 있을 수 있다 하여도 그와 같은 법률의 해석·적용의 필요성은 모든 법규정이 본질적으로 안고 있는 문제이며, 관련법규정 및 법률이론에 입각한 법관의 보충적 해석과 판례를 통하여 충분히 해결될 수 있는 것이므로, 이 사건 규정이 죄형법정주의가 요구하는 처벌법규의 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

청구인들은 이 사건 규정상의 ‘위반행위로 얻은 이익’을 당해 위반행위와 직접 인과관계가 있는 이익으로 한정하여야 한다고 주장한다. 그러나 이 사건 규정의 문구를 살펴보면 우선 벌금형의 상한을 결정하는 기준이 되는 이익에 대하여 ‘위반행위로 얻은 이익’이라고 표현하고 있을 뿐 위반행위와 직접적인 인과관계가 있는 이익만을 의미하는 것으로 한정하여 규정하고 있지 않다. 따라서 위 문구만 살펴봐도 건전한 상식과 통상의 법감정을 가진 일

반인의 입장에서 ‘위반행위로 얻은 이익’을 위반행위로 얻은 시세차익 즉, 위반행위가 개입된 거래에서 얻은 총수입에서 총비용을 공제한 액수로 파악하는데 별다른 어려움이 없고 오히려 그렇게 파악하는 것이 더 보편적인 태도라 할 것이다.

또한 이 사건 규정은 시세조종행위나 미공개정보이용행위에 대한 형사처벌 조항으로서 벌금형의 법정형에 관한 규정이지 위반행위자가 얻은 이익 중 위법 또는 부당하게 얻은 이익을 박탈하려는 규정 또는 시세조종행위로 인해 피해를 입은 거래상대방에 대한 손해배상책임 규정이 아니다. 따라서 위반행위와 상당인과관계가 있는지 여부를 엄격히 따지는 민사상의 손해배상책임이나 부당이득의 관점에서 이 사건 규정을 바라보아야 할 이유가 없다.

위와 같은 이 사건 규정의 문구와 기능 및 입법배경 등에 비추어 보면, 이 사건 규정에서 말하는 ‘위반행위로 얻은 이익’이라는 개념은 수범자로 하여금 구체적으로 어떠한 이익이 이에 해당하는지 의심을 갖게 할 정도로 불명확한 개념이라고 할 수 없으며, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인이라면 ‘위반행위로 얻은 이익’이 당해 위반행위가 개입된 거래를 통하여 얻은 이익 전체(시세차익)를 의미하는 것임을 어렵지 않게 예측할 수 있다.

그렇다면 이 사건 규정은 죄형법정주의에서 파생된 명확성의 원칙에 위배되지 않는다.

라. 과잉처벌 해당 여부

다음으로, 법 제207조의2 단서는 위반행위로 얻은 이익이 2천만원을 초과하는 때에는 그 이익의 3배 이하의 벌금에 처할 수 있도록 하고 있는데, 이때 ‘위반행위로 얻은 이익’을 위반행위가 개입된 거래에서 얻은 이익 전체로 보는 것이 형벌체계상의 균형을 잃은 자의적인 처벌 또는 책임원칙에 반하는 과잉처벌에 해당하는지 여부를 살펴본다.

(1) 문제의 제기

이 사건 규정에 관한 대법원의 견해에 따르면, 이 사건 규정은 위반행위와 인과관계가 있는 이익인지 여부를 묻지 않고 그 위반행위가 개입된 거래에서 위반행위자가 얻은 모든 이익을 위 벌금연동제의 기준으로 삼고 있다. 이에 의하면 위반행위 이외의 요인으로 인하여 형성된 이득(예를 들어, 위반행위가 없었더라도 다른 요인에 의해 주식의 가격이 상승하여 얻었을 이익)도 위 이익에 포함되게 되고 그로 인하여 법정형이 가중되는 결과가 나타날 수 있으므로 이 사건 규정이 책임원칙에 반하는 과잉형벌이 아닌지가 문제된다.

(2) 과잉처벌 여부 판단

기본적으로 특정 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제 즉, 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관과 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량이 인정되는 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 아니된다(헌재 1995. 4. 20. 91헌바11, 판례집 7-1, 478, 487 ; 헌재 2002. 11. 29. 2001헌가16, 판례집 13-2, 570, 578-579 등 참조).

위와 같은 관점을 기초로 이 사건 규정이 과연 형벌체계상 균형을 상실한 자의적 처벌 또는 과잉처벌인지 여부를 살펴본다.

주식을 비롯한 유가증권의 시장가격은 어느 특정 요인에 의해 형성되는 것이 아니고 당해회사의 재정상태나 사업현황, 경제상황의 변화, 풍문 등 매우 다양한 요인에 의해 영향을 받는다는 점을 고려하면 미공개정보를 이용하거나 유가증권의 시세를 인위적으로 조종하는 행위를 하여 그 거래에서 이익을 얻은 경우 이것이 모두 시세조종행위나 미공개정보이용행위에 의한 것이라고 말할 수는 없다. 하지만 형사책임이란 측면에서 볼 때 일반적으로 시세조종행위 등 법이 금지한 행위가 개입된 거래에서 그 행위자가 얻은 이익 즉 시세차익이 많으면 많을수록 그 위반행위에 대한 비난가능성은 그만큼 높아진다고 할 수 있기 때문에 위반행위로 얻은 시세차익의 많고 적음이 그러한 위반행위를 한 자에 대한 형사책임의 경중을 결정하는 중요한 요소가 될 수 있음을 부인할 수 없다.

이 사건 규정은 위반행위자와의 거래에서 그 상대방이 입은 손해에 대한 배상책임의 범위를 정하기 위한 조항이 아니고, 위반행위자가 얻은 이익 중에서 위반행위와 직접적인 인과관계가 있는 이익액을 박탈하거나 환수하려는 조항도 아니다. 이 사건 규정은 유가증권시장의 공정한 질서를 해치는 행위에 대한 제재인 형사처벌의 법정형에 관한 것으로서 이 사건 규정이 적용되는 시세조종행위나 미공개정보이용행위와 같은 범죄의 주된 보호법익은 개인

적 법익이 아닌 유가증권시장의 공정한 거래질서라는 사회적 법익이다. 따라서 유가증권시장의 공정성을 저해하는 행위를 효과적으로 규제하고 그에 대한 처벌의 실효성을 확보하기 위하여 이 사건 규정이 벌금형의 상한이 변동되는 연동제를 채택함에 있어서 위반행위와 직접적인 인과관계가 있는 이익액 즉 위반행위자나 피해자 개인의 부당이득액이나 손해액만을 그 변동의 요건으로 삼아야 할 필연성이 인정되지 않을 뿐만 아니라, 위반행위자가 받게 될 최종적인 형사책임(형량)은 법정형의 범위 내에서 구체적인 법관의 양형에 의하여 결정되는 것이지 위반행위로 얻은 이익액 자체가 곧바로 위반행위자에 대한 형량으로 되는 것이 아니다. 더구나 이 사건 규정에 의한 법정형의 가중은 벌금형의 상한의 가중에 그치고 있으므로, 구체적 사안에서 나타날 수 있는 법정형의 차이로 인한 불합리한 점은 개개의 사건에서 여러 양형인자를 고려한 법관의 적절한 양형에 의하여 합리적인 방향으로 얼마든지 조절이 가능하다.

또한 법정형을 규정함에 있어 행위자의 책임의 경중에 영향을 줄 수 있는 다양한 요인을 모두 반영할 수는 없는 일이고 그렇게 하는 것이 가능하지도 않다. 따라서 이 사건 규정이 위반행위자의 책임의 경중에 영향을 줄 수 있는 여러 요인 중에서 경중을 가리는 기준으로서 합리적이라고 인정되는 요인인 시세차익을 기준으로 법정형의 범위를 정한 것을 가리켜 책임원칙에 반한다고 단정할 수는 없다.

위와 같은 사정을 종합하여 볼 때, 위반행위와 직접적인 인과관계가 있는 이익에 한정하지 않고 위반행위가 개입된 거래에서 얻은 시세차익을 기준으로 벌금형의 상한이 가중되도록 한 이 사건 규정은 비록 시세차익의 많고 적음이 그 죄의 경중을 가늠하는 유일한 기준은 아니라 할지라도 가장 중요하고 합리적인 기준이 될 수 있음에 비추어 그 정당성을 수긍할 수 있다.

따라서 이 사건 규정을 가리켜 형벌체계의 균형을 상실하였거나 책임원칙에 반하는 과잉처벌이라고 할 수는 없다.

마. 평등의 원칙 위반 여부

다음으로 청구인 송만철은 자신이 행한 주식거래행위 중 기소되지 않은 부분 중에는 비록 그 거래로 이익을 얻은 바는 없지만 시세조종에 해당하는 행위가 있고 그 부분까지 기소되었다면 이 사건 규정상의 ‘위반행위로 얻은 이익’의 액수를 산정함에 있어 그 매수가격 등을 비용으로서 공제받을 수 있었는데 검사가 기소를 하지 않는 바람에 공제를 받지 못하게 되었고 그 결과 그

기소되지 않은 부분까지 모두 기소되는경우에 비하여 법정형에서 불리한 입장에 처했다고 주장하므로 이에 관하여 살펴본다.

형사소송법상 법원의 심판대상은 기소되어 공소사실에 포함되거나 공소장 변경에 의하여 변경된 사실에 한정되는 것이므로 법원은 기소되지 아니한 범죄사실에 대하여는 심판할 수 없다. 따라서 설령 청구인 송만철의 주장과 같이 동인이 한 행위 중에 이득을 얻지 못하였지만 시세조종에 해당하는 행위가 있고 그 부분이 기소된 사실과 포괄일죄의 관계에 있으며 그 포괄일죄를 구성하는 사실 중 일부만이 기소되고 나머지는 기소되지 아니하여 법원이 기소되지 않은 부분을 동인에 대한 심판에서 참작할 수 없게 됨으로써, 법정형에 있어서 포괄일죄에 해당하는 범죄사실 전부가 기소된 자에 비하여 불리한 입장에 처하게 되었다고 가정하더라도, 이러한 결과는 어디까지나 검사가 포괄일죄의 일부분을 기소한 행위에 의하여 야기된 것이지 이 사건 규정에 의해 발생한 차별효과는 아니다.

또한, 시세조종에 해당하는 행위로 손실을 입었다고 하여 곧바로 위 청구인의 주장처럼 ‘위반행위로 얻은 이익’의 산정에서 그 손실액만큼이 공제되는 것도 아니다.

법 제207조의2 단서는 “그 위반행위로 얻은 이익 또는 ‘회피한 손실액’의 3배에 해당하는 금액이 2천만원을 초과하는 때에는 그 이익 또는 ‘회피손실액’의 3배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처한다”라고 규정하고 있다.

위 단서에서는 법정형 가중의 요소로 위반행위로 얻은 이익(적극적 이익)만을 규정하고 있는 것이 아니라 위반행위로 인하여 회피한 손실액(소극적 이익)도 규정하고 있다(양자는 시세조종행위와 같은 위반행위로 얻은 이익이라는 점에서는 아무런 차이가 없다). 따라서 시세조종행위와 같은 위반행위를 하였음에도 손실을 입었다 하더라도 더 크게 입었을 손실을 그 위반행위로 인하여 감소시켰을 경우에는 그 감소된 즉, 회피한 손실액도 법정형 가중의 요소가 되는 것이다.

결국 위반행위가 개입된 거래에서 손실을 보았다 하더라도 그것이 순수한 의미의 손실이 아니라 위반행위에 의해 그 액수가 감소된 손실이라면, 시세차익과 같은 적극적인 이익을 얻은 경우와 마찬가지로 그 회피한 손실액에 기하여 위반행위에 대한 벌금형의 법정형이 가중되게 된다. 위반행위로 손실을 보았다고 하여 그 액수만큼을 이익액에서 공제하여야 하는 것이 아니라 오히려 그 반대로 이익액에 회피손실액을 더하여 그 합계액을 기준으로 법정형

가중이 결정되는 것이다.

이 사건의 경우 청구인 송만철이 기소되지 않은 행위에서 입었다고 주장하는 손실은 소극적 이익에 해당하는 손실일 수도 있고 순수한 의미의 손실일 수도 있는바, 만약 그 손실이 전자에 해당하는 것이라면, 그 손실액만큼을 위 청구인이 얻은 이익액에서 공제할 것이 아니라 오히려 그 회피손실액만큼을 위 청구인이 얻은 이익에 합한 액수가 위 단서규정에서 말하는 법정형 가중의 기준이 된다. 그러한 경우에는 위 청구인으로서는 법정형에서 불리한 차별을 받은 것이 아니라 오히려 그 시세조종행위가 기소되지 않음으로써 그 회피손실액 부분에 상응하는 만큼 법정형의 상한이 더 가중될 수도 있었는데 그렇게 되지 않은 이익을 본 셈이 된다.

결국 위와 같은 점에서 이 사건 규정은 평등의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

4. 결 론

그렇다면, 이 사건 규정은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

지방세법 제121조 제1항 위헌소원

(2003. 9. 25. 2003헌바16 전원재판부)

【판시사항】

1. 법정기한내에 취득세 신고는 하였으나 납부하지 않는 자에 대하여 신고와 납부의무를 모두 이행하지 않는 자와 동일한 율로 가산세를 부과하고, 또한 가산세 산정시에 취득세가 미납된 기간을 전혀 고려하지 않은 지방세법 제121조 제1항(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 헌법상 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 위반되는지 여부(적극)

2. 원칙적으로 위헌인 법 조항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하면서, 입법자가 이를 개정할 때까지 법원·지방자치단체에 대하여 위법 조항의 적용중지를 명한 사례

【결정요지】

1. 가. 지방세법상 취득세에 대한 가산세는 납세의무자에게 부여된 협력의무위반에 대한 책임을 묻는 행정적 제재를 조세의 형태로 구성한 것으로 형식에 있어서만 조세일 뿐이고 본질에 있어서는 본세의 징수를 확보하기 위한 수단인 바, 가산세의 부담은 세법상의 의무위반의 내용과 정도에 따라 달리 결정되어야 합리성을 갖는 것이며, 취득세 자진납부의무의 위반정도는 미납기간의 장단과 미납세액의 다과라는 두 가지 요소에 의하여 결정되어야 함에도 불구하고 이 사건 법률조항은 산출세액의 100분의 20을 가산세로 획일규정한 것은 의무위반의 정도를 결정하는 두 가지 요소 중 미납세액만을 고려하고 또 하나의 요소인 미납기간의 장단은 전혀 고려하지 아니하고 있으므로 이는 현저히 합리성을 결하여 헌법상의 비례의 원칙에 위반된다고 할 수 있다.

나. 가산세는 법이 정하는 바에 의하여 부과하는 행정상의 제재이지만, 가산세도 세금의 하나이므로 합리적인 이유 없이 특정의 납세의무자를 불리하게 차별하거나 우대하는 것은 허용되지 않는 바, 지방세법 제120조의 '신고납부' 의무는 취득사실을 신고할 의무와 취득

세액을 납부할 의무라는 두 가지 의무를 가리키는 것인데도 불구하고, 두 가지 의무 중 하나만을 불이행한 자나 두 가지 의무 모두를 불이행한 자를 구별하지 아니하고 똑같이 산출세액의 100분의 20을 가산세로 납부하도록 규정하고 있고, 또한 자진납부의무를 불이행한 자들 사이에서도 그 미납기간의 장단을 전혀 고려하지 않고 똑같이 취급하고 있는 것은 헌법상의 평등의 원칙에 어긋난다. 또한 소득세 등 국세의 경우에 신고의무불이행과 납부의무불이행에 대하여 별개로 구분하여 대응하고 있는데, 취득세도 똑같은 국민이 부담하는 조세라는 측면에서 볼 때에 구분하여 대응하지 아니할 합리적 이유가 없는 상황에서 취득세 납세의무자를 소득세 등 국세의 납세의무자에 비하여 차별하는 것은 합리적인 이유 없이 같은 것을 서로 다르게 취급하여 헌법상의 평등의 원칙에 위반한다.

2. 헌법에 위반된다고 판단하는 이 사건 법률조항에 대하여는 원칙적으로 위헌의 결정을 하여야 할 것이나, 단순위헌을 선고하여 이 조항의 효력을 상실시킬 경우에는 지방자치단체에서 취득세의 가산세를 부과할 수 없게 되는 등 법적 공백이 생겨 지방세 수입을 감소시키는 등 지방자치단체의 재정에 상당한 영향을 주게 되고, 이미 가산세를 납부한 사람과 그렇지 아니한 사람 사이에 형평의 문제를 일으켜 법적 혼란과 형평의 문제가 발생할 수 있고, 이 사건 법률조항의 위헌성을 합헌적으로 조정하는 임무는 원칙적으로 입법자의 형성재량에 속하는 사항이라는 점을 고려하며 헌법불합치결정을 선고하되 이 법률조항을 국회가 개정할 때까지 법원, 지방자치단체에 이 사건 법률조항의 적용을 중지하도록 하는 것이 상당하다고 인정된다.

【심판대상조문】

지방세법(1994. 12. 22. 법률 제4794호로 개정된 것) 제121조(부족세액의 추정 및 가산세) ① 취득세납세의무자가 제120조의 규정에 의한 신고납부를 하지 아니하거나 신고납부세액이 제111조 및 제112조의 규정에 의한 산출세액에 미달한 때에는 제111조 및 제112조의 규정에 의하여 산출한 세액 또는 그 부족세액에 100분의 20을 가산한 금액을 세액으로 하여 보통징수의 방법에 의하여 징수한다.

② 생략

【참조조문】

지방세법 제111조(과세표준) ① 취득세의 과세표준은 취득당시의 가액으로 한다. 다만, 연부로 취득하는 경우에는 연부금액으로 한다.

② 제1항의 규정에 의한 취득당시의 가액은 취득자가 신고한 가액에 의한다. 다만, 신고 또는 신고가액의 표시가 없거나 그 신고가액이 다음 각호에 정하는 시가표준액에 미달하는 때에는 그 시가표준액에 의한다.

1. 토지에 대한 시가표준액은 지가공시및토지등의평가에관한법률에 의한 개별공시지가(개별공시지가가 없는 토지의 경우에는 시장·군수가 동법 제10조의 규정에 의하여 건설교통부장관이 제공한 토지가격비준표를 사용하여 산정한 지가를 말한다)에 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 지방자치단체의 장이 결정고시한 과세표준액 적용 비율을 곱하여 산정한 가액
2. 토지 외의 과세대상에 대한 시가표준액은 대통령령이 정하는 가액

③ 건축물을 증축한 경우 또는 건축물의 개축과 대통령령이 정하는 선박·거량 및 기계장비의 종류변경 또는 토지의 지목을 사실상 변경한 경우에는 그 증축에 소요되는 금액 또는 개축과 종류변경이나 지목변경으로 인하여 증가한 가액을 각각 과세표준으로 한다. 이 경우에 있어서 제2항의 신고 또는 신고가액의 표시가 없거나 신고가액이 부당하다고 인정되는 때에는 대통령령으로 정하는 바에 의한다.

④ 제105조 제6항의 규정에 의하여 과점주주가 취득한 것으로 보는 당해 법인의 부동산·거량·기계장비·입목·항공기·선박·광업권·어업권·골프회원권·콘도미니엄회원권 또는 종합체육시설이용회원권에 대한 과세표준은 그 부동산·차량·기계장비·입목·항공기·선박·광업권·어업권·골프회원권·콘도미니엄회원권 또는 종합체육시설이용회원권의 총가액을 그 법인의 주식 또는 출자의 총수모써 제한 가액에 과점주주가 취득한 주식 또는 출자의 수를 승한 금액을 과세표준액으로 한다. 이 경우에 과점주주는 조례의 정하는 바에 의하여 과세표준액 및 기타 필요한 사항을 신고하여야 한다. 다만, 신고 또는 신고가액의 표시가 없거나 신고가액이 부당하다고 인정되는 때에는 시장·군수가 당해 법인의 결산서 기타 장부등에 의한 취득세 과세대상자산총액을 기초로 전단의 계산방법에 의하여 산출한 금액을 과세표준액으로 한다.

⑤ 다음에 계기하는 취득(증여·기부 기타 무상취득을 제외한다)에 대하여는 제2항 단서 및 제3항의 규정에 불구하고 사실상의 취득가격 또는 연부금액에 의한다.

1. 국가·지방자치단체 및 지방자치단체조합으로부터의 취득
2. 외국으로부터의 수입에 의한 취득
3. 판결문·법인장부중 대통령령이 정하는 것에 의하여 취득가격이 입증되는 취득
4. 공매방법에 의한 취득

⑥ 삭제

⑦ 제1항 내지 제5항의 규정에 의한 취득세의 과세표준이 되는 가액, 가격 또는 연부금액의 범위 및 그 적용과 취득시기에 관하여는 대통령령으로 정한다.

지방세법 제112조(세율) ① 취득세의 표준세율은 취득물건의 가액 또는 연부금액의

1,000분의 20으로 한다.

② 대통령령으로 정하는 별장·골프장·고급주택·고급오락장·법인의 비업무용토지·고급선박을 취득한 경우의 취득세율은 제1항의 세율의 100분의 750으로 한다. 별장등을 구분하여 그 일부를 취득하는 경우에도 또한 같다.

③ 대통령령이 정하는 대도시내에서 공장을 신설 또는 증설하기 위하여 사업용 과세물건을 취득할 경우와 수도권정비계획법 제6조의 규정에 의한 과밀억제권역안에서 대통령령이 정하는 본점 또는 주사무소의 사업용 부동산을 취득할 경우의 취득세율은 제1항의 세율의 100분의 500으로 한다.

④ 제3항의 규정에 의한 공장의 범위와 적용기준은 내무부령으로 정한다.

⑤ 제196조의5 제1항 제1호의 규정에 의한 비영업용인 승용자동차[대통령령이 정하는 경자동차(이하 “경자동차”라 한다)를 제외한다]를 대통령령이 정하는 1가구당 1대를 초과하여 취득하는 경우의 취득세율은 1대를 초과하여 취득하는 자동차마다 제1항의 세율의 100분의 200으로 한다.

⑥ 도지사는 조례가 정하는 바에 의하여 취득세의 세율을 제1항의 표준세율의 100분의 50의 범위 안에서 가감조정할 수 있다.

지방세법 제120조(신고납부) ① 취득세 과세물건을 취득한 자는 그 취득한 날부터 30일(상속으로 인한 경우는 상속개시일부터, 실종으로 인한 경우는 실종선고일부터 각각 6월(납세자가 외국에 주소를 둔 경우에는 각각 9월)이내에 이를 신고함과 동시에 당해신고과세표준액에 제112조의 규정에 의한 세율을 적용하여 산출한 세액(이하 “신고세액”이라 한다)을 신고납부하여야 한다.

② 취득세 과세물건을 취득한 후에 당해 과세물건이 제112조 제2항·제3항 또는 제5항의 규정에 의한 세율의 적용대상이 된 때에는 대통령령이 정하는 날부터 30일 이내에 제112조 제2항 또는 제3항의 규정에 의한 세율을 적용하여 산출한 세액에서 이미 납부한 세액(가산세를 제외한다)을 공제한 금액을 세액으로 하여 신고납부하여야 한다.

③ 이 법 또는 다른 법령에 의하여 취득세를 부과세·과세면제 또는 경감받은 후에 당해 과세물건이 취득세 부과대상 또는 추정대상이 된 때에는 제1항의 규정에 불구하고 그 사유발생일로부터 30일 이내에 당해 과세표준액에 제112조의 규정에 의한 세율을 적용하여 산출한 세액[경감받은 경우에는 이미 납부한 세액(가산세를 제외한다)을 공제한 세액을 말한다]을 신고납부하여야 한다.

【참조판례】

헌재 2000. 2. 24. 98헌바94, 판례집 12-1, 227

【당 사 자】

청 구 인 최영자

대리인 변호사 김정범

당해사건 서울행정법원 2002구합29937 취득세부과처분취소

【주 문】

지방세법(1994. 12. 22. 법률 제4794호로 개정된 것) 제121조 제1항은 헌법에 합치되지 아니한다.

이 법률조항은 국회가 이를 개정할 때까지 그 적용을 중지한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 2002. 4. 30. 서울시 도봉구 창동 442의 43 대지 및 지상건물을 취득하고 다음 날인 5. 1. 서울특별시 도봉구청장에게 취득세자진신고를 한 뒤 그 납부기한인 2002. 5. 30.을 1일 경과한 5. 31. 취득세 금 4,000,000원, 농특세 금 400,000원 합계 금 4,400,000원을 납부하였다.

도봉구청장은 2002. 7. 10.자로 청구인에게 이 사건 법률조항에 의하여 취득세의 100분의 20에 해당하는 금 800,000원의 가산세를 부과·고지하였다.

(2) 청구인은 도봉구청장을 상대로 취득세부과처분취소소송(서울행정법원 2002구합29937호)을 제기하고 계속법원에 지방세법 제121조 제1항(1994. 12. 22. 법률 제4794호로 개정된 것)에 대한 위헌법률심판제청(2002아1721호)을 하였으나 본안청구와 위헌제청신청이 모두 기각되자 2003. 2. 21. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

심판대상법률은 지방세법(1994. 12. 22. 법률 제4794호로 개정된 것, 이하 “법”이라고 한다) 제121조 제1항이고 그 내용은 다음과 같다.

법 제121조(부족세액의 추징 및 가산세) ① 취득세납세의무자가 제120조의 규정에 의한 신고납부를 하지 아니하거나 신고납부세액이 제111조 및 제112조의 규정에 의한 산출세액에 미달한 때에는 제111조 및 제112조의 규정에 의하여 산출한 세액 또는 그 부족세액에 100분의 20을 가산한 금액을 세액으로 하여 보통징수의 방법에 의하여 징수한다.

② 생략

○ 관련조항

1997. 8. 30. 법률 제5406호로 개정된 지방세법 제120조(신고납부) ① 취득

세 과세물건을 취득한 자는 그 취득한 날부터 30일[상속으로 인한 경우는 상속개시일부, 실종으로 인한 경우는 실종선고일부, 각각 6월(납세자가 외국에 주소를 둔 경우에는 각각 9월)]이내에 이를 신고함과 동시에 당해 신고과세표준액에 제112조의 규정에 의한 세율을 적용하여 산출한 세액(이하 “신고세액”이라 한다)을 신고납부 하여야 한다.

②항 ③항은 생략

같은 법 제111조(과세표준) : 내용기재 생략

같은 법 제112조(세율) : 내용기재 생략

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 지방세법 소정의 취득세자진신고 및 자진납부의 실효성을 거두기 위하여는 성실신고자에게 세액공제를 해 주는 방법이 더 적절하고 불성실자에게 가산세를 부과하는 방법은 타당하지 않다.

(2) 취득사실을 자진신고하였음에도 불구하고 납부기한을 1일만 초과하여도 20%의 가산세를 부과하는 것은 소득세 등 국세의 경우에 연체기간에 비례하여 가산세를 부과하는 것과 비교할 때에 평등의 원칙에 어긋나고, 가산세를 징수하는 공익에 비하여 과도하게 청구인의 재산권을 침해하므로 헌법상의 과잉금지원칙에 위반된다.

나. 서울행정법원의 위헌심판제청 기각이유

지방세법에서의 취득세에 대한 가산세 규정은 취득세 신고납부의 실효성을 확보하기 위한 것으로서 과세권 행사 및 조세채권의 실효성 확보의 측면에서 그 목적의 정당성이 있으며, 국가가 과세권을 행사함에 있어서 납세의무불이행에 대하여 어떠한 제재를 가하여 이행을 확보할 것인가는 입법자에게 광범위한 재량이 인정된다고 할 것이다. 지방세법이 성실신고납부자에게 세액을 공제해 주는 방법 대신에 불성실신고납부자에게 가산세를 부과하는 방법을 채택하고 있더라도 세액공제방법이 가산세를 부과하는 방법보다 반드시 더 적절하다고 단정할 수 없다. 나아가 취득세납부기한의 경과일수에 관계 없이 일률적으로 20%의 가산세를 적용하도록 한 것 또한 입법자의 재량에 속한 것으로 피해최소성의 원칙에 위배된다고 볼 수 없으며, 가산세의 부과요건, 가산세율 등에 비추어 볼 때 과세권의 실효성 확보라는 공익과 비교하여 납세자의 재산권 침해가 지나치게 커서 법익의 균형을 잃었다고 보이지 않으므로 헌법상의 과잉금지원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

다. 행정자치부장관의 의견 : 별지와 같다.

라. 도봉구청장의 의견 : 별지와 같다.

3. 판 단

가. 심판대상 법률조항의 의의와 연혁

(1) 의 의

조세법은 조세행정의 편의와 징세비용의 절감 및 세수의 용이한 적기(適期)확보를 실현하기 위하여 납세자에게 본래적 의미의 납세의무 이외에 과세표준 신고의무, 성실납부의무, 원천징수의무, 과세자료 제출의무 등 여러 가지 협력의무를 부과하면서 동시에 이러한 협력의무의 위반을 방지하고 그 위반의 결과를 시정하기 위한 제도적 장치를 함께 마련하고 있는데 그중 하나는 성실한 의무이행에 대하여 세제상 혜택을 부여하는 것이고 다른 하나는 의무불이행에 대하여 제재를 가하는 것이다. 전자의 예로서는 자산양도차익 예정신고납부세액공제, 상속세 및 증여세신고세액공제 등이 있고, 후자의 예로는 세금의 형태로 제재를 가하는 각종 가산세제도가 있는데 현행 조세법에서는 가산세제도가 일반적이고 이 사건에서 문제된 취득세의 가산세는 후자에 속한다.

그러므로 취득세의 신고납부의무는 위에서 본 납세자의 협력의무의 하나인 성실납부의무에 해당하는 것이고, 법 제121조의 가산세는 이러한 성실신고납부의무의 실효성을 확보하기 위한 행정적 제재의 성질을 갖는다(대법원 2002. 11. 13, 2001두1918 등 다수).

취득세의 가산세는 성질상 행정적 제재에 속하는 것이지만 그 형식은 조세로 되어 있다. 즉, 국세기본법 제47조 제1항은 “정부는 세법에 규정하는 의무를 위반한 자에 대하여는 세법이 정하는 바에 의하여 가산세를 부과할 수 있다”고 규정하고 있고 제2항 본문에는 “가산세는 당해 세법이 정하는 국세의 세목으로 한다.”고 규정하여 가산세가 조세의 한 종목으로서 과징되는 것임을 밝히고 있고, 법 제82조는 지방세의 부과와 징수에 관하여 국세기본법과 국세징수법을 준용한다고 규정하고 있으며, 법 제1조 제1항 제13의 2호에 “가산세”를 국세기본법 제2조 제4호와 같은 내용으로 정의하고 있다. 그러므로 부과처분에 의한 본세의 납부기한을 도과하는 경우에 고지세액에 가산하여 징수하는 금액인 가산금과 달리 취득세의 가산세는 지방세법의 체계상으로는 조세의 한 종목으로 구성되어 있는 것이다.

(2) 연 혁

(가) 취득세

취득세는 부동산 등의 과세물건의 취득에 대하여 부과하는 조세로서 과세물건을 기준으로 한 조세의 분류 중 권리의 취득·변경 또는 재화의 이전 등의 사실에 착안하여 납세자의 담세력을 간접적으로 추정하여 과세하는 유통세에 속하는 지방세중의 도세(道稅)에 속한다.

취득세가 지방세로서 부과되게 된 것은 1909년(융희 3년) 10월부터이다. 그 후 여러 차례의 개정이 있었으며 1961년 지방세제개혁시(1961. 12. 8. 법률 제 827호)에 지방세의 체계를 도세(道稅)와 시군세(市郡稅)로 하고, 도독립세(道獨立稅)인 취득세에 시군세(市郡稅)로서 취득세부가세를 과세하게 되었다. 그 후 취득세는 1976년 개정시(1976. 12. 31. 법률 제2945호)에 시군세 부가세로서의 취득세는 폐지되고 도독립세로만 존치되어 현재까지 시행되고 있다.

(나) 취득세의 가산세

취득세는 과세물건의 취득을 과세요건으로 하고 있으므로 납세의무자가 과세물건의 취득사실을 스스로 과세관청에 신고하여 납부하지 않으면 과세관청에서 취득사실을 정확히 포착하여 과세하기가 어려우므로 1961. 12. 8. 지방세법 개정시에 납세의무자가 취득세를 자진신고납부하는 경우에 그 세액의 15%에 상당하는 금액을 세액공제하는 방법으로 신고납부를 독려하였으며(당시 지방세법 제121조 제1항, 당시 지방세법에서의 취득세는 부과납부방식을 원칙으로 하되 납세자가 임의로 신고납세방식으로도 납세의무를 이행할 수가 있었다), 그 후 1966. 8. 3. 법률 제1803호에 의하여 위 공제세액을 10%로 축소하였다.

1973. 3. 12. 법률 제2593호로 지방세법이 개정될 때 취득세과세가 원칙적으로 부과과세방식으로부터 신고납세방식으로 바뀌면서(지방세법 제120조) 신고납부의 독려방법으로 종전의 세액공제방법에서 신고납부를 하지 않는 경우에 10%의 가산세를 부과하는 것으로 바뀌었으며(지방세법 제121조), 1979. 12. 28. 법률 제3174호로 개정시에 가산세율이 20%로 조정되어 현재에 이르고 있다.

나. 심판대상 법률의 위헌 여부

(1) 비례의 원칙 위반

청구인은 법정의 납부기한을 하루 도과한 사람인데 이러한 청구인처럼 미납일수가 아주 단기간인 사람과 그것이 아주 장기간인 사람에게 법 제121조 제1항은 똑같은 비율에 의한 가산세를 물리고 있는데 이것은 헌법상의 평등

의 원칙은 물론 비례의 원칙에도 어긋난다.

우선 비례의 원칙 위반에 대하여 보고 평등의 원칙 위반에 대하여는 뒤의 (2)에서 함께 본다.

앞에서 이미 언급한 것처럼 취득세의 가산세는 지방세법상의 납세의무자에게 부여된 협력의무위반에 대한 책임을 묻는 행정적 제재를 조세의 형태로 구성한 것이다. 그러므로 가산세는 오직 형식에 있어서만 조세일 뿐이고 본질에 있어서는 본세의 징수를 확보하기 위한 수단이다. 본세가 원칙적으로 납세의무자의 담세력을 바탕으로 하여 그 부담이 결정되어야 하는데 반하여 가산세의 부담은 세법상의 의무위반의 내용과 정도에 따라 달리 결정되어야 한다. 납세자의 자력은 고려의 대상이 되지 않는다.¹⁾

원래 의무위반에 대한 책임의 추궁에 있어서는 의무위반의 정도와 부과되는 제재 사이에 있어서 적절한 비례관계가 유지되어야 하고 그렇지 못한 경우에는 기본권에 대한 과도한 제한이 되어 위헌이 된다. 조세의 형식으로 부과되는 금전적 제재의 크기는 세율에 의하는 것과 마찬가지로 일정한 비율에 의하여 산출되어야 할 것인데 이 때의 비율은, 제재라는 것의 본질상, 의무위반의 정도에 비례하는 결과를 이끌어 내는 그러한 비율로 규정되어야 합리성을 갖는 것이고(예컨대, 미납일수×일정한 비율 등) 그러한 합리성을 현저히 결할 경우에는 비례의 원칙에 어긋나서 재산권에 대한 침해가 되기 때문이다.

취득세의 자진납부의무의 불이행이라는 상황은 법정기한을 도과한 시점에서부터 시작되고, 과세당국이 취득세과세의 원인사실을 발견 또는 확인하여 취득세부과처분을 하고 이를 고지하는 시점에서 종결되는바 그 기간은 이 사건에서 보는 것처럼 하루에 불과할 수도 있지만 때로는 상당한 장기간이 될 수도 있으므로 자진납부의무의 위반정도는 미납기간의 장단과 미납세액의 다과라는 두가지 요소에 의하여 결정된다고 할 것이다. 그러므로 이러한 두가지 결정요소를 반영하여(예컨대, 무납부세액×미납일수×3/10,000, 소득세법 제 81조 제4항 및 동 시행령 제146조의2 참조) 가산세를 산출하여야 함에도 불구하고 법 제121조 제1항이 산출세액의 100분의 20을 가산세로 획일규정한 것은 의무위반의 정도를 결정하는 두 가지 요소 중 미납세액만을 고려하고 또 하나의 요소인 미납기간의 장단은 전혀 고려하지 아니한 것이므로 이는 현저히 합리성을 결하여 헌법상의 비례의 원칙에 어긋난다고 하지 않을 수 없다.

1) 이태로, 「조세법개론」(서울, 조세통람사, 1995), 제8판, 제87면.

(2) 조세평등주의의 위반

헌법 제11조 제1항은 모든 국민은 법 앞에 평등하고 누구든지 합리적 이유 없이는 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다는 평등의 원칙을 선언하고 있고, 이와 같은 평등의 원칙이 세법영역에서 구현된 것이 조세평등주의로서 조세의 부과와 징수에 있어서 합리적인 이유 없이 특정의 납세의무자를 불리하게 차별하거나 우대하는 것은 헌법상 허용되지 아니한다(헌재 2000. 2. 24. 98헌바94등, 판례집 12-1, 188, 227 등 참조).

(가) 가산세는 “납세자가 정당한 이유 없이 법에 규정된 신고, 납부의무 등을 위반한 경우에 법이 정하는 바에 의하여 부과하는 행정상의 제재”(대법원 2002. 11. 13. 2001두1918)이긴 하지만 가산세도 “당해 세법이 정하는 지방세의 세목으로 되는 세금의 하나”(지방세법 제82조, 국세기본법 제47조 제2항)이므로 합리적인 이유 없이 특정의 납세의무자를 불리하게 차별하거나 우대하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이다.

(나) 법 제120조의 ‘신고납부의무’라는 것은 취득세 과세물건의 취득자에게 취득사실을 신고할 의무와 취득세액을 납부할 의무라는 두가지 의무를 가리키는 것인데 법 제121조 제1항은 이러한 두가지의 의무 중 하나만을 불이행한 사람이거나 두가지 의무 모두를 불이행한 사람이거나를 구별하지 아니하고 똑같이 산출세액의 100분의 20을 가산세로 납부하도록 규정한다. 또한 자진납부의무를 불이행한 사람들 사이에서도 그 미납기간의 장단을 전혀 고려하지 않고 이들을 똑같이 취급하고 있다.

(다) 이것은 성실협력의무를 불이행한 정도가 완전히 또는 상당히 다를 수 있는 두 사람을 오히려 언제나 똑같이 취급하는 것인데 이와 같이 “서로 다른 것을 같게 취급하여야 할” 무슨 합리적인 이유를 찾아보기 어렵다. 이러한 취급은 사무처리상의 편의를 조세당국에 제공할 것이지만 구별취급에 따르는 사무처리상의 불편의 정도라는 것이 이 경우에는 성질상 그렇게 클 수가 없는 것임에 비추어 이러한 사정은 “서로 다른 것을 다르게 취급할 것”을 명하는 헌법상의 평등의 원칙을 지키지 않아도 좋을 합리적인 사유가 되지 못한다.

만일 신고의무와 납부의무가 그 불이행을 하나로 묶어 일회적으로 취급하여도 좋을 만큼 그 성질이 동일한 것이라고 한다면 법 제121조의 일회적 처리는 나름대로 합리성을 가질 소지가 없지 않을 것이다. 그러나 그 성질을 동일한 것이라고는 볼 수 없다.

왜냐하면 과세표준과 세액의 신고의무는 납세의무자가 과세요건사실을 과세당국에 신고하여 스스로 자기가 부담할 조세채무를 확정하도록 하여 납세자의 권리를 보호하려는 것과 함께, 납세의무 확정을 위하여 투입될 국가나 지방자치단체의 행정력을 절감하려는 데에 그 목적이 있음에 반하여 세액의 자진납부의무는 납세자에게 스스로 확정된 조세채무를 법정기한내에 이행하도록 하여 국가나 지방자치단체의 재원을 적기에 확보하려는 데에 그 목적이 있어 그 의무부여의 취지가 다르고 따라서 그 의무불이행이 국가 등의 과세권 행사에 미치는 영향에도 차이가 있기 때문이다. 다음에 보는 바와 같이 소득세나 법인세와 같은 국세의 경우에 신고의무와 납부의무의 불이행을 별개로 취급하여 별도로 가산세를 부과하는 일방 가산세의 산출방법도 신고의무 불이행의 경우에는 무신고세액의 일정비율 상당액으로 하고, 납부의무의 불이행에 대하여는 무납부세액의 일정비율 상당액에 미납일수를 곱하여 산출하도록 하여 그 방법을 달리하는 것도 두가지 의무의 성질상의 차이에 상응하는 조치인 것이다. 따라서 이 점에서도 신고의무와 납부의무 모두를 불이행한 사람과 신고의무는 이행하고 납부의무만을 불이행한 사람을 똑같이 취급하는 것은 합리적인 이유가 없는 일이다.

또한 금전납부의무의 불이행에 대한 책임의 추궁에 있어서는, 그것이 조세채무이든 민사채무이든 가릴 것 없이, 불이행기간에 비례하여 책임의 정도를 결정하는 것이 법의 일반원리라고 할 것인데, 취득세의 가산세라고 하는 금전납부의무의 불이행책임을 묻는 경우에는 특히 이러한 법의 일반원리가 배제되어야 할 아무런 합리적인 사정도 존재하지 않는다. 그러므로 의무불이행기간의 장단을 고려하지 않고 동일하게 취급하는 것은 평등의 원칙에도 어긋난다.

(라) 또한 이것은 소득세나 법인세 등 국세의 경우에 신고의무불이행과 납부의무불이행에 대하여 별개로 가산세를 부과하고 있는 것과 차이가 난다. 그런데 국세의 경우에는 두가지 협력의무의 불이행에 대하여 별개로 구분하여 대응하여야 하고 지방세의 경우에는 별개로 구분할 필요 없이 하나로 대응하여도 좋은, 또는 하나로 대응하여야만 할, 무슨 합리적인 사정이 있다고 볼 수 없다. 소득세나 법인세 같은 국세와 취득세 같은 지방세는 똑같은 국민이 부담하는 조세라는 측면에서 본질적인 차이가 없는 것이므로 취득세의 납세의무자를 소득세나 법인세 등의 납세의무자에 비하여 이렇게 차별을 하는 것은 합리적인 이유 없이 같은 것을 서로 다르게 취급하여 헌법상의 평등의 원칙

을 위반하는 것이다.

(마) 또한 소득세·법인세 등 국세에서는 과세표준과 세액의 신고의무위반과 납부의무위반에 대하여 별도로 가산세를 구분하여 부과하면서 법정기한까지 과세표준과 세액을 신고하지 않거나 미달하게 신고한 자에 대하여는 신고하지 않거나 미달하여 신고한 세액에 대하여 일정률(소득세의 경우 20%)에 의하여 가산세를 부과하고, 법정기한까지 납부할 세액을 납부하지 않거나 미달하여 납부한 납세자에 대하여는 법정기한 다음 날부터 고지일까지의 미납일수에 비례하여 가산세를 부과하도록 규정하고 있다. 이에 반하여 취득세의 자진납부의무위반에 대한 가산세는 산출세액의 20%로 획일화되어 있어 미납기간의 장단을 전혀 고려하지 않고 있다. 가산세부과에 있어서 취득세의 미납자를 소득세 등의 미납자에 비하여 이렇게 차별하여 취급할 합리적인 이유를 찾아보기 어렵다. 이 점에서 법 제121조 제1항은 평등의 원칙에 어긋난다.

(3) 소 결

위에서 본 바와 같이 법 제121조 제1항은 헌법상의 비례의 원칙과 평등의 원칙에 어긋나서 위헌이라고 할 것이다.

4. 주문의 형식과 결론

법 제121조 제1항이 위헌이라는 점에 대하여는 관여 재판관들의 의견이 일치되지만 이 조항에 대하여 단순위헌의 선고를 할 것인지 또는 헌법불합치를 선고할 것인지에 대하여는 재판관들의 의견이 일치되지 아니한다.

재판관 하경철, 김영일, 송인준, 주선희 네분은, 만일 단순위헌을 선고하여 이 조항의 효력을 상실시킬 경우에는 취득세의 가산세를 부과할 수 없게 되는 법적 공백이 생겨 지방세 수입을 감소시키는 등 지방자치단체의 재정에 상당한 영향을 주게 되고, 이미 가산세를 납부한 사람과 그렇지 아니한 사람 사이에 형평의 문제를 일으켜 법적 혼란을 야기하며, 이 조항의 위헌성은 국회가 선택가능한 다양한 입법수단 중에서 재량으로 결정하여 제거하는 것이 바람직하므로 헌법불합치를 선고하여야 한다는 의견이다.

한편 재판관 윤영철, 권 성, 김효종, 김경일, 전효숙 다섯분은, 이 사건에서 비록 단순위헌을 선고한다 하더라도 단순위헌의 선고에 통상 수반되는 정도의 법적 혼란과 공백을 훨씬 넘는 보다 큰 혼란과 공백이 야기된다고는 볼 수 없으므로, 헌법불합치를 선고하지 않으면 안될 사정이 있다고 할 수 없고, 단순위헌을 선고한다고 하여 이 조항의 경우에 국회의 입법재량이 제한되는 것도 아니므로 단순위헌을 선고함이 마땅하다는 의견이다.

그렇다면 헌법불합치주문에는 단순위헌의 주문이 성질상 포섭되지 아니하는 데다가 이 사건에서는 단순위헌의 의견에 헌법불합치의견을 가산하여야 비로소 위헌정족수를 충족하게 되므로, 법 제121조 제1항에 대한 헌법불합치를 선고하기로 하여 주문과 같이 결정하고, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 국회에서 이 조항이 개정될 때까지 이 조항의 적용중지를 명하기로 한다.

이 결정에 대하여는 다음 5.와 같은 재판관 김영일의 법정의견에 관한 보충의견이 있다.

5. 재판관 김영일의 법정의견에 관한 보충의견

나는 이 사건 조항에 위헌적인 요소가 개재되어 있다고 하더라도 그 전부가 위헌이라고는 볼 수 없어, 헌법불합치결정의 주문만이 가능하므로 이에 보충의견을 밝히는 바이다.

청구인은 “지방세법 제121조(부족세액의 추징 및 가산세) ① 취득세납세의 무자가 제120조의 규정에 의한 신고납부를 하지 아니하거나 신고납부세액이 제111조 및 제112조의 규정에 의한 산출세액에 미달한 때에는 제111조 및 제112조의 규정에 의하여 산출한 세액 또는 그 부족세액에 100분의 20을 가산한 금액을 세액으로 하여 보통징수의 방법에 의하여 징수한다.”라는 규정의 위헌여부를 묻고 있다.

이는 청구인이 당해 취득세납부기한인 2002. 5. 30.을 1일 경과한 2002. 5. 31. 취득세를 납부하자 도봉구청장이 위 법률조항에 근거하여 취득세의 100분의 20에 해당하는 금액의 가산세를 부과하였던 데 기인하는 것이다.

100분의 20에 해당하는 금액을 가산세로 지급하도록 한 위 법률조항은 그것이 위헌이나 헌법불합치나 하는 것을 검토하여 보기로 한다.

헌법불합치는 통상 어떤 법률조항이 그 내용상 일부가 헌법에 위반되는 경우이기기는 하나, 그 위반되는 부분을 명확히 구분해내기가 마땅치 아니한 경우(본질상 불가피한 경우)와 위헌법률의 효력상 잠정조치를 취하는 것이 좋겠다는 경우에 위헌인 법률조항을 헌법불합치로 짐짓 하는 경우(필요에 의한 경우)로 대별하여 볼 수 있겠다.

100분의 20을 가산세로 부과하는 경우에 그것이 정확히 법률조항을 위반한 정도가 어느 정도이어야 할 것이라는 점을 표현할 수는 없겠으나, 어쨌든 그 위반의 정도가 상당히 무거워 100분의 20의 가산세를 부과하는 것이 합당한 경우도 있을 수 있다는 점에서 이 법률조항은 본질상 전부 위헌은 될 수가 없

는 것이고, 그런 점에서 위헌의 주문은 불가능하고 헌법불합치의 주문을 낼 수밖에 없는 것이다.

위헌인 것을 헌법불합치로 잠정조치하는 경우는 있을 수 있겠으나, 본질상 헌법불합치인 경우를 위헌으로 결정할 수는 없기 때문이다.

이에 나는 법정의견에 대한 보충의견을 밝힌다.

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

[별 지]

다. 행정자치부장관의 의견

취득세 신고납부제도와 가산세제도의 입법취지는 취득세가 과세대상의 소유권이 이동하는 유통과정에 담세력이 노출되는 자에게 과세하는 세금의 성격으로 거래당사자 이외에는 취득사실을 파악하는 것이 매우 어려움을 감안하여 납세의무자에게 자진신고납부의무를 부여하고 이를 이행토록 하기 위하여 자진신고납부 불이행자에게 본세의 100분의 20을 가산세로 부과함으로써 성실납세와 공평과세를 달성하려는 데에 있다. 취득세에서 납세협력의무를 신고의무와 납부의무로 구분하지 않고 취득일로부터 30일 내에 신고와 동시에 납부하도록 한 것은 취득세는 국세인 소득세 등과 달리 결산 등 복잡한 계산절차 없이 과세표준인 취득가액을 취득 즉시 파악할 수 있어서 구분하여 운영할 필요성이 없으며, 납부의무를 별도로 분리하여 지연이자적 성격의 가산세를 적용할 경우에 납세자별로 취득시기가 달라 세정 운영에 많은 어려움이 예상되기 때문이다. 신고의무와 납부의무를 통합하여 적용하면서 20%의 가산세로 부과하는 것은 국세나 외국 입법례에 비추어 높은 수준이 아니며 또한 이 가산세 법률조항에 의하여 보호되는 공익과 제한되는 기본권사이에 현저한 불균형이 있다고도 볼 수 없으므로 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다. 그리고 취득세에 대한 성실납세를 유도하기 위한 정책수단으로 세액공제, 가산세 등 어떤 방법을 선택하느냐 하는 것은 국민의 납세의식수준이나 납세환경변화에 따라 국회에서 입법정책적으로 결정하여야 할 것이며 1973년부터 현행 가산세제도가 별다른 문제 없이 시행되고 있는 점 등에 비추어 적용방

법 등에 문제가 있다고 할 수 없다. 또한 가산세는 지연이자적 성격의 가산금과는 달리 협력의무 불이행자에게 과세하는 행정상의 제재이므로 입법목적의 중대성에 비추어 볼 때에 가산세율 20%는 법익의 균형성 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

라. 도봉구청장의 의견

가산세는 세법에서 규정한 각종 납세협력의무를 제대로 이행하도록 하기 위하여 부과하는 행정상의 제재로서 공평과세와 징세비용의 절감을 위한 불가피한 제도로서, 취득세의 성실신고 유도를 위하여 성실신고납부자에게 세액을 공제하여 주는 방법이 불성실신고자에게 가산세를 부과하는 방법보다 더 적절하다고 단정할 수 없으므로 어떤 방법을 통해 협력의무를 확보할 것 인지는 입법자에게 부여된 광범위한 형성재량으로 인정된다고 할 것이며 취득세의 납부불성실가산세를 납부기한의 경과일수에 관계 없이 일률적으로 취득세액의 20%를 적용하도록 하는 것도 역시 입법자의 광범위한 형성재량에 속한다고 할 수 있는 것이다. 그리고 취득세는 취득가액의 2%를 부과하므로 취득세에 대하여 20%의 가산세를 부과하여도 취득가액의 0.4%에 불과하므로 재산권을 침해하는 정도가 지나치게 커서 피해최소의 원칙에 위반된다는 청구인의 주장은 타당하지 않다.

공익법무관에 관한 법률 제20조 제1항 등 위헌소원

(2003. 9. 25. 2003헌바21 전원재판부)

【판시사항】

1. 법원에 위헌제청신청을 한 바 없는 법률조항에 대한 헌법소원의 적법여부(소극)

2. 공익법무관은 변호사자격등록 없이 변호사로서 법률구조업무 등을 수행할 수 있다고 규정한 공익법무관에 관한 법률 제20조 제1항 및 공익법무관의 변호사보수를 법률구조법인의 회계에 편입시킨다고 규정한 법률구조법 제7조 제2항이 공익법무관이 소송을 대리한 사건에 대한 소송비용액확정결정 재판의 전제가 되는지 여부(소극)

3. 법률구조법인이 의뢰자로부터 대통령령이 정하는 변호사보수를 받을 수 있도록 규정한 법률구조법 제7조 제1항 단서 중 “변호사보수” 부분이 자력이 부족하여 법률구조를 받고자 하는 자의 재판청구권을 침해하는지 여부 및 포괄위임입법금지의 원칙에 반하는지 여부(소극)

4. 공익법무관을 민사소송법 제109조의 변호사와 동일시하여 그 변호사보수를 패소자의 부담으로 하는 것의 위헌 여부(소극)

【결정요지】

1. 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판은 법률의 위헌여부심판의 제청신청을 하여 그 신청이 기각된 때에만 청구할 수 있는 것인바, 청구인은 상고심절차에 관한 특례법 제4조 제1항에 대한 위헌여부심판의 제청신청을 하지 아니하였고 따라서 법원의 기각결정도 없었으므로 이에 대한 심판청구는 부적법하다.

2. 공익법무관은 변호사자격등록 없이 변호사로서 법률구조업무 등을 수행할 수 있다고 규정한 공익법무관에 관한 법률 제20조 제1항 및 공익법무관의 변호사보수를 법률구조법인의 회계에 편입시킨다고 규정한 법률구조법 제7조 제2항은 그 위헌여부에 따라 공익법무관이 소송을 대리한 사건에 대한 소송비용액확정결정 재판의 주문이 달라

지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라진다고 할 수 없어 재판의 전제성이 인정되지 않는다.

3. 법률구조법인이 법률구조업무를 수행함에 있어 법률구조대상자에 대하여 무료로 법률서비스를 할 것인지 아니면 법률구조를 위하여 지출한 비용을 청구할 수 있도록 할 것인지, 비용을 청구할 수 있다면 그 범위는 어느 정도로 할 것인지 등은 법률구조제도의 효율적인 운영 및 양질의 법률서비스의 제공이 가능하도록 입법자가 법률로 정할 성질의 것인바, 법률구조법인으로 하여금 의뢰자로부터 일정 범위의 변호사보수를 받을 수 있도록 한 것은 법률구조업무의 내실을 기하고 실질적으로 법률구조가 필요한 자를 충실하게 보호하여 법률복지의 실현에 이바지함과 동시에 법률구조제도를 이용한 남소를 방지하여 사법제도의 적정하고 합리적인 운영을 도모하고자 하는데 그 취지가 있는 것으로서, 증가하는 법률구조의 수요에 부응하고 더욱 내실 있는 법률구조를 위해 일정비율의 변호사비용을 의뢰자로부터 받는 것은 불가피하며, 그렇게 함으로써 법률구조대상자를 확대함과 동시에 소송비용을 부담하기가 지극히 곤란한 사람에 대한 비용감면이 가능하게 되고 한편으로는 법률구조를 이용한 부당한 제소 및 방어와 상소를 자제하게 되어 입법목적의 달성에 실효적인 수단일 뿐만 아니라, 위임규정을 통하여 변호사보수를 면제까지 할 수 있는 가능성을 열어둠으로써 구체적인 사정에 따라서는 자력이 부족한 자가 변호사비용의 상환을 염려하여 법률구조제도의 이용을 꺼리게 되지 않도록 변호사보수의 상환범위를 합리적으로 제한하고 있으므로 입법부에 주어진 합리적인 재량의 범위를 일탈하였다고 볼 수 없고, 이 사건 법률조항의 입법목적과 법률구조의 취지, 공익법무관제도의 시행 목적 등에 비추어 볼 때 포괄위임입법을 금지하는 헌법 제75조에 위배된다고도 볼 수 없다.

4. 공익법무관도 변호사의 자격을 갖춘 자임에 비추어 공익법무관이 소송을 대리한 경우 변호사자격등록을 한 변호사가 소송을 대리한 경우와 마찬가지로 일정 범위의 변호사보수를 받을 수 있도록 한 것이 평등권 또는 공익법무관을 법률구조업무에 종사하게 하도록 한 취지에 반한다거나 청구인의 재산권을 침해한다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

공익법무관에관한법률(1994. 12. 31. 법률 제4836호로 제정된 것) 제20조(등록등) ① 공익법무관은 변호사법 제7조의 규정에도 불구하고 변호사자격등록을 하지 아니하고 변호사로서 이 법이 정한 업무를 수행할 수 있다.

② 생략

법률구조법(1994. 12. 31. 법률 제4837호로 개정된 것) 제7조(수수료등의 징수금지) ① 법률구조법인 기타 공익법무관이 근무하거나 근무한 법인 및 그 법인에서 법률구조업무를 담당하거나 담당하였던 자는 법률구조를 이유로 수수료 기타 어떠한 명목으로도 금품을 받아서는 아니된다. 다만, 대통령령이 정하는 소송비용, 변호사보수등에 대하여는 그러하지 아니하다.

② 생략

법률구조법(2001. 12. 31. 법률 제6590호로 개정된 것) 제7조(수수료등의 징수금지) ① 생략

② 제1항 단서의 규정에 의하여 받은 공익법무관의 변호사보수등에 대하여는 공익법무관이 근무하거나 근무한 법인의 해당 회계에 편입시킨다.

상고심절차에관한특례법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정된 것) 제4조(심리의 불속행) ① 대법원은 상고이유에 관한 주장이 다음 각호의 1의 사유를 포함하지 아니한다고 인정되는 때에는 더 나아가 심리를 하지 아니하고 판결로 상고를 기각한다.

1. 원심판결이 헌법에 위반하거나 헌법을 부당하게 해석한 때
2. 원심판결이 명령·규칙 또는 처분의 법률위반 여부에 대하여 부당하게 판단한 때
3. 원심판결이 법률·명령·규칙 또는 처분에 대하여 대법원판례와 상반되게 해석한 때
4. 법률·명령·규칙 또는 처분에 대한 해석에 관하여 대법원판례가 없거나 대법원판례를 변경할 필요가 있는 때
5. 제1호 내지 제4호외에 중대한 법령위반에 관한 사항이 있는 때
6. 민사소송법 제424조 제1항 제1호 내지 제5호의 사유가 있는 때

②, ③ 생략

【참조조문】

헌법 제27조 제1항, 제75조

공익법무관에관한법률 제9조(업무범위) 공익법무관은 법률구조업무, 국가소송 등 관련 사무, 기타 법률이 정한 업무 외의 업무에 종사하여서는 아니된다.

민사소송법 제98조(소송비용부담의 원칙) 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다.

민사소송법 제109조(변호사의 보수와 소송비용) ① 소송을 대리한 변호사에게 당사자가 지급하였거나 지급할 보수는 대법원규칙이 정하는 금액의 범위 안에서 소송비용으로 인정한다.

② 제1항의 소송비용을 계산할 때에는 여러 변호사가 소송을 대리하였다더라도 한 변호사

가 대리한 것으로 본다.

법률구조법 제1조(목적) 이 법은 경제적으로 어렵거나 법을 모르기 때문에 법의 보호를 충분히 받지 못하는 자에게 법률구조를 하여줌으로써 기본적 인권을 옹호하고 나아가 법률복지의 증진에 이바지하게 함을 목적으로 한다.

법률구조법 제2조(정의) 이 법에서 “법률구조”라 함은 제1조의 목적을 달성하기 위하여 법률상담, 변호사 또는 공익법무관에관한법률이 정한 공익법무관(이하 “공익법무관”이라 한다)에 의한 소송대리 기타 법률사무에 관한 모든 지원을 하여 주는 것을 말한다.

법률구조법시행령 제2조(수수료등의 징수범위) ① 법률구조법(이하 “법”이라 한다) 제7조 제1항 단서의 규정에 의하여 법률구조법인 기타 공익법무관이 근무하거나 근무한 법인이 법률구조의 의뢰인(이하 “의뢰자”라 한다)으로부터 받을 수 있는 소송비용등은 다음과 같다.

1. 민사소송비용법의 규정에 의하여 법률구조법인 기타 공익법무관이 근무하거나 근무한 법인이 의뢰자를 위하여 지급한 각종 소송비용
 2. 민사소송법 제99조의2의 규정에 의하여 소송비용에 산입되는 범위의 변호사 보수
 3. 제1호 및 제2호외에 법률구조법인 기타 공익법무관이 근무하거나 근무한 법인이 법무부장관의 승인을 얻어 내부규정으로 정한 변호사 보수 및 소송비용
- ② 제1항의 소송비용등은 의뢰자에 대한 구조업무 완료후에 징수한다. 다만, 법률구조법인 기타 공익법무관이 근무하거나 근무한 법인이 법무부장관의 승인을 얻어 내부규정으로 정한 소송비용(변호사 보수를 제외한다)은 구조업무 완료전이라도 이를 징수할 수 있다.

병역법 제2조(정의) ① 이 법에서 사용되는 용어의 정의는 다음과 같다.

1.~11. 생략

11의2. “공익법무관(공익법무관)”이라 함은 변호사의 자격을 가진 사람으로서 공익법무관에관한법률이 정하는 바에 따라 법률구조업무 또는 국가·지방자치단체의 공공목적의 업무수행에 필요한 법률사무에 종사하는 사람을 말한다.

12.~14. 생략

② 생략

병역법 제34조의2(공익법무관의 편입) ① 병무청장은 변호사의 자격이 있는 사람으로서 다음 각호의 1에 해당하는 사람에 대하여 원에 의하여 공익법무관으로 편입할 수 있다. 이 경우 현역병 입영대상자는 보충역에 편입한다.

1. 현역병 입영대상자로서 제58조 제1항 제2호의 규정에 의한 법무분야 현역장교의 병적에의 편입을 지원한 사람 중 그 편입이 되지 아니한 사람
2. 제58조 제2항 제2호의 규정에 의한 법무분야 특수병과사관후보생의 병적에 편입된 사람으로서 법무분야 현역장교의 병적에 편입되지 아니한 사람
3. 변호사의 자격이 있는 사람으로서 제26조 제1항 제1호의 규정에 의한 공익근무요원 소집대상인 보충역인 사람

②~④ 생략

【참조판례】

1. 헌재 1997. 11. 27. 96헌바12, 판례집 9-2, 607
헌재 1999. 12. 23. 99헌가5등, 판례집 11-2, 703
2. 헌재 1996. 8. 29. 93헌바57, 판례집 8-2, 46
3. 4. 헌재 2002. 4. 25. 2001헌바20, 판례집 14-1, 289

【당 사 자】

청 구 인 김혹산

국선대리인 변호사 김용섭

당해사건 대법원 2002마4272 소송비용액확정

【주 문】

1. 이 사건 심판청구 중 상고심절차에관한특례법 제4조 제1항(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정된 것), 공익법무관에관한법률 제20조 제1항(1994. 12. 31. 법률 제4836호로 제정된 것), 법률구조법 제7조 제2항(2001. 12. 31. 법률 제6590호로 개정된 것)에 관한 부분은 이를 각하한다.
2. 법률구조법 제7조 제1항 단서(1994. 12. 31. 법률 제4837호로 개정된 것) 중 “변호사보수” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구의 황시형은 청구인을 상대로 광주지방법원 해남지원에 제3자이의 소송(2000가단659)을 제기함에 있어 대한법률구조공단에 법률구조를 의뢰하여 위 공단에 근무하는 공익법무관이 황시형의 소송대리인으로서 업무를 수행한 결과 원고소송판결을 받았다. 이에 청구인은 광주지방법원에 항소(2000나8898)하였으나 항소심에서도 위 공단에 근무하는 공익법무관이 황시형의 소송대리인으로서 업무를 수행한 결과 항소기각판결이 선고되었고, 청구인이 상고를 제기하지 않아 위 판결이 확정되었다.

(2) 그 후 황시형은 청구인을 피신청인으로 하여 광주지방법원 해남지원에 소송비용액확정 신청(2001카기169)을 하였고, 위 법원은 제1심 및 제2심에서의 변호사 보수비용을 소송비용에 산입되는 것으로 하여 청구인이 상환하여

야 할 소송비용액을 금 983,760원으로 확정하였다. 이에 청구인은 광주지방법원에 즉시항고(2001라399)를 제기하였으나 기각되자 대법원에 재항고(2002마4272) 하면서 그 소송 계속 중 공익법무관이 변호사자격 등록 없이 변호사업무를 수행하도록 하고 그 변호사비용을 상환받을 수 있도록 한 것은 위헌이라고 주장하면서 공익법무관에관한법률 제20조 제1항, 법률구조법 제7조 제1항 단서 및 제2항에 대하여 위헌여부심판의 제청신청(2002카기191)을 하였으나 대법원이 2003. 3. 17. 상고심절차에관한특례법 제4조 제1항 소정의 심리불속행 사유에 해당된다는 이유로 재항고를 기각함과 동시에 위헌제청신청도 기각하자 같은 해 4. 8. 공익법무관에관한법률 제20조 제1항, 법률구조법 제7조 제1항 단서 및 제2항, 그리고 상고심절차에관한특례법 제4조 제1항의 위헌확인을 구하기 위하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 법률구조법 제7조 제1항 단서 전부에 대하여 헌법소원을 청구하였으나, 청구인이 주장하는 것은 변호사자격 등록 없이 변호사업무를 수행하는 공익법무관이 법률구조업무로서 소송대리를 한 경우에도 변호사자격 등록을 한 변호사와 마찬가지로 변호사비용을 상환받을 수 있도록 한 것이 위헌이라는 취지이므로 위 법률조항 중 “변호사보수” 부분에 한정하여 심판의 대상으로 삼는다.

따라서, 이 사건 심판의 대상은 공익법무관에관한법률 제20조 제1항(1994. 12. 31. 법률 제4836호로 제정된 것), 법률구조법 제7조 제1항 단서(1994. 12. 31. 법률 제4837호로 개정된 것) 중 “변호사보수” 부분 및 제2항(2001. 12. 31. 법률 제6590호로 개정된 것), 그리고 상고심절차에관한특례법 제4조 제1항(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정된 것)이 헌법에 위반되는지 여부이며, 그 규정 및 관련 규정의 내용은 다음과 같다.

공익법무관에관한법률 제20조(등록 등) ① 공익법무관은 변호사법 제7조의 규정에도 불구하고 변호사 자격등록을 하지 아니하고 변호사로서 이 법이 정한 업무를 수행할 수 있다.

법률구조법 제7조(수수료등의 징수금지) ① 법률구조법인 기타 공익법무관이 근무하거나 근무한 법인 및 그 법인에서 법률구조업무를 담당하거나 담당하였던 자는 법률구조를 이유로 수수료 기타 어떠한 명목으로도 금품을 받아서는 아니된다. 다만, 대통령령이 정하는 소송비용, 변호사보수등에 대하여는 그러하지 아니하다.

② 제1항 단서의 규정에 의하여 받은 공익법무관의 변호사보수등에 대하여는 공익법무관이 근무하거나 근무한 법인의 해당 회계에 편입시킨다.

법률구조법시행령 제2조(수수료등의 징수범위) ① 법률구조법(이하 “법”이라 한다) 제7조 제1항 단서의 규정에 의하여 법률구조법인 기타 공익법무관이 근무하거나 근무한 법인이 법률구조의 의뢰인(이하 “의뢰자”라 한다)으로부터 받을 수 있는 소송비용등은 다음과 같다.

1. 민사소송비용법의 규정에 의하여 법률구조법인 기타 공익법무관이 근무하거나 근무한 법인이 의뢰자를 위하여 지급한 각종 소송비용
2. 민사소송법 제109조의 규정에 의하여 소송비용에 산입되는 범위의 변호사 보수
3. 제1호 및 제2호 외에 법률구조법인 기타 공익법무관이 근무하거나 근무한 법인이 법무부장관의 승인을 얻어 내부규정으로 정한 변호사 보수 및 소송비용

② 제1항의 소송비용등은 의뢰자에 대한 구조업무 완료후에 징수한다. 다만, 법률구조법인 기타 공익법무관이 근무하거나 근무한 법인이 법무부장관의 승인을 얻어 내부규정으로 정한 소송비용(변호사보수를 제외한다)은 구조업무완료 전이라도 이를 징수할 수 있다.

민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정된 것)

제109조(변호사의 보수와 소송비용) ① 소송을 대리한 변호사에게 당사자가 지급하였거나 지급할 보수는 대법원규칙이 정하는 금액의 범위안에서 소송비용으로 인정한다.

제98조(소송비용부담의 원칙) 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다.

변호사보수의소송비용산입에관한규칙 제3조(산입할 보수의 기준) ① 소송비용에 산입되는 변호사의 보수는 당사자가 보수계약에 의하여 지급한 또는 지급할 보수액의 범위 내에서 각 심급단위로 소송물의 가액에 따라 별표의 기준에 의하여 산정한다.

상고심절차에관한특례법 제4조(심리의 불속행) ① 대법원은 상고이유에 관한 주장이 다음 각호의 1의 사유를 포함하지 아니한다고 인정되는 때에는 더 나아가 심리를 하지 아니하고 판결로 상고를 기각한다.

이하 생략

2. 청구인의 주장 및 법원의 위헌제청신청 기각이유가. 청구인의 주장

(1) 공익법무관은 법무부 소속 전문직 공무원으로서 법률구조법인에 소속 되어 법률구조활동 등에 종사하는 자에 불과하여 그 자체로서 자기완결적인 변호사 신분을 갖는다고는 볼 수 없을 것인데, 이와 같은 공익법무관의 신분적 특성과 경제적으로 어려운 사람에게 법률서비스를 제공한다는 법률구조법의 취지에 비추어 볼 때 공익법무관이 법률구조업무를 수행한 경우 법률구조법인이 의뢰자에게 청구할 수 있는 비용은 인지대와 송달료 등 실제로 지출한 비용에 국한되어야 할 것임에도 불구하고, 공익법무관이 변호사활동을 한다는 명목으로 법률구조법 제7조 제1항 단서와 제2항이 법률구조법인으로 하여금 법률구조의 의뢰자로부터 변호사비용을 받아 이를 공단의 수입으로 할 수 있도록 한 것은 청구인과 같이 공익법무관이 소송대리를 한 사건에서 패소한 상대방 당사자의 재산권과 평등권을 침해하는 것이고, 법률구조법 제7조 제1항 단서는 의뢰자로부터 받을 수 있는 변호사보수의 범위에 관하여 포괄적으로 대통령령에 위임하고 있어 포괄위임입법금지원칙에도 위반된다.

(2) 심리속행사유를 제한하고 있는 상고심절차에관한특례법 제4조 제1항은 법원을 증설하고 법관을 확충하여 민사사건을 신속히 처리하고 충실히 심리할 수 있는 제도적 노력을 기울리 하면서 청구인의 재판받을 수 있는 권리를 과도하게 제한하여 재판청구권을 침해하는 것이다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유

공익법무관에관한법률 제20조 제1항, 법률구조법 제7조 제1항 단서 및 제2항은 헌법 제11조, 제23조에 위배되지 않는다고만 하였을 뿐 별다른 이유를 제시하지 않고 있다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. 상고심절차에관한특례법 제4조 제1항에 대한 위헌확인청구부분

헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판은 법률의 위헌여부심판의 제청신청을 하여 그 신청이 기각된 때에만 청구할 수 있는 것인데(헌재 1997. 11. 27. 96헌바12, 판례집 9-2, 607, 618), 청구인은 상고심절차에 관한특례법 제4조 제1항에 대한 위헌여부심판의 제청신청을 하지 아니하였고 따라서 법원의 기각결정도 없었으므로, 청구인의 이 부분 심판청구는 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판청구의 요건을 갖추지 못하여 부적법하다(헌재 1999. 12. 23. 99헌가5등, 판례집 11-2, 703, 715-716 참조).

나. 공익법무관에관한법률 제20조 제1항, 법률구조법 제7조 제2항에 대한 위헌확인청구부분

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판청구가 적법하기 위해서는 법원에 계속중인 구체적 사건에 적용할 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되어야 하고, 이 경우 재판의 전제가 된다고 하려면 그 법률이 당해 사건의 재판에 적용되는 것이어야 하고, 그 법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 말한다(헌재 1996. 8. 29. 93헌바57, 판례집 8-2, 46, 53-54).

공익법무관에관한법률 제20조 제1항은 공익법무관으로 하여금 변호사자격 등록 없이 변호사로서 법률구조업무 등의 수행을 가능하게 하는 내용으로서 원래 변호사의 자격이 있는 공익법무관(병역법 제2조 제1항 제11의2호, 제34조의2 제1항 참조)에게 변호사자격등록의무만을 면제해주는 규정에 불과할 뿐 그 위헌여부에 따라 당해사건 재판의 결론이 달라진다고거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라진다고 할 수 없다. 또 법률구조법 제7조 제2항은 공익법무관의 변호사보수등을 공익법무관이 근무하거나 근무한 법인의 회계에 편입시킨다는 내용으로서 가사 이와 달리 공익법무관의 변호사보수를 공익법무관 개인에게 귀속시킨다고 하더라도 소송비용액을 확정하는 당해사건의 주문에는 변화가 없을 것이고 그 위헌 여부에 따라 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라진다고도 볼 수 없다.

따라서 위 법률조항들에 대한 심판청구는 재판의 전제성을 갖추지 못하여 모두 부적법하다.

4. 본안에 대한 판단

가. 이 사건의 쟁점

이 사건의 쟁점은 법률구조법인에 근무하는 공익법무관이 소송대리를 한 경우 의뢰자로부터 송달료, 인지대 등 실제 지출한 소송비용 외에 일정비율의 변호사보수를 받을 수 있도록 한 법률구조법 제7조 제1항 단서 중 “변호사보수” 부분(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다. 그런데 청구인은 법률구조의 의뢰자가 아니라 의뢰자가 제기한 소송의 상대방 당사자로서, 청구인이 다투고자 하는 것은 변호사자격등록도 하지 않은 공익법무관이 소송대리를 한 경우 왜 패소자가 공익법무관의 변호사보수까지 상환해야 하는가에 관한 것이다. 따라서 이하에서는 법률구조 의뢰자로부터 대통령령이 정하는 변호사보수를 받을 수 있도록 규정한 이 사건 법률조항이 자력이 부족하여 법률구조를 받고자 하는 자의 법원에의 접근권 즉 재판청구권을 침해하는 것인지에 관하여 먼저 살펴본 후, 청구인이 주장하는 바 변호

사자격등록도 없이 소송대리를 하는 공익법무관을 민사소송법 제109조에서 말하는 변호사와 동일시하여 그 보수를 패소자의 부담으로 하는 것이 정당한지 여부에 관하여 살펴보기로 한다.

나. 이 사건 법률조항의 취지

법률구조제도는 경제적으로 어렵거나 법을 모르기 때문에 법의 보호를 충분히 받지 못하는 자에게 법률상담, 변호사 또는 공익법무관에 의한 소송대리 기타 법률사무에 관한 모든 지원을 하여 줌으로써 기본적인 인권을 옹호하고 나아가 법률복지의 증진에 이바지함을 목적으로 하는 제도이다(법률구조법 제1조, 제2조 참조).

위와 같은 법률구조제도의 취지에 충실하기 위해서는 법률구조법인이 경제적으로 어려운 국민들에 대하여 되도록 무료로 법률서비스를 제공하는 것이 일용 바람직해 보이나, 후원금·지원금 등 자체기금의 충분한 조달을 기대하기 어려운 상황에서 모든 법률구조사건을 무료로 처리해 줄 수는 없다. 또 정부의 보조금에 재원의 많은 부분을 의지하여 운영되는 법률구조가 많을수록 국민의 세 부담이 그만큼 늘어나게 되어 개인이 소송제도를 이용함으로써만 소송제도와 관계를 맺게 되는 민사소송의 본질에서나 국가재정의 견지에서 선뜻 수용하기 어렵다. 또한 법률구조를 의뢰함에 있어 아무런 비용부담이 없을 경우 법률구조제도를 이용하여 불필요하거나 성공가능성이 없는 소송을 제기하는 것을 막을 방법이 없게 될 우려도 있다. 따라서 이 사건 법률조항이 법률구조법인으로 하여금 의뢰자로부터 일정한 범위의 변호사보수를 징수할 수 있도록 한 것은, 의뢰자로부터 받은 변호사보수를 법률구조법인의 재원에 충당하고 이를 다시 법률구조업무에 사용함으로써 내실 있는 법률구조의 제공과 법률구조대상자의 확대를 가능하게 하여 법률복지의 증진에 기여함과 동시에 법률구조제도를 이용하여 불필요하고 성공가능성이 없는 소송을 제기하는 것을 방지하는데 그 취지가 있다.

다. 이 사건 법률조항이 자력이 부족하여 법률구조를 받고자 하는 자의 재판청구권을 침해하는지 여부

(1) 법률구조비용의 징수여부 및 그 범위에 관한 입법형성권과 그 한계

법률구조사업은 인력 및 비용이 많이 드는 사업인 만큼 법률구조사업의 확대와 활성화를 위하여는 재원마련이 뒷받침되지 않고서는 불가능하다. 즉, 법률구조제도가 실효적이기 위해서는 법률서비스에 대한 수요를 충분히 소화시킬 수 있는 상당히 많은 변호사가 필요하게 되고, 변호사가 제공하는 서비스

란 기본적으로 전문적이고 높은 수준의 것이기 때문에 그 보수 또한 고가일 수밖에 없다. 그런만큼 높은 질의 법률서비스를 자력이 부족한 자를 포함하여 모든 시민에게 동등하게 제공한다는 것은 국가의 재정으로 감당할 수 없는 일이다.

따라서, 법률구조법인이 법률구조업무를 수행함에 있어 법률구조대상자에 대하여 무료로 법률서비스를 할 것인지 아니면 법률구조를 위하여 지출한 비용을 청구할 수 있도록 할 것인지, 비용을 청구할 수 있다면 그 범위는 어느 정도로 할 것인지, 특히 법률구조업무가 법률상담에 그치지 아니하고 소송대리까지 나아간 경우 변호사보수를 청구할 수 있게 할 것인지, 그 범위는 어떻게 정할 것인지 등은 국가의 재정규모, 법률구조법인의 운영 및 재정상태, 국민의 권리의식과 경제적·사회적 여건 등을 감안하여 법률구조제도의 효율적인 운영 및 양질의 법률서비스의 제공이 가능하도록 입법자가 법률로 정할 성질의 것이고, 그것이 입법부에 주어진 합리적인 재량의 한계를 일탈하지 아니하는 한 위헌이라고 판단할 것은 아니다.

(2) 입법자의 재량범위 일탈여부

이 사건 법률조항은 법률구조법인으로 하여금 재원조달방법의 일환으로 의뢰자로부터 일정 범위의 변호사보수를 받게 하고 그 받은 비용을 다시 법률구조업무에 사용함으로써 법률구조업무의 내실을 기하고 실질적으로 법률구조가 필요한 자를 충실하게 보호하여 법률복지의 실현에 이바지함과 동시에 법률구조제도를 이용한 남소를 방지하여 사법제도의 적정하고 합리적인 운영을 도모하고자 하는데 그 취지가 있다 할 것이므로 그 입법목적의 정당성을 인정할 수 있다.

법률구조제도의 취지에 충실하고자 한다면 모든 소송지원을 무료로 해야 할 것이지만, 후원금·지원금 등의 자체기금이 부족한 상황에서 모든 법률구조사건을 무료로 처리해 주는 것은 불가능하다. 또 정부가 지원할 수 있는 보조금이라는 것도 국민의 세부담과 직결되어 한계가 있다. 따라서 증가하는 법률구조의 수요에 부응하고 더욱 내실 있는 법률구조를 위해 의뢰자의 생활수준이나 사건의 난이도 등에 따라 일정비율의 변호사비용을 의뢰자로부터 받는 것은 불가피하다. 또한 그렇게 함으로써 법률구조대상자를 확대함과 동시에 소송비용을 부담하기가 지극히 곤란한 사람에 대한 비용감면이 가능하게 되고, 한편으로는 법률구조를 이용한 부당한 제소 및 방어와 상소를 자제하게 되어 입법목적의 달성에 실효적인 수단이 된다고 할 것이다.

이 사건 법률조항은 변호사보수의 범위에 관하여 대통령령으로 정하도록 하고 있을 뿐 그 구체적인 기준을 제시하고 있지는 않다. 그러나 민사소송법 제109조에 의하여 소송비용에 산입되는 범위의 변호사보수의 수준을 넘지 않을 것임은 쉽게 예측되는 바 법률구조법시행령 제2조 제1항은 법률구조법인이 의뢰자로부터 받을 수 있는 변호사보수를 민사소송법 제109조에 의하여 소송비용에 산입되는 범위의 변호사보수 또는 법률구조법인이 법무부장관의 승인을 얻어 내부규정으로 정한 변호사보수로 정하고 있다. 민사소송법 제109조에 근거하여 제정된 변호사보수의 소송비용산입에 관한 규칙은 소송비용에 산입될 변호사보수를 구체적인 소송의 유형, 사건처리의 경과와 난이도, 변호인의 노력 정도에 따라 차등을 두거나 법원이 재량으로 변호사보수로 산정될 금액을 감액할 수 있도록 함으로써 변호사보수의 상환범위를 합리적으로 제한하고 있는 바(헌재 2002. 4. 25. 2001헌바20, 판례집 14-1, 289, 299), 이 사건 법률조항은 위규정을 통하여 공익법무관의 변호사보수 수준을 그보다 더 하향조정 내지 면제까지 할 수 있는 가능성을 열어둠으로써 구체적인 사정에 따라서는 자력이 부족한 자가 변호사비용의 상환을 염려하여 법률구조제도의 이용을 꺼리게 되지 않도록 변호사보수의 범위를 합리적으로 제한하고 있다.

따라서, 이 사건 법률조항이 법률구조법인으로 하여금 의뢰자로부터 일정한 범위의 변호사보수를 받을 수 있도록 한 것은 입법부에 주어진 합리적인 재량의 범위 내의 것으로서, 경제적 능력이 부족하여 법률구조를 받고자 하는 자의 재판청구권을 침해하는 것이라고는 볼 수 없다.

라. 공익법무관을 민사소송법 제109조의 변호사와 동일시하여 그 변호사보수를 패소자의 부담으로 하는 것의 위헌 여부

원래 사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정과정을 마친 자로서 변호사로서의 결격사유가 없는 자라면 변호사의 자격이 있다(변호사법 제4조 제1호, 제5조 참조). 공익법무관은 변호사의 자격을 갖추고 공익법무관에 관한 법률이 정하는 바에 따라 법률구조업무 또는 국가·지방자치단체의 공공목적의 업무 수행에 필요한 법률사무에 종사하는 사람을 말한다(병역법 제2조 제1항 제11의2호). 변호사로서 개업을 하고자 하는 때에는 대한변호사협회에 등록을 하여야 하나(변호사법 제7조) 공익법무관의 경우 ‘법률구조업무, 국가소송등관련사무, 기타 법률에 정한 업무 이외의 업무에 종사하여서는 아니되므로’(공익법무관에 관한 법률 제9조) 다시 말해 개인적 영업으로서의 변호사업을 하는 것이 아니므로 등록을 요구하지 않은 것에 불과하다.

따라서 공익법무관이 소송을 대리한 경우 변호사자격등록을 한 변호사가 소송을 대리한 경우와 마찬가지로 일정 범위의 변호사보수를 받을 수 있도록 한 것이 청구인이 주장하는 바와 같이 평등권 또는 공익법무관을 법률구조업무에 종사하게 하도록 한 취지에 반한다거나 청구인의 재산권을 침해하는 것이라고는 볼 수 없다.

헌법재판소는 변호사보수를 소송비용에 산입하여 패소자의 부담으로 하는 것이 정당한 권리실행을 위하여 소송제도를 이용하려는 자, 특히 자력이 부족한 자의 재판청구권과 평등권을 침해하는 것은 아니라고 판단한 바 있는데(헌재 2002. 4. 25. 2001헌바20, 판례집 14-1, 289, 297-300 참조) 위 결정의 판단은 공익법무관이 소송대리를 한 경우에도 그대로 타당하다고 할 것이다.

마. 청구인의 나머지 주장에 대한 판단

청구인은 이 사건 법률조항이 의뢰자로부터 받을 수 있는 변호사보수의 범위에 관하여 포괄적으로 대통령령에 위임하고 있어 포괄위임입법금지원칙에 위반된다고 주장한다. 그러나 이 사건 법률조항의 입법목적과 법률구조의 취지, 공익법무관제도의 시행 목적 등에 비추어 볼 때 법률구조법인에 근무하는 공익법무관이 소송대리를 한 경우 의뢰자로부터 받을 수 있는 변호사보수는 민사소송법 제109조에 의하여 소송비용에 산입되는 범위의 변호사보수와 같은 수준이거나 그보다 적을 것이 쉽게 예측되고, 한편 의뢰자로부터 받을 수 있는 변호사보수의 범위를 입법자에게 법률로 일일이 정하도록 요구하는 것보다는 사회경제적 상황의 변화, 법률구조법인의 재정상태 등에 따라 탄력적으로 운영할 수 있도록 하위법령에 위임하는 것이 합리적이라 할 것이므로, 이 사건 법률조항이 포괄위임입법을 금지하는 헌법 제75조에 위배된다고 할 수 없다.

5. 결 론

이상과 같은 이유로 이 사건 심판청구 중 상고심절차에관한특례법 제4조 제1항, 공익법무관에관한법률 제20조 제1항, 법률구조법 제7조 제2항에 관한 부분은 모두 부적법하므로 이를 각하하고, 법률구조법 제7조 제1항 단서 중 “변호사보수” 부분은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 운영철(재판장) 하경철 김영일 권 성 김효종

김경일(주심) 송인준 주선희 전효숙

공무원연금법 제27조 제3항 등 위헌확인

(2003. 9. 25. 2001헌마93·138·143(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 공무원연금법 제46조 제4항·제5항·제7항, 제61조의2 제2항, 공무원연금법시행령 제52조의3의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판의 청구기간 준수 여부(소극)

2. 공무원연금법 제47조 제2항, 부칙 제11조, 사립학교교직원연금법 제42조 제1항 중 공무원연금법 제47조 제2항을 준용하고 있는 부분 및 동법 부칙 제9조의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판의 기본권침해의 직접·현재관련성 인정 여부(소극)

3. 구 공무원연금법(2003. 3. 12. 법률 제6859호로 개정되기 전의 것) 제43조의2 제3항, 부칙 제9조 제2항, 구 사립학교교직원연금법(2003. 3. 12. 법률 제6862호로 개정되기 전의 것) 부칙 제7조 제2항의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판의 권리보호이익 존재 여부(소극)

4. 연금급여액산정의 기초에 대한 공무원연금법 제27조 제3항, 사립학교교직원연금법 제35조 제3항이 헌법상 소급입법금지원칙·신뢰보호원칙에 위배되는지 여부(소극)

5. 연금액조정 및 그의 경과조치에 대한 공무원연금법 제43조의2, 부칙 제9조, 사립학교교직원연금법 제42조 제1항 중 공무원연금법 제43조의2 제1항을 준용하고 있는 부분 및 동법 부칙 제7조 제1항이 재산권·인간다운 생활을 할 권리 등을 침해하거나 평등원칙·소급입법금지원칙·신뢰보호원칙에 위배되는지 여부(소극)

6. 연금지급개시연령에 대한 공무원연금법 제46조 제1항 제1호 및 사립학교교직원연금법 제42조 제1항 중 공무원연금법 제46조 제1항 제1호를 준용하고 있는 부분이 신뢰보호원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 공무원연금법 제46조 제4항·제5항·제7항, 제61조의2 제2항, 공무원연금법시행령 제52조의3에 대한 헌법소원심판은 청구인들의 기

본권침해의 사유가 발생한 당해 법률조항의 시행일부터 1년이 경과한 후에 청구취지를 변경하여 제기되었음이 역수상 명백하므로, 청구기간이 도과된 것으로 부적법하다.

2. 연금지급정지제도의 전제가 되는 소득심사제도는 공무원연금법 제47조 제2항만으로는 그 구체적인 내용, 범위 및 한계를 확정할 수 없고, 그 법률조항 후문에서 소득의 범위 및 지급정지금액 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 규정하고 있어, 소득심사대상에서 제외되는 소득의 범위, 얼마 이상의 소득을 얻는 자를 지급정지대상으로 할 것인지, 소득수준에 따라 어떠한 비율을 적용하여 지급을 정지할 것인지 등에 관한 대통령령의 규정이 마련되어야 비로소 확정할 수 있고 적용될 수 있는데, 그러한 내용을 규정한 대통령령이 아직 제정되지 아니함으로써 공무원연금법 부칙 제1조(사학연금법의 경우 동법 부칙 제1조)에 의하여 아직 시행되지 않고 있다. 그렇다면, 공무원연금법 제47조 제2항, 부칙 제11조, 사립학교교직원연금법 제42조 제1항 중 공무원연금법 제47조 제2항을 준용하고 있는 부분 및 동법 부칙 제9조에 대한 헌법소원심판은 청구인들의 기본권 침해에 대한 직접·현재 관련성이 없어 부적법하다.

3. 구 공무원연금법(2003. 3. 12. 법률 제6859호로 개정되기 전의 것) 제43조의2 제3항, 부칙 제9조 제2항, 구 사립학교교직원연금법(2003. 3. 12. 법률 제6862호로 개정되기 전의 것) 부칙 제7조 제2항에 대한 심판대상 법률조항은 2003. 3. 12. 법률 제6859호 공무원연금법 중개정법률 및 법률 제6862호 사립학교교직원연금법중개정법률로 개정되어, 그 법률조항에 대한 심판청구는 권리보호이익이 없어졌다고 할 것이고, 그 법률조항에 의한 최초 연금액조정은 2004. 1. 1.부터 하도록 되어 있어서 아직 한번도 시행한 바가 없이 결국 폐지된 것이므로, 위 법률조항 자체에 의하여 어떠한 기본권도 침해된 바가 없어 그 위헌여부를 규명할 필요가 없으므로, 결국 이 부분에 대한 헌법소원심판은 부적법하다.

4. 가. 공무원연금법 제27조 제3항, 사립학교교직원연금법 제35조 제3항은 현재 공무원이나 사립학교교직원으로 재직하고 있는 자로서 퇴직연금에 대한 기여금을 납입하고 퇴직하는 경우 장차 받게 될 퇴직연금에 대한 급여액의 산정기초를 종전에 ‘퇴직 당시의 보수월액’

으로 하던 것을 ‘최종 3년간 평균보수월액’으로 변경한 것이므로, 위 퇴직연금에 대한 기대는 재산권의 성질을 가지고 있으나 확정되지 아니한 형성 중에 있는 권리로서 이는 아직 완성되지 아니하고 진행 과정에 있는 사실 또는 법률관계를 규율대상으로 하는 이른바 부진 정소급입법에 해당되는 것이어서, 종래의 법적 상태의 존속을 신뢰한 청구인들에 대한 신뢰보호만이 문제될 뿐, 소급입법에 의한 재산권박탈의 문제는 아니므로, 위 법률조항은 소급입법에 의한 재산권박탈금지 원칙을 선언하고 있는 헌법 제13조 제2항에 위반되지 아니한다.

나. 연금급여가 직업공무원제도의 한 내용이라는 점을 감안하더라도, 연금급여의 성격상 그 급여의 구체적인 내용은 국회가 사회정책적 고려, 국가의 재정 및 연금기금의 상황 등 여러 가지 사정을 참작하여 보다 폭넓은 입법재량으로 결정할 수 있고, 연금급여의 후불 임금적 성격을 고려할 때 그 퇴직연금급여는 최종보수월액을 기초로 하는 것보다 오히려 공무원으로 재직할 전 기간 평균보수월액으로 하는 것이 합리적이라고 할 수 있는바, 종전의 ‘최종보수월액’을 ‘최종 3년간 평균보수월액’으로 개정된 공무원연금법상 위 급여액산정 기초규정은 그 자체로 타당성이 인정된다. 아울러 그 법률규정은 기존의 공무원연금제도를 유지하는 경우 연금재정이 파탄에 이르러 그 제도 자체를 유지·존속하기 어렵게 된 상황에 직면하여 국회가 공무원·정부·연금수급자 3자의 책임분담을 통하여 부담률을 높이고 지급수준을 낮추어 40년간 누적되어 온 연금적자문제를 해소하고 연금재정안정을 도모하는 일련의 연금제도개선책의 일환으로 개정된 것으로, 그로 인하여 달성되는 공익은 실로 중대하다고 하지 않을 수 없다고 할 것이고, 그 제도변경으로 인하여 감소되는 연금급여액의 정도는 상대적으로 크지 않다. 그리고, 사학연금법상 급여액산정 기초규정 역시 그 입법취지나 경위 및 사정이 이와 유사하고, 그것이 비록 직업공무원제도의 한 내용은 아니라 하여도 이와 달리 볼 것은 못된다. 따라서, 위 법률조항은 신뢰보호의 원칙에 위배되지 아니한다.

5. 가. 연금수급권은 재산권의 성질을 가지고 있지만, 한편, 사회보장적 급여로서 그 급여의 구체적인 내용은 국가의 재정능력 및 기금의 재정상태, 국민전체의 소득 및 생활수준 기타 여러 가지 사회적·

경제적 여건이나 정책적 고려사항을 종합하여 합리적인 수준에서 폭넓은 형성재량으로 결정할 수 있는 것이고, 그 결정이 현저히 자의적이거나 직업공무원제도와 헌법이 보장하는 교원의 지위의 근간을 훼손하지 않는 한 헌법에 위반된다고 할 수 없는데, 물가연동제에 의한 연금액조정규정은 연금재정악화로 연금제도 자체의 유지·존속이 어렵게 되어 연금재정을 안정시키기 위한 일련의 연금재정개혁의 일환으로 개정된 것으로 그 필요성이 인정되고, 다른 한편 연금액을 조정하는 규정을 둔 것은 연금의 실질적 구매력을 유지시켜 주어 연금수급자의 생활안정을 기하기 위한 것이지 연금수급권을 제한하거나 박탈하는 것이 아니며, 그 내용이 소비자물가상승률에 연동하는 것으로 현저히 자의적이라고 볼 수 없다. 아울러 2003. 3. 12. 공무원연금법 및 사립학교교직원연금법을 각 개정하여 은 각 연도 공무원 및 사립학교교직원의 보수인상률과 물가상승률의 차이가 2% 이상인 경우 3년마다 각 연도별 차이가 2% 이상 나지 않도록 재조정하여 보전해주는 보완장치도 마련하고 있다. 그렇다면, 물가연동제에 의한 연금급여조정 자체는 연금수급권자의 재산권, 인간으로서의 존엄과 가치 또는 인간다운 생활을 할 권리를 침해하거나 직업공무원제도나 헌법이 보장하는 사립학교교원의 지위의 근간을 훼손한 것이라고 볼 수는 없다고 할 것이다.

나. 공무원이나 사립학교교직원의 보수와 그 인상여부는 근로에 대한 대가 및 생계비 보장의 측면뿐만 아니라, 공무원이나 사립학교교직원의 사기제고와 생산성향상을 통한 경쟁력의 강화에 연결될 수 있도록 여러 가지 정책적 고려에 의하여 결정되는데 대하여, 공무원연금법 및 사학연금법상의 연금수급권자에게 지급되는 연금은 노령·폐질·사망 등으로 인한 소득상실의 위험으로부터 벗어날 수 있도록 하는 기본적인 생활보장 등 다른 정책적 고려에 의하여 결정되는 것이고, 아울러 공무원연금법 및 사립학교교직원연금법 부칙을 개정하여 위 규정에 따른 조정에도 불구하고 동일 재직기간의 상·하직급 사이 연금급여액의 역전현상이 발생할 때에는 별도 보전을 통하여 해소되도록 하는 등의 경과조치를 마련하고 있다. 그렇다면, 공무원연금법 제43조의2, 사립학교교직원연금법 제42조 제1항 중 공무원연금법 제43조의2 제1항을 준용하고 있는 부분은 명백히 불합리하

다거나 연금수급자만을 자의적으로 차별하는 것으로 볼 수는 없다.

다. 연금액조정에 대한 경과조치규정은 신설규정인 공무원연금법 제43조의2 및 사립학교교직원연금법 제42조 제1항 중 공무원연금법 동 조항을 준용하고 있는 부분을 그 시행일인 2001. 1. 1.부터 적용함에 있어서 기존 연금수급자들의 연금액을 2000. 12. 31. 현재의 연금액을 기준으로 조정한다는 내용으로서 법개정 이후의 법률관계만을 규율하고 있을 뿐이므로, 이미 종료된 과거의 사실관계 또는 법률관계에 새로운 법률이 소급적으로 적용되어 과거를 법적으로 새로이 평가하는 진정소급입법에는 해당되지 아니한다. 그리고, 공무원연금법 및 사립학교교직원연금법 상의 연금수급권은 어느 정도 재산권의 성질도 갖고 있으나 사회보장적 급여로서 그 연금수급권의 구체적인 내용에 관하여는 입법자가 인간의 존엄과 가치, 인간다운 생활을 할 권리 등 기본권의 본질적 내용을 침해하지 아니하고 직업공무원제나 교원의 법적 지위의 근간을 훼손하지 않는 범위 안에서 재정능력, 국민 전체의 소득 및 생활수준 기타 여러 가지 사회적·경제적 여건 등을 종합하여 합리적인 수준에서 이를 결정할 수 있고, 또한 그와 같은 사정의 변화에 맞추어 그 내용을 변경할 수도 있는 것이다. 따라서, 연금액조정 경과조치규정은 기존의 법적 상태에 대한 신뢰를 법치국가적 관점에서 헌법적으로 보호하여 주어야 할 것인지 여부가 문제될 뿐, 소급입법금지의 원칙에는 위배되지 아니한다.

라. 연금액조정 경과조치규정에 의하여 물가연동제의 방식에 의한 연금액의 조정을 기존의 연금수급자들에 대하여 적용하도록 함으로써 달성하려는 공익은 연금재정의 악화를 개선하여 연금제도의 유지·존속을 도모하려는 데에 있고, 그와 같은 공익적 가치는 매우 크다고 하지 않을 수 없다. 그리고, 연금수급권의 성격상 그 급여의 구체적인 내용은 불변적인 것이 아니라, 국가의 재정, 다음세대의 부담 정도, 사회정책적 상황 등에 따라 변경될 수 있는 것이므로, 연금제도에 대한 신뢰는 반드시 “퇴직 후에 현 제도 그대로의 연금액을 받는다.”는 데에 대한 것으로는 볼 수 없고, 연금수급자는 단순히 기존의 기준에 의한 연금지급이 지속될 것이라는 기대 하에 소극적인 연금수급을 하였을 뿐이지, 그 신뢰에 기한 어떤 적극적 투자행위를 한 것이라고 볼 수는 없으며, 연금과 연금일시금은 각각 장단점이 있어

서, 당사자는 이를 잘 형량하여 자유로이 선택할 수 있으며, 국가가 연금과 연금일시금의 가능성을 공평하게 부여한 것이지, 연금을 선택하도록 적극적으로 유도한 것도 아니므로, 그 신뢰가치가 크다고는 할 수 없다. 아울러, 그 경과조치규정의 일부개정으로 각 연도 보수 변동률과 물가변동률이 2% 이상 차이가 나는 경우 3년마다 그 이상 차이가 나지 않게 조정하도록 하여 기존제도에 대한 신뢰에 어느 정도 배려를 하고 있다. 그렇다면, 보호해야 할 연금수급자의 신뢰의 가치는 크지 않고, 신뢰의 손상 또한 연금액의 상대적인 감소로서 그 정도가 심하지 않는 반면, 연금재정의 파탄을 막고 공무원연금제도와 사학연금제도를 건실하게 유지하는 것은 긴급하고도 대단히 중요한 공익이므로, 이 부분 법률조항이 헌법상 신뢰보호의 원칙에 위배된다고는 볼 수 없다.

6. 1995. 12. 29. 연금법이 개정되어 1996. 1. 1. 임용된 공무원부터 60세의 연금지급개시연령제를 부활하여 실시하게 되었고, 향후 그 적용범위를 확대하거나 연령을 높일 가능성을 전혀 예상할 수 없었다고 보기도 어려운 점을 고려할 때, 보호하여야 할 신뢰의 가치가 크지 아니하고, 이 법 시행 당시 이미 재직기간이 20년을 경과한 자의 경우에는 종전 규정에 의하고, 나머지의 경우도 2001년·2002년 50세로 하는 것을 시초로 순차적으로 향상시켜 2020년에 59세로 하는 등 전체적으로 비례의 원칙에 입각한 경과조치를 마련하고 있는 것을 감안할 때, 그 신뢰의 손상정도가 크지 아니한 반면, 연금재정악화로 인한 연금재정안정의 도모와 연금제도의 기본원리에 충실한 합리화라는 것은 긴급하고도 중대한 공익이므로 양자를 비교형량하여 볼 때, 위 법률조항이 입법목적으로 달성하고자 하는 공익이 우월하다고 할 것이어서, 위 연금지급개시연령제한규정은 신뢰보호의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

재판관 한대현, 재판관 주선희의 반대의견

보수인상률에 따른 연금액조정에 대하여 형성된 신뢰는 장기적이고 지속적이어서, 그와 같은 신뢰가 바뀔 것이라고는 쉽사리 예견할 수 없을 것이므로, 그 신뢰는 견고하다고 볼 수 있고, 그 신뢰에 대한 보호가치는 연금제도가 헌법상 보장된 직업공무원제도나 교원의 법적 지위의

한 내용을 이루고 있다는 점에서 결코 적다고 할 수 없고, 기존 연금수급자들에게도 물가연동제에 의한 연금액조정규정을 적용하도록 한 것은 달성하고자 하는 공익에 비하여 기존 연금수급자들의 신뢰를 손상하는 정도가 커서 신뢰보호원칙에 위배된다고 하지 않을 수 없고, 아울러 공무원연금과 사학연금의 기금재정부실의 원인과 그 재정부실보전을 위한 여러 가지 방안에 비추어 볼 때, 이미 퇴직이라는 급여의 사유가 발생하여 퇴직연금을 수령하고 있는 자의 신뢰를 심히 손상하지 않고도 충분히 입법목적의 달성할 수 있는 방안이 있음에도 불구하고, 비례적인 경과조치를 취하지 아니하고 일률적으로 모든 연금수급자에게 위 물가연동에 의한 연금급여액조정규정을 적용하도록 한 것은 필요최소한의 범위를 넘어선 과도한 제한이라고 보지 않을 수 없다. 따라서 연금액조정의 경과조치규정인 공무원연금법 부칙 제9조, 사립학교교직원연금법 제7조 제1항은 헌법에 위반된다.

재판관 김영일의 반대의견

연금지급정지 및 그 경과조치규정인 공무원연금법 제47조 제2항, 부칙 제11조, 사립학교교직원연금법 제42조 제1항 중 공무원연금법 제47조 제2항을 준용하는 부분 및 동법 부칙 제9조에 대한 청구부분에 관하여는, 그 연금지급정지규정 자체로 청구인들의 연금수급권을 제한하고 있고 비록 시행되고 있지는 않지만 시행령이 제정될 때 즉, 장래 기본권 침해의 발생이 확실히 예견되므로, 기본권침해의 직접관련성·현재관련성을 인정할 수 있어, 기본권구제의 실효성을 위하여 본안판단을 하여야 한다.

연금액조정의 경과조치규정인 공무원연금법 부칙 제9조, 사립학교교직원연금법 부칙 제7조 제1항은 퇴직급여액조정을 보수인상률연동에서 물가상승률연동으로 하도록 퇴직급여의 내용을 질적으로 변경하고, 이를 이미 퇴직하여 확정된 퇴직연금급여를 수령하고 있는 자에게도 소급하여 적용하도록 하는 것으로, 헌법이 금지하고 있는 소급입법에 의하여 청구인들의 재산권을 침해한 것이어서 헌법 제13조 제2항, 제23조에

위반되고, 아울러, 가사 이미 퇴직하여 연금을 수령하고 있는 공무원이 나 사립학교교직원의 퇴직연금수급권이 확정된 재산권이라도 다른 한편, 사회보험에 입각한 사회보장적 급여라는 법적 성격에 비추어 그 구체적인 내용은 입법자가 후에 변경할 수 있는 것이어서 진정소급입법이 아니라, 부진정소급입법에 해당된다고 보더라도 재판관 한대현·주선희의 위 반대의견에서 제시한 바와 같이 신뢰보호의 원칙에도 위반된다.

【심판대상조문】

공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정된 것) 제27조(급여액 산정의 기초)

①, ② 생략

③ 제46조 제1항·제2항의 규정에 의한 퇴직연금·조기퇴직연금 및 제56조 제1항 제1호의 규정에 의한 유족연금의 산정은 평균보수월액을 기초로 한다. 다만, 강임이나 강등, 전직, 보직변경 또는 재임용으로 인하여 보수월액이 감액된 자에 대하여 제66조 제4항의 규정에 의하여 감액되기 전의 보수월액에 의한 기여금을 납부하게 할 경우에는 그 보수월액을 평균보수월액 산정의 기초로 한다.

④ 생략

공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정된 것) 제43조의2(연금액의 조정) ① 연금인 급여는 통계법 제3조의 규정에 의하여 통계청장이 매년 고시하는 전전년도와 대비한 전년도 전국소비자물가변동율에 해당하는 금액을 매년 증액 또는 감액한다.

② 제1항의 규정에 의하여 조정된 금액은 당해 연도 1월부터 12월까지 적용한다.

③ 생략

공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정된 것) 제46조(퇴직연금 또는 퇴직연금일시금) ① 공무원이 20년 이상 재직하고 퇴직할 때에는 다음 각호의 1에 해당하는 때부터 사망할 때까지 퇴직연금을 지급한다.

1. 60세에 도달한 때

2.~5. 생략

②, ③ 생략

④ 재직기간 20년에 대한 퇴직연금의 금액은 평균보수월액의 100분의 50에 상당하는 금액으로 하고, 재직기간(공제일시금을 지급받는 때에는 재직기간에서 공제일시금지급계산에 산입된 재직기간을 공제한 잔여재직기간)이 20년을 초과할 때에는 그 초과하는 매 1년(1년 미만의 매 1월은 12분의 1년으로 계산한다. 이하 같다)에 대하여 평균보수월액의 100분의 2에 상당하는 금액을 가산한 금액으로 한다. 이 경우에 퇴직연금의 금액은 평균보수월액의 100분의 76을 초과하지 못한다.

⑤, ⑥ 생략

⑦ 퇴직연금·조기퇴직연금 또는 퇴역연금의 수급자가 공무원으로 재임용되어 제24조의

규정에 의하여 재직기간의 합산을 받은 후 다시 퇴직하는 경우에 전의 퇴직 또는 퇴역 당시의 급여액산정의 기초가 된 보수월액(공무원보수인상률 등을 고려하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 현재가치로 환산한 금액을 말한다) 또는 평균보수월액(공무원보수인상률 등을 고려하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 현재가치로 환산한 금액을 말한다)이 재임용후의 퇴직당시의 평균보수월액보다 많은 때에는 퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 금액은 공무원으로 재임용되기 전에 받던 퇴직연금·조기퇴직연금 또는 퇴역연금에다 재임용후의 퇴직당시의 평균보수월액에 재임용 후의 재직연수를 곱한 금액의 100분의 2에 상당하는 금액을 가산한 금액으로 한다. 이 경우 재임용 전후의 재직연수는 33년을 초과하지 못한다.

⑧ 생략

공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정된 것) 제47조(퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 지급정지) ① 생략

② 퇴직연금 또는 조기퇴직연금 수급자가 연금 외의 소득세법 제19조의 규정에 의한 사업소득(대통령령이 정하는 사업소득을 제외한다) 및 제20조의 규정에 의한 근로소득이 있는 때에는 퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 2분의 1의 범위 안에서 지급을 정지할 수 있다. 이 경우 소득의 범위 및 지급정지금액 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정된 것) 부칙 제9조(연금액의 조정에 관한 경과조치) ① 2000년 12월 31일 현재 연금수급자의 연금액은 2000년 12월 31일 현재의 연금액을 기준으로 제43조의2의 개정규정에 의하여 조정한다.

② 생략

공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정된 것) 부칙 제11조(퇴직연금 등의 지급정지에 관한 경과조치) 제47조(제55조 제1항에서 준용하는 경우를 포함한다)의 개정규정은 동 규정의 시행일 이전에 급여의 사유가 발생한 자에 대하여도 이를 적용한다.

공무원연금법(1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정된 것) 제46조(퇴직연금 또는 퇴직연금일시금) ①~④ 생략

⑤ 제3항의 퇴직연금일시금의 금액은 퇴직한 날의 전날이 속하는 달의 보수월액에 재직연수(1년 미만의 매 1월은 12분의 1년으로 계산한다. 이하 같다)를 곱한 금액의 100분의 150에 상당하는 금액에다 재직연수에서 5년을 공제한 연수의 매 1년에 대하여 퇴직한 날의 전날이 속하는 달의 보수월액에 재직연수를 곱한 금액의 100분의 1에 상당하는 금액을 가산한 금액으로 한다. 이 경우에 그 재직연수는 33년을 초과하지 못한다.

⑥, ⑦ 생략

공무원연금법(1991. 1. 14. 법률 제4334호로 개정된 것) 제61조의2(퇴직수당) ① 생략

② 제1항의 퇴직수당의 금액은 재직기간 매 1년에 대하여 보수월액에 대통령령이 정하는 비율을 곱한 금액으로 한다.

③ 생략

공무원연금법(2003. 3. 12. 법률 제6859호로 개정된 것) 제43조의2(연금액의 조정) ①~

② 생략

③ 연금인 급여는 3년마다 조정하되, 매 연도별로 전국소비자물가변동률이 공무원보수변동률과 2퍼센트 이상 차이가 발생할 경우에는 각 연도별로 공무원보수변동률과의 차이가 2퍼센트를 초과하지 아니하도록 조정한다.

공무원연금법(2003. 3. 12. 법률 제6859호로 개정된 것)부칙 제9조(연금액의 조정에 관한 경과조치) ① 생략

② 제43조의2 제3항의 개정규정에 불구하고 이 법 시행이후 최초의 연금액의 조정은 이 법 시행후 2년이 경과한 때 실시한다.

공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되고 2003. 3. 12. 법률 제6859호로 개정되기 전의 것) 제43조의2(연금액의 조정) ①~② 생략

③ 연금인 급여는 공무원보수변동율·전국소비자물가변동율 등을 고려하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 5년마다 조정한다.

공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되고 2003. 3. 12. 법률 제6859호로 개정되기 전의 것) 부칙 제9조(연금액의 조정에 관한 경과조치) ① 생략

② 제43조의2 제3항의 개정규정에 불구하고 이 법 시행이후 최초의 연금액의 조정은 이 법 시행후 3년이 경과한 때 실시한다.

공무원연금법시행령(1991. 4. 2. 대통령령 제13340호로 개정된 것) 제52조의3(퇴직수당) 법 제61조의2 제2항의 규정에 의한 퇴직수당의 금액은 재직기간 매 1년에 대하여 보수월액에 다음의 구분에 따른 비율을 곱한 금액으로 한다. 이 경우 그 재직연수는 33년을 초과하지 못한다.

1. 재직기간이 1년 이상 5년 미만인 경우에는 100분의 10
2. 재직기간이 5년 이상 10년 미만인 경우에는 100분의 35
3. 재직기간이 10년 이상 15년 미만인 경우에는 100분의 45
4. 재직기간이 15년 이상 20년 미만인 경우에는 100분의 50
5. 재직기간이 20년 이상인 경우에는 100분의 60

사립학교교직원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6330호로 개정된 것) 제35조(급여액산정의 기초) ①, ② 생략

③ 제42조 제1항의 규정에 의하여 준용되는 공무원연금법 제46조 제1항·제2항의 규정에 의한퇴직연금·조기퇴직연금 및 동법 제56조 제1항 제1호의 규정에 의한 유족연금의 산정은 평균보수월액을 기초로 한다. 다만, 제2항 단서의 규정에 의하여 감액되기 전의 보수월액에 의한 개인부담금을 납부하게 할 경우에는 그 보수월액을 평균 보수월액 산정의 기초로 한다.

④ 생략

사립학교교직원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6330호로 개정된 것) 제42조(공무원연금법의 준용) ① 제33조의 규정에 의한 단기급여 및 장기급여에 관한 급여의 종류, 급여의 사유, 급여의 액 및 급여의 제한 등에 관한 사항은 공무원연금법 제34조 내지 제49조 및 제51조 내지 제64조의 규정 중 해당 규정을 각각 준용한다. 이 경우 “공무원”은 “교직원”으로, “공무상”은 “직무상”으로, “공무상요양비”는 “직무상요양비”로, “공무상요양일시금”은

“직무상요양일시금”으로, “공단” 및 “행정자치부장관”은 각각 “관리공단”으로, “사립학교 교직원연금법”은 “공무원연금법”으로, “사립학교교직원”은 “공무원”으로, “제24조”는 이 법 “제32조”로, “제28조 및 제29조”는 이 법 “제36조 및 제37조”로, “기여금”은 “개인부담금”으로 본다.

② 생략

공무원연금법 제43조의2(연금액의 조정) ① 연금인 급여는 통계법 제3조의 규정에 의하여 통계청장이 매년 고시하는 전년도와 대비한 전년도 전국소비자물가변동율에 해당하는 금액을 매년 증액 또는 감액한다.

②~③ 생략

공무원연금법 제46조(퇴직연금 또는 퇴직연금일시금) ① 공무원이 20년 이상 재직하고 퇴직한 때에는 다음 각호의 1에 해당하는 때부터 사망할 때까지 퇴직연금을 지급한다.

1. 60세에 도달한 때
- 2.~5. 생략

②~⑧ 생략

공무원연금법 제47조(퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 지급정지) ① 생략

② 퇴직연금 또는 조기퇴직연금 지급자가 연금 외의 소득세법 제19조의 규정에 의한 사업소득(대통령령이 정하는 사업소득을 제외한다) 및 제20조의 규정에 의한 근로소득이 있는 때에는 퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 2분의 1의 범위 안에서 지급을 정지할 수 있다. 이 경우 소득의 범위 및 지급정지금액 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

사립학교교직원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6330호로 개정된 것) 부칙 제7조(연금액의 조정에 관한 경과조치) ① 2000년 12월 31일 현재 연금수급자의 연금액은 2000년 12월 31일 현재의 연금액을 기준으로 제42조 제1항의 규정에 의하여 준용되는 공무원연금법 제43조의2의 규정(2000. 12. 30. 법률 제6328호 공무원연금법중개정법률에 의하여 개정된 규정을 말한다)에 의하여 조정한다.

② 생략

사립학교교직원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6330호로 개정된 것) 부칙 제9조(퇴직연금 등의 지급정지에 관한 경과조치) 제42조 제1항의 규정에 의하여 준용되는 공무원연금법 제47조(동법 제55조 제1항에서 준용하는 경우를 포함한다)의 규정(2000. 12. 30. 법률 제6328호 공무원연금법중개정법률에 의하여 개정된 규정을 말한다)은 동 규정의 시행일 이전에 급여의 사유가 발생한 자에 대하여도 이를 적용한다.

사립학교교직원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6330호로 개정되고, 2003. 3. 12. 법률 제6862호로 개정되기 전의 것) 부칙 제7조(연금액의 조정에 관한 경과조치) ① 생략

② 제42조 제1항의 규정에 의하여 준용되는 공무원연금법 제43조의2 제3항의 규정(2000. 12. 30. 법률 제6328호 공무원연금법중개정법률에 의하여 개정된 규정을 말한다)에 불구하고 이 법 시행이후 최초의 연금액의 조정은 이 법 시행후 3년이 경과할 때 실시한다.

【참조조문】

헌법 제7조, 제10조, 제11조 제1항, 제13조 제2항, 제23조 제1항, 제31조 제6항, 제34조 제1항

헌법재판소법 제68조 제1항, 제69조 제1항

【참조판례】

1. 헌재 1998. 5. 28. 96헌마151, 판례집 10-1, 695
헌재 1998. 9. 30. 96헌바88, 판례집 10-2, 517
헌재 2002. 12. 18. 2001헌마111, 판례집 14-2, 872
2. 헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147
4. 5. 헌재 2001. 4. 26. 99헌바55, 판례집 13-1, 869
헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 공보 71, 633
5. 헌재 1999. 4. 29. 94헌바37 등, 판례집 11-1, 289
4. 5. 6. 헌재 2000. 6. 29. 98헌바106, 판례집 12-1, 833
헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1
헌재 1998. 11. 26. 97헌바58, 판례집 10-2, 673
헌재 2001. 2. 22. 98헌바19, 판례집 13-1, 212
헌재 2001. 4. 26. 99헌바55, 판례집 13-1, 869

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 이문우 (2001헌마93)
 대리인 법무법인 아시아
 담당변호사 박우순
2. 권오록 외 51인 (2001헌마138)
 대리인 변호사 박병규
3. 차수련 외 49인 (2001헌마143)
 대리인 법무법인 화우
 담당변호사 천경송 외 8인
- 보조참가인 (2001헌마138)
1. 구자순 외 1,173인
 대리인 법무법인 신촌
 담당변호사 김문희
 2. 강 빈 외 4,456인
 대리인 법무법인 태평양

담당변호사 가재환 외 2인
이해관계인 (2001헌마138)
간학균 외 41인
대리인 변호사 신창언 외 2인

【주 문】

공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정된 것) 제46조 제4항·제7항, 제47조 제2항, 부칙 제11조, 공무원연금법(1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정된 것) 제46조 제5항, 공무원연금법(1991. 1. 14. 법률 제4334호로 개정된 것) 제61조의2 제2항, 구 공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되고 2003. 3. 12. 법률 제6859호로 개정되기 전의 것) 제43조의2 제3항, 부칙 제9조 제2항, 사립학교교직원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6330호로 개정된 것) 제42조 제1항 중 공무원연금법 제47조 제2항을 준용하고 있는 부분, 부칙 제9조, 구 사립학교교직원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6330호로 개정되고 2003. 3. 12. 법률 제6862호로 개정되기 전의 것) 부칙 제7조 제2항 및 공무원연금법시행령(1991. 4. 2. 대통령령 제13340호로 개정된 것) 제52조의3에 대한 청구인들의 심판청구를 각하하고, 청구인들의 나머지 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2001헌마93

청구인은 20년 이상 교육공무원으로 근무하다 1999년에 퇴직한 자로서 공무원 보수변동률에 따라 연금이 조정되도록 되어 있던 구 공무원연금법에 의한 퇴직연금을 매월 받아왔다.

그런데 2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정된 공무원연금법 제43조의2 제1항은 전국소비자물가변동률에 따라 매년 연금을 조정토록 하고, 동법 부칙 제9조는 기존의 연금수급자의 연금액을 개정조항에 의하여 조정토록 하였다.

이에 청구인은 개정된 연금조정제도를 개정법의 시행 이전에 이미 퇴직한 연금수급자들에게 적용하는 것은 소급입법에 의한 재산권침해이며 아울러 행복추구권을 침해하는 것이라고 주장하면서 2001. 2. 8. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2001헌마138

(가) 청구인들은 20년 이상 공무원으로서 근무하다가 2000. 12. 30. 공무원 연금법의 개정 이전에 퇴직한 사람들로서 그 퇴직급여의 전부 또는 일부를 연금으로 지급받기로 선택하여 근로복지공단으로부터 퇴직연금을 수령하여 왔다.

청구인들은 2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정된 공무원연금법 제43조의2, 제47조에 의하여 기본권을 침해당하였음을 이유로 2001. 2. 27. 우리 재판소에 위 각 규정의 위헌확인을 구하는 내용의 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

청구인들은 이 사건의 심리 중인 2002. 4. 26. 청구취지를 “법 제43조의2, 제47조 제2항, 제61조의2 제2항, 부칙 제9조, 제11조는 헌법에 위반된다.”라는 결정을 구하는 것으로 변경하였으며, 2002. 6. 1. 이 사건의 청구취지에 “법 제46조 제4항 및 제5항은 헌법에 위반된다.”라는 내용을 추가하였고, 2003. 4. 2. 이 사건 청구취지에 2003. 3. 12. 법률 제6859호로 개정된 공무원연금법 제43조의2 제3항과 공무원연금법시행령(1991. 4. 2. 대통령령 제13340호) 제52조의3의 위헌확인을 구하는 청구를 추가하였으며, 2003. 6. 2. 공무원연금법(1995. 12. 29. 법률 제5117호) 제46조 제7항의 위헌확인을 구하는 청구를 추가하였다.

(나) 보조참가인들은 청구인들과 마찬가지로 20년 이상 공무원으로서 근무하다가 퇴직한 이후 퇴직금의 전부 또는 일부를 연금으로 지급받기로 선택한 사람들로서 2002. 9. 5.(보조참가인 구자순 외 1173인) 또는 2002. 9. 27.(보조참가인 강 빈 외 4456인) 이 사건의 청구인들을 보조하기 위하여 보조참가신청을 하였다. 한편, 보조참가인들은 2003. 4. 25.(보조참가인 구자순 외 1173인)과 2003. 5. 6.(보조참가인 강 빈 외 4456인) 이 사건 청구취지에 2003. 3. 12. 법률 제6859호로 개정된 공무원연금법 제43조의2 제3항 및 동 부칙 제9조 제2항의 위헌확인을 구하는 내용을 추가하였다.

(다) 이해관계인들은 각 공무원으로 재직하다가 2000. 12. 31. 이전에 퇴직하여 퇴직연금을 수령하고 있는 자들로서 서울 행정법원에 2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정된 공무원연금법 제43조의2에 의한 퇴직연금산정제도로 인하여 지급받지 못한 퇴직연금의 지급을 구하는 청구소송을 제기함과 아울러 동 개정 공무원연금법 제43조의2 및 동 부칙 제9조에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하고, 이 사건 헌법소원심판의 이해관계인으로 참가하였다.

(3) 2001헌마143

청구인들은 국가 또는 지방자치단체 소속 공무원, 퇴직공무원, 사립학교교직원 및 퇴직교원들로서 공무원연금법 및 사립학교교직원연금법상의 급여대상자이거나 퇴직 후 일정한 급여를 받을 것으로 기대하고 있는 자들이다.

그런데 공무원연금법 및 사립학교교직원연금법이 2000. 12. 30. 법률 제 6328호와 법률 제6330호로 개정되어, 연금지급개시연령제를 확대하고 퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 지급정지제도를 도입하고 연금지급에 소비자물가지수연동제를 도입, 급여액산정의 기초를 변경하였다.

이에 청구인들은 위 개정 공무원연금법 제27조 제3항, 제43조의2 제1항, 제46조 제1항 제1호, 제47조 제2항, 동법 부칙 제9조, 제11조, 사립학교교직원연금법 제35조 제3항, 제42조 제1항 중 공무원연금법 제43조의2 제1항·제46조 제1항 제1호·제47조 제2항을 각 준용하고 있는 부분과 동법 부칙 제9조로 인하여 헌법 제10조의 인격권·행복추구권, 제11조의 평등권, 제13조 제2항의 소급입법금지의 원칙, 제15조의 직업선택의 자유, 제23조의 재산권 및 제32조 제1항의 근로의 권리를 침해받았다고 하여 그 위헌확인을 구하는 이 사건 심판청구를 하기에 이르렀다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정된 것, 이하 ‘공무원연금법’이라 한다) 제27조 제3항, 제43조의2 제1항·제2항, 제46조 제1항 제1호·제4항·제7항, 제47조 제2항, 부칙 제9조 제1항, 부칙 제11조의 위헌여부, 공무원연금법(1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정된 것, 이하 ‘공무원연금법’이라 한다) 제46조 제5항의 위헌여부, 공무원연금법(1991. 1. 14. 법률 제4334호로 개정된 것, 이하 ‘공무원연금법’이라 한다) 제61조의2 제2항의 위헌여부, 공무원연금법(2003. 3. 12. 법률 제6859호로 개정된 것, 이하 ‘개정 공무원연금법’이라 한다) 제43조의2 제3항, 부칙 제9조 제2항의 위헌여부, 구 공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되고 2003. 3. 12. 법률 제6859호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 공무원연금법’이라 한다) 제43조의2 제3항, 부칙 제9조 제2항의 위헌여부, 공무원연금법시행령(1991. 4. 2. 대통령령 제13340호로 개정된 것, 이하 ‘연금법시행령’이라 한다) 제52조의3의 위헌여부와 사립학교교직원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6330호로 개정된 것, 이하 ‘사학연금법’이라 한다) 제35조 제3항·제42조 제1항 중 공무원연금법 제43조의2 제1항·제46조 제1항 제1호·제47조 제2항을 각 준용하고 있는 부분 및 같은 법 부칙 제7조 제1항·제9조의 위헌여부와 구 사립학교교직원연금법

(2000. 12. 30. 법률 제6330호로 개정되고, 2003. 3. 12. 법률 제6862호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 사학연금법’이라 한다) 부칙 제7조 제2항의 위헌여부이고, 그 법령조항과 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상 법률조항]

공무원연금법 제27조(급여액산정의 기초) ③ 제46조 제1항·제2항의 규정에 의한 퇴직연금·조기퇴직연금 및 제56조 제1항 제1호의 규정에 의한 유족연금¹⁾의 산정은 평균보수월액을 기초로 한다. 다만, 강임이나 강등, 전직, 보직변경 또는 재임용으로 인하여 보수월액이 감액된 자에 대하여 제66조 제4항의 규정에 의하여 감액되기 전의 보수월액에 의한 기여금을 납부하게 할 경우에는 그 보수월액을 평균보수월액산정의 기초로 한다.

제43조의2(연금액의 조정) ① 연금인 급여는 통계법 제3조의 규정에 의하여 통계청장이 매년 고시하는 전전년도와 대비한 전년도 전국소비자물가변동률에 해당하는 금액을 매년 증액 또는 감액한다.

② 제1항의 규정에 의하여 조정된 금액은 당해연도 1월부터 12월까지 적용한다.

제46조(퇴직연금 또는 퇴직연금일시금) ① 공무원이 20년 이상 재직하고 퇴직한 때에는 다음 각호의 1에 해당하는 때부터 사망할 때까지 퇴직연금을 지급한다.

1. 60세에 도달한 때

④ 재직기간 20년에 대한 퇴직연금의 금액은 평균보수월액의 100분의 50에 상당하는 금액으로 하고, 재직기간(공제일시금을 지급받는 때에는 재직기간에서 공제일시금지급계산에 산입된 재직기간을 공제한 잔여재직기간)이 20년을 초과할 때에는 그 초과하는 매 1년(1년 미만의 매 1월은 12분의 1년으로 계산한다. 이하 같다)에 대하여 평균보수월액의 100분의 2에 상당하는 금액을 가산한 금액으로 한다. 이 경우에 퇴직연금의 금액은 평균보수월액의 100분의 76을 초과하지 못한다.

⑤ 제3항의 퇴직연금일시금의 금액은 퇴직한 날의 전날이 속하는 달의 보수월액에 재직연수(1년 미만의 매 1월은 12분의 1년으로 계산한다. 이하 같

1) 이 사건 청구인들은 현(퇴)직 공무원이거나 사립학교교직원이므로, ‘유족연금’의 경우는 자기관련성이 없는 것이나, 유족연금 역시 당해 공무원의 퇴직연금이나 조기퇴직 연금을 전제하므로, 구태여 이를 별도로 제외할 필요는 없어, 직권으로 심판대상을 축소하지는 아니한다. 이하 같다.

다)를 곱한 금액의 100분의 150에 상당하는 금액에다 재직연수에서 5년을 공제한 연수의 매 1년에 대하여 퇴직한 날의 전날이 속하는 달의 보수월액에 재직연수를 곱한 금액의 100분의 1에 상당하는 금액을 가산한 금액으로 한다. 이 경우에 그 재직연수는 33년을 초과하지 못한다.

⑦ 퇴직연금·조기퇴직연금 또는 퇴역연금의 수급자가 공무원으로 재임용되어 제24조의 규정에 의하여 재직기간의 합산을 받은 후 다시 퇴직하는 경우에 전의 퇴직 또는 퇴역 당시의 급여액산정의 기초가 된 보수월액(공무원 보수인상률 등을 고려하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 현재가치로 환산한 금액을 말한다) 또는 평균보수월액(공무원보수인상률 등을 고려하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 현재가치로 환산한 금액을 말한다)이 재임용 후의 퇴직 당시의 평균보수월액보다 많은 때에는 퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 금액은 공무원으로 재임용되기 전에 받던 퇴직연금·조기퇴직연금 또는 퇴역연금에다 재임용 후의 퇴직 당시의 평균보수월액에 재임용 후의 재직연수를 곱한 금액의 100분의 2에 상당하는 금액을 가산한 금액으로 한다. 이 경우 재임용 전후의 재직연수는 33년을 초과하지 못한다.

제47조(퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 지급정지) ② 퇴직연금 또는 조기퇴직연금수급자가 연금 외의 소득세법 제19조의 규정에 의한 사업소득(대통령령이 정하는 사업소득을 제외한다) 및 제20조의 규정에 의한 근로소득이 있는 때에는 퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 2분의 1의 범위 안에서 지급을 정지할 수 있다. 이 경우 소득의 범위 및 지급정지금액 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제61조의2(퇴직수당) ② 제1항의 퇴직수당의 금액은 재직기간 매 1년에 대하여 보수월액에 대통령령이 정하는 비율을 곱한 금액으로 한다.

부칙 제9조(연금액의 조정에 관한 경과조치) ① 2000년 12월 31일 현재 연금수급자의 연금액은 2000년 12월 31일 현재의 연금액을 기준으로 제43조의2의 개정규정에 의하여 조정한다.

부칙 제11조(퇴직연금 등의 지급정지에 관한 경과조치) 제47조(제55조 제1항에서 준용하는 경우를 포함한다)의 개정규정은 동 규정의 시행일 이전에 급여의 사유가 발생한 자에 대하여도 이를 적용한다.

개정 공무원연금법

제43조의2(연금액의 조정) ③ 연금인 급여는 3년마다 조정하되, 매 연도별로 전국소비자물가변동률이 공무원보수변동률과 2퍼센트 이상 차이가 발생할

경우에는 각 연도별로 공무원보수변동률과의 차이가 2퍼센트를 초과하지 아니하도록 조정한다.

부칙 제9조(연금액의 조정에 관한 경과조치) ② 제43조의2 제3항의 개정규정에 불구하고 이 법시행 이후 최초의 연금액의 조정은 이 법시행 후 2년이 경과한 때 실시한다.

구 공무원연금법

제43조의2(연금액의 조정) ③ 연금인 급여는 공무원보수변동률 · 전국소비자물가변동률 등을 고려하여 대통령이 정하는 바에 의하여 5년마다 조정한다.

부칙 제9조(연금액의 조정에 관한 경과조치) ② 제43조의2 제3항의 개정규정에 불구하고 이 법시행 이후 최초의 연금액의 조정은 이 법시행 후 3년이 경과한 때 실시한다.

연금법시행령

제52조의3(퇴직수당) 법 제61조의2 제2항의 규정에 의한 퇴직수당의 금액은 재직기간 매 1년에 대하여 보수월액에 다음의 구분에 따른 비율을 곱한 금액으로 한다. 이 경우 그 재직연수는 33년을 초과하지 못한다.

1. 재직기간이 1년 이상 5년 미만인 경우에는 100분의 10
2. 재직기간이 5년 이상 10년 미만인 경우에는 100분의 35
3. 재직기간이 10년 이상 15년 미만인 경우에는 100분의 45
4. 재직기간이 15년 이상 20년 미만인 경우에는 100분의 50
5. 재직기간이 20년 이상인 경우에는 100분의 60

사학연금법

제35조(급여액산정의 기초) ③ 제42조 제1항의 규정에 의하여 준용되는 공무원연금법 제46조 제1항 · 제2항의 규정에 의한 퇴직연금 · 조기퇴직연금 및 동법 제56조 제1항 제1호의 규정에 의한 유족연금의 산정은 평균보수월액을 기초로 한다. 다만, 제2항 단서의 규정에 의하여 감액되기 전의 보수월액에 의한 개인부담금을 납부하게 할 경우에는 그 보수월액을 평균보수월액산정의 기초로 한다.

제42조(공무원연금법의 준용) ① 제33조의 규정에 의한 단기급여 및 장기급여에 관한 급여의 종류, 급여의 사유, 급여의 액 및 급여의 제한 등에 관한 사항은 공무원연금법 제34조 내지 제49조 및 제51조 내지 제64조의 규정 중 해당 규정을 각각 준용한다.

부칙 제7조(연금액의 조정에 관한 경과조치) ① 2000년 12월 31일 현재 연금수급자의 연금액은 2000년 12월 31일 현재의 연금액을 기준으로 제42조 제1항의 규정에 의하여 준용되는 공무원연금법 제43조의2의 규정(2000. 12. 30. 법률 제6328호 공무원연금법중개정법률에 의하여 개정된 규정을 말한다)에 의하여 조정한다.

부칙 제9조(퇴직연금 등의 지급정지에 관한 경과조치) 제42조 제1항의 규정에 의하여 준용되는 공무원연금법 제47조(동법 제55조 제1항에서 준용하는 경우를 포함한다)의 규정(2000. 12. 30. 법률 제6328호 공무원연금법중개정법률에 의하여 개정된 규정을 말한다)은 동 규정의 시행일 이전에 급여의 사유가 발생한 자에 대하여도 이를 적용한다.

구 사학연금법

부칙 제7조 ② 제42조 제1항의 규정에 의하여 준용되는 공무원연금법 제43조의2 제3항의 규정(2000. 12. 30. 법률 제6328호 공무원연금법중개정법률에 의하여 개정된 규정을 말한다)에 불구하고 이 법시행 이후 최초의 연금액의 조정은 이 법시행 후 3년이 경과할 때 실시한다.

[관련 법률조항]

공무원연금법

제3조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

5. '평균보수월액'이라 함은 급여의 사유가 발생한 날(퇴직으로 급여의 사유가 발생하거나 퇴직 후에 급여의 사유가 발생한 경우에는 퇴직한 날의 전날을 말한다. 이하 같다)이 속하는 달부터 소급하여 3년간(재직기간이 3년 미만인 경우에는 그 재직기간을 말한다)의 보수월액을 공무원보수인상률 등을 고려하여 대통령령이 정하는 바에 따라 급여의 사유가 발생한 날의 현재가치로 환산한 후 이를 합한 금액을 해당 월수로 나눈 금액을 말한다. 다만, 제46조 제1항 제1호·제2호·제5호 및 제2항의 규정에 의한 퇴직연금·조기퇴직연금 및 제56조 제1항 제1호의 규정에 의한 유족연금(공무원이었던 자가 퇴직연금 또는 조기퇴직연금을 받다가 사망하여 그 유족이 유족연금을 받게 되는 경우를 제외한다)의 산정의 기초가 되는 평균보수월액은 급여의 사유가 발생한 당시의 평균보수월액을 공무원보수인상률 등을 고려하여 대통령령이 정하는 바에 따라 연금의 지급이 시작되는 시점의 현재가치로 환산한 금액을 말한다.

부칙 제1조(시행일) 이 법은 2001년 1월 1일부터 시행한다. 다만, 제26조 제

1항·제38조·제63조·제69조 제8항 및 제69조의3의 개정규정은 2002년 1월 1일부터, 제47조의 개정규정은 5년의 범위 내에서 대통령령이 정하는 날부터 시행한다.

부칙 제10조(퇴직연금의 지급에 관한 경과조치) ① 이 법시행 당시 재직기간이 20년 이상인 공무원에 대하여는 제46조 제1항의 개정규정에 불구하고 퇴직한 때부터 사망할 때까지 퇴직연금을 지급한다.

② 이 법시행 당시 재직 중인 공무원(1995년 12월 31일 이전에 임용되었거나, 1996년 1월 1일 이후에 임용된 공무원으로서 1995년 12월 31일 이전의 공무원·군인 및 사립학교교직원 경력을 합산받은 자를 말한다. 이하 제3항 및 제4항에서 같다)으로서 재직기간이 20년 미만인 자가 이 법시행 이후 재직기간이 20년 이상이 되어 퇴직한 경우의 퇴직연금은 제46조 제1항 제1호 및 제2호의 개정규정에 불구하고 다음 각호의 퇴직연도(퇴직한 날의 전날이 속하는 연도 또는 사망한 날이 속하는 연도를 말한다)별로 정한 해당 연령에 도달한 때부터 지급한다. 다만, 제46조 제1항 제2호의 개정규정에 의한 정년 또는 근무상한연령에 먼저 도달한 때에는 그러하지 아니하다.

1. 2001년부터 2002년 : 50세
2. 2003년부터 2004년 : 51세
3. 2005년부터 2006년 : 52세
4. 2007년부터 2008년 : 53세
5. 2009년부터 2010년 : 54세
6. 2011년부터 2012년 : 55세
7. 2013년부터 2014년 : 56세
8. 2015년부터 2016년 : 57세
9. 2017년부터 2018년 : 58세
10. 2019년부터 2020년 : 59세

③ 제2항의 규정에 불구하고 이 법시행 당시 재직기간이 20년 미만인 공무원이 재직기간이 20년에 도달하고 이 법시행 당시 재직기간이 20년에 미달하였던 기간 이상을 재직하고 퇴직한 때에는 그 때부터 퇴직연금을 지급한다. 다만, 제2항의 규정에 의한 연령에 먼저 도달한 때에는 제2항의 규정을 적용한다.

④ 이 법시행 당시 재직기간이 20년 미만인 공무원이 20년 이상 재직하고 퇴직한 때에는 본인이 원하는 바에 의하여 제2항 각호의 연도별로 정한 해당

연령에 미달하는 연수를 적용하여 제46조 제2항의 규정에 의한 조기퇴직연금을 지급할 수 있다.

⑤ 이 법시행 이후에 제23조 제2항 및 부칙 제5조의 규정에 의하여 이 법시행 전의 공무원·군인 및 사립학교교직원 경력(1995년 12월 31일 이전의 경력이 포함되어야 한다. 이하 이 항에서 같다)을 재직기간에 합산하고 재직기간 20년 이상이 되어 퇴직한 때에는 합산받은 경력을 제1항 내지 제4항의 규정에 의한 이 법시행 당시의 재직기간으로 보아 동 규정에 의한 연금지급의 시점 또는 연령에 달한 때부터 퇴직연금 또는 조기퇴직연금을 지급한다.

개정 공무원연금법

부칙 ① (시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행하되, 2003년 1월 1일부터 적용한다.

② (연금액조정에 관한 경과조치) 제43조의2 제3항의 개정규정에 따른 조정에도 불구하고 동일 재직기간의 상·하 직급간 연금인 급여액의 역전현상이 발생시에는 별도 보전을 통하여 해소되도록 한다. 다만, 직급이 없거나 하위직급이 없는 공무원이었던 자의 경우에는 직급이 있는 공무원이었던 자에 준하여 보전하도록 한다.

사학연금법

제2조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

5. '평균보수월액'이라 함은 급여의 사유가 발생한 날(퇴직으로 급여의 사유가 발생하거나 퇴직 후에 급여의 사유가 발생한 경우에는 퇴직한 날의 전날을 말한다. 이하 같다)이 속하는 달부터 소급하여 3년간(재직기간이 3년 미만인 경우에는 그 재직기간을 말한다)의 보수월액을 공무원보수인상률 등을 고려하여 대통령령이 정하는 바에 따라 급여의 사유가 발생한 날의 현재가치로 환산한 후 이를 합한 금액을 해당 월수로 나눈 금액을 말한다. 다만, 제42조 제1항의 규정에 의하여 준용되는 공무원연금법 제46조 제1항 제1호·제2호·제5호 및 제2항의 규정에 의한 퇴직연금·조기퇴직연금 및 동법 제56조 제1항 제1호의 규정에 의한 유족연금(교직원이었다던 자가 퇴직연금 또는 조기퇴직연금을 받다가 사망하여 그 유족이 유족연금을 받게 되는 경우를 제외한다)의 산정의 기초가 되는 평균보수월액은 급여의 사유가 발생한 당시의 평균보수월액을 공무원보수인상률 등을 고려하여 대통령령이 정하는 바에 따라 연금의 지급이 시작되는 시점의 현재가치로 환산한 금액을 말한다.

부칙 제1조(시행일) 이 법은 2001년 1월 1일부터 시행한다. 다만, 제2조 제1항 제11호 및 제48조의2 제3항의 개정규정과 제42조 제1항의 규정에 의하여 준용되는 공무원연금법 제38조의 규정(2000. 12. 30. 법률 제6328호 공무원연금법중개정법률에 의하여 개정된 규정을 말한다)은 2002년 1월 1일부터, 동법 제47조의 규정(2000. 12. 30. 법률 제6328호 공무원연금법중개정법률에 의하여 개정된 규정을 말한다)은 5년의 범위 내에서 대통령이 정하는 날부터 시행한다.

사립학교교직원연금법(2003. 3. 12. 법률 제6862호로 개정된 것, 이하 ‘개정 사학연금법’이라 한다)

부칙 ① (시행일) 이 법은 공포한 날로부터 시행한다. 다만, 제42조 제1항의 규정에 따라 준용되는 공무원연금법 제43조의2 제3항의 규정(2003. 3. 12. 법률 제6859호 공무원연금법개정법률에 의하여 개정된 규정을 말한다)은 2003년 1월 1일부터 적용한다.

② (연금액의 조정에 관한 경과조치) 제42조 제1항의 규정에 따라 준용되는 공무원연금법 제43조의2 제3항의 규정(2003. 3. 12. 법률 제6859호 공무원연금법중개정법률에 의하여 개정된 규정을 말한다)에 따른 조정에도 불구하고 동일 재직기간의 상·하 직급 사이 연금급여액의 역전현상이 발생시에는 별도 보전을 통하여 해소되도록 한다. 다만, 직급이 없거나 하위직급이 없는 교직원이었다던 자의 경우에는 직급이 있는 공무원이었다던 자에 준하여 보전하도록 한다.

2. 청구인 등의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 공무원연금법 제27조 제3항 및 사학연금법 제35조 제3항에 관한 주장
청구인들 중 재직기간이 20년을 경과하지 아니한 청구인들에 대한 부진정 소급입법은 위 청구인들이 임용시부터 지금까지 정상적으로 기여금을 납입하여 왔으며, 구 공무원연금법 제27조 제1항의 입법취지가 재직기간 동안의 희생과 봉사에 대하여 보상함과 동시에 퇴직자들의 생계를 보장하기 위한 것이었다는 점, 공무원연금법이 1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정될 당시에도 구 공무원연금법 제27조 제1항은 그대로 유지되고 있었기 때문에 해당 청구인들은 여전히 향후 퇴직 당시의 보수월액을 기준으로 한 연금액을 지급받을 수 있다고 신뢰하였으며, 현행 공무원연금법이 청구인들의 재산권을 소급해서 박탈하는 이유가 연금수급대상자들에게 지급되는 연금액을 대폭 축소하여

연금기금의 재정고갈을 보전하려 함에 있다는 점 등을 종합하면, 청구인들 중 재직기간이 20년을 경과하지 아니한 자들의 기대권은 보호되어야 할 것이므로, 이들의 기대권을 소급적으로 박탈하는 것은 헌법 제13조 제2항 및 제23조 제1항에 위반된다.

(2) 공무원연금법 제43조의2 제1항·제2항, 부칙 제9조 제1항, 사학연금법 제42조 제1항 중 공무원연금법 제43조의2 제1항을 준용하고 있는 부분, 부칙 제7조 및 구 공무원연금법 제43조의2 제3항, 부칙 제9조 제2항에 관한 주장

(가) 재직기간이 20년을 경과한 청구인들에 대한 진정소급입법은 이미 위 청구인들에게 확정적으로 발생한 연금수급청구권(구체적으로는 재직자의 보수인상률에 따라 연금액을 지급받을 수 있는 권리)을 소급적으로 박탈하는 결과이므로 헌법에 위반된다. 그리고 재직기간이 20년을 경과하지 아니한 청구인들에 대한 부진정소급입법은 위 청구인들의 임용시부터 지금까지 정상적으로 기여금을 납입하여 왔으며, 구 공무원연금법 제43조 제3항의 입법취지가 퇴직자들에게도 현직자와 동일한 비율에 의한 연금인상률을 보장하여 재직기간 동안의 희생과 봉사에 대하여 보상함과 동시에 이들의 생계를 보장하기 위함에 있었고, 공무원연금법이 1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정될 당시에도 구 공무원연금법 제43조 제3항은 여전히 유지되고 있었기 때문에, 해당 청구인들은 여전히 퇴직 후 재직자의 보수인상률에 따른 연금액을 지급받을 수 있다고 신뢰하였으며, 현행 공무원연금법이 청구인들의 재산권을 소급해서 박탈하는 이유가 연금수급대상자의 범위를 대폭 축소하여 연금기금의 재정고갈을 보전하려 함에 있다는 점 등을 종합하면, 청구인들 중 재직기간이 20년을 경과하지 아니한 자들의 기대권 역시 보호되어야 할 것이므로, 이들의 기대권을 소급적으로 박탈하는 것은 헌법에 위반된다.

따라서, 위 규정들은 헌법 제13조 제2항 및 제23조 제1항에 위반된다.

(나) 특히 이미 퇴직하여 연금을 수령해 오고 있는 청구인들의 경우 위 법률조항과 같이 개정하기 전의 규정에 의하여 퇴직 당시의 직급과 호봉에 해당하는 현직공무원의 월보수액을 기준으로 하여 그에 대한 일정비율의 연금을 지급받아 왔고, 해당 현직공무원의 보수월액의 인상률에 맞추어 연금액도 인상되었다. 그러나 2001. 1. 1.부터 시행된 법 제43조의2는 연금액을 전국소비자물가변동률에 따라 증감하도록 하고, 부칙 제9조는 청구인들과 같은 기존 연금수급자들에 대하여도 이를 적용하도록 규정하고 있다. 그런데 우리나라의 경우 소비자물가인상률은 공무원보수인상률에 미치지 못하는 것이 보통

이므로(1985년부터 1999년까지의 15년간 우리나라의 공무원보수변동률과 전국소비자물가변동률의 차이를 살펴보면, 보수변동률은 연평균 7.07% 인상되고, 소비자물가변동률은 연평균 5.24% 인상되어 연평균 1.83%p의 차이가 나며, IMF로 인한 1998년과 1999년 2년간의 보수변동률 -4.1%와 -4.5%의 특수한 상황을 제외한 그 이전의 13년간의 경우만 본다면, 연평균 3.42%p나 차이가 난다), 연금액을 전국소비자물가변동률에 따라 증감하도록 한 것은 연금수급자들의 연금액의 실질적인 감소를 가져오는 것으로서 헌법상 보장된 재산권의 일종인 연금수급권을 침해하는 것이다. 또한 이러한 연금액조정이 거듭 이루어지는 경우에는 하위직공무원의 연금액이 과거에 퇴직한 상위직공무원의 연금액보다 많아질 수 있어 평등의 원칙에 반하게 된다. 청구인들과 같은 기존 연금수급자들은 퇴직 당시 확정된 내용의 연금을 받을 권리를 갖게 되었음에도 불구하고, 법 부칙 제9조가 기존 연금수급자들에 대하여도 법 제43조의2의 개정규정을 적용하도록 한 것은 소급입법에 의한 재산권의 침해일 뿐만 아니라, 신뢰보호의 원칙에도 반하여 헌법에 위반된다.

(3) 공무원연금법 제46조 제1항 제1호 및 사학연금법 제42조 제1항 중 공무원연금법 제46조 제1항 제1호를 준용하고 있는 부분에 관한 주장

청구인들은 1995. 12. 31. 이전에 임용되고 임용시부터 지금까지 정상적으로 기여금을 납입하여 왔고, 공무원연금법이 1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정될 당시에도 1996. 1. 1. 이후 임용자에 대하여만 60세에 달할 것을 연금지급의 요건으로 하였을 뿐, 청구인들의 기대권은 여전히 보호되고 있었으며, 이러한 입법태도에 대하여 청구인들은 자신들의 기대권이 계속하여 보호될 것이라고 신뢰하였으며, 현행 공무원연금법이 청구인들의 재산권을 소급해서 박탈하는 이유가 위에서 본 바와 같이 오로지 정부의 잘못된 연금운용에 따르는 연금기금의 재정고갈을 보충하고자 함에 있다는 점 등을 종합하면, 청구인들의 기대권은 정당한 것으로 보호되어야 하며, 이러한 신뢰보호의 이익은 소급효를 요구하는 공익상의 사유보다 우월하다고 할 것이다.

따라서, 청구인들이 갖고 있던 재산권으로서의 기대권을 소급적으로 박탈하는 내용의 위 법률조항은 헌법 제13조 제2항 및 헌법 제23조 제1항에 위반된다고 할 것이다.

(4) 공무원연금법 제46조 제4항, 제5항, 제7항, 제61조의2 제2항 및 연금법 시행령 제52조의3에 관한 주장

공무원연금법 제46조 제4항, 제5항, 제7항에 규정된 퇴직급여와 공무원연금

법 제61조의2 제2항, 연금법시행령 제52조의3에 규정된 퇴직수당을 합하더라도 퇴직공무원은 근로기준법상의 퇴직금에도 미치지 못하는 금액만을 지급받게 되는 셈이므로 위 각 규정들은 청구인들의 헌법상 보장된 평등권, 재산권 등을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.

공무원연금법 제46조 제5항, 제61조의2와 연금법시행령 제52조의3이 퇴직공무원의 재직년수가 40년 이상인 자도 '33년'을 초과하지 못하도록 규정한 것은 근로관계가 법정계약이거나 약정계약이거나 막론하고 헌법 제11조 제1항, 제32조 제3항과 강행법규이며 효력규정인 근로기준법 제22조 및 제34조에 위반되어 무효라고 할 것이다.

(5) 공무원연금법 제47조 제2항, 동법 부칙 제11조, 사학연금법 제42조 제1항 중 공무원연금법 제47조 제2항을 준용하고 있는 부분 및 동법 부칙 제9조에 관한 주장

재직기간이 20년을 경과한 청구인들에 대한 진정소급입법은 이미 위 청구인들에게 확정적으로 발생한 연금청구권을 소급적으로 박탈하는 결과이므로 헌법에 위반된다. 재직기간이 20년을 경과하지 아니한 청구인들에 대한 부진정소급입법은 위 청구인들이 임용시부터 지금까지 정상적으로 기여금 또는 개인부담금을 납입하여 왔으며, 공무원연금법이 1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정될 당시에도 연금지급이 정지되는 경우가 국가와 지방자치단체, 정부투자기관 등으로부터 보수 기타의 급여를 지급받는 경우로 한정되어 있었기 때문에, 청구인들은 여전히 퇴직 후 민간기업에 재취업하거나 개인사업을 영위할 수 있다고 신뢰하였으며, 현행 공무원연금법이 청구인들의 재산권을 소급해서 박탈하는 이유가 연금수급대상자들의 퇴직 후 재취업이 사회적인 물의를 일으키는 등으로 공익에 반하기 때문이 아니라, 연금수급대상자의 범위를 대폭 축소하여 연금지급의 재정고갈을 보전하려 함에 있다는 점 등을 종합하면, 청구인들 중 재직기간이 20년을 경과하지 아니한 자들의 기대권 역시 보호되어야 할 것이므로, 이들의 기대권을 소급적으로 박탈하는 것은 헌법에 위반된다. 따라서, 위 규정들은 헌법 제13조 제2항 및 제23조 제1항에 위반된다.

공무원연금 및 사학연금 수급대상자의 퇴직연금이 일반사기업체종사자가 지급받고 있는 퇴직금적 성질을 갖고 있고, 퇴직연금액이 일반사기업체종사자의 퇴직금에 비하여 턱없이 부족한 것이 현실이어서 퇴직 후 재취업의 필요성은 일반사기업체종사자들에 비하여 공무원연금 및 사학연금 수급대상자

들에게 더욱 절실한 것임에도 불구하고, 위 규정들은 공무원연금 및 사학연금 수급대상자들이 퇴직 후 재취업하거나 개인사업을 영위하여 소득을 얻는 경우 연금액을 감액하도록 하여 합리적인 근거없이 그 수급대상자들을 일반사기업체에 종사하다가 퇴직한 자들에 비하여 차별대우하는 것이므로 헌법 제11조 제1항에 위반된다.

위 규정들은 연금수급대상자들이 퇴직 후 일정한 사업소득 또는 근로소득을 얻게 되면 연금액의 지급을 정지하도록 하고 있어 연금수급대상자들의 직업선택의 자유로서의 재취업의 자유와 근로의 권리를 사실상 제한함과 동시에 인격권과 행복추구권을 침해하고 있다. 위와 같은 기본권제한은 기본권제한의 한계를 규정하고 있는 헌법 제37조 소정의 ‘국가안전보장·질서유지 또는 공공복리’와는 무관한 것으로서 오히려 사회공익에 반하는 것으로 보아야 한다.

따라서, 위 규정들은 기본권제한의 한계를 벗어나 청구인들의 직업선택의 자유, 근로권, 인격권 및 행복추구권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.

(6) 개정 공무원연금법 제43조의2 제3항에 관한 주장

위 법률조항은 “매 연도별로 전국 소비자물가변동률이 공무원보수변동률과 2퍼센트 이상 차이가 발생할 경우에는 각 연도별로 공무원보수변동률과의 차이가 2퍼센트를 초과하지 아니하도록 조정”하도록 개정된 결과 연금월액수령자들의 손해가 일부 감소되도록 하였을 뿐, 2000. 12. 30. 법개정 이전의 상태로 완전히 회복되는 것은 아니기 때문에 위 조항 역시 소급입법이나 신뢰보호의 원칙에 위반하여 청구인들의 재산권 및 평등권을 침해한 것이므로 헌법에 위반된다.

나. 보조참가인들의 주장

(1) 보조참가인 구자순 외 1,173인

“약속은 지켜져야 한다.”는 ‘법언’은 예나 지금이나 변함없는 진리이다. 법을 신뢰한 사람들에게 불가피한 사정의 변경이 없는 한, 신뢰이익을 보호하는 것은 국가에게도 유익한 것이다. 국가는 국민의 믿을 위에 존립의 바탕을 두고 있기 때문이다. 공무원연금법 제43조의2 제1항, 제47조 제2항은 최소 20년 이상을 공무원으로 근무하고 퇴직한 사람들에게 뒤늦게 그들의 노후생활의 설계를 뒤흔들어 놓았다. 위 법률조항들은 개정 전에 이미 퇴직한 퇴직연금수급자들에게도 적용되는 한, 이른바 진정소급입법에 해당하므로 헌법 제13조 제2항에 위반됨이 명백하고, 가사 진정소급입법이 아니라고 가정하더라도 ‘신

퇴보호의 원칙'에 반하여 위헌임을 면할 수 없다고 할 것이다. 또한 퇴직일시금을 선택한 자와 비교하여 퇴직연금을 선택한 청구인 등에게 연금기금의 고갈에 아무런 귀책사유가 없음에도 불구하고 아직 연금지급이 완료되지 않았다는 이유만으로 차별취급하는 것은 합리성을 결한 것이어서 헌법 제11조에 위반된다.

(2) 보조참가인 강 빈 외 4,456인

공무원연금법 제43조의2 및 부칙 제9조, 공무원연금법 제47조 제2항 및 부칙 제11조는 소급입법에 의한 재산권의 침해이고, 인격권, 행복추구권, 직업선택의 자유, 근로의 권리 및 평등권을 침해하고 있을 뿐만 아니라, 기본권제한의 한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반된다. 2003. 3. 12. 공무원연금법의 개정으로 개정 이전에 비하여 퇴직연도에 따른 동일직급, 동일호봉의 퇴직자간 연금액의 격차가 다소나마 해소되었다고 하더라도, 관련 규정은 진정소급입법으로서 여전히 2000. 12. 30. 개정 전의 공무원연금법의 관련 규정에 비추어 청구인들과 보조참가인들의 재산권 등을 침해하므로 헌법에 위반된다.

다. 이해관계인들(간학균 외 41인)의 주장

이 사건 법률조항의 목적상 '기금고갈의 해결'이라는 공공의 이익은 인정된다고 하더라도, 그 해결은 그 원인과 책임 소재에 따라 적절한 방법 즉, 기금운영관리의 합리화, 국가부담금과 공무원기여금의 증액, 공무원보수의 점진적 인상 등의 방법으로 하여야 함에도 불구하고 이를 도외시한 채, 기금고갈에 대하여 전혀 책임이 없는 퇴직연금수령자들인 청구인들과 이해관계인들에게 소급하여 과도한 불이익을 전가시키는 것은 피해의 최소성원칙에 정면으로 반한다 할 것이다.

2001년부터 2003년 사이 현직공무원의 보수인상률은 50%인 데 비하여 연금수령자들의 퇴직연금인상률은 9.4%에 불과하여 청구인 등 연금수령자들의 피해는 과도하고 심각한 데 대하여 연금법을 재개정함으로써 연금인상률과 보수인상률을 2% 내에 조정·환원된 것에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항과 같이 청구인 등의 권리를 소급적으로 침해하지 아니하더라도 기금고갈문제를 해결할 수 있었던 상태였다고 보아야 할 것이다.

법률에 의하여 공익을 위하여 권장·유도된 제도인 이 퇴직연금산정제도에 대한 국민의 신뢰는 특별히 보호되어야 하고, 종전산정제도는 1962년 이래 40여 년간 유지되어 온 제도로 조만간 개정될 것이라거나 개정될 때, 자신들의 신뢰에 반하여 퇴직 후 소급적으로 불리하게 변경되리라고 예견할 수 있었던

사정은 전혀 찾아볼 수 없다.

또한 청구인 등은 종전산정제도를 신뢰하여 공무원을 직업으로 선택하였고, 퇴직연금을 수령할 수 있는 연한이 되기까지 공무원으로서 근무하였고, 퇴직에 즈음하여 퇴직일시금이 아닌 퇴직연금을 선택하였으며, 퇴직 후 퇴직연금에 의지하여 자신과 가족의 생활을 영위하는 등 그것에 여생을 의지하고 있는 상태에 있다. 아울러 이 사건 법률조항 제정 당시 국가의 재정상태에 중대한 변동이 발생되었다고 볼 만한 징표를 전혀 찾아볼 수 없다.

결론적으로 위와 같이 이 사건 법률조항의 입법목적을 달성하기 위한 다른 합리적 대안들이 있다는 점, 연금수령자들의 신뢰이익이 입법목적(공익)보다 중대하다는 점 등을 고려할 때, 이 사건 법률조항은 청구인 등의 신뢰를 저버리고 과도하게 재산권을 침해하는 것으로 헌법에 위반된다.

공무원연금법 제43조의2 제3항을 2003. 3. 12. 법률 제6859호로 재개정하여 그 위헌성을 어느 정도 완화하기는 하였으나, 재개정조항에 따른 경우에도 연금수령자들은 퇴직 후 20년이 지나게 되면, 원래 받아야 할 퇴직금의 50%밖에 수령할 수 없게 되는바, 이는 청구인들의 종전 권리를 현저하게 침해하는 것이므로, 그 역시 헌법상 신뢰보호의 원칙에 위반됨에는 변함이 없다.

공무원연금법이 위와 같이 재개정됨으로써 공무원연금법 제43조의2 제1항의 적용기간은 2001. 1. 1.부터 2002. 12. 31.까지로 2년간으로 축소되었고, 그 조항에 대한 위헌결정으로 구제되는 자들은 ‘헌법재판소 또는 법원에 사건이 계속된 자’로 한정되는바, 그 인원은 대략 2만 명 정도이다. 그렇다면, 그 조항에 대한 위헌결정으로 인하여 국민연금관리공단에 발생하는 재정적 부담은 대략 1,200억원(300만원×2년×2만명)에 불과할 것이므로, 그 위헌결정으로 인한 기금고갈은 공무원연금제도의 존폐를 우려할 수준에 이르지 않는다고 할 것이다.

라. 행정자치부장관의 의견

(1) 공무원연금법 제27조 제3항

퇴직연금 및 유족연금의 산정기초를 급여사유발생 당시의 최종보수에서 재평가된 3년 평균보수로 변경하도록 한 것은 부담과 급여 간의 연계성확보 등을 위한 합리적인 개선조치로 보아야 할 것이다. 공무원임용관계법령에서 공무원정년의 경우도 임용 당시와 사회적 여건이나 국가적 필요성에 의하여 조정되는 것과 같이 공무원연금급여의 지급률이나 산정방식 등은 연금제정 기타 연금제도의 취지 등을 고려하여 변경할 수 있으며, 그 변경된 내용이 사회

보장제도에서 요구되는 기본적인 생존권을 보호하는 수준 이상을 유지하고 있다면, 입법자의 재량을 일탈하거나 과잉금지 원칙을 위배한 위헌적인 규정은 아니라고 할 것이다.

(2) 공무원연금법 제43조의2 제1항 및 동법 부칙 제9조

퇴직연금수급자의 연금액조정을 현직공무원의 보수인상률에 따르도록 하다가 전국소비자물가변동률에 따르도록 변경한 것은 공무원연금의 수급구조상 재정의 불균형을 개선하면서 동시에 연금의 실질구매력을 유지시켜 주기 위한 것이다. 연금수급권은 확정적인 순수한 재산권이 아니고, 여러 가지 사회·경제적 상황에 따라 합리적인 범위 내에서 변경될 수 있는 것으로서, 법 제43조의2는 입법자가 사회보장의 원리에 따라 제반사정을 고려하여 합리적인 범위 내에서 연금액을 조정하도록 규정한 것이므로 헌법에 위반되지 아니한다. 게다가 공무원보수변동률과 소비자물가변동률 사이에 큰 차이가 날 때를 대비하여 5년마다 공무원보수변동률·전국소비자물가변동률 등을 고려하여 연금인상률을 재조정하도록 하고 있다.

연금제도개혁의 가장 큰 걸림돌로 작용하는 것은 바로 소급적용에 따른 기득권침해의 문제라고 할 것인데, 기득권을 모두 보장할 경우에는 연금재정의 안정화를 이룰 수 없을 뿐만 아니라, 세대 사이의 수혜불균형을 초래하여 결국 연금제도를 유지해 나갈 수 없기 때문이다. 이러한 측면에서 사회보장연금을 받을 권리는 일반적인 재산권과는 구별되어야 한다.

사회보장연금을 받을 권리는 임용 당시의 확정계약사항이 될 수 없다. 향후 연금수급자의 적절한 소득보장을 전제로 공익을 위하여 연금제도를 변경하는 것은 고용계약을 침해하는 입법이라거나 소급입법에 의한 기본권침해라고 할 수 없을 것이다. 즉, 이러한 변경조치들이 연금제도의 목적을 달성하기 위한 불가피한 조치이고, 연금수급권의 본질적인 내용을 침해하지 않는 한, 헌법에 위배된다고 할 수 없을 것이다.

따라서, 기존 연금수급자에 대한 연금액을 현직공무원의 보수인상률이 아닌 소비자물가변동률에 의하여 조정하도록 규정한 것은 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

(3) 공무원연금법 제46조 제1항 제1호

연금제도는 무엇보다도 노후소득을 보장하기 위하여 실시하는 제도로서 근로능력이 있는 자에 대하여 노령연금을 지급하는 것은 연금제도의 취지에 맞지 않고, 연금수급자간에 불공평한 연금이 지급되고 있으며, 본인이 납부한

기여도에 비하여 과도한 급여가 지급됨에 따라 연금제정이 악화되어 세대 사이의 불공평이 발생하게 되므로 연금제도의 기본원리에 충실하기 위하여 불합리한 면을 개선하는 것은 연금제도가 지닌 사회적 연관성과 사회적 기능을 고려할 때, 불가피한 조치이다. 그리고 부칙 제10조에 별도의 경과조치를 마련함으로써 현직공무원의 기존권리에 대한 최대한의 보호조치를 마련하고 있다.

따라서, 사회적 여건 즉, 국민평균수명의 연장, 국가재정상황, 연금재정문제, 세대간의 형평 및 국민연금의 수급요건 등 사회적 연관성이 큰 공무원연금수급권에 대하여 아직 도래하지 않은 권리에 대하여 구법을 근거로 기성의 권리와 동일시하거나 구법에 의한 기대권의 신뢰가 공익상의 사유보다 크다고 보아 소급입법에 의한 재산권침해로 보는 것은 공무원연금제도의 사회보험으로서의 성격과 연금수급권에 대하여 사회적 연관성을 고려하지 않은 것으로 타당하지 않다.

(4) 공무원연금법 제47조 제2항 및 동법 부칙 제11조

공무원연금의 지급정도는 퇴직연금의 법적 성질에 미루어 입법자가 사회정책적 고려, 국가재정 및 연금재정상황 등 여러 가지 사정을 참작하여 폭넓은 형성재량으로 결정할 수밖에 없다. 그러나 퇴직연금은 사회적 기본권의 하나인 사회보장수급권의 성격과 재산권의 성격이 불가분적으로 혼재되어 있으므로, 적어도 퇴직연금의 지급정지는 기본권제한의 한계를 정한 헌법의 규정에 따라야 할 것이다.

그런데 현행 공무원연금법은 공적 연금제도의 성격에 맞도록 제도를 개선하기 위한 목적 이외에 공공기관에 재취업시 소득과 관계없이 확실적으로 연금액의 2분의 1을 정지하도록 되어 있던 구법상의 일부 불합리한 면을 개선하여 소득에 따라 비례적으로 감액률을 조정하되, 최고한도를 본인의 기여분을 고려하여 해당 연금액의 2분의 1을 초과할 수 없도록 하고 있다.

따라서, 헌법의 제원칙을 벗어나지 않는 한, 입법자가 사회정책, 연금제도의 취지, 연금재정상황 등을 종합적으로 고려하여 본인이 기여한 범위 내에서 소득에 따라 연금의 일부를 지급정지하는 것은 헌법 제37조 제2항에 의한 비례의 원칙에 어긋난다고 할 수 없으므로 재산권의 침해라고 할 수 없다.

공무원연금은 사회보장적 급여로서 연금수급자에게 사업소득이나 근로소득이 있는 경우 본인이 기여한 범위 내에서 소득에 따라 연금액의 일부를 지급정지하는 것은 연금수급권을 제한하는 정도가 지나쳐 헌법의 원칙에 위배

되는 경우가 아니라면, 합리적인 이유가 있는 것으로 평등권의 침해로 볼 수 없을 것이다.

공적 연금에서의 연금지급정지제도는 연금소득 이외의 근로소득 내지 사업소득이 있는 경우 과잉급부를 방지하여 노후의 기본적인 생활보장이라는 공적 연금제도의 취지에 따르고, 그 잉여재원을 같은 제도 내의 저소득자 내지 미래세대를 위해 이월시킨다는 점에서 공적 연금제도의 기능 중의 하나인 세대 내·세대 사이의 소득재분배효과를 가져올 수 있게 한다. 구법에서는 공공기관에 재취업한 경우에 한하여 연금지급정지제도를 적용하던 것을 민간의 근로소득 또는 자영업에 의한 사업소득까지 포함한다는 점에서 공평성을 확보하고 있으며, 소득의 범위 및 지급정지액은 제도의 취지에 맞게 일정소득 이상을 대상으로 할 수 있도록 시행령에 위임하고 있으며, 본인의 기여분을 고려하여 연금액의 2분의 1을 최고한도로 설정하고 있으므로 직업선택의 자유나 근로권, 행복추구권을 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 없다.

마. 공무원연금관리공단 이사장의 의견

2003. 3. 12. 공무원연금법 제개정은 지난 2000년 법개정에 따른 연금액조정 규정의 시행 이후 정부의 공무원보수현실화조치와 안정적 물가상승률이 맞물리면서 퇴직연도에 따라 연금액의 격차가 발생하는 문제를 해소하기 위하여 기존의 법률에서 5년마다 연금액을 조정하도록 한 것을 3년마다 조정하도록 하고 최초로 2004년도에 실시하기로 예정하고 있던 연금액의 조정을 1년 앞당겨 실시한 것에 불과하다고 할 것이며, 매년도 연금인상률을 물가상승률에 연동시키는 원칙을 변경한 것은 아니라는 점에서 청구인 및 이해관계인이 주장하는 바와 같이 국가가 그 법률조항의 위헌성을 자인한 것이라고는 할 수 없다.

그 밖에 행정자치부장관의 의견과 대체로 같다.

3. 판 단

가. 적법요건에 대한 판단

(1) 공무원연금법 제46조 제4항·제5항·제7항, 제61조의2 제2항, 연금법시행령 제52조의3에 대한 청구부분

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 심판은 기본권의 침해사유가 있음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 1년 이내에 청구하여야 하며[헌법재판소법(2003. 3. 12. 법률 제6861호로 개정된 것) 제69조 제1항], 법령에 대한 헌법소원은 법령시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 되

는 경우에는 그 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 90일 이내에, 법령이 시행된 날로부터 1년 이내에 헌법소원을 청구하여야 하고, 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당되는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 1년 이내에 헌법소원을 청구하여야 한다.

헌법소원심판청구에 대한 청구취지변경이 이루어진 경우 청구기간의 준수여부는 헌법재판소법 제40조 제1항 및 민사소송법 제265조에 의하여 그 청구취지를 변경하는 청구서가 제출된 시점을 기준으로 판단하여야 한다(헌재 1998. 5. 28. 96헌마151, 판례집 10-1, 695, 703; 헌재 1998. 9. 30. 96헌바88, 판례집 10-2, 517, 529; 헌재 2002. 12. 18. 2001헌마111, 판례집 14-2, 872, 879 각 참조).

그런데 청구인들은 2002. 4. 26. 접수한 ‘헌법소원심판청구취지 및 원인변경신청’에서 새로이 공무원연금법 제61조의2 제2항의 위헌확인을 청구취지에 추가하였고, 또 2002. 6. 1. 접수한 ‘헌법소원심판변경청구서’에서 공무원연금법 제46조 제4항, 제5항의 위헌확인을 청구취지에 추가하였으며, 그리고 2003. 4. 2. 접수한 ‘헌법소원심판변경청구서’에서 연금법시행령 제52조의3의 위헌확인을, 같은 해 6. 2. 접수한 ‘헌법소원심판변경청구서’에서 공무원연금법 제46조 제7항의 위헌확인을 각 청구취지에 추가하였다. 이와 같이 추가된 심판대상조항들은 2001. 1. 1. 또는 그 이전부터 시행된 것이고, 청구인들은 그 시행과 동시에 기본권침해를 받은 경우이므로 늦어도 그 시행일로부터 1년 이내에 그 위헌여부의 헌법소원심판청구를 제기하였어야 한다. 그러나 위 심판청구 부분은 청구인들의 기본권침해의 사유가 발생한 위 법률조항의 시행일로부터 1년이 경과한 후에 제기되었음이 역수상 명백하다.

따라서, 이 부분에 대한 헌법소원심판은 청구기간이 도과된 후 청구된 것으로 부적법하다고 할 것이다.

(2) 공무원연금법 제47조 제2항, 부칙 제11조, 사학연금법 제42조 제1항 중 공무원연금법 제47조 제2항을 준용하고 있는 부분 및 동법 부칙 제9조에 대한 심판청구부분

법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면, 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 그 법률조항에 의하여 직접·현재·자기의 기본권을 침해받아야 할 것을 요건으로 한다. 여기서 말하는 기본권침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권

리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻하고(헌재 1992. 11. 12. 91헌마 192, 판례집 4, 813, 823), 그 집행행위에는 입법행위도 포함되므로 법률규정이 그 규정의 구체화를 위하여 하위규범의 시행을 예정하고 있는 경우에는 당해 법률의 직접성은 부인된다(헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 154).

그러나 공무원연금법 제47조 제2항은 연금 외에도 사업소득이나 근로소득이 있는 경우 연금의 일부에 대한 지급을 정지할 수 있도록 규정하고 있는 것으로 종래의 연금지급정지제도에 관한 문제점을 보완하여 이른바 소득심사제도를 도입한 것이다.

그러나 위 법률조항에 의한 연금지급정지제도의 전제가 되는 소득심사제도는 위 법률조항만으로는 그 구체적인 내용, 범위 및 한계를 확정할 수 없고, 위 법률조항 후문에서 소득의 범위 및 지급정지금액 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 규정하고 있어, 그 소득심사대상에서 제외되는 소득의 범위, 얼마 이상의 소득을 얻는 자를 지급정지대상으로 할 것인지, 소득수준에 따라 어떠한 비율을 적용하여 지급을 정지할 것인지 등에 관한 대통령령의 규정이 마련되어야 비로소 확정되어 적용될 수 있는데, 그러한 내용을 규정한 대통령령이 아직 제정되지 아니함으로써 위 법률조항은 공무원연금법 부칙 제1조(사학연금법의 경우 동법 부칙 제1조)에 의하여 아직 시행되지 않고 있다.

그렇다면, 공무원연금법 제47조 제2항, 부칙 제11조, 사학연금법 제42조 제1항 중 공무원연금법 제47조 제2항을 준용하고 있는 부분 및 동법 부칙 제9조에 대한 심판청구부분은 청구인들의 기본권침해에 대한 직접관련성 및 현재관련성이 없어 부적법하다고 할 것이다.

(3) 구 공무원연금법 제43조의2 제3항, 부칙 제9조 제2항, 구 사학연금법 부칙 제7조 제2항에 대한 청구부분

구 공무원연금법 제43조의2 제3항, 부칙 제9조 제2항은 2003. 3. 12. 법률 제6859호 공무원연금법중개정법률로 개정되어 연금지급의 조정을 종전 '5년'마다 하던 것을 '3년'마다 하도록 하였고, 매 연도별로 전국소비자물가변동률이 공무원보수변동률과 2% 이상 차이가 발생할 경우에는 각 연도별로 공무원보수변동률과의 차이가 2%를 초과하지 않게 조정하도록 변경하였으며, 법시행 후 최초의 연금액조정을 종전 '법시행 후 3년이 경과한 때'에 하도록 한 것을 '법시행 후 2년이 경과한 때'에 하도록 개정하였고, 구 사학연금법 부칙

제7조 제2항은 2003. 3. 12. 법률 제6862호 사립학교교직원연금법중개정법률에 의하여 법시행 후 최초 연금액의 조정은 법시행 후 2년이 경과할 때 실시하는 것 즉, 1년 단축하여 실시하는 것으로 개정되었다.

그렇다면, 위 법률조항에 대한 심판청구는 권리보호이익이 없어졌다고 할 것이고, 그 법률조항에 의한 최초 연금액조정은 2004. 1. 1.부터 하도록 되어 있어서 아직 한번도 시행한 바가 없이 결국 폐지된 것이므로, 위 법률조항 자체에 의하여 어떠한 기본권도 침해된 바가 없어 그 위헌여부를 규명할 필요가 없으므로, 결국 위 법률조항에 대한 심판청구는 부적법하다고 할 것이다.

나. 본안에 대한 판단

(1) 공무원연금제도, 사립학교교직원연금제도와 연금수급권의 법적 성격

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 책임 아래 보험기술을 통하여 공무원의 구제를 도모하는 사회보험제도의 일종이다.

공무원연금제도는 헌법 제7조의 직업공무원제도와 위와 같은 보험원리에 입각한 사회보장제도의 하나로서 군인과 선거에 의하여 취임하는 공무원을 제외한 국가공무원법 및 지방공무원법에 의한 모든 공무원 등은 법률에 의하여 당연히 공무원연금에 가입되고, 그 급여의 종류와 내용, 기여금의 액수 및 징수방법이 법률로 정하여져 있어 당사자가 선택할 수 없고, 그 각종 급여에 소요되는 비용 중 일부를 국가 또는 지방자치단체가 부담함으로써 급부와 반대급부 균형의 원칙이 유지되지 못하며, 보험료라고 볼 수 있는 공무원의 기여금의 납부가 법률에 의하여 강제되는 특성을 가지고 있다(헌재 1996. 10. 4. 96헌가6, 판례집 8-2, 308, 322; 헌재 1998. 12. 24. 96헌바73, 판례집 10-2, 856, 864-865; 헌재 2000. 6. 29. 98헌바106, 판례집 12-1, 833, 842-843 각 참조).

또한 공무원연금제도는 연금제도 본래의 기능인 퇴직연금 외에도 기업의 퇴직금에 해당하는 일시금 및 퇴직수당, 민간의 산재보험에 해당하는 공무상 재해보상급여 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(헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 9-10).

따라서, 공무원연금법상의 각종 급여는 기본적으로 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; 헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 10 참조).

특히 공무원연금법상 퇴직연금수급권은 경제적 가치있는 권리로서 헌법 제 23조에 의하여 보장되는 재산권으로서의 성격을 가진다(헌재 1994. 6. 30. 92헌가9, 판례집 6-1, 543, 550; 헌재 1998. 12. 24. 96헌바73, 판례집 10-2, 856, 866; 헌재 1999. 4. 29. 97헌마333, 판례집 11-1, 503, 513; 헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 13 각 참조)고 할 수 있는데, 다만, 그 구체적인 급여의 내용, 기여금의 액수 등을 형성하는 데에 있어서는 직업공무원제도나 사회보험원리에 입각한 사회보장적 급여로서의 성격으로 인하여 일반적인 재산권에 비하여 입법자에게 상대적으로 보다 폭넓은 재량이 헌법상 허용된다고 볼 수 있다.

한편, 사립학교교직원연금제도도 공무원연금과 마찬가지로 특정한 직역을 대상으로 하여 운영되는 독립적인 제도이다. 그러나 양자 모두 기본적으로 공적 연금으로서 공무원 또는 교직원 및 그 유족의 생활안정과 복리향상에 기여함을 목적으로 하고(공무원연금법 제1조, 사학연금법 제1조), 보험사고의 유형이 퇴직·폐질·사망 및 업무상의 질병·부상·재해로 동일하며(공무원연금법 제25조, 사학연금법 제33조), 재직기간계산방법(공무원연금법 제23조, 사학연금법 제31조), 급여의 종류·급여액산정방법(공무원연금법 제4장 제2절, 제3절, 사학연금법 제42조)이 유사하고, 급여비용의 일부를 사용자인 국가 또는 학교법인이 부담한다는 면에서 일치한다(공무원연금법 제69조, 사학연금법 제47조). 또한 공무원연금법상 퇴직연금의 수급권자가 사학연금법 제3조의 학교기관에서 재직하는 경우 교직원으로 임용된 날로부터 2년 이내에 수급권자의 선택에 의하여 종전의 재직기간을 사립학교교직원연금계산의 기초가 되는 재직기간에 합산할 수 있고(사학연금법 제32조 제1항), 이를 위하여 공무원연금관리공단과 사립학교교직원연금관리공단 사이에 연금액의 이체제도를 두고 있으며(사학연금법 제52조의2 제1항), 합산을 받은 후 다시 퇴직하는 경우에 전의 퇴직 당시의 보수월액이 재임용 후 퇴직 당시의 보수월액보다 많

은 때, 퇴직연금의 금액은 재임용되기 전에 받던 퇴직연금에다 재임용 후의 퇴직 당시의 보수연액에 재임용 후의 복무연수를 곱한 금액의 100분의 2에 상당하는 금액을 가산하도록 하여(사학연금법 제42조 제1항, 공무원연금법 제46조 제7항) 합산으로 인하여 연금수급인이 입을 수 있는 불이익을 방지하고 있다. 두 연금보험은 보험의 대상이 서로 달라 각각 독립하여 운영되고 있을 뿐, 동일한 사회적 위험에 대비하기 위한 하나의 통일적인 사회보장제도라고 할 수 있다(헌재 2000. 6. 29. 98헌마106, 판례집 12-1, 833, 843-843 참조).

따라서, 사학연금법상 각종 급여도 기본적으로 모두 사회보험에 입각한 사회보장적 급여로서의 성격을 가짐과 동시에 공로보상 내지 후불임금으로서의 성격도 함께 가지고, 특히 퇴직연금수급권은 경제적 가치있는 권리로서 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산권으로서의 성격을 가진다고 볼 수 있다. 다만, 사립학교교원의 경우 공무원은 아니므로 헌법 제7조의 직업공무원제도의 보호대상은 아니고, 헌법 제31조 제6항에 의하여 보장되는 교원의 지위에 상응하는 보장이 요청된다고 할 것이다.

(2) 공무원연금법 및 사학연금법 개정의 배경과 취지

공무원연금법과 사학연금법상 연금의 재정방식은 급여에 필요한 재원을 확보하기 위하여 일정한 기금을 적립하고, 그 기금을 최대한 활용함으로써 생기는 이윤들을 연금재정에 충당하는 적립방식이다. 이와 같은 적립방식은 매년의 급부비용을 매년 조달하는 부과방식과 비교하여 연금발생 초기에는 수급권자와 급부지출이 적기 때문에 잉여금이 계속 축적되지만, 시간이 지나면서 급부지출이 늘어나 연금수지가 악화되는 특색이 있다.

그런데 1960년대에 도입된 공무원연금제도는 제도시행 30년이 넘는 90년대 초반부터 재정불안의 징후가 나타나기 시작하였고, 연금기금은 급속히 줄어들어 97년말 당시 6조 2천억원, 2000년말 당시 1조 2천억원에 불과하였으며, 2000년 기준으로 2001년의 경우 연금수지적자가 1조 6천억원으로 예상되었고, 종전제도를 유지할 경우 2005년까지 총 10조원의 적자가 발생하고, 그 이후에 계속하여 적자가 날 것으로 예상되는 등 심각한 연금재정악화문제가 발생되었다. 그와 같은 재정악화요인을 보면, 다음과 같다. 첫째, 정부 및 공무원의 낮은 연금부담률에 기인한 것이다. 과거 정부는 공무원의 낮은 보수에 대한 보완적 처우개선의 일환으로 연금급여를 지속적으로 인상하여 왔으나, 이에 소요되는 비용의 부담률은 그 동안의 우리나라 경제상황, 제도정착의 필요성 등을 감안하여 연금급여의 지출규모보다 장기간 낮게 설정되어 왔던 것

이다. 둘째, 평균수명의 연장과 연금수급자의 증가를 들 수 있다. 통계청의 자료에 의하면, 1997년 평균수명은 74.4세로 1987년에 비하여 4.6세, 1977년에 비하여 9.9세 증가하였고, 공무원연금수급자도 1980년 말의 1,800명에서 2000년 말에는 150,463명으로 늘어나서 급여자출이 급격히 증가하게 되었다. 셋째, 1998년 이후 정부구조조정에 의한 대량퇴직으로 연금의 추가지출이 급증하여 기존의 기금적립액이 잠식되고 있는 실정에 있었다. 이에 따라 구제도를 계속 유지할 경우 연금기금의 고갈과 함께 수지적자폭이 매년 급속히 증가하는 심각한 재정문제에 봉착하게 되었다. 따라서, 그 동안의 수급구조상 불균형구조 및 연금환경변화 등에 따른 재정문제를 해결하지 않고는 더 이상 연금제도를 운영하기 어려운 실정이었으므로 장기적으로 안정적인 연금제도를 운영할 수 있도록 하기 위하여 연금제도개선을 모색하게 된 것이다.

더구나 한국개발연구원은 1999. 8. 발간한 ‘공무원연금제도의 구조개선 방안’에서 우리나라 퇴직공무원·연금수급권자의 추이와 전망, 공무원연금기금 현황, 급여자출액추이와 연금재정수지전망에 비추어 당시 공무원연금제도에 대하여 그 체계와 수급의 내용 및 보장수준에 대한 중·장기적이고 근본적인 개혁을 요구하였다.

세계은행(World Bank) 동아시아 및 태평양지역 한국관리부도 2000. 5. 10. 발행한 ‘기로에 선 한국연금제도’에서, 1999년부터 2080년까지 공무원연금제도의 적자추계를 제시하고 악성 재정구조 속에서 비용을 유지하고 세대 안·세대 사이의 연금규정들이 조화를 이루기 위하여 다음과 같은 5가지 체계적인 연금제도개혁방안을 제시하고 있다. 첫째, 연금지급개시연령을 2033년까지 65세로 조정하고, 둘째, 33년 이상 재직자에 대한 상한제한을 금지하고, 셋째, 연금인상을 점차적으로 보수연동에서 물가인상지수로 대체하고, 넷째, 급여산정방식을 점차적으로 최종보수에서 전기간평균보수로 변경하고, 다섯째, 공무원연금제도를 국민연금제도의 방식과 보다 근접한 급여산식을 도입하는 것 즉, 미래의 재직기간에 대해서는 모두 1.5%의 지급률을 새로이 적용하는 것 등이다.

이에 정부는 공무원, 정부, 연금수급자 3자의 책임분담을 통해 40년간 누적되어 온 연금문제를 해결하고자, 한국개발연구원(KDI)의 용역연구결과와 연금제도개선 공청회 등을 거쳐 여러 가지의 제도개선내용이 포함된 공무원연금법개정안을 마련하여 2000. 10. 9. 입법예고를 거쳐 그 법률개정안이 국회를 통과하여 2001. 1. 1.부터 시행하게 된 것이다(2000. 12. 30. 법률 제6328호 공

무원연금법개정법률). 그 주요 제도개선내용은 다음과 같다. 첫째, 공무원과 정부의 비용부담률을 1000분의 75에서 1000분의 85로 각각 인상하였다(제66조 제2항, 제69조 제1항). 둘째, 종전에 연금을 연령에 관계없이 지급하던 것을 단계적으로 개선하여 그 지급개시연령을 60세로 한다(제46조 제1항 제1호 : 이 사건 심판대상 법률조항). 셋째, 연금액을 공무원보수인상률에 따르지 아니하고 소비자물가변동률에 따라 매년 조정한다(제43조의2 : 이 사건 심판대상 법률조항). 넷째, 당시 최종보수를 기준으로 연금을 산정하던 것을 퇴직 전 3년 평균보수를 기준으로 산정한다(제27조 제3항 : 이 사건 심판대상 법률조항). 다섯째, 연금의 지급정지대상을 민간기업재취업자 및 사업소득자 등 전직종으로 확대하였다(제47조 : 이 사건 심판대상 법률조항).

한편, 사립학교교직원연금제도도 1973. 12. 20. 법률 제2650호로 사학연금법이 제정된 이래 역시 공무원연금법과 유사한 연금제정악화문제가 발생하여 같은 취지에서 위와 같은 경과를 거쳐 2000. 12. 30. 법률 제6330호로 사학연금법을 개정하였다. 그 주요골자는 사립학교교직원 개인의 부담률을 1000분의 85로 인상하고(제44조 제4항), 지급개시연령을 단계적으로 개선하여 60세로 하고(제42조, 공무원연금법 제46조 제1항 제1호 : 이 사건 심판대상 법률조항), 소비자물가변동률로 연금을 조정하며(제42조, 공무원연금법 제43조의2 : 이 사건 심판대상 법률조항), 퇴직연금 등의 산정기초를 퇴직 전 3년 평균보수를 기준으로 산정하고(제35조 제3항 : 이 사건 심판대상 법률조항), 연금의 지급정지대상을 민간기업재취업자 및 사업소득자 등 전직종으로 확대하는 것(제42조, 공무원연금법 제47조 : 이 사건 심판대상 법률조항) 등이었다.

(3) 공무원연금법 제27조 제3항, 사학연금법 제35조 제3항의 위헌여부(연금 급여액산정기초규정)

퇴직연금 등의 급여액산정의 기초를 종전에 ‘퇴직 당시의 보수월액’으로 하던 것을 ‘평균보수월액’으로 변경한 것이 소급입법에 의한 청구인들의 재산권을 침해하여 헌법 제13조 제2항 및 제23조 제1항에 위반되는지의 여부가 문제된다.

(가) 소급입법의 의미와 그 해당여부

헌법 제13조 제2항에 의하면, “모든 국민은 소급입법에 의하여 참정권의 제한을 받거나 재산권을 박탈당하지 않는다.”라고 규정하고 있다. 그리고 소급입법은 신법이 이미 종료된 사실관계에 작용하는지 아니면, 현재 진행 중인 사실관계에 작용하는지에 따라 ‘진정소급입법’과 ‘부진정소급입법’으로 구분되

고, 전자는 헌법적으로 허용되지 않는 것이 원칙이며, 특단의 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 된다(헌재 2001. 4. 26. 99헌바55, 판례집 13-1, 869, 884; 헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 공보 71, 633, 638 참조).

그런데 위 법률규정은 헌재 공무원이나 사립학교교직원으로 재직하고 있는 자로서 퇴직연금에 대한 기여금을 납입하고 퇴직하는 경우에 장차 받게 될 퇴직연금에 대한 급여액의 산정기초를 종전에 ‘퇴직 당시의 보수월액’으로 하던 것을 ‘최종 3년간 평균보수월액’으로 변경한 것이므로, 위 퇴직연금에 대한 기대는 재산권의 성질을 가지고 있으나 확정되지 아니한 형성 중에 있는 권리로서 이는 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실 또는 법률관계를 규율대상으로 하는 이른바 부진정소급입법에 해당되는 것이어서 원칙적으로 허용된다고 할 것이다.

따라서, 이는 종래의 법적 상태의 존속을 신뢰한 청구인들에 대한 신뢰보호만이 문제될 뿐, 소급입법에 의한 재산권박탈의 문제는 아니므로, 위 법률조항은 소급입법에 의한 재산권박탈금지의 원칙을 선언하고 있는 헌법 제13조 제2항에 위반되지 아니한다.

(나) 신뢰보호의 원칙 위배여부

신뢰보호의 원칙은 우리 헌법상 법치국가원리로부터 파생되는 것으로서 법률의 제정이나 개정시 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 없다면, 그러한 새 입법은 신뢰보호의 원칙상 허용될 수 없다. 이러한 신뢰보호원칙의 위배여부를 판단하기 위하여는 한편으로 침해받은 이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰침해의 방법 등과 다른 한편으로는 새 입법을 통하여 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로衡量하여야 한다(헌재 1998. 11. 26. 97헌바58, 판례집 10-2, 673, 681; 헌재 2001. 2. 22. 98헌바19, 판례집 13-1, 212, 219-220; 헌재 2001. 4. 26. 99헌바55, 판례집 13-1, 869, 885-886 참조).

그동안 역대 우리나라정부는 물가안정, 경제의 지속적인 성장, 국가경쟁력 제고 등 경제정책적 견지에서 공무원 등의 보수수준을 억제하여 온 대신 사

기업체근로자에 비하여 보다 후한 연금급여수준을 확보하여 줌으로써 국가와 국민 전체의 봉사자로서의 공무원의 사기를 진작하고 직무에 전념·충실하도록 유도하는 정책을 견지하여 왔고, 이에 따라 공무원인 근로자는 사기업체근로자에 비하여 상대적으로 적은 급여를 받고 있음에도 불구하고 퇴직이나 노후에 높은 수준의 퇴직연금을 받을 것을 기대하면서 그것을 감내하여 왔음은 주지의 사실이다. 또한 공무원연금제도가 제정·시행된 이래 최종 개정되기 전까지 근 40여년 동안 연금급여를 지속적으로 ‘최종보수월액’을 기초로 산정하여 왔으므로 그에 대한 신뢰는 장기간 형성되어 온 것도 사실이다.

그러나 연금급여가 직업공무원제도의 한 내용이라는 점을 감안하더라도 위에서 본 바와 같이 연금급여의 성격상 그 급여의 구체적인 내용은 국가가 사회정책적 고려, 국가의 재정 및 연금기금의 상황 등 여러 가지 사정을 참작하여 보다 폭넓은 입법재량으로 결정할 수 있다. 연금급여의 후불임금적 성격을 고려할 때, 오히려 그 퇴직연금급여는 최종보수월액이 아니라, 공무원으로 재직할 전 기간 평균보수월액으로 하는 것이 그 성격에 부합할 것임에도 ‘최종 3년간 평균보수월액’으로 개정된 것으로 그 자체의 합리성과 타당성이 인정될 뿐만 아니라, 그 개정으로 인하여 감소되는 정도는 크지 아니하다.

아울러 위 급여액산정기초규정과 같이 개정된 입법배경과 입법취지에서 살펴본 바와 같이 기존의 공무원연금제도를 유지하는 경우 연금재정이 파탄에 이르러 그 제도 자체를 유지·존속하기 어렵게 된 상황에 직면하여 국가가 공무원·정부·연금수급자 3자의 책임분담을 통하여 부담률을 높이고 지급수준을 낮추어 40년간 누적되어 온 연금적자문제를 해소하고 연금재정안정을 도모하는 일련의 연금제도개선책의 일환으로 위 법률조항과 같이 개정한 것으로, 그로 인하여 달성되는 공익은 실로 중대하다고 하지 않을 수 없다.

사학연금법상 급여액산정기초규정 역시 그 입법취지나 경위 및 사정이 이와 유사하고, 그것이 비록 직업공무원제도의 한 내용은 아니라 하여도 이와 달리 볼 것은 못된다.

따라서, 위 법률조항이 신뢰보호의 원칙에 위배되는 것이라고는 할 수 없다.

(4) 공무원연금법 제43조의2 제1항·제2항, 부칙 제9조 제1항, 사학연금법 제42조 제1항 중 공무원연금법 제43조의2 제1항을 준용하고 있는 부분, 부칙 제7조 제1항 및 개정 공무원연금법 제43조의2 제3항, 부칙 제9조 제2항의 위헌여부(연금액조정규정)

(가) 연금액조정규정의 구체적인 내용과 헌법상 쟁점

먼저 위 법률조항과 개정 사학연금법 부칙에 의한 퇴직연금 등의 급여액조정의 구체적인 내용을 살펴보면, 다음과 같다.

통계청장이 매년 고시하는 전전년도와 대비한 전년도 전국소비자물가변동률에 해당하는 금액을 매년 증액 또는 감액하는 방법에 의하여 연금액의 조정이 이루어진다(공무원연금법 제43조의2 제1항, 사학연금법 제42조 제1항). 당해연도의 연금액은 [전년도 연금액×(전년도 연평균전국소비자물가지수－전전년도 연평균전국소비자물가지수)/전전년도 연평균전국소비자물가지수×100]으로 계산된다. 이와 같이 조정된 연금액은 당해연도 1월부터 12월까지 변동없이 적용된다(공무원연금법 제43조의2 제2항).

전국소비자물가변동률에 따라 연금액을 조정하는 것만으로 변화하는 사회·경제적 여건에 충분히 적응할 수 없을 경우에 대비하여 3년마다 정책적으로 연금액을 재조정하는데, 매 연도별로 전국소비자물가변동률이 공무원보수변동률과 2% 이상 차이가 발생할 경우에는 각 연도별로 공무원보수변동률과의 차이가 2%를 초과하지 아니하도록 조정한다(개정 공무원연금법 제42조의3 제3항, 개정 사학연금법 부칙 제1항). 이와 같은 연금액의 정책조정은 3년마다 실시하는 것이지만, 그 최초의 조정은 물가연동제 실시 후 2년이 경과한 때에 실시하도록 하는 내용의 경과규정을 두었고(개정 공무원연금법 부칙 제9조 제2항, 개정 사학연금법 부칙 제7조 제2항), 그에 따른 최초의 정책조정은 2003. 3. 12. 시행하되, 2003. 1. 1.부터 적용하도록 하였다(개정 공무원연금법 부칙 제1항, 개정사학연금법 부칙 제1항). 아울러 개정 공무원연금법 제43조의2 제3항에 따른 조정에도 불구하고 동일 재직기간의 상·하 직급간 연금인 급여액의 역전현상이 발생시에는 별도 보전을 통하여 해소되도록 하였고, 다만, 직급이 없거나 하위직급이 없는 공무원이었던 자의 경우에는 직급이 있는 공무원이었던 자에 준하여 보전하도록 하였다(개정 공무원연금법 부칙 제2항, 개정 사학연금법 부칙 제2항).

이러한 내용의 물가연동제는 공무원연금법상의 모든 연금수급자에 대하여 적용되는 것이고 개정규정의 시행 이전부터 연금을 받아오던 사람들에 대하여도 물론 적용된다. 다만, 기존 연금수급자들에 대하여는 퇴직시점의 연금액을 기준으로 소급하여 물가연동을 적용하는 것이 아니라, 제도시행 직전인 2000. 12. 31.의 연금액을 기준으로 향후의 연금액을 위와 같이 조정해 나간다(공무원연금법 부칙 제9조 제1항, 사학연금법 부칙 제7조 제1항).

이상과 같은 내용을 요약해 보면, 현행 공무원연금법 및 사학연금법상의 연금액조정방식은 순수한 물가연동제라고 할 수는 없고 보충적으로 3년마다 다시 조정하되, 매 연도별로 전국소비자물가변동률이 공무원평균보수변동률과 2% 이상 차이가 발생하는 경우에는 각 연도별로 공무원보수변동률과의 차이가 2%를 초과하지 아니하도록 한다는 점에서 물가연동제를 기초로 하면서도 보수연동제가 어느 정도 가미된 절충형의 조정방식이라고 할 수 있겠다.

이에 대하여는 첫째, 연금액을 전국소비자물가변동률에 따라 매년 조정하도록 한 것 자체가 입법의 형성재량의 범위를 벗어나 청구인들의 재산권 또는 인간다운 생활을 할 권리의 본질적 내용을 침해하는 것인지의 여부, 둘째, 물가연동제를 적용하면, 동일직급의 퇴직자라도 퇴직시기에 따라 연금액이 달라질 수 있고, 상·하 직급 퇴직자 사이에서도 퇴직시기에 따라 연금액의 역전현상이 발생할 가능성이 있는데, 이러한 것이 헌법상 평등의 원칙에 위반되는지의 여부, 셋째, 종래 보수연동제에 의하여 연금액의 조정을 받아오던 기존 연금수급자들에게 법률의 개정을 통하여 물가연동제에 의한 연금액조정방식을 적용하도록 한 것이 소급입법에 의한 재산권의 침해에 해당하는지의 여부, 신뢰보호의 원칙에 위반되어 헌법에 위반되는지의 여부가 문제된다.

(나) 물가연동제에 의한 연금액조정 자체의 위헌여부

위에서 살펴본 바와 같이 연금수급권은 재산권의 성질을 가지고 있지만, 한편, 사회보장적 급여로서 그 급여의 구체적인 내용은 국가의 재정능력 및 기금의 재정상태, 국민전체의 소득 및 생활수준 기타 여러 가지 사회적·경제적 여건이나 정책적 고려사항을 종합하여 합리적인 수준에서 폭넓은 형성재량으로 결정할 수 있는 것이고, 그 결정이 현저히 자의적이거나 직업공무원제도와 헌법이 보장하는 교원의 지위의 근간을 훼손하지 않는 한, 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

위 물가연동제에 의한 연금액조정규정은 누적적인 연금재정의 적자, 퇴직자를 포함한 연금수급자의 급증, 평균수명의 연장 등 공무원연금제도와 사학연금제도의 환경변화로 인하여 기존의 제도를 유지할 경우에는 연금재정악화로 연금제도 자체의 유지·존속이 어렵게 되어 연금재정을 안정시키기 위한 일련의 연금재정개혁의 일환으로 개정된 것으로 그 필요성이 인정된다.

물가연동제에 의한 연금액조정규정의 취지는 화폐가치의 하락 또는 일반적인 생활수준의 향상 등으로 인하여 연금의 실질적 구매력이 점점 떨어질 것에 대비하여 그 실질구매력을 유지시켜 주어 연금수급자의 생활안정을 기하

기 위한 것이지, 연금수급권을 제한하거나 박탈하는 것이 아니며, 그 내용이 현저히 자의적이라고 볼 수 없다. 아울러 개정 공무원연금법 제43조의2 제3항에 의하여 각 연도 공무원보수인상률과 물가상승률의 차이가 2% 이상인 경우 3년마다 각 연도별 차이가 2% 이상 나지 않도록 재조정하여 보전해 주는 보완장치도 마련하고 있다.

외국의 입법례를 살펴보아도 전 공무원의 평균봉급상승률에 연동하여 조정하는 방식을 채택하고 있는 독일은 제외하고는 미국, 영국, 프랑스, 이탈리아, 일본 모두 임금상승률연동에서 물가상승률연동으로 개정하여 실시하고 있다.

따라서, 물가연동제에 의한 연금급여조정규정 자체는 연금수급권자의 재산권, 인간으로서의 존엄과 가치 또는 인간다운 생활을 할 권리를 침해하거나 직업공무원제도나 헌법이 보장하는 사립학교교원의 지위의 근간을 훼손한 것이라고 볼 수는 없다고 할 것이다.

(다) 평등의 원칙에 위배되는지의 여부

청구인들은, 우리나라에서는 물가상승률보다 공무원보수인상률이 높게 유지되는 것이 통상적이므로 물가연동제에 의하여 매년 연금액을 조정할 경우에는 동일직급의 퇴직자라도 퇴직시기에 따라 퇴직연금액이 달라질 수 있으며, 상·하 직급의 퇴직자 사이에서도 퇴직시기에 따라 연금액의 역전현상이 발생할 수 있고, 이러한 점에서 위 규정은 헌법상 평등의 원칙에 반한다고 주장한다.

공무원연금법 제43조의2 제1항·제2항 및 사학연금법 제42조 제1항 중 공무원연금법 제43조의2 제1항을 준용하고 있는 부분에 있어서는 퇴직연금에 있어서 퇴직시기의 선후, 퇴직 당시의 직급 및 호봉 등을 따지지 아니할 뿐만 아니라, 장해연금 및 유족연금의 수급자들 모두에 대하여 일률적으로 연금액의 조정을 전국소비자물가변동률에 따르도록 하고 있다.

위 규정의 적용대상이 되는 연금수급자들 사이에서는 어떠한 차별취급도 일어나지 아니한다. 청구인들이 문제삼고 있는 차별취급은 현직공무원의 보수인상률과 물가변동률과의 차이를 전제로 하여 일어나는 것이고, 이것은 결국 현직공무원과 연금수급자 사이의 차별취급에 관한 것으로 귀착된다. 현직공무원과 연금수급자 사이에 발생하는 차별취급이 헌법적으로 정당성을 갖는지의 여부가 문제된다.

그런데 위 규정은 헌법에서 특별히 평등을 요구하는 경우가 아니고, 공무원연금법 및 사학연금법상의 연금수급권은 그 내용을 결정함에 있어서 입법자

에게 폭넓은 형성재량이 인정되는 영역에 해당되는 관계로 차별기준 내지 방법의 합리성여부가 헌법적 정당성여부의 판단기준으로 된다고 할 것이다.

위 규정은 공무원연금법 및 사학연금법상의 연금수급권자에 대하여 적용되는 것이고, 이들은 현직공무원이나 사립학교교직원의 신분을 가진 사람들이 아니다. 위 규정에 의하여 동일직급의 퇴직자라도 퇴직시기에 따라 퇴직연금액이 달라질 수 있고, 상·하직급의 퇴직자 사이에서도 퇴직시기에 따라 연금액의 역전현상이 발생하는 것은 퇴직자의 연금액은 소비자물가상승률에 따라 보전해주고, 현직자는 보수인상률에 따라 보수를 지급받게 됨으로 인한 것인데, 연금수급권자에 대한 연금정책과 공무원이나 사립학교교직원에 대한 보수정책은 다를 수밖에 없다. 공무원이나 사립학교교직원의 보수는 근로에 대한 대가 및 생계비 보장의 측면뿐만 아니라, 공무원이나 사립학교교직원의 사기제고와 생산성향상을 통한 경쟁력의 강화에 연결될 수 있도록 여러 가지 정책적 고려에 의하여 결정되고, 공무원이나 사립학교교직원의 보수인상률도 그와 마찬가지로이다. 그러나 공무원연금법 및 사학연금법상의 연금수급권자에게 지급되는 연금은 노령·폐질·사망 등으로 인한 소득상실의 위협으로부터 벗어날 수 있도록 기본적인 생활보장을 위하여 지급되는 것이므로 공무원이나 사립학교교직원의 보수와는 다른 정책적 고려에 의하여 결정되는 것이다. 따라서, 연금수급자들에 대한 연금액을 매년 조정함에 있어서도 현직공무원이나 사립학교교직원의 보수인상률과 동일한 비율의 증감이 이루어져야 할 필연성은 존재하지 아니하는 것이다.

아울러 개정 공무원연금법 부칙 제2항 및 개정 사학연금법 부칙 제2항에서 개정 공무원연금법 제43조의2 제3항의 규정에 따른 조정에도 불구하고 동일 재직기간의 상·하 직급 사이 연금급여액의 역전현상이 발생시에는 별도 보전을 통하여 해소되도록 하고, 다만, 직급이 없거나 하위직급이 없는 공무원 및 사립학교교직원이었다던 자의 경우에는 직급이 있는 공무원 및 사립학교교직원이었다던 자에 준하여 보전하도록 하는 경과조치를 마련하고 있다.

따라서, 위 규정이 명백히 불합리하다거나 연금수급자만을 자의적으로 차별하는 것으로는 볼 수 없다고 할 것이다.

(라) 소급입법금지원칙에 위배되는지의 여부

청구인들은 기존의 연금수급자들에 대하여도 물가연동제를 적용하도록 하는 것이 소급입법에 의한 재산권의 침해에 해당하여 헌법에 위반된다고 주장한다.

그런데 위 부칙규정은 신설규정인 공무원연금법 제43조의2를 그 시행일인 2001. 1. 1.부터 적용함에 있어서 기존 연금수급자들의 연금액을 2000. 12. 31. 현재의 연금액을 기준으로 조정한다는 내용으로서 기존 연금수급자들에 대한 연금액의 조정을 종래의 보수연동의 방식에서 물가연동의 방식에 의하도록 변경하고 있는 것이다. 이와 같은 내용의 위 부칙규정은 법개정 이후의 법률관계만을 규율하고 있을 뿐이므로 이미 종료된 과거의 사실관계 또는 법률관계에 새로운 법률이 소급적으로 적용되어 과거를 법적으로 새로이 평가하는 진정소급입법에는 해당하지 아니한다. 이와 같이 법률의 개정에 의하여 기존의 법적 상태를 새로운 법적 상태로 변경하는 경우에는 새로운 법률이 기존의 법적 상태에는 아무런 영향을 미치지 못하는 것이므로 법률의 소급효는 문제될 여지가 없고, 다만, 그 법적 상태를 변경함에 있어서 기존의 법적 상태에 대한 신뢰를 법치국가적 관점에서 헌법적으로 보호해 주어야 할 것이냐가 문제될 뿐이다(헌재 1999. 4. 29. 94헌바37 등, 판례집 11-1, 289, 318-319 참조).

한편, 청구인들은 기존 연금수급권의 내용이 이미 법률개정 이전에 불가변적으로 확정된 재산권임을 전제로 하여 입법자가 법률의 개정을 통하여 이미 확정된 연금수급권의 내용을 사후에 변경하는 것은 소급입법에 의한 재산권의 박탈에 해당한다고 주장한다.

그러나 공무원연금법상의 연금수급권은 어느 정도 재산권의 성질도 갖고 있으나 사회보장적 급여로서 그 연금수급권의 구체적인 내용에 관하여는 입법자가 인간의 존엄과 가치, 인간다운 생활을 할 권리 등 기본권의 본질적 내용을 침해하지 아니하고 직업공무원제도의 근간을 훼손하지 않는 범위 안에서 재정능력, 국민 전체의 소득 및 생활수준 기타 여러 가지 사회적·경제적 여건 등을 종합하여 합리적인 수준에서 이를 결정할 수 있고, 또한 그와 같은 사정의 변화에 맞추어 그 내용을 변경할 수도 있는 것이다. 이 점은 사학연금법상 수급권도 이와 유사하고 달리 볼 것은 아니다.

따라서, 연금수급권의 내용이 처음부터 불가변적으로 확정된 재산권임을 전제로 한 소급입법금지 원칙에 위배된다는 청구인들의 위 주장은 받아들일 수 없고, 다만, 그 내용의 변경이 신뢰보호의 원칙에 위배되는 것인지의 여부가 문제될 뿐이다.

(마) 신뢰보호의 원칙에 위배되는지의 여부

새로운 입법이 신뢰보호의 원칙을 위배한 것인지의 여부를 판단하기 위하

여는 침해받은 이익의 보호가치, 침해의 정도, 신뢰의 손상 정도, 신뢰침해의 방법 등을 새 입법이 목적으로 하는 공익과 종합적으로 비교·형량하여야 한다.

그런데 위 불가연동제에 의한 연금급여조정규정이 신설된 것은 기존제도에 의한 수급구조의 불균형으로 인하여 연금기금이 급감하는 추세에 있고, 이를 그대로 유지할 경우 향후의 공무원연금제도와 사학연금제도의 존립 자체가 위태롭게 될 위기에 직면하여 연금액의 조정을 불가연동제의 방식에 의하도록 변경함으로써 연금지출의 증가폭을 줄여 재정악화를 해결하고자 하기 위한 것이다. 위 규정의 적용에 관한 경과규정인 공무원연금법 부칙 제9조 제1항 및 사학연금법 제7조 제1항은 기존의 연금수급자들에 대하여도 불가연동제의 방식을 적용함으로써 불가연동제에 의한 연금제정의 개선효과가 즉시 나타나도록 하였다.

이와 같이 경과규정에 의하여 불가연동제의 방식에 의한 연금액의 조정을 기존의 연금수급자들에 대하여 적용하도록 함으로써 달성하려는 공익은 연금제정의 악화를 개선하여 연금제도의 유지·존속을 도모하려는 데에 있고, 그와 같은 공익적 가치는 매우 크다고 하지 않을 수 없다.

한편, 종전의 연금수급자들은 보수연동제의 방식에 의한 연금액조정을 통하여 불가상승률에 비하여 상대적으로 높게 인상된 연금을 지급받아 왔고, 그러한 연금액의 조정이 상당기간 지속됨으로써 앞으로도 공무원의 보수인상률에 맞추어 연금액도 같은 비율로 조정되리라는 기대가 형성되어 있던 것은 부인할 수 없다.

그러나 연금수급권의 성격상 그 급여의 구체적인 내용은 불변적인 것이 아니라, 국가의 재정, 다음세대의 부담정도, 사회정책적 상황 등에 따라 변경될 수 있는 것이고, 공무원연금제도는 공무원신분보장의 본질적 요소라고 하더라도 적정한 신뢰는 “퇴직후에 연금을 받는다.”는 데에 대한 것이지, “퇴직 후에 현 제도 그대로의 연금액을 받는다.”는 데에 대한 것으로 볼 수는 없다.

연금수급자는 단순히 기존의 기준에 의한 연금지급이 지속될 것이라는 기대 하에 소극적인 연금수급을 하였을 뿐이지, 그 신뢰에 기한 어떤 적극적 투자행위를 한 것이라고 볼 수는 없다. 청구인들은 기존 연금제도가 그대로 지속할 것으로 믿고 이를 바탕으로 연금일시금 대신 연금을 선택하였으므로, 이러한 신뢰는 보호받아야 한다고 주장한다.

그러나 연금과 연금일시금은 각각 장단점이 있으며, 당사자는 이를 잘 형량

하여 자유로이 선택할 수 있었다. 국가는 연금과 연금일시금의 가능성을 공평하게 부여한 것이지, 연금을 선택하도록 적극적으로 유도한 것도 아니다. 또한 현존제도의 지속에 대한 당사자의 신뢰(또는 투자행위)는 연금수급권이 위에서 본 바와 같이 향후 변경의 유보 하에 있는 점을 생각할 때, 그 신뢰가치가 크다고는 할 수 없다.

아울러 개정 공무원연금법과 개정 사학연금법은 각 연도 보수변동률과 물가변동률이 2% 이상 차이가 나는 경우 3년마다 그 이상 차이가 나지 않게 조정하도록 하여 기존제도에 대한 신뢰에 어느 정도 배려를 하고 있다.

그렇다면, 보호해야 할 연금수급자의 신뢰의 가치는 크지 않고 신뢰의 손상 또한 연금액의 상대적인 감소로서 그 정도가 심하지 않는 반면, 연금재정의 파탄을 막고 공무원연금제도와 사학연금제도를 건실하게 유지하는 것은 긴급하고도 대단히 중요한 공익이므로, 위 법률조항이 헌법상 신뢰보호의 원칙에 위배된다고는 볼 수 없다.

(5) 공무원연금법 제46조 제1항 제1호 및 사학연금법 제42조 제1항 중 공무원연금법 제46조 제1항 제1호를 준용하고 있는 부분의 위헌여부(연금지급개시연령규정)

(가) 청구인들은 1995. 12. 31. 이전에 임용되어 그 때부터 지금까지 정상적으로 기여금 또는 개인부담금을 납입하여 왔고, 공무원연금법이 1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정될 당시에도 1996. 1. 1. 이후 임용자에 대하여만 60세에 달할 것으로 연금지급의 요건으로 하였을 뿐, 청구인들의 기대권은 여전히 보호되고 있었으며, 이러한 입법태도에 대하여 청구인들은 자신들의 기대권이 계속 보호될 것이라고 신뢰하였음에도 불구하고, 이 사건 연금지급개시연령제한규정은 그 신뢰를 침해하여 재산권으로서의 기대권을 소급적으로 박탈한 것이므로 헌법 제13조 제2항 및 제23조에 위반된다고 주장한다.

위 연금지급개시연령제한규정은 공무원이나 사립학교교직원으로 재직하고 있는 자로서 장차 퇴직연금 등을 수령할 기대권을 가지고 있는 자에 대한 것으로서 이른바 부진정소급입법에 의한 재산권에 대한 제한규정으로서 신뢰보호이익의 침해여부가 문제된다.

(나) 퇴직연금지급개시연령제한은 우리나라 공무원연금법이 1960. 1. 1. 법률 제533호로 제정·공포될 당시 20년 가입 60세 퇴직연금지급개시라고 규정하였다가, 1962년 법 개정으로 지급개시연령제한을 폐지하였고, 다시 1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정하여 1996. 1. 1. 이후에 임용되는 자에 대하여는

연금지급개시연령을 60세로 다시 제한하였다가 위 규정에 이르게 되었다.

위 규정과 같이 연금지급개시연령제한을 제도입하게 된 이유는 다음과 같다. 첫째, 사회보험은 본인이 납부한 보험료, 기여도에 비례하여 급여를 지급하는 것을 기본원리로 하고 있는데, 연금지급개시연령이 폐지되었던 구법에서는 20년간 재직 후 연금을 수령하는 자가 그보다 더 장기간 기여금을 납입하고 퇴직하여 연금을 수령하는 자보다 더 오랜 기간동안 연금을 수급하게 되어 있어 기여와 급여 사이에 반비례현상을 초래하게 된다. 둘째, 연금제도는 무엇보다도 노후소득을 보장하기 위해 설립되었다는 점에서 볼 때, 근로세대에게까지 연금을 지급한다는 것은 사회보장의 기본원리와도 배치되는 것이다. 셋째, 본인이 납부한 기여도에 비하여 과도한 급여가 지급됨으로써 연금 재정악화의 큰 요인 중의 하나가 되어 왔다. 넷째, 1996년 이후 임용된 공무원과 1995년 이전에 임용된 공무원과의 균형을 도모하여 세대 사이의 불평등을 완화해야 하는 당면문제도 간과할 수 없었다.

요컨대, 위 규정과 같이 연금지급개시연령제도를 60세로 확대하게 된 것은 위와 같은 불합리한 면을 개선하고 공무원연금제도와 사학연금제도의 기본원리에 충실하고, 연금재정악화에 직면하여 연금재정의 안정화를 기하기 위한 일련의 연금제도개혁의 일환이므로, 그 입법목적으로 달성하고자 하는 공익은 긴급하고도 중대하다.

위와 같이 연금지급개시연령제한규정을 확대하면서 공무원연금법 부칙 제 10조에서 다음과 같은 경과조치규정을 마련하고 있다. 즉, i) 이 법시행 당시 재직기간이 20년 이상인 공무원에 대하여는 위 규정을 적용하지 아니하고 종전과 같이 퇴직한 때부터 사망할 때까지 연금을 지급하고(제1항), ii) 이 법시행 당시 재직 중인 공무원(1995년 12월 31일 이전에 임용되었거나, 1996년 1월 1일 이후에 임용된 공무원으로서 1995년 12월 31일 이전의 공무원·군인 및 사립학교교직원의 경력을 합산받은 자를 말한다. 이하 제3항 및 제4항에서 같다)으로서 재직기간이 20년 미만인 자가 이 법시행 이후 재직기간이 20년 이상이 되어 퇴직한 경우에 대하여는 그 지급개시연령을 2001년부터 2002년은 50세 등 해마다 순차로 1세씩 증가하여 2019년부터 2020년은 59세로 하고 있고(다만, 제46조 제1항 제2호의 개정규정에 의한 정년 또는 근무상한연령에 먼저 도달한 때에는 그러하지 아니하다)(제2항), iii) 이 법시행 당시 재직기간이 20년 미만인 공무원이 재직기간이 20년에 도달하고, 이 법시행 당시 재직기간이 20년에 미달하였던 기간 이상을 재직하고 퇴직한 때에는 그 때부터

퇴직연금을 지급한다(제3항)라는 등의 경과규정을 두어 신뢰보호에 대한 배려조치를 하고 있다.

(다) 이상에서 살펴본 바와 같이 1995. 12. 29. 연금법이 개정되어 1996. 1. 1. 임용된 공무원부터 60세의 연금지급개시연령제를 부활하여 실시하게 되었고, 향후 그 적용범위를 확대하거나 연령을 높일 가능성을 전혀 예상할 수 없었다고 보기도 어려운 점을 고려할 때, 보호하여야 할 신뢰의 가치가 크지 아니하고, 이 법시행 당시 이미 재직기간이 20년을 경과한 자의 경우에는 종전 규정에 의하고, 나머지의 경우도 2001년·2002년 50세로 하는 것을 시초로 순차적으로 향상시켜 2020년에 59세로 하는 등 전체적으로 비례의 원칙에 입각한 경과조치를 마련하고 있는 것을 감안할 때, 그 신뢰의 손상정도가 크지 아니한 반면, 연금지정악화로 인한 연금지정안정의 도모와 연금제도의 기본원리에 충실한 합리화라는 것은 긴급하고도 중대한 공익이므로 양자를 비교衡量하여 볼 때, 위 법률조항이 입법목적으로 달성하고자 하는 공익이 우월하다고 할 것이어서, 위 연금지급개시연령제한규정은 신뢰보호의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

4. 결 론

이상의 이유로 공무원연금법 제46조 제4항·제5항·제7항, 제47조 제2항, 제61조의2 제2항, 부칙 제11조, 구 공무원연금법 제43조의2 제3항, 부칙 제9조 제2항, 사학연금법 제42조 제1항 중 공무원연금법 제47조 제2항을 준용하고 있는 부분, 부칙 제9조, 구 사학연금법 부칙 제7조 제2항 및 연금법시행령 제52조의3에 대한 청구인들의 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하고, 청구인들의 나머지 심판청구는 이유없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 한대현, 재판관 주선회의 아래 5.와 같은 반대의견, 재판관 김영일의 아래 6.과 같은 반대의견이 있는 외에는 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 한대현, 재판관 주선회의 반대의견

우리는 연금액의 조정을 전국소비자물가변동률에 연동하여 조정하도록 한 공무원연금법 제43조의2 제1항·제2항, 사학연금법 제42조 제1항 중 공무원연금법 제43조의2를 준용하고 있는 부분 및 개정 공무원연금법 제43조의2 제3항을 그 법시행 전에 이미 퇴직하여 연금을 수령하고 있는 자에게도 2001. 1. 1. 조정분부터 적용하도록 한 경과조치규정인 공무원연금법 부칙 제9조 제1항, 사학연금법 부칙 제7조 제1항, 개정 공무원연금법 부칙 제9조 제2항 및 개

정 사학연금법 부칙 제7조 제2항이 신뢰보호의 원칙에 어긋난다고 판단되므로, 다음과 같이 반대의견을 개진하는 바이다.

우선 다수의견이 본 바와 같이 연금액의 조정을 물가연동제의 방식에 의하도록 변경한 것이 연금지출의 증가폭을 줄여 연금재정의 악화를 개선하고자 하는 공익을 위한 것임은 인정한다. 그리고 기존의 연금재정의 부실을 보전하여 연금기금을 확보하기 위한 여러 가지 방안 중에 어떠한 방법을 설정하고 조합하여 연금제도를 개혁할 것인가는 원칙적으로 국회의 폭넓은 입법재량의 영역에 속한다고 할 수 있다. 그러나 입법자는 그 입법재량을 행사함에 있어 신뢰보호의 원칙이나 비례의 원칙 등 헌법상의 제원칙에 부합되도록 해야 함은 물론이다.

공무원이나 사립학교교직원에 대한 연금제도는 기본적으로 사회보장급여의 성격을 가지는 외에 특히 우리나라의 경우 후불임금적 성격도 아울러 가지고 있다. 그동안 역대 우리나라정부는 물가안정, 경제의 지속적인 성장, 국가경쟁력의 제고 등 경제정책적 견지에서 공무원 등의 보수수준을 억제하여 온 대신 사기업체의 근로자에 비하여 보다 후한 연금급여수준을 확보하여 줌으로써 국가와 국민전체의 봉사자로서의 공무원의 사기를 진작하고 직무에 전념·충실하도록 유도하는 정책을 견지하여 왔다. 이에 따라 공무원인 근로자는 사기업체의 근로자에 비하여 상대적으로 적은 급여를 받고 있음에도 불구하고 퇴직 후나 노후 높은 수준의 퇴직연금을 받을 것을 기대하면서 그것을 감내하여 왔음은 주지의 사실이다. 그리고 연금액조정을 보수인상률에 따라 조정해온 것은 우리나라의 공무원연금법이 제정된 1960년 이래 근 40년 이상 지속적으로 시행해왔으며, 그 제도 자체의 합리성과 합목적성이 폭넓게 인정되어 왔고, 20년 이상 근무하다가 퇴직한 청구인들의 입장에서도 이러한 제도가 단시일 내에 변경 또는 폐지되리라고는 예상할 수도 없었을 것이다. 사립학교교직원의 경우에도 그 신뢰형성은 이와 유사하다고 할 것이다. 요컨대, 그 형성된 신뢰는 장기적이고 지속적이어서, 그와 같은 신뢰가 바뀔 것이라고는 쉽사리 예견할 수 없을 것이므로, 그 신뢰는 견고하다고 볼 수 있고, 그 신뢰에 대한 보호가치는 연금제도가 헌법상 보장된 직업공무원제도나 교원의 법적 지위의 한 내용을 이루고 있다는 점에서 결코 적다고 할 수 없다.

또한 2003. 4. 행정자치부장관이 제출한 참고자료에 의하면, 2000년 대비 보수상승률이 2001년 12.8%, 2002년 25.7%(2001년 대비는 11.4%)인 반면, 2000년 대비 물가상승률은 2001년 2.3%, 2002년 6.5%(2001년 대비는 4.1%)인바,

이에 따라 받게 될 물가연동의 퇴직연금과 종전 공무원보수연동의 그것과의 차액을 계산하여 보면, 예컨대, 1급 22호봉의 경우에 그 기준보수액을 1,977,400원으로 하여, 2001년은 종전제도에 비하여 월 207,627원, 연 2,491,524원을, 2002년은 월 378,967원, 연 4,574,604원을 적게 받게 되고, 5급 30호봉의 경우, 그 기준보수액을 1,393,400원으로 하여, 2001년은 종전제도에 비하여 월 146,307원, 연 1,755,684원을, 2002년은 월 267,043원, 연 3,204,516원을 적게 받게 된다. 그렇다면, 위 연금액조정의 경과조치규정으로 인한 신뢰의 손상정도가 결코 적다고 할 수 없을 것이다.

공무원연금기금과 사학연금기금의 재정부실원인이 다수의견도 지적한 바와 같이 정부 및 연금수급대상자의 낮은 기여금부담률, 평균수명의 연장과 연금수급자의 증가 등 연금지출에 비하여 수입이 상대적으로 부족한 구조적인 재정적자가 장기간에 걸쳐 누적된 측면이 있는 것은 사실이나, 한편, 연금재정악화의 근인은 청구인들이 주장하는 바와 같이 정부가 1998년부터 2002년까지 국가공무원의 16%, 지방공무원의 30% 등 약 11만 명에 이르는 공무원 인력감축을 결정하는 등 이례적인 단기 정부구조조정에 따른 연금지출이 급증한 데 있고, 그 밖에 정부가 책임져야 할 공무원의 후생·복지사업에 연금기금을 투자하도록 하여 1982년부터 1998년까지 약 6,416억원의 손실을 초래하였으며, 공무원연금기금을 증권시장을 안정시키는 도구로 활용하여 기금운영의 자율성을 크게 훼손한 점과 그 주식투자로 인한 손실도 무시할 수 없는 한가지 요인이 되었다는 측면을 부정할 수 없다. 아울러 공무원과 사립학교교직원의 부담률은 선진국과 비슷한 8.5%인 데 대하여, 정부부담률은 미국 34.2%, 일본 25.6%, 대만 전액인 데에 비하여 그에 훨씬 못 미치는 8.5%에 불과하여 정부부담률이 상대적으로 낮다는 것이다.

이와 같은 기존의 연금재정의 부실을 보전하여 연금제도로써 기능을 유지·보존하기 위하여는 일정액의 연금기금이 확보되어야 하는바, 그에 대한 방안으로 상정해 볼 수 있는 것으로는 공무원연금 등의 수급자나 정부의 기여율을 높이는 방법, 연금급여수준을 낮추는 방법, 기금운용이나 관리상의 문제점을 시정하는 방법 및 나아가 공무원연금제도·사립학교교직원연금제도·군인연금제도의 기본적인 체계를 국민연금제도와 더불어 전체적으로 개혁하는 방법 등이 있을 수 있고, 또한 이들을 병행하는 방안이나 긴급한 연금재정 부실이나 흠결을 한시적으로 보전하는 범위 내에서 국가재정에 의한 긴급지원 후 장래에 조성되는 연금기금으로부터 일정기간을 거쳐 상환하도록

하는 방안 등이 있을 수 있다.

입법자로서는 이러한 방안 중 연금제정의 악화를 개선한다는 공익을 달성하면서도 기존 연금수급자들의 신뢰침해를 최소화함으로써 공익과 사익을 조화시키는 방안을 선택하여야만 신뢰보호의 원칙에 위배되지 않는다고 할 것인데, 기존 연금수급자들에게도 불가연동제에 의한 연금액조정규정을 적용하도록 한 것은 달성하고자 하는 공익에 비하여 위와 같이 기존 연금수급자들의 신뢰를 손상하는 정도가 커서 신뢰보호원칙에 위배된다고 하지 않을 수 없다. 이는 공무원연금법 제27조 제3항 및 사학연금법 제35조 제3항에서 퇴직연금의 산정기초를 최종보수월액에서 ‘최종 3년간 평균보수월액’으로 개정하면서 공무원연금법 부칙 제2조 및 사학연금법 부칙 제2조에서 “이 법 시행전에 급여의 사유가 발생한 자에 대한 급여에 관하여는 종전의 규정에 의한다.”라고 하여 기존 연금수급자들의 신뢰를 보호하는 경과규정을 두었다는 점과 비교하더라도 불가연동제에 의한 연금액조정을 기존 연금수급자들에 대해서도 적용되도록 한 위 부칙규정은 기존 연금수급자들의 신뢰를 심히 침해하는 것이라 하지 않을 수 없다.

그리고 위와 같은 공무원연금법 등을 개정하여 연금제도를 개혁하게 된 것은 기본적으로 우리나라의 연금제도가 공무원의 기여율에 비하여 급여수준이 너무 높아 장기적으로는 누적적자요인을 안고 있는 구조에도 있지만, 위에서 본 바와 같이 그 근인은 1998년부터 2000년 사이의 공직사회의 구조조정에 따른 이례적인 대량퇴직으로 인한 급속한 연금기금의 소진으로 급기야 공무원연금기금이 2001년에는 바닥이 나는 사태에 이른 때문이다. 그런데 그와 같은 현상은 연금제도 자체에서 통상 상정하기 어려운 이례적인 것이며, 그와 같은 구조조정으로 인하여 우리정부는 11조원에 이르는 인건비의 절감효과를 가져와 그 자체가 정부재정의 건전성에 기여하였는바, 그렇다면, 그로 인한 연금재정악화를 연금제도 자체의 개혁을 통하여 보전하는 것은 적절하지 않고, 이들이 정상적으로 퇴직하게 되었다면, 몇 년 후에 퇴직연금지급사유가 발생하게 된다는 점을 감안한다면, 그 부분은 국가의 특별한 재정편성을 통하여 일단 보전하고 향후 연금기금의 축적을 기다려 상당기간에 걸쳐 그로부터 상환하게 하는 방법이 그에 적합한 수단이라고 할 것이다. 그와 달리 긴급한 연금재정악화의 보전이라는 명분 하에 이미 퇴직하여 종전부터 보수인상률에 연동하여 연금을 수령하고 있었고, 앞으로 그 기준에 따라 연금을 지급받을 것으로 굳게 믿고 있던 자의 신뢰를 심히 손상하여 그 급여청구권의 내용을

축소·변경하는 것은 적절한 방법이라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 연금제도의 유지·보존이라는 공익이라고 하더라도 이를 위와 같은 연금수령자의 신뢰이익을 우선하는 것은 헌법상 용인될 수 없다고 할 것이고 비례의 원칙에도 위배될 소지가 있는 것이다.

또한 공무원이나 사립학교교직원의 기여율에 비하여 연금 급여의 수준이 너무 높은 우리의 공무원연금제도와 사학연금제도 자체의 구조적인 문제를 연금재정의 수지균형을 위하여 개혁하는 입법취지의 관점에서 보더라도 위에서 본 바와 같이 우리의 공무원연금제도와 사학연금제도는 공무원의 보수수준과 밀접하게 연계되어 설정된 제도이고, 이에 대한 공무원이나 사립학교교직원의 신뢰가 무려 30 내지 40여 년간 오랫동안 형성되어 있는 것이므로, 이를 개혁하여 장기적인 연금재정에 대처하는 경우에도 공무원이나 사립학교교직원의 보수수준의 상승 등에 맞추어 점차적으로 퇴직연금급여의 수준을 합리화하는 방안으로 나아가야 하고, 그 경우에도 공무원의 근무연수 등을 고려하여 비례적인 경과조치를 취하여야 헌법상 비례의 원칙에 부합하게 되는 것이다. 그런데 위에서 살펴본 바와 같이 그 연금기금재정부실의 원인과 그 재정부실보전을 위한 여러 가지 방안에 비추어 볼 때, 이미 퇴직이라는 급여의 사유가 발생하여 퇴직연금을 수령하고 있는 자의 신뢰를 심히 손상하지 않고도 충분히 입법목적을 달성할 수 있는 방안이 있음에도 불구하고, 위 규정과 같이 비례적인 경과조치를 취하지 아니하고 일률적으로 모든 연금수급자에게 위 물가연동에 의한 연금급여액조정규정을 적용하도록 한 것은 필요최소한의 범위를 넘어선 과도한 제한이라고 보지 않을 수 없다.

참고로, 외국의 경우에도 공무원연금법의 개혁조치를 취한 바 있는데, 그때마다 기존의 연금수급권자를 보호하기 위하여 비례의 원칙에 입각한 상세한 경과조치를 마련하고 있다는 점이다. 미국은 1983년 연금제도를 개혁하여 기본연금·직역연금·개인저축연금으로 이루어진 3층 구조의 연금제도를 시행하고 있는데, 1920년부터 시행되어 온 종전 연방공무원연금제도인 CSRS(Civil Service Retirement System)는 그대로 두고, 특히 사회보장연금제도와 연계될 도모하고 특별히 공무원에 대해서 OASDI(Old-Age, Survivors and Disability Insurance)제도의 보장수준 이상의 급여를 제공하기 위하여 CSRS제도와 별도로 신공무원연금제도인 FERS(Federal Employees Retirement System)를 만들어 1987. 1. 1.부터 시행하여 오고 있으며, 그 적용대상자는 기본적으로 1984. 1. 1. 이후 신규임용된 모든 연방공무원으로 하고, 구제도의

적용을 받던 공무원도 1987. 7. 1.부터 같은 해 12. 31.까지의 선택기간(그 선택기간은 그 후 1988. 6. 30.까지 6개월 연장되었다)을 부여해 주어 신제도로의 전환을 할 수 있도록 경과조치를 마련한 바 있다. 일본은 1994년 연금법을 개정하여 지급자격기간을 20년에서 25년으로 연장하고, 공제연금제도가 후생연금과 비교해서 연금액의 산정방식 및 급부수준이 서로 균형을 이루도록 기초보급을 취급하는 방법에서도 표준보수제를 채용하고, 퇴직공제연금의 수급자가 다른 피용연금제도의 가입자가 된 경우 또는 피용자연금제도의 적용을 직접 받지 않더라도 국회의원이나 지방의회의원이 된 경우에는 급여소득의 고저를 맞추어 일정한 비율로 연금의 지급을 정지하도록 규정하였는데, 그와 아울러 그에 따른 경과조치를 비례의 원칙에 입각하여 세밀히 규정하고 있다. 독일은 1992년 법개정으로 연금산식, 법정퇴직연령, 연금연동방식, 타제도와 병합조정, 소득심사, 연금소득과세 등 공무원부양연금제도에 대하여 대폭적인 개혁조치를 취하였는데, 그 개정시 신뢰보호의 차원에서 1992년부터 효력이 발생하는 신규정은 이미 퇴직한 공무원에게 적용되지 않으며, 1991. 12. 31. 현재 현직에 있는 공무원들을 위한 특별규정이 만들어졌고, 특히 55세 이상인 공무원의 연금급여에는 변경이 없도록 하는 등 광범위한 경과조치가 마련되었다.

우리 헌법재판소는 2001. 9. 27. 국세관련경력공무원에 대하여 세무사자격을 부여하는 제도를 폐지하고, 그 경과조치로 2000. 12. 31. 현재 종전규정에 해당하는 자 즉, 국세에 관한 행정사무에 종사한 경력이 10년 이상인 자로서 그 중 일반직 5급 이상 공무원으로서 5년 이상 재직한 경력이 있는 자의 요건을 갖춘 자에 한하여 종전의 규정에 의하여 시험없이 세무사자격을 부여한다는 경과조치를 마련하고, 아직 그 요건을 갖추지 못한 세무공무원의 경우에는 바로 세무사자격을 부여하지 아니하고 개정법에 의하여 일반인과 마찬가지로 세무사자격시험을 통하여 그 자격을 취득하도록 하며, 다만, 제1차 시험전부면제, 제2차 시험과목 일부면제라는 경과조치를 둔 세무사법(1999. 12. 31. 법률 제6080호로 개정된 것) 부칙 제3항이 신뢰보호의 원칙 및 평등의 원칙에 위반된다고 하여 헌법불합치결정을 한 바 있다(헌재 2001. 9. 27. 2000헌마152, 판례집 13-2, 338 참조). 그리고 같은 날 변리사법(2000. 1. 28. 법률 제6225호로 개정된 것) 부칙 제3항에 대하여도 같은 취지로 헌법불합치결정을 한 바 있다(헌재 2001. 9. 27. 2000헌마208 등, 판례집 13-2, 363 참조).

위 결정은 아직 종전법에 의하여 세무사나 변리사의 자격취득요건을 갖추

지 아니한 자에 대하여 그것도 ‘제1차 시험면제, 제2차 시험과목 일부면제’라는 혜택을 부여하는 경과조치를 마련하고 있음에도, 이를 신뢰보호의 원칙에 위배된다고 보았는데, 이 사건 경과조치규정이 이미 퇴직연금급여의 사유가 발생하여 퇴직금을 수령하고 있는 자에 대하여 그 신뢰를 보호하는 경과조치를 전혀 두지 아니하고 개정법의 기준을 적용하도록 한 것에 대하여는 신뢰보호원칙에 어긋나지 아니한다고 보는 것은 위 판결의 취지와 심히 모순된다고 보지 않을 수 없다.

따라서, 전국소비자물가변동률에 연동하여 조정하도록 한 개정 연금액조정규정을 이미 퇴직하여 연금을 수령하고 있는 자에게도 적용하도록 한 위 경과규정은 신뢰보호의 원칙에 위반되므로 헌법에 위반된다고 선언하여야 한다.

이상의 이유로 우리는 다수의견에 반대하는 것이다.

6. 재판관 김영일의 반대의견

나는, 위 공무원연금법 제47조 제2항, 부칙 제11조, 사학연금법 제42조 제1항 중 공무원연금법 제47조 제2항을 준용하는 부분 및 동법 부칙 제9조에 대한 청구부분에 대하여는 기본권침해의 직접관련성·현재관련성이 결여되었다고 부적법각하할 것이 아니라, 그에 대하여 기본권구제의 실효성을 위하여 본안판단을 하여야 하고, 위 공무원연금법 부칙 제9조 제1항, 사학연금법 부칙 제7조 제1항, 개정 공무원연금법 부칙 제9조 제2항 및 개정 사학연금법 부칙 제7조 제2항은 퇴직급여액조정을 보수인상률연동에서 물가상승률연동으로 하도록 퇴직급여의 내용을 질적으로 변경하고, 이를 이미 퇴직하여 확정된 퇴직연금급여를 수령하고 있는 자에게도 소급하여 적용하도록 하는 것으로, 헌법이 금지하고 있는 소급입법에 의하여 청구인들의 재산권을 침해한 것이어서 헌법 제13조 제2항, 제23조에 위반된다고 판단되므로, 다음과 같은 반대의견을 밝히는 바이다.

가. 지급정지규정에 대한 청구부분

다수의견은 위 지급정지규정만으로는 연금의 지급정지금액이 정해지는 것이 아니고 대통령령에 의하여 비로소 구체적으로 어떠한 소득이 있는 경우 어느 범위에서 지급정지될 것인지가 결정될 것이라는 이유로 기본권침해의 직접관련성이 없고, 위 지급정지규정은 현재 시행되고 있지 아니하고 5년의 범위 내 즉, 2005. 12. 30. 내에 대통령령이 정하는 날로부터 시행되므로 기본권침해의 현재관련성이 없다고 한다.

그러나 법규범이 집행행위를 예정하고 있더라도 법규범의 내용이 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서 국민의 권리관계가 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태라면, 그 법규범의 권리침해의 직접성은 인정되고(헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9, 19; 헌재 1991. 3. 11. 90헌마28, 판례집 3, 63, 75; 헌재 1997. 7. 16. 97헌마38, 판례집 9-2, 94, 104 각 참조), 그 법규범이 시행령을 예정하고 있다고 하여 다르지 않다고 할 것이다(헌재 1996. 2. 29. 94헌마13, 판례집 8-1, 126, 134-135 참조). 그리고 기본권 침해가 장래 발생하더라도 그 침해가 틀림없을 것으로 현재 확실히 예측된다면, 기본권구제의 실효성을 위하여 침해의 현재성을 인정할 수 있고(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68 등, 판례집 4, 659, 669; 헌재 1996. 8. 29. 95헌마108, 판례집8-2, 167, 175; 헌재 1998. 10. 15. 98헌마168, 판례집 10-2, 586, 595; 헌재 1999. 5. 27. 98헌마214, 판례집 11-1, 675, 694-695; 헌재 2001. 6. 28. 2000헌마111, 판례집 13-1, 1418, 1423 각 참조), 또한 법률이 헌법소원의 대상이 되려면, 현재 시행 중인 유효한 법률이어야 함이 원칙이나 법률이 일반적 효력을 발생하기 전이라도 이미 공포되어 있고, 그로 인하여 사실상의 위헌성이 이미 발생한 경우에는 예외적으로 침해의 현재성을 인정하여 이에 대하여 곧 헌법소원을 제기할 수 있다고 보아야 할 것이다(헌재 1994. 12. 29. 94헌마201, 판례집 6-2, 510, 523-524; 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 935 참조).

그런데 이 사건 지급정지규정은 그 자체로 이미 소득세법 제19조의 규정에 의한 사업소득이나 같은 법 제20조의 규정에 의한 근로소득이 있는 경우에 그 소득과 연계하여 연금을 지급정지하되, 그 지급정지의 상한을 연금의 2분의 1로 하는 지급정지제도를 설정하고 있는 것이므로 그 자체로 청구인들의 연금수급청구권을 제한하고 있는 것이고 그 시행령 제정과 관계없이 이 사건 지급정지규정의 합헌성여부는 여전히 남아 있는 것이어서, 직접성 요건은 충족되었다고 할 것이다. 아울러 이 사건 지급정지경과조치규정은 더더구나 시행령제정과 관계가 더욱 희박하다. 직접성요건이 결여되었다고 보는 다수의견에 의하면, 결국 시행령이 제정된 후 그 시행령을 다투는 것인데, 그 시행령조항만을 다투는 것으로는 부족하고, 결국 근로소득이나 사업소득이 있는 경우 연금액의 2분의 1을 상한으로 지급정지하도록 하는 제도를 설정한 위 법률규정을 전제로 그 법률조항과 아울러 다투 수밖에 없을 것이라는 점

을 생각할 때, 그 견해는 타당하다고 할 수 없다.

그리고 비록 그 지급정지규정이 현재 시행되고 있지 아니하고 그 시행은 2005. 12. 30.을 시한으로 대통령령이 제정될 때부터 시행되는 것이지만, 시행령의 내용으로 그 모법의 합헌성이 보장되는 것도 아니며, 이는 장래 기본권 침해의 발생이 확실히 예견되는 경우로서 우리 헌법재판소가 그 현재관련성을 예외적으로 인정한 전형적인 사례에 해당되는 것이다. 나아가 이 사건의 경우는 오히려 시행령이 제정되지 않으므로 아직 시행되고 있지 아니한 새로운 지급정지제도의 합헌성을 담보할 수 있는 헌법적 기준을 시행령 제정 전에 미리 분명히 밝혀줌으로써 헌법에 부합되는 제도를 시행할 수 있게 하는 것이 규범통제의 효율성, 소송경제성 등에 비추어 보아 타당하다고 판단된다. 그렇지 않고 이를 각하하는 것은 본안판단을 회피하는 것이라는 비난을 면하기 어렵다고 생각된다. 더구나 이 사건 청구인들은 모두 이해당사자이어서 그와 같은 이유로 위 규정에 대하여 각하결정을 한다면, 필히 다시 청구할 것임을 미루어 볼 때, 더욱 그러하다고 할 것이다.

따라서, 이 사건의 경우에 법 소정의 사업소득이나 근로소득이 있는 때, 그 연금지급액의 2분의 1을 상한으로 연금지급을 정지할 수 있도록 한 새로운 지급정지제도의 위헌여부에 대하여, i) 사업소득이 있는 경우에도 지급정지하는 것이 헌법상 타당한지, ii) 사기업체에 종사하여 소득을 받는 경우에도 지급정지하는 것이 헌법상 적절한지, iii) 그 2분의 1의 상한 규정만으로 헌법상 위임입법의 기준으로 충분하지, 구체적으로는 연금수급자가 퇴직 후 재취업을 하거나 개인사업을 영위하여 얻은 소득과 지급정지하여 받게 될 연금액의 합계가 퇴직 후 새로운 소득이 없었을 때, 연금법상 받게 될 퇴직연금액보다 적어도 되는지, iv) 위 지급정지규정으로 인하여 연금수급자의 직업선택의 자유나 근로의 권리 등을 부당하게 제약하는 점은 없는지, 그리고 v) 이미 퇴직하여 급여의 사유가 발생한 자에게 적용하도록 한 경과조치규정이 소급입법 금지의 원칙에 위배되는지의 여부 등에 대하여 명확히 판단해 줌으로써 앞으로 최소한 2005. 12. 30.에는 시행될 지급정지제도의 헌법상 허용기준을 설정하여 그 합헌성을 담보해 주는 것이 타당하다고 판단되므로, 이 사건에서 위 지급정지규정과 경과조치규정에 대하여 본안판단을 하여야 한다고 보는 것이다.

나. 물가연동에 의한 급여액조정 of 경과조치규정에 대한 청구부분

우리 헌법 제13조 제2항에 의하면, “모든 국민은 소급입법에 의하여 참정

권의 제한을 받거나 재산권을 박탈당하지 않는다.”라고 규정하여 이미 종료된 사실관계에 작용하는 진정소급입법은 헌법적으로 허용되지 않는 것이 원칙이며, 특단의 사정이 있는 경우에만 예외적으로 허용될 수 있을 뿐이다(헌재 1995. 10. 26. 94헌바12, 판례집 7-2, 447, 457-459; 헌재 1998. 11. 26. 97헌바58, 판례집 10-2, 673, 680; 헌재 2001. 4. 26. 99헌바55, 판례집 13-1, 869, 884; 헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 공보 71, 633, 638 각 참조).

소급입법은 신법이 이미 종료된 사실관계에 작용하는지, 아니면, 현재 진행 중인 사실관계에 작용하는지에 따라 ‘진정소급입법’과 ‘부진정소급입법’으로 구분되는데(헌재 2001. 4. 26. 99헌마55, 판례집 13-1, 869, 884; 헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 공보 71, 633, 638 참조), 위 연금액조정경과규정의 적용대상이 되는 퇴직연금수령자는 이미 퇴직하여 퇴직연금급여의 사유가 발생하여 보수인상률연동으로 조정하는 연금급여를 내용으로 하는 퇴직연금을 수령하고 있는 자로서 위 연금액조정경과조치규정이 그와 같은 퇴직연금수령자에 대하여 소비자물가변동률을 적용하여 연금액을 조정하도록 하는 것은 이미 ‘퇴직’이라는 사실관계가 종료된 것에 소급적으로 작용하는 것으로 진정소급입법에 해당한다고 하지 아니할 수 없다. 비록 퇴직일시금이 아니라, 퇴직연금을 선택하여 급여사유종료시까지 매월 법 소정의 일정급여액을 지급받게 되는 것이지만, 그것은 그와 같은 선택의 결과 그 연금급여의 지급방법이 다른 것일 뿐이다. 즉, 퇴직연금제도는 공무원이나 사립학교교직원이 퇴직하는 경우를 상정하여 그 후 또는 노후 본인과 유족의 생활보장과 복리증진을 도모하고자 하는 것으로 재직 중 본인 및 국가의 일정률의 기여와 부담을 조건으로 그 연금급여의 내용이 정해지는 것이고, 퇴직이라는 급여사유가 발생하면, 그 퇴직연금급여청구권은 효력을 발하게 되므로, 이로써 그 퇴직연금제도에 관한 구성요건적 사실관계는 종료되고, 이에 따라 다만, 연금관리자인 연금관리공단의 연금지급이라는 당시 연금법에 따른 급여의 이행만이 남게 되는 것일 뿐이다.

그리고 구체적인 연금급여액을 해마다 공무원이나 사립학교교직원의 보수인상률에 연동하여 조정하는 퇴직연금제도와 소비자물가인상률에 연동하여 조정하는 퇴직연금제도는 단순히 결과에 있어서 구체적인 급여액의 증감이 라는 ‘양적인 차이’에 불과한 것이 아니라, 그 내용에 있어서 연금제도의 ‘질적인 변동’을 의미하는 것으로서 단순히 후일 연금급여액을 부가적으로 증액하는 연금액조정제도 이상의 것이다. 다시 말하면, 구체적인 퇴직연금급여액

을 보수인상률에 따라 지급한다는 것은 비록 퇴직하였지만 그 직위에 상응하는 보수에 맞추어 그 기준에서 지급한다는 의미이고, 물가상승률에 따라 조정한다는 것은 퇴직 직전의 보수수준에서 인플레이션을 감안하여 단순히 실질적인 구매력을 보전한다는 의미에 불과하다. 아울러 위 연금액조정경과조치규정은 위와 같은 연금제도의 질적 변동을 이미 퇴직하여 급여의 사유가 발생한 자에 대하여 즉, 사실관계가 이미 종료된 것에 소급적으로 적용하고 있는 것이다.

또한 공무원연금제도나 사학연금제도는 항상 그 보수와 연계하여 설정되는 것으로서 전체적으로 공무원이나 사립학교교직원의 급여체계라는 점에서 볼 때, 이미 퇴직하여 급여의 사유가 발생한 자에 대하여는 이미 연금법관계에서는 그 사실관계가 종료한 것으로 보아야 하고, 그 급여체계나 보수수준은 퇴직 당시 연금법에 따라 규율되는 것이므로, 후일 연금법을 개정하여 그에 적용한다는 것은 진정소급입법이라고 보지 않을 수 없고, 그것이 헌법상 허용되려면, 그 소급입법을 인정할 예외적인 불가피한 사유가 있어야 할 것이다.

따라서, 이 사건과 같이 기왕에 종전법률에 의하여 퇴직하여 퇴직연금을 수령하고 있는 자의 경우에 그 퇴직연금청구권은 종전법률규정 즉, 공무원보수인상률연동에 의한 조정을 전제로 한 내용의 권리가 퇴직하여 급여의 사유가 발생할 때, 재산권으로 확정되는 것이고, 다만, 해마다 그 보수인상률에 의하여 구체적인 연금지급액이 조정될 뿐이라고 할 것이므로, 위 연금액조정경과규정은 이미 퇴직하여 연금을 수령하고 있는 자로부터 퇴직연금청구권이라는 재산권을 소급하여 박탈하는 것으로 그 예외를 인정할 특단의 사정이 없는 한, 진정소급입법으로 헌법 제13조 제2항, 제23조에 위배되어 헌법에 위반된다고 할 것인데, 아래에서 보는 바와 같이 이 사건의 경우에는 그 예외를 인정할 특단의 사정이 있는 경우에도 해당되지 아니한다.

연금재정적자를 개선하기 위한 연금제도개혁에 있어서 위 경과조치규정처럼 이미 연금을 수령하고 있는 자의 연금수급권을 소급적으로 제한하지 않더라도 위의 5. 반대의견에서 자세히 논증한 바와 같이 연금기금의 재정부실원인에 즉응한 그 기금재정확보방안으로서 공무원연금 등의 수급자나 정부의 기여율을 높이는 방법, 연금급여수준을 낮추는 방법, 기금운용이나 관리상의 문제점을 시정하는 방법, 나아가 공무원연금제도·사립학교교직원연금제도·군인연금제도의 기본적인 체계를 국민연금제도와 더불어 전체적으로 개혁하

는 방법 및 이들을 병행하는 방안이나 긴급한 연금재정부실이나 흠축(欠縮)을 한시적으로 보전하는 범위 내에서 국가재정에 의한 긴급지원 후 장래에 조성되는 연금기금으로부터 일정기간을 거쳐 상환하도록 하는 방안 등 그 입법목적을 달성할 수 있는 다른 방법이 얼마든지 있을 수 있고, 특히 그 연금재정의 급격한 악화의 근인이 1998년부터 2000년 사이의 공직사회의 구조조정으로 인한 공무원 및 사립학교교원의 일시적인 대량퇴직으로 연금기금이 급격히 소진된 것이라는 점에서 볼 때, 그로 인한 기금재정악화는 국가의 특별한 재정편성을 통하여 일단 보전하고 향후 연금기금의 축적을 기다려 상당기간에 걸쳐 그로부터 상환하는 적절한 방안이 있을 수 있고, 더구나 이와 같은 장기적인 연금기금재정의 안정을 위한 대처방안도 공무원이나 사립학교교직원의 보수수준의 상승 등에 맞추어 점차적으로 퇴직연금급여의 수준을 합리화하는 것으로 나아가야 하고, 그 경우에도 공무원의 근무연수 등을 고려하여 비례적인 경과조치를 취하여야 헌법에 합치하게 된다고 할 것이므로, 위 경과조치가 긴급한 필요에 의한 합헌적인 유일무이한 수단이 아니라는 점에서 볼 때, 위와 같이 소급입법을 하여야 할 예외적인 특단의 사정이 있는 경우라고 할 수 없다.

그렇다면, 위 연금액조정경과규정은 진정소급입법에 의하여 청구인들의 재산권을 침해하는 것이므로 헌법 제13조 제2항 및 제23조에 위반된다고 할 것이다.

가사 이미 퇴직하여 연금을 수령하고 있는 공무원이나 사립학교교직원의 퇴직연금수급권이 확정된 재산권이라도 다른 한편, 사회보험에 입각한 사회보장적 급여라는 법적 성격에 비추어 그 구체적인 내용은 입법자가 후에 변경할 수 있는 것이어서 진정소급입법이 아니라, 부진정소급입법에 해당한다고 보더라도 위의 5. 반대의견에서 제시한 바와 같이 신뢰보호의 원칙에도 위반된다.

따라서, 위 연금액조정경과규정에 대하여 마땅히 헌법에 위반된다고 선언하여야 한다.

이상과 같은 이유로 나는 다수의견에 반대하는 바이다.

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

[별지 1] 2001헌마138의 청구인 명단 생략

[별지 2] 2001헌마143의 청구인 명단 생략

[별지 3] 2001헌마138의 일부 보조참가인의 명단 생략

[별지 4] 2001헌마138의 나머지 보조참가인 명단 생략

[별지 5] 2001헌마138의 이해관계인 명단 생략

법무사법 제74조 제1항 제1호 등 위헌확인

(2003. 9. 25. 2001헌마156 전원재판부)

【판시사항】

1. 법무사 아닌 자가 등기신청대행 등의 법무행위를 업으로 하는 것을 금지하고 이를 위반하는 경우 형사처벌하는 법무사법 제3조 제1항, 제2조 제1항 제3호 및 제4호, 제5호, 제74조 제1항 제1호, 제2항 (이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 법무사 자격이 없는 일반 국민의 직업선택의 자유를 과도하게 제한하여 헌법에 위반되는지 여부(소극)

2. 등기신청서 제출대행과 같은 사실행위를 업으로 하는 것을 법무사의 자격이 있는 자에게만 허용하는 것은 합리적 이유없이 법무사에 비하여 비법무사를 차별하는 것으로 헌법상 평등원칙에 위반되는 여부(소극)

【결정요지】

1. 가. 등기는 특정의 권리의무관계를 공시(公示)하기 위하여 공부(公簿)에 기재하는 것으로 국민의 권리보전 및 공중의 거래안전에 기여하는 공적 제도이다. 따라서 등기는 신속·정확하게 이루어져야 하고 그 절차도 적정·원활하게 수행되어야 한다. 그런데 현행법상 등기는 문서에 의한 방식주의로 당사자가 법정의 서면을 제출하는 신청에 의하여 이루어지는 것이 원칙이다. 그러므로 등기신청대리 등을 업으로 하려는 자는 최소한 등기되어야 할 물건이나 대상, 등기되어야 할 권리, 등기되어야 할 권리변동과 같은 실체적 법률관계와 등기신청에 관한 서면과 방식에 관한 절차적 법률문제 등을 충분히 이해할 수 있을 정도의 일정한 법률적 소양을 갖추어야 할 것이고, 그래야만 부실등기를 방지하고 신속·정확한 등기가 가능하며, 등기절차의 적정·원활한 진행 또한 담보될 수 있다고 할 것이다.

등기업무를 신속·정확하고 적정·원활하게 수행하여 국민의 권리보전과 거래안전이라는 등기제도의 공적 기능을 확보하기 위해서는,

등기신청대리 등을 일정한 법률적 소양을 갖춘 법무사에게만 허용하고, 그 외의 비자격자에게는 이를 업으로 하지 못하도록 금지할 필요가 있다 할 것이며, 그 효율적 운영을 위하여 비법무사가 등기신청대리 등을 업으로 하는 경우 형사처벌하도록 하는 것 역시 효과적 수단이라 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항의 입법목적은 정당하고 그 수단 역시 적절하다.

나. 입법자는 법무사의 자격을 법원·헌법재판소·검찰청의 법원 사무직렬·검찰사무직렬 또는 마약수사직렬공무원으로 10년 이상 근무한 자 중 5년 이상 5급 이상의 직에 있었거나 15년 이상 근무한 자중 7년 이상 7급 이상의 직에 있었던 자로서 법무사 업무의 수행에 필요한 법률지식과 능력이 있다고 대법원장이 인정한 자(법 제4조 제1호) 및 법무사시험에 합격한 자(제2호)로 규정하고 있다. 국민의 권리보전과 거래안전이라는 등기제도의 중대한 공익적 기능에 비추어 볼 때, 법무사는 위와 같은 정도의 법률지식 또는 실무경력을 갖추어야만 국민의 권리의무에 중요한 영향을 미치는 법무서류의 작성과 등기·공탁신청대리를 적정·원활하게 수행함으로써 국민의 권리보전에 기여할 수 있다할 것이므로 위 자격요건이 지나치게 엄격하다고 할 수 없다. 나아가 청구인이 이 사건 법률조항으로 인하여 등기신청대리 등을 업으로 할 수 없는 불이익이 있다 하더라도 청구인에게는 위와 같이 어느때고 법무사 자격을 취득할 수 있는 기회가 열려있을 뿐만 아니라 이 사건 법률조항의 입법목적인 공익에 비하여 청구인이 입는 불이익이 결코 크다고 할 수 없으므로 법익의 균형도 유지되어 있다. 그렇다면, 이 사건 법률조항은 청구인의 직업선택의 자유를 침해할 정도로 비례의 원칙에 위배한 것으로 볼 수 없고, 나아가 입법자가 등기신청대행만을 전담하는 자격제도를 따로 두고 있지 않다거나 현재보다 더 완화된 법무사 자격요건을 두고 있지 않다고 하더라도 그것이 곧 청구인의 직업선택의 자유를 침해할 정도로 입법형성의 재량을 일탈한 것이라고 볼 수도 없다고 할 것이다.

2. 등기제도의 공적 기능을 확보하기 위해서는 어느 정도 법률적 소양을 갖춘 자로 하여금 등기신청의 대리 등을 업으로 할 수 있도록 제한할 필요가 있다. 그렇지 아니하고 자유경쟁을 촉진하고 기본

권제한을 없앤다는 이유로 법률적 소양이 없는 비자격자에게 등기신청의 대리업 등을 전면적으로 허용한다면 아무런 법률지식 없는 자도 등기신청대리 등을 업으로 하게 되어 부실등기로 인한 국민의 권리보전 및 거래안전을 해쳐 등기제도의 입법목적을 달성할 수 없음을 불을 보듯 뻔하다고 할 것인바, 입법자가 비자격자의 등기신청대리 등을 제한하는 것은, 등기업무의 적정·원활한 수행과 신속·정확한 등기를 통한 국민의 권리보전과 거래안전이라는 공익을 위한 것이라고 할 것이므로 거기에는 합리적 이유가 있다할 것이고, 입법자가 자의적으로 법무사 자격이 없는 자를 법무사에 비하여 차별하는 것으로 볼 수는 없다.(평등원칙에 위반되지 않는다)

【심판대상조문】

법무사법 제3조(법무사가 아닌 자의 단속) ① 법무사가 아닌 자는 제2조에 규정된 사무를 업으로 하지 못한다.

② 생략

법무사법 제2조(업무) ① 법무사는 다른 사람의 위임에 의하여 보수를 받고 다음 각호의 사무를 행함을 업무로 한다.

1.~2. 생략

3. 등기 기타 등록신청에 필요한 서류의 작성

4. 등기·공탁사건의 신청대리

5. 제1호 내지 제3호에 의하여 작성된 서류의 제출대행

② 생략

법무사법 제74조(법무사가 아닌 자의 행위) ① 법무사가 아닌 자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 3년 이하의 징역 또는 500만원이하의 벌금에 처한다.

1. 제3조의 규정에 위반한 경우

2. 생략

② 상습으로 제1항의 죄를 범한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.

【참조조문】

헌법 제11조, 헌법 제15조

법무사법 제2조(업무) ① 법무사는 다른 사람의 위임에 의하여 보수를 받고 다음 각호의 사무를 행함을 업무로 한다.

1. 법원과 검찰청에 제출하는 서류의 작성

2. 법원과 검찰청의 업무에 관련된 서류의 작성

3. 등기 기타 등록신청에 필요한 서류의 작성
 4. 등기·공탁사건의 신청대리
 5. 제1호 내지 제3호에 의하여 작성된 서류의 제출대행
- ② 법무사는 제1항 제1호 내지 제3호에 규정된 서류라 하더라도 다른 법률에 의하여 제한되어 있는 것은 이를 작성할 수 없다.

【참조판례】

헌재 1996. 4. 25. 94헌마129 등, 판례집 8-1, 449

헌재 1997. 10. 30. 96헌마109, 판례집 9-2, 537

【당 사 자】

청 구 인 임육재

국선대리인 변호사 이원구

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 타인의 의뢰를 받아 등기부등본, 토지대장등본 등 민원서류를 대행하여 주고 이에 상응하는 보수를 받는 민원서류대행업을 2001. 1. 20. 개업하여 현재 운영하고 있는 자인데, 인터넷 홈페이지 등에서 등기신청서 작성방법을 알게된 사람들이 자신들이 작성한 등기신청서류를 저렴한 가격을 제시하면서 등기소에 자기 대신 신청하여 줄 것을 요구받았으나, 법무사법 제2조 제1항, 제4호, 제3조 제1항, 제74조 제1항 제1호 및 제2항이 법무사 아닌 자의 등기신청대리 등을 업으로 하는 것을 금지하고 있어 등기신청대행업을 할 수 없었다. 이에 청구인은, 위 법무사법 규정이 헌법이 보장하고 있는 청구인의 직업의 자유를 침해하고 평등원칙에도 위반된다고 주장하면서 2001. 3. 5. 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 법무사 아닌 자가 다른 사람의 위임에 의하여 보수를 받고 등기

의 신청대리 등을 업으로 하는 경우 징역 또는 벌금에 처하도록 하는 처벌규정인 법무사법 제74조 제1항 제1호 및 제2항만을 심판대상으로 삼아 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다. 그러나 청구인의 이 사건 헌법소원심판청구 이유는, 법무사 아닌 자가 등기신청에 필요한 서류의 작성 및 제출대행과 등기신청대리(아래에서는 ‘등기신청대리 등’이라고 약칭한다)를 업으로 할 경우 형사처벌이 지나치게 가혹하여 헌법에 위반된다는 데에 있는 것이 아니라 법무사 아닌 자에게 등기신청대리 등을 업으로 하는 것을 허용하지 않는 것이 법무사 자격 없는 자의 직업선택의 자유 및 평등권을 침해하여 헌법에 위반된다는 것이어서 청구인의 직업선택의 자유를 직접적으로 제한하는 것은 위 처벌규정이라기보다는 비법무사의 등기신청대리 등 법무행위를 금지하는 법 제3조 제1항과 제2조 제1항 제3, 제4, 제5호 등이고 위 처벌규정은 법무사제도를 유지하기 위한 수단이라고 할 것이다. 그렇다면, 이 사건 심판대상은 비법무사가 등기신청대리 등을 업으로 하지 못하도록 금지하는 같은 법 제3조 제1항, 제2조 제1항 제3호 및 제4호의 각 ‘등기’부분, 제5호의 ‘제3호’부분과 그 위반에 대한 제재인 위 처벌규정이 함께 심판대상이 된다고 할 것이므로 비록 청구인이 위 처벌규정에 대하여만 심판청구를 하고 있지만, 위와 같이 심판대상을 확대하는 것이 청구인의 이 사건 헌법소원심판청구의 취지에 부합한다고 할 것이다.

따라서, 이 사건 심판대상은 법무사법(1996. 12. 12. 법률 제5180호로 전문 개정된 것) 제3조 제1항, 제2조 제1항 제3호 및 제4호의 각 ‘등기’부분, 제5호의 ‘제3호’부분, 제74조 제1항 제1호, 제2항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)의 위헌 여부이고, 그 내용 및 관련법규는 아래와 같다.

제3조(법무사가 아닌 자의 단속) ① 법무사가 아닌 자는 제2조에 규정된 사무를 업으로 하지 못한다.

② 생략

제2조(업무) ① 법무사는 다른 사람의 위임에 의하여 보수를 받고 다음 각 호의 사무를 행함을 업무로 한다.

1. 법원과 검찰청에 제출하는 서류의 작성
2. 법원과 검찰청의 업무에 관련된 서류의 작성
3. 등기 기타 등록신청에 필요한 서류의 작성
4. 등기·공탁사건의 신청대리
5. 제1호 내지 제3호에 의하여 작성된 서류의 제출대행

② 법무사는 제1항 제1호 내지 제3호에 규정된 서류라 하더라도 다른 법률에 의하여 제한되어 있는 것은 이를 작성할 수 없다.

제74조(법무사가 아닌 자의 행위) ① 법무사가 아닌 자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제3조의 규정에 위반한 경우
2. 이익을 얻을 목적으로 문서·도화·시설물등에 법무사의 업무를 취급하는 뜻의 표시 또는 기재를 한 경우

② 상습으로 제1항의 죄를 범한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.

2. 청구인주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 직업의 자유침해

등기신청행위는 사법상의 권리변동을 위한 법률행위가 이미 행하여지고 있는 경우에 그 효력발생을 위하여 법률이 요구하는 또 하나의 요건인 등기라는 공시를 갖추기 위한 것으로 법률행위가 아니어서 전문적인 지식을 요하지 않는 단순 노무에 불과하다. 그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항은 등기신청대리를 자격을 갖춘 법무사만이 할 수 있도록 함으로써 법무사가 아닌 청구인에게 보장된 직업선택의 자유를 과도하게 침해함으로써 헌법 제15조 및 제37조 제2항에 위반된다.

(2) 평등원칙 위반

이 사건 법률조항은 합리적 근거없이 등기신청대리를 업으로 하는 행위를 법무사라는 자격을 가진 소수의 특정인에게만 부여하고 법무사 자격이 없는 일반국민을 차별함으로써 헌법이 보장하고 있는 평등원칙에 위반된다.

나. 법원행정처장의 의견

(1) 법무사법이 법무사의 업무를 법무사가 아닌 자는 하지 못하게 규제하는 데는 자격제도의 정당성이 그 근거가 되고, 법무사의 업무는 성질상 공공성과 기술성을 갖고 있으므로 이를 적정·원활하게 수행하려면 상당한 법률적인 전문지식을 필요로 하기 때문에 법무사가 아닌 자로 하여금 그 업무를 할 수 없게 금지함으로써 청구인의 직업선택의 자유가 제한된다 할지라도 이는 법무사 제도의 본질과 그 업무의 공공성 등을 고려할 때, 헌법 제37조 제2항의 범위 내의 합리적인 제한이다(헌재 2000. 7. 20. 98헌마52 참조).

(2) 입법부는 법무사라는 일정한 전문분야에 관한 자격제도를 마련함에 있어서 그 제도를 마련한 목적을 고려하여 정책적인 판단에 따라 그 내용을 구

성할 수 있고, 마련한 자격제도의 내용이 불합리하고 불공정하여 입법형성의 재량권을 일탈한 것이 아닌 한 입법부의 정책판단은 존중되어야 한다(헌재 2001. 1. 18. 2000헌마364; 1996. 4. 25. 94헌마129 참조).

(3) 등기신청사건은 그 성질상 비송사건에 해당하고, 등기접수의 연월일, 접수번호, 등기일자 등은 등기의 효력, 권리의 우선순위 등을 달리하는 등 매우 중요한 의미를 갖고 있으며, 부동산등기법 제55조에 의하면 등기관은 사건이 그 등기소의 관할에 속하지 아니한 때, 사건이 등기할 것이 아닌 때, 신청서가 방식에 적합하지 아니한 때, 신청서에 기재된 사항이 등기원인을 증명하는 서면과 부합하지 아니한 때, 신청서에 필요한 서면 또는 도면을 첨부하지 아니한 때 등에 해당하는 경우에는 신청을 각하하도록 되어 있어 등기신청사건을 대리하는 경우 위와 같은 사유에 해당하는 문제점이 있을 때 흠결을 보정할 수 있도록 본인에게 법률적 조언을 할 필요가 있으므로 등기신청대리행위를 전문적인 지식이 필요 없는 단순노무에 불과하다고 할 수 없다.

(4) 보수를 받지 않고 등기신청행위를 대리하는 것과 보수를 받고 전문적으로 등기신청행위를 영업으로 하는 것은 근본적인 차이가 있는 것으로 법무사법이 금지하고 있는 행위는 모든 등기신청행위의 대리가 아니라 업으로 대리하는 행위에 한하므로 일반 국민들의 법률생활에 특별한 불편을 초래하는 것은 아니며, 민원서류 대행업체들이 단순히 완성된 등기신청서류의 제출대행이 아니라 등기신청서류의 작성 대행, 법률적 조언 등 탈법행위를 할 가능성이 많으므로 이를 규제할 현실적인 필요성이 있다.

(5) 법무사 아닌 자는 등기·공탁사건의 신청대리를 업으로 할 수 없도록 하고 이에 위반한 경우 처벌하도록 한 법무사법 제74조 제1항 제1호, 제2항, 제3조 제1항은 국민의 법률생활의 편익과 사법제도의 건전한 발전이라는 공익의 실현에 필요·적당한 수단으로서 그 합리성이 있으므로 헌법 제11조 제1항, 제15조 및 제37조에 위반된다고 볼 수 없다.

다. 법무부장관의 의견

(1) 등기는 부동산에 관한 소유권 등 권리의 변동을 공시함으로써 부동산 거래관계의 안전을 확보하는 제도이다. 등기가 실체관계에 부합하지 않는다면 부동산거래의 안전을 확보할 수 없을 뿐 아니라 국민경제의 원활한 흐름이 저해된다. 이런 등기제도의 공적 기능을 확보하기 위해 등기신청이 적법한 요건을 갖춘 것인지를 판단할 정도의 법률적 소양이 있는 자로 하여금 등기 업무를 처리하도록 하는 것이 요구된다.

이 사건 법률조항은 등기제도의 원활·적정한 운영을 통하여 국민의 부동산거래 및 경제활동의 안전을 확보하기 위한 것이다.

(2) 법무사 아닌 자의 등기신청의 대리업을 금지하고 이를 위반하는 경우 형사처벌을 부과하는 것은 거래관계에 있어 등기제도가 가지는 중요성에 비추어 국민의 법률생활의 편익과 국민의 경제거래활동의 안전보장이라는 공익의 실현에 필요·적정한 수단이다.

(3) 이 사건 법률조항이 법무사 아닌 자의 직업선택의 자유를 제한하고 있는 것은 사실이다. 그러나 이 사건 법률조항은 법무사제도 및 등기제도의 기능 확보라는 공익을 실현하기 위한 것으로 정당하고 이러한 공익에 비하여 법무사 아닌 자가 등기사건의 신청대리업에 종사할 수 없음으로써 입계될 불이익은 경미하다고 할 것이어서 헌법상 직업선택의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

(4) 이 사건 법률조항은 공익의 실현을 위한 것으로 합리적 근거가 있다할 것이므로 평등원칙에 위배되지 않는다.

3. 판 단

가. 직업선택의 자유 침해여부

(1) 「입법부가 일정한 전문분야에 관한 자격제도를 마련함에 있어서는 그 제도를 마련한 목적을 고려하여 정책적인 판단에 따라 자유롭게 제도의 내용을 구성할 수 있고, 그 내용이 명백히 불합리하고 불공정하지 아니하는 한 원칙적으로 입법부의 정책적 판단은 존중되어야 한다」(헌재 1996. 4. 25. 94헌마129등, 판례집 8-1, 449, 460).

따라서 법률이 법무사라는 전문분야에 관하여 자격제도를 마련하고 그 자격자의 업무영역에 관하여 상당한 법률상 보호를 하고 있는 경우에도 그 자격자 이외의 자에게 동종업무의 취급을 허용할 것인가의 문제는 기본적으로 그 제도를 도입하게 된 배경과 목적, 해당 전문분야 업무의 성격 등을 입법자가 종합적으로 고려하고 합목적적으로 판단하여 결정할 입법 정책의 문제라 할 수 있다(헌재 1997. 10. 30. 96헌마109, 판례집 9-2, 537, 543-544 참조).

다만, 위와 같은 자격제도는 국민의 기본권인 직업선택의 자유를 제한하는 것이기 때문에 필요한 최소한만큼만 제한하도록 규율함으로써 그 목적과 수단 사이에 합리적인 비례관계가 유지되어야 헌법적 정당성을 갖는다고 할 것이다.

(2) 등기는 특정의 권리의무관계를 공시(公示)하기 위하여 공부(公簿)에

기재하는 것으로 국민의 권리보전 및 공중의 거래안전에 기여하는 공적 제도이다. 따라서 등기는 신속·정확하게 이루어져야 하고 그 절차도 적정·원활하게 수행되어야 한다. 그런데 현행법상 등기는 구분건물의 표시와 소유권 등 권리의 설정, 보존, 이전, 변경, 처분의 제한 또는 소멸에 대하여 하는 것으로 등기할 사항의 내용과 태양은 매우 다양하고 복잡하며, 문서에 의한 방식주의로 당사자가 법정의 서면을 제출하는 신청에 의하여 이루어지는 것이 원칙이다.

그러므로 등기신청대리 등을 업으로 하려는 자는 최소한 등기되어야 할 물건이나 대상, 등기되어야 할 권리, 등기되어야 할 권리변동과 같은 실제적 법률관계와 등기신청에 관한 서면과 방식에 관한 절차적 법률문제 등을 충분히 이해할 수 있을 정도의 일정한 법률적 소양을 갖추어야 할 것이고, 그래야만 부실등기를 방지하고 신속·정확한 등기가 가능하며, 등기절차의 적정·원활한 진행 또한 담보될 수 있다고 할 것이다.

이처럼 등기신청은 사실행위에 불과하지만 그 결과는 국민의 권리의무에 중요한 영향을 미치기 때문에 만약 등기에 관한 법률지식이 없는 일반인이 등기신청대리 등을 업으로 하는 것을 제한하지 않는다면, 부실등기나 부실한 등기신청 등을 막을 수 없고 이로 인하여 등기절차의 적정·원활한 진행을 저해하여 등기에 대한 국민의 신뢰를 떨어뜨려 등기제도의 공적 기능을 확보하기 어렵다고 할 것이다.

그러므로 등기업무를 신속·정확하고 적정·원활하게 수행하여 국민의 권리보전과 거래안전이라는 등기제도의 공적 기능을 확보하기 위해서는, 등기신청대리 등을 일정한 법률적 소양을 갖춘 법무사에게만 허용하고, 그 외의 비자격자에게는 이를 업으로 하지 못하도록 금지할 필요가 있다 할 것이며, 그 효율적 운영을 위하여 비법무사가 등기신청대리 등을 업으로 하는 경우 형사처벌하도록 하는 것 역시 효과적 수단이라 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항의 입법목적은 정당하고 그 수단 역시 적절하다.

(3) 입법자가 등기신청의 대리 등을 업으로 할 수 있는 법무사의 자격요건을 지나치게 엄격하게 규율함으로써 최소침해성의 원칙을 위배하였는지 여부에 대하여 본다.

입법자는 법무사의 자격을 법원·헌법재판소·검찰청의 법원사무직렬·검찰사무직렬 또는 마약수사직렬공무원으로 10년 이상 근무한 자 중 5년 이상 5급 이상의 직에 있었거나 15년 이상 근무한 자 중 7년 이상 7급 이상의 직에

있었던 자(이하에서는 이들을 “실무경력자”라고 약칭한다)로서 법무사 업무의 수행에 필요한 법률지식과 능력이 있다고 대법원장이 인정한 자(법 제4조 제1호) 및 법무사시험에 합격한 자(제2호)로 규정하고 있다. 우선 입법자가 법무사의 자격 부여 방법의 일환으로 법무사의 업무가 법률실무와 밀접한 관련이 있음에 착안하여 법률실무를 담당하는 법원이나 검찰청에서 일정한 직위에서 일정한 기간 이상 동안 직접 이를 처리한 경험이 있는 실무경력자에게 자격을 부여하는 방법을 택하고 있는바, 법무사업무를 수행함에 있어 이 정도의 실무경력은 필요하다고 할 것이어서 지나치게 엄격한 자격요건이라고 보이지 않는다. 다음으로 실무경력이 없는 자라도 법무사 업무의 수행에 필요한 법률지식과 능력을 시험을 통하여 검증하여 자격을 부여하는 방법을 택하고 있는데, 이는 모든 국민에게 법무사 직역을 개방하여 직업선택의 자유를 가능한 최대한 보장하려는 것으로 합당하다 할 것이다. 한편, 입법자의 위임에 의하여 시행되는 법무사 시험의 구체적인 내용을 보면, 제1차 시험은 헌법, 민법, 형법, 민·형사소송법 등 기본법률뿐 아니라 부동산등기법, 호적법, 공탁법 등의 법무사가 실무에 접할 과목에 관하여 객관식 필기시험에 의하고, 제2차 시험은 민법, 부동산등기법, 등기 및 공탁서류 작성 등의 실무과목에 관하여 주관식 필기시험에 의하며, 제3차 시험은 구술시험으로 하고, 전문지식과 응용능력을 평정하여 자격여부를 가리도록 규정하고 있는바(법무사법시행규칙 제4조), 법무사 업무의 수행을 위하여는 이 정도의 기본법률과 실무과목에 대한 이해가 필요할 것이므로 위와 같은 시험과목이나 방법이 부적절하거나 지나치게 어려운 것도 아니라 할 것이다.

위에서 본 바와 같이 국민의 권리보전과 거래안전이라는 등기제도의 중대한 공익적 기능에 비추어 볼 때, 법무사에게 위와 같은 정도의 법률지식과 실무능력은 충분히 요구되는 수준이라고 할 것이므로 위 자격요건이 지나치게 엄격하다고 할 수 없다. 다만, ‘등기신청에 필요한 서류의 작성 및 제출대행’이라는 업무영역만을 놓고 보면, 위와 같은 자격요건은 비교적 엄격한 것이라고 볼 여지도 있다. 그러나 입법자는 법무사라는 자격제도의 내용을 도입함에 있어서 그것만을 업무 영역으로 하는 자격제도를 둔 것이 아니고 비교적 넓은 다양한 범무행위가 가능한 자격제도를 도입한 것이다. 따라서 위와 같은 정도의 법률지식 또는 실무경력을 갖추어야만 국민의 권리의무에 중요한 영향을 미치는 법무서류의 작성과 등기·공탁신청대리를 적정·원활하게 수행함으로써 국민의 권리보전에 기여할 수 있다 할 것이다. 또한, 청구인이 이 사

건 법률조항으로 인하여 등기신청대리 등을 업으로 할 수 없는 불이익이 있다 하더라도 청구인에게는 위와 같이 어느때고 법무사 자격을 취득할 수 있는 기회가 열려있을 뿐만 아니라 이 사건 법률조항의 입법목적인 공익에 비하여 청구인이 입는 불이익이 결코 크다고 할 수 없으므로 법익의 균형도 유지되어 있다.

그렇다면, 이 사건 법률조항은 청구인의 직업선택의 자유를 침해할 정도로 비례의 원칙에 위배한 것으로 볼 수 없고, 나아가 입법자가 등기신청대행만을 전담하는 자격제도를 따로 두고 있지 않다거나 현재보다 더 완화된 법무사 자격요건을 두고 있지 않다고 하더라도 그것이 곧 청구인의 직업선택의 자유를 침해할 정도로 입법형성의 재량을 일탈한 것이라고 볼 수도 없다고 할 것이다.

나. 평등원칙 위반여부

위에서 본 것처럼 등기는 특정의 권리의무관계를 등기부에 공시함으로써 국민의 권리보전과 거래안전에 기여하는 공적 제도인바, 이와 같은 등기제도의 공적 기능을 확보하기 위해서는 어느 정도 법률적 소양을 갖춘 자로 하여금 등기신청의 대리 등을 업으로 할 수 있도록 제한할 필요가 있다. 그렇지 아니하고 자유경쟁을 촉진하고 기본권제한을 없앤다는 이유로 법률적 소양이 없는 비자격자에게 등기신청의 대리업 등을 전면적으로 허용한다면 아무런 법률지식 없는 자도 등기신청대리 등을 업으로 하게 되어 부실등기로 인한 국민의 권리보전 및 거래안전을 해쳐 등기제도의 입법목적을 달성할 수 없음을 불을 보듯 뻔하다고 할 것인바, 입법자가 비자격자의 등기신청대리 등을 제한하는 것은, 등기업무의 적정·원활한 수행과 신속·정확한 등기를 통한 국민의 권리보전과 거래안전이라는 공익을 위한 것이라고 할 것이므로 거기에는 합리적 이유가 있다할 것이고, 입법자가 자의적으로 법무사 자격이 없는 자를 법무사에 비하여 차별하는 것으로 볼 수는 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

근인연금법 제17조의2 제1항 등 위헌확인

(2003. 9. 25. 2001헌마194 전원재판부)

【판시사항】

1. 법령에 대한 헌법소원심판청구가 직접관련성 및 현재관련성을 결여하여 부적법하다고 본 사례

2. 가. 근인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라고 한다)상의 연금액을 소비자물가변동률에 따라 조정하도록 한 것이 연금수급자의 재산권·인간다운 생활을 할 권리 등을 침해하는 것인지 여부(소극)

나. 기존의 연금수급자에 대하여도 개정된 물가연동제의 연금액 조정방식을 적용하도록 한 것이 소급입법에 의한 재산권의 침해에 해당하거나 신뢰보호의 원칙에 반하는 것인지 여부(소극)

3. 퇴역연금 등의 급여액산정의 기초를 종전에 ‘퇴직 당시의 보수 월액’으로 하던 것을 ‘평균보수월액’으로 변경한 것이 소급입법에 의한 재산권 침해 또는 신뢰보호의 원칙 등에 위배하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 법 제21조의2 제2항은 연금 외에 사업소득이나 근로소득이 있는 경우 연금의 일부에 대한 지급을 정지할 수 있도록 이른바 소득심사제도를 규정하면서 소득의 범위 및 지급정지금액 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 규정하고 있다. 따라서, 그 소득심사대상에서 제외되는 소득의 범위, 지급정지대상 등은 대통령령의 규정이 마련되어야 비로소 확정할 수 있고 적용될 수 있으므로 법 제21조의2 제2항 및 그 경과규정인 부칙 제6조는 청구인들의 기본권침해에 대한 직접관련성 및 현재관련성이 없어 부적법하다.

2. 가. 물가연동제에 의한 연금액조정규정의 취지는 화폐가치의 하락 또는 일반적인 생활수준의 향상 등으로 인하여 연금의 실질적 구매력이 점점 떨어질 것에 대비하여 그 실질 구매력을 유지시켜 주어 연금수급자의 생활안정을 기하기 위한 것이지, 연금수급권을 제한하

거나 박탈하는 것이 아니며, 그 내용이 현저히 자의적이라고 볼 수 없다. 따라서 물가연동제에 의한 연금액조정규정 자체는 연금수급권자의 재산권, 인간으로서의 존엄과 가치 또는 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는 것으로 볼 수 없다.

나. 법 부칙 제5조는 법 개정 이후의 법률관계만을 규율하고 있을 뿐이므로 진정소급입법에는 해당하지 아니하며, 다만 기존의 법적 상태에 대한 신뢰보호 여부가 문제될 뿐이다. 그런데 물가연동제의 방식에 의한 연금조정을 통해 연금재정의 파탄을 막고 군인연금제도를 건실하게 유지하는 것은 긴급하고도 대단히 중요한 공익인 반면, 보호해야 할 연금수급자의 신뢰의 가치는 크지 않고, 신뢰의 손상 또한 연금액의 상대적인 감소로서 그 정도가 심하지 않으므로, 위 부칙조항은 헌법상 신뢰보호의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

3. 20년 이상 군인으로 복무하면서 퇴역연금에 대한 기여금을 납입해온 사람이 퇴직하는 경우 장차 받게 될 퇴역연금에 대한 기대는 재산권의 성질을 가지고 있으나 확정되지 아니한 형성 중에 있는 권리이므로, 퇴역연금급여액의 산정기초를 종전의 '퇴직 당시의 보수월액'에서 '최종 3년간 평균보수월액'으로 변경한 것은 부진정소급입법에 해당되는 것이어서 원칙적으로 허용된다. 다만 종래의 법적 상태의 존속을 신뢰한 청구인들에 대한 신뢰보호만이 문제될 뿐인데, 퇴역연금의 산정을 평균보수월액에 기초하도록 개정한 것은 종국적으로 군인연금재정의 악화를 개선하여 연금제도의 유지·존속을 도모하려는 데에 목적이 있고, 그와 같은 입법목적의 공익적 가치는 매우 크다고 하지 않을 수 없으므로 신뢰보호의 원칙에 위배된다고 보기 어렵다.

재판관 한대현, 재판관 주선회의 반대의견

입법자로서는 연금재정의 악화를 개선한다는 공익을 달성하면서도 기존 연금수급자들의 신뢰침해를 최소화함으로써 공익과 사익을 조화시키는 방안을 선택하여야만 신뢰보호의 원칙에 위배되지 않는다고 할 것인데, 법 부칙 제5조 제1항이 기존 연금수급자들에게도 물가연동제에 의한 연금액조정규정을 적용하도록 한 것은 달성하고자 하는 공익에 비

하여 위와 같이 기존 연금수급자들의 신뢰를 손상하는 정도가 커서 신뢰보호원칙에 위배된다고 하지 않을 수 없다.

재판관 김영일의 반대의견

1. 법 제21조의2 제2항은 그 자체로 이미 소득세법상의 사업소득이나 근로소득이 있는 경우에 그 소득과 연계하여 연금을 지급정지하되, 그 지급정지의 상한을 연금의 2분의 1로 하는 지급정지제도를 설정하고 있는 것이므로 청구인들의 연금수급청구권을 제한하고 있는 것이어서 기본권침해의 직접성 요건은 충족된다. 그리고 비록 위 지급정지규정은 2005. 12. 30.을 시한으로 대통령령이 제정될 때부터 시행되는 것이지만, 이는 장래 기본권침해의 발생이 확실히 예견되는 경우로서 기본권침해의 현재관련성도 인정되므로 위 지급정지규정과 경과조치규정에 대하여 본안판단을 하여야 한다.

2. 기왕에 종전법률에 의하여 퇴직하여 퇴역연금을 수령하고 있는 자의 퇴역연금청구권은 군인보수인상률연동에 의한 조정을 전제로 한 내용의 권리가 퇴직하여 급여의 사유가 발생할 때 재산권으로 확정되는 것이고, 다만 해마다 그 보수인상률에 의하여 구체적인 연금지급액이 조정될 뿐이므로, 위 연금액조정경과규정(법 부칙 제5조 제1항)은 이미 퇴직하여 연금을 수령하고 있는 자로부터 퇴역연금청구권이라는 재산권을 소급하여 박탈하는 것으로 그 예외를 인정할 특단의 사정이 없는 한 진정소급입법으로 헌법 제13조 제2항, 제23조에 위배된다고 할 것인데, 이 사건의 경우에는 그 예외를 인정할 특단의 사정이 있는 경우에도 해당되지 아니한다.

【심판대상조문】

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제17조의2(연금액의 조정) ① 연금인 급여는 통계법 제3조의 규정에 의하여 통계청장이 매년 고시하는 전전년도와 대비한 전년도 전국소비자물가변동률에 해당하는 금액을 매년 증액 또는 감액한다.

②~④생략

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제18조(급여액 산정의 기초) ① 이 법에 의한 급여(제21조 제1항의 규정에 의한 퇴역연금, 제26조 제1항 제1호의 규정에

의한 유족연금 및 제30조의5의 규정에 의한 공무상요양비를 제외한다)의 산정은 급여의 사유가 발생한 날이 속하는 달의 보수월액을 기초로 한다.

② 제21조 제1항의 규정에 의한 퇴역연금 및 제26조 제1항 제1호의 규정에 의한 유족연금의 산정은 평균보수월액을 기초로 한다.

③ 생략

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제21조의2(퇴역연금의 지급정지 등) ① 생략

② 퇴역연금의 수급자가 연금 외의 소득세법 제19조의 규정에 의한 사업소득(대통령령이 정하는 사업소득을 제외한다) 및 제20조의 규정에 의한 근로소득이 있는 때에는 퇴역연금의 2분의 1의 범위 안에서 지급을 정지할 수 있다. 이 경우 소득의 범위 및 지급정지금액 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③ 생략

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 부칙 제5조(연금액 조정에 관한 경과조치) ① 2000년 12월 31일 현재 연금수급자의 연금액은 2000년 12월 31일 현재의 연금액을 기준으로 제17조의2의 개정규정에 의하여 조정한다.

② 생략

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 부칙 제6조(퇴역연금 등의 지급정지에 관한 경과조치) 제21조의2(제25조에서 준용하는 경우를 포함한다)의 개정규정은 동 규정의 시행일 이전에 급여의 사유가 발생한 자에 대하여도 이를 적용한다.

【참조조문】

헌법 제10조, 제11조 제1항, 제13조 제2항, 제23조 제1항

헌법재판소법 제68조 제1항

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제3조(용어의 정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. 보수월액이라 함은 군인의 계급과 복무기간에 따라 지급되는 월급여액으로서 봉급과 상여금의 연지급액을 12로 평균한 액 및 대통령령으로 정하는 수당액을 합한 액을 말한다.
2. “평균보수월액”이라 함은 급여의 사유가 발생한 날(퇴직으로 급여의 사유가 발생하거나 퇴직후에 급여의 사유가 발생한 경우에는 퇴직한 날의 전날을 말한다. 이하 같다)이 속하는 달부터 소급하여 3년간(복무기간이 3년 미만인 경우에는 그 복무기간을 말한다)의 보수월액을 군인보수인상을 등을 고려하여 대통령령이 정하는 바에 따라 급여의 사유가 발생한 날의 현재가치로 환산한 후 이를 합한 금액을 해당 월수로 나눈 금액을 말한다.
3. 퇴직이라 함은 전역·퇴역 및 제적의 경우를 말한다.
4. 유족이라 함은 군인 또는 군인이었던 자의 사망당시 그에 의하여 부양되고 있던(제31조의 규정에 의한 재해보상금의 지급에 있어서는 부양의 여부에 불구한다) 다음

각목의 1에 해당하는 자를 말한다.

- 가. 배우자(사실상 혼인관계에 있던 자를 포함하며, 퇴직후 61세 이후에 혼인한 배우자를 제외한다.)
- 나. 자녀(퇴직후 61세이후에 출생 또는 입양한 자녀를 제외하되, 퇴직후 60세 당시의 태아는 복무중 출생한 자녀로 본다. 이하 같다)
- 다. 부모(퇴직일이후에 입양된 경우의 부모를 제외한다)
- 라. 손자녀(퇴직후 61세 이후에 출생 또는 입양한 손자녀를 제외하되, 퇴직후 60세 당시의 태아는 복무중 출생한손자녀로 본다. 이하 같다)
- 마. 조부모(퇴직일이후에 입양된 경우의 조부모를 제외한다)
5. 기여금이라 함은 급여에 소요되는 비용으로서 군인이 부담하는 금액을 말한다.
6. 부담금이라 함은 급여에 소요되는 비용으로서 국고가 부담하는 금액을 말한다.

②~④생략

군인연금법시행령(2000. 12. 30. 대통령령 제17099호로 개정된 것) 제2조(보수월액에 포함되는 수당) 법 제3조 제1항 제1호에서 “대통령령으로 정하는 수당액”이라 함은 공무원수당규정 제7조 및 별표 2에 의한 정근수당(가산금 중 추가가산금을 제외한다)의 연지급합계액을 12월로 평균한 금액을 말한다.

군인연금법시행령(2000. 12. 30. 대통령령 제17099호로 개정된 것) 제2조의2(보수월액의 현재가치 환산) ① 법 제3조 제1항 제2호의 규정에 의한 보수월액의 현재가치로의 환산은 보수월액에 연도별로 군인평균보수인상률을 순차적으로 곱하여 급여의 사유가 발생한 연도의 현재가치로 산정한다.

② 제1항의 규정에 의하여 보수월액을 당해 연도의 현재가치로 환산하는데 적용되는 군인평균보수인상률은 전전년도 10월 말 현재의 전체군인의 보수월액의 총액을 전체군인의 수로 나눈 금액에 대비한 전년도 10월 말 현재의 전체군인의 보수월액의 총액을 전체군인의 수로 나눈 금액의 변동률로 한다. 다만, 군구조조정 등 당해 연도의 특수한 사정으로 군인평균보수인상률이 군인의 월봉금액 인상률과 현저한 차이가 있는 경우에는 군인평균보수인상률과 월봉금액인상률을 고려하여 기획예산처장관과 협의하여 국방부장관이 따로 정할 수 있다.

③ 국방부장관은 군인평균보수인상률을 매년 12월 31일까지 고시하여야 한다.

【참조판례】

2. 가. 헌재 1994. 6. 30. 92헌가9, 판례집 6-1, 543
- 나. 헌재 1998. 9. 30. 97헌바38, 판례집 10-2, 530
헌재 1998. 11. 26. 97헌바58, 판례집 10-2, 673
헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289
헌재 2001. 2. 22. 98헌바19, 판례집 13-1, 212
헌재 2001. 4. 26. 99헌바55, 판례집 13-1, 869
3. 헌재 1989. 5. 24. 88헌가37등, 판례집 1, 48

【당 사 자】

청 구 인 백경인 외 86인

대리인 변호사 전창열 외 1인

【주 문】

1. 군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제21조의2 제2항 및 부칙 제6조에 대한 청구인들의 심판청구를 각하한다.

2. 청구인들의 나머지 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인들은 각 20년 이상 군인으로 복무하다가 2000. 12. 30. 군인연금법의 개정 이전에 퇴역하여 이미 연금을 지급받아 왔거나 그 이후에 퇴역하여 연금을 지급받고 있는 사람들이다.

청구인들은 2000. 12. 30. 개정된 군인연금법 중 연금액을 소비자물가지수 변동률에 따라 조정하도록 하는 제17조의2 제1항 및 부칙 제5조 제1항, 퇴역연금 산정의 기초를 보수월액이 아닌 평균보수월액으로 하도록 하는 제18조 제1항 및 제2항, 퇴역연금의 수급자가 연금 외의 소득세법에 의한 사업소득 및 근로소득이 있는 때에는 퇴역연금의 2분의 1의 범위 안에서 지급정지할 수 있도록 한 제21조의2 제2항 및 부칙 제6조가 소급입법에 의한 재산권의 침해이며, 신뢰보호의 원칙, 평등의 원칙 등에 반한다는 이유로 2001. 3. 22. 위 법률조항들에 대한 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라고 한다) 제17조의2 제1항, 제18조 제1항 중 ‘퇴역연금을 제외한다는 부분’ 및 제2항, 제21조의2 제2항, 부칙 제5조 제1항 및 제6조가 헌법에 위반되는지 여부이다. 이 사건 심판대상조항 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제17조의2(연금액의 조정) ① 연금인 급여는 통계법 제3조의 규정에 의하여 통계청장이 매년 고시하는 전전년도와 대비한 전년도 전국소비자물가변동률에 해당하는 금액을 매년 증액 또는 감액한다.

제18조(급여액 산정의 기초) ① 이 법에 의한 급여(제21조 제1항의 규정에 의한 퇴역연금, 제26조 제1항 제1호의 규정에 의한 유족연금 및 제30조의5의 규정에 의한 공무원상양비를 제외한다)의 산정은 급여의 사유가 발생한 날이 속하는 달의 보수월액을 기초로 한다.

② 제21조 제1항의 규정에 의한 퇴역연금 및 제26조 제1항 제1호의 규정에 의한 유족연금의 산정은 평균보수월액을 기초로 한다.

제21조의2(퇴역연금의 지급정지 등) ② 퇴역연금의 수급자가 연금 외의 소득세법 제19조의 규정에 의한 사업소득(대통령령이 정하는 사업소득을 제외한다) 및 제20조의 규정에 의한 근로소득이 있는 때에는 퇴역연금의 2분의 1의 범위 안에서 지급을 정지할 수 있다. 이 경우 소득의 범위 및 지급정지금액 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

부칙 제5조(연금액 조정에 관한 경과조치) ① 2000년 12월 31일 현재 연금 수급자의 연금액은 2000년 12월 31일 현재의 연금액을 기준으로 제17조의2의 개정규정에 의하여 조정한다.

부칙 제6조(퇴역연금 등의 지급정지에 관한 경과조치) 제21조의2(제25조에서 준용하는 경우를 포함한다)의 개정규정은 동 규정의 시행일 이전에 급여의 사유가 발생한 자에 대하여도 이를 적용한다

[관련규정]

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제3조(용어의 정의)

① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. 보수월액이라 함은 군인의 계급과 복무기간에 따라 지급되는 월급여액으로서 봉급과 상여금의 연지급액을 12로 평균한 액 및 대통령령으로 정하는 수당액을 합한 액을 말한다.
2. “평균보수월액”이라 함은 급여의 사유가 발생한 날(퇴직으로 급여의 사유가 발생하거나 퇴직후에 급여의 사유가 발생한 경우에는 퇴직한 날의 전날을 말한다. 이하 같다)이 속하는 달부터 소급하여 3년간(복무기간이 3년 미만인 경우에는 그 복무기간을 말한다)의 보수월액을 군인보수인상률 등을 고려하여 대통령령이 정하는 바에 따라 급여의 사유가 발생한

날의 현재가치로 환산한 후 이를 합한 금액을 해당 월수로 나눈 금액을 말한다.

군인연금법시행령(2000. 12. 30. 대통령령 제17099호로 개정된 것) 제2조(보수월액에 포함되는 수당) 법 제3조 제1항 제1호에서 “대통령령으로 정하는 수당액”이라 함은 공무원수당규정 제7조 및 별표 2에 의한 정근수당(가산금 중 추가가산금을 제외한다)의 연지급합계액을 12월로 평균한 금액을 말한다.

제2조의2(보수월액의 현재가치 환산) ① 법 제3조 제1항 제2호의 규정에 의한 보수월액의 현재가치로의 환산은 보수월액에 연도별로 군인평균보수인상률을 순차적으로 곱하여 급여의 사유가 발생한 연도의 현재가치로 산정한다.

② 제1항의 규정에 의하여 보수월액을 당해 연도의 현재가치로 환산하는데 적용되는 군인평균보수인상률은 전전년도 10월 말 현재의 전체군인의 보수월액의 총액을 전체군인의 수로 나눈 금액에 대비한 전년도 10월 말 현재의 전체군인의 보수월액의 총액을 전체군인의 수로 나눈 금액의 변동률로 한다. 다만, 군구조조정 등 당해 연도의 특수한 사정으로 군인평균보수인상률이 군인의 월봉금액 인상률과 현저한 차이가 있는 경우에는 군인평균보수인상률과 월봉금액인상률을 고려하여 기획예산처장관과 협의하여 국방부장관이 따로 정할 수 있다.

③ 국방부장관은 군인평균보수인상률을 매년 12월 31일까지 고시하여야 한다.

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견 요지

가. 청구인들의 주장

(1) 법 제17조의2 제1항 및 부칙 제5조 제1항에 대하여

구 군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구법’이라고 한다)은 퇴직 당시의 직급과 호봉에 해당하는 현역군인의 월보수액을 기준으로 하여 그에 대한 일정비율의 연금을 지급하고, 해당 현역군인의 보수월액의 인상률에 맞추어 연금액을 인상하도록 규정하였다. 그런데 2001. 1. 1.부터 시행된 법 제17조의2 제1항은 연금액을 전국소비자물가변동률에 따라 증감하도록 하고, 부칙 제5조는 이미 퇴직하여 연금을 수령해오고 있는 청구인들에 대하여도 이를 적용하도록 규정하고 있다.

이미 퇴직하여 연금을 수령해오고 있던 청구인들은 퇴직당시 이미 현역군인의 보수인상률에 따라 연금액을 지급받을 수 있는 확정된 내용의 권리를

갖게 되었고, 법 개정 이후에 퇴직하여 연금을 지급받기로 선택한 청구인들은 재직 중에 구 법에 따라서 기여금을 납입함으로써 퇴직 후 구 법에 의한 연금수급권을 갖게 되리라는 신뢰이익 내지는 기대권을 가지게 되었다고 할 것이다. 그런데 법 제17조의2 제1항이 전국소비자물가변동률에 따라 연금액을 증감하도록 한 것은 연금수급자들의 연금액의 실질적인 감소를 가져오는 것으로서 청구인들의 헌법상 보장된 재산권인 연금수급권 내지 연금수급기대권을 침해하는 것이다. 그리고 부칙 제5조 제1항이 기존 연금수급자들에 대하여도 법 제17조의2 제1항의 개정규정을 적용하도록 한 것은 소급입법에 의한 재산권의 침해이며, 신뢰보호의 원칙에 반하므로 헌법에 위반된다.

(2) 법 제18조 제1항 중 퇴역연금을 제외하는 부분 및 동조 제2항에 대하여 구 법은 퇴역연금을 퇴직 또는 사망당시의 보수월액에 의하여 산정하도록 하고 있었다. 그러나, 법 제18조 제1항은 군인연금법상의 급여액 산정의 기초를 ‘보수월액’으로 하면서 ‘퇴역연금’은 그 대상에서 제외하였으며, 동조 제2항에서 퇴역연금은 평균보수월액을 기초로 하도록 규정하고 있다(기존 연금수급자들의 퇴역연금액은 부칙 제2조에 의하여 여전히 보수월액을 기초로 한다).

2000. 12. 30. 법 개정 후 퇴직하여 연금을 지급받기로 선택한 청구인들은 임용시부터 퇴직시까지 정상적으로 기여금을 납부하여 왔으며 퇴직당시의 보수월액을 기준으로 연금액을 지급받을 수 있다는 기대권을 가지고 있다고 할 것인데, 위 법률조항에서 평균보수월액에 의해 퇴역연금을 산정하도록 하는 것은 이러한 기대권을 소급하여 박탈하는 것일 뿐만 아니라 합리적인 근거없이 2000. 12. 30. 이전에 퇴직하여 이미 연금을 지급받고 있던 사람과 그 이후 퇴직하여 연금을 지급받게 된 사람을 차별하는 것으로서 평등의 원칙에도 위반된다.

(3) 법 제21조의2 제2항 및 부칙 제6조에 대하여

법 제21조의2 제2항은 퇴역연금수급자에게 사업소득이나 근로소득이 있는 경우 연금의 일부를 지급정지할 수 있도록 규정하고 있는데 이는 소급입법에 의하여 재산권을 침해하는 것이며, 사기업체에 종사하다가 퇴직한 자는 재취업 또는 개인사업을 하더라도 퇴직금이 그대로 유지되는 것과 비교할 때 합리적인 근거없이 사기업체의 퇴직금수여자와 차별하는 것으로서 평등권을 침해하며, 직업선택의 자유, 근로권, 인격권 및 행복추구권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.

나. 국방부장관의 의견

(1) 법 제17조의2 제1항 및 부칙 제5조 제1항에 대하여

연금액을 퇴직당시의 확정된 금액으로 고정시키지 않고 매년 인상하는 이유는 퇴직당시 연금액의 실질가치, 즉 실질적인 구매력을 보전해주기 위한 것이라 할 수 있다. 그런데 더 이상 근로를 제공하지 않는 퇴직자의 경우 퇴직당시 연금액의 실질가치를 보전해주는 가장 적절한 방법은 현직자 보수인상률에 연동시키는 방식이 아니라 물가상승률 등을 고려하여 실질적인 구매력을 반영한 소비자물가변동률에 연동시키는 방식이라 할 것이며, 이것은 타 연금제도와의 형평성을 고려한 합리적인 조치이다.

또한 공적연금은 자신의 기여금을 그대로 되돌려 받는 것이 아니라 현세대 소득의 일부를 퇴역세대가 나누어 가지는 상호의 원리를 기반으로 하고 있으므로 현세대의 소득수준 및 연금재정상태에 따라 연금의 수준이 조정될 수 있다. 따라서 소비자물가변동률에 의해 연금액을 조정하도록 기존 연금수급자의 연금수급권의 내용이 변경되었다라도 공적연금제도의 사회보험적 성격 및 그 기본원리에 비추어 소급입법에 의한 재산권의 박탈로 보기 어려우며, 법 개정 이후 퇴직하여 연금을 지급받게 되는 사람들의 연금청구권은 퇴직 혹은 사망시에 비로소 발생하는 것이지 임용시부터 발생하는 것이 아니므로 그 지급에 대해 일정한 요건 하에 제한을 가하더라도 그것이 임용시부터 이미 발생되어 있었던 권리를 소급하여 제한하는 것이라 볼 수 없다.

(2) 법 제18조 제1항 중 퇴역연금을 제외하는 부분 및 동조 제2항에 대하여

구 법의 최종보수월액에 의한 급여의 산정은 부담과 급여간의 연계성이 약하기 때문에 퇴역연금의 산정방식에 있어 3년간의 평균보수월액에 기초하여 산정하도록 개정한 것이다. 법 개정 이전부터 연금을 지급받아오던 사람과 개정 이후에 퇴직하여 연금을 지급받게 된 사람 사이에 급여산정방식의 변경으로 연금액의 차이가 발생하기는 하나 이는 연금제도를 변경하는 과정에서 불가피하게 파생되는 결과로서, 목적의 정당성, 수단의 적정성, 피해의 최소화, 법익의 형평성 등의 합리적인 근거를 가지고 있으므로 법 개정 이후 연금을 지급받게 된 사람을 불합리하게 차별하는 규정으로 볼 수 없다.

(3) 법 제21조의2 제2항 및 부칙 제6조에 대하여

퇴역연금은 퇴직 후의 소득상실을 보전하여 연금수급자의 생활안정과 복지증진에 기여하고 인간다운 생활을 실현하고자 하는 목적으로 실시되고 있으나, 이는 무제한적으로 보장되는 것이 아니고 사회보장의 보충성 원리에 따라

보호를 필요로 하는 자가 자력으로 생활능력을 구비할 수 있도록 지원하는 정도에 그쳐야 한다. 법 제21조의2 제2항은 이와 같은 보충성의 원리에 따라 퇴직 후 소득이 있는 자에게는 연금급여를 제한하여 과잉급부를 방지하려는 의도에 기한 것이다. 따라서 이를 소급입법에 의한 기득권침해로 볼 수 없으며, 구 법에서는 오히려 공공기관에 재취업한 경우에 한하여 연금지급정지제도를 적용함으로써 공공기관 재취업자와 사기업체 재취업자 및 사업소득자 사이에 형평성의 문제가 제기될 수 있었으나, 법 제21조의2 제2항에서는 민간의 근로소득 및 사업소득이 있는 경우까지 정지대상에 포함시켜 재취업자들 간의 공평성을 확보함으로써 실질적 평등을 실현하고 있다. 또한 법 제21조의2 제2항은 직업선택의 자유, 근로권, 인격권 및 행복추구권을 본질적으로 침해한다고 볼 수 없다.

3. 판 단

가. 적법요건에 대한 판단

법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면, 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 그 법률조항에 의하여 직접·현재·자기의 기본권을 침해받아야 할 것을 요건으로 한다.

법 제21조의2 제2항은 연금 외에 사업소득이나 근로소득이 있는 경우 연금의 일부에 대한 지급을 정지할 수 있도록 하는 규정으로서 종래의 연금지급정지제도에 관한 문제점을 보완하여 이른바 소득심사제도를 도입한 것이라 할 수 있다. 그리고 부칙 제6조는 위 조항의 시행일 이전에 급여의 사유가 발생한 자에 대하여도 이를 적용하도록 하는 경과규정이다.

그런데 법 제21조의2 제2항에 의한 연금지급정지제도의 전제가 되는 소득심사제도는 위 법률조항만으로는 그 구체적인 내용, 범위 및 한계를 확정할 수 없고, 위 법률조항 후문에서 소득의 범위 및 지급정지금액 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 규정하고 있어, 그 소득심사대상에서 제외되는 소득의 범위, 얼마 이상의 소득을 얻는 자를 지급정지대상으로 할 것인지, 소득수준에 따라 어떠한 비율을 적용하여 지급을 정지할 것인지 등에 관한 대통령령의 규정이 마련되어야 비로소 확정할 수 있고 적용될 수 있는데, 그러한 내용을 규정한 대통령령이 아직 제정되지 아니함으로써 위 법률조항은 법 부칙 제1조에 의하여 아직 시행되지 않고 있다.

그렇다면, 법 제21조의2 제2항 및 부칙 제6조는 청구인들의 기본권침해에 대한 직접관련성 및 현재관련성이 없어 부적법하다고 할 것이다.

나. 본안에 대한 판단

(1) 군인연금제도와 연금수급권의 법적 성격

군인연금법은 군인을 대상으로 퇴직 또는 사망과 공무로 인한 부상·질병에 대하여 적절한 급여를 실시함으로써 군인 및 그 유족의 생활안정과 복지향상에 기여하는 데에 그 목적이 있는 것으로서(법 제1조) 위와 같은 사회적 위험이 발생한 때에 국가의 책임 아래 보험제도를 통하여 군인의 구제를 도모하는 사회보장제도의 일종이다.

군인연금제도는 위와 같이 보험원리에 입각한 사회보장제도의 하나로서 현역 또는 소집되어 군에 복무하는 군인은 법률에 의하여 당연히 군인연금에 가입되고, 그 급여의 종류와 내용, 기여금의 액수 및 징수방법이 법률로 정하여져 있어 당사자가 선택할 수 없고, 그 각종 급여에 소요되는 비용 중 일부를 국가가 부담함으로써 급부와 반대급부 균형의 원칙이 유지되지 못하며, 보험료라고 볼 수 있는 군인의 기여금의 납부가 법률에 의하여 강제되는 특성을 가지고 있다.

또한 군인연금제도는 연금제도 본래의 기능인 퇴역연금 외에도 기업의 퇴직금에 해당하는 일시금 및 퇴직수당, 민간의 산재보험에 해당하는 공무상 재해보상급여, 기타 각종 부조급여를 실시하는 등의 폭넓은 보장기능이 있으며, 아울러 전·현직 군인을 위한 다양한 후생복지 프로그램도 마련하고 있다. 즉, 군인연금제도는 군인이라는 특수직역을 대상으로 한 노후소득보장, 근로보상, 재해보상, 부조 및 후생복지 등을 포괄적으로 실시하는 종합적인 사회보장제도이다.

따라서, 군인연금법상의 각종 급여는 기본적으로 모두 사회보장적 급여로서의 성격을 가짐과 동시에 공로보상 내지 후불임금으로서의 성격도 함께 가진다고 할 것이다(헌재 1994. 6. 30. 92헌가9, 판례집 6-1, 543 참조).

특히 군인연금법상의 퇴역연금수급권은 경제적 가치가 있는 권리로서 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산권으로서의 성격을 가진다고 할 수 있는데(위 92헌가9 결정 참조), 다만 그 구체적인 급여의 내용, 기여금의 액수 등을 형성하는데 있어서는 퇴역연금의 사회보장적 급여로서의 성격으로 인하여 일반적인 재산권에 비하여 입법자에게 상대적으로 보다 폭넓은 재량이 헌법상 허용된다고 볼 수 있다.

(2) 군인연금법 개정의 배경과 취지

군인연금법상 연금의 재정방식은 급여에 필요한 재원을 확보하기 위하여

일정한 기금을 적립하고, 그 기금을 최대한 활용함으로써 생기는 이윤들을 연금제정에 충당하는 적립방식이다. 이와 같은 적립방식은 매년의 급부비용을 매년 조달하는 부과방식과 비교하여 연금발생 초기에는 수급권자와 급부지출이 적기 때문에 잉여금이 계속 축적되지만, 시간이 지나면서 급부지출이 늘어나 연금수지가 악화되는 특색이 있다.

군인연금제도는 초기에는 1960년 제정·시행된 공무원연금법의 일부로 운영되었으나 정년과 직업조건 등 군인의 직무적 특성이 공무원과 다르기 때문에 1963년 법 제1260호로 군인연금법을 따로 제정하여 시행하게 되었다.

그런데 군인연금제정은 1973년 첫 적자를 기록한 이후 1975년부터 연금재정적자가 그 절대액이 증가하여 매년 정부의 적자보전 지원이 필요한 상태에 이르러 국고보조가 2001년에 5,615억원, 2002년에는 6,084억원에 이르렀고, 2010년에는 적자가 1조원이 넘을 것으로 예상되는 등 연금재정의 악화문제가 심각하였으며, 그와 같은 재정악화요인은 대체로 다음과 같다. 첫째, 군인연금제도는 1970년 소급기여금제도를 시행하면서 1948. 8. 15.부터 1959. 12. 30.까지 임관된 자에게 참전기간 공로보상차원에서 1960년부터 1969년까지의 소급기여금 납부를 전액 면제해주고 6·25 및 월남참전자에게 전투근무기간의 2배를 가산해 주면서 초기부터 연금재정 적자의 요인이 발생하였다. 둘째, 군인의 낮은 연금부담률과 지나친 연금급여의 인상도 또한 연금재정 적자의 원인이 되었다. 1975년 이후부터 상여금, 정근수당, 장기근속수당, 직무수당 등을 보수월액에 포함시키고 연금액을 재직자의 보수와 자동연계시켜 연금급여를 지속적으로 인상하여 왔으나, 이에 소요되는 비용의 부담률은 그 동안의 우리나라 경제상황, 제도정착의 필요성 등을 감안하여 연금급여의 지출규모보다 계속 낮게 설정되어 왔던 것이다. 셋째, 평균수명의 연장과 군의 조기정년제로 인한 연금수급자의 증가를 들 수 있다. 통계청의 자료에 의하면, 1997년 평균수명은 74.4세로 1987년에 비하여 4.6세, 1977년에 비하여 9.9세 증가하였다. 그리고 일반공무원의 정년이 57세 - 60세인 것에 비해 군인의 정년은 43세 - 56세로 상대적으로 짧아 연금수급대상자가 많고, 짧은 복무기간에 비해 연금수혜기간이 길다고 할 것인데, 이러한 사정으로 군인연금수급자는 1970년 6,429명에서 2000년에는 55,418명으로 증가하게 되었다. 넷째, 1970년대부터 퇴직일시금 수령을 인정한 공무원연금제도와는 달리 군인연금제도는 1982년까지 법률로 퇴직일시금 수령을 금지하고 국가에 장기적인 부담을 더하는 퇴직연금제도를 강제하였으며, 1982년 이후 퇴직일시금이 인정되고

있으나 현재까지도 연금선택률이 타연금보다 높은 현실이다.

따라서 2000. 12. 정부는 위와 같이 연금수급자의 증가와 연금수급기간의 장기화 등으로 인하여 군인연금 제정이 악화되고 있었으므로 일부 불합리한 연금제도를 개선하면서 정부와 군인의 비용부담률을 상향조정하여 장기적으로 연금제정의 안정을 도모하기 위하여 군인연금법 개정안을 마련하여 국회에 제출하였고, 위 개정법률안은 2000. 12. 23. 국회를 통과하여 2001. 1. 1.부터 시행하게 되었으며(2000. 12. 30. 법률 제6327호), 그 주요 개선내용은 다음과 같다. 첫째, 퇴역연금 및 유족연금의 산정을 퇴직당시의 최종보수를 기준으로 하던 것을 퇴직 전 3년간 평균보수월액을 기준으로 산정한다(제18조 제2항). 둘째, 연금액을 재직자 보수인상률에 따르지 아니하고 전국소비자물가변동률에 따라 매년 조정한다(제17조의2). 셋째, 연금수급자가 공공의 직에 재취업하는 때에만 연금을 감액지급하던 것을 민간부문이나 자영업의 소득이 있는 때에도 연금액의 2분의 1 범위 내에서 감액지급하되 다만 소득과액 등을 고려하여 시행시기는 5년의 범위 내에서 유보한다(제21조의2 및 부칙 제1조 단서). 넷째, 군인과 정부의 비용부담률을 1000분의 75에서 100분의 85로 각 인상한다(제38조 제1항 및 제39조 제1항).

(3) 법 제17조의2 제1항 및 부칙 제5조 제1항(연금액조정규정)의 위헌 여부
(가) 연금액조정규정의 구체적인 내용과 헌법상 쟁점

먼저 위 법률조항에 의한 급여액조정의 구체적인 내용을 살펴보면 다음과 같다.

통계청장이 매년 고시하는 전전년도와 대비한 전년도 전국소비자물가변동률에 해당하는 금액을 매년 증액 또는 감액하는 방법에 의해 연금액의 조정이 이루어진다(법 제17조의2 제1항). 즉, 당해 연도의 연금액은 [전년도 연금액×(전년도 연평균전국소비자물가지수-전전년도 연평균전국소비자물가지수)/전전년도 연평균전국소비자물가지수×100]으로 계산된다. 이와 같이 조정된 금액은 당해 연도 1월부터 12월까지 변동없이 적용된다(법 제17조의2 제2항).

전국소비자물가변동률에 따라 연금액을 조정하는 것만으로 변화하는 사회·경제적 여건에 충분히 적응할 수 없을 경우에 대비하여 3년마다 정책적으로 연금액을 재조정하는데, 매 연도별로 전국소비자물가변동률이 군인보수변동률과 2퍼센트 이상 차이가 발생할 경우에는 각 연도별로 군인보수변동률과의 차이가 2퍼센트를 초과하지 아니하도록 조정한다(2002. 12. 18. 법률

제6785호로 개정된 군인연금법(이하 '개정법'이라 한다) 제17조의2 제3항). 이와 같은 연금액의 정책조정은 3년마다 실시하는 것이지만, 그 최초의 조정은 물가연동제 실시 후 2년이 경과한 때에 실시하도록 하는 내용의 경과규정을 두었다(2002. 12. 18. 개정된 부칙 제5조 제2항). 제17조의2 제3항의 개정규정에 의한 조정에도 불구하고 동일 근속연수의 상·하 계급간 연금급여액의 역전현상이 발생시에는 별도보전을 통하여 해소되도록 하였다(개정법 부칙 제2항).

이러한 내용의 물가연동제는 군인연금법상의 모든 연금수급자에 대하여 적용되는 것이고, 개정 규정의 시행 이전부터 연금을 받아오던 사람들에 대하여도 물론 적용된다. 다만, 기존 연금수급자들에 대하여는 퇴직 직전의 연금액을 기준으로 소급하여 물가연동을 적용하는 것이 아니라, 제도시행 직전인 2000. 12. 31.의 연금액을 기준으로 향후의 연금액을 위와 같이 조정해 나간다(법 부칙 제5조 제1항).

이상의 내용을 요약해 보면, 현행 군인연금법의 연금액조정방식은 순수한 물가연동제라고 할 수는 없고, 보충적으로 3년마다 다시 조정하되, 매 연도별로 전국소비자물가변동률이 군인보수변동률과 2퍼센트 이상 차이가 발생하는 경우에는 각 연도별로 군인보수변동률과의 차이가 2퍼센트를 초과하지 아니하도록 한다는 점에서 물가연동제를 기초로 하면서도 보수연동제가 어느 정도 가미된 절충형의 조정방식이라고 할 수 있다.

이에 대하여는 첫째, 연금액을 전국소비자물가변동률에 따라 매년 조정하도록 한 것 자체가 입법의 형성재량의 범위를 벗어나 청구인들의 재산권 또는 인간다운 생활을 할 권리의 본질적 내용을 침해하는 것인지의 여부, 둘째, 종래 보수연동제에 의하여 연금액의 조정을 받아오던 기존 연금수급자들에게 법률의 개정을 통하여 물가연동제에 의한 연금액조정방식을 적용하도록 한 것이 소급입법에 의한 재산권의 침해에 해당하는지의 여부, 신뢰보호의 원칙에 위반되어 헌법에 위반되는지의 여부가 문제된다.

(나) 물가연동제에 의한 연금액 조정 자체의 위헌 여부

위에서 살펴본 바와 같이 연금수급권은 재산권의 성질을 가지고 있지만, 한편 사회보장적 급여로서 그 급여의 구체적인 내용은 국가의 재정능력 및 기금의 재정상태, 국민전체의 소득 및 생활수준 기타 여러 가지 사회적·경제적 여건이나 정책적 고려사항을 종합하여 합리적인 수준에서 폭넓은 형성재량으로 결정할 수 있는 것이고, 그 결정이 현저히 자의적이지 않은 한 헌법에 위

반된다고 할 수 없다.

위 물가연동제에 의한 연금액조정규정은 위에서 살펴본 바와 같이 누적된 연금제정의 적자로 인하여 기존의 제도를 유지할 경우에는 연금재정악화로 연금제도 자체의 유지·존속이 어렵게 되어 연금제정을 안정시키기 위한 일련의 연금재정개혁의 일환으로 개정된 것으로 그 필요성이 인정된다.

물가연동제에 의한 연금액조정규정의 취지는 화폐가치의 하락 또는 일반적인 생활수준의 향상 등으로 인하여 연금의 실질적 구매력이 점점 떨어질 것에 대비하여 그 실질 구매력을 유지시켜 주어 연금수급자의 생활안정을 기하기 위한 것이지, 연금수급권을 제한하거나 박탈하는 것이 아니며, 그 내용이 현저히 자의적이라고 볼 수 없다. 아울러 개정법 제17조의2 제3항에 의하여 각 연도 균인보수인상률과 물가상승률의 차이가 2% 이상인 경우 3년마다 각 연도별 차이가 2% 이상 나지 않도록 재조정하여 보전해주는 보완장치도 마련하고 있다.

따라서 물가연동제에 의한 연금액조정규정 자체는 연금수급자의 재산권, 인간으로서의 존엄과 가치 또는 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는 것으로 볼 수는 없다고 할 것이다.

(다) 소급입법금지원칙에 위배되는지 여부

청구인들은 기존의 연금수급자들에 대하여도 물가연동제를 적용하도록 한 법 부칙 제5조 제1항이 소급입법에 의한 재산권의 침해에 해당하여 헌법에 위반된다고 주장한다.

헌법 제13조 제2항은 “모든 국민은 소급입법에 의하여 …… 재산권을 박탈당하지 아니한다.”고 규정하고 있다. 넓은 의미의 소급입법은, 신법이 이미 종료된 사실관계에 작용하는지 아니면 현재 진행중인 사실관계에 작용하는지에 따라 진정소급입법과 부진정소급입법으로 나눌 수 있고, 전자는 헌법적으로 허용되지 않는 것이 원칙이며 특단의 사정이 있는 경우에만 예외적으로 허용될 수 있는 반면, 후자는 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익과 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 된다(헌재 1998. 9. 30. 97헌바38, 판례집 10-2, 530, 539; 1998. 11. 26. 97헌바58, 판례집 10-2, 673, 680-681 등 참조).

그런데, 위 부칙조항은 신설규정인 법 제17조의2를 그 시행일인 2001. 1. 1. 부터 적용함에 있어서 기존 연금수급자들의 연금액을 2000. 12. 31. 현재의 연금액을 기준으로 조정한다는 내용으로서 기존 연금수급자들에 대한 연금액의

조정을 종래의 보수연동의 방식에서 물가연동의 방식에 의하도록 변경하고 있는 것이다. 이와 같은 내용의 위 부칙조항은 법 개정 이후의 법률관계만을 규율하고 있을 뿐이므로 이미 종료된 과거의 사실관계 또는 법률관계에 새로운 법률이 소급적으로 적용되어 과거를 법적으로 새로이 평가하는 진정소급 입법에는 해당하지 아니한다. 이와 같이 법률의 개정에 의하여 기존의 법적 상태를 새로운 법적 상태로 변경하는 경우에는 새로운 법률이 기존의 법적 상태에는 아무런 영향을 미치지 못하는 것이므로 법률의 소급효는 문제될 여지가 없고, 다만 그 법적 상태를 변경함에 있어서 기존의 법적 상태에 대한 신뢰를 법치국가적 관점에서 헌법적으로 보호해 주어야 할 것인지가 문제될 뿐이다(헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 318-319 참조).

한편 청구인들은 기존 연금수급자들이 가지는 연금수급권의 내용이 이미 법률 개정 이전에 불가변적으로 확정된 재산권임을 전제로 하여 입법자가 법률의 개정을 통하여 이미 확정된 연금수급권의 내용을 사후에 변경하는 것은 소급입법에 의한 재산권의 박탈에 해당한다고 주장한다.

그러나 균인연금법상의 연금수급권은 어느 정도 재산권의 성질도 갖고 있으나 기본적으로는 사회적 기본권으로서 그 연금수급권의 내용에 관하여는 입법자가 인간의 존엄과 가치, 인간다운 생활을 할 권리 등 기본권의 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 안에서 재정능력, 국민 전체의 소득 및 생활수준, 기타 여러 가지 사회적·경제적 여건 등을 종합하여 합리적인 수준에서 이를 결정할 수 있고, 또한 그와 같은 사정의 변화에 맞추어 그 내용을 변경할 수도 있는 것이다. 따라서 연금수급권의 내용이 처음부터 불가변적으로 확정된 재산권임을 전제로 한 소급입법금지의 원칙에 위배된다는 청구인들의 위 주장은 받아들일 수 없고, 다만 그 내용의 변경이 신뢰보호의 원칙에 위배되는 것인지 여부가 문제될 뿐이다.

(라) 신뢰보호의 원칙에 위배되는지 여부

신뢰보호의 원칙은 법치국가의 원칙으로부터 도출되는 것으로서 이 원칙에 의하면, 새로운 입법으로 말미암아 기존의 법질서에 대한 당사자의 합리적이고도 정당한 신뢰가 무너져 당사자가 큰 손해를 입는 경우에 새로운 입법이 목적으로 하는 공익이 당사자가 입는 손해를 정당화할 수 없다면 그러한 새 입법은 허용될 수 없는 것이지만, 과연 새로운 입법이 신뢰보호의 원칙을 위배한 것인지 여부를 판단하기 위하여는 침해받은 이익의 보호가치, 침해의 정도, 신뢰의 손상 정도, 신뢰침해의 방법 등을 새 입법이 목적으로 하는 공익과

종합적으로 비교·형량하여야 한다(헌재 2001. 2. 22. 98헌마19, 판례집 13-1, 212, 219-220; 헌재 2001. 4. 26. 99헌바55, 판례집 13-1, 869, 885-886).

그런데, 위 물가연동제에 의한 연금액조정규정이 신설된 것은 기존제도에 의한 수급구조의 불균형으로 인하여 연금재정이 악화되고 있으므로 연금액의 조정을 물가연동제의 방식에 의하도록 변경함으로써 연금지출의 증가폭을 줄여 재정악화를 해결하고자 하기 위한 것이다. 그리고 위 법률조항의 적용에 관한 경과규정인 법 부칙 제5조 제1항은 기존의 연금수급자들에 대하여도 물가연동제의 방식을 적용함으로써 물가연동제에 의한 연금재정의 개선효과가 즉시 나타나도록 하였다.

이와 같이 경과규정에 의하여 물가연동제의 방식에 의한 연금액의 조정을 기존의 연금수급자들에 대하여 적용하도록 함으로써 달성하려는 공익은 연금재정의 악화를 개선하여 연금제도의 유지·존속을 도모하려는 데에 있고, 그와 같은 공익적 가치는 매우 크다고 하지 않을 수 없다.

한편 종전의 연금수급자들은 보수연동제의 방식에 의한 연금액조정을 통하여 물가상승률에 비하여 상대적으로 높게 인상된 연금을 지급받아 왔고, 그러한 연금액의 조정이 상당기간 지속됨으로써 앞으로도 현역군인의 보수인상률에 맞추어 연금액도 같은 비율로 조정되리라는 기대가 형성되어 있던 것은 부인할 수 없다.

그러나 연금수급권의 성격상 그 급여의 구체적인 내용은 불변적인 것이 아니라, 국가의 재정, 다음세대의 부담정도, 사회정책적 상황 등에 따라 변경될 수 있는 것이고, 군인연금제도에 대한 적정한 신뢰는 “퇴직 후에 연금을 받는다”는 데에 대한 것이지, “퇴직 후에 현 제도 그대로의 연금액을 받는다”는 데에 대한 것으로 볼 수는 없다. 연금수급자는 단순히 기존의 기준에 의한 연금지급이 지속될 것이라는 기대 하에 소극적인 연금수급을 하였을 뿐이지, 그 신뢰에 기한 어떤 적극적 투자행위를 한 것이라고 볼 수는 없다.

또한 개정법은 각 연도 보수변동률과 물가변동률이 2퍼센트 이상 차이가 나는 경우 3년마다 그 이상 차이가 나지 않게 조정하도록 하여 기존제도에 대한 신뢰에 어느 정도 배려를 하고 있다.

그렇다면, 보호해야 할 연금수급자의 신뢰의 가치는 크지 않고, 신뢰의 손상 또한 연금액의 상대적인 감소로서 그 정도가 심하지 않는 반면, 연금재정의 파탄을 막고 군인연금제도를 건실하게 유지하는 것은 긴급하고도 대단히 중요한 공익이므로 위 부칙조항이 헌법상 신뢰보호의 원칙에 위배된다고 볼 수

없다.

(4) 법 제18조 제1항 중 퇴역연금을 제외하는 부분 및 동조 제2항(연금급여액산정기초규정)의 위헌 여부

(가) 소급입법금지원칙에 위배되는지 여부

퇴역연금 등의 급여액산정의 기초를 종전에 ‘퇴직 당시의 보수월액’으로 하던 것을 ‘평균보수월액’으로 변경한 것이 소급입법에 의한 청구인들의 재산권을 침해하여 헌법 제13조 제2항 및 제23조 제1항에 위반되는지의 여부가 문제된다.

그런데 앞서 본 바와 같이 소급입법은 진정소급입법과 부진정소급입법으로 구분되는바, 위 법률규정은 20년 이상 군인으로 복무하면서 퇴역연금에 대한 기여금을 납입해온 사람이 법 개정 이후 퇴직하는 경우 장차 받게 될 퇴역연금에 대한 급여액의 산정기초를 종전에 ‘퇴직 당시의 보수월액’으로 하던 것을 ‘최종 3년간 평균보수월액’으로 변경한 것이므로, 위 퇴역연금에 대한 기대는 재산권의 성질을 가지고 있으나 확정되지 아니한 형성 중에 있는 권리로서 이는 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실 또는 법률관계를 규율대상으로 하는 이른바 부진정소급입법에 해당되는 것이어서 원칙적으로 허용된다고 할 것이다.

따라서 이는 종래의 법적 상태의 존속을 신뢰한 청구인들에 대한 신뢰보호만이 문제될 뿐 소급입법에 의한 재산권박탈의 문제는 아니므로, 위 법률조항은 소급입법에 의한 재산권박탈금지의 원칙을 선언하고 있는 헌법 제13조 제2항에 위반되지 아니한다.

(나) 신뢰보호의 원칙 위배 여부

앞에서 살펴본 바와 같이 새로운 입법이 신뢰보호의 원칙을 위배한 것인지 여부를 판단하기 위하여는 침해받은 이익의 보호가치, 침해의 정도, 신뢰의 손상 정도, 신뢰침해의 방법 등을 새 입법이 목적으로 하는 공익과 종합적으로 비교·형량하여야 한다.

군인연금제도가 제정·시행된 이래 2000. 12. 30. 개정되기 전까지 근 40여년 동안 연금급여를 지속적으로 ‘최종보수월액’을 기초로 산정하여 왔으므로 그에 대한 신뢰는 장기간 형성되어 온 것이 사실이다.

그러나 위에서 본 바와 같이 연금급여의 성격상 그 급여의 구체적인 내용은 국가가 사회정책적 고려, 국가의 재정 및 연금기금의 상황 등 여러 가지 사정을 참작하여 보다 폭넓은 입법재량으로 결정할 수 있다. 연금급여의 후

불입금적 성격을 고려할 때, 오히려 그 퇴역연금급여는 최종보수월액이 아니라 군인으로 재직할 전 기간 평균보수월액으로 하는 것이 그 성격에 부합할 것임에도 ‘최종 3년간 평균보수월액’으로 개정된 것은 그 자체의 합리성과 타당성이 인정될 뿐만 아니라, 법 개정 전 보수월액을 기초로 산정한 퇴역연금액에 비하여 평균보수월액을 기초로 산정한 퇴역연금액이 약 2% 남짓 밖에 차이가 나지 않아 그 개정으로 인하여 연금액이 감소되는 정도도 크지 아니하다.

아울러 위 법률조항에서 퇴역연금의 산정을 평균보수월액에 기초하도록 개정된 것은 앞에서 본 바와 같이 연금산정기준을 퇴역 당시의 최종보수로 함에 따른 고급여의 문제점을 개선하여, 중국적으로 군인연금제정의 악화를 개선하여 연금제도의 유지·존속을 도모하려는 데에 목적이 있고, 그와 같은 입법목적의 공익적 가치는 매우 크다고 하지 않을 수 없다.

따라서 위 법률조항이 신뢰보호의 원칙에 위배되는 것이라고 보기는 어렵다.

(다) 평등의 원칙 위배 여부

청구인들은 위 법률규정이 합리적인 근거없이 2000. 12. 30. 이전에 퇴직하여 이미 연금을 지급받고 있던 사람과 그 이후 퇴직하여 연금을 지급받게 된 사람을 차별하는 것으로서 평등의 원칙에도 위반된다고 주장한다.

1) 헌법 제11조 1항이 보장하는 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니며 법의 적용이나 입법에 있어서 합리적인 조건에 의한 차별을 하여서는 안된다는 상대적·실질적 평등을 뜻한다. 따라서 합리적 근거 없이 차별하는 경우에 한하여 평등의 원칙에 위반될 뿐이다(헌재 1989. 5. 24. 88헌가37등, 판례집 1, 48, 54; 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 24 참조).

특히 사회보장적 급여인 연금제도와 같은 수혜적 성격의 법률에 있어서는 입법자에게 광범위한 입법형성의 자유가 인정되므로, 제정된 법률의 내용이 객관적으로 인정되는 합리적인 근거를 전혀 가지지 못하여 현저히 자의적일 경우에만 헌법에 위반된다고 할 수 있다. 따라서 기존 연금수급자는 보수월액에 의한 퇴직연금을 지급받도록 그대로 두면서 2001. 1. 1. 이후 퇴직하여 연금을 지급받게 되는 연금수급자는 평균보수월액에 의한 퇴직연금을 지급받도록 하는 것이 합리적인 근거없는 자의적인 차별인지가 문제된다.

2) 연금수급자의 퇴역연금청구권은 군인의 퇴직으로 인하여 비로소 발생하

는바, 기존의 연금수급자는 퇴직시에 당시 시행되던 구 법에 의하여 산정된 퇴역연금, 즉 보수월액에 퇴역연금지급률을 곱한 금액을 지급받을 권리를 가지게 되었다.

반면, 신규 연금수급자는 위 법률조항이 시행된 2001. 1. 1. 이후 퇴직함으로써 비로소 퇴역연금청구권이 발생하는바, 이러한 퇴역연금의 금액, 지급시기 등과 같은 퇴직연금수급권의 내용은 원칙적으로 입법자가 사회정책적 고려와 국가의 재정 및 기금의 상황 등 여러 가지 사정을 참작하여 폭 넓게 그의 형성재량으로 결정할 수 있는 사항으로서, 위에서 살펴본 바와 같이 군인연금제정의 악화를 개선하여 연금제도의 유지·존속을 도모하기 위하여 퇴역연금의 산정을 평균보수월액에 기초하도록 위 법률조항을 개정된 것은 입법자의 입법형성의 자유 범위 내라고 할 것이다.

따라서 2001. 1. 1.을 기준으로 그 이전에 퇴직한 사람과 그 이후에 퇴직한 사람 간에 퇴역연금액 산정의 기초를 달리한 것을 두고 명백히 불합리하다거나 이들을 자의적으로 차별하는 것으로 볼 수는 없다.

4. 결 론

이상의 이유로 법 제21조의2 제2항 및 부칙 제6조에 대한 청구인들의 심판 청구는 부적법하므로 이를 각하하고, 청구인들의 나머지 심판청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 한대현, 재판관 주선회의 아래 5.와 같은 반대의견, 재판관 김영일의 아래 6.과 같은 반대의견이 있는 외에는 관여재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 한대현, 재판관 주선회의 반대의견

우리는, 연금액의 조정을 전국소비자물가변동률에 연동하여 조정하도록 한 법 제17조의2 제1항을 그 법 시행 전에 이미 퇴직하여 연금을 수령하고 있는 자에게도 적용하도록 한 경과조치규정인 법 부칙 제5조 제1항이 신뢰보호의 원칙에 어긋난다고 판단되므로, 다음과 같이 반대의견을 개진하는 바이다.

우선 다수의견이 본 바와 같이 연금액의 조정을 물가연동제의 방식에 의하도록 변경한 것이 연금지출의 증가폭을 줄여 연금제정의 악화를 개선하고자 하는 공익을 위한 것임은 인정한다. 그리고 기존의 연금제정의 부실을 보전하여 연금기금을 확보하기 위한 여러 가지 방안 중에 어떠한 방법을 설정하고 조합하여 연금제도를 개혁할 것인가는 원칙적으로 국회의 폭넓은 입법재량의 영역에 속한다고 할 수 있다. 그러나, 입법자는 그 입법재량을 행사함에 있어 신뢰보호의 원칙이나 비례의 원칙 등 헌법상의 제원칙에 부합하도록 해야 함

은 물론이다.

그런데 군인에 대한 퇴역연금제도는 기본적으로 사회보장급여의 성격을 가지는 외에 특히 우리나라의 경우 후불임금적 성격도 아울러 가지고 있다. 연금액을 보수인상률에 따라 조정해온 것은 군인연금법이 제정된 1963년 이래 약 40년 가까이 지속적으로 시행되어 왔으며, 그 제도 자체의 합리성과 합목적성이 폭넓게 인정되어 왔고, 2000. 12. 30. 법 개정 이전에 이미 퇴직하여 퇴역연금을 수령해오고 있던 청구인들의 입장에서도 이러한 제도가 단시일 내에 변경 또는 폐지되리라고는 예상할 수도 없었을 것이다. 이와 같이 형성된 신뢰는 국가가 제정한 법률의 규정에 의하여 형성된 것으로서 단순한 가능성이 아닌 확정적인 법률효과에 바탕을 둔 것일 뿐만 아니라 장기적이고 지속적인 것이어서, 그러한 신뢰가 바뀔 것이라고는 쉽사리 예견할 수 없을 것이므로 그 신뢰는 견고하다고 볼 수 있다.

또한 국방부가 제출한 자료에 따르면 2000년 대비 보수상승률이 2001년 12.8%, 2002년 25.7%(2001년 대비는 11.4%)인 반면, 2000년 대비 물가상승률은 2001년 2.3%, 2002년 6.5%(2001년 대비는 4.1%)인바, 이에 따라 받게 될 물가연동의 퇴역연금과 종전 군인보수연동의 그것과의 차액을 계산하여 보면, 예컨대 25년 근속한 중령 15-2호봉의 경우 그 기준보수액을 1,528,170원으로 하여, 2001년은 종전제도에 비하여 월 160,460원, 연 1,925,520원을, 2002년은 월 292,870원, 연 3,514,440원을 적게 받게 되고, 27년 근속한 준위 26호봉의 경우 그 기준보수액을 1,393,880원으로 하여 2001년은 종전제도에 비하여 월 146,360원, 연 1,756,320원을, 2002년은 월 267,140원, 연 3,205,680원을 적게 받게 된다. 그렇다면 위 연금액조정의 경과조치규정으로 인한 신뢰의 손상정도가 결코 적다고 할 수 없을 것이다.

한편 기존의 연금제정의 부실을 보전하여 연금제도로써 기능을 유지·보전하기 위하여는 일정액의 연금기금이 확보되어야 하는바, 그에 대한 방안으로 상정해 볼 수 있는 것으로는 군인연금의 수급자나 정부의 기여율을 높이는 방법, 특히 정부의 기여율을 군인의 기여율보다 높게 하는 방법, 연금급여수준을 낮추는 방법, 나아가 군인연금제도·공무원연금제도·사립학교교직원연금제도의 기본적인 체계를 국민연금제도와 더불어 전체적으로 개혁하는 방법, 군인연금특별회계의 일반회계로의 전환 방안이나 군인연금특별회계에 대한 장기적인 국고보조를 통한 군인연금제정의 자립 방안 등이 있을 수 있고, 또한 이들을 병행하는 방안 등이 있을 수 있다.

입법자로서는 이러한 방안 중 연금재정의 악화를 개선한다는 공익을 달성하면서도 기존 연금수급자들의 신뢰침해를 최소화함으로써 공익과 사익을 조화시키는 방안을 선택하여야만 신뢰보호의 원칙에 위배되지 않는다고 할 것인데, 기존 연금수급자들에게도 불가연동제에 의한 연금액조정규정을 적용하도록 한 것은 달성하고자 하는 공익에 비하여 위와 같이 기존 연금수급자들의 신뢰를 손상하는 정도가 커서 신뢰보호원칙에 위배된다고 하지 않을 수 없다. 이는 법 제18조 제2항에서 퇴역연금의 산정기초를 최종보수월액에서 ‘최종 3년간 평균보수월액’으로 개정하면서 법 부칙 제2조에서 ‘이 법 시행 전에 급여의 사유가 발생한 자에 대한 급여에 관하여는 종전의 규정에 의한다.’고 하여 기존 연금수급자들의 신뢰를 보호하는 경과규정을 두었다는 점과 비교하더라도 불가연동제에 의한 연금액조정을 기존 연금수급자들에 대해서도 적용되도록 한 위 부칙규정은 기존 연금수급자들의 신뢰를 심히 침해하는 것이라 하지 않을 수 없다.

나아가 군인연금기금의 재정부실원인은 다수의견도 지적한 바와 같이 정부 및 연금수급대상자의 낮은 기여금부담률, 급여기준의 상향조정, 평균수명의 연장 및 특히 가입대상자인 직업군인의 수가 일정하게 유지되고 있는데 반해 계급정년제 도입에 따른 조기퇴직경향의 일반화 등에 따른 연금수급자의 급증 등에 있으나, 미국, 영국, 독일, 프랑스 등 외국군의 연금제도는 전액을 국가가 부담하거나 군인에 비하여 국가가 높은 부담을 하며 군인연금비용이 국방비에서 차지하는 비중이 7~17%인 것에 비하여 우리나라의 경우 2000년 군인연금에 대한 국고보조금이 국방비에서 차지하는 비중이 3.6%로서 외국군에 비해 낮은 것도 사실이다. 그렇다면 재정부실보전을 위한 위와 같은 여러 가지 방안 중에서 외국군과 같이 연금지출소요를 국가가 전액 또는 대부분을 부담하는 것은 어렵다 하더라도 정부의 기여율을 군인의 기여율보다 높게 하거나, 군인연금특별회계의 일반회계로의 전환 방안이나 군인연금특별회계에 대한 장기적인 국고보조를 통한 군인연금재정의 자립 방안 등과 같이 이미 퇴직이라는 급여의 사유가 발생하여 퇴역연금을 수령하고 있는 자의 신뢰를 심히 손상하지 않고도 입법목적을 달성할 수 있는 방안이 있음에도 위 부칙조항에서 기존 연금수급자들에게까지 위 불가연동에 의한 연금급여액조정규정을 적용하도록 한 것은 필요최소한의 범위를 넘어선 과도한 제한이라고 보지 않을 수 없다.

우리 헌법재판소는 2001. 9. 27. 국세관련경력공무원에 대하여 세무사자격

을 부여하는 제도를 폐지하고, 그 경과조치로 2000. 12. 31. 현재 종전규정에 해당하는 자, 즉 국세에 관한 행정사무에 종사한 경력이 10년 이상인 자로서 그 중 일반직 5급 이상 공무원으로서 5년 이상 재직한 경력이 있는 자의 요건을 갖춘 자에 한하여 종전의 규정에 의하여 시험없이 세무사자격을 부여한다는 경과조치를 마련하고, 아직 그 요건을 갖추지 못한 세무공무원의 경우에는 바로 세무사자격을 부여하지 아니하고 개정법에 의하여 일반인과 마찬가지로 세무사자격시험을 통하여 그 자격을 취득하도록 하며, 다만, 제1차 시험전부면제, 제2차 시험과목 일부면제라는 경과조치를 둔 세무사법(1999. 12. 31. 법률 제6080호로 개정된 것) 부칙 제3항이 신뢰보호의 원칙 및 평등의 원칙에 위반된다고 하여 헌법불합치결정을 한 바 있다(헌재 2001. 9. 27. 2000헌마152, 판례집 13-2, 338 참조). 그리고 같은 날 변리사법(2000. 1. 28. 법률 제6225호로 개정된 것) 부칙 제3항에 대하여도 같은 취지로 헌법불합치결정을 한 바 있다(헌재 2001. 9. 27. 2000헌마208 등, 판례집 13-2, 363 참조).

위 결정은 아직 종전법에 의하여 세무사나 변리사의 자격취득요건을 갖추지 아니한 자에 대하여 그것도 ‘제1차 시험면제, 제2차 시험과목 일부면제’라는 혜택을 부여하는 경과조치를 마련하고 있음에도, 이를 신뢰보호의 원칙에 위배된다고 보았는데, 이 사건 경과조치규정이 이미 퇴역연금급여의 사유가 발생하여 연금을 수령하고 있는 자에 대하여 그 신뢰를 보호하는 경과조치를 전혀 두지 아니하고 개정법의 기준을 적용하도록 한 것에 대하여는 신뢰보호 원칙에 어긋나지 아니한다고 보는 것은 위 판결의 취지와 심히 모순된다고 보지 않을 수 없다.

따라서, 전국소비자물가변동률에 연동하여 조정하도록 한 개정 연금액조정규정을 이미 퇴직하여 연금을 수령하고 있는 자에게도 적용하도록 한 경과규정은 신뢰보호의 원칙에 위반되므로 헌법에 위반된다고 선언하여야 한다.

이상의 이유로 우리는 다수의견에 반대하는 것이다.

6. 재판관 김영일의 반대의견

나는 위 법 제21조의2 제2항 및 부칙 제6조에 대한 청구부분에 대하여는 기본권침해의 직접관련성·현재관련성이 결여되었다고 부적법각하할 것이 아니라, 그에 대하여 기본권구제의 실효성을 위하여 본안판단을 하여야 하고, 법 부칙 제5조 제1항은 퇴역연금액조정을 보수인상률연동에서 물가상승률연동으로 하도록 퇴역연금급여의 내용을 질적으로 변경하고, 이를 이미 퇴직하여 확정된 퇴역연금급여를 수령하고 있는 자에게도 소급하여 적용하도록 하

는 것으로, 헌법이 금지하고 있는 소급입법에 의하여 청구인들의 재산권을 침해한 것이어서 헌법 제13조 제2항, 제23조에 위반된다고 판단되므로, 다음과 같은 반대의견을 밝히는 바이다.

가. 지급정지규정에 대한 청구부분

다수의견은 위 지급정지규정만으로는 연금의 지급정지금액이 정해지는 것이 아니고 대통령령에 의하여 비로소 구체적으로 어떠한 소득이 있는 경우 어느 범위에서 지급정지될 것인가가 결정될 것이라는 이유로 기본권침해의 직접관련성이 없고, 위 지급정지규정은 현재 시행되고 있지 아니하고 5년의 범위 내 즉, 2005. 12. 30. 내에 대통령령이 정하는 날로부터 시행되므로 기본권침해의 현재관련성이 없다고 한다.

그러나 법규범이 집행행위를 예정하고 있더라도 법규범의 내용이 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서 국민의 권리관계가 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태라면, 그 법규범의 권리침해의 직접성은 인정되고(헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9, 19; 헌재 1991. 3. 11. 90헌마28, 판례집 3, 63, 75; 헌재 1997. 7. 16. 97헌마38, 판례집 9-2, 94, 104 각 참조), 그 법규범이 시행령을 예정하고 있다고 하여 다르지 않다고 할 것이다(헌재 1996. 2. 29. 94헌마13, 판례집 8-1, 126, 134-135 참조). 그리고 기본권 침해가 장래 발생하더라도 그 침해가 틀림없을 것으로 현재 확실히 예측된다면, 기본권구제의 실효성을 위하여 침해의 현재성을 인정할 수 있고(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68 등, 판례집 4, 659, 669; 헌재 1996. 8. 29. 95헌마108, 판례집 8-2, 167, 175; 헌재 1998. 10. 15. 98헌마168, 판례집 10-2, 586, 595; 헌재 1999. 5. 27. 98헌마214, 판례집 11-1, 675, 694-695; 헌재 2001. 6. 28. 2000헌마111, 판례집 13-1, 1418, 1423 각 참조), 또한 법률이 헌법소원의 대상이 되려면, 현재 시행 중인 유효한 법률이어야 함이 원칙이나 법률이 일반적 효력을 발생하기 전이라도 이미 공포되어 있고, 그로 인하여 사실상의 위험성이 이미 발생한 경우에는 예외적으로 침해의 현재성을 인정하여 이에 대하여 곧 헌법소원을 제기할 수 있다고 보아야 할 것이다(헌재 1994. 12. 29. 94헌마201, 판례집 6-2, 510, 523-524; 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 935 참조).

그런데 이 사건 지급정지규정은 그 자체로 이미 소득세법 제19조의 규정에 의한 사업소득이나 같은 법 제20조의 규정에 의한 근로소득이 있는 경우에

그 소득과 연계하여 연금을 지급정지하되, 그 지급정지의 상한을 연금의 2분의 1로 하는 지급정지제도를 설정하고 있는 것이므로 그 자체로 청구인들의 연금수급청구권을 제한하고 있는 것이고 그 시행령 제정에 관계없이 이 사건 지급정지규정의 합헌성 여부는 여전히 남아 있는 것이어서, 직접성 요건은 충족되었다고 할 것이다. 아울러 이 사건 지급정지경과조치규정은 더더구나 시행령제정과의 관계가 더욱 희박하다. 직접성요건이 결여되었다고 보는 다수의견에 의하면, 결국 시행령이 제정된 후 그 시행령을 다투라는 것인데, 그 시행령조항을 다투는 것으로는 부족하고, 결국 근로소득이나 사업소득이 있는 경우 연금액의 2분의 1을 상한으로 지급정지하도록 하는 제도를 설정한 위법률규정을 전제로 그 법률조항과 아울러 다툴 수밖에 없을 것이라는 점을 생각할 때, 그 견해는 타당하다고 할 수 없다.

그리고 비록 그 지급정지규정이 현재 시행되고 있지 아니하고 그 시행은 2005. 12. 30.을 시한으로 대통령령이 제정될 때부터 시행되는 것이지만, 시행령의 내용으로 그 모법의 합헌성이 보장되는 것도 아니며, 이는 장래 기본권 침해의 발생이 확실히 예견되는 경우로서 우리 헌법재판소가 그 현재관련성을 예외적으로 인정한 전형적인 사례에 해당되는 것이다. 나아가 이 사건의 경우는 오히려 시행령이 제정되지 않으므로 아직 시행되고 있지 아니한 새로운 지급정지제도의 합헌성을 담보할 수 있는 헌법적 기준을 시행령 제정 전에 미리 분명히 밝혀줌으로써 헌법에 부합되는 제도를 시행할 수 있게 하는 것이 규범통제의 효율성, 소송경제성 등에 비추어 보아 타당하다고 판단된다. 그렇지 않고 이를 각하하는 것은 본안판단을 회피하는 것이라는 비난을 면하기 어렵다고 생각된다. 더구나 이 사건 청구인들은 모두 이해당사자이어서 그와 같은 이유로 위 규정에 대하여 각하결정을 한다면, 필히 다시 청구할 것임을 미루어 볼 때 더욱 그러하다고 할 것이다.

따라서 이 사건의 경우에 법 소정의 사업소득이나 근로소득이 있는 때, 그 연금지급액의 2분의 1을 상한으로 연금지급을 정지할 수 있도록 한 새로운 지급정지제도의 위헌여부에 대하여, i) 사업소득이 있는 경우에도 지급정지하는 것이 헌법상 타당한지, ii) 사기업체에 종사하여 소득을 받는 경우에도 지급정지하는 것이 헌법상 적절한지, iii) 그 2분의 1의 상한 규정만으로 헌법상 위임입법의 기준으로 충분한지, 구체적으로는 연금수급자가 퇴직 후 재취업을 하거나 개인사업을 영위하여 얻은 소득과 지급정지하여 받게 될 연금액의 합계가 퇴직 후 새로운 소득이 없었을 때 연금법상 받게 될 퇴역연금액보다

적어도 되는지, iv) 위 지급정지규정으로 인하여 연금수급자의 직업선택의 자유나 근로의 권리 등을 부당하게 제약하는 점은 없는지, 그리고 v) 이미 퇴직하여 급여의 사유가 발생한 자에게 적용하도록 한 경과조치규정이 소급입법 금지의 원칙에 위배되는지의 여부 등에 대하여 명확히 판단해 줌으로써 앞으로 최소한 2005. 12. 30.에는 시행될 지급정지제도의 헌법상 허용기준을 설정하여 그 합헌성을 담보해주는 것이 타당하다고 판단되므로, 이 사건에서 위 지급정지규정과 경과조치규정에 대하여 본안판단을 하여야 한다고 보는 것이다.

나. 물가연동에 의한 급여액조정의 경과조치규정에 대한 청구부분

우리 헌법 제13조 제2항에 의하면, “모든 국민은 소급입법에 의하여 참정권의 제한을 받거나 재산권을 박탈당하지 않는다.”고 규정하여 이미 종료된 사실관계에 작용하는 진정소급입법은 헌법적으로 허용되지 않는 것이 원칙이며, 특단의 사정이 있는 경우에만 예외적으로 허용될 수 있을 뿐이다(헌재 1995. 10. 26. 94헌바12, 판례집 7-2, 447, 457-459; 헌재 1998. 11. 26. 97헌바58, 판례집 10-2, 673, 680; 헌재 2001. 4. 26. 99헌바55, 판례집 13-1, 869, 884; 헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 공보 71, 633, 638 각 참조).

소급입법은 신법이 이미 종료된 사실관계에 작용하는지, 아니면 현재 진행 중인 사실관계에 작용하는지에 따라 ‘진정소급입법’과 ‘부진정소급입법’으로 구분되는데(헌재 2001. 4. 26. 99헌바55, 판례집 13-1, 869, 884; 헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 공보 71, 633, 638 참조), 위 연금액조정경과규정의 적용대상이 되는 퇴역연금수령자는 이미 퇴직하여 퇴역연금급여의 사유가 발생하여 보수인상률연동으로 조정하는 연금급여를 내용으로 하는 퇴역연금을 수령하고 있는 자로서 위 연금액조정경과조치규정이 그와 같은 퇴역연금수령자에 대하여 소비자물가변동률을 적용하여 연금액을 조정하도록 하는 것은 이미 ‘퇴직’이라는 사실관계가 종료된 것에 소급적으로 작용하는 것으로서 진정소급입법에 해당한다고 하지 아니할 수 없다. 비록 퇴역연금일시금이 아니라 퇴역연금을 선택하여 급여사유종료시까지 매월 법 소정의 일정급여액을 지급받게 되는 것이지만, 그것은 그와 같은 선택의 결과 그 연금급여의 지급방법이 다른 것일 뿐이다. 즉 퇴역연금제도는 군인이 퇴직하는 경우를 상정하여 그 후 또는 노후 본인과 유족의 생활보장과 복리증진을 도모하고자 하는 것으로 재직 중 본인 및 국가의 일정률의 기여와 부담을 조건으로 그 연금급여의 내용이 정해지는 것이고, 퇴직이라는 급여사유가 발생하면 그 퇴역연금급여청구권은

효력을 발하게 되므로, 이로써 그 퇴역연금제도에 관한 구성요건적 사실관계는 종료되고, 이에 따라 다만 연금지급이라는 당시 연금법에 따른 급여의 이행만이 남게 되는 것일 뿐이다.

그리고 구체적인 연금지급액을 해마다 군인의 보수인상률에 연동하여 조정하는 퇴역연금제도와 소비자물가인상률에 연동하여 조정하는 퇴역연금제도는 단순히 결과에 있어서 구체적인 급여액의 증감이라는 ‘양적인 차이’에 불과한 것이 아니라, 그 내용에 있어서 연금제도의 ‘질적인 변동’을 의미하는 것으로서 단순히 후일 연금지급액을 부가적으로 증액하는 연금액조정제도 이상의 것이다. 다시 말하면, 구체적인 퇴역연금급여액을 보수인상률에 따라 지급한다는 것은 비록 퇴직하였지만 그 직위에 상응하는 보수에 맞추어 그 기준에서 지급한다는 의미이고, 물가상승률에 따라 조정한다는 것은 퇴직 직전의 보수수준에서 인플레이션을 감안하여 단순히 실질적인 구매력을 보전한다는 의미에 불과하다. 아울러 위 연금액조정경과조치규정은 위와 같은 연금제도의 질적 변동을 이미 퇴직하여 급여의 사유가 발생한 자에 대하여 즉, 사실관계가 이미 종료된 것에 소급적으로 적용하고 있는 것이다.

또한 군인연금제도는 항상 그 보수와 연계하여 설정되는 것으로서 전체적으로 군인의 급여체계라는 점에서 볼 때, 이미 퇴직하여 급여의 사유가 발생한 자에 대하여는 이미 연금법관계에서는 그 사실관계가 종료한 것으로 보아야 하고, 그 급여체계나 보수수준은 퇴직 당시 연금법에 따라 규율되는 것이므로, 후일 연금법을 개정하여 그에 적용한다는 것은 진정소급입법이라고 보지 않을 수 없고, 그것이 헌법상 허용되려면 그 소급입법을 인정할 예외적인 불가피한 사유가 있어야 할 것이다.

따라서 이 사건과 같이 기왕에 종전법률에 의하여 퇴직하여 퇴역연금을 수령하고 있는 자의 경우에 그 퇴역연금청구권은 종전법률규정 즉, 군인보수인상률연동에 의한 조정을 전제로 한 내용의 권리가 퇴직하여 급여의 사유가 발생할 때 재산권으로 확정되는 것이고, 다만 해마다 그 보수인상률에 의하여 구체적인 연금지급액이 조정될 뿐이라고 할 것이므로, 위 연금액조정경과규정은 이미 퇴직하여 연금을 수령하고 있는 자로부터 퇴역연금청구권이라는 재산권을 소급하여 박탈하는 것으로 그 예외를 인정할 특단의 사정이 없는 한 진정소급입법으로 헌법 제13조 제2항, 제23조에 위배되어 헌법에 위반된다고 할 것인데, 아래에서 보는 바와 같이 이 사건의 경우에는 그 예외를 인정할 특단의 사정이 있는 경우에도 해당되지 아니한다.

연금제정적자를 개선하기 위한 연금제도개혁에 있어서 위 경과조치규정처럼 이미 연금을 수령하고 있는 자의 연금수급권을 소급적으로 제한하지 않더라도 위의 5. 반대의견에서 자세히 논증한 바와 같이 연금기금의 재정부실원인에 즉응한 그 기금재정확보방안으로서 군인연금의 수급자나 정부의 기여율을 높이는 방법, 연금급여수준을 낮추는 방법, 기금운용이나 관리상의 문제점을 시정하는 방법, 나아가 군인연금제도·공무원연금제도·사립학교교직원연금제도의 기본적인 체계를 국민연금제도와 더불어 전체적으로 개혁하는 방법 및 이들을 병행하는 방안 등 그 입법목적을 달성할 수 있는 다른 방법이 얼마든지 있을 수 있다. 그리고 이와 같은 장기적인 연금기금재정의 안정을 위한 대처방안도 군인의 보수수준의 상승 등에 맞추어 점차적으로 퇴역연금급여의 수준을 합리화하는 것으로 나아가야 하고, 그 경우에도 군인의 근무연수 등을 고려하여 비례적인 경과조치를 취하여야 헌법에 합치하게 된다고 할 것이므로, 위 경과조치가 긴급한 필요에 의한 합헌적인 유일무이한 수단이 아니라는 점에서 볼 때, 위와 같이 소급입법을 하여야 할 예외적인 특단의 사정이 있는 경우라고 할 수 없다.

따라서 위 연금액조정경과규정은 진정소급입법에 의하여 청구인들의 재산권을 침해하는 것이므로 헌법 제13조 제2항 및 제23조에 위반된다고 할 것이다.

가사 이미 퇴직하여 연금을 수령하고 있는 군인의 퇴역연금수급권이 확정된 재산권이라도 다른 한편, 사회보험에 입각한 사회보장적 급여라는 법적 성격에 비추어 그 구체적인 내용은 입법자가 후에 변경할 수 있는 것이어서 진정소급입법이 아니라 부진정소급입법에 해당된다고 보더라도 위의 5. 반대의견에서 제시한 바와 같이 신뢰보호의 원칙에도 위반된다.

따라서 위 연금액조정경과규정에 대하여 마땅히 헌법에 위반된다고 선언하여야 한다. 이상과 같은 이유로 나는 다수의견에 반대하는 바이다.

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

[별 지] 청구인 명단 생략

도로교통법 제71조의16 위헌확인,
도로교통법 제71조의16 제2호 위헌확인,
도로교통법 제71조의16 위헌제청

(2003. 9. 25. 2001헌마447, 2002헌마764(병합), 2002헌가19(병합))

전원재판부)

【판시사항】

1. 운전학원으로 등록하지 않은 자가 대가를 받고 운전교육을 실시하는 것을 금지하는 도로교통법 제71조의16 제1호가 과잉금지원칙에 위배되어 직업선택의 자유를 침해하는지 여부(소극)
2. 운전학원으로 등록하지 않은 자가 대가를 받고 운전연습시설을 제공하는 것을 금지하는 같은 조 제2항이 과잉금지원칙에 위배되어 직업선택의 자유를 침해하는지 여부(소극)
3. 세무당국에 사업자등록을 하고 운전교습업을 영위해오던 운전교습업자의 운전교육행위를 일률적으로 금지하는 것이 신뢰보호의 원칙 또는 소급입법금지원칙에 위배되어 재산권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 운전자의 과실로 인한 교통사고가 대부분을 차지하는 우리의 교통현실에서 교통사고의 발생과 이로 인한 사망자나 부상자의 수를 줄이기 위해서는 무엇보다 운전자의 자질향상과 안전운전의식강화가 시급한 과제라고 할 것인데, 이를 위해서는 시험합격요령과 단편적인 운전기능 중심의 운전교육에서 탈피하여 운전자가 운전능력과 운전예절을 배양할 수 있는 운전학원 중심의 종합적이고 체계적인 운전교육제도를 마련하는 것이 요청된다. 따라서 운전학원등록제의 실효성을 확보하기 위하여 등록한 운전학원이 아닌 무등록자의 운전교육을 금지한 것은 날로 늘어나는 교통사고의 위험으로부터 국민의

생명과 안전을 보호하고, 무등록자에 의한 운전교육과정에서 발생할 수 있는 안전사고의 방지와 피해자의 구제에 그 입법목적이 있다고 할 것이므로 그 정당성을 인정할 수 있다.

그리고 도로교통법이 정하는 운전학원의 인적·물적 기준은 학과 교육을 위한 강의실, 기능교육을 위한 기능교육장 등 필수적인 운전교육과정을 교육하기 위한 것으로 최소한의 인적·물적 시설요건이라 할 것이고, 운전학원의 시설기준도 운전학원과 운전전문학원으로 나누어 그 기준을 달리 정함으로써 운전교육의 주체를 제한함에 따르는 직업선택의 자유에 대한 제한을 최소화하고 있다.

나아가 운전면허를 이미 취득한 자가 다시 도로주행교육을 받는 것은 운전면허시험에 합격하기는 하였으나 실제 도로에서 운전을 할 운전능력이 없거나 그 능력이 현저히 부족한 때, 또는 운전면허를 취득하고도 오랜 동안 실제 운전을 하지 않아 운전능력이 거의 상실된 때로 사실상 운전면허를 취득하기 위하여 운전교육을 받는 경우와 마찬가지로 체계적이고 종합적인 운전교육이 필요한 상황이라 할 것이어서 운전면허를 취득하려는 자를 위한 운전교육과 달리 볼 것은 아니고, 밀폐된 공간에서 운전자만을 상대로 행해지는 운전교육의 특성상 운전교육강사의 자격기준과 교육용자동차의 안전기준을 아무리 엄격하게 정한다고 하더라도, 이를 단속하기는 불가능하거나 현저히 곤란하기 때문에 운전교육의 주체를 운전학원으로 제한하는 것 외에 달리 덜 제한적인 방법을 찾기도 어렵다.

2. 운전교육을 실시하지는 않는다고 하더라도 운전면허를 취득하려는 자를 상대로 운전연습용시설을 제공하는 행위는 사실상 운전자로 하여금 운전에 관한 지식과 기능을 습득하게 하는 행위로서 도로교통법 제71조의16(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 금지하는 운전교육행위금지에 대한 탈법행위라 할 것이므로, 이를 허용하는 경우에는 안전의식과 운전예절을 갖춘 운전자를 양성하고 그럼으로써 교통사고로부터 국민의 생명과 신체의 안전을 보호하려는 이 사건 법률조항의 입법취지가 몰각될 뿐 아니라, 운전연습장 내 다른 운전자의 생명과 신체의 안전에도 큰 위험을 초래하게 된다.

그리고 운전연습시설제공행위의 상대방은 운전교육행위의 경우와는 달리 오로지 운전면허시험에 응시하여 운전면허를 취득하려는 자

에 한정되므로, 운전교육의 내실화를 통한 교통사고의 방지라고 하는 이 사건 법률조항의 입법취지에 비추어 볼 때, 운전연습시설제공 행위를 전면적으로 금지하는 것 외에 달리 덜 제한적인 방법을 생각하기도 어렵다.

3. 이 사건 법률조항은 일정한 직업과 행위를 금지하거나 제한하는 것일 뿐, 이러한 직업활동의 수행이나 행위로 인하여 얻은 구체적인 재산에 대한 사용·수익 및 처분권한을 제한하는 것은 결코 아니라고 할 것이고, 청구인들이 비록 세무당국에 사업자등록을 하고 운전교습업에 종사하였다고 하더라도, 사업자등록은 과세행정상의 편의를 위하여 납세자의 인적사항 등을 공부에 등재하는 행위에 불과하므로 운전교습업의 계속에 대하여 국가가 신뢰를 부여하였다고 보기도 어렵다.

재판관 김영일, 재판관 송인준의 한정위헌의견

이 사건 법률조항은 유상의 운전교육행위만을 금지하고 있는바, 이는 무등록자의 운전교육행위 그 자체가 국민의 생명 및 신체의 안전에 위협을 야기하여 금지의 대상이 될 정도의 위험성이 있는 것이 아니라, 그러한 행위를 유상으로 즉, 대가를 받고 행하는 것에 오히려 그 금지의 실질이 있는 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 무등록자의 유상운전교육행위로부터 등록된 운전학원의 업역(業域)을 보호하고, 운전학원으로 하여금 일정한 영업이익을 보장하게 하려는 데 오히려 그 주된 목적이 있다고 보아야 한다.

그러므로 직업으로서 운전교습업의 수행방식에 대한 제한을 넘어 그러한 직업 자체의 선택을 금지하는 것을 정당화하는 입법목적으로는 충분치 않은 것이다.

그리고 운전면허를 취득한 자에 대한 운전교육은 운전면허를 취득하기 위한 경우와 같이 학과교육을 비롯한 체계적이고 종합적인 운전교육이 요청되는 것은 아니다. 그리고 이들에 대한 운전교육은 도로주행교육을 실시할 만일의 사태에 대비할 안전장치를 충분히 갖춘 운전연습용 차량과 도로주행연습을 할 수 있는 조건을 갖춘 지정된 도로만 있으면

되는 것이지, 법이 정하는 운전학원의 시설요건으로 학과교육을 위한 강의실과 운전코스 등 장내기능교육시설이 요구되는 것도 아니다.

따라서 이러한 운전면허취득자에 대한 도로주행교육은 굳이 등록된 운전학원이 아니라도 법이 정하는 경력 및 자격과 안전장치를 갖춘 운전강사와 운전교육용차량에 의하여 지방경찰청장이 도로주행교육용으로 지정한 도로에서 법이 정하는 운전교육과정과 방법으로 운전교육을 실시함으로써 충분히 그 입법목적은 달성할 수 있음에도, 애당초 등록된 운전학원으로 운전교육의 주체를 제한하여 이미 운전면허를 취득한 자에 대한 도로주행교육을 직업으로 영위하려는 자의 직업선택의 자유를 제한하고 있는 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반된다.

【심판대상조문】

도로교통법(2001. 1. 26. 법률 제6392호로 개정되어 2001. 12. 31. 법률 제6565호로 개정되기 전의 것) 제71조의16(유상 운전교육 금지) 제70조의2의 규정에 의하여 학원으로 등록하지 아니한 사람은 대가를 받고 자동차운전교육을 하거나 학원 또는 전문학원의 명의를 대어받아 대가를 받고 자동차운전교육을 하여서는 아니된다. 다만, 제2조 제24호 가목 내지 라목의 규정에 의한 시설에서 실시하는 자동차운전교육의 경우에는 그러하지 아니하다.

도로교통법(2001. 12. 31. 법률 제6565호로 개정된 것) 제71조의16(무등록 유상 운전교육 등의 금지) 제70조의2의 규정에 의한 학원의 등록을 하지 아니한 사람은 대가를 받고 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.

1. 학원 또는 전문학원밖이나 그 명의를 대어받아 학원 또는 전문학원안에서 실시하는 자동차운전교육
2. 자동차 운전연습을 할 수 있는 시설을 갖추고 이를 이용하게 하는 행위

【참조조문】

헌법 제13조 제2항, 제15조, 제23조, 제37조 제2항

도로교통법 제70조의2(자동차운전학원의 등록) 자동차운전학원(이하 “학원”이라 한다)을 설립·운영하고자 하는 자는 제70조의4의 규정에 의한 시설 및 설비 등을 갖추어 대통령령이 정하는 바에 따라 지방경찰청장에게 등록하여야 한다. 등록된 사항 중 대통령령이 정하는 사항을 변경하고자 하는 경우에도 또한 같다.

도로교통법 제71조의2(자동차운전전문학원의 지정 등) ① 지방경찰청장은 자동차운전에 관한 교육수준을 높이고 운전자의 자질향상을 도모하기 위하여 제70조의2의 규정에 의하여 등록된 학원으로서 다음 각 호의 기준에 적합한 학원을 행정자치부령이 정하는

바에 의하여 자동차운전전문학원(이하 “전문학원”이라 한다)으로 지정할 수 있다.

1. 제71조의3의 규정에 의한 자격요건을 갖춘 학감(전문학원의 학과 및 기능에 관한 교육과 학사운영을 담당하는 사람을 말한다. 이하 같다)을 두어야 한다. 다만, 학원을 설립·운영하는 자가 그 자격요건을 갖춘 경우에는 학감을 겸임할 수 있다. 이 경우 학감을 보좌하는 부학감을 두어야 한다.
 2. 대통령령이 정하는 기준에 따라 제71조의4의 규정에 의한 기능검정원(제71조의6의 규정에 의한 기능검정을 실시하는 사람을 말한다. 이하 같다) 및 제71조의5의 규정에 의한 강사를 두어야 한다.
 3. 대통령령이 정하는 기준에 적합한 시설·설비 등을 갖추어야 한다.
 4. 교육방법, 졸업자의 운전능력 등 당해 전문학원의 운영이 대통령령이 정하는 기준에 적합하여야 한다.
- ② 지방경찰청장은 다음 각 호의 1에 해당하는 학원을 전문학원으로 지정할 수 없다.
1. 제71조의15(제1항 제2호 내지 제4호를 제외한다)의 규정에 의하여 등록이 취소된 학원 또는 전문학원을 설립·운영하는 자, 학감 또는 부학감이었던 자가 그 등록이 취소된 날부터 3년 이내에 설립·운영하는 학원
 2. 제71조의15(제1항 제2호 내지 제4호를 제외한다)의 규정에 의하여 등록이 취소된 경우 그 취소된 날부터 3년 이내에 같은 장소에서 설립·운영되는 학원
- ③ 제1항의 규정에 의하여 지정 받은 전문학원이 대통령령이 정하는 중요사항을 변경하고자 하는 때에는 그 소재지를 관할하는 지방경찰청장의 승인을 얻어야 한다.

도로교통법 제107조의2(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 사람은 2년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금의 형으로 벌한다.

1. 제41조 제1항의 규정에 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차등을 운전한 사람
2. 술에 취한 상태에 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람으로서 제41조 제2항의 규정에 의한 경찰공무원의 측정에 응하지 아니한 사람
3. 제71조의2 제1항의 규정에 의한 전문학원의 지정을 받지 아니하고 제71조의6 제5항의 규정에 의한 수료증 또는 졸업증을 교부한 사람
4. 허위 기타 부정한 방법으로 제70조의2의 규정에 의한 학원의 등록을 하거나 제71조의2 제1항의 규정에 의한 전문학원의 지정을 받은 사람
5. 제71조의16의 규정에 위반하여 대가를 받고 자동차운전교육을 한 사람
6. 제72조의5 제1항의 규정에 의한 수강내역을 허위로 보고한 교통안전교육강사
7. 제72조의5 제2항의 규정을 위반하여 교통안전교육을 받지 아니하거나 기준에 미달하는 사람에게 교육필증을 교부한 교통안전교육기관의 장

【참조판례】

1. 헌재 1993. 12. 23. 93헌가2, 판례집 5-2, 578
헌재 1997. 3. 27. 94헌마196등, 판례집 9-1, 375
헌재 2000. 6. 1. 99헌가11등, 판례집 12-1, 575

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 김종호 외 8인 (2001헌마447)
 대리인 변호사 노재환
 2. 주식회사 정석드라이브 (2002헌마764)
 대표이사 정도상
 대리인 변호사 허경만
제 청 법 원 부산지방법원(2002헌가19)
제청신청인 주식회사 뉴현대운전연수원
 대표이사 임일현
당 해 사 건 부산지방법원 2001고단8873

【주 문】

1. 청구인들의 심판청구를 기각한다.
2. 도로교통법(2001. 1. 26. 법률 제6392호로 개정되어 2001. 12. 31. 법률 제 6565호로 개정되기 전의 것) 제71조의16은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2001헌마447 사건

청구인들은 관할세무서에 사업자등록을 하고 자동차운전면허시험에 응시하기 위하여 도로주행연습을 하거나, 운전면허취득 후에 도로상의 운전을 위하여 도로주행연습을 하려는 사람들에게 수강료를 받고 자동차운전교육을 하여왔다.

그러나 2001. 1. 26. 법률 제6392호로 개정·신설된 도로교통법 제71조의16 및 같은 법 부칙 제1조는 2001. 6. 30.부터 자동차운전학원으로 등록하지 아니한 자가 대가를 받고 도로주행교육 등 자동차운전교육을 실시하는 것을 금지하였고, 이에 따라 청구인들은 더 이상 자동차운전교육업을 영위할 수 없게 되었다.

이에 청구인들은 등록한 자동차운전학원에게만 자동차운전교육업을 영위할 수 있도록 한 위 법률조항이 청구인들의 직업선택의 자유를 침해한다고 주장하면서, 2001. 6. 28. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구

하였다.

(2) 2002헌마764 사건

청구인은 자동차운전연습업을 목적으로 설립된 법인으로 서울 송파구 탄천 일대의 부지를 임차하여 운전연습장과 운전연습용자동차를 대여해 주는 자동차운전연습장을 설치·운영하기 위하여 위 부지를 관리하는 송파개발공사와 임대차협의를 시작하였다. 그러나 자동차운전학원에 대한 감독권한을 가진 경찰청이 도로교통법 제71조의16에 근거하여 운전학원이 아니면 위와 같은 운전연습장을 개설할 수 없다는 이유로 청구인에 대한 부지임대를 반대하였고, 이에 청구인은 행정자치부장관과 법제처장에게 위 법률조항에 대한 유권해석을 의뢰하였다.

이에 대하여 행정자치부장관은 경찰청과 같은 해석을, 법제처장은 자동차운전연습장의 경우 자동차운전학원에 해당되지 않으므로 자동차운전학원으로 등록하지 않아도 이를 개설·운영할 수 있다는 취지의 유권해석을 하였고, 청구인은 법제처장의 위와 같은 유권해석을 근거로 위 송파개발공사와 임대차협의를 재개하여 위 부지의 임대사업자로 선정되었으나, 경찰청의 반대로 임대차계약의 체결에는 이르지 못하였다.

그러던 중 2002. 10. 10. 위 공사는 개정·신설된 도로교통법 제71조의16 제2호(2001. 12. 31. 법률 제6565호로 개정된 것)에 의하여 자동차운전학원으로 등록하지 않은 사람이 대가를 받고 자동차운전연습을 할 수 있는 시설을 갖추고 이를 이용하게 하는 행위를 하는 것이 금지되었다는 이유로 임대차계약의 체결을 거부하였고, 청구인은 자동차운전학원으로 등록하지 않은 자가 운전연습장업을 영위하는 것을 금지하는 도로교통법 제71조의16 제2호가 청구인의 직업선택의 자유를 침해한다고 주장하면서, 2002. 12. 4. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(3) 2002헌가19 사건

제청신청인 겸 당해사건의 피고인인 주식회사 뉴현대운전연수원은 자동차운전학원으로 등록하지 않고 2001. 8. 13.부터 같은 달 17.까지 수강생 한재천으로부터 금 15만원을 받고 자신의 차량으로 도로 및 도로주행시험코스에서 1일 2시간씩 자동차운전교육을 하였다는 이유로 도로교통법 제71조의16, 제107조의2 제5호, 제116조에 의하여 약식명령이 청구되었고, 제청신청인은 같은해 11. 23. 정식재판을 청구하여 그 사건이 부산지방법원 2001고단8873호로 계속 중이다.

이에 제청신청인은 등록한 자동차운전학원에게만 자동차운전교습업을 영위할 수 있도록 한 위 도로교통법 제71조의16이 직업선택의 자유 등을 침해한다고 주장하면서 위 법원에 위헌여부심판의 제청신청(2002초기39)을 하였고, 위 법원은 이를 받아들여 2002. 9. 16. 위 법률조항에 대하여 위헌여부의 심판을 제청하였다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 도로교통법 제71조의16(2001. 1. 26. 법률 제6392호로 개정되어 2001. 12. 31. 법률 제6565호로 개정되기 전의 것 및 2001. 12. 31. 법률 제6565호로 개정된 것 모두가 이 사건 심판의 대상이고, 이하 도로교통법을 “법”, 위 법률조항을 합하여 “이 사건 법률조항”이라 한다. 이 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 규정 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

법 제71조의16(2001. 1. 26. 법률 제6392호로 개정되어 2001. 12. 31. 법률 제6565호로 개정되기 전의 것) (유상운전교육 금지) 제70조의2의 규정에 의하여 학원으로 등록하지 아니한 사람은 대가를 받고 자동차운전교육을 하거나 학원 또는 전문학원의 명의를 대여받아 대가를 받고 자동차운전교육을 하여서는 아니된다. 다만, 제2조 제24호 가목 내지 라목의 규정에 의한 시설에서 실시하는 자동차운전교육의 경우에는 그러하지 아니하다.

제71조의16(2001. 12. 31. 법률 제6565호로 개정된 것) (무등록 유상운전교육 등의 금지) 제70조의2의 규정에 의한 학원의 등록을 하지 아니한 사람은 대가를 받고 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.

1. 학원 또는 전문학원 밖이나 그 명의를 대여받아 학원 또는 전문학원 안에서 실시하는 자동차운전교육
2. 자동차 운전연습을 할 수 있는 시설을 갖추고 이를 이용하게 하는 행위 제107조의2(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 사람은 2년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금의 형으로 벌한다.

1. 내지 4. 생략

5. 제71조의16의 규정에 위반하여 대가를 받고 자동차운전교육을 한 사람 제70조의2(자동차운전학원의 등록) 자동차운전학원(이하 “학원”이라 한다)을 설립·운영하고자 하는 자는 제70조의4의 규정에 의한 시설 및 설비를 갖추어 대통령령이 정하는 바에 따라 지방경찰청장에게 등록하여야 한다. 등록된 사항 중 대통령령이 정하는 사항을 변경하고자 하는 경우에도 또한 같다.

제71조의2(자동차운전전문학원의 지정 등) ① 지방경찰청장은 자동차운전에 관한 교육수준을 높이고 운전자의 자질향상을 도모하기 위하여 제70조의2의 규정에 의하여 등록된 학원으로서 다음 각 호의 기준에 적합한 학원을 행정자치부령이 정하는 바에 의하여 자동차운전전문학원(이하 “전문학원”이라 한다)으로 지정할 수 있다.

2. 청구인들의 주장과 제청법원의 제청이유 및 관계기관의 의견요지
가. 청구인들의 주장

(1) 2001헌마447 사건

(가) 무자격자에 의한 무분별한 자동차운전교육의 실시로 발생할 수 있는 도로교통상의 위험을 방지하고자 하는 목적에서 등록된 자동차운전학원으로 운전교육의 주체를 제한하는 것은 수긍할 수 있다. 그러나 이미 운전면허를 취득한 자에 대한 도로주행교육과 같이 법이 요구하는 운전학원의 요건을 충족하지 못한 자도 용이하게 운전교육을 실시할 수 있는 부분에 대해서는 운전학원이 아닌 자에게 운전교육을 허용하더라도 아무런 위험이 없음에도 불구하고, 운전학원으로 등록하지 않으면 일체 운전교습업을 영위할 수 없도록 한 것은 청구인들의 직업선택의 자유를 침해한다.

(나) 청구인들은 이 사건 법률조항이 제정·시행되기 전까지 관할세무서에 사업자등록을 하고 법이 정하는 안전기준에 부합하는 운전교육용자동차를 구입하여 적법하게 도로주행교육 등 운전교육을 하여왔다. 그러나 이 사건 법률조항의 시행으로 말미암아 2001. 6. 30.부터는 도로주행교육 등 일체의 운전교육을 할 수 없게 되어 이들 운전교육용자동차도 모두 쓸모 없게 되었는데, 이는 소급입법에 의한 재산권의 침해이자 법치국가원칙에서 파생하는 신뢰보호원칙에도 위배되는 것이다.

(2) 2002헌마764 사건

운전학원은 자동차의 운전에 관한 지식과 기능을 교육하는 시설이고, 운전연습시설은 단지 운전연습장소와 운전연습용자동차를 제공하는 시설에 불과하다. 따라서 운전연습시설의 경우 운전교육을 담당하는 운전학원과 같은 인적·물적 시설이 요구되는 것은 아니라고 할 것이므로, 운전학원으로 등록하지 않은 자라 하더라도 일정한 운전연습시설만 갖추면 이를 설립·운영할 수 있는 것이다. 그런데도 불구하고 운전연습시설만을 제공하는 것을 목적으로 설립된 청구인에게 운전학원으로 등록하지 않으면 운전연습시설제공업을 할 수 없도록 규정한 이 사건 법률조항은 청구인의 직업선택의 자유를 침해한다.

나. 부산지방법원의 위헌제청이유요지

(1) 이 사건 법률조항은 법 제70조의2에 따라 운전학원으로 등록을 하지 않은 자가 운전교육을 실시하는 것을 금지하고 있어, 운전교육을 직업으로 삼고자 하는 경우에 운전학원으로 등록할 것을 강요한다는 점에서 직업선택의 자유를 제약하는 것이라고 할 것이다.

(2) 이 사건 법률조항은 무자격자에 의한 무분별한 운전교육으로 인하여 발생할지도 모르는 도로교통상의 위험을 피하고자 하는 공익을 위한 것이므로 그 제한의 목적에 정당성은 있다고 판단되나, 운전면허취득 후의 운전연수 등과 같이 자동차운전학원에게 요구되는 거대한 규모의 시설이나 인력을 요하지 아니하고도 일정한 자격을 가진 자가 용이하게 운전교육을 담당할 수 있는 운전교육에 한해서는 운전학원으로 등록하지 않은 자에게 이를 허용하더라도 이러한 공익목적에 어긋나지 않는다. 그러므로 이러한 부분에 이르기까지 운전학원의 등록을 하지 않은 자에게 운전교육을 허용하지 않고 금지한 것은 필요한 부분 이상의 것을 제한한 것이므로, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 위배된다.

다. 경찰청장의 의견요지

(1) 2001헌마447사건

(가) 차량결합보다는 운전자의 운전미숙으로 인한 교통사고의 발생율이 높은 우리나라의 교통상황에서 교통사고를 감소시키기 위해서는 양질의 운전자를 배출하는 것이 무엇보다 중요하다. 따라서 일정한 시설요건을 갖춘 운전학원에서 자격을 갖춘 강사로부터 운전교육을 받게 하는 것이 우수한 운전자를 양성·배출할 수 있는 효율적인 방법이라 할 것이므로, 이러한 운전학원제도의 실효성을 확보하기 위하여 운전학원이 아닌 자의 운전교육을 금지할 필요가 있는 것이다. 그리고 운전전문학원으로 지정을 받을 수 없는 경우에는 운전학원으로 등록을 하여 운전교육을 실시할 수 있게 하는 등 인적·물적 시설의 정도에 따라 운전학원의 요건을 세분화하고 있으므로 과잉금지원칙에 위배하여 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하는 것은 아니다.

(나) 청구인들이 과거 세무당국에 사업자등록을 하고 운전교육을 실시하였다고 하더라도 사업자등록은 단순히 납세의무자를 파악하는 데 그 취지가 있는 것이므로 이 운전교육을 금지한다고 하여 신뢰보호원칙에 반하는 것은 아니며, 이 사건 법률조항이 신설되기 전에도 학원의설립운영에관한법률에 의하여 등록된 운전학원 이외의 자에 의한 운전교육이 전면 금지되었으므로 소

급입법에 의한 재산권의 침해도 아니다.

(2) 2002헌마764 사건

2001. 1. 26. 법률 제6392호로 개정·신설된 이 사건 법률조항은 등록된 운전학원이 아닌 자의 운전교육행위만을 금지하였으나, 이를 악용하여 운전면허시험장의 장내기능시험코스와 운전연습용자동차를 갖추고 입장료를 받고 이들 시설과 자동차를 제공하여 이를 이용하게 하는 운전연습시설제공업을 영위하는 자들이 나타나게 되었다. 그러나 이러한 운전연습시설을 허용하는 경우에는 우수한 운전자의 배출을 위하여 운전학원에게만 운전교육을 허용한 취지가 퇴색되고, 이로 인하여 그동안 감소상태에 있던 교통사고의 발생도 다시 증가할 우려가 있으므로 운전연습시설을 이용하게 하는 행위도 금지할 필요가 있다. 그리고 무상으로 이러한 시설을 제공하거나 공익목적에 위한 운전연습시설의 제공은 예외적으로 허용하고 있으므로 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니한다.

라. 부산지방검찰청장의 의견요지

(1) 운전학원의 운전교육과정을 적절히 제한하는 것만으로는 무자격자에 의한 무분별한 운전교육으로 인하여 발생할 도로교통상의 위험을 방지하려는 공익목적에 달성하기 어렵다고 할 것이므로, 이를 위해서는 운전교육을 실시하려고 하는 자들에게 일정한 시설요건을 갖추어 운전학원으로 등록을 강제하는 것이 불가피하다고 할 것이다.

(2) 현재 우리나라의 도로여건과 교통문화를 감안한다면, 양질의 운전교육을 제공함으로써 도로교통상의 안전을 확보하려는 공익이 영세운전교육업체의 보호라는 사익에 비해 월등히 우월하다고 할 수 있으며, 따라서 이와 같은 공익목적에 달성하기 위하여 운전학원 아닌 자의 운전교육을 전면금지한 것은 기본권에 대한 최소한의 제한이라 보인다.

(3) 재산권의 행사는 공공의 복리에 적합하여야 하며, 과거에도 무등록 운전학원에 의한 도로주행교육이 불법이었다는 점을 감안하면, 기존의 미등록 운전학원들의 재산권이 보호가치 있는 재산에 해당한다고 볼 수도 없으므로 재산권을 침해하는 것도 아니다.

3. 판 단

가. 운전학원에 대한 법적 규율

(1) 자동차를 운전하기 위해서는 운전면허시험에 합격하여 지방경찰청장으로부터 운전면허를 받아야 하므로(법 제68조, 제69조 제1항), 자동차를 운

전하려는 자는 운전면허시험에 합격하기 위하여 운전교육을 받는 것이 필요하다.

그런데 법은 운전면허를 취득하려는 사람이 누구로부터, 어떤 방법으로 운전교육을 받아야 하는지에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않으므로, 운전면허를 취득하려는 자는 친지나 친구 등으로부터 개별적으로 운전교육을 받거나, 또는 운전학원이나 운전전문학원에서 운전교육을 받은 후 운전면허시험에 응시하게 된다(다만, 2001. 12. 31. 법률 제6565호로 개정된 법 제49조 및 제71조 제4항은 운전면허를 받고자 하는 사람에게 대통령령이 정하는 바에 따라 운전면허시험에 응시하기 전에 운전예절, 안전운전능력 등에 대한 교통안전교육을 받을 것을 요구하고 있다).

(2) 한편, 법은 자동차운전에 관한 지식과 기능을 교육하는 시설로서 공익 목적을 위한 시설이나 무상의 시설 등을 제외한 것을 운전학원이라고 정의(법 제2조 제24호)하면서 이러한 운전학원을 설립·운영하려는 때에는 대통령령이 정하는 일정한 물적·인적 시설을 갖추어 지방경찰청장에게 등록(제70조의2, 제70조의4)할 것을 요구하고, 그 교육과정과 운영기준은 대통령령에서 구체적으로 정하도록 위임하고 있다(법 제70조의7, 제70조의8 등).

그리고 지방경찰청장은 자동차운전에 관한 교육수준을 높이고, 운전자의 자질향상을 위하여 등록된 운전학원 중에서 다시 일정한 인적·물적 요건을 갖춘 운전학원을 운전전문학원으로 지정(법 제71조의2)할 수 있고, 운전전문학원은 그 수강생들에게 자체적으로 운전기능 및 도로상의 운전능력에 대한 기능검정을 실시할 수 있도록 규정하고 있다(법 제71조의6).

따라서 법은 운전교육을 받으려는 자가 누구로부터 어떤 방법으로 운전교육을 받아야 하는지에 관해서는 전혀 규정하지 않으면서, 운전교육을 담당하는 주체로서 운전(전문)학원에 대해서는 그 설립요건에서부터 구체적인 교육방법과 과정에 이르기까지 자세하게 규제하고 있다.

나. 이 사건 법률조항의 입법연혁과 입법취지

(1) 운전학원은 운전에 관한 지식과 기능을 교습하는 시설로서 구 학원의 설립·운영에관한법률(이하 “학원법”이라 한다)이 정하는 학원에 해당하므로, 종래 운전학원에 대한 법적 규제는 학원법에 근거하여 주로 이루어져 왔다. 따라서 운전학원을 설립·운영하고자 하는 때에는 교육감에게 등록을 하여야 하였고(학원법 제6조), 이러한 등록제의 실효성을 확보하기 위하여 등록하지 않고 운전학원을 설립·운영한 경우에는 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하

의 벌금에 처하도록 형벌조항을 두었다(제22조 제1항 제2호).

그런데 운전학원으로 등록하지 않은 무등록자의 운전교육행위가 지속적으로 늘어나 운전교육이 부실화되고, 이로 인하여 교통사고와 운전교육 중의 안전사고가 날로 증가함에 따라 위 형벌조항에 근거하여 무등록자의 운전교육행위를 지속적으로 단속하였으나, 자동차 내부에서 운전자만을 상대로 은밀하게 행해지는 운전교육행위의 특성상 그 단속에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없고, 이에 더하여 학원법이 '2인 이상의 학습자에게 30일 이상을 교습과정으로 하여 지식이나 기능 등을 교습하는 경우'만을 학원으로 정의하여 운전학원으로 등록할 것을 요구하였던 관계로 가사 이러한 운전교육행위가 적발되었더라도, 교습생이 1인에 불과하다든가 또는 29일 이하를 교습기간으로 하여 운전교육을 하였다고 다툼으로써 실제 형사처벌로 이어지는 예는 거의 없는 상황이었다.

(2) 이러한 입법적 현실에서 입법자는 법을 개정하여 그동안 학원법과 법, 교육감과 지방경찰청장으로 나뉘어져 있던 운전학원에 대한 법적 규제와 지도·감독권을 법과 지방경찰청장으로 일원화하고, 도로주행시험의 실시 후 더욱 증가하는 추세에 있던 무등록자에 의한 운전교육행위, 특히 무등록자의 도로주행교육에 대한 실효성 있는 대책을 마련하기 위하여 수강생수와 교습일수를 기준으로 한 운전학원의 정의를 운전교육을 담당하는 시설로 단순화하는 한편, 운전학원을 설립·운영하고자 하는 경우에 지방경찰청장에게 등록하게 하고, 이 사건 법률조항을 신설하여 운전학원으로 등록한 자 외에는 운전교육행위를 할 수 없도록 하였다.

그리고 2001. 12. 31. 법률 제6565호로 법을 개정하면서 이 사건 법률조항에 제2호를 추가하여 무등록자의 운전연습시설제공행위도 금지하기에 이르렀다.

다. 이 사건 법률조항의 위헌여부

(1) 이 사건 법률조항으로 인하여 제한되는 기본권

이 사건 법률조항은 운전학원으로 등록하지 않은 사람이 대가를 받고 '운전학원 밖이나 운전학원의 명의를 대여받아 운전학원 안에서 운전교육을 하는 것'과 '운전연습을 할 수 있는 시설을 갖추고 이를 이용하게 하는 행위'를 금지하고 있다. 따라서 청구인들과 제청신청인의 경우와 같이 운전교습업이나 운전연습시설제공업을 직업으로 선택하려는 사람이나 법인의 경우에는 운전학원으로 등록을 하지 않는 한, 이를 직업으로 선택하여 영위하지 못하게 되므로 이들 무등록자의 직업선택의 자유가 제한되고, 나아가 이러한 행위를 직

업으로 영위하지 않는다고 하더라도 친구나 친지 등으로부터 대가를 받고 운전교육을 하는 일체의 유상운전교육행위를 금지함으로써 헌법 제10조의 행복추구권에 의하여 보장되는 일반적 행동의 자유가 제한된다.

그러나 이 사건에 있어 제청법원과 청구인들은 이 사건 법률조항으로 인하여 직업선택의 자유가 과잉제한되었다고 주장하고, 이 사건 법률조항의 입법 취지 또한 등록된 운전학원으로만 운전교습업 또는 운전연습시설제공업의 주체를 제한하려는 것에 있으므로, 입법자의 객관적인 입법동기와 사안과의 관계로 볼 때 직업선택의 자유를 중심으로 하여 이 사건 법률조항이 기본권제한의 헌법적 한계를 지키고 있는지 여부를 판단하기로 한다.

(2) 이 사건 법률조항이 직업선택의 자유를 침해하는지 여부

헌법 제37조 제2항은 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 기본권제한입법은 입법목적의 정당성과 그 목적달성을 위한 방법의 적정성, 입법으로 인한 피해의 최소화, 그리고 그 입법에 의해 보호하려는 공익과 침해되는 사익의 균형성을 모두 갖추어야 하며, 이를 준수하지 않은 법률 내지 법률조항은 기본권제한의 입법적 한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반된다(헌재 1993. 12. 23. 93헌가2, 판례집 5-2, 578, 601; 헌재 1997. 3. 27. 94헌마196 등, 판례집 9-1, 375, 383; 헌재 2000. 6. 1. 99헌가11 등, 판례집 12-1, 575, 583).

이 사건 법률조항은 무등록자의 운전교육행위와 운전연습시설제공행위를 금지함으로써 이들 행위를 직업으로 선택하려는 자의 직업선택의 자유를 제한하고 있는바, 이를 운전교육금지와 운전연습시설제공금지의 경우로 나누어 살펴본다.

(가) 운전교육금지의 경우

1) 2001년을 기준으로 할 때, 우리나라의 총 교통사고발생건수는 260,579건으로 이로 인한 사망자의 수는 8,097명, 부상자의 수는 386,539명에 달한다. 이를 자동차 1만대당 사고발생률로 환산하면, 교통사고의 발생건수는 178.3건, 사망자는 5.5명, 부상자는 264.5명에 이르고, 이로 인한 사회적 손실비용 또한 약 8조원 정도에 달하는 것으로 추산된다.

한편 이러한 교통사고의 발생원인을 살펴보면, 위 260,579건의 교통사고 중

에서 차량의 정비불량 또는 보행자의 과실로 인한 교통사고 9건을 제외한 260,570건이 신호위반 등 운전자의 운전과실이나 안전의식결여에 기인한 것으로 나타나고 있다.

그러므로 이러한 우리의 교통현실에서 교통사고의 발생을 줄이고, 이로 인한 사망자나 부상자의 수를 감소시키기 위해서는 무엇보다 운전자의 자질향상과 운전자의 안전운전의식강화가 급선무라 할 것인데, 이를 위해서는 시험 합격요령과 단편적인 운전기능 중심의 운전교육에서 탈피하여 운전자에게 운전능력과 운전예절을 배양할 수 있는 종합적이고 체계적인 운전교육이 이루어질 수 있도록 운전교육제도를 마련하는 것이 요청된다.

그리고 이에 더하여 운전교육 중에 발생할 수 있는 안전사고를 사전에 방지하고, 사고발생시 그 책임의 소재를 명확히 하며, 그로 인한 피해의 원활한 배상을 확보하기 위해서도 일정한 인적·물적 시설요건을 갖추고 배상능력을 갖춘 자로 운전교육의 주체를 제한하는 것이 필요하다.

따라서 운전학원의 설립과 운영에 대하여 등록제를 실시하고, 이러한 등록제의 실효성을 확보하기 위하여 등록된 운전학원으로만 운전교육의 주체를 제한하고 있는 이 사건 법률조항은 날로 늘어나는 교통사고의 위협으로부터 국민의 생명과 안전을 보호하고, 무등록자에 의한 운전교육과정에서 발생할 수 있는 안전사고의 방지와 피해자의 구제에 그 입법목적이 있다고 할 것이므로 그 정당성을 인정할 수 있고, 이로써 자질없는 운전자의 양산을 방지하고 교통사고와 안전사고를 예방할 수 있으므로 그 수단의 적절성도 긍정할 수 있다.

2) 이 사건 법률조항은 위의 입법목적을 달성하기 위하여 운전학원등록제를 실시하고, 등록된 운전학원 외에는 누구도 운전교습업을 영위하지 못하도록 하고 있는바, 이러한 조치가 교통사고를 예방하고 줄이기 위해 필요한 최소한의 것인지 여부가 문제된다.

이미 살핀 바와 같이 우리나라의 높은 교통사고발생건수는 대부분 운전자의 운전미숙과 안전운행의식의 결여에서 기인한 것이고, 이는 운전면허를 취득하는 과정에서 운전예절과 안전교육을 도외시한 시험합격요령 및 운전기능 중심의 단편적인 운전교육에 가장 큰 원인이 있음이 통계적으로 밝혀지고 있다. 따라서 이를 해결하기 위해서는 자동차와 도로교통에 관한 법령과 자동차의 취급 및 안전운전에 관한 지식, 그리고 실제 도로상의 운전예 필요한 기능을 체계적이고 종합적으로 교육할 능력이 있는 인적·물적 시설을 갖춘 운전

학원에게 운전교육을 담당하게 하는 것이 반드시 요청되고, 운전학원으로만 운전교육의 주체를 제한하는 것의 실효성을 확보하기 위해서는 운전학원으로서의 인적·물적 요건을 갖추지 못한 자에 의한 운전교육행위를 엄격하게 금지할 필요성이 있는 것이다.

나아가 법이 정하는 운전학원의 인적·물적 기준은 학과교육을 위한 강의실, 기능교육을 위한 기능교육장 등 운전면허를 취득하기 위한 필수적인 과정을 교육하기 위한 것으로 피교육자에게 자동차운전에 관한 지식과 기능을 종합적이고 체계적으로 체득시키기 위한 최소한의 인적·물적 시설요건이라 할 것이고, 이에 더하여 이 사건 법률조항은 운전학원의 시설기준을 일률적으로 법정하여 그 기준에 충족되지 못한 경우 일체 운전교습업을 영위할 수 없게 한 것이 아니라, 운전학원과 운전전문학원으로 운전교습업을 다양화하여 그 시설기준에 상응하는 운전교육을 실시할 수 있도록 함으로써 운전교육의 주체를 제한함에 따르는 직업선택의 자유에 대한 제한을 최소화하도록 배려하고 있다.

3) 이에 대하여 운전면허를 취득하고도 실제 도로상의 운전을 위하여 다시 도로주행교육을 받는 경우에도 운전교육의 주체를 운전학원으로 제한하는 것은 필요한 정도를 넘는 과잉제한이 아닌가하는 것이 문제된다. 왜냐하면 운전면허를 취득한 자는 법이 정하는 도로교통상의 준수사항을 지키는 한, 아무런 제한없이 자유롭게 운전을 할 수 있으므로 이러한 자에 대한 운전교육은 강사의 자격요건과 운전교육용자동차의 안전기준을 정하는 것으로 충분하기 때문이다.

그러나 운전면허를 이미 취득한 자가 다시 도로주행교육을 받는 경우는 운전면허시험에 합격하기는 하였으나 실제 도로에서 운전을 할 운전능력이 없거나 현저히 부족한 때, 또는 운전면허를 취득하고도 오랜 동안 실제 운전을 하지 않아 운전능력이 거의 상실된 때라 할 것으로 사실상 운전면허를 취득하기 위하여 운전교육을 받는 경우와 마찬가지로 체계적이고 종합적인 운전교육이 필요한 상황이라 할 것이고, 운전능력이 미숙한 운전자가 직접 운전을 하는 관계로 운전교육 중에는 늘 안전사고에 노출되어 있다고 할 것인데, 과거에 운전면허시험에 합격하였다는 사실만으로 영세한 사업자에게 운전교육을 담당하게 하는 것은 운전교육 중의 안전사고로 인한 피해자의 배상에 문제가 있을 수밖에 없는 것이다.

그리고 앞에서 이미 살핀 바와 같이 밀폐된 자동차라는 공간에서 운전자만

을 상대로 행해지는 운전교육의 특성상, 강사의 자격기준과 교육용자동차의 안전기준을 아무리 엄격하게 정한다고 하더라도, 실제 그러한 기준을 갖추고 있는지를 단속하기는 불가능하거나 현저히 곤란하기 때문에 운전교육의 주체를 운전학원으로 제한하는 것 외에 달리 덜 제한적인 방법을 찾기도 어렵다.

따라서 이러한 점을 종합적으로 고려하면, 입법자가 운전면허를 취득하려는 자나 이미 운전면허를 취득한 자를 구별하지 않고 모두 그 운전교육의 주체를 등록한 운전학원으로 제한하였다고 하여 이를 두고 최소침해성의 원칙에 위배된다고 단정할 수 없는 것이다.

4) 그리고 이에 더하여 체계적이고 종합적인 운전교육을 통하여 자질있는 운전자를 양성함으로써 얻는 국민의 생명과 신체의 안전이라는 공익은 이로 인하여 제한되는 운전교육을 직업으로 선택하려는 자의 사익보다 결코 작다고 할 수는 없으므로 법익균형성의 원칙에도 위배되지 아니한다.

(나) 운전연습시설제공금지의 경우

1) 이미 살핀 바와 같이 2001. 1. 26. 법률 제6392호로 개정·신설된 이 사건 법률조항은 운전학원 아닌 자의 운전교육행위를 금지하였다. 그런데 이 사건 법률조항에 의하여 금지된 것은 무등록자에 의한 운전교육행위에 한정되므로 운전교육은 하지 않는 대신 기능교육장과 운전연습용자동차를 갖추고 이를 유상으로 이용하게 하는 소위 ‘운전연습시설제공업’이 새로 나타나게 되었다.

그러나 비록 운전교육을 실시하지는 않는다고 하더라도, 운전면허를 취득하려는 자를 상대로 운전연습용시설을 제공하고 이를 이용하게 하는 행위는 사실상 운전자로 하여금 운전에 관한 지식과 기능을 습득하게 하는 행위로서 이 사건 법률조항이 금지하는 운전학원으로 등록하지 않은 자의 운전교육금지에 대한 탈법행위라 할 것이므로 이를 허용하는 경우에는 안전의식과 운전예절을 갖춘 운전자를 양성하고, 그럼으로써 교통사고로부터 국민의 생명과 신체의 안전을 보호하려는 이 사건 법률조항의 입법취지가 몰각될 뿐 아니라, 실제 도로에서의 운전은 아니지만 운전능력이 없는 운전자에게 보조자나 강사의 동승없이 운전연습을 할 수 있게 함으로써 운전연습장 내 다른 운전연습자의 생명과 신체의 안전에도 큰 위험을 초래한다.

따라서 입법자는 이 사건 법률조항을 개정하면서 운전교습업과 함께 운전연습시설제공업도 금지하게 된 것이다.

2) 그리고 운전연습시설제공행위의 상대방은 운전교육행위의 경우와는 달

리 오로지 운전면허시험에 응시하여 운전면허를 취득하려는 자에 한정되므로, 운전교육의 내실화를 통한 교통사고의 방지라고 하는 이 사건 법률조항의 입법취지에 비추어 볼 때, 운전연습시설제공행위를 전면적으로 금지하는 것 외에 달리 덜 제한적인 방법을 생각하기도 어렵다.

3) 나아가 이로 인하여 청구인들과 같이 운전연습시설제공행위를 직업으로 선택하려는 사람이나 대가를 받고 운전연습시설제공행위를 하려는 사람의 경우 직업선택의 자유나 행복추구권이 제한되는 불이익이 있기는 하지만, 이로 인하여 달성되는 공익은 교통사고로부터의 국민의 생명·신체의 보호, 운전연습 중 발생할 수 있는 사고의 예방 등으로 결코 가법다고 할 수는 없다.

(다) 소 결

따라서 이 사건 법률조항이 정하는 무등록자의 운전교육금지와 운전교육시설제공금지는 그 목적의 정당성을 인정할 수 있을 뿐 아니라, 그 수단 역시 과잉금지원칙에 위배되지 않으므로 헌법에 위반되지 아니한다.

(3) 나머지 쟁점들에 관한 판단

(가) 청구인들은 그동안 청구인들이 적법하게 영위해오던 운전교습업이 이 사건 법률조항의 신설로 인하여 소급적으로 금지되었고, 그동안 정부의 정책을 믿고 세무당국에 사업자등록을 한 후 적법하게 운전교습업을 영위해왔음에도 이 사건 법률조항을 신설하여 더 이상 이를 할 수 없게 한 것은 신뢰보호원칙에 위배하여 청구인들의 재산권을 침해한다고 주장한다.

(나) 이 사건 법률조항은 등록된 운전학원 외에는 누구도 유상으로 운전교습행위와 운전연습시설제공행위를 할 수 없다는 것으로 그 규율의 대상은 금지대상이 되는 행위를 직업으로 선택하거나 유상으로 그러한 행위를 하는 것을 금지하는 것에 있다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 일정한 직업과 행위를 금지하거나 제한하는 것일 뿐, 이러한 직업활동의 수행이나 행위로 인하여 얻은 구체적인 재산에 대한 사용·수익 및 처분권한을 제한하는 것은 결코 아니라고 할 것이므로, 청구인들의 이러한 주장은 이유없다.

(다) 한편, 이 사건 법률조항이 신설되기 전에도 이미 학원법에 의하여 운전학원으로 등록하지 않고는 운전교육을 할 수 없었고, 또한 비록 그 실효성이 크지는 않았지만 운전학원으로 등록하지 않고 운전교육을 하는 자에 대한 단속도 꾸준히 있어왔다.

나아가 청구인들이 비록 세무당국에 사업자등록을 하고, 운전교육업에 종

사하였다고 하더라도, 사업자등록은 과세행정상의 편의를 위하여 납세자의 인적사항 등을 공부에 등재하는 행위에 불과하고, 허가 또는 면허제도와는 달리 이로 인하여 그 사업의 적법성이 보장되는 것 또한 아니라고 할 것이므로 사업자등록여부가 운전교습업의 계속에 대하여 국가가 신뢰를 부여한 어떠한 조치라고 보기도 어렵다.

따라서 신뢰보호의 전제가 되는 선행하는 법적 상태에 대한 신뢰 자체를 인정할 수 없는 이 사건에 있어 신뢰보호원칙에 위배하여 청구인들의 재산권과 직업의 자유를 침해하였다는 청구인들의 주장 역시, 더 나아가 살필 필요도 없이 이유없다.

4. 결 론

그렇다면 청구인들의 심판청구는 이유없어 이를 모두 기각하기로 하고, 법제71조의16(2001. 1. 26. 법률 제6392호로 개정되어 2001. 12. 31. 법률 제6565호로 개정되기 전의 것)은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 김영일, 재판관 송인준의 아래 5.와 같은 한정위헌의견이 있는 외에는 나머지 관여재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 김영일, 재판관 송인준의 한정위헌의견

우리는 이 사건 법률조항이 정하는 금지의 대상 중 무등록자의 운전연습시설제공행위부분과 운전면허를 취득하려는 자에 대한 운전교육행위부분이 헌법에 위반되지 아니한다는 데에는 다수의견과 그 뜻을 같이 하나, 운전면허시험에 합격하여 이미 운전면허를 취득한 자에 대한 운전교육은 운전강사의 자격과 운전교육용차량의 안전기준을 엄격히 법정함으로써 충분히 그 입법 목적을 달성할 수 있어 직업선택의 자유를 과잉제한하고 있다고 보는 바이므로 다음과 같이 한정위헌의견을 밝힌다.

가. 다수의견은 이 사건 법률조항의 입법목적은 날로 늘어나는 교통사고와 무자격자에 의한 운전교육으로 인하여 발생할 수 있는 안전사고로부터 국민의 생명과 신체의 안전을 보호하는 데에 있다고 보고, 이를 실현하기 위하여 운전교습업을 직업으로 선택하려는 자의 직업선택의 자유를 제한하는 이 사건 법률조항의 정당성을 긍정하고 있다.

그러나 이 사건 법률조항은 무등록자의 운전교육행위를 전부 금지하는 것이 아니라, 유상의 운전교육행위만을 금지하고 있다는 점에서 입법목적은 다수의견과 같이 이해할 수는 없고, 따라서 그 정당성을 인정하기 어렵다.

어떤 행위가 국민의 생명과 신체의 안전에 심각한 위험을 야기하는 경우에

이를 예방하거나 방지하기 위해서는 그러한 행위가 유상으로 행해지든 또는 무상으로 행해지든 모두 금지의 대상이 되는 것이지, 이를 구별하여 유상의 경우만을 금지할 것은 아니다.

그런데 이 사건 법률조항은 유상의 운전교육행위만을 금지하고 있는바, 이는 무등록자의 운전교육행위 그 자체가 국민의 생명 및 신체의 안전에 위험을 야기하여 금지의 대상이 될 정도의 위험성이 있는 것이 아니라, 그러한 행위를 유상으로 즉, 대가를 받고 행하는 것에 오히려 그 금지의 실질이 있는 것이다.

따라서 이 사건 법률조항은 무등록자의 유상운전교육행위에 의하여 초래되는 교통사고나 운전교육 중의 안전사고로부터 국민의 생명과 신체의 안전을 보호한다는 데 그 목적이 있는 것이 아니라, 무등록자의 유상운전교육행위로부터 등록된 운전학원의 업역(業域)을 보호하고, 운전학원으로 하여금 일정한 영업이익을 보장하게 하려는 데 오히려 그 주된 목적이 있다고 이해하여야 하므로 직업으로서 운전교습업의 수행방식에 대한 제한을 넘어 그러한 직업 자체의 선택을 금지하는 것을 정당화하는 입법목적으로는 충분치 않은 것이다.

나. 그리고 다수의견과 같이 이 사건 법률조항의 입법취지를 이해한다고 하더라도 이미 운전면허를 취득한 운전자에 대한 운전교육 특히 도로주행교육의 경우에도 이를 등록한 운전학원에게만 허용한 것은 입법 목적을 실현하기 위한 적절한 수단으로 보기 어렵다.

등록한 운전학원에게만 운전교습업을 허용한 것은 일정한 인적·물적 시설을 갖춘 운전학원에서 운전에 대한 지식과 기능을 종합적이고 체계적으로 교육하게 하여 자질있는 운전자를 양성하고, 그럼으로써 교통사고나 운전교육 중의 안전사고로부터 국민의 생명과 신체의 안전을 보호하는 데 그 취지가 있다. 그리고 이에 더하여 법은 단편적인 운전지식이나 운전기능 중심의 운전면허시험제도에서 탈피하여 실제 운전에 필요한 지식과 기능을 중심으로 운전자의 운전능력과 운전예절 등 소양을 종합적으로 평가할 수 있도록 실제 도로에서의 주행시험을 시험과목에 추가하는 등 운전면허시험제도를 개편하였다.

따라서 등록된 운전학원에서 법이 정하는 교육과정과 교육방법에 따라 운전교육을 받은 다음 운전면허시험에 응시하여 운전면허를 취득한 운전자의 경우 실제 도로상의 운전에서 요구되는 운전능력과 운전예절을 충분히 갖춘

운전자가 될 수 있도록 운전교육과 운전면허시험에 관한 법적·제도적 장치를 마련하고 있는 것이다.

그런데 이미 운전면허를 취득한 자가 다시 운전교육을 받는 것은 운전면허를 취득한 후 실제 도로에서 안전하고 원활한 운전을 하기 위하여 도로주행능력을 보완하거나 또는 기존에 운전하던 자동차를 다른 차종으로 바꾸는 등(예를 들어, 자동변속자동차에서 수동변속자동차로 변경한 때 또는 승용차에서 대형승합차로 차종을 변경한 때) 변경된 새로운 운전장치나 차량에 익숙해지기 위하여 필요한 부분에 한하여 따로 운전교육을 받는 경우로 운전면허시험에 응시하여 운전면허를 취득하기 위한 운전교육과는 달리 구체적인 운전교육의 동기에 상응하는 운전기능의 습득이 요구될 뿐, 체계적이고 종합적인 운전교육이 다시 요청되는 경우가 아니다.

물론 이러한 경우에도 운전교육 중 안전사고가 발생할 가능성이 충분히 있고, 이로 인한 손해의 배상을 담보하기 위하여 그 책임소재를 분명히 해 둘 필요성도 부정할 수는 없지만, 이는 도로주행교육을 할 수 있는 조건을 갖춘 안전한 도로를 사전에 지정하고, 운전교육용자동차의 안전기준과 운전강사의 자격 그리고 교육과정 및 방법을 엄격히 법정하며, 교육용차량의 책임보험가입을 의무화함으로써 해결할 일이지, 운전교육의 주체를 운전학원으로 제한함으로써 해결할 것은 아니다.

다. 한편 입법자는 공익실현을 위하여 기본권을 제한하는 경우에도 될 수 있으면 국민의 기본권을 가장 존중하고 가장 덜 제한적인 수단을 선택해야 한다. 따라서 어떤 기본권을 제한하는 규정을 기본권행사의 '방법'에 관한 규정과 기본권행사의 '여부(興否)'에 관한 규정으로 구분할 수 있다면 침해의 최소성이란 관점에서 입법자는 그가 의도하는 공익을 달성하기 위하여 우선 기본권을 보다 적게 제한하는 단계인 기본권행사의 '방법'에 관한 규제으로써 공익을 실현할 수 있는가를 시도하고, 이러한 방법으로는 공익달성이 어렵다고 판단되는 경우에 비로소 그 다음 단계인 기본권행사의 '여부'에 관한 규제를 선택해야 한다(헌재 1998. 5. 28. 96헌가5, 판례집 10-1, 541, 556 참조).

특히 헌법 제15조에 의하여 보장되는 직업선택의 자유는 직업선택의 자유, 직업수행의 자유, 전직의 자유 등을 모두 포함하는데, 이러한 직업의 자유를 제한함에는 원칙적으로 먼저 직업수행의 자유를 제한함으로써 공익을 실현할 수 있는지의 여부를 살펴보고, 그러한 방법으로 공익목적의 달성이 곤란한 경우에 한하여 직업선택의 자유에 대한 제한을 고려하여야 하는 것이다.

이러한 기준으로 볼 때, 이미 운전면허를 취득한 자에 대한 운전교육의 주체도 등록된 운전학원으로 제한하는 것은 다음과 같은 이유에서 침해의 최소성원칙에 위배된다.

이미 본 바와 같이 운전면허를 취득한 자에 대한 운전교육은 적법하게 운전할 수 있는 운전자가 실제 도로에서의 운전을 위하여 필요한 운전기능을 보충하거나 회복하기 위한 경우 또는 새로운 기계장치나 차종에 익숙해지려는 경우에 필요로 하는 운전지식과 기능에 한정된 운전교육이 필요할 뿐, 운전면허를 취득하기 위한 경우와 같이 학과교육을 비롯한 체계적이고 종합적인 운전교육이 요청되는 것은 아니다. 그리고 이들에 대한 운전교육은 도로주행교육을 실시할 만일의 사태에 대비할 안전장치를 충분히 갖춘 운전연습용차량과 도로주행연습을 할 수 있는 조건을 갖춘 지정된 도로만 있으면 되는 것이지, 법이 정하는 운전학원의 시설요건으로 학과교육을 위한 강의실과 운전코스 등 장내기능교육시설이 요구되는 것도 아니다.

따라서 이러한 운전면허취득자에 대한 도로주행교육은 굳이 등록된 운전학원이 아니더라도 법이 정하는 경력 및 자격과 안전장치를 갖춘 운전강사와 운전교육용차량에 의하여 지방경찰청장이 도로주행교육용으로 지정한 도로에서 법이 정하는 운전교육과정과 방법으로 운전교육을 실시함으로써 충분히 그 입법목적은 달성할 수 있음에도, 애당초 등록된 운전학원으로 운전교육의 주체를 제한하여 이미 운전면허를 취득한 자에 대한 도로주행교육을 직업으로 영위하려는 자의 직업선택의 자유를 제한하고 있는 이 사건 법률조항은 침해의 최소성원칙에 위배되는 것이다.

라. 끝으로 운전면허를 취득한 자에 대한 운전교육의 주체를 등록된 운전학원으로 제한함으로써 얻는 공익은 오로지 법이 정하는 자격있는 운전강사와 안전장치를 갖춘 운전교육용차량에 의하여 정해진 교육과정에 따라 지정된 도로에서 도로주행교육이 이루어지고 있는지를 손쉽게 지도·감독할 수 있다는 행정적인 이익에 불과한 반면, 이로 인하여 운전교습자의 경우 필요도 없는 학과교육을 위한 강의실시설과 기능시험을 위한 기능교육시설을 갖추어야 하고, 운전교육을 받으려는 운전자의 경우 필요한 운전기능만을 편리한 시간에 저렴한 비용으로 교육받지 못하고 반드시 등록된 운전학원에서 상대적으로 높은 수강료를 지불하여 운전교육을 받을 수밖에 없는 불이익이 따른다.

따라서 운전면허취득자에 대한 운전교육의 경우는 이로 인하여 얻는 공익보다 이로 인하여 제한되는 사익이 더욱 크다고 할 것이어서 법익균형성의

헌재 2003. 9. 25. 2001헌마447, 2002헌마764(병합), 2002헌가19(병합)

원칙에도 어긋난다.

마. 이상의 이유로 이미 운전면허를 취득한 운전자에 대한 운전교육을 등록한 운전학원으로 제한하고, 그 외의 자에게 일체 이를 금지하는 것은 그 제한의 목적이 정당하지 않을 뿐 아니라, 그 방법도 과잉금지원칙에 위배되므로 직업선택의 자유를 침해한다.

그렇다면, 이 사건 법률조항이 정하는 금지의 대상 중 운전학원으로 등록하지 않은 자의 유상운전교육행위금지부분은 운전면허취득자에 대한 도로주행교육까지도 금지하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다고 봄이 상당하므로, 우리는 다수의견에 반대하여 한정위헌의견을 밝히는 바이다.

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

[별 지] 청구인명단 생략

편입생특별전형대상자선발시험시행계획 및 공개경쟁시험공고취소

(2003. 9. 25. 2001헌마814·815·816·817·818·819(병합)
전원재판부)

【판시사항】

중등교사자격자들 중 교육대학교 3학년에 특별편입학시킬 대상자를 선발하기 위한 시험의 공고로 인해 당해 교육대학교 재학생들이 직접 기본권을 침해당할 가능성이 없다고 본 사례

【결정요지】

청구인들이 침해되었다고 주장하는 학생선발권은 대학총장에게 부여된 권한이지 청구인들과 같은 재학생에게 인정되는 기본권으로는 볼 수 없고, 직업선택의 자유는 특정인을 타인과의 경쟁으로부터 특별히 보호하기 위한 기본권일 수는 없으므로 설사 이 사건 공고들로 인해 장차 청구인들이 교사임용시험에서 상대적으로 치열한 경쟁을 예상해야 한다고 하더라도, 그것은 사실상의 불이익에 불과할 뿐, 거기서 직업선택의 자유에 대한 침해의 문제가 생길 여지는 없다.

또한, 이 사건 공고들에 따른 편입학은 비록 재학생들에게 다소 수강환경의 불편을 초래할 수는 있을지언정 진리의 탐구와 관련된 활동 그 자체를 방해하는 것은 아니라고 할 것이므로, 이 사건 공고들이 청구인들의 학문의 자유를 침해할 여지가 있다고 볼 것은 아니며, 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에게 적극적으로 요구할 수 있는 것을 내용으로 하는 것이라기보다는 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권적 성격을 가지는바, 이 사건 공고들이 청구인들의 행동의 자유를 제한하지 않는 이상, 행복추구권의 침해 문제도 발생할 여지가 없다.

나아가 헌법 제31조 제1항에 의해서 보장되는 교육을 받을 권리는

교육영역에서의 기회균등을 내용으로 하는 것이지, 자신의 교육환경을 최상 혹은 최적으로 만들기 위해 타인의 교육시설 참여 기회를 제한할 것을 청구할 수 있는 기본권은 아니므로, 기존의 재학생들에 대한 교육환경이 상대적으로 열악해질 수 있음을 이유로 새로운 편입학 자체를 하지 말도록 요구하는 것은 교육을 받을 권리의 내용으로는 포섭할 수 없다.

마지막으로, 청구인들은 이 사건 공고들이 고등교육법시행령 제29조 제2항 제3호를 위반한 것이라고 주장하고 있으나, 위 조항에 의해 막바로 교육대학교 재학생들에게 가령 ‘학칙에서 정한 입학생 또는 편입생 정원 범위 내에서만 수업을 받을 권리’ 등이 부여된다든가 기타 법률상 이익이 인정되는 것은 아니므로, 결국 청구인들은 위 조항의 위반 여부에 관하여 단지 사실적·반사적 이익을 가지는 데 그치는 것으로 볼 것이다.

【참조판례】

- 헌재 1997. 3. 27. 94헌마277, 판례집 9-1, 404
- 헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739
- 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1
- 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16등, 판례집 12-1, 427
- 대구지방법원 2002. 6. 27. 선고 2001구10906 판결
- 청주지방법원 2002. 7. 11. 선고 2001구1936 판결

【당 사 자】

- 청구인(선정당사자) 1. 노훈주 (2001헌마814)
- 2. 문석호 (2001헌마815)
- 3. 최고봉 (2001헌마816)
- 4. 이선희 외 1인 (2001헌마817)
- 5. 최수경 (2001헌마818)
- 6. 장미선 (2001헌마819)
- 대리인 법무법인 을지
담당변호사 이재원 외 4인
- 피청구인 1. 전라남도교육감(2001헌마814)

2. 경상북도교육감(2001헌마815)
3. 강원도교육감(2001헌마816)
4. 경기도교육감(2001헌마817)
5. 충청북도교육감(2001헌마818)
6. 충청남도교육감(2001헌마819)

【주 문】

청구인들의 심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2001헌마814 사건

(가) 청구인(선정당사자) 노훈주와 그 선정자들은 광주교육대학교 학생들이다.

(나) 청구의 교육인적자원부는 이른바 ‘7. 20. 교육여건 개선계획’에 따른 교사 확보 문제, 농·어촌지역 및 인구유입지역의 초등교사 부족 문제 등을 해결하기 위해 중등교사자격증 소지자를 초등교사로 임용하는 방안을 검토하여 오다가, 초등교사의 양성은 초등교사전문양성기관인 교육대학교에서 이루어져야 한다는 교육대학교 교수 및 학생들의 건의를 수용하여, 2001. 11. 2. 초등교사 부족이 심각한 6개 지역 교육대학교의 정원을 한시적으로 늘리고 중등교사자격증 소지자 중 해당 교육감이 추천한 자를 각 교육대학교에서 특별전형으로 편입학시키도록 하는 내용의 ‘2002, 2003학년도 초등교원 수급대책’을 발표하였다.

(다) 피청구인 전라남도교육감은 위 교원수급대책에 따라 광주교육대학교와 협의하여, 피청구인은 중등교사자격증 소지자 또는 취득예정자를 대상으로 2001. 12. 9.자로 선발시험을 실시하여 그에 합격한 264명을 특별편입학대상자로 추천하고 위 대학교 총장은 추후에 그 추천대상자 중에서 다시 220명을 선발하여 위 대학교에 특별편입학시키기로 한 다음, 2001. 11. 14. 이와 같은 내용을 담은 ‘2002학년도 광주교육대학교 특별편입 전라남도교육감 추천 대상자 공개경쟁 선발시험 공고’(전라남도교육청 공고 제2001-138호)를 하였다.

(라) 이에 청구인은 위 공고에 따른 과도한 편입학으로 말미암아 자신의 교육을 받을 권리 및 직업선택의 자유 등이 침해된다며 2001. 11. 24. 위 공고의 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2001헌마815 사건

(가) 청구인(선정당사자) 문석호와 그 선정자들은 대구교육대학교 학생들이다.

(나) 피청구인 경상북도교육감은 ‘2002, 2003학년도 초등교원 수급대책’에 따라 대구교육대학교와 협의하여, 피청구인은 중등교사자격증 소지자 또는 취득예정자를 대상으로 2001. 12. 9.자로 선발시험을 실시하여 그에 합격한 360명을 특별편입학 대상자로 추천하고 위 대학교 총장은 추후에 그 추천대상자 중에서 다시 300명을 선발하여 위 대학교에 특별편입학시키기로 한 다음, 2001. 11. 14. 이와 같은 내용을 담은 ‘2002학년도 경상북도교육감 추천 대구교육대학교 편입생 특별전형 대상자 선발 공개경쟁시험 공고’(경상북도교육청 공고 제2001-162호)를 하였다.

(다) 이에 청구인은 위 공고에 따른 과도한 편입학으로 말미암아 자신의 교육을 받을 권리 및 직업선택의 자유 등이 침해된다며 2001. 11. 24. 위 공고의 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(3) 2001헌마816 사건

(가) 청구인 최고봉과 그 선정자들은 춘천교육대학교 학생들이다.

(나) 피청구인 강원도교육감은 ‘2002, 2003학년도 초등교원 수급대책’에 따라 춘천교육대학교와 협의하여, 피청구인은 중등교사자격증 소지자 또는 취득예정자를 대상으로 2001. 12. 9.자로 선발시험을 실시하여 그에 합격한 192명을 특별편입학 대상자로 추천하고 위 대학교 총장은 추후에 그 추천대상자 중에서 다시 160명을 선발하여 위 대학교에 특별편입학시키기로 결정한 다음, 2001. 11. 13. 이와 같은 내용을 담은 ‘2002학년도 강원도교육감 추천 춘천교육대학교 특별전형 편입대상자 공개경쟁 선발시험시행계획 공고’(강원도교육청 공고 제2001-33호)를 하였다.

(다) 이에 청구인은 위 공고에 따른 과도한 편입학으로 말미암아 자신의 교육을 받을 권리 및 직업선택의 자유 등이 침해된다며 2001. 11. 24. 위 공고의 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(4) 2001헌마817 사건

(가) 청구인 이선혜와 그 선정자들은 인천교육대학교 학생들이고, 청구인

한희경과 그 선정자들은 한국교원대학교 학생들이다.

(나) 피청구인 경기도교육감은 ‘2002, 2003학년도 초등교원 수급대책’에 따라 인천교육대학교 및 한국교원대학교와 협의하여, 피청구인은 중등교사자격증 소지자 또는 취득예정자를 대상으로 2001. 12. 9.자로 선발시험을 실시하여 그에 합격한 1,560명(인천교육대 780명, 한국교원대 780명)을 특별편입학 대상자로 추천하고 위 대학교 총장들은 추후에 그 추천대상자 중에서 다시 1,300명(인천교육대 650명, 한국교원대 650명)을 선발하여 위 대학교들에 특별편입학시키기로 한 다음, 2001. 11. 14. 이와 같은 내용을 담은 ‘2002학년도 경기도교육감 추천 중등교원자격증 소지자 교(원)육대학교 편입생 특별전형 대상자 공개경쟁 선발시험 공고’(경기도교육청 공고 제2001-450호)를 하였다.

(다) 이에 청구인들은 위 공고에 따른 과도한 편입학으로 말미암아 자신의 교육을 받을 권리 및 직업선택의 자유 등이 침해된다며 2001. 11. 24. 위 공고의 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(5) 2001헌마818 사건

(가) 청구인 최수경과 그 선정자들은 청주교육대학교 학생들이다.

(나) 피청구인 충청북도교육감은 ‘2002, 2003학년도 초등교원 수급대책’에 따라 청주교육대학교와 협의하여, 피청구인은 중등교사자격증 소지자 또는 취득예정자를 대상으로 2001. 12. 9.자로 선발시험을 실시하여 그에 합격한 300명을 특별편입학 대상자로 추천하고 위 대학교 총장은 추후에 그 추천대상자 중에서 다시 200명을 선발하여 위 대학교에 특별편입학시키기로 결정한 다음, 2001. 11. 13. 이와 같은 내용을 담은 ‘2002학년도 충청북도교육감 추천 청주교육대학교 특별전형 편입대상자 공개경쟁 선발시험 공고’(충청북도교육청 공고 제2001-93호)를 하였다.

(다) 이에 청구인은 위 공고에 따른 과도한 편입학으로 말미암아 자신의 교육을 받을 권리 및 직업선택의 자유 등이 침해된다는 이유로, 2001. 11. 24. 위 공고의 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(6) 2001헌마819 사건

(가) 청구인 장미선과 그 선정자들은 공주교육대학교 학생들이다.

(나) 피청구인 충청남도교육감은 ‘2002, 2003학년도 초등교원 수급대책’에 따라 공주교육대학교와 협의하여, 피청구인은 중등교사자격증 소지자 또는 취득예정자를 대상으로 2001. 12. 9.자로 선발시험을 실시하여 그에 합격한 384명을 특별편입학 대상자로 추천하고 위 대학교 총장은 추후에 그 추천대

상자 중에서 다시 320명을 선발하여 위 대학교에 특별편입학시키기로 한 다음, 2001. 11. 14. 이와 같은 내용을 담은 ‘2002학년도 충청남도교육감 추천 공주교육대학교 특별전형 편입 대상자 공개경쟁 선발시험 공고’(충청남도교육청 공고 제2001-25호)를 하였다.

(다) 이에 청구인은 위 공고에 따른 과도한 편입학으로 말미암아 자신의 교육을 받을 권리 및 직업선택의 자유 등이 침해되었다며 2001. 11. 24. 위 공고의 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

심판의 대상은 2001헌마814 사건에서는 ‘2002학년도 광주교육대학교 특별편입 전라남도교육감 추천 대상자 공개경쟁 선발시험 공고’(전라남도교육청 공고 제2001-138호), 2001헌마815 사건에서는 ‘2002학년도 경상북도교육감 추천 대구교육대학교 편입생 특별전형 대상자 선발 공개경쟁시험 공고’(경상북도교육청 공고 제2001-162호), 2001헌마816 사건에서는 ‘2002학년도 강원도교육감 추천 춘천교육대학교 특별전형 편입대상자 공개경쟁 선발시험시행계획 공고’(강원도교육청 공고 제2001-33호), 2001헌마817 사건에서는 ‘2002학년도 경기도교육감 추천 중등교원자격증 소지자 교(원)육대학교 편입생 특별전형 대상자 공개경쟁 선발시험 공고’(경기도교육청 공고 제2001-450호), 2001헌마818 사건에서는 ‘2002학년도 충청북도교육감 추천 청주교육대학교 특별전형 편입 대상자 공개경쟁 선발시험 공고’(충청북도교육청 공고 제2001-93호), 2001헌마819 사건에서는 ‘2002학년도 충청남도교육감 추천 공주교육대학교 특별전형 편입 대상자 공개경쟁 선발시험 공고’(충청남도교육청 공고 제2001-25호)의 각 위헌 여부이다(이하에서는 위 공고들을 총칭하여 ‘이 사건 공고들’이라고 한다).

2001헌마814 내지 819 사건의 청구인들(이하 ‘청구인들’이라고 한다)은 이 사건 공고들과 관련된 각각의 시험시행계획도 심판청구대상으로 한 듯하나, 시험시행계획은 단지 국가기관의 내부적 행위로서 ‘공권력의 행사’에 해당하지 않음이 명백할 뿐만 아니라 이 사건 공고들과는 다른 어떤 독자적인 의미를 가진다고 보기도 어렵고, 청구인들도 주로 이 사건 공고들의 공권력 행사성 및 기본권 침해성만 논하고 있을 뿐, 시험시행계획 자체에 대하여는 별다른 언급을 하고 있지 않은바, 이러한 점들을 고려하여 위 각 시험시행계획은 심판의 대상에서 제외하기로 한다.

2. 청구인들의 주장과 피청구인들 및 관계기관의 의견 요지

가. 청구인들의 주장 요지

(1) 이 사건 공고들은 대학총장에게 부여된 학생선발권을 부당하게 제한함으로써 대학의 자율성을 침해한다.

(2) 또한, 이 사건 공고들은 교육대학의 경우 학사학위를 취득하고 제3학년에 편입학하는 자의 학년별 총학생수가 당해 학년 입학정원의 100분의 20을 초과할 수 없도록 규정한 고등교육법시행령 제29조 제2항 제3호를 위반한 것이다. 이러한 법정편입학정원을 초과한 과다한 편입생의 모집으로 말미암아 청구인들의 적정인원을 수용한 대학시설에서 양질의 교육을 받을 권리, 안락하고 만족스러운 학교생활을 영위할 행복추구권 등이 각 침해되며, 나아가 장차 교사로 임용되기 위한 기회가 충분히 제공되지 않음으로써 직업선택의 자유도 침해된다.

나. 피청구인들의 의견 요지

(1) 이 사건 공고들은 교육인적자원부의 방침에 따라 각 관련 교육대학교와 사전 협의를 거친 후 행해진 것으로서, 불특정 다수인에게 시험을 안내하는 것에 불과하다.

(2) 고등교육법시행령 제29조 제2항 제3호는 정원 외로 운영되는 학사편입학에 관한 규정이고, 이 사건 특별편입학은 같은 령 제28조 제1항, 제3항 제1호, 제29조 제1항 등에 의하여 정원 자체를 한시적으로 증원하는 방법에 의한 것으로서 그 법적 근거가 다르므로 위 제29조 제2항 제3호를 위반한 것이 아니다. 편입생이 증가하더라도 학교 여건을 고려하여 주·야간 또는 계절제로 교육을 실시하면 정상적인 교육이 가능하므로 특별히 청구인들의 행복추구권, 교육을 받을 권리 등이 침해된다고 볼 수 없다. 교육감 추천으로 교육대학교에 편입한 학생들은 졸업 후 다른 학생들이 응시를 기피하는 지역에서 임용시험을 거친 후 일정기간 근무를 하게 되는 것이고 청구인들은 졸업 후 근무를 희망하는 지역의 임용시험에 응시하여 임용될 기회가 보장되기 때문에 청구인들의 직업선택의 자유 역시 침해된다고 볼 수 없다.

다. 교육인적자원부장관의 의견 요지

피청구인들의 의견과 대체로 같다.

3. 판 단

(1) 헌법소원이 적법하기 위해서는 청구인 자신의 기본권이 현재 그리고 직접 침해당한 경우라야 한다. 공권력 작용의 직접적인 상대방이 아닌 제3자라 하더라도 그 공권력 행사로 인해 자신의 기본권을 직접 법적으로 침해당하는

경우에는 자기관련성을 인정할 수 있지만(헌재 1993. 3. 11. 91헌마233, 판례집 5-1, 104, 111 등 참조), 이 경우 당해 공권력 작용의 목적, 실질적인 규율 대상, 당해 공권력 작용이 그 제3자에게 미치는 효과 및 그 진지성의 정도 등을 종합적으로 고려하여 자기관련성 유무를 판단하여야 할 것이다(헌재 1997. 9. 25. 96헌마133, 판례집 9-2, 410, 416-417 등 참조).

(2) 살피건대, 이 사건 공고들은 교육감 추천에 의한 중등교사자격증 소지자의 교육대학교 특별편입학에 있어서 그 선발시험에 관한 사항을 그 응시자격자들에게 알리기 위한 것이다. 따라서 그 직접적인 규율대상은 위 시험에 응시하기를 희망하는 자들이지, 청구인들과 같은 재학생이 아니다. 나아가, 이 사건 공고들이 청구인들에게 미치는 효과 및 그 진지성의 정도 등을 살펴본 더라도, 청구인들의 기본권이 직접 법적으로 침해당한다고 하기 어렵다.

(3) 즉, 청구인들은 이 사건 공고들이 대학의 학생선발권을 제약함으로써 대학의 자율성을 침해한다고 주장하나, 그러한 학생선발권은 대학총장에게 부여된 권한이지 청구인들과 같은 재학생에게 인정되는 기본권으로는 볼 수 없다. 가사 학생선발에 관하여 의견을 개진하고 건의하며 결정에 대하여 비판하는 범위 내에서 재학생의 대학자치에의 참여권을 인정한다 하더라도, 이 사건 공고들이 그러한 건의·비판을 통한 참여가능성 자체를 봉쇄하고 있지 않은 이상, 이 사건 공고들에 의해 청구인들의 대학자치에의 참여권이 제한된다고 볼 여지는 없다(헌재 1997. 3. 27. 94헌마277, 판례집 9-1, 404, 409-410 참조).

(4) 다음으로, 이 사건 공고들은 청구인들이 초등교사로 임용되는 데에 아무런 법적인 제한을 가하고 있지 않으며, 교사임용과 관련하여 특별편입생들을 특별히 우대하고 있지도 않다. 특별편입생들도 교사로 임용되기 위해서는, 기존의 재학생들과 마찬가지로, 소정의 교육과정을 이수하여 초등교사 자격증을 취득한 후 교원임용시험에 응시하여 합격하여야만 한다.

이에 대해 청구인들은 특별편입학이 행해질 경우 장차 임용시험에 있어서 그 편입생 수만큼 경쟁률이 높아질 것이기 때문에 결국 이 사건 공고들이 자신의 직업선택의 자유를 침해한다고 주장한다. 그러나 임용시험은 법에 의해 응시자격이 인정되는 사람이면 누구든지 참여하여 자신의 능력에 따라 자유로이 경쟁할 기회를 제공하는 의미를 가진다. 직업선택의 자유는 바로 그러한 자유로운 경쟁의 기회를 누구에게나 보장하기 위한 기본권이지, 특정인을 타인과의 경쟁으로부터 특별히 보호하기 위한 기본권일 수는 없다. 따

라서 설사 이 사건 공고들로 인해 장차 청구인들이 교사임용시험에서 상대적으로 치열한 경쟁을 예상해야 한다고 하더라도, 그것은 사실상의 불이익에 불과할 뿐이고, 거기서 직업선택의 자유에 대한 침해의 문제가 생길 여지는 없다.

(5) 한편, 청구인들은 자신들의 학문의 자유를 침해당하였다고 주장한다. 학문의 자유에서 말하는 ‘학문’이란 일정한 지식수준을 기반으로 방법론적으로 정돈된 비판적인 성찰을 함으로써 진리를 탐구하는 활동을 말한다. 학문의 자유는 곧 진리탐구의 자유라 할 수 있고, 나아가 그렇게 탐구한 결과를 발표하거나 강의할 자유 등도 학문의 자유의 내용으로서 보장된다(헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 756 참조). 그러나 이러한 진리탐구의 과정과는 무관하게 단순히 기존의 지식을 전달하거나 인격을 형성하는 것을 목적으로 하는 ‘교육’은 학문의 자유의 보호영역이 아니라 교육에 관한 기본권(헌법 제31조)의 보호영역에 속한다고 할 것이다. 따라서 초등교사로서 갖추어야 할 기본적인 지식 및 자질을 함양하는 데에 주된 초점이 있는 교육대학교의 교육과정은 학문의 자유와는 직접적 관련이 있다고 보기 어렵고, 설사 교육대학교 학생에게 학문의 자유의 주체성을 인정한다고 하더라도, 이 사건 공고들에 따른 편입학은 비록 재학생들에게 다소 수강환경의 불편을 초래할 수는 있을 지언정 진리의 탐구와 관련된 활동 그 자체를 방해하는 것은 아니라고 할 것이므로, 이 사건 공고들이 청구인들의 학문의 자유를 침해한다고 볼 것은 아니다.

(6) 그리고 청구인들이 주장하는 헌법 제10조의 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에게 적극적으로 요구할 수 있는 것을 내용으로 하는 것이라기보다는 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가 권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권적 성격을 가진다(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 32 참조). 따라서 이 사건 공고들로 인해 비록 안락하고 만족스러운 교육환경이 제공되지 않는다고 하더라도, 그것이 청구인들의 행동의 자유, 다시 말하여 자유롭게 자신이 원하는 대로 행동하고 원하지 않는 것을 행하지 않을 자유를 제한하지 않는 이상, 행복추구권의 침해 문제도 발생할 여지가 없다.

(7) 나아가 헌법 제31조 제1항에 의해서 보장되는 교육을 받을 권리는 교육영역에서의 기회균등을 내용으로 한다. 즉, 능력이 있으면서도 여러 가지 사회적·경제적 이유로 교육을 받지 못하는 일이 없도록, 국가가 재정능력이

허용하는 범위 내에서 가능하면 모든 국민에게 취학의 기회가 골고루 돌아가게끔 그에 필요한 교육시설 및 제도를 마련할 의무를 지게 하기 위한 것이 바로 이 교육을 받을 권리이다.

그러나 교육을 받을 권리는 국민이 국가에 대해 직접 특정한 교육제도나 학교시설을 요구할 수 있음을 뜻하지는 않으며(헌재 2000. 4. 27. 98헌가16등, 판례집 12-1, 427, 449 참조), 더구나 자신의 교육환경을 최상 혹은 최적으로 만들기 위해 타인의 교육시설 참여 기회를 제한할 것을 청구할 수 있는 기본권은 더욱 아닌 것이다.

따라서 편입학조치에 수반하여 학교 여건에 따라 교수 정원 및 교육시설을 확충하거나 주·야간제 또는 계절제를 운영하는 등 재학생들의 정상적인 교육에 별 지장이 없도록 갖가지 시책을 강구하도록 요구할 여지는 있을지 모르나, 기존의 재학생들에 대한 교육환경이 상대적으로 열악해질 수 있음을 이유로 새로운 편입학 자체를 하지 말도록 요구하는 것은, 본래 균등한 취학기회 보장을 목표로 하는 교육을 받을 권리의 내용으로는 포섭할 수 없다고 보아야 한다. 그렇다면 그러한 편입학시험에 관한 이 사건 공고들 자체가 직접 청구인들의 교육을 받을 권리를 침해할 가능성은 인정되지 않는다.

(8) 마지막으로, 청구인들은 이 사건 공고들이 고등교육법시행령 제29조 제2항 제3호를 위반한 것이라고 주장하고 있다. 가사 그러한 주장을 받아들여더라도, 위 조항에 의해 막바로 교육대학교 재학생들에게 가령 ‘학칙에서 정한 입학생 또는 편입생 정원 범위 내에서만 수업을 받을 권리’ 등이 부여된다든가 기타 법률상 이익이 인정되는 것은 아니다(대구지방법원 2002. 6. 27. 선고 2001구10906 판결; 청주지방법원 2002. 7. 11. 선고 2001구1936 판결 등 참조). 결국 청구인들은 위 조항의 위반 여부에 관하여 단지 사실적·반사적 이익을 가지는 데 그치는 것으로 볼 것이다. 그러므로 이 사건 공고들이 위 조항을 위반하였다고 하여 곧 청구인들의 기본권을 침해할 가능성이 있다고 인정할 수 없다.

(9) 그렇다면, 결국 이 사건 공고들로 인하여 청구인들이 직접 기본권을 침해당할 가능성이 있다고 볼 수 없으므로, 그 취소를 구하는 청구인들의 심판 청구는 부적법하다.

4. 결 론

따라서 청구인들의 심판청구를 모두 각하하기로 하여 관여 재판관 전원의

일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

[별 지]

청구인(선정당사자) 노훈주의 선정자 명단 생략
청구인(선정당사자) 문석호의 선정자 명단 생략
청구인(선정당사자) 최고봉의 선정자 명단 생략
청구인(선정당사자) 이선희의 선정자 명단 생략
청구인(선정당사자) 한희경의 선정자 명단 생략
청구인(선정당사자) 최수경의 선정자 명단 생략
청구인(선정당사자) 장미선의 선정자 명단 생략

학원의설립·운영및과외교습에관한법률 제13조 제1항 등 위헌확인

(2003. 9. 25. 2002헌마519 전원재판부)

【판시사항】

1. 학원강사로 하여금 일정한 자격을 갖추도록 하면서 그 자격기준을 대통령령으로 정하도록 규정한 학원의설립·운영및과외교습에 관한법률(이하 ‘학원법’이라고 한다) 제13조 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)이 위임입법의 명확성을 구비하고 있는지 여부(적극)

2. 학원강사의 자격제를 설정한 이 사건 법률조항 및 그 위임에 따라 ‘대학 졸업 이상의 학력 소지자일 것’을 일반학원 강사의 자격기준 중 하나로 규정한 동법시행령 제12조 제2항과 그에 따른 별표 2의 일반학원 자격기준 항목 제2호(이하 모두 합쳐 ‘이 사건 심판대상 조항들’이라고 한다)가 대학 재학 이하 학력 소지자의 직업선택의 자유 이외에 행복추구권도 제한하고 있다고 볼 것인지 여부(소극)

3. 이 사건 심판대상 조항들에 의한 직업선택의 자유 제한이 과잉금지의 원칙을 위반하고 있는지 여부(소극)

4. 이 사건 심판대상 조항들이 학원강사라는 직업선택에 있어 대학 재학 이하의 학력 소지자를 차별함으로써 헌법상의 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 법률조항은 학원강사의 자격에 관한 입법위임을 하면서 그 자체로 위임의 구체적 기준이나 범위를 한정하고 있지는 아니하나, 위 법률의 입법목적과 여러 규정들을 상호 유기적·체계적 관련 하에서 파악하여 볼 때 학원강사로 하여금 학습자에게 평생교육의 일환으로서 필요한 지식·기술·예능을 교습하기에 적합한 자질과 능력을 갖추도록 하기 위하여 학력, 교습과정에 대한 전문지식

또는 기술·기능, 교습경력 등과 같은 요소들을 기준으로 한 자격기준이 위임입법에 규정될 것임을 능히 예측할 수 있으므로, 이 사건 법률조항은 위임조항의 내재적 위임의 범위와 한계를 객관적으로 확정할 수 있는 경우에 해당하여 위임입법의 명확성을 구비하고 있다.

2. 이 사건 심판대상 조항들과 같이 어떠한 법령이 수범자의 직업의 자유와 행복추구권 양자를 제한하는 외관을 띠는 경우 두 기본권의 경합 문제가 발생하는데, 보호영역으로서 ‘직업’이 문제되는 경우 직업의 자유와 행복추구권은 서로 특별관계에 있어 기본권의 내용상 특별성을 갖는 직업의 자유의 침해 여부가 우선하므로, 행복추구권 관련 위헌 여부의 심사는 배제된다고 보아야 한다. 이를 학원강사로서의 교습행위와 관련하여 보면, 직업의 자유는 ‘생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 계속적인 소득활동으로서의 교습행위’를 자유롭게 행할 자유를 의미하고, 행복추구권은 일반적 행동의 자유에 속하는 것으로서 ‘생활수단성’과 ‘계속성’이라는 개념표지를 결합하여 단지 일시적·일회적이거나 무상으로 가르치는 행위를 보호영역으로 하는 권리라고 말할 수 있다. 따라서 이 사건에 있어 문제되는 학원강사로서의 교습행위가 직업의 자유의 보호영역에 포함되는 이상 이 사건 심판대상 조항들로 인한 기본권침해는 직업의 자유에 한하여 문제된다.

3. 이 사건 심판대상 조항들은 일반학원의 강사라는 직업의 개시를 위한 주관적 전제조건으로서 ‘대학 졸업 이상의 학력 소지’라는 자격기준을 갖추도록 요구함으로써 직업선택의 자유를 제한하고 있고, 그와 같은 제한이 헌법상 용인될 수 있기 위하여는 기본권제한의 한계원리인 과잉금지의 원칙에 위배되지 않아야 하는데, 이 사건의 경우는 다음과 같은 이유로 기본권제한의 한계가 준수되고 있다. 먼저 이 사건 심판대상 조항들을 통하여 달성하고자 하는 입법목적은 자질 미달의 강사가 가져올 부실교육 등의 폐단을 미연에 방지함으로써 양질의 교육서비스를 확보하고 교육소비자를 보호하며, 국가 전체적으로 평생교육을 성공적으로 실현하고자 하는 것으로서, 그 목적의 정당성을 인정할 수 있고, 학원에서 교습을 담당하는 강사의 자질과 능력은 학원교육의 질을 좌우하는 요소로서 특히 중요할 것인데, 학원의 설립·운영을 규율하는 법령에 일정 수준의 학력

과 같은 강사의 자격기준을 명시적으로 정해 놓고 일괄적으로 통제하는 것은 학원시장의 질서를 효율적으로 규율하는 방법의 하나로서 위와 같은 제한목적의 달성에 기여하는 수단으로서의 적합성이 있다고 볼 것이며, 나아가 이 사건 심판대상 조항들이 요구하는 자격기준을 갖추지 못한 사람이 당장 일반학원의 강사라는 직업을 선택할 수 없는 제한을 받게 된다 하더라도, 그로 인한 불이익은 학원교육의 질적 수준을 보장하여 교육소비자를 보호하고 국가 전체적으로 평생교육을 성공적으로 실현한다는 공동체이익을 능가할 정도로 심각하다고 보이지 아니하므로, 충돌하는 법익 상호간의 균형성도 구비되어 있으며, 자질과 능력을 갖춘 강사를 확보하여 학원교육의 질을 높이거나 유지하는 방법으로서 이 사건 심판대상 조항들과 같이 일률적으로 자격기준을 설정하여 통제하는 방식만큼의 효과를 거둘 만한 다른 제도나 절차를 쉽게 찾아보기 어려우므로 최소침해의 원칙도 문제되지 않는다.

4. 학원강사라는 직업 선택과 관련하여 대학 재학생과 대학 졸업생을 차별취급하는 것을 정당화하는 합리적 근거가 있는지 여부에 관하여 보건대, 이 사건 심판대상 조항들이 대학 졸업 이상의 학력을 요구하고 있는 것은 적어도 대학을 졸업한 자라야 대학에서의 다채로운 경험과 교육을 통해 기본적 소양과 전공 및 관련 분야의 지식을 습득하고 성인으로서의 인생관과 세계관을 정립함으로써 학원강사로서 필요한 자질과 능력을 어느 정도 갖춘 것으로 인정할 수 있다는 관념에 기초한 것으로서, 앞서 본 제한목적의 달성에 적합한 기준의 설정이라고 볼 수 있고, 학업을 병행하여야 하는 대학 재학생의 경우 학원강사로서의 직업의식과 책임감이 대학 졸업 후 고정된 생활수단으로서 학원강사라는 직업을 선택하는 사람에 미치지 못할 개연성을 배제하기 어려우며, 다른 한편으로 대학 재학생은 시행령 소정의 고습경력을 쌓은 다음 학원강사가 될 수 있을 뿐만 아니라 자격에 제한이 없는 개인 과외교습을 통해 생활의 기본적 수요를 충족하는 길이 열려 있기도 하므로, 개인차를 전제로 하지 않고 일률적인 학력 기준에 따라 자격통제를 시행함으로써 학원교육의 질을 확보하고자 하는 입법자의 조치는 정당한 차별 목적을 위한 합리적인 수단을 강구한 것으로서 그 정당성을 인정하여야 할 것이므로, 이

사건 심판대상조항은 평등원칙에 위배되지 않는다.

재판관 운영철, 재판관 김영일, 재판관 권 성, 재판관 송인준, 재판관 전효숙의 위헌의견

이 사건 법률조항은 그 문언 자체로 볼 때 도무지 입법으로써 어떠한 범위에서 무엇을 기준으로 강사의 자격기준을 정할 것인지를 제시하지 아니한 채 그에 대한 규율 일체를 하위법규인 대통령령에 백지위임하고 있고, 관련 법조항을 유기적·체계적으로 살펴봐도 그 구체적인 자격기준으로 삼을 만한 어떠한 단서도 찾아볼 수 없다. 그 결과 강사의 자격기준을 정하는 위임입법에서 다른 직종과 유사하게 소정의 자격시험을 통과할 것을 요건으로 할 것인지, 아니면 교습과정과 관련한 학력이나 지식·기술 등의 구비 여부를 위주로 자격요건을 정할 것인지, 그도 아니면 단지 추상적으로 무형의 인격적 자질 따위를 요구하는데 그칠 것인지 도무지 예측할 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되므로 그에 근거하여 학원강사의 구체적인 자격기준을 규정하고 있는 하위법규인 이 사건 시행령조항 또한 헌법에 위반된다.

【심판대상조문】

학원의설립·운영및과외교습에관한법률(2001. 4. 7. 법률 제6463호로 최후 개정된 것) 제13조(강사등) ① 학원에서 교습을 담당하는 강사는 대통령령이 정하는 자격을 갖춘 자이어야 한다.

②, ③ 생략

학원의설립·운영및과외교습에관한법률시행령(2001. 7. 7. 대통령령 제17296호로 최후 개정된 것) 제12조 (강사) ① 생략

② 법 제13조 제1항의 규정에 의한 학원강사의 자격기준은 별표 2와 같다.

③ 삭제

[별표 2] 학원강사의 자격기준(제12조 제2항 관련)

일반학원 자격기준

1. 생략
2. 대학 졸업 또는 이와 동등 이상의 학력이 있는 자
- 3.~9. 생략

【참조조문】

헌법 제10조, 제11조 제1항, 제15조, 제75조

헌법재판소법 제68조 제1항

학원의설립·운영및과의교습에관한법률(2001. 4. 7. 법률 제6463호로 최후 개정된 것)
제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “학원”이라 함은 사인이 대통령령이 정하는 수 이상의 학습자에게 30일 이상의 교
습과정(교습과정의 반복으로 교습일수가 30일 이상이 되는 경우를 포함한다. 이하
같다)에 따라 지식·기술(기능을 포함한다. 이하 같다)·예능을 교습하거나, 30일
이상 학습장소로 제공되는 시설로서 다음 각목의 1에 해당하지 아니하는 시설을 말
한다.

가. 교육법 기타 법령에 의한 학교

나. 도서관 및 박물관

다. 사업장등의 시설로서 소속직원의 연수를 위한 시설

라. 평생교육법에 의하여 인가·등록·신고 또는 보고된 평생교육시설

마. 삭제

바. 근로자직업훈련촉진법에 의한 직업능력개발훈련시설 기타 평생교육에 관한 다른
법률에 의하여 설치된 시설

사. 도로교통법에 의한 자동차운전학원

2.~5. 생략

학원의설립·운영및과의교습에관한법률시행령(2001. 7. 7. 대통령령 제17296호로 최후
개정된 것)

[별표 2] 학원강사의 자격기준 중 ‘일반학원 자격기준’

1. 초·중등교육법 제21조의 규정에 의한 교원의 자격을 소지한 자

2. 대학졸업자 또는 이와 동등 이상의 학력이 있는 자

3. 국가기술자격법에 의한 교습과목과 동일한 종목의 기술사·기능장·기사 및 산업기
사의 자격증을 소지한 자

4. 국가기술자격법에 의하여 교습과목과 동일한 종목의 기능사의 자격증 소지자로서 3
년 이상의 실무경력이 있는 자

5. 기타 다른 법령에 의하여 면허증 또는 자격증 등을 소지한 자로서 제3호 및 제4호
의 규정에 상응하는 자격이 있다고 교육감이 인정하는 자

6. 전문대학 졸업자 또는 이와 동등 이상의 학력이 있는 자로서 교습하고자 하는 부문
에 2년 이상 전임으로 교습한 경력이 있거나, 고등학교 졸업자 또는 이와 동등 이
상의 학력이 있는 자로서 교습하고자 하는 부문에 4년 이상 전임으로 교습한 경력
이 있는 자

7. 국가 또는 지방자치단체 등 공공기관이 주관 또는 후원하는 전국규모의 각종 기능
경기대회에서 교습하고자 하는 부문에 입상한 실적이 있는 자

8. 중요무형문화재 보유자(시·도 무형문화재 보유자를 포함한다) 등 전통공예 또는

- 예능의 기·예능 보유자로서 교육감이 인정하는 자
9. 대학 졸업 이상의 학력이 있는 외국인으로서 출입국관리법 제10조 및 동법시행령 제12조의 규정에 의한 해당 체류자격이 있거나 동법 제20조 및 동법시행령 제25조의 규정에 의하여 당해 교습활동에 관한 체류자격 외의 활동허가를 받은 자

【참조판례】

1. 현재 1996. 6. 30. 92헌마61, 판례집 6-1, 680
현재 1997. 3. 27. 94헌마277, 판례집 9-1, 404
현재 1997. 9. 25. 96헌마133, 판례집 9-2, 410
2. 현재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11
현재 1991. 7. 8. 91헌가4, 판례집 3, 336
현재 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53
현재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562
현재 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 141
현재 1998. 11. 26. 97헌바31, 판례집 10-2, 650
현재 2001. 1. 18. 98헌바75등, 판례집 13-1, 1
현재 2001. 11. 29. 2000헌바95, 판례집 13-2, 660
현재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616
현재 2003. 4. 24. 2002헌가15, 공보 80, 373
3. 현재 1989. 11. 20. 89헌가102, 판례집 1, 329
현재 1993. 5. 13. 92헌바80, 판례집 5-1, 365
현재 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 141
현재 2000. 4. 27. 98헌가106등, 판례집 12-1, 427
현재 2002. 9. 19. 2000헌바84, 판례집 14-2, 268
4. 현재 1995. 9. 28. 92헌가11등, 판례집 7-2, 264
현재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90
현재 1999. 9. 16. 98헌마310, 판례집 11-2, 373
현재 2002. 9. 19. 2000헌바84, 판례집 14-2, 268

【당 사 자】

청 구 인 김 정 욱
국선대리인 변호사 최 욱

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 경희대학교에 재학 중인 학생으로서 2002년 여름방학을 이용하여 고등학생들을 가르치는 입시학원의 강사로 일하여 학비와 생활비를 마련하고자 하였으나, 일반학원 강사의 자격기준으로서 대학 졸업 이상의 학력을 갖추도록 요구하고 있는 학원의설립·운영및과외교습에관한법률(이하 ‘학원법’이라고만 한다) 제13조 제1항 및 동법시행령 제12조 제2항과 그에 따른 별표 2의 일반학원 자격기준 항목 제2호의 규정으로 인하여 학원강사가 될 수 없었다.

이에 청구인은 이들 조항들이 청구인의 직업의 자유, 평등권, 행복추구권을 침해하여 위헌이라고 주장하며 2002. 8. 3. 헌법재판소법 제68조 제1항에 따라 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

(1) 심판대상의 확정

청구인은 청구취지에서 학원법(2001. 4. 7. 법률 제6463호로 최후 개정된 것) 제13조 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고만 한다) 및 동법시행령(2001. 7. 7. 대통령령 제17296호로 최후 개정된 것) 제12조 제2항과 그에 따른 별표 2의 일반학원 자격기준 항목 제2호(이하 별표 해당항목까지 합쳐 ‘이 사건 시행령조항’이라고만 한다)의 각 규정을 모두 심판의 대상으로 삼고 있으나, 청구이유에서는 이 사건 법률조항이 규정하는 학원강사의 자격제 설정 자체가 위헌이라고 주장하지는 않고 단지 이 사건 시행령조항에서 대학 졸업 이상의 학력을 일반학원 강사의 자격기준의 하나로 규정함으로써 대학 재학 중인 청구인으로 하여금 학원강사로 취업할 수 없도록 한 것이 청구인의 기본권을 침해하였다고 주장하면서 이 사건 법률조항을 이 사건 시행령조항과 함께 기본권침해의 원인규정으로 들고 있을 뿐이다.

헌법재판소는 청구인의 심판청구서에 기재된 피청구인이나 청구취지에 구애됨이 없이 청구인의 주장요지를 종합적으로 판단하여야 하며 청구인이 주장하는 침해된 기본권과 침해의 원인이 되는 공권력을 직권으로 조사하여 피청구인과 심판대상을 확정하여 판단하여야 하는 것이므로(1993. 5. 13. 91헌마 190, 판례집 5-1, 312 참조), 이 사건에 있어 수권법률인 이 사건 법률조항까지 심판대상으로 삼을 것인지, 아니면 심판대상을 이 사건 시행령조항으로 한

정할 것인지가 문제된다.

살피건대, 이 사건 법률조항은 학원강사에 대한 자격기준을 설정한 수권법률이고, 이 사건 시행령조항은 이 사건 법률조항의 위임에 따라 구체적인 자격기준을 규정한 하위명령으로서 그 규율의 근거를 이 사건 법률조항에 두고 있어 이 사건 법률조항을 떠나서는 존재할 수 없으므로, 이 사건 법률조항과 시행령조항이 합쳐져서 청구인이 주장하는 기본권침해의 원인이 되는 공권력 행사를 이루고 있다고 봄이 상당하다. 따라서 이 사건 소원심판의 대상은 이 사건 법률조항과 이 사건 시행령조항 모두(이하 합쳐 ‘이 사건 심판대상 조항들’이라고만 한다)라고 할 것이다.

(2) 심판대상 조항들의 규정 내용

(가) 이 사건 법률조항

학원법 제13조(강사등) ① 학원에서 교습을 담당하는 강사는 대통령령이 정하는 자격을 갖춘 자이어야 한다.

②, ③ 생략

(나) 이 사건 시행령조항

학원법시행령 제12조(강사) ① 생략

② 법 제13조 제1항의 규정에 의한 학원강사의 자격기준은 별표 2와 같다.

[별표 2] 학원강사의 자격기준

일반학원 자격기준 2. 대학 졸업 또는 이와 동등 이상의 학력이 있는 자
1, 3 내지 9 생략

(3) 관련규정

(가) 학원법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. 학원이라 함은 사인이 대통령령이 정하는 수 이상의 학습자에게 30일 이상의 교습과정(교습과정의 반복으로 교습일수가 30일 이상이 되는 경우를 포함한다. 이하 같다)에 따라 지식·기술(기능을 포함한다. 이하 같다)·예능을 교습하거나, 30일 이상 학습장소로 제공되는 시설로서 다음 각목의 1에 해당하지 아니하는 시설을 말한다.

가. 교육법 기타 법령에 의한 학교

나. 도서관 및 박물관

다. 사업장 등의 시설로서 소속직원의 연수를 위한 시설

라. 평생교육법에 의하여 인가·등록·신고 또는 보고된 평생교육시설

마. 삭제

- 바. 근로자직업훈련촉진법에 의한 직업능력개발훈련시설 기타 평생교육에 관한 다른 법률에 의하여 설치된 시설
- 사. 도로교통법에 의한 자동차운전학원

2. 내지 5. 생략

(나) 학원법시행령 [별표 2] 학원강사의 자격기준 중 ‘일반학원 자격기준’

1. 초·중등교육법 제21조의 규정에 의한 교원의 자격을 소지한 자
3. 국가기술자격법에 의한 교습과목과 동일한 종목의 기술사·기능장·기사 및 산업기사의 자격증을 소지한 자
4. 국가기술자격법에 의하여 교습과목과 동일한 종목의 기능사의 자격증 소지자로서 3년 이상의 실무경력이 있는 자
5. 기타 다른 법령에 의하여 면허증 또는 자격증 등을 소지한 자로서 제3호 및 제4호의 규정에 상응하는 자격이 있다고 교육감이 인정하는 자
6. 전문대학 졸업자 또는 이와 동등 이상의 학력이 있는 자로서 교습하고자 하는 부문에 2년 이상 전임으로 교습한 경력이 있거나, 고등학교 졸업자 또는 이와 동등 이상의 학력이 있는 자로서 교습하고자 하는 부문에 4년 이상 전임으로 교습한 경력이 있는 자
7. 국가 또는 지방자치단체 등 공공기관이 주관 또는 후원하는 전국규모의 각종 기능경기대회에서 교습하고자 하는 부문에 입상한 실적이 있는 자
8. 중요무형문화재 보유자(시·도 무형문화재 보유자를 포함한다) 등 전통 공예 또는 예능의 기·예능 보유자로서 교육감이 인정하는 자
9. 대학 졸업 이상의 학력이 있는 외국인으로서 출입국관리법 제10조 및 동법시행령 제12조의 규정에 의한 해당 체류자격이 있거나 동법 제20조 및 동법시행령 제25조의 규정에 의하여 당해 교습활동에 관한 체류자격 외의 활동허가를 받은 자

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견 요지

가. 청구인의 주장

(1) 청구인과 같은 대학 재학생의 경우에는 이 사건 시행령조항 별표 2의 다른 항목에 규정된 자격기준을 취득하지 못하는 한 일반학원의 강사가 될 수 없게 되어 있으므로 이 사건 심판대상 조항들은 청구인의 직업선택의 자유를 제한하고 있다. 그런데 공공복리 등을 이유로 직업선택의 자유를 제한하는 경우에도 그 제한은 합리적 기준에 의한 최소한에 머물러야 할 것임에도 이 사건 심판대상 조항들은 강사 지방자들의 개인적 자질과 능력을 도외시한

채 모든 일반학원에 일률적인 자격기준을 임의로 설정해 놓고 있을 뿐만 아니라, 중고생에 대한 개인 과외교습이나 다름없는 입시학원에서의 대학 재학생에 의한 교습행위를 원천 봉쇄하고 있어 기본권 제한의 한계를 뜻하는 헌법상의 과잉금지의 원칙에 반한다.

(2) 또 이 사건 심판대상 조항들은 개인적 자질과 능력에 따라서는 대학 재학생이더라도 졸업생보다 더 뛰어난 교습능력을 가지고 있을 수 있음에도 일률적으로 대학 재학생의 학원강사 자격을 부인함으로써 대학 졸업생에 비하여 재학생을 합리적 사유 없이 차별하고 있어 헌법상의 평등원칙에 위배된다.

(3) 나아가 이 사건 심판대상 조항들은 청구인으로부터 학원강사라는 직업 활동을 통하여 스스로 학비와 생활비를 벌고 자아실현을 할 기회를 박탈함으로써 헌법상 보장된 청구인의 행복추구권도 침해하고 있다.

나. 교육인적자원부장관의 의견

(1) 적법요건과 관련하여

(가) 청구인이 주장하는 기본권 침해의 사유가 발생한 것은 현행 학원법시행령이 공포된 1999. 5. 10.이라고 볼 것인데, 이 사건 헌법소원심판청구는 그때로부터 헌법재판소법 제69조 제1항 소정의 기간이 경과된 후에 제기되어 부적법하다.

(나) 헌법상의 직업선택의 자유에 의하여 보호되는 직업은 그 개념상 지속적인 소득활동이어야 하는데, 청구인과 같이 방학기간 중 일회적·일시적으로 학원에서 교습하는 행위는 그 보호영역에 속하지 않는다고 보아야 하므로, 이 사건 헌법소원심판청구는 기본권 침해의 직접성 및 자기관련성을 흠결하여 부적법하다.

(2) 본안에 관하여

(가) 학원법에 의하여 규율되는 학원은 교육시설의 하나로서 그 교습담당자인 강사로 하여금 일정한 자격을 갖추도록 한 것은 우리나라 전체 교육구조 속에서 학원교육이 차지하는 비중에 비추어 볼 때 정당한 조치이다. 특히 일반학원 강사의 자격기준 중의 하나로 대졸 이상의 학력 소지자를 규정하는 것은 일반 영업행위와 성질을 달리하는 학원교육의 자주성, 전문성을 보장하고 학습자로 하여금 양질의 교육서비스를 받도록 하기 위한 것이고, 학원법시행령에서 위 자격기준 이외에도 다양한 형태로 학원강사의 자격기준을 정하고 있는 이상, 이를 두고 과잉금지의 원칙에 반하여 청구인의 직업선택의 자유를 침해하였다고 볼 수 없다.

(나) 아울러 개인 과외교습과 달리 학원은 다수의 교습자에 의하여 불특정·다수의 학습자를 상대로 한 교습이 이루어지는 교육시설로서 그 교육의 공공성을 기하지 않을 수 없고, 이 사건 시행령조항이 대졸 이상의 학력을 학원강사의 자격요건으로 규정한 것은 학부모와 그 자녀들의 교육을 받을 권리 및 행복추구권을 보장하기 위한 것이므로 대학 재학생인 청구인에게 학원강사로서의 자격을 인정하지 아니한 것이 헌법상의 평등원칙에 반한다거나 청구인의 행복추구권을 침해하였다고 볼 수 없다.

3. 적법요건에 관한 판단

가. 자기관련성 구비 여부

(1) 헌법재판소법 제68조 제1항에 기한 헌법소원은 문제가 된 공권력작용의 직접적인 상대방만이 청구인적격을 갖게 되어 그 공권력작용에 단지 간접적, 사실적 또는 경제적 이해관계가 있을 뿐인 제3자 또는 그 공권력작용으로 인하여 반사적으로 불이익을 받은 자에게는 자기관련성이 인정되지 아니하여 그 청구가 부적법하게 된다(헌재 1996. 6. 30. 92헌마61, 판례집 6-1, 680, 684; 헌재 1997. 3. 27. 94헌마277, 판례집 9-1, 404, 409 참조).

이 사건과 같이 법령에 의한 기본권침해가 문제되는 경우 위와 같은 자기관련성의 구비 여부는 무엇보다 법의 목적 및 실질적인 규율대상, 법규정에서의 제한이나 금지가 사인에게 미치는 영향이나 효과의 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하는바(헌재 1997. 9. 25. 96헌마133, 판례집 9-2, 410, 416 참조), 이를 위하여는 먼저 청구인이 과연 심판대상인 법령조항의 수범자에 해당하는지 여부를 확정하여야 하고, 만일 청구인이 그 법령조항의 직접적인 수범자가 아닌 제3자의 지위에 있다면 그에게 자기관련성을 인정할 만한 특별한 사정이 있는지 여부를 살펴보아야 할 것이다.

(2) 살피건대, 학원이나 교습소의 설립·운영에 관한 사항을 주된 규율대상으로 하는 학원법의 태도에 비추어 학원강사의 자격제에 관한 규정인 이 사건 법률조항의 수범자를 학원의 설립·운영자로 한정하여 볼 여지도 있으나, 학원법의 입법목적과 이 사건 법률조항의 문언 및 그 규율이 미치는 범위와 효과 등을 종합하여 보면 이 사건 법률조항은 학원의 설립·운영자뿐만 아니라 학원강사 또는 그 지망자도 수범자로 삼고 있다고 할 것이다. 즉, 학원의 건전한 발전을 도모함으로써 평생교육의 진흥에 이바지한다는 학원법의 입법 목적을 달성하기 위하여는 무엇보다 자질과 능력을 갖춘 강사에 의한 교습을 보장하는 것이 중요하다 할 것인데, 이 사건 법률조항은 이를 뒷받침하기 위

한 규정이라고 볼 수 있고, 또 이 사건 법률조항은 단지 학원강사가 소정의 자격을 갖추어야 한다고 규정하고 있을 뿐 학원의 설립·운영자가 자격 있는 강사를 채용 또는 사용하여야 한다는 식으로 규정하고 있지는 않으며, 더욱이 이 사건 법률조항에 따라 소정의 자격을 갖추지 못한 사람은 학원강사라는 직업을 가질 기회가 원천 봉쇄됨으로써 그의 직업선택의 자유가 제한된다는 중대한 결과를 가져온다는 점을 볼 때 이 사건 법률조항은 학원의 설립·운영자에 대하여는 영업의 방법을 규제함으로써 그 직업수행의 자유를 제한하는 한편, 또다른 수범자인 학원강사 또는 그 지망자에 대하여는 직접 직업선택의 자유를 제한하는 규정이라고 보아야 하므로, 결국 청구인에 대한 기본권 침해의 자기관련성이 인정된다 할 것이다.

나. 청구기간의 준수 여부

(1) 법령에 대한 헌법소원의 경우 당해 법령이 시행된 이후에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권침해를 받게 된 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 1년 이내에 청구하면 족하다(헌재 1993. 11. 25. 89헌마36, 판례집 5-2, 418, 424 참조).

(2) 이 사건에 관하여 보건대, 청구인은 그 주장에 따르면 이 사건 헌법소원을 청구하기 직전인 2002. 6.경 그 해 여름방학을 이용하여 학원강사로 일하려고 하다가 이 사건 심판대상 조항들로 인하여 취업이 좌절되었다는 것으로서, 달리 그 시기를 그 이전으로 앞당길 만한 사유나 자료를 찾아보기 어려우므로, 위 주장하는 시기를 기본권침해의 사유 발생일로 봄이 상당하고, 한편 기록에 의하면 청구인은 이 사건 심판청구서 제출에 앞서 2002. 6. 20. 국선대리인 선임신청을 하였음을 알 수 있는바, 그렇다면 이 사건에 있어 청구기간은 준수되었다고 볼 것이다(헌재 2000. 6. 29. 98헌마36, 판례집 12-1, 869, 876-877 참조).

4. 본안에 관한 판단

가. 학원교육제도와 강사자격에 대한 규제

(1) 평생교육으로서의 학원교육

(가) 헌법 제31조 제1항은 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다”라고 규정하여 국민의 교육을 받을 권리를 보장하면서, 동조 제5항에서 “국가는 평생교육을 진흥하여야 한다”고 규정하여 국가의 평생교육 진흥의무를 선언하고 있다. 이에 따라 평생교육에 관하여 규율하는 평생교육법은 평생교육의 개념을 “학교교육을 제외한 모든 형태의 조직적인 교

육활동”으로 정의하면서(동법 제2조 제1호) 평생교육시설을 ‘동법에 의하여 인가·등록·신고된 시설’과 ‘학원 등 다른 법령에 의한 시설’로 구분하고 있는바(동법 제2조 제3호), 이와 같이 학원은 평생교육을 담당하는 시설의 하나이다.

오늘날의 지식기반 산업화·정보화사회에 있어 교육내용이 획일적이고 교육기간도 유한한 학교교육은 학습자의 다양한 교육적 욕구를 충족하기 어렵다는 한계를 지닐 수밖에 없고, 정규의 학교교육을 마친 이후에도 취미활동이나 취업 등을 이유로 한 계속학습의 수요가 늘어나는 상황에서 사회교육·평생교육의 필요성이 강조되는 것은 자연스러운 현상이라고 할 수 있다. 그리하여 평생교육법이 규정하는 여러 교육시설에서 주로 비영리적 형태로 다양한 사회교육이 실시되고 있지만, 학원법이 규율하는 사설학원에서의 교육 역시 교습자 및 학습자의 수와 같은 양적인 측면에서나 교육내용의 수준과 같은 질적인 측면에서 학교 밖 교육을 대표하는 교육형태로 자리잡고 있는바, 이러한 학원교육은 사교육의 비대화라는 역기능에도 불구하고 학교교육에서 발생하는 초과 교육수요를 흡수하여 국가 전체적으로 교육의 효용성을 증대시키는 기능을 수행하고 있다. 특히 이 사건에서 문제되는 입시계 학원에서의 교육은 개별교육, 맞춤교육을 통해 학생들의 학습결손을 보충하거나 심화시킴으로써 교육기회의 실질적 평등에 기여하고 있다고 볼 수 있고, 예체능 분야의 학원은 학습자의 재능 개발과 정서 함양을 통해 개개인의 자아실현과 문화생활의 바탕을 제공해주고 있으며, 직업·기술 분야나 경영실무 또는 어학 분야의 학원들은 정규 학교교육을 통해 전문지식과 기술·기능을 배울 기회를 갖지 못하거나 학교에서의 전공교습만으로 심도 있는 지식과 기술을 얻지 못한 학습자로 하여금 다양한 분야의 심화된 지식·기술을 손쉽게 익힐 수 있게 함으로써 취업준비에 있어서나 재교육 등 자기충실의 과정에 있어 긍정적인 기능을 수행하고 있다.

(나) 이와 같은 사설학원은 기본적으로 영리를 추구하는 교육서비스업의 일종으로서, 학원을 중심으로 한 사교육시장은 사적 자치와 시장경쟁의 원리에 의하여 지배되고 있는 영역이고, 교육이 인간의 존엄과 가치를 실현하고 인격의 자유로운 발현을 위한 토대가 된다는 점에서 볼 때 가르치고 배우는 행위에 대한 규제는 기본적으로 바람직하지 않다고 볼 수도 있다. 그러나 학원이 사회교육기관으로서 교육이라는 공공재(公共財)적 성격을 지닌 재화를 공급함으로써 학교교육의 부족분을 보충해주는 공적 기능을 수행한다는 측면

과 만일 학원이 그와 같은 공적 책무를 망각하고 지나치게 영리만을 추구한다면 우리 사회의 뜨거운 교육열과 맞물려 과도한 사교육비 부담에 따른 가정경제의 압박과 그에 따른 국가경제 발전의 저해, 사회적 위화감 조성 등 갖가지 부작용을 초래할 우려가 크다는 점을 고려하여 볼 때 어느 정도 국가가 개입하여 규제·감독을 행하는 것은 불가피하다고 볼 수 있다. 이러한 국가의 규제·감독은 교육당국이 학원의 물적 시설과 설비, 설립·운영자 및 강사의 자질 또는 자격, 교습과정 및 교육내용 등에 대한 일정한 기준을 설정하여 통제함으로써 양질의 교육서비스를 보장하고 교육소비자를 보호하는 방향으로 이루어져야 할 것이다.

(2) 학원강사 자격에 대한 법적 규제

(가) 학원강사 자격제의 의의

학원의 교육환경은 학원의 시설·설비와 같은 물적 요소 및 학원의 운영자나 강사와 같은 인적 요소를 양대 축으로 하여 형성되는데, 그 중 실제 교육을 담당하는 강사의 자질과 능력은 학원교육의 질을 좌우하는 결정적 요소가 된다. 특히 전체 학원시장에서 차지하는 비중이 큰 입시계 학원의 경우 아직 신체적, 정신적으로 성숙하지 못한 미성년의 학생들을 주된 교습대상으로 하여 교과목에 관한 지식 전달에 그치지 않고 출결 점검을 비롯한 생활지도 및 장래 진로의 안내 등 학교교육에 버금가는 역할을 수행하고 있어 학생들에게 미치는 영향은 클 수밖에 없다. 따라서 만일 학원교육을 담당하는 강사의 자질과 능력을 규제하지 않고 시장의 자율적 조정에 맡길 경우 학원 운영자는 강사의 질적 수준을 도외시 한 채 ‘값 싼 강사’를 채용하여 이윤의 극대화를 추구하는 길을 택할 개연성이 크고, 반면에 교육소비자인 학부모와 학생들은 강사의 질적 수준에 대한 정보 부족 또는 학원측의 과장광고 등으로 인한 정보 왜곡으로 말미암아 적절한 강사를 선택할 기회를 얻지 못하게 될 것이다. 이러한 자격 미달 강사에 의한 학원시장질서의 교란은 부실교육을 불러와 양질의 교육서비스 확보와 교육소비자의 보호를 꾀하는 학원교육정책의 실패로 연결될 것인바, 여기에 학원강사로서의 직업의 개시 또는 계속수행을 위하여 소정의 자격을 요구하는 의의가 있다.

(나) ‘학력’ 관련 학원강사 자격기준의 주요 변천

1961. 9. 18. 법률 제719호로 ‘시설강습소에관한법률’이 제정되어 시설강습소의 설립·운영에 관하여 규율하기 시작한 이래 ‘학원의설립·운영에관한법률’(1989. 6. 16. 법률 제4133호)을 거쳐 현행의 학원법에 이르기까지 학원강사

의 자격기준에 대하여는 모법에서 대통령령에 구체적 규율을 위임하는 형식을 취하여 왔는데, 그 중 이 사건에서 문제되는 소정 학력을 기준으로 한 학원강사의 자격기준은, 당초 '전문대학 졸업자 또는 이와 동등 이상의 학력이 있는 자'로 되어 있던 것이 구 사설강습소에관한법률시행령이 1985. 3. 21. 대통령령 제11665호로 전문개정되면서 '전문대학 졸업자 또는 이와 동등 이상의 학력이 있는 자로서 교습과목과 같거나 유사한 과목을 전공한 자'로 변경되었다가, 그 뒤 구 학원의설립·운영에관한법률시행령이 1995. 12. 30. 대통령령 제14883호로 전문개정될 때 '대학 졸업자 또는 이와 동등 이상의 학력이 있는 자로서 교습과목과 같거나 유사한 과목을 전공한 자'로 바뀌면서 요건이 강화되었고, 다시 위 시행령이 1999. 5. 10. 대통령령 제16294호로 개정되면서 '대학 졸업자 또는 이와 동등 이상의 학력이 있는 자'로 그 요건이 다소 완화되어 현재에 이르고 있다.

(다) 이 사건 시행령조항이 규율하는 자격기준

1) 학원법시행령 제7조의2 및 그에 따른 별표 1에 의하면 학원법의 규율을 받는 학원은 분야별, 계열별, 교습과정별로 세분화되어 있으나, 학원강사의 자격기준을 규정하는 동법시행령 제12조 제2항에 따른 별표 2에는 초·중등 교사 자격증 소지자 등 9가지의 서로 이질적인 요건들이 특별한 분류기준 없이 병렬적으로 나열되어 있을 뿐 위와 같은 학원의 계열이나 교습과정에 일일이 대응하여 정해져 있지는 아니하고, 특히 이 사건 시행령조항은 일반학원강사의 자격기준 중 하나로서 대학 졸업 이상의 학력 소지자일 것을 규정하면서도 교습범위를 전공분야나 과목으로 제한하지 않고 있다. 따라서 위 별표 2의 규정을 문언 그대로 보면 대학 졸업자는 입시, 보충학습 또는 인문·사회 등 분야의 학원뿐 아니라 전문분야에 관한 직업기술이나 예능을 요하는 학원에서도 강사로서 교습행위를 할 수 있게 되는데, 이는 학원강사의 자격에 관하여 최소한의 공통적 자격기준만을 설정한 다음 사적 자치에 의한 강사의 채용과정에서 학원의 계열과 교습과정별로 자율적으로 자격기준이 적용되도록 함으로써 자격기준에 관한 법규범의 준수를 이끌어내려는 데 그 목적이 있다고 보인다.

2) 이 사건 시행령조항이 굳이 대학 졸업 이상의 학력을 자격기준의 하나로 규정하고 있는 것은 위와 같은 최소한의 규율이라고 볼 것인바, 이는 예전에 비해 대학 진학률이 현저히 높아진 오늘날의 교육현실 하에서 적어도 대학졸업자는 고등학교 때까지의 획일화된 교육내용에서 벗어나 다채로운 경험

및 교양과목 이수 등의 학업 수행을 통해 사회생활을 위한 기본적 소양을 기르고 전공 및 관련 분야의 지식도 일정 수준 이상으로 같고 닦게 될 뿐만 아니라 성인으로서의 인생관과 세계관도 정립하게 되어 학원강사로서 수강생들을 지도·교습하는 데 필요한 자질과 능력을 어느 정도 갖춘 것으로 보아 무리가 없다는 관념에 터잡고 있는 것으로 보인다.

나. 재판관 하경철, 재판관 김효종, 재판관 김경일, 재판관 주선회의 의견

(1) 위임입법의 명확성 구비 여부

(가) 문제의 소재

이 사건 법률조항은 대통령이 정하는 자격을 갖춘 자에 한하여 학원강사가 될 수 있도록 규정함으로써 학원강사에 대하여 일종의 자격제에 의한 진입규제를 설정하고 있고, 이에 따라 학원법시행령 제12조 제2항과 그에 따른 별표 2는 일반학원의 경우 9종류의 다양한 자격기준들을 정하고 있다. 이러한 자격기준의 설정은 비록 소정의 면허 취득 또는 자격시험의 통과 등 대부분의 전문직종에 존재하는 전형적인 자격제도와 동일하지는 않지만, 학원운영자의 입장에서는 무자격강사의 채용이 금지됨으로써 그의 직업행사의 자유를 제한받게 되고, 강사 또는 그 지망자에 대하여는 취업의 전제조건으로 소정의 자격이 요구되어 그의 직업선택의 자유가 제한받는 결과가 된다. 그런데 이 사건 법률조항은 그 문언상 학원강사의 자격기준에 관한 구체적 규율을 하위명령에 위임함에 있어 위임의 기준을 명시하지 않고 있어 과연 헌법 제75조가 요구하는 위임입법의 구체성·명확성을 구비한 수권법률인지 여부가 문제된다.

(나) 입법위임의 필요성과 한계기준

권력분립주의에 따른 의회입법의 원칙 내지 법치주의의 기본원리는 그 내포로서 입법부가 입법권한을 행정부 등 다른 국가기관에 위임하는 것을 금지한다. 그러나 현대 사회복지국가에 있어서는 사회현상이 복잡·다기해지고 전문적, 기술적 행정기능이 요구됨에 따라 그때 그때의 사회경제적 상황의 변화에 대하여 신속하고 적절히 대응할 필요성이 커지는 반면, 국회의 기술적·전문적 능력이나 시간적 적응능력에는 한계가 있기 때문에 국민의 권리·의무에 관한 것이라 하여 모든 사항을 국회에서 제정한 법률만으로 규정하는 것은 불가능하므로, 일정 사항에 관하여는 행정부에 입법권을 위임하는 것이 불가피하다.

그러나 입법권의 위임은 반드시 한정적으로 행해져야 한다. 그렇지 아니하

고 일반적이고 포괄적인 위임을 한다면 이는 사실상 입법권을 백지위임하는 것이나 다름없어 의회입법의 원칙이나 법치주의를 부인하는 결과가 되고 행정권에 의한 자의적인 기본권 침해를 초래할 위험이 있기 때문이다. 우리 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항...에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정하여 위임입법의 근거와 아울러 위임의 구체성·명확성을 요구하고 있다. 여기에서 위임의 구체성·명확성이란 함은, 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다는 것이다.

(다) 판 단

위임의 명확성의 정도 내지 예측가능성을 판단함에 있어서는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 한다(헌재 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 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 수는 없다(헌재 1995. 11. 30. 91헌바1 등, 판례집 7-2, 562, 591; 1998. 11. 26. 97헌바31, 판례집 10-2, 650, 662). 특히 이러한 위임의 명확성의 요구 정도는 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라져서, 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상되는 분야에서는 다른 분야에 비하여 상대적으로 입법위임의 명확성·구체성이 완화되어 요구된다(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 이 사건 법률조항은 학원강사의 자격에 관한 입법위임을 하면서 그 자체로 위임의 구체적 기준이나 범위를 한정하고 있지는 아니하다. 그러나 학원법에 의하여 규율되는 학원은 계열별·교습과정별로 수많은 종류가 있고, 사회가 변화하고 사회구성원의 교육적 수요가 다양해짐에 따라 학원의 교습내용과 종류에 대응한 학원강사의 유형이나 질적 수준 또한 변할 수밖에 없는데, 이처럼 다양하고 계속 변화해 가는 사실관계에 대하여는 행정입법에 의한 탄력적 규율이 보다 합리적이라 할 것이고, 위임의 명확성 역시 완화하여 요구할 필요가 있다. 그런데 학원법은, 학원의 건전한 발전을 도모하여 평생교육의 실현에 이바지함을 그 목적으로 하고 있고(제1

조), 학원은 학습자에게 교습과정에 따라 지식·기술(기능)·예능을 교습하는 시설을 뜻하는 것으로 학원의 개념을 정의하고 있으며(제2조 제1호), 학원의 설립·운영자는 강사의 연령·학력·전공과목 및 경력 등에 관한 인적 사항을 게시할 의무를 부담한다고 규정하고 있는바(제13조 제2항), 이와 같은 학원법의 입법목적과 여러 규정들을 상호 유기적·체계적 관련 하에서 파악하여 볼 때 학원강사로 하여금 학습자에게 평생교육의 일환으로서 필요한 지식·기술·예능을 교습하기에 적합한 자질과 능력을 갖추도록 하기 위하여 학력, 교습과정에 대한 전문지식 또는 기술·기능, 교습경력 등과 같은 요소들을 기준으로 한 자격기준이 위임입법에 규정될 것임을 능히 예측할 수 있다 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항은 위임조항의 내재적 위임의 범위와 한계를 객관적으로 확정할 수 있는 경우에 해당하여 위임입법의 명확성을 구비하고 있다.

(2) 직업선택의 자유 및 행복추구권 침해 여부

(가) 제한되는 기본권

1) 우리 헌법 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다”고 규정하여 직업의 자유를 국민의 기본권의 하나로 보장하고 있는바, 직업의 자유에 의한 보호의 대상이 되는 ‘직업’은 ‘생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 계속적 소득활동’을 의미하며 그러한 내용의 활동인 한 그 종류나 성질을 묻지 아니한다(헌재 1993. 5. 13. 92헌바80, 판례집 5-1, 365, 374).

이러한 직업의 개념표지들은 개방적 성질을 지녀 엄격하게 해석할 필요는 없으나, ‘계속성’과 관련하여서는 주관적으로 활동의 주체가 어느 정도 계속적으로 해당 소득활동을 영위할 의사가 있고, 객관적으로도 그러한 활동이 계속성을 띠 수 있으면 족하다고 해석되므로 휴가기간 중에 하는 일, 수습직으로서의 활동 따위도 이에 포함된다고 볼 것이고, 또 ‘생활수단성’과 관련하여서는 단순한 여가활동이나 취미활동은 직업의 개념에 포함되지 않으나 겸업이나 부업은 삶의 수요를 충족하기에 적합하므로 직업에 해당한다고 말할 수 있다.

이 사건에 있어 대학 재학생인 청구인은 여름방학을 이용하여 학원에서 강사로 일하고자 하였다고 주장하고 있고, 이에 대하여 이해관계인인 교육인적자원부장관은 방학기간 동안의 일시적·일회적 교습행위는 직업의 자유가 보호하는 직업의 범주에 속하지 않는다고 주장하고 있는바, 위에서 살펴본 ‘직업’의 개념에 비추어 보면 비록 학업 수행이 청구인과 같은 대학생의 본업이

라 하더라도 방학기간을 이용하여 또는 휴학 중에 학비 등을 벌기 위해 학원 강사로서 일하는 행위는 어느 정도 계속성을 띤 소득활동으로서 직업의 자유의 보호영역에 속한다고 봄이 상당하다.

2) 한편 이 사건에서 청구인은 이 사건 심판대상 조항들로 인하여 직업선택의 자유와 행복추구권이 침해되었다고 주장하고 있는바, 이와 같이 어떠한 법률규정이 직업의 자유와 행복추구권의 양자를 제한하는 외관을 띠는 경우 두 기본권의 경합 문제가 발생한다. 보호영역으로서 ‘직업’이 문제되는 경우 직업의 자유와 행복추구권은 서로 특별관계에 있어 기본권의 내용상 특별성을 갖는 직업의 자유의 침해 여부가 우선한다 할 것이므로, 행복추구권관련 위헌 여부의 심사는 배제된다고 보아야 한다. 이를 학원강사로서의 교습행위와 관련하여 보면, 직업의 자유는 ‘생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 계속적인 소득활동으로서의 교습행위’를 자유롭게 행할 자유를 의미하고, 행복추구권은 일반적 행동의 자유에 속하는 것으로서 ‘생활수단성’과 ‘계속성’이라는 개념표지를 결하여 단지 일시적·일회적이거나 무상으로 가르치는 행위를 보호영역으로 하는 권리라고 말할 수 있다(헌재 2000. 4. 27. 98헌가106 등, 판례집 12-1, 427, 455 참조).

따라서 이 사건에 있어 청구인이 주장하는 학원강사로서의 교습행위가 앞서 본 바와 같이 직업의 자유의 보호영역에 포함되는 이상 이 사건 심판대상 조항들로 인한 기본권침해는 직업의 자유에 한하여 문제된다 할 것이다.

(나) 판 단

1) 직업의 자유는 하나의 통일적인 생활과정으로서의 직업활동의 자유로서, 직업선택의 자유와 직업수행의 자유 및 직장선택의 자유 등을 포괄한다고 보는 것이 일반적이다. 그런데 이러한 직업의 자유도 무제한의 자유는 아니고 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보 아래 놓여 있어서 ‘국가안전보장·질서유지·공공복리’를 위하여 필요한 경우 법률로써 제한할 수 있는바, 그 경우 제한의 방법이 합리적이어야 함은 물론 과잉금지의 원칙에 위배되거나 권리의 본질적인 내용을 침해하여서는 아니된다(헌재 1989. 11. 20. 89헌가102, 판례집 1, 329, 336; 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 141, 154; 2002. 9. 19. 2000헌바84, 판례집 14-2, 268, 277 참조). 다만, 직업의 자유에 대한 제한이라고 하더라도 그 제한사유가 직업의 자유의 내용을 이루는 직업수행의 자유와 직업선택의 자유 중 어느 쪽에 작용하느냐에 따라 그 제한에 대하여 요구되는 정당화의 수준이 달라진다. 그리하여 직업의 자유에 대한 법적 규율이

직업수행에 대한 규율로부터 직업선택에 대한 규율로 가면 갈수록 자유계약의 정도가 상대적으로 강해져 입법제량의 폭이 좁아지게 되고, 직업선택의 자유에 대한 제한이 문제되는 경우에 있어서도 일정한 주관적 사유를 직업의 개시 또는 계속수행의 전제조건으로 삼아 직업선택의 자유를 제한하는 경우 보다는 직업의 선택을 객관적 허가조건에 걸리게 하는 방법으로 제한하는 경우에 침해의 심각성이 더 크므로 보다 엄밀한 정당화가 요구된다.

2) 이 사건 심판대상 조항들은 일반학원의 강사라는 직업의 개시를 위한 주관적 전제조건으로서 ‘대학 졸업 이상의 학력 소지’라는 자격기준을 갖추도록 요구함으로써 자격제 유사의 진입규제를 설정하는 방법으로 직업선택의 자유를 제한하고 있다. 이 때 그와 같은 제한이 헌법상 용인될 수 있기 위하여는 기본권제한의 한계원리인 과잉금지의 원칙에 따라 ‘대학 졸업 이상의 학력’이라는 자격기준을 갖추도록 요구하는 것이 학원법이 추구하는 공익의 달성을 위하여 적합하고, 또 기본권제약에 비추어 볼 때 필요하며, 제한목적과 적절한 비례관계를 유지하고 있어야 한다. 다만 과잉금지의 원칙을 적용함에 있어서도, 어떠한 직업분야에 관한 자격제도를 만들면서 그 자격요건을 어떻게 설정할 것인가에 관하여는 국가에게 폭넓은 입법제량권이 부여되어 있는 것이므로 다른 방법으로 직업선택의 자유를 제한하는 경우에 비하여 보다 유연하고 탄력적인 심사가 필요하다 할 것이다.

3) 위와 같은 입장에 서서 이 사건 심판대상 조항들에 의한 직업선택의 자유의 제한이 과잉금지의 원칙에 위배되는지 여부에 관하여 살펴본다.

먼저 기본권에 대한 제한은 입법자가 헌법적으로 허용되는 정당한 목적을 추구하는 경우에만 용인될 수 있는바, 이 사건 심판대상 조항들을 통하여 달성하고자 하는 입법목적이자 기본권에 대한 제한을 정당화하는 공익은, 사실학원의 영리 추구하고 결합한 자질 미달의 강사가 가져올 부실교육 등의 폐단을 미연에 방지하여 학원교육이 그 최소한의 공적 기능을 수행하도록 함으로써 양질의 교육서비스를 확보하고 교육소비자를 보호하며, 국가 전체적으로 평생교육을 성공적으로 실현하고자 하는 것으로서, 그 목적의 정당성을 인정할 수 있다.

다음으로 기본권제한의 수단·방법은 제한목적 달성에 적합하여야 한다. 학원에서 교습을 담당하는 강사의 자질과 능력은 학원의 물적 시설을 위시한 교육환경과 함께 학원교육의 질을 좌우하는 요소로서 특히 중요하다 할 것인바, 학원의 설립·운영을 규율하는 법령에 일정 수준의 학력과 같은 강사의

자격기준을 명시적으로 정해 놓고 일괄적으로 통제하는 것은 학원시장의 질서를 효율적으로 규율하는 방법의 하나로서 앞서 본 제한목적의 달성에 기여하는 수단으로서의 적합성이 있다고 볼 것이다.

또한 법률에 의하여 기본권을 제한함에 있어서도 그 제한의 목적을 달성하는 데 적합한 수단들 가운데 가장 권리침해가 적은 방법을 선택하여야 하는데, 그 경우 우선 제한의 수단들은 동등의 효과를 거둘 수 있는 것들이어야 한다는 전제가 충족되어야 한다. 자질과 능력을 갖춘 강사를 확보하여 학원교육의 질을 높이거나 유지하는 방법으로서는 이 사건 심판대상 조항들과 같이 일률적으로 자격기준을 설정하여 통제하는 방식 이외에도 누구나 자격제한 없이 학원강사가 될 수 있도록 하되 학원강사로서의 직업수행과정에서 개별적으로 자질과 능력을 검증하여 함량미달자를 퇴출시키는 방법도 생각해볼 수 있다. 그러나 그와 같은 방법은 매우 번잡한 절차를 필요로 할 뿐 아니라 자격기준에 의한 일률적 통제에 비하여 운영의 투명성을 기하기도 어려워 과연 자격기준 설정만큼의 효과를 거둘 수 있을지 의문이 아닐 수 없고, 그밖에 자격기준의 설정과 동등한 효과를 거둘 만한 제도나 절차를 쉽게 찾아보기 어렵다. 그러므로 결국 이 사건 심판대상 조항들에 의한 기본권제한과 관련하여 최소침해의 원칙은 문제되지 않는다 할 것이다.

끝으로 기본권제한의 입법수단이 추구하는 공익과 그 기본권제한의 정도 또는 침해되는 사익과의 사이에는 적절한 균형관계가 있어야 한다. 이 사건 심판대상 조항들이 요구하는 자격기준을 갖추지 못한 청구인이 당장 일반학원의 강사라는 직업을 선택할 수 없음으로써 생활유지의 수단이자 인격발현의 바탕이 되는 직업선택의 자유를 제한받게 된다 하더라도, 그로 인하여 청구인이 입는 불이익은 청구인의 신분과 이 사건 경위 등에 비추어 볼 때 학원교육의 질적 수준을 보장하여 교육소비자를 보호하고 궁극적으로 국가 전체적으로 평생교육을 성공적으로 실현한다는 공동체이익을 능가할 정도로 심각하다고 보이지 아니하므로, 위와 같은 충돌하는 법익 상호간의 균형성도 구비되어 있다고 볼 것이다.

따라서 이 사건 심판대상 조항들은 기본권제한의 한계를 준수하고 있다고 할 것이다.

(3) 평등원칙 위배 여부

(가) 이 사건 시행령조항은 대학 졸업 이상의 학력 소지자만이 일반학원의 강사가 될 수 있도록 하고 있으므로 학원강사로서의 직업선택이라는 면에서

청구인과 같은 대학 재학 이하의 학력 소지자와 대졸 이상의 학력 소지자를 차별취급하고 있다고 볼 수 있다.

우리 헌법은 제11조 제1항에서 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”고 규정하여 평등권을 보장하고 있다. 그러나 헌법 제11조 제1항이 규정하는 평등의 원칙은 결코 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것은 아니고, 법을 적용함에 있어서 뿐만 아니라 입법을 함에 있어서도 불합리한 차별을 하여서는 안된다는 상대적·실질적 평등을 뜻하는 것이므로 합리적 근거 없이 차별하는 경우 평등원칙에 반하게 된다(헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 102; 1999. 9. 16. 98헌마310, 판례집 11-2, 373, 377 참조). 여기서 합리적 근거가 없는 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 적정한 것이어야 하며, 이러한 요건을 갖추지 못한 입법은 헌법 제11조 제1항이 예정하고 있는 평등의 원칙에 반하는 위헌입법이 되는 것이다(헌재 1995. 9. 28. 92헌가11등, 판례집 7-2, 264, 280-281; 2002. 9. 19. 2000헌바84, 판례집 14-2, 268, 284).

(나) 이 사건에 있어 과연 대학 재학생과 대학 졸업생을 차별취급하는 것을 정당화하는 합리적 근거가 있는지 여부에 관하여 본다. 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 시행령조항은 소정의 학력 소지라는 일률적 기준에 의하여 학원 강사의 자질과 능력을 통제함으로써 양질의 교육서비스를 보장하고 교육소비자를 보호하는 데 그 목적이 있는바, 이는 대학 진학률이 현저히 높아진 오늘날의 교육현실을 전제로 적어도 대학을 졸업한 자라야 대학에서의 다채로운 경험과 교육을 통해 기본적 소양과 전공 및 관련 분야의 지식을 습득하고 성인으로서의 인생관과 세계관을 정립함으로써 학원강사로서 필요한 자질과 능력을 어느 정도 갖춘 것으로 인정할 수 있다는 관념에 기초한 것으로서, 위와 같은 목적의 달성에 적합한 기준의 설정이라고 볼 수 있다. 그리고 대학 재학생의 경우 학원강사로 일한다 하더라도 본업인 학업을 병행하여야 하는 관계로 직업의식과 책임감이 대학 졸업 후 고정된 생활수단으로서 학원강사라는 직업을 선택하는 사람에 미치지 못할 개연성을 배제하기 어려우며, 다른 한편

청구인과 같은 대학 재학생은 학원법시행령 별표 2의 일반학원 자격기준 항목 제6호에 따라 소정의 교습경력을 쌓은 다음 학원강사가 될 수 있을 뿐만 아니라 자격에 제한이 없는 개인 과외교습을 통해 생활의 기본적 수요를 충족하는 길이 열려 있기도 한 것이다.

따라서 구체적, 개별적으로 볼 때 대학 재학생이라도 졸업생 못지 않은 자질과 능력을 갖고 있을 수는 있지만, 앞서 본 바와 같이 이 사건 심판대상 조항들에 의한 직업선택의 자유에 대한 제한이 기본권제한의 한계를 준수하였다고 인정되는 터에 위와 같이 개인차를 전제로 하지 않고 일률적인 학력 기준에 따라 자격통제를 시행함으로써 학원교육의 질을 확보하고자 하는 입법자의 조치는 정당한 차별목적에 위한 합리적인 수단을 강구한 것으로서 그 정당성을 인정하여야 할 것이므로, 이 사건 시행령조항은 평등원칙에 위배되지 않는다.

(4) 결 론

그렇다면 이 사건 심판대상 조항들은 모두 헌법에 위반되지 아니한다.

다. 재판관 윤영철, 재판관 김영일, 재판관 권 성, 재판관 송인준, 재판관 전효숙의 의견

이 사건 법률조항은 강사로서 학원에서 교습을 담당하려면 일정한 자격을 갖추어야 한다고 규정하고 그 구체적인 자격의 내용과 한계에 대하여 어떠한 기준도 제시하지 아니한 채 그 자격설정의 일체를 하위법규인 대통령령에 포괄적으로 위임함으로써 헌법 제75조의 포괄위임금지의 원칙에 위배되어 헌법에 위반되고, 그에 따라 위 법률조항에 근거한 이 사건 시행령조항 또한 헌법에 위반된다고 판단되므로, 다음과 같은 반대의견을 개진하는 바이다.

헌법은 제75조에서 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”라고 규정하여 위임입법의 근거를 마련하는 한편, 대통령령으로 입법할 수 있는 사항을 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항으로 한정함으로써 위임입법의 범위와 한계를 제시하고 있다. 여기서 ‘법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항’이라 함은 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적이고 명확하게 규정되어 있어서, 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다는 것을 의미하며, 위임입법의 위와 같은 구체적·명확성의 요구 정도는 각종 법률이 규제하고자 하는 대상의 종류와 성질에 따라 달라질

것이지만, 특히 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정법규의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 한다(헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 판례집 3, 336, 341; 1994. 7. 29. 92헌바49 등, 판례집 6-2, 64, 101; 1995. 11. 30. 91헌바1 등, 판례집 7-2, 562, 591; 1998. 7. 16. 96헌바52 등, 판례집 10-2, 172, 196-197; 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 632-633; 2003. 4. 24. 2002헌가15, 공보 80, 373, 375-376). 또한 그 예측의 가능성유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고, 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다(헌재 2001. 1. 18. 98헌바75 등, 판례집 13-1, 1, 18-19, 21-23; 2001. 11. 29. 2000헌바95, 판례집 13-2, 660, 672).

그런데, 이 사건 법률조항은 대통령령이 정하는 자격을 갖춘 자에 한하여 학원강사가 될 수 있도록 규정함으로써 학원강사에 대하여 일종의 자격제에 의한 진입규제를 설정하고 있어, 이에 따라 학원운영자의 입장에서는 무자격 강사의 채용이 금지됨으로써 그의 영업의 자유를 제한받게 되고, 강사 또는 그 지망자에 대하여는 취업의 전제조건으로 소정의 자격이 요구되어 그의 직업선택의 자유를 제한받는 결과가 된다. 더구나 학원운영자의 입장에서는 무자격강사를 채용하여 위 조항을 위반하게 되면, 학원법 제17조에 의하여 학원등록의 말소, 1년 이내의 기간을 정한 교습의 전부 또는 일부 정지의 행정처분을 받게 되는 불이익을 입는다.

따라서 이 사건 법률조항을 통하여 입법자는 그 입법목적을 달성하기 위하여 청구인 등의 직업의 자유를 제한하게 되는 것이므로, 그 규정의 구체성과 명확성의 요구정도가 강화되어 위임입법을 함에 있어서 그 위임의 요건과 범위가 보다 제한적으로 규정되어야 한다.

그러나 이 사건 법률조항은 “학원에서 교습을 담당하는 강사는 대통령령이 정하는 자격을 갖춘 자이어야 한다”라고만 규정하여, 그 문언 자체로 볼 때, 도무지 입법으로써 어떠한 범위에서 무엇을 기준으로 강사의 자격기준을 정할 것인지 제시하지 아니한 채 그에 대한 규율 일체를 하위법규인 대통령령에 백지위임하고 있다. 그리고 관련 법조항을 유기적·체계적으로 살펴봐도 그 구체적인 자격기준으로 삼을 만한 어떠한 단서도 찾아볼 수 없다. 그 결과 강사의 자격기준을 정하는 위임입법에서 다른 직종과 유사하게 소정의

자격시험을 통과할 것을 요건으로 할 것인지, 아니면 교습과정과 관련한 학력이나 지식·기술 등의 구비 여부를 위주로 자격요건을 정할 것인지, 그도 아니면 단지 추상적으로 무형의 인격적 자질 따위를 요구하는 데 그칠 것인지 도무지 예측할 수 없다. 아울러 학원의 종류나 교습의 내용에 따라 전문적인 자격을 요하는지, 최소한의 어떠한 자격이 필요한지의 여부에 대하여도 아무런 제한이나 한계를 설정한 바도 없다. 이와 같은 사항은 위 법률조항으로 인하여 직업선택의 자유를 제한받는 청구인 등이 그 자격기준을 충분히 예측할 수 있도록 최소한 그 위임의 기준과 범위는 입법자가 스스로 규정하여야 함에도 불구하고, 이 사건 법률조항에서 강사의 자격을 설정함에 있어서 입법자는 자격제 자체만을 설정할 뿐, 그 자격기준 일체를 하위법규인 대통령령에 백지위임함으로써 헌법 제75조의 포괄위임금지의 원칙을 위반하고 있는 것이다.

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되므로 그에 근거하여 학원강사의 구체적인 자격기준을 규정하고 있는 하위법규인 이 사건 시행령조항 또한 헌법에 위반된다.

그렇다면 이 사건 법률조항 및 이 사건 시행령조항은 헌법에 위반되므로 위헌선언되어야 할 것이다.

5. 결 론

따라서 재판관 하경철, 재판관 김효종, 재판관 김경일, 재판관 주선회는 이 사건 심판대상 조항들 전체가 합헌이라는 의견이고, 재판관 윤영철, 재판관 김영일, 재판관 권 성, 재판관 송인준, 재판관 전효숙은 이 사건 법률조항 자체가 위헌이어서 그에 따라 이 사건 시행령조항 역시 위헌이라는 의견인바, 이와 같이 위헌론이 다수이기는 하지만 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 정한 위헌결정의 정족수에 이르지 못하였으므로 합헌을 전제로 이 사건 심판청구를 기각하기로만 하여 주문과 같이 결정한다.

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

형법 제9조 위헌확인 등

(2003. 9. 25. 2002헌마533 전원재판부)

【판시사항】

14세 미만의 자를 형사미성년자로 규정하고 있는 형법 제9조가 청구인의 재판절차진술권 및 평등권을 침해하여 위헌인지 여부(소극)

【결정요지】

형법 제9조는, 육체적·정신적으로 미성숙한 소년의 경우 사물의 변별능력과 그 변별에 따른 행동통제능력이 없기 때문에 그 행위에 대한 비난가능성이 없고, 나아가 형사정책적으로 어린 아이들은 교육적 조치에 의한 개선가능성이 있다는 점에서 형벌 이외의 수단에 의존하는 것이 적당하다는 고려에 입각한 것이다. 그리고 일정한 정신적 성숙의 정도와 사물의 변별능력이나 행동통제능력의 존부·정도를 각 개인마다 판단·추정하는 것은 곤란하고 부적절하므로 일정한 연령을 기준으로 하여 일률적으로 형사책임연령을 정한 것은 합리적인 방법으로 보인다.

형사책임이 면제되는 소년의 연령을 몇 세로 할 것인가의 문제는 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 입법자의 재량에 속하는 것인바, 형사미성년자의 연령을 너무 낮게 규정하거나 연령 한계를 없앤다면 책임의 개념은 무의미하게 되고, 14세 미만이라는 연령기준은 다른 국가들의 입법례에 비추어 보더라도 지나치게 높다고 할 수 없다는 점을 고려할 때 이 사건 법률조항은 입법자의 합리적인 재량의 범위를 벗어난 것으로 보기 어려우며, 따라서 청구인의 재판절차진술권이나 평등권을 침해한다고 볼 수 없다

재판관 전효숙의 보충의견

이 사건 법률조항이 입법자가 명백히 불합리하게 입법형성권을 행사한 것으로 보기 어려우므로 합헌이라는 다수의견에 원칙적으로 찬성한다.

그러나, 최근 들어 조기교육의 활성화와 교육제도의 발달, 물질의 풍요 등으로 인간의 정신적·육체적 성장속도가 점점 빨라지고 있으며, 범죄의 저연령화·흉폭화 등이 문제되고 있는 현실을 고려하면 통상 중학교 1-2학년까지의 소년에 해당하는 14세 미만이라는 책임연령은 이제 현실적으로 높다고 하지 않을 수 없다.

그리고 이 사건 법률조항은 소년법상의 보호처분대상을 12세 이상으로 한정하고 있는 현행 법체계와 결합하여 범죄행위자가 12세 미만인 경우에는 피해자가 국가로부터 어떠한 보호도 받지 못하는 결과를 초래하고 있다. 12세 미만의 청소년범죄가 증가하는 추세에 있음에도 국가가 12세 미만의 소년의 범죄행위에 대하여 아무런 조치도 취하지 않고 방치하는 것은 범죄피해자의 생명·신체에 대한 보호의무를 완전히 저버리고 있는 것이며, 이는 범죄행위자의 나이에 근거하여 피해자에 대한 보호의 정도를 부당하게 차별하는 것이다. 이러한 점에서 범죄행위자의 연령으로 인하여 피해자가 생명·신체라는 기본권적 법익을 보호받지 못하는 일이 없도록 관련 형법 및 소년법규정을 재검토하고 이를 보완하는 입법적 시정조치가 있어야 한다.

【심판대상조문】

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제9조(형사미성년자) 14세 되지 아니한 자의 행위는 벌하지 아니한다.

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제27조 제5항

소년법 제4조(보호의 대상과 송치 및 통고) ① 다음 각호의 1에 해당하는 소년은 소년부의 보호사건으로 심리한다.

1. 죄를 범한 소년
2. 형벌법령에 저촉되는 행위를 한 12세 이상 14세 미만의 소년
3. 다음에 해당하는 사유가 있고 그의 성격 또는 환경에 비추어 장래 형벌법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 12세 이상의 소년
 - 가. 보호자의 정당한 감독에 복종하지 않는 성벽이 있는 것
 - 나. 정당한 이유없이 가정에서 이탈하는 것
 - 다. 범죄성이 있는 자 또는 부도덕한 자와 교제하거나 자기 또는 타인의 덕성을 해

롭게 하는 성벽이 있는 것

② 제1항 제2호 및 제3호에 해당하는 소년이 있을 때에는 경찰서장은 직접 관할소년부에 송치하여야 한다.

③ 제1항 각호의 1에 해당하는 소년을 발견한 보호자 또는 학교와 사회복지시설의 장은 이를 관할소년부에 통고할 수 있다.

소년법 제49조(검사의 송치) ① 검사는 소년에 대한 피의사건을 수사한 결과 벌금 이하의 형에 해당하는 범죄이거나 보호처분에 해당하는 사유가 있다고 인정한 때에는 사건을 관할소년부에 송치하여야 한다.

②, ③ 생략

【참조판례】

헌재 1989. 4. 17. 선고 88헌마3, 판례집 1, 31

헌재 1993. 3. 11. 92헌마48 판례집 5-1, 121

헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등 판례집 9-1, 90

【당 사 자】

청 구 인 정○수

대리인 법무법인 신화

담당변호사 강명훈

피청구인 서울지방검찰청 의정부지청 검사

【주 문】

청구인의 이 사건 심판청구를 모두 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인 김○수의 법정대리인인 청구인, 고양시 일산구 ○○동 소재 ○○초등학교 6학년에 재학 중인 학생들이던 별지 기재 피고소인들 9명이 2001.

4. 23.부터 같은 해 12. 3.까지 당시 같은 초등학교 1년생이던 위 김○수가 부모의 보호를 받지 못하는 시간인 평일 14:50경부터 17:30경 사이에, 위 초등학교 뒤편 ○○공원 ○○ 등에서 위 김○수를 주먹과 돌로 폭행하여 항거불능하게 한 후 성폭행하였다고 주장하면서 위 피고소인들을 성폭력범죄의 처벌 및

피해자보호등에관한법률위반의 혐의로 고소하였다.

피청구인이 2002. 3. 7. 위 피고소인들에 대하여 형법 제9조 소정의 형사미성년자라는 이유로 “최가안됨” 불기소처분을 하자, 청구인은 12, 13세 소년이라고 하더라도 소년법에 의해 보호사건으로 처리할 수 있는데도 피청구인이 위와 같이 불기소처분을 한 것은 부당하다고 주장하면서 위 불기소처분에 불복하여 검찰청법에 정하여진 절차에 따라 항고·재항고를 제기하였다. 그러나 위 항고 및 재항고가 모두 기각되자 위 불기소처분의 취소 및 14세 미만의 자를 형사미성년자로 규정하고 있는 형법 제9조가 청구인의 헌법상 보장된 평등권 및 재판절차진술권을 침해한다고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 ① 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제9조(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다) 및 ② 서울지방검찰청 의정부지청 2002년 형제16724호 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반 피의사건에 대한 피청구인의 2002. 3. 7.자 최가안됨 불기소처분(이하 ‘이 사건 불기소처분’이라 한다)의 위헌 여부이고, 이 사건 법률조항의 내용은 다음과 같다.

형법 제9조(형사미성년자) 14세되지 아니한 자의 행위는 벌하지 아니한다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견 요지

가. 청구인의 주장

(1) 이 사건 법률조항에 대하여

이 사건 법률조항은 만 14세 미만이면 그 의사능력이 성인과 달라 그 행위에 따른 책임을 지우는 것이 부당하다는 근거에서 규정된 것으로 보이나, 이 사건 법률조항이 처음 마련될 때와 비교하여 지금은 경제적 발전과 생활의 풍족에 따른 신체적 성장, 문화적 발달과 교육여건의 호전, 매스미디어의 발달, 나아가 인터넷의 발달 등으로 정신적 성장이 매우 빨라진 점을 고려할 때 만 14세를 기준으로 그 미만을 벌하지 않는 것은 매우 불합리한 결과를 초래한다.

성범죄의 경우 가해자가 만 14세 미만인 경우가 급속히 늘어나고 있으며, 만 14세 미만인 경우에 신체적, 정신적 성장이 자신의 행위에 책임을 지기에 충분한 어린이도 있다. 그럼에도 불구하고 어린이의 성장정도, 구체적인 경우의 책임능력은 살피지 아니한 채 14세 미만의 가해자라 하여 벌하지 아니하는 것은 피해자의 입장에서는 가해자의 연령에 따라 불공평한 대우를 받는

것으로서 이는 헌법이 보장하는 평등권을 침해하는 것이며, 가해자의 연령이 만 14세가 되지 아니하였다는 이유로 실제적 발견을 위한 더 이상의 수사를 하지 아니하고 피해자가 진술할 기회조차 주지 않는 것은 헌법 제27조 제5항에서 보장하고 있는 피해자의 재판절차진술권을 침해하는 것이다.

(2) 이 사건 불기소처분에 대하여

소년법 제4조 제1항 제2호는 형벌법령에 저촉되는 행위를 한 12세 이상 14세 미만의 소년은 소년부의 보호사건으로 심리하도록 규정하고 있으며, 이 사건 피고소인들은 대부분 12, 13세로서 검사가 수사한 결과 보호처분에 해당하는 사유가 있다고 인정하는 경우에는 관할 소년부에 송치하여야 한다. 그럼에도 피청구인이 아무런 수사를 하지 않고 보호처분에 해당하는지 여부를 판단하지 않은 채 죄가안됨 처분을 한 것은 수사미진에 해당하며 이는 청구인의 평등권 및 재판절차진술권을 침해하는 것이다.

나. 서울지방검찰청 의정부지청장의 의견

(1) 이 사건 법률조항에 대하여

이 사건 법률조항이 근대에 처음 마련될 때와 지금은 여러모로 다르고, 경제적 발전과 생활의 풍족에 따른 신체적 성장 및 정신적 성장이 빨라져 만 14세 미만자의 경우에도 자신의 행위가 위법한 행위로 그 사회적인 책임을 지울 만큼 성장한 어린이도 있을 수 있다. 그러나, 일률적으로 만 14세 미만자를 형사적인 책임을 지울 만큼 충분히 성숙한 어린이라고 평가하기에는 아직 이르며, 어린이에 따라 형사책임을 지울 수 있는 경우와 그렇지 못한 경우를 구분하여 처벌하는 것 또한 법적 안정성면에서 매우 불합리하다. 그리고 인간의 이성적 발달정도에 비추어 만 14세 미만자의 책임능력을 인정하지 아니한 것은 합리적 평등이라 할 것이다.

(2) 이 사건 불기소처분에 대하여

소년부 송치결정은 범죄행위를 범한 만 12세 내지 14세 미만인 촉범소년들에 대하여 결손가정이거나 보호자의 반사회적 성향 등의 사유로 인하여 보호자들의 적절한 지도 감독을 받지 못할 경우 수용시설에 수용하여 그들을 교화하고자 할 경우에 비로소 소년들을 적절히 지도하고 순화시키려는 교육적 차원에서 행하여지는 것이지 촉범소년들을 처벌하기 위한 것은 아니며, 이 사건에서 피고소인들은 보호자들의 충분한 지도와 감독을 받고 있으므로 수용시설에 별도로 수용할 필요성이 없다. 또한 소년부 송치결정은 행정처분으로서 이러한 결정이 행하여진다 해도 피해자의 재판상 진술권 보장과는 무관하

다. 따라서 피청구인이 피고소인들에 대하여 소년부 송치결정을 하지 않은 것은 정당하다.

3. 판 단

가. 이 사건 법률조항에 관한 부분

(1) 이 사건 법률조항의 입법취지

(가) 범죄란 “구성요건에 해당”하고 “위법”하여 “책임있는” 행위를 말한다. 범죄성립요건의 세 번째 요건인 책임은 행위자가 법에 따라 행위할 수 있었음에도 불구하고 범죄충동을 억제하지 않고 위법하게 행위하였다는 규범적 평가, 다시 말하면 구성요건에 해당하는 불법의 비난가능성에 책임의 본질이 있다. 이러한 책임은 법규범에 따라 행위할 수 있는 능력인 책임능력을 전제로 하며, 따라서 행위자에게 책임능력이 없을 때에는 책임도 없다.

(나) 사람의 정신적 발육은 개인에 따라서 다르지만 형법은 14세를 기준으로 하여 14세 미만의 자를 책임무능력자로 하여 그 행위를 벌하지 않고 있다. 즉, 14세 미만이기만 하면 「사물의 변별능력과 그 변별에 따른 행동통제능력」이 없다고 의제하고 있다. 육체적·정신적 미성숙이라는 생물학적 요소를 고려하여 책임무능력을 인정하고 있는 것이다.

이와 같이 일정한 연령을 기준으로 하여 일률적으로 형사책임연령을 정하고 있는 것은 유소(幼少)한 자의 정신의 발육·성숙과정은 정신장애의 존부(存否)나 정도와는 달라서 정상적인 과정이며, 나아가 개인차가 심하므로 일정한 정신적 성숙의 정도와 사물의 변별능력이나 행동통제능력의 존부·정도를 각 개인마다 판단·추정하는 것은 곤란하고 부적절하기 때문이다.

또한 이 사건 법률조항은, 어린 아이들의 경우 그 감수성이 강하고 상처받기 쉬운 정신상태에 있고 반사회성도 고정화되어 있지 않으므로 상당한 정도로 책임이 있는 경우에도 교육적 조치에 의한 개선가능성이 있다는 점에 비추어 볼 때 형벌 이외의 수단에 의존하는 것이 적당하다는 형사정책적 고려를 가미한 규정이다.

(2) 이 사건 법률조항에 대한 특별규정

형사미성년자의 행위는 책임이 조각되므로 형사미성년자에게는 일체의 형사책임이 배제되지만 소년법상의 보호대상이 된다. 소년법 제4조에 의하여 ① 형벌법령에 저촉되는 행위를 한 12세 이상 20세 미만의 촉법소년, ② 장래 형벌법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 12세 이상의 우범소년은 소년보호사건의 대상이 된다.

(3) 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(가) 쟁 점

범죄행위자가 14세 미만이면 형법상 책임이 조각되어 처벌을 받지 않게 되나, 그 결과 행위자가 형사미성년자라는 이유로 헌법상 보장된 피해자의 재판절차진술권이 제한되게 된다. 또한 범죄행위자의 나이에 따라 피해자가 재판절차진술권을 행사함에 있어서 차별적 취급을 가져오게 되는데 이것이 헌법적으로 정당화되는 차별인지가 문제된다.

(나) 재판절차진술권의 침해 여부

1) 헌법 제27조 제5항에서는 “형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다” 라고 규정하여 형사피해자의 재판절차진술권을 보장하고 있다. 이러한 형사피해자의 재판절차진술권은 범죄로 인한 피해자가 당해 사건의 재판절차에 증인으로 출석하여 자신이 입은 피해의 내용과 사건에 관하여 의견을 진술할 수 있는 권리를 말하는데, 이는 피해자 등에 의한 사인소추를 전면 배제하고 형사소추권을 검사에게 독점시키고 있는 현행 기소독점주의의 형사소송체계 아래에서 형사피해자로 하여금 당해 사건의 형사재판절차에 참여하여 증언하는 이외에 형사사건에 관한 의견진술을 할 수 있는 청문의 기회를 부여함으로써 형사사법의 절차적 적정성을 확보하기 위하여 이를 기본권으로 보장하는 것이다(헌재 1989. 4. 17. 선고 88헌마3, 판례집 1, 31 참조).

2) 헌법 제27조 제5항이 정한 법률유보는 법률에 의한 기본권의 제한을 목적으로 하는 자유권적 기본권에 대한 법률유보의 경우와는 달리 기본권으로서의 재판절차진술권을 보장하고 있는 헌법규범의 의미와 내용을 법률로써 구체화하기 위한 이른바 기본권형성적 법률유보에 해당한다(헌재 1993. 3. 11. 92헌마48 판례집 5-1, 121, 130). 따라서 헌법이 보장하는 형사피해자의 재판절차진술권을 어떠한 내용으로 구체화할 것인가에 관하여는 입법자에게 입법형성의 자유가 부여되고 있으며, 다만 그것이 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리한 경우에 비로소 위헌의 문제가 생길 수 있다.

위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항의 입법목적은, 육체적·정신적으로 미성숙한 소년은 사물의 변별능력과 그 변별에 따른 행동통제능력이 없기 때문에 그 행위에 대한 비난가능성이 없고, 나아가 형사정책적으로 어린 아이들은 그 감수성이 강하고 상처받기 쉬운 정신상태에 있고 또한 반사회성도 고정화되어 있지 않으므로 상당한 정도로 책임이 있는 경우에도 교육적

조치에 의한 개선가능성이 있다는 점에 비추어 볼 때 형벌 이외의 수단에 의존하는 것이 적당하다는 고려에 입각한 것이다. 그리고 육체적·정신적 성숙 정도는 소년 개인마다 차이가 심하므로 일정한 정신적 성숙의 정도와 사물의 변별능력이나 행동통제능력의 존부·정도를 각 개인마다 판단·추정하는 것은 곤란하고 부적절하기 때문에 위 입법목적을 달성하기 위하여 이 사건 법률조항과 같이 일정한 연령을 기준으로 하여 일률적으로 형사책임연령을 정한 것은 합리적인 방법으로 보인다.

다만 형사책임연령을 14세 미만으로 하지 않고 그보다 더 낮출 수 없는가 하는 의문이 있을 수 있다.

주요 국가들의 입법례를 살펴보면, 독일은 형사책임연령을 14세 미만으로, 프랑스는 13세 미만, 일본은 14세 미만으로 하고 있다. 이에 비해 영국과 호주는 형사책임연령을 10세 미만으로 하고 있으며, 10세에서 14세 사이의 소년에 대해서는 원칙적으로는 책임능력이 없는 것으로 추정된 후(doli incapax 추정) 범죄행위 당시 소년이 악의(惡意)로 행위를 하였다는 것이 증명되면 추정이 번복될 수 있도록 하고 있었는데, 영국에서는 이러한 doli incapax 추정이 1998년 폐지되었으나 호주에서는 아직 유지되고 있는 것으로 보인다. 미국은 대부분의 주에서 형사책임연령에 관한 규정을 두지 않거나 형사책임 하한연령에 관한 규정이 있는 주의 경우에는 7세부터 14세 사이로 규정하고 있다.

위와 같은 입법례들을 살펴보면 일률적인 형사책임연령을 정하는 것이 일반적이라고 할 수 있으며, 다만 구체적인 연령에 있어서 차이가 나는데, 이는 각국의 역사적, 사회적, 문화적 환경의 차이에서 비롯된 것으로 보인다.

이처럼 형사책임이 면제되는 소년의 연령을 몇 세로 할 것인가의 문제는 소년의 정신적·신체적 성숙도, 교육적·사회적·문화적 영향, 세계 각국의 추세 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 결정되어야 할 입법정책의 문제로서 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 입법자의 재량에 속하는 것이다. 그런데, 형사미성년자의 연령을 너무 낮게 규정하거나 연령 한계를 없앤다면 책임의 개념은 무의미하게 될 것이며, 14세 미만이라는 연령기준은 다른 국가들의 입법례에 비추어 보더라도 지나치게 높다고 할 수 없다는 점을 고려할 때 형사미성년자를 14세 미만으로 정하고 있는 이 사건 법률조항이 합리적인 재량의 범위를 벗어난 것으로 보기 어렵다.

따라서 인간의 능력은 점진적으로 발달하고 개인차이가 있는데도 불구하고

입법자가 이 사건 법률조항에서 형사미성년자를 14세를 기준으로 획일적인 구분을 한 것은 실질에 부합하지 않는 경우가 있을 수 있겠지만, 법률관계의 안정과 객관성을 위한 부득이한 조치라고 할 것이다.

(다) 평등권 침해 여부

일반적으로 아동의 성장발달 속도가 빨라지고 있다고 인정되는 현 시점에서 형사미성년자의 연령을 만 14세 이하로 낮추는 문제를 검토해 보아야 할 문제라고 생각되나 이는 입법자가 우리의 시대상황과 경제·문화여건 등 제반사항을 고려하여 정할 입법정책의 문제이며, 위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항은 입법자가 재량의 범위를 넘어서 명백히 불합리하게 입법형성권을 행사한 것으로 보기 어려우므로, 가해자가 형사미성년자인지 여부에 따라 피해자의 재판절차진술권의 행사에 있어서 차별이 발생하나 이는 합리적인 근거에 기한 것이므로 평등권을 침해한다고 보기 어렵다.

나. 이 사건 불기소처분에 관한 부분

(1) 검찰사건사무규칙 제69조 제3항 제3호에 의하면 검사가 사건을 불기소 처분하는 경우에 “피의사실이 범죄구성요건에 해당하나 법률상 범죄의 성립을 조각하는 사유가 있어 범죄를 구성하지 아니하는 경우”에는 “죄가안됨” 처분을 하도록 규정하고 있다. 따라서 14세 미만의 형사미성년자에 의한 범죄피의사실에 대해서는 책임이 조각되므로 죄가안됨 불기소주문을 내리게 된다.

한편 소년법 제4조에 의하면 형벌법령에 저촉되는 행위를 한 12세 이상 20세 미만의 촉법소년(觸法少年), 장래 형벌법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 12세 이상의 우범소년(虞犯少年)은 소년보호사건의 대상이 되며, 소년법 제49조 제1항에 의하면 검사는 소년에 대한 피의사건을 수사한 결과 벌금 이하의 형에 해당하는 범죄이거나 보호처분에 해당하는 사유가 있다고 인정할 때에는 사건을 관할 소년부에 송치하여야 한다.

(2) 청구인은 이 사건 피고소인들이 대부분 12, 13세로서 피청구인이 수사한 결과 보호처분에 해당하는 사유가 있다고 인정하는 경우에는 관할 소년부에 송치하여야 함에도 피청구인이 아무런 수사를 하지 않고 보호처분에 해당하는지 여부를 판단하지 않은 채 죄가안됨 처분을 한 것은 수사미진에 해당하는 것이라고 주장한다.

피고소인 중 이○엽, 김○훈은 행위 당시 11세로서 촉법소년연령에 해당하지 않으므로 이들은 소년법상의 보호사건대상으로 될 수 없다. 따라서 이들에

대해 죄가안됨 불기소처분을 내리고 소년부로 송치하지 않은 피청구인의 결정은 타당하다고 할 것이다.

피고소인 이○수, 이○우, 임○준, 이○진, 최○욱, 이○준, 정○성은 행위 당시 12세로서 소년법상의 촉법소년연령에는 해당한다. 그러나 소년에 대한 피의사건을 보호처분의 필요가 있어 소년부로 송치할 것인가는 피청구인의 재량에 맡겨져 있다고 할 것인데, 피청구인이 위 피고소인들에 대하여 죄가안됨 불기소처분을 한 것은 보호처분의 필요성을 인정하지 않은 것이라 할 수 있다. 기록을 자세히 살펴보아도 피청구인이 위 피고소인들에 대하여 보호처분의 필요성을 인정하지 않고 죄가안됨 불기소처분을 한 것과 관련하여 수사 미진이나 자의적인 증거판단의 잘못이 있다고 보기 어려우며, 위 불기소처분이 헌법재판소가 관여할 만큼의 자의적인 처분이라고 볼 자료도 없다.

4. 결 론

이상의 이유로 청구인의 이 사건 심판청구를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 전효숙의 이 사건 법률조항에 대한 아래 5.와 같은 보충의견이 있는 외에는 관여재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 전효숙의 보충의견

나는, 14세 미만의 자를 형사미성년자로 규정하고 있는 이 사건 법률조항은 입법자가 재량의 범위를 넘어서 명백히 불합리하게 입법형성권을 행사한 것으로 보기 어려우므로 합헌이라는 다수의견에 원칙적으로 찬성한다.

가. 그러나 최근 들어 조기교육의 활성화와 교육제도의 발달, 물질의 풍요 등으로 인간의 정신적·육체적 성장속도가 점점 빨라지고 있으며, 범죄의 저연령화·흉폭화 등이 문제되고 있다. 2002년도 국정감사 자료집에 의하면 12세-14세 청소년이 저지르는 범죄는 2001년의 경우 6,000건에 달하고, 12세 미만의 청소년범죄도 상당수 발생하고 있다고 한다. 형법상 책임능력이 행위와 시비선악을 변별하고 그 변별에 따라서 행동을 통제할 수 있는 능력이라는 점에서 통상 중학교 1-2학년까지의 소년에 해당하는 14세 미만이라는 책임연령은 이제는 현실적으로 높다고 하지 않을 수 없다.

나. 한편, 이 사건 법률조항에 의해 14세 미만의 자의 범죄행위는 그 책임능력이 조각됨으로써 형벌에 의한 처벌을 받지 않게 되고, 소년법 제4조에서는 형벌법령에 저촉되는 행위를 한 12세 이상의 소년만을 보호처분의 대상으로 하고 있기 때문에 12세 미만의 소년은 범죄행위를 하더라도 어떠한 형사

적인 처분이나 제재로부터 면책되고, 그 결과 가해자가 12세 미만일 때에는 피해자로서는 가해자에 대한 어떠한 처벌도 구하지 못한 채 모든 피해를 감내해야만 하는 부당한 처지에 놓이게 된다.

헌법 제10조의 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”, 제37조 제1항의 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.”는 규정 및 제30조 범죄피해자의 국가구조청구권의 내용으로부터 국민의 생명·신체의 안전에 대한 기본권과 그 생명·신체를 사인에 의한 침해로부터 적절히 보호할 국가의 의무가 도출된다. 그리고 국가는 이 기본권보호의무를 이행함에 있어서 국민의 생명·신체에 대한 보호의 정도가 헌법이 요구하는 최소한도의 보호수준에 미달해서는 아니된다는 의미에서 이른바 국가의 국민에 대한 과소보호금지라는 헌법상의 원칙을 준수하여야 한다(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등 판례집 9-1, 90, 126, 130 참조).

국가는 국민에게 기본권을 실제적으로 보장하기 위하여 사인에 의한 침해, 특히 범죄의 피해로부터 국민을 보호할 의무를 이행하기 위하여 형법법규를 제정하여 범죄의 예방에 힘쓰고, 이미 범죄가 발생한 경우에는 범인을 수사하여 형벌권을 행사함으로써 국민을 보호하여야 한다.

그런데 형사미성년자에 대하여 육체적·정신적 발달미성숙이라는 소년의 특성과 교육적 조치에 의한 개선가능성이라는 형사정책적 고려하에 형벌을 과하지 않기로 하더라도, 그 범죄행위에 나타난 반사회성을 제거하고 건전하게 육성하기 위하여 보호처분을 할 필요성은 인정될 수 있으며, 범죄행위자가 12세 미만의 소년이라고 하여 그러한 보호처분의 필요성이 부정되어야 할 이유는 없다고 할 것이다. 그리고 과거에 비하여 12세 미만의 청소년범죄가 증가하는 추세에 있음에도 국가가 12세 미만의 소년의 범죄행위에 대하여 아무런 조치도 취하지 않고 방치하는 것은 범죄피해자의 생명·신체에 대한 보호의무를 완전히 저버리고 있는 것이며, 나아가 이는 범죄행위자의 나이에 근거하여 피해자에 대한 보호의 정도를 부당하게 차별하는 것이라 하지 않을 수 없다.

그러므로, 형법에 형사미성년자 규정을 두면서도 소년법상 보호의 대상이 되는 소년의 연령에는 하한을 두지 않고, 소년법원은 범죄소년 또는 촉법소년에 대한 보호사건의 피해자 등이 피해에 관한 심정, 기타 사건에 관한 의견의

진술을 신청한 때에는 스스로 그 의견을 듣거나, 조사관에게 명하여 그 의견을 듣도록 소년보호사건에서 피해자의 진술권을 인정하는 등, 육체적·정신적으로 미성숙한 소년의 보호를 추구함과 아울러 피해자의 보호에도 만전을 기하는 조치를 취할 필요가 있다고 할 것이다.

다. 결론적으로, 기본권의 상황은 시대와 환경의 변화에 따라 그 위협의 원천이나 위협의 정도가 달라지기 때문에 그 변화에 순응하여 입법부는 기존의 입법에 대해 기본권적 범익의 보호에 필요한 입법의 개선을 하거나 입법이 없는 경우 새로운 입법을 함으로써 기본권이 적절하고 효율적으로 보장될 수 있도록 해야 한다. 범죄가 저연령화 되어가고 있는 사회 상황을 고려하면 14세미만의 자를 형사미성년자로 규정하는 것은 그 연령기준이 높을 뿐만 아니라, 이 사건 법률조항은 소년법상의 보호처분대상을 12세 이상으로 한정하고 있는 현행 법체계와 결합하여 범죄행위자가 12세 미만인 경우에는 피해자가 국가로부터 어떠한 보호도 받지 못하는 결과를 초래하고 있다. 비록 이러한 문제가 이 사건 법률조항 자체의 위헌성에서 비롯되는 것은 아니지만, 이 사건 법률조항에 대한 검토를 계기로 범죄행위자의 연령으로 인하여 피해자가 다른 여타 기본권들의 전제이자 기초가 되는 생명·신체라는 기본권적 범익을 보호받지 못하는 일이 없도록 관련 형법 및 소년법규정을 재검토하고 이를 보완하는 입법적 시정조치가 있어야 한다는 의견을 밝히는 바이다.

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

[별 지]

피고소인 명단

1. 이○엽(李○燁) 학생
2. 이○수(李○秀) 학생
3. 김○훈(金○勳) 학생
4. 이○우(李○宇) 학생
5. 임○준(林○俊) 학생

6. 이○진(李○鎭) 학생
7. 최○욱(崔○旭) 학생
8. 이○준(李○峻) 학생
9. 정○성(丁○聲) 학생

지목변경불가처분취소

(2003. 9. 25. 2002헌마789 전원재판부)

【판시사항】

행정청이 지목변경신청을 거부한 행위는 헌법소원의 대상이 되지
만, 그러한 거부행위에 대하여 행정소송을 청구한 뒤 헌법소원을 청
구하였을 경우에 헌법재판소법 제69조 제1항 본문의 청구기간이 적
용된다고 보아 각하한 사례

【결정요지】

지목변경신청을 거부한 행정청의 행위는 재산권을 침해할 수 있는
행위로서 헌법소원의 대상이 되지만, 이 사건에서 청구인은 이에 대
하여 행정소송을 거쳐 헌법소원을 청구하였는바, 청구기간 산정에
있어 헌법재판소법 제69조 제1항 본문이 적용될 것인지 아니면 단서
가 적용될 것인지가 문제된다. 그런데 행정청이 지목변경신청을 거
부하는 행위는 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니라는 것이
법원의 일관된 판례이며, 헌법재판소도 수차례 걸쳐 그러한 점을 선
언한 바 있어, 그러한 행위는 법원의 재판관할에 속하지 아니하는
것이 명백하므로, 이에 대하여 행정소송을 제기한 것은 헌법재판소
법 제69조 제1항 단서가 말하는 “다른 법률에 의한 구제절차”를 거
친 것이라고 보기 어렵고, 청구인이 지목변경거부행위에 대하여 행
정소송을 거쳤다고 하더라도 이는 구제절차가 될 수 없는 무익한 절
차를 거친 것에 불과하다. 그렇다면 이 사건에서 청구기간의 산정은
헌법재판소법 제69조 제1항 단서가 아니라 본문의 규정에 의하여야
할 것인데, “사유가 있는 날로부터 1년”이 경과하였으므로 이 사건
심판청구는 청구기간이 경과되어 부적법하다.

재판관 하경철, 재판관 김효종, 재판관 주선희, 재판관 전효숙의
반대의견

지목변경거부처분에 대하여 법원의 소송절차를 거쳐 헌법소원을 청

구하는 경우 헌법재판소법 제69조 제1항 본문상의 청구기간은 자연히 경과될 것이므로 다수의견에 의하면 청구인이 헌법재판소에서 지목변경 거부처분을 다룰 기회 자체를 박탈하게 된다. 이는 헌법소원의 보충성의 원칙과 헌법재판소가 지목변경 거부처분을 헌법소원의 대상으로 삼은 종전 판례의 취지에 반하는 것이다. 비록 법원에서 그러한 사항을 행정소송의 대상으로 보지 않고 있지만, 그러한 법원의 판례가 항구 불변이라 단정할 수 없는바, 개인의 실체적 권리관계에 영향을 미치는 그러한 행위는 행정소송의 대상에 포함되어야 할 유형이고, 오늘날 행정소송에서 권리구제가 확대되는 추세임을 감안할 때, 과거의 판례만으로 앞으로도 법원에서 권리구제가 될 가능성이 없다고 단정하기 어렵고, 법률의 전문가가 아닌 일반 국민들이 그러한 판례를 미리부터 숙지하고 있다고 단정하기도 어렵다. 그러므로 다수의견은 청구인에게 유리한 보충성 원칙의 예외에 대한 법리를 오히려 청구인에게 불리하게 적용하는 것이 된다. 헌법재판소가 지목변경 거부행위에 대하여 재산권이 침해될 수 있다고 하면서도, 행정소송을 거쳤을 때는 청구기간을 청구인에게 불리하게 적용함으로써 아무런 권리구제를 부인한다면, 이는 당사자에게 설득력이 없고 일반인의 법감정에도 심히 반하는 것이다. 이 사건에서 청구인이 헌법소원에 앞서 무익한 법원의 구제절차를 거침으로써 헌법재판소법 제69조 제1항 본문이 정한 청구기간 한정의 취지를 몰각시키거나, 부당하게 헌법소원 청구기간을 연장하려고 한 것이 아니다. 그렇다면 청구인이 행정소송을 제기한 것에 비난가능성을 물을 수 없으며, 또한 행정소송을 제기하지 아니하고 바로 헌법소원을 청구했던 다른 당사자에 비하여 더 불이익을 입을 이유는 없는 것이다. 그러므로 이 사건에서 청구인은 적법한 사전구제절차를 경유한 것이라 보아야 하며, 청구기간 산정은 헌법재판소법 제69조 제1항 단서를 적용하여야 하며, 달리 적법요건상 문제가 없으므로 이 사건에서는 본안 판단이 이루어져야 하는 것이다.

【참조조문】

헌법재판소법 제69조 제1항

지적법 제20조(지목변경신청) 토지의 지목이 다르게 된 때에는 토지소유자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 60일 이내에 소관청에 지목변경을 신청하여야 한다.

지적법 제21조(지목변경신청) 토지소유자는 지목변경할 토지가 있는 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 날부터 60일 이내에 소관청에 신청하여야 한다.

【참조판례】

헌재 1999. 6. 24. 97헌마315, 판례집 11-1, 802

대법원 1989. 11. 28. 선고 89누3700 판결

헌재 2001. 1. 18. 선고 99헌마703, 판례집 13-1, 139

헌재 2002. 1. 31. 선고 99헌마563, 판례집 14-1, 62

【당 사 자】

청 구 인 박장관

대리인 법무법인 신성

담당변호사 안상돈 외 7인

피청구인 부산광역시 강서구청장

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1987. 12. 4. 피청구인에게 청구인 소유인 부산 강서구 지산동 411의 3, 4, 5 소재 임야(이하 “이 사건 토지”라 한다.)에 대하여, 그 전신인 경남 김해군 녹산면 지사리 산235 임야에 포함되어 있을 당시인 1962. 8. 13. 소관청인 경남 김해군수로부터 일반개간허가를 받았고 1962. 11. 초경 일반개간준공인가를 받았으며 1962. 11. 10. 종래 임야대장에 등록되어 있던 이 사건 토지가 토지대장으로 등록 전환된 사실에 근거하여 그 지목인 임야를 전 또는 잡종지로 변경하여 줄 것을 신청하였다.

이에 대하여 피청구인은 2001. 8. 13. 청구인에게 ‘이 사건 토지가 김해군 당시 개간허가가 준공되었다고는 하나 현지 확인 결과 대부분 수목이 울창한 임야상태이며, 일부 축사, 창고, 농가주택은 위법건축물로서 건축물 추인 또는 준공이 되지 않아 지적법 제20조의 규정에 의한 잡종지 등으로 지목변경이 불가하다’는 취지의 회신(이하 “이 사건 처분”이라고 한다.)을 함으로써 위 신청을 거부하였다.

청구인은 이 사건 처분에 대해 부산지방법원에 피청구인을 상대로 취소소송을 제기하였으나(부산지방법원 2002구합1060) 2002. 12. 5. 행정소송의 대상이 되는 처분이 아니라는 이유로 각하판결을 받은 후 2002. 12. 18. 헌법재판소에 이 사건 처분의 취소를 구하는 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건에서 심판의 대상은 피청구인이 2001. 8. 13. 이 사건 토지에 대하여 지적공부상의 지목을 임야에서 전 또는 잡종지로 변경하여 달라는 청구인의 지목변경신청을 거부한 이 사건 처분이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부라고 함이 상당하다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

청구인은 이 사건 토지를 취득한 후 그곳에 벚나무, 배나무, 관상수 등 약 1만 그루를 식재하고 기존의 축사, 창고, 농가주택 등을 이용하여 축산업을 영위하고 있다가 약 7년 전부터 이를 방치함에 따라 위 식재한 나무들과 잡풀들이 혼재하여 있으나 현재까지도 농지원부 상에는 원고의 자경농지인 전으로 등재되어 있고, 이 사건 토지의 인접토지인 부산 강서구 지사동 411의 1 4409㎡는 1990. 8. 11.자로 임야에서 잡종지로 지목변경되었는데, 이 사건 토지에 관하여서는 지목이 변경되지 않음으로써 청구인의 재산권이 침해되고 있다.

이 사건 토지는 1962. 8. 13. 일반개간허가를 받아 일반개간공사 준공인가까지 받았고 같은 해 11. 10. 지목변경의 전단계로 지적법 제16조 및 동법시행령 제16조 제1, 2항에 따라 임야대장에서 토지대장으로 등록전환까지 마쳐 졌으므로 그 지상에 벚나무 등이 식재된 채 잡초 등이 우거져 있다고 하더라도 그러한 사정은 위 개간준공인가의 효력을 부인할 수 있는 사유가 될 수 없는 것이고, 이 사건 토지는 지목변경을 신청하여야 할 사유인 지적법 제20조에 따른 동법시행령 제19조 제2항 제1호의 “토지의 형질변경 등의 공사가 준공

된 토지” 및 제3호의 “토지의 사용목적 또는 용도가 변경된 토지”에 해당하므로 이 사건 처분은 위법하다.

한편 피청구인은 이 사건 토지상에 건립된 축사, 창고, 농가주택 등이 위법건축물이므로 지목변경이 불가하다고 하나, 이들이 위법건축물이라 하더라도 적법절차에 따라 그것들을 강제철거하는 것은 별론으로 하고, 관계법령 어디에도 그것이 지목변경불가사유로 규정된 바 없으므로 이는 정당한 지목변경불가사유가 될 수 없다.

나. 피청구인의 답변

지목변경은 토지의 사용목적에 따라 지적법 제21조, 동법시행령 제16조, 동법시행규칙 제25조의 규정에 의거 지목변경 신청서에 관계법령에 의한 토지의 형질변경 등의 공사가 준공 또는 토지의 사용목적 및 용도가 변경되었음을 증명하는 증빙서류가 있어야만 가능하나, 청구인이 요청한 지사동 411의 3(3,920㎡), 411의 4(6,018㎡), 411의 5(279㎡)번지는 토지의 실제상황이 울창한 수림인 임야상태로 되어 있으므로 잡종지로 지목변경이 불가하다.

인근지인 411, 411의 1번지(소유자 주순태)는 1990. 7. 20.자로 건축물(주택, 창고시설, 동물관련시설, 관리사등) 8동이 사용승인된 토지로 소유자의 신청에 의거 1990. 8. 11. 잡종지로 지목변경이 된 것이다.

3. 판 단

직권으로 이 사건 심판청구가 청구기간을 준수한 것인지 여부를 살펴본다.

이 사건은 청구인이 구 지적법 제20조(현행 지적법 제21조)에 근거하여 소관청에 지목변경을 신청하였으나 소관청이 지목변경을 거부한 것을 다투는 것이다.

이러한 경우 “지목에 관한 등록이나 등록변경 또는 등록의 정정”은 재산권의 한 내포로 볼 것이므로, 구 지적법 제20조에 근거한 지목변경신청을 거부한 행정청의 행위는 재산권을 침해할 수 있는 행위로서 헌법소원의 대상이 된다(헌재 1999. 6. 24. 97헌마315, 판례집 11-1, 802, 820-821 참조).

그런데 헌법소원의 심판은, “그 사유가 있음을 안 날로부터 90일 이내에, 사유가 있는 날로부터 1년 이내에 청구하여야 한다. 다만, 다른 법률에 의한 구제절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정을 통지받은 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다.”(헌법재판소법 제69조 제1항).

이 사건에서 청구인은 피청구인이 이 사건 처분을 하자 행정소송(1심)을 거

처 이 사건 헌법소원을 청구하였는바, 청구기간 산정에 있어 위 조항의 단서가 적용될 것인지가 문제된다.

그런데 행정청이 지목변경신청을 거부(반려)하는 행위는 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니라는 것이 법원의 일관된 판례이며(대법원 1989. 11. 28. 선고 89누3700 판결 등), 헌법재판소도 수차에 걸쳐 그러한 점을 선언한 바 있다(위 결정 및 2001. 1. 18. 선고 99헌마703, 2002. 1. 31. 선고 99헌마563 결정). 따라서 그러한 행위는 법원의 재판관할에 속하지 아니하는 것이 명백하므로(헌재 2001. 1. 18. 99헌마703, 판례집 13-1, 139, 144-145), 이에 대하여 행정소송을 제기한 것은 헌법재판소법 제69조 제1항 단서가 말하는 “다른 법률에 의한 구제절차”를 거친 것이라고 보기는 어렵고, 청구인이 지목변경거부행위에 대하여 행정소송을 거쳤다고 하더라도 이는 구제절차가 될 수 없는 무의한 절차를 거친 것에 불과하다.

그렇다면 이 사건에서 청구기간의 산정은 헌법재판소법 제69조 제1항 단서가 아니라 본문의 규정에 의하여야 할 것이다.

그런데 이 사건 처분은 2001. 8. 13. 행하여졌고, 따라서 이 사건 심판청구 당시 “사유가 있는 날로부터 1년”이 경과한 것이 명백하므로 이 사건 심판청구는 청구기간이 경과되었다.

4. 결 론

따라서 이 사건 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여, 재판관 하경철, 재판관 김효종, 재판관 주선희, 재판관 전효숙의 아래 5.와 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관들의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 하경철, 재판관 김효종, 재판관 주선희, 재판관 전효숙의 반대의견

다수의견은 이 사건에서 청구기간을 헌법재판소법 제69조 제1항 본문을 적용하여 판단하였으나 이러한 견해는 수공하기 어려워 아래와 같이 반대의견을 개진한다.

이 사건에서 청구인은 이 사건 처분이 있자 이의신청, 행정심판을 거쳐 행정소송을 제기하였으나 법원이 종전의 대법원 판례대로 그러한 처분이 행정소송의 대상이 될 수 없다고 하자, 마지막으로 헌법소원을 제기하였다.

헌법재판소는 그동안 여러 차례 지목변경거부(반려)처분이 헌법소원의 대상이 된다고 판단하였는데, 그 사건들에서 당사자는 해당 거부처분에 대하여

행정소송을 제기하지 않고 바로 헌법소원을 청구하였다(헌재 1999. 6. 24. 97헌마315, 판례집 11-1, 802; 2001. 1. 18. 99헌마703, 판례집 13-1, 139; 2002. 1. 31. 99헌마563, 판례집 14-1, 62).

당시 헌법재판소는 법원의 판례가 그러한 처분을 행정소송의 대상이 되지 않는다고 보고 있음을 전제로, 그 사건들을 헌법소원에서 요구되는 보충성의 원칙의 한 예외로서 인정하고 본안 판단을 해 왔던 것이다.

그런데 이 사건에서 헌법재판소는, 그러한 처분에 대하여 행정소송을 거쳐 헌법소원을 청구한 경우, 그러한 행정소송(항고소송)을 헌법재판소법 제69조 제1항 단서에서 말하는 “다른 법률에 의한 구제절차”에 해당되지 않는다면 청구기간 산정에 있어 청구인에게 불리하게 적용하고 있다.

통상 법원의 소송절차를 거치는 경우 동 조항 본문상의 청구기간은 자연히 경과될 것이고, 따라서 그러한 경우 헌법재판소는 청구인이 헌법재판소에서 지목변경거부처분을 다룰 기회 자체를 박탈하게 된다.

이는 헌법소원의 본질의 하나인 보충성의 원칙과 헌법재판소가 지목변경거부처분을 헌법소원의 대상으로 삼은 종전 판례의 취지에 반하는 것이다.

헌법재판소법 제68조 제1항은, 헌법소원은 “다른 법률에 의한 구제절차가 있는 경우에는 그 구제절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다.”고 규정하는데, 이는 헌법소원이 그 성질상 최후적, 보충적 권리구제수단이라는 것을 규정한 것이다.

한편 헌법재판소는 행정청의 지목변경거부행위가 국민의 재산권을 침해할 수 있는 행정작용이라고 보았는데, 만일 그렇다면 이는 당연히 행정소송에서 본안판단의 대상으로 삼아져야 하는데도 현실이 그렇지 않은 것이다.

그렇다면 일반 국민들로서는 지목변경거부행위가 있고, 헌법소원의 보충성 원칙을 준수한다면, 당연히 이에 대하여 행정소송을 경유하여 헌법소원을 제기할 것이다.

비록 법원에서 그러한 사항을 행정소송의 대상으로 보지 않고 있는 판례들이 존재하지만, 그러한 법원의 판례가 항구 불변이라 단정할 수 없고, 사실상 개인의 실제적 권리관계에 영향을 미치는 그러한 행위는 행정소송의 대상에 포함되어야 할 유형이고, 오늘날 행정소송의 유형이 다양화 되고 있고 행정소송에서 권리구제가 확대되는 추세임을 감안할 때, 과거의 판례만으로 그러한 사항에 대하여 앞으로도 법원에서 권리구제가 될 가능성이 없다고 단정하기 어렵다. 더구나 법률의 전문가가 아닌 일반 국민들이 그러한 법원의 판례를

미리부터 숙지하고 있다고 단정하기도 어려울 것이다.

그럼에도 불구하고, 다수의견이 지목변경거부처분에 대한 행정소송을 헌법재판소법 이 규정하는 “다른 구제절차”에 해당되지 않는다고 하는 것은 매우 납득하기 어려운 것이다. 이는 청구인에게 유리한 보충성 원칙의 예외에 대한 법리를 오히려 청구인에게 불리하게 적용하는 것이 된다.

헌법소원제도는 국민의 기본권을 최대한 보장하기 위한 것이며, 그러한 취지에서 헌법재판소가 지목변경 거부행위에 대하여 재산권이 침해될 수 있다고 하면서도, 다만 그 거부행위를 바로 헌법소원으로 다투는 경우에만 헌법재판소가 심사하고, 행정소송을 거쳤을 때는 청구기간을 청구인에게 불리하게 적용함으로써 아무런 권리구제를 부인한다면, 이는 당사자에게 설득력이 없고 일반인의 법감정에도 심히 반하는 것이다.

국민의 권리를 침해하는 행정작용에 대한 통상적인 구제절차는 행정소송이다. 청구인은 이 사건 처분이 자신의 재산권을 침해한다고 보았으며, 법률의 전문가가 아닌 청구인으로서 행정소송을 통한 권리구제가 가능할 것으로 보았다. 그 과정에서 청구인은 이의신청, 행정심판, 행정소송의 각 구제절차가 요구하는 청구기간을 모두 준수하였다. 청구인이 이 사건 헌법소원에 앞서 일부터 무익한 법원의 구제절차를 거침으로써 헌법재판소법 제69조 제1항 본문이 정한 청구기간 한정의 취지를 몰각시키려 하거나, 부당하게 헌법소원 청구기간을 연장하려고 한 것이라는 점은 어디에도 발견되지 않는다. 그리고 헌법소원은 보충적·최후적 권리구제수단이며, 어느 행정작용이 행정소송의 대상이 되는지 여부에 관한 법원의 판례는 영구불변한 것이 아니다.

그렇다면 이 사건에서 청구인이 행정소송을 제기한 것에 비난가능성을 물을 수 없으며, 또한 행정소송을 제기하지 아니하고 바로 헌법재판소에 지목변경거부행위의 취소를 구했던 다른 당사자에 비하여 청구인이 더 불이익을 입을 이유는 없는 것이다.

그러므로 이 사건에 있어서 청구인이 이 사건 처분에 대하여 행정소송을 거친 것은 적법한 사전구제절차를 경유한 것이라 보아야 하며, 비록 상소심까지 거치지 않는지만 이는 권리구제의 기대가능성이 없는 경우로서 보충성 원칙의 예외에 해당한다고 볼 것이고, 그러한 한 청구기간 산정은 청구인에게 불이익이 없게 헌법재판소법 제69조 제1항 단서를 적용하여야 하며, 달리 적법요건상 문제가 없으므로 이 사건에서는 본안 판단이 이루어져야 하는

헌재 2003. 9. 25. 2002헌마789

것이다.

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

공무원임용및시험시행규칙 제12조의3 위헌확인

(2003. 9. 25. 2003헌마30 전원재판부)

【판시사항】

- 1 기본권에 관련된 차별에 대한 헌법재판소의 심사기준
- 2 국가공무원 7급 시험에서 기능사 자격증에는 가산점을 주지 않고 기사 등급 이상의 자격증에는 가산점을 주도록 한 공무원임용및 시험시행규칙 제12조의3 중 별표 10 및 별표 11(이하 '이 사건 조항'이라 한다)이 청구인의 공무원임권 및 평등권을 침해한 여부(소극)

【결정요지】

1. 입법자가 설정한 차별이 기본권에 관련된 차별을 가져온다면 헌법재판소는 그러한 차별에 대해서는 자의금지 내지 합리성 심사를 넘어서 목적과 수단 간의 엄격한 비례성이 준수되었는지를 심사하여야 한다. 이 경우 사람이나 사항에 대한 불평등대우가 기본권으로 보호된 자유의 행사에 불리한 영향을 미칠 수 있는 정도가 크면 클수록, 입법자의 형성의 여지에 대해서는 그만큼 더 좁은 한계가 설정되므로, 헌법재판소는 보다 엄격한 심사척도를 적용한다.

2. 기능사 자격은 국가기술자격법령이 정하는 기술·기능 분야의 자격증 중 가장 낮은 단계의 것으로서 시험응시자격의 제한이 없고, 해당 종목에 관한 숙련기능을 가지고 관련 업무를 수행할 수 있는 능력을 평가하는데 비하여, 산업기사 이상의 자격은 시험응시자격에 제한이 있고, 해당 종목에 관한 기술기초이론지식 또는 숙련기능을 바탕으로 복합적인 기능업무를 수행할 수 있는 능력 이상을 평가하고, 시험이 더 까다로운 등 차이점이 있다. 한편 이 사건 조항이 9급 공무원 시험에서는 기능사에게 가산점을 부여하고 7급 시험에서는 부여하지 않지만, 이는 7급 공무원 업무의 전문성을 감안한 공익적 판단에 의한 것이라 볼 수 있고, 통상 응시자들이 해당 직급을 결정한 후 가산점을 부여하는 자격증을 취득하는 것이 보통이고, 청구인은 산업기사시험의 응시자격을 갖추고 있고, 합격자 통계에 의하면

정보처리산업기사 자격을 취득하는 것이 심히 어렵다고 단정할 수도 없다. 또한 이 사건 조항은 7급 시험에서 기능사 자격증보다도 더 취득이 용이한 컴퓨터활용능력·워드프로세서 자격증의 경우 가산점을 주고 있지만, 그러한 사무관리 분야 자격증은 공통적으로 필요하고 넓게 활용되는 능력을 감안한 것이고 가산점 비율도 차이가 있으므로 서로 간에 제도적 특성이 다르다.

결론적으로 이 사건 조항은 공무원 업무의 전문성을 강화하기 위한 입법목적을 달성하기 위한 것으로서 7급 공무원 시험에 있어서 임용희망자의 능력·전문성·적성·품성을 기준으로 하는 능력주의를 벗어난 것이 아니며 입법목적과 수단 간의 적정한 비례성을 벗어난 것이라 할 수 없다.

【심판대상조문】

공무원임용및시험시행규칙(2002. 12. 31. 행정자치부령 제190호로 개정된 것) 제12조의 3(채용시험의 특전) ① 국가기술자격법에 의한 통신·정보처리 및 사무관리분야 자격증 중 별표 10에 규정된 자격증 소지자가 6급 이하(연구사·지도사를 포함한다) 공무원채용시험(특별채용시험의 경우에는 필기시험을 과하는 경우에 한하며, 전산직렬 채용시험을 제외한다)에 응시하는 경우에는 필기시험의 각 과목별 득점에 그 시험과목 만점의 3퍼센트 이내를 최고점으로 별표 10의 비율에 의한 점수를 가산한다. 이 경우 2 이상의 자격증이 중복되는 경우에는 본인에게 유리한 것 하나만을 가산한다.

② 국가기술자격법 기타 법령에 의한 자격증 중 별표 12에서 정한 자격증 소지자가 6급 이하(연구사·지도사를 포함한다) 및 기능직 공무원채용시험(특별채용시험의 경우에는 필기시험을 과하는 경우에 한하며, 별표 3에서 정한 직류와 법 제28조 제2항 제2호의 규정에 의한 특별채용시험의 경우를 제외한다)에 응시하는 경우에는 필기시험의 각 과목별 득점에 그 시험과목 만점의 5퍼센트 이내를 최고점으로 별표 11의 비율에 의한 점수를 가산한다. 이 경우 2 이상의 자격증이 중복되는 경우에는 본인에게 유리한 것 하나만을 가산한다.

③ 하나의 자격증이 제1항과 제2항의 규정에 의하여 공통적으로 가산대상이 되는 경우 본인에게 유리한 것 하나만을 가산한다.

④ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 가산을 매과목 4할 이상 득점자에게만 적용한다.

[별표 10] 통신·정보처리 및 사무분야 자격증 가산비율표(제12조의3 관련)

직무분야	채용계급	자 격 증 등 급 별 가 산 비 율							
통신·정보 처리분야	일반직 6·7급, 연구사, 지도사	정보관리기술사, 전자계산조직응 용기술사, 정보처리기사, 전자계 산기조직응용기사			3%	사무자동화산업기사, 정보처리산업기사, 정보기술산업기사, 전자계산기조직응용산 업기사			2%
	일반직 8·9급	정보관리기술사, 전자계산조직응 용기술사, 정보처리기사, 전자계 산기조직응용기사, 사무자동화산 업기사, 정보처리산업기사, 정보 기술산업기사, 전자계산기조직응 용산업기사			3%	정보기기운용기능사, 정보처리기능사			2%
사무관리 분야	일반직 6급 이하, 연구사, 지도사	컴퓨터 활용능 력1급	2%	워드프로세서1급, 컴퓨터활용능력 2급	15%	워드프로세서2급, 컴퓨터활용능력 3급	1%	워드프 로세서 3급	0.5%

[별표 11] 분야별 자격증 가산비율표(제12조의3 관련)

1. 행정·공안직 분야의 자격증 가산비율 : 생략
2. 연구·기술직(지도직 포함) 및 기능직 분야의 가산비율에서 정한 비율을 적용한다.

구 분	6·7급, 연구사, 지도사, 기능직 기능7급 이상		8·9급, 기능직 기능8급 이하	
	기술사, 기능장, 기사	산업기사	기술사, 기능장, 기사, 산업기사	기능사
가산산율	5%	3%	5%	3%
국가기술자격법이 아닌 기타 법령에서 정한 자격증에 대한 가산비율은 별표 12의 기타 법령에 의한 자격증란에서 정한 가산비율을 적용한다.				

[별표 12] 6급 이하(연구직·지도직포함) 및 기능직채용시험 가산대상 자격증(제12조의 3 관련)

직 렬	직 류	국가기술자격법에 의한 자격증	기타 법령에 의한 자격증
아래 부분 외 다른 분야는 생략			
통신사	통신사	기술사: 전자응용, 정보통신	
통신기술	통신기술	기능장: 전자기기, 통신설비	
전송기술	전송기술	기사: 전자, 정보통신, 전파통신, 전파전자, 무선통신	
전자통신 기술	전자통신 기술	산업기사: 전자, 정보통신, 통신선로, 사무자동화, 전파통신, 전파전자, 무선통신, 방송통신, 정보처리, 정보기술 기능사: 전자기기, 통신기기, 통신선로, 정보기기응용, 전파통신, 전파전자, 무선통신, 방송통신, 정보처리 전화교환기능사(1997. 6. 1이전 취득)	
기능직공무원의 각 직렬·직류		소속장관이 직렬·직류별로 가산대상 자격증의 종류 및 등급을 행정자치부장관과 협의하여 정함.	

【참조조문】

헌법 제7조, 제25조, 제37조 제2항

국가공무원법 제36조의2(채용시험의 가점) 국가기술자격법 기타 법령에 의한 자격을 취득한 자가 공무원채용시험에 응시하는 경우에는 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 또는 행정자치부령이 정하는 바에 따라 일정한 점수를 가산할 수 있다.

국가기술자격법 제10조(기술자격취득자에 대한 우대) ① 정부와 지방자치단체는 기술자격취득자의 경제적·사회적 지위의 적정한 유지와 그 취업 및 신분보장에 관하여 필요한 시책을 강구하여야 한다.

②~④ 생략

【참조판례】

헌재 1998. 9. 30. 98헌가7, 판례집 10-2, 484

헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770

헌재 1996. 6. 26. 96헌마200, 판례집 8-1, 550

【당 사 자】

청 구 인 서지용

국선대리인 변호사 송태섭

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 2001. 4. 3. 정보처리기능사 자격증을 취득하고 2003. 9.에 예정된 2003년도 국가공무원 7급 시험에 응시하고자 하는데, 공무원임용및시험시행규칙 제12조의3은 국가공무원 7급 시험에서 정보관리기술사, 정보처리기사, 정보처리산업기사 등 자격 소지자에 대해서는 만점의 2~3%에 해당하는 가산점을 부여하면서, 정보처리기능사 자격의 경우에는 아무런 가산점을 부여하지 않고 있다.

청구인은 위 규칙 제12조의3이 청구인의 평등권, 직업의 자유, 공무담임권을 침해한다며 2003. 1. 13. 헌법소원을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 공무원임용및시험시행규칙(이하 “시험시행규칙”이라고 한다.) 제12조의3 전체를 심판대상을 삼고 있으나, 청구인이 문제 삼은 가산점의 내용은 동 조항에서 정한 별표 10 및 별표 11에서 규정되고 있을 뿐이므로, 이 사건 심판대상은 시험시행규칙 제12조의3 중 별표 10 및 별표 11(이하 이들을 “이 사건 조항”이라 한다.)이 청구인의 기본권을 침해한 여부라고 봄이 상당하다. 관련 조항의 내용은 아래와 같다.

공무원임용및시험시행규칙(2002. 12. 31. 행정자치부령 제190호로 개정된 것)

제12조의3(채용시험의 특전) ① 국가기술자격법에 의한 통신·정보처리 및 사무관리분야 자격증 중 별표 10에 규정된 자격증 소지자가 6급 이하(연구사, 지도사를 포함한다.) 공무원채용시험(특별채용시험의 경우에는 필기시험을 과하는 경우에 한하며 전산직렬 채용시험을 제외한다.)에 응시하는 경우에는 필기시험의 각 과목별 득점에 그 시험과목 만점의 3% 이내를 최고점으로 별

표 10의 비율에 의한 점수를 가산한다. 이 경우 2 이상의 자격증이 중복되는 경우에는 본인에게 유리한 것 하나만을 가산한다.

② 국가기술자격법 기타 법령에 의한 자격증 중 별표 12에서 정한 자격증 소지자가 6급 이하(연구사, 지도사를 포함한다.) 및 기능직 공무원채용시험(특별채용시험의 경우에는 필기시험을 과하는 경우에 한하며 별표 3에서 정한 직류와 법 제28조 제2항 제2호의 규정에 의한 특별채용시험의 경우를 제외한다.)에 응시하는 경우에는 필기시험의 각 과목별 득점에 그 시험과목 만점의 5% 이내를 최고점으로 하는 별표 11의 비율에 의한 점수를 가산한다. 이 경우 2 이상의 자격증이 중복되는 경우에는 본인에게 유리한 것 하나만을 가산한다.

③ 하나의 자격증이 제1항과 제2항의 규정에 의하여 공통적으로 가산대상이 되는 경우 본인에게 유리한 것 하나만을 가산한다.

④ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 가산을 매과목 4할 이상 득점자에게만 적용한다.

[별표 10] 통신·정보처리 및 사무관리분야 자격증 가산비율표(제12조의3 관련)

직무분야	채용계급	자 격 증 등 급 별 가 산 비 율							
통신·정보 처리분야	일반직 6·7급, 연구사, 지도사	정보관리기술사, 전자계산조직원 기술사, 정보처리기사, 전자계 산기조직원용기사		3%	사무자동화산업기사, 정보처리산업기사, 정보기술산업기사, 전자계산기조직원용산 업기사		2%		
	일반직 8·9급	정보관리기술사, 전자계산조직원 용기술사, 정보처리기사, 전자계 산기조직원용기사, 사무자동화산 업기사, 정보처리산업기사, 정보 기술산업기사, 전자계산기조직원 용산업기사		3%	정보기기운용기능사, 정보처리기능사		2%		
사무관리 분야	일반직 6급이하, 연구사, 지도사	컴퓨터 활용능 력1급	2%	워드프로세서1급, 컴퓨터활용능력 2급	15%	워드프로세서2급, 컴퓨터활용능력 3급	1%	워드프 로세서 3급	0.5%

[별표 11] 분야별 자격증 가산비율표(제12조의3 관련)

1. 행정·공안직 분야의 자격증 가산비율 : 생략
2. 연구·기술직(지도직포함) 및 기능직 분야의 가산비율

구 분	6·7급, 연구사, 지도사, 기능직 기능7급 이상		8·9급, 기능직 기능8급 이하	
	기술사, 기능장, 기사	산업기사	기술사, 기능장, 기사, 산업기사	기능사
가산산율	5%	3%	5%	3%
국가기술자격법이 아닌 기타 법령에서 정한 자격증에 대한 가산비율은 별표 12의 기타 법령에 의한 자격증란에서 정한 가산비율을 적용한다.				

[별표 12] 6급이하(연구직·지도직포함) 및 기능직채용시험 가산대상 자격증(제12조의3 관련)

직 렬	직 류	국가기술자격법에 의한 자격증	기타 법령에 의한 자 격 증
아래 부분 외 다른 분야는 생략			
통신사	통신사	기술사 : 전자응용, 정보통신	
통신기술	통신기술	기능장 : 전자기기, 통신설비	
전송기술	전송기술	기사 : 전자, 정보통신, 전파통신, 전파전자, 무선통신	
전자통신 기 술	전자통신 기 술	산업기사 : 전자, 정보통신, 통신선로, 사무자동화, 전파통신, 전파전자, 무선통신, 방송통신, 정보처리, 정보기술 기능사 : 전자기기, 통신기기, 통신선로, 정보기기응용, 전파통신, 전파전자, 무선통신, 방송통신, 정보처리 전화교환기능사(1997. 6. 1이전 취득)	
기능직공무원의 각 직렬·직류		소속장관이 직렬·직류별로 가산대상 자격증의 종류 및 등급을 행정자치부장관과 협의하여 정함.	

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

시험시행규칙 제12조의3으로 인하여 기사·산업기사·컴퓨터활용능력·위

드프로세서 자격증을 소지한 7급 공무원 채용시험 응시자에게는 가산점이 부여되고 청구인과 같이 기능사(정보처리기능사) 자격을 소지한 응시자에게는 가산점이 부여되지 않는 것은 평등권을 침해하는 것이고, 이러한 가산점 부여 방식은 시험에서 당락을 결정하는 중요한 요인이므로 직업선택의 자유 및 공무원담임권을 침해하는 것이다.

행정자치부에서는 7급 공무원의 경우 채용시부터 전문행정업무 수행에 필요한 능력 지식이 요구되고 채용·전직에 필요한 자격증을 반영함에 있어서 산업기사 이상만 인정하고 있다고 하나, 그렇다 하더라도 7급 공무원 채용시험의 경우 기능사자격증 소지자에게는 가산점을 주지 않으면서 기능사 자격증보다 상대적으로 자격증 취득이 용이하고 시험수준이 낮은 컴퓨터활용능력 및 워드프로세서 자격증에 가산점을 주며, 한편 9급 공무원 채용시험의 경우에는 기능사 자격증 소지자에게 가산점을 주면서 7급 공무원 채용시험의 경우에는 가산점을 주지 않는 것은 타당하지 않다.

2002년 공무원시험합격자 중 가산점을 받아 합격한 자격증 소지자가 합격자의 85.9%를 차지하는 등 시험에서 자격증에 의한 가산점이 당락을 좌우하는 실정인바, 청구인과 같은 기능사자격증 소지자에게 7급 공무원 채용시험에서 가산점을 주지 않는 것은 청구인의 평등권, 직업의 자유, 공무원담임권을 침해하는 것이다.

나. 행정자치부장관의 의견

기술·기능 분야의 경우 23개의 직무 분야에 대하여 기술사-기능장-기사-산업기사-기능사의 5단계의 등급 체계로 되어 있으며, 기술사 쪽으로 갈수록 응시에 필요한 응시 자격 요건이 엄격하게 규정되어 있다.

공무원의 직급은 담당하는 직무의 난이도·책임도 등에 따라 구분되는데, 상위 직급일수록 하위 직급과는 달리 전문행정능력 또는 정책의 기획 및 관리 능력이 뒷받침되어야만 그 직무를 제대로 수행할 수 있다. 그 때문에 공무원을 채용할 때도 5·7·9급 등 직급별로 구분하여 채용 요건, 시험과목, 출제수준, 시험방식 등을 달리하고 있으며, 시험시행규칙에 반영하는 자격증은 공무원의 임용예정직렬 및 직급, 자격증의 직무분야 및 등급을 고려하여 정하고 있다.

7급 공무원 채용시험의 경우 산업기사 이상의 자격증에 대하여만 가산점을 부여하고, 청구인과 같이 기능사 자격을 가진 경우는 가산점 부여대상에서 제외되어 있으나, 등급 체계로 되어 있는 기술사-기능장-기사-산업기사-기

능사 자격증을 공무원 직급 분류 체계를 고려하여 합리적인 범위 내에서 각기 차등을 두어 반영한 것이다. 아울러 자격증 취득 기회가 누구에게라도 주어져 있으므로 스스로의 노력으로 가산점 혜택을 받을 수 있는 상황에서 공무원담임권의 침해까지 거론할 사항은 아니다.

사무관리 분야 자격증은 가산점 반영 비율은 낮지만, 자격시험에서 검정하는 숙련도는 직급 구분 없이 공통적으로 필요하고 폭넓게 활용되는 능력으로서, 숙련도가 높을수록 직무를 효율적으로 추진하는 데 많은 도움이 된다. 따라서 이에 대하여 6급 이하 전 직급에서 가산점을 인정하고 있는 것은 나름대로의 타당성을 가지는 것이다.

3. 판 단

가. 7·9급 공무원시험의 가산점 현황

(1) 7·9급 국가공무원 시험에서 자격증에 따른 가산점에 관해서는 시험시행규칙(공무원임용및시험시행규칙) 제12조의3 및 별표 10, 11, 12에서 정하고 있다.

이에 의하면 자격증에 따른 가산점은(전산직 제외), 직렬에 상관 없이 공통으로 적용되는 가산점과 직렬별로 적용되는 가산점이 있는데, 각 1개씩 인정된다(그러므로 최대 2개 인정).

공통적용 가산점은, 7급의 경우 기술사·기사는 만점의 3%, 산업기사는 2%이며, 9급의 경우 기술사·기사·산업기사가 3%, 기능사급이 2%이다(각 해당 분야는 별표 10). 한편 7·9급 공통으로 적용되는 자격증으로 컴퓨터 활용능력 1-3급, 워드프로세서 1-3급이 만점의 0.5~2% 범위에서 가산점을 부여받고 있다.

한편 직렬별로 적용되는 가산점은, 7급의 경우 기술사·기능장·기사가 5%, 산업기사가 3%이고, 9급의 경우 기술사·기능장·기사·산업기사가 5%, 기능사는 3%이다.

(2) 일반적으로 기술·기능 분야에서 자격증은 보통 5종류의 등급으로 나누어진다. 즉 기술사·기능장·기사·산업기사·기능사이다(국가기술자격법 시행령 제2조 및 별표 1). 통상 기술사 쪽으로 갈수록 자격증 취득이 어렵다.

(3) 행정자치부가 제출한 자료 중의 합격자 통계를 보면, 2002년도 7급 공개채용 총합격인원 623명 중 가산점을 부여받은 자는, 자격증 가산점만 받은 사람이 346명(55.5%), 취업보호가산점만 받은 사람이 82명(13.2%), 취업보호와 자격증가산점을 동시에 받은 사람이 107명(17.2%)이며, 가산점 없이 합격

한 사람은 88명(14.1%)이. 한편 각 직렬별로 인정되는 자격가산점을 추가로 부여받은 사람은 623명 중 81명으로서 13%이다.

나. 공무담임권 및 평등권의 침해 여부

(1) 청구인은 이 사건 조항으로 인하여 기사, 산업기사, 컴퓨터활용능력, 워드프로세서 등 자격증을 소지한 수험생에 비하여 기능사 자격증을 소지한 청구인과 같은 수험생들이 부당하게 차별받고 있어, 평등권, 직업선택의 자유, 공무담임권이 침해되고 있다고 주장한다.

즉 유사한 자격증을 취득한 사람들 간에 누구는 가산점을 주고 누구는 주지 않음으로써 공직취임의 기회를 차별하였다는 것이다. 그렇다면 이 사건에서 주된 쟁점은 공무담임권 행사에 있어서의 그러한 차별이 공무담임권 내지 평등권을 침해한 여부이다.

(2) 일반적인 평등원칙의 위반 내지 평등권의 침해 여부에 대한 헌법재판소의 통상의 심사기준은 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 자의적 차별이 있는지 여부이다(헌재 1998. 9. 30. 98헌가7, 판례집 10-2, 484, 503-504 참조).

그런데 입법자가 설정한 차별이 국민들 간에 단순한 이해관계의 차별을 넘어서서 기본권에 관련된 차별을 가져온다면 헌법재판소는 그러한 차별에 대해서는 자의금지 내지 합리성 심사를 넘어서 목적과 수단 간의 엄격한 비례성이 준수되었는지를 심사하여야 할 것이다. 나아가 사람이나 사항에 대한 불평등대우가 기본권으로 보호된 자유의 행사에 불리한 영향을 미칠 수 있는 정도가 크면 클수록, 입법자의 형성의 여지에 대해서는 그만큼 더 좁은 한계가 설정되므로, 헌법재판소는 보다 엄격한 심사척도를 적용함이 상당하다.

헌법재판소는 제대군인 가산점 사건에서 “차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다.”고 한 바 있는데(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787), 이러한 판시는 차별적 취급으로 인하여 기본권에 중대한 제한을 초래할 수록 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 한다는 취지이며, 기본권에 대한 제한이기는 하나 중대하지 않은 경우에는 엄격한 심사척도가 적용되지 않는다는 취지는 아니라고 볼 것이다.

이 사건 조항의 경우, 7급 공무원 시험에서 정보관리기술사, 정보처리기사, 정보처리산업기사 자격 소지자에 대해서는 만점의 2~3%에 해당하는 가산점을 부여하면서, 정보처리기능사의 경우에는 아무런 가산점을 부여하지 않는

바, 이는 같은 유사한 분야에 관한 자격증의 종류에 따라 가산점에 차이를 둬으로써 청구인과 같은 정보처리기능사 자격을 가진 응시자가 공무담임권을 행사하는데 있어 차별을 가져오는 것이므로, 이 사건에서는 그러한 차별을 정당화할 수 있을 정도로 목적과 수단 간의 비례성이 존재하는지를 검토하여야 할 것이다.

한편 기본권의 행사상의 차별 문제가 심사의 대상이 되는 경우, 통상 해당 기본권에 대한 심사내용은 평등원칙(평등권)의 심사내용과 혼반되게 되므로 서로 나누어 심사할 필요 없이 하나로 묶어 판단함이 상당하다.

(3) 헌법 제25조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.”고 규정하여 공무담임권을 보장하고 있는바, 공무담임권은 각종 선거에 입후보하여 당선될 수 있는 피선거권과 공직에 임명될 수 있는 공직취임권을 포괄하고 있다(헌재 1996. 6. 26. 96헌마200, 판례집 8-1, 550, 557).

직업공무원으로의 공직취임권에 관하여 규율함에 있어서는 임용희망자의 능력·전문성·적성·품성을 기준으로 하는 이른바 능력주의 또는 성과주의를 바탕으로 하여야 한다. 헌법은 이 점을 명시적으로 밝히고 있지 아니하지만, 헌법 제7조에서 보장하는 직업공무원제도의 기본적 요소에 능력주의가 포함되는 점에 비추어 헌법 제25조의 공무담임권 조항은 모든 국민이 누구나 그 능력과 적성에 따라 공직에 취임할 수 있는 균등한 기회를 보장함을 내용으로 한다고 할 것이다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 797-798).

이 사건 조항은 7급 공무원 시험 응시자 간에 소지한 기술·기능 분야의 자격증 종류에 따라 가산점 유무를 달리 함으로써, 그들의 공직에 취임할 수 있는 기회를 차별하고 있다. 행정자치부의 의견서에 나타난 통계에 의하면 2002년도 7급 공개채용 총 합격인원 623명 중 자격증 가산점을 받은 사람은 453명(72.7%)이며, 가산점 없이 합격한 사람은 88명(14.1%)에 불과하다. 그러므로 가산점의 취득 여부는 합격 여부에 중대한 영향을 미치는 것으로 보인다. 이러한 가산점 제도는 승진, 봉급 등 공직내부에서의 차별이 아니라 공직에의 진입 자체를 어렵게 함으로써 공직선택의 균등한 기회를 박탈하는 것이 될 수 있다. 그러므로 이 사건에서 문제된 가산점상의 차별 취급에 대해서는 그 목적과 수단 간에 엄격한 비례성이 요구된다.

이 사건에서 차별의 문제는 청구인의 주장에 따르면 3가지 측면에서 살펴볼 수 있다. 즉 7급 시험에서 기술·기능 분야의 자격증 종류에 따른 차별 문

제와, 7급과 9급 시험 간에 자격증 종류에 따른 차별 문제, 그리고 7급 시험에서 기능사 자격증과 컴퓨터활용능력·워드프로세서 자격증 간의 차별 문제이다. 이들에 관하여 각각 살펴본다.

(4) 7급 시험에서 직렬에 상관없이 적용되는 공통적용 가산점의 경우, 기술사(정보관리기술사 등)와 기사(정보처리기사 등)는 만점의 3%를, 산업기사(사무자동화산업기사 등)는 2%의 가산점을 부여받고, 기술직의 경우(해당 분야에 응시할 경우) 기술사, 기능장, 기사의 경우 5%, 산업기사의 경우 3%를 추가로 가산 받는다. 그러나 기능사의 경우는 아무런 가산점이 없다.

공무원의 직급은 담당하는 직무의 난이도·책임도 등에 따라 구분된다고 볼 수 있다. 일반적으로 하위 직급일수록 상위 직급에 비하여 업무의 곤란도와 책임 정도가 낮고 업무의 범위도 좁아 행정업무 수행에 필요한 기본적인 능력과 지식만으로도 직무를 감당할 수 있으며, 상위 직급일수록 하위 직급과는 달리 전문행정능력 또는 정책의 기획 및 관리 능력이 뒷받침되어야만 그 직무를 제대로 수행할 수 있다고 볼 수 있다. 그 때문에 공무원을 채용할 때도 5·7·9급 등 직급별로 구분하여 채용 요건, 시험과목, 출제수준, 시험방식을 달리하고 있는 것이라 할 수 있다.

이 사건 조항과 같은 자격증에 따른 가산점 규정의 법률적 근거는 국가공무원법 제36조의2 및 국가기술자격법 제10조 제1항이라고 볼 것인데, 이들 조항은 공무원 시험 응시자로 하여금 전문적인 기술자격을 취득을 장려하고 공무원의 업무상의 전문성을 강화하기 위한 입법목적을 지니고 있다고 할 수 있는바, 이러한 입법목적은 헌법 제37조 제2항의 공공복리를 위한 것이라 할 수 있다.

한편 시험시행규칙에 반영하는 자격증은 공무원의 임용예정직렬 및 직급, 자격증의 직무분야 및 등급을 고려하여 정하여야 하며, 상위 직급일수록 보다 높은 등급의 자격증에 대하여 가산점을 부여하는 것이 바람직할 것이다.

7급 공무원 시험에서 산업기사 이상의 등급에 대하여만 가산점을 주고 기능사의 경우는 가산점을 주지 않고 있는데, 일반적으로 기능사 자격은 국가기술자격법령이 정하는 기술·기능 분야의 자격증 중 가장 낮은 단계의 것으로서, 그 시험응시자격의 제한이 없으며, 통상 해당 종목에 관한 숙련기능을 가지고 관련 업무를 수행할 수 있는 능력을 평가하는데 비하여, 산업기사 이상의 자격은 더 높은 단계의 것으로서 시험응시자격에 제한이 있으며, 통상 해당 종목에 관한 기술기초이론지식 또는 숙련기능을 바탕으로 복합적인 기능

업무를 수행할 수 있는 능력 이상을 평가하는 것이다. 또한 시험에 있어서 기능사보다는 산업기사가 좀더 전문적인 과목으로 평가되며, 산업기사보다 등급이 높은 기사, 기능장, 기술사의 경우 자격 요건 및 시험이 더 까다롭다.

이러한 차이점이 있는 이상, 이 사건 조항이 7급 시험에 있어서 산업기사 이상의 자격증 소지자에 대하여 가산점을 주고 기능사 자격증 소지자는 가산점을 주지 않는다고 하더라도 이는 공무원의 업무상 전문성을 강화하기 위한 입법목적을 달성하기 위한 것이며, 7급 공무원 시험에 있어서 임용희망자의 능력·전문성·적성·품성을 기준으로 하는 이른바 능력주의 또는 성과주의를 벗어난 것으로 보기 어렵다.

또한 이 사건 조항은 법령이 정한 자격증의 등급을 일률적으로 반영한 것으로서, 기능사 상호간 혹은 산업기사 상호간에 차별을 둔 것도 아니다.

그렇다면 결국 이 사건 조항이 7급 시험에서 기능사 이상의 등급에 대해서만 가산점을 주는 것은 그 입법목적을 달성하는데 있어서 수단의 적합성을 갖춘 것이라 볼 것이다.

한편 7급 시험에서 산업기사 이상의 등급에 대하여 가산점을 부여하는 것은 7급 공무원의 업무의 전문성을 감안한 공익적 판단에 의한 것이며, 통상 공무원 시험 응시자들은 자신이 응시하고자 하는 직급을 결정한 후에 해당 분야의 가산점을 부여하는 자격증을 취득하는 것이 보통이고(이 사건 조항은 1999년도에 이미 존재하였다), 청구인이 기능사의 자격을 가지고 있는 이상 다음 등급인 산업기사 시험의 응시자격을 갖추고 있어 (정보처리)산업기사 자격을 취득하는 것이 매우 어렵다고 단정할 수도 없는 것을 감안하면(한국산업인력공단의 통계에 의하면 2002년도에 정보처리산업기사 자격시험 응시자 중 28.4%가 합격하였다), 이 사건 조항이 가져온 자격증 가산점 간의 차이점으로 인하여 달성하려는 공익이 침해되는 사익에 비하여 더 적은 것이라고 보기 어렵다.

결론적으로 7급 공무원시험에 있어서 산업기사 이상의 등급에 대해서만 가산점을 주고 기능사 등급에 대해서는 주지 않는 것은 그 차별취급의 목적과 수단 간에 비례관계를 벗어난 것이라 할 수 없다.

(5) 한편 기능사 자격증에 대하여 9급 시험에만 가산점을 주고 7급 시험에는 기능사보다 한 단계 위 등급의 자격증에서부터만 가산점을 주고 있다.

일반적으로 7급 공무원의 업무가 9급 공무원에 비하여 어느 정도 더 전문적인 기술·기능을 필요로 하는지는 단정하기 어려운 측면이 있다. 그러나 이

사건 조항은 자격증 등급을 공무원의 등급과 연계시켜, 산업기사 이상의 자격증과 기능사 자격증을 공무원 직급 분류 체계를 고려하여 반영하고 있는 것이며, 앞서 본 바와 같이 각 자격증의 성격 및 취득요건을 고려할 때, 이러한 차별이 불합리하거나 잘못된 것이라고 보기 어렵다.

또한 7급 공무원 시험과 9급 공무원 시험이 별개의 시험으로서 응시자들과 과목을 달리한다는 점을 감안하면 7급과 9급 시험 상호간의 가산점 제도를 단순비교하기는 어려운 측면이 있다.

결론적으로 이 사건 조항이 7급 시험에서는 기능사 자격에 대하여 가산점을 주지 아니하고 9급 시험에서는 주는 것은, 가산점 제도에 관한 입법형성의 범위를 초과한 것이라 할 수 없고, 그러한 가산점 제도에 있어서 입법목적과 수단 간의 비례성을 벗어난 것이라 볼 수 없다.

(6) 마지막으로 청구인은 7급 시험에서도, 상대적으로 기능사 자격증보다도 더 취득이 용이한 컴퓨터활용능력·워드프로세서 자격증의 경우는 가산점을 주고, 기능사 자격에 대해서는 가산점을 주지 않는 것이 잘못이라고 주장하므로 이에 대하여 살펴본다.

일반적으로 컴퓨터활용능력·워드프로세서 자격증에 대해서 7·9급 시험 공히 가산점을 부여하는 이유는, 사무관리 분야 자격증은 직급 구분 없이 공통적으로 필요하고 폭넓게 활용되는 능력으로서, 숙련도가 높을수록 직무를 효율적으로 추진하는 데 도움이 된다는 취지에서 비롯된 것이라 볼 수 있다.

한편 기능사, 산업기사 등 기술·기능 분야 자격증의 경우 이 사건 조항은 정보·통신 분야에 있어서 전문성을 고려하여 직급별로 가산점을 인정하는 것인데 비하여, 컴퓨터활용능력·워드프로세서 자격증의 경우 공무원의 일반적인 사무처리 능력의 효율성을 위하여 7·9급 공무원 시험 공히 가산점을 부여하는 것이며, 가산점의 비율에 있어서도 차이가 있는바, 이러한 사정을 종합하면 양자는 제도의 취지를 달리하는 것이라고 볼 것이다.

한편 이 사건 조항(별표 10)은 컴퓨터활용능력·워드프로세서 자격증의 가산점을 다른 기술·기능 분야 자격증 가산점과 나란히 규정하고 있지만, 어차피 이들 중 1개의 자격증에 대해서만 가산점을 주므로, 7급 시험에서 왜 기능사보다도 더 취득이 쉬운 컴퓨터활용능력·워드프로세서 자격증은 가산점을 주느냐고 따질 실익은 약한 것이다.

결국 7급 시험에서 기능사 자격증과 컴퓨터활용능력·워드프로세서 자격증 간의 가산점 문제는 서로 다른 제도적 차원의 문제이며, 평등권 심사에 있어

서 같은 비교집단으로 구성되기도 어렵고, 위에서 본 상호간의 제도적 특성을 고려할 때 불합리 하거나 자의적인 차별이라 할 수 없을 뿐만 아니라 그러한 차별이 입법목적과 수단 간에 비례성을 벗어난 것이라 할 수 없다.

(7) 소 결

이상의 이유에서 이 사건 조항이 7급 공무원 시험에서 기능사 자격증에 대하여 가산점을 부여하지 않고 있는 것은 그 입법목적과 수단 간에 비례성을 충족하고 있는 것이므로, 공무담임권 및 평등권을 침해한 것이라 할 수 없다.

다. 직업선택의 자유 침해 문제

이 사건에서 청구인은 직업선택의 자유 침해도 주장하나, 공무원직에 관한 공무담임권은 직업의 자유에 우선하여 적용되는 특별법적 규정이므로(헌재 1999. 12. 23. 99헌마135, 판례집 11-2, 800, 811; 헌재 2000. 12. 14. 99헌마 112등, 판례집 12-2, 399, 409), 공직취임권과 관련된 이 사건에서는 직업선택의 자유 침해 여부에 대하여 따로 판단하지 아니한다.

4. 결 론

이상의 이유에서 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 하경철 김영일 권 성 김효종(주심)

김경일 송인준 주선희 전효숙

공직선거및선거부정방지법 제53조 제3항 위헌확인

(2003. 9. 25. 2003헌마106 전원재판부)

【판시사항】

1. 지방자치단체의 장으로 하여금 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 겹치는 선거구역에서 실시되는 지역구 국회의원선거에 입후보하고자 하는 경우 당해 선거의 선거일 전 180일까지 그 직을 사퇴하도록 규정하고 있는 공직선거및선거부정방지법(이하 '공선법'이라 한다) 제53조 제3항(이하 '이 사건 조항'이라 한다)이 평등의 원칙에 위배되는지 여부(적극)
2. 위 규정이 청구인들의 공무담임권을 침해하는지 여부(적극)

【결정요지】

1. 이 사건 조항의 입법목적은 선거의 공정성과 공직의 직무전념성 확보에 있는바, 이 사건 조항과 마찬가지로 공선법 제53조 제1항도 자신의 지위와 권한을 선거운동에 남용할 우려가 있는 공무원 등의 일정 집단에 대하여 선거일 전 60일까지 그 직을 그만두도록 함으로써 선거의 공정성을 꾀하고 공무원의 직무전념성도 확보하고자 하고 있으므로, 이러한 입법목적에서 볼 때 공선법 제53조 제1항에서 열거한 공무원 집단과 지방자치단체의 장은 본질적으로 같은 것으로서 같이 취급되어야 할 것이다. 그런데, 이 사건 조항이 없다 하더라도 지방자치단체의 장 역시 일반규정이라 할 수 있는 공선법 제53조 제1항의 적용을 받게 되므로, 지방자치단체장의 직위를 이용한 사전선거운동의 위험성과 직무전념성의 침해가능성은 선거일 전 60일부터는 봉쇄되고 있고, 또한 지방자치단체장이 그 직에 재직하면서 선거와 관련하여 부당한 이익을 누릴 염려가 있으나, 공선법은 사전선거운동을 금지하고 처벌하는 조항, 지방자치단체의 홍보물을 제한하는 조항 등의 다른 규정들을 통해 이미 그러한 위험성도 차단하고 있으며, 반면, 이 사건 조항은 지방자치단체의 장이 지역구 국회의원선거에 입후보하는 것이 원천적으로 불가능한 경우를 확대시

키고 있으며, 지방자치단체의 장이 사퇴한 이후 장기간의 행정공백을 발생시키는 등 불합리한 상황을 야기하고 있다. 위와 같은 사정을 종합해 보면, 이 사건 규정을 통해 지방자치단체의 장의 사퇴시한을 다른 공무원에 비하여 훨씬 앞당겨야 할 합리적인 이유를 발견하기 어려우므로, 이 사건 조항은 지방자치단체의 장을 합리적 이유 없이 차별하는 것으로서 평등의 원칙에 위배된다.

2. 이 사건 조항은 선거일 전 60일까지 사퇴하면 되는 다른 공무원과 비교해 볼 때 지방자치단체장의 사퇴시기를 현저하게 앞당김으로써 청구인들의 공무담임권(피선거권)에 대하여 제한을 가하고 있는 규정이므로, 기본권제한에 관한 과잉금지원칙을 준수하여야 한다. 이 사건 조항의 입법목적은 정당하고, 그 수단의 적정성도 긍정되나, 이 사건 조항은 선거의 공정성과 직무전념성이라는 입법목적 달성을 위한 적절한 수단들이 이미 공선법에 존재하고 있음에도 불구하고 불필요하고 과도하게 청구인들의 공무담임권을 제한하는 것이라 할 것이므로 침해의 최소성 원칙에 위반되고, 이 사건 조항에 의해 실현되는 공익과 그로 인해 청구인들이 입는 기본권 침해의 정도를 비교형량할 경우 양자간에 적정한 비례관계가 성립하였다고 할 수 없어 법익의 균형성 원칙에 위배된다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제53조(공무원등의 입후보) ①, ② 생략

③ 제1항의 규정에 불구하고, 지방자치단체의 장은 선거구역이 당해지방자치단체의 관할 구역과 같거나 겹치는 지역구국회의원선거에 입후보하고자 하는 때에는 당해선거의 선거일전 180일까지 그 직을 그만두어야 한다.

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제25조

공직선거및선거부정방지법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제34조(선거일) ① 임기만료에 의한 선거의 선거일은 다음 각호와 같다.

1. 대통령선거는 그 임기만료일전 70일 이후 첫번째 목요일
2. 국회의원선거는 그 임기만료일전 50일 이후 첫번째 목요일
3. 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거는 그 임기만료일전 30일 이후 첫번째

목요일

② 제1항의 규정에 의한 선거일이 국민생활과 밀접한 관련이 있는 민속절 또는 공휴일인 때와 선거일전일이나 그 다음날이 공휴일인 때에는 그 다음 주의 목요일로 한다.

공직선거및선거부정방지법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제35조(보궐선거등의 선거일) ① 대통령의 결위로 인한 선거 또는 재선거(제3항의 규정에 의한 재선거를 제외한다. 이하 제2항에서 같다)는 그 선거의 실시사유가 확정된 때부터 60일 이내에 실시하되, 선거일은 늦어도 선거일전 29일에 대통령 또는 대통령권한대행자가 공고하여야 한다.

② 보궐선거·재선거·증원선거와 지방자치단체의 설치·폐지·분할 또는 합병에 의한 지방자치단체의 장선거는 다음 각호에 의한다.

1. 지역구국회의원·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 보궐선거·재선거·지방의회의원의 증원선거는 전년도 10월 1일부터 3월 31일까지의 사이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에는 4월중 마지막 목요일에 실시하고, 4월 1일부터 9월 30일까지의 사이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에는 10월중 마지막 목요일에 실시한다. 이 경우 선거일에 관하여는 제34조(선거일)제2항의 규정을 준용한다.
 2. 지방자치단체의 설치·폐지·분할 또는 합병에 의한 지방자치단체의 장선거는 그 선거의 실시사유가 확정된 때부터 60일 이내에 실시하되, 선거일은 관할선거구선거관리위원회위원장이 당해지방자치단체의 장(직무대행자를 포함한다)과 협의하여 늦어도 선거일전 23일에 공고하여야 한다.
- ③ 제197조(선거의 일부무효로 인한 재선거)의 규정에 의한 재선거는 확정판결 또는 결정의 통지를 받은 날부터 30일 이내에 실시하되, 관할선거구선거관리위원회가 그 재선거일을 정하여 공고하여야 한다.
- ④ 이 법에서 “보궐선거등”이라 함은 제1항 내지 제3항 및 제36조(연기된 선거등의 선거일)의 규정에 의한 선거를 말한다.
- ⑤ 이 법에서 “선거의 실시사유가 확정된 때”라 함은 다음 각호에 해당하는 날을 말한다.
1. 대통령의 결위로 인한 선거는 그 사유가 발생한 날
 2. 지역구국회의원의 보궐선거 또는 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 보궐선거는 관할선거구선거관리위원회가 그 사유의 통지를 받은 날(법원의 판결 또는 결정에 의하여 사유가 확정된 때에는 관할선거구선거관리위원회가 그 판결이나 결정의 통지를 받은 날 (이하 제3호에서 같다).)
 3. 재선거는 그 사유가 확정된 날
 4. 지방의회의원의 증원선거는 새로 정한 선거구에 관한 별표 2 또는 시·도조례의 효력이 발생한 날
 5. 지방자치단체의 설치·폐지·분할 또는 합병에 의한 지방자치단체의 장선거는 당해 지방자치단체의 설치·폐지·분할 또는 합병에 관한 법률의 효력이 발생한 날
 6. 연기된 선거는 제196조(선거의 연기) 제3항의 규정에 의하여 그 선거의 연기를 공고한 날
 7. 재투표는 제36조의 규정에 의하여 그 재투표일을 공고한 날

공직선거및선거부정방지법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제53조(공무원등의 입후보) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자로서 후보자가 되고자 하는 자는 선거일전 60일(비례대표국회의원선거나 비례대표시·도의원선거 및 보궐선거등에 있어서와 국회의원이 지방자치단체의 장의 선거에 입후보하는 경우에 있어서는 후보자등록신청전)까지 그 직을 그만두어야 한다. 다만, 대통령선거와 국회의원선거에 있어서 국회의원이 그 직을 가지고 입후보하는 경우와 지방의회의원선거와 지방자치단체의 장의 선거에 있어서 당해 지방자치단체의 의회의원이나 장이 그 직을 가지고 입후보하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 국가공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 지방공무원. 다만, 정당법 제6조(발기인 및 당원의 자격)제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.
2. 각급선거관리위원회위원 또는 교육위원회의 교육위원
3. 다른 법령의 규정에 의하여 공무원의 신분을 가진 자
4. 정부투자기관관리기본법 제2조(적용범위)에 규정된 정부투자기관(한국은행을 포함한다)의 상근 임원
5. 농업협동조합·수산업협동조합·축산업협동조합·임업협동조합·엽연초생산협동조합 또는 인삼협동조합(이들 조합의 중앙회와 연합회를 포함한다)의 상근임원과 이들 조합의 중앙회장이나 연합회장
6. 지방공기업법 제2조(적용범위)에 규정된 지방공사와 지방공단의 상근임원
7. 정당법 제6조 제2호의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 없는 사립학교교원
8. 대통령령으로 정하는 언론인

②, ③ 생략

공직선거및선거부정방지법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제59조(선거운동기간) 선거운동은 당해 후보자의 등록이 끝난 때부터 선거일전일까지에 한하여 이를 할 수 있다.

공직선거및선거부정방지법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제86조(공무원등의 선거에 영향을 미치는 행위금지) ① 공무원(국회의원과 그 보좌관·비서관·비서 및 방의회의원을 제외한다), 제53조(공무원등의 입후보) 제1항 제4호 및 제6호에 규정된 기관 등의 상근 임·직원, 통·리·반의 장과 향토예비군소대장급 이상의 간부, 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가나 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말한다)와 제2의건국범국민추진위원회의 상근 임·직원 및 이들 단체등(시·도조직 및 구·시·군조직을 포함한다)의 대표자 또는 의료보험법에 의하여 설립된 조합 및 의료보험연합회와 국민의료보험법에 의하여 설립된 국민의료보험관리공단의 상근 임·직원은 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다

1. 소속직원 또는 선거구민에게 교육 기타 명목여하를 불문하고 특정 정당이나 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 항에서 같다)의 업적을 홍보하는

행위

2. 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위
3. 정당 또는 후보자에 대한 선거권자의 지지도를 조사하거나 이를 발표하는 행위
4. 선거기간중 소속직원 또는 선거구민에게 명목여하를 불문하고 법령이 정하는 외의 금품 기타 이익을 주거나 이를 약속하는 행위. 다만, 관혼상제 기타 의례적이거나 직무상의 행위로서 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 행위를 제외한다.
5. 선거기간중 국가 또는 지방자치단체의 예산으로 시행하는 사업중 즉시 공사를 진행하지 아니할 사업의 기공식을 거행하는 행위
6. 선거기간중 정상적 업무 외의 출장을 하는 행위
7. 선거기간중 휴가기간에 그 업무와 관련된 기관이나 시설을 방문하는 행위

② 생략

③ 지방자치단체의 장은 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 지방자치단체의 사업계획·추진실적 기타 지방자치단체의 활동상황을 알리기 위한 홍보물(홍보지·소식지·간행물·시설물·녹음물·녹화물 기타의 홍보물 및 신문·방송을 이용하여 행하는 경우를 포함한다)을 분기별로 1종 1회를 초과하여 발행·배부 또는 방송하여서는 아니되며 당해 지방자치단체의 장의 선거의 선거일전 180일(보궐선거등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때, 이하 제4항에서 같다)부터 선거일까지는 홍보물을 발행·배부 또는 방송할 수 없다.

1. 법령에 의하여 발행·배부 또는 방송하도록 규정된 홍보물을 발행·배부 또는 방송하는 행위
2. 특정사업을 추진하기 위하여 그 사업과 이해관계가 있는 자나 관계주민의 동의를 얻기 위한 행위
3. 집단민원 또는 긴급한 민원이 발생하였을 때 이를 해결하기 위한 행위
4. 기타 위 각호의 1에 준하는 행위로서 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 행위

④ 생략

공직선거및선거부정방지법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제203조(동시선거의 범위와 선거일) ① 임기만료일이 같은 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거는 그 임기만료에 의한 선거의 선거일에 동시 실시한다.

② 제35조(보궐선거등의 선거일) 제2항 제2호의 규정에 의한 지방자치단체의 장의 보궐선거등이 다음 각호에 해당되는 때에는 임기만료에 의한 선거의 선거일에 동시 실시한다.

1. 임기만료에 의한 선거의 선거기간중에 그 선거를 실시할 수 있는 기간의 만료일이 있는 보궐선거등
2. 선거를 실시할 수 있는 기간의 만료일이 임기만료에 의한 선거의 선거일후에 해당되나 그 선거의 실시사유가 임기만료에 의한 선거의 선거일 30일전까지 확정된 보궐선거등

③ 제35조 제2항 제1호의 규정에 의한 보궐선거등 가운데 다음 각호의 보궐선거등은 임기만료에 의한 선거의 선거일에 동시 실시한다. 다만, 그 보궐선거등의 선거일이 국회의

원 또는 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 임기만료에 의한 선거의 선거기간개시일전 40일부터 선거일후 50일까지의 사이에 있는 때에는 당해임기만료에 의한 선거의 선거일부터 50일후 첫번째 목요일에 그 보궐선거등(이하 이 조에서 “연기된 보궐선거등”이라 한다)을 실시하되, 그 연기된 보궐선거등의 선거일전 30일까지 선거의 실시사유가 확정된 보궐선거등도 동시에 실시한다.

1. 임기만료에 의한 선거의 선거기간개시일전 40일 내에 선거일이 있는 보궐선거등.
2. 임기만료에 의한 선거의 선거일전 30일까지 그 실시사유가 확정된 보궐선거등. 이 경우 당해임기만료에 의한 선거의 선거일전 30일후에 그 선거의 실시사유가 확정된 보궐선거등은 그 다음의 보궐선거등의 선거일에 실시한다.

④ 삭제

공직선거및선거부정방지법 제254조(선거운동기간위반죄) ① 생략

② 선거운동기간전에 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 선 전시설물이나 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 반상회 기타의 집회를 개최하여 선거운동을 하거나 하게 한 자
4. 선거운동을 위한 기구를 설치하거나 사조직을 만들어 선거운동을 하거나 하게 한 자
5. 호별방문하여 선거운동을 하거나 하게 한 자

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

【참조판례】

1. 헌재 1999. 5. 27. 98헌마214, 판례집 11-1, 675
2. 헌재 1991. 3. 11. 90헌마28, 판례집 3, 63

【당 사 자】

청 구 인 황대현 외 1인
대리인 변호사 김태운

【주 문】

공직선거및선거부정방지법 제53조 제3항(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것)은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인 황대현은 2002. 6. 13. 실시된 제3회 전국동시지방선거에서 대구광역시 달서구청장으로 당선된 자이고, 청구인 장재영은 2002. 12. 19. 실시된 전라북도 장수군수 보궐선거에서 당선된 자이다.

청구인들은, 지방자치단체의 장으로 하여금 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 겹치는 선거구역에서 실시되는 지역구 국회의원선거에 입후보하고자 하는 경우 당해 선거의 선거일 전 180일까지 그 직을 사퇴하도록 규정하고 있는 공직선거및선거부정방지법 제53조 제3항이 국회의원이 지방자치단체의 장 선거에 입후보하는 경우에 비해 사퇴시한에 현저한 차별을 두는 등으로 헌법상 보장된 청구인들의 평등권과 공무담임권을 침해한다고 주장하면서 2003. 2. 12. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건의 심판대상은 공직선거및선거부정방지법(이하 “공선법”이라 한다) 제53조 제3항(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것, 이하 “이 사건 조항”이라 한다)의 위헌 여부이며, 그 내용 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

제53조(공무원 등의 입후보) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자로서 후보자가 되고자 하는 자는 선거일 전 60일(비례대표 국회의원선거나 비례대표 시·도 의원선거 및 보궐선거 등에 있어서와 국회의원이 지방자치단체의 장의 선거에 입후보하는 경우 및 지방의회의원이 다른 지방자치단체의 의회의원이나 장의 선거에 입후보하는 경우에 있어서는 후보자등록신청 전)까지 그 직을 그만두어야 한다. 다만, 대통령선거와 국회의원선거에 있어서 국회의원이 그 직을 가지고 입후보하는 경우와 지방의회의원선거와 지방자치단체의 장의 선거에 있어서 당해 지방자치단체의 의회의원이나 장이 그 직을 가지고 입후보하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 국가공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 지방공무원. 다만, 정당법 제6조(발기인 및 당원의 자격) 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.

2. 이하 생략

② 생략

③ 제1항의 규정에 불구하고, 지방자치단체의 장은 선거구역이 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 겹치는 지역구 국회의원선거에 입후보하고자 하는 때에는 당해 선거의 선거일 전 180일까지 그 직을 그만두어야 한다.

제34조(선거일) ① 임기만료에 의한 선거의 선거일은 다음 각호와 같다.

1. 대통령선거는 그 임기만료일 전 70일 이후 첫 번째 목요일
2. 국회의원선거는 그 임기만료일 전 50일 이후 첫 번째 목요일
3. 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거는 그 임기만료일 전 30일 이후 첫 번째 목요일

제35조(보궐선거 등의 선거일) ① 생략

② 보궐선거·재선거·증원(增員)선거와 지방자치단체의 설치·폐지·분할 또는 합병에 의한 지방자치단체의 장 선거는 다음 각호에 의한다.

1. 지역구 국회의원·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 보궐선거·재선거, 지방의회의원의 증원선거는 전년도 10월 1일부터 3월 31일까지의 사이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에는 4월중 마지막 목요일에 실시하고, 4월 1일부터 9월 30일까지의 사이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에는 10월중 마지막 목요일에 실시한다. 이하 생략

제203조(동시선거의 범위와 선거일) ①, ② 생략

③ 제35조 제2항 제1호의 규정에 의한 보궐선거 등 가운데 다음 각호의 보궐선거 등은 임기만료에 의한 선거의 선거일에 동시 실시한다. 다만, 그 보궐선거 등의 선거일이 국회의원 또는 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 임기만료에 의한 선거의 선거기간 개시일 전 40일부터 선거일 후 50일까지의 사이에 있는 때에는 당해 임기만료에 의한 선거의 선거일로부터 50일 후 첫 번째 목요일에 그 보궐선거 등(이하 이 조에서 “연기된 보궐선거 등”이라 한다)을 실시하되, 그 연기된 보궐선거 등의 선거일 전 30일까지 선거의 실시사유가 확정된 보궐선거 등도 동시에 실시한다.

1. 임기만료에 의한 선거의 선거기간 개시일 전 40일 내에 선거일이 있는 보궐선거 등
2. 임기만료에 의한 선거의 선거일 전 30일까지 그 실시사유가 확정된 보궐선거 등. 이 경우 당해 임기만료에 의한 선거의 선거일 전 30일 후에 그 선거의 실시사유가 확정된 보궐선거 등은 그 다음의 보궐선거 등의 선거일에 실시한다.

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 공선법 제53조 제1항은, 국가공무원과 지방공무원으로서 공직선거후보자가 되고자 하는 자는 누구나 선거일 전 60일까지 사퇴하도록 하면서, 국회의원이 지방자치단체의 장의 선거에 입후보하는 경우에는 후보자등록신청 전까지 사퇴하면 되고 나아가 대통령선거와 국회의원선거에 있어서는 그 직을 가지고 입후보할 수 있다고 규정하고 있다.

이 사건 조항은 위 제1항에도 불구하고 지방자치단체의 장의 경우에는 그 선거구역이 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 겹치는 지역구 국회의원 선거에 입후보하고자 하는 때에는 당해 선거의 선거일 전 180일까지 사퇴하도록 함으로써 국회의원과 비교해 지방자치단체의 장을 그 사퇴시한에 있어 현저하게 차별하고 있을 뿐만 아니라, 지역구 국회의원 보궐선거가 당해 선거일 전 180일 안에 공고된 경우 지방자치단체의 장의 입후보를 원천적으로 봉쇄하고 있다.

국회의원이나 지방자치단체의 장의 경우 모두 주민들의 직접선거에 의하여 선출된 공무원이라는 점에서 본질적으로 같은 경우라고 해야 할 것임에도 불구하고 국회의원이 지방자치단체의 장 선거에 입후보하는 경우와 지방자치단체의 장이 지역구 국회의원선거에 입후보하는 경우 그 직의 각 사퇴시한이 ‘후보등록 전’과 ‘선거일 전 180일’로 현저하게 차이가 나도록 한 것은, 합리적인 이유 없이 청구인들의 피선거권을 제한하여 자의적 차별을 행함으로써 평등의 원칙에 위배되고 국민의 기본권인 공무원임권을 침해하는 것이다.

특히 지방자치단체의 장이 지역구 국회의원선거를 제외한 나머지 선거, 예컨대 대통령선거, 다른 지방의회의원선거 및 다른 광역자치단체장 선거에 입후보하는 경우에는 공선법 제53조 제1항에 따라 선거일 전 60일까지만 사퇴하면 되는데 이 사건 조항에 따라 유독 지역구 국회의원선거에 입후보할 경우에만 선거일 전 180일까지 사퇴하도록 할만한 합리적 이유를 찾아볼 수 없다.

(2) 이 사건 조항의 입법목적이 지방자치단체의 장의 선거출마로 인해 초래되는 행정혼란을 방지하고 지방자치단체의 장의 직무전념성을 보장함으로써 지방행정의 효율성을 확보하는 데 있다 할지라도, 공선법 제53조 제1항 본문이 선거일 전 60일까지 사퇴하도록 하고 있음에 비추어 볼 때 유독 이 사건 조항에 의해서만 행정혼란을 막고 직무전념성을 보장하도록 해야 할 특별한 이유를 발견할 수 없고, 나아가 이 사건 조항의 입법목적이 선거의 공정성확

보에 있다 할지라도 이는 공선법상의 다른 조항들이나 특히 공선법 제53조 제1항을 통해 달성할 수 있다 할 것이므로, 이 사건 조항은 청구인들의 피선거권을 과도하게 제한하는 것으로서 위헌이다.

(3) 공선법 제35조 제2항 제1호에 따른 경우 지방자치단체의 장의 보궐선거는 전년도 10월 1일부터 3월 31일까지의 사이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에는 4월중 마지막 목요일에 실시하도록 하고 있으나, 공선법 제203조 제3항은 보궐선거의 선거일이 국회의원임기만료에 의한 선거기간 개시일 전 40일부터 선거일 후 50일까지의 사이에 있는 때에는 당해 임기만료에 의한 선거의 선거일로부터 50일 후 첫 번째 목요일에 보궐선거를 실시하도록 하고 있다. 따라서 청구인들이 사퇴마감시한인 2003. 10. 18.에 임박하여 사퇴할 경우 2004. 6. 10.에 보궐선거가 실시되며 이로 인해 최소한 7개월 20여 일에 걸친 행정공백이 발생하게 된다.

이와 같은 결과는 공선법 제53조 제1항의 적용을 받음으로써 2004. 2. 15. 무렵에 사퇴한다고 할 경우에 발생하게 될 행정공백기간 약 3개월 20일 정도와 비교할 때 지나치게 장기간의 행정공백상태를 초래한다.

나. 중앙선거관리위원회위원장의 의견

별다른 의견을 제출하지 않았다.

3. 판 단

가. 이 사건 조항의 의미

(1) 공선법 제53조 제1항 본문에 의할 경우, 국가공무원과 지방공무원(다만, 정당법 제6조 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는, 정무직 이외의 공무원은 제외)으로서 공직선거의 후보자가 되고자 하는 자는 누구나 선거일 전 60일까지 그 직을 그만두어야 하되, 국회의원이 지방자치단체의 장의 선거에 입후보하는 경우나 지방의회의원이 다른 지방자치단체의 의회의원이나 장의 선거에 입후보하는 경우에는 후보자등록신청 전까지 그 직을 그만두도록 되어 있다. 다만 같은 조항 단서에 의하면, 국회의원으로서 대통령선거와 국회의원선거에 입후보하는 경우, 지방자치단체의 의회의원이나 장이 당해 지방자치단체의 의회의원선거나 장의 선거에 입후보하는 경우에는 그 직을 가진 채 입후보할 수 있다.

그에 비하여 이 사건 조항은 지방자치단체의 장이 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 겹치는 지역구 국회의원선거에 입후보하고자 하는 때에는 당해 선거의 선거일 전 180일까지 그 직을 그만두도록 규정하고 있다.

(2) 이 사건 조항은 1998. 4. 30. 법률 제5537호로 신설되었던 구 공선법 제 53조 제3항(“지방자치단체의 장은 그 임기 중에 그 직을 사퇴하여 대통령선거, 국회의원선거, 지방의회의원선거 및 다른 지방자치단체의 장 선거에 입후보할 수 없다”)이 헌법재판소 1999. 5. 27. 98헌마214 결정에 의해 위헌으로 선언됨에 따라 공선법이 2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정되면서 생겨난 조항이다. 위 구 공선법 제53조 제3항이 지방자치단체의 장으로 하여금 그 임기 중에는 대통령, 국회의원, 지방의회의원 및 다른 지방자치단체의 장 선거에 입후보하는 것을 원천적으로 봉쇄하고 있었던 것에 비하여 이 사건 조항은 지방자치단체의 장이 그 임기 중이라도 위 각 선거에 출마할 수 있도록 허용하고 있으나, 지방자치단체의 장이 선거구역에 있어 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 겹치는 지역구 국회의원선거에 입후보하고자 하는 경우에 한하여 공직사퇴의 시기를 통상의 경우인 선거일 전 60일까지보다 훨씬 앞당겨 선거일 전 180일까지로 하고 있다.

(3) 공선법 제53조 제1항에 대한 특별규정이라 할 수 있는 이 사건 조항이 없다고 한다면, 지방자치단체의 장이 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 겹치는 지역구 국회의원선거에 입후보하고자 하는 경우 일반규정인 공선법 제53조 제1항의 적용을 받게 되므로 선거일 전 60일까지 그 직을 사퇴하여야 한다.

나. 이 사건 조항의 입법목적

지방자치단체의 장이 그 관할구역과 같거나 겹치는 지역구 국회의원선거에 입후보하는 경우, 그 직위를 이용하여 다른 입후보 희망자가 가지지 못하는 여러 가지 정보를 수집, 활용하거나 부하직원을 선거운동에 이용할 염려가 있고, 자신의 당선에 유리하도록 불공정한 법제정이나 법집행·행정집행을 할 소지도 있는 등 그 지위와 권한을 자기의 선거운동에 남용 또는 악용할 가능성이 있으며, 이것은 곧바로 선거의 공정성을 해치게 된다. 또한 지방자치단체의 장이 그 직을 보유한 채로 공직선거에 입후보할 수 있도록 한다면 이는 공무원의 직무전념의무(국가공무원법 제56조, 지방공무원법 제48조 참조)와도 상충된다. 이러한 점에서 이 사건 조항의 입법목적은 선거의 공정성과 공직의 직무전념성 확보에 있다고 할 수 있다. 다만, 지방자치단체의 장을 비롯한 대부분의 공무원에게 적용되는 일반규정인 공선법 제53조 제1항이 이미 선거일 전 공직사퇴조항을 두고 있음에도 불구하고 이 사건 조항은 지방자치단체의 장이 그 관할구역과 같거나 겹치는 지역구 국회의원선거에 출마하는 특정한

경우에 한정하여 다른 공무원의 경우보다 그 사퇴시한을 훨씬 앞당기고 있는 바, 이는 지방자치단체장이 그 관할구역이 속하는 지역구 국회의원에 출마하는 경우가 다른 경우에 비하여 그 직위의 남용 내지 악용의 염려가 특히 클 것이라는 우려에서 그로 인해 얻을 불공정한 이익을 배제하려는 것으로 보인다. 따라서 이 사건 조항은 위 두 가지 입법목적 중에서 ‘직무의 전념성’보다는 ‘선거의 공정성’에 더 큰 비중을 둔 조항이라고 말할 수 있다.

다. 이 사건 조항의 위헌 여부

청구인들은 이 사건 조항에 의해 청구인들의 기본권인 평등권과 공무담임권이 침해되었다고 주장하고 있으므로, 그에 대해서 살펴본다.

(1) 평등권 침해 여부

(가) 우리 헌법은 제11조 제1항 제1문에서 “모든 국민은 법 앞에 평등하다.”고 규정함으로써 일반적 평등원칙을 선언하고, 이어 동항 제2문에서는 ‘정치적 영역’에서의 차별금지를 규정하고 있을 뿐만 아니라 제41조 제1항에서는 “국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다.”라고 규정함으로써 대의민주주의에 있어 핵심적 역할을 수행하는 국회를 구성함에 있어 기회의 균등과 평등선거의 원칙이 준수될 것을 특별히 요구하고 있다. 평등원칙은 원칙적으로 입법자가 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게 취급하거나 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금지하고 있다. 평등권이 요구하는 평등은 절대적 평등이 아니고 합리적으로 근거 있는 차별을 허용하는 상대적 차별을 의미한다. 따라서 본질적으로 같은 것을 다르게 취급하였다고 하여 그것이 곧 평등권에 위반되는 것은 아니고, 차별대우가 헌법적 정당성을 갖지 못하는 경우, 즉 자의적인 경우에 평등권에 위반된다(헌재 1999. 5. 27. 98헌마214, 판례집 11-1, 675, 708 참조).

(나) 이 사건 조항과 마찬가지로 공선법 제53조 제1항도 자신의 지위와 권한을 선거운동에 남용할 우려가 있는 공무원 등의 일정 집단에 대하여 선거일 전 60일까지 그 직을 그만두도록 함으로써 선거의 공정성을 피하고 공무원의 직무전념성도 확보하려는 목적에서 제정되었다. 이러한 이 사건 조항과 공선법 제53조 제1항의 입법목적에서 볼 때 공선법 제53조 제1항에서 열거한 공무원의 인적 집단과 지방자치단체의 장은 본질적으로 같은 것으로서 같이 취급되어야 할 것이다(헌재 1999. 5. 27. 98헌마214, 판례집 11-1, 675, 708).

그런데, 이 사건 조항은 지방자치단체의 장이 당해 지방자치단체의 관할구

역과 같거나 겹치는 지역구 국회의원선거에 입후보할 경우 그 직을 위 ‘선거일 전 60일’보다 훨씬 앞당겨 ‘선거일 전 180일’까지 사퇴하도록 함으로써, 선거일 전 60일까지 사퇴하여 입후보할 수 있는 다른 공무원에 비하여 피선거권에 있어서 차별대우를 하고 있다.

물론 지방자치단체의 장이 공직을 이용해 사전선거운동을 행할 가능성이 있고 그로 인해 선거의 공정성이 위협받을 수 있음은 부정할 수 없지만, 이러한 염려는 다른 공무원의 경우에도 동일하게 발생하는 것이다.

따라서 지방자치단체장과 그 밖의 다른 공무원 사이에 피선거권의 제한에 있어 본질적인 차이가 존재한다고 보기는 어렵다.

(다) 다음으로 이 사건 조항에 의한 차별대우를 정당화할만한 합리적인 이유가 존재하는지에 관하여 본다.

이 사건 조항이 자신의 관할구역과 같거나 겹치는 지역구 국회의원선거에 입후보하려는 지방자치단체의 장에 한하여 일반 공무원의 사퇴시한보다 4개월 정도 앞당겨 사퇴하도록 한 것은, 지방자치단체의 장의 경우 지역구 국회의원선거 출마를 앞두고 그 직위를 이용하여 선심행정·편파행정 등을 행함으로써 선거의 공정성을 저해하고 지방자치의 본질을 훼손·왜곡시킬 가능성이 크다는 점을 염두에 둔 것임은 이미 살펴 본 바와 같다.

그러나 이 사건 조항이 선거의 공정성확보라는 입법목적 달성을 위하여 공선법 제53조 제1항의 선거일 60일 전 사퇴에서 훨씬 더 나아가 선거일 180일 전 사퇴라는 수단을 택한 점에 있어서 그러한 차별을 들만한 합리적 이유가 있는지에 관하여는 의문을 제기하지 않을 수 없다.

먼저, 이 사건 조항이 없다고 하더라도 지방자치단체의 장 역시 일반규정이라 할 수 있는 공선법 제53조 제1항의 적용을 받게 되는데, 공선법 제53조 제1항은 국가공무원과 지방공무원의 경우 원칙적으로 선거일 전 60일까지 사퇴하도록 함으로써 지방자치단체장의 직위를 이용한 사전선거운동의 위험성 즉, 선거의 공정성을 해칠 위험성과 직무전념성의 침해가능성을 선거일 전 60일부터 봉쇄하고 있다.

또한 위 공선법 제53조 제1항의 적용만을 받음으로 인해, 청구인들과 같은 지방자치단체의 장이 지역구 국회의원선거에 출마하고자 하는 경우 선거일 전 180일부터 선거일 전 60일까지 4개월 동안 더 지방자치단체의 장으로 재직함으로써 그 기간 동안 선거와 관련하여 부당한 이익을 누릴 염려가 있으나, 이미 공선법은 다른 규정들을 통해 그러한 위험성도 차단하고 있다.

첫째, 공선법은 “선거운동은 당해 후보자의 등록이 끝난 때부터 선거일 전 일까지에 한하여 이를 할 수 있다”고 규정하고(제59조), 이를 위반하였을 경우 선거운동기간위반죄(제254조 제2, 3항)로 형사처벌함으로써 선거운동기간 전에는 일체의 선거운동을 금지하고 있다.

둘째, 그 지위를 남용하여 사전선거운동을 할 개연성이 큰 지방자치단체의 장의 경우, 공선법 제86조 제3항 전단은 지방자치단체의 사업계획·추진실적 기타 지방자치단체의 활동상황을 알리기 위한 홍보물에 대해 원칙적으로 분기별로 1종 1회를 초과하여 발행·배부 또는 방송할 수 없도록 제한하면서, 법령에 의하여 발행·배부 또는 방송하도록 규정된 홍보물을 발행·배부 또는 방송하는 행위나 특정사업을 추진하기 위하여 관계주민의 동의를 얻기 위한 행위, 집단민원이나 긴급한 민원이 발생하였을 때 이를 해결하기 위한 행위 등의 경우에만 예외로 함으로써 선거의 공정성과 직무전념성을 확보하고 있다.

셋째, 공선법은 위와 같이 지방자치단체의 장이 실적찬양성 홍보물을 남발함으로써 사전선거운동을 행하는 것을 특별히 제한하고 있는 것 외에도 공무원이 선거에 영향을 미치는 일정한 행위를 일반적으로 금지하고 있다. 즉 공선법 제86조 제1항은 공무원에 대해 소속직원 또는 선거구민에게 교육 기타 명목여하를 불문하고 특정 정당이나 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함)의 업적을 홍보하는 행위나 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위 또는 정당 또는 후보자에 대한 선거권자의 지지도를 조사하거나 이를 발표하는 행위를 하는 것을 금지하고 있다. 반면, 이 사건 조항은 다음과 같은 불합리한 상황을 야기하고 있다.

첫째, 이 사건 조항은 지방자치단체의 장이 지역구 국회의원선거에 입후보하는 것이 원칙적으로 불가능한 경우를 확대시키고 있다.

지역구 국회의원의 보궐선거와 재선거는 그 선거의 실시사유가 전년도 10월 1일부터 3월 31일까지의 사이에 확정된 때에는 4월 중 마지막 목요일에 실시하고, 4월 1일부터 9월 30일까지의 사이에 확정된 때에는 10월 중 마지막 목요일에 실시하도록 법정되어 있다(공선법 제35조 제1항 제1호). 따라서 재·보궐선거일인 4월과 10월의 마지막 목요일 이후에(이 때부터 재·보궐선거일까지의 기간은 180일에 미치지 못한다) 재·보궐선거의 실시사유가 확정되는 경우, 예컨대 1월 1일이나 6월 1일에 재·보궐선거의 실시사유가 확정되어 그 해 4월 마지막 목요일이나 10월 마지막 목요일에 선거가 실시되는 경

우, 지방자치단체의 장은 사퇴시한인 ‘선거일 전 180일까지’라는 시한을 준수하는 것이 불가능하게 되어 아예 재·보궐선거에 입후보조차 할 수 없는 결과가 나타난다.

위와 같이 이 사건 조항은 지방자치단체장으로 하여금 선거일로부터 180일이라는 긴 기간 전에 미리 사퇴하도록 함으로써 입후보가 봉쇄될 수 있는 즉 피선거권이 박탈될 수 있는 지역구 국회의원 재·보궐선거의 범위를 확대시켜 놓고 있다.

둘째, 지방자치단체의 장이 사퇴한 이후 장기간의 행정공백을 발생시킨다.

지방자치단체의 장이 사퇴함으로써 궐위되는 경우에 실시되는 지방자치단체의 장의 보궐선거는 전년도 10월 1일부터 3월 31일까지의 사이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에는 4월 중 마지막 목요일에 실시하고, 4월 1일부터 9월 30일까지의 사이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에는 10월 중 마지막 목요일에 실시한다(공선법 제35조 제2항 제1호). 한편 지방자치단체의 장의 사퇴로 인한 보궐선거의 선거일이 국회의원임기만료에 의한 선거기간¹⁾ 개시일 전 40일부터 선거일 후 50일까지의 사이에 있는 때에는 당해 임기만료에 의한 선거의 선거일로부터 50일 후 첫 번째 목요일에 그 보궐선거를 실시하도록 하고 있다(공선법 제203조 제3항 단서). 예컨대 2004. 4. 15.에 실시될 예정인 제17대 국회의원선거에 위 조항들을 적용할 경우, 청구인들은 사퇴마감시한인 선거일 전 180일(2003. 10. 18.)에 임박하여 사퇴할 것으로 예상되므로, 공선법 제35조 제2항 제1호가 적용되는, 통상의 경우인 2004년 4월의 마지막 목요일(2004. 4. 29.)에 사퇴한 지방자치단체장의 보궐선거가 실시되는 것이 아니라, 공선법 제203조 제3항 단서가 적용되어 그 보궐선거일은 2004. 6. 10.이 되고,²⁾ 그로 인해 지방자치단체의 장이 사퇴한 시점으로부터 최소한 7개월 25여 일에 걸친 행정공백이 발생하게 된다.

이와 같은 결과는 이 사건 조항이 아닌 일반조항인 공선법 제53조 제1항의 적용을 받음으로써 2004. 2. 15. 무렵에 사퇴한다고 할 경우에 발생하게 될 행

1) ‘선거기간’이란 “후보자등록신청 개시일부터 선거일까지의 기간”을 말하며(공선법 제33조 제3항), 국회의원선거의 선거기간은 17일이다(공선법 제33조 제1항 제2호).

2) 제17대 국회의원선거일인 2004. 4. 15.을 기준으로 할 때 그 선거기간 개시일은 2004. 3. 30.이 되므로 위 국회의원 선거기간 개시일전 40일(2004. 2. 19.)부터 선거일 후 50일(2004. 6. 4.)까지 사이에 지방자치단체장의 보궐선거일이 위치하는 경우 공선법 제203조 제3항에 따라 그 보궐선거일은 2004. 6. 10.로 된다.

정공백기간 약 3개월 25일 정도와³⁾ 비교할 때 지나치게 장기간의 행정공백을 초래하는 것으로서 지방자치행정의 혼란과 비효율성을 가중시키는 결과를 초래한다. 그리고 국회의원과 지방자치단체의 장의 임기가 각 4년으로 동일하여 국회의원과 지방자치단체장의 임기가 언제나 똑같은 시간 간격을 두고 진행하게 되며,⁴⁾ 또한 지역구 국회의원선거의 선거일과 지방자치단체의 장의 보궐선거일이 법정되어 있기 때문에 이 사건 조항으로 인해 발생하는 지방행정에 있어 공백기간의 장기화 현상은 지역구 국회의원선거가 있을 때마다 항상 발생하게 된다.

지방자치단체의 장은 당해 지방자치단체를 대표하고, 그 사무를 통할하며(지방자치법 제92조), 나아가 당해 지방자치단체의 사무뿐만 아니라 법령에 의하여 그 지방자치단체의 장에게 위임된 사무를 관리하고 집행한다(동법 제94조). 또한 지방자치단체장은 소속 직원을 지휘·감독하고 법령과 조례·규칙이 정하는 바에 의하여 그 임면·교육훈련·복무·징계 등에 관한 사항을 처리하고(동법 제96조), 지방의회와의 관계에 있어서도 지방의회의 의결에 대한 재의요구권과 제소권·예산상 집행 불가능한 의결의 재의요구권·긴급시의 선결처분권 등을 가지고 있다(동법 제98~100조). 이와 같이 지방자치단체의 장은 지방자치단체를 대표할 뿐만 아니라 지방자치단체가 수행해야 할 제반 행정기능을 총괄하는 지위에 있으므로, 지방자치제도를 정착·발전시키기 위해서는 가급적 지방자치단체의 장의 부재기간을 단축시키는 것이 바람직함은 물론이다.

결국, 위와 같은 사정을 종합하여 보면, 지방자치단체의 장의 경우 이 사건 규정에 의하지 아니하더라도 공선법 제53조 제1항에 따라 선거일 전 60일까지 사퇴하도록 강제되고 있으며, 그 이전이라 할지라도 선거운동기간을 위반한 행위를 처벌하는 규정(공선법 제59조, 제254조 제2항, 제3항)이나 실적찬양성 홍보물의 발행 등을 제한하는 규정(공선법 제86조 제3항) 또는 공무원의 선거에 영향을 미치는 행위를 금지하는 규정(공선법 제86조 제1항) 등을 통해

3) 지방자치단체장이 2004. 2. 15.에 임박하여 사퇴하는 경우에도 그 보궐선거일은 공선법 제203조 제3항 단서의 적용을 받아 2004. 6. 10.로 된다.
 4) 예컨대 제16대 국회의원선거에서 선출된 국회의원의 임기는 2000. 5. 30.에서 2004. 5. 29.까지로 4년이고, 제3회 전국동시지방선거에서 선출된 지방자치단체장의 임기는 2002. 7. 1.부터 2006. 6. 30.까지로 역시 4년이므로 양자의 임기진행의 시간적 격차는 항상 일정하게 유지된다.

지방자치단체의 장에 의해 사전선거운동이 행해질 가능성이 광범위하게 방지되고 있으므로, 그에 더하여 특별히 이 사건 규정과 같이 지방자치단체의 장의 사퇴시한을 훨씬 앞당겨 규정해야 할 합리적인 이유를 발견하기 어렵다. 지방자치단체의 장이 선거일 전 180일부터 선거일 전 60일까지 그 직위를 이용하여 행할지도 모르는 사전선거운동의 가능성이 이미 공선법상의 다른 규정들에 의해 차단되고 있는 한, 그 기간동안 지방자치단체의 장이 직무수행과정에서 사실상의 이익을 향유한다 하여도 그 직무집행이 정당한 이상 그러한 이익은 직무수행에 당연히 수반되는 자연스러운 현상일 뿐이지 비난의 대상은 아니라고 보아야 한다.

그렇다면, 이 사건 조항이 지방자치단체의 장에 대해 조기사퇴를 강제하는 것은 다른 공무원과의 관계에서 지방자치단체의 장을 합리적 이유 없이 차별하는 것이라 할 것이다.

(2) 공무담임권 침해 여부

(가) 국민주권의 원리와 선거원칙

우리 헌법은 제1조 제2항에서 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.”고 규정함으로써 국민주권의 원리를 천명하고 있다. 민주국가에서의 국민주권의 원리는 무엇보다도 대의기관의 선출을 의미하는 선거와 일정사항에 대한 국민의 직접적 결단을 의미하는 국민투표에 의하여 실현된다. 특히 선거는 오늘날의 대의민주주의에서 주권자인 국민이 주권을 행사할 수 있는 가장 의미 있는 수단이며, 모든 국민이 선거권과 피선거권을 가지며 균등하게 선거에 참여할 기회를 가진다는 것은 민주국가에서 국가권력의 민주적 정당성을 담보하는 불가결의 전제이다.

따라서 공무담임권의 내용을 이루는 피선거권을 제한하는 것은 이를 정당화하는 사유가 존재할 경우에만 허용될 수 있으며, 설령 제한될 수 있다 할지라도 불가피한 최소한의 정도에 그쳐야 한다(헌재 1991. 3. 11. 90헌마28, 판례집 3, 63, 81 참조).

(나) 이 사건 조항이 비례의 원칙을 준수하고 있는지 여부

이 사건 조항은, 선거일 전 60일까지 사퇴하면 되는 다른 공무원과 비교해 볼 때 지방자치단체장의 사퇴시기를 현저하게 앞당김으로써 청구인들의 공무담임권(피선거권)에 대하여 제한을 가하고 있는 규정이므로, 이 사건 규정은 법치국가원리로부터 도출되는 기본권제한에 관한 비례의 원칙(과잉금지원칙)을 준수하여야 한다.

즉, 입법목적이 정당하여야 하고(입법목적의 정당성), 입법자가 선택한 수단이 의도하는 입법목적에 달성하고 촉진하기에 적합해야 하며(방법의 적절성), 입법목적에 달성하기에 똑같이 효율적인 수단 중에서 가장 기본권을 존중하고 적게 침해하는 수단을 사용해야 하고(침해의 최소성), 법률에 의하여 국민에게 야기되는 효과인 기본권침해의 정도와 법률에 의하여 실현되는 공익의 비중을 전반적으로 비교衡量하였을 때 양자사이의 적정한 비례관계가 성립해야 한다(법익의 균형성).

먼저, 민주주의에서 선거의 기회균등을 통한 공정성을 확보하는 것은 국가가 입법을 통하여 추구할 수 있는 정당한 공익이자 헌법 제116조 제1항에 규정된 국가의 의무이기도 하며, 또한 지방자치행정의 원활을 도모하기 위한 지방자치단체장의 직무전념성 확보 역시 기본권제한입법이 추구할 수 있는 입법목적에 해당하는 것이므로, 앞서 본 이 사건 조항의 입법목적은 정당하다고 할 수 있다.

또한, 지방자치단체의 장의 사퇴시기를 앞당기면 앞당길수록 선거의 공정성을 해칠 위험성이 줄어들 것이라는 입법자의 판단은 경험칙(經驗則)에 비추어 수긍할 수 있는 것이므로, 이 사건 조항이 입법목적 달성을 위해 선택한 수단의 적정성은 일응 긍정된다.

그러나, 이 사건 조항이 침해의 최소성과 법익의 균형성을 갖추었다고 보기는 어렵다.

위에서 이미 본 바와 같이, 이 사건 조항이 없다고 하더라도 공선법 제53조 제1항이 지방자치단체장으로 하여금 선거일 전 60일까지는 사퇴하도록 함으로써 선거의 공정성과 직무전념성을 확보하고 있으며, 지방자치단체의 장으로 재직하면서 사전선거운동을 통해 누릴지도 모를 부당한 이익은 사전선거운동을 금지하고 이에 위반시 형사처벌하는 공선법 제59조, 제254조 제2, 3항에 의해 차단되고 있고, 공선법 제86조 제3항 전단은 지방자치단체의 사업계획·추진실적 기타 지방자치단체의 활동상황을 알리기 위한 홍보물에 대해 원칙적으로 분기별로 1종 1회를 초과하여 발행·배부 또는 방송할 수 없도록 제한하고 있으며, 또 공선법 제86조 제1항은 공무원에 대해 소속직원 또는 선거구민에게 교육 기타 명목여하를 불문하고 특정 정당이나 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함)의 업적을 홍보하는 행위나 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위 또는 정당 또는 후보자에 대한 선거권자의 지지도를 조사하거나 이를 발표하는 행위를 하는 것을 금지하고 있다.

또한, 이 사건 조항은 지방자치단체의 장이 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 겹치는 지역구 국회의원선거에 입후보하고자 하는 경우에 한해 공직사퇴의 시기를 선거일 전 180일까지로 앞당겨 선거에 출마하기 위해 갖추어야 할 요건을 다른 사람에 비해 엄격하게 함으로써 청구인들의 피선거권에 제한을 가함과 동시에, 다른 한편 지방자치단체의 장으로서 공직을 유지할 공무담임권도 제한하고 있다. 이와 같이 이 사건 조항은 지방자치단체장인 청구인들의 기본권을 두 방향에서 강하게 제한하는 반면, 그 조항을 통하여 달성하고자 하는 공익의 실현정도는 미미하다. 이미 살펴 본 바와 같이 공선법이 이 사건 조항 이외에도 다른 여러 조항들을 통하여 선거의 공정성과 직무전념성을 달성할 수 있도록 규정하고 있기 때문에, 이 사건 조항이 선거일 전 180일까지 사퇴하도록 하는 수단을 통해 현실적으로 달성할 수 있는 법률적 효과는 그리 크다고 할 수 없다.

결국, 이 사건 조항은 다른 조항들에 의해서도 충분히 달성될 수 있는 선거의 공정성과 직무전념성이라는 입법목적을 넘어서 과도하게 청구인들과 같은 지방자치단체장의 기본권을 제한하고 있다고 할 것이다.

그렇다면, 이 사건 조항은 선거의 공정성과 직무전념성이라는 입법목적 달성을 위해 청구인들의 기본권을 덜 제한하는 적절한 수단들이 이미 공선법에 존재하고 있음에도 불구하고 불필요하고 과도하게 청구인들의 공무담임권을 제한하는 것이라 할 것이므로 침해의 최소성 원칙에 위반되고, 이 사건 조항이 입법목적달성에 기여하는 정도는 미미한 반면, 이 사건 조항으로 인하여 침해되는 청구인들의 기본권은 민주주의에서 최대한 존중되어야 할 피선거권 내지 지방자치단체의 장의 직무수행권을 내용으로 하는 공무담임권으로서 이 사건 조항에 의해 청구인들에게 야기되는 효과인 기본권침해의 정도는 매우 중대하므로, 이 사건 조항에 의해 실현되는 공익과 그로 인해 청구인들이 입는 기본권 침해의 정도를 비교형량할 경우 양자간에 적정한 비례관계가 성립하였다고 할 수 없어 법익의 균형성 원칙에도 위배된다.

4. 결 론

그렇다면, 이 사건 조항은 청구인들에 대한 차별을 정당화시킬만한 합리적인 이유가 결여되어 평등의 원칙에 위배될 뿐만 아니라, 청구인들의 기본권인 공무담임권을 제한함에 있어 준수하여야 할 비례의 원칙(과잉금지원칙)을 지키지 못하여 헌법에 위반된다 할 것이므로, 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

군인사법 제40조 제1항 제4호 위헌확인

(2003. 9. 25. 2003헌마293·437(병합) 전원재판부)

【판시사항】

자격정지 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 군공무원직에서 당연히 제적하도록 규정한 군인사법 제40조 제1항 제4호 중 제10조 제2항 제6호 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법 제25조의 공무담임권을 침해하는지 여부(적극)

【결정요지】

직업군인이 자격정지 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 군공무원직에서 당연히 제적하도록 규정되어 있는 이 사건 법률조항은 자격정지 이상의 선고유예 판결을 받은 모든 범죄를 포괄하여 규정하고 있을 뿐 아니라, 심지어 오늘날 누구에게나 위험이 상존하는 교통사고 관련범죄 등 과실범의 경우마저 당연제적의 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 공무담임권 보장의 중요성은 더욱 큰 의미를 가지고 있다. 일단 공무원으로 채용된 공무원을 퇴직시키는 것은 공무원이 장기간 쌓은 지위를 박탈해 버리는 것이므로 같은 입법목적을 위한 것이라고 하여도 당연제적사유를 임용결격사유와 동일하게 취급하는 것은 타당하다고 할 수 없다. 결국 이 사건 법률조항은 헌법 제25조의 공무담임권을 침해하였다고 할 것이다.

【심판대상조문】

군인사법(1989. 3. 22. 법률 제4085호로 개정된 것) 제40조(제적) ① 장교, 준사관 및 하사관이 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 제적한다.

1.~3. 생략

4. 제10조 제2항에 해당하게 되었을 때
- 5.~6. 생략
- 군인사법(1989. 3. 22. 법률 제4085호로 개정된 것) 제10조(결격사유등) ① 생략
- ② 다음 각호의 1에 해당하는 자는 장교, 준사관 및 하사관에 임용될 수 없다.
 - 1.~5. 생략
 6. 자격정지 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예기간중에 있는 자
 - 7.~8. 생략
- ③ 생략

【참조조문】

헌법 제7조 제2항, 제25조, 제37조 제2항

【참조판례】

헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788등, 판례집 14-2, 219

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 김○복 (2003헌마293)
 대리인 변호사 민한홍
2. 황○선 (2003헌마437)
 대리인 변호사 이영규

【주 문】

군인사법 제40조 제1항 제4호 중 제10조 제2항 제6호 부분(1989. 3. 22. 법률 제4085호로 개정된 것)은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상
- 가. 사건의 개요
- (1) 2003헌마293 사건
- (가) 청구인은 1995. 4. 19.부터 1997. 4. 20.까지 101여단장으로 근무하던 중 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물수수)죄 등으로 기소되어 1999. 5. 26. 육군본부 보통군사법원에서 징역 2년 6월과 추징금 5,300만원을 선고받고 항소하였으나, 고등군사법원은 1999. 12. 21. 피고인에게 징역 1년의 선고유예와

추징금 2,000만원을 선고하고 일부 공소사실에 대하여는 무죄를 선고하였다.

청구인과 검찰관이 상고하자 대법원은 2001. 9. 4. 업무상횡령 부분에 대한 청구인의 상고를 받아들여 유죄부분을 파기하고 그 부분 사건을 고등군사법원에 환송하였으며, 그에 따라 고등군사법원은 2002. 5. 31. 피고인에 대하여 징역 1년의 선고유예와 추징금 2,000만원을 선고하고 업무상횡령 부분에 대하여는 무죄를 선고하였다.

청구인이 위 파기환송심판결에 대하여 상고하였으나 대법원이 2003. 2. 28. 상고를 기각함으로써 징역 1년의 선고유예와 추징금 2,000만원의 원심판결이 확정되었다.

(나) 청구인은 자격정지 이상의 형의 선고유예를 받은 경우 제적한다는 내용의 군인사법 제40조 제1항 제4호에 의해 위 판결확정일인 2003. 2. 28.자로 제적되자, 위 조항이 헌법상 보장된 공무담임권을 침해한다고 주장하면서 2003. 4. 22. 위 조항의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2003헌마437 사건

(가) 청구인은 2001. 7. 13.부터 공군교육사령부 방공포병학교 운영처에서 근무하던 중 업무상횡령죄 등으로 기소되어 2002. 9. 9. 공군교육사령부 보통군사법원에서 징역 1년의 선고유예를 받고 항소하였으나 국방부 고등군사법원은 2003. 2. 18. 항소를 기각하였고, 다시 상고하였으나 대법원이 2003. 6. 24. 상고를 기각함으로써 위 선고유예의 원심판결이 확정되었다.

(나) 청구인은 위 조항에 의해 위 판결확정일인 2003. 6. 24.자로 제적되자, 위 조항이 헌법상 보장된 평등권, 공무담임권을 침해한다고 주장하면서 2003. 7. 1. 위 조항의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건의 심판대상은 군인사법 제40조 제1항 제4호 중 제10조 제2항 제6호 부분(1989. 3. 22. 법률 제4085호로 개정된 것, 이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌여부이며 그 내용 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

군인사법 제40조(제적) ① 장교, 준사관 및 부사관이 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 제적한다.

1. 사망하였을 때
2. 실종선고를 받았을 때
3. 파면되었을 때

4. 제10조 제2항에 해당하게 되었을 때
5. 제37조 제2항의 규정에 의하여 제적결의가 있을 때
6. 포로 또는 행방불명자로서 국방부령이 정하는 사유에 해당하게 되었을 때

②, ③ 생략

군인사법 제10조(결격사유등) ① 생략 ② 다음 각호의 1에 해당하는 자는 장교, 준사관 및 부사관에 임용될 수 없다.

1. 대한민국의 국적을 가지지 아니한 자
2. 금치산자와 한정치산자
3. 파산자로서 복권되지 아니한 자
4. 금고 이상의 형을 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년을 경과하지 아니한 자
5. 금고 이상의 형을 받고 집행유예 중에 있거나 그 집행유예기간이 종료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 자
6. 자격정지 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예기간 중에 있는 자
7. 탄핵 또는 징계에 의하여 파면되거나 해임의 처분을 받은 날로부터 5년을 경과 하지 아니한 자

8. 법률에 의하여 자격이 정지 또는 상실된 자

② 생략

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 헌법 제25조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다”고 규정함으로써 공무담임권을 기본권으로 보장하고 있다. 공무담임권의 보호영역에는 공직에 취임할 기회와 자의적 배제뿐 아니라 공무원신분의 부당한 박탈도 포함되는 것이므로, 군공무원이 자격정지 이상의 형의 선고유예를 받은 경우 군공무원직에서 당연히 퇴직하는 것으로 규정하고 있는 군인사법 제40조 제1항 제4호는 자격정지 이상의 선고유예판결을 받은 모든 범죄를 포괄하여 규정하고 있어 최소침해성의 원칙에 반한다.

(2) 사회구조의 변화로 인해 모든 범죄로부터 순결한 군인 공직자집단이라는 신뢰를 요구하는 것은 지나치게 공익만을 우선한 것이며 오늘날 사회국가의 원리에 입각한 공직제도의 중요성이 강조되면서 개개 군공무원의 공무담

임권 보장의 중요성이 더욱 큰 의미를 가지게 되었다. 또한 군공무원을 퇴직시키는 것은 군공무원이 장기간 쌓은 지위를 박탈하는 결과를 가져오므로 당연퇴직사유를 임용결격사유와 동일하게 취급하는 것은 부당하다.

(3) 이 사건 법률조항이 벌금형은 결격사유로 규정하지 않으면서 벌금형보다 가벼운 선고유예를 군인의 당연제적사유로 규정한 것은 인간의 존엄성과 행복추구권 그리고 평등권을 침해한다. 특히 이 사건 법률조항과 같은 내용을 규정하고 있던 구지방공무원법 조항에 대하여 헌법재판소가 2002. 8. 29. 위헌결정을 선고함에 따라(2001헌마788등) 구지방공무원법 및 구국가공무원법은 2002. 12. 18. 이 사건 법률조항과 같은 내용을 삭제하는 것으로 개정되어 지방공무원과 국가공무원은 이 사건 법률조항과 같은 내용의 법률적용을 받지 않음에 비하여 같은 공직자인 군인은 여전히 이 사건 법률조항의 적용을 받게 되므로 평등권을 침해당한다.

(4) 군공무원관계의 종료여부에 관하여는 형사판결의 결과만이 아니라 다른 요소들까지 종합적으로 감안하여 징계절차를 통하여 결정하도록 하는 것이 공직제도의 신뢰성과 군인의 기본권을 보다 적절하게 조화시키는 방안이라 할 것인데, 과실로 인하여 자격정지 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에도 군인을 당연히 공직에서 제적시키는 것은 기본권 제한의 한계인 과잉금지 원칙에 반한다.

나. 국방부장관의 의견

(1) 군공무원은 국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 의무를 수행함을 사명으로 하는 공무원으로서 이들에게는 일반공무원보다 더 높은 도덕성이 요구되어 당연제적사유에 있어서도 “자격정지 이상의 형의 선고유예를 받은 자”로 규정하여 가중된 자격요건을 두고 있다.

(2) 그러나, 오늘날 사회국가원리에 입각한 공직제도에서 개별군공무원의 공무담임권 보장이 더욱 큰 의미를 가지게 되었다는 점, 군공무원으로 채용하려는 자에게 채용될 자격을 인정하지 않는 사유와 이미 군공무원으로 근무하고 있는 자를 퇴직시키는 사유를 동일하게 취급하는 것은 타당하다고 할 수 없다는 점 그리고 지나치게 엄격한 당연제적사유를 규정함으로써 법원으로 하여금 형사범죄를 판단함에 있어 벌금형을 선택하게 하는 압력으로 작용함으로써 자칫 판결이 왜곡될 수 있다는 점 등을 고려할 때에 군공무원의 신분상의 특수성을 인정한다고 해도 이 사건 법률조항은 헌법상의 최소침해성의 원칙과 법익균형성의 원칙에 위반된다.

3. 판 단

가. 헌법재판소는 2002. 8. 29. 2001헌마788등 결정에서, 지방공무원이 “금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예기간 중에 있는 자”에 해당하게 되면 당연퇴직하도록 규율하고 있는 구지방공무원법 제61조 중 제31조 제5호 부분에 대하여 위헌으로 판시한 바 있는데 그 이유의 요지는 다음과 같다.

나. 현재 2001헌마788등 결정이유의 요지

먼저 공무담임권을 침해하였는지 여부에 관하여 본다.

(1) 공무담임권의 보호영역

헌법 제25조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.”고 하여 공무담임권을 기본권으로 보장하고 있다. 공무담임권이란 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 공무담임에 관한 자의적이지 않고 평등한 기회를 보장받음을 의미하는바, 공무담임권의 보호영역에는 공직취임의 기회의 자의적인 배제뿐 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, 공무담임권을 규정하고 있는 위 헌법 제25조의 문언으로 보아도 현재 공무를 담임하고 있는 자를 그 공무원로부터 배제하는 경우에는 적용되지 않는다고 해석할 수 없기 때문이다(헌재 2000. 12. 14. 99헌마 112 등, 판례집 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 최소화, 그리고 그 입법에 의해 보호하려는 공익과 침해되는 사익의 균형성을 모두 갖

추어야 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).

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 아니 된다. 그러므로 이 사건 법률조항에 의한 공무원임권이라는 기본권의 제한이 과연 이러한 헌법적 한계 내의 것인지 살펴보기로 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

개전의 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, 입법목적에 달성함에 반드시 필요한 범죄의 유형, 내용 등으로 그 범위를 가급적 한정하여 규정하거나, 혹은 적어도 당해 공무원법상에 마련된 징계 등 별도의 제도로써도 입법목적에 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 시각에도 많은 변화가 생겼다는 점도 고려하여야 할 것이다.

한편, 독일, 미국, 영국 등의 외국의 입법례를 살펴보더라도, 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.

(다) 법익균형성 원칙의 위반여부

1) 공무원의 퇴직이란 당해 공무원의 법적 지위에 대한 가장 본질적인 제한이며, 이 가운데 당연퇴직이란 일정한 사유만 발생하면 별도의 실체적, 절차적 요건 없이 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 없다.

2) 산업사회를 거쳐 정보화사회로 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 인적구성에도 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. 물론 오늘날 공직의 구조 및 공직에 대한 인식의 변화에도 불구하고 공무원은 국민에 대한 봉사자로서의 지위를 지니는 것이고 공정한 공직수행을 위한 직무상의 높은 수준의 열결성은 여전히 강조되는 것은 두말할 나위가 없다. 그러나 이와 같은 사회구조의 변화는 일반인의 공직에 대한 인식에도 변화를 가져왔고 사회구조의 변화에 따른 사회국가적 행정임무의 증대와 이에 따른 공무원 수의 대폭적인 증가현상은 자연히 공무원의 질과 사회적 지위에 영향을 미치게 되어 결과적으로 공무원이 종래 누렸던 엘리트적인 면모는 상당부분 줄어들었다. 따라서 ‘모든 범죄로부터 순결한 공직자 집단’이라는 신뢰를 요구하는 것은 이러한 맥락에서 볼 때 오히려 국민의 공직에 대한 신뢰를 과장하여 해석하는 면이 없지 아니하다.

다른 한편, 현대민주주의 국가에 이르러서는 사회국가원리에 입각한 공직제도의 중요성이 특히 강조되고 있다. 즉 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 예외 없이 그 직으로부터 퇴직당하는 것으로 정하고 있는 이 사건 법률조항은 지나치게 공익만을 강조한 입법이라고 아니할 수 없다.

3) 더욱이 이 사건 법률조항은 공무원의 당연퇴직사유를 공무원의 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 임용결격사유와 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 선고유예 판결의 경우를 당연퇴직의 사유로서 규정하는 것은 법원으로 하여금 형사범죄의 판단을 함에 있어 불필요한 왜곡을 가져오기도 한다. 즉, 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 법원로서는 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 법원로서는 형사처벌 외에 공무원직마저 상실하게 하는 것이 범죄행위에 비하여 지나치게 가혹하다고 판단한다고 하여도 달리 선택할 수 있는 방안이 없게 된다.

(3) 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 공무원임권을 침해하였다고 할 것이다.

다. 이 사건 법률조항의 위헌여부

이 사건 법률조항은 “자격정지 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예기간 중에 있는 직업군인은 당연 제적된다”는 내용으로, 위 2001헌마788등 사건의 심판대상인 구지방공무원법 규정과는 그 규율대상이 지방공무원이 아닌 군공무원이라는 점 그리고 당연제적 사유가 자격정지 이상의 형의 선고유예로 금고 이상의 형의 선고유예보다 넓다는 점이 차이라고 할 것이다.

그런데, 공직에서 당연히 배제시키는 사유를 법률로 정함에 있어서 직업군인과 지방공무원을 달리 취급하여야 할 합리적인 이유가 있다고 보이지 않을 뿐더러 직업군인의 당연제적사유가 구지방공무원법에 의한 지방공무원의 당연퇴직사유보다 더 넓다는 점에 비추어 이 사건 법률조항에 대하여 구지방공무원법 규정에 관한 위 2001헌마788등 결정과 그 판단을 달리할 특별한 사정이 있다고 할 수 없다.

따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배하여 공무원임권을 침해하는 조항이라고 할 것이다.

4. 결 론

이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배하여 청구인들의 기본권인 공무원임권을 침해하는 것이어서 헌법에 위반되므로, 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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