

책 명	헌재판례 15-2(하)
분류번호	86-88호
FILE명	86-88.HWP
페이지	1-670
편집	
1 차	나연(2004.2.23)
2 차	나연(2004.2.28)
3 차	헌재 수정
4 차	
5 차	

국가공무원법 제69조 위헌제청

(2003. 10. 30. 2002헌가24 전원재판부)

【판시사항】

1. 제청법원이 위헌제청한 법률조항의 위헌 여부와 관계없이 당해 사건이 각하 되어야 할 사건에 해당하는 경우 재판의 전제성을 인정할 수 있을 것인지 여부(소극)

2. 국가공무원법의 규정에 의하여 당연퇴직된 이후 오랜 시간이 경과한 이후 당연퇴직의 내용과 상반되는 처분을 해줄 것을 구하는 신청에 대한 행정청의 거부행위가 신청인의 실체상의 권리관계에 직접적인 변동을 일으키는 것으로 해석될 수 있는지(소극) 및 신청인에게 이 사건 신청에 관한 조리상의 신청권을 인정할 수 있을 것인지 여부(소극)

【결정요지】

1. 법률에 대한 위헌제청이 적법하기 위해서는 법원에 계속중인 구체적 사건에 적용할 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제로 되어야 한다. 당해사건을 담당하는 법원이 당해 법률의 위헌 여부와 관계없이 각하를 하여야 할 사건이라면 당해 법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해 사건을 담당하는 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우라고 할 수 없으므로 재판의 전제성이 인정될 수 없다.

2. 당해사건은 국가공무원법상의 당연퇴직 규정(구 국가공무원법 제69조 중 제33조 제1항 제5호 부분, 이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)에 의하여 공무원 신분을 잃은 제청신청인의 복직신청에 대한 행정청의 거부행위에서 비롯된 소송이다.

대법원 판례에 따르면 국민의 적극적 행위 신청에 대하여 행정청이 그 신청에 따른 행위를 하지 않겠다고 거부한 행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하기 위해서는, 그 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하고, 그 거부행위가

신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이어야 하며, 그 국민에게 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 있어야 한다.

국가공무원법상 당연퇴직은 법에 정한 결격사유가 있을 때 법률상 당연히 퇴직하는 것이지 공무원관계를 소멸시키기 위한 별도의 행정처분을 요하는 것이 아니며, 당연퇴직의 인사발령은 법률상 당연히 발생하는 퇴직사유를 공적으로 확인하여 알려주는 이른바 관념의 통지에 불과하다. 그렇다면, 과거에 이미 법률상 당연한 효과로서 당연퇴직 당한 제청신청인이 자신을 복직 또는 재임용시켜 줄 것을 요구하는 신청에 대하여 그와 같은 조치가 불가능하다는 통지를 보낸 이 사건 거부행위는 당연퇴직의 효과가 법률상 계속하여 존재하는 사실을 알려주는 일종의 안내에 불과한 것이므로 제청신청인의 실체상의 권리관계에 직접적인 변동을 일으키는 것으로 해석되기는 어렵다. 또한 이 사건 법률조항에 대하여 헌법재판소가 위헌결정을 선고함으로써 위 법률조항이 비록 규범으로서의 효력을 잃게 된다고 하더라도 제청신청인과 같이 당연퇴직된 이후 오랜 시간이 흘러 징계시효기간까지도 경과한 경우에 당연퇴직의 내용과 상반되는 처분을 해줄 것을 구하는 조리상의 신청권을 인정할 수 없다. 따라서 당해사건은 이 사건 제청법원이 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되는지의 여부와 관계없이 각하를 하여야 할 사건이라고 할 것이므로 이 사건 법률조항의 재판의 전제성은 인정될 수 없다.

재판관 운영철, 재판관 하경철, 재판관 권 성, 재판관 주선회의 반대 의견

1. 문제된 법률조항이 재판의 전제성 요건을 갖추고 있는지 여부는 되도록 제청법원의 이에 관한 법률적 견해를 존중하여 진행되도록 하는 것이 원칙이며, 바람직한 판단 방법이라고 할 것이다. 따라서 제청법원의 견해를 배척하기 위해서는 의문의 여지없는 명백한 사유를 제시할 것이 요청된다고 할 것인바, 이 사건 위헌제청의 다수의견은 그와 같은 명백한 사유를 제시하지 못하고 있다고 생각한다.

2. 우리 헌법재판소는 지난 2002. 8. 29. 2001헌마788 등 결정에서 이

사건 법률조항과 동일한 구조 및 내용을 갖는 지방공무원법 조항에 대하여 공무원임권을 침해하는 위헌적인 조항으로 판단을 한 바 있으며, 제정법원은 이 사건 위헌제청의 판단에서 위 헌법재판소의 결정을 조리상의 신청권 인정 및 위헌제청 판단의 중요한 요소로서 적극적으로 고려하고 있음을 알 수 있다. 그렇다면 제정법원이 이 사건 법률조항이 위헌의 의심이 있다는 전제 하에, 국가공무원법 등에 제청신청인의 권리 회복을 위한 실정법상의 근거가 없으므로 상위규범인 헌법상의 공무원임권 등의 기본권을 근거로 하여 정의, 형평의 관념에 기초한 조리상의 신청권을 인정하였다면 이와 같은 판단이 결코 그 법률적 견해가 명백히 인정될 수 없는 부당한 경우라고 단정할 수는 없다고 생각한다.

재판관 김영일의 보충의견

이 사건 법률조항의 위헌여부에 대하여 헌법소원심판의 청구기간도 과로 이미 더 이상 다룰 수 없게된 청구인의 경우에, 그 절차야 어떻든 간에 다른 형태의 위헌심사인 위헌법률심판제청으로 그 법률조항의 위헌여부를 헌법재판소 스스로 위헌결정의 소급효법리에 어긋나게 판단할 수는 없는 것이다. 이 사건의 경우에 만약 심판대상 법률조항에 대하여 위헌결정이 나는 경우 제청신청인에게 그 결정의 효력을 소급적으로 미치도록 하는 것이 제정법원의 의사라면, 이는 위헌결정의 효력을 규정한 헌법재판소법 제47조 제2항 본문에 관한 판례나 법리에 어긋나 결정의 소급효를 무한히 확장시키는 것으로 법적 안정성을 심히 해치는 것이어서 헌법질서에 부합되지 아니하므로 타당하다고 할 수 없다.

【심판대상조문】

국가공무원법(2002. 12. 18. 법률 제678호로 개정되기 전의 것) 제69조(당연퇴직) 공무원이 제33조 각호의 1에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다.

국가공무원법(2002. 12. 18. 법률 제678호로 개정되기 전의 것) 제33조(결격사유) ① 다음의 각호의 1에 해당하는 자는 공무원에 임용될 수 없다.

- 1.~4. 생략
5. 금고 이상의 형의 선고유예를 받는 경우에 그 선고유예기간중에 있는 자
- 6.~8. 생략

② 삭제

【참조조문】

국가공무원법(2002. 12. 18. 법률 제6788호로 개정된 것) 제69조(당연퇴직) 공무원이 제 33조 각호의 1에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다. 다만, 동조 제5호에 해당할 때에는 그러하지 아니하다.

【참조판례】

1. 헌재 1996. 10. 4. 96헌가6, 판례집 8-2, 308
헌재 1997. 9. 25. 97헌가5, 판례집 9-2, 344
2. 대법원 2002. 11. 22. 2000두9229
대법원 1998. 7. 10. 선고 96누14036 판결
대법원 1992. 1. 21. 선고 91누2687 판결
대법원 1985. 7. 23. 선고 84누37 판결

【당 사 자】

제 청 법 원 대전지방법원

제청신청인 박○성

당 해 사 건 대전지방법원 2002구합1511 임용복직발령또는임용신청거부 처분취소

【주 문】

이 사건 위헌제청을 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 제청신청인은 충남 당진군 소재 ○○초등학교 교감으로 재직중이던 1992. 10. 21. 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(도주차량) 및 도로교통법위반(음주운전)의 혐의로 대전지방법원 서산지원에 기소되었고, 이를 이유로 1992. 10. 29. 직위해제 되었다.

(2) 제청신청인은 1993. 2. 23. 위 지원에서 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(도주차량) 및 도로교통법위반(음주운전)의 죄로 징역 1년에 집행유예 2

년을 신고받았고, 이에 항소하여 대전고등법원에서 선고유예(징역 6월)의 판결을 받았으며(93노137), 1994. 2. 8. 대법원에서 이 판결에 대한 상고가 기각됨(93도2400)으로써 이 판결은 확정되었다.

(3) 이에 충청남도 당진교육청 교육장은 국가공무원법 제69조 중 제33조 제1항 제5호에 의하여 청구인에게 당연퇴직된 사실을 통지하였다.

(4) 그 후 제청신청인은 그 선고유예기간이 지난 후인 2001. 11.경 충청남도 초등교사 임용시험에 다시 합격하여 2002. 3. 1. 임용되어 근무하던 중, 2002. 6. 19. 충청남도 교육감에게 위 국가공무원법 규정의 위헌성을 들어 신청인을 다시 교감직으로 발령해주거나 또는 교감으로 재임용해 줄 것을 내용으로 하는 신청을 하였으나, 위 충청남도 교육감은 2002. 6. 26. 제청신청인이 이미 임용결격사유에 해당하여 당연퇴직한 이상 교감으로의 복직발령 또는 교감의 재임용은 불가능하다는 통지를 하였다.

(5) 이에 제청신청인은 2002. 7. 23. 대전지방법원에 충청남도 교육감을 상대로 임용복직발령또는임용신청거부처분취소를 구하는 소송을 제기하였다(2002구합1511).

(6) 제청신청인은 위 소송계속중 위 처분의 근거 법률인 구 국가공무원법 제69조 중 제33조 제1항 제5호 부분은 헌법 제11조 제1항의 평등권, 제25조의 공무담임권 등의 기본권을 침해하는 조항으로서 위헌이라고 주장하면서 위 법원에 위헌심판제청신청을 하였고 위 법원은 위 신청을 받아들여 2002. 10. 15. 위헌심판제청결정을 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 구 국가공무원법 제69조 중 제33조 제1항 제5호 부분(2002. 12. 18. 법률 제6788호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)의 위헌 여부인바, 그 내용 및 관련규정의 내용을 살펴보면 다음과 같다.

구 국가공무원법 제69조(당연퇴직) 공무원이 제33조 각 호의 1에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다.

제33조(결격사유) ① 다음의 각 호의 1에 해당하는 자는 공무원에 임용될 수 없다.

1. 금치산자 또는 한정치산자
2. 파산자로서 복권되지 아니한 자
3. 금고 이상의 형을 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로

확정된 후 5년을 경과하지 아니한 자

4. 금고 이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 완료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 자
5. 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예기간중에 있는 자
6. 법원의 판결 또는 다른 법률에 의하여 자격이 상실 또는 정지된 자
7. 징계에 의하여 파면의 처분을 받은 때로부터 5년을 경과하지 아니한 자
8. 징계에 의하여 해임의 처분을 받은 때로부터 3년을 경과하지 아니한 자

국가공무원법(2002. 12. 18. 법률 제6788호로 개정된 것) 제69조(당연퇴직) 공무원이 제33조 각 호의 1에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다. 다만, 동조 제5호에 해당할 때에는 그러하지 아니하다.

2. 제청법원의 제청이유와 관계기관의 의견

가. 제청법원의 제청이유

(1) 인정사실에 의하면 이 사건 법률조항이 위헌인 경우 제청신청인은 적어도 조리상의 복직신청권을 가진다고 할 것이고, 이 사건 법률규정의 위헌 여부에 따라 당해소송의 판결의 주문이 달라진다고 할 것이므로, 이 사건 법률 조항은 재판의 전제성을 갖추고 있다.

(2) 헌법 제25조가 보장하는 공무원임권의 보호영역에는 공직신분의 부당한 박탈도 포함되는 것이다. 그런데 이 사건 법률조항은 공무원이 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에는 공무원직에서 당연히 퇴직하는 것으로 규정하고 있는바, 그 요건에 금고 이상의 선고유예의 판결을 받은 경우라면 범죄의 종류를 불문하고 해당되는 것으로 포괄하여 규정하고 있다. 따라서 심지어 교통사고 관련 범죄 등 과실범의 경우마저 당연퇴직 사유에서 제외하지 않고 있으므로 기본권 제한의 최소침해성 원칙에 반한다.

(3) 오늘날 공무원 수의 대폭적인 증가 및 민간기업조직의 전문화 등 사회 전반의 변화로 인하여 공직은 더 이상 사회적 엘리트로서의 명예직으로 여겨질 수 없는 상황이다. 이에 공무원 조직에게 모든 범죄로부터 순결한 집단이라는 신뢰를 요구하는 것은 지나치게 공익만을 우선하는 것이고, 더욱이 현대 민주주의 국가에 이르러서는 사회국가원리에 입각한 공직제도의 중요성이 강조되어야 한다.

(4) 따라서 이 사건 법률조항은 기본권을 필요한 최소한의 정도를 넘어 제한하고 있으며, 공직제도의 신뢰성이라는 공익과 공무원의 기본권이라는 사익을 적절하게 조화시키지 못하여 헌법에 위반하는 법률이다.

나. 행정자치부장관의 의견

(1) 청구인은 이미 같은 사안에 대하여 헌법재판소로부터 이미 3회에 걸친 각하 판단을 받은 바(2002헌마34, 2002헌마244, 95헌마54) 있으므로 이 사건 심판청구는 헌법재판소법 제39조의 일사부재리 원칙에 어긋나는 심판청구이다.

(2) 제청신청인이 위헌임을 주장하는 이 사건 법률조항에 기한 당연퇴직은 별도의 행정처분을 요하지 않고 법률상 당연히 발생하는 사유임을 확인하는 관념의 통지에 불과하여 처분성이 인정되지 않는 것이고, 당연퇴직자인 제청신청인의 복직이나 지위확인 등의 민원제기에 대한 교육감의 거부 통지도 공무원의 신분을 상실시키는 새로운 형성적 행위가 아니기 때문에 처분성을 갖지 않는 단순한 관념의 통지에 불과하다. 따라서, 이는 행정소송법 제2조 제1항에서 규정한 행정소송의 대상으로서의 처분성을 갖지 못한다. 결국, 이 사건 법률조항은 관념의 통지에 불과한 행위를 다투는 행정소송의 전제가 될 수 없다.

(3) 만일 이 사건 심판청구가 인용이 되면 기존의 선고유예로 인하여 당연퇴직 당한 공무원들이 복직신청, 명예회복신청 등의 소제기를 통하여 그 지위를 회복하려고 할 것이고 이는 법적 안정성에 대한 중대한 침해가 될 것이다.

3. 판 단

제청법원의 이 사건 위헌제청이 재판의 전제성 요건을 충족하는 적법한 것인지 여부에 관하여 살핀다.

가. 법률에 대한 위헌제청이 적법하기 위해서는 법원에 계속중인 구체적인 사건에 적용할 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제로 되어야 한다(헌법재판소법 제41조). 이 재판의 전제성 요건은 위헌법률심판절차의 ‘구체적’ 규범통제절차로서의 본질을 드러내 주는 요건이라고 할 것인바, 당해법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해 사건을 담당하는 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우 재판의 전제성이 인정될 수 있다. 하지만, 당해 사건을 담당하는 법원이 당해 법률의 위헌 여부와 관계없이 각하를 하여야 할 사건이라면 재판의 전제성이 인정될 수 없다.

한편, 법원으로부터 법률의 위헌여부 심판의 제청을 받은 헌법재판소로서는 법률이 재판의 전제가 되는 요건을 갖추고 있는지의 여부를 심판함에 있어서는 제청법원의 견해를 존중하는 것이 원칙이나, 재판의 전제와 관련된 제청법원의 법률적 견해가 유지될 수 없는 것으로 보이면 헌법재판소가 직권

으로 조사할 수도 있는 것이다(헌재 1996. 10. 4. 96헌가6, 판례집 8-2, 308, 321; 헌재 1997. 9. 25. 97헌가5, 판례집 9-2, 344, 350-351).

나. 제청법원은 이 사건 법률조항에 위헌의 의심이 있다는 전제 하에 제청 신청인에게 조리상의 복직신청권을 인정하고, 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 따라 당해사건에 대한 판결의 주문이 달라진다고 보아 재판의 전제성을 인정하였다.

살피건대, 당해사건은 제청신청인의 신청에 대한 행정청의 거부행위에서 비롯된 소송이다. 그런데 국민의 적극적 행위 신청에 대하여 행정청이 그 신청에 따른 행위를 하지 않겠다고 거부한 행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는 것이라고 하려면, 그 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하고, 그 거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이어야 하며, 그 국민에게 그 행위발동을 요구할 범규상 또는 조리상의 신청권이 있어야 한다고 할 것이다(대법원 2002. 11. 22. 2000두9229; 대법원 1998. 7. 10. 선고 96누14036 판결 등 참조). 만일 이와 같은 요건을 갖추지 못한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는 것으로 볼 수 없기 때문에, 그 거부행위를 다투는 소송은 문제된 법률이 헌법에 위반되는지의 여부를 불문하고 각하를 하여야 할 사건에 해당하고, 따라서 재판의 전제성이 인정될 수 없다.

다. 먼저 이 사건 행정청의 거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이었는지 여부에 관하여 보기로 한다.

살피건대, 국가공무원법상 당연퇴직은 법에 정한 결격사유가 있을 때 법률상 당연히 퇴직하는 것이지 공무원관계를 소멸시키기 위한 별도의 행정처분을 요하는 것이 아니며, 당연퇴직의 인사발령은 법률상 당연히 발생하는 퇴직사유를 공적으로 확인하여 알려주는 이른바 관념의 통지에 불과하다(대법원 1992. 1. 21. 선고 91누2687 판결; 대법원 1985. 7. 23. 선고 84누37 판결 등 참조).

그렇다면, 과거에 이미 법률상 당연한 효과로서 당연퇴직 당한 제청신청인이 자신을 복직 또는 재임용시켜 줄 것을 요구하는 신청에 대하여 그와 같은 조치가 불가능하다는 통지를 보낸 이 사건 거부행위는 당연퇴직의 효과가 법률상 계속하여 존재하는 사실을 알려주는 일종의 안내에 불과한 것이라고 할 것이며, 이와 같은 안내행위는 제청신청인의 실체상의 권리관계에 직접적인 변동을 일으키는 것으로 해석되기는 어렵다고 할 것이다.

라. 다음으로 제청신청인에게 복직발령 등에 관한 조리상의 신청권이 있고 따라서 행정청의 위 복직불가 통지가 공권력의 행사로서 거부행위로 평가될 수 있는지 여부에 관하여 보기로 한다.

(1) 일반적으로 조리란 사물의 본성 내지는 본질적 법칙으로서, 실정법의 흠결을 보충하는 해석상, 재판상의 기초를 의미한다. 따라서 조리상의 신청권이란 실정법상의 권리의 행사 내지 구제의 수단이 없는 경우 정의, 형평의 관념에 기초해서 보충적으로 인정되는 신청권을 의미한다.

그런데 이 사건 위헌제청 사건의 제청신청인은 행정청의 처분을 매개로 하지 아니하고 이 사건 법률 조항의 직접적인 효과로서 당연퇴직 당한 것인바, 이와 같이 법률조항의 직접적인 효과를 통해 권리침해를 당한 경우에는 당해 법률조항을 직접 그 심판대상으로 하여 그 위헌성을 다툴 수 있는 실정법상의 수단인 헌법소원제도가 마련되어 있다. 그런데 만일 이와 같은 실정법상의 수단에도 불구하고 법률의 위헌성을 문제삼아 그 법률효과의 내용과 상반되는 처분을 해줄 것을 구하는 조리상의 신청권을 일반적으로 부여한다고 한다면 모든 과거의 법률관계 당사자가 헌법소원 청구기간의 제한을 받지 않은 채 언제든지 조리상의 신청권을 매개로 법률조항의 위헌성에 관한 헌법재판소의 판단을 요구할 수 있게 될 것이다. 그런데 이와 같은 결과는 기존의 법질서에 의하여 형성된 법률관계와 이에 기초한 다른 개인의 법적 지위에 불안정을 초래하는 결과를 낳게 될 뿐 아니라, 헌법소원의 청구기간제도의 취지를 몰각시킴으로써 이미 실정법상 권리구제수단으로 마련된 헌법소원의 기능까지도 저해하는 결과를 낳게 될 가능성이 있다.

(2) 더욱이 이 사건 법률조항의 법률효과인 당연퇴직은 형사확정판결을 그 법률요건으로 삼고 있는바, 당해 형사판결에서는 판결당시 합헌성이 추정되는 이 사건 법률조항에 기하여 해당공직자가 공직에서 퇴직하여야 한다는 점이 정상참작 등의 중요한 판단요소로 고려되었으며, 그 판결들은 모두 이미 확정되어 변경가능하지 아니하다. 특히 징계시효(일반적인 징계시효는 2년, 급품 및 향응수수, 공급의 횡령, 유용의 경우에는 3년; 국가공무원법 제83조의2 제1항 참조)가 지나 징계의 수단도 사용할 수 없는 경우에 당연퇴직의 당사자에게 복직 발령 등의 신청권을 인정한다면 결국 공무원의 직무수행에 대한 국민의 신뢰 및 공무원 징계제도에 대한 정의 및 형평관념에 적지 않은 손상을 가져올 수 있다.

(3) 이상의 점등을 종합하여 판단하면, 가사 이 사건 법률조항에 대하여 헌

법재판소가 위헌결정을 선고함으로써 위 법률조항이 비록 규범으로서의 효력을 잃게 된다고 하더라도 제청신청인과 같이 당연퇴직된 이후 오랜 시간이 흘러 정계시효기간까지도 경과한 경우에 당연퇴직의 내용과 상반되는 처분을 해줄 것을 구하는 조리상의 신청권을 인정하지 아니하였다고 하여 반드시 정의와 형평에 반한다고 보기 어렵다고 할 것이다.

마. 이상에서 살펴 본 바와 같은 이유로서 제청신청인의 이 사건 신청에 대한 행정청의 거부행위가 신청인의 실체상의 권리관계에 직접적인 변동을 일으키는 것으로 해석되기는 어렵다고 할 것이고, 제청신청인에게 복직 발령 등에 관한 조리상의 신청권을 인정할 수도 없다고 할 것이다. 그렇다고 한다면 당해사건은 이 사건 제청법원이 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되는지의 여부와 관계없이 각하를 하여야 할 사건이라고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항의 재판의 전제성은 인정될 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 위헌제청은 부적법하므로 이를 각하하기로 한다.

이 결정은 아래의 5. 재판관 윤영철, 재판관 하경철, 재판관 권 성, 재판관 주선회의 반대의견과 6. 재판관 김영일의 법정외의견에 관한 보충의견이 있는 외에는 관여재판관의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 윤영철, 재판관 하경철, 재판관 권 성, 재판관 주선회의 반대의견

이 사건 위헌제청은 적법하므로 심판대상인 이 사건 법률조항에 대하여 본안 판단을 하여야 한다고 생각한다. 그 이유는 다음과 같다.

가. 사법권은 법원에 속하고 법원은 헌법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외한 일체의 법률상의 쟁송을 심판한다(헌법 제101조 제1항, 법원조직법 제2조 제1항). 법원의 임무에 속하는 이른바 법률상의 쟁송의 심판은 당사자간에 구체적인 권리의무 관계의 분쟁에 법률을 적용하여 분쟁을 해결하는 것을 의미하는 것이다. 그런데 당사자간에 구체적인 권리의무 관계의 분쟁을 해결하는 데 적용할 법률, 바꾸어 말하면 재판의 전제가 되는 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 문제가 된 경우에는 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청하여 그 심판에 의하여 재판을 하게 되어 있다(헌법 제107조 제1항, 헌법재판소법 제41조 제1항). 한편, 우리 재판소는 법원의 법률위헌여부심판제청에 있어서 위헌여부가 문제되는 법률 또는 법률조항이 재판의 전제성 요건을 갖추고 있는지 여부는 그 전제성에

관한 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없는 경우가 아닌 한 되도록 제청법원의 이에 관한 법률적 견해를 존중해야 하는 것임을 원칙으로 삼고 있다(헌재 1996. 10. 4. 96헌가6, 판례집 8-2, 308, 321).

나. 제청신청인의 이 사건 신청에 대한 행정청의 거부행위가 신청인의 실체상의 권리관계에 직접적인 변동을 일으키는 것으로 해석할 수 없고, 제청신청인에게 복지발령 등에 관한 조리상의 신청권을 인정할 수도 없으므로 위 행정청의 거부행위는 적법한 항고소송의 대상이 될 수 없는 것이라고 하는 다수의견의 견해에는 수긍할 점이 없지 아니하다. 그러나 이 사건 위헌제청에서 재판의 전제성에 관한 제청법원의 법률적 견해를 배척하고 헌법재판소의 그에 관한 판단을 우선시키는 것이 과연 바람직한 것인지 의문이 있다.

제청신청인은 과거 금고 이상의 선고유예의 판결의 확정을 법률요건으로 하는 이 사건 법률조항의 직접적인 효과로서 당연퇴직 당하였다. 그런데 만일 이 사건 법률조항에 대하여 헌법재판소가 위헌결정을 선고함으로써 위 법률조항이 규범으로서의 효력을 잃게 된다고 한다면 과거 당연퇴직의 효력 및 과거 위헌적으로 침해되었던 제청신청인의 권리를 회복시킬 수 있을 것인지 여부가 문제된다. 결국 문제가 된 이 사건 신청에 대한 행정청의 거부행위가 제청신청인의 실체상의 권리관계에 직접적인 변동을 일으키는 것인지 여부 또는 복지 등에 관한 조리상의 신청권 인정 여부는 이 사건 법률조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정을 가정한 구체적인 권리의무관계에서의 법률해석, 적용에 관한 문제이다. 그렇다면 그 인정에 관한 문제는 구체적인 사건을 담당하는 제청법원의 임무이자 권한에 속하는 것이라고 할 것이다.

한편, 제청법원은 이 사건 법률조항의 위헌 여부의 심판을 헌법재판소에 제청하였는바, 이는 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된다고 판단한 제청법원이 그 조항의 위헌 여부에 관한 헌법재판소의 결정에 따라 당해사건의 재판을 하기 위한 것이었다(헌법 제107조 제1항 참조). 그런데 다수의견은 이 사건 법률조항의 위헌 여부가 재판의 전제성 요건을 갖추지 못하고 있다고 판단하였는바, 이는 헌법재판소가 제청법원의 임무이며 권한에 속한다고 할 구체적인 권리의무관계에서의 법률해석을 문제삼아 위헌심판이 제청된 법률조항의 위헌 여부에 관한 판단을 거절한 것에 다름 아니다. 이는 결과적으로 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판하여야 할 제청법원의 법관(헌법 제102조 제1항 참조)으로 하여금 구체적인 권리의무관계에서의 법률해석에 관한 자신의 판단을 변경하거나, 스스로

위헌의 의심이 있다고 판단하여 위헌심판의 제청을 한 법률을, 위헌의 의심이 있는 채로 적용하여 재판할 것을 강제하게 되는데, 이와 같은 상황은 어느 모로 보나 바람직하지 아니한 상황이다.

당사자간의 구체적인 권리의무 관계의 분쟁을 해결하는 것을 임무로 하는 법원에 대해 법률관계에 적용될 법률을 해석할 권한과 임무가 있는 것이고, 제청법원은 그에 따라 위헌제청결정 이유에서 「이 사건 법률조항이 위헌이라면 제청신청인은 적어도 조리상 복직신청권을 가진다 할 것이고(복직 신청권이 인정되지 아니한다 하더라도 당사자 지위확인 소송으로 소 변경의 여지도 있으므로……), 이 사건 법률조항이 위헌인지의 여부에 따라 당해사건에 대한 판결의 주문이 달라진다 할 것이므로…… 재판의 전제성을 갖추었다」고 분명히 밝히고 있다.

하급심인 제청법원은 대법원판례가 없는 경우는 물론 있는 경우에도 언제나 새로운 법률해석을 시도할 수 있다. 따라서 당해사건을 담당하여 재판하고 있는 제청법원이 비록 다수의견이나 대법원과 달리 위와 같은 법률해석을 명시하고 있는 한, 이 사건 법률조항의 위헌여부는 선결문제로서 그에 대한 헌법재판소의 판단이 필요하게 된다. 헌법재판소가 이미 재판의 전제성 요건을 갖추고 있는지의 여부는 헌법재판소가 별도로 독자적인 심사를 하기보다는 되도록 법원의 이에 관한 법률적 견해를 존중해야 할 것이며, 다만 그 전제성에 관한 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없을 때에만 헌법재판소는 이를 직권으로 조사할 수 있다 할 것이다(헌재 1993. 5. 13. 92헌가10등, 판례집 5-1, 226, 239) 라고 실시한 것도 이러한 사정을 고려하였기 때문이라고 생각된다.

다. 과연 이 사건 제청법원의 그 전제성에 관한 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없는 경우에 해당한다고 볼 수 있을 것인지 역시 의문이다.

우리 헌법재판소는 지난 2002. 8. 29. 2001헌마788 등 결정에서 이 사건 법률조항과 동일한 구조 및 내용을 갖는 지방공무원법 조항에 대하여 공무원임권을 침해하는 위헌적인 조항으로 판단을 한 바 있으며, 제청법원은 이 사건 위헌제청의 판단에서 위 헌법재판소의 결정을 조리상의 신청권 인정 및 위헌제청 판단의 중요한 요소로서 적극적으로 고려하고 있음을 알 수 있다.

그렇다면 제청법원이 이 사건 법률조항이 위헌의 의심이 있다는 전제 하에, 국가공무원법 등에 제청신청인의 권리회복을 위한 실정법상의 근거가 없으므로 상위규범인 헌법상의 공무원임권 등의 기본권을 근거로 하여 정의, 형평의 관념에 기초한 조리상의 신청권을 인정하였다면 이와 같은 판단이 결코 그

법률적 견해가 명백히 인정될 수 없는 부당한 경우라고 단정할 수는 없다고 생각한다.

다욱이 제청법원은 당해소송이 당사자지위확인소송으로 변경될 가능성도 고려하고 있는바, 당해소송이 당연퇴직을 당한 제청신청인이 공무원지위를 여전히 갖는 것인지 여부를 확인하여 줄 것을 그 청구의 내용으로 하는 소송으로 변경될 경우, 제청신청인이 실제로 공무원지위를 인정받는 것은 별론으로 하고라도, 이 사건 법률조항의 위헌 여부가 그 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미에 영향을 미치지 않는다고 볼 수 있을 것인지 역시 의문스럽지 않을 수 없다.

라. 다수의견은 이 사건 위헌제청과 같은 경우 재판의 전제성을 인정한다면 법령에 대한 헌법소원에 있어서의 청구기간제도를 형해화시켜 법적 안정성을 해할 우려가 있음을 지적하고 있다. 그러나 헌법소원제도와 위헌법률심판제도는 국민의 기본권을 보장하기 위한 별개의 제도로서 병존하고 있는 것이므로, 그 중 한가지의 제도를 통한 구제를 받기 위한 요건을 갖추지 못하는 사유가 다른 제도를 통한 구제를 배제하는 것을 정당화하는 사유가 될 수 없음은 당연한 이치이다. 오히려 행정소송법 등에서 인정하고 있는 다양한 소송 형태를 이용하여 위헌법률의 심판을 요청하는 것은 헌법이 보장하는 재판청구권 등 사법절차적 기본권의 행사로서의 의미 뿐 아니라, 법치주의 실현을 위한 전제로서의 의미를 갖는 바람직한 현상으로 볼 수도 있다.

마. 다시 한번 강조하면 문제된 법률조항이 재판의 전제성 요건을 갖추고 있는지 여부는 되도록 제청법원의 이에 관한 법률적 견해를 존중하여 진행되도록 하는 것이 원칙이며, 바람직한 판단 방법이라고 할 것이다. 따라서 제청법원의 견해를 배척하기 위해서는 의문의 여지없는 명백한 사유를 제시할 것이 요청된다고 할 것인바, 이 사건 위헌제청의 다수의견은 그와 같은 명백한 사유를 제시하지 못하고 있다고 생각한다.

이상의 이유로 이 사건 위헌제청은 적법하므로 심판대상인 이 사건 법률조항에 대하여 본안 판단을 하여야 한다고 생각한다.

6. 재판관 김영일의 법정의견에 관한 보충의견

국가공무원법상 당연퇴직은 법에 정한 결격사유가 있을 때 법률상 당연히 퇴직하는 것이지 공무원관계를 소멸시키기 위한 별도의 행정처분을 요하는 것이 아니다. 따라서 청구인이 선고유예(징역 6월)의 확정판결을 받아 당시 국가공무원법에 의하여 당연퇴직되었고, 그 당연퇴직의 인사발령은 법률상

당연히 발생하는 퇴직사유를 공적으로 확인하여 알려주는 이른바 관념의 통지에 불과하여(대법원 1992. 1. 21. 선고 91누2687 판결; 대법원 1985. 7. 23. 선고 84누37 판결 등 참조), 그 당연퇴직 인사발령에 별도의 행정처분이 있었다고 할 수 없으므로, 청구인은 그 당연퇴직과 관련한 행정청의 행위의 위법·부당을 주장하며 행정소송을 통하여는 복직 등 구제를 받을 수 없고, 결국 “금고 이상의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예기간 중에 있는 자에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다.”고 규정하고 있는 이 사건 법률조항을 직접 공격대상으로 하여 그 위헌확인을 구하고 그 조항이 위헌·무효선언되어야만 비로소 구제 받을 수 있게 되는 것이다.

그렇다면, 결국 청구인은 위 법률조항의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하여 구제 받을 수 있을 뿐이라고 할 것이고, 그 헌법소원심판의 청구기간이 도과되어 더 이상 다룰 수 없게 되면, 청구인의 경우에는 그 사실상태가 확정되는 것이다. 후일 청구인과 동일한 사유로 당연퇴직한 다른 자에 의하여 청구된 헌법소원심판으로 이 사건 법률조항이 위헌선언되었다고 하더라도, 이미 사실이 확정된 청구인의 경우에는 그 위헌선언된 법률의 소급적 무효의 효력이 미치지 못하게 되는 것이다. 이것은 위헌으로 결정된 법률의 장래효원칙과 예외적 소급효의 기본법리에 부합되는 것이다.

그동안 우리 헌법재판소는 여러 일련의 결정을 통하여 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용하여 한 재판이 아닌 것으로서 제소기간도과 등 법원의 재판을 통하여 확정된 경우에는 전제되는 법률이 위헌으로 결정된다고 하더라도 그에 소급효가 미치지 않음을 고려하여 본안판단의 대상으로 삼지 아니하여 왔다(헌재 1994. 6. 30. 92헌바23, 판례집 6-1, 592, 614-617; 헌재 1998. 5. 28. 91헌마98 등, 판례집 10-1, 660, 670-672; 헌재 2001. 2. 22. 99헌마409, 판례집 13-1, 317, 321; 헌재 2001. 2. 22. 99헌마605, 판례집 13-1, 356, 363-364; 헌재 2001. 6. 28. 98헌마485, 판례집 13-1, 1379, 1391 각 참조).¹⁾ 법

1) 행정처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였으나 청구기간의 판결이 확정되어 법원의 소송절차에 의하여는 더 이상 다룰 수 없게된 경우에, 당해처분 자체의 위헌성 또는 그 근거법규의 위헌성을 주장하면서 그 취소를 구하는 헌법소원심판청구를 받아들여 이를 취소하는 것은, 원행정처분을 심판대상으로 삼았던 법원의 재판이 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 되어 그 재판자체가 취소되는 경우에 한하여, 국민의 기본권을 신속하고 효율적으로 구제하기 위하여 가능한 것이고, 이와는 달리 법원의 재판이 취소되지 아니하는 경우에는 확정판결의 기판력으로 인하여 원행정처분은 헌법

원의 재판을 통한 사법작용의 절차적 정의를 존중하여 구체적 정의실현과 법적 안정성의 조화를 도모한 결과이다.

이 사건 법률조항의 위헌여부에 대하여 헌법소원심판의 청구기간도과로 이미 더 이상 다룰 수 없게된 청구인의 경우에, 그 절차야 어쨌든(조리상 신청권이 인정되든 아니든) 간에 다른 형태의 위헌심사인 위헌법률심판제청으로 그 법률조항의 위헌여부를 헌법재판소 스스로 위헌결정의 소급효법리에 어긋나게 판단할 수는 없는 것이다.

아울러 대법원판례(다수의견에서 인용한 대법원 2002. 11. 22. 선고 2000두9229 판결; 대법원 1998. 7. 10. 선고 96누14036 판결 등 참조)에 의하면, 국민의 적극적 행위신청에 대하여 행정청이 그 신청에 따른 행위를 하지 않겠다고 거부한 행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하려면, 제청법원에서 인정한 조리상 신청권의 존재에 앞서(와 더불어) 그 신청한 행위가 ‘공권력행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하고, 그 거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이어야’ 한다. 그런데 이 사건 청구인에 대한 충청남도 교육감의 ‘교감으로서 복직발령 또는 교감의 재임용불가통지’는 종전 이 사건 법률조항에 의한 당연퇴직의 연장선상에서 이를 확인하는 것일 뿐, 독자적으로 별도로 어떠한 효과의사를 발하는 것이 아니어서, 그 자체로 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이 아니다.

그리고 결국 제청법원이 인정한 ‘조리상 신청권’도 이 사건 법률조항으로 청구인의 공무담임권을 침해받았으므로 그 공무담임권침해에 대한 구제를 위하여 법률의 위헌여부를 다룰 절차적 보장에 다름이 아니어서 광의의 의미로는 그 절차 중 하나라고 볼 수 있는 헌법소원심판이 청구인의 경우 청구기간의 도과로 더 이상 다룰 수 없게 되었다면 헌법재판소의 위헌법률심판에서도 더 이상 그 위헌여부를 구할 수 없게 되는 것이다.

아울러 이 사건의 당해사건 재판에서 취소를 구하는 임용복직발령 또는 임용신청거부는 그 자체로 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것은 아니므로, 이 사건 법률조항의 위헌여부와 관련하여 그 자체의 효력이 취소의 대상이 되는 것도 아니라고 할 것이다.

법원이든 헌법재판소든 어느 곳에서도 권리 또는 기본권 구제를 위한 절

소원심판의 대상이 되지 아니한다고 할 것이다(헌재 2001. 2. 22. 99헌마409, 판례집 13-1, 317, 321).

차를 소진하거나 청구(제소)기간을 해태하여 확정되었다면, 국민은 더 이상 다룰 수 없게 되는 것이다. 이는 구체적 정의실현과 법적 안정성 요청의 조화를 도모하는 법원리에 입각한 것이고, 이는 마땅히 존중되고 준수되어야 한다.

무릇 헌법재판소가 위헌법률심판을 함에 있어서 재판의 전제성문제는 사건의 기록을 가지고 있고 그에 대한 재판을 하는 법원의 의견을 되도록 존중하여 판단함이 마땅하다. 그러나 재판의 전제성여부가 헌법과 헌법재판소법이 정한 헌법소송의 기능·본질 및 효력 등 헌법재판제도에 관한 헌법적 선결문제의 해명에 따라 전적으로 좌우되는 경우에는 헌법재판소는 마땅히 법원의 법률적 견해에 구애받지 아니하고 법원의 위헌법률심판제청이 적법한 것인가의 여부를 독자적으로 결정하여야 한다. 왜냐하면 실체법에 관한 것이든 절차법에 관한 것이든 헌법 또는 헌법재판제도의 문제에 대한 해명은 헌법재판소의 독자적인 판단사항이기 때문이다(헌재 1994. 6. 30. 92헌가18, 판례집 6-1, 543, 571-572 참조).

요컨대, 이 사건 위헌법률심판의 당해사건은 대법원판례에 비추어 볼 때 부적법각하될 것이 명백한 경우인데도 즉, 당해사건 재판에서 이 사건 법률조항의 위헌여부와 관계없는 다른 결론으로 종결할 수 있어 당해사건 재판의 주문과 이유구성을 달리하는 경우가 아님에도 불구하고 재판의 전제성이 있다고 본안판단을 할 수는 없다고 할 것이고, 더구나 이 사건의 경우에 만약 심판대상 법률조항에 대하여 위헌결정이나 청구인에게 그 결정의 효력을 소급적으로 미치도록 하는 것이 제청법원의 의사라면, 이는 위헌결정의 효력을 규정한 헌법재판소법 제47조 제2항 본문에 관한 판례나 법리에 어긋나 결정의 소급효를 무한히 확장시키는 것으로 법적 안정성을 심히 해치는 것이어서 헌법질서에 부합되지 아니하므로 타당하다고 할 수 없다.

따라서 이 사건의 경우는 부적법각하되어야 마땅한 것이므로 이에 나는 법정의견에 대한 보충의견을 밝히는 바이다.

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

국회의원과 국회의장간의 권한쟁의

(2003. 10. 30. 2002헌라1 전원재판부)

【판시사항】

1. 국회의원이 권한쟁의심판을 청구할 당사자적격이 있는지 여부(적극)
2. 국회의장인 피청구인이 국회의원인 청구인을 그 의사에 반하여 국회 보건복지위원회에서 사임시키고 환경노동위원회로 보임한 행위(이하 “이 사건 사·보임행위”라 한다)가 권한쟁의심판의 대상이 되는지 여부(적극)
3. 제16대 국회의 제2기 원구성이 완료되고 청구인이 보건복지위원회에 다시 배정된 상태이지만 헌법적 해명의 필요성이 있어 심판의 이익이 있다고 판시한 사례
4. 피청구인의 이 사건 사·보임행위가 헌법과 법률의 규정에 위반하여 청구인의 법률안 심의·표결 권한을 침해한 것인지 여부(소극)

【결정요지】

1. 헌법재판소는 1997. 7. 16. 선고한 96헌라2 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의 사건에서 국회의원과 국회의장을 헌법 제111조 제1항 제4호 소정의 ‘국가기관’에 해당하는 것으로 해석하고 이들의 당사자능력을 인정한 바 있으며, 이러한 입장은 2000. 2. 24. 선고한 99헌라1 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의 사건에서도 이어지고 있다. 따라서 국회의원인 청구인은 권한쟁의심판을 청구할 당사자능력이 있다.
2. 피청구인은 2001. 12. 24. 한나라당 교섭단체대표의원이 요청한, 같은 한나라당 의원으로서 국회 보건복지위원회 소속이던 청구인과 환경노동위원회 소속이던 박혁규의원을 서로 맞바꾸는 내용의 상임위원회 위원 사·보임 요청서에 결재를 하였고, 이는 국회법 제48조 제1항에 규정된 바와 같이 교섭단체대표의원의 요청에 따른 상임위원 개선행위이다. 위와 같은 피청구인의 개선행위에 따라 청구인은

같은 날부터 보건복지위원회에서 사임되고, 위 박혁규 의원이 동 위원회에 보임되었다. 따라서, 청구인의 상임위원 신분의 변경을 가져온 피청구인의 이 사건 사·보임행위는 권한쟁의심판의 대상이 되는 처분이라고 할 것이다.

3. 현재의 제16대 국회는 4년 임기중 전반기를 이미 마쳤고, 후반기 들어 2002. 7.경 새로이 각 상임위원회의 위원배정이 이루어졌으며, 이 때 청구인은 다시 보건복지위원회에 배정되어 현재까지 동 위원회에서 활동하고 있다. 그러므로 청구인이 이 사건 권한쟁의심판청구에 의하여 달성하고자 하는 목적은 이미 이루어져 청구인이 주장하는 권리보호이익은 소멸하였다. 그러나 이 사건과 같이 상임위원회 위원의 개선, 즉 사·보임행위는 법률의 근거하에 국회관행상 빈번하게 행해지고 있고 그 과정에서 당해 위원의 의사에 반하는 사·보임이 이루어지는 경우도 얼마든지 예상할 수 있으므로 청구인에게 뿐만 아니라 일반적으로도 다시 반복될 수 있는 사안이어서 헌법적 해명의 필요성이 있으므로 이 사건은 심판의 이익이 있다.

4. 가. 정당은 국민과 국가의 중개자로서 정치적 도관(導管)의 기능을 수행하여 주체적·능동적으로 국민의 다원적 정치의사를 유도·통합함으로써 국가정책의 결정에 직접 영향을 미칠 수 있는 규모의 정치적 의사를 형성하고 있다. 이와 같은 정당의 기능을 수행하기 위해서는 무엇보다도 먼저 정당의 자유로운 지위가 전제되지 않으면 안 된다. 즉, 정당의 자유는 민주정치에 전제인 자유롭고 공개적인 정치적 의사형성을 가능하게 하는 것이므로 그 자유는 최대한 보장되지 않으면 안 되는 것이다.

나. 현대의 민주주의가 종래의 순수한 대의제 민주주의에서 정당 국가적 민주주의의 경향으로 변화하고 있음은 주지하는 바와 같다. 다만, 국회의원의 국민대표성보다는 오늘날 복수정당제하에서 실제적으로 정당에 의하여 국회가 운영되고 있는 점을 강조하려는 견해와, 반대로 대의제 민주주의 원리를 중시하고 정당국가적 현실은 기본적으로 국회의원의 전체국민대표성을 침해하지 않는 범위내에서 인정하려는 입장이 서로 맞서고 있다. 국회의원의 원내활동을 기본적으로 각자에 맡기는 자유위임은 자유로운 토론과 의사형성을 가능하게 함으로써 당내민주주의를 구현하고 정당의 독재화 또는 과두화

를 막아주는 순기능을 갖는다. 그러나 자유위임은 의회내에서의 정치의사형성에 정당의 협력을 배척하는 것이 아니며, 의원이 정당과 교섭단체의 지시에 기속되는 것을 배제하는 근거가 되는 것도 아니다. 또한 국회의원의 국민대표성을 중시하는 입장에서도 특정 정당에 소속된 국회의원이 정당기속 내지는 교섭단체의 결정(소위 ‘당론’)에 위반하는 정치활동을 한 이유로 제재를 받는 경우, 국회의원 신분을 상실하게 할 수는 없으나 “정당내부의 사실상의 강제” 또는 소속 “정당으로부터의 제명”은 가능하다고 보고 있다. 그렇다면, 당론과 다른 견해를 가진 소속 국회의원을 당해 교섭단체의 필요에 따라 다른 상임위원회로 전임(사·보임)하는 조치는 특별한 사정이 없는 한 헌법상 용인될 수 있는 “정당내부의 사실상 강제”의 범위내에 해당한다고 할 것이다.

다. 또한 오늘날 교섭단체가 정당국가에서 의원의 정당기속을 강화하는 하나의 수단으로 기능할 뿐만 아니라 정당소속 의원들의 원내 행동통일을 기함으로써 정당의 정책을 의안심의에서 최대한으로 반영하기 위한 기능도 갖는다는 점에 비추어 볼 때, 국회의장이 국회의 의사(議事)를 원활히 운영하기 위하여 상임위원회의 구성원인 위원들의 선임 및 개선에 있어 교섭단체대표의원과 협의하고 그의 “요청”에 응하는 것은 국회운영에 있어 본질적인 요소라고 아니할 수 없다. 피청구인은 국회법 제48조 제1항에 규정된 바에 따라 청구인이 소속된 한나라당 “교섭단체대표의원의 요청”을 서면으로 받고 이 사건 사·보임행위를 한 것으로서 하등 헌법이나 법률에 위반되는 행위를 한 바가 없다.

라. 요컨대, 피청구인의 이 사건 사·보임행위는 청구인이 소속된 정당내부의 사실상 강제에 터 잡아 교섭단체대표의원이 상임위원회 사·보임 요청을 하고 이에 따라 이른바 의사정리권한의 일환으로 이를 받아들인 것으로서, 그 절차·과정에 헌법이나 법률의 규정을 명백하게 위반하여 재량권의 한계를 현저히 벗어나 청구인의 권한을 침해한 것으로는 볼 수 없다고 할 것이다.

재판관 권 성의 반대이견

4. 오늘날 대의제 민주주의에 있어서 국회의원의 국민대표성이 정당

국가적 현실에 의하여 사실상 변질되고 의원의 정당에의 예속이 일반적인 경향이라고 하더라도, 이러한 현상이 헌법규범상의 대의제 민주주의를 보충하는 현실의 한 모습에 그치는 정도를 넘어서서, 대의제 민주주의 원리를 부정하고 그 틀을 뛰어 넘는 원칙의 변화를 의미한다면 이것은 결단코 용납될 수 없는 일이다. 그러므로, 대표적으로 이 사건과 같이 양자의 이념이 충돌하는 경우에는 자유위임을 근본으로 하는 대의제 민주주의 원리를 우선시켜야만 한다. 국회 본래의 사명인 입법을 위한 심의·표결에 관한 한, 본회의에 있어서든 상임위원회에 있어서든, 국회의원이 양심에 따라 독립하여 표결하는 권한은 불가침·불가양의 권한이라 할 것이다. 한나라당 교섭단체대표의원의 요청에 따른 피청구인의 이 사건 사·보임행위는 우선 청구인이 국민의 대표인 국회의원으로서 상임위원회에서 ‘건강보험의 재정통합’ 여부라는 중요한 쟁점, 즉 국민건강보험법중개정법률안에 관하여 심의·표결할 권한을 침해하였음이 명백하다. 또한, 국회법 제48조는 상임위원의 ‘개선’은 교섭단체대표의원의 요청이 있는 경우 국회의장이 이를 할 수 있는 것으로 규정하고 있고 그 외 특별한 요건을 규정하지 않고 있으나, 그렇다고 하더라도 일반적으로 내재적인 한계는 법률해석상 당연히 있다고 보아야 한다. 따라서 본인이 계속 동 위원회에서 활동하기를 원하고 있다면 국회법 제48조 제6항과 같은 사유, 즉 “의원이 기업체 또는 단체의 임·직원 등 다른 직을 겸하게 되어 그 직과 직접적인 이해관계를 가지는 상임위원회의 위원으로 계속 활동하는 것이 공정을 기할 수 없는 현저한 사유가 있다고 인정하는 때”나 기타 “그 위원회와 관련하여 위법하거나 부당한 행위를 한 사실이 인정되는 경우”가 아닌 한 본인의 의사에 반하여 강제로 위원회에서 사임시킬 수는 없다고 보아야 할 것이다. 그렇다면 피청구인의 청구인에 대한 이 사건 사·보임행위는 국회 보건복지위원회에서 국민건강보험법중개정법률안에 대하여 심의·표결할 청구인의 권한을 침해하고, 아울러 특별한 사정이 없는 한 동 위원회의 상임위원으로서 2년의 임기 동안 활동할 수 있는 청구인의 권한을 역시 침해한 것이라고 할 것이다.

【참조조문】

헌법 제7조 제1항, 제8조, 제40조, 제41조 제1항, 제42조, 제44조, 제45조, 제46조 제2항, 제48조, 제52조, 제64조, 제66조 제4항, 제67조 제1항, 제101조 제1항, 제111조 제1항 제4호

국회법(2000. 2. 16. 법률 제6266호로 개정된 것) 제10조(의장의 직무) 의장은 국회를 대표하고 의사를 정리하며, 질서를 유지하고 사무를 감독한다.

국회법(2000. 2. 16. 법률 제6266호로 개정된 것) 제33조(교섭단체) ① 국회에 20인 이상의 소속의원을 가진 정당은 하나의 교섭단체가 된다. 그러나 다른 교섭단체에 속하지 아니하는 20인 이상의 의원으로 따로 교섭단체를 구성할 수 있다.

②, ③ 생략

국회법(2000. 2. 16. 법률 제6266호로 개정된 것) 제38조(상임위원회의 위원정수) 상임위원회의 위원정수는 국회규칙으로 정한다. 다만, 정보위원회의 위원정수는 12인으로 한다.

국회법 제39조(상임위원회의 위원) ① 의원은 2 이상의 상임위원회의 위원(이하 “상임위원”이라 한다)이 된다.

②~④ 생략

국회법(2000. 2. 16. 법률 제6266호로 개정된 것) 제40조(상임위원의 임기) ① 상임위원의 임기는 2년으로 한다. 다만, 국회의원총선거후 처음 선임된 위원의 임기는 그 선임된 날부터 개시하여 의원의 임기개시후 2년이 되는 날까지로 한다.

② 정보위원회의 위원은 제1항의 규정에 불구하고 의원의 임기동안 재임한다.

③ 보임 또는 개선된 상임위원의 임기는 전임자의 잔임기간으로 한다.

국회법(2000. 2. 16. 법률 제6266호로 개정된 것) 제46조(윤리특별위원회) ① 의원은 자격심사·윤리심사 및 징계에 관한 사항을 심사하기 위하여 윤리특별위원회를 둔다.

② 제44조 제2항 및 제3항의 규정은 윤리특별위원회에 적용되지 아니한다.

③ 윤리특별위원회의 위원의 임기와 위원장의 임기 및 선거등에 관하여는 제40조 제1항 및 제3항, 제41조 제2항 내지 제5항의 규정을 준용한다.

④ 윤리특별위원회의 구성과 이 법이 정한 이외의 위원회운영에 관하여 필요한 사항은 국회규칙으로 정한다.

국회법(2000. 2. 16. 법률 제6266호로 개정된 것) 제48조(위원의 선임 및 개선) ① 상임위원은 교섭단체소속의원수의 비율에 의하여 각 교섭단체대표의원의 요청으로 의장이 선임 및 개선한다. 이 경우 각 교섭단체대표의원은 국회의원총선거후 최초의 임시회의 집회일부부터 2일 이내에 그리고 국회의원총선거후 처음 선임된 상임위원의 임기가 만료되는 때에는 그 임기만료일전 3일 이내에 의장에게 위원의 선임을 요청하여야 하며, 이 기간내에 요청이 없는 때에는 의장이 위원을 선임할 수 있다.

② 어느 교섭단체에도 속하지 아니하는 의원의 상임위원선임은 의장이 이를 행한다.

③ 정보위원회의 위원은 의장이 각 교섭단체대표의원으로부터 당해교섭단체소속의원 중 에서 후보를 추천받아 부의장 및 각 교섭단체대표의원과 협의하여 선임 또는 개선한다. 다만, 각 교섭단체대표의원은 정보위원회의 위원이 된다.

④ 특별위원회의 위원은 제1항 및 제2항의 규정에 따라 의장이 상임위원중에서 선임한다. 이 경우 그 선임은 특별위원회구성결의안이 본회의에서 의결된 날부터 5일 이내에 하여야 한다.

⑤ 위원의 선임이 있을 후 교섭단체소속의원수의 이동이 있을 때에는 의장은 위원회의 교섭단체별 할당수를 변경하여 위원을 개선훈 수 있다.

⑥ 의장 및 교섭단체대표의원은 의원이 기업체 또는 단체의 임·직원 등 다른 직을 겸하고 있는 경우 그 직과 직접적인 이해관계를 가지는 상임위원회의 위원으로 선임하는 것이 공정을 기할 수 없는 현저한 사유가 있다고 인정하는 때에는 해당 상임위원회의 위원으로 선임하거나 선임을 요청하여서는 아니된다.

국회법(2000. 2. 16. 법률 제6266호로 개정된 것) 제54조(위원회의 의사·의결정족수) 위원회는 재적위원 5분의 1 이상의 출석으로 개최하고, 재적위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.

국회법(2000. 2. 16. 법률 제6266호로 개정된 것) 제99조(발언의 허가) ① 의원이 발언하려고 할 때에는 미리 의장에게 통지하여 허가를 받아야 한다.

② 발언통지를 하지 아니한 의원은 통지를 한 의원의 발언이 끝난 다음 의장의 허가를 받아 발언할 수 있다.

③ 의사진행에 관한 발언은 발언요지를 의장에게 미리 통지하여야 하며, 의장은 의제에 직접 관계가 있거나 긴급히 처리할 필요가 있다고 인정되는 것은 즉시 허가하고, 그 외의 것은 의장이 그 허가의 시기를 정한다.

국회법(2000. 2. 16. 법률 제6266호로 개정된 것) 제100조(발언의 계속) 발언은 그 도중에 다른 의원의 발언에 의하여 정지되지 아니하며, 산회 또는 회의의 중지로 발언을 마치지 못한 때에는 다시 그 의사가 개시되면 의장은 먼저 발언을 계속하게 한다.

국회법(2000. 2. 16. 법률 제6266호로 개정된 것) 제101조(보충보고) 의장은 위원장 또는 위원장이 지명한 소수의견자가 위원회의 보고를 보충하기 위하여 발언하려고 할 때에는 다른 발언에 우선하여 발언하게 할 수 있다.

국회법 제102조(의제의 발언의 금지) 모든 발언은 의제 외에 미치거나 허가받은 발언의 성질에 반하여서는 아니된다.

국회법(2000. 2. 16. 법률 제6266호로 개정된 것) 제103조(발언회수의 제한) 의원은 동일의제에 대하여 2회에 한하여 발언할 수 있다. 그러나 질의에 대하여 답변할 때와 위원장·발의자 또는 동의자가 그 취지를 설명할 때에는 그러하지 아니하다.

국회법(2000. 2. 16. 법률 제6266호로 개정된 것) 제104조(발언원칙) ① 정부에 대한 질문 외의 의원의 발언시간은 15분을 초과하지 아니하는 범위안에서 의장이 정한다. 다만, 의사진행발언·신상발언 및 보충발언은 5분을, 다른 의원의 발언에 대한 반론발언은 3분을 초과할 수 없다.

② 교섭단체를 가진 정당을 대표하는 의원이나 교섭단체의 대표의원이 정당 또는 교섭단체를 대표하여 연설 기타 발언을 할 때에는 40분까지 발언할 수 있다.

③ 의장은 각 교섭단체대표의원과 협의하여 동일의제에 대한 총발언시간을 정하여 이를 교

섭단체별로 그 소속의원수의 비율에 따라 할당한다. 이 경우 각 교섭단체대표의원은 할당된 시간내에서 발언자수 및 발언자별 발언시간을 정하여 미리 의장에게 통보하여야 한다.

④ 의장은 필요한 경우 제3항의 규정에 불구하고 각 교섭단체대표의원과 협의하여 동일의 제에 대하여 교섭단체별로 그 소속의원수의 비율에 따라 발언자수를 정할 수 있다.

⑤ 교섭단체에 속하지 아니하는 의원의 발언시간 및 발언자수는 의장이 각 교섭단체대표의원과 협의하여 정한다.

⑥ 의원이 시간제한으로 발언을 마치지 못한 부분에 대하여는 의장이 인정하는 범위안에서 이를 회의록에 게재할 수 있다.

국회법(2000. 2. 16. 법률 제6266호로 개정된 것) 제105조(5분자유발언) ① 의장은 본회의가 개의되는 경우 그 개회시부터 1시간을 초과하지 아니하는 범위내에서 의원에게 국회가 심의중인 의안과 청원 기타 중요한 관심사안에 대한 의견을 발표할 수 있도록 하기 위하여 5분 이내의 발언(이하 “5분자유발언”이라 한다)을 허가할 수 있다. 다만, 의장은 당일 본회의에서 심의할 의안이 다수 있는 등 효율적인 의사진행을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 각 교섭단체대표의원과 협의하여 개의중에 이를 허가할 수 있다.

② 5분자유발언을 하고자 하는 의원은 늦어도 본회의개의 4시간전까지 그 발언취지를 간략히 기재하여 의장에게 신청하여야 한다.

③ 5분자유발언의 발언자수와 발언순서는 교섭단체별 소속의원수의 비율을 고려하여 의장이 각 교섭단체대표의원과 협의하여 정한다.

국회법(2000. 2. 16. 법률 제6266호로 개정된 것) 제106조(토론의 통지) ① 의사일정에 올린 안건에 대하여 토론하고자 하는 의원은 미리 반대 또는 찬성의 뜻을 의장에게 통지하여야 한다.

② 의장은 제1항의 통지를 받은 순서와 그 소속교섭단체를 고려하여 반대자와 찬성자를 교대로 발언하게 하되 반대자에게 먼저 발언하게 한다.

국회법(2000. 2. 16. 법률 제6266호로 개정된 것) 제107조(의장의 토론참가) 의장이 토론에 참가할 때에는 의장석에서 물러나야 하며, 그 안건에 대한 표결이 끝날 때까지 의장석에 돌아갈 수 없다.

국회법(2000. 2. 16. 법률 제6266호로 개정된 것) 제108조(질의 또는 토론의 종결) ① 질의 또는 토론이 끝났을 때에는 의장은 그 종결을 선포한다.

② 각 교섭단체에서 1인 이상의 발언이 있는 후에는 본회의의 의결로 의장은 질의나 토론의 종결을 선포한다. 그러나 질의 또는 토론에 참가한 의원은 질의나 토론의 종결을 동의할 수 없다.

③ 제2항의 동의는 토론을 하지 아니하고 표결한다.

국회법(2000. 2. 16. 법률 제6266호로 개정된 것) 제109조(의결정족수) 의사는 헌법 또는 이 법에 특별한 규정이 없는 한 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다.

국회법(2000. 2. 16. 법률 제6266호로 개정된 것) 제143조(의장의 경호권) 회기중 국회의 질서를 유지하기 위하여 의장은 국회안에서 경호권을 행한다.

국회법(2000. 2. 16. 법률 제6266호로 개정된 것) 제144조(경위와 경찰관) ① 국회의 경호를 위하여 국회에 경위를 둔다.

② 의장은 국회의 경호를 위하여 필요한 때에는 국회운영위원회의 동의를 얻어 일정한 기간을 정하여 정부에 대하여 필요한 경찰관의 파견을 요구할 수 있다.

③ 경위와 파견된 경찰관은 의장의 지휘를 받아 경위는 회의장건물안에서, 경찰관은 회의장건물밖에서 경호한다.

국회법(2000. 2. 16. 법률 제6266호로 개정된 것) 제150조(현행범인의 체포) 국회 안에 현행범인이 있을 때에는 경위 또는 경찰관은 이를 체포한 후 의장의 지시를 받아야 한다. 다만, 의원은 회의장안에 있어서는 의장의 명령없이 이를 체포할 수 없다.

【참조판례】

1. 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154
헌재 2000. 2. 24. 99헌라1, 판례집 12-1, 115
2. 헌재 1997. 7. 16. 94헌라2, 판례집 9-2, 154
헌재 2000. 2. 24. 99헌라1, 판례집 12-1, 115
3. 헌재 1997. 11. 27. 94헌마60, 판례집 9-2, 675
4. 헌재 2000. 2. 24. 99헌라1, 판례집 12-1, 115
헌재 1997. 7. 16. 94헌라2, 판례집 9-2, 154
헌재 1994. 4. 28. 92헌마153, 판례집 6-1, 415

【당 사 자】

청 구 인 국회의원 김홍신
대리인 변호사 장유식
피청구인 국회의장
대리인 법무법인 한결
담당변호사 이동직 외 17인

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 한나라당 소속 국회의원으로서 국회 보건복지위원회 상임위

원으로 활동하였다. 여야 합의로 1999. 2. 8. 법률 제5854호로 제정된 국민건강보험법 제33조 제2항 및 부칙 제10조에 의하면 건강보험의 직장가입자와 지역가입자의 제정을 2002. 1. 1.부터 통합하기로 되어 있었는데, 한나라당은 이와 같은 건강보험재정통합방안에 반대하여 ‘재정분리’안을 당론으로 결정한 후 이를 2001년 12월 정기국회에서 통과시킨다는 방침을 정하였다.

(2) 청구인은 평소 건강보험재정문제와 관련하여 ‘재정통합’이 올바른 길이라는 소신을 가지고 있었는데, 한나라당 지도부는 보건복지위원회 소속 한나라당 위원 중 유일하게 당론에 반대하고 있는 청구인을 동 위원회에서 강제로 사임시켜서라도 당론을 관철하고자 하였다. 그리하여 2001. 12. 24. 한나라당의 교섭단체대표의원인 원내총무 이재오는 피청구인에게 청구인을 보건복지위원회에서 사임시키고 청구인 대신 같은 당 소속 박혁규 의원의 보임을 요청하는 서류를 제출하였고, 당일 피청구인이 이 서류에 결재함으로써 그 결과 청구인은 위 위원회에서 강제 사임되고 위 박혁규 의원이 보임된 후 “건강보험재정분리법안”의 심의·표결이 이루어졌다.¹⁾

(3) 이에 청구인은 2002. 1. 24. 위와 같이 피청구인이 한나라당 교섭단체대표의원이 제출한 사·보임 요청서에 결재함으로써 청구인을 국회 보건복지위원회에서 강제 사임시킨 행위로 말미암아 청구인의 국회의원으로서는 법률안 심의·표결권이 침해되었다고 주장하면서, 그 권한침해의 확인 및 피청구인의 위 사·보임행위의 무효확인을 구하는 이 사건 권한쟁의심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

심판의 대상은 피청구인이 위와 같이 2001. 12. 24. 한나라당 교섭단체대표의원이 제출한 사·보임 요청서에 결재함으로써 청구인을 국회 보건복지위원회에서 강제 사임시킨 행위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 법률안 심의·표결 권한을 침해한 것인지의 여부와 아울러 위와 같은 피청구인의 사·보임행위가 무효인지의 여부이다.

다. 관계법령

국회법(2000. 2. 16. 법률 제6266호로 개정된 것. 이하 “법”이라 한다)

1) 그 후 여야 합의로 2002. 1. 19. 법률 제6618호로 개정된 국민건강보험법에 의하면 직장가입자와 지역가입자의 재정통합이 2003. 6. 30.까지 유예되었고, 따라서 2003. 7. 1.부터 재정이 통합·운영되고 있다.

제48조(위원의 선임 및 개선) ① 상임위원은 교섭단체소속의원수의 비율에 의하여 각 교섭단체대표의원의 요청으로 의장이 선임 및 개선한다. 이 경우 각 교섭단체대표의원은 국회의원총선거 후 최초의 입시회의 집회일부터 2일 이내에 그리고 국회의원총선거 후 처음 선임된 상임위원의 임기가 만료되는 때에는 그 임기만료일 전 3일 이내에 의장에게위원의 선임을 요청하여야 하며, 이 기한내에 요청이 없는 때에는 의장이 위원을 선임할 수 있다.

② 어느 교섭단체에도 속하지 아니하는 의원의 상임위원선임은 의장이 이를 행한다.

③ 정보위원회의 위원은 의장이 각 교섭단체대표의원으로부터 당해 교섭단체소속의원 중에서 후보를 추천 받아 부의장 및 각 교섭단체대표의원과의 협의하여 선임 또는 개선한다. 다만, 각 교섭단체대표의원은 정보위원회의 위원이 된다.

④ 특별위원회의 위원은 제1항 및 제2항의 규정에 따라 의장이 상임위원 중에서 선임한다. 이 경우 그 선임은 특별위원회구성 결의안이 본회의에서 의결된 날부터 5일 이내에 하여야 한다.

⑤ 위원의 선임이 있은 후 교섭단체소속의원수의 이동이 있을 때에는 의장은 위원회의 교섭단체별 할당수를 변경하여 위원을 개선할 수 있다.

⑥ 의장 및 교섭단체대표의원은 의원이 기업체 또는 단체의 임·직員 등 다른 직을 겸하고 있는 경우 그 직과 직접적인 이해관계를 가지는 상임위원회의 위원으로 선임하는 것이 공정을 기할 수 없는 현저한 사유가 있다고 인정하는 때에는 해당 상임위원회의 위원으로 선임하거나 선임을 요청하여서는 아니 된다.

2. 청구인의 주장 및 피청구인의 답변

가. 청구인의 주장요지

법 제48조 제1항은 국회의장이 각 교섭단체대표의원의 요청으로 상임위원회 위원을 선임·개선할 수 있다고만 규정하고 있을 뿐, 어떠한 경우에 개선할 수 있는지에 대하여는 아무런 규정이 없다. 이는 국회의장과 당해 위원과의 분쟁을 예측하지 못한 입법의 불비이다.

국회의장이 상임위원회 위원을 개선할 수 있는 경우란 당해 위원이 위원회 구성원으로서의 지위를 계속 유지하기에 적합하지 않다고 판단될 만한 불법 또는 부당한 사유를 가지고 있는 경우에 한한다고 보아야 한다. 따라서 피청구인이 청구인을 보건복지위원회에서 강제로 사임케 한 행위는 헌법 및 법률

에 반하는 처사로서 청구인의 법률안 심의·표결권을 침해한 것이고, 또한 무효인 행위이다.

나. 피청구인의 답변요지

(1) 적법요건에 대하여

국회의원 개인이 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있으려면 헌법 제111조 제1항 제4호 소정의 국가기관성을 가지고 이들 국가기관간의 권한의 존부 및 범위에 대한 다툼에 해당해야 한다. 그런데, 이 사건은 국회 상임위원회의 위원개선에 관한 문제로서 국회내부의 조직구성행위일 뿐 청구인이 주장하는 국회의원의 심의·표결권의 침해와는 무관하므로 청구인은 이 사건 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 없다. 또한, 이 사건 피청구인의 사·보임행위는 국회의 자율권에 속하는 행위로서 사법심사의 대상에서 제외되어야 한다.

(2) 본안에 대하여

피청구인이 한나라당 교섭단체대표의원의 요청을 받고 청구인의 사임을 승인한 것은 국회의 오랜 관행일 뿐만 아니라 법 제48조에 의한 적법한 행위이다. 또한, 청구인은 위와 같은 재정통합문제 및 상임위원회 사·보임과 관련하여 국회 본회의에서 반대토론의 기회 및 신상발언의 기회를 얻어 발언하였기 때문에 충분히 토론 및 심의권을 보장받았으므로 국회의원으로서의 심의·표결권을 침해당한 것이 아니다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. 당사자능력

헌법재판소는 1997. 7. 16. 선고한 96헌라2 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의 사건에서 국회의원과 국회의장을 헌법 제111조 제1항 제4호 소정의 ‘국가기관’에 해당하는 것으로 해석하고 이들의 당사자능력을 인정한 바 있으며(판례집 9-2, 154, 164), 이러한 입장은 2000. 2. 24. 선고한 99헌라1 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의 사건에서도 이어지고 있다(판례집 12-1, 115, 126). 따라서 이 사건의 청구인과 피청구인은 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있는 능력이 있다.

나. 피청구인의 행위가 권한쟁의심판의 대상이 될 수 있는지 여부

국회는 국민의 대표기관이자 입법기관으로서 폭넓은 자율권을 가지고 있다. 그러나 이 사건은 국회의장인 피청구인이 국회의원인 청구인의 헌법 및 법률상 보장된 법률안 심의·표결권을 침해하였다는 이유로 권한쟁의심판이 청구된 사건이므로, 피청구인의 이 사건 사·보임행위는 헌법재판소가 심사

할 수 없는 국회내부의 자율에 관한 문제라고 할 수 없다(헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154, 165 참조).

한편, 이 사건에서 피청구인은 2001. 12. 24. 한나라당 교섭단체대표의원이 요청한, 같은 한나라당 의원으로서 국회 보건복지위원회 소속이던 청구인과 환경노동위원회 소속이던 위 박혁규를 서로 맞바꾸는 내용의 상임위원회 위원 사·보임 요청서에 결재를 하였고, 이는 법 제48조 제1항에 규정된 바와 같이 교섭단체대표의원의 요청에 따른 상임위원 개설행위이다. 위와 같은 피청구인의 개설행위에 따라 청구인은 같은 날부터 보건복지위원회에서 사임되고, 위 박혁규 의원이 동 위원회에 보임되었다. 따라서, 청구인의 상임위원 신분의 변경을 가져온 피청구인의 이 사건 사·보임 결재행위는 권한쟁의심판의 대상이 되는 처분이라고 할 것이다.

다. 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한의 침해

청구인은 피청구인의 이 사건 사·보임행위로 말미암아 헌법 및 법률에 의하여 부여된 청구인의 법률안 심의·표결권을 침해받았다고 주장하고 있다. 우선 청구인이 주장하는 국회의원의 법률안 심의·표결권은 헌법 제41조 제1항에 따라 국민의 선거에 의하여 선출된 헌법상의 국가기관으로서 헌법과 법률에 의하여 부여받은 독자적인 권한임이 틀림없다(헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154, 163). 청구인은 2001. 12. 24. 피청구인의 이 사건 사·보임행위로 말미암아 같은 날 열린 제226회 국회(임시회) 보건복지위원회 제3차 회의 때부터 보건복지위원회의 위원으로 법률안, 특히 이 사건 건강보험재정분리법안에 대한 심의·표결권을 행사하지 못하게 되었으므로 일응 이러한 권한침해의 개연성을 인정할 수 있다.

라. 권리보호이익과 헌법적 해명

상임위원회 위원의 임기는 2년이다(법 제40조). 그리고 현재의 제16대 국회는 2000. 4. 13. 실시된 총선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성되어 4년 임기중 전반기를 이미 마쳤고, 후반기 들어 2002. 7.경 새로이 각 상임위원회의 위원배정이 이루어졌다. 국회사무처에서 보내온 2002. 9. 30.자 ‘상임위원회 위원명단’을 보면, 청구인은 다시 보건복지위원회에 배정되어 현재까지 동 위원회에서 활동하고 있다. 그러므로 청구인이 이 사건 권한쟁의심판청구에 의하여 달성하고자 하는 목적은 이미 이루어져 청구인이 주장하는 권리보호이익이 소멸하였다.

그러나 헌법소원심판과 마찬가지로 권한쟁의심판도 주관적 권리구제뿐만

아니라 객관적인 헌법질서 보장의 기능도 겸하고 있으므로, 청구인에 대한 권한침해 상태가 이미 종료하여 이를 취소할 여지가 없어졌다 하더라도 같은 유형의 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있고, 헌법질서의 수호·유지를 위하여 그에 대한 헌법적 해명이 긴요한 사항에 대하여는 심판청구의 이익을 인정할 수 있다고 할 것이다(헌재 1997. 11. 27. 94헌마60, 판례집 9-2, 675, 688 참조). 이 사건과 같이 상임위원회 위원의 개선, 즉 사·보임행위는 국회법 규정의 근거하에 국회관행상 빈번하게 행해지고 있고 그 과정에서 당해 위원의 의사에 반하는 사·보임이 이루어지는 경우도 얼마든지 예상할 수 있으므로 청구인에게 뿐만 아니라 일반적으로도 다시 반복될 수 있는 사안으로서 헌법적 해명의 필요성이 있으므로 이 사건은 심판의 이익이 있다고 할 것이다.

마. 소 결

이 사건 심판청구는 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있는 국회의원인 청구인이 국회의장인 피청구인을 상대로, 피청구인이 청구인을 국회 보건복지위원회에서 강제로 사임케 하고 위 박혁규 의원을 보임하는 사·보임 요청을 허가함으로써 청구인의 권한을 침해하였다고 주장하여 권한침해의 확인과 아울러 그 행위의 무효확인을 구하는 것으로서 적법하다고 할 것이다.

4. 본안에 대한 판단

가. 국회의원의 법률안 심의·표결 권한

국회의원은 국회의 구성원으로서의 지위뿐만 아니라 국민의 대표로서의 지위를 가지며, 국민의 선거에 의하여 선출되고(헌법 제41조 제1항) 헌법과 법률에 의하여 여러 가지 특권과 권한 내지 책임이 부여되어 있으며(헌법 제42조(임기보장), 제44조(불체포특권), 제45조(면책특권), 제46조 제2항(국가이익을 우선하고 양심에 따른 직무수행), 제52조(법률안제출권) 등과 국회법의 여러 규정들), 이를 토대로 입법활동 및 국정외의 비판·감시 활동을 수행함으로써 결정적으로 국가의사형성에 관여하고 있다. 이 중 청구인이 주장하는 법률안 심의·표결권에 대하여 보면, 이러한 권한은 국회 본회의와 상임위원회(특별위원회 포함. 이하 같다)에서의 그것을 의미한다고 할 것이다. 즉, 국회의원은 2 이상의 상임위원회의 위원이 되므로(법 제39조 제1항),²⁾ 국회의원은 상

2) 다만 법상으로는 이와 같이 “복수상임위원회” 제도를 채택하고 있으나, 실제로는 회의운영이나 회의장시설 문제 등으로 인해 운영위원회와 정보위원회를 제외하고는 복

임위원회와 본회의에서 의제 또는 의사진행에 관하여 발언하고 동의를 함으로써 의제를 성립시킬 수 있는 권한을 가진다. 여기에는 의제에 대한 찬반토론을 할 수 있는 권리를 포함한다(법 제99조 내지 108조). 또한 국회의원은 상임위원회와 본회의에서 표결에 참가할 권리를 가진다(법 제54조, 제109조 참조).

나. 위원회제도의 의의와 그 구성방법

(1) 교섭단체와 상임위원회제도의 의의

교섭단체(Negotiation Group)는 원칙적으로 국회에 일정수 이상의 의석을 가진 정당에 소속된 의원들로 구성되는 원내의 정당 또는 정파를 말한다. 정당은 국민의 정치적 의사형성을 목적으로 하는 국민의 자발적 조직이다. 따라서, 원내에 의석을 확보한 정당은 정당의 정강정책을 소속의원을 통하여 최대한 국정에 반영하고 소속의원으로서 하여금 의정활동을 효율적으로 할 수 있도록 권고·통제할 필요가 있다. 법은 국회에 20인 이상의 소속의원을 가진 정당은 하나의 교섭단체가 되며,³⁾ 국회내 상임위원회의 구성은 교섭단체 소속 의원수의 비율에 의하여 각 교섭단체대표의원의 요청으로 의장이 선임 및 개선했다고 규정하고 있어(제33조 제1항, 제48조 제1항), 국회운영에 있어 교섭단체의 역할을 제도적으로 보장하고 있다. 교섭단체는 정당국가에서 의원의 정당기속을 강화하는 하나의 수단으로 기능할 뿐만 아니라 정당소속 의원들의 원내 행동통일을 기함으로써 정당의 정책을 의안심의에서 최대한으로 반영하기 위한 기능도 갖는다.

상임위원회(Standing Committee)를 포함한 위원회는 의원 가운데서 소수의 위원을 선임하여 구성되는 국회의 내부기관인 동시에 본회의의 심의 전에 회부된 안건을 심사하거나 그 소관에 속하는 의안을 입안하는 국회의 합의제 기관이다. 위원회의 역할은 국회의 예비적 심사기관으로서 회부된 안건을 심사하고 그 결과를 본회의에 보고하여 본회의의 판단자료를 제공하는 데 있다. 우리나라 국회의 법률안 심의는 본회의 중심주의가 아닌 소관 상임위원회 중심으로 이루어진다. 소관 상임위원회에서 심사·의결된 내용을 본회의에서는 거의 그대로 통과시키는 이른바 “위원회 중심주의”를 채택하고 있는 것이다(헌재 2000. 2. 24. 99헌라1, 판례집 12-1, 115, 127). 오늘날 의회의 기능에는

수상임위원회 제도는 실시되지 않고 있다.

3) 한편, 법은 “다른 교섭단체에 속하지 아니하는 20인 이상의 의원”으로 따로 교섭단체를 구성할 수 있도록 하고 있다(법 제33조 제1항 단서).

국민대표기능, 입법기능, 정부감독기능, 재정에 관한 기능 등이 포함된다. 의회가 이러한 본연의 기능을 수행함에 있어서는 국민대표로 구성된 의원 전원에 의하여 운영되는 것이 이상적일 것이나, 의원 전원이 장기간의 회기동안 고도의 기술적이고 복잡다양한 내용의 방대한 안건을 다루기에는 능력과 시간상의 제약이 따른다. 이러한 한계를 극복하기 위한 방안으로 위원회제도가 창설된 것이다. 그리하여 상임위원회의 구성과 활동은 의회의 업적과 성패를 실질적으로 결정짓는 변수가 되고 있다고 평가되고 있다.

(2) 상임위원회의 구성방법

법 제48조 제1항은 국회내 상임위원회의 구성에 관하여 “상임위원은 교섭단체 소속의원수의 비율에 의하여 각 교섭단체대표의원의 요청으로 의장이 선임 및 개선한다”고 규정하고 있다. 상임위원회는 의장이 상임위원회의 위원정수에 맞도록 위원을 선임함으로써 구성된다. 즉, 273명의 전체 의원수에서 의장을 제외한 272인의 위원을 「상임위원회위원정수에관한규칙」에 규정된 위원회별 정수(법 제38조 참조)에 맞게 선임하는데, 교섭단체별로 위원수 비율을 산출하고 소수점 이하 단수를 조정하여 상임위원회별로 위원수를 할당하여 선임한다.

다. 국회의장의 직무

(1) 국회의장은 헌법 제48조에 따라 국회에서 선출되는 헌법상의 국가기관이다. 헌법과 법률에 의하여 국회를 대표하고 의사를 정리하며, 질서를 유지하고 사무를 감독할 지위에 있고(법 제10조), 이러한 지위에서 본회의 개의일시의 변경, 의사일정의 작성과 변경, 의안의 상정, 의안의 가결선포 등의 권한을 행사한다(헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154, 163-164). 이 사건과 같은 상임위원의 선임 또는 개선은 이와 같은 국회의장의 직무 중 의사정리 권한(議事整理權限)에 속하는 것이다.

(2) 국회의장이 상임위원회 위원의 선임·개선시 교섭단체대표의원의 요청을 따르도록 한 것은 현행 헌법에 맞추어 국회법을 전면 개정한 1988. 6. 15. 법률 제4010호로 개정된 국회법 제46조에서 “① 상임위원은 교섭단체소속의원수의 비율에 의하여 각 교섭단체대표의원의 요청으로 의장이 선임한다. ② 어느 교섭단체에도 속하지 아니하는 의원의 상임위원선임은 의장이 이를 행한다.”라고 처음으로 규정되었다.

종전에는 국회의장이 상임위원회 위원을 선임함에 있어 각 교섭단체대표의원의 ‘추천’을 받아 선임하였으나, 위와 같이 제13대 국회부터 각 교섭단체대

표의원의 ‘요청’으로 국회의장이 선임하도록 한 것은 “국회의장의 권한을 일부 축소·조정하여 각 교섭단체 등의 의견을 존중·수렴할 수 있도록” 한다는 위 개정국회법의 취지의 일환으로 보인다(1988. 6. 15.자 「대한민국 판보」 79면 참조).

라. 이 사건 사·보임행위에 대한 평가

(1) 정당은 국민과 국가의 중개자로서 정치적 도관(導管)의 기능을 수행하여 주체적·능동적으로 국민의 다원적 정치의사를 유도·통합함으로써 국가정책의 결정에 직접 영향을 미칠 수 있는 규모의 정치적 의사를 형성하고 있다. 구체적으로는 각종 선거에서의 입후보자 추천과 선거활동, 의회에서의 입법활동, 정부의 정치적 중요결정에의 영향력 행사, 대중운동의 지도 등의 과정에 실질적 주도권을 행사한다. 이와 같은 정당의 기능을 수행하기 위해서는 무엇보다도 먼저 정당의 자유로운 지위가 전제되지 않으면 안 된다. 즉, 정당의 자유는 민주정치 of 전제인 자유롭고 공개적인 정치적 의사형성을 가능하게 하는 것이므로 그 자유는 최대한 보장되지 않으면 안 되는 것이다.

한편, 정당은 그 자유로운 지위와 함께 “공공(公共)의 지위”를 함께 가지므로 이 점에서 정당은 일정한 법적 의무를 지게 된다. 현대정치 of 실질적 담당자로서 정당은 그 목적이나 활동이 헌법적 기본질서를 존중하지 않으면 안되며, 따라서 정당의 활동은 헌법의 테두리 안에서 보장되는 것이다. 또한 정당은 정치적 조직체인 탓에 그 내부조직에서 형성되는 과두적(寡頭的)·권위주의적(權威主義的) 지배경향을 배제하여 민주적 내부질서를 확보하기 위한 법적 규제가 불가피하게 요구된다.

그러나 정당에 대한 법적 규제는 위와 같은 한정된 목적에 필요한 범위 안에서 행해져야 하며, 그것이 국민의 정치활동의 자유나 정당의 단체자치에 부당한 간섭으로 작용해서는 안 된다. 특히 정당의 내부질서에 대한 규제는 그것이 지나칠 때에는 정당의 자유에 대한 침해의 위험성이 있으므로 민주적 내부질서에 필요한 최소한도의 규제로 그쳐야 한다.

(2) 국회는 중요한 헌법기관으로서 스스로의 문제를 자주적으로 처리할 수 있는 폭넓은 자율권을 갖는다. 국회의 자율권은 의회주의사상에 그 뿌리를 두고 권력분립의 원칙에 입각하여 현대 헌법국가의 의회에서는 당연한 국회기능의 하나로 간주되고 있다. 국회의 자율기능은 국회가 갖는 입법·재정·통제·인사기능의 실효성을 높이기 위한 불가결한 전제조건을 뜻하기 때문이다. 규칙제정(헌법 제64조 제1항, 법 제166조), 신분보장(헌법 제44조, 제45조,

제64조 제2항~제4항), 질서유지(법 제143조, 제144조, 제150조) 등의 규정은 그 제도적 표현이라고 할 수 있다. 이 중 국회가 외부의 간섭 없이 독자적으로 그 내부조직을 할 수 있는 권능, 즉 국회의 기관인 의장 1인과 부의장 2인을 선거하고 그 궐위시에 보궐선거를 실시하고 의장·부의장의 사임을 처리하며, 필요할 때 임시의장을 선출하고 그 직원을 임명하고 교섭단체와 위원회를 구성하는 것 등은 모두 자율적인 국회내부의 조직구성행위이다.

이러한 관점에서 볼 때, 이 사건 사·보임행위는 기본적으로 국회의 조직자율권에 해당하는 행위라고 할 수 있고,⁴⁾ 따라서 이를 평가함에 있어 헌법이나 법률에 명백히 위반되는 것이 아닌 한 성급하게 위헌이라는 평가를 내려서는 안 된다.

(3) 현대의 민주주의가 종래의 순수한 대의제 민주주의에서 정당국가적 민주주의의 경향으로 변화하고 있음은 주지하는 바와 같다. 다만, 국회의원의 국민대표성보다는 오늘날 복수정당제하에서 실제로 정당에 의하여 국회가 운영되고 있는 점(헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154, 164 참조)을 강조하려는 견해와, 반대로 대의제 민주주의 원리를 중시하고 정당국가적 현실은 기본적으로 국회의원의 전체국민대표성을 침해하지 않는 범위내에서 인정하려는 입장이 서로 맞서고 있다.

무릇 국회의원의 원내활동을 기본적으로 각자에 맡기는 자유위임은 자유로운 토론과 의사형성을 가능하게 함으로써 당내민주주의를 구현하고 정당의 독재화 또는 과두화를 막아주는 순기능을 갖는다. 그러나 자유위임은 의회내에서의 정치의사형성에 정당의 협력을 배척하는 것이 아니며, 의원이 정당과 교섭단체의 지시에 기속되는 것을 배제하는 근거가 되는 것도 아니다. 또한 국회의원의 국민대표성을 중시하는 입장에서도 특정 정당에 소속된 국회의원이 정당기속 내지는 교섭단체의 결정(소위 ‘당론’)에 위반하는 정치활동을 한 이유로 제재를 받는 경우, 국회의원 신분을 상실하게 할 수는 없으나 “정당내부의 사실상의 강제” 또는 소속 “정당으로부터의 제명”은 가능하다고 보고 있다. 그렇다면, 당론과 다른 견해를 가진 소속 국회의원을 당해 교섭단체의 필요에 따라 다른 상임위원회로의 전임(사·보임)하는 조치는 특별한 사정이

4) 헌법재판소는, 국회의원을 상임위원회의 위원으로 ‘선임’하는 행위는 국회법 제48조 제1항에 따라 국민의 대표자로 구성된 국회가 그 자율권에 근거하여 내부적으로 회의체기관을 구성·조직하는 “국회내부의 조직구성행위”라고 하였다(헌재 1999. 6. 24. 98헌마472등, 판례집 11-1, 854, 860).

없는 한 헌법상 용인될 수 있는 “정당내부의 사실상 강제”의 범위내에 해당한다고 할 것이다.

(4) 또한 앞에서 본 교섭단체의 역할에 비추어 볼 때, 국회의장이 국회의 의사(議事)를 원활히 운영하기 위하여 상임위원회의 구성원인 위원의 선임 및 개선에 있어 교섭단체대표의원과 협의하고 그의 “요청”에 응하는 것은 국회운영에 있어 본질적인 요소라고 아니할 수 없다.

따라서 교섭단체대표의원의 “요청”이 헌법 또는 법률에 명백히 위반되는 것이 아닌 한, 교섭단체대표의원이 상임위원의 개선에 있어 청구인의 주장대로 “당해 위원이 위원회의 구성원으로서의 지위를 계속 유지하기에 적합하지 않다고 판단될 만한 불법 또는 부당한 사유를 가지고 있는 경우에” 한하여 그의 개선을 요청할 수 있다고 볼 것은 아니다. 교섭단체대표의원의 상임위원 개선 “요청”이 헌법 또는 법률에 위반되는 것이 아닌 한 국회의장이 이에 따르는 것은 정당국가에서 차지하는 교섭단체의 의의와 기능을 고려할 때 입법 취지에도 부합하는 것이다.

피청구인은 법 제48조 제1항에 규정된 바와 같이 청구인이 소속된 한나라당 “교섭단체대표의원의 요청”을 서면으로 받고 이 사건 사·보임행위를 한 것으로서 하등 헌법이나 법률에 위반되는 행위를 한 바가 없다. 부수적으로, 상임위원회 위원의 임기는 2년으로 한다는 법 제40조 제1항의 규정을 두고 그 기간 동안 사·보임을 할 수 없다고 해석하는 것은, 보임 또는 개선했던 상임위원의 임기는 전임자의 잔임기간으로 한다고 규정한 같은 조 제3항에 비추어 받아들일 수 없다. 나아가, 비록 청구인이 피청구인에게 이 사건 사·보임 요청을 거부해 줄 것을 바라는 서한을 보냈다고 하여 피청구인이 이에 기속될 의무가 있는 것은 아니다.

(5) 요컨대, 피청구인의 이 사건 사·보임행위는 청구인이 소속된 정당내부의 사실상 강제에 터잡아 교섭단체대표의원이 상임위원회 사·보임 요청을 하고 이에 따라 국회의장인 피청구인이 이른바 의사정리권한의 일환으로 이를 받아들인 것으로서, 그 절차·과정에 헌법이나 법률의 규정을 명백하게 위반하여 재량권의 한계를 현저히 벗어나 청구인의 권한을 침해한 것으로 볼 수 없다.

5. 결 론

따라서 청구인의 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 아래와 6.과 같은 재판관 권 성의 반대의견을 제외하고는 관여재판관 전원의 일치된

의견으로 주문과 같이 결정한다.

6. 재판관 권 성의 반대의견

국회의장이 청구인을 보건복지위원회에서 퇴출시킨 것은 헌법과 국회법(이하 “법”이라 한다)이 청구인에게 보장한 법률안에 대한 심의·표결 권한을 침해하고, 또한 법 제40조가 규정하는 바 2년의 임기 동안 보건복지위원회의 상임위원으로 활동할 수 있는 권한을 역시 침해한 것이라고 생각한다. 그 이유는 다음과 같다.

가. 종래 자유주의적 대의제 민주주의는 정당국가의 발전과 더불어 획기적인 변화를 맞은 것이 사실이다. 이러한 정당국가현상은 미국과 같이 예외적인 경우도 있지만⁵⁾ 현대국가의 일반적 경향이다. 그리하여 정치적 중심이 ‘의회’로부터 ‘정당’으로 점차 이행하고 있고 이에 따라 국회의원의 지위도 변화하고 있음을 부인할 수 없다. 즉, 원래 대의제 민주주의에 있어 국회의원은 국민전체의 대표자를 의미하였으며 자유위임의 원리에 따라 어느 누구의 지시나 구속도 받지 않고 자신의 판단에 따라 독자적으로 행동하였으나 정당국가의 발전에 따라 국회의원은 특정 정당의 당원으로서 사실상 소속정당의 규율과 지시·통제에 구속되고 그 정당의 의사를 대변하지 않을 수 없게 되었다는 것이다. 이러한 현상은 우리나라의 경우도 예외는 아니다. 헌법(제8조)은 정당조항을 두고 있고, 법 제33조는 20인 이상의 소속의원을 가진 정당을 하나의 교섭단체로 하고 본회의나 상임위원회는 교섭단체를 중심으로 운영되도록 하고 있다. 또한 국회의원은 현실적으로 정당의 지시나 결정에 따라 움직이는 것이 보통이다.

그러나 정당국가적 민주주의는 긍정적인 측면뿐만 아니라 부정적인 측면을

5) 미국은 공화당·민주당의 2대 정당제를 취하고 있으나 정당의 지방분권성이 현저하기 때문에 의회에서 양 정당이 자체적으로 통일적 행동을 취한다는 것은 곤란하게 되어 있다. 선거에 있어서는 비록 공화당 또는 민주당의 이름으로 당선된 의원들도 선거 후에는 당의 규제에서 독립한 의원으로 행동한다. 당선 후에는 의원의 조직, 예컨대 정·부의장의 선출, 위원회의 구성 등에 관해서는 당의 방침에 따라 투표를 하나 그 이외의 사항, 특히 외교정책·노동정책·경제정책 등의 중요법안 심의에 관해서는 당의 방침이 아니라 각 의원이 자기의 판단에 따라서 투표를 한다. 여기에 다른 나라에서는 볼 수 없는 교차투표(cross voting)가 행해지는 이유가 있으며, 극단의 경우에는 양 정당이 완전히 분해되어 의원 각자가 소속하고 있는 지역의 이익에 따라 투표가 행해지기도 한다. 김중권, 「헌법과 정당」(법문사 1999), 39-40면.

동시에 가지고 있다. 긍정적인 측면으로는, ① 정당을 통하여 국민의 의사가 다양하게 그리고 지속적으로 국가의사 형성과정에 반영될 수 있다는 점, ② 정당 사이에서 의회내의 의견이 사전에 조정됨으로써 의회내의 의사결정이 효율적으로 정리될 수 있다는 점 등을 들 수 있다. 반면에 부정적인 측면으로는, ① 수뇌부의 결정에 따라 당원이 일사불란하게 움직이기를 원하는 정당조직의 요청 때문에 개개의 국회의원들이 소신에 따라 의정활동을 하는 것이 어렵다는 점, ② 합리적인 대화와 토론보다는 정당들의 막후협상을 통한 사전 조율에 의하여 의회의 의결과 운영이 좌우된다는 점, ③ 같은 정당의 당원이 여당과 정부를 구성하므로 의회가 정부를 제대로 통제하지 못하게 된다는 점 등이 거론된다. 이처럼 정당국가적 현실이 반드시 긍정적 측면만을 갖는 것이 아니기 때문에 정당의 기능과 활동의 민주성 확보, 정당의 소속의원에 대한 구속의 합리적 제한 등을 통하여 정당국가의 부정적 효과를 상쇄할 필요성이 제기되는 것이다.⁶⁾

나. 우리 헌법 제40조(입법권), 제41조 제1항(국회의원의 보통·평등·직접·비밀선거), 제66조 제4항(행정권), 제67조 제1항(대통령의 보통·평등·직접·비밀선거), 제101조 제1항(사법권), 공무원은 국민전체에 대한 봉사자라고 규정한 제7조 제1항, 국회의원에 대한 특권 및 의무를 규정한 제44조(불체포특권), 제45조(면책특권), 제46조 제2항(국가이익을 우선하고 양심에 따른 직무수행의무) 등의 규정을 고려할 때, 우리 헌법은 ‘기본적으로’ 대의제 민주주의에 기초하고 있다고 보아야 하고 또한 국회의원의 국민전체대표성과 자유위임관계를 인정하는 것을 원칙으로 삼고 있다고 할 것이다.

우리 헌법재판소도 “헌법 제7조 제1항의 ‘공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며 국민에 대해 책임을 진다’는 규정, 제45조의 ‘국회의원은 국회에서 직무상 행한 발언과 표결에 관하여 국회 외에서 책임을 지지 아니한다’는 규정 및 제46조 제2항의 ‘국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다’는 규정들을 종합하여 볼 때, 헌법은 국회의원을 자유위임의 원칙하에 두었다.”라고 판시한 바 있다(헌재 1994. 4. 28. 92헌마153, 판례집 6-1, 415, 425).

독일에서도 한때 라이프홀츠(G. Leibholz)의 정당국가이론에 영향을 받아

6) 장영수, 한국헌법의 장래와 정당민주주의 의미, 「공법연구 제30집 제3호」(한국공법학회 2002. 2), 9면 참조.

독일연방헌법재판소가 “오늘날 민주주의는 필연적으로 정당국가이다”라고 말한 바 있지만,⁷⁾ 1970년대 이후 정당에 대한 불신의 증가, 정치적 힘의 중심이 거대기업이나 이익단체 그리고 매스미디어로 이동하는 현상, 정당의 중개적·통합적 기능의 약화, 참여민주주의를 표방한 국민적 이니셔티브의 증대 등을 경험하면서 정당국가에 대한 반성의 징후가 나타나기 시작하였다. 독일연방헌법재판소도 “기본법 제21조에 의하여 정당이 국민의 정치적 의사형성에 참여하는 것은 사실이지만 국민의 의사형성을 좌우하는 데 있어 정당이 독점권을 가지는 것은 아니다. 그와 함께 시민개인·단체·그룹·결사체도 국민의 의사형성과정에 영향을 미친다.”라고 판시하여⁸⁾ 지나친 정당국가를 경계하였다.

오늘날 대의제 민주주의에 있어서 국회의원의 국민대표성이 정당국가적 현실에 의하여 사실상 변질되고 의원의 정당에의 예속이 일반적인 경향이라고 하더라도, 이러한 현상이 헌법규범상의 대의제 민주주의를 보충하는 현실의 한 모습에 그치는 정도를 넘어서서, 대의제 민주주의 원리를 부정하고 그 틀을 뛰어 넘는 원칙의 변화를 의미한다면 이것은 결단코 용납될 수 없는 일이다. 근대 민주주의의 역사를 살펴보더라도 민주주의는 국회의원을 “국민의 대표”로 간주하는 대의제 민주주의를 그 핵심적 기본원리로 삼아 출발한 것이었고 다만, 투표권의 확대로 민주주의가 대중적 민주주의로 변모하면서 민주주의의 효율성을 높이는 하나의 유용한 장치로서의 정당의 역할이 긍정되어 정당국가적 민주주의가 받아들여지게 된 것일 뿐, 민주주의 핵심적 기본원리로서의 대의제 민주주의 자체가 폐기된 것은 결코 아니기 때문이다.

그러므로, 대표적으로 이 사건과 같이 양자의 이념이 충돌하는 경우에는 자유위임을 근본으로 하는 대의제 민주주의 원리를 우선시켜야만 한다. 특히 국회 본래의 사명인 입법을 위한 심의·표결에 관한 한, 본회의에 있어서든 상

7) 독일연방헌법재판소 1952. 4. 5. 제2재판부 판결, BVerfGE, 1, 208 (224) ; “Heute ist jede Demokratie zwangsläufig ein Parteien staat, ...”

8) 독일연방헌법재판소 1992. 4. 9. 제2재판부 판결, BVerfGE, 85, 264 (284) ; “Nach Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG wirken die Parteien bei der politischen Willensbildung des Volkes mit. Zwar haben sie kein Monopol, die Willensbildung des Volkes zu beeinflussen. Neben ihnen wirken auch die einzelnen Bürger sowie Verbände, Gruppen und Vereinigungen auf den Prozeß der Meinungs- und Willensbildung ein.”

임위원회에 있어서든, 국회의원이 양심에 따라 독립하여 표결하는 권한은 불가침, 불가양의 권한이라 할 것인데 이러한 불가침의 권한을 보장하는 것이 바로 대의제 민주주의에 따른 자유위임의 원리라고 할 것이다.

다. 피청구인의 이 사건 사·보임행위 당시 보건복지위원회의 구성을 보면 청구인이 소속된 한나라당 의원이 8명, 민주당과 무소속 의원이 7명이어서 청구인의 1표는 의결의 정족수(과반수)를 결정하는 캐스팅보트(casting vote)의 역할을 할 수 있었다. 그런데 제226회 국회(임시회) 보건복지위원회 제3차 회의가 예정되어 있던 2001. 12. 24. 한나라당의 교섭단체대표의원인 이재오, 한나라당의 당론인 건강보험재정분리법안을 유일하게 반대하던 청구인을 동 위원회에서 배제하기 위하여, 청구인을 보건복지위원회에서 사임시키고 청구인 대신 같은 당 소속 박혁규 의원의 보임을 요청하는 서류를 피청구인에게 제출하였고, 피청구인이 이 서류에 결재함으로써 그 결과 청구인은 동 위원회에서 강제사임되고 위 박혁규 의원이 보임된 후 같은 날 보건복지위원회에서 한나라당의 당론대로 “건강보험재정분리법안”의 심의·표결이 이루어졌던 것이다.⁹⁾

따라서 한나라당 교섭단체대표의원의 요청에 따른 피청구인의 이 사건 사·보임행위는 우선 국민의 대표인 국회의원으로서 상임위원회에서 ‘건강보험의 재정통합’ 여부라는 중요한 쟁점, 즉 국민건강보험법중개정법률안에 관한 심의·표결 권한을 침해하였음이 명백하다. 국회의원은 한 정당의 대표만이 아니므로 전체국민의 이익을 희생시키지 않는 범위내에서만 소속정당의 정책과 결정에 기속된다고 보아야 하고, 따라서 이 사건의 경우 ‘정당기속’ 내지 ‘교섭단체기속’보다는 자유위임관계가 우선하는 효력이 있다고 보아야 하기 때문이다. 특히 정당내 의사결정과정의 민주화가 일천한 우리나라의 경우, “의원에 대한 정당적 통제”의 관대한 허용은 ‘정당국가’라는 부차적 명분을 내세워 “자유위임에 따른 국민대표성의 구현”이라는 대의제 민주주의의 시원적(始原的) 헌법규범을 침해할 수 있게 될 것이고, 자칫 우정있는 설복을 쉽게 포기하는 정당의 자제력 약화를 초래할 우려가 있다고 할 것이다.

라. 또한, 법 제48조는 상임위원의 ‘개선’은 교섭단체대표의원의 요청이 있는 경우 국회의장이 이를 할 수 있는 것으로 규정하고 있고 그 외 특별한 요

9) 그러나 그 후 여야 합의로 2002. 1. 19. 법률 제6618호로 개정된 국민건강보험법에 의하면 직장가입자와 지역가입자의 재정통합이 2003. 6. 30.까지 유예되었고, 따라서 2003. 7. 1.부터 재정이 통합·운영되고 있다는 점은 이 결정의 “사건의 개요”란에서 본 바와 같다.

건을 규정하지 않고 있으나, 그렇다고 하더라도 일반적이고 내재적인 한계는 법률해석상 당연히 있다고 보아야 한다.

물론, 다수의견과 같이 국민의 정치활동의 자유 및 정당의 단체자치는 존중되어야 하고 정당이 정당으로서 충분히 기능하기 위하여는 구성원간의 이념적 융합점이 존재해야 하므로 내부에서의 분쟁처리를 자율적으로 행할 필요가 있고, 또한 교섭단체대표의원 등 정당간부들이 상임위원회 위원의 “선임 내지는 배정” 문제에 관하여 소속의원들의 의견을 조율할 필요성이 있다는 점은 수긍할 수 있는 일이다. 그러나, 일단 상임위원회의 위원으로 배정되었다면 법이 보장하는 임기 동안에는 본인의 의사에 반하여 강제로 상임위원회에서 배제할 수는 없다고 보아야 한다. 즉, 국회의원은 2 이상의 상임위원회의 위원이 되고(법 제39조 제1항) 상임위원회 위원의 임기는 2년이므로(법 제40조), 청구인의 경우 보건복지위원회의 상임위원으로 배정되었기 때문에 특별한 사정이 없는 한 2년 동안은 동 위원회의 위원으로 활동할 수 있는 권한이 주어진 것이라고 해석해야 마땅하다.

따라서 본인이 계속 동 위원회에서 활동하기를 원하고 있다면 법 제48조 제6항과 같은 사유, 즉 “의원이 기업체 또는 단체의 임·직원 등 다른 직을 겸하게 되어 그 직과 직접적인 이해관계를 가지는 상임위원회의 위원으로 계속 활동하는 것이 공정을 기할 수 없는 현저한 사유가 있다고 인정하는 때”나 기타 “그 위원회와 관련하여 위법하거나 부당한 행위를 한 사실이 인정되는 경우”가 아닌 한 본인의 의사에 반하여 강제로 위원회에서 사임시킬 수는 없다고 보아야 할 것이다.

소속 정당(녹색당)에서 축출된 의원이 그 정당으로부터의 상임위원회 배제 요청에 따라 상임위원회에서 배제된 사안에서, 독일연방헌법재판소가 “독일 연방공화국의회는, 청구인으로 하여금 어느 하나의 위원회에서 그 소속위원으로서 발언권과 신청권을 가지고 활동할 수 있는 가능성을 부여하지 않음으로 인하여 기본법 제38조 제1항 제2문 소정의 청구인의 권리(권한)를 침해하였다.”는 인용판결을 한 예가 있듯이,¹⁰⁾ 국회의원을 어떤 상임위원회에도 소

10) 독일연방헌법재판소 제2재판부 1989. 6. 13. 판결, BVerf GE 80, 188 (190); “Der Deutsche Bundestag verletzt die Rechte des Antragstellers aus Artikel 38 Absatz 1 Satz 2 Grundgesetz dadurch, daß er ihm keine Möglichkeit eingeräumt hat, in einem Ausschuß als Mitglied mit Rede- und Antragsrecht mitzuwirken.”

속하지 못하도록 배제하는 조치가 국회의원의 권한을 침해하는 것과 마찬가지로 이 사건과 같이 강제로 다른 상임위원회로 보내는 조치 또한 국회의원의 권한을 침해하는 것이라고 보아야 한다.

마. 그렇다면 국회의장의 청구인에 대한 이 사건 사·보임행위는 국회 보건복지위원회에서 국민건강보험법중개정법률안에 대하여 심의·표결할 청구인의 권한을 침해하고 아울러 특별한 사정이 없는 한 동 위원회의 상임위원으로서 2년의 임기 동안 활동할 수 있는 청구인의 권한을 역시 침해한 것이라 할 것이다.

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

집회및시위에관한법률 제11조 제1호 중
국내주재 외국의 외교기관 부분 위헌소원,
집회및시위에관한법률 제11조 위헌소원

(2003. 10. 30. 2000헌바67·83(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 집회의 자유의 이중적 헌법적 기능
2. 평화적 집회의 보장
3. 집회의 자유의 보장내용
4. 집회장소의 헌법적 의미
5. 집시법이 옥외집회와 옥내집회를 구분하는 이유
6. 최종적 수단으로서의 집회의 금지와 해산
7. 국내주재 외교기관 청사의 경계지점으로부터 1백미터 이내의 장소에서의 옥외집회를 전면적으로 금지하고 있는 집회및시위에관한 법률 제11조 제1호 중 국내주재 외국의 외교기관 부분(이하 이 사건 법률조항이라 한다)의 입법목적
8. 집회금지장소에 관한 특별규정을 둔 것이 과도한 규제인지의 여부(소극)
9. 예외를 허용하지 않는 전면적인 집회금지가 반드시 필요한지의 여부(적극)
10. 비례의 원칙의 위반 여부(적극)

【결정요지】

1. 집회의 자유는 개인의 인격발현의 요소이자 민주주의를 구성하는 요소라는 이중적 헌법적 기능을 가지고 있다. 인간의 존엄성과 자유로운 인격발현을 최고의 가치로 삼는 우리 헌법질서 내에서 집회의 자유도 다른 모든 기본권과 마찬가지로 일차적으로는 개인의 자기결정과 인격발현에 기여하는 기본권이다. 뿐만 아니라, 집회를 통하여 국민들이 자신의 의견과 주장을 집단적으로 표명함으로써 여론

의 형성에 영향을 미친다는 점에서, 집회의 자유는 표현의 자유와 더불어 민주적 공동체가 기능하기 위하여 불가결한 근본요소에 속한다.

2. 집회의 자유에 의하여 보호되는 것은 단지 ‘평화적’ 또는 ‘비폭력적’ 집회이다. 집회의 자유는 민주국가에서 정신적 대립과 논의의 수단으로서, 평화적 수단을 이용한 의견의 표명은 헌법적으로 보호되지만, 폭력을 사용한 의견의 강요는 헌법적으로 보호되지 않는다. 헌법은 집회의 자유를 국민의 기본권으로 보장함으로써, 평화적 집회 그 자체는 공공의 안녕질서에 대한 위험이나 침해로서 평가되어서는 아니 되며, 개인이 집회의 자유를 집단적으로 행사함으로써 불가피하게 발생하는 일반대중에 대한 불편함이나 법익에 대한 위험은 보호법익과 조화를 이루는 범위 내에서 국가와 제3자에 의하여 수인되어야 한다는 것을 헌법 스스로 규정하고 있는 것이다.

3. 집회의 자유는 집회의 시간, 장소, 방법과 목적을 스스로 결정할 권리를 보장한다. 집회의 자유에 의하여 구체적으로 보호되는 주요행위는 집회의 준비 및 조직, 지휘, 참가, 집회장소·시간의 선택이다. 따라서 집회의 자유는 개인이 집회에 참가하는 것을 방해하거나 또는 집회에 참가할 것을 강요하는 국가행위를 금지할 뿐만 아니라, 예컨대 집회장소로의 여행을 방해하거나, 집회장소로부터 귀가하는 것을 방해하거나, 집회참가자에 대한 검문의 방법으로 시간을 지연시킴으로써 집회장소에 접근하는 것을 방해하는 등 집회의 자유행사에 영향을 미치는 모든 조치를 금지한다.

4. 집회의 목적·내용과 집회의 장소는 일반적으로 밀접한 내적인 연관관계에 있기 때문에, 집회의 장소에 대한 선택이 집회의 성과를 결정짓는 경우가 적지 않다. 집회장소가 바로 집회의 목적과 효과에 대하여 중요한 의미를 가지기 때문에, 누구나 ‘어떤 장소에서’ 자신이 계획한 집회를 할 것인가를 원칙적으로 자유롭게 결정할 수 있어야만 집회의 자유가 비로소 효과적으로 보장되는 것이다. 따라서 집회의 자유는 다른 법익의 보호를 위하여 정당화되지 않는 한, 집회장소를 항의의 대상으로부터 분리시키는 것을 금지한다.

5. 집시법이 옥외집회와 옥내집회를 구분하는 이유는, 옥외집회의 경우 외부세계, 즉 다른 기본권의 주체와 직접적으로 접촉할 가능성으로 인하여 옥내집회와 비교할 때 법익충돌의 위험성이 크다는 점

에서 집회의 자유의 행사방법과 절차에 관하여 보다 자세하게 규율할 필요가 있기 때문이다. 이는 한편으로는 집회의 자유의 행사를 실질적으로 가능하게 하기 위한 것이고, 다른 한편으로는 집회의 자유와 충돌하는 제3자의 법익을 충분히 보호하기 위한 것이다.

6. 집회의 자유를 제한하는 대표적인 공권력의 행위는 집시법에서 규정하는 집회의 금지, 해산과 조건부 허용이다. 집회의 자유에 대한 제한은 다른 중요한 법익의 보호를 위하여 반드시 필요한 경우에 한하여 정당화되는 것이며, 특히 집회의 금지와 해산은 원칙적으로 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위협이 명백하게 존재하는 경우에 한하여 허용될 수 있다. 집회의 금지와 해산은 집회의 자유를 보다 적극적으로 제한하는 다른 수단, 즉 조건을 붙여 집회를 허용하는 가능성을 모두 소진한 후에 비로소 고려될 수 있는 최종적인 수단이다.

7. 외교기관 인근에서의 집회는 일반적으로 다른 장소와 비교할 때 중요한 보호법익과의 충돌상황을 야기할 수 있고, 이로써 법익에 대한 침해로 이어질 개연성이 높으므로, 이 사건 법률조항은 이와 같은 고도의 법익충돌상황을 사전에 효과적으로 방지하기 위하여 외교기관 인근에서의 집회를 전면적으로 금지한 것이다. 이 사건 법률조항의 보호법익으로는 국내주재 외교기관에의 자유로운 출입 및 원활한 업무의 보장, 외교관의 신체적 안전이 고려된다.

8. 특정 장소가 그 기능수행의 중요성 때문에 특별히 보호되어야 하고 중요한 기관에 대한 효과적인 보호가 그 장소에서의 집회를 원칙적으로 금지함으로써 이루어질 수 있다고 입법자가 판단하였다면, 이러한 입법자의 판단이 현저하게 잘못되었다고 할 수 없다. 입법자는 야간의 옥외집회나 특정 장소에서의 옥외집회의 경우와 같이 법익침해의 고도의 개연성이 있는 특수한 상황에 대해서는 집회가 공공의 안녕질서에 미칠 영향이나 법익충돌의 위험성의 정도에 따라 그에 상응하는 규제를 할 수 있다.

9. 특정장소에서의 집회가 이 사건 법률조항에 의하여 보호되는 법익에 대한 직접적인 위협을 초래한다는 일반적 추정이 구체적인 상황에 의하여 부인될 수 있다면, 입법자는 ‘최소침해의 원칙’의 관점에서 금지에 대한 예외적인 허가를 할 수 있도록 규정해야 한다. 이 사건 법률조항에 의하여 전제된 추상적 위험성에 대한 입법자의

예측판단은 구체적으로 다음과 같은 경우에 부인될 수 있다고 할 것이다.

첫째, 외교기관에 대한 집회가 아니라 우연히 금지장소 내에 위치한 다른 항의대상에 대한 집회의 경우, 이 사건 법률조항에 의하여 전제된 법익충돌의 위험성이 작다고 판단된다. 이 사건 법률조항의 문제점은, 집회금지구역 내에서 외교기관이나 당해 국가를 항의의 대상으로 삼지 않는, 다른 목적의 집회가 함께 금지된다는데 있다.

둘째, 소규모 집회의 경우, 일반적으로 이 사건 법률조항의 보호법익이 침해될 위험성이 작다. 예컨대 외국의 대사관 앞에서 소수의 참가자가 소음의 발생을 유발하지 않는 평화적인 피켓시위를 하고자 하는 경우, 일반 대중의 합세로 인하여 대규모시위로 확대될 우려나 폭력시위로 변질될 위험이 없는 이상, 이러한 소규모의 평화적 집회의 금지를 정당화할 수 있는 근거를 발견하기 어렵다.

셋째, 예정된 집회가 외교기관의 업무가 없는 휴일에 행해지는 경우, 외교기관에의 자유로운 출입 및 원활한 업무의 보장 등 보호법익에 대한 침해의 위험이 일반적으로 작다고 할 수 있다.

10. 따라서 입법자가 ‘외교기관 인근에서의 집회의 경우에는 일반적으로 고도의 법익충돌위험이 있다’는 예측판단을 전제로 하여 이 장소에서의 집회를 원칙적으로 금지할 수는 있으나, 일반·추상적인 법규정으로부터 발생하는 과도한 기본권제한의 가능성이 완화될 수 있도록 일반적 금지에 대한 예외조항을 두어야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항은 전제된 위험상황이 구체적으로 존재하지 않는 경우에도 이를 함께 예외 없이 금지하고 있는데, 이는 입법 목적을 달성하기에 필요한 조치의 범위를 넘는 과도한 제한인 것이다. 그러므로 이 사건 법률조항은 최소침해의 원칙에 위반되어 집회의 자유를 과도하게 침해하는 위헌적인 규정이다.

재판관 김영일의 헌법불합치의견

이 사건 법률조항 중 ‘외교기관에 대한 집회가 아니라, 우연히 금지장소 내에 위치한 다른 항의대상에 대한 집회의 경우’와 ‘소규모집회의 경우’에 대하여는 위에서 실시한 바와 같은 위헌성이 있다고 판단되나, 그 합헌과 위헌의 경계가 모호하여 다수의견과 같이 단순위헌결정을 할 것

이 아니라, 그 부분을 지적하는 헌법불합치결정을 하여야 하고, 그에 따라 광범위한 입법형성권을 가진 국회가 그 위헌성을 제거하는 구체적인 개선입법조치를 하여 합헌적인 헌법질서를 회복하도록 하는 것이 타당하다.

집시법 제5조의 일반적 집회금지사유의 규정만으로는 ‘외교기관의 기능보장’과 ‘외교공관의 안녕보호’라는 이 사건 법률조항의 입법목적은 효과적으로 달성할 수는 없다. 따라서 이 사건 법률조항의 효력상실로 인한 법적 공백이나 혼란을 막고 조화로운 헌법질서를 유지하기 위하여 입법자가 개선할 때까지 이 사건 법률조항을 잠정적용하도록 하는 헌법불합치결정이 타당하다.

재판관 권 성의 합헌의견

비폭력집회를 담보하기 위하여 어느 정도의 장소 이격(離隔)이 필요할 것인가 하는 문제는, 법과 질서에 대한 존중의 정도, 체제경쟁에 집회가 이용되는 빈도, 군중심리의 속성, 사회의 분위기 등을 종합적으로 고려하여 궁극적으로 의회가 입법재량으로 결정할 문제인 것이다. 이러한 점에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항이 정하고 있는 100m의 장소이격은 필요한 정도를 현저히 벗어나는 것이라고는 볼 수 없다.

작은 불씨가 요원(燎遠)의 불로 번질 수 있는 것에 비유할만한 집회의 가변성이나 의외성에 비추어, 시작단계에서의 집회규모의 소규모성이라든지, 집회금지대상에 인접한 다른 시설이 집회의 대상이라든지 하는 정황은 계쟁조항의 합헌 여부를 좌우할 만한 요소가 될 수 없는 것이므로, 이 사건 법률조항은 위헌이 아니다.

【심판대상조문】

집회및시위에관한법률(1999. 5. 24. 법률 제5985호로 개정된 것) 제11조(옥외집회 및 시위의 금지장소)누구든지 다음 각호에 규정된 청사 또는 저택의 경계지점으로부터 1백미터 이내의 장소에서는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니된다.

1. 국회의사당, 각급법원, 헌법재판소, 국내주재 외국의 외교기관
- 2.~3. 생략

【참조조문】

헌법 제21조 제1항

집회및시위에관한법률 제5조(집회 및 시위의 금지) ① 누구든지 다음 각호의 1에 해당하는 집회 또는 시위를 주최하여서는 아니된다.

1. 헌법재판소의 결정에 의하여 해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회 또는 시위
2. 집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회 또는 시위

② 누구든지 제1항의 규정에 의하여 금지된 집회 또는 시위를 할 것을 선전하거나 선동하여서는 아니된다.

집회및시위에관한법률 제6조(옥외집회 및 시위의 신고등) ① 옥외집회 또는 시위를 주최하고자 하는 자는 그 목적, 일시(소요시간을 포함한다), 장소, 주최자(단체인 경우에는 그 대표자를 포함한다)·연락책임자·질서유지인의 주소·성명·직업과 연사의 주소·성명·직업·연계, 참가예정단체 및 참가예정인원과 시위방법(진로 및 약도를 포함한다)을 기재한 신고서를 옥외집회 또는 시위의 48시간전에 관할 경찰서장에게 제출하여야 한다. 다만, 2 이상의 경찰서의 관할에 속하는 경우에는 관할 지방경찰청장에게 제출하여야 하고, 2 이상의 지방경찰청의 관할에 속하는 경우에는 주최지를 관할하는 지방경찰청장에게 제출하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 신고서를 접수한 때에는 관할 경찰서장 또는 지방경찰청장(이하 "관할 경찰관서장"이라 한다)은 접수일시를 기재한 접수증을 즉시 신고자에게 교부하여야 한다.

집회및시위에관한법률 제7조(신고서의 보완등) ① 제6조 제1항의 규정에 의한 신고서의 기재사항에 미비한 점이 있는 경우에는 관할 경찰관서장은 접수증을 교부한 때로부터 8시간이내에 주최자에게 12시간을 기한으로 그 기재사항을 보완할 것을 통고할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 보완통고는 보완할 사항을 명시하여 서면으로 하되 주최자 또는 연락책임자에게 송달하여야 한다.

집회및시위에관한법률 제8조(집회 및 시위의 금지 또는 제한통고) ① 제6조 제1항의 규정에 의한 신고서를 접수한 관할 경찰관서장은 신고된 옥외집회 또는 시위가 제5조 제1항, 제10조 본문 또는 제11조의 규정에 위반된다고 인정될 때, 제7조 제1항의 규정에 의한 기재사항을 보완하지 아니한 때 또는 제12조 제1항의 규정에 의하여 금지할 집회 또는 시위라고 인정될 때 그 신고서를 접수한 때부터 48시간이내에 집회 또는 시위의 금지를 주최자에게 통고할 수 있다.

② 집회 또는 시위의 시간과 장소가 경합되는 2 이상의 신고가 있고 그 목적으로 보아서 서로 상반되거나 방해가 된다고 인정될 경우에는 뒤에 접수된 집회 또는 시위에 대하여 제1항의 규정에 준하여 그 집회 또는 시위의 금지를 통고할 수 있다.

③ 제6조 제1항의 신고서에 기재된 장소가 타인의 주거지역이나 이와 유사한 장소인 경우 그 거주자 또는 관리자가 재산·시설이나 사생활의 평온에 심각한 피해가 발생할 수 있음을 이유로 시설이나 장소의 보호를 요청하는 때에는 집회 또는 시위의 금지·제한을

통고할 수 있다. 제1항은 집회 또는 시위의 금지통고에 대하여 이를 준용한다.

④ 집회 또는 시위의 금지·제한통고는 그 이유를 명시하여 서면으로 하되 주최자 또는 연락책임자에게 송달하여야 한다.

집회및시위에관한법률 제10조(옥외집회 및 시위의 금지시간) 누구든지 일출시간전, 일몰시간후에는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니된다. 다만, 집회의 성격상 부득이 하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고하는 경우에는 관할 경찰관서장은 질서유지를 위한 조건을 붙여 일출시간전, 일몰시간후에도 옥외집회를 허용할 수 있다.

집회및시위에관한법률 제11조(옥외집회 및 시위의 금지장소) 누구든지 다음 각호에 규정된 청사 또는 저택의 경계지점으로부터 1백미터 이내의 장소에서는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니된다.

1. 국회의사당, 각급법원, 헌법재판소, 국내주재 외국의 외교기관
2. 대통령관저, 국회의장공관, 대법원장공관, 헌법재판소장공관
3. 국무총리공관, 국내주재 외국의 외교사절의 숙소. 다만, 행진의 경우에는 예외로 한다.

집회및시위에관한법률 제12조(교통소통을 위한 제한) ① 관할경찰관서장은 대통령령이 정하는 주요도시의 주요도로에서의 집회 또는 시위에 대하여 교통소통을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 이를 금지하거나 교통질서유지를 위한 조건을 붙여 제한할 수 있다.

② 집회 또는 시위의 주최자가 질서유지인을 두고 도로를 행진하는 경우에는 제1항의 규정에 의한 금지를 할 수 없다.

집회및시위에관한법률 제18조(집회 또는 시위의 해산) ① 관할 경찰관서장은 다음 각호의 1에 해당하는 집회 또는 시위에 대하여는 상당한 시간 이내에 자진 해산할 것을 요청하고 이에 응하지 아니할 때에는 해산을 명할 수 있다.

1. 제5조 제1항, 제10조 본문 또는 제11조의 규정에 위반한 집회 또는 시위
 2. 제14조 제3항의 규정에 의한 종결선언을 한 집회 또는 시위
 3. 제6조 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하거나 제8조 또는 제12조 제1항의 규정에 의하여 금지된 집회 또는 시위
 4. 제10조 단서 또는 제12조의 규정에 의한 조건에 위반하여 교통소통등 질서유지에 직접적인 위협을 명백하게 초래한 집회 또는 시위
 5. 제14조 제4항 각호의 1에 해당하는 행위로 인하여 질서를 유지할 수 없는 집회나 시위
- ② 집회 또는 시위가 제1항의 규정에 의한 해산명령을 받았을 때에는 모든 참가자는 지체없이 퇴거하여야 한다.
- ③ 제1항의 규정에 의한 자진해산의 요청 및 해산명령의 고지등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

집회및시위에관한법률 제20조(벌칙) 제10조 본문 또는 제11조의 규정에 위반한 자, 제12조 제1항의 규정에 의한 금지를 위반한 자는 다음 구분에 의하여 처벌한다.

1. 주최자는 1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금

헌재 2003. 10. 30. 2000헌바67·83(병합)

2. 질서유지인은 6월 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금·구류 또는 과료
3. 그 정을 알면서 참가한 자는 50만원 이하의 벌금·구류 또는 과료

【참조판례】

8. 헌재 1994. 4. 28. 91헌바14, 판례집 6-1, 281, 302

【당 사 자】

청 구 인 민주주의 민족통일 전국연합(2000헌바67)

대표자 상임의장 오종렬

대리인 법무법인 명인

담당변호사 윤종현 외 5인

삼성해고자복직투쟁위원회(2000헌바83)

대표자 위원장 김성환

대리인 변호사 권두섭

당해사건 서울행정법원 2000구7642 집회금지처분통고취소(2000헌바67)

서울행정법원 2000구15360 집회금지처분통고취소(2000헌바83)

【주 문】

집회및시위에관한법률 제11조 제1호 중 “국내주재 외국의 외교기관” 부분은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2000헌바67 사건

(가) 청구인 ‘민주주의 민족통일 전국연합’은 1991. 12. 1. 민주개혁과 조국의 평화통일을 실현하기 위한 목적으로 결성된 전국 규모의 시민운동단체이다. 청구인은 2000. 2. 23. 서울 종로구 세종로 76 소재 광화문 시민열린마당 내(內) 공터에서 ‘한국전쟁 당시 미군의 양민학살 진상규명 규탄대회’라는 제목의 옥외집회를 개최하고자, 같은 달 21. 09:00경 위 집회장소를 관할하는 종로경찰서장에게 집회및시위에관한법률 제6조에 정한 바대로 옥외집회 신고서를 제출하였다. 그러나 종로경찰서장은 ‘이 사건 집회장소가 서울 종로구 세

종로 82 소재 미국대사관의 경계로부터는 97m, 같은 구 수송동 146의 1 이마 빌딩 소재 일본대사관 영사부의 경계로부터는 35m 밖에 떨어져 있지 않으므로, 집회및시위에관한법률 제11조에 의한 옥외집회 및 시위의 금지장소에 해당한다'는 이유로, 같은 달 22. 위 장소에서 이 사건 집회를 금지하는 내용의 옥외집회 금지통고를 하였다.

(나) 이에 청구인은 위 처분의 근거가 된 집회및시위에관한법률 제11조 제1호가 헌법에 위반된다는 이유로 서울행정법원에 2000. 3. 위 처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하고(2000구7642) 위 법률조항에 대하여 위헌여부심판의 제청신청을 하였는데, 위 법원이 이를 기각하자(서울행정법원 2000아643), 2000. 8. 16. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2000헌바83 사건

(가) 청구인은 삼성그룹 계열회사에서 근무하다가 해고를 당한 근로자들이 복직을 위하여 조직한 단체인데, 2000. 4. 24.부터 같은 달 28.까지 매일 09:00부터 19:00사이엔 서울 중구 태평로 340의 6 소재 구 대한매일신문사 앞 보도에서 '삼성그룹 족벌경영분쇄와 원직복직 쟁취 결의대회'라는 제목의 옥외집회를 개최하고, 그 집회장소에서 남대문로 4가 소재 대한상공회의소 앞까지 행진을 하고자, 같은 달 20. 14:00경 이 사건 집회 장소를 관할하는 남대문 경찰서장에게 집회및시위에관한법률 제6조에서 정한 바대로 옥외집회 신고서를 제출하였다.

이에 대해 남대문 경찰서장은 청구인이 신고한 위 행진로가 싱가포르대사관이 있는 삼성본관 건물과 엘살바도르대사관이 있는 삼성생명빌딩 앞 보도를 지나가게 되어 있어, 외국대사관의 경계로부터 100m 이내에서는 옥외집회나 행진을 포함한 시위를 금지하고 있는 위 법 제11조에 저촉된다는 이유로, 같은 달 20. 21:05 청구인에게 위와 같이 계획한 행진을 취소하든지 혹은 행진로를 변경하여 이를 보완하도록 통고하였으나, 청구인이 이에 응하지 않자, 같은 달 21. 이 사건 집회를 개최하는 것을 금지하는 내용의 옥외집회 금지통고처분을 하였다.

(나) 이에 청구인은 위 처분의 근거가 된 위 법 제11조가 헌법에 위반된다는 이유로 서울행정법원에 위 처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였고(2000구15360), 위 사건 계속 중 위 법 제11조에 대하여 위헌제청신청을 하였으나 기각되자(2000아497), 2000. 11. 1. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 이 사

건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

집회및시위에관한법률(이하 “집시법”이라 한다) 제11조 중 당해사건 재판과 관련이 있는 것은 제1호 중 “국내주재 외국의 외교기관” 부분에 국한되므로, 심판의 대상을 여기에 한정하기로 한다. 그러므로 이 사건 심판의 대상은 집시법 제11조 제1호 중 “국내주재 외국의 외교기관” 부분(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 규정 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

제11조(옥외집회 및 시위의 금지장소) 누구든지 다음 각호에 규정된 청사 또는 저택의 경계지점으로부터 1백미터 이내의 장소에서는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니 된다.

1. 국회의사당, 각급법원, 헌법재판소, 국내주재 외국의 외교기관
 2. 대통령관저, 국회의장공관, 대법원장공관, 헌법재판소장공관
 3. 국무총리공관, 국내주재 외국의 외교사절의 숙소. 다만, 행진의 경우에는 예외로 한다.
2. 청구인들의 주장 및 이해관계인의 의견

가. 청구인들의 주장요지(2000헌바67 및 2000헌바83 사건)

(1) 집시법 제11조는 옥외집회 및 시위의 금지대상이 되는 장소를 지나치게 광범위하게 정하고 있을 뿐 아니라, 이러한 장소에서는 특정 집회·시위의 방법이 제한되는 것이 아니라 일체의 집회·시위가 금지되고 있다. 이와 같은 장소에서의 집회·시위가 당해 공공기관의 업무를 상당한 정도로 방해하거나 일반인이 공공재산을 이용하는 권리를 빼앗는 경우에 한하여 규제의 대상이 되어야 한다.

(2) 국내주재 외국의 외교기관 근처에서의 집회·시위를 금지하는 이 사건 법률조항은 해당국가와의 외교적인 분쟁과 마찰을 우려하여 외교적으로 민감한 사안을 다루는 특정 집회나 시위를 선별적으로 금지하는 것이 아니라 외교기관으로부터 100m 이내의 장소에서는 개별 집회·시위의 내용과 성질을 불문하고 일체의 집회·시위를 원천적으로 전면 금지하고 있는데, 집회의 자유에 대한 이와 같은 제한은 합리적이고 필요최소한도의 규제에 그쳐야 한다는 과잉금지의 원칙에 위배되는 것이다.

(3) 집시법 제11조의 각호에서 열거하고 있는 건물이나 저택은 대부분 서울의 도심에 위치하고 있으므로, 집회·시위자가 자신의 견해를 전달하기에

가장 적합한 도심에서는 사실상 집회·시위를 하지 못하게 하는 결과가 발생한다.

나. 법원의 제청신청기각이유(2000헌바67 및 2000헌바83 사건)

(1) 집시법 제11조는 집회의 자유에 대하여 일정한 장소적 제한을 규정하고 있는데, 이는 국회, 법원, 헌법재판소 등이 여러 공공기관 중에서 특별히 중요한 기능을 수행할 뿐 아니라 질서와 평온의 유지, 외부의 집단적 위협으로부터의 안전이 그 기능수행에 필수적인 요소라는 점을 고려한 것으로서, 국내주재 외국의 외교기관의 경우에도 그 정상적인 기능수행과 안전이 선린외교의 유지, 발전이라는 측면에서 국익에 중대한 영향을 미치기 때문에 옥외집회의 금지장소에 포함시킨 것이다.

(2) 외교기관이 옥외집회를 통한 집단적인 의사표시에 의하여 그 기능수행과 안전에 있어서 위협을 받지 않도록 할 실질적 필요성은 집회의 내용이 해당국가와 직접 관련이 되는지의 여부에 의하여 크게 달라지는 것은 아니므로, 이 사건 법률조항이 옥외집회의 내용, 대상, 방법 등에 따라 그 제한의 적용여부와 적용범위를 달리하지 않았다고 하여 헌법상의 과잉금지원칙에 위반된다고 할 수 없다.

(3) 집시법 제11조가 100m의 거리제한을 설정한 것은 이로 인하여 제한받는 기본권의 범위를 적정하게 형성한 것으로 보이고, 이 사건 법률조항이 외교기관 전부를 포함시킴으로써 서울 도심 내 도로, 광장, 공원의 상당 부분이 시위금지장소에 해당하는 결과가 발생하였다고 하더라도, 그로 인하여 서울 도심 내에서의 옥외집회를 개최하는 것이 전면적으로 금지되는 정도에 이르렀거나 집회의 자유의 본질적 부분이 침해되었다고 볼 수 없다.

다. 남대문경찰서장의 의견(2000헌바83 사건)

(1) 집시법 제11조는 공공기관의 기능과 업무보호, 외국과의 선린유대관계 유지 및 외교기관 보호를 통한 국가안전보장 및 국가이익의 극대화, 다른 국민들의 공공기관 이용권리보호 등 중요한 법익을 보호하고자 하는 규정으로서 그 목적의 정당성과 필요성이 인정되므로, 과잉규제조항이라 할 수 없다.

(2) 일반적으로 도심시시위의 경우 대형확성기를 동원하여 상당한 소음이 발생하는 경우에도 현실적으로 이를 제지하지 않고 있고, 집회참가자의 운집과 구호제창 등으로 인해 해당 항의대상 기관이나 그곳에 출입하는 국민들로서는 집회가 100m 밖에서 개최된다 하더라도 집회 개최사실과 그 주장내용을 쉽게 알 수 있으므로, 이러한 거리제한이 집회의 자유의 본질적 내용을 제

한한다고 할 수 없다.

대부분의 국가기관과 외국의 외교기관이 밀집해 있을 뿐 아니라 수많은 사람과 차량의 통행으로 평상시에도 원활한 교통소통이 어려운 서울의 도심지에서 폭력사태로 변질될 우려가 높은 행진을 청구인이 원하는 경로로 하지 못한다거나 수많은 외교기관의 존재로 인해 행진을 제대로 할 수 없다는 이유로, 해당 법률의 규정이 위헌이라고 할 수 없다.

3. 판 단

가. 집회의 자유의 헌법적 의미와 기능

헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.”고 규정하여, 타인과의 의견교환을 위한 기본권인 표현의 자유, 집회의 자유, 결사의 자유를 함께 국민의 기본권으로 보장하고 있다. 헌법은 집회의 자유를 국민의 기본권으로 보장함으로써, 평화적 집회 그 자체는 공공의 안녕질서에 대한 위협이나 침해로서 평가되어서는 아니 되며, 개인이 집회의 자유를 집단적으로 행사함으로써 불가피하게 발생하는 일반대중에 대한 불편함이나 법익에 대한 위협은 보호법익과 조화를 이루는 범위 내에서 국가와 제3자에 의하여 수인되어야 한다는 것을 헌법 스스로 규정하고 있는 것이다.

집회의 자유는 개인의 인격발현의 요소이자 민주주의를 구성하는 요소라는 이중적 헌법적 기능을 가지고 있다.

(1) 인간의 존엄성과 자유로운 인격발현을 최고의 가치로 삼는 우리 헌법 질서 내에서 집회의 자유도 다른 모든 기본권과 마찬가지로 일차적으로는 개인의 자기결정과 인격발현에 기여하는 기본권이다. 인간이 타인과의 접촉을 구하고 서로의 생각을 교환하며 공동으로 인격을 발현하고자 하는 것은 사회적 동물인 인간의 가장 기본적인 욕구에 속하는 것이다. 집회의 자유는 공동으로 인격을 발현하기 위하여 타인과 함께 하고자 하는 자유, 즉 타인과의 의견교환을 통하여 공동으로 인격을 발현하는 자유를 보장하는 기본권이자 동시에 국가권력에 의하여 개인이 타인과 사회공동체로부터 고립되는 것으로부터 보호하는 기본권이다. 즉 공동의 인격발현을 위하여 타인과 함께 모인다는 것은 이미 그 자체로서 기본권에 의하여 보호될 만한 가치가 있는 개인의 자유영역인 것이다. 집회의 자유는 결사의 자유와 더불어 타인과 함께 모이는 자유를 보장하는 것이다.

(2) 집회를 통하여 국민들이 자신의 의견과 주장을 집단적으로 표명함으로써

써 여론의 형성에 영향을 미친다는 점에서, 집회의 자유는 표현의 자유와 더불어 민주적 공동체가 기능하기 위하여 불가결한 근본요소에 속한다. 집회의 자유는 집단적 의견표명의 자유로서 민주국가에서 정치의사형성에 참여할 수 있는 기회를 제공한다. 직접민주주의를 배제하고 대의민주제를 선택한 우리 헌법에서, 일반 국민은 선거권의 행사, 정당이나 사회단체에 참여하여 활동하는 것 외에는 단지 집회의 자유를 행사하여 시위의 형태로써 공동으로 정치의사형성에 영향력을 행사하는 가능성 밖에 없다.

또한, 집회의 자유는 사회·정치현상에 대한 불만과 비판을 공개적으로 표출케 함으로써 정치적 불만이 있는 자를 사회에 통합하고 정치적 안정에 기여하는 기능을 한다. 특히 집회의 자유는 집권세력에 대한 정치적 반대의사를 공동으로 표명하는 효과적인 수단으로서 현대사회에서 언론매체에 접근할 수 없는 소수집단에게 그들의 권익과 주장을 옹호하기 위한 적절한 수단을 제공한다. 이 점에서, 소수의견을 국정에 반영하는 창구로서 그 중요성을 더해 가고 있다. 이러한 의미에서 집회의 자유는 소수의 보호를 위한 중요한 기본권인 것이다. 소수가 공동체의 정치적 의사형성과정에 영향을 미칠 수 있는 가능성이 보장될 때, 다수결에 의한 공동체의 의사결정은 보다 정당성을 가지며 다수에 의하여 압도당한 소수에 의하여 수용될 수 있는 것이다. 헌법이 집회의 자유를 보장한 것은 관용과 다양한 견해가 공존하는 다원적인 ‘열린 사회’에 대한 헌법적 결단인 것이다.

나. 집회의 자유의 보장내용

(1) 집회의 자유는 집회의 시간, 장소, 방법과 목적을 스스로 결정할 권리를 보장한다. 집회의 자유에 의하여 구체적으로 보호되는 주요행위는 집회의 준비 및 조직, 지휘, 참가, 집회장소·시간의 선택이다. 그러나 집회를 방해할 의도로 집회에 참가하는 것은 보호되지 않는다. 주최자는 집회의 대상, 목적, 장소 및 시간에 관하여, 참가자는 참가의 형태와 정도, 복장을 자유로이 결정할 수 있다.

비록 헌법이 명시적으로 밝히고 있지는 않으나, 집회의 자유에 의하여 보호되는 것은 단지 ‘평화적’ 또는 ‘비폭력적’ 집회이다. 집회의 자유는 민주국가에서 정신적 대립과 논의의 수단으로서, 평화적 수단을 이용한 의견의 표명은 헌법적으로 보호되지만, 폭력을 사용한 의견의 강요는 헌법적으로 보호되지 않는다.

(2) 집회의 자유는 일차적으로 국가공권력의 침해에 대한 방어를 가능하게

하는 기본권으로서, 개인이 집회에 참가하는 것을 방해하거나 또는 집회에 참가할 것을 강요하는 국가행위를 금지하는 기본권이다. 따라서 집회의 자유는 집회에 참가하지 못하게 하는 국가의 강제를 금지할 뿐 아니라, 예컨대 집회장소로의 여행을 방해하거나, 집회장소로부터 귀가하는 것을 방해하거나, 집회참가자에 대한 검문의 방법으로 시간을 지연시킴으로써 집회장소에 접근하는 것을 방해하거나, 국가가 개인의 집회참가행위를 감시하고 그에 관한 정보를 수집함으로써 집회에 참가하고자 하는 자로 하여금 불이익을 두려워하여 미리 집회참가를 포기하도록 집회참가의사를 약화시키는 것 등 집회의 자유행사에 영향을 미치는 모든 조치를 금지한다.

(3) 집회장소는 특별한 상징적 의미를 가진다. 특정 장소가 시위의 목적과 특별한 연관성이 있기 때문에 시위장소로서 선택되는 경우가 빈번하다. 일반적으로 시위를 통하여 반대하고자 하는 대상물이 위치하거나(예컨대 핵발전소, 쓰레기 소각장 등 혐오시설) 또는 시위의 계기를 제공한 사건이 발생한 장소(예컨대 문제의 결정을 내린 국가기관 청사)에서 시위를 통한 의견표명이 이루어진다. 예컨대 여성차별적 법안에 대하여 항의하는 시민단체의 시위는 상가나 주택가에서 이루어지는 경우 큰 효과를 기대할 수 없는 반면, 국회의사당 앞에서 이루어지는 경우에는 시위효과의 극대화를 노릴 수 있다. 즉 집회의 목적·내용과 집회의 장소는 일반적으로 밀접한 내적인 연관관계에 있기 때문에, 집회의 장소에 대한 선택이 집회의 성과를 결정짓는 경우가 적지 않은 것이다.

집회가 국가권력에 의하여 세인의 주목을 받지 못하는 장소나 집회에서 표명되는 의견에 대하여 아무도 귀기울이지 않는 장소로 추방된다면, 기본권의 보호가 사실상 그 효력을 잃게 된다는 점에서도 집회의 자유에 있어서 장소의 중요성은 뚜렷하게 드러난다. 집회장소가 바로 집회의 목적과 효과에 대하여 중요한 의미를 가지기 때문에, 누구나 ‘어떤 장소에서’ 자신이 계획한 집회를 할 것인가를 원칙적으로 자유롭게 결정할 수 있어야만 집회의 자유가 비로소 효과적으로 보장되는 것이다. 따라서 집회의 자유는 다른 법익의 보호를 위하여 정당화되지 않는 한, 집회장소를 항의의 대상으로부터 분리시키는 것을 금지한다.

다. 집시법의 주요 규율내용

(1) 집시법은 옥외집회와 옥내집회를 구분하여, 제6조 내지 제12조의2의 규정을 옥외집회 및 시위의 경우에만 적용하도록 하고 있다.

집시법이 옥외집회와 옥내집회를 구분하는 이유는, 옥외집회의 경우 외부 세계, 즉 다른 기본권의 주체와 직접적으로 접촉할 수 있기 때문에 옥내집회와 비교할 때 범익충돌의 위험성이 크기 때문이다. 옥외집회는 집회장소로서 도로 등 공공장소의 사용을 필요로 한다는 점에서 교통소통장애 등 일반인에게 불편을 주게 되고, 다수인에 의한 집단적 행동을 수반한다는 점에서 질서유지에 위험을 가져올 수 있으므로 집회의 자유의 행사방법과 절차에 관하여 보다 자세하게 규율할 필요가 있는 것이다. 이는 한편으로는 집회의 자유의 행사를 실질적으로 가능하게 하기 위한 것이고, 다른 한편으로는 집회의 자유와 충돌하는 제3자의 범익을 충분히 보호하기 위한 것이다.

(2) 집시법은 제6조에서 옥외집회를 주최하고자 하는 자에게 신고서를 집회의 48시간 전에 관할 경찰서장에게 제출하여야 할 신고의무를 부과하고 있다.

집회의 금지사유를 규정하는 집시법 제8조 제1항에 의하면, 신고서를 접수한 관할 경찰관서장은 신고된 옥외집회가 “집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위해를 가할 것이 명백한 집회”(제5조 제1항 제2호)이거나 옥외집회 금지시간(일출시간 전, 일몰시간 후)에 행해지는 집회(제10조 본문), 옥외집회 금지장소에서의 집회(제11조), 신고서의 기재사항을 보완하지 아니한 경우(제7조 제1항) 또는 교통소통을 위하여 금지해야 할 집회(제12조)라고 인정될 때에는 신고서를 접수한 때로부터 48시간 이내에 집회의 금지통고를 할 수 있다. 그 외에도 동일한 장소에서 이미 신고한 집회에 대한 반대집회를 하고자 하는 경우(제8조 제2항), 주거지역 등에서 거주자 등이 재산 등의 피해를 우려하여 보호를 요청하는 경우도 집회의 금지사유(제8조 제3항)로 규정하고 있다.

집회의 해산사유를 규정하는 집시법 제18조 제1항에 의하면, 집회의 절대적 금지사유에 해당하는 경우(제5조 제1항), 야간의 옥외집회(제10조)나 집회 금지장소에서의 집회(제11조), 법에 의한 신고를 하지 않거나(제6조) 금지된 집회로서 금지통고된 경우(제8조 및 제12조 제1항) 등에는 관할 경찰관서장은 집회의 해산을 명할 수 있다.

(3) 집회의 자유를 제한하는 대표적인 공권력의 행위는 집시법에서 규정하는 집회의 금지, 해산과 조건부 허용이다. 집회의 자유에 대한 제한은 다른 중요한 범익의 보호를 위하여 반드시 필요한 경우에 한하여 정당화되는 것이며, 특히 집회의 금지와 해산은 원칙적으로 공공의 안녕질서에 대한 직접적인

위협이 명백하게 존재하는 경우에 한하여 허용될 수 있다. 집회의 금지와 해산은 집회의 자유를 보다 적게 제한하는 다른 수단, 즉 조건(예컨대 시위참가자수의 제한, 시위대상과의 거리제한, 시위방법, 시기, 소요시간의 제한 등)을 붙여 집회를 허용하는 가능성을 모두 소진한 후에 비로소 고려될 수 있는 최종적인 수단이다. 이러한 의미에서 집회의 절대적인 금지사유를 규정하는 집시법 제5조 제1항 제2호도 “집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회”라고 하여 집회금지요건을 매우 엄격하게 규정하고 있다.

라. 이 사건 법률조항의 위헌여부

(1) 집회의 자유에 대한 제한규정으로 이 사건 법률조항

(가) 이 사건 법률조항은 국내주재의 외국 외교기관 청사의 경계지점으로부터 1백미터 이내의 장소(이하 “외교기관 인근”이라고 한다)에서는 모든 옥외집회와 시위를 예외 없이 전면적으로 금지하고 있다. 이 사건 법률조항에 의한 금지에도 불구하고 외교기관 인근에서 집회를 행하는 경우, 관할 경찰관 서장은 집회의 해산을 명할 수 있다(집시법 제18조 제1항 제1호). 옥외집회 금지장소에서 집회를 한 자는 주최자, 질서유지인, 단순참가자의 구분에 따라 차등을 두어 최고 1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금에 처해진다(제20조).

이 사건 법률조항이 집회금지구역을 규정함으로써 집회의 자유의 자유로운 행사를 장소적으로 제한하기 때문에, 이 사건 법률조항은 집회의 자유를 제한하는 규정이다.

(나) 이 사건 법률조항은 집회를 구체적인 경우에 금지하는 조항이 아니라, 개별적인 경우의 구체적인 위험상황과 관계없이 단지 ‘특정한 장소에서 집회가 행해진다’는 이유만으로 그 특정한 장소에서의 집회를 일괄적으로 금지하고 있다. 즉 입법자는 외교기관 인근에서의 집회를 일반적으로 외교기관의 기능수행에 반하는 것으로 간주하여, 이 지역에서의 집회를 전면적으로 금지해야만 외교기관에 대한 효과적인 보호가 이루어질 수 있다고 판단하고 있다.

(2) 이 사건 법률조항의 입법목적

외교기관 인근에서의 집회는 일반적으로 다른 장소와 비교할 때 중요한 보호법익과의 충돌상황을 야기할 수 있고, 이로써 법익에 대한 침해로 이어질 개연성이 높으므로, 이 사건 법률조항은 이와 같은 고도의 법익충돌상황을 사전에 효과적으로 방지하기 위하여 외교기관 인근에서의 집회를 전면적으로

금지한 것이다. 이 사건 법률조항의 보호범익으로는 국내주재 외교기관에의 자유로운 출입 및 원활한 업무의 보장, 외교관의 신체적 안전이 고려된다.

한편, 외교기관 인근에서 당해국가에 대한 부정적인 의견을 표명하는 집회를 한다면 외국의 외교기관이 이러한 집회와 직접 대치하는 상황이 발생하여 ‘외국과의 선린관계’가 저해될 우려가 있기 때문에, 이를 방지하고자 하는 것도 이 사건 법률조항의 입법목적이 아닌가 하는 의문이 제기된다. 그러나 집회와 표현의 자유가 국민의 기본권으로 보장된 자유민주주의국가에서, 국민이 자신의 견해를 집단적으로 표현하기 위하여 집회에 참가하는 행위는 민주 시민생활의 일상에 속하는 것이자 보편적으로 인정되는 가치이므로, 국민의 일부가 외교기관 인근에서 평화적인 방법으로 자신의 기본권을 행사하였다고 하여 ‘외국과의 선린관계’가 저해된다고 볼 수 없다. 즉 ‘외국과의 선린관계’란 범익은 외교기관 인근에서 국민의 기본권행사를 금지할 수 있는 합리적인 이유가 될 수 없는 것이다.

따라서 이 사건 법률조항의 입법목적은 외교기관 인근에서의 당해국가에 대한 부정적인 견해를 표명하는 집회를 금지함으로써 외국과의 선린관계를 유지하고자 하는 것이 아니라, 그 본질적인 내용은 궁극적으로 ‘외교기관의 기능보장’과 ‘외교공관의 안녕보호’에 있는 것으로 판단된다.

(3) 비례의 원칙의 위반여부

이 사건 법률조항이 중대한 법익의 보호라는 정당한 목적을 가지고 집회의 자유를 제한한다 하더라도, 집회의 자유에 대한 제한은 비례의 원칙을 엄격하게 준수하여야 한다. 따라서 위 규정의 입법목적이 정당하다고 하더라도 기본권의 제한은 입법목적의 달성을 위하여 필요한 정도만 허용된다.

(가) 최소침해성의 위반여부

이 사건 법률조항이 택하고 있는 수단인 ‘특정 장소에서의 전면적인 집회금지’가 입법목적의 달성하기 위하여 고려되는 유효한 수단 중에서 가장 국민의 기본권을 적게 침해하는 수단인가 하는 문제를 살펴보기로 한다.

1) 집회금지장소에 관한 특별규정을 둔 것이 과도한 규제인지 여부

집회의 자유를 국민의 기본권으로 보장한 헌법의 정신에 비추어 보거나 이러한 헌법의 정신에 부합하여 일정한 신고절차만 밟으면 원칙적으로 집회를 할 수 있도록 보장하는 집시법의 규정체계를 볼 때, 법익충돌이 특별히 우려되는 장소에서의 집회의 경우에도 원칙적으로 집회가 허용되는 것으로 규정하는 방식을 택하는 것이 보다 바람직하다고 할 수 있다.

그러나 다른 한편으로 보건대, 특정 장소가 그 기능수행의 중요성 때문에 특별히 보호되어야 하고 중요한 기관에 대한 효과적인 보호가 그 장소에서의 집회를 원칙적으로 금지함으로써 이루어질 수 있다고 입법자가 판단하였다면, 이러한 입법자의 판단이 현저하게 잘못되었다고 할 수 없다. 입법자는 야간의 옥외집회나 특정 장소에서의 옥외집회의 경우와 같이 법익침해의 고도의 개연성이 있는 특수한 상황에 대해서는 집회가 공공의 안녕질서에 미칠 영향이나 법익충돌의 위험성의 정도에 따라 그에 상응하는 규제를 할 수 있다(헌재 1994. 4. 28. 91헌바14, 판례집 6-1, 281, 302 참조).

따라서 주요 헌법기관이나 외교기관의 보호와 관련하여, 특정 장소를 보호하는 특별규정을 두기로 한 입법자의 결정 자체가 국민의 기본권을 과도하게 침해하는 것이라고 할 수는 없다.

2) 예외를 허용하지 않는 전면적인 집회금지가 반드시 필요한지 여부

입법자는 집회의 자유를 규율함에 있어서 특정 장소를 보호하는 별도의 규정을 둘 수는 있으나, 특정장소에서의 집회를 금지하는 경우, 비례의 원칙을 준수하여야 한다.

가) 입법자는 보호대상기관의 기능수행을 보장하기 위하여 반드시 필요한 만큼만 최소한의 정도로 집회금지구역의 범위를 확정해야 한다. 이 사건 법률조항의 경우, 입법자는 집회금지구역의 범위를 청사의 경계지점으로부터 반경 1백미터로 정하였는데, 이는 법익의 효과적인 보호를 보장하기 위하여 필요한 최소한의 것으로서 허용되는 것으로 보이며, 외국의 입법례를 고려하더라도 과도하게 확장된 것이라고 볼 수 없다.

외교기관의 업무에 대한 방해나 외교관의 신체적 안전에 대한 위협이 우려되는 전형적인 경우인 대규모 항의시위의 관점에서 본다면, 1백미터 거리를 외교기관의 청사로부터 확보하는 것은 일반적인 경우 법익충돌의 위험성에 비추어 적절한 것으로 판단되며, 1백미터란 장소적 분리에도 불구하고, 시위장소와 시위목적 간의 연관관계가 상실되는 것도 아니다. 따라서 이 사건 법률조항이 정한 집회금지장소의 공간적 범위는 그 자체로서 집회의 자유를 과도하게 제한한다고 볼 수 없다.

나) 그러나 특정장소에서의 집회가 이 사건 법률조항에 의하여 보호되는 법익에 대한 직접적인 위협을 초래한다는 일반적 추정이 구체적 상황에 의하여 부인될 수 있다면, 입법자는 ‘최소침해의 원칙’의 관점에서 금지에 대한 예외적인 허가를 할 수 있도록 규정해야 한다. 이 사건 법률조항에 의하여 전

제된 추상적 위험성에 대한 입법자의 예측판단은 구체적으로 다음과 같은 경우에 부인될 수 있다고 할 것이다.

첫째, 외교기관에 대한 집회가 아니라 우연히 금지장소 내에 위치한 다른 향의대상에 대한 집회의 경우, 이 사건 법률조항에 의하여 전제된 범익충돌의 위험성이 작다고 판단된다. 이 사건 법률조항의 문제점은, 집회금지구역 내에서 외교기관이나 당해 국가를 향의의 대상으로 삼지 않는, 다른 목적의 집회가 함께 금지된다는데 있다. 특히, 서울과 같은 대도시에서 주요건물이 밀집해 있는 경우, 그 곳에 우연히 위치한 하나의 보호대상건물이 1백미터의 반경 내에 위치한 다수의 잠재적 시위대상에 대한 집회를 사실상 함께 금지하는 효과가 있다.

둘째, 소규모 집회의 경우, 일반적으로 이 사건 법률조항의 보호법익이 침해될 위험성이 작다. 예컨대 외국의 대사관 앞에서 소수의 참가자가 소음의 발생을 유발하지 않는 평화적인 피켓시위를 하고자 하는 경우, 일반 대중의 함세로 인하여 대규모시위로 확대될 우려나 폭력시위로 변질될 위험이 없는 이상, 이러한 소규모의 평화적 집회의 금지를 정당화할 수 있는 근거를 발견하기 어렵다.

셋째, 예정된 집회가 외교기관의 업무가 없는 휴일에 행해지는 경우, 외교기관에의 자유로운 출입 및 원활한 업무의 보장 등 보호법익에 대한 침해의 위험이 일반적으로 작다고 할 수 있다.

다) 따라서 입법자가 ‘외교기관 인근에서의 집회의 경우에는 일반적으로 고도의 범익충돌위험이 있다’는 예측판단을 전제로 하여 이 장소에서의 집회를 원칙적으로 금지할 수는 있으나, 일반·추상적인 범규정으로부터 발생하는 과도한 기본권제한의 가능성이 완화될 수 있도록 일반적 금지에 대한 예외조항을 두어야 할 것이다. 즉 이 사건 법률조항의 보호법익에 대한 위험이 구체적으로 존재하지 않는 경우에 대하여 예외적으로 집회를 허용하는 규정을 두어야만, 이 사건 법률조항은 비례의 원칙에 부합하는 것이다. 그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항은 전제된 위험상황이 구체적으로 존재하지 않는 경우에도 이를 함께 예외 없이 금지하고 있는데, 이는 입법목적에 달성하기에 필요한 조치의 범위를 넘는 과도한 제한인 것이다. 그러므로 이 사건 법률조항은 최소침해의 원칙에 위반되어 집회의 자유를 과도하게 침해하는 위헌적인 규정이다.

입법자가 비례의 원칙의 관점에서 예외허용규정을 두는 경우에는 ‘어떠한

경우에 외교기관 인근에서의 집회를 허용할 것인지'에 관한 허용요건의 대강을 스스로 규정함으로써 행정청이 허용여부를 결정함에 있어서 자의적으로 재량을 행사할 여지를 배제하여야 할 것이다.

라) 오늘날 각종 사회·이익단체에 의하여 주최되는 대규모의 시위가 불행하게도 폭력적이고 불법적인 시위로 흐르는 경향이 있고, 우리의 이러한 시위 문화에 비추어 '외교기관 인근에서의 집회가 앞으로도 전면적으로 금지되어야 하지 않는가' 하는 우려의 목소리가 있을 수 있다. 그러나 우리 사회의 잘못된 시위문화가 평화적으로 집회의 자유를 행사하고자 하는 국민의 기본권 행사 여부를 결정할 수는 없는 것이다. 우리 사회에서 금지되고 축출되어야 하는 것은 바로 폭력적·불법적 시위이지, 개인의 정당한 기본권행사가 아닌 것이다. 그러므로 우리 사회의 폭력적 시위문화로 인하여 자신의 기본권을 평화적인 방법으로 공공의 안녕질서와 조화를 이루는 범위 내에서 행사하려고 하는 국민의 기본권이 부당하게 침해되어서는 안 된다. 헌법과 집시법이 예정하고 있는 것은 평화적이고 합법적인 집회이며, 집회의 자유를 평화적·합법적으로 행사하려는 개인의 기본권을 보호해야 하는 것이 바로 헌법재판소의 임무이다.

(나) 법익균형성의 위반여부

또한 이 사건 법률조항은 집회의 자유와 보호법익간의 적정한 균형관계를 상실하고 있다. 이 사건 법률조항은 개별적인 경우 보호법익이 위협을 받는가와 관계없이 특정 장소에서의 모든 집회를 전면적으로 금지함으로써, 개별적 집회의 경우마다 구체적인 상황을 고려하여 상충하는 법익간의 조화를 이루려는 아무런 노력 없이, 이 사건 법률조항에 의하여 보호되는 법익에 대하여 일방적인 우위를 부여하였다. 이로써 이 사건 법률조항은 민주국가에서 집회의 자유가 가지는 중요한 의미, 특히 대의민주제에서 표현의 자유를 보완하는 집회의 자유의 중요성을 간과하고 있다. 따라서 이러한 관점에서 이 사건 법률조항은 비례의 원칙에 위반되어 집회의 자유를 과도하게 제한하는 규정이다.

4. 결 론

그러므로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 아래 5.와 같은 재판관 김영일의 헌법불합치의견과 6.과 같은 재판관 권 성의 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 김영일의 헌법불합치 의견

나는 이 사건 법률조항에 다수의견이 실시한 바와 유사한 취지의 위헌성이 있다고 보나, 다만 다수의견과 같이 단순위헌결정을 할 만큼 그 법률조항 전체에 위헌성이 있는 것이 아니라, 아래에서 지적하는 바 일부에만 위헌성이 있고, 그 위헌부분은 실질상 합헌부분과 분리될 수 없는 것이어서 그 위헌성을 지적하고 잠정적용을 명하는 헌법불합치결정을 선언한 다음, 광범위한 입법형성권을 가진 국회로 하여금 그 위헌성을 제거하는 구체적인 개선입법조치를 하여 합헌적인 헌법질서를 회복하도록 하는 것이 타당하다고 판단되므로, 다수의견에 반대하는 아래와 같은 의견을 밝히는 바이다.

다수의견은 “외교기관 인근에서의 집회는 일반적으로 다른 장소와 비교할 때, 중요한 보호법익과의 충돌상황을 야기할 수 있고, 이로써 법익에 대한 침해로 이어질 개연성이 높으므로, 이 사건 법률조항은 이와 같은 고도의 법익 충돌상황을 사전에 효과적으로 방지하기 위하여 외교기관 인근에서의 집회를 전면적으로 금지한 것이다.”라고 보고, 이 사건 법률조항의 입법목적은 궁극적으로 ‘외교기관의 기능보장’과 ‘외교공관의 안녕보호’에 있다고 판단하고, 이와 같은 판단을 전제로 하여 먼저, 이 사건 법률조항에 대한 대체적이고 원칙적인 합헌성을 다음과 같이 논증하고 있다. 즉, “특정장소가 그 기능수행의 중요성 때문에 특별히 보호되어야 하고 중요한 기관에 대한 효과적인 보호가 그 장소에서의 집회를 원칙적으로 금지함으로써 이루어질 수 있다고 입법자가 판단하였다면, 이러한 입법자의 판단이 현저하게 잘못되었다고 할 수 없다. 따라서 외교기관의 보호와 관련하여 특정장소를 보호하는 특별규정을 두기로 한 입법자의 결정 자체가 국민의 기본권을 과도하게 침해하는 것이라고 할 수는 없다.”라고 전제한 뒤, “입법자가 집회금지구역의 범위를 청사의 경계지점으로부터 반경 1백미터로 정한 것은 법익의 효과적인 보호를 보장하기 위하여 필요한 최소한의 것으로서 허용되는 것으로 보이며, 외국의 입법례를 고려하더라도 과도하게 확장된 것이라고 볼 수 없다. 그리고 외교기관의 업무에 대한 방해나 외교관의 신체적 안전에 대한 위협이 우려되는 전형적인 경우인 대규모항의시위의 관점에서 본다면, 1백미터 거리를 외교기관의 청사로부터 확보하는 것은 일반적인 경우 법익충돌의 위험성에 비추어 적절한 것으로 판단되며, 1백미터란 장소적 분리에도 불구하고 시위장소와 시위목적의 연관관계가 상실되는 것도 아니다. 따라서 이 사건 법률조항이 정한 집회금지장소의 공간적 범위는 그 자체로서 집회의 자유를 과도하게 제한하는 것으로

볼 수 없다.”라는 것이다.

그러나 다른 한편, 다수의견은 다음과 같이 이 사건 법률조항의 위헌성을 지적하고 있다. 이 사건 법률조항에 의하여 전제된 추상적 위험상황 즉, 일반적인 집회금지 내지 제한사유에 나아가 특별히 집회가 금지되는 장소를 설정한 이유 다시 말하면, 그 특별한 금지로 인하여 보호할 공익으로 국내주재 외교기관에의 자유로운 출입, 원활한 업무의 보장 및 외교관의 신체적 안전을 보호함으로써 ‘외교기관의 기능을 보장하고 외교공관의 안녕을 보호하는데 있다.’고 보고, 다음 3가지 경우 즉, ① 외교기관에 대한 집회가 아니라, 우연히 금지장소 내에 위치한 다른 항의대상에 대한 집회의 경우, ② 이 사건 법률조항이 상정한 보호법익과의 충돌이 문제되지 아니하는 소규모집회의 경우, ③ 예정된 집회가 외교기관의 업무가 없는 휴무일에 행하여진 경우에는 그와 같은 공익침해의 위험이 존재하지 아니함이 명백함에도 불구하고 그 경우에도 일률적으로 집회를 금지함은 집회의 자유를 과도하게 제한하는 것으로 헌법에 위반된다는 것이다.

우선 다수의견이 이 사건 법률조항에 의하여 전제된 추상적 위험성에 대한 입법자의 예측판단이 부인될 수 있는 경우로 상정한 것 중 세 번째의 경우인 ‘예정된 집회가 외교기관의 업무가 없는 휴무일에 행하여진 경우’에 관하여 살펴본다.

다수의견이 이 사건 법률조항의 보호법익으로 본 ‘외교기관의 기능보장과 외교공관의 안녕보호’라는 것을 그대로 받아들인다고 하더라도 휴무일의 경우를 특히 배제할 이유는 없다고 판단된다. 왜냐하면, 외교기관이나 외교관은 그 나라를 대표하고 그 나라를 상징하는 존재이므로 우리 국내에서 거주하며 활동을 하지만, 외교업무에 관한 한, 그 나라의 행위로 간주되기 때문에 그와 같이 특별히 규율할 필요성이 충분히 있는 것이고, 우리나라도 각 국에 외교기관을 두고 외교관을 파견하여 외교활동을 하고 있고 그 외교활동도 같은 취지로 보호되어야 하는 것과 마찬가지이며, 외교기관이나 외교관은 당해 국가를 상징하여 그 대표로서 우리나라의 일부지역에 상주하고 있는 것이므로, 그와 같은 외교기관의 특성상 휴무일이라고 하여 이 사건 법률조항이 상정한 보호법익에 대한 위협이 명백히 존재하지 않는다고 하여 특히 제외할 이유는 없기 때문이다.

그렇다면, 이 경우는 이 사건 법률조항에 의하여 전제된 추상적 위험성에 대한 입법자의 예측판단이 부인될 수 있는 경우라고 할 수 없으므로, 다수의

견의 이 부분에 대한 위헌성 논증은 타당하다고 할 수 없다.

다음 외교기관에 대한 집회가 아니라, 우연히 금지장소 내에 위치한 다른 항의대상에 대한 집회의 경우(위 ①의 경우)와 소규모집회의 경우(위 ②의 경우)에 대한 다수의견의 위헌성 논증에는 수궁이 간다. 그러나 전자의 경우, 집회 및 시위의 규모나 방법을 불문하고 모든 경우에 이 사건 법률조항의 입법 목적으로 상정한 ‘외교기관의 기능보장과 외교공관의 안녕보호’가 전혀 훼손되지 아니한다고 보는 데에는 의문이 있고, 후자의 경우에도 그 소규모집회가 어느 정도 규모의 집회인지 명확히 구분 지을 수 있는지 의문이고, 집회나 시위는 다른 참가자를 예상하고 있다는 점에서 더욱 그러하고, 또한 ‘일반대중의 함세로 대규모시위로 확대될 우려나 폭력시위로 변질될 위험이 없는지’여부에 대하여도 실제의 경우에 어떠한 기준으로 판단할 것인지 그것 역시 용이하지 아니하다고 할 것이다.

그렇다면, 결국 이 사건 법률조항에 대하여는 다수의견도 인정하고 위에서 지적한 바와 같이 부분적인 위헌성이 있을 뿐이고, 그 위헌성이 있다고 지적되는 경우에도 그 합헌부분과 위헌부분의 경계가 모호하여 헌법재판소로서는 그에 대하여 일의적으로 명확한 기준을 설정하기 어려운 사안이라고 할 것인 데도, 다수의견은 그 이유에서 실시하는 바와 달리 주문에서는 이 사건 법률조항이 마치 전부에 대하여 위헌성이 있는 것처럼 단순위헌결정을 선언하고자 함은 합헌적 법률해석의 원칙에 어긋나고, 나아가 입법권의 존중, 권력분립의 원리에 부합되지 어렵다고 하지 않을 수 없다.

따라서 이 사건 법률조항 중 ‘외교기관에 대한 집회가 아니라, 우연히 금지장소 내에 위치한 다른 항의대상에 대한 집회의 경우’와 ‘소규모집회의 경우’에 대하여는 위에서 실시한 바와 같은 위헌성이 있다고 판단되나, 그 합헌과 위헌의 경계가 모호하여 다수의견과 같이 단순위헌결정을 할 것이 아니라, 그 부분을 지적하는 헌법불합치결정을 하여야 하고, 그에 따라 광범위한 입법형성권을 가진 국회가 그 위헌성을 제거하는 구체적인 개선입법조치를 하여 합헌적인 헌법질서를 회복하도록 하는 것이 타당하다.

덧붙여, 이 사건 법률조항은 옥외집회 및 시위의 금지장소의 하나로 국내주재 외국의 외교기관의 경계지점으로부터 1백미터 이내의 장소를 규정하고 있는 것으로 특정한 장소에서의 행위금지를 규정하고 있는 것일 뿐이고, 이 사건의 당해사건은 종로경찰서장의 집회금지처분통고라는 행정처분의 취소를 구하는 것이므로, 집시법 제20조에서 별도로 이 사건 법률조항을 위반하면 형

사처벌하도록 규정하고 있으나, 이 사건 법률조항 자체는 기본권침해의 진지성과 그 침해의 조속한 회복이라는 견지에서 통상 헌법불합치결정이 적절하지 아니한 형사처벌법규가 아니므로 이 사건 법률조항에 대하여 헌법불합치결정도 가능하다. 또한 이 사건 법률조항의 효력을 유지시킴으로써 달성될 수 있는 공익이 상대적으로 더 크며, 그와 같은 입법목적은 집시법 제5조의 일반적 집회금지사유인 ‘집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회 또는 시위’ 등으로는 그것이 국내의 질서유지를 목적으로 하는 것이어서 위 집시법 제5조의 일반적 집회금지사유의 규정만으로는 ‘외교기관의 기능보장’과 ‘외교공관의 안녕보호’라는 이 사건 법률조항의 입법 목적을 효과적으로 달성할 수는 없다. 따라서 이 사건 법률조항의 효력상실로 인한 법적 공백이나 혼란을 막고 조화로운 헌법질서를 유지하기 위하여 입법자가 개선할 때까지 이 사건 법률조항을 잠정적용하도록 하는 헌법불합치결정이 타당하다.

이상의 이유로 나는 다수의견에 반대하는 헌법불합치의견을 밝히는 바이다.

6. 재판관 권 성의 반대의견

나는 계쟁조항이 위헌이 아니라고 생각하는데 그 이유는 다음과 같다.

가. 집회의 3원칙

(1) 집회 평화의 원칙

헌법의 보호를 받는 집회(이하에서는 집회 중 옥외의 집회만을 대상으로 하여 검토한다. 또한 집회라는 용어는 시위를 포함하는 의미로 사용한다)는 평화적이고 비폭력적인 집회에 한정된다는 것은 여러 말이 필요 없는 일이다. 이것을 집회 평화의 원칙 또는 집회 비폭력(非暴力)의 원칙이라고 부를 수 있다.

(2) 집회장소 이격(離隔)의 원칙

집회는 상대가 있는 행위이고 집회는 행위자와 그 상대자(집회가 의사전달의 상대방으로 지목하는 자, 집회에 대항하려고 하는 자, 집회를 규제하려고 하는 자들을 모두 포함한다) 사이의 긴장관계를 불가피하게 초래한다. 그런데 평화는 긴장관계에 있는 두 당사자나 당사자 집단(이하 집단이라고만 표시한다)을 공간적으로 떼어놓아야 유지된다. 즉, 평화는 장소적 이격을 필요로 하는 것이다. 그러므로 모든 집회는 장소이격의 원칙을 준수할 때에만 평화적 집회가 될 가능성이 높아진다. 옥내집회가 옥외집회에 비하여 더 두터운 보호

를 받는 이유도 바로 여기에 있다. 즉, 옥내집회는 그 개념자체가 장소이격의 원칙을 준수하는 내용의 집회이기 때문이다.

집회에서 볼 수 있는 다수인의 결집, 위력과 기세의 과시, 의견의 전술적 과장, 군중심리의 표동(豹動), 불특정 다수의 목표물에 대한 우발적이고 연속적인 위력행사의 가능성 등은 그 자체로서 평화에 대한 불안요소일 뿐만 아니라 상대자에게 방어와 대항의 심리기전을 작동시킴으로써 또 하나의 불안요소를 형성한다. 이러한 불안요소는 장소이격에 의하여 완화 내지 제거된다.

그러므로 집회의 비폭력원칙은 당연히 집회장소 이격의 원칙을 요청하게 된다.

(3) 상대존중의 원칙

민주주의는 다원주의(多元主義)를 그 요소로 하고 다원주의는 서로 다른 의견이나 이해관계를 가진 복수의 집단이 서로 상대를 존중할 때에만 유지된다. 길항(拮抗)하는 다원적 집단의 평화공존은 상대존중의 원칙이 지켜질 때에만 가능하다.

집회도 마찬가지이다. 긴장관계에 있는 두 집단이 서로 상대를 존중하는 원칙을 끝까지 지킬 때에만 평화적인 집회, 비폭력적인 집회가 가능하여진다.

상대존중의 원칙도 장소이격을 요청한다. 서로 존중하여야 할, 그러나 서로 길항관계에 있는 두 집단이, 공간적으로 접촉하거나 밀접하여 있으면 긴장이 고조되어 불안이 증대되고 상대존중은 자칫 격렬한 적대감으로 표면될 수 있기 때문이다.

그러므로 상대존중의 원칙이 준수되는 정도는 장소이격의 정도에 영향을 주고 장소이격의 정도는 상대존중의 원칙에 영향을 준다. 바꾸어 말하면 상대존중의 원칙이 잘 준수되는 곳에서는 그만큼 장소이격의 필요는 줄어드는 것이고 반대로 상대존중의 원칙이 제대로 작동하지 않는 곳에서는 그만큼 더 장소이격의 필요가 커진다는 것이다.

나. 의회의 입법재량

비폭력집회를 담보하기 위하여 어느 정도의 장소이격이 필요할 것인가 하는 문제는, 법과 질서(law and order)에 대한 존중의 정도, 체제경쟁에 집회가 이용되는 빈도, 군중심리의 속성, 사회의 분위기 등을 종합적으로 고려하여 궁극적으로 의회가 입법재량으로 결정할 문제인 것이다. 이러한 재량에 있어서는 집회를 보호, 규제하는 실제의 업무를 제1선에서 담당하는 행정부가 위에서 본 여러 상황적 요소에 대하여 그 동안 축적하여온 경험과 판단 등이 당

연히 하나의 참고가 될 것이다. 물론, 의회의 입법재량이 기본권의 본질을 침해할 정도로 현저히 잘못된 것이라면 이는 헌법재판소의 위헌판단대상이 될 것이지만 “끓는 물”의 현장에서 떨어져 있게 마련인 헌법재판소의 판단은 가일층 신중을 요한다.

다. 이 사건의 경우

계쟁조항이 정하고 있는 100m의 장소이격은, 이 시대가 보여주는 법과 질서에 대한 존중의 정도, 군중심리의 표동정도, 체제경쟁에 집회가 이용되는 정도 등에 비추어 볼 때, 집회 평화의 원칙 및 장소이격의 원칙 그리고 상대 존중의 원칙을 준수하기 위하여 필요한 정도를 현저히 벗어나는 것이라고는 볼 수 없다. 그러므로 나는 계쟁조항은 위헌이 아니라고 생각한다.

한편, ① 소규모집회마저도 허용하지 않는 계쟁조항의 경직성, ② 원래 집회가 허용되는 장소까지도, 이것이 집회금지장소에 인접하여 있는 경우, 당달아 금지구역에 포섭되고는 불합리의 발생 등이 문제로 지적될 수 있다.

그러나 첫째로 작은 불씨가 요원(爍遠)의 불로 번질 수 있는 것에 비유할 만한 집회의 가변성이나 의외성에 비추어 시작단계에서의 집회규모의 소규모성이라든지, 집회금지대상에 인접한 다른 시설이 집회의 대상이라든지 하는 정황은 계쟁조항의 합헌 여부를 좌우할 만한 요소가 될 수 없는 것이고, 둘째로 계쟁조항의 적용에 의하여 금지되는 집회의 구체적 범위는 법원의 합리적인 해석에 의하여 적정하게 결정될 수 있고, 또 그렇게 결정되어야 하는, 문제이므로 계쟁조항의 적용범위를 고정, 불변의 것으로 가정하여 이를 바로 위헌으로 연결시켜서는 안될 것이다. 그러므로 계쟁조항은 역시 위헌이 될 수 없다고 생각한다.

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

구 특별소비세법 제1조 제2항 제4종 제2류 제1호 위헌소원

(2003. 10. 30. 2002헌바81 전원재판부)

【판시사항】

1. 특별소비세의 과세대상을 규정하고 있는 구 특별소비세법(1999. 12. 3. 법률 제6032호로 개정되기 전의 것) 제1조 제2항 제4종 제2류 제1호 중 ‘고급사진기’ 부분이 헌법상 조세법률주의가 요구하는 과세요건 명확주의의 원칙에 위반되는지 여부(소극)

2. 위 조항 중 고급사진기에 대한 특별소비세의 과세표준을 “물품가격 중 대통령이 정하는 기준가격을 초과하는 가격”으로 정하도록 위임하고 있는 것이 헌법상 포괄위임금지의 원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 구 특별소비세법(1999. 12. 3. 법률 제6032호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구법’이라고 한다) 제1조 제2항 제4종 제2류 제1호 중 ‘고급사진기’ 부분(이하 ‘이 사건 조문’이라고 한다)에서 ‘고급사진기’란, 사회통념상 사진기에 해당하는 물품 중 일반인이 일상적으로 사용하는 용품의 범위를 벗어난 일정 가격 이상의 사진기를 의미하는 것으로서, 특별소비세법의 위임에 따라 대통령령으로 정한 기준가격 이상의 사진기라는 의미로 분명하게 해석되므로 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 염려가 있을 정도로 지나치게 추상적이고 불명확한 규정이라고 볼 수 없고, 따라서 헌법상 조세법률주의가 요구하는 과세요건 명확주의의 원칙에 위반되지 않는다.

2. 이 사건 조문 중 구법 제1조 제2항 제4종 본문에서 고급사진기에 대한 특별소비세의 과세표준을 “물품가격 중 대통령이 정하는 기준가격을 초과하는 가격”으로 정하도록 위임하고 있는 것은, 사치성 소비재에 특별소비세를 과세함으로써 부가가치세 부담의 역진성

을 보완한다는 입법목적의 범위 내에서 사치성 소비재로 볼 수 있을 정도의 가격을 정하도록 위임한 것이라고 할 것이므로, 어느 정도 위임의 범위가 한정되어 있다고 할 것이고, 사치성 소비재로서의 사진기에 해당하는지 여부는 그때 그때의 국가의 경제사정이나 국민의 소득수준, 일반적인 사진기의 가격, 기술의 발전, '고급'에 대하여 느끼는 국민심리 등 제반 사정을 고려하여 결정하여야 할 것이므로 미리 법률로 상세하게 정하기는 입법기술상 어려운 반면 시대상황 등에 능동적·탄력적인 대응을 하기 위하여 행정입법에 위임하는 것이 합리적이며, 이 사건 조문의 위임에 의하여 대통령령으로 정하여질 기준가격의 허용범위는 위에서 본 바와 같이 한정된다는 점에서 위임의 구체성·명확성의 요건이 충족되었다고 볼 수 있으므로 헌법상 포괄위임입법금지의 원칙에 위반되지 아니한다.

【심판대상조문】

특별소비세법(1999. 12. 3. 법률 제6032호로 개정되기 전의 것) 제1조(과세대상과 세율)

① 생략

② 특별소비세를 부과할 물품(이하 “과세물품”이라 한다)과 그 세율은 다음과 같다.

제1종~제3종 생략

제4종 다음의 과세물품은 물품가격 중 대통령령이 정하는 기준가격(이하 “기준가격”이라 한다)을 초과하는 가격에 당해 물품의 세율을 적용한다.

제1류 생략

제2류

다음 각호의 과세물품의 세율은 100분의 30으로 한다.

1. 고급사진기와 동 관련제품

2.~5. 생략

제5종 생략

③~① 생략

【참조조문】

헌법 제38조, 제59조, 제75조

특별소비세법(1999. 12. 3. 법률 제6032호로 개정되기 전의 것) 제1조(과세대상과 세율)

① 특별소비세는 특정한 물품·특정한 장소에의 입장행위 및 특정한 장소에서의 유희음식행위에 대하여 부과한다.

② 특별소비세를 부과할 물품(이하 “과세물품”이라 한다)과 그 세율은 다음과 같다.

제1종 다음 각호의 과세물품의 세율은 물품가격의 100분의 30으로 한다.

1. 투전기·오락용사행기구 기타 오락용품
2. 골프용품과 수렵용총포류
3. 모터보트·요트와 동 관련제품
4. 설상 및 수상스키용품과 동 스쿠터·볼링용구·윈드서핑용구·행글라이더 및 그 날개·모터행글라이더 및 그 날개와 착륙장치
5. 공기조절기와 동 관련제품
6. 영사기·촬영기와 동 관련제품
7. 텔레비전영상투사기 및 동 스크린

제2종 다음 각호의 과세물품의 세율은 물품가격의 100분의 15로 한다.

1. 냉장고와 냉동고(전기·가스·유류식의 것을 말한다)
2. 전기세탁기(세탁물의 건조기를 포함하며, 가정형의 것에 한한다)
3. 천연색텔레비전수상기와 동 관련제품
4. 텔레비전영상·음향기록기와 동 관련제품
5. 전기음향기기(소형 휴대용의 음성녹음 및 재생기능을 갖춘 것으로서 대통령령이 정하는 규격 이하의 것을 제외한다)
6. 전기·전열·가스 및 액체연료이용기구(가정형의 것에 한한다)
7. 그랜드형의 피아노
8. 크리스탈유리제품
9. 커피와 코코아

제3종 다음 각호의 과세물품의 세율은 물품가격의 100분의 10으로 한다.

1. 청량음료
2. 기호음료
3. 자양강장품
4. 사탕
5. 특수화장품
6. 그랜드형의 것이 아닌 피아노(전자오르간과 신디사이저를 포함한다)

제4종 다음의 과세물품은 물품가격 중 대통령령이 정하는 기준가격(이하 “기준가격”이라 한다)을 초과하는 가격에 당해 물품의 세율을 적용한다.

제1류

다음 각호의 과세물품의 세율은 100분의 30으로 한다.

1. 보석(공업용 다이아몬드와 가공하지 아니한 원석을 제외한다)·진주·별갑·산호·호박 및 상아와 이를 사용한 제품
2. 귀금속제품

제2류

다음 각호의 과세물품의 세율은 100분의 30으로 한다.

1. 고급사진기와 동 관련제품

2. 고급시계
3. 고급모피와 동 제품(토모피 및 그 제품과 생모피를 제외한다)
4. 고급용단
5. 고급가구

제5종 다음의 과세물품은 물품가격에 다음의 세율을 적용한다.

제1류

승용자동차(지프형의 것을 포함한다) ③ 입장행위(관련설비 또는 용품의 이용을 포함한다. 이하 같다)에 대하여 특별소비세를 부과할 장소(이하 “과세장소”라 한다)와 그 세율은 다음과 같다.

1. 경마장 1인 1회의 입장에 대하여 5백원
 2. 증기탕 1인 1회의 입장에 대하여 4만원
 3. 투전기를 시설한 장소 1인 1회의 입장에 대하여 1만원
 4. 골프장 1인 1회의 입장에 대하여 1만 2천원
 5. 카지노 1인 1회의 입장에 대하여 5만원. 다만, 외국인에 대하여는 1인 1회의 입장에 대하여 2천원
 6. 스키장 입장료(설비의 이용대가를 포함하되, 용품의 이용대가는 이를 제외한다.)의 100분의 20
- ④ 유흥음식행위에 대하여 특별소비세를 부과하는 장소(이하 “과세유흥장소”라 한다)와 그 세율은 다음과 같다.

유흥주점 · 외국인 전용유흥음식점과 기타 이와 유사한 장소

유흥음식요금의 100분의 20

- ⑤ 과세물품 · 과세장소 및 과세유흥장소의 세목과 종류는 대통령령으로 정한다.
- ⑥ 제2항과 제3항의 세율은 그 세율의 100분의 30의 범위안에서 대통령령으로 조정할 수 있다.
- ⑦ 과세물품의 판정은 그 명칭 여하에 불구하고 당해 물품의 형태 · 용도 · 성질 기타 중요한 특성에 의한다.
- ⑧ 동일한 과세물품으로서 제2항에 규정하는 2 이상의 품목에 해당하는 것은 당해 물품의 특성에 의한 물품으로 취급하되 그 특성이 명확하지 아니한 경우에는 주용도에 의한 물품으로, 주용도가 명확하지 아니한 경우에는 높은 세율이 적용되는 물품으로 취급한다.
- ⑨ 과세물품이 분쇄되었거나 미조립상태로 반출되는 경우에는 이를 완제품으로 취급한다.
- ⑩ 식품위생법 기타 법령의 규정에 의하여 허가를 받지 아니하고 제4항의 규정에 해당하는 과세유흥장소를 경영하는 경우에는 이를 당해 과세유흥장소로 본다.
- ⑪ 제7항 내지 제10항 이외에 과세물품 · 과세장소 및 과세유흥장소의 판정에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

특별소비세법(1999. 12. 3. 법률 제6032호로 개정되기 전의 것) 제1조의2(잠정세율) ① 제1조 제2항에 규정한 물품 중 기술개발을 선도하는 물품으로서 대통령령이 정하는 물품에 대하여는 다음 각호의 세율을 적용한다.

1. 대통령령이 정하는 날로부터 4년간 : 제1조 제2항의 세율(이하 이 조에서 “기본세율”이라 한다)의 100분의 10
 2. 제1호의 규정에 의한 기간이 경과한 날로부터 1년간 : 기본세율의 100분의 40
 3. 제2호의 규정에 의한 기간이 경과한 날로부터 1년간 : 기본세율의 100분의 70
- ② 제1항의 규정에 의한 세율은 대통령이 정하는 바에 의하여 그 적용을 중지하거나 기본세율의 범위안에서 이를 인상할 수 있다.
- ③ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 세율은 기본세율 및 제1조 제6항의 세율에 우선하여 적용한다.

특별소비세법(1999. 12. 3. 법률 제6032호로 개정되기 전의 것) 제3조(납세의무자) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 이 법의 규정에 의하여 특별소비세를 납부할 의무가 있다.

1. 제1조 제2항 제4종 제1류에 해당하는 과세물품을 판매하는 자(일시적으로 직접 판매하는 소비자는 제외한다)
2. 제1조 제2항에 해당하는 과세물품을 제조하여 반출하는 자
3. 관세법의 규정에 의하여 관세를 납부할 의무가 있는 자로서 제1조 제2항에 해당하는 과세물품을 관세법의 규정에 의한 보세구역(이하 “보세구역”이라 한다)으로부터 반출하는 자
4. 제3호의 경우 이외에 관세를 징수하는 물품에 대하여는 그 관세를 납부할 의무가 있는 자
5. 제1조 제3항의 과세장소의 경영자
6. 제1조 제4항의 과세유흥장소의 경영자

특별소비세법(1999. 12. 3. 법률 제6032호로 개정되기 전의 것) 제4조(과세시기) 물품에 대한 특별소비세는 과세물품을 판매장에서 판매하거나 제조장으로부터 반출하거나 수입신고한 때, 입장행위에 대한 특별소비세는 입장을 한 때, 유흥음식행위에 대한 특별소비세는 유흥음식행위를 한 때에 그 판매, 반출, 신고, 입장 또는 유흥음식행위 당시의 법령의 규정에 의하여 부과한다. 다만, 제3조 제4호의 경우에는 관세법의 규정에 의한다.

특별소비세법(1999. 12. 3. 법률 제6032호로 개정되기 전의 것) 제8조(과세표준) ① 특별소비세의 과세표준은 다음 각호의 규정에 의한다. 다만, 제1조 제2항 제4종의 과세물품은 다음 제1호 내지 제4호의 가격 중 기준가격을 초과하는 가격을 과세표준으로 한다.

1. 제3조 제1호의 납세의무자가 판매하는 물품은 판매장에서 판매한 때의 가격
2. 제3조 제2호의 납세의무자가 제조하여 반출하는 물품은 제조장으로부터 반출한 때의 가격
3. 제3조 제3호의 납세의무자가 보세구역으로부터 반출하는 물품은 수입신고를 한 때의 가격
4. 제3조 제4호의 물품은 당해 관세를 징수한 때의 가격
5. 과세장소에서 입장행위에 있어서는 입장한 때의 요금 또는 인원
6. 과세유흥장소에서의 유흥음식행위에 있어서는 유흥음식행위를 한 때의 그 요금. 다만, 제23조의3의 규정에 의한 과세유흥장소에 있어서는 대통령령이 정하는 바에 의

하여 현금수입금액을 그 과세표준으로 할 수 있다.

② 제1항 제1호 내지 제6호의 가격 또는 요금에는 당해 물품 또는 입장행위 및 유흥음식행위에 대한 특별소비세와 부가가치세를 포함하지 아니하며, 동항 제1호 내지 제4호의 가격에는 그 용기대금과 포장비용(대통령령이 정하는 것을 제외한다)을 포함한다.

③ 과세표준이 되는 가격·요금 또는 인원의 계산에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

특별소비세법시행령(1999. 12. 3. 대통령령 제16607호로 개정되기 전의 것) 제1조(과세 물품·과세장소 및 과세유흥장소의 세목등) 특별소비세법(이하 “법”이라 한다) 제1조 제5항의 규정에 의한 과세물품의 세목은 별표 1과 같이 하고, 과세장소의 종류는 별표 2와 같이 하며, 과세유흥장소의 종류는 유흥주점·외국인전용유흥음식점 및 기타 이와 유사한 장소로 한다.

특별소비세법시행령(1999. 12. 3. 대통령령 제16607호로 개정되기 전의 것) 제4조(기준 가격) 법 제1조 제2항 제4종에 규정된 물품에 대하여 적용하는 기준가격은 다음 각호와 같다.

1. 법 제1조 제2항 제4종 제1류의 물품 및 법 제1조 제2항 제4종 제2류 제1호 내지 제4호의 물품은 1개당 100만원으로 한다. 다만, 법 제1조 제2항 제4종 제2류 제1호 중 고급사진기 관련제품은 1개당 50만원으로 하며, 법 제1조 제2항 제4종 제2류 제4호의 물품은 그 물품의 면적에 평방미터당 5만원을 곱하여 계산한 금액이 100만원을 초과하는 경우에는 그 금액으로 한다.
2. 법 제1조 제2항 제4종 제2류 제5호의 물품의 경우에는 1조당 500만원 또는 1개당 300만원으로 한다.

【참조판례】

1. 헌재 1992. 12. 24. 90헌바21, 판례집 4, 890
헌재 1995. 11. 30. 93헌바32, 판례집 7-2, 598
헌재 1995. 11. 30. 94헌바40등, 판례집 7-2, 616
헌재 1998. 12. 24. 97헌바33등, 판례집 10-2, 871
헌재 2000. 6. 29. 98헌바35, 판례집 12-1, 786
헌재 2003. 6. 26. 2002헌바101, 공보 82호, 581
대법원 2003. 4. 22. 선고 2002두8374 판결, 공보불게재
2. 헌재 1997. 10. 30. 96헌바92등, 판례집 9-2, 494
헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562
헌재 1999. 1. 28. 97헌가8, 판례집 11-1, 1
헌재 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53
헌재 1998. 7. 16. 96헌바52등, 판례집 10-2, 172
헌재 2000. 8. 31. 99헌바104, 판례집 12-2, 233
헌재 2001. 11. 29. 2000헌바23, 판례집 13-2, 606

【당 사 자】

청 구 인 한국코닥주식회사

대표이사 강동성

대리인 변호사 진형섭

당해사건 서울고등법원 2001누18505 특별소비세부과처분취소

【주 문】

구 특별소비세법(1999. 12. 3. 법률 제6032호로 개정되기 전의 것) 제1조 제2항 제4종 제2류 제1호 중 ‘고급사진기’ 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 1997. 11. 11.부터 1999. 8. 25.까지 사이에 코닥(KODAK)사로부터 43회에 걸쳐 DCS460C 등의 디지털카메라(이하 ‘이 사건 디지털카메라’라고 한다)를 수입하면서 특별소비세 146,452,210원 등을 신고, 납부하였고, 1999. 7. 20. 같은 회사로부터 디지털이미지비디오카메라 1대를 수입하면서 특별소비세 비과세대상으로 신고하였다.

(2) 그 후, 청구인은 이 사건 디지털카메라가 특별소비세 과세대상이 아니라는 이유로 인천세관 부평출장소장에게, (가) 1999. 9. 2.경에, 1998. 9. 10.부터 1999. 8. 25.까지 사이에 24회에 걸쳐 디지털카메라를 수입하면서 신고, 납부한 특별소비세 97,649,610원 등에 대한 세액 경정청구를, (나) 1999. 10. 29.경에, 1997. 11. 11.부터 1998. 8. 29.까지 사이에 19회에 걸쳐 디지털카메라를 수입하면서 신고, 납부한 특별소비세 48,802,600원 등에 대한 과오납금 환급청구를 하였으나, 위 부평출장소장은 이 사건 디지털카메라가 구 특별소비세법 소정의 고급사진기에 해당한다는 이유로 1999. 9. 30. 위 세액 경정청구를, 1999. 11. 4. 위 과오납금 환급청구를 각 거부하는 한편, 1999. 10. 4. 청구인에게, 청구인이 위와 같이 비과세대상으로 신고한 디지털이미지비디오카메라도 고급사진기에 해당한다는 이유로 특별소비세 14,130,650원 등을 부과(이상의 처분들을 모두 합하여 이하에서는 ‘이 사건 처분’이라고 한다)하였다.

(3) 이에 청구인은 위 부평출장소장을 상대로 이 사건 처분의 취소를 구하는 소송을 제기하여 제1심에서 패소한 후 항소하여 당해사건인 서울고등법원

2001누18505호로 소송 계속 중 구 특별소비세법 제1조 제2항 제4종 제2류 제1호 중 ‘고급사진기’ 부분 등에 관하여 위헌제청신청을 하였으나, 2002. 8. 20. 법원이 위 신청 및 항소를 모두 기각하였다.

(4) 청구인은 2002. 9. 3. 위 위헌제청신청 기각결정을 송달 받고, 2002. 9. 12. 위 조항부분의 위헌결정을 구하기 위하여 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 헌법소원 심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

(1) 이 사건 심판의 대상은 구 특별소비세법(1999. 12. 3. 법률 제6032호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구법’이라고 한다) 제1조 제2항 제4종 제2류 제1호 중 ‘고급사진기’부분(이하 ‘이 사건 조문’이라고 한다)의 위헌여부이고, 이 사건 조문 및 관련 조문의 내용은 다음과 같다.

(2) 심판대상조문(아래 밑줄 친 부분)

구법 제1조(과세대상과 세율) ② 특별소비세를 부과할 물품(이하 “과세물품”이라 한다)과 그 세율은 다음과 같다.

제4종 다음의 과세물품은 물품가격 중 대통령령이 정하는 기준가격(이하 “기준가격”이라 한다)을 초과하는 가격에 당해 물품의 세율을 적용한다.

제2류 다음 각호의 과세물품의 세율은 100분의 30으로 한다.

1. 고급사진기와 동 관련제품

(3) 관련 조문

구법 시행령(1999. 12. 3. 대통령령 제16607호로 개정되기 전의 것) 제1조(과세물품·과세장소 및 과세유흥장소의 세목 등) 특별소비세법(이하 “법”이라 한다) 제1조 제5항의 규정에 의한 과세물품의 세목은 별표 1과 같이 하고, 과세장소의 종류는 별표 2와 같이 하며, 과세유흥장소의 종류는 유흥주점·외국인전용유흥음식점 및 기타 이와 유사한 장소로 한다.

[별표 1] 과세물품

제4종 제2류

1. 고급사진기와 동 관련제품[공중측량용·법정비용·천체관측용·현미경용·의료용·수중촬영용·문서복사(제판)용·신분증제작용·증명사진전용·반도체소자촬영용의 것을 제외한다]

가. 고급사진기

제4조(기준가격) 법 제1조 제2항 제4종에 규정된 물품에 대하여 적용하는 기준가격은 다음 각호와 같다.

1. 법 제1조 제2항 제4종 제1류의 물품 및 법 제1조 제2항 제4종 제2류 제1호 내지 제4호의 물품은 1개당 100만원으로 한다. (단서 생략)

2. 청구인의 주장과 법원의 위헌제청기각 이유 및 이해관계인의 의견가. 청구인의 주장

이 사건 조문은 ‘고급’의 구체적 의미가 무엇인지에 관하여 규정하고 있지 아니하므로 헌법상 조세법률주의의 원칙에 위반된다.

나. 법원의 위헌제청기각 이유

이 사건 조문이 ‘고급사진기’를 특별소비세 과세대상으로 규정하면서도 ‘고급’의 구체적 의미가 무엇인지에 관하여 정면으로 규정하고 있지는 않다.

그러나, 구법의 입법취지와 위 법 및 그 시행령 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여 볼 때 이 사건 조문상 고급사진기는 일정한 기준가격을 초과하는 가격의 사치성 소비재로서의 사진기를 의미하는 것이라는 것을 쉽게 알 수 있고, 비록 구 법에서 직접 구체적 기준가격을 정하지 아니하고 대통령령에 위임하였다 하더라도 사치성 소비재로 볼 수 있을 정도의 가격을 정하도록 위임한 것이라고 할 것이므로 이는 그 위임의 기본사항을 정한 다음 단지 세부적, 기술적 사항만을 대통령령에 위임한 것이라고 볼 수 있을 뿐 아니라, 어떤 범위의 사진기를 과세대상이 되는 사치성 소비재로서의 사진기로 볼 것인가는 그때 그때의 국가의 경제사정, 국민의 소득수준, 일반적인 사진기의 가격, 국민심리 등 여러 사정을 고려하여 정하는 것이 적당하다고 보므로 이 사건 조문이 조세법률주의에 위반된다고 할 수 없다.

다. 재정경제부장관의 의견

특별소비세는 단일세율로 적용되는 부가가치세의 역진성을 보완하기 위하여 고급가구, 고급사진기, 고급모피, 고급귀금속 등 일부 고가물품에 대하여 과세하는 것인바, 고급물품의 범위는 소득수준의 향상, 물가상승률, 소비의 대중화 등 경제·사회적 여건의 변화에 따라 달라지므로 이에 탄력적으로 대응하고자 초과금액과세제도를 도입하여 해당 기준가격을 초과하는 가격부분에 대하여만 특별소비세를 과세하도록 하고, 그 기준가격을 대통령령에 위임하였다.

이 사건 조문 중 ‘고급’의 의미는 사회통념상 일반적으로 사용되는 용어이고, 자본주의 시장경제 구조에서 당해물품이 고급에 해당되는지 여부는 시장가격을 기준으로 판단하되, 어느 수준의 가격을 고급으로 할 것인지는 소득수준, 물가수준 및 소비수준 등 제반 사정을 고려하여 정하여질 수밖에 없다.

따라서, 특별소비세법의 입법취지와 위 법 및 그 시행령 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여 볼 때 이 사건 조문 중 ‘고급사진기’는 일반인이 일상적으로 사용하는 물품의 범위를 벗어난 일정가격 이상의 사진기를 의미하는 것이라는 것을 쉽게 예측할 수 있으므로 조세법률주의 및 포괄위임입법 금지의 원칙에 위반되지 아니한다.

3. 판 단

가. 특별소비세에 관한 일반적 검토

(1) 개 념

강학상의 특별소비세란, 일반소비세에 대응하는 개별소비세로서의 한 세목을 말하고, 실정법상의 특별소비세란, 1977. 7. 1. 부가가치세법과 더불어 시행한 특별소비세법에 의하여 사치성 상품의 소비 및 사치성 행위에 과세하는 소비세를 말한다. 즉 특정한 물품의 판매 또는 반출, 특정한 장소에의 입장행위 및 유흥음식행위 등이 있을 때 그 판매 또는 반출가격이나 입장요금 또는 인원이나 유흥음식요금을 과세표준으로 하여 부과하는 소비세를 말한다.

(2) 과세목적

특별소비세가 도입된 본래의 목적은 사치성 소비재에 과세함으로써 부가가치세 부담의 역진성을 보완하는 것이고, 그밖에 소비과열로 인한 인플레이 방지 등과 같은 경기조절, 수입억제 또는 대체를 통한 국내유치산업 보호 및 국제수지 방어, 세수의 안정적 확보 등도 주요 과세목적이다.

(3) 과세체계

(가) 과세대상

특별소비세의 과세대상은 관계 법령에서 특정하여 열거하는 물품, 장소, 유흥음식행위이다.

구법은 과세대상을 과세물품 제1종 내지 제5종, 과세장소 및 과세유흥장소로 구분하고 있다. 과세물품으로 제1종에는 오락성 사행기구, 스포츠용품, 수렵용 총포류, 영사기와 촬영기, 텔레비전영상투사기(프로젝션 TV), 에어컨 등이, 제2종에는 커피, 코코아, 그랜드형 피아노, 크리스탈유리제품 및 대부분의 가전제품 등 주로 내구소비재가, 제3종에는 청량·기호음료, 자양강장품, 설탕, 특수화장품, 일반형 피아노가, 제4종에는 보석·귀금속제품, 고급사진기, 고급모피, 고급음단, 고급가구 등 고가의 사치품이, 제5종에는 승용자동차와 주요 석유류 관련제품이 주요 과세대상으로 규정되어 있다. 다만 이 사건 과세물품인 고급사진기를 포함한 제4종 과세물품의 경우에는 다른 종과는 달

리 1994년에 초과금액 과세제도가 도입되어 해당 과세대상의 물품가격 중 대통령령이 정한 기준가격을 초과하는 부분에 대해서만 과세한다(구법 제1조 제2항).

(나) 과세시기

과세대상이 물품인 경우 국내제조물품은 그 제조장에서 반출한 때에 과세하되, 다만 법 제1조 제2항 제4종 제1류에 해당하는 보석·귀금속제품은 판매장에서 판매한 때에 과세하며, 수입 물품은 수입신고를 한 때에 과세한다. 과세장소를 이용하는 것은 그 장소에 입장한 때에 과세하고, 유흥음식행위는 그 유흥을 하고 음식을 소비한 때에 과세한다(구법 제4조, 제3조).

(다) 납세의무자

특별소비세는 소비세의 본질상 물품의 가격이나 시설의 입장 또는 이용에 따른 요금을 통하여 당해 세부담이 소비자에게 전가되어지기를 기대하여 입법되고 과세되는 조세이므로 그 납세자는 물품을 소비하거나 시설을 이용하는 자이다.

그러나 특별소비세법에서는 징세 문제, 과세기술상의 문제 및 국민들의 납세의식 수준 등을 감안하여 납세자와 납세의무자를 달리하고 있다.

특별소비세의 납세의무자는, 과세대상이 물품인 경우 국내제조물품은 그 제조장에서 제조하여 반출하는 자이고, 다만 법 제1조 제2항 제4종 제1류에 해당하는 보석·귀금속제품은 소비자에게 직접 판매하는 자이며, 수입 물품은 관세법에 의한 관세납부의무자이다. 과세대상이 과세장소 입장행위나 유흥음식행위인 경우에는 그 과세장소나 과세유흥장소의 경영자가 납세의무자이다(구법 제3조).

(라) 과세표준

과세표준이란 소정의 세율을 적용하여 세액을 산출하는 기준이다.

특별소비세의 과세표준의 기준은 과세대상이 물품인 경우 그 납세의무의 유형에 따라 국내제조물품은 그 납세의무자가 제조장에서 실지로 반출한 가격, 다만 법 제1조 제2항 제4종 제1류에 해당하는 보석·귀금속제품은 그 납세의무자가 실지로 판매한 가격, 수입 물품은 관세의 과세가격에 당해 물품에 부과된 관세 상당액을 합한 금액으로 하되, 법 제1조 제2항 제4종에 해당하는 물품은 위 가격 중 대통령령이 정하는 기준가격을 초과하는 가격으로 한다. 과세대상이 과세장소 입장행위인 경우에는 입장한 때의 요금 또는 인원, 유흥음식행위인 경우에는 그 요금을 각 과세표준으로 한다(구법 제8조, 제1조).

(마) 세 율

부과목적은 달성하기 위해서는 각 과세물품에 대하여 부가가치세와 같이 일률적으로 세율을 적용할 것이 아니라 각 물품 등의 특성 등에 따라 차등과세가 이루어져야 한다. 이에 따라 과세물품을 제1종 내지 제5종으로 나누어 그 기본세율을 달리 적용하고, 아울러 입장행위 및 장소, 유흥음식행위별로 그 부과금액 또는 세율을 달리 적용하였다(구법 제1조 제2항 내지 제4항). 이러한 기본세율 외에, 조세의 경기조절기능을 수행하기 위한 목적에서 일정한 범위 안에서 세율의 인상 또는 인하를 행정부가 할 수 있도록 위임함으로써 기본세율은 그대로 두고 그때 그때의 경기조절을 위한 정책목적에 따라 수시로 조정하여 임시적으로 적용하는 탄력세율제(같은 조 제6항), 나아가 과세물품 중 기술개발을 선도하는 물품으로서 수출전략상 내수기반의 확대가 필요하다고 인정되는 것에 대하여 기본세율과 달리 적용하는 잠정세율제(구법 제1조의2)를 두고 있다.

나. 이 사건 조문의 입법연혁·해석 및 적용

(1) 입법연혁

고급사진기는 특별소비세법 제정시 과세물품으로 지정되지 않았으나, 1978. 12. 5. 법 개정시 과세물품으로 지정되어 그 가격이 과세최저한 이상인 경우에 과세표준을 총가격으로 산정하여 과세하다가, 1993. 12. 31. 법 개정으로 초과금액과세제도가 도입되어 대통령령이 정하는 기준가격을 초과하는 가액 부분만을 과세표준으로 산정하여 과세하여 오고 있다. 고급사진기의 기준가격은 이 사건 조문 시행 당시 개당 100만원이었다가, 그 후 2001. 1. 1.부터 개당 200만원으로 인상 시행되었다.

(2) 해석 및 적용

(가) 학 설

‘고급사진기’는 사진기 가운데 특별소비세법상 과세대상으로 규정하고 있는 고가의 사진기로서, 특별소비세법의 위임에 따라 대통령령으로 정한 기준가격을 초과하면 고급사진기에 해당한다고 본다.

(나) 판 례

판례상 ‘고급사진기’는 일반인이 일상적으로 사용하는 용품의 범위를 벗어난 일정 가격, 즉 특별소비세법의 위임에 따라 대통령령으로 정한 기준가격 이상의 사진기를 의미하는 것으로 해석, 적용하고 있다(대법원 2003. 4. 22. 선고 2002두8374 판결, 공보 불게재).

(3) 이 사건 디지털카메라 등에 대한 이 사건 조문의 적용 결과

당해사건의 상고심인 대법원은, 이 사건 디지털 카메라와 고속순간촬영용 디지털 이미지 비디오 카메라는 구법 시행령 제4조에서 정한 기준가격을 초과하는 사진기이므로 구법 소정의 ‘고급사진기’에 해당하고, 위 시행령 별표 1 제4종 제2류 제1호 소정의 비과세대상 항목에 해당하지 아니한다는 이유로 이 사건 디지털 카메라 등에 특별소비세를 부과한 이 사건 처분을 적법하다고 판단한 당해사건의 항소심판결을 그대로 유지하였다(대법원 2003. 4. 22. 선고 2002두8374 판결, 공보 불게재).

다. 헌법적 검토

(1) 쟁 점

청구인은 이 사건 조문이 ‘고급’의 구체적 의미가 무엇인지에 관하여 규정하고 있지 아니하여 헌법상 조세법률주의의 원칙, 즉 과세요건 명확주의에 위반된다는 취지로 주장하므로 먼저 이 점에 관하여 검토하고, 나아가 직권으로 이 사건 조문 중 구법 제1조 제2항 제4종 본문의 ‘대통령령이 정하는 기준가격’부분과 관련하여 헌법상 포괄위임입법금지 원칙에 위반되는지 여부를 검토한다.

(2) 조세법률주의의 원칙 위반 여부

(가) 일반론

헌법은 제38조에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다.”라고 규정하였고, 제59조에서 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다.”라고 규정하여 조세법률주의를 선언하고 있다.

조세법률주의는 과세요건 법정주의와 과세요건 명확주의를 그 핵심적 내용으로 하고 있는바, 과세요건 명확주의는 과세요건을 법률로 규정하였다고 하더라도 그 규정내용이 지나치게 추상적이고 불명확하면 이에 대한 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 염려가 있으므로 그 규정 내용이 명확하고 일의적이어야 한다는 것을 말하며, 과세요건 법정주의는 납세의무를 성립시키는 납세의무자, 과세물건, 과세표준, 과세기간, 세율 등의 모든 과세요건과 부과·징수절차는 모두 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로 규정하여야 한다는 것을 말한다(헌재 1992. 12. 24. 90헌바21, 판례집 4, 890, 899등 참조).

조세법률주의의 이념은 결국 과세요건을 국회가 제정한 법률로 명확하게 규정함으로써 국민의 재산권을 보장함과 동시에 국민의 경제생활에 있어서의

법적 안정성과 예측가능성을 보장하기 위한 것이다(헌재 1995. 11. 30. 93헌바 32, 판례집 7-2, 598, 607등 참조).

다만, 법률은 일반성, 추상성을 가지는 것으로서 법률규정에는 항상 법관의 법보충작용으로서의 해석을 통하여 그 의미가 구체화, 명확화될 수 있다는 점에 유의해야 한다. 이는 조세법률주의가 적용되는 조세법 분야에 있어서도 다를 바 없으므로, 조세법 규정이 당해 조세법의 일반이론이나 그 체계 및 입법 취지 등에 비추어 그 의미가 분명해질 수 있다면 이러한 경우에도 명확성을 결여하였다고 하여 그 규정이 과세요건 명확주의에 위반되어 위헌이라고 할 수는 없다(헌재 1995. 11. 30. 94헌바40등, 판례집 7-2, 616, 631; 1998. 12. 24. 97헌바33등, 판례집 10-2, 871, 892; 2000. 6. 29. 98헌바35, 판례집 12-1, 786, 795; 2003. 6. 26. 2002헌바101, 공보 82호, 581, 584).

(나) 이 사건 조문의 검토

고급사진기를 특별소비세의 과세대상으로 정한 이 사건 조문이 과연 헌법상의 조세법률주의가 요구하는 과세요건 명확주의의 원칙에 부응한 것인지 여부에 관하여 판단하기로 한다.

사전적 의미로 ‘고급(高級)’은 높은 등급(계급)을 뜻하고, ‘사진기(寫眞機)’는 렌즈를 사용하여 필름 또는 건판에 사람이나 물체를 찍는 기계를 뜻하므로, ‘고급사진기’는 ‘렌즈를 사용하여 필름 또는 건판에 사람이나 물체를 찍는 기계 중 높은 등급의 것’이라고 의미를 한정할 수 있다.

일반적으로 사진기 자체에 관하여는 위 사전적 의미와 같은 사회통념이 형성되어 있는 것으로 보인다. 나아가 고급사진기에 관하여도 사회통념이 형성되어 있는지 보건대, 사진기 판매 종사자 및 구매자를 포함한 일반 국민의 관념에 의하면, 사진기의 종류에 따라 고급 여부를 판단하는 기준이 다를 수 있지만 시장경제의 속성상 이러한 기준의 구비 여부가 가격에 반영될 수밖에 없으므로, 사진기의 종류에 따라 어느 정도 가격에 차이는 있더라도 일반적으로 고급사진기란 일반인이 일상적으로 사용하는 사진기의 가격을 넘는 높은 가격의 사진기라는 사회통념이 형성되어 있다고 볼 수 있다.

앞서 본 바와 같이 고급사진기를, 학설 및 판례는 일반인이 일상적으로 사용하는 용품의 범위를 벗어난 것으로서 특별소비세법의 위임에 따라 대통령령으로 정한 기준가격 이상의 사진기라는 의미로 해석하고 있으며, 실무상으로도 그와 같이 적용하고 있다.

그렇다면, 이 사건 조문의 ‘고급사진기’란, 사회통념상 사진기에 해당하는

물품 중 일반인이 일상적으로 사용하는 용품의 범위를 벗어난 일정 가격 이상의 사진기를 의미하는 것으로서, 특별소비세법의 위임에 따라 대통령령으로 정한 기준가격 이상의 사진기라는 의미로 분명하게 해석되므로 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 염려가 있을 정도로 지나치게 추상적이고 불명확한 규정이라고 볼 수 없고, 따라서 헌법상의 조세법률주의가 요구하는 과세요건 명확주의의 원칙에 위반되지 않는다.

(3) 포괄위임입법금지의 원칙 위반 여부

(가) 일반론

헌법 제38조 및 제59조에 의거한 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 1997. 10. 30. 96헌마92등, 판례집 9-2. 494).

이에 따라 헌법은 제75조에서 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정하여 위임입법의 근거를 마련하는 한편 대통령령으로 입법할 수 있는 사항을 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항으로 한정함으로써 위임입법의 범위와 한계를 제시하고 있다. 위임입법의 필연성은 인정하면서도, 동시에 일반적이고 포괄적인 위임은 이를 허용하지 아니함으로써 헌법이 그 바탕으로 하는 권력분립주의, 의회주의 내지 법치주의의 기본원리는 유지하겠다는 의지를 명백히 한 것이다. 그런데, 헌법에 의하여 위임입법이 용인되는 한계인 ‘법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항’이라 함은 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본 사항이 구체적이고 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다는 것을 의미한다.

위임입법의 위와 같은 구체성, 명확성의 요구 정도는 각종 법률이 규제하고자 하는 대상의 종류와 성질에 따라 달라질 것이지만, 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법

규에서는 구체성, 명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정법규의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성, 명확성의 요건이 완화된다(헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562, 591; 1999. 1. 28. 97헌가8, 판례집 11-1, 1, 8).

또한, 그 예측가능성의 유무를 판단함에 있어서는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53, 59; 1998. 7. 16. 96헌바52등, 판례집 10-2, 172, 197; 2000. 8. 31. 99헌바104, 판례집 12-2, 233, 241; 2001. 11. 29. 2000헌바23, 판례집 13-2, 606, 624).

(나) 이 사건 조문 중 구법 제1조 제2항 제4종 본문의 검토

이 사건 조문 중 구법 제1조 제2항 제4종 본문은 고급사진기에 대한 특별소비세 과세표준을 “물품가격 중 대통령이 정하는 기준가격을 초과하는 가격”으로 규정하고 있으므로 이 부분이 과연 위임입법의 헌법적 한계를 준수하였는지 여부를 판단하기로 한다.

살피건대, 사치성 소비재에 특별소비세를 과세함으로써 부가가치세 부담의 역진성을 보완한다는 입법목적의 범위 내에서 사치성 소비재로 볼 수 있을 정도의 가격을 정하도록 위임한 것이라고 할 것이므로, 어느 정도 위임의 범위가 한정되어 있다고 할 것이고, 사치성 소비재로서의 사진기에 해당하는지 여부는 그때 그때의 국가의 경제사정이나 국민의 소득수준, 일반적인 사진기의 가격, 기술의 발전, ‘고급’에 대하여 느끼는 국민심리 등 제반 사정을 고려하여 결정하여야 할 것이므로 미리 법률로 상세하게 정하기는 입법기술상 어려운 반면 시대상황 등에 능동적·탄력적인 대응을 하기 위하여 행정입법에 위임하는 것이 합리적이며, 이 사건 조문의 위임에 의하여 대통령령으로 정하여질 기준가격의 허용범위는 위에서 본 바와 같이 한정된다는 점에서 위임의 구체성·명확성의 요건이 충족되었다고 볼 수 있으므로 이 사건 조문은 포괄 위임입법금지의 원칙에 위반되지 아니한다.

실제로 이 사건 조문의 위임에 따라 구법 시행령은 고급사진기에 관하여 기준가격을 개당 100만원으로 정하여 시행하여 오다가, 소득수준 증대로 인한 소비의 고도화·대중화, 일반적인 사진기의 가격, 기술의 발전 등 제반 사정의 변화에 능동적·탄력적으로 대응하여 현행 특별소비세법시행령은 위 기

준가격을 2001. 1. 1.부터 개당 200만원으로 인상하여 시행하고 있다.

4. 결 론

따라서 이 사건 조문은 헌법상 조세법률주의의 원칙이나 포괄위임입법금지의 원칙에 위반되지 아니하고 달리 헌법에 위반된다고 할 수 없으므로 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

약사법 제21조 제8항 등 위헌확인

(2003. 10. 30. 2000헌마563 전원재판부)

【판시사항】

1. 의료기관의 시설안 또는 구내에서의 약국개설 등록을 금지한 약사법 제16조 제5항 제2호에 의한 기본권침해의 자기관련성이 의료기관 운영자인 청구인에게 존재하는지 여부(소극)

2. 의료기관의 조제실에서 종사하는 약사가 외래환자에게 교부된 처방전에 의하여 의약품을 조제할 수 없도록 규정한 약사법 제21조 제8항에 의한 기본권침해의 자기관련성이 의료소비자에 불과한 청구인들에게 존재하는지 여부(소극)

3. 위 약사법 제21조 제8항에 의한 기본권침해의 자기관련성이 의료기관 운영자인 청구인에게 존재하는지 여부(적극)

4. 헌법 제15조에 의거한 직업의 자유 보장 및 그 제한의 한계

5. 위 약사법 제21조 제8항이 의료기관 운영자인 청구인의 직업행사의 자유를 침해하는지 여부(소극)

6. 위 약사법 제21조 제8항이 의료기관 운영자인 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 청구인 의료법인 성애의료재단은 성애병원내에 조제실을 설치하여 운영해 온 의료기관 운영자에 불과하기 때문에, 약사법 제16조 제5항 제2호의 적용대상이 아님이 분명하므로, 위 약사법조항에 의해서 자신의 기본권이 침해될 가능성이 전혀 없기 때문에, 기본권침해의 자기관련성이 존재하지 않는다.

2. 청구인 송영숙, 조현희 및 전효숙은 의료소비자들에 불과하기 때문에, 약사법 제21조 제8항이 병원과 병원 밖 약국을 따로 이용하게 되는 불편을 청구인들에게 초래한다고 하더라도 청구인들 자신의 행복추구권이 침해될 가능성이 존재하지 않아서 기본권 침해의 자기관련성이 존재하지 않는다.

3. 약사법 제21조 제8항은 청구인 의료법인 성애의료재단이 종전까지 수행해 오던 외래환자에 대한 조제투약 업무를 금지하고 있어서 청구인의 직업수행의 자유를 침해할 가능성이 있으므로, 기본권 침해의 자기관련성이 청구인에게 존재한다.

4. 헌법 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.”라고 규정함으로써 직업선택의 자유를 보장하고 있는바, 헌법 제15조가 말하는 직업선택의 자유는 직업결정의 자유와 직업행사의 자유를 포괄하며, 직업의 자유는 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 불가피한 경우에는 이를 제한할 수 있는데, 특히 직업행사의 자유는 직업결정의 자유에 비하여 상대적으로 그 침해의 정도가 작다고 할 것이어서, 이에 대하여는 공공복리 등 공익상의 이유로 비교적 넓은 법률상의 규제가 가능하지만, 직업수행의 자유를 제한할 때에도 헌법 제37조 제2항에 의거한 비례의 원칙에 위배되어서는 안 된다.

5. 약사법 제21조 제8항이 의약분업제도의 도입을 통하여 의약품의 오·남용을 예방하고 약제비를 절감함과 동시에 환자의 알권리를 신장시키고 제약산업의 발전을 도모함으로써 국민의 보건을 증진시키고자 하는 입법목적은 헌법상 정당성이 인정되고, 약사법 제21조 제8항에 조제실을 설치한 의료기관이 고용된 약사를 통해서 외래환자에 대한 조제업무를 할 수 없도록 규정한 것은 입법목적 달성에 적합하며, 조제실을 갖춘 의료기관이 고용약사를 통해서 외래환자에 대한 원외처방전 조제를 하도록 허용하는 것은 의약품의 오·남용 방지 등의 입법 목적을 달성하는데 부적절하고 다른 대체수단도 존재하지 않으므로 약사법 제21조 제8항은 최소침해성 원칙에 위배되지 않으며, 약사법 제21조 제8항이 조제실을 갖춘 의료기관에서 고용약사를 통한 원외처방전 조제금지를 규정함으로써 발생하는 청구인의 직업행사의 자유 제한이라는 불이익은 크지 않은 반면에, 약사법 제21조 제8항이 추구하는 입법목적의 달성을 통해서 얻게 되는 국민보건의 향상이라는 공익의 비중과 그 효과가 크다고 할 것이므로 약사법 제21조 제8항은 법익균형성의 원칙에 위배되지 아니한다. 따라서 약사법 제21조 제8항은 비례의 원칙에 위배되지 아니하므로 청구인의 직업행사의 자유를 침해하지 아니한다.

6. 약사법 제21조 제8항은 조제실을 갖춘 모든 의료기관을 대상으로 하기 때문에 청구인 의료법인 성애의료재단을 다른 의료기관에 비해서 차별하는 문제가 발생할 여지가 전혀 없으므로, 청구인의 평등권을 침해하지 않는다.

【심판대상조문】

약사법(2000. 1. 12. 법률 제6153호로 개정되어 2000. 7. 1.부터 시행된 것) 제16조(약국의 개설등록) ①~④ 생략

⑤ 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 개설등록을 받지 아니한다.

1. 생략

2. 약국을 개설하고자 하는 장소가 의료기관의 시설안 또는 구내인 경우

약사법(2000. 1. 12. 법률 제6153호로 개정되어 2000. 7. 1.부터 시행된 것) 제21조(의약품의 조제) ①~⑦ 생략

⑧ 의료기관의 조제실에서 조제업무에 종사하는 약사는 의료법 제18조의2의 규정에 의하여 처방전이 교부된 환자에게 의약품을 조제하여서는 아니된다.

【참조조문】

의료법(1999. 9. 7. 법률 제6020호로 개정된 후, 2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되기 전의 것) 제18조의2(처방전의 작성 및 교부) ① 의사 또는 치과의사는 환자에게 의약품을 투여할 필요가 있다고 인정하는 때에는 약사법에 의하여 자신이 직접 의약품을 조제할 수 있는 경우를 제외하고는 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 처방전을 작성하여 환자에게 교부하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 처방전의 서식·기재사항·보존 기타 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

【참조판례】

3. 헌재 1996. 3. 28. 94헌바42, 판례집 8-1, 199

헌재 2001. 6. 28. 2001헌마132, 판례집 13-1, 1441

4. 헌재 1989. 11. 20. 89헌가102, 판례집 1, 329

헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680

헌재 2002. 1. 31. 2000헌가8, 판례집 14-1, 1

헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29

헌재 2002. 10. 31. 99헌바76, 2000헌마505(병합), 판례집 14-2, 410

헌재 2003. 6. 26. 2002헌바3, 판례집 15-1, 713

【당 사 자】

청 구 인 의료법인 장애의료재단 외 3인
대리인 변호사 박상선 외 3인

【주 문】

1. 청구인 의료법인 장애의료재단의 약사법(2000. 1. 12. 법률 제6153호로 개정되어 2000. 7. 1부터 시행된 것) 제16조 제5항 제2호에 대한 심판청구를 각하한다.
2. 청구인 송영숙, 조현희 및 전효숙의 위 약사법 제21조 제8항에 대한 심판청구를 각하한다.
3. 청구인 의료법인 장애의료재단의 위 약사법 제21조 제8항에 대한 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상
가. 사건의 개요

(1) 청구인 의료법인 장애의료재단은 서울 영등포구 신길1동 451의 5에서 장애병원을 운영하면서 의사 및 약사를 고용하여 의료행위를 해왔으며, 특히 고용된 약사를 통해서 병원내에 조제실을 운영하여 왔다. 그리고 청구인 송영숙, 조현희, 전효숙은 의료서비스를 제공받는 의료소비자들이다.

(2) 그런데 2000. 1. 12. 법률 제6153호로 개정되어 2000. 7. 1.부터 시행된 약사법 제16조 제5항 제2호는 의료기관의 시설안 또는 구내에서 약국을 개설하는 것을 금지하고, 같은 법 제21조 제8항은 의료기관의 조제실에서 조제업무에 종사하는 약사는 처방전이 교부된 환자에게 의약품을 조제해서는 안 된다고 규정하였다.

(3) 이에 따라 청구인 장애의료재단은 장애병원 내 조제실에서 종사하는 약사를 통해서 외래환자에게 의약품을 조제할 수 없게 되자, 위 약사법 조항들이 자신의 헌법상 직업의 자유 및 평등권을 침해한다고 주장하면서, 그리고 청구인 송영숙, 조현희 및 전효숙은 위 약사법 제21조 제8항으로 말미암아 필요한 의약품을 구입하기 위하여 병원 외부의 약국을 이용해야 하는 불편을 초래 받았기 때문에 자신들의 헌법상 행복추구권이 침해되었다고 주장하면

서, 2000. 8. 31. 헌법재판소법 제68조 제1항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

(1) 이 사건 심판대상은 약사법(2000. 1. 12. 법률 제6153호로 개정되어 2000. 7. 1부터 시행된 것, 이하 “법”이라 한다) 제16조 제5항 제2호 및 같은 법 제21조 제8항(이하 “이 사건 법률조항들”이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하여 위헌인지 여부이고, 이들 법조항의 내용은 다음과 같다.

약사법 제16조(약국의 개설등록) ⑤ 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 개설등록을 받지 아니한다.

2. 약국을 개설하고자 하는 장소가 의료기관의 시설안 또는 구내인 경우
약사법 제21조(의약품의 조제) ⑧ 의료기관의 조제실에서 조제업무에 종사하는 약사는 의료법 제18조의2의 규정에 의하여 처방전이 교부된 환자에게 의약품을 조제하여서는 아니된다.

(2) 관련법조문

의료법(1999. 9. 7. 법률 제6020호로 개정된 후, 2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되기 전의 것) 제18조의2(처방전의 작성 및 교부) ① 의사 또는 치과 의사는 환자에게 의약품을 투여할 필요가 있다고 인정하는 때에는 약사법에 의하여 자신이 직접 의약품을 조제할 수 있는 경우를 제외하고는 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 처방전을 작성하여 환자에게 교부하여야 한다.

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장 요지

(1) 이 사건 법률조항들은 약사를 제외한 의료인의 의약품조제행위를 금지하는 일반적 금지의 범위를 넘어 장소적으로 의약품조제행위를 제한하기 때문에 의사는 환자의 질병을 진단치료하고, 약사는 의사가 발행한 처방전에 따라 조제 및 투약을 담당한다는 의약분업의 본질과 아무런 관련이 없다. 이러한 장소적 제한은 의약품 조제행위를 일반적으로 금지하는 약사법의 입법취지에 반하여 장소적으로 의약품 조제행위를 제한하는 것일 뿐만 아니라 의약품 오·남용의 방지라는 의약분업의 취지에 비추어 보더라도 합리적인 근거가 없는 것이다.

(2) 동네 약국의 약사가 병원의 외래환자의 처방전을 교부받아 조제하는 경우와 마찬가지로 병원 조제실에 근무하는 약사가 병원의 외래환자의 처방전을 교부받아 조제하는 경우에도 의사와 약사의 직능별 분담이 이루어진다는

점에서 동일하고, 의약분업에 따라 의사의 처방전이 공개되고 병원의 조제실에서 일반 약국과 동일한 절차에 따라 의약품이 조제되는 이상 병원 조제실에서 의약품을 고의로 많이 투여하거나 잘못 사용할 소지는 없다고 보아야 할 것이며, 병원의 조제실에서 일반 약국에서 행해지는 방식과 같이 의료보험의 적용이 되기 때문에 의약분업을 시행하면서 추구하려는 약제비의 투명성 부분도 해소될 뿐만 아니라, 별도의 절차로 운영되기 때문에 약국과 의료기관 간의 독립성도 유지될 수 있다.

(3) 약국개설금지 또는 조제금지 등의 규제를 하지 않는 경우에도 의약분업을 통한 양질의 의료서비스 제공과 같은 국민의 건강유지 및 증진이라는 목적달성이 가능하기 때문에, 이 사건 법률조항들에 의한 의료기관내 약국개설금지 또는 외래환자에 대한 조제금지는 의약분업이 추구하는 목적을 달성하기 위하여 반드시 필요하고 적절한 수단이라고 할 수 없다.

(4) 약사들의 조제행위를 장소적으로 제한하는 것은 약사들을 고용하고 있는 의료기관의 직업활동의 자유를 제한하는 것인데, 국민들을 의약품 오·남용으로부터 보호하려는 입법취지 만으로는 이러한 기본권의 제한이 정당화될 수 있는지 의문스럽다. 더군다나 의약 양 지역의 이익균형을 확보하기 위하여 의료기관 내에서의 모든 조제행위를 규제하는 것은 의료의 기본 개념에도 어긋날 뿐만 아니라 기본권 제한의 적정성을 벗어나는 것이다.

(5) 법 제16조 제5항 제2호가 약사의 의약품 조제행위를 장소적으로 제한하는 것은 그 입법취지의 공익적 성격에도 불구하고 선택된 수단이 입법목적에 적합하지 아니할 뿐만 아니라 그 정도 또한 과잉하여 비례의 원칙에 어긋난다.

(6) 법 제21조 제8항이 의료기관에서 의약품의 조제업무에 종사하는 약사에 대하여 외래환자에 대한 의약품의 조제업무를 금지하는 것은 의사가 환자의 질병을 진단치료하고, 약사가 의사 발행 처방전에 따라 조제투약을 담당한다는 의약분업의 본질을 벗어나 합리적인 이유 없이 약사를 그 근무하는 장소에 따라 차별하여 취급하고 그 결과 약사를 고용하고 있는 의료기관으로 하여금 그 직무를 수행할 수 없도록 제한을 가하는 것이어서 헌법 제11조의 평등권을 침해한다.

(7) 청구인 송영숙, 조현희, 진효숙은 의료서비스를 제공받는 소비자인데, 법 제21조 제8항으로 말미암아 자신들이 진료를 받고 있는 병원에 약사가 근무하고 있음에도 불구하고 편리하게 의약품을 공급받을 수 있는 기회를 상실

한 채 처방전을 들고 필요한 의약품을 구입하기 위하여 의료기관 외부의 약국을 이용해야 하는 불편을 겪게 되었기 때문에, 법 제21조 제8항은 헌법 제10조에 의해서 보장된 청구인들의 행복추구권을 침해한다.

나. 보건복지부장관의 의견 요지

(1) 법 제21조 제8항이 의료기관의 약사가 외래처방전에 의하여 의료기관에서 조제하는 것을 금지하는 것은 의약분업의 원칙에 따른 조치로서 입원환자에 대하여 조제행위를 하는 등 원칙적인 조제행위가 허용된다는 점에서 직업수행의 자유를 본질적으로 제한한 것이라고 보기 어렵고, 나아가 의약품의 오·남용 방지라는 공익을 위해서 의료기관 조제실에서의 외래환자에 대한 조제행위를 금지하는 것은 조제의 장소를 제한하는 것이 아니라 조제행위의 범위와 한계를 설정한 것으로서 헌법상 평등권 및 직업의 자유를 침해한 것이라고 볼 수 없다.

(2) 우리나라의 의약분업이 기관분업을 선택한 이상 약국은 의료기관과 독립된 자본에 의해서 운영, 관리되어야 한다. 이에 따라 약사법은 의사와 약사가 담합하는 행위를 금지하고 있다. 즉, 법 제22조 제2항은 ‘약국개설자는 의사처방의사한 의사 등과 담합하여 처방전을 소지한 환자를 자신의 약국으로 유치하여 조제판매하는 행위를 하여서는 아니 된다.’라고 규정하고, 이를 위반할 경우 법 제76조에 의하여 1년 이하의 징역이나 300만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있으며, 의사가 영리를 목적으로 자신이 처방전을 교부한 환자를 특정약국에 유치하기 위하여 약국개설자 또는 약국에 종사하는 자와 담합하는 행위를 한 때는 의료관계행정처분규칙 별표 2. 개별기준 가목 (6)의2, (26)의2에 의하여 1차 위반시에는 자격정지 15일, 1차 처분일로부터 2년 이내에 2차 위반시에는 자격정지 1월에 처하도록 하고 있다.

(3) 의사 또는 의료기관이 약국을 개설하거나 약사의 명의로 의료기관 내에 약국을 개설한다면 비록 형식적으로는 외래환자에게 처방전을 발행한다 하더라도 소유 또는 지배의 관계에 있는 약국의 입장에서는 사실상 독립성을 유지하기 어렵고, 의약분업의 원칙을 지킬 수 없게 되며, 의료기관과 약국간의 담합을 피할 수 없게 된다. 따라서 의료기관의 구내 또는 시설 내에 약국 개설을 금지하는 법 제16조 제5항 제2호는 법 제22조 제2항과 함께 의료기관과 약국간의 독립성을 유지하기 위한 규정으로 이해되어야 한다.

(4) 의료소비자인 환자의 입장에서 볼 때 외래진료시 원외처방전을 교부받아 의료기관 밖의 약국에서 조제 받도록 하는 것이 환자에게 의약분업의 기

대효과를 제공할 수 있기 때문에 불편하다는 점을 이유로 내세워 법 제21조 제8항이 청구인들의 헌법상 행복추구권을 침해한다고 볼 수 없다.

3. 판 단

가. 적법요건에 대한 판단

(1) 기본권침해의 법적 관련성

헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면 헌법소원은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 그 심판을 구하는 제도로서, 이 경우 심판을 구하는 자는 심판의 대상인 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 기본권이 현재 그리고 직접적으로 침해받고 있는 자여야 한다(헌재 1992. 9. 4. 92헌마175, 판례집 4, 579; 1995. 3. 23. 93헌마12, 판례집 7-1, 416, 421).

그리고 법률에 의하여 기본권을 침해받은 경우에는 법률에 의하여 자신의 기본권을 직접적으로 침해당하고 있는 자만이 헌법소원 심판청구를 할 수 있으며, 법률의 직접적인 규율당사자가 아닌 제3자는 기본권침해에 직접 관련되었다고 볼 수 없어서 심판청구를 할 수 없다(헌재 1997. 3. 27. 94헌마277, 판례집 9-1, 404, 409 참조).

그러나 공권력 작용의 직접적인 상대방이 아닌 제3자라고 하더라도 공권력 작용이 그 제3자의 기본권을 직접적이고 법적으로 침해하고 있는 경우에는 그 제3자에게 자기관련성이 인정될 수 있다. 이와는 달리 타인에 대한 공권력의 작용이 단지 간접적, 사실적 또는 경제적인 이해관계로만 관련되어 있는 제3자에게는 자기관련성이 인정되지 않는다(헌재 1993. 3. 11. 91헌마233, 판례집 5-1, 104, 111; 1993. 7. 29. 89헌마123, 판례집 5-2, 127, 134; 1994. 5. 6. 89헌마35, 판례집 6-1, 462, 493; 1994. 6. 30. 92헌마61, 판례집 6-1, 680, 684; 1998. 11. 26. 94헌마207, 판례집 10-2, 716, 725-726).

법률에 의한 기본권침해의 경우 제3자의 자기관련성을 인정할 수 있는가의 문제는 무엇보다도 입법의 목적 및 실질적인 규율대상, 법규정에서의 제한이나 금지가 제3자에게 미치는 효과나 진지성의 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(헌재 1997. 9. 25. 96헌마133, 판례집 9-2, 410, 416).

(2) 청구인 의료법인 성애의료재단의 법 제16조 제5항 제2호에 대한 심판 청구

법 제16조 제5항 제2호는 의료기관의 구내 또는 시설 내에 약국을 개설한 약사 또는 개설하려는 약사에 대하여 의료기관의 구내 또는 시설 내에 약국

을 개설하는 것을 금지하고 있다.

의료기관 운영자는 의료법 제30조(의료기관의 개설) 및 제32조(의료기관의 시설기준 등), 의료법시행규칙 제28조의2(의료기관의 시설기준 및 규격) 별표 2, 3, '의료기관의 시설규격 10호'에 의거하여 의료기관 내에 조제실을 설치할 수 있을 뿐, 약사법 제16조에 의거하여 의료기관 내에 약국을 개설할 수 있는 자격은 없다.

청구인 의료법인 성애의료재단은 위 법률조항들에 의거하여 성애병원 내에 조제실을 설치하여 운영해 온 의료기관 운영자이다. 그렇다면 청구인은 법 제16조 제5항 제2호의 적용대상이 아님이 분명하므로, 법 제16조 제5항 제2호에 의해서 자신의 기본권이 침해될 가능성이 전혀 없기 때문에, 청구인에게는 기본권침해의 자기관련성이 존재하지 않는다.

그러므로 청구인 의료법인 성애의료재단이 제기한 법 제16조 제5항 제2호에 대한 심판청구는 자기관련성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

(3) 청구인 송영숙, 조현희 및 전효숙의 법 제21조 제8항에 대한 심판청구 위에서 본 바와 같이 법 제21조 제8항이 규율하는 대상자는 병원조제실에 근무하는 약사이다. 따라서 청구인 송영숙, 조현희 및 전효숙은 의료소비자로서 위 법률조항의 직접적인 규율대상이 아닌 제3자에 불과하다.

그런데 위 청구인들은 위 법률조항에 따라서 병원과 병원 밖 약국을 따로 방문함에 따른 불편을 받게 되었다. 그러나 아무런 불편 없이 병원이나 약국 등을 이용할 수 있어야 한다는 것이 헌법 제10조가 규정하는 행복추구권의 보호영역에 속한다고 볼 수 없다. 따라서 법 제21조 제8항이 병원과 병원 밖 약국을 따로 이용하게 되는 불편을 청구인들에게 초래한다고 하더라도 청구인들 자신의 행복추구권이 침해될 가능성이 존재하지 않는다. 그러므로 법 제21조 제8항에 의한 기본권 침해의 자기관련성이 청구인들에게는 존재하지 않는다고 할 것이다.

그렇다면 청구인 송영숙, 조현희 및 전효숙의 법 제21조 제8항에 대한 심판청구는 자기관련성이 존재하지 않아서 부적법하다.

(4) 청구인 의료법인 성애의료재단의 법 제21조 제8항에 대한 심판청구 법 제21조 제8항은 의료기관의 조제실에서 조제업무에 종사하는 약사가 의료법 제18조의2의 규정에 의하여 처방전이 교부된 환자에게 의약품을 조제해서는 안 된다고 규정하고 있다.

법 제21조 제8항은 의료기관의 조제실에 근무하는 약사를 규율대상으로 삼

고 있어서 주 수범자인 병원 조제실 근무 약사의 기본권을 침해할 가능성이 존재한다. 그러나 청구인 성애의료재단은 위 법률조항의 간접적인 수범자인 제3자에 불과하므로, 의료기관인 병원을 운영하는 자신의 기본권이 침해될 가능성이 존재하는지가 문제된다.

청구인 의료법인 성애의료재단은 법인으로서 누릴 수 있는 기본권을 향유할 수 있으므로 직업선택의 자유의 주체가 될 수 있다(헌재 1996. 3. 28. 94헌바42, 판례집 8-1, 199, 206; 2001. 6. 28. 2001헌마132, 판례집 13-1, 1441, 1458).

그런데 약사를 고용하여 병원내 조제실을 운영하고 있는 청구인은 고용된 약사가 원외처방전에 대해서 조제할 수 없게 되었으므로, 외래환자를 위해서는 병원내 조제실(‘구내약국’)을 운영할 수 없게 되었다. 이에 따라 청구인 성애의료재단은 법 제21조 제8항이 시행된 날인 2000. 7. 1.부터는 고용된 약사를 통해서 외래환자에 대한 조제를 할 수 없게 되었다.

의료기관 운영자는 외래환자에 대한 조제투약 금지를 규정한 법 제21조 제8항으로 말미암아 외래환자에 대한 조제투약업무로 획득하던 수입을 더 이상 올릴 수 없게 되었기 때문에 그만큼 영업상의 불이익을 받게 되었다고 볼 수 있다. 그렇지만 이러한 영업상의 불이익은 단순한 사실상 및 경제상의 불이익에 해당된다고 볼 수 없고, 청구인의 직업(병원 운영)을 수행할 수 있는 자유 내지 법적 이익에 불리한 영향을 준다고 할 것이다.

법 제21조 제8항은 청구인 성애의료재단이 종전까지 수행해 오던 외래환자에 대한 조제투약 업무를 금지하고 있어서 청구인의 직업수행의 자유를 침해할 가능성이 있으므로, 기본권침해의 자기관련성이 청구인에게 인정된다고 할 것이다.

그렇다면 청구인 의료법인 성애의료재단이 제기한 법 제21조 제8항에 대한 심판청구는 자기관련성이 존재하므로 적법하다.

나. 본안에 대한 판단

(1) 이 사건의 법률상 쟁점

2000. 7. 1.부터 실시된 의약분업제도에 따라서 병·의원은 외래환자에 대한 조제 및 투약행위를 더 이상 할 수 없게 되었다. 특히 조제실을 두고 있던 병원 등의 의료기관은 법 제21조 제8항에 의거하여 조제실에 근무하고 있는 고용약사를 통해서 외래환자에 대한 조제 및 투약행위를 할 수 없게 되었다.

그러므로 의료기관의 조제실에서 종사하는 약사는 외래환자에게 교부된 처

방전에 의하여 의약품의 조제를 할 수 없도록 규정한 법 제21조 제8항이 청구인 의료법인 성애의료재단의 기본권을 침해하는지 여부가 이 사건의 법률상 쟁점이다.

(2) 의약분업제도에 대한 외국 입법례

(가) 독 일

독일은 1231년 의약법을 제정하여 의약분업을 법적으로 강제한 이래 현재까지 의약분업제도를 실시해왔다. 독일은 의사가 약사의 업무를 겸임하는 것을 금지하고 있고, 의사가 약국을 소유하는 것을 금지하는 완전분업을 실시하고 있다. 독일은 의사에게는 환자에 대한 진료, 처방 권한을, 약사에게는 의약품에 대한 조제, 투약 권한을 부여함으로써 의사와 약사의 업무범위를 철저하게 분리하고 있다. 다만, 예외적으로 의사의 진료장소나 그 주변에 약국이 없는 경우에 한하여 의사는 약국을 소유할 수 있으나 이 경우에도 의약품의 판매는 환자의 치료목적인 경우로 제한하고 있으며, 제3자에 대한 판매는 금지하고 있다.

독일은 병원과 의원의 역할이 명확히 구분되어 있는 의료전달체계를 가지고 있어서 의원은 외래환자를 진료하고 병원은 대부분 입원환자를 진료하고 있다. 병원은 입원환자나 응급환자를 위해서 병원내 약국에서 고용된 약사가 의약품을 공급하도록 하고 있다. 의원을 방문한 외래환자를 위한 조제투약은 동네 약국에서 의사가 발행한 처방전에 의해서 행해지고 있다.

(나) 프랑스

프랑스도 독일과 마찬가지로 법률에 의하여 의사와 약사의 상호업무의 겸직을 금지하는 등 의약분업을 법적으로 강제하고 있는 의약분업제도를 실시하고 있다. 다만, 약국이 없는 지역의 의사에 한하여 예외적으로 의약품의 조제를 인정하고 있다. 의료기관 내 약국 개설을 금하고 있으며 병원내 약국은 입원환자를 위해서만 의약품을 조제한다.

(다) 영 국

영국은 개인 의원의 의사가 환자에게 의약품을 조제하여 줄 수 있도록 함으로써 의약품의 조제행위를 법으로 금지하고 있지 않다. 그러나 국민의료보장기구(National Health Service, 약칭 'NHS')에서 의사가 직접 조제, 투약한 경우에는 약값을 보상하지 않고, NHS와 계약을 맺은 약사를 통해서만 조제가 이루어지도록 함으로써 의사의 조제행위를 간접적으로 제한하고 있다. 따라서 의사들은 외래환자에게 처방전을 원외로 발행할 뿐 직접 조제투약은 하

지 않으며, 처방전에 의한 조제투약은 의료기관이 아닌 주변약국에서 행해지고 있으므로 실질적인 의약분업이 이루어지고 있다. 그리고 의원과 약국은 경영이 분리되어 있다.

(라) 미 국

미국은 대부분의 연방주에서 의사의 조제를 법적으로 제한하지 아니함으로써 법적으로 의약분업을 강제하지 않고 있다. 워싱턴주 등 39개 주에서는 의사의 조제에 전혀 제한이 없고, 오하이오주 등 일부 주에서는 진료목적의 투약에 한하여 의사의 조제를 허용하고 있으며, 유타주 등 일부 주는 의사의 조제를 금지하고 있다.

그러나 의사와 약사의 주요 수입원인 메디케어(Medicare), 메디케이드(Medicaid) 등 의료보장제도와 사보험이 의사의 조제투약에 대하여는 별도의 수가를 지불하지 않고 약국에서 행해진 조제투약에 대해서만 수가를 지불함으로써 외래환자에 대한 의료기관에서의 의약품 조제, 투약이 제한되기 때문에 실질적인 의약분업이 이루어지고 있다. 처방전에 대한 의약품 조제는 병원 외래약국에서 하든지 외부의 약국에서 하든지 환자의 선택에 맡겨져 있으나 대부분은 지역약국에서 조제한다.

그리고 병원과 약국은 경영이 분리되도록 하고 있어서 의사에게 약국경영권을 부여하지 않고 있다.

(마) 일 본

일본은 1953년 제정된 의사법 및 약제사법 등에서 약사가 아니면 의약품을 조제 또는 판매하지 못하도록 함으로써 의사의 처방권과 약사의 조제권을 분리하고, 의사의 처방전 발급의무화와 약사의 처방전에 의한 조제를 원칙적으로 규정하였으나, 의사협회 등의 반발에 밀려 의사의 직접 조제를 허용하는 예외규정을 지나치게 넓게 규정하여 실제로는 불완전하고 임의적인 의약분업이 실시되고 있다. 그러나 1974년부터 의사의 처방전 발행료 대폭인상, 약사의 복약지도료 지급, 시범사업실시를 비롯한 의약분업촉진사업 실시 등의 의약분업을 위한 다각적인 정책이 추진되어 의약분업률이 지속적으로 증가하고 있다.

(바) 대 만

대만은 의약분업은 실시하되, 의사와 약사간의 직능분업의 형태를 채택함으로써 병·의원이 약사를 고용하여 고용약사로 하여금 외래환자에 대한 의약품의 조제를 하도록 허용하고 있다. 의사와 약사간의 기관분업이 행해지지

않고 있기 때문에 의원과 약국간의 소유 내지 경영상의 독립은 이루어지지 않고 있다. 외래환자는 의료기관내 고용약사에게 조제를 받을 것인지 또는 의료기관 밖의 약국에서 조제를 받을 것인지는 스스로 선택하도록 하고 있다.

(사) 종 합

독일, 프랑스 등은 의약분업제도를 기관분업의 형태로 법률로써 시행하고 있으며, 영국, 미국 등은 의약분업이 법률로 강제되어 있지는 않지만 의료보장제도 등에서의 의사조제행위에 대한 미보상을 통해서 실질적인 의약분업을 시행하고 있다. 그리고 위 선진국가들의 경우 병원은 입원환자 중심으로 의원은 외래환자 중심으로 의료전달체계가 잘 확립되어 있다. 반면에 일본은 법률에서 의사의 조제를 허용하는 예외를 폭넓게 규정하여 실질적인 의약분업이 이루어지지 않고 있으며, 대만은 의약분업을 법률로써 시행하고 있으나 의약간의 직능분업을 실시하고 있다.

(3) 법 제21조 제8항이 청구인의 직업의 자유를 침해하는지 여부

(가) 헌법 제15조에 의거한 직업의 자유의 보장 및 그 제한의 한계

헌법 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.”라고 규정함으로써 직업선택의 자유를 보장하고 있는바, 헌법 제15조가 말하는 직업선택의 자유는 직업수행 내지 행사의 자유까지 포괄하는 “직업”의 자유를 뜻하고, 여기서 “직업”이란 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 지속적인 소득활동을 의미하며 그러한 내용의 활동인 한 그 종류나 성질을 묻지 않는다(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 374; 1997. 3. 27. 94헌마196등, 판례집 9-1, 375, 382-383 참조). 법인도 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권의 주체가 되는데, 직업선택의 자유는 헌법상 법인에게도 인정되는 기본권이다(헌재 1991. 6. 3. 90헌마56, 판례집 3, 289, 295; 1996. 3. 28. 94헌마42, 판례집 8-1, 199, 206-207; 2001. 6. 28. 2001헌마132, 판례집 13-1, 1441, 1458 참조).

그런데 직업의 자유는 기본권제한입법의 한계조항인 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 불가피한 경우에는 이를 제한할 수 있다.

직업행사의 자유는 직업결정의 자유에 비하여 상대적으로 그 침해의 정도가 작다고 할 것이어서, 이에 대하여는 공공복리 등 공익상의 이유로 비교적 넓은 법률상의 규제가 가능하다(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 374; 1998. 5. 28. 95헌마18, 판례집 10-1, 583, 594; 2002. 10. 31. 99헌마76, 2000헌마505(병합), 판례집 14-2, 410, 430; 2003. 6. 26. 2002헌마3, 판례집

15-1, 713, 723 참조). 그러나 직업수행의 자유를 제한할 때에도 헌법 제37조 제2항에 의거한 비례의 원칙에 위배되어서는 안된다(헌재 1989. 11. 20. 89헌가102, 판례집 1, 329, 336; 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 692; 2002. 1. 31. 2000헌가8, 판례집 14-1, 1, 10; 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29, 41; 2002. 10. 31. 99헌마76, 2000헌마505(병합), 판례집 14-2, 410, 430; 2003. 6. 26. 2002헌바3, 판례집 15-1, 713, 723 참조). 즉, 직업행사의 자유를 제한하는 법률이 헌법에 위반되지 아니하기 위해서는 직업행사에 대한 제한이 공익상의 이유로 충분히 정당화되고, 입법자가 선택한 수단이 의도하는 입법목적에 달성하기에 적정해야 하고, 입법 목적을 달성하기 위하여 동일하게 적절한 수단들 중에서 기본권을 되도록 적게 제한하는 수단을 선택하여야 하며, 제한의 정도와 공익의 비중을 비교형량하여 추구하는 입법목적과 선정된 입법수단 사이에 균형적인 비례관계가 성립하여야 한다.

(나) 법 제21조 제8항에 의한 청구인의 직업행사의 자유 제한이 비례의 원칙에 위배되는지 여부

법 제21조 제8항이 조제실 근무약사의 외래환자에 대한 조제금지를 규정하여 의료기관이 조제실을 두고 있는 의료기관이 외래환자에 대하여 의약품의 조제 및 투약업무를 할 수 없도록 한 것은 청구인 의료법인 성애의료재단의 헌법 제15조에 의거하여 보장되는 직업행사의 자유를 제한하는 것이므로, 이것이 비례의 원칙에 위배되는지 여부를 살펴본다.

1) 목적 정당성 존재 여부

가) 법 제21조 제8항의 입법목적

법 제21조 제8항이 외래환자에 대한 원외처방전을 의료기관의 조제실에서 조제할 수 없도록 규정함으로써 달성하고자 하는 입법목적은 아래와 같은 의약분업(제도)의 목적을 실현하고자 하는 것이다.

‘의약품의 오용’은 의약품의 처방, 조제, 투약과정에서 착오나 부적절한 지식에 의하여 발생한다. 의약분업 시행 이전에는 조제의 비전문인인 의사가 의약품을 조제하고, 진단처방의 비전문인인 약사가 의사의 처방 없이 임의로 조제하는 등 비전문적 의료행위가 제도적으로 방치되고 있어서, 진료처방과 조제투약의 전문성 및 책임성에 기초한 의약품의 오용을 방지하는 장치가 미약하였다.

그리고 ‘의약품의 남용’은 경제적 이윤동기에 의해 보다 고가의 의약품을 투약하거나 다량 다종의 의약품을 과잉 투여하는 경우에 발생한다. 의원 등의

의료기관의 경우, 의약분업이 실시되지 않아서 의료행위당 수가제로 진료비 지급이 이루어지는 상황에서는 약가이윤이 보다 많은 의약품을 보다 많이 사용하는 것이 처방자인 의료기관의 경제적 이윤 추구에 도움이 되었다. 약사가 고용되어 있는 병원 등의 의료기관에서도 의사의 처방전에 대한 약사의 검토 기능이 충분히 발휘될 수 없는 소지가 있었으며, 이윤증대를 위한 의사와 약사의 담합으로 의약품의 과잉 투여할 가능성이 있어 의약품이 남용될 소지가 있었다.

그런데 의약품이 오·남용하게 될 경우 인체 내성이 증가하기 때문에 필요한 치료효과를 얻기 위해서는 더 많은 의약품이 인체에 투여해야 하며, 습관성이 있는 의약품이 과도하게 반복 사용되면 중독 현상이 발생하여 인체 작용의 의약품 복용에 크게 의존하게 되므로, 결과적으로 국민보건이 크게 저해될 수 있다.

이러한 상황에서 의약품의 오·남용을 방지하여 건강상 위해가 높은 의약품이 반드시 의사의 진단처방과 약사의 조제과정을 거쳐 소비자에게 제공되도록 하는 의약분업제도를 도입해야할 필요성이 지속적으로 제기되었다. 따라서 의약분업제도는 의약품의 오·남용 방지를 핵심적인 목적으로 삼고 있다.

의약품의 오·남용은 경제자원의 낭비뿐만 아니라 건강에 위해를 끼침으로써 상당한 수준의 사회적 비용을 유발하게 된다. 따라서 의약품 오·남용 방지로 얻어지는 건강증진 효과는 사후에 발생할 의료비를 절감시킨다는 측면에서 의료비 절감효과도 발생한다. 경제적 이윤추구에 의한 의약품 남용이 줄어들게 되면, 약제사용량이 감소하기 때문에 불필요한 약제비를 절감하게 될 것이다.

의약분업이 실시되면 의사의 처방전이 공개되고 의약품의 포장마다 제조업 소명 및 제품명이 표시되어 환자 자신이 복용하는 약에 대한 정보를 공유할 수 있게 되어 환자의 알권리가 신장될 것이다. 그리고 의사의 처방과 약사의 조제를 통한 상호견제보완 및 이중 점검으로 의약품 사용을 합리화하고, 국민에게는 양질의 의약서비스를 제공할 수 있게 될 것이다.

의약분업이 실시되면 약가마진 등 경제적 이윤동기에 의해 의약품을 사용할 필요가 없으므로 품질 및 치료효과가 의약품 사용의 기준이 될 것이다. 이에 따라 제약기업은 가격경쟁을 지양하고 의약품의 품질향상과 신제품 개발에 주력하며, 의약품 영업에서도 직거래보다는 도매상을 활용하게 될 것이다.

그리고 대부분의 의약품이 약국을 통해 사용되고, 소품종을 다량 구비하는 것보다 다품종을 골고루 비축하는 것이 약국 경쟁력의 핵심이 되므로 도매유통이 보다 활성화되어 의약품 유통체계가 정상화될 것이다.

나) 법 제21조 제8항의 입법목적이 헌법적 정당성을 가지는지 여부

법 제21조 제8항은 의약분업제도의 도입을 통하여 의약품의 오·남용을 예방하고 약제비를 절감함과 동시에 환자의 알권리를 신장시키고 제약산업의 발전을 도모함으로써 국민의 보건을 증진시키고자 하는 입법목적을 추구하고 있다.

의약분업 실시전의 의약품 오·남용 상황 등을 감안할 때, 국민의 건강과 보건의 가장 일차적인 권리인 생존권의 차원에서 지켜지고 향상되어야 하므로 의약분업제도의 도입을 통하여 국민보건을 증진시켜야 할 필요성이 매우 크다고 할 것이다.

법 제21조 제8항이 의약분업제도의 도입을 통해서 국민보건을 향상시키려는 입법목적을 실현하고자 하는 것은 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 ‘공공복리’에 기여한다고 판단되므로, 법 제21조 제8항이 추구하는 입법목적은 헌법상 그 정당성이 인정된다.

그렇다면 법 제21조 제8항이 청구인의 직업행사의 자유를 제한한 것은 입법목적이 추구하는 공공이익에 의하여 정당화된다고 할 것이다.

2) 적합성 원칙 심사

법 제21조 제8항에 조제실을 설치한 의료기관이 고용된 약사를 통해서 외래환자에 대한 조제업무를 할 수 없도록 규정한 것이 의약품의 오·남용 방지 등의 입법목적을 달성하기 위한 수단으로 적절한지 여부를 본다.

가) 법 제21조 제8항에 조제실을 갖춘 의료기관이 고용된 약사를 통해서 외래환자에 대한 조제업무를 할 수 없도록 규정한 것은 기관분업 형식의 의약분업을 실시하고자 한 것이다.

의약분업의 형식으로는 기관분업과 직능분업이 존재하는데, 기관분업은 소유경영면에서 분리된 의료기관과 약국 양 기관간의 분업을 말하며, 의료기관과 약국이 소유상 그리고 경영상으로 독립성을 이루어 서로 견제하며 각자의 업무를 수행하도록 하는 것이다. 이에 반해서 직능분업은 의사가 환자의 질병을 진단처방하고, 약사는 의사가 발행한 처방전에 따라 조제투약함으로써 서로 다른 업무를 수행하는 것인데, 의사와 약사의 역할만을 구분하는 것이므로, 의사 또는 의료기관이 약사를 고용하여 외래환자에 대한 조제업무를 하거

나 직접 약국을 개설 또는 소유하는 것이 허용된다.

의약분업이 실시되지 않은 상태에서는 처방오류로 인한 의약품의 오용과 경제적 이윤 동기 등에 의한 의약품의 남용이 많이 발생할 수 있었다. 그런데 의사와 약사간의 직능분업이 실시될 경우 약사의 임의조제를 통한 기술적 측면의 의약품 오용은 상당히 방지할 수 있다. 그러나 외래 조제실을 설치한 병원 등의 의료기관이 직능분업을 실시한다고 하더라도, 의와 약을 담당하는 기관이 분리되지 않고 동일한 자본하에 놓여 있게 되면, 경제적 이윤 동기에 의한 의약품의 남용을 충분히 막을 수 없고, 고용된 의사와 약사사이의 상호 감시와 견제의 기능도 충분히 실현될 수 없을 것이다. 특히 대부분의 병원에서 의약품의 선택이 병원의 임상의사의 견해에 의해서 이루어지는 것이 아니라, 병원경영자가 정해진 테두리 내에서 일어날 수 있다.

그러므로 의료기관이 하나의 운영주체 안에서 의사와 약사가 고용되어 있으면 의학적 동기가 아닌 경제적 동기 때문에 상호견제를 통한 처방과 조제라는 의약분업 본래의 취지를 달성하기가 어렵다.

따라서 의사서비스와 약사서비스를 소유와 경영상으로 완전히 분리하여 독립시키는 기관분업이 실시되는 경우에만 경제적 이해관계에 의한 의약품의 남용을 효과적으로 예방할 수 있을 것이다.

그러므로 의료기관과 약국을 소유상 및 경영상으로 독립하여 운영하도록 하는 기관분업을 채택하는 것이 의약품의 오·남용 방지 등의 의약분업의 목적을 달성하는데 효율적이다.

나) 법 제21조 제8항에 의거하여 기관분업을 실시하는 것은 병·의원의 기능분화가 미진한 우리나라의 현재 의료체계에서 직능분업을 실시하는 경우에 발생할 수 있는 의원급 의료기관에서 병원으로의 외래환자 이동을 통한 의료 전달체계의 혼란이나 악화를 충분히 방지할 수 있다. 또한 직능분업이 실시되는 경우 의원에서 병원으로의 외래 환자 이동으로 인하여 발생할 수 있는 의료비의 추가적인 상승을 예방할 수 있을 것이며 이는 약제비를 절감하고자 하는 입법목적의 달성에도 부합될 것이다.

다) 법 제21조 제8항에 의거하여 기관분업을 실시하는 것은 직능분업이 실시되는 경우 발생할 수 있는 환자의 병원편중으로 인한 의원급 의료기관의 경영악화를 막을 수 있으며, 외래환자의 병원 내 약국 선호로 인한 병원 밖 약국의 경영악화도 예방할 수 있을 것이다.

라) 그러므로 법 제21조 제8항이 조제실을 갖춘 의료기관으로 하여금 외래

조제실을 운영하지 못하도록 한 것은 의료기관과 약국이 하나의 운영주체 내에서 운영되는 경우에 발생할 수 있는 의약품의 오·남용을 방지하는데 적절하다고 판단된다.

그렇다면 법 제21조 제8항에 의한 의료기관 조제실에서의 원외처방전 조제 금지는 의약품의 오·남용 예방 등의 입법목적을 달성하는데 적합하다고 할 것이다.

3) 최소침해성 원칙 심사

법 제21조 제8항이 입법목적을 달성하기 위하여 선정한 수단인 고용 약사를 통한 외래환자의 조제업무 금지가 최소침해성 원칙에 위배되는지 여부를 살펴본다.

법 제21조 제8항이 추구하는 입법목적을 달성하기 위한 대체수단으로는 조제실을 갖춘 의료기관이 고용약사를 통해서 외래환자에 대한 원외처방전 조제를 허용하도록 하는 방안이 고려될 수 있는데, 우선 이러한 방안이 법 제21조 제8항이 추구하는 입법목적 달성에 적합한지 여부를 살펴본다.

의사와 약사간의 직능분업이 실시될 경우 약사의 임의조제를 통한 기술적 측면의 의약품 오용은 상당히 방지할 수 있다. 그러나 이러한 직능분업이 실시되는 경우, 외래 조제실을 설치한 병원 등의 의료기관이 동일한 자본하에 놓여 있으므로 의료기관의 경제적 이윤 동기가 근본적으로 제거되지 않을 것이다. 따라서 의사서비스와 약사서비스가 소유와 경영상으로 완전히 분리되어 있지 않은 병원 등의 의료기관에서는 의약분업 실시전과 마찬가지로 경제적 이해관계에 의한 의약품의 남용이 계속될 가능성이 크다고 할 것이다.

따라서 만약 조제실을 설치한 병원 등의 의료기관을 기관분업의 대상에서 제외한다면, 전체 의료환자의 약 절반에 해당하는 병원 등의 의료기관에서 진료를 받는 외래환자의 경우에는 의약분업이 추구하는 의약품 오·남용 방지 등의 효과가 제대로 나타나지 않을 것이다.

약사를 고용하여 조제실을 운영해 온 병원 등의 의료기관은 의약분업제도의 도입 이전에도 이미 의사와 약사간에 직능분업의 개념에 의한 의약분업을 시행하고 있었으나, 의약품의 오·남용은 효과적으로 예방되지 않았다. 진단 처방 기관과 조제투약 기관이 분리되지 않아서 원외처방전을 발행하는 의사가 의약품의 약가 이윤에 신경을 쓸 수밖에 없으므로 과잉투약이 방지될 수 없었기 때문이다.

그러므로 동일한 자본에 의하여 운영되는 의료기관에 고용되어 있는 약사

가 의사의 처방전에 대한 견제감시를 독립적으로 수행하는 데는 한계가 있을 것이다. 의사의 원외처방전이 발행된다고 하더라도 약사의 견제 역할이 제한되므로 의료기관의 이윤 동기가 근본적으로 제거되지 않을 것이다.

현재 우리나라의 각급 의료기관은 1차 진료기관(의원)과 2차 진료기관(병원, 종합병원, 대학병원)의 구별 없이 무한 경쟁을 하고 있어서 우리나라의 의료전달체계는 그 기능을 제대로 하지 못하고 있다. 이러한 상황에서 병원 등의 의료기관의 조제실에서 외래환자에 대한 조제가 허용된다면, 1차 의료기관의 외래환자가 대거 2차 의료기관으로 이동하게 되는 결과를 낳게 되어, 의료전달체계의 혼란을 피할 수 없게 될 것이며, 1차 의료기능을 담당하고 있는 의원 등의 의료기관의 기능이 약화되어 의료전달체계의 왜곡 현상이 더욱 심화될 것이다.

위와 같은 점들을 종합하여 살펴 보건대, 조제실을 갖춘 의료기관이 고용약사를 통해서 외래환자에 대한 원외처방전 조제를 허용하도록 하는 것은 법 제21조 제8항이 추구하는 의약품의 오·남용 방지 등의 입법목적을 달성하는데 적합하다고 볼 수 없다.

그렇다면 법 제21조 제8항이 추구하는 입법 목적을 달성하는 데에는 동일하게 효과적인 다른 대체수단이 존재하지 않으므로 법 제21조 제8항이 의료기관 조제실 근무약사가 외래환자에 대해서 조제할 수 없도록 규정한 것은 최소침해성 원칙에 위배되지 않는다고 할 것이다.

4) 법익균형성 원칙 심사

법익균형성 원칙이 준수되기 위해서는 법 제21조 제8항이 추구하는 목적의 달성으로 인한 공익이 선정된 수단에 의해 발생하는 청구인의 불이익보다 크거나, 양자 사이에 균형적인 관계가 성립하여야 한다.

가) 청구인의 직업행사의 자유의 비중 및 제한 정도

법 제21조 제8항은 의료기관의 조제실에서 조제업무에 종사하는 약사는 원외처방전이 교부된 환자에게 의약품을 조제하여서는 안 된다고 규정하고 있는데, 이는 조제실을 설치하지 않은 의원 등의 의료기관이 외래환자에게 의약품을 조제할 수 없도록 하는 것과 마찬가지로 조제실을 설치한 병원 등의 의료기관이 외래환자에게 의약품을 조제할 수 없도록 규정한 것이다.

이 사건에서 문제되는 청구인의 직업행사의 자유는 직업선택의 자유가 보장되는 가운데서 행사되는 자유이므로 기본권적 비중이 그리 높지 않다.

그런데 법 제21조 제8항은 조제실 설치 의료기관이 고용약사를 통해서 외

래환자에 대해서 조제업무를 할 수 없도록 금지할 뿐, 입원환자나 응급환자 등을 위해서는 조제업무를 계속할 수 있으므로 청구인의 직업행사의 자유를 크게 제한하는 것이라고 볼 수 없다.

의약분업의 실시에 따른 의료기관의 재정상의 효과를 살펴보면, 의약분업의 실시로 인하여 모든 의료기관은 의약품에 대한 고시가격과 실거래가액 사이에 존재하였던 약가 차액이 없어짐에 따라 약을 직접 다루는 데서 오는 이익이 대폭 줄어들었다.

그리고 조제실을 설치하였던 병원 등의 의료기관뿐만 아니라 조제실을 설치하지 않았던 의원 등의 의료기관 모두 의약분업의 실시로 인하여 외래환자에 대한 조제 및 투약업무를 할 수 없게 외래환자에 대한 조제로 등의 수입을 올릴 수 없게 되었다.

그러나 의약분업이 실시된 시점을 전후로 하여 외래환자에 대한 진료비 등이 대폭 인상되었기 때문에, 모든 의료기관은 외래환자에 대한 조제 및 투약의 금지와 약가차액의 소멸로 인한 손실액을 대부분 보전받았다고 할 수 있다.

의약분업의 실시와 관련하여 조정된 의료수가현황을 살펴보면, 의약분업을 실시하기 위한 전제조건으로 의료기관의 의약품 지불가격 기준을 고시가격에서 실거래가격으로 전환함에 따른 의료기관의 손실을 보전하고 그동안 낮게 책정된 의료수가를 현실화하기 위하여 의료수가를 여러 차례에 걸쳐서 인상하였으므로, 모든 의료기관은 의약분업의 실시로 인하여 재정상의 손실을 거의 받지 않았다고 볼 수 있을 것이다.

나) 입법목적 달성을 통해서 얻어지는 공익의 비중 및 효과

의약분업 실시전의 의약품 오·남용실태 등을 감안할 때, 국민의 건강과 보전은 가장 일차적인 권리인 생존권의 차원에서 지켜지고 향상되어야 하므로, 의약분업제도의 도입을 통하여 국민의 보건을 증진시켜야 할 필요성이 매우 크고, 국민보건의 향상이라는 공익의 비중도 매우 높다고 할 것이다.

의약분업이 실시되면 의약품의 오·남용이 예방될 수 있을 것이므로 국민의 건강이 증진되는 효과가 발생하게 될 것이다. 그리고 전문의약품은 의사의 처방전 없이는 약국에서 구입할 수 없으므로 의료소비자의 의약품 오·남용을 제도적으로 예방할 수 있다. 그리고 의약분업을 시행하게 되면 의약품의 오·남용이 감소하게 되어서 약제비의 절감 효과가 발생하게 될 것이다. 그런데 의약분업으로 인한 약제비 절감 효과는 의약분업이 상당기간 시행된 이후

에 장기적으로 약제비 절감, 의약품 오·남용 축소에 따른 국민의료비의 절감 등의 사회적인 비용감소로 나타날 것이다.

또한 의약분업이 실시되면 의사가 처방전을 환자에게 교부함으로써, 환자들은 진료 때마다 자신에게 처방된 약제의 내용을 알게 되고, 약사는 조제한 후 투약내용을 환자에게 설명하게 되므로 환자는 실제 조제된 의약품의 내용을 정확히 알 수 있게 되므로 헌법상의 알권리가 신장될 것이다.

끝으로 의약분업이 실시되면 제약기업은 의약품에 대한 가격경쟁을 지양하고 의약품의 품질향상과 신제품 개발에 주력될 것이므로 의약산업이 발전하게 될 것이며, 매매유통이 보다 활성화되어 의약품 유통체계가 정상화될 것이다.

그렇다면 의약분업을 실시함으로써 의약품의 오·남용을 예방하고, 의약품의 적정사용으로 약제비를 절감하며, 환자의 알권리 및 의약서비스의 수준을 향상시키는 한편, 의약품 유통에 투명화를 기하여 품질이 우수한 의약품 공급을 촉진하는 효과는 상당히 크다고 할 것이다.

다) 법익의 비교형량

위에서 본 입법수단과 입법목적과의 관계를 비교형량하면, 법 제21조 제8항이 조제실을 갖춘 의료기관에서 고용 약사를 통한 원외처방전 조제금지를 규정함으로써 발생하는 청구인의 직업행사의 자유의 제한이라는 불이익은 그리 크지 않고 직업행사의 자유가 갖는 기본권적 비중도 그리 높지 않는 반면에, 법 제21조 제8항이 추구하는 입법목적의 달성을 통해서 얻게 되는 국민보건의 향상이라는 공익의 비중이 매우 크고, 이로 인하여 앞으로 나타나게 되는 공익의 효과도 상당히 크다고 할 것이다.

그렇다면 법 제21조 제8항이 추구하는 목적의 달성으로 인한 공익이 선정된 수단에 의해 발생하는 청구인의 불이익보다 크다고 할 것이므로, 법 제21조 제8항은 법익균형성의 원칙에 위배되지 아니한다.

(다) 위에서 본 바와 같이, 법 제21조 제8항이 청구인의 직업행사의 자유를 제한한 것은 헌법상 비례의 원칙에 위배되지 아니하므로, 헌법 제15조에 의거하여 보호되는 청구인의 직업행사의 자유를 침해하지 아니한다고 할 것이다.

(4) 법 제21조 제8항이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부

청구인은 법 제21조 제8항이 의료기관에서 의약품의 조제업무에 종사하는 약사에 대하여 외래환자에 대한 의약품의 조제업무를 금지하는 것은 합리적인 이유 없이 ‘약사’를 그 근무하는 장소에 따라 차별 취급하므로 헌법 제11조

의 평등권을 침해하는 것이라고 주장한다.

그런데 이 사건에서는 법 제21조 제8항이 의료기관 조제실에 고용중인 약사의 평등권을 침해하는지 여부가 문제되는 것이 아니라, 병원운영자인 청구인 성애의료법인의 평등권을 침해하는지 여부가 문제된다.

살피건대 법 제21조 제8항은 조제실을 갖춘 모든 의료기관을 대상으로 하기 때문에 청구인 의료법인 성애의료재단을 다른 의료기관에 비해서 차별하는 문제가 발생할 여지가 전혀 없다.

그렇다면 법 제21조 제8항은 청구인의 평등권을 침해하지 않는다고 할 것이다.

4. 결 론

이상과 같이 청구인 의료법인 성애의료재단의 약사법 제16조 제5항 제2호에 대한 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하고, 청구인 송영숙, 조현희 및 전효숙의 약사법 제21조 제8항에 대한 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하며, 약사법 제21조 제8항은 헌법에 위반되지 아니하므로, 청구인 의료법인 성애의료재단의 이에 대한 심판청구를 기각하기로 하여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 하경철 김영일 권 성 김효종(주심)

김경일 송인준 주선희 전효숙

국민건강보험법 제62조 제3항 등 위헌확인

(2003. 10. 30. 2000헌마801 전원재판부)

【판시사항】

1. 국민에게 건강보험에의 가입의무를 강제로 부과하고 경제적 능력에 따른 보험료를 납부하도록 하는 국민건강보험법 제5조, 제31조 제1항·제2항·제62조 제1항·제3항·제4항이 헌법상의 행복추구권과 재산권을 침해하는지 여부(소극)

2. 직장가입자와 지역가입자의 보험료 부과기준을 달리 하고 있는 국민건강보험법 제62조 제3항·제4항, 제63조 제1항·제4항, 제64조 제1항이 헌법상의 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)

3. 보험료의 조정 기타 보험재정과 관련된 주요사항을 재정위원회로 하여금 심의·의결하도록 하는 국민건강보험법 제31조 제1항·제2항, 제62조 제4항과 지역가입자의 보험료에 관한 부과표준소득의 산정방법, 기준 등을 대통령령으로 정하도록 하고 있는 국민건강보험법 제64조 제1항이 포괄위임입법금지의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 건강보험의 문제를 시장경제의 원리에 따라 사보험에 맡기면 상대적으로 질병발생위험이 높거나 소득수준이 낮은 사람들은 보험에 가입하는 것이 매우 어렵거나 불가능하게 되어, 국가가 소득수준이나 질병위험도에 관계없이 모든 국민에게 동질의 의료보장을 제공하고자 하는 목적을 달성할 수 없으므로, 국민건강보험법 제5조, 제31조 제1항·제2항, 제62조 제1항·제3항·제4항은 원칙적으로 전국민을 강제로 보험에 가입시키고 경제적 능력에 비례하여 보험료를 납부하도록 함으로써 의료보장과 동시에 소득재분배 효과를 얻고자 하는 것이다.

이와 같이 국가가 국민을 강제로 건강보험에 가입시키고 경제적 능력에 따라 보험료를 납부하도록 하는 것은 행복추구권으로부터 파

생하는 일반적 행동의 자유의 하나인 공법상의 단체에 강제로 가입하지 아니할 자유와 정당한 사유 없는 금전의 납부를 강제당하지 않을 재산권에 대한 제한이 되지만, 이러한 제한은 정당한 국가목적 달성을 위하여 부득이한 것이고, 가입강제와 보험료의 차등부과로 인하여 달성되는 공익은 그로 인하여 침해되는 사익에 비하여 월등히 크다고 할 수 있으므로, 위의 조항들이 헌법상의 행복추구권이나 재산권을 침해한다고 볼 수 없다.

2. 직장가입자와 지역가입자 사이에는 소득파악률, 소득신고의 방법, 소득결정방법, 보험료 부과대상소득의 발생시점 등에서 근본적인 차이가 있고, 특히 직장가입자의 소득은 거의 전부 파악되는데 반하여, 지역가입자의 소득은 일부분밖에 파악되지 않는다는 점에서 현저한 차이가 있다.

이처럼 현저한 차이가 있는 직장가입자와 지역가입자의 보험료부담의 형평을 보장하기 위하여 국민건강보험법 제62조 제3항·제4항, 제63조 제1항·제4항, 제64조 제1항은 직장가입자의 경우에는 표준보수월액을, 지역가입자의 경우에는 부과표준소득을 기준으로 보험료를 산정하도록 규정함으로써 직장근로자의 경우에는 소득만을 기준으로 하고, 소득 파악이 어려운 지역가입자의 경우에는 소득뿐만 아니라 재산, 생활수준, 직업, 경제활동참가율 등 다양한 변수를 참작한 추정소득을 기준으로 하도록 하는 것인바, 이러한 차별취급은 경제적 능력에 따른 부담의 원칙에 입각하고 있고, 지역가입자와 직장가입자의 본질적인 차이를 고려하여 그에 상응하게 보험료의 산정을 달리 하도록 한 것이므로 헌법상의 평등권을 침해하는 것이라 할 수 없다.

3. 국민건강보험법 제31조 제1항·제2항이 재정운영위원회의 심의·의결 사항으로 규정한 ‘보험료의 조정 기타 보험재정과 관련된 주요사항’ 및 보험료를 조정할 사유로 정한 ‘보험재정에 중대한 변화가 발생한 때’의 구체적 내용을 시행령에 위임하고 있는 것과 제62조 제4항이 지역가입자의 월별 보험료액을 부과표준소득에 따라 법시행령이 정하는 등급구분에 의하여 재정운영위원회의 의결을 거쳐 공단의 정관이 정하는 금액으로 하도록 한 것이나, 제64조 제1항이 부과표준소득의 산정방법, 기준 기타 필요한 사항을 시행령으로 정

하도록 한 것은, 국민건강보험법의 전반적 체계와 관련규정을 종합하여 볼 때 그 범위와 한계를 객관적으로 충분히 예측할 수 있고, 또한 보험재정에 관한 사실관계는 매우 다양하고 수시로 변화될 것이 예상되므로 보험료율 또는 등급구분·등급별금액의 규율을 대통령령과 국민건강보험공단정관에 위임하는 것은 불가피한 것이어서 위임입법의 한계를 넘는 것이 아니라 할 것이다.

【심판대상조문】

국민건강보험법(2000. 1. 2. 법률 제6124호로 개정되고 2000. 12. 29. 법률 제6320호로 개정되기 전의 것) 제5조(적용대상등) ① 국내에 거주하는 국민으로서 다음 각호의 1에 해당하는 자외의 자는 이 법에 의한 건강보험(이하 “건강보험”이라 한다)의 가입자(이하 “가입자”라 한다) 또는 피부양자가 된다.

1. 의료보호법에 의하여 의료보호를 받는 자(이하 “의료보호대상자”라 한다)
2. 독립유공자예우에관한법률 및 국가유공자등예우및지원에관한법률에 의하여 의료보호를 받는 자(이하 “유공자등의료보호대상자”라 한다). 다만, 다음 각목의 1에 해당하는 자는 그러하지 아니하다.
 - 가. 유공자등의료보호대상자중 건강보험의 적용을 보험자에게 신청한 자
 - 나. 건강보험의 적용을 받고 있던 자가 유공자등의료보호대상자가 된 경우로서 보험자에게 건강보험의 적용배제신청을 하지 아니한 자

②, ③ 생략

국민건강보험법(2000. 1. 2. 법률 제6124호로 개정되고 2000. 12. 29. 법률 제6320호로 개정되기 전의 것) 제31조(재정운영위원회) ① 보험료의 조정 기타 보험제정과 관련된 주요사항을 심의·의결하기 위하여 공단에 재정운영위원회를 둔다.

② 재정운영위원회는 제1항의 규정에 의한 보험료를 조정함에 있어 보험급여비용의 변동 등으로 보험재정에 중대한 변화가 발생한 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 이를 반영하여야 한다.

③ 생략

국민건강보험법(2000. 1. 2. 법률 제6124호로 개정되고 2000. 12. 29. 법률 제6320호로 개정되기 전의 것) 제62조(보험료) ① 공단은 건강보험사업에 소요되는 비용에 충당하기 위하여 제68조의 규정에 의한 보험료의 납부의무자로부터 보험료를 징수한다.

② 생략

③ 직장가입자의 월별 보험료액은 제63조의 규정에 의하여 산정한 표준보수월액에 제65조의 규정에 의한 보험요율을 곱하여 얻은 금액으로 한다.

④ 지역가입자의 월별 보험료액은 세대단위로 산정하되, 지역가입자가 속한 세대의 월별 보험료액은 제64조의 규정에 의하여 산정한 부과표준소득에 따라 대통령령이 정하는 등급구분에 의하여 재정운영위원회의 의결을 거쳐 공단의 정관이 정하는 금액으로 한다.

⑤ 생략

국민건강보험법(2000. 1. 2. 법률 제6124호로 개정되고 2000. 12. 29. 법률 제6320호로 개정되기 전의 것) 제63조(표준보수월액) ① 제62조 제3항의 규정에 의한 표준보수월액은 직장가입자가 일정기간동안 지급받는 보수를 기준으로 하여 등급별로 산정한다.

②, ③ 생략

④ 제1항의 규정에 의한 등급별 표준보수월액의 산정 및 보수가 지급되지 아니하는 사용자의 표준보수월액의 산정등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

국민건강보험법(2000. 1. 2. 법률 제6124호로 개정되고 2000. 12. 29. 법률 제6320호로 개정되기 전의 것) 제64조(부과표준소득) ① 제62조 제4항의 규정에 의한 부과표준소득은 지역가입자의 소득·재산·생활수준·직업·경제활동참가율 등을 참작하여 정하되, 부과표준소득의 산정방법·기준 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

② 생략

【참조조문】

헌법 제10조, 제11조, 제23조, 제75조, 제95조

국민건강보험법 (2000. 1. 2. 법률 제6124호로 개정되고 2000. 12. 29. 법률 제6320호로 개정되기 전의 것) 제5조(적용대상등) ① 생략

② 제1항의 피부양자는 다음 각호의 1에 해당하는 자중 직장가입자에 의하여 주로 생계를 유지하는 자로서 보수 또는 소득이 없는 자를 말한다.

1. 직장가입자의 배우자
2. 직장가입자의 직계존속(배우자의 직계존속을 포함한다)
3. 직장가입자의 직계비속(배우자의 직계비속을 포함한다) 및 그 배우자
4. 직장가입자의 형제·자매

③ 제2항의 규정에 의한 피부양자 자격의 인정기준, 취득·상실시기 기타 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

국민건강보험법(2000. 1. 2. 법률 제6124호로 개정되고 2000. 12. 29. 법률 제6320호로 개정되기 전의 것) 제31조(재정운영위원회) ①, ② 생략

③ 재정운영위원회의 위원장은 제32조 제1항 제3호의 규정에 의한 위원 중에서 위원회가 호선한다.

국민건강보험법(2000. 1. 2. 법률 제6124호로 개정되고 2000. 12. 29. 법률 제6320호로 개정되기 전의 것) 제32조(재정운영위원회의 구성등) ① 재정운영위원회는 다음 각호의 위원으로 구성한다.

1. 직장가입자를 대표하는 위원 10인
2. 지역가입자를 대표하는 위원 10인
3. 공익을 대표하는 위원 10인

② 제1항의 규정에 의한 위원은 다음 각호의 자를 보건복지부장관이 임명 또는 위촉한다.

1. 제1항 제1호의 위원은 노동조합 및 사용자단체가 각각 5인씩 추천하는 자

2. 제1항 제2호의 위원은 대통령이 정하는 바에 의하여 농어업인단체·도시자영업자 단체 및 시민단체가 각각 추천하는 자

3. 제1항 제3호의 위원은 대통령이 정하는 관계공무원 및 건강보험에 관한 학식과 경험이 풍부한 자

③ 재정운영위원회의 위원의 임기는 2년으로 한다. 다만, 공무원인 위원의 임기는 그 재임기간으로 하며, 보궐된 위원의 임기는 전임자의 잔임기간으로 한다.

④ 재정운영위원회의 운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

국민건강보험법(2000. 1. 2. 법률 제6124호로 개정되고 2000. 12. 29. 법률 제6320호로 개정되기 전의 것) 제62조(보험료) ① 생략

② 제1항의 규정에 의한 보험료는 가입자의 자격을 얻은 날이 속하는 달부터 가입자의 자격을 잃은 날의 전날이 속하는 달까지 징수한다. 다만, 가입자의 자격이 매월 2일 이후에 변동된 경우에는 그 변동된 날이 속하는 달의 보험료는 변동되기 전의 자격을 기준으로 징수한다.

③~⑤ 생략

국민건강보험법(2000. 1. 2. 법률 제6124호로 개정되고 2000. 12. 29. 법률 제6320호로 개정되기 전의 것) 제63조(표준보수월액) ① 생략

② 휴직 기타의 사유로 보수의 전부 또는 일부가 지급되지 아니하는 가입자의 보험료는 당해 사유가 발생하기 전월의 표준보수월액을 기준으로 보험료를 산정한다.

③ 제1항의 규정에 의한 보수는 근로자·공무원 및 교직원이 근로의 제공으로 인하여 사용자·국가 또는 지방자치단체로부터 지급받는 금품(실비변상적인 성격의 것을 제외한다)으로서 대통령이 정하는 것을 말한다.

④ 생략

국민건강보험법(2000. 1. 2. 법률 제6124호로 개정되고 2000. 12. 29. 법률 제6320호로 개정되기 전의 것) 제64조(부과표준소득) ① 생략

② 제1항의 규정에 의하여 부과표준소득의 산정방법·기준을 정함에 있어 법령에 의하여 재산권의 행사가 제한되는 재산에 대하여는 다른 재산과 달리 정할 수 있다.

국민건강보험법시행령 제13조(이사회회의 심의·의결사항) 법 제24조 제4항의 규정에 의하여 다음 각호의 사항은 공단의 이사회(이하 "이사회"라 한다)의 심의·의결을 거쳐야 한다. 다만, 법 제31조·법 제42조 제5항·법 제72조 제1항 및 영 제16조의 규정에 의한 재정운영위원회의 심의·의결사항을 제외한다.

1. 사업운영계획 기타 공단운영의 기본방침에 관한 사항
2. 예산 및 결산에 관한 사항
3. 정관변경에 관한 사항
4. 보험료등에 관한 사항
5. 준비금 기타 중요재산의 취득·관리 및 처분에 관한 사항
6. 규정의 제정·개정 및 폐지에 관한 사항
7. 차입금에 관한 사항

8. 보험급여에 관한 사항

9. 기타 공단운영에 관한 중요사항

국민건강보험법시행령 제16조(재정운영위원회의 보험료 조정) ① 법 제31조 제2항의 규정에 의하여 재정운영위원회는 다음 각호의 사유로 보험제정에 증대한 변화가 발생한 때에는 이를 반영하여 해당 가입자의 보험료율의 변경이나 보험료의 조정등에 관한 사항을 심의·의결하여야 한다.

1. 보험급여비용 또는 보험료수입의 변동으로 보험제정이 악화될 때
2. 법 제36조의 규정에 의하여 준비금으로 적립할 금액이 부족할 우려가 있을 때
3. 천재지변 또는 이에 준하는 사유가 발생한 때

② 생략

국민건강보험법시행령 제34조(직장가입자에 대한 보험료부과의 원칙) ① 법 제63조 제1항의 규정에 의하여 직장가입자에 대한 보험료는 매년 다음 각호의 구분에 의하여 산정된 표준보수월액으로 보험료를 부과하고, 다음 연도에 확정되는 당해 연도의 보수의 총액을 기준으로 제39조의 규정에 의하여 표준보수월액을 다시 산정하여 정산한다.

1. 직장가입자의 자격을 취득하거나 다른 직장가입자로 자격이 변동되거나 지역가입자에서 직장가입자로 자격이 변동된 자 : 제37조의 규정에 의한 자격취득 또는 변동시의 표준보수월액
2. 제1호에 해당되지 아니하는 직장가입자 : 전년도에 지급받은 보수의 총액을 기준으로 제36조의 규정에 의하여 산정한 표준보수월액

② 생략

국민건강보험법시행령 제36조(표준보수월액의 결정등) ① 제35조의 규정에 의하여 보수의 총액을 통보받은 공단은 전년도중 직장가입자가 당해 사업장·국가·지방자치단체 또는 사립학교에 종사한 기간(보수산정의 기초로 된 일수가 20일 미만인 월이 있을 때에는 그 월을 제외한다)동안 받은 보수의 총액을 그 해당기간의 월수로 나누어서 얻은 금액을 보수월액(이하 “보수월액”이라 한다)으로 하여 매년 표준보수월액을 결정한다.

② 사용자는 당해 직장가입자의 보수가 인상되거나 인하되었을 때에는 공단에 표준보수월액의 변경을 신청할 수 있다.

③ 공단은 사용자가 영 제35조의 규정에 의한 통보를 하지 아니하거나 그 통보내용이 사실과 다른 경우에는 법 제82조의 규정에 의하여 그 사실을 조사하여 표준보수월액을 산정·변경할 수 있으며, 제2항의 규정에 의하여 표준보수월액의 변경신청이 있는 경우에는 공단은 보수인상월 또는 인하월부터 표준보수월액을 변경할 수 있다.

④ 제1항 내지 제3항의 규정에 의한 직장가입자의 보수월액에 해당되는 등급별 표준보수월액은 별표 4와 같다.

⑤ 직장가입자의 표준보수월액을 제33조 내지 제38조의 규정에 의하여 산정하기 곤란하거나 보수를 확인할 수 있는 자료가 없는 경우 표준보수월액의 산정방법과 보수의 인상·인하시 표준보수월액의 변경신청등 필요한 사항은 재정운영위원회의 의결을 거쳐 공단의 정관으로 정한다.

[별표 4] 직장가입자의 등급별 표준보수월액(제36조 제4항 관련(국민건강보험법시행령))

등급	보 수 월 액	표준보수월액
1	300,000 미만	280,000
2	300,000 이상 - 410,000 미만	360,000
3	410,000 이상 - 520,000 미만	470,000
4	520,000 이상 - 630,000 미만	580,000
5	630,000 이상 - 750,000 미만	690,000
6	750,000 이상 - 870,000 미만	810,000
7	870,000 이상 - 1,000,000 미만	940,000
8	1,000,000 이상 - 1,130,000 미만	1,070,000
9	1,130,000 이상 - 1,260,000 미만	1,200,000
10	1,260,000 이상 - 1,400,000 미만	1,330,000
11	1,400,000 이상 - 1,540,000 미만	1,470,000
12	1,540,000 이상 - 1,680,000 미만	1,610,000
13	1,680,000 이상 - 1,830,000 미만	1,760,000
14	1,830,000 이상 - 1,990,000 미만	1,910,000
15	1,990,000 이상 - 2,150,000 미만	2,070,000
16	2,150,000 이상 - 2,320,000 미만	2,240,000
17	2,320,000 이상 - 2,490,000 미만	2,410,000
18	2,490,000 이상 - 2,660,000 미만	2,580,000
19	2,660,000 이상 - 2,840,000 미만	2,750,000
20	2,840,000 이상 - 3,030,000 미만	2,940,000
21	3,030,000 이상 - 3,220,000 미만	3,130,000
22	3,220,000 이상 - 3,420,000 미만	3,330,000
23	3,420,000 이상 - 3,630,000 미만	3,530,000
24	3,630,000 이상 - 3,840,000 미만	3,740,000
25	3,840,000 이상 - 4,060,000 미만	3,950,000
26	4,060,000 이상 - 4,290,000 미만	4,180,000
27	4,290,000 이상 - 4,520,000 미만	4,410,000
28	4,520,000 이상 - 4,760,000 미만	4,640,000
29	4,760,000 이상 - 5,010,000 미만	4,890,000
30	5,010,000 이상 - 5,270,000 미만	5,140,000
31	5,270,000 이상 - 5,530,000 미만	5,400,000
32	5,530,000 이상 - 5,800,000 미만	5,670,000

등급	보 수 월 액	표준보수월액
33	5,800,000 이상 - 6,080,000 미만	5,940,000
34	6,080,000 이상 - 6,370,000 미만	6,230,000
35	6,370,000 이상 - 6,670,000 미만	6,520,000
36	6,670,000 이상 - 6,980,000 미만	6,830,000
37	6,980,000 이상 - 7,300,000 미만	7,140,000
38	7,300,000 이상 - 7,630,000 미만	7,470,000
39	7,630,000 이상 - 7,970,000 미만	7,800,000
40	7,970,000 이상 - 8,310,000 미만	8,140,000
41	8,310,000 이상 - 8,680,000 미만	8,500,000
42	8,680,000 이상 - 9,050,000 미만	8,870,000
43	9,050,000 이상 - 9,430,000 미만	9,240,000
44	9,430,000 이상 - 9,830,000 미만	9,630,000
45	9,830,000 이상 - 10,230,000 미만	10,030,000
46	10,230,000 이상 - 10,660,000 미만	10,450,000
47	10,660,000 이상 - 11,090,000 미만	10,880,000
48	11,090,000 이상 - 11,540,000 미만	11,320,000
49	11,540,000 이상 - 12,000,000 미만	11,770,000
50	12,000,000 이상	만단위에서 받을림한 금액

※ 직장가입자가 2 이상 적용사업장에서 보수를 받고 있는 경우에는 각 사업장에서 받고 있는 보수를 기준으로 각각 표준보수월액을 결정한다.

국민건강보험법시행령 제45조(지역가입자의 보험료) 법률 제6093호 국민건강보험법중 개정법률에 의하여 개정된 법률 제5854호 국민건강보험법 부칙 제10조의2의 규정에 의하여 지역가입자에 대한 보험료는 동법 부칙 제10조 제1항의 규정에 의한 구분계리기간동안 종전의 국민의료보험법시행령 제4조 및 제24조의 규정을 적용한다. 이 경우 “지역피보험자”는 “지역가입자”로 본다.

국민건강보험법시행령 부칙 제2조(다른 법령의 폐지) 의료보험법시행령 및 국민의료보험법시행령은 이를 각각 폐지한다.

국민의료보험법 제4조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “공무원”이라 함은 국가 또는 지방자치단체에서 상시 공무에 종사하는 자를 말한다.
2. “교직원”이라 함은 사립학교교직원연금법 제3조의 규정에 의한 사립학교 또는 그 학교 경영기관에 근무하는 교원 및 직원을 말한다.
3. “기관원”이라 함은 당해 공무원이 소속되어 있는 기관의 장으로서 대통령령으로 정하는 자를 말한다.

4. “학교경영자”라 함은 사립학교교직원연금법 제3조 각호에 규정된 사립학교를 설치·운영하는 법인 또는 사인을 말한다.
5. “보수월액”이라 함은 공무원 또는 교직원이 그 종류·급별 또는 자격 등에 따라 매월 지급받는 봉급에 기말수당, 정근수당, 장기근속수당 및 대통령령이 정하는 수당의 연지급합계액을 12월로 평균한 금액을 합한 금액을 말한다. 이 경우 보수월액의 구체적인 산정기준 및 방법은 대통령령으로 정한다.
6. “지역피보험자”는 의료보험법에 의한 의료보험의 피보험자와 그 피부양자, 공무원·교직원피보험자와 그 피부양자, 의료보호대상자를 제외한 자를 말한다.
7. “피부양자”라 함은 공무원·교직원피보험자의 배우자·직계존속(배우자의 직계존속을 포함한다)·직계비속·직계비속의 배우자 또는 형제·자매 중 그 피보험자에 의하여 생계를 주로 유지하는 자로서 보건복지부장관이 정하는 기준에 해당하는 자를 말한다.
8. “보험료 부과표준”이라 함은 지역피보험자의 보험료 부과 대상이 되는 소득·재산등을 말하며 그 종류와 범위는 대통령령으로 정한다.

국민의료보험법 제47조(보험료) ①, ② 생략

③ 지역피보험자의 보험료액은 피보험자가 속하는 세대의 보험료부과표준에 따라 대통령이 정하는 등급구분에 의하여 공단 정관이 정하는 금액으로 한다.

④ 생략

국민의료보험법시행령 제4조(지역피보험자의 보험료부과표준) ① 법 제4조 제8호의 규정에 의한 보험료부과표준이 되는 소득의 범위는 다음 각호와 같다.

1. 소득세법 제4조 제1항 제1호의 규정에 의한 종합소득
2. 지방세법 제197조 제3호의 규정에 의한 농지소득
3. 국민연금법·공무원연금법·군인연금법 및 사립학교교직원연금법에 의한 연금소득

② 법 제4조 제8호의 규정에 의한 보험료부과표준이 되는 재산의 범위는 다음 각호와 같다.

1. 지방세법 제181조의 규정에 의한 재산세의 과세대상이 되는 건축물과 동법 제234조 의8의 규정에 의한 종합토지세의 과세대상이 되는 토지. 다만, 중중재산·마을공동 재산 기타 이에 준하는 공동의 목적으로 사용하는 재산을 제외한다.
2. 지방세법 제181조의 규정에 의한 재산세의 과세대상이 되는 선박 및 항공기
3. 지방세법 제196조의2의 규정에 의한 자동차. 다만, 장애인용자동차 등 보건복지부령이 정하는 자동차를 제외한다.
4. 주택을 소유하지 아니한 자의 경우에는 주택에 대한 전·월세보증금과 월세를 보건복지부령이 정하는 방법에 의하여 전세로 환산한 금액. 다만, 보건복지부령이 정하는 금액 미만인 경우를 제외한다.

③ 제1항의 규정에 불구하고 소득에 관한 객관적인 자료가 없거나 객관적인 자료에 의한 소득이 연간 500만원 이하인 세대의 경우는 다음 각호의 사항을 고려하여 산정한 평균소득을 소득에 관한 보험료의 부과표준으로 본다.

1. 세대를 구성하는 지역피보험자의 소득(연간 500만원 이하인 세대의 경우에 한한다) 및 재산의 정도
 2. 세대를 구성하는 지역피보험자의 장애정도 및 성·연령에 따른 경제 활동참가율
- ④ 제3항의 규정에 의한 평가소득의 산정을 위한 구체적인 기준은 보건복지부장관이 정하여 고시하되, 그 기준을 정함에 있어서는 다음 각호의 요건에 적합하도록 하여야 한다.
1. 소득자료가 없는 세대의 세대주 또는 피보험자가 부담하여야 하는 평가소득에 관한 보험료는 평가요소(소득을 제외한다)상 동등한 조건에 해당하는 소득자료가 있는 소득이 연간 500만원 이하인 세대의 세대주 또는 피보험자가 부담하여야 하는 평가소득에 관한 보험료 미만이 되도록 할 것.

2. 소득자료가 있는 소득이 연간 500만원 이하인 세대의 세대주 또는 피보험자가 부담하여야 하는 평가소득에 관한 보험료는 그 소득이 연간 500만원을 초과하는 세대의 세대주 또는 피보험자가 부담하여야 하는 소득에 관한 보험료 미만이 되도록 할 것.

국민의료보험법시행령 제24조(지역피보험자의 보험료등급구분) 법 제47조 제3항의 규정에 의한 지역피보험자의 보험료부과표준별 보험료의 등급구분은 다음 각호와 같다.

1. 제4조 제1항의 규정에 의한 소득에 대한 보험료등급은 50등급으로, 제4조 제3항의 규정에 의한 평가소득에 대한 보험료등급은 30등급으로 한다.
2. 제4조 제2항의 규정에 의한 재산에 대한 보험료등급은 50등급으로 한다. 다만, 자동차에 대한 보험료등급은 7등급으로 한다.

국민건강보험공단장관 제47조(지역가입자에 대한 보험료 산정 등) ① 지역가입자의 보험료는 세대단위로 소득비례보험료와 재산비례보험료로 구분하여 산정하며 이를 합산한 금액으로 한다.

② 소득비례보험료는 소득보험료 또는 평가소득보험료로 하며, 재산비례보험료는 재산보험료와 자동차보험료로 한다.

국민건강보험공단장관 제48조(소득보험료) 소득보험료는 영 제45조의 규정에 의하여 종전의 국민의료보험법시행령 제4조 제1항의 규정에 의한 종합소득금액, 농지소득금액, 연금소득금액을 별표 2에서 정한 평가율에 의해 평가하여 합산한 금액(이하 “소득금액”이라 한다)에 따라 등급을 정하되, 등급별 보험료액은 별표 3과 같다.

국민건강보험공단장관 제50조(재산보험료) ① 재산보험료는 영 제45조의 규정에 의하여 다음 각 호의 1에 해당하는 금액을 합산한 금액(이하 “재산금액”이라 한다)에 따라 등급을 정하되, 등급별 보험료액은 별표 6과 같다.

1. 종전의 국민의료보험법시행령 제4조 제2항 제1호의 규정에 의한 토지의 종합토지세 과세표준인 토지가액
2. 종전의 국민의료보험법시행령 제4조 제2항 제1호 및 제2호의 규정에 의한 건축물, 선박 및 항공기의 재산세과세표준인 재산가액
3. 종전의 국민의료보험법시행령 제4조 제2항 제4호의 규정에 의한 전·월세보증금과 월세를 전세로 환산한 금액(이하 “전·월세보증금 등”이라 한다)의 평가금액. 다만, 평가금액이 100만원 이하인 경우에는 제외한다.

② 제1항 제3호의 규정에 의한 전·월세보증금 등의 평가율은 별표 7과 같다.

국민건강보험공단정관 제51조(자동차보험료) 자동차보험료는 영 제45조의 규정에 의하여 종전의 국민의료보험법시행령 제4조 제2항 제3호의 규정에 의한 자동차(지방세법시행령 제146조의3의 규정에 의한 영업용자동차를 제외한다)의 차종별 배기량(적재량)에 의해 산출한 자동차 연간세액에 사용연수에 따른 감액률을 반영하여 등급을 정하되, 등급별 보험료액은 별표 8과 같으며, 동일한 세대에 자동차가 2대 이상인 경우에는 등급별 보험료액을 합산한다.

【참조판례】

1. 헌재 2001. 8. 30. 2000헌마668, 판례집 13-2, 287
2. 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913
3. 헌재 1994. 6. 30. 93헌가15등, 판례집 6-1, 576
헌재 1998. 2. 27. 95헌바59, 판례집 10-1, 103

【당 사 자】

청 구 인 장용삼 외 55인
대리인 변호사 임광규

【주 문】

청구인들의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상
가. 사건의 개요

청구인들은 국민건강보험법에 의한 직장가입자 및 지역가입자로서 국민건강보험법(2000. 1. 12. 법률 제6124호로 개정되고 2000. 12. 29. 법률 제6320호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라고 한다) 제5조, 제31조, 제32조, 제62조 제3항·제4항, 제63조 제1항·제4항, 제64조 제1항, 국민건강보험법시행령(2000. 6. 23. 대통령령 제16853호로 제정되고 2000. 12. 30. 대통령령 제17067호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘시행령’이라고 한다) 제13조, 제16조 제1항, 제34조 제1항, 제36조 제4항, 별표 4, 제45조, 국민의료보험법시행령(1999. 8. 7. 대통령령 제16525호로 개정되고 2000. 6. 23. 대통령령 제16853호로 폐지되기 전의 것) 제4조, 제24조, 국민건강보험공단 정관(2000. 6. 29. 규정 제101-6호

로 전면개정되고, 2000. 12. 28. 규정 제101-7호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘정관’이라고 한다) 제47조, 제48조, 제50조, 제51조, 별표 2 내지 8은 국민에게 건강보험에의 가입여부에 대한 선택권을 주지 않고 강제로 가입하게 하여 소득재분배를 목적으로 한 보험료를 내도록 하므로 과잉금지의 원칙에 위배하여 행복추구권 및 재산권을 침해하고, 직장가입자와 지역가입자의 보험료를 달리 산출하여 차등을 둠으로써 헌법상 평등의 원칙에 위배되며, 재정운영위원회가 국회의 입법 없이 또는 법률의 포괄적 위임에 의하여 구체적 보험료 액수를 결정하게 하고, 지역가입자의 보험료액을 대통령령이나 국민건강보험공단(이하 ‘공단’이라 한다)의 정관으로 정하도록 하여 법률유보의 원칙 및 포괄위임입법금지원칙에 위배된다고 하면서 위 조항들의 위헌확인을 구하여 2000. 12. 23. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

헌법소원심판이 청구되면 청구인의 주장요지를 종합적으로 판단하여 심판대상을 확정하여야 하는바, 청구인들이 심판대상으로 들고 있는 조문들을 주장취지별로 정리해 보면, ① 법 제5조, 제31조 제1항·제2항, 제62조 제1항·제3항·제4항은 국민에게 건강보험에의 가입여부에 대한 선택권을 주지 않고 강제로 가입하게 하여 소득재분배를 목적으로 차등을 둔 보험료를 내도록 하므로 과잉금지의 원칙에 위배하여 행복추구권과 재산권을 침해하고, ② 법 제62조 제3항·제4항, 제63조 제1항·제4항, 제64조 제1항, 시행령 제34조 제1항, 제36조 제4항 및 별표 4, 제45조, 국민의료보험법시행령 제4조, 제24조, 정관 제47조, 제48조, 제50조, 제51조 및 별표 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8은 직장가입자와 지역가입자의 보험료의 액수에 근거 없는 차등을 둠으로써 헌법상 평등의 원칙에 위배되며, ③ 법 제31조, 제32조, 제62조 제4항, 제64조 제1항, 시행령 제16조 제1항, 정관 제47조, 제48조, 제50조, 제51조, 별표 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8은 재정운영위원회가 국회의 입법 없이 또는 포괄적 위임에 의하여 구체적 보험료 액수를 결정하게 하고, 지역가입자의 보험료액을 대통령령이나 공단의 정관으로 정하도록 하는 것이므로 법률유보의 원칙 및 포괄위임입법금지원칙에 위배된다는 것이다.

살피건대, ①의 행복추구권 및 재산권에 관하여 청구인들이 들고 있는 조문들 중 법 제5조 제2항·제3항은 건강보험가입자의 피부양자에 대한 규정이고, 법 제31조 제1항·제2항은 보험재정과 관련된 주요사항을 심의·의결하기 위한 기구인 재정운영위원회에 대한 규정으로서 각 건강보험에의 강제가입 및

보험료의 납부와는 직접 관련이 없으므로 이들 조항을 제외한 법 제5조 제1항, 제62조 제1항·제3항·제4항만을 위 주장과 관련한 심판대상으로 확정하는 것이 타당하다.

②의 평등권에 관한 조문들 중 법 제62조 제3항·제4항, 제63조 제1항·제4항, 제64조 제1항은 직장가입자의 월별 보험료액은 표준보수월액에 보험료를 곱한 금액으로, 지역가입자의 보험료액은 부과표준소득에 따라 재정위원회의 의결을 거쳐 공단이 정하는 금액으로 각 정하도록 규정함으로써 직장가입자와 지역가입자를 달리 취급하도록 하고 있으므로 이들 조항들은 평등권 위반에 관하여 적절한 심판대상이 되지만, 시행령 제34조 제1항, 제36조 제4항 및 별표 4, 제45조, 국민의료보험법시행령 제4조, 제24조, 정관 제47조, 제48조, 제50조, 제51조 및 별표 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8은 위 법률조항들이 정한 바에 따라 구체적인 보험료액의 산정에 관한 세부적인 사항들을 정하고 있는 것에 불과하여 평등권의 문제와 직접 관련이 없으므로 위 시행령 및 정관 규정들은 심판대상에서 제외함이 타당하다.

③의 법률유보원칙과 포괄위임입법금지원칙에 관한 조항들 중 법 제31조 제1항·제2항, 제62조 제4항은 보험료의 조정 기타 보험제정과 관련된 주요 사항을 심의·의결하는 재정위원회의 권한 내지 임무를 규정하고 있고, 법 제64조 제1항은 지역가입자의 보험료에 관한 부과표준소득의 산정방법·기준 등을 대통령령으로 정하도록 하고 있으므로 위 주장취지와 관련한 심판대상으로 적합하지만, 법 제31조 제3항과 제32조 제1항 내지 제4항은 재정위원회의 구성 내지 조직에 관한 것으로서 청구인이 이 부분의 위헌성을 직접 주장하고 있는 것은 아니므로 심판대상에서 제외함이 타당하고, 시행령 제16조 제1항은 법 제31조 제2항에서 부여하고 있는 재정위원회의 보험료조정권한에 관하여 구체적 사항들을 규정하는 것에 불과하여 별도로 심판대상으로 삼을 필요가 없고, 정관 제47조, 제48조, 제50조, 제51조, 별표 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8은 법 제62조 제4항, 제64조 제1항에 의하여 정해진 지역가입자의 보험료산정기준 즉, 부과표준소득을 중심으로 하여 보험료를 산정하는 구체적 내용에 관한 규정으로서 위 법률조항들과 별도로 심판대상으로 삼을 필요가 없으므로 이들 시행령과 정관 조항들을 심판대상에서 제외하기로 한다.

그러므로 이 사건 심판대상 조항을 법 제5조 제1항, 제31조 제1항·제2항, 제62조 제1항·제3항·제4항, 제63조 제1항·제4항, 제64조 제1항으로 한정한다.

[심판대상조문]

국민건강보험법(2000. 1. 12. 법률 제6124호로 개정되고 2000. 12. 29. 법률 제6320호로 개정되기 전의 것)

제5조(적용대상 등) ① 국내에 거주하는 국민으로서 다음 각 호의 1에 해당하는 자 외의 자는 이 법에 의한 건강보험(이하 “건강보험”이라 한다)의 가입자(이하 “가입자”라 한다) 또는 피부양자가 된다.

1. 의료보호법에 의하여 의료보호를 받는 자(이하 “의료보호대상자”라 한다)

2. 독립유공자예우에관한법률 및 국가유공자등예우및지원에관한법률에 의하여 의료보호를 받는 자(이하 “유공자등의료보호대상자”라 한다). 다만, 다음 각 목의 1에 해당하는 자는 그러하지 아니하다.

가. 유공자등의료보호대상자 중 건강보험의 적용을 보험자에게 신청한 자

나. 건강보험의 적용을 받고 있던 자가 유공자등의료보호대상자가 된 경우로서 보험자에게 건강보험의 적용배제신청을 하지 아니한 자

제31조(재정운영위원회) ① 보험료의 조정 기타 보험재정과 관련된 주요사항을 심의·의결하기 위하여 공단에 재정운영위원회를 둔다.

② 재정운영위원회는 제1항의 규정에 의한 보험료를 조정함에 있어 보험급여비용의 변동 등으로 보험재정에 중대한 변화가 발생한 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 이를 반영하여야 한다.

제62조(보험료) ① 공단은 건강보험사업에 소요되는 비용에 충당하기 위하여 제68조의 규정에 의한 보험료의 납부의무자로부터 보험료를 징수한다.

③ 직장가입자의 월별 보험료액은 제63조의 규정에 의하여 산정한 표준보수월액에 제65조의 규정에 의한 보험료율을 곱하여 얻은 금액으로 한다.

④ 지역가입자의 월별 보험료액은 세대단위로 산정하되, 지역가입자가 속한 세대의 월별 보험료액은 제64조의 규정에 의하여 산정한 부과표준소득에 따라 대통령령이 정하는 등급구분에 의하여 재정운영위원회의 의결을 거쳐 공단의 정관이 정하는 금액으로 한다.

제63조(표준보수월액) ① 제62조 제3항의 규정에 의한 표준보수월액은 직장가입자가 일정기간 동안 지급받는 보수를 기준으로 하여 등급별로 산정한다.

④ 제1항의 규정에 의한 등급별 표준보수월액의 산정 및 보수가 지급되지

아니하는 사용자의 표준보수월액의 산정 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제64조(부과표준소득) ① 제62조 제4항의 규정에 의한 부과표준소득은 지역가입자의 소득·재산·생활수준·직업·경제활동참가율 등을 참작하여 정하되, 부과표준소득의 산정방법·기준 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

[관련조문]

국민건강보험법(2000. 1. 12. 법률 제6124호로 개정되고 2000. 12. 29. 법률 제6320호로 개정되기 전의 것)

제5조 ② 제1항의 피부양자는 다음 각 호의 1에 해당하는 자 중 직장가입자에 의하여 주로 생계를 유지하는 자로서 보수 또는 소득이 없는 자를 말한다.

1. 직장가입자의 배우자
2. 직장가입자의 직계존속(배우자의 직계존속을 포함한다)
3. 직장가입자의 직계비속(배우자의 직계비속을 포함한다) 및 그 배우자
4. 직장가입자의 형제·자매

③ 제2항의 규정에 의한 피부양자 자격의 인정기준, 취득·상실시기 기타 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

제31조 ③ 재정운영위원회의 위원장은 제32조 제1항 제3호의 규정에 의한 위원 중에서 위원회가 호선한다.

제32조(재정운영위원회의 구성 등) ① 재정운영위원회는 다음 각 호의 위원으로 구성한다.

1. 직장가입자를 대표하는 위원 10인
2. 지역가입자를 대표하는 위원 10인
3. 공익을 대표하는 위원 10인

② 제1항의 규정에 의한 위원은 다음 각 호의 자를 보건복지부장관이 임명 또는 위촉한다.

1. 제1항 제1호의 위원은 노동조합 및 사용자단체가 각각 5인씩 추천하는 자
2. 제1항 제2호의 위원은 대통령이 정하는 바에 의하여 농어업인단체·도시자영업자단체 및 시민단체가 각각 추천하는 자
3. 제1항 제3호의 위원은 대통령이 정하는 관계공무원 및 건강보험에 관

한 학식과 경험이 풍부한 자

③ 재정운영위원회의 위원의 임기는 2년으로 한다. 다만, 공무원인 위원의 임기는 그 재임기간으로 하며, 보궐된 위원의 임기는 전임자의 잔임기간으로 한다.

④ 재정운영위원회의 운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제62조 ② 제1항의 규정에 의한 보험료는 가입자의 자격을 얻은 날이 속하는 달부터 가입자의 자격을 잃은 날의 전날이 속하는 달까지 징수한다. 다만, 가입자의 자격이 매월 2일 이후에 변동된 경우에는 그 변동된 날이 속하는 달의 보험료는 변동되기 전의 자격을 기준으로 징수한다.

제63조 ② 휴직 기타의 사유로 보수의 전부 또는 일부가 지급되지 아니하는 가입자의 보험료는 당해 사유가 발생하기 전월의 표준보수월액을 기준으로 보험료를 산정한다.

③ 제1항의 규정에 의한 보수는 근로자·공무원 및 교직원이 근로의 제공으로 인하여 사용자·국가 또는 지방자치단체로부터 지급 받는 금품(실비변상적인 성격의 것을 제외한다)으로서 대통령령이 정하는 것을 말한다. 이 경우 보수관련 자료가 없거나 불명확한 경우 등 대통령령이 정하는 사유에 해당하는 경우에는 보건복지부장관이 정하여 고시하는 금액을 보수로 본다.

제64조 ② 제1항의 규정에 의하여 부과표준소득의 산정방법·기준을 정함에 있어 법령에 의하여 재산권의 행사가 제한되는 재산에 대하여는 다른 재산과 달리 정할 수 있다.

국민건강보험법시행령(2000. 6. 23. 대통령령 제16853호로 제정되고 2000. 12. 30. 대통령령 제17067호로 개정되기 전의 것)

제13조(이사회)의 심의·의결사항) 법 제24조 제4항의 규정에 의하여 다음 각 호의 사항은 공단의 이사회(이하 “이사회”라 한다)의 심의·의결을 거쳐야 한다. 다만, 법 제31조·법 제42조 제5항·법 제72조 제1항 및 영 제16조의 규정에 의한 재정운영위원회의 심의·의결사항을 제외한다.

1. 사업운영계획 기타 공단운영의 기본방침에 관한 사항
2. 예산 및 결산에 관한 사항
3. 정관변경에 관한 사항
4. 보험료 등에 관한 사항
5. 준비금 기타 중요재산의 취득·관리 및 처분에 관한 사항

6. 규정의 제정·개정 및 폐지에 관한 사항
7. 차입금에 관한 사항
8. 보험급여에 관한 사항
9. 기타 공단운영에 관한 중요사항

제16조(재정운영위원회의 보험료 조정) ① 법 제31조 제2항의 규정에 의하여 재정운영위원회는 다음 각 호의 사유로 보험제정에 중대한 변화가 발생한 때에는 이를 반영하여 해당 가입자의 보험료율의 변경이나 보험료의 조정 등에 관한 사항을 심의·의결하여야 한다.

1. 보험급여비용 또는 보험료수입의 변동으로 보험제정이 악화될 때
2. 법 제36조의 규정에 의하여 준비금으로 적립할 금액이 부족할 우려가 있을 때
3. 천재지변 또는 이에 준하는 사유가 발생한 때

제34조(직장가입자에 대한 보험료부과의 원칙) ① 법 제63조 제1항의 규정에 의하여 직장가입자에 대한 보험료는 매년 다음 각호의 구분에 의하여 산정된 표준보수월액으로 보험료를 부과하고, 다음 연도에 확정되는 당해 연도의 보수의 총액을 기준으로 제39조의 규정에 의하여 표준보수월액을 다시 산정하여 정산한다.

1. 직장가입자의 자격을 취득하거나 다른 직장가입자로 자격이 변동되거나 지역가입자에서 직장가입자로 자격이 변동된 자 : 제37조의 규정에 의한 자격취득 또는 변동시의 표준보수월액
2. 제1호에 해당되지 아니하는 직장가입자 : 전년도에 지급 받은 보수의 총액을 기준으로 제36조의 규정에 의하여 산정한 표준보수월액

제36조(표준보수월액의 결정 등) ① 제35조의 규정에 의하여 보수의 총액을 통보 받은 공단은 전년도 중 직장가입자가 당해 사업장·국가·지방자치단체 또는 사립학교에 종사한 기간(보수산정의 기초로 된 일수가 20일 미만인 월이 있을 때에는 그 월을 제외한다) 동안 받은 보수의 총액을 그 해당기간의 월수로 나누어서 얻은 금액을 보수월액(이하 “보수월액”이라 한다)으로 하여 매년 표준보수월액을 결정한다.

② 사용자는 당해 직장가입자의 보수가 인상되거나 인하되었을 때에는 공단에 표준보수월액의 변경을 신청할 수 있다.

③ 공단은 사용자가 영 제35조의 규정에 의한 통보를 하지 아니하거나 그 통보내용이 사실과 다른 경우에는 법 제82조의 규정에 의하여 그 사실을 조

사하여 표준보수월액을 산정·변경할 수 있으며, 제2항의 규정에 의하여 표준보수월액의 변경신청이 있는 경우에는 공단은 보수인상월 또는 인하월부터 표준보수월액을 변경할 수 있다.

④ 제1항 내지 제3항의 규정에 의한 직장가입자의 보수월액에 해당되는 등급별 표준보수월액은 별표 4와 같다.

⑤ 직장가입자의 표준보수월액을 제33조 내지 제38조의 규정에 의하여 산정하기 곤란하거나 보수를 확인할 수 있는 자료가 없는 경우 표준보수월액의 산정방법과 보수의 인상·인하시 표준보수월액의 변경신청 등 필요한 사항은 재정운영위원회의 의결을 거쳐 공단의 정관으로 정한다.

[별표 4]

직장가입자의 등급별 표준보수월액

(제36조 제4항 관련)

(단위 : 원)

등급	보 수 월 액	표준보수월액
1	300,000 미만	280,000
2	300,000 이상 - 410,000 미만	360,000
3	410,000 이상 - 520,000 미만	470,000
4	520,000 이상 - 630,000 미만	580,000
5	630,000 이상 - 750,000 미만	690,000
6	750,000 이상 - 870,000 미만	810,000
7	870,000 이상 - 1,000,000 미만	940,000
8	1,000,000 이상 - 1,130,000 미만	1,070,000
9	1,130,000 이상 - 1,260,000 미만	1,200,000
10	1,260,000 이상 - 1,400,000 미만	1,330,000
11	1,400,000 이상 - 1,540,000 미만	1,470,000
12	1,540,000 이상 - 1,680,000 미만	1,610,000
13	1,680,000 이상 - 1,830,000 미만	1,760,000
14	1,830,000 이상 - 1,990,000 미만	1,910,000
15	1,990,000 이상 - 2,150,000 미만	2,070,000
16	2,150,000 이상 - 2,320,000 미만	2,240,000
17	2,320,000 이상 - 2,490,000 미만	2,410,000

등급	보 수 월 액	표준보수월액
18	2,490,000 이상 - 2,660,000 미만	2,580,000
19	2,660,000 이상 - 2,840,000 미만	2,750,000
20	2,840,000 이상 - 3,030,000 미만	2,940,000
21	3,030,000 이상 - 3,220,000 미만	3,130,000
22	3,220,000 이상 - 3,420,000 미만	3,330,000
23	3,420,000 이상 - 3,630,000 미만	3,530,000
24	3,630,000 이상 - 3,840,000 미만	3,740,000
25	3,840,000 이상 - 4,060,000 미만	3,950,000
26	4,060,000 이상 - 4,290,000 미만	4,180,000
27	4,290,000 이상 - 4,520,000 미만	4,410,000
28	4,520,000 이상 - 4,760,000 미만	4,640,000
29	4,760,000 이상 - 5,010,000 미만	4,890,000
30	5,010,000 이상 - 5,270,000 미만	5,140,000
31	5,270,000 이상 - 5,530,000 미만	5,400,000
32	5,530,000 이상 - 5,800,000 미만	5,670,000
33	5,800,000 이상 - 6,080,000 미만	5,940,000
34	6,080,000 이상 - 6,370,000 미만	6,230,000
35	6,370,000 이상 - 6,670,000 미만	6,520,000
36	6,670,000 이상 - 6,980,000 미만	6,830,000
37	6,980,000 이상 - 7,300,000 미만	7,140,000
38	7,300,000 이상 - 7,630,000 미만	7,470,000
39	7,630,000 이상 - 7,970,000 미만	7,800,000
40	7,970,000 이상 - 8,310,000 미만	8,140,000
41	8,310,000 이상 - 8,680,000 미만	8,500,000
42	8,680,000 이상 - 9,050,000 미만	8,870,000
43	9,050,000 이상 - 9,430,000 미만	9,240,000
44	9,430,000 이상 - 9,830,000 미만	9,630,000
45	9,830,000 이상 - 10,230,000 미만	10,030,000
46	10,230,000 이상 - 10,660,000 미만	10,450,000
47	10,660,000 이상 - 11,090,000 미만	10,880,000
48	11,090,000 이상 - 11,540,000 미만	11,320,000

등급	보 수 월 액	표준보수월액
49	11,540,000 이상 - 12,000,000 미만	11,770,000
50	12,000,000 이상	만단위에서 반올림한 금액

※ 직장가입자가 2 이상 적용사업장에서 보수를 받고 있는 경우에는 각 사업장에서 받고 있는 보수를 기준으로 각각 표준보수월액을 결정한다.

제45조(지역가입자의 보험료) 법률 제6093호 국민건강보험법중개정법률에 의하여 개정된 법률 제5854호 국민건강보험법 부칙 제10조의2의 규정에 의하여 지역가입자에 대한 보험료는 동법 부칙 제10조 제1항의 규정에 의한 구분계리기간 동안 종전의 국민의료보험법시행령 제4조 및 제24조의 규정을 적용한다. 이 경우 “지역피보험자”는 “지역가입자”로 본다.

국민건강보험법시행령(2000. 6. 23. 대통령령 제16853호)

부칙 제2조(다른 법령의 폐지) 의료보험법시행령 및 국민의료보험법시행령은 이를 각각 폐지한다.

국민의료보험법(2000. 1. 12. 법률 제6124호로 개정된 것)

제4조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

8. “보험료부과표준”이라 함은 지역피보험자의 보험료부과의 대상이 되는 소득·재산 등을 말하며 그 종류와 범위는 대통령령으로 정한다.

제47조(보험료) ③ 지역피보험자의 보험료액은 피보험자가 속하는 세대의 보험료부과표준에 따라 대통령령이 정하는 등급구분에 의하여 공단 정관이 정하는 금액으로 한다.

국민의료보험법시행령(1999. 8. 7. 대통령령 제16525호로 개정되고 2000. 6. 23. 대통령령 제16853호로 폐지되기 전의 것)

제4조(지역피보험자의 보험료부과표준) ① 법 제4조 제8호의 규정에 의한 보험료부과표준이 되는 소득의 범위는 다음 각 호와 같다.

1. 소득세법 제4조 제1항 제1호의 규정에 의한 종합소득
2. 지방세법 제197조 제3호의 규정에 의한 농지소득
3. 국민연금법·공무원연금법·군인연금법 및 사립학교교원연금법에 의한 연금소득

② 법 제4조 제8호의 규정에 의한 보험료부과표준이 되는 재산의 범위는 다음 각 호와 같다.

1. 지방세법 제181조의 규정에 의한 재산세의 과세대상이 되는 건축물과 동법 제234조의8의 규정에 의한 종합토지세의 과세대상이 되는 토지. 다만, 중중재산·마을공동재산 기타 이에 준하는 공동의 목적으로 사용하는 재산을 제외한다.
 2. 지방세법 제181조의 규정에 의한 재산세의 과세대상이 되는 선박 및 항공기
 3. 지방세법 제196조의2의 규정에 의한 자동차. 다만, 장애인용자동차 등 보건복지부령이 정하는 자동차를 제외한다.
 4. 주택을 소유하지 아니한 자의 경우에는 주택에 대한 전·월세보증금과 월세를 보건복지부령이 정하는 방법에 의하여 전세로 환산한 금액. 다만, 보건복지부령이 정하는 금액 미만인 경우를 제외한다.
- ③ 제1항의 규정에 불구하고 소득에 관한 객관적인 자료가 없거나 객관적인 자료에 의한 소득이 연간 500만원 이하인 세대의 경우는 다음 각 호의 사항을 고려하여 산정한 평가소득을 소득에 관한 보험료의 부과표준으로 본다.
1. 세대를 구성하는 지역피보험자의 소득(연간 500만원 이하인 세대의 경우에 한한다) 및 재산의 정도
 2. 세대를 구성하는 지역피보험자의 장애정도 및 성·연령에 따른 경제활동참가율
- ④ 제3항의 규정에 의한 평가소득의 산정을 위한 구체적인 기준은 보건복지부장관이 정하여 고시하되, 그 기준을 정함에 있어서는 다음 각 호의 요건에 적합하도록 하여야 한다.
1. 소득자료가 없는 세대의 세대주 또는 피보험자가 부담하여야 하는 평가소득에 관한 보험료는 평가요소(소득을 제외한다)상 동등한 조건에 해당하는 소득자료가 있는 소득이 연간 500만원 이하인 세대의 세대주 또는 피보험자가 부담하여야 하는 평가소득에 관한 보험료 미만이 되도록 할 것.
 2. 소득자료가 있는 소득이 연간 500만원 이하인 세대의 세대주 또는 피보험자가 부담하여야 하는 평가소득에 관한 보험료는 그 소득이 연간 500만원을 초과하는 세대의 세대주 또는 피보험자가 부담하여야 하는 소득에 관한 보험료 미만이 되도록 할 것.
- 제24조(지역피보험자의 보험료등급구분) 법 제47조 제3항의 규정에 의한 지역피보험자의 보험료부과표준별 보험료의 등급구분은 다음 각 호와 같다.

1. 제4조 제1항의 규정에 의한 소득에 대한 보험료등급은 50등급으로, 제4조 제3항의 규정에 의한 평가소득에 대한 보험료등급은 30등급으로 한다.

2. 제4조 제2항의 규정에 의한 재산에 대한 보험료등급은 50등급으로 한다. 다만, 자동차에 대한 보험료등급은 7등급으로 한다.

국민의료보험법시행령(2000. 6. 23. 대통령령 제16853호)

국민의료보험법시행령은 이를 폐지한다.

국민건강보험공단정관(2000. 6. 29. 규정 제101-6호로 전면개정되고 2000.

12. 28. 규정 제101-7호로 개정되기 전의 것)

제47조(지역가입자에 대한 보험료 산정 등) ① 지역가입자의 보험료는 세대단위로 소득비례보험료와 재산비례보험료로 구분하여 산정하며 이를 합산한 금액으로 한다.

② 소득비례보험료는 소득보험료 또는 평가소득보험료로 하며, 재산비례보험료는 재산보험료와 자동차보험료로 한다.

제48조(소득보험료) 소득보험료는 영 제45조의 규정에 의하여 종전의 국민의료보험법시행령 제4조 제1항의 규정에 의한 종합소득금액, 농지소득금액, 연금소득금액을 별표 2에서 정한 평가율에 의해 평가하여 합산한 금액(이하 “소득금액”이라 한다)에 따라 등급을 정하되, 등급별 보험료액은 별표 3과 같다.

제50조(재산보험료) ① 재산보험료는 영 제45조의 규정에 의하여 다음 각 호의 1에 해당하는 금액을 합산한 금액(이하 “재산금액”이라 한다)에 따라 등급을 정하되, 등급별 보험료액은 별표 6과 같다.

1. 종전의 국민의료보험법시행령 제4조 제2항 제1호의 규정에 의한 토지의 종합토지세과세표준인 토지가액

2. 종전의 국민의료보험법시행령 제4조 제2항 제1호 및 제2호의 규정에 의한 건축물, 선박 및 항공기의 재산세과세표준인 재산가액

3. 종전의 국민의료보험법시행령 제4조 제2항 제4호의 규정에 의한 전·월세보증금과 월세를 전세로 환산한 금액(이하 “전·월세보증금 등”이라 한다)의 평가금액. 다만, 평가금액이 100만원 이하인 경우에는 제외한다.

② 제1항 제3호의 규정에 의한 전·월세보증금 등의 평가율은 별표 7과 같다.

제51조(자동차보험료) 자동차보험료는 영 제45조의 규정에 의하여 종전의

국민의료보험법시행령 제4조 제2항 제3호의 규정에 의한 자동차(지방세법시행령 제146조의3의 규정에 의한 영업용자동차를 제외한다)의 차종별 배기량(적재량)에 의해 산출한 자동차 연간세액에 사용연수에 따른 감액률을 반영하여 등급을 정하되, 등급별 보험료액은 별표 8과 같으며, 동일한 세대에 자동차가 2대 이상인 경우에는 등급별 보험료액을 합산한다.

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견 요지

가. 청구인들의 주장

(1) 법 제5조 제1항, 제62조 제1항·제3항·제4항은 국민에게 건강보험의 적용을 받지 않을 수 있는 권리, 건강보험조합에 가입한다면 어떤 조합에 가입할 것인가를 선택할 수 있는 권리 등을 부여하지 않고 강제로 국민건강보험공단이라는 단일기구로 통합된 건강보험에 가입하게 하며, 건강보험에 있어서는 보험이 주된 목적이고 소득의 재분배는 직접적인 목적이 아닌데도 건강보험제도를 운영함에 있어 소득이 많은 사람에게 보험료를 많이 내도록 하여 소득이 적은 사람에게 강제로 재분배하는 방식으로 운영하고 있는바, 이는 과잉금지 원칙에 위배하여 청구인들의 행복추구권과 재산권 등을 침해하는 것이다.

(2) 법 제62조 제3항·제4항, 제63조 제1항·제4항, 제64조 제1항은 직장가입자와 지역가입자의 보험료의 액수에 근거 없는 차이를 두어, 경우에 따라서는 직장가입자가 비슷한 재산 또는 소득을 가진 지역가입자에 비하여 수십 배나 많은 보험료를 내도록 하고 있으므로 헌법상 평등의 원칙에 위배된다.

(3) 법 제31조 제1항·제2항, 제62조 제4항, 제64조 제1항은 재정운영위원회가 구체적 보험료액수를 결정하도록 하고, 지역가입자의 보험료액을 법률이 아닌 대통령령이나 공단의 정관으로 정하도록 하며, 재정위원회 등에서 산정할 보험료액수의 구체적 기준을 예측할 수 없으므로, 국회의 입법 없이 국민에게 의무를 부과하는 것으로서 법률유보의 원칙에 어긋나고, 포괄위임입법금지원칙에도 위배된다.

나. 보건복지부장관과 국민건강보험공단의 의견

(1) 적법요건에 대한 의견

이 사건 심판대상 중 법 제62조, 제63조, 제64조 등의 규정은 보험료산출방식 등을 규정한 것으로서 보험료부과처분 등의 구체적인 집행행위 없이 위 법률조항들 자체로 국민의 기본권을 직접 침해하는 것이 아니므로 기본권침해의 직접성을 갖추지 못하여 부적법하고, 청구인들이 위임입법의 한계를 일

탈하였다고 주장하는 법 제62조 제4항, 제64조 제1항의 규정 등은 청구인들에 대하여 기본권침해의 자기관련성을 결여하므로 역시 부적법하다.

(2) 본안에 대한 의견

(가) 국민건강보험은 사보험과는 성격이 다른 사회보험이므로 가입이 강제되고 보험료를 강제징수하며 보험료액을 정함에 있어 소득재분배의 기능을 수행하는 것이 당연하다. 청구인들이 주장하는 내용은 국민건강보험을 사보험과 동일시하여 사보험에 적용되는 법리를 적용하려 하는 것으로서 부당하다.

(나) 청구인들은 헌법재판소가 2000. 6. 29. 결정선고한 99헌마289사건에서 직장조합과 지역조합의 통합을 규정한 법 제33조 제2항과 지역가입자와 직장가입자의 보험료산정방법을 달리 규정한 법 제62조 제3항·제4항, 법 제63조, 법 제64조 등에 대하여 합헌결정을 하자, 사실상 동일한 쟁점에 관한 이 사건 헌법소원을 제기하면서 위 합헌결정에서 심판대상이 되지 않았던 조항들을 추가하여 심판대상으로 삼고 있으나, 그 주장내용은 직장조합과 지역조합의 통합이 부당하다는 등 종전사건의 그것과 사실상 같은 것으로서 이유 없는 것이다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. 자기관련성 및 현재성

청구인들은 현재 시행되고 있는 국민건강보험법상의 직장가입자 및 지역가입자들로서 심판대상조항들의 적용을 받고 있고 그로 인하여 기본권이 침해될 가능성이 존재하므로 자기관련성과 현재성의 요건을 갖추고 있다.

나. 기본권침해의 직접성

심판대상 조항들 중 국민건강보험에의 의무가입을 규정하고 있는 법 제5조 제1항은 별도의 집행행위 없이 의무를 부과하는 규정이므로 기본권침해의 직접성이 인정된다.

법 제62조 제1항·제3항·제4항에 대하여는 별도의 집행행위인 보험료부과 처분에 의하여 비로소 기본권이 침해되는 것이라는 이유로 직접성을 부인할 여지도 있지만, 법 제62조 제1항은 공단에 대하여 보험료의 징수권한을 부여하는 조항으로서 이에 의하여 보험료징수의 대상이 되는 청구인들에게는 구체적 보험료부과처분 이전에 이미 추상적 보험료납부의무가 성립하며, 법 제62조 제3항·제4항은 직장가입자와 지역가입자의 보험료액산정의 원칙을 규정한 것으로서 청구인들이 행복추구권 및 평등권 침해의 주요한 근거로 들고

있는 직장가입자와 지역가입자의 보험료의 차등을 가져오는 핵심적 규정이고 위 조항들만에 의하여 이미 전체적으로 보험료의 차등이라는 결과는 발생하게 된다는 점에서 위 조항들에 대하여도 각 기본권침해의 직접성을 인정할 수 있다.

법 제31조 제1항·제2항은 재정운영위원회에 보험료조정권한을 부여하고, 보험료조정에 관한 구체적 내용을 시행령에 위임하고 있으며, 법 제62조 제4항, 제64조 제1항은 지역가입자의 보험료액을 산정하기 위한 구체적 기준을 시행령과 공단의 정관에 위임하고 있는바, 이 조항들은 청구인들이 주장하는 행복추구권 및 평등권 등과 관련하여 보험료의 액수에 직접적 영향을 미치게 하는 조항들이므로 역시 직접성을 인정할 수 있다.

설령 위 조항들 중 일부가 공단의 보험료부과처분이라는 구체적 집행행위가 예정되어 있어 직접성을 결여한다 하더라도, 위 조항들이 전체적으로 연관되어 건강보험제도에서 보험료산정의 차등을 가져오는 산정절차와 보험료의 강제납부가 위헌이라는 청구취지를 구성하는 이 사건에서 일부의 조항들을 직접성결여를 이유로 심판대상에서 제외하는 것은 부적절하며, 또한 청구인들에게 일단 보험료부과처분을 받은 후 그 처분에 대한 구체절차에서 이를 다투라고 하는 것은 불필요한 우회절차를 강요하는 것이라 할 것이므로 위 조항들 전체를 본안판단의 대상으로 삼는 것이 타당하다 할 것이다.

4. 본안에 대한 판단

가. 행복추구권 및 재산권침해여부에 대한 판단

(1) 사회보험으로서의 건강보험

사회보장의 한 부분으로서 국가가 국민을 질병의 위험에서 보호하기 위하여 의료서비스를 제공하는 제도를 의료보장이라고 한다. 국가가 의료보장제도를 시행하는 헌법적 근거는 국민의 인간으로서의 존엄성과 인간다운 생활의 확보·유지를 위하여 국가에게 의무를 부과하고 있는 헌법조항들 즉, 헌법 제34조 제1항(모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다), 동조 제2항(국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다), 헌법 제36조 제3항(모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다) 등에서 찾을 수 있다.

각국의 의료보장제도는 역사, 경제, 사회적 여건에 따라 다른 형태를 취하고 있지만, 재원조성의 방식에 따라 크게 나누어 보면 법률에 자격이 정해진 자가 보험료를 낼 것을 전제로 하여 보험급여를 하는 보험방식과 일반조세를 재원으로 하여 국민 또는 거주자라는 요건만 갖추면 국가가 의료서비스를 보

장하는 조세방식으로 구분된다.

이 중 보험방식에 의한 의료보장은 사회보험의 일종인데, 사회보험이란 국가가 사회정책을 수행하기 위해서 보험의 원리와 방식을 도입하여 만든 사회경제체제로서 국민을 대상으로 하여 질병, 사망, 노령, 실업, 기타 신체장애 등으로 인한 활동능력의 상실과 소득의 감소가 발생한 경우 보험방식에 의하여 그것을 보장하는 제도이다.

우리나라는 건강보험에 관하여 이 사회보험제도를 채택하고 있는바, 이 제도 하에서는 법이 정하는 요건을 충족시키는 국민에게 가입의무가 부과됨으로써 보험에의 가입이 법적으로 강제되며, 보험법적 관계가 당사자의 의사와 관계없이 법률에 의하여 성립한다는 점에서 보험가입의 여부가 계약자유의 원리에 따라 당사자간의 자유로운 의사결정에 의하여 이루어지며 보험법적 관계가 민·상법상의 계약에 의하여 성립되는 사보험과는 크게 다르다.

또한 사보험에서는 상업적·경제적 관점이 보험재정운영의 결정적인 기준이 되지만, 사회보험에서는 사회정책적 관점이 우선하는바, 이러한 성격은 특히 보험료의 산정에 있어서 뚜렷하다. 사보험에서는 성별, 연령, 가입연령, 건강상태 등의 피보험자 개인이 지니는 보험위험 즉, 위험발생의 정도나 개연성에 따라 보험료가 산정되지만, 사회보험에서의 보험료는 피보험자의 경제적 능력(소득)에 비례하여 정해진다. 즉, 사보험의 보험료는 보험료와 보험급여간의 보험수리적인 개인별 등가원칙에 의하여 산정되는 반면, 사회보험에서는 사회연대의 원칙을 기반으로 하여 경제적인 약자에게도 기본적인 사회보험의 급여를 주기 위하여 보험료의 산정에 있어서 개인별 등가의 원칙을 철저히 적용하지 아니하고 보험료의 차등부과를 통하여 보험가입자간의 소득재분배효과를 거두고자 한다(헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 942-944 참조).

(2) 강제가입 및 보험료차등부과의 헌법적 정당성 문제

이와 같이 사회보험방식을 채택함으로써 국가가 국민을 강제로 보험에 가입시키고 경제적 능력에 따른 보험료를 징수하는 제도가 헌법적으로 정당화되는 것인가를 살펴본다.

국가가 의료보장제도를 시행함에 있어 사회보험방식과 조세방식 중 어떠한 방식을 선택할 것인가는 입법자의 재량권에 속하는 문제라 하겠으나, 국가가 사회보험방식을 선택하고 그 목적을 위하여 설립한 공법인인 건강보험공단에 가입하여 경제적 능력에 따라 부과되는 보험료를 납부할 의무를 국민에게 부

과하려면, 이로 인한 국민의 기본권에 대한 제한이 정당화되어야 한다.

이러한 의무의 부과는 행복추구권으로부터 파생하는 일반적 행동의 자유의 하나인 공법상의 단체에 강제로 가입하지 아니할 자유와 정당한 사유 없는 금전의 납부를 강제당하지 않을 권리인 재산권에 대한 제한이 되는데, 이러한 기본권에 대한 제한이 과잉금지의 원칙에 위배되지 않고 합헌적이라고 인정 되려면 국가가 건강보험공단을 통하여 이행하고자 하는 공적 과제가 헌법적으로 정당하고, 공단への 강제가입 및 경제력에 따른 보험료의 부과가 공적 과제의 달성을 위하여 필요한 것이며, 이로 인한 기본권의 침해는 필요한 최소한도에 그쳐야 하고, 달성하는 공익이 침해되는 사익보다 커야 할 것이다.

(3) 의료에 관한 사회보험의 필요성

사회·경제적 관점에서 볼 때 보건의료는 일반의 재화·용역과는 구분되는 특징들을 갖고 있는바, 그 중 하나는 개인의 의료수요는 예상할 수 없으며 실제 의료수요가 발생할 때 그 소요비용은 개인이 감당하기 어려운 경우가 많다는 점이다. 따라서 개인적으로 의료문제에 대처하는 것이 어려운 데 반하여, 집단적으로는 통계적 기법에 의하여 어느 정도 비용의 예상이 가능하므로 건강보험이란 제도를 만들어 이에 대처하게 된 것이다.

그런데 경쟁적 의료보험시장에서 보험회사들은 의료비의 예상지출수준에 상응하는 의료보험료를 부과하므로 그러한 시장에서 보험료는 개인의 소득수준과는 무관하게 위험속성에 따라 변화하게 된다. 이에 따라 상대적으로 질병 발생위험이 높거나 소득수준이 낮은 사람들은 사적 의료보험에 가입하는 것이 매우 어렵거나 불가능하게 되고, 건강한 자들과 상대적으로 부유한 자들은 빈곤하고 질병위험이 높은 집단과 함께 보험에 가입하는 것을 회피하려 할 것이므로 건강보험은 고소득층과 상대적으로 건강한 사람들만을 위한 것이 되고 말 염려가 있다.

역사적으로도 사회보험 실시 이전단계에서는 각국에서 의료보험의 가입을 대상자의 자유의사에 맡기는 임의형 의료보험을 실시했는데, 저소득계층은 피보험대상에서 제외되게 되고, 질병위험이 큰 사람일수록 의료보험의 가입 가능성이 커짐으로 인하여 보험의 적용인구가 질병위험이 큰 대상자라면 구성되며, 위험분산효과를 가져올 만큼의 충분한 적용인구의 뒷받침이 없어 보험제정에 어려움이 초래되는 등으로 결국 전국민의료보험을 달성하기가 거의 불가능하였던 점을 보여주고 있다.

이러한 문제점을 극복하고 모든 국민에게 경쟁적 시장이 제공할 수 없는

건강보험을 제공하고 보험가입자간의 소득재분배효과를 얻기 위하여 정부가 사회보험의 형태로 건강보험을 실시하게 된 것이다.

(4) 강제가입 및 보험료차등부과의 필요성

사회보험으로서의 건강보험은 그 본질상 강제적 요소가 수반될 수밖에 없다. 보험가입자로서는 그가 지불하는 보험료가 예상의료비용을 초과하는 경우 가입을 하지 않으려 할 것이고, 보험자로서는 질병위험도가 높아 예상의료비용이 보험료를 초과하는 경우 피보험자의 가입을 거부하려 할 것이나, 이런 경우에도 강제로 가입하도록 하여 원칙적으로 전국민을 포괄적 적용대상으로 하여야만 소득수준이나 질병위험도에 관계없이 모든 국민에게 의료보장을 제공하고자 하는 그 본래의 기능을 다할 수 있기 때문이다.

또한 사회보험에서는 경제적인 약자에게도 기본적인 사회보험의 급여를 주고자 하는 것이 목적이기 때문에 가입의 강제 이외에 보험료의 산정에 있어서도 피보험자 개인이 지니는 위험발생의 정도나 개연성이 아닌 피보험자의 경제적 능력(소득)에 비례하여 보험료를 정함으로써 어느 정도 피보험자간의 소득재분배효과도 낳게 된다.

즉, 사회보험의 목적은 국민 개개인에게 절실히 필요한 의료보험을 제공하고 보험가입자간의 소득재분배효과를 거두고자 하는 것이며, 이러한 목적은 동일위험집단에 속한 구성원에게 법률로써 가입을 강제하고 소득재분배를 하기에 적합한 방식으로 보험료를 부과함으로써 달성될 수 있는 것이다(헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 942-943).

(5) 소 결

결국 건강보험은 사적인 자율영역에 맡겨 질 수 있는 성격의 문제가 아니라 경제적인 약자에게도 기본적인 의료서비스를 제공하기 위한 국가의 사회보장·사회복지 증진의무의 일부로서 공공복리를 위한 것이다. 그러므로 국가가 보험자인 국민건강보험공단의 설립을 통하여 달성하고자 하는 과제는 헌법상 정당하며, 소득재분배와 위험분산의 효과를 거두려는 사회보험의 목표는 임의가입의 형식으로 운영하는 한 달성하기 어렵고 법률로써 가입을 강제하고 소득수준에 따라 차등을 둔 보험료를 부과함으로써만 이루어질 수 있는 것이어서, 국민에게 보험가입의무를 강제로 부과하고 경제적 능력에 따른 보험료를 납부하도록 하는 것은 건강보험의 목적을 달성하기 위하여 적합하고도 반드시 필요한 조치라는 점에서 이로 인한 기본권의 제한은 부득이한 것이고, 가입강제와 보험료의 차등부과로 인하여 달성되는 공익은 그로 인하

여 침해되는 사익에 비하여 월등히 크다고 할 수 있으므로 일반적 행동의 자유권으로서의 보험에 가입하지 않을 자유와 재산권에 대한 제한은 정당화된다고 하겠다.

또한 입법자는 건강보험관리체계에 관한 광범위한 입법형성권을 가지므로 건강보험제도를 운영함에 있어 종전과 같이 개별의료보험조합의 형태로 운영할 것인지 아니면 통합된 건강보험공단의 형태로 운영할 것인지를 정책적 관점에서 결정할 수 있는 것이므로 어떠한 건강보험조합에 가입할 것인지의 선택권을 부여하지 않고 단일한 건강보험공단에 가입하도록 하였다 하여 헌법에 위반되는 것이라 할 수 없다.

그렇다면 건강보험에의 강제가입과 보험료의 징수에 관하여 규정한 법 제5조 제1항, 제62조 제1항·제3항·제4항은 과잉금지의 원칙에 위배하여 헌법상의 행복추구권, 재산권 등을 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

나. 평등권침해여부에 대한 판단

헌법상의 평등원칙에서 파생하는 부담평등의 원칙은 건강보험료를 부과하는 경우에도 준수되어야 한다. 다만, 사회보험법상의 보험료부과에 있어서의 평등원칙의 요청은 특별히 경제적 능력(소득)에 따른 부담의 원칙이 강조된다는 점에 특징이 있다.

직장가입자와 지역가입자의 평등한 보험료의 부담을 위해서는 보험료를 산정함에 있어 양자에게 동일한 기준을 적용하는 것이 바람직하겠으나, 그렇게 할 수 없는 이유는 직장가입자와 지역가입자 사이에는 소득과약률, 소득신고의 방법, 소득결정방법, 보험료부과대상소득의 발생시점 등에서 근본적인 차이가 있기 때문이다. 특히 직장가입자의 소득은 거의 전부 파악되는 데 반하여, 지역가입자의 소득은 일부분밖에 파악되지 않는다는 점에서 현저한 차이가 있다.

이처럼 소득과약률과 소득형태에서 현저한 차이가 있는 직장가입자와 지역가입자의 보험료부담의 형평을 보장하기 위하여 입법자는 직장가입자의 경우에는 표준보수월액을, 지역가입자의 경우에는 부과표준소득을 기준으로 보험료를 산정하도록 규정하는 한편, 직장근로자의 경우에는 소득만을 기준으로 하고, 소득 파악이 어려운 지역가입자의 경우에는 소득뿐만 아니라 재산, 생활수준, 직업, 경제활동참가율 등 다양한 변수를 참작한 추정소득을 기준으로 하도록 하였다.

그러므로 위와 같은 내용들을 규정한 법 제62조 제3항·제4항, 제63조 제1

항·제4항, 제64조 제1항은 경제적 능력에 따른 부담의 원칙에 입각하고 있는 것이고, 지역가입자와 직장가입자의 본질적인 차이를 고려하여 그에 상응하게 보험료의 산정을 달리 하도록 한 것으로서 청구인들의 헌법상의 평등권을 침해하는 것이라 할 수 없다.

다. 포괄위임입법금지 원칙 및 법률유보의 원칙 위반여부에 대한 판단

위임입법에 있어서는 법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 하지만, 이러한 위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 규제대상의 종류와 성격에 따라서 달라지며, 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상될 때에는 위임의 명확성의 요건이 완화된다.

뿐만 아니라 위임조항에서 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 1997. 12. 24. 95헌마390, 판례집 9-2, 817, 829-830 참조).

법 제31조 제1항·제2항은 재정운영위원회의 심의·의결 사항을 ‘보험료의 조정 기타 보험재정과 관련된 주요사항’으로 규정하고, 보험료를 조정할 사유인 ‘보험재정에 중대한 변화가 발생한 때’의 구체적 내용을 시행령에 위임하고 있는바, 이러한 내용이 포괄위임입법에 해당하여 금지되는 것인지 살펴본다.

재정운영위원회는 직장가입자, 지역가입자, 공익을 대표하는 각 10인의 위원으로 구성된 기관으로서 피보험자의 대의기관에 해당한다고 볼 수 있으며, 민주적 의사결정절차에 따라 건강보험사업의 재정운영전반에 관하여 결정할 수 있는 의결기구이다. 직장가입자와 지역가입자의 재정을 통합하여 운영하면서 그 소득형태와 소득과약률의 차이를 감안하여 보험료의 산정방법을 달리하고 있는 체제하에서 재정운영위원회는 직장가입자와 지역가입자 양쪽의 이익을 함께 적절하게 고려하여 양자 사이의 보험료분담률을 조정하여야 하는 중요한 역할을 담당한다.

이러한 사정과 국민건강보험법의 전반적 체계와 관련규정을 종합하여 볼 때, 법 제31조 제1항·제2항이 규정하고 있는 재정운영위원회의 역할인 ‘보험재정과 관련된 주요사항’ 및 보험료의 조정이 필요한 ‘보험재정에 중대한 변

화가 발생한 때'의 범위와 한계는 객관적으로 충분히 예측가능하다고 할 것이고, 또한 보험제정에 관한 사실관계는 매우 다양하고 수시로 변화될 것이 예상되므로 보험료를 또는 등급구분·등급별금액의 규율을 대통령령과 정관에 위임하는 것은 불가피한 것이어서 위임입법의 한계를 넘는 것이 아니라고 판단된다.

그리고 법 제62조 제4항이 지역가입자의 월별 보험료액을 부과표준소득에 따라 법시행령이 정하는 등급구분에 의하여 재정운영위원회의 의결을 거쳐 공단의 정관이 정하는 금액으로 하도록 한 것이나, 법 제64조 제1항이 부과표준소득의 산정방법·기준 기타 필요한 사항을 시행령으로 정하도록 한 것도 같은 이유에서 충분히 정당화된다.

또한 보험료에 관한 사항을 재정위원회에서 결정하도록 하는 것과 대통령령 또는 공단의 정관이 구체적 보험료의 산정기준을 정하도록 하는 것은 모두 국회에서 제정한 법률(국민건강보험법)의 위임에 의한 것이지 국회의 입법 없이 국민에게 의무를 부과하는 것이 아니므로 법률유보의 원칙에 위반된다고 할 여지가 없다.

따라서 위 조항들은 포괄위임입법금지원칙과 법률유보의 원칙에 위반되지 않는다고 할 것이다.

5. 결 론

따라서 심판대상 조항들은 청구인들의 행복추구권, 재산권, 평등권 등을 침해하는 것이 아니고 법률유보의 원칙이나 포괄위임입법금지원칙에도 위반되지 않으므로, 청구인들의 이 사건 청구는 모두 이유 없어 이를 기각함이 상당하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

[별 지] 청구인 명단 : 생략

약사법 제69조 제1항 제2호 등 위헌확인, 약사법 제16조 제5항 제3호 위헌소원 등

(2003. 10. 30. 2001헌마700, 2003헌바11(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 헌법 제15조에 의거한 직업의 자유 보장 및 그 제한의 한계
2. 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설하는 것을 금지한 약사법 제16조 제5항 제3호에 해당하는 기존의 약국개설등록자는 개정 약사법 시행일로부터 1년까지만 영업을 할 수 있도록 규정한 약사법 부칙 제2조 제1항, 그리고 약사법 제16조 제5항 제3호에 해당되는 경우에는 약국개설등록을 취소할 수 있도록 규정한 약사법 제69조 제1항 제2호(이하 “이 사건 법률조항들”이라 한다)가 법시행 이후에 의료기관 시설을 분할·변경한 장소에서 약국을 개설하는 행위를 금지한 것이 청구인들의 직업행사의 자유를 침해하는지 여부(소극)
3. 신뢰보호원칙과 그 한계
4. 이 사건 법률조항들이 법 시행 이전부터 의료기관 시설의 일부를 변경한 장소에서 운영해 온 청구인들의 기존 약국을 1년의 유예기간 경과 후에 폐쇄하도록 한 것이 청구인들의 직업행사의 자유를 침해하는지 여부(소극)
5. 이 사건 법률조항들이 법 시행 이전부터 의료기관 시설의 일부를 변경한 장소에서 운영해 온 청구인들의 기존 약국을 1년의 유예기간 경과 후에 폐쇄하도록 한 것이 헌법 제13조 제2항에서 의미하는 소급입법에 해당되는지 여부(소극)
6. 이 사건 법률조항들이 법 시행 이전부터 의료기관 시설의 일부를 변경한 장소에서 운영해 온 청구인들의 기존 약국을 1년의 유예기간 경과 후에 폐쇄하도록 한 것이 헌법상 재산권을 침해하는지 여부(소극)
7. 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하

여 약국을 개설하는 것을 금지한 약사법 제16조 제5항 제3호가 헌법상 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 헌법 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.”라고 규정함으로써 직업선택의 자유를 보장하고 있는바, 헌법 제15조가 말하는 직업선택의 자유는 직업결정의 자유와 직업행사의 자유를 포괄하며, 직업의 자유는 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 불가피한 경우에는 이를 제한할 수 있는데, 특히 직업행사의 자유는 직업결정의 자유에 비하여 상대적으로 그 침해의 정도가 작다고 할 것이어서, 이에 대하여는 공공복리 등 공익상의 이유로 비교적 넓은 법률상의 규제가 가능하지만, 직업수행의 자유를 제한할 때에도 헌법 제37조 제2항에 의거한 비례의 원칙에 위배되어서는 안된다.

2. 약국과 의료기관의 담합행위를 방지하여 의약분업을 효율적으로 실현함으로써 국민보건을 향상시키려는 이 사건 법률조항들의 입법목적은 헌법상 정당하고, 이 사건 법률조항들이 의료기관의 시설의 일부를 분할·변경한 장소에서 약국의 개설등록을 금지한 것은 의료기관과 약국간의 담합을 방지하여 의약분업의 목적을 효율적으로 실현하고자 하는 입법목적 달성에 적합하며, 약사법 제22조 제2항에 근거하여 담합행위 자체를 적발하여 처벌하는 행정 방식은 담합행위를 방지하는 입법 목적을 달성하는데 부적절하고 다른 대체수단도 존재하지 아니하므로 이 사건 법률조항들은 최소침해성 원칙에도 위배되지 않으며, 의료기관의 시설의 일부를 분할·변경한 장소에서만 약국을 개설하지 못하도록 할 뿐 다른 장소에서는 얼마든지 약국을 개설하여 영업을 할 수 있도록 하고 있으므로 청구인들의 직업행사의 자유의 제한의 정도가 그다지 크지 않은 반면에, 이 사건 법률조항들이 의료기관과 약국의 담합행위를 방지하는 입법목적의 달성을 통해서 얻게 되는 국민보건의 향상이라는 공적 이익은 상당히 크다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항들이 법 시행후 의료기관 시설을 분할·변경한 장소에서 약국을 개설하는 행위를 금지한 것은 법익균형성 원칙에 위배되지 아니하여, 결국 비례의 원칙에 위배되

지 아니하므로 청구인들의 직업행사의 자유를 침해하지 않는다.

3. 법률이 개정되는 경우에 구법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며, 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 손상을 정당화할 수 없다면, 새 입법은 헌법상 법치국가의 원리로부터 파생되는 신뢰보호의 원칙상 허용될 수 없다. 개정법률이 직업의 자유를 제한함에 있어서 직업행사권자가 이미 행사해온 직업을 제한하는 경우에 신뢰보호문제가 발생하는데, 직업행사권자의 신뢰보호보다 우선시해야 하는 공공복리의 사유가 존재하고 비례의 원칙과 신뢰보호의 원칙이 준수되어야만 개정법률은 헌법에 위반되지 아니한다.

4. 의료기관과 약국간의 담합방지를 통해서 의약분업을 효율적으로 시행하여 국민보건을 향상함으로써 공공복리를 증진시켜야 할 사유는 기존 약국 개설자인 청구인들의 신뢰이익 제한을 정당화하며, 청구인들이 운영해온 약국영업 기간이 1년 정도 밖에 되지 않아서 비교적 짧다는 점, 약국 개설에 투자한 비용도 많지 않다는 점, 의약분업제도의 실시이후 발생할 수 있는 문제점을 해소하기 위한 법률개정이 있을 수 있다는 것을 예측할 수 있었다는 점, 약사법 부칙 제2조 제1항에 의하여 청구인들에게 주어진 1년의 유예기간이 법개정으로 인한 상황변화에 대처하기에 짧지 않다는 점 등을 고려할 때, 청구인들이 가지는 신뢰이익과 그 침해는 크지 않은 반면에, 법시행 이전에 이미 개설하여 운영중인 약국을 폐쇄해야 할 공적인 필요성이 매우 크고 입법목적의 달성을 통해서 얻게 되는 국민보건의 향상이라는 공적 이익이 막중하므로, 이 사건 법률조항들이 청구인들의 기존 약국을 폐쇄토록 규정한 것은 비례의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 위반되지 않으므로 청구인들의 직업행사의 자유를 침해하지 않는다.

5. 이 사건 법률조항들이 종전 약사법에 의하여 약국개설 등록을 받은 장소에서 법 시행일 후 1년 뒤에는 청구인들의 기존 약국을 더 이상 운영할 수 없도록 한 것은, 이미 개설 등록된 청구인들의 기존 약국의 효력이나 이제까지의 약국영업과 관련한 사법상의 법률효과를 소급하여 부인하는 것이 아니므로, 헌법 제13조 제2항에서 의미하는 소급입법에 해당되지 아니한다.

6. 청구인들이 현재의 장소에서 영업함으로써 얻고 있는 영업이익 내지 영업권은 헌법 제23조 제1항 제1문에서 보호되는 재산권의 범위에 속하지 아니하므로, 이 사건 법률조항들이 청구인들의 기존 약국을 폐쇄토록 규정한 것은 청구인들의 재산권을 침해하지 아니한다.

7. 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람은 “의료기관의 시설 또는 부지”가 무엇을 의미하며, 금지되는 있는 행위인 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 “분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설하는” 행위가 구체적으로 어떠한 행위들인지를 쉽게 예측할 수 있으므로, 약사법 제16조 제5항 제3호는 헌법상 명확성의 원칙에 위배되지 아니한다.

【심판대상조문】

약사법(2001. 8. 14. 법률 제6511호로 개정된 것) 제16조(약국의 개설등록) ①~④ 생략
⑤ 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 개설등록을 받지 아니한다.

1.~2. 생략

3. 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설하는 경우

4. 생략

약사법(2001. 8. 14. 법률 제6511호로 개정된 것) 제69조(허가취소와 업무의 정지 등) ① 의약품등의 제조업자나 그 수입자 또는 약국개설자나 의약품 또는 의료용구의 판매업자가 다음 각호의 1에 해당할 때에는 의약품등의 제조업자나 수입자에 있어서는 식품의약품안전청장이, 약국개설자나 의약품 또는 의료용구의 판매업자에 있어서는 특별시장·광역시장·도지사·시장·군수 또는 구청장이 그 허가·승인·등록의 취소 또는 제조소를 폐쇄(제26조제1항의 규정에 의하여 신고한 업종에 한한다)하거나 품목제조금지 또는 품목수입금지를 명하거나 기간을 정하여 그 업무의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제4호의 경우에 그 업자에게 귀책사유가 없고 그 의약품등의 성분·처분 등의 변경에 의하여 그 허가 또는 신고의 목적을 달성할 수 있다고 인정될 때에는 이의 변경만을 명할 수 있다.

1. 생략

2. 제16조 제5항 각호의 1 또는 제26조 제5항 제2호에 해당하는 사실이 있음이 판명된 때

3.~5. 생략

②, ③ 생략

약사법(2001. 8. 14. 법률 제6511호로 개정된 것) 부칙 제2조(약국의 개설등록 제한에 관한 경과조치) ① 이 법 시행당시 종전의 규정에 의한 약국개설자중 의료기관의 시설

또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설한 경우에는 제16조 제5항 제3호의 개정규정에 불구하고 이 법 시행일부터 1년까지 약국의 영업을 할 수 있다.

② 생략

【참조조문】

약사법(2001. 8. 14. 법률 제6511호로 개정된 것) 제16조(약국의 개설등록) ①~④ 생략
 ⑤ 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 개설등록을 받지 아니한다.

1. 제69조의 규정에 의하여 개설등록이 취소된 자로서 취소된 날부터 6월을 경과하지 아니한 자인 경우
2. 약국을 개설하고자 하는 장소가 의료기관의 시설안 또는 구내인 경우
3. 생략
4. 의료기관과 약국간에 전용의 복도·계단·승강기 또는 구름다리 등의 통로가 설치되어 있거나 이를 설치하는 경우

약사법(2001. 8. 14. 법률 제6511호로 개정된 것) 제22조(의무 및 준수사항) ① 생략

② 약국개설자(당해 약국의 종사자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)와 의료기관개설자(당해 의료기관의 종사자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)는 다음 각호의 1에 해당하는 담합행위를 하여서는 아니된다.

1. 약국개설자가 특정 의료기관의 처방전을 소지한 자에 대하여 약제비의 전부 또는 일부를 면제해 주는 행위
2. 약국개설자가 의료기관개설자에게 처방전 알선의 대가로 금전, 물품, 편의, 노무, 향응 그 밖의 경제상의 이익을 제공하는 행위
3. 의료기관개설자가 처방전을 소지한 자에게 특정 약국에서 조제받도록 지시하거나 유도하는 행위(환자의 요구에 의하여 지역 내 약국들의 명칭·소재지 등을 종합하여 안내하는 행위를 제외한다)
4. 의사 또는 치과의사가 제22조의2 제2항의 규정에 의하여 의사회분회 또는 치과의사회분회가 약사회분회에 제공한 처방의약품목록에 포함되어 있는 의약품과 동일한 성분의 다른 품목을 반복하여 처방하는 행위(그 처방전에 의하여 의약품을 조제한 약사의 행위도 또한 같다)
5. 제1호 내지 제4호의 행위와 유사하여 담합의 소지가 있다고 대통령령이 정하는 행위

③~⑤ 생략

약사법(2001. 8. 14. 법률 제6511호로 개정된 것) 부칙 제2조(약국의 개설등록 제한에 관한 경과조치) ① 생략

② 이 법 시행당시 종전의 규정에 의하여 개설등록한 약국 중 의료기관과 약국간에 전용의 복도·계단·승강기 또는 구름다리 등의 통로가 설치되어 있는 경우에는 제16조 제5항 제4호의 개정규정에 불구하고 이 법 시행일부터 1년까지 동 개정규정에 위반되지 않도록 하여야 한다.

【참조판례】

1. 헌재 1989. 11. 20. 89헌가102, 판례집 1, 329
헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680
헌재 2002. 1. 31. 2000헌가8, 판례집 14-1, 1
헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29
헌재 2002. 10. 31. 99헌바76, 2000헌마505(병합), 판례집 14-2, 410
헌재 2003. 6. 26. 2002헌바3, 판례집 15-1, 713
3. 헌재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651
헌재 1995. 6. 29. 94헌바39, 판례집 7-1, 896
헌재 2000. 7. 20. 99헌마452, 판례집 12-2, 128
5. 헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9
헌재 1996. 2. 16. 96헌가2등, 판례집 8-1, 51
헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289
헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29
6. 헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90
헌재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651
헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283
헌재 2000. 7. 20. 99헌마452, 판례집 12-2, 128
헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29
7. 헌재 1992. 4. 28. 90헌바27등, 판례집 4, 255
헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327

【당 사 자】

- 청 구 인 이원옥(2001헌마700)
대리인 변호사 김인숙
김재선(2003헌바11)
대리인 변호사 손경식 외 1인
- 당해사건 서울행정법원 2002구합26686 약국개설등록취소처분취소청구
(2003헌바11)

【주 문】

1. 청구인의 심판청구를 기각한다(2001헌마700).
2. 약사법(2001. 8. 14. 법률 제6511호로 개정된 것) 제16조 제5항 제3호, 같은 법 제69조 제1항 제2호 중 제16조 제5항 제3호 해당부분 및 같은 법 부칙

제2조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다(2003헌바11).

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2001헌마700 사건

청구인의 부(夫)인 청구 외 최응덕은 경기도 안산시 고잔동 528의 3 건물 2층에서 최응덕소아과의원을 개원하고 있었고, 청구인은 위 최응덕이 운영하는 소아과에서 약사로 근무하면서 위 최응덕이 처방하는 약품의 조제업무를 담당하고 있었다.

그러던 중 의약분업의 시행으로 인하여 청구인이 위 소아과에서 조제업무를 더 이상 수행할 수 없게 되자, 청구인은 종래 위 소아과의 수유실로 사용하던 부분(약 8평)에 대하여 위 건물의 소유주와 별도로 임대차계약을 체결하여 2000. 8. 14. 약국개설등록을 받은 후 위 장소에서 약국을 현재까지 경영하여 왔다.

그런데 의약분업제도가 시행된 후 2001. 8. 14. 약사법이 개정되면서 신설된 제16조 제5항 제3호는 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설하는 경우를 약국개설등록 거부사유로 규정하였으며, 위 약사법 부칙 제2조 제1항은 위 약사법 제16조 제5항 제3호에 해당하는 기존의 약국개설등록지는 위 약사법 시행일로부터 1년까지만 영업을 할 수 있도록 규정하였으며, 그 이후에는 약사법 제69조 제1항 제2호에 의하여 약국개설등록이 취소될 수 있도록 하였다.

그 후 청구인은 2001. 8. 28.자로 감독관청인 안산시로부터 “약사법 개정에 따른 부적절한 약국개설통보”(보건65601-101665)라는 제목으로 청구인이 개설한 약국이 개정 약사법 부칙 제2조 제1항에 해당되므로, 2002. 8. 13.까지만 영업할 수 있다는 통보를 받았다.

이에 따라 청구인은 위 개정 약사법 시행일로부터 1년이 경과한 2002. 8. 13. 이후에는 자신의 약국을 현재의 장소에서 이전하지 않으면 약국개설등록을 취소 당할 위험성에 처하게 되자, 위 약사법 제69조 제1항 제2호 및 같은 법 부칙 제2조 제1항의 같은 법 제16조 제5항 제3호 해당부분이 자신의 헌법상 직업선택의 자유와 재산권을 소급적으로 침해하여 위헌이라고 주장하면서, 2001. 10. 10. 헌법재판소법 제68조 제1항에 따라 이 사건 헌법소원을 청구

하였다.

(2) 2003헌바11 사건

청구인은 약사로서 2000. 8. 1.부터 청구 외 이규용으로부터 서울 송파구 문정동 4의 4 외 2필지 지상에 지하 1층, 지상 5층의 문정크리닉 건물 중 종래 근린생활시설(의원)로 용도 지정되어 ‘이종선정형외과의원’이라는 의료기관으로 이용되고 있던 1층 일부(약 13평)를 임차하여, 같은 달 11. 송파구보건소장에게 약국개설등록을 마치고 ‘진약국’(이하 ‘이 사건 약국’이라 한다)이라는 상호로 약국을 경영하고 있었다.

그런데 송파구보건소장은 이 사건 약국이 약국의 개설등록을 받지 않도록 규정하고 있는 약사법(2001. 8. 14. 법률 제6511호로 개정된 것) 제16조 제5항 제3호 소정의 ‘의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설하는 경우’에 해당한다는 이유로, 같은 법 제69조 제1항 제2호에 의거하여, 2002. 8. 6. 청구인에 대하여 이 사건 약국에 대한 약국개설등록을 취소하는 처분(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다)을 하였다.

청구인은 이 사건 처분에 불복하여 송파구보건소장을 상대로 서울행정법원에 이 사건 처분의 취소를 구하는 약국개설등록취소처분취소소송(2002구합 26686호)을 제기하였고, 위 소송계속 중 약사법 제16조 제5항 제3호 및 같은 법 부칙 제2조 제1항이 헌법에 위반된다고 주장하며 위 법률조항들에 대한 위헌법률심판제청을 신청하였으나(2002아1513), 위 법원은 2003. 1. 16. 이를 기각하였다.

이에 청구인은 위 법원의 위헌제청신청기가 결정문을 2003. 1. 28. 송달 받은 후, 약사법 제16조 제5항 제3호, 같은 법 제69조 제1항 제2호 중 제16조 제5항 제3호 해당부분, 같은 법 부칙 제2조 제1항이 청구인의 헌법상 직업의 자유와 재산권을 소급적으로 침해하여 위헌이라고 주장하며, 2003. 2. 10. 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 따라 이 사건 헌법소원을 청구하였다.

나. 심판의 대상

(1) 이 사건들에서의 심판대상은 약사법(2001. 8. 14. 법률 제6511호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제16조 제5항 제3호, 같은 법 제69조 제1항 제2호 중 제16조 제5항 제3호 해당부분 및 같은 법 부칙 제2조 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항들’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이며, 위 법률조항들의 내용은 다음과 같다.

약사법 제16조(약국의 개설등록) ⑤ 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 개

설등록을 받지 아니한다.

3. 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설하는 경우

약사법 제69조(허가취소와 업무의 정지 등) ① 의약품 등의 제조업자나 그 수입자 또는 약국개설자나 의약품 또는 의료용구의 판매업자가 다음 각호의 1에 해당할 때에는 의약품 등의 제조업자나 수입자에 있어서는 식품의약품안전청장이, 약국개설자나 의약품 또는 의료용구의 판매업자에 있어서는 특별시장·광역시장·도지사·시장·군수 또는 구청장이 그 허가·승인·등록의 취소 또는 제소소를 폐쇄(제26조 제1항의 규정에 의하여 신고한 업종에 한한다)하거나 품목제조금지 또는 품목수입금지를 명하거나 기간을 정하여 그 업무의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제4호의 경우에 그 업자에게 귀책사유가 없고 그 의약품 등의 성분·처분 등의 변경에 의하여 그 허가 또는 신고의 목적을 달성할 수 있다고 인정될 때에는 이의 변경만을 명할 수 있다.

2. 제16조 제5항 각호의 1 또는 제26조 제5항 제2호에 해당하는 사실이 있음이 판명된 때

약사법 부칙 제2조(약국의 개설등록 제한에 관한 경과조치) ① 이 법 시행 당시 종전의 규정에 의한 약국개설자 중 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설한 경우에는 제16조 제5항 제3호의 개정규정에 불구하고 이 법 시행일부터 1년까지 약국의 영업을 할 수 있다.

(2) 관련법규정

약사법(2001. 8. 14. 법률 제6511호로 개정된 것)

제16조(약국의 개설등록) ⑤ 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 개설등록을 받지 아니한다.

1. 제69조의 규정에 의하여 개설등록이 취소된 자로서 취소된 날부터 6월을 경과하지 아니한 자인 경우
2. 약국을 개설하고자 하는 장소가 의료기관의 시설 안 또는 구내인 경우
4. 의료기관과 약국간에 전용의 복도·계단·승강기 또는 구름다리 등의 통로가 설치되어 있거나 이를 설치하는 경우

제22조(의무 및 준수사항) ① 생략

② 약국개설자(당해 약국의 종사자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)와 의료기관개설자(당해 의료기관의 종사자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)는

다음 각호의 1에 해당하는 담합행위를 하여서는 아니 된다.

1. 약국개설자가 특정 의료기관의 처방전을 소지한 자에 대하여 약제비의 전부 또는 일부를 면제해 주는 행위
2. 약국개설자가 의료기관개설자에게 처방전 알선의 대가로 금전, 물품, 편익, 노무, 향응 그 밖의 경제상의 이익을 제공하는 행위
3. 의료기관개설자가 처방전을 소지한 자에게 특정 약국에서 조제받도록 지시하거나 유도하는 행위(환자의 요구에 의하여 지역내 약국들의 명칭·소재지 등을 종합하여 안내하는 행위를 제외한다)
4. 의사 또는 치과의사가 제22조의2 제2항의 규정에 의하여 의사회분회 또는 치과의사회분회가 약사회분회에 제공한 처방의약품목록에 포함되어 있는 의약품과 동일한 성분의 다른 품목을 반복하여 처방하는 행위(그 처방전에 의하여 의약품을 조제한 약사의 행위도 또한 같다)
5. 제1호 내지 제4호의 행위와 유사하여 담합의 소지가 있다고 대통령령이 정하는 행위

③~⑤ 생략

부칙 <제6511호, 2001. 8. 14.>

제2조(약국의 개설등록 제한에 관한 경과조치) ② 이 법 시행당시 종전의 규정에 의하여 개설등록한 약국중 의료기관과 약국간에 전용의 복도·계단·승강기 또는 구름다리 등의 통로가 설치되어 있는 경우에는 제16조 제5항 제4호의 개정규정에 불구하고 이 법 시행일부부터 1년까지 동 개정규정에 위반되지 않도록 하여야 한다.

2. 청구인들의 주장 및 이해관계기관의 의견

별지 기재와 같다.

3. 판 단

가. 2001헌마700 사건에서 청구인의 심판청구가 적법한지 여부

- (1) 이 사건 법률조항들에 의한 기본권침해의 자기관련성 존재 여부

(가) 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면 헌법소원은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 그 심판을 구하는 제도로서, 이 경우 심판을 구하는 자는 심판의 대상인 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 기본권이 현재 그리고 직접적으로 침해받고 있는 자여야 한다(헌재 1992. 9. 4. 92헌마175, 판례집 4, 579; 1995. 3. 23. 93헌마12, 판례집 7-1, 416, 421).

(나) 법 제16조 제5항 제3호는 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설하는 경우에는 약국개설등록을 받지 않도록 규정하고 있다. 법 제16조 제5항 제3호는 법 시행 이후뿐만 아니라 법 시행 이전에 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설한 행위도 금지하고 있다. 다만, 종전의 법규정에 의해 제16조 제5항 제3호에 해당하는 약국을 개설한 자는 법 부칙 제2조 제1항에 의거하여 이 법 시행일부터 1년까지만 약국의 영업을 할 수 있도록 규정하고 있다. 그리고 법 제69조 제1항 제2호 중 법 제16조 제5항 제3호 해당부분은 법 제16조 제5항 제3호에 해당하는 사실이 있음이 판명된 때에는 약국개설등록을 취소할 수 있도록 규정하고 있다.

그런데 이 사건에서 청구인은 개정 약사법 시행일 이전부터 법 제16조 제5항 제3호에서 규정하고 있는 ‘의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수’한 장소에 약국을 이미 개설하여 경영하여 왔다.

청구인은 이 사건 법률조항들에 따라서 자신의 기존 약국을 법 시행일로부터 1년 후에는 폐쇄하여야 하기 때문에, 현재 장소에서는 더 이상 약국을 운영할 수 없게 되었으므로, 이 사건 법률조항들이 청구인 자신의 직업선택의 자유 등의 기본권을 침해할 가능성이 존재한다. 그렇다면 이 사건 법률조항들에 의한 기본권침해의 자기관련성이 청구인에게 존재한다고 할 것이다.

(2) 이 사건 법률조항들에 의한 기본권침해의 직접성 존재 여부

(가) 법률 또는 법률조항 자체가 헌법재판소법 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원심판의 대상이 되기 위해서는 그 법률 또는 법률조항에 의하여 직접, 현재, 자기의 기본권을 침해받아야 하는 것을 요건으로 하는바, 여기서 말하는 기본권 침해의 직접성이란 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻한다(헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813, 823 참조).

법령에 대한 헌법소원에 있어서 ‘기본권침해의 직접성’을 요구하는 이유는, 법령은 일반적으로 구체적인 집행행위를 매개로 하여 비로소 기본권을 침해하게 되므로 기본권의 침해를 받은 개인은 먼저 일반 쟁송의 방법으로 집행행위를 대상으로 하여 기본권침해에 대한 구제절차를 밟는 것이 헌법소원의 성격상 요청되기 때문이다. 따라서 법령에 근거한 집행행위가 존재한다면 국민은 우선 그 집행행위를 기다렸다가 집행행위를 대상으로 한 소송을 제기하

여 구체절차를 밟는 것이 순서이다. 다만, 법령을 집행하는 행위가 존재하지 아니하고 바로 법령으로 말미암아 직접 기본권이 침해되는 예외적인 경우에만 직접 법률에 대하여 헌법소원을 제기할 수 있다고 보아야 한다(헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 503).

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 직접성이 인정된다(헌재 1997. 7. 16. 97헌마38, 판례집 9-2, 94, 104).

(나) 이 사건 법률조항들 중에서 법 제16조 제5항 제3호는 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설하는 경우에는 약국개설등록을 받지 않도록 규정하고 있다. 다만, 종전의 법규정에 의해 제16조 제5항 제3호에 해당하는 약국을 개설한 자는 법 부칙 제2조 제1항에 의거하여 이 법 시행일부터 1년까지만 약국의 영업을 할 수 있도록 규정하고 있다. 그리고 법 제69조 제1항 제2호 중 법 제16조 제5항 제3호 해당부분은 법 제16조 제5항 제3호에 해당하는 사실이 있음이 판명된 때에는 해당 특별시장·시장 등이 약국개설등록을 취소할 수 있도록 규정하고 있다. 그러므로 법 제69조 제1항 제2호는 법 제16조 제5항 3호와 법 부칙 제2조 제1항에서 규정하는 내용에 대한 구체적인 집행행위를 규정하고 있다고 할 것이다.

그런데 법 제16조 제5항 제3호가 “의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설하는 경우”에는 약국개설을 금지하고, 법 부칙 제2조 제1항이 종전의 법규정에 의해 제16조 제5항 제3호에 해당하는 약국을 개설한 자는 법 시행일부터 1년까지만 약국의 영업을 할 수 있도록 하고 있기 때문에, 위 법률조항들의 규정내용은 기존 약국개설자에 대한 법적 지위를 이미 확정적으로 정하고 있다고 할 것이다.

이 사건의 경우 청구인은 2001. 8. 28. 감독관청인 안산시로부터 청구인이 개설한 약국이 법 제16조 제5항 제3호에 해당되므로 개정 약사법 부칙 제2조 제1항에 따라서 2002. 8. 13.까지만 영업할 수 있다는 안내적인 통보를 받았다. 따라서 관할 안산시장이 법 제69조 제1항 제2호에 의거하여 청구인의 약국개설등록을 취소하는 처분을 약 1년 후에 내리기 전에, 청구인의 약국은 법 제16조 제5항 제3호 및 법 부칙 제2조 제1항에 의거하여 법 시행 후 1년 뒤에는 폐쇄되도록 이미 예정되어 있다고 할 것이다.

그렇다면 법 제69조 제1항 제2호에 의한 약국개설등록 취소처분이라는 구체적인 집행행위가 예정되어 있다고 하더라도, 이러한 집행행위를 거치지 않고서도, 법 제16조 제5항 제3호 및 법 부칙 제2조 제1항의 규정내용이 이미 청구인의 법적 지위를 확정적으로 변경하고 있으므로, 위 법률조항들이 청구인의 기본권을 직접 침해하는 효과를 발생시킨다고 볼 수 있다.

그러므로 이 사건 법률조항들에 의한 기본권침해의 직접성이 청구인에게 존재한다.

(3) 이 사건 법률조항들에 의한 기본권침해의 현재성 존재 여부

이 사건 법률조항들은 2001. 8. 14. 제정·공포되어 법 부칙 제1항에 따라 같은 날부터 시행되었다.

그런데 청구인은 위 개정 약사법 시행전인 2000. 8. 14.부터 최웅덕 소아과 의원의 수유실로 사용하던 부분에 약국개설등록을 받아 약국을 운영하여 왔으므로 기본권 침해사유는 위 법 시행일에 이미 발생하였다고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항들에 의한 기본권침해의 현재성도 존재한다.

(4) 보충성원칙 위배 여부

이 사건에서와 같이 법령 자체에 의한 직접적인 기본권침해가 문제될 때에는 그 법령 자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반법원에 소송을 제기하는 길이 없어 구제절차가 있는 경우가 아니므로 보충성의 예외로서 다른 구제절차를 거칠 것 없이 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다(헌재 1990. 6. 25. 89헌마220, 판례집 2, 200, 203-204; 1991. 11. 25. 89헌마99, 판례집 3, 585, 589 참조). 따라서 이 사건에서는 보충성원칙의 위배여부는 문제되지 아니한다.

(5) 그렇다면 청구인의 심판청구는 적법하다.

나. 본안에 대한 판단

(1) 이 사건 법률조항들의 규정내용과 법률상 쟁점

입법자는 의약분업제도를 기관분업의 형식으로 실시하기 위하여 약사법(2000. 1. 12. 법률 제6153호로 개정된 것) 제21조 제8항에서 의료기관의 조제실에서 조제업무에 종사하는 약사는 외래환자에게 교부된 처방전에 의하여 의약품을 조제할 수 없도록 규정하였으며, 같은 법 제16조 제5항 제2호에서 약사는 의료기관의 시설 안 또는 구내에서 약국개설을 하지 못하도록 규정하였다.

그런데 의약분업이 2000. 7. 1.부터 실시된 이후 그 시행과정에서 약사들이

법 제16조 제5항 제2호의 규정을 회피하기 위하여 의료기관의 시설 안 또는 구내는 아니나 의료기관과 밀접한 장소에서 약국을 개설하는 경우가 빈번하게 되었다. 의료기관과 밀접한 장소에서의 약국개설은 기관분업을 통한 의학분업의 목적 실현을 어렵게 만들기 때문에 입법자는 개정 약사법(2001. 8. 14. 법률 제6511호로 개정된 것) 제16조 제5항에서 종전 제2호와는 별도로 제3호와 제4호의 규정을 추가로 신설하였다.

이 사건 법률조항들의 규정 내용을 살펴보면, 우선 법 제16조 제5항 제3호는 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설하는 경우에는 약국개설등록을 받지 않도록 규정하였다. 그리고 법 제69조 제1항은 제2호에서 법 제16조 제5항 각호의 1에 해당하는 사실이 있음이 판명된 때에는 약국개설등록을 취소하거나 업무를 정지할 수 있도록 규정하고 있었는데, 개정 약사법에 따라서 비록 그 법문이 개정된 것이 아니지만 법 제16조 제5항 제3호 및 4호의 규정이 신설됨에 따라 그 내용이 변경되었다. 또한 법 부칙 제2조 제1항은 종전의 법규정에 의해 제16조 제5항 제3호에 해당하는 약국을 개설한 자는 이 법 시행일부터 1년까지만 약국의 영업을 할 수 있도록 하는 경과규정을 두었다.

살피건대 이 사건 법률조항들은 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설하는 것을 개정법 시행일 이후부터 금지할 뿐만 아니라, 개정법 시행일 이전부터 이미 위 장소에서 약국을 개설하여 운영해온 것도 금지하고 있음을 알 수 있다.

따라서 이 사건 법률조항들에 대한 법률상 쟁점은 개정법 시행일 이후의 행위규제와 개정법 시행일 당시의 기존 개설약국에 대한 규제로 나누어 볼 수 있다.

먼저 개정법 시행 이후의 행위규제와 관련하여 보면, 법 제16조 제5항 제3호는 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설하는 것을 금지하고, 이에 위반한 경우 법 제69조 제1항 제2호가 약국의 개설 등록을 취소하거나 업무를 정지할 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 위 법률조항들이 의료기관의 시설 등을 분할하여 약국을 개설하는 것을 금지하고 이에 위반되는 경우에는 약국 개설 등록을 취소하도록 규정한 것이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부가 법률상의 쟁점이 된다.

다음으로 개정법 시행일 당시의 기존 개설약국에 대한 규제와 관련하여 보면, 법 제16조 제5항 제3호가 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변

경 또는 개수한 장소에서의 약국개설을 금지하고, 기존 개설약국에 대해서는 법 부칙 제2조 제1항이 1년간의 유예기간을 부여한 후, 위 유예기간이 경과한 후에는 법 제69조 제1항 제2호가 그 개설등록을 취소하도록 하고 있다. 따라서 위 법률조항들이 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수한 장소에 개설된 기존 약국을 법 시행 후 1년 뒤에 폐쇄하도록 규정한 것이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부가 법률상의 쟁점이 된다.

(2) 약국의 개설 장소 제한에 관한 외국 입법례

(가) 일 본

일본은 1982. 8. ‘신규보험약국 지정에 관한 취급’ 규정에 의거하여 다음 형태의 약국에 대해서는 신규 보험약국 지정을 하지 않도록 하고 있다. 1) 의료기관과 건물이 동일하고 출입구도 공통인 것, 2) 의료기관과 건물 또는 부지가 동일하고, 약국의 출입구가 공도(公道) 또는 이에 준하는 도로 등에 면해 있지 않은 것, 3) 의료기관과 건물 또는 부지가 동일하고, 약국의 출입구가 공도(公道) 또는 이에 준하는 도로 등에 면해 있어도 경영주체가 실질적으로 동일하여 기능상 의료기관과 관계가 강하다고 보여지는 것, 4) 의료기관과 건물 또는 부지가 동일한가 아닌가에 관계없이 특정 의료기관과 약국이 공도(公道)를 통하지 않고 드나들 수 있는 것.

(나) 독 일

독일은 의사가 약사의 업무를 겸임하는 것을 금지하고 있고, 의사가 약국을 소유하는 것을 금지하는 완전분업을 실시하고 있다. 의원을 방문한 외래환자를 위한 조제투약은 동네 약국에서 의사가 발행한 처방전에 의해서 행해지고 있다. 그러나 독일에서는 약국개설 장소에 대한 제한은 없다.

(다) 프랑 스

의료기관 내 약국 개설을 금하고 있으며 병원내 약국은 입원환자를 위해서만 의약품을 조제한다. 약국의 개설은, 인구 3만명 이상의 도시에서는 인구 3천명에 약국 한 곳이, 인구 5천명 이상 3만명 이하인 도시에서는 인구 2,500명당 약국 한 곳이, 인구 5천명 이하인 곳은 주민 2,000명당 약국 한 곳이 허용된다.

(라) 이태 리

약국의 개설은 인구 4,000명에 약국 한 곳이며, 어떠한 경우에도 약국간의 사이에 200미터의 거리 제한을 두도록 하고 있다.

(마) 스웨 덴

새로운 약국의 개설은 지역의 인구밀도, 의료상의 편의, 현재 있는 약국으로부터의 거리에 따라서 결정된다.

(바) 중 합

일본만이 의료기관과 약국이 밀접한 지역에서의 약국개설을 제한하고 있을 뿐, 다른 선진국들은 대부분 지역 인구당 약국 수를 책정하여 약국 개설을 제한하고 있다.

(3) 이 사건 법률조항들이 청구인들의 직업의 자유를 침해하는지 여부

(가) 헌법 제15조에 의거한 직업의 자유의 보장과 그 한계

헌법 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.”라고 규정함으로써 직업선택의 자유를 보장하고 있는바, 헌법 제15조가 말하는 직업선택의 자유는 직업수행 내지 행사의 자유까지 포괄하는 “직업”의 자유를 뜻하고, 여기서 “직업”이란 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 계속적인 소득활동을 의미하며 그러한 내용의 활동인 한 그 종류나 성질을 묻지 않는다(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 374; 1997. 3. 27. 94헌마196등, 판례집 9-1, 375, 382-383 참조).

직업의 자유는 기본권제한입법의 한계조항인 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 불가피한 경우에는 이를 제한할 수 있다.

직업행사의 자유는 직업결정의 자유에 비하여 상대적으로 그 침해의 정도가 작다고 할 것이어서, 이에 대하여는 공공복리 등 공익상의 이유로 비교적 넓은 법률상의 규제가 가능하다(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 374; 1998. 5. 28. 95헌바18, 판례집 10-1, 583, 594; 2002. 10. 31. 99헌바76, 2000헌마505(병합), 판례집 14-2, 410, 430; 2003. 6. 26. 2002헌바3, 판례집 15-1, 713, 723 참조). 그러나 직업수행의 자유를 제한할 때에도 헌법 제37조 제2항에 의거한 비례의 원칙에 위배되어서는 안 된다(헌재 1989. 11. 20. 89헌가102, 판례집 1, 329, 336; 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 692; 2002. 1. 31. 2000헌가8, 판례집 14-1, 1, 10; 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29, 41; 2002. 10. 31. 99헌바76, 2000헌마505(병합), 판례집 14-2, 410, 430; 2003. 6. 26. 2002헌바3, 판례집 15-1, 713, 723 참조). 즉, 직업행사의 자유를 제한하는 법률이 헌법에 위반되지 아니하기 위해서는 직업행사에 대한 제한이 공익상의 이유로 충분히 정당화되고, 입법자가 선택한 수단이 의도하는 입법목적에 달성하기에 적정해야 하고, 입법목적에 달성하기 위하여 동일

하게 적절한 수단들 중에서 기본권을 되도록 적게 제한하는 수단을 선택하여야 하며, 제한의 정도와 공익의 비중을 비교형량하여 추구하는 입법목적과 선정된 입법수단 사이에 균형적인 비례관계가 성립하여야 한다.

(나) 이 사건 법률조항들에 의하여 의료기관 시설을 분할한 장소에서 약국 개설을 금지한 것이 청구인들의 직업의 자유를 침해하는지 여부

이 사건 법률조항들 중에서 법 제16조 제5항 제3호가 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설하는 것을 금지하고, 이에 위반한 경우 법 제69조 제1항 제2호가 약국의 개설 등록을 취소하거나 업무를 정지할 수 있도록 규정한 것이 청구인들의 직업의 자유를 침해하는지 여부를 살펴본다.

법 제16조 제5항 제3호가 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설하는 것을 금지하고, 이에 위반한 경우 법 제69조 제1항 제2호가 약국의 개설 등록을 취소하거나 업무를 정지할 수 있도록 한 것은 약사가 직업을 수행하는 장소를 제한하고 있으므로, 청구인들의 직업행사의 자유를 제한하는 것이다.

그렇다면 이 사건 법률조항들이 법시행 이후에 의료기관 시설을 분할한 장소 등에서의 약국 개설행위를 규제함으로써 청구인들의 직업행사의 자유를 제한한 것이 비례의 원칙을 준수하여 헌법상 정당화되는지 여부를 살펴본다.

1) 입법목적의 헌법적 정당성 여부

이 사건 법률조항들이 청구인들의 직업행사의 자유를 제한한 것이 입법목적에 의하여 정당화되는지 여부를 살펴본다. 우선 이 사건 법률조항들이 추구하는 입법목적을 본다.

가) 의약분업은 환자에 대한 진단·처방과 조제·투약의 과정을 분리하여 진단과 처방은 의사가, 조제와 투약은 약사가 담당하게 하는 제도이다. 의약분업제도를 실시하는 목적은 의약품의 오·남용을 예방하고, 의약품의 적정사용으로 약제비를 절감하며, 환자의 알권리 및 의약서비스의 수준을 향상시키는 한편, 의약품 유통에 투명화를 기하여 품질이 우수한 의약품 공급을 촉진하는데 있는데, 아래에서는 이를 좀 더 구체적으로 살펴본다.

의약분업제도의 시행 이전에는 조제의 비전문인인 의사가 의약품을 조제하고, 진단·처방의 비전문인인 약사가 의사의 처방 없이 임의로 조제하는 등 비전문적 의료행위가 제도적으로 방치되고 있어서, 의약품의 오·남용이 많이 발생하고 있었다. 이러한 상황에서 의약품의 오·남용을 방지함으로써 건

강상 위해가 높은 의약품이 반드시 의사의 진단·처방과 약사의 조제과정을 거쳐 소비자에게 제공되게 하여 양질의 보건의료서비스가 소비자에게 제공되도록 하는 것이 의약분업의 주된 목적이다.

그리고 의약품의 오·남용은 경제자원의 낭비뿐만 아니라 건강에 위해를 끼침으로써 상당한 수준의 사회적 비용을 유발하게 된다. 의약분업은 의약품의 필요와 사용을 일치시켜서 과잉투약을 방지하고, 불필요한 의약품의 소비를 감소시켜 국민약제비를 절감시키도록 하고자 한다.

또한 의약분업은 의사의 처방전이 공개되도록 하여 환자 자신이 복약하는 약에 대한 정보를 공유할 수 있게 되어 환자의 알권리가 신장되도록 하고자 한다.

마지막으로 의약분업은 제약기업으로 하여금 가격경쟁을 지양하고 의약품의 품질향상과 신제품 개발에 주력하게 하고 의약품의 도매유통이 보다 활성화되어 의약품 유통체계가 정상화되도록 하는 목적을 추구한다.

나) 위에서 본 의약분업제도의 목적을 효율적으로 실현하기 위해서 입법자는 기관분업 형식의 의약분업을 채택하여 실시하고 있다. 기관분업은 소유·경영면에서 분리된 의료기관과 약국 양 기관간의 분업을 말하며, 의료기관과 약국이 소유상 그리고 경영상으로 독립성을 이루어 서로 견제하며 각자의 업무를 수행하도록 하는 것이다.

의료기관과 약국이 하나의 소유주체 안에서 운영된다면 의학적 동기가 아닌 경제적 동기 때문에 상호견제를 통한 처방과 조제라는 의약분업 본래의 취지를 달성하기가 어렵다. 따라서 의사서비스와 약사서비스를 소유와 경영상으로 완전히 분리하여 독립시키는 기관분업이 실시되는 경우에만 경제적 이해관계에 의한 의약품의 오·남용을 효과적으로 예방할 수 있다.

그런데 의료기관과 약국이 소유상 및 경영상으로 독립되어 있더라도 의료기관과 약국이 상호간에 담합하게 되면 의사와 약사간의 상호견제가 제대로 이루어지지 않고 의사가 발행한 처방전에 대한 약사의 적극적인 검토가 행해지지 않을 가능성이 매우 높다. 의료기관과 약국이 담합하게 되면 의약분업의 핵심적인 내용이 훼손되고 의약분업의 목적이 효율적으로 실현되지 않게 되어 의약분업의 실질적인 정착에 큰 장애가 발생할 것이다.

따라서 의약분업의 효율적인 실시를 위해서는 의료기관과 약국간의 담합행위를 방지해야 할 필요성이 매우 크다고 할 것이다.

특히 약국이 의료기관내에 있거나 장소적으로 밀접하게 연관되어 있으면

비록 소유와 경영면에서 분리를 하더라도, 특정 약국이 특정 의료기관의 처방을 독점하게 됨으로써 발생하는 경제적 이득이 크기 때문에, 약국과 의료기관이 담합할 가능성이 매우 크다.

이러한 상황에서 이 사건 법률조항들은 의료기관과 약국간의 담합을 방지하여 의약분업제도의 목적을 효율적으로 실현하고자 하는 입법목적에 추구하고 있다.

살피건대 이 사건 법률조항들이 추구하는 입법목적은 절대적으로 중요한 국민보건을 향상시키는데 크게 기여한다고 볼 수 있다.

따라서 이 사건 법률조항들이 의료기관과 약국간의 담합을 방지하여 의약분업을 효율적으로 실현함으로써 국민보건을 향상시키려는 입법목적은 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 공공복리의 증진에 기여한다.

그렇다면 이 사건 법률조항들이 추구하는 입법목적은 헌법적 정당성이 인정되므로 청구인들의 직업행사의 자유에 대한 제한이 정당화된다고 할 것이다.

2) 적합성 원칙 심사

법 제16조 제5항 제3호가 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설하는 것을 금지하고, 이에 위반한 경우 법 제69조 제1항 제2호가 약국의 개설 등록을 취소하거나 업무를 정지할 수 있도록 한 것이 의료기관과 약국간의 담합을 방지하여 의약분업제도의 목적을 효율적으로 실현하고자 하는 입법목적 달성에 적합한지 여부를 살펴본다.

약국이 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수한 장소에 개설되는 경우에는 의료기관과 약국 사이에 장소적 밀접성이 존재하게 되므로, 의료기관과 약국이 담합할 가능성이 현저하게 높다고 할 수 있다.

의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수한 장소는 구조적으로 담합행위의 우려가 있다고 여겨지므로 이러한 장소에 약국을 개설하지 못하도록 하여 의료기관과 약국의 담합행위를 방지해야 할 필요성이 매우 크다.

따라서 의료기관과의 장소적 밀접성을 가진 곳에서의 약국개설 제한을 하지 아니할 경우에는 실질적인 의약분업의 효과를 거둘 수 없게 될 것이다.

법 제16조 제5항 제3호는 의료기관과 약국이 서로 밀접하게 위치하여 접근이 용이한 장소에서의 약국개설을 금지함으로써 구조적인 담합행위의 발생 가능성이 있는 장소를 사전에 제거하고자 하는 방법을 채택하고 있다.

법 제16조 제5항 제3호가 구조적으로 담합행위의 우려가 있다고 판단되는 장소에서의 약국의 개설등록을 금지하고 이에 위반되는 경우 약국개설등록을 취소하도록 하는 것은 의료기관과 약국간의 담합가능성을 방지하여 기관분업의 실효성을 증대하는데 기여한다.

그렇다면 법 제16조 제5항 제3호가 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수한 장소에서의 약국개설을 금지하고 이에 위반되는 경우 법 제69조 제1항 제2호가 약국개설 등록을 취소할 수 있도록 한 것은 의료기관과 약국간의 담합을 방지하여 의약분업의 목적을 효율적으로 실현하고자 하는 입법목적 달성에 적합하다고 할 것이다.

3) 최소침해성 원칙 심사

법 제16조 제5항 제3호가 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설하는 것을 금지하고, 이에 위반한 경우 법 제69조 제1항 제2호가 약국의 개설 등록을 취소하거나 업무를 정지할 수 있도록 한 것이 최소침해성 원칙에 위배되는지 여부를 살펴본다.

법 제16조 제5항 제3호가 의료기관과 약국간의 담합을 금지하여 의약분업의 목적을 효율적으로 실현하고자 하는 입법목적 달성을 위한 대체수단으로는 법 제22조 제2항을 고려할 수 있는데, 이 범조항이 의료기관과 약국간의 담합을 방지하여 의약분업의 목적을 실현하고자 하는 법 제16조 제5항 제3호의 입법목적 달성에 적합한지 여부를 본다.

법 제22조 제2항은 의료기관과 약국간의 담합사실이 밝혀진 경우에만 해당 약국에 대한 개설등록을 취소하도록 하고 있는데, 의료기관과 약국간의 담합행위가 약국들의 영업에 대한 행정감독을 통해서 과연 제대로 방지될 수 있는지가 문제된다.

법 제22조 제2항은 적법하게 개설된 약국과 의료기관 사이에 발생할 수 있는 담합행위 자체를 금지하기 위하여 의약분업이 실시되기 이전에 제정된 후 2001. 8. 14.에 개정되었는데, 이 범규정에 위반하는 행위에 대해서는 법 제75조가 형사처벌을 하도록 규정하고 있다. 다시 말해서 법 제22조 제2항은 의료기관과 약국간의 담합행위 자체를 처벌하는 방법을 선택하여 일반적인 행정감독을 하는 것이다.

그런데 법 제22조 제2항에 근거하여 담합행위 자체를 적발하여 처벌하는 행정 방법만으로는 의료기관과 약국 사이에 발생할 수 있는 담합행위를 방지하는 것이 어렵고 실효성도 떨어진다. 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를

분할·변경 또는 개수하여 약국이 개설된 경우에는 의료기관과 약국 사이에 존재하는 장소적 밀접성으로 말미암아 의료기관과 약국이 구조적으로 담합할 가능성이 현저하게 높기 때문에 담합행위 자체를 일일이 밝혀내는 것이 매우 어렵다.

그렇다면 의료기관과 약국 사이에 담합의 의혹이 큰 경우 담합행위를 약사법 제22조 제2항에 의하여 적발하여 처벌하는 것만으로는 충분하지 않다고 할 것이므로, 법 제22조 제2항은 의료기관과 약국간의 담합을 방지하여 의약분업의 목적을 실현하고자 하는 법 제16조 제5항 제3호의 입법목적을 달성하는 데는 적합하지 않다고 할 것이다.

위와 같이 법 제16조 제5항 제3호가 추구하는 입법목적을 달성하는 데에는 동일하게 적합한 다른 대체수단이 존재하지 않으므로, 법 제16조 제5항 제3호가 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설하는 것을 금지하고, 이에 위반한 경우 법 제69조 제1항 제2호가 약국의 개설 등록을 취소하거나 업무를 정지할 수 있도록 한 것은 최소침해성 원칙에 위배되지 않는다.

4) 법익균형성 원칙 심사

법 제16조 제5항 제3호가 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설하는 것을 금지하고, 이에 위반한 경우 법 제69조 제1항 제2호가 약국의 개설 등록을 취소하거나 업무를 정지할 수 있도록 한 것이 법익균형성 원칙에 위배되는지 여부를 살펴본다.

가) 이 사건에서 문제되는 청구인들의 직업행사의 자유는 직업선택의 자유가 보장되는 가운데서 행사되는 자유이므로 기본권적 비중이 그리 높지 않다.

법 제16조 제5항 제3호는 청구인들의 약국개설 자체를 금지하고 있는 것이 아니고 특정한 장소에서의 약국 개설만을 금지하고 있으므로, 청구인들은 현재의 장소가 아닌 다른 장소에서는 얼마든지 약국을 개설하여 영업을 할 수 있다. 다시 말해서 법 제16조 제5항 제3호는 청구인들의 약국개설 장소를 광범위하게 제한한 것이 아니라 단지 특정한 장소만을 매우 한정적으로 제한하고 있을 뿐이다. 따라서 법 제16조 제5항 제3호는 청구인의 직업행사의 자유를 크게 제한하는 것이라고 볼 수 없다.

나) 법 제16조 제5항 제3호가 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수한 장소에서는 약국을 개설하지 못하도록 규정하여 의료기관과 약국사이에 발생할 수 있는 담합행위를 방지하게 되면 의약분업의 목적이

보다 더 효율적으로 실현될 것이다.

의약분업이 실시되면 의약품의 오·남용이 예방될 수 있을 것이므로 국민의 건강이 증진되는 효과가 발생하게 될 것이다. 그리고 전문의약품은 의사의 처방전 없이는 약국에서 구입할 수 없으므로 의료소비자의 의약품 오·남용을 제도적으로 예방할 수 있다. 그리고 의약분업을 시행하게 되면 의약품의 오·남용이 감소하게 되어서 약제비의 절감 효과가 발생하게 될 것이다. 또한 의약분업이 실시되면 의사가 처방전을 환자에게 교부함으로써, 환자들은 진료 때마다 자신에게 처방된 약제의 내용을 알게 되고, 약사는 조제한 후 투약 내용을 환자에게 설명하게 되므로 환자는 실제 조제된 의약품의 내용을 정확히 알 수 있게 되므로 헌법상의 알권리가 신장될 것이다. 끝으로 의약분업이 실시되면 제약기업은 의약품에 대한 가격경쟁을 지양하고 의약품의 품질향상과 신제품 개발에 주력될 것이므로 의약산업이 발전하게 될 것이며, 매매유통이 보다 활성화되어 의약품 유통체계가 정상화될 것이다.

의약분업제도의 도입을 통하여 국민의 보건을 증진시켜야 할 필요성이 매우 크고, 의약분업을 실시함으로써 의약품의 오·남용을 예방하고, 의약품의 적정사용으로 약제비를 절감하며, 환자의 알권리 및 의약서비스의 수준을 향상시키는 한편, 의약품 유통에 투명화를 기하여 품질이 우수한 의약품 공급을 촉진하는 효과는 상당히 크다고 할 것이다.

이 사건 법률조항들이 선정한 수단에 의하여 의료기관과 약국 사이의 담합행위를 방지하는 것은 의약분업의 효율성을 크게 증진시킬 것이고, 의약분업의 효율적인 시행은 국민보건을 더욱 더 향상시킬 것이다. 따라서 이 사건 법률조항들이 달성하는 공익의 증진 효과는 상당히 크다고 할 것이다. 그리고 이 사건 법률조항들이 추구하는 국민보건향상이라는 공익의 비중은 매우 높다고 할 것이다.

다) 위에서 본 입법수단과 입법목적과의 관계를 비교형량하면, 법 제16조 제5항 제3호는 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수한 장소에서만 약국을 개설하지 못하도록 할 뿐 다른 장소에서는 얼마든지 약국을 개설하여 영업을 할 수 있도록 하고 있으므로 청구인들의 직업행사의 자유의 제한의 정도가 그다지 크지 않다. 이에 반해서 이 사건 법률조항들이 의료기관과 약국의 담합행위를 방지하는 입법목적의 달성을 통해서 얻게 되는 국민보건의 향상이라는 공적 이익은 상당히 크다고 할 것이다. 그러므로 이 사건 법률조항들이 추구하는 목적의 달성으로 인한 공익과 선정된 수단에 의

해 발생하는 청구인의 기본권 제한 사이에는 균형적인 관계가 성립한다고 볼 수 있다.

라) 그렇다면 법 제16조 제5항 제3호가 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설하는 것을 금지하고, 이에 위반한 경우 법 제69조 제1항 제2호가 약국의 개설 등록을 취소하거나 업무를 정지할 수 있도록 한 것은 법익균형성의 원칙에 위배되지 아니한다고 할 것이다.

5) 위에서 본 바와 같이, 이 사건 법률조항들이 법 시행 이후에 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수한 장소에서의 약국개설을 금지하고 이에 위반된 경우 약국개설 등록을 취소할 수 있도록 한 것은 헌법 제37조 제2항에 따른 비례의 원칙에 위배되지 아니하므로, 청구인들의 직업행사의 자유를 침해하지 않는다.

(다) 이 사건 법률조항들에 의한 청구인들의 기존 약국 폐쇄가 청구인들의 직업의 자유를 침해하는지 여부

이 사건 법률조항들 중에서 법 제16조 제5항 제3호는 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수한 장소에서의 약국개설을 금지하고, 기존 개설약국에 대해서는 법 부칙 제2조 제1항이 1년간의 유예기간을 부여한 후, 위 유예기간이 경과한 후에는 법 제69조 제1항 제2호가 그 개설등록을 취소하도록 하고 있으므로, 위 법률조항들이 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수한 장소에 개설된 청구인들의 기존 약국을 법 시행 후 1년 뒤에 폐쇄하도록 규정한 것이 청구인들의 직업의 자유를 침해하는지 여부를 살펴본다.

1) 이 사건 법률조항들에 의한 청구인들의 기존 약국 폐쇄가 청구인들의 직업행사의 자유를 제한하는지 여부

살피건대 이 사건 법률조항들이 법 시행 이전부터 의료기관의 시설의 일부를 분할·변경한 장소에서 운영해 온 청구인들의 기존 약국을 1년의 유예기간 경과 후에 폐쇄하도록 규정한 것은 청구인들의 직업행사의 자유를 제한하는 것이다.

2) 개정 입법시 기존 직업행사권자의 신뢰보호와 그 한계

직업의 자유의 보장이 입법자로 하여금 이미 형성된 직종을 언제까지나 유지하거나 직업종사의 요건을 계속하여 동일하게 유지할 것까지를 요구하는 것은 아니라고 할 것이나, 입법자가 공익상의 필요에 의하여 직업행사의 요건을 달리 정하거나 강화하는 등 직업제도를 개혁함에 있어서는 기존 종사자들

의 신뢰를 보호하는 것이 헌법상 법치국가의 원리로부터 요청된다(헌재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651, 667-668 참조).

법률이 개정되는 경우에는 기존 법질서와의 사이에 어느 정도의 이해관계의 상충은 불가피한데, 이 경우 구법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며, 법률의 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 손상을 정당화할 수 없다면, 그러한 새 입법은 헌법상 법치국가의 원리로부터 파생되는 신뢰보호의 원칙상 허용될 수 없다. 이러한 신뢰보호 원칙의 위배여부를 판단하기 위해서는 침해받은 이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰침해의 방법 등과 새 입법을 통해 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 비교·형량하여야 한다(헌재 1995. 6. 29. 94헌바39, 판례집 7-1, 896, 910; 2000. 7. 20. 99헌마452, 판례집 12-2, 128, 147).

신뢰보호문제는 개정법률이 직업의 자유를 제한함에 있어서 직업행사권자가 이미 행사해온 직업을 제한하는 경우에 발생하는데, 직업행사권자의 신뢰보호보다 우선시해야 하는 공공복리의 사유가 존재하고 비례의 원칙과 신뢰보호의 원칙이 준수되어야만 개정법률은 헌법에 위반되지 아니한다.

그런데 만약 개정법률이 기존 직업행사권자들에게 아무런 경과규정을 두고 있지 않는다면, 직업의 자유를 장래로 합헌적으로 제한하고 있더라도, 신뢰보호의 원칙에 위배되어 헌법상 직업의 자유를 침해할 수 있다. 따라서 개정법률에 의해서 장래에는 허용되지 않을 직업 행사가 과거에는 적법하게 허용되고 있어서 이러한 직업을 행사하고 있던 기본권자들에게 개정법률은 반드시 적절한 경과규정을 부여해야 한다.

3) 이 사건 법률조항들에 의한 청구인들의 기존 약국 폐쇄가 비례의 원칙 및 신뢰보호 원칙을 준수하는지 여부

가) 이 사건 법률조항들에 의한 청구인들의 기존 약국 폐쇄가 입법목적의 달성에 의해서 정당화되는지 여부

법 제16조 제5항 제3호의 신설 도입은 입법목적상 필연적으로 이미 금지된 장소에 약국을 개설하여 운영하고 있는 기존 약국개설자를 어떻게 처리할 것인가의 문제를 야기한다. 이 경우 기득권의 보호만을 주장함으로써 기존 약국에 대한 제한을 가하지 아니하는 경우에는 의료기관과 약국간의 담합행위의 방지라는 효과가 반감될 수 있다. 그리고 법 시행 후 금지된 장소에서의 약국개설을 금지 당하는 일반 약사들과의 형평의 논리상 불합리하다고 할 것이다.

법 제16조 제5항 제3호가 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설하는 것을 금지하면서, 종전의 규정에 의하여 개설된 약국의 영업을 계속하도록 허용한다면, 위 법률조항이 의료기관과 약국 사이의 담합행위를 방지하여 공공복리를 증진한다는 입법취지에 반하는 결과가 발생할 것이다. 따라서 법 시행 이전에 이미 개설하여 운영중인 약국에 대해서도 법 제16조 제5항 제3호를 적용하여 이를 금지해야 할 필요성이 매우 크다고 볼 수 있다.

법 제16조 제5항 제3호가 추구하는 입법목적은 의료기관과 약국간의 담합방지를 통해서 의약분업을 효율적으로 시행하여 국민보건을 향상함으로써 공공복리를 증진하고자 하는 것인데, 이러한 공익의 비중은 상당히 크고 그 효과도 막중하다고 인정된다.

따라서 이 사건에서 법 제16조 제5항 제3호의 입법목적 달성을 통한 공익의 증대는 기존 약국을 폐쇄해야 하는 기존 약국 개설자등인 청구인들의 신뢰이익 제한을 정당화한다고 판단된다.

그렇다면 이 사건 법률조항들이 청구인들의 기존 약국을 폐쇄하도록 하는 것은 법 제16조 제5항 제3호가 추구하는 입법목적의 달성에 의하여 정당화된다고 할 것이다.

나) 적합성 원칙 및 최소침해성 원칙 심사

이 사건 법률조항들이 청구인들의 기존 약국을 폐쇄토록 한 것은 의료기관과 약국간의 담합행위를 방지하여 국민보건을 향상시키고자 하는 입법목적의 달성에 적합하며, 기존 약국의 폐쇄 이외에는 입법목적의 달성에 적합한 다른 대체수단이 존재하지 아니하므로, 적합성 원칙이나 최소침해성 원칙에 위반되지 아니한다.

다) 법익균형성 원칙 심사

이 사건 법률조항들이 청구인들의 기존 약국 폐쇄를 통해서 초래하는 청구인들의 신뢰이익 침해와 입법목적이 추구하는 공적 이익 사이에 법익균형성 원칙이 준수되고 있는지 여부를 양자 사이의 비교형량을 통해서 살펴본다.

① 청구인들의 신뢰이익과 침해 정도

청구인들은 의약분업이 실시된 2000. 7. 1. 이후부터 이 사건 법률조항들이 시행된 2001. 8. 14.까지 약 1년 정도 약국영업을 해 오고 있었으므로, 그 영업기간은 짧다고 할 수 있다.

일반적으로 약국의 개설에는 의약품의 사전구입 비용과 의약품의 전시·보

관을 위한 진열대 등의 내부 시설을 설치하기 위한 비용이 소요되므로, 막대한 시설과 장비의 투자가 필요한 것이 아니다. 이 사건의 경우 청구인들이 설치한 약국의 규모는 그리 크지 않으므로, 약국 개설에 투자한 비용은 그리 많지 않다고 할 것이다.

위와 같이 청구인들이 법 개정시까지 행사해 온 약국영업활동의 기간이 짧으며, 약국의 개설에 투자한 비용도 많지 않은 점을 고려할 때, 청구인들이 가지는 신뢰이익은 그리 크지 않다고 할 것이다.

그렇다면 이 사건 법률조항들의 제정으로 인하여 청구인들이 받은 신뢰이익의 침해 정도도 그리 중하지 않다고 할 것이다.

② 법률의 존속에 대한 기본권자의 신뢰 정도

입법자는 새로운 인식을 수용하고 변화한 현실에 적절하게 대처해야 하기 때문에, 국민은 현재의 법적 상태가 항상 지속되리라는 것을 원칙적으로 신뢰할 수 없다. 법률의 존속에 대한 개인의 신뢰는 법적 상태의 변화를 예측할 수 있는 정도에 따라서 달라지므로, 신뢰보호가치의 정도는 개인이 어느 정도로 법률개정을 예측할 수 있었는가에 따라서 결정된다.

그런데 이 사건의 경우 청구인들은 의약분업이 실시된 직후부터 필요한 시설을 갖추어 약국개설 등록을 하고 약국영업행위를 한 것은 계속적인 영업이 가능할 것으로 신뢰한 데 기인한 것이라고 할 것이다.

그러나 법률은 현실상황의 변화나 입법정책의 변경 등으로 언제라도 개정될 수 있는 것이고 이는 일반적으로 예측할 수 있다고 보아야 한다. 특히 의약분업제도가 최초로 도입되어 실시된 이후 동 제도가 정착되기까지는 상당한 시일이 걸리고 그 시행과정에서 많은 문제점들이 발생할 가능성이 크다고 할 것이다. 입법자는 이러한 문제점들을 해결하고 의약분업제도를 효율적으로 운영하기 위해서 언제든지 추가적인 입법을 하여야 할 것이다. 이러한 상황에서 청구인들은 의약분업제도의 시행과정에서 발생하는 문제점을 제거하기 위해서 추가적인 법률개정이 필요할 수도 있다는 것을 충분히 예측할 수 있었을 것이다.

그렇다면 의약분업제도의 실시 직후부터 약국을 개설하여 운영해 온 청구인들에게 인정될 수 있는 신뢰이익의 보호가치는 미약하다고 할 것이다.

③ 기존 약국 영업에 대한 경과규정

법 부칙 제2조 제1항은 개정법이 시행될 당시에 종전 법규정에 의하여 개설등록을 하고 영업을 하고 있던 기존 약국 개설자에게 법 시행일로부터 1년

동안 계속해서 운영할 수 있는 유예기간을 부여하였다.

그런데 청구인들이 현재 장소에서 약국영업을 위해 투자한 비용이 많지 않다는 점, 약국개설이후 영업을 한 기간이 단기라는 점, 약국영업의 경우 다른 장소로의 이전이 비교적 용이하다는 점 등을 고려할 때, 법 부칙 제2조 제1항에 의하여 청구인들에게 주어진 1년의 유예기간은 법개정으로 인한 상황변화에 적절히 대처하기에 지나치게 짧은 것이라고 할 수 없다.

따라서 위 법 부칙 제2조 제1항은 종전의 법규정에 의한 약국개설자의 신뢰 보호를 위하여 상당한 배려를 하고 있다고 볼 수 있다.

④ 공익의 비중과 정도

의약분업이 실시되면 의약품의 오·남용이 예방될 수 있을 것이므로 국민의 건강이 증진되는 효과가 발생하게 될 것이다. 그리고 전문의약품은 의사의 처방전 없이는 약국에서 구입할 수 없으므로 의료소비자의 의약품 오·남용을 제도적으로 예방할 수 있다. 그리고 의약분업을 시행하게 되면 의약품의 오·남용이 감소하게 되어서 약제비의 절감 효과가 발생하게 될 것이다. 또한 의약분업이 실시되면 의사가 처방전을 환자에게 교부함으로써, 환자들은 진료 때마다 자신에게 처방된 약제의 내용을 알게 되고, 약사는 조제한 후 투약 내용을 환자에게 설명하게 되므로 환자는 실제 조제된 의약품의 내용을 정확히 알 수 있게 되므로 헌법상의 알권리가 신장될 것이다. 끝으로 의약분업이 실시되면 제약기업은 의약품에 대한 가격경쟁을 지양하고 의약품의 품질향상과 신제품 개발에 주력될 것이므로 의약산업이 발전하게 될 것이며, 매매유통이 보다 활성화되어 의약품 유통체계가 정상화될 것이다.

의약분업제도의 도입을 통하여 국민의 보건을 증진시켜야 할 필요성이 매우 크고, 의약분업을 실시함으로써 의약품의 오·남용을 예방하고, 의약품의 적정사용으로 약제비를 절감하며, 환자의 알권리 및 의약서비스의 수준을 향상시키는 한편, 의약품 유통에 투명화를 기하여 품질이 우수한 의약품 공급을 촉진하는 효과는 상당히 크다 할 것이다.

의료기관과 약국간의 담합행위를 방지하여 의약분업의 목적을 효율적으로 추진하기 위해서는 이 사건 법률조항들이 법 시행 이전에 이미 개설하여 운영중인 약국도 폐쇄하도록 해야 할 필요성이 매우 크다.

그리고 법 제16조 제5항 제3호가 선정한 수단에 의하여 의료기관과 약국 사이의 담합행위를 방지함으로써 얻게 되는 의약분업을 통한 국민보건의 향상이라는 공익의 증진 효과가 상당히 크다고 할 것이다. 또한 의약분업이 추

구하는 국민보건향상이라는 공익의 비중은 매우 높다고 할 것이다.

⑤ 법익의 비교형량

청구인들이 운영해온 약국영업 기간이 1년 정도 밖에 되지 않아서 짧다는 점, 약국 개설에 투자한 비용도 많지 않다는 점, 의약분업제도의 실시이후 발생할 수 있는 문제점을 해소하기 위한 법률개정이 있을 수 있다는 것을 예측할 수 있었다는 점, 법 부칙 제2조 제1항에 의하여 청구인들에게 주어진 1년의 유예기간이 법개정으로 인한 상황변화에 대처하기에 짧지 않다는 점 등을 고려할 때, 청구인들이 가지는 신뢰이익은 그리 크지 않으며 그에 대한 침해도 크지 않다고 할 것이다.

이에 반해서 법 시행 이전에 이미 개설하여 운영중인 약국에 대해서도 이를 폐쇄해야 할 필요성이 매우 크고, 이 사건 법률조항들이 의료기관과 약국의 담합행위를 방지하고자 하는 입법목적의 달성을 통해서 얻게 되는 국민보건의 향상이라는 공적 이익이 막중하다고 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항들이 청구인들의 기존 약국 폐쇄를 통해서 초래하는 신뢰이익의 침해보다는 입법목적이 추구하는 국민보건 향상이라는 공적 이익이 보다 더 크므로, 법익균형성 원칙이 준수되고 있다.

4) 위에서 본 바와 같이, 이 사건 법률조항들이 청구인들의 기존 약국을 폐쇄토록 규정한 것은 비례의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 위반되지 않으므로 청구인들의 직업행사의 자유를 침해하지 않는다.

(4) 이 사건 법률조항들에 의한 청구인들의 기존 약국 폐쇄가 청구인들의 재산권을 침해하는지 여부

법 제16조 제5항 제3호가 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수한 장소에서의 약국개설을 금지하고, 기존 개설약국에 대해서는 법 부칙 제2조 제1항이 1년간의 유예기간을 부여한 후, 위 유예기간이 경과한 후에는 법 제69조 제1항 제2호가 그 개설등록을 취소하도록 규정한 것이 소급입법에 의한 재산권의 박탈을 금지한 헌법 제13조 제2항의 규정에 위반되는지 여부와 헌법 제23조 제1항에서 보장하는 청구인들의 재산권을 침해하는지 여부를 살펴본다.

(가) 이 사건 법률조항들에 의한 청구인들의 기존 약국 폐쇄가 헌법 제13조 제2항의 소급입법에 해당되는지 여부

1) 헌법 제13조 제2항의 소급입법에 의한 재산권박탈금지

헌법 제13조 제2항에서 “모든 국민은 소급입법에 의하여 …… 재산권을 박

탈당하지 아니한다.”라고 하여 소급입법에 의한 재산권의 박탈을 금지하고 있다. 과거의 사실관계 또는 법률관계를 규율하기 위한 소급입법의 태양에는 이미 과거에 완성된 사실·법률관계를 규율의 대상으로 하는 진정소급효의 입법과 이미 과거에 시작하였으나 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실·법률관계를 규율의 대상으로 하는 부진정소급효의 입법이 있다. 헌법 제13조 제2항이 금하고 있는 소급입법은 전자, 즉 진정소급효를 가지는 법률만을 의미하며, 이에 반하여 후자, 즉 부진정소급효의 입법은 원칙적으로 허용된다. 다만 부진정소급효를 가지는 입법에 있어서도 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 비교형량 과정에서, 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 된다(헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9, 17-18; 1996. 2. 16. 96헌가2등, 판례집 8-1, 51, 84-89; 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 318; 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29, 43 참조).

2) 이 사건 법률조항들에 의한 규율의 경우

이 사건 법률조항들은 종전 약사법에 의하여 약국개설 등록을 받은 청구인들이 법 제16조 제5항 제3호가 금지한 장소에서 법 시행일 후 1년 뒤에는 청구인들의 기존 약국을 더 이상 운영할 수 없도록 규정하고 있다.

그런데 이 사건 법률조항들은 법 시행일 이전의 약국의 개설 및 영업에 관하여 규율한 것이 아니므로, 이미 종결된 과거의 사실 또는 법률관계에 법률을 사후적으로 적용함으로써 과거를 법적으로 새로이 평가하는 진정소급효의 입법과는 다른 것이다.

다시 말해서 이 사건 법률조항들은 이미 개설 등록된 청구인들의 기존 약국의 효력이나 이제까지의 약국영업과 관련한 사법상의 법률효과를 소급하여 부인하는 것이 아니므로, 헌법 제13조 제2항에서 의미하는 소급입법에 해당되지 아니한다.

그렇지만 이 사건 법률조항들에 의한 규율의 경우에는 종래의 법적 상태의 존속을 신뢰한 청구인들의 신뢰를 어느 정도 보호해야 하는지에 대한 문제가 발생할 수 있는데, 이 사건 법률조항들이 청구인들의 신뢰를 침해하는지 여부에 대해서는 위에서 이미 살펴보았다.

(나) 이 사건 법률조항들에 의한 청구인들의 기존 약국 폐쇄가 청구인들의 재산권을 침해하는지 여부

1) 일반적으로 특정한 장소에서 영업을 함으로써 얻는 영업이익 내지 영업

권은 헌법 제23조에 의하여 보호되는 재산권에 포함되지 아니한다. 헌법재판소는 종래 다수의 결정에서 ‘헌법상 보장된 재산권은 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적인 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적인 권리이므로, 구체적인 권리가 아닌 단순한 이익이나 영리획득의 단순한 기회 또는 기업활동의 사실적·법적 여건은 기업에게는 중요한 의미를 갖는다고 하더라도 재산권 보장의 대상이 아니다’라고 판시하였다(헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 103; 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651, 664; 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283, 309-310; 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29, 44 참조).

2) 이 사건 법률조항들은 청구인들이 약국 경영을 위하여 보유하는 약국 내부의 시설 등에 대한 구체적인 권리를 침해하는 것이 아니다. 그리고 청구인들의 약국 경영활동은 국가에 의하여 강제된 것이 아니고, 자신의 자유로운 결정과 계획, 그에 따른 사적 위험부담과 책임하에 행위하면서 법질서가 반사적으로 부여하는 기회를 활용한 것에 지나지 않는다.

따라서 청구인들이 현재의 장소에서 영업함으로써 얻고 있는 영업이익 내지 영업권은 헌법 제23조 제1항 제1문에서 보호되는 재산권의 범위에 속하지 아니한다(헌재 2000. 7. 20. 99헌마452, 판례집 12-2, 128, 152 참조).

설령 청구인들의 영업이익 내지 영업권이 재산권에 해당된다고 인정하더라도, 재산권의 보장은 절대적인 것이 아니므로 입법자에 의한 보다 광범위한 제한이 허용된다. 이 경우에는 이 사건 법률조항들에 의한 청구인들의 기존 약국 폐쇄가 청구인들의 직업의 자유를 침해하지 않는다고 위에서 본 바와 마찬가지로, 청구인들의 재산권도 침해하지 아니한다고 할 것이다.

(다) 위에서 본 바와 같이, 이 사건 법률조항들이 청구인들의 기존 약국을 폐쇄하도록 규정한 것은 헌법 제13조 제2항에서 규정하는 소급입법에 해당되지 아니할 뿐만 아니라, 헌법 제23조 제1항에서 보장된 청구인들의 재산권도 침해하지 않는다.

(5) 법 제16조 제5항 제3호가 헌법상 명확성원칙에 위배되는지 여부

(가) 법치국가원리에서 도출되는 명확성 원칙은 기본적으로 모든 기본권제한입법에 대하여 요구된다. 이에 따라 법률은 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동지침을 제공하고, 동시에 법집행자에게 객관적 판단지침을 주어 차별적이거나 자의적인 법해석을 예방할 수 있어야 한다. 그러므로 법규범의 규정내

용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 수범자가 알 수 없다면 법적 안정성과 예측가능성은 확보될 수 없게 될 것이고, 또한 법집행 당국에 의한 자의적 집행을 가능하게 할 것이다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바27등, 판례집 4, 255, 268-269; 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 341-342 참조).

(나) 그런데 법 제16조 제5항 제3호는 “의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설하는 경우”에 약국개설 등록을 받지 않도록 규정하고 있다.

살피건대 위 법률조항의 규정내용 중에서 “의료기관”이라는 개념은 의료인이 공중 또는 특정 다수인을 위하여 의료업을 행하는 곳을 말한다고 할 것이며, “의료기관의 시설 또는 부지”라는 개념은 의료기관이 설치되어 있는 건물 등이나 토지를 의미한다고 할 것이며, “의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수”라는 개념은 종전에 의료기관으로 사용되던 장소의 일부를 사용하여 그 형태를 바꾼 것이라고 할 것이다. 그런데 위 개념들이 구체적으로 해석되고 적용되는 과정에서 다소간 애매하게 보일지라도 그 애매함은 위 법률조항이 추구하는 의료기관과 약국간의 담합행위의 방지라는 입법목적의 취지에 따라서 충분히 해소될 수 있다고 할 것이다. 따라서 청구인의 주장과는 달리 위 개념들이 지나치게 불명확하다고 볼 수 없다.

그렇다면 적어도 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람은 위 법률조항의 적용대상인 “의료기관의 시설 또는 부지”가 무엇을 의미하며, 금지되고 있는 행위인 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 “분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설하는” 행위가 구체적으로 어떠한 행위들인지를 쉽게 예측할 수 있으므로, 법 제16조 제5항 제3호는 헌법상 명확성의 원칙에 위배되지 아니한다.

4. 결 론

그렇다면 청구인 이원옥이 헌법재판소법 제68조 제1항에 의거하여 제기한 헌법소원은 이유 없으므로 이를 기각하며(2001헌마700), 청구인 김재선이 헌법재판소법 제68조 제2항에 의거한 헌법소원으로 위헌을 주장한 약사법(2001. 8. 14. 법률 제6511호로 개정된 것) 제16조 제5항 제3호, 같은 법 제69조 제1항 제2호 중 제16조 제5항 제3호 해당부분 및 같은 법 부칙 제2조 제1항은 헌법에 위반되지 않으므로(2003헌마11), 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과

같이 결정한다.

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

[별 지]

청구인들의 주장 및 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 주장 요지(2001헌마700)

(1) 적법요건에 관하여

(가) 이 사건 법률조항들이 형식적으로는 재량의 여지가 있는 것처럼 보이지만, 실질적으로는 법규범의 내용이 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정하는 것이어서 국민의 권리관계가 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우할 수 없을 정도로 확정되었으므로 공권력행사의 직접성과 현재성 요건이 충족되었다.

(나) 이 사건 법률조항들과 같이 법규범에 의하여 국민의 법적 지위가 직접 결정되는 경우에는 행정청이 실제로 청구인의 약국에 대한 개설등록을 취소하는 행정처분을 할 때까지 기다렸다가 위헌여부를 다투어야 한다는 것은 불필요한 우회적인 절차를 강요하는 것이어서 헌법재판소법 제68조 제1항 단서의 예외에 해당하므로 이 사건 심판청구는 보충성원칙에 반하지 않는다.

(2) 본안에 관하여

(가) 법 제16조 제5항 제3호에 해당하는 경우 1년의 유예기간(법 부칙 제2조 제1항) 동안만 약국을 영업할 수 있고, 유예기간이 지나면 현재의 장소에서 이전하지 않는 한 법 제69조 제1항 제2호에 의거 약국개설등록이 취소될 수 있도록 규정하고 있는데, 이는 개정전 법률에 의해 적법하게 한 등록을 소급적으로 취소할 수 있도록 한 것으로 헌법 제13조 제2항에서 금지한 소급입법에 해당되어 위헌이다.

(나) 이 사건 법률조항들은 이미 적법하게 약국개설 등록을 하고 운영중인 청구인 약국의 개설등록을 취소하므로 청구인의 헌법상 직업선택의 자유와 재산권을 소급적으로 침해한다.

(다) 의약품의 오·남용을 방지하고 약제비를 절감하여 환자의 알 권리 및 의약서비스의 수준을 향상시키는 의약분업의 취지에 비추어 볼 때, 의사의 처방전이 있어야 조제행위를 할 수 있게 약사법이 규정한 것 자체만으로도 이러한 의약분업의 입법목적은 이미 달성한 것이다. 비록 의약분업의 정착을 위한 의료기관과 약국간의 담합을 금지하고자 하는 공공적인 측면을 강조한다고 하더라도 이는 의약분업의 본질과는 무관한 것으로 이미 적법하게 등록하여 운영중인 약국영업을 소급적으로 등록을 취소하게 한 법 제69조 제1항 제2호(법 제16조 제5항 제3호 해당부분)는 의약분업과는 관계없는 과도한 제한으로서 헌법 제37조 제2항에 위반하여 약사의 직업의 자유를 침해한다.

(라) 약국이 병원과 근거리에 있다고 하더라도 의약분업의 성공적인 시행을 방해한다고 볼 수 없으므로 청구인의 약국개설을 다른 장소에서 하도록 하는 조치 자체는 청구인의 재산권의 행사에 대한 불필요하고 합리적인 이유가 없는 제한이 된다.

(마) 이 사건 법률조항들은 의약분업의 시행을 위하여 불가피한 것이 아니라, 의약분업을 시행하면서 약국들 사이에서 의료기관과의 거리관계로 이해관계가 대립하면서 나타나는 약사들 사이의 갈등을 조정하기 위한 것이다. 의약분업의 목적달성을 위해서라면 의료기관과 약국 사이에 담합의 의혹이 있는 경우 이는 약사법 제22조에 의하여 규제를 하는 것으로 충분하다. 따라서 위와 같은 약사들 사인간의 이해관계의 조정을 위하여 이미 개설된 약국의 개설등록을 취소하도록 하는 것은 개인의 재산권에 대한 과도한 침해가 된다.

(바) 이 사건 법률조항들은 이미 적법함을 인정받아 자본을 투자하여 개설한 약국에 대하여 아무런 보상도 없이 폐쇄 또는 이전을 하게 함으로써 개인의 재산권을 폐기하는 것으로 재산권의 본질적인 내용을 침해한다.

(사) 이 사건 법률조항들은 의료기관과 약국의 담합을 금지하고자 하는 목적달성을 위하여 담합에 관한 아무런 소명자료 없이 단지 위치상의 제한으로 일반적인 영업금지와 나아가 이미 적법하게 개설된 약국에 대한 이전을 강요하므로 방법의 적정성이 인정될 수 없다.

(아) 이 사건 법률조항들이 이미 적법함을 인정받아 자본을 투여하여 개설한 약국을 소급하여 그 적법성을 부인한 것은 아무런 대가 없이 약국개설에 투여한 재산에 본질적인 침해를 가하는 것으로 최소침해의 원칙에 위반된다.

(자) 가사 약국개설을 위치에 따라 제한할 필요가 있다고 하더라도 장래적으로 개설등록을 불허함은 별론으로 하고 이미 개설한 약국에 대하여서까지

의약분업의 목적달성에 저해되는 행위가 있음에 대한 아무런 소명도 없이 이 전을 강요하는 것은 비례성의 원칙에 부합하지 아니한다.

(차) 이 사건 법률조항들에 의하여 달성하고자 하는 공익목적은 사실상 전무할 뿐만 아니라 약사법의 다른 규정(제22조 제2항)에 의하여 그 목적을 달성할 수 있음에 반하여, 이 사건 법률조항들에 의한 개인의 재산권 침해는 달리 회복하거나 보충할 수 없을 뿐만 아니라, 이러한 법적 규제에 말미암아 국민들이 법적 안정성을 갖고 사회활동을 할 수 없으며, 법규에 대한 신뢰를 상실하게 되는 점을 감안하여 본다면, 이 사건 법률조항들은 달성하고자 하는 입법목적에 비하여 침해되는 법익이 너무 커서 비례의 원칙에 부합하지 아니한다.

나. 청구인의 주장 요지(2003헌바11)

(1) 법 제16조 제5항 제3호, 법 제69조 제1항 제2호 중 제16조 제5항 제3호 해당부분 및 법 부칙 제2조 제1항은 그 취지가 의료기관과 약국의 담합 금지에 그 입법취지가 있다고 하더라도 일률적으로 의료기관의 시설 또는 부지에 대한 약국개설을 불허하고 사실상 소급효를 인정한다는 것은 국민의 재산권과 직업의 자유를 침해하는 것이다.

(2) 의료기관과 약국 사이의 담합은 의료기관과 약국 사이의 거리의 원·근에 따라 좌우되는 것이 아니라 당사자간의 담합에 의하여 이루어지기 때문에, 의료기관과 약국간의 담합금지는 약국들의 영업에 대한 행정감독을 강화하는 방법을 통해서 방지할 수 있다. 따라서 행정감독에 의하여 의료기관과 담합사실이 밝혀진 경우에만 해당 약국에 대한 개설등록을 취소하는 것과 같이 약국개설자에게 피해가 적고 보다 합리적인 방법이 있음에도 불구하고, 법 제16조 제5항 제3호 및 법 부칙 제2조 제1항이 약국개설을 위하여 막대한 시설비를 투자한 약국개설자에게 일정한 유예기간 이후 영업을 할 수 없도록 하는 방법의 적정성 및 피해의 최소성의 원칙에 저촉되어 헌법상 과잉금지의 원칙에 위배된다.

(3) 청구인은 송파구보건소장에게 이 사건 약국개설장소에 약국을 개설하는 데 법률적 문제가 있는지 여부를 문의한 후 2000. 8. 11. 당시 시행되던 법의 규정에 따라 송파구보건소장에게 적법하게 약국개설등록을 하고 막대한 시설비를 투자하여 이 사건 약국을 개설하여 약국영업을 하여 왔는데, 2001. 8. 14. 이 사건 법률조항들이 개정되어 청구인과 같은 약국개설자에게 재산적인 손실을 입히면서까지 사실상 소급 적용되는 것은 헌법상 법적 안정성 내

지 신뢰 보호의 원칙에 위배된다.

(4) 법 제16조 제5항 제3호에서 규정하는 “의료기관의 시설 또는 부지의 일부”라는 개념이 지나치게 불명확하여 기본권주체나 이를 집행할 담당 공무원이 구체적인 금지와 명령의 내용을 명확히 이해할 수 없기 때문에, 위 법률조항은 헌법상 명확성 원칙에 위배된다.

다. 보건복지부장관 및 안산시장의 의견 요지(2001헌마700)

(1) 본안전 항변

(가) 법 제69조 제1항은 법 제16조 제5항 제3호와 결합하여, ‘약국등록을 …… 취소할 수 있다.’고 하여, 구체적인 사안마다 관할 행정청에게 일정한 재량을 부여하는 형식으로 규정되어 있어서, 위 법률조항들에 의하여 청구인의 기본권이 침해받기 위해서는 행정청의 약국등록취소처분이라는 구체적인 집행행위가 있어야 한다. 따라서 이 사건 법률조항들은 별도의 집행행위를 기다리지 아니하고 직접적으로 기본권을 침해할 수 있는 것이 아니라, 반드시 집행행위를 매개로 하여야만 기본권의 침해 등이 현실화되는 것이므로 기본권 침해의 직접성과 현재성이 존재하지 않는다.

(나) 이 사건 법률조항들은 약국개설을 할 수 없는 일반적인 요건을 정한 것에 불과하며 청구인을 특정하여 약국개설을 금지한 소위 처분성을 가진 법규가 아니므로, 청구인은 이 사건 법률조항들로 인하여 현재 권리의무가 직접 변경되었거나 앞으로 있을지도 모를 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 그 권리의무의 변경이 확정된 상태가 아니다. 더군다나 청구인에 대한 약국개설 등록취소처분이 이루어지고 있지도 않은 상태이므로 청구인이 이 사건 법률조항들에 의하여 자신의 지위가 결정된 경우에 해당된다고 보기도 어렵다.

(다) 청구인이 2001. 8. 28. 감독관청인 안산시로부터 받은 “약사법 개정에 따른 부적절한 약국개설통보(보건65601-101665)”는 사전 예고적인 통보에 불과하며, 2002. 8. 13.이 도과한 이후에 관할 행정청이 실제로 청구인의 약국에 대해 약국개설등록을 취소하는 행정처분을 하게 되면 그에 대하여 청구인은 행정심판 또는 행정소송을 제기하여 권리구제를 받을 수 있다. 그럼에도 불구하고 다른 법률에 의한 구제절차를 거치지 않고 이 사건 헌법소원을 청구한 것은 보충성 요건을 결여한 것이다.

(2) 본안에 대한 의견

(가) 이 사건 법률조항들은 국민보건에 절대적인 영향을 미치는 의약분업

의 실질화를 기함으로써 공공복리를 피하려는 것으로(목적의 정당성), 그 목적을 이루기 위해서는 의사와 약사의 담합요소를 배제할 필요성이 요청되며, 개정법의 장소제한을 하지 아니할 경우에는 실질적인 분업의 효과를 거둘 수 없다는 점(방법의 적정성), 그리고 청구인에 대한 약사 본래의 권리인 조제권을 원천적으로 제한하거나 약국개설 장소의 제한이 광범위한 것이 아니며 몇몇 특정장소를 열거하여 이것만을 금지하는 등 그 제한이 예측가능하고 한정되어 있을 뿐이며, 더욱이 그 피해를 최소화하기 위하여 1년간의 유예기간을 두어 청구인으로 하여금 충분한 준비기간을 주었다는 점 및 같은 건물 내라도 장소적으로 이격된 위치에 이전할 경우에는 이 사건 법률조항들에 의하여 등록 취소 대상이 되지 아니하는 점(피해의 최소화)을 고려할 때, 과잉금지의 원칙에도 위배되지 않아 청구인의 직업의 자유를 침해하지 않는다.

(나) 청구인이 현재의 장소에서 약국영업을 함으로써 얻는 독점적 지위에서의 영업이익은 헌법재판소의 판례상 헌법상 보장되는 재산권에 포함되지 않는다. 설사, 청구인의 영업이익이 재산권에 해당된다 하더라도 재산권의 보장은 절대적인 것이 아니므로 입법자에 의한 보다 광범위한 제한이 허용된다. 이 사건 법률조항들은 청구인의 약국등록을 제한하면서 부칙에서 이 법 시행일로부터 1년까지 약국의 영업을 할 수 있도록 하고 있는바, 이는 청구인의 신뢰이익을 충분히 보호하고 있는 것으로서 합리성을 가지고 있다.

그리고 이 사건 법률조항들은 청구인의 약국개설 자체를 금지하고 있는 것이 아니므로 청구인은 현재의 장소가 아닌 다른 장소에서는 얼마든지 약국을 개설하여 영업을 할 수 있기 때문에 영업활동을 제한하여 재산권을 침해하였다는 주장은 타당하지 않다.

(다) 개정 약사법 부칙 규정은 소급효를 갖는 것이 아니라 장래효를 갖는 것에 불과하므로 소급입법에 해당되지 않는다. 따라서 이에 대하여서는 국민의 행위 후에 제정된 법률로 소급하여 재산권을 박탈당하는 것을 금지한 헌법 제13조의 소급입법의 금지 범리가 적용될 수 없다.

설령 위 법규정이 소급입법이라고 하더라도 의약분업의 실질적인 시행을 위해서는 반드시 필요한 것이고 이를 실현할 공익이 막중함에 반하여 청구인의 기본권 침해는 약국개설 자체에 대한 침해가 아니며 독점적인 이익을 얻을 수 있는 특정 지점에 대하여만 약국개설을 금지하고 있는 것으로서 그 침해의 정도는 극히 경미하며, 개정법 부칙은 시행일로부터 1년 동안의 유예기간을 두고 있어서 1년 동안은 현재의 장소에서 영업을 할 수 있도록 허용하

고 있기 때문에 위 법규정에 의한 소급적 제한은 헌법상 허용된 합리적이고 정당한 제한이다.

라. 서울행정법원의 위헌제청신청기각결정의 이유 요지(2003헌바11)

(1) 약국이 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하여 개설된 경우, 의료기관과 약국 사이의 장소적 관련성으로 말미암아 의료기관과 약국이 담합할 가능성이 현저하게 높다고 할 수 있고, 일반적인 행정감독만으로는 이러한 의료기관과 약국 사이의 구체적인 담합행위를 적발해 내기가 극히 곤란하다는 점을 고려하면, 법 제16조 제5항 제3호가 의료기관과 약국 사이에 일정한 장소적 관련성이 있는 경우 그 장소에 약국을 개설하지 못하도록 규정한 것은 의약분업의 시행에 따라 의료기관과 약국의 담합행위를 방지하려는 것으로서 그 입법목적은 정당하다고 할 것이다.

(2) 법 제16조 제5항 제3호는 기존 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설하는 것을 금지하는 데에 불과하므로, 기본권 제한의 정도가 그다지 크지 아니함에 비하여, 이러한 금지에 의하여 의료기관과 약국 사이의 담합행위를 방지하는 효과가 상당히 크다고 보일 뿐만 아니라, 약국을 개설하고자 하는 자는 법 제16조 제5항 제3호를 포함한 법 제16조 제5항 제2호 내지 제4호에서 규정하고 있는 경우에 해당하지 않는 한 자유롭게 약국을 개설하는 것이 허용되므로, 법 제16조 제5항 제3호는 그 입법목적 달성을 위하여 필요한 정도를 넘어 과도하게 직업행사의 자유를 제한하는 것이라고 할 수 없다.

(3) 법 부칙 제2조 제1항은 그 시행일 이후 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설하는 것을 금지하면서 그 시행 당시 종전의 규정에 의하여 개설된 약국은 이를 이전하거나 폐쇄하도록 경과 조치를 한 것으로 장래에 향하여 약국의 개설 및 영업에 관하여 규제를 한 것이지 그 시행일 이전의 약국의 개설 및 영업에 관하여 규율한 것이 아니므로 헌법 제13조 제2항이 금지한 소급입법에 의한 재산권 박탈을 한 것이라 할 수 없다.

다만 법 제16조 제5항 제3호가 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설하는 것을 금지하면서, 종전의 규정에 의하여 개설된 약국을 계속 그대로 두고 영업을 하도록 허용한다면, 이는 의약분업의 시행에 따른 의료기관과 약국 사이의 담합행위를 방지한다는 입법목적은 달성하는 데에 큰 지장이 있으므로, 법 부칙 제2조 제1항에서는 이미 개

헌재 2003. 10. 30. 2001헌마700, 2003헌바11(병합)

설된 약국을 폐쇄 또는 이전하도록 하면서, 경제적 손실을 최소화할 수 있도록 2002. 8. 13.까지 1년 간의 유예기간을 주는 경과조치를 두고 있는바, 위 부칙 조항에 의하여 종전의 규정에 의한 약국개설자에게 주어진 유예기간이 법 개정으로 인한 상황 변화에 적절하게 대처하기에 지나치게 짧은 것이라고 할 수 없는 점 등을 고려하면, 이 사건 법률조항들이 헌법상 법적 안정성 및 신뢰 보호의 원칙에 어긋난다고 할 수 없다.

마. 보건복지부장관 및 송파구 보건소장의 의견 요지(2003헌바11)

2001헌마700 사건에서 제출한 보건복지부장관 및 안산시장의 의견 요지와 대체적으로 같다.

통고처분취소

(2003. 10. 30. 2002헌마275 전원재판부)

【판시사항】

1. 도로교통법상의 통고처분에 불복하여 재판을 청구한 후에 그 통고처분의 취소를 구하는 헌법소원이 허용되는지 여부(소극)
2. 통고처분제도의 근거조항인 도로교통법 제118조 본문의 위헌 여부(소극)

【결정요지】

1. 통고처분의 상대방이 범칙금을 납부하지 아니하여 즉결심판, 나아가 정식재판의 절차로 진행되었다면 당초의 통고처분은 그 효력을 상실한다 할 것이므로 이미 효력을 상실한 통고처분의 취소를 구하는 헌법소원은 권리보호의 이익이 없어 부적법하다.
2. 도로교통법상의 통고처분은 처분을 받은 당사자의 임의의 승복을 발2효요건으로 하고 있으며, 행정공무원에 의하여 발하여 지는 것이지만, 통고처분에 따르지 않고자 하는 당사자에게는 정식재판의 절차가 보장되어 있다. 통고처분 제도는 경미한 교통법규 위반자로 하여금 형사처벌절차에 수반되는 심리적 불안, 시간과 비용의 소모, 명예와 신용의 훼손 등의 여러 불이익을 당하지 않고 범칙금 납부로서 위반행위에 대한 제재를 신속·간편하게 종결할 수 있게 하여주며, 교통법규 위반행위가 흉수를 이루고 있는 현실에서 행정공무원에 의한 전문적이고 신속한 사건처리를 가능하게 하고, 검찰 및 법원의 과중한 업무 부담을 덜어 준다. 또한 통고처분제도는 형벌의 비범죄화 정신에 접근하는 제도이다. 이러한 점들을 종합할 때, 통고처분 제도의 근거규정인 도로교통법 제118조 본문이 적법절차원칙이나 사법권을 법원에 둔 권력분립원칙에 위배된다거나, 재판청구권을 침해하는 것이라 할 수 없다.

【심판대상조문】

도로교통법 제117조(통칙) ①, ② 생략

③ 이 장에서 “범칙금”이라 함은 범칙자가 제118조의 규정에 의한 통고처분에 의하여 국고에 납부하여야 할 금액을 말하며, 그 범칙금의 액수는 범칙행위의 종류·지역·차종에 따라 대통령령으로 정한다.

도로교통법 제118조(통고처분) 경찰서장은 범칙자로 인정되는 사람에 대하여는 그 이유를 명시한 범칙금납부통고서로 범칙금을 납부할 것을 통고할 수 있다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 사람에 대하여는 그러하지 아니하다.

1. 성명 또는 주소가 확실하지 아니한 사람
2. 달아날 염려가 있는 사람
3. 범칙금납부통고서를 받기를 거부한 사람

【참조조문】

도로교통법 제117조(통칙) ① 이 장에서 “범칙행위”라 함은 제113조 각호 또는 제114조 각호의 죄에 해당하는 위반행위를 말하며, 그 구체적인 범위는 대통령령으로 정한다.

② 생략

③ 이 장에서 “범칙금”이라 함은 범칙자가 제118조의 규정에 의한 통고처분에 의하여 국고에 납부하여야 할 금액을 말하며, 그 범칙금의 액수는 범칙행위의 종류·지역·차종에 따라 대통령령으로 정한다.

도로교통법 제119조(범칙금의 납부) ①, ② 생략

③ 제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 범칙금을 납부한 사람은 그 범칙행위에 대하여 다시 벌받지 아니한다.

도로교통법 제120조(통고처분불이행자등의 처리) ① 경찰서장은 다음 각호의 1에 해당하는 사람에 대하여는 지체없이 즉결심판을 청구하여야 한다. 다만, 제2호에 해당하는 사람으로서 즉결심판이 청구되기 전까지 통고받은 범칙금액에 그 100분의 50을 더한 금액을 납부한 사람에 대하여는 그러하지 아니하다.

1. 제118조 각호의 1에 해당하는 사람
 2. 제119조 제2항의 규정에 의한 납부기간내에 범칙금을 납부하지 아니한 사람
- ②, ③ 생략

【참조판례】

2. 헌재 1998. 5. 28. 96헌바4, 판례집 10-1, 610

【당 사 자】

청 구 인 임○환

대리인 변호사 박계덕

【주 문】

1. 서울 남부경찰서장의 청구인에 대한 2002. 4. 4.자 통고처분 및 도로교통법 제117조 제3항 후단에 관한 부분은 이를 각하한다.
2. 도로교통법 제118조 본문에 관한 부분은 이를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 2002. 3. 23. 경부고속도로에서 진출로를 불과 20여미터 남겨둔 상태에서 진행방향의 도로가 극심한 정체를 보이고 있어 갓길을 통행하여 진출로로 빠져나갔다가, 민간인이 찍은 사진을 근거로 갓길통행을 하였다는 이유로 서울 남부경찰서장으로부터 같은 해 4. 4. 범칙금 6만원을 납부하라는 통고처분을 받자, 이에 불응, 즉결심판을 거쳐 법원에 정식재판을 청구하였다.

(2) 청구인은, 민간인 신고만에 근거하여 이루어지는 통고처분에 의하여 헌법상 보장된 청구인의 평등권 등을 침해받았다고 주장하면서, 위 통고처분 및 그 근거법률인 도로교통법 제117조 제3항, 제118조, 제119조, 제120조의 위헌확인을 구하기 위하여 2002. 4. 24. 이 사건 헌법소원을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 도로교통법 제117조 제3항, 제118조 내지 제120조 전체에 대하여 위헌확인을 구하고 있으나, 제117조 제3항 중 아래 청구이유(포괄위임입법금지원칙 위반)와 관련되는 것은 그 후단부분, 즉 “그 범칙금의 액수는 범칙행위의 종류·지역·차종에 따라 대통령령으로 정한다”는 부분에 국한되므로 심판대상을 여기에 한정함이 상당하다.

한편, 청구인은 통고처분 제도 자체의 위헌을 주장하면서 그 근거법률로써 도로교통법 제118조 내지 제120조를 지목하고 있는바, 이 중에서 통고처분 제도 자체의 원천적 근거조항은 제118조 본문이고, 나머지 조항들은 각기 제118조 본문의 존립을 전제로 한 규정들이나 데다가 청구인은 이들 나머지 조항들에 고유한 위헌성을 주장하고 있지도 않다. 따라서 통고처분 제도 자체의 위헌 여부가 주된 쟁점인 이 사건에서는 제118조 본문만을 심판대상으로 한정함이 상당하다.

그렇다면 이 사건 심판의 대상은 서울남부경찰서장의 청구인에 대한 2002. 4. 4.자 갓길통행금지 위반을 이유로 한 통고처분 및 도로교통법 제117조 제3항 후단, 제118조 본문이 청구인의 기본권을 침해하는지의 여부이며, 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

제117조(통칙) ① 이 장에서 “범칙행위”라 함은 제113조 각호 또는 제114조 각호의 죄에 해당하는 위반행위를 말하며, 그 구체적인 범위는 대통령령으로 정한다.

② 이 장에서 “범칙자”라 함은 범칙행위를 한 사람으로서 다음 각호의 1에 해당하지 아니하는 사람을 말한다.

1. 범칙행위 당시 운전면허증을 제시하지 못한 자동차등의 운전자
2. 범칙행위로 교통사고를 일으킨 사람. 다만, 교통사고처리특례법 제3조 제2항 및 제4조의 규정에 의하여 업무상과실치상죄·중과실치상죄 또는 이 법 제108조의 죄에 대한 벌을 받지 아니하게 된 사람은 제외한다.
3. 제80조의 규정에 의한 국제운전면허증을 가진 사람

③ 이 장에서 “범칙금”이라 함은 범칙자가 제118조의 규정에 의한 통고처분에 의하여 국고에 납부하여야 할 금전을 말하며, 그 범칙금의 액수는 범칙행위의 종류·지역·차종에 따라 대통령령으로 정한다.

제118조(통고처분) 경찰서장은 범칙자로 인정되는 사람에 대하여는 그 이유를 명시한 범칙금납부통고서로 범칙금을 납부할 것을 통고할 수 있다.

이하 생략.

제119조(범칙금의 납부) ③ 제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 범칙금을 납부한 사람은 그 범칙행위에 대하여 다시 벌받지 아니한다.

제120조(통고처분불이행자 등의 처리) ① 경찰서장은 다음 각호의 1에 해당하는 사람에 대하여는 지체 없이 즉결심판을 청구하여야 한다.

이하 생략.

2. 청구이유 및 관계기관의 의견
가. 청구이유

(1) 도로교통법상의 직권납용금지 의무를 부담하지 않는 민간인이 보상을 받기 위하여 찍은 사진만에 근거하여 이루어지는 통고처분은 경찰청 예규에 근거한 것일 뿐 법률상의 근거 없이 국민의 기본권을 제한하므로 법치국가 원리에 위반되고, 단속공무원에 의한 통고처분의 경우에 비할 때 현장성이 확보되지 않으며, 피의자의 의견진술권이 보장되지 않고, 정당한 사유나 부득

이한 사유가 있는 경우에도 단속이 이루어지게 되는 등 불리한 차별을 가하게 되므로 평등권도 침해한다.

(2) 도로교통법상의 통고처분 제도는 비록 법률상으로는 입의의 승복을 그 발효요건으로 하고 있으나, 통고처분에 응하지 않을 경우에는 여러 가지 사실상의 불이익을 입게되어 부득이 통고처분에 응하게 되므로 사실상 강제력을 수반한다 할 것이고, 그 결과 경찰서장이 실질적으로 형사처벌을 결정하는 것이 되어 국민의 재판청구권 등의 기본권을 침해하고, 권력분립원칙, 적법절차원칙에 위배된다.

설사 일반적인 통고처분 제도가 위헌이 아니라 하더라도 민간인이 찍은 사진만에 근거하여 이루어지는 통고처분 제도는 적법절차원칙 등에 어긋난다.

(3) 도로교통법 제117조 제3항은 범칙금의 액수에 관한 기본적 사항을 구체적으로 범위를 정하지 아니한 채 대통령령에 위임하고 있어 포괄위임입법금지원칙에 위배되고, 벌금에 상응하는 처벌의 종류와 범위를 법률로 명확히 규정하지 아니하여 죄형법정주의에 위반된다.

나. 경찰청장의 의견

(1) 민간인의 교통법칙행위 신고는 일반적인 범죄신고와 동일하게 형사소송법 제234조의 고발권에 기인하는 것이고, 민간인 신고에 의한 통고처분 또한 도로교통법 제118조에 근거하는 것이므로 법치국가원리에 위배되지 않는다.

(2) 민간인의 사진신고에 의한 통고처분의 경우에도 경찰관에 의한 현장단속과 비교하여 의견진술의 시기와 방법만 다를 뿐 경찰서에 출석하여 충분히 의견진술을 할 수 있도록 기회를 부여하고 있으며, 통고내용을 이행하지 않으면 법원의 즉결심판 또는 정식재판에 회부되어 그 절차에서 통고처분의 위법 또는 부당함을 다룰 수 있도록 보장되어 있으므로 통고처분 제도가 적법절차원칙 등의 헌법에 위반되는 점이 없다.

(3) 도로교통법 제117조 제3항은 포괄위임입법금지원칙이나 죄형법정주의에 위배되지 않는다.

3. 적법요건의 판단

가. 통고처분에 대한 청구부분

헌법소원제도는 주로 국민의 기본권 침해를 구제해 주는 제도이므로 그 제도의 목적에 비추어 권리보호의 이익이 있어야 비로소 제기할 수 있다.

뒤에서 보느냐와 같이, 도로교통법상의 통고처분은 비교적 경미한 범죄행

위에 대하여 행정기관인 경찰서장의 처분으로 10만원 이하의 금전을 범칙금이라는 이름 하에 부과한 다음, 범칙자가 이에 승복하여 범칙금을 납부하면 형사절차에 의한 처벌을 면하도록 하고, 그렇지 아니하고 범칙금을 납부하지 않을 경우에는 즉결심판 또는 정식재판이라는 재판절차를 거쳐 형사처벌을 가할 수 있도록 하는 제도이다. 즉결심판이나 정식재판의 절차는 통고처분을 심판대상으로 하여 그 적법 여부 또는 당부를 심사하여 통고처분을 취소할 것인지를 판단하는 절차가 아니라, 도로교통법 제113조, 제114조 위반행위에 대한 형사재판절차일 뿐이므로, 통고처분의 상대방이 범칙금을 납부하지 아니하여 즉결심판, 나아가 정식재판의 절차로 진행되었다면 당초의 통고처분은 그 효력을 상실한다 할 것이다.

청구인은 서울 남부경찰서장의 통고처분을 받고서도 범칙금을 납부하지 아니하였고, 이에 동 경찰서장이 즉결심판을 청구하였으며, 청구인은 즉결심판에 불복하여 다시 정식재판을 청구하였다. 그렇다면 청구인에 대한 이 사건 통고처분은 효력을 상실하였다 할 것이고, 이미 효력을 상실한 통고처분의 취소를 구하는 청구부분은 권리보호의 이익이 없어 부적법하다.

나. 도로교통법 제117조 제3항 후단에 대한 청구부분

법령에 대한 헌법소원은 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받은 경우에는 그 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 90일 이내에, 그 법령이 시행된 날로부터 1년 이내에 청구하여야 하고, 법령이 시행된 후에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 1년 이내에 청구하여야 한다는 것이 헌법재판소의 확립된 판례이다(헌재 1996. 3. 28. 93헌마198, 판례집 8-1, 241, 250; 헌재 2003. 7. 24. 2003헌마97, 공보 83, 730, 732 등 참조).

청구인은 서울 남부경찰서장으로부터 통고처분을 받았을 때인 2002. 4. 4. 심판대상조항들에 의한 기본권 침해의 발생을 알았다고 할 것이다. 그런데 도로교통법 제118조 본문에 대하여는 그로부터 90일 이내인 같은 달 24. 헌법소원을 청구하였으므로 청구기간을 준수하였으나, 도로교통법 제117조 제3항 후단에 대하여는 90일이 지난 같은 해 8. 29.에야 비로소 청구취지 추가의 형식으로 새로운 심판청구를 하였으므로 청구기간을 도과한 것이다(헌재 1998. 5. 28. 96헌마151, 판례집 10-1, 695, 703).

따라서 도로교통법 제117조 제3항 후단에 대한 청구부분은 부적법하다.

4. 본안의 판단

가. 도로교통법상 통고처분 제도의 개요

(1) 도로교통법 제113조, 제114조는 비교적 경미한 각종의 범 위반행위를 각 호에 열거하고서 그에 대하여 20만원 이하의 벌금, 구류, 과료의 형으로 벌하도록 규정하고 있다.

한편 동법 제117조는 제113조, 제114조에 규정된 각 호의 죄에 해당하는 위 반행위를 ‘범칙행위’라 하고, 범칙행위를 한 사람으로서 범칙행위 당시 운전면 허증을 제시하지 못한 운전자, 범칙행위로 교통사고를 일으킨 사람 등에 해당 하지 아니하는 사람을 “범칙자”라 하고서, 경찰서장은 범칙자로 인정되는 사 람에 대하여 그 이유를 명시한 범칙금납부통고서로 범칙금을 납부할 것을 통 고할 수 있도록 하고 있다(제118조 본문). 다만, 성명 또는 주소가 확실하지 아니한 사람, 달아날 염려가 있는 사람, 범칙금납부통고서를 받기를 거부한 사람에 대하여는 그러한 통고처분을 할 수 없도록 하고 있다(제118조 단서). 범칙행위의 구체적인 범위와 범칙금의 액수는 대통령령으로 정하도록 위임하 고 있는데(제117조 제1항·제3항 후단), 도로교통법시행령 제73조는 10만원을 상한으로 하여 각 범칙행위별, 차량종류별로 범칙금액을 정하여놓고 있다.

교통범칙금 통고처분을 받은 사람은 10일 이내에, 또는 100분의 20의 가산 금을 더하여 20일 이내에 범칙금을 납부하여야 하고, 범칙금을 납부한 사람은 그 범칙행위에 대하여 다시 벌받지 아니한다(제119조 제3항).

통고처분을 받고서도 20일 이내에 범칙금을 납부하지 아니한 사람에 대하 여는 경찰서장은 지체 없이 즉결심판을 청구하여야 한다(제120조 제1항 본 문). 다만, 20일이 지난 후 즉결심판이 청구되기 전까지 100분의 50의 가산금 을 더하여 범칙금을 납부한 사람에 대하여는 즉결심판을 청구할 수 없으며, 즉결심판 청구 후에도 그 선고 전까지 위 가산금을 더한 범칙금을 납부한 때 에는 즉결심판의 청구를 취소하여야 한다(제120조 제1항 단서, 제2항). 100분 의 50의 가산금을 더한 범칙금을 납부한 사람 또한 그 범칙행위에 대하여 다 시 벌받지 아니한다(제120조 제3항).

즉결심판절차에서 판사는 20만원 이하의 벌금, 구류, 과료에 처할 수 있으 며(즉결심판절차법 제2조), 이에 불복하는 피고인은 정식재판을 청구할 수 있 다(동법 제14조).

(2) 이상 살펴본 바를 종합하면, 도로교통법상의 통고처분은 비교적 경미한 범칙행위에 대하여 행정기관인 경찰서장의 처분으로 10만원 이하의 금전을

범칙금이라는 이름 하에 부과한 다음, 범칙자가 이에 승복하여 범칙금을 납부하면 형사절차에 의한 처벌을 면하도록 하고, 범칙금을 납부하지 않을 경우에는 즉결심판 또는 정식재판이라는 재판절차를 거쳐 형사처벌을 가할 수 있도록 하는 제도라고 할 수 있다.

나. 도로교통법 제118조 본문의 위헌 여부

(1) 헌법재판소는 관세법상의 통고처분을 행정쟁송의 대상에서 제외하고 있는 관세법 제38조 제3항 제2호의 위헌 여부가 문제되었던 사건에서, 동법상의 통고처분은 법관이 아닌 행정공무원에 의한 것이지만 처분을 받은 당사자의 임의의 승복을 발효요건으로 하고 있고, 불승복시 정식재판의 절차가 보장되어 있는 점 등에 비추어 재판청구권을 침해하거나 적법절차원칙에 위배되지 않는다고 판단한바 있다(헌재 1998. 5. 28. 96헌바4, 판례집 10-1, 610).

도로교통법상의 통고처분 제도가 관세법상의 통고처분 제도와 완전히 동일한 것은 아니나 그 기본골격에 있어서는 대체로 유사하므로, 위 결정의 판단 내용 중 이 사건 위헌 여부의 판단에 있어서도 적용될 수 있는 부분은 그대로 원용하면서 도로교통법 제118조 본문의 위헌 여부를 살펴본다.

(2) 헌법은 통고처분이나 통고처분에 대한 불복방법에 관하여 직접적인 규정을 두고 있지 않다. 따라서 통고처분을 인정할 것인지 또는 통고처분에 대하여 어떤 형식과 불복제도를 둘 것인가의 문제는 헌법원리에 위배되지 않는 한 입법자가 정하여야 할 입법정책의 문제로서 그의 재량에 맡겨져 있다.

(3) 도로교통법상의 통고처분은 처분을 받은 당사자의 임의의 승복을 발효요건으로 하고 있다. 통고처분을 이행하지 않을 경우 형사재판절차로 이행되기 때문에 이를 꺼리는 당사자로서는 본의 아니게 통고처분에 승복하여 범칙금을 납부하는 경우도 생길 수 있다. 그러나 통고처분은 당사자가 이에 따르지 않는다고 하여 강제집행에 의하여 실현되지 않으며, 불이행 사실 그 자체에 대하여 법적 불이익을 가하지도 않는다. 따라서 어느 정도의 심리적 제약 가능성이 있다는 점만으로 통고처분이 임의적 제도가 아니라거나, 당사자의 권리구제 수단 행사를 봉쇄하는 것이라고 하기 어렵다.

(4) 통고처분은 행정공무원에 의하여 발하여 지는 것이지만, 통고처분에 따르지 않는 당사자에게는 정식재판의 절차가 보장되어 있다. 통고처분을 받은 당사자가 비록 이의신청이나 행정소송을 제기하는 등으로 적극적·능동적으로 다룰 수는 없지만 범칙금을 납부하지 않음으로써 즉결심판절차, 나아가 정식 형사재판절차로 이행되게 하여, 여기에서 재판절차에 따라 법원에 의한 판

단을 받을 수 있는 것이다. 따라서 통고처분이 행정기관에 의한 형벌권 행사를 인정하는 것이라거나, 형사재판을 대체하는 것이라고 볼 수 없다.

(5) 도로교통법상의 통고처분 제도는 경미한 교통법규 위반자로 하여금 형사처벌절차에 수반되는 심리적 불안, 시간과 비용의 소모, 명예와 신용의 훼손 등의 여러 불이익을 당하지 않고 범칙금 납부으로써 위반행위에 대한 제재를 신속·간편하게 종결할 수 있게 한다. 통고처분에 의하여 부과되는 범칙금은 재정적 손실을 초래한다는 점에서는 벌금과 유사한 면이 있지만 명예에 대한 중대한 훼손이 없는 등 형사처벌로서의 진지성의 면에서 벌금과는 다른 제재이다.

아울러 통고처분 제도는 교통법규 위반행위가 홍수를 이루고 있는 현실에서 행정공무원에 의한 전문적이고 신속한 사건처리를 가능하게 하고, 검찰 및 법원의 과중한 업무 부담을 덜어 준다.

이러한 점에서 통고처분 제도는 교통법규위반자를 모두 형사 처벌하는 경우에 생기는 인권침해문제와 이로 인해 국민 대다수가 전과자가 되는 사회적 문제를 극복하기 위한 입법 정책적인 형벌의 비범죄화 정신에 접근하는 제도라 할 것이다. 범죄행위와 비범죄행위를 구분하는 것은 결국 입법자의 몫일 수밖에 없는데, 비록 ‘범칙행위’의 대상이 되고 있는 도로교통법 위반행위들을 체계적으로 완전히 비범죄화한 것은 아니지만, 도로교통법 제118조 등의 관련 조항을 통하여 입법자는 당사자의 승복을 조건으로 절차와 효과를 범죄행위와 달리하는 범칙금 통고처분 제도를 구성함으로써 간접적·제한적이거나 비범죄화를 구현한 것이라 볼 수 있다.

(6) 한편, 청구인은 설사 일반적인 통고처분 제도가 위헌이 아니라 하더라도 민간인이 찍은 사진만에 근거하여 이루어지는 통고처분 제도만큼은 현상성 확보나 피의자의 방어권 보장상 미흡한 문제가 있어 적법절차원칙 등에 어긋난다는 취지로도 주장하나, 설사 그러한 문제점들이 있다 하더라도 이는 즉결심판절차나 정식재판절차를 통하여 법원이 도로교통법위반죄를 인정할 것인지를 심리함에 있어 사실인정과 법률해석을 통하여 충분히 고려되고, 해소될 수 있는 사항들이므로, 위 주장 또한 이유 없다.

(7) 결론적으로 통고처분의 이행 여부가 당사자의 임의에 맡겨져 있는 점, 승복하지 않는 당사자에게 법원에 의한 정식재판을 받을 기회가 보장되어 있는 점, 비범죄화 정신에 근접한 통고처분의 제도적 의의 등을 종합할 때, 통고처분 제도의 근거규정인 도로교통법 제118조 본문이 적법절차원칙이나 사법

권을 법원에 둔 권력분립원칙에 위배된다거나, 재판청구권을 침해하는 것이라 할 수 없다.

5. 결 론

이상과 같은 이유로 서울 남부경찰서장의 청구인에 대한 2002. 4. 4.자 갓길통행금지 위반을 이유로 한 통고처분 및 도로교통법 제117조 제3항 후단에 대한 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하고, 도로교통법 제118조 본문에 대한 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여 재판관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

도로교통법 제118조 위헌확인

(2003. 10. 30. 2002헌마518 전원재판부)

【판시사항】

1. 자동차 운전자에게 좌석안전띠를 매도록 하고, 이를 위반했을 때 범칙금을 납부하도록 통고하는 것이 일반적 행동자유권을 침해하는지 여부(소극)
2. 자동차 운전자에게 좌석안전띠를 매도록 하고, 이를 위반했을 때 범칙금을 납부하도록 통고하는 것이 사생활의 비밀과 자유를 침해하는지 여부(소극)
3. 자동차 운전자에게 좌석안전띠를 매도록 하고, 이를 위반했을 때 범칙금을 납부하도록 통고하는 것이 양심의 자유를 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 자동차 운전자에게 좌석안전띠를 매도록 하고 이를 위반했을 때 범칙금을 납부하도록 통고하는 것은, 교통사고로부터 국민의 생명 또는 신체에 대한 위험과 장애를 방지·제거하고 사회적 부담을 줄여 교통질서를 유지하고 사회공동체의 상호이익을 보호하는 공공복리를 위한 것으로 그 입법목적이 정당하고, 운전자의 불이익은 약간의 답답함이라는 경미한 부담이고 좌석안전띠 미착용으로 부담하는 범칙금이 소액인데 비하여 좌석안전띠 착용으로 달성하려는 공익은 동승자를 비롯한 국민의 생명과 신체를 보호하고 교통사고로 인한 사회적인 비용을 줄여 사회공동체의 이익을 증진하는 것이므로 달성하고자 하는 공익이 침해되는 청구인의 좌석안전띠를 매지 않을 자유라는 사익보다 크며, 제도의 연혁과 현황을 종합하여 볼 때 청구인의 일반적 행동자유권을 비례의 원칙에 위반되게 과도하게 침해하는 것이 아니다.

2. 일반 교통에 사용되고 있는 도로는 국가와 지방자치단체가 그

관리책임을 맡고 있는 영역이며, 수많은 다른 운전자 및 보행자 등의 법익 또는 공동체의 이익과 관련된 영역으로, 그 위에서 자동차를 운전하는 행위는 더 이상 개인적인 내밀한 영역에서의 행위가 아니며, 자동차를 도로에서 운전하는 중에 좌석안전띠를 착용할 것인가 여부의 생활관계가 개인의 전체적 인격과 생존에 관계되는 '사생활의 기본조건'이라거나 자기결정의 핵심적 영역 또는 인격적 핵심과 관련된다고 보기 어려워 더 이상 사생활영역의 문제가 아니므로, 운전할 때 운전자가 좌석안전띠를 착용할 의무는 청구인의 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것이라 할 수 없다.

3. 제재를 받지 않기 위하여 어쩔 수 없이 좌석안전띠를 매었다 하여 청구인이 내면적으로 구축한 인간양심이 왜곡·굴절되고 청구인의 인격적인 존재가치가 허물어진다고 할 수는 없어 양심의 자유의 보호영역에 속하지 아니하므로, 운전 중 운전자가 좌석안전띠를 착용할 의무는 청구인의 양심의 자유를 침해하는 것이라 할 수 없다.

【심판대상조문】

도로교통법(1999. 1. 29. 법률 제5712호로 개정된 것) 제48조의2(운전자의 특별한 준수 사항) ① 행정자치부령이 정하는 자동차의 운전자는 그 자동차를 운전할 때에는 좌석안전띠를 매어야 하며, 그 옆좌석의 승차자에게도 좌석안전띠(유아인 경우에는 유아보호용장구를 장착한 후의 좌석안전띠를 말한다. 이하 같다)를 매도록 하여야 한다. 다만, 질병등으로 인하여 좌석안전띠를 매는 것이 곤란하거나 행정자치부령이 정하는 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

②, ③ 생략

도로교통법(1999. 1. 29. 법률 제5712호로 개정된 것) 제118조(통고처분) 경찰서장은 범칙자로 인정되는 사람에 대하여는 그 이유를 명시한 범칙금납부통고서로 범칙금을 납부할 것을 통고할 수 있다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 사람에 대하여는 그러하지 아니하다.

1. 성명 또는 주소가 확실하지 아니한 사람
2. 달아날 염려가 있는 사람
3. 범칙금납부통고서를 받기를 거부한 사람

【참조조문】

헌법 제10조, 제17조, 제19조, 제34조 제6항

도로교통법 제62조(운전자 및 승차자의 특별한 준수사항) ① 고속도로 또는 자동차전용도로를 운행하는 자동차 중 행정자치부령이 정하는 자동차의 운전자는 제48조의2 제2

항의 규정에 불구하고 모든 승차자에게 좌석안전띠를 매도록 하여야 한다. 다만, 질병등으로 인하여 좌석안전띠를 매는 것이 곤란하거나 행정자치부령이 정하는 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

② 고속도로 및 자동차전용도로에서 운전자와 그 승차자가 교통의 안전과 원활한 소통을 확보하기 위하여 특별히 지켜야 할 사항은 행정자치부령으로 정한다.

도로교통법 제113조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 사람은 20만원 이하의 벌금이나 구류 또는 과료의 형으로 벌한다.

1. 제5조·제12조 제1항 내지 제3항 및 제5항·제13조 제2항 내지 제4항·제13조의2 제3항(제56조의2 제2항에서 준용되는 경우를 포함한다)·제14조·제15조 제3항·제16조 내지 제19조의2·제21조·제22조 내지 제24조의2·제28조·제29조·제32조·제33조 제1항·제35조 제1항 내지 제4항·제44조·제48조·제48조의2(제2항을 제외한다)·제48조의3·제48조의5·제49조 제2항·제57조 또는 제77조 제1항의 규정을 위반한 차마의 운전자
2. 제6조 제1항 내지 제3항 또는 제7조의 규정에 의한 금지·제한 또는 조치를 위반한 차의 운전자
3. 제27조·제27조의2·제30조 또는 제48조의4 제2항·제4항의 규정을 위반하거나 제31조 제1항의 규정에 의한 명령을 위반한 사람
4. 제35조 제5항의 규정에 의한 지방경찰청장의 제한을 위반한 사람
5. 제20조 내지 제20조의3·제25조 제4항 및 제5항·제48조의6·제56조 제1항 및 제2항·제59조 내지 제61조 또는 제62조 제1항의 규정을 위반한 사람
6. 제62조 제2항의 규정에 의한 고속도로 또는 자동차전용도로에서의 준수사항을 위반한 운전자
7. 제74조 제1항·제74조의2 제1항 또는 제79조 제1항의 규정을 위반한 사람

도로교통법 제113조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 사람은 20만원 이하의 벌금이나 구류 또는 과료의 형으로 벌한다.

1. 제5조·제12조 제1항 내지 제3항 및 제5항·제13조 제2항 내지 제4항·제13조의2 제3항(제56조의2 제2항에서 준용되는 경우를 포함한다)·제14조·제15조 제3항·제16조 내지 제19조의2·제21조·제22조 내지 제24조의2·제28조·제29조·제32조·제33조 제1항·제35조 제1항 내지 제4항·제44조·제48조·제48조의2 제3항 및 제4항·제48조의3·제48조의5·제49조 제2항·제57조 또는 제77조 제1항의 규정을 위반한 차마의 운전자
2. 제6조 제1항 내지 제3항 또는 제7조의 규정에 의한 금지·제한 또는 조치를 위반한 차의 운전자
3. 제27조·제27조의2·제30조 또는 제48조의4 제2항·제4항의 규정을 위반하거나 제31조 제1항의 규정에 의한 명령을 위반한 사람
4. 제35조 제5항의 규정에 의한 지방경찰청장의 제한을 위반한 사람
5. 제20조 내지 제20조의3·제25조 제4항 및 제5항·제48조의6·제56조 제1항 및 제2

항·제59조 내지 제61조의 규정을 위반한 사람

5의2. 제48조의2 제1항의 규정을 위반하여 좌석안전띠를 매지 아니한 운전자

6. 제62조 제2항의 규정에 의한 고속도로 또는 자동차전용도로에서의 준수사항을 위반한 운전자

7. 제74조 제1항·제74조의2 제1항 또는 제79조 제1항의 규정을 위반한 사람

도로교통법 제115조의2(과태료) ① 다음 각호의 1에 해당하는 사람은 50만원 이하의 과태료에 처한다.

1. 제70조의6 또는 제72조의6의 규정에 의한 신고를 하지 아니한 사람
2. 제70조의8 제3항의 규정에 의한 강사의 인적사항과 교육과목을 게시하지 아니한 사람
3. 제70조의9 제2항의 규정에 위반하여 수강료등을 게시하지 아니하거나 동조 제3항의 규정에 위반하여 게시된 수강료등을 초과한 금액을 받은 사람
4. 제70조의10의 규정에 의한 수강료등의 반환 등 교육생 보호를 위한 조치를 하지 아니한 사람
- 5.~6. 삭제
7. 제71조의17 제1항의 규정에 의한 간판 기타 표지물의 제거 또는 시설물의 설치를 거부·방해 또는 기피하거나 게시문을 임의로 제거하거나 못쓰게 만든 사람

② 다음 각호의 1에 해당하는 사람은 20만원 이하의 과태료에 처한다.

1. 제48조의2 제1항 또는 제62조 제1항의 규정을 위반하여 승차자로 하여금 좌석안전띠를 매도록 하지 아니한 운전자
2. 제74조 제4항의 규정을 위반하여 운전면허증 갱신기간내에 운전면허를 갱신하지 아니한 사람

③ 차가 제5조·제12조 제3항·제13조의2 제3항(제56조의2 제2항에서 준용되는 경우를 포함한다)·제15조 제3항·제28조 내지 제30조 또는 제56조 제1항의 규정에 위반한 사실이 사전·비디오테이프 기타 영상기록매체에 의하여 입증되는 경우에 당해 위반행위를 한 운전자를 확인할 수 없어 제102조의2 제1항의 규정에 의하여 고지서를 교부할 수 없는 때(제13조의2 제3항 또는 제28조 내지 제30조의 규정에 위반한 경우에 한한다) 또는 제118조의 규정에 의하여 통고처분을 할 수 없는 때(제5조·제12조 제3항·제15조 제3항 또는 제56조 제1항이나 제56조의2 제2항의 규정에 의하여 준용되는 제13조의2 제3항의 규정에 위반한 경우에 한한다)에는 제52조 제1항의 규정에 의한 고용주등에 대하여 20만원 이하의 과태료에 처한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 그 차가 도난당하였거나 기타 부득이한 사유가 있는 경우
2. 운전자가 당해 위반행위로 제113조의 규정에 의하여 처벌된 경우(제118조의 규정에 의하여 범칙금의 통고처분을 받은 경우를 포함한다)
3. 제5항의 규정에 의한 의견진술결과 위반행위를 한 운전자가 밝혀진 경우
4. 그 자동차가 자동차운수사업법에 의한 자동차대여사업자가 대여한 자동차로서 자동차만을 임대한 것이 명백한 경우

④ 제1항 내지 제3항의 규정에 의한 과태료의 부과정수권자는 다음 각호와 같다.

1. 제1항·제2항 및 제3항(제5조, 제12조 제3항·제15조 제3항 또는 제56조 제1항이나 제56조의2 제2항의 규정에 의하여 준용되는 제13조의2 제3항의 규정에 위반한 경우

에 한한다)의 과태료 : 지방경찰청장

2. 제3항(제13조의2 제3항 및 제28조 내지 제30조의 규정에 위반한 경우에 한한다)의 과태료 : 시장등

- ⑤ 제3항의 규정에 의하여 과태료를 부과할 때에는 10일 이상의 기간을 정하여 과태료처분대상자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다. 이 경우 지정된 기일까지 의견진술이 없는 경우에는 의견이 없는 것으로 본다.
- ⑥ 제5항의 규정에 의한 의견진술결과 위반행위를 한 운전자가 밝혀진 때에는 지방경찰청장 또는 시장 등은 이를 입증하는 자료를 첨부하여 관할경찰서장에 그 사실을 통보하여야 한다.
- ⑦ 제1항 내지 제3항의 규정에 의한 과태료처분에 불복이 있는 사람은 그 처분의 고지를 받은 날부터 30일 이내에 지방경찰청장 또는 시장 등에게 이의를 제기할 수 있다.
- ⑧ 제1항 내지 제3항의 규정에 의하여 과태료처분을 받은 사람이 제7항의 규정에 의한 이의를 제기한 때에는 지방경찰청장 또는 시장 등은 지체없이 관할법원에 그 사실을 통보하여야 하며, 그 통보를 받은 법원은 비송사건절차법에 의한 과태료의 재판을 한다.
- ⑨ 제7항의 규정에 의한 기간내에 이의를 제기하지 아니하고 과태료를 납부하지 아니한 때에는 국세 또는 지방세체납처분의 예에 의하여 이를 징수한다.

도로교통법 제117조(통칙) ① 이 장에서 “범칙행위”라 함은 제113조 각호 또는 제114조 각호의 죄에 해당하는 위반행위를 말하며, 그 구체적인 범위는 대통령령으로 정한다.

② 이 장에서 “범칙자”라 함은 범칙행위를 한 사람으로서 다음 각호의 1에 해당하지 아니하는 사람을 말한다.

- 1. 범칙행위 당시 운전면허증을 제시하지 못한 자동차등의 운전자
 - 2. 범칙행위로 교통사고를 일으킨 사람. 다만, 교통사고처리특례법 제3조 제2항 및 제4조의 규정에 의하여 업무상과실치상죄·중과실치상죄 또는 이 법 제108조의 죄에 대한 벌을 받지 아니하게 된 사람은 제외한다.
 - 3. 제80조의 규정에 의한 국제운전면허증을 가진 사람
- ③ 이 장에서 “범칙금”이라 함은 범칙자가 제118조의 규정에 의한 통고처분에 의하여 국고에 납부하여야 할 금전을 말하며, 그 범칙금의 액수는 범칙행위의 종류·지역·차종에 따라 대통령령으로 정한다.

도로교통법시행령 제73조(범칙행위의 범위 및 범칙금액) 법 제117조의 규정에 의한 범칙행위의 구체적인 범위와 범칙금액은 별표 2 및 별표 3과 같다.

[별표 2] 범칙행위 및 범칙금액표(운전자)(제73조관련)

48. 좌석안전띠미착용 또는 착용의무자에 대한 조치불이행 승합자동차 등 30,000원, 승용자동차 등 30,000원

(주) 위 표중

- 1. “승합자동차등”이라 함은 승합자동차·4톤초과 화물자동차·특수자동차·건설기계를 말한다.
- 2. “승용자동차등”이라 함은 승용자동차·4톤 이하 화물자동차를 말한다.

3. “이륜자동차등”이라 함은 이륜자동차·원동기장치자전거를 말한다.
4. “자전거등”이라 함은 자전거·손수레·경운기·우마차를 말한다.

[별표 3] 범칙행위 및 범칙금액표(보행자)(제73조관련)

범칙행위	해당법조문 (도로교통법)	범칙금액
1. 신호·지시위반 2. 차도보행·차도에서 차잡는 행위 3. 육교 바로 밑·지하도 바로 위 무단횡단(횡단이 금지되어 있는 도로부분 횡단 포함) 4. 도로에서의 금지행위위반 <ul style="list-style-type: none"> • 술에 취하여 갈팡질팡하는 행위 • 교통에 방해되는 방법으로 눕거나 앉거나 서 있는 행위 • 교통이 빈번한 도로에서 놀이를 하는 행위 • 도로상의 사람이나 차마를 손상시킬 염려가 있는 물건을 던지거나 발사하는 행위(차마로부터 던지는 행위 포함) • 진행중인 차마에 뛰어타거나 매달리거나 뛰어 내리는 행위 	제5조 제8조 제1항 제10조 제2항·제5항 제63조 제3항	30,000
5. 통행금지·제한위반 6. 육교 바로 밑·지하도 바로 위 외의 무단횡단(차의 바로 앞·뒤 횡단금지위반 포함) 7. 교통이 빈번한 도로에서의 유아보호의무위반(보호자에 한한다) 8. <삭제 1999. 4. 30>	제6조 제10조 제2항·제4항 제11조 제1항	20,000
9. 혼잡완화 조치위반 10. 길가장자리구역 통행의무위반 11. 행렬등의 차도 우측통행위반(지휘자를 포함한다)	제7조 제8조 제2항 제9조 제1항	10,000

도로교통법시행규칙 제24조(운전자 및 승객의 특별한 준수사항) ① 법 제48조의2 제1항 및 법 제62조 제1항에서 “행정자치부령이 정하는 자동차”라 함은 자동차안전기준에 관한 규칙 제27조 제1항의 규정에 의하여 좌석안전띠가 설치되어 있는 자동차를 말한다. 다만, 법 제62조 제1항의 규정에 의한 자동차전용도로의 경우에는 고속시외버스운송사업용 버스에 한한다.

② 법 제48조의2 제1항 단서 및 법 제62조 제1항 단서에서 “행정자치부령이 정하는 사유”라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 말한다.

1. 부상·질병·장애 또는 임신 등으로 인하여 좌석안전띠의 착용이 적당하지 아니하다고 인정되는 자가 자동차를 운전하거나 승차하는 때

2. 자동차를 후진시키기 위하여 운전하는 때
 3. 심장·비만·기타 신체의 상태에 의하여 좌석안전띠의 착용이 적당하지 아니하다고 인정되는 자가 자동차를 운전하거나 승차하는 때
 4. 긴급자동차가 그 본래의 용도로 운행되고 있는 때
 5. 경호등을 위한 경찰용 자동차에 의하여 호위되거나 유도되고 있는 자동차를 운전하거나 승차하는 때
 6. 국민투표법 및 공직선거관계법령에 의하여 국민투표운동·선거운동 및 국민투표·선거관리업무에 사용되는 자동차를 운전하거나 승차하는 때
 7. 우편물의 집배, 폐기물의 수집, 기타 빈번히 승강하는 것을 필요로 하는 업무에 종사하는 자가 당해업무를 위하여 자동차를 운전하거나 승차하는 때
- ③ 법 제48조의2 제3항에서 “행정자치부령이 정하는 인명보호장구”라 함은 승차용 안전모를 말하며, 다음 각호의 기준에 적합하여야 한다.
1. 좌우, 상하로 충분한 시야를 가질 것
 2. 풍압에 의하여 차광용 앞창이 시야를 방해하지 아니할 것
 3. 청력에 현저하게 장애를 주지 아니할 것
 4. 충격 흡수성이 있고, 내관통성이 있을 것
 5. 충격으로 쉽게 벗어지지 아니하도록 고정시킬 수 있을 것
 6. 무게는 2킬로그램 이하일 것
 7. 인체에 상처를 주지 아니하는 구조일 것
 8. 안전모의 뒷부분에는 야간운행에 대비하여 반사체가 부착되어 있을 것
- ④ 법 제62조 제2항의 규정에 의하여 자동차의 운전자는 제23조 제1항의 규정에 의한 고장자동차의 표지를 항상 휴대하여야 하며, 고장 그 밖의 사유로 자동차를 운행할 수 없게 된 때에는 그 자동차를 도로의 우측가장자리에 정지시키고, 제23조의 규정에 의한 표지를 설치하여야 한다.

【참조판례】

1. 헌재 1996. 2. 29. 94헌마13, 판례집 8-1, 126
헌재 2000. 4. 27. 98헌가16등, 판례집 12-1, 427
헌재 1998. 5. 28. 96헌바83, 판례집 10-1, 624
헌재 1998. 5. 28. 96헌바4, 판례집 10-1, 610
2. 헌재 2001. 8. 30. 99헌바92등, 판례집 13-2, 174
3. 헌재 1997. 3. 27. 96헌가11, 판례집 9-1, 245

【당 사 자】

청 구 인 정○근

대리인 변호사 유길수

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 2002. 7. 21. 좌석안전띠를 착용하지 않고 순천시 조곡동 장대교 앞에서 승용차를 운전하던 중 경찰관에게 적발되어 범칙금 30,000원의 납부 통고를 받고 이를 납부하였다. 청구인은 좌석안전띠를 매도록 의무화하는 도로교통법 제48조의2 제1항 및 이를 어겼을 경우에 범칙금을 납부하도록 통고하는 도로교통법 제118조의 해당부분은 청구인의 사생활의 비밀과 자유, 양심의 자유, 헌법 제10조의 기본적 인권을 침해한다고 주장하면서 2002. 8. 3. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

(1) 청구인은 도로교통법 제48조의2 제1항 및 이를 어겼을 경우에 범칙금을 납부하도록 통고하는 도로교통법 제118조의 해당부분을 위헌확인을 구하는 심판의 대상으로 삼고 있다.

그런데 청구인은 운전자로서 좌석안전띠를 매지 않고 운행하다가 이 사건 범칙금 납부통고처분을 받았으므로, 청구인과 기본권침해의 관련성이 있는 부분은 도로교통법 제48조의2 제1항 본문 전단의 “행정자치부령이 정하는 자동차의 운전자는 그 자동차를 운전할 때에는 좌석안전띠를 매어야 하며” 부분과 이를 어겼을 경우에 범칙금을 납부하도록 통고하는 도로교통법 제118조 본문의 해당부분에 한정된다.

운전자의 옆좌석의 승차자에게 좌석안전띠를 매도록 한 도로교통법 제48조의2 제1항 본문 후단과 이를 어겼을 경우에 범칙금을 납부하도록 통고하는 도로교통법 제118조 본문의 해당부분, 좌석안전띠를 매지 않아도 되는 예외 사유를 규정한 도로교통법 제48조의2 제1항 단서, 범칙금납부통고처분의 예외를 규정하고 있는 도로교통법 제118조 단서는 청구인의 기본권침해의 자기 관련성이 인정되지 않아 이 부분에 대한 심판청구는 부적법하므로 심판대상에서 제외한다.

(2) 그렇다면 이 사건 심판대상은 도로교통법(1999. 1. 29. 법률 제5712호로 개정된 것, 이하 ‘도로교통법’이라 한다) 제48조의2 제1항 본문 전단(이하 ‘의

무조항'이라 한다) 및 이를 어겼을 경우에 범칙금을 납부하도록 통고하는 도로교통법 제118조 본문의 해당부분(이하 '통고처분조항'이라 한다) (이하 '이 사건 심판대상 조항들'이라 한다)이 헌법에 위반되는지의 여부이고, 그 규정 내용 및 관련 규정의 내용은 다음과 같다.

도로교통법 제48조의2(운전자의 특별한 준수사항) ① 행정자치부령이 정하는 자동차의 운전자는 그 자동차를 운전할 때에는 좌석안전띠를 매어야 하며, 그 옆좌석의 승차자에게도 좌석안전띠(유아인 경우에는 유아보호용장구를 장착한 후의 좌석안전띠를 말한다. 이하 같다)를 매도록 하여야 한다. 다만, 질병 등으로 인하여 좌석안전띠를 매는 것이 곤란하거나 행정자치부령이 정하는 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

② 자동차의 운전자는 그 옆좌석 외의 좌석의 승차자에게도 좌석안전띠를 매도록 주의를 환기하여야 하며, 승용자동차에 있어서 유아가 그 옆좌석 외의 좌석에 승차하는 경우에는 좌석안전띠를 매도록 하여야 한다.

제118조(통고처분) 경찰서장은 범칙자로 인정되는 사람에 대하여는 그 이유를 명시한 범칙금납부통고서로 범칙금을 납부할 것을 통고할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 사람에 대하여는 그러하지 아니하다.

1. 성명 또는 주소가 확실하지 아니한 사람
2. 달아날 염려가 있는 사람
3. 범칙금납부통고서를 받기를 거부한 사람

제62조(운전자 및 승차자의 특별한 준수사항) ① 고속도로 또는 자동차전용도로를 운행하는 자동차 중 행정자치부령이 정하는 자동차의 운전자는 제48조의2 제2항의 규정에 불구하고 모든 승차자에게 좌석안전띠를 매도록 하여야 한다. 다만, 질병 등으로 인하여 좌석안전띠를 매는 것이 곤란하거나 행정자치부령이 정하는 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

제117조(통칙) ① 이 장에서 “범칙행위”라 함은 제113조 각 호 또는 제114조 각 호의 죄에 해당하는 위반행위를 말하며, 그 구체적인 범위는 대통령령으로 정한다.

② 이 장에서 “범칙자”라 함은 범칙행위를 한 사람으로서 다음 각 호의 1에 해당하지 아니하는 사람을 말한다.

1. 범칙행위 당시 운전면허증을 제시하지 못한 자동차 등의 운전자
2. 범칙행위로 교통사고를 일으킨 사람. 다만, 교통사고처리특례법 제3조 제2항 및 제4조의 규정에 의하여 업무상과실치상죄·중과실치상죄 또는

이 법 제108조의 죄에 대한 벌을 받지 아니하게 된 사람은 제외한다.

3. 제80조의 규정에 의한 국제운전면허증을 가진 사람

③ 이 장에서 “범칙금”이라 함은 범칙자가 제118조의 규정에 의한 통고처분에 의하여 국고에 납부하여야 할 금전을 말하며, 그 범칙금의 액수는 범칙행위의 종류·지역·차종에 따라 대통령령으로 정한다.

도로교통법(2001. 12. 31. 법률 제6565호로 개정되고, 2002. 12. 18. 법률 제6789호로 개정되기 전의 것)

제113조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 사람은 20만원 이하의 벌금이나 구류 또는 과료의 형으로 벌한다.

1. 제5조, 제12조 제1항 내지 제3항 및 제5항, 제13조 제2항 내지 제4항, 제13조의2 제3항(제56조의2 제2항에서 준용되는 경우를 포함한다), 제14조, 제15조 제3항, 제16조 내지 제19조의2, 제21조, 제22조 내지 제24조의2, 제28조, 제29조, 제32조, 제33조 제1항, 제35조 제1항 내지 제4항, 제44조, 제48조, 제48조의2(제2항을 제외한다), 제48조의3, 제48조의5, 제49조 제2항, 제57조 또는 제77조 제1항의 규정을 위반한 차마의 운전자

도로교통법(2002. 12. 18. 법률 제6789호로 최종 개정된 것)

제113조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 사람은 20만원 이하의 벌금이나 구류 또는 과료의 형으로 벌한다.

5의 2. 제48조의2 제1항의 규정을 위반하여 좌석안전띠를 매지 아니한 운전자

제115조의2(과태료) ② 다음 각 호의 1에 해당하는 사람은 20만원 이하의 과태료에 처한다.

1. 제48조의2 제1항 또는 제62조 제1항의 규정을 위반하여 승차자로 하여금 좌석안전띠를 매도록 하지 아니한 운전자

도로교통법시행령(2002. 6. 29. 대통령령 제17650호로 개정된 것)

제73조(범칙행위의 범위 및 범칙금액) 법 제117조의 규정에 의한 범칙행위의 구체적인 범위와 범칙금액은 별표 2 및 별표 3과 같다.

[별표 2] 범칙행위 및 범칙금액표(운전자)

48. 좌석안전띠착용 또는 착용의무자에 대한 조치불이행

승합자동차 등 30,000원, 승용자동차 등 30,000원

도로교통법시행규칙(1999. 1. 5. 행정자치부령 제31호로 개정된 것)

제24조(운전자 및 승객의 특별한 준수사항) ① 법 제48조의2 제1항 및 법

제62조 제1항에서 “행정자치부령이 정하는 자동차”라 함은 자동차안전기준에 관한규칙 제27조 제1항의 규정에 의하여 좌석안전띠가 설치되어 있는 자동차를 말한다. 다만, 법 제62조 제1항의 규정에 의한 자동차전용도로의 경우에는 고속시의버스운송사업용버스에 한한다.

② 법 제48조의2 제1항 단서 및 법 제62조 제1항 단서에서 “행정자치부령이 정하는 사유”라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우를 말한다.

1. 부상·질병·장해 또는 임신 등으로 인하여 좌석안전띠의 착용이 적당하지 아니하다고 인정되는 자가 자동차를 운전하거나 승차하는 때
2. 자동차를 후진시키기 위하여 운전하는 때
3. 신장·비만·기타 신체의 상태에 의하여 좌석안전띠의 착용이 적당하지 아니하다고 인정되는 자가 자동차를 운전하거나 승차하는 때
4. 긴급자동차가 그 본래의 용도로 운행되고 있는 때
5. 경호 등을 위한 경찰용자동차에 의하여 호위되거나 유도되고 있는 자동차를 운전하거나 승차하는 때
6. 국민투표법 및 공직선거관계법령에 의하여 국민투표운동·선거운동 및 국민투표·선거관리업무에 사용되는 자동차를 운전하거나 승차하는 때
7. 우편물의 집배, 폐기물의 수집, 기타 빈번히 승강하는 것을 필요로 하는 업무에 종사하는 자가 당해 업무를 위하여 자동차를 운전하거나 승차하는 때

자동차안전기준에관한규칙(2001. 4. 28. 건설교통부령 제279호로 개정된 것) 제27조(좌석안전띠장치 등) ① 자동차(시내버스와 농어촌버스를 제외한다)의 좌석에는 안전띠를 설치하여야 한다. 다만, 건설교통부장관은 환자수송용 좌석이나 특수구조자동차의 좌석 등 안전띠의 설치가 필요하지 아니하다고 인정하는 좌석에는 이를 설치하지 아니하게 할 수 있다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견요지

가. 청구인의 주장

사생활 공간인 승용차 내부에서 좌석안전띠를 매도록 하고 이를 착용하지 않을 경우에 범칙금을 부과하는 것은 청구인의 사생활의 비밀과 자유, 양심의 자유를 침해한다. 좌석안전띠를 착용하지 않는다고 하더라도 다른 사람에게 어떠한 피해도 입히지 않으므로 좌석안전띠를 착용할 것인지의 여부는 개인의 사리판단에 맡겨야 한다. 좌석안전띠를 착용하지 않은 경우가 더 안전한 경우도 있고, 교통정체 구간과 같이 서행할 경우도 있는 만큼 획일적인 좌석

안전띠의 강제가 개인의 생명과 자유를 보장하는 것도 아니다. 그럼에도 좌석 안전띠를 매는 것을 의무화하고 이를 어겼을 경우에 범칙금을 부과하는 것은 국가의 편의적인 공권력의 행사로 청구인의 기본적 인권을 침해하는 것이다.

나. 경찰청장의 의견

좌석안전띠가 교통사고발생시에 인명피해를 줄이는 것은 여러 가지로 검증되고 있으며, 실제로 안전띠착용의 단속과 홍보활동을 강화한 결과 교통사고 사망자가 감소하고 있고, 다른 나라도 안전띠착용을 강제하고 있다. 따라서 좌석안전띠착용을 의무화하고 위반자에게 범칙금을 부과하는 것은 국민의 생명을 보호하기 위한 것으로 헌법 제37조 제2항에 따른 합헌적인 제한이다.

3. 판 단

가. 좌석안전띠착용제도의 개관

(1) 좌석안전띠착용의무제도의 연혁

자동차의 운전자가 좌석안전띠를 매도록 의무화하는 최초의 법률은 1980. 12. 31. 법률 제3346호로 일부 개정된 도로교통법으로, 동법 제47조의11 제1항이 신설되면서 고속도로를 운행하는 자동차운전자에 대해서 좌석안전띠착용을 의무화하였다. 이후 이 내용은 1984. 8. 4. 법률 제3744호로 도로교통법이 전문개정되면서 도로교통법 제62조 제1항에 규정되어 오고 있다.

1990. 8. 1. 법률 제4243호로 도로교통법을 일부개정하면서 동법 제48조의2를 신설하고 제62조 제1항을 개정하여, 일반도로에서도 자동차의 운전자와 그 옆좌석에 승차한 사람은 반드시 좌석안전띠를 착용하도록 하고 특히 고속도로 및 자동차전용도로에서는 모든 승차자가 이를 착용하도록 하여 좌석안전띠착용의무의 범위를 확대하였다.

이에 따라 운전자 본인이 좌석안전띠착용의무를 준수하지 않은 경우에 자동차운전자는 벌금·구류·과료의 형사처벌을 받거나 범칙금을 납부하여야 한다. 이전에는 동승자가 매지 아니한 경우에도 이와 같았으나, 2002. 12. 18. 법률 제6789호로 도로교통법이 일부개정되면서 운전자가 아닌 옆좌석승차자 등이 좌석안전띠를 매지 아니한 경우에는 운전자에게 과태료만 부과하고 있다.

(2) 우리나라 교통사고의 현황과 안전벨트의 필요성

(가) 교통사고의 현황

우리나라는 2003. 6. 현재 자동차보유대수가 1,400만대를 넘고, 2002. 말 현재 운전면허보유자수도 2,100만명을 넘는 등 본격적인 자동차대중화시대에

접어들었다. 자동차증가에 따라 교통사고피해가 심각한 사회문제가 되어, 2001년 한해 동안 260,579건의 교통사고로 8,097명이란 귀중한 인명이 희생되었고 40만명에 가까운 부상자가 발생하였으며, 교통사고로 인한 사회적 비용이 10조원에 가까운 것으로 나타나 교통사고로 인한 인적, 물적인 피해가 심각한 상황이다.

2000년을 기준으로 하여 우리나라의 인구 10만명당 교통사고발생으로 인한 사망자는 17.1명으로 독일의 9.1명, 미국의 15.2명, 일본의 9.0명, 영국의 6.0명에 비하여 많으며, 자동차 1만대당 사망자수도 우리나라는 5.5명으로 독일의 1.5명, 미국의 1.9명, 일본의 1.4명, 영국의 1.2명에 비하여 현저히 높게 나타나고 있다. 또한 우리나라는 교통사고 1건당 사망자수가 0.031명인 데 비하여, 독일은 교통사고 1건당 0.019명, 미국은 0.019명, 일본은 0.012명, 영국은 0.014명에 불과하여 우리나라의 교통사고에서 사망 등 중대한 결과를 가져오는 사고가 다른 교통선진국에 비하여 많음을 알 수 있다. 따라서 교통사고발생 자체를 줄일 필요성과 함께 교통사고발생시의 인명피해를 최소화할 필요성이 있다.

한편 우리나라에서 2001년 발생한 교통사고를 분석하면, 자동차 승차 중의 총 사망자 3,196명 중 운전자가 71.9%인 2,297명으로 동승자보다 훨씬 많았으며, 자동차 승차 중 부상자를 승차위치별로 보면 운전자와 앞좌석동승자를 포함한 201,682명이 앞좌석에서 운전 또는 동승 중이었으며, 뒷좌석 등의 승차자는 75,249명이었다. 이러한 승차위치별 사상자의 통계에 비추어 보더라도 운전자가 보호장구를 착용하여 사망이나 중한 부상의 위험을 감소시킬 필요성은 높다고 할 것이다.

(나) 교통사고사망자수의 감소와 좌석안전띠착용

2001년에 우리나라의 교통사고는 총 260,579건이 발생하여 2000년에 비해 10.3%(29,902건)가 감소하였으며, 이로 인한 사망자는 8,097명으로 2000년에 비해 20.9%(2,139명)가 감소하였다. 이에 따르면 교통사고건수의 감소비율보다 사망자수의 감소비율이 더 높게 나타나고 있다. 2000. 3.부터 시작한 좌석안전띠착용 생활화운동의 지속적인 추진 및 단속 등으로 인하여 좌석안전띠 착용률이 2000년의 62.0%에서 2001년에는 70.2%로 높아진 것이 2001년의 교통사고사망자 감소에 크게 기여한 것으로 분석되고 있다.

(3) 좌석안전띠의 착용효과

(가) 일반적 효과

좌석안전띠는 교통사고가 발생할 경우 그 피해를 최소화하기 위한 보호장구로, 충격력을 감소시켜 승차자의 치명적인 부상을 막아 주고, 물속 추락이나 전복시 2차 충격이 적기 때문에 의식을 빨리 회복하여 신속한 탈출을 할 수 있게 해주며, 운전 중 불필요한 동작이 방지되어 올바른 운전자세와 안정감을 가지게 할 뿐만 아니라 시야를 넓혀 주고 운전피로를 덜어 준다.

(나) 통 계

구체적으로 1999년 우리나라에서 인명피해가 발생한 전체 교통사고를 분석하면 좌석안전띠를 착용한 경우에는 교통사고 100건당 사망자수가 0.60명인데 비하여 좌석안전띠를 착용하지 않은 경우에는 0.73명으로, 좌석안전띠착용으로 17.8%의 치사율 감소효과가 있었다. 승차위치별로는 좌석안전띠착용으로 운전자의 사망률은 1.9%에서 1.5%로 감소하여 21.1%, 동승자의 사망률은 1.0%에서 0.7%로 30%의 사망률 감소효과가 있었다. 또한 교통사고로 자동차승차자가 자동차 밖으로 방출된 경우에는 사망률이 58.1%로, 방출되지 않은 경우의 사망률 14.2%에 비하여 4배 정도 높았는데, 자동차 밖으로 방출된 자의 90.5%가 좌석안전띠를 착용하지 않았으며, 차외방출된 사상자의 좌석안전띠착용률은 9.5%인 반면 미방출사상자의 착용률은 32.0%였다. 좌석안전띠를 착용한 경우에는 1.9%만이 차외로 방출되었지만, 미착용자의 경우에는 4배 이상 높은 7.9%가 차외로 방출되었다.

미국의 1998년 교통사고 통계분석에 따르면 좌석안전띠착용으로 승용차앞 좌석승차자는 45%, 경트럭승차자는 60%의 사망자감소효과가 있었으며, 일본에서 사망자가 발생한 5년간의 교통사고 10만건을 조사한 결과에 따르면 자동차뒷좌석에 있는 사람이 안전띠를 매지 않을 경우 교통사고발생시에 앞좌석을 충격하게 되어 앞에 탄 사람이 사망할 확률이 5배나 더 높아진다고 분석되었다.

이와 같이 좌석안전띠의 착용이 교통사고가 발생한 경우 인명피해를 줄이는 효과가 있음은 분명하다.

(다) 운전자의 좌석안전띠착용의 효과

운전자가 좌석안전띠를 착용하면 교통사고로 사망하는 확률을 줄이고 부상의 정도를 가볍게 함으로써 운전자 본인이 직접적인 불이익을 면하게 된다. 또한 교통사고발생시에 동승자와의 차내충돌을 방지하여 운전자 본인 및 다른 동승자의 피해를 감소시키고, 운전자가 사고차량의 조종기능을 잃지 않은 경우에는 2차 사고발생의 확률을 줄이며, 운전자의 차외방출로 다른 차량 등

과 충격해 발생할 수 있는 2차 사고피해 및 다른 차량이 입을 운행의 장애를 감소시킨다. 좌석안전띠착용으로 운전자가 의식을 잃지 않게 되면 동승자 및 다른 사고당사자의 응급구조활동에 나설 수 있고 사고신고 및 구조요청을 신속하게 할 수 있어서 다른 사고관련자의 손해를 줄일 수 있다. 사회전체적으로는 구조·의료·요양·간호비용 등의 지출을 감소시키고, 사고처리절차에 따른 행정부와 사법부의 비용을 줄인다. 또한 각종 사보험 및 국민연금, 산업재해보상보험 등의 지출을 감소시켜서 사회적 비용을 감소시키며, 이러한 사회적 비용의 감소는 곧 다른 보험가입자 및 각종 연금가입자의 보험료 또는 연금보험료의 부담을 감소시킨다. 또한 자동차손해배상보장법 제26조 이하의 규정에 따라 정부가 일정한 교통사고피해사상자에게 자동차손해배상보장사업을 하고 있는바, 좌석안전띠착용으로 인명피해의 손실을 줄이는 것은 이러한 국고의 지출감소에도 기여한다. 무엇보다도 기본권의 주체이며, 경제활동 주체인 인적자원의 손실을 방지하는 것은 국가 전체적으로 중요한 의미를 가진다.

나. 이 사건 심판대상조항들이 청구인의 일반적 행동자유권을 침해하는지의 여부

(1) 일반적 행동자유권에 대한 제한의 존재

헌법 제10조 전문은 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 지니며, 행복을 추구할 권리를 가진다고 규정하여 행복추구권을 보장하고 있고, 행복추구권은 그의 구체적인 표현으로서 일반적인 행동자유권과 개성의 자유로운 발현권을 포함한다(헌재 1991. 6. 3. 89헌마204, 판례집 3, 268, 275; 헌재 1998. 5. 28. 96헌가5, 판례집 10-1, 541, 549; 헌재 1998. 10. 29. 97헌마345, 판례집 10-2, 621, 633 등). 일반적 행동자유권은 개인이 행위를 할 것인가의 여부에 대하여 자유롭게 결단하는 것을 전제로 하여 이성적이고 책임감 있는 사람이라면 자기에 관한 사항은 스스로 처리할 수 있을 것이라는 생각에서 인정되는 것이다. 일반적 행동자유권에는 적극적으로 자유롭게 행동을 하는 것은 물론 소극적으로 행동을 하지 않을 자유 즉, 부작위의 자유도 포함되며, 포괄적인 의미의 자유권으로서 일반조항적인 성격을 가진다(헌재 1991. 6. 3. 89헌마204, 판례집 3, 268, 276; 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 32; 헌재 1997. 11. 27. 97헌마10, 판례집 9-2, 651, 673; 헌재 2000. 6. 1. 98헌마216, 판례집 12-1, 622, 648).

즉 일반적 행동자유권은 모든 행위를 할 자유와 행위를 하지 않을 자유로

가치있는 행동만 그 보호영역으로 하는 것은 아닌 것으로, 그 보호영역에는 개인의 생활방식과 취미에 관한 사항도 포함되며, 여기에는 위험한 스포츠를 즐길 권리와 같은 위험한 생활방식으로 살아갈 권리도 포함된다.

따라서 좌석안전띠를 매지 않을 자유는 헌법 제10조의 행복추구권에서 나오는 일반적 행동자유권의 보호영역에 속한다. 이 사건 심판대상조항들은 운전할 때 좌석안전띠를 매야 할 의무를 지우고 이에 위반했을 때 범칙금을 부과하고 있으므로 청구인의 일반적 행동의 자유에 대한 제한이 존재한다.

(2) 일반적 행동자유권의 제한이 헌법적으로 정당화되는지의 여부

일반적 행동의 자유는 개인의 인격발현과 밀접히 관련되어 있으므로 최대한 존중되어야 하는 것이지만, 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 법률로 제한될 수 있다(헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 판례집 2, 306, 310; 헌재 1991. 6. 3. 89헌마204, 판례집 3, 268, 276; 헌재 1996. 2. 29. 94헌마13, 판례집 8-1, 126, 145 등). 다만 제한하는 경우에도 기본권제한입법의 한계를 준수하여야 할 것이다.

(가) 입법목적의 정당성

일반도로에서 운전할 때 운전자가 좌석안전띠를 매도록 한 입법자의 목적은, 자동차의 급격한 증가에 따른 교통사고인명피해를 줄이기 위한 것이다. 즉, 일반도로의 운전자에게 좌석안전띠를 매 의무를 부과함으로써 일반도로에서 발생하는 교통사고사상자의 발생을 줄이고, 안전운전에 대한 인식을 제고하기 위한 것으로 교통사고로 인한 공동체의 불이익과 비용부담을 감소시키려는 것이다.

앞에서 살핀 바와 같이 우리나라의 교통사고의 발생률과 사망자수는 다른 나라에 비하여 높은 편이며, 교통사고발생건수에 대한 사망자수의 비율도 교통안전선진국에 비하여 높아 교통사고발생시에 인명피해를 최소화할 필요성이 있다. 또한 승차위치별 사상자의 통계에 따르면 앞좌석에 승차한 사람 그중에서도 운전자의 사망과 부상의 확률이 높으며, 특히 운전자가 동승자보다 사망할 확률은 매우 높았다.

그렇다면 이 사건 심판대상조항들이 좌석안전띠를 매 의무를 부담시키는 것은 교통사고로부터 국민의 생명 또는 신체에 대한 위협과 장애를 방지·제거하고 사회적 부담을 줄여 교통질서를 유지하고 사회공동체의 상호이익을 보호하는 공공복리를 위한 것이므로 입법목적의 정당성이 인정된다.

(나) 방법의 적절성

1999년 우리 나라에서 인명피해가 발생한 교통사고를 분석한 결과 좌석안전띠착용으로 17.8%의 치사율 감소효과가 나타나는 등 여러 연구에 따르면 좌석안전띠착용은 교통사고발생시 자동차승차자의 사망과 중상 위험을 감소시키는 것으로 나타나는 것은 앞에서 살핀 바와 같다.

그렇다면 이 사건 심판대상조항들이 좌석안전띠착용을 의무화하고 그 의무를 위반한 경우에 범칙금납부를 통고하는 것은 교통사고사상자의 발생률을 감소시켜 국민의 생명 또는 신체에 대한 위협과 장애를 방지하고 공동체의 불이익을 줄이려는 입법목적달성 및 그 의무이행의 실효성확보를 위한 적절한 수단이다.

(다) 법익의 균형성

앞에서 살펴본 좌석안전띠착용의 효과에 비추어 볼 때, 좌석안전띠를 착용하지 않는 행위가 행위자 자신의 이익에만 관련된 것인지, 다른 사람과 사회공동체 전체의 이익과도 관련된 것인지가 문제된다.

우리 헌법질서가 예정하는 인간상은 “자신이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임 아래 스스로 결정하고 형성하는 성숙한 민주시민”(헌재 1998. 5. 28. 96헌가5, 판례집 10-1, 541, 555; 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16 등, 판례집 12-1, 427, 461)인바, 이는 사회와 고립된 주관적 개인이나 공동체의 단순한 구성분자가 아니라, 공동체에 관련되고 공동체에 구속되어 있기는 하지만 그로 인하여 자신의 고유가치를 훼손당하지 아니하고 개인과 공동체의 상호연관 속에서 균형을 잡고 있는 인격체라 할 것이다.

헌법질서가 예정하고 있는 이러한 인간상에 비추어 볼 때, 인간으로서의 고유가치가 침해되지 않는 한 입법자는 사회적 공동생활의 보존과 육성을 위하여 주어진 상황에서 일반적으로 기대할 수 있는 범위 내에서 개인의 일반적 행동자유권을 제한할 수 있는바, 운전자가 좌석안전띠를 착용하여야 하는 의무는 이러한 범위 내에 있다 할 것이다.

헌법 제34조 제6항은 “국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 국민의 일상생활에 필수적인 것이 된 복잡한 교통상황과 교통사고의 현황에 비추어 볼 때, 국민의 보호를 위하여 국가가 좌석안전띠착용을 의무화하여 교통사고로 인한 국민의 생명 또는 신체에 대한 위협과 장애를 방지·제거하고 사회적 부담을 줄일 필요성이 있으며, 또한 이러한 국가의 개입은 운전자로서도 예측가능하다.

일반교통에 사용되고 있는 도로는 국가와 지방자치단체가 그 관리책임을 맡고 있는 영역으로 다른 운전자 및 보행자 등의 이익 및 공동체의 이익과 관련된 영역이므로, 도로에서 좌석안전띠를 매지 않고 운전할 자유는 다른 영역에서 이루어지는 위험한 스포츠를 즐기는 행위 등과 똑같이 평가될 수 없다.

좌석안전띠를 매지 않는 행위는 그로 인하여 받을 위험이나 불이익을 운전자 스스로 회피하지 못하고 매우 큰 사회적 부담을 발생시키는 점, 좌석안전띠를 매지 않고 운전하는 행위에 익숙해진다고 하여 위험이 감소하지도 않는다는 점, 동승자의 피해를 증가시키는 점 등에 비추어 볼 때, 운전자 자신뿐만 아니라 사회공동체 전체의 이익에 해를 끼치고 있으므로 국가의 개입이 정당화된다.

이 사건 심판대상조항들로 인하여 청구인은 운전 중 좌석안전띠를 착용할 의무를 지게 되는데, 이는 운전자의 약간의 답답함이라는 경미한 부담이고 좌석안전띠착용으로 청구인이 부담하는 범칙금이 소액인 데 비하여, 좌석안전띠착용으로 인하여 달성하려는 공익인 동승자를 비롯한 국민의 생명과 신체의 보호는 재산적인 가치로 환산할 수 없는 것일 뿐만 아니라 교통사고로 인한 사회적인 비용을 줄여 사회공동체의 이익을 증진하기 위한 것이므로, 달성하고자 하는 공익이 침해되는 청구인의 좌석안전띠를 매지 않을 자유의 제한이라는 사익보다 크다고 할 것이어서 법익의 균형성도 갖추었다고 하겠다.

(라) 침해의 최소성

1) 국가가 좌석안전띠착용의 이점을 국민에게 홍보하고, 교통사고발생시 손해배상액의 산정에서 좌석안전띠착용을 감안하는 등의 덜 침해적인 방법으로 입법목적의 달성을 할 수 있는지가 문제된다.

앞에서 본 좌석안전띠착용의무규정의 입법연혁을 살펴보면, 처음에는 고속도로를 운행하는 자동차운전자에 대해서 좌석안전띠착용을 의무화하였다가 일반도로에서의 교통사고사상자가 증가하자 도로교통법을 개정하여 일반도로에서도 자동차의 운전자와 그 옆좌석에 승차한 사람은 반드시 좌석안전띠를 착용하도록 하고 특히 고속도로 및 자동차전용도로에서는 모든 승차자가 이를 착용하도록 하여, 좌석안전띠착용의무의 범위는 점점 확대되고 있다. 고속도로에서 좌석안전띠를 맬 의무가 입법되고 10년이 경과하는 동안 국가가 좌석안전띠착용의 이점을 홍보하는 노력을 기울였음에도 불구하고 일반도로에서의 좌석안전띠착용률이 높지 않아 교통사고사상자가 증가하였다. 그렇다면 입법자로서는 국민의 생명과 신체를 보호하고자 하는 입법목적의 달성을 위

하여 더 이상 홍보활동만으로는 부족하다고 판단하고 일반도로에서도 좌석안전띠착용을 의무화한 것으로 보인다.

우리나라의 교통사고현황에 나타난 그 동안의 경과를 살펴도, 좌석안전띠 미착용에 대한 경찰청의 집중적인 단속이 있을 때 좌석안전띠착용률이 높아지고 이에 따라 교통사고사망자수가 크게 감소한 사실을 알 수 있다. 일반도로에서 운전하는 경우 뒷좌석승차자에 대한 좌석안전띠착용은 현재 강제되고 있지 않고 계몽 및 홍보활동만 이루어지고 있는데, 앞좌석승차자에 비하여 뒷좌석승차자가 좌석안전띠를 매는 경우가 적은 것도 좌석안전띠의 착용의무화를 정당화한다.

그렇다면 이러한 사정에 따라 좌석안전띠착용을 의무화하는 것보다 청구인의 기본권을 덜 제한하면서 입법목적을 효과적으로 달성하는 수단이 없다고 본 입법자의 판단이 잘못이라고 하기 어렵다.

2) 또한 이 사건 심판대상조항들은 확일적으로 모든 운전자에게 좌석안전띠를 매게 하는 것이 아니고, 도로교통법 제48조의2 제1항 단서 및 도로교통법시행규칙 제24조 제2항에 따라서 부상·질병·장해·임신·신체의 상태에 의하여 좌석안전띠의 착용이 적당하지 아니하다고 인정되는 자가 자동차를 운전하는 때 등 광범위한 좌석안전띠착용의무의 예외를 두고 있으므로, 청구인이 과도한 부담을 지고 있다고 하기도 어렵다.

3) 정체구간과 같이 교통사고발생의 위험이 거의 없는 곳에서도 좌석안전띠를 매도록 강제하는 것은 교통사고발생위험이 없다는 합리적인 판단 아래서 좌석안전띠를 매지 않을 일반적 행동자유권을 과도하게 침해하는 것이 아닌가 문제된다.

그러나 저속으로 운전하는 경우에도 좌석안전띠의 인명피해감소의 효용은 존재하는 점, 정체구간을 지난 다음에는 고속으로 운행하게 될 것인데 통상적으로 운전 중에 좌석안전띠를 매는 것을 기대하기가 어려우며 또한 고속으로 운전하게 되는 순간 좌석안전띠를 매는 경우 사고위험이 높아지리라는 것을 예상할 수 있는 점, 국민의 생명과 신체 보호라는 입법목적의 달성을 위해서는 범위만여부에 대한 도로 위에서의 다툼을 방지할 일의적이고 명시적인 기준의 필요성이 인정되는 점, 안전운전에 대한 인식을 높일 필요성이 있는 점 등을 고려하면 저속으로 운전하는 경우를 좌석안전띠착용의무의 예외로 하지 않았다고 하여 이 사건 법률조항이 기본권을 과도하게 침해한다고 할 수 없다.

4) 다음으로 좌석안전띠미착용에 대한 제재로 범칙금을 부과하는 것이 청구인의 기본권에 대한 과도한 침해인지가 문제된다.

어떤 행정법규위반의 행위에 대하여 이를 단지 간접적으로 행정상의 질서에 장애를 줄 위험성이 있음에 불과한 경우로 보아 행정질서벌인 과태료를 과할 것인지, 아니면 직접적으로 행정목적과 공익을 침해한 행위로 보아 행정형벌을 과할 것인지, 행정형벌을 과할 경우 그 법정형의 형종과 형량을 어떻게 정할 것인가는 당해 위반행위가 위의 어느 경우에 해당하는가에 대한 법적 판단을 그르친 것이 아닌 한 그 처벌내용은 기본적으로 입법권자가 제반 사정을 고려하여 결정할 입법재량에 속하는 문제이며(헌재 1994. 4. 28. 91헌바14, 판례집 6-1, 281, 303; 헌재 1998. 5. 28. 96헌바83, 판례집 10-1, 624, 635 참조), 특정한 인간행위에 대하여 그것이 불법이며 범죄라 하여 국가가 형벌권을 행사하여 이를 규제할 것인지, 아니면 단순히 도덕률에 맡길 것인지의 문제는 인간과 인간, 인간과 사회와의 상호관계를 함수로 하여 시간과 공간에 따라 그 결과를 달리할 수밖에 없는 것이고, 결국은 그 사회의 시대적인 상황·사회구성원들의 의식 등에 의하여 결정될 수밖에 없다(헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등, 판례집 9-2, 1, 19; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌바60, 판례집 13-2, 480, 486).

따라서 좌석안전띠를 매지 않은 행위에 대하여 손해배상액의 산정 및 보충 관련법상의 불이익만을 가할 것인지, 형사적 제재도 가할 것인지의 여부 및 형사적 제재방법의 선택은 기본적으로 입법권자의 의지 즉, 입법정책의 문제로서 입법권자의 입법형성의 자유에 속한다.

교통범칙금통고처분은 형사절차의 사전절차로서의 성격을 갖는 점 등으로 일반행정행위와 다른 법적 성질을 가지지만, 다른 한편으로 교통범칙금통고처분은 도로교통법에 위반된 행위에 대하여 벌칙을 정하면서 특정된 비교적 경미한 위반행위에 대하여는 형사절차에 앞서 행정적 처분에 의하여 일정액의 범칙금을 납부하는 기회를 부여하여 그 범칙금을 납부한 자에 대하여는 기소를 하지 아니하고 사건을 신속, 간이하게 처리하는 절차로서 법원이 공판절차를 통하여 기소된 범죄사실의 유무를 심리, 판단하는 재판절차와는 제도적 취지 및 법적 성질면에서 큰 차이가 있다(헌재 1998. 5. 28. 96헌바4, 판례집 10-1, 610, 617-618; 대법원 2002. 11. 22. 2001도849 판결).

따라서 도로교통법상의 범칙금은 행정형벌도 행정질서벌도 아니면서 도로교통법상의 의무위반에 대하여 형벌적 제재를 유보하면서 행정상의 조치를

선행시키는 것을 내용으로 하는 특례를 의미한다. 통고처분의 대상이 되는 행위가 범죄행위임에 틀림없고, 통고처분에 불복할 경우 소추절차로 이행되지는 점에서 통고처분은 엄밀한 의미의 비범죄화 문제와는 구별되지만, 위반행위자가 통고처분에 승복하면 범칙금의 납부로 법적 제재가 종결되어 수형인 명부에 등재되는 등 범죄행위로 인한 사후관리대상에서 제외되기 때문에 결과적으로 비범죄화의 정신에 접근하게 된다(헌재 1998. 5. 28. 96헌바4, 판례집 10-1, 610, 616).

이 사건 통고처분조항은 국민의 자유와 권리를 제한하는 정도가 가장 큰 기본권제한수단이라고 볼 수 있는 행정형벌을 과하기 이전에 좌석안전띠착용 의무위반행위에 대하여 범칙금납부로 법적 제재가 종결되도록 하고 있으므로, 청구인의 기본권을 과도하게 침해한다고 할 수 없다.

행정질서벌인 과태료를 부과하는 것이 범칙금납부통고처분보다 기본권을 덜 침해한다고 할 수 있으나, 어떤 행정법규위반의 행위에 대하여 행정질서벌인 과태료를 과할 것인지, 아니면 행정형벌을 과할 것인지는 기본적으로 입법권자가 제반 사정을 고려하여 결정할 입법재량에 속하는 문제이다.

오늘날 질서위반법의 영역이 확장되어 일상생활의 상당부분이 질서위반법의 테두리 속으로 들어와 범익침해를 보호하고, 형법도 여러 영역에서 행정명령위반적 성격을 가지는 행위태양들을 범죄구성요건으로 파악하고 있기에, 범죄행위와 질서위반행위를 그 본질적인 속성만으로 구별하는 것은 타당하지 않다. 따라서 범죄행위와 질서위반행위는 행위유형의 속성뿐만 아니라 그 행위의 불법내용 및 책임내용의 경중을 함께 검토하여야 할 것이다. 따라서 좌석안전띠착용행위가 본질적으로 과태료를 부과하여야 할 질서위반행위라고 단정할 수는 없다.

입법권자는 운전자의 좌석안전띠착용행위는 동승자의 좌석안전띠착용행위에 비하여 행정목적과 공익을 침해하는 정도와 위험성이 다르다고 판단하였고, 일정한 경우에 운전면허를 취소하거나 정지하는 행정처분의 기초자료로 삼을 여지를 두고자 한 것으로, 이러한 입법자의 판단이 현저히 불합리하거나 자의적인 입법재량의 행사라고 보여지지 않는다.

또한 앞에서 본 바와 같이 범칙금은 행정형벌이 아니며 비범죄화의 정신에 접근하는 제도로서 범칙금을 납부한 교통범칙자의 기본권이 제한되는 정도는 행정질서벌인 과태료를 납부한 자의 기본권이 제한되는 정도와 크게 다르지 않다. 그렇다면 좌석안전띠착용을 의무화하고 이에 대한 제재방법으로 행정

질서벌인 과태료보다는 그 정도가 강하지만 행정형벌보다는 그 정도가 약한 범칙금을 선택한 입법자의 판단이 입법재량의 한계를 벗어난 과중한 것이라고 보기 어렵다.

5) 다음으로 이 사건 통고처분조항에 의하여 납부하여야 할 범칙금의 액수가 과도한 것인지의 여부에 대하여 살펴보면, 좌석안전띠착용으로 청구인이 부담하는 범칙금 30,000원은 자동차운전에 드는 연료대금, 유료도로통행료, 책임보험료, 자동차세 등 제반비용에 비추어 과도한 부담이라고 하기 어려워, 의무위반행위와 그에 대한 책임이 현저하게 균형을 잃었거나 다른 행정법규 위반자와의 사이에서 헌법상의 평등의 원리에 위반하는 것으로 평가되는 등 헌법재판소가 관여할 정도로 입법재량을 현저히 불합리하게 또는 자의적으로 행사한 것이라 할 수 없다.

6) 그렇다면 운전자의 좌석안전띠착용을 의무화하고 이를 어겼을 때 범칙금을 부과하는 것은 청구인의 일반적 행동자유권을 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 위반되어 과도하게 침해하지 않는다 할 것으로 침해의 최소성요건을 준수하였다 할 것이다.

(3) 소 결

이 사건 심판대상조항들에 의한 청구인의 일반적 행동자유권의 제한은 정당한 공익의 실현을 위하여 필요한 정도의 제한에 해당하는 것으로서 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 위반되어 국민의 일반적 행동자유권을 과도하게 침해하는 위헌적인 규정이라 할 수 없다.

다. 이 사건 심판대상조항들이 청구인의 사생활의 비밀과 자유를 침해하는지의 여부

(1) 사생활의 비밀과 자유의 보호영역

사생활의 비밀은 국가가 사생활영역을 들여다보는 것에 대한 보호를 제공하는 기본권이며, 사생활의 자유는 국가가 사생활의 자유로운 형성을 방해하거나 금지하는 것에 대한 보호를 의미한다. 구체적으로 사생활의 비밀과 자유가 보호하는 것은 개인의 내밀한 내용의 비밀을 유지할 권리, 개인이 자신의 사생활의 불가침을 보장받을 수 있는 권리, 개인의 양심영역이나 성적 영역과 같은 내밀한 영역에 대한 보호, 인격적인 감정세계의 존중의 권리와 정신적인 내면생활이 침해받지 아니할 권리 등이다.

우리 재판소는 '사생활의 자유'란 사회공동체의 일반적인 생활규범의 범위 내에서 사생활을 자유롭게 형성해 나가고 그 설계 및 내용에 대해서 외부로

부터의 간섭을 받지 아니할 권리이며, 사생활과 관련된 사사로운 자신만의 영역이 본인의 의사에 반해서 타인에게 알려지지 않도록 할 수 있는 권리인 '사생활의 비밀'과 함께 헌법상 보장되고 있는 것이라고 판시한 바 있다(헌재 2001. 8. 30. 99헌바92 등, 판례집 13-2, 174, 203 참조).

즉, 헌법 제17조가 보호하고자 하는 기본권은 '사생활영역'의 자유로운 형성과 비밀유지라고 할 것이며, 공적인 영역의 활동은 다른 기본권에 의한 보호는 별론으로 하고 사생활의 비밀과 자유가 보호하는 것은 아니라고 할 것이다.

(2) 운전 중 좌석안전띠착용이 사생활의 영역인지의 여부

자동차는 단순히 사람이나 화물을 장소적으로 떨어진 곳으로 이동시켜 주는 교통수단 또는 운송수단의 역할 이외에도, 여가시간의 여행과 오락활동 등에 이용되고 일상생활에서도 상당한 시간을 자동차 안에서 보내는 경우가 많으므로, 자동차 안에서 이루어지는 활동 중 일부는 사생활의 영역에 속할 수도 있을 것이다.

다만, 이 사건 심판대상 조항들이 규율하고 있는 것은 자신의 집 차고와 같은 사적인 공간에 세워 놓은 자동차 안에서의 행동이 아니라, 자동차를 운전할 때 운전자의 좌석안전띠착용이다. 도로교통법 제2조 제19호에서는 '운전'을 "도로에서 차를 그 본래의 사용방법에 따라 사용하는 것(조종을 포함한다)"이라고 정의하고 있으며, 제2조 제1호에서는 '도로'를 "도로법에 의한 도로, 유료도로법에 의한 유료도로 그 밖의 일반교통에 사용되는 모든 곳"이라고 정의하고 있다.

일반교통에 사용되고 있는 도로는 국가와 지방자치단체가 그 관리책임을 맡고 있는 영역이며, 수많은 다른 운전자 및 보행자 등의 법익 또는 공동체의 이익과 관련된 영역으로, 그 위에서 자동차를 운전하는 행위는 더 이상 개인적인 내밀한 영역에서의 행위가 아니다. 또한 자동차를 도로에서 운전하는 중에 좌석안전띠를 착용할 것인가의 여부의 생활관계가 개인의 전체적 인격과 생존에 관계되는 '사생활의 기본조건'이라거나 자기결정의 핵심적 영역 또는 인격적 핵심과 관련된다고 보기 어렵다.

그렇다면 운전할 때 운전자가 좌석안전띠를 착용하는 문제는 더 이상 사생활영역의 문제가 아니어서 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보호되는 범주를 벗어난 행위라고 볼 것이므로, 이 사건 심판대상조항들은 청구인의 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것이라 할 수 없다.

라. 이 사건 심판대상 조항들이 청구인의 양심의 자유를 침해하는지의 여부 헌법 제19조에서 말하는 양심에는 세계관·인생관·주의·신조 등은 물론 이에 이르지 아니하여도 널리 개인의 인격형성에 관계되는 내심에 있어서의 가치적·윤리적 판단도 포함되며, 양심의 자유는 널리 사물의 시시비비나 선악과 같은 윤리적 판단에 국가가 개입해서는 안 되는 내심적 자유는 물론 이와 같은 윤리적 판단을 국가권력에 의하여 외부에 표명하도록 강제 받지 아니할 자유까지 포함한다(헌재 1991. 4. 1. 89헌마160, 판례집 3, 149, 153-154; 헌재 1997. 3. 27. 96헌가11, 판례집 9-1, 245, 263; 헌재 1997. 11. 27. 92헌바28, 판례집 9-2, 548, 571; 헌재 1998. 7. 16. 96헌바35, 판례집 10-2, 159, 166; 헌재 2001. 8. 30. 99헌바92 등, 판례집 13-2, 174, 203).

다만, 헌법이 보호하려는 양심은 어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 아니하고는 자신의 인격적인 존재가치가 허물어지고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리이지, 막연하고 추상적인 개념으로서의 양심은 아니라고 할 것이다(헌재 1997. 3. 27. 96헌가11, 판례집 9-1, 245, 263-264; 헌재 2001. 8. 30. 99헌바92 등, 판례집 13-2, 174, 203).

자동차를 운전하며 좌석안전띠를 맬 것인지의 여부에 대하여 고민할 수는 있겠으나, 그 고민 끝에 제재를 받지 않기 위하여 어쩔 수 없이 좌석안전띠를 매었다 하여 청구인이 내면적으로 구축한 인간양심이 왜곡·굴절되고 청구인의 인격적인 존재가치가 허물어진다고 할 수는 없다.

따라서 운전 중 운전자의 좌석안전띠착용은 양심의 자유의 보호영역에 속하지 아니하므로 이 사건 심판대상조항들은 청구인의 양심의 자유를 침해하는 것이라 할 수 없다.

마. 이 사건 심판대상조항들이 청구인의 인간의 존엄과 가치를 침해하는지의 여부

운전 중 좌석안전띠의 착용은 운전자에게 정신적·육체적으로 경미한 부담을 가하는 것에 불과하므로 인간으로서의 인격적 주체성을 박탈한다거나 인간의 존귀성을 짓밟는 것이라고는 할 수 없다. 더욱이 교통사고로 야기될 생명·신체에 대한 위험과 손해의 방지라는 절실한 공익목적에 위한 제약이라는 점을 생각하면 이 사건 심판대상조항들이 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

바. 이 사건 통고처분조항이 청구인의 재판받을 권리 등을 침해하는지의 여부

통고처분만으로 범칙금을 부과하는 것은 법관이 아닌 행정기관의 처분이 바로 형사처분으로 되어 헌법상의 재판받을 권리와 헌법이 보장한 적법절차에 의하지 아니하고는 처벌되지 않는다는 헌법상 기본권을 침해하는 것인지가 문제된다.

우리 재판소는 관세법 제38조 제3항 제2호 위헌소원사건에서, 『통고처분에 대하여 이의가 있으면 통고내용을 이행하지 않음으로써 고발되어(관세법 제232조) 형사재판절차에서 통고처분의 위법·부당함을 얼마든지 다룰 수 있다. 범죄자측에서 먼저 적극적·능동적으로 이의를 제기할 수는 없지만, 통고불이행이라는 묵시적·소극적 이의제기에 의하여 형사재판절차로 이행되는 것이다. 통고처분은 이와 같이 법관이 아닌 행정공무원에 의한 것이지만, 처분을 받은 당사자의 임의의 승복을 발효요건으로 하고 불응시 정식재판의 절차가 보장되어 있으므로 통고처분에 대하여 행정쟁송을 배제하고 있는 이 사건 법률조항이 법관에 의한 재판받을 권리를 침해한다든가 적법절차의 원칙에 저촉된다고 볼 수 없다.

만약 통고처분에 대하여 형사제재와 별도로 행정쟁송을 제기할 수 있다고 한다면 절차의 중복과 복잡화 그리고 소송의 진행이나 그 결과의 혼란과 모순을 초래하는 점이 적지 않을 것이기 때문에 통고처분은 행정쟁송의 대상으로 하지 않고 형사소송에서만 규율하는 것이 법의 취지라고 보아야 할 것이다.

헌법은 통고처분이나 통고처분에 대한 불복방법에 관하여 직접적인 규정을 두고 있지 아니하다. 따라서 통고처분을 인정할 것인지 또는 통고처분에 대하여 어떤 형식과 절차의 불복제도를 둘 것인가의 문제는 헌법원리에 위배되지 아니하는 한 입법자가 정하여야 할 입법정책의 문제로서 그의 재량에 맡겨져 있다. 즉, 통고처분에 대하여 정면으로 행정쟁송을 인정할 것인지, 아니면 현행법 규정과 같이 통고불이행시 고발과정을 거쳐 형사재판을 받도록 할 것인지, 아니면 피통고자가 이의제기를 하면 사건이 검찰로 이관되게 하여 검찰에서 처리하게 할 것인지(독일의 질서위반금 재결이나 프랑스의 일시불 벌금부과에 대하여 이의제기가 있으면 사건이 검찰로 이관된다)의 여부는 통고처분의 제도적 의의와 법적 성질, 행정소송과 형사소송과의 관계, 관세범죄의 성향과 그 나라의 형사사법운용실정 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 입법형성의 자유에 속하는 영역이다. 그러므로 통고처분에 대하여 어떠한 불복절차도 인정하지 않는 것과 같이 그 내용이 현저하게 불합리하여 재판청구

권을 침해하거나 적법절차에 위배되는 정도에 이르지 않는 한 헌법에 위반되는 것이라고 할 수 없다(헌재 1998. 5. 28. 96헌바4, 판례집 10-1, 610, 620-622).」라고 판시한 바 있다.

교통범칙금의 통고처분은 강제집행에 의하여 실현되지 않고 범칙자는 그 처분에 따르기를 거부할 자유를 가지며, 결국 형사소송법에 의거한 정식재판을 받을 권리를 박탈당하지 아니한다. 자동차의 격증으로 인해 혼란이 격심해지고 법규위반사례가 격증하고 있는 현실에서 위반행위에 대한 제재를 오직 법관만 다룬다면 과중한 업무부담으로 인해 산적한 범칙사건의 처리가 곤란내지 정체되어 범칙행위의 억제력도 상실되고 교통사고의 방지가 곤란해진다고 할 것이다.

그렇다면 교통범칙금 통고처분에 대하여 별도로 행정쟁송을 제기할 수 없는 점이 법관에 의한 재판 받을 권리 등을 침해하는가가 문제되는 이 사건에서도 헌재 1998. 5. 28. 96헌바4 사건에서 표명한 위 합헌결정의 이유는 그대로 적용될 수 있을 것이어서, 이 사건 통고처분조항은 청구인의 재판청구권 등을 침해하지 않는다.

4. 결 론

따라서 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

국가공무원법 제33조 제1항 제5호 등 위헌확인, 국가공무원법 제69조 위헌확인

(2003. 10. 30. 2002헌마684, 2002헌마735·763(병합))

전원재판부)

【판시사항】

1. 헌법 제25조 공무원담임권의 보호영역
2. 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에는 공무원직에서 당연히 퇴직하는 것으로 규정한 국가공무원법 제69조 중 제33조 제1항 제5호 부분이 헌법 제25조의 공무원담임권을 침해하는 것인지 여부(적극)

【결정요지】

1. 헌법 제25조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무원담임권을 가진다.”고 하여 공무원담임권을 보장하고 있다. 공무원담임권의 보호영역에는 공직취임의 기회와 자의적인 배제 뿐 아니라, 공무원 신분의 부당한 박탈도 포함되는 것이다.

2. 국가공무원법 제69조 중 제33조 제1항 제5호 부분은 공무원이 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에는 공무원직에서 당연히 퇴직하는 것으로 규정하고 있다. 그런데 같은 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우라고 하여도 범죄의 종류, 내용이 지극히 다양한 것이므로 그에 따라 국민의 공직에 대한 신뢰 등에 미치는 영향도 큰 차이가 있는 것이다. 따라서 입법자로서는 국민의 공직에 대한 신뢰 보호를 위하여 해당 공무원이 반드시 퇴직하여야 할 범죄의 유형, 내용 등으로 그 당연퇴직의 사유 및 범위를 가급적 한정하여 규정하여야 할 것이다. 그런데 위 규정은 금고 이상의 선고유예의 판결을 받은 모든 범죄를 포괄하여 규정하고 있을 뿐 아니라, 심지어 오늘날 누구에게나 위험이 상존하는 교통사고 관련 범죄 등 과실범의 경우마저 당연퇴직의 사유에서 제외하지 않고 있으므로 최소침해성의 원칙에 반한다.

오늘날 사회구조의 변화에 따른 공무원 수의 대폭적인 증가 및 민간기업조직의 대규모화, 전문화 등, 사회전반의 변화로 인하여 공직은 더 이상 사회적 엘리트로서의 명예직으로 여겨질 수 없는 상황이고, 따라서 '모든 범죄로부터 순결한 공직자 집단'이라는 신뢰를 요구하는 것은 지나치게 공익만을 우선한 것이다. 다른 한편, 현대민주주의 국가에 이르러서는 특히 사회국가원리에 입각한 공직제도의 중요성이 강조되면서 개개 공무원의 공무담임권 보장의 중요성이 더욱 큰 의미를 가지고 있다. 더욱이, 위 규정은 지방공무원의 당연퇴직사유를 공무원 채용시의 임용결격사유와 동일하게 규정하고 있는데, 일단 공무원으로 채용된 공무원을 퇴직시키는 것은 공무원이 장기간 쌓은 지위를 박탈해 버리는 것이므로 같은 입법목적을 위한 것이라고 하여도 당연퇴직사유를 임용결격사유와 동일하게 취급하는 것은 타당하다고 할 수 없다.

헌법재판소는 2002. 8. 29. 2001헌마788등 결정에서 지방공무원에 대하여 이 사건 법률조항과 동일한 내용을 규율하고 있는 지방공무원법 제61조 중 제31조 제5호 부분에 대하여 위헌으로 판시한 바 있는데, 이 사건 법률조항에 대하여 지방공무원법 규정에 관한 위 2001헌마788등 결정과 그 판단을 달리할 특별한 사정도 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배하여 공무담임권을 침해하는 조항이라고 할 것이다.

【심판대상조문】

국가공무원법(2002. 12. 18. 법률 제6788호로 개정되기 전의 것) 제69조(당연퇴직) 공무원이 제33조 각호의 1에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다.

국가공무원법(2002. 12. 18. 법률 제6788호로 개정되기 전의 것) 제33조(결격사유) ① 다음의 각호의 1에 해당하는 자는 공무원에 임용될 수 없다.

- 1.~4. 생략
 5. 금고 이상의 형의 선고유예를 받는 경우에 그 선고유예기간중에 있는 자
 - 6.~8. 생략
- ② 삭제

【참조조문】

국가공무원법(2002. 12. 18. 법률 제6788호로 개정된 것) 제69조(당연퇴직) 공무원이 제

33조 각호의 1에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다. 다만, 동조 제5호에 해당할 때에는 그러하지 아니하다.

【참조판례】

헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788등, 판례집14-2, 219

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 방○순(2002헌마684)
 대리인 변호사 김태원
 2. 박○순(2002헌마735)
 대리인 변호사 이관표
 3. 김○호(2002헌마763)
 대리인 변호사 김영성

【주 문】

구 국가공무원법 제69조 중 제33조 제1항 제5호 부분(2002. 12. 18. 법률 제 6788호로 개정되기 전의 것)은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2002헌마684 사건

청구인은 1991. 10.경 검찰서기보로 임명된 이후 부산지방검찰청 강력부, 울산지방검찰청 특수부, 전주지방검찰청 군산지청 등에서 마약수사업무에 종사하던 중, 2002. 6. 27. 서울지방법원에서 마약류관리에관한법률위반죄로 징역 8월의 선고유예 판결을 받고(2002노2229), 상고하였으나 2002. 9. 24. 상고가 기각됨으로써 위 선고유예의 원심판결이 확정되었다(2002도3628). 이로써 청구인은 구 국가공무원법 제69조 중 제33조 제1항 제5호의 금고 이상의 형의 선고유예의 판결이 확정된 경우에 해당되어 공무원직으로부터 당연퇴직당하게 되었다. 청구인은 이에 위 국가공무원법 규정에 의하여 헌법상 보장된 평등권 및 공무담임권 등이 침해되었다고 주장하면서 2002. 10. 25. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2002헌마735 사건

청구인은 1974. 5. 15. 농업직 국가공무원으로 채용된 이후, 2001. 3. 8. 국립농산물품질관리원 충북지원 음성·진천출장소 유통계장(6급)으로 근무하던 중, 2002. 10. 23. 청주지방법원으로부터 뇌물수수, 허위공문서작성 및 동행사죄로 징역 10월의 선고유예판결(2002노667)을 선고받았는데, 위 판결이 2002. 10. 31. 확정됨으로써 같은 날 구 국가공무원법 제69조 중 제33조 제1항 제5호에 따라 당연퇴직하게 되었다. 청구인은 위 규정에 의하여 헌법상 보장된 평등권, 공무담임권 등 청구인의 기본권 등이 침해되었다고 주장하면서 2002. 11. 19. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(3) 2002헌마763 사건

청구인은 1994. 5. 16.경부터 동해지방해양수산청 항만공사과 소속 국가공무원으로서 위 부서에서 항만공사설계 및 현장감독의 업무를 담당하던 중, 2002. 11. 14. 춘천지방법원 강릉지원에서 뇌물수수죄로 징역 6월의 선고유예판결(2002노274)을 선고받고, 같은 달 22. 위 판결이 확정됨으로써 같은 날 구 국가공무원법 제69조 중 제33조 제1항 제5호에 따라 당연퇴직하게 되었다. 청구인은 위 규정에 의하여 헌법상 보장된 평등권, 공무담임권 등 청구인의 기본권 등이 침해되었다고 주장하면서 2002. 12. 3. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 구 국가공무원법 제69조 중 제33조 제1항 제5호 부분(2002. 12. 18. 법률 제6788호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)의 위헌 여부인바, 그 내용 및 관련규정의 내용을 살펴보면 다음과 같다.

구 국가공무원법

제69조(당연퇴직) 공무원이 제33조 각 호의 1에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다.

제33조(결격사유) ① 다음의 각 호의 1에 해당하는 자는 공무원에 임용될 수 없다.

1. 금치산자 또는 한정치산자
2. 파산자로서 복권되지 아니한 자
3. 금고 이상의 형을 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년을 경과하지 아니한 자

4. 금고 이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 완료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 자
 5. 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예기간중에 있는 자
 6. 법원의 판결 또는 다른 법률에 의하여 자격이 상실 또는 정지된 자
 7. 징계에 의하여 과면의 처분을 받은 때로부터 5년을 경과하지 아니한 자
 8. 징계에 의하여 해임의 처분을 받은 때로부터 3년을 경과하지 아니한 자
- 국가공무원법(2002. 12. 18. 법률 제6788호로 개정된 것)

제69조(당연퇴직) 공무원이 제33조 각 호의 1에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다. 다만, 동조 제5호에 해당할 때에는 그러하지 아니하다.

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 이 사건 법률조항에 의한 공무원의 당연퇴직사유에 따르면 벌금형은 결격사유로 규정하지 않으면서 벌금형보다 더 가벼운 선고유예는 공무원의 당연퇴직사유로 규정하고 있는바, 이는 헌법 제10조에 의한 인간의 존엄성과 행복추구권, 제11조 제1항이 보장하는 평등권 내지는 체계정당성의 원칙을 침해하는 것이다.

(2) 공무원관계의 종료여부에 관해서는 형사판결의 결과만이 아니라, 다른 요소들까지 종합적으로 감안할 수 있도록 징계절차를 통하여 결정하도록 하는 것이 공직제도의 신뢰성과 공무원의 기본권을 보다 적절하게 조화시키는 방안이다. 순간적인 과실로 인하여 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에도 공무원을 당연히 공직에서 퇴직시키는 것은 해당 공무원의 공무담임권을 침해하는 것으로 기본권 제한의 한계인 과잉금지의 원칙에 반한다.

나. 행정자치부장관, 해양수산부장관의 의견

(1) 공무원은 헌법과 관계 공무원법 규정에 의하여 고도의 윤리성과 성실성을 갖추어야 하는 것이 요구되고 있다. 이 사건 법률조항은 공무원의 윤리성 등을 갖추게 하여 공무원에 대한 국민의 신뢰를 확보하고자 하는 공익을 위하여 두게 된 규정이며 입법자의 입법재량 범위내의 입법이다.

(2) 국가공무원법상 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우와 금고 미만의 형의 선고유예를 받은 경우를 구분하여, 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우만 임용결격사유 및 당연퇴직사유로 하고 있으므로 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 기본권을 침해한다고 할 수 없다. 더욱이 법원은 재판을 받은 공무원에 대하여 공무원법상의 당연퇴직사유를 고려하여 그 선고형을

결정할 수 있는 양형 판단의 재량권을 가지고 있다.

3. 판 단

가. 헌법재판소는 2002. 8. 29. 2001헌마788등 결정에서 지방공무원에 대하여 이 사건 법률조항과 동일한 내용을 규율하고 있는 지방공무원법 제61조 중 제31조 제5호 부분에 대하여 위헌으로 판시한 바 있는데 그 이유의 요지는 다음 나. 항과 같다.

나. 이 사건 법률조항의 위헌여부(헌재 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 기회와 자의적인 배제 뿐 아니라, 공무원 신분의 부당한 박탈까지 포함되는 것이라고 할 것이다. 왜냐하면, 후자는 전자보다 당해 국민의 법적 지위에 미치는 영향이 더욱 크다고 할 것이므로, 이를 보호영역에서 배제한다면, 기본권 보호체계에 발생하는 공백을 막기 어려울 것이며, 공무담임권을 규정하고 있는 위 헌법 제25조의 문언으로 보아도 현재 공무를 담임하고 있는 자를 그 공무로부터 배제하는 경우에는 적용되지 않는다고 해석할 수 없기 때문이다(헌재 2000. 12. 14. 99헌마112등, 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 최소화성, 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. 94헌바 196등, 판례집 9-1, 375, 383-384).

헌법 제25조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무원임권을 갖는다.”라고 규정하고 있으므로, 공무원임권의 내용에 관하여는 입법자에게 넓은 입법형성권이 인정된다고 할 것이지만, 그렇다고 하더라도 헌법 제37조 제2항의 기본권제한의 입법적 한계를 넘는 지나친 것이어서는 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 입법 목적을 충분히 달성할 수 있는 것으로 판단되는 경우를 당연퇴직의 사유에서 제외시켜 규정하였음이 마땅하였으며, 이와 같은 방식으로 규정함이 최소침해성의 원칙에 따른 기본권 제한 방식이라고 할 것이다.

그런데, 이 사건 법률조항은 과실범의 경우마저 당연퇴직의 사유에서 제외하지 않고 있는바, 일반적으로 과실범은 법적인 주의의무를 게을리 한 데 대한 법적인 비난가능성은 존재하지만, 이러한 범죄로 인하여 금고 이상의 형의 선고유예를 받게 되었다고 하더라도 그로 인하여 당연히 그 공무원을 공직에서 퇴직시켜야 할 만큼 그 행위가 공직자로서의 품위를 크게 손상시킨다고 보기는 어려운 측면이 있다. 더욱이 이 사건 법률조항의 제정 당시와는 달리 오늘날에는 자동차 등 위험성이 잠재되어 있는 현대 문명의 이기의 이용이 일상화되고 있기 때문에 공무원이 그와 같은 문명의 이기를 이용하는 과정에서 순간적인 과실로 인하여 범죄를 저지를 수 있는 위험에 노출되어 있는 상황이고, 이러한 위험에 따른 과실범의 문제를 바라보는 일반 국민들의 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 없다고 할 것이다.

2) 산업사회를 거쳐 정보사회로 이행되어 가는 오늘날의 사회구조는 공직사회 및 민간기업조직에 많은 변화를 가져왔다. 즉, 민간기업사회에도 공직사회와 같은 대규모의 관리조직이 생겨나게 된 한편, 국가조직도 능률성, 효율성의 개념을 중시하면서 민간기업의 관리 경영기법이 도입되고, 그 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. 이와 같은 사회구조의 변화는 일반인의 공직에 대한 인식에도 변화를 가져오게 되었는데, 사회구조의 변화에 따른 사회국가적 행정임무의 증대와 이에 따른 공무원 수의 대폭적인 증가현상은 자연히 공무원의 질과 사회적 지위에 영향을 미치게 되었고, 결과적으로 공무원이 종래 누렸던 엘리트적인 면모가 손상을 입게 되었다. 물론 오늘날 공직의 구조 및 공직에 대한 인식의 변화에도 불구하고 공무원은 국민에 대한 봉사자로서의 지위를 지니는 것이고 공정한 공직수행을 위한 직무상의 높은 수준의 엄결성은 여전히 강조되는 것이다. 다만, 엘리트적 면모와 사회적 명예직으로서의 공직 인식은 더 이상 유효하지 않다고 할 것이며, 따라서, ‘모든 범죄로부터 순결한 공직자 집단’이라는 신뢰를 요구하는 것은 오히려 국민의 공직에 대한 신뢰를 과장하여 해석하는 것이라고 아니할 수 없다.

다른 한편, 현대민주주의 국가에 이르러서는 사회국가원리에 입각한 공직제도의 중요성이 특히 강조되고 있는바, 이는 사회적 법치국가이념을 추구하는 자유민주국가에서 공직제도는 사회국가의 실현수단일 뿐 아니라, 그 자체가 사회국가의 대상이며 과제라는 점을 이념적인 기초로 한다. 이는 모든 공무원들에게 보호가치 있는 이익과 권리를 인정해 주고, 공무원에게 자유의 영역이 확대될 수 있도록 공직자의 직무의무를 가능한 선까지 완화하며, 공직자들의 직무환경을 최대한으로 개선해 주고, 공직수행에 상응하는 생활부양을 해 주고, 퇴직 후나 재난, 질병에 대처한 사회보장의 혜택을 마련하는 것 등을

그 내용으로 한다. 그런데, 공무원의 생활보장의 가장 일차적이며 기본적인 수단은 ‘그 일자리의 보장’이라는 점에서 오늘날 사회국가원리에 입각한 공직 제도에서 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 퇴직 당하는 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 있

지 않은 경우가 다수 존재하는데, 증거에 의하여 범죄사실이 인정된다고 판단한 법원으로서서는 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 공무원담임권을 침해하였다고 할 것이다.

다. 이 사건 법률조항은 그 규율대상이 지방공무원이 아닌 국가공무원이라는 점을 달리할 뿐 그 규율 내용은 위 결정의 심판대상인 지방공무원법 규정과 동일하며, 이 사건 법률조항에 대하여 지방공무원법 규정에 관한 위 2001헌마788등 결정과 그 판단을 달리할 특별한 사정도 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배하여 공무원담임권을 침해하는 조항이라고 할 것이다.

4. 결 론

이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배하여 청구인들의 기본권인 공무원담임권을 침해하는 것이어서 헌법에 위반되므로, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

증권거래법 제191조의7 제3항 등 위헌소원

(2003. 11. 27. 2001헌바35 전원재판부)

【판시사항】

1. 부실금융기관에 대한 정부의 출자를 규정하는 금융산업의구조 개선에관한법률 제12조의 입법목적
2. 금융감독위원회로 하여금 부실금융기관에 대하여 자본금감소를 명할 수 있도록 규정한 금융산업의구조개선에관한법률 제12조 제3항의 법적 의미
3. 위 법률조항이 평등원칙에 위반되는지의 여부(소극)
4. 위 법률조항에 의한 자본금감소가 헌법 제23조 제3항의 공용침해에 해당하는지의 여부(소극)
5. 위 법률조항이 비례의 원칙에 위반되어 재산권을 침해하는지의 여부(소극)
6. 헌법 제119조 제2항의 ‘경제의 민주화’의 헌법적 의미

【결정요지】

1. 부실금융기관을 그대로 방치할 경우 당해 금융기관의 주주를 포함하여 채권자인 예금주, 당해 금융기관으로부터 자금을 조달하는 다수의 기업과 개인 및 당해 금융기관과 거래관계에 있는 여타 금융기관 등 다수의 이해관계자들이 상당한 재산적 손실을 입을 것이 예상되고 나아가 국민경제 전체에 미치는 부정적인 효과가 매우 크므로, 금융거래의 안전과 예금자보호 등 국민경제의 안정을 위하여 부실화된 금융기관에 대한 정부등의 출자를 통하여 이를 회생시키고자 하는 것이 금융산업의구조개선에관한법률 제12조의 입법목적이다.

2. 금융산업의구조개선에관한법률 제12조 제3항(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)에 의한 자본금감소명령은, 금융감독기관이 국민부담인 정부출자를 통해서라도 부실금융기관을 지원하는 것이 바람직하다고 판단하는 경우에 한하여 공적 자금 투입의 전제조건으로서 부실금융기관의 자본금을 실질에 맞추어 조절하는 불가피한 조치가

자 동시에 기존의 주주에게 그 손실을 분담시키는 조치이다.

3. 부실금융기관의 경영을 정상화하기 위하여 정부의 공적 자금의 투입이 요청되는 경우, 정부의 지원은 기존 주주의 책임부담을 전제로 이루어져야 하며, 정부는 기존 주주에게 책임을 부과하기 위하여 기존 주주의 주식을 무상 또는 유상으로 소각하거나 또는 병합하는 방식으로 자본금을 감소하는 방법을 택할 수 있다. 따라서 부실경영에 대하여 주식투자금액의 범위 내에서 책임을 져야 하는 주주와 부실경영에 대한 책임은 없으나 국민경제적 고려에서 국가의 재정으로 사기업을 지원하는 정부를 주식소각과 주식병합을 통한 자본감소에 있어서 달리 취급하는 이 사건 법률 조항은 평등원칙에 위반되지 아니한다.

4. 부실금융기관의 주식의 경우, 국가의 감자명령과 그에 따른 자본금감소에 의하여 그 가치가 감소한 것이 아니라, 부실경영으로 말미암아 감자명령의 유무와 관계없이 그 당시 이미 영(0)에 가까운 상태나 또는 영(0)으로 그 가치가 감소한 것이다. 따라서 자본금감소의 방법으로서 주식소각이나 주식병합은 비록 외형상으로는 국가에 의한 주식의 박탈이란 형태를 띠고 있으나, 그 실질적 내용에 있어서는 주주의 재산권을 박탈하는 조치가 아니라 감자명령 당시 자유시장에서 형성된 주식의 실질가치를 단지 확인하는 행위에 지나지 않는다.

기존 주주들은 이 사건 법률조항에 의하여 단지 부실기업을 정리하거나 또는 정상화하는 방법과 절차에 있어서 국가의 간섭을 받음으로써 재산권의 행사를 제한 당할 뿐이다. 따라서 이 사건 법률조항은 주식을 자유롭게 이용·수익·처분하는 주주의 재산권을 제한하는 규정이다.

5. 대형금융기관과 같은 대기업의 주식에 대하여는 그의 강한 사회적 연관성 때문에 보다 광범위한 제한이 정당화된다는 점, 국민경제의 관점에서 국가에게 부실금융기관의 경영정상화 방안으로서 자본감소의 조치를 취할 수 있는 가능성이 부여되어야 한다는 점, 감자명령의 경우 자본감소에 이익이 있는 주주들의 권리를 보호하기 위하여 그 당시 주식의 실질가치에 따라 주식매수청구권이 부여된다는 점 등을 고려하여 볼 때, 이 사건 법률조항은 국민경제의 안정을

실현하기 위하여 적절하고 필요한 수단이며 달성하고자 하는 공익의 비중과 개인이 입는 기본권제한의 효과를 비교하더라도 양자 사이에 적절한 균형관계가 인정되므로, 이 사건 법률조항은 주주의 재산권을 비례의 원칙에 부합하게 합헌적으로 제한하는 규정이다.

6. 헌법 제119조 제2항에 규정된 '경제주체간의 조화를 통한 경제민주화'의 이념은 경제영역에서 정의로운 사회질서를 형성하기 위하여 추구할 수 있는 국가목표로서 개인의 기본권을 제한하는 국가행위를 정당화하는 헌법규범이다.

재판관 권 성, 재판관 주선회의 위헌의견

사기업이 부실화하는 경우, 원칙적으로 회사정리절차나 파산 등 회사를 정리하는 절차를 밟아야지, 국가가 매번 부실기업에 대하여 국민의 세금으로 조성된 막대한 공적 자금을 투입함으로써 경쟁을 통한 시장의 자동조절기능을 약화시켜서는 안 된다. 부실기업에 대한 국가의 지원은 국민경제적 고려에서 불가결한 지극히 예외적인 경우에 한하여 허용되어야 하며, 이 사건의 경우 부실화된 대상기업이 일반 사기업이 아니라 국가경제에 보다 큰 영향을 미치는 금융기관이라는 특수성이 인정되기는 하나, 단지 부실화된 사기업이 금융기관이라는 점만으로는 전 국민의 부담 하에서 이루어지는 국가의 지원을 정당화한다고 볼 수 없고, 이로써 이 사건 법률조항이 국가지원의 사전적 단계로서 규정하는 강제적 자본금감소조치를 정당화하지 못한다고 판단된다. 따라서 이 사건 법률조항은 우리 헌법이 규정하는 시장경제질서에 부합될 수 없는 것으로 위헌으로 판단되어야 한다.

【심판대상조문】

증권거래법(1998. 5. 25. 법률 제5539호로 개정되기 전의 것) 제191조의7(우리사주조합원에 대한 우선배정) ①, ② 생략

③ 재정경제원장관은 제1항의 규정에 의한 우리사주조합원에 대한 주식의 배정과 그 주식의 처분등에 관하여 필요한 기준을 정할 수 있다.

증권거래법시행령(1999. 8. 7. 대통령령 제16520호로 개정되기 전의 것) 제2조의7(우리사주조합) ① 법 제2조 제18항의 규정에 의한 우리사주조합은 당해 법인의 모든 종업원을 가입대상으로 하고 다음 각호의 사항이 포함된 규약을 갖추어야 한다.

1. 생략

2. 다음 각목의 내용이 포함된 주식의 취득 및 관리에 관한 사항

가. 생략

나. 가목의 규정에 의하여 조합원이 취득한 주식은 취득일부터 1월내에 조합이 일괄하여 법 제145조의 규정에 의하여 설립된 증권금융회사(이하 “증권금융회사”라 한다)에 이를 위탁하고, 조합원이 퇴직하거나 위탁후 7년이 경과된 경우 또는 위탁후 1년이 경과된 주식으로서 재정경제부장관이 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에 한하여 조합이 당해 주식을 인출하도록 하는 내용

다. 생략

3. 생략

②~⑤ 생략

금융산업의구조개선에관한법률(1998. 9. 14. 법률 제5549호로 개정된 것) 제12조(부실금융기관에 대한 정부등의 출자) ①, ② 생략

③ 금융감독위원회는 제1항의 규정에 의한 요청에 따라 정부등이 출자를 하였거나 출자하기로 결정한 부실금융기관에 대하여 특정주주(제1항의 규정에 의하여 출자한 정부등을 제외한 주주 또는 당해 금융기관의 부실에 책임이 있다고 금융감독위원회가 인정하는 주주를 말한다. 이하 같다)가 소유한 주식의 일부 또는 전부를 유상 또는 무상으로 소각하거나 특정주주가 소유한 주식을 일정비율로 병합하여 자본금을 감소하도록 명령할 수 있다.

④~⑨ 생략

【참조조문】

헌법 제23조, 제37조 제2항, 제119조 제2항

헌법재판소법 제68조 제2항

증권거래법 제2조(정의) ①~⑰ 생략

⑱ 이 법에서 “우리사주조합”이라 함은 법인의 종업원이 당해 법인의 주식을 취득·관리하기 위하여 대통령령이 정하는 요건을 갖추어 조직한 단체를 말한다.

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

1. 생략

2. 삭제

3. “부실금융기관”이라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 금융기관을 말한다.

가. 경영상태를 실시한 결과 부채가 자산을 초과하는 금융기관 또는 거액의 금융사고 또는 부실채권의 발생으로 부채가 자산을 초과하여 정상적인 경영이 어려울 것이 명백한 금융기관으로서 금융감독위원회 또는 예금자보호법 제8조의 규정에 의한 운영위원회가 결정한 금융기관. 이 경우 부채와 자산의 평가 및 산정은 금융감독위원회가 미리 정하는 기준에 의한다.

나. 예금자보호법 제2조 제4호의 규정에 의한 예금등 채권(이하 “예금등 채권”이라

한다. 이하 이 조에서 같다)의 지급 또는 다른 금융기관으로부터의 차입금의 상황이 정지상태에 있는 금융기관

다. 외부로부터의 자금지원 또는 별도의 차입(정상적인 금융거래에서 발생하는 차입을 제외한다)이 없이는 예금등 채권의 지급이나 차입금의 상황이 어렵다고 금융감독위원회 또는 예금자보호법 제8조의 규정에 의한 운영위원회가 인정한 금융기관.

- 4. 생략
- 5. 삭제
- 6.~8. 생략

금융산업의구조개선에관한법률 제12조(부실금융기관에 대한 정부등의 출자) ① 금융감독위원회는 부실금융기관이 계속된 예금인출등으로 영업을 지속하기가 어렵다고 인정되는 경우에는 정부 또는 예금보험공사(이하 “정부등”이라 한다)에 대하여 당해 부실금융기관에 대한 출자를 요청할 수 있다.

② 제1항의 요청에 의하여 정부등이 부실금융기관에 출자하는 경우 당해 부실금융기관의 이사회는 상법 제330조·제344조 제2항·제416조 내지 제418조의 규정에 불구하고 발행할 신주의 종류와 내용, 수량, 발행가액, 배정방법 기타 절차에 관한 사항을 결정할 수 있다.

③ 생략

④ 부실금융기관이 제3항의 규정에 의하여 자본감소를 명령받은 때에는 상법 제438조 내지 제441조의 규정에 불구하고 당해 부실금융기관의 이사회에서 자본감소를 결의하거나 자본감소의 방법과 절차, 주식병합의 절차등에 관한 사항을 정할 수 있다.

⑤, ⑥ 생략

⑦ 부실금융기관은 제2항 또는 제4항의 규정에 의하여 이사회결의를 한 때에는 지체없이 2개 이상의 일간지에 그 결의사항과 결의사항에 반대하는 주주의 경우 10일 이내에 주식의 종류와 수를 기재한 서면으로 회사에 대하여 자기가 보유한 주식의 매수를 청구할 수 있다는 사실을 공고하여야 한다.

⑧, ⑨ 생략

【참조판례】

- 4. 헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289
- 5. 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등 판례집 10-2, 927
- 6. 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680

【당 사 자】

- 청 구 인 이창림 외 4인
- 대리인 법무법인 세창
- 담당변호사 김 현 외 9인

당해사건 서울지방법원 2000가단82805 손해배상

【주 문】

1. 이 사건 심판청구 중 증권거래법 제191조의7 제3항 및 증권거래법시행령 제2조의7 제1항 제2호 나목에 대한 부분은 이를 각하한다.
2. 금융산업의구조개선에관한법률(1998. 9. 14. 법률 제5549호로 개정된 것) 제12조 제3항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인들은 1994년 경부터 (주) 제일은행의 우리사주를 배정받아 보유하여 왔는 바, 증권거래법상의 인출금지조항 때문에 그동안 주식을 처분하지 못하였다. 그러던 중 제일은행의 채무가 자산을 초과하고 외부자금지원이나 별도의 차입이 없이는 정상적인 운영이 어려운 상황에 이르자 금융감독위원회는 제일은행을 부실금융기관으로 지정하였다.

금융감독위원회는 제일은행의 부실을 이유로 금융산업의구조개선에관한법률에 의거하여 1998. 1. 15. 제일은행에 대하여 자본금 8,200억 원을 1,000억 원(은행법상 최저 자본금)으로 감자하라는 명령을 하였고, 이에 따라 제일은행은 1998. 1. 17. 발행주식 1억 6,400만 주를 8.2 : 1의 비율로 병합하여 주식 수 2,000만 주, 자본금을 1,000억 원으로 감자하였다. 이어 1998. 1. 31. 정부와 예금보험공사는 제일은행에게 공적자금으로 각 7,500억 원씩 합계 1조 5,000억 원을 출자하여 제일은행의 발행주식수가 3억 2,000만 주(주당 액면가 금 5,000원), 자본금 1조 6,000억 원으로 증가되었다. 이에 따라 기존주주의 지분이 100%에서 6.25%(2,000만 주)로 감소되었고 정부와 예금보험공사의 보유지분은 93.75%(3억 주)가 되었다.

(2) 그후 금융감독기관이 1999. 3. 31.자 기준으로 제일은행의 경영상태를 실시한 결과 또 다시 약 1조 8,769억 원의 부채 초과가 있는 것으로 밝혀지는 등 경영이 급속도로 악화되어 제일은행의 정상화를 기대하기가 불가능하게 되었다. 이에 금융감독위원회는 1999. 6. 25. 제일은행을 다시 부실금융기관으로 지정하고, 예금보험공사에 대하여 공적 자금의 출자를 요청하는 한편, 제일은행에 대하여 정부보유주식 이외의 소액주주의 주식은 모두 소각하고, 정

부보유주식은 전부를 병합하되 소액주주의 주식매수청구권 행사시의 매수가 격에 병합주식수를 곱한 가격이 병합 후 신주의 액면가 이상이 되도록 병합 비율을 정하는 방식으로 자본금을 감소할 것을 내용으로 하는 자본금감소명령을 하였다.

위와 같은 처분에 따라 제일은행은 1999. 6. 28. 정부보유주식은 주당 액면가 5,000원의 5.51주를 같은 액면가의 주식 1주로 병합하고, 소액주주 보유주식은 당시 제일은행의 재산가치와 수익가치를 고려하여 1주당 금 907원에 매수하기로 결정하였다. 그 결과 주당 9,800원에 구입하였던 청구인들의 주식은 주당 907원에 유상소각되었다.

(3) 이에 청구인들은 서울지방법원에 국가를 상대로 손해배상청구소송(2000가단82805)을 제기하였고 그 소송계속 중에 위 자본감소 및 주식소각의 근거규정인 증권거래법 제191조의7 제3항 및 동법시행령 제2조의7 제1항 제2호 나목, 금융산업의구조개선에관한법률 제12조 제3항의 위헌여부가 재판의 전제가 된다면 위헌여부심판의 제청신청(2000카기14668)을 하였으나 2001. 4. 20. 기각되자 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 증권거래법(1998. 5. 25. 법률 제5539호로 개정되기 전의 것) 제191조의7 제3항, 증권거래법시행령(1999. 8. 7. 대통령령 제16520호로 개정되기 전의 것) 제2조의7 제1항 제2호 나목, 금융산업의구조개선에관한법률(1998. 9. 14. 법률 제3349호로 개정된 것) 제12조 제3항이 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 규정 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

증권거래법 제191조의7(우리사주조합원에 대한 우선배정)

① 및 ② 생략

③ 재정경제원장관은 제1항의 규정에 의한 우리사주조합원에 대한 주식의 배정과 그 주식의 처분등에 관하여 필요한 기준을 정할 수 있다.

증권거래법시행령 제2조의7(우리사주조합)

① 제1호 및 제2호 가목 생략

나. 가목의 규정에 의하여 조합원이 취득한 주식은 취득일로부터 1월내에 조합이 일괄하여 법 제145조의 규정에 의하여 설립된 증권금융회사(이하 “증권금융회사”라 한다)에 이를 위탁하고, 조합원이 퇴직하거나 위탁후 7년이 경과된 경우 또는 위탁후 1년이 경과된 주식으로서 재정경제원장관이 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에 한하여 조합이 당해 주식을 인출하도록 하는

내용

제1항 제2호 다목 내지 제5항 생략

금융산업의구조개선에관한법률 제12조(부실금융기관에 대한 정부등의 출자)

① 및 ② 생략

③ 금융감독위원회는 제1항의 규정에 의한 요청에 따라 정부등이 출자를 하였거나 출자하기로 결정한 부실금융기관에 대하여 특정주주(제1항의 규정에 의하여 출자한 정부등을 제외한 주주 또는 당해 금융기관의 부실에 책임이 있다고 금융감독위원회가 인정하는 주주를 말한다. 이하 같다)가 소유한 주식의 일부 또는 전부를 유상 또는 무상으로 소각하거나 특정주주가 소유한 주식을 일정비율로 병합하여 자본금을 감소하도록 명령할 수 있다.

④ 이하 생략

관련규정

증권거래법 제2조(정의)

① 내지 ⑰ 생략

⑱ 이 법에서 “우리사주조합”이라 함은 법인의 종업원이 당해 법인의 주식을 취득·관리하기 위하여 대통령령이 정하는 요건을 갖추어 조직한 단체를 말한다.

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 증권거래법 제191조의7 제3항은 구체적인 기준이 없이 대통령령에 우리사주의 처분에 관한 사항을 위임하고 있으므로, 중요 입법사항을 전적으로 행정입법에 위임함으로써 헌법 제75조의 포괄위임입법금지원칙을 위배하였다. 동법시행령 제2조의7 제1항 제2호 나목은 7년의 주식처분금지조항을 규정하고 있는 바, 이는 주주의 권리를 심히 제한하는 것으로 과잉제한금지의 원칙에 위배된다.

(2) 금융산업의구조개선에관한법률 제12조 제3항은 정부 등을 제외한 모든 주주에 대하여 주식의 감자와 소각을 명할 수 있게 규정하고 있는 바, 위 조항이 경영부실의 책임이 없는 소수주주의 주식에 대한 감자를 아무런 제한없이 가능하게 하거나 소각시킬 수 있다고 해석되는 한, 입법목적을 달성하기 위한 최소한의 제한을 넘는 위헌적인 법률이다. 또한 위 조항은 행정부의 집행권에 포괄적으로 권한을 위임하고 있어 위임입법의 한계를 벗어난

입법이다.

(3) 금융산업의구조개선에관한법률 제12조 제3항은 정부등이 보유한 주식에 대해서는 제한을 두지 않으면서 경영부실에 책임이 없는 소수주주의 모든 주식을 소각할 수 있도록 규정하는 것은 소수주주들을 합리적인 이유없이 정부 등과 차별하는 것으로서 평등원칙에 위반된다.

(4) 금융산업의구조개선에관한법률 제12조 제3항은 정당한 보상이 없이 소액주주들의 보유주식을 강제로 소각하거나 감자할 수 있도록 규정하므로, 헌법 제23조의 재산권보장에 위배된다.

(5) 소수주주의 권리를 고려하지 않고 금융감독위원회가 임의로 모든 소수주주의 주식을 소각할 수 있도록 한 것은, 소수자를 보호하여 다수에 의한 횡포를 방지하여 건전한 국민경제의 발전을 도모하고자 하는 헌법 제119조 제2항의 경제민주화의 원칙에 반하는 것이다.

나. 서울지방법원의 위헌제청신청기각 이유

(1) 이 사건 증권거래법 조항은 불확실한 경제상황 및 증권시장의 규모와 거래 형태 등을 감안하여 행정부에서 경제상황에 따라 적절하고 탄력적으로 우리사주조합제도를 운영할 수 있도록 재량권의 범위를 위임한 것에 불과하므로, 이것만으로 위 조항이 포괄위임금지의 원칙에 위배되었다고 할 수 없다.

(2) 정부가 부실금융기관에 대하여 제1차로 공적 자금을 투입하였음에도 당해 금융기관이 또 다시 부실화하여 자력으로 갱생할 가능성이 없어 새로운 공적 자금의 투입이 요청되는 경우 이미 제1차의 공적 자금 투입을 통하여 정부가 보유하고 있는 주식과 특정 주주의 주식을 다르게 취급하여 정부 등이 출자한 주식을 제외한 특정주주의 주식을 전부 소각할 수 있도록 한 이 사건 금융산업의구조개선에관한법률 조항은 그 차별에 있어 합리성이 없다거나 객관적으로 정의와 형평에 반하는 자의적인 것이라고 할 수 없다.

(3) 금융감독위원회는 행정청으로서 필요한 행정처분을 할 수 있는 권한이 있는 기관이며, 위 위원회의 처분이 위법한 경우에는 사법기관인 법원에 그 적법여부를 다툴 수가 있어 사법통제가 가능하므로, 위 조항이 위 위원회에 처분을 위한 재량권을 부여하였다고 하여 과잉입법금지나 포괄위임금지의 원칙에 위배되었다고 할 수 없다.

(4) 부실화된 금융기관에 공적 자금의 투입이 요청되는 경우 그 금융기관을 회생시키기 위해서는 투자자인 주주의 재산권은 공공복리를 위하여 제한

될 수 있고 이러한 제한이 과잉제한금지의 원칙에 반한다고 볼 수도 없으므로, 특정주주의 보유주식을 무상소각이 가능하도록 한 이 사건 금융산업의구조개선에관한법률 조항이 헌법상의 재산권보장 및 경제민주화 헌법이념에 반한다고 할 수 없다.

다. 재정경제부장관 및 금융감독위원회의 의견

(1) 우리사주에 대한 처분제한기간을 설정한 것은 우리사주제도의 건전한 발전, 무분별한 처분시 초래되는 문제점 및 우리사주 주식의 취득시 처분제한에 대한 충분한 예견가능성 등을 고려할 때 과잉제한금지의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

(2) 금융산업의구조개선에관한법률은 금융거래의 안전 및 예금자 보호 등을 위하여 부실화된 사기업에게 정부 등이 출자를 하여 이를 회생시키는 것을 목적으로 제정된 법으로서, 경영부실에 대한 책임은 없지만 금융거래의 안전 및 예금자 보호 등을 위하여 부실금융기관에 대하여 불가피하게 공적 자금을 출자한 정부와 투자금액 범위 내에서 경영부실에 대한 유한책임이 있는 소액주주에 대해 차별을 하는 것이 합리성이 없다고 할 수 없다.

(3) 1999. 3. 31. 기준 제일은행의 순자산 가치는 부채가 자산을 무려 2조 원 가까이 초과한 상태였으므로 기존주주들의 주식 가치는 사실상 0원이나 다름이 없었고, 청구인들은 주식매수청구권을 행사하여 주당 907원의 경제적 이익을 남겨 적절한 보상을 받을 수 있으므로, 이 사건 감자와 주식소각으로 인하여 재산권이 침해되었다는 청구인들의 주장은 근거가 없다. 뿐만 아니라 헌법 제119조 제2항의 “경제민주화”란 정부로 하여금 경제에 개입할 의무를 부과하는 조항으로 이 사건과는 아무런 연관관계가 없다.

3. 판 단

가. 적법성요건에 관한 판단

(1) 증권거래법시행령 제2조의7 제1항 제2호 나목에 대한 심판청구

헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원은, 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되는 때에 당사자가 위헌제청신청을 하였음에도 법원이 이를 배척하였을 경우에 당사자가 직접 헌법재판소에 헌법소원의 형태로써 심판을 청구하는 것이므로, 그 심판의 대상은 재판의 전제가 되는 법률이며, 여기서의 법률은 국회의 입법절차를 거쳐 제정된 이른바 ‘형식적인 의미의 법률’을 말한다(헌재 1992. 10. 31. 92헌바42, 판례집 4, 708, 710 참조). 따라서 이 사건 심판청구 중 증권거래법시행령 제2조의7 제1항 제2호 나목에

대한 부분은 법률이 아닌 대통령령에 대한 것으로서 헌법소원의 대상이 될 수 없어 부적법하다.

(2) 증권거래법 제191조의7 제3항에 대한 심판청구

헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원이 적법하기 위해서는 법원에 계속 중인 구체적인 사건에 적용할 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제로 되어야 하는데, 재판의 전제가 된다고 함은 그 법률의 위헌여부에 따라 재판의 결론이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 말한다.

심판의 대상이 되는 법률은 법원의 당해사건에 직접 적용되는 법률인 경우가 대부분이지만, 법률조항이 법원의 당해사건의 재판에 직접 적용되지는 않더라도 그 위헌여부에 따라 당해사건의 재판에 직접 적용되는 법률조항의 위헌여부가 결정되는 경우에는 예외적으로 간접 적용되는 법률조항에 대해서도 재판의 전제성을 인정할 수 있다(헌재 1996. 10. 31. 93헌바14, 판례집 8-2, 422, 429). 재판에 직접 적용되는 시행령의 위헌여부가 위임규정의 위헌여부에 달려 있는 경우에 위임규정을 심판의 대상으로 삼는 경우도 여기에 포함시킬 수 있다(헌재 1994. 6. 30. 92헌가18, 판례집 6-1, 557, 564).

그러나 이 사건의 경우, ‘이 사건 시행령규정이 당해사건에 직접 적용되는 규정인가’의 여부는 별론으로 하고, 청구인이 심판의 대상으로 삼은 이 사건 증권거래법 규정은 이 사건 시행령 조항의 위임규정이 아니라는 점에서 법원의 당해사건에 간접적이거나 적용될 수 있는 법률이 아니다. 위 법시행령 제2조의7 제1항 제2호 나목은 청구인들이 주장하는 바와 같이 위 법 제191조의7 제3항의 위임에 근거하는 것이 아니라 위 법 제2조 제18항의 위임에 의하여 제정된 것이다. 증권거래법 제2조 제18항은 우리사주조합의 요건을 대통령령으로 정하도록 명시적으로 위임하고 있으며, 대통령령으로 제정된 법시행령 제2조의7은 위 위임에 근거하여 조합원의 자격, 예탁 및 인출요건, 조합등의 우선매입권 등 우리 사주조합의 구체적인 설립 및 운영요건을 규정하고 있다. 이에 대하여 증권거래법 제191조의7 제3항은 우리사주조합원에 대한 주식이 우선 배정되는 경우 재정경제원장관에게 주식의 배정과 처분에 관하여 필요한 기준을 정하도록 위임하는 규정으로서 위 규정에 근거하여 ‘우리사주조합의 운영기준’(재무부고시 제88-13호)이 제정되었다. 따라서 증권거래법 제191조의7 제3항은 이 사건 시행령규정의 모법규정이 아니므로, 직접 적용되는 법규정과 긴밀한 내적인 관계로 말미암아 간접 적용되는 법규정에 인정될 수

있는 ‘재판의 전제성’이 있다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 심판청구 중 증권거래법 제191조의7 제3항에 대한 부분은 법원의 당해사건에 적용되지 않는 법률에 대한 것으로서 재판의 전제성이 없어 부적법하다.

나. 금융산업의구조개선에관한법률(이하 “법”이라 한다) 제12조 제3항(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌여부

(1) 법 제12조의 내용 및 입법목적

1997. 12. IMF는 우리나라에 대한 금융지원 합의를 계기로 서울·제일은행 등 부실금융기관에 대한 구조조정을 요구하였으며, 정부는 부실금융기관을 청산할 경우 국내 금융시장에 미칠 파급효과를 고려하여 정부의 출자에 의하여 부실금융기관의 경영정상화를 추진하기로 결정하고 1998. 1. 8. 법을 개정하여, 금융감독위원회가 정부등의 출자를 요청할 수 있도록 하면서(법 제12조 제1항) 부실금융기관에 대해서는 주식소각과 주식병합의 방법을 통한 자본금 감소의 조치를 명할 수 있게 하고(같은 조 제3항), 감자나 증자 등을 추진하는 경우 상법보다 대폭 간소화된 절차를 취할 수 있도록(같은 조 제2항 및 제4항 이하) 규정하였다.

부실금융기관의 정상화를 위해서는 가능한 최단시일 내에 자본금감소와 정부의 출자를 동시에 진행해야 할 필요가 있고, 상법상의 절차를 따를 경우 자본감소에 상당한 시일이 소요되고 정부의 출자여부가 불확실한 상황이 지속되어 예금인출 등으로 인하여 부실금융기관의 정상화가 사실상 곤란하기 때문에, 법에서는 금융기관의 특성과 상법상의 한계를 감안하여 상법상의 절차보다 대폭 간소화된 절차를 취할 수 있게 하여 자본감소에 소요되는 기간을 대폭 단축하고 주주총회의 특별결의 대신 이사회결의로 자본감소를 결정할 수 있도록 규정하면서(법 제12조 제4항), 이 경우 기존 주주들의 권리를 보호하기 위하여 이사회결의에 반대하는 주주에 대해서는 상법상 자본감소 절차에는 규정되지 않은 주식매수청구권(법 제12조 제7항)을 별도로 도입하였다.

부실금융기관을 그대로 방치할 경우 당해 금융기관의 주주를 포함하여 채권자인 예금주, 당해 금융기관으로부터 자금을 조달하는 다수의 기업과 개인 및 당해 금융기관과 거래관계에 있는 여타 금융기관 등 다수의 이해관계자들이 상당한 재산적 손실을 입을 것이 예상되고 나아가 국민경제 전체에 미치는 부정적인 효과가 매우 크므로, 금융거래의 안전과 예금자보호 등 국민경제의 안정을 위하여 부실화된 금융기관에 대한 정부등의 출자를 통하여 이를

회생시키고자 하는 것이 법 제12조의 입법목적이라 할 것이다. 일반 사기업이 부실화하는 경우 원칙적으로는 회사정리절차나 파산 등 회사를 정리하는 절차를 밟아야 할 것이나, 금융기관이 부실화하는 경우 일반 사기업에 비하여 국민경제에 미치는 파장이 막대하며 예금자 및 거래당사자가 보호되어야 할 필요가 있으므로, 국가가 이러한 부실을 떠안고 국민의 세금으로 조성된 공적자금을 투입하는 것이다.

(2) 법률의 명확성원칙의 위반여부

청구인들은 ‘이 사건 법률조항이 행정청에 포괄적으로 권한을 위임하고 있어 위임입법의 한계를 벗어난 입법’이라고 주장하나, 이 사건에서 청구인들이 주장하고자 하는 바는 ‘행정청에 입법을 위임하는 법률에서의 포괄위임’의 위헌성 문제가 아니라 ‘법률의 명확성’에 관한 문제이다. 법률의 명확성원칙이란, 행정부가 법률에 근거하여 국민의 자유와 재산을 침해하는 경우 법률이 수권의 범위를 명확하게 확정해야 하고, 법원이 공권력행사의 적법성을 심사할 때에는 법률이 그 심사의 기준으로서 충분히 명확해야 한다는 것을 뜻한다.

이 사건 법률조항은 감자명령을 내리는 국가기관, 명령의 대상이 되는 주식의 범위 및 위 명령을 내릴 수 있는 요건, 자본금감소의 방법 등을 명시적으로 정하면서, 단지 행정청인 금융감독위원회에 부실금융기관의 경영부실의 정도 등을 고려하여 합리적인 판단에 따라 위 명령을 할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 특히 위 조항은 “제1항의 규정에 의한 요청에 따라 정부등이 출자를 하였거나 출자를 하기로 결정한 부실금융기관에 대하여 ……명령할 수 있다”고 규정함으로써, 특정 금융기관의 채무가 자산을 초과하여 정상적인 경영이 어렵다고 판단되거나 외부자금지원이나 별도차입이 없이는 예금지급이 어려운 상태에 이르렀다고 인정되는 등 금융감독위원회가 법률에 상세하게 규정된 요건에 근거하여 부실금융기관으로 결정해야 하며(법 제2조 제3호), 금융감독기관이 부실금융기관을 그대로 방치하는 경우 계속된 예금인출 등으로 인하여 영업정지·인가취소 등의 상황으로 이어질 개연성이 높고, 금융감독기관이 자본감소를 전제로 출자를 하는 것이 당해 부실금융기관의 직접적인 이해당사자 및 일반 국민을 위해서도 바람직하다고 판단하여 출자를 요청하고 정부 등이 이에 따라 출자를 하였거나 하기로 결정한 경우(법 제12조 제1항 및 제3항)에 한하여 이 사건 법률조항이 적용될 수 있다는 것을 명확하게 규정하고 있다.

따라서 이 사건 법률조항에 의하여 위 위원회에 대한 권한의 위임이 그 내용, 목적, 범위에 있어서 충분히 규정되고 제한되어서 행정청과 법원의 자의적인 법적용을 배제하는 객관적인 기준을 제공하고 있으므로, 이 사건 조항은 법률의 명확성원칙에 위반되지 않는다.

(3) 평등원칙의 위반 여부

청구인들은 ‘정부등이 보유하는 주식을 제외하고 경영부실에 책임이 없는 소액주주 주식의 소각을 명할 수 있도록 규정한 것은 정부등에 대하여 소액주주를 합리적인 이유없이 차별하는 것이’라고 주장한다.

(가) 이 사건 법률조항에 의한 자본금감소명령은, 금융감독기관이 국민부담인 정부출자를 통해서라도 부실금융기관을 지원하는 것이 바람직하다고 판단하는 경우에 한하여 공적 자금 투입의 전제조건으로서 부실금융기관의 자본금을 실질에 맞추어 조절하는 불가피한 조치이자 동시에 기존의 주주에게 그 손실을 분담시키는 조치이다. 현행 상법상 주주들은 주주총회 참석, 소수주주권의 행사 등을 통하여 기업경영에 참여할 수 있다는 점에서 주주들도 부실경영의 결과로 나타난 손실에 대하여 법적 책임이 있으며, 주식회사의 경우 주주가 투자금액의 한도 내에서 유한책임을 지는 것이 상법의 기본원칙임을 감안한다면, 자유의사에 따라 투자한 재산에 대하여 주주 스스로가 책임을 져야 한다는 것은 당연하다.

부실금융기관의 경영을 정상화하기 위하여 정부의 공적 자금의 투입이 요청되는 경우, 정부의 지원은 기존 주주의 책임부담을 전제로 이루어져야 하며, 정부는 기존 주주에게 책임을 부과하기 위하여 기존 주주의 주식을 소각하거나(부실금융기관의 경영상태에 따라 무상 또는 유상소각) 또는 소액주주의 주식매수청구권 행사시의 매수가격에 병합주식수를 곱한 가격이 병합 후 신주의 액면가 이상이 되도록 병합비율을 정하는 방식으로 자본금을 감소하는 방법을 택할 수 있다. 이 경우 정부의 출자에 의한 발행주식이 감자의 대상에서 제외되는 것은 당연하다.

(나) 공적 자금을 투입하였음에도 금융기관이 또 다시 부실화하여 새로운 공적 자금의 투입이 요청되는 경우, 부실금융기관의 정상화방안으로서 당해 금융기관의 부실화의 정도에 따라 다음과 같은 여러 가지 방법이 고려된다. 첫째, 공적 자금의 투입으로 정부가 보유하게 된 주식 이외의 모든 주식을 부실금융기관의 경영상태에 따라 무상 또는 유상으로 소각하는 방법이다. 둘째, 특히 자본이 완전히 잠식되어 주식의 순자산가치가 부(負)로 되는 경우 특정

주주의 주식뿐이 아니라 공적 자금의 투입으로 정부가 보유하게 된 주식까지도 전부 소각한 후 다시 정부가 출자하는 방법이다. 다만 이 경우 은행법상 최저자본금인 1,000억 원에 미치지 못하고 일시적으로 0원이 되는 기술적인 문제가 생긴다. 소각되는 특정주주의 주식에 대해서는 그 당시의 금융기관의 재산가치, 수익가치 및 시장가치를 고려하여 매수청구권을 부여하는가에 따라 유상소각 또는 무상소각이 될 수 있다. 셋째, 특정주주의 주식을 모두 소각하고 정부의 보유주식의 전부 또는 일부를 병합하는 방법이다. 이 경우에도 마찬가지로 특정주주의 주식은 부실금융기관의 경영상태에 따라 무상 또는 유상으로 소각될 수 있는데, 유상으로 소각되는 경우 정부보유주식은 일반적으로 ‘주식의 액면가액’ 대 ‘주식매수청구권 행사시의 매수가격’의 비율로 병합된다.

위의 어떠한 방법을 택하는가 하는 것은 부실금융기관의 정상화를 위하여 어떠한 것이 보다 합리적인가의 판단에 달려 있을 뿐, 어떠한 방법을 택하는 소각되는 주식의 실질가치에 부합하는 매수청구권을 부여받는다는 점에서 기존주주의 입장에서는 아무런 차이가 없다.

(다) 따라서 부실경영에 대하여 주식투자금액의 범위 내에서 책임을 져야 하는 주주와 부실경영에 대한 책임은 없으나 국민경제적 고려에서 국가의 재정으로 사기업을 지원하는 정부 등을 주식소각과 주식병합을 통한 자본감소에 있어서 달리 취급하는 이 사건 법률 조항은 평등원칙에 위반되지 아니한다.

(4) 재산권의 침해 여부

(가) 이 사건 법률조항은 금융감독위원회로 하여금 부실금융기관에 대하여 주식소각과 주식병합의 방법을 통하여 자본금감소를 명령할 수 있도록 규정함으로써 주식을 자유롭게 이용·수익·처분하는 주주의 재산권을 제한하고 있다.

자본금감소의 방법으로서 주식소각이나 주식병합은 비록 외형상으로는 국가에 의한 주식의 박탈이란 형태를 띠고 있으나, 그 실질적 내용에 있어서는 주주의 재산권을 박탈하는 조치가 아니라 감자명령 당시 자유시장에서 형성된 주식의 실질가치를 단지 확인하는 행위에 지나지 않는다. 즉 부실금융기관의 주식의 경우, 국가의 감자명령과 그에 따른 자본금감소에 의하여 그 가치가 감소한 것이 아니라, 부실경영으로 말미암아 감자명령의 유무와 관계없이 그 당시 이미 영(0)에 가까운 상태나 또는 영(0)으로 그 가치가 감소한 것이

다. 다시 말하자면 기존 주주들은 감사명령에 의하여 주식의 재산적 가치에 있어서 손실을 입은 것이 아니라 단지 부실기업을 정리하거나 또는 정상화하는 방법과 절차에 있어서 국가의 간섭을 받음으로써 재산권의 행사를 제한당할 뿐이다. 따라서 감사명령은 구체적인 공적 과제를 수행하기 위하여, 특히 국가의 재화조달의 목적으로 이미 형성된 구체적인 재산권적 지위를 박탈하려는 헌법 제23조 제3항의 공용침해에 해당하는 것이 아니라, 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 재산권에 관한 권리와 의무를 장래에 있어서 일반·추상적으로 형성하고 확정함으로써 재산권의 내용과 한계를 정하는 규정이다(헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 305-306).

(나) 다른 모든 기본권과 마찬가지로 재산권도 공익상의 이유로 제한될 수 있음은 물론이며, 특히 대형금융기관과 같은 대기업의 주식의 경우 입법자에 의한 보다 광범위한 제한이 가능하다. 기본권의 전체체계에서 재산권은, 기본권의 주체가 각자의 생활을 자기 책임하에서 자주적으로 형성하도록 이에 필요한 경제적 조건을 보장해 주는 기능을 한다. 이로써 재산권의 보장은 자유실현의 물질적 바탕을 의미하고, 자유와 재산권은 상호보완관계이자 불가분의 관계에 있다. 재산권의 이러한 자유보장적 기능은 재산권을 어느 정도로 제한할 수 있는가 하는 사회적 의무성의 정도를 결정하는 중요한 기준이 된다. 재산권에 대한 제한의 허용정도는 재산권행사의 대상이 되는 객체가 기본권의 주체인 국민 개개인에 대하여 가지는 의미와 다른 한편으로는 그것이 사회전반에 대하여 가지는 의미가 어떠한가에 달려 있다. 즉 재산권의 행사의 대상이 되는 객체가 지닌 사회적 연관성과 사회적 기능이 크면 클수록 입법자에 의한 보다 광범위한 제한이 정당화된다. 다시 말하자면 특정 재산권의 이용과 처분이 그 소유자 개인의 생활 영역에 머무르지 아니하고 일반 국민 다수의 일상 생활에 큰 영향을 미치는 경우에는 입법자가 공동체의 이익을 위하여 개인의 재산권을 제한하는 규율권한을 더욱 폭넓게 가진다(1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927, 945). 이러한 관점에서 볼 때, 대기업의 자본지분인 “주식”에 대한 재산권의 경우 재산권이 개인의 인격발현에 대하여 지니는 의미는 상당히 미소헌데 반하여 사회적 연관성이나 사회적 기능이 뚜렷하므로, 국가에 의하여 보다 폭넓게 제한될 수 있다.

(다) 금융기관의 부실은 다른 사기업의 경우와는 달리 국민경제에 큰 부정적인 효과를 가져올 수 있으므로 금융거래의 안전과 예금자보호 등 국가경제의 안정을 위하여 국가가 개입할 필요가 있고, 이 경우 국가지원의 사전 절차

이자 전제조건으로서 부실금융기관의 자본금을 그 실질에 맞추어 조절하는 조치를 취하는 것이 불가피하다. 부실금융기관은 대부분의 경우 감사명령 당시 사실상 지급불능의 상태에 있어 파산을 선언하는 순간 은행의 재산가치도 영이 되어 버릴 우려가 크며 이에 따라 부실금융기관의 주식도 이미 영(0)에 가까운 상태로 그 가치가 감소된다는 사실을 감안한다면, 청구인들과 같은 기존 주주들은 자본금감소와 함께 이루어진 정부출자로 인하여 재산 손실의 폭을 줄이게 되었으므로, 감사명령에 의하여 재산권의 손실을 입은 것이 아니라 오히려 국민 전체에 부담을 지우는 방법으로 혜택을 받았다고 할 것이다.

따라서 금융기관의 주식에 대하여는 그의 강한 사회적 연관성 때문에 보다 광범위한 제한이 정당화된다는 점, 국민경제의 관점에서도 국가에게 부실금융기관의 경영정상화 방안으로서 자본감소의 조치를 취할 수 있는 가능성이 부여되어야 한다는 점, 감사명령의 경우 자본감소에 이의가 있는 주주들의 권리를 보호하기 위하여 그 당시 주식의 실질가치에 따라 주식매수청구권이 부여된다는 점(법 제12조 제7항) 등을 고려하여 볼 때, 금융감독기관에게 자본금감소명령을 할 수 있는 권한을 부여하는 이 사건 규정은 국민경제의 안정을 실현하기 위하여 적절하고 필요한 수단이며 달성하고자 하는 공익의 비중과 개인이 입는 기본권제한의 효과를 비교하더라도 양자 사이에 적절한 균형관계가 인정되므로, 이 사건 조항은 주주의 재산권을 비례의 원칙에 부합하게 합헌적으로 제한하는 규정이다.

(5) 헌법 제119조 제2항의 경제민주화 위반 여부

헌법상의 경제질서에 관한 규정은, 국가행위에 대하여 한계를 설정함으로써 경제질서의 형성에 개인과 사회의 자율적인 참여를 보장하는 ‘경제적 기본권’과 경제영역에서의 국가활동에 대하여 기본방향과 과제를 제시하고 국가에게 적극적인 경제정책을 추진할 수 있는 권한을 부여하는 ‘경제에 대한 간섭과 조정에 관한 규정’(헌법 제119조 이하)으로 구성되어 있다.

특히 헌법 제119조는 개인의 경제적 자유를 보장하면서 사회정의를 실현하는 경제질서를 경제헌법의 지도원칙으로 표명함으로써 국가가 개인의 경제적 자유를 존중해야 할 의무와 더불어 국민경제의 전반적인 현상에 대하여 포괄적인 책임을 지고 있다는 것을 규정하고 있다. 우리 헌법은 헌법 제119조 이하의 경제에 관한 장에서 “균형있는 국민경제의 성장과 안정, 적정한 소득의 분배, 시장의 지배와 경제력남용의 방지, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화, 균형있는 지역경제의 육성, 중소기업의 보호육성, 소비자보호 등”의

경제영역에서의 국가목표를 명시적으로 언급함으로써 국가가 경제정책을 통하여 달성하여야 할 ‘공익’을 구체화하고, 동시에 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한을 위한 법률유보에서의 ‘공공복리’를 구체화하고 있다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 692-693). 따라서 헌법 제119조 제2항에 규정된 ‘경제주체간의 조화를 통한 경제민주화’의 이념도 경제영역에서 정의로운 사회질서를 형성하기 위하여 추구할 수 있는 국가목표로서 개인의 기본권을 제한하는 국가행위를 정당화하는 헌법규범이다.

그러나 이 사건 법률 조항이 자본금감소의 명령을 할 수 있도록 한 것은 금융거래의 보호와 예금자보호라는 공익을 실현하기 위한 것으로서 헌법 제119조 제2항의 ‘경제민주화’와 아무런 연관이 없을 뿐이 아니라, ‘경제민주화’의 이념이 경제영역에서의 국가행위의 한계를 설정하고 청구인의 기본권을 보호하는 헌법규범이 아니라 개인의 경제적 자유에 대한 제한을 정당화하는 근거규범이라는 점에서도 헌법 제119조 제2항의 ‘경제민주화’는 이 사건 법률 조항의 위헌성을 판단하는 근거로서 고려될 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구 중 증권거래법 제191조의7 제3항 및 동법시행령 제2조의7 제1항 제2호 나목에 대한 부분은 부적법하므로 이를 각하하고, 금융산업의구조개선에관한법률 제12조 제3항은 헌법에 위반되지 아니하므로, 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 권 성, 재판관 주선회의 아래 5.와 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 권 성, 재판관 주선회의 반대의견

가. 경제질서란 개인과 국가에 대단히 중요한 의미를 갖는 국가 공동체의 근본적인 문제에 속하기 때문에, 헌법에서는 어떤 형태로든 경제에 관한 공동체의 결정이 표현되고 있다. 특히, 우리 헌법은 제9장에서 ‘한국 헌법상의 경제질서가 무엇인가’에 관하여 보다 구체적으로 규정하고 있다.

그런데 ‘헌법이 보장하는 경제체제가 무엇인가’를 판단하기 위해서는 우리 헌법이 경제체제의 근본적인 구성요소로 간주되는 ‘경제계획체제’와 ‘재산제도’에 관하여 어떻게 규정하고 있는가를 살펴보아야 한다. 시장경제 또는 자본주의경제에서는, 경제계획이 개인에 의하여 분권적으로 수립되어 계획간의 조화는 시장과 가격을 통하여 이루어지고, 재산제도에 있어서는 생산수단에 대한 사유재산이 보장된다. 즉 시장경제질서는 개인의 자유로운 창의에 의한

분권적 계획과 사유재산의 보장에 기초하고 있는 것이다.

이러한 관점에서 본다면, 헌법은 제119조 제1항에서 경제질서가 “개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다”고 규정함으로써, 개인과 국가 간의 경제영역에서의 관할 배분에 관한 문제, 즉 누가 경제계획을 세우고 실현하여야 하는가의 문제에 관하여 ‘경제계획은 원칙적으로 개인에 의하여 수립된다’는 근본결정을 내리고 있다. 또한 헌법은 제23조에서 재산권을 보장함으로써 헌법 제126조의 사회화(社會化)의 가능성에도 불구하고 그 조항의 명백한 예외적 성격으로 인하여 생산재에 대한 사유재산제도를 강하게 보장하고 있다. 또한 헌법의 경제에 관한 장(제9장)에 규정된 다른 헌법규범들이 언급하는 경쟁정책 및 경기정책(제119조 제2항), 구조정책(제123조) 등은 모두 시장경제에서의 경제정책의 주요과제를 의미한다는 점에서, 헌법이 시장경제를 전제로 하고 있다는 견해를 뒷받침하고 있다. 결국 우리 헌법은 다양한 경제적 기본권과 경제에 관한 근본조항인 제119조 제1항의 규정을 통하여 시장경제의 두 개의 지주인 ‘개인에 의한 분권적 계획’과 ‘사유재산’을 보장하고 있고, 이로써 헌법상의 경제질서로서 시장경제를 채택하고 있다고 보아야 한다.

나. 그렇다면, 우리 헌법이 보장하는 이와 같은 시장경제질서 또는 자본주의 경제질서에 비추어 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 바와 같이, ‘국가가 강제로 사기업에 대하여 주주의 주식을 소각하거나 병합함으로써 자본금을 감소시킬 것을 명령할 수 있는지’에 대하여 근본적인 의문이 제기된다.

헌법적 질서로서의 시장경제원칙은 무엇보다도, 시장경제체제에 반하는 국가의 간섭은 헌법상의 중요한 공익을 근거로 단지 예외적으로 허용될 수 있고, 여러 가지 침해의 가능성 중에서 선택의 여지가 있는 경우에는 국가는 경제의 자동조절기능을 가장 활성화시킬 수 있는 소위 합시장적(合市場的) 조치를 택해야 한다는 내용의 국가경제정책에 대한 원칙적인 합시장성(合市場性)의 요청을 의미한다. 다시 말하자면, 경제에 대한 국가의 간섭은 가능하면 기업 등 경제주체의 결정의 자유를 존중해야 하고, 시장기능을 고려해야 하며, 시장의 자동조절기능이 활성화되도록 자제되어야 한다.

이러한 관점에서 볼 때, 사기업이 부실화하는 경우, 원칙적으로 회사정리절차나 파산 등 회사를 정리하는 절차를 밟아야지, 국가가 매번 부실기업에 대하여 국민의 세금으로 조성된 막대한 공적 자금을 투입함으로써 경쟁을 통한 시장의 자동조절기능을 약화시켜서는 안 된다. 경제적 자유는 곧 경제활동에

대한 자기결정과 자기책임을 의미하고, 자기책임은 스스로의 위험부담으로 이어진다는 자본주의경제의 대원칙에 비추어 볼 때, 국민의 부담 하에서 무원칙하게 이루어지는 국가의 사경제에 대한 지원과 이에 불가피하게 수반되는 강제적 명령은 ‘개인의 자유’와 ‘공권력의 강제’ 사이의 명백한 경계선이 사라져 자유와 강제는 혼합되고, 동시에 사인의 결정에 대한 책임이 사인에서 국가로 전이됨으로써 사인과 국가 간의 책임범위의 귀속이 불확실하게 될 위험이 있다. 특히 IMF 사태 이후 부실화된 사기업에 대하여 긴급하고 절박한 필요에 의하여 정당화됨이 없이 막대한 공적 자금이 지원되는 현상을 관찰할 수 있는데, 이는 궁극적으로 우리 경제 전체의 자생력을 약화시키고 사경제의 주체인 국민의 도덕적 해이를 불러일으킬 우려가 있다.

이러한 이유로, 부실기업에 대한 국가의 지원은 국민경제적 고려에서 불가결한 지극히 예외적인 경우에 한하여 허용되어야 하며, 이 사건의 경우 부실화된 대상기업이 일반 사기업이 아니라 국가경제에 보다 큰 영향을 미치는 금융기관이라는 특수성이 인정되기는 하나, 단지 부실화된 사기업이 금융기관이라는 점만으로는 전 국민의 부담 하에서 이루어지는 국가의 지원을 정당화한다고 볼 수 없고, 이로써 이 사건 법률조항이 국가지원의 사전적 단계로서 규정하는 강제적 자본금감소조치를 정당화하지 못한다고 판단된다. 따라서 이 사건 법률조항은 우리 헌법이 규정하는 시장경제질서에 부합될 수 없는 것으로 위헌으로 판단되어야 한다.

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

특정범죄가중처벌등에관한법률 제11조 제1항 위헌소원

(2003. 11. 27. 2002헌바24 전원재판부)

【판시사항】

1. 법정형에 대한 입법형성권의 한계
2. 마약의 단순매수를 영리매수와 동일한 법정형으로 처벌하는 규정이 책임과 형벌간의 비례성 원칙 및 실질적 법치국가원리의 위반되는지 여부(적극)
3. 마약의 단순판매목적소지를 영리범·상습범과 동일한 법정형으로 처벌하는 규정이 책임과 형벌간의 비례성 원칙 및 실질적 법치국가원리에 위반되는지 여부(적극)
4. 단순매수나 단순판매목적소지의 마약사범에 대하여도 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처하도록 하는 규정이 지나치게 과도한 형벌로서 책임과 형벌간의 비례성 원칙에 어긋나는지 여부(적극) 및 법관의 양형선택·판단권을 지나치게 제한하는지 여부(적극)
5. 위 규정이 향정신성의약품관리법위반 범죄와의 관계에서 평등의 원칙에 위반되는지 여부(적극)

【결정요지】

1. 법정형의 종류와 범위를 정할 때는 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 정신에 따라 형벌개별화 원칙이 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다. 그러므로, 그 입법취지에서 보아 중벌(重罰)주의로 대처할 필요성이 인정되는 경우라 하더라도 범죄의 실태와 죄질의 경중, 이에 대한 행위자의 책임, 처벌규정의 보호법익 및 형벌의 범죄예방효과 등에 비추어 전체 형벌체계상 지나치게 가혹한 것이어서, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함

에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈함으로써 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제원리에 반하여 자의적으로 행사된 것으로 평가되는 경우에는 이와 같은 법정형을 규정한 법률조항은 헌법에 반한다고 보아야 한다.

2. 마약의 매수 가운데 ‘영리매수’는 마약의 대량확산에 크게 기여할 뿐만 아니라 타인의 정신적·육체적 황폐화를 통하여 영리를 도모한다는 점과 공급이 수요를 창출하는 마약류시장의 특성상 그 불법성과 비난가능성은 일반범죄의 영리범의 경우보다 더욱 크다. 반면에 ‘단순매수’는 기본적으로 수요의 측면에 해당되고 마약의 유통구조상 최종단계를 형성하므로 마약확산에의 기여도와 그 행위의 구조, 위험성 및 비난가능성 등 죄질에 있어서 영리매수와는 질적으로 다르다. 이에 따라 마약류관리에관한법률에서도 마약매수의 영리범·상습범, 단순범, 미수범, 예비범·음모범의 경우를 구별하여 법정형을 정하고 있다. 그런데 특정범죄가중처벌등에관한법률(이하, “특가법”이라 한다) 제11조 제1항에서는 마약 매수의 영리범·상습범, 단순범, 미수범, 예비범·음모범의 경우를 가리지 않고 일률적으로 영리범·상습범의 법정형과 동일한 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처하도록 하고 있다. 또한 특가법은 매수한 마약의 양이나 위험성의 정도, 마약사용의 결과로 타인의 신체에 상해나 사망을 일으켰느냐의 여부 등 죄질이나 비난가능성의 정도를 구별하지 않는다. 결국 위 특가법 조항은 그나마 존재하던 마약류관리에관한법률상의 단순범과 영리범의 구별조치 소멸시켜 불법의 정도, 죄질의 차이 및 비난가능성에 있어서의 질적 차이를 무시함으로써 죄질과 책임에 따라 적절하게 형벌을 정하지 못하게 하는바, 책임과 형벌간의 비례성 원칙과 실질적 법치국가원리에 위반된다.

3. 마약의 판매목적소지는 마약의 매도행위에 대한 예비죄를 독립된 구성요건으로 한 것인바, 마약의 매도행위는 영리의 추구를 그 핵심적 성질로 하므로 비영리의 단순판매목적소지는 그 행위의 발생개연성 및 마약확산에 기여하는 정도가 극히 미미하다 할 것인데, 위 특가법 조항은 이러한 행위에 대하여까지 영리범과 동일하게 가중처벌하고 있는데 이는 국가형벌권의 지나친 남용이라 할 것이다.

4. 위 특가법 조항은 단순매수나 단순판매목적소지의 마약사범에

대하여도 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처하도록 규정하고 있어, 예컨대 단 한 차례 극히 소량의 마약을 매수하거나 소지하고 있었던 경우 실무상 작량감경을 하더라도 별도의 법률상 감경사유가 없는 한 집행유예를 선고할 수 없도록 법관의 양형선택과 판단권을 극도로 제한하고 있고 또한 범죄자의 귀책사유에 알맞은 형벌을 선고할 수 없도록 법관의 양형결정권을 원천적으로 제한하고 있어 매우 부당하다.

5. 마약류 자체가 가지는 위험성의 측면이나 우리 사회에서 차지하고 있는 비중에 있어서도 향정신성의약품관리법위반사범과 달리 마약사범에 대하여만 가중을 하여야 할 정도로 마약이 향정신성의약품에 비해 더욱 위험하다고 볼 수는 없으며, 범죄의 실태와 검찰에서의 기소율이나 형사재판의 결과 등을 감안하고 마약류 규제법규의 연혁을 살펴보면 마약사범만을 가중하여야 할 합리적 근거를 찾아보기 어렵다고 할 것인데, 위 특가법 조항은 아무런 합리적 근거 없이 매수와 판매목적소지의 마약사범만을 가중하고 있으므로 형벌체계상의 균형을 현저히 상실하여 평등원칙에 위반된다 할 것이다.

【심판대상조문】

특정범죄가중처벌등에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6146호로 개정된 것) 제11조(마약사범의 가중처벌) ① 마약류관리에관한법률 제58조 중 마약과 관련된 규정된 죄를 범한 자는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

② 생략

마약류관리에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6146호로 제정된 것) 제58조(벌칙) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

1. 제3조 제2호 내지 제4호, 제4조 제1항, 제18조 제1항 또는 제21조 제1항의 규정에 위반하여 마약을 수출입·제조·매매나 매매의 알선을 한 자 또는 수출입·제조·매매나 매매의 알선을 할 목적으로 소지·소유한 자

2.~7. 생략

②~④ 생략

【참조조문】

헌법 제10조, 제11조 제1항, 제37조 제2항

특정범죄가중처벌등에관한법률 제11조(마약사범의 가중처벌) ① 생략

② 마약류관리에관한법률 제59조·제60조 중 마약과 관련된 규정된 죄를 범한 자는 다음

의 구분에 따라 가중처벌한다.

1. 소지·재배·사용 등을 행한 마약의 가액(이하 이 조에서 “가액”이라 한다)이 500만원 이상인 때에는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

2. 가액이 50만원 이상 500만원 미만인 때에는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다.

마약류관리에관한법률 제58조(벌칙) ① 생략

② 영리의 목적 또는 상습으로 제1항의 행위를 한 자는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

③ 제1항 및 제2항에 규정된 죄의 미수범은 처벌한다.

④ 제1항(제7호를 제외한다) 및 제2항에 규정된 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

마약류불법거래방지에관한특례법(2000. 1. 12. 법률 제6146호로 개정된 것) 제6조(업으로서 행한 불법수입등) ① 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 업으로 한 자(이들 행위와 제9조에 해당하는 행위를 함께 하는 것을 업으로 한 자를 포함한다)는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다. 이 경우 1억원 이하의 벌금을 병과한다.

1. 마약류관리에관한법률 제58조(제4항을 제외한다), 제59조 제1항 내지 제3항(동조 제1항 제1호 내지 제5호에 관련된 행위에 한하며, 동항 제5호 중 향정신성의약품을 제외한다) 또는 제60조 제1항 제1호(상습범 및 미수범을 포함한다)에 해당하는 행위

2.~ 3. 삭제

② 생략

형법 제198조(아편등의 제조등) 아편, 몰핀 또는 그 화합물을 제조, 수입 또는 판매하거나 판매할 목적으로 소지한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

【참조판례】

1. 헌재 1992. 4. 8. 90헌바24, 판례집 4, 225

【당 사 자】

청 구 인 허○봉

대리인 변호사 구충서

당해사건 대법원 2001도6375 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(마약)

【주 문】

특정범죄가중처벌등에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6146호로 개정된 것) 제11조 제1항 중 마약류관리에관한법률 제58조 제1항 제1호 소정의 “매수” 및 “판매목적소지”에 관한 부분은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 마약인 아편을 매수하고 판매목적으로 소지하였고, 향정신성의약품의 일종인 메스암페타민(속칭 히로뽕)을 매수·매도하고 소지하였다는 이유로 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(마약)죄 및 마약류관리에관한법률위반(향정)죄로 2001. 6. 28. 서울지방법원에서, 같은 해 11. 14. 서울고등법원에서 징역 5년을 선고받고 상고하여 대법원(2001도6375)에 소송이 계속중 특정범죄가중처벌등에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6146호로 개정된 것. 이하 “특가법”이라 한다) 제11조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청(2001초632)을 하였으나 대법원이 2002. 2. 5. 상고를 기각하면서 위헌제청신청도 함께 기각하자, 같은 달 8. 위 조항이 헌법 제10조, 제11조, 제37조 제2항에 위반된다고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 특가법 제11조 제1항 전부에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하고 있으나, 청구인이 다투는 내용은 마약의 단순한 매수·판매목적소지를 영리목적 또는 상습의 매수·판매목적소지와 함께 취급하여 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처하도록 한 것은 그 형벌이 지나치게 과중하며, 한편 향정신성의약품의 경우와 달리 유독 마약의 매수·판매목적소지를 가중하여 처벌함으로써 평등의 원칙에 위반된다는 것이다. 그러므로 당해소송에서 적용된 법조를 함께 고려하면, 이 사건 심판의 대상은 특가법 제11조 제1항 중 마약류관리에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6146호로 제정된 것. 이하 “마약류법”이라 한다) 제58조 제1항 제1호 가운데 “매수” 및 “판매목적소지”에 관한 부분(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)으로 한정함이 상당하다고 할 것이다. 이 사건 법률조항의 내용과 관련규정은 다음과 같다.

특가법 제11조(마약사범의 가중처벌) ① 마약류관리에관한법률 제58조 중 마약과 관련된 규정된 죄를 범한 자는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

② 마약류관리에관한법률 제59조·제60조 중 마약과 관련된 규정된 죄를 범한 자는 다음의 구분에 따라 가중처벌한다.

1. 소지·채배·사용 등을 행한 마약의 가액(이하 이 조에서 “가액”이라 한다)이 500만원 이상인 때에는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에

처한다.

2. 가액이 50만원 이상 500만원 미만인 때에는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다.

마약류법 제58조(벌칙) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

1. 제3조 제2호 내지 제4호, 제4조 제1항, 제18조 제1항 또는 제21조 제1항의 규정에 위반하여 마약을 수출입·제조·매매나 매매의 알선을 한 자 또는 수출입·제조·매매나 매매의 알선을 할 목적으로 소지·소유한 자

2. 내지 7. (생략)

② 영리의 목적 또는 상습으로 제1항의 행위를 한 자는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

③ 제1항 및 제2항에 규정된 죄의 미수범은 처벌한다.

④ 제1항(제7호를 제외한다) 및 제2항에 규정된 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

마약류불법거래방지에관한특례법 제6조(업으로서 행한 불법수입 등) ① 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 업으로 한 자(이들 행위와 제9조에 해당하는 행위를 함께 하는 것을 업으로 한 자를 포함한다)는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다. 이 경우 1억원 이하의 벌금을 병과한다.

1. 마약류관리에관한법률 제58조(제4항을 제외한다), 제59조 제1항 내지 제3항(동조 제1항 제1호 내지 제5호에 관련된 행위에 한하며, 동항 제5호 중 향정신성의약품은 제외한다) 또는 제60조 제1항 제1호(상습범 및 미수범을 포함한다)에 해당하는 행위

(이하 생략)

형법 제198조(아편등의 제조 등) 아편, 몰핀 또는 그 화합물을 제조, 수입 또는 판매하거나 판매할 목적으로 소지한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

2. 청구인의 주장, 법원의 위헌제정신청 기각이유 및 관계기관의 의견가. 청구인의 주장요지

향정신성의약품을 매수 또는 판매목적으로 소지한 경우에는 이 사건 법률조항과 같은 가중규정이 없으므로, 우리나라에서 가장 문제가 되고 있는 메스암페타민을 매수 또는 판매목적으로 소지하는 경우에는 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하도록 되어 있다. 그런데도, 향정신성의약품보다 마

약을 이처럼 높은 형으로 가중처벌해야 할 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대상황, 국민일반의 가치관 내지 법감정, 범죄예방을 위한 형사정책적 사유가 없고, 때때 또는 때때 목적으로 소지한 마약의 수량 또는 가액의 한도에 관계없이 일률적으로 가중처벌하도록 규정함으로써 형벌체계상의 정당성과 균형성을 현저히 잃고 있어서 청구인의 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권 및 평등권을 침해한다.

이 사건 법률조항에서 규정하고 있는 법정형도 사형·무기 또는 10년 이상의 징역으로 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임 등에 비하여 지나치게 가혹하여 비례원칙에 어긋난다. 또한 작량감경을 하더라도 징역 5년의 형을 선고할 수밖에 없어 법관이 그 형을 정하는 데에 재량의 폭이 너무 한정되어 인간존중의 이념에 따라 재판을 할 수 없고, 양형상 참작할 만한 사유가 있어서 작량감경을 하더라도 별도의 법률상 감경사유가 없는 한 집행유예를 선고할 수 없게 되어 있어 법관의 양형선택과 판단권을 원천적으로 제한하여 선고형의 합리성과 법관의 독립을 보장하는 기능을 하지 못하게 한다.

나. 범원의 위헌법률심판제청신청 기각이유의 요지

법정형의 형종과 형량은 그 범죄의 죄질과 보호법익의 성격에 대한 고려뿐만 아니라 그 나라의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황과 국민 일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등을 종합적으로 고려하여 입법부가 결정하는 사항으로서 기본적으로 국가의 입법정책에 속하는 문제이므로 그 내용이 형벌의 목적과 기능에 본질적으로 배치된다든가 또는 평등의 원리인 합리성과 비례성의 원칙을 현저하게 침해하는 것이 아닌 한 이를 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정할 수는 없다. 이와 같은 여러 면을 종합적으로 고려하면, 이 사건 법률조항이 마약류법 제58조 중 마약과 관련된 죄를 범한 자에 대한 법정형을 사형·무기 또는 10년 이상의 징역으로 가중하였다고 하여 헌법 제10조, 제11조 제1항, 제37조 제2항에 위반된다고 할 수 없다.

다. 보건복지부장관의 의견요지

향정신성의약품은 그 중 엘에스디(LSD), 메스암페타민과 같이 폐해가 크며 의학적 용도로 사용되지 않는 약품도 있지만 마약과는 달리 대부분이 의학적인 용도로 광범위하게 사용되고 있다. 반면에 마약은 양귀비, 아편, 코카엽 및 이들에게서 추출된 알칼로이드로서 인체에 직접적인 해독작용을 야기시키는 물질로 극히 제한적으로만 의학적인 용도로 쓰이며 불법적으로 공급 또는 사

용되었을 경우 미치는 사회적·개인적 폐해는 향정신성의약품이 미칠 폐해보다 크다고 할 수 있다. 이 사건 법률조항은 마약과 관련된 범죄에 보다 큰 사회적인 가중치를 부여하여 엄벌함으로써 마약에 관한 범죄를 미연에 방지하고자 하는 합리적인 형사정책적 의미를 담고 있다. 이 사건 법률조항이 마약의 가액에 제한범위를 두지 않은 것은 마약류법 제58조상의 행위들이 마약의 공급과 관련된 제조·수출입·매매 등이므로 불법마약류의 공급을 차단함으로써 마약류 범죄를 근절시키고자 하는 형사정책적 의미와 입법자의 결연한 의지를 나타내고 있는 것이다.

3. 마약관계 규제법규의 개관 및 이 사건 법률조항의 입법연혁

가. 우리나라 마약관계 규제법규의 개관

(1) 우리나라의 마약관계 규제법규로는 일반법인 형법(1953년 제정) 외에 먼저 1957년에 “마약법”이 제정되었는데, 이는 일제가 전매작물로서 양귀비의 재배를 허용한 결과 아편중독자가 발생하기 시작하여 1920년에 이미 마약중독자수가 20,000여명에 육박하고 6·25전쟁 등의 사회적 혼란을 거치며 1954년에는 남한에서만 50,000여명의 아편중독자가 발생하게 된 상황에서, 마약에 관한 국제협약을 근거로 하여 미군정법령의 마약단속규정을 대체하여 부정마약의 단속과 마약의 적정관리를 도모하기 위해서였다.

그 후 1970년에 마약 이외에 습관성이 있는 의약품 및 대마의 관리를 위해 습관성의약품관리법이 제정되었으나 1976년에 당시 심각한 사회문제로 대두된 대마초 흡연의 규제를 강화하기 위하여 별도로 “대마관리법”을 제정하였고, 중추신경계에 작용하는 약품의 규제를 위하여 1979년에 “향정신성의약품관리법”이 제정되면서 위 습관성의약품관리법은 폐지되었다. 그리고 2000. 1. 12. 규제개혁 차원에서 기존의 위 3개의 법률이 모두 폐지되고 마약류법으로 통합·제정되었다.

(2) 현행 마약류법은 마약·향정신성의약품·대마 및 그 원료물질의 취급·관리를 적정히 함으로써 그 오용 또는 남용으로 인한 보건상의 피해를 방지하여 국민보건 향상에 이바지함을 목적으로 한다(제1조).

동법에서 ‘마약류’라 함은 마약·향정신성의약품 및 대마를 총칭하여 말한다(제2조 제1호). 또한, ‘마약’이란 양귀비·아편·코카엽 및 이들에게서 추출된 알칼로이드로서 인체에 직접적인 해독작용을 야기시키는 물질로서 대통령령이 정하는 것을 말하고(제2조 제2호·제3호), ‘향정신성의약품’이란 인간의 중추신경계에 작용하는 것으로서 이를 오용 또는 남용할 경우 인체에 현저한

위해가 있다고 인정되는 것으로 대통령령이 정하는 것을 말하며(제2조 제4호), ‘대마’라 함은 대마초와 그 수지 및 대마초 또는 그 수지를 원료로 하여 제조된 일체의 제품을 말한다(제2조 제5호).

동법은 마약류의 거래에 대하여 유상·무상의 기준에 의해 매매와 수수(제58조·제59조)로 나누어 규율하면서 매매죄를 수수죄에 비하여 무겁게 처벌하고, 나아가 마약류 매매죄의 경우 영리범·상습범의 형을, 수수죄의 경우 상습범의 형을 다시 가중하는 규정방식을 취하고 있다. 한편, 특가법은 위 마약류 가운데 마약관련 규정의 죄를 범한 자(이하 “마약사범”이라 한다)에 대하여만 가중하고 있다.

나. 특가법상 마약가중 규정의 입법연혁

(1) 특가법에 마약사범에 대한 가중규정이 등장하게 된 것은 5·16 직후 경제질서를 문란케 하고 사회악을 조장케 하는 특정 범죄에 대해서는 본래의 처벌규정보다 엄중히 단속·처벌함으로써 국가경제의 재건과 건전한 사회질서의 확립을 기할 수 있도록 한다는 의도로 1966. 2. 23. 법률 제1744호로 특가법이 제정될 당시부터이다. 이러한 가중규정은 1960년대 중반에 접어들어 월남산 생아편이 대량으로 유입되기 시작하고 아편 밀수가 빈번히 일어났던 시대적 배경에서, 특히 1965년에는 일부 악덕제조업자들이 합성마약인 메사돈(methadone)을 설파제·해열제·비타민제에 혼합하여 주사약으로 시판함으로써 마약남용과는 관계 없는 사람들까지 이러한 약품을 사용하여 자신도 모르게 중독자가 되고, 이전까지 약 10,000명 정도였던 국내 마약환자수를 34,000명 정도로 폭발적으로 격증시킨 이른바 “메사돈 파동”의 발생 등 사회적 혼란상황을 배경으로 한 것이었다.

(2) 특가법 제정 당시에는 마약을 제조·수출입·소지 또는 판매 등을 행한 마약의 가액이 100만 원 이상인 때에는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처하고, 가액이 10만 원 이상 100만 원 미만인 때에는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다고 규정하여 마약의 가액에 따라 가중의 정도를 달리 하였다. 그 후 1968. 7. 15. 제2032호 개정법에서는 마약사범의 미수범을 정범에 준하여 처벌한다는 규정을 신설하였고, 1980. 12. 18. 제3280호 개정법에서는 마약법 제60조에 규정된 죄를 범한 자는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처하도록 하고, 마약법 제61조·제62조에 규정된 죄를 범한 자를 차등적으로 가중처벌하도록 하였다. 그리고 마약관계 법률이 2000. 1. 12. 마약류법으로 통합되자 특가법 제11조 제1항은 마약류법 제58조 중 마약과 관련된 규정

된 죄를 범한 자는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처하도록 하고, 제11조 제2항에서는 마약류법 제59조·제60조 중 마약과 관련된 규정된 죄를 범한 자는 가액의 구분에 따라 가중처벌하도록 하였다.

다. 우리나라 마약류사범의 실태

대검찰청의 자료에 의하여 우리나라 약물사범의 실태를 보면 1970년대 초까지는 마약사범이 주종을 이루고, 1970년대 중반부터 1980년대 초까지는 대마관리법위반사범이 성행하였다가, 1980년대 초반부터 메스암페타민 등 향정신성의약품관리법위반사범(이하 “향정사범”이라 한다)이 꾸준히 증가하여 2001년에는 향정사범이 전체 마약류사범의 78.8%를 점유하기에 이르러 국내 주종 마약류사범으로서의 지위를 확고히 하고 있다. 또한 최근 5년간 향정사범에 대한 기소율은 약 75.5% 정도로 마약사범에 대한 기소율 33.8%의 2배를 넘고, 1심 재판결과에 있어서도 마약사범의 실행율은 약 25%정도로 전체 마약류사범 평균의 절반 수준을 밑도는 반면 집행유예율은 70% 전후로 전체 평균의 2배 정도에 달하는데 비하여, 향정사범은 그와 반대의 양상을 보이고 있다.

4. 이 사건 법률조항의 위헌여부에 대한 판단

가. 쟁 점

마약류법 제58조 제1항은 마약의 수출입·매매 등, 향정신성의약품의 제조·수출입·매매 등, 대마의 수출입 등에 관하여 규정하고, 제2항에서 영리범·상습범에 관한 규정을, 제3항에서 미수범에 관한 규정을, 제4항에서 예비범·음모범에 관한 규정을 두고 있다. 한편 특가법 제11조 제1항은 “마약류법 제58조 중 마약과 관련된 규정된 죄”라고 규정하고 있는바, 법문상 이에는 마약류법 제58조 중 ‘마약’과 관련되어 규정된 죄 가운데 제1항의 마약의 수출입·매매 등에 관한 죄뿐만 아니라 제2항의 영리범·상습범과 제3항의 미수범, 제4항의 예비범·음모범도 포함된다. 구 특가법(1980. 12. 18. 법률 제3280호로 전문개정된 것) 제11조 제1항도 같은 내용을 담고 있었는데, 이에 대하여 대법원은 구 마약법 제60조 제3항의 미수범도 구 특가법 제11조 제1항에 의하여 가중된다고 판시한 바 있다(대법원 1984. 1. 31. 선고, 83도2790 판결, 공1984. 4. 1, 462).

즉, 특가법 제11조 제1항은 마약류법 제58조에 정한 죄 중 마약에 관한 죄의 단순범, 영리범·상습범, 미수범, 예비범·음모범의 경우를 가리지 아니하고 일률적으로 마약류법(제58조 제2항)상의 영리범·상습범과 같은 법정형인

사형·무기 또는 10년 이상의 징역으로 가중하는 규정이다. 따라서, 이 사건 법률조항은 비영리·비상습의 매수(이하 “단순매수”라 한다)와 비영리·비상습의 판매목적소지(이하 “단순판매목적소지”라 한다)에 대하여도 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처하는 것을 내용으로 하는바, 이러한 가중내용이 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 적절한 비례관계가 지켜질 것을 요구하는 실질적 법치국가의 원리에 반하는 것은 아닌지, 형벌체계상 균형성을 현저히 상실하여 다른 범죄와의 관계에서 평등원칙에 위반되는지 여부 등이 문제된다.

나. 책임과 형벌간의 비례성원칙 준수 여부

(1) 우리 헌법은 국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하려는 법치국가의 실현을 기본이념으로 하고 있고, 법치국가의 개념은 범죄에 대한 법정형을 정함에 있어 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 적절한 비례관계가 지켜질 것을 요구하는 실질적 법치국가의 이념을 포함하고 있다(헌재 1992. 4. 8. 90헌바24, 판례집 4, 225, 230). 따라서 어떤 행위를 범죄로 규정하고 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는데 대한 입법자의 입법형성권이 무제한한 것이 될 수는 없다. 즉, 법정형의 종류와 범위를 정할 때는 형벌 위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구에 따라야 하고, 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 정신에 따라 형벌개별화 원칙이 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다.

이러한 요구는 특별형법의 경우도 마찬가지인바, 원래 특별법은 일반법의 제정 이후 사회적 변화를 반영하여 일반법을 보완 혹은 대체하기 위해 제정되는 것으로 그 용도는 어디까지나 한시적이고 제한적이지 않으면 안된다. 특가범 역시 다른 법률과 마찬가지로 범죄와 형벌은 헌법질서에 기초한 그 시대의 가치체계가 일치되도록 제정되어야 하는 것이다. 그러므로, 그 입법취지에서 보아 중벌(重罰)주의로 대처할 필요성이 인정되는 경우라 하더라도 범죄의 실태와 죄질의 경중, 이에 대한 행위자의 책임, 처벌규정의 보호범위 및 형벌의 범죄예방효과 등에 비추어 전체 형벌체계상 지나치게 가혹한 것이어서, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈함으로써 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제원리에 반하여 자의적으로 행사된 것으로 평가되는 경우에는 이와 같은 법정형

을 규정한 법률조항은 헌법에 반한다고 보아야 한다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바 24, 판례집 4, 225, 229-232 참조).

(2) 입법자는 마약의 확산을 방지함으로써 국민의 건강을 보호하려는 목적으로 마약류법 제58조 제1항에서 마약류 취급자가 아닌 자, 또는 관계당국으로부터의 적법한 승인을 얻지 않은 자가 마약을 매수하거나 판매목적으로 소지하는 경우에 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하도록 규정하고, 같은 조 제2항에서 영리의 목적 또는 상습으로 제1항의 행위를 한 자에 대하여 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처하도록 규정하고, 같은 조 제3항에서 제1항 및 제2항의 미수범에 대한 처벌규정을, 같은 조 제4항에서 제1항 및 제2항에 규정된 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자를 10년 이하의 징역에 처하도록 규정하고 있다. 한편, 마약류불법거래방지에관한특례법 제6조에서는 마약 밀매업자나 조직범죄집단 등 마약을 “업으로” 매수한 자에 대하여 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처하고 1억원 이하의 벌금을 병과하도록 규정하고 있다. 그런데 이 사건 법률조항은 마약을 단순매수하거나 단순판매목적으로 소지한 경우에도 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처하도록 규정함으로써 마약류법 제58조의 영리범의 경우와 동일하게 처벌하도록 하고, 더욱이 “업”으로 마약범죄를 행한 경우와도 동일한 법정형으로 처벌하고 있으므로, 이것이 범죄에 대한 법정형을 정함에 있어 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 적절한 비례관계가 지켜질 것을 요구하는 실질적 범치국가의 이념에 반하는 것은 아닌지 하는 의문이 제기되는 것이다.

(3) 마약범죄를 공급측면과 수요측면으로 나누어 볼 때 마약의 제조·수출입·매도 등의 행위가 공급측면이고 마약의 사용행위가 수요측면이라면, 매수는 매도행위와는 필요적 공범관계로서 공급측면과도 관련성을 갖고 있지만 그 관련성의 정도, 공급행위와의 밀접성 등 마약확산에의 기여의 정도는 마약매수행위의 유형에 따라 다르다고 할 것이다. 즉, 전매차익을 위하여 매수하거나 마약을 싼값 또는 무상으로 제공하여 수요를 창출한 후 창출된 시장에서 고가로 판매하기 위하여 매수하는 경우와 같은 ‘영리매수’는 마약의 공급원을 새로이 창출하거나 기존의 제조 및 판매조직을 확대시키고 마약의 확산을 촉진하는 기능을 하여 마약의 대량확산에 크게 기여할 뿐만 아니라 타인의 정신적·육체적 황폐화를 통하여 영리를 도모한다는 점과 공급이 수요를 창출하는 마약류시장의 특성상 그 불법성과 비난가능성은 일반범죄의 영리범의 경우보다 더욱 크다. 반면에 단순히 소비하기 위하여 매수하는 경우와 같

은 ‘단순매수’는 마약 남용자의 소비에 충족된다는 점에서 기본적으로 수요의 측면에 해당되고 마약의 유통구조상 최종단계를 형성하므로 마약확산에의 기여도와 그 행위의 구조, 위험성 및 비난가능성 등 죄질에 있어서 영리매수와는 질적으로 다르다.

마약류범에서 단순범과 영리범을 구별하는 취지는 오히려 단순매수와 영리매수는 죄질에 있어서 질적으로 차이가 있음을 명확히 하는 것이라 하겠다. 실무상으로도 마약사범에 대하여 영리범과 단순범을 구별하고 있는 마약류범의 법조를 올바르게 적용하고 그 죄질에 상응하는 적절한 형벌을 과하기 위해서 수사 및 재판과정을 통하여 마약거래의 유형이 마땅히 규명되어야 한다. 그런데, 거래되는 마약의 양 등의 정황으로 미루어 비영리매수인지 여부는 비교적 어렵지 않게 구별할 수 있다고 할 것이다. 따라서 단순매수를 영리매수와 같은 법정형에 처하도록 하는 것은 어느모로 보나 합리적 근거가 없는 것이다.

한편, 판매목적소지는 마약의 매도행위에 대한 예비죄를 독립된 구성요건으로 한 것이다. 그런데, 마약의 매도행위는 영리의 추구를 그 핵심적 성질로 하므로 비영리의 단순판매목적소지는 그 행위의 발생 개연성이 극히 드문 만큼 마약의 공급이나 확산에 기여하는 정도도 상정하기 어려운 정도로 극히 미미하다 할 것인데, 이 사건 법률조항은 이러한 행위에 대하여까지 영리범과 동일하게 가중처벌하는 것이어서 국가형벌권의 지나친 남용이라는 비판을 면하기 어렵다.

외국의 입법례를 보면, 1970년에 제정된 미국의 종합마약류남용예방및규제법(Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act)에서는 남용가능성의 정도, 의료용으로 사용되고 있는가의 여부, 그리고 신체적 또는 정신적 의존성의 정도 등의 3가지 기준에 따라 마약류를 5등급으로 분류하여 거래마약류의 종류에 따라 형벌의 경중을 결정하였고, 그 후 위 법을 개정하면서 마약류의 위험성의 정도뿐만 아니라 불법거래 마약류의 양, 재범의 회수 및 상해와 사망의 결과발생 여부에 따라 가중의 정도를 달리하여 더욱 세분하여 규정하고 있다. 일본의 경우도 영리범과 단순범을 구별하고, 유럽 각국에서도 중한 마약류와 경한 마약류를 구별하거나 사용자와 거래자를 구별하여 벌하고 있는 등 대부분의 외국에서는 불법과 책임의 정도에 따라 세분하여 죄질과 책임의 비례관계를 보다 정밀하게 달성하도록 규율하고 있다.

그런데 특가법은 매수한 마약의 양이나 위험성의 정도, 마약사용의 결과로

타인의 신체에 상해나 사망을 일으켰느냐의 여부 및 재범의 존부 등 죄질이나 비난가능성의 정도를 구별하지 않고 있다. 또한 위에서 본 바와 같이 마약류범은 영리범·상습범에 대하여는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역이라는 대단히 중한 법정형을 규정하고 있는데 반하여, 단순범에 대하여는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하도록 규정하고 있으므로 단순범과 영리범의 구별은 그 의미가 크고 또한 절대적으로 필요한 것이라 할 것인데, 이 사건 법률조항으로 인하여 그나마 존재하던 단순범과 영리범의 구별조차 소멸되어 불법의 정도, 죄질의 차이 및 비난가능성에 있어서의 질적 차이를 무시함으로써 죄질과 책임에 따라 적절하게 형벌을 정하지 못하고 있다. 결국 이 사건 법률조항이 마약의 단순매수·단순판매목적소지에 대하여 영리범과 동일한 법정형을 규정한 것은 법정형 설정에 대한 입법형성의 범위를 일탈하여 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 적절한 비례관계를 현저히 훼손하는 것이다.

(4) 뿐만 아니라 이 사건 법률조항은 단순매수나 단순판매목적소지의 마약사범에 대하여도 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처하도록 규정하고 있어, 예컨대 단 한 차례 극히 소량의 마약을 매수하거나 소지하고 있었던 경우 실무상 작량감경을 하더라도 별도의 법률상 감경사유가 없는 한 집행유예를 선고할 수 없도록 법관의 양형선택과 판단권을 극도로 제한하고 있고 또한 범죄자의 귀책사유에 알맞은 형벌을 선고할 수 없도록 법관의 양형결정권을 원천적으로 제한하고 있는바, 이는 살인죄(사형 무기 또는 5년 이상의 징역)의 경우에도 작량감경의 사유가 있는 경우에는 집행유예가 가능한 것과 비교할 때 매우 부당하다.

나아가 형사정책적 측면에서도 형벌이 지나치게 가혹·잔인하면 일시적으로는 범죄 억지력을 발휘할지 모르지만 결국에는 중벌에 대해 면역성과 무감각이 생기게 될 뿐이고, 범죄예방과 범질서수호가 아니라 법의 권위를 실추시키고 범질서의 영속성과 안정을 저해하는 요인이 될 뿐이다. 이 사건 법률조항의 경우에 마약의 단순매수·단순판매목적소지를 영리범과 같이 중형으로 처벌하는 것은 마약의 단순매수자로 하여금 마약밀매자 등과 동류의식 내지는 공범의식을 갖도록 조장하게 되어 그들의 손아귀에서 빠져나오는 것을 더욱 어렵게 만들 뿐만 아니라 지나친 엄벌로 인하여 자포자기케 하여 심지어는 마약밀거래에 가담하게 하는 부작용을 초래할 우려마저 있다. 또한, 마약의 단순매수자는 매수자이기 이전에 마약사용자 내지 피해자 또는 환자의 측면이 강한데 단순매수자를 엄벌로 다스리게 되면 그들은 처벌을 두려워한 나

머지 은밀한 곳에 숨게 되므로 범죄조직의 활동이 더욱 용이하게 되고, 결국 엄벌이 치료를 기피하게 만들고 따라서 마약사범의 퇴치는 점점 어려워지게 되어 형사정책적으로 불합리한 결과를 초래하는 것이다.

다. 다른 범죄와의 관계에서 평등의 원칙에 어긋나는지 여부

(1) 위에서 살펴본 바와 같이 우리나라에서 남용의 정도나 남용으로 인한 폐해가 가장 심각한 것은 메스암페타민을 포함한 향정사범이라 할 것이다. 이러한 향정사범에 대한 법적 규율을 보면 마약류 취급자가 아니면서 메스암페타민 또는 그것을 함유하는 향정신성의약품 제조·수출입하거나 위 목적으로 소지하면 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하며(마약류법 제58조 제1항 제6호), 영리의 목적 또는 상습으로 위 행위를 하면 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처하고(같은 조 제2항), 매매·매매의 알선·수수·소지·소유·사용·관리·조제·투약·교부한 자는 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하고(제60조 제1항 제3호), 상습으로 위 죄를 범한 자는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중하는 것으로 규정하고 있으나(같은 조 제2항), 특가법에서 이들을 가중하는 규정은 없다. 그러므로 이 사건 법률조항이 우리나라 마약류사범의 주종이라 할 수 있는 메스암페타민 등 향정사범에 대하여는 가중하지 않으면서 오히려 그 비중이 저하된 마약사범에 대하여만 위와 같이 중형으로 가중하는 것은 평등원칙 위반의 문제가 제기되는 것이다.

(2) 마약류를 위험성에 따라 분류하면 원칙적으로 마약과 향정신성의약품은 강한 마약류에, 대마는 약한 마약류에 속한다고 봄이 일반적이다. 마약과 향정신성의약품을 구체적으로 비교하기 위하여 마약에 속하는 헤로인과 향정신성의약품에 속하는 메스암페타민의 위험성의 차이를 보면, 약물의 독성이나 의존성의 면에 있어서는 헤로인이 더 위험하다고 할 수 있으나 헤로인 중독자의 범행행위는 약물 구입자금을 위한 매춘행위 따위의 소극적인 것이 많은데 비하여 메스암페타민 중독자는 망상작용에 기인하는 발작적인 파괴활동 내지 적극적인 범죄행위로 사회전반에 큰 불안을 준다. 이러한 의미에서 메스암페타민은 보다 사회적인 면에서 위험한 약물인데 반하여 헤로인은 보다 개인적인 면에서 위험한 약물이라고 할 수 있고, 사회에 대한 범죄성·파괴성·폐해성이라는 면에서는 향정신성의약품 특히 메스암페타민 등의 약물이 가져오는 위험성은 더욱 커지게 된다.

앞에서 본 바와 같이, 우리나라 마약류범죄에 있어서 1980년대 이후에는 마약사범이 차지하는 양적인 비율이나 질적인 위험성의 정도가 과거보다 현저

히 저하되었고, 검찰이나 법원에서 향정사범에 비해 마약사범을 상대적으로 관대하게 처분하는 것으로 나타나는 것도 이러한 양상을 반증하는 것이라 하겠다. 외국산 마약류의 밀반입에 있어서도 반입건수별, 반입량별 점유비율에 있어서 여전히 메스암페타민 등 향정사범이 압도적이며, 마약사범의 경우는 그 비율이 비교적 적게 나타나고 있다.

그렇다면, 마약류 자체가 가지는 위험성의 측면이나 우리 사회에서 차지하고 있는 비중에서 있어서도 향정사범과 달리 마약사범에 대하여만 가중을 하여야 할 정도로 마약이 향정신성의약품에 비해 더욱 위험하다고 볼 수는 없으며, 범죄의 실태와 검찰에서의 기소율이나 형사재판의 결과 등을 감안하고 마약류 규제법규의 연혁을 살펴보면 마약사범만을 가중하여야 할 합리적 근거를 찾아보기 어렵다고 할 것이다. 그러므로, 이 사건 법률조항은 아무런 합리적 근거 없이 마약사범만을 가중하여 형벌체계상의 균형성을 현저히 상실하여 평등원칙에 위반된다고 보지 않을 수 없다.

5. 결 론

이상에서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항은 지나치게 과중한 형벌을 규정함으로써 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 비례관계가 준수되지 않아 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하려는 실질적 법치국가 이념에 어긋나고 형벌 본래의 기능과 목적을 달성하는 데 필요한 정도를 현저히 일탈하여 과잉입법금지원칙에 위배되며, 형벌체계상 균형성을 상실하여 다른 범죄와의 관계에서 평등의 원칙에 위반된다 할 것이므로 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

그러므로, 이와는 달리 구 특가법(1980. 12. 18. 법률 제3280호로 개정되고 2000. 1. 12. 법률 제6146호로 개정되기 전의 것) 제11조 제1항 중 구 마약법(1993. 12. 27. 법률 제4632호로 개정되기 전의 것) 제60조 제1항에 관한 부분이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 헌재 1995. 4. 20. 91헌바11 결정은 이 결정의 견해와 저촉되는 한도 내에서 이를 변경하기로 한다.

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

구 수산업법 제14조 제1항 위헌소원

(2003. 11. 27. 2002헌바102·103(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 어업허가를 갱신한 청구인들이 갱신 전의 어업허가기간중 공공 사업의 시행으로 인하여 발생한 조업권의 침해를 원인으로 손해배상을 구한 당해사건에서, 어업허가의 유효기간을 5년 이내로 한다고 규정한 구 수산업법 제14조 제1항(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 헌법에 위반된다며 위헌심판제청을 하여 기각결정을 받고 그에 관한 헌법소원심판청구를 한 경우 이 사건 법률조항이 당해사건의 재판의 전제가 되는 범조항인지 여부(소극)

2. 어업허가기간을 허가조건의 점검기간이 아닌 유효기간으로 보는 법원의 해석이 헌법재판소가 관여할 만한 법원의 해석에 의하여 구체화된 심판대상 규정의 위헌성 문제인지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 법률조항은 어업허가의 유효기간을 5년 이내로 한다는 내용으로, 구체적인 어업허가의 유효기간은 관할관청이 어업허가라는 행정처분을 하면서 정하여진다. 따라서 당해사건에서 청구인들의 손해배상청구가 인용되기 위해서는 이 사건 법률조항에 대한 위헌결정이 갱신 전의 어업허가가 정한 허가기간을 무효로 할 수 있어야 한다. 그런데 갱신 전의 어업허가처분에 대한 취소소송의 제기기간이 이미 도과하여 확정력이 발생한 이상 위헌결정의 소급효가 미치지 아니하고, 그 허가기간이 이미 경과하여 이 사건 법률조항에 대하여 위헌결정이 선고된다고 하더라도 갱신 전의 어업허가가 기간부분만 실효되어 기간의 정함이 없는 어업허가로 되살아날 수는 없으므로, 이 사건 법률조항의 위헌여부에 따라 당해사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지지 아니한다.

또한 어업허가는 허가권자에게 권리·능력을 설정해 주는 형성적

행위에 가까우므로, 어업허가의 경우에는 행정청이 관계법상의 요건이 충족되면 허가를 하여야 할 기속을 받는 일반적인 허가와는 달리 어업허가를 함에 있어서나 또는 허가기간을 정함에 있어서 공익적 관점에서 보다 넓은 재량을 갖는다고 할 것이다. 그렇다면 갱신 전의 어업허가는 그 기간인 5년이 경과하면 당연히 소멸하는 것으로 보아야 할 것이지 당해법원의 견해처럼 이 사건 어업허가가 종전의 어업허가의 기간만 갱신된 것으로 그 권리의 성질이 계속된다거나, 이 사건 법률조항에 대한 위헌결정이 있다고 하여 종전의 어업허가가 갱신여부에도 불구하고 그 기간이 그대로 연장된다고 볼 수는 없다.

2. 어업허가가 갱신된 경우 공공사업에 의한 제한이 있는 상태에서 어업허가가 있었는지 여부는 이미 유효기간이 만료한 어업허가를 기준으로 할 수 없다고 하여 어업허가기간을 허가조건의 점검기간이 아닌 유효기간으로 보는 법원의 해석은, 이 사건 법률조항 자체의 해석의 문제라기보다는 어업허가가 갱신된 경우 종전의 어업허가와 갱신된 어업허가가 상호 어떠한 성질을 갖게 되는지의 문제이며, 공공사업의 시행과 관련하여 손해배상의 대상이 되는 허가어업의 성질에 관한 단순한 법률해석이지 헌법재판소가 관여할 만한 법원의 해석에 의하여 구체화된 심판대상 규정의 위헌성 문제는 아니다.

재판관 윤영철, 재판관 권 성, 재판관 김효종, 재판관 전효숙의 반대이견

1. 재판의 전제성

법률은 어느 정도의 추상성을 갖는 문언으로 표현되기 때문에 그 이해의 방법이 다양한 경우가 허다하므로 이러한 다양성은 어느 정도는 불가피한 일일뿐만 아니라, 법률의 배후에 존재하는 이치를 탐색하여 보편타당한 방향으로 법률을 다듬어 나가기 위하여는 이러한 이해방법의 다양성을 오히려 적극적으로 수용하는 것이 반드시 필요하다.

이 사건 법률조항이 사용하는 “유효기간”이라는 어휘의 이해방법에 관하여는 “권리의 절대적 존속기간”으로 보는 견해와 “갱신조치를 조건으로 하여 권리의 연장이 가능하다는 것을 포함하는 의미에서 ‘권리의 일차적 존속기간 또는 권리의 최초 존속기간’이라고 보는 두 개의 이해

방법이 있을 수 있고, 어느 쪽을 택하는가에 따라 손해배상을 받게 되거나 받지 못하게 되는 등 중대한 차이가 발생할 가능성이 있으며 그 차이는 법률의 보편타당성 여부와 연결된다. 이 사건에 한정하여 말한다면 당해소송의 주문이 달라지거나 주문은 같더라도 그 중요한 이유가 달라지게 된다.

2. 한정위헌 청구의 적법여부

이 사건 법률조항이 규정하는 유효기간의 의미를 권리의 절대적인 존속기간으로 보는 법원의 선풀가 어느 정도 집적되어 있어, 이 규정의 의미가 그러한 내용으로 이미 확정되어 있는 상태라고 할 수 있다. 다시 말하면 유효기간의 의미를 권리의 절대적인 존속기간으로 보는 것은 단순한 법률해석의 차원을 넘어서서 사실상 법률규정의 일부를 구성하는 단계에 이미 진입한 것이라고 보아야 한다.

이와 같이 이 사건 법률조항이 가질 수 있는 여러 의미 중에서 법원의 선풀가 이해하는 바대로의 의미가 법률규정의 일부를 사실상 형성하고 있다면, 여기에 포함된 위헌성을 지적하여 이를 제거하고, 배후로 밀려난 그 나머지의 다른 의미를 드러내어 그것이 갖는 합헌성을 확인하기 위하여는, 위헌성을 지닌다고 생각되는 의미에 대하여 한정위헌선언을 구하는 헌법소원을 불가불 제기할 수밖에 없는 것이다.

【심판대상조문】

수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문개정되기 전의 것) 제14조(어업의 면허 또는 허가의 유효기간) ① 어업의 면허 또는 허가의 유효기간은 제8조에 해당하는 어업은 5년 이상 10년 이내로 하고, 제11조 내지 제13조 및 제23조에 해당하는 어업은 5년 이내로 한다. 다만, 제26조 제2항 및 제3항과 해군기지법 기타 다른 법령의 규정에 의한 관계기관과의 협의에 따라 제한 또는 조건을 붙여 면허를 할 때에는 그러하지 아니하다.

②, ③ 생략

④ 삭제

수산업법 제11조(수산청장의 허가어업) ① 근해구역을 주조업구역으로 하는 어업으로서 기선저인망어업·트롤어업·모선식어업 등 대통령령이 정하는 어업을 하고자 하는 자는 어선 또는 어구마다 수산청장의 허가를 받아야 한다.

② 제1항의 규정에 의하여 수산청장의 허가를 받아야 할 어업의 명칭, 어선의 톤수·기관마력 기타 허가에 관하여 필요한 사항은 농수산부령으로 정한다.

수산업법 제12조(도지사의 허가어업) ① 연안구역을 주요어업구역으로 하는 어업으로서 범선저인망어업·해수어업·해조채취어업 등 대통령령이 정하는 어업을 하고자 하는 자는 어선 또는 어구마다, 수산종묘생산업을 하고자 하는 자는 그 수산종묘생산시설에 대하여 도지사의 허가를 받아야 한다.

② 제1항의 규정에 의하여 도지사의 허가를 받아야 할 어업의 명칭, 어선의 톤수·기관마력, 허가의 정한수, 수산종묘생산시설기준 기타 허가에 관하여 필요한 사항은 농수산부령으로 정한다.

수산업법 제13조(시험 또는 교습어업) ① 제8조·제11조·제12조·제22조 및 제23조의 규정에 의한 어업 이외의 새로운 어구·어법 또는 어장을 개발하여 어업을 하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 수산청장의 허가를 받아야 한다.

② 수산청장이 지정한 시험연구기관 또는 교육기관에서 시험연구 또는 교습을 위한 어업을 하고자 하는 경우에는 제1항과 제8조·제11조·제12조·제22조 및 제23조의 규정에 불구하고 수산청장 또는 도지사의 승인을 얻어야 한다.

수산업법 제23조(원양어업의 허가) ① 해외어장을 주요어업구역으로 하는 어업으로서 대통령령으로 정하는 어업을 하고자 하는 자는 어선 또는 어구마다 수산청장의 허가를 받아야 한다.

② 제1항의 규정에 의하여 허가를 받아야 할 어업의 명칭, 어선의 톤수·기관마력 기타 허가에 관하여 필요한 사항은 농수산부령으로 정한다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 어업의 허가를 할 때에는 제5조 제2항의 규정은 적용하지 아니한다.

【참조조문】

헌법 제120조

헌법재판소법 제41조 제1항, 제68조 제2항

【참조판례】

- 1. 헌재 2001. 2. 22. 99헌마605, 판례집 13-1, 356
헌재 2002. 5. 30. 2001헌바65등, 판례집 14-1, 508
- 2. 헌재 1995. 5. 25. 91헌바20, 판례집 7-1, 615
헌재 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 10-2, 243
헌재 1999. 3. 25. 98헌바2, 판례집 11-1, 200
헌재 2001. 3. 21. 99헌바107, 판례집 13-1, 626
헌재 2001. 8. 30. 2000헌바36, 판례집 13-2, 229

【당 사 자】

청 구 인(선정당사자) 1. 김도환 외 2인

(2002헌바102)

2. 김경선(2002헌바103)

대리인 변호사 장기욱

당해사건 대전고등법원 2002나2780 손해배상(기)

대전고등법원 2002나2773 손해배상(기)

【주 문】

청구인들의 심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인들 및 나머지 선정자들(이하 “청구인들”이라고 한다)은 아래의 항로준설공사가 시행되거나 사설부표가 설치되기 전부터 보령시 신흑동, 웅천면, 남포면 등 고정항의 주변 일대 해안에 거주하면서, 별지 3, 4 목록 선박명란 기재 각 선박을 어선등록일란 기재 날짜에 등록하고 그 무렵 연안유자망 어업, 연안안강망 어업 등의 어업허가를 받은 뒤 연안어업에 종사하여 오다가 같은 목록 어업허가일 기재란 날짜에 어업의 종류란 기재의 어업허가로 갱신하고 어업에 종사하여 왔다.

청구인들이 보유하고 있는 선박은 거의 모두가 1톤 미만이거나 또는 1톤이 넘는다고 하여도 5톤이 안 되는 소형선박으로서 그 성능상 먼 거리까지 조업을 나갈 수가 없고, 또한 인근의 각 어촌계에서는 관행적으로 각자의 조업구역을 따로 구분해 놓고 있어 사실상 다른 어촌계의 조업구역을 침범하는 것이 불가능하여, 청구인들은 그 주거지로부터 바다 쪽으로 선박을 타고 약 1시간 정도 소요되는 해역 내에서 주로 조업을 하였는바, 그 조업구역은 북쪽으로는 보령화력발전소 앞바다에서 효자도 연안에 이르고, 남쪽으로는 보령시 무창포의 황죽도 앞바다에서 외연도에 이르는 천수만 일대의 해역(이하 “이 사건 조업구역”이라고 한다)이다.

(2) 국가는 보령시 주포면, 오천면, 감포면, 웅천면 일대의 해안지역과 그 인근의 해면 등 총면적 1,014,000평에 고정화력발전소(그 후 보령화력발전소로 명칭이 변경되었다)를 건설하기로 계획을 세운 뒤 그 개발사업의 시행자로 한국전력공사(이하 “한전”이라고 한다)를 지정하였고, 이에 한전은 1980.

3. 19. 건설부장관으로부터 위 개발사업의 실시계획승인을 받고 제1호기의 공사를 1983. 12. 28. 준공하여 가동하기에 이르렀으며 1985. 11. 29. 보령화력발전소의 사업준공인가를 받았다.

국가는 보령화력발전소의 건설에 필요한 건축자재 및 발전설비의 운반과 아울러 발전소가 완공된 뒤 그 가동에 필요한 연료의 수송을 위하여 위 발전소의 인근 보령시 오천면 고정리 해변에 위치한 고정항을 위 발전소의 전용항구로 이용하기로 계획을 세우고, 이를 위하여 1983. 8. 30. 고정항을 항만법상의 무역항 그리고 개항질서법상의 지정항으로 지정하였고, 고정항의 항계 안에 출입하는 선박의 안전을 확보하기 위하여 구 개항질서법 제12조와 구 개항질서법시행령 제10조에 기하여 그 항계 안에 위치한 해역의 공유수면 중 넓이 2제곱마일에 이르는 부분을 고정항의 법정항로(이하 “이 사건 법정항로”라고 한다)로 지정하였다.

한편 한전은 1981. 12. 28. 보령군수로부터 고정항의 항계로부터 외해에 이르는 항로 부분에 대하여 공유수면준설 및 투기허가를 받은 뒤 그 무렵부터 선박의 통행이 용이하도록 수심이 낮은 해역의 바닥부분을 준설하는 한편, 고정항에 출입하는 선박으로 인한 해상교통의 안전을 확보하기 위하여 1982. 11. 10. 해운항만청장으로부터 사설항로표지시설의 설치허가를 받은 다음, 이 사건 법정항로구역에 포함된 근해에 총길이 약 28km에 걸쳐 등부표 27기, 등대 1기, 일반부표 1기, 전후도등 2기, 무신호기 1기 등의 사설항로표지시설을 1983. 9. 30.경까지 모두 설치하였고, 그 후로도 계속하여 이를 유지·관리하였다(이하 사설항로표지시설을 “사설부표”라고 한다).

(3) 청구인들은, 한전이 이 사건 조업구역 내에 보령화력발전소를 건설하여 가동하고 이 사건 법정항로 및 사설부표 설치구역을 개설함에 따라 1991년경부터, ① 그 곳으로 통행하는 대형선박의 운항으로 인하여 기왕의 조업구역 내에서 조업하는 것이 금지되거나 또는 사실상 상당한 정도로 제약을 받게 되었고, ② 아울러 대형선박이 이 사건 법정항로 및 사설부표 설치구역을 수시로 통행함에 따라 이 사건 조업구역의 생태계가 파괴되어 결국 기존의 어획량이 감소되는 피해를 입게 되었다고 주장하면서, 한전(한국중부발전주식회사가 2001. 4. 2. 한국전력공사로부터 분할·설립되면서 그 법적 지위를 승계하였다)를 상대로 하여 대전지방법원 홍성지원에 손해배상청구소송을 제기하였다(대전지방법원 홍성지원 91가합2103, 92가합1213).

(4) 청구인들은 위 사건 및 그 항소심에서 일부승소하였으나, 상고심에서

피고 패소부분이 파기환송되어(대법원 2002. 2. 26. 선고, 2000다72404, 2000다72411) 그 환송심인 대전고등법원 2002나2780, 2002나2773 사건(당해사건)의 심리중 구 수산업법 제14조 제1항에 대한 위헌심판제청을 신청하였다(대전고등법원 2002카기81, 2002카기80).

대전고등법원이 2002. 11. 28. 대법원판결의 취지에 따라 청구인들의 1심 승소부분을 취소하고 위 취소부분에 해당하는 청구인들의 청구 및 항소를 모두 기각함과 동시에 위 위헌제청신청도 기각하자, 청구인들은 위헌제청신청 기각결정을 2002. 12. 11. 송달받고 2002. 12. 23. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

따라서 이 사건의 심판대상은 구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문개정되기 전의 것, 이하 “이 법”이라고 한다) 제14조 제1항 본문 중 “어업의 허가의 유효기간은 제11조 내지 제13조 및 제23조에 해당하는 어업은 5년 이내로 한다”는 부분(이하 “이 사건 법률조항”이라고 한다, 청구인은 위 조항 전체를 심판대상으로 표시하여 심판청구를 하였으나, 당해사건의 내용과 청구인의 주장을 종합하여 볼 때 위 조항 중 “어업의 면허” 부분과 “제8조에 해당하는 어업은 5년 이상 10년 이내로 하고” 부분은 당해사건과는 직접적인 관련이 없으므로 이 부분은 심판대상으로 삼지 않는다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

수산업법 제14조(어업의 면허 또는 허가의 유효기간) ① 어업의 면허 또는 허가의 유효기간은 제8조에 해당하는 어업은 5년 이상 10년 이내로 하고, 제11조 내지 제13조 및 제23조에 해당하는 어업은 5년 이내로 한다. 단서 생략

②, ③ 생략

2. 청구인의 주장과 위헌제청신청 기각결정 이유의 요지

가. 청구인의 주장

우리나라의 경제질서는 개인과 기업의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 하므로 기업의 특성 중의 하나인 “계속성”은 존중되어야 한다. 그런데, 어업 활동은 어선의 항행능력이 존속하는 한 계속되는 것이므로 어업허가는 5년의 허가기간 경과로 종료될 수 없고 그 어선의 항행능력이 존속하는 한 계속되어야 한다.

이 사건 법률조항은 “어업허가의 유효기간은 5년 이내로 한다”라고 규정하고 있는바, 계속성이라는 기업의 특성을 고려할 때 위 조항에 근거하여 이루

어진 허가처분에 부가된 “중기(終期)”의 의미는 “허가조건을 재점검하는 시기”로 해석될 뿐이므로 특별한 사유가 없으면 중기가 도래하더라도 종전의 허가처분은 당연히 연장된다고 보아야 한다.

이와 반대로 허가처분에 부가된 중기를 “허가처분의 효력이 종료되는 시점”으로 해석한다면, 기업의 계속성을 전제로 청구인들이 어선어업에만 유용할 뿐인 선박의 구입에 들인 자본과 오랫동안 어선어업에 종사하면서 터득한 기술은 무용하게 될 것이다. 따라서, 위와 같이 해석하는 한 이 사건 법률조항은 직업선택의 자유와 경제활동의 자유를 침해한다.

나. 위험제청신청 기각결정 이유의 요지

헌법 제120조에 의하여 국가가 수산자원의 이용에 관하여 일반적·상대적 금지를 해제하여 천연적 자유를 회복시키면서 그것에 대한 국가적 보호조치의 일환으로서 그 금지의 해제에 일정한 제한을 가하는 것은 그 방법상 헌법상의 한계를 일탈하지 않는다면 허용된다고 할 것이고, 이 법의 입법목적과 시간적 추이에 따른 해황(海況)이나 어황(漁況)의 변동 및 허가어업에 투자되는 자본과 노력 등을 종합적으로 고려할 때, 허가어업의 유효기간을 “5년 이내”로 한정된 이 사건 법률조항은 수산자원의 보호 및 질서유지를 위하여 그 혜택을 누리고 그것을 영업의 수단으로 하는 국민의 이익을 제한함에 있어서 법익균형성의 원칙을 위배하였다고 볼 수 없고, 오히려 일반적·상대적 금지의 해제기간을 무한정으로 한다면 수산자원의 조성·보호라든가 수면의 종합적 이용·관리 기타 공익상 필요 등 질서유지라는 이 법의 입법목적이 몰각되는 결과에 이르게 될 것이다.

따라서 이 사건 법률조항이 과잉금지의 원칙에 위배되어 과도하게 직업선택의 자유를 침해한다거나 경제활동의 자유를 침해하는 것이라고 할 수 없다.

다. 해양수산부장관의 의견

아래 사항을 추가하는 외에는 위 위험제청신청 기각결정의 이유와 같다.

어업허가의 유효기간을 무한정으로 허용한다면 남획으로 인한 수산자원의 고갈을 촉진하게 되어 결국 어업인들이 어업을 지속할 수 없게 되고 어업과 관련한 경제활동도 불가능하게 될 것이다. 이는 국가가 자연자원에 대한 강력한 규제권한을 가지는 한편 자연자원에 대한 보호의무를 지도록 한 헌법 제120조를 위반하는 결과가 된다.

따라서 이 사건 법률조항은 입법자의 입법형성권의 범위를 일탈하였다거나 법익균형성의 원칙에 위배된다고 볼 수 없으므로, 직업선택의 자유와 경제활

동의 자유를 침해하지 않는다.

라. 한국중부발전주식회사 사장의 의견

(1) 이 사건 법률조항은 수산자원의 보호·어업의 민주화·수산업의 발전이라는 공공복리 달성을 위해 법률의 형식으로 기본권을 제한하고 있으므로 기본권제한의 목적과 형식을 준수하고 있으며, 어업허가에 기한을 설정한다고 하여 어민들의 어업활동에 지장을 초래하는 것은 아니며 허가기한의 종료 후에는 어업허가를 다시 받을 수 있기 때문에 어업의 자유가 침해되었다고 볼 수 없다.

(2) 이 사건 법률조항은 수산자원의 보호와 수산업발전이라는 공공복리의 달성을 목적으로 하므로 입법목적의 정당성이 인정되고, 어업허가의 종기설정 은 남획으로 인한 수산자원의 고갈을 방지하기 위한 적절한 수단이 되며, 이 법은 허가기간이 지난 후에는 다시 어업허가를 받을 수 있도록 하여 어민들의 피해를 최소화하는 방안을 마련하고 있을 뿐 아니라, 어업허가기간을 됴으로써 보호되는 공익인 수산자원의 보호와 수산업의 발전은 이 사건 법률조항으로 인해 제한되는 사익인 어업허가의 영구성에 비해 우선적으로 보호되어야 할 것이다.

3. 판 단

가. 재판의 전제성

(1) 일반론

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원에 있어서는 법원에 계속된 구체적 사건에 적용할 법률의 위헌여부가 재판의 전제로 되어 있어야 하고, 이 경우에 재판의 전제가 된다고 함은 문제되는 법률이나 법률조항이 당해 소송사건의 재판에 적용되는 것이어야 하며, 그 법률이나 법률조항의 위헌여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 말한다(헌재 1997. 11. 27. 92헌바28, 판례집 9-2, 548, 562 등 참조).

(2) 당해법원의 견해

당해법원은 아래와 같은 근거를 들어 재판의 전제성을 인정하였다.

“이 사건 공공사업의 시행이 종료된 1983. 12. 31. 이전 어업허가를 받았다가 유효기간의 만료로 1986. 4. 29. 이후 위 허가를 갱신한 청구인들은 당해사건에서, 이 사건 공공사업의 시행으로 인하여 1991.경 이후 청구인들이 영위하던 어업이 침해되었다며 그로 인한 어업상 피해에 대한 손해배상을 구하고 있다(이하 1983. 12. 31. 이전에 받은 어업허가를 ‘종전의 어업허가’, 갱신된 어

업허가를 ‘이 사건 어업허가’라고 한다).

즉, 당해소송은 ‘청구인들이 1991.경 보유하고 있던 이 사건 어업허가는 이 사건 공공사업의 시행 등에 의한 제한이 전제되지 않은 종전의 어업허가가 그대로 연장된 것으로서 그 기간만 갱신되었을 뿐 그 권리 내지 자격의 성질, 즉 사업권은 계속되는 것이므로, 그 사업권의 계속여부(이 사건에서는 청구인들의 어업허가가 공공사업의 제한이 있는 상태에서 부여된 것인가 여부)는 종전의 어업허가를 기준으로 하여야 한다’는 것을 전제로 하고 있다. 따라서 어업허가의 유효기간을 5년 이내로 정한 이 사건 법률조항이 위헌이라고 한다면 청구인들의 종전의 어업허가는 갱신여부에도 불구하고 그대로 연장되는 것으로 보아야 할 것이고, 종전의 어업허가를 취득한 이후 공공사업의 시행이 이루어진 경우에는 그 공공사업으로 인한 제한이 있기 이전의 상태, 즉 종전의 어업허가 당시를 기준으로 하여 피해보상을 받을 수 있게 될 것이므로 그 법률조항의 위헌여부에 따라 당해소송에서의 판결주문이 달라질 가능성이 있다. 그러므로 이 사건 법률조항의 위헌여부는 당해소송의 재판의 전제가 된다.”

(3) 판 단

(가) 헌법재판소는 재판의 전제성에 관련된 법률해석에 관하여, “위헌법률심판에 있어서 …… 재판의 전제성은 헌법재판소가 별도로 독자적인 심사를 하기보다는 되도록 법원의 이에 관한 법률적 견해를 존중해야 할 것이며, 다만 그 전제성에 관한 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없을 때에만 헌법재판소는 예외적으로 이를 직권으로 조사하여 위헌제청을 각하할 수 있다고 할 것이다. 왜냐하면 문제되는 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되느냐 되지 않느냐는 사건기록 없이 위헌여부의 쟁점만 판단하게 되어 있는 헌법재판소보다는 기록을 갖고 당해사건의 중국적 해결을 하는 일반법원이 더 잘 알 것이며 또 헌법재판소가 위헌여부의 실제판단보다도 위헌심판청구의 형식적 요건인 재판의 전제성에 치중하여 나름대로 철저히 규명하려 든다면 결과적으로 본안사건의 중국적 해결에 커다란 지연요인이 될 것이기 때문이다(헌재 1993. 5. 13. 92헌가10등, 판례집 5-1, 226, 239; 헌재 1995. 11. 30. 94헌가2, 판례집 7-2, 538, 543; 헌재 1996. 10. 4. 96헌가6, 판례집 8-2, 308, 321 등 참조)”라는 견해를 밝히고 있다.

(나) 당해법원은 재판의 전제성을 인정하고 본안판단에 들어가 위헌제청신청을 기각하였으나, 과연 이러한 견해가 유지될 수 있는지 아래에서 살펴보기

로 한다.

이 사건 법률조항은 이 법 제11조 내지 제13조 및 제23조에 해당하는 어업허가의 유효기간을 5년 이내로 한다는 내용으로, 구체적인 어업허가의 유효기간은 관할 관청이 어업허가라는 행정처분을 하면서 정하여진다. 즉 이 사건 법률조항이 직접 구체적 어업허가의 유효기간이 되는 것은 아니다. 따라서 당해사건에서 청구인들의 손해배상청구가 인용되기 위해서는 이 사건 법률조항에 대한 위헌결정이 종전의 어업허가가 정한 허가기간을 무효로 할 수 있어야 한다.

그런데 법률에 근거하여 행정청이 행정처분을 한 후에 헌법재판소가 그 법률을 위헌으로 결정하였다면 결과적으로 그 행정처분은 법률의 근거가 없이 행하여진 것과 마찬가지로 되어 하자 있는 것이 된다고 할 것이나, 하자있는 행정처분이 당연 무효가 되기 위해서는 그 하자가 중대할 뿐만 아니라 명백한 것이어야 하는바, 일반적으로 법률이 헌법에 위반된다는 사정이 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로 특별한 사정이 없는 한 이러한 하자는 위 행정처분의 취소사유에 해당할 뿐만 아니라 당연 무효사유는 아니며(헌재 2001. 2. 22. 99헌바605, 판례집 13-1, 356, 362; 대법원 1998. 4. 10. 선고, 96다52359 판결; 대법원 2001. 3. 23. 선고, 98두5583 판결), 이미 취소소송의 제기기간을 경과하여 확정력이 발생한 행정처분에는 위헌결정의 소급효가 미치지 않는다고 보아야 할 것이다(헌재 2002. 5. 30. 2001헌바65등, 판례집 14-1, 508, 526; 대법원 1994. 10. 25. 선고, 93다42740 판결; 대법원 1994. 10. 28. 선고, 92누9463 판결).

한편 종전의 어업허가처분에 대한 취소소송의 제기기간이 이미 도과한 것은 기록상 명백하고, 종전의 어업허가처분에 대하여 확정력이 발생한 이상 위헌결정의 소급효가 미치지 아니하며 기록상 이미 그 허가기간이 경과하였음이 명백하여 이 사건 법률조항에 대하여 위헌결정이 선고된다고 하더라도 종전의 어업허가가 기간부분만 실효되어 기간의 정함이 없는 어업허가로 되살아날 수는 없으므로, 이 사건 법률조항의 위헌여부에 따라 당해사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지지 아니한다(헌재 2002. 6. 27. 2001헌바81 참조).

또한 헌법 제120조는 제1항에서 “광물 기타 중요한 지하자원·수산자원·수력과 경제상 이용할 수 있는 자연력은 법률이 정하는 바에 의하여 일정한 기간 그 채취·개발 또는 이용을 특허할 수 있다.” 제2항에서 “국토와 자원은

국가의 보호를 받으며, 국가는 그 균형 있는 개발과 이용을 위하여 필요한 계획을 수립한다”고 규정하고 있다. 이 헌법조항에 따라 국가는 자연자원에 관한 강력한 규제권한을 가지는 한편 자연자원에 대한 보호의무를 지게 되었다(헌재 1998. 12. 24. 98헌가1, 판례집 10-2, 819, 835).

이러한 헌법규정에 비추어 보면 어업허가의 성질은 일반적인 허가와는 다르다고 할 것이다. 즉, 어업허가는 허가권자에게 권리·능력을 설정해 주는 형성적 행위에 보다 가까우므로, 어업허가의 경우에는 행정청이 관계법상의 요건이 충족되면 허가를 하여야 할 기속을 받는 일반적인 허가와는 달리 어업허가를 함에 있어서나 또는 허가기간을 정함에 있어서 공익적 관점에서 보다 넓은 재량을 갖는다고 할 것이다. 그렇다면 종전의 어업허가는 그 기간인 5년이 경과하면 당연히 소멸하는 것으로 보아야 할 것이지 당해법원의 견해처럼 이 사건 어업허가가 종전의 어업허가의 기간만 갱신된 것으로 그 권리의 성질이 계속된다거나, 이 사건 법률조항에 대한 위헌결정이 있다고 하여 종전의 어업허가가 갱신여부에도 불구하고 그 기간이 그대로 연장된다고 볼 수는 없을 것이다.

결국 당해사건은 이 사건 법률조항의 위헌여부에 따라 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우에 해당한다고 할 수 없으므로 이 사건 법률조항에 대한 심판청구는 재판의 전제성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

나. 한정위헌청구의 적법 여부

청구인은, 법원이 어업허가에 부가된 “종기(終期)”의 의미를 “허가조건을 재점검하는 시기”로 해석하지 않고 “허가처분의 효력이 종료되는 시점”으로 해석하는 한 이 사건 법률조항은 헌법에 위반된다며 한정위헌의 판단을 아울러 구하고 있다.

헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원에 있어서는 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 당해사건의 재판의 전제로 되어야 하고, 여기에서 “법률이 헌법에 위반되는지 여부”는 “법률” 자체의 경우를 말하며 “법률의 해석”의 경우를 제외한다고 봄이 상당하다. 일반적으로 법률조항 자체에 대한 다툼과 법률의 해석에 관한 다툼은, 그 구분이 모호한 경우가 많지만 일응 구분되는 것으로 보아야 한다(헌재 1999. 3. 25. 98헌바2, 판례집 11-1, 200, 208). 따라서, 헌법재판소법 제68조 제2항이 “법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에는”이라고 규정함으로써 심판의 대상을 “법률”에 한정하고 있으므로, 일반

적으로 법률조항 자체의 위헌판단을 구하는 것이 아니라 법률조항을 “……하는 것으로 해석하는 한 위헌”이라는 판단을 구하는 청구는 헌법재판소법 제 68조 제2항에 의한 청구로 적절치 아니하다(1999. 3. 25. 98헌바2, 판례집 11-1, 200, 208; 2001. 3. 21. 99헌바107, 판례집 13-1, 626, 633).

그러나 법률조항의 내용에 따라서는 비록 당사자가 해석문제를 제기하지만 법률조항 자체의 위헌성 문제로 선택할 여지가 있는 경우 즉, 청구인의 주장이 단순히 법률조항의 해석을 다투는 것이 아니라 법률조항이 불명확하여 이를 다투는 등 법률조항 자체의 위헌성에 관한 청구로 이해되는 경우에는 한정위헌의 판단을 구하는 심판청구도 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원으로 보아 적법한 것으로 받아들이고 있다.

헌법재판소가 그동안 적극적으로 심판대상으로 삼아 판단한 경우는 대개 2가지로 분류할 수 있다. ① 하나는 법규정 자체의 불확정성을 다투는 것으로 선택할 수 있는 경우이다. 헌법상의 명확성 원칙을 다투는 경우 혹은 조세법률주의(과세요건 명확주의) 위반을 다투는 경우(헌재 1999. 7. 22. 97헌바9, 판례집 11-2, 112, 121; 헌재 1999. 11. 25. 98헌바36, 판례집 11-2, 529, 536; 헌재 2000. 6. 1. 97헌바74, 공보 46, 448, 449)가 이에 해당한다. ② 다른 하나는 소위 “법원의 해석에 의하여 구체화된 심판대상 법률조항의 위헌성” 문제가 있는 것으로 볼만큼 일정한 사례군이 상당기간에 걸쳐 형성, 집적된 경우가 여기에 해당한다(헌재 1995. 5. 25. 91헌바20, 판례집 7-1, 615, 626; 헌재 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 10-2, 243, 251-252; 헌재 2001. 8. 30. 2000헌바36, 판례집 13-2, 229, 231-232).

그런데 이 사건에서 청구인들은 명시적으로 이 사건 법률조항의 불명확성을 주장하고 있지도 않고, 또한 이 사건 법률조항 자체의 내용의 불명확성이 문제될 수 있는 경우가 아니기 때문에 위 한정위헌 심판청구가 위 ②의 경우에 해당하는지 여부를 살펴보기로 한다.

이 사건 법률조항은 단지 어업허가의 유효기간을 5년 이내로 한다고 규정하고 있어 그 규정내용인 “어업허가 또는 5년”의 의미가 법원의 보충적인 해석을 통하여 구체화되는 경우라고 볼 수는 없다.

청구인이 주장하는 바와 같은 법원의 해석은 이 사건 법률조항 자체의 해석의 문제라기보다는 어업허가가 갱신된 경우 종전의 어업허가와 갱신된 어업허가가 상호 어떠한 성질을 갖게 되는지의 문제라고 할 것이고, 그에 대하여 대법원은 어업허가가 갱신된 경우 공공사업에 의한 제한이 있는 상태에서

어업허가가 있었는지 여부는 이미 유효기간이 만료한 어업허가를 기준으로 할 수 없다고 하여 어업허가기간을 허가조건 점검기간이 아닌 유효기간으로 해석하고 있다(대법원 2002. 2. 26. 선고, 2000다72404 판결).

이러한 대법원의 해석은 결국 공공사업의 시행과 관련하여 손해배상의 대상이 되는 허가어업의 성질에 관한 단순한 법률해석이지 헌법재판소가 관여할 만한 법원의 해석에 의하여 구체화된 심판대상 규정의 위헌성 문제는 아니라고 할 것이다.

그렇다면 한정위헌의 판단을 구하는 부분은 헌법소원심판의 대상이 될 수 없어 부적법하다.

4. 결 론

따라서 청구인들의 심판청구는 모두 부적법하므로 이를 모두 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 윤영철, 재판관 권 성, 재판관 김효종, 재판관 전효숙의 아래 5.와 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 윤영철, 재판관 권 성, 재판관 김효종, 재판관 전효숙의 반대의견

이 사건 법률조항은 재판의 전제가 된다고 생각하므로 그 이유를 밝힌다.

가. 재판의 전제성

(1) 다수의견이 실시하는 바와 같이, 위헌법률심판에 있어서 재판의 전제성은 헌법재판소가 별도로 독자적인 심사를 하기보다는 되도록 법원의 이에 관한 법률적 견해를 존중해야 할 것이며, 다만 그 전제성에 관한 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없을 때에만 헌법재판소는 예외적으로 이를 직권으로 조사하여 위헌제청을 각하하여야 할 것이다.

그런데 당해법원은 아래와 같은 근거를 들어 재판의 전제성을 인정하였다.

「청구인들이 1991.경 보유하고 있던 이 사건 어업허가는 이 사건 공공사업의 시행 등에 의한 제한이 전제되지 않은 종전의 어업허가가 그대로 연장된 것으로서 그 기간만 갱신되었을 뿐 그 권리 내지 자격의 성질, 즉 사업권은 계속되는 것이므로, 그 사업권의 계속여부(이 사건에서는 청구인들의 어업허가가 공공사업의 제한이 있는 상태에서 부여된 것인가 여부)는 종전의 어업허가를 기준으로 하여야 한다는 것을 당해소송은 전제로 하고 있다. 따라서 어업허가의 유효기간을 5년 이내로 정한 이 사건 법률조항이 위헌이라고 한다면 청구인들의 종전의 어업허가는 갱신여부에도 불구하고 그대로 연장되

는 것으로 보아야 할 것이고, 종전의 어업허가를 취득한 이후 공공사업의 시행이 이루어진 경우에는 그 공공사업으로 인한 제한이 있기 이전의 상태, 즉 종전의 어업허가 당시를 기준으로 하여 피해보상을 받을 수 있게 될 것이므로 그 법률조항의 위헌여부에 따라 당해소송에서의 판결주문이 달라질 가능성이 있다. 그러므로 이 사건 법률조항의 위헌여부는 당해소송의 재판의 전제가 된다.」

우리는 재판의 전제성에 관한 당해법원의 이러한 법률적 견해가, 다수의견이 지적하는 것처럼, “그 전제성에 관한 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없을 때”에 해당한다고 보지 않는다.

(2) 다수의견은 이 점에 관하여 이렇게 설명한다.

「법률에 근거하여 행정청이 행정처분을 한 후에 헌법재판소가 그 법률을 위헌으로 결정하였다면 결과적으로 그 행정처분은 법률의 근거가 없이 행하여진 것과 마찬가지로 되어 하자 있는 것이 된다고 할 것이나, 하자있는 행정처분이 당연 무효가 되기 위해서는 그 하자가 중대할 뿐만 아니라 명백한 것이어야 하는바, 일반적으로 법률이 헌법에 위반된다는 사정이 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로 특별한 사정이 없는 한 이러한 하자는 위 행정처분의 취소사유에 해당할 뿐 당연 무효사유는 아니며, 이미 취소소송의 제기기간을 경과하여 확정력이 발생한 행정처분에는 위헌결정의 소급효가 미치지 않는다고 보아야 할 것이다.

한편 종전의 어업허가처분에 대한 취소소송의 제기기간이 이미 도과한 것은 기록상 명백하고, 종전의 어업허가처분에 대하여 확정력이 발생한 이상 위헌결정의 소급효가 미치지 아니하며 기록상 이미 그 허가기간이 경과하였음이 명백하여 이 사건 법률조항에 대하여 위헌결정이 선고된다고 하더라도 종전의 어업허가가 기간부분만 실효되어 기간의 정함이 없는 어업허가로 되살아날 수는 없으므로, 이 사건 법률조항의 위헌여부에 따라 당해사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지지 아니한다.」

(3) 그러나 이 사건 법률조항에 대하여 위헌이 선고될 경우 그 이유는 여러 가지로 다를 수 있겠지만 그 중의 하나는 유효기간의 의미를 어떻게 보느냐에 근거하는 것일 수도 있다. 즉, 종전의 어업허가와 갱신된 어업허가 사이에 동일성이 인정되는가 여부를 판단함에 있어서 유효기간이 종료되면 어업허가에 의하여 취득한 권리(당해법원의 표현대로 이를 ‘사업권’이라고 부른다)는

절대적으로 소멸하고 설사 동일한 사람에게 전체적으로 보아 동일한 내용으로 어업허가가 갱신된다고 하더라도 이 갱신된 어업허가에 의한 사업권은 완전히 별개의 권리라고 보는 입장에서는, 어업허가처분시에 설정된 유효기간(이것은 이 사건 법률조항의 ‘유효기간’에 근거하는 것이므로 양자를 일단 같은 성질의 것으로 보아 논의를 전개하여도 논리의 흠은 없다고 본다)은 권리의 절대적 존속기간을 의미한다고 보는 셈이다.

한편 이와 달리 종전의 유효기간이 종료한 뒤 동일한 사람에게 전체적으로 보아 동일한 내용으로 허가가 갱신된 경우에는 종전의 허가에 의한 사업권과 갱신된 허가에 의한 사업권이 동일성을 유지한다고 보는 입장(허가어업에의 종사를 직업으로 하여 생활하는 어민생활의 계속성에 주로 착안하는 입장일 것이다)에서는 허가의 유효기간은 권리의 절대적 존속기간이 아니고 갱신에 의하여 종전의 허가가 연장되는 것이므로 이는 “갱신조치를 조건으로 하여 권리의 연장이 가능하다”라는 것을 포함하는 의미에서 ‘권리의 일차적 존속기간 또는 권리의 최초 존속기간’이라고 보게 된다. 청구인들이 사용하는 ‘점검기간’이라는 것의 의미도 대체로 이와 동일한 내용의 것이라고 이해된다.

원래 법률은 어느 정도의 추상성을 갖는 문언으로 표현되기 때문에 그 이해의 방법이 다양한 경우가 허다하므로 이러한 다양성은 어느 정도는 불가피한 일일뿐만 아니라, 법률의 배후에 존재하는 이치를 탐색하여 보편타당한 방향으로 법률을 다듬어 나가기 위하여는 이러한 이해방법의 다양성을 오히려 적극적으로 수용하는 것이 반드시 필요하다.

이 사건 법률조항이 사용하는 ‘유효기간’이라는 어휘의 이해방법에 관하여 위에서 설명한 두 개의 이해방법은 모두 있을 수 있는 것이고 어느 쪽을 택하는가에 따라, 당해소송과 같은 현실의 생활관계에서 손해배상을 받게 되거나 받지 못하게 되는 등, 중대한 차이가 발생할 가능성이 있고 그 차이는 법률의 보편타당성 여부와 연결된다. 이 사건에 한정하여 말한다면 당해소송의 주문이 달라지거나 주문은 같더라도 그 중요한 이유가 달라지게 된다.

그러므로 이 사건 법률조항이 사용하는 ‘유효기간’이라는 어휘의 이해방법에 관하여 위에서 설명한 두 개의 이해방법이 존재할 가능성을 적극적으로 수용하고 어느 쪽이 보다 보편타당한 법률의 이치에 합당한 것인가 하는 문제는 본안심리를 통하여 이를 판단하는 것이 옳을 것이다. 따라서 이 사건 법률조항에 대하여 재판의 전제성을 긍정한 당해법원의 법률적 견해는 결코 명백히 유지될 수 없는 잘못된 것이 아니라고 생각하므로 헌법재판소로서는 재

판의 전제성을 그대로 인정함이 타당하다고 생각한다.

(4) 다수의견은 앞에서 본 바와 같이 「이 사건 법률조항에 대하여 위헌결정이 선고된다고 하더라도 종전의 어업허가가 기간부분만 실효되어 기간의 정함이 없는 어업허가로 되살아날 수는 없으므로, 이 사건 법률조항의 위헌여부에 따라 당해사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지지 아니한다.」라고 보고 있다. 그러나 뒤에 보는 바와 같이 이 사건에서 한정위헌을 선고할 경우를 가정한다면, 유효기간의 의미 중에서 이를 권리의 절대적 존속기간으로 보는 의미를 비록 한정위헌에 의하여 제거한다고 하더라도, 이로 말미암아 이 사건 법률조항 중의 ‘유효기간’이라는 규정이 통째로 사라지는 것은 아니다. 따라서 한정위헌이 선고된다고 하여, 종전의 어업허가에 부가된 유효기간의 도과로 이미 소멸하였던 어업허가(또는 그에 근거한 사업권)가 기간의 정함이 없는 어업허가로 되살아나는 것은 아니고 단지 갱신된 어업허가가 종전의 어업허가와 동일성을 유지하게 된다는 효과를 갖게 될 뿐이다. 이러한 정도의 효과 발생을 인정하는 것은 종전의 어업허가에 대하여 부여되는 행정처분의 확정력과 결코 모순되는 것이 아니라고 할 것이다. 그러므로 종전의 어업허가가 갖는 행정처분으로서의 확정력을 근거로 삼아 재판의 전제성을 부정하는 것은 옳지 않다고 생각한다.

나. 한정위헌 청구의 적법여부

앞에서 설명한 바와 같이 이 사건 법률조항이 규정하는 유효기간의 의미를 권리의 절대적인 존속기간으로 볼 것인지 또는 권리의 일차적인 존속기간으로 볼 것인지에 관하여는 이를 권리의 절대적인 존속기간으로 보는 법원의 선택이 어느 정도 집적되어 있어, 이 규정의 의미가 그러한 내용으로 이미 확정되어 있는 상태라고 할 수 있다. 다시 말하면 유효기간의 의미를 권리의 절대적인 존속기간으로 보는 것은 단순한 법률해석의 차원을 넘어서서 사실상 법률규정의 일부를 구성하는 단계에 이미 진입한 것이라고 보아야 한다.

그렇다면 이 사건 법률조항이 가질 수 있는 여러 의미 중에서 법원의 선택이 이해하는 바대로의 의미가 법률규정의 일부를 사실상 형성하고 있다면, 여기에 포함된 위헌성을 지적하여 이를 제거하고, 배후로 밀려난 그 나머지의 다른 의미를 드러내어 그것이 갖는 합헌성을 확인하기 위하여는, 위헌성을 지닌다고 생각되는 의미에 대하여 한정위헌선언을 구하는 헌법소원을 불가불

제기할 수밖에 없는 것이다. 그러므로 이러한 취지에서 제기된 이 사건 헌법 소원은 그 적법성을 인정하여야 할 것이다.

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

- [별지 1] 2002헌바102 사건의 선정자목록 : 생략
- [별지 2] 2002헌바103 사건의 선정자목록 : 생략
- [별지 3] 2002헌바102 사건의 선박 및 어업허가 목록

(A) 선정자목록 기재 순번	(B) 성명	(C) 당해사건의 청구금액 (단위: 원)	(D) 선박명	(E) 선박의 총톤수	어선 등록일	(F) 어업의 종류	어업허가일
1	김도환	13,922,000	기동호	1.14	1979. 12.	연안조망, 유자망, 삼중망, 연승	1990. 3. 12.
2	나도철	11,922,000	진양호	1.03	1980. 4.	연안조망, 유자망, 삼중망, 초호	1990. 6. 26.
3	백도현	18,426,000	광덕호	2.02	1979. 4.	연안유자망, 삼중망, 초호	1990. 3. 14.
4	김삼량	10,597,000	삼량호	2.52	1983. 4.	연안조망, 유자망, 삼중망, 조망	1990. 1. 19.
5	한동택	13,922,000	성광호	1.72	1981. 6.	연안유자망, 삼중자망, 초호, 연승	1990. 8. 30.
6	김영태	12,460,000	대진호	1.65	1979. 4.	연안연승, 유자망, 삼중자망, 초호	1989. 12. 7.
7	김정식	10,597,000	남성호	3.31	1976. 6.	연안유자망, 초호, 연승	1990. 4. 26.
8	안윤식	10,597,000	강원호	1.14	1981. 7.	연안유자망, 삼중자망, 채낚기	1991. 1. 29.
9	김종구	16,728,000	대성2호	1.23	1982. 8.	연안채낚기, 삼중자망, 유자망	
10	김주근	15,249,000	해양호	1.37	1981. 7.	연안유자망, 삼중자망, 초호	1991. 4. 9.
11	박종갑	27,273,000	보령호	4.71	1978. 9.	연안유자망, 초호	1987. 2. 23.
12	김성근	13,922,000	성근호	2.22	1983. 3.	연안유자망, 삼중자망, 초호	1988. 3. 11.
13	이정교	19,143,000	신창호	1.90	1979. 4.	연안유자망, 삼중자망, 삼각망	1990. 1. 16.
14	구정복	15,249,000	복성1호	3.14	1982. 4.	연안조망, 삼중자망, 유자망, 초호	1987. 9. 24.
15	최병호	10,597,000	홍덕호	1.59	1982. 9.	연안유자망, 삼중자망, 초호	1987. 4. 15.
16	백용현	13,922,000	용현호	1.10	1979. 4.	연안유자망, 조망, 통발, 초호	1987. 3. 5.

(A) 생략 기 재 순 번	(B) 성명	(C) 당해년의 청구금액 (단위: 원)	(D) 선택명	(E) 배 출	어선 등록일	(F) 어업의 종류	어업허가일
17	이상운	15,663,000	응천호	1.07	1980. 8.	연안유자망, 삼중망, 초호	1986. 10. 16.
18	정진용	15,663,000	진용호	4.68	1982. 7.	연안조망, 삼중망, 연안유자망	1989. 12. 30.
19	리영화	9,034,000	영화호	1.14	1979. 4.	연안유자망, 채낚기, 삼중망	1990. 3. 12.
20	김해준	9,301,000	박진호	1.03	1979. 4.	연안연승, 삼중망, 초호	1991. 4. 27.
21	김종갑	13,922,000	충남호	1.27	1980. 9.	연안조망, 연안유자망초호	1988. 4. 27.
22	김인환	18,172,000	충무호	2.83	1982. 3.	연안유자망, 삼중망, 통발, 초호	1988. 12. 16.
23	임홍빈	12,182,000	홍덕호	1.59	1981. 8.	연안조망, 삼중망, 연안유자망	1991. 7. 2.
24	김수태	20,871,000	태광호	1.25	1979. 4.	연안채낚기, 삼각망, 연안유자망	1988. 5. 14.
25	이홍교	19,143,000	소황호	2.34	1981. 11.	연안유자망, 초호	1988. 4. 27.
26	리순균	22,384,000	순조호	1.14	1979. 4.	연안조망, 채낚기, 연안유자망	1988. 3. 10.
27	김윤경	11,922,000	종석호	1.07	1979. 4.	연안유자망, 삼중망, 초호	1987. 6. 14.
28	김영배	17,155,000	해영호	1.23	1980. 10.	연안조망, 삼중망, 연안유자망	1990. 3. 12.
29	김종명	22,521,000	종명호	1.02	1979. 4.	연안연승, 삼중망, 초호	1987. 6. 25.
30	한진복	10,579,000	진봉호	0.35	1983. 3.	연안유자망, 초호	1986. 8. 1.
31	이희주	6,623,000	삼일호	1.21	1983. 3.	연안유자망, 초호	1987. 7. 10.
32	백태운	10,597,000	조창호	1.14	1982. 12.	연안유자망, 초호	1991. 4. 4.
33	한순상	14,571,000	일성호	1.02	1981. 2.	연안유자망, 초호	1990. 10. 10.
34	이상환	14,571,000	경진호	1.08	1979. 4.	연안유자망, 삼중망, 통발, 초호	1990. 7. 19.
35	정근해	9,272,000	해진호	1.20	1983. 3.	연안유자망, 삼중망, 통발, 초호	1992. 9. 8.
36	박종철	14,571,000	해림호	1.14	1982. 3.	연안유자망, 초호	1986. 5. 28.
37	박봉의	20,143,000	통일호	6.17	1981. 8.	연안초호, 조망, 통발	1986. 5. 28.
38	박종희	21,647,000	통일호	6.17	1981. 8.	연안채낚기, 조망, 통발, 초호	1991. 9. 19.
39	박기수	10,597,000	해양호	1.75	1983. 3.	연안유자망, 초호	1990. 7. 14.
40	백태순	10,597,000	경복호	1.01	1980. 1.		
41	강재성	10,597,000	남원호	1.00	1979. 9.	연안유자망, 초호	1992. 9. 8.
42	신승수	13,922,000	신성호	0.86	1983. 4.	연안조망, 연안유자망, 통발	1987. 6. 17.
43	유원근	11,922,000	원근호	0.77	1983. 3.	연안유자망, 삼중망, 초호	1990. 4. 6.
44	김현기	14,571,000	대신호	1.00	1979. 9.	연안유자망, 삼중망, 초호	1989. 6. 2.

(A) 선정 기 계 순 번	(B) 성명	(C) 당해년의 청구금액 (단위: 원)	(D) 선별명	(E) 배 출	어선 등록일	(F) 어업의 종류	어업허가일
45	김의태	9,272,000	계림호	0.76	1983. 3.	연안유자망, 삼중망, 초호	1991. 2.
46	유계근	11,922,000	계근호	1.07	1979. 3.	유자망, 초호	1986. 8. 11.
47	최도섭	10,597,000	범근호	1.02	1981. 9.	연안유자망, 초호	1990. 1. 29.
48	나상균	56,265,000	진성호	2.65	1981. 8.	연안낭정망, 조망, 자망, 초호	1990. 8. 23.
49	유민근	14,571,000	용산호	0.52	1983. 4.	연안유자망, 삼중망, 초호	1988. 3. 9.
50	조창현	11,922,000	영진3호	1.06	1979. 3.	연안조망, 삼중망, 연안유자망	1987. 9. 19.
51	문진환	10,597,000	진환호	1.12	1979. 3.	연안조망, 삼중망, 연안유자망	1987. 6. 17.
52	이동춘	10,597,000	금산호	1.07	1979. 7.	연안유자망, 삼중망, 초호	1988. 2. 23.
53	정병근	11,922,000	병근호	0.78	1983. 3.	연안유자망, 통발, 초호	1988. 5. 19.
54	정필모	10,597,000	만경호	1.13	1979. 4.	연안유자망, 삼중망, 초호	1989. 12. 22.
55	강경식	14,571,000	수영호	4.98	1982. 7.	연안유자망, 삼중망, 통발	1989. 7. 15.
56	박인순	10,597,000	진해호	1.00	1983. 5.	연안조망, 삼중망, 연안유자망	1987. 5. 7.
57	전태호	9,272,000	태호호	0.88	1983. 4.	연안유자망, 삼중망, 초호	1989. 8. 4.
58	임창혁	38,454,000	창혁호 창혁호	1.08 1.07	1982. 6. 1983. 4.	연안조망, 삼중망, 유자망, 초호연안조 망, 통발, 초호	1989. 7. 15. 1990. 8. 30.
59	전병구	10,597,000	백마호	1.03	1979. 3.	연안유자망, 삼중망, 초호	1988. 10. 21.
60	전병돈	10,597,000	남용호	0.64	1983. 4.	연안유자망, 삼중망, 조망	1990. 4. 23.
61	김용신	14,571,000	범근호	1.14	1979. 5.	연안유자망, 삼중망, 조망, 초호	1987. 3. 16.
62	박래식	14,571,000	춘근호	1.12	1980. 8.	연안유자망, 삼중망, 초호	1987. 10. 28.
63	이강택	15,663,000	대성호	1.00	1979. 4.	연안유자망, 삼중망, 체넛기	1987. 10. 28.
64	유장근	13,922,000	장근호	0.78	1983. 3.	연안유자망, 삼중망, 조망, 초호	1987. 9. 19.
65	박완계	10,597,000	대성호	1.01	1979. 3.	연안유자망, 삼중망, 초호	1991. 1. 22.
66	장순만	13,922,000	순만호	1.00	1979. 4.	연안유자망, 삼중망, 초호, 통발	1987. 10. 14.
67	유병복	10,597,000	광식호	1.03	1983. 4.	연안유자망, 삼중망, 초호	1990. 6. 11.
68	이철화	13,922,000	조양호	2.31	1981. 7.	연안유자망, 해조채취, 통발	1988. 4. 21.
69	유병해	9,272,000	만복호	2.29	1983. 3.	연안유자망, 삼중망, 초호	1990. 12. 12.
70	박창수	34,722,000	용광호	0.74	1983. 3.	연안유자망, 초호	1990. 8. 30.
71	이종식	24,247,000	화양호	1.03	1981. 4.	연안통발, 유자망, 조망, 초호	1989. 3. 23.

(A) 선정 기 재 순 번	(B) 성명	(C) 당해년의 청구금액 (단위: 원)	(D) 선명	(E) 배 출	어선 등록일	(F) 어업의 종류	어업허가일
72	양승언	15,663,000	승언호	0.59	1983. 3.	연안유자망, 삼중망, 초호	1987. 11. 3.
73	오진구	22,521,000	성진호	1.17	1979. 3.	연안조망, 연안유자망, 채낚기	1990. 9. 21.
74	채수영	27,679,000	성진호	1.72	1981. 5.	연안안강망, 유자망, 조망, 초호	1989. 2. 8.
75	안치우	21,475,000	안명호	1.10	1979. 4.	연안조망, 삼중망, 유자망, 통발	1987. 7. 22.
76	임득수	19,143,000	신양호	1.05	1979. 3.	연안조망, 유자망, 조망, 삼중망	1987. 12. 24.
77	채수경	11,922,000	경수호	1.08	1982. 4.	연안유자망, 삼중망, 초호	1987. 4. 6.
78	박의택	13,922,000	성진호	1.72	1983. 1.	연안조망, 유자망, 삼중망, 초호	1987. 10. 14.
79	서계도	19,143,000	계도호	1.09	1981. 7.	연안조망, 유자망, 초호, 삼중망	1987. 10. 14.
80	강열희	13,922,000	대청호	1.06	1979. 3.	연안유자망, 초호	1988. 4. 11.
81	유병관	13,922,000	해광호	1.03	1979. 3.	연안유자망, 초호	1987. 11. 9.
82	유양근	10,597,000	대성호	0.75	1983. 4.	연안유자망, 삼중망, 초호, 조망	1991. 1. 14.
83	박남수	11,922,000	수광호	4.31	1979. 3.	연안유자망, 초호, 통발	1989. 8. 1.
84	송순재	11,922,000	순훈호	0.71	1983. 4.	연안유자망, 삼중망, 통발, 연승	1988. 10. 7.
85	홍성호	12,047,000	풍성호	0.60	1983. 4.	연안유자망, 삼중망, 초호, 통발	1991. 3. 28.
86	윤종대	10,597,000	대진호	1.00	1980. 7.	연안유자망, 삼중망, 초호	1990. 3. 22.
87	정병록	17,900,000	청용호	1.14	1979. 10.	연안통발, 초호	1990. 3. 22.
88	전리수	13,088,000	일신호	1.09	1983. 4.	연안유자망, 삼중망, 채낚기	1987. 5. 16.
89	이기선	10,597,000	만성호	0.70	1983. 4.	연안유자망, 초호	1988. 5. 16.
90	노완규	10,597,000	청용호	1.19	1979. 5.	연안유자망, 삼중망, 초호	1989. 10. 6.
91	채수진	10,597,000	홍석호	0.68	1983. 3.	연안조망, 유자망, 초호, 통발	1986. 6. 3.
92	이계국	9,287,000	계국호	1.04	1979. 3.	연안유자망, 연승, 초호	1988. 5. 21.
93	박병문	10,597,000	만성호	0.81	1983. 3.	연안유자망, 삼중망, 초호	1987. 3. 30.
94	북진선	11,922,000	북진호	1.19	1980. 8.	연안유자망, 삼중망, 초호	1991. 1. 22.
95	유병태	10,597,000	대양호	0.75	1983. 4.	연안유자망, 삼중망, 초호	1989. 12. 16.
96	유병호	10,597,000	병호호	1.27	1983. 1.	연안유자망, 초호	1988. 2. 4.
97	유평근	14,646,000	평근호	0.61	1983. 4.	연안통발, 초호	1986. 4. 29.
98	김용태	11,922,000	계선호	1.15	1980. 12.	연안유자망, 삼중망, 초호	1990. 1. 19.
99	유병춘	15,663,000	삼영호	3.27	1978. 8.	연안유자망, 조망, 삼중망, 초호	1986. 12. 19.

(A) 선착순 기 계 순 번	(B) 성명	(C) 당해년의 창구금액 (단위: 원)	(D) 선별명	(E) 선 출	어선 등록일	(F) 어업의 종류	어업허가일
100	윤여관	27,453,000	명식호	0.62	1983. 3.	연안유자망, 삼중망, 초호	1987. 1. 16.
101	이상호	10,597,000	상선호	1.03	1979. 10.	연안유자망, 삼중망, 초호	1987. 11. 16
102	김용두	11,922,000	금용호	1.16	1979. 4.	연안유자망, 삼중망	1988. 5. 19.
103	문의섭	11,922,000	의섭호	1.11	1983. 3.	연안유자망, 삼중망, 초호	1987. 3. 19.
104	김계철	21,730,000	덕영호	3.41	1983. 1.	연안통발, 유자망, 삼중망, 초호	1986. 10. 13.
105	편성식	13,922,000	성일호	1.09	1983. 3.	연안유자망, 조망, 삼중망, 통발	1991. 1. 29.
106	유춘근	13,922,000	보령호	0.74	1983. 4.	연안유자망, 삼중망, 초호, 연승	1988. 9. 2.
107	이은봉	20,967,000	정북호	1.00	1979. 3.	연안유자망, 삼중망, 조망, 초호	1990. 12. 27.
108	유병옥	13,922,000	동산호	1.08	1979. 3.	연안유자망, 삼중망, 조망, 초호	1990. 7. 19.
109	한기성	9,530,000	형제호	1.04	1979. 9.	연안유자망, 삼중망, 통발, 초호	1988. 5. 19.
110	이강해	19,143,000	해강호	1.08	1982. 4.	연안유자망, 조망, 삼중망, 초호	1987. 11. 3.
111	나영학	22,521,000	성일호	2.32	1982. 3.	연안형망, 조망, 유자망, 통발	1987. 10. 28.
112	편권식	29,202,000	해광호	4.51	1982. 3.	연안토알, 안강망, 조망, 통발	1992. 3. 13.
113	김인섭	17,155,000	수성호	2.74	1983. 1.	연안유자망, 삼중망, 조망, 초호	1991. 1. 29.
114	임승창	15,663,000	현진호	0.89	1983. 3.	연안유자망, 조망, 초호	1991. 3. 16.
115	윤화중	10,597,000	서진호	0.74	1983. 4.	연안유자망, 조망, 삼중망, 초호	1987. 4. 17.
116	김춘근	19,143,000	예산호	0.71	1983. 3.	연안유자망, 삼중망, 조망, 통발	1990. 3. 12.
117	임순용	15,663,000	신망호	0.87	1983. 4.	연안유자망, 삼중망, 조망, 초호	1990. 3. 12.
118	신영찬	13,018,000	신성호	1.06	1979. 3.	연안유자망, 조망, 통발, 초호	1989. 5. 29.
119	유도윌	10,597,000	해림호	1.16	1979. 9.	연안유자망, 삼중망, 초호	1988. 4. 21.
120	유계근	13,922,000	호도호	0.68	1983. 3.	연안유자망, 조망, 삼중망, 초호	1987. 4. 1.
121	이진원	18,635,000	영제호	4.36	1983. 8.	연안형망, 초호	1989. 5. 2.
122	이중화	22,521,000	황해호	1.77	1979. 3.	연안형망, 저망, 초호	1989. 7. 19.
123	이순철	11,922,000	삼화호	0.60	1983. 4.	연안유자망, 통발, 초호	1987. 4. 29.
124	오종식	14,646,000	정우호	1.08	1982. 9.	연안조망, 통발, 저망, 초호	1989. 5. 29.
125	이명우	13,922,000	덕성호	4.02	1982. 5.	연안유자망, 조망, 삼중망, 초호	1991. 11. 1.
126	박병문	15,663,000	만성호	0.81	1983. 3.	연안유자망, 삼중망, 조망, 초호	1989. 10. 7.
127	유수근	13,922,000	보성호	0.70	1983. 3.	연안유자망, 삼중망, 조망, 초호	199. 4. 23.

(A) 선박 기 재 순 번	(B) 성명	(C) 당해사건의 청구금액 (단위: 원)	(D) 선박명	(E) 배 출	어선 등록일	(F) 어업의 종류	어업허가일
128	유병선	10,597,000	승룡호	11.49	1977. 4.	연안유자망, 삼중망, 초호	1989. 10. 26.
129	손정길	8,701,000	정길호	1.16	1983. 5.	연안조망, 유자망, 삼중망, 초호	1990. 12. 27.

[별지 4] 2002헌바103 사건의 선박 및 어업허가 목록

선박 목록 기 재 순 번	성 명	선박명	선박의 총톤수	어선 등록일	어업의 종류	어업허가일	청구금액 (단위: 원)	환송전 당시 판결 금액
1	김정선	광태호	1.08	1981. 6.	연안유자망	1988. 1. 8.	10,597,000	9,751,316
2	이만중	광성호	1.06	1979. 9.	연안유자망	1991. 5. 29.	10,597,000	9,751,316
3	박석주	해정호	0.66	1983. 4.	연안자망, 조망	1992. 3. 13.	12,182,000	11,209,519
4	김재경	재경호	1.04	1981. 8.	연안조망, 채낚기	1992. 4. 30.	13,011,000	11,972,608
5	이춘오	춘경호	1.10	1983. 4.	연안유자망, 조망	1991. 10. 15.	13,922,000	12,810,983
6	조종대	제해양호	8.99	1979. 5.	안강망	1990. 4. 17.	20,857,000	19,531,794
7	이정우	정우호	1.08	1980. 8.	연안유자망	1992. 9. 8.	6,623,000	6,094,481
8	이동호	대진호	1.72	1979. 4.	연안유자망	1990. 5. 3.	15,249,000	14,031,633
9	이진구	이진호	1.04	1983. 4.	연안조망, 채낚기	1992. 4. 30.	10,174,000	9,362,462
10	박종만	용덕호	1.02	1979. 4.	연안조망, 안강망	1991. 12. 26.	14,571,000	13,408,151
11	김덕복	진해호	1.00	1980. 10.	연안유자망, 연승	1988. 11. 24.	14,018,000	12,899,425
12	유도윤	경복호	1.01	1979. 4.			10,597,000	9,751,316

구 조세특례제한법 제69조 제1항 위헌소원

(2003. 11. 27. 2003헌바2 전원재판부)

【판시사항】

1. 자경농지의 양도소득세 면제대상자를 “대통령령이 정하는 바에 따라 농지소재지에 거주하는 거주자”라고 위임한 구 조세특례제한법 제69조 제1항 제1호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 포괄위임금지 및 조세법률주의 위반 여부(소극)

2. 법령이 거듭 개정되어온 결과 법인의 경우와 달리 자연인에 대하여만 거주요건을 둔 것이 거주자를 비거주자에 대하여, 자연인을 법인에 대하여, 그리고 조세법령의 변경내용 속지 여부에 따라 차별하여 조세평등주의에 위반되는지 여부(소극)

3. 이 사건 법률조항이 거주·이전의 자유를 침해하는지 여부(소극)

4. 이 사건 법률조항이 헌법상 경자유전(耕者有田)의 원칙에 위반되는지 여부(소극)

5. 이 사건 법률조항이 재산권을 침해하는지 여부(소극)

6. 양도소득세면제대상자의 범위를 종전보다 축소하는 것으로 변경된 대통령령에 대하여 신뢰이익 침해를 이유로하여 위헌심사형 헌법소원으로 다룰 수 있는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 법률조항이 정하고 있는 “농지소재지”나 “거주자”의 일상적 용어의 의미는 농지가 있는 곳, 생활의 근거를 두고 있는 자를 뜻하는 것으로 우선 그 개념이 명확하고, 구 조세특례제한법(이하 ‘법’이라 한다) 제69조의 입법목적은 육농정책의 일환으로 농지의 양도에 따른 조세부담을 경감시켜 주기 위한 것으로서, 특히 이 사건 법률조항의 목적은 외지인의 농지투기를 방지하고 8년 이상 자경한 농민의 조세부담을 덜어주어 농업·농촌을 활성화하기 위하여 그 면

제 대상자를 육농정책의 변화에 따라 융통성 있게 정할 수 있도록 대통령령에 위임하고 있는 것이라 할 것인데, 그러한 조세감면의 우대조치는 한정된 범위 내에서 예외적으로 허용되어야 하며, 법 제69조 제1항 본문이 조세면제의 대상을 “8년 이상 계속하여 직접 경작한 토지”로만 한정하여 규정함으로써 면제대상자의 주요범위를 이미 법률에서 분명히 하고 있으므로, 대통령령에서 “농지소재지에 거주하는 거주자”로 규정될 범위는 자경한다고 볼 수 있는 통작(通作) 가능한 거리에 생활의 근거지를 둔 자의 범위 내에서 정해질 것임은 누구라도 예측할 수 있다 할 것이다. 따라서 위 규정은 구체적으로 범위를 정하여 위임하고 있다고 볼 수 있어서 헌법 제75조에 위반되지 않는다고 할 것이고, 이와 같이 정당한 위임 범위 내에서 조세감면의 근거가 명확하게 법률에서 정해지고 있으므로, 조세법률주의에 위배된 것이라고도 할 수 없다.

2. 위 규정의 입법목적은 농업의 보호와 지원을 규정한 헌법 제123조 제1항에 비추어 볼 때 정당하고, 그러한 입법목적에 비추어 농지소재지 거주자와 비거주자는 상이하게 취급될 합리적 이유가 있다. 또한 양도소득세 면제대상을 정함에 있어서, 자연인과 법인이 그 법적 지위나 성격, 설립 및 활동상 차이가 있음에 기초하여 위와 같은 입법목적에 충실하게 자연인과 법인에 각각 걸맞는 다른 요건을 둘 수 있는 것인데, 8년 이상 자경농지 양도에 대하여 특별부가세를 면제하고 있는 법인에 대한 법 제69조 제1항 제2호 및 이에 따른 법 시행령의 규정내용과 농업·농촌기본법의 관련규정을 볼 때, 법인의 경우에도 농지의 자경을 보다 확실하게 담보하고 농지투기를 방지하기 위한 규율을 하고 있음을 알 수 있는바, 법인에 대하여 거주나 소재지 요건을 두지 않았다고 하여 자연인을 차별하는 것이라 보기는 어렵다. 이 사건 법령의 개정내용을 알지 못한 청구인에 대하여도 개정법령이 적용된다고 하여 법령의 변화를 알고 있던 자에 비하여 차별을 받는다는 것은 아니다.

3. 위 규정은 자경농민이 농지소재지로부터 거주를 이전하는 것을 직접적으로 제한하는 내용의 규정이라고 볼 수 없고, 다만 8년 이상 농지를 자경한 농민이 농지소재지에 거주하는 경우 양도소득세를 면제함으로써 농지소재지 거주자가 농지에서 이탈되는 것이 억제될 것

을 기대하는 범위 내에서 간접적으로 제한되는 측면이 있을 뿐이며, 따라서 양도세의 부담을 감수하기만 한다면 자유롭게 거주를 이전할 수 있는 것이므로 거주·이전의 자유를 형해화할 정도로 침해하는 것은 아니라 할 것이다.

4. 위 규정의 입법목적이 외지인의 농지투기를 방지하고 조세부담을 덜어주어 농업·농촌을 활성화하는 데 있음을 고려하면 위 규정은 경자유전의 원칙을 실현하기 위한 것으로 볼 것이지 경자유전의 원칙에 위배된다고 볼 것은 아니라 할 것이다.

5. 위 규정에 포괄위임금지, 조세법률주의 및 조세평등주의, 기타 거주·이전의 자유, 경자유전의 원칙 등과 관련하여 위헌적인 요소가 없다고 보는 이상 청구인이 위 규정이 정하는 양도소득세 면제요건을 충족하지 못하여 그 납세의무를 진다 하여 재산권 침해가 되는 것은 아니라 할 것이다. 더욱이 위 규정과 같은 수익적 입법의 시혜대상에서 제외되었다는 이유만으로 재산권 침해가 생기는 것은 아니고, 시혜적 입법의 시혜대상이 될 경우 얻을 수 있는 재산상 이익의 기대가 성취되지 않았다고 하여도 그러한 단순한 재산상 이익의 기대는 헌법이 보호하는 재산권의 영역에 포함되지 않으므로 이 사건에서 재산권침해가 문제되지는 않는다고 볼 것이다.

6. 종전의 시행령 규정에 의해 양도소득세를 면제받으리라는 기대가 이 사건 시행령 규정으로 인하여 실현되지 않게 되었다 하더라도 시행령 규정은 이 사건과 같은 위헌심사형 헌법소원 심판대상이 될 수 없다.

【심판대상조문】

조세특례제한법(1998. 12. 28. 법률 제5584호로 전문 개정되고 2001. 12. 29. 법률 제6538호로 개정되기 전의 것) 제69조(자경농지에 대한 양도소득세등의 면제) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자가 8년 이상 계속하여 직접 경작한 토지로서 농지세의 과세대상(비과세·감면 및 소액불징수의 대상이 되는 토지를 포함한다)이 되는 토지 중 대통령령이 정하는 토지의 양도로 인하여 발생하는 소득에 대하여는 양도소득세 또는 특별부가세를 면제한다.

1. 대통령령이 정하는 바에 따라 농지소제지에 거주하는 거주자
 2. 생략
- ② 생략

【참조조문】

헌법 제10조, 제11조 제1항, 제14조, 제59조, 제75조, 제123조 제1항

조세특례제한법시행령(1998. 12. 31. 대통령령 제15976호로 개정되고 2001. 12. 31. 대통령령 제17458호로 개정되기 전의 것) 제66조(자경농지에 대한 양도소득세 등의 면제) ① 법 제69조제1항 본문에서 “대통령령이 정하는 토지”라 함은 취득한 때부터 양도할 때까지의 사이에 8년 이상 자기가 경작한 사실이 있는 농지로서 다음 각호의 1에 해당하는 것을 제외한 것을 말한다. 이 경우 상속받은 농지의 경작한 기간을 계산함에 있어서는 피상속인이 취득하여 경작한 기간은 상속인이 이를 경작한 기간으로 본다.

1. 양도일 현재 특별시·광역시(광역시에 있는 군을 제외한다) 또는 시(지방자치법 제3조제4항의 규정에 의하여 설치된 도·농복합형태의 시의 읍·면지역을 제외한다)에 있는 농지중 도시계획법에 의한 주거지역·상업지역 및 공업지역안에 있는 농지로서 이들 지역에 편입된 날부터 3년이 지난 농지. 다만, 다음 각목의 1에 해당하는 대규모 개발사업지역(사업인정고시일이 동일한 하나의 사업시행지역을 말한다)안에서 개발사업의 시행으로 인하여 도시계획법에 의한 주거지역·상업지역 또는 공업지역에 편입된 농지로서 사업시행자의 단계적 사업시행 또는 보상지연으로 이들 지역에 편입된 날부터 3년이 지난 농지를 제외한다.

가. 사업시행지역안의 토지소유자가 1천명 이상인 지역

나. 사업시행면적이 재정경제부령이 정하는 규모 이상인 지역

2. 환지처분이전에 농지 외의 토지로 환지에정지를 지정하는 경우에는 그 환지에정지 지정일부부터 3년이 지난 농지

② 제1항의 규정을 적용받는 농지는 소득세법시행령 제162조의 규정에 의한 양도일 현재의 농지를 기준으로 한다. 다만, 양도일 이전에 매매계약조건에 따라 매수자가 형질변경, 건축착공 등을 한 경우에는 매매계약일 현재의 농지를 기준으로 한다.

③ 소득세법 제89조 제2호·제4호 및 법인세법 제100조 제1항 제2호의 규정에 의하여 농지를 교환·분합 및 대토한 경우로서 새로이 취득하는 농지가 공공용지의취득및손실보상에관한특례법이 적용되는 공공사업으로 당해 공공사업의 시행자에게 양도되거나 토지수용법 기타 법률에 의하여 수용되는 경우에 있어서는 교환·분합 및 대토전의 농지에서 경작한 기간을 당해 농지에서 경작한 기간으로 보아 제1항 본문의 규정을 적용한다.

④ 법 제69조 제1항 제1호에서 “대통령령이 정하는 바에 따라 농지소재지에 거주하는 거주자”라 함은 8년 이상 다음 각호의 1에 해당하는 지역에 거주하면서 경작한 자를 말한다.

1. 농지가 소재하는 시·군·구(자치구인 구를 말한다. 이하 이 조에서 같다)안의 지역

2. 제1호의 지역과 연결한 시·군·구안의 지역

⑤ 법 제69조 제1항 제2호에서 “대통령령이 정하는 법인”이라 함은 농업을 주업으로 하는 법인을 말하되, 농업과 다른 사업을 겸영하는 경우에는 당해 농지의 양도일이 속하는 사업연도의 직전사업연도의 농업생산수입금액이 당해 법인의 총수입금액의 100분의 50 이상인 법인을 말한다.

⑥ 법 제69조 제2항의 규정에 의하여 양도소득세 또는 특별부가세의 면제신청을 하고자

하는 자는 당해 농지를 양도한 날이 속하는 과세연도의 과세표준신고(거주자인 경우에는 자산양도차익 예정신고를 포함한다)와 함께 재정경제부령이 정하는 세액면제신청서를 납세지 관할세무서장에게 제출하여야 한다.

【참조판례】

- 1. 현재 1998. 3. 26. 96헌바57, 판례집 10-1, 255
 현재 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53
 현재 2002. 9. 19. 2002헌바2, 판례집 14-2, 330
 현재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525
 현재 1996. 3. 28. 94헌바42, 판례집 8-1, 199
- 2. 현재 1999. 11. 25. 98헌마55, 판례집 11-2, 593
 현재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525,
 현재 1996. 8. 29. 95헌바41, 판례집 8-2, 117
 현재 2000. 7. 20. 98헌바99, 판례집 12-2, 95
 현재 2002. 10. 31. 2002헌바43, 판례집 14-2, 529
- 3. 현재 1996. 3. 28. 94헌바42, 판례집 8-1, 199
 현재 1995. 2. 23. 91헌마204, 판례집 7-1, 267
- 5. 현재 1997. 12. 24. 96헌가19등, 판례집 9-2, 762
 현재 1999. 7. 22. 98헌바14, 판례집 11-2, 205
- 6. 현재 1998. 7. 16. 96헌바52등, 판례집 10-2, 172

【당 사 자】

청 구 인 임갑병

국선대리인 변호사 남광호

당해사건 대전지방법원 2002구합1771 양도소득세부과처분취소

【주 문】

구 조세특례제한법(1998. 12. 28. 법률 제5584호로 전문 개정되고 2001. 12. 29. 법률 제6538호로 개정되기 전의 것) 제69조 제1항 중 제1호 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

- 1. 사건의 개요 및 심판의 대상
가. 사건의 개요

(1) 청구인은 1987. 12. 17. 대전 유성구 봉명동 359 소재 답 3,018㎡(이하 “이 사건 농지”라 한다)를 취득하여 소유권이전등기를 마치고 위 농지를 자경하여 오던 중 2000. 2. 26. 청구 외 박난희 등에게 양도하였는바, 이 사건 농지의 소재지인 위 봉명동은 원래 대전시 중구에 속해 있었으나 1988. 1. 1. 행정구역 개편분구로 대전시 서구에 속하는 것으로 변경되었으며, 1989. 1. 1. 다시 행정구역이 개편분구되어 대전직할시 유성구에 속하게 되었다.

(2) 청구인은 이 사건 농지를 취득할 당시에 이 사건 농지소재지와 같은 구인 대전시 중구에서 거주하였으나, 위 1989. 1. 1.의 행정구역 개편 이후로 청구인의 거주지였던 대전직할시 중구와 이 사건 농지의 소재지인 유성구는 위 서구를 사이에 두게 되었고, 청구인은 1995. 10. 23. 대전시 동구로 거주지를 이전하였다.

(3) 청구인은 이 사건 농지를 8년 이상 자경하였으므로 양도소득세 감면대상으로 보고 자산양도차액예정신고와 과세표준확정신고를 하지 아니하였고, 이에 청구 외 서대전 세무서장은 청구인의 경우 구 조세특례제한법(1998. 12. 28. 법률 제5584호로 개정되고 2001. 12. 29. 법률 제6538호로 개정되기 전의 것, 이하 “법”이라 한다) 제69조 제1항이 정한 거주요건을 갖추지 못하여 양도소득세 면제대상에 해당하지 않는다는 이유로 2001. 7. 19. 청구인에게 양도소득세 부과처분을 하였다.

청구인은 위 부과처분에 대한 취소소송 중에 법 제69조 제1항에 대하여 위헌심판제청신청을 하였으나(2002카기1637) 2002. 12. 28. 제청신청 기각결정을 송달받고 2003. 1. 10. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 법 제69조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하고 이 사건 헌법소원심판을 청구하고 있으나, 청구취지와 청구이유를 종합하여 볼 때 청구인이 다투는 내용은 같은 조항 제1호에서 “대통령령이 정하는 바에 따라 농지소재지에 거주하는 거주자”라는 요건을 됴으로써 조세법률주의, 포괄위임금지 등에 위반되고 거주자와 비거주자를 차별하여 평등원칙에 위반된다는 것 등이어서 위 조항 중 이 사건과 관련이 있는 것은 위 제1호 부분이라 할 것이므로 이 사건 심판대상을 법 제69조 제1항 중 제1호 부분(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌 여부로 한다. 이 사건 법률조항과 관련규정의 내용은 다음과 같다.

법 제69조(자경농지에 대한 양도소득세 등의 면제) ① 다음 각호의 1에 해

당하는 자가 8년 이상 계속하여 직접 경작한 토지로서 농지세의 과세대상(비과세·감면 및 소액불징수의 대상이 되는 토지를 포함한다)이 되는 토지 중 대통령령이 정하는 토지의 양도로 인하여 발생하는 소득에 대하여는 양도소득세 또는 특별부가세를 면제한다.

1. 대통령령이 정하는 바에 따라 농지소재지에 거주하는 거주자
2. 농업생산을 주된 사업으로 영위하는 법인으로서 대통령령이 정하는 법인 또는 영농조합법인

법시행령(1998. 12. 31. 대통령령 제15976호로 개정되고 2001. 12. 31. 대통령령 제17458호로 개정되기 전의 것)

제66조(자경농지에 대한 양도소득세 등의 면제) ④법 제69조 제1항 제1호에서 “대통령령이 정하는 바에 따라 농지소재지에 거주하는 거주자”라 함은 8년 이상 다음 각호의 1에 해당하는 지역에 거주하면서 경작한 자를 말한다.

1. 농지가 소재하는 시·군·구(자치구인 구를 말한다. 이하 이 조에서 같다) 안의 지역
2. 제1호의 지역과 연결한 시·군·구 안의 지역

⑤ 법 제69조 제1항 제2호에서 “대통령령이 정하는 법인”이라 함은 농업을 주업으로 하는 법인을 말하되, 농업과 다른 사업을 겸영하는 경우에는 당해 농지의 양도일이 속하는 사업년도의 직전 사업년도의 농업생산수입금액이 당해 법인의 총수입금액의 100분의 50 이상인 법인을 말한다.

2. 청구인의 주장과 법원의 위헌제청기가 이유 및 이해관계인의 의견가. 청구인의 주장

(1) 납세의무자인지 여부는 조세에 있어서 본질적 사항임에도 불구하고 이 사건 법률조항에서는 거주자라는 모호한 규정만을 두고 그 거주요건을 전적으로 대통령령에 위임하고 있는바 이는 포괄위임금지 및 조세법률주의에 위반된다.

(2) 청구인이 이 사건 농지를 취득할 당시 자경농지의 양도에 대한 과세를 규율하던 구 소득세법(1974. 12. 24. 법률 제2705호로 개정되고 1988. 12. 26. 법률 제4019호로 개정되기 전의 것)에는 8년 이상 자경요건만 있었을 뿐 8년 이상 거주요건은 없었는데, 그 후 관계 법령이 개정되면서 거주요건이 추가되었고, 청구인은 위와 같은 법령변화를 알지 못하여 8년이 충족되지 않는 시점인 1995. 10. 23. 거주지를 이전하여 양도소득세를 부과당하게 되었는바, 이는 조세관련법령의 숙지여부를 일차적으로 고려한 결과로 합리적 근거 없는 차

별이다.

이 사건 법률조항은 농지를 자경하는 점에서 자연인이 법인과 달리 취급될 이유가 없음에도 불구하고 자연인의 경우에만 거주요건을 들으로써 합리적 근거 없이 자연인을 차별하고 있다.

또한 자경농지에 대한 양도소득세 등의 면제는 자경농지인지의 여부가 원칙적인 요건이고 거주요건은 부차적 요건이라 할 것인바 자경요건 외에 거주요건을 요구하는 것은 합리적 이유가 없이 비거주자를 차별하는 것이다.

(3) 이 사건 법률조항은 비거주자에 대해 양도소득세 등을 부과하여 경작자가 농지소제지에서 이탈하는 것을 방지함으로써 거주·이전의 자유를 제한하고 있으며 재산권에 대해서도 제한하고 있는바, 그 제한의 방법이 적정하지 않다.

또한 종전의 구 조세감면규제법시행령에는 농경지로부터 20킬로미터 이내의 지역에 거주하면서 8년 이상 자경하면 양도소득세를 면제하도록 하였으나, 이 사건 법률조항에 따라 시행령을 개정하면서, 종전 규정에 의하여 농지소제지 거주자로 인정되는 경우 그 효력을 계속 유지해주던 부칙조항을 삭제함으로써 구 법령상의 신뢰이익이 침해되고, 행정구역의 개편이라는 외부적 사정에 의해 거주요건이 충족되지 않게 되어 예상하지 못한 과세부담을 안게 되어 문제이다.

(4) 법상의 거주요건은 농지의 양도를 어렵게 하여 농업의 영세화를 고착시킬 우려가 농후한 바 이는 현대적 의미의 경자유전의 원칙과 국가의 농업인 보호의무에 정면으로 반하는 입법이다.

나. 법원의 위헌제청기각 이유의 요지

법 제69조에서 자경농지에 대한 양도소득세 등을 면제하는 입법취지는 육농정책의 일환으로 농지를 직접 경작하는 자에 대하여 농지의 양도에 따른 조세부담을 경감시켜 주자는 것이다.

농지의 양도에 따른 조세부담을 경감시켜 줄 대상이 되는 자의 범위는 시대의 변화와 그 당시의 사회적·경제적 상황에 의한 정부의 육농정책에 따라 유동적인 것이고 그 구체적 요건을 국회에서 제정한 법률로 모두 규율한다는 것은 불가능하거나 부적당한 점에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항은 면제의 대상을 8년 이상 계속하여 직접 경작한 토지로서 농지소제지에 거주하는 거주자로 구체적·개별적으로 한정하여 그 범위 내에서 그 입법목적이나 위임배경 등을 참작하여 세부적인 내용을 정하도록 대통령령에 위임한 것이므로

이는 헌법이 정한 입법권 위임의 한계를 준수하였다고 볼 것이다.

농지소재지 거주 항목을 조세감면의 요건으로 추가하기로 하였다고 하여 직접적으로 농지소유자의 거주·이전의 자유를 침해하는 것이라고 보기는 어렵고 나아가 이를 두고 농지소유자의 재산권을 합리적인 근거 없이 제한하였다거나 평등권을 침해하였다고 인정할 수 없으며 또한 이러한 점들을 모두 참작하여 보면 위 법 조항에서 정한 면제요건이 지나치게 엄격하여 과잉금지에 위반된다고 판단되지는 않는다.

다. 국세청장의 의견 요지

아래의 의견 이외에는 위 법원의 위헌제청기각 이유의 요지와 같다.

(1) 이 사건 법률조항이 그 범령내용의 숙지 유무에 따른 차별적 내용을 규정하지 않고 있는 이상 청구인이 세법의 내용을 충분히 숙지하지 못한 상태에서 거주지를 이전하고 농지를 양도함으로써 양도소득세 감면혜택을 받지 못하였다고 하더라도 합리적 근거 없는 차별을 받았다고 볼 수는 없다.

법인의 경우 그 법적 지위나 성격 그리고 그 설립 및 활동목적이 자연인의 그것과는 다를 뿐만 아니라 특히 영농조합법인의 경우 엄격한 설립요건이 요구되어 그 자체 구성원과 활동목적, 장소 등의 제한이 공시되어 있다는 점에서 자연인인 농업인과는 동일선 상에서 논할 수 없고 따라서 이 사건 법률조항에서 자연인에 대해서만 소재지 거주요건을 요구하였다 하여 법인에 비하여 합리적 근거 없는 차별을 받았다고 할 수는 없다.

(2) 종전의 구 조세감면규제법시행령(1993. 12. 31. 대통령령 제14084호)에서는 농지소재지로부터 20킬로미터 이내에 거주하면서 자경하는 농민에 대하여는 양도소득세를 면제하도록 규정하고 있었는데, 종전의 시행령 규정에 의해 양도소득세를 면제받으리라고 기대하였다가 이 사건 시행령 규정으로 인하여 양도소득세를 면제받지 못하게 되어 신뢰이익이 침해되었다 하더라도 시행령 규정은 적법한 위임형식에 의하여 제정된 이상 이 사건과 같은 위헌 심사형 헌법소원 심판대상이 아닐 뿐만 아니라 더 나아가 청구인이 내세우는 위와 같은 사정을 모두 고려한다고 하더라도 청구인의 위 주장에 법적으로 보호받을 가치가 있는 어떠한 신뢰이익이 형성되었다고 보기 어렵다.

(3) 헌법 제121조의 경자유전의 원칙은 부채지주 내지 외지인에 의한 농지 경작을 방지함으로써 과거의 폐습이었던 소작제도를 근절하여 농지 내지 농업경영을 원칙적으로 현지 농민의 자율과 계산에 의해서 이루어지도록 하려는 것에 있다. 그렇다면 외지인에 의한 농지 투기 내지 농지경영 나아가 부채

지주의 출현을 방지하여 진정한 의미의 자경농을 보호하기 위한 이 사건 법률조항의 입법취지에 비추어 볼 때 이 사건 법률조항은 오히려 헌법상 경자유전의 원칙에 부합될 뿐만 아니라 농업보호라는 국가의 의무에도 충실한 제도라고 할 것이다.

라. 재정경제부장관의 의견의 요지

법인의 경우 개인과는 달리 농지 양도시 발생한 양도소득은 법인세가 부과되고 있으므로 이 사건 법률조항이 자연인과 법인을 차별하는 조항이라고 보기 어렵다는 의견 이외에는 위 국세청장의 의견의 요지와 같다.

3. 판 단

가. 자경농지에 대한 양도소득세 감면제도의 변천

(1) 소득세법에 의한 규율

자경농민에 대한 양도소득세 감면제도가 처음으로 입법된 것은 1974. 12. 24. 소득세법(법률 제2705호)으로, 당시에는 8년간의 자경기간만 규정되고 거주요건은 요구하지 않았는데, 1988. 12. 26.에 소득세법이 개정되면서(법률 제4019호) 8년 이상 자경한 토지 중 대통령령이 정하는 토지의 양도로 인하여 발생한 소득에 대하여 양도소득세를 감면한다는 위임규정을 두었다. 한편 법인세법(1993. 6. 11. 법률 제4561호)에서는 8년 이상 계속하여 법인이 경작한 토지로서 농지세의 과세대상이 되는 토지 중 대통령령이 정하는 토지의 양도로 인하여 발생하는 소득에 대하여는 특별부가세를 부과하지 아니하도록 하였다.

(2) 조세감면규제법에 의한 규율

1993. 12. 31. 구 조세감면규제법(법률 제4666호)에서 위 구 소득세법과 구 법인세법 상의 규정을 흡수하여 자경농지에 대한 양도소득세 면제 규정을 두면서 구 조세감면규제법 시행령(1993. 12. 31. 대통령령 제14084호)에서 거주지로부터 20킬로미터 이내의 농지를 자경하는 경우를 포함하고, 법인에 대하여는 농업을 주업으로 하는 법인이나 영농조합법인에 대하여만 감면을 하는 것으로 대체하였다.

1995. 12. 30. 위 구 조세감면규제법시행령이 개정되면서(대통령령 제14869호) 20킬로미터 이내 거리규정이 삭제되고 부칙에서 1996. 1. 1. 시행 당시 종전규정에 의해 거주자로 인정되는 경우에는 종전규정에 의한다는 경과규정을 두었다.

(3) 조세특례제한법에 의한 규율

1998. 12. 28. 법에서 자경농지에 관한 규정을 흡수하면서 법시행령에서 (1998. 12. 31. 대통령령 제15976호) 위 부칙 규정을 삭제하였다.

이 사건 농지의 양도 이후인 2001. 12. 29. 조세특례제한법이 개정되고(법률 제6538호) 이에 따라 2001. 12. 31. 같은 법시행령이 개정되면서(대통령령 제 17458호) 경작개시 당시에는 농지소재지에 거주하였으나 행정구역의 개편 등으로 농지소재지에 해당되지 않게 된 경우에도 농지소재지에 거주하는 것으로 보도록 규정하였다.

나. 이 사건 법률조항의 위헌여부

이 사건의 주된 쟁점은 자경농지에 대한 양도소득세 면제대상을 대통령령에 위임하면서 헌법이 허용하지 않는 포괄위임을 한 것은 아닌지 여부 및 법인의 경우와 달리 농지소재지 거주를 양도소득세 면제요건으로 하는 것이 자연인을 차별하여 조세평등주의에 위반되는지의 여부인바, 기타 청구인의 주장과 함께 이하에서 차례로 검토한다.

(1) 포괄위임금지 및 조세법률주의 위반 여부

(가) 심사의 기준

헌법은 제38조에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다”라고 규정하면서 제59조에서 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다”고 규정하고 있다. 한편 복잡다양하고도 끊임없이 변천하는 사회·경제상황에 대처하여 정확하게 과세대상을 포착하고 적정하게 과세표준을 산출하기 위하여는 경제현실의 변화나 전문적 기술의 발달 등에 적응하여야 하는 세부적인 사항에 관하여는 행정입법에 이를 위임할 필요가 있다. 이에 우리 헌법은 제75조에서 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”라고 규정하고 있는바, “구체적으로 범위를 정하여”라 함은 법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다. 이러한 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법 조항 전체를 유기적·체계적으로 보아 법률조항과 법률의 입법취지를 종합적으로 고찰하여 합리적으로 그 대강이 예측될 수 있는가의 여부로 판단되고, 따라서 각 대상 법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 하며, 국민에게 이익을 부여하는 규정에 대해서는 위임입법의 구체성·명확성의 요구 정도는

상대적으로 완화될 수 있다고 할 것이다(헌재 1998. 3. 26. 96헌바57, 판례집 10-1, 255, 26; 헌재 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53, 58-59 참조).

(나) 이 사건 법률조항의 경우

이 사건 법률조항은 양도소득세 면제 대상자를 “대통령령이 정하는 바에 따라 농지소재지에 거주하는 거주자”라고 규정하고 있어서 농지소재지 지번으로부터 과연 어느 범위안에 거주하여야 하는 것인지 알 수 없으므로 일견 아무런 범위도 정하고 있지 않은 것처럼 보인다.

그러나 이 사건 법률조항이 정하고 있는 “농지소재지”나 “거주자”의 일상적 용어의 의미는 농지가 있는 곳, 생활의 근거를 두고 있는 자를 뜻하는 것으로 우선 그 개념이 명확하고,

둘째, 법 제69조의 입법목적은 육농정책의 일환으로 농지의 양도에 따른 조세부담을 경감시켜 주기 위한 것으로서(헌재 2002. 9. 19. 2002헌바2, 판례집 14-2, 330, 337 참조), 특히 이 사건 법률조항의 목적은 외지인의 농지투기를 방지하고 8년 이상 자경한 농민의 조세부담을 덜어주어 농업·농촌을 활성화하기 위하여 그 면제 대상자를 육농정책의 변화에 따라 융통성 있게 정할 수 있도록 대통령령에 위임하고 있는 것이라 할 것인데 그러한 조세감면의 우대 조치는 조세평등주의에 반하고 국가나 지방자치단체의 재원의 포기이기도 하여 가급적 억제되어야 하고 그 범위를 확대하는 것은 결코 바람직하지 못하므로 특히 정책목표 달성이 필요한 경우에 그 면제혜택을 받는 자의 요건을 엄격히 하여 극히 한정된 범위 내에서 예외적으로 허용되어야 하며(헌재 2002. 9. 19. 2002헌바2, 판례집14-2, 330, 33; 헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525, 536),

셋째, 법 제69조 제1항 본문이 조세면제의 대상을 “8년 이상 계속하여 직접 경작한 토지”로만 한정하여 규정함으로써 면제대상자의 주요범위를 이미 법률에서 분명히 하고 있다.

이상 여러 가지 점을 종합하여 보면, 대통령령에서 “농지소재지에 거주하는 거주자”로 규정될 범위는 자경한다고 볼 수 있는 통작 가능한 거리에 생활의 근거지를 둔 자의 범위 내에서 정해질 것임은 누구라도 예측할 수 있다 할 것이다(헌재 1996. 3. 28. 94헌바42, 판례집 8-1, 199, 209-211 참조).

그렇다면 이 사건 법률조항은 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있게 구체적으로 범위를 정하여 위임하고 있다고 볼 수 있어서 포괄위임입법을 금지하는 헌법 제75조에 위반되지 않는다고 할 것이다. 한편 이와 같이 정

당한 위임 범위 내에서 면제대상을 위임하고 있고, 또한 이 사건 법률조항 내에서 조세감면의 근거가 명확하게 법률에서 정해지고 있으므로, 조세법률주의에 위배된 것이라고도 할 수 없다.

(2) 조세평등주의 위반 여부

(가) 평등원칙과 조세평등주의

헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어 차별을 받지 아니한다”고 평등의 원칙을 선언하고 있고 이와 같은 평등의 원칙이 세법 영역에서 구현된 것이 조세평등주의로서, 이는 조세의 부과와 징수는 납세자의 담세능력에 상응하여 공정하고 평등하게 이루어져야 하고 합리적인 이유 없이는 특정의 납세의무자를 불리하게 차별하거나 우대하는 것은 허용되지 아니한다는 원칙이다(헌재 1999. 11. 25. 98헌마55, 판례집 11-2, 593-60; 헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집8-1, 525, 535). 그리고 조세감면의 우대조치의 경우에 있어서도 특정납세자에 대하여만 감면조치를 하는 것이 현저하게 비합리적이고 불공정한 조치라고 인정될 때에는 조세평등주의에 반하여 위헌이 된다(헌재 1996. 8. 29. 95헌바41, 판례집 8-2, 107, 117 참조). 다만 조세감면의 혜택을 부여하는 입법에서 그 범위를 결정하는 것은 입법자의 광범위한 재량에 속하고 재량의 범위를 뚜렷하게 벗어난 것으로 볼 수 없는 한 이것을 위헌이라고 단정할 수 없는바, 오늘날 조세입법자는 조세의 부과를 통하여 재정수입의 확보라는 목적 이외에 국민경제적, 재정정책적, 사회정책적 목적달성을 위하여 여러 가지 관점을 고려할 수 있기 때문에 위와 같은 입법재량에 대한 요청은 더욱 크다 할 것이다(헌재 2000. 7. 20. 98헌바99, 판례집12-2, 95, 10; 헌재 2002. 10. 31. 2002헌바43, 판례집 14-2, 529, 538).

(나) 이 사건 법률조항의 경우

이 사건 법률조항의 입법목적은 외지인의 농지투기를 방지하고 조세부담을 덜어 줌으로써 농업·농촌의 활성화를 도모하는 것이고, 이는 농업의 보호와 지원을 규정한 헌법 제123조 제1항에 비추어 볼 때 정당하고, 그러한 입법목적에 비추어 농지소재지 거주자와 비거주자는 상이하게 취급될 합리적 이유가 있다고 할 것이고 따라서 양도소득세 면제대상을 농지소재지 거주자로 한정하는 것이 합리적 이유 없이 농지소재지 비거주자를 차별하는 것은 아니라 할 것이다.

또한 양도소득세 면제대상을 정함에 있어서, 자연인과 법인이 그 법적 지위나 성격, 설립 및 활동상 차이가 있음에 기초하여 위와 같은 입법목적에 충실하게 자연인과 법인에 각각 결맞는 다른 요건을 둘 수 있는 것이므로, 조세감면제도를 규율함에 있어서 법인에 대하여 자연인의 경우와 동일한 형식을 취하지 않았다는 것만으로 불합리한 차별이라고 보기는 어렵다 할 것이다. 구체적으로 농지의 자경을 보다 확실하게 담보하고 농지투기를 방지함에 있어서 자연인의 경우 농지소재지 거주요건이 행하는 기능과 법인의 주된 사무소 소재지가 하는 기능이 같다고 할 수 없으므로 법인에 대하여 소재지 요건을 두지 않았다고 하여 자연인을 차별하는 것이라 보기는 어렵다.

법 제69조 제1항 제2호에서는 농업생산을 주된 사업으로 영위하는 대통령령이 정하는 법인이나 영농조합법인의 8년 이상 자경농지에 대한 특별부가세 면제를 정하고 있다. 이에 따라 법시행령에서는 법에서 정한 위 법인에 대하여, 농업을 주업으로 하는 법인을 말하되 농업과 다른 사업을 겸영하는 경우에는 직전 사업년도의 농업생산수입금액이 당해 법인의 총수입금액의 50퍼센트 이상인 법인으로 구체화하고 있고, 영농조합법인에 대하여는 농업·농촌 기본법상 설립요건, 그 사업범위, 영업의 개시와 계속 등에 관하여 엄격하게 정하고 있다. 결국 법에서 8년 이상 자경농지 양도에 대하여 특별부가세를 면제하고 있는 법인에 대하여는 명실상부하게 농업 생산 및 경영을 하도록 규율하고 있음을 알 수 있고, 자연인의 경우 거주요건을 부과하는 것과 같이 법인의 경우에도 농지의 자경을 보다 확실하게 담보하고 농지투기를 방지하기 위한 규율을 하고 있음을 알 수 있다 할 것이다.

따라서 8년 이상 자경한 법인 가운데 농업을 주로 하는 법인과 영농조합법인에 대하여 특별부가세를 면제하면서 자연인의 경우와 같은 거주요건을 설정하지 않았다고 하여 법인에 비하여 자연인을 불합리하게 차별하는 것이라 보기 어렵다.

일반적으로 법률은 공포와 동시에 그 효력을 발생하는 것이고 수범자가 법률 내용을 알았는가 여부에 따라 그 적용을 달리하는 것은 아니므로, 이 사건 법령의 개정내용을 알지 못한 청구인에 대하여도 개정법령이 적용된다고 하여 법령의 변화를 알고 있던 자에 비하여 차별을 받는다는 것은 아니며 따라서 이 사건에서 법령의 숙지 여부에 따른 평등권침해는 문제되지 않는다 할 것이다.

(3) 거주·이전의 자유의 침해 여부

헌법 제14조는 “모든 국민은 거주·이전의 자유를 가진다”고 규정하는바, 거주·이전의 자유란 국민이 자기가 원하는 곳에 체류지와 거주지를 결정하고 일단 정한 체류지와 거주지를 그의 의사에 반하여 옮기지 아니할 자유를 말한다.

살피건대 이 사건 법률조항은 자경농민이 농지소재지로부터 거주를 이전하는 것을 직접적으로 제한하는 내용의 규정이라고 볼 수 없고, 다만 8년 이상 농지를 자경한 농민이 농지소재지에 거주하는 경우 양도소득세를 면제함으로써 농지소재지 거주자가 농지에서 이탈되는 것이 억제될 것을 기대하는 범위 내에서 간접적으로 제한되는 측면이 있을 뿐이며, 따라서 양도세의 부담을 감수하기만 한다면 자유롭게 거주를 이전할 수 있는 것이므로 거주·이전의 자유를 형해화할 정도로 침해하는 것은 아니라 할 것이다(헌재 1996. 3. 28. 94헌바42 판례집 8-1, 199, 20; 헌재 1995. 2. 23. 91헌타204, 판례집 7-1, 267, 279-280 참조).

(4) 경자유전 원칙의 침해 여부

헌법 제121조 제1항은 “국가는 농지에 관하여 경자유전의 원칙이 달성될 수 있도록 노력하여야 하며, 농지의 소작제도는 금지된다.”고 규정하고 있다. 이는 곧 전근대적인 법률관계인 소작제도의 청산을 의미하며 나아가 헌법은 부채지주로 인하여 야기되는 농지이용의 비효율성을 제거하기 위하여 경자유전의 원칙을 국가의 의무로서 천명하고 있는 것이다.

앞서 본 바와 같이 이 사건 법률조항의 입법목적은 외지인의 농지투기를 방지하고 조세부담을 덜어주어 농업·농촌을 활성화하는 데 있음을 고려하면 이 사건 법률조항은 경자유전의 원칙을 실현하기 위한 것으로 볼 것이지 경자유전의 원칙에 위배된다고 볼 것은 아니라 할 것이다.

(5) 재산권 침해 여부

일반적으로 조세와 재산권의 관계에 있어서 조세의 부과 징수는 국민의 납세의무에 기초하는 것으로서 원칙으로 재산권의 침해가 되지 않는다고 하더라도 그로 인하여 납세의무자의 사유재산에 관한 이용, 수익, 처분권이 중대한 제한을 받게되는 경우에는 재산권의 침해가 될 수 있다고 한다(헌재 1997. 12. 24. 96헌가19등, 판례집 9-2, 762, 773).

지금까지 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항에 포괄위임금지, 조세법률주의 및 조세평등주의, 기타 거주·이전의 자유, 경자유전의 원칙 등과 관련하여 위헌적인 요소가 없다고 보는 이상 청구인이 이 사건 법률조항이 정하는

양도소득세 면제요건을 충족하지 못하여 양도소득세 납세의무를 진다 하여 청구인의 사유재산에 관한 이용·수익 처분권이 중대한 제한을 받게되는 것이 아니므로 재산권의 침해가 되지 않는다 할 것이다.

더욱이 이 사건 법률조항과 같은 수익적 입법의 시혜대상에서 제외되었다는 이유만으로 재산권 침해가 생기는 것은 아니고, 시혜적 입법의 시혜대상이 될 경우 얻을 수 있는 재산상 이익의 기대가 성취되지 않았다고 하여도 그러한 단순한 재산상 이익의 기대는 헌법이 보호하는 재산권의 영역에 포함되지 않으므로(헌재 1999. 7. 22. 98헌바14, 판례집 11-2, 205, 220-221), 이 사건에서 재산권침해가 문제되지는 않는다고 볼 것이다.

(6) 기타 청구인의 주장에 관하여

청구인은 시행령 규정의 변경으로 신뢰이익이 침해되었다는 취지의 주장을 하나, 종전의 시행령 규정에 의해 양도소득세를 면제받으리라는 기대가 이 사건 시행령 규정으로 인하여 실현되지 않게 되었다 하더라도 시행령 규정은 그것이 적법한 위임형식에 의하여 제정된 이상 당해 소송에서 그 위헌 위법성을 다룰 수 있음은 별론으로 하고 이 사건과 같은 위헌심사형 헌법소원 심판대상이 될 수 없다(헌재 1998. 7. 16. 96헌바52등, 판례집 10-2, 172, 195-196).

4. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법상 조세법률주의, 포괄위임입법금지 및 조세평등주의, 경자유전의 원칙 등에 위반되지 아니하고 거주·이전의 자유를 침해하지 아니하며 달리 헌법에 위반된다고 할 수 없으므로 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

국가유공자등예우및지원에관한법률 제12조 제2항 위헌소원

(2003. 11. 27. 2003헌바39 전원재판부)

【판시사항】

1. 재판의 전제성 여부에 관한 법원의 법률적 견해를 존중하여 재판의 전제성을 인정한 사례
2. 국가유공자의 자녀의 경우 유족연금지급 대상 자격을 “미성년인 자녀와 대통령령이 정하는 생활능력이 없는 정도의 장애가 있는 성년인 자녀”에 한정하고 있는 국가유공자등예우및지원에관한법률 제12조 제2항 제1문(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 평등원칙에 반하는지 여부(소극)
3. 이 사건 법률조항이 성년자인 유족의 교육을 받을 권리, 혼인하여 가족을 구성할 권리, 행복추구권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 재판의 전제성 판단은 법원의 이에 관한 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없을 때가 아니라면 법원의 견해를 존중하여야 할 것인바, 국가보훈처장은 행정청의 유족연금지급 거부처분이 행정소송의 대상이 되지 않는다고 주장하나, 이 사건에서 그렇게 단정하기 어려우므로 재판의 전제성이 인정된다.
2. 국가유공자의 자녀라 할지라도 그 자녀가 성년의 나이에 도달한 경우 신체적·정신적으로 성숙하여 스스로 생활을 영위할 수 있는 사회적 독립성과 근로능력을 갖춘 것이라 인정될 수 있으므로, 국가가 한정된 재원으로 국가유공자 유족연금제도를 운영하게 되는 것을 고려하면, 그 성년자들을 연금수급 대상에서 제외한 것은 자의적이거나 비합리적인 것이라 보기 어렵다. 이 사건 법률조항은 성년의 자녀인 경우에도 대통령령이 정하는 생활능력이 없는 정도의 장애를 지닌 성년에 대해서는 계속 유족연금을 지급하도록 하고 있으

며, 또한 국가유공자등예우및지원에관한법률은 국가유공자의 자녀들에 대한 교육보호제도, 취업보호제도, 대부지원제도와 같은 지원제도를 병행하여 실시하고 있고, 또한 청구인과 같은 6·25전몰군경자녀가 처해야 했던 사정을 감안하여 성년인 자녀에 대해서도 생활정도를 감안하여 생활조정수당을 지급하며, 성년 여부에 관계없이 매월 6·25전몰군경자녀수당을 따로 지급하고 있어 성년의 자녀를 유족연급수급권자로부터 배제함으로써 발생할 수 있는 문제점을 보완하고 있다. 그렇다면 위 조항은 자의적이라거나 비합리적인 차별을 하고 있다고 볼 수 없어 평등원칙에 위배되지 않는다.

3. 이 사건 법률조항이 성년자인 유족에게 연금수급권을 주지 않는다 하더라도 유족연금 자체가 교육비에 충당될 것을 예정하고 지급되는 것은 아니므로 유족연금의 지급 여부와 교육을 받을 권리의 침해 여부는 직접적 관련성을 가지지 못하며 청구인의 교육을 받을 권리가 침해되었다고 할 수 없다. 또한 국가유공자의 성년자녀에 대한 유족연금의 지급 여부와 혼인의 여부 역시 직접적 관련성을 인정하기 어려우므로 위 조항이 혼인하여 가족을 구성할 권리를 침해하였다고 할 수 없다. 한편 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에 대해 적극적으로 요구할 수 있음을 내용으로 하는 것은 아니므로 위 조항이 행복추구권을 침해하였다고 할 수 없다.

【심판대상조문】

국가유공자등예우및지원에관한법률(1994. 12. 31. 법률 제4857호로 개정된 것) 제12조 (연금) ① 생략

② 제1항 제2호에 해당하는 유족 중 자녀는 미성년인 자녀에 한하되, 대통령령이 정하는 생활능력이 없는 정도의 장애가 있는 때에는 그가 성년이 된 경우에도 이를 미성년인 자녀의 예에 따라 지급한다. 대통령령이 정하는 생활능력이 없는 정도의 장애가 있는 미성년제매가 성년이 된 경우에도 또한 같다.

③, ④ 생략

【참조조문】

헌법 전문, 제10조 제34조 제1항·제2항, 제32조 제6항, 제11조 제1항, 제31조 제1항
국가유공자등예우및지원에관한법률 제5조(유족등의 범위) ① 이 법에 의하여 보상을

받는 국가유공자의 유족 또는 가족의 범위는 다음과 같다.

1. 배우자(사실상의 배우자를 포함한다. 다만, 배우자 및 사실상의 배우자가 국가유공자와 혼인 또는 사실혼후 당해 국가유공자 외의 자와 사실혼중에 있거나 있었던 경우를 제외한다)
2. 자녀
3. 부모
4. 성인남자인 직계비속이 없는 조부모
5. 60세 미만의 남자 및 55세 미만의 여자인 직계존속과 성인남자인 형이 없는 미성년 제대
- 6.~7. 삭제

②~⑧ 생략

국가유공자등예우및지원에관한법률 제11조(보상금의 종류) 보상금은 연금·생활조정수당·간호수당·보철구수당·무공영예수당·6.25전몰군경자녀수당 및 사망일시금으로 구분한다.

국가유공자등예우및지원에관한법률 제12조(연금) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자에 대하여는 연금을 지급한다. 다만, 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 연금지급대상에서 제외되는 자는 그러하지 아니하다.

1. 전상군경·공상군경·제일학도의용군인·4.19혁명부상자 및 특별공로상이자
2. 전몰군경·순직군경·4.19혁명사망자 및 특별공로순직자의 유족과 제1호에 해당하는 자가 사망한 경우의 그 유족 중 선순위자 1인

②~④ 생략

국가유공자등예우및지원에관한법률 제13조(연금지급순위) ① 연금을 받을 유족의 순위는 제5조제1항 각호에 규정된 순위에 의하되, 타가로 입적한 자는 제5조 제1항 제5호의 자의 다음 순위로 한다.

②, ③ 생략

국가유공자등예우및지원에관한법률 제14조(생활조정수당) ① 국가유공자와 그 유족 중 제13조의 규정에 의한 연금지급순위가 선순위인 자 1인에 대하여는 생활정도를 감안하여 생활조정수당을 지급할 수 있다.

② 생활조정수당은 월액으로 하며, 그 지급액·지급방법 기타 지급에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

국가유공자등예우및지원에관한법률 제16조의3(6.25전몰군경자녀수당) ① 1953년 7월 27일 이전 및 참전군인등지원에관한 법률 별표의 규정에 의한 전투기간중에 전사하거나 순직한 전몰군경 또는 순직군경의 자녀 중 제13조의 규정에 의한 연금지급순위가 선순위인 자 1인에 대하여 6.25전몰군경자녀수당을 지급하고 이 수당을 받을 권리는 다른 자녀에게 이전되지 아니한다. 다만, 1998년 1월 1일 이후 유족 중 1인이 연금을 받은 사실이 있는 전몰군경(전몰군경) 또는 순직군경의 자녀에 대하여는 지급하지 아니한다.

② 6.25전몰군경자녀수당은 월액으로 하며, 그 지급액·지급방법 기타 지급에 관하여 필

요한 사항은 대통령령으로 정한다.

국가유공자등예우및지원에관한법률 제21조(교육보호의 실시) 국가는 국가유공자와 그 유족등이 건전한 사회인으로 자립할 수 있도록 하기 위하여 초·중등교육법 및 고등교육법에 의한 학교, 평생교육법에 의하여 학력이 인정되는 평생교육시설 및 학점인정등에 관한 법률에 의하여 평가인정을 받은 학습과정을 운영하는 교육훈련기관 등에서 필요한 교육을 받을 수 있도록 교육보호를 실시한다.

국가유공자등예우및지원에관한법률 제22조(교육보호대상자 등) ① 교육보호를 받을 수 있는 자는 다음 각호와 같다.

1.~3. 생략

4. 전몰군경·순직군경·4.19혁명사망자·순직공무원·특별공로순직자 및 제1호에 해당하는 자가 사망한 경우의 그 자녀·미성년제매

② 생략

국가유공자등예우및지원에관한법률 제23조(취학시킬 의무) ① 초·중등교육법에 의한 중학교·고등학교 기타 이에 준하는 학교는 학년별로 그 학생정원의 3퍼센트의 범위 안에서 대통령이 정하는 바에 따라 교육보호대상자를 취학시켜야 한다.

② 교육인적자원부장관은 교육보호대상자의 지역별 분포상태에 따라 필요하다고 인정할 때에는 대통령이 정하는 바에 의하여 지역별로 제1항의 규정에 의한 취학비율을 6퍼센트까지로 할 수 있다.

국가유공자등예우및지원에관한법률 제28조(취업보호의 실시) 국가는 국가유공자와 그 유족등의 생활안정을 도모하기 위하여 취업보호를 실시한다.

국가유공자등예우및지원에관한법률 제29조(취업보호대상자) ① 취업보호를 받을 취업보호대상자는 다음과 같다.

1. 생략

2. 전몰군경·순직군경·4.19혁명사망자·순직공무원 및 특별공로순직자의 유족

3. 생략

② 생략

③ 삭제

국가유공자등예우및지원에관한법률 제30조(취업보호실시기관) 취업보호를 실시할 취업보호실시기관은 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, 대통령이 정하는 제조기업체로서 200인 미만을 고용하는 기업체를 제외한다.

국가유공자등예우및지원에관한법률 제41조(의료보호의 실시) 국가는 국가유공자와 그 유족등이 건강한 생활을 유지하고 필요한 가료등을 받을 수 있도록 하기 위하여 의료보호를 실시한다.

국가유공자등예우및지원에관한법률 제46조(대부실시) 국가는 국가유공자와 그 유족등의 자립과 생활안정을 도모하기 위하여 장기저리로 대부를 실시한다.

국가유공자등예우및지원에관한법률 제47조(대부대상자) ① 대부대상자는 다음 각호와 같다.

1.~2. 생략

3. 국가유공자의 유족 중 연금을 받는 자가 없는 경우에는 제5조 제1항 각호의 규정에 의한 선순위자. 다만, 타가로 입적한 자는 제5조 제1항 제5호의 자의 다음 순위로 한다.

② 생략

국가유공자등예우및지원에관한법률 제49조(대부의 종류) 대부의 종류는 다음 각호와 같다.

1. 농토구입대부

2. 주택대부(주택구입, 대지구입, 주택신축, 주택개량, 주택임차대부를 말한다. 이하 같다)

3. 사업대부

4. 생활안정대부

국가유공자등예우및지원에관한법률시행령 제27조의3(6·25전몰군경자녀수당) 법 제16조의3의 규정에 의한 6·25전몰군경자녀수당의 지급금액은 월 25만원으로 한다.

【참조판례】

1. 현재 1999. 6. 24. 98헌바42, 판례집 11-1, 742
현재 1999. 12. 23. 98헌바33, 판례집 11-2, 732
2. 현재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680
현재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1
현재 1999. 4. 29. 97헌마333, 판례집 11-1, 503
3. 현재 1994. 2. 24. 93헌마192, 판례집 6-1, 173
현재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1

【당 사 자】

청 구 인 이병수

국선대리인 변호사 황병일

당해사건 대전지방법원 2002구단1712

【주 문】

국가유공자등예우및지원에관한법률 제12조 제2항 제1문(1994. 12. 31. 법률

제4857호로 개정된 것)은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 대전지방법보훈청장에게 청구인의 아버지가 1953. 3. 20. 강원 철원 지구 전투에서 전사하였으므로 청구인이 국가유공자의 유족에 해당된다며 국가유공자 유족연금 지급을 신청하였으나, 대전지방법보훈청장은 청구인이 국가유공자등예우및지원에관한법률 제12조 제2항이 정한 유족연금 지급대상인 국가유공자의 미성년자녀이거나 생활능력 없는 장애를 가진 성인자녀가 아님을 이유로 2002. 12. 5. 유족연금 지급거부처분을 하였다.

청구인은 이 처분의 취소를 구하는 소를 대전지방법원에 제기하여 그 재판 계속 중 위 법률조항에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였으나(2003카기 728) 2003. 6. 3. 기각되자, 위 법률조항이 위 망인의 유일한 유족인 청구인의 행복추구권과 평등권 등을 침해한다고 주장하면서 2003. 6. 18. 이 사건 헌법 소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 국가유공자등예우및지원에관한법률(이하 이를 “예우법”이라 한다) 제12조 제2항(1994. 12. 31. 법률 제4857호로 개정된 것) 전부를 심판대상으로 삼고 있으나, 동 조항 제2문은 유공자의 제매에 관한 조항으로서 청구인과 무관하고 당해사건에 적용될 조항이 아님이 명백하므로 심판대상을 예우법 제12조 제2항 제1문(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌 여부로 한정함이 상당하다. 이 사건 법률조항을 포함한 관련 조항들의 내용은 다음과 같다.

예우법 제12조(연금) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자에 대하여는 연금을 지급한다. 다만, 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 연금지급대상에서 제외되는 자는 그러하지 아니하다.

1. 전상군경·공상군경·제일학도의용군인·4.19혁명부상자 및 특별공로상 이자
2. 전몰군경·순직군경·4.19혁명사망자 및 특별공로순직자의 유족과 제1호에 해당하는 자가 사망한 경우의 그 유족중 선순위자 1인
- ② 제1항 제2호에 해당하는 유족중 자녀는 미성년인 자녀에 한하되, 대통령령이 정하는 생활능력이 없는 정도의 장애가 있는 때에는 그가 성년이 된 경

우에도 이를 미성년인 자녀의 예에 따라 지급한다. 대통령령이 정하는 생활능력이 없는 정도의 장애가 있는 미성년제매가 성년이 된 경우에도 또한 같다.

제5조(유족 등의 범위) ① 이 법에 의하여 보상을 받는 국가유공자의 유족 또는 가족의 범위는 다음과 같다.

1. 배우자(사실상의 배우자를 포함한다. 다만, 배우자 및 사실상의 배우자가 국가유공자와 혼인 또는 사실혼 후 당해 국가유공자외의 자와 사실혼 중에 있거나 있었던 경우를 제외한다)
2. 자녀
3. 부모
4. 성년남자인 직계비속이 없는 조부모
5. 60세 미만의 남자 및 55세 미만의 여자인 직계존속과 성년남자인 형이 없는 미성년제매

제14조(생활조정수당) ① 국가유공자와 그 유족중 제13조의 규정에 의한 연금지급순위가 선순위인 자 1인에 대하여는 생활정도를 감안하여 생활조정수당을 지급할 수 있다.

제16조의3(6.25전몰군경자녀수당) ① 1953년 7월 27일 이전 및 참전군인등 지원에관한법률 별표의 규정에 의한 전투기간 중에 전사하거나 순직한 전몰군경 또는 순직군경의 자녀중 제13조의 규정에 의한 연금지급순위가 선순위인 자 1인에 대하여 6·25전몰군경자녀수당을 지급하고 이 수당을 받을 권리는 다른 자녀에게 이전되지 아니한다. 다만, 1998년 1월 1일 이후 유족중 1인이 연금을 받은 사실이 있는 전몰군경(전몰군경) 또는 순직군경의 자녀에 대하여는 지급하지 아니한다.

제64조(양육보호) 국가유공자의 미성년 자녀 및 미성년 제매중 부양의무자가 없는 자(부양의무자가 있으나 부양능력이 없는 경우를 포함한다) 또는 부양의무자가 양로보호를 받고 있는 자에 대하여는 국가의 양육시설에서 보호할 수 있다. 다만, 양육보호를 받고 있는 자로서 20세가 된 자가 고등학교·대학 또는 이에 준하는 학교에 재학중이거나, 20세가 되는 해에 대학 또는 이에 준하는 학교에 입학하게 되는 경우에는 당해 학교를 졸업할 때까지 양육시설에 계속 보호할 수 있다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

예우법의 입법목적은 모든 유공자와 유족의 영예로운 생활이 유지되고 보

장되도록 실질적인 보상을 하는 데 있다할 것인데, 연금수급권자인 자녀는 성년의 시점에 이르러 교육비나 결혼자금 등으로 인해 훨씬 많은 보호와 혜택을 필요로 함에도 불구하고 이 사건 법률조항이 성년인 자녀에 대해 연금수급권자로서의 지위를 박탈하는 것은 행복추구권과 교육을 받을 권리 및 혼인하여 가족을 구성할 권리를 침해하는 것일 뿐만 아니라, 가사 성년이 넘은 경우 예우법 제14조, 제16조의3 등에 의한 생활조정수단 등을 지급한다고 할지라도 이는 실질적인 평등이 아니라 실질적인 차별대우를 행하는 것으로서 국가유공자의 성년의 자녀만을 아무런 납득할 만한 이유 없이 자의적으로 불합리하게 차별한다.

나. 법원의 위헌심판제청신청 기각이유

예우법의 목적과 이념, 취지와 그 내용을 종합하여 볼 때, 국가유공자의 유족인 자녀 중 미성년자인 자녀와 생활능력이 없는 장애를 지닌 성년의 자녀에 대하여는 이 사건 법률조항에 의하여 유족연금을 지급하도록 하고, 한편 성년의 자녀에 대하여는 예우법 제14조, 제16조의3 등에 의하여 생활조정수단, 6·25전몰군경자녀수당 등을 지급하도록 하는 것은 그 보호의 필요성이라는 합리적인 사유와 기준에 합당하게 차등 있는 실질적인 보상을 실시하려는 취지로 보이며, 따라서 이 사건 법률조항은 합리적인 사유와 기준에 합당하게 차등 있는 보상을 함으로써 헌법상의 평등권을 실질적으로 구현하고 있다고 판단될 뿐, 국가유공자의 성년인 자녀를 자의적으로 불합리하게 차별대우하는 규정이라 볼 수 없다.

다. 국가보훈처장의 의견

(1) 청구인에 대한 유족연금 비대상 통보는 단순히 법령의 규정사항을 통보한 것에 불과하고 구체적 사실에 관한 법집행으로서 청구인에게 권리의 변동을 가져오는 공권력의 행사가 아니라고 할 것이므로, 결국 청구인은 행정소송의 대상이 되지 않는 사안을 원인으로 하여 위헌제청신청을 한 것으로서 무의미하여 헌법재판소법 제68조 제2항의 요건에 해당하는 절차를 거친 것이라 할 수 없다.

(2) 이 사건 법률조항이 성년인 자녀를 연금지급대상에서 제외한 것은 자녀의 경우 민법상 성년이 되면 신체적·정신적으로 성숙하여 사회생활에 적응할 수 있고 근로능력을 갖추어 자립해 나갈 수 있다는 점, 예우법은 자녀들의 성장에 맞추어 사회적인 자립여건을 갖추어 줄 수 있도록 하기 위해 교육보호 및 취업보호와 같은 보훈제도를 보완적으로 실시하고 있다는 점, 자녀의 경우 성

년이 되었을 경우에는 오히려 부양의 객체로부터 부양의 주체로 바뀌게 될 뿐만 아니라 성년자녀에게도 연금을 지급할 경우 현재 연금을 받고 있는 부모(성년자녀의 조부모)의 연금을 박탈하는 결과가 되어 국가유공자의 부모에 대해 국가가 부양을 행할 수 없게 된다는 점 등 보훈보상의 원칙과 체계를 고려한 것이다.

한편 청구인과 같이 6·25전몰군경자녀로서 불우하게 성장하고 고등교육을 받기 어려워 취업이 힘든 경우 등을 고려하여 예우법은 1998년도부터 다른 유족보다 많은 액수의 생활조정수당을 지급해오고 있으며 2001. 7.부터는 6·25전몰군경자녀수당제도로 발전시켜 현재에 이르고 있다.

3. 판 단

가. 적법요건에 관한 판단

헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원이 적법하기 위해서는 해당 법률조항의 위헌여부가 당해사건 재판의 전제가 되어야 한다. 재판의 전제성이 있다고 하려면 그 법률의 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우여야 한다(헌재 1996. 3. 28. 93헌바41, 판례집 8-1, 190, 196).

성년의 자녀를 유족연금의 수급권자로부터 배제하고 있는 이 사건 법률조항에 대해 헌법재판소가 위헌결정이나 헌법불합치결정을 내리게 되면 당해사건 재판의 결론이나 주문 또는 내용과 효력에 관한 법률적 의미에 영향을 미치게 될 것이므로 재판의 전제성이 인정된다.

국가보훈처장은 청구인에 대한 유족연금 비대상통보가 청구인의 권리의 변동을 가져오는 공권력의 행사가 아니므로 이 사건은 청구인이 행정소송의 대상이 되지 않는 사안을 원인으로 하여 위헌제청신청을 한 것이므로 헌법재판소법 제68조 제2항의 요건에 해당하는 절차를 거친 것이라 할 수 없어 심판 청구는 부적법하다고 주장한다.

그러나 당해사건 법원이 명시적으로 재판의 전제성을 인정하고 있으며, 통상 위헌법률심판이나 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판에 있어서 위헌 여부가 문제되는 법률이 재판의 전제성 요건을 갖추고 있는지의 여부는 헌법재판소가 별도로 독자적인 심사를 하기보다는 되도록 법원의 이에 관한 법률적 견해를 존중해야 할 것이며, 다만 그 전제성에 관한 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없을 때에만 헌법재판소가 이를 직권으로 조사할 수 있다고 볼 것인바(헌재 1999. 6. 24. 98헌바42, 판례집 11-1, 742,

74; 1999. 12. 23. 98헌바33, 판례집 11-2, 732, 744), 이 사건에서 행정청의 유족연금지급 거부처분이 행정소송의 대상이 되지 않는다고 단정하기 어려우므로 국가보훈처장의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나. 본안에 관한 판단

(1) 예우법상 국가유공자의 유족에 대한 보훈제도

헌법은 전문에서 “국민생활의 균등한 향상”을 기함으로써 “우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐”한다고 선언하고, 제34조 제1항에서 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.”고 규정할 뿐만 아니라, 같은 조 제2항에서는 “국가는 사회보장, 사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다.”고 규정함으로써 국가에 대해 사회보장 및 사회복지 증진의 의무(입법적의무)를 부과하며, 나아가 제32조 제6항은 “국가유공자, 상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.”고 규정하고 있는바, 이들 조항들은 국가유공자 등에 대한 국가의 우선적 보호이념을 명시하고 있는 것이다(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 17).

예우법은 이러한 헌법정신을 실현하기 위해 제정된 것인데, 국가유공자의 유족이나 가족에 대한 보상을 국가유공자의 배우자, 자녀, 부모, 일정한 경우의 조부모, 일정한 경우의 미성년제매(未成年弟妹)로 한정하고 있다(제5조 제1항). 예우법에 따른 국가유공자 및 그 유족이나 가족에 대한 각종 보상 내지 보호 중에서, 보상금의 경우는 연금·생활조정수당·간호수당·보철구수당·무공영예수당·6.25전몰군경자녀수당 및 사망일시금으로 구분되어 지급되며(제11조), 연금은 전상군경·공상군경·재일학도의용군인·4.19혁명부상자 및 특별공로상이자(제12조 제1항 제1호), 전몰군경·순직군경·4.19혁명사망자 및 특별공로순직자의 유족과 제1호에 해당하는 자가 사망한 경우 그 유족 중 선순위자 1인(제12조 제1항 제2호)에게 지급된다. 유족에게 지급되는 연금의 경우 수급자의 순위는 원칙적으로 예우법 제5조 제1항 각호에 정한 순위에 따른다(제13조 제1항).

또한 연금의 지급여부와 관계없이 별도의 지급 필요성에 따라 각종 수당이 지급되는데, 먼저 국가유공자와 그 유족 중 연금지급순위가 선순위인 자 1인에 대하여는 생활정도를 감안하여 생활조정수당이 지급될 수 있으며(제14조), 전몰군경 또는 순직군경의 자녀 중 연금지급순위가 선순위인 자 1인에 대해 일정한 경우에는 6·25전몰군경자녀수당이 지급된다(제16조의3).

그 밖에 국가유공자와 그 유족등이 건전한 사회인으로 자립하기 위해 필요한 교육의 기회를 제공하기 위한 교육보호(제21조 이하), 취업과 관련된 각종 지원을 행하는 취업보호(제28조 이하), 의료혜택을 부여하는 의료보호(제41조 이하), 장기저리의 대부지원(제46조 이하) 등 금전적·비금전적인 보호가 병행되고 있다.

(2) 평등원칙의 위배 여부

(가) 예우법상의 연금을 지급받을 국가유공자 유족의 순위는 제5조 제1항 각호에 규정된 순위에 의하면 배우자, 자녀, 부모, 성인남자인 직계비속이 없는 조부모, 60세 미만의 남자 및 55세 미만의 여자인 직계존속과 성인남자인 형이 없는 미성년제매의 순위이다. 그런데 이 사건 법률조항은 다시 제2순위 유족연금수급자인 국가유공자 자녀를 미성년자로 제한하고, 성인자인 경우에는 그가 대통령령이 정하는 생활능력이 없는 정도의 장애가 있는 경우에 한해 유족연금의 수급권자가 되도록 하고 있다.

청구인은 ‘생활능력이 없는 정도의 장애’는 없는 성인자인데, 이 사건에서 예우법의 목적을 고려할 때 성인자인 유족에게도 예우법상의 보호와 혜택이 주어져야 하는데도 그렇게 하지 않고 있는 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배된다고 주장한다.

이 사건 법률조항은 성인인 자녀(다만 생활능력이 없는 장애인은 제외)와 미성년인 자녀를 연금수급권에 있어서 차별하고 있음이 인정된다. 그렇다면 이 사건에서 그러한 차별이 헌법적으로 정당성을 지니고 있는 것인지가 문제된다.

(나) 헌법 제11조는 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교·사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 하여 법 앞의 평등원칙을 규정하고 있다. 평등의 원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금한다. 그러므로 비교의 대상을 이루는 두 개의 사실관계 사이에 서로 상이한 취급을 정당화할 수 있을 정도의 차이가 없음에도 불구하고 두 사실관계를 서로 다르게 취급한다면 평등원칙에 위배된다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 701).

그런데 국가가 국가유공자에게 지급할 구체적인 보상의 내용 등에 관한 사항은 국가의 재정부담능력과 전체적인 사회보장의 수준, 국가유공자에 대한 평가기준 등에 따라 정하여질 수밖에 없으므로, 예우법상의 보상금수급권의

내용과 수급권자의 범위 등은 입법자의 입법형성의 자유 영역에 속하는 것으로서 기본적으로는 국가의 입법정책에 달려 있다(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 21-22 참조).

그렇다면 이 사건에서 평등원칙 위배 여부를 판단함에 있어서는 이 사건 법률조항이 성년인 자녀와 미성년인 자녀 사이에 유족수급권자의 범위를 달리하는 것이 과연 합리적 근거가 있는 차별인지 여부가 검토되어야 한다.

(다) 이 사건에서 이 사건 법률조항이 성년인 자녀를 유족연금지급대상에서 제외하고 있는 것은 합리적 근거가 있는 차별이라고 할 것이다.

국가는 한정된 재원으로 국가유공자의 유족연금제도를 운영하게 되는데, 국가유공자의 자녀라 할지라도 그 자녀가 성년의 나이(만 20세)에 도달한 경우에는, 신체적·정신적으로 성숙하여 스스로 생활을 영위해 나갈 수 있는 사회적 독립성과 근로능력을 갖춘 것이라 인정될 수 있으므로, 이들을 유족수급대상에서 제외한 것은 자의적이거나 비합리적인 것이라 할 수 없다.

또한 현실적으로 예우법은 모든 유족들에게 연금을 지급하는 것이 아니라 순위를 정하여 선순위자 1인에게만 지급하고 있는데(제12조 제1항 제2호), 그러한 제도를 유지하는 한, 만일 성년의 자녀에게도 유족연금수급권을 인정하게 되면 후순위의 유족은 계속해서 유족연금수급권이 부정되므로, 경우에 따라서는 국가유공자의 자녀보다 후순위인 국가유공자의 부모가 노령으로 생활능력이 상실된 경우에도 국가는 여전히 성년인 자녀에게만 연금을 지급하여야 하는 불합리한 결과가 야기될 수 있다.

예우법과 같은 사회보장법제는 국가의 재정능력을 감안하여 제정되는 것이며 유족연금의 내용과 수급자의 범위 등에 관한 사항은 입법자의 폭넓은 형성의 여지를 지니고 있는바, 이 사건 법률조항에 의한 차별은 그러한 입법형성권의 범위에서 벗어난 것이 아니다. 헌법재판소는 공무원연금법이 공무원의 자녀 중 유족급여수급권자를 18세 미만인 자와 18세 이상의 폐질상태에 있는 자로 한정하는 것은, 18세 이상의 자녀와 18세 미만의 자녀 사이에는 신체적·정신적 성숙도, 노동능력 등의 면에서 다르게 취급할 합리적 이유가 있으므로 입법형성의 한계를 일탈하여 평등권을 침해한 것이 아니라고 판단한 바 있다(헌재 1999. 4. 29. 97헌마333, 판례집 11-1, 503, 515-520). 이러한 판시취지는 국가유공자의 유족연금을 성년의 자녀에게 한정하고 있는 이 사건 법률조항에 대해서도 같이 적용될 수 있을 것이다.

한편 이 사건 법률조항은 성년의 자녀인 경우에도 대통령이 정하는 생활

능력이 없는 정도의 장애를 지닌 성년에 대해서는 계속 유족연금을 지급하도록 하고 있으며, 또한 예우법은 국가유공자의 자녀들의 성장에 맞추어 사회적 자립여건을 갖출 수 있도록 하기 위한 조치로서 교육보호(제22조 제1항 제4호 및 제21조, 제23조 이하 참조)와 취업보호(제29조 제1항 제2호 및 제28조, 제30조 이하 참조), 대부지원(제47조 제1항 제3호 및 제46조, 제49조 이하 참조)과 같은 지원제도를 병행하여 실시함으로써 이 사건 법률조항이 성년의 자녀를 유족연금수급권자로부터 배제함으로써 인해 발생할 수 있는 문제점을 보완하고 있다. 또한 예우법은 청구인과 같은 6·25전몰군경자녀가 처해야 했던 특수한 고통 등 개별적·구체적인 사정을 감안하여 성년인 자녀에 대해서도 생활정도를 감안하여 생활조정수당을 지급하며(제14조) 성년 여부에 관계없이 매월 6·25전몰군경자녀수당을 따로 지급하고 있다(제16조의3, 예우법시행령 제27조의3).

이상을 종합하면 이 사건 법률조항은 성년자와 미성년자라는 나름대로의 합리적인 기준에 따라 국가유공자의 유족자녀에게 연금지급을 차별하고 있는 것이며, 성인자녀라 할지라도 예우법상 다른 여러 가지 혜택이 마련되고 있으므로, 결국 이 사건 법률조항이 성년자녀에 대해서 유족연금을 지급하지 않는 것이 자의적이라거나 비합리적인 차별이라고 볼 수 없다.

한편 청구인은 심판청구서에서 자신이 국가유공자의 유일한 혈육이므로 성년자인 자신에게도 유족연금이 지급되어야 한다는 취지로 주장하나, 입법자는 이 사건 법률조항을 통하여 원칙적으로 생활능력 있는 성인과 그렇지 않은 자녀들을 구분하고 있는 것인데 그러한 기준이 합리적인 것이고, 앞서 본 바와 같이 예우법이 성년자녀들에게도 혜택을 주는 제도를 마련하고 있는 점을 볼 때, 유일한 혈육의 경우에 다시 예외를 인정하여 성년의 자녀에게 유족연금을 지급하지 않는다 하더라도, 이를 입법재량의 허용범위를 벗어난 것이라거나 자의적인 것이라 보기 어렵다.

(라) 그렇다면 이 사건 법률조항에 따른 국가유공자의 성년의 자녀에 대한 예우법상 연금의 지급 배제는 합리적 이유를 갖춘 차별에 해당하므로 평등원칙에 위배된 것이라 볼 수 없다.

(3) 교육을 받을 권리 등의 침해 여부

(가) 청구인은 연금수급권자인 자녀의 경우 성년의 시점에 이르러 교육비나 결혼자금 등 훨씬 많은 보호와 혜택이 필요함에도 불구하고 이 사건 법률조항이 성년인 자녀의 유족연금수급권을 박탈함으로써 사실상 교육을 받을

권리 내지 혼인하여 가족을 구성할 권리를 침해한다고 주장한다.

헌법 제31조 제1항에서 보장되는 교육의 기회균등권은 ‘정신적·육체적 능력 이외의 성별·종교·경제력·사회적 신분 등에 의하여 교육을 받을 기회를 차별하지 않고, 즉 합리적 차별사유 없이 교육을 받을 권리를 제한하지 아니함과 동시에 국가가 모든 국민에게 균등한 교육을 받게 하고 특히 경제적 약자가 실질적인 평등교육을 받을 수 있도록 적극적 정책을 실현해야 한다는 것’을 의미하므로(헌재 1994. 2. 24. 93헌마192, 판례집 6-1, 173, 177-178), 실질적인 평등교육을 실현해야 할 국가의 적극적인 의무가 인정되지만, 이러한 의무조항으로부터 국민이 직접 실질적 평등교육을 위한 교육비를 청구할 권리가 도출되는 것은 아니다. 청구인은 이 사건 법률조항이 위헌으로 선언됨에 따라 유족연금수급권자가 됨으로써 지급받은 유족연금을 자신의 교육비로 사용할 수 있을 것이나, 그와 같은 용도로 유족연금을 사용하는 것은 자신의 선택의 문제일 뿐 유족연금 자체가 교육비에 충당될 것을 예정하고 지급되는 것은 아니므로, 유족연금의 지급여부와 청구인의 교육을 받을 권리의 침해 여부는 직접적 관련성을 가지지 못한다고 볼 것이다. 그렇다면 청구인의 교육을 받을 권리가 침해되었다고 할 수 없다.

(나) 청구인은 혼인하여 가족을 구성할 권리의 침해를 주장하나 국가유공자의 성년자녀에 대한 유족연금의 지급여부와 혼인의 여부 역시 직접적 관련성을 인정하기 어려우므로 청구인의 주장은 이유가 없다.

(다) 청구인은 이 사건 법률조항에 의해 유족연금수급권이 박탈당함으로써 헌법 제10조가 보장하고 있는 행복추구권이 침해당했다고 주장하나, 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에 대해 적극적으로 요구할 수 있음을 내용으로 하는 것이 아니므로(헌재 1995. 7. 21. 93헌가 14, 판례집 7-2, 1, 32), 이 사건 법률조항이 행복추구권을 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

4. 결 론

이상과 같은 이유에서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 하경철 김영일 권 성 김효종(주심)

김경일 송인준 주선회 전효숙

군사법원법 제242조 제1항 등 위헌확인

(2003. 11. 27. 2002헌마193 전원재판부)

【판시사항】

1. 군사법경찰관의 구속기간의 연장을 허용하는 군사법원법 제242조 제1항 중 제239조 부분(이하 '이 사건 법률규정'이라 한다)이 과잉금지의 원칙에 위배되는지 여부를 심사함에 있어서의 심사기준
2. 군사법경찰관의 구속기간의 연장을 허용해야 할 사정이 인정되는지 여부(소극)
3. 이 사건 법률규정이 과잉금지의 원칙을 위반하여 신체의 자유 및 신속한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부(적극)
4. 미결수용자의 접견교통권이 헌법상의 기본권인지 여부(적극)
5. 군행형법시행령 제43조 제2항 본문 중 전단 부분(이하 '이 사건 시행령규정'이라 한다)에 의한 기본권제한이 헌법 제37조 제2항의 법률유보규정에 위반되는지 여부(적극)
6. 이 사건 시행령규정이 과잉금지의 원칙을 위반하여 접견교통권을 침해하는지 여부(적극)
7. 이 사건 시행령규정이 평등권을 침해하는지 여부(적극)

【결정요지】

1. 군사법원법 제239조가 규정하고 있는 군사법경찰관의 10일간의 구속기간은 그 허용 자체가 헌법상 무죄추정의 원칙에서 파생되는 불구속수사원칙에 대한 예외이다.

그런데 이 사건 법률규정은 경찰단계에서는 구속기간의 연장을 허용하지 아니하는 형사소송법의 규정과는 달리 군사법경찰관의 구속기간의 연장을 허용하여 예외에 대하여 다시 특례를 설정함으로써 기본권 중에서도 가장 기본적인 것인 신체의 자유에 대한 제한을 가중하고 있으므로, 이 사건 법률규정이 과잉금지의 원칙에 위배되는지 여부를 심사함에 있어서는 그 제한되는 기본권의 중요성이나 기본권제한 방식의 중첩적·가중적 성격에 비추어 엄격한 기준에 의할

것이 요구된다.

2. 군사법경찰관이 피의자에 대한 구속영장을 신청하는 단계에서는 범죄의 객관적 혐의를 인정할 수 있는 소명자료가 수집되어 있어야 하므로, 피의자를 구속할 즈음에는 이미 범죄의 객관적 혐의에 대한 수사가 대부분 완료된 상태라고 보아야 하고, 군사법경찰관이 구속피의자를 검찰관에게 인치한 후에도 증거수집을 위한 조사를 계속하여 수집된 증거를 추송할 수 있는 점 등은 일반 사법경찰관의 경우와 다를 것이 없으며, 그밖에도 수사상의 특별한 필요성을 이유로 군사법경찰관의 구속기간을 일반 사건에 비하여 특히 장기간으로 하여야 할 사정은 이를 찾아보기가 쉽지 않은 반면, 군사법경찰관에 의한 수사의 경우에는 군대사회의 특성상 방어권의 행사가 위축되기 쉽고, 군검찰관의 군사법경찰관에 대한 지휘감독이나 견제가 미흡한 현실에 비추어 장기간의 구속이 허용될 경우의 폐단은 일반 사건에 비하여 오히려 크다고 할 수 있다.

3. 군사법원법의 적용대상 중에 특히 수사를 위하여 구속기간의 연장이 필요한 경우가 있음을 인정한다고 하더라도, 이 사건 법률규정과 같이 군사법원법의 적용대상이 되는 모든 범죄에 대하여 수사기관의 구속기간의 연장을 허용하는 것은 그 과도한 광범성으로 인하여 과잉금지의 원칙에 어긋난다고 할 수 있을 뿐만 아니라, 국가안보와 직결되는 사건과 같이 수사를 위하여 구속기간의 연장이 정당화될 정도의 중요사건이라면 더 높은 법률적 소양이 제도적으로 보장된 군검찰관이 이를 수사하고 필요한 경우 그 구속기간의 연장을 허용하는 것이 더 적절하기 때문에, 군사법경찰관의 구속기간을 연장까지 하면서 이러한 목적을 달성하려는 것은 부적절한 방식에 의한 과도한 기본권의 제한으로서, 과잉금지의 원칙에 위반하여 신체의 자유 및 신속한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이다.

4. 구속된 피의자 또는 피고인이 갖는 변호인 아닌 자와의 접견교통권은 가족 등 타인과 교류하는 인간으로서의 기본적인 생활관계가 인신의 구속으로 인하여 완전히 단절되어 파멸에 이르는 것을 방지하고, 또한 피의자 또는 피고인의 방어를 준비하기 위해서도 반드시 보장되지 않으면 안되는 인간으로서의 기본적인 권리에 해당하므로 이는 성질상 헌법상의 기본권에 속한다고 보아야 할 것이다.

미결수용자의 접견교통권은 헌법재판소가 헌법 제10조의 행복추구권에 포함되는 기본권의 하나로 인정하고 있는 일반적 행동자유권으로부터 나온다고 보아야 할 것이고, 무죄추정의 원칙을 규정한 헌법 제27조 제4항도 그 보장의 한 근거가 될 것이다.

5. 헌법 제37조 제2항에 의하면 기본권은 원칙적으로 법률로써만 이를 제한할 수 있다고 할 것이지만, 헌법 제75조에 의하여 법률의 위임이 있고 그 위임이 구체적으로 범위를 정하여 하는 것이라면 대통령령에 의한 기본권의 제한도 가능하다.

그런데 군행형법 제15조는 제2항에서 수용자의 면회는 교화 또는 처우상 특히 부적당하다고 인정되는 사유가 없는 한 이를 허가하여야 한다고 규정하여 면회의 횟수를 제한하지 않는 자유로운 면회를 전제로 하면서, 제6항에서 “면회에의 참여……에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”라고 규정함으로써, 면회에의 참여에 관한 사항만을 대통령령으로 정하도록 위임하고 있고 면회의 횟수에 관하여는 전혀 위임한 바가 없다. 따라서 이 사건 시행령규정이 미결수용자의 면회횟수를 매주 2회로 제한하고 있는 것은 법률의 위임 없이 접견교통권을 제한하는 것으로서, 헌법 제37조 제2항 및 제75조에 위반된다.

6. 이 사건 시행령규정은, 행형법시행령이 미결수용자의 접견횟수를 매일 1회로 하고 있는 것과는 달리, 미결수용자의 면회횟수를 매주 2회로 제한하고 있는바, 수용기관은 면회에 교도관을 참여시켜 감시를 철저히 한다거나, 필요한 경우에는 면회를 일시 불허하는 것과 같이 청구인들의 기본권을 보다 적게 침해하면서도 ‘도주나 증거인멸 우려의 방지 및 수용시설 내의 질서유지’라는 입법목적을 달성할 수 있는 똑같이 효과적인 다른 방법이 존재하므로, 이것은 기본권제한이 헌법상 정당화되기 위하여 필요한 피해의 최소성 요건을 충족시키지 못한다. 따라서 이 사건 시행령규정은 청구인들의 접견교통권을 과도하게 제한하는 위헌적인 규정이다.

7. 이 사건 시행령규정은 위와 같은 입법목적의 관점에서 볼 때 동일한 처지에 있다고 할 수 있는 미결수용자 중 군행형법의 적용을 받는 자의 면회횟수를 행형법의 적용을 받는 자에 비하여 감축하고 있는바, 전자의 경우라고 하여 후자의 경우에 비하여, 특히 도주나

증거인멸을 막아야 할 필요성이 크거나 그 수용시설 내의 질서유지가 더욱 절실히 요청된다고 보기는 어렵기 때문에 양자를 달리 취급함에 있어서 객관적으로 납득할 만한 합리적 이유를 찾아 볼 수 없다. 따라서 이 사건 시행령규정은 군행형법시행령의 적용을 받는 미결수용자를 행형법시행령의 적용을 받는 미결수용자에 비하여 자의적으로 다르게 취급하는 것으로서 평등권을 침해하는 것이다.

【심판대상조문】

군사법원법(1994. 1. 5. 법률 제4704호로 개정된 것) 제242조(구속기간의 연장) ① 보통 군사법원군판사는 검찰관 또는 군사법경찰관의 신청에 의하여 수사를 계속함에 상당한 이유가 있다고 인정할 때에는 10일을 초과하지 아니하는 한도에서 제239조 또는 제240조의 구속기간의 연장을 각각 1차에 한하여 허가할 수 있다.

②, ③ 생략

군사법원법 제239조(군사법경찰관의 구속기간) 군사법경찰관이 피의자를 구속한 때에는 10일 이내에 피의자를 검찰관에게 인치하지 아니하는 한 석방하여야 한다.

군행형법시행령(1999. 10. 30. 대통령령 제16587호로 전문개정된 것) 제43조(변회의 횟수) ① 생략

② 미결수용자의 변회횟수는 매주 2회로 하되, 참모총장은 미결수용자의 집견교통권을 보장하기 위하여 필요한 경우에는 그 횟수를 증가시킬 수 있다. 다만, 변호인과의 변회는 그 횟수를 제한하지 아니한다.

【참조조문】

헌법 제10조, 제12조 제1항·제4항, 제27조 제4항, 제37조 제2항, 제75조

군사법원법 제238조(구속) ①, ② 생략

③ 검찰관은 구속영장을 청구함에 있어서 당해 군검찰부가 설치되어 있는 부대의 장의 승인을 얻어야 한다.

④, ⑤ 생략

군사법원법 제239조(군사법경찰관의 구속기간) 군사법경찰관이 피의자를 구속한 때에는 10일 이내에 피의자를 검찰관에게 인치하지 아니하는 한 석방하여야 한다.

군사법원법 제240조(검찰관의 구속기간) 검찰관이 피의자를 구속한 때 또는 군사법경찰관으로부터 피의자의 인치를 받은 때에는 10일 이내에 공소를 제기하지 아니하는 한 석방하여야 한다.

군사법원법 제242조(구속기간의 연장) ①, ② 생략

③ 제238조 제3항의 규정은 제1항의 구속기간연장신청에 관하여 이를 준용한다.

형사소송법 제202조(사법경찰관의 구속기간) 사법경찰관이 피의자를 구속한 때에는 10

일 이내에 피의자를 검사에게 인치하지 아니하면 석방하여야 한다.

형사소송법 제203조(검사의 구속기간) 검사가 피의자를 구속한 때 또는 사법경찰관으로부터 피의자의 인치를 받은 때에는 10일 이내에 공소를 제기하지 아니하면 석방하여야 한다.

형사소송법 제205조(구속기간의 연장) ① 지방법원판사는 검사의 신청에 의하여 수사를 계속함에 상당한 이유가 있다고 인정할 때에는 10일을 초과하지 아니하는 한도에서 제203조의 구속기간의 연장을 1차에 한하여 허가할 수 있다.

② 생략

국가보안법 제19조(구속기간의 연장) ① 지방법원판사는 제3조 내지 제10조의 죄로서 사법경찰관이 검사에게 신청하여 검사의 청구가 있는 경우에 수사를 계속함에 상당한 이유가 있다고 인정할 때에는 형사소송법 제202조의 구속기간의 연장을 1차에 한하여 허가할 수 있다.

② 지방법원판사는 제1항의 죄로서 검사의 청구에 의하여 수사를 계속함에 상당한 이유가 있다고 인정할 때에는 형사소송법 제203조의 구속기간의 연장을 2차에 한하여 허가할 수 있다.

③ 제1항 및 제2항의 기간의 연장은 각 10일 이내로 한다.

[90헌마82 1992.4.14 국가보안법(1980. 12. 31. 법률 제3318호, 개정 1991. 5. 31. 법률 제4373호) 제19조 중 제7조 및 제10조의 죄에 관한 구속기간 연장부분은 헌법에 위반된다.]

군행형법 제4조(청원) ① 수용자가 그 처우에 불복하는 때에는 참모총장 또는 순회점 검공무원에게 청원할 수 있다.

②~④ 생략

군행형법 제15조(면회와 서신의 수발) ① 수용자는 소장의 허가를 받아 타인과 면회하거나 서신을 수발할 수 있다. 다만, 수사중인 미결수용자에 대하여는 검찰관이 이를 허가한다.

② 수용자의 면회와 서신수발은 교화 또는 처우상 특히 부적당하다고 인정되는 사유가 없는 한 이를 허가하여야 한다.

③ 수용자의 면회와 서신수발은 교도관의 참여와 검열을 요한다. 다만, 제62조의 규정에 의한 변호인 면회의 경우를 제외한다.

④, ⑤ 생략

⑥ 면회에의 참여, 서신의 검열 및 제한에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

군행형법시행령 제43조(면회의 횟수) ① 생략

② 미결수용자의 면회횟수는 매주 2회로 하되, 참모총장은 미결수용자의 집견교통권을 보장하기 위하여 필요한 경우에는 그 횟수를 증가시킬 수 있다. 다만, 변호인과의 면회는 그 횟수를 제한하지 아니한다.

군행형법시행령 제44조(면회제한의 예외) 소장(수사중인 미결수용자에 대하여는 검찰관을 말한다. 이하 제47조에서 같다)은 수용자의 교화상 특히 필요하다고 인정하는 때에는 제42조 및 제43조의 규정에 불구하고 수용자의 면회시간·횟수를 연장 또는 증가시켜

허가할 수 있다.

군행형법시행령 제46조(면회절차) ①, ② 생략

③ 소장은 교화상 필요하다고 인정하는 때에는 면담요지의 기록 및 교도관의 참여없이 면회시킬 수 있다.

④ 생략

행형법 제18조(접견) ①~③ 생략

④ 접견의 횟수·시간·장소 및 접견참여 기타 접견에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

행형법시행령 제56조(접견의 횟수) ① 생략

② 미결수용자의 접견(번호인과의 접견을 제외한다)횟수는 매일 1회로 한다.

【참조판례】

4. 헌재 1998. 10. 15. 98헌마168, 판례집 10-2, 586

7. 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680

【당 사 자】

청 구 인 조○형 외 1인

대리인 1. 법무법인 창조

담당변호사 이덕우 외 5인

2. 법무법인 해마루종합법률사무소

담당변호사 임종인 외 1인

3. 법무법인 정세

담당변호사 한상혁 외 6인

【주 문】

군사법원법(1994. 1. 5. 법률 제4704호로 개정된 것) 제242조 제1항 중 제239조 부분, 군행형법시행령(1999. 10. 30. 대통령령 제16587호로 전문개정된 것) 제43조 제2항 본문 중 전단 부분은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인 조○형은 ○○ 대령으로 2001. 12. 22.부터 ○○본부 ○○단 ○

○ 사업처장으로 재직중 ○○ 사업(이하 ‘○-○ 사업’이라 한다) 시험평가단 부단장으로 편성되어 ○○ 기종에 대한 시험평가 및 결과보고서 작성을 총괄하는 직위에 근무한 바 있고, 청구인 문○면은 위 조○형의 처이다.

(2) 청구인 조○형은 2002. 3. 9. ○-○ 사업과 관련된 군사기밀을 누설하고 뇌물을 수수한 혐의로 구속되었고 2002. 3. 18. 군사법경찰관의 구속기간의 연장을 허용하고 있는 군사법원법 제242조 제1항 중 제239조 부분에 따라 구속기간이 10일 연장되었다. 한편, 청구인 문○면은 위 조○형을 면회함에 있어 미결수용자의 면회횟수를 매주 2회로 하고 있는 군행형법시행령 제43조 제2항 본문 중 전단 부분에 의하여 면회횟수의 제한을 받게 되었다.

(3) 이에 청구인들은 위 군사법원법 규정이 평등권과 신속한 재판을 받을 권리 등을 침해하는 것이고 위 군행형법시행령 규정이 평등권과 행복추구권 등을 침해하는 것이라고 주장하면서 2002. 3. 20. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(4) 한편, 청구인들은 위 규정들의 효력을 위 본안사건의 결정 선고시까지 임시로 정지할 것을 구하는 가처분을 2002. 3. 22. 헌법재판소에 신청하였고(2002헌사129) 헌법재판소는 2002. 4. 25. 위 가처분신청 중 위 군행형법시행령 규정 부분에 대하여는 위 본안사건의 중국결정 선고시까지 그 규정의 효력을 정지하는 인용결정을 하였고 위 군사법원법 규정 부분에 대하여는 기각결정을 한 바 있다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 군사법원법(1994. 1. 5. 법률 제4704호로 개정된 것) 제242조 제1항 중 제239조 부분(이하 ‘이 사건 법률규정’이라 한다) 및 군행형법시행령(1999. 10. 30. 대통령령 제16587호로 전문개정된 것) 제43조 제2항 본문 중 전단 부분(이하 ‘이 사건 시행령규정’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이고 그 규정내용 및 관련조항은 다음과 같다.

(1) 심판대상조항

군사법원법 제242조(구속기간의 연장) ① 보통군사법원 군판사는 검찰관 또는 군사법경찰관의 신청에 의하여 수사를 계속함에 상당한 이유가 있다고 인정할 때에는 10일을 초과하지 아니하는 한도에서 제239조 또는 제240조의 구속기간의 연장을 각각 1차에 한하여 허가할 수 있다.

②, ③ 생략

군행형법시행령 제43조(면회의 횟수) ① 생략

② 미결수용자의 면회횟수는 매주 2회로 하되, 참모총장은 미결수용자의 접견교통권을 보장하기 위하여 필요한 경우에는 그 횟수를 증가시킬 수 있다. 다만, 변호인과의 면회는 그 횟수를 제한하지 아니한다.

(2) 관련조항 : 별지 1 기재와 같다.

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 형사소송법에 의하면 구속기간 연장의 경우 검사의 신청에 의한 구속기간의 연장만을 허용하고 사법경찰관의 신청에 의한 구속기간의 연장은 허용하고 있지 아니함에도 불구하고 이 사건 법률규정이 군사법경찰관의 신청에 의한 구속기간의 연장을 허용하고 있는 것은 합리적인 이유 없이 청구인 조○형을 군인신분의 피의자라는 이유로 차별하여 그의 평등권을 침해하고, 그의 미결구금상태를 장기간 지속시켜 그의 신속한 재판을 받을 권리를 침해하고 나아가 그의 인간의 존엄성과 행복추구권을 침해하는 것이다.

(2) 행정법시행령에 의하면 미결수용자의 접견횟수를 매일 1회로 하고 있음에도 불구하고, 이 사건 시행령규정이 미결수용자의 면회 횟수를 매주 2회로 제한하는 것은 합리적인 이유 없이 청구인 조○형이 군인신분의 미결수용자라는 이유로 청구인들을 차별하는 것으로서 청구인들의 평등권을 침해하는 것이고, 나아가 청구인들의 인간의 존엄성과 행복추구권을 침해하는 것이다.

나. 국방부장관의 의견 : 별지 2 기재와 같다.

3. 적법요건에 관한 판단

가. 이 사건 법률규정에 관한 부분

이 사건 법률규정에 의하여 연장된 청구인 조○형에 대한 구속기간은 이미 만료되어 위 청구인이 주장하는 기본권의 침해는 종료되었으므로 이 부분 헌법소원은 권리보호의 이익이 없는 경우에 해당하여 각하되어야 한다고 국방부장관은 주장하므로 이에 관하여 본다.

이 사건 헌법소원심판 계속중 청구인 조○형에 대한 구속기간연장의 효력이 2002. 3. 27. 종료되었으므로 이 사건 법률규정의 위헌 여부에 관한 심판을 구할 위 청구인의 주관적인 권리보호이익은 소멸되었다고 할 수 있다.

그러나 헌법소원제도는 개인의 주관적 권리구제뿐 아니라 객관적인 헌법질서의 수호·유지의 기능도 아울러 가지고 있으므로 심판계속중에 주관적인 권리보호이익이 소멸된 경우라도 그러한 기본권 침해행위가 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이

어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판청구의 이익이 인정된다(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 56-57 참조).

그런데 이 사건 법률규정에 의한 구속기간의 연장이라고 하는 조치는 앞으로 다른 사건에서 계속 반복될 것이고 이에 따라 그로 인한 기본권 침해 여부를 둘러싼 헌법적 분쟁 또한 반복되리라는 것은 쉽게 예상할 수 있다. 그렇다면 이 사건 법률규정은 당해사건을 넘어서서 일반적인 의미를 가지는 헌법 문제를 내포하고 있다고 할 수 있고 그에 대한 헌법적 해명은 객관적인 헌법 질서의 수호·유지를 위하여 긴요하다고 할 수 있다.

따라서 이 부분 헌법소원은 심판청구의 이익이 인정된다고 할 것이므로 적법하다.

나. 이 사건 시행령규정에 관한 부분

(1) 청구인이 이 사건 시행령규정 부분에 대한 헌법소원을 제기하기 전에 균형형법 및 균형형법시행령의 관련규정에 따라 먼저 참모총장에게 청원을 하고 참모총장이 이를 거부하는 경우에 그 불허처분에 대하여 행정심판이나 행정소송을 제기하는 것이 가능함에도 불구하고 이러한 절차를 거치지 아니한 채 제기한 이 부분 헌법소원은 부적법하다고 국방부장관은 주장하므로 이에 관하여 본다.

이 사건 시행령규정은 미결수용자의 면회횟수를 매주 2회로 규정하고 있으나 이어서 균형형법시행령 제43조 제2항 본문 후단에서는 참모총장은 미결수용자의 접견교통권을 보장하기 위하여 필요한 경우 그 횟수를 증가시킬 수 있다고 규정하고 있고 균형형법 제4조 제1항은 “수용자가 그 처우에 불복하는 때에는 참모총장 또는 순회점검공무원에게 청원할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

따라서 청구인 조○형은 이 부분 심판청구를 하기 전에 균형형법 제4조 제1항의 청원절차를 거쳐야 하는지 여부가 문제될 수 있으나 이 청원절차는 구체적인 처우에 대한 불복수단 내지는 구제제도이므로 이는 법령을 대상으로 하는 이 부분 심판청구에 대한 사전구제절차가 될 수 없음이 명백하다. 그러므로 국방부장관의 위 주장은 이유 없다.

(2) 한편, 이 사건 기록에 의하면 청구인 조○형은 2002. 7. 10. ○○본부 보통군사법원에서 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물), 군기누설, 공무상 비밀누설 등으로 징역 3년 등의 형(다만, 징역형은 같은 날 관할관에 의하여 징역 1년 6월로 감경되었음)을 선고받고(2002고1), 고등군사법원에 항소하여

2002. 11. 12. 징역 1년 6월, 집행유예 3년 등의 형을 선고받았으며(2002노238), 다시 2002. 12. 2. 대법원에 상고하여(2002도6813) 헌재 상고심에 계속중인 사실이 인정된다.

그렇다면 청구인 조○형이 이미 집행유예의 판결을 선고받고 석방되었으므로 이 사건 시행령규정의 위헌 여부에 관한 심판을 구할 청구인들의 주관적인 권리보호이익은 소멸되었다고 할 수 있다. 그런데 이 사건 시행령규정에 의한 면회횟수의 제한상황은 앞으로도 계속 유지될 것이고 이에 따라 그로 인한 기본권 침해 여부를 둘러싼 헌법적 분쟁 또한 반복되리라는 것은 쉽게 예상할 수 있으므로 이 사건 시행령규정 역시 당해사건을 넘어서서 일반적인 의미를 가지는 헌법문제를 내포하고 있다. 따라서 그에 대한 헌법적 해명은 객관적인 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴급하다고 할 수 있으므로 이 부분 헌법소원도 심판청구의 이익이 인정되어 적법하다.

4. 본안에 관한 판단

가. 이 사건 법률규정에 대하여

(1) 헌법상 신체의 자유의 보장과 구속의 제한

우리 헌법은 제12조 제1항 제1문에서 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다.”라고 규정하고 있다. 신체의 안전이 보장되지 아니한 상황에서는 어떠한 자유와 권리도 무의미해질 수 있기 때문에 신체의 자유는 인간의 존엄과 가치를 구현하기 위한 가장 기본적인 최소한의 자유로서 모든 기본권 보장의 전제가 된다.

헌법이 신체의 자유를 철저히 보장하기 위하여 두고 있는 여러 규정 중의 하나인 헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”라고 하여 무죄추정의 원칙 내지 피고인의 무죄추정권을 규정하고 있는데 이러한 무죄추정권은, 공판절차에 선행하는 수사절차의 단계에 위치한, 피의자에 대하여도 당연히 인정된다.

무죄추정의 원칙은 증거법에 국한된 원칙이 아니라 수사절차에서 공판절차에 이르기까지 형사절차의 전과정을 지배하는 지도원리로서 인신의 구속 자체를 제한하는 원리로 작용한다.

신체의 자유를 최대한으로 보장하려는 헌법정신 특히 무죄추정의 원칙으로 인하여 수사과 재판은 불구속을 원칙으로 한다. 그러므로 구속은 예외적으로 구속 이외의 방법에 의하여서는 범죄에 대한 효과적인 투쟁이 불가능하여 형사소송의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우에 한하여 최후의 수단으로

만 사용되어야 하며 구속수사 또는 구속재판이 허용될 경우라도 그 구속기간은 가능한 한 최소한에 그쳐야 하는 것이다.

특히 수사기관에 의한 신체구속은 신체적·정신적 고통 외에도 자백강요, 사술(詐術), 유도(誘導), 고문 등의 사전예방을 위해서도 최소한에 그쳐야 할 뿐더러 구속기간의 제한은 수사를 촉진시켜 신속한 공소제기 및 그에 따른 신속한 재판을 가능케 한다는 점에서 헌법 제27조 제3항에서 보장된 신속한 재판을 받을 권리의 실현을 위해서도 불가결한 조건이 된다(헌재 1992. 4. 14. 90헌마82, 판례집 4, 194, 206 참조).

(2) 현행법상 수사기관의 구속기간 및 그 연장

(가) 형사소송법상 구속기간 및 그 연장

사법경찰관이 피의자를 구속한 때에는 10일 이내에 피의자를 검사에게 인치하지 아니하면 석방하여야 하고(제202조) 검사가 피의자를 구속한 때 또는 사법경찰관으로부터 피의자의 인치를 받은 때에는 10일 이내에 공소를 제기하지 아니하면 석방하여야 한다(제203조).

지방법원판사는 검사의 신청에 의하여 수사를 계속함에 상당한 이유가 있다고 인정할 때에는 10일을 초과하지 아니하는 한도에서 제203조의 구속기간의 연장을 1차에 한하여 허가할 수 있다(제205조 제1항).

결국 구속기간의 연장은 검사의 구속기간에 한하여 허용되고 사법경찰관의 구속기간에 관하여서는 허용되지 아니하므로 사법경찰관의 구속기간은 10일에 한정되며 검사의 구속기간은 원칙적으로 10일이지만 최대한으로는 20일이 된다.

(나) 국가보안법상 구속기간의 연장

국가보안법 제19조는 지방법원판사는 국가보안법 제3조 내지 제10조의 죄에 관하여 사법경찰관의 구속기간은 1차에 한하여, 검사의 구속기간은 2차에 한하여, 각 10일 이내의 기간으로, 형사소송법 제202조 및 제203조에서 정한 구속기간의 연장을 허가할 수 있다고 규정하고 있다. 결국 국가보안법 제3조 내지 제10조 위반으로 구속된 피의자의 수사기관에 의한 구속기간은 사법경찰관에 의하여 최장 20일, 검사에 의하여 최장 30일까지로 연장이 가능하다. 그런데 헌법재판소는 국가보안법 제19조 중 동법 제7조(찬양·고무 등), 제10조(불고지)의 죄에 관한 구속기간연장 부분은 위헌이라고 판시한 바 있다(헌재 1992. 4. 14. 90헌마82, 판례집 4, 194).

(다) 군사법원법상 구속기간 및 그 연장

군사법원법 제239조는 “군사법경찰관이 피의자를 구속한 때에는 10일 이내에 피의자를 검찰관에게 인치하지 아니하는 한 석방하여야 한다.”라고 규정하고 있고 제240조는 “검찰관이 피의자를 구속한 때 또는 군사법경찰관으로부터 피의자의 인치를 받은 때에는 10일 이내에 공소를 제기하지 아니하는 한 석방하여야 한다.”라고 규정하고 있는데 이는 형사소송법 제202조 및 제203조에 상응하는 같은 내용의 규정이다.

한편, 제242조 제1항은 “보통군사법원 군판사는 검찰관 또는 군사법경찰관의 신청에 의하여 수사를 계속함에 상당한 이유가 있다고 인정할 때에는 10일을 초과하지 아니하는 한도에서 제239조 또는 제240조의 구속기간의 연장을 각각 1차에 한하여 허가할 수 있다.”라고 규정함으로써, 구속기간의 연장을 검사의 구속기간에 한하여 허용하고 사법경찰관의 구속기간에 관하여는 이를 허용하지 아니하는 형사소송법의 규정과는 달리, 군사법경찰관의 구속기간의 연장을 허용하고 있다.

결국 군사법원법의 적용을 받는 피의자의 수사기관에 의한 구속기간은 군사법경찰관에 의하여 최장 20일까지, 검사에 의하여 최장 20일까지로 각 연장이 가능한 것이다.

(3) 이 사건 법률규정의 위헌 여부

(가) 문제의 소재

이 사건 법률규정은 군사법원법의 적용을 받는 피의자에 대하여 구속기간의 한도를 넓혀서 보통군사법원 군판사로 하여금 군사법경찰관에 대하여 10일간의 구속기간을 1차 연장허가할 수 있게 함으로써 군사법원법의 적용을 받는 피의자는 경찰단계에서 최대한 20일을 구속당할 수 있게 되어, 경찰단계에서 10일 이내의 범위에서만 구속되는 다른 범죄피의자에 비하여 그만큼 신체의 자유와 신속한 재판을 받을 권리를 더 많이 제한당하게 되었다.

그런데 형사소송법이 정하고 있는 사법경찰관의 피의자에 대한 구속기간 10일에 대하여도 이는 지나치게 장기간이므로 단축되어야 마땅하다는 논의가 있어온 마당에, 이에 더하여 군사법경찰단계에서의 구속기간을 다시 10일간 연장할 수 있도록 하는 이 사건 법률규정이 과연 신체의 자유를 최대한으로 보장하려는 헌법이념에 합당한 것인지 문제되지 않을 수 없다.

이하에서는 사법경찰관의 구속기간과 관련한 외국의 입법례 및 국제인권규약의 내용, 군사법제도(軍司法制度)의 특수성 및 현행 군사법제도의 실정에 관하여 먼저 살펴본 다음, 이 사건 법률규정에 의한 군사법경찰관의 구속기간

의 연장이 과연 헌법상 허용될 수 있는 것인지를 보기로 한다.

(나) 외국의 입법례 및 국제인권규약

외국의 입법례를 살펴보면, 일본의 경우 사법경찰원은 체포된 피의자를 신체구속시부터 48시간 이내에 검찰관에게 송치하거나 또는 즉시 석방하도록 되어 있고, 독일의 경우 구속영장에 의하여 체포된 피의자는 지체 없이 구속영장을 발부한 담당법관에게 인치하도록 되어 있으며, 미국의 경우 체포된 피의자를 지체 없이(대부분의 주에서 24시간 이내) 치안판사(magistrate judge) 앞에 인치하도록 되어 있는 등 사법경찰관에 의한 장기간 구금을 인정하지 아니한다. 이러한 사정은 영국이나 프랑스의 경우에도 마찬가지라고 할 수 있다.

한편, 1976년에 발효된 국제인권규약 B규약 제9조 제3항 전문(前文)은 “형사상의 범죄로 체포 또는 구금된 자는 법관이나 사법권을 행사하도록 법률로 정해진 다른 사법당국의 면전에 신속하게 인치되어야 하고 적당한 기간 내에 재판관을 받거나 석방될 권리를 가진다.”라고 규정하고 있는데, 여기에서의 인치는 법관으로 하여금 체포나 구금의 적법성을 판단하도록 한다는 의미뿐 아니라 신병구속에 대한 권한을 경찰로부터 이관시킨다는 의미를 가지고 있는 것이다.

이와 같이 외국의 입법례나 국제인권규약에서는, 무죄추정의 원칙에 반하고 구속기간 중의 인권침해가 우려된다는 등의 이유로, 사법경찰관에 의한 장기구금을 허용하고 있지 않다. 우리 학계에서도 대부분의 학자들은 같은 이유로 사법경찰관의 피의자에 대한 구속기간 10일은 지나치게 장기이어서 이를 제한해야 한다는 입법론을 주장하고 있다.

(다) 군사법제도의 특수성 및 현행 군사법제도의 실정

1) 군사법제도의 특수성

군조직은 집단주의적 사고를 강조하고 철저한 위계적 구조를 가진 집단이고 전쟁이나 평화시를 막론하고 군의 지휘와 전투 승리의 보장에 장애가 되는 행위를 범죄행위로 취급하여 엄벌하는 엄격한 법체계를 가진 집단이어서 민간조직과는 다른 특수성을 가지고 있다.

군사법제도의 운영상 핵심적인 과제는 국민 일반에게 보장되는 평등한 법적 보호를, 군의 특수성을 반영하여, 군인에 대한 관계에서 어떻게 합리적으로 조화시킬 것인가 하는 것이다.

지금까지는 군의 자율성과 특수성을 강조하는 논리에 지배된 나머지 군사

법제도상의 인권보장과 사법정의실현을 확보하려는 노력이 상대적으로 부족하였다고 볼 수 있다. 군사법제도의 특수성을 전혀 부인하기는 어렵다고 하더라도 민주화의 진전과 함께 현저히 고양된 국민 일반과 군인들의 권리의식에 맞추어 이제는 그 특수성에 대한 지나친 경도에서 탈피하여 군사법제도에 있어서도 인권보장과 사법정의의 실현이라는 헌법적 가치의 구현에 더욱 노력하여야 할 시점이 도래하였다.

2) 군사법원법의 적용대상

군형법은 대한민국 군인 및 준군인(準軍人)에 대하여 적용되는 것이 원칙이고 다만, 특정한 범죄에 관하여는 군인이 아닌 내외국인에게도 적용된다(군형법 제1조 제1항 내지 제4항). 군사법원은 군형법 제1조 제1항 내지 제4항에 규정된 자 및 국군부대의 간수하에 있는 포로가 범한 죄에 대하여 재판권을 가진다(군사법원법 제2조 제1항). 그밖에 군사법원은 계엄법에 의한 재판권을 가지고, 군사기밀보호법 제13조의 죄와 그 미수범에 대하여 재판권을 가진다(군사법원법 제3조). 군사법원법은 군사법원에 재판권이 있는 모든 형사사건에 적용된다.

3) 검찰관과 군사법경찰관의 관계

형사소송법은 검사를 범죄수사의 주체로서 인정하면서 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘권을 명문화하고 있고(제195조, 제196조 제1항) 나아가 검찰청법은 사법경찰관에게 검사의 직무상 명령에 대한 복종의무를 부과한 다음 그 의무이행을 담보하기 위하여 검사의 경정 이하의 사법경찰관리에 대한 체임요구권(替任要求權)을 규정하고 있다(제53조, 제54조).

이에 비하여 군사법원법 제228조 제1항은 “검찰관 및 군사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 생각되는 때에는 범인·범죄사실 및 증거를 수사하여야 한다.”라고 규정하여 검찰관과 군사법경찰관 모두에게 수사할 권한을 부여하면서도 양자의 관계에 관하여는 명문의 규정을 두고 있지 아니하다. 다만, 동법 제45조에서 “군사법경찰관은 범죄를 수사함에 있어 직무상 상관의 명령에 복종하여야 한다.”라고 규정함으로써 일반적으로 검찰관이 군사법경찰관의 수사행위에 대하여 직무상 상관으로서 명령할 수 있는 것으로 볼 수 있는 여지가 있을 뿐이다.

이와 같이 군사법원법은 검찰관의 군사법경찰관에 대한 수사지휘권을 명백히 하지 않고 있고 군사법경찰관이 검찰관의 지시를 위반하였을 경우에 이를 제재할 체임요구권 등의 수단이 결여되어 있다. 이에 따라 군검찰관의 권한은

사실상 상당히 제한되고 있고 군사법경찰관에 대한 검찰관의 견제장치 미비로 1차 수사기관인 군사법경찰관의 권한이 매우 강한 것이 현실이라고 할 수 있다.

(라) 이 사건 법률규정의 위헌성

1) 군사법원법 제239조가 규정하고 있는 군사법경찰관의 10일간의 구속기간은 형사소송법 제202조에 상응하는 같은 내용의 규정으로서 이러한 구속기간의 허용 자체가 헌법상 무죄추정의 원칙에서 파생되는 불구속수사원칙에 대한 예외라고 보아야 한다.

그런데 이 사건 법률규정은 경찰단계에서는 구속기간의 연장을 허용하지 아니하는 형사소송법의 규정과는 달리 군사법경찰관의 구속기간의 연장을 허용함으로써 예외에 대하여 다시 특례를 설정하였고 이로써 기본권 중에서도 가장 기본적인 것이라고 할 수 있는 신체의 자유에 대한 제한을 가중하고 있다.

그렇다면 이 사건 법률규정이 과잉금지의 원칙(비례의 원칙)에 위배되는지 여부를 심사함에 있어서는 그 제한되는 기본권의 중요성이나 기본권제한 방식의 중첩적·가중적 성격에 비추어 엄격한 기준에 의할 것이 요구된다.

2) 군사법원법상 군사법경찰관의 구속기간에 관하여 형사소송법의 규정과는 달리 그 연장을 허용해야 할 사정이 있는지 여부에 관하여 본다.

우선 군사법경찰관이 피의자에 대한 구속영장을 신청하는 단계에서는 범죄의 객관적 혐의를 인정할 수 있는 소명자료가 수집되어 있어야 하므로(군사법원법 제238조 제1항, 제2항) 피의자를 구속할 즈음에는 이미 범죄의 객관적 혐의에 대한 수사가 대부분 완료된 상태라고 보아야 한다. 이러한 사정은 일반 사건에서 사법경찰관이 형사소송법 제201조 제1항에 따라 구속영장을 신청하는 경우와 마찬가지로 할 것인데 사정이 이와 같다면, 적어도 증거자료의 수집의 측면에서는, 군사법경찰관에게 구속영장 발부 이후에 특히 구속기간을 더 연장하여줄 필요성은 통상의 상황하에서는 인정되기 어려운 것이다.

더구나 군사법경찰관은 구속피의자를 검찰관에게 인치한 후에도 증거수집을 위한 조사를 계속하여 수집된 증거를 추송할 수 있는 터인데도(이 점은 일반 사법경찰관의 경우와 마찬가지로이다) 다시 별도로 군사법경찰관에게 독자적인 구속기간의 연장을 허용한다는 것은 그 필요성을 인정하기 어렵다.

한편, 피의자에 대한 구속영장이 발부된 후에 군사법경찰관에 의한 구속기간이 장기화되면 중복신문, 자백강요 등 구속피의자에 대한 위법·부당한 처

사가 자행될 위험성이 있으므로 그 구속기간은 가능한 한 단축되어야 한다. 사법경찰관에 의한 경우에도 같은 위험성이 지적되고 있으나 군사법경찰관에 의한 수사의 경우에는 군대사회의 특성상 방어권의 행사가 위축되기 쉽고 수사관이 피의자보다 계급이 높은 경우에는 더욱 그러할 것이다. 앞에서 본바와 같이, 군검찰관의 군사법경찰관에 대한 지휘감독이나 견제가 미흡하여 군사법경찰관의 권한이 지나치게 강한 점도 이러한 위험을 더 크게 하는 하나의 요인이 될 수 있다.

그밖에도 수사상의 특별한 필요성을 이유로 군사법경찰관의 구속기간을 일반 사건에 비하여 특히 장기기간으로 하여야 할 사정은 이를 찾아보기가 쉽지 않다.

더구나 군인의 범죄라 하더라도 휴가중의 폭행, 절도, 강도, 교통사고범죄 등으로 경찰에서 조사를 한 후 헌병대로 이송된 경찰이첩사건과 같이 순정군사범(純正軍事犯)이 아닌 경우가 군인범죄의 대부분을 차지하고 있는 실정하에서 이러한 사건들에 대하여 군사법경찰관에 의한 장기기간의 구속기간이 필요하지 아니함은 더욱 명백하다.

국방부장관이 제출한 의견서에 의하면 군수사기관의 수사권이 미치는 주된 범죄인 균형법상의 범죄들은 남북분단의 상황에서 국가안보와 직결되는 범죄들로서 조직적·지능적으로 이루어질 경우 단기간의 수사로는 배후관계의 규명이나 증거포착이 어려워 충분한 수사기간이 보장되어야 한다고 주장하나, 국가안전보장 내지 국가존립의 기초를 그 보호법익으로 하는 형법상의 내란죄·외환죄의 경우 또는 어느 면에서는 이러한 범죄들보다 더 조직적이고 지능적이며 수사에 많은 시간이 소요되는 마약사범이나 조직폭력사범의 경우에도 사법경찰관에 의한 구속기간은 10일을 초과할 수 없게 되어 있는 점을 감안한다면 이러한 주장은 타당하지 않다.

나아가 국방부장관은 그밖의 범죄들도 군의 생명인 군기의 유지 및 전투력의 보전·발휘와 밀접한 관련이 있어 공정하고 엄정한 수사과 처벌을 위하여 충분한 수사기간의 보장이 이루어져야 한다고 주장한다. 그러나 군사법원법의 적용대상이 되는 범죄라고 하여 특별히 일반 사건에 비하여 실체적 진실발견의 필요성이 강조된다거나 충분한 수사기간의 보장이 요청된다고 보아야 할 이유가 없을 뿐만 아니라 이러한 주장은 신속한 재판이 강조되는 군사재판의 특성과도 배치되는 것이다.

한편, 국방부장관은 군관련사건의 경우 피의자나 참고인이 수사기관으로부터

터 멀리 떨어져 있어 이동에 장기간이 소요되는 경우가 많고 수사상 민간인의 진술이 필요한 경우에도 이들이 소환에 응하지 않는 경우가 많아 구속기간의 연장이 필요하다고 주장한다. 그러나 이러한 수사상의 애로나 고충은 군관련사건에 특유한 것이 아니고 일반 형사사건에서도 공통된 일이므로 이러한 사정이 특별히 군사법경찰관의 구속기간을 다시 연장할 만한 사유가 된다고 보기는 어려울 것이다.

3) 이상 살펴본 바와 같이, 수사의 필요성을 이유로 군사법경찰관의 구속기간을 일반 사건에 비하여 특히 장기간으로 하여야 할 사정은 인정하기 어렵고 장기간의 구속이 허용될 경우의 폐단은 일반 사건에 비하여 오히려 크다는 것을 알 수 있다.

가사, 군사법원법의 적용대상 중에 특히 수사를 위하여 구속기간의 연장이 필요한 경우가 있음을 인정한다고 하더라도 이 사건 법률규정은 다음과 같은 점에서 위헌을 면하기 어렵다.

첫째, 군사법원법은 군인 및 준군인인 모든 범죄와 특정한 범죄에 관하여는 군인이 아닌 내외국인도 그 적용대상이 되는 등 그 적용범위가 대단히 넓다고 할 수 있는데 이 사건 법률규정과 같이 군사법원법의 적용대상이 되는 모든 범죄에 대하여 수사기관의 구속기간의 연장을 허용하는 것은 그 과도한 광범성으로 인하여 과잉금지의 원칙에 어긋난다고 할 수 있다. 현실적으로 군사법원의 재판을 받게 되는 사건의 대부분이 비교적 경미한 사건들임은 앞에서 본바와 같다.

물론 구속기간연장을 위해서는 그 연장신청시 관할 부대장의 승인을 얻도록 되어 있고(군사법원법 제242조 제3항, 제238조 제3항) 보통군사법원 군판사의 연장허가가 있어야 하기 때문에 이러한 절차를 통하여 그때그때 범죄의 특수성을 고려하여 구속기간의 연장이 남용되는 것을 막을 수 있다는 견해도 있을 수 있다. 하지만 이러한 제도적 장치만으로는, 구속기간의 연장이 허용되는 대상범죄가 지나치게 광범한 데서 오는 폐단을 시정하기에는 매우 미흡하다고 아니할 수 없으므로 결국 이러한 절차가 있다는 이유만으로 법률규정 자체로 인한 침해가능성이 정당화될 수는 없다고 할 것이다.

둘째, 수사를 위하여 구속기간의 연장이 필요한 경우가 있다고 하더라도 군사법경찰관의 구속기간의 연장을 통하여 이러한 목적을 달성하려는 것은 부적절한 방식에 의한 과도한 기본권의 제한이라고 아니할 수 없다. 국가안보와 직결되는 사건과 같이 수사를 위하여 구속기간의 연장이 정당화될 정도의 중

요사건이라면 이를 군사법경찰관이 구속기간을 연장까지 하여가면서 수사하도록 하는 것보다는 더 높은 법률적 소양이 제도적으로 보장된 군검찰관이 이를 수사하고 필요한 경우 그 구속기간의 연장을 허가하는 것이 오히려 더 적절하기 때문이다.

그러므로 군사법경찰단계에서의 장기구금을 통하여 수사목적은 달성하려는 것은 인권침해의 우려가 매우 높은 방식이어서 각국의 입법에서 그 예를 찾아보기 어려울 뿐만 아니라 국제인권규정에도 부합하지 아니하므로 이는 기본권제한이 헌법상 정당화되기 위하여 필요한 요건의 하나인 수단의 적절성 원칙에 부합되지 아니하고, 나아가 불필요하게 구속을 장기화한다는 점에서도 이것은 기본권제한이 헌법상 정당화되기 위하여 필요한 또 하나의 요건인 피해의 최소성원칙에도 부합되지 않는다.

결국 군사법경찰관의 구속기간의 연장을 허용하는 이 사건 법률규정은 무죄추정의 원칙에 위반되고, 또한 방법의 적정성 및 피해의 최소성이 확보되지 않고 있는 점에서 과잉금지의 원칙에도 위반되며, 그 결과 청구인 조○형의 신체의 자유 및 신속한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이고 또한 군인신분의 피의자라는 이유로 군인이 아닌 일반 민간인 신분의 국민과 다르게, 합리적인 이유 없이, 청구인 조○형을 차별하여 그의 평등권을 침해하는 것이다.

(4) 소결론

이 사건 법률규정은 무죄추정의 원칙 및 과잉금지의 원칙을 위반함으로써 청구인 조○형의 신체의 자유, 신속한 재판을 받을 권리 및 평등권을 침해하므로 헌법에 위반된다.

나. 이 사건 시행령규정에 대하여

(1) 헌법상 기본권으로서의 접견교통권

형사소송법 제89조는 “구속된 피고인은 법률의 범위내에서 타인과 접견하고 서류 또는 물건을 수수하며 의사의 진료를 받을 수 있다.”라고 규정하고 같은 법 제209조는 구속된 피의자에 대하여 이 규정을 준용하고 있다. 형사소송법은 이와 같이 구속된 피고인 또는 피의자에게 타인과의 접견교통권을 보장하고 있는데 이 중에서도 변호인과의 접견교통권은 이를 헌법상의 기본권으로 보아야 함은 의문의 여지가 없다. 즉 헌법 제12조 제4항 본문은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하고 있는데, 이와 같은 헌법상의 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위한 것이 바로 구속된 피의자·피고인이 갖는 변호인

과의 접견교통권이며 따라서 이는 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 중요한 내용이 되기 때문이다(헌재 1991. 7. 8. 89헌마181, 판례집 3, 356, 36; 헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 59).

그러나 이 사건의 경우와 같이 구속된 피의자 또는 피고인이 변호인 아닌 '타인'과 접견할 수 있는 권리에 관하여는 헌법상 명문의 규정이 없으므로 이것이 단순히 형사소송법에 의하여 비로소 보장된 권리인지 아니면 헌법상의 기본권으로까지 볼 수 있는 것인지가 문제된다.

구속된 피의자 또는 피고인이 갖는 변호인 아닌 자와의 접견교통권은, 피구속자가 가족 등 외부와 연결될 수 있는 통로를 적절히 개방하고 유지함으로써 한편으로는 가족 등 타인과 교류하는 인간으로서의 기본적인 생활관계가 인신의 구속으로 인하여 완전히 단절되어 파멸에 이르는 것을 방지하고 다른 한편으로는 피의자 또는 피고인의 방어를 준비하기 위하여, 반드시 보장되지 않으면 안되는 인간으로서의 기본적인 권리에 해당하므로 이는 성질상 헌법상의 기본권에 속한다고 보아야 할 것이다.

헌법재판소는, 비록 헌법에 열거되지는 아니하였지만, 헌법 제10조의 행복추구권에 포함되는 기본권의 하나로서 일반적 행동자유권을 인정하고 있는데(헌재 1998. 10. 15. 98헌마168, 판례집 10-2, 586, 596 등) 미결수용자의 접견교통권은 이러한 일반적 행동자유권으로부터 나온다고 보아야 할 것이고 다른 한편으로는 무죄추정의 원칙을 규정한 헌법 제27조 제4항도 미결수용자의 접견교통권 보장의 한 근거가 될 것이다.

대법원도 미결수용자의 타인과의 접견권을 헌법 제10조가 보장하고 있는 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권 가운데 포함되는 헌법상의 기본권으로 보고 있다[대법원 1992. 5. 8. 선고, 91부8 판결{공1992. 8. 1.(925), 2151}].

이처럼 미결수용자가 가족과 접견하는 것이 헌법 제10조가 보장하고 있는 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권 가운데 포함되는 헌법상의 기본권이라고 한다면 그와 마찬가지로 미결수용자의 가족이 미결수용자와 접견하는 것 역시 헌법 제10조가 보장하고 있는 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권 가운데 포함되는 헌법상의 기본권이라고 보아야 할 것이다. 가족구성원의 한 사람이 미결수용되어 있는 경우에 다른 가족이 그 수용된 가족을 찾아 만나보는 것은 가장 자연스러운 인간의 정리이고 또 마땅한 도리이므로 이러한 만남을 추구하는 가족의 행동은 인간으로서의 존엄과 가치를 형성함과 동시에 행복추구권의 한 발현이 되기 때문이다.

이 사건 시행령규정이 면회의 횟수를 주2회로 한정하는 것은 미결수용자의 접견교통권과 그 가족의 접견교통권을 모두 제한하는 것인데 이것이 헌법상 허용되는 것인지 여부를 살펴보기로 한다.

(2) 이 사건 시행령규정에 의한 기본권제한이 헌법 제37조 제2항의 법률유보규정에 위반되는지 여부

기본권은 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 이를 제한할 수 있으나 그 제한의 방법은 원칙적으로 법률로써만 가능하고 제한의 정도도 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없고 필요한 최소한도에 그쳐야 한다.

그러므로 헌법상의 기본권으로 보장되는 미결수용자의 접견교통권도 원칙적으로 법률로써만 이를 제한할 수 있다고 할 것인데 그럼에도 불구하고 법률이 아닌 대통령령의 규정에 의하여 미결수용자의 면회횟수를 매주 2회로 제한한 것은 헌법 제37조 제2항에 위반되는 것이 아닌지 문제가 된다.

헌법 제37조 제2항은 기본권제한에 관한 일반적 법률유보조항이라고 할 수 있는데 법률유보의 원칙은 ‘법률에 의한 규율’을 요청하는 것이 아니라 ‘법률에 근거한 규율’을 요청하는 것이기 때문에 기본권의 제한에는 법률의 근거가 필요할 뿐이고 기본권 제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없는 것이다. 그러나 비록 그렇다 하더라도, 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”라고 규정하여 위임입법의 근거를 마련함과 아울러 위임입법의 범위와 한계를 명시하고 있으므로, 대통령령으로 면회의 횟수를 제한하는 경우에는 반드시 그에 관한 법률의 위임이 있어야 하고 그 위임은 구체적으로 범위를 정하여 위임하는 것이 아니면 안된다.

그런데 군행형법 제15조(면회와 서신의 수발)를 보면, 제1항 내지 제3항에서 수용자(수형자 및 미결수용자)는 소장의 허가를 받아 타인과 면회할 수 있고(다만, 수사중인 미결수용자에 대하여는 검찰관이 허가함), 수용자의 면회는 교화 또는 처우상 특히 부적당하다고 인정되는 사유가 없는 한 이를 허가하여야 하며, 수용자의 면회는 변호인 면회의 경우를 제외하고는 교도관의 참여를 요한다고 규정한 다음, 제6항에서 “면회에의 참여……에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”라고 규정하고 있다.

여기서 말하는 면회라고 하는 것은 형사소송법과 행형법에서 말하는 접견이라는 것과 같은 의미라고 이해되는데 이 군행형법 제15조 제6항은 행형법

제18조(접견) 제4항에서 “접견의 횟수·시간·장소 및 접견참여 기타 접견에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”라고 규정하고 있는 것과 분명한 차이가 있다.

그렇다면 군행형법 제15조는, 면회에 관한 한, 면회의 횟수를 제한하지 않는 자유로운 면회를 전제로 하면서 다만, 면회예의 참여에 관한 사항만을 대통령령으로 정하도록 위임하고 있을 뿐 면회의 횟수에 관하여는 전혀 위임한 바가 없음을 알 수 있다.

그렇다면 이 사건 시행령규정이 미결수용자의 면회횟수를 매주 2회로 제한하고 있는 것은 법률의 위임 없이 접견교통권을 제한하는 것이고 이것은 헌법 제37조 제2항 및 제75조에 위반된 기본권제한으로서 청구인들의 접견교통권이라는 기본권에 대한 침해로 구성한다.

이와 같이 이 사건 시행령규정은 기본권제한의 형식 내지 방식에 관한 요건을 충족하지 못하여 위헌임을 면치 못할 것이나, 더 나아가 그 내용면에서 보아도 과잉금지의 원칙을 위반하여 청구인들의 접견교통권을 침해하고 평등권을 침해한다고 인정되므로 아래와 같이 그 이유를 밝힌다.

(3) 접견교통권의 과잉제한

청구인들의 접견교통권을 제한하고 있는 이 사건 시행령규정이 기본권제한 입법의 한계인 헌법상의 과잉금지의 원칙에 위배된 것인지 여부를 살펴보기로 한다.

(가) 무죄추정의 원칙은 미결수용자에게 구금의 목적에 반하지 않는 한 일반 시민과 동등한 처우를 하고 구속 이외의 불필요한 고통을 과하지 않을 것을 요구한다.

따라서 미결수용자에 대하여 정당한 구금이 행해진 경우라도 미결구금의 목적인 도주나 증거인멸의 우려를 방지하기 위한 제한 또는 구금시설의 질서유지를 위한 제한을 제외하고는 미결수용자의 자유와 권리를 함부로 제한하여서는 안된다고 할 것이다.

국방부장관은 이 사건 시행령규정의 입법목적으로 증거인멸의 방지 이외에 군사기밀의 누설의 방지 및 부대의 보안·경계상의 문제점 예방을 추가로 들면서 도주의 방지는 따로 거론하고 있지 않는바 우선 군사기밀의 누설의 방지나 부대의 보안·경계상의 문제점 예방은 원래 미결구금의 목적이 아니었던 만큼 미결구금자의 접견교통권을 제한하는 독자적인 입법목적이 될 수는 없고 도주 및 증거인멸의 방지라는 목적에 포함되거나 부수되는 정도의 것에

불과하다고 볼 것이다. 다만, 잦은 면회를 허용하게 되면 증거인멸의 우려와 마찬가지로 도주의 우려도 증가하리라는 점은 부인할 수 없고 나아가 수용시설 내의 질서유지에도 장애가 초래되리라는 것은 쉽게 예상할 수 있다.

그렇다면 결국 이 사건 시행령규정의 입법목적은 ‘도주나 증거인멸의 우려의 방지 및 수용시설 내의 질서유지’라고 보아야 할 것이고 이러한 입법목적 자체는 그 정당성을 인정할 수 있고 나아가 미결수용자의 면회횟수를 매주 2회로 제한하는 것은 이러한 입법 목적을 달성하기 위한 효과적이고 적절한 방법의 하나가 될 것임은 부인할 수 없을 것이다.

(나) 미결수용자의 접견교통권은 헌법상의 기본권의 하나에 속하므로 원칙적으로 최대한 보장되어야 하고 다만, 도주나 증거인멸의 우려가 있거나 또는 수용시설 내의 질서유지를 해칠 특별한 위험성이 있는 경우에만 적절한 방법으로 필요한 최소한의 범위내에서 제한되어야 할 것이다.

이와 관련하여 대법원은 앞에서 본 판결(91부8)에서, 도주나 증거인멸의 우려 방지라는 구속의 목적에 위배되거나 구금시설의 질서유지를 해칠 현저한 위험성이 있을 때에는 구속된 피고인 또는 피의자의 접견권을 제한할 수 있을 것이나, 그와 같은 제한의 필요가 없는데도 접견권을 제한하거나 또는 제한의 필요가 있더라도 필요한 정도를 지나친 과도한 제한을 하는 것은 헌법상 보장된 기본권의 침해가 된다고 판시한 바 있다.

이 사건 시행령규정에 돌아가 보건대, 행형법시행령에서 미결수용자의 접견횟수를 매일 1회로 하고 있는 것과는 달리 이 사건 시행령규정은 미결수용자의 면회횟수를 매주 2회로 제한하고 있고 다만, 군행형법시행령 제43조 제2항 후단은 참모총장은 미결수용자의 접견교통권을 보장하기 위하여 필요한 경우에는 그 횟수를 증가시킬 수 있다고 규정하고 있고 같은 시행령 제44조는 소장(수사중인 미결수용자에 대하여는 검찰관)이 수용자의 교화상 특히 필요하다고 인정하는 때에는 수용자의 면회횟수를 증가시켜 허가할 수 있도록 하고 있다.

그러나 무죄추정의 원칙상 미결수용자는 유죄의 확정판결을 받기까지는 일반 시민과 같은 자유를 누릴 수 있는 것이 원칙인 점, 수용기관은 면회에 교도관을 참여시켜 감시를 철저히 한다거나(군행형법 제15조 제3항, 군행형법시행령 제46조 제3항), 필요한 경우에는 면회를 일시 불허(군행형법 제15조 제2항)함으로써 ‘도주나 증거인멸 우려의 방지 및 수용시설 내의 질서유지’라는 입법 목적을 달성할 수 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 시행령 규정은 지

나친 제한을 앞세운 다음 보완조치를 강구하는 태도를 취함으로써 원칙과 예외를 뒤바꾸는 잘못을 범하였다고 하지 아니할 수 없다. 이 사건 시행령규정이 미결수용자의 면회횟수를 매주 2회로 제한하는 것이 비록 그 입법목적의 달성을 위한 적절한 방법의 하나라고는 하더라도 청구인들의 기본권을 보다 적게 침해하면서도 도주나 증거인멸의 우려를 방지한다는 공익을 실현할 수 있는 똑같이 효과적인 다른 방법이 위에서 보듯이 존재하므로, 이것은 기본권 제한이 헌법상 정당화되기 위하여 필요한 피해의 최소성 요건을 충족시키지 못한다. 그렇다면 이 사건 시행령규정은 청구인들의 집견교통권을 과도하게 제한하는 위헌적인 규정이라고 하지 않을 수 없다.

(4) 평등권의 침해 여부

(가) 평등의 원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있다. 그러므로 비교의 대상을 이루는 두개의 사실관계 사이에 서로 상이한 취급을 정당화할 수 있을 정도의 차이가 없음에도 불구하고 두 사실관계를 서로 다르게 취급한다면 이것은 평등권을 침해하게 된다. 두개의 사실관계가 본질적으로 동일한가의 판단은 일반적으로 당해 법률조항의 의미와 목적에 달려 있다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 701).

(나) 앞에서 본 바와 같이, 이 사건 시행령규정의 의미와 목적을 ‘도주나 증거인멸 우려의 방지 및 수용시설 내의 질서유지’로 볼 때 미결수용자가 군행형법의 적용을 받는 자인지 행형법의 적용을 받는 자인지는 본질적인 차이가 될 수 없으므로 양자는 본질적으로 동일한 것으로 보아야 한다. 군행형법의 적용을 받는 미결수용자의 경우에 도주 및 증거인멸의 우려나 수용소내 질서 훼손의 우려가 일반 행형법의 적용을 받는 미결수용자에 비하여 더욱 높다고 볼 이유나 사정이 없기 때문이다.

이 사건 시행령규정은 위와 같은 입법목적의 관점에서 볼 때 동일한 처지에 있는 미결수용자 중 군행형법의 적용을 받는 자의 면회횟수를 행형법의 적용을 받는 자에 비하여 감축하려는 것이므로 이 사건 시행령규정이 자의적인 것이 되지 않기 위해서는 이러한 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유가 존재하여야 한다.

그러나 군행형법의 적용을 받는 미결수용자의 경우라고 하여 행형법의 적용을 받는 미결수용자의 경우에 비하여, 앞에서 본 바와 같이, 특히 도주나 증거인멸을 막아야 할 필요성이 크거나 그 수용시설 내의 질서유지가 더욱

절실히 요청된다고 보기는 어렵기 때문에 양자를 달리 취급함에 있어서 객관적으로 납득할 만한 합리적 이유를 찾아 볼 수 없다.

따라서 이 사건 시행령규정은 군행형법시행령의 적용을 받는 미결수용자를 행형법시행령의 적용을 받는 미결수용자에 비하여 자의적으로 다르게 취급하는 것이고, 그와 마찬가지로 군행형법시행령의 적용을 받는 미결수용자의 가족을 행형법시행령의 적용을 받는 미결수용자의 가족에 비하여 자의적으로 다르게 취급하는 것이므로 결국 청구인들의 평등권을 침해하는 것이다.

(5) 소결론

이 사건 시행령규정은 헌법 제37조 제2항 및 제75조에 위반될 뿐만 아니라, 청구인들의 접견교통권 및 평등권을 침해하므로 헌법에 위반된다.

5. 결 론

따라서 군사법원법(1994. 1. 5. 법률 제4704호로 개정된 것) 제242조 제1항 중 제239조 부분은 청구인 조○형의 신체의 자유, 신속한 재판을 받을 권리 및 평등권을 침해하여 헌법에 위반되고, 군행형법시행령(1999. 10. 30. 대통령령 제16587호로 전문개정된 것) 제43조 제2항 본문 중 전단 부분은 청구인들의 접견교통권 및 평등권을 침해하여 헌법에 위반되므로, 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 하경철 김영일 권 성(주심)

김효종 김경일 송인준 주선희 전효숙

[별지 1]

(2) 관련조항

○ 군사법원법

제239조(군사법경찰관의 구속기간) 군사법경찰관이 피의자를 구속한 때에는 10일 이내에 피의자를 검찰관에게 인치하지 아니하는 한 석방하여야 한다.

제240조(검찰관의 구속기간) 검찰관이 피의자를 구속한 때 또는 군사법경찰관으로부터 피의자의 인치를 받은 때에는 10일 이내에 공소를 제기하지 아니하는 한 석방하여야 한다.

○ 형사소송법

제202조(사법경찰관의 구속기간) 사법경찰관이 피의자를 구속한 때에는 10일 이내에 피의자를 검사에게 인치하지 아니하면 석방하여야 한다.

제203조(검사의 구속기간) 검사가 피의자를 구속한 때 또는 사법경찰관으로부터 피의자의 인치를 받은 때에는 10일 이내에 공소를 제기하지 아니하면 석방하여야 한다.

제205조(구속기간의 연장) ① 지방법원판사는 검사의 신청에 의하여 수사를 계속함에 상당한 이유가 있다고 인정한 때에는 10일을 초과하지 아니하는 한도에서 제203조의 구속기간의 연장을 1차에 한하여 허가할 수 있다.

② 생략

제89조(구속된 피고인과의 접견, 수진) 구속된 피고인은 법률의 범위내에서 타인과 접견하고 서류 또는 물건을 수수하며 의사의 진료를 받을 수 있다.

제209조(준용규정) 제71조, 제72조, 제75조, 제81조 제1항 본문, 제3항, 제82조, 제83조, 제85조 내지 제91조, 제93조, 제101조 제1항, 제102조 제1항 본문(보석의 취소에 관한 부분을 제외한다)의 규정은 검사 또는 사법경찰관의 피의자 구속에 준용한다.

○ 균형형법

제15조(면회와 서신의 수발) ① 수용자는 소장의 허가를 받아 타인과 면회하거나 서신을 수발할 수 있다. 다만, 수사중인 미결수용자에 대하여는 검찰관이 이를 허가 한다.

② 수용자의 면회와 서신수발은 교화 또는 처우상 특히 부적당하다고 인정되는 사유가 없는 한 이를 허가하여야 한다.

③ 수용자의 면회와 서신수발은 교도관의 참여와 검열을 요한다. 다만, 제62조의 규정에 의한 변호인 면회의 경우를 제외한다.

④, ⑤ 생략

⑥ 면회에의 참여, 서신의 검열 및 제한에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

○ 균형형법시행령

제44조(면회제한의 예외) 소장(수사중인 미결수용자에 대하여는 검찰관을 말한다. 이하 제47조에서 같다)은 수용자의 교화상 특히 필요하다고 인정하는 때에는 제42조 및 제43조의 규정에 불구하고 수용자의 면회시간·횟수를 연장 또는 증가시켜 허가할 수 있다.

○ 행형법

제18조(접견) ① 수용자는 소장의 허가를 받아 다른 사람과 접견할 수 있다.

② 소장은 교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유가 없는 한 제1항의 규정에 의한 허가를 하여야 한다.

③ 소장은 수용자의 접견에 교도관을 참여하게 할 수 있다. 다만, 제66조 제1항의 규정에 의한 변호인과의 접견은 예외로 한다.

④ 접견의 횟수·시간·장소 및 접견참여 기타 접견에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

○ 행정법시행령

제56조(접견의 횟수) ① 생략

② 미결수용자의 접견(변호인과의 접견을 제외한다)횟수는 매일 1회로 한다.

제57조(접견의 예외) 소장은 수용자의 교화상 특히 필요하다고 인정할 때에는 제54조 내지 제56조의 규정에 불구하고 수용자의 접견을 허가할 수 있다.

[별지 2]

나. 국방부장관의 의견

(1) 적법요건에 관하여

(가) 이 사건 심판청구 중 이 사건 법률규정 부분에 관하여 보건대, 이 사건 법률규정은 1차에 한하여 구속기간의 연장을 허가하는 내용의 것이고 이 사건 법률규정에 의한 청구인 조○형에 대한 연장구속기간은 2002. 3. 28. 이미 도과하였으므로, 위 청구인이 주장하는 기본권의 침해는 종료되었다. 따라서 그 침해의 원인이 된 이 사건 법률규정의 위헌을 확인할 실익이 없다고 할 것이므로, 이 부분 헌법소원은 권리보호의 이익이 없는 경우에 해당하여 각하되어야 한다.

(나) 이 사건 심판청구 중 이 사건 시행령규정 부분에 관하여 보건대, 군행 형법시행령 제43조는 참모총장은 미결수용자의 접견교통권을 보장하기 위하여 필요한 경우 그 횟수를 증가시킬 수 있다고 규정하고 있고, 군행형법 제4 조는 수용자가 그 처우에 불복하는 때에는 참모총장 또는 순회점검공무원에게 청원할 수 있다고 규정하고 있으며, 군행형법시행령 제6조 내지 제9조는

청원의 절차를 상세히 규정하고 있으므로, 청구인은 먼저 참모총장에게 청원을 하고, 참모총장이 이를 거부하는 경우에 그 불허처분에 대하여 행정심판이나 행정소송을 제기하는 것이 가능하다고 할 것이고, 따라서 이러한 절차를 거치지 아니한 채 제기한 이 부분 헌법소원은 부적법하다.

(2) 본안에 관하여

(가) 이 사건 법률규정에 대하여

1) 군관련 사건의 경우 피의자나 참고인이 수사기관으로부터 원거리에서 이격되어 있어 이동에 장기간이 소요되는 경우가 많을 뿐만 아니라, 수사상 민간인인 참고인 등의 진술이 필요한 경우에도 이들이 군수사기관의 소환에 응하지 않는 경우가 많고, 그러한 경우에는 수사관이 직접 다른 지역의 민간인을 찾아가서 필요한 조사를 하고 있는 실정으므로, 구속 후 10일 이내에 사건을 송치하기 어려운 경우가 많다.

2) 군수사기관의 수사권이 미치는 주된 범죄인 군형법상의 범죄들은 남북분단 및 군사적 대립상태의 지속이라는 국가적 상황 등에 비추어 국가안보와 직결되는 범죄들로서 조직적·지능적으로 이루어질 경우 단기간의 수사로는 배후관계의 규명이나 증거포착이 어려워 충분한 수사기간을 보장해 주어야 하고, 그 밖의 범죄들도 군의 생명과 같은 군기의 유지 및 전투력의 보전·발휘와 밀접한 관련이 있어 공정하고 엄정한 수사과 처벌을 위하여 충분한 수사기간의 보장이 이루어져야 하므로, 이 사건 법률규정이 군인신분의 피의자들을 자의적으로 차별한 것이라고는 볼 수 없다.

3) 군사법원법 제132조는 군사법원의 피고인에 대한 구속기간의 제한을 규정하고 있는바, 그 기간에는 수사기관에서의 구속기간도 포함되는 것이고, 실제로 군사법원이 재판기일을 지정할 때에는 구속기간의 장단을 고려하고 있으므로, 군사법원의 재판을 받는 피의자가 일반법원의 재판을 받는 피의자에 비해 수사기관에서의 구속기간이 최장 10일 더 구속되어 조사를 받더라도 신속한 재판을 받을 권리가 침해되는 것은 아니다.

4) 이 사건 법률규정은 군사법경찰관이 임의로 구속기간을 연장할 수 있다는 의미가 아니라, 보통군사법원 군판사가 군사법경찰관의 신청에 의하여 해당범죄의 수사를 계속함에 상당한 이유가 있다고 인정되는 경우에 한하여 구속기간의 연장을 허가할 수 있다는 것이므로, 이유가 없다고 인정한 때에는 그 신청을 기각할 수 있을 뿐 아니라, 군사법원법 제242조 제3항에 의하면 구속기간의 연장신청에는 관할 부대장의 승인을 거치도록 하고 있다.

(나) 이 사건 시행령규정에 대하여

1) 이 사건 시행령규정이 행형법에 비하여 미결수용자의 면회횟수를 제한한 것은 미결수용자가 외부인과 잦은 면회를 하게 되면 증거를 인멸하거나 국가안보와 관련된 중요한 군사기밀을 누설할 우려가 있고, 미결수용자의 대부분이 육군교도소가 아닌 예하부대 미결수용실에 수용되어 있는 현실(2002. 4. 현재 미결수 435명 중 381명이 예하부대 미결수용실에 수용)에서 외부인의 잦은 부대출입으로 인하여 부대의 보안·경계상의 문제점이 발생할 수 있다는 점 등을 고려한 것이다. 이는 국가안보의 중추적 역할을 담당하고 있는 군부대의 유지·운영 및 공정한 형벌권의 실현이라는 공익과 미결수용자의 기본권 사이의 비교형량에 의한 것으로서, 합리적인 근거 없는 자의적인 차별이라고는 볼 수 없다.

2) 군행형법시행령 제43조 제2항 단서는 “변호인과의 면회는 그 횟수를 제한하지 아니한다.”라고 규정함으로써, 변호인과의 접견교통권에 대하여는 아무런 제한을 두고 있지 않으므로, 미결수용자의 방어권은 최대한 보장되고 있다.

3) 군행형법시행령 제43조 제2항 본문 후단은 “참모총장은 미결수용자의 접견교통권을 보장하기 위하여 필요한 경우에는 그 횟수를 증가시킬 수 있다.”라고 규정하고 있고, 같은 시행령 제44조는 소장(수사중인 미결수용자에 대하여는 검찰관)은 수용자의 교화상 특히 필요하다고 인정하는 때에는 이 사건 시행령규정에 불구하고 수용자의 면회횟수를 증가시켜 허가할 수 있도록 규정하고 있는바, 이 사건 시행령규정이 미결수용자의 면회횟수를 매주 2회로 제한하였다 하더라도 면회횟수를 필요에 따라 증가시킬수 있는 제도적 보완장치를 규정하고 있는 이상 청구인의 기본권을 침해하였다고는 볼 수 없다.

공직선거및선거부정방지법 제35조
제2항 제1호 등 위헌확인,
공직선거및선거부정방지법 제155조
제1항 위헌확인

(2003. 11. 27. 2003헌마259·250(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 국회의원 재·보궐선거 실시일 이전에 정당추천후보자로 선출된 후보자들이 공직선거및선거부정방지법상의 재·보궐선거 실시일 및 투표시간, 당선인 결정방식 등에 관해 위헌확인을 구하는 헌법소원을 제기한 후 그 재·보궐선거가 실시되어 종료된 후에도 헌법재판소가 그 위헌여부를 판단하여 헌법적 해명을 할 필요가 있다고 한 사례

2. 국회의원 재·보궐선거일을 휴무일이 아닌 평일인 목요일로 하고, 투표시간도 직장인들의 근무시간 이후가 아닌 오후 6시까지로 정하고 있는 공직선거및선거부정방지법 제35조 제2항, 제155조 제1항 등이 헌법상의 평등원칙이나 평등선거원칙을 위반하고 국민주권주의에 위반되는지 여부(소극)

3. 저조한 투표율에도 불구하고 유효투표의 다수만 얻으면 당선인으로 될 수 있도록 한 현행 공직선거및선거부정방지법 제188조 제1항이 선거의 대표성의 본질을 침해하고 국민주권주의에 위반하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 현행 헌법소원심판절차의 진행에 일반적으로 소요되는 기간(청구인들 및 이해관계인들에 대한 헌법소원심판회부통지, 이해관계인들의 의견서 제출 등을 위한 기간)에 비추어 청구인들이 2003. 4. 3. 이 사건 헌법소원심판 청구를 하고 그로부터 재·보궐선거가 실시되

기 이전인 20일 내에 이 청구에 대하여 헌법재판소가 판단을 하는 것은 어려운 일이다. 그런 마당에 재·보궐선거가 이미 실시되었음을 이유로 권리보호의 이익이 없다고 보아 각하하는 것은 사실상 선거제도에 관한 헌법소원 심판청구를 많은 경우에 봉쇄하는 것이 된다. 또한 헌법소원심판제도는 청구인들의 개인적인 권리구제 뿐만 아니라 객관적인 헌법질서 수호를 목적으로 하기도 하는데 선거제도는 헌법질서를 형성하는 중요한 사항일 뿐만 아니라 국회의원 재·보궐선거가 실시될 때마다 이 사건 공선법 조항의 합헌성 여부에 관해 다툼이 발생할 소지가 많다고 할 것이므로 이에 관하여 헌법적 해명을 할 필요가 있다.

2. 공직선거및선거부정방지법(이하 ‘공선법’이라고만 한다) 제34조나 제35조 제2항 제1호 모두 국회의원 총선거일이나 재·보궐선거일을 모두 목요일로 정하고 있으며, 총선거일을 휴무일로 지정하는 것도 위 공선법 규정 자체에 의한 것이 아니고 정부가 대통령령인 관공서의공휴일에관한규정 제2조 제11호인 ‘기타 정부에서 수시 지정하는 날’에 의한 것이므로 총선거일과 대비하여 볼 때 재·보궐선거일에 관해 이 사건 심판대상의 공선법 규정 자체에 의한 차별취급은 존재하지 않는다. 또한 투표시간에 관한 공선법 제155조도 총선거일이나 재·보궐선거일에 동일하게 적용되므로 총선거일의 선거권자 및 후보자와 재·보궐선거일의 선거권자 및 후보자간에 아무런 차별취급도 존재하지 않는다. 무엇보다도 국회의원 총선거나 재·보궐선거의 각 선거권자 및 각 입후보자를 서로 비교할 수 있는 집단이라고 하기도 어렵다. 재·보궐선거가 실시되는 지역의 선거권자나 입후보자도 총선거가 실시되는 경우 그 총선거가 실시되는 선거구의 선거권자가 되거나 입후보자로 될 수 있기 때문이다. 또한 공선법은 국회의원 재·보궐선거의 선거권자들이 한 투표와 총선거의 선거권자들이 한 투표에 대해 서로 투표가치에 있어 차별을 하고 있지 않다. 그러므로 위 각 공선법 규정은 헌법에 위반되지 않으며, 오히려 우리 헌법 제41조 제2항이 국회의원의 선거에 관한 사항은 법률로 정한다고 규정하고 있으므로 국회의원 재·보궐선거일을 공휴일로 지정할지 여부, 그 투표시간을 일과후의 시간까지 연장할지 여부는 헌법이 입법자의 입법형성권의 범위에 위임하고 있는 문제라고 할

것이다. 결국 공선법상의 국회의원 재·보궐선거일이나 투표시간에 관한규정은 입법자의 입법형성권 범위내에서 제정된 것으로 선거권자이자 입후보자인 청구인들의 평등권이나 평등선거권, 또는 참정권을 침해하는 것이 아니다.

3. 헌법 제41조 제1항에 의한 선거원칙은 보통·평등·직접·비밀·자유 선거인데 공선법 제188조의 규정처럼 유효투표의 다수를 얻은 자를 당선인으로 결정하도록 하는 것이 헌법에서 선언된 위와 같은 선거원칙에 위반된다고 할 근거는 찾아볼 수 없다. 선거의 대표성 확보는 모든 선거권자들에게 차등 없이 투표참여의 기회를 부여하고, 그 투표에 참여한 선거권자들의 표를 동등한 가치로 평가하여 유효투표 중 다수의 득표를 얻은 자를 당선인으로 결정하는 현행 방식에 의해 충분히 구현된다고 해야 하는 것이다. 그리고 차등 없이 투표참여의 기회를 부여했음에도 불구하고 자발적으로 투표에 참가하지 않은 선거권자들의 의사도 존중해야 할 필요가 있다. 따라서 유효투표의 다수를 얻은 후보자를 당선인으로 결정하게 한 공선법 규정도 선거의 대표성의 본질이나 국민주권 원리를 침해하는 것이 아니다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제35조(보궐선거등의 선거일) ① 생략

② 보궐선거·재선거·중원선거와 지방자치단체의 설치·폐지·분할 또는 합병에 의한 지방자치단체의 장선거는 다음 각호에 의한다.

1. 지역구국회의원·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 보궐선거·재선거·지방의회의원의 중원선거는 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. 생략

③~⑤ 생략

공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제155조(투표시간)

① 투표소는 선거일 오전 6시에 열고 오후 6시에 닫는다. 다만, 마감할 때에 투표소에서 투표하기 위하여 대기하고 있는 선거인에게는 번호표를 부여하여 투표하게 한 후에 닫아야 한다.

②~⑤ 생략

공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제188조(지역구국회의원당선인의 결정·공고·통지) ① 지역구국회의원선거에 있어서는 선거구선거관리위원회가 당해 국회의원지역구에서 유효투표의 다수를 얻은 자를 당선인으로 결정한다. 다만, 최고득표자가 2인 이상인 때에는 연장자를 당선인으로 결정한다.

②~⑦ 생략

【참조조문】

헌법 제41조

관공서의공휴일에관한규정(1998. 12. 18. 대통령령 제15939호로 개정된 것) 제2조(공휴일) 관공서의 공휴일은 다음과 같다. 다만, 재외공관의 공휴일은 우리나라의 국경일과 주재국의 공휴일로 한다.

1.~10. 생략

11. 기타 정부에서 수시 지정하는 날

【참조판례】

1. 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 77

헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680

2. 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 1

헌재 1995. 4. 20. 92헌바29, 판례집 7-1, 499

【당 사 자】

청 구 인 1. 유시민 외 1인(2003헌마259)

대리인 변호사 임영화

2. 최대욱 외 2인(2003헌마250)

대리인 변호사 이민석

【주 문】

청구인들의 심판청구를 모두 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2003헌마259

2003. 4. 24. 실시된 국회의원 재·보궐선거와 관련하여 청구인 유시민은 같은 해 3. 30. 개최된 ‘개혁국민정당 고양시 덕양 갑지구당 4·24 국회의원 재선거후보자선출대회’에서, 청구인 허인규는 같은 달 12. 개최된 ‘개혁국민정당 의정부시 지구당 4·24 국회의원 보궐선거후보자선출대회’에서 각 선출된 정당추천후보이자, 선거권자인 자들인데, 위 청구인들은 공직선거및선거부정방지법(이하 ‘공선법’이라고만 부른다.) 중 재·보궐선거일을 규정한 제35조 제2항 제1호, 투표시간을 규정한 제155조 제1항, 당선인 결정방식을 규정한 제188조 제1항 등이 청구인들의 헌법상 기본권을 침해하였다고 주장하며 2003. 4. 3. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2003헌마250

청구인 최대옥, 강항돈은 고양시 덕양구에, 청구인 정창희는 의정부시 의정부동에 거주하고 있는 사람으로서, 2003. 4. 24. 실시될 예정인 경기도 고양시 덕양구 갑선거구와 의정부시 선거구의 국회의원 재·보궐선거에서 선거권을 행사하려 하였으나, 공선법 제155조 제1항이 투표시간을 오전 6시부터 오후 6시까지로 정함으로 인하여 청구인들은 위 투표시간에 직장에 출근하여 일하여야 되기 때문에 투표권을 행사할 수 없으므로 위 법률조항이 청구인들의 평등권 등을 침해한다고 주장하면서 2003. 4. 1. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 공선법 제35조 제2항 제1호(2000. 2. 16. 법률 제 6265호로 개정된 것), 제155조 제1항, 제188조 제1항(각 1994. 3. 16. 법률 제 4739호로 제정된 것)이다. 해당조문은 다음과 같다.

제35조(보궐선거등의 선거일) ② 보궐선거·재선거·…는 다음 각 호에 의한다.

1. 지역구국회의원·…의 보궐선거·재선거·…는 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.

제155조(투표시간) ① 투표소는 선거일 오전 6시에 열고 오후 6시에 닫는다 (단서 생략)

제188조(지역구국회의원당선인의 결정·공고·통지) ① 지역구국회의원선

거에 있어서는 선거구선거관리위원회가 당해 국회의원지역구에서 유효투표의 다수를 얻은 자를 당선인으로 결정한다(단서 생략).

2. 당사자들의 주장

가. 청구인들의 주장

(1) 2003헌마259

공선법 제35조 제2항 제1호는 국회의원 재·보궐 선거일을 특정 목요일로 한정하여 지정하고 있을 뿐, 그 선거일을 공휴일 또는 휴무일로 할 것인지 여부에 대해서는 아무런 규정을 두지 아니한 탓으로, 정부는 국회의원 재·보궐 선거일을 휴무일로 지정하지 않고 있다. 이는 일반적인 국회의원 총선거일의 경우 휴무일로 지정되어 투표권을 행사하는데 아무런 제약도 받지 않는 선거권자와 재·보궐선거일에 투표하는 선거권자를 차별하는 결과를 초래하여 선거권자의 헌법상 국민주권과 평등선거권 및 평등권을 침해한다. 그리고 그로 인해 해당 후보자의 헌법상 국민주권과 피선거권도 함께 침해하고 있다. 그러므로 위 공선법 제35조 제2항 제1호의 규정은 헌법 제1조의 국민주권과 헌법 제11조의 평등권 및 헌법 제41조의 평등선거권을 침해하는 법률규정이다.

그리고 공선법 제155조 제1항은 투표시간을 오전 6시부터 오후 6시까지로만 한정하고 있어, 일부지역에만 국한하여 실시되는 재·보궐선거에서 선거권자들은 본인이 책임질 수 없는 사유로 위와 같이 법정된 시간 이외의 시간에 투표하지 못하고 있다. 즉, 평일에 실시되는 재·보궐선거에서 선거권자들은 생업활동으로 인해 선거일 당일 투표시간 이내에 해당 투표소에 입할 수 없는 사정에 처하게 된다. 그러므로 위 규정은 휴무일에 실시되는 국회의원총선거와 평일에 실시되는 재·보궐선거에 있어 각 선거권자 상호간 및 각 후보자 상호간을 차별하여, 재·보궐선거일의 선거권자에 대해 헌법상 국민주권(헌법 제1조)과 평등권(헌법 제11조) 및 평등선거권(헌법 제41조)을 침해함과 동시에, 재·보궐선거에 입후보한 후보자에 대해서도 헌법상 국민주권과 피선거권을 함께 침해하고 있다.

또한 공선법 제188조 제1항이 투표율과 관계 없이 무조건 유효투표수의 다수득표자를 당선인으로 결정하게 하고 있는 것은, 일정 비율 이상의 투표율이 나올 때만 유효한 당선인 결정을 할 수 있는 최소투표율제를 도입하지 않음으로써 선거의 대표성의 본질을 침해하는 것이다. 따라서 위 규정은 헌법 제1조의 국민주권원리에 위반되는 법률규정이다.

(2) 2003헌마250

공선법 제155조 제1항에 관하여 위 2003헌마259 사건의 청구인들과 동일한 주장을 하고 있다.

나. 중앙선거관리위원회 위원장의 의견

(1) 2003헌마259

중앙선거관리위원회는 1999. 3.과 2001. 5.의 두 차례에 걸쳐 국회의원 재·보궐선거의 투표율을 제고하고 직장인들이 근무시간 후에도 투표할 수 있도록 투표마감시각을 오후 8시 또는 오후 9시까지로 연장하지는 공선법 개정안을 국회에 제출하였고, 2002. 9.에는 4월과 10월의 마지막 목요일에 실시하는 재·보궐선거를 4월과 10월의 마지막 일요일에 실시하지는 내용으로 공선법 개정의견을 제출한 바 있다.

(2) 2003헌마250

공선법 제6조는 공무원·학생 또는 다른 사람에게 고용된 자가 선거인명부를 열람하거나 투표하기 위하여 필요한 시간은 보장되어야 하며, 이를 휴무 또는 휴업으로 보지 아니한다고 규정하고 있고, 근로기준법 제9조는 근로자가 선거권을 행사하기 위하여 필요한 시간을 청구하는 경우에 사용자는 이를 거부할 수 없으며 동규정의 실효성을 확보하기 위하여 처벌규정까지 두고 있다. 그리고, 투표소는 선거인의 거주지에서 대부분 근거리에 위치하고 있으며, 투표에 많은 시간이 소요되는 것도 아니어서 직장에 출근하면서 투표할 수 있으므로 이 사건 법률조항에 의하여 청구인들의 선거권행사가 직접 침해된다고 볼 수 없다.

3. 적법요건에 대한 판단

2003. 4. 3. 이 사건 헌법소원심판청구가 있는 후 그에 대한 헌법재판소의 심리가 진행되는 중이던 같은 달 24. 문제된 국회의원 재·보궐선거가 종료되어 버렸다. 따라서 청구인들이 제기한 이 사건 헌법소원심판청구는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다고 볼 여지도 있다.

그러나 현행 헌법소원심판절차의 진행에 일반적으로 소요되는 기간(청구인들 및 이해관계인들에 대한 헌법소원심판회부통지, 이해관계인들의 의견서 제출 등을 위한 기간)에 비추어 청구인들이 2003. 4. 3. 이 사건 헌법소원심판청구를 하고 그로부터 재·보궐선거가 실시되기 이전인 20일 내에 이 청구에 대하여 헌법재판소가 판단을 하는 것은 어려운 일이다. 그런 마당에 재·보궐선거가 이미 실시되었음을 이유로 권리보호의 이익이 없다고 보아 각하하는 것은 사실상 선거제도에 관한 헌법소원 심판청구를 많은 경우에 봉쇄하는 것

이 된다.

또한 헌법소원심판제도는 청구인들의 개인적인 권리구제 뿐만 아니라 객관적인 헌법질서 수호를 목적으로 하기도 하는데 선거제도는 헌법질서를 형성하는 중요한 사항일 뿐만 아니라 국회의원 재·보궐선거가 실시될 때마다 이 사건 공선법 조항의 합헌성 여부에 관해 다툼이 발생할 소지가 많다고 할 것이므로 이에 관하여 헌법적 해명을 할 필요가 있다고 하겠다. 따라서 이 사건에 관해서는 본안 판단을 하기로 한다.

4. 본안에 관한 판단

가. 평등권 침해 주장에 대한 판단

헌법상 평등의 원칙은 일반적으로 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금지하고 있는 것으로 해석되고, 평등원칙 위반여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 허용되는 입법형성권의 정도에 따라서 달라진다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787 참조). 그리고 입법자의 자의적 취급 여부에 대한 심사기준은 ① 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고 있는가 하는 차별취급의 존재여부와 ② 그러한 차별취급이 자의적인가의 여부에 달려 있다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 701 참조). 즉, 헌법상 규정된 평등원칙에 위반된 차별취급이 존재하기 위해서는 우선 동질적인 비교집단이 존재해야 하고, 그 비교집단에 대한 차별취급이 존재해야 하는 것이다.

그런데 (1) 청구인들 자신이 주장하는 바와 같이 공선법 제34조나 제35조 제2항 제1호 모두 국회의원 총선거일이나 재·보궐선거일을 모두 목요일로 정하고 있다. 그리고 총선거일이 휴무일로 된 것은 위 공선법 규정 자체에 의한 것이 아니고 정부가 대통령령인 관공서의공휴일에관한규정(1998. 12. 18. 대통령령 제15939호로 개정된 것) 제2조 제11호의 ‘기타 정부에서 수시 지정하는 날’의 규정에 의거하여 이 날을 휴무일로 지정함에 따른 것이다. 그러므로 재·보궐선거일을 총선거일과 달리 휴무일로 지정하지 않고 투표를 실시한다고 해도 그것은 이 공선법 규정 자체의 문제가 아니라고 할 것이다. 즉 총선거일과 대비하여 볼 때 재·보궐선거일에 관해 이 사건 심판대상인 공선법 규정 자체에 의한 차별취급은 존재하지 않는다.

또한 투표시간에 관한 공선법 제155조는 총선거일이나 재·보궐선거일에 동일하게 적용되므로 총선거일의 선거권자 및 후보자와 재·보궐선거일의 선

거권자 및 후보자간에 아무런 차별취급도 존재하지 않는다.

(2) 뿐만 아니라 헌법 제41조 제1항에서 규정한 평등선거의 원칙은 평등의 원칙이 선거제도에 적용된 것으로서 선거권자들의 투표가치를 동등하게 평가한다는 의미이다. 그런데 공선법은 국회의원 재·보궐선거의 선거권자들이 하는 투표와 총선거의 선거권자들이 하는 투표에 대해 서로 투표가치에 있어 차별을 하지 않고 있을 뿐만 아니라 이들을 서로 비교할 만한 대상이라고 하기도 어렵다. 그러므로 이 사건 공선법 규정에 의해 투표가치에 대한 차별취급이 존재한다고 할 수도 없다.

(3) 나아가 우리 헌법 제41조는 국회를 국민의 보통·평등·직접·비밀 선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성하도록 하면서(제1항), 국회의원의 선거구와 비례대표제 기타 선거에 관한 사항은 법률로 정한다고 규정하고 있다(제2항). 따라서 비록 선거권자들의 투표편의를 도모하고 투표율을 제고하여 당선자의 대표성을 확보하도록 하는 것이 대의민주정치의 원칙에 비추어 바람직하다고 할지라도, 국회의원 재·보궐선거일을 휴무일이나 공휴일로 지정할지 여부, 그 투표시간을 일과후의 시간까지 연장할지 여부는 헌법이 입법자의 입법형성권의 범위에 위임하고 있는 “기타 선거에 관한 사항”에 해당하는 문제라고 할 것이며 따라서 현행 공선법이 국회의원 재·보궐선거일을 총선거일과 동일하게 평일인 목요일로 지정한 것이라든지 그 투표시간을 총선거와 동일한 시간대로 지정한 것은 그러한 입법자의 입법재량 범위내에 있다고 보인다.

(4) 따라서 이 사건 공선법 각 조항이 국회의원 재·보궐선거에 참여하는 선거권자들과 총선거에 참여하는 선거권자들을 차별하여 평등원칙이나 평등선거원칙에 반한다고 할 수 없으며, 그에 따라 선거권자들의 참정권을 침해한 다거나 후보자들의 피선거권을 침해한다거나 국민주권원리에 반한다고 할 수 없으므로 청구인들의 위 주장은 이유 없는 것이다.

나. 선거의 대표성 침해 주장에 대한 판단

(1) 선거는 일정한 절차에 따라 대표자를 선출하는 행위로서 대의기관을 구성하는 민주주의의 실현수단이다. 따라서 선거제도는 대의기관구성과 국가의 정책결정·집행과정에 국민의 의사가 가능한 한 굴절 없이 정확하게 반영될 수 있도록 마련되어야 한다. 그러므로 선거제도가 갖추어야 할 제1차적 요소가 대표형성의 정확성에 있음은 더 말할 나위도 없다.

(2) 그러나 입법자가 당선인 결정을 유효하도록 하기 위해 선거권자의 일

정비율 이상이 반드시 투표에 참가해야만 한다는 의미의 최소투표율을 법률로 정할 것인지 여부, 또는 그러한 제도를 도입할 때 어느 정도의 수치로 지정할 것인지에 대한 명확한 헌법적 기준은 없으므로 청구인들의 위와 같은 주장은 헌법적으로 정당하지 않은 주장이라고 하지 않을 수 없다.

즉 우리 헌법 제41조 제1항은 국민의 보통·평등·직접·비밀 선거에 의해 국회를 구성하도록 하고 있다. 이는 제한선거제도를 부정하는 보통선거제를 제1의 원칙으로 채택함으로써 재력, 신분, 직업 등으로 차별대우를 받지 않고 평등한 참정권을 행사할 수 있도록 보장하여 실질적 국민주권주의를 구현하기 위한 것이라고 할 수 있다. 그러므로 헌법상의 선거원칙은 보통·평등·직접·비밀 선거이고 이에 자유 선거의 원칙이 더해진다고 할 수 있다. 그런데 현행 공선법 규정처럼 유효투표의 다수를 얻은 자를 당선인으로 결정하도록 하는 것이 헌법에서 선언된 위와 같은 선거원칙에 위반된다고 할 근거는 찾아볼 수 없다. 재·보궐선거가 실시되는 해당 선거구의 모든 선거권자들에게 성별, 재산, 사회적 신분, 학력 등에 의한 제한 없이 모두 투표참여의 기회를 부여하고(보통선거), 그들의 투표가치에 경중을 두지 않고 선거권자 1인의 투표를 모두 동등한 가치를 가진 1표로 계산하며(평등선거), 선거결과가 중간선거인이나 정당이 아닌 선거권자에 의해 직접 결정되고 있고(직접선거), 투표의 비밀이 보장되며(비밀선거), 강제투표가 아닌 자유로운 투표를 보장함으로써(자유선거) 헌법상의 선거원칙은 모두 구현되는 것이므로, 이에 더하여 선거의 대표성 확보를 위해 최소투표율제를 채택할 것까지 요구할 수는 없다. 선거의 대표성 확보는 모든 선거권자들에게 차등 없이 투표참여의 기회를 부여하고, 그 투표에 참여한 선거권자들의 표를 동등한 가치로 평가하여 유효투표 중 다수의 득표를 얻은 자를 당선인으로 결정하는 현행 방식에 의해 충분히 구현된다고 해야 하는 것이다.

(3) 그러므로 청구인들이 주장하는 바와 같은 최소투표율제를 의회가 채택하지 않았다는 이유만으로 이를 위헌적인 입법권의 행사라고 할 수는 없다. 이점은 선거권자의 50% 이상이 투표해야 유효한 선거가 될 것인지, 아니면 40% 이상, 또는 20% 이상 등 어느 비율 이상의 선거권자가 투표에 참가해야 유효한 선거가 될 것인지에 대한 기준을 설정한 명확한 헌법규정이나 헌법원칙을 찾을 수 없다는 점에서 보아도 분명하다. 나아가 입법자가 최소투표율을 미리 법정해 둔다고 하더라도 그 투표율에 미치지 못하는 투표율이 나왔을 때 그 투표율에 도달할 때까지 제2차, 제3차 투표 등을 위해 새로이 선거를

실시해야 하는 번거로움과 시간·비용 등의 낭비를 막을 필요도 있다. 그리고 제3차 이상의 투표를 하지 않도록 결선투표제를 도입한다고 하더라도 그 결선투표 자체도 최소투표율에 미달된 투표에 의해 실시된다면 결국 선거의 대표성을 보다 높게 보장하기 위해 최소투표율제를 도입한 취지에 반하게 된다.

(4) 그리고 차등 없이 투표참여의 기회를 부여했음에도 불구하고 자발적으로 투표에 참가하지 않은 선거권자들의 의사도 존중해야 할 필요가 있다. 만약 청구인들이 주장하는 바와 같은 최소투표율제도를 도입하게 되면 투표실시결과 그러한 최소투표율에 미달하는 투표율이 나왔을 때 그러한 최소투표율에 도달할 때까지 투표를 또 다시 실시하지 않을 수 없게 되는데, 그것을 막기 위해 선거권자들로 하여금 투표를 하도록 강제하는 과태료나 벌금 등의 수단을 채택하게 된다면 자발적으로 투표에 참가하지 않은 선거권자들의 의사형성의 자유 내지 결심의 자유를 부당하게 축소하고 그 결과로 투표의 자유를 침해하여 결국 자유선거의 원칙을 위반할 우려도 있게 된다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 2; 헌재 1995. 4. 20. 92헌바29, 판례집 7-1, 499, 506 참조).

그럼에도 불구하고 저조한 투표율이 지니는 의미를 단지 재·보궐선거일이 평일이거나 투표시간이 근무시간 이후까지 연장되지 않았다는 것만에 기인한다고 여겨 당선인 결정방식을 선거권자들의 일정 비율 이상이 반드시 투표에 참여해야만 가능하다는 최소투표율제에 의해야 한다고 하면 결과적으로 선거인의 결정의 자유 내지 결심의 자유를 침해할 수도 있게 되는 것이다. 그러므로 저조한 투표율에 의해 실시된 재·보궐선거에서 유효투표의 다수를 얻은 후보자를 당선인으로 결정하는 것이 선거의 대표성을 훼손한다고 하기는 어렵다.

(5) 결국 이 사건 공선법 제188조가 이른바 최소투표율제를 택하고 있지 않다는 이유만으로 헌법상 요구된 선거의 대표성의 본질을 침해한다거나 그로 인해 국민주권 원리를 침해하고 있다고 하기 어렵다.

5. 결 론

따라서 청구인들의 심판청구는 이유 없으므로 이를 모두 기각하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

대통령신임투표를 국민투표에 붙이는 행위
위헌확인, 대통령 재신임 국민투표실시계획
위헌확인, 대통령 재신임을 국민투표에
붙이는 결정취소

(2003. 11. 27. 2003헌마694·700(병합)·742(병합) 전원재판부)

【판시사항】

대통령이 국회 본회의에서 행한 시정연설에서 정책과 결부하지 않고 단순히 대통령의 신임 여부만을 묻는 국민투표를 실시하고자 한다고 밝힌 것이 헌법소원의 대상이 되는 “공권력의 행사”에 해당하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사”로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 헌법소원을 청구할 수 있다고 규정하고 있으므로, 헌법소원의 대상이 되려면 “공권력의 행사 또는 불행사”에 해당하여야 하는바, 피청구인인 대통령의 발언 내용 및 이를 전후한 여러 사정들을 종합하여 볼 때, 피청구인의 발언의 본의는 재신임의 방법과 시기에 관한 자신의 구상을 밝힌 것에 불과하며, 정치권에서 어떤 합의된 방법을 제시하여 주면 그에 따라 절차를 밟아 국민투표를 실시하겠다는 것이어서 이는 법적인 절차를 진행시키기 위한 정치적인 사전 준비행위 또는 정치적 계획의 표명일 뿐이다.

2. 국민투표라는 것은 대통령이 그 대상이 되는 사항을 구체적으로 정하여 국민투표안을 공고함으로써 비로소 법적인 절차가 개시되므로, 공고와 같이 국민투표에 관한 절차의 법적 개시로 볼 수 있는 행위가 있을 때에 비로소 법적인 효력을 지닌 공권력의 행사가 있게 되고, 그러한 법적 행위 이전에 국민투표의 실시에 관한 정치적 제

안을 하거나 내부적으로 계획을 수립하여 검토하는 등의 조치는 일종의 준비행위에 불과하여 언제든지 변경·폐기될 수 있다. 이 사건 심판의 대상이 된 피청구인의 발언만으로는 국민투표의 실시에 관하여 법적인 구속력 있는 결정이나 조치가 취해진 것이라 할 수 없으며, 그로 인하여 국민들의 법적 지위에 어떠한 영향을 미친다고 볼 수 없다.

3. 그렇다면 비록 피청구인이 대통령으로서 국회 본회의의 시정연설에서 자신에 대한 신임국민투표를 실시하고자 한다고 밝혔더라도, 그것이 공고와 같이 법적인 효력이 있는 행위가 아니라 단순한 정치적 제안의 피력에 불과하다고 인정되는 이상 이를 두고 헌법소원의 대상이 되는 “공권력의 행사”라고 할 수는 없으므로, 이에 대한 취소 또는 위헌확인을 구하는 청구인들의 심판청구는 모두 부적법하다.

재판관 김영일, 재판관 권 성, 재판관 김경일, 재판관 송인준의 반대 의견

1. 피청구인의 행위는 헌법소원의 대상이 되는 “공권력의 행사”에 해당한다.

가. 국민투표의 실시를 결정하는 것은 피청구인의 독자적 권한인바, 피청구인이 국회에서의 시정연설을 통하여 국민 앞에 공표한 것은 국민투표에 관한 단순한 준비행위나 의견표명 내지 정치적 제안의 수준을 넘어서는 것이고, “정치적 합의가 이루어지면” 등과 같은 완곡한 표현에도 불구하고 피청구인의 발언의 전체적 맥락은, 헌법 제72조에 규정된 국민투표의 요건을 폭넓게 해석하면 신임국민투표도 가능하므로 이를 그대로 추진하겠다는 피청구인의 결단을 분명히 보여주고 있으므로 피청구인의 공표행위는 대통령의 권한으로 국민투표를 실시하겠다는 명백한 의사결정을 대외적으로 표시한 것에 해당한다.

나. 피청구인의 공표행위는 전체로서 일련의 포괄적 절차를 이루고 있는 국민투표 실시라는 커다란 절차의 도입부를 구성하는 것으로서, 그 진지성이 인정되는 한도 내에서, 국민투표안의 공고가 아직 없다고 하더라도 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다고 보아야

한다.

2. 피청구인이 자신에 대한 국민의 신임여부를 국민투표에 부치는 행위는 위헌이며, 이로 인하여 국민들의 참정권 등의 기본권이 침해된다.

가. 헌법은 국민에 의하여 직접 선출된 대통령과 국회의원이 국민을 대신하여 국가의사를 결정하는 대의제를 원칙으로 하면서, 헌법 제72조 및 제130조 제2항에서 ‘국가안위에 관한 중요정책’과 ‘헌법개정안’에 관하여 국민투표의 가능성을 규정함으로써 예외적으로 직접민주주의적 요소를 가미하고 있다.

나. 헌법 제72조는 “대통령은 필요하다고 인정할 때에는 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있다.”고 규정하여 피청구인에게 국민투표부의권을 부여하면서, 국민투표의 대상을 ‘외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책’으로 한정하고 있는바, 여기서의 ‘중요정책’은 ‘구체적이고 특정한 정책’을 뜻한다고 보아야 한다.

다. 대통령의 임기를 절대적으로 보장하는 헌법 제70조나 궐위사유를 한정적으로 규정하는 헌법 제68조 제2항 등 헌법규범에 비추어볼 때, 대통령에 대한 국민의 신임여부는 헌법 제72조의 ‘중요정책’에 포함되지 않는다고 보아야 한다.

라. 역사적으로 볼 때 다수의 국가에서 집권자가 국민투표를 통하여 자신에 대한 국민의 신임을 물음으로써, 자신의 정치적 입지를 강화하는 데 이용한 사례가 허다하였다. 이러한 점에서 우리 헌법은 제72조의 국민투표의 대상을 명시적으로 ‘정책’에 한정하고 이로써 국민투표가 역사상 민주주의의 발전에 해악을 끼친 신임투표가 되어서는 아니될 것임을 선언하고 있는 것이다.

마. 그렇다면, 피청구인이 이미 지난 선거를 통하여 획득한 자신에 대한 신임을 국민투표의 형식으로 재차 확인하고자 하는 것은 헌법 제72조의 국민투표제를 헌법이 허용하지 않는 방법으로 위헌적으로 사용하는 것이며, 이로 말미암아 국민이 국민투표를 통하여 특정한 국정사안에 대하여 자유로운 의사결정에 따라 국가권력의 행사과정에 정당하게

참여하는 것이 침해되고, 이로써 국민의 한 사람들도 청구인들의 참정권 내지 국민투표권과 정치적 의사표명을 강요받지 아니할 자유가 침해된다.

【참조조문】

헌법 제72조, 제130조 제2항
헌법재판소법 제68조 제1항

【참조판례】

헌재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659
헌재 1997. 7. 16. 97헌마70, 판례집 9-2, 131

【당 사 자】

청 구 인 1. 이경식(2003헌마694)
 국선대리인 변호사 이동형
 2. 이상만(2003헌마700)
 대리인 변호사 이민호 외 1인
 3. 이만섭(2003헌마742)
 대리인 법무법인 동호합동법률사무소
 담당변호사 이진우
피청구인 대통령

【주 문】

청구인들의 심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

피청구인은 2003. 10. 13. 제243회 국회 본회의에서 행한 시정연설을 통하여 자신에 대한 국민의 신임 여부를 묻는 국민투표를 2003. 12. 15.경 실시하고자 한다고 밝혔다.

이에 청구인들은 중요정책과 결부하지 않은 채 단순히 신임만을 묻는 국민

투표를 실시하는 것은 헌법 제72조에 위배되는 것으로서 이로 인하여 자신들의 행복추구권, 양심의 자유, 국민표결권, 재산권 등이 침해된다고 주장하면서 2003. 10. 15.(2003헌마694), 같은 달 17.(2003헌마700), 및 같은 달 28.(2003헌마742)에 피청구인의 위 행위의 위헌확인을 구하는 헌법소원을 각 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은, 피청구인이 2003. 10. 13. 제243회 국회 본회의에서 행한 시정연설에서 정책과 결부하지 않고 단순히 신임 여부만을 묻는 국민투표를 실시하고자 한다고 밝힌 것이 청구인들의 헌법상 보장된 기본권을 침해하는지 여부이다.

2. 청구이유 및 관계기관의 의견

가. 청구이유

(1) 헌법 제72조에 의하면 대통령은 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있을 뿐이지 정책이 아닌 대통령의 정치적 신임 여부는 국민투표에 붙일 수 없다.

(2) 그럼에도 불구하고 피청구인은 헌법에 위반하여 정책과 결부되지 않은 단순한 신임투표를 추진하겠다고 공언하였는데 이로 인하여 청구인들의 행복추구권, 국민표결권, 선거권, 양심의 자유, 근로의 자유, 인간의 존엄과 가치가 침해된다.

나. 피청구인의 답변

(1) 대통령은 단지 자신에 대한 재신임 여부를 묻겠으며 그 방안으로는 국민투표 방식이 바람직하다는 의사를 표명한 것에 불과하고 재신임투표와 관련하여 투표일 공고 등 투표실시를 위한 아무런 조치를 취할바 없어 재신임 국민투표 실시가 확정되지 않은 상태이며 장차 그와 같은 국민투표가 실시될 수도 있다는 가능성이 존재하는 상태에 불과하므로 공권력의 행사 자체가 존재하지 않기 때문에 이 사건 심판청구는 부적법하다.

(2) 대통령의 재신임 국민투표는 그 실시 여부가 확정되어 있지 않을 뿐 아니라 장래 실시 여부 또한 불확실한 상태여서 현재 청구인의 기본권이 침해되고 있다고 볼 수 없으므로 이 사건 심판청구는 부적법하다.

(3) 국민이 대통령을 신임하는가의 문제는 헌법 제72조의 국가안위에 대한 중요정책에 해당하므로 재신임 국민투표는 위헌이라 할 수 없다.

다. 법무부장관의 의견

피청구인의 의견과 대체로 같다.

3. 판 단

가. 헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사”로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 헌법소원을 청구할 수 있다고 규정하고 있으나 “공권력의 행사 또는 불행사”가 무엇을 의미하는지에 관하여 구체적으로 규정하고 있지 않다. 그러므로 헌법소원의 대상이 되는 “공권력의 행사”에 해당하는지 여부에 관하여는 일률적으로 말하기 어렵고 문제된 행위가 국민의 법적 지위에 어떤 영향을 미치는지, 법적 규제·형성의 작용이 있는지 아니면 단순한 사실상의 고지나 의견표명에 그치는 것인지, 대외적 효력이 있는 행위인지 아니면 공권력 주체의 내부적 행위에 그치는지, 확정적 행위인지 또는 사전적 준비행위나 계획에 그치는지 등의 여러가지 사정을 종합하여 구체적 사안마다 개별적으로 판단할 수밖에 없다(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659, 66; 헌재 1997. 7. 16. 97헌마70, 판례집 9-2, 131, 141 등 참조).

이 사건에서 문제되는 피청구인의 행위가 과연 헌법소원의 대상이 되는 “공권력의 행사”에 해당하는지 여부에 대하여도 위에서 제시된 바와 같은 여러 가지 사정을 종합하여 이를 판단하여야 할 것이다.

나. 피청구인은 2003. 10. 10. 기자회견을 통하여 “국민들에게 재신임을 묻겠다”라고 밝혔고 이어 2003. 10. 13. 제243회 국회 본회의에서 시정연설을 하면서 재신임과 관련하여 다음과 같이 요약되는 내용의 발언을 하였다.

“... 저는 지난 주에 국민의 재신임을 받겠다는 선언을 했습니다. ... 이제 불필요한 논란과 혼란을 피하기 위해서 재신임의 방법과 시기에 관한 저의 생각을 말씀드리겠습니다. 제가 결정할 수 있는 일은 아닙니다만 국민투표가 옳다고 생각합니다. 법리상 논쟁이 없는 것은 아니지만 정치적 합의가 이뤄지면 현행법으로도 국가안위에 관한 상황을 좀더 폭넓게 해석함으로써 가능할 것으로 생각합니다. 과거 한나라당도 그리고 민주당도 중간평가를 요구한 바 있으므로 그리고 저의 재신임 선언 이후에 즉시 재신임을 받아야 한다고 말씀하셨기 때문에 합의가 쉽게 이루어질 것으로 저는 그렇게 생각합니다. 재신임에 있어서 어떤 정책을 결부시키는 방법이 논의되고 있습니다만 그렇게 하지 않는 것이 좋겠다고 생각합니다. 있는 그대로 정책과 결부하지 않고 재신임 여부를 그냥 묻는 것이 좋겠다고 생각합니다. 혹시 정치권이나 또는 국민들 사이에서 아울러서 정책에 관한 국민투표의 요구가 있다고 한다면 그것은 그냥 별개로 묶어서 진행하는 한이 있더라도 재신임 그 자체

를 묻는 것이 필요하다고 생각합니다. 시기는 12월 15일 전후가 좋겠습니다. …”(제243회 국회 본회의 회의록 참조)

이러한 피청구인의 국회 연설을 둘러싸고 신임국민투표의 찬반과 위헌 여부에 관한 논란은 계속되고 있지만 위 연설 이후 피청구인이 신임국민투표 실시를 위한 구체적인 후속조치를 취한 바는 현재까지 없다.

다. 위와 같은 피청구인의 발언내용 및 이를 전후한 여러 사정들을 종합하여 볼 때, 피청구인의 발언의 본의는 재신임의 방법과 시기에 관한 자신의 구상을 밝힌 것에 불과하다고 보아야 한다. 피청구인의 발언은 정치권에서 어떤 합의된 방법을 제시하여 주면 그에 따라 절차를 밟아 국민투표를 실시하겠다는 것이므로 이것은 법적인 절차를 진행시키기 위한 정치적인 사전 준비행위 또는 정치적 구상이나 계획의 표명일 뿐이다. 피청구인의 발언이 신임국민투표라는 자신의 구상을 실현에 옮길 수 있도록 정치권의 합의를 호소, 촉구하는 것에 불과하다는 점은 “제가 결정할 수 있는 일은 아닙니다만”이라고 한 발언 부분이나 “법리상 논쟁이 없는 것은 아니지만 정치적 합의가 이루어지면”이라고 한 발언 부분이 이를 여실히 보여준다.

이러한 피청구인의 발언만으로는 장차 신임국민투표가 반드시 실시될 것이라고 확정적으로 예측할 수도 없다. 정치권에서 합의가 이루어질 것인지 여부에 따라 사정은 다르게 전개될 수 있을 뿐만 아니라 피청구인의 희망과 달리 정치권의 합의가 이루어지지 않을 경우에 피청구인이 국민투표 실시를 강행할 것인지, 아닌지 조차 알 수 없는 것이다.

무릇 국민투표라는 것은 대통령이 그 대상이 되는 사항을 구체적으로 정하여 국민투표안을 공고함으로써 비로소 법적인 절차가 개시된다. 현행 국민투표법을 살펴보다라도, 국민투표는 대통령의 투표안 공고(제49조), 공고된 투표안의 게시(제22조), 국민투표에 관한 운동(제26조), 투표인명부의 작성(제14조 제1항), 투표(제50조), 개표 및 집계(제8장 및 제9장), 중앙선거관리위원회의 결과 공표 및 대통령·국회의장에 대한 통보(제89조), 대통령의 공포(제91조) 등의 순서로 진행하도록 되어 있다. 따라서 현행 국민투표법에 의하면, 국민투표에 관하여 별도로 제·개정될 어떤 법률에 의하든, 공고와 같이 국민투표에 관한 절차의 법적 개시로 볼 수 있는 행위가 있을 때에 비로소 법적인 효력을 지닌 공권력의 행사가 있다고 할 것이다. 그러한 법적 행위 이전에 국민투표의 실시에 관한 정치적 제안을 하거나 내부적으로 계획을 수립하여 사전에 검토하는 등의 조치는 미확정 사항에 대한 일종의 준비행위에 불과하여

언제든지 그 계획이나 내용이 변경되고 폐기될 수 있는 것이다. 이 사건 심판의 대상이 된 피청구인의 행위가 바로 여기에 해당하는 것으로서, 피청구인이 행한 이 정도의 발언만으로는 국민투표의 실시에 관하여 법적 구속력 있는 결정이나 조치를 취한 것이라고 할 수 없으며, 그로 인하여 국민의 법적 지위에 어떠한 영향이 미친다고 볼 수도 없다.

그렇다면 비록 피청구인이 대통령으로서 국회 본회의의 시정연설에서 자신에 대한 신임국민투표를 실시하고자 한다고 밝혔다 하더라도, 그것이 공과와 같이 법적인 효력이 있는 행위가 아니라 단순한 정치적 제안의 피력에 불과하다고 인정되는 이상 이를 두고 헌법소원의 대상이 되는 “공권력의 행사”라고 할 수는 없다.

라. 결론적으로 피청구인의 행위는 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사가 아니므로 이에 대한 취소 또는 위헌확인을 구하는 청구인들의 심판청구는 모두 부적법하다.

4. 결 론

청구인들의 심판청구는 부적법하므로 이를 모두 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정에는 재판관 김영일, 재판관 권 성, 재판관 김경일, 재판관 송인준의 아래 5.와 같은 반대의견이 있다.

5. 재판관 김영일, 재판관 권 성, 재판관 김경일, 재판관 송인준의 반대의견

피청구인이 2003. 10. 13. 제243회 국회 본회의에서 행한 시정연설에서 정책과 결부하지 않고 단순히 신임 여부만을 묻는 국민투표를 실시하고자 한다고 밝힌 행위 즉, 신임국민투표계획의 공표행위는 “공권력의 행사”에 해당하고 이로 인하여 헌법상 보장된 국민들의 기본권이 침해되므로 이 사건은 이를 각하할 것이 아니라 본안에서 이를 심리하여 그 위헌임을 선언하여야 한다고 생각하므로 다음과 같이 그 이유를 밝힌다.

가. 심판청구의 적법성

(1) 피청구인의 행위는 헌법소원의 대상이 되는 “공권력의 행사”에 해당한다.

(가) 다수의견도 지적하고 있다시피, 국민투표의 실시를 결정하는 것은 피청구인의 독자적 권한이다. 피청구인은 국회 등 다른 국가기관과의 협의 없이 독자적으로 국민투표안을 공고함으로써 국민투표절차를 개시할 수 있다. 이와 같이 스스로의 독자적 결단에 의하여 얼마든지 실시할 수 있는 국민투표

의 계획을 피청구인이 국회에서의 시정연설을 통하여 국민 앞에 공표한 것은 국민투표에 관한 단순한 준비행위나 의견표명 내지 정치적 제안의 수준을 넘어서는 것이다.

우선 다른 곳도 아닌 국회 본회의장에서 국정의 지표와 예산안을 설명하는 중요한 시정연설의 기회에, 신임을 묻는 국민투표를 실시하고자 한다고 공표하고 구체적인 방법과 시기까지 언급한 것은 특별한 사정변경이 없는 한 그 계획을 그대로 추진할 의사를 분명히 한 것이라고 보아야 한다.

(나) “정치적 합의가 이루어지면” 등과 같은 완곡한 표현에도 불구하고 피청구인의 발언의 전체적 맥락은, 신임국민투표의 허용 여부에 관한 논란이 있지만 헌법 제72조에 규정된 국민투표의 요건을 폭넓게 해석하면 신임국민투표도 가능하므로 이를 그대로 추진하겠다는 피청구인의 결단을 분명히 보여주고 있고, 실제로 피청구인은 시정연설 이후에도 수차례 걸쳐 국민투표 실시에 대한 강한 의지를 피력한 바 있다.

그렇다면 피청구인은 시정연설을 통하여 신임의 확인수단으로서 국민투표를 실시할 의지를 진지하게 천명한 것으로 봄이 상당하고 따라서 피청구인에 대한 신임을 묻는 국민투표는 국회에서의 정치적 합의 또는 동의가 없더라도 피청구인의 의지에 따라 그대로 실시될 수 있는 성질의 것이다.

물론 다수의견과 같이 국민투표의 실시 여부가 현단계에서는 불투명하고 불확정적인 상태에 있다고 보고 이 점에 대하여 의미를 부여하는 견해도 있을 수 있다. 그러나 헌법재판소로서는 신임국민투표계획과 같은 중대한 공적사항을 국회 본회의에서 공표한 피청구인의 행위에 대하여는, 그 내심의 진정한 의도나 정치적 합의에 관계 없이, 이를 일단 그 표시된 대로의 내용을 가진 진지하고 신중하고 고뇌에 찬 결단이라고 전제하여 그 행위의 의미를 법률적으로 판단하여야 할 것이다. 이렇게 이 문제에 접근하는 것이 대통령 지위의 무게와 책임 그리고 신임국민투표의 중대성에 비추어 온당한 접근방법이라고 생각하는 것이다.

그러므로 피청구인의 공표에 포함되어 있는 부수적인 언급들 즉, “제가 결정할 수 있는 일은 아닙니다만”이라고 한 것 또는 “법리상 논쟁이 없는 것은 아니지만 정치적 합의가 이루어지면”이라고 한 것 또는 “합의가 쉽게 이루어질 것으로 저는 그렇게 생각합니다.”라고 한 것 등의 표현에 진지한 의미를 부여할 일은 아니다. 그렇다면 피청구인의 공표는 대통령의 권한으로 국민투표를 실시하겠다는 명백한 의사결정을 대외적으로 표시한 것에 해당한다.

(다) 국민투표의 실시는 일련의 단계적 행위들로 이루어지는 복합적인 절차이다. 시간적 흐름에서 보면 국민투표실시계획의 공표, 정치적인 정지작업, 필요한 경우의 법률개정, 국민투표안의 공고, 국민투표에 관한 운동, 투표인 명부의 작성, 투표와 개표 및 집계, 중앙선거관리위원회의 결과공표, 대통령과 국회의장에 대한 통고, 대통령의 공포 등의 순서로 절차가 진행되는 일련의 모든 법적·사실적 행위들이 모두 하나의 절차에 포괄되어 국민투표 실시라는 하나의 공권력 행사절차를 구성하므로 여기에 포괄되는 각 단계의 행위들은 전체로서 하나의 공권력 행사를 구성할 뿐만 아니라 개별적으로도, 그 성질에 명백히 반하는 것이 아닌 한, 각기 그 행위주체에 의한 하나의 공권력 행사에 해당한다. 이렇게 볼 때 피청구인의 공표행위는, 전체로서 하나의 공권력 행사에 해당하는 일련의 포괄적 절차인, 국민투표실시라는 커다란 공적 절차의 도입부를 구성하는 것이고, 이것은 피청구인의 공적 권한에 터잡아 이루어지는 것이므로 이는 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다고 보아야 할 것이다.

(라) 국민투표안의 공고라는 후속절차가 아직 행하여지지 않았다고 하여 계획의 공표행위에 대유(帶有)된 공권력 행사의 속성을 부인하는 것은 타당하지 않다. 단일행위로 공권력 행사가 이루어지는 것도 있지만 그렇지 아니하고 다수의 행위가 연속적으로 이어져 하나의 절차를 형성하고 그 절차가 전체로서 하나의 공권력의 행사로서의 속성을 가지는 경우도 있는데 이러한 경우에는 그 절차를 구성하는 각개의 개별행위들을 하나의 독립된 단일행위로 평가하여 그 성질을 파악하여서는 그 정확한 의미가 드러나지 아니하고, 그 개별행위들을 전체와의 연관하에 파악하여야만 그 정확한 의미가 드러나기 때문이다. 이러한 관점에서 보면 국민투표계획의 공표는, 그 공표가 어떤 형태로 이루어지는 간에, 또한 국민투표안의 공고가 아직 없다고 하더라도, 이것 없이는 국민투표라는 하나의 절차가 시작될 수 없는 것이므로, 적어도 이 사건에서처럼 그 진지성이 인정되는 한도내에서, 이것은 국민투표라는 공적인 절차를 출발시키는 하나의 공권력 행사임에 틀림없다.

결국 국민투표절차를 발동시키는 공권력 행사의 시점은 어느 것에서 찾을 수 있는가 하는 문제에 관하여 각하의견은 국민투표안을 대통령이 공고한 때에서 이것을 찾는데 반하여 반대의견은 국민투표의 계획을 대통령이 공표한 때에서 이것을 찾는 것이다. 반대의견은 형식보다도 실질을 더 중하게 보는 입장인 셈이다.

물론 견해에 따라서는 피청구인이 계획을 취소, 철회하거나 결심을 바꾸어 국민투표를 실시하지 않을 수도 있다는 점을 문제삼을 수 있을 것이다. 그렇지만 실제로 그렇게 된다면 하여도 이러한 사정이 신임국민투표실시계획의 공표 당시에 이미 그 행위에 대유된 공권력 행사의 성격에 소급적으로 무슨 영향을 미칠 수는 없는 것이고 단지 국민투표의 불실시가 확정된다면 이러한 후발적 사정은 그 때부터 공권력 행사의 성격을 소멸시킬 따름이고 이는 헌법재판에 있어서의 권리보호의 이익의 문제로 귀착될 뿐이다.

(2) 피청구인의 행위로 인하여 청구인들의 헌법상 보장된 기본권인 참정권 내지 국민투표권과 정치적 의사표명을 강제받지 아니할 자유가 침해될 개연성이 있다.

이 문제는 보다 상세한 검토를 요하므로 항을 바꾸어 뒤에서 검토한다.

요컨대 뒤에 보는 바와 같이 신임국민투표는 위헌이고 이로 인하여 국민의 참정권 내지 국민투표권과 정치적 의사표명을 강제받지 아니할 자유가 침해되는바, 적법요건의 심사단계에서도 청구인들의 주장에 근거하여 이와 같은 기본권 침해의 개연성을 일응 인정할 수 있으므로 이 사건 청구는 적법하고 따라서 이를 각하할 것이 아니다.

법무부장관은 피청구인에 대한 신임국민투표의 실시 여부가 불확실한 상태여서 청구인의 기본권이 현재 침해되고 있지 않으므로 청구인들의 심판청구가 부적법하다고 주장하지만 기본권의 침해 자체는 비록 장애에 발생하더라도 그 침해의 발생이 현재 확실히 예측된다면 기본권구제의 실효성을 위하여 침해의 현재성을 인정할 수 있다는 것이 헌법재판소의 확립된 판례인바(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659, 66; 헌재 1996. 8. 29. 95헌마108, 판례집 8-2, 167, 175 등), 위에서 본 바와 같이 신임국민투표 실시를 향한 피청구인의 의지가 객관적으로 표출되었고 이로써 국민투표가 실시되어 청구인들의 국민투표권이 침해될 개연성이 대단히 농후하게 되었다 할 것이므로 기본권 침해의 ‘현재관련성’을 인정할 수 있고 따라서 위 주장은 이유 없다.

나. 신임국민투표가 기본권을 침해하는지 여부

(1) 우리 헌법에서의 국민주권의 실현방법

헌법 제1조 제2항은 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.”라고 하여 국가권력의 기원과 국민주권주의를 헌법상의 기본원리로 선언하면서 한편으로는 국가권력은 국민에 의하여 행사된다는 것을 명시하고 있다.

국민주권의 원리를 실현하기 위하여, ‘국민이 국가권력을 어떠한 방법으로 행사하는가’ 하는 것이 문제되는데 ‘국민이 국가의사의 형성에 직접적으로 참여하는가 또는 간접적으로 참여하는가’에 따라 국민에 의한 국가권력의 행사 방법은 직접민주제와 대의제로 나뉘어 진다. 국민에 의하여 직접 선출된 대통령과 국회의원이 국민을 대신하여 국가의사를 결정하는 대의제를 헌법은 원칙으로 하면서, 그 제72조 및 제130조 제2항에서 ‘국가안위에 관한 중요정책’과 ‘헌법개정안’에 관하여 국민투표의 가능성을 규정함으로써 예외적으로 직접민주주의적 요소를 가미하고 있다.

(2) 헌법에 규정된 국민투표의 법적 성격

우리 헌법은 국민이 직접 국민투표를 제안할 권리(소위 국민발안권)를 인정하지 않고 다만 헌법 제72조에서 피청구인의 제안에 의하여, 그리고 헌법 제130조에서 국회 또는 피청구인의 제안 및 국회의 의결에 의하여, 정책이나 헌법개정안이 국민투표의 대상이 되도록 규정하고 있다. 헌법이 국민발안에 의한 국민투표의 가능성, 즉 국민이 직접 국민투표의 대상을 결정할 수 있는 가능성을 배제하고 단지 국가기관의 주도 하에서 국가기관이 확정한 정책이나 헌법개정안에 대하여 찬성이나 반대만을 표시할 수 있는 제도를 두고 있다는 점에서 이와 같은 국민투표의 성격은 대의제에 직접민주제를 가미하는 방법 중에서 가장 제약적인 형태라고 할 수 있다.

(3) 피청구인이 국민의 신임여부를 국민투표에 붙이는 행위의 위헌 여부

(가) 이 사건의 헌법적 쟁점 및 심사기준

이 사건에서 청구인들이 다투고자 하는 것은 ‘피청구인이 자신에 대한 국민의 신임여부를 국민투표에 붙이는 행위가 위헌인지’의 여부이다. 즉, ‘피청구인이 국민에게 그 신임을 묻는 신임투표를 실시할 헌법상 권한을 가지는가’라는 것이다.

그런데 피청구인을 비롯한 모든 헌법기관의 권한은 이를 부여하는 헌법상의 수권규범이 있어야만 인정된다. 헌법의 기본구조, 정치적 헌법기관의 구성과 과제 및 권한에 관한 것은 헌법에 의하여 스스로 규율되어야 한다. 즉, 헌법기관의 권한에 관하여는 헌법유보가 적용되기 때문에 피청구인의 국민투표 부의권은 이를 명시적으로 규정하는 헌법 제72조 이외에는 달리 헌법으로부터 도출되지 않는다.

그러므로 이 사건 심판대상의 합헌성을 판단함에 있어서 심사의 기준이 되는 헌법규범은 피청구인의 국민투표 부의권을 규정하고 있는 헌법 제72조

이다.

(나) 헌법 제72조의 ‘중요정책’을 해석하는 지침

헌법 제72조는 “대통령은 필요하다고 인정할 때에는 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있다.”라고 규정하여 피청구인에게 국민투표부인의권을 부여하면서 국민투표의 대상을 ‘외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책’으로 한정하고 있다. 이 사건에서 문제가 되는 것은 바로, ‘국가안위에 관한 중요정책’을 어떻게 해석해야 하는가 하는 것이다.

우리 헌법이 국민주권의 실현에 있어서 대의제를 원칙으로 삼고 예외적으로 단 두 가지의 경우에 한하여 그것도 국민발안을 배제하는 매우 제약적인 직접민주주의적 요소를 수용하고 있다는 점에 비추어 헌법 제72조는 예외조항에 해당하며 이와 같은 원칙과 예외의 관계에서 볼 때, 예외에 속하는 규정은 확장적으로 해석되어서는 아니되고 축소적이고 엄격하게 해석되어야 하며 또한 헌법규범 상호간의 긴장관계와 부조화현상을 가능한 한 최대한으로 완화시켜 헌법 전체로서의 조화가 이루어질 수 있도록 해석하여야 할 것이다. 특히 대의제를 근간으로 하는 헌법구조에 국민투표와 같은 직접민주적 요소를 삽입하는 경우에는 삽입된 직접민주적 요소가 대의제와 조화될 수 있어야 하므로 국민투표와 같은 직접민주적 헌법규범이 국가권력을 위임받은 국가기관 상호간의 권한 및 범치국가원리와 같은 기본적 헌법원리에 위반되어서는 안된다고 할 것인바 이러한 관점은 헌법 제72조의 해석에 있어서 역시 중요한 지침이 되어야 할 것이다.

우선 헌법 제72조의 ‘국가안위’의 개념에 관하여 볼 때, ‘국가안위’는 일반적으로 비상사태를 전제로 한 개념이라는 점, 우리 헌법은 ‘국가안위’의 개념을 제76조 제2항의 피청구인의 긴급명령권과 관련하여 언급하고 있다는 점 등에 비추어 국가안위에 관한 사안은 국가비상사태나 그에 준하는 국가의 위기적 상황으로 협소하게 보아야 한다는 견해가 가능하고, 한편으로는 이와는 달리 국가안위의 개념을 보다 넓게 해석해야 한다는 견해 또한 가능하지만 이 사건에서는 ‘국가안위’의 개념을 굳이 확정적으로 규명해야 할 필요는 없다. ‘국가안위’의 개념을 어떻게 해석하든 간에 헌법 제72조에 의한 국민투표의 대상은 ‘중요정책’에 국한될 수밖에 없기 때문이다. 국민투표는 직접민주주의를 실현하고자 하는 수단 하나로서 그 본질상 특정한 국정사안에 관하여 국민이 직접 그 결정에 참여하는 제도를 의미한다는 점에서 헌법 제72조의 ‘중요정

책'은 '구체적이고 특정한 정책'을 뜻한다고 보아야 한다.

(다) '중요정책' 가운데에 '피청구인에 대한 국민의 신임여부'가 포함되는지의 여부

1) 만일 피청구인에 대한 국민의 신임여부가 '중요정책'에 포함되는 것으로 해석한다면 신임여부를 묻는 국민투표는 그 효과로서 법적 구속력을 가진다. 헌법 제72조가 규정하는 국민투표는 단순히 국민의 의견을 참조하기 위하여 묻는 '국민질의'가 아니라 찬반의 결과에 따라 확정적 효력을 가지는 '국민투표'이기 때문이다. 그러므로 피청구인이 자신에 대한 국민의 신임여부를 국민투표의 대상으로 하여 국민투표를 실시한 결과, 국민이 불신임을 표시하는 경우에는 국민투표의 효력상 피청구인은 사임하여야 한다. 따라서 헌법 제72조의 '중요정책'에 '신임여부'도 포함되는 것으로 파악한다면 헌법해석을 통하여 '국민투표에 의한 불신임의 경우'라는 피청구인의 사임사유가 하나 더 신설되는 결과가 발생한다. 그런데 피청구인은 헌법상 국가원수이며 국정 of 최고책임자이자 행정부 수반으로서 막중한 책임을 지고 있기 때문에 우리 헌법은 피청구인의 헌법상 지위의 중요성에 비추어 피청구인의 임기, 권위 또는 사고시의 권한대행 및 그 신분에서 따른 특권과 의무 등을 스스로 규정하여 피청구인의 신분관계를 명확하게 확정하고 있다. 구체적으로, 헌법은 제68조 제2항에서 피청구인이 권위된 경우를 정하고 있는데 피청구인이 자의에 의하여 스스로 물러나거나 사망하는 경우 외에 타의에 의하여 사임하는 경우를 "판결 기타의 사유로 그 자격을 상실한 때"라고 하여 확정적으로 정하고 있다. 게다가 피청구인의 임기는 5년으로 절대적으로 보장되고(헌법 제70조), 피청구인은 재직중 원칙적으로 형사상의 소추를 받지 않으며(제84조), 피청구인은 그 임기중 오로지 탄핵결정에 의해서만 물러나게 함으로써(제65조) 임기중 국민의 신임여부의 영향을 받지 않는 책임정치를 강조하고 있다.

이러한 관점에서 볼 때, 신임여부를 국민투표에 붙이고 국민이 불신임을 표시한 경우 사임하는 것은 피청구인의 임기를 절대적으로 보장하는 헌법 제70조나 권위사유를 한정적으로 규정하는 헌법 제68조 제2항 등 헌법규범에 부합될 수 없다. 그러므로 대통령에 대한 국민의 신임여부는 헌법 제72조의 '중요정책'에 포함되지 않는다고 보아야 한다.

2) 뿐만 아니라 역사적으로 볼 때 다수의 국가에서 집권자가 국민투표를 통하여 자신에 대한 국민의 신임을 물음으로써, 정치적 혼란을 우려하는 국민들로 하여금 자신에 대한 신임의 표시를 하도록 강요하고, 이렇게 하여 표시

된 신임을 자신의 정치적 입지를 강화하는 데 이용한 사례가 허다하였다. 이러한 점에서 우리 헌법은 제72조의 국민투표의 대상을 명시적으로 ‘정책’에 한정함으로써 국민투표가 역사상 민주주의의 발전에 해악을 끼친 신임투표가 되어서는 아니된다는 취지를 분명히 선언하고 있는 것이다.

(라) 소 결

결론적으로, 피청구인은 국민투표를 통하여 자신에 대한 신임을 물을 헌법적 권한이 없는 것이고 따라서 피청구인이 이미 지난 선거를 통하여 획득한 자신에 대한 신임을 국민투표의 형식으로 재차 확인하고자 하는 것은 헌법 제72조의 국민투표제를 헌법이 허용하지 않는 방법으로 위헌적으로 사용하는 것이다.

또한 피청구인이 특정 정책을 자신에 대한 신임과 연계시켜 ‘불신임의 경우 사임하겠다’고 하는 것은 국민투표의 대상이 된 특정정책에 대한 국민의 결정 과정에 부당한 압력을 행사하는 것이고 이는 피청구인의 헌법상 권한을 넘어서는 것이다.

따라서 피청구인은 헌법상 국민에게 자신에 대한 신임을 국민투표의 형식으로 물을 수 없고 그렇게 하는 것은 위헌적인 행위로서 헌법적으로 허용되지 않는다.

(4) 기본권의 침해여부

피청구인이 자신에 대한 국민의 신임여부를 국민투표에 붙이는 행위는 위헌이라 할 것이고 이로 말미암아 앞서 본 바와 같이 투표자인 국민이 국민투표를 통하여 특정한 국정사안에 대하여 자유로운 의사결정에 따라 국가권력의 행사과정에 정당하게 참여하는 것이 침해되고 이로써 국민의 한 사람대인 청구인들의 참정권 내지 국민투표권과 정치적 의사표명을 강요받지 아니할 자유가 침해된다.

좀더 구체적으로 살펴본다.

참여권으로서의 참정권은 협의 내지 전통적 의미로는 선거권과 피선거권을, 광의 내지 현대적 의미로는 정치과정에 참가할 권리의 총체를 의미하는 것으로서 주권자인 국민이 정당의 설립이나 선거·공무담임·국민투표 등을 통하여 국가권력의 창설과 국가의 권력행사 과정에 적극적으로 참여함으로써 자신의 정치적 의사를 국정에 정당하게 반영할 수 있는 권리를 말한다.

우리 헌법상 피청구인에 대한 신임투표가 허용되지 아니하는 것인데도 피청구인이 그러한 신임투표를 실시한다면 그 신임투표는 투표자인 국민의 민

의를 비민주적으로 왜곡시킬 뿐만 아니라 국민적 정당성을 표방하여 권위주의적 정치의 시행 수단으로 전락하게 된다. 이렇게 되면 그 신임투표는 투표자인 국민이 국민투표를 통하여 특정한 국정사안에 대하여 자유로운 의사결정에 따라 국가권력의 행사과정에 정당하게 참여하거나 참여하지 않을 자유를 침해하게 되고 이로써 국민의 참정권 내지 국민투표권과 정치적 의사표명을 강제받지 아니할 자유를 침해하게 된다.

이에 반하여 국민투표가 위헌이라 하더라도 투표에의 참여가 강제되지 않는 만큼 이에 불참하면 그만이므로 국민투표권이 침해될 여지가 없다고 주장하는 견해가 있을 수 있다.

그러나 국민투표는 일반의 공직선거와는 달리 투표에 불참하는 것이 당해 투표결과와의 단절을 의미하지 않는다. 우리 헌법은 정책국민투표에 관한 제 72조에서는 의결정족수를 규정하고 있지 않으나 헌법개정국민투표에 관한 제 130조 제2항에서 국회의원선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻어야 한다고 규정하고 있으므로, 이를 제72조의 경우에 유추 적용한다고 할 때, 투표에의 불참은 국민투표의 부결에 귀결될 수 있다. 예컨대, 신임국민투표가 위헌이라는 견해를 가진 국민은 국민투표에 불참하더라도, 국민투표 불참자가 과반수가 되는 순간, 불신임에 투표한 것과 마찬가지로 되는데 이는 피청구인을 신임하기는 하지만 신임국민투표 자체는 위헌이라는 생각에서 찬성투표를 하는 대신 투표에 불참한 국민의 의사를, 불신임의 의사를 가진 것으로, 왜곡할 뿐 아니라 피청구인을 신임하지 않지만 피청구인을 중도퇴진케 하는 것은 옳지 않다는 생각에서 투표에 불참한 국민의 의사도, 중도퇴진에 동조하는 의사를 가진 것으로, 왜곡하는 것이다.

한편, 이와 같은 의사의 왜곡을 피하기 위해서는 신임국민투표가 위헌이라고 생각하는 사람도 투표에 참가할 수밖에 없는데 이러한 투표참가는 자유투표가 아니라 제도에 의하여 강제된, 오히려 양심에 반하는, 투표권의 행사를 의미하고 결국 국민투표권의 침해로 귀결되는 것이다. 나아가 피청구인을 신임하지 않고 신임국민투표도 위헌이라고 생각하지만 피청구인에 대한 불신임이 초래할 국정혼란을 염려하여 찬성투표를 할 수밖에 없다고 생각하여 찬성투표를 한 국민의 의사를 피청구인에 대한 진정한 신임으로 간주하게 되는데 이것은 당해 국민의 의사를 이중으로 왜곡하는 것이다.

결국, 헌법에 위반되는 신임국민투표의 시행은 이를 위헌이라 생각하고 당해 투표에 참여하지 아니할 의사를 가진 국민을 그 의사에 반하여 투표를 하

도록 사실상 강요함으로써 국민의 자유로운 국민투표권의 행사를 침해할 뿐만 아니라 투표에 참가하는 국민과 불참하는 국민 모두의 진정한 의사를 상당부분 실제와 다르게 왜곡하는 결과를 초래함으로써 국민의 국민투표권을 침해한다고 할 것이다.

이러한 현상은 다른 한편으로는 정치적 의사표명을 강제당하지 아니할 국민의 자유를 침해하는 측면을 갖는다. 피청구인을 신임하지 않지만 중도의 퇴임을 원하지 않기 때문에 위험적인 국민투표에 부득이 참여하는 국민은 그 정치적 의사의 표명을 사실상 강요당하는 것이고, 마찬가지로 피청구인을 신임하면서도 국민투표의 위험성 때문에 이에 불참하고자 하는 국민은 불참의 경우에 그 의사가 불신임으로 왜곡되는 것을 피하기 위하여 위험적인 국민투표에 부득이 참가하게 될 수도 있는데 이것 역시 정치적 의사의 표명을 사실상 강요당하는 것이다. 이것은 일부의 예에 불과하고 그밖에도 여러 가지 형태로 국민의 정치적 의사의 표명이 사실상 강제되는 현상이 있게 된다. 이러한 측면 역시 기본권을 침해하는 것이라고 보아야 할 것이다.

다. 결 론

그러므로 이 사건에서는 심판청구를 각하할 것이 아니라 이를 본안에서 심리한 뒤 피청구인의 행한 바 신임국민투표계획의 공표가 갖는 위헌성을 확인하여야 할 것이다.

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

구 문화예술진흥법 제19조 제5항 등 위헌제청

(2003. 12. 18. 2002헌가2 전원재판부)

【판시사항】

문예진흥기금 모금의 모금액·모금대행기관의 지정·모금수수료·모금방법 및 관련자료 기타 필요한 사항을 대통령령에 위임하고 있는 구 문화예술진흥법 제19조 제5항 및 제19조의2 제3항이 헌법 제75조상의 포괄위임입법금지의 원칙등에 위배되는지 여부(적극)

【결정요지】

1. 재판관 하경철, 재판관 권 성, 재판관 김효종, 재판관 송인준의 위헌의견

특별부담금으로서의 문예진흥기금의 납입금은 그 헌법적 허용한계를 일탈하여 헌법에 위반된다.

첫째, 문예진흥기금의 모금대상인 시설을 이용하는 자를 공연 등을 관람한다는 이유만으로, 역사적·사회적으로 나아가 법적으로, 다른 사람들과 구분할만한 동질성 있는 특별한 집단으로 인정하는 것은 대단히 무리라고 할 것이다. 현대 문화국가에 있어서는 공연장 등의 이용이, 선택된 문화적 향수자라고 구획될 만한, 특정한 국민에게만 한정되는 것이 아니기 때문이다.

둘째, 문예진흥기금의 납입금의무를 지는 사람들이, 똑같은 일반 국민인데도, 우연히 관람기회를 갖는다고 하여 이로써 여타의 다른 국민 또는 일반 납세자보다 문화예술진흥의 목적을 달성하는 데 대하여 객관적으로 더 근접한 위치에 있다고 볼 수는 없다. 공연 등을 관람하는 것은 모든 국민에게 일상적으로 용이하게 접근이 가능하기 때문에 일반 관람자로서의 국민들 중에 누구를 특별히 문화예술의 진흥이라는 공적 과제에 더 근접한 위치에 있다고 자리매김을 하는 것은 너무나 무리한 일이다.

셋째, 공연 등을 관람하는 일부의 국민들만이 문화예술의 진흥에 집단적으로 특별한 책임을 부담하여야 할 아무런 합리적인 이유도

발견되지 아니한다. 오히려 이들은 일반납세자로서 공연 등의 관람료에 포함된 부가가치세를 부담함에도 불구하고, 세금의 부담에서 한 걸음 더 나아가, 문예진흥기금의 납입이라는 추가적인 책임과 부담까지 안고 있는 것이다.

넷째, 문예진흥기금이 공연관람자 등의 집단적 이익을 위해서 사용되는 것도 아니다. 현실적으로 문예진흥기금은 문예진흥을 위한 다양한 용도로 사용되고 있지만, 그것이 곧바로 공연관람자들의 집단적 이익을 위한 사용이라고 말할 수는 없는 것이다.

공연 등을 보는 국민이 예술적 감상의 기회를 가진다고 하여 이것을 집단적 효용성으로 평가하는 것도 무리이다. 공연관람자 등이 예술감상에 의한 정신적 풍요를 느낀다면 그것은 헌법상의 문화국가원리에 따라 국가가 적극 장려할 일이지, 이것을 일정한 집단에 의한 수익으로 인정하여 그들에게 경제적 부담을 지우는 것은 헌법의 문화국가이념(제9조)에 역행하는 것이다.

위와 같이 이 사건 문예진흥기금의 납입금 자체가 특별부담금의 헌법적 허용한계를 벗어나서 국민의 재산권을 침해하므로 위헌이라 할 것이고 그렇다면 납입금의 모금에 대하여 모금액·모금대행기관의 지정·모금수수료·모금방법 등을 대통령령에 위임한 심판대상 법조항들은 더 나아가 살필필 필요도 없이 위헌임을 면치 못할 것이다.

2. 재판관 윤영철, 재판관 김영일, 재판관 김경일, 재판관 전효숙의 위헌의견

심판대상 법조항들은 헌법 제75조상의 포괄위임입법금지의 원칙에 위배되어 위헌이라 할 것이다.

문예진흥기금의 모금은 공연 등을 관람하려는 수많은 국민들에게 금전적 부담을 지움으로써 국민의 문화향수권 및 재산권 등을 직접적으로 제한하게 된다. 특히 모금액 및 모금방법은 기금납입의무자, 모금대상시설과 아울러 문예진흥기금의 모금에 관한 중요하고도 본질적인 입법사항이다. 그러므로 이에 관한 사항을 하위법규에 위임함에 있어서는 위임의 구체성·명확성이 보다 엄격하게 요구된다 할 것이다.

모금액은 공연 등을 관람코자 하는 국민들에게 가장 직접적으로 영향을 미치는 입법사항이다. 따라서 입법자가 이에 관하여 법률로

써 직접 규정하는 것에 어려움을 느낀다 하더라도, 적어도 모금액의 상한이나 모금액 산정의 대강의 기준이라도 스스로 정하고서 행정입법에 위임하였어야 한다. 그런데도 심판대상 법조항들은 이에 관하여 아무런 한계를 설정하지 않음으로써 모금액에 관하여 행정권의 전적인 재량에 내맡긴 것이나 다름없다.

문예진흥기금의 모금은 국민들에게 금전적 부담을 지운다는 점에서 그 모금방법 또한 가능한 한 구체적이고 명확한 입법적 규율이 필요한 사항이다. 설사 모금액이 낮게 책정되어 그 부담이 비교적 경미하다 하더라도 모금의 방법이나 절차에 관한 최소한의 규율은 근거법률에 유보되어야 한다. 그런데 심판대상 법조항은 모금의 절차와 방법에 관하여 아무런 제한 없이 대통령령에 위임하고 있다. 그리하여 납부고지, 납부시기, 납부방법, 미납시의 조치, 불복방법 등을 어떻게 규율할 것인지는 오로지 행정권의 임의적 판단에 맡겨져 있다.

심판대상 법조항들의 입법목적, 법의 체계나 다른 규정, 관련법규를 살펴보더라도 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 충분히 예측할 수 없다.

결국 심판대상 법조항들은 구체적으로 범위를 정하지 아니한 채 입법사항을 포괄적으로 대통령령에 위임한 것이어서 헌법 제75조에 규정된 포괄위임입법금지의 원칙에 위배된다 할 것이다.

3. 반대의견으로서 재판관 주선회의 합헌의견

이 사건 납입금은 부담금관리기본법 및 이 법 등에서 법률적 근거를 가지고 있는 조세외적인 법정부담금으로서 문화예술의 창작·보급, 출판산업 진흥 등의 사업을 지원하기 위하여 부과되는 것으로 그 목적의 정당성이 인정되며, 이 사건 모금은 이러한 목적달성을 위해 기여하는 하나의 방법이므로 그 수단의 적합성도 인정된다. 나아가 이 사건 모금에 의해 국민의 재산권 및 평등권이 제한된다고 하여도 영화관·공연장·박물관·미술관·고궁 등의 관람객이나 이용자에게 입장요금의 2~9%를 부가·징수하고 있는데 불과하므로 최소침해성의 원칙에 위반되지 아니하고, 이 사건 납입금에 의하여 달성되는 문예진흥의 공익과 이로 인해 침해되는 재산권 등을 형량해 보아도 법익의 균형성을 일탈

하였다고 볼 수 없어 과잉금지원칙에 위배된다고 할 수 없다 할 것이다.

관련 법조항들을 종합적·체계적으로 살펴보면 심판대상 법조항들은 첫째 위임의 범위 자체가 모금의 모금액·모금대행기관의 지정·모금수수료·모금방법 및 관련자료로 제한되어 있을 뿐만 아니라, 모금액 및 모금수수료가 통상적으로 입장료수입을 최고한도로 하여 입장료수입 중 일정한 비율로 정해질 것이라는 점은 일반인의 상식에 비추어 보아도 충분히 예측가능하며, 둘째 현실적으로 문화예술진흥원을 대행하여 기금을 모금할 모금대행기관은 대부분의 경우 모금대상시설의 운영자로 제한될 것임을 충분히 알 수 있고, 셋째 모금방법에 관하여는 법 제19조 제1항에서 공연장, 박물관, 미술관 등의 모금대상시설을 관람하거나 이용하는 자에 대하여 문예진흥기금을 모금할 수 있도록 하고 있으므로 이 사건 납입금이 입장료 또는 관람료에 부가하여 징수하는 방법으로 이루어질 것임은 일반인의 상식으로도 예측가능하며, 넷째 모금액과 모금수수료는 불가인상 등 상황의 변화에 따라 유동적이어서 이러한 내용을 모두 법률로 규정한다는 것이 입법기술적으로 불가능하다는 점을 인정할 수 있다. 따라서 심판대상 법조항들의 내재적인 위임범위나 한계는 충분히 예측가능하다 할 것이므로 헌법 제75조의 위임입법의 한계를 이탈하였다고 볼 수는 없다 할 것이다.

【심판대상조문】

문화예술진흥법(2000. 1. 12. 법률 제6132호로 개정되기 전의 것) 제19조(기금의 모금)

①~④ 생략

⑤ 제1항의 규정에 의한 모금의 모금액, 모금대행기관의 지정, 모금수수료, 모금방법 및 관련자료 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

문화예술진흥법(2000. 1. 12. 법률 제6132호로 개정되기 전의 것) 제19조의2(대관에 의한 모금) ①, ② 생략

③ 제1항의 규정에 의한 모금의 모금액·모금수수료·모금방법 및 관련자료에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

【참조조문】

헌법 제11조, 제37조 제2항, 제38조, 제54조, 제59조, 제75조

문화예술진흥법(2000. 1. 12. 법률 제6132호로 개정되기 전의 것) 제17조(기금의 설치

등) ① 문화예술진흥을 위한 사업이나 활동을 지원하기 위하여 문화예술진흥기금(이하 “기금”이라 한다)을 설치한다.

② 기금은 제23조의 규정에 의한 한국문화예술진흥원이 운용·관리하되, 독립된 회계로 따로 처리하여야 한다.

③ 기금의 운용·관리에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

문화예술진흥법(2000. 1. 12. 법률 제6132호로 개정되기 전의 것) 제18조(기금의 조성)

① 기금은 다음 각호의 재원으로 조성한다.

1. 정부의 출연금
2. 개인 또는 법인으로부터의 기부금품
3. 제19조 및 제19조의2의 규정에 의한 모금액
4. 기금운용으로 생기는 수익금
5. 기타 대통령령으로 정하는 수입금

② 한국문화예술진흥원은 제1항 제2호 및 제3호의 규정에 의한 금품을 기부금품모집지법의 규정에 불구하고 받을 수 있다.

③ 제1항 제2호의 규정에 의하여 기부하는 자는 특정단체 또는 개인에 대한 지원등 그 용도를 정하여 기부할 수 있다.

④ 한국문화예술진흥원은 제2항의 규정에 의하여 금품을 받은 때에는 대통령령이 정하는 바에 그 가액 및 품명을 문화체육부장관에게 보고하여야 한다.

문화예술진흥법(2000. 1. 12. 법률 제6132호로 개정되기 전의 것) 제19조(기금의 모금)

① 한국문화예술진흥원은 기금을 조성하기 위하여 필요하다고 인정할 때에는 문화체육부장관의 승인을 얻어 다음 각호의 시설을 관람하거나 이용하는 자에 대하여 모금할 수 있다.

1. 공연장
2. 박물관 및 미술관
3. 문화재보호법 제39조의 규정에 의하여 관람료를 징수하는 지정문화재(종교단체 소유의 문화재는 제외한다)

② 문화체육부장관은 제1항의 승인을 한 때에는 그 사실을 내부부장관에게 통보하고 이를 관보에 고시하여야 한다.

③ 한국문화예술진흥원은 제1항의 규정에 의한 모금을 승인받은 때에는 모금대상시설 운영자에게 모금승인내용을 통보하여야 하며, 그 내용을 통보받은 모금대상시설 운영자는 당해 시설을 관람 또는 이용하는 자로부터 모금하여 한국문화예술진흥원에 납부하여야 한다.

④ 제3항의 규정에 의한 모금대상시설운영자가 모금액을 납부할 때에는 모금과 관련된 자료를 함께 제출하여야 한다.

⑤ 제1항의 규정에 의한 모금의 모금액, 모금대행기관의 지정, 모금수수료, 모금방법 및 관련자료 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

문화예술진흥법(2000. 1. 12. 법률 제6132호로 개정되기 전의 것) 제19조의2(대관에 의한 모금) ① 제19조 제3항의 규정에 의한 모금대상시설운영자로부터 대관을 받은 자는

모금대상시설운영자에 갈음하여 당해 시설을 관람 또는 이용하는 자로부터 모금을 하여 그 모금액 및 관련자료를 모금대상시설운영자에게 납부·제출하여야 한다.

② 모금대상시설운영자는 제1항의 규정에 의한 모금액 및 관련자료를 한국문화예술진흥원에 납부·제출하여야 한다.

③ 제1항의 규정에 의한 모금의 모금액·모금수수료·모금방법 및 관련자료에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

문화예술진흥법(2000. 1. 12. 법률 제6132호로 개정되기 전의 것) 제20조(기금의 용도) 기금은 다음 각호의 사업 및 활동의 지원에 사용한다.

1. 문화예술의 창작과 보급
2. 민족고유문화의 발전을 위한 조사·연구·저작과 그 보급
3. 문화예술인의 후생복지증진을 위한 사업
4. 지방문화예술진흥기금에의 출연
5. 한국문화예술진흥원의 운영에 필요한 경비
6. 기타 문화예술의 진흥을 목적으로 하는 사업이나 활동

부담금관리기본법 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 부담금, 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 제3조(부담금설치의 제한) 부담금은 별표에 규정된 법률의 규정에 의하지 아니하고는 이를 설치할 수 없다.

부담금관리기본법 제4조(부담금 부과요건등) 부담금부과의 근거가 되는 법률에는 부담금의 부과 및 징수주체·설치목적·부과요건·산정기준·산정방법·부과요율 등(이하 “부과요건등”이라 한다)이 구체적이고 명확하게 규정되어야 한다. 다만, 부과요건등의 세부적인 내용은 당해 법률이 구체적으로 범위를 정하여 위임한 바에 따라 대통령령·총리령·부령 또는 조례·규칙으로 정할 수 있다.

부담금관리기본법 제5조(부담금부과의 원칙) 부담금은 설치목적에 달성하기 위하여 필요한 최소한의 범위안에서 공정성 및 투명성이 확보되도록 부과되어야 하며, 특별한 사유가 없는 한 동일한 부과대상에 대하여 이중의 부담금이 부과되어서는 아니된다.

부담금관리기본법 [별표]

이 법에 의하여 설치하는 부담금(제3조 관련)

- 1.~21. 생략
22. 문화예술진흥법 제19조 및 제19조의2의 규정에 의한 모금
- 23.~103. 생략

기금관리기본법 제2조의2(기금설치의 제한) 정부의 출연금 또는 법률에 의한 민간부담금을 재원으로 하는 기금은 별표에 규정한 법률에 의하지 아니하고는 이를 설치할 수 없다.

기금관리기본법 제2조의2 [별표]

기금설치근거법률

1.~51. 생략

52. 문화예술진흥법

53.~135. 생략

기부금품모집규제법 제3조(적용범위) 다음 각호의 법률에 의한 기부금품의 모집에 대하여는 이 법을 적용하지 아니한다.

1.~3. 생략

4. 문화예술진흥법

5. 생략

기부금품모집규제법 제5조(국가등 기부금품 모집·접수제한) ① 국가 또는 지방자치단체 및 그 소속기관과 공무원은 기부금품의 모집을 할 수 없다.

② 국가 또는 지방자치단체 및 그 소속기관과 공무원은 자발적으로 기탁하는 금품이라도 법령에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고는 이를 접수할 수 없다. 다만, 대통령령이 정하는 바에 의하여 사용용도와 목적을 지정하여 자발적으로 기탁하는 경우로서 기부심사위원회 심의를 거친 경우 또는 모집자의 의뢰에 의하여 단순히 기부금품을 접수하여 모집자에게 전달하는 경우에는 그러하지 아니하다.

예산회계법 제7조(기금의 설치) ① 국가는 특정한 목적을 위하여 특정한 자금을 운용할 필요가 있을 때에 한하여 법률로써 특별한 기금을 설치할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 기금은 세입세출예산에 의하지 아니하고 운용할 수 있다.

③~⑦ 삭제

예산회계법 제18조(세입세출의 정의 및 예산총계주의원칙) ① 생략

② 세입세출은 모두 예산에 계상하여야 한다. 다만, 국가가 현물로 출자하는 경우 및 외국차관을 도입하여 전대하는 경우에는 이를 세입세출예산외로 처리할 수 있다.

③ 생략

【참조판례】

1. 헌재 1998. 12. 24. 98헌가1, 판례집 10-2, 819, 830-831

헌재 1999. 10. 21. 97헌바84, 판례집 11-2, 433, 452-454

헌재 2003. 1. 30. 2002헌바5, 판례집 15-1, 86, 96, 101-102

2. 헌재 1998. 2. 27. 95헌바59, 판례집 10-1, 111-112

헌재 1999. 3. 25. 98헌가11등, 판례집 11-1, 158, 176

3. 헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 29-30

헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562, 592

헌재 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 141, 164

헌재 1998. 11. 26. 97헌바31, 판례집 10-2, 650, 662

【당 사 자】

제청법원 서울지방법원

당해사건 서울지방법원 2000고단307 업무상횡령

【주 문】

구 문화예술진흥법(2000. 1. 12. 법률 제6132호로 개정되기 전의 것) 제19조 제5항 및 제19조의2 제3항은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 제청신청인 이○현은 공연기획사를 운영하면서 문화예술진흥기금(이하 ‘문예진흥기금’이라 한다) 모집대상 시설인 공연장 등을 빌려 공연을 주관하고 입장객으로부터 위 기금의 수금 및 납부업무에 종사하는 자인데 1998. 6. 2.부터 1999. 5. 23.까지 사이에 4회에 걸쳐 문예진흥기금 명목으로 수금한 돈 가운데 도합 금 12,305,134원을 횡령한 혐의로 기소되었다.

(2) 제청신청인은, 문예진흥기금이 국민에게 강제적으로 부과되는 점에서 조세와 차이가 없고 그 모금액수·모금수수료·모금방법 등에 관한 구체적 사항이 법률에 규정되지 않고 대통령령에 모두 위임되어 있어 조세법률주의에 위배되고 위임입법의 한계를 일탈하였으며 모든 국민들을 대상으로 하여 개인의 담세능력과 상관없이 일률적으로 부과되는 점에서 국민의 재산권과 평등권을 침해하며 공연장을 운영하는 자의 직업수행의 자유를 침해한다는 등의 이유로 문화예술진흥법(2000. 1. 12. 법률 제6132호로 개정되기 전의 것) 제18조 제1항 제3호·제2항, 제19조, 제19조의2, 제28조 제1항·제2항 등에 대하여 위헌법률심판의 제청을 서울지방법원에 신청하였다. 법원은 2002. 2. 7. 위 법 제19조 제5항 및 제19조의2 제3항에 대해서만 위헌제청을 하고 그 나머지 조항에 대하여는 신청을 기각하였다.

나. 심판의 대상

위헌심판의 대상 법률은 문화예술진흥법(2000. 1. 12. 법률 제6132호로 개정되기 전의 것, 이하 “구법”이라 한다) 제19조 제5항 및 제19조의2 제3항(이하 “심판대상 법조항들”이라 한다)이다. 심판대상 법조항들과 관련 법조항의 내용은 다음과 같다.

구 문화예술진흥법 제19조(기금의 모금) ⑤ 제1항의 규정에 의한 모금의 모금액, 모금대행기관의 지정, 모금수수료, 모금방법 및 관련자료 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제19조의2(대관에 의한 모금) ③ 제1항의 규정에 의한 모금의 모금액·모금수수료·모금방법 및 관련자료에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

관련 법조항 : 별지 1 참조.

2. 제청법원의 위헌심판제청이유와 관계기관의 의견

가. 제청법원의 위헌심판제청이유

헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”라고 규정하여 위임입법의 한계를 제시하고 있고 이 때 “구체적으로 범위를 정하여”라 함은 법률에 이미 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용을 예측할 수 있어야 함을 의미하는데 심판대상 법조항들이 대통령령으로 정하도록 위임한 기금의 “모금액·모금수수료·모금방법”은 기금납부의무의 범위를 정하는 데 있어서 필수적인 요소로서 국민의 재산권과 관련된 중요하고도 본질적인 사항이라 할 것이므로 그 내용이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 법률에서 규정되어야 할 것이다. 그런데 심판대상 법조항들은 기금의 모금액수·모금수수료의 상한이나 모금방법의 대강 등을 전혀 규정하지 않은 채 이를 전적으로 대통령령에 위임하고 있으므로 이는 포괄적 위임입법으로서 헌법 제75조에 위반된다.

나. 문화관광부장관의 의견 : 별지 2 참조.

다. 한국문화예술진흥원장의 의견 : 별지 3 참조.

3. 재판관 하경철, 재판관 권 성, 재판관 김효중, 재판관 송인준의 위헌 의견

가. 문예진흥기금 모금의 법적 근거

(1) 부담금관리기본법 제2조에서는 부담금을 중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장, 행정권한을 위탁받은 공공단체 또는 법인의 장 등 ‘법률에 의하여 금전적 부담의 부과권한이 부여된 자’가 분담금, 부과금, 예치금, 기여금 그 밖의 명칭에 불구하고 재화 또는 용역의 제공과 관계 없이 ‘특정 공익사업과 관련하여’ 법률이 정하는 바에 따라 부과하는 조세외의 금전지급의무라고 정

의하고 있다.

동법 제3조는 “부담금은 별표에 규정된 법률의 규정에 의하지 아니하고는 이를 설치할 수 없다.”라고 하여 부담금설치를 제한하고 있다(이 법의 별표에는 총 101개의 부담금이 열거되어 있는데 이 중 부담금으로 이름 붙여진 것이 55개, 출연금이 9개, 부과금, 예치금이 각각 6개, 분담금이 5개, 수입이익금이 4개, 이행보증금이 3개, 납입금, 부가금, 조성비가 각 2개이며, 그밖에 기여금, 혼잡통행료, 조성금, 수입금, 협력금, 모금 등의 용어가 사용되고 있다. 기획예산처, 2001년도 부담금운용종합보고서, 제1편 부담금 총괄, 10면 참조 ; 2002. 12. 26. 개정된 별표에는 현재 103개의 부담금이 있다). 문예진흥기금의 모금은 위 별표 제22호에 열거되어 있다.

부담금관리기본법 제4조는, 부담금부과의 근거가 되는 법률에는 부담금의 부과 및 징수주체·설치목적·부과요건·산정기준·산정방법·부과요일 등이 구체적이고 명확하게 규정되어야 하지만, 부과요건 등의 세부적인 내용은 당해 법률이 구체적으로 범위를 정하여 위임한 바에 따라 대통령령·총리령·부령 또는 조례·규칙으로 정할 수 있다고 규정하고 있다. 나아가 동법 제5조는 부담금부과의 원칙에 관하여 규율하고 있는데, “부담금은 설치 목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 범위안에서 공정성 및 투명성이 확보되도록 부과되어야 하며, 특별한 사유가 없는 한 동일한 부과대상에 대하여 이 중의 부담금이 부과되어서는 아니된다.”라고 규정하고 있다.

(2) 부담금관리기본법과 별도로 기금관리기본법 제2조의2는 기금설치의 제한에 대하여 규정하고 있는데, “정부의 출연금 또는 법률에 의한 민간부담금을 재원으로 하는 기금은 별표에 규정한 법률에 의하지 아니하고는 이를 설치할 수 없다.”라고 규정하고 있다. 문예진흥기금의 모금은 동법의 별표 제52호에 열거되어 있다.

(3) 또한 기부금품모집규제법 제5조는 원칙적으로 기부금품의 모집을 제한하고 있지만 동법 제3조 제4호에서는 문화예술진흥법에 의한 기부금품의 모집에 대하여는 동법을 적용하지 않는다고 명시하고 있다. 구법 제18조 제2항도 기부금품모집규제법의 규정에 불구하고 문예진흥기금을 모금할 수 있다는 것을 규정하고 있다.

나. 문예진흥기금 납입금의 법적 성격

문예진흥기금의 조성을 위하여 이 법에 의하여 개별 관람자 등으로부터 관람료 등에 추가하여 징수하는 개별화된 부담금액을 편의상 문예진흥기금의

납입금이라 부른다.

이러한 납입금의 법적 성격을 살펴본다.

(1) 특별부담금의 의의

조세나 부담금과 같은 전통적인 공과금체계만으로는 현대국가의 새로운 행정수요에 원활하게 대처할 수 없기 때문에 특별부담금이라는 새로운 유형의 공과금제도가 인정되고 있다. 특별부담금은, 특별한 과제를 위한 재정에 충당하기 위하여 특정집단에게 과업과의 관계 등을 기준으로 부과되고 공적기관에 의한 반대급부가 보장되지 않는 금전급부의무를 말하는 것인데 이 부담금은 특정과제의 수행을 위하여 별도로 지출·관리된다. 따라서 특별부담금은 일반적인 국가재정수요의 충당을 위하여 일반 국민으로부터 그 담세능력에 따라 징수되는 조세와 구별된다(헌재 1999. 10. 21. 97헌바84, 판례집 11-2, 433, 452-453 참조).

일반적으로 특별부담금은 그 성격에 따라 ① 일정한 과제의 수행에 필요한 재정경비를 조성하는 것을 목적으로 한 ‘재정충당 특별부담금’과 ② 법상의 명령이나 금지에 의하여 직접 규제하는 대신에 금전의 부담을 지워 간접적으로 일정한 국가목적의 달성을 유도하는 기능을 가진 ‘유도적 특별부담금’으로 나눌 수 있다(헌재 2003. 1. 30. 2002헌바5, 판례집 15-1, 86, 96 참조).

(2) 특별부담금으로서의 문예진흥기금의 납입금

(가) 문예진흥기금은 문화예술진흥을 위한 사업이나 활동을 지원하기 위하여 설치된것(구법 제17조 제1항)이고 한국문화예술진흥원은 이 기금을 조성하기 위하여 필요하다고 인정할 때에는 공연장·박물관·미술관 및 일정한 지정문화재의 시설을 관람하거나 이용하는 자에 대하여 모금할 수 있지만(구법 제19조 제1항) 이러한 문예진흥기금의 모금에 따른 개별 관람자 등의 납입금은 관람자 등이 자발적으로 기부하는 것이 아니라 이 법과 동시행령에 의해 강제적으로 그리고 일률적으로 징수되는 것이다.

문예진흥기금은 문화예술의 창작과 보급, 민족고유문화의 발전을 위한 조사·연구·저작과 그 보급, 문화예술인의 후생복지증진을 위한 사업, 지방문화예술진흥기금에의 출연, 한국문화예술진흥원의 운영에 필요한 경비, 기타 문화예술의 진흥을 목적으로 하는 사업이나 활동의 지원에 사용하고(구법 제20조) 이 기금은 한국문화예술진흥원이 운용·관리하되 독립된 회계로 처리되며(구법 제17조 제2항) 기금의 재원별로 구분하여 기업회계의 원칙에 따라 처리된다(구법시행령 제31조 제1항).

(나) 문예진흥기금은 위와 같이 부담금관리기본법 및 기금관리기본법의 적용을 받고 문화예술진흥을 위한 사업이나 활동을 지원하기 위하여 설치되어 독립된 회계로 관리되는바, 그 기금조성을 위한 납입금은 구법 제19조 및 제19조의2 등에 의해 강제적으로 징수되고 문화예술진흥이라는 특정한 공익적 과제의 필요에 충당하기 위하여 공연장 등을 이용하는 일부의 사람들에게만 부과되는 공과금이므로 이는 특별부담금에 해당한다.

문예진흥기금의 납입금은, 부담금 부과대상과 사용용도간의 관계를 기준으로 할 때, 양자간의 관계가 밀접하여 반대급부가 명백하게 반영되는 수익자부담금·원인자부담금·손괴자부담금은 아니고, 행정의 실효성확보 내지 의무이행의 확보수단으로 활용하여 특정행정목적의 실현을 유도하는 유도적 특별부담금도 아니다. 문예진흥기금의 납입금은 문화예술진흥이라는 특정한 공익 목적을 달성하는 데 필요한 재원을 확보하고자 부과하는 것이므로 이는 재정충당목적의 특별부담금이라 할 것이다. 이러한 재정충당목적의 특별부담금은 조세유사적 부담금으로서 기금이나 특별회계 또는 공공기관의 수입으로 처리되어 그 사용용도가 지정되어 있기 때문에 그 실질은 목적세와 같은 성질을 지니고 있다.

다. 문예진흥기금 납입금의 위헌성

(1) 특별부담금의 통제필요성

(가) 국가의 ‘모든’ 수입과 지출이 예산안에 계상되어야 한다(예산회계법 제18조 제2항 본문 참조)는 예산총계주의원칙(이른바 예산완전성의 원칙)과 국가의 모든 수입과 지출이 ‘하나의’ 예산안에 편성되어야 한다는 예산단일성의 원칙에 입각할 때, 국가의 일반회계와는 별도로 독립하여 운용되는 기금이나 특별회계 등 특별예산제도는 원칙적으로 허용되지 아니한다. 따라서 예산회계법 제9조 제2항은, 특별회계는 국가에서 특정한 사업을 운영할 때, 특정한 자금을 보유하여 운용할 때, 기타 특정한 세입으로 특정한 세출에 충당함으로써 일반회계와 구분하여 처리할 필요가 있을 때에 법률로 설치한다고 규정하고 있다.

헌법 제54조 제1항은 “국회는 국가의 예산안을 심의·확정한다.”라고 하여 국회의 예산심의·확정권을 규정하고 있다. 국회는 예산심의를 통하여 예산의 전체규모가 적정한지, 예산이 효율적으로 운용되는지, 예산편성이 국민의 담세능력과 형평의 원칙에 부합하는지 등을 감시한다. 한편 예산회계법 제18조 제2항 본문은 앞에서 본 바와 같이 “세입세출은 모두 예산에 계상하여야

한다”라고 규정하여 예산총계주의원칙을 취하고 있는데 이는 국가재정의 모든 수지를 예산에 반영함으로써 그 전체를 분명하게 함과 동시에 국회와 국민에 의한 재정상의 감독을 용이하게 하자는데 그 의의가 있다.

그런데 정부가 관리·운영하는 각종 기금들은 모두 예산외로 운용되고 있어서(예산회계법 제7조 참조) 국회의 예산심의·확정권 행사의 대상에서도 벗어나 있을 뿐만 아니라(기금관리기본법 제5조 제2항 참조), 정부의 모든 재정활동을 빠짐 없이 예산에 포함시키려는 예산총계주의원칙에도 중대한 예외를 이룬다. 이러한 기금은 재정체계를 복잡하게 하여 재정의 효율적 운용을 저해할 수 있고 재원의 조성규모에 관계 없이 기금 마련을 위한 부담금을 계속 징수하는 경향이 있어 국민들의 재산권이나 조세평등을 해할 우려가 있다(헌재 2003. 1. 30. 2002헌바5, 판례집15-1, 86, 101-102).

따라서 특별부담금의 수입에 의한 특별회계는 객관적이고 합리적인 근거가 제시되는 경우에 한하여 극히 예외적으로만 인정되어야 한다. 또한 부담금관리기본법 제5조는 부담금부과의 원칙에 관하여 규율하고 있는데, “부담금은 설치목적 달성을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 공정성 및 투명성이 확보되도록 부과되어야 하며, 특별한 사유가 없는 한 동일한 부과대상에 대하여 이중의 부담금이 부과되어서는 아니된다.”라고 규정하고 있다.

그러므로 특별부담금은 위에서 본 바와 같은 예외성의 원칙과 최소성의 원칙을 준수하는 것이어야 한다.

(나) 국가재정수입의 일반적인 원천은 조세수입이라 할 수 있는데, 이러한 조세에 대하여는 헌법상 엄격한 통제가 가하여진다. 헌법 제38조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다.”라고 규정하고 제59조는 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다.”라고 규정함으로써, 행정부의 일방적이고 자의적인 조세부과를 금하고 반드시 국회가 제정한 법률에 의하여만 조세를 부과할 수 있다는 조세법률주의의 원칙을 선언하고 있다. 따라서 조세의 부과·징수는 조세법률주의에 입각하여 그 핵심적 내용인 과세요건 법정주의 및 과세요건 명확주의에 의하여 엄격한 통제를 받는다.

그에 비하여 재정충당목적의 특별부담금은 반대급부 없는 강제적인 징수인 면에서 조세와 공통점을 가지면서도 헌법상 명시적인 특별통제장치가 결여되어 있다.

그럼에도 불구하고 이러한 조세성 특별부담금이 계속 설치·운용되는 것은 특별부담금의 신설이 조세의 신설에 비하여 국민의 저항이 크지 않고 징수나

집행과정의 어려움이 적어 손쉬운 재원조달 수단이 될 수 있기 때문이고 또한 특별부담금의 수입이 대부분 기금이나 특별회계의 형태로 관리되므로 일반 예산에 비해 안정적으로 사업비를 확보할 수 있다는 장점을 행정당국에 제공하기 때문이다.

그 결과, 조세수입이 대부분 일반회계로 귀속되어 국가 전체적인 관점에서 사업의 타당성이나 우선 순위를 엄격히 따져 사용되고 있는 데 비하여 재정충당목적의 특별부담금은 그 사용용도가 한정되어 있음을 기화로 그 재원에 여유가 있는 경우에는 국가재정 전체의 관점에서 볼 때에는 우선순위가 떨어지는 그러한 사업의 추진이나 운영에 방만하게 사용되어 재정운영의 효율성을 떨어뜨리는 문제점까지도 일으킨다.

따라서 조세에 준하는 정도로, 나아가 그 이상으로, 특별부담금에 대한 헌법적 통제의 필요성이 요청된다.

(2) 특별부담금의 헌법적 허용한계

국민의 재산권이나 조세평등을 해할 우려가 있는 재정충당목적의 특별부담금은 헌법 제11조상의 평등원칙과 헌법 제37조 제2항상의 과잉금지원칙으로부터 도출되는 다음과 같은 헌법적 정당화 요건을 갖추어야 하고 그렇지 못한 경우에는 국민의 재산권을 침해하여 위헌이 될 것이다.

특별부담금은 조세의 납부의무자인 일반국민들 중 일부가 추가적으로 부담하는 또 하나의 공과금이므로 국민들 사이의 공과금 부담의 형평성 내지 조세평등을 침해하지 않기 위해서는 특별부담금은, 일반인과 구별되는 동질성을 지니어 특정집단이라고 이해할 수 있는 그러한 사람들에게만 부과되어야 하고(집단의 동질성), 특별부담금의 부과를 통하여 수행하고자 하는 특정한 경제적·사회적 과제와 특별히 객관적으로 밀접한 관련성이 있어야 하고(객관적 근접성), 그리하여 그러한 과제의 수행에 관하여 조세외적 부담을 져야 할 책임이 인정될만한 집단에 대해서만 부과되어야 할 것이며(집단적 책임성), 특별부담금의 수입이 특별부담금 납부의무자의 집단적 이익을 위하여 사용되어야 할 것(집단적 효용성)이다(헌재 1998. 12. 24. 98헌가1, 판례집 10-2, 819, 830-831; 헌재 1999. 10. 21. 97헌바84, 판례집 11-2, 433, 453-454; 헌재 2003. 1. 30. 2002헌바5, 판례집15-1, 86, 101 참조).

다만 재정충당목적의 특별부담금인 경우 구체적인 사안별로 위와 같은 헌법적 정당화 요건은 일정 부분 완화될 수도 있지만 적어도 객관적 근접성과 집단적 책임성은 특별부담금의 본질적인 허용요건이라고 보아야 할 것이다.

나아가 재정충당목적이 전혀 없는 순전한 유도적 특별부담금인 경우와, 재정충당의 목적과 유도의 목적이 혼재된 특별부담금의 경우에는 구체적인 사안별로 위와 같은 헌법적 정당화 요건은 일정 부분 요청되지 않을 수도 있을 것이다.

이렇게 특별부담금에 관하여 그 허용한계를 설정하는 것이, 헌법상 예정되어 있지 않은 국가재정충당의 행위형식인 특별부담금에 의하여, 국민의 재산권이 침해되는 것을 막는 것이 되어 재산권을 보장하는 헌법정신에 충실하게 되는 것이고 조세평등을 추구하는 헌법의 이념에 부합하게 되는 것이며 특별부담금의 예외성과 최소성의 원칙에도 부합하는 것이 될 것이다.

(3) 이 사건 문예진흥기금 납입금의 위헌성

특별부담금으로서의 문예진흥기금의 납입금이 위와 같은 헌법적 허용한계를 준수하고 있는지 또는 이를 일탈하여 위헌인지 여부에 대하여 살펴본다.

첫째, 문예진흥기금의 모금대상인 시설을 이용하는 자는 연간 5,700만명에 이르고 있다. 이러한 문화시설 이용자를 공연 등을 관람한다는 이유만으로, 역사적·사회적으로 나아가 법적으로, 다른 사람들과 구분할만한 동질성 있는 특별한 집단으로 인정하는 것은 대단히 무리라고 할 것이다. 현대 문화국가에 있어서는 공연장 등의 이용이, 선택된 문화적 향수자라고 구획될 만한, 특정한 국민에게만 허용되는 것이 아니기 때문이다. 그와 같은 구획이 있다면 그것은 우연한 사정에 의한 일시적인 것에 불과하다. 이 구획안에 포섭되는 수많은 사람들 사이에 사회적으로, 경제적으로, 문화적으로, 좁게든 넓게든, 무슨 동질성이나 연계성을 인정할 만한 지표를 찾을 수가 없는 것이다. 그와 같은 동질성을 인정한다면 그것은 대단히 작위적이고 불합리하고 현실에 맞지 않는 것이 될 것이다.

둘째, 문예진흥기금의 납입금의무를 지는 사람들이, 똑같은 일반 국민인데도, 우연히 관람기회를 갖는다고 하여 이로써 여타의 다른 국민 또는 일반 납세자보다 문화예술진흥의 목적을 달성하는 데 대하여 객관적으로 더 근접한 위치에 있다고 볼 수는 없다. 공연 등을 관람하는 것은 모든 국민에게 일상적으로 용이하게 접근이 가능하기 때문에 일반 관람자로서의 국민들중에 누구를 특별히 문화예술의 진흥이라는 공적 과제에 더 근접한 위치에 있다고 자리매김을 하는 것은 너무나 무리한 일이다.

셋째, 공연 등을 관람하는 일부의 국민들만이 문화예술의 진흥에 집단적으로 특별한 책임을 부담하여야 할 아무런 합리적인 이유도 발견되지 아니한다.

오히려 이들은 일반납세자로서 공연 등의 관람료에 포함된 부가가치세를 부담함에도 불구하고, 세금의 부담에서 한 걸음 더 나아가, 문예진흥기금의 납입이라는 추가적인 책임과 부담까지 안고 있는 것이다. 문화예술의 진흥은 모든 국민이 함께 참여하고 함께 책임을 져야할 전 국민적이고 전 국가적인 과제라고 볼 때 일부 국민들에 대하여 그들이 우연히 갖는 공연관람의 기회를 포착하여 여기에 기금납입의 책임을 지우는 것은 일종의 책임전가라고 할 것이다.

넷째, 문예진흥기금이 공연관람자 등의 집단적 이익을 위해서 사용되는 것도 아니다. 현실적으로 문예진흥기금은 문예진흥을 위한 다양한 용도로 사용되고 있다. 문인창작기금지원(1991년 이후), 문학작품 창작지원(1990년-1992년), 문예지원고료지원(1974년-1989년)에 사용되기도 하고, 문화행정에 대한 전문성을 높이고 현장의 문화예술활동을 촉진시키기 위한 공공문화행정담당자의 문화행정 연수(1989년 이후), 전국무대예술인 연수(1984년 이후), 지역문화종사자 연수(1985년 이후), 공연예술 아카데미 개설(1993년 이후) 등의 사업 프로그램을 위하여 사용되기도 한다. 이런 것들을 공연관람자들의 집단적 이익을 위한 사용이라고 말할 수는 없는 것이다.

공연 등을 보는 국민이 예술적 감상의 기회를 가진다고 하여 이것을 집단적 효용성으로 평가하는 것도 무리이다. 공연관람자 등이 예술감상에 의한 정신적 풍요를 느낀다면 그것은 헌법상의 문화국가원리에 따라 국가가 적극 장려할 일이지, 이것을 일정한 집단에 의한 수익으로 인정하여 그들에게 경제적 부담을 지우는 것은 헌법의 문화국가이념(제9조)에 역행하는 것이다.

그렇다면 이 사건 문예진흥기금의 납입금은 특별부담금의 헌법적 허용한계를 벗어나서 위헌이라 할 것이다.

(4) 소 결

위와 같이 이 사건 문예진흥기금의 납입금 자체가 특별부담금의 헌법적 허용한계를 벗어나서 국민의 재산권을 침해하므로 위헌이라 할 것이고 그렇다면 납입금의 모금에 대하여 모금액·모금대행기관의 지정·모금수수료·모금방법 등을 대통령령에 위임한 심판대상 범조항들은 다른 점에 대하여 더 나아가 살펴볼 필요도 없이 위헌임을 면치 못할 것이다.

4. 재판관 운영철, 재판관 김영일, 재판관 김경일, 재판관 전효숙의 위헌의견

가. 위임입법의 한계

(1) 법은 문예진흥기금의 납입의무자, 모금대상시설에 관하여는 스스로 규정하고 있지만(구법 제19조 제1항), 모금액, 모금수수료, 모금방법, 관련자료에 관하여는 심판대상 범조항들을 통하여 모두 대통령령에 위임하고 있으므로 헌법 제75조에 규정된 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지가 문제된다.

(2) 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정함으로써 위임입법의 근거를 마련함과 동시에 위임은 ‘구체적으로 범위를 정하여’ 하도록 하여 그 한계를 제시하고 있다. 이와 같이 입법을 위임할 경우에는 법률에 미리 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정하여 둠으로써 행정권에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행을 방지하고 의회입법과 범치주의의 원칙을 달성하고자 하는 헌법 제75조의 입법취지에 비추어 볼 때, ‘구체적으로 범위를 정하여’라 함은 법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구나 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다고 할 것이고, 그 예측가능성의 유무는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 범조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다. 그리고 이와 같은 위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화되어야 할 것이다(헌재 1998. 2. 27. 95헌바59, 판례집 10-1, 111-112; 헌재 1999. 3. 25. 98헌가11등, 판례집 11-1, 158, 176).

나. 심판대상 범조항들의 위헌여부

(1) 문예진흥기금의 모금은 공연 등을 관람하려는 수많은 국민들에게 금전적 부담을 지움으로써 국민의 문화향수권 및 재산권 등을 직접적으로 제한하게 된다. 특히 모금액 및 모금방법은 기금납입의무자, 모금대상시설과 아울러 문예진흥기금의 모금에 관한 중요하고도 본질적인 입법사항이다. 그러므로 이에 관한 사항을 하위법규에 위임함에 있어서는 위임의 구체성·명확성이 보다 엄격하게 요구된다 할 것이다.

(2) 심판대상 법조항들은 위임사항만을 모금액, 모금수수료, 모금방법, 관련 자료 등으로 정하고 있을 뿐, 위임의 범위를 전혀 구체적으로 정하고 있지 않다. 그리하여 누구라도 심판대상 법조항들 그 자체로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 없다.

모금액은 공연 등을 관람코자 하는 국민들에게 가장 직접적으로 영향을 미치는 입법사항이다. 따라서 입법자가 이에 관하여 법률로써 직접 규정하는 것에 어려움을 느낀다 하더라도, 적어도 모금액의 상한이나 모금액 산정의 대강의 기준이라도 스스로 정하고서 행정입법에 위임하였어야 한다. 그런데도 심판대상 법조항들은 이에 관하여 아무런 한계를 설정하지 않으므로써 모금액에 관하여 행정권의 전적인 재량에 내맡긴 것이나 다름없다.

문예진흥기금의 모금은 국민들에게 금전적 부담을 지운다는 점에서 그 모금방법 또한 가능한 한 구체적이고 명확한 입법적 규율이 필요한 사항이다. 설사 모금액이 낮게 책정되어 그 부담이 비교적 경미하다 하더라도 모금의 방법이나 절차에 관한 최소한의 규율은 근거법률에 유보되어야 한다. 그런데 법은 한국문화예술진흥원이 문화관광부장관의 승인을 얻어 모금한다는 점을 제외하고는 모금의 절차와 방법에 관하여 아무런 제한 없이 대통령령에 위임하고 있다. 그리하여 납부고지, 납부시기, 납부방법, 미납시의 조치, 불복방법 등을 어떻게 규율할 것인지는 오로지 행정권의 임의적 판단에 맡겨져 있다 (그리하여 행정입법자는 법시행령 제34조에서, 모금대행기관으로 하여금 관람권 또는 이용권에 모금내역 및 모금액을 기재토록 함으로써, 공연 등을 관람코자 하는 국민들로 하여금 부득이 그 현장에서 관람료와 기금을 통합 지불하지 않을 수 없도록 강요하는 방법을 택하고 있다).

(3) 심판대상 법조항들의 입법목적, 법의 체계나 다른 규정, 관련법규를 살펴봐도 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 충분히 예측할 수 없다.

문예진흥기금의 성격과 목적, 그리고 기금납입의무자 및 모금대상시설에 관한 관련 조항들에 비추어 모금액이 공연 등의 관람료를 상회하지 않는 범위 내에서 정해질 것이라는 점을 설사 예측할 수 있다 하더라도, 문화국가원리를 표방하고 있는 헌법정신, 공연 등을 관람하려는 수많은 국민들의 문화향수권을 직접 제약하는 문예진흥기금의 성격을 고려할 때 그 정도만으로는 불충분하다고 할 것이고, 위에서 본바와 같이 모금액의 상한, 모금액 산정의 기준, 모금 및 납부의 절차와 방법 등에 관하여 입법자 스스로 최소한의 기준을 정립한 다음 나머지 세부적인 사항에 대하여 입법위임을 하였어야 하는 것이

지, 심판대상 범조항들과 같은 백지위임의 입법형식을 취함으로써 그에 관한 판단권을 전적으로 행정부의 재량에 맡겨서는 아니될 것이다.

(4) 결국 심판대상 범조항들은 구체적으로 범위를 정하지 아니한 채 입법사항을 포괄적으로 대통령령에 위임한 것이어서 헌법 제75조에 규정된 포괄위임입법금지원칙에 위배된다 할 것이다.

다. 결 론

심판대상 범조항들은 헌법 제75조에 규정된 포괄위임입법금지의 원칙에 위반된다.

5. 결 론

재판관 하경철, 재판관 권 성, 재판관 김효종, 재판관 송인준 등 4인의 의견은 심판대상 범조항들이 특별부담금의 헌법적 허용한계를 벗어나서 국민의 재산권을 침해하므로 위헌이라는 것이고 한편 재판관 운영철, 재판관 김영일, 재판관 김경일, 재판관 전효숙 등 4인의 의견은 심판대상 범조항들이 포괄위임금지의 원칙에 위배되어 위헌이라는 것이다. 그렇다면 심판대상 범조항들을 위헌이라고 보는 이유는 두 개가 되어 비록 서로 다르지만 8인의 재판관 모두 심판대상 범조항들이 위헌이라는 결론에는 일치한다. 그러므로 심판대상 범조항들에 대하여 주문과 같이 위헌을 선고하기로 한다. 이 결정에 대하여는 아래 6.과 같은 재판관 주선회의 반대의견이 있다.

6. 재판관 주선회의 합헌의견

나는 심판대상 범조항들이 헌법에 위반되지 않는다고 판단되어 다음과 같이 반대의견을 밝히고자 한다.

가. 재판관 하경철, 재판관 권 성, 재판관 김효종, 재판관 송인준의 위헌판단의견에 대한 반대의견

(1) 위 위헌의견은 이 사건 문예진흥기금 납입금을 특별부담금으로 보고 이 사건 납입금이 그 헌법적 허용요건을 일탈하여 위헌이라고 하고 있다. 그러나 나는 특별부담금에 대해서도, 그 헌법적 허용요건에 대해서도, 헌법에 명시적인 지적적 요건이 존재하지 아니함에도 불구하고 위 위헌의견이 헌법 해석에 의한 논증의 방법으로 특별부담금의 헌법적 정당화요건을 도출하여 위헌논증의 도구로 삼는 것에 찬동하지 아니한다.

한편, 제청신청인은 이 사건 기금의 조성 등을 규정하고 있는 이 법 제18조 제1항 제3호, 제19조 제1항 등에 대하여도 위헌제청신청을 하였으나 제청법원은 심판대상 범조항들에 한정하여 제청하였다는 점에도 유념하여야 할 것

이다. 따라서 나는 제청대상 법조항들에 한정하여 그 법조항들이 헌법 제75조의 포괄위임입법금지의 원칙에 위배되는지의 여부에 대하여만 판단하는 것이 옳다고 생각한다.

(2) 나는 이 사건 납입금이 조세외적 법정부담금으로 재산권 등에 제약을 가하는 점에 대해서는 헌법 제37조 제2항에 의한 심사기준에 의하여서도 위헌이 아니라고 본다. 이 사건 납입금은 부담금관리기본법 및 이 법 등에서 법률적 근거를 가지고 있는 조세외적인 법정부담금으로서 문화예술의 창작·보급, 출판산업 진흥 등의 사업을 지원하기 위하여 부과되는 것으로 그 목적의 정당성이 인정되며, 이 사건 모금은 이러한 목적달성을 위해 기여하는 하나의 방법이므로 그 수단의 적합성도 인정된다. 나아가 이 사건 모금에 의해 국민의 재산권 및 평등권이 제한된다고 하여도 영화관·공연장·박물관·미술관·고궁 등의 관람객이나 이용자에게 실제로 입장요금의 2~9%를 부가·징수(법 시행령 별표 1에 의한 모금액의 기준은 2~10%)하고 있는데 불과하므로 최소침해성의 원칙에 위반되지 아니하고, 이 사건 납입금에 의하여 달성되는 문예진흥의 공익과 이로 인해 침해되는 재산권 등을 형량해 보아도 법익의 균형성을 일탈하였다고 볼 수 없어 과잉금지원칙에 위배된다고 할 수 없다 할 것이다.

나. 재판관 윤영철, 재판관 김영일, 재판관 김경일, 재판관 전효숙의 위헌판단의견에 대한 반대 의견

심판대상 법조항들이 헌법 제75조의 포괄위임입법금지의 원칙에 위배되는지를 살펴본다.

헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정하여 위임입법의 근거와 아울러 그 범위와 한계를 제시하고 있다.

법률이 어떤 사항에 관하여 대통령령에 위임할 경우에는 국민이 장래 대통령령으로 규정될 내용을 일일이 예견할 수는 없다고 할지라도 적어도 그 기본적 윤곽만은 예견할 수 있도록 기본적인 사항들에 관하여 법률에서 구체적으로 규정하여야 한다. 그러나 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하고, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 할 것이며, 위임의 구체성·명확성의 요구 정도도 규제대상의 종류와 성격에 따라 다른 것으로 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될

것이 예상될 때에는 명확성의 요건이 완화될 수밖에 없다(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 29-30; 헌재 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 141, 164).

위임조항 자체에서 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 없다고 할 것이다(헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562, 592; 헌재 1998. 11. 26. 97헌바31, 판례집 10-2, 650, 662).

그러면 이 사건 심판대상 법조항들이 헌법 제75조의 포괄위임입법금지의 원칙에 위배되는지 여부를 구체적으로 살피기로 한다.

법 제1조에서 이 법은 문화예술의 진흥을 위한 사업과 활동을 지원함으로써 우리나라의 전통문화예술을 계승하고 새로운 문화를 창조하여 민족문화의 창달에 이바지함을 그 목적으로 한다고 규정하고 있다. 나아가 법 제2조 제1항 제1호에서 문화예술을 정의하여 이 법의 적용을 받는 범위를 설정하고 있다. 법 제17조 제1항에서 문화예술진흥을 위한 사업이나 활동을 지원하기 위하여 문화예술진흥기금을 설치한다고 규정하고, 법 제18조 제1항 제3호에서 기금조성의 한 방법으로서 모금에 대한 법적 근거를 두고 있다. 제19조 제1항에서는 기금을 모금할 수 있는 대상시설을 공연장, 박물관, 미술관, 문화재보호법 제39조의 규정에 의하여 관람료를 징수하는 지정문화재로 특정하고 있고, 제2항에서는 문화체육부장관(현 문화관광부장관)이 제1항의 승인을 할 경우 그 사실을 내무부장관(현 행정자치부장관)에게 통보하고 이를 관보에 고시하도록 하고 있으며, 제4항에서는 “제3항의 규정에 의한 모금대상시설 운영자가 모금액을 납부할 때에는 모금과 관련된 자료를 함께 제출하여야 한다”고 규정하고 있다.

이상의 법조항들을 종합적·체계적으로 살펴보면 심판대상 법조항들은 첫째, 위임의 범위 자체가 모금의 모금액·모금대행기관의 지정·모금수수료·모금방법 및 관련자료로 제한되어 있으며, 모금액 및 모금수수료가 통상적으로 입장료수입을 최고한도로 하여 입장료수입 중 일정한 비율로 정해질 것이라는 점은 일반인의 상식에 비추어 보아도 충분히 예측가능할 뿐만 아니라, 법 시행령 별표 1에서 모금액의 기준을 입장료의 2~10%으로 정하고 있던 것을 2000. 1. 12. 법 개정시 동일한 내용으로 모금액의 기준을 법에서 직접

규정하고 있는 점에서도 이러한 사실을 인정할 수 있다. 둘째, 법 제19조 제3항은 모금대상시설 운영자로 하여금 모금대상시설을 관람 또는 이용하는 자로부터 모금하여 문화예술진흥원에 납부하도록 규정하고 있으며, 제4항은 모금대상시설 운영자가 모금액을 납부할 때에는 모금과 관련된 자료를 함께 제출하여야 한다고 규정하고 있는바, 위 조항들을 보면 문화예술진흥원을 대행하여 모금할 대행기관이 모금대상시설의 운영자로 제한될 것임을 충분히 알 수 있다. 셋째, 모금방법에 관하여는 법 제19조 제1항에서 공연장, 박물관, 미술관 등의 모금대상시설을 관람하거나 이용하는 자에 대하여 문예진흥기금을 모금할 수 있도록 하고 있으므로 이 사건 납입금이 입장료 또는 관람료에 부가하여 징수하는 방법으로 이루어질 것임은 일반인의 상식으로도 예측가능하다. 넷째, 모금액과 모금수수료는 물가인상 등 상황의 변화에 따라 유동적이어서 그 세세한 내용을 모두 법률로 규정한다는 것이 입법기술적으로 불가능하다고 할 것이다.

따라서 심판대상 법조항들의 내재적인 위임범위나 한계는 충분히 예측가능하다 할 것이므로 헌법 제75조의 위임입법의 한계를 일탈하였다고 볼 수는 없다 할 것이다.

다. 결 론

위에서 본 바와 같이 이 사건 문예진흥기금의 모금은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위배되지 아니하고, 이 사건 모금의 모금액·모금대행기관의 지정·모금수수료·모금방법 등을 대통령령에 위임하고 있는 심판대상 법조항들도 헌법 제75조의 포괄위임입법금지 원칙에 위배되지 아니한다고 할 것이기 때문에 심판대상 법조항들은 어느 모로 보나 헌법에 위반되지 아니한다.

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

[별지 1] : 관련 법조항

제5장 문화예술진흥기금

제17조(기금의 설치등) ① 문화예술진흥을 위한 사업이나 활동을 지원하기 위하여 문화예술진흥기금(이하 “기금”이라 한다)을 설치한다.

② 기금은 제23조의 규정에 의한 한국문화예술진흥원이 운용·관리하되, 독립된 회계로 따로 처리하여야 한다.

③ 기금의 운용·관리에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제18조(기금의 조성) ① 기금은 다음 각호의 재원으로 조성한다.

1. 정부의 출연금
2. 개인 또는 법인으로부터의 기부금품
3. 제19조 및 제19조의2의 규정에 의한 모금액
4. 기금운용으로 생기는 수익금
5. 기타 대통령령으로 정하는 수입금

② 한국문화예술진흥원은 제1항 제2호 및 제3호의 규정에 의한 금품을 기부금품모집금지법의 규정에 불구하고 받을 수 있다.

③ 제1항 제2호의 규정에 의하여 기부하는 자는 특정단체 또는 개인에 대한 지원등 그 용도를 정하여 기부할 수 있다.

④ 한국문화예술진흥원은 제2항의 규정에 의하여 금품을 받은 때에는 대통령령이 정하는 바에 그 가액 및 품명을 문화체육부장관에게 보고하여야 한다.

제19조(기금의 모금) ① 한국문화예술진흥원은 기금을 조성하기 위하여 필요하다고 인정할 때에는 문화체육부장관의 승인을 얻어 다음 각호의 시설을 관람하거나 이용하는 자에 대하여 모금할 수 있다.

1. 공연장
2. 박물관 및 미술관
3. 문화재보호법 제39조의 규정에 의하여 관람료를 징수하는 지정문화재 (종교단체 소유의 문화재는 제외한다)

② 문화체육부장관은 제1항의 승인을 한 때에는 그 사실을 내무부장관에게 통보하고 이를 관보에 고시하여야 한다.

③ 한국문화예술진흥원은 제1항의 규정에 의한 모금을 승인받은 때에는 모금대상시설 운영자에게 모금승인내용을 통보하여야 하며, 그 내용을 통보받은 모금대상시설 운영자는 당해 시설을 관람 또는 이용하는 자로부터 모금하여 한국문화예술진흥원에 납부하여야 한다.

④ 제3항의 규정에 의한 모금대상시설운영자가 모금액을 납부할 때에는 모금과 관련된 자료를 함께 제출하여야 한다.

⑤ 제1항의 규정에 의한 모금의 모금액, 모금대행기관의 지정, 모금수수료, 모금방법 및 관련자료 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제19조의2(대관에 의한 모금) ① 제19조 제3항의 규정에 의한 모금대상시설운영자로부터 대관을 받은 자는 모금대상시설운영자에 갈음하여 당해 시설을 관람 또는 이용하는 자로부터 모금을 하여 그 모금액 및 관련자료를 모금대상시설운영자에게 납부·제출하여야 한다.

② 모금대상시설운영자는 제1항의 규정에 의한 모금액 및 관련자료를 한국문화예술진흥원에 납부·제출하여야 한다.

③ 제1항의 규정에 의한 모금의 모금액·모금수수료·모금방법 및 관련자료에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제20조(기금의 용도) 기금은 다음 각호의 사업 및 활동의 지원에 사용한다.

1. 문화예술의 창작과 보급
2. 민족고유문화의 발전을 위한 조사·연구·저작과 그 보급
3. 문화예술인의 후생복지증진을 위한 사업
4. 지방문화예술진흥기금에의 출연
5. 한국문화예술진흥원의 운영에 필요한 경비
6. 기타 문화예술의 진흥을 목적으로 하는 사업이나 활동

[별지 2] : 문화관광부장관의 의견

(1) 먼저 법의 다른 조항들을 종합적·체계적으로 살펴보면 제19조 제1항에서는 기금을 모금할 수 있는 대상시설을 공연장, 박물관, 미술관, 문화재보호법 제39조의 규정에 의하여 관람료를 징수하는 지정문화재로 특정하고 있고, 제2항에서는 문화체육부장관(현 문화관광부 장관)이 제1항의 승인을 할 경우 그 사실을 내무부장관(현 행정자치부장관)에게 통보하고 이를 관보에 고시하도록 하고 있으며, 제4항에서는 “제3항의 규정에 의한 모금대상시설 운영자가 모금액을 납부할 때에는 모금과 관련된 자료를 함께 제출하여야 한다”고 규정하고 있다.

법 제19조의2 제1항에서는 “제19조 제3항의 규정에 의한 모금대상시설 운영자로부터 대관을 받은 자는 모금대상시설 운영자에 갈음하여 당해 시설을 관람 또는 이용하는 자로부터 모금을 하여 그 모금액 및 관련자료를 모금대상시설 운영자에게 납부·제출하여야 한다”고 규정하고 있으며, 제2항에서는 “모금대상시설 운영자는 제1항의 규정에 의한 모금액 및 관련자료를 한국문화예술진흥원에 납부·제출하여야 한다”고 규정하고 있다.

(2) 아무런 특별한 반대급부 없이 재정수요를 충족하기 위하여 부과하는 조세와는 달리 문예진흥기금은 대상시설(공연장, 박물관, 미술관 등)을 관람 또는 이용하는 자로부터 대상시설의 관람 또는 이용대가로 징수하는 것이라고 보아야 하고, 설령 모금이 준조세의 성격을 가진다는 점을 인정하더라도 문화예술진흥법이라는 법률에 그 모금의 근거가 있으므로 조세법률주의의 위반이라는 주장은 타당하지 아니하다.

(3) 심판대상 법조항들은 첫째 위임의 범위 자체가 모금의 모금액·모금대행기관의 지정·모금수수료·모금방법 및 관련자료로 제한되어 있을 뿐만 아니라, 둘째 문화체육부장관이 기금의 모금을 승인할 경우 그 사실을 내무부장관에게 통보하고 이를 관보에 고시하도록 함으로써 예측가능성을 확보하고 있고, 셋째 모금대상시설 운영자가 제출하여야 할 관련자료는 모금액수와 관련된 자료에 국한될 것이라는 점과 모금액 및 모금수수료가 통상적으로 입장료수입을 최고한도로 하여 입장료수입중 일정한 비율로 정해질 것이라는 점은 일반인의 상식에 비추어 보아도 충분히 예측가능하며, 넷째 현실적으로 문화예술진흥원을 대행하여 기금을 모금할 모금대행기관은 대부분의 경우 모금대상시설의 운영자로 제한될 수 밖에 없고, 다섯째 모금액과 모금수수료는 물가인상 등 상황의 변화에 따라 유동적이어서 이러한 내용을 모두 법률로 규정한다는 것이 입법기술적으로 불가능하며 무의미하다는 점을 종합하여 보면, 심판대상 법조항들의 내재적인 위임범위나 한계는 충분히 예측가능하다 할 것이므로 헌법 제75조상 위임입법의 한계를 일탈하였다고 볼 수는 없다.

[별지 3] : 한국문화예술진흥원장의 의견

(1) 문예진흥기금의 모금은 한국문화예술진흥원이 기금조성을 위해서 문화체육부(현 문화관광부)장관의 승인을 얻어야 모금이 실시됨에 따라 모금률·모금수수료 등을 문화체육부 장관이 승인당시의 현실을 감안하고, 탄력성을 위해 여타 모금조건의 변경이 가능하도록 하여야 한다.

문예진흥기금 모금은 1973년부터 실시하고 있으며, 그간 국민들의 부담을 줄여 주기 위해 모금률을 하향 조정하고, 모금대상처의 면제범위 확대 등 모금당시의 현실을 감안하여 문화체육부장관이 모금제도를 개선하여 왔다. 따라서 모금대상처 및 국민들의 부담률 조정 등 모금제도의 적극적인 대처를

위해서는 그 승인권자인 문화체육부장관에게 그 제도운영을 위임하는 것이 타당하다.

(2) 유사제도의 운영 법률에 관한 규정을 보면 다음과 같다.

국민체육진흥법 제18조에 의하여 체육진흥에 소요되는 시설비용 기타 경비를 지원하기 위하여 국민체육진흥기금을 설치하고, 그 재원은 동법 제19조에 의한 여타 재원으로 마련하고 있는데, 골프장입장료에 대한 부가금은 문예진흥기금과 부가방법이 동일하다.

국민체육진흥법, 주택건설촉진법, 관광진흥법, 경륜·경정법 등 문화, 체육, 관광 등 특정분야의 진흥을 위한 자원조성을 위해 관련법에서는 부가금, 복권사업 등을 시행할 수 있는 근거를 마련하고 있으며, 업무의 효율성을 높이기 위해 발행조건 등 업무제도는 관련부처장관의 결정하에 세부내용을 대통령령으로 정하고 있다.

(3) 기부금품모집규제법 제5조에서 기부금품의 모집을 제한하고 있지만, 동법 제3조 제4호에서 문화예술진흥법에 의한 기부금품의 모집에 대하여는 동법을 적용하지 않는다고 명시하고 있다. 기금관리기본법 제2조의2에서도 “민간부담금”을 재원으로 하는 기금은 제한되어 있으나 문예진흥기금의 경우 동법 별표 52에 의하여 문예진흥기금의 설치 및 민간부담금에 의한 자원조성을 인정하고 있다. 나아가 부담금관리기본법 제3조에서도 부담금의 설치를 제한하고 있으나 동법 별표 22.에서 문예진흥기금 및 그 기금의 조성재원을 위한 모금제도를 허용하고 있다. 끝.

증권거래법 제186조의5 등 위헌제청

(2003. 12. 18. 2002헌가23 전원재판부)

【판시사항】

부실공시로 인한 손해배상액의 산정방법을, 당해 유가증권의 취득가액에서 변론종결시의 시장가격 또는 변론종결전의 처분가격을 공제한 금액으로 한다고 규정하고 있는 증권거래법 제186조의5 중 제15조 제1항 준용부분이 손해배상청구권자 또는 손해배상의무자의 재산권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

손해발생 대상의 특징은 증권거래법상의 손해배상책임이든 민법상의 일반불법행위책임이든 불문하고 모든 손해배상책임에 있어서 꼭 필요하다. 이 사건에서 문제가 된 부실공시로 인한 손해배상책임은, ① ‘손해배상을 구하는 유가증권의 특징(손해배상을 구하는 유가증권이 수회에 걸쳐 취득한 동일회사의 동종 유가증권 중 언제 취득한 유가증권인지의 특징)’, ② ‘특정된 유가증권의 취득가액, 변론종결시의 시장가격(또는 변론종결 전의 처분가격)의 확정’, ③ ‘손해배상액의 산정’이라는 세 과정을 거쳐야 하는바, ‘손해배상을 구하는 유가증권이 언제 취득한 유가증권인지’를 입증하는 문제는 손해배상액 산정규정이 위 규정이 적용되기 이전 단계의 문제로서 위 규정과는 직접적인 관련이 없으므로, 그와 같은 입증이 불가능하다는 문제 역시 위 규정이 규율하는 범위 밖의 것이다. 또한 이 사건에서 법관이 손해가 발생한 유가증권을 특정함에 있어 어떤 해석방법을 취하느냐에 따라 손해배상의 액수가 달라질 수 있지만, 이것은 손해가 발생한 유가증권이 어느 유가증권인지를 결정하는 것에 관한 해석론 즉, 위 ①단계에서의 해석론에 의해 좌우된 결과일 뿐, 위 손해배상액 산정규정에 의하여 야기된 문제가 아니다. 그렇다면 위 규정은 손해배상청구권자나 손해배상의무자의 재산권을 침해하는 것이라 할 수 없다.

【심판대상조문】

증권거래법 제186조의5(준용규정) 제8조 제2항, 제11조 제1항 내지 제3항, 제14조 내지 제16조, 제18조, 제19조 및 제20조의 규정은 사업보고서, 반기보고서 및 분기보고서의 경우에 이를 준용한다.

【참조조문】

헌법 제23조 제1항

증권거래법 제14조(허위기재등으로 인한 배상책임) ① 유가증권신고서와 제12조의 규정에 의한 사업설명서(예비사업설명서 및 간이사업설명서를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)중 허위의 기재 또는 표시가 있거나 중요한 사항이 기재 또는 표시되지 아니함으로써 유가증권의 취득자가 손해를 입은 때에는 다음 각호의 자는 그 손해에 관하여 배상의 책임을 진다. 다만, 배상의 책임을 질 자가 상당한 주의를 하였음에도 불구하고 이를 알 수 없었음을 증명하거나 그 유가증권의 취득자가 취득의 청약시에 그 사실을 안 때에는 그러하지 아니하다.

1. 당해유가증권신고서상의 신고자와 신고당시의 당해법인의 이사(법인의 설립전에 신고된 때에는 그 발기인)
2. 당해유가증권신고서의 기재사항 또는 그 첨부서류가 진실 또는 정확하다고 증명하였거나 서명한 공인회계사·감정인 또는 신용평가를 전문으로 하는 자
3. 당해발행인과 당해유가증권의 인수계약을 체결한 자
4. 당해사업설명서를 작성하거나 교부한 자
5. 매출의 방법에 의한 경우 매출신고당시의 당해 매출되는 유가증권의 소유자

②, ③ 생략

증권거래법 제15조(손해배상액) ① 제14조의 규정에 의하여 배상할 금액은 청구권자가 당해 유가증권을 취득함에 있어서 실지로 지급한 액에서 다음 각호의 1에 해당하는 액을 공제한 금액으로 한다.

1. 당해 유가증권에 관하여 소송제기되어 있는 때에는 변론종결시에 있어서의 시장가격(시장가격이 없는 경우에는 추정처분가격)
2. 제1호의 변론종결전에 당해 유가증권을 처분한 때에는 그 처분가격

② 생략

증권거래법 제174조의4(권리추정등) ① 예탁자의 고객과 예탁자는 각각 고객계좌부와 예탁자계좌부에 기재된 유가증권의 종류·종목 및 수량에 따라 예탁유가증권에 대한 공유지분을 가지는 것으로 추정한다.

②, ③ 생략

【참조판례】

대법원 1998. 4. 24. 선고 97다32215 판결[공1998.6.1.(59), 1446]

대법원 1999. 10. 22. 선고 97다26555 판결[공1999.12.1.(95), 2391]

【당 사 자】

제청법원 서울지방법원

당해사건 서울지방법원 2000가합78865 손해배상(기)

【주 문】

증권거래법 제186조의5 중 제15조 제1항을 준용하는 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 제청신청인 대우종합기계주식회사는 2000. 10. 23. 제청신청인 대우중공업주식회사에서 분할되어 설립된 회사이고(이하 분할 전 대우중공업주식회사를 ‘구 대우중공업’이라 한다), 제청신청인 추호석은 구 대우중공업에서 1996. 3. 29.부터 2000. 1. 31.까지 대표이사로 근무하였다.

(2) 청구의 이광규는 1998. 2. 8.부터 2000. 9. 15.까지 사이에 증권거래소에 상장된 구 대우중공업의 주식 총 5,199,800주를 매수하고, 위 기간 중 총 5,063,960주를 매도하였으며, 2000. 9. 18.부터 2000. 10. 19.까지 사이에도 위 주식 총 338,920주를 매수하고, 총 418,360주를 매도하였다.

(3) 그런데 구 대우중공업이 금융감독위원회에 제출한 사업보고서와 그 첨부서류인 청구의 산동회계법인 작성의 구 대우중공업에 대한 감사보고서가 분식회계에 기한 것으로 허위인 사실이 밝혀지자, 위 이광규는 제청신청인들을 상대로 증권거래법 제186조의5에 의해 준용되는 같은 법 제14조 및 제15조에 근거하여 허위인 위 사업보고서 및 감사보고서를 신뢰하고 1998. 2. 8.부터 2000. 9. 15.까지 구 대우중공업의 주식에 투자함으로써 인하여 입은 손해의 배상을 구하는 소송(2000가합78865호)을 서울지방법원에 제기하였다.

(4) 위 당해사건의 피고들인 제청신청인들은 위 소송계속 중 증권거래법 제186조의5에 의해 준용되는 같은 법 제15조 제1항이 헌법에 위배되어 무효라고 주장하면서 서울지방법원에 위헌심판제청신청(2002가기6904호)을 하였고 위 법원은 위 신청을 받아들여 2002. 10. 7. 위헌심판제청결정을 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 증권거래법(이하 “법”이라 한다) 제186조의5 중 제15조 제1항을 준용하는 부분(이하 “이 사건 규정”이라 한다)의 위헌 여부이며, 그 내용 및 관련 규정을 살펴보면 다음과 같다.

증권거래법 제186조의5(준용규정) 제8조 제2항, 제11조 제1항 내지 제3항, 제14조 내지 제16조, 제18조, 제19조 및 제20조의 규정은 사업보고서, 반기보고서 및 분기보고서의 경우에 이를 준용한다.

제14조(허위기재등으로 인한 배상책임) ① 유가증권신고서와 제12조의 규정에 의한 사업설명서(예비사업설명서 및 간이사업설명서를 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 중 허위의 기재 또는 표시가 있거나 중요한 사항이 기재 또는 표시되지 아니함으로써 유가증권의 취득자가 손해를 입은 때에는 다음 각호의 자는 그 손해에 관하여 배상의 책임을 진다. 다만, 배상의 책임을 질 자가 상당한 주의를 하였음에도 불구하고 이를 알 수 없었음을 증명하거나 그 유가증권의 취득자가 취득의 청약시에 그 사실을 안 때에는 그러하지 아니하다.

1. 당해 유가증권신고서상의 신고자와 신고당시의 당해법인의 이사(법인의 설립전에 신고된 때에는 그 발기인)
2. 당해 유가증권신고서의 기재사항 또는 그 첨부서류가 진실 또는 정확하다고 증명하였거나 서명한 공인회계사·감정인 또는 신용평가를 전문으로 하는 자
3. 당해 발행인과 당해 유가증권의 인수계약을 체결한 자
4. 당해 사업설명서를 작성하거나 교부한 자
5. 매출의 방법에 의한 경우 매출신고당시의 당해 매출되는 유가증권의 소유자

②, ③ 생략

제15조(손해배상액) ① 제14조의 규정에 의하여 배상할 금액은 청구권자가 당해 유가증권을 취득함에 있어서 실지로 지급한 액에서 다음 각호의 1에 해당하는 액을 공제한 금액으로 한다.

1. 당해 유가증권에 관하여 소송제기되어 있는 때에는 변론종결시에 있어서의 시장가격(시장가격이 없는 경우에는 추정처분가격)
 2. 제1호의 변론종결전에 당해 유가증권을 처분한 때에는 그 처분가격
- ② 제1항의 규정에 불구하고 제14조의 규정에 의하여 배상책임을 질 자가

청구권자가 입은 손해액의 전부 또는 일부를 허위로 기재·표시하거나 중요한 사항을 기재·표시하지 아니함으로써 발생한 것이 아님을 입증한 경우에는 그 부분에 대하여 배상책임을 지지 아니한다.

2. 법원의 위헌심판제청이유와 관계기관의 의견

가. 법원의 위헌심판제청이유

(1) 법은 부실공시로 인한 손해배상책임의 손해배상액에 관하여, ‘당해 유가증권’의 취득가액에서 ‘당해 유가증권’의 변론종결시의 시장가격(시장가격이 없는 경우에는 추정처분가격) 또는 변론종결 전의 처분가격에 해당하는 액을 공제한 금액으로 한다고 규정하고 있다.

(2) 현재 증권거래소를 통한 주권상장법인의 유가증권에 대한 매매거래는 증권예탁원에 의한 증권예탁결제제도에 따르고 있는데, 증권예탁원은 고객으로부터 예탁받은 유가증권을 재예탁하거나 또는 자기 소유의 유가증권을 예탁하는 예탁자로부터 예탁받은 유가증권을 다른 예탁자로부터 예탁받은 유가증권과 분리하지 않고 종류·종목별로 혼합하여 보관할 수 있다(법 제174조 제4항).

(3) 동일 종목·종류의 유가증권은 모두 혼합보관되는 증권예탁결제제도의 특성에 의해 증권예탁원에 보관중인 유가증권 중 어느 유가증권이 언제, 누가 매매하였던 유가증권인지는 이를 특정할 수 없다.

예를 들어 당해사건에 관하여 보건대, 위 이광규는 구 대우중공업 사업보고서 등이 허위로 공시된 시기인 1998. 3. 1.이전부터 구 대우중공업 주식을 보유하고 있는 상태에서 위 허위공시 이후에 추가로 구 대우중공업 주식을 매수하였는바, 위와 같이 유가증권의 취득자가 상장법인 등의 허위공시가 있기 이전부터 그 상장법인의 유가증권을 보유하고 있다가 허위공시가 있는 이후에 추가로 유가증권을 취득하고, 이중 일부만을 변론종결 전에 처분한 경우에는 그 처분된 일부의 유가증권이 취득자가 허위공시 전에 보유하고 있던 유가증권 중 일부인지, 허위공시 이후에 취득한 유가증권 중 일부인지를 특정할 수 없다.

이러한 점에 비추어 볼 때, 법 제15조에 있어서 ‘당해 유가증권’의 의미를 특정한 개개의 유가증권으로 해석하여 손해배상을 구하는 취득자로 하여금 취득한 각 유가증권을 특정하여 그 처분여부나 취득가액을 특정하도록 하는 것은 유가증권 취득자에게 불가능한 것을 요구하는 것으로서 이는 허위공시를 신뢰한 취득자의 재산권(손해배상청구권)을 부당하게 침해하는 것으로 보

여진다.

(4) 한편 위와 같이 허위공시 전·후에 걸쳐 상장법인의 유가증권을 취득하였다가 그 중 일부만을 처분한 경우 취득자의 손해액을 산정함에 있어, 일부 처분된 유가증권은 허위공시 이전에 취득한 유가증권 중 일부가 우선적으로 처분된 것으로 의제하거나 허위공시 이후에 취득한 유가증권 중 일부가 우선적으로 처분된 것으로 의제하여 위에서 본 산정방식에 따라 손해액을 산정하는 방법을 고려해 볼 수 있다.

그런데 일부 처분된 유가증권의 가격보다 변론종결시의 유가증권의 시장가격이 상승하거나 하락한 경우에 허위공시의 전후 어느 시점에서 취득한 유가증권을 처분한 것으로 의제하느냐에 따라 손해액에 차이가 생긴다. 그리하여 손해액이 많아지면 취득자에게, 적어지면 손해배상 의무자에게 유리하게 되는데 이러한 처분시점의 의제는 때로는 취득자, 때로는 손해배상 의무자에게 불합리한 손해를 가할 수 있다.

(5) 그렇다면 이 사건 규정에 의하여서는 위와 같은 특정한 경우에 있어서 허위공시로 인해 유가증권을 취득한 자의 손해액을 산정할 수 없고, 이 사건 규정의 해석론에 따라 손해배상청구권자 또는 손해배상의무자에게 부당한 손해를 가할 수 있으므로 재산권의 보장을 규정한 헌법에 위반된다고 볼 만한 충분한 이유가 있다.

나. 재정경제부장관의 의견

주가는 주식에 대한 수요와 공급, 기업의 실적, 경제여건 등 다양한 요인에 의해 결정되는 것이므로, 손해액의 산정책임을 일반 손해배상청구소송에서와 같이 손해배상청구권자에게 부담시킨다면 허위공시로 피해를 입은 투자자의 손해배상청구를 사실상 어렵게 만드는 문제가 있다. 이러한 사정을 감안하여 법은 제15조에서 손해액 산정방식을 특별히 규정하고 있는 것이므로 이는 적절한 입법이며, 개별적인 사안에 있어서의 구체적인 손해배상액 산정은 법규정의 해석 및 적용의 문제로서 법원이 입법목적, 대상행위의 특성 등을 고려하여 합리적으로 결정하면 되는 것이므로, 이 사건 규정은 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

3. 판 단

가. 증권예탁결제제도(證券預託決済制度)

(1) 증권예탁결제제도란 유가증권을 대량으로 보유하는 증권회사나 기관투자자 등(예탁자)이 중앙예탁기관(증권예탁원)에 계좌를 개설하고 동 기관에

보유유가증권을 예탁한 후, 예탁유가증권의 양도나 예탁유가증권에 대한 권리의 이전 또는 담보권을 설정하는 경우에 현실적으로 유가증권을 인도하는 대신 당해 예탁자계좌부상 대체기재에 의하여 권리이전 또는 담보권설정의 효력을 인정하는 제도를 말한다. 우리나라의 경우 1973년 법 개정으로 증권예탁제도에 관한 법적 근거가 신설된 이후 같은 법에서 위 제도를 규율하고 있다(법 제173조 이하).

(2) 증권예탁계약은, 대체성 있는 유가증권의 보관과 관리를 위하여 중앙예탁기관(증권예탁원)이 예탁자와 체결한 예탁계약에 의하여 예탁자로부터 유가증권을 예탁받아 혼합보관하고, 혼합보관된 예탁증권의 권리의 이전·변경·소멸 등을 계좌부상 계좌대체방식에 의해 관리하는 일련의 법률행위를 말하며, 이는 민법상의 혼장임치와 위임의 혼합계약이라는 법률적 성질을 가지는 것으로 설명된다.

증권회사는 고객계좌부를 작성하고, 증권예탁원은 예탁자계좌부를 작성하게 되는데, 예탁자의 고객과 예탁자는 이러한 고객계좌부와 예탁자계좌부에 기재된 유가증권의 종류·종목·수량에 따라 예탁유가증권에 대한 ‘공유지분’을 가지는 것으로 추정된다(법 제174조의4 제1항). 따라서 이후의 권리변동은 유가증권의 실물 이동없이 계좌부상 대체기재만으로 이루어진다.

나. 분안 검토

(1) 증권시장에서의 부실공시로 인한 손해배상책임

(가) 공시의무의 부과

현대 자본주의사회에서 증권시장이 공정하고 합리적인 방향으로 제 기능을 다하기 위해서는 여러 가지 조건의 충족이 필요하지만, 그 중에서도 필요한 정보가 충분히 공개되어 시장에 참여하는 어떠한 당사자도 단독으로는 그 거래에 영향을 미칠 수 없도록 유가증권에 관한 정보가 공정하게 분배되는 것이 매우 중요하다.

이에 법은 유가증권의 거래에 관하여 그 발행 단계에서부터 여러 가지의 정보공시의무를 부과하고 있다. 그런데 공시된 정보가 유가증권의 투자에 필요한 판단자료로서 유효하기 위해서는 정보의 진실성과 적시성(適時性)이 담보되어야 한다.

공시정보의 정확성을 확보하기 위하여 법은, 금융감독위원회에 의한 유가증권신고서, 사업설명서, 사업보고서 등의 공시서면의 심사·조사, 이들 공시서면에 부실기재가 발견된 경우의 위 위원회에 의한 정정명령, 증권의 발행·

모집·매출 기타 거래의 정지명령(제10, 11, 19, 20조, 제186조의5) 및 허위 기재가 있는 유가증권신고서, 사업보고서 등의 공시서면을 제출한 자에 대한 형사처벌(제207조의3)을 규정하고 있을 뿐만 아니라, 일반 불법행위책임에 대한 특칙으로서 부실공시를 한 자에 대한 손해배상책임 규정(제14, 15, 16조, 제186조 제4항, 제186조의5)을 두고 있다.

부실공시로 인한 손해배상책임은 발행시장에서의 책임(유가증권신고서와 사업설명서의 부실기재)과 유통시장에서의 책임(상장법인 등의 수시공시의무 및 정기공시의무에 관한 부실공시)으로 구분된다. 법은 제14, 15, 16조에서 전자에 관하여 규정하고 나서, 후자에 관하여는 법 제186조 제4항, 제186조의5에서 위 제14, 15, 16조를 준용하는 방식으로 규정하고 있다.

(나) 손해배상의 범위(손해배상액의 법정)

손해배상의 일반원칙에 의하면, 유가증권의 취득자가 부실공시를 이유로 청구할 수 있는 손해배상액은 통상의 손해와 알았거나 알 수 있었을 특별한 사정으로 인한 손해로서 상당인과관계 있는 손해이다(민법 제393조, 제763조). 그런데 증권거래소에서 집중적·대량적으로 이루어지는 매매에 따라 형성되는 주식의 가격은 주식시장 내부에서의 주식물량의 수요·공급과 주식시장 외부의 각종 여건 등 매우 다양한 요인에 의하여 결정되는 지극히 가변적인 성질을 지니고 있기 때문에, 주가의 등락분 중 부실공시로 인한 하락분을 가려내어 그 인과관계를 입증한다는 것은 결코 쉬운 일이 아니다. 이와 같이 어려운 손해액의 입증책임을 손해배상의 일반원칙에 따라 증권취득자에게 부담시키는 것은 사실상 손해배상의 청구를 곤란하게 만드는 셈이 된다.

그래서 법은 투자자보호의 측면에서 투자자가 손해배상청구를 가능한 한 쉽게 할 수 있도록 입증책임을 전환하여 손해배상의무자에게 무과실의 입증책임을 부담시키고 있을 뿐만 아니라(제14조), 손해배상액을 법정하여 손해배상의무자가 인과관계의 부존재를 입증하지 못하는 한 투자자는 법정액의 손해배상을 받을 수 있도록 하고 있다(제15조 제1항).

(2) 문제점의 발생

현행 증권예탁결제제도 아래에서는 특정의 유가증권이라도 일단 증권예탁원에 예탁되면 그 순간 다른 동종의 유가증권과 혼합되어 특정할 수 없게 된다. 그 결과 증권예탁원에 예탁된 유가증권을 매매하는 경우 매매목적물인 유가증권의 특정이 불가능하다.

다시 말하면, 예탁된 유가증권을 매매하는 경우 매도인이나 매수인은 매매

의 목적이 되는 유가증권을 특정할 수가 없고 단지 유가증권의 종류, 종목, 수량만을 지정하여 거래할 수밖에 없으며, 유가증권을 취득한 자는 자신이 취득한 유가증권을 특정할 수 없음은 물론 이를 다시 매도하는 경우에 그 매도하는 유가증권 역시 특정할 수 없다.

따라서 이 사건의 당해사건에서와 같이 동일 회사가 발행한 동종의 유가증권을 2회 이상에 걸쳐 매수한 후 그중 일부만을 처분한 경우에 그 처분한 유가증권이 어느 시점에 매수하였던 유가증권인지(나머지 처분하지 않은 유가증권이 어느 시점에 매수하였던 유가증권인지)는 이를 알 수가 없고 입증할 수도 없는 문제점이 발생한다.

(3) 이 사건 규정의 위헌 여부

(가) 이 사건의 쟁점

위 문제점과 관련된 이 사건의 쟁점은 다음 두 가지로 정리할 수 있다.

첫째, 현행 증권에탁결제제도 아래에서는 손해배상을 청구하는 유가증권이 어느 유가증권인지를 입증하는 것이 불가능한데도, 이 사건 규정이 준용하는 법 제15조 제1항이 그와 같이 불가능한 입증을 요구함으로써 손해배상청구권자의 재산권을 침해하고 있는지 여부

둘째, 이 사건 규정이 준용하는 법 제15조 제1항이 위와 같은 문제점을 야기하는 경우에 대비한 명확한 규정을 두고 있지 아니하여 손해배상액을 산정함에 있어 동조항의 해석론에 따라서 손해배상청구권자 또는 손해배상의무자에게 불리한 결과가 나타나게 되므로 동인들의 재산권을 침해하는지 여부

(나) 이 사건 규정의 규율범위

부실공시로 인한 손해배상책임에 관하여 법은 손해배상책임의 성립요건에 관한 규정과 손해배상액에 관한 규정을 서로 구분하고 있다. 법 제186조의5에 의해 준용되는 규정들 중 법 제14조는 전자에, 법 제15조는 후자에 각 해당한다. 법 제15조는 법 제14조에 의해 손해배상책임이 성립한 것을 전제로 그 다음 단계로서 손해배상액의 범위(산정방법)에 대해 규정하고 있다. 일반불법행위로 인한 손해배상책임의 경우에는 손해배상액 산정방식에 관한 특칙이 없는데 비하여, 법은 부실공시로 인한 손해배상책임에 관하여 손해배상액 산정방식을 정한 특칙인 이 사건 규정을 두고 있다.

(다) 쟁점에 대한 판단

① 첫째 쟁점에 관하여

손해배상책임이 성립하기 위해서는 손해배상청구권자의 재산적 또는 비재

산적 이익에 손해가 발생할 것이 요구된다. 이에 따른 당연한 결과로서, 손해배상청구권자는 손해배상책임의 요건에 관한 입증책임을 부담하는지와 상관없이, 자신의 어떤 재산적·비재산적 이익에 손해가 발생하였는지를 밝혀야 한다.

이러한 손해발생 대상의 특징은 손해배상책임이 성립하는 데 항상 수반되는 것이므로, 법상의 손해배상책임이든 민법상의 일반불법행위책임이든 불문하고 모든 손해배상책임에 있어서 손해가 발생한 대상의 특징이 꼭 필요하다.

이를 부실공시로 인한 법상의 손해배상책임에 적용시켜 보면, 부실공시로 인해 손해를 입었다고 주장하는 유가증권 취득자는 적어도 손해를 입은 유가증권이 어느 유가증권인지를 밝혀야 함을 의미한다. 그래야만 다음 단계로 나아가 손해배상액 산정에 필요한 요소인 그 유가증권의 취득가액 등의 구체적 사실관계를 입증하는 것이 가능해진다.

부실공시로 인한 손해배상책임은, ① ‘손해배상을 구하는 유가증권의 특정(손해배상을 구하는 유가증권이 수회에 걸쳐 취득한 동일회사의 동종 유가증권 중 언제 취득한 유가증권인지의 특정)’, ② ‘특정된 유가증권의 취득가액, 변론종결시의 시장가격(또는 변론종결 전의 처분가격)의 확정’, ③ ‘손해배상액의 산정’이라는 세 과정을 거쳐야 한다. 위 과정 중 ①단계는 손해배상책임의 성립과 관련이 있는 단계로서 ①, ②단계에서는 사실관계의 입증이 필요하다, 반면, ③단계는 위 ①, ②단계에서 인정된 사실관계를 토대로 손해배상액을 얼마로 할 것인가를 결정하는 평가의 단계로서 사실관계의 입증이 필요하지 않다(다만, 부실공시로 인한 손해배상책임의 경우에는 법이 법관에 의한 손해배상액 평가작용에 갈음하는 규정으로서 손해배상액을 법정한 제15조 제1항을 준용하고 있기 때문에 법관에 의한 손해배상액의 평가가 필요하지 않게 되었다).

그렇다면, ‘손해배상을 구하는 유가증권이 언제 취득한 유가증권인지’를 입증하는 문제는 손해배상액 산정규정인 법 제15조 제1항이 적용되기 전 단계의 문제로서 법 제15조 제1항과는 직접적인 관련이 없으므로, 그와 같은 입증이 불가능하다는 문제 역시 법 제15조 제1항이 규율하는 범위 밖의 것이라 할 것이다.

손해배상을 구하는 유가증권이 언제 취득한 유가증권인지를 입증할 수 없게 되어 결국에 허위공시로 인해 유가증권을 취득한 자의 손해액을 산정할 수 없는 결과에 이르게 된다 하여도 이는 마찬가지이다. 손해액 산정이 불가

능하게 된 것은 손해액산정에 관한 규정이 잘못되어서가 아니라, 그 전 단계에서 손해가 발생한 유가증권의 특정(입증)이 불가능하게 되었기 때문이다.

민법상의 일반불법행위책임에 관하여 보면, “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다”고 규정되어 있고(민법 제750조), 그 손해배상의 범위에 관하여는 통상의 손해를 한도로 하되, 특별한 사정으로 인한 손해는 불법행위자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상책임을 지는 것으로 규정되어 있다(민법 제763조, 제393조). 대법원 판례에 의하면, 부실공시로 인해 손해를 입은 자는 가해자를 상대로 법상의 손해배상책임을 물을 수도 있고 민법상의 일반불법행위책임을 물을 수도 있는바(대법원 1999. 10. 22. 선고 97다26555 판결, 1998. 4. 24. 선고 97다32215 판결 참조), 민법상의 손해배상책임을 묻는 경우에도 손해배상 청구권자는 자신이 취득한 유가증권 중 어느 것이 손해를 입은 유가증권인지를 반드시 특정하여야 한다. 그런데 이 때에도 역시 현행 증권예탁결제제도 아래에서는 당해사건과 같은 경우에는 부실공시로 손해를 입은 유가증권이 어느 유가증권인지를 특정할 수 없는 경우가 발생한다. 결국 손해를 입은 유가증권의 입증불능의 문제점은 이 사건 규정이 없는 경우에도 손해배상책임을 속성상 동일하게 발생하는 것이다. 이 점에 비추어 보아도, 이 사건 규정의 존부와 상관없이 발생하는 문제점을 이유로, 손해배상청구권자의 손해액 입증부담을 덜어주고자 만든 이 사건 규정이 손해배상청구권자의 재산권(손해배상청구권)을 침해한다고 말하는 것은 타당하지 않다 할 것이다.

② 둘째 쟁점에 관하여

이 사건 규정이 준용하는 법 제15조 제1항이, 손해배상을 구하는 유가증권이 언제 취득한 유가증권인지를 입증하지 못하는 경우에 대비한 명확한 규정을 두지 아니하여 동조항의 해석론에 따라서 손해배상청구권자 또는 손해배상의무자에게 불리한 결과가 나타날 수 있게 됨으로써 동인들의 재산권을 침해하는지에 관하여 살펴본다.

위에서 본 바와 같이 손해배상을 구하는 유가증권의 특정(입증)문제는 법 제15조 제1항의 적용범위 밖의 문제로서 법 제15조 제1항과는 관련이 없으므로, 위 입증문제는 법 제15조 제1항의 명확성 여부와는 상관이 없다.

법 제15조 제1항의 “당해 유가증권을 취득함에 있어서” 부분 중 “당해 유가증권”이란 문구가 어느 유가증권을 의미하는지에 관하여 규정하고 있지 아니하여 불명확하다고 주장할 수도 있으나, 위 조항에서 말하는 ‘당해 유가증권’

이란 손해배상책임의 성립단계에서 손해배상의 대상으로 이미 특정된 유가증권을 단지 지칭하는 것에 불과하므로 위 문구는 결코 불명확하지 않다.

다음으로 법 제15조 제1항에 의해 손해배상액을 산정함에 있어서 법관의 해석론에 의할 경우 법관이 어떤 해석방법을 택하느냐에 따라 산정된 손해액이 손해배상청구권자에게 불리한 경우가 생길 수도 있고 손해배상의무자에게 불리한 경우가 생길 수도 있어, 손해배상청구권자 또는 손해배상의무자의 재산권을 침해하게 되는지에 관하여 본다.

제청법원은 위와 같은 현상이 발생하는 것을 이 사건 규정이 준용하는 법 제15조 제1항의 해석론의 문제로 보고 있으나, 앞서 보았듯이 이러한 현상이 이 사건 규정에 의해 야기된 것이 아니다. 법관이 손해가 발생한 유가증권을 특정함에 있어 어떤 해석방법을 취하느냐에 따라 손해배상의 액수가 달라질 수 있지만, 이것은 손해가 발생한 유가증권이 어느 유가증권인지를 결정하는 것에 관한 해석론 즉, 위 ①단계에서의 해석론에 의해 좌우된 결과일 뿐, 이 사건 규정이 준용하는 법 제15조 제1항의 문제는 아니기 때문이다.

따라서 법관의 해석론에 따라 손해배상청구권자 혹은 손해배상의무자에게 불리한 결과가 나온다 하여도 이는 이 사건 규정에서 비롯된 것이라 할 수 없다.

또한 설령 위 현상을 이 사건 규정의 문제라고 본다 하더라도 이로 인하여 손해배상청구권자 또는 손해배상의무자의 재산권이 침해되는 것은 아니다.

손해배상책임이 성립하였을 경우 어느 정도의 손해배상을 해주어야 하는가는 법관이 법규를 적용하여 그 액수를 평가해 내는 과정에 의해 비로소 정해지는 것이지, 미리 그 액수가 정해져 있는 것을 법관이 확인하는 것에 그치는 것이 아니다. 손해배상의 액수는 이처럼 법관이 법규의 해석·적용 과정을 통한 평가작용에 의해 산정해 내게 되는데, 이러한 법규의 해석·적용 과정은 당해 소송사건에 적용할 법규에 관하여 여러 학설이나 견해가 존재할 경우 그중 어느 하나를 선택하는 과정을 당연히 내포하게 된다. 따라서 법관이 대답하는 여러 학설이나 견해 중 어느 하나를 취하여 손해배상액을 산정해 낸 경우, 다른 학설이나 견해에 의할 때보다 손해배상액이 감소하거나 증가하였다는 사정만으로 손해배상청구권자 혹은 손해배상의무자의 재산권에 대한 침해라고 말할 수는 없다. 불법행위에 의한 재산권의 침해 즉 '손해'는 침해 순간에 이미 확정되어 존재하는 것이지만, 그 침해로 인한 '손해액'은 미리 확정되어 있는 것이 아니라 법관의 손해배상액 산정이라는 평가작용에 의하여 비

로소 결정되는 것이기 때문에 법관의 손해배상액 결정행위에 의해 소송당사자의 재산권이 침해된다고 할 수는 없는 것이다. 그렇지 않다고 한다면, 법관의 모든 판단은 언제나 소송당사자 중 일방의 재산권을 침해하게 된다는 결론에 도달하게 될 것이다. 소송당사자 중 일방에게 유리한 법규의 해석방법은 곧 다른 일방에게는 불리한 해석방법이 되는 것이므로, 법관이 어느 해석방법을 택하든지 소송당사자 중 일방에게는 불리한 결과가 나올 수밖에 없기 때문이다.

(4) 소결론

이 사건 규정은 손해배상청구권자나 손해배상의무자의 재산권을 침해하는 것이라 할 수 없다.

4. 결 론

그렇다면, 이 사건 규정은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

회사정리법 제221조 제4항 등 위헌소원

(2003. 12. 18. 2001헌바91·92·93·94(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 부실경영주주의 주식을 3분의 2 이상 강제소각하도록 규정한 회사정리법 제221조 제4항이 재산권의 본질적 내용을 침해하는지 여부(소극)
2. 위 법률조항이 과잉금지의 원칙에 위반되어 재산권을 침해하는지 여부(소극)
3. 위 법률조항이 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)
4. 위 법률조항이 명확성의 원칙에 위반되는지 여부(소극)
5. 위 법률조항이 포괄위임금지원칙에 위반되는지 여부(소극)
6. 위 법률조항이 소급입법에 의한 재산권박탈 금지원칙과 신뢰보호원칙에 위반되는지 여부(소극)
7. 위 법률조항이 적법절차원칙에 위반되는지 여부(소극)
8. 회사정리법 제229조가 명확성의 원칙에 위반되는지 여부(소극)
9. 위 조문에 관하여 부실경영주주의 채권과 일반주주의 채권이 성질을 같이 하는지 여부 또는 성질이 같다고 하더라도 차등을 두는 것이 형평을 해하는지 여부에 대한 법원의 해석이 헌법재판소가 관여할 만한 법원의 해석에 의하여 구체화된 심판대상 규정의 위헌성 문제인지 여부(소극)

【결정요지】

1. 회사를 도산에 이르게 한 부실경영주주에게 경영책임을 묻는 것은 불가피하고, 회사정리법 제221조 제4항(이하 “이 사건 소각조항”이라고 한다)은 “중대한 책임”과 “상당한 영향력”이라는 요건을 충족한 경우에 한하여 부실경영주주의 주식을 소각하도록 규정하고 있으며, 소각의 범위도 주식 전부가 아닌 3분의 2 이상으로 규정하고 있을 뿐 아니라, 회사정리법은 부실경영주주의 주식소각을 내용으로 한 정리계획안에 대한 불복방법을 마련하고 있다. 이러한 점들과 회사정리절

차의 목적, 부실경영주주가 갖는 주식의 성격, 그리고 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다고 규정하고 있는 헌법 제23조 제2항의 취지 등에 비추어 볼 때, 부실경영주주의 주식을 3분의 2 이상 소각하게 한다고 하여 부실경영주주의 주권이라는 재산적 권리가 형해화할 정도에 이르러 그 본질적 내용이 침해되었다고 할 수는 없다.

2. 이 사건 소각조항은 제3자의 정리회사 인수를 보다 쉽게 하여 정리회사의 신속하고 효율적인 정리·재건을 도모함으로써 정리채권자를 포함한 이해관계인들과 전체 국가사회의 경제적 손실을 최소화하고 부실경영을 한 지배주주가 회사정리법을 악용하는 것을 막으려는 것으로서 그 목적의 정당성이 인정되고, 부실경영주주의 주식을 강제로 소각하는 수단은 위와 같은 입법목적을 효율적으로 달성하기 위한 조치로서 상당성이 인정되며, 강제로 소각의 요건으로 “중대한 책임”과 “상당한 영향력 행사”를 규정하여 강제로 소각을 당하는 주주의 범위를 제한하고 있고, 소각의 대상을 모든 주식이 아닌 3분의 2 이상으로 정하고 있을 뿐 아니라, 일반주주의 경우에도 정리절차개시 당시의 회사의 부채의 총액이 자산의 총액을 초과하는 경우에는 보유주식의 2분의 1 이상을 강제로 소각당하게 되는 점에 비추어 보면 피해최소성의 원칙에도 부합되고, 이 사건 소각조항에 의하여 보호되는 회사사업의 정리·재건과 그를 통한 회사의 사회경제적 기능의 유지·강화라는 이익과 부실경영주주로 하여금 회사정리법을 악용하는 것을 막아 이들이 회사정리법에 의한 혜택을 받지 못하도록 한다는 이익은 전체 국가사회의 긴급한 공익적 요청임을 고려할 때 이를 보호하기 위하여 부실경영주주의 주식 3분의 2 이상을 강제로 소각한다고 하여 보호되는 공익과 제한되는 기본권 사이에 현저한 불균형이 있다고 볼 수는 없으므로 기본권제한에 있어서 과잉금지원칙에 위반되지 않는다.

3. 배후에서 회사의 경영에 관여하여 회사를 도산에 이르게 한 부실경영주주를 일반주주와 동일하게 취급한다면 이들이 회사정리절차를 악용하여 경영권을 계속 유지하게 될 가능성이 있고 그렇게 되면 제3자의 회사인수가 어려워져 신속하고 효율적인 정리회사의 정리·재건은 달성할 수 없을 것이므로, 이들을 일반주주에 비하여 불리하

게 취급하였다고 하여 합리적 이유 없이 차별대우하는 것이라고 볼 수는 없다. 또한 회의절차와 회사정리절차는 서로 목적을 달리 하는 절차이고 각기 별개의 법체계가 정립되어 시행되고 있으므로, 회의채무회사의 주주와 회사정리절차에 있어서의 부실경영주주를 동질의 비교집단으로 삼을 수는 없다.

4. 이 사건 소각조항의 입법취지와 관련법조항들과의 관계 그리고 법원의 확립된 실무례 등을 함께 고려해 보면, 이 사건 소각조항의 “중대한 책임이 있는 행위”와 “상당한 영향력을 행사한”이라는 의미는 사회평균인의 건전한 상식으로 판단이 가능하며, 어떠한 경우가 여기에 해당하는지 여부도 어느 정도 예측이 가능할 뿐 아니라 이에 대한 법원의 자의적 해석의 가능성이 없다고 할 것이므로, 이 사건 소각조항은 명확성의 원칙에 위반되지 않는다.

5. 포괄위임금지의 원칙이 적용되기 위해서는 법률이 일정한 사항을 하위법령에 위임하였을 것이 논리적 전제로서 요구되는바, 이 사건 소각조항은 문언의 내용 및 형식에 비추어 볼 때 “기타 특수관계에 있는 주주” 즉, 주식소각을 당하게 되는 주주의 범위에 관한 사항에 대하여는 이를 대법원규칙에서 정하도록 위임하였으나, 주식소각의 요건인 “중대한 책임이 있는 행위”와 “상당한 영향력을 행사한” 부분에 대하여는 그러한 위임을 하였다고 볼 수 없다.

따라서 포괄위임금지의 원칙이 적용될 여지가 없다.

6. 1998. 2. 24. 법률 제5517호로 개정된 회사정리법 부칙 제2조 제5항은 “제221조 제4항의 개정규정은 이 법 시행 후 정리절차가 개시된 회사에 한하여 이를 적용한다”고 규정하여 이 법 시행 이전에 회사정리절차가 개시된 회사에 대하여는 소급효를 제한하고 있으므로 이 사건 소각조항이 소급입법에 의한 재산권침해에 해당한다고 할 수 없으며, 이 사건 소각조항은 회사정리절차가 개시되기 이전에 소각의 범위를 확장한 것뿐이므로 비록 청구인이 정리절차개시 이전에 주식을 취득하면서 소각의 범위가 더 이상 확장되지 않으리라고 신뢰하였다고 하더라도 이러한 신뢰는 단순한 기대에 불과할 뿐이지 헌법상 원리로서 보호하여 할 신뢰라고 보기는 어려우므로, 이 사건 소각조항이 신뢰보호원칙을 위반한 것이라고 할 수 없다.

7. 정리계획을 인가하기 이전에는 부실경영주주가 정리계획안에

대한 의견을 진술을 할 수 있는 제도적 장치가 마련되어 있고, 부실 경영주주의 주식을 소각하도록 한 정리계획인가결정이 있는 후에는 이에 대하여 이의가 있는 자는 즉시항고를 제기하여 구제를 받을 수 있는 길이 열려 있으므로, 주식소각요건에 관한 사정절차나 당사자의 의견진술, 변명절차를 거치도록 규정하지 아니하였다고 하여 이 사건 소각조항이 적법절차의 원칙에 어긋난다고 할 수는 없다.

8. 관련법조항들의 내용과 학설 그리고 법원의 실무례 등을 종합하여 볼 때 회사정리법 제229조(이하 “이 사건 평등원칙조문”이라고 한다)의 “같은 성질의 권리”와 “형평”이라는 개념에 따른 정리채권의 성질상의 구별은 사회평균인의 건전한 상식으로도 가능한 구별이라고 할 것이고, 어떠한 경우가 “같은 성질의 권리”에 해당하는지 “형평에 따른 차등”인지 여부는 어느 정도 예측이 가능할 뿐 아니라 이에 대한 법원의 자의적 해석의 가능성이 없다고 할 것이므로, 이 사건 평등원칙조문의 의미내용이 불명확하다고 할 수는 없다.

9. 다종다양한 권리가 존재하고 있고 앞으로도 새로운 형태의 권리가 생겨날 가능성이 있는 상황에서 헌법재판소가 권리의 종류와 내용 및 범위를 정하여 “법원이 이러한 권리들을 같은 성질의 권리가 아니라고 해석하면 위헌 또는 같은 성질이긴 하나 차등을 두어도 형평을 해하지 않는 경우에 해당한다고 해석하면 위헌”이라고 판단하기는 곤란한 문제이며, 이러한 점에서 이 사건 평등원칙조문에 관하여 부실경영주주의 채권과 일반주주의 채권이 성질을 같이 하는지 여부 또는 성질이 같다고 하더라도 차등을 두는 것이 형평을 해하는지 여부에 대한 법원의 해석은 단순한 법률의 해석·적용이지 헌법재판소가 관여할 만한 법원의 해석에 의하여 구체화된 심판대상 규정의 위헌성 문제는 아니다.

【심판대상조문】

회사정리법(1998. 2. 24. 법률 제5517호로 개정된 것) 제221조(자본의 감소) ①~③ 생략
 ④ 회사의 이사나 이에 준하는 자 또는 지배인의 중대한 책임이 있는 행위로 인하여 정리절차개시의 원인이 발생한 경우에는 그 행위에 상당한 영향력을 행사한 주주 및 그 친족 기타 대법원규칙이 정하는 특수관계에 있는 주주가 가진 주식 3분의 2 이상을 소각하는 방법으로 자본을 감소할 것을 정하여야 한다.

⑤ 생략

회사정리법(1962. 12. 12. 법률 제1214호로 제정된 것) 제229조(평등의 원칙) 정리계획의 조건은 같은 성질의 권리를 가진 자간에서는 평등하여야 한다. 그러나 정리채권자와 정리담보권자에 대하여는 그 채권이 소액인 경우에 다른 규정을 하거나 기타 이들 간에 차등을 두어도 형평을 해하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다.

【참조조문】

회사정리법(1998. 2. 24. 법률 제5517호로 개정된 것) 제221조(자본의 감소) ① 회사의 자본을 감소하는 때에는 다음에 계기하는 사항을 정하여야 한다.

1. 감소할 자본의 액
 2. 자본감소의 방법
- ② 제1항의 규정에 의한 자본의 감소는 회사의 자산과 부채, 회사의 수익력을 참작하여 정하여야 한다.
- ③ 정리절차개시 당시의 회사의 부채의 총액이 자산의 총액을 초과하는 경우에는 회사발행주식의 2분의 1 이상을 소각하는 방법으로 자본을 감소할 것을 정하여야 한다.
- ④ 생략
- ⑤ 제4항의 규정에 의한 자본감소후 제222조에 의하여 신주를 발행하는 경우에 제4항에 규정한 주주는 신주를 인수할 수 없다.

회사정리법(1981. 3. 5. 법률 제3380호로 개정된 것) 제221조(자본의 감소) ① 생략

② 정리절차 개시의 원인이 이사나 이에 준할 자 또는 지배인의 회사재산의 도피·은닉 또는 고의적인 부실경영 등의 행위에 기인한 경우에는 그 행위에 관여한 주주 및 그 친족 기타 특수관계에 있는 주주가 가진 주식 3분의 2를 소각하는 방법으로 자본을 감소할 것을 정하여야 한다.

③ 생략

회사정리사건처리요령(대법원 송무예규 재민 92-5) 5. **회사부실 경영에 책임이 있는 지배주주 등의 주식무상소각**

법률상 이사가 아닌 지배주주가 이사 등을 배후에서 지휘하여 회사의 주요업무에 대한 지시를 하거나 영향력을 행사하는 등으로 실제적으로 회사업무에 관여하고 이사 등이 위와 같은 지배주주의 사실상의 지시나 영향하에 회사재산의 유용·은닉행위, 정관이나 법령에 위반한 행위, 임무해태행위를 하여 회사에 중대한 손해를 발생시킨 사실이 법원의 판결, 수사기관의 수사결과, 조사위원 또는 관리인의 조사결과, 기타 기록에 나타나는 제반 사정 등에 의하여 인정되는 경우에는 법 제221조 제4항 소정의 지배주주 등의 주식 3분의 2 이상을 무상 소각한다.

【참조판례】

1. 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 373-374

헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 256

- 현재 1996. 1. 25. 93헌바5등, 판례집 8-1, 27, 34
- 2. 현재 1996. 1. 25. 93헌바5등, 판례집 8-1, 27, 36
- 3. 현재 2001. 6. 28. 99헌마516, 판례집 13-1, 1393, 1406
현재 2003. 1. 30. 2001헌바64, 판례집 15-1, 48, 59
- 4. 현재 2000. 2. 24. 98헌바37, 판례집 12-1, 169, 179
현재 2001. 10. 25. 2001헌바9, 판례집 13-2, 491, 498
현재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 16
- 5. 현재 1996. 10. 31. 93헌바14, 판례집 8-2, 422, 432-434
현재 2001. 8. 30. 99헌바90, 판례집 13-2, 158, 167
- 6. 현재 1999. 7. 22. 97헌바76등, 판례집 11-2, 175, 193
현재 2002. 2. 28. 99헌바4, 판례집 14-1, 106, 116
- 7. 현재 2000. 6. 29. 98헌바106, 판례집 12-1, 833, 847
현재 2002. 4. 25. 2001헌마200, 판례집 14-1, 382, 392
현재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 18
- 8. 현재 2001. 3. 21. 99헌바107, 판례집 13-1, 626, 633
현재 2001. 9. 27. 2000헌바20, 판례집 13-2, 322, 330

【당 사 자】

청 구 인 재단법인 세계기독교통일신령협회유지재단

대표자 이사 이재석

대리인 법무법인 김·신 앤드 유

담당변호사 김진억 외 6인

당해사건 서울고등법원 2000라73, 2000라74, 2000라75, 2000라76 회사
정리

【주 문】

회사정리법 제221조 제4항(1998. 2. 24. 법률 제5517호로 개정된 것) 중 “회사의 이사나 이에 준하는 자 또는 지배인의 중대한 책임이 있는 행위로 인하여 정리절차개시의 원인이 발생한 경우에는 그 행위에 상당한 영향력을 행사한 주주가 가진 주식 3분의 2 이상을 소각하는 방법으로 자본을 감소할 것을 정하여야 한다”는 부분과 제229조(1962. 12. 12. 법률 제1214호로 제정된 것) 중 “정리계획의 조건은 같은 성질의 권리를 가진 자간에서는 평등하여야 한다. 그러나 정리채권자와 정리담보권자에 대하여는 이들 간에 차등을 두어도 형평을 해하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다”는 부분은 헌법에 위반되

지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2001헌바91 사건

(가) 서울지방법원은 이산화티타늄의 제조 및 판매를 주사업목적으로 하는 한국티타늄공업 주식회사(이하 “정리회사”라고 한다)에 대하여 1999. 4. 23. 회사정리절차 개시결정을 한 뒤 2000. 2. 1. 정리계획안 인가결정을 하였다(98파10320).

(나) 이 정리계획안에 따르면, 대주주 및 특수관계인인 청구인의 보유주식 119,636주는 100% 소각하고, 청구인의 정리채권 7,411,535,150원은 원금과 이자를 전액 면제하며, 청구인 및 계열회사, 기타 특수관계인이 대위변제 등으로 정리회사에 대해 취득할 구상금 채권은 전액 면제하되, 단 청구인이 담보 제공한 여의도부지와 관련하여 취득한 장래 구상금 채권에 대하여는 통일중공업 주식회사 및 주식회사 일화가 자신의 정리계획에 따라 정리회사에 대한 대여금 변제방법으로 출자전환하여 정리회사에 배정한 해당 신주를 청구인에게 양도하는 것으로 변제에 갈음한다고 규정되어 있다.

(2) 2001헌바92 사건

(가) 서울지방법원은 자동차부품 및 공작기계 등의 제조 및 판매를 주사업 목적으로 하는 통일중공업 주식회사(이하 “정리회사”라고 한다)에 대하여 1999. 4. 23. 회사정리절차 개시결정을 한 뒤 2000. 2. 1. 정리계획안 인가결정을 하였다(98파10322).

(나) 이 정리계획안에 따르면, 대주주 및 특수관계인인 청구인의 보유주식 361,432주 중 질권설정된 주식을 제외한 59,999주를 소각하고, 청구인의 정리채권 중 원금 172,968,397,868원의 40%를 출자전환하고 나머지 원금과 이자를 전액 면제하며, 특수관계인인 청구인 및 주식회사 세계일보 기타 특수관계인이 대위변제 등으로 정리회사에 대해 취득할 구상금 채권을 전액 면제한다고 규정되어 있다.

(3) 2001헌바93 사건

(가) 서울지방법원은 토목, 건축공사의 국내외 공사도급업을 주사업목적으로 하는 일성건설주식회사(이하 “정리회사”라고 한다)에 대하여 1999. 4. 23.

회사정리절차 개시결정을 한 뒤 2000. 2. 1. 정리계획안 인가결정을 하였다(98파10324).

(나) 이 정리계획안에 따르면, 대주주인 청구인의 보유주식 56,250주는 100% 소각하고, 청구인의 정리채권은 원금과 이자를 전액 면제하며, 청구인 및 계열회사가 대위변제 등으로 정리회사에 대해 취득하였거나 취득할 구상금 채권은 전액 면제하되, 단 청구인이 담보제공한 여의도부지와 관련하여 취득한 장래 구상금 채권에 대하여는 동일중공업주식회사가 자신의 정리계획에 따라 정리회사에 대한 대여금 변제방법으로 출자전환하여 정리회사에 배정한 해당 신주를 청구인에게 양도하는 것으로 변제에 같음한다고 규정되어 있다.

(4) 2001헌바94 사건

(가) 서울지방법원은 건축석재의 생산 및 판매를 주사업목적으로 하는 주식회사 일신석재(이하 “정리회사”라고 한다)에 대하여 1999. 4. 23. 회사정리절차 개시결정을 한 뒤 2000. 2. 1. 정리계획안 인가결정을 하였다(98파10326).

(나) 이 정리계획안에 따르면, 대주주 및 특수관계인인 청구인의 보유주식 41,995주 중 질권설정된 주식을 제외한 16,995주를 소각하고, 청구인의 정리채권 중 원금 7,620,500,000원의 30%를 출자전환하고 나머지 원금과 이자를 전액 면제하며, 청구인 및 계열회사 기타 특수관계인이 대위변제 등으로 정리회사에 대해 취득할 구상금 채권 역시 전액 면제한다고 규정되어 있다.

(5) 헌법소원심판청구

청구인은 2000. 2. 16. 서울고등법원에 위 각 정리계획안 인가결정의 취소를 구하는 항고를 제기하고(당해사건 2000라73, 2000라74, 2000라75, 2000라76), 위와 같은 주식소각, 정리채권의 출자전환 및 면제 등의 근거가 되는 회사정리법 제221조 제4항과 제229조에 대하여 위헌법률심판제청(2000카기298, 2000카기299, 2000카기300, 2000카기301)을 하였으나, 위 법원이 2001. 10. 29. 위 항고를 모두 기각함과 동시에 위 제청신청도 모두 기각하자 2001. 11. 12. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

따라서 이 사건의 심판대상은 회사정리법 제221조 제4항(1998. 2. 24. 법률 제5517호로 개정된 것) 중 “회사의 이어나 이에 준하는 자 또는 지배인의 중대한 책임이 있는 행위로 인하여 정리절차개시의 원인이 발생한 경우에는 그 행위에 상당한 영향력을 행사한 주주(이 뒤에서는 ‘부실경영주주’라고 한다)가 가진 주식 3분의 2 이상을 소각하는 방법으로 자본을 감소할 것을 정하여

야 한다”는 부분(이하 “이 사건 소각조항”이라고 한다. 청구인은 위 조항 전체를 심판대상으로 표시하여 심판청구를 하였으나, 당해사건의 내용과 청구인의 주장을 종합하여 볼 때 위 조항 중 “그 친족 기타 대법원규칙이 정하는 특수관계에 있는 주주” 부분은 당해사건과 직접적인 관련이 없으므로 이 부분은 심판대상으로 삼지 않는다)과 제229조(1962. 12. 12. 법률 제1214호로 제정된 것) 중 “정리계획의 조건은 같은 성질의 권리를 가진 자간에서는 평등하여야 한다. 그러나 정리채권자와 정리담보권자에 대하여는 이들 간에 차등을 두어도 균형을 해하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다” 부분(이하 “이 사건 평등원칙조문”이라고 한다, 청구인은 위 조문 전체를 심판대상으로 표시하여 심판청구를 하였으나, 당해사건의 내용과 청구인의 주장을 종합하여 볼 때 위 조문 중 “그 채권이 소액인 경우에 다른 규정을 하거나” 부분은 당해사건과 직접적인 관련이 없으므로 이 부분은 심판대상으로 삼지 않는다)의 위헌 여부이며 그 규정 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

(1) 심판대상조항

회사정리법 제221조(자본의 감소) ④ 회사의 이어나 이에 준하는 자 또는 지배인의 중대한 책임이 있는 행위로 인하여 정리절차개시의 원인이 발생한 경우에는 그 행위에 상당한 영향력을 행사한 주주 및 그 친족 기타 대법원규칙이 정하는 특수관계에 있는 주주가 가진 주식 3분의 2 이상을 소각하는 방법으로 자본을 감소할 것을 정하여야 한다.

회사정리법 제229조(평등의 원칙) 정리계획의 조건은 같은 성질의 권리를 가진 자간에서는 평등하여야 한다. 그러나 정리채권자와 정리담보권자에 대하여는 그 채권이 소액인 경우에 다른 규정을 하거나 기타 이들 간에 차등을 두어도 형평을 해하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다.

(2) 관련조항

회사정리법 제221조(자본의 감소) ① 회사의 자본을 감소하는 때에는 다음에 계기하는 사항을 정하여야 한다. 1. 감소할 자본의 액 2. 자본감소의 방법 ② 제1항의 규정에 의한 자본의 감소는 회사의 자산과 부채, 회사의 수익력을 참작하여 정하여야 한다. ③ 정리절차개시 당시의 회사의 부채의 총액이 자산의 총액을 초과하는 경우에는 회사발행주식의 2분의 1 이상을 소각하는 방법으로 자본을 감소할 것을 정하여야 한다. ⑤ 제4항의 규정에 의한 자본감소 후 제222조에 의하여 신주를 발행하는 경우에 제4항에 규정한 주주는 신주를 인수할 수 없다.

구 회사정리법(1981. 3. 5. 법률 제3380호로 개정된 것) 제221조(자본의 감소) ② 정리절차개시의 원인이 이사나 이에 준할 자 또는 지배인의 회사재산의 도포·은닉 또는 고의적인 부실경영 등의 행위에 기인한 경우에는 그 행위에 관여한 주주 및 그 친족 기타 특수관계에 있는 주주가 가진 주식 3분의 2를 소각하는 방법으로 자본을 감소할 것을 정하여야 한다.

회사정리사건처리요령(대법원 송무예규 재민 92-5) 5. 회사부실 경영에 책임이 있는 지배주주 등의 주식무상소각

법률상 이사가 아닌 지배주주가 이사 등을 배후에서 지휘하여 회사의 주요 업무에 대한 지시를 하거나 영향력을 행사하는 등으로 실제적으로 회사업무에 관여하고 이사 등이 위와 같은 지배주주의 사실상의 지시나 영향 하에 회사재산의 유용·은닉행위, 정관이나 법령에 위반한 행위, 임무해태행위를 하여 회사에 중대한 손해를 발생시킨 사실이 법원의 판결, 수사기관의 수사결과, 조사위원 또는 관리인의 조사결과, 기타 기록에 나타나는 제반 사정 등에 의하여 인정되는 경우에는 법 제221조 제4항 소정의 지배주주 등의 주식 3분의 2 이상을 무상 소각한다.

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

별지 기재와 같다.

3. 판 단

가. 회사정리제도의 목적과 특성

회사정리법은 재정적 궁핍으로 파탄에 직면하였으나 갱생의 가치가 있는 주식회사에 관하여 채권자, 주주 기타 이해관계인의 이해를 조정하며 그 사업의 정리재건을 도모함을 목적으로 한다(제1조).

주식회사는 산업과 경제발전에 크게 기여하는 사회적 가치를 가지고 있으므로, 재정적 궁핍으로 사업에 차질이 생긴 경우 곧 바로 파산절차 등에 따라 이를 해체하게 되면 주주나 종업원은 물론 채권자 등에게 반드시 유리한 것도 아니고, 사회경제적 손실 또한 크게 따르게 되므로, 그러한 사회적 손실을 방지하려는 공익적 필요성도 인정된다. 그러므로 회사정리제도는 주식회사의 재정상태가 악화되어 파탄에 직면한 경우 그 사회적 기능에 따른 공익상의 필요에서 법원의 감독 아래 채권자, 주주 기타의 이해관계인의 이해를 조정해 가면서 그 사업을 유지·갱생하도록 마련한 제도인 것이다(헌재 1996. 8. 29. 95헌가15, 판례집 8-2, 1, 10-11; 헌재 2002. 10. 31. 2001헌바59, 판례집 14-2, 486, 493 참조).

회사정리법은 위와 같이 회사정리제도에 의하여 사업의 유지·갱생을 도모하려는 목적을 달성하기 위하여, 회사의 채권자와 주주 등이 같은 이해관계인으로 참가하고 이해관계인 집회에 출석하여 정리계획안에 대한 의결에 참여하는 등의 방법으로 회사를 갱생하기 위한 손실을 함께 분담하게 한다는 점에 가장 커다란 특질을 두고 있으며, 이러한 손실분담 등 이해 조정의 방법으로 법원의 관여 아래 공정하고 적정한 정리계획을 수립하고, 정리계획이 법원의 인가결정으로 확정되면 그에 따라 회사의 채무는 회사의 재건에 필요한 한도에서 면책 또는 권리 변경되게 하는 효력을 인정하고 있다(헌재 1992. 6. 26. 91헌가8등, 판례집 4, 323, 331-332; 헌재 2002. 10. 31. 2001헌바59, 판례집 14-2, 486, 493-494 참조).

나. 이 사건 소각조항에 대한 판단

(1) 재산권의 침해 여부

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

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

(가) 정리회사의 주식이 헌법상 보장되는 재산권의 객체인지 여부

주식은 주주가 회사에 대하여 갖는 권리의무의 기초인 사원의 지위 또는 자격 즉 사원권을 의미하는 것으로 이러한 주주권에 의하여 주주는 재산권적 성질의 권리인 이익배당청구권과 잔여재산분배청구권 등의 자익권(自益權)과 인격권적 내용의 의결권이나 지배권 등의 공익권(共益權)을 갖는다. 따라서 재산권적 성질을 갖는 주식은 헌법이 보장하는 재산권의 객체가 된다.

다만 대부분의 정리회사는 부채가 자산을 초과하여 그 주식의 경제적 가치

가 전혀 없거나 매우 낮으므로 정리회사의 주식이 과연 헌법이 보장하는 재산권의 객체가 될 수 있는지가 문제된다.

그러나 회사정리절차가 진행중인 회사가 반드시 채무초과상태에 있는 것은 아니고, 정리회사의 주식도 회사의 신용도 등 무형자산과 향후수익력 등의 평가를 토대로 주식거래시장에서 관리종목으로 거러되고 있을 뿐만 아니라, 궁극적으로는 모든 이해관계인들의 이해를 조정하여 회사를 유지·재건시키는 것이 회사정리제도의 목적인 이상 원활한 사업수행을 통하여 수익력이 제고 되면 정리회사의 재무구조가 개선될 여지도 없지 않다.

이러한 의미에서 정리회사의 주식이라 해도 헌법이 보장하는 재산권의 객체가 된다고 할 것이고, 이 사건 소각조항은 법원으로 하여금 부실경영주주의 주식을 소각하게 함으로써 그의 재산권을 제한한다.

(나) 재산권의 본질적 내용의 침해 여부

이 사건 소각조항은 정리법원으로 하여금 일정한 요건에 해당하기만 하면 부실경영주주의 주식 3분의 2 이상을 무상으로 강제소각하도록 규정하고 있으므로 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 것은 아닌지 하는 의문이 들게 한다.

기본권의 본질적 내용은 만약 이를 제한하는 경우에는 기본권 그 자체가 무의미하게 되는 기본권의 근본요소를 의미한다. 따라서 이 사건 소각조항에 의하여 주주권이 유명무실해지고 형해화되어 헌법이 재산권을 보장하는 궁극적인 목적을 달성할 수 없게 되는 지경에 이른다면 위 조항은 기본권제한 입법의 한계를 넘는 위헌입법이라고 할 수 있을 것이다(헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 373-374; 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 256; 헌재 1996. 1. 25. 93헌바5등, 판례집 8-1, 27, 34 참조).

살피건대, 회사를 도산에 이르게 한 부실경영주주에게 어떠한 방식으로든 경영책임을 묻는 것은 불가피하다고 할 것이고 그 방안의 하나로 도입된 것이 바로 징벌적 주식소각제도이다. 이 사건 소각조항은 “중대한 책임”과 “상당한 영향력”이라는 요건을 충족한 경우에 한하여 부실경영주주의 주식을 소각하도록 규정하고 있고, 소각의 범위도 주식 전부가 아닌 3분의 2 이상으로 규정하고 있을 뿐 아니라 이 법은 부실경영주주의 주식소각을 내용으로 한 정리계획안에 대한 불복방법을 마련하고 있다(제237조).

이와 같은 점들과 재정적 궁핍으로 파탄에 직면하였으나 갱생의 가치가 있는 회사의 정리·재건이라는 회사정리절차의 목적, 부실경영주주가 갖는 주

식의 성격, 그리고 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다고 규정하고 있는 헌법 제23조 제2항의 취지 등에 비추어 볼 때, 이 사건 소각조항이 정리채권자를 포함한 이해관계인들로 구성된 관계인집회의 결의와 법원의 인가를 거쳐 성립되고 집단적 화해(헌재 1992. 6. 26. 91헌가8등, 판례집 4, 323, 340 참조)로서의 의미를 가지는 정리계획의 규정에 의하여 부실경영주주의 주식을 3분의 2 이상 소각하게 한다고 하여 그것만으로 부실경영주주의 주권이라는 재산적 권리가 형해화할 정도에 이르러 그 본질적 내용이 침해되었다고 단정할 수는 없다.

(다) 과잉금지원칙 위배 여부

1) 입법목적의 정당성

주식회사는 국가산업과 국민경제의 발전에 기여하는 물적·인적 조직체로서 중대한 사회적 가치를 지니는 경제주체의 하나이므로 재정적 궁핍으로 사업의 수행에 차질이 생겼다고 하여 곧바로 파산절차 등에 따라 이를 해체하게 되면 주주나 종업원, 채권자 등 개별적인 이해관계인을 위하여나 전체 국가사회의 경제적 이익을 위하여나 오히려 바람직하지 아니한 결과가 초래될 우려가 크다.

그러므로 회사정리법은 재정적 궁핍으로 파탄에 직면한 회사의 정리재건이라는 목적을 이루기 위하여 회사가 부담하고 있는 채무 또는 책임을 감소시켜 되도록 재정적 부담이 가벼워진 상태에서 영업을 계속하여 수익을 올릴 수 있는 여건을 조성하기 위한 각종의 제도적 장치를 마련하고 있을 뿐 아니라, 재무구조가 부실하고 만성적인 운영자금의 부족을 겪는 정리회사에 외부 신규자본의 유입을 촉진하기 위하여 회사의 자본을 감소시키는 주식소각제도를 두고 있는 것이다(헌재 1996. 1. 25. 93헌바5등, 판례집 8-1, 27, 36 참조).

주식소각 중에서도 특히 이 사건 소각조항이 규정하고 있는 부실경영주주의 징벌적 주식소각은 스스로 고의적인 부실경영 등을 하여 회사를 도산에 이르게 한 책임이 있는 주주나 임원이 회사정리법을 악용하는 것을 막아 이들이 회사정리법에 의한 혜택을 받지 못하도록 함과 동시에 제3자의 기업인수를 활성화하는 것을 입법목적으로 한다.

따라서 이 사건 소각조항에 의하여 인정되는 부실경영주주의 주식소각은, 제3자의 정리회사 인수를 보다 쉽게 하여 정리회사의 신속하고 효율적인 정리·재건을 도모함으로써 정리채권자를 포함한 이해관계인들과 전체 국가사회의 경제적 손실을 최소화하고 부실경영을 한 지배주주가 회사정리법을 악

용하는 것을 막으려는 공익적 요청에 부응하는 것으로서 그 목적의 정당성이 인정된다.

2) 수단의 상당성

이 사건 소각조항은 위와 같은 입법목적을 달성하기 위하여 부실경영주주의 주식을 의무적으로 3분의 2 이상 소각하도록 규정하고 있는바, 만약 부실경영주주의 주식을 소각하지 않는다면 그가 회사의 경영에 지속적으로 관여함으로써 인한 폐해와 회사정리법을 악용하여 그에 의한 혜택을 받는 것을 방지하기가 어렵게 될 뿐 아니라 제3자가 기업인수를 회피하게 될 것이므로, 이 사건 소각조항이 부실경영주주의 주식을 강제로 소각하는 수단을 선택한 것은 위와 같은 입법목적을 효율적으로 달성하기 위한 조치로서 그 상당성이 인정된다.

청구인은 정리회사의 갱생을 도모하기 위하여 구경영진 및 사주를 배제하는 것이 이 사건 소각조항의 입법목적이라면 이러한 입법목적의 달성은 구사주의 주식을 무의결권주로 전환하는 것만으로도 충분하다고 주장하나, 의결권을 제외한 나머지 주식상의 권리를 부실경영주주로 하여금 그대로 누릴 수 있게 한다면 앞서 본 입법목적을 충분히 달성할 수가 없게 될 것이다.

3) 침해의 최소성

그리고 이 사건 소각조항은 부실경영주주의 주식을 강제소각하기 위한 요건으로 부실경영주주의 “중대한 책임”과 “상당한 영향력 행사”를 규정하여 강제소각을 당하는 주주의 범위를 제한하고 있고 소각의 대상을 모든 주식이란 아닌 3분의 2 이상으로 정하고 있을 뿐 아니라, 일반주주의 경우에도 정리절차개시 당시의 회사의 부채의 총액이 자산의 총액을 초과하는 경우에는(회사정리절차가 개시된 주식회사는 대부분 부채가 자산을 초과하는 경우에 해당한다) 보유주식의 2분의 1 이상을 강제로 소각당하게 되는 점(회사정리법 제 221조 제3항)에 비추어 보면 이 사건 소각조항이 그 입법목적을 달성하기 위하여 필요하다고 인정되는 범위를 초과하는 과도한 것이라고 할 수 없다.

4) 법익의 균형성

이 사건 소각조항에 의하여 보호되는 회사사업의 정리·재건과 그를 통한 회사의 사회경제적 기능의 유지·강화라는 이익과 부실경영주주로 하여금 회사정리법을 악용하는 것을 막아 이들이 회사정리법에 의한 혜택을 받지 못하도록 한다는 이익은 전체 국가사회의 긴급한 공익적 요청이라고 할 것이므로, 이를 보호하기 위하여 부실경영주주의 주식 3분의 2 이상을 강제로 소각한다

고 하여 보호되는 공익과 제한되는 기본권 사이에 현저한 불균형이 있다고 볼 수는 없을 것이다.

5) 소 결

따라서 이 사건 소각조항은 기본권제한에 있어서 과잉금지원칙에 위반되지 않는다.

(2) 평등원칙 위반 여부

(가) 기본원칙

평등의 원칙은 본질적으로 같은 것은 같게, 본질적으로 다른 것은 다르게 취급할 것을 요구한다. 그렇지만 이러한 평등은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 배제하는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적 근거가 있는 차별은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다(헌재 2001. 6. 28. 선고, 99헌마516, 판례집 13-1, 1393, 1406).

(나) 심사요건

일반적으로 자의금지원칙에 관한 심사요건은 ① 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고 있는지에 관련된 차별취급의 존재 여부와, ② 이러한 차별취급이 존재한다면 이를 자의적인 것으로 볼 수 있는지 여부라고 할 수 있다. 한편, ①의 요건에 관련하여 두 개의 비교집단이 본질적으로 동일한가의 판단은 일반적으로 관련 헌법규정과 당해 법규정의 의미와 목적에 달려 있고, ②의 요건에 관련하여 차별취급의 자의성은 합리적인 이유가 결여된 것을 의미하므로, 차별대우를 정당화하는 객관적이고 합리적인 이유가 존재한다면 차별대우는 자의적인 것이 아니게 된다(헌재 2003. 1. 30. 2001헌바64, 판례집 15-1, 48, 59).

(다) 일반주주와의 비교

일반주주의 경우는 회사의 부채의 총액이 자산의 총액을 초과하는 때에 주식의 2분의 1 이상을 강제소각하도록 규정하고 있는 것에 비해 이 사건 소각조항은 부실경영주주의 주식을 3분의 2 이상 강제소각하도록 규정하고 있으므로 이것이 일반주주와 부실경영주주를 차별하여 후자에 대한 평등권을 침해하는지 여부를 살펴본다.

부실경영주주는 배후에서 회사의 경영에 관여하여 회사를 도산에 이르게 한 자이므로 이들을 일반주주에 비하여 불리하게 취급하였다고 하여 합리적 이유 없이 차별대우하는 것이라고 볼 수는 없다. 만일 부실경영주주를 일반주

주와 동일하게 취급한다면 이들이 회사정리절차를 악용하여 경영권을 계속 유지하게 될 가능성이 있고 그렇게 되면 제3자의 회사인수가 어려워져 신속하고 효율적인 정리회사의 정리·재건은 달성할 수 없을 것이기 때문이다.

따라서 주식을 소각함에 있어 부실경영주주와 일반주주를 차별하는 것은 합리적 이유가 충분하다고 할 것이다.

(라) 회의채무회사 주주와의 비교

청구인은, 지배주주의 경영간섭이 현저한 중소기업이나 개인기업의 경우에는 회의절차를 이용할 수 있음에 비해 상대적으로 경영간섭이 적은 대규모 주식회사의 경우에는 사실상 회의절차를 이용할 수 없어 부득이 회사정리절차를 거쳐야 하고 그 결과 주식을 소각당하게 되므로 정리회사의 지배주주는 회의채무회사의 주주에 비해 불합리한 차별대우를 받게 된다고 주장한다.

살피건대, 회의제도가 집단적 채무처리절차라는 점에서는 회사정리제도와 성질을 같이 하나, 회사정리절차가 회사의 갱생이라는 적극적인 목적을 가지고 있는 데 비해 회의절차는 단순한 파산예방이라는 소극적인 목적을 갖는다. 그에 따라 회의절차를 규율하는 독자적인 법률인 회의법이 제정되어 시행되고 있다.

이와 같이 회의절차와 회사정리절차는 서로 목적을 달리 하는 절차이고 각기 별개의 법체계가 정립되어 시행되고 있으므로, 회의채무회사의 주주와 회사정리절차에 있어서의 부실경영주주를 동질의 비교집단으로 삼을 수는 없다.

(마) 소 결

따라서 이 사건 소각조항은 평등원칙에 위배되지 않는다.

(3) 명확성의 원칙 위반 여부

청구인은 이 사건 소각조항이 “중대한 책임이 있는 행위”와 “상당한 영향력”이라는 지극히 추상적이고 일반적인 내용을 규정함으로써 기본권을 무제한으로 침해할 수 있는 근거를 제공하고 있다고 주장한다.

(가) 일반론

명확성의 원칙은 법치국가원리의 한 표현으로서 기본권을 제한하는 법규범의 내용은 명확하여야 한다는 헌법상의 원칙이다. 법규범의 의미내용이 불확실하면 법적 안정성과 예측가능성을 확보할 수 없고, 법집행 당국의 자의적인 법해석과 집행을 가능하게 한다는 것을 그 근거로 한다(헌재 2001. 10. 25. 2001헌바9, 판례집 13-2, 491, 498; 헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집

14-2, 1, 16; 헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 16 참조).

즉, 법률은 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동지침을 주어야 차별적이거나 자의적인 법해석을 예방할 수 있는 것인데, 법규범의 의미내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 국민이 알 수 없다면 법적 안정성과 예측가능성은 확보될 수 없게 될 것이고, 법집행 당국에 의한 자의적 집행이 가능하게 될 것이다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집10-1, 327, 341-342; 헌재 2000. 2. 24. 98헌바37, 판례집 12-1, 169, 179; 헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 16 참조).

(나) 강제소각요건의 변천

징벌적 주식소각조항이 1981. 3. 5. 신설될 때의 내용은 “정리절차개시의 원인이 이사나 이에 준한 자 또는 지배인의 회사재산의 도피, 은닉 또는 고의적인 부실경영 등의 행위에 기인한 경우에는 그 행위에 관여한 주주 및 그 친족 기타 특수관계에 있는 주주가 가진 주식 3분의 2를 소각하는 방법으로 자본을 감소할 것을 정하여야 한다”였다.

그런데, 법원에서는 “회사재산의 도피, 은닉 또는 고의적인 부실경영 등의 행위”를 문자 그대로의 재산도피·은닉 또는 고의적인 부실경영만을 의미하는 것이 아니라, 그보다 더욱 넓게 정리절차개시의 원인이 위와 같은 이사 등의 고의적인 것은 아니라 할지라도, 주로 그들의 경영상의 과실이나 잘못에 기인하는 경우도 포함하는 것으로 해석하였다.

법원의 이러한 해석은 위 규정을 지나치게 넓게 해석함으로써 구사주가 회사정리신청을 기피하도록 하였다는 비판이 있었고 특히, 1996년 법원이 원칙적으로 구사주를 경영에서 배제하고 구사주의 주식을 전부소각하기로 하자, 구사주들이 오로지 경영권을 유지하기 위하여 화의제도를 선호하고 회사정리절차를 외면하는 현상이 발생하였다. 그리하여 1998. 2. 24. 위 조항은 “중대한 책임이 있는 행위”와 “그 행위에 상당한 영향력을 행사한 주주”라는 요건으로 개정되게 되었다.

(다) 판 단

회사정리법 제220조 제2항은 “회사의 이사, 대표이사 또는 감사 중 유임하게 할 자가 있는 때에는 그 자와 임기를 정하여야 한다. 그러나 정리절차개시의 원인이 이사, 대표이사 또는 감사의 회사재산의 도피·은닉 또는 고의적인 부실경영 등의 행위에 기인한 경우에는 유임하게 할 수 없다”고 규정하고 있

고, 화의법 제19조의2는 “법원은 주식회사의 화의개시의 신청이 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 이를 기각할 수 있다. 1. 채무자인 주식회사의 재정적 파탄의 원인이 이사나 이에 준하는 자 또는 지배인의 회사재산의 유용·은닉 또는 중대한 책임이 있는 부실경영의 행위에 기인한 때”라고 규정하고 있는 바, 이러한 규정내용과 앞서 본 강제소각요건의 변천내용을 함께 고려해 보면, “중대한 책임이 있는 행위”란 일용 “회사재산의 도피·은닉·유용 또는 고의적인 부실경영 행위” 그리고 그와 같은 정도의 책임이 있는 행위로 해석될 수 있다.

한편, 회사정리법 제289조는 “회사의 이사나 이에 준할 자 또는 지배인이 정리절차개시의 결정을 받을 목적으로 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 한 경우에 회사에 관하여 정리절차개시의 결정이 있을 때에는 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다. 1. 회사의 재산을 손괴 또는 은닉하거나 채권자, 담보권자 또는 주주에 불이익하게 처분하는 것 2. 회사의 부담을 허위로 증가하는 것 3. 법률의 규정에 의하여 작성하여야 할 상업장부를 작성하지 아니하거나 이에 재산의 현황을 알기에 족한 기재를 하지 아니하거나 부정의 기재를 하거나 이를 손괴 또는 은닉하는 것 4. 부정수표단속법에 의한 처벌회피를 주된 목적으로 회사에 대한 정리절차개시신청을 하게 하는 것”이라고 하여 사기정리죄를 규정하고 있고, 상법 제399조 제1항은 “이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태한 때에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다,” 제401조 제1항은 “이사가 약의 또는 중대한 과실로 인하여 그 임무를 해태한 때에는 그 이사는 제3자에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다,” 제401조의2 제1항은 “다음 각호의 1에 해당하는 자는 그 지시하거나 집행한 업무에 관하여 제399조·제401조…의 적용에 있어서 이를 이사로 본다. 1. 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자 2. 이사의 이름으로 직접 업무를 집행한 자 3. 이사가 아니면서 명예회장·회장·사장·부사장·전무·상무·이사 기타 회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자”라고 규정하고 있다.

또한 회사정리사건처리요령은 “법률상 이사가 아닌 지배주주가 이사 등을 배후에서 지휘하여 회사의 주요업무에 대한 지시를 하거나 영향력을 행사하는 등으로 실제적으로 회사업무에 관여하고 이사 등이 위와 같은 지배주주의 사실상의 지시나 영향 하에 회사재산의 유용·은닉행위, 정관이나 법령에 위

반한 행위, 임무해태행위를 하여 회사에 중대한 손해를 발생시킨 사실이 법원의 판결, 수사기관의 수사, 조사위원 또는 관리인의 조사결과, 기타 기록에 나타나는 제반사정에 의하여 인정되는 경우에는 법 제221조 제4항 소정의 지배주주 등의 주식 3분의 2 이상을 무상 소각한다”고 규정하고 있다.

이 사건 소각조항의 입법취지와 위와 같은 관련법조항들과의 관계 그리고 법원의 확립된 실무례 등을 함께 고려해 보면, 이 사건 소각조항의 “중대한 책임이 있는 행위”와 “상당한 영향력을 행사한”이라는 의미는 사회평균인의 건전한 상식으로 판단이 가능하며, 어떠한 경우가 여기에 해당하는지 여부도 어느 정도 예측이 가능할 뿐 아니라 이에 대한 법원의 자의적 해석의 가능성이 없다고 할 것이다.

따라서, 이 사건 소각조항이 규정한 “중대한 책임이 있는 행위”와 “상당한 영향력을 행사한”의 의미내용이 불명확하다고 할 수는 없다.

(4) 포괄위임금지원칙의 위반 여부

(가) 위임입법의 한계

헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항……에 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 일반적인 포괄적인 위임입법은 허용되지 않는다는 것을 명백히 하고 있는데, 이는 국민주권주의, 권력분립주의 및 법치주의를 기본원리로 하고 있는 우리 헌법하에서 국민의 헌법상 기본권 및 기본의무와 관련된 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 대한 정책 형성기능은 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 아니되기 때문이다(헌재 1995. 11. 30. 94헌바40등, 판례집 7-2, 616, 634; 헌재 1996. 10. 31. 93헌바14, 판례집 8-2, 422, 432-434 등 참조).

(나) 이 사건 소각조항의 포괄위임 여부

청구인은 위 조항이 추상적이고 모호한 일반규정으로 구성되어 있어 재산권침해의 내용과 한계에 관한 최소한의 실질적인 요건조차 제시하지 않고 있고 대법원송무예규인 회사정리사건처리요령에 과도한 재량권을 부여함으로써 포괄위임금지원칙에 위반된다고 주장한다.

포괄위임금지의 원칙이 적용되기 위해서는 법률이 일정한 사항을 하위법령에 위임하였을 것이 논리적 전제로서 요구된다. 그런데, 이 사건 소각조항은 문언의 내용 및 형식에 비추어 볼 때 “기타 특수관계에 있는 주주” 즉, 주식소각을 당하게 되는 주주의 범위에 관한 사항에 대하여는 이를 대법원규칙에서 정하도록 위임하였으나, 청구인이 주장하는 주식소각의 요건인 “중대한 책임이 있는 행위”와 “상당한 영향력을 행사한” 부분에 대하여는 그러한 위임을 하였다고 볼 수 없다.

따라서 이 사건 소각조항이 명확성의 원칙에 위반되는지는 별론으로 하고, 포괄위임금지의 원칙 또는 위임입법금지의 한계에 관한 원칙이 적용될 여지가 없다(헌재 2001. 8. 30. 99헌바90, 판례집 13-2, 158, 167 참조).

(5) 소급입법에 의한 재산권침해 여부

청구인은 이 사건 소각조항이 주식소각의 범위를 3분의 2로 규정하고 있던 것을 1998. 2. 24.자 개정을 통해 “3분의 2 이상”으로 확대하였으므로 이는 소급입법에 의한 재산권의 박탈에 해당한다고 주장한다.

헌법 제13조 제2항은 “모든 국민은 소급입법에 의하여 재산권을 박탈당하지 아니한다”고 규정하여 소급입법에 의한 재산권의 박탈을 금지하고 있는바, 이러한 재산권의 보장은 국민 개개인이 재산권을 향유할 수 있는 법체도로서의 사유재산제도를 보장한다는 의미와 함께 그 기초 위에서 그들이 현재 누리고 있는 구체적 재산권을 개인의 기본권으로 보장한다는 이중적 의미를 지니고 있다(헌재 1994. 2. 24. 92헌가15등, 판례집 6-1, 38, 55; 헌재 1999. 7. 22. 97헌바76등, 판례집 11-2, 175, 193).

그러나 1998. 2. 24. 법률 제5517호로 개정된 회사정리법 부칙 제2조 제5항은 “제221조 제4항의 개정규정은 이 법 시행 후 정리절차가 개시된 회사에 한하여 이를 적용한다”고 규정하여 이 법 시행 이전에 회사정리절차가 개시된 회사에 대하여는 소급효를 제한하고 있으므로 이를 가리켜 소급입법에 의한 재산권침해라고 할 수 없다.

(6) 신뢰보호원칙 위반 여부

주식소각의 범위를 3분의 2 이상으로 확대한 것이 소급입법에 해당하지는 않는다고 해도 법치주의 원리에서 파생되는 신뢰보호의 원칙에 어긋나는 것은 아닌가 하는 점을 살펴본다.

법률의 개정시 구법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며 법률의 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성

하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 파괴를 정당화 할 수 없다면 새로운 입법은 신뢰보호의 원칙상 허용될 수 없다. 그러나 사회환경이나 경제여건의 변화에 따른 필요성에 의하여 법률은 신축적으로 변할 수밖에 없고, 변경된 새로운 법질서와 기존의 법질서 사이에는 이해관계의 상충이 불가피하다. 따라서 국민이 가지는 모든 기대 내지 신뢰가 헌법상 권리로서 보호될 것은 아니고, 신뢰의 근거 및 종류, 상실된 이익의 중요성, 침해의 방법 등에 의하여 개정된 법규·제도의 존속에 대한 개인의 신뢰가 합리적이어서 권리로 보호할 필요성이 인정되어야 한다(헌재 1995. 6. 29. 94헌바39, 판례집 7-1, 896, 910; 헌재 2002. 2. 28. 99헌바4, 판례집 14-1, 106, 116 참조).

앞서 본 바와 같이 이 사건 소각조항은 이 법 시행 전에 회사정리절차가 개시된 회사에 대하여 소급하여 적용되는 것은 아니나, 청구인으로서의 주식을 취득할 당시에 징벌적 주식소각의 범위가 주식의 3분의 2라는 신뢰를 가지고 있었으므로 이러한 구법질서에 대한 신뢰가 합리적인 것으로서 특히 이를 보호하여야 할 만한 예외적인 사정이 있음에도 불구하고 이에 대한 배려가 전혀 없어 그로 인하여 당사자가 입는 손해가 극심하다면 이는 신뢰보호원칙에 위배된다고 볼 수도 있다.

그러나, 이 사건 소각조항의 경우에는 정리회사에 대한 회사정리절차가 개시되기 이전에 소각의 범위를 확장한 것뿐이므로 비록 청구인이 정리절차개시 이전에 주식을 취득하면서 소각의 범위가 더 이상 확장되지 않으리라고 신뢰하였다고 하더라도 이러한 신뢰는 단순한 기대에 불과할 뿐이지 헌법상 권리로 보호하여야 할 신뢰라고 보기는 어렵다.

또한 종전규정이 소각의 범위를 3분의 2라고 명시적으로 규정하고 있었음에도 법원은 그 이상 주식 전부를 소각하는 것도 허용된다고 해석해 왔으므로 이러한 법원의 해석 아래에서 청구인이 소각의 범위를 3분의 2라고 신뢰하였다고 보기도 어렵다고 하겠다.

따라서 이 사건 소각조항은 침해받은 신뢰의 보호가치, 입법취지에서 엿보이는 공익목적의 중요성, 신뢰침해의 방법과 정도 등을 종합적으로 비교·衡量할 때 신뢰보호원칙을 위반한 것이라고 할 수 없다.

(7) 적법절차원칙의 위반 여부

청구인은 징벌적 주식소각을 할 것인지에 대한 판단을 법원과 관리인이 결정할 것이 아니라 채권자와 주주의 참여 하에 결정할 수 있도록 주식소각요건에 관한 사정절차나 재산권침해를 최소화하기 위한 당사자의 의견진술, 변

명절차 등을 도입하였어야 함에도 이러한 절차를 두지 않은 것은 적법절차원칙에 위반된다고 주장한다.

우리 헌법이 채택하고 있는 적법절차의 원리는 절차적 차원에서 불 때에 국민의 기본권을 제한하는 경우에는 반드시 당사자인 국민에게 자기의 입장과 의견을 자유로이 개진할 수 있는 기회를 보장하여야 한다는 것을 그 핵심적인 내용으로 하고, 형사처벌이 아닌 행정상의 불이익처분에도 적용된다(헌재 1990. 11. 19. 90헌가48, 판례집 2, 393, 402; 헌재 2002. 4. 25. 2001헌마200, 판례집 14-1, 382, 392 참조).

회사정리법에 의하면, 법원은 제1회 관계인집회에서 관리인, 조사위원, 회사, 신고한 정리채권자·정리담보권자 및 주주로부터 관리인 및 조사위원의 선임, 회사의 업무 및 재산의 관리, 정리절차를 계속 진행함이 적정한지의 여부 등에 관한 의견을 들어야 하고(제188조), 회사와 신고한 정리채권자, 정리담보권자 및 주주는 정리지계획안을 작성하여 법원에 제출할 수 있으며(제190조 제1항), 정리지계획안심리를 위한 관계인집회에서(제2회 관계인집회) 법원은 정리지계획안의 제출자로부터 계획안에 대한 설명을 들은 후 관리인, 회사와 신고한 정리채권자, 정리담보권자 및 주주로부터 계획안에 대한 의견을 들어야 하고(제193조) 그에 따라 정리지계획안을 수정할 것을 명하거나(제197조) 정리지계획안을 관계인집회의 심리 또는 의결에 부치지 아니할 수 있다(제199조).

또한 법원이 정리지계획에 대한 인부결정을 하기 전에 관리인, 조사위원, 회사, 신고한 정리채권자·정리담보권자 및 주주는 정리지계획의 인부에 관한 의견을 진술할 수 있는바(제232조 제2항, 제164조), 의견진술의 기회를 주는 이유는 이들이 정리지계획의 인부결정에 의하여 권리에 영향을 받기 때문에 이에 대한 심문청구권을 보장하기 위함이다.

이와 같이 심문청구권을 보장하기 위하여 정리지계획을 인가하기 이전에는 부실경영주주가 정리지계획안에 대한 의견을 진술할 수 있는 제도적 장치가 마련되어 있을 뿐만 아니라, 부실경영주주의 주식을 소각하도록 한 정리지계획 인가결정이 있은 후에는 이에 대하여 이의가 있는 자는 즉시항고를 제기하여(제237조) 구제를 받을 수 있는 길이 열려 있으므로, 주식소각요건에 관한 사정절차나 당사자의 의견진술, 변명절차를 거치도록 규정하지 아니하였다고 하여 이 사건 법률조항이 적법절차의 원칙에 어긋난다고 할 수는 없다(헌재 2000. 6. 29. 98헌바106, 판례집 12-1, 833, 847; 헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 18 참조).

나. 이 사건 평등원칙조문에 대한 판단

(1) 청구의 적법성 유무

(가) 재판의 전제성 유무

법무부장관은, “정리계획에서는 전부 또는 일부의 정리채권자, 정리담보권자 또는 주주의 권리를 변경하는 조항과 공익채권의 변제에 관한 조항을 정하여야 한다”고 규정한 회사정리법 제211조 제1항이 정리채권 면제의 근거조항이고, 이 사건 평등원칙조문은 제228조와 함께 정리계획 작성상의 원칙을 규정한 것으로서 헌법상의 평등의 원칙을 회사정리법에서 구체화한 것에 지나지 않으며 재산권제한의 근거규정이 아니라 재산권 제한의 한계규정으로 기능하므로 당해사건의 재판에 적용되지 않는다고 주장한다.

살피건대, 위 제211조 제1항은 정리채권자 등의 권리를 변경하는 조항을 정리계획에서 정하여야 한다는 내용의 규정일 뿐 같은 성질을 가진 권리자간의 정리계획의 조건을 어떻게 정하여야 할 지는 이 사건 평등원칙조문에 근거하여 그 내용이 구체적으로 확정되는 것이므로 위 조문이 당해사건의 재판의 전제가 됨은 명백하다.

(나) 재판소원 여부

법무부장관은 아래와 같은 이유를 들어 이 사건 평등원칙조문에 대한 헌법소원 심판청구가 재판소원에 해당한다고 주장한다. 즉, 청구인의 주장은 위 조문의 불명확성으로 인해 법원이 지배주주의 채권을 전액 면제하는 내용의 불평등한 정리계획안을 인가할 수 있으므로 위 조문은 헌법에 위반된다는 것이나, 이 주장은 결국 부실경영주주의 정리채권과 일반 정리채권을 차별하는 것이 위 조문에 위반된다는 법률위반의 주장에 불과하므로 헌법소원의 대상이 될 수 없는 법원의 재판에 대하여 헌법소원심판을 청구한 것으로서 부적법하다는 것이다.

그러나 청구인은 이 사건 평등원칙조문의 불명확성을 지적하여 위 조문 자체의 위헌성을 주장하고 있으므로 위 조문에 대한 헌법소원 심판청구는 적법하다.

(2) 명확성의 원칙 위반 여부

청구인은 이 사건 평등원칙조문의 “같은 성질을 갖는 권리”와 “형평”이라는 내용이 불명확하여 청구인의 기본권을 침해한다고 주장한다.

먼저 “같은 성질의 권리”에 대하여 살펴보기로 한다. 회사정리법 제159조(정리채권자 등의 분류) 제1항은 “정리채권자, 정리담보권자와 주주는 정리계

획안의 작성과 결의를 위하여 다음의 조로 분류되는 것으로 한다. 단서 생략
 1. 정리담보권자 2. 일반의 우선권 있는 채권을 가진 정리채권자 3. 전호와 다음 호에 계기하는 정리채권자 이외의 정리채권자 4. 후순위채권을 가진 정리채권자 5. 잔여재산의 분배에 관하여 우선적 내용을 갖는 종류의 주식을 가진 주주 6. 전호에 계기한 주주 이외의 주주”라고 규정하고 있고, 제228조(조건외의 차등) 제1항은 “정리계획에서는 다음에 계기하는 권리의 순위를 고려하여 계획의 조건에 공정, 형평한 차등을 두어야 한다. 1. 정리담보권 2. 일반의 우선권 있는 정리채권 3. 전호와 차호에 계기하는 것 이외의 정리채권 4. 후순위정리채권 5. 잔여재산의 분배에 관하여 우선적 내용이 있는 종류의 주주의 권리 6. 전호에 계기하는 것 이외의 주주의 권리”라고 규정하고 있으므로, 적어도 위에서 언급한 6개의 권리자군 중 각 군의 권리자 상호간의 권리는 같은 성질을 갖는 것으로 볼 수 있다.

또한 학설에 따르면, 위 권리자군 내부에 있어서도 그 성질의 차이가 고려의 대상이 될 수 있으며 예컨대 사채, 어음채권, 외상매출채권의 성질상 구별이 있을 수 있다고 한다.

다음으로 “차등을 두어도 형평을 해하지 않는 경우”란, 권리의 개별성(권리 발생의 태양, 채권의 목적·발생시기의 차이)이나 권리의 성질(예컨대 하도급 기업의 채권, 원재료·동력원공급자의 채권, 소비대차로 인한 채권)에 따른 차등을 두는 것이 합리적인 경우를 말한다고 학자들은 설명한다. 예컨대, ① 중소기업 또는 정리회사에 대한 의존도가 큰 기업에 대하여 약간의 유리한 취급을 한다든가, ② 모회사 또는 지배주주의 채권(소위 내부채권)은 불이익하게 취급하는 것이 타당하다는 것이다.

법원의 실무례를 검토해 보면, 주채무와 보증채무를 구분하여 보증채무보다 주채무에 대한 조건을 우대하고 있고, 대여채무와 구상채무를 구분하고 있으며, 상거래 정리채권을 금융기관 정리채권에 비하여 우대하고 있다.

이와 같은 관련법조항들의 내용과 학설 그리고 법원의 실무례 등을 종합하여 볼 때 위 조문의 “같은 성질의 권리”와 “형평”이라는 개념에 따른 정리채권의 성질상의 구별은 사회평균인의 건전한 상식으로도 가능한 구별이라고 할 것이고, 어떠한 경우가 “같은 성질의 권리”에 해당하는지 “형평에 따른 차등”인지 여부는 어느 정도 예측이 가능할 뿐 아니라 이에 대한 법원의 자의적 해석의 가능성이 없다고 할 것이다.

따라서, 이 사건 평등원칙조문이 규정한 “같은 성질의 권리”와 “형평”의 의

미내용이 불명확하다고 할 수는 없다.

(3) 법원의 법률해석을 다투는 부분

청구인은 “지배주주의 채권과 일반채권은 동일한 성질의 권리임에도 법원이 이 사건 평등원칙조문의 ‘같은 성질의 권리’를 잘못 해석하여 위 양 권리가 다른 성질을 가진다고 보고 있고, 나아가 법원이 이 권리들을 같은 성질을 가진 권리로 본다고 해도 형평에 반하는 차등을 함으로써 청구인의 재산권과 평등권을 침해하므로 위와 같은 법원의 해석은 헌법에 위반된다”고 주장한다.

위와 같은 법원의 법률해석의 위헌여부를 구하는 것이 과연 헌법재판소의 판단영역에 있을 수 있는지 살펴본다.

헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원에 있어서는 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 당해사건의 재판의 전제가 되어야 하고, 여기서 “법률이 헌법에 위반되는지 여부”는 “법률” 자체의 경우를 말하며, “법률의 해석”의 경우를 제외한다고 봄이 상당하다. 일반적으로 법률조항 자체에 대한 다툼과 법률의 해석에 관한 다툼은, 그 구분이 모호한 경우가 많지만 일응 구분되는 것으로 보아야 한다(헌재 1999. 3. 25. 98헌바2, 판례집 11-1, 200, 208).

따라서, 헌법재판소법 제68조 제2항이 “법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각될 때에는”이라고 규정함으로써 심판의 대상을 “법률”에 한정하고 있으므로, 일반적으로 법률조항 자체의 위헌판단을 구하는 것이 아니라 법률조항을 “……하는 것으로 해석하는 한 위헌”이라는 판단을 구하는 청구는 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 청구로 적절치 아니하다(헌재 1999. 3. 25. 98헌바2, 판례집 11-1, 200, 208; 헌재 2001. 3. 21. 99헌바107, 판례집 13-1, 626, 633).

그러나 법률조항의 내용에 따라서는 비록 당사자가 해석문제를 제기하지만, 법률조항 자체의 위헌성 문제로 선해할 여지가 있는 경우가 있는바, 헌법재판소는 청구인의 주장이 단순히 법률조항의 해석을 다투는 것이 아니라 법률조항이 불명확하여 이를 다투는 등 법률조항 자체의 위헌성에 관한 청구로 이해되는 경우에는 이를 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원으로 보아 적법한 것으로 받아들이고 있다.

헌법재판소가 그동안 적극적으로 심판대상으로 삼아 판단한 경우는 대개 2가지로 분류할 수 있다. ① 하나는 법규정 자체의 불확정성을 다투는 것으로 보는 경우이다. 헌법상의 명확성 원칙을 다투는 경우 혹은 조세법률주의(과세요건 명확주의) 위반을 다투는 경우(헌재 1999. 7. 22. 97헌바9, 판례집 11-2, 112, 121; 헌재 1999. 11. 25. 98헌바36, 판례집 11-2, 529, 536)가 이에 해당한

다. ② 다른 하나는 소위 “법원의 해석에 의하여 구체화된 심판대상 규정의 위헌성” 문제가 있는 것으로 볼만큼 일정한 사례군이 상당기간에 걸쳐 형성, 집적된 경우로서 군무이탈자 복귀명령 위반행위를 명령위반죄로 처벌하는 군형법 제47조에 관한 헌재 1995. 5. 25. 91헌바20 결정(판례집 7-1, 615, 626)과 집단적 노무제공거부행위를 업무방해죄로 처벌하는 형법 제314조에 관한 헌재 1998. 7. 16. 97헌바23 결정(판례집 10-2, 243, 251-252) 그리고 방영금지가 처분을 허용하는 민사소송법 제714조 제2항에 관한 헌재 2001. 8. 30. 2000헌바36 결정(판례집 13-2, 229, 231-232)이 여기에 해당된다.

이 사건에서 청구인은 명시적으로 위 조문의 불명확성을 주장하고 있고 이 부분에 대하여는 이미 판단을 하였으므로, 아래에서는 청구인이 다투는 법원의 해석이 위 ②의 경우에 해당하는지 여부에 대하여 살펴본다.

대법원은 지배주주의 채권을 일반채권보다 열위에 두는 회사정리계획의 합헌성을 여러 차례 확인한 바 있으며(대법원 1989. 7. 25.자 88마266결정; 대법원 1999. 11. 24.자 99그66 결정; 대법원 2000. 1. 5.자 99그35결정), 금융기관 정리채권을 상거래 정리채권에 비해 불리하게 취급하는 것과 정리채권이 보증채권인 경우에는 주채권에 비하여 불리하게 취급하는 것이 평등의 원칙에 어긋나지 않는다는 견해를 취하고 있다(대법원 2000. 1. 5.자 99그35 결정).

이와 같이 다종다양한 권리가 존재하고 있고 앞으로도 새로운 형태의 권리가 생겨날 가능성이 있는 상황에서 헌법재판소가 권리의 종류와 내용 및 범위를 정하여 “법원이 이러한 권리들을 같은 성질의 권리가 아니라고 해석하면 위헌 또는 같은 성질이긴 하나 차등을 두어도 형평을 해하지 않는 경우에 해당한다고 해석하면 위헌”이라고 판단하기는 사뭇 곤란한 문제이다. 이러한 점에서 부실경영주주의 채권과 일반주주의 채권이 성질을 같이 하는지 여부 또는 성질이 같다고 하더라도 차등을 두는 것이 형평을 해하는지 여부는 개별적 사안에서 법원이 해석하여 적용할 문제라고 할 수 있다(헌재 2001. 9. 27. 2000헌바20, 판례집 13-2, 322, 330 참조).

결국 청구인이 위헌이라고 주장하는 법원의 해석은 단순한 법률의 해석·적용이지 헌법재판소가 관여할 만한 법원의 해석에 의하여 구체화된 심판대상 규정의 위헌성 문제는 아니라고 할 것이므로 헌법소원심판의 대상이 될 수 없다.

4. 결 론

따라서 이 사건 소각조항과 평등원칙조문은 헌법에 위반되지 아니하므로

관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

[별 지]

청구인의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 이 사건 소각조항 부분

(가) 재산권 침해

1) 재산권의 본질적 내용 침해

이 사건 소각조항은 일정한 요건 아래에서 법원이 특정주주가 가지는 정리 회사의 주식을 3분의 2 이상 의무적으로 소각하여야 한다고 규정함으로써 당해 주주는 주식상의 권리를 아무런 보상 없이 박탈당하게 된다. 따라서 이 조항은 재산권의 본질적인 내용을 침해한다.

2) 비례의 원칙 위반

이 사건 소각조항은 부실경영에 책임이 있는 구사주를 배제함으로써 정리 회사의 사업정리 및 재건을 도모한다는 목적을 인정한다 해도 그 수단의 상당성 및 침해의 최소성 그리고 법익의 균형성을 인정할 수 없는 조항이다.

가) 수단의 상당성 및 침해의 최소성

이 사건 소각조항은 주식의 소각에 대하여 아무런 실질적인 기준도 두고 있지 않으며, 소각의 한도 역시 3분의 2 이상이라는 극히 이례적인 최저한도 방식으로 규정되어 있어서 결과적으로 특정주주의 주식 전부를 아무런 고려나 보상 없이 무제한으로 박탈할 수 있는 근거를 마련하고 있다.

주식회사에 있어서 소유와 경영의 분리가 대원칙이고 현실적으로도 주주의 지위가 채권자에 접근하고 있으며 정리채권자와 주주의 이익이 단계적 관계에서 있을 뿐 아니라 모든 정리계획이 청산형으로 작성되지 않는 이상 특정주주의 주식을 전부 소각하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이다.

이 사건 소각조항의 입법취지가 정리회사의 갱생을 도모하기 위하여 구 경

영진 및 사주를 배제하는 것이라면 이러한 입법취지의 달성은 구사주의 주식을 무의결권주로 전환하는 것만으로도 충분하다.

나) 법익의 균형성

지배주주의 주식을 3분의 2 이상 강제로 소각함으로써 구경영주를 경영에서 배제하여 제3자 인수를 촉진시킬 수 있다는 점 외에 특별히 강제소각으로 얻게 되는 공익적 가치는 쉽게 찾아볼 수 없다. 오히려 전문경영인이 경영하는 기업인 경우, 중소기업과 같이 지배주주 배제시 존립 자체가 불가능하게 되는 경우, 합리적인 경영판단에 의해 경영하였으나 불가항력이거나 외부적인 경영악화 요인으로 인하여 기업이 도산에 이르게 된 경우, 구경영주에 대한 채권자와 주주의 신뢰도가 높은 경우 또는 자산이 부채를 초과하는 경우 등에는 구경영주의 퇴출이 낳는 부작용이 더 클 수 있다.

따라서 이 사건 소각조항은 징벌적 제재의 성격이 강한 조항으로서 주식소각을 통하여 보호되는 공익에 비해 이로 인해 침해되는 사익이 매우 크다고 하겠다.

(나) 평등권 침해

이 사건 소각조항은 다른 주주는 물론 정리회사, 관리인 또는 기타 이해관계인과 비교하여 특정주주에게 합리적이고 명확한 기준 없이 자의적인 차별적 대우를 가능하게 한다는 점에서 평등권에 위반된다.

지배주주의 경영간섭은 대규모기업으로서 경영상태가 상시 공시되는 상장법인의 경우보다 비공개된 중소기업이나 1인 회사의 경우에 더욱 현저하며, 지배주주의 영향력 행사로 인한 회사의 파탄 역시 공개된 대규모 법인보다 비공개된 중소기업에 두드러진 현상이다. 그런데 이와 같이 구사주의 경영권 배제가 절실하게 요구되는 비공개된 중소기업이나 개인기업의 경우에는 회의 절차를 자유로이 이용할 수 있어 지배주주가 자신의 경영권과 주식을 계속 확보할 수 있음에 반해, 상대적으로 경영간섭이 적은 대규모의 공개된 주식회사의 경우에는 사실상 회의절차를 이용할 수 없어 부득이 회사정리절차를 거쳐야 하며 그 결과 지배주주는 주식 전부를 포기할 각오를 해야 한다.

이와 같이 정리회사의 주주를 회의채무회사의 주주나 기타 이해관계인에 비하여 불합리하게 차별대우하는 위 조항은 평등권을 침해한다.

(다) 명확성의 원칙 위반

이 사건 소각조항은 주식 3분의 2 이상의 의무적 소각요건과 관련하여 정리회사 경영진의 “중대한 책임이 있는 행위”를 들고 있으나 이는 극히 추상적

인 일반규정으로서 중대한 책임의 판단을 위한 구체적이고 합리적인 기준을 제시하지 않고 있으므로 행위책임에 대한 실질적인 고려 없이 결과책임만을 이유로 기본권을 무제한으로 침해할 수 있는 근거를 제시하고 있다.

또한 이 사건 소각조항은 소각대상 주식의 주주가 경영진의 중대한 책임이 있는 행위에 대하여 “상당한 영향력을 행사”하였을 것을 요건으로 하고 있는 바, 상당한 영향력이라는 개념 역시 추상적인 일반규정이므로 그 위헌성을 부인할 수 없다.

입법자로서는 고의 내지 중과실로 인한 행위만을 고려할 것인지, 경영판단의 범주에 드는 경우도 포함할 것인지, 영향력 행사의 정도 및 그에 따른 합리적인 소각비용 기준을 어떻게 정할 것인지 등에 대한 판단기준을 법률 또는 그 구체적인 위임을 받은 대통령령에 반영해야 한다.

(라) 포괄위임금지원칙 위반

이 사건 소각조항은 위임입법의 한계를 위반하여 국민의 기본권제한을 포괄적으로 하위법규에 위임하고 있다. 위 조항은 재산권침해의 중요성에 비추어 너무 추상적이고 모호한 규정으로서 재산권침해의 내용과 한계에 있어서 최소한의 실질적 요건조차 제시하지 않고 있으며 대법원 송무예규(회사정리사건 처리요령)나 사법부에 과도한 재량권을 부여하고 있다.

(마) 소급입법금지원칙 위반

징벌적 주식소각의 한도는 종전에 3분의 2로 확정되어 있다가 1998. 2. 24. 개정된 이 사건 소각조항에 의해 3분의 2 이상으로 확대되었다. 그 결과 위 개정 전에 정리회사의 주식을 취득한 주주들은 취득 당시보다 불리한 재산권 박탈을 당하는 처지에 놓이게 되었으므로 위 조항은 소급입법에 의한 재산권 박탈을 금지한 헌법 제13조 제2항에 위반된다.

(바) 적법절차원칙 위반

이 사건 소각조항은 개별 정리회사의 특수성을 무시한 채 회사의 재무나 경영상태에 비전문가일 수밖에 없는 법원으로 하여금 일률적으로 주식을 소각하도록 의무화 하고 있는바, 입법기술상 부득이 구체적인 소각요건 및 기준을 명시할 수 없었다면 최소한 정리회사의 재무구조 조정과정에서 법원이나 관리인뿐 아니라 채권자와 주주의 자유롭고 합리적인 참여 아래에 소각에 대한 판단을 할 수 있도록 소각요건에 관한 사정절차나 재산권침해를 최소화하기 위한 당사자의 의견진술, 변명절차를 도입하였어야 한다.

(2) 이 사건 평등원칙조문 부분

(가) 명확성의 원칙 위반

이 사건 평등원칙조문은 기본권제한의 요건과 한계에 대하여 구체적이고 명확한 기준을 전혀 제시하지 않고 “같은 성질의 권리”와 “형평”이라는 추상적인 개념에 의존하고 있다. 위 조항은 예컨대 상사채권, 금융채권, 어음채권, 손해배상채권, 보증채권, 구상권 등 각종의 채권들이 어느 정도로 같은 성질의 권리인지, 주주 겸 채권자가 가진 채권이 기타의 정리채권과 같은 성질의 채권인지, 주주 겸 채권자가 가진 채권에 대하여 다른 채권보다 불리하게 처우하는 것이 형평에 맞는지, 달리 처리한다면 어느 정도까지 제한할 수 있는지 등 재산권제한의 내용과 한계를 정하지도 않고 또한 대통령령에 위임하지도 않고 있다.

(나) 재산권 침해

현재 법원의 실무상 구사주가 정리회사에 대하여 정당하게 가지고 있는 각종 채권과 장래의 구상권 등에 대하여 그 채권의 발생경위, 목적, 성격, 조건 등에 대한 최소한의 검토도 없이 단지 지배주주의 채권이라는 이유만으로 정벌적 차원의 전액 면제조치가 이루어지고 있다. 이는 당해 주주의 재산권에 대한 중대한 침해로서 사유재산권보장에 대한 헌법규정에 위반되는 것이다.

(다) 평등권 침해

이 사건 평등원칙조문은 다른 채권자 등 이해관계인에 비하여 특정주주가 정당하게 취득한, 주식과는 별개인 보유채권에 대해서까지 구사주라는 이유만으로 객관적인 기준 없이 자의적인 차별을 가능하게 한다는 점에서 평등권을 침해한다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유

(1) 이 사건 소각조항의 “중대한 책임이 있는 행위”와 “상당한 영향력”이라는 용어나 이 사건 평등원칙조문의 “같은 성질의 권리”와 “형평”이라는 용어는 불확정적인 개념이긴 하나 입법기술상 부득이하고 사회평균인의 건전한 상식으로써도 이에 해당하는지 여부를 합리적으로 판단할 수 있어, 이를 들어 정리법원에게 지나치게 광범위한 재량권을 부여하였다거나 그 요건이 추상적이고 모호하여 다의적으로 해석되는 등 위헌적인 규정이라고 보이지는 않는다.

(2) 정리회사의 부실경영주주의 중대한 책임 있는 행위로 인하여 회사의 이해관계인이 손해를 입은 경우 정리절차에서 해당 주주의 주식 전부를 소각하는 불이익을 받게 하는 것은 불가피하다고 할 것이고, 정리절차가 지배주

주의 경영배제를 통하여 제3자 인수를 촉진함으로써 회사의 정리·재건을 도모한다는 점에서, 재산권 행사의 공공복리 적합성을 함께 고려하여 보아도, 이 사건 소각조항이 헌법이 보장하는 사유재산권에 대한 중대한 침해행위로 사유재산권 제한의 한계를 넘어선 것이라거나 과잉금지의 원칙, 평등의 원칙에 위배된다고 볼 수는 없으며, 주식소각한도가 확대되는 내용으로 개정된 위 조항은 그 개정 이후에 이루어지는 정리계획인가결정에 한하여 적용된다는 점에서 소급입법에 의한 재산권박탈금지원칙에 위배되는 것이라고 볼 수도 없다.

(3) 이 사건 평등원칙조문이 말하는 평등은 형식적 의미의 평등이 아니라 공정·형평의 관념에 반하지 않는 평등을 가리키는 것으로서, 회사를 파산상태에 이르게 한 구경영주·대주주나 그와 친족관계에 있는 자의 정리채권에 대하여 다른 정리채권자보다 차등을 두어 불리한 조건을 정할 수 있도록 한 것이 위에서 말하는 평등의 원칙에 위배된다거나 헌법상의 사유재산권 제한의 본질적 한계를 넘는다고 볼 수는 없다.

다. 정리회사의 의견

아래 사항을 추가하는 외에는 위 위헌제청신청 기각결정의 이유와 같다.

(1) 이 사건 소각조항 부분

정리계획은 정리담보권자와 정리채권자들의 막대한 희생과 양보를 전제로 하고 이를 바탕으로 하여 갱생된 회사의 이익은 모두 주주들에게 귀속되는바, 채무초과로 인해 전혀 가치가 없는 주식을 가지고 있는 주주, 특히 채무초과의 상태를 야기하여 회사채권자들에게 막대한 손해를 입힌 주주들에게 그 이익을 고스란히 귀속시키게 된다면 이는 오히려 회사정리제도의 취지를 몰각시키는 결과가 된다.

이 사건 소각조항은 책임 있는 주주의 주식 전부를 소각하도록 규정하지 않고 그 소유 주식 3분의 2 이상을 소각하도록 규정하고 있으므로 이 사건 소각조항이 재산권과 평등권을 침해한다고 할 수 없다.

(2) 이 사건 평등원칙조문 부분

회사정리법 제159조 제1항은 정리계획안의 작성과 의결을 위한 조의 분류에 있어서 잔여재산분배에 관한 우선주를 소유한 주주와 기타의 주주를 별개의 조로 분류하여 그들 사이의 우열을 인정하고 있고 같은 조 제2항은 동질의 주주도 다시 세분하여 조를 구성할 수 있다는 취지의 규정을 두고 있다. 이와 같이 조의 세분을 인정하는 것은 동질주주 간에도 주주평등원칙의 예외

가 있을 수 있다는 것을 회사정리법이 이미 승인하고 있는 것이다.

일반적으로 회사의 대표이사가 회사에 대하여 갖는 채권은 다른 동질의 채권에 비하여 열후한 것으로 취급되고 있으며, 지배적 지위에 있는 주주를 다른 주주와 비교하여 불리하게 처우하는 것은 공정의 견지에서 타당하고 형평성을 해하는 것은 아니다.

라. 법원행정처장의 의견

아래 사항을 추가하는 외에는 위 위헌제청신청 기각결정의 이유와 같다.

(1) 이 사건 소각조항 부분

주주보다 우선순위에 있는 권리자들의 권리가치 총량이 기업의 계속기업가치를 넘는 경우 주주는 정리계획에 의하여 주식의 경제적 가치를 전혀 주장할 수 없으므로 주식의 실질적 가치는 없게 된다.

따라서 실질적 가치가 전혀 없는 주식을 소각한다고 하여 재산권의 본질적인 내용을 침해한다거나 과잉금지 원칙을 위반한다고 볼 수 없으며 소급입법으로 재산권을 박탈하는 것도 아니다.

(2) 이 사건 평등원칙조문 부분

위 조문은 “차등을 두어도 형평을 해하지 아니하는 때”라고 규정하여 차등을 두는 경우를 형평에 맞도록 제한하고 있으므로 평등원칙에 위반되지 않으며, 위 조문으로 인하여 특정주주 겸 채권자의 권리박탈을 통해 다른 채권자들의 이익이 도모되는 사례가 생길 가능성이 있다는 점은 위 조문 자체의 위헌성과는 무관하게 그 해석여하에 달린 문제이다.

마. 법무부장관의 의견

아래 사항을 추가하는 외에는 위 위헌제청신청 기각결정의 이유와 같다.

(1) 이 사건 평등원칙조문 부분

(가) 적법요건의 구비여부

1) 재판의 전제성

이 사건 헌법소원 심판청구의 당해사건은 회사정리계획 인가결정에 대한 항고사건으로서 항고인의 주식소각, 정리채권 및 장래 구상금채권 면제의 위법성 여부 및 결의방법의 하자 여부가 쟁점으로 되어 있다. 위 조문은 회사정리법 제228조와 함께 정리계획안 작성상의 원칙을 규정한 것이고 헌법의 평등원칙을 구체화한 것에 지나지 않아 당해사건의 재판에 적용되는 것이 아니며, 그 위헌여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지지 않으므로 재판의 전제성이 없다.

2) 재판소원

청구인의 주장은 형식적으로는 이 사건 평등원칙조문의 위헌성에 관한 것으로 보이나, 실제에 있어서는 청구인의 정리채권을 전부 면제하는 내용의 정리계획을 인가한 법원의 결정이 위헌이라는 주장에 지나지 않는다. 즉, 청구인의 주장은 위 조문이 “같은 성질의 권리”, “형평” 등 불확실하고 추상적인 표현을 사용하고 있어 법원에서 구사주의 정리채권을 전액 면제하는 조치가 이루어지고 있고, 이와 같이 법원의 실무가 구사주의 정리채권을 일반 정리채권과 차별하고 있음에도 추상적인 개념을 근거로 차별적이고 불합리한 처우를 정당화하는 것은 위헌이라는 것이다.

이러한 청구인의 주장은 결국 법원이 구사주의 정리채권과 일반 정리채권을 차별하여 불합리하게 처우하고 있는 것은 위 조문에 위반된다는 것으로 위헌주장이 아니라 위법주장에 지나지 않는다. 이는 헌법소원의 대상이 될 수 없는 법원의 재판에 대하여 헌법소원을 제기한 것이므로 부적법하다.

(나) 평등원칙 위반 여부

위 조문은 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙을 회사정리법에 그대로 반영한 데 지나지 않을뿐더러, 회사를 파산상태에 이르게 한 지배주주 등에 대하여 다른 정리채권보다 불리한 조건을 정할 수 있도록 한 것은 실질적인 평등의 이념에 부합한다.

(2) 이 사건 소각조항 부분

(가) 재산권 침해 여부

1) 목적의 정당성

이 사건 소각조항은 부실경영주주가 계속하여 배후에서 회사의 경영에 관여하는 것을 배제함으로써 회사가 부실의 위험에 빠지는 것을 방지함과 아울러 부실경영주주에게 회사를 파탄에 이르게 한 책임을 묻는 한편 신규자본의 유치와 제3자 인수를 원활하게 하여 회사의 정리·재건을 도모하고 나아가 다수의 채권자 등 사회 전체의 구성원에게 이익을 주는 것을 목적으로 한 조항으로서 그 목적의 정당성이 인정된다.

2) 방법의 적절성 및 최소침해성

회사를 파탄에 이르게 한 부실경영주주에 대하여 법적 제재를 가하여야 한다는 입장에서도 관리인이 구사주의 경영책임을 추궁하기 위하여 손해배상청구권을 행사하는 방법, 손해배상채권을 수동채권으로 하여 구사주의 회사에 대한 채권과 상계하는 방법, 사정제도를 활용하는 방법(회사정리법 제72

조) 등이 있을 수 있으나 회사의 경영과 재정상태가 투명하지 못한 우리나라의 경영현실에 비추어 이러한 방법만으로는 위 조항의 입법목적을 달성할 수 없다.

회사정리법이 위 조항에서 징벌적 주식소각을 규정한 이유는 우리나라 주식회사 특히 재벌이라는 이름의 독특한 지배구조로 인한 경제적 폐해와 “기업은 망해도 기업주는 망하지 않는다”는 잘못된 기업문화를 제거하기 위한 것으로서, 주식회사의 이사로 등재되지 않았음에도 회사운영에 영향력을 행사하여 회사의 부실을 초래한 지배주주 등에 대하여 책임을 묻고 다시는 회사경영에 관여하지 못하도록 함으로써 채권자들의 신뢰를 얻고 부실에 처한 회사를 회생의 길로 나아가도록 하기 위한 것이다.

3) 법익균형성

위 조항의 목적인 부실경영주주의 계속적인 경영관여를 배제하여 정리회사가 재차 부실화될 위험성을 제거하면서 회사정리제도가 부실경영주주의 회사유지를 위한 수단으로 악용되는 것을 방지하고, 신규자본의 유치나 제3자 인수를 통한 회사의 정리·재건을 도모하며, 나아가 사회전체의 구성원에게 이익을 줄 수 있다는 측면에서 보면 공공복리의 적합성을 인정할 수 있다.

더욱이 회사채권자에 대하여는 채권행사의 제한, 변제기 유예, 채권액의 감소 등 각종 권리제한이 가해지고 일반주주에 대하여도 자본감소의 조치가 행해지는 등 선의의 이해관계인에게 막대한 재산상의 불이익을 초래하면서까지 회사갱생을 도모하는 점에 비추어, 회사갱생과 회사정리제도의 정착 및 악용방지를 위해 부실경영주주의 주식을 엄격한 요건 하에 강제소각하도록 하는 것을 법익의 균형성을 잃은 조항이라고 볼 수는 없다.

(나) 명확성의 원칙 위반 여부

위 조항의 입법취지 및 관련규정을 고려하면, “중대한 책임이 있는 행위”인지 여부는 회사의 이사나 이에 준하는 자 또는 지배인의 행위가 정리절차개시에 중대한 영향을 미쳤는지 여부 즉, 그 행위가 없었다면 정리절차가 개시되지 않았을 가능성을 기준으로 판단할 수 있을 것이므로 명확성의 원칙에 위반되지 않는다.

또한 “상당한 영향력”이라는 개념은 위와 같은 중대한 책임이 있는 행위를 한 이사나 이에 준하는 자 또는 지배인에 대하여 그 임면이나 행위에 실질적인 영향력을 행사할 가능성 여부를 기준으로 판단하여 보면 합리적인 해석이 가능하므로 명확성의 원칙에 위배되지 않는다.

(다) 평등원칙 위반 여부

청구인은 화의절차를 이용할 수 있는 중소기업 또는 개인기업의 소유자에 비하여 합리적인 이유 없이 차별을 받고 있다는 주장을 하나, 회사정리법의 대상기업인 주식회사와 개인기업은 소유관계, 사회적 영향력, 국가경제에서의 비중 등에서 큰 차이가 있으므로 합리적 근거가 있는 차별이라 할 것이다.

구 국민의료보험법 제41조 제1항 등 위헌소원

(2003. 12. 18. 2002헌바1 전원재판부)

【판시사항】

1. 구 국민의료보험법상의 의료보험수급권이 재산권으로서의 성질을 가지는지 여부(적극)
2. 구 국민의료보험법 제41조 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 보험급여 제한 사유에 고의와 중과실에 의한 범죄행위 이외에 경과실에 의한 범죄행위까지 포함되는 것으로 해석하는 것이 재산권에 대한 과도한 제한으로서 재산권을 침해하는지 여부(적극)
3. 경과실에 의한 범죄행위에 기인하는 보험사고에 대하여 의료보험급여를 제한하는 것이 사회적 기본권으로서의 의료보험수급권의 본질을 침해하는지 여부(적극)

【결정요지】

1. 법률에 의하여 구체적으로 형성된 의료보험수급권에 대하여 헌법재판소는 이를 재산권의 보장을 받는 공법상의 권리로서 헌법상의 사회적 기본권의 성격과 재산권의 성격을 아울러 지니고 있다고 보므로, 보험급여를 받을 수 있는 가입자가 만일 이 사건 법률조항의 급여제한 규정에 의하여 보험급여를 받을 수 없게 된다면 이것은 헌법상의 재산권과 사회적 기본권에 대한 제한이 된다.
2. 이 사건 법률조항은 보험급여의 제한 사유인 ‘범죄행위’에 고의나 중과실에 의한 것 이외에 경과실에 의한 것까지 포함하고 있는 바, 고의·중과실을 제외한 경과실범의 경우에는 그 비난가능성이 상대적으로 낮으며 우연히 발생한 경과실에 의한 범죄행위에 기인한 보험사고에 대하여 보험급여를 하는 것이 의료보험의 공공성에 위반된다고 보기 어렵다. 보험재정의 공공성을 유지하기 위하여 범죄행위에 기인한 보험사고에 대하여 보험급여를 하지 않는 것은 고의범과 중과실범의 경우로 한정하면 충분하므로, 여기에서 더 나아가 경과실범에 의한 보험사고의 경우에까지 의료보험수급권을 부정하는

것은 기본권 제한에 있어서의 최소침해의 원칙에 어긋나며, 나아가 보호되는 공익에 비하여 침해되는 사익이 현저히 커서 법익균형의 원칙에도 어긋나므로 이는 재산권에 대한 과도한 제한으로서 헌법에 위반된다.

3. 경과실의 범죄로 인한 사고는 개념상 우연한 사고의 범위를 벗어나지 않으므로 경과실로 인한 범죄행위에 기인하는 보험사고에 대하여 의료보험급여를 부정하는 것은 우연한 사고로 인한 위험으로부터 다수의 국민을 보호하고자 하는 사회보장제도로서의 의료보험의 본질을 침해하여 헌법에 위반된다.

재판관 김영일의 반대의견

구 국민의료보험법상 범죄행위에 기인한 보험사고에 대하여 의료보험수급권을 제한하는 경우 고의에 의한 범죄행위로 한정할 것인지, 중과실에 의한 범죄행위까지만 포함할 것인지, 고의·과실을 불문하고 모든 범죄행위를 다 포함할 것인지의 여부는 의료보험수급권의 성격상 전체적으로 입법자의 광범위한 재량에 맡겨진 영역이고, 이 사건 법률조항에서 위와 같이 특별히 어느 범죄행위에 제한을 두지 않고 모든 범죄행위에 기인한 보험사고를 대상으로 하고 있는 것이 명백히 자의적인 입법으로서 입법자의 재량범위를 넘어 청구인의 재산권 및 사회보장수급권을 침해하는 것이라고 볼 수 없다. 또한 사회보험인 의료보험과 사보험은 그 제도의 목적·원리·운영방식에 있어서 본질적으로 다르므로, 이 사건 법률조항이 사보험과 달리 급여제한사유로 경과실에 의한 범죄행위를 포함시키고 있는 것은 평등의 원칙에도 위배되지 아니한다.

다수의견이 합헌과 위헌의 경계기준으로 삼고 있는 ‘경과실’과 ‘중과실’은 헌법재판소가 특정법률조항이 위헌이라고 선언하는 기준으로는 모호하고 불명확하여 부적절하며, 사회보장수급권인 의료보험수급권의 내용을 수급자에게 유리하기 확대하는 법 개정을 하였다고 하여 종전 법규정이 반드시 위헌이 되는 것은 아니다.

【심판대상조문】

국민의료보험법(1999. 2. 8. 법률 제5854호로 제정된 국민건강보험법 부칙 제2조 및

1999. 12. 31. 법률 제6093호로 개정된 국민건강보험법 부칙 제1조에 의하여 2000. 7. 1.자로 폐지되기 전의 것) 제41조(급여의 제한) ① 보험자는 보험급여를 받을 자가 자신의 범죄행위에 기인하거나 또는 고의로 사고를 발생시켰을 때에는 당해 보험급여를 하지 아니한다.

②~⑥ 생략

【참조조문】

국민의료보험법(1999. 12. 31. 법률 제6093호로 개정된 국민건강보험법 부칙 제2조에 의하여 2000. 7. 1.자로 폐지되기 전의 것) 제1조(목적) 이 법은 국민의 질병·부상·분만·사망 등에 대하여 보험급여를 실시함으로써국민 건강을 향상시키고 사회보장의 증진을 도모함을 목적으로 한다.

국민의료보험법(1999. 12. 31. 법률 제6093호로 개정된 국민건강보험법 부칙 제2조에 의하여 2000. 7. 1.자로 폐지되기 전의 것) 제44조(부당이득의 징수) ① 보험자는 사위 기타 부정한 방법에 의하여 보험급여를 받은 자 또는 보험급여비용을 받은 요양기관에 대하여 그 급여 또는 급여비용에 상당하는 금액의 전부 또는 일부를 징수한다.

② 제1항의 경우에 있어서 허위의 보고나 증명 또는 진단서에 의하여 보험급여가 행하여진 때에는 보험자는 그 허위의 보고를 한 자 또는 허위의 증명이나 진단서를 발행한 자에 대하여 보험급여를 받은 자와 연대하여 제1항의 징수금을 납부하게 할 수 있다.

국민건강보험법(1999. 12. 31. 법률 제6093호로 개정된 것) 제48조(급여의 제한) ① 공단은 보험급여를 받을 수 있는 자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 보험급여를 하지 아니한다.

1. 고의 또는 중대한 과실로 인한 범죄행위에 기인하거나 고의로 사고를 발생시킨 때
2. 고의 또는 중대한 과실로 공단이나 요양기관의 요양에 관한 지시에 따르지 아니한 때
3. 고의 또는 중대한 과실로 제50조의 규정에 의한 문서 기타 물건의 제출을 거부하거나 질문 또는 진단을 기피한 때
4. 업무상 또는 공무상 질병·부상·재해로 인하여 다른 법령에 의한 보험급여나 보상 또는 보상을 받게 되는 때

②~④ 생략

【참조판례】

1. 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 950
헌재 1999. 4. 29. 97헌마333, 판례집 11-1, 503, 512
2. 대법원 1990. 2. 9. 선고 89누2295판결

【당 사 자】

청 구 인 정○조

대리인 법무법인 정우종합법률사무소

담당변호사 송철호 외 5인

당해사건 울산지방법원 2001구2303 부당이득금환수고지처분취소

【주 문】

구 국민의료보험법(1999. 12. 31. 법률 제6093호로 개정된 국민건강보험법 부칙 제2조에 의하여 2000. 7. 1.자로 폐지되기 전의 것) 제41조 제1항의 “범죄행위”에 고의와 중과실에 의한 범죄행위 이외에 경과실에 의한 범죄행위가 포함되는 것으로 해석하는 한 이는 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 1999. 11. 6. 23:35경 자신의 승용차를 운전하다가 마주오던 청구의 박준규 운전의 택시와 충돌하여 그에게 상해를 입히고 자신도 경추골절로 인한 하반신불구의 부상을 입고 치료를 받았다. 국민건강보험공단은 청구인에게 위 부상에 대한 보험금 8,001,170원을 지급하였다가 청구인의 부상이 혈중알콜농도 0.130%의 음주상태에서 운전하다가 중앙선을 침범한 자신의 범죄행위에 기인한 것이므로 보험금을 지급할 수 없는 경우에 해당한다는 이유로 2000. 5. 4. 청구인으로부터 위 보험금 상당액을 환수한다는 처분을 하였다.

(2) 청구인은 자신의 행위가 고의나 중과실에 의한 것임을 부인하면서 국민건강보험공단 울산지사장을 상대로 울산지방법원에 위 처분의 취소를 구하는 소를 제기하고 그 계속 중 위 처분의 근거가 된 심판대상 범조항(다음 ‘나’에 기재한 것)에 대하여 위헌심판제청을 신청하였으나 이것이 기각되자 2002. 1. 4. 헌법소원을 제기하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 구 국민의료보험법(1999. 12. 31. 법률 제6093호로 개정된 국민건강보험법 부칙 제2조에 의하여 2000. 7. 1.자로 폐지되기 전의 것, 이하 같다) 제41조 제1항 전체를 심판의 대상으로 적시하고 있지만 위 조항 중 “고의로 사고를 발생시켰을 때” 부분은 청구인의 주장으로 보아 이를 다투지 않는 것이 명백하므로 이를 심판대상에서 제외한다.

또한 청구인이 심판대상으로 적시한, 1999. 2. 8. 법률 제5854호로 제정된 국민건강보험법 제48조 제1항 제1호는, 1999. 12. 31. 법률 제6093호로 개정된 같은 법 부칙 제1조 본문에 의하여 구 국민의료보험법이 폐지된 2000. 7. 1. 이후에 비로소 시행되는 법률이고 이 사건 환수처분의 근거가 아니어서 당해 사건에 적용되지 않는 법률이므로(법원의 위헌제청신청기각결정도 이 조항에 대하여 따로 판단하지 않고 있다) 역시 심판의 대상에서 제외한다.

청구인 주장의 핵심 쟁점은 구 국민의료보험법 제41조 제1항 중의 “범죄행위”의 범위가 어디까지인가 하는 것이다.

그러므로 심판대상은 1999. 2. 8. 법률 제5854호로 제정된 국민건강보험법 부칙 제2조 및 1999. 12. 31. 법률 제6093호로 개정된 국민건강보험법 부칙 제1조에 의하여 2000. 7. 1.자로 폐지되기 전의 구 국민의료보험법 제41조 제1항 중 “범죄행위”라는 부분이다.

심판대상 법률조항 및 참조조문의 내용은 다음과 같다.

○ 심판대상 법률조항

구 국민의료보험법 제41조(급여의 제한) ① 보험자는 보험급여를 받을 자가 자신의 범죄행위에 기인하거나 또는 고의로 사고를 발생시켰을 때에는 당해 보험급여를 하지 아니한다.

② 보험자는 보험급여를 받을 수 있는 자가 허위 기타 부정한 방법에 의하여 보험급여를 받았거나 받고자 한 때 또는 타인으로 하여금 받게 하였거나 받게 하고자 한 때에는 3월내의 기간을 정하여 보험급여를 하지 아니할 수 있다.

③ 보험자는 보험급여를 받을 수 있는 자가 정당한 이유 없이 보험자 또는 요양기관의 요양에 관한 지시에 따르지 아니한 때에는 보험급여의 전부 또는 일부를 하지 아니할 수 있다.

④ 보험자는 보험급여를 받을 수 있는 자가 정당한 이유 없이 제43조의 규정에 의한 문서 기타 물건의 제출을 거부하거나 질문 또는 진단을 기피한 때에는 보험급여의 전부 또는 일부를 하지 아니할 수 있다.

⑤ 보험자는 보험급여를 받을 수 있는 자가 다른 법령에 의하여 요양을 받거나 요양비를 지급받은 때에는 그 한도내에서 보험급여를 하지 아니한다.

⑥ 보험자는 대통령령이 정하는 기간이상 보험료를 체납한 피보험자 및 그 피부양자에 대하여는 보험료를 완납할 때까지 보험급여를 실시하지 아니할 수 있다. 다만, 보험급여 제한기간중에 있는 자가 보험급여개시일부터 10일

(그 기간중에 공휴일이 있는 경우 이를 산입하지 아니한다) 이내에 채납된 보험료를 완납한 경우에는 그러하지 아니한다.

○ 참조조문

구 국민의료보험법 제44조(부당이득의 징수) ① 보험자는 사위 기타 부정한 방법에 의하여 보험급여를 받은 자 또는 보험급여비용을 받은 요양기관에 대하여 그 급여 또는 급여비용에 상당하는 금액의 전부 또는 일부를 징수한다.

② 제1항의 경우에 있어서 허위의 보고나 증명 또는 진단서에 의하여 보험급여가 행하여진 때에는 보험자는 그 허위의 보고를 한 자 또는 허위의 증명이나 진단서를 발행한 자에 대하여 보험급여를 받은 자와 연대하여 제1항의 징수금을 납부하게 할 수 있다.

○ 구 국민의료보험법 폐지 이후의 관계법조항

국민건강보험법(1999. 12. 31. 법률 제6093호로 개정된 것)

제48조(급여의 제한) ① 공단은 보험급여를 받을 수 있는 자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 보험급여를 하지 아니한다.

1. 고의 또는 중대한 과실로 인한 범죄행위에 기인하거나 고의로 사고를 발생시킨 때
 - 2.~4. 생략
 - ②~④ 생략
- 부 칙

제1조(시행일) 이 법은 2000년 7월 1일부터 시행한다. 다만, 부칙 제4조 및 제5조의 규정은 공포한 날부터 시행한다.

제2조(다른 법률의 폐지) 의료보험법 및 국민의료보험법은 이를 각각 폐지한다.

2. 청구인의 주장과 위헌법률심판제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견가. 청구인의 의견

(1) 국민건강보험에 가입하여 소정의 보험료를 납부한 국민이 보험사고 발생시에 갖게되는 보험수급권은 헌법이 보장하는 재산권의 하나이므로 이를 제한할 때에는 기본권 제한의 한계가 준수되어야 한다. 그런데 경과실에 의한 범죄행위에 기인한 보험사고의 경우에까지 보험급여를 제한하는 것은, 경과실에 의한 범죄가 우발적인 것이어서 보험사고의 우연성 요건에 반하지 않는다는 점에 비추어, 이것은 보험의 본질에 어긋나는 과도한 제한이 되어 헌법

상 보장된 재산을 침해한다.

(2) 청구인은 이 사건 사고로 흉부척수절단 등의 장애를 입어 영구적인 개호가 필요하게 되었고 현재까지 약 3,000만원의 치료비를 지급하였으며 앞으로 치료비를 더 받아야 하는데 보험급여를 받지 못하면 치료와 간호를 모두 포기하여야 한다. 이러한 상황은 경과실의 범죄행위에 기인한 보험사고에 대하여까지 보험급여를 지급하지 않게 한 계쟁조항 때문에 빚어지는 것이므로 이 조항은 헌법 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리를 침해하고, 국민의 생명과 신체를 보호하고 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 국가의 기본권 보호의무(헌법 제34조 제2항) 및 헌법상의 사회국가원리에 위반된다.

(3) 상법상의 상해보험의 경우에는 사고가 보험계약자측의 고의로 인하여 생긴 것에 대하여만 보험자의 면책을 허용하고 있다. 따라서 상해보험가입자는 경과실로 도로교통법을 위반하여 상해를 입은 경우에도 보험금을 지급 받을 수 있다. 이것과 비교할 때 국민건강보험가입자인 국민으로 하여금 경과실의 범죄행위에 기인한 보험사고에 대하여 보험급여를 받지 못하게 하는 것은 합리적인 이유가 없는 차별로서 평등의 원칙에 어긋난다.

나. 울산지방법원의 위헌제청신청 기각이유

국가는 국민의 부상 등 보험사고가 발생한 경우 보험급여를 실시하여 국민건강을 향상시키고 사회보장의 증진에 노력할 의무가 있는 것이지만 피보험자에게 귀책사유가 있는 경우에는 일정한 기준을 정하여 보험급여를 제한하고 있다. 이와 같은 구 국민의료보험법의 목적, 이 사건 법률조항의 입법취지, 피보험자에게 귀책사유가 있는 경우 일정한 기준에 의한 보험급여를 제한해야 할 현실적, 보험정책적인 필요성이 있는 점, 헌법상 보장된 국민의 재산권도 권리의 본질적인 내용을 제외하고는 합리적인 범위 내에서 그 제한이 허용되는 점 등에 비추어 볼 때 심판대상 법률조항이 헌법 제37조 제2항에 의한 과잉금지 원칙을 위반하여 헌법상 보장된 국민의 재산권을 침해하였다거나 사회국가원리 및 국가의 기본권보호의무에 위반된다고 볼 수 없고 이 법률조항의 입법취지, 사적 보험인 인보험과 국민의료보험의 차이 등에 비추어 이 법률조항은 그 입법목적 달성을 위하여 충분히 합리적 근거가 있는 것이므로 평등원칙에 어긋나지 않으며 나아가 헌법 제34조의 인간다운 생활을 할 권리를 침해한다고 볼 수 없다.

다. 보건복지부장관 및 국민건강보험공단의 의견
법원의 위헌제청신청 기각 이유와 대체로 같다.

3. 의료보험급여제한 규정의 변천

가. 1963. 12. 16. 의료보험법이 제정되었으나 시행되지 못하다가 1976. 12. 22. 의료보험법이 개정되어 500인 이상 사업장 근로자를 대상으로 처음으로 의료보험이 시행되었고(총인구 중 의료보험인구 비율 8.8%), 1979년 공무원 및 사립학교교직원의료보험법이 시행되면서 공무원 및 사립학교교원에 의료보험이 확대 실시되었다(의료보험인구 비율 20.7%). 이 당시의 급여제한 규정은 ‘보험급여를 받을 자가 자신의 고의의 범죄행위에 기인하거나 또는 고의로 사고를 발생시켰을 때에는 당해 보험급여를 하지 아니한다’는 것이었다.

나. 그런데 1984. 12. 31. 의료보험법을 개정하면서 위 조항을 ‘보험급여를 받을 자가 자신의 범죄행위에 기인하거나 또는 고의로 사고를 발생시켰을 때에는 보험급여를 하지 아니한다’라고 개정하였고, 아울러 1984. 12. 31. 개정된 공무원및사립학교교직원의료보험법에서도 보험급여 제한규정을 ‘보험급여를 받을 자가 자신의 범죄행위에 기인하거나 또는 고의로 사고를 발생시켰을 때에는 당해 보험급여를 하지 아니한다’로 바꾸었으며, 의료보험인구가 점차 증가하여 1989년에는 전 국민의 91%에 이르렀다.

다. 한편, 1997. 12. 31. 공무원및사립학교교직원의료보험관리공단과 지역의료보험조합이 통합한 국민의료보험법이 제정되었는데 역시 급여제한규정은 ‘자신의 범죄행위에 기인하거나 또는 고의로 사고를 발생시켰을 때’(동법 제 41조 제1항)라는 것이었다.

라. 1999. 2. 8. 의료보험법과 국민의료보험법을 통합한 국민건강보험법이 제정됨으로써 전 국민이 국민건강보험법의 적용을 받게 되었다. 국민건강보험법 제48조 제1항 제1호는 문제의 급여제한사유를 ‘고의 또는 중대한 과실로 인한 범죄행위에 기인하거나 고의로 사고를 발생시킨 때’라고 규정함으로써 이른바 ‘경과실’에 의한 범죄에 기인한 사고의 경우에는 보험급여를 실시하게 되었는데, 이는 구 국민의료보험법 및 의료보험법의 급여제한사유에 ‘경과실’에 의한 범죄행위도 포함되고 이로 인하여 이 규정이 단순·경미한 교통사고의 경우에만 적용됨으로써 국민의 의료보험수급권을 지나치게 제한한다는 지적과 민원이 계속되자 이를 해소하기 위하여 나온 조치라고 이해된다.

4. 위헌 여부에 대한 판단

가. 의료보험수급권의 법적 성질

의료보험제도는 피보험자인 국민이 납부하는 기여금 형태의 보험료와 국고 부담을 재원으로 하여, 국민에게 발생하는 질병·상해·분만·사망 등 상당

한 재산상 부담이 되는 사회적 위험을 보험방식에 의하여 대처하는 사회보험 제도(사회보장기본법 제3조 제2호, 구 국민의료보험법 제1조)이므로 이 제도에 따른 의료보험수급권은 이른바 사회보장수급권의 하나에 속한다. 원래 사회보장기본법에서는 “모든 국민은 사회보장에 관한 관계법령이 정하는 바에 의하여 사회보장의 급여를 받을 권리를 가진다”고 규정하고 있는데(사회보장기본법 제9조) 이러한 사회보장수급권은 헌법 제34조 제1항에 의한 인간다운 생활을 보장하기 위한 사회적 기본권 중의 핵심적인 것이고 의료보험수급권은 바로 이러한 사회적 기본권에 속한다.

그런데 이와 같이 사회적 기본권의 성격을 가지는 의료보험수급권은 국가에 대하여 적극적으로 급부를 요구하는 것이므로 헌법규정만으로는 이를 실현할 수 없고 법률에 의한 형성을 필요로 한다. 의료보험수급권의 구체적 내용 즉, 수급요건·수급권자의 범위·급여금액 등은 법률에 의하여 비로소 확정된다(헌재 1999. 4. 29. 97헌마333, 판례집 11-1, 503, 513 참조). 구 국민의료보험법은 제4장에서 보험급여의 내용을 구체적으로 규정하고 있는바 피보험자 및 피부양자의 질병, 부상, 분만에 대하여 보험급여를 한다고 규정하고 그 내용, 의료보험의 개시시기, 비용의 일부부담에 대하여 규정하고 있다. 따라서 의료보험수급권은 법률에 의하여 이미 형성된 구체적인 권리라고 할 것이다. 헌법재판소는 구 의료보험법 제31조 제1항이 규정하는 “이른바 분만급여청구권은 위와 같은 사회보장제도 중 사회보험으로서의 의료보험급여의 일종으로 의료보험법이라는 입법에 의하여 구체적으로 형성된 권리이다.”라고 판시한 바 있다(헌재 1997. 12. 24. 95헌마390, 판례집 9-2, 828). 그러므로 구 국민의료보험법 제41조가 보험급여의 제한이라고 하여 “보험자는 보험급여를 받을 자가 자신의 범죄행위에 기인하거나 또는 고의로 사고를 발생시켰을 때에는 당해 보험급여를 하지 아니한다”라고 규정하고 있는 것은 이미 구체적으로 형성된 권리에 대한 제한의 의미를 갖는다.

한편 의료보험법상의 보험급여는 가입자가 기여금의 형태로 납부한 보험료에 대한 반대급부의 성질을 갖는 것이고 본질상, 보험사고로 초래되는 가입자의 재산상의 부담을 전보하여 주는 경제적 유용성을 가지므로 의료보험수급권은 재산권의 성질을 갖는다. 구 국민의료보험법 제57조는 “국고는 매년도 예산의 범위안에서 대통령령이 정하는 바에 의하여 공단에 대하여 의료보험 사업에 필요한 비용의 일부를 부담할 수 있다.”라고 규정하고 동법 시행령 제32조 제1항은 공단의 관리운영비용, 지부의 설치비용, 천재·지변 등으로 발

생한 결산상 부족금의 보전, 보험재정안정사업의 실시로 인한 공단의 비용, 지역피보험자의 보험급여에 소요되는 비용 등을 일부 부담할 수 있다고 규정한다. 그러나 의료보험의 보험재정은 가입자가 납부하는 보험료에 의하여 대부분 형성되고 국고의 지원은 위에서 본 것처럼 원칙적으로 관리재정에 대한 것이므로 국고의 일부 지원이 있다는 사실은 의료보험수급권의 재산권적 성질을 인정하는 데 장애가 되지 않는다. 법률에 의하여 구체적으로 형성된 의료보험수급권에 대하여 헌법재판소는 이를 재산권의 보장을 받는 공법상의 권리로서(헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 950 참조) 헌법상의 사회적 기본권의 성격과 재산권의 성격을 아울러 지니고 있다고 보므로(헌재 1999. 4. 29. 97헌마333, 판례집 11-1, 503, 512 참조) 보험급여를 받을 수 있는 가입자가 만일 계쟁조항에 의하여 보험급여를 받을 수 없게 된다면 이것은 헌법상의 재산권과 사회적 기본권에 대한 제한이 된다.

나. 재산권의 침해 여부

의료보험수급권에는 앞에서 본 바와 같이 재산권의 성격과 사회적 기본권의 성격이 혼재되어 있으므로 의료보험수급권에 대한 제한은 재산권에 대한 침해를 구성하는 측면을 가질 수 있기 때문에 먼저 이점을 검토한다.

(1) 의료보험수급권은 재산권으로 보장을 받는 공법상의 권리이지만 헌법 제37조 제2항의 공공복리를 위하여 제한될 수 있는 것이다. 그러나 만일 그 제한이 과도하여 의료보험수급권의 본질을 침해한다면 이는 위헌이 된다. 재산권의 본질을 침해하는지 여부를 검토함에 있어서는 보험급여 제한의 목적이 정당한지, 수단이 상당한지, 그 제한이 필요한 최소한의 범위에 그치는 것인지, 그리고 법익간의 균형을 유지하고 있는지 등을 살펴보아야 할 것이다.

(2) 입법목적의 정당성

의료보험이 제대로 기능을 발휘하기 위하여는 우선 보험재정이 건실하여야 하고 나아가 의료보험도 본질상 보험에 속하는 이상, 다른 보험제도와 마찬가지로 가입자의 정직성을 전제로 하지 않고서는 존립하기 어려운 제도이므로(最大善意契約性), 피보험자가 자기에게 책임 있는 사유로 보험사고를 일으킨 경우에는 그 보험급여를 제한함으로써 그의 부당한 이익을 배제하고 이로써 의료보험재정의 건실성과 의료보험의 사회적 및 도덕성(이하에서는 의료보험의 공공성이라고 포괄하여 부른다)을 유지하는 것이 필요하다.

사회보장관계법상의 급여의 제한은 가입자가 보험공동체에 대한 책임을 이행하지 않는 데 대한 제재의 성격을 갖는다. 보험관계 전체를 관찰할 때 가입

자에 대한 비난가능한 행위는 세 가지 국면에서 나타나는데 첫째, 가입자가 보험관계를 존속시키기 위한 최소한의 의무인 보험료납부 의무를 이행하지 않는 경우(구 국민의료보험법 제41조 제6항 참조) 둘째, 보험자 또는 요양기관의 요양에 관한 지시를 가입자가 정당한 이유 없이 따르지 않는 경우(동법 제41조 제3, 4항 참조) 셋째, 가입자가 사회적 위험을 스스로 방지할 의무를 게을리하거나 혹은 더 나아가서 스스로 사회적 위험을 야기하는 경우이다. 계쟁조항은 바로 위의 세 번째 경우를 규율하기 위한 것으로서 피보험자가 ‘자신의 범죄행위에 기인하여 사고를 발생시킨 때’에는 ‘고의로 사고를 발생시켰을 때’와 마찬가지로 보험급여를 하지 않는다는 것이다.

가입자가 사회적 위험을 스스로 방지할 의무를 게을리하거나 혹은 더 나아가서 스스로 사회적 위험을 야기하는 것은 보험공동체에 위해를 끼치는 행위로서 이러한 행위로 인한 보험사고에 대하여까지 보험급여를 하는 것은 의료보험의 공공성에 반한다. 보험공동체의 이익을 해하는 위해행위 중 우선 ‘고의로 사고를 발생시켰을 때’ 또는 ‘고의로 질병·부상을 발생시킨 경우’에 대하여는 구 국민의료보험법(제41조 제1항)뿐만 아니라, 국민연금법(제70조), 공무원연금법(제62조 제1항, 제2항) 등 여타의 사회보험관계법에서도 동일하게 급여를 제한하고 있으며, 산업재해보상보험법에서는 보험급여의 대상이 되는 업무상 재해의 범위에서 ‘근로자의 고의·자해행위 또는 그것이 원인이 되어 발생한 사상’을 제외하고 있다(같은 법 시행규칙 제32조 제3호).

나아가 만일 가입자가 저지른 범죄행위로 인한 사고에 대하여도 보험급여를 실시한다면 선량한 주의의무로 사고와 질병을 방지하고 예방하는 등 보험공동체에 대하여 성실하게 책임을 다하는 국민에게 그 부담을 전가하게 되는 불합리한 결과를 가져오고 가입자의 공동체의식을 약화시키게 된다. 그러므로 가입자의 범죄행위에 기인하는 질병·부상 등에 대하여는 가입자가 고의로 이들을 발생시킨 경우와 마찬가지로 보험급여를 제한할 필요가 있게 된다. 따라서 ‘범죄행위’라고 하는 보험공동체에 대한 위해행위로 인하여 발생한 질병·부상 등에 대하여 계쟁조항이 보험급여를 제한하고 이로써 의료보험의 공공성을 지키고자 하는 것은 그 입법목적의 정당성을 인정할 수 있다.

(3) 수단의 상당성

의료보험의 보험료는 보험사고발생률이나 보험급여의 다과에 연계되어 변동되는 것이 아니라 직장가입자는 소득을 기준으로 하고 지역가입자는 소득과 소득으로 환산할 수 있는 재산을 합산한 금액을 기준으로 삼아 여기에 동

일한 보험료율을 적용하여 보험료를 산출하고 있다. 이것은 상법상의 상해보험 등 사보험과 다른 점이다. 사고발생률의 대소나 보험금여액의 다과 등에 따라 개인별로 보험료에 차등을 두는 것은 이념상으로는 사회보험의 기초인 사회연대성의 원칙에 어긋나고 기술적으로도 전국민개보험(全國民皆保險)의 상황하에서는 이를 제대로 실현하는 것이 현실적으로 불가능하기 때문이다. 따라서 의료보험에서는 자신의 범죄행위에 기인한 보험사고의 경우와 같이 보험공동체에 대한 책임을 이행하지 않는 경우에 대하여는 보험금여를 제한하는 것 이외에는 다른 제재수단을 찾기 어렵다. 그러므로 범죄행위에 기인한 의료보험사고에 대하여 계쟁조항이 보험금여를 제한하는 것은 의료보험의 공공성을 확보하기 위한 적합한 수단이라고 할 것이다.

(4) 침해의 최소성과 법익의 균형

문제는 범죄행위의 종류를 묻지 않는 데서 발생한다. 계쟁조항이 규정한 범죄행위에는 고의범과 과실범이 모두 포함되고 과실범에는 중과실에 의한 것과 경과실(중과실 이외의 과실을 가리키는 것이고 이 사건에서는 이를 모두 같은 의미로 사용한다)에 의한 것이 모두 포함된다. 심지어 대법원판례는 계쟁조항 소정의 '범죄행위'에 관하여 ".....형법에 의하여 처벌되는 범죄는 물론 특별법령에 의하여 처벌되는 범죄행위도 포함되는 것이므로 도로교통법 제12장의 범칙행위도 위 범죄행위에 해당한다"(대법원 1990. 2. 9. 선고 89누2295 판결; 대법원 1990. 5. 22. 선고 90누752 판결)라고 하기 때문에 범죄행위의 범위는 매우 넓게 된다. 즉, 범죄행위에는 형법상의 과실범이 포함될뿐만 아니라 행정형벌법 중의 과실범도 포함되는데, 행정법령 중에는 과실에 의한 의무위반을 처벌하는 명문의 규정을 두는 경우가 많고 나아가 "명문의 규정이 없어도 입법목적이나 제반 관계규정의 취지 등을 고려하여 해석상 과실범도 벌할 뜻이 명확한 경우라면 과실범에 해당한다"라고 대법원판례가 인정하고 있으므로(대법원 1986. 7. 22. 선고 85도108 판결; 대법원 1993. 9. 10. 선고 92도1136 판결 참조) 이러한 행정형벌법의 과실범까지 범죄행위에 포함하면 그 범위는 매우 넓어지기 때문이다. 물론 대법원판례는 "자신의 범죄행위에 기인한 경우라 함은 오로지 또는 주로 자기의 범죄행위로 인하여 보험사고가 발생한 경우를 말한다"라고 해석하여(대법원 1990. 2. 9. 선고 89누2295 판결; 대법원 1994. 9. 27. 선고 94누9214 판결) 그 범위를 좁히고 있지만 비록 그렇다 하더라도 계쟁조항의 범죄행위에 과실범이 포함됨으로 말미암아, 나아가 과실범에는 원래 경과실에 의한 것도 포함됨으로 말미암아, 결국 범죄행위에

고의나 중과실에 의한 것 이외에 경과실에 의한 것까지 포함되어 그 범위가 넓어지는 것 자체는 분명하다.

이것은 의료보험의 가입자인 국민이 사회보장제도의 핵심의 하나인 의료보험의 보장으로부터 배제되는 예외의 범위가 그만큼 넓어진다는 것을 의미한다.

이처럼 범죄행위의 범위를 넓게 잡다보면 이 가운데에는 의료보험의 공공성에 반하지 않거나 그 정도가 매우 미약한 경우가 포함된다. 경과실에 의한 범죄행위가 바로 그것이다. 대법원판례가 범죄행위에 포함시키고 있는 도로교통법상의 범칙행위를 생각하면 그 범위의 넓음을 짐작하기에 충분하다. 경과실에 의한 범죄는, 절도나 강도와 같은 형법상의 고의범 및 중실화와 같은 중과실범과는, 보험공동체에 끼치는 위해의 성질과 정도가 현저히 그리고 판연히 다르다. 고의에 의한 범죄는 그 비난가능성이 크고 보험공동체 전체의 이익을 고의로 해하는 행위라고 볼 수 있으므로 그로 인한 질병 또는 부상 등에 대하여 보험급여를 제한하는 것은 의료보험의 공공성에 비추어 결코 불합리하다고 볼 수 없다. 중과실에 의한 범죄도 이와 마찬가지로이다. 보험공동체에 위해를 끼치지 않도록 성실하고 책임있게 행동할 주의의무를 위반한 과실의 정도가 중대하여 그 비난가능성이 고의에 준한다고 볼 수 있기 때문이다. 그러나 고의·중과실을 제외한 경과실범의 경우에는 우선 그 비난가능성이 상대적으로 낮다. 보험공동체에 위해를 끼치지 않도록 성실하고 책임있게 행동할 주의의무를 위반한 과실의 정도가 경미하므로 그 위반에 대하여 고의나 중과실이 있는 경우와 똑같이 비난하는 것이 불합리하기 때문이다.

그러므로 형법상의 절도나 강도와 같은 고의범 또는 중대한 과실에 의한 실화의 죄 등과 같은 중과실범의 범행에 기인한 부상이나 질병에 대하여 다른 국민이 낸 보험료로 의료보험급여를 하는 것은 의료보험의 윤리성이나 도덕성 등 그 공공성에 위반되어 불합리하지만, 우연히 발생한 경과실에 의한 범죄행위에 기인한 보험사고에 대하여 보험급여를 하는 것은 의료보험의 공공성에 위반된다고 보기가 어렵다. 결국 의료보험의 공공성을 유지하기 위하여, 고의로 발생시킨 사고 이외에 범죄행위와의 관계에서, 보험급여를 제한하는 것은 고의나 중과실에 의한 범죄행위에 기인하는 보험사고의 경우로 한정하면 충분하고 이 범위를 넘어서 경과실에 의한 범죄행위에 기인한 보험사고에 대하여까지 보험급여를 하지 않는 것은 기본권의 제한은 필요한 최소한의 범위에 그쳐야 한다는 헌법상의 원칙을 어기는 것이다.

한편 경과실에 의한 범죄행위로 인한 보험사고에 대하여 보험급여를 하는 것은 위에서 본 바와 같이 의료보험의 공공성이라는 공익을 해치는 바가 별로 없거나 아주 미미하다고 할 수 있다. 그러나 다른 한편 이에 대하여 보험급여를 하지 않는 것은 의료보험으로 치료를 받아 질병의 고통 등으로부터 벗어나게 되는 것과 같은 개인의 이익을 침해하는 정도가, 경우에 따라서는 치명적인 정도로(예컨대 의료보험수급권 이외에는 치료비를 감당할 별도의 재산이 별로 없어 치료에 어려움이 있는 경우), 매우 중대하다. 그러므로 양자를 비교할 때에 기본권제한의 정당화에 필요한 법익의 균형이 존재하지 아니하여 헌법에 위반된다고 할 것이다. 기본권을 제한함에 있어서는 제한되는 사익과 추구되는 공익 사이에 적절한 균형이 유지되어야만 헌법상 이를 허용할 수 있기 때문이다. 만일 경과실에 의한 범죄행위로 인하여 발생한 보험사고에 대하여 모두 급여를 실시할 경우 보험재정의 부담이 너무 커져서 그 건전성을 위태롭게 한다면 법익의 균형문제를 달리 보아야 할 여지가 있겠지만 그러한 위험에 관한 아무런 실증적인 자료도 제시되지 않고 있다. 오히려 구 국민의료보험법이 폐지된 2000. 7. 1.부터 새롭게 시행된 국민건강보험법 제48조 제1항 제1호가 “고의 또는 중대한 과실로 인한 범죄행위”에 기인하는 보험사고에 대하여만 급여를 제한하고 경과실로 인한 범죄행위에 기인하는 보험사고에 대하여는 급여를 실시하는 것으로 개정된 것은 이렇게 개정하더라도 보험재정의 건전성을 크게 위협하지는 않는다는 저간의 사정을 말해주는 것으로 보인다.

(5) 소 결

따라서 보험재정의 공공성을 유지하기 위하여 범죄행위에 기인한 보험사고에 대하여 보험급여를 하지 않는 것은 고의범과 중과실범의 경우로 한정하면 충분하므로 여기에서 더 나아가 경과실범에 의한 보험사고의 경우에까지 의료보험수급권을 부정하는 것은 기본권제한에 있어서의 최소침해의 원칙에 어긋나며, 나아가 보호되는 공익에 비하여 침해되는 사익이 현저히 커서 법익균형의 원칙에도 어긋나므로 이는 재산권에 대한 과도한 제한에 해당하여 헌법상의 과잉금지원칙을 어긴 것이라고 하지 않을 수 없다.

다. 사회적 기본권의 침해

의료보험수급권의 재산권적 측면에서 볼 때 보험급여의 제한이 이상에서 검토한 바와 같이 국민의 재산권을 침해하여 위헌이라고 판단되는 이상, 보험급여의 제한이 의료보험수급권에 혼재된 다른 기본권 즉 사회적 기본권에 대

한 위헌적 침해를 구성하는지 여부와 관계 없이, 계쟁조항의 위헌성을 인정할 수 있는 것이지만 뒤에 보는 바와 같이 계쟁조항에 의한 보험급여의 제한은 사회적 보장이 가장 필요한 분야의 하나를 사회보장의 밖에 방치하는 결과를 초래하여 사회적 기본권에 대한 침해를 구성하는 측면이 있다고 보이므로 이 점에 대하여도 추가로 검토한다.

(1) 계쟁조항이 초래하는, 위의 (나)에서 본 바와 같은, 과도한 제한은 보험의 본질과 조화되지 않는 측면이 있다.

과실범은 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 이를 처벌하고(형법 제14조) 그 법정형도 고의범에 비하여 가볍다. 과실범 중에서도 일정한 경우에는 중과실을 경과실과 구별하여 따로 보다 무거운 형을 정하고 있으므로 결국 경과실의 범죄에 대하여는 고의범이나 중과실범에 비하여 법정형을 가볍게 하고 있는 것인데 그 이유는 그것이 경과실에 의하여 우연히, 우발적으로, 발생한 것이어서 그에 대한 비난가능성이 크지 않다는 데 있다. 결국 경과실의 범죄로 인한 사고는 개념상 우연한 사고의 범위를 벗어나지 않는다. 따라서 경과실의 범죄로 인하여 우연하게 발생한 사고를 보험사고에서 제외하는 것은 우연한 사고로 인한 손해를 대수의 법칙에 의하여 분산시킨다는 보험의 본질에 어긋난다.

(2) 물론 고의나 중과실에 의한 범죄행위 자체와 그로 인하여 발생한 질병이나 부상 등의 보험사고와는 구별되는 것이므로 범죄행위가 고의나 중과실에 의한 것이라고 하여 그로 인한 보험사고까지도 고의나 중과실에 의한 것, 바꾸어 말하면 우연성이 없는 것이라고 말할 수는 없다. 그러나 보험사고발생의 계기를 이루는 고의의 범죄행위 자체는 원래 우연성이 없는 것이고 이러한 비우연성(非偶然性)의 범죄를 계기로 하여 발생한 보험사고 중 적어도 위와 같은 비우연성의 범죄와 상당한 인과관계에 있는 보험사고는 전체적으로 볼 때 사실의 측면에서도 역시 그 우연성이 인정되지 않는다고 볼 수 있다. 또한 고의범에 기인한 보험사고는, 그 사고 발생의 계기가 되는 범죄행위라는 것이 보험공동체에 대하여 위해를 끼치지 않도록 성실하고 책임있게 행동하여야 할 보험공동체의 일원으로서의 의무를 고의로 어긴 것이므로, 그에 대한 제재적 차원의 가치판단에서 보아도 그로 인한 사고의 우연성을 부정하는 것이 합당하다. 한편 중과실에 의한 범죄로 인하여 발생하는 보험사고는 어느 정도는 고의범과 달리 우연히 발생한 것이라고 볼 측면이 없지는 않다. 원래가 중과실에 의한 범죄는 고의범과 경과실범의 중간영역에 위치한다고 볼 수

있는 측면이 사실상 존재한다. 그러므로 경과실에 의한 범죄를, 그 발생의 우연성을 기준으로 할 때, 보험의 분야에서 이를 고의범과 같이 취급할 것인지 또는 경과실범과 같이 취급할 것인지를 결정하는 것은 결국은 입법정책의 재량문제라고 할 것이다. 이러한 입장에서 보면 경과실에 의한 범죄를 고의범과 같이 취급하여 이에 기인하는 보험사고에 대하여 급여를 배제하는 것은 입법재량의 범위내에 있는 것이고 이것이 입법재량의 한계를 현저히 일탈하여 보험의 본질을 침해하는 것이라고 볼 특별한 사정은 찾아 볼 수 없다.

이에 반하여 경과실의 범죄로 인한 사고는 앞에서 본 바와 같이 개념상 우연한 사고의 범위를 벗어나지 않는다. 경과실에 의한 범죄 자체가 우연적인 요소가 강한 것인데 여기서 한 걸음 더 나아가 이것이 계기가 되어 보험사고의 발생에까지 이르게 된다는 것은 더욱 그 우연성을 크게 보지 않을 수 없기 때문이다.

그러므로 경과실로 인한 범죄행위에 기인하는 보험사고에 대하여 의료보험급여를 부정하는 것은 보험의 본질과 목적에 어긋나는 것이다.

(3) 위와 같이 의료보험급여의 배제가 보험의 본질과 목적에 어긋난다고 하는 것은 다른 한편으로는, 사회보장급여를 절실히 필요로 하는 곳에 오히려 이를 제공하지 않게 된다는 것을 의미한다. 의료보험을 포함하는 사회보장제도는, 그 발생 여부가 확실치 않거나 또는 그 발생시기를 확실히 하기 어려운 사회생활상의 우연한 위험으로부터 경제적 능력이 충분치 않은 다수의 국민을 보호하기 위하여 원래 만들어진 제도이므로, 예측하지 못한 우연한 위험이 발생한 때에 사회보장으로서의 의료보험의 실시가 가장 절실하게 필요하다. 경과실의 범죄행위에 기인한 보험사고는 의료보험을 가장 절실하게 필요로 하는 바로 이러한 우연한 위험의 하나에 속하는 것이다. 그러므로 이러한 경우에 오히려 의료보험의 수급권을 부정하는 것은 사회보장제도의 목적 내지 필요성에 어긋나는 것이다.

의료보험수급권은 법률에 의하여 구체적으로 형성되는 권리이고 의회는 그 형성에 있어서 넓은 재량을 갖는다(헌재 1999. 4. 29. 97헌마333, 판례집 11-1, 503, 513 참조). 그러나 그 재량은 제도의 본질을 침해하여서는 안된다는 헌법상의 한계를 갖는 것이고 만일 이러한 재량의 한계를 현저히 일탈할 경우에는 그 법률은 위헌이 된다. 더구나 헌법 제34조 제2항은 국가는 사회보장과 사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다고 규정하고 있으므로 의회의 입법재량이 이러한 헌법상의 의무에 역행하는 방향으로 행사되어서는 안될 것이다.

따라서 의료보험수급권을 법률로 형성함에 있어서 의회가 비록 폭넓은 재량권을 가진다는 점을 고려한다고 하더라도 계쟁조항이 경과실의 범죄행위에 기인한 보험사고의 경우에까지 의료보험의 수급권을 부정하는 것은 위에서 본 바와 같이 우연한 사고로 인한 위험으로부터 다수의 국민을 보호하고자 하는 사회보장제도로서의 의료보험의 본질에 반하고, 의료보험을 절실히 필요로 하는 다수 국민의 우연한 위험에 대하여 그 보호를 거절하는 것이 되어 사회보장의 증진에 노력할 국가의 책임에 역행하는 것이므로 이러한 입법은 재량의 범위를 현저히 일탈하여 위헌이라고 할 것이다.

라. 요컨대 범죄행위로 인하여 발생한 보험사고에 대하여 보험급여를 하지 않는다고 규정한 계쟁조항의 ‘범죄행위’에 경과실에 의한 범죄까지 포함된다고 해석하는 경우에는, 경과실에 의하여 우연히 발생한 보험사고에 대한 보험급여를 부정하게 되는데, 이것은 의료보험수급권이라는 재산권을 과도하게 제한하여 헌법에 위반된다. 뿐만 아니라 이것은 사회적 기본권으로서의 의료보험수급권의 본질을 침해하여 역시 헌법에 위반된다.

5. 결 론

그렇다면 구 국민의료보험법 제41조 제1항의 “범죄행위”에 ‘고의’와 ‘중과실’로 인한 범죄행위 이외에 ‘경과실’에 의한 범죄행위도 포함되는 것으로 해석하는 한 이는, 다른 점에 대하여 더 판단할 것도 없이, 헌법에 위반되므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 아래 6.과 같은 재판관 김영일의 반대의견이 있는 외에는 다른 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

6. 재판관 김영일의 반대의견

나는 국민의료보험법상 범죄행위에 기인한 보험사고에 대하여 의료보험수급권을 제한하는 경우 고의에 의한 범죄행위로 한정할 것인지, 중과실에 의한 범죄행위까지만 포함할 것인지, 고의·과실을 불문하고 모든 범죄행위를 다 포함할 것인지의 여부는 의료보험수급권의 성격상 전체적으로 입법자의 광범위한 재량에 맡겨진 영역이고, 이 사건 법률조항에서 위와 같이 특별히 어느 범죄행위에 제한을 두지 않고 모든 범죄행위에 기인한 보험사고를 대상으로 하고 있다고 하여 이는 의료보험수급권을 과도하게 제한하는 것이라고 볼 수 없고, 또한 사회보험인 의료보험과 사보험은 그 제도의 목적·원리·운영방식에 있어서 본질적으로 다르므로, 이 사건 법률조항이 사보험과 달리 급여제한사유로 경과실에 의한 범죄행위를 포함시키고 있는 것은 평등의 원칙에도 위배되지 아니한다고 판단되어 다음과 같이 다수의견에 반대하는 의견을 밝

히는 바이다.

가. 의료보험수급권의 법적 성격과 그에 따른 심사기준의 설정문제에 대하여 본다. 의료보험수급권은 국민이 납부하는 보험료라는 기여금의 대가인 측면이 있으므로 그 점에 있어서는 재산권적인 성격을 가지고 있으나, 전체적으로는 사회보장제도 중 사회보험법상의 권리인바, 입법자는 피보험자인 국민이 납부하는 보험료라는 기여금과 국고부담을 전제로 하여 이루어지는 의료보험제도의 한정된 재원으로 최적의 의료보험급여를 하기 위해서는 국민의 부담수준, 국가의 재정상황이라는 한계 하에서 여러 가지 정책적 측면을 고려하여 보험급여의 우선순위를 정하게 되고, 사회적·경제적 여건에 따라 적절히 대처하여 그 권리의 내용을 구체적으로 결정한다고 할 것이다. 그러므로 의료보험수급권의 수급요건, 수급권자의 범위, 급여금액 등 그 구체적인 내용은 법률에 의하여 비로소 확정되며, 그 의료보험수급권의 형성에 있어서 입법자는 폭넓은 형성의 자유를 가진다고 할 것이다. 따라서 의료보험을 통하여 누가, 어떠한 위험에 대해서, 어떠한 종류와 내용, 그리고 어떠한 수준의 보호를 받을 것인가 하는 문제는 전체적으로 입법자에게 상당한 정도의 형성의 자유가 인정되는 영역인 것이다.

그런데 다수의견은 위와 같이 의료보험수급권의 성격을 본인이 보험료를 납부하는 대가라는 점에서 재산권의 성격을 가지지만 사회보장수급권으로서 사회적 기본권이고, 따라서 그 의료보험수급권의 내용설정에는 입법자의 재량의 여지가 넓은 영역이라고 보면서도, ‘최소침해성과 법익균형성’을 판단하면서 마치 순수하고 전형적인 일반재산권에 대한 비례의 원칙을 위반하였는지를 엄격한 심사기준에 입각하여 논의를 전개하고 있어, 동일한 의료보험수급권의 내용에 대한 위헌여부를 판단하면서 완화된 심사기준과 엄격한 심사기준이 혼화(混化)되어 있어 부당하다.

살피건대, 의료보험급여는 가입자가 납부한 보험료에 대한 반대급부의 성질을 일부 갖고 있음을 부인할 수는 없지만, 그 반대급부성은 상당히 약한 것이다. 사보험(私保險)의 경우 상업적·경제적 관점이 보험재정운영의 결정적인 기준이 되므로 보험료의 산정에 있어 성별, 연령, 가입연령, 건강상태 등의 피보험자 개인이 지니는 보험위험발생의 정도나 개연성에 따라 보험료가 산정되지만, 의료보험과 같은 사회보험에서는 국민의 질병·부상·분만 등에 대하여 보험급여를 실시함으로써 국민보건을 향상시키고 사회보장의 증진을 도모하려는 사회보장적 입장이 바탕이 되므로, 보험료는 피보험자의 소득, 재

산 등과 같은 경제적 능력에 비례하여 정해진다. 보험위험도가 높은 사람이 많은 보험료를 내는 것은 아니며, 보험급여를 많이 받았다고 하여 차기에 납입해야 할 보험료가 인상되지도 않는다. 이처럼 의료보험에서 보험료와 보험급여는 직접적 등가관계를 이루고 있지 않고 대가관계가 상당히 약하므로 보험급여를 받을 지위가 자신의 급부에 대한 등가물에 해당하여 사법상의 재산권과 유사한 정도로 강력히 보호받아야 할 권리로서 인정된다고 보기 어렵다.

그리고 의료보험에서의 대가성은 연금의 경우와 비교해도 현저히 약하다.

연금은 그 수급권자가 기여금을 납부할 때, 이미 장래 반드시 있을 퇴직시 또는 사망시 등에 기여금으로 형성된 금액의 대략 2배 상당의 연금을 지급받을 것이 거의 확정적으로 예정되어 있으므로 그 재산권성이 보험급여보다 훨씬 강하고 특히 기여금에 해당하는 금액부분은 수급권자 자신이 납부한 것을 반환받는 셈이므로 재산권성을 인정하는 데에 아무런 문제도 없다.

그러나 의료보험급여의 경우에는 보험사고(질병)가 발생할지 어떨지, 발생한다면 어느 정도의 보험급여를 받게 되는 경우일지를 전혀 예상할 수 없고, 지급받는 보험급여액도 자신이 납부한 보험료의 크기와는 아무 관계없이 결정되는 것이며, 보험사고가 없는 경우에 납부한 보험료를 장래에 반환받는 것으로 예정되어 있지도 않다. 그럼에도 불구하고, 공무원연금수급권에 관한 우리 헌법재판소의 종전 판례(헌재 1999. 4. 29. 97헌마333, 판례집 11-1, 503, 513; 헌재 2003. 9. 25. 2001헌마93등, 공보 85, 834, 849-850 참조)에서 공무원연금수급권은 재산권적 성격을 가지고 있으나, 전체적으로는 사회보장수급권으로 보이므로 입법자는 그 공무원연금수급권의 요건·내용 등의 설정에 있어서 광범위한 형성재량을 가진다고 보아 완화된 심사기준에 따라 위헌여부를 판단하여 왔다.

또한 이 사건 법률조항은 이미 발생한 구체적 의료보험수급권을 사후에 제거하거나 축소시키는 것이 아니라, 사고가 범죄행위에 기인하여 발생하였다면 이에 대하여는 의료보험법에 의한 보호를 하지 않겠다는 입법적 결정 즉, 의료보험수급권의 내용을 형성하는 성질을 갖는 것이고, 따라서 이 경우 아직 발생하지 않은 구체적 재산권의 제한여부는 문제가 될 여지가 없으며, 다만, 이러한 입법자의 결정이 입법재량의 범위 내인지의 여부를 판단하면 되는 것이고 또한 그것으로 족한 것이다.

그렇다면 이 사건 법률조항이 청구인의 재산권을 침해하고 있는지의 여부를 판단함에 있어서 헌법 제37조 제2항을 적용할 때, 그 의료보험수급권이 전

체적으로 사회보장급여라는 점을 고려하여 전형적인 재산권침해 여부를 판단함에 있어 적용되는 엄격한 심사기준을 적용할 것이 아니라, 입법자의 광범위한 형성재량이 인정되어 그 입법목적의 정당성 및 그 수단의 상당성으로 완화된 심사기준을 적용하여야 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 위헌의견이 취한 그 심사기준설정의 전제로 보이는 의료보험수급권의 법적 성격에 대한 태도는 종전 우리 헌법재판소의 사회보험에 입각한 사회보장적 급부의 법적 성격에 대한 일련의 기본적 입장과 배치되는 이례적인 것으로 볼 수밖에 없고, 이 사건에서 기존의 판례입장과 달리 불특단의 사정이나 이유가 없는데도 갑자기 위와 같이 보는 것은 전혀 타당하다고 할 수 없다. 이는 향후 헌법재판의 헌법질서의 유지·수호기능 및 헌법규범에 대한 법적 안정성과 예측가능성을 저해하고 국가기관과 국민에 대한 지침적·교육적 기능의 수행에 지장을 초래하게 될 것이기 때문이다.

나. 위와 같은 완화된 심사기준에 따라 이 사건 법률조항에 대하여 입법목적의 정당성 및 그 수단의 상당성이 인정되는지의 여부, 이 사건 법률조항이 청구인의 재산권 또는 사회보장수급권을 제한함에 있어 헌법 제37조 제2항에 위배되는지의 여부에 대하여 본다.

의료보험급여는 보험제정과 긴밀한 연계성을 갖게 되므로 그 급여 역시 총보험료수준을 고려하게 되어 무제한적인 보험급여를 할 수는 없다는 점에서 볼 때, 보험공동체에 대한 위해를 끼치는 일련의 행위로 인한 질병이나 부상에 대하여 급여를 제한하여야 할 공익적인 필요성이 크다. 그리고 다른 사회보험제도와 비교할 때, 의료보험의 경우 i) 공무원이라는 특수직역에 종사하는 자를 적용대상으로 하는 공무원연금법에 비하여 전 국민을 대상으로 하고 있는 점, ii) '업무상'의 보험사고를 대상으로 하는 산업재해보상보험법에 비하여 '업무 외'의 보험사고를 대상으로 한다는 점에서 어떠한 보험사고로 인한 질병·부상에 대하여 보호를 줄 것인지의 여부를 제한할 필요성이 더 크다.

또한 설사 그것이 과실로 인하여 야기되었다고 하더라도 자신의 범죄행위로 인한 사고에 대하여도 보험급여를 한다면, 선량한 주의의무로 사고와 질병을 방지하고 예방하는 등 보험공동체에 대하여 성실하게 책임을 다하는 국민에게 오히려 그 부담을 전가하게 되는 불합리한 결과를 가져오고 가입자의 공동체의식을 약화시킬 수 있게 하여 의료보험제도의 기반을 위태롭게 할 수 있다.

이 사건 법률조항이 개정·시행된 1984. 12. 31. 당시에는 의료보험급여대

상자인 피보험자 및 그 부양가족의 자가운전이 급증하여 자가운전자의 교통법규위반으로 인한 교통사고가 빈발하게 되고, 이로 인하여 고액의 의료보험급여비용의 지출이 증가하여 의료보험제도의 적정한 운영이 위협받는 상황이었다. 그래서 이러한 의료보험급여비용이 자가운전을 하지 않거나 교통법규를 성실하게 준수하는 다른 피보험자들이 내는 보험료나 국민의 세금으로 보조되는 국고부담금으로 충당되는 것은 부당할 뿐만 아니라 정의에 반하고, 사회보장제도인 의료보험제도의 본질에도 어긋난다는 판단 하에 입법자는 교통법규위반으로 발생한 교통사고로 인한 보험사고는 사보험으로 해결하도록 하면서 의료보험급여대상에서 제외시켜 의료보험급여비용의 위험요인을 분산시키고 보다 합리적인 보험급여를 실시하고자 한 것이고, 위와 같은 사정은 현 시점에서 보아도 크게 달라진 것이 없다.

따라서 전 국민을 대상으로 한 의료보험제도가 시작된지 아직 10년이 조금 넘는 상황에서 부족한 의료보험재정으로 의료보험공동체의 운영을 건실하게 하여 국민의 건강향상과 사회보장을 증진시키기 위하여 ‘범죄행위’라고 하는 보험공동체에 대한 위해행위로 인하여 발생한 질병·부상에 대하여 보험급여를 제한하는 것은 의료보험재정운용의 효율성과 의료보험의 공공성을 기하고자 하는 것으로 정당하다.

그리고 사회보험으로서의 의료보험은 자동차손해보장보험 등 사적 손해보험과 같이 보험사고의 다과에 따라 보험료가 연계되어 변경되는 구조를 갖고 있지 아니하고, 직장가입자는 소득을, 지역가입자는 소득과 소득으로 환산할 수 있는 재산분을 합산한 금액을 각기 기준으로 하여 동일한 보험료율을 적용하여 보험료를 부과하고 있다. 이는 질병이나 부상으로 인한 보험급여의 다과에 따른 개인차를 고려하여 보험료를 부과한다는 것은 사회연대성의 원칙에도 정면으로 반하는 것일 뿐 아니라 기술적으로도 전 국민 개보험인 의료보험에서는 현실적으로 불가능한 것이기 때문이다.

그렇다면 자신의 범죄행위에 기인한 보험사고의 경우와 같이 보험공동체에 대한 책임을 이행하지 않은 경우 보험급여를 제한하는 것 이외에는 다른 제재수단을 찾기 어렵다는 점에서 보험급여의 제한은 의료보험재정의 효율적인 운용과 보험재정운용의 정당성을 확보하기 위하여 상당한 수단이라고 할 것이다.

아울러 과실에 의한 범죄행위로 발생한 보험사고에 대하여 보험급여를 하게 된다면, 보험가입자가 보험사고발생을 방지하여야 할 사회적으로 요구되

는 주의의무를 다하지 못하는 것을 방치하여 결국 보험공동체가 인수해야 할 보험사고발생위험을 그렇지 않은 경우보다 증가시킴으로써 적정하고 우연한 위험을 보장하려는 보험제도의 존립목적에 위태롭게 하게 된다. 다른 한편, 위와 같은 경우도 의료보험급여를 지급하게 된다면, 타인의 범죄행위로 인하여 자신의 귀책사유없이 여타 보험가입자의 보험료부담 및 국가부담 증가를 가져올 수 있는 불합리한 결과를 야기시키게 된다.

덧붙여 이 사건 법률조항은 자신의 범죄행위에 ‘기인하여’ 보험사고가 발생한 경우에 보험급여를 제한하고 있는 것이므로 기본적으로 인과관계가 인정되어야 하고, 이를 해석하고 적용함에 있어서 대법원판례는 구체적으로 보험사고가 ‘오로지 또는 주로’ 자신의 범죄행위에 기인하였을 것과 같은 인과관계를 요구함으로써(대법원 1990. 2. 9. 선고 89누2295 판결) 행위자에게 비난가능성이 적은 경우에는 구체적 타당성을 기하고 있는데, 이는 법률조항 자체에서 구체적으로 법익을 형량할 수 있는 해석의 여지를 부여하고 있다고 볼 수 있다.

그러므로 이 사건 법률조항은 입법자의 재량범위를 넘어 청구인들의 재산권 및 사회보장수급권을 침해하는 것이라고 볼 수는 없다고 할 것이다.

다. 이 사건 법률조항이 평등의 원칙에 위배되는지의 여부에 대하여 본다.

무릇 인보험과 같은 사보험은 상업적·경제적 관점이 보험재정운영의 결정적인 기준이 되며 의료보험보다 높은 보험료가 책정되어 있고 계약자유의 원칙에 의하여 가입하게 되어 있는 반면, 사회보험인 의료보험은 상대적으로 낮은 보험료, 가입강제, 제3자의 보험료부담, 가족의 수급권 보장, 소득에 비례한 보험료의 책정에 따른 누진적 보험료징수를 통한 소득재분배, 국가의 재정지원과 운영 등을 특징으로 하는 것으로서, 양자는 그 제도의 목적·원리·운영방식에 있어서 현저히 다르다. 또한 사보험의 경우 보험회사는 범칙행위를 하여 사고를 야기한 자들에 대하여 곧바로 보험료를 높임으로써 몇몇 중과실에 의한 보험가입자에 대한 책임을 전체 가입자에게 확대하여 대수원칙을 견지하고 있으나, 사회보험인 의료보험의 경우는 질병·부상에 대한 보험급여의 다과와 관계없이 오로지 부담능력에 따라 보험료를 부과하고 보험료와 관계없이 가입자간의 균등한 보험급여를 제도적인 본질로 한다.

그렇다면 위와 같이 사회보험인 의료보험과 사보험은 그 제도의 목적·원리·운영방식에 있어서 본질적으로 다른 집단으로서 평등의 원칙이 적용될 여지가 없으므로 사회보험인 의료보험에서 사보험과 달리 급여제한의 사유로

과실에 의한 범죄행위를 포함시키는 것은 평등의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

따라서 일반사보험과 달리 사회보험인 의료보험에서 고의 및 중과실·경과실을 불문하고 모든 범죄행위에 기인한 보험사고에 대하여 보험급여를 제한하는 것은 재산권, 인간다운 생활을 할 권리 등을 침해하거나 평등의 원칙에 위배되지 아니하므로 헌법에 위반되지 아니한다.

라. 다수의견이 합헌과 위헌의 경계기준으로 삼고 있는 ‘경과실’, ‘중과실’은 헌법재판소가 특정법률조항이 위헌이라고 선언하는 기준으로는 모호하고 불명확하여 부적절하다고 판단된다.

‘중과실’과 ‘경과실’로 구분하는 것은 ‘법률’에서나 가능한 것일 뿐, ‘헌법’상의 기준으로는 적합하지 아니하다.

고의와 과실의 경우는 처벌의 구성요건과 체계를 달리하고 있어 그 구별의 기준이 명확하고, 업무상 과실과 보통과실은 ‘업무’라는 기준이 있어 이것 또한 그 구별이 분명하다고 볼 수 있으나, ‘중과실’과 ‘경과실’의 경우에는 과실이라는 본질은 같고, 다만, 그 구별은 단순히 비본질적이고 양(量)적인 주의의무의 태만 정도에 있을 뿐인데도 불구하고, 다수의견이 위헌·합헌의 기준으로 ‘중과실’은 고의의 범주에 포함시키고 ‘경과실’은 별도로 배제시켜 한정위헌의 경계 내지 한계의 기준으로 삼는 것은 다분히 의제적이라고 보지 않을 수 없다. 이는 특히 우리 헌법재판소의 종전 한정위헌결정에서 위헌과 합헌의 경계 내지 한계를 구분짓기 위한 기준¹⁾들이 개념상 일응 분명한 것들인 점에

1) “퇴직 후의 사유를 적용하여 공무원연금법상의 급여를 제한하는 범위 내에서”(헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1) ; “상호신용금고의 부실경영에 책임이 없는 임원에 대하여도 연대하여 변제할 책임을 부담케하는 범위 내에서”(헌재 2002. 8. 29. 2000헌가5 등, 판례집 14-2, 106) ; “당해 법인의 발행주식총액의 100분의 51 이상의 주식에 관한 권리를 실질적으로 행사하는 자 이외의 과점주주에 대하여 제2차 납세의무를 부담하게 하는 범위 내에서”(헌재 1998. 5. 28. 97헌가13, 판례집 10-1, 570) ; “사업양수인으로 하여금 양수한 재산의 가액을 초과하여 제2차 납세의무를 지게 하는 범위 내에서”(헌재 1997. 11. 27. 95헌바38, 판례집 9-2, 591) ; “법원의 재판에 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해하는 재판도 포함되는 것으로 해석하는 한도 내에서”(헌재 1997. 12. 24. 96헌마172 등, 판례집 9-2, 842) ; “용도가 객관적으로 명백하지 아니한 것 중 대통령령으로 정하는 경우를 추정 규정으로 보지 아니하고 간주규정으로 해석하는 것”(헌재 1995. 9. 28. 94헌바23, 판례집 7-2, 319) ; “법인의 사업연도 중 이 법 시행일 이전의 당해 자본증가액의 잔존

비추어 보면, 더욱 의심스럽다.

‘중과실’과 ‘경과실’은 고의와 과실과는 달리 그 본질을 달리하는 것이 아니라 단지 과실의 정도문제일 뿐이므로, 중과실이나 경과실이나 하는 것은 본질적으로 다른 a, b, c, d … 등 무수한 과실 중에서 중과실과 경과실을 구분할 수 있어서 이를 구분하여 결정하는 것이 아니라, 본질적으로 과실이라는 점에 같고, 다만, 그 정도만 다른 a1, a2, a3, a4 … 등 무수한 정도의 과실 중에서 중과실과 경과실의 경계를 긋는 것이므로, 거기에 경계를 두고 위헌·합헌의 객관적인 기준을 설정하기란 심히 모호하고 거기에는 다분히 주관적인 판단이 개재될 여지가 많아 법률에 중과실과 경과실을 규정하여 법관의 해석으로 보충·구별하는 것은 별론으로 하고 헌법상으로 위헌·합헌의 경계를 설정하는 기준으로는 불분명하여 적합하지 않다는 것이다.

상념상 중과실 중 가장 가벼운 과실과 경과실 중 가장 무거운 과실과는 그 과실의 정도에 있어 그야말로 간발의 차이일뿐 별로 차이나는 바가 없을 것임에도 그것들을 중과실군과 경과실군으로 분리하여 명명함으로써 중과실과 경과실이 과실의 정도문제일 뿐만 아니라 본질적으로도 다른 과실군으로 생각되는 듯하다.

아울러 다수의견의 한 연유라고 볼 수 있는 교통사고사건의 경우 주로 문제가 되는 것은 업무상 과실여부이지 중과실·경과실 여부는 아니라는 점에서 그 기준설정에는 문제가 있다고 보지 않을 수 없다.

마. 입법론으로 논의될 수 있는 것에 불과한 것을 위헌론의 논거로 삼을 수는 없다는 것이다.

증자소득 공제기간에 대하여 적용하는 한”(헌재 1995. 10. 26. 94헌바12, 판례집 7-2, 447) ; “실지거래가액에 의한 경우를 그 실지거래가액에 의한 세액이 그 본문의 기준 시가의 의한 세액을 초과하는 경우까지를 포함하여 대통령령에 위임한 것으로 해석하는 한”(헌재 1995. 11. 30. 94헌바40 등, 판례집 7-2, 616) ; “일반국민이 직무집행 중인 군인과의 공동불법행위로 직무집행 중인 다른 군인에게 공상을 입혀 그 피해자에게 공동의 불법행위로 인한 손해를 배상한 다음 공동불법행위자인 군인의 부담부분에 관하여 국가에 대하여 구상권을 행사하는 것을 허용하지 아니한다고 해석하는 한”(헌재 1994. 12. 29. 93헌바21, 판례집 6-2, 379) ; “이를 자산 및 부채 귀속의 근거규정으로 해석하는 한”(헌재 1994. 4. 28. 92헌가3, 판례집 203) ; “제3조 제1항 각 호에 규정된 시설을 자기소유이어야 하는 것으로 해석하는 한”(헌재 1993. 5. 13. 91헌바17, 판례집 5-1, 275) 등 참조.

사회보장수급권인 의료보험수급권의 내용을 수급자에게 유리하게 확대하는 법개정을 하였다고 하여 종전법규정이 반드시 위헌이 되는 것은 아니다.

입법자는 국가의 사회보장정책의 변경, 보험재정이나 국가재정의 여유 등에 의하여 의료보험수급권의 내용과 수준을 향상시키는 방향으로 개선조치할 수 있고, 상황의 변경으로 그와 반대의 결과를 야기시키는 조치를 취할 수도 있다. 그러나 그렇다고 하여 종전규정의 위헌성판단의 한 근거로 개선입법조치를 삼을 수는 없는 것이다. 더구나 이 사건 의료보험수급권의 법적 성격에 비추어 그 내용을 형성하는 입법자의 재량은 광범위하여 경과실로 인한 범죄행위에 의료보험수급권을 제한하는 것이 명백히 자의적인 입법이라고 볼 만한 분명한 근거와 사정이 존재하지 않는 한, 그와 같은 입법이 헌법에 위반된다고 할 수 없고, 이 사건의 경우 그러한 사정이나 사유는 존재하지 아니한다.

헌법질서를 유지·수호하고 국민의 기본권을 보장하는 사법기관인 헌법재판소는 헌법의 테두리 내에서 구체적인 법률을 제정하는 입법부의 입법정책이나 헌법과 법의 테두리 내에서 국가정책을 입안·형성·수행하는 행정부의 판단에 선행하여 정책판단을 할 수는 없는 것이고, 그것은 헌법이 규정하고 있는 헌법재판소의 권한을 유월하는 것에 다름 아니다.

이상과 같은 이유로 나는 다수의견에 반대하는 것이다.

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

교원지위향상을위한특별법

제9조 제1항 등 위헌소원

(2003. 12. 18. 2002헌바14·32(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 대학교육기관의 교원은 당해 학교법인의 정관이 정하는 바에 따라 기간을 정하여 임면할 수 있다고 규정한 구 사립학교법(1999. 8. 31. 법률 제6004호로 개정되기 전의 것) 제53조의2 제3항 전문(이하 “사립학교법조항”이라 한다)이 헌법 제31조 제6항 소정의 교원지위법정주의에 위반되는지 여부(적극)

2. 임용기간이 만료한 대학교원에 대한 재임용거부를 재심청구의 대상으로 명시하지 않은 교원지위향상을위한특별법(1991. 5. 31. 법률 제4376호로 제정된 것. 이하 “교원지위법”이라 한다) 제9조 제1항 전문(이하 “교원지위법조항”이라 한다)이 헌법 제31조 제6항 소정의 교원지위법정주의에 위반되는지 여부(적극)

3. 위 각 조항에 대하여 단순위헌결정 대신 헌법불합치결정을 하는 이유

【결정요지】

1. 헌법재판소는 2003. 2. 27. 이 사건 사립학교법조항과 실질적으로 같은 내용인 구 사립학교법 제53조의2 제3항(1997. 1. 13. 법률 제5274호로 개정되기 전의 것)을 대상으로 선고한 2000헌바26 사건에서, “객관적인 기준의 재임용 거부사유와 재임용에서 탈락하게 되는 교원이 자신의 입장을 진술할 수 있는 기회 그리고 재임용거부를 사전에 통지하는 규정 등이 없으며, 나아가 재임용이 거부되었을 경우 사후에 그에 대해 다룰 수 있는 제도적 장치를 전혀 마련하지 않고 있는 위 조항은, 현대사회에서 대학교육이 갖는 중요한 기능과 그 교육을 담당하고 있는 대학교원의 신분의 부당한 박탈에 대한 최소한의 보호요청에 비추어 볼 때 헌법 제31조 제6항에서 정하고 있는

교원지위법정주의에 위반된다고 볼 수밖에 없다.”는 이유로 헌법불합치결정을 선고하였다.

그런데, 2000헌바26 사건에서 헌법불합치결정의 대상이 되었던 조항과 이 사건의 사립학교법조항과는 연혁만 다를 뿐, 그 규정내용이 똑같다. 다만, 이 사건 사립학교법조항은 그 후문으로 “이 경우 국·공립대학의 교원에게 적용되는 임용기간에 관한 규정을 준용한다.”라는 내용이 추가되어 사립대학 교수의 임용에 있어 국·공립대학 교수에게 적용되는 임용기간을 준용함으로써 사립대학 교수의 지위를 국·공립대학 교수와 같이 보장하고 있으나 ‘기간임용제’의 본질은 달라진 바가 없다. 따라서 이 사건에 있어서도 위 2000헌바26 결정과 달리 판단할 사정의 변경이나 필요성은 인정되지 아니한다.

2. 교원지위법정주의에 관한 위 헌법재판소 2003. 2. 27. 선고 2000헌바26 결정의 취지에 비추어 볼 때, 임기가 만료된 교원이 “재임용을 받을 권리 내지 기대권”을 가진다고는 할 수 없지만 적어도 학교법인으로부터 재임용 여부에 관하여 “합리적인 기준과 정당한 평가에 의한 심사를 받을 권리”를 가진다고 보아야 한다. 그러므로 예컨대 학교법인이 아무런 기준을 정하지 아니하고 자의적으로 재임용 여부를 결정하는 경우, 학교법인이 정한 기준이 심히 불합리한 경우, 합리적인 기준이 있다고 하더라도 부당한 평가를 하여 재임용을 거부하는 경우, 그리고 관계법령 등에 정한 사전고지 및 청문절차의 의무를 위반한 경우 등은 모두 임기만료 교원의 재임용 여부에 관하여 ‘합리적인 기준과 정당한 평가에 의한 심사를 받을 권리’를 침해하는 것에 해당한다고 할 것이다. 그렇다면, 위와 같은 경우 임기만료 교원에 대한 재임용거부는 이 사건 교원지위법조항 소정의 “징계처분 기타 그 의사에 반하는 불리한 처분”에 버금가는 효과를 가진다고 보아야 하므로 이에 대하여는 마땅히 교육인적자원부 교원징계재심위원회의 재심사유, 나아가 법원에 의한 사법심사의 대상이 되어야 한다. 그럼에도 불구하고 이 사건 교원지위법조항은 이에 대하여 아무런 규정을 하고 있지 아니하므로, 입법자가 법률로 정하여야 할 교원지위의 기본적 사항에는 교원의 신분이 부당하게 박탈되지 않도록 하는 최소한의 보호의무에 관한 사항이 포함되어야 한다는 헌법 제31조 제6항 소정의 교원지위법정주의에 위반된다고 할 것이다.

3. 위에서 본 바와 같이 이 사건 심판대상조항 중 사립학교법조항의 위헌성은 기간임용제 그 자체에 있는 것이 아니라 재임용을 거부당한 교원이 구제를 받을 수 있는 길을 완전히 차단한 데 있고, 교원지위법조항도 그 자체가 위헌인 것이 아니라 재심청구 대상에 임용기간의 만료로 재임용이 거부되는 대학교원이 그에 대하여 다룰 수 있도록 포함하지 아니한 점에 있다. 그런데 이들 조항에 대하여 단순위헌을 선언하는 경우에는 기간임용제 자체 또는 재심청구제 자체까지도 위헌으로 선언하는 결과를 초래하게 되므로, 단순위헌결정 대신 헌법불합치결정을 하는 것이다.

한편 교원지위법조항은 이 사건과 같이 임용기간이 만료되어 재임용거부된 대학교원의 경우 이외에 교원이 징계처분 기타 그 의사에 반하는 불리한 처분을 받은 경우 이에 대한 불복규정의 범위 안에서는 합헌적으로 적용되어 온 것이므로, 입법자가 위와 같이 재임용이 거부된 대학교원에 대한 불복규정을 보완하는 방향으로 법률을 개정할 때까지 동 조항을 존속하게 하여 이를 적용하게 할 필요가 있다. 따라서, 교원지위법조항의 효력은 임용기간이 만료되어 재임용거부된 대학교원의 경우 이외에 교원이 징계처분 기타 그 의사에 반하는 불리한 처분을 받은 경우 이에 대한 불복의 근거가 되는 범위내에서 잠정적으로 존속한다.

재판관 김영일의 별개 및 반대의견

이 사건 사립학교법조항은 기간임용제를 비롯한 대학교원의 임면행위의 근거규정이자 실체에 관한 규정으로서 동 규정에서 대학교원의 임용행위나 면직행위 등의 요건이나 사전절차를 규정할 수는 있을지라도, 성격상 그 임용·면직 등 행위 후 그에 대한 불복 내지 사후구제절차는 동 조항에 포섭 내지 포함될 수 없을 뿐만 아니라, 동 문언상 그에 대하여 규정하고 있지도 아니함이 명백하다. 그렇다면 결국 대학교원의 임면행위와 관련하여, 특히 기간을 정하여 임용된 대학교원이 그 임용기간이 만료되었으나 재임용이 거부된 경우의 사후구제절차에 관한 규정이 흠결되어 있고, 입법자는 이점을 간과하여 교원지위법정주의에 반하는 위헌상태를 야기한 것이므로 그 입법부작위가 위헌임을 선언하여야

한다.

재판관 하경철의 반대의견

1. 이 사건 사립학교법조항에 따라 사립대학의 학교법인은 교원을 임용함에 있어 정년보장제를 채택할 수도 있고 기간임용제를 채택할 수도 있으며, 기간임용제를 채택하는 경우에도 임용기간이 만료되면 원칙적으로 교원을 재임용하여야 하는 방식을 채택할 수도 있고, 임용기간이 만료되면 교원으로서의 신분관계가 당연히 종료되고 교원을 재임용할 것인지 여부가 오로지 임용권자의 판단에 따르는 방식을 채택할 수도 있는 등, 다양한 임용방식 중 당해 대학에 가장 적합하다고 판단되는 방식을 자유로이 선택할 수 있는데, 이는 입법자가 국·공립대학과는 다른 사립대학의 특수성을 배려하고 개개의 사립대학교육의 자주성과 사립대학의 자율성을 최대한 보장하기 위하여 마련한 제도로서, 그 입법 취지를 충분히 수긍할 수 있다. 그렇다면, 다수의견이 내세우는 사전적·사후적 장치가 사립대학교원의 지위를 더욱 두텁게 보호하기 위한 것임을 이해한다고 하더라도, 그러한 장치를 두지 아니하였다 하여 이 사건 사립학교법조항이 교원지위법정주의의 본질을 훼손하여 헌법에 합치하지 아니한다고는 볼 수 없다.

2. 이 사건 교원지위법조항은 ‘교원이 그 지위를 보유함을 전제로’ 징계처분 기타 그 의사에 반하는 불리한 처분을 받은 경우에 대한 불복규정이다. 그런데 대학교수를 제외한 초·중등학교 교원은 원칙적으로 정년이 보장되므로 문제가 없지만, 기간을 정하여 임용된 대학교수의 경우는 그 임용기간 안에 행하여진 ‘징계처분 기타 그 의사에 반하는 불리한 처분’에 대하여 교원징계재심위원회에 재심청구를 할 수 있는 것으로 보아야 할 것이다. 그렇다면, 기간을 정하여 임용된 대학교수가 그 임용기간이 만료되어 재임용이 거부된 경우에는 그 임용기간의 만료와 함께 당연히 교원으로서의 지위를 상실하는 것이므로 교원지위법조항은 적용될 수 없는 것이다. 따라서 이 사건 교원지위법조항은 교수 재임용 거부행위의 효력을 다투는 당해사건에서 적용될 수 없는 법률조항이므

로 재판의 전제성이 없어 각하되어야 마땅하다.

【심판대상조문】

사립학교법(1997. 1. 13. 법률 제5274호로 개정되어 1999. 8. 31. 법률 제6004호로 개정되기 전의 것) 제53조의2(학교의 장이 아닌 교원의 임면) ①, ② 생략

③ 대학교육기관의 교원은 당해 학교법인의 정관이 정하는 바에 따라 기간을 정하여 임면할 수 있다. 이 경우 국·공립대학의 교원에게 적용되는 임용기간에 관한 규정을 준용한다.

교원지위향상을위한특별법(1991. 5. 31. 법률 제4376호로 제정된 것) 제9조(재심의 청구 등) ① 교원이 징계처분 기타 그 의사에 반하는 불리한 처분에 대하여 불복이 있을 때에는 그 처분이 있는 것을 안 날부터 30일 이내에 재심위원회에 재심을 청구할 수 있다. 이 경우에 재심청구인은 변호사를 대리인으로 선임할 수 있다.

② 생략

【참조조문】

헌법 제22조 제1항, 제31조

교원지위향상을위한특별법(1991. 5. 31. 법률 제4376호로 제정된 것) : 본문참조

교육기본법 제9조(학교교육) ① 유아교육·초등교육·중등교육 및 고등교육을 실시하기 위하여 학교를 둔다.

② 학교는 공공성을 가지며, 학생의 교육 외에 학술과 문화적 전통을 유지·발전시키고 주민의 평생교육을 위하여 노력하여야 한다.

③ 학교교육은 학생의 창의력개발 및 인성의 함양을 포함한 전인적 교육을 중시하여 이루어져야 한다.

④ 학교의 종류와 학교의 설립·경영 등 학교교육에 관한 기본적인 사항은 따로 법률로 정한다.

고등교육법 제2조(학교의 종류) 고등교육을 실시하기 위하여 다음 각호의 학교를 둔다.

1. 대 학
2. 산업대학
3. 교육대학
4. 전문대학
5. 방송대학·통신대학 및 방송통신대학(이하 “방송·통신대학”이라 한다)
6. 기술대학
7. 각종학교

고등교육법 제14조(교직원의 구분) ① 대학·산업대학·교육대학 및 방송·통신대학에는 학교의 장으로서 총장 또는 학장을 두며, 전문대학 및 기술대학에는 학장을 둔다.

② 학교에 두는 교원은 제1항의 규정에 의한 총장 및 학장 외에 교수·부교수·조교수

및 전임강사로 구분한다.

- ③ 학교에는 학교운영에 필요한 행정직원등 직원과 조교를 둔다.
- ④ 각종학교에는 제1항 내지 제3항의 규정에 준하여 필요한 교원, 직원 및 조교(이하 “교직원”이라 한다)를 둔다.

고등교육법 제15조(교직원의 임무) ① 총장 또는 학장은 교무를 통할하고, 소속 교직원을 감독하며, 학생을 지도한다.

- ② 교원은 학생을 교육·지도하고 학문을 연구하되, 학문연구만을 전담할 수 있다.
- ③ 행정직원등 직원은 학교의 행정사무와 기타의 사무를 담당한다.
- ④ 조교는 교육·연구 및 학사에 관한 사무를 보조한다.

【참조판례】

- 1. 헌재 2003. 2. 27. 2000헌바26, 판례집 15-1, 176, 187
- 2. 헌재 2003. 2. 27. 2000헌바26, 판례집 15-1, 176, 188-189
헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 417
대법원 1997. 6. 27. 선고 96다7069 판결, 공1997하, 2315
대법원 1998. 9. 22. 선고 98두10554 판결, 공1998하, 2599
대법원 1997. 10. 10. 선고 96누4046 판결, 공1997하, 3474
- 3. 헌재 2001. 4. 26. 2000헌바59, 판례집 13-1, 941, 950

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 황선복 외 3인(2002헌바14)
- 2. 최호선 외 4인(2002헌바32)
대리인 법무법인 안산제일
담당변호사 남상우 외 4인
- 당해사건 서울행정법원 2001구32362 재임용탈락처분취소청구각하결정 취소 (2002헌바14)
서울행정법원 2001구32379 재임용거부처분취소청구각하결정 취소 (2002헌바32)

【주 문】

- 1. 구 사립학교법(1997. 1. 13. 법률 제5274호로 개정되어 1999. 8. 31. 법률 제6004호로 개정되기 전의 것) 제53조의2 제3항 전문은 헌법에 합치하지 아니한다.
- 2. 교원지위향상을위한특별법(1991. 5. 31. 법률 제4376호로 제정된 것) 제9

조 제1항 전문은 헌법에 합치하지 아니한다. 이 법률조항은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인들은 구 사립학교법 제53조의2 제3항에 따라 1999. 2. 1.부터 2001. 2.말까지로 기간을 정하여 학교법인 한국산업기술대학이 운영하는 경기공업대학의 부교수(청구인 황선복·이근희·최호선·김지홍) 또는 조교수(청구인 박동규·김원호·이탁·차영철·김진명)로 임용되었다가 위 임용기간이 만료된 후 재임용심사에서 탈락하자, 자신들이 위 한국산업기술대학으로부터 재임용거부의 불리한 처분을 받았다고 2001. 3. 22. 교원지위향상을위한특별법(이하 “교원지위법”이라 한다) 제9조 제1항 전문¹⁾에 의거하여 당해사건의 피고인 교육인적자원부 교원징계재심위원회를 상대로 재임용거부처분의 취소를 구하는 재심청구를 하였다.

(2) 그러나 위 당해사건 피고는 위 한국산업기술대학이 청구인들을 재임용하지 아니한 것은 교원지위법 제9조 제1항 전문에서 재심청구의 대상으로 정한 ‘처분’에 해당하지 않는다는 이유로 같은 해 6. 11. 청구인들의 재심청구를 모두 각하하는 결정을 하였다. 이에 2002헌바14 사건의 청구인들은 서울행정법원 2001구32362호로, 2002헌바32 사건의 청구인들은 같은 법원 2001구32379호로 위 재심결정의 취소를 구하는 행정소송을 각 제기하고 동 소송이 계속중, 자신들에 대한 교원임용의 근거가 된 구 사립학교법 제53조의2 제3항 전문과 임용기간이 만료한 교원에 대한 재임용거부를 불복대상으로 명시하지 않은 교원지위법 제9조 제1항 전문이 헌법 제11조 제1항의 평등권, 제22조 제1항에서 정한 학문의 자유, 헌법 제31조 제4항·제6항에서 보장한 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성, 교원지위법정주의, 제27조 제1항의 재판받을 권리를 침해하는 위헌의 법률조항이라고 주장하면서 위헌제청신청을 하였다.

(3) 2002헌바14 사건의 당해사건 법원은 2002. 1. 17., 2002헌바32 사건의 당

1) 청구인들은 제1항 전문에 대하여 심판청구를 하고 있으나 청구인들의 주장내용을 살펴보면 이 조항 후문을 다투는 것은 아니므로 전문으로 한정함이 타당할 것이다.

해사건 법원은 같은 해 2. 5. 각 위 본안사건을 기각하면서 위헌제청신청 역시 기각하는 결정을 하였고, 이에 2002헌바14 사건의 청구인들은 2002. 2. 1., 2002헌바32 사건의 청구인들은 같은 해 3. 8. 각 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

심판의 대상은 구 사립학교법(1997. 1. 13. 법률 제5274호로 개정되어 1999. 8. 31. 법률 제6004호로 개정되기 전의 것) 제53조의2 제3항 전문(이하 “사립학교법조항”이라 한다) 및 교원지위법(1991. 5. 31. 법률 제4376호로 제정된 것) 제9조 제1항 전문(이하 “교원지위법조항”이라 한다)이고 그 내용은 다음과 같다(밑줄친 부분).

(1) 구 사립학교법

제53조의2(학교의 장이 아닌 교원의 임면) ③ 대학교육기관의 교원은 당해 학교법인의 정관이 정하는 바에 따라 기간을 정하여 임면할 수 있다. 이 경우 국·공립대학의 교원에게 적용되는 임용기간에 관한 규정을 준용한다.

(2) 교원지위법

제9조(재심의 청구등) ① 교원이 징계처분 기타 그 의사에 반하는 불리한 처분에 대하여 불복이 있을 때에는 그 처분이 있는 것을 안 날로부터 30일 이내에 재심위원회에 재심을 청구할 수 있다. 이 경우에 재심청구인은 변호사를 대리인으로 선임할 수 있다.

2. 청구인의 주장, 법원의 위헌제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견
별지 2. 「청구인의 주장 및 이해관계기관의 의견」 기재와 같다.

3. 적법요건(재판전제성)에 대한 판단

청구인들은 사립학교법조항에 따라 당연 퇴직되어 동 조항의 위헌 여부를 다투고 있으며, 당해소송에서도 이 조항이 적용되었다. 한편, 이 조항이 위헌이라면 당해 소송사건은 그 결과가 달라질 것이므로 사립학교법조항은 재판의 전제성이 있다.

또한 청구인들은 교원지위법조항 소정의 재심청구사유에 청구인들의 경우와 같은 “재임용거부”를 포함시키지 않았다는 점을 다투고 있고 이는 소위 ‘부진정 입법부작위’의 문제이다(헌재 1996. 3. 28. 93헌바27, 판례집 8-1, 179, 185-186 참조). 따라서, 헌법재판소가 교원지위법조항 소정의 재심청구사유에 청구인들의 경우와 같은 “재임용거부”를 포함시키지 않은 것은 위헌이라는 취지의 ‘헌법불합치’ 결정을 선고한다면 청구인들은 개선입법에 의하여 구제

될 가능성이 있다. 따라서 교원지위법조항 역시 재판의 전제성이 있다.

4. 본안에 대한 판단

어떤 법률조항이 동시에 여러 헌법규정에 위반된다고 주장하는 경우에는 헌법위반을 주장하는 청구인의 의도 및 입법자의 객관적 동기 등을 참작하여 먼저 사안과 가장 밀접한 관계에 있는 헌법규정을 중심으로 그 위헌 여부를 따져 보아야 한다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 337 참조). 이 사건의 경우 청구인들의 주장취지를 고려하면 이 사건 심판대상조항의 위헌 여부는 헌법 제31조 제6항의 교원지위법정주의와 가장 밀접한 관계에 있다고 할 것이다. 따라서 이 사건 심판대상조항이 교원지위법정주의에 위반되는지 여부를 중심으로 살핀다(헌재 2003. 2. 27. 2000헌바26, 판례집 15-1, 176, 187 참조).

가. 사립학교법조항에 대한 판단

헌법재판소는 2003. 2. 27. 이 사건 사립학교법조항과 실질적으로 같은 내용을 대상으로 한 2000헌바26 사건에서 “구 사립학교법 제53조의2 제3항(1990. 4. 7. 법률 제4226호로 개정되고, 1997. 1. 13. 법률 제5274호로 개정되기 전의 것)은 헌법에 합치하지 아니한다.”는 헌법불합치결정을 선고하였는데, 그 결정이유 중 위헌성 판단 부분의 요지는 다음과 같다.

『교육은 개인의 잠재적인 능력을 계발하여 줌으로써 개인이 각 생활영역에서 개성을 신장할 수 있도록 해 주며, 국민에게 민주시민의 자질을 길러줌으로써 민주주의가 원활히 기능하기 위한 정치문화의 기반을 조성할 뿐만 아니라, 학문연구결과의 전수의 장이 됨으로써 우리 헌법이 지향하고 있는 문화국가의 실현을 위한 기본적 수단이 된 교육이 수행하는 이와 같은 중요한 기능에 비추어 우리 헌법은 제31조 제6항에서 학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적 사항을 법률로 정하도록 한 것이다. 따라서 입법자가 법률로 정하여야 할 교원지위의 기본적 사항에는 교원의 신분이 부당하게 박탈되지 않도록 하는 최소한의 보호의무에 관한 사항이 포함된다.

이 사건 법률조항은 임용기간이 만료되는 교원을 별다른 하자가 없는 한 다시 임용하여야 하는지의 여부 및 재임용대상으로부터 배제하는 기준이나 요건 및 그 사유의 사전통지 절차에 관하여 아무런 지침을 포함하고 있지 않을 뿐만 아니라, 부당한 재임용거부의 구제에 관한 절차에 대해서도 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그렇기 때문에 이 사건 법률조항은, 정년보장으로 인

한 대학교원의 무사안일을 타파하고 연구분위기를 제고하는 동시에 대학교육의 질도 향상시킨다는 기간임용제 본연의 입법목적에서 벗어나, 사학재단에 비판적인 교원을 배제하거나 기타 임면권자 개인의 주관적 목적을 위하여 악용될 위험성이 다분히 존재한다. 첫째, 재임용 여부에 관한 결정은 인사에 관한 중요사항이므로 교원인사위원회의 심의를 받아야 하나 교원인사위원회의 심의과정을 거치지 않거나 형식적인 절차만 거친 경우가 많았고 심지어는 교원인사위원회에서는 재임용동의가 있었음에도 불구하고 특별한 이유없이 최종 임면권자에 의해 재임용이 거부되기도 하였다. 둘째, 이 사건 법률조항이 재임용의 거부사유 및 구제절차에 대하여 아무런 언급을 하지 않고 있기 때문에 사립대학의 정관이 교원의 연구실적·교수능력과 같은 비교적 객관적인 기준을 재임용 거부사유로 정하지 아니하고 자의가 개입될 수 있는 막연한 기준에 의하여 재임용을 거부하는 경우에는 피해 교원을 실질적으로 구제할 수 있는 대책이 없다. 셋째, 절대적이고 통제받지 않는 자유재량은 남용을 불러온다는 것이 인류역사의 경험이라는 점에서 볼 때 자의적인 재임용거부로부터 대학교원을 보호할 수 있도록 구제수단을 마련해 주는 것은 국가의 최소한의 보호의무에 해당한다. 즉, 임면권자가 대학교원을 왜 재임용하지 않으려 하는지 이유를 밝히고 그 이유에 대하여 당해 교원이 해명할 기회를 주는 것은 적법절차의 최소한의 요청인 것이다. 넷째, 재임용심사의 과정에서 임면권자에 의한 자의적인 평가를 배제하기 위하여 객관적인 기준의 재임용 거부사유와 재임용에서 탈락하게 되는 교원에게 자신의 입장을 진술하고 평가결과에 이의를 제기할 수 있는 기회를 주는 것은 임면권자에게 지나친 부담이 아니라고 할 것이며, 나아가 재임용이 거부되는 경우에 이의 위법 여부를 다룰 수 있는 구제절차를 마련하는 것은 대학교원에 대한 기간임용제를 통하여 추구하려는 입법 목적을 달성하는 데에도 아무런 장애가 되지 않는다고 할 것이다.

이상 본 바와 같이 객관적인 기준의 재임용 거부사유와 재임용에서 탈락하게 되는 교원이 자신의 입장을 진술할 수 있는 기회 그리고 재임용거부를 사전에 통지하는 규정 등이 없으며, 나아가 재임용이 거부되었을 경우 사후에 그에 대해 다룰 수 있는 제도적 장치를 전혀 마련하지 않고 있는 이 사건 법률조항은, 현대사회에서 대학교육이 갖는 중요한 기능과 그 교육을 담당하고 있는 대학교원 신분의 부당한 박탈에 대한 최소한의 보호요청에 비추어 볼 때 헌법 제31조 제6항에서 정하고 있는 교원지위법정주의에 위반된다고 볼

수밖에 없다.』

그런데, 2000헌바26 사건에서 헌법불합치결정의 대상이 되었던 조항과 이 사건의 사립학교법조항과는 연혁만 다를 뿐, 그 규정내용이 똑같다. 다만, 이 사건 사립학교법조항은 그 후문으로 “이 경우 국·공립대학의 교원에게 적용되는 임용기간에 관한 규정을 준용한다.”라는 내용이 추가되어 사립대학 교수의 임용에 있어 국·공립대학 교수에게 적용되는 임용기간을 준용함으로써 사립대학 교수의 지위를 국·공립대학 교수와 같이 보장하고 있으나 ‘기간임용제’의 본질은 달라진 바가 없다. 따라서 이 사건에 있어서도 위 2000헌바26 결정과 달리 판단할 사정의 변경이나 필요성은 인정되지 아니한다고 할 것이다.

나. 교원지위법조항에 대한 판단

(1) 교원지위법의 주요 내용

(가) 제정이유 및 주요 내용

교원지위법은 “교원의 사회적·경제적 지위가 우대되도록 예우하고 교육회가 교육감 또는 교육부장관과 교원의 처우개선 및 복지후생 등에 관하여 교섭·협의할 수 있도록 함으로써 교원의 지위향상을 도모하려는” 목적으로 제정되었다(「대한민국 관보」, 1991. 5. 31.자, 23면).

전문 13개조로 구성된 교원지위법의 주요 내용으로는, ① 국가 및 지방자치단체는 교원의 보수를 특별히 우대하도록 하고 사립학교 교원도 공무원인 교원의 보수수준을 유지하도록 함(제3조), ② 학교시설의 설치·관리 및 교육활동 중에 발생하는 사고로부터 교원 및 학생을 보호하기 위하여 학교안전관리공제회를 설립·운영하도록 하되 학교안전관리공제회에 관하여는 따로 법률로 정하도록 함(제5조), ③ 교원에 대한 징계처분 기타 그 의사에 반하는 불리한 처분에 대한 재심을 하기 위하여 교육부에 교원징계재심위원회를 설치하고 재심위원회의 결정의 효력은 징계처분 등을 한 처분행정청 및 사립학교교원의 임면권자를 기속하도록 함(제7조 내지 제10조), ④ 교육회는 교원의 처우개선·근로조건 및 복지후생과 전문성신장에 관한 사항에 대하여 교육감 또는 교육부장관과 교섭·협의하도록 하되 교육과정과 교육기관 및 교육행정기관의 관리·운영에 관한 사항은 교섭·협의 대상에서 제외하였으며, 교섭·협의 과정에서 요청이 있는 경우에는 이를 심의하기 위하여 중앙과 서울특별시·직할시 및 도에 각 교원지위향상심의회를 설치하도록 함(제11조 내지 제13조) 등이다.

(나) 사립학교 교원의 구제절차

학교법인에 의하여 징계처분 등을 받은 사립학교 교원은 교원지위법에 따른 재심위원회의 재심절차와 행정소송절차를 밟을 수 있을 뿐만 아니라 종래와 같이 민사소송을 제기하여 권리구제를 받을 수도 있는데, 이 두 구제절차는 임의적·선택적이다.

다만 대학교수에 대한 재임용거부의 경우에 대법원은, 교육법상 대학교수 등에게는 고도의 전문적인 학식과 교수능력 및 인격을 갖출 것을 요구하고 있어서 임용기간이 만료되면 임면권자는 이와 같은 여러 가지 사정을 참작하여 재임용 여부를 결정할 수 있어야 할 필요성이 있으므로 임용기간이 만료된 자를 다시 임용할 것인지 여부는 결국 임면권자의 판단에 따른 자유재량 행위에 속한다고 해석하여 민사소송에서 소의 이익을 부인하였고(대법원 1997. 6. 27. 선고 96다7069 판결, 공1997하, 2315), 뿐만 아니라 교원징계재심위원회의 재심청구의 대상도 되지 않는다고 판시함으로써(대법원 1998. 9. 22. 선고 98두10554 판결, 공1998하, 2599), 행정소송을 통한 구제의 길도 막혀 있었다.

(2) 교원지위법조항의 위헌성

(가) 우리 헌법은 제31조에서 국민에게 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 보장하는 한편(제1항), 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 부과하고(제2항), 의무교육의 무상제공과 평생교육진흥을 국가의 의무로 부과하며(제3항·제5항), 교육의 자주성·전문성·정치적중립성 및 대학의 자율성을 보장하고(제4항), 나아가 학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적 사항을 법률로 정하도록(제6항) 규정하고 있다. 이와 같이 “교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.”고 규정한 헌법 제31조 제6항의 구체적인 내용을 대학교원과 관련하여 보면 다음과 같다(헌재 2003. 2. 27. 2000헌바26, 판례집 15-1, 176, 188-189).

대학의 전임‘교원’은 대학, 산업대학, 교육대학, 전문대학, 방송·통신대학, 기술대학 등 각 학교에서 학생을 직접 교육·지도하고 학문을 연구하거나 또는 학문연구만을 전담하는 사람으로서 교수·부교수·조교수·전임강사 등으로 구분된다(교육기본법 제9조, 고등교육법 제2조, 제14조, 제15조). 그리고 국·공립대학의 교원뿐만 아니라, 사립대학의 교원도 헌법 제31조 제6항이 의미하는 교원의 개념에 포함됨은 물론이다. 또한 교원의 ‘지위’라 함은 교원

의 직무의 중요성 및 그 직무수행능력에 대한 인식의 정도에 따라서 그들에게 주어지는 사회적 대우 또는 근무조건·보수 및 그 밖의 물적 급부 등을 모두 포함하는 것이다(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 417). 한편, 교원의 지위에 관한 ‘기본적인 사항’은 다른 직종의 종사자들의 지위에 비하여 특별히 교원의 지위를 법률로 정하도록 한 헌법규정의 취지나 교원이 수행하는 교육이라는 직무상의 특성에 비추어 볼 때 교원이 자주적·전문적·중립적으로 학생을 교육하기 위하여 필요한 중요한 사항이라고 보아야 한다. 그러므로 입법자가 법률로 정하여야 할 기본적인 사항에는 무엇보다도 교원의 신분이 부당하게 박탈되지 않도록 하는 최소한의 보호의무에 관한 사항이 포함된다. 교원으로서의 신분이 공권력, 사립학교의 설립자 내지 기타 임면권자의 자의적인 처분에 노출되는 경우에는 교원이 피교육자인 학생을 교육함에 있어서 임면권자의 영향을 물리치기 어려울 것이며, 그렇게 되면 교육이 외부세력의 정치적 영향에서 벗어나 교육자 내지 교육전문가에 의하여 주도되고 관할되어야 한다는 헌법원칙(교육의 자주성·전문성·정치적중립성)에 반하게 되는 결과를 초래할 수 있기 때문이다. 이 점은 특히 일반적으로 수용되는 기존의 지식 내지 인식의 결과를 단순히 전달하는데 그치지 아니하고 이에 대한 비판적 검증의 바탕 위에서 새로운 인식을 모색하는 학문연구와 교수활동을 과제로 하는 대학교원에 있어서 더욱 큰 의미를 갖는다.

(나) 교원지위법정주의에 관한 위 헌법재판소 2003. 2. 27. 선고 2000헌바26 결정의 취지에 비추어 볼 때, 임기가 만료된 교원이 “재임용을 받을 권리 내지 기대권”을 가진다고는 할 수 없지만 적어도 학교법인으로부터 재임용 여부에 관하여 “합리적인 기준과 정당한 평가에 의한 심사를 받을 권리”를 가진다고 보아야 한다. 그러므로 예컨대 학교법인이 아무런 기준을 정하지 아니하고 자의적으로 재임용 여부를 결정하는 경우, 학교법인이 정한 기준이 심히 불합리한 경우, 합리적인 기준이 있다고 하더라도 부당한 평가를 하여 재임용을 거부하는 경우, 그리고 관계법령 등에 정한 사전고지 및 청문절차의 의무를 위반한 경우 등은 모두 임기만료 교원의 재임용 여부에 관하여 ‘합리적인 기준과 정당한 평가에 의한 심사를 받을 권리’를 침해하는 것에 해당한다고 할 것이다.

그렇다면, 위와 같은 경우 임기만료 교원에 대한 재임용거부는 이 사건 교원지위법소청 소정의 “징계처분 기타 그 의사에 반하는 불리한 처분”에 비견가는 효과를 가진다고 보아야 하므로 이에 대하여는 마땅히 교육인적자원부

교원징계재심위원회의 재심사유, 나아가 법원에 의한 사법심사의 대상이 되어야 한다. 그럼에도 불구하고 이 사건 교원지위법조항은 이에 대하여 아무런 규정을 하고 있지 아니하므로, 입법자가 법률로 정하여야 할 교원지위의 기본적인 사항에는 교원의 신분이 부당하게 박탈되지 않도록 하는 최소한의 보호의무에 관한 사항이 포함되어야 한다는 헌법 제31조 제6항 소정의 교원지위법정주의에 위반된다고 할 것이다.

다. 헌법불합치선언

(1) 이 사건 심판대상조항 중 사립학교법조항의 위헌성은 위에서 본 바와 같이 기간임용제 그 자체에 있는 것이 아니라 재임용을 거부당한 교원이 구제를 받을 수 있는 길을 완전히 차단한 데 있고, 교원지위법조항도 그 자체가 위헌인 것이 아니라 재심청구 대상에 임용기간의 만료로 재임용이 거부되는 대학교원이 그에 대하여 다툴 수 있도록 포함하지 아니한 점에 있다. 그런데 이들 조항에 대하여 단순위헌을 선언하는 경우에는 기간임용제 자체 또는 재심청구제 자체까지도 위헌으로 선언하는 결과를 초래하게 되므로, 단순위헌 결정 대신 헌법불합치결정을 하는 것이다.

헌법불합치결정의 경우 입법자에게는 법률의 위헌적 상태를 조속한 시일내에 제거해야 할 입법개선 의무가 발생하므로, 입법자는 되도록 빠른 시일내에 기간임용제에 의하여 임용되었다가 그 임용기간이 만료되는 대학교원이 재임용 거부되는 경우에 그 사전절차 및 그에 대해 다툴 수 있는 구제절차규정을 마련하여 위헌적 상태를 제거하여야 할 것이다.

(2) 한편 교원지위법조항은 이 사건과 같이 임용기간이 만료되어 재임용 거부된 대학교원의 경우 이외에 교원이 징계처분 기타 그 의사에 반하는 불리한 처분을 받은 경우 이에 대한 불복규정의 범위 안에서는 합헌적으로 적용되어 온 것이므로, 입법자가 위와 같이 재임용이 거부된 대학교원에 대한 불복규정을 보완하는 방향으로 법률을 개정할 때까지 동 조항을 존속하게 하여 이를 적용하게 할 필요가 있다고 판단된다. 따라서, 교원지위법조항의 효력은 임용기간이 만료되어 재임용 거부된 대학교원의 경우 이외에 교원이 징계처분 기타 그 의사에 반하는 불리한 처분을 받은 경우 이에 대한 불복의 근거가 되는 범위내에서 잠정적으로 존속한다(헌재 2001. 4. 26. 2000헌바59, 판례집 13-1, 941, 950 참조).

5. 결 론

이상과 같은 이유로 이 사건 사립학교법조항과 교원지위법조항은 모두 헌

법에 함치하지 아니하고, 그 중 교원지위법조항에 대하여는 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 잠정적으로 적용하도록 함이 상당하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 아래 6.과 같은 재판관 김영일의 주문 제1항에 대한 별개 및 반대의견과 아래 7.과 같은 재판관 하경철의 주문 제1, 2항 모두에 대한 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관들의 의견일치에 따른 것이다.

6. 재판관 김영일의 주문 제1항에 대한 별개 및 반대의견

다수의견은 이 사건 사립학교법조항 소정의 기간임용제 자체가 위헌인 것이 아니라, 재임용거부사유 및 그 사전절차, 그리고 부당한 재임용거부에 대하여 다룰 수 있는 사후구제절차에 관하여 아무런 규정도 두지 아니함으로써 재임용을 거부당한 교원이 구제받을 수 있는 길을 완전히 차단한 데에 그 위헌성이 있는 것이고, 따라서 이 사건 사립학교법조항에 대하여 단순위헌을 선언하는 경우에는 기간임용제 자체까지도 위헌으로 선언하는 결과를 초래하게 되므로 단순위헌결정 대신 헌법불합치결정을 한다는 것이다.

그런데 나는 위 헌법불합치결정의 실제적 효과에 있어서는 다수의견과 달리 보는 것은 아니나, 다수의견이 그 위헌성이 있다고 지적한 부분 중 재임용거부사유 및 그 재임용거부의 사전절차불비의 점(실체부분)과 부당한 재임용거부행위에 대하여 다룰 수 있는 사후구제절차부분(절차부분)을 구분하여 판단하여야 한다고 보는 것이다.

위의 실체부분의 경우에는 이 사건 사립학교법조항인 구 사립학교법 제53조의2 제3항에 포섭 내지 포함될 수 있는 것으로 동 조항에서 그 재임용거부사유 및 그 재임용거부의 사전절차를 규정하지 아니한 점에 위헌성이 있고, 아울러 다수의견이 제시한 바와 같은 헌법불합치결정사유가 존재하므로 헌법불합치결정을 하는 것이 타당하다고 판단되나, 위의 절차부분의 경우에는 대학교원의 임면이라는 실체적인 사항과 엄연히 다른 별개독립의 것으로 그 임면에 대한 불복을 위한 사후구제절차로서 본질상 이 사건 사립학교법조항에는 포섭될 수 없고 그와 독립적으로 규정되어야 할 사항을 규정하지 않음으로써 그 위헌성을 야기한 것이므로 이에 관하여는 그 입법부작위의 위헌확인을 선언하여야 한다고 보는 것이다.

이 사건 사립학교법조항은 “대학교육기관의 교원은 당해 학교법인의 정관이 정하는 바에 따라 기간을 정하여 임면할 수 있다.”라고 규정하고 있는데, 여기서 ‘임면’이라 함은 그 문언상 대학교원의 ‘임용’과 ‘면직’이라고 할 수 있고, 특히 면직처분의 경우 당사자에게 불이익한 처분으로 법이 정하는 일정한

사유가 있는 때에 소정의 절차에 따라 행하여짐이 일반적일 것이다. 그런데 특히 이 사건에서 문제가 된 기간을 정하여 임용하는 소위 ‘기간임용제’ 내지 ‘계약임용제’의 경우 일정한 기간을 전제로 한 교원의 임용이기는 하지만, 그 소정의 기간 종료 후 재임용이 거부되는 때에 그 재임용거부행위도 헌법이 보장하고 있는 교원의 지위라는 관점에서 위 ‘입면’행위에 포함된다고 보아야 할 것이다. 그리고 그것은 당사자에 대한 불이익한 조치이므로 그 재임용거부행위의 사유나 재임용거부행위를 하는데 거쳐야 할 사전절차는 위 같은 조항에서 그 요건을 명시하여야 헌법이 보장하고 있는 교원지위법정주의에 부합된다고 할 것인데, 그러하지 아니한 이 사건 사립학교법조항은 헌법에 위반된다고 할 것이나, 이 점을 들어 위 조항에 대하여 단순위헌선언을 하는 경우에는 기간임용제 자체까지도 위헌무효로 되어 헌법질서에서 더 멀어지게 되므로 위 조항에 대하여는 그 본질상 헌법불합치결정을 선언하여야 할 것이다.

그리고 이 사건 사립학교법조항은 위에서 본 바와 같이 기간임용제를 비롯한 대학교원의 입면행위의 근거규정이자 실체에 관한 규정으로서 동 규정에서 대학교원의 임용행위나 면직행위 등의 요건이나 사전절차를 규정할 수는 있을지라도, 성격상 그 임용·면직 등 행위 후 그에 대한 불복 내지 사후구제 절차는 동 조항에 포섭 내지 포함될 수 없을 뿐만 아니라, 동 문언상 그에 대하여 규정하고 있지도 아니함이 명백하다.

그렇다면 결국 대학교원의 입면행위와 관련하여 특히, 기간을 정하여 임용된 대학교원이 그 임용기간이 만료되었으나 재임용이 거부된 경우의 사후구제절차에 관한 규정이 흠결되어 있고, 입법자는 이점을 간과하여 교원지위법정주의에 반하는 위헌상태를 야기한 것이므로 그 입법부작위가 위헌임을 선언하여야 하는 것이다.

물론 청구인이 명시적으로 입법부작위의 위헌확인을 구한 것은 아니지만, 이 사건 사립학교법조항에 대한 위헌소원사건의 심리과정에서 논리적으로 밀접한 연관관계가 있음이 확인되고, 구체적으로는 사립학교법조항과 관련된 대학교원의 기간임용제도의 합헌성을 담보하기 위한 조치로서 부수적으로 위와 같은 입법부작위에 대한 위헌선언을 할 수 있는 것이다. 이와 같은 조치를 취하는 것은 헌법소원사건에서 드러난 당사자의 의사를 우리 헌법재판소가 최대한으로 받아들이겠다는 표시이고 또한 그렇게 조치하는 것이 사건의 실체에 부합하는 것이기도 하다.

입법부작위에 대한 위헌확인선언은 입법자의 의사를 존중하는 한편, 아울러

러 헌법질서의 유지·수호라는 헌법재판소의 직무를 효과적으로 수행하고자 하는 조화점을 모색하는 것으로서 권력분립의 원칙에 어긋나지 아니하고, 헌법재판소법 제45조 단서의 규정취지에 비추어 헌법재판작용의 범위 내에 있는 것으로 볼 수 있는 것이다.

따라서 이 사건 결정 주문 제1항은 다음에 제시하는 바와 같이 이 사건 사립학교법조항에 대하여 헌법불합치선언을 하고, 주문 제2항은 기간을 정하여 임용된 대학교원이 임용기간이 만료되어 재임용이 거부된 경우에 그 불복을 위한 사후구제절차에 관하여 규정을 두지 아니한 입법부작위가 위헌임을 확실히 인정할 수 있는 것이다.

그러므로 주문 제1항을 아래와 같이 주문 제1항 및 제2항으로 분리하여 선고하여야 한다.

“1. 구 사립학교법(1997. 1. 13. 법률 제5274호로 개정되어 1999. 8. 31. 법률 제6004호로 개정되기 전의 것) 제53조의2 제3항은 헌법에 합치하지 아니한다.

2. 기간을 정하여 임용된 대학교원이 임용기간이 만료되어 재임용이 거부된 경우에 그 불복을 위한 사후구제절차에 관한 규정을 두지 아니한 것은 헌법에 위반됨을 확인한다.”

이상의 이유로 나는 주문 제1항에 관한 별개의견 및 반대의견을 밝히는 바이다.

7. 재판관 하경철의 주문 제1, 2항 모두에 대한 반대의견

나는 주문 제1, 2항 모두에 대하여 다수의견과 견해를 달리하므로 아래와 같이 그 의견을 밝힌다.

가. 주문 제1항에 대한 반대의견 (합헌의견)

이 사건 사립학교법조항과 실질적으로 같은 내용을 심판대상으로 한 헌법재판소 2003. 2. 27. 선고 2000헌바26 사건의 반대의견에서, 나는 다수의견과는 달리 사립학교법조항이 헌법에 위반되지 않는다는 의견을 제시한 바 있으므로 그 반대의견의 요지를 원용함으로써 이 사건의 반대의견에 갈음하고자 한다.

헌법 제31조 제6항은 단순히 교원의 권익을 보장하기 위한 규정이라거나 교원의 지위를 공권력 등에 의한 부당한 침해로부터 보호하는 것만을 목적으로 한 규정이라고 볼 것은 아니고, 국민의 교육을 받을 기본권을 실효성있게 보장하기 위한 것까지도 포함하여 교원의 지위를 법률로 정하도록 한 것이라고 보아야 할 것이다. 따라서, 이 헌법조항을 근거로 하여 제정되는 법률에는

교원의 신분보장, 경제적·사회적 지위보장 등 교원의 권리에 해당하는 사항 뿐만 아니라 국민의 교육을 받을 권리를 저해할 우려있는 행위의 금지 등 교원의 의무에 관한 사항도 규정할 수 있는 것이고, 나아가 교원의 기본권을 제한하는 사항까지도 규정할 수 있다. 한편 헌법 제31조 제4항에 규정된 교육의 자주성이나 대학의 자율성은 헌법 제22조 제1항이 보호하고 있는 학문의 자유의 확실한 보장수단으로서 꼭 필요한 것으로 이는 대학에게 부여된 헌법상의 기본권이다. 그리고 대학의 자율은 대학시설의 관리·운영의 자율만이 아니라 연구와 교육의 내용, 그 방법과 대상, 교과과정의 편성, 학생의 선발과 전형의 자율을 의미하며, 특히 교원의 임면에 관한 사항도 대학자율의 범위내에 속하는 것이다.

대학교육기관의 교원에 대한 정년보장제는 교원의 신분을 보장하여 학문의 연구·활동에 필요한 독립성과 연속성을 확보하여 주는 장점이 있는 반면, 학문의 연구·활동 및 교수로서의 임무를 게을리하여 무사안일에 빠져 있거나 타성에 젖어 대학교수로서의 직무수행에 적합하지 않은 자 또는 교수 본연의 학문의 연구·활동 이외의 분야에만 관심을 갖는 자 등도 보호를 받게 되는 문제점을 안고 있다. 이에 비하여 기간임용제는 임기만료시에 교원을 다시 심사하여 재임용여부를 결정하기 때문에 교원으로 하여금 학문에 대한 연구·활동을 게을리하지 않도록 하는 이점은 있으나, 그 대신 임용권자의 주관적인 편견이 개입될 여지가 있어 객관성과 공정성이 뒷받침되지 않는 재임용결과가 나타날 가능성이 있고, 이와 같은 결과는 교원의 신분을 불안하게 하여 학문의 연구·활동의 독립성과 연속성을 해칠 우려가 있다. 그러므로 정년보장제와 기간임용제는 국가가 문화국가의 실현을 위한 학문진흥의 의무를 이행함에 있어서나 국민의 교육권의 실현·방법 면에서 각각 장단점이 있어 어느 쪽이 좋은 제도인지에 대한 판단에는 어려움이 있고, 이러한 점에 대한 판단·선택은 헌법재판소에서 이를 가늠하기보다는 입법자의 입법정책에 맡겨두는 것이 옳다고 본다.

그러므로, 사립대학의 학교법인은 사립학교법조항에 따라 교원을 임용함에 있어 정년보장제를 채택할 수도 있고 기간임용제를 채택할 수도 있으며, 기간임용제를 채택하는 경우에도 임용기간이 만료되면 원칙적으로 교원을 재임용하여야 하는 방식을 채택할 수도 있고, 임용기간이 만료되면 교원으로서의 신분관계가 당연히 종료되고 교원을 재임용할 것인지 여부가 오로지 임용권자의 판단에 따르는 방식을 채택할 수도 있는 등 다양한 임용방식 중 당해 대학

에 가장 적합하다고 판단되는 방식을 자유로이 선택할 수 있는데, 이는 입법자가 국·공립대학과는 다른 사립대학의 특수성을 배려하고 개개의 사립대학교육의 자주성과 사립대학의 자율성을 최대한 보장하기 위하여 마련한 제도로서 그 입법취지를 충분히 수긍할 수 있다. 그렇다면, 다수의견이 내세우는 사전적·사후적 장치가 사립대학교원의 지위를 더욱 두텁게 보호하기 위한 것임을 이해한다고 하더라도, 그러한 장치를 두지 아니하였다 하여 사립학교법조항이 교원지위법정주의의 본질을 훼손하여 헌법에 합치되지 아니한다고 볼 수 없으며, 그러한 장치를 반드시 두게 하는 것이 오히려 굵어 부스럼이 되어 사립대학교육의 자주성이나 사립대학의 자율성을 해치는 결과가 될 수도 있다.

나. 주문 제2항에 대한 반대의견 (각하의견)

나는 위에서 본 바와 같이 이 사건 사립학교법조항은 합헌이라는 입장에서, 사립학교법조항에 따라 기간을 정하여 임용된 대학교육기관의 교원은 임용기간이 만료되면 재임용거부결정 등 특별한 절차를 거치지 않아도 당연퇴직되는 것이므로 임용권자가 교원을 재임용하지 않기로 하는 결정을 하였다고 하더라도, 이는 교원에 대하여 임기만료로 당연퇴직됨을 확인하고 알려주는 데 지나지 아니하고 이로 인하여 어떠한 법률효과가 발생하는 것은 아니어서, 이를 이 사건 교원지위법조항의 재심청구 대상인 ‘징계처분 기타 교원의 의사에 반하는 불리한 처분’이라고 볼 수 없으며(대법원 1998. 9. 22. 선고 98두10554 판결, 공1998하, 2599 참조), 나아가 사립학교법 제56조 제1항 및 교원지위법 제6조 소정의 교원에 대한 신분보장 규정은 당해 학교의 교원으로 재직하는 동안에만 적용되는 것일 뿐(대법원 1997. 10. 10. 선고 96누4046 판결, 공1997하, 3474 참조)이라고 보는 것이 옳다고 생각한다.

즉, 교원지위법조항은 ‘교원이 그 지위를 보유함을 전제로’ 징계처분 기타 그 의사에 반하는 불리한 처분을 받은 경우에 대한 불복규정인 것이다. 그런데 대학교수를 제외한 초·중등학교 교원은 원칙적으로 정년이 보장되므로 문제가 없지만, 기간을 정하여 임용된 대학교수의 경우는 그 임용기간 안에 행하여진 ‘징계처분 기타 그 의사에 반하는 불리한 처분’에 대하여 교원징계재심위원회에 재심청구를 할 수 있는 것으로 보아야 할 것이다. 그렇다면, 기간을 정하여 임용된 대학교수가 그 임용기간이 만료되어 재임용이 거부된 경우에는 그 임용기간의 만료와 함께 당연히 교원으로서의 지위를 상실하는 것이므로 교원지위법조항은 적용될 수 없는 것이다. 따라서 이 사건 교원지위법

조항은 당해사건에서 적용될 수 없는 법률조항이므로 재판의 전제성이 없다고 보아야 한다.

다. 이상 살펴본 바와 같이 나는 이 사건 사립학교법조항은 헌법에 위반되지 아니하며, 교원지위법조항은 재판의 전제성이 없으므로 각하되어야 마땅하다고 생각하여 다수의견에 반대하는 것이다.

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

[별지 1] 청구인 명단 : 생략

[별지 2]

「청구인의 주장 및 이해관계기관의 의견」

가. 청구인들의 주장요지

이 사건 사립학교법조항은 사립대학의 교원임용에 관하여 이른바 “기간임용제”를 채택하고 있는바, 기간임용제 자체가 위헌은 아니라 하더라도 교원의 신분보장을 위하여 적어도 재임용의 거부사유와 재임용거부에 대한 구제절차를 함께 규정하여야만 교원지위법정주의를 규정한 헌법 제31조 제6항의 정신에 합치하는 것이다.

교원지위법은 동법 제1조에서 규정하는바 교원에 대한 예우 및 처우를 개선하고 신분보장을 강화함으로써 교원의 지위를 향상시키고 교육발전을 도모하는데 그 목적이 있음에도 불구하고, 이 사건 교원지위법조항은 ‘재임용거부’를 재심청구사유에 포함시키지 아니하였고, 대법원도 ‘재임용거부’가 동 조항의 “기타 그 의사에 반하는 불리한 처분”에 해당되지 않는다고 해석함으로써 그 위헌성을 치유하지 못하고 있다.

따라서 사립학교법조항과 교원지위법조항은 헌법 제11조 제1항 평등권, 제15조 직업선택의 자유, 제22조 제1항 학문의 자유, 제31조 제4항 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성, 제31조 제6항 교원지위법정주의, 그리고 제27조 제1항 재판받을 권리에 위반되는 위헌조항이다.

나. 당해사건 법원의 제정신청 기각이유요지 및 교육인적자원부교원징계제

심위원회 위원장, 교육인적자원부장관의 의견요지

기간임용제와 정년보장제는 각각 장단점이 있는 제도로서 이러한 제도적 장단점은 입법자가 입법의 과정에서 선택할 수 있는 정책적 재량의 범위에 속하는 것으로서, 기간임용제의 단점을 보완할 명시적인 조치를 강구해 두지 않았다 하여 사립학교법조항이 헌법 제31조 제6항에서 정한 교원지위법정주의에 위반된다고 할 수 없다.

또한 기간임용제는 대학교육기관의 교원을 기간을 정하여 임면할 수 있도록 한 것일 뿐 교원의 학문에 대한 연구·활동 내용이나 방식을 규율한 것은 아니며, 재임용될 교원을 결정함에 있어서도 임면권자인 학교법인의 교원인사에 관한 자율성을 제한하는 것도 아니므로 사립학교법조항이 헌법 제31조 제4항이 보장하는 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성과 헌법 제22조 제1항이 보장하는 학문의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

사립학교법조항에 따라 기간을 정하여 임용된 교원의 경우 그 교원으로서의 지위는 임용기간의 만료로써 당연히 소멸되고 달리 해당 교원이 임용권자의 재임용 여부에 관한 심사·결정에 대하여 어떠한 절차적 권리를 갖는다고 볼 수 없어, 교원이 임용기간 만료후 재임용되지 않았다고 하더라도 그로 인하여 법률상 지위에 어떠한 변동이 있었다고 볼 수 없으므로, 교원지위법조항이 이처럼 특별한 법률상 효과를 갖지 않는 임용권자의 재임용 거부조치를 재심청구의 대상으로 명시하지 않았다고 하여 헌법 제31조 제6항의 취지에 반한다고 할 수 없다.

교육인적자원부교원징계재심위원회의 재심각하결정에 대하여는 행정소송을 제기할 수 있고, 그 밖에 청구인들의 임용관계는 사법상 계약에 속하므로 청구인들은 민사소송으로 직접 재임용거부의 위법 여부를 다룰 수 있는 것이어서 교원지위법조항으로 인하여 헌법 제27조 제1항이 보장하는 재판청구권을 침해당했다고 볼 수 없다.

지방세법 제188조 제1항 제2호 (2)목 등 위헌소원

(2003. 12. 18. 2002헌바16 전원재판부)

【판시사항】

유흥주점영업장용 등 고급오락장용 건축물에 대한 재산세의 표준세율을 그 건축물 가액의 1,000분의 50으로 규정하고 있는 지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제188조 제1항 제2호 (2)목 중 ‘고급오락장용 건축물’부분과 고급오락장용 토지에 대한 종합토지세의 세율을 그 과세표준액의 1,000분의 50으로 규정하고 있는 법 제234조의16 제3항 제2호 중 ‘고급오락장용 토지’부분이 조세법률주의 및 포괄위임금지원칙에 위배되거나, 과잉금지의 원칙에 위배되어 재산권을 침해하거나 평등의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 법에서 1,000분의 50의 증가율이 적용되는 재산세와 종합토지세의 대상을 유흥주점영업장을 비롯한 도박장·특수목욕장 기타 이와 유사한 용도에 사용되는 건축물과 그 부속토지라고 규정하여 그 용도와 유형을 명시하고 있고, 유흥주점영업장 등 고급오락장용 건축물 및 그 부속토지가 국민경제발전에 기여하는 생산시설이 아니라 과소비를 조장하는 향락시설이므로 사치성 소비를 억제하여 국가 전체적으로 한정된 자원이 보다 더 생산적인 분야에 투자되도록 유도함과 동시에 국민의 건전한 소비생활을 정착시키려는데 두고 있는 이 사건 법률조항의 입법취지에 비추어, 과세대상이 되는 고급오락장용 건축물과 부속토지의 구체적인 규모는 경제사정의 변화나 지역적 사정 등에 따라 그에 맞게 전문적인 집행기관인 행정부에서 대통령령으로 규정하도록 위임할 수 있다고 할 것이고, 그 대통령령에 규정될 사항의 범위도 어느 정도 대강 예측할 수 있다고 볼 수 있을

것이므로, 이 사건 법률조항은 조세법률주의와 포괄위임금지원칙에 어긋난다고 볼 수 없다.

2. 재산세·종합토지세는 그 보유재산의 담세력에 상응하여 부과하는 조세로서, 이 사건 법률조항 역시 대상 건축물과 토지의 규모나 소재지에 입각하여 과세표준이 정해지고 그것을 기준으로 유휴주점영업장 등 고급오락장용 건축물과 토지에 대하여 1,000분의 50의 세율을 적용하는바, 그 과세표준의 상이로 어느 정도 비례성이 유지되고 있고, ‘고급오락장용 건축물과 토지’라는 군에 대하여는 위에서 본 바와 같이 건축물과 토지의 사치성 소비용 사용억제라는 취지에서 고율의 세율을 적용하는 것이므로, 이 사건 법률조항은 재산권을 과도하게 침해하는 것이라거나 건축물이나 토지의 사용용도를 지나치게 제약하는 것이라고 볼 수 없다고 할 것이다.

3. 유휴주점영업장 등 고급오락장용 건축물과 토지로서 대통령령이 정하는 일정한 규모의 것에 대하여 1,000분의 50의 종과율로 재산세 및 종합토지세를 부과하도록 하는 이 사건 법률조항은 사치성 소비를 억제하고 국가 전체적으로 한정된 자원이 보다 생산적인 분야에 투자되도록 유도함과 동시에 국민의 건전한 소비생활을 정착시키려는데 있는 것으로 합리적인 이유가 있는 것이므로 평등원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정된 것) 제188조(세율) ① 재산세의 표준세율은 다음 각호의 정하는 바에 의한다.

1. 삭제

2. 건축물

(1) 생략

(2) 제112조 제2항의 규정에 의한 골프장(동조 동항 본문 후단의 규정을 적용하지 아니한다)·별장·고급오락장용 건축물 : 그 가액의 1,000분의 50

(3), (4) 생략

3. 생략

4. 삭제

5. 생략

②~⑥ 생략

지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정된 것) 제234조의16 (세율) ①, ② 생략

③ 제234조의15 제2항 제3호 내지 제6호의 규정에 해당하는 토지(이하 “분리과세대상토지”라 한다)의 종합토지세는 다음 각호의 세율을 적용한다.

1. 생략
2. 골프장·별장·고급오락장용 토지 및 주택의 부속토지로서 기준면적을 초과하는 토지 : 과세표준액의 1,000분의 50
3. 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제23조 제1항, 제37조 제2항, 제38조, 제59조, 제75조, 제122조

지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정된 것) 제112조(세율) ① 생략

② 다음 각호의 1에 해당하는 부동산 등을 취득하는 경우(별장 등을 구분하여 그 일부를 취득하는 경우를 포함한다)의 취득세율은 제1항의 세율의 100분의 50으로 한다. 이 경우 골프장은 그 시설을 갖추어 체육시설의설치·이용에관한법률의 규정에 의하여 체육시설업의 등록을 하는 때(시설을 증설하여 변경등록하는 때를 포함한다)에 한하며, 별장·고급오락장에 부속된 토지의 경계가 명확하지 아니한 때에는 그 건축물 바닥면적의 10배에 해당하는 토지를 그 부속토지로 본다.

1. 별장 : 주거용 건축물로서 상시 주거용으로 사용하지 아니하고 휴양·피서·위락 등의 용도로 사용하는 건축물과 그 부속토지. 이 경우 별장의 범위와 적용기준은 대통령령으로 정한다.
2. 골프장 : 체육시설의설치·이용에관한법률의 규정에 의한 회원제골프장용 부동산중 구분등록의 대상이 되는 토지와 건축물
3. 고급주택 : 주거용 건축물 또는 그 부속토지의 면적과 가액이 대통령령이 정하는 기준을 초과하거나 당해 건축물에 67제곱미터 이상의 풀장등 대통령령이 정하는 부대시설을 설치한 주거용 건축물과 그 부속토지. 다만, 주거용 건축물을 취득한 날부터 30일 이내에 주거용이 아닌 용도로 사용하거나 고급주택이 아닌 용도로 사용하기 위하여 용도변경공사에 착공하는 경우에는 그러하지 아니하다.
4. 고급오락장 : 도박장·유흥주점영업장·특수목욕장 기타 이와 유사한 용도에 사용되는 건축물중 대통령령이 정하는 건축물과 그 부속토지
5. 고급선박 : 비업무용 자가용 선박으로서 대통령령이 정하는 기준을 초과하는 선박
6. 법인의 비업무용 토지 : 법인이 토지를 취득한 후 유예기간내에 정당한 사유없이 목적사업에 직접 사용하지 아니하거나 적정기준을 초과하여 소유하고 있는 토지. 이 경우 유예기간·목적사업의 범위·적정기준 및 비업무용에서 제외되는 토지의 기준 등은 대통령령으로 정한다.

- ③, ④ 생략
- ⑤ 삭제
- ⑥ 생략

지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정된 것) 제234조의15(과세표준) ① 생략

② 종합합산과세표준은 과세기준일 현재 납세의무자가 소유하고 있는 전국의 모든 토지 중 대통령령으로 정하는 건축물의 부속토지를 제외한 토지의 가액을 합한 금액으로 한다. 다만, 다음 각호에 해당하는 토지의 가액은 이를 합산하지 아니한다.

1.~4. 생략

5. 제112조 제2항의 규정에 의한 골프장(동조동항 본문 후단의 규정을 적용하지 아니한다)용 토지의 가액과 동조동항의 규정에 의한 별장·고급오락장용 토지로서 대통령령이 정하는 토지의 가액 및 제188조 제1항 제2호(1)의 규정에 의한 주택의 부속 토지로서 대통령령이 정하는 기준면적을 초과하는 토지의 가액

6. 생략

③~⑤ 생략

【참조판례】

- 헌재 1989. 7. 21. 89헌마38, 판례집1, 131, 138-139
헌재 1995. 11. 30. 94헌바40등, 판례집 7-2, 616, 632
헌재 1996. 3. 28. 94헌바42, 판례집 8-1, 199, 209-210
헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525, 533
헌재 1999. 3. 25. 98헌가11등, 판례집 11-1, 158, 177
- 헌재 1994. 7. 29. 92헌바49등, 판례집 6-2, 64, 108-110

【당 사 자】

청 구 인 김백영(변호사)

당해사건 부산지방법원 2001구6050 재산세등부과처분취소

【주 문】

지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정된 것) 제188조 제1항 제2호 (2)목 중 ‘고급오락장용 건축물’부분과 같은 법 제234조의16 제3항 제2호 중 ‘고급오락장용 토지’부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인과 청구외 오○신은 1995. 12. 5. 부산 동래구 온천3동 ○○번지 대지와 그 지상 3층, 지하 1층 건물(연면적 993.9㎡, 이하 ‘이 사건 건물’이라 한다)을 공동으로 취득하여 공유하면서 그 중 지하층 247.73㎡를 임대하여, 임차인

이 재산세 과세기준일인 2001. 5. 1. 현재 ‘위커힐나이트’라는 상호로 일반유흥주점 영업을 하고 있다.

그런데 부산광역시 동래구청장은 2001. 6. 9. 이 사건 건물 중 지하층부분을 고급오락장의 일종인 무도유흥주점 영업장소로 보아 지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제188조 제1항 제2호 (2)목에 의하여 그 과세표준액 53,410,588원에 1,000분의 50의 증가율을 적용하고, 이 사건 건물 중 지상 1 내지 3층(746.17㎡)은 일반건축물로 보아 같은 법 제188조 제1항 (4)목에 의하여 그 과세표준액 155,681,103원에 1,000분의 3의 일반세율을 적용하여 산출된 재산세 3,137,570원, 도시계획세 418,180원, 공동시설세 623,090원, 교육세 627,570원 등 합계 4,806,350원을 청구인에게 부과·고지하였다. 또한 부산광역시 동래구청장은 2001. 10. 11. 위 건물 지하층부분의 부속토지를 지방세법 제234조의16 제3항에 의하여 분리과세의 대상이 되는 같은 항 제2호의 고급오락장용 토지로 보아 1,000분의 50의 증가율을 적용하여 분리과세(2,018,712원)하고, 위 건물 지상 1 내지 3층 부분의 부속토지에 대하여는 종합합산과세(406,792원)와 별도합산과세(398,410원)를 하여 산출된 종합토지세 합계 2,823,910원(=2,018,712+406,792+398,410)을 청구인에게 부과·고지하였다.

이에 청구인은 위 재산세, 종합토지세 등 부과처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하고(부산지방법원 2001구6050), 그 소송계속 중 법 제188조 제1항 제2호 (2)목 및 제234조의16 제3항 제2호의 위헌여부가 위 재판의 전제가 된다고 하여 위헌제청신청을 하였으나(같은 법원 2001아507), 부산지방법원이 2002. 1. 17. 위 재산세 등 부과처분취소청구 및 위헌제청신청을 기각하자 이 사건 헌법소원심판을 청구하기에 이르렀다.

나. 심판의 대상

이 사건의 심판대상은 법 제188조 제1항 제2호 (2)목 중 ‘고급오락장용 건축물’부분과 법 제234조의16 제3항 제2호 중 ‘고급오락장용 토지’부분¹⁾(이하

1) 비록 위헌제청신청 대상범률조항은 지방세법 제188조 제1항 제2호 (2)목과 같은 법 제234조의16 제3항 제2호 전체이고 청구인의 청구취지에서 그 법률조항 전체의 위헌확인을 구하고 있으나, 당해사건과 관련하여 쟁점이 되고 청구인이 문제삼고 있는 것은 지방세법 제188조 제1항 제2호 (2)목 중 ‘고급오락장용 건축물’부분과 같은 법 제234조의16 제3항 제2호 중 ‘고급오락장용 토지’부분의 위헌여부이므로, 이 사건 심판대상을 위 부분에 국한하여 판단한다.

이들 법률조항을 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌여부이고, 그 법률조항 및 관련 법률조항의 내용은 다음과 같다.

법 제188조(세율) ① 재산세의 표준세율은 다음 각 호의 정하는 바에 의한다.

2. 건축물

(2) 제112조 제2항의 규정에 의한 골프장(동조 동항 본문 후단의 규정을 적용하지 아니한다)·별장·고급오락장용 건축물 : 그 가액의 1,000분의 50

법 제234조의16(세율) ③ 제234조의15 제2항 제3호 내지 제6호의 규정에 해당하는 토지(이하 ‘분리과세대상토지’라 한다)의 종합토지세는 다음 각 호의 세율을 적용한다.

2. 골프장·별장·고급오락장용 토지 및 주택의 부속토지로서 기준면적을 초과하는 토지 : 과세표준액의 1,000분의 50

법 제112조(세율) ② 다음 각 호의 1에 해당하는 부동산 등을 취득하는 경우(별장 등을 구분하여 그 일부를 취득하는 경우를 포함한다)의 취득세율은 제1항의 세율의 100분의 50으로 한다. 이 경우 골프장은 그 시설을 갖추어 체육시설의설치·이용에관한법률의 규정에 의하여 체육시설업의 등록을 하는 때(시설을 증설하여 변경등록하는 때를 포함한다)에 한하며, 별장·고급오락장에 부속된 토지의 경계가 명확하지 아니한 때에는 그 건축물 바닥면적의 10배에 해당하는 토지를 그 부속토지로 본다.

4. 고급오락장 : 도박장·유흥주점영업장·특수목욕장 기타 이와 유사한 용도에 사용되는 건축물 중 대통령령이 정하는 건축물과 그 부속토지

법 제234조의15(과세표준) ② 종합합산과세표준은 과세기준일 현재 납세의무자가 소유하고 있는 전국의 모든 토지 중 대통령령으로 정하는 건축물의 부속토지를 제외한 토지의 가액을 합한 금액으로 한다. 다만, 다음 각 호에 해당하는 토지의 가액은 이를 합산하지 아니한다.

5. 제112조 제2항의 규정에 의한 골프장(동조 동항 본문 후단의 규정을 적용하지 아니한다)용 토지의 가액과 동조 동항의 규정에 의한 별장·고급오락장용 토지로서 대통령령이 정하는 토지의 가액 및 제188조 제1항 제2호 (1)목의 규정에 의한 주택의 부속토지로서 대통령령이 정하는 기준면적을 초과하는 토지의 가액

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장요지

이 사건 법률조항은 사치성 재화와 시설이 국민경제, 사회전체에 미치는 비경제적 요소를 감안하여 소비·낭비풍조를 억제하는데 그 입법취지가 있는 것으로 보인다. 그렇다고 하더라도, 호텔부설 나이트클럽과 같은 대형 유흥주점처럼 조명과 내부시설을 고급화하고 광고매체와 차량, 광고인력, 외국인 무회를 고용하여 대규모 영업활동을 하여 대량매출을 하는 경우와 달리, 이 사건 주점의 경우와 같이 업소의 총면적이 80평 정도에 불과하고 간단한 조명시설을 갖추고 일반서민들을 상대로 영업하는 영세업소까지 일률적으로 중과세율을 적용할 수 있도록 규정한 것은 납세자의 권익을 침해할 소지가 있어 조세법률주의에 위배되고, 고급오락장의 소재지·규모·영업현황과 관계없이 통상의 재산세율인 1,000분의 3보다 10배가 넘는 1,000분의 50을 적용하는 것은 사유재산권을 과도하게 침해한 것으로서 과잉금지의 원칙에 위배되고, 조세부담의 평등원칙에도 위배된다.

나. 부산지방법원의 위헌제청신청기각이유

무도유흥주점 등의 고급오락장이 국민경제, 사회전체적 측면에서 보아 생산성과는 무관한 외부불경제적 요소를 다수 내포하고 있어 소비·낭비풍조를 억제하여 건전한 사회기풍을 조성하기 위해서도 그 이용·증설을 억제할 공익상의 필요성은 충분히 인정되는 바이므로, 입법자는 그에 대하여 조세정책적으로 차등하여 그 가액의 1,000분의 50의 재산세, 종합토지세 등을 중과세할 합리적인 이유가 있다. 나아가 재산세와 종합토지세는 지방자치단체가 그 관내의 모든 물건 및 토지에 관하여 일정시점을 기준으로 하여 일제히 직권으로 부과·고지하는 지방세로서 그 담당공무원의 수의 한정성, 대상목적물의 광범위성, 다양성 등에 비추어 볼 때, 그 과세기술상 공부상의 표시를 기준으로 일률적으로 부과·고지할 수밖에 없고, 그 실질을 일일이 파악하여 그에 맞추어 차등부과·고지하는 것은 애초에 불가능하고, 영업실질이 아니라 보유재산에 담세력을 인정하여 과세하는 재산세, 종합토지세 등의 성질을 고려하여 보면 무리라고 할 것이다. 또한 고급오락장의 운영주로서는 중과세를 감수하더라도 이를 운영할 것인가의 여부를 자의의사에 따라 결정·선택할 수 있는 길도 열려 있다. 그렇다면 위 조항이 합리적인 근거없이 사유재산권을 과도하게 침해하여 과잉금지의 원칙에 위배되거나 조세평등의 원칙에 반한다고 보기 어렵다고 할 것이다.

다. 행정자치부장관의 의견

이 사건 법률조항에서 세율을 고급오락장(무도유흥주점)의 실질을 파악하

여 시설의 규모, 가격의 고저, 수입의 다과에 따라 일일이 차등하여 과세하지 아니하고 1,000분의 50의 세율로 일률적으로 적용하도록 규정하고 있는 것은 보유세인 재산세와 종합토지세의 성격, 누진세율을 적용할 필요성, 현행 세무인력 등 집행능력 및 과세기술 등을 감안할 때 합리적인 이유가 있다고 생각되므로, 이 사건 중과세 규정이 국민의 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 것이라고 할 수 없다.

지방세법 제188조 제1항 제2호 (2)목의 규정에서 재산세의 중과세대상이 되는 건축물을 지방세법 제112조 제2항의 규정에 의한 골프장·별장·고급오락장용 건축물로 정의하고 그 가액의 1,000분의 50의 세율을 적용하도록 규정하고 있으며, 지방세법 제234조의16 제3항 제2호에서는 종합토지세 중과세(고율 분리과세)대상토지에 대하여 골프장·별장·고급오락장용 토지 등에 대하여는 과세표준의 1,000분의 50의 세율을 적용한다고 규정하면서 고급오락장을 ‘도박장·유흥주점영업장·특수목욕장 기타 이와 유사한 용도에 사용되는 건축물’로 명확하게 정의하고 있다. 그리고 과세대상 및 과세요건에 관해서는 모든 조세의 바탕이 되는 경제·사회의 현실은 복잡하고 다양할 뿐만 아니라 끊임없이 변화하고 있음에 비추어 지방세의 경우도 과세요건을 지방세법에서 모두 규정한다는 것은 사실상으로는 입법기술상 불가능한 일이므로, 그 세부적인 과세요건은 대통령령에 위임할 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 조세법률주의에 위배된다고 할 수 없다.

유흥주점 등 고급오락장에 대하여 재산세 및 종합토지세를 중과세하는 입법취지는 경제생활에 있어서 사치·낭비풍조를 억제하고 국민계층간의 위화감을 해소하여 건전한 사회기풍을 조성하기 위하여 입법정책적으로 차등과세하는 것으로서 무도유흥주점에 대한 중과세대상도 모든 유흥주점을 과세대상으로 하는 것이 아니라 영업장 면적이 100㎡를 초과하는 사업장을 중과세대상으로 기준을 정하고 있기 때문에 합리적인 근거가 있는 차별이므로 조세평등의 원칙에 위배되지 아니한다.

라. 부산광역시 동래구청장의 의견

재산권의 침해여부는 조세의 부과·징수로 납세의무자의 사유재산에 대한 이용·수익·처분의 권한이 중대한 제한을 받게 되는 경우인가 여부에 달려 있다. 그런데 고급오락장용 건축물과 부속토지에 대한 세율이 1,000분의 50이나 실제부담률은 그 세율의 15 내지 20%로 그리 높다고 볼 수 없어 사유재산권을 과도하게 침해한다고 볼 수 없다.

조세부담의 평등원칙은 대한민국 국민이 똑같이 조세를 부담하는 절대적인 평등을 의미하는 것이 아니라 담세능력에 따라 차등부담하는 상대적인 평등을 말하는 것으로 재산세나 종합토지세를 중과세하는 것은 입법자의 정책적인 고려에 따라 일반세율 및 중과세율을 적용하는 것이며, 이는 국세나 지방세의 세목의 종류나 특성에 따라 과세목적과 정책목적이 다르므로, 그에 상응하는 세율의 체계로 달라질 수밖에 없는 것이다. 그런데 재산세, 종합토지세의 경우 대중세목으로 국민의 대다수가 납세자이며 납세의 분포도를 보더라도 종합토지세인 경우 과세표준액의 최저단계인 2천만원 이하인 경우가 전체의 83.5%를 차지하며, 과세표준액이 최고액인 50억원인 경우 1%가 되지 않는 점 등을 감안할 때, 고급오락장용 건축물이나 부속토지에 1,000분의 50 세율을 적용하는 것은 조세부담의 평등원칙에 위배되지 않는다.

3. 판 단

가. 이 사건 법률조항의 내용과 쟁점

우선 법 제188조 제1항 제2호 (2)목은 법 제112조 제2항의 규정에 의한 골프장·별장·고급오락장용 건축물에 대한 재산세의 표준세율을 그 건축물 가액의 1,000분의 50의 중과율로 부과하도록 규정하고 있고, 법 제234조의16 제3항 제2호는 법 제234조의15 제2항 제3호 내지 제6호의 규정에 해당하는 토지인 골프장·별장·고급오락장용 토지 및 주택의 부속토지로서 기준면적을 초과하는 토지의 종합토지세는 과세표준액의 1,000분의 50의 중과율을 적용한다고 규정하고 있으며, 또한 법 제112조 제2항 제4호에 의하면 ‘고급오락장’이란 ‘도박장·유흥주점영업장·특수목욕장 기타 이와 유사한 용도에 사용되는 건축물 중 대통령령이 정하는 건축물과 그 부속토지’라고 규정하고 있다. 그렇다면 결국 이 사건 법률조항은 도박장·유흥주점영업장·특수목욕장 기타 이와 유사한 용도에 사용되는 건축물 중 대통령령이 정하는 건축물에 대한 재산세와 그 부속토지에 대한 종합토지세의 표준세율은 그 건축물 및 그 부속토지 가액의 1,000분의 50이라고 규정한 것이다. 요컨대, 1,000분의 50의 중과율이 적용되는 재산세 및 종합토지세의 과세대상이 되는 건축물 및 그 부속토지의 용도를 별도로 규정하는 한편, 그 구체적인 규모에 대하여는 대통령령에 위임하여 규정하고 있다. 따라서 위와 같은 이 사건 법률조항이 조세법률주의와 포괄위임입법금지의 원칙에 위배되는지 여부가 문제된다.

다음 위와 같이 유흥주점영업장 등 고급오락장용 건축물과 그 부속토지이면 그 규모의 대소, 그 오락장 운영으로 인한 수입의 다과 등 영업현황과 관

계없이 일률적으로 1,000분의 50이라는 중과율의 재산세·종합토지세를 부과하는 것이 과잉금지의 원칙이나 평등의 원칙에 위배되는지 여부가 문제된다.

나. 조세법률주의와 포괄위임금지원칙의 위배여부

(1) 우리 헌법 제38조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다.”라고 하여 국민의 납세의무를 규정하는 한편, 아울러 제59조는 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다.”라고 하여 조세법률주의를 선언하고 있다. 이는 과세요건을 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로 규정하도록 하여 국민의 재산권을 보장하고 국민생활의 법적 안정성과 예측가능성을 보장하고자 하는 것이다(헌재 1989. 7. 21. 89헌마38, 판례집 1, 131, 138-139; 헌재 1995. 11. 30. 94헌바40등, 판례집 7-2, 616, 632 참조).

그런데 조세법률주의를 철저히 관철하고자 하면 복잡·다양하고도 끊임없이 변천하는 경제상황에 대처하여 적확하게 과세대상을 포착하고 적정하게 과세표준을 산출하기 어려워 담세력에 따른 공평과세의 목적을 달성할 수 없게 되는 경우가 생길 수 있으므로 조세법률주의를 지키면서도 경제현실에 따라 공정한 과세를 하고 탈법적인 조세회피행위에 대처하기 위하여는 납세의무의 본질적인 내용에 관한 사항이라 하더라도 그 중 경제현실의 변화나 전문적 기술의 발달에 적응하여야 하는 세부적인 사항에 관하여는 국회제정의 형식적 법률보다 더 탄력성이 있는 대통령령 등 하위법규에 이를 위임할 필요가 있다(헌재 1995. 11. 30. 94헌바40등, 판례집 7-2, 616, 632-633).

그래서 우리 헌법 제75조에서 위임입법의 필요성이 있음을 인정하여 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”라고 규정함으로써 위임입법의 헌법상 근거를 규정함과 동시에 그 구체적인 범위와 한계를 명시하도록 요구하고 있다. 여기서 ‘구체적으로 범위를 정하여’라 함은 법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있음을 의미한다고 할 것이고, 그 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 할 것이다(헌재 1996. 3. 28. 94헌바42, 판례집 8-1, 199, 209-210; 헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525, 533 참조).

(2) 이 사건 법률조항은 1,000분의 50의 중과율로 부과되는 재산세의 과세

대상을 ‘법 제112조 제2항의 규정에 의한 고급오락장용 건축물’이라고, 같은 중과율로 부과되는 종합토지세의 과세대상을 ‘고급오락장용 토지’라고 규정하고 있고, 법 제112조 제2항에 의하면, ‘고급오락장’이라 함은 도박장·유흥주점영업장·특수목욕장 기타 이와 유사한 용도에 사용되는 건축물 중 대통령령이 정하는 건축물과 그 부속토지라고 하여 그 유형을 명시적으로 규정하고 있다. 다만, ‘대통령령이 정하는’ 건축물과 그 부속토지라고 하여 과세대상의 구체적인 규모에 대하여는 대통령령에 위임하고 있다.

요컨대, 이 사건 법률조항은 1,000분의 50의 중과율로 부과되는 재산세 및 종합토지세의 과세대상을 용도에 입각하여 유형별로 유흥주점영업장 등으로 규정하고 있어서 일반국민은 그 과세대상을 일응 예측할 수 있다고 볼 수 있다. 문제는 이 사건 법률조항이 그 과세대상의 구체적인 규모에 대하여는 대통령령에 위임하고 있다는데 있다. 그것이 조세법률주의 및 포괄위임금지원칙에 위배되는지 여부는 결국 이 사건 법률조항의 입법취지와 목적, 관련규정 또는 규율대상의 성격 등에 비추어 대통령령에 규정될 그 과세대상의 규모를 어느 정도 예측할 수 있는가가 관건이라고 볼 수 있다.

(3) 우선 이 사건 법률조항의 입법취지는 당해사건 담당법원의 위헌제청신청기간이유나 행정자치부장관의 의견에서 제시한 바 있고, 종전 우리 헌법재판소결정에서 판시한(헌재 1999. 3. 25. 98헌가11등, 판례집 11-1, 158, 177 참조) 바와 같이, 유흥주점영업장 등 고급오락장용 건축물 및 그 부속토지가 국민경제발전에 기여하는 생산시설이 아니라 과소비를 조장하는 향락시설이므로 사치성 소비를 억제하여 국가 전체적으로 한정된 자원이 보다 더 생산적인 분야에 투자되도록 유도함과 동시에 국민의 건전한 소비생활을 정착시키려는데 두고 있는 것으로 보인다.

이는 법 제188조 제1항 제2호 (1)목에서 재산세의 원칙적인 세율로 과세표준에 따라 ‘1,200만원 이하는 1,000분의 3’의 최저세율로부터 ‘4,000만원 초과 의 경우 85만 6천원+4,000만원 초과금액의 1,000분의 70’의 최고세율에 이르기까지 6단계로 나누어 누적으로 차등하여 과세하도록 하는데 대하여, 이 사건 법률조항의 고급오락장용 건축물의 경우는 최고 직전 세율인 1,000분의 50으로 일률적으로 중과하는 반면, 생산에 기여하는 공장용 건축물의 경우에는 오히려 일률적으로 1,000분의 6의 낮은 세율을 부과하도록 하고 있는(법 제188조 제1항 제2호 (3)목) 것에 비추어 보거나, 법 제234조의16 제1항에서 종합토지세의 원칙적인 세율로 과세표준에 따라 ‘2천만원 이하는 1,000분의 2’

의 최저세율로부터 '50억원 초과'의 경우 1억 1,128만원+50억원 초과 금액의 1,000분의 50'의 최고세율에 이르기까지 9단계로 나누어 누적적으로 차등하여 과세하도록 하는데 대하여, 이 사건 법률조항의 고급오락장용 토지의 경우에는 최고세율인 1,000분의 50으로 일률적으로 중과하는 반면, 공장용지의 경우에는 오히려 1,000분의 3(법 제234조의16 제3항 제3호), 전·답·과수원·목장용지·임야의 경우에는 1,000분의 1(법 제234조의16 제3항 제1호)의 최저세율로 부과하도록 하고 있는 것에 비추어 보면, 결국 사치·향락적 소비시설용 건축물 및 그 부속토지에 대하여 재산세 및 종합토지세를 고율의 세율로 중과하여 그 시설의 발생을 억제하고자 하는 그 입법취지는 분명하다고 할 것이다.

그렇다면 법에서 유흥주점영업장을 비롯한 도박장·특수목욕장 기타 이와 유사한 용도에 사용되는 건축물과 그 부속토지라고 규정하여 그 용도와 유형을 명시하고 있는 이상, 그 입법취지에 비추어 그 구체적인 규모는 경제사정의 변화나 지역적 사정 등에 따라 그에 맞게 전문적인 집행기관인 행정부에서 대통령령으로 규정하도록 위임할 수 있다고 할 것이고, 그 대통령령에 규정될 사항의 범위도 어느 정도 대강 예측할 수 있다고 볼 수 있을 것이다.

따라서 이 사건 법률조항은 조세법률주의와 포괄위임금지원칙에 어긋난다고 볼 수는 없다.

다. 과잉금지원칙에 위배되어 재산권을 침해하는지 여부

(1) 우리 헌법재판소는 일찍이, "현대사회에 있어서의 조세의 기능은 국가 재정 수요의 충당이라는 고전적이고도 소극적인 목표에서 한걸음 더 나아가 국민이 공동의 목표로 삼고 있는 일정한 방향으로 국가사회를 유도하고 그러한 상태를 형성한다는 보다 적극적인 목적을 가지고 부과되는 것이 오히려 일반적인 경향이 되고 있다. 이러한 조세의 유도적·형성적 기능은 우리 헌법상 '국민생활의 균등한 향상'을 기하도록 한 헌법 전문, 모든 국민으로 하여금 '인간다운 생활을 할 권리'를 보장한 제34조 제1항, '균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여' 국가로 하여금 필요한 제한과 의무를 과할 수 있도록 한 제122조 등에 의하여 그 헌법적 정당성이 뒷받침되고 있다."(헌재 1994. 7. 29. 92헌바49등, 판례집 6-2, 64, 95)라고 판시하여, 조세는 국가재정수요의 충당이라는 전통적인 기능 이외에 나아가 경제에 관한 규제와 조정이라는 헌법상의 규정에 입각하여 국가사회

나 국민의 활동을 일정한 방향으로 조정하는 유도적·형성적 기능을 수행하기 위하여 과세고권도 행사되고 있음을 인정하고 그 헌법적 정당성을 규명한 바 있다.

(2) 이 사건의 경우, 재산세는 건축물, 선박, 항공기의 소유자 또는 사실상의 소유자에게 부과하는 것으로 보유재산의 담세력에 입각하여 과세대상 건축물 등으로부터의 구체적인 소득발생유무와 관계없이 부과하는 조세이고, 종합토지세는 과다한 토지보유를 억제함으로써 지가안정과 토지소유의 저변을 확대할 목적으로 도입된 조세로서 전국에 있는 모든 토지를 과세물건으로 하고 소유자별로 합산한 토지가액을 과세표준으로 삼는 재산세의 일종으로서, 이 역시 과세대상 토지로부터의 구체적인 소득발생유무와 관계없이 모든 토지에 대하여 담세력에 따라 부과되는 조세이다. 따라서 원칙적으로 재산세나 종합토지세(종합토지세의 경우는 일부 유도적·형성적 기능이 가미되어 있다고 볼 수도 있다)는 전통적인 조세의 기능인 국가재정수요의 충당이라는 것에 입각하고 있다고 볼 수 있다.

그런데 이 사건 법률조항의 유흥주점영업장 등 고급오락장용 건축물과 부속토지에 대한 재산세와 종합토지세의 경우에는 위와 같은 전통적인 조세기능에 입각함과 더불어 특히, 그 건축물과 부속토지가 유흥주점영업장 등 고급오락장용으로 사용되는 경우 1,000분의 50이라는 중과율로 부과함으로써 전항에서 살펴본 바와 같이 사치·향락적 소비시설의 발생을 억제하고자 하는 유도적·형성적 기능에 입각하고 있다고 볼 수 있다. 특히 후자의 측면에 입각하여 그와 같은 재산세나 종합토지세를 부과하는 것은 그 건축물과 토지를 소유하고 있는 자에 대하여 재산권이용을 제약하는 전형적인 재산권제한의 측면도 아울러 내포하고 있다고 할 수 있다.

(3) 이 경우 입법목적의 정당성은 전항에서 본 바와 같이 인정된다고 볼 수 있고, 수단 내지 방법의 적절성도 인정된다. 문제는 최소침해성·법익균형성이 인정되는지 여부라고 할 것인데, 이와 관련하여 청구인은 고급오락장의 소재지·규모·영업현황과 관계없이 일률적으로 1,000분의 50의 중과율로 재산세 및 종합토지세를 부과한 과잉금지원칙에 어긋난다고 주장한다.

살피건대, 먼저 일반적으로 조세입법에 있어서 '세율'의 적정성에 관하여는 형벌법규에 있어서 '형량'과 유사하여 그 입법목적의 정당성과 수단 내지 방법의 적절성이 인정된다면 일용 입법자의 판단을 존중하여 특단의 사유 예컨대, 토지초과이득세법에 대한 헌법불합치결정(헌재 1994. 7. 29. 92헌바49등,

판례집 6-2, 64, 108-110 참조)과 같이 원본잡식이라는 등의 사소유권의 과도한 침해를 야기하는 사유가 없는 한 위헌이라고 볼 수는 없을 것이다.

다음 이 사건 법률조항에서 문제되는 재산세와 종합토지세는 그 본질적인 성격상 영업실적이나 소득 내지 소비에 따라 과세하는 것이 아니라 그 보유 재산에 담세력을 인정하여 부과하는 조세이므로, 유흥주점영업장 등 고급오락장을 운영하여 발생한 수익의 다과 등 영업현황에 상응한 부담능력에 따라 부과하지 않는다고 하여 과도한 제한이라고 할 수는 없다. 다시 말하면, 재산세·종합토지세는 그 보유재산의 담세력에 상응하여 부과하는 조세로서, 이 사건 법률조항 역시 대상 건축물과 토지의 규모나 소재지에 입각하여 과세표준(기준시가)이 정해지고 그것을 기준으로 유흥주점영업장 등 고급오락장용 건축물과 토지에 대하여 1,000분의 50의 세율을 적용하는바, 그 과세표준의 상이로 어느 정도 비례성이 유지되고 있고, ‘고급오락장용 건축물과 토지’라는 군에 대하여는 위에서 본 바와 같이 건축물과 토지의 사치성 소비용 사용역제라는 취지에서 고율의 세율을 적용하는 것이므로, 그 자체가 범익형량의 관점에서 지나치게 과도하다고 볼 수는 없다고 할 것이다.

물론 이와 달리 고급오락장용 시설군 중 다시 세분하여 즉, 건축물과 토지를 고급오락장으로 사용하여 얻은 수익의 다과 등 이용현황에 입각하여 세율을 세분하여 적용하는 것이 범익균형성·최소침해성 원칙에 부합되는 것이 아닌가 하는 논의가 있을 수 있으나, 입법기술상 또는 법집행의 곤란 등에 비추어 볼 때, 그와 같은 것까지 요구하는 것은 오히려 위와 같은 입법취지를 관철하지 못하게 하고 오히려 헌법질서와 더욱 멀어지는 결과를 야기할 수 있을 것이다. 왜냐하면 그렇게 하는 것은 해마다 건축물과 토지를 고급오락장용으로 사용하여 얻은 수익을 일일이 파악하여 해당세율을 정하여야 하는데, 그 수익파악에 엄청난 부가적 행정인력이 소요되어 과세집행당국에 과도한 부담을 줄뿐만 아니라, 그 수익파악의 곤란성 등 법집행에 지장을 초래하고 법집행상의 자의가 개재될 여지가 있으며, 그와 같은 집행이 온전히 이루어진다고 하더라도 위와 같은 경우 보유세인 재산세와 종합토지세를 수득세로 전환하여 그 조세의 본질적 성격을 변경하는 것으로 합당하다고 볼 수 없다.

그리고 다른 한편, 유흥주점영업장 등 고급오락장의 수익의 다과 등 영업현황을 기준으로 그 부담능력에 따라 세율을 달리하지 아니하고 일률적으로 부과함은 비례의 원칙에 어긋난다는 청구인의 주장은 이 사건 법률조항에 의한 재산세나 종합토지세의 납세의무자가 그 건축물과 토지의 사실상의 소유자인

고 그 조세의 법적 성격이 보유세임에도 불구하고, 마치 유흥주점영업장 등 고급오락장영업을 운영하는 자가 납세의무자이고 그 조세의 성격이 사업소득에 대한 과세와 유사한 조세인 것처럼 취급하는 것이므로 적합한 주장이라고 보기 어렵고, 설사 실제상 그 조세가 건축물과 토지의 임차인이나 그 고급오락장의 운영자에게 전가된다고 가정하더라도 위와 같이 볼 것은 아니라고 할 것이다.

그렇다면 위에서 본 바와 같이 그 입법목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정되는바, 입법자로서는 그 입법취지를 관철하기 위하여 유흥주점영업장 등 고급오락장용 건축물과 토지에 대하여 일률적으로 고율의 세율을 부과하고, 다만, 지역적 사정, 규모 등을 고려하여 일정범위의 고급오락장에 한정하도록 하고, 그 범위설정에는 행정부로 하여금 경제사정의 변화를 고려하여 전문적으로 판단하여 결정하도록 대통령령에 위임하도록 한 것은 수공이 가고, 이는 법익균형성·최소침해성을 위배하여 재산권을 과도하게 침해하는 것이거나 건축물이나 토지의 사용용도를 지나치게 제약하는 것이라고 볼 수는 없다고 할 것이다.

라. 평등원칙의 위배여부

위에서 본 바와 같이 유흥주점영업장 등 고급오락장용 건축물과 토지로서 대통령령이 정하는 일정한 규모의 것에 대하여 1,000분의 50의 중과율로 재산세 및 종합토지세를 부과하도록 하는 것은 사치성 소비를 억제하고 국가 전체적으로 한정된 자원이 보다 생산적인 분야에 투자되도록 유도함과 동시에 국민의 건전한 소비생활을 정착시키려는데 있는 것으로 합리적인 이유가 있는 것이므로 평등원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

4. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

방송법 제74조 위헌소원

(2003. 12. 18. 2002헌바49 전원재판부)

【판시사항】

1. 방송의 자유의 성격과 그 보호영역 중 객관적 규범질서 영역에서의 입법형성재량의 범위 및 민영방송사업자의 주관적 권리의 범위
2. 협찬고지의 허용범위를 대통령령에 위임하고 있는 방송법 제74조 제1항이 헌법상 포괄위임입법금지의 원칙에 위배되는지 여부(소극)
3. 형성법률에 대한 위헌성 판단 기준과 위 조항의 기본권 침해 여부(소극)

【결정요지】

1. 방송의 자유는 주관적 권리로서의 성격과 함께 자유로운 의견 형성이나 여론형성을 위해 필수적인 기능을 행하는 객관적 규범질서로서 제도적 보장의 성격을 함께 가진다.

이러한 방송의 자유의 보호영역에는, 단지 국가의 간섭을 배제함으로써 성취될 수 있는 방송프로그램에 의한 의견 및 정보를 표현, 전파하는 주관적인 자유권 영역 외에 그 자체만으로 실현될 수 없고 그 실현과 행사를 위해 실체적, 조직적, 절차적 형성 및 구체화를 필요로 하는 객관적 규범질서의 영역이 존재하며, 더욱이 방송매체의 특수성을 고려하면 방송의 기능을 보장하기 위한 규율의 필요성은 신문 등 다른 언론매체보다 높다. 그러므로 입법자는 자유민주주의를 기본원리로 하는 헌법의 요청에 따라 국민의 다양한 의견을 반영하고 국가권력이나 사회세력으로부터 독립된 방송을 실현할 수 있도록 광범위한 입법형성재량을 갖고 방송체제의 선택을 비롯하여, 방송의 설립 및 운영에 관한 조직적, 절차적 규율과 방송운영주체의 지위에 관하여 실체적인 규율을 행할 수 있다.

입법자가 방송법제의 형성을 통하여 민영방송을 허용하는 경우 민영방송사업자는 그 방송법제에서 기대되는 방송의 기능을 보장받으며 형성된 법률에 의해 주어진 범위 내에서 주관적 권리를 가지고

헌법적 보호를 받는다.

2. 방송법 제74조 제1항(이하 '이 사건 법률조항'이라고 한다)의 입법 경위와 목적, 방송법의 전반적 체제 및 협찬고지의 본질에 비추어 위 조항의 위임에 의하여 대통령령으로 정하여질 협찬고지의 내재적 허용범위는 실정법상 광고방송이 허용되는 범위 내에서 건전한 방송문화 및 광고질서 확립을 통하여 방송의 공정성과 공익성을 기하고 나아가 방송의 자유를 실질적으로 보장하는데 기여할 수 있는 범위로 한정될 것이므로 위 조항의 수규자인 방송사업자는 당해사건의 협찬주인 구 한국담배인삼공사와 같이 방송광고가 금지된 담배 등의 상품이나 용역을 제조·판매 또는 제공하는 자로부터 협찬을 받거나 협찬고지할 수 없음을 충분히 예측할 수 있어 위임의 구체성·명확성의 요건이 충족되었다고 볼 수 있다.

그렇다면, 이 사건 법률조항은 입법자가 그 권한 범위 내에서 형성의 재량을 행사한 것으로서 그 위임에 의하여 대통령령으로 정하여질 협찬고지의 허용범위의 대강을 예측할 수 있으므로 포괄위임입법금지 원칙에 위배되지 아니한다.

3. 형성법률에 대한 위헌성 판단은 기본권 제한의 한계 규정인 헌법 제37조 제2항에 따른 과잉금지 내지 비례의 원칙의 적용을 받는 것이 아니라, 그러한 형성법률이 그 재량의 한계인 자유민주주의 등 헌법상의 기본원리를 지키면서 방송의 자유의 실질적 보장에 기여하는지 여부에 따라 판단된다.

이 사건 법률조항은 여타의 법익을 위한 방송의 자유에 대한 제한이 아니라 방송사업의 운영을 규율하는 형성법률로서, 협찬고지를 민영방송사업의 운영에 필수적인 자원조달수단의 하나로 보장하는 한편 그 허용범위를 제한함으로써 방송사업자뿐 아니라 시청자 및 방송관련종사자 등 각 이해관계를 고려하여 헌법상 방송의 자유를 실질적으로 보장하기 위하여 필요한 규제이며, 그것이 방송의 자유의 객관적 보장영역으로서 필수적 요소인 민영방송사업의 수익성을 부인할 정도로 영업활동에 대한 제한을 가하거나, 민영방송사업자의 사적 자치에 의한 형성이나 결정의 기본적 요소를 박탈하는 정도에 이르지 아니하므로 헌법상 기본원리를 준수하면서 그 입법형성의 재량의 범위 내에서 행해졌다고 볼 수 있어 헌법에 합치되며, 방송사

업자인 청구인의 협찬고지에 관한 방송운영의 자유 등 주관적 권리는 이 사건 법률조항의 형성을 통해서 비로소, 그리고 오로지 형성된 기준에 따라 성립되는 것이므로 기본권 제한이나 침해를 내포하지 않고, 따라서 또 다른 헌법적 정당화를 필요로 하지 아니한다.

재판관 김영일, 재판관 권 성, 재판관 주선회의 위헌의견

이 사건 법률조항은 방송사업자에게 협찬고지를 할 수 있도록 하면서, 협찬고지의 허용범위에 관하여는 대통령령으로 정하도록 위임하고 있다. 그런데 위 조항은 입법권을 행정부에 위임하면서 행정부가 위임된 입법권을 행사함에 있어서 준수해야 할 기본방침을 전혀 제시하고 있지 아니하여 위 조항으로부터 대통령령이 정할 내용의 대강을 전혀 예측할 수 없고, 다른 한편으로는 협찬고지가 허용되는 범위에 관하여 전적으로 행정부에 위임하는 것을 정당화하는 합리적인 사유를 발견할 수 없다. 따라서, 위 조항은 입법위임의 명확성을 요청하는 헌법 제75조에 위반되는 규정으로서 헌법에 위배된다.

【심판대상조문】

방송법(2000. 1. 12. 법률 제6139호로 전문 개정된 것) 제74조(협찬고지) ① 방송사업자는 대통령령이 정하는 범위안에서 협찬고지를 할 수 있다.

② 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제12조 제1항, 제15조, 제21조 제1항·제3항, 제23조 제1항, 제75조 방송법 제2조(용어의 정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “방송”이라 함은 방송프로그램을 기획·편성 또는 제작하고 이를 공중(개별계약에 의한 수신자를 포함하며, 이하 “시청자”라 한다)에게 전기통신설비에 의하여 송신하는 것으로서 다음 각목의 것을 말한다.

가. 지상파방송 : 방송을 목적으로 하는 지상의 무선국을 이용하여 행하는 방송

나. 종합유선방송 : 전송·선로설비를 이용하여 행하는 다채널 방송

다. 위성방송 : 인공위성의 무선국을 이용하여 행하는 방송

2. “방송사업”이라 함은 방송을 행하는 다음 각목의 사업을 말한다.

가. 지상파방송사업 : 방송을 목적으로 하는 지상의 무선국을 관리·운영하며 지상파 방송을 행하는 사업

- 나. 종합유선방송사업 : 종합유선방송국(종합유선방송을 행하기 위한 설비와 그 종사자의 총체를 말한다. 이하 같다)을 관리·운영하며 종합유선방송을 행하는 사업
 - 다. 위성방송사업 : 인공위성의 무선설비를 소유 또는 임차하여 무선국을 관리·운영하며 위성방송을 행하는 사업
 - 라. 방송채널사용사업 : 지상파방송사업자·종합유선방송사업자 또는 위성방송사업자와 특정채널의 전부 또는 일부 시간에 대한 전용사용계약을 체결하여 그 채널을 사용하는 사업
3. “방송사업자”라 함은 다음 각목의 자를 말한다.
 - 가. 지상파방송사업자 : 지상파방송사업을 하기 위하여 제9조 제1항의 규정에 의하여 허가를 받은 자
 - 나. 종합유선방송사업자 : 종합유선방송사업을 하기 위하여 제9조 제2항의 규정에 의하여 허가를 받은 자
 - 다. 위성방송사업자 : 위성방송사업을 하기 위하여 제9조 제1항의 규정에 의하여 허가를 받은 자
 - 라. 방송채널사용사업자 : 방송채널사용사업을 하기 위하여 제9조 제5항의 규정에 의하여 등록을 하거나 승인을 얻은 자
 4. “중계유선방송”이라 함은 지상파방송 또는 이 법에 의한 한국방송공사 및 특별법에 의하여 설립된 방송사업자가 행하는 위성방송이나 대통령령이 정하는 방송을 수신하여 중계송신(방송편성을 변경하지 아니하는 녹음·녹화를 포함한다)하는 것을 말한다.
 5. “중계유선방송사업”이라 함은 중계유선방송을 행하는 사업을 말한다.
 6. “중계유선방송사업자”라 함은 중계유선방송사업을 하기 위하여 제9조 제2항의 규정에 의하여 허가를 받은 자를 말한다.
 7. “음악유선방송”이라 함은 음반·비디오물및게임물에관한법률에 의하여 판매·배포되는 음반에 수록된 음악을 송신하는 것을 말한다.
 8. “음악유선방송사업”이라 함은 음악유선방송을 행하는 사업을 말한다.
 9. “음악유선방송사업자”라 함은 음악유선방송사업을 하기 위하여 제9조 제5항의 규정에 의하여 등록을 한 자를 말한다.
 10. “전광판방송”이라 함은 상시 또는 일정기간 계속하여 전광판에 보도를 포함하는 방송프로그램을 표출하는 것을 말한다.
 11. “전광판방송사업”이라 함은 전광판방송을 행하는 사업을 말한다.
 12. “전광판방송사업자”라 함은 전광판방송사업을 하기 위하여 제9조 제5항의 규정에 의하여 등록을 한 자를 말한다.
 13. “전송망사업”이라 함은 방송프로그램을 종합유선방송국으로부터 시청자에게 전송하기 위하여 유·무선 전송·선로설비를 설치·운영하는 사업을 말한다.
 14. “전송망사업자”라 함은 전송망사업을 하기 위하여 제9조 제10항의 규정에 의하여 등록을 한 자를 말한다.

15. “방송편성”이라 함은 방송되는 사항의 종류·내용·분량·시각·배열을 정하는 것을 말한다.
16. “방송분야”라 함은 보도·교양·오락등으로 방송프로그램의 영역을 분류한 것을 말한다.
17. “방송프로그램”이라 함은 방송편성의 단위가 되는 방송내용물을 말한다.
18. “종합편성”이라 함은 보도·교양·오락등 다양한 방송분야 상호간에 조화를 이루도록 방송프로그램을 편성하는 것을 말한다.
19. “전문편성”이라 함은 특정 방송분야의 방송프로그램을 전문적으로 편성하는 것을 말한다.
20. “유료방송”이라 함은 방송사업자·중계유선방송사업자 또는 음악유선방송사업자가 시청자와의 계약에 의하여 채널별 또는 방송프로그램별로 그 대가를 받고 제공하는 것을 말한다.
21. “방송광고”라 함은 광고를 목적으로 하는 방송내용물을 말한다.
22. “협찬고지”라 함은 타인으로부터 방송프로그램의 제작에 직접적·간접적으로 필요한 경비·물품·용역·인력 또는 장소 등을 제공받고 그 타인의 명칭 또는 상호 등을 고지하는 것을 말한다.
23. “방송편성책임자”라 함은 방송편성에 대하여 결정을 하고 책임을 지는 자를 말한다.

방송법 제4조(방송편성의 자유와 독립) ① 방송편성의 자유와 독립은 보장된다.

- ② 누구든지 방송편성에 관하여 이 법 또는 다른 법률에 의하지 아니하고는 어떠한 규제나 간섭도 할 수 없다.
- ③ 방송사업자는 방송편성책임자를 선임하고, 그 성명을 방송시간내에 매일 1회 이상 공표하여야 하며, 방송편성책임자의 자율적인 방송편성을 보장하여야 한다.
- ④ 종합편성 또는 보도에 관한 전문편성을 행하는 방송사업자는 방송프로그램제작의 자율성을 보장하기 위하여 취재 및 제작 종사자의 의견을 들어 방송편성규약을 제정하고 이를 공표하여야 한다.

방송법 제5조(방송의 공적 책임) ① 방송은 인간의 존엄과 가치 및 민주적 기본질서를 존중하여야 한다.

- ② 방송은 국민의 화합과 조화로운 국가의 발전 및 민주적 여론형성에 이바지하여야 하며 지역간·세대간·계층간·성별간의 갈등을 조장하여서는 아니된다.
- ③ 방송은 타인의 명예를 훼손하거나 권리를 침해하여서는 아니된다.
- ④ 방송은 범죄 및 부도덕한 행위나 사행심을 조장하여서는 아니된다.
- ⑤ 방송은 건전한 가정생활과 아동 및 청소년의 선도에 나쁜 영향을 끼치는 음란·퇴폐 또는 폭력을 조장하여서는 아니된다.

방송법 제6조(방송의 공정성과 공익성) ① 방송에 의한 보도는 공정하고 객관적이어야 한다.

- ② 방송은 성별·연령·직업·종교·신념·계층·지역·인종 등을 이유로 방송편성에 차별을 두어서는 아니 된다. 다만, 종교의 선교에 관한 전문편성을 행하는 방송사업자가

그 방송분야의 범위안에서 방송을 하는 경우에는 그러하지 아니하다.

- ③ 방송은 국민의 윤리적·정서적 감정을 존중하여야 하며, 국민의 기본권 옹호 및 국제 친선의 증진에 이바지하여야 한다.
- ④ 방송은 국민의 알권리와 표현의 자유를 보호·신장하여야 한다.
- ⑤ 방송은 상대적으로 소수이거나 이익추구의 실현에 불리한 집단이나 계층의 이익을 충실하게 반영하도록 노력하여야 한다.
- ⑥ 방송은 지역사회의 균형 있는 발전과 민족문화의 창달에 이바지하여야 한다.
- ⑦ 방송은 사회교육기능을 신장하고, 유익한 생활정보를 확산·보급하며, 국민의 문화생활의 질적 향상에 이바지하여야 한다.
- ⑧ 방송은 표준말의 보급에 이바지하여야 하며 언어순화에 힘써야 한다.
- ⑨ 방송은 정부 또는 특정 집단의 정책등을 공표함에 있어 의견이 다른 집단에게 균등한 기회가 제공되도록 노력하여야 하고, 또한 각 정치적 이해 당사자에 관한 방송프로그램을 편성함에 있어서도 균형성이 유지되도록 하여야 한다.

방송법 제32조(방송의 공정성 및 공공성 심의) ① 방송위원회는 방송·중계유선방송 및 전광판방송의 내용과 기타 전기통신회선을 통하여 공개를 목적으로 유통되는 정보중 방송과 유사한 것으로서 대통령령이 정하는 정보의 내용이 공정성과 공공성을 유지하고 있는지의 여부와 공적 책임을 준수하고 있는지의 여부를 방송 또는 유통된 후 심의·의결한다. 이 경우 매체별·채널별 특성을 고려하여야 한다.

② 위원회는 제1항의 규정에 불구하고 방송광고에 대하여는 방송되기 전에 그 내용을 심의하여 방송여부를 심의·의결할 수 있다.

방송법 제73조(방송광고등) ① 방송사업자는 방송광고와 방송프로그램이 혼동되지 아니하도록 명확하게 구분하여야 한다.

- ② 방송광고의 시간·횟수 또는 방법 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
- ③ 상품소개 및 판매에 관한 전문편성을 행하는 방송의 경우에는 당해 상품소개 및 판매에 관한 방송내용물은 이를 방송광고로 보지 아니한다.
- ④ 방송사업자 및 전광판방송사업자는 공공의 이익을 증진시킬 목적으로 제작된 비상업적 공익광고를 대통령령이 정하는 비율 이상 편성하여야 한다.
- ⑤ 지상파방송사업자는 한국방송광고공사 또는 대통령령이 정하는 방송광고판매대행사가 위탁하는 방송광고물 이외에는 방송광고를 할 수 없다. 다만, 대통령령이 정하는 방송광고에 대하여는 그러하지 아니하다.

방송법 제74조(협찬고지) ① 방송사업자는 대통령령이 정하는 범위안에서 협찬고지를 할 수 있다.

② 협찬고지의 세부기준 및 방법등에 관하여 필요한 사항은 위원회규칙으로 정한다.

방송법 제108조(과태료) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 2천만원 이하의 과태료에 처한다.

- 1. 제4조 제3항의 규정에 위반하여 방송편성책임자의 성명을 방송시간내에 매일 1회 이상 공표하지 아니한 자

2. 제15조 제2항 및 제3항의 규정에 의한 신고를 하지 아니한 자
3. 제33조 제3항의 규정에 위반하여 방송프로그램의 등급을 표시하지 아니한 자
4. 제69조 제3항 내지 제6항의 규정을 위반하여 방송프로그램을 편성한 자
5. 제70조 제1항 내지 제4항의 규정에 위반하여 채널을 구성·운용한 자
6. 제70조 제5항 단서의 규정에 위반하여 채널을 운용하거나, 제6조의 규정에 의한 대통령령을 위반하여 채널을 운용한 자
7. 제70조 제7항의 규정에 위반하여 특별한 이유없이 시청자가 자체제작한 방송프로그램을 방송하지 아니한 자
8. 제71조 제1항 내지 제3항의 규정에 위반하여 방송프로그램을 편성한 자
9. 제72조 제1항 내지 제3항의 규정에 의한 편성비율을 위반하여 방송프로그램을 편성한 자
10. 제73조 제1항·제2항·제4항 또는 제5항의 규정에 위반하여 방송광고를 한 자
11. 제74조 제1항의 규정에 위반하여 협찬고지를 한 자
12. 제77조 제1항의 규정에 위반하여 약관의 신고 또는 변경신고를 하지 아니하거나 승인 또는 변경승인을 얻지 아니하고 유료방송을 한 자
13. 제78조 제1항의 규정에 위반하여 동시제송신을 하지 아니한 자
14. 제78조 제3항·제4항의 규정에 위반하여 제송신을 한 자
15. 제79조 제2항 또는 제80조의 규정에 위반하여 준공검사 또는 확인을 받지 아니한 자
16. 제82조의 규정에 위반하여 약관의 신고 또는 변경신고를 하지 아니하고 전송망사업을 행한 자
17. 제83조 제1항의 규정에 의한 방송일지를 기록하지 아니하거나 허위로 기록한 자 또는 방송실시결과를 제출하지 아니한 자
18. 제83조 제2항의 규정에 위반하여 방송프로그램의 원본 또는 사본을 보존하지 아니한 자
19. 제84조 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 폐업하거나 휴업한 자
20. 제86조의 규정에 위반하여 자체심의기구를 두지 아니하거나 방송프로그램을 심의하지 아니한 자
21. 제87조 제1항의 규정에 위반하여 시청자위원회를 두지 아니한 자
22. 제89조 제1항의 규정에 위반하여 시청자 평가프로그램을 편성하지 아니한 자
23. 제90조 제3항의 규정에 위반하여 필요한 자료의 제출 또는 관계자의 출석·답변을 거부한 자
24. 제90조 제4항의 규정에 위반하여 시청자위원회의 심의결과 및 그 처리에 관한사항을 방송위원회에 보고하지 아니한 자
25. 제91조 제3항의 규정에 위반하여 반론보도 내용을 공표하지 아니한 자
26. 제98조 제2항의 규정에 위반하여 재산상황을 제출하지 아니한 자
27. 제100조 제2항의 규정에 위반하여 방송위원회의 결정사항전문을 방송하지 아니한 자

거나 그 결과를 방송위원회에 보고하지 아니한 자

②~⑤ 생략

방송법시행령 제60조(협찬고지) ① 방송사업자는 법 제74조 제1항의 규정에 의하여 다음 각호의 경우에 한하여 협찬고지를 할 수 있다.

1. 방송사업자가 행하는 공익성 캠페인을 협찬하는 경우
2. 방송사업자가 주최·주관 또는 후원하는 문화예술·스포츠 등 공익행사를 협찬하는 경우
3. 방송프로그램을 제작하는 자(방송사업자를 제외한다)로서 방송사업자와 특수관계에 있지 아니한 자의 방송프로그램 제작을 협찬하거나 공익성이 있는 대형기획프로그램의 제작을 협찬하는 경우
4. 방송프로그램 제작과정에서 시상품 또는 경품을 제공하거나 특수한 장소·의상·소품·정보등을 협찬하는 경우

② 방송사업자는 제1항의 규정에 불구하고 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 협찬고지를 할 수 없다. 다만, 제2호의 경우로서 한국마사회법에 의한 한국마사회 등 법률의 규정에 의하여 설치된 공공기관이 제1항 제1호의 규정에 의한 공익성 캠페인을 협찬하는 경우에는 협찬주명만을 협찬고지할 수 있다.

1. 정당 그 밖의 정치적 이해관계를 대변하는 단체가 협찬하는 경우
2. 법령 또는 방송위원회규칙에 의하여 방송광고가 금지된 상품이나 용역을 제조·판매 또는 제공하는 자가 협찬하는 경우
3. 지상파방송사업자의 시사·보도, 논평 또는 시사토론프로그램(특별시를 방송구역으로 하는 지상파방송사업자가 외국을 취재대상으로 하여 외국에서 제작한 라디오 프로그램 및 특별시를 방송구역으로 하지 아니하는 지상파방송사업자가 외국을 취재대상으로 하여 외국에서 제작한 프로그램을 제외한다)을 협찬하는 경우

방송광고심의에관한규정 제42조(방송광고의 금지) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 방송광고를 할 수 없다.

1. 법령에서 광고를 금지하고 있는 경우
2. 법령에서 금지된 내용

② 다음에 해당하는 상품과 용역은 방송광고를 할 수 없다.

1. 식품위생법시행령에 의한 단란주점영업 및 유흥주점영업
2. 시설비밀조사업 및 사설탐정
3. 혼인매개, 이성교제 소개업
4. 점술, 심령술, 사주, 관상 등의 감정 및 미신과 관련된 내용
5. 무기, 폭약류 및 이와 식별이 어려운 모조품
6. 도박 및 이와 유사한 사행행위
7. 담배 및 흡연과 관련된 광고
8. 조제분유, 조제우유, 젓병, 젓꼭지제품
9. 음란한 내용의 간행물, 영상제작물, 공연물, 전기통신을 통한 음성정보·영상정보 및

문자정보

- 10. 금융관련법령에 의해 인·허가받지 않거나 등록하지 않은 금융업
 - 11. 안마시술소
 - 12. 기부금품 모집광고
 - 13. 직업소개업
 - 14. 알콜성분 17도 이상의 주류
 - 15. 지상파 텔레비전 방송광고의 경우 묘지업·장의업
 - 16. 지상파 텔레비전 방송광고의 경우 먹는 샘플
- ③ 방송광고는 이 규정에서 금지하고 있는 상품과 용역 등을 주된 소재로 다루어서는 아니된다. 다만, 소비자에게 광고효과를 주지 않는 경우에는 그러하지 아니하다.

【참조판례】

- 1. 헌재 2001. 5. 31. 2000헌바43등, 판례집 13-1, 1167, 1177
- 2. 헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562, 591
- 헌재 1999. 1. 28. 97헌가8, 판례집 11-1, 1, 8

【당 사 자】

청 구 인 주식회사 경인방송
 대표이사 김주철
 대리인 변호사 박형상

당해사건 인천지방법원 2001과2369 방송법위반(이의신청) 사건

【주 문】

방송법(2000. 1. 12. 법률 제6139호로 전문 개정된 것) 제74조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

- 1. 사건의 개요와 심판의 대상
- 가. 사건의 개요

청구인은 민영방송사업자로서, ‘문화유산을 지키자’라는 프로그램에서 담배 제조·판매업체인 구 한국담배인삼공사(2002. 12. ‘주식회사 케이티앤지’로 상호변경되었다)를 협찬주로 고지한 내용을 2001. 6. 30.부터 같은 해 7. 21.까지 사이에 매일 2회씩 총 46회 방송하였다. 이에 방송위원회는 같은 해 8. 16. 위 협찬고지가 방송법 제74조 제1항의 규정에 위반되었음을 사유로 청구인에게

방송법 제108조 제1항 제11호에 의하여 과태료 500만원을 부과하였다.

청구인은 위 과태료 부과처분에 대하여 인천지방법원 2001과2369호로 이의 신청(이하 ‘당해사건’이라고 한다)을 제기하였고, 당해사건 계속 중 위 법원에 방송법 제74조 등에 대하여 위헌제청신청을 하였으나, 2002. 5. 15. 위 법원이 위 위헌제청신청을 기각하자 같은 달 25. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 위 조항의 위헌결정을 구하기 위하여 이 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

(1) 심판대상의 제한

청구인은 방송법 제74조 전부에 대하여 위헌이라고 주장하면서 이 사건 심판청구를 하였으나, 방송법 제74조 제2항은 당해사건에 적용되지 아니하여 재판의 전제성이 없으므로 이 사건 심판 대상을 방송법(2000. 1. 12. 법률 제 6139호로 전문 개정된 것, 이하 같다) 제74조 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)으로 제한한다.

청구인은 2002. 10. 18. 심판청구확장청구서에서, 협찬고지의 개념해석 및 적용한계는 방송광고의 개념과 논리적 견련성 및 밀접불가분성이 있고, 방송법 제73조 제2항이 방송광고의 개념을 구체화하는 역할을 하는데, 위 조항도 포괄위임입법금지의 원칙에 위배되어 위헌이라고 주장하면서 위 조항을 추가하는 심판청구확장을 구한다.

살피건대, 심판대상 법률조항을 추가하는 형식의 확장청구는 추가적 청구의 변경에 해당하고 그 추가된 부분의 청구는 새로운 헌법소원제기의 성격을 갖는데, 법원의 위헌제청신청기각 또는 각하결정의 대상이 되지 아니한 규정들에 대하여 헌법소원심판청구를 추가한 경우 그 부분에 대한 심판청구는 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판의 대상이 되지 아니하여 부적법한바(헌재 1996. 8. 29. 95헌바41, 판례집 8-2, 107, 116; 헌재 1997. 11. 27. 96헌바12, 판례집 607, 618 등 참조), 기록상 방송법 제73조 제2항은 법원의 위헌제청신청기각결정의 대상이 되지 아니하였음이 명백하므로 위 조항에 대한 심판청구확장 청구는 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 적법요건을 갖추지 못하여 부적법하므로 방송법 제73조 제2항을 이 사건 심판대상으로 삼지 아니한다.

(2) 심판대상 조문

방송법 제74조(협찬고지) ① 방송사업자는 대통령이 정하는 범위 안에서 협찬고지를 할 수 있다.

(3) 관련 조문

방송법

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

22. “협찬고지”라 함은 타인으로부터 방송프로그램의 제작에 직접적·간접적으로 필요한 경비·물품·용역·인력 또는 장소 등을 제공받고 그 타인의 명칭 또는 상호등을 고지하는 것을 말한다.

제74조(협찬고지) ② 협찬고지의 세부기준 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 위원회규칙으로 정한다.

제108조(과태료) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 2천만원 이하의 과태료에 처한다.

11. 제74조 제1항의 규정에 위반하여 협찬고지를 한 자

방송법시행령(2001. 3. 20. 대통령령 제17156호로 개정된 것)

제60조(협찬고지) ① 방송사업자는 법 제74조 제1항의 규정에 의하여 다음 각호의 경우에 한하여 협찬고지를 할 수 있다.

1. 방송사업자가 행하는 공익성 캠페인을 협찬하는 경우(2001. 3. 20. 본호 개정)
2. 방송사업자가 주최·주관 또는 후원하는 문화예술·스포츠 등 공익행사를 협찬하는 경우
3. 방송프로그램을 제작하는 자(방송사업자를 제외한다)로서 방송사업자와 특수관계에 있지 아니한 자의 방송프로그램 제작을 협찬하거나 공익성이 있는 대형기획프로그램의 제작을 협찬하는 경우
4. 방송프로그램 제작과정에서 시상품 또는 경품을 제공하거나 특수한 장소·의상·소품·정보 등을 협찬하는 경우

② 방송사업자는 제1항의 규정에 불구하고 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 협찬고지를 할 수 없다. 다만, 제2호의 경우로서 한국마사회법에 의한 한국마사회 등 법률의 규정에 의하여 설치된 공공기관이 제1항 제1호의 규정에 의한 공익성 캠페인을 협찬하는 경우에는 협찬주명만을 협찬고지할 수 있다.(2001. 3. 20. 본항 신설)

1. 정당 그 밖의 정치적 이해관계를 대변하는 단체가 협찬하는 경우
2. 법령 또는 방송위원회규칙에 의하여 방송광고가 금지된 상품이나 용역을 제조·판매 또는 제공하는 자가 협찬하는 경우
3. 지상파방송사업자의 시사·보도, 논평 또는 시사프로그램(특별시를 방송

구역으로 하는 지상파방송사업자가 외국을 취재대상으로 하여 외국에서 제작한 라디오프로그램 및 특별시를 방송구역으로 하지 아니하는 지상파방송사업자가 외국을 취재대상으로 하여 외국에서 제작한 프로그램을 제외한다)을 협찬하는 경우

방송광고심의에관한규정, 제정 2000. 8. 28. 방송위원회규칙 제23호

제42조(방송광고의 금지) ② 다음에 해당하는 상품과 용역은 방송광고를 할 수 없다.

7. 담배 및 흡연과 관련된 광고

2. 청구인의 주장과 법원의 위헌제청기각결정의 이유 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 이 사건 법률조항은 방송법 제108조 제1항을 통하여 과태료 부과에 근거가 되는 권리제한적 규정에 해당하므로 그 구체적 범위나 대강의 기준을 법률에 명확히 규정하여야 함에도 불구하고, 이를 법률에 규정하지 아니한 채 대통령령으로 협찬고지의 허용범위를 정하도록 포괄위임하였으므로 헌법상 죄형법정주의 및 포괄위임법금지의 원칙에 위배된다.

(2) 협찬고지란 협찬주의 명칭을 문자 자막으로 내어보내는 것에 불과함에도 불구하고, 이 사건 법률조항에서 협찬고지방송을 제한하는 것은 헌법 제37조 제2항의 한계를 넘어 과도하게 방송의 자유, 광고의 자유, 직업수행(영업, 이하 ‘직업수행’이라고만 한다)의 자유와 표현의 자유는 물론, 방송사업자의 협찬계약 체결이라는 직업수행의 자유 및 이를 통하여 얻을 수 있는 재산권을 침해하고, 나아가 타 업종 사업자에 비하여 방송사업자를 불합리하게 차별함으로써 평등권을 침해한다.

(3) 구 한국담배인삼공사의 협찬을 받아 제작 방송한 ‘문화유산을 지키자’라는 프로그램을 통하여 사회공중을 상대로 의견개선 및 전파할 수 있는 표현의 자유가 이 사건 법률조항에 근거한 과태료 부과로 인하여 원천적으로 봉쇄되어 침해되었다.

나. 인천지방법원의 위헌제청기각결정 이유의 요지

(1) 이 사건 법률조항이 협찬고지의 허용 범위를 대통령령에 위임하였다 하더라도, (가) 방송법 제2조 제22호에서 협찬고지를 ‘타인으로부터 방송프로그램의 제작에 직접적·간접적으로 필요한 경비·물품·용역·인력 또는 장소 등을 제공받고 그 타인의 명칭 또는 상호 등을 고지하는 것’이라고 정의하

고 있고, 이와 대비되는 방송광고에 관하여는 같은 조 제21호에서 ‘광고를 목적으로 하는 방송내용물’이라고 정의하고 있는 점, (나) 방송광고에 관하여는 원칙적으로 허용된다는 전제하에서 방송법 제73조의 규정을 두고 있음에 반하여, 협찬고지에 관하여는 이 사건 법률조항에 따라 대통령령이 정하는 범위 내에서만 허용하는 것으로 제한하는 점, (다) 협찬고지의 허용범위를 대통령에 위임하면서 위임조항 자체에 위임의 구체적 범위를 명확히 규정하고 있지 않은 것이 사실이라 하더라도 당해 법률의 전반적 체계와 관련규정에 비추어 위임조항의 내재적 범위나 한계를 확정할 수 있고, 협찬고지가 방송광고와는 달리 예외적으로만 허용되고 있으며, 그 허용범위를 미리 상세히 정하는 것이 다양한 광고기술의 발전 등에 비추어 입법기술상 어려울 뿐만 아니라 시대 상황 등에 따라 능동적·탄력적으로 정하여질 필요성 또한 있다는 점을 감안하면 이 사건 법률조항이 포괄위임에 해당한다고 할 수 없다.

(2) 당해사건 과태료 부과 of 구성요건조항인 이 사건 법률조항은 방송법의 입법목적 및 관련규정의 해석에 있어 건전한 상식 및 통상적인 법감정을 통하여 그 해당여부를 판단할 수 있음은 물론 구체적인 사건에서 법관의 합리적인 해석에 의하여 판단될 수 있다고 할 것이어서 어떤 행위가 이에 해당하는지 의심을 가질 정도로 명확성을 결한 것이라고는 할 수 없으며, 그 처벌의 정도도 동일 또는 유사한 보호법익을 가진 다른 위반행위와 비교하여 적절한 균형을 이루고 있다고 보이므로 죄형법정주의 및 과잉규제금지 원칙에 위반된 것이라고 볼 수 없다.

(3) 방송법은 제1조에서 그 입법 목적을 ‘방송의 자유와 독립을 보장하고 방송의 공적 책임을 높임으로써 시청자의 권익보호와 민주적 여론형성 및 국민 문화의 향상을 도모하고 방송의 발전과 공공복리의 증진에 이바지함을 목적으로 한다’라고 규정하고 있고, 제4조에서 ‘방송편성의 자유와 독립’에 대하여, 제5조에서 ‘방송의 공적 책임’에 대하여, 제6조에서 ‘방송의 공정성과 공익성’에 대하여 각 규정하고 있는바, 협찬고지는 광고만을 목적으로 하는 광고방송과 달리 방송프로그램에 필요한 경비 등을 제공하는 대가로 그 경비 등을 제공한 자의 명칭이나 상호 등을 고지하는 광고형태로서 이는 방송법이나 다른 법률에 의하지 아니하고는 제한될 수 없는 방송편성의 자유와 독립을 해할 수 있는 가능성이 있음은 물론, 나아가 그를 통하여 방송의 공정성까지 해할 위험이 높은 행위로서 방송의 특수성에 비추어 볼 때, 이를 법령이 규정하는 일정한 경우에만 제한적으로 허용하는 것은 그 필요성이나 합리적 이유가 있

다고 인정되고, 이 사건 법률조항에 따른 청구인 주장의 평등권, 직업수행의 자유, 표현의 자유와 재산권 침해에 대한 제한도 그 필요성과 정도, 제한에 의하여 보호되는 공익의 정도 등을 고려하여 볼 때, 헌법상 보장되는 권리의 본질적 내용을 침해하는 것이라고 단정할 수 없다.

다. 방송위원회의 의견

다음 의견을 추가하는 외에는 법원의 위헌제청기각이유와 같다.

(1) 방송사업자들이 절세 및 한국방송광고공사를 통한 위탁광고제도를 회피하기 위하여 편법적으로 행하여온 이른바 협찬광고의 문제점을 바로 잡기 위하여 이 사건 법률조항을 입법한 것이다.

(2) 방송프로그램과 광고방송은 일반적·사전적 허용을 전제로 내용상 시청자의 권익이 침해되거나 공익을 해할 내용이 방송될 때 이에 대한 심의(審議) 등의 제도적인 장치가 가동될 수 있는 것이나, 협찬고지는 방송사업자의 투명한 방송운용을 위해 원칙적으로 금지하되 공익적인 경우에 예외적으로 허용하는 것이고, 그 허용 범위 및 기준 등을 방송법에서 미리 상세히 정하는 것은 다양한 광고기법의 발전 등에 비추어 입법기술상 어려울 뿐 아니라 시대상황 등에 의하여 능동적·탄력적으로 정하여질 필요성이 있어서 이 사건 법률조항에서 협찬고지의 허용범위에 관하여는 대통령령에, 협찬고지의 세부 기준 및 방법 등에 관하여는 방송위원회규칙에 각 위임한 것인바, 이와 같은 방송법의 전반적인 체계와 관련 규정에 비추어 위 위임조항의 내재적인 위임범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있으므로 포괄위임입법금지의 원칙에 반하지 아니한다.

3. 이 사건 법률조항의 개관

가. 이 사건 법률조항의 내용

이 사건 법률조항은 문면상 (1) 협찬고지를 허용하되, (2) 그 허용범위는 대통령령에 위임한다는 두 가지 내용을 규율하고 있다.

이 사건 법률조항에서 사용된 협찬(協贊)은, 방송사업자가 방송제작에 관여하지 않는 자로부터 방송프로그램의 제작에 직·간접적으로 필요한 경비·물품·용역·인력 또는 장소 등을 제공받는 것[방송위원회규칙 제24호(협찬고지에 관한 규칙, 제정 2000. 8. 28.) 제2조]을, 협찬고지(協贊告知)는, 위와 같이 협찬을 받고 그 협찬주의 명칭 또는 상호 등을 고지하는 것(방송법 제2조 제22호)을 뜻한다. 따라서 협찬고지의 허용범위를 규율하고 있는 이 사건 법률조항은 논리적으로 협찬의 허용범위를 규율하고 있다고 볼 수 있다.

또한 방송법체제상 이 사건 법률조항은, 과태료부과규정인 방송법 제108조 제1항 제11호와 결합하여 그 허용범위에서 벗어난 협찬고지 행위에 대하여 방송사업자에게 과태료를 부과할 수 있도록 규율하고 있다.

나. 이 사건 법률조항의 입법 경위와 목적

현행 방송법으로 통합, 폐지되기 전의 구 방송법이나 구 한국방송광고공사법 등 관련 법률에는 협찬고지에 관한 근거규정이 없었고, 단지 1994. 12. 방송사와의 합의를 통해 만들어진 자율기준이 협찬고지에 대한 유일한 기준으로 사용되어 왔었다.

방송개혁위원회(1998. 12. 한시적으로 설치된 대통령자문기구)에서 방송재정구조 개선방안의 일환으로, 협찬고지가 구 방송법상 근거규정 없이 방송위원회 규칙으로 허용되어 있던 상황에서 이를 양성화할 필요가 있다는 주장과 공식적으로 확대 허용할 경우 프로그램의 상업성을 부채질할 가능성이 있다는 주장이 제시되어 허용범위·대상은 현행 수준을 유지하되 위반시 처벌규정을 강화하는 것으로 근거규정을 명시하고, 구체적인 허용범위 등은 방송위원회 규칙으로 정하자는 방송개혁안을 제시하였으며, 1999. 7. 3. 신기남 의원 등 158인이 위 방송개혁안을 반영한 방송법안을 발의하여 소관 상임위원회에서 협찬고지의 허용범위는 대통령령으로 정하는 것으로 수정된 후 1999. 12. 28. 국회 본회의에서 가결되어 2000. 1. 12. 공포되었다.

이 사건 법률조항의 입법경위 및 문면에 비추어 보면 그 입법목적은 방송사업의 운영에 필수적인 재원을 조달하기 위하여 음성적으로 행해져온 협찬관행을 합법화하는 한편 그 허용범위는 종전 수준으로 제한하여 그 범위를 벗어난 협찬고지를 규제하는 근거규정을 입법함으로써 방만한 협찬으로 협찬주 등의 사적 이익이 방송프로그램 제작과정에 부당한 영향력을 행사하여 방송프로그램의 상업성을 부채질하거나 방송편성의 자유와 독립을 해할 우려를 방지하고, 방송광고로서 금지 내지 규제되는 사항을 우회적으로 달성하거나 한국방송광고공사를 통한 위탁광고제도를 비껴가기 위한 수단으로 협찬고지를 이용하는 것을 방지하여 건전한 방송문화 정착과 광고질서 확립을 통하여 방송의 공정성과 공익성을 기하고, 나아가 방송의 자유를 실질적으로 보장할 목적으로 입법된 것이다.

다. 이 사건 법률조항의 성격

이 사건 법률조항의 성격을 규명하기에 앞서 방송의 자유의 성격 및 협찬고지의 본질이 규명되어야 하므로 먼저 이 점에 관하여 본다.

(1) 방송의 자유의 성격

헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다”고 규정하였다. 같은 규정에 의해 보장되는 언론·출판의 자유에는 방송의 자유가 포함된다. 방송의 자유는 주관적인 자유권으로서의 특성을 가질 뿐 아니라 다양한 정보와 견해의 교환을 가능하게 함으로써 민주주의의 존립·발전을 위한 기초가 되는 언론의 자유의 실질적 보장에 기여한다는 특성을 가지고 있다. 방송매체에 대한 규제의 필요성과 정당성을 논의함에 있어서 방송사업자의 자유와 권리뿐만 아니라 수신자(시청자)의 이익과 권리도 고려되어야 하는 것은 방송의 이와 같은 공적 기능 때문이다(헌재 2001. 5. 31. 2000헌바43등, 판례집 13-1, 1167, 1177 참조).

따라서 방송의 자유는 주관적 권리로서의 성격과 함께 신문의 자유와 마찬가지로 자유로운 의견형성이나 여론형성을 위해 필수적인 기능을 행하는 객관적 규범질서로서 제도적 보장의 성격을 함께 가진다.

이와 같이 방송의 자유의 보호영역에는, 단지 국가의 간섭을 배제함으로써 성취될 수 있는 방송프로그램에 의한 의견 및 정보를 표현, 전파하는 주관적인 자유권 영역 외에 그 자체만으로 실현될 수 없고 그 실현과 행사를 위해 실체적, 조직적, 절차적 형성 및 구체화를 필요로 하는 객관적 규범질서의 영역이 존재한다. 이에 관하여 헌법 제21조 제3항은 “통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다”고 규정하고 있다. 방송은 신문과 마찬가지로 여론형성에 참여하는 언론매체로서 그 기능이 같지만, 아직까지 그 기술적, 경제적 한계가 있어서 소수의 기업이 매체를 독점하고 정보의 유통을 제어하는 정보유통 통로의 유한성이 완전히 극복되었다고 할 수 없다. 또한, 누구나 쉽게 접근할 수 있는 방송매체는 음성과 영상을 통하여 동시에 직접적으로 전파되기 때문에 강한 호소력이 있고, 경우에 따라서는 대중조작이 가능하며, 방송매체에 대한 사회적 의존성이 증가하여 방송이 사회적으로 강한 영향력을 발휘하는 추세이므로 이러한 방송매체의 특수성을 고려하면 방송의 기능을 보장하기 위한 규율의 필요성은 신문 등 인쇄매체보다 높다. 그러므로 입법자는 자유민주주의를 기본원리로 하는 헌법의 요청에 따라 국민의 다양한 의견을 반영하고 국가권력이나 사회세력으로부터 독립된 방송을 실현할 수 있도록 광범위한 입법형성재량을 갖고 방송체제의 선택을 비롯하여, 방송의 설립 및 운영에 관한 조직적, 절차적 규율과 방송운영주체의 지위에 관하여 실체적인 규율을 행할 수 있다.

입법자가 방송법제의 형성을 통하여 민영방송을 허용하는 경우 민영방송사업자는 그 방송법제에서 기대되는 방송의 기능을 보장받으며 형성된 법률에 의해 주어진 범위 내에서 주관적 권리를 가지고 헌법적 보호를 받는다.

(2) 협찬고지의 본질

협찬고지란, 방송사업자가 방송제작에 관여하지 않는 자로부터 방송프로그램의 제작에 직·간접적으로 필요한 경비·물품·용역·인력 또는 장소 등을 제공받고 그 협찬주의 명칭 또는 상호 등을 방송으로 고지하는 행위(방송법 제2조 제22호)로서, 그 본질은 협찬주가 협찬이라는 명목으로 협찬주의 명칭 또는 상호, 이미지 또는 상품을 홍보하기 위해 프로그램 등에 재원을 보조한다는 점에서 상업광고의 한 형태라고 할 수 있고, 그 표현 방식과 내용이 방송프로그램에 삽입하는 음성, 자막, 화상 등의 형태로 협찬주의 명칭 또는 상호만을 고지하는 것이라는 점에서 방송광고와 구별되어 규율되고 있다.

즉, 현행 방송법은 방송광고에 대하여는 그 시간, 횟수 또는 방법 등에 관한 사항을 제한하고(방송법 제73조 2항), 사전 심의를 의무화하고 있으며(방송법 제32조 제2항), 방송광고공사 등의 위탁이 있는 경우에 한하여 행할 수 있도록 규제하고 있으나(방송법 제73조 제5항), 협찬고지에 대하여는 이러한 제한을 가하지 아니하는 대신 정의규정인 방송법 제2조 제22호에 의해 협찬고지의 방식을 협찬주의 명칭 또는 상호 등을 고지하는 것으로 제한하고, 이 사건 법률조항에 의해 그 허용범위 자체를 제한함으로써 그 규율에 갈음하고 있다.

따라서, 협찬고지는 그 본질상 방송매체를 통한 광고이므로 실정법상 광고방송이 허용되는 범위 내에서 이루어져야 한다. 또 협찬고지는 방송광고와 달리 방송프로그램과 구분되지 않은 채 방송프로그램에 삽입하는 문구나 메시지의 형태로 특정한 협찬주의 명칭 등을 고지할 뿐만 아니라, 협찬과정에서 방송프로그램 제작과정에 영향력을 행사하여 방송프로그램의 상업성을 부채질할 가능성이 있다는 점에서 추가적으로 시청자의 권리와 이익을 위하여 이를 규제할 필요가 있다.

(3) 이 사건 법률조항의 성격

이 사건 법률조항의 규율대상인 협찬고지는 그 본질이 방송운영에 특유한 광고방송의 한 종류에 속하는 것이므로 그에 대한 규율은 방송의 형성에 속하는 사항으로서 그 허용범위의 문제는 방송의 자유의 객관적 측면인 방송사업자의 방송운영에 관한 활동의 범위를 정하는 것이다.

앞서 본 입법 경위와 목적 및 이 사건 법률조항의 문면을 종합하면, 입법자는 이 사건 법률조항의 신설에 의해 협찬고지를 방송운영의 자유의 한 부분으로서 허용하는 동시에 그 허용범위를 형성하였다고 볼 수 있으므로 이 사건 법률조항은 이러한 영역을 규율하는 형성 법률인 것이다.

따라서 이 사건 법률조항의 주된 성격은 비록 그 허용범위가 제한적이지만 형성적, 허용적 규정이며, 방송사업자의 주관적 권리는 이 사건 법률조항의 형성에 의하여 비로소, 그리고 오로지 형성된 기준에 따라서만 성립될 수 있으므로, 비록 이 사건 법률조항에 대한 위반행위에 대하여 과태료 등의 제재가 수반되더라도 이를 들어 이 사건 법률조항의 성격을 기본권 제한규정으로 볼 것은 아니다.

4. 위헌 여부의 판단

이 사건 법률조항은 협찬고지를 허용하되 그 허용범위를 대통령령에 위임하고 있으므로 먼저 헌법상 포괄위임입법금지의 원칙에 위배되는지 여부를 검토하고, 나아가 청구인의 주장과 같이 이 사건 법률조항이 헌법상 죄형법정주의의 원칙에 위배되거나, 민영방송사업자인 청구인의 기본권을 침해하는지 여부를 검토하기로 한다.

가. 포괄위임입법금지 원칙의 위배 여부

(1) 일반론

입법위임의 필요에 의하여 우리 헌법은 제75조에서 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정하여 위임입법의 근거를 마련하는 한편 대통령령으로 입법할 수 있는 사항을 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항으로 한정함으로써 위임입법의 범위와 한계를 제시하고 있다.

그런데, 헌법에 의하여 위임입법이 용인되는 한계인 ‘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 의미한다.

이러한 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다. 위임입법의 위

와 같은 구체성, 명확성의 요구 정도는 각종 법률이 규제하고자 하는 대상의 종류와 성질에 따라 달라질 것이지만, 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성, 명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정법규의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성, 명확성의 요건이 완화된다(헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562, 591; 헌재 1999. 1. 28. 97헌가8, 판례집 11-1, 1, 8 등 참조).

(2) 이 사건 법률조항에 대한 검토

앞서 본 바와 같이 이 사건 법률조항의 입법경위는 구 방송법상 근거규정 없이 음성적으로 행해져온 협찬관행을 합법화하되 그 허용범위는 종전 수준으로 제한하여 형성된 것이고, 그 입법목적은 협찬고지를 민영방송의 운영에 필수적인 재원조달수단의 하나로 보장하는 한편 그 허용범위를 벗어난 협찬고지를 규제하는 근거를 마련하여 협찬주 등의 사적 이익이 방송프로그램의 상업성을 부채질하거나 방송편성의 자유와 독립을 해할 우려를 방지하여 건전한 방송문화 정착과 광고질서 확립을 통하여 방송의 공정성과 공익성을 기하고 나아가 방송의 자유를 실질적으로 보장하려는 것이다.

그리고, 방송법은 제1조에서 그 입법 목적을 ‘방송의 자유와 독립을 보장하고 방송의 공적 책임을 높임으로써 시청자의 권익보호와 민주적 여론형성 및 국민문화의 향상을 도모하고 방송의 발전과 공공복리의 증진에 이바지함을 목적으로 한다’라고 규정하고 있고, 제4조에서 ‘방송편성의 자유와 독립’에 대하여, 제5조에서 ‘방송의 공적 책임’에 대하여, 제6조에서 ‘방송의 공정성과 공익성’에 대하여 각 규정하고 있으며, 방송광고에 대하여는 사전 심의 및 위탁 광고제도를 통하여 규제하고 있는 반면, 협찬고지에 대하여는 그 허용범위 자체를 제한함으로써 규제하고 있으나, 협찬고지도 본질상 방송매체를 통한 광고이므로 실정법상 광고방송이 허용되는 범위 내에서 이루어져야 한다.

따라서 이 사건 법률조항의 입법 경위와 목적, 방송법의 전반적 체제 및 협찬고지의 본질에 비추어 이 사건 법률조항의 위임에 의하여 대통령령으로 정하여질 협찬고지의 내재적 허용범위는 실정법상 광고방송이 허용되는 범위 내에서 건전한 방송문화 및 광고질서 확립을 통하여 방송의 공정성과 공익성을 기하고 나아가 방송의 자유를 실질적으로 보장하는데 기여할 수 있는 범위로 한정될 것이므로 당해사건의 협찬주인 구 한국담배인삼공사와 같이 방

송광고가 금지된 담배 등의 상품이나 용역을 제조·판매 또는 제공하는 자로부터 협찬을 받거나 협찬고지할 수 없음은 충분히 예측할 수 있다.

더구나 이 사건 법률조항의 수규자는 방송사업자로서, 방송법 제9조의 규정에 의하여 해당 방송사업의 허가나 승인 등을 받으면서 그 사업운영의 영역을 형성, 규율하는 관련 방송법규의 내용을 숙지하여 협찬고지의 허용범위가 대체적으로 어떠한 것이라는 것을 충분히 예측할 수 있는 지위에 있는 자라고 할 것이다.

또한 방송의 기술성·전문성 및 다양성·급변성 등에 비추어 협찬고지의 허용범위를 미리 법률로 상세하게 정하기는 입법기술상 어려운 반면 시대상황 등에 능동적·탄력적인 대응을 하기 위하여 행정입법에 위임하는 것이 합리적이다. 한편, 이 사건 법률조항의 주된 성격이 형성적, 허용적 규정으로서 위임의 구체성·명확성의 요구정도가 국민의 기본권을 직접적으로 침해하거나 제한할 소지가 있는 법규보다는 완화된다고 할 것인데, 이 사건 법률조항의 위임에 의하여 대통령령으로 정하여질 협찬고지의 허용범위는 위에서 본 바와 같이 한정된다는 점에서 위임의 구체성·명확성의 요건이 충족되었다고 볼 수 있다.

그렇다면, 이 사건 법률조항은 입법자가 그 권한 범위내에서 형성의 재량을 행사한 것으로서 그 위임에 의하여 대통령령으로 정하여질 협찬고지의 허용범위의 대강을 예측할 수 있으므로 포괄위임입법금지의 원칙에 위배되지 아니한다.

나. 죄형법정주의 원칙 위배 여부

청구인이, 이 사건 법률조항은 방송법 제108조 제1항과 결합하여 과태료 부과와 근거가 되는 권리제한적 규정에 해당하므로 그 구체적 범위나 대강의 기준을 법률에 명확히 규정하지 아니한 채 대통령령으로 협찬고지의 허용범위를 정하도록 포괄위임하여 헌법상 죄형법정주의에 위배된다고 주장한다.

그러나, 죄형법정주의는 무엇이 범죄이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인가는 국민의 대표로 구성된 입법부가 제정한 법률로써 정하여야 한다는 원칙인데, 과태료는 행정상의 질서 유지를 위한 행정질서벌에 해당할 뿐 형벌이라고 할 수 없어 죄형법정주의의 규율대상에 해당하지 아니한다(헌재 1998. 5. 28. 96헌바83, 판례집 10-1, 624, 635).

따라서, 과태료 부과와 근거조항에 불과한 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 규율대상에 해당하지 아니하므로 더 나아가 판단하지 아니한다.

다. 기본권 침해 여부

청구인은, 이 사건 법률조항에서 협찬고지를 제한하는 것이 헌법 제37조 제2항의 한계를 넘어 과도하게 방송의 자유, 광고의 자유, 표현의 자유, 직업수행의 자유 및 재산권을 침해하고, 불합리한 차별로서 평등권을 침해한다고 주장한다.

(1) 이 사건 법률조항의 기본권 침해 여부와 그 판단 기준

앞서 본 바와 같이 방송사업자의 주관적 권리로서 방송운영의 자유는 이를 허용하는 형성법률에 의해 비로소 그 형성된 기준에 따라 성립되는 것이므로 이러한 형성법률에 대한 위헌성 판단은 기본권 제한의 한계 규정인 헌법 제37조 제2항에 따른 과잉금지 내지 비례의 원칙의 적용을 받는 것이 아니라, 그러한 형성법률이 그 재량의 한계인 자유민주주의 등 헌법상의 기본원리를 지키면서 방송의 자유의 실질적 보장에 기여하는지 여부에 따라 판단된다.

이 사건 법률조항은 여타의 법익을 위한 방송의 자유에 대한 제한이 아니라 방송사업의 운영을 규율하는 형성법률로서, 협찬고지를 민영방송사업의 운영에 필수적인재원조달수단의 하나로 보장하는 한편 그 허용범위를 제한함으로써 방만한 협찬에 의하여 협찬주 등의 사적 이익이 방송프로그램 제작과정에 부당한 영향력을 행사하여 방송프로그램의 상업성을 부채질하거나 방송편성의 자유와 독립을 해할 우려를 방지하고, 방송광고로서 금지 내지 규제되는 사항을 우회적으로 달성하거나 한국방송광고공사를 통한 위탁광고제도를 비껴가는 등의 수단으로 협찬고지를 이용하는 것을 방지할 목적으로 입법된 것임은 앞서 본 바와 같다. 또 위 조항은 방송사업자뿐 아니라 시청자 및 방송관련종사자 등 각 이해관계를 고려하여 헌법상 방송의 자유를 실질적으로 보장하기 위하여 필요한 규제이며, 그것이 방송의 자유의 객관적 보장영역으로서 필수적 요소인 민영방송사업의 수익성을 부인할 정도로 영업활동에 대한 제한을 가하거나, 민영방송사업자의 사적 자치에 의한 형성이나 결정의 기본적 요소를 박탈하는 정도에 이르지 아니하므로 헌법상 기본원리를 준수하면서 그 입법형성의 재량의 범위 내에서 행해졌다고 볼 수 있어 헌법에 합치된다.

(2) 방송운영의 자유와 직업수행의 자유의 침해 여부

이 사건 법률조항은 앞서 본 바와 같이 방송사업운영과 관련하여 광고방송의 한 형태인 협찬 내지 협찬고지의 허용과 그 범위를 규율하고 있다. 이 경우 방송운영의 자유는 방송사업에 의한 직업수행의 자유이므로 일반적인 직

업수행의 자유보다 방송운영의 자유에 더 밀접하고 특별한 관계를 갖고 있으므로 방송운영의 자유에 의하여 이 사건 법률조항의 헌법적 정당성 심사가 이루어져야 한다.

살피건대, 앞서 본 바와 같이 이 사건 법률조항은 여타의 법익을 위한 방송의 자유에 대한 제한이 아니라 방송사업의 운영을 규율하는 형성법률의 한 내용으로서 협찬고지라는 광고방송의 한 형태를 규율함에 있어 헌법상 방송의 자유를 실질적으로 보장하기 위하여 필요한 규제로서 입법자의 형성의 범위 내에서 행해졌다고 볼 수 있어 헌법에 합치되며, 방송사업자인 청구인의 협찬고지에 관한 방송운영의 자유는 이 사건 법률조항의 형성을 통해서 비로소, 그리고 오로지 형성된 기준에 따라 성립되는 것이므로 기본권 제한이나 침해 내포하지 않고, 따라서 또 다른 헌법적 정당화를 필요로 하지 아니한다.

(3) 방송의 자유, 광고의 자유 및 표현의 자유의 침해 여부

청구인은 이 사건 법률조항이 협찬고지를 제한적으로 허용함으로써 결과적으로 그 허용범위에서 벗어난 협찬고지를 할 수 없게 된 것을 들어 청구인은 위 허용범위에서 벗어난 협찬주의 성명 또는 상호 등의 고지라는 협찬고지 그 자체에 대한 방송의 자유, 광고의 자유 및 표현의 자유가 침해되었다고 주장한다.

그런데 청구인이 주장하는 협찬고지 그 자체에 대한 방송의 자유, 광고의 자유 및 표현의 자유의 침해는 협찬고지라는 광고방송의 한 형태를 규율하는 방송사업의 운영 영역에 관한 형성법률인 이 사건 법률조항이 제한적으로 협찬고지를 허용함으로써 인하여 부수된 결과인바, 앞서 본 바와 같이 방송사업자는 형성법률에 의해 주어진 범위 내에서 주관적인 권리를 갖는데, 그 형성법률에 속하는 이 사건 법률조항이 헌법에 합치되므로 또 다른 헌법적 정당화를 필요로 하지 아니한다.

또, 청구인은 이 사건 법률조항에서 협찬고지를 제한함으로써 구 한국담배인삼공사의 협찬을 받아 제작한 방송프로그램을 통하여 사회공중을 상대로 의견개진 및 전파할 수 있는 표현의 자유가 침해되었다고 주장하나, 앞서 본 바와 같이 이 사건 법률조항에 의한 규제가 헌법에 합치되므로 그 간접적, 반사적 효과로서 위와 같은 사정이 있다 하더라도, 그것은 법적으로 고려될 수 있는 것이 아니다.

(4) 재산권 침해 여부

청구인이, 이 사건 법률조항에서 협찬고지를 제한하는 것은 방송사업자가 협찬계약 체결을 통하여 얻을 수 있는 재산권을 침해하는 것이라고 주장한다.

살피건대, 헌법조항들에 의하여 보호되는 재산권은 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치있는 구체적 권리이므로 구체적인 권리가 아닌 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 등은 재산권 보장의 대상이 아니라 할 것이다(헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 103; 헌재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651, 664 등 참조).

따라서 청구인이 주장하는 협찬계약을 통하여 얻을 수 있는 재산권의 실체는 결국 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회에 불과하여 우리 헌법상 재산권 보장의 대상이 아니므로 더 나아가 판단하지 아니한다.

(5) 평등권 침해 여부

청구인은, 이 사건 법률조항에서 협찬고지를 제한하는 것이 타 업종 사업자에 비하여 방송사업자를 불합리하게 차별하여 평등권을 침해한다고 주장한다.

헌법상 평등의 원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하는 것을 의미하고, 두 개의 비교집단이 본질적으로 동일한지의 여부에 대한 판단은 일반적으로 당해 법률조항의 의미와 목적에 달려 있다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 701 참조).

살피건대, 앞서 본 이 사건 법률조항의 내용과 입법목적에 비추어 그 수급자인 방송사업자는 청구인이 비교집단으로 든 방송사업 외의 사업자집단과는 본질적으로 동일하다고 볼 수 없으므로 이 사건 법률조항이 방송사업자인 청구인을 방송사업 외의 사업자집단에 비하여 불합리하게 차별취급하여 청구인의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

또, 청구인은 방송법 시행령 제60조 제2항 제2호에서 방송광고가 금지된 상품이나 용역을 제조 …… 하는 자가 협찬하는 경우 협찬고지를 할 수 없도록 하였음에도 불구하고 같은 항 단서에서 한국마사회 등 법률의 규정에 의하여 설치된 공공기관이 공익성 캠페인을 협찬하는 경우에는 협찬주명만을 협찬고지할 수 있도록 규정한 것이 청구인의 협찬주인 구 한국담배인삼공사를 불합리하게 차별한 것이라는 취지의 주장을 하나, 위 주장은 이 사건 법률조항 자체에 대한 위헌성 주장이 아닐 뿐만 아니라, 그것이 구 한국담배인삼공사의 평등권을 침해하는지 여부는 별론으로 청구인의 평등권을 침해한

것도 아니다.

5. 결 론

그렇다면, 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 김영일, 재판관 권 성, 재판관 주선회의 아래 6.과 같은 반대의견이 있는 외에는 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

6. 재판관 김영일, 재판관 권 성, 재판관 주선회의 반대의견

우리는 아래에서 밝히는 바와 같은 이유로, 이 사건 법률조항이 헌법 제75조에 규정된 포괄위임금지의 원칙에 위반되어 헌법에 위반된다고 생각한다.

가. 방송의 자유를 형성하는 법률이 입법권을 위임하는 경우, 입법위임의 명확성 문제

다수의견은 이 사건 법률조항에 대한 포괄위임금지의 원칙 위반여부를 판단함에 있어서 이 사건 법률조항이 방송의 자유를 형성하는 법규정이라는 이유로 입법위임의 명확성의 요구 정도를 대폭 완화하여 심사해야 한다고 주장한다.

물론, 헌법상 보장된 방송의 자유가 방송사업자의 주관적 방어권이자 동시에 민주국가에서 자유로운 여론형성에 기여하는 중대한 기능을 가지고 있다는 점이 인정되고 이에 따라 방송의 자유에 있어서 방송사업자로 하여금 국민의 다양한 의견을 반영하고 국가권력이나 사회세력으로부터 독립된 공정하고 객관적인 방송을 실현할 수 있도록 하기 위하여 입법자에 의한 조직적·절차적 형성을 필요로 한다는 점은 인정되지만, 이와 같은 관점이 이 사건 법률조항이 포괄위임에 위반되는지의 판단에 직접적인 영향을 미치는 것은 아니다. 헌법 제75조가 규정하는 입법위임의 명확성의 요청은 일차적으로 입법권을 위임하는 입법자와 이를 위임받는 행정부의 관계에 관한 문제이고, 헌법 제75조의 주된 목적은 행정부에 위임된 입법권의 행사를 입법자의 의사에 종속시킴으로써 헌법상 입법자에 부여된 입법권을 보호하고 유지하고자 하는 것이다.

따라서 방송의 자유가 실현되기 위하여 입법자에 의한 구체적인 형성을 필요로 하고, 그 결과 방송의 자유를 규율함에 있어서 입법자의 광범위한 형성권이 인정된다는 사실은, 입법자가 구체적으로 형성한 결과인 이 사건 법률조항의 내용적 위헌성을 판단함에 있어서 고려해야 할 하나의 중요한 관점이 될 수 있으나, 이 사건에서 문제되는 바와 같이, 위임법률의 명확성여부의 판

단에 결정적으로 영향을 미치는 관점은 아니다. 즉, 방송의 자유가 입법자에 의한 형성을 필요로 한다는 문제와 입법자에 의한 위임이 명확해야 한다는 문제는 원칙적으로 별개의 문제인 것이다.

나. 포괄위임금지의 원칙(헌법 제75조)에 대한 위반여부

(1) 헌법 제75조의 의미

헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정함으로써 행정입법의 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.

입법권은 원칙적으로 입법자에 속하나, 입법자가 엄청나게 증가한 규율의 수요를 충족시키기에는 역부족이므로, 현대의 사회적 법치국가에서 입법권의 위임은 의회의 입법부담을 덜어주고 입법자에게 부여된 본연의 과제를 충실히 이행할 수 있도록 하기 위하여 불가피하다. 입법권의 위임은 입법자의 지위와 기능을 약화시키는 것이 아니라, 입법자의 업무를 경감하여 입법자가 공동체의 중요한 정치적 결정에 전념케 함으로써 입법권의 의미있는 사용을 가능하게 하는 것이다. 따라서 입법영역에서의 입법자와 행정부 사이의 과제배분은 불가피하며, 다만 입법권의 위임과 관련된 위험, 즉 입법권의 포기를 방지하여 입법자의 책임과 기능을 확보하는 것이 중요하다. 헌법 제75조는 ‘의회의 업무부담을 경감해야 할 필요성’과 ‘행정부의 규율권한을 입법부의 의사에 종속시킴으로써 행정입법의 민주적 정당성을 확보해야 한다는 요청’을 함께 고려하여 조화를 이룬 결과라 할 수 있다.

(2) 포괄위임여부를 판단하는 일반적 기준

헌법재판소는 헌법 제75조의 ‘입법위임의 명확성원칙’과 관련하여 일관되게, “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 일반적 법률해석방법에 의하여 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).

요컨대, 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. 즉 다양한 형태의 사실관계를 규율하거나 규율대상인 사실관계가 상황에 따라 자주 변화하리라고 예상된다면, 규율대상인 사실관계의 특성을 고려하여 명확성에 대하여 엄격한 요구를 할 수 없으며, 위임에 의하여 제정된 행정입법이 국민의 기본권을 침해하는 성격이 강할수록 보다 명확한 수권이 요구된다는 것이다.

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

이 사건 법률조항은 방송사업자에게 협찬고지를 할 수 있도록 하면서, 협찬고지의 허용범위에 관하여는 대통령령으로 정하도록 위임하고 있다. 그런데 이 사건 법률조항은 입법권을 행정부에 위임하면서 행정부가 위임된 입법권을 행사함에 있어서 준수해야 할 기본방침을 전혀 제시하고 있지 않으므로, 헌법 제75조의 요청에 부합하는지 하는 의문이 제기된다.

물론, 입법권을 위임하는 법률이 충분히 명확한지의 여부는 당해 법률조항만이 아니라 그 규범이 위치하는 법률 전체를 포함한 관련법조항의 체계적인 해석을 통하여 판단해야 하고, 특히 이 경우 당해 법률조항의 입법목적은 중요한 의미를 가진다. 그러나 다수의견이 ‘이 사건 법률조항의 입법목적, 방송법의 전반적 체계 및 협찬고지의 본질에 비추어, 협찬고지의 허용범위에 대한 예측이 가능하다’고 주장하는 바와는 달리, 방송법규정 전반을 고려하더라도

방송사업자의 입장에서는 어느 범위에서 어떠한 경우에 협찬고지가 허용되는지의 대강의 내용을 전혀 예측할 수 없다.

우선, 이 사건 법률조항의 입법목적은 보건대, 입법목적이 단지 ‘방송의 운영을 위하여 필요한 협찬 및 그에 따른 협찬고지를 대통령령에 의하여 규율되는 범위 내에서 허용하고자 하는 관점’ 외에는 입법위임의 구체적 목적이나 범위를 파악할 수 있는 다른 어떠한 관점도 시사하고 있지 않기 때문에, 이와 같은 입법목적으로부터는 행정부가 위임받은 입법권을 행사함에 있어서 준수해야 할 어떠한 지침이나 기준을 이끌어낼 수 없다. 또한, 비록 협찬고지가 상업광고의 한 형태라고는 하나, 광고와 협찬고지는 그 성격상 본질적으로 상이한 것으로서 방송법상 방송광고에 적용되는 규제방식이나 규제원칙이 그대로 적용되는 것이 아니라 방송광고와는 다른 방식에 의한 규제가 필요하며, 바로 이러한 이유에서 방송법은 광고방송과 협찬고지를 각 별도의 규정에서 나누어 서로 다른 방식으로 규율하고 있다. 따라서 광고방송이 허용되는 범위 내에서 협찬고지가 허용되는 것은 아니라는 점에서도, 방송법의 다른 관련조항으로부터도 대통령령에 규정될 대강의 내용을 예측할 수 있는 아무런 단서를 찾을 수 없는 것이다. 마찬가지로, 협찬고지의 개념을 정의하는 규정인 방송법 제2조 제22호는 단지 가치중립적인 정의규정으로, 어떠한 경우에 협찬이 허용되는지에 관하여 판단할 수 있는 어떠한 기준도 제시하고 있지 않다. 그렇다면, 이 사건의 경우, 협찬고지의 개념을 정의하는 규정인 법 제2조 제22호, 이 사건 법률조항의 입법목적, 그 외의 다른 관련조항을 종합적으로 고려하더라도, 대통령령에 규정될 내용의 대강을 전혀 예측할 수가 없다고 할 것이다.

더욱이, 방송사업자가 이 사건 법률조항에 위반하여 협찬고지를 한 경우, 이 사건 법률조항은 과태료부과조항인 방송법 제108조 제1항 제11호와 결합하여 방송사업자에게 과태료를 부과하는 구성요건적 조항이 되므로, 비록 이 사건 법률조항이 형법법규는 아니라 하더라도 이와 유사하게 기본권을 제한하는 요소가 강하다는 점에서, 위임의 명확성에 대하여 형법법규에 버금가는 엄격한 요구를 해야 한다고 생각한다. 즉, 위임법률에 의한 기본권제한의 효과가 크므로, 당사자는 규율의 내용에 관하여 보다 확실하게 파악해야 할 필요성이 있는 것이다.

뿐만 아니라, 이 사건 법률조항이 내포하는 위임의 불명확성은 규율대상의 다양성이나 변화가능성과 같은 규율대상의 특성에 의해서도 정당화될 수 없

다. 협찬고지란, 방송법 제2조 제22호에서 정의하고 있는 바와 같이, 협찬을 받고 그 협찬주의 명칭 또는 상호만을 고지하는 것에 불과하여, 규율대상이 사회현상의 변화에 따라 수시로 변화하거나 다양한 형태의 사실관계를 포함한다고 볼 수 없다. 즉 협찬고지가 허용되는 범위에 관한 한, 이와 같은 규율대상은 지극히 기술적·전문적 문제에 관한 것도 아니고, 규율하고자 하는 사실관계가 지극히 광범위하거나 다양한 것도 아니기 때문에, 입법자가 허용 기준의 대강을 스스로 정함에 있어서 입법기술상 큰 어려움이 있다고 할 수 없다.

결론적으로, 이 사건 법률조항으로부터 대통령령이 정할 내용의 대강을 전혀 예측할 수 없고, 다른 한편으로는 협찬고지가 허용되는 범위에 관하여 전적으로 행정부에 위임하는 것을 정당화하는 합리적인 사유를 발견할 수 없으므로, 이 사건 법률조항은 입법위임의 명확성을 요청하는 헌법 제75조에 위반되는 규정으로서 위헌으로 판단되어야 한다.

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

민법 제1019조 제3항 등 위헌소원

(2003. 12. 18. 2002헌바91·94(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 헌법재판소가 원칙적으로 심판대상 법률조항에 대하여 ‘단순위헌결정’ 등을 해야 하는 사안에서 ‘사후적 보완입법’ 등을 전제로 한 ‘헌법불합치결정’을 한 다음, 입법자가 이에 관한 개선입법을 한 경우, 이에 대한 위헌성심사방법

2. 입법자가 위 1.항과 같은 종전결정에서 지적된 심판대상 법률조항으로 인한 기본권침해적 상황을 효과적으로 제거하는 개선입법을 한 경우, 이러한 종전결정의 취지에 따른 입법개선 의무가 제대로 이행되었다고 볼 수 있는지 여부(적극)

3. 두 개의 비교집단이 본질적으로 동일하다고 볼 수 없기 때문에, 이러한 두 집단에 대하여 상이한 법률효과를 규정한 법률조항이 평등원칙에 위배되지 않는다고 한 사례

4. 헌법소원청구 중 구체적인 위헌이유를 적시되지 아니한 주장부분에 대하여 헌법재판소가 본안판단을 해야 하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 헌법재판소에서 ‘상속인이 상속개시가 있음을 안 날로부터 3월 내에 한정승인이나 상속포기를 하지 아니한 때에는 예외 없이 단순승인을 한 것으로 간주하던 구 민법 제1026조 제2호’에 대하여 헌법 불합치결정을 하였는데(헌재 1998. 8. 27. 96헌가22등, 판례집 10-2, 339. 이하 ‘종전결정’이라 한다), 그 구체적인 내용이 ① 구 민법 제1026조 제2호는 상속인들의 기본권을 제한하는 침해적 법률(侵害的法律)이기 때문에 원칙적으로 그 권리침해상황(權利侵害狀況)을 제거하는 ‘단순위헌결정’ 등을 통하여 구제해야 하지만, ② 여러 가지 사정을 고려하여 예외적인 구제방법으로서 ‘사후적 보완입법’ 등을 전제로 한 ‘헌법불합치결정’을 한다는 취지인 경우, 종전 결정에서 지적된 입법형성 의무의 내용을 이행하는 개선입법의 일환으로 신설된

민법 제1019조 제3항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다) 등에 대한 위헌성을 심사하기 위해서는 ㉠ 먼저, 우리 재판소의 종전 결정 등으로 인하여 입법자에게 부과된 입법형성의무의 구체적 내용이 어떠한지 여부를 검토해야 하고, ㉡ 다음으로 개정민법이 적용되는 모든 영역에 관련하여 입법자가 종전 결정의 취지에 따른 입법형성의무의 내용을 제대로 이행하였는지 여부를 검토해야 하며, ㉢ 마지막으로 이 사건 법률조항으로 인하여 종전 결정에서 심리·검토되지 아니하였던 새로운 기본권에 대한 침해 등이 발생하였는지 여부 등을 순차적으로 검토해야 한다.

2. 위 1.항과 같은 종전결정의 취지에 따른 입법개선 의무가 제대로 이행되었는지의 여부는 개정민법이 적용되는 영역에서 종전결정에서 지적된 상속인의 기본권침해적 상황이 효과적으로 제거되었는지 여부에 달려있는데, 이 사건 법률조항을 비롯한 개정민법이 적용되는 영역에서는 ① 상속인이 귀책사유 없이 민법 제1019조 제1항의 고려기간이 경과되었다는 이유만으로 일률적으로 단순승인이 의제되는 법률효과가 발생하지 않고, ② 또한 상속인에게 이 사건 법률조항에서 규정한 3월의 추가적 고려기간 내에 다시 ‘특별한정승인신고’를 할 수 있는 절차적 기회가 제공되며, ③ 이러한 특별한정승인신고가 적법하게 이루어진 경우 그 상속인은 피상속재산을 한도로 하는 유한책임만을 부담하게 되어 상속인에 대한 일방적인 불이익이 발생하지는 않기 때문에, 종전결정에서 지적된 상속인의 기본권침해적 상황은 효과적으로 제거되었다고 볼 수 있다.

3. ‘한정승인제도’와 ‘상속포기제도’는 그 방식 및 법률효과 등 여러 가지 측면에서 본질적으로 상이한 제도이기 때문에, ‘한정승인신고를 한 집단’과 ‘상속포기신고를 한 집단’은 본질적으로 동일한 ‘두 개의 비교집단’이라고 볼 수 없고, 따라서 ‘특별한정승인제도’만을 규정하고 ‘특별상속포기제도’를 규정하지 아니한 이 사건 법률조항으로 인하여 한정승인신고가 아닌 상속포기신고를 한 청구인들의 평등권이 침해되었다고 볼 수 없다.

4. 헌법재판소법 제68조 제2항 소정의 헌법소원청구의 경우 헌법재판소법 제71조 제2항, 제43조 제4호의 규정에 따라서 심판대상 법률이 위헌이라고 해석되는 이유를 구체적으로 적시하여야 하는데,

청구인들은 이 사건 법률조항 등으로 인하여 청구인들의 행복추구권, 재산권 등이 침해되는 결과가 발생하였다고 막연하게 주장하고 있을 뿐 이에 관한 구체적인 위헌이유를 적시하지 않고 있으므로, 위와 같이 구체성을 결여한 주장부분에 대하여 헌법재판소가 본안판단을 해야 할 필요는 없다.

【심판대상조문】

민법(2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정된 것) 제1019조(승인, 포기의 기간) ①, ② 생략
③ 제1항의 규정에 불구하고 상속인은 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 과실없이 제1항의 기간내에 알지 못하고 단순승인(제1026조 제1호 및 제2호의 규정에 의하여 단순승인한 것으로 보는 경우를 포함한다)을 한 경우에는 그 사실을 안 날부터 3월내에 한정승인을 할 수 있다.

【참조조문】

민법 제1019조(승인, 포기의 기간) ① 상속인은 상속개시있음을 안 날로부터 3월내에 단순승인이나 한정승인 또는 포기를 할 수 있다. 그러나 그 기간은 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 가정법원이 이를 연장할 수 있다.

②, ③ 생략

민법 제1026조(법정단순승인) 다음 각호의 사유가 있는 경우에는 상속인이 단순승인을 한 것으로 본다.

1. 생략
2. 상속인이 제1019조 제1항의 기간내에 한정승인 또는 포기를 하지 아니한 때
3. 생략

민법 부칙 ①, ② 생략

③ (한정승인에 관한 경과조치) 1998년 5월 27일부터 이 법 시행전까지 상속개시가 있음을 안 자중 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 과실없이 제1019조 제1항의 기간내에 알지 못하다가 이 법 시행전에 그 사실을 알고도 한정승인 신고를 하지 아니한 자는 이 법 시행일부터 3월내에 제1019조 제3항의 개정규정에 의한 한정승인을 할 수 있다. 다만, 당해 기간내에 한정승인을 하지 아니한 경우에는 단순승인을 한 것으로 본다.

【참조판례】

2. 대법원 2002. 11. 8.자 2002스70 결정, 공2003. 1. 15.(170), 221
대법원 2002. 1. 17.자 2001스16 결정, 공2002. 3. 15.(150), 579

【당 사 자】

청 구 인 1. 이환문 외 4인

대리인 법무법인 신화

담당변호사 박찬운

당해사건 서울고등법원 98나16090 대여금청구 (2002헌바91)

서울가정법원 2002브95 상속포기 (2002헌바94)

【주 문】

민법 제1019조 제3항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구의 대한광업진흥공사는 청구인들의 부(父)인 청구의 이동순을 상대로 서울지방법원에 대여금청구소송(96가합63927)을 제기하여 소송 진행 중 1997. 2. 20. 위 이동순이 사망하자 그의 상속인인 청구인들을 상대로 소송수계신청을 하였고, 청구인들은 피고로서 위 소송을 수계하였다.

(2) 청구인들이 위 소송수계에 대하여 알게 된 1997. 9.경에는 이미 위 이동순의 피상속재산에 관한 상속포기나 한정승인을 할 수 있는 민법 제1019조 제1항 소정의 고려기간이 경과되었는데, 청구인들은 위와 같은 경우 단순승인을 의제함으로써 피상속채무의 변제책임까지 포괄적으로 승계하는 법률효과가 발생하도록 규정한 구 민법 제1026조 제2호에 대하여 위헌제청신청(서울지방법원 97카기6864)을 하였으나, 위 법원은 1998. 2. 24. 청구인들에게 대하여 패소판결을 하면서 그 제청신청을 기각하였다.

(3) 청구인들은 제1심판결에 대하여 서울고등법원에 항소하는 한편(2002헌바91사건의 당해사건인 서울고등법원 98나16090), 우리 재판소에 헌법소원심판청구를 하였다(98헌바24).

(4) 그런데 우리 재판소는 1998. 8. 27. 청구인들의 위 심판청구가 병합된 96헌가22 등(병합) 사건에 관하여 상속인이 상속개시가 있음을 안 날로부터 3월 내에 한정승인이나 상속포기를 하지 아니한 때에는 예외없이 단순승인을 한 것으로 간주하는 구 민법 제1026조 제2호에 대하여 헌법불합치결정을 하였다(헌재 1998. 8. 27. 96헌가22등, 판례집 10-2, 339. 이하 ‘중진결정’이라

한다).

(5) 청구인들은 종전결정이 선고된 이후인 1998. 11. 23. 서울가정법원에 상속포기신고(98느10038~41, 10047)를 하였는데, 입법자가 일부 개정된 민법(2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정된 것, 이하 개정된 부분에 대하여는 ‘개정민법’이라고 약칭한다)이 시행된 이후 위 법원은 청구인들이 상속개시사실을 안 날로부터 3월의 신고기간이 경과한 후에 상속포기신고를 하였다는 이유로 2002. 4. 16. 위 상속포기신고를 각하하였다.

(6) 그러자, 청구인들은 서울고등법원 98나16090사건의 소송절차에서 개정민법 제1019조 제3항 및 부칙 제3항이 헌법에 위반된다는 이유로 위헌법률심판제청신청(2002카기614)을 하였는데, 서울고등법원은 2002. 10. 10. 위와 같은 위헌제청신청과 청구인들의 항소를 모두 기각하였다. 이에 청구인들은 대법원에 상고하면서 2002. 10. 24.자로 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다(2002헌바91).

(7) 한편, 청구인들은 위 (5)항 기재 상속포기신고에 관한 제1심법원의 각하결정에 대하여 항고한 다음(2002헌바94사건의 당해사건인 서울가정법원 2002브95), 개정민법 제1019조 제3항 및 부칙 제3항이 헌법에 위반된다는 이유로 위헌법률심판제청신청을 하였으나(서울가정법원 2002즈기414), 항고심법원은 2002. 10. 30. 위 항고 및 위헌제청신청을 함께 기각하였다. 이에 청구인들은 대법원에 재항고하면서 2002. 11. 11.자로 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다(2002헌바94).

나. 심판의 대상 및 관련규정

(1) 이 사건 심판대상은 개정민법 제1019조 제3항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌여부로서 그 구체적인 내용은 다음과 같다(청구인들은 개정민법 부칙 제3항의 위헌여부에 대하여도 이 사건 위헌소원심판청구를 하였다. 그러나 청구인들의 주장은 개정민법 부칙 제3항 등의 규정에 따라서 개정민법의 적용을 받는 것을 당연한 전제로 한 다음, 입법자가 종전결정에 관련하여 개선입법을 하면서 “이 사건 법률조항에 한정승인만을 규정하고 상속포기를 규정하지 아니한 것이 헌법에 위반된다.”라는 취지일 뿐이다. 따라서 재판의 전제성이 인정되는 것은 이 사건 법률조항의 위헌성에 한정되므로 이 부분만을 이 사건 심판대상으로 한다).

「제1항의 규정에 불구하고 상속인은 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 과실없이 제1항의 기간 내에 알지 못하고 단순승인(제1026조 제1

호 및 제2호의 규정에 의하여 단순승인한 것으로 보는 경우를 포함한다)을 한 경우에는 그 사실을 안 날부터 3월 내에 한정승인을 할 수 있다.」

(2) 관련 법률조항

민법 제1019조(승인, 포기의 기간) ① 상속인은 상속개시 있음을 안 날로부터 3월 내에 단순승인이나 한정승인 또는 포기를 할 수 있다. 그러나 그 기간은 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 가정법원이 이를 연장할 수 있다.

개정민법 제1026조(법정단순승인) 다음 각 호의 사유가 있는 경우에는 상속인이 단순승인을 한 것으로 본다.

2. 상속인이 제1019조 제1항의 기간 내에 한정승인 또는 포기를 하지 아니한 때

부칙 ③ (한정승인에 관한 경과조치) 1998년 5월 27일부터 이 법 시행 전까지 상속개시가 있음을 안 자 중 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 과실없이 제1019조 제1항의 기간 내에 알지 못하다가 이 법 시행 전에 그 사실을 알고도 한정승인신고를 하지 아니한 자는 이 법 시행일로부터 3월 내에 제1019조 제3항의 개정규정에 의한 한정승인을 할 수 있다. 다만, 당해 기간 내에 한정승인을 하지 아니한 경우에는 단순승인을 한 것으로 본다.

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견요지

가. 청구인들의 주장

(1) 헌법재판소는 종전결정에서 “상속인이 귀책사유없이 상속채무가 적극 재산을 초과하는 사실을 알지 못하여 민법 제1019조 제1항의 고려기간 내에 한정승인 또는 포기를 하지 못한 경우에도 단순승인을 한 것으로 보는 것은 기본권제한의 입법한계를 일탈한 것으로 재산권을 보장한 헌법 제23조 제1항, 사적자치권을 보장한 헌법 제10조 제1항에 위반된다.”라고 판시하였으므로, 입법자가 이에 관한 개선입법을 함에 있어서는 한정승인뿐만 아니라 상속포기까지도 상속인의 구제방법으로 규정해야 할 의무가 있다.

(2) 그럼에도 불구하고, 이 사건 법률조항은 종전결정의 취지에 반하여 위 고려기간 내에 중대한 과실없이 상속채무가 적극적 상속재산을 초과하는 사실을 알지 못한 상태에서 단순승인을 한 상속인 등에 대한 구제방법으로 한정승인만을 규정하고 상속포기를 규정하지 아니함으로써 결과적으로 청구인들과 같이 한정승인신고가 아닌 상속포기신고를 한 상속인들의 평등권, 행복추구권, 재산권 등을 침해하였다.

나. 법원의 위헌제청신청기간결정의 요지

입법자는 종전결정의 취지에 따라서 소극적 상속재산이 적극적 상속재산을 초과하는 사실을 증대한 과실없이 알지 못하여 민법 제1019조 제1항의 고려기간 내에 한정승인이나 상속포기를 하지 못한 상속인들에 대하여 그 사실을 안 날로부터 3개월 내에 이 사건 법률조항 소정의 한정승인을 할 수 있는 기회를 다시 제공함으로써 상속인들이 구제받을 수 있는 수단을 마련한 것이고, 청구인들과 같이 개정민법을 소급적으로 적용받는 상속인들에 대하여는 개정민법의 시행일로부터 3월간의 고려기간 내에 이 사건 법률조항 소정의 한정승인을 할 수 있는 기회를 제공한 것이므로, 이러한 개정민법은 입법자가 그 형성재량 범위 내에서 상속인과 상속채권자 등 이해관계인의 이익과 법적 안정성 등을 고려하여 위헌성을 제거한 개선입법으로 볼 수 있고, 이로 인하여 청구인들과 같은 상속인들의 평등권과 행복추구권, 재산권 등이 침해되었다고 할 수 없다.

다. 법무부장관의 의견요지

상속인이 민법 제1019조 제1항 소정의 고려기간이 경과된 후에 상속재산 중 소극재산이 적극재산을 초과하는 사실을 알게 되었다고 하더라도 이 사건 법률조항에서 규정한 3월의 고려기간 내에 다시 한정승인신청을 할 수 있고, 이러한 경우 당해 상속인은 피상속재산을 한도로 하는 유한책임(有限責任)만을 부담하게 된다. 따라서 이 사건 법률조항을 포함한 개정민법의 내용은 종전결정의 취지에 부합하는 것으로서 민법 제1019조 제1항 소정의 고려기간이 경과하였다는 사유만으로 일률적으로 피상속채무의 변제책임까지 포괄적으로 승계함으로써 발생하는 상속인의 일방적인 불이익 등을 방지할 수 있는 합리적인 것이므로 청구인들의 평등권, 행복추구권, 재산권 등을 침해하지 않는다.

3. 판 단

가. 판단의 순서

입법자는 종전결정에서 지적된 입법형성의무의 내용을 이행하는 개선입법으로서 민법 중 일부를 개정하면서 이 사건 법률조항을 신설하였으므로 이에 관한 위헌성을 심리함에 있어서는 다음과 같은 논점을 순차적으로 검토할 필요가 있다.

(1) 종전결정의 의미에 대한 검토

먼저 우리재판소의 종전결정 등으로 인하여 입법자에게 부과된 입법형성의무의 구체적 내용이 어떠한지의 여부를 검토해야 한다.

(2) 개정민법의 적용영역에 관련하여 입법형성의무가 제대로 이행되었는지의 여부

다음으로 개정민법이 적용되는 모든 영역에 관련하여 입법자가 종전결정의 취지에 따른 입법형성의무의 내용을 제대로 이행하였는지의 여부를 검토해야 한다.

(3) 이 사건 법률조항으로 인한 새로운 기본권침해여부

마지막으로 이 사건 법률조항으로 인하여 종전결정에서 심리·검토되지 아니하였던 새로운 기본권에 대한 침해 등이 발생하였는지의 여부를 검토해야 한다.

나. 종전결정의 의미

(1) 종전결정에 나타난 헌법불합치이유

(가) 구 민법 제1026조 제2호의 위헌성여부

구 민법 제1026조 제2호의 경우 상속인이 아무런 귀책사유없이 고려기간 내에 한정승인이나 포기를 하지 못한 경우에 구제받을 수 있는 아무런 수단도 마련하지 아니한 채 민법 제1019조 제1항의 고려기간 내에 한정승인이나 포기를 하지 아니하면 그 이유여하를 묻지 않고 일률적으로 단순승인을 한 것으로 보아 그 의사와 관계없이 상속채무를 전부 부담하게 한 것은 적정한 기본권제한의 방법이라고 볼 수 없다.

그리고 상속재산 중 소극재산이 적극재산을 초과하는 경우에는 구 민법 제1026조 제2호로 인하여 상속채권자는 이익을 얻는 반면 상속인만 불이익을 받게 된다. 상속채권자는 일반적으로 피상속인을 신뢰하여 그의 일반재산을 담보로 보고서 거래한 것이지, 그의 사망 후 상속인이 채무를 승계할 것까지를 기대하고서 거래한 것으로 볼 수는 없다. 따라서 상속인이 귀책사유없이 상속채무가 적극재산을 초과하는 사실을 알지 못하여 고려기간 내에 한정승인이나 포기를 하지 못한 경우에도 구 민법 제1026조 제2호가 상속인으로 하여금 피상속인의 채무를 전부 부담하게 하여 상속채권자만을 보호한 것은 입법목적달성에 필요한 정도 이상으로 상속인의 기본권을 제한한 것으로서 기본권제한의 입법한계인 피해의 최소성, 공공필요와 침해되는 상속인의 기본권 사이의 균형성을 갖추었다고 볼 수 없다.

그러므로 상속인이 귀책사유없이 상속채무가 적극재산을 초과하는 사실을 알지 못하여 고려기간 내에 한정승인 또는 포기를 하지 못한 경우에도 구 민법 제1026조 제2호가 단순승인을 한 것으로 간주하고 있는 것은 기본권제한

의 입법한계를 일탈한 것으로 재산권을 보장한 헌법 제23조 제1항, 사적자치권을 보장한 헌법 제10조에 위반된다.

(나) 구 민법 제1026조 제2호의 위헌성제거방안과 헌법불합치결정

위에서 살펴본 바와 같이 구 민법 제1026조 제2호는 헌법에 위반되므로 원칙적으로 위헌결정을 하여야 할 것이나, 이에 대하여 단순위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우에는 고려기간 내에 승인이나 포기를 하지 아니한 경우 상속으로 인한 법률관계를 확정할 수 있는 법률근거가 없어지는 법적 공백상태가 되고, 이로 말미암아 특히 상속채무가 적극재산을 초과하지 아니하는 경우나 상속인이 그 귀책사유로 인하여 고려기간을 도과한 경우에도 상속으로 인한 법률관계를 확정할 수 없게 되는 법적 혼란을 초래할 우려가 있다.

그리고 위헌적인 규정을 합헌적으로 조정하는 임무는 원칙적으로 입법자의 형성재량에 속하는 사항이고, 구 민법 제1026조 제2호의 위헌성을 어떤 방법으로 제거하여 새로운 입법을 할 것인가에 관하여는 여러 가지 방안(고려기간의 도과에 관하여 상속인이 책임질 사유가 없는 때에는 단순승인이 아닌 한정승인을 한 것으로 보는 방안, 스위스 민법 제566조 제2항의 규정과 같이 상속재산 중 소극재산이 적극재산을 초과함이 객관적으로 명백한 때에는 고려기간의 도과로써 상속을 포기한 것으로 추정하는 방안, 상속인이 상속채무가 적극재산을 초과하는 사실을 알지 못하여 고려기간을 도과한 때에는 상속인이 그 사실을 안 날로부터 일정한 기간 내에 다시 상속의 승인이나 포기 또는 한정승인을 할 수 있도록 하는 방안 등)이 있을 수 있는데, 그 중에서 어떤 방안을 채택할 것인가는 입법자가 우리의 상속제도, 상속인과 상속채권자 등 이해관계인들의 이익, 법적 안정성 등 여러 가지 사정을 고려하여 입법정책적으로 결정할 사항이라고 할 것이므로 구 민법 제1026조 제2호에 대하여 단순 위헌결정을 하지 아니하고 헌법불합치결정을 선고한다.

(2) 종전결정이유에 대한 분석

위에서 본 바와 같이 종전결정은 ① 구 민법 제1026조 제2호의 경우 상속인들의 기본권을 제한하는 침해적 법률(侵害的 法律)이기 때문에, 원칙적으로 그 권리침해상황(權利侵害狀況)을 제거하는 ‘단순위헌결정’ 등을 통하여 구제해야 한다는 점을 명시적으로 언급한 다음, ② 여러 가지 사정을 고려하여 예외적인 구제방법으로서 ‘사후적 보완입법’ 등을 전제로 한 ‘헌법불합치결정’을 한다고 설시하고, ③ 위와 같은 위헌성을 제거할 수 있는 입법방안의 다

양한 방법 중 하나로서 상속인이 귀책사유없이 상속채무초과사실을 알지 못하여 고려기간을 도과한 경우 상속인이 그 사실을 안 날부터 일정한 기간 내에 다시 상속의 승인이나 포기 또는 한정승인을 할 수 있도록 하는 구제방법 등을 예시하였다고 볼 수 있다.

다. 개정민법의 적용영역에 관련하여 입법형성의무가 제대로 이행되었는지의 여부

그렇다면, 이 사건에서 입법자가 종전결정으로 인하여 부과된 입법형성의무의 내용을 제대로 이행하였는지의 여부는 이 사건 법률조항이 적용되는 영역에서 종전결정에서 지적된 상속인의 기본권침해적 상황을 제거할 수 있는지의 여부에 달려있다고 봄이 상당하다.

(1) 상속인이 귀책사유없이 민법 제1019조 제1항 소정의 고려기간을 도과한 사안에 대하여 구제방법을 제공하였는지의 여부

(가) 우선 이 사건 법률조항은 상속인이 상속채무초과사실을 중대한 과실없이 민법 제1019조 제1항 소정의 고려기간 내에 알지 못하여 단순승인하거나 단순승인으로 의제된 경우에는 그 사실을 안 날부터 3월 내에 다시 한정승인할 수 있도록 규정하였기 때문에(이하 ‘특별한정승인’이라고 약칭한다), 개정민법이 적용되는 영역에서는 민법 제1019조 제1항의 고려기간이 경과되었다는 이유만으로 일률적으로 단순승인이 의제되는 법률효과가 발생하지 않는다.

(나) 개정민법의 입법기술적 흠결

한편, 입법자는 개정민법 제1026조 제2호 소정의 추가적인 고려기간에 관하여 “제1019조 제1항, 제3항의 기간 내에” 또는 “제1019조의 기간 내에”로 규정하지 아니하고 구 민법과 동일하게 “제1019조 제1항의 기간 내에”로 규정하였는데, 이는 입법기술적인 흠결로 볼 수 있다. 그러나 대법원에서 위 입법기술적 흠결에 관련하여 논리적 해석을 통하여 이 사건 법률조항 소정의 추가적 고려기간 내에 신고된 ‘특별한정승인’의 효력을 인정함으로써[대법원 2002. 11. 8.자 2002스70 결정(공2003. 1. 15.(170), 221), 대법원 2002. 1. 17.자 2001스16 결정(공2002. 3. 15.(150), 579) 참조] 제1026조 제2호에 의한 단순승인의제의 법률효과를 무조건적으로 인정하지는 않고 있으므로, 이러한 입법기술적 흠결로 인하여 입법형성의무의 내용이 제대로 이행되지 아니하였다고 보기는 어렵다.

(2) 상속재산 중 소극재산이 적극재산을 초과하는 경우 상속인이 피상속인

의 모든 책임을 포괄적으로 승계함으로써 발생하는 상속인에 대한 일방적인 불이익이 제거될 수 있는지의 여부

(가) 유효한 한정승인이 있는 경우 소극적 상속재산 등이 적극적 상속재산을 초과하더라도 한정상속인은 상속재산의 한도 내에서 상속채무를 변제할 책임(有限責任)만을 부담하고, 상속인 자신의 고유재산으로 이를 변제할 필요는 없다. 따라서 설령 상속인이 중대한 과실없이 민법 제1019조 제1항 소정의 고려기간이 경과된 후에 소극적 상속재산이 적극적 상속재산을 초과한다는 사실을 알게 되었다고 하더라도, 이 사건 법률조항에서 규정한 3월의 추가적 고려기간 내에 다시 특별한정승인신고를 할 수 있고, 이러한 경우 그 상속인은 피상속재산을 한도로 하는 유한책임만을 부담하기 때문에 상속인에 대한 일방적인 불이익은 발생하지 아니한다.

(나) 오히려 종전결정에서는 상속인이 귀책사유없이 민법 제1019조 제1항 소정의 고려기간을 도과한 경우에 발생할 수 있는 상속인에 대한 일방적 불이익을 제거해야 할 의무가 입법자에게 부과된다고 지적하였을 뿐인데, 개정 민법의 경우 위 고려기간 내에 상속인이 상속채무초과사실을 알지 못한 것에 관하여 중대한 과실이 없는 이상 다시 특별한정승인신고를 할 수 있도록 규정함으로써 상속인을 상대적으로 두텁게 보호하고 있다고 볼 수 있다.

[참고로 이 사건 법률조항에 대한 입법과정을 보면, 우리 입법자는 대법원, 대한변호사협회, 한국가족법학회 등과 같은 각급 유관기관에 검토요청을 하고 공청회를 개최하는 등 이 사건 법률조항의 내용이 종전결정의 취지에 부합하는지의 여부 등에 관하여 다각도로 심의·검토하였다. 그런데 이러한 심의과정에서 각급 유관기관 및 이를 대표하여 공청회에 참석한 진술인들은 위 (1)(2) 기재와 같은 이유로 이 사건 법률조항의 내용이 종전결정의 취지에 부합한다는 점에 대하여 의견의 일치를 보았고, 이를 토대로 하여 입법자도 이 사건 법률조항의 신설로 종전결정에서 지적된 관련규정의 위헌성을 제거할 수 있다고 판단하였음을 확인할 수 있다(1999. 3. 12.자 법제사법위원회 공청회(제202회 국회 법제사법위원회회의록 제2호), 1999. 12. 17.자 법제사법위원회 상임위원회(제208회 국회 법제사법위원회회의록 제16호), 2001. 12. 18.자 법제사법위원회 상임위원회(제226회 국회 법제사법위원회회의록 제2호) 참조.]

(3) 소결론

그렇다면, 이 사건 법률조항 등이 적용되는 영역에서는 종전결정에서 지적

된(구 민법 제1026조 제2호 등에 의하여 발생하였던) 상속인의 기본권침해적 상황이 효과적으로 제거될 수 있기 때문에 입법자가 이 사건 법률조항 등을 규정함으로써 종전결정의 취지에 따른 입법형성의무의 내용을 제대로 이행하였다고 봄이 상당하다.

라. 개정민법으로 인하여 청구인들의 행복추구권, 재산권, 평등권 등에 대한 새로운 기본권침해가 발생하는지의 여부

(1) 청구인들의 주장

청구인들은 종전결정 이후인 1998. 11. 23. 서울가정법원에 상속포기신고를 하였으나, 입법자가 개선입법을 하면서 이 사건 법률조항에 한정승인만을 규정하고 상속포기를 규정하지 아니하여 가정법원에서는 신고기간이 도과되었다는 이유로 2002. 4. 16. 위 상속포기신고를 각하하였고, 이로 인하여 청구인들의 경우 피상속채무에 관하여 무한책임(無限責任)을 부담하게 되었기 때문에 결과적으로 청구인들의 헌법상 평등권, 행복추구권, 재산권 등이 침해되는 결과가 발생하였다.

(2) 평등권침해에 관한 주장부분에 대한 판단

(가) 청구인들의 주장정리

상속인이 증대한 과실없이 개정민법 제1019조 제1항 소정의 고려기간이 경과된 후에 소극적 상속재산이 적극적 상속재산을 초과한다는 사실을 알게 된 사안에서, ① 한정승인을 한 집단과 ② 상속포기를 한 집단은 본질적으로 동일함에도 불구하고 입법자는 이 사건 법률조항에 한정승인만을 규정하고 상속포기를 규정하지 아니함으로써 합리적인 이유 없이 양자를 차별하고 있다.

(나) 평등원칙위반의 심사기준

헌법상 평등의 원칙은 일반적으로 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있는 것으로 해석되고, 평등원칙위반여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 허용되는 입법형성권의 정도에 따라서 달라지는데, 특별한 사정이 없는 한, 법률의 평등원칙위반여부는 입법자의 자의성이 있는지의 여부만을 심사하게 된다.

한편, 종전결정에서 명시적으로 언급한 바와 같이 입법자는 종전결정의 취지에 따른 입법형성의무의 내용을 이행함에 있어서 비교적 광범위한 입법형성권을 행사할 수 있고, 위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항이 적용되는 영역에서는 이러한 입법형성의무가 제대로 이행되었다고 볼 수 있다.

따라서 청구인들의 주장은 입법자가 정책적 선택을 하면서 그 재량권을 남용하였다는 취지이므로, 이 사건 평등원칙위반의 주장부분에 대하여는 이른바 ‘자의금지원칙’을 위반하였는지의 여부를 심사하는 것으로 족하다고 할 것이다.

(다) 심사요건

자의금지원칙의 위반에 대한 심사요건은 ① 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고 있는가 하는 차별취급의 여부와, ② 이러한 차별취급이 자의적인가의 여부라고 할 수 있다. ①의 기준과 관련하여 두 개의 비교집단이 본질적으로 동일한지의 여부에 대한 판단은 일반적으로 관련 헌법규정 및 당해 법규정의 의미와 목적에 달려 있다. 그리고 ②의 기준과 관련하여 차별취급의 자의성은 합리적인 이유가 결여된 것을 의미한다.

(라) 차별취급의 존재

청구인들의 주장은 중대한 과실없이 민법 제1019조 제1항 소정의 고려기간이 경과된 후에 소극적 상속재산이 적극적 상속재산을 초과한다는 사실을 알게 된 상속인들 중 ① 이 사건 법률조항에 따른 특별한정승인을 한 집단과 ② 상속포기를 한 집단은 본질적으로 동일하다는 취지이다.

1) 한정승인제도와 상속포기제도가 본질적으로 동일한 제도인지의 여부
가) 일반론

한정승인의 경우 상속인이 상속재산의 한도에서 상속채무와 유증 등을 변제할 책임을 부담하는 상속형태로서(민법 제1028조 이하 참조) 피상속인의 채무가 포괄적으로 상속인에게 승계되지만 그 채무와 책임이 분리됨으로써 상속인의 고유재산은 상속채무 등의 담보가 되지 아니하고 상속재산만이 상속채무의 담보가 된다. 반면에 상속포기는 상속재산에 대한 승계 자체를 전면적으로 부인하는 제도로서(민법 제1041조 이하 참조) 우선 실체법적인 측면에서 양자간에는 본질적인 차이가 있다.

나아가 현행 민법이 ‘단순승인’을 원칙적인 상속형태로 규정한 다음, 한정승인의 형태로 상속이 이루어지기 위해서는 상속인이 ‘상속재산목록’을 첨부하여 가정법원에 한정승인신고를 해야 하는 요식행위를 필요로 하기 때문에, 절차법적인 측면에서도 위와 같은 ‘상속재산목록’의 첨부가 요구되지 않는 상속포기신고와는 본질적으로 다르다.

나) 실체법적 차이

상속채권자가 상속인을 상대로 하여 상속채무의 이행을 청구하는 2002헌바

91사건의 당해사건(서울고등법원 98나16090)과 관련하여 구체적으로 검토해 보기로 한다.

① 예컨대, 당해소송에서 설령 해당 상속인(피고)이 유효한 한정승인신고를 한 것으로 인정되는 경우에도 수소법원은 더 나아가서 상속채무의 존부에 대한 심리를 계속하여야 하고, 만일 상속채무의 존재가 인정되는 경우에는 피고에게 상속재산의 범위 내에서 그 채무의 이행을 명하는 취지로 원고승소판결을 해야 한다.

② 반면에 피고가 유효한 상속포기신고를 한 것으로 인정되는 경우 피고는 더 이상 피상속인의 상속인이 아니기 때문에 수소법원에서는 상속채무의 존부와 관계없이 무조건 원고패소판결을 해야 한다. 이 경우 피상속인에 대한 상속인의 지위는 후순위 상속인에게 당연히 승계되고, 따라서 상속채권자는 상속채무의 이행에 관하여 후순위 상속인에 대하여 청구해야 하며, 만일 그 후순위 상속인이 다시 유효한 상속포기를 하게 되면 상속인 지위는 그 다음 순위에 있는 후순위 상속인에게 순차로 승계된다(상속포기로 인한 상속인지위의 순차적 승계).

다) 절차법적 차이

한편, 한정승인신고의 경우에는 상속재산의 목록을 첨부해야 한다는 점은 상속포기신고와 구별되는 중요한 절차법적 차이라고 할 수 있다(민법 제1030조 참조). 특히 이 사건 법률조항 소정의 ‘특별한정승인신고’의 경우 민법 제1019조 제1항의 일반한정승인신고와 달리 상속채무가 적극재산을 초과하는 경우에 한하여 허용되기 때문에 이러한 절차적 차이점은 더욱 큰 의미를 가진다.

① 한정승인신고에 관하여 상속재산의 목록을 첨부하는 의미 등

한정승인은 상속재산의 범위 내에서 상속채무 등을 변제하는 유한책임의 효과를 발생하기 때문에 한정승인신고에 상속재산의 목록을 첨부하는 것은 상속인 스스로 책임재산의 범위를 특정하는 의미를 가진다. 따라서 한정승인신고를 하면서 상속재산의 목록을 전혀 첨부하지 아니하는 등 상속재산에 대하여 아무런 언급을 하지 아니한 경우 가정법원은 그 신고를 수리할 수 없고, 이러한 한정승인신고불수리심판이 확정되면 단순승인의 효과가 발생한다. 또한 상속인이 고의로 재산목록에 상속재산의 기재를 누락하는 경우에는 단순승인으로 간주된다(민법 제1026조 제3항 참조).

나아가 이 사건 법률조항의 경우 상속인이 중대한 과실없이 민법 제1019조

제1항의 고려기간이 경과한 다음 ‘상속채무가 상속재산을 초과하는 사실’을 나중에 알게 된 경우에 한정하여 그 사실을 안 날부터 3월 내에 ‘특별한정승인신고’가 허용된다는 취지이므로, ‘피상속인의 사망당시 소극재산의 가액이 적극재산의 가액을 초과한다는 점’은 적극적인 법률요건에 해당한다. 따라서 특별한정승인신고에 첨부된 상속재산목록에는 원칙적으로 위와 같은 채무초과의 취지가 명시되어야 하는 것이다.

② 상속재산의 목록이 첨부되지 않는 상속포기신고와의 비교검토

반면에 상속포기신고의 경우 절차적으로 위와 같은 상속재산목록의 제출은 요구되지 않기 때문에, 형식적 심사를 하는 가사비송절차에서 ‘상속채무가 적극적 상속재산을 초과한다는 점’ 등을 비롯한 상속재산에 관련된 사항에 대하여 심리할 수 있는 방법이 없다.

라) 이 사건 법률조항의 적용영역에 관한 ‘특별한정승인’과 ‘특별상속포기’의 비교검토

민법 제1019조 제1항에서 한정승인 및 상속포기에 관련하여 ‘해당 상속인이 상속이 있음을 안 날로부터 3월 이내’라는 비교적 단기의 법정기간을 설정한 것은 상속관계가 제3자(후순위 상속인, 상속채권자 등)의 이해관계에 중대한 영향을 미칠 수 있기 때문에 상속관계를 조속히 확정할 필요가 있다는 입법취지에서 비롯된 것이다.

그런데 민법 제1019조 제1항은 상속인에게 한정승인이나 상속포기를 할 수 있는 기회를 제공하고 있기 때문에 예컨대, 상속채무가 적극적 상속재산을 초과하는지의 여부와 관계없이 상속인에게 상속이 개시될 당시부터 상속재산을 승계할 의사가 존재하지 아니한 사안에서는 그 상속인의 의사에 반하여 상속이 강제되는 상황이 발생하지 않고, 또한 그 당시 상속채무가 적극적 상속재산을 초과하는지의 여부 등을 상속인이 확실하게 알지 못하는 경우에도 위 규정에 따라서 한정승인신고를 함으로써 장래에 발생할 가능성이 있는 불이익을 미리 예방할 수도 있다. 결국 적극적 상속재산이 소극적 상속재산을 초과함에도 불구하고 상속인이 자신의 의사에 따라서 상속재산의 승계를 스스로 거부하고자 하는 사안 등에 대하여는 일반적으로 이 사건 법률조항이 적용되지 않기 때문에 이 사건 법률조항은 상속인의 주관적인 입장에서 상속이 개시될 무렵에는 단순승인의 형태로 상속재산을 승계하더라도 최소한 재산적 손해가 발생하지는 않을 것이라고 판단하였다가, 나중에 이러한 최초의 주관적 판단에 문제가 있다는 점이 드러난 사안 등에 적용될 뿐이다.

그렇다면 위와 같은 사안에 적용되는 이 사건 법률조항에 ① 선순위 상속인이 상속 자체를 거부함으로써 그 상속인의 지위가 후순위 상속인에게 순차로 승계되는 효과를 발생하는 이른바 ‘특별상속포기’를 규정하는 문제와 ② 선순위 상속인의 지위에는 아무런 영향을 미치지 아니하고 단지 상속채무의 존부 및 책임재산의 범위 등에 관한 쟁점만을 남기는 ‘특별한정승인’을 규정하는 문제는 전혀 별개의 차원에서 검토해야 할 사항이다.

‘특별한정승인’만을 인정하는 이 사건 법률조항의 경우, ㉞ 일단 선순위 상속인이 상속개시사실을 안 날로부터 3개월이 경과되면 피상속인의 상속재산에 관련된 법률관계가 상속채권자와 당해 선순위 상속인 사이의 문제로 확정되고, ㉟ 만일 당해 상속인이 부득이한 사정으로 채무초과사실을 뒤늦게 알게 된 사안에서도 후순위 상속인 등에 대하여 아무런 영향을 미치지 아니하는 ‘특별한정승인신고’만을 허용함으로써 전체적인 측면에서 ‘법적 안정성’에 상당히 기여하는 법률효과를 발생하는 반면에, ‘특별상속포기’를 인정하는 법체계는 위와 같이 상속이 개시될 무렵에 이루어진 선순위 상속인의 주관적 판단이 나중에 잘못된 것으로 밝혀진 사안에 관련하여 그 선순위 상속인을 상대적으로 두텁게 보호하면서 이로 인한 여러 가지 부담을 후순위 상속인 및 상속채권자 등에게 전가하는 법률효과를 발생하기 때문이다.

마) 소결론

따라서 ‘한정승인제도’와 ‘상속포기제도’는 그 방식 및 법률효과 등 여러 가지 측면에서 본질적으로 상이한 제도로 봄이 상당하다.

2) 두 개의 비교집단이 ‘본질적으로 동일’한지의 여부

한편 입법자는 종전결정의 취지에 따라서 위와 같은 상속인들이 이 사건 법률조항에 따른 특별한정승인을 함으로써 구 민법 제1026조 제2호로 인하여 발생했던 일방적인 불이익을 제거할 수 있도록 하는 입법정책적인 선택을 하였고, 이러한 개정민법이 적용되는 영역에서는 헌법적 차원에서 부과된 입법형성의무가 제대로 이행되었다고 볼 수 있기 때문에 특별한 사정이 없는 한, 개정민법의 적용을 받는 모든 상속인들의 경우 민법 제1019조 제1항 소정의 고려기간이 경과된 이후에 ‘단순승인’으로 인하여 발생할 수 있는 피상속채무 등에 관한 무한책임을 피하기 위해서는 이 사건 법률조항의 규정에 따라서 특별한정승인신고절차 등을 이행해야 한다.

그렇다면, ① 이 사건 법률조항에 따른 특별한정승인을 한 집단의 경우 민법 제1019조 제1항 소정의 고려기간이 경과된 다음 ‘단순승인’에 관한 법률효

과의 발생을 저지하기 위하여 이 사건 법률조항에 따라서 특별한정승인신고 절차 등을 이행한 반면에, ② 청구인들과 같은 집단은 이와는 본질적으로 상이한 상속포기신고만을 한 것이므로, 두 집단 사이에 본질적인 동일성이 존재한다고 보기는 어렵다.

3) 따라서 이 사건의 경우 ‘본질적으로 동일’한 ‘두 개의 비교집단’이 존재한다고 보기 어렵기 때문에, 이 사건 법률조항으로 인하여 위와 같은 ‘두 개의 비교집단’에 대한 차별적 취급이 발생하였다고 볼 수 없다.

(마) 평등원칙위반에 대한 결론

그렇다면, 이 사건 법률조항이 평등원칙을 위반하여 청구인들의 기본권을 침해하였다고 볼 수 없다.

(3) 행복추구권 및 재산권침해에 관한 주장부분에 대한 판단

헌법재판소법 제68조 제2항 소정의 헌법소원청구의 경우 청구인들은 헌법 재판소법 제71조 제2항, 제43조 제4호의 규정에 따라서 심판대상 법률이 위헌이라고 해석되는 이유를 구체적으로 적시하여야 한다.

그런데 청구인들은 이 사건 법률조항 등으로 인하여 청구인들의 행복추구권, 재산권 등이 침해되는 결과가 발생하였다고 막연하게 주장하고 있을 뿐이고, 그 주장을 청구인들에게 유리하게 해석하더라도 이러한 주장부분이 이 사건 법률조항의 구체적 위헌성을 주장하는 것이라고 보기는 어렵다.

따라서 이 사건 법률조항이 위헌적으로 헌법 제10조, 제23조 제1항 소정의 기본권 등을 침해하고 있는 상황을 구체적으로 적시하지 아니한 위 주장부분은 특별히 그 판단을 하지 아니하기로 한다.

4. 결 론

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

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

구 상속세법 제7조의2 위헌소원

(2003. 12. 18. 2002헌바99 전원재판부)

【판시사항】

상속개시일 전 2년 이내에 피상속인이 상속재산을 처분한 경우 그 금액이 재산종류별로 계산하여 1억원 이상으로서 용도가 객관적으로 명백하지 아니한 때에는 이를 상속세 과세가액에 산입하도록 한 구 상속세법 제7조의2 제1항(1996. 12. 30. 법률 제5193호 상속세및증여세법으로 전문개정되기 전의 것, 이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)을 추정규정으로 해석하는 것이 헌법상 재산권 등을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

상속세의 회피행위 방지를 목적으로 하는 이 사건 법률조항에 대하여 헌법재판소는 이미, 이 사건 법률조항을 추정규정으로 보지 아니하고 간주규정으로 해석하는 것은 헌법에 위반된다는 한정위헌 결정(헌재 1995. 9. 28. 94헌바23)을 선고한 바 있고, 그 이유의 요지는 『이 사건 법률조항 중 “용도가 객관적으로 명백하지 아니한 것 중 대통령령으로 정하는 경우”를 간주규정으로 해석한다면, 이는 대통령령이 정하는 경우 상속인이 상속을 받지 아니하였다고 하는 반증이 있는데도 이를 허용하지 아니하게 되어 억울한 조세부과에 대하여 쟁송의 길마저 막아 버리게 되는 것일 뿐만 아니라 편리한 세금징수의 방법만을 강구한 나머지 행정편의주의 및 획일주의의 정도가 지나치게 되는 것으로, 헌법상 재산권 등을 침해하게 된다. 그러나 이를 추정규정으로 해석한다면 상속인은 상속세 부과처분에 대하여 불복하여 다툴 수 있고, 비록 용도가 명백하지 아니하더라도 구체적인 소송과정에서 법원의 판단으로 상속인이 상속하지 아니하였다고 인정되는 경우에는 그 적용을 배제할 수 있으므로, 상속인이 억울하게 상속세를 납부하여야 하는 경우를 제도적으로 방지할 수 있어서 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.』는 것이다.

이 사건 법률조항은 1991. 1. 1.부터 1996. 12. 31. 사이에 상속이 개시된 경우만 적용되는 것으로, 그 시기는 금융실명제가 실시되지 않았거나 시행 초기로서 금융소득 종합과세제도의 미비 등으로 인해 실명제의 실효성이 제도적으로 보장되었다고 보기 힘든 상황이었기 때문에 과세관청이 피상속인의 자금을 추적하여 현금 또는 노출이 되지 아니하는 재산 등 과세자료를 포착하는 것은 여전히 용이하지 아니하였다. 따라서, 금융실명제의 정착과정에 따른 이 사건 법률조항 이후의 개정법조항 내지 현행법조항에 대한 위헌논의는 별론으로 하더라도, 이 사건에서는 이전의 한정위헌결정과 달리 판단하여야 할 특별한 사정변경이 있다고 할 수 없으므로, 위 판시이유를 그대로 유지하기로 한다.

재판관 김영일의 합헌의견

이 사건 법률조항을 추정규정으로 보지 아니하고 간주규정으로 해석하는 것은 헌법에 위반된다고 보는 점에서는 위 한정위헌의견과 뜻을 같이하나, 이 사건 법률조항에 대하여는 이미 동일한 취지의 한정위헌결정이 있고, 이 한정위헌결정에 의하여 이 사건 법률조항에 대한 위헌적인 해석의 범주는 무효화되었다고 볼 것이므로, 이 사건 법률조항은 더 이상 간주규정으로 해석될 여지가 없이 실질적으로는 법규범상 추정규정으로서의 의미만을 갖게 될 뿐이다. 따라서 이 사건에서는 단순히 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되지 아니한다고 선고함이 상당하다.

재판관 윤영철, 재판관 하경철, 재판관 권 성, 재판관 주선회의 단 순위헌의견

상속개시시에 근접하여 피상속인이 처분한 상속재산 금액의 소비처가 명백치 않은 경우에 그 금액이 경험칙에 비추어 현금의 형태 또는 노출되지 아니하는 다른 재산의 형태로 상속인에게 상속되었을 개연성이 반드시 높은 것은 아니며, 또한 가족구성원의 결속이 현저히 이완되어 가족의 경제생활이 부자나 부부 사이에서도 개별화·은비화되는 일이 허다한 오늘날의 상황에 비추어 볼 때 상속인의 입장에서 그 금액의 사용내역을 입증하기가 용이한 것도 아니다. 이와 같은 상황에서 이 사

건 법률조항을 추정규정으로 해석한다면, 이는 경험칙에 의한 추정이 현실적으로 근거가 없는 그러한 사실, 나아가 반증의 제출이 사실상 불가능한 그러한 사실의 추정을 무리하게 허용하는 것이 되며, 이로 인하여 일정한 경우 상속인이 상속하지 않은 재산에 대하여 고액의 상속세를 부담하게 됨은 물론 때로는 상속재산 이외에 상속인 본인의 재산까지 희생하여 거액의 세금을 부담하게 되는 부당한 결과를 발생케 한다. 따라서 이 사건 법률조항은 이를 추정규정으로 해석한다고 하더라도 상속인의 재산권을 침해하므로 헌법에 위반된다.

【심판대상조문】

상속세법(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되고 1996. 12. 30. 법률 제5193호 상속세 및증여세법으로 전문개정되기 전의 것) 제7조의2(상속세과세가액산입) ① 상속개시일전 2년 이내에 피상속인이 상속재산을 처분한 경우 그 금액이 재산종류별로 계산하여 1억원 이상으로서 용도가 객관적으로 명백하지 아니한 것 중 대통령령이 정하는 경우에는 이를 제4조의 과세가액에 산입한다.

②, ③ 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제23조 제1항, 제27조 제1항

상속세법(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되고 1996. 12. 30. 법률 제5193호 상속세 및증여세법으로 전문개정되기 전의 것) 제7조의2(상속세과세가액산입) ① 상속개시일전 2년 이내에 피상속인이 상속재산을 처분한 경우 그 금액이 재산종류별로 계산하여 1억원 이상으로서 용도가 객관적으로 명백하지 아니한 것 중 대통령령이 정하는 경우에는 이를 제4조의 과세가액에 산입한다.

② 피상속인이 다음 각호의 1에 해당하는 채무를 부담한 경우 그 용도가 객관적으로 명백하지 아니한 것 중 대통령령이 정하는 경우에는 이를 제4조의 규정에 의한 과세가액에 산입한다.

1. 상속개시일전 2년 이내에 피상속인이 부담한 채무의 합계액이 1억원 이상인 경우
2. 피상속인이 국가, 지방자치단체, 대통령령이 정하는 금융기관 외의 자에 대하여 부담한 채무로서 대통령령이 정하는 바에 의하여 상속인이 변제할 의무가 있다고 확인되는 것이 아닌 경우

③ 제1항에서 재산종류별이라 함은 부동산·동산·유가증권·무체재산권(어업권·광업권·채석허가에 따르는 권리 기타 이에 준하는 권리를 포함한다)·채권·기타 재산을 말한다.

상속세법시행령(1990. 12. 31. 대통령령 제13196호로 개정된 것) 제3조(상속세 과세가액에 산입되는 재산 또는 채무의 범위) ① 법 제7조의2 제1항 및 제2항에서 “대통령령이 정하는 경우”라 함은 다음의 경우를 말한다.

1. 피상속인이 재산을 처분하거나 채무를 부담하고 받은 금전등을 지출한 거래상대방(이하 “거래상대방”이라 한다)이 거래증빙의 불비등으로 확인되지 아니한 경우
2. 거래상대방이 금전등의 수수사실을 부인하거나 거래상대방의 재산상태 등으로 보아 금전등의 수수사실이 인정되지 아니한 경우
3. 거래상대방이 피상속인과 특수관계에 있는 자로서 사회통념상 지출사실이 인정되지 아니한 경우
4. 피상속인이 재산을 처분하거나 채무를 부담하고 받은 금전등으로 취득한 다른 재산이 확인되지 아니한 경우
5. 피상속인의 성별·연령·직업·경력·소득 및 재산상태 등으로 보아 지출사실이 인정되지 아니한 경우

②~④ 생략

【참조판례】

헌재 1994. 6. 30. 93헌바9, 판례집 6-1, 631, 637-369

헌재 1995. 9. 28. 94헌바23, 판례집 7-2, 319, 325-329

【당 사 자】

청 구 인 박월례

대리인 법무법인 로고스

담당변호사 전만수

당해사건 서울고등법원 2001누4957 상속세부과처분취소

【주 문】

구 상속세법 제7조의2 제1항(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되고 1996. 12. 30. 법률 제5193호 상속세및증여세법으로 전문개정되기 전의 것) 중 “용도가 객관적으로 명백하지 아니한 것 중 대통령령으로 정하는 경우”를 추정규정으로 보지 아니하고 간주규정으로 해석하는 것은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 1993. 3. 20. 사망한 청구외 망 김순중의 처로서 재산상속인인 바, 관할 반포세무서장은 망인이 1992. 9. 23.부터 1993. 2. 17. 사이에 현대증권 고객예탁부 계좌에서 순출금한 금 849,240,000원이 구 상속세법 제7조의2 제1항(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되고, 1996. 12. 30. 법률 제5193호 상속세및증여세법으로 전문개정되기 전의 것)의 ‘피상속인이 상속개시일 전 2년 이내에 상속재산을 처분한 경우로서 그 용도가 객관적으로 명백하지 아니한 것’에 해당한다고 보아 이를 상속세 과세가액에 산입하여 청구인에게 금 493,179,696원의 상속세를 부과하였다.

(2) 청구인은 서울행정법원에, 망인은 청구의 안용묵으로부터 주식의 관리를 위탁받아 운용하고 있었으며 위 순출금액에 해당하는 금원 중 일부는 위 주식 가액의 반환을 위하여 출금하여 위 안용묵에게 반환된 것이라는 등의 주장을 하면서 상속세부과처분의 취소를 구하는 소(2000구4049)를 제기하였으나, 위 법원은 위 계좌에서 출금된 금원이 위 안용묵에게 귀속되었다는 점을 인정할 증거가 없다는 등의 이유로 이를 기각하였다. 이에 청구인은 서울고등법원에 항소(2001누4957)를 제기하고, 그 소송 계속 중 생전 처분재산의 상속세과세가액 산입에 관하여 규정하고 있는 위 구 상속세법 제7조의2가 헌법상 보장된 청구인의 재산권을 침해한다고 주장하면서 위 법률조항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2002. 11. 21. 당해사건과 함께 기각되었다.

(3) 청구인은 2002. 11. 28. 위헌법률심판제청신청 기각결정정본을 송달받고, 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 같은 해 12. 12. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 청구인은 위 구 상속세법 제7조의2 전부에 대하여 헌법소원심판을 청구하고 있으나, 당해사건은 피상속인의 생전 처분재산의 상속세과세가액 산입에 관한 것으로 생전 채무부담액의 과세가액 산입에 관한 동조 제2항은 청구인과는 무관한 조항이고, 또한 동조 제3항은 제1항의 ‘재산종류별’에 관한 일종의 정의 규정으로서 재산권 침해와 관련하여 청구인이 다투고 있는 조항이 아니므로, 이 사건의 심판대상은 구 상속세법 제7조의2 제1항(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되고 1996. 12. 30. 법률 제5193호되기 전의 것)의 위헌 여부로만 한정함이 타당하다(헌재 1997. 3. 27. 96헌바86, 판례집 9-1, 325, 328 ; 1997. 4. 24. 96헌가3등, 판례집 9-1, 416, 423 ; 1998. 12. 23. 96헌가23, 판례

집 10-2, 807, 810 참조. 따라서 예비적으로 “채무의 합계액이 1억원 이상인 경우에 1억원을 초과하는 금액에 한하여 과세가액에 산입하지 아니하고, 1억원 이상인 채무합계액 전액에 대하여 과세가액에 산입하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다”는 결정을 구하는 청구인의 예비적 청구 부분은 이 사건 심판의 대상으로 삼지 아니한다).

그러므로 이 사건 심판의 대상은 구 상속세법 제7조의2 제1항(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되고 1996. 12. 30. 법률 제5193호 상속세및증여세법으로 전문개정되기 전의 것, 이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 규정 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

구 상속세법 제7조의2(상속세과세가액산입) ① 상속개시일 전 2년 이내에 피상속인이 상속재산을 처분한 경우 그 금액이 재산종류별로 계산하여 1억원 이상으로서 용도가 객관적으로 명백하지 아니한 것 중 대통령령이 정하는 경우에는 이를 제4조의 과세가액에 산입한다.

② 피상속인이 다음 각호의 1에 해당하는 채무를 부담한 경우 그 용도가 객관적으로 명백하지 아니한 것 중 대통령령이 정하는 경우에는 이를 제4조의 규정에 의한 과세가액에 산입한다.

1. 상속개시전 2년 이내에 피상속인이 부담한 채무의 합계액이 1억원 이상인 경우
2. 피상속인이 국가, 지방자치단체, 대통령령이 정하는 금융기관 외의 자에 대하여 부담한 채무로서 대통령령이 정하는 바에 의하여 상속인이 변제할 채무가 있다고 확인되는 것이 아닌 경우

③ 제1항에서 재산종류별이라 함은 부동산·동산·유가증권·무체재산권(어업권·광업권·채석허가에 따르는 권리 기타 이에 준하는 권리를 포함한다)·채권·기타 재산을 말한다.

구 상속세법시행령(1990. 12. 31. 대통령령 제13196호로 개정된 것) 제3조(상속세과세가액에 산입되는 재산 또는 채무의 범위) ① 법 제7조의2 제1항 및 제2항에서 “대통령령이 정하는 경우”라 함은 다음의 경우를 말한다.

1. 피상속인이 재산을 처분하거나 채무를 부담하고 받은 금전등을 지출한 거래 상대방(이하 “거래상대방”이라 한다)이 거래증빙의 불비등으로 확인되지 아니한 경우
2. 거래상대방이 금전등의 수수사실을 부인하거나 거래상대방의 재산상태등으로 보아 금전등의 수수사실이 인정되지 아니한 경우

3. 거래상대방이 피상속인과 특수관계에 있는 자로서 사회통념상 지출사실이 인정되지 아니한 경우
4. 피상속인이 재산을 처분하거나 채무를 부담하고 받은 금전등으로 취득한 다른 재산이 확인되지 아니한 경우
5. 피상속인의 성별·연령·직업·경력·소득 및 재산상태등으로 보아 지출사실이 인정되지 아니한 경우

② (이하 생략)

2. 청구인의 주장, 위헌제청신청 기각이유와 관계기관의 의견 요지

가. 청구인의 주장

이 사건 법률조항은 피상속인이 처분한 재산 중 용도가 객관적으로 명백하지 않다는 이유로 용도에 대한 입증책임은 상속인들에게 전가하여 실제로 상속을 받지도 못한 아무런 귀책사유 없는 상속인들로 하여금 피상속인에 의하여 처분된 용도불명의 재산에 대하여도 상속세를 납부하도록 하여 헌법상 보장된 청구인들의 재산권을 침해하고, 그 처분금액이 1억원 이상인 상속인과 그 이하인 상속인을 합리적 이유없이 차별하여 조세평등주의에 위배된다.

즉, 헌법재판소의 이전 결정(헌재 1995. 9. 28. 94헌바23 결정)과 같이 이 사건 법률조항을 추정규정으로 본다 하여도 상속개시 전 2년 이내에 피상속인이 처분한 재산의 대금으로 얻은 금원의 용도가 명백하지 아니한 경우에는 상속인이 그 용도를 입증하지 못하는 한 고율의 상속세 납부의무를 지게 되어 상속인의 재산권이 과도하게 제한되는 것이고, 이와 같이 납세자와 무관한 행위에 관하여 납세자에게 입증책임을 부여하고 그 증거 미비의 경우에 이를 과세표준으로 삼는 것은 상속재산에 관한 조세체계는 물론 조세법 전체 체계와도 조화되지 아니하는 것으로 헌법에 반한다.

나. 위헌제청신청 기각이유

이 사건 법률조항은 상속개시 전에 상속재산을 사전에 처분하여 현금, 채권 등 과세자료의 노출이 쉽지 않은 재산으로 바뀌 은밀히 상속하는 등 상속세를 면탈하려는 행위를 규제하기 위한 것인 바, 현금, 채권 등과 같이 과세자료의 포착이 용이하지 아니한 재산에 대한 상속사실을 당사자가 아닌 제3자가 구체적이고 정확하게 입증하는 것은 대부분의 경우 사실상 불가능하므로 과세관청에 대하여 완전한 정도의 입증책임을 부담시킬 경우 상속세를 과세할 수 없게 되어 결과적으로 국민들 간의 조세부담이 불공평하게 되고, 나아가 상속개시에 임박하여 처분된 고액재산의 처분대금에 대한 용도가 객관적으로

명백하지 아니한 경우에는 경험칙에 비추어 생전에 증여하거나 현금 또는 노출이 되지 않는 다른 재산으로 상속인들에게 상속되었다고 추정할 수 있을 것이므로, 상속인들의 입증가능 정도를 감안하여 그 처분의 용도가 명백하지 아니한 경우를 대통령령에서 구체적으로 명시하고, 산입대상기간을 상속개시에 임박한 상속개시일 전 2년 이내로 제한하며, 산입대상금액도 재산종류별 처분대금이 1억원 이상인 고액으로 한정함으로써 조세마찰의 소지를 최소화하고 있는 이 사건 법률조항은 이를 간주규정이 아닌 추정규정으로 보는 헌법에 위반되지 아니한다.

다. 국세청장의 의견

이 사건 법률조항의 취지는 피상속인이 상속개시일 전 2년 이내에 상속재산을 처분한 경우 처분대금이 현금으로 상속인에게 증여 또는 상속될 가능성이 많으므로 그 중 용도가 객관적으로 명백하지 아니한 금액에 대하여 합리적인 범위 내에서 일정한 요건 하에 상속인이 현금상속 받은 것으로 추정하여 상속세의 부당한 경감을 도모하는 행위를 방지하는 것인 바, 상속개시에 임박하여 처분된 고액재산의 처분대금이 뚜렷한 사용처가 없는 경우 경험칙에 비추어 상속인에게 생전에 증여되거나 현금 또는 노출이 되지 않는 다른 재산으로 상속인들에 상속되었다고 추정할 수 있을 것이므로 상속사실에 관한 과세관청의 입증부담을 완화시키거나 피상속인과 같은 생활영역에 속한 상속인으로 하여금 경험칙의 적용대상이 되지 아니하는 사정을 입증하도록 하는 것이 합리적이라 할 것이며, 또한 이 사건 법률조항이 그 용도가 객관적으로 불명한 모든 경우에 그 금액을 상속가액에 산입하는 것이 아니라 상속개시일 전 2년 이내, 1억원 이상의 경우로 시기와 금액 양면에서 합리적인 제한을 가하고 있고 재산처분시기와 상속개시시기에 관한 이 정도의 근접성 설정은 입법자가 판단할 수 있는 입법형성권의 범위 내에 속한다고 볼 수 있으므로, 이 사건 법률조항은 헌법상 재산권보장의 원칙이나 조세평등주의에 위배되지 아니한다.

라. 재정경제부장관의 의견

법원의 위헌제청신청 기각이유 및 국세청장의 의견과 대체로 같다.

3. 판 단

가. 재판관 김효중, 재판관 김경일, 재판관 송인준, 재판관 전효숙의 한정위헌의견

(1) 헌법재판소는 이 사건 법률조항에 대하여 이미, 이 사건 법률조항 중

“용도가 객관적으로 명백하지 아니한 것 중 대통령령이 정하는 경우”를 추정 규정으로 보지 아니하고 간주규정으로 해석하는 것은 헌법에 위반된다는 한정위헌결정을 선고한 바 있고, 그 이유의 요지는 다음과 같다(헌재 1995. 9. 28. 94헌바23, 판례집 7-2, 319, 325-329 참조).

『(가) 먼저 이 사건 법률조항 중 “용도가 객관적으로 명백하지 아니한 것”이라는 부분이 과세요건의 명확성과 관련하여 문제될 수 있으나, 이는 사회생활에서 통상 일어나는 경험을 통하여 판단할 수 있는 사항이고 그 취지가 과세권자로 하여금 일반적인 경험칙에 의하여 과세요건 해당성을 판단할 것을 요구하는 것으로 이해할 수 있으므로, 과세요건명확주의에 위반된다고 볼 수 없다.

(나) 이 사건 법률조항 중 “용도가 객관적으로 명백하지 아니한 것 중 대통령령이 정하는 경우”를 간주규정으로 해석한다면, 이는 대통령령이 정하는 경우 상속인이 상속을 받지 아니하였다고 하는 반증이 있는데도 이를 허용하지 아니하게 되어 억울한 조세부과에 대하여 쟁송의 길마저 막아 버리게 되는 것일 뿐만 아니라 실지조사와 쟁송의 번거로움을 피하고 편리한 세금징수의 방법만을 강구한 나머지 행정편의주의 및 획일주의의 정도가 지나치게 되는 것으로, 헌법 제11조 제1항, 제23조 제1항, 제27조 제1항 등에 위반된다.

그러나 이를 추정규정으로 해석한다면 상속인은 상속세 부과처분에 대하여 불복하여 다툴 수 있고, 비록 용도가 명백하지 아니하더라도 구체적인 소송과정에서 법원의 판단으로 상속인이 상속하지 아니하였다고 인정되는 경우에는 그 적용을 배제할 수 있으므로, 상속인이 억울하게 상속세를 납부하여야 하는 경우를 제도적으로 방지할 수 있어서 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

(다) 나아가, 이 사건 법률조항은 “상속개시일 전 2년 이내”의 상속재산 처분을 그 규율대상으로 하고 있는바, 재산처분시기와 상속개시시기에 관한 일정도의 근접성 설정은 이 사건 법률조항의 입법목적인 상속세 회피행위 방지를 위한 실효성 측면에서 볼 때 입법자가 판단할 수 있는 입법형성권의 범위 내에 속한다고 보아야 할 것이다.』

(2) 헌법재판소는 위 결정 이전에 이 사건 법률조항 이전의 규정인, 1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되기 전의 구 상속세법 제7조의2 제1항에 대하여도 유사한 취지의 한정위헌결정을 두 차례 선고한 바 있다(헌재 1994. 6. 30. 93헌바9, 판례집 6-1, 631; 헌재 1995. 7. 21. 92헌바27등, 공보 11, 502 참조). 즉, 위 94헌바23 결정은 생전 처분재산의 과세가액 산입규정이란 측면에

서 실질적으로 동일하다고 볼 수 있는 조항에 대한 이전의 한정위헌결정의 판사를 다시 한번 확인한 것이라 볼 수 있으며, 여기서 이 사건 청구인은 이 사건 법률조항을 위 결정과 같이 추정조항으로 본다 하더라도 이는 헌법상 재산권 보장과 조세평등주의에 반하는 것이라고 주장하고 있는 것이다.

간략히 살펴건대, 우선 이 사건 법률조항의 입법취지는 피상속인이 재산처분대금을 과세자료의 포착이 쉽지 않은 현금의 상태로 상속인에게 증여 또는 상속함으로써 상속세를 부당하게 경감하는 것을 방지하기 위한 것으로 그 입법목적이 정당하고(헌재 1994. 6. 30. 93헌바9, 판례집 6-1, 631, 642 참조), 법규정의 형식적 측면에서 볼 때 이 사건 법률조항은 당해 조세규정의 문리해석이나 관련규정의 체계 및 입법취지 등에 비추어 그 의미가 분명해질 수 있으므로 과세요건명확주의에 위반된다고 볼 수 없다(헌재 1994. 6. 30. 93헌바9, 판례집 6-1, 631, 637-639 참조). 나아가 이 사건 법률조항상 시기 및 금액 설정은 이 사건 법률조항의 입법목적인 상속세 회피행위를 효과적으로 방지하기 위해 입법자가 선택할 수 있는 입법형성권의 범위 내에 있는 것으로 보아야 할 것이다(헌재 1995. 9. 28. 94헌바23, 판례집 7-2, 327-328 참조).

무엇보다 입증책임과 관련하여, 조세소송에 있어서는 원칙적으로 과세관청이 과세요건사실을 입증하여야 하나, 과세자료의 대부분이 납세자가 지배하는 생활영역에 있는 관계로 과세관청의 입증이 상대적으로 쉽지 않다는 점에서 일정한 경우에는 구체적인 소송과정에서 경험칙에 비추어 과세요건사실이 추정되는 사실이 밝혀지면 간접반증 등의 이론에 따라 납세자로 하여금 경험칙 적용의 대상이 되지 아니하는 사정을 입증하게 함으로써 과세관청의 입증 책임을 완화시키는 것이 가능하다. 구체적으로 이 사건과 같이 피상속인이 상속개시에 임박하여 고액의 재산을 처분한 경우 그 처분대금의 소비처가 명확히 밝혀지지 아니한 때에는 경험칙에 비추어 현금 또는 노출되지 아니한 다른 재산으로 상속인들에게 상속되었을 개연성이 큰 반면 과세관청이 이에 대하여 정확하게 입증하는 것은 대부분의 경우 사실상 불가능하므로 이러한 경우 그 특수성을 감안하여 실질적으로 입증책임의 전환을 인정할 수 있다 할 것이다.

그러나 이와 같이 이 사건 법률조항이 사실상 입증책임의 전환이라는 특수한 형태를 취하고 있지만, 구체적인 소송과정에서 법원의 판단으로 상속인이 상속하지 아니하였다고 인정되는 경우에는 그 적용이 배제될 수 있음은 물론이다(헌재 1994. 6. 30. 93헌바9, 판례집 6-1, 631, 643 참조).

이와 같은 입증책임 전환의 필요성은 구체적으로 사회경제적 현실과 밀접한 관련을 맺고 있다. 과거 금융자산을 차명에 의하여 자유롭게 거래할 수 있었던 상황 하에서는 피상속인이 상속개시 전 재산처분대금을 어떤 용도에 사용했는지, 사망시점에 현금이나 예금 등의 형태로 이를 상속인에게 은밀하게 상속시켰는지를 과세관청이 확인하는 것은 거의 불가능하였다. 즉, 실질적으로 이 사건 법률조항의 위헌여부를 논함에 있어서는 금융실명제 및 종합과세제도 시행과 이 사건 법률조항의 상관관계에 대하여 면밀히 살펴볼 필요가 있다(헌재 1994. 6. 30. 93헌바9, 판례집 6-1, 631, 642 참조). 우리나라에서 금융실명제는 1993. 8. 12. “금융실명거래 및 비밀보장에 관한 긴급명령”에 의하여 전격 실시되었고, 금융실명제의 완결이라 할 수 있는 금융소득 종합과세는 위 금융실명제를 기반으로 1996년 1월부터 시행되었으나 실제 과세는 1996년 귀속 이자소득분에 대해 1997년부터 이루어졌으며 그나마 1997년말 IMF 경제위기로 인해 유보되어 오다 2001년 1월부터 재시행되고 있는 현실이다. 그런데 이 사건 법률조항은 1996. 12. 30. 법률 제5193호로 개정되기 전의 것으로 1991. 1. 1.부터 1996. 12. 31. 사이에 상속이 개시된 경우만 적용되는 것인바(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정된 상속세법 부칙 제1조, 제2조 및 1996. 12. 30. 법률 제5193호로 개정된 상속세및증여세법 부칙 제1조, 제2조 참조. 청구인의 상속 개시 시점, 1993. 3. 20.), 그 시기는 금융실명제가 실시되지 않았거나 시행 초기로서 금융소득 종합과세제도의 미비 등으로 인해 실명제의 실효성이 제도적으로 보장되었다고 보기 힘든 상황이었기 때문에 과세관청이 피상속인의 자금을 추적하여 현금 또는 노출이 되지 아니하는 재산 등 과세자료를 포착하는 것은 여전히 용이하지 아니하였다.

이에 반해 상속인은, 비록 오늘날의 생활상에 비추어 볼 때 상속인이 피상속인의 경제활동을 인지하고 확인하는 것이 이전보다 어려워졌다고는 할 것이나, 일반적으로 피상속인과 동일한 또는 근접한 생활영역에 있기 때문에 과세관청에 비하여 피상속인의 경제활동을 확인하기가 훨씬 용이하다는 점을 부인하기는 어렵다 할 것이다(헌재 1994. 6. 30. 93헌바9, 판례집 6-1, 631, 642-643 참조).

(3) 따라서, 금융실명제의 정착과정에 따른 이 사건 법률조항 이후의 개정 법률조항 내지 현행법조항에 대한 위헌논의는 별론으로 하더라도, 이 사건에서는 위 한정위헌결정(94헌바23)과 달리 판단하여야 할 특별한 사정변경이 있다고 할 수 없으므로, 위 판시이유를 그대로 유지하기로 한다.

나. 재판관 김영일의 합헌의견

나는 이 사건 법률조항을 추정규정으로 해석하는 것은 헌법에 위반되지 아니하나 만약 간주규정으로 해석한다면 이는 헌법 제11조 제1항, 제23조 제1항, 제27조 제1항 등에 반한다고 보는 점에서는 위 한정위헌의견과 뜻을 같이 하나, 이 사건 법률조항에 대하여 이미 동일한 취지의 한정위헌결정이 있었음에도 불구하고 주문으로 재차 한정위헌결정을 선고하는 것은 받아들일 수 없어 다음과 같이 합헌의견을 밝히는 바이다.

즉, 헌법재판소는 이 사건 법률조항에 대하여 이미 『구 상속세법(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정된 것) 제7조의2 제1항 중 “용도가 객관적으로 명백하지 아니한 것 중 대통령령으로 정하는 경우”를 추정규정으로 보지 아니하고 간주(看做)규정으로 해석하는 것은 헌법에 위반된다.』는 한정위헌결정(헌재 1995. 9. 28. 94헌바23, 판례집 7-2, 319, 321)을 선고한 바 있는바, 위헌결정의 효력에 비추어 볼 때, 이 한정위헌결정에 의하여 이 사건 법률조항에 대한 위헌적인 해석의 범주는 무효화되었다고 볼 것이고, 따라서 이 사건 법률조항은 더 이상 간주규정으로 해석될 여지가 없이 실질적으로는 법규범상 추정규정으로서의 의미만을 갖게 될 뿐이다.

그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항에 대하여 재차 한정위헌결정을 하는 것은 이미 이 사건 법률조항의 규범영역으로부터 확정적으로 배제된 해석가능성을 전제한 것으로 논리적으로 부당하고, 이는 결국 위헌결정의 효력 및 이와 관련된 이 사건 심판대상의 법규범으로서의 의미를 오해한 것이라 할 것이다.

이에 나는, 동일한 취지의 한정위헌결정이 있는 이 사건에 있어서는, 단순히 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되지 아니한다고 선고함이 상당하다는 의견을 밝히는 바이다.

다. 재판관 윤영철, 재판관 하경철, 재판관 권 성, 재판관 주선회의 단순위헌의견

이 사건 법률조항은 이를 추정규정으로 해석한다고 하더라도 상속인의 재산권을 침해하므로 헌법에 위반된다고 본다.

(1) 상속개시시에 근접하여 피상속인이 처분한 상속재산 금액의 소비처가 명백치 않은 경우에 그 금액이 경험칙에 비추어 현금의 형태 또는 노출되지 아니하는 다른 재산의 형태로 상속인에게 상속되었을 개연성이 반드시 높은 것은 아니며 또한 상속인의 입장에서 그 금액의 사용내역을 입증하기가 용이

한 것도 아니다.

(2) 피상속인이 상속재산을 처분하여 얻은 금액을 불법적이거나 비정상적인 용도 또는 비밀한 용도에 사용하는 경우도 있을 수 있는데 이러한 경우에는 상속인이 그 용도를 알기란 사실상 불가능한 경우가 많다. 또한 피상속인이 이를 일상적이고 통상적인 용도에 사용한 경우라고 하여도 피상속인이 그 용도를 알지 못하는 경우가 얼마든지 있을 수 있다. 우리 사회의 가족제도가 이미 오래 전에 핵가족제도로 이행된 데다가 인구의 이동이 광범위하고 빈번하게 발생하는 결과로 가족구성원의 결속이 현저히 이완되고 상속인과 피상속인이 멀리 떨어져 살면서 서로 교류가 없게 됨으로써 가족의 경제생활이 부자나 부부 사이에서도 개별화·은비화되는 일이 허다할 뿐만 아니라 영수증 등을 보관, 정리하는 것이 일상화되어 있지 않기 때문이다. 더구나 피상속인이 자신의 사망이 특별히 예상되지 않는 경우에 상속인에게 생전에 자신의 재산상태에 관하여 자세히 알려 주거나 재산을 처분한 경우에도 처분사실 및 처분금액의 사용내역을 일일이 상속인에게 알려 준다는 것은 이례적인 일이다. 교통사고 등과 같은 불의의 사고로 피상속인이 사망한 경우나 돌연사한 경우에는 더욱 그러하다. 피상속인이 상속재산을 처분하고 그 금액을 소비한 경우에 상속인이 피상속인의 사망 후에 그 용도를 알아낸다는 것은 이러한 상황하에서는 매우 어려운 일이다.

그러므로 피상속인이 처분한 상속재산의 금액의 용도가 객관적으로 불명한 경우라고 하여도 이것이 상속인에게 상속된 것이 아니라 피상속인 자신이 소비 내지 사용한 경우도 얼마든지 있을 수 있기 때문에 이러한 경우에 이를 상속가액에 산입하는 것은 상속인이 상속하지 않은 재산에 대하여 상속세를 부과하는 결과를 초래하여 상속인의 재산권을 침해하는 것이다. 상속세 관련법률은 실제로 상속한 재산에 대하여만 상속세를 부과할 수 있도록 규정하고 있으므로(상속세및증여세법 제1조 참조) 실제로 상속하지 않은 재산에 대하여 상속세를 부과하는 것은 법률상의 근거 없이 세금을 부과함으로써 조세법률주의를 채택한 헌법을 위반하여 국민의 재산권을 침해하는 것이다.

(3) 한정위헌의견은 “용도가 객관적으로 명백하지 아니한 것 중 대통령령으로 정하는 경우”를 추정규정으로 해석하면 상속인이 억울한 상속세 부과처분에 대한 취소소송에서 반증을 제시하여 이를 번복할 수 있기 때문에 부당하게 상속세를 납부하여야 하는 경우를 제도적으로 방지할 수 있다고 한다. 그러나 피상속인이 상속재산을 처분하여 얻은 금액을 스스로 소비 내지 사용

한 사실을 상속인이 입증한다는 것은 사실상 불가능한 경우가 허다하다. 왜냐하면 이미 앞에서 본 바와 같이 피상속인과 상속인의 생활이 분리되어 있는 경우가 많고 피상속인이 그 사용용도를 은비하거나 알려주지 않는 경우가 많으며 피상속인이 증빙자료를 보관, 정리하여 인계하여 주지 않는 일도 많기 때문에 상속인이 그 용도를 알지 못하거나 설혹 안다고 하여도 그 증빙자료를 입수하기가 사실상 불가능한 경우가 허다하기 때문이다.

행정소송에서 국민의 권리를 제한하는 행정처분의 요건에 관한 입증책임은 행정관청이 부담하는 것이 원칙인데 이 사건 법률조항은 그와는 반대로 과세요건에 배치되는 사실의 입증책임을 과세관청이 아닌 상속인에게 부담시킨다는 점에서 예외적인 규정이다. 특히 세무소송에 있어서 상속세의 경우 이외에는 과세자료의 대부분이 납세자가 지배하는 생활영역에 존재하여 과세관청의 과세요건사실의 입증이 용이하지 않음에도 불구하고 법은 원칙적으로 과세요건사실의 존재를 과세관청으로 하여금 입증하게 하고 다만 경험칙에 의한 추정이 합리적이라고 보이는 일부의 경우에 그러한 추정을 허용함으로써 과세관청의 입증부담의 정도를 완화시켜 주고 있을 뿐이다. 그런데 이 사건 법률조항을 추정규정으로 해석한다면, 이것은 경험칙에 의한 추정이 현실적으로 근거가 없는 그러한 사실, 나아가 반증의 제출이 사실상 불가능한, 그러한 사실의 추정을 무리하게 허용하는 것이 된다. 이로 인하여 일정한 경우 상속인이 상속하지 않은 재산에 대하여 고액의 상속세를 부담하게 됨은 물론 때로는 상속재산 이외에 상속인 본인의 재산까지 희생하여 거액의 세금을 부담해야 되는 부당한 결과를 발생케 하는 것으로 이것은 앞에서 본 바와 같이 상속인의 재산권을 침해하는 것이다.

(4) 물론 이러한 추정에 의하여 과세당국이 조세행정상의 편의를 얻고 상속세의 회피를 방지한다는 공익이 있다고 할 수 있지만 이러한 공익에 비하여, 실제로 상속받지 못한 상속재산에 대하여도 고율의 상속세 납부의무를 지게 되는 상속인의 재산상의 불이익이 너무 크기 때문에 두 개의 법익 사이에 적절한 균형이 유지되고 있다고 할 수 없다.

(5) 그러므로 이 사건 법률조항은 헌법 제23조 제1항에 보장된 청구인의 재산권을 침해하여 위헌이라고 할 것이다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항에 대하여 재판관 윤영철, 재판관 하경철, 재판관 권 성, 재판관 주선회는 단순위헌의견이고 재판관 김효종, 재판관 김경일,

재판관 송인준, 재판관 전효숙은 한정위헌의견이며 재판관 김영일은 합헌의견인바, 한정위헌의견은 질적 일부위헌의견이기 때문에 단순위헌의견도 일부위헌의견의 범위 내에서는 한정위헌의견과 견해를 같이 한 것이라 할 것이어서 이를 합산하면 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호 소정의 심판정족수에 이른다 할 것이므로(헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 99 참조) 이에 주문과 같이 결정한다.

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

계구사용행위 위헌확인

(2003. 12. 18. 2001헌마163 전원재판부)

【판시사항】

1. 당사자의 추가적 변경신청을 인정할 것인지 여부(소극)
2. 계구의 종류와 사용요건을 정하고 있는 계구의제식과사용절차에관한규칙 제2조, 제4조, 제5조(이하 ‘이 사건 규칙조항’이라 한다)가 청구인의 기본권을 직접 제한하여 그에 대한 심판청구가 적법한지 여부(소극)
3. 헌법소원심판 청구 후 계구사용행위가 종료된 경우 동종의 기본권 침해가 반복될 위험이 있고 그 해명이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항으로 중대한 의미가 있어 심판청구의 이익을 인정할 수 있는지 여부(적극)
4. 계구사용의 요건과 한계
5. 광주교도소장이 2000. 3. 7.부터 2001. 4. 2.까지 총 392일(가속수갑 388일)동안 광주교도소에 수용되어 있는 청구인에게 상시적으로 양팔을 사용할 수 없도록 금속수갑과 가죽수갑을 착용하게 한 것이 청구인의 신체의 자유 등 기본권을 침해하였다고 판시한 사례

【결정요지】

1. 당사자의 추가적 변경 신청을 인정할 것인지 여부에 관하여 헌법재판소법에 명문의 규정이 없으므로 준용규정인 같은 법 제40조에 의거하여 행정소송법과 민사소송법의 규정을 준용하여 판단할 수밖에 없는데 이 사건에서 문제되는 것과 같은 피고의 추가적 변경을 인정하는 규정은 존재하지 아니하므로 원칙적으로 임의적 당사자변경은 인정되지 않으며 또한 당사자변경을 자유로이 허용한다면 심판절차의 진행에 혼란을 초래하고 또 상대방의 방어권 행사에도 지장을 줄 우려가 있으므로 당사자의 동일성을 해치는 임의적 당사자변경은 헌법소원심판에서도 원칙적으로 허용되지 않는다.
2. 이 사건 규칙조항은 가죽수갑을 계구의 한 종류로 들고 있으면

서 그 사용요건을 정해 놓은 것에 불과하여 교도소장과 교도관들의 구체적인 사용행위 없이 그 자체만으로는 청구인의 어떠한 기본권을 제한하고 있는 것으로 볼 수 없다. 따라서 이 사건 규칙조항에 대한 심판청구는 직접성을 결여하여 부적법하다.

3. 각종 수용시설 내에서 질서유지 및 수용자의 보호를 위한 금속수갑 및 가죽수갑의 사용은 행형법상 허용되고 있으므로 계구사용행위와 같은 종류의 조치는 많은 수용자들에게 계속하여 반복될 가능성이 크고 청구인의 경우에도 계속하여 구금되어 있으므로 앞으로 다시 계구사용이 행해질 가능성이 있다. 그리고 이미 수용시설 내에 구금되어 기본권이 제한되고 있는 수용자들에게 계구의 사용으로 신체의 자유 등 기본권을 부가적으로 제한하는 것은 기본적 처우와 관련된 매우 중요한 문제로서 그 한계에 대한 헌법적 해명은 헌법질서 수호를 위하여 중대한 의미를 가지므로 이 사건 계구사용행위에 대한 헌법소원심판청구는 심판의 이익이 인정된다.

4. 계구는 수용자에 대한 직접강제로 작용하므로 이것이 사용되면 수용자는 팔·다리 등 신체의 움직임에 큰 지장을 받게 되고 육체적·정신적 건강을 해칠 가능성이 높다. 따라서 계구의 사용은 무엇보다도 수용자들의 육체적·정신적 건강 상태가 유지되는 범위 내에서 이루어져야 하고 시설의 안전과 구금생활의 질서에 대한 구체적이고 분명한 위협이 임박한 상황에서 이를 제거하기 위하여 제한적으로 필요한 만큼만 이루어져야 한다. 그 경우에도 가능한 한 인간으로서의 기본적인 품위를 유지할 수 있도록 하여야 한다.

5. 피청구인이 수용시설의 안전과 질서유지를 책임지는 교도소의 소장으로서 청구인의 도주 및 자살, 자해 등을 막기 위하여 수갑 등의 계구를 사용한 목적이 정당하고 이 사건 계구사용행위가 이를 위한 적합한 수단이라 볼 수 있다. 그러나 청구인은 1년이 넘는 기간 동안 일주일마다 1회 내지 많으면 수회, 각 약 30분 내지 2시간 동안 탄원서나 소송서류의 작성, 목욕, 세탁 등을 위해 일시적으로 해제된 것을 제외하고는 항상 이중금속수갑과 가죽수갑을 착용하여 두 팔이 몸에 고정된 상태에서 생활하였고 이와 같은 상태에서 식사, 용변, 취침을 함으로써 일상생활을 정상적으로 수행할 수 없었으므로 그로 인하여 신체적, 정신적으로 건강에 해를 입었을 가능성이 높고 인간

으로서 최소한의 품위유지조차 어려운 생활을 장기간 강요당했다. 또한 적어도 기본적인 생리현상을 해결할 수 있도록 일시적으로 계구를 해제하거나 그 사용을 완화하는 조치가 불가능하였다고 볼 수도 없고, 청구인에게 도주의 경력이나 정신적 불안과 갈등으로 인하여 자살, 자해의 위험이 있었다 하더라도 그러한 전력과 성향이 1년 이상의 교도소 수용기간동안 상시적으로 양팔을 몸통에 완전히 고정시켜둘 정도의 계구사용을 정당화 할 만큼 분명하고 구체적인 사유가 된다고 할 수 없다. 따라서 이 사건 계구사용행위는 기본권제한의 한계를 넘어 필요 이상으로 장기간, 그리고 과도하게 청구인의 신체거동의 자유를 제한하고 최소한의 인간적인 생활을 불가능하도록 하여 청구인의 신체의 자유를 침해하고, 나아가 인간의 존엄성을 침해한 것으로 판단된다.

【심판대상조문】

계구의제식과사용절차에관한규칙(1995. 5. 3. 법무부훈령 제333호로 제정된 것) 제2조(계구의 구분) ① 계구는 그 종류별로 다음 각호와 같이 구분한다.

1. 생략
2. 수갑은 금속수갑과 가죽수갑으로 구분한다.
- 3.~4. 생략

② 생략

계구의제식과사용절차에관한규칙(1995. 5. 3. 법무부훈령 제333호로 제정된 것) 제5조(계구의 사용요건) ① 생략

② 수갑은 다음 각호의 1과 같은 사유가 있을 때에 사용할 수 있다.

1. 생략
2. 가죽수갑은 정신이상자·중범자 등 충동적·우발적 교정사과의 위험성이 큰 수용자에게 장기간 계속하여 계구를 사용할 필요가 있을 때

③, ④ 생략

【참조조문】

헌법 제10조, 제12조

형형법 제14조(계구) ① 교도관은 수용자의 도주·폭행·소요 또는 자살의 방지 기타 교도소등의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 경우에는 계구를 사용할 수 있다.

② 계구의 종류는 다음과 같다.

1. 포승
2. 수갑

3. 사슬

4. 안면 보호구

③ 계구는 징벌의 수단으로 사용하여서는 아니된다.

④ 계구의 종류별 사용요건 및 사용절차에 관한 사항은 대통령령으로 정하되, 계구의 모양·규격 및 사용방법 등에 관한 사항은 법무부장관이 정한다.

행형법시행령 제45조(계구의 사용) 계구는 당해 소장의 명령없이 사용하지 못한다. 다만, 긴급을 요하는 때에는 사용후 즉시 소장에게 보고하여야 한다.

행형법시행령 제46조(계구의 종류별 사용요건 등) ① 포승과 수갑은 소요·폭행·도주 또는 자살의 우려가 있는 자와 호송중의 수용자에게, 안면보호구는 제지에 불응하고 고성을 발하거나 자해의 우려가 있는 수용자에게 각각 사용한다.

② 사슬은 제1항의 규정에 의한 포승과 수갑으로 수용자를 제지할 수 없거나 기타 특히 필요한 경우에 사용할 수 있다.

③ 제1항의 안면보호구는 6시간 이상을 계속하여 사용하지 못한다. 다만, 특히 계속하여 사용할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 3시간을 연장사용할 수 있다.

계구의제식과사용절차에관한규칙(1995. 5. 3. 법무부훈령 제333호로 제정된 것) 제2조(계구의 구분) ① 계구는 그 종류별로 다음 각호와 같이 구분한다.

1. 포승은 호송용포승과 개인용포승으로 구분한다.
2. 수갑은 금속수갑과 가죽수갑으로 구분한다.
3. 사슬은 긴 사슬과 짧은 사슬로 구분한다.
4. 안면보호구는 머리보호형 안면보호구와 소란방지형 안면보호구로 구분한다.

② 교도소·구치소·감호소 등의 장(이하 “소장”이라 한다)은 제1항에서 정한 계구이외의 다른 신체구속용구를 수용자에게 사용할 수 없다.

계구의제식과사용절차에관한규칙(1995. 5. 3. 법무부훈령 제333호로 제정된 것) 제4조(계구의 사용요건) ① 소장은 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 수용자에게 계구를 사용할 수 있다.

1. 이송 및 출정을 위한 호송 기타 교정시설 이외의 장소에서 수용자를 호송할 때
2. 도주·자살·자해·폭행·폭동 등(이하 “교정사고”라 한다)의 예방을 위하여 필요한 때
3. 교도관(경비교도를 포함한다. 이하 같다)에 대하여 폭행 등 위해를 가하거나 가하려고 하여 이의 제지를 위하여 필요한 때
4. 시설 또는 각종 기기를 파손하거나 파손하려고 하여 이의 제지를 위하여 필요한 때
5. 기타 자기 또는 타인의 생명·신체·재산을 보호하기 위하여 필요한 때

② 수용자에게 계구를 사용하기 위하여는 사전에 소장의 허가를 받아야 한다. 다만, 교정사고의 방지를 위하여 긴급하다고 인정되는 때에는 사후에 소장의 허가를 받을 수 있다.

③ 제2항 단서 규정에 의하여 계구를 사용하는 때에는 당해 교도관이 당직간부에게 그 상황을 신속히 보고하여야 한다.

계구의제식과사용절차에관한규칙(1995. 5. 3. 법무부훈령 제333호로 제정된 것) 제5조

(계구의 사용요건) ① 포승은 다음 각호의 1과 같은 사유가 있을 때에 사용할 수 있다.

1. 신사승은 고령자·여자·환자 등 교정사고의 위험성이 크지 아니하다고 인정되는 수용자로서 현장검증·사회견학 등을 위한 개별호송시 그 수용자의 명예보호를 위하여 특히 필요한 때
2. 양수승은 이송·출정 등 교정시설이외에서의 호송중에 사용하거나 교정시설내에서의 교정사고 예방을 위하여 필요한 때
3. 하퇴승은 당해 수용자의 범죄내용·형명·형기·범수·성격·수용생활태도 등으로 보아 교정사고를 일으킬 위험성이 크고 특히 성격이 포악하여 타인에 대한 폭행 등 위해의 우려가 현저할 때
4. 하지승은 제지에도 불구하고 계속하여 발로 다른 사람을 폭행하려고 하거나 시설물 등을 파손하려고 할 때 또는 교정사고의 전력이 있는 수용자가 다시 교정사고를 일으킬 위험이 현저할 때

② 수갑은 다음 각호의 1과 같은 사유가 있을 때에 사용할 수 있다.

1. 금속수갑은 수용자의 호송시 또는 교정사고의 예방을 위하여 필요한 때
2. 가죽수갑은 정신이상자·중범자 등 충동적·우발적 교정사고의 위험성이 큰 수용자에게 장기간 계속하여 계구를 사용할 필요가 있을 때

③ 사슬은 다음 각호의 1과 같은 상가 있을 때에 사용할 수 있다.

1. 포승·수갑 등의 계구를 사용중인 수용자가 임의로 이를 풀거나 손괴한 때 또는 상습적으로 다른 수용자를 폭행하거나 교도관에 대한 폭행·협박의 위험성이 현저하여 다른 방법으로는 교정사고의 효과적 예방이나 진압이 어렵다고 인정되는 때
2. 외부병원에 입원중인 수용자에게 교정사고의 예방을 위하여 필요한 때
3. 제2호의 규정에 의하여 사슬을 사용하는 경우에는 수용자의 발 또는 손과 침상의 적당한 부위에 짧은 사슬을 연결하는 등 도주사고의 예방에 중점을 두어야 하며 당해 수용자의 치료에 지장이 없도록 특히 유의하여야 한다.

④ 안면보호구는 다음 각호의 1과 같은 사유가 있을 때에 사용할 수 있다.

1. 머리보호형 안면보호구는 벽이나 철격자 등에 자신의 머리 또는 안면을 받아 자해를 하거나 할 우려가 있을 때
2. 소란방지형 안면보호구는 제지에도 불구하고 계속 큰소리를 지르는 등 소란행위를 하여 타수용자의 평온한 생활을 해칠 우려가 있고 다른 방법으로는 이를 제지하기가 어려운 때

【참조판례】

1. 헌재 1998. 11. 26. 94헌마207, 판례집 10-2, 716, 724-725
2. 헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813, 823
3. 헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 5
헌재 2001. 8. 30. 99헌바92등, 판례집 13-2, 174, 192
4. 헌재 1999. 5. 27. 97헌마137등, 판례집 11-1, 653, 662

5. 헌재 1992. 4. 14. 90헌마82, 판례집 4, 194, 20
헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 874

【당 사 자】

청 구 인 정○호
국선대리인 변호사 임동진
피청구인 광주교도소장

【주 문】

1. 청구인의 계구의제식과사용절차에관한규칙(1995. 5. 3. 법무부훈령 제333호로 제정된 것) 제2조 제1항 제2호와 제5조 제2항 제2호에 대한 심판청구를 각하한다.
2. 피청구인이 2000. 3. 7.부터 2001. 4. 2.까지 청구인을 광주교도소에 수용하는 동안 상시적으로 양팔을 사용할 수 없도록 하는 계구를 착용하게 한 것은 청구인의 신체의 자유와 인간의 존엄성을 침해한 행위로서 위헌임을 확인한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상
가. 사건의 개요
(1) 청구인은 1999. 11. 5. 향정신성의약품관리법 위반혐의로 구속되어 광주교도소에 수감되었고 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(강도)죄 등으로 추가기소되어 2000. 2. 24. 광주지방법원 201호 법정에서 재판을 받던 중 공범 2명과 합동하여 미리 준비한 흉기로 법정계호 근무중인 교도관을 찌르고 도주하였다가 같은 해 3. 7. 체포되어 위 교도소에 재수감되었다.
(2) 청구인은 광주교도소에서 위 도주를 이유로 금지 2월의 징벌을 부과받고 징벌방에 수용되었는데, 재수감된 직후 금속수갑 2개가 채워지고 같은 달 11. 부터는 가죽수갑 1개가 추가로 채워졌으며 징벌이 종료된 후에도 해제되지 않았고 목포교도소로 이감되는 2001. 4. 2.까지 계속하여 위 계구들을 착용하였다. 위 계구는 이감된 목포교도소에서 같은 해 6. 18. 해제되었다.
(3) 이에 청구인은 계구를 착용하고 있던 중인 2001. 3. 7. 위와 같은 계구 사용행위에 의하여 헌법상 보장된 청구인의 인간의 존엄과 가치 및 신체의

자유 등 기본권을 침해당했다고 주장하면서 피청구인 광주교도소장의 위 계구사용행위와 그 근거규정인 계구의제식과사용절차에관한규칙 제2조 제1항 제2호 및 제5조 제2항 제2호에 대한 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였고 같은 해 10. 30. 헌법소원심판청구 정정신청서를 제출하여 추가로 목포교도소장의 위 계구사용행위에 대한 위헌확인을 구하였다.

나. 심판의 대상

(1) 청구인은 심판청구서에 광주교도소장의 계구사용행위만 심판청구의 대상으로 기재하였으나 청구인 대리인이 제출한 헌법소원심판청구 정정신청서에는 목포교도소장의 계구사용행위가 추가되어 있으므로 이는 피청구인을 추가하는 임의적 당사자변경 신청에 해당한다.

그러므로 이와 같은 당사자의 추가적 변경 신청을 인정할 것인가 문제된다. 이에 관하여는 헌법재판소법에 명문의 규정이 없으므로 준용규정인 같은 법 제40조에 의거하여 행정소송법과 민사소송법의 규정을 준용하여 판단할 수밖에 없다. 행정소송법 제14조가 피고의 경정을 인정하고 있고, 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정된 것) 제260조가 피고의 경정을, 같은 법 제68조, 제70조가 필수적 공동소송인, 예비적·선택적 공동소송인의 추가를 인정하는 외에는 이 사건에서 문제되는 것과 같은 피고의 추가적 변경을 인정하는 규정은 존재하지 아니하므로(이 점은 위 개정 전의 민사소송법도 마찬가지이다) 원칙적으로 임의적 당사자변경은 인정되지 않는다. 또한 당사자변경을 자유로이 허용한다면 심판절차의 진행에 혼란을 초래하고 또 상대방의 방어권 행사에도 지장을 줄 우려가 있으므로 당사자의 동일성을 해치는 임의적 당사자변경은 헌법소원심판에서도 원칙적으로 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다(헌재 1998. 11. 26. 94헌마207, 판례집 10-2, 716, 724-725 참조).

그러므로 청구인의 정정신청 중 목포교도소장을 피청구인으로 추가하는 부분은 받아들이지 아니한다.

(2) 따라서 이 사건 심판의 대상은 피청구인 광주교도소장이 2000. 3. 7.부터 2001. 4. 2.까지 청구인에 대하여 행한 계구사용행위(이하 “이 사건 계구사용행위”라 한다) 및 계구의제식과사용절차에관한규칙(1995. 5. 3. 법무부훈령 제333호로 제정된 것) 제2조 제1항 제2호와 제5조 제2항 제2호(이하 “이 사건 규칙조항”이라 한다)의 위헌여부이며 그 내용 및 관련조문의 내용은 다음과 같다.

계구의제식과사용절차에관한규칙 제2조(계구의 구분) ① 계구는 그 종류별로 다음 각호와 같이 구분한다.

2. 수갑은 금속수갑과 가죽수갑으로 구분한다.

제5조(계구의 사용요건) ② 수갑은 다음 각호의 1과 같은 사유가 있을 때에 사용할 수 있다.

2. 가죽수갑은 정신이상자·중범자 등 충동적·우발적 교정사고의 위험성이 큰 수용자에게 장시간 계속하여 계구를 사용할 필요가 있을 때

[관련참조조문]

행형법 제14조(계구) ① 교도관은 수용자의 도주·폭행·소요 또는 자살의 방지 기타 교도소 등의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 경우에는 계구를 사용할 수 있다.

② 계구의 종류는 다음과 같다.

1. 포승
2. 수갑
3. 사슬
4. 안면보호구

③ 계구는 징벌의 수단으로 사용하여서는 아니된다.

행형법시행령 제45조(계구의 사용) 계구는 당해 소장의 명령없이 사용하지 못한다. 다만, 긴급을 요하는 때에는 사용 후 즉시 소장에게 보고하여야 한다.

제46조(계구의 종류별 사용요건) ① 포승과 수갑은 소요·폭행·도주 또는 자살의 우려가 있는 자와 호송중의 수용자에게, 안면보호구는 제지에 불응하고 고성을 발하거나 자해의 우려가 있는 수용자에게 각각 사용한다.

계구의제식과사용절차에관한규칙 제4조(계구의 사용요건) ① 소장은 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 수용자에게 계구를 사용할 수 있다.

1. 이송 및 출정을 위한 호송 기타 교정시설 이외의 장소에서 수용자를 호송할 때
2. 도주·자살·자해·폭행·폭동 등(이하 “교정사고”라 한다)의 예방을 위하여 필요한 때
3. 교도관(경비교도를 포함한다. 이하 같다)에 대하여 폭행 등 위해를 가하거나 가하려고 하여 이의 제지를 위하여 필요한 때
4. 시설 또는 각종 기기를 파손하거나 파손하려고 하여 이의 제지를 위하여 필요한 때

5. 기타 자기 또는 타인의 생명·신체·재산을 보호하기 위하여 필요한 때 제5조(계구의 사용요건) ② 수갑은 다음 각호의 1과 같은 사유가 있을 때에 사용할 수 있다.

1. 금속수갑은 수용자의 호송시 또는 교정사고의 예방을 위하여 필요한 때
2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 계호행위는 구금확보와 질서유지 및 수용자보호를 위해 행하는 일체의 조치로서, 특히 계구를 사용한 물적 계호의 경우 그 대상에게 치명적인 인권의 제한을 초래하게 되므로 원칙적으로 금지되며 그 사용이 불가피한 경우에도 최후의 수단으로 필요한 최소한에 그쳐야 한다.

청구인의 경우 당시 중구금시설에 갇혀 있었고 허리디스크와 체포될 당시 오른쪽 새끼발가락에 입은 흉상으로 거동이 어려운 환자였으므로 의사에 의한 치료도 하지 않은 채 장기간 수갑 등을 사용하여 꼼짝 못하게 만들어 놓아야 할 이유가 전혀 없었다. 따라서 청구인은 이 사건 계구사용행위로 말미암아 인간의 존엄성과 신체의 자유 등 기본권을 침해받았다.

또한 청구인이 법정도주와 관련하여 이미 금지 등의 징벌을 받았음에도 불구하고 장기간 계구를 착용한 것은 사실상 동일한 징벌사유에 대하여 이중으로 처벌받은 것이다.

(2) 청구인에게 사용된 가죽수갑은 양팔의 팔목부위에서 팔꿈치 부위를 허리에 고정시키는 계구로서 이것이 채워지면 양팔이 몸통에 고정되어 운동이 불가능하게 된다. 행형법 제14조 제2항 제2호에 규정된 수갑은 수사기관 등에서 범인체포나 도주방지를 위해 사용하며 양 손목에 걸쳐서 채우는 쇠로 만든 계구로서 위와 같은 가죽수갑과 구별되는 것이므로 이 사건 규칙조항이 수갑의 일종으로 가죽수갑을 규정하고 있는 것 자체가 모법에 위반된다.

또한 이 사건 규칙조항이 가죽수갑을 정신이상자·중범자 등 충동적·우발적 교정사고의 위험성이 큰 수용자에게 장시간 계속하여 사용하도록 하고 있는 것은 계구를 필요최소한도로 사용하여야 한다는 모법의 규정에 위반된다.

설사 이 사건 규칙조항이 모법의 규정에 위반되지 않는다 하더라도 신체의 자유, 인간의 존엄성, 과잉금지의 원칙 등을 규정하고 있는 헌법에 위반된다.

나. 법무부장관의 의견요지

(1) 청구인은 이 사건 계구사용행위에 대하여 행형법 제6조 제1항에 규정된 청원을 하여야 하고 그에 대한 법무부장관 등의 심사결과에 따라 다시 행정

소송을 제기하는 등의 구제절차를 밟은 뒤에 헌법소원심판청구를 신청하여야 하므로 그러한 구제절차를 거치지 아니한 청구인의 이 사건 심판청구는 보충성의 원칙에 위반된다. 또한 청구인에 대한 이 사건 계구사용이 헌법소원심판 청구 후 모두 중단되어 더 이상 권리보호이익이 없게 되었다. 따라서 이 사건 심판청구는 부적법하여 각하되어야 한다.

(2) 청구인은 재판을 받던 중 교도소 내에서 제작한 흉기로 법정에서 계속 근무 중인 교도관을 찌르고 도주한 후 체포된 자로서 도주기간 동안의 심한 정신적 불안과 체포 채수용에 따른 갈등을 보이고 있었고 법정도주 사건에 대해서 어떠한 반성과 개전의 정도 없었으며 중형선고에 따른 심적 동요와 공범들간의 책임 전가, 애인과의 연락 두절 등으로 말미암아 심적 불안상태가 더욱 심해졌으므로 계구를 해제했을 경우에는 교도관의 눈을 피해 자살·자해·흉기제작·도주모의 등 교정사고를 유발할 가능성이 매우 높았다.

게다가 항소이유서, 반성문, 탄원서 등의 작성을 위해 필요한 경우나 목욕, 세탁, 이발 및 의료 진료의 경우에는 계구를 일시적으로 해제하여 생활에 불편함이 없도록 하였고 매일 정기적으로 운동을 실시하도록 하여 개인의 위생과 건강에 대한 배려를 아끼지 않았다.

따라서 이 사건 계구사용행위는 관련규정에 따라 불가피하게 이루어진 것으로서 인간의 존엄과 가치 등 청구인의 기본권을 침해한 것이 아니다.

(3) 이 사건 규칙조항은 수용자의 도주·폭행·소요 또는 자살의 방지 기타 교도소 등의 안전과 질서유지를 계구사용의 목적으로 규정하면서 계구의 종류를 제한적으로 열거하고 있고 그 사용요건을 상세히 기술하고 있으며 계구를 징벌의 수단으로 사용할 수 없도록 규정하고 있으므로 헌법에 위반되어 신체의 자유, 평등의 원칙 등의 기본권을 침해하고 있다고 볼 수 없다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. 이 사건 규칙조항에 대한 심판청구

청구인은 이 사건 규칙조항에 의하여 직접적으로 기본권을 침해당하고 있다고 주장한다. 그러나 법규조항이 헌법소원심판의 대상이 되려면 별도의 구체적인 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 청구인의 기본권을 침해하여야 하는데(헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813, 823 참조) 이 사건 규칙조항은 가족수갑을 계구의 한 종류로 들고 있으면서 그 사용요건을 정해 놓은 것에 불과하여 교도소장과 교도관들의 구체적인 사용행위 없이 그 자체만으로는 청구인의 어떠한 기본권을 제한하고 있는 것으로 볼 수 없다. 따라

서 이 사건 규칙조항에 대한 심판청구는 직접성을 결여하여 부적법하다.

나. 이 사건 계구사용행위에 대한 심판청구

이 사건 계구사용행위는 수용자의 도주·폭행·소요 또는 자살의 방지 기타 교도소 등의 안전과 질서유지를 위하여 실시된 것으로 교도소 측이 그 우월적 지위에서 수용자에게 일반적으로 강제하는 성격을 가진 권력적 사실행위로서 헌법재판소법 제68조 제1항의 공권력행사에 해당한다.

그런데 피청구인의 청구인에 대한 이 사건 계구사용행위는 2001. 4. 2. 종료되었으므로 이에 관하여 심판을 구할 청구인의 주관적인 권리보호이익은 이미 소멸되었다.

그러나 헌법소원제도는 개인의 주관적 권리구제 뿐만 아니라 객관적인 헌법질서의 수호·유지의 기능도 갖고 있으므로 헌법재판소는 심판계속 중에 주관적인 권리보호이익이 소멸된 경우라도 그러한 기본권 침해가 반복될 위험이 있고 그 해명이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항으로 중대한 의미를 지니는 경우에는 심판청구의 이익을 인정하고 있다(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 56; 헌재 2001. 8. 30. 99헌바92등, 판례집 13-2, 174, 192).

각종 수용시설 내에서 질서유지 및 수용자의 보호를 위한 금속수갑 및 가죽수갑의 사용은 행형법상 허용되고 있으므로 이 사건 계구사용행위와 같은 종류의 조치는 많은 수용자들에게 계속하여 반복될 가능성이 크고 청구인의 경우에도 계속하여 구금되어 있으므로 앞으로 다시 계구사용이 행해질 가능성이 있다. 그리고 이미 수용시설 내에 구금되어 기본권이 제한되고 있는 수용자들에게 계구의 사용으로 신체의 자유 등 기본권을 부가적으로 제한하는 것은 기본적 처우와 관련된 매우 중요한 문제로서 그 한계에 대한 헌법적 해명은 헌법질서 수호를 위하여 중대한 의미를 가진다. 따라서 이 사건 계구사용행위에 대한 헌법소원심판청구는 심판의 이익이 인정된다.

그리고 이 사건 계구사용행위는 이미 종료된 권력적 사실행위로서 행정심판이나 행정소송의 대상으로 인정되기 어려울 뿐만 아니라 설사 그 대상이 된다고 하더라도 소의 이익이 부정될 가능성이 많고(헌재 1995. 7. 21. 92헌마144, 판례집 7-2, 94, 102) 행형법 제6조 제1항에 의한 청원제도 역시 처리기관이나 절차 및 효력면에서 권리구제절차로서는 불충분하고 우회적인 제도여서 헌법소원에 앞서 반드시 거쳐야 하는 사전구제절차라고 보기 어렵다(헌재 1998. 10. 29. 98헌마4, 판례집 10-2, 637, 644). 그렇다면 청구인으로서 헌법

소원심판을 청구하는 외에 달리 효과적인 구제방법이 있다고 보기 어려우므로 보충성원칙의 예외에 해당한다.

따라서 청구인의 이 사건 계구사용행위에 대한 헌법소원심판청구는 적법하다.

4. 본안에 대한 판단

가. 인정되는 사실

(1) 청구인은 1999. 11. 5. 향정신성의약품관리법 위반혐의로 구속되어 광주 교도소에 수감되었고 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(강도)죄 등으로 추가기소되어 2000. 2. 24. 광주지방법원 201호 법정에서 재판을 받던 중 공범 2명과 합동하여 미리 준비한 흉기로 법정계호 근무중인 교도관을 찌르고 도주하였다가 같은 해 3. 7. 체포되어 위 교도소에 재수감되었다.

체포되어 광주교도소에 재수감된 직후 청구인은 위 도주를 이유로 금치 2월의 징벌을 부과받고 금속수갑 2개가 채워진 상태에서 징벌방에 수용되었으며(2000. 3. 21.부터 징벌이 집행되었으나 조사를 받기 시작한 같은 달 7.경부터 이미 금속수갑이 채워져 위 징벌방에 수용되어 있었다.) 같은 달 11.부터는 가속수갑 1개가 추가로 채워졌다. 청구인은 같은 해 5. 6. 징벌이 종료된 후에도 계속하여 위 계구를 착용하였고 2001. 4. 2. 목포교도소로 이감될 때까지 계속 이를 착용하였다. 청구인은 광주교도소에 재수감될 당시 허리디스크를 앓고 있었으며 우측5족지말단부골절상을 입은 상태였다.

청구인에게 사용된 금속수갑은 스테인레스 스틸 재질로 만들어진 톱날 또는 물림홈 형태의 잠금장치이며 가속수갑은 소가죽과 특수가공 강철로 만들어진 것으로서 혁대와 손목걸이로 구성되어 있다.

청구인이 수용되었던 광주교도소 9사동 징벌거실은 가로 140cm, 세로 120cm(0.5평)의 거실과 가로 140cm, 세로 80cm(0.33평)의 화장실로 이루어져 있었다. 각 방별로 출입문에 잠금장치가 되어 있고 이와 별도로 1, 2, 3호실을 하나로 묶어 복도로 연결하고 외부로 나올 때 다시 하나의 출입문을 통과하도록 되어있다. 따라서 징벌방에서 나오려면 잠금장치가 되어있는 2개의 출입문을 통과하여야 한다.

(2) 조사기간을 포함한 위 2개월의 징벌부과기간 중 위 계구는 항소이유서, 반성문, 탄원서를 집필하는 동안, 2, 3회의 이발시간 그리고 주당 1, 2회 정도의 목욕시간에 잠시 해제된 것을 제외하고 계속 채워져 있었다. 징벌해제후 2001. 3. 1.경까지 사이의 계구해제의 구체적 내용에 대해서는 청구인과 법무

부장관의 주장이 일치하지 않는데, 탄원서, 반성문, 재판기록열람신청서, 항소 이유서 등 서류작성을 위해 간헐적으로 계구사용이 해제된 것으로 볼 수 있는 자료가 있는 외에 계구사용이나 해제의 내용이 상세히 기록된 것이 없어 수용기간 동안 매일 정기적으로 운동을 하게 하고 운동 후 하는 목욕과 부정기적으로 하는 세탁, 이발시 계구를 일시적으로 해제하였다고 하는 법무부장관의 주장을 뒷받침할만한 증거가 없다. 다만 동태상황부 등 자료에 의하면 같은 달 2.경에는 탄원서, 헌법소원 등을 집필할 때, 같은 달 7.경부터는 1주에 수회 목욕을 할 때나 세탁을 하는 동안 수십분 내지 1시간 남짓 계구를 일시적으로 해제하여준 것으로 보인다.

그 외에 같은 달 11. 광주교도소에서 작성된 청구인의 자술서에 따르면 징벌이 종료된 후인 2000. 5. 하순경부터는 매일 평균 1시간 30분 동안 운동과 목욕, 세탁을 위해 계구가 일시해제되었다고 하나 이는 이 사건에서의 청구인의 주장과 일치하지 않고 그 내용이 기록되어야 할 위 동태상황부에는 이를 뒷받침할만한 기록이 나타나지 않아 믿기 어렵다.

결국, 기록에 의하면 청구인이 1년이 넘는 기간 동안 일주일에 1회 내지 많으면 수회, 각 약 30분 내지 2시간 동안 탄원서나 소송서류의 작성, 목욕, 세탁 등을 위해 일시적으로 해제된 것을 제외하고는 항상 이중금속수갑과 가죽수갑을 착용하여 두 팔이 몸에 고정된 상태에서 생활하였고 이와 같은 상태에서 식사, 용변, 취침을 하였다는 사실이 인정된다.

나. 수용자의 지위와 계구의 사용

(1) 수용자의 지위

징역·금고 등 자유형을 선고받아 그 형이 확정된 자와 벌금을 완납하지 아니하여 노역장 유치명령을 받은 자의 경우 그 집행을 위하여 교도소에 구금되며 형사피의자 또는 형사피고인은 일정한 주거가 없거나 증거를 인멸할 우려 또는 도망할 염려가 있는 경우 법관이 발부한 구속영장에 의하여 교도소, 소년교도소 또는 구치소에 미결수용자로서 구금된다(행형법 제1조, 제2조, 제3조). 이에 따라 이들은 격리된 시설에서 강제적인 공동생활을 하게 되며 헌법이 보장하는 신체의 자유 등 기본권에 대한 제한은 불가피하다.

그러나 이러한 수용자의 경우에도 모든 기본권의 제한이 정당화될 수 없으며 국가가 개인의 불가침의 기본적인 인권을 확인하고 보장할 의무(헌법 제10조)로부터 자유로워질 수는 없다. 따라서 수용자의 지위에서 제한이 예정되어 있는 자유와 권리는 형의 집행과 도망·증거인멸의 방지라는 구금의 목적

과 관련된 신체의 자유 및 거주이전의 자유 등 몇몇 기본권에 한정되어야 하며 그 역시 필요한 범위를 벗어날 수 없다. 특히 수용시설 내의 질서 및 안전 유지를 위하여 행해지는 규율과 징계를 통한 기본권의 제한은 단지 공동생활의 유지를 위하여 수용자에게 구금과는 별도로 부가적으로 가해지는 고통으로서 다른 방법으로는 그 목적을 달성할 수 없는 경우에만 예외적으로 허용되어야 할 것이다.

다구나 미결수용자의 경우 헌법 제27조 제4항에 의하여 유죄의 판결이 확정될 때까지 무죄로 추정되므로 형사절차에서 필요한 최소한의 불이익만을 입도록 할 필요성은 형이 확정된 경우에 비하여 더욱 크다고 할 수 있다.

이와 같이 수용자의 기본권 제한에 대한 구체적인 한계는 헌법 제37조 제2항에 따라 구체적인 자유·권리의 내용과 성질, 그 제한의 태양과 정도 등을 교량하여 설정하게 된다(헌재 1999. 5. 27. 97헌마137등, 판례집 11-1, 653, 662).

(2) 계구의 사용

모든 조직적, 집단적 생활은 일정한 질서와 규율을 필요로 하며 특히 미결수용자나 수형자의 경우 공동생활이 자발적 의사가 아닌 공권력의 강제명령에 의하여 이루어진 것이므로 시설의 안전과 구금생활의 질서를 유지하기 위하여 일정한 강제조치가 불가피한 경우가 발생할 수 있다. 이에 따라 행형법은 필요한 경우 계구를 사용(제14조)하거나 강제력을 행사(제14조의2)할 수 있도록 하고 있고 나아가 무기의 사용(제15조)까지 허용하고 있다. 현재 사용되는 계구에는 포승, 수갑, 사슬, 안면보호구가 있으며(행형법 제14조 제2항) 행형법 시행령과 계구의제식과사용절차에관한규칙은 그 사용의 요건과 절차에 대하여 자세히 규정하고 있다.

계구는 수용자에 대한 직접강제로 작용하므로 이것이 사용되면 수용자는 팔·다리 등 신체의 움직임에 큰 지장을 받게 되고 육체적·정신적 건강을 해칠 가능성이 높다. 따라서 계구의 사용은 무엇보다 수용자들의 육체적·정신적 건강 상태가 유지되는 범위 내에서 이루어져야 하고 시설의 안전과 구금생활의 질서에 대한 구체적이고 분명한 위협이 임박한 상황에서 이를 제거하기 위하여 제한적으로 필요한 만큼만 이루어져야 한다. 그 경우에도 가능한 인간으로서의 기본적인 품위를 유지할 수 있도록 하여야 함은 물론이다.

결국 계구는 원칙적으로 공동생활의 질서와 안전을 유지하기 위하여 불가피한 경우 일시적으로 사용되어야 하고 명백한 필요성이 계속하여 존재하지

않는 경우에는 이를 즉시 해제하여야 하는 것이다.

다. 이 사건 계구사용행위의 위헌여부

(1) 청구인은 2000. 3. 7.(가죽수갑은 같은 달 11.)부터 2001. 4. 2.까지 총 392일(가죽수갑은 388일)동안 많아야 하루 1, 2시간 정도 목욕이나 집필 등을 이유로 일시 해제된 것을 제외하고 계속하여 수갑 등의 계구를 착용하고 있었고 이에 따라 양팔이 허리에 고정되어 거동이 자유롭지 않은 상태에서 일상생활을 영위하며 식사, 취침, 용변 등의 문제를 해결할 수밖에 없었다.

따라서 청구인이 이 사건 계구사용행위로 인하여 헌법 제12조에 의하여 보장되는 신체의 자유를 침해받았는지 여부가 문제되며 나아가 이로 인하여 인간으로서 최소한 보장되어야 할 품위를 유지하기 어려운 상황에 놓이게 됨에 따라 헌법 제10조에 의하여 보장되는 인간의 존엄과 가치의 훼손 역시 문제가 된다.

(2) 헌법은 제10조에서 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지고 있다고 규정하고 정신적 자유와 더불어 이를 구현하기 위한 가장 기본적인 자유로서 제12조 제1항에서 신체의 자유를 보장하고 있다(헌재 1992. 4. 14. 90헌마82, 판례집 4, 194, 206 참조). 이와 같은 신체의 자유는 모든 기본권 보장의 전제가 되는 것으로서 신체활동을 자율적으로 할 수 있는 신체거동의 자유와 함께 신체의 안전성이 외부로부터의 물리적인 힘이나 정신적인 위협으로부터 침해당하지 아니할 자유를 포함한다(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 874 참조).

이와 같이 신체의 자유는 헌법상 모든 기본권 보장의 종국적 목적이자 기본이념이라 할 수 있는 인간의 존엄과 가치에 밀접하게 관련되어 있으므로 그 침해 여부는 헌법 제37조 제2항에 따라 엄격하게 심사되어야 한다. 따라서 수용시설내의 안전과 질서를 유지하기 위하여 일부 제한이 불가피하다 하더라도, 그 본질적인 내용을 침해하거나, 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성 등을 의미하는 과잉금지의 원칙에 위배되어서는 아니되는 것이다(헌재 2002. 7. 18. 2000헌마327, 판례집 14-2, 54, 63 참조).

(3) 피청구인은 청구인이 법정에서 재판을 받던 중 교도소 내에서 제작한 흥기로 계호 근무 중인 교도관을 찌르고 도주한 후 체포된 자로서 또 다시 도주를 기도할 가능성이 상당히 높고 수감되었을 당시 체포와 재수감에 따른 심한 정신적 불안과 갈등에 의하여 자살, 자해 등의 우려가 있다고 판단하여 수갑 등의 계구를 사용하였다. 따라서 이 사건 계구사용행위는 청구인의 도주

기도 및 심리적 불안에 의한 자살, 자해를 방지하기 위한 것으로 볼 수 있다.

수용시설의 안전과 구금생활의 질서가 유지되지 않으면 수용 목적을 제대로 달성할 수 없거나 수용자들과 직원들의 생명과 신체가 위태롭게 되므로 피청구인이 수용시설의 안전과 질서유지를 책임지는 교도소의 소장으로서 청구인의 도주 및 자살, 자해 등을 막기 위하여 수갑 등의 계구를 사용한 목적은 정당하다.

이에 대하여 청구인은 이 사건 계구사용행위는 징벌로서 이루어졌으므로 법률에서 금지한 목적을 위한 것으로서 그 자체로 위법하며 정당하지 않다고 주장한다.

그러나 청구인이 교도소에서 준비한 흉기로 교도관을 찌르고 도주하였던 사실에 비추어 다시 도주를 시도할 가능성이 있고 도주 후 곧바로 체포된 상황에서 심적으로 불안한 상황이 있을 것으로 판단된 점은 쉽게 수긍이 된다. 또한 광주교도소 교도관이 작성한 동태(시찰)상황부에도 ‘도주, 자살, 자해 등의 우려가 있어 계구를 사용하여 보호한다’는 취지로 기록되어 있으며 달리 이 사건 계구사용행위가 징벌로서 사용되었다고 일정할만한 증거를 기록상 찾아볼 수 없다. 따라서 이 사건 계구사용행위가 징벌로서 행하여졌다고 볼 수는 없다.

(4) 금속수갑은 톱날 또는 물림홈 형태의 잠금장치로서 이를 손목에 사용하면 양팔이 서로 고정되게 되고 가축수갑의 경우 허리띠와 손목걸이를 이용하여 양팔을 허리에 고정시킴으로써 착용자의 운동범위는 극히 제한되게 된다. 이들 계구가 채워진 상태에서는 무기를 제작하는 등 도주를 시도하기 어렵고 도구 등을 사용하여 자살, 자해를 하기도 쉽지 않게 된다. 따라서 이 사건 계구사용행위는 청구인의 도주 및 자살, 자해 등을 막기 위한 적합한 수단인 것으로 생각된다.

(5) 그런데 이와 같이 청구인에게 금속수갑 및 가축수갑을 사용한 행위 자체가 정당한 목적을 위한 적합한 수단이었다 하더라도 그 사용기간과 청구인이 입은 피해의 정도에 비추어 보면 이 사건 계구사용행위가 정당화되기는 어렵다.

우선 이 사건 계구사용행위로 인하여 청구인이 입은 피해가 너무나 크다. 이 사건 계구사용행위는 1년이 넘는 기간 동안 계속되었다. 이러한 장기의 기간 동안 허리에 가축벨트를 두르고 양팔을 여기에 완전히 고정된 상태에서 지내게 되면 어깨와 양팔 그리고 허리부분의 건강에 심각한 해를 입을 수 있

다. 게다가 도주 후 체포되어 광주교도소에 수감될 당시 청구인은 허리디스크와 발가락 골절상에 의하여 정상적인 건강상태가 아니었고 오히려 적절한 치료와 처치가 필요한 상황이었다. 그럼에도 불구하고 청구인은 많아야 하루 1, 2시간 정도의 목욕, 집필 등에 필요한 시간을 제외하고 줄곧 계구를 착용하고 있음으로써 취침이나 식사 등 일상생활을 정상적으로 수행할 수 없었고 이러한 상태가 장기간 지속됨으로써 건강의 회복에 어려움이 있을 뿐 아니라 오히려 신체적, 정신적으로 건강에 해를 입었을 가능성이 높다.

위와 같은 건강상의 피해뿐 아니라 청구인은 이 사건 계구사용행위로 인하여 인간으로서 최소한의 품위유지조차 어려운 생활을 장기간 강요당했다. 가족수감 등으로 양팔이 허리에 고정된 상태에서는 편안한 자세로 취침을 하기가 어렵고 정상적인 방법에 의한 식사나 용변처리를 할 수 없을 것임은 쉽게 짐작할 수 있다. 이와 같이 계구 때문에 인간으로서 가장 기본적인 생리현상을 정상적으로 처리할 수 없거나 다른 사람의 도움이 없이는 해결할 수 없다면 이는 인간으로서의 기본적인 품위유지가 불가능한 상황으로 볼 수 있으며 그로 인하여 청구인은 막대한 정신적, 물리적 피해를 입었다고 할 수 있다.

(6) 반면 이 사건 계구사용행위로 인하여 보호되는 공익은 제한적으로 인정될 뿐이며, 청구인의 기본권을 덜 제한하는 다른 방법이 없었던 것도 아니다.

도주의 위험성이 높은 상황, 타인에 대한 가해, 자살이나 자해 등의 가능성이 높아 생명이나 신체와 같은 중대한 법익에 대한 위협이 있는 긴급한 상황에서는 신체의 자유를 구속함으로써 건강에 다소 해가 되거나 기본적인 인간으로서의 품위유지가 어렵게 된다고 하더라도 계구와 같은 물리적인 강제력을 동원하여 그러한 위협을 막아야 할 필요성이 인정될 수 있다. 예를 들어, 호송중인 경우가 그렇다.

그러나 이와 같은 강제력의 행사는 위와 같은 위협이 임박한 상황에서 극히 제한적으로, 그리고 필요한 만큼만 이루어져야 하는 것이다.

기록(동태상황부)에 의하면 처음에 청구인에게 이중금속수감 및 가족수감을 착용시킨 이유는 “도주후 체포수용으로 인한 심적불안으로 도주, 자살, 자해등 교정사고의 우려가 현저한 자로 판단”되기 때문이라는 것이었고, 그 후로도 중형선고로 인한 심적 동요로 도주 및 자살의 우려가 있다거나, 애인과의 연락이 두절되고 중형선고, 공범간의 진술 불일치로 불안한 상태이므로 계구를 계속 사용한다고 하였는데, 비록 청구인이 도주의 경력이 있고 중형선고가 예상되거나 선고받았으며, 심한 정신적 불안과 갈등으로 인하여 자살, 자

해의 위험이 있다 하더라도 그러한 전력과 성향이 1년 이상의 교도소 수용기간동안 상시적으로 양팔을 몸통에 완전히 고정시켜줄 정도의 계구사용을 정당화 할 만큼 분명하고 구체적인 사유가 된다고 할 수가 없다. 계구는 구체적인 필요가 있을 때 필요한 정도로만 사용하여야 하며 이는 도주의 전력이 있거나 폭력적 성향이 있는 자라 하더라도 마찬가지이다. 더구나 호송중인 자가 아니라 교도소에 수용중인 자에 대해 몸을 제대로 움직일 수 없게 하는 정도의 계구를 장시간 사용하기 위해서는 전력이나 성향, ‘중형선고로 인한 불안정’이라는 막연한 이유보다는 예컨대 현재 도주의 가능성이 있다거나 난동을 제어할 수 없다든지 하는 보다 더 구체적이고 분명한 사유가 필요하다. 나아가 교도소에 수용중이지만 성향이나 태도로 볼 때 도주, 자살, 자해 등의 위험이 항상 현저히 높다고 하더라도, 그와 같은 경우에는 계구를 계속 착용시켜 몸을 움직일 수 없게 하는 방법으로 그 위험을 예방할 것이 아니라 수용시설을 보완하고 감시를 강화하여야 할 것이다.

그럼에도 불구하고 계구사용 사유에 관한 위 기록이 매일 수시로 작성된 것이 아니라 수일에 한번 또는 수개월에 한번 간헐적으로 작성, 보관된 것으로 볼 때 피청구인들은 처음 계구를 사용하기 시작한 후에는 계구의 계속적인 사용을 위하여 적극적인 사유의 확인이 필요하다고 보기보다는 별 다른 상황변동이 없으면 처음의 상태를 유지해도 좋다고 판단한 것으로 보인다. 이는 원칙과 예외가 바뀐 것으로서 그 때 그 때 계구를 사용할 사유가 적극적으로 인정되지 않는 한 계구를 사용하지 않는 것이 원칙이 되었어야 한다.

한 걸음 더 양보하여 가령 청구인이 교도소에 수용되어 있는 동안 도주나 자살, 자해의 위험이 항상 매우 높았고 단기간 내에 수용시설을 보완하거나 감시를 강화하는 것이 현실적으로 불가능하였다고 하더라도 적어도 기본적인 생리현상을 해결할 수 있도록 일시적으로 계구를 해제하거나 그 사용을 완화하는 조치가 불가능하였다고 볼 수는 없다.

특히 청구인은 징벌기간동안은 잠금장치가 되어 있는 이중 출입문으로 봉쇄되어있는 특별 독거실에 수용되어 있었고 허리 디스크와 우측5족지말단부 골절상으로 거동이 불편한 상황이었는 데 이러한 상태에서 위와 같은 전력과 성향에 관한 사유 외에는 별다른 사유가 없이 계구를 항상 사용할 필요가 있었다고 보기는 어렵다.

결국 청구인이 도주전력이 있고 중형선고 등으로 심리적으로 불안정하다는 이유만으로 교도소 수용시설에 수용중인 기간동안 1년이 넘는 장기간에 걸쳐

상시적으로 양팔을 사용할 수 없는 정도의 위 계구를 착용하게 한 것은 위 위험방지와 공익보호를 위해 필요한 정도를 훨씬 넘는 과도한 조치였다고 본다.

(7) 나아가 청구인은 이 사건 계구사용행위로 인하여 장기간 필요이상으로 신체의 자유를 제한 받음으로써 헌법상의 가장 기본적인 가치인 인간의 존엄성에 심대한 타격을 입은 것으로 볼 수 있다.

앞서 살펴본 바와 같이 청구인은 가장 기본적인 생리현상을 해결할 때마다 인간으로서의 기본적인 품위유지조차 어려운 생활을 장기간 강요당했으므로 그 자체로 인간의 존엄성을 훼손당한 것으로 볼 수 있다.

이에 대하여 피청구인들은 계구를 착용하는 모든 개별 수용자들이 필요로 할 때마다 계구를 해제하는 등의 조치를 취하는 것은 제한된 시설과 인력하에서 교도행정상 상당한 어려움이 있으며 이를 위하여 시설을 보완하고 감시를 강화하려면 많은 비용이 필요하므로 위와 같은 계구사용에 의한 피해는 불가피하다고 주장할 수도 있다. 그러나 시설이나 비용의 제한을 이유로 수용자들에게 비인간적인 생활을 강요하는 것은 헌법의 기본정신에 위반되며 인간의 존엄성을 침해하는 것으로 허용될 수 없다.

(8) 따라서 이 사건 계구사용행위는 기본권 제한을 최소화하면서도 도주, 자살 또는 자해의 방지 등과 같은 목적을 달성할 수 있음에도 불구하고 헌법 제37조 제2항에 정해진 기본권제한의 한계를 넘어 필요 이상으로 장기간, 그리고 과도하게 청구인의 신체처동의 자유를 제한하고 최소한의 인간적인 생활을 불가능하도록 하여 청구인의 신체의 자유를 침해하고, 나아가 인간의 존엄성을 침해한 것으로 판단된다.

5. 결 론

그렇다면 이 사건 규칙조항에 대한 헌법소원심판청구는 직접성이 결여되어 부적법하고, 피청구인이 2000. 3. 7.부터 2001. 4. 2.까지 청구인을 광주교도소에 수용하는 동안 상시적으로 양팔을 사용할 수 없도록 하는 계구를 착용하게 한 행위는 청구인의 신체의 자유와 인간의 존엄성을 침해한 행위이므로 선언적 의미에서 그 위헌확인을 하기로 하여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 운영철(재판장) 하경철 김영일 권 성 김효종

김경일(주심) 송인준 주선희 전호숙

보건복지부 고시 제2001-32호 위헌확인

(2003. 12. 18. 2001헌마543 전원재판부)

【판시사항】

1. 요양기관의 개설자를 수급자로 하는 건강보험요양급여행위및그상대가치점수 개정고시(이하 ‘이 사건 개정고시’라고 한다.)가 요양기관의 개설자가 아니라 단순히 요양기관에 고용되어 일하는 의사들이 이 사건 헌법소원 심판청구인들에 대하여 권리침해의 자기관련성을 가지는지 여부(적극)
2. 이 사건 개정고시의 근거법령이 헌법상 요구되는 위임입법의 한계를 준수하였는지 여부(적극)
3. 이 사건 개정고시가 법령의 위임범위내의 사항을 규율하여 법률에 의한 기본권제한의 헌법원칙을 준수하였는지 여부(적극)

【결정요지】

1. 요양급여비용의 액수를 인하하는 조치를 내용상 포함한 이 사건 개정고시에 의하여 그 직접적인 수급자가 이에 상응한 수입감소의 불이익을 받게 될 뿐만 아니라 요양기관 피고용자인 청구인들도, 동인들이 의사로 근무하고 있는 이상, 유사한 정도의 직업적 불이익을 받게 된다. 이 사건 개정고시는 의사로서 전문적 의료행위를 제공한 데 대한 대가인 진료비의 수가를 일괄적으로 감소시키는 것을 내용으로 하기 때문에 청구인들에게는 단순한 경제적 이해를 넘어서는 진지한 직업적 손실효과가 초래된다. 그렇다면 이 사건 개정고시는 요양기관의 개설자가 아닌 일반의사인 위 청구인들에게도 단순히 간접적, 사실적 또는 경제적 이해관계만으로 관련된 것이 아니며 그 수급자에 대한 것과 거의 동일한 정도의 심각성을 지니는 법적 효과를 미치고 있으므로 청구인들의 자기관련성은 인정된다.
2. 국민건강보험제도의 공익적 성격과 요양급여비용 지급에 있어서의 계약제의 한정적 의미 및 요양급여행위 상대가치점수의 평가의 전문성·복잡성 등을 고려할 때, 국민건강보험공단 이사장과 의약계

대표자간에 체결하는 계약의 내용범위는 의약계가 원하는 요양급여비용의 현실화를 충분히 반영할 수 있는 기회가 될 수 있도록 하되 건강보험제도의 공익적 성격이 반영되는 수준에서 적절한 조화를 이루는 내용이 되어야 할 것이다. 그런데 상대가치 점수의 평가와 산정은 계약제의 도입에도 불구하고 동 법률의 전체적 체계를 고려하여 볼 때 피청구인의 결정사항으로 할 수 있도록 위임될 수 있음을 누구나 충분히 예측할 수 있다고 할 것이므로 상대가치점수의 산정에 관한 이 사건 고시의 법적 근거가 되는 국민건강보험법 제42조 제7항의 내용은 위임입법의 한계를 준수한 것이다.

3. 이 사건 개정고시의 내용을 이루는 것 중, 차등수가제의 도입은 요양급여행위의 상대적 가치를 일일 진료하는 환자수의 다과에 따라 달리 하도록 한 것이고, 진찰비와 처방비의 통합은 양 행위의 상대적 가치를 통합하여 이를 재평가하는 것이며, 야간가산시간대의 조정은 시간대에 따라 달라지는 요양급여의 상대가치를 재평가한 것이라고 볼 수 있다. 따라서 이 사건 개정고시의 내용은 요양급여행위의 상대적 가치를 산정하는데 있어서 일반원칙적 혹은 총론적 사항으로 적용되는 부분을 개정한 것이므로 성격상 요양급여행위의 상대가치점수를 변경하는 것에 해당하여 국민건강보험법시행령 제24조 제2항에서 위임하고 있는 사항인 요양급여비용의 상대가치점수 산정의 범위 안에 속하는 것이다. 그렇다면 이 사건 개정고시는 비록 그 내용이 의료수가의 산정기준에 관한 것으로 의료인인 청구인들의 재산권을 제한하고 있지만 위 시행령 조항 및 나아가 동 시행령에의 위임근거가 되는 법률조항인 국민건강보험법 제42조 제7항에 그 위임의 근거를 가진 것으로서 법률에 의한 기본권 제한의 헌법원칙에 위배되지 아니한다.

【참조조문】

헌법 제37조 제2항, 제75조

국민건강보험법 제39조(요양급여) ① 가입자 및 피부양자의 질병·부상·출산등에 대하여 다음 각호의 요양급여를 실시한다.

1. 진찰·검사
2. 약제·치료재료의 지급
3. 처치·수술 기타의 치료

- 4. 예방·재활
- 5. 입원
- 6. 간호
- 7. 이송

② 제1항의 규정에 의한 요양급여(이하 “요양급여”라 한다)의 방법·절차·범위·상한등 요양급여의 기준은 보건복지부령으로 정한다.

③ 보건복지부장관은 제2항의 규정에 의하여 요양급여의 기준을 정함에 있어 업무 또는 일상생활에 지장이 없는 질환 기타 보건복지부령이 정하는 사항은 요양급여의 대상에서 제외할 수 있다.

국민건강보험법 제42조(요양급여비용의 산정등) ① 요양급여비용은 공단의 이사장과 대통령령이 정하는 의약계를 대표하는 자와의 계약으로 정한다. 이 경우 계약기간은 1년으로 한다.

② 제1항의 규정에 의하여 계약이 체결된 경우 그 계약은 공단과 각 요양기관에 체결된 것으로 본다.

③ 제1항의 규정에 의한 계약은 계약기간의 만료일전 3월 이내에 체결하여야 하며, 그 기간내에 계약이 체결되지 아니하는 경우 보건복지부장관이 심의조정위원회의 심의를 거쳐 정하는 금액을 요양급여비용으로 한다. 이 경우 보건복지부장관이 정하는 요양급여비용은 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 계약으로 정한 요양급여비용으로 본다.

④ 제1항 또는 제3항의 규정에 의하여 요양급여비용이 정하여지는 경우에 보건복지부장관은 그 요양급여비용의 내역을 지체없이 고시하여야 한다.

⑤ 공단의 이사장은 제1항의 규정에 의한 계약을 체결하는 때에는 제31조의 규정에 의한 재정운영위원회의 심의·의결을 거쳐야 한다.

⑥ 제55조의 규정에 의한 건강보험심사평가원은 공단의 이사장이 제1항의 규정에 의한 계약을 체결하기 위하여 필요한 자료를 요청하는 경우에는, 이에 성실히 응하여야 한다.

⑦ 제1항의 규정에 의한 계약의 내용 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

국민건강보험법 제43조(요양급여비용의 청구와 지급등) ① 요양기관은 요양급여비용의 지급을 공단에 청구할 수 있다. 이 경우 제2항의 규정에 의한 심사청구는 이를 공단에 대한 요양급여비용의 청구로 본다.

② 제1항의 규정에 의한 요양급여비용의 청구를 하고자 하는 요양기관은 제55조의 규정에 의한 건강보험심사평가원에 요양급여비용의 심사청구를 하여야 하며, 심사청구를 받은 건강보험심사평가원은 이를 심사한 후 지체없이 그 내용을 공단 및 요양기관에 통보하여야 한다.

③ 제2항의 규정에 의하여 심사의 내용을 통보받은 공단은 지체없이 그 내용에 따라 요양급여비용은 요양기관에게 지급한다. 이 경우 이미 납부한 본인일부부담금이 제2항의 규정에 의하여 통보된 금액보다 과다한 경우에는 요양기관에 지급할 금액에서 그 과다하게 납부된 금액을 공제하여 당해 가입자에게 지급하여야 한다.

④ 공단은 제3항의 규정에 의하여 가입자에게 지급하여야 하는 금액을 당해 가입자가 납

부하여야 하는 보험료 기타 이 법에 의한 정수금(이하 “보험료등”이라 한다)과 상계처리할 수 있다.

⑤ 공단은 요양급여비용을 지급함에 있어 제2항의 규정에 의한 건강보험심사평가원이 제56조의 규정에 의한 요양급여의 적정성을 평가하여 공단에 통보한 경우에는 그 평가결과에 따라 요양급여비용을 가산 또는 감액 조정하여 지급한다. 이 경우 평가결과에 따른 요양급여비용의 가감지급의 기준에 관하여는 보건복지부령으로 정한다.

⑥ 공단은 요양기관에게 요양급여비용을 지급함에 있어 요양기관이 약제·검사등 보건복지부령이 정하는 요양급여의 구성요소(이하 이 조에서 “구성요소”라 한다)를 제8항의 규정에 의한 의약품물류협동조합, 의약품제조업자, 의약품도매상 기타 보건복지부령이 정하는 자(이하 이 조에서 “공급자”라 한다)로부터 공급받아 요양급여에 사용한 구성요소의 내역을 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 공단에 청구한 경우에는 제3항 전단의 규정에 불구하고 그 요양기관에 지급할 요양급여비용 중 구성요소에 해당하는 요양급여비용을 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 공급자에게 직접 지급한다. 이 경우 공단의 요양기관에 대한 요양급여비용의 지급채무와 요양기관의 공급자에 대한 대금 지급채무는 공단이 공급자에게 지급한 범위안에서 소멸한 것으로 보며, 요양기관이 공급자에게 이미 지급한 대금이 있는 경우에는 요양기관은 그 대금 중 공단이 공급자에게 직접 지급한 분에 대하여 환급을 청구할 수 있다.

⑦ 요양기관은 제1항 및 제2항의 규정에 의한 청구를 할 때 공급자로부터 공급받은 구성요소의 내역을 포함시켜야 하며, 공단은 요양기관에 공급한 구성요소의 내역 기타 보건복지부령이 정하는 사항을 공단에 통보하지 아니한 공급자에 대하여는 제6항의 규정을 적용하지 아니할 수 있다.

⑧ 의약품제조업자·의약품도매상 기타 보건복지부령이 정하는 자는 의약품유통체계를 개선하고 공급자를 대리하여 요양기관에 대한 의약품의 보관·배송 기타 물류사업을 수행하기 위하여 의약품물류협동조합을 설립할 수 있다. 이 경우 의약품물류협동조합의 구성·운영 및 동 조합에 대한 지도·감독에 관하여는 중소기업협동조합법의 협동조합 또는 사업협동조합에 관한 규정을 준용하여 대통령령으로 정한다.

⑨ 제1항 내지 제7항의 규정에 의한 요양급여비용의 청구·심사·지급등의 방법 및 절차에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

국민건강보험법시행령 제24조(계약의 내용등) ① 법 제42조 제1항의 규정에 의한 계약은 제2항의 규정에 의한 각 요양급여의 상대가치점수의 점수당 단가를 정하는 것으로 체결한다.

② 요양급여의 상대가치점수는 요양급여에 소요되는 시간·노력 등 업무량, 인력·시설·장비 등 자원의 양과 요양급여의 위험도를 고려하여 산정한 요양급여의 가치를 각 항목간에 상대적 점수로 나타낸 것으로 하되, 보건복지부장관이 심의조정위원회의 심의를 거쳐 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 이를 고시한다.

③ 제1항의 규정에 불구하고 법 제39조 제1항 제2호의 약제·치료재료에 대한 비용은 보건복지부장관이 심의조정위원회의 심의를 거쳐 정하여 고시하는 금액의 범위안에서 요양

기관이 당해 약제 및 치료재료를 구입한 금액으로 하되, 약제 및 치료재료 구입금액의 결정기준·결정절차 기타 필요한 사항은 보건복지부장관이 정하여 고시한다.

④ 제1항의 규정에 의하여 계약을 체결할 때 상대방가치점수가 고시되지 아니한 새로운 요양급여항목의 비용에 대한 계약은 제2항의 규정에 의하여 동 항목의 상대방가치점수가 고시되는 날에 계약이 체결된 것으로 보되, 요양기관이 동 항목에 대한 요양급여를 최초로 실시한 날부터 이를 적용한다.

국민건강보험요양급여의기준에관한규칙 제8조(요양급여의 범위등) ① 법 제39조 제2항의 규정에 의한 요양급여의 범위(이하 “요양급여대상”이라 한다)는 법 제39조 제1항 각호의 규정에 의한 요양급여 중 제9조의 규정에 의한 비급여대상을 제외한 일체의 사항으로 한다.

② 보건복지부장관은 제1항의 규정에 의한 요양급여대상을 급여목록표로 정하여 고시하되, 법 제39조 제1항 각호에 규정된 요양급여행위(이하 “행위”라 한다), 약제 및 치료재료(법 제39조 제1항 제2호의 규정에 의하여 지급되는 약제 및 치료재료를 말한다. 이하 같다)로 구분하여 고시한다. 다만, 보건복지부장관이 정하여 고시하는 요양기관의 진료에 대하여는 행위·약제 및 치료재료를 묶어 1회 방문에 따른 행위로 정하여 고시할 수 있다.

③ 보건복지부장관은 제2항의 규정에 불구하고 국민건강보험법시행령(이하 “령”이라 한다) 별표 2 제2호의 규정에 의하여 보건복지부장관이 정하여 고시하는 질병군에 대한 입원진료의 경우에는 해당 질병군별로 별표 2 제6호의 규정에 의한 비급여대상, 규칙 별표 5 제1호 사목 중 이송처치료 및 동호 아목(1)의 규정에 의한 요양급여비용의 본인부담항목을 제외한 모든 행위·약제 및 치료재료를 묶어 하나의 포괄적인 행위로 정하여 고시할 수 있다.

④ 보건복지부장관은 제2항 및 제3항의 규정에 의하여 요양급여대상을 고시함에 있어 행위 또는 하나의 포괄적인 행위의 경우에는 영 제24조 제2항의 규정에 의한 요양급여의 상대방가치점수를 함께 정하여 고시하여야 한다.

【참조판례】

1. 헌재 1992. 9. 4. 92헌마175, 판례집 4, 579, 580
헌재 1994. 6. 30. 92헌마61, 판례집 6-1, 680, 684
2. 헌재 1995. 10. 26. 93헌바62, 판례집 7-2, 419, 428-429
헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 163

【당 사 자】

- 청 구 인 윤철수 외 3인
대리인 법무법인 덕수 외 1인
피청구인 보건복지부장관

대리인 법무법인 화우
담당변호사 황상현

【주 문】

청구인들의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 국민의 질병·부상에 대한 예방·진단·치료·재활과 출산·사망 및 건강증진에 대하여 보험급여를 실시함으로써 국민보건을 향상시키고 사회보장을 증진함을 목적으로 한 국민건강보험법(이하 ‘법’이라고 한다)은 1999. 2. 8. 법률 제5854호로, 법시행령(이하 ‘시행령’이라고 한다)은 2000. 6. 23. 대통령령 제16853호로, 국민건강보험요양급여의기준에관한규칙은 2000. 6. 30. 보건복지부령 제158호로 각 제정·공포되어 2000. 7. 1.부터 시행되었다. 이에 따라 피청구인은 2000. 12. 8. 보건복지부 고시 제2000-67호로 국민건강보험요양급여비용의 지급 기준이 되는 급여행위별 상대가치점수를 정하는 것을 내용으로 하는 ‘건강보험요양급여행위및그상대가치점수’를 고시하였다.

(2) 보건복지부장관은 국민건강보험공단의 재정이 지속적으로 악화되어 2001년의 당기 적자규모가 4조원에 이를 것으로 추정되자 2001. 5.경 보험재정의 안정화 대책을 발표하고, 그 구체적 시행방안으로 주로 요양급여비용을 인하하는 조치를 시행하기로 하였다. 이에 따라 동 장관은 2001. 6. 27. 보건복지부 고시 제2001-32호로 ‘건강보험요양급여행위및그상대가치점수’를 개정고시하고 2001. 7. 1.부터 적용하기로 하였는바, 그 내용의 요지는 의사 1인당 1일 진찰횟수를 기준으로 진찰료를 차등 감액지급하는 차등수가제, 진찰료와 처방료의 통합, 기본진찰료의 30%를 가산하는 야간가산을 적용시간대의 축소 등을 도입하는 것이었다.

(3) 청구인들은 위 2001. 6. 27.자 보건복지부 고시 ‘건강보험요양급여행위 및그상대가치점수’ 개정고시가 법률의 위임 범위를 일탈했거나 법률의 위임에 근거하지 아니하고 권한없이 발하여진 것으로서, 대통령령이나 부령은 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 한하여 규정할 수 있다는 헌법 제75조와 제95조 및 법률에 의해서만 기본권을 제한할 수 있다는 헌법 제37조

제2항에 위반하여 청구인들의 행복추구권, 재산권을 침해하였다고 주장하면서 2001. 8. 4. 이 사건 헌법소원을 청구하였다.

나. 심판의 대상

(1) 이 사건 심판대상 조항

이 사건 심판의 대상은 ‘건강보험요양급여행위및그상대가치점수개정(2001. 6. 27. 보건복지부 고시 제2001-32호, 이하 ‘이 사건 개정고시’라고 한다)’인바, 그 내용은 별지 기재와 같다.

(2) 관련조항

법 제39조(요양급여) ① 가입자 및 피부양자의 질병·부상·출산 등에 대하여 다음 각호의 요양급여를 실시한다.

1. 진찰·검사
2. 약제·치료재료의 지급
3. 처치·수술 기타의 치료
4. 예방·재활
5. 입원
6. 간호
7. 이송

② 제1항의 규정에 의한 요양급여(이하 ‘요양급여’라 한다)의 방법·절차·범위·상한 등 요양급여의 기준은 보건복지부령으로 정한다.

③ 보건복지부장관은 제2항의 규정에 의하여 요양급여의 기준을 정함에 있어 업무 또는 일상생활에 지장이 없는 질환 기타 보건복지부령이 정하는 사항은 요양급여의 대상에서 제외할 수 있다.

법 제42조(요양급여비용의 산정 등) ① 요양급여비용은 공단의 이사장과 대통령령이 정하는 의약계를 대표하는 자와의 계약으로 정한다. 이 경우 계약기간은 1년으로 한다.

② 제1항의 규정에 의하여 계약이 체결된 경우 그 계약은 공단과 각 요양기관에 체결된 것으로 본다.

③ 제1항의 규정에 의한 계약은 계약기간의 만료일전 3월이내에 체결하여야 하며, 그 기한내에 계약이 체결되지 아니하는 경우 보건복지부장관이 심의조정위원회의 심의를 거쳐 정하는 금액을 요양급여비용으로 한다. 이 경우 보건복지부장관이 정하는 요양급여비용은 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 계약으로 정한 요양급여비용으로 본다.

④ 제1항 또는 제3항의 규정에 의하여 요양급여비용이 정하여지는 경우에 보건복지부장관은 그 요양급여비용의 내역을 지체없이 고시하여야 한다.

⑤ 공단의 이사장은 제1항의 규정에 의한 계약을 체결하는 때에는 제31조의 규정에 의한 재정운영위원회의 심의·의결을 거쳐야 한다.

⑥ 제55조의 규정에 의한 건강보험심사평가원은 공단의 이사장이 제1항의 규정에 의한 계약을 체결하기 위하여 필요한 자료를 요청하는 경우에는 이에 성실히 응하여야 한다.

⑦ 제1항의 규정에 의한 계약의 내용 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

법 제43조(요양급여비용의 청구와 지급등) ① 요양기관은 요양급여비용의 지급을 공단에 청구할 수 있다. 이 경우 제2항의 규정에 의한 심사청구는 이를 공단에 대한 요양급여비용의 청구로 본다.

② 제1항의 규정에 의한 요양급여비용의 청구를 하고자 하는 요양기관은 제55조의 규정에 의한 건강보험심사평가원에 요양급여비용의 심사청구를 하여야 하며, 심사청구를 받은 건강보험심사평가원은 이를 심사한 후 지체없이 그 내용을 공단 및 요양기관에 통보하여야 한다.

③ 제2항의 규정에 의하여 심사의 내용을 통보받은 공단은 지체없이 그 내용에 따라 요양급여비용을 요양기관에게 지급한다. 이 경우 이미 납부한 본인 일부부담금이 제2항의 규정에 의하여 통보된 금액보다 과다한 경우에는 요양기관에 지급할 금액에서 그 과다하게 납부된 금액을 공제하여 당해 가입자에게 지급하여야 한다.

④ 생략

⑤ 공단은 요양급여비용을 지급함에 있어 제2항의 규정에 의한 건강보험심사평가원이 제56조의 규정에 의한 요양급여의 적정성을 평가하여 공단에 통보한 경우에는 그 평가결과에 따라 요양급여비용을 가산 또는 감액 조정하여 지급한다. 이 경우 평가결과에 따른 요양급여비용의 가감지급의 기준에 관하여는 보건복지부령으로 정한다.

⑥~⑧항 각 생략

⑨ 제1항 내지 제7항의 규정에 의한 요양급여비용의 청구·심사·지급등의 방법 및 절차에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

시행령 제24조(계약의 내용등) ① 법 제42조 제1항의 규정에 의한 계약은 제2항의 규정에 의한 각 요양급여의 상대가치점수의 점수당 단가를 정하는

것으로 체결한다.

② 요양급여의 상대가치점수는 요양급여에 소요되는 시간·노력등 업무량, 인력·시설·장비등 자원의 양과 요양급여의 위험도를 고려하여 산정한 요양급여의 가치를 각 항목간에 상대적 점수로 나타낸 것으로 하되, 보건복지부장관이 심의조정위원회의 심의를 거쳐 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 이를 고시한다.

③ 제1항의 규정에 불구하고 법 제39조 제1항 제2호의 약제·치료재료에 대한 비용은 보건복지부장관이 심의조정위원회의 심의를 거쳐 정하여 고시하는 금액의 범위안에서 요양기관이 당해 약제 및 치료재료를 구입한 금액으로 하되, 약제 및 치료재료 구입금액의 결정기준·결정절차 기타 필요한 사항은 보건복지부장관이 정하여 고시한다.

④ 제1항의 규정에 의하여 계약을 체결할 때 상대가치점수가 고시되지 아니한 새로운 요양급여항목의 비용에 대한 계약은 제2항의 규정에 의하여 동항목의 상대가치점수가 고시되는 날에 계약이 체결된 것으로 보되, 요양기관이 동항목에 대한 요양급여를 최초로 실시한 날부터 이를 적용한다.

국민건강보험요양급여의기준에관한규칙 제8조(요양급여의 범위 등) ① 법 제39조 제2항의 규정에 의한 요양급여의 범위(이하 '요양급여대상'이라 한다)는 법 제39조 제1항 각호의 규정에 의한 요양급여중 제9조의 규정에 의한 비급여대상을 제외한 일체의 사항으로 한다.

② 보건복지부장관은 제1항의 규정에 의한 요양급여대상을 급여목록표로 정하여 고시하되, 법 제39조 제1항 각호에 규정된 요양급여행위(이하 '행위'라 한다), 약제 및 치료재료(법 제39조 제1항 제2호의 규정에 의하여 지급되는 약제 및 치료재료를 말한다. 이하 같다)로 구분하여 고시한다. 다만, 보건복지부장관이 정하여 고시하는 요양기관의 진료에 대하여는 행위·약제 및 치료재료를 묶어 1회 방문에 따른 행위로 정하여 고시할 수 있다.

③ 보건복지부장관은 제2항의 규정에 불구하고 국민건강보험법시행령 별표 2 제2호의 규정에 의하여 보건복지부장관이 정하여 고시하는 질병군에 대한 입원진료의 경우에는 해당 질병군별로 별표 2 제6호의 규정에 의한 비급여대상, 규칙 별표 5 제1호 사목 중 이송치료 및 동호 아목(1)의 규정에 의한 요양급여비용의 본인부담항목을 제외한 모든 행위·약제 및 치료재료를 묶어 하나의 포괄적인 행위로 정하여 고시할 수 있다.

④ 보건복지부장관은 제2항 및 제3항의 규정에 의하여 요양급여대상을 고

시험에 있어 행위 또는 하나의 포괄적인 행위의 경우에는 국민건강보험법시행령 제24조 제2항의 규정에 의한 요양급여의 상대가치점수를 함께 정하여 고시하여야 한다.

2. 주장과 의견

가. 청구인들의 주장 요지

이 사건 개정고시는 법규범이 집행행위 이전에 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이므로 권리침해의 직접성이 인정된다. 또한 이 사건 개정고시를 적용한 건강보험심사평가원 또는 국민건강보험공단의 처분에 대하여 행정심판 또는 행정소송을 제기하는 것은 이 사건 고시에 대한 직접적 권리구제절차로 볼 수 없으며 과도하게 우회적인 권리구제수단을 강제하는 것이므로 보충성 요건의 예외에 해당한다. 법 제42조 제7항의 위임에 따라 '계약의 내용 기타 필요한 사항'을 정하게 되어 있는 시행령 제24조 제1항은 요양급여비용의 필수적인 요소인 '요양급여의 상대가치점수'를 계약의 대상에서 제외함으로써 위임의 한계를 일탈하여 법이 정하고 있는 요양급여비용 계약제의 기본취지를 무너뜨리고 있다. 따라서 위 시행령은 헌법 제75조를 위반한 무효의 규정으로 결국 이 사건 개정고시는 법률의 근거가 없는 것이다. 또한 시행령 제24조 제2항에서 피청구인에게 위임한 사항은 '요양급여의 상대가치점수를 정하는 권한'으로 제한되나, 이 사건 개정고시는 상대가치점수를 개정하는 내용이 아니라 요양급여비용에 관한 사항으로 새로운 내용을 추가하거나 개정한 것이므로 헌법상의 위임입법금지 원칙에 위배하여 위헌이다.

나. 피청구인의 답변요지

청구인들의 이 사건 청구는 요양급여비용과 관련한 일반 추상적인 기준을 정한 법규의 성질을 가지고 있는 고시에 대한 것으로서 헌법소원의 대상이 되지 아니한다. 이 사건 개정고시는 국민건강보험공단의 요양급여의 지급행위 등의 '구체적인 집행행위'에 적용되는 기준일 뿐이므로 권리침해의 직접성의 요건을 결여한 것이다. 또한 청구인들은 이러한 구체적인 집행행위의 각 단계에서 이의신청, 심사청구, 행정소송등의 불복절차를 통하여 권리구제를 받을 수 있으므로 이를 거치지 않고 제기한 이 사건 헌법소원은 보충성의 요건도 결여한 것이다. 청구인 정영기, 같은 성춘호는 요양기관을 개설하여 이 사건 고시에 따라 요양급여비용을 지급받는 지위에 있지 않다. 위 청구인들이 근무하고 있는 병원의 수입이 감소되어 위 청구인들의 임금이 감소되는 사정

이 있다고 하더라도, 단순한 사실적 경제적 이해관계가 있는 것에 불과하므로, 청구인 정영기, 같은 성춘호의 이 사건 청구는 자기관련성이 없어서 부적법하다. 법 제42조 제7항에서는 계약의 내용 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고, 법 제39조 제2항에서도 요양급여의 방법, 절차, 범위, 상한 등의 요양급여의 기준은 보건복지부령으로 정하도록 하고 있으며, 법 제43조 제9항에서는 요양급여비용의 청구, 심사, 지급 등의 방법 및 절차에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정하도록 규정되어 있어, 요양급여비용 계약에 관한 실질적인 내용을 시행령 및 시행규칙, 특히 보건복지부령인 ‘국민건강보험 요양급여의기준에관한규칙’에 위임하고 있는 바, 이와 같이 입법자는 요양급여비용의 계약제 운영에 있어서 행정입법의 형성권을 폭넓게 부여하고 있으며, 이 사건 개정고시는 위 법령조항들의 위임에 근거한 것이므로 그 내용상 헌법상의 위임입법의 원칙을 준수하였다. 또한 법 제42조와 시행령 제24조를 종합하면 요양급여비용 계약은 상대가치점수에 대한 단가를 정하는 것을 내용으로 하는 것이며 상대가치점수를 정하거나 변경하는 것은 계약이 아니라 피청구인의 고시에 의한다고 봄이 상당하므로 동 법령조항들에 따른 이 사건 개정고시에 의한 청구인의 기본권 제한은 그 법률적 근거를 가진 것이다.

3. 판 단

가. 적법요건에 관한 판단

(1) 헌법소원의 대상성

법령의 직접적인 위임에 따라 수입행정기관이 그 법령을 시행하는데 필요한 구체적 사항을 정한 것이면, 그 제정형식은 비록 법규명령이 아닌 고시, 훈령, 예규 등과 같은 행정규칙이더라도, 그것이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한, 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서 기능하게 된다고 보아야 한다. 따라서 이러한 고시 등 행정규칙으로 말미암아 직접 기본권을 침해받았다면, 이에 대하여 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다(헌재 1992. 6. 26. 91헌마25, 판례집 4, 444, 449-450등 참조).

이 사건 개정고시는 비록 그 제정형식은 행정규칙이지만, 상위법령인 법 제42조 제7항 및 시행령 제24조 제2항과 결합하여 동 법령을 시행하는데 필요한 구체적 사항을 정한 것으로써 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서 기능하고 있으므로 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 대상이 된다.

(2) 자기관련성

청구인은 공권력 작용에 대하여 자신이 스스로 법적으로 관련되어야 한다.

그리고 법률에 의하여 기본권이 침해되었을 때 어떠한 경우에 제3자(청구인)의 자기관련성을 인정할 수 있는가의 문제는 무엇보다도 법의 목적 및 실질적인 규율대상, 범규정에서의 제한이나 금지가 제3자에게 미치는 효과나 진지성의 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(헌재 1997. 9. 25. 96헌마133, 판례집 9-2, 410, 416). 따라서 공권력 작용이 단지 간접적, 사실적 또는 경제적인 이해관계로만 관련되어 있는 제3자에게는 자기관련성은 인정되지 않는다(헌재 1992. 9. 4. 92헌마175, 판례집 4, 579, 580; 헌재 1994. 6. 30. 92헌마61, 판례집 6-1, 680, 684; 헌재 1995. 5. 25. 94헌마100, 판례집 7-1, 806).

(가) 청구인 정영기, 같은 성춘호에 대한 판단

청구인들은 각 의사들이기는 하나 요양기관의 개설자는 아니다. 이 사건 개정고시는 요양기관이 청구하는 요양급여비용을 산정함에 있어서 필요한 각 급여행위별 세부적 기준과 지급비율 등을 정하는 것으로서 모두 요양기관 혹은 적어도 요양기관 개설자를 그 적용대상으로 한 것이다. 따라서 청구인들은 이 사건 개정고시의 수규자가 아니며, 이 사건 개정고시의 내용에 따라 정해지는 요양급여비용을 직접 지급받을 권리를 가진 지위에 있지 아니하다.

그러나 이와 같이 이 사건 개정고시의 직접적인 수규자가 요양기관이기는 하지만, 동 고시는 요양급여비용 일반에 대한 포괄적 기준을 정하는 것으로서 그 실질적 규율대상이 수규자인 요양기관뿐만 아니라 의약계종사자 일반에 미치고 있다. 그리하여 이 사건 개정고시가 요양급여비용의 액수를 인하하는 조치를 내용상 새로 포함할 경우 직접적인 수규자가 이에 상응한 수입감소의 불이익을 받게 될 뿐만 아니라 요양기관 피고용자인 청구인들도, 동인들이 의사로 근무하고 있는 이상, 유사한 정도의 직업적 불이익을 받게 되는 것이다. 이는 의사로서 전문적 의료행위를 제공한 데 대한 대가인 진료비의 수가가 일괄적으로 감소되는 것을 의미하기 때문에 청구인들에게는 단순한 경제적 이해를 넘어서는 진지한 직업적 손실효과를 초래하는 것이다. 그렇다면 이 사건 개정고시는 요양기관의 개설자가 아닌 일반의사인 위 청구인들에게 단순히 간접적, 사실적 또는 경제적 이해관계만으로 관련된 것이 아니며 그 수규자에 대한 것과 거의 동일한 정도의 심각성을 지니는 법적 효과를 미치고 있으므로 청구인들의 자기관련성은 인정된다고 할 것이다.

(나) 청구인 윤철수, 같은 윤 경에 대한 판단

청구인들은 요양기관의 개설자로서 이 사건 개정고시의 수규자이고 동

고시에 의하여 국민건강보험공단으로부터 지급받는 요양급여비용의 금액감소의 효과를 직접 받는다고 할 것이므로 자기관련성이 인정됨이 명백하다.

(3) 직접성

기본권침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법령 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻한다. 그러므로 구체적 집행행위를 통하여 비로소 당해 법령에 의한 기본권 침해의 법률효과가 발생하는 경우에는 직접성의 요건이 결여된다(헌재 1999. 10. 21. 선고 98헌마407 결정; 헌재 1999. 11. 25. 선고 98헌마55 결정 등 참조). 그러나 비록 범규범이 집행행위를 예정하고 있더라도 범규범의 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 범규범의 권리침해의 직접성이 인정된다(헌재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91, 98; 헌재 1995. 2. 23. 90헌마214, 판례집 7-1, 245, 254-255; 헌재 1997. 5. 29. 94헌마33, 판례집 9-1, 543, 551; 헌재 1997. 7. 16. 97헌마38, 판례집 9-2, 94, 104).

이 사건에서 요양기관 개설자가 건강보험심사평가원(이하 ‘심사평가원’이라고 한다)에 요양급여비용의 심사를 청구하면 심사평가원이 이 사건 개정고시에서 정한 기준과 비율에 따라 요양급여비용의 금액을 심사한 다음 국민건강보험공단(이하 ‘공단’이라고 한다)에 그 심사결과를 통보하게 되고, 요양기관 개설자는 위 심사통보를 받은 공단으로부터 동 비용을 지급받게 된다. 여기서 이 사건 개정고시가 청구인들의 수급자에게 적용되는데 있어서는 그 중간에 심사평가원의 심사와 공단의 지급결정이라는 처분이 매개되어 있다고 할 수 있다. 그러나 심사평가원은 요양기관의 청구내용중 요양급여로서 적정하지 아니한 행위를 가려내어 제외할 뿐이며, 일단 그 청구내용이 적정한 요양급여 행위에 해당하는 한 이 사건 개정고시에서 정한 비율에 따른 기계적·자동적 금액산정이 강제되어 있다고 할 것이고, 이러한 금액산정에 있어서는 아무런 재량도 인정될 수 없다. 또한 공단의 요양급여비용의 지급이라는 집행행위도 이 사건 개정고시가 정한 기준에 따른 계산의 결과에 불과하다. 그렇다면 이 사건 개정고시는 심사평가원이나 공단에게 재량의 여지를 주지 아니한 채 요양급여비용의 금액산정을 일의적이고 명백하게 규정하고 있다고 할 것이므로 비록 심사평가원의 심사와 공단의 비용지급처분이 개재된다고 하더라도 그 이전에 이 사건 개정고시는 요양기관 개설자인 청구인들의 요양급여비용에

관한 권리관계를 확정적으로 변동시키고 있으며, 따라서 동인들의 재산권등 기본권의 침해여부와 직접 관련되어 있다고 할 것이다. 따라서 이 사건 헌법소원 심판청구는 권리침해의 직접성 요건도 갖추었다.

(4) 보충성

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원은 공권력의 행사 또는 불행사가 직접 청구인의 기본권을 침해할 것을 요건으로 하고 있으며, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 심판청구를 하여야 한다. 그리고 여기서 말하는 권리구제절차는 공권력의 행사 또는 불행사를 직접 대상으로 하여 그 효력을 다룰 수 있는 권리구제절차를 의미하는 것이며(헌재 1989. 4. 17. 88헌마3, 판례집 1, 31, 35), 구제절차가 있는 경우에도 헌법소원심판청구인이 그의 불이익으로 돌릴 수 없는 정당한 이유있는 착오로 전심절차를 밟지 않은 경우라든지 전심절차로 권리가 구제될 가능성이 거의 없거나 권리구제절차가 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차 이행의 기대가능성이 없는 경우 등에는 바로 헌법소원을 제기할 수 있는 것이다(헌재 1989. 9. 4. 88헌마22, 판례집 1, 176, 185-187; 헌재 1995. 12. 28. 91헌마80, 판례집 7-2, 851, 865; 헌재 2000. 12. 14. 2000헌마659, 판례집 12-2, 437, 444-445). 청구인들은 이 사건 개정고시로 인하여 공단으로부터 지급받을 수 있는 요양급여비용의 금액이 줄어드는 불이익을 직접 입고 있는데, 이 사건 개정고시를 직접 대상으로 하는 다른 권리구제절차가 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실할 뿐 아니라, 만일 허용된다 하더라도 이 사건 개정고시의 내용은 법 제42조 제1항에 따라 매년 체결되어야 할 계약에 관한 것으로써 의료기술의 발달과 건강보험재정 및 기타 사회경제적 여건의 변화에 따라 언제든지 개정될 소지가 농후하므로 개정 이후에는 청구인들의 권리보호의 이익이 부정될 가능성이 많은 점 등을 종합하여 판단하여 보면, 헌법소원 심판을 청구하는 외에 달리 효과적인 구제방법이 있다고 보기 어렵다. 그렇다면 이 사건 헌법소원 심판청구는 다른 구제절차를 경유함이 없이 바로 제기된 것이지만 이는 적법하다.

4. 본안에 대한 판단

가. 의료보장제도 및 의료수가지급제도 개괄

각국의 의료보장제도는 역사, 경제, 사회적 여건에 따라 다른 형태를 취하고 있다. 국가가 의료보장을 시행하는 방법은 재원을 확보하는 재원조성의 방법에 따라, 법률에 자격이 정해진 자가 보험료를 낼 것을 전제로 하여 보험급

여를 하는 보험방식과 일반조세를 재원으로 하여 국민 또는 거주자라는 요건만 갖추면 국가가 의료서비스를 보장하는 조세방식으로 구분된다. 전 세계적으로 의료보장을 시행하고 있는 국가 중에서, 영국, 이탈리아, 호주, 뉴질랜드, 캐나다, 스웨덴, 덴마크 등과 같이 조세방식의 의료보장제도를 취하고 있는 소수의 국가를 제외한다면, 대부분의 국가는 사회보험방식의 의료보장을 택하고 있는 바(헌재 2000. 6. 29. 선고 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 937), 우리나라의 건강보험제도도 이와 같은 사회보험의 방식에 따른 것이다.

한편 의료보장제도에 있어서 의료수가, 즉 진료비의 지급방식은 그 제도의 근간을 이루는 사항중의 하나로서 당해국가의 의료보장체제의 제도적 특성을 결정짓는 중요한 요소이다. 여기에는 진료에 소요된 약제 또는 재료비를 별도로 산정하고 의료인이 제공한 진료행위 하나하나마다 일정한 값을 정하여 의료비를 지급하는 진료행위별 수가제 방식과 의료인이 맡고 있는 환자수, 정확히는 자기 환자가 될 수 있는 일정 지역의 주민수에 일정 금액을 곱하여 이에 상응한 보수를 의료제공자측에게 지급하는 인두제 방식, 그리고 의료인들에게 그들 각자의 근무경력, 기술수준, 근무하는 의료기관의 종별 및 직책에 따라 보수수준을 결정하고 그에 따라 매월 혹은 일정기간에 한번씩 급료를 지급하는 봉급제 방식 및 일정기간동안 의료기관이나 의사의 총지출 또는 지출의 일부를 감당하기 위하여 사전에 일정한 금액을 지불하는 총액예산제 방식 등이 채택되고 있는 바, 같은 방식이라고 하더라도 수가계산의 구체적 기준을 어떻게 설정하느냐에 따라 적용결과는 달라질 수 있으며, 국가에 따라서는 하나 이상의 방식들을 혼합한 제도를 시행하기도 하고 있다. 우리나라의 건강보험제도는 진료행위별 상대가치를 정하여 수가산정의 기준이 되도록 하고 있고 따라서 그 수가가 진료행위별로 특정되어지도록 하고 있으므로 위 진료행위별 수가제를 근간으로 하고 있다고 할 것이다.

나. 우리나라 건강보험제도상의 의료수가지급방식의 개요와 특징

생존권적 기본권을 보장하는 헌법 제34조는 제1항에서 ‘모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다’고 규정하였으며 제2항에서는 ‘국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다’고 규정하고 있고, 나아가 헌법 제36조 제3항은 ‘모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다’고 규정하고 있다. 이러한 생존권적 기본권의 헌법적 보장의 요청과 사회보장 및 보건에 관한 국가의 보호의무에 의거하여 국가는 국민보건의 향상과 사회보장의 증진을 위하여 국민건강보험법에 따른 건강보험제도를 시행하고 있다. 이와

같이 건강보험제도는 헌법상의 복지국가이념을 실현하기 위하여 국민의 의료 보장을 보험의 원리에 의하여 구체화한 것이라고 할 것이다.

이러한 건강보험에 있어서 의료수가 즉 요양급여비용의 지급제도는 한편으로는 요양급여를 시행한 의료기관에 대하여 그 대가를 지급하는 것이라는 측면에서 사적 성격을 가지고 있으나, 다른 한편으로는 동 비용은 요양기관의 업무량과 투자자원 및 위험도 등을 고려하여 각 요양급여별로 공평하게 산정·지급되어야 할 뿐만 아니라 보험재정의 상태와 국민의 부담규모도 고려되어야 하는 측면에서 공익적 성격도 강하다. 우리 법은 건강보험 의료수가지급제도의 이러한 양면적 특성을 고려함에 있어서, 그 사적 계약으로서의 성격을 참작하여 법 제42조에서 요양급여비용은 국민건강보험공단과 의약계 대표자와의 계약으로 정하는 것으로 하되, 그 계약기간은 1년으로 하였고(제1항), 한편으로 계약기간 만료전 3개월 이내에 계약이 체결되지 아니하면 보건복지부장관이 정하는 금액을 요양급여비용으로 하되, 이는 위 계약으로 정한 요양급여비용으로 간주하도록 하였고(제3항), 나아가 위 계약의 내용 등 필요한 사항을 대통령령으로 정할 수 있도록 규정하고 있는 등(제7항) 건강보험제도의 공익적 성격을 아울러 고려하여 위 계약제에 상당한 제한을 두고 있다. 즉 요양급여비용지급에 있어 의약계의 요청을 수용하여 계약제를 원칙으로 선언하기는 하였으나, 매년 새로 체결되어야 할 동 계약이 공단과 의료계 대표자간에 합의가 이루어지지 아니할 경우 보건복지부 장관의 고시에 의하여 내용이 결정되는 것이므로 이러한 계약제의 원칙은 공단이 거부하는 경우 더 이상 실효적이지 못하게 된다. 이러한 결과를 고려하면 우리 법상으로도 요양급여비용의 지급은 반드시 계약에 의한다고만 하기 어렵고 우선적으로는 계약, 최종적으로는 고시에 의하는 것이라고 하는 것이 그 실제에 보다 잘 부합할 것이다. 그러나 요양급여비용을 결정함에 있어서 우선적으로 공단과 의약계 대표자간의 계약에 의하도록 한 것은 요양급여 제공자인 의약계의 의견을 시기적으로 적절히 반영하여 물가상승 등 유동하는 경제현실에 상응한 요양급여비용이 산정될 수 있도록 하기 위한 입법적 배려라고 할 것이므로 그 입법 취지는 관련당사자들에 의하여 충분히 존중되어야 할 것이다.

다. 이 사건의 쟁점에 대한 판단

앞서 본 바와 같이 법 제42조 제1항은 ‘요양급여비용은 공단의 이사장과 대통령령이 정하는 의약계를 대표하는 자와의 계약으로 정한다. 이 경우 계약기간은 1년으로 한다.’고 규정하고 제7항은 ‘제1항의 규정에 의한 계약의 내용

기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.’고 규정하여 요양급여비용에 관한 공단이사장과 의약계대표자와의 계약의 내용과 필요한 사항을 대통령령에 위임하였다. 그런데 이와 같은 위임을 받은 법시행령 제24조 제1항은 ‘법 제42조 제1항의 규정에 의한 계약은 제2항의 규정에 의한 각 요양급여의 상대가치점수의 점수당 단가를 정하는 것으로 체결한다.’고 하여 위 계약의 내용범위가 요양급여 상대가치 점수의 ‘단가’만을 정하는 것이라고 밝히고 있다. 이어서 제2항은 ‘요양급여의 상대가치점수는 요양급여에 소요되는 시간·노력 등 업무량, 인력·시설·장비등 자원의 양과 요양급여의 위험도를 고려하여 산정한 요양급여의 가치를 각 항목간에 상대적 점수로 나타낸 것으로 하되, 보건복지부장관이 심의조정위원회의 심의를 거쳐 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 이를 고시한다.’고 규정하여 상대가치점수의 산정 자체는 피청구인의 고시에 의하도록 정하고 있다. 피청구인은 이와 같은 법령의 위임에 따라 2000. 12. 8. 보건복지부 고시 제2000-67호로 ‘건강보험요양급여행위및그상대가치점수’를 발하여 요양급여행위별 상대가치점수를 정하였고, 다시 2001. 6. 27. 보건복지부 고시 제2001-32호로 이 사건 개정고시를 발하여 기존의 상대가치점수의 산정기준을 개정하였다.

그러므로, 이하에서는 먼저 법 제42조 제7항이 시행령에 위 계약의 내용 등을 위임한 것이 헌법상 위임입법의 한계를 지킨 것인지 여부와 시행령 제24조 제1항이 위 법률규정으로부터 위임받은 범위 내의 사항을 규율하여 헌법 제37조 제2항에서 요구하는 법률에 의한 기본권 제한의 요구를 준수한 것인지 여부를 살피고, 다음으로 위 법조항의 위임을 받은 시행령 제24조 제2항이 위 법률규정으로부터 위임받은 사항을 다시 이 사건 개정고시에 재위임함에 있어서 헌법상 재위임의 한계를 지킨 것인지 여부 및 이 사건 개정고시가 위 시행령규정으로부터 위임받은 범위내의 사항을 규율하여 법률에 의한 기본권의 제한의 요구를 준수한 것인지 여부에 대하여 차례로 살핀다.

(가) 법 제42조 제7항이 위임입법의 한계를 준수하였는지 여부 및 시행령 제42조 제1항이 위임받은 범위를 벗어난 내용을 규정하였는지 여부에 대한 판단

헌법 제75조가 ‘법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다’고 함은 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다는 것을 의미한

다. 위임입법의 위와 같은 구체성 내지 예측가능성의 요구정도는 문제된 그 법률이 의도하는 규제대상의 종류와 성질에 따라 달라질 것임은 물론이고, 그 예측가능성의 유무를 판단함에 있어서는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 하는 것이다(헌재 1994. 6. 30. 93헌가15·16·17(병합); 헌재 1994. 7. 29. 93헌가12; 헌재 1995. 10. 26. 93헌바62, 판례집 7-2, 419, 428-429).

이 사건에서 법 제42조 제1항은 요양급여비용의 결정은 공단이사장과 의약계의 대표자간의 계약으로 정하되, 제7항은 계약의 내용과 필요한 사항을 대통령령으로 정하도록 위임하였다. 이에 따라 시행령 제24조 제1항은 ‘법 제42조 제1항의 규정에 의한 계약은 제2항의 규정에 의한 각 요양급여의 상대가치점수의 점수당 단가를 정하는 것으로 체결한다’고 규정하여 계약의 내용을 상대가치점수의 점수 단가를 정하는 것으로 한정하고 상대가치점수의 산정 자체는 계약의 내용에서 제외하였다.

판단컨대, 국민건강보험법의 제정으로 요양급여비용의 결정은 공단 이사장과 의약계 대표자간의 계약에 의하여 이루어지도록 제도가 변경되기는 하였으나, 요양급여비용을 결정하는 것은 사인간의 일반적 계약과는 달리 공공성이 강하므로 그 계약의 내용상 대상범위를 결정함에 있어서도 이 사건 계약의 이러한 공익적 특성이 반영되지 않을 수 없다.

또한 의료수가를 결정함에 있어서 요양급여의 상대적 가치평가는 의료행위 자체에 내재된 성격에 의하여 주로 결정될 사항으로서 의학의 발달과 의료기술의 진화에 의하여 항상 변화하는 것이다. 또 각종 질병의 다양성과 이에 대처하는 의약기술의 무한한 변화·발전으로 인하여 현실적으로 실행되는 요양급여행위의 종류는 극히 다양하여 그 수가 약 3,500개에 해당할 정도로 많아서 이러한 요양급여행위별로 그 상대가치를 정하는 작업은 전문가에 의한 많은 노력과 시간이 소요되는 작업이 될 수 밖에 없다. 이러한 방대한 분량의 작업을 대상으로 매년 공단과 의약계 대표자간의 합의를 이끌어 내도록 요청한다면 그 합의 대상의 방대성, 다양성, 복잡성으로 인하여 위 계약의 성립 자체를 심각하게 지연시킬 우려가 있다. 또한 이러한 지연은 곧 법 제42조 제3항에 따라 보건복지부 장관이 요양급여비용의 내용을 직접 결정하게 하는 요인이 될 수 있는바, 그렇다면 위 상대가치 점수를 계약의 내용에 포함하는 것이 위 계약을 우선적인 것으로 하고자 하는 입법의 취지에 오히려 반하게

될 수도 있다.

나아가 이러한 요양급여 상대가치의 평가는 의과, 치과, 한의과 혹은 그보다 세분하여 내과, 외과, 산부인과 등 의약업의 세부적 전문분야별 행위를 기준으로 다양하게 설정되어야 하는 것으로서 반드시 의약계 전체의 이해가 일치하지 아니하는 성격을 가지고 있다. 따라서 의약계 내부의 이해관계의 대립을 불러올 수도 있으며, 이러한 상대가치의 평가작업은 그 본질상 공단과 전체 의약계의 대표자들간의 계약과 그 협상력에 의하여 정하여져야 할 분야라기보다는 당해 전문가에 의하여 객관적이고 공정한 평가를 통하여 결정되는 것이 바람직한 분야라고 할 것이다.

이러한 점들을 고려하면 요양기관의 강제지정을 근간으로 하는 현재의 건강보험제도하에서 위 상대가치점수를 정하는 것은 그 본질적 성격을 고려해 볼 때나 현실을 참작하여 볼 때 어느 모로든 공단이사장과 의약계의 대표자간의 계약으로 결정하기에는 부적합한 측면을 가지고 있다고 할 것이다.

한편 상대가치점수에 대한 단가의 결정은 결국 의약계가 현실적으로 취하는 경제적 급부의 규모를 최종적으로 결정하는 의미를 가진 조치이다. 그렇다면 위 계약제를 도입한 이유가 의약계의 요양급여에 대한 보수의 현실화를 도모하고자 하는 것임을 감안할 때 위 단가결정을 위 계약의 내용으로 하는 것만으로도 위 계약제의 기본적 도입목적은 충족시키는 것이라고 할 수 있고, 이러한 부분을 계약의 내용으로 삼는 한 계약제를 정한 법률규정의 입법취지가 위 시행령 조항의 내용에 의하여 훼손되었다고 보기 어렵다.

또 가사 위 상대가치점수를 정하는 것이 위 계약의 내용에 포함된다고 하더라도, 피청구인은 국가가 결정하는 점수표의 내용을 위 계약당사자인 공단이사장을 통하여 의약계의 대표자들에게 제시한 다음 동 대표자들이 법정기간 내에 이를 수용하지 아니하는 경우 계약불성립을 이유로 법 제42조 제3항에 의하여 고시의 형태로 매년 발령할 수 있을 것이므로 피청구인으로서의 의약계 대표와의 합의성립 여부와 상관없이 위 고시의 내용을 결국 관철시킬 수 있을 것이어서, 현행법의 '계약·고시 혼합구조'상으로는 상대가치점수를 정하는 것을 계약에 포함시킬 실익이 크게 줄어들었다고 볼 수밖에 없다.

이와 같이 국민건강제도의 공익적 성격과 요양급여비용지급에 있어서의 계약제의 한정적 의미 및 위 상대가치점수의 평가의 본질적 성격 등을 고려할 때, 이 사건 계약의 내용범위는 의약계가 원하는 요양급여비용의 현실화를 충분히 반영할 수 있는 기회가 될 수 있도록 하되 건강보험제도의 공익적 성격

이 충분히 반영되는 수준에서 적절한 조화를 이루는 내용이 되어야 할 것이고, 이와 같은 점은 이 사건 법률조항과 법체계 전체를 보아서 누구라도 충분히 예측가능한 것이라고 할 것이다. 결국 상대가치 점수의 평가와 산정은 법 제42조 제1항의 계약제 도입규정에도 불구하고 동 법률의 전체적 체계를 고려할 때 법 제42조 제7항에 의하여 피청구인의 결정사항으로 할 수 있도록 위임하였음을 누구나 충분히 예측할 수 있다고 할 것이며, 나아가 이와 같은 취지를 규정한 이 사건 시행령 조항의 내용은 위 법률규정의 위임 범위내의 것이라고 할 것이다. 따라서 법 제42조 제7항은 헌법상 요구되는 위임입법의 한계를 준수하였으며 그 위임을 받은 시행령 제24조 제1항은 그 위임받은 범위 내의 사항을 규율한 것이므로 법률의 근거를 가진 것으로서 헌법 제37조 제2항에서 요구하는 법률에 의한 기본권제한의 원칙을 위배한 것이 아니다.

(나) 시행령 제24조 제2항이 재위임의 한계를 준수하였는지 여부 및 이 사건 개정조시가 시행령으로부터 재위임받은 범위를 벗어난 내용을 규정한 것인지 여부에 대한 판단

먼저 시행령 제24조 제2항이 재위임의 한계를 준수하였는지 여부에 관하여 본다.

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

이 사건의 경우 앞서 본 바와 같이 법 제42조 제7항의 위임을 받은 시행령 제24조 제1항은 요양급여의 상대가치점수의 점수당 단가를 정하는 것으로 위 계약의 내용을 정한 다음, 동 조 제2항은 피청구인의 고시에 의하여 요양급여의 상대가치점수를 정하도록 재위임하고 있는 바 동 점수는 ‘요양급여에 소요되는 시간·노력등 업무량, 인력·시설·장비등 자원의 양과 요양급여의 위험도를 고려하여 산정한 요양급여의 가치를 각 항목간에 상대적 점수로 나타

낸 것으로 한다'고 규정하여 하위규범인 고시에서 정할 사항의 내용과 산정기준을 보다 구체화하고 있다. 이러한 내용은 상대가치점수를 산정함에 있어서 반드시 참작하여야 할 요건들을 제시한 것으로 특정의 사항을 범위를 한정하여 위임한 것에 해당한다. 따라서 위 시행령 제24조 제2항은 재위임의 경우에 요청되는 헌법적 한계를 준수하고 있음이 명백하다.

다음으로 이 사건 개정고시가 시행령으로부터 재위임받은 범위를 벗어난 내용을 규정한 것인지 여부에 관하여 본다.

이 사건 개정고시의 근거법령인 시행령 제24조 제2항은 '요양급여의 상대가치점수는...보건복지부장관이 심의조정위원회의 심의를 거쳐 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 이를 고시한다'고 규정하고 있으므로 이 사건 개정고시가 재위임받은 범위는 위 상대가치점수를 정하는 사항이라고 할 것이다.

한편 이 사건 개정고시의 내용은 기존의 고시에 '차등수가'의 항목을 설치하여 이에 관한 상세한 내용을 새로 담고 있는 것인데, 그 요지는 '의사 1인당 1일 진찰횟수를 기준으로 진찰료를 차등 감액지급하는 차등수가제, 진찰료와 처방료의 통합, 기본진찰료의 30%를 가산하는 야간가산을 적용시간대의 축소'를 실시하는 것으로 요약할 수 있다.

판단컨대, 이 사건 개정고시의 내용을 이루는 것 중, 차등수가제의 도입은 요양급여행위의 상대적 가치를 일일 진료하는 환자수의 다과에 따라 달리 하도록 한 것이고, 진찰비와 처방비의 통합은 양 행위의 상대적 가치를 통합하여 이를 재평가하는 것이며, 야간가산시간대의 조정은 시간대에 따라 달라지는 요양급여의 상대가치를 재평가한 것이라고 볼 수 있다. 따라서 이 사건 개정고시의 내용은 요양급여행위의 상대적 가치를 산정하는데 있어서 일반원칙적 혹은 총론적 사항으로 적용되는 부분을 개정한 것이므로 그 내용의 성격상 요양급여행위의 상대가치점수를 변경하는 것에 해당하는 것이다. 그렇다면 이 사건 개정고시의 내용은 시행령 제24조 제2항에서 위임하고 있는 사항인 요양급여비용의 상대가치점수 산정의 범위 안에 속하는 것이라고 할 것이다. 따라서 이 사건 개정고시는 비록 그 내용이 의료수가의 산정기준에 관한 것으로 의료인인 청구인들의 재산권을 제한하고 있지만 위 시행령 조항 및 나아가 동 시행령에의 위임근거가 되는 법률조항인 법 제42조 제7항에 그 위임의 근거를 가진 것으로서 결국 법률적 근거가 있음이 명백하므로 헌법 제37조 제2항에서 요구하는 '법률에 의한 기본권 제한의 원칙'에 위배되지 아니한다고 할 것이다.

5. 결 론

그렇다면 이 사건 개정고시는 모 법령으로부터 헌법상 요구되는 위임입법의 한계를 준수하여 위임을 받은 범위내의 사항을 규정한 것이므로 헌법 제 37조 제2항 및 제75조에 위배되지 아니하여 헌법에 위반되지 아니한다. 따라서 청구인들의 이 사건 헌법소원 심판청구는 기각하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

[별 지]

건강보험요양급여행위및그상대가치점수개정 (보건복지부고시 제2001-32호)

건강보험요양급여행위및그상대가치점수 중 다음과 같이 개정고시한다.

제1부 일반원칙중에 “Ⅲ. 예외규정”을 “Ⅳ. 예외규정”으로 하고, “Ⅲ. 차등수가”를 다음과 같이 신설한다.

Ⅲ. 차등수가

의과의원, 치과의원, 한의원, 보건의료원, 약국의 경우에는 의사, 치과의사, 한의사, 약사 1인당 1일 진찰횟수, 약국의 경우에는 조제건수(처방전 매수를 말한다. 이하 같다)에 따라서 요양기관에 진찰료와 조제료 등(조제료, 약국관리료, 기본조제기술료, 복약지도료를 말한다. 이하 같다.)을 아래와 같이 차등지급한다. 다만, 의료보호 환자 또는 기타 보건복지부장관이 별도로 정하는 경우에는 차등수가 적용대상에서 제외할 수 있다.

가. 의과의원, 치과의원, 한의원, 보건의료원의 의사, 치과의사, 한의사 1인당 1일 진찰횟수를 기준으로 진찰료에 대하여 다음과 같이 차등지급한다.

- (1) 75건 이하 : 100%
- (2) 75건을 초과하여 100건까지 : 90%
- (3) 100건을 초과하여 150건까지 : 75%
- (4) 150건을 초과한 건 : 50%

나. 약국의 약사 1인당 1일 조제건수(의약분업 예외지역에서는 직접조제건수 포함)를 기준으로 조제료 등에 대하여 다음과 같이 차등지급한다.

- (1) 75건 이하 : 100%
- (2) 75건을 초과하여 100건까지 : 90%
- (3) 100건을 초과하여 150건까지 : 75%
- (4) 150건을 초과한 건 : 50%

다. 차등지급되는 진찰료(약국의 경우에는 조제료등을 말한다.)는 차등지수에 1개월간 총진찰료를 승하여 산출하되 10원 미만은 4사5입한 금액으로 산출하며 차등지수는 의사, 치과 의사, 한의사, 약사 1인당 1일평균 진찰횟수(약사의 경우에는 조제건수)를 n으로 할 때에 다음과 같이 산정하되 소수점 여덟째 자리에서 4사5입한다.

- (1) n이 75 이하일 경우에는 차등지수를 1로 한다.
- (2) n이 75를 초과하여 100 이하일 경우에는
$$\{75 \times 1.00 + (n - 75) \times 0.90\} / n$$
- (3) n이 100을 초과하여 150 이하일 경우에는
$$\{75 \times 1.00 + 25 \times 0.90 + (n - 100) \times 0.75\} / n$$
- (4) n이 150을 초과하는 경우에는
$$\{75 \times 1.00 + 25 \times 0.90 + 50 \times 0.75 + (n - 150) \times 0.50\} / n$$

라. 의사, 치과 의사, 한의사, 약사 1인당 1일 평균 진찰횟수(약사의 경우에는 조제건수)는 내원환자의 순서 및 초·재진을 구분하지 아니하고 1개월간 총 진찰횟수의 합을 구하고 이를 해당 요양기관이 국민건강보험법시행규칙 별지 제10호 요양기관현황통보서에 의해서 통보한 의사, 치과 의사, 한의사, 약사의 수와 진료일수(약국의 경우에는 조제일수)를 승한 값으로 나누어서 계산하되 소수점 첫째자리에서 절사하여 산정한다.

마. 진료일수는 1개월 동안 요양기관이 실제 진료한 날수를 말한다.

제2부 제1장 기본진료료의 [산정지침] 중 1. 진찰료 “가”항을 다음과 같이 한다.

가. 진찰료는 외래에서 환자를 진찰한 경우에 처방전의 발행과는 관계없이 산정하며 초진환자를 진찰하였을 경우에는 초진진찰료, 재진환자를 진찰하였을 경우에는 재진진찰료를 산정한다.

(1) 진찰료는 기본진찰료(초진의 경우에는 151.62점, 재진의 경우에는 95.67점)와 외래관리료(진찰료에서 기본진찰료를 제외한 점수)의 소정점수를 합하

여 산정한다.

(2) 진찰료는 진찰의사의 “전문의를수련및자격인정등에관한규정” 제2조의2 및 제17조에 의한 전문의의 전문과목 등에 따른 다음의 분류에 의하여 구분하여 산정한다.

(가) 가 군 : 내과, 소아과, 가정의학과, 신경과, 정신과, 결핵과

(나) 나 군 : 일반외과, 정형외과, 신경외과, 흉부외과, 성형외과, 마취과, 산부인과, 안과, 이비인후과, 피부과, 비뇨기과, 재활의학과

(다) 다 군 : 진단방사선과, 치료방사선과, 핵의학과, 응급의학과, 임상병리과, 해부병리과, 산업의학과, 예방의학과, 기타 전문과목, 전문의가 아닌 일반의사, 치과(의과 요양기관에 설치된 치과에 한한다)

(라) 치과병원, 치과의원은 별도로 산정한다.

(3) 초진환자란 해당 상병으로 동일 의료기관의 동일진료과목 의사에게 진료받은 경험이 없는 환자를 말한다.

(4) 재진환자란 해당 상병으로 동일 의료기관의 동일 진료과목 의사에게 계속해서 진료받고 있는 환자를 말한다.

(5) 해당 상병의 치료가 종결된 후 동일상병이 재발하여 진료를 받기 위해서 내원한 경우에는 초진환자로 본다. 다만 치료종결 후 30일 이내에 내원한 경우에는 재진환자로 본다.

(6) 진찰료 중 기본진찰료는 병원관리 및 진찰권발급 등, 외래관리료는 외래환자의 처방 및 조제 등에 소요되는 비용을 포함한다.

제2부 제1장 기본진료료 [산정지침] 1. 진찰료 나-(2)항 중 “진찰을 한 경우”를 “진찰을 한 경우(재진진찰료)”로 하고 동 [산정지침] 3. 의약품관리료 중 “가”항을 다음과 같이 한다.

가. 외래환자 의약품관리료는 다음과 같이 산정한다.

(1) 내복약 조제일수에 따라 산정한다.

(2) 외용약 또는 주사제를 내복약과 복합으로 조제한 경우에는 내복약의 조제일수에 의한다.

(3) 위 “(1)”의 규정에 불구하고 외용약 및 주사제(약가를 산정하지만 주사료 등이 발생하지 아니하는 경우를 포함)를 복합 또는 단독으로 조제한 경우에는 조제일수에 불문하고 의약품관리료는 1회 산정한다.

제2부 제1장 기본진료료 중 분류번호 “가-1”의 “외래환자 진찰료 Outpatient Care”를 다음과 같이 한다.

외래환자 진찰료 Outpatient Care

가. 초진진찰료 New patient

주 : 1. 만6세 미만의 소아에 대하여는 9.03점을 가산한다. (산정코드 첫 번째 자리에 6으로 기재)

2. 치과에서 장애인 등록증을 교부받은 뇌성마비 또는 정신지체인에 대하여는 9.03점을 가산한다. (산정코드 첫 번째 자리에 9로 기재)

3. 평일20시(토요일은 15시)~익일 09시 또는 관공서의공휴일에관한규정에 의한 공휴일에는 진찰료중 기본진찰료(초진) 소정점수의 30%를 가산한다. (산정코드 두 번째 자리에 야간은 1, 공휴일은 5로 기재)

(1) 의과의원, 보건의료원내의 의과

AA144 (가) 가 균	207.58
AA154 (나) 나 균	196.75
AA164 (다) 다 균	189.53

(2) 의과병원, 요양병원내의 의과

AA145 (가) 가 균	213.00
AA155 (나) 나 균	202.17
AA165 (다) 다 균	193.14

(3) 종합병원, 종합전문요양기관에 설치된 경우를 제외한 치과대학부속치과병원

AA146 (가) 가 균	272.56
AA156 (나) 나 균	220.22
AA166 (다) 다 균	198.56

(4) 종합전문요양기관, 종합전문요양기관에 설치된 치과대학부속치과병원

AA147 (가) 가 균	283.39
AA157 (나) 나 균	234.66
AA167 (다) 다 균	214.80

(5) AA100 치과의원, 보건의료원내의 치과 166.06

(6) AA109 치과병원 178.70

(7) 10100 한의원, 한방병원, 보건의료원내의 한방과

국립병원내의 한방진료부, 요양병원내의 한방과 151.62

나. 재진진찰료 Established patient

주 : 1. 만6세 미만의 소아에 대하여는 3.61점을 가산한다. (산정코드 첫 번째

째 자리에 6으로 기재)

2. 치과에서 장애인 등록증을 교부받은 뇌성마비 또는 정신지체인에 대하여는 9.03점을 가산한다. (산정코드 첫 번째 자리에 9로 기재)

3. 평일20시(토요일은 15시)~익일 09시 또는 관공서의공휴일에관한규정에 의한 공휴일에는 진찰료중 기본진찰료(재진) 소정점수의 30%를 가산한다. (산정코드 두 번째 자리에 야간은 1, 공휴일은 5로 기재)

AA222 4. 물리치료, 주사 등을 일시에 처방지시하여 의사의 진찰행위없이 매일 또는 반복하여 내원하여 물리치료, 주사 등을 시술받은 경우 또는 주사제를 처방한 당일이 아닌 다른 날에 의사의 진찰없이 주사를 실시한 경우에는 진찰료 중 기본진찰료(재진) 소정점수의 50%를 산정한다.

5. 환자가 직접 내원하지 아니하고 환자 가족이 내원하여 진료담당의사와 상담한 후 약제 또는 처방전만을 수령 또는 발급하는 경우에는 재진진찰료 소정점수의 50%를 산정한다.(산정코드 두 번째 자리에 9로 기재)

(1) 의과의원, 보건의료원내의 의과

AA244 (가) 가 군	151.62
AA254 (나) 나 군	140.79
AA264 (다) 다 군	133.57

(2) 의과병원, 요양병원내의 의과

AA245 (가) 가 군	157.04
AA255 (나) 나 군	146.21
AA265 (다) 다 군	137.18

(3) 종합병원, 종합전문요양기관에 설치된 경우를 제외한 치과대학부속치과병원

AA246 (가) 가 군	216.61
AA256 (나) 나 군	164.26
AA266 (다) 다 군	142.60

(4) 종합전문요양기관, 종합전문요양기관에 설치된 치과대학부속치과병원

AA247 (가) 가 군	227.44
AA257 (나) 나 군	178.70
AA267 (다) 다 군	158.84

(5) AA200 치과의원, 보건의료원내의 치과 110.11

(6) AA209 치과병원 122.74

(7) 10200(주.4, 주.5 10221) 한의원, 한방병원, 보건의료원내의 한방과 국립병원내의 한방진료부, 요양병원내의 한방과 95.67

제2부 “제4장 투약 및 처방·조제료”를 “제4장 투약 및 조제료”로 하고, [산정지침] (1)항을 다음과 같이 한다.

(1) 라-1 퇴원환자 조제료는 약사법 제21조 제5항에 의거 외래환자 또는 퇴원하는 입원환자에게 요양기관인 의료기관의 의사 또는 치과의사의 처방에 따라 당해 의료기관의 조제실에서 조제투약한 경우 및 약사법(법률 제4731호) 부칙 제2조에 의거 외래환자 또는 퇴원하는 입원환자에게 요양기관인 한방의료기관의 한의사의 처방에 따라 당해 한방의료기관의 조제실에서 한약제제를 조제투약한 경우에 산정한다. 다만, 의료기관 또는 치과의료기관에 내원하는 외래환자의 경우에는 진찰료 중 외래관리료에 포함하여 산정하므로 처방조제료를 별도로 산정하지 아니한다.

동 [산정지침] (3)항중 “라-1 처방·조제료 또는 라-2 입원환자처방·조제·복약지도료”를 “라-1 퇴원환자 조제료 또는 라-2 입원환자 조제·복약지도료”로 하고, (4)항을 삭제하며 (5)항을 (4)항으로 하고, 동 항 중 “의약품을 처방한 경우에는 장관이 별도로 정하는 일정액을 산정할 수 있다”를 “의약품을 처방한 경우에 산정한다”로 한다.

제2부 제4장 투약 및 조제료 중 “[처방·조제료]”를 “[조제료]”로 하고, 분류번호 라-1의 “처방·조제료”를 “퇴원환자 조제료”로 하며, “주:1” 및 “주:3”을 다음과 같이 한다.

주:1. 퇴원 익일부터 산정한다.

3. 2개 이상의 진료과목이 설치되어 있고 해당과의 전문의가 상근하는 요양기관에서 동일 퇴원환자의 다른 상병에 대하여 전문과목 또는 전문분야가 다른 진료담당의사의 처방에 따라 각각 조제한 경우에는 각각 산정할 수 있다.

분류번호 라-1의 나. 외용약 [1회당] 중 (2) 내복약과 동시 투약의 “주” 중 “처방조제료”를 “조제료”로 한다.

분류번호 라-2의 “입원환자 처방·조제·복약지도료 [1일당]”를 “입원환자 조제·복약지도료 [1일당]”로 하고, 분류번호 라-3의 “원의처방료” 항목을 삭제하며, 분류번호 라-5의 “퇴장방지의약품 사용장려비”에 “주”를 다음과 같이 신설한다.

주: “약제급여·비급여목록및상한금액표”에 별도로 명시된 금액을 산정한다.

제2부 제15장 약국 약제비[산정지침]의 (2)항 중 “조제한 경우에 장관이 별도로 정하는 일정액을 산정할 수 있다”를 “조제한 경우에 산정한다”로 하고, (3)항에 단서를 다음과 같이 신설하며 (8)항 중 “평일18시(토요일은 13시)”를 “평일 20시(토요일은 15시)”로 한다.

다만, 주사제 단독투약시에는 의약품관리료(약-5)만 산정한다.

분류번호 약-4의 조제료 중 가 및 나 항의 (2) “외용약 또는 주사제” 항목을 각각 “외용약”으로 하고 약-6의 퇴장방지의약품 사용장려비에 “주”를 다음과 같이 신설한다.

주 : “약제급여·비급여목록및상한금액표”에 별도로 명시된 금액을 산정한다.

부 칙

- ① 이 고시는 2001년 7월 1일부터 시행한다.
- ② 이 고시 시행당시 다른 법령에서 종전의 고시를 인용하고 있는 경우에 이 고시 중 그에 해당하는 규정이 있는 때에는 종전의 규정에 갈음하여 이 고시 또는 이 고시의 해당 규정을 인용한 것으로 본다.
- ③ 이 고시 시행당시 다른 법령에서 종전 고시의 진찰료를 인용하고 있는 경우에는 이 고시 중 기본진찰료를 인용한 것으로 본다. 다만, 국민건강보험 법령은 예외로 한다.

과다감사 위헌확인

(2003. 12. 18. 2001헌마754 전원재판부)

【판시사항】

1. 행정청이 우월적 지위에서 행하는 권력적 사실행위가 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 헌법소원의 대상이 되는지 여부(적극)
2. 행정소송의 대상이 되지 않는 권력적 사실행위에 대하여 사전 구제절차를 거치지 않고 제기한 헌법소원이 보충성 원칙의 예외에 해당하여 적법한 것인지 여부(적극)
3. 폐기물관련사업장에 대한 국가기관의 감독 주체를 다원화하고 감사의 횟수나 시기를 제한하지 않은 폐기물관리법 제43조 제1항이 과다감사 내지 중복감사의 근거가 되어 국민의 영업의 자유를 침해하여 헌법에 위반되는지 여부(소극)
4. 합헌인 법령에 따른 공권력 행사라도 위헌적 공권력 행사가 되는 경우
5. 국가가 사인(청구인)에 대하여 이미 여러 차례 감사를 실시하였으나 아무런 문제점을 발견하지 못하였음에도 다시 정기점검이란 명목으로 종합적인 감사를 단행한 것이 입법목적을 벗어나 자의적으로 행사된 공권력인지 여부(소극)
6. 이 사건 감사가 청구인들에게 수인한도를 넘는 과중한 부담을 부과함으로써 헌법상 보장된 청구인들의 영업의 자유를 침해한 것인지 여부(소극)

【결정요지】

1. 행정청이 우월적 지위에서 일방적으로 강제하는 권력적 사실행위는 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다는 것이 우리 재판소의 판례이다. 이 사건 감사는 피청구인이 폐기물관리법 제43조 제1항에 따라 폐기물의 적정 처리 여부 등을 확인하기 위한 목적으로 청구인들의 의사에 상관없이 일방적으로 행하는 사실적 업무행위이고, 청구인들이 이를 거부·방해하거나 기피하는 경우에는 과

태로에 처해지는 점으로 볼 때 청구인들도 이를 수인해야 할 법적 의무가 있다. 그렇다면 이 사건 감사는 피청구인이 우월적 지위에서 일반적으로 강제하는 권력적 사실행위라 할 것이고 이는 헌법소원의 대상이 되는 헌법재판소법 제68조 제1항의 '공권력의 행사'에 해당된다.

2. 권력적 사실행위가 행정처분의 준비단계로서 행하여지거나 행정처분과 결합된 경우(合成的 行政行爲)에는 행정처분에 흡수·통합되어 불가분의 관계에 있다할 것이므로 행정처분만이 취소소송의 대상이 되고, 처분과 분리하여 따로 권력적 사실행위를 다룰 실익은 없다. 그러나 권력적 사실행위가 항상 행정처분의 준비행위로 행하여지거나 행정처분과 결합되는 것은 아니므로 그러한 사실행위에 대하여는 다룰 실익이 있다할 것임에도 법원의 판례에 따르면 일반쟁송 절차로는 다룰 수 없음이 분명하다. 이 사건 감사는 행정처분의 준비단계로서 행하여지거나 처분과 결합된 바 없다. 그렇다면, 이 사건 감사는 행정소송의 대상이 되는 행정행위로 볼 수 없어 법원에 의한 권리구제절차를 밟을 것을 기대하는 것이 곤란하므로 보충성의 원칙의 예외로서 소원의 제기가 가능하다.

3. 폐기물관련사업장에 대한 행정기관의 감사의 근거인 폐기물관리법 제43조 제1항은 감사의 주체를 환경부장관, 시·도지사, 시장·군수·구청장으로 규정하고 있을 뿐, 감사의 횟수나 시기·방법 등 감사의 구체적인 내용에 대하여는 별다른 제한을 두고 있지 아니하다. 그 결과 과다감사 및 중복감사로 인하여 국민들의 영업의 자유를 침해할 소지가 있다. 그러나 위 법률조항은 폐기물의 적정한 처리를 유도·감독함으로써 환경보전과 쾌적한 생활환경 조성이라는 공익을 위한 것으로 그 입법목적이 정당하고 목적과 수단사이에 적정한 비례관계가 유지되어 있으며 영업의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것도 아니어서 헌법에 위반되는 규정이라고는 볼 수 없다.

4. 합헌적이고 정당한 법령에 따른 공권력의 행사라고 할지라도 그것이 본래의 목적을 벗어나 합리적 이유 없이 자의적으로 행사되거나, 기본권 주체에게 수인한도를 넘는 과중한 부담을 부과하거나 기본권의 본질적 부분을 침해함으로써 기본권 보장이 형해화된다면, 그러한 공권력 행사는 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법할 뿐만

아니라 위헌적인 공권력 행사이다.

5. 국가기관의 감사는 폐기물의 적정처리를 유도하여 환경보전과 쾌적한 생활환경 유지를 위한 폐기물관리법 제43조 제1항의 입법목적에 따른 것이다. 환경오염 발생원인의 다양성, 피해의 중대성, 피해복구의 곤란성 등에 비추어 볼 때, 이윤추구를 목표로 하는 개인이나 민영기업의 자율에만 맡기거나 이들의 적극적이고 자발적인 법령준수만을 기대하는 것으로는 위와 같은 입법목적 달성에 미흡하고, 정기적인 감시만으로도 그 실효를 거두기 어렵다고 할 것이다. 따라서 오염피해진정 등 민원이 있는 경우나 환경오염의 우려가 있는 경우에는 언제든지 수시로 감사하여야만 폐기물로 인한 환경오염을 사전에 예방하거나 오염피해의 확산을 방지할 수 있다할 것이다. 더욱이 유해환경산업에 대한 감시·감독은 감독기관 혼자만에 의해서는 불가능하고, 상급기관의 감독 및 주민들의 감시를 비롯한 다각적인 방법에 의할 때, 비로소 그 소기의 목적을 달성할 수 있다는 점에서 주민들의 민원은 폐기물관련업소에 대한 감시체계의 중요한 일원이고 피청구인 등 국가기관으로서도 주민들의 민원이 있는 경우에는 이를 처리하고 통보해야될 법적 의무가 있다할 것인바, 이 사건 기록을 종합하면 피청구인 등의 감사는 어디까지나 법령이 규정하는 바에 따라 ○○산업이 관계법령을 준수하는지 여부를 조사한 것임을 인정할 수 있고 달리 피청구인 등이 본래 목적을 벗어나 간편하게 민원을 해결하기 위한 방편으로 재량을 일탈·남용하였다는 증거나 자료를 발견할 수 없다.

6. 피청구인을 비롯한 국가기관의 지속적이고 반복적인 감사로 청구인들의 정상적인 영업활동이 침해되었음은 인정된다. 그러나 그 침해가 청구인들이 수인할 수 없는 정도에 이르렀거나 영업활동을 중단할 정도로 직업수행의 자유에 대한 본질적인 부분을 침해한 정도에 이르렀다고 보이지 않고 관련 기록 및 자료를 종합해보더라도 그와 같은 침해로 인하여 회사가 부도가 났다는 청구인들의 주장을 뒷받침할 만한 자료를 발견할 수 없다. 오히려 청구인들은 피청구인의 감사에 응해야할 법률상 의무가 있고, 그로 인하여 ○○산업의 영업활동의 자유가 어느 정도 제한된다는 점은 환경보전이라는 중대한 공익을 위해 ○○산업이 수인해야될 법적 부담이라할 것이다.

재판관 권 성, 재판관 김효종, 재판관 김경일, 재판관 송인준의 위헌의견

국가의 공권력 행사는 그것이 비록 법령에 따른 것이라 할지라도 입법취지에 부합하게 공정하게 행사되어야 하고, 기본권 주체에게 가장 침해가 덜 가는 방법을 선택하여야 한다는 것이 우리 헌법의 명령이며, 이는 폐기물관리법 제43조 제1항에 따른 감사권 행사도 예외가 될 수 없다. 그런데, 피청구인 등 국가기관은 청구인 회사가 설립되어 공장을 가동한 직후인 1998. 12.부터 이 사건 감사가 실시된 2001. 10. 18.까지 약 2년 10개월 동안 동종·유사한 내용의 감사를 무려 56차례 행하였다. 더구나 이전의 감사에서 아무런 문제점을 발견하지 않았음에도 주민들의 민원 내지 진정이 있기만 하면 민원내용의 신빙성이나 얼마나 전에 감사를 실시하였는지에 상관없이 관성적으로 감사에 착수하였다. 이는 기본권을 보호해야할 의무가 있는 국가가 오히려 법령을 빙자하여 청구인들이 입게될 피해와 고통을 고려하지 않고 오로지 민원해결의 방편으로 법령에 의하여 부여된 감사권한을 자의적으로 행사한 것으로 위헌적인 공권력의 행사라 아니할 수 없다. 또한 국가의 공권력이 민원에 휘둘린다면, 법령의 공정한 집행에 기대할 수 없을 뿐만 아니라 궁극적으로 중요한 국책산업이나 공익산업을 통한 공익실현도 불가능하다고 할 것이다.

환경오염피해의 중대성에 비추어 볼 때 폐기물관련사업장에 대한 감사주체를 다원화하는 것이 필요하다고 하더라도 국가기관 사이의 유기적인 정보체계를 구축하는 등으로 과다감사 내지 중복감사가 되지 않도록 하는 것이 기본권의 보호의무가 있는 국가기관이 취해야할 감사방법이다. 국가는 종합감사시스템을 정비하는 등의 방법으로 과다감사 내지 중복감사가 되지 않도록 하여 감사권 행사의 통일성과 효율성을 제고하면서도 기본권 침해를 최소화할 수 있는 방안을 마련하여야 할 것이다.

【근거법령】

폐기물관리법(1997. 12. 13. 법률 제5454호로 개정된 것) 제43조(보고·검사등) ① 환경

부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 이 법의 시행에 필요한 범위안에서 환경부령이 정하는 바에 따라 관계인에게 보고를 하게 하거나 자료를 제출하게 할 수 있으며, 관계공무원으로 하여금 사무소 또는 사업장 등에 출입하여 관계서류나 시설·장비 등을 검사하게 할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 출입·검사를 행하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

폐기물관리사업장지도·점검규정(환경부 훈령 제446호, 1999. 12. 30. 개정된 것) 제4조(점검의 종류등) ① 점검은 정기 지도·점검(이하 “정기점검”이라 한다)과 수시 지도·점검(이하 수시점검이라 한다)으로 구분하여 실시한다.

② 정기점검은 다음 각호에 따라 점검을 실시하되, 대상사업장의 규모 및 전년도 지도·점검시 위반횟수 등을 고려하여 최근 2년간 위반사실이 없는 업소에 대하여는 감독기관의 판단에 따라 점검회수를 감감할 수 있다.

3. 폐기물재활용신고사업장 : 반기 1회(다만, 성토제·보조기층제 등으로 재활용하는 업소 및 가연성 고형폐기물을 연료로 이용하는 업소는 분기 1회)

③ 수시점검은 다음 각호의 경우에 실시하며 문제가 해결될 때까지 지속적으로 실시한다.

1. 오염피해진정 등의 민원이 있는 경우

2. 타기관으로부터 정당한 지도·점검의 요청이 있는 경우

3. 폐기물(간이)계산서를 작성하지 않았거나, 허위로 작성하였거나 부실하게 작성한 경우

4. 불법투기업소·상습위반업소·민원다발업소 등 문제업소

5. 폐기물 보관시설 등에서 화재가 자주 발생하는 업소

6. 기타 점검결과 문제가 있거나 우려되는 시설로서 점검기관이 필요하다고 판단되는 경우

【참조조문】

헌법 제11조, 제37조 제2항

헌법재판소법 제68조 제1항

민원사무처리에관한법률 제6조(민원사무의 처리) ① 행정기관은 민원사무를 법령이 정하는 바에 따라 다른 업무에 우선하여 처리하여야 한다.

② 행정기관이 처리기간내에 민원사무를 처리하지 아니한 때에는 신청인은 당해 행정기관 또는 감독기관에 대하여 지체없이 처리할 것을 요구할 수 있다.

민원사무처리에관한법률 제10조(처리결과와 통지) 행정기관은 민원인이 신청한 민원사항에 대한 처리결과를 민원인에게 문서로 통지하되, 민원인이 신청한 민원사항을 거부하거나 민원사항의 실현이 불가능하다고 인정할 때에는 그 이유를 함께 통지하여야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 바에 따라 구술·전화·전신·모사전송 또는 컴퓨터통신으로 통지할 수 있으며 이 경우 민원인의 요청이 있는 때에는 지체없이 처리결과에 관한 문서를 교부하여야 한다.

감사원법 제27조(출석답변·서면제출·봉인 등) ① 감사원은 감사상 필요한 때에는 다음 각호의 조치를 할 수 있다.

1. 관계자 또는 감사사항에 관련이 있다고 인정된 자의 출석·답변의 요구
2. 증명서·변명서 기타 관계문부·물품등의 제출요구
3. 참고·금고·문부·물품 등의 봉인

②~④ 생략

국정감사및조사에관한법률 제10조(감사 또는 조사의 방법) ① 위원회·제5조의 소위원회 또는 받은 감사 또는 조사를 위하여 그 의결로 감사 또는 조사와 관련된 보고 또는 서류의 제출을 관계인 또는 기관 기타에 요구하고, 증인·감정인·참고인의 출석을 요구하고 검증을 행할 수 있다. 다만, 위원회가 감사 또는 조사와 관련된 서류제출요구를 하는 경우에는 재적위원 3분의 1 이상의 요구로 할 수 있다.

② 위원회(제5조의 소위원회 또는 반을 포함한다. 이하 같다)는 제1항의 증거의 채택 또는 증거의 조사를 위하여 청문회를 열 수 있다.

③ 제1항의 요구를 받은 자 또는 기관은 국회에서의증언·감정등에관한법률에서 특별히 규정한 경우를 제외하고는 누구든지 이에 응하여야 하며, 위원회의 검증 기타의 활동에 협조하여야 한다.

④ 감사 또는 조사를 위한 증인·감정인·참고인의 증언·감정등에 관한 절차는 국회에서의증언·감정등에관한법률이 정하는 바에 의한다.

폐기물관리법시행규칙 제44조(폐기물처리등 실적보고) 법 제43조 제1항의 규정에 의하여 사업장폐기물배출자등은 매년의 폐기물의 발생·처리 및 재활용에 관한 사항을 다음연도 2월말일까지 다음 각호의 구분에 의한 보고서를 작성하여 당해 허가·승인·신고기관의 장에게 보고하여야 한다. 다만, 영 제2조 제2항 제3호의 규정에 의한 사업장폐기물배출자는 폐기물배출종료일로부터 15일 이내에 시장·군수·구청장에게 보고하되, 배출기간이 2개 연도 이상에 걸쳐 배출되는 경우에는 매년도의 폐기물처리실적은 다음연도 2월 말일까지, 나머지 폐기물처리실적은 폐기물배출종료일로부터 15일 이내에 각각 보고하여야 한다.

1. 제10조의 규정에 의하여 사업장폐기물배출자신고를 한 자
별지 제30호서식의 폐기물배출 및 처리실적보고서

2. 폐기물처리업자

가. 폐기물수집·운반업자

별지 제31호서식의 폐기물수집·운반실적보고서

나. 폐기물중간처리업자

별지 제32호서식의 폐기물중간처리실적보고서

다. 재활용을 위한 폐기물중간처리업자

별지 제33호서식의 폐기물재활용실적보고서

라. 폐기물최종처리업자

별지 제34호서식의 폐기물최종처리실적보고서

마. 폐기물종합처리업자

가목 내지 라목의 규정에 의한 실적보고서

3. 폐기물처리시설의 설치·관리자(사업장폐기물배출자가 스스로 처리하는 경우를 제외한다)

별지 제32호서식의 폐기물중간처리실적보고서 또는 별지 제34호서식의 폐기물최종처리실적보고서

4. 삭제

5. 폐기물재활용신고자

별지 제33호서식의 폐기물재활용실적보고서

【참조판례】

1. 헌재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87, 105
헌재 1994. 5. 6. 89헌마35, 판례집 6-1, 462, 485-486
2. 대법원 1999. 10. 22. 선고 98두18435 판결, 공1999하, 1523 등

【당 사 자】

청 구 인 ○○산업합자회사 외 2인

대리인 변호사 주광기

피청구인 부여군수

대리인 한밭 법무법인

담당변호사 박주봉 외 3인

【주 문】

이 사건 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인 ○○산업합자회사(이하 ‘○○산업’이라고 한다)는 폐기물을 활용하여 콘크리트타일, 기와, 벽돌 및 블록의 제조와 판매를 목적으로 하는 법인으로 1998. 5. 1. 충남 부여군 장암면 ○○필지 부동산 지상에 공장설립승인을 받아 1998. 10. 25. 사업개시를 하고 1998. 11. 6. 폐기물재생처리신고를 한 후, 선별소각재, 연소재, 무기성오니 등 폐기물을 반입하여 파쇄·선별·풍화·산화·혼합 및 숙성공정 등을 거친 후 이를 재료로 벽돌 등을 제조하여 판매하

고 있다. 피청구인은 2001. 10. 18. 폐기물관리법상 감사대상업체인 ○○산업에 대하여 분기1회 감사를 실시하도록 규정하고 있는 폐기물관리사업장지도·점검규정 제4조 제2항 제3호에 따라 배출시설과 방지시설 설치, 운영상태의 점검 명목으로 공장의 전반적인 환경조사, 각종 장부조사, 보관창고 제품 투입구의 시료를 채취하는 감사를 시행하였다. 이에 청구인들은, 피청구인과 충청남도지사, 환경부장관, 감사원 등 상급기관이 1998. 12.부터 지금까지 ○○산업에 대하여 55회 감사를 단행하였으나, 아무런 위법행위를 발견하지 못하였음에도 불구하고 피청구인이 또 다시 위와 동종의 감사를 실시한 것은 법적 근거가 없을 뿐만 아니라 중복 내지 과도한 감사로 청구인들의 평등권, 행복추구권, 근로활동권, 영업자유권을 침해하여 헌법에 위반된다고 주장하면서 2001. 10. 27. 헌법재판소에 위 2001. 10. 18.자 감사의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

따라서 이 사건의 심판대상은 ‘피청구인이 2001. 10. 18. 청구인 ○○산업에 대하여 한 감사(이하 ‘이 사건 감사’라고 한다)’의 위헌여부이고 그 감사의 근거법령 및 관련규정은 다음과 같다.

《근거법령》

폐기물관리법(1997. 12. 13. 법률 제5454호로 개정된 것)

제43조(보고·검사 등) ① 환경부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 이 법의 시행에 필요한 범위안에서 환경부령이 정하는 바에 따라 관계인에게 보고를 하게 하거나 자료를 제출하게 할 수 있으며, 관계공무원으로 하여금 사무소 또는 사업장 등에 출입하여 관계서류나 시설·장비 등을 검사하게 할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 출입·검사를 행하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

폐기물관리사업장지도·점검규정(환경부 훈령 제446호, 1999. 12. 30. 개정된 것)

제4조(점검의 종류 등) ① 점검은 정기 지도·점검(이하 정기점검이라 한다)과 수시 지도·점검(이하 수시점검이라 한다)으로 구분하여 실시한다.

② 정기점검은 다음 각호에 따라 점검을 실시하되, 대상사업장의 규모 및 전년도 지도·점검시 위반횟수 등을 고려하여 최근 2년간 위반사실이 없는 업소에 대하여는 감독기관의 판단에 따라 점검횟수를 경감할 수 있다.

3. 폐기물재활용신고사업장 : 반기1회(다만, 성토재·보조기층재 등으로 재 활용하는 업소 및 가연성 고품폐기물을 연료로 이용하는 업소는 분기1 회)

③ 수시점검은 다음 각호의 경우에 실시하며 문제가 해결될 때까지 지속적으로 실시한다.

1. 오염피해진정 등의 민원이 있는 경우
2. 타기관으로부터 정당한 지도·점검의 요청이 있는 경우
3. 폐기물(간이)계산서를 작성하지 않았거나, 허위로 작성하였거나 부실하게 작성한 경우
4. 불법투기업소·상습위반업소·민원다발업소 등 문제업소
5. 폐기물 보관시설 등에서 화재가 자주 발생하는 업소
6. 기타 점검결과 문제가 있거나 우려되는 시설로서 점검기관이 필요하다고 판단되는 경우

《관련규정》

폐기물관리법시행규칙(1999. 8. 9. 환경부령 제82호로 개정된 것)

제44조(폐기물처리등 실적보고) ① 법 제43조 제1항의 규정에 의하여 사업장폐기물배출자 등은 매년의 폐기물의 발생·처리 및 재활용에 관한 사항을 다음연도 2월 말일까지 다음 각호의 구분에 의한 보고서를 작성하여 당해 허가·승인·신고기관의 장에게 보고하여야 한다. 다만, 영 제2조 제2항 제3호의 규정에 의한 사업장폐기물배출자는 폐기물배출종료일부터 15일 이내에 시장·군수·구청장에게 보고하되, 배출기간이 2개연도 이상에 걸쳐 배출되는 경우에는 매년도의 폐기물처리실적은 다음연도 2월 말일까지, 나머지 폐기물처리실적은 폐기물배출종료일부터 15일 이내에 각각 보고하여야 한다.

1. 내지 6. 생략
2. 청구인의 주장, 피청구인의 답변 및 관계기관의 의견
가. 청구인의 주장 요지

(1) 폐기물관리법 제43조 제1항·제2항, 같은 법 시행규칙 제44조 제1항에 의하면 환경부장관을 비롯한 피청구인은 1년 1회에 한하여 폐기물처리와 관련하여 청구인의 사무소 또는 사업장 등에 출입하여 관련서류나 시설·장비 등을 검사할 수 있다고 규정하고 있다. 그럼에도 피청구인 및 상급기관은 청구인 회사에 대하여 1999년 10월 한 달 동안에만 무려 12차례의 현장점검 및 반입물량 점검을 하는 등 1년 동안 약 30차례 걸쳐 감사를 하였고, 2000년도

에는 피청구인만 약 11차례에 걸쳐 감사를 하였다. 청구인 회사는 종업원 40여명의 중소기업으로 감사가 시작되면 4명 내지 5명의 사무직 직원은 자료제출 등 감사준비를 하느라 며칠씩 아무런 일도 못하여 실제 영업행위가 마비되었으며, 현장에서는 각종 소문이 퍼져서 직원들이 집단으로 사표를 내는 등 사업활동이 중단될 위기가 여러 번 발생하였다. 또한 감사기관에서는 청구인 회사의 거래처까지 조사함으로써 관련업체들로부터 항의를 받는가 하면 거래가 정지되고 계약이 파기되었으며 청구인 회사의 경쟁업체에서는 이러한 사실을 이용하여 각종 유언비어를 유포하여 청구인 회사의 거래처를 확보하려는 일들이 발생하는 등 청구인들은 영업활동에 막대한 지장을 받았는데, 이전의 감사에서 아무런 문제나 위법사항이 발견되지 않았음에도 위와 같은 무제한적이고 중복적인 감사를 자행하는 것은 청구인들의 영업자유권, 근로활동권, 행복추구권, 평등권을 침해한 것이다.

(2) 폐기물관리법 제58조 및 동법 시행령 제41조는 환경부장관은 폐기물처리와 관련하여 특히 필요하다고 인정되는 경우에 한하여 감사할 수 있고, 환경부장관은 자신의 권한을 시·도지사 및 지방환경관서의 장에게 위임할 수 있다고 규정하고 있으며 제41조의2에 의하여 광역적인 폐기물 관리를 위하여 특히 필요하다고 인정되는 경우에는 감사를 할 수 있으며 환경관리청장 또는 지방환경관리청장으로 하여금 점검·확인하게 할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 감독기관인 피청구인 이외의 상급기관이 조사를 하려면 주변환경에 피해를 주거나 선행의 감사에서 문제가 발견되는 등 광역적인 폐기물관리를 위해 필요하다는 객관적인 근거를 가지고 감사를 해야한다. 그런데 1999년의 경우만 보더라도 2. 2.에 충청남도 환경과에서 청구인 회사에 대하여 감사를 하고, 약 20일 뒤인 2. 23.에는 금강환경관리청 및 대전지검산하 환경감시단에서, 약 1개월 뒤인 3. 30.부터 4. 30.까지 환경부, 감사원 및 대검찰청의 지시하에 다시 금강환경관리청에서, 5월에는 환경부 조사과에서, 9월에는 국정감사에서 자료제출요구, 10월에는 도보건환경연구원 및 피청구인이, 11월에는 행정자치부와 환경부 감사과에서 각 감사를 하는 등 감독기관인 피청구인 이외의 상급기관이 허위 내지 근거없는 투서나 민원을 받기만 하면 자의적으로 무분별하게 끊임없이 감·조사를 한 것은 청구인들의 영업의 자유 등을 침해하는 공권력 행사의 남용이다.

(3) 피청구인은 위와 같은 사정을 잘 알면서도 상급기관의 감사와는 별도로 청구인에 대하여 동일한 감·조사를 무조건 되풀이하였고, 또 청구인 회사

에 대한 수시 차례의 감사에서 위법사실을 발견하지 못하였음에도 불구하고 다시 2001. 10. 18. 정기점검이라는 명목으로 청구인 회사에 대하여 종합감사를 실시한 것은 과다·과잉감사로써 청구인의 영업의 자유, 근로활동권, 행복추구권 및 타기업과의 평등권을 침해하여 헌법에 위반된다고 할 것이며, 이와 같은 무분별하고 반복적인 감사가 가능하도록 규정된 근거법령 자체도 헌법에 위반된다.

나. 피청구인의 답변 요지

(1) 폐기물관리법 제43조 제1항에 의거하여 제정된 폐기물관련사업장지도·점검규정(환경부 훈령 제446호, 1999. 12. 30.) 제4조 제2항 및 제3항은 폐기물관련사업장을 3개월에 1회 정기감사를 할 수 있을 뿐만 아니라 사안에 따라 수시감사를 실시할 수 있도록 규정하여 폐기물처리업체인 청구인 회사에 대한 피청구인의 감사는 그 횟수와 기간의 제한이 없는바, 피청구인은 청구인 회사가 폐기물처리업신고(중간처리업), 폐기물재활용신고(성토재용 재활용), 사업장폐기물배출자신고 등의 인·허가 대상업소로써 이를 통합하여 3개월에 1회 정기감사를 하였고, 청구인 회사의 위법사항에 대한 주변 주민들의 집단민원이 있을 때 수시감사를 한 것은 위와 같은 법령에 근거한 적법하고 정당한 권한의 행사이다. 나아가 이 사건에서 문제된 2001. 10. 18.자 정기감사도 법령에 따른 정당한 공권력 행사로써 청구인들의 평등권, 행복추구권, 근로활동권 및 영업자유권을 침해한 것이 아니다.

(2) 폐기물관련업체인 청구인 회사에 대하여는 사업 시작 직후부터 주변 주민들이 청구인 회사의 위법사항 등에 대하여 계속 민원을 제기하였고, 피청구인은 민원사무처리에 관한 법률에 따라 민원인에게 민원사항의 처리여부를 통보해야 할 의무가 있다. 피청구인은 청구인 회사에 대한 민원이 있을 경우에도 확실한 증거에 의한 민원이 있는 경우에만 청구인 회사에 대하여 업무협조를 의뢰하여 지도·점검을 실시하는 등 중복감사를 피하고 청구인 회사의 영업활동에 대한 피해를 최소화하고자 하였다.

(3) 한편, 폐기물관리법 제43조 제1항은 피청구인 이외에 환경부장관, 시·도지사에게 대하여도 폐기물관련업체의 사무소 또는 사업장 등에 출입하여 관계서류나 시설·장비 등을 검사하게 할 수 있도록 규정하고 있는바, 환경부장관 및 충청남도지사의 감사는 적법한 것이라고 할 것이고, 위 기관뿐 아니라 감사원 및 행정자치부장관의 청구인 회사에 대한 감사의 경우 피청구인은 사업장을 안내하였을 뿐, 피청구인이 주체가 되어 감사를 한 것이 아니다.

다. 환경부장관의 의견 요지

폐기물관리법시행령 제41조 제1항 제2호의 지정폐기물외의 폐기물처리업자에 대해서는 시·도지사로 권한위임이 되어 있어 지정폐기물은 환경부(지방환경관리청 포함), 일반폐기물은 시·도로 관할이 이원화되어 있지만, 청구인의 사업장은 지정폐기물을 불법 매립하였다는 혐의가 있어 환경부도 조사에 대한 권한이 있다. 또 폐기물관리법시행령 제3조 제2항은 “시·도지사 또는 시장·군수·구청장과 환경관리청장은 제1항의 규정에 의한 관할 사업장에 대한 지도·점검을 실시하되, 필요한 경우에는 상호 인력·장비 및 기술지원을 요청하거나 상호 협의에 의해 합동 지도·점검을 실시할 수 있다”고 규정하고 있어 환경부의 조사는 적법한 것이다. 또한 폐기물관리법 제43조 제1항의 보고·검사 등에 관한 규정은 ‘자료제출’을 연 1회 하도록 규정되어 있는 것일뿐 청구인 사업장에 대한 ‘조사’를 연1회로 제한되어 있지 아니하고 환경부의 현장조사도 청구인 회사가 폐기물을 부적정하게 처리하여 주변환경의 오염 우려가 심각하다는 감사원에 대한 민원이 환경부로 이첩되어 조사하거나 국회의 국정감사에서 청구인 회사가 재활용제품용으로 반입한 지정폐기물을 성토제로 불법 사용하였다는 의혹에 대하여 국회의 조사를 환경부가 협조한 것으로 법령에 근거한 적법한 감사로 과잉재량행위라 볼 수 없다.

3. 판 단

가. 사실관계

이 사건 기록 및 관련자료를 종합하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

(1) 청구인 ○○산업은 소각잔재물, 연소재 및 건축폐기물을 원료로 벽돌 등을 생산·판매하는 폐기물재활용회사이고, 청구인 김○용은 위 ○○산업의 설립자이자 실질적인 경영자이며, 청구인 김○아는 위 회사의 대표사원이다. ○○산업은 1998. 5. 1. 충남 부여군 장암면 ○○필지 부동산 지상에 공장설립 승인을 받아 1998. 10. 25.부터 소각잔재물(무기성 폐기물), 연소재 및 건축폐기물 등을 반입하여 선별, 파쇄, 산화, 숙성, 혼합, 압축 등의 제조 공정을 거쳐 연소재 벽돌 등을 생산·판매하고 있으며, 폐기물재활용처리와 관련하여 관계법령이 요구하는 폐기물재활용신고, 사업장폐기물배출자신고, 대기배출 시설설치신고, 소음·진동배출시설설치신고, 비산먼지발생사업장신고 등을 마쳤다.

(2) ○○산업은 폐기물을 가공하여 이를 원료로 벽돌 등을 제조·판매하는

업체로서 매일 수천톤의 폐기물을 차량으로 반입하는 과정에서 인근 부락의 도로에 먼지와 폐기물을 비산·누출시키기도 하고, 반입한 폐기물과 벽돌 원료로 사용하기 위하여 가공한 폐기물을 사업장내에 야적·보관하였으며, 벽돌 원료로 사용되지 못한 잔존 폐기물을 흙과 배합하여 사업장 내에 매립하거나 소각하여 배출하였다. 위와 같은 폐기물의 수집, 운반, 보관 및 처리과정에서 생기는 먼지, 소음, 진동 등으로 인한 생활환경의 악화와 폐기물의 누출 및 퇴적 등으로 인한 환경오염 및 그로 인한 피해를 우려한 주변 주민들은 ○○산업에 대한 감시·감독을 철저히 해 줄 것을 요구하는 민원 내지 진정을 빈번하게 제기하였고, 1999. 9. 19.경에는 ○○산업주변 5개 부락 주민들이 ○○산업의 환경오염 방지 및 감시를 위하여 주민협의체(가칭 ‘○○환경보호주민협의체’라고 하였다가 나중에 ‘○○일원환경사랑주민협의체’라고 정식으로 명함)를 구성하고 부여시내 및 ○○산업 앞에서 집회 및 시위를 하기도 하였으며, 환경부장관, 충청남도지사, 국회의장, 감사원장 등 상급기관에 대하여도 위와 같은 민원을 제기하였는데, 위와 같이 1998. 11.경 ○○산업이 사업을 개시한 때부터 이 사건 헌법소원이 제기되기 전인 2001. 10. 9.까지 주민들이 제기한 민원은 39번이었다.

(3) 한편, 피청구인은 환경부 훈령인 “폐기물관련사업장지도·점검규정”에 따라 ○○산업이 적법하게 폐기물을 수집·운반·보관·처리하였는지 및 폐기물로 인하여 환경(대기, 수질, 토양)오염 발생 여부를 확인하기 위하여 ○○산업의 사무소 및 사업장에 대한 현장조사, 시료채취 및 서류조사 등의 감사를 수시로 시행하였고 분기 1회의 정기감사도 실시하였는데, 그 구체적인 내용을 보면, 피청구인은 1999. 10. 5.부터 20.까지 ○○산업 사업장 입구에서 폐기물을 훔달리거나 누출한 폐기물운반 차량운전자들에게 여러 차례 과태료를 부과하였으며, 2000. 2. 28.경에는 폐기물을 사업장 내의 창고 등 보관시설에 보관하여야 함에도 수만톤의 폐기물을 야적해 놓았다는 이유로 2차례에 걸쳐 과태료를 부과하고 적법하게 조치할 것을 명하였다(청구인이 이에 불응하자 2000. 5. 8.경 다시 청구인을 대전지방검찰청 논산지청에 고발하여 공소제기되었으나, 대전지방법원 논산지원은 무죄판결을 내렸다). 또한 피청구인은 ○○산업이 잔존 폐기물을 흙과 배합하여 매립한 부지의 흙과 ○○산업 인근 전답의 물의 시료를 여러 차례 채취하여 폐기물성분검사 및 폐기물에 의한 오염도검사를 충청남도 보건환경연구원에 의뢰하는 등 ○○산업 및 그 주변에 대한 폐기물에 의한 오염여부를 지속적으로 점검하였다. 위와 같은 일련의

감사는 위 훈령에 따른 정기감사보다는 주로 주민들의 민원이나 진정에 기한 수시감사가 대부분이었다. 또한 피청구인은 ○○산업 및 위 주민협의체 3자 간에 회의를 주선하여 ○○산업에 대하여는 폐기물의 적정 처리 및 환경오염 방지를 유도하고 주민들에 대하여는 ○○산업에 대한 불신을 해소하기 위하여 ○○산업의 사업장 및 주변지역의 환경오염에 대한 공동조사, 관계법령의 준수여부에 대한 공동감시 등에 관하여 합의를 이끌어 내는 등 기업과 주민들의 이해관계를 조정하기도 하였다.

(4) 다른 한편, 환경부장관(금강환경관리청 포함), 충청남도지사(도보건환경연구원 포함)도 ○○산업에 대한 현장조사, 자료제출요구 등의 감사를 하였고, 감사원 및 국회도 각각 직무감찰, 국정감사 과정에서 ○○산업에 대한 현장조사 내지 자료제출 등을 요구하였는데, 특히 감사원은 부여군청 소속 공무원에 대한 직무감찰을 통하여 ○○산업이 사업장내의 산림을 훼손, 불법으로 토사를 채취하고 그 곳에 잔존 폐기물을 불법하게 매립하였는데도 피청구인의 관계직원이 위와 같은 불법행위를 적발·시정하지 않은 잘못이 있다는 이유로 피청구인에게 해당 직원에 대한 징계를 요구하였다. 위와 같은 다각적이고 빈번한 감사 내지 조사는 주민들의 민원이 주된 원인이었다. 위와 같이 1998. 12. 22. 피청구인이 ○○산업에 대하여 최초 감사를 실시한 이래 이 사건 헌법소원이 제기 되기까지 피청구인을 비롯한 충청남도지사, 환경부장관(산하 환경관리청 포함), 감사원, 국회 등은 56차례에 걸쳐 감사를 하였는데, 그 내역은 별지와 같다.

(5) 위와 같은 감사가 시행될 때에는 ○○산업의 직원들 일부는 감사준비, 사무소 및 사업장 안내, 폐기물의 운반, 보관 및 처리에 대한 설명, 관련서류의 제출, 시료채취 및 시설과 장비 등에 대한 감사에 협력해야하기 때문에 본래 업무를 할 수 없어 원료수급 및 제품출하에 차질을 빚는 등 정상적인 영업 활동에 지장을 받았고, 계속되는 감사로 인하여 일부 거래회사들이 거래를 계속할 수 없다고 통보하거나 직원들이 사직서를 제출하는 등 동요하기도 하였다(청구인들은 계속되는 감사로 인하여 공장가동을 중지하고 부도직전에까지 몰렸다고 하나 이를 입증할 만한 자료를 발견할 수 없다).

나. 본안전 항변에 관한 판단

(1) 먼저 피청구인의 이 사건 공권력 행사가 이미 종료되었으므로 이 사건 헌법소원은 권리보호의 실익이 없어 부적법하다는 주장에 대하여 본다. 살피건대, 피청구인의 주장과 같이 이 사건 감사는 이미 종료되어 헌법재판소가

위헌확인을 하더라도 청구인에 대한 권리구제는 불가능한 상태이어서 주관적 권리보호의 이익은 소멸되었다고 할 것이다. 그러나 헌법소원제도는 개인의 주관적인 권리구제 뿐만 아니라 객관적인 헌법질서를 보장하는 기능도 갖고 있으므로, 헌법소원이 주관적 권리구제에는 별 도움이 되지 않는다 하더라도 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법 질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판청구의 이익을 인정할 수 있다고 할 것이다(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 56-57; 헌재 1997. 3. 27. 92헌마273, 판례집 9-1, 337, 342 등 참조).

기록에 의하면, 이 사건 감사는 이미 종료되어 공권력에 의한 기본권침해는 존재하지 않지만, 이 사건 심판대상과 같은 동종의 감사가 1998. 12.부터 계속 되어 왔고 피청구인은 법령에 따른 적법하고 정당한 공권력 행사라고 주장하고 있으므로 특별한 사정의 변경이 없는 한 피청구인의 위와 같은 감사는 청구인들뿐만 아니라 다른 폐기물관련사업장에 대하여도 반복하여 계속될 위험이 있다할 것이고, 위와 같은 감사가 청구인들의 기본권을 침해한다는 개연성이 있다할 것임에도 아직까지 이에 대한 헌법적 해명이 없어 이에 대한 헌법적 해명의 필요가 긴요한 경우라고 할 것이므로 이 사건 심판청구의 이익이 인정된다고 보아야 한다.

(2) 다음 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원은 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없고 이 사건 감사에 의한 권리 침해에 대하여는 행정소송법에 의한 행정소송의 구제절차가 있음에도 이 사건 심판청구는 이를 거치지 아니한 것으로 보충성 요건을 결하여 부적법하다는 주장에 관하여 본다. 헌법소원은 최종적 권리구제절차이므로 다른 법률에 의한 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거쳐야 한다. 문제는 이 사건 감사가 과연 행정심판 내지 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당되는지 여부이다. 그런데, 항고소송의 대상이 되는 행정처분은 행정청의 공법상 행위로서 특정사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나, 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등 국민의 권리 의무에 직접 관계가 있는 행위를 가리키는 것이고, 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니라는 것이 법원의 확립된 판례이다(대법원 1999. 10. 22. 선고 98두18435 판결, 공1999하, 1523 등 참조). 살피건

대 이 사건 감사는 청구인들의 권리를 제한하거나 의무의 부담을 명하는 것과 같이 청구인들의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키는 행위는 아니지만, 출입·검사라는 사실적인 업무행위(物理的 行爲)를 통하여 간접적으로 영업활동의 제한이라는 사실상의 효과를 가져오는 행정상의 권력적 사실행위라고 할 것이다. 다만, 권력적 사실행위가 행정처분의 준비단계로서 행하여지거나 행정처분과 결합된 경우(合成的 行政行爲)에는 행정처분에 흡수·통합되어 불가분의 관계에 있다할 것이므로 행정처분만이 취소소송의 대상이 된다고 할 것이고 처분과 분리하여 따로 권력적 사실행위를 다룰 실익은 없다고 할 것이다. 그러나 권력적 사실행위가 항상 행정처분의 준비행위로 행하여지거나 행정처분과 결합되는 것은 아니므로 그러한 사실행위에 대하여는 다룰 실익이 있다할 것임에도 법원의 관례에 따르면 일반쟁송 절차로는 다룰 수 없음이 분명하다. 실제로 이 사건 감사는 어떤 처분의 준비단계로서 행하여지거나 처분과 결합된 바 없다. 그렇다면, 이 사건 감사는 행정소송의 대상이 되는 행정행위로 볼 수 없어 청구인들에게 그에 의한 권리구제절차를 밟을 것을 기대하는 것은 곤란하므로 보충성의 원칙의 예외로서 소원의 제기가 가능하다고 보아야 한다.

(3) 직권으로 이 사건 감사가 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 헌법소원의 대상이 되는지 여부에 대하여 본다. 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 대상은 공권력의 행사 또는 불행사이다. 그런데 피청구인의 청구인들에 대한 이 사건 감사는 특정의 법적 효과 발생을 목적으로 하는 일반적인 공권력 작용이 아니어서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하는지 의문이 있다. 살피건대, 피청구인의 이 사건 감사는 폐기물관리법 제43조 제1항에 따른 것으로서 그 법적 성격은 감독기관이 그 대상자에 대하여 폐기물의 적정 처리 여부 등 법령준수 여부를 확인하기 위한 집행행위(사실적 업무행위)인 일종의 ‘행정상의 사실행위’이다. 그런데, 행정상의 사실행위는 경고(警告), 권고(勸告), 시사(示唆)와 같은 정보제공행위나 단순한 지식표시행위인 행정지도와 같이 대외적 구속력이 없는 비권력적 사실행위와 행정청이 우월적 지위에서 일방적으로 강제하는 권력적 사실행위로 나눌 수 있고, 이 중에서 권력적 사실행위는 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다는 것이 우리 재판소의 관례이다(헌재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87, 105 참조).

문제는 피청구인의 이 사건 감사가 과연 우월적 지위에서 행하는 권력적

사실행위에 해당하는지 여부이다. 일반적으로 어떤 행정상 사실행위가 권력적 사실행위에 해당하는지 여부는, 당해 행정주체와 상대방과의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사·관여정도·태도, 그 사실행위의 목적·경위, 법령에 의한 명령·강제수단의 발동 가부 등 그 행위가 행하여질 당시의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 할 것이다(헌재 1994. 5. 6. 89헌마35, 판례집 6-1, 462, 485-486). 살피건대, 이 사건 감사는 피청구인이 폐기물관리법 제43조 제1항에 따라 폐기물의 적정 처리 여부 등을 확인하기 위한 목적으로 청구인들의 의사에 상관없이 일방적으로 행하는 사실적 업무행위이고, 청구인들이 이를 거부·방해하거나 기피하는 경우에는 과태료에 처해지는 점으로 볼 때(폐기물관리법 제63조 제1항 제10호) 청구인들도 이를 수인해야 할 법적 의무가 있다할 것인바, 그렇다면 이 사건 감사는 피청구인이 우월적 지위에서 일방적으로 강제하는 권력적 사실행위라 할 것이고 이는 헌법소원의 대상이 되는 헌법재판소법 제68조 제1항의 ‘공권력의 행사’에 해당된다고 할 것이다.

다. 본안에 관한 판단

(1) 이 사건 감사의 근거법령

(가) 폐기물관리법 제43조 제1항은 “환경부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 이 법의 시행에 필요한 범위안에서 환경부령이 정하는 바에 따라 관계인에게 보고를 하게 하거나 자료를 제출하게 할 수 있으며, 관계공무원으로 하여금 사무소 또는 사업장등에 출입하여 관계서류나 시설·장비등을 검사하게 할 수 있다”고 규정하여 폐기물관리법의 적용을 받는 사업장에 대한 행정기관의 일반적인 감사의 근거를 두고 있고 한편, 위 법률조항에 의거하여 제정된 폐기물관련사업장지도·점검규정(환경부 훈령 제446호, 1999. 12. 30. 개정된 것, 이하 ‘이 사건 훈령’이라고 한다) 제3조 제1항 별표 제1은 폐기물관리법의 적용을 받는 폐기물재활용업소에 대한 감사는 시·도지사의 소관 업무로, 사업장폐기물배출업소에 대한 감사는 시장·군수·구청장의 소관 업무로 규정하고 제4조는 사업장에 대한 감사를 정기감사와 수시감사로 구분하고(제1항), 정기감사는 개별사업장의 특성에 따라 연1회 내지 4회 실시하되 폐기물배출사업장등에 대하여는 분기1회 실시하도록 규정하고(제2항 제3호 단서, 폐기물재활용신고사업장은 원칙적으로 분기1회의 정기감사대상이나 폐기물을 “성토재 등으로 재활용하는 업소”는 분기1회의 정기감사대상이다) 오염피해진정 등 민원이 제기된 경우나 상습위반업소나 민원다발업소 등

문제업소에 대하여는 정기감사와 상관없이 수시로 감사하도록 규정하고 있는 바(제3항 제1호·제5호). 이 사건 기록과 관련법령의 규정내용을 종합하여 보면, 피청구인의 2001. 10. 18.자 ○○산업에 대한 이 사건 감사는 청구인들의 주장과 같이 폐기물관리법 제43조 제1항 및 시행규칙 제44조의 폐기물의 발생·처리 및 재활용에 관한 사항에 관하여 원칙적으로 매년1회 하도록 한 ‘보고·자료제출’에 관한 것이 아니라, 법 제43조 제1항 및 위 훈령 제4조 제2항 제3호 단서의 폐기물재활용신고사업장에 대하여 분기1회 실시하도록 한 ‘출입·검사’에 관한 것이 분명하다. 즉, ○○산업은 폐기물관리법의 적용을 받는 폐기물재활용신고사업장(동시에 사업장폐기물배출업소이다)이고, 이 사건 훈령 제4조 제2항 제3호 단서에 의하면 분기1회의 정기감사대상에 해당하는 바 위 훈령 제3조 제1항 별표 1에 따라 소관기관인 피청구인이 행한 2001년도 4/4분기 정기감사임이 명백하다.

(나) 나아가 피청구인 및 상급기관의 그 간의 감사의 근거를 보면, 피청구인의 정기감사는 위 이 사건 감사의 근거법령과 같고, 피청구인과 충청남도 및 환경부(산하기관 포함)의 수시감사는 민원에 따른 것으로 법 제43조 제1항 및 위 훈령 제4조 제3항 제1호에 근거한 것이라고 할 것이다. 다만, 감사원의 감사는 감사원이 부여군 공무원에 대한 직무감찰 과정에서 감사상 필요한 때에는 ‘관계자 또는 감사사항에 관련이 있다고 인정된 자의 답변 및 관련서류 등을 요구’할 수 있다는 감사원법 제27조 제1항에 따른 것이라고 할 것이고, 국회의 감사는 국회가 환경부에 대한 국정감사 과정에서 국정감사의 방법으로 ‘관계인에게 서류제출을 요구할 수 있다’는 국정감사및조사에관한법률 제10조에 근거한 것으로 그 근거법령을 달리하고 있으나, 피청구인 및 상급기관의 ○○산업에 대한 일련의 감사는 모두 법령에 근거한 공권력 행사임에는 분명하다.

(다) 그렇다면, 일응 폐기물관련사업장에 대한 행정기관의 감사의 일반적인 법적 근거는 폐기물관리법 제43조 제1항 및 이 사건 훈령이라고 할 것이다. 다만, 이 사건 훈령은 폐기물관리법의 규정에 의한 폐기물관련사업장에 대한 감사에 필요한 사항을 정함으로써 감사의 투명성과 효율성을 제고하고 폐기물의 적정관리를 유도하여 쾌적한 환경보전을 도모함을 목적으로(훈령 제1조) 주무부서인 환경부가 제정한 것으로 감사대상사업장의 범위, 기관별 업무구분, 감사의 종류, 횟수, 절차 및 방법 등을 구체적으로 규정하고 있는 행정기관 내부에서 대내적 구속력을 갖는 행정규칙이라 할 것이고, 일반 국민을

구속하는 대외적 구속력을 갖는 법규명령이라고 볼 수는 없어 폐기물관련사업장에 대한 피청구인을 비롯한 행정기관의 감사의 법적 근거는 법 제43조 제1항이 유일하다고 할 것이다. 그러나 이 사건 훈령은 법 제43조 제1항의 출입·검사에 관한 행정청의 감독권 행사를 구체화하고 일정한 준칙을 제시함으로써 감사의 일관성과 효율성을 제고하고 재량권 행사의 일탈·남용을 방지하기 위한 것으로 위 법률조항과 함께 최소한 행정청을 구속하는 감사의 법적 근거라는 점에는 의문이 없다.

(라) 결론적으로 입법자는 폐기물관련사업장에 대한 감사의 주체를 환경부장관, 시·도지사, 시장·군수·구청장으로 규정하고 있을 뿐, 감사의 횟수나 시기·방법 및 절차 등 감사의 구체적인 내용에 대하여는 법에서 별다른 규정이나 제한을 두고 있지 아니하다. 그 결과 과다감사 및 중복감사로 인하여 청구인들의 영업의 자유를 침해할 소지가 있을 수 있다. 그러나 이 사건 법률조항의 폐기물관련업체에 대한 감사는 폐기물의 수집, 운반, 보관, 처리가 적법·적정하게 행하여지고 있는지를 철저하게 감독함으로써 국민의 쾌적한 환경에서 생활할 권리 및 환경보전이라는 공익을 위한 것으로 그 입법목적이 정당하다고 할 것이고 환경오염피해의 중대성과 사전예방의 중요성 등에 비추어 볼 때, 감사의 실효성을 확보하기 위해서는 수시감사 및 감사주체를 다원화할 필요성이 있으며 그와 같은 방법이 입법목적 달성에 효과적인 수단이라 할 것인바, 위 법률조항이 청구인들의 영업활동의 자유를 제한하기는 하나, 그 보다는 폐기물을 적정하게 처리하도록 유도·감독함으로써 환경오염을 미연에 방지하고 쾌적한 생활환경을 조성할 수 있다는 공익이 훨씬 크다고 할 것이어서 법익의 균형성도 있다고 할 것이다. 그렇다면, 이 사건 법률조항이 비록 감사의 주체를 여럿으로 하고, 횟수를 제한하지 아니하여 청구인들의 영업의 자유를 제한할 소지는 있지만, 이는 환경보전이라는 공익을 위한 것으로 그 입법목적이 정당하고 목적과 수단사이에 적정한 비례관계가 유지되어 있으며 직업의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것도 아니어서 헌법에 위반되는 규정이라고는 볼 수 없다 할 것이다.

(2) 이 사건 감사의 위헌 여부

(가) 이 사건 감사의 헌법적합성 여부를 판단하기에 앞서 먼저 이 사건 감사(피청구인 및 상급기관의 일련의 감사를 포함하여)에 의하여 제한되는 기본권에 대하여 본다. 청구인들은 피청구인을 비롯한 상급기관의 일련의 감사가 청구인들의 영업활동의 자유, 근로활동권, 행복추구권, 평등권을 침해한다

고 주장한다. 이 사건 감사가 청구인들의 영업활동 전반에 지장을 초래하였다는 사실은 위 인정사실에서 본 바와 같고, 이러한 영업활동에 대한 장애는 직원들의 동요나 거래처의 거래단절통보 등과 같이 감사행위에 부수하여 발생하는 간접적·반사적 불이익과 달리 청구인들의 영업활동에 직접 제한을 가함으로써 청구인들의 헌법상 영업의 자유를 침해 내지 제한하고 있음은 분명하다. 그러나 청구인들이 이 사건 감사로 인하여 침해되었다고 주장하는 근로활동권, 즉 일할 권리는 이 사건 감사에 의하여 제한된다고 볼 수 없고, 행복추구권은 직업의 자유와 경합하여 직업의 자유의 보호영역에 흡수되어 이에 대한 별도의 판단은 배제된다고 할 것이며, 피청구인이 합리적 이유없이 타기업에 비하여 자의적으로 이 사건 감사를 실시하였다는 점을 발견할 수 없어 평등권도 침해된다고 볼 수 없다. 결국 이 사건 감사에 의하여 제한 내지 침해되는 기본권은 직업자유 그 중에서도 직업수행의 자유(영업의 자유)의 제한이라고 할 것이다.

(나) 앞서 본 바와 같이 이 사건 감사는 폐기물관리법 제43조 제1항 및 이 사건 훈령 제4조 제2항·제3항에 따른 것이고 위 법률조항도 헌법에 위반되지 않는다 할 것이므로 이 사건 감사는 일응 정당한 법률에 의한 공권력 행사라고 할 것이다. 그러나 비록 합헌적이고 정당한 법령에 따른 공권력의 행사라고 할지라도 그것이 본래의 목적을 벗어나 합리적 이유 없이 자의적으로 행사된다면, 또 기본권 주체에게 수인한도를 넘는 과중한 부담을 부과하거나 기본권의 본질적 부분을 침해함으로써 기본권 보장이 형해화된다면, 그러한 공권력 행사는 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법할 뿐만 아니라 위헌적인 공권력 행사라 할 것이다. 국민의 기본권을 제한하는 공권력 행사는 목적이 정당하고 수단이 적정해야하며 목적과 수단사이에 합리적 비례관계가 유지되어야 한다는 것이 우리 헌법의 명령이기 때문이다(헌법 제37조 제2항). 즉 기본권을 제한하는 공권력 행사는 목적 달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 되고 공권력 행사로 인하여 침해되는 사익보다 달성하고자 하는 공익이 커야한다.

(다) 먼저 이 사건 감사가 본래의 목적을 벗어나 합리적 이유없이 자의적으로 행사된 것인지 여부에 대하여 본다. 위에서 본 바와 같이 피청구인 및 상급기관(이하 ‘피청구인 등’이라고 한다)은 폐기물관리법상 감사대상인 ○○산업에 대하여 관련법령에 따라 정기적인 감사를 하였고, 민원이 있는 경우 수시로 감사를 하였다. 이와 같은 피청구인 등의 감사는 폐기물의 적정처리를 유도하여 환경보전과 쾌적한 생활환경 유지라는 폐기물관리법의 입법목적을

달성하기 위하여 규정된 폐기물관리법 제43조 제1항의 ‘출입·검사’ 규정 등 관련 법규정에 따른 것이고 이 사건 감사도 위와 같은 목적에서 취해진 조치라고 할 것이다. 다만, 청구인들이 주장하는 바와 같이 이 사건 감사가 있기 전에도 피청구인 등에 의한 동종의 감사가 여러 차례 있었고 일련의 감사에서 위법행위나 환경오염사실이 발견되지 않았음에도 피청구인이 동종의 감사를 반복적으로 행한 것은 감독기관의 법령에 따른 정당한 감독권 행사라기보다 단지 주민들의 민원과 항의를 무마하기 위한 것으로 환경보전 및 폐기물의 적정처리를 위한 법령 본래 목적을 벗어나 자의적으로 행한 공권력 행사가 아닌가 하는 점이다.

물론, 위에서 본 바와 같이 이전의 감사에서 위법행위나 환경오염사실이 확인된바 없고, 감사를 하게된 주된 원인이 ○○산업의 불법행위에 대한 혐의나 신빙성 있는 단서에 기인하였다기보다는 주민들의 민원 내지 진정에 기인한 경우가 대부분이었다는 점은 인정된다. 그러나 환경오염은 수시로 때로는 순간적으로 발생하는 등 그 원인이 다양하고, 피해가 크며 일단 발생되면 원상회복이 불가능하거나 복구하는데 드는 시간, 비용, 노력이 막대하여 사전예방이 무엇보다 중요하다. 이와 같이 환경오염의 발생원인의 다양성, 피해의 중대성, 피해복구의 곤란성 등에 비추어 볼 때, 이윤추구를 목표로 하는 개인이나 민영기업의 자율에만 맡기거나 적극적이고 자발적인 법령준수만을 기대하는 것으로는 위와 같은 입법목적 달성에 미흡하다할 것이고, 또한 정기적인 감사만으로도 그 실효를 거두기 어렵다고 할 것인바, 오염피해진정 등 민원이 있는 경우나 환경오염의 우려가 있는 경우에는 언제든지 수시로 감사하여야만 폐기물로 인한 환경오염을 사전에 예방하거나 오염피해의 확산을 방지할 수 있다할 것이다. 더욱이 유해환경산업에 대한 감시·감독은 감독기관 혼자만에 의해서는 불가능하고, 상급기관의 감독 및 주민들의 감시를 비롯한 다각적인 방법에 의할 때, 비로소 그 소기의 목적을 달성할 수 있다는 점에서 주민들의 민원은 폐기물관련업소에 대한 감시체계의 중요한 일원이고 피청구인 등 국가기관으로서도 주민들의 민원이 있는 경우에는 이를 처리하고 통보해야될 법적 의무가 있다할 것인바(민원사무처리에관한법률 제6조, 제10조), 이 사건 기록 및 관련자료를 종합하면 피청구인 등의 감사는 어디까지나 법령이 규정하는 바에 따라 ○○산업이 관계법령을 준수하는지 여부를 조사한 것임을 인정할 수 있고 달리 피청구인 등이 본래 목적을 벗어나 간편하게 민원을 해결하기 위한 방편으로 재량을 일탈·남용하여 자의적으로 행한 공권력 행

사라는 증거나 자료를 발견할 수 없다.

(오)히려 피청구인은 민원이 있는 경우에도 ○○산업에게 관련법령을 준수할 것을 요구하는 협조공문을 보내고 주민협의체와 청구인과의 간담회를 개최하여 준법합의사항을 이끌어 내는 등 양자사이에서 고민한 흔적이 있는 것으로 볼 때 피청구인이 오로지 민원해결의 방편으로 청구인들에 대하여 자의적인 감사를 하였다고 보여지지 않고, 한편, 청구인들이 주장하는 바와 같이 비록 ○○산업이 환경보전 및 환경오염방지를 위해 지속적으로 노력해 왔고, 그동안 위법행위로 처벌받은 사실이 없으며 여러 차례 우수 환경업체로 선정되어 수상한 경력이 있다고 하더라도 위와 같은 사실이 곧 피청구인의 이 사건 감사가 재량을 일탈·남용한 위헌적인 공권력 행사라고 볼 자료가 되는 것도 아니다.)

(라) 다음으로 이 사건 감사가 청구인들에게 수인한도를 넘는 과중한 부담을 부과함으로써 헌법상 보장된 청구인들의 영업의 자유를 침해화한 것인지 여부에 대하여 본다.

위에서 본 바와 같이 피청구인을 비롯한 국가기관의 지속적이고 반복적인 감사로 청구인들의 정상적인 영업활동이 침해되었음은 인정된다. 그러나 그 침해가 청구인들이 수인할 수 없는 정도에 이르렀다거나 영업활동을 중단할 정도로 직업수행의 자유에 대한 본질적인 부분을 침해한 정도에 이르렀다고 보이지 않고 관련 기록 및 자료를 종합해보더라도 그와 같은 침해로 인하여 회사가 부도가 났다는 청구인들의 주장을 뒷받침할 만한 자료를 발견할 수 없다. 오히려 피청구인은 폐기물관리법상 감사대상인 청구인들에 대하여 법령에 따라 지도·감독할 권한뿐만 아니라 법적 의무가 있고, 청구인들은 피청구인의 감사에 응해야할 법률상 의무가 있는바, 그로 인하여 ○○산업의 영업활동의 자유가 어느 정도 제한된다는 점은 환경보전이라는 중대한 공익을 위해 ○○산업이 수인해야될 법적 부담이라할 것이다.

(마) 그렇다면 피청구인의 2001. 10. 18.자 ○○산업에 대하여 한 이 사건 감사 및 상급기관의 감사가 청구인들의 영업의 자유를 어느 정도 제한한 것은 사실이나, 위 56회의 모든 감사행위는 관련법령에 근거한 적법한 공권력의 행사라고 할 것이고 이는 환경보전이라는 공익을 달성하기 위한 정당한 목적을 위한 적절한 수단이며 달리 피청구인 등이 권한의 범위를 벗어나 재량권을 일탈·남용한 행위라는 점을 인정할 자료를 발견할 수 없다할 것이므로 이 사건 감사는 헌법에 위반되지 않는다고 할 것이다.

다만, 이 기회에 한가지 첨언하여 둘 것은 법령에 따른 공권력의 행사라도 그것이 반복적, 중복적으로 행사될 때에는 본래 의도한 바와 달리 기본권 주체에 가해지는 고통은 매우 심각하고 그러한 공권력 행사는 경우에 따라 헌법적 정당성의 한계를 넘을 수도 있다는 것이다. 따라서 법령에 근거한 정당한 감사권을 행사함에 있어서도 공권력의 주체는 개별 기본권 주체가 그로 인하여 입게될 피해가 최소화 될 수 있도록 항상 감사권 행사에 신중을 기함으로써 가능한 한 반복적, 중복적인 감사는 피할 수 있도록 노력해야 할 것이다.

4. 결 론

그렇다면, 이 사건 감사는 헌법에 위반되지 아니하므로 이 사건 심판청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 권 성, 재판관 김효중, 재판관 김경일, 재판관 송인준의 아래 5.와 같은 위헌의견이 있는 외에 나머지 재판관 전원의 의견일치에 의한 것이다.

5. 재판관 권 성, 재판관 김효중, 재판관 김경일, 재판관 송인준의 위헌 의견

우리는 이 사건 감사행위가 다음과 같은 이유로 청구인들의 영업의 자유를 지나치게 제한하여 헌법에 위반된다는 의견이므로 다수의견에 반대한다.

가. 다수의견이 밝히고 있는 바와 같이 법 제43조 제1항의 폐기물관련사업장에 대한 피청구인 등 국가기관의 감사권이 폐기물의 적정 처리를 통한 환경보전과 국민생활의 질적향상에 이바지하기 위한 것이고, 환경오염피해의 중대성, 사전예방의 중요성 등 공해산업의 특성상 폐기물관련사업장에 대한 국가의 감시·감독은 보다 철저히 수행되어야 하고, 수시감사와 감사주체의 다원화의 필요성에 대하여도 충분히 공감한다. 그러나 위와 같은 점을 모두 인정한다고 하더라도 이 사건에서 청구인 회사에 대한 피청구인 등 국가기관의 감사권 행사는 재량권을 일탈·남용하여 청구인들의 영업의 자유를 과도하게 침해한 것으로서 헌법적 한계를 넘어서는 위헌적인 공권력 행사라고 아니할 수 없다.

사실관계에서 본 바와 같이 피청구인을 비롯한 국가기관(충청남도지사, 환경부장관, 감사원, 국회)의 청구인 회사에 대한 감사를 보면, 청구인 회사가 설립되어 공장을 가동한 직후인 1998. 12.부터 이 사건 감사가 실시된 2001. 10. 18.까지 약 2년 10개월 동안 동종·유사한 내용의 감사를 무려 56차례 행하였다. 더구나 이전의 감사에서 아무런 문제점을 발견하지 아니하였음에도

합리적인 이유없이 자의적으로 감사권을 행사한 것이다. 이는 우리 헌법 제10조에서 밝히고 있듯이 기본권을 보호해야할 의무가 있는 국가가 오히려 법령을 방자하여 청구인들의 영업활동 전반을 직접 침해하고 나아가 거래처나 고객들로부터 외면당하게 함으로써 경쟁력을 상실시키는 등 간접적인 피해를 가한 것으로 적결되어야할 형식적 법치행정의 대표적인 예라 할 것이다.

나. 이 사건에서 우리가 우려하고 주목하는 것은, 피청구인 등 국가기관의 감사가 주로 인근 주민들의 민원 내지 진정에 의하여 실시되었다는 점이다. 물론 국가는 국민의 민원사항에 대하여 우선하여 처리하고 통보해 줄 법률상 의무가 있고, 이 사건 훈령 제4조 제3항 제1호가 민원이 있는 경우에는 수시 감사할 수 있다는 근거가 있어 당해 국가기관은 법령의 규정에 따라 주어진 권한을 행사할 수 있다는 점은 충분히 인정한다. 그러나 국가의 공권력 행사는 그것이 비록 법령에 따른 것이라 할지라도 입법취지에 부합하게 공정하게 행사되어야 하고, 기본권 주체에게 가장 침해가 덜 가는 방법을 선택하여야 한다는 것이 우리 헌법의 명령이며, 이는 법 제43조 제1항에 따른 감사권 행사도 예외가 될 수 없다. 그런데, 피청구인 등 국가기관은 청구인 회사에 대하여 정기적으로 분기1회 정기감사를 하여 아무런 문제점을 발견하지 않았음에도 주민들의 민원 내지 진정이 있거나 하면 민원내용의 신빙성이나 얼마나 전에 감사를 실시하였는지에 상관없이 관성적으로 감사에 착수하였다. 이는 청구인들이 입게될 피해와 고통을 고려하지 않고 오로지 민원해결의 방편으로 법령에 의하여 부여된 감사권한을 자의적으로 행사한 것으로 위헌적인 공권력의 행사라 아니할 수 없다.

청구인 회사와 같은 님비시설(협오시설 내지 위험시설)이 들어서고 가동될 경우 이를 반대하는 주변 주민들의 항의와 민원이 끊임없이 제기되고 민원내용도 그 시설운영주체의 위법행위나 위험성에 대한 행정기관의 엄격한 법집행을 촉구하는 것이라기보다는 오히려 그 시설 자체의 철거나 가동중단을 목표로 하는 과장되거나 중복적인 부당한 민원이 많을 것이란 점은 경험칙상 쉽게 예상할 수 있다. 또 위와 같은 시설은 우리에게 필수불가결한 경우도 있고 장기적으로 유익한 경우도 있다. 따라서 관할관청이나 기타 국가기관은 민원을 잘 가려내어 정당한 민원에 대하여만 대응하여야 하고 허위나 과장된 민원, 반복적인 민원 등 부당한 민원에 대하여는 이를 과감히 배제함으로써 다수의 힘에 의한 부당한 압력으로부터 소수자를 보호하여야 한다. 더욱이 청구인 회사는 폐기물을 재활용하여 벽돌 등 건설자재를 생산하는 회사로서 공

해업소라기보다는 오히려 산업공해를 막는 환경산업으로서 환경보전이라는 측면에서 국가가 더욱 보호·육성해 주어야할 대상이다. 그럼에도 불구하고 이 사건에서와 같이 공정하게 행사되어야할 국가의 공권력이 민원에 휘둘린다면, 법령의 공정한 집행을 기대할 수 없을 뿐만 아니라 궁극적으로 중요한 국책산업이나 공익산업을 통한 공익실현도 불가능하다고 할 것이다.

다. 다음으로 지적하고자 하는 것은, 환경오염피해의 중대성에 비추어 볼 때, 사전예방의 실효성을 확보하기 위하여 폐기물관련사업장에 대한 감사주체를 다원화하는 것이 필요하다고 하더라도 국가기관 사이의 유기적인 정보체계를 구축하는 등으로 과다감사 내지 중복감사가 되지 않도록 하는 것이 기본권의 보호의무가 있는 국가기관이 취해야할 감사방법이다. 그럼에도 불구하고 이 사건에서 보면, 단지 법령에 근거가 있다는 이유로 주무 감독기관인 피청구인 이외에도 상급기관인 충청남도지사(환경과)와 그 산하기관인 보건환경연구원, 환경부장관 및 그 산하기관인 금강환경관리청이 별도로 감사를 하였고, 기타 대검찰청(환경과), 감사원 및 국회에서까지 감사를 행하였다. 이처럼 감사주체만 바뀌는 동종·유사의 무분별한 반복감사는 감사의 목적달성여부에 상관없이 청구인들의 희생만을 강요하는 것으로 헌법적 한계를 넘는 공권력 행사일 뿐만 아니라 전시행정의 대표적인 예라 할 것이다. 살피건대, 국가는 종합감사시스템을 정비하는 등의 방법으로 과다감사 내지 중복감사가 되지 않도록 하여 감사권 행사의 통일성과 효율성을 제고하면서도 기본권 침해를 최소화할 수 있는 방안을 마련하여야할 것이다.

라. 이상의 이유로 우리는 이 사건 공권력 행사는 청구인들의 영업의 자유를 과도하게 침해하여 헌법에 위반된다는 것으로 다수의견에 반대한다.

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

[별 지] (○○산업에 대한 감사 내역)

번호	일 시	청구인들의 주장	감사목적 (피청구인등)	비고
1	1998.12.22	부여군청 환경위생과 조사	4/4분기 정기 점검(1998년도)	
2	1999. 2. 2	부여군 및 장암면시장 현지조사 및 간담회	악취발생 및 농작물 피해 우려 민원으로 인한 현장조사	민원
3	1999.2.13~ 1999. 2.22	부여군청 환경위생과 조사	신문에 청구인관련 전단 삽입 배포로 인한 현지확인 및 현장조사	민원
4	1999. 2.22	충청남도 환경과 감사	타기관 점검	민원
5	1999. 2.23	금강환경관리청, 대전지검산하 환경감시단 감사	타기관 점검	진정
6	1999. 3.16	음해투서에 따른 탄원관련	청구인들의 탄원에 따른 위탁민원(환경부) 현지조사	진정
7	1999. 3.23	군의원, 군수님, 경찰서장님 현장점검 및 감사	민원발생에 따른 주민 및 군의원 사업장 시찰에 참여 및 조사	
8	1999. 3.27	환경위생과 성토현장현황 측정 및 조사	민원에 따른 공장부지 현장조사	민원
9	1999. 3.27	탄원에 대한 회신(환경부)	현장조사	
10	1999. 3.29	환경위생과 반입폐기물 시료채취	1/4분기 정기 점검(1999년도)	
11	1999. 4.22	환경위생과 성토현장 현황 측정 및 조사	민원에 따른 성토제 및 성분검사	민원
12	1999.3.30.~ 1999. 4.30.	환경부 및 감사원 대검찰청 지시하에 금강환경관리청 감사	타기관 점검	민원
13	1999. 5. 6	환경부 조사과 현장방문 감사	타기관 점검	민원
14	1999. 5.21	주민방문 간담회 및 설명회	청구인들의 주민초청 감담회 및 사업장 시찰	민원
15	1999. 6.14	환경위생과 현장점검	2/4분기 정기점검(1999년도)	
16	1999. 6.25	참여연대 및 서울쓰레기 처리 시민협의회, 부천 환경대책 위원회 방문	타기관 점검	민원
17	1999. 6.29	환경위생과 우기대비 점검	청구인의 “폐기물보관시설 설치기한 연기 신청”건에 대한 현지확인	

번호	일 시	청구인들의 주장	감사목적 (피청구인등)	비고
18	1999. 7. 5.	주민방문(16명) 조사	주민 간담회 참관	민원
19	1999. 8.10.	환경위생과 지도점검 감사	청구인의 성토완료 회신에 따른 현지확인	
20	1999. 8.19.	환경위생과 지도점검(현장, 서류)	청구인의 폐기물처리시설 사용개시 신고에 따른 따른 현지확인	
21	1999. 8.30.	환경위생과 지도점검	3/4분기 정기 점검(1999년도)	
22	1999. 9.10.	주민방문 및 답사(조사)	주민의 사업장방문 참관	민원
23	1999. 9.16.	주민방문 및 답사(조사)	주민의 사업장방문 참관	민원
24	1999. 9.23.	국회의 자료 제출요구	국정감사(환경노동위원회소속 오세훈의원)	민원
25	1999.10. 1.	환경위생과 시료채취	폐기물 적정처리여부 확인	
26	1999.10.5.~ 1999.10.27.	부여군청 일일 현장점검 및 반입물량 조사	위와 같은 폐기물 불법처리 민원에 따른 현지 조사	민원
27	1999.10.20.	소음, 비산먼지, 악취측정	민원에 따른 악취등 오염도 검사	민원
28	1999.11. 1.	행정자치부와 환경부 감사관 조사 및 폐기물 성분 조사	타기관 점검	민원
29	1999.12. 3.	환경위생과 조사	4/4분기 정기점검	
30	1999.12.15.	환경위생과 조사	제품생산용 폐기물(가공폐기물) 야적·보관에 따른 확인	
31	1999.12.21.	환경위생과 조사		
32	2000. 1.14.	환경위생과 조사	폐기물 재생처리 변경신고 안내	
33	2000. 1.18.	부여군청 6개과 조사	1/4분기 정기점검	
34	2000. 1.29.	환경위생과 조사	조치명령 이행여부 현지확인	
35	2000. 2. 1.	부여군청 농림과 조사	토사채취허가에 따른 현지확인	민원
36	2000. 2. 9.	환경위생과 조사	폐기물관리법 개정에 따른 폐기물 적정처리여부 현지확인	
37	2000. 2.12.	환경위생과 조사	폐기물 적정보관 및 처리실태 현지확인	
38	2000. 2.22.	부여군청 감사과 계장의 3인 방문	피청구인 내부감사를 위한 현지조사	

번호	일 시	청구인들의 주장	감사목적 (피청구인등)	비고
39	2000. 5. 6.	환경위생과 조치이행 점검	조치명령 이행여부 현지확인	
40	2000. 6.14.	국립환경연구원 연구관 방문	타기관 점검	민원
41	2000. 6.14.	시추검사 장소선정 사전방문	주민합의사항 이행을 위한 성토부지 시추 장소 선정 현지 방문	민원
42	2000. 6.15.	성토부지 시추 및 성분검사	주민합의사항 이행을 위한 성토부지 시추 및 성분검사	민원
43	2000. 9.23.	환경위생과, 도시과, 지역경제과 조사	3/4분기 정기점검 및 행정처분전 의견제 출에 따른 현지확인	
44	2000.10.13. 2000.10.16.	국회 국정감사 자료제출	국정감사	
45	2000.10.20.	보건환경연구원 및 충남지방환경분쟁조 정위원회 하천수 역학 조사	수질오염여부 시료채취 및 현장조사	민원
46	2000.11.22. 2000.12. 2.	감사원 감사	부여군청 직원들에 대한 직무감찰	진정
47	2000.11.30.	보건환경연구원의 역학조사		
48	2000.12.7. ~ 2000.12. 9.	국정감사로 인한 환경부 금강환경관리 청 현장조사	국회감사에서 폐기물 불법매립 등에 대한 불법행위 지적에 따른 조사	
49	2000.12.12.	국정감사로 인한 환경부, 충청남도, 오 세훈의원 비서관 당사조사	국정감사 및 불법행위 조사	
50	2001. 2. 7.	환경부, 금강환경관리청, 오세훈의원 보 좌관 당사조사	국정감사 및 불법행위 조사	
51	2001. 3.10.	부여군청 농림과 적지복구지역 조사	토사채취허가에 따른 현지 확인	
52	2001. 4. 7.	부여군청 5개과 감사	2/4분기 정기점검(2001년도)	
53	2001.7.9.~ 2001. 7.20.	도청이 부여군 감사시 각종 자료요구 및 7.12. 도청감사와 직원 당사조사	충청남도의 부여군 감사	
54	2001. 7.25.	부여군청 정기감사	3/4분기 정기점검(2001년도)	
55	2001. 9.11.	감사원 감사(각종 자료제출요구)	직무감찰	진정
56	2001.10.18.	부여군청 정기감사	4/4분기 정기점검(2001년도)	

형사소송법 제201조 제1항 위헌확인

(2003. 12. 18. 2002헌마593 전원재판부)

【판시사항】

1. 위헌법률심판의 심사기준이 될 수 있는 ‘헌법원칙’을 인정하기 위한 요건
2. 전반적인 사항을 규율하는 헌법적 일반규정과 구체적인 사항을 규율하는 헌법적 특별규정과 의 관계
3. 입법자가 수사기관의 피의자에 대한 강제처분에 관한 헌법적 특별규정인 헌법 제12조 제3항을 준수하는 경우 그 입법형성권의 범위와 이에 관한 위헌성심사기준(자의금지원칙)
4. 수사기관의 피의자에 대한 강제처분에 관한 형사소송법 제201조 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 사건 법률조항이 형식적·실질적인 측면에서 헌법 제12조 제3항 소정의 ‘영장주의’에 위배되었는지 여부(소극)
5. 본질적으로 동일한 두 개의 비교집단이 존재한다고 볼 수 없다고 하여, 관련 법률이 평등원칙에 위배되지 않는다고 판시한 사례
6. 청구인이 법률규정 자체의 위헌성을 다투는 취지가 아니라, 구체적 재판에 적용된 법률규정의 해석문제 등을 다투는 주장에 해당한다고 판시한 사례

【결정요지】

1. ① 헌법상 명문규정과 ② 각 명문규정들에 대한 종합적 검토 및 구체적인 논증 등을 통하여 도출될 수 있는 헌법원칙(憲法原則)만이 위헌법률심판의 심사기준이 될 수 있는데, 우선 수사단계에서 한번 체포·구속되었던 사람을 재체포·재구속하는 경우 반드시 최초의 체포·구속사유에 일정한 요건이 가중되어야 한다는 청구인 주장과 같은 내용의 헌법상 명문규정은 없고, 설령 청구인의 주장과 같이 피의자 등에 대한 재구속의 요건 등을 가중하는 것이 헌법 제27조의 ‘공정한 재판을 받을 권리’ 및 ‘무죄추정의 원칙’ 등을 이어받

아 이를 ‘법률적 차원’에서 구현할 수 있는 성질의 것이라고 하더라도, 이러한 사정만으로 청구인이 주장하는 내용의 ‘헌법원칙’이 존재한다고 볼 수는 없다. 따라서 이 사건 법률조항의 위헌성은 관련된 헌법의 명문규정이나 확립된 헌법원칙 등에 위배되는지 여부에 따라서 결정되는 것이고, 이 사건 법률조항이 청구인의 독자적 논거에 위배되는지 여부에 의하여 결정되는 것은 아니다.

2. 헌법 제12조 제1항은 ‘신체의 자유’에 관한 일반규정(一般規定)이고, 같은 조 제3항은 수사기관의 피의자에 대한 강제처분절차 등에 관한 특별규정(特別規定)이기 때문에, 수사기관의 피의자에 대한 구속영장청구에 관련된 이 사건 법률조항의 위헌성 여부는 원칙적으로 헌법적 특별규정인 헌법 제12조 제3항의 ‘영장주의’에 합치되는지 여부에 달려있고, 유죄판결이 확정되기 전에 당해 피의자의 ‘신체의 자유’가 제한되는 결과가 발생한다는 측면에 대해서는 헌법 제12조 제3항에 위배되는지 여부를 판단하는 것으로 족하며 이에 관하여 일반규정인 헌법 제12조 제1항 및 제27조 제4항의 위반 여부 등을 별도로 판단할 필요는 없다.

3. 수사기관의 피의자에 대한 강제처분에 관한 법률을 제정함에 있어서 입법자는 헌법적 특별규정인 헌법 제12조 제3항을 준수하는 범위 내에서 우리 사회의 법현실, 수사관행, 수사기관과 국민의 법의식수준 등을 종합적으로 검토한 다음 구체적 사정에 따라서 다양한 정책적인 선택을 할 수 있고, 다만 이러한 입법형성권을 남용하거나 그 범위를 현저하게 일탈하여 당사자들의 기본권을 침해하게 된 경우에는 관련 법률들이 ‘자의금지원칙(恣意禁止原則)’에 위배되어 헌법에 위반된다고 보아야 한다.

4. 이 사건 법률조항의 경우 구속영장 재청구에 관련하여 검사로 하여금 판사에게 영장을 청구하도록 하고 판사가 구체적인 구속사유에 대하여 사전적 심사(事前的 審査)를 한 다음 그 영장의 발부여부를 결정하도록 규정하고 있기 때문에 형식적으로 ‘영장주의’에 위배된다고 볼 수 없고, 또한 입법자가 재체포·재구속에 관하여 상대적으로 신중한 심사를 하도록 하는 입법목적은 구현하기 위하여 이 사건 법률조항에 근거한 구속영장의 재청구에 관하여 ‘절차적 중요요건’만을 규정하는 정책적 선택을 하였다는 사정만으로 입법형성권을

자의적으로 행사하였다고 할 수는 없다.

5. 청구인은 ① 법원에 의하여 검사의 구속영장청구가 기각된 피의자와 ② 법원의 구속적부심사절차에서 ‘석방결정’이 있었던 피의자 사이에 차별취급이 존재한다고 주장하고 있지만, 현실적으로 구속되었는지 여부 등 그 전제가 되는 기본적 사실관계가 서로 다르고 특히 법률적 근거규정 뿐만 아니라 헌법적 근거규정까지도 상이한 별개의 절차를 거친 위 ①과 ②의 피의자들 사이에 본질적인 동일성이 인정될 수 없고, 더욱이 이 사건의 경우 평등원칙위반을 인정하기 위한 전제조건인 상호 배타적인 ‘두 개의 비교집단’ 자체를 인정하기 어렵기 때문에, 이 사건 법률조항은 평등원칙에 위배되지 아니한다.

6. 청구인이 형식적으로는 법원의 구속영장 발부라는 구체적 재판에 적용되는 이 사건 법률조항의 위헌성을 다투는 듯한 외관만을 갖추고서, 실질적으로는 구체적 재판의 당부에 포함되는 단순한 법률의 해석·적용에 관한 문제를 다투는 주장만 하는 경우, 이에 관련된 청구부분은 부적법하기 때문에 이에 대하여 헌법재판소가 본안판단을 할 필요가 없다.

【심판대상조문】

형사소송법(1995. 12. 29. 법률 제5054호로 개정된 것) 제201조(구속) ① 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조 제1항 각호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사는 관할지방법원판사에게 청구하여 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있고 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다. 다만, 다액 50만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 범죄에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우에 한한다.

②~⑤ 생략

【참조조문】

헌법 제12조 제1항·제3항, 제27조 제4항

형사소송법 제70조(구속의 사유) ① 법원은 피고인이 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 경우에는 피고인을 구속할 수 있다.

1. 피고인이 일정한 주거가 없는 때
2. 피고인이 증거를 인멸할 염려가 있는 때
3. 피고인이 도망하거나 도망할 염려가 있는 때

② 다액 50만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 사건에 관하여는 제1항 제1호의 경우를 제한 외에는 구속할 수 없다.

형사소송법 제214조의2(체포와 구속의 적부심사) ① 체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포 또는 구속된 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매, 호주, 가족이나 동거인 또는 고용주는 관할법원에 체포 또는 구속의 적부심사를 청구할 수 있다.

② 청구가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 법원은 제3항의 심문없이 결정으로 청구를 기각할 수 있다.

1. 청구권자 아닌 자가 청구하거나 동일한 체포영장 또는 구속영장의 발부에 대하여 재청구한 때

2. 공범 또는 공동피의자의 순차청구가 수사방해의 목적이 명백한 때

③ 제1항의 청구를 받은 법원은 지체없이 체포 또는 구속된 피의자를 심문하고 수사관 계서류와 증거물을 조사하여 그 청구가 이유없다고 인정한 때에는 결정으로 이를 기각하고, 이유있다고 인정한 때에는 결정으로 체포 또는 구속된 피의자의 석방을 명하여야 한다.

④ 법원은 구속된 피의자에 대하여 피의자의 출석을 보증할 만한 보증금의 납입을 조건으로 하여 결정으로 제3항의 석방을 명할 수 있다. 다만, 다음 각호에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때

2. 피해자, 당해사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때

⑤ 제4항의 석방결정을 하는 경우에 주거의 제한, 법원 또는 검사가 지정하는 일시·장소에 출석할 의무 기타 적당한 조건을 부가할 수 있다.

⑥ 제98조 및 제100조의 규정은 제4항의 규정에 의하여 보증금의 납입을 조건으로 하는 석방을 하는 경우에 준용한다.

⑦ 제2항과 제3항의 결정에 대하여는 항고하지 못한다.

⑧ 검사·변호인·청구인은 제3항의 심문기일에 출석하여 의견을 진술할 수 있다.

⑨ 체포 또는 구속된 피의자에게 변호인이 없는 때에는 제33조의 규정을 준용한다.

⑩ 제3항의 심문을 함에 있어 법원은 공범의 분리심문 기타 수사상의 비밀보호를 위한 적절한 조치를 취하여야 한다.

⑪ 체포영장 또는 구속영장을 발부한 법관은 제3항의 심문·조사·결정에 관여하지 못한다. 다만, 체포영장 또는 구속영장을 발부한 법관 외에는 심문·조사·결정을 할 판사가 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

⑫ 법원이 수사관계서류와 증거물을 접수한 때부터 결정후 검찰청에 반환된 때까지의 기간은 제200조의2 제5항의 적용에 있어서는 그 제한기간에, 제202조·제203조 및 제205조의 적용에 있어서는 그 구속기간에 이를 산입하지 아니한다.

【참조판례】

1. 헌재 1999. 5. 27. 98헌바70, 판례집 11-1, 633, 646
2. 헌재 1997. 3. 27. 96헌바28, 판례집 9-1, 313, 319-320
3. 헌재 1995. 6. 29. 93헌바45, 판례집 7-1, 873, 882-883
4. 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787
5. 헌재 2000. 8. 31. 99헌바98, 판례집 12-2, 225, 231
헌재 2003. 11. 27. 2002헌바62

【당 사 자】

청 구 인 홍○회
대리인 법무법인 한결
담당변호사 이지선

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

이 사건 기록에 의하면 다음과 같은 사실 등을 인정할 수 있다.

가. 사건의 개요

(1) 수사기관은 2001. 7.경 청구인의 국가보안법위반 등 피의사실에 관련하여 청구인의 주거지에 수차례 출석요구서를 발송하였는데 청구인은 이에 응하지 아니하였고, 검사는 2001. 8. 6.경 관할 지방법원 판사로부터 체포영장을 발부받았다.

(2) 한편, 사법경찰관이 2002. 7. 10. 위 체포영장에 근거하여 청구인을 체포한 다음 검사가 판사에게 구속영장을 청구하였는데, 판사는 형사소송법(이하, ‘법’이라고 약칭한다) 제201조의2의 규정에 따른 피의자심문을 한 다음, 같은 해 7. 13. 법 제201조 제1항의 구속사유가 인정되지 아니한다는 등의 이유로 위 영장청구를 기각하였다.

(3) 그 후 검사는 2002. 8. 9. 동일한 범죄사실에 관련하여 법 제201조 제1항의 규정에 따라서 청구인에 대한 구속영장을 다시 청구하였는데, 그 청구서에는 같은 조 제5항 소정의 구속영장 재청구의 취지 및 이유 등이 기재되어 있었다. 한편, 위와 같이 재청구된 구속영장에 관하여 판사는 법 제201조의2에

따른 피의자신문을 한 다음, 같은 해 8. 20. 그 구속사유가 인정된다는 이유로 영장을 발부하였다.

(4) 이에 대하여 청구인은 법 제201조 제1항 소정의 구속사유가 인정되지 아니한다는 이유로 법원에서 제1차로 구속영장을 기각한 피의자에 관하여 검사가 다시 구속영장을 청구하는 사안에 대하여는 최초 구속사유에 실질적 가중요건(實質的 加重要件)을 추가하는 것이 헌법적 요구임에도 불구하고, 법 제201조 제1항은 이러한 가중적 요건을 규정하지 아니함으로써 청구인의 신체의 자유, 평등권, 행복추구권, 인격권 등을 침해하고 있다고 주장하면서 2002. 9. 19. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 이 사건 심판의 대상 및 관련 규정

(1) 이 사건 심판대상은 법 제201조 제1항(1995. 12. 29. 법률 제5054호로 개정된 것, 이하, 이 사건 ‘법률조항’이라 한다) 중 본문의 위헌여부로서 그 구체적인 내용은 다음과 같다(청구인은 이 사건 법률조항 전체의 위헌 여부가 심판대상이라고 주장하지만, 이 사건 법률조항 중 단서부분은 청구인과 아무런 관련이 없다. 따라서 자기관련성이 인정되는 것은 이 사건 법률조항 본문의 위헌성에 한정되므로 이 부분만을 이 사건 심판대상으로 한다).

「피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조 제1항 각호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사는 관할 지방법원 판사에게 청구하여 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있고 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할 지방법원 판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다.」

(2) 관련규정

법 제70조 ① 법원은 피고인이 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 경우에는 피고인을 구속할 수 있다.

1. 피고인이 일정한 주거가 없는 때
2. 피고인이 증거를 인멸할 염려가 있는 때
3. 피고인이 도망하거나 도망할 염려가 있는 때
2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견요지

가. 청구인의 주장

(1) ‘피의자에 대한 재구속’ 등에 관하여 청구인이 주장하는 원칙

청구인은 ‘법은 수사단계에서 한번 체포·구속되었던 사람을 재체포·재구

속하는 경우, 최초의 체포·구속사유에 일정한 요건을 가중하는 것을 원칙으로 하고 있다.’라고 전제하고, 이 사건 법률조항이 이러한 원칙을 위반함으로써 아래와 같이 청구인의 신체의 자유, 평등권, 행복추구권 및 인격권 등을 침해하고 있다고 주장한다.

(2) 신체의 자유에 대한 침해

(가) 현행법을 살펴보면, ① 검사 등에 의하여 구속되었다가 석방된 피의자에 대한 법 제208조 제1항의 경우 ‘다른 중요한 증거를 발견한 경우’를 재구속이 가능한 사유로, ② ㉔ 체포·구속적부심사결정에 의하여 석방된 피의자에 대한 법 제214조의3 제1항의 경우 ‘피의자가 도망하거나 죄증을 인멸하는 경우’를, ③ ㉕ 기소전 보석결정에 의하여 석방된 피의자에 대한 법 제214조의3 제2항의 경우 ‘도망한 때 등과 같이 열거적으로 기재된 특별한 사유’를 각각 재체포·재구속이 가능한 사유로 규정하고 있다.

(나) 그런데, 이 사건 법률조항의 경우 법원에 의하여 구속영장청구가 기각된 피의자에 관한 구속영장의 재청구에 대하여 가중적 요건을 규정하지 않고 있다.

(다) 한편, 현행법상 피의자에 대한 구속영장청구를 기각한 법원의 결정에 대하여는 항고나 재항고가 허용되지 않는데, 구속영장의 재청구에 관하여 가중적 요건을 규정하지 아니한 이 사건 법률조항으로 인하여 불복이 금지된 구속영장의 기각결정에 대하여 실질적으로 검사의 불복이 허용되고 법 제201조의2 소정의 ‘영장실질심사제도’가 사실상 무력화되는 결과가 초래된다.

(라) 따라서, 최초의 구속영장청구와 동일한 요건에 따라서 영장을 재청구할 수 있도록 허용한 이 사건 법률조항은 청구인의 신체의 자유를 침해하는 위헌적 법률이다. 예비적으로, 이 사건 법률조항을 법원이 구속영장청구를 기각한 경우에도 검사가 가중적 요건 없이 다시 영장청구를 할 수 있다고 해석하는 것은 위헌이다.

(3) 평등권에 대한 침해

이 사건 법률조항에 근거한 검사의 구속영장청구에 대한 판사의 기각결정은 당해 피의자의 구속필요성이 인정되지 않는다는 법원의 결정이라는 측면에서, 구속적부심사절차상 법원의 ‘석방결정(또는 기소전 보석결정)’과 본질적으로 동일함에도 불구하고, 이 사건 법률조항은 구속영장청구에 관하여 판사의 기각결정을 받은 피의자와 구속적부심사절차에서 석방된 피의자를 합리적 이유 없이 차별하고 있다.

(4) 행복추구권 및 인격권에 대한 침해

이 사건 법률조항의 경우, '법원이 검사의 구속영장청구를 기각한 경우에는 법 제214조의3 제1항의 사유가 인정되는 경우에 한하여 검사가 다시 구속영장을 청구할 수 있다.'라는 취지로 해석하여야 한다. 그렇게 해석하지 않으면, 법원이 제1차로 피의자에 대한 구속영장청구를 기각한 이후에도 검사가 아무런 귀책사유가 없는 피의자에 대하여 다시 구속영장을 청구하고 법원이 이를 발부할 수 있고, 따라서 헌법 제13조 제1항 소정의 '일사부재리의 원칙'에 위배되는 방식으로 당해 피의자의 헌법 제10조 소정의 행복추구권 및 인격권이 침해되는 결과를 초래하기 때문이다.

나. 법무부장관의 의견

이 사건 법률조항에 대한 헌법소원심판청구는 적법요건인 직접성·보충성·권리보호이익 등이 흠결되어 있기 때문에 부적법하고, 설령 이 사건 청구가 적법하다고 가정하더라도, 합리적인 입법형성권의 범위 내에서 제정된 이 사건 법률조항에 의하여 청구인의 주장과 같은 기본권침해가 발생한다고 볼 수 없다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. 직접성·보충성에 대한 검토

(1) 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 자기의 기본권을 현재 직접적으로 침해받는 자만이 이를 청구할 수 있는 것이고, 따라서 법령에 대한 헌법소원심판청구는 원칙적으로 별도의 구체적인 집행행위의 매개 없이 법령 그 자체로 인하여 직접적으로 자기의 기본권을 침해당한 경우에 한하여 허용된다. 그런데, 이 사건의 경우 이 사건 법률조항 자체에 의하여 직접 청구인에 대한 구속이 결정된 것은 아니고, 이 사건 법률조항에 근거하여 이루어진 '검사의 구속영장 청구에 따른 판사의 영장발부'라는 별도의 구체적 재판에 의하여 비로소 청구인에 대한 기본권제한이 발생한 것이기 때문에, 법률 자체에 대한 헌법소원심판청구요건으로서의 '직접성'이 결여된 것은 분명하다.

(2) 그러나 구체적 집행행위가 존재하는 경우에도, 그 집행행위를 대상으로 하는 구체절차가 없거나 혹은 구체절차가 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고 단지 청구인에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것에 불과한 사안에서 당해 법률규정에 대한 전제관련성이 확실하다고 인정되는 때에는 예외적으로 당해 법률규정을 직접 헌법소원대상으로 삼을 수 있다(헌재 1992.

4. 14. 90헌마82, 판례집 4, 194 등 참조). 이 사건에 대하여 살펴보면, 현행법상 모든 피의자는 이 사건 법률조항에 근거한 구속영장의 발부결정에 대하여 항고·준항고와 같은 일반적인 방법으로 불복할 수 없고, 법 제214조의2 소정의 구속적부심사절차의 경우 본질적으로 법원의 영장발부에 관한 일반적 구제절차라고 보기 어려울 뿐만 아니라, 만일 이 사건 법률조항의 위헌성을 다투기 위해서 반드시 적부심사절차에서 위헌제청신청을 해야 한다고 보게 되면, 법원이 위헌심판제청을 하는 경우 원칙적으로 우리 재판소의 결정이 있을 때까지 적부심사에 관한 재판이 정지됨으로써 청구인이 구속된 상태에서 위결정을 계속 기다려야 하는 상황이 발생할 수 있다는 점 등 여러 사정에 비추어 볼 때, 청구인으로 하여금 위와 같은 절차를 통하여 이 사건 법률조항의 위헌 여부를 다투도록 하는 것은 권리구제의 기대가능성이 없는 불필요한 우회절차를 강요하는 것으로 판단된다.

(3) 따라서, 이 사건의 경우 ‘직접성’ 및 ‘보충성’에 관한 예외적 사정을 인정하여 이 사건 법률조항을 직접 헌법소원심판청구의 대상으로 삼을 수 있다고 봄이 상당하다.

나. 권리보호이익에 대한 검토

(1) 한편, 검사가 청구인에 대하여 청구한 구속영장이 2002. 8. 20. 집행되었고, 수사단계에서 그 영장의 효력이 연장될 수 있는 최대 상한선인 30일(혹은 50일)이 이미 경과되었다는 점등에 비추어 볼 때, 청구인이 제기한 이 사건 헌법소원심판청구의 경우 주관적 권리보호이익이 더 이상 존재하지 아니하여 부적법하다고 볼 여지가 있다.

(2) 그러나, 우리 재판소에서 헌법소원심판절차를 진행하는 데에 소요되는 일반적 기간(청구인 및 이해관계인들에 대한 헌법소원심판회부통지, 이해관계인들의 의견서 제출 등을 위한 기간) 등을 고려하여 볼 때, 실무적으로 이 사건과 같은 유형의 사건에서 청구인의 주관적 권리보호이익이 존속되고 있는 기간 내에 우리 재판소가 최종판단을 하기는 어렵고, 따라서 이러한 유형의 사건에서 청구인의 주관적 권리보호이익이 사후적으로 소멸하였다는 사유로 헌법소원심판청구를 각하하는 것은 이 사건 법률조항 등의 위헌여부에 관한 헌법소원심판청구를 사실상 봉쇄하는 부당한 결과를 초래할 수 있다. 또한 헌법소원심판제도는 청구인들의 개인적인 권리구제 뿐만 아니라 객관적인 헌법질서 수호를 목적으로 하고 있는데, 이 사건 법률조항의 경우 인신구속에 관한 중요한 사항을 규율하고 있을 뿐만 아니라 수사단계에서 검사가 법원에

구속영장을 청구할 때마다 이 사건 법률조항의 위헌성 여부에 관하여 다툼이 계속 발생할 수 있기 때문에, 이에 관하여 헌법적 해명을 할 필요가 있는 것으로 판단된다(헌재 1995. 5. 25. 91헌마67, 판례집 7-1, 722, 736 참조).

(3) 따라서 이 사건 헌법소원청구의 경우 권리보호이익 등에 관한 예외적 상황을 인정하여 본안 판단을 하기로 한다.

4. 본안 판단

가. 이 사건 법률조항에 대한 위헌성심사기준 등

(1) 청구인이 주장하는 원칙의 성격

(가) 일반적으로 헌법상 명문규정뿐만 아니라 각 명문규정들에 대한 종합적 검토 및 구체적인 논증 등을 통하여 도출될 수 있는 헌법원칙(憲法原則)의 경우도 위헌법률심판의 심사기준이 될 수 있다(법치국가원리를 위헌법률심사기준으로 제시한 헌재 1999. 5. 27. 98헌마70, 판례집 11-1, 633, 646 등 참조).

(나) 그런데, 수사단계에서 한번 체포·구속되었던 사람을 재체포·재구속하는 경우 반드시 최초의 체포·구속사유에 일정한 요건이 가중되어야 한다는 내용의 헌법상 명문규정이 없는 것은 분명하므로, 청구인의 논거에 관한 헌법적 정당성을 판단하기 위해서는 구체적인 논증에 기초한 헌법해석을 통하여 청구인 주장과 같은 구체적인 헌법원칙이 도출될 수 있는지 여부를 검토해야 할 필요가 있다.

(다) 이에 관하여 청구인은 구체적인 헌법적 논증을 하지 아니한 채 “청구인이 주장하는 내용을 포함한 법률규정의 경우 수사기관이나 법원으로 하여금 좀더 신중한 판단을 하도록 함과 동시에 법원 등의 판단에 의하여 석방된 피의자로 하여금 특별한 사정이 없는 이상 그 신체의 자유가 다시 제한되지 않을 것이라는 점을 예견할 수 있도록 함으로써, 당사자의 신체의 자유에 대한 침해가능성을 최대한 억제하고 무죄추정의 원칙을 실현하게 된다.”라는 취지의 막연한 주장만을 하고 있다. 그러나, 입법자가 헌법상 기본권인 ‘공정한 재판을 받을 권리’ 등을 구현하기 위하여 법에서 ‘전문법칙’을 채택하였다는 이유만으로 이러한 ‘전문법칙’ 자체가 바로 ‘헌법원칙’이 될 수 없는 것과 마찬가지로(헌재 1995. 6. 29. 93헌바45, 판례집 7-1, 873, 882-883 참조), 설령 피의자 등에 대한 체포·재구속의 요건을 가중하는 것이 헌법 제27조의 ‘공정한 재판을 받을 권리’ 및 ‘무죄추정의 원칙’ 등을 이어받아 이를 ‘법률적 차원’에서 구현할 수 있는 성질의 것이라고 하더라도, 이러한 사정만으로 청구

인이 주장하는 내용의 ‘헌법원칙’이 존재한다고 볼 수는 없다.

(라) 위와 같이 청구인의 논거에 관하여 헌법적 정당성을 인정할 수 없는 이상, 이 사건 법률조항의 위헌성은 관련된 헌법의 명문규정이나 기타 확립된 헌법원칙 등에 위배되는지 여부에 따라서 결정되는 것이고, 이 사건 법률조항이 청구인의 독자적 논거에 위배되는지 여부에 의하여 결정되는 것은 아니다.

(2) 수사기관의 피의자에 대한 강제처분 등에 관한 헌법규정 등

(가) 한편, 우리 헌법상 이 사건 법률조항과 같이 수사기관의 피의자에 대한 강제처분 등에 관련된 영역을 규율하는 규정은 헌법 제12조 제1항 및 같은 조 제3항인데, 그 구체적인 내용은 다음과 같다.

제12조 ① 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

③ 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.

(나) 헌법 제12조 제1항과 같은 조 제3항의 관계 등

이에 관하여 우리 재판소에서는, ‘신체의 자유는 정신적 자유와 함께 모든 기본권의 기초가 되는 것임에도 역사적으로 국가에 의하여 특히 형벌권의 발동형식으로 침해되어 온 예가 많으므로 헌법은 제12조 제1항에서 적법절차의 원칙을 선언한 후 같은 조 제2항 내지 제7항에서 적법절차의 원칙으로부터 도출될 수 있는 내용 가운데 특히 중요한 몇 가지 원칙을 열거하고 있는 바, 이 사건 관련 조항인 헌법 제12조 제3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다…”라고 규정함으로써 영장주의를 천명하고 있다. 영장주의란 형사절차와 관련하여 체포·구속·압수 등의 강제처분을 함에 있어서는 사법권독립에 의하여 그 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 아니된다는 원칙이고, 따라서 영장주의의 본질은 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 함에 있어서는 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야만 한다는 데에 있다고 할 수 있다.’라고 판시하였는데(헌재 1997. 3. 27. 96헌바28, 판례집 9-1, 313, 319-320 등 참조), 이러한 판례취지에 비추

어 보면, 헌법 제12조 제1항은 ‘신체의 자유’에 관한 일반규정(一般規定)이고, 같은 조 제3항은 수사기관의 피의자에 대한 강제처분절차 등에 관한 특별규정(特別規定)이라고 할 수 있다.

(다) 이 사건 법률조항에 대한 위헌성심사방법

그렇다면, 수사기관의 피의자에 대한 구속영장청구 및 그 발부절차 등에 관련된 이 사건 법률조항의 위헌성 여부는 원칙적으로 이에 관한 헌법적 특별규정인 헌법 제12조 제3항 소정의 ‘영장주의’에 합치되는지 여부에 달려있다고 봄이 상당하다.

다만, 원칙적으로 헌법의 모든 규정과 헌법원칙들이 법률에 대한 위헌성심사기준이 될 수 있다는 측면에서, 이 사건 법률조항의 위헌성 여부를 검토하면서 헌법 제12조 제3항에 위배되는지 여부와는 별도로 헌법 제12조 제1항 제1문 소정의 일반적인 ‘신체의 자유’ 및 제27조 제4항 소정의 ‘무죄추정의 원칙’ 등에 대한 위반여부까지 검토해야만 하는지 여부가 문제가 될 수 있다. 살피건대, 수사기관의 피의자에 대한 구속제도는 당해 피의자에 대한 유죄판결이 확정되기 이전에 ‘신체의 자유’를 제한하는 결과를 발생시킨다는 점을 당연한 전제로 하는 것이고, 우리 헌법제정권자는 이러한 구체적인 적용영역에서 수사기관의 권한남용 등을 방지하기 위한 헌법적 특별규정으로 ‘영장주의’를 채택한 헌법 제12조 제3항을 규정한 것으로 봄이 상당하다. 그렇다면, 이 사건 법률조항의 위헌성을 심사함에 있어서, 유죄판결이 확정되기 전에 당해 피의자의 ‘신체의 자유’가 제한되는 결과가 발생한다는 측면에 대해서는 헌법 제12조 제3항에 위배되는지 여부를 판단하는 것으로 족하고, 특별한 사정이 없는 한 헌법 제12조 제1항 및 제27조 제4항의 위반 여부 등을 별도로 판단할 필요는 없다고 본다.

위와 같은 헌법의 전체적 체계에 비추어 볼 때, 수사기관의 피의자에 대한 강제처분에 관한 법률을 제정함에 있어서 입법자는 헌법적 특별규정인 헌법 제12조 제3항을 준수하는 범위 내에서 우리 사회의 법현실, 수사관행, 수사기관과 국민의 법의식수준 등을 종합적으로 검토한 다음 구체적 사정에 따라서 다양한 정책적인 선택을 할 수 있고(헌재 1995. 6. 29. 93헌바45, 판례집 7-1, 873, 882-883 참조), 다만 이러한 입법형성권을 남용하거나 그 범위를 현저하게 이탈하여 당사자들의 기본권을 침해하게 된 경우에는 관련 법률들이 ‘자의금지원칙(恣意禁止原則)’에 위배되어 헌법에 위반된다고 보아야 할 것이다.

나. 이 사건 법률조항이 헌법 제12조 제3항을 위반하였는지 여부

(1) 그러므로, 이 사건 법률조항의 위헌성 여부를 판단하기 위해서는, ① 먼저 이 사건 법률조항이 형식적으로 헌법 제12조 제3항 소정의 ‘영장주의’를 준수하였는지 여부를 검토하고, ② 나아가서, 실질적인 측면에서 입법자가 합리적인 선택범위를 일탈하는 등 그 입법형성권을 남용하였는지 여부 등을 검토하여야 한다.

(2) 이 사건 법률조항이 형식적으로 ‘영장주의’에 위배되는지 여부

이 사건 법률조항은 구속영장 재청구에 관련하여 검사로 하여금 헌법상 신분이 보장되고 중립적 심판자로서의 지위를 갖는 판사에게 피의자에 대한 구속영장을 청구하도록 하고, 판사가 법 제70조 제1항에 규정된 구체적인 구속사유에 대하여 사전적 심사(事前的 審査)를 한 다음 그 구속영장의 발부여부를 결정하도록 규정하고 있다. 따라서, 이 사건 법률조항이 형식적으로 헌법 제12조 제3항 소정의 ‘영장주의’에 위배된다고 볼 수는 없다.

(3) 이 사건 법률조항에 관하여 입법형성권이 자의적으로 행사되었는지 여부

그렇다면, 이 사건 법률조항의 위헌성 여부는 실질적인 측면에서 입법자가 이에 관련된 입법형성권을 자의적으로 행사하였는지 여부 등에 따라서 결정된다.

(가) 청구인이 예시한 현행법상의 관련 규정

우선 청구인이 예시한 현행법의 규정들을 구체적으로 살펴보면, ① 검사·사법경찰관에 의하여 구속되었다가 석방된 피의자에 대한 법 제208조 제1항에는 ‘다른 중요한 증거를 발견한 경우’가 재구속이 허용되는 사유로, ② ㉠ 체포·구속적부심사결정에 의하여 석방된 피의자에 대한 법 제214조의3 제1항에는 ‘피의자가 도망하거나 죄증을 인멸하는 경우’가, ㉡ 기소전 보석결정에 의하여 석방된 피의자에 대한 법 제214조의3 제2항에는 ‘1. 도망한 때 2. 도망하거나 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때 3. 출석요구를 받고 정당한 이유 없이 출석하지 아니한 때 4. 주거의 제한 기타 법원이 정한 조건을 위반한 때’가 각각 체포·재구속이 허용되는 사유로 규정되어 있음을 알 수 있다.

그러므로, 수사단계에서 동일한 피의사실에 관하여 피의자를 체포·재구속하는 사안에 관련하여, 최초의 체포·구속에 비하여 좀더 신중한 심사를 하는 것이 바람직하다는 취지의 입법정책적인 선택이 이루어진 사례가 적지 않다는 점은 분명하다. 다만, 청구인이 예시한 각 법률규정의 경우에도 ‘피의자

의 재구속 등이 허용되는 사유'가 일률적으로 동일하게 규정된 것은 아니고, 오히려 우리 입법자가 나름대로 구체적인 사정을 검토하여 이에 상응하는 다양한 내용을 규정하였기 때문에 결과적으로 각기 상이한 내용의 법률조항들이 규정되었다는 점을 유의할 필요가 있다.

(나) 청구인이 예시하지 않은 현행법상의 관련 규정

나아가, 동일한 입법목적을 추구하면서도 재구속 등에 관련하여 '절차적 가중요건(節次的 加重要件)'만을 추가시킨 법률규정들도 다수 존재한다.

예를 들어, ① 긴급구속되었다가 석방된 피의자에 대한 법 제200조의4 제3항은 '영장의 존재'를 체포포가 허용되는 절차적 가중요건으로 규정하였고, ② 제1차로 체포영장이 청구되었거나 발부되었던 피의자에 대하여 체포영장을 재청구하는 경우에 대한 법 제200조의3 제4항은 '체포영장의 재청구취지와 이유를 기재하는 것'을 그 절차적 가중요건으로, ③ 제1차로 구속영장이 청구되었거나 발부되었던 피의자에 대하여 구속영장을 재청구하는 경우에 대한 법 제201조 제5항은 '구속영장의 재청구취지와 이유를 기재하는 것'을 그 절차적 가중요건으로 각각 규정하고 있는데, 입법자가 이러한 절차적 가중요건을 규정한 것도 체포포·재구속 등에 대하여 좀더 신중한 심사를 제도적으로 보장하기 위한 정책적 선택의 결과라고 하겠다.

(다) 이 사건 법률조항에 대한 검토

그렇다면, ① 피의자의 재구속 등에 관련하여 '실질적 가중요건'을 규정할 것인지 아니면 '절차적 가중요건'을 규정할 것인지 여부와 같이 법률의 구체적 내용을 정하는 문제는 원칙적으로 입법자가 제반 사정을 고려하여 결정할 사항이라는 점, ② 현행법상 체포포·재구속에 관하여 상대적으로 신중한 심사를 하는 것을 입법목적으로 하면서도 '절차적 가중요건'만을 추가시킨 법률규정들이 다수 존재한다는 점등 여러 사정에 비추어 볼 때, 입법자가 동일한 입법목적을 구현하기 위하여 이 사건 법률조항에 근거한 구속영장 재청구에 관련하여 '절차적 가중요건'만을 규정하는 정책적 선택을 하였다는 사정만으로 입법형성권을 자의적으로 행사하였다고 보기는 어렵다.

(4) 헌법 제12조 제3항의 위반에 대한 소결론

따라서, 위와 같은 형식적·실질적 측면에 대한 종합적인 검토에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항이 헌법 제12조 제3항에 위배되는 위헌적 법률이라고 단정하기는 어렵다.

(5) 이 사건 법률조항이 '구속영장실질심사'를 무력화시킨다는 주장 등에

대한 검토

청구인은 부수적으로 이 사건 법률조항으로 인하여 사실상 구속영장 기각 결정에 대한 검사의 불복이 허용되고 구속영장실질심사가 무력화되는 결과가 초래된다고 주장하고 있지만, 우선 이 사건 법률조항이 구속영장 기각결정에 대하여 검사가 직접 불복할 수 있도록 허용하는 내용이 아니라는 점은 분명하고, 나아가 현행법에는 검사가 피의자에 대하여 구속영장을 재청구한 경우에도 판사로 하여금 법 제201조의2의 규정에 따라서 피의자심문(영장실질심사)을 실시한 다음 그 영장의 발부 여부를 결정할 수 있도록 규정되어 있으며, 이 사건 청구인의 경우 재청구된 구속영장에 관련하여 판사가 법 제201조의2 소정의 피의자심문을 한 다음 2002. 8. 20. 그 영장을 발부하였다는 점은 위에서 살펴본 바와 같으므로, 이 사건 법률조항으로 인하여 이른바 '구속영장실질심사'가 무력화된다고 볼 만한 근거는 전혀 없다.

다. 이 사건 법률조항이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부

(1) 헌법상 평등의 원칙은 일반적으로 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금지하고 있는 것으로 해석되고, 평등원칙 위반여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 허용되는 입법형성권의 정도에 따라서 달라지는데(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787 참조), 특별한 사정이 없는 한 법률의 평등원칙위반여부는 입법자의 자의성이 있는지 여부만을 심사하게 된다.

(2) 차별취급의 존재 여부

(가) 이에 관하여 청구인은 ① 법원에 의하여 검사의 구속영장청구가 기각된 피의자와 ② 법원의 구속적부심사절차에서 '석방결정'이 있었던 피의자 사이에 차별취급이 존재한다고 주장하고 있다.

(나) 두 개의 비교집단이 '본질적으로 동일'한지 여부

그러나, 위 ①은 검사가 헌법 제12조 제3항 및 이 사건 법률조항에 근거하여 구속영장을 청구하였으나 법원이 이를 기각함으로써 '구속' 자체가 이루어지지 아니한 피의자의 경우이고, 위 ②는 피의자가 현실적으로 구속되었음을 전제로 헌법 제12조 제6항 및 법 제214조의2에 근거하여 실시되는 구속적부심사절차에서 법원이 적극적으로 '석방결정'을 하였던 피의자의 경우이다. 위와 같이 현실적으로 구속되었는지 여부 등 그 전제가 되는 기본적 사실관계가 서로 다르고, 특히 법률적 근거규정 뿐만 아니라 헌법적 근거규정까지도

상이한 별개의 절차를 거친 위 ①과 ②의 피의자들 사이에 본질적인 동일성이 인정된다고 보기는 어렵다.

(다) ‘두 개의 비교집단’이 존재하는지 여부

1) 한편, 평등원칙 위반의 특수성은 대상 법률이 정하는 ‘법률효과’ 자체가 위헌이 아니라, 그 법률효과가 수범자의 한 집단에만 귀속하여 ‘다른 집단과 사이에 차별’이 발생한다는 점에 있기 때문에, 평등원칙의 위반을 인정하기 위해서는 우선 법 적용에 관련하여 상호 배타적인 ‘두 개의 비교집단’을 일정한 기준에 따라서 구분할 수 있어야 한다. 그렇다면, 이 사건에 관련된 좀더 근본적인 문제는 과연 ‘두 개의 비교집단’이 존재한다고 볼 수 있는지 여부이다.

2) 좀더 구체적으로 살펴보면, 우선 현행법상 ㉠ 수사단계에서 이루어지는 검사의 피의자에 대한 구속영장청구 및 이에 따른 법원의 구속영장발부 여부에 대한 심사·결정단계와, ㉡ 피의자가 현실적으로 구속된 이후 비로소 이루어질 수 있는 구속적부심사절차단계 등은 법리적으로 분명하게 구분되는 별개의 절차이고, 현행법상 특정 피의자에 대한 최초의 구속영장청구가 법원에 의하여 기각된 다음 검사가 위 피의자에 대하여 다시 영장을 청구하는 경우에는 ㉢단계부터 다시 절차를 밟아야 한다는 사실을 확인할 수 있다. 더욱 중요한 점은 이렇게 다시 시작된 ㉢단계에서 검사의 구속영장 재청구에 근거하여 법원이 영장을 발부하는 경우에도, 구속된 피의자에게 ㉣단계에 따른 구속적부심사청구를 할 수 있는 절차적 권리가 항상 보장된다는 것이다.

3) 이 사건 청구인의 경우에도 검사의 제1차 구속영장청구에 관련하여 ㉢단계에서 법원에 의하여 그 청구가 기각되어 ‘구속’ 자체가 이루어지지 아니하였다가 검사의 구속영장 재청구에 따라서 다시 ㉢단계를 거쳐서 구속되었는데, 구속이 집행된 청구인에게는 ㉣단계에서 구속적부심사청구를 할 수 있는 절차적 권리가 확실하게 보장되어 있었다. 그러므로, 만일 청구인이 ㉣단계에서 구속적부심사청구를 하고 법원이 ‘석방결정’을 하였다면, 법 제214조의3 소정의 실질적 가중요건이 존재하지 아니하는 이상 검사가 청구인에 대하여 다시 구속영장을 청구할 수는 없었을 것이다.

4) 위에서 살펴본 바와 같이, 청구인을 비롯하여 구속영장 재청구의 대상이 되었던 피의자들도 ㉣단계에 이르렀을 때 자동적으로 ‘구속적부심사청구를 하여 법원의 석방결정을 받을 수 있는 집단’에 포함되기 때문에, 청구인이 주장하는 ‘두개의 비교집단’은 상호 배타적인 것도 아니고 일정한 기준에 따라

서 구분될 수 있는 것도 아니다. 다시 말하면, ‘동일한 집단’이 다단계의 절차를 거치는 과정에서, 선행절차인 ㉠단계에서의 법률적용과 후행절차인 ㉡단계에서의 법률적용이 서로 다른 것일 뿐이고, 이러한 차이가 ‘비교집단의 구분’에 따른 차별취급은 아닌 것이다.

5) 따라서, 이 사건의 경우 평등원칙위반을 인정하기 위한 전제조건인 상호 배타적인 ‘두 개의 비교집단’ 자체를 인정하기 어렵다.

(3) 평등권 침해에 대한 소결론

그렇다면, 이 사건의 경우 본질적으로 동일한 두 개의 비교집단이 존재한다고 볼 수 없기 때문에, 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배된다고 보기는 어렵다.

라. 청구인의 나머지 주장부분에 대하여

(1) 이 사건 청구의 특성

한편 이 사건 법률조항 자체에 의하여 청구인에 대한 구속이 결정된 것은 아니고 이 사건 법률조항에 근거한 구체적 재판에 의하여 비로소 청구인의 기본권에 대한 제한이 발생하였음에도 불구하고, 이 사건에서 ‘직접성’ 등과 같은 적법요건에 관한 예외를 인정한 이유는 청구인에게 ‘구속영장의 발부’라는 법원의 재판에 적용되는 이 사건 법률조항의 위헌성에 관련하여 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판청구 등을 통하여 권리구제를 받을 것을 기대하기 어렵기 때문이다. 그러므로, 위와 같은 예외적 상황을 인정하더라도, 이 사건 법률조항에 근거한 구체적 재판이 있어야만 비로소 청구인의 기본권이 제한된다는 본질에는 아무런 변화가 없는 것이다.

(2) 우리 재판소의 판례 등

그런데, 헌법재판소법 제68조 제2항에 근거한 헌법소원심판청구를 하면서 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 취지가 아니라, 당해 사건 재판의 기초가 되는 법률의 해석·적용에 관한 문제를 들어 법원의 재판결과를 비난하는 것은 헌법재판소의 심판사항이 될 수 없고(헌재 2000. 8. 31. 99헌바98, 판례집 12-2, 225, 231 참조), 또한 법원에서 헌법재판소가 이미 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해하는 등의 예외적인 사정이 없는 이상 구체적인 법률의 해석·적용문제는 원칙적으로 당해 사건에 대한 재판의 당부문제에 흡수되기 때문에, 단순한 법률의 해석·적용에 관한 문제점을 들어서 헌법소원심판청구를 하는 것은 허용되지 않는다(헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842; 헌재 2003. 11. 27. 2002헌바62 등 참조).

(3) '신체의 자유'에 관한 예비적 주장 및 행복추구권 등에 관한 주장에 대한 검토

청구인의 '신체의 자유'에 관한 예비적 주장의 경우 판사가 2002. 8. 20. 청구인에 대한 구속영장을 발부하는 재판을 함에 있어서 이 사건 법률조항에 관하여 '법원이 구속영장청구를 기각한 경우에도 검사가 실질적 가중요건 없이 다시 영장청구를 할 수 있다.'라는 취지로 해석하였기 때문에 결과적으로 청구인의 '신체의 자유' 등이 침해되었다는 취지이고, 행복추구권 및 인격권 등에 관한 주장도 이 사건 법률조항에 관한 법원의 해석이 잘못되었기 때문에 결과적으로 청구인의 '행복추구권 및 인격권' 등이 침해되었다는 취지일 뿐이다.

그런데, 이 사건 기록에는 판사가 2002. 8. 20. 청구인에 대하여 구속영장을 발부할 당시에 우리 재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용하였다는 등의 특별한 사정을 인정할 만한 자료가 전혀 없기 때문에, 위 주장부분은 영장의 발부라는 구체적 재판의 기초가 된 법률의 해석·적용에 관한 문제를 들어 법원의 재판결과를 비난하는 것에 불과하고, 이를 이 사건 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 것이라고 볼 수는 없다.

(4) 위 주장부분에 대한 소결론

그렇다면, 형식적으로 법원의 구속영장 발부라는 구체적 재판에 적용되는 이 사건 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 듯한 외관만을 갖추고서, 실질적으로는 청구인에 대한 구체적인 재판의 당부에 포함되는 단순한 법률의 해석·적용에 관한 문제를 다투고 있는 위와 같은 주장에 관련된 청구부분을 적법하다고 할 수 없고, 따라서 이러한 주장부분에 대하여 우리 재판소에서 별도의 본안판단을 하지 아니하기로 한다.

5. 결 론

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

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

이라크전쟁 파견결정 등 위헌확인, 이라크전쟁 파견동의안 동의 위헌확인

(2003. 12. 18. 2003헌마255·256(병합) 전원재판부)

【판시사항】

시민단체, 정당의 간부들 및 일반시민들인 청구인들이 국군의 이라크 전쟁 파견결정에 의하여 기본권이 제한됨으로써 자기관련성이 존재하는지 여부(소극)

【결정요지】

청구인들은 시민단체나 정당의 간부 및 일반 국민들로서 이 사건 파견결정으로 인해 파견될 당사자가 아님은 청구인들 스스로 인정하는 바와 같다. 그렇다면, 청구인들은 이 사건 파견결정에 관하여 일반 국민의 지위에서 사실상의 또는 간접적인 이해관계를 가진다고 할 수는 있으나, 이 사건 파견결정으로 인하여 청구인들이 주장하는 바와 같은 인간의 존엄과 가치, 행복추구권 등 헌법상 보장된 청구인들 자신의 기본권을 현재 그리고 직접적으로 침해받는다고는 할 수 없다. 또한 청구인들은 ‘이 사건 파견결정으로 인해 타인의 생명을 존중하고 타인과 공존하는데서 자신의 인간다움을 확인하려는 양심과 인간성에 심각한 타격을 받게되고 앞으로 한반도에서의 부시행 정부의 부적절한 대응으로 긴장이 고조되면 피해자로서 무력충돌에 휘말리게 될 위험성도 배제할 수 없게 됨으로써 헌법상 보장된 청구인들의 평화적 생존권을 침해받는다’는 취지의 주장을 하고 있으나 그러한 내용의 피해는 국민의, 또는 인류의 일원으로서 입는 사실상의, 또는 간접적인 성격을 지닌 것이거나 하나의 가설을 들고 있는 것이어서 이 사건 파병으로 인하여 청구인들의 기본권이 현재, 직접 침해되었다고 볼 근거가 될 수 없다. 따라서 청구인들은 이 사건 파견결정에 대해 적법하게 헌법소원을 제기할 수 있는 자기관련성이 있다고 할 수 없어 이 사건 헌법소원 심판청구는 모두 부적법하다.

재판관 김영일, 권 성, 주선희, 전효숙의 별개의견

이 사건 과결정결정은 그 성격상 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서, 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것임이 명백한 이 사건에 있어서는, 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고 우리 재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다. 오랜 민주주의 전통을 가진 외국에서도 외교 및 국방에 관련된 것으로서 고도의 정치적 결단을 요하는 사안에 대하여는 줄곧 사법심사를 자제하고 있는 것도 바로 이러한 취지에서 나온 것이라 할 것이다. 이에 대하여는 설혹 사법적 심사의 회피로 자의적 결정이 방치될 수도 있다는 우려가 있을 수 있으나 그러한 대통령과 국회의 판단은 궁극적으로는 선거를 통해 국민에 의한 평가와 심판을 받게 될 것이다.

【참조조문】

헌법 제5조, 제6조 제1항, 제10조, 제60조 제2항, 제66조 제2항
헌법재판소법 제68조 제1항

【참조판례】

헌재 1993. 7. 29. 89헌마123, 판례집 5-2, 127, 134
헌재 1998. 9. 30. 97헌마404, 판례집10-2, 563, 565

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 최병모 외 16인(2003헌마255)
 대리인 법무법인 한결 외 18인
 2. 민주노동당 외 2인(2003헌마256)
 대리인 변호사 김정진
- 피청구인 1. 대통령(2003헌마255)
 대리인 법무법인 화우
 담당변호사 노경래 외 10인
 2. 국 회(2003헌마255, 2003헌마256)

【주 문】

청구인들의 심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 미국과 영국은 2003. 3. 20. 이라크에 대한 대규모 공습으로 전쟁(이하 ‘이라크 전쟁’이라고 한다)을 시작하였다. 그러자 피청구인 대통령은 대국민담화를 통해 미국과 영국의 위 공격에 대한 지지입장을 표명하였고, 같은 달 21. 소집된 임시 국무회의에서 미국 및 동맹국군의 기지운용 및 진료에 필요한 지원을 위하여 600여명 규모의 1개 건설공병지원단과 100여명 이내의 1개 의료지원단을 이라크 현지에 파견하는 내용의 “국군부대의 이라크전쟁 파견동의안”을 의결하여 파병결정을 하였다.

(2) 국회는 2003. 4. 2. 정부가 국무회의를 거쳐 국회에 제출한 파견동의안에 대하여 출석의원 256명 중 찬성 179표, 반대 68표, 기권 9표로 의결하여 동의하였다.

(3) 이에 민주사회를위한변호사모임, 참여연대 등 시민단체의 간부 및 그 밖의 일반 국민으로 구성된 청구인 최병모 외 16인은 피청구인 대통령의 위 2003. 3. 21.자 국군부대의 이라크전쟁 파견결정과 피청구인 국회의 2003. 4. 2.자 국군부대의 이라크전쟁 파견동의로 말미암아 같은 청구인들의 인간으로서의 존엄과 가치·행복추구권을 침해당하였다고 주장하며 2003. 4. 3. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다(2003헌마255 사건).

(4) 또한 청구인 민주노동당은 정당법상 정당이고 청구인 권영길은 위 당의 대표이며, 청구인 최현숙은 2002. 12. 26. 육군에 입대한 아들을 둔 어머니인데, 같은 청구인들은 국회의 위 파견동의가 청구인들의 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권을 침해하는 행위라고 주장하면서 2003. 4. 3. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다(2003헌마256 사건).

나. 심판의 대상

(1) 심판의 대상

2003헌마255 사건 청구인들은 피청구인 대통령의 2003. 3. 21.자 국군부대의 이라크전쟁 파견결정(이하 ‘대통령의 파견결정’이라고 한다)과 피청구인 국회의 2003. 4. 2.자 국군부대의 이라크전쟁 파견동의(이하 ‘국회의 파견동의’

라고 한다)를 각각 문제삼고 있고, 2003헌마256 사건 청구인들은 그 중 국회의 파견동의만을 심판대상으로 표시하였다.

헌법 제60조 제2항에 의한 국회의 동의를 있기 전의 대통령의 파견결정은 국가기관 내부의 의사결정에 불과하고 그 자체로는 국민에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키는 공권력의 행사라고 볼 수 없고, 국군의 외국에의 파견에 관한 국회의 동의권은 대통령의 국군통수권 행사를 통제하기 위한 수단으로서, 국회의 파견동의를 그 대상인 대통령의 행위에 법적 효력을 부여하는 것이고 그 자체만으로는 대국민 관계에서 법적인 효과를 발생시킬 수 있는 공권력의 행사라고 하기 어렵다. 그러나 대통령의 국군 파견결정은 국회의 동의에 의해 법적으로 유효한 행위로 완성되는바, 청구인들의 청구취지를 전체적으로 살펴보면 국회의 파견동의를 받은 대통령의 파견결정에 대한 헌법소원 심판청구로 받아들일 수 있으므로 이 사건 심판의 대상을 국회의 파견동의를 받은 대통령의 파견결정(이하 ‘이 사건 파견결정’이라고 하고, 이 사건 파견결정에 따른 파병을 ‘이 사건 파병’이라고 한다)으로 보기로 한다.

(2) 관련 조항

헌법(1987. 10. 29. 전문개정된 것)

제5조 ① 대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다.

② 국군은 국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 의무를 수행함을 사명으로 하며, 그 정치적 중립성은 준수된다.

제6조 ① 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.

제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다.(이하 생략)

제60조 ② 국회는 선전포고, 국군의 외국에의 파견 또는 외국군대의 대한민국 영역 안에서의 주류에 대한 동의권을 가진다.

제66조 ② 대통령은 국가의 독립·영토의 보전·국가의 계속성과 헌법을 수호할 책무를 진다.

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 2003헌마255 사건

국제법적으로 침략전쟁인 이라크전쟁에 대한 대통령의 파견결정과 국회의

파견동의를 헌법 전문 및 제5조, 제66조 제2항에 위반된다.

청구인들은 파병될 당사자는 아니나, 이 사건 파견결정으로 인하여 타인의 생명을 존중하고 타인과 공존하는데서 자신의 인간다움을 확인하려는 양심과 인간성에 심각한 타격을 받게되고 앞으로 한반도에서 부시행정부의 부적절한 대응으로 긴장이 고조되면 피해자로서 무력충돌에 휘말리게 될 위험성도 배제할 수 없게 되므로 헌법 제10조에서 보장되는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 침해받는다.

(2) 2003헌마256 사건

대 이라크전쟁은 국제연합헌장에 위반되는 침략전쟁이므로 이에 대한 국회의 파견동의를 헌법 제5조에 위반된다. 청구인 권영길, 최현숙 및 청구인 민주노동당 소속 당원들을 포함한 전체 국민은 납세의무를 부담하며 선거권과 피선거권의 행사를 통하여 구성하는 대한민국 정부가 이러한 침략전쟁에 참여하는 행위는 인간의 존엄과 가치를 보장해야 할 정부아래에서 통치를 받을 권리를 침해하는 것이다. 나아가 “세계적 차원의 평화정착”을 추구하는 강령을 가진 청구인 민주노동당 당원들의 침략전쟁에 참여하지 않을 행복추구권을 침해한다. 또한 청구인 최현숙은 군복무중인 아들이 이라크에 파견되어 생명을 잃거나 신체가 손상될 위험에 처할 수 있으므로 국회의 파견동의를 같은 청구인의 행복추구권을 침해하는 것이다.

나. 피청구인 대통령의 답변(2003헌마255 사건)

(1) 청구인들은 대통령의 파견결정으로 인해 파견될 자들이 아니므로 기본권을 직접 침해하였다거나 자기관련성이 있다고 볼 수 없어 헌법소원심판을 청구할 청구인 적격이 없다.

또한 이 사건 파병부대는 지원자로 구성되며, 건설공병단, 의료지원단으로서 인도적 차원의 업무를 수행한다.

(2) 미국과 영국의 이라크에 대한 군사행동은 국제연합 안전보장이사회 결의 1990. 11. 29.자 제678호, 1991. 4. 3.자 제687호, 2002. 11. 8.자 제1441호를 근거로 이라크가 위 결의들에서 요구한 의무를 위반하여 생화학 무기를 생산하는 등 위 결의들을 준수하지 아니함에 따라 국제평화와 안전을 위하여 취해진 적법한 조치이다. 또한 대통령의 파견결정은 국제사회의 동향과 대량살상무기의 확산방지 및 한·미 동맹관계의 중요성을 고려한 것일 뿐만 아니라 이라크 문제에 대하여 어떠한 입장을 취하는 것이 국가이익에 부합하는 것인지에 관한 진지한 검토를 거쳐 취하여진 조치로서 국가안전보장 및 공공복리

에 이바지함으로써 궁극적으로는 국민의 기본권을 실질적으로 보장하는 것이다.

다. 피청구인 국회의 답변

(1) 청구인들은 국회의 파견동의로 인하여 자신들의 기본권을 직접적으로 침해받은 자라고 할 수 없으므로 이 사건 청구는 적법하지 않다.

(2) 파견동의에 관한 국회의 의사절차는 헌법이나 법률의 규정을 명백하게 위반한 것이라고 볼 수 없어 국회의 자율권에 속하는 사항이라고 할 것이므로 헌법소원심판의 대상이 되지 않는다.

라. 국방부장관의 의견

피청구인들의 답변과 중복되지 않은 부분은 다음과 같다.

(1) 대통령의 파견결정은 국회의 동의가 있기까지는 국가기관의 내부적 의사결정 과정에 불과한 것으로서 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사로 볼 수 없다.

(2) 대통령의 파견결정은 고도의 정치적 성격을 띤 행위로서 사법적 심사의 대상으로 할 수 없을 뿐만 아니라 비록 그에 관한 판결이 있더라도 그 집행이 곤란한 성질의 통치행위에 해당하므로 청구인들의 심판청구는 각하되어야 한다.

(3) 미국과 영국은 이라크가 대량살상무기를 개발하고 있다고 판단하여, 선제적 자위권을 행사한 것이며 이러한 선제적 자위권은 국가고유권으로서 국제연합 안전보장이사회의 결의를 얻을 필요가 없으므로 미국과 영국의 이라크에 대한 군사행동이 국제법에 위반된 침략적 전쟁이라고 단정할 수 없다. 따라서 정부는 한미상호방위조약에 따라 국군을 파견하여야 할 입장이고, 이 사건 파병은 그 규모와 성격이 난민구호와 전후의 복구사업을 위한 것으로 오히려 국제평화의 유지에 기여한다.

3. 적법요건에 대한 판단

우리 헌법은 제111조 제1항 제5호에서 국민의 권리구제수단의 하나로 헌법소원심판을 명시하고 있고 이에 따라 헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하여 그 제도를 마련하고 있다.

그러나 이 법률조항에서 기본권을 침해받은 자라 함은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 기본권이 현재 그리고 직접적으로 침해받은 자를 의미하며 단순히 간접적이거나 사실적인 이해관계가 있을 뿐인 제3자는 이에

해당하지 않는다는 것이 입법자의 선택이요 우리재판소의 일관된 입장이다 (헌재 1993. 7. 29. 89헌마123, 판례집 5-2, 127, 134; 헌재 1998. 9. 30. 97헌마 404, 판례집10-2, 563, 565 등 참조).

청구인들은 민주사회를위한변호사모임, 참여연대 등 시민단체의 간부 및 일반 국민들로서 이 사건 파견결정으로 인해 파견될 당사자가 아님은 청구인들 스스로 인정하는 바와 같다. 그렇다면, 청구인들은 이 사건 파견결정에 관하여 일반 국민의 지위에서 사실상의 또는 간접적인 이해관계를 가진다고 할 수는 있으나, 이 사건 파견결정으로 인하여 청구인들이 주장하는 바와 같은 인간의 존엄과 가치, 행복추구권 등 헌법상 보장된 청구인들 자신의 기본권을 현재 그리고 직접적으로 침해받는다고는 할 수 없다. 청구인들은 ‘이 사건 파견결정으로 인해 타인의 생명을 존중하고 타인과 공존하는데서 자신의 인간다움을 확인하려는 양심과 인간성에 심각한 타격을 받게되고 앞으로 한반도에서의 부시행정부의 부적절한 대응으로 긴장이 고조되면 피해자로서 무력충돌에 휘말리게 될 위험성도 배제할 수 없게 됨으로써 헌법상 보장된 청구인들의 평화적 생존권을 침해받는다’는 취지의 주장을 하고 있다. 그러나 청구인들이 그 주장과 같은 이유로 양심과 인간성의 타격을 받을 수 있다 하더라도 그러한 내용의 피해는 국민의, 또는 인류의 일원으로서 입는 사실상의, 또는 간접적인 성격을 지닌 것이고 법적으로 포착될 수 있는 이익 또는 권리라고 보기는 어렵다(위 97헌마404, 판례집10-2, 563, 565 참조). 또 한반도에서의 무력충돌로 인한 기본권 침해에 관한 위 주장은, 청구인들의 주장 자체에서 나타나 있듯이 외국 정부의 독자적인 별도의 행동과 현재로서는 예측하기 어려운 향후의 여러 가지 정세변화가 청구인들이 우려하는 특정한 방향으로 진전될 것을 전제로 하여 그러한 일들이 일어난다면 청구인들의 기본권이 침해될 것이라는 하나의 가설을 들고 있는 것이어서 이 사건 파병으로 인하여 청구인들의 기본권이 현재, 직접 침해되었다고 볼 근거가 될 수는 없다.

덧붙여, 청구인 민주노동당이나 그 대표인 청구인 권영길도 나머지 청구인들과 마찬가지로 이 사건 파병이라는 공권력의 행사로 인하여 기본권을 침해받을 만한 위치에 있지 않고, 정당이 그 당원들의 기본권 침해를 대신 주장하면서 헌법소원을 하는 것도 적절하다고 할 수 없다. 민주노동당이 “세계적 차원의 평화정착”을 추구하는 강령을 가지고 있다고 해도 그 결론은 마찬가지로 할 것이다.

끝으로 청구인 최현숙의 경우 그 아들이 현역 군인이라 하더라도 이 사건

파병이 지원에 의해 이루어지고 있을 뿐 아니라 청구인 스스로 파병되는 군인이 아닌 이상 다른 청구인의 경우와 달리 볼 사정도 없다.

그렇다면 결국 청구인들은 이 사건 파견결정에 대해 적법하게 헌법소원을 제기할 수 있는 자기관련성이 있다고 할 수 없어 이 헌법소원 심판청구는 모두 부적법하다.

4. 재판관 김영일, 권 성, 주선희, 전효숙의 별개의견

우리는 다수의견의 결론에 동의하나 다음과 같이 그 이유를 달리한다.

헌법은 대통령에게 다른 나라와의 외교관계에 대한 권한과 함께 선전포고와 강화를 할 수 있는 권한을 부여하고 있고(제73조) 헌법과 법률이 정하는 바에 따라 국군을 통수하는 권한을 부여하면서도(제74조 제1항) 선전포고, 국군의 해외파견을 결정하는 경우 국회의 동의를 받도록 하여(제60조 제2항) 대통령과 국회가 상호 견제하고 협력하게 함으로써 자의적인 전쟁수행이나 해외파병을 방지하도록 하고 있다.

이 사건과 같은 해외분쟁지역에 대한 국군의 파견결정은 파견국군의 생명과 신체의 안전뿐만 아니라 국제사회에서의 우리나라의 지위와 역할, 안보문제 등에도 영향을 미칠 수 있는 복잡하고도 중요한 문제로서 국제정치관계 등 관계되는 제반상황들에 대한 당시의 종합적 분석과 함께 향후의 국제관계의 변화와 그 속에서의 우리나라의 바람직한 위치, 앞으로 나아가야 할 방향 등 미래를 예측하고 목표를 설정하는 시각과 판단이 절실히 필요하다. 따라서 그 결정은 관계분야의 전문가들과 이러한 문제에 대해 정치적 책임을 질 수 있는 국민의 대의기관에 의해 광범위하고 심도 있는 검토와 논의를 거쳐서 신중히 이루어지는 것이 바람직하며 우리 헌법이 국민으로부터 직접 선출되고 국민에게 직접 책임을 지는 대통령과 국회에게 이 문제를 맡겨서 상호 견제하는 가운데 토론과 숙고를 통해 결정하도록 하고 있는 것도 이러한 이유 때문이다.

또한 이 사건과 같은 파병결정이 헌법에 위반되는지의 여부 즉 이른바 이라크전쟁이 국제규범에 어긋나는 침략전쟁인지 여부, 이라크전쟁에 국군을 파견하는 것이 국가안전보장 및 공공복리에 이바지함으로써 궁극적으로는 국민의 기본권을 실질적으로 보장하는 것이 될 것인지의 여부 등에 대하여, 성질상 한정된 자료만을 가지고 있는, 우리 재판소가 내리는 판단이 대통령과 국회의 그것보다 더 정확하다고 단언하기가 어려움은 물론 재판결과에 대하여 국민들의 신뢰를 확보하기도 어렵다고 하지 않을 수 없다.

기록에 의하면 이 사건 파견결정은 정부와 국회에서 그 정당성뿐 아니라 국제적 상황, 예상되는 전쟁 전개상황, 파병의 시기와 파병부대의 성격, 대외 동맹관계, 우리나라의 안보문제 등 여러 가지 사정을 검토하고 논의한 다음 헌법과 법률에서 정하고 있는 위와 같은 의사결정과정을 거쳐 이루어졌음을 알 수 있다.

따라서 이 사건 파견결정은 그 성격상 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서, 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것이 이 명백한 이 사건에 있어서는, 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고 우리 재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다. 오랜 민주주의 전통을 가진 외국에서도 외교 및 국방에 관련된 것으로서 고도의 정치적 결단을 요하는 사안에 대하여는 물론 사법심사를 자제하고 있는 것도 바로 이러한 취지에서 나온 것이라 할 것이다. 이에 대하여는 설혹 사법적 심사의 회피로 자의적 결정이 방치될 수도 있다는 우려가 있을 수 있으나 그러한 대통령과 국회의 판단은 궁극적으로는 선거를 통해 국민에 의한 평가와 심판을 받게 될 것이다.

결론적으로, 이 사건 심판청구를 각하하여야 한다는 다수의견에 동의하나 이 사건 파견결정에 대한 사법적 판단을 자제함이 타당하다는 것을 그 이유로 하는 점에서 다수의견과 견해를 달리한다.

5. 결 론

따라서 청구인들의 심판청구를 모두 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

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

[별지 1] 2003헌마255 사건 청구인들 및 청구인들 대리인의 명단 : 생략

[별지 2] 2003헌마256 사건 청구인들 및 청구인들 대리인의 명단 : 생략

지방공무원법 제31조 제4호 등 위헌확인

(2003. 12. 18. 2003헌마409 전원재판부)

【판시사항】

금고 이상의 형의 집행유예를 받은 경우 지방공무원직에서 당연히 퇴직하는 것으로 규정한 지방공무원법 제61조 본문 중 제31조 제4호 부분이 공무담임권, 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

범죄행위로 형사처벌을 받은 공무원에 대하여 형사처벌사실 그 자체를 이유로 신분상 불이익처분을 하는 방법과 별도의 징계절차를 거쳐 불이익처분을 하는 방법 중 어느 방법을 선택할 것인가는 입법자의 재량에 속하는 것인바, 공무원에게 부과되는 신분상 불이익과 보호하려는 공익이 합리적 균형을 이루는 한 법원이 범죄의 모든 정황을 고려하여 금고 이상의 형의 집행유예 판결을 하였다면 그 범죄행위가 직무와 직접적 관련이 없거나 과실에 의한 것이라 하더라도 공무원의 품위를 손상하는 것으로 당해 공무원에 대한 사회적 비난 가능성이 결코 적지 아니함을 의미하므로 이를 공무원의 당연퇴직사유로 규정한 것을 위헌의 법률조항이라고 볼 수 없고, 집행유예와 선고유예의 차이, 금고형과 벌금형의 경중을 고려할 때 이 사건 법률조항이 집행유예 판결을 받은 자를 합리적 이유 없이 선고유예나 벌금형의 판결을 받은 자에 비하여 차별하는 것이라고도 볼 수 없다.

【심판대상조문】

지방공무원법(1973. 3. 12 법률 제2594호로 개정된 것) 제31조(결격사유) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 공무원이 될 수 없다.

- 1.~3. 생략
4. 금고 이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 만료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 자

- 5.~7. 생략

지방공무원법(2002. 12. 18. 제6786호로 개정된 것) 제61조(당연퇴직) 공무원이 제31조

각호의 1에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다. 다만, 동조 제5호에 해당할 때에는 그러하지 아니하다.

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제25조

【참조판례】

헌재 1997. 11. 27. 95헌바14, 판례집 9-2, 575

【당 사 자】

청 구 인 임○덕

국선대리인 변호사 강정면

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 서울시 ○○구 ○○과 지방의료기술서기로 근무하던 중 2002. 8. 7. 폭력행위등처벌에관한법률위반죄 등으로 서울지방법원에서 징역 10월에 2년간 집행유예의 형을 선고받고(2002노4125) 대법원에 상고하였으나 2003. 4. 25. 위 상고가 기각되어(2002도4502) 위 집행유예 판결이 확정되었다.

청구인은 위 확정판결에 의해 지방공무원법 제61조, 제31조 제4호의 금고 이상의 형의 집행유예가 확정된 경우에 해당하여 당연퇴직하게 되자, 위 법률조항들에 의하여 헌법상 보장된 공무원임권, 평등권이 침해되었다고 주장하며 2003. 6. 21. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 지방공무원법 제61조 본문 중 제31조 제4호 부분(1973. 3. 12. 법률 제2594호로 개정된 것, 이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부이며, 그 내용 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

제61조(당연퇴직) 공무원이 제31조 각 호의 1에 해당할 때에는 당연히 퇴직

한다. 다만, 동조 제5호에 해당할 때에는 그러하지 아니하다.

제31조(결격사유) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 공무원이 될 수 없다.

1. 금치산자 및 한정치산자
2. 파산자로서 복권되지 아니한 자
3. 금고 이상의 형을 받고 그 집행이 종료되거나, 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 경과하지 아니한 자
4. 금고 이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 만료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 자
5. 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예기간 중에 있는 자
6. 법원의 판결 또는 다른 법률에 의하여 자격이 상실 또는 정지된 자
7. 징계에 의하여 파면의 처분을 받은 날로부터 5년 경과하지 아니한 자
8. 징계에 의하여 해임의 처분을 받은 날로부터 3년을 경과하지 아니한 자

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 헌법재판소는 2002. 8. 29. 2001헌마788 등 결정에서 지방공무원이 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에는 공무원직에서 당연히 퇴직하는 것으로 규정한 지방공무원법 제61조 중 제31조 제5호 부분이 헌법 제25조의 공무원 담임권을 침해하는 것으로 판단하였다. 그런데 집행유예는 비록 그 요건과 효과에 있어서 선고유예보다 좀더 강한 것이기는 하나 본질적으로는 선고유예와 동일하게 사회복귀사상에 기초한 특별예방의 목적에 기여하는 제도로서 집행유예된 자를 선고유예된 자보다 합리적 이유 없이 불리하게 차별하는 것은 헌법상 보장되는 평등권을 침해하는 것이다. 또한 이 사건 법률조항이 별금형을 선고받은 경우는 당연퇴직사유로 규정하지 않으면서 금고형 이상의 집행유예 판결의 경우는 이를 당연퇴직사유로 규정하고 있는 것은 평등의 원칙에 위반된다

(2) 단지 금고 이상의 형의 집행유예 판결을 받았다는 이유만으로 예외 없이 그 직으로부터 퇴직당하는 것으로 정하고 있는 이 사건 법률조항은 지나치게 공익만을 강조한 입법이며, 특히 청구인의 행위로 인하여 청구인을 공직에 계속 근무하게 할 것인지 여부는 법원의 판단보다는 그 직장의 징계위원회가 업무의 특성, 청구인의 평소의 품성 등을 더 잘 파악하여 더 적절하게 판단할 수 있기 때문에 법원의 집행유예 판결로 당연퇴직하게 하는 것은 과

잉금지의 원칙에 반하여 공무담임권을 침해하는 것이다.

나. 행정자치부장관의 의견

공무원은 국민 전체에 대한 봉사자로서 국민에 대하여 책임을 지고 공직 전체의 불명예를 가져오는 품위손상행위를 하지 아니하여야 할 의무를 부담하는 등 그 지위의 특수성과 직무의 공공성으로 말미암아 그에 상응하는 고도의 윤리성과 성실성 등을 갖추어야 한다. 그런데, 형의 집행유예는 일정기간이 경과하면 면소된 것으로 간주되는 형의 선고유예와는 엄연히 다른 것으로 형의 집행유예가 형의 선고유예보다 중하다는 것은 명백하므로 형의 집행유예와 형의 선고유예를 차별하는 것은 지극히 당연한 것이다. 따라서 공무원에게 가해지는 신분상 불이익과 보호하려는 공익을 비교할 때, 그리고 우리 형사제도의 실정 및 국민의 법감정에 비추어 볼 때 이 사건 법률조항이 입법자의 재량을 일탈하여 헌법상 평등권 등을 침해하는 위헌의 법률조항이라고 볼 수는 없다.

3. 판 단

가. 헌법재판소는 1997. 11. 27. 선고 95헌바14 등 결정에서 국가공무원에 대하여 이 사건 법률조항과 동일한 내용을 규율하고 있는 국가공무원법 제69조 중 제33조 제1항 제4호 부분에 대하여 합헌으로 판단한 바 있는데, 그 이유의 요지는 다음과 같다.

공익실현이라는 국가작용을 현실적으로 수행하는 공무원은 직무의 내용인 공무수행 그 자체가 공공의 이익을 위한 활동이라는 근무관계의 특수성 때문에 국가의 공적사무를 수행할 권리와 이에 따른 신분상·재산상의 부수적 권리를 향유함과 동시에 이에 상응하는 고도의 윤리·도덕적 의무를 부담한다. 공무원은 국민전체에 대한 봉사자로서 고도의 윤리·도덕성을 갖추어야 할 뿐 아니라 그가 수행하는 직무 그 자체가 공공의 이익을 위한 것이고 원활한 직무수행을 위하여는 공무원 개개인이나 공직에 대한 국민의 신뢰가 기본바탕이 되어야 하는바, 공무원이 범죄행위로 인하여 형사처벌을 받은 경우에는 당해 공무원에 대한 국민의 신뢰가 손상되어 원활한 직무수행에 어려움이 생기고 이는 곧바로 공직전체에 대한 신뢰를 실추시켜 공공의 이익을 해하는 결과를 초래하게 되므로, 범죄행위로 인하여 형사처벌을 받은 공무원에게 그에 상응하는 신분상의 불이익을 과하는 것은 국민전체의 이익을 위해 적절한 수단이 될 수 있고 공무원에게 공무를 위임한 국민의 일반의사에도 부합할 것이다.

그런데 범죄행위로 인하여 형사처벌을 받은 공무원에 대하여 신분상 불이익처분을 하는 법률을 제정함에 있어서 형사처벌을 받은 사실 그 자체를 이유로 일정한 신분상 불이익처분이 내려지도록 법률에 규정하는 방법과 별도의 징계절차를 거쳐 신분상 불이익처분을 하는 방법 중 어느 방법을 선택할 것인가는 입법자의 재량에 속한 것으로서 그 중 어느 방법만이 헌법에 합치하고 다른 방법은 헌법에 위반된다고 단정할 수는 없으나, 다만 형사처벌을 받은 사실 그 자체만으로 별도의 징계절차를 거치지 아니하고 신분상 불이익처분을 하는 경우에는 형사처벌에 따라 공무원에 대하여 부과되는 신분상 불이익과 그로 인하여 보호하려고 하는 공익이 합리적 균형을 이루어야 한다는 헌법적 제약이 따른다고 할 것이다.

법관은 범인의 성행, 환경, 범행의 동기와 수단 및 결과, 범행후의 정황 등의 양형조건을 고려하여 형종, 형량을 선택하게 되는데, 범정이 매우 무거운 범죄 또는 공무원의 직무와 관련된 범죄를 제외한 대부분의 범죄에 대하여는 벌금형이 선택형으로 규정되어 있는 것을 고려할 때, 법원이 범죄의 모든 정황을 고려하여 금고 이상의 형에 대한 집행유예의 판결을 하였다면 그와 같은 사실은 공무원의 품위를 손상하는 것으로서 당해 공무원에 대한 사회적 비난가능성이 결코 적지 아니함을 의미한다고 할 것인데, 이러한 사정은 당해 공무원이 저지른 범죄행위가 직무와 직접적 관련이 없거나 과실에 의한 것이거나 마찬가지라 할 것이다.

이와 같이 금고 이상의 형에 대한 집행유예 판결에 내포된 사회적 비난가능성과 공무원에게는 직무의 성질상 고도의 윤리성이 요구된다는 점을 함께 고려할 때 금고 이상의 형의 집행유예 판결을 받은 공무원으로 하여금 계속 그 직무를 수행하게 하는 것은 공직에 대한 국민의 신뢰를 손상시키고 나아가 원활한 공무수행에 어려움을 초래하여 공공의 이익을 해할 우려 또한 적지 아니하다.

그렇다면 공무원에게 가해지는 신분상 불이익과 보호하려는 공익을 비교할 때 금고 이상의 형의 집행유예 판결을 받은 것을 공무원의 당연퇴직사유로 규정한 법률조항이 입법자의 재량을 일탈하여 공무담임권, 평등권 등을 침해하는 위헌의 법률조항이라고 볼 수는 없다.

나. 이 사건 법률조항은 그 규율대상이 국가공무원이 아닌 지방공무원이라는 점을 제외하고는 위 결정의 심판대상인 국가공무원법 규정과 규율내용이 동일하다. 따라서 위 결정의 이유는 이 사건 법률조항에 대한 판단에 그대로

적용할 수 있는데, 위 결정과 달리 판단할 특별한 사정을 찾아 볼 수 없으므로 위 결정이유를 이 사건에 원용하기로 한다.

다음으로 이 사건에서 청구인이 새로이 주장한 점에 대하여 살펴본다.

청구인은 집행유예도 선고유예와 동일하게 사회복귀사상에 기초한 특별예방의 목적에 기여하는 제도로서 공무원직 상실에 있어서 집행유예된 자를 선고유예된 자에 비하여 차별하는 것은 평등원칙에 반한다고 주장한다.

그러나 집행유예 판결은, 형의 선고유예를 받은 날로부터 2년을 경과하면 면소된 것으로 간주되는(형법 제60조) 선고유예와는 달리 집행유예기간이 경과하더라도 형의 선고가 있었다는 기왕의 사실까지 없어지는 것이 아니고 형의 선고에 의하여 이미 발생한 법률효과에 영향을 미치는 것도 아니기 때문에 형의 선고에 수반되는 불이익을 피할 수 없다는 점에서 선고유예와는 큰 차이가 있고, 또한 집행유예는 3년 이하의 징역 또는 금고의 형을 선고할 경우 정상에 참작할 만한 사유가 있을 때 할 수 있는 반면, 선고유예는 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형을 선고할 경우 범죄인의 개전의 정상이 현저한 때 할 수 있도록 되어 있는 점에 비추어 볼 때, 집행유예 판결은 선고유예 판결보다 죄질이나 범정이 더 무거운 범죄에 대하여 행해지는 것이 일반적이라 할 수 있다.

따라서 집행유예 판결을 받았다는 것은 선고유예 판결을 받은 경우보다 공직에 대한 신뢰를 해하는 정도가 더 크고 그만큼 원활한 공무수행에 지장을 초래할 우려도 더 높다 할 것이다.

청구인은 이 사건 법률조항이 벌금형을 선고받은 경우는 당연퇴직사유로 규정하지 않으면서 금고 이상의 집행유예 판결의 경우는 이를 당연퇴직사유로 규정하고 있는 것 또한 평등의 원칙에 위반된다고 주장한다.

공무원의 당연퇴직사유를 설정함에 있어 당해 선고형이 갖는 피고인에 대한 윤리적 비난가능성은 큰 의미를 지닌다고 할 것인데, 입법자는 공무원이 범죄행위로 형사처벌을 받은 경우 그로 인하여 국민의 신뢰가 손상되는 정도를 판단함에 있어 이 사건 법률조항을 통하여 금고 이상의 집행유예의 판결이 벌금형의 경우보다 그 손상의 정도가 중함을 선언하였는바, 금고형이 집행유예 판결로 인하여 집행은 되고 있지 않다 하여도 일반적으로는 벌금형보다 무거운 형임이 분명하며(형법 제50조 참조), 집행유예를 받은 자가 유예기간 중 금고 이상의 형의 선고를 받아 그 판결이 확정된 때에는 집행유예의 선고는 효력을 잃게 되는 점(형법 제63조)에 비추어 보면, 금고형 이상의 집행유

에 판결에는 벌금형을 선고한 판결에 비하여 더 중한 윤리적 비난이 포함되어 있고 공직에 대한 신뢰를 실추시켜 공익을 해치는 정도도 더 크다고 할 것이다.

따라서 금고 이상의 형의 집행유예 판결을 선고받은 경우 당연퇴직사유로 규정하고 있는 이 사건 법률조항이 청구인을 합리적 이유 없이 선고유예나 벌금형을 선고받은 자에 비하여 차별하는 것이라고 할 수는 없다.

4. 결 론

그렇다면 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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